

Title	〔最高裁判事例研究三八二〕 物上保証人所有の不動産を目的とする競売の開始決定の債務者への送達が債務者の所在が不明であるため公示送達によりされた場合における被担保債権の消滅時効の中断(最高裁平成一四年一〇月二五日第二小法廷決定)
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2003
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.76, No.8 (2003. 8) ,p.124- 140
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20030828-0124">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20030828-0124</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 〔最高裁判事例研究 三八二〕

平一四三 (民集五六卷八号一九四二頁)

物上保証人所有の不動産を目的とする競売の開始決定の債務者への送達が債務者の所在が不明であるため公示送達によりされた場合における被担保債権の消滅時効の中断

競売手続一部取消及び停止決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件 (平成一四年一〇月二五日第二小法廷決定)

〔事実〕

Xは物上保証人、Yは債権者(信用金庫)、Zは債務者(株式会社)である。被担保債権はYのZに対する消費貸借契約による手形貸付金の残元金二八〇〇万円と、証書貸付金の残元金一三一〇万六六六円の、合計四一〇万六六六円である。判例集では、前者の債権は元金番号1の債権、後者は元金番号2の債権と表示されているが、本稿では前者を甲債権、後者を乙債権と表記する。なお約定返済期日は、甲債権は平成八年六月一四日、乙債権は平成九年二月一四日で

あった。

Yは平成一二年六月七日に、X所有の不動産について設定されていた根抵当権の実行として本件競売を申し立てた。同月九日に不動産競売開始決定がなされ、同決定正本はXに対しては平成一二年六月一七日に送達された。Zに対しては、Zの所在が不明のため公示送達により行われ、平成一三年一月五日に公示送達による送達手続に付されて、同月二〇日に公示送達の効力が発生した。これに対してXは執行異議の申立てをし、その理由として、「甲債権は時効で消滅し、乙債権は本件根抵当権の被担保債権にならない」と述べた。これが本件事件であり、争点は甲債権の時効消滅の有無である。Xの主張は、甲債権は遅くとも平成一三年六月一四日に五年の時効中断期間を経過して消滅したというものである。また時効の中断に関しては、公示送達は民法一五五条所定の通知には該当せず、時効の中断はなかったというものである。

原々審は大枠においてXの主張を認め、不動産競売開始決定を取り消す決定をした。民法一五五条所定の通知について裁判所は、債務者が競売開始決定正本の到達により当該競売

手続の開始を了知し得る状態に置かれることを要するとする最高裁判例（最判平成七年九月五日民集四九卷八号二七八四頁）を引用しつつ、公示送達による送達は「現実の受領がないにもかかわらず送達があったものとみなされるにとどまり、民法一五五条所定の通知があったものとはいえないと解すべきである」と判示した。

これに対して、Yは主に次のような理由で抗告した。原々審が引用した判例は付郵便による送達の事例であり、本件では適切ではない。競売開始決定正本の送達によって時効の中断が生じるとするのが確定判例である。公示送達によって時効の中断が生じないとすると、中断させるためには民法九七条ノ二による公示による意思表示、または訴えの提起が必要になるが、前者の实质は擬制であり、現実には債権者が了知し得る状態ではなく、競売開始決定正本の公示送達と変わりが無い。しかも、このような方法は債権者にとってかなりの経済的な負担である。

原審は民訴法一一三条の新設に着目して、次のような理由でYの抗告を認めて、原々審決定を取り消して、Xの執行異議の申立てを却下した。「平成一〇年一月一日施行の改正民事訴訟法において一一三条が新設され、同条により、当事者が公示による私法上の意思表示の手続と、訴訟法上の公示送達の手続を重ねて踏む必要のないことが明文化されたものであるから、民事執行法上の差押えの通知についても、意思表

示に準じて同条が類推適用され、公示送達による競売開始決定正本の債務者への送達のほかに、公示の方法による差押えの通知を別途する必要はなくなったものと解するのが相当である」。したがって、本件では甲債権に関して時効の中断の効力は発生したというべきである。原々審が引用した判例は、当時においては公示送達の場合に適用する余地はあったが、民訴法一一三条の新設によりこのまま本件に適用することはできない。なお甲債権が消滅しない以上、担保権実行は可能であるから、乙債権に関しては判断するまでもなく、執行異議の申立ては理由がない。

これに対して、Xは次のような理由で抗告許可の申立てをした。民訴法一一三条は、一定の要件のもとに私法上の意思表示の到達を擬制したのであって、無条件の擬制ではない。また公示送達と私法上の意思表示の公示制度とは、前者が公権的行為としての送達の種類であるが、後者は私的自治の補充制度であり、制度の目的が異なる。民訴法一一三条が一定の要件を規定していることは、両者の併用を必要とする場合があることを示している。しかも、競売開始決定正本の送達は意思表示の方法ではないし、民訴法一一三条の要件にも合致しない。民法九七条ノ二の手続が煩瑣ならば訴えを提起すれば済むのであるから、債権者に不利益はない。競売開始決定正本の送達は執行法上の効果、すなわち利害関係人である債務者に告知して不服申立ての機会を与えるものであって、

民法一五五条による時効中断の効果は生じない。

最高裁判所は、次のような理由で抗告を棄却して、原決定を維持した。

〔判旨〕

「物上保証人所有の不動産を目的とする根抵当権の実行としての競売手続において、債務者の所在が不明であるため、競売開始決定正本の債務者への送達が公示送達によりされた場台には、民訴法一一三条の類推適用により、同法一一一条の規定による掲示を始めた日から二週間を経過した時に、債務者に対し民法一五五条の通知がされたものとして、被担保債権について消滅時効の中断の効力を生ずると解するのが相当である。その理由は、次のとおりである。

(1) 民訴法一一三条は、相手方の所在が不明である場合において、相手方に対する公示送達がされた書類に、その相手方に対し訴訟の目的である請求又は防御の方法に関する意思表示をする旨の記載があるときに、その意思表示の实体法上の到達の効力を認め、ほぼ同様の公示機能を有する民法九七条ノ二所定の意思表示の手続を重ねて執ることを要しないこととして、表意者に二重の負担を掛けることを回避する趣旨の規定である。

(2) ところで、物上保証人所有の不動産を目的とする競売手続において、債務者に対し競売開始決定正本が送達された場合には、債務者に対し民法一五五条の差押えの通知がさ

れたものとして、同決定正本が債務者に送達された時に当該被担保債権について消滅時効の中断の効力を生ずるが（最高裁昭和四七年（オ）第七二三号同五〇年一月二二日第二小法廷判決・民集二九卷一〇号一五三七頁、最高裁平成五年（オ）第二七八号同八年七月一二日第二小法廷判決・民集五〇卷七号一九〇一頁参照）、このように競売開始決定正本の送達によって実体法上のいわゆる觀念の通知が行われる場合について、訴訟書類の送達によって実体法上の意思表示が行われる場合と異なった取扱いをすべき実質的な理由はない。

(3) また、民訴法一一三条が、公示送達によって相手方に到達したものとみなされる意思表示を訴訟の目的である請求又は防御の方法に関するものと規定しているのは、訴訟の追行に必要な意思表示に限りその到達の効力を認める趣旨と解されるところ、競売開始決定及びその正本の送達は競売手続の進行に必要不可欠なものであるから、これによってされる民法一五五条の通知について民訴法一一三条を類推適用することとしても、同条の趣旨に反するものではない。

(4) そして、債務者の所在が不明である場合に、競売開始決定正本の公示送達のほかに、別途債務者に対する民法九七条ノ二所定の手続による通知を要することは、債権者に不相応の負担を掛けるものというべきである。

したがって、これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができるが、所論引用の判例に抵触するものではない。

論旨は採用することができない。」

## 〔評釈〕

### 一 はじめに

判例集での本件決定要旨は「物上保証人所有の不動産を目的とする競売手続において、債務者の所在が不明であるため、開始決定の債務者への送達が公示送達によりされた場合には、民訴法一一一条の規定による掲示を始めた日から二週間を経過した時に、被担保債権について消滅時効の中断の効力を生ずる」というものである。この決定要旨に賛成。

決定要旨は決定理由の中の文章を要約したものであるが、決定理由は、このような結論に至る根拠を次の二つの命題にまとめている。第一は、被担保債権について消滅時効の中断の効力が生じるのは、本件では債務者に対して民法一五五条の通知がされたものと解することができるということである。第二は、それは民訴法一一三条の類推適用により導かれるということである。

本稿は決定理由のこれら二つの命題に関して検討する。具体的にいうならば、第一の問題は、本件は民法一五五条の通知の事実として理解してよいのか否かということであ

る。第二の問題は、それを肯定した場合に、民訴法一一三条の類推によって通知があったと考えてよいのか否かということである。もつとも第一の問題は純然たる民法の問題なので、これについては本稿では、本判例と抗告理由が引用している判例について概観するのとどめる。主に考察するのは、第二の問題である。換言すれば本稿は、本件に関する民法一五五条の通知の問題であるとする判例の見解を肯定し、それを前提に民訴法一一三条の類推の問題について主に考察するものである。

### 二 民法一五五条の通知に関する判例について

時効の中断は「当事者及ヒ其承継人ノ間ニ於テノミ其効力ヲ有ス」(民法一四八条)である。これは、人的相対効の原則である。ところが中断事由が差押え・仮差押え・仮処分の場合(民法一四七条三号)、「時効ノ利益ヲ受クル者ニ対シテ之ヲ為ササルトキハ之ヲ其者ニ通知シタル後ニ非サレハ時効中断ノ効力ヲ生セス」(民法一五五条)と規定されている。これは人的相対効の原則に対する例外規定である。なぜならば、この規定の意味は、通知をすれば当事者以外の者との関係でも時効の中断効が発生するということであるからである。このような関係を具体的にいうと、

次のようになる。差押えが債務者の財産に対してなされた場合は、債務者は当事者であるから相対効の原則が適用されて、時効の中断が生じる。しかし、物上保証人に対する抵当権の実行に伴う差押えの場合は、原則通りならば、債務者は当事者ではないから被担保債権の消滅時効の中断の効力は生じないが、民法一五五条の通知が債務者になされれば、中断効は生じる。そこで問題は、どのような場合に民法一五五条の通知があったと考えられるかということである。

この問題について最初に詳しく論じたのは、本件決定理由が引用する(a)最二小判昭和五〇年一月二一日民集二九卷一〇号一五三七頁である。この判例は先ず競売と差押えとの関係について、「抵当権実行のためにする競売法による競売は、被担保債権に基づく強力な権利実行手段であるから、時効中断の事由として差押と同等の効力を有する」と述べている。そして民法一五五条の法意について、次のように詳論している。

「他人の債務のために自己所有の不動産につき抵当権を設定した物上保証人に対する競売の申立は、被担保債権の満足のための強力な権利実行行為であり、時効中断の効果を生ずべき事由としては、債務者本人に対する差押と対比し

て、彼此差等を設けるべき実質上の理由はない。民法一五五条は、右のような場合について、同法一四八条の前記の原則を修正し、時効中断行為の当事者及びその承継人以外で時効の利益を受ける者にも及ぶべきことを定めるとともに、これにより右のような時効の利益を受ける者が中断行為により不測の不利益を蒙ることのないよう、その者に対する通知を要することとし、もって債権者と債務者との間の利益の調和を図った趣旨の規定であると解することができる」。

そのうえで、結論として次のように述べている。「債権者より物上保証人に対し、その被担保債権の実行として任意競売の申立がされ、競売裁判所がその競売開始決定をしたうえ、競売手続の利害関係人である債務者に対する告知方法として同決定正本を当該債務者に送達した場合には、債務者は、民法一五五条により、当該被担保債権の消滅時効の中断の効果を受けるのが相当である」。

この判例の見解に賛成である。その理由は、契約は守らなければならないという法の大原則からすれば、権利は最大限尊重されなければならないはず、安易に消滅時効を認めるべきではないと考えるからである。すなわち、時効中断の範囲はできる限り拡張して、それに伴う相手方の不都合さは、

通知を受ける者の立場をより重視することによってバランスをとるべきである。具体的にいうならば次のようになる。

第一に、民法一五五条の通知は債権者が行う必要はなく、競売開始決定正本という裁判所作成の書類でもよい。第二に、通知の内容も競売手続の開始を利害関係者に通知するものであっても構わない。第三に、債務者に対する通知は、単に通知がなされたということだけでは不十分で、債権者の断固たる権利行使の内容が債務者に伝わらなければならぬ。もっともこれは、債務者が了知可能な状態になったことで代替できる。

このような理由から判例を支持するが、この判例は、競売開始決定の告知（送達）によって被担保債権の時効が中断することを説いた判例として評価すべきである。なおこの判例で注意すべきことは、この事実と本件との違いである。すなわち、(1)この判例の事案は抵当権の実行の事案であり、本件のような根抵当権の事案でないこと、(2)この事案は民事執行法以前の競売法の事案であること、(3)この事案は送達がなされた事案であること、等である。したがってこの判例は、競売開始決定の告知（送達）によって被担保債権の時効が中断することを明らかにした点以外は、本件の直接の先例にはならないと考える。

事案としてより先例として意味のある判例は、本決定が引用している(b)最二小判平成八年七月一二日民集五〇巻七号一九〇一頁である。この判例は(a)判例を引用しながら、それを根拠に、物上保証人に対する不動産競売において債務者に競売開始決定正本が送達されたときに、被担保債権の時効中断の効力が生じると判断している。そしてその理由として、次のように説いている。「競売開始決定正本が時効期間満了後に債務者に送達された場合に、債権者が競売の申立てをした時にさかのぼって時効中断の効力が生ずるとすれば、当該競売手続の開始を了知しない債務者が不測の不利益を被るおそれがあり、民法一五五条が時効の利益を受ける者に対する通知を要求した趣旨に反することになるからである」。

要するに、この判例は時効の中断効の発生時点について競売申立て時説を排して、競売開始決定正本送達時説を表明したということである。確かに他の事由（訴え提起、支払督促等）の場合を考え、それとのバランスを考えたり、手続の進行は債権者の手を離れて職権で進行し、債権者が関与できない状況を考えると、申立て時説の方が妥当性を有しているように思える。しかし、前記のような民法一五五条の法意から債権者と債務者とのバランスを考えると、

単に競売申立てだけで通知がされたとするのは適切ではない。実際に通知がされることが必要であり、そのような理由からこの判例の送達時説に賛成である。

そうであるとする、上告理由が引用する(c)最三小判平成七年九月五日民集四九卷八号二七八四頁が、次のように説いている点も注目する必要がある。この判例の判決要旨は、次のようなものである。「物上保証人に対する不動産競売において、開始決定の債務者への送達がいわゆる付郵便送達によりされた場合には、決定正本が郵便に付して発送されたことによっては被担保債権の消滅時効の中断の効力を生ぜず、右正本の到達によって初めて時効中断の効力を生ずる」。その理由は、「民事執行法二〇条において準用する民法一七三条〔現行法一〇七条三項に相当〕の規定により、右正本の発送の時に送達があったものとみなされるが、そのような効果は不動産競売の手続上のものにとどまるのであって、実体法規としての民法一五五条の適用上、差押えが時効の利益を受ける者である債務者に通知されたというためには、債務者が右正本の到達により当該競売手続の開始を了知し得る状態に置かれることを要するものというべきであるからである」(一)は筆者の加筆)。

したがってこの判例によれば、被担保債権の消滅時効の

中断の効果を得るためには、競売開始決定正本が債務者に現実に送達されることが確実に予想される場合でなければ、自ら時効中断のための措置をする必要があるということになる。さらにこの判例によれば、民法上の効果の問題は民法の問題であると考えているので、公示送達の場合でも民法上の手続が必要ということになる。すなわち、相手方の所在が不明の場合、競売開始決定正本の送達は公示送達によることになるが、民法一五五条の通知は公示送達とは別に民法上の公示による意思表示の方法(民法九七条ノ二)によらなければならないということである。民法九七条ノ二が昭和一三年法律第一八号によって新設されたことを考えれば、当然なことのよう思う。

### 三 従前の判例と本件の事実との関係

物上保証人に対する不動産競売において債務者に競売開始決定正本が送達されたときに、民法一五五条によって被担保債権の時効中断の効力が生じるということは正しいとしても、本件は公示送達の事実である。(a)(b)の判例は現実に送達された事実であり、(c)判例は付郵便送達の事実であって、公示送達の事実ではない。そこで問題は、従前の判例は本件のような公示送達の場合にそのまま通用するののか



ということである。送達と公示送達とは送達である点に変わりはないことを強調し、実際の到達に関係なく相手方に対して通知する行為それ自体に着目するならば、従前の判例はそのまま公示送達の場合に通用すると考えることは可能<sup>(3)</sup>なように思う。しかし、(c)判例のように送達によって通知が了知可能な状態になったということが重要であるとすれば、公示送達だけで民法上の通知がされたということにはならない。相手方の所在が不明の場合に対応する制度が民法と民訴法にそれぞれ設けられている以上、それぞれの制度にしたがって要件と効果を考えねばならないからである。本件上告理由は(c)判例を引用して、民法一五五条の通知がないと主張して原審決定を非難したが、このようなことを考えると納得のいく主張である。また原々審はこの判例を根拠に、本件では通知がないと判断したが、これも十分に理解できる。このような見解は正に理論的には明快である。

問題は、理論的には明快であつても、これでは余りにも形式的であり、妥当性を欠く点である。公示送達と公示による意思表示とは要件や手続に大きな違いがあるわけではないからである。したがって債権者にとつては、単なる二度手間である。しかもそれぞれの手続を履践したからといつ

て、相手方がそれだけ保護され、相手方にメリットがあるというものではない。法に規定があるという以上に、納得できる理由があるとは思えない。その意味で実情に合わない<sup>(5)</sup>ということもできる。

要するに相手方の住所が不明で公示による意思表示と公示送達が必要な場合、公示送達だけで済むという法の解釈では強引すぎるし、それぞれの手続が必要というのでは合理性を欠くということである。ここに立法による解決が求められていた。

このような状況において平成八年の民事訴訟法において一一三条が新設された。これは一定の要件を満たせば公示送達によって民法上の効果の発生を認める立法である。(a)(b)(c)の判例の後の立法であるので、従前の判例にどのような影響を与えるかが問題になる。民事訴訟法の立法であるから、適用は狭義の民事訴訟法である判決手続法に限定されるのか、それとも法の精神は広く民事手続法全体において生かされ本件にも作用するののかということである。原々審決定や上告理由は従前の判例、特に(c)判例によって公示送達による民法一五五条の通知の効果を否定した。これに対して本決定や原審決定は民訴法一一三条の類推という方法で、公示送達による民法一五五条の通知の効果を肯定した。

したがって問題は、本件において民訴法一一三条の類推適用が許されるか否かということになる。

なお類推を肯定する本決定が(a)(b)の判例を引用して、(c)判例については「抵触するものではない」としたことは、本件で民訴法一一三条の類推を肯定する以上当然の帰結であり、従前の判例に対する評価は正に民訴法一一三条の解釈に依存しているといえる。ところで上告理由は、(d)最小平判成八年九月二七日民集五〇巻八号二三九五頁を引用して原決定を非難するが、この判例は本件とは事案を異にするので、非難は適切ではない。すなわち、この判例の判決要旨は「甲の債務者乙の連帯保証人である丙の債務を担保するため、丁が物上保証人となった場合において、甲が丁に対して競売を申し立て、その手続が進行することは、乙の主債務の消滅時効の中断事由に該当しない」というものであり、物上保証人が主たる債務を連帯保証した場合である。さらにこの判例では時効を中断させる行為があったか否かが問題になったが、本件は債務者に通知があったか否かが問題になっている。本決定が(d)判例を顧慮しなかったのは正当である。要するに私見は民訴法一一三条類推肯定説なので、本決定が判例(a)(b)を評価して、判例(c)(d)を否定したことについても賛成である。

#### 四 民訴法一一三条の類推適用の問題状況

民訴法一一三条は、「訴訟の当事者が相手方の所在を知ることができない場合において、相手方に対する公示送達」がされた書類に、その相手方に対しその訴訟の目的である請求又は防御の方法に関する意思表示をする旨の記載があるときは、その意思表示は、第百十一条の規定による掲示を始めた日から二週間を経過した時に、相手方に到達したものとみなす。この場合においては、民法第九十七条ノ二第三項ただし書の規定を準用する」という規定である。この規定から、効果発生要件としては次のようなことが浮かび上がってくる。主体は訴訟の当事者であること、訴訟の目的である請求又は防御の方法に関する意思表示であること、意思表示をする旨の記載があることである。

本件の場合には競売開始決定正本の送達であり、関係者は訴訟の当事者ではない。また民法一五五条の通知は観念の通知であり、意思表示ではない。さらに民訴法一一三条は、要件として「訴訟の目的である請求又は防御の方法に関する意思表示」を求めているが、競売開始決定正本の送達がそれに該当するとは思えない。このようなことからすると、本件の場合、民訴法一一三条が規定している要件に合致し

ない。しかしながら、要件に合わないにしても、本件のような場合に公示送達と公示による意思表示という二つの手続を行う必要性や合理性が感じられない。換言すれば、本件は利用者の負担を軽減すべき事案である。この点を重視すれば、民訴法一一三条の目的にふさわしい事案である。正に適用でなく類推といわざるをえない状況であるが、そうであれば民訴法一一三条の要件の問題は、条文の文言に拘泥する必要もない。結局のところ民訴法一一三条は限定的に解釈すべきか否か、それとも広く利用が考えられるべきか否かという問題に集約される。

解答の決め手は、民訴法一一三条に込められている規範内容、今日において類推する必要性の有無、関係者の利益衡量、制度運営の合理性である。以下ではこのような視点で本決定を検討する。そこで先ずこの規定の成立の経過を公刊された資料から考察して、この規定の内容を考え、民訴法一一三条が本決定がどのような趣旨の規定であるかを検討してみようと思う。

##### 五 民訴法一一三条の成立の経過について

民訴法一一三条は平成八年の民事訴訟法（平成八年法律一〇九号）において新設された条文であるが、いわゆる検

討事項の段階から立法の必要性が説かれていた。検討事項から改正要綱までの流れを概観してみよう。

##### （一）検討事項での状況

平成三年（一九九一年）に法務省民事局参事官室は新しい民事訴訟法の内容として検討すべき事項を発表して、広く意見を求めた。民訴法一一三条に関しては、「訴状等を公示送達した場合において、当該訴状等に契約の解除等の意思表示が含まれているときは、当該公示送達により、その意思表示も相手方に到達したものとみなすものとする」との考え方を検討するというものであった（①法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する検討事項』四四頁〔平三〕）。

その理由は、「訴状等に契約の解除等の意思表示が記載されている場合、一般の送達については、これを行うことにより、私法上の意思表示も相手方に到達したことになるのに対し、公示送達の場合には、別途、民法第九七条ノ二が定める公示による意思表示の手続をとらなければならぬ」と解されているが、手続が煩雑で時間もかかることになのである。民事訴訟法に基づく公示送達を行うことによつて私法上の意思表示も相手方に到達したものとみなしてはどうかという指摘がある。…このような考え方の当否を問う

ものである」という点にあった(②法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する検討事項補足説明』四三頁(平三三))。そこでこの趣旨について、「当事者の負担の軽減」との説もなされた(③柳田幸三||始関正光||下田文男||小川秀樹『民事訴訟手続に関する検討事項』の解説(4) NBL四九三号一八頁(平四))。

これに対する各界の意見は、提案に対して「圧倒的多数が賛成」であった(④柳田幸三||始関正光||小川秀樹『民事訴訟手続に関する検討事項』に関する各界意見の概要(8) NBL五一九号三七頁(平五)、単行本では四四頁)。

(2) 要綱試案での状況

平成五年(一九九三年)に、いわゆる要綱試案が発表された。そこでは後注として扱われた。すなわち要綱試案は、「後注1 公示による意思表示の管轄裁判所に受訴裁判所を加え、訴えに係る意思表示については、訴状等の公示送達を実施する際に、公示による意思表示を同時に行うこともできるようにするかどうかにつき、なお検討する」とした(⑤法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』二九頁(平五))。

その理由として補足説明は、訴えに係る意思表示であれば、管轄を受訴裁判所にすれば一度に同一の裁判ができる

と説いたが、管轄裁判所だけでは問題解決には不十分であるとする意見とその問題点を紹介した。すなわち、「検討事項に掲げられていた考え方のように、民事訴訟法に基づく公示送達を行うことによつて私法上の意思表示も相手方に到達したものとみなすことができるようにすべきではないかとの指摘もある。他方、この指摘に対しては、訴訟が提起された場合にだけ、公示による意思表示の方式を緩和し、効力発生時期を早めることの合理性を説明することは困難なのではないかとの指摘もある」(⑥法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明』四九頁(平五))。なお要綱試案の解説は、注の中で補足説明と同じことを述べている。注でこの問題が述べられているということは、重要事項ではないということであろう(⑦柳田幸三||始関正光||小川秀樹『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』の解説(3) NBL五四一四一八頁(平六))。

これに対して各界の意見は圧倒的多数が賛成であったが、<sup>(7)</sup>「民事訴訟法による公示送達に私法上の意思表示の到達の効力を認めるべきであるとの意見も寄せられた。賛成意見のなかには、訴状により意思表示をするときは、公示による意思表示を訴状の公示送達と同時にこなうことができるものとすべきであり、この場合においては、当事者の申立

により、一七九条二項の手續をしなければならないものとするともに、相手方の住所を知らなかったことについて過失があった場合（民法九七条ノ二第三項ただし書の場合）を、有罪判決等を必要としない独立の再審事由とすべきであるとの補足意見を付記するものがあつた」（⑧柳田幸三「開始正光」小川秀樹「萩本修」花村良一「『民事訴訟手續に関する改正要綱試案』に対する各界意見の概要（6）」N B L五六号三五頁（平七））。

### （3）改正要綱案と改正要綱における状況

平成八年（一九九六年）二月二日の法制審議会民事訴訟法部会において、民事訴訟法の改正要綱案が確定した（⑨「民事訴訟手續に関する改正要綱案」（平八））。それによれば、民訴法一一三条に関しては次のようなものであつた。

「訴訟の当事者が相手方の所在を知ることができない場合において、相手方に対する公示送達がされた書類に、その相手方に対しその訴訟の目的である請求又は防御の方法に関する意思表示をする旨の記載があるときは、その意思表示は、第七十九條第一項の規定による掲示を始めた日から二週間を経過した時に、相手方に到達したものとみなすものとする。この場合においては、民法（明治二十九年法律第八十九号）第九十七條ノ二第三項ただし書の規定を準

用するものとする」（第六「訴訟手續に関するその他の事項」、一「送達」、4「公示送達」（二））。これはそのまま同月二六日の法制審議会総会を経て法務大臣に答申された（⑩「民事訴訟手續に関する改正要綱」（平八））。

### （4）立法解説書や注釈書等での見解

いわゆる『一問一答』は、次のように民訴法一一三条の立法趣旨を述べている。

「第一一三条は、いわば公示の手續についてのみ公示送達の手続を借用することを認めたものであり、他の要件および効果の点については、民法上の公示による意思表示と異なるところはありませぬ。その意味で、同条は、公示送達一般について送達書類に記載された意思表示の相手方への到達という効果を認めたものではありません」（⑪法務省民事局参事官室「一問一答 新民事訴訟法」一一二頁（商事法務研究会、平八））。

この解説から分かることは、民訴法一一三条は民法の公示手續制度を変えたものではなく、民法上の公示の手續について公示送達の手続を借用したということである。この見解は立案に関与された参事官の意見だけに、現在では一般にこのように解されている（⑫伊藤剛「公示送達」三宅省三ほか二名編『新民事訴訟法体系—理論と実務—第一巻』三一

七頁(青林書院、平九)、⑬園尾隆司編『注解民事訴訟法Ⅱ』四〇七頁以下(伊藤剛、青林書院、平一二)、⑭秋山幹男ほか五名著『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ』三六三頁以下(日本評論社、平一四)、⑮小室直人ほか三名編『新民事訴訟法Ⅰ』第2版(『基本法コンメンタール・別冊法学セミナー一七八号』二三〇頁以下(小川英明、平一五))。

ところで竹下守夫、柳田幸三、鈴木正裕、伊藤眞、福田剛久、田原睦夫、青山善充(民訴法一一三条についての発言順)の諸氏による新民訴法の研究会において民訴法一一三条に関して議論されたことは、訴えが取り下げられた場合に、形成権行使の場合と同様な問題があるか否かということである(⑩研究会『新民事訴訟法—立法・解釈・運用』ジュリスト増刊一〇八頁以下(平一一))。そこで表明された意見の多くは実体法上の意思表示は残ると説いているが、注目すべきことはその理由として、福田判事が次のように述べている点である。「…一三条は、…実質的には現在やっていることと全く同じなのです。…これまで、…訴訟が撤回されようとどうしようとそのまま実体的な意思表示として残っていたものが、今回は「改正によって」残らなくなるという結論になるのかな、という気がするのです。実体としては同じでなければいけないのではなから

うか。仮にそれが変わるのだということだと、民法の問題として大議論になっていたのではなからうかと思えます」(⑯一一〇頁四段目。「」は筆者の加筆)。

要するに民訴法一一三条の立法趣旨は、単に手続の合理化として理解すべきことであるということである。なおこのような議論を受けて、ある注釈書は訴えが取り下げられた場合に、形成権行使の場合と同様な問題があるかとの問題を取り上げ、「本条は、私法上の意思表示の方法につき、民法九七条ノ二の特則を定めたというべきものであるから、訴訟の結果によって意思表示の効果が左右されると解するのは疑問であり、その後訴え却下または取下げがなされた場合も、私法上の意思表示の効果は残ると解する」と述べている(⑭三六三頁)。

ところで注釈書は、民訴法一一三条が意思表示以外の場合にも適用されるかという問題について、次のように述べている。<sup>(8)</sup>「当該訴訟物と関連する限り、上記のような効果の前提となる無能力者の相手方のする催告(民一九条)、債務の履行催告(民一五三条・四一二条三項・五四一条)、弁済受領の拒絶(民四九三条・四九四条)等のいわゆる「意思の通知」についても、意思表示の場合と別異に取り扱うべき合理的な理由がないから、適用ないし準用される

と考えられる。同じく準法律行為とされている社員總會招集の通知（民六二条）、代理権授与の通知（民一〇九条）、承諾延着の通知（民五二二条）などの『觀念の通知』についても同様と考えられるが、それが実際の訴訟物と関連するような事案は想定し難い（⑬四〇七頁以下）。

(5) 経過の概観から見えてくるもの

注目すべきことは、立法に反対する意見が全く見られないことと、制限的な立法の動きがなかったということである。むしろ、当初、議論は訴状や管轄による対応ということであったが、そのようなことよりもより一般化された立法がなされたという事実は、民訴法一一三条の適用領域が、成案を得る過程において拡張されてきたことを物語るものである。

具体的にいうならば、次のようになる。公示送達と公示による意思表示の手續が必要な場合に手續を簡素化するということについては、「圧倒的多数が賛成」であり(④⑧)、当初は訴状等の送達为例として考えられていた(①②)。これは民訴法の改正の検討であるから当然な話である。方法として管轄規定を修正して担当する機関の一元化によって解決するか、それだけでは不十分で、民訴法の手続で民法上の効果の発生までを考えるかの議論がなされた

ようである。しかし、そこでは二つのことが問題になったと推測される。一つは訴訟が提起されたことだけで、民法の公示による意思表示の制度と異なった扱いをしてよいのかということ、もう一つは異なった扱いは民法の既存の制度の改正にならないのかということである(⑥)。

ところで本件のような事案は①⑩を見る限り、民訴法一一三条の立法過程において全く想定されていなかったし、立法後も議論の対象になることはなかった。

このような経過を経て民訴法一一三条が成立したが、それは既存の手續は改正しないで、その手續を借用するという方法であった。これによって立法者は立法過程での問題を克服し、立法に対する圧倒的な賛成の基に適用範囲の拡大と一般化を目指したと考えるべきである。したがって民訴法一一三条の要件は例示と見るべきで、文字に拘泥し制限的に解すべきではない。すなわち立法の目的を重視すべきであるということである。それ故に本件のような事例は立法の過程において想定されてはいないが、それは拒否するということ意味に解釈すべきではない。法の目的が十分活かせるように積極的に民訴法一一三条を類推すべきである。

## 六 民訴法一一三条類推の妥当性

相手方の住所が不明で公示送達と公示による意思表示の手続が必要な場合、それぞれの手続が必要というのでは手続利用者の負担が大きく、合理性を欠く。この場合に三で述べたように、手続の合理化と簡素化が必要である。民法法一一三条の立法は正にこれに答えたものであり、圧倒的多数によって支持された。多くの人が支持したのは、この法律の必要性を強く認識したからであろう。そうであるならば、民法法一一三条は判決手続法に限定されることなく、多くの場面で利用されるべきである。

しかし、このようなことから類推の必要が認められたとしても、それが妥当性を有しているかが検討されなければならない。既に二の(a)判例に関して述べたように、本件の場合は債権者と債務者のバランスを考える必要がある。そこで債権者の便宜のために民法法一一三条の類推を認め、民法法一五五条の通知の効果を認めるならば、相手方である債務者は了知可能な状態でなければバランスがとれないという見解が考えられる。もっともな意見であるが、本件は債務者の所在が不明であるので、どのような手続を行っても債務者が了知可能な状態になることはない。そうなること、擬制のための手続の妥当性の有無が決め手になる。公示送達による手続と公示による意思表示の手続とで大きな違い

がない以上、公示送達の手続に一本化して擬制のための手続を簡素化しても、債務者が殊更不利益になるというものではない。したがって本件のような場合、民法法一五五条の通知について、債務者に対して公示送達の他に手続保障を充実させる必要はない。こうしてみると民法法一一三条の類推を認めても、債権者・債務者間の利益衡量の観点からも問題は無いと考える。

## 七 おわりに

私見をまとめると、次のようになる。本決定の引用した判例は、事案との関係で適切な判例である(二・三)。また本決定が本件において民法法一一三条の類推を肯定した点も、立法経緯からみて正当である(四・五)。利益衡量の観点からも、本決定の結論は支持できる(六)。かくして本決定に全面的に賛成するが、問題は今後、どのような事例にまで民法法一一三条は類推されるかということである。本件で類推を肯定したのであるから、公示送達と公示による意思表示が重なる場面では、積極的に民法法一一三条の類推は行われるように思う。ただ民法法では適用ということになるから、主に問題になるのは、民事執行法に係る手続においてであろう。その場合、本決定が述べて



いるように「訴訟の目的である請求又は防御の方法に関する意思表示」という要件は、「手続の進行に必要不可欠なもの」と読み替えることになる。

なお本決定は判例集以外に、次の雑誌に匿名氏の解説が付されて掲載されている。民事情報一九六号六三頁、判例時報一八〇八号六五頁、判例タイムズ一一一号一三三頁、金融法務事情二六六九号七二頁。判例解説としては、山下純司・法学教室二七二号一一二頁以下、谷口安史・ジュリスト一二四七号一四八頁以下がある。

- (1) この判例については、本研究会では片山克行教授が評釈を担当された(本誌四九卷一二号一〇四頁以下(昭五二))。
- (2) 上野隆司||佐久間弘道||塩崎勤||山野日章夫「座談会・不動産競売と時効管理をめぐる実務上の留意点」における上野、塩崎発言(金融法務事情一四六九号二八頁四段目(平八))。なお民法九七条ノ二の「公示による意思表示」の手続については、園部厚『書式 意思表示の公示送達・公示催告の実務』五頁以下(民事法研究会、平一四)が、多くの書式を利用して詳しく説明している。
- (3) 前掲注(2)の座談会で山野日教授は、判例(a)の延長として、「裁判所が行なう送達に限っては、民事執行法二〇

条が準用する現行の民事訴訟法規定の一七八条以下(新規定の一〇条以下)の手続に則って行なうことを認めてもよいのではないかと思うのだが」と述べている(二九頁一段目)。この意見は民訴法一一三条の準用を想定しているのか否かは不明であるが、言及がないことから、単に公示送達だけで民法一五五条の通知の効果を発生させることが可能であることを示唆しているようにも思う。

- (4) 公示送達と公示による意思表示との手続上の差異は、『二問一答』(後掲①一九頁以下)にまとめられている。それによれば、第一に、担当する機関が異なる。前者は受訴裁判所の裁判所書記官(民訴法一一〇条第一項)、後者は相手方の最後の住所地を管轄する簡易裁判所(民法九七条ノ二第四項)である。第二は、公示の方法の違いである。前者は裁判所の掲示場への掲示(民訴法一一一条)である。後者は裁判所の掲示場への掲示に加え、官報および新聞紙への少なくとも一回の掲載、または市役所、町村役場もしくはこれに準ずる施設への掲示(民法九七条ノ二第二項)である。第三は、効力の発生時期の違いである。前者は、裁判所の掲示場への掲示を始めた日から二週間を経過したとき、ただし同一の当事者に対する二回目以降の公示送達は、掲示を始めた日の翌日(民訴法一一二条第一項)である。後者は、最後に官報もしくは新聞紙に掲載した日またはその掲載に代わる掲示を始めた日から二週間を経過した

とき(民法九七条ノ二第三項本文)である。

確かにこのような違いがあるが、しかし、実質的にはほとんど差異はないというべきであり、相手方の住所不明の場合に両方の手続を必要とするほどの違いや必要性は感じられない。民訴法一一三条は意思表示の到達の効果発生時点を、本来の公示による意思表示の手続の場合の表現とは異なり、公示送達の手続の表現に合わせたが、原則として二週間を経過して効果が発生するという点で差異はなく、これによって公示による意思表示の制度が改正されたとは考えられない。奈良次郎「送達制度の改正について」ジュリスト一〇二八号一二二頁(平五)は、「公示送達の許否は實際上基本的に「民法九七条ノ二の公示による意思表示」と同一に近い基準で審理・判断され、両者を兼備させることは事実上問題はない」とする(一)は筆者の加筆)。

(5) 倉田卓次||河野正憲||春日偉知郎||加藤新太郎||小林秀之||池田辰夫「民訴改正『要綱試案』の検討3」判例タイムズ八七七号二六頁以下(平七)の倉田発言。訴状の公示送達だけで公示による意思表示も有効になされると考える弁護士が稀ではなかったと指摘し、「誤解の方がむしろ常識に即している感じが残ったのを記憶している。法制を整えてこの常識を生かすのは大賛成である」と述べている(二七頁一段目)。

なお判例(c)に関して、前掲注(2)の座談会での佐久間発言は、判例は文字通りの到達を考えていて厳しすぎるし、付郵便送達によって債権者は了知できる機会があったと批判する(二八頁三段目)。また別の箇所での佐久間発言は、従来の銀行実務では到達の有無は厳密に考えていなかったと述べ、「債権者がその「競売開始決定正本の」到達の有無を管理して、到達しないとわかったら、債権者自ら通知するなどということは、たぶんどの銀行もしていないのではないかと思います」と述べている(二七頁三段目。「」は筆者の加筆)。

(6) 本研究会の見解は、本誌六六巻四号一一一頁に掲載されている(平五)。執筆を担当した岡野谷知広弁護士は、民法上の手続を別途に必要とするというのでは「無用の負担を課すものである」として提案に賛成し、公示送達との違いの調整が必要との問題点を指摘している。

(7) 本研究会の見解は、本誌六八巻四号一〇九頁に掲載されている(平七)。執筆を担当した岡野谷知広弁護士は、「当事者の無用の負担を軽減することが可能になる」として提案に賛成。

(8) 前掲注(2)の座談会で、山野目教授は同趣旨を説く(二九頁一段目)。

(平成一五年六月三〇日脱稿)

坂原 正夫