



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	724条後段の期間制限と例外的判断：除斥期間概念の相対性と，消滅時効との類似性の観点から
Author(s)	竹野，巖生
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル，7，39-70
Issue Date	2000-12
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/22314">https://hdl.handle.net/2115/22314</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	7_P39-70.pdf



# 724 条後段の期間制限と例外的判断

～ 除斥期間概念の相対性と、消滅時効との類似性の観点から ～

たけ の みち お  
竹 野 巖 生

## 目 次

本稿の目的	41
I 判例の紹介	41
1 最高裁平成 10 年 6 月 12 日判決	41
(1) 事実の概要	41
(2) 判旨	41
2 前提となる最高裁平成元年 12 月 21 日判決	42
(1) 事実の概要	42
(2) 判旨	42
(3) 判旨への批判	42
II 724 条後段の 20 年はいかなる期間か	43
1 除斥期間説、消滅時効説の相違点の検討	43
(1) 従来の議論の変遷	43
(2) 両説の根拠の比較	44
(3) 両説の結果の比較	45
(4) 問題点	45
2 「除斥期間」概念の検討	46
(1) 「除斥期間」の定義	46
(2) 判断基準とその問題	46
(3) 「除斥期間」概念の相対性	47
(4) 最高裁判例における「除斥期間」の相対性	48
(5) 絶対的ではない「除斥期間」と消滅時効との区別の相対性	50
(6) 小括	52
III 例外的制限～時効停止規定の類推適用、信義則の適用の可否	53
1 不法行為法の基本原理	54
2 除斥期間の例外的制限方法	55
(1) 時効停止規定の類推について	55
(2) 信義則による制限について	56

(3) 信義則適用が肯定される場合 .....	58
(4) 例外的制限の具体例の検討 .....	58
IV 総括 .....	63

## 本稿の目的

近時の最高裁平成 10 年 6 月 12 日判決は、平成元年に最高裁が下した、除斥期間には論理的に例外はあり得ない、とする判決（後掲）にたいして、それが例外的に制限されることもあり得るとした点に意義があるとされる<sup>(1)</sup>。この点、724 条後段につき消滅時効説を採用するのなら、既に確立している信義則による時効援用の制限の方法で、特に問題もなく期間経過の制限を肯定できたと考えられ（後掲河合裁判官意見も同趣旨と解される）、かねてから除斥期間説と消滅時効説のいずれをとるかの対立があったところである<sup>(2)</sup>。

平成元年判決は除斥期間を消滅時効とは大きく違う厳格で画一的なものとしたが、除斥期間と消滅時効の間にはそこまで大きな差があるのだろうか。そして、今回の判決がその例外を認めたとしても、同条後段を除斥期間とすれば他の例外的制限はあり得ないのだろうか。本稿はこの点を考察しようとするものである。

## I 判例の紹介

### 1 最高裁平成 10 年 6 月 12 日判決(民集 52 巻 4 号 1087 頁)<sup>(3)</sup>

#### (1) 事実の概要

本件は、予防接種ワクチンの副作用により死亡しないし後遺障害の被害を受けた児童及びその遺族らが国に対し国家賠償、損失補償を請求したいいわゆる「予防接種ワクチン禍訴訟」のうちの東京訴訟である。

原告 160 人（62 家族）が訴え、もっとも初期の被害者である X 1 は昭和 27 年に生後 5 ヶ月で受けた痘そうの集団接種により被害を受け、その後高度の精神障害、知能障害、運動障害を伴う寝たきりの状態になり、X 1 とその父母 X 2 X 3 が提訴した昭和 49 年には、既に予防接種から 22 年が経過していた。

一審判決（東京地裁昭和 59 年 5 月 18 日判時 1118 号 28 頁）は、憲法 29 条 3 項を類推適用して、国の損失補償責任を認めた。また、権利行使の期

間制限については、国は損失補償責任の成立を否定し、その成立を前提とした 724 条後段の除斥期間の適用を主張していなかったとして、請求を認容した。

二審判決（東京高裁平成 4 年 12 月 18 日判時 1445 号 3 頁）は、これに対し、国の損失補償責任を否定しつつも（憲法 29 条 3 項は財産権に対する適法な侵害に対する補償を定めたものであって、生命・健康に対する侵害には認められないとした）、厚生大臣は禁忌該当者に予防接種を実施させないための十分な措置をとることを怠った過失があるとして、国の過失による国家賠償責任の発生を肯定した。しかし、後掲平成元年判決を引用して、国の除斥期間の主張を信義則違反・権利濫用とする原告の主張を排斥し、また「除斥期間の趣旨からすると、本件で訴え提起が遅れたことにつき被害者側にやむを得ない事情があったとしても、それは何ら除斥期間の経過を認めることの妨げにならない」として、X 1 らの請求を棄却した。

これに対して、X 1 らは、仮に 724 条後段が除斥期間だとしても、本件においては正義と公平により除斥期間の適用を制限すべきである、また行為無能力者に関する時効の停止事由を定めた 158 条は、除斥期間についても、また行為無能力者でなくても意思能力を継続的に欠く X 1 にも類推適用すべきであるとして上告した。

#### (2) 判旨

除斥期間の適用の有無につき、原判決を破棄差戻。

除斥期間の主張が信義則・権利濫用にあたるかにつき、「被害者側にやむを得ない事情があったとしても、本件で除斥期間経過を認定することが正義と公平に著しく反する結果をもたらすということとはできない。」とし、後掲平成元年判決からやはり「主張自体失当」として、X 2 X 3 については原審の判断を是認し、上告を棄却した。

しかし、「不法行為の被害者が不法行為の時から 20 年を経過する前 6 ヶ月内において右不法行為を原因として心神喪失の常況にあるのに法定代理人を有しなかった場合において、その後当該被害

者が禁治産宣告を受け、後見人に就職した者がその時から6ヶ月内に右損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるときは、民法158条の法意に照らし、同法724条後段の効果は生じないものと解するのが相当である。」とし、X1については破棄差戻した。

なお、河合裁判官の意見がある。河合裁判官は、724条後段の期間制限の性質は時効であるが、むしろ「問題の核心」は、期間経過の一事によって権利が消滅することに例外を認めるか否かにあり、除斥期間を理由にこれを否定した後掲平成元年判決はその理由付け（後掲判旨の①②）が不十分で、かりに除斥期間だとしても、時の経過による権利の消滅を認めることが損害の公平な分担という不法行為制度の理念に反するような特段の事情がある場合には、権利は消滅しないと解すべきであり、少なくともこの限りで原判決が前提とする平成元年判決は変更されるべきとして、X2 X3の請求棄却部分についても破棄差戻すべきだとした。

そして、仮に除斥期間と判断したとしても、「義務者がその利益を受けることを制限する方法があり得ることは近時の学説が明らかにしているところである」とする。さらに除斥期間と消滅時効の争いについても「本件において除斥期間説と時効説のいずれが正しいか決する必要はなく、相当でもない。要は、前記特段の事情の存在が主張され、あるいはどうかかわれるときには、期間経過の一事をもって直ちに権利者の権利行使を遮断すべきではなく、当該事案における諸事情を考究して具体的正義と公平にかなう解決を発見することに努めるべきなのであって、それについて民法1条の宣言する信義誠実ないし権利濫用禁止の法理に依拠するか、あるいは、前述の不法行為制度の目的ないし理念から出発するかは、結局同じ山頂に達する道の相違として、いずれであってもよいと考える」とされる。

## 2 前提となる最高裁平成元年12月21日判決 (民集43巻12号2209頁)

### (1) 事実の概要

1949年に発見された米軍の不発弾の処理作業に伴う山林防火活動に従事し、不発弾の爆発によって重傷を負った原告が、市役所や県庁等を訪ねて被害の補償を求めたが、「事実を反した被害調査書が作成されたため、爾後その責任の所在が不明となり」、「たらい回しにされ所管部局も判明しない」こととなった。そのため、事故から28年10ヶ月あまり経過してようやく国家賠償法に基づく損害賠償を求めて提訴したというものである。

### (2) 判旨

「民法724条後段の規定は、不法行為によって発生した損害賠償請求権の除斥期間を定めたものと解するのが相当である」とする。

その理由は、①「同条がその前段で3年の短期の時効について規定し、更に同条後段で20年の長期の時効を規定していると解することは、不法行為をめぐる法律関係の速やかな確定を意図する同条の趣旨に沿わず」、②「むしろ同条前段の3年の時効は損害及び加害者の認識という被害者側の主観的事情によってその完成が左右されるが、同条後段の20年の期間は被害者側の認識のいかんを問わず一定の時の経過によって法律関係を確定させるため請求権の存続期間を画一的に定めたものと解するのが相当」であることをあげる。

そして「除斥期間の性質にかんがみ、本件請求権が除斥期間の経過により消滅した旨の主張がなくても、右期間の経過により本件請求権が消滅したものと判断すべきであり……信義則違反又は権利濫用の主張は、主張自体失当」とした。

### (3) 判旨への批判

この平成元年判決を積極的に支持する見解はほとんどなく、学説は概ね（消滅時効と解する立場からだけでなく、除斥期間と解する立場からも）批判的である。

批判の要点は、除斥期間に一切例外を認めなかったことである。「全く問題とする余地がないと判示した点は、除斥期間に名を借りて被害者の救

済を公権的に一方的に切り捨てるものであって寒心に耐えない<sup>(4)</sup>、724 条後段が除斥期間であり援用不要というのは認めても「そこから信義則違反・権利濫用の問題をカテゴリー的に排除すべきではない<sup>(5)</sup>」などといわれている。

## II 724 条後段の 20 年はいかなる期間か

### 1 除斥期間説、消滅時効説の相違点の検討

#### (1) 従来の議論の変遷

周知のように、724 条後段の 20 年の期間制限の性質については、消滅時効か除斥期間かの争いがある。そして、従来除斥期間説が通説とされ、最高裁もかかる見解を採用していることは上述の通りである。

しかし、除斥期間説が通説であっても、消滅時効説をとる学説は依然存在し、過去の判例においてもこのいずれかの説をとって結論を導くものが多く、判例の間でも結論は一致していなかった。もっとも、いずれにせよ自説の詳しい根拠をあげる判例は少ない<sup>(6)</sup>。

そして平成元年判決がこの争いにつき決着をつけるべく除斥期間である旨宣言した結果、以後の判例は除斥期間で統一されたようだが、その画一的判断が批判され「かえって時効説を多数に導いた<sup>(7)</sup>」などといわれる。そして、学説上現在では必ずしも除斥期間が通説とは言い切れない状況にあるとされる<sup>(8)</sup>。

しかし、もともと立法の過程から昭和初期においては、同条後段は消滅時効とされていた<sup>(9)</sup>。それにもかかわらず、なぜ現在批判される除斥期間説が通説になったのだろうか。

現在に至るまで、除斥期間を通説と述べる文献は数多く存在するが、通説とされたためか、その根拠を詳しく述べているものは極めて少ない<sup>(10)</sup>。そして、内池教授が述べられるように、この「地すべりの学説主流の転換が何故どのように起こったのかは詳らかではない」が、その発端は吾妻光俊「私法に於ける時効制度の意義<sup>(11)</sup>」に始まり、以下岩沢彰二郎「不法行為に因る損害賠償請求権の時効起算点<sup>(12)</sup>」、末川博「不法行為によ

る損害賠償請求権の時効<sup>(13)</sup>」、中川善之助「身分権と時効<sup>(14)</sup>」と続く一連の研究によって消滅時効説から除斥期間説へ移行したと考えられている<sup>(15)</sup>。

その過程を簡単に見ていくことにする。まず、吾妻論文は、消滅時効は長期の権利不行使の場合、履行その他によって債務が消滅している蓋然性が高いという採証法則によるものなのに対し、除斥期間は権利の不安定の除去という公益的なものとして両者を峻別する。そして、724 条後段については、不法行為は通常の債権と違いその請求額は不確定で、時効のように履行などによって債務消滅していることは期待できない結果、極めて不安定な地位におかれる加害者の救済をはかるものとして、除斥期間と解する<sup>(16)</sup>。

続く岩沢論文は、時効は「被害者加害者間の法律関係を可及的速やかに解決せしむとして設け」たものであることから、724 条も「速やかに当事者の権利関係を確定せしめむが為」の規定であって、「殊に後段の場合は不法行為の時より一定の期間を経過すれば最早賠償請求はできないというのであるから、時効とは称するものの、援用を俟つ点を除けばむしろ除斥期間と称するのが適当」とし<sup>(17)</sup>、被害者の認識によって起算点が後退する前段 3 年の消滅時効を権利関係の速やかな確定を図るために制限するという点に除斥期間類似の時効制度の存在理由があるとする。

そして、末川論文は、同条は 3 年時効が原則で、20 年の期間は被害者の主観的不知のために 3 年時効が機能しない時に実際の機能を発揮するとし、20 年のうち不法行為から 17 年が経過した最後の 3 年以内に被害者の不知が解消されることは實際上稀有だろうから、時効の中断というものはほとんどありえず、実質的には除斥期間が定められているに等しいとされ、起算点が「不法行為ノ時」とされている点できわめて特殊な時効とされる<sup>(18)</sup>。

これらの論文によって、20 年の期間の性質を時効とすることへの疑問が提示され、さらに中川論文が登場する。右論文では、時効は権利の上に眠

るものの権利行使を制限するものなのに対し、除斥期間は「余りに長期間権利が行使されないときは、権利関係整理の必要上、その権利を消滅せしめる」もので「一般の権利安定が眼目」であるから、私人の意思は考慮せず、より公益的な制度でその起算点も権利行使可能時ではなく不法行為時というように固定的とする。そして724条後段については「除斥期間なりと解し、たとへ被害者が自己の損害やその加害者を知り得ずして20年が経過した場合でも、もはや余りに古き損害賠償問題は打ち切りにするといふ意味だとすれば理路甚だ明徹である。」とされる<sup>(19)</sup>。

以上のように、724条後段につき除斥期間(ないしは消滅時効よりも除斥期間に近いもの)と解する見解が主張され、以後最近まで除斥期間説が通説化したと解される<sup>(20)</sup>。

このように、724条後段について消滅時効説から除斥期間説へ「地すべりのな」転換が起こったと考えられるが、それにもかかわらず、学説だけでなく判例においても長らく両説の対立が続いていた。そして、現在再び消滅時効説が有力化する一方、除斥期間説内部からも平成元年判決に対して批判がされているのは先に述べた通りである。

しかし、そもそも従来のように、この両説のいずれかの立場から演繹的に結論を導き、互いに対立するのが有意義な議論と言えるのか。さらに学説が批判するように、平成元年判決のように同条後段を除斥期間と解したとして、その結論が唯一論理必然なものなのか検討してみたい。

まず、両説の根拠と結果について考えてみる。一方の根拠や結果が、他方の根拠や結果を否定するように働くものであれば、両説の差は大きいことになり、一方を支持し他方を排斥することにも意味があると考えられるからである。

## (2) 両説の根拠の比較

一般に消滅時効説の根拠としては、①立法者の意思、条文の文言、ドイツ法の沿革、②援用不要の疑問、③20年の最後の3年が無意味になる、④被害者保護に資する、といった点があげられる。

一方、除斥期間説の根拠は、①権利関係の速や

かな確定(時効期間の浮動性を排除する必要があるとの判断がある)、②公益性(むしろ公益性があるから、権利関係の速やかな確定を要求すると解すべきか。この①②は密接に関係していると解される)、③立証の困難、④加害者の法的安定、といった点があげられよう。

そして、一般に消滅時効説の方が、中断の有無等から被害者保護に厚いと考えられている。それは、除斥期間説をとる過去の判例や平成元年判決などが、しばしば「除斥期間の経過」を理由に被害者の訴えを棄却したことからもいわれることであり、消滅時効説の根拠にもなっている。とすれば、両説は大きく対立し、相容れないように見える。特に平成元年判決のように、画一性重視の観点から「除斥期間」を厳格に考えれば、消滅時効とは大きく異なることになり、かかる結論になるだろう。

しかし、上述の724条後段における「消滅時効説」の根拠からは一見対立的でも、それが唯一の結論だろうか。そもそも「消滅時効制度」の趣旨は、争いもあるが一般に、①法的安定性、②権利の上に眠るものは保護しない、③立証の困難の救済、④権利行使されないことへの信頼の保護、⑤権利の永続性の否定、などがあげられる。

ここで除斥期間説の根拠と比べてみると、除斥期間説の「加害者の法的安定」と消滅時効制度の「権利行使されないことへの信頼の保護」、双方の「立証の困難の救済」については共通するとも言えるのではないか。そして、除斥期間説の「権利関係の速やかな確定」については、消滅時効制度の「法的安定性」、「権利の上に眠るものは保護しない」、「権利の永続性の否定」という点と総合的には重なるところも大きいのではないか。これらの趣旨と上の除斥期間説の根拠を比較すれば、実際にはさほど違うものではないように感じられる(公益性については後述する)。

また、消滅時効説の「立法者の意思」や「条文の文言」「ドイツ法の沿革」なども決定的ではない。確かに立法過程において、20年が時効期間とされていたことには異論はないと思われ<sup>(21)</sup>、初期の学

説も既述のように消滅時効と解していた。しかし現在の解釈において、立法者の意思が絶対というわけではない（かくいう立法者も明確な根拠を挙げているわけではない）、実質的な解釈も許される場合もある。

そして、他の消滅時効説の根拠ないし除斥期間説への批判も、必ずしも除斥期間説において解決されないものではないと思われ、除斥期間をとる論者間で調整がなされている<sup>(22)</sup>。よって、根拠の面から消滅時効制度と除斥期間が対立的であるといえるほどの明確な区別を見出すことは出来ないのではないだろうか。

### (3) 両説の結果の比較

では、両説をとった結果はどうだろうか。まず、724 条関係の現実の訴訟においては双方の対立は決定的なものではなく、除斥期間か消滅時効かが結論を左右する直接の論点になった事件は実はあまりない。平成元年判決によって直接的な問題となったといえる。従来はむしろその期間の起算点が問題になることの方が多く、しかも起算点をずらすなどの措置によって両説の差異は小さいものになっている傾向にあるといわれ<sup>(23)</sup>、現に除斥期間説をとりつつ起算点につき配慮する説もある<sup>(24)</sup>。そして、724 条関係以外の、同じく消滅時効説と除斥期間説との争いがある他の条文（564～566 条、637 条、638 条、国税通則法 70 条、労組 27 条、行訴 36 条、削除前の特許法 124 条、商標法 47 条）についての判例のうち、「期間を除斥期間とすることから消滅時効と異なる結論を導き出しているものは」「非常に少ない」とされ<sup>(25)</sup>、「この中にも、傍論や先例の価値の少ないものがあり、結論の相違は、担保責任の場合の裁判外の権利行使だけといっても過言ではない」<sup>(26)</sup>などといわれる。

また、先に消滅時効説の方が被害者保護に厚いと述べたが、実は消滅時効説をとった判例でも、期間経過の認定そのものについては除斥期間説をとったものと大差はない。過去において、20 年経過を理由に被害者の訴えを棄却した例も多い。ただ、判例が除斥期間を厳格に考える傾向が強いた

めに、消滅時効説の方が起算点をずらしやすいとされ、さらに例外として加害者の時効援用が信義則違反、権利濫用として排斥される法理が確立していることから、被害者が勝訴した例が除斥期間説をとった判例よりも多いという程度である<sup>(27)</sup>。しかし、これは期間経過そのものの判断ではなく、その後の処理についての、いわば別次元の判断である。これから検討するが、除斥期間にも例外的制限があるとするのなら、この点でも両説の差は縮小化することになると解される。

上述のように、趣旨がさほど違わないうに、現実の事件においても直接結論が変わることも少ないのであれば、同条後段の除斥期間説と消滅時効説がそんなにかけ離れたものか疑問の余地が出てくる。現に下級裁だが、いずれの説をとっても期間経過を制限するとした結論は変わらないとした判決もある（後掲名古屋地裁昭和 60 年 10 月 31 日判決、福島地裁いわき支部昭和 58 年 1 月 25 日判決など）。

### (4) 問題点

では、なぜ両説は一見相容れず、対立してきたのだろうか。問題点は二つあると考える。

まず、第一の問題は、両説は 724 条後段の 20 年について、全く異なった価値観に基づいて議論をしてきたことである。つまり、消滅時効説は同条の趣旨について「被害者の保護」からアプローチしたのに対し、除斥期間説は「権利関係の速やかな確定」を中心にアプローチしたのである。特に先の吾妻、中川論文はこの観点によるものだろう。拠って立つ価値観が違う以上、双方の主張はすれ違ひになりかみ合わない。しかし、法の解釈は究極的には個人の価値判断によるものであるから、立法論としてはともかく、解釈論としてはこの点はさほど重要ではない。むしろ重要なのは次の第二の問題である。

第二の問題は、「除斥期間」の内容が、従来から考えられていたものはあったが、それぞれの学説や判決において、必ずしも統一的なものになっていなかったためと考えられる。先の吾妻以下の各論文においても、中川論文は除斥期間を厳格に解

するようだが、岩沢、末川論文では基本的には時効と解しつつ、実質的には「除斥期間に近い」「特殊な時効」などと述べ、そのニュアンスを異にしている。また、「除斥期間」という結論は一致しているように見えても、そのように解する理由も様々で必ずしも統一されていない<sup>(28)</sup>。

さらに、従来からの「除斥期間」概念は存在しても、それがそのまま724条後段の20年に当てはまるのかは検討されていないようである。問題の前提となる「除斥期間」の内容が確定していないうちに、消滅時効説との間でその是非を争うのは本末転倒であろう。

よって、問題は「除斥期間だから」という理由で、単純に考えるべきではなく、まずその内容について検討するべきである。

## 2 「除斥期間」概念の検討

では、そもそも「除斥期間」とはどういうものと考えべきか。平成元年判決のように、厳格で画一的なもので一切例外的制限が認められないものと考えべきだろうか。

### (1) 「除斥期間」の定義

上述のように除斥期間に統一された定義はないが、一般的には、「一定の権利について法律が予定する存続期間」などといわれ、消滅時効との違いとして、①期間の経過によって当然に権利消滅の効果が生じ、当事者の援用(145条)がなくても、裁判所はこれに基づいて裁判をしなくてはならない、②権利消滅の効果が遡及(144条)せず、期間経過の時点で消滅する、③期間の起算点は権利行使可能な時ではなく権利発生時である、④中断(147条以下)、期間の停止(158条以下)が認められず、その期間は固定的である、という点があげられる。平成元年判決はこれを厳格に考えたようである(しかし後述するがこれらの相違点にも異論はあり、ここにあげたほど絶対的なものとはいえないように思われる)。

その趣旨は、一般に法的安定、権利関係の速やかな確定、証拠収集の困難、公益性の要請などとされ、特に「権利関係の速やかな確定」が強調さ

れることが多い。この結果、速やかな確定に反することになる時効の規定の準用、類推適用はないとされる。

そもそもこのような「除斥期間」の存在が認められるか問題になるが、民法上の期間規定は様々で、立法者も時効期間のほかに除斥期間という概念とその存在意義を認めていた。よって、「除斥期間」の存在は肯定できるし、否定する見解はないといってよいだろう。

では、平成元年判決のいうように「除斥期間」は厳格で画一的なものなのか。これまで724条の除斥期間説と消滅時効説は、同条後段についての判例や解釈等をもとに争うことが多かったと考えられる。そして、消滅時効の例外的制限(援用権の濫用など)については、各規定の事例が詳細に検討されているのに対し、除斥期間については他の除斥期間規定も含めた検討はさほどされてはいないようである。そこで、今回問題となった同条後段だけでなく、それ以外の「除斥期間」とされる規定を広く比較した場合、仮に「除斥期間」が厳格で画一的なものなら、それらの間には明確で強固な共通点があるはずである。ここから「除斥期間」とはどういったものか明らかにできないだろうか。

それには、まず除斥期間をピックアップしなくてはならないので、時効かそうでないかの判断基準が問題となる。

### (2) 判断基準とその問題

判断基準としては大きく分けて三つの説がある。①条文の文言を重視する説、②請求権か形成権かで分ける説、③二重期間の長期は除斥期間とする説である。

#### ①条文文言説

条文の文言に「時効」とあれば時効、なければ除斥期間とする説である。非常に明快で、起草者の見解ともされる<sup>(29)</sup>。本来はこの考えによるのがもっとも素直と考えられる。

しかし、この説によれば、例えば126条や426条の取消権は形成権とされるが時効になるのに対し、564条が規定する563条2項の解除権につい

ては、やはり形成権だが時効でなくなることになる。この説ではかかる違いの説明が困難である。さらに 426 条や 724 条のように二重期間を定めている場合に双方とも時効と解してよいのかという疑問もある<sup>(30)</sup>。

### ②請求権か形成権かで分ける説

形成権（取消や解除）は一方的意思表示によって効果が発生するために、中断を肯定する余地はなく、時効ではないとする説である。明快で一見説得的である。しかし、承認による中断は考えられる<sup>(31)</sup>。また請求権はすべて時効となってしまうが、判例多数説は請求権にも除斥期間があるとしているので決定的なものではない<sup>(32)</sup>。

### ③二重期間長期説

期間制限規定の中には、二重期間を定めたものがあり(126 条, 426 条, 724 条, 884 条など)、その長期は除斥期間とする説である。この説によれば、724 条後段の 20 年についても除斥期間となり、独自の存在意義が見出せるが、なぜ長期が除斥期間かという点が示されないことや、二重期間ではない規定の期間はどうなるのかといった問題がある。

このようにどの説にも欠点がある。他にも援用の有無や私益か公益かによって判断するという説などもあるが、決定的なものはないのが現状である。そのため、個々の権利及びそれによって保護される権利者の利益や期間制限の内容を実質的に考えて、個別に判断するしかないというのが現在の通説とされる<sup>(33)</sup>。

そして、個別的な判断の結果、一般に民法 126 条の長期, 193 条, 195 条, 201 条, 426 条の長期, 564 条, 566 条, 580 条, 600 条, 622 条, 637 条, 724 条の長期, 745 条, 768 条, 884 条の長期, 915 条, 919 条, 1042 条の長期, 商法 644 条等が「除斥期間」とされる（当然これだけではないし、ここに掲げた期間についても全く異論がないわけではない）。

### (3)「除斥期間」概念の相対性

では、これらの規定が、全て同一内容の「除斥期間」といえるほどに明確で、強固な共通点を持つ

ているだろうか。

どの規定も「権利関係の速やかな確定」という点では、ある程度共通性があるのは確かである。しかし、「速やかな確定」というのはそれ自体ではなんの意味もない。およそ期間制限規定が置かれたのは期間内での「速やかな確定」を期待しているからであり、除斥期間に限ってのものではない。よって、問題は当事者の利益状況や趣旨も含めたその背景であろう。そして、除斥期間を定義する規定は存在しないし、各規定の背景は様々で「強固な共通点」があるとまでは言えないのではないかと考える。幾つかあげて検討する。

#### (ア) 契約関係の規定

例えば、564 条の期間制限の説明で起草者である梅博士は、調査に困難が多く、期間経過後に権利行使すると証拠<sup>(34)</sup>を得ることが難しく、そのため困難な争いが生じやすいという。そして、これは 565 条, 566 条, 570 条にも共通するといえる<sup>(35)</sup>。使用貸借についての 600 条も、期間経過後は各請求権について確実な証明をなすことが極めて困難となり、裁判に困難な訴訟惹起のおそれがあるという事情を考慮し、使用貸借物の返還債務以外の債務関係を速やかに結了させるためと説明されている<sup>(36)</sup>。請負についての 637 条も、ほぼ同様に瑕疵の有無、大小、性質等につき、期間経過後は確証を挙げるのが困難で、不明の訴訟を惹起するおそれがあるという<sup>(37)</sup>。ここからすれば、この三者は「証拠上の困難」による「裁判困難な訴訟惹起の防止」として共通する考えに立っているはずである。しかし、その起算点は、564 条は、権利者の認識時なのに対し、600 条, 637 条は、引渡し時とされ、権利者の主観的認識は考慮されていない。

これらは同様の趣旨なのに起算点は異なっている。しかし、個別的に見れば、564 条では、買主が善意の間に権利行使は期待できないとも考えられるのに対して、637 条の場合には、目的物の引渡前には瑕疵について知らないことが多いと考えられるが、引渡後にはその存在に気づくことが期待できるともいえる。よって、双方とも証拠上の困難

のために「権利行使可能性」を実質的に考慮し、それにあわせて起算点を規定しているように解される。

(イ) 物権関係の規定

これに対し、即時取得の例外を定める 193 条では、「取引安全」から起算点は固定的とされる<sup>(38)</sup>。また、201 条以下の占有訴権については、本権とは一応無関係に争われる単なる事実上支配秩序をめぐる紛争はできるだけ早期に決着させるべきとの趣旨から、旧占有者の占有の事実が消滅してしまわないうちに訴えることとされ<sup>(39)</sup>、起算点も固定的である。これらにおいては「権利行使可能性」はさほど考慮されていない。

(ウ) 身分・相続関係の規定

ここでは、社会や国家の利益の観点から規定されていることが多いと思われる。まず身分関係の 745 条では、婚姻取消の期間は 3 ヶ月と規定されている。あまり長期間を認めては、法律関係が不確定のまま放置され、好ましくないためとされる。この場合個人の意思の尊重よりも、国家や社会にとっての身分関係の安定が重視されているといえるだろう。起算点も固定されており、当事者の不知（ひいては権利行使可能性）などは考慮されない。一方、相続関係の 915、919 条などでは、期間はやはり 3 ヶ月だが、相続といっても実際に引き継ぐのは、身分ではなく財産（所有権などの物権や債権債務関係）である。よって、3 ヶ月の期間も相続人が相続を知ってから起算され期間の伸長もできるなど「権利行使可能性」を考慮しているが、家裁への届出が要求され、身分的な側面も見とれる。

以上からすれば、同じ除斥期間とされる規定でも、規定によって趣旨や期間の長さ、起算点も異なって規定され一様ではなく、必ずしも厳格で画一的なものとは考えられないのではないか。今回の判例である 724 条後段についても、損害賠償請求権についてだが、これは純然たる債権であり、原則私人間で問題になるものである。そのため同じ「速やかな確定」といっても、社会的利益が問題となる身分関係における早期確定の要請とは大

きく違い、その程度も弱いものと考えられる。ならば、これら全てが同一のものとはいえないと解する。もともと「権利の発生時点が起算点」というのが特徴であるはずの「除斥期間」を厳格で画一的なものと考えれば、その起算点も全ての規定で同一になるはずである。この点、起算点や期間の長さはそれぞれ違っても、期間そのものはすべて除斥期間として共通であるとも考えられなくもないが、「権利の発生時点が起算点」なら、(ア)の 564 条などについても、およそ「権利行使可能性」は問題にならないはずで、それを考慮すること自体が、除斥期間の厳格性、画一性が絶対のものではない証明になるのではないだろうか。

そして、各規定が個別的には合理的に規定されていると考えられ、その起算点や期間の長短が大きく違う以上、除斥期間は画一的なものではなく、その背後にある規定や制度の基本原則（趣旨、機能、目的）に適合するように修正されていると考えたほうが自然であろう（厳格なものかはその基本原則による）。それを無理に「除斥期間」概念から演繹して、その規定が置かれた背後の各規定ごとの当事者の利益状況などを無視すれば、それぞれの基本原則に反する結果になってしまう。

また、除斥期間の根拠の一つである「公益性」（強い公益性があるために権利関係の速やかな確定が必要となる）が除斥期間の厳格性を基礎付ける根本的な共通点という見解もある。これについては、以下の(5)で消滅時効との関係も含めて検討したい。

(4) 最高裁判例における「除斥期間」の相対性

ここで最高裁判例について考えてみよう。下級裁判例においては、除斥期間の例外が肯定される場合もあるが<sup>(40)</sup>、最高裁は、あくまで除斥期間を厳格で画一的なものと考えているのだろうか。この点につき、最高裁の判例にも平成元年判決のような従来の「除斥期間」の考えを徹底すれば、本来ありえないはずの例外的制限を認めたものがある。具体例をいくつかあげてみよう。

- ① 最高裁昭和 51 年 3 月 4 日判決（民集 32 巻 2 号 48 頁）<sup>(41)</sup>

637条の期間経過後の相殺につき508条を類推し肯定した。

637条1項の規定は除斥期間と解されているが、期間の経過前に相殺適状に達していたときは、「請負契約における注文者の請負代金支払義務と請負人の仕事の目的物引渡義務とは対価的牽連関係に立つものであり、目的物に瑕疵がある場合における注文者の瑕疵修補にかわる損害賠償請求権は、実質的、経済的には、請負代金を減額し、請負契約の当事者が相互に負う義務につきその間の等価関係もたらず機能をも有するもの」であり、「公平の見地からかかる注文者の信頼は保護さるべきものであって、このことは右期間が時効期間であると除斥期間であるによりその結論を異にするべき合理的理由はない」として、「508条の類推適用」により「相殺できる」と判断した。

② 最高裁昭和48年7月12日判決(民集27巻7号785頁)<sup>(42)</sup>

564条の起算点をずらして判示した。

「564条の除斥期間は、買主が善意のときは、同人が売買の目的物の数量不足を知ったときから起算されるが、買主が数量不足についてはすでに知っているものの、その責に帰すべきではない事由により売主が誰れであるかを知りえなかったときは、買主が売主を知った時から起算すべきであると解するのを相当とする。」として、条文の文言にある買主の善意悪意による起算点の相違の他に起算点をずらしている

③ 最高裁平成9年6月17日判決(民集51巻5号2154頁)<sup>(43)</sup>

商法644条2項の起算点をずらして判示した。

生命保険契約の告知義務違反による解除につき、解除原因を知った日から1ヶ月経過すれば解除できないと約款に定めがあっても、保険契約者兼保険金受取人である有限会社が意思表示の受領権限を有する者を欠く状態(本件は唯一の取締役が被保険者であり死亡した場合である)にある場合には、「右の1ヶ月の期間は、保険会社が右受領権限を有するものが現れたことを知り、又は知り得べき時から進行するものと解すべき」と判示。

さらに、この期間内に解除はされなかったが、事実経過から「信義則に照らし」、「解除権が消滅する以前に到達した場合と同視することができる」として解除を主張できるとした。

④ 最高裁平成6年12月6日判決(民集48巻8号1451頁)<sup>(44)</sup>

第二次納税義務の納付告知につき除斥期間を適用しないと判示した。

第二次納税義務<sup>(45)</sup>の納付告知の期間制限につき、納付告知は「形式的には独立の課税処分であるが、実質的には、右第三者を本来の納税義務者に準ずる者とみてこれに主たる納税義務者についての履行責任を負わせるものにほかならない」との最高裁昭和50年8月27日判決を前提に「既に確定している主たる納税義務者の納税義務を補完するものにすぎず、これと別個独立に発生するものではない」として、租税を賦課する処分の期間制限について定める国税通則法70条<sup>(46)</sup>は類推適用されないと判断した。

⑤ 最高裁昭和45年4月21日判決<sup>(47)</sup>

580条の期間徒過による買戻権消滅の主張は信義則上許されないと判示した。

当事者間で宅地の買戻しにつき、買戻期間内であっても毎月の利息支払いを怠ったときは、買主はその旨売主に通知することによって買戻権を喪失させることができるという約定があった。そして、現に利息の支払を怠ったが、右通知がされる前に売主が数回にわたり、全債務の元利金をこえる金額を支払って買戻したいと口頭で申し出たが、買主はあらかじめ受領を拒否し、申し出を応諾しなかった。その間に買戻権を行使し得る約定または法定の期間が経過したとしても、「改めて買戻しに応じる意思を示し相当の期間を定めて買戻権の行使を催促するのなら格別、その措置に出ないで、直ちに、期間経過による買戻し権の消滅を理由に、本件宅地の所有権を確定的に取得したと主張することは、信義則に反し許されないとした<sup>(48)</sup>。

以上のように、最高裁の判例のなかにも数は多くないものの、除斥期間の例外的制限を認めたも

のはある。しかも、その理由は①では「実質的、経済的に見て」や「公平の見地」などとされ、②は権利者の実質的な権利行使可能性を考慮している。③では期間制限後でも信義則による例外を認めてるように見える。④では、形式的には適用することもできるが実質的理由から除斥期間の適用を排除している。⑤では、相手方の態様から 580 条の期間経過の例外を信義則によって認めている。確かに画一的処理は除斥期間の命とも言えるが、判例も実質的な判断からその例外的制限を認めており、多様な現実を一面的な概念で説明しようというのは、やはり無理があるというべきではないか。

とすれば、724 条後段の期間も単純に「除斥期間だから」という理由だけで、唯一絶対的なものとしなければならない必然性はないはずである。

#### (5) 絶対的ではない「除斥期間」と消滅時効との区別の相対性

右のように、最高裁判例でも除斥期間は必ずしも絶対的なものとはされてはおらず、除斥期間概念も、厳格で画一的なものとはいえないように考えられる。ならば、先に述べたが、除斥期間と消滅時効はかけ離れたものではないのではないか。これについて検討してみたい。

まず、前提として、(3)で少し触れたが、除斥期間は「公益性」という点が重要な共通点であるという見解がある。除斥期間説の発端と考えられる吾妻論文や結論とも言う中川論文においても、除斥期間の「公益性」というものがその根拠となっていた(特に中川論文では「純公益的性質」などと述べ、その公益性の度合いが強調されているようである。一方時効は「私益的性質」から中断や援用などがある旨述べる)。そして、この見解は、「公益性」から厳格性、画一性が導かれ、ひいては消滅時効と峻別されるという。そうであれば、双方はかけ離れたものになりそうである。

しかし、「公益性」が除斥期間を消滅時効から峻別し、かつ除斥期間を確定するに足るだけの「共通点」といえるだろうか。(3)であげた各規定の趣旨「裁判困難な訴訟惹起の防止」、「取引安全の確

保」、「身分関係の安定」というのが「公益性」に関係しているのは明らかだろう。しかし、それぞれの要求するものは全く違うのである。例えば、契約関係の 564 条 ((3)(7)) などでは、「私的自治の原則」が妥当し契約は自由なのが原則である。そのため当事者の話し合いなどによって、権利(債権債務)関係は、原則自由に調整でき、権利者は債務を免除したりしても構わない。そのため、期間経過という理由だけで一方的に権利消滅させるほどの必要性がないために、「権利行使可能性」を考慮して起算点がずらされたりしていると解される。これに対して、身分関係 ((3)(7)) においては、画一的に処理する必要性が高く、原則として当事者の思惑・合意による自由な変更を許すようなものではない。他方、相続関係では対象になるのは、所有権や債権債務関係といった、個人の意思による自由な処分が認められるものである。そのため、画一的な処理の必要性や厳格性も身分関係ほど高度なものではない。よって、「権利行使可能性」を考慮することもできるが、相続は偶然的なもので取引安全の必要もあるから、権利行使の方式が決まっていると考えられる。物権 ((3)(1)) についても、物権法定主義の下、取引安全の前提となる制度であり、強固な安定性が要求される。原則として、当事者の合意などで新たな物権を作るといったようなことは許されない(但し、慣習法による物権という例外もある。また、譲渡担保などの約定による新しい物権もある。これは実務における有効性・必要性という「高度の公益性」があったためといえるのではないか)。

よって、一口に「公益性」といっても、まず(1)の物権関係は、制度そのものに直結するから公益性は高く、(7)の身分関係も同様である。しかし相続については多少緩やかになるが、社会全体への効果もあるので、公益性は(7)のそれよりも高いと考えられる。ただ(7)のなかで、例外もある。買戻期間を定める 580 条については、「買戻の経済上の弊害」という理由が述べられている<sup>(49)</sup>。つまり、買戻権の永続によって不安定な状態を続けさせることは、不動産の改良をおろそかにし、その融通

を阻害すること。さらに不動産の騰貴傾向と買戻金額がマッチしないということである。ここからすれば、本条は当事者の意向よりも、買戻制度の適正な運営ないしは存続が目的と考えられ、当事者の意思が反映される以前、若しくは不当に反映される結果を適正に修正するための規定である。そのため比較的公益性は高いといえるだろう。しかし、この期間についても例外がありえるのは前掲最高裁昭和45年4月21日判決のとおりである。

したがって、一般的には、制度に関する規定は公益性が高く、当事者の意思が介在できるものは公益性が低いといえそうだが、その程度はそれぞれの規定の趣旨や重要性などにも左右されるから、相対的なものである。

このように、「公益性」といってもあまりに広く曖昧なものであり、厳格性を基礎付ける「共通点」とまでいえるものか疑問である。

そして、消滅時効も「公益性」と無関係なものではない。この点、消滅時効の方が、145条を良心規定と説明したり、援用の必要性など当事者の関与を認める部分が大いことから、除斥期間よりも「私益的」な制度であるのは確かだろう<sup>(50)</sup>。しかし、消滅時効も全くの私益的な性格のものではない。本来権利者には、権利を積極的に行使する義務はなく、債務は履行されるべきものと考えれば、時効消滅させる必要はないとも考えられる。しかし、消滅時効は、かかる権利者の権利を裁判の困難や立証の困難から救済し「法的安定性」を保つためという、いわば「公益」のために一定期間で消滅させるものといえる。よって、現実には広い意味で除斥期間と類似の役割を果たしていると考えられ、広く「公益」に資するものであるといえるだろう。

また、消滅時効も必ずしも画一的ないし厳格なものではない。現に消滅時効について、援用の不要や時効利益の放棄を禁じる規定が存在する（会計法31条1項、地方自治法236条2項、国税通則法72条2項、地方税法18条1項<sup>(51)</sup>）。これらは援用や放棄を認めると公の債権につき債権債務関係

が不確定なままになる危険があるため（つまり公益のためといえよう）に制限されたものと解される<sup>(52)</sup>。

このように、双方ともに「公益性」があるのは確かであり、どの程度「公益性」があれば「消滅時効」ではなく「除斥期間」になるのか曖昧である。また上述の564条などのように「証拠上の困難」というのは消滅時効にも共通するものである。さらに、除斥期間といっても、主として法技術的な見地から時効ではなく除斥期間とされている場合には、公益的性格が乏しく、むしろ私的利益の調整が問題となっている場合があることを指摘する見解もあり<sup>(53)</sup>、必ずしも「公益性」があるとはいえない場合もあろう。結局、仮に除斥期間に共通する性質ないし属性として「公益性」があるとしても、それは除斥期間だけに特有のものではなく、あくまで相対的なものに過ぎない。さらに、各規定によって「公益性」の強さにも違いがあり、私権の保護の必要性と比較して、それを無視するには、かかる必要性を一蹴するだけの相当高度の公益性が認められるときだけで、全ての除斥期間にかかる高度の公益性があるとはいえないと解する。そして、724条においては、もともと私人間の問題であり、そこまで高度の公益性があるとはいえないのではないか。

よって、「公益性」では除斥期間を確定できず、明確には消滅時効と区別できないと考えられる。

では、他の区別はどうか。「除斥期間」と消滅時効の相違点として先に4つあげたが、それも従来考えられていたほど絶対的なものではない。以下検討する。

① 援用不要については、さほど異論はない。しかし、現実の民事訴訟において債務者が勝訴するには、除斥期間の経過を裁判所に認定してもらわなければならない。このとき裁判所が右の認定をするには、当事者が期間経過の事実を主張していることが必要と解される。かかる主張がなく、弁論に期間経過の事実が上程されていないときに、いきなり期間経過を認定して権利消滅としては、権利者にとっては不意打ちになり、民事訴訟

法における弁論主義<sup>(54)</sup>に反するおそれがあると思われる。よって、少なくとも当事者（普通は債務者）の期間経過の事実の主張は必要であり（消滅しているという主張までは不要だろう）、実体法上はともかく、手続法レベルで事実上時効援用の主張との違いは小さくなる。

② 遡及効無しについても、疑問の余地がある。144条から債務者は債権の消滅時効が完成すればそれ以前の利息債務の支払も拒めるが、ここからすれば、利息を生じさせる債権が除斥期間の対象にならないとするなら格別、そうでないのなら144条は除斥期間にも類推適用されるとの見解も成立する余地があると指摘される<sup>(55)</sup>。

③ 権利の発生時が起算点という点も、法律上行使できない間に期間が進行するのは酷ではないかということから、166条が当てはまるともいわれる（それに既述したように現実には起算点はずらして解釈されることも多い）。

④ 中断なしについては、さほど異論はない。よって、これと援用不要を主な違いとしてあげられることも多い。しかし、これも絶対のものとはまでは言えないように思われる。厳格に考えれば、除斥期間経過前に訴えても、訴訟中に期間が経過したら権利は消滅するのが自然であるように思われる。しかし、この場合消滅しないというのが判例通説であろう。これは限定的にせよ、事実上訴訟提起による中断を認めたともいえるのではないか<sup>(56)</sup>。そして、停止については、161条の類推など以前から主張されていたのである。

ここからすれば、除斥期間と消滅時効は、従来の考えほど明確に区分されているものではない、あるいは接近化しているといえるのではないか。

以上から、結局消滅時効と除斥期間を峻別し、その厳格性、画一性を裏付けるに足り「共通点」または「基準」とでも言うべきものは、未だ見出されていないというべきだろう。そもそも(2)で述べたように、形式的基準で除斥期間をピックアップできないこと自体が、除斥期間の画一性が絶対的なものとは言えない証明であり、これは先の判例の例外的判断などから実質的にも裏付けられた

といえるのではないだろうか。むしろ各規定の期間は実質的な考慮の結果、とりえず(典型的な)消滅時効ではない期間と考えられ、そういった期間を除斥期間という期間として、さしあたってひとまとめにしているだけに過ぎないというべきではないか。

そのため、前述のように、確かに権利関係を速やかに確定させる「公益性」がきわめて高く一切例外が認められない期間（これが真に除斥期間というに相応しいかもしれない。訴訟における控訴（民訴285条）、上告（同313条）、即時抗告期間（同332条）などがこれにあたるだろうか。しかしこれも上訴の追完（同97条）、再審（同338条）という例外的な制度が用意されている）もなかには存在するだろうが、564条など双方の趣旨には重なる点も多く、互いの相違点が縮小、接近化していると解される以上、両者は明確な一線で区切られたものではなく、ある意味連続的なものというべきではないだろうか。

#### (6) 小括

以上で検討してきたように、まず消滅時効ではない期間から始まって、大枠としての除斥期間というものの存在は肯定できる。そして、典型的な（厳格な）除斥期間と消滅時効を比較すれば、両者は相容れない。しかし、除斥期間も画一的なものではなく、厳格性が要求される「強さ」にも様々な段階があり、消滅時効との違いの大小も様々であると考えられる。そして、消滅時効も援用不要などその本質的な（私益的な性格による）特徴が制限される場合があった。これはその権利の性質などによっては、消滅時効であっても除斥期間（的な性質）に接近する場面もあるということではないか。よって、除斥期間と消滅時効の間に違いがあるにしても、それは比喩的にいって断崖のような次元の違う全く別のものではなく、斜面のように連続したものではないかと考えられる。

そして、それぞれの規定の「除斥期間」の起算点や期間の長さなどが異なって規定され、判例でも例外を認めているのは、「除斥期間」がその規定ごとの基本原理の下にあり、それに適合するよう

に修正されて規定され、または修正して解釈する余地があるためといえるのではないかと考える。よって、724 条後段についても同様に基本原理による修正があると解する<sup>(57)</sup>。

ここで、反対に「除斥期間」は基本原理による制約を受けないという考えもありえよう。本来の基本原理からはもっと長く権利行使しても良いが、それを修正し、あえて一定期間で消滅させる制度と解することもできるからである。しかしそれでは、上述の起算点の違いが説明できない。また、仮に平成元年判決のように「除斥期間」を厳格なものと考えてにしても、本来明文規定もない除斥期間が必要とされたのはそれだけの実質的判断があったわけである。その判断の根本には、それぞれの適用分野、場面における基本原理も含まれていると解するべきだろう。さもなければ、いかなる場合にも除斥期間の例外はないことになり、あまりに硬直的である。その条文が規定された趣旨を超越する制度を認めてはその規定の趣旨を無にしかねないであろう。そして、民法の基本原則は私権の保護・調整にあると考えられるが、厳格な考えもこの制限の下で妥当するものではないか<sup>(58)</sup>。

そして、724 条後段について考えると、不法行為における損害賠償請求権は純然たる債権であり、もともと私人間の私益的な問題で個人の自由な処分も原則許される。よって、身分関係の早期安定や訴訟の促進、取引安全の確保といった公益上の要請との関係は強いものではなく、その「公益性」の度合いは弱いといえる。ならば、同条後段については、先に述べたように消滅時効説と除斥期間説の根拠や結果が実質的に近いことに加え、除斥期間が時効期間の浮動性を排除して権利関係の早期確定を図るといふ発想から出てきたと考えられるところ、この「浮動性の排除」以外の点は、むしろ消滅時効と連続したところにある緩やかな除斥期間として、例外的判断を肯定することもできるのではないか。ドイツの例から、時効期間の規定の適用がある除斥期間を「混合除斥期間」と呼ぶことがあり（判例にもこのように解するものが

ある<sup>(59)</sup>）、これに該当するかもしれない。私見のイメージとしては両者が連続したものといえることから、「消滅時効的除斥期間」とでも表現できるような期間ではないだろうか。

そのため、始めに述べた疑問だが、敢えて 724 条後段の 20 年につき、画一的に「典型的な」消滅時効か除斥期間か決めようと争うことには、それほど意味がないのではないかと考えられるのである。

ここまで 724 条後段における除斥期間と消滅時効の相違を解消ないし接近化・縮小化する方向で論述を進めてきたわけだが、ならば、端的に同条後段の期間を消滅時効と解すればよく、わざわざ明文にない除斥期間とする必要はないとも考えられる。筆者は現段階ではどちらの説をとるべきか確定していない。より確立した方法で柔軟な判断が可能と思われる消滅時効説の方が良いのではないかと考えており、本判決の多数意見より河合意見のほうにひかれる。しかし、本稿においては、最高裁が同条後段につき除斥期間と考え、以後下級裁判例も除斥期間で統一されているが、仮にそうだとしてもその例外がありえないのか、を検討する方向で構成したために、両説そのものの是非には深入りしない。またいずれの説をとるかは究極的には価値判断に帰結すると解されるが、原則権利の行使可能時が起算点とされる消滅時効に比べ、除斥期間は原則起算点を固定し、当事者の「援用」行為がなくても権利消滅を認定でき、中断があるとしてもその中断事由もより厳格になることから、消滅時効の浮動性を排除する点で除斥期間をとることに消滅時効とは違った合理性（それが妥当かどうかは別にして）が全くないとはいえないと解する。

以上のように、724 条後段の 20 年の期間経過の判断についても、不法行為法の基本原則の下であり、それによる例外的制限もありえたと解する。

### III 例外的制限～時効停止規定の類推適用、信義則の適用の可否

724 条後段の除斥期間を例外的に制限するの

は、既述したように不法行為法の基本原理である。では、その不法行為法(709条～)の基本原理(目的・機能ともいえる)はなんだろうか。

## 1 不法行為法の基本原理

不法行為法(709条以下)による損害賠償の目的は、もちろん被害者の損害の填補ないし回復である。しかしそれには、誰が、誰に、どのように、どの範囲まで賠償するのか、という点を確定する必要がある。損害賠償といっても無限定なものではなく、不法行為がなかったならば本来あったはずの状態までの賠償を必ずしも認めるものではない。金銭賠償が原則とされる現行法下で、物損などならまだしも身体や生命侵害に対しては、真の意味で「損害の回復」を図ることはできない以上、いかに損害を与えた加害者といっても、一定以上の負担をさせることは妥当ではないと考えられる。この点、河合裁判官は「損害の公平な分担」が不法行為の基本原理とされる<sup>(60)</sup>。

では、上述の損害賠償の確定の点を考えてみよう。まず、被害者本人が請求権者なのは当然だが、他に相続人や一定の者に損害賠償請求権を認めている。また、賠償義務者は通常は過失責任主義のもと加害者本人だけのはずだが、他に使用者、占有者、所有者などが報償責任や危険責任といった考えから賠償義務者と規定され、あるいは解釈でそれが拡張されることもある。そして、その賠償範囲も因果関係論における条件説的な考えからは無限に拡大しかねないが、相当因果関係によって賠償すべき範囲(外にも過失相殺、損益相殺などによって)が限定されている。これらの損害賠償の請求権者、賠償義務者、賠償範囲の限定あるいは拡張は、既に発生してしまった不法行為の結果(損害)を誰が最終的に負担(賠償)するのが「公平」か、つまり誰が損害を負担「するべき」かという規範的な「判断」に基づいている。ならば、その損害賠償請求権の存続期間や消滅においても、単なる規定の形式的適用ではなく、同様の「判断」が及んでおり、その「判断」に基づいて権利が消滅すると考えるのが妥当ではないだろう

か<sup>(61)</sup>。

そして、期間経過によって権利消滅させる理由は何だったのか。除斥期間説にしる消滅時効説にしる未だ定説を見ないところだが、まず「法的安定性」や「権利行使されないことへの信頼」などがある。さらに、724条後段の20年が問題になる不法行為の場合、不特定者間で突発的、偶然的に起こることが多いだろうから、20年という長期間が過ぎた後には、権利者は不法行為の事実を知り、またはそれを立証できる証拠を持っていても、義務者とされる側は、時には不法行為とされる事実そのものを認識していないこともあるし、そうでなくても、自己の無過失ないし責任を軽減する主張(例えば過失相殺や正当防衛、緊急避難の主張など)をささえる証拠を揃えることが困難であることを考慮すべきだろう。また、長期間経過後の裁判困難な訴訟の防止という訴訟経済的な理由もあろう。よって、現実に権利行使できたかではなく、20年もあればその間に権利行使することが期待できるだろうと、いわば「政策的に」「判断」される請求権者とその反面不安定な地位におかれることになる義務者とを比較して、権利を永続させるよりも、結果として義務者に期間経過による義務の消滅という「利益」をあたえるほうが、より当事者間の「公平」の実現につながり、より合理的であるという考えが背後にあると解する。そして、権利消滅期間の長さについても、どこかで線をひく必要があるところ、20年が過ぎた時点とすることも一定の合理性はあるといえるのではないか。

しかし、あくまで期間経過によって権利消滅させてよいのは、それが「公平」に資すると「判断」されたからである。よって、義務者が裏返せば義務消滅という「利益」を受けるためには何をしていても良いということにはならない。また、不法行為制度の果たす機能は損害の公平な分担だけではない。現実に刑事罰とは別の意味で加害者に対し制裁としても機能し、それにより将来の不法行為の発生を予防し、当該被害者だけでなく広く一般人の権利や社会の安全などを保護する機能も果たし

ている。よって、場合によっては権利消滅を認めないこともありえるのではないか。そのため後述するが、その具体的事情から、義務者にかかる「利益」を受けるのが公平であると「判断」されるにただけの「資格」がないと考えられるときには、同条を形式的に適用することはできないというべきではないか。権利消滅もこのような趣旨の下に正当化されるのであって、かかる趣旨が当てはまらない場合にも一律に期間経過の例外的制限が一切許されないとするのなら、規定の予定外の事態まで無理に解決しようとする事になり、どこかで破綻を来すと解される。現に今回の判決も平成元年判決の論理の破綻が一因であろう。本判決の河合裁判官意見でも、これまでの学説が同条後段を除斥期間を定めたものとする事について、「本件のような事案とそこに含まれるような問題を視野に入れて検討した上で提唱されたものではなかった」ことを指摘している<sup>(62)</sup>。

よって、不法行為の基本原則による制限も肯定できる。また、その際に平成元年判決への批判でいわれるように、信義則を根拠とすることができると解する。なぜなら、信義則は民法の原則で解釈の指針にもなる基本原則であり、それは「損害の公平な分担」のなかにも含まれている、若しくは不法行為法における信義則の具体化が「公平な分担」といえるのではないかと解されるためである。前掲河合意見も、「民法1条の宣言する信義誠実ないし権利濫用禁止の法理に依拠するか、あるいは、前述の不法行為制度の目的ないし理念から出発するかは、結局同じ山頂に達する道の相違として、いずれであってもよいと考える」とされている。よって、724条後段の「除斥期間」は消滅時効に近い緩やかなものとの私見からは、消滅時効と同じく、その事例が「損害の公平な分担」に反する場合には、信義則違反を根拠に例外的な制限も肯定できると解する。

## 2 除斥期間の例外的制限方法

例外的制限方法として、時効停止規定の類推適用と信義則によるものがあげられる。

### (1) 時効停止規定の類推について

具体的な制限の方法として、まず時効停止規定の類推適用がある。もっとも、例外的制限の一つとしてあげられるため、便宜上ここで述べるだけで、これは必ずしも「損害の公平な分担」から直接導かれるものではなく、上述の「資格」も直接関係はない。他の除斥期間の場合であっても、時効停止規定の類推適用は主張されている。これは一定期間権利行使しなかったことによって権利が消滅するという制度上、およそ権利行使できないような場合に、期間経過を認めることは酷ではないかという考慮に基づくものである。そして、除斥期間は当事者の主観的認識に左右されないことに意義があるといわれるが（もっとも実際には権利行使可能性を考慮しているものもあるのは既述の通りである）、中断ではなく停止であればその原因は客観的なものであり、除斥期間の趣旨には反しないとされる。

今回の判決では、除斥期間の経過を制限した結論自体は妥当なものと思われ、学説に異論もあるが結論には基本的に賛成していると解される。しかし、最高裁は単純に「類推」はせず、158条の「法意」という遠回しな言い方をし、それに「右不法行為を原因として」と述べるなど、加害者の行為によって権利行使できなかったという点を重視しているように見える。同様に判断した判決もある<sup>(63)</sup>。

この点、平成元年判決を前提とする判断だったため、できるだけ除斥期間の例外的判断は避けなかったようである。よって、「本判決の適用の範囲は極めて狭い」とされる<sup>(64)</sup>。しかし、そもそも158条は、代理人不在のため「権利行使が不可能な間に時効期間が経過するのは酷」ということから時効期間経過を停止したものである。とすれば、同条で重視されているのは、「権利行使が不可能であったこと」で、それへの「加害者の関わり」は考慮されていない。そして、上述のように除斥期間と消滅時効が連続的なものなら、「類推」の基礎もあると考えられる。実際161条などを除斥期間に類推すべきという考えがある<sup>(65)</sup>。

「除斥期間の画一性」が問題になるが、法定代理人がいなないのは客観的事実であるから、これにも反しないのではないか。少なくとも本件では類推した方が無理がないと思われる（大阪高裁平成6年3月16日判決判時1500号15頁など類推した判決もある）。

ここで、本件では実際には法定代理人にあたる者がいたし、禁治産宣告を受けなかったということは、その保護を受けないものだから、本件のような判断は「辻褄合わせ」と批判する見解<sup>(66)</sup>もあるが、それは意思無能力者本人の責任ではないのだから、単純にそう判断すべきではないと解する。

次に、他の時効規定の類推もできるかについてだが、除斥期間といっても様々であると考えれば、一律に類推できるとはいえない。個々の事案や規定によるのではないか。

以上のように、除斥期間の「停止」もありえ、その場合、規定された期間だけ除斥期間が進行しないことになる。

## (2) 信義則による制限について

次の例外的制限方法として信義則による制限を検討する。「損害の公平な分担」や義務者の「資格」が問題になるのはこちらである。

時効停止規定の類推適用の場合、それが肯定されれば、期間は「停止」しているとして、いまだ経過していないとされる。しかし、信義則による制限の場合はそうではない。期間経過の事実が明らかだが、それでも例外的に権利消滅させるべきではないというもので、時効停止期間の類推適用よりも、より「例外的」な制限といえるだろう。

消滅時効では、場合によっては、その期間経過の事実の援用が信義則違反、権利濫用として排斥されることが一般に肯定されている。

先に除斥期間についても信義則による制限がありえると述べたが、これに対して、本件判決の前提となる平成元年判決では、①除斥期間経過による当該請求権の当然消滅、②援用という「請求権が消滅したことによる受益的主張」の不要、③職権による除斥期間経過による請求権消滅の認定という形式論理から、④除斥期間については、信義

則・権利濫用の適用は考えられないとして、かかる主張を「主張自体失当」として認めず、信義則・権利濫用の適用を封じた。今回の判決もそれを引用する。このように考えれば、結局信義則は一切除斥期間には適用がないことになる。

今回の判決では、必ずしも信義則による制限を認めなくても解決できたが（もっともX2X3は上告棄却されている）、先にII2(5)で述べたように、除斥期間は基本原理の修正の下に存在するという私見からは、信義則は民法全体を貫く基本原理のひとつであり、いかなる場合でも信義則の適用が無いのは妥当ではないというべきだろう。現に平成元年判決の後にも下級裁だが、信義則による除斥期間の例外的制限を認めた判決もある<sup>(67)</sup>。よって、まず平成元年判決の論理が唯一のものなのかについて検討する。

平成元年判決の論理をささえるのは、まず期間経過によって権利が「絶対的に消滅」することである。信義則による制限の場合、すでに期間が経過しているため、除斥期間経過の効果が問題となる。この点、確かに除斥期間経過で権利は当然消滅すると考えられてきた。その意味で最高裁の判断は特別なものではない。しかし、それでは、先の最高裁昭和51年3月4日判決の相殺についての508条類推適用肯定例とは相容れないことになる。そもそも除斥期間による「消滅」とはいかなるものか。確かに公益性が極めて高く、真に「除斥期間」といえるような期間の経過した場合には、絶対的消滅ということもできるだろう。しかし、一言に「消滅」といっても、法律における消滅とは必ずしも絶対的なものではない。前掲最高裁の判断も、時効期間経過後の通常の相殺と同様の利益状況にあることから相殺を認めたものである。724条後段の「除斥期間」が消滅時効に近いものと解する私見からは、当然消滅と考えるべきではない。松本教授も、ここでいう消滅は、絶対的ではなく、いわば「規範的な消滅」<sup>(68)</sup>とされている。

すると、次の除斥期間には「援用」行為がないから信義則が適用されず、裁判所は職権で権利が消滅したと判断すべきという点も疑問である。こ

の点については先に述べたが、まず、当事者が期間経過の事実も主張していない場合に裁判所が期間経過を認定できるかという問題がある。このような場合に除斥期間経過による権利消滅を認定しては、権利者は不意打ち的に期間経過を争う機会（例えば、前述のように時効停止規定の類推がありえるのだから、相手の期間経過の主張に対して、停止事由の存在を主張するなど）を奪われることになり、裁判所が事実を認定するには当事者の主張が必要であるという民事訴訟における弁論主義に違反することになるのではないか。よって、かかる主張のない時に期間経過の事実を認定するには、少なくとも釈明が必要になると解される<sup>(69)</sup>。次に、期間経過を基礎付ける事実が弁論に上程されているが、当事者の除斥期間が既に経過しているとの主張（法律上の主張）がされていない場合に、裁判所は常に除斥期間経過によって権利が消滅していると判断すべきだろうか。この場合は、弁論主義に抵触する危険はより小さいと解され、期間経過によって権利が「絶対的に消滅」するのなら、そのように判断をすべきとも考えられる。しかし、「絶対的消滅」と解すべきではないのは上述のとおりである。上述の私見からは、かかる判断が許されるのは義務者にそれに見合うだけの「資格」がある場合である。やはり、消滅させるに相応しいだけの時間が経過し、除斥期間経過を理由に、義務者が権利消滅の「利益」を受ける「資格」があると考えられる場合には、当事者の援用行為がなくても「消滅したと判断することができる」といった程度のもので、常に消滅したと判断しなければならぬものではないと解する。本件のような不法行為の訴訟は、もともと当事者の私権にかかわるものであり、当事者の要保護性の程度を考慮せずに常に職権で権利が消滅したと「判断すべき」とするのは妥当ではない。

以上のことを考えれば、京都地裁平成5年11月26日判決（判時1476号3頁）の「除斥期間経過の事実を主張することは権利の濫用」という判断や、後であげる名古屋地裁昭和60年10月31日判決が、「債務者が時効を援用し、又は除斥期間が経過

したことを主張するのはいずれも講学上の抗弁に他ならない、当裁判所は右の抗弁の主張自体を権利濫用と解し、これを許さないとするものであるから、概念上除斥期間としたからといって結論に差が生じ得べきものではないのである」と判示したように、結果的に除斥期間による消滅を認めない判断もできると考える。また、東京地裁平成4年2月7日判決（水俣病東京訴訟第一審判決、判タ782号65頁）は、除斥期間は加害者の法的安定を図ることが主目的で、「およそ加害者において除斥期間の経過による利益を放棄し得ないものではない」とし、被告のうちチツソだけが「民法724条前段の時効を援用せず後段の期間経過による権利消滅を主張していなかった点を捉えて、除斥期間の経過後に加害者である被告において原告の請求に係る損害賠償請求権が除斥期間の経過により消滅した旨の主張をしていないことは被告が積極的に除斥期間の経過による利益を放棄する意思を有していることによるものと認められる特段の事情がある場合には、裁判所は除斥期間の規定を適用すべきではない」と判断した。

さらに、信義則について異なる捉え方もある。大村教授は、当事者の行為をとらえて信義則を適用するのではなく、「ある規範の適用に際し、一定の事情がある場合には、その規定の適用を認めるべきではない」という裁判官の客観的な判断に際しても、信義則・権利濫用の理念に訴えることが可能であるし、また現にそうされているという考え方<sup>(70)</sup>があると指摘され、「この考え方によれば、本件（平成元年判決）の場合、裁判所が職権で724条後段の適用の可否を判断するとしても、その際に信義則・権利濫用を理由にこれを適用しない、すなわち、民法724条後段は一定の場合には適用されないのだという解釈（縮小解釈）をすることもありうることになる（たとえば177条、612条などの例<sup>(71)</sup>を見よ）」と述べられる。

よって、論理必然的に、平成元年判決のいうように724条後段に信義則は全く影響せず、信義則適用の主張が④「主張自体失当」という結論になるとは言えない。この点、厳格に「除斥期間」を

考えれば、そのようになる可能性も否定できない。しかし、同条後段の除斥期間は緩やかなもので、そこまで厳格なものではないと考えられるのは先に述べた通りである。よって、消滅時効と同じく、その事例に形式的に適用した結果が「損害の公平な分担」に反する場合には、信義則違反を根拠に例外的な制限も肯定できると解する。

### (3) 信義則適用が肯定される場合

では、具体的にどのような場合について制限されるか検討してみよう

除斥期間と消滅時効が連続的なもので、724条後段の期間は消滅時効に近いと考える私見からは、基本的に消滅時効における信義則違反の場合が参考になるだろう。すでに消滅時効における信義則違反については、詳細な検討がされている<sup>(72)</sup>。

消滅時効の例外となるのは、その趣旨（①法的安定性、②権利の上に眠るものは保護しない、③立証の困難の救済、④権利行使されないことへの信頼の保護、⑤権利の永続性の否定）が妥当しない時である。つまり、「<権利の上に眠るもの>」との評価が妥当せず、義務の不履行が明確で時の経過による<攻撃防御・採証上の困難>がなく、権利の性質や加害者と被害者の関係などから、時の経過の一事によって権利を消滅させる<公益性>に乏しい場合<sup>(73)</sup>であり、同条後段に即して言えば、「権利を消滅させないほうがさせるよりも「損害の公平な分担」に資する場合、すなわち義務者に、期間経過による義務消滅という「利益」を受ける「資格」がないと考えられる場合ということになる。

では、「資格」がない場合とはどのようなときだろうか。この点、期間経過に至るまで債務を弁済していないこと自体は、なんら信義則には反しない。なぜなら、それは既にこの権利行使期間制限の制度上予定されているからである。しかし、弁済しないということは、権利者の権利行使そのものに干渉してよいということではない。少なくとも政策的には、20年もあれば権利者は権利行使できただろうといえることが、権利者に不利益を課

すことになる権利消滅を正当化する条件だからである。よって、単純に弁済しないという事実を越え、義務者が権利者に対して干渉したとき、すなわち、「義務者の行為（態様）がなければ、権利者は当然期間内に権利行使していただろうと解するのが合理的である場合」には、このような義務者には、権利者と比して「利益」を受ける「資格」がないといえるのではないか。これが原則で、724条後段のいわば「内在的」制限といえるのではないだろうか。さらに、例外的に当事者の関係から、義務者が不法行為責任とは別の、より高次の法（憲法が典型）による義務を負う時には（後述の③のような場合）、それによるいわば「外在的」制限の結果、やはりかかる義務者には「資格」がないといえると解する。

以上からすると、大きく分けて、内在的な制限として①債務者が権利行使を妨害した場合、②妨害したわけではないが債務者の態様から債務が履行されるものと権利者が合理的に期待する場合があります、外在的な制限として③客観的状況が期間制限の趣旨よりも高次の制限に服する場合、があると考えられる。

### (4) 例外的制限の具体例の検討

#### (ア) 各分類についての分析

##### ① 債務者による権利行使妨害の場合

これには、積極的に権利行使を妨げる目的、いわば悪意で妨害した場合と、そこまでの悪意はないが、誠実に対応しなかった結果妨害した場合がありますと思われる。除斥期間の強い「公益性」や「権利関係の速やかな確定」を重視しても、前者の場合、その妨害行為自体が別途不法行為を成立させるものといえ、この結果その権利行使できなかった損害賠償請求をすることも出来るから、権利消滅という意味に乏しい。後者の場合でもかかる妨害をした義務者に「義務の消滅」という利益を与えること自体が、当事者の「公平」に反するのは明らかである。このような妨害の場合に権利消滅を肯定すれば、債務者は如何なる手段を用いても期間さえ経過させればよいことになりかねず、ひいては裁判制度への信頼というより大きな「公

益性」に反することになる。よって、義務者には利益を受ける「資格」がなく、信義則によって除斥期間経過を制限することが肯定できる。平成元年判決の事案は、役所が被害者の救済の求めに対して、「たらい回し」にした結果、権利行使が遅れたものと考えられるから、この分類（おそらく後者）になると解される。また、先に挙げた580条について期間徒過による権利消滅を信義則上主張できないとした最高裁昭和45年4月21日判決もこの分類に属すると解する。

② 妨害したわけではないが、債務者の態様から債務が履行されるものと権利者が合理的に期待する場合

この場合、義務者は特に権利行使の妨害をしたわけではないため、権利消滅させてもなんら信義則には反しないともいえそうである。しかし、「権利関係の速やかな確定」を根拠とする除斥期間だが、裏返せば権利関係が不安定であるからこそ、「速やかな確定」が必要なのである。ここで履行を期待するのが合理的である時には、義務者の内心はともかく、外観上は当事者間で権利関係につき争いはなかったはずである。ならば、少なくとも当事者間ではその合理的判断の範囲で、事実上権利関係は不安定なものではなくなっていたと言えないだろうか。確かに「速やかな確定」とは、判決を得るという裁判上の確定を意味するとも考えられる。仮にそう考えれば期間制限は、判決を得ることに対するものになる。しかし、通常は当事者間で権利関係につき争いがあるか、争いがなくてもその履行が期待できないからこそ、訴えるのであろう。裁判は時間と費用のかかるものであるのは確かである。ならば、訴訟を好まない日本においては、履行を合理的に期待できる場合には現実には訴訟提起しないのが自然である。とすれば、すでに外観上争いのなかった権利関係を訴訟で争うことの方がかえって権利関係を不安定にするのではないか。よって、かかる場合に形式的に除斥期間経過による権利消滅を認めるのは、いわば義務者の禁反言的な行為を許し、特に落ち度のない権利者に比して、不当な利益を得ることになる。

そして裁判所がそれに加担することになり、裁判制度への信頼が揺らぐことになるのは①と同様である。そのため、信義則による制限を認める方が、より「法的安定」に資するといえるのではないか。したがって、この場合も義務者には「資格」がなく、信義則による制限も肯定できると解する。

ここに属する判例としては、福島地裁いわき支部昭和58年1月25日判決（判タ506号142頁）の事例があげられよう。事実は、昭和16年に旧陸軍で上官（被告）に暴行を受けた原告が、昭和56年に弁護士と共に被告宅を訪れたところ、被告は、不法行為の事実を認め、「責任は取ります」と答えていたものである。判決は、被告は「消滅時効完成後に本件不法行為を自認しその債務を承認したものであり、このような場合は、時効完成の事実を知っていたときはもちろん、知らなかったときでも、信義則に照らし、その後右債務についてその時効を援用することは許されないというべきである。なお……724条について、これを除斥期間と解する説もあるが、そのように解したとしても右の結論を否定する理由はない」と判示した。期間が経過しているから完全にこの分類とは言えないかもしれないが、履行を期待させた点でこの分類に該当するのではないかと解する。

この①②において、除斥期間経過の例外的制限が認められるのは、義務者が権利者の権利行使に干渉し、事実上権利行使をできなくしたためである。そのため、その判断の際には、右の干渉の程度や継続期間が問題になる。その結果、義務者が干渉したという事実があっても、すぐに干渉が終わった場合など、権利者の権利行使が現実に影響を受けなかった、ないしは多少影響をうけても、十分権利行使できたと判断される場合（義務者に「資格」がないとまではいえないような場合）には、この例外は認められないと解される。

③ 客観的状況が期間制限の趣旨よりも高次の制限に服する場合

つまり、義務者が権利者の権利行使を妨げたという事情は特にないが、当事者の客観的な利益状況から、除斥期間という制度がより高次の制限に

服すると考えられる場合である。

ここに属するものとして、名古屋地裁昭和60年10月31日判決（予防接種ワクチン禍東海地方訴訟，判時1175号3頁）の事例がある。事案は、本判決と同様に予防接種によるものだが、同判決では、まず724条前段の3年時効につき、伝染病予防という「公共の福祉のため」一定の犠牲者の発生を認識しつつ全国一律に強制されたこと、被害児側に過失その他帰責事由が存在しないのといったん事故が発生するとその損害は被害児だけでなくその介護に迫られる両親に多大の経済的・肉体的負担を負わせて家庭崩壊をももたらすことが稀でないこと、大多数の国民が被害者の犠牲の上に利益享受していることを強調して、「被害者の救済は全国民すなわち国の責務」として時効援用を権利濫用とした。そして、20年の期間についても同様のことを認めている。この判決は、権利者の権利行使が困難だったかには言及していない。ほかにも似た事例として、大阪地裁昭和62年9月30日判決（判時1255号45頁）<sup>(74)</sup>などがある。

この場合、義務者（国）は、期間の経過自体については特に信義則の反するようなことはしていないし、被害者達の権利行使が妨げられたわけではないから期間経過による消滅を認めてもよいとも思える。しかし、この場合は①②とは違う観点から「資格」がないと考えられる。

この名古屋地裁判決の場合、賠償義務者たる国は、不可避免的に犠牲者が一定数出るのが承知の上で、あえて予防接種を行なったのである。基本的人権の尊重がうたわれる憲法の下で、承知の上で一部の者に多大な犠牲を強いる結果をまねくことがなんとか正当化されうるのは、それが大多数の者の利益を守るという「公共の福祉」のためであり、かつ犠牲者に対する十分な保障（真の意味で「十分な保障」などは有り得ないが、だからこそ保障が必要になる）がされてこそであろう。このような重大な義務を負う国が、それを放置したから法的に免責されるというのは、到底「公平」とは言えない。また、かかる犠牲者を切り捨てることによってえられる「公益性」や「法的安定性」「信

頼」が、そう呼ぶに相応しいものとは到底思われない。

20年の除斥期間といっても、それは「権利消滅」によって「損害の公平な分担」を実現するという考えに支えられており、単純に、期間経過の事実から権利消滅させる規定ではないのは先に述べた通りである。本件のような予防接種禍のような場合、国には、犠牲者の請求の有無にかかわらず、積極的に保障措置<sup>(75)</sup>を講ずべき憲法上の義務（条文上の根拠は憲法25条ないしは29条か<sup>(76)</sup>）があるのは明らかであろう。そして、この義務は、時の経過によって消滅するようなものではないと考えられる<sup>(77)</sup>。とすれば、かかる場合、国には、期間経過による義務消滅の「利益」をうける「資格」がないというべきではないだろうか。こういった場合には、724条後段の除斥期間の趣旨の範囲外からの制約を受け、同条を形式的に適用することは許されないのではないか。そもそも、法とは現実には現実の問題を処理し、解決するための技術である。あくまで現実が優先されるのであって、法が現実を無視して処理するものではないはずである。こういった場合にも例外なく一律に権利消滅させては、結果的に行政の手落ちを見過ごすことになり、①②の場合と同様か、むしろそれ以上に裁判制度への信頼を失墜させ、「公益性」に反することになるだろう。

また、本稿で主に検討してきた平成10年6月12日判決の事例もここに該当すると解する。まず、本判決も予防接種禍事件だから、名古屋地裁判決と同様の点から「資格」がないと考えられる。さらにその他にも、原審たる東京高裁平成4年12月18日判決において、原告62家族中、X1らを除く61家族については国家賠償法にもとづく損害賠償請求を認容したのに、X1ら1家族だけがたまたま20年経過していたため請求棄却されたのである。国に被害者を救済する義務があるのは既に述べたが、憲法14条で法の下での平等が規定され、国には同一原因による被害者についてはその被害の程度に応じて差別せず救済する義務があると考えられ、一部の者だけが期間経過していたか

らといって切り捨てるのはこの法の下での平等に反するのではないか。よって、この点からも国には「資格」がないと解する<sup>(78)</sup>。

#### (イ) 例外的制限の限界

では、以上のような例外的制限の肯定される場合、権利者はいつまでも権利行使することができるのだろうか。その限界について、本稿で主に検討してきた平成10年判決は分類③に属すると解されるから、まず③の場合を念頭に検討する。

まず、義務者に義務消滅という利益を受ける「資格」がない以上、権利が無期限に存続してもよいとも考えられる。しかし、権利（債権）は消滅するというのが民法の原則（167条1項）であり、確定判決を経た債権でさえ10年で消滅時効にかかる（174条の2第1項）のに対して、不法行為による損害賠償請求権は、その内容はもとより、存否自体も確定していない。そのため、権利者はいつまでも権利行使ができるとするのは妥当ではない。また、権利者にとって、誰が加害者（義務者）であるかは選択の余地がない。偶然加害者が国であったような場合には、一律に権利行使の期間制限がなくなるというのは、私人が加害者である場合の期間制限の厳格性と比較して、適切ではないだろう。加害者が誰であろうと、権利者は権利の上に寝ていてよいわけではない。もともと除斥期間経過によって権利は消滅するのが原則である以上、それが例外的に制限されても、権利行使は無期限ではなく、ある一定の期間内にすべきである。また、先に述べたように、この制限は、義務者には個別具体的な事情から、権利者との関係で相対的に義務消滅という利益を受ける「資格」がないと判断されたことから認められたものである。義務者に「資格」がない場合でも、あまりに長期間が経過した後に権利行使を認めるのは、かえって信義則に反し、またそれが権利濫用にあたることもあるというべきだろう。結局は、権利者と義務者のいずれが、より保護に値するかという問題（双方の要保護性の比較の問題）なのである。よって、「資格」が問題になるのは義務者だけではなく、権利者も、例外的制限による権利行使可能

という「利益」を受けるためには、適切な期間内に権利行使するという「資格」が必要であると解する。そのため、かかる「資格」が権利者にないと判断されるような場合（要保護性に欠ける場合）には、むしろ義務者をより保護すべきとして、義務者に前述の「資格」がなくても、権利者の権利行使を否定し、権利消滅とすべき場合があると解する。

この点につき、信義則によって除斥期間が例外的制限を受けるのなら、権利者の権利行使を認めるべきではない場合にも、その権利行使を信義則（ないしは権利濫用）で個別に制限すればよいとも考えられる。しかし、それでは抽象的にはよくても、何の具体的な基準も示したことはない。よって、どのような期間内に権利行使がされるべきかについて検討すべきである。

まず、一定の期間の長さが問題になる。これに関しては、もともと不法行為による損害賠償請求権であり、除斥期間経過後も、724条前段の短期消滅時効の趣旨である、証拠上の困難などによる裁判困難の危険性<sup>(79)</sup>はより一層拡大している。よって、早期に権利行使させ権利関係を確定させるべく、同条前段を類推して3年と解する。

では、この3年をどう適用すべきか。その起算点が問題となる。

前提として、権利行使の方法も問題になるが、権利者が除斥期間経過後に権利行使するには、事実上訴訟を提起するしかない<sup>(80)</sup>。そのため、問題は、除斥期間経過後の訴訟提起をいつ、どのような状況で行ったかである。

訴訟提起が、同条前段にいう加害者（義務者）及び損害を「知リタル時」（認識時）から3年経過後ならば、特に問題ではなく、権利は消滅していると解される<sup>(81)</sup>。問題になるのは、権利者は右を認識していなかったが、客観的には認識可能性があったときから3年経っていた場合（認識しなかったことにつき、権利者に過失があった場合）に権利は消滅したと解すべきかである。同条前段の起算点は、「知リタル時」であり、「知り得べき時」ではない。被害者たる権利者が過失で認識し

ないでいても、「知リタル時」にはあたらないとされる<sup>(82)</sup>。これは、短期消滅時効の必要性和被害者の権利行使の困難性との調和を考慮したものである。ならば、同様に権利者が認識しない限り、いつまでも権利行使できるとも考えられる。しかし、除斥期間説をとる根拠の1つは、起算点を認識時として遅らせることによって生じる3年時効の浮動性を排除することである。よって、同条前段と後段は互いに関連しており、かかる浮動性は、除斥期間の制限内において認められるものというべきである。除斥期間の効果は排除された場合にまで、同条前段の起算点をそのまま適用すべきではないだろう。また例えば、私人間における通常の不法行為において、懸命に調べた結果、不法行為時から17年経過後に右を認識した権利者には、3年時効の適用もないとされる。さらに、いくら調査しても認識できないような場合<sup>(83)</sup>でも、権利者は除斥期間の経過によって権利を失うとされる<sup>(84)</sup>。これらと比較すれば、偶然義務者が国であっただけで、認識可能性があったにもかかわらず、過失により認識しなかった権利者を単純に保護するということは、あまりにバランスを失しよう。そのため、前段そのままに「知リタル時」を起算点とすべきではない。一方、権利関係の早期確定を重視すれば、法律上権利行使可能な時(166条1項)を起算点とすることも考えられるが、それでは除斥期間の例外的制限を認めた意味が無になりかねない。よって、権利者保護と右の一般不法行為被害者とのバランスの観点から、起算点は客観的認識可能時とし、そこから3年の消滅時効にかかる(724条前段類推)と解する。よって、権利者が、過失によって認識せずに3年が経過したような場合には、その分権利者の要保護性が減少し、「資格」がないことになる。先の予防接種禍の場合では、法律や医学の素人である被害者が、権利行使が可能かどうか知るの難しく特に問題になるが、同様の訴訟が提起され、それがニュースなどで世間に知られるようになれば、その時点で事実上客観的に認識でき、権利行使が可能になったといえるのではないかと。

このように、以上の時点から3年が経過すれば、権利は時効消滅すると解される。しかし、権利者に過失があった結果として要保護性が減少しても、あくまで義務者との相対的なものであるから、具体的事情によっては、さらに義務者たる国の時効援用が濫用になることもあろう。しかし、分類①②に比べれば、直接権利行使の妨害などはしていないため、援用が肯定されることが多くなるのではないかと<sup>(85)</sup>。

では、分類①②の場合はどうか。この場合も権利者は速やかに権利行使すべきであることに変わりはない。よって、③と同様に義務者に「資格」がなくても、一定期間が経過した結果、権利が消滅することもありうると解する。しかし、義務者の態様の違いによって、異なるところもある。以下検討する。

まず、①は義務者が権利者の権利行使を妨害した場合だが、その妨害の態様から2つに分けられる。そもそも権利者が認識しようとするのを妨害した場合と、認識した権利者が権利行使するのを妨害した場合である。前者の場合、権利者は、認識そのものができなかった以上、権利行使はもとよりその準備もできない。よって、後に認識が可能になっても権利行使のための準備期間が必要である。そして、724条前段は、認識後3年以内に準備し、権利行使することを期待していると解されるから、やはり同条前段を類推して、認識可能性があつてから3年の時効にかかることになる。後者の場合、権利行使の準備そのものはできていた(ないしは準備する期間はあつた)のだから(ただし、認識しても準備行為が妨害されていたような場合には前者と同様になるだろうか)、権利者が侵害されたのは、いわば訴訟提起という「請求」(147条1号)によって、時効を中断する利益である。この場合には、妨害がなくなればすぐ訴訟提起できるから、改めて3年の期間は必要ではない。そのため、催告についての153条を類推し、妨害行為が終わり、権利行使ができるようになってから6ヶ月経過すれば、権利は消滅すると解される。なお、ここで起算点を③と同様に「客観的認識可

能時」とするのは、妨害という非難の度合いが大きい行為をした義務者と権利者を比較すると、妥当ではないとも考えられる。しかし、除斥期間が経過している以上、なるべく速やかに権利関係を確定させるべきだし、この場合、妨害行為そのものが別途不法行為を成立させることが多いと解されるが、そちらで損害賠償請求をすることができる（むしろこちらを請求するほうが正当とも解される）と考えられるし、義務者の態様によっては時効援用が権利濫用とされることもありうるから、権利者にとっても酷ではないと解する。

次に②の場合はどうか。この場合には、義務者が履行を合理的に期待させたことをもって、不法行為が成立するとまでは言い難いことも多いだろう。しかし、権利者は期間の経過そのものは認識していたはずであるし、少なくとも認識可能性は十分にあったはずである。よって、除斥期間経過につき過失がないわけではない。そのため、義務者が履行を拒否するなどして権利者の合理的期待を解消した場合や、ほかの事情も含めて、権利者が履行が期待できないと認識する可能性があった場合には、権利者は速やかに権利行使すべきであり、それを傍観していたようなときには、権利は時効によって消滅すると解するべきである。そして、この期間については、履行が合理的に期待できた場合には、権利者は訴訟の準備などはしていなかったであろうから、やはり724条前段を類推して3年と解する。

このように、義務者に「資格」がないといっても、それだけで反射的に、権利者が除斥期間経過後も権利行使できるわけではない。例外的に保護されるのは、双方の要保護性を比較した結果である。そのため、権利者は権利行使ができなくても、自己ができることはしている必要があると解する。

#### IV 総括

平成元年判決は、いわば伝統的な「除斥期間」概念から、論理的にはきわめて明快に判決をくだしたもののだが、それは一切の例外を認めない硬直

的なものであったと思われる。そのため、除斥期間説を含めた学説から大きく批判されたことは上述の通りである。

そして、判例のいう「除斥期間」に例外はないのかを検討した結果、もともと厳格で画一的であるべきという判断から構成された「除斥期間」概念だが、現実に「除斥期間」とされる各規定の期間を検討してみると、一言に「除斥期間」といっても、実は相対的で不確定なものであり、さらに消滅時効も除斥期間的な性質を帯びることがあることからすれば、消滅時効とも連続的につながったものではないかという結論に達した。そして、724条後段の期間については、除斥期間だとしても消滅時効に近いものと解される。よって、従来のような除斥期間説と消滅時効説の対立は、解消される方向にあるのではないかと考えられる。今まで「除斥期間」という言葉のイメージと、その伝統的な定義にのったまま実質的な判断をしてこなかったつけが、今回の判例の変更とも言える判断につながったのではないか。そして、本稿では除斥期間の例外的制限とその限界についても検討してみた。

日々刻々と変化する社会の情勢にたいして、法律の規定は一般的、抽象的な表現にならざるを得ない。そのため、このような一般的な表現の規定の形式的適用による硬直性の修正のために、基本原理にそった法解釈を目指す必要があると解する。今回の判決は、かかる修正のひとつとして意義があるのではないだろうか。

#### 注

- (1) 吉村良一「判批」法教 No 219 (1998) 56 頁など。
- (2) 学説の分布については後掲注(8)参照。
- (3) 本判決の判例評釈として、注(1)のほかに、半田吉信「判批」判時 1661 号 (1999) 54 頁、橋本恭宏「判批」金融商事判例 1057 号 (1999) 54 頁、河本晶子「判批」判タ 1005 号 (1999) 100 頁、松本克美「判批」法時 70 卷 11 号 (1998) 91 頁、前田陽一「判批」判タ 995 号 (1999) 58 頁など

がある。

- (4) 半田「判批」民商 103 卷 1 号 (1990) 140 頁, 他にも松本「判批」ジュリスト No 959 (1990) 109 頁, 石松勉「判批」岡山商科大学論叢 35 卷 1 号 (1990) 205 頁など。
- (5) 大村敦志「判批」法協 108 卷 12 号 (1991) 220 頁。
- (6) 詳しい判例の動向については, 石松「民法 724 条後段の 20 年の期間制限に関する判例研究序説(一)」岡山商科大学論叢 2 号 (1994) 107 頁, 采女博文「判批」鹿児島大学法学論集 26 卷 (1991) 169 頁, 内池慶二郎『不法行為責任の消滅時効』(成文堂・1993) 184 項など参照。
- (7) 松久三四彦「民法 724 条の構造——期間二起算点の視角」星野英一先生古希祝賀『日本民法学の形成と課題(下)』(有斐閣・1996) 1016 頁。
- (8) 石松・前掲(注 6) 1 号 (1993) 58 頁注(5) など。  
平成元年判決以降, 除斥期間説を支持するのはまず判例である。他に河野信夫「判批」曹時 43 卷 7 号 (1991) 1591 頁, 石松・前掲(注 6) 1 号 (1993) 81 頁など。これに対して, 消滅時効説を支持するのは, 松本・前掲(注 3) 91 頁, 半田・前掲(注 4) 139 頁, 徳本伸一「判批」判評 393 号 (1991) 28 頁, 柳澤秀吉「判批」名城法学 41 卷 1 号 (1991) 199 頁, 采女「判批」鹿児島大学法学論集 26 卷 2 号 (1991) 189 頁, 内池「判批」私法判例リマックス 1991 上 (1991) 79 頁, 渡邊知行「判批」名古屋大学法政論集 139 号 (1992) 576 頁, 石田穰『民法総則』(悠々社・1992) 536 頁, 田口文夫「不法行為に基づく損害賠償請求権と長期の期間制限(二)」専修大学法学論集 58 号 (1993) 65 頁, 松久・前掲(注 7) 1016 頁など。
- (9) 梅『民法要義卷之三』(有斐閣・1912 復刻版 1984) 904 頁, 松波仁一郎=仁保亀松=仁井田益太郎『民法正解』(有斐閣・1897) 1502 頁など参照。もっともその根拠についての既述はほとんどない。
- (10) 加藤一郎『不法行為増補版』(有斐閣・1974)

263 頁以下, 幾代通『不法行為法』徳本伸一補訂(有斐閣・1993) 349 頁, 前田達明『民法Ⅳ 2 (不法行為法)』(青林書院・1980) 392 頁などもほとんど結論しか述べていない。

そして, 他に同条後段につき除斥期間説が通説とし, または除斥期間説を支持するものとして, 四宮和夫『不法行為(事務管理不当利得不法行為)』(青林書院・1985) 651 頁, 川井健『民法教室 不法行為法第 2 版』(日本評論社・1988) 283 頁, 広中俊雄『債権各論講義 第 6 版』(有斐閣・1994) 503 頁, など多数に上っているが, やはり根拠を具体的に述べてはいない。

- (11) 法協 48 卷 2 号以下(1930) 57 頁。なお以下「吾妻論文」と略。
- (12) 法学志林 33 卷 1~3 号 (1931)。以下「岩沢論文」と略。
- (13) 論叢 28 卷 3 号 (1932)。以下「末川論文」と略。
- (14) 『身分権の総則的課題』(岩波書店・1941) 26 頁。以下「中川論文」と略。
- (15) 詳しくは内池・前掲(注 6) 255 頁以下, 新美育文「不法行為損賠償請求権の期間制限」法律時報 55 卷 4 号 (1983) 30 頁以下, 徳本伸一「損害賠償請求権の消滅時効」星野英一代表編集『民法講座 6』(有斐閣・1985) 712 頁など参照。
- (16) なお, 吾妻説は, かかる不安定な加害者の地位に鑑み, 724 条前段後段ともに除斥期間と考えたようである。前掲(注 11) 57 頁以下。
- (17) 岩沢論文(上)・前掲(注 12) 1 号 59 頁。
- (18) 末川論文・前掲(注 13) 309 頁。
- (19) 中川論文・前掲(注 14) 26 頁以下。また, 除斥期間に中断, 停止がなく援用不要ということも私益的なものではなく純公益的なものであるためとする。
- (20) 戒能通孝『債権各論』(巖松堂書店・1950) 469 頁は「不法行為後 20 年が経過したときは, 寧ろ除斥されるとみるのが, 最近における有力な学説の傾向である」とされ, 我妻榮=有泉亨『債権法』(日本評論社・1951) 592 頁は, 「20 年の期間を消滅時効と解する説も多いが除斥期間と

- 解するのが正当であろう」と述べる。しかし、いずれも実質的な根拠は挙げられていない。
- (21) 詳しい立法の経緯は、内池・前掲(注6) 3頁以下参照。
- (22) 石松・前掲(注6) 3号132頁以下。
- (23) 石松・前掲(注6) 3号114頁。
- (24) 石田『民法講義6』(有斐閣・1997) 390頁、浅野直人「不法行為による消滅時効の起算点」民法の争点II(1985) 235頁、川井健・前掲(注10) 238頁、四宮・前掲(注10) 651頁。
- (25) 松岡久和「民法566条3項による権利行使期間制限の趣旨」民商109巻1号(1993) 109頁以下によれば、除斥期間に言及している戦後の72判決のうち、除斥期間を理由に「消滅時効と異なる結論を導き出しているものは、裁判外の権利行使で権利が保存されるとするものが7例(①公衆電気通信法80条についての東京地裁昭和47年1月28日判決、②566条についての東京高裁昭和50年5月30日判決、637、638条についての③大阪高裁昭和53年10月26日判決、④東京地裁昭和59年3月26日判決、⑤東京地裁昭和60年2月15日判決、⑥福岡地裁昭和61年10月1日判決、⑦東京地裁平成3年6月14日判決)、時効中断を否定するものが2例(同一事件、保管金規則1条についての⑧東京高裁昭和55年3月26日判決とその上告審⑨最高裁昭和56年10月13日判決)、期間経過後の相殺を否定したものが2例(前掲④判決と⑩638条についての札幌地裁昭和50年7月22日判決)、除斥期間では援用を要せずに権利濫用の前提が欠けるとしたものが2例(⑪724条についての東京地裁昭和56年2月23日判決、⑫最高裁平成元年12月21日判決)」とされる。「さらに、除斥期間だから裁判外の権利行使で請求権が保全されるといえるかも疑わしい。というのは、消滅時効と明記する民法1042条につき、最判昭和41年7月14日民集20巻6号1183項が、物権的效果を直接生じる形成権として、裁判外の権利行使を認めているからである。」とする。
- (26) 松岡教授は、前判判例①は詳細が不明とされ、
- ②は特殊な事例で消滅時効と見ても訴訟上の請求がなされているとも理解できる、④は瑕疵の存在すら怪しく判旨は傍論、⑩は相殺を認める最高裁昭和51年3月4日判決によって先例的価値がない、などと述べられる。⑫については、本判決の前提となるものだが批判が多いのは先に述べた通りである。
- (27) 民法724条後段の20年が問題になりはじめた昭和40年代以降平成元年判決まで、同条後段に関する判例41件のなかで、消滅時効と解するものは14件。そのうち時効期間が経過していないとするものは5件。経過したが、時効援用が権利濫用とするもの5件。除斥期間とするものは21件、そのうち期間経過していないとするのは5件である(残りは期間について明示していない)。
- (28) 例えば、中川論文などは公益性を重視するが、幾代『民法総則第2版』(青林書院・1984) 603頁では、724条のような長短期双方が時効とされる規定について、長期には時効の中断が考えられず、「中断のない時効期間というのは形成権の「時効」と同様にはなはだ無意味なもの」だから「長期は除斥期間と解すべしというのが近時学説一般の態度」と述べる。ここには公益性という観点は見られないか、強いものとは考えられていないようである。とすれば724条後段の期間(の厳格性など)の解釈についても自ずと解釈が分かれることになるのではないか。そして、除斥期間中の権利行使の方法も、724条は事実上出訴期間だが、564条などでは裁判外の請求でよいとされるなど異なっている。
- また、中川論文の考えでは、除斥期間に停止などは当然なことになるが、認める見解(我妻など)もあるし、この点でも一致しているとはいえない(さらに後述するが、消滅時効も画一的なものとは限らず、除斥期間に近づく場合もある)。
- (29) 梅『民法要義巻之一』(有斐閣・1912復刻版1984) 370頁以下。
- (30) 条文文言説から除斥期間とされるものは、後

述の実質的な考慮によって除斥期間か判断する通説による場合とほぼ一致する。両説が一致しないのは、本文であげた形成権に時効はそぐわないという理由で、「時効」の文言にかかわらず除斥期間とされる126条や426条、同様に「時効」の文言があるが除斥期間と考えられた724条後段などの二重期間の長期くらいのものである。逆に、通説において「時効」の文言がないのに時効と考えられる期間は見当たらないようである。よって、条本文言説においても、「除斥期間」の「共通点」について後述(3)と同じ問題が起こる。

- (31) 瀬川信久「取消権の消滅時効」池田真朗＝浦川道太郎＝瀬川信久＝安永正昭『基礎演習民法(財産法)』(有斐閣・1993)54頁。また、松久「時効(2)一わが国における権利の期間制限(消滅時効, 除斥期間, 権利失効の原則)」法教No108(1989)55頁も、「中断がないということは形成権という権利の性質からくるものであり(したがって形成権も消滅時効にかかるが権利の性質上中断はないといえやすむことにもなる), 形成権が除斥期間に服することの積極的な理由にはならない。」とし、「形成権につき「時効ニ因リテ消滅ス」という規定さえあるのだから(126条参照), 消滅時効との違いがあれば格別, そうでなければ, 少なくとも形成権の期間制限は除斥期間であると一般的にいうことはできないといえよう。」と述べている。
- (32) 形成権については, 以前から時効がありえないのか問題になっていた。起草者は形成権に時効はないとは考えておらず, 判例も形成権に消滅時効の適用があると解している(賃貸借契約の解除権につき, 10年の消滅時効にかかるとした最高裁昭和56年6月16日判決など)。
- 詳しくは, 三藤邦彦「形成権と消滅時効」民法の争点I(1985)78頁以下。
- (33) 詳しくは, 松久・前掲(注31)55頁以下, 吉村「消滅時効と除斥期間」法教No193(1996)122頁以下, 椿寿夫「消滅時効と除斥期間の異同」手形研究No475(1993)13頁以下など参照。
- (34) 具体的には, 権利の不足の測定, 割合に応じた代金減額, 残存する部分のみでも買主が買い受けたかどうかといったことがあげられている。梅・前掲(注9)501頁。
- (35) 梅・前掲(注9)506頁。
- (36) 梅・前掲(注9)624頁。借主が契約の本旨に反して物の使用, 収益をしたことによって生じた損害や貸主が借主に償還すべき費用は高額ではないのが通常であるという説明もされている。
- (37) 梅・前掲(注9)714頁。他に, 「契約履行の後, 長歳月を経てその請求を受ける者は, 意外の時に意外な請求を受ける感を為し, そのため, その者の経済上の地位を攪乱するおそれがある」という説明もされる。
- (38) 梅『民法要義巻之二』(有斐閣・1912復刻版1984)52頁。
- (39) 梅・前掲(注38)72頁。
- (40) 例えば, 637条の除斥期間の起算点につき, 目的物の引渡し時ではなく, その試運転時とした東京地裁平成2年2月6日判決や, 遺産分割における担保責任の期間制限の始期は遺産分割審判が確定して, かつそのことを権利者が知った時からとした大阪高裁平成8年7月9日判決など。そして, 724条関係の下級審の例外的判断については本文で後述する。
- (41) 判例評釈として, 中井美雄・民商75巻6号(1997)112頁, 山崎敏彦・法学42巻2号(1978)112頁など。
- (42) 判例評釈として, 広瀬久和・法協93巻1号(1976)138頁 金山正信・民商71巻1号(1974)89頁など。
- (43) 判例評釈として, 神谷高保・平成9年度重要判例解説109頁, 清河政孝・私法判例リマークス1998下116頁など。
- (44) 判例評釈として, 岩崎政明・平成6年度重要判例解説32頁, 千葉勝美・ジュリNo1066(1995)220頁など。
- (45) 本来の納税義務者(第一次納税義務者)が納税しない場合に, 「形式的には第三者に財産が帰

- 属している場合であっても、実質的には納税者に帰属していると認めても公平を失わないときにおいて、その形式的な権利の帰属を否認して私法秩序を乱すことを避けつつ、その形式的に権利が帰属している者に対し補充的に納税義務を負担させることにより、徴税手続の合理化を図るために認められた制度」で、「私法上の保証債務に類似性」を有する(補充性・付従性)。『税務百科大辞典2』(ぎょうせい・1980) 34, 286頁参照。
- (46) 国税通則法70条は、国税の更正、賦課決定等の賦課権の行使についての期間制限を定める。それは租税債権の確定を行う処分であり徴収を行う処分ではないから、時効の中断の観念に親しまないため、権利行使の除斥期間を定めたものと説明される。そして、第二次納税義務者からすれば、自己への課税を確定する処分に等しい(有力説はここから判例に反対し同条の類推を肯定する)が、判例の言うように、全体として第一次納税義務の徴収の手続の一部と考えれば、同条の適用はないことになる。
- (47) 判時594号(1970)62頁、民集には記載なし。
- (48) 買主側は、原審の口頭弁論終結時までに580条の期間は経過しており、これは除斥期間であるから当事者の主張をまたずに買戻権の消滅を判断すべきであったと上告理由で主張したが、最高裁は、信義則によってかかる主張を制限を肯定し原審結論を支持した。
- (49) 梅・前掲(注9)555頁。
- (50) 中川論文も、時効の私益的な性格から、中断、援用、停止などが認められるとする。
- (51) 例えば、地方自治法236条2項は「金銭の給付を目的とする普通地方公共団体の権利の時効による消滅については、法律に特別の定めがある場合を除くほか、時効の援用を要せず、また、その利益を放棄することができないものとする。普通地方公共団体に対する権利で、金銭の給付を目的とするものについても、また同様とする。」と、その適用制限について明確に規定する。
- (52) 詳しくは、八木橋淳夫『新版会計法精解』(大蔵財務協会・1984)618頁以下、長野士郎『逐条地方自治法』(学陽書房・1983)781頁以下など参照。
- (53) 半田・前掲(注8)154頁。具体的にどの規定が該当するのかは明らかにされていないが、単純に形成権だから時効の規定がそぐわず、除斥期間と判断された場合などだろうか。
- (54) 民事訴訟法における通説では、弁論主義(判決の基礎をなす事実を確定するための資料の提出は当事者の権能と責任であるとする建前)は主要事実(権利の発生・変更・消滅について規定する法規の構成要件に該当する事実)につき適用があるとされる。この点期間経過の事実というのは権利消滅という法律効果を発生させる権利滅却規定の構成要件事実であるから、主要事実にあたると考えられる。
- (55) 松久・前掲(注31)54頁。
- (56) 松久・前掲(注31)54頁。
- (57) 石松・前掲(注6)1号54頁以下も、「除斥期間制度は、時効期間制度におけるような一般的規定はなく、単に個別的に規定されているに過ぎない(しかも随所に見られる期間制限が消滅時効期間か除斥期間かは容易には判別し難い)から、そもそも除斥期間の規範的意味内容を統一かつ唯一のものとして確定しておく合理的理由も必然性もさほどないのではないか」と述べ、「各所に規定されている除斥期間についてその設定趣旨や権利の種類・性質等により各々の除斥期間の規範的意味内容をその都度確定してゆけば足りるとも考えられるし、また除斥期間を常に機械的・形式的に適用すべき必然性も合理的理由もなく、したがって、場合によっては信義則・権利濫用などに基づいて除斥期間の適用を制限ないし回避し得るとすることも考えられる」と述べられる。
- (58) 渡辺博之「除斥期間と信義則・権利の濫用をめぐる適用関係論」判時1473号(1994)170頁は、平成元年判決につき、「私生活の調整を目的とする根本規範に関するものであるという大前

提を見損なっている」と批判する。

(59) 平成元年判決の原審たる福岡高裁宮崎支部昭和59年9月28日判決は、同条後段の期間につき消滅時効を定めたものと判断するが、「たとえば、これを除斥期間を定めたものと解するとしても、被害者保護の観点から時効の停止、中断を認めるいわゆる弱い除斥期間(混合除斥期間)であるというべきである」と判断した。

また、学説においても、吉村・前掲(注33)126頁は、「場合によれば、除斥期間と時効の中間的な処理が適切な分野も存在するのではなかろうか」と述べ、橋本・前掲論文(注3)59頁は、除斥期間を「強い除斥期間(中断も停止も許さない)」と「弱い除斥期間」にわけ、後者は代理人がいなない時には、信義則上中断(停止としても可能)すると考えることを提案する。そして、形成権に対する権利行使期間は前者で、その他の請求権については原則後者と把握すればよいとする。

(60) 四宮教授も、「不法行為制度の第一の目的が被害者の受けた損害の填補にあることについては異論がない。学説は、さらに進んで、不法行為制度を損害の(公平妥当な)配分をめざす制度として捉える。この事自体は承認してよいと思う」と述べられ(前掲(注10)262頁)、加害者の責任限定を認め、過失相殺や慰謝料の算定において諸般の事情を斟酌するのが建前とされていることは、「一定の限界は存するとはいえ一損害の公平妥当な配分が不法行為法を支配するもっとも重要な指導理念であることを示すものである、ということができよう。」とされる(同264頁)。また、注釈民法(19)(有斐閣・1965)5頁でも不法行為の目的として同様のことが述べられている。

(61) 河合裁判官は、損害の公平な分担は、「損害の分担の可否とその内容すなわち損害賠償請求権の成否とその数额を決する段階においてのみならず、分担の実現すなわち同請求権の実行の段階にいたるまで、貫徹されなければならない。」とし、かかる観点からすれば、「権利者の期間徒

過を理由としてその徒過につき責むべき事由のある相手方を画一的に保護するのは不当であり、前記の不法行為法の究極の目的にも沿わない。取引関係者の地位の安定、その他公益上の必要という理由も、不法行為に基づく損害賠償請求権については考えることができない。」とされる。

(62) そして、既述したが、河合裁判官は、724条後段につき「消滅時効」を定めたものとし、「その説を採れば、義務者の時効援用権の行使を信義則あるいは権利濫用の法理によって制限するという既に確立した調整方法を用いることによって、私の正当と考える結論に容易に導くことができる」としている。

また、吾妻など4論文も、本件のような事案を想定していたとは考えにくい。

(63) 不二越訴訟第二審(平成10年12月21日判決、判例集などには未搭載らしいので詳しくは松本「消滅時効・除斥期間と権利行使可能性」立命館法学261号(1998)810頁以下参照)は戦後補償に関するものである。そして、「本件は右(本稿の判決)とは事案を異にし、控訴人らにおいてその意思能力になんら欠けることなく、また控訴人らの本訴提起が不法行為の時から20年を経過する以前でなかったことが被控訴人の不法行為に起因するものではないのであるから、同法724条後段の効果を否定する特段の事情は認められないというべきである。」と判断した。

この判決については、本件判決が「右のような場合にあっては…」とし、「右のような場合に限っては…」とはしていないから、限定すべきではないという批判(松本)がある。

(64) 春日通良「時の判例」ジュリ No 1142 (1998) 91頁。

(65) 161条に限定するものとして、我妻『民法総則』(岩波書店・1965)439頁、しないものとして川島武宣『民法総則』(有斐閣・1965)574頁。

(66) 渡辺「判例研究」高千穂論集33巻3号(1999)90頁。

- (67) 本文後掲東京地裁平成4年2月7日判決（水俣病東京訴訟第一審判決）。
- (68) 松本・前掲（注4）111頁。
- (69) 平成元年判決について解説する，河野「判例解説」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成元年度』613頁（前掲（注8）に同じ）においても，①除斥期間の起算点となる事実と②20年の経過を主張立証すべきことになる，と述べられている。
- (70) 詳しくは，大村・前掲（注5）2133頁。松本教授も，「裁判官が…権利濫用として除斥期間の適用をしないことができる」と同様と思われることを述べられている。前掲（注68）112頁。
- (71) 177条における「背信的悪意者」の例外，612条における「信頼関係の破壊がないとされる特段の事情がある場合」のことと考えられる。
- (72) 半田「消滅時効の援用と信義則」ジュリNo872（1986）79頁，渡辺「時効の援用と信義則・権利の濫用」判時1467号（1993）156頁，石松「消滅時効の援用と信義則に関する一考察」福岡大学大学院論集22（1990）60頁など参照。
- (73) 松本・前掲（注63）862頁。
- (74) この判決も予防接種禍についてである。基本的に名古屋地裁判決と同じだが，他にも，被害者が，国の行政姿勢により国が提供する救済以外の救済手段に思い至らず，損害賠償請求権の存在の認識及びその行使を困難にさせられた事情にあったことを考えあわせると，一定の時の経過をもって，国が右救済の責務を免れることは著しく正義公平の理念に背馳するから，時効援用は権利濫用とする（磯辺「判例解説」63年度重要判例解説130頁など参照）。よって，分類①にも該当し得るだろうか。
- (75) この保障措置は行政上のもので，民事上の損害賠償義務とはその法的性質は同じではないが，被害を「填補」ないし「救済」する点で同様の目的ないしは機能をはたし，事実上極めて近いものと解される。そして，その内容（とくに金額）についても等しいものになるべきだろう。同一の権利侵害なのに，救済方法の違いによりその内容の違いが生じるのは妥当ではないと解される。
- (76) 予防接種禍につき救済を求める根拠条文として，他にも29条3項を13条と14条の精神により補完する説など争いがある。この名古屋地裁判決はこの説のようである。学説につき詳しくは常本照樹「予防接種事故と補償請求」憲法判例百選Ⅰ第三版106事件の解説参照。
- (77) この分類③の場合，いわゆる憲法の私人間効力が問題になり得る。しかし，本件のような予防接種禍の場合には，国が相手の事件でありこの問題は起こらないと解する。一方，単なる私人間の事件では，一方当事者の他方に対する憲法上の義務というものは，間接適用説が通説とされる状況では肯定しにくいから，724条後段の期間経過を制限することは難しくなるのではないか。
- (78) 724条前段の3年についてだが，被害者の平等が問題になった事例がある。従業員が，その職務においてクロムによる各種傷害を受け，会社に損害賠償を請求したが，原告のうち5人はすでに3年が経過していた事件で，東京地裁昭和56年9月28日判決（判時1017号34頁）は，「クロム退職者の会」に属する原告1人に対しては，消滅時効を不問にして損害賠償に応じているのに，残りの4人については，同様のクロム被害に苦しんでいるにもかかわらず，「クロム被害者の会」に属していることを理由に消滅時効を援用し損害金の支払いを拒絶していることは，著しく正義公平の理念に反し時効援用権行使の濫用として許されないと判示した。もっとも，この事案は，時効消滅した原告のなかでの不平等な処遇についてであり，時効消滅したのがXら1家族だけという本件と完全には一致しないが，権利消滅についても平等権が問題になりうる点で共通性があると解する。
- (79) ほかに，724条前段の趣旨としては，加害者の立証の困難の救済，権利行使されないことへの信頼の保護，被害者側の感情の静まりなどもあげられ，争いのあるところであるが，ここで

は深入りしない。詳しくは、松久「消滅時効」山田卓生編集代表『新・現代損害賠償法講座①』(1997) 257 頁以下など参照。

- (80) もちろん、20 年経過後に履行請求したという場合も問題にはなる。しかし、その場合には、義務者は除斥期間経過を理由に履行を拒否するだろうから、結局、除斥期間の例外的制限を認めさせるためには訴訟によるしかなく、その手続の中で不法行為の存否などについても確定することになると解する。
- (81) 除斥期間経過前でさえ、認識してから3年が経てば権利は消滅するのだから、それより後に認識した場合にも同様に権利消滅していると考えられよう。
- (82) 幾代・前掲(注10) 348 頁、徳本・前掲(注15) 714 頁、注釈民法(19)376 頁など参照。
- (83) 例えば、ひき逃げにあい、結局犯人は不明で、警察にも逮捕されなかったような場合(これは分類①の「悪意で権利行使妨害」にもあたりそうだが、犯人が逃げているだけで権利行使を積

極的に妨害したというのは難しいと解する。また、犯人が、人間を轢いたと認識していないこともありえよう)から、当時の科学では予想も出来ない因果関係で損害が発生したような場合など、いろいろありえるだろう。

- (84) もっとも異論もあり、権利行使可能性がない以上、除斥期間経過による権利消滅はないという見解もある。松本・前掲(注63) 851 頁以下など参照。
- (85) ここで、確かに国の時効援用が濫用と判断されることはありえるが、前述の平等権違反を理由に訴える場合には、時効消滅が肯定しやすくなると解される。なぜなら、改めて時効期間が経過した以上、権利の上に寝ていたことになる権利者に比べ、国の時効援用は、より正当性を獲得することになるからである。しかし、それでも前注(78)の下級裁判例のように、同じように時効期間が経過した権利者のなかで、一部の者に対してだけ時効援用することは、平等権違反として許されないだろう。