

# 時効規範と安全配慮義務

— 時効論の新たな胎動 —

松本 克美

## 目 次

はじめに

### 第一章 安全配慮義務と時効期間

#### 第一節 問題の所在

- 一 時効期間と安全配慮義務構成のメリット
- 二 安全配慮義務時効事件の偏在性

#### 第二節 理論状況

- 一 債務の構造からの安全配慮義務二分論
- 二 規範調整論
- 三 損害賠償請求権の特質論

#### 第三節 判例にみる権利行使遅延要因

- 一 労災事故の場合
- 二 労災以外の安全配慮義務事件

第四節 時効期間の妥当性基準

- 一 労災の場合
- 二 その他の安全配慮義務類型
- 三 小括

第二章 安全配慮義務と時効起算点

第一節 判例動向と問題点

- 一 判例の概観
- 二 検討
- 三 小括

第二節 理論状況

- 一 債務の同一性の法理の限定
- 二 法律上の障害と損害の顕在化
- 三 我が国における事実上の障害論

第三節 課題と検討視角

第三章 歴史的検討——事実上の障害論の貧困——

第一節 旧民法以前

- 一 出訴期限規則
- 二 諸草案に見る時効規定
- 三 小括

第二節 旧民法

- 一 概観
- 二 援用
- 三 時効の進行と推定的時効観

四 小括

第三節 明治民法起草過程における議論

一 起草者の見解

二 時効の停止事由をめぐる議論

三 小括

補節 明治前期の不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効

一 治罪法

二 旧民法及び旧刑法

三 小括

第四章 比較法分析——事実上の障害論の展開——

第一節 フランス法

一 時効の存在理由

二 時効期間

三 起算点

四 時効の停止

第二節 ドイツ法

一 不法行為の時効規定と一般の時効規定

二 一般の消滅時効起算点

三 時効の停止

四 ベータースーティンマンの鑑定意見

第三節 事実上の障害論における日本の特殊性

第五章 規範的時効論構築のために

第一節 援用制限論の固有の意義とその射程

一 はじめに

二 信義則違反・権利濫用の判断要素

三 検討

四 小括

## 第二節 起算点論から進行論・援用制限論へ

一 時効起算点と進行問題の区別

二 進行の障害事由

三 時効の援用制限論

結びに代えて

付表・判例表

「それから起きて表へ出て空を見たら、星が一杯あった。あの星は何しに、あんなに光っているのだろうと思って、又内へ這入った。金さんは相変わらず平たくなって寝ている。金さんはいつジャンボになるだろう。自分と金さんとどっちが早く死ぬだろう。安さんは六年このシキに這入っていると聞いたが、この先何年鉦あらがねを敲くだろう。やっぱり仕舞には金さんの様に平たくなって、飯場の片隅に寝るんだろう。そうして死ぬだろう。——自分は火のない囲炉裏の傍はたに坐って、夜明けまで考えつづけていた。その考えはあとから、あとから、仕切りなしに出て来たが、何れも干枯らびていた。涙も、情も、色も香りもなかった。怖い事も、恐ろしい事も、未練も、心残りもなかった。」

(夏目漱石「抗夫」<sup>(1)</sup>より)

## はじめに

今日、時効は安全配慮義務論にとって最重要の課題である。その課題の重さは、例えば、近時各地で相次いで提訴

されているじん肺訴訟<sup>(2)</sup>において、判決が一方で使用者の義務違反を認めつつも、他方で、長い間苦しみに悩んでいたその被害者の賠償請求権の実現を、時効起算点の解釈によって拒絶していることを挙げれば十分であろう。これらの訴訟の「焦点」はまさに時効にある<sup>(3)</sup>。義務違反が認定され、従って時の経過による立証困難の回避の要請も妥当しないこうした事例において、そもそも時効の援用は許されるのだろうか。この重い課題を理論的に解明すること、それは学としての法解釈学に課された負債である。しかもこの負債は時効により消滅しない。

本稿の主題は以下の点にある。

第一の検討課題は「時効期間論」である。我が国の安全配慮義務違反を理由とした債務不履行に基く損害賠償請求権に適用されるべき時効規範は左のどれか。

民法一六六条一項「消滅時効ハ権利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス」

一六七条一項「債権ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス」

七二四条 「不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求権ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨ

リ三年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス不法行為ノ時ヨリ二十年ヲ経過シタルトキ亦同ジ」

判例は安全配慮義務違反を債務不履行として、民法一六六条、一六七条を適用して疑わない。

学説はどうか。ひとつの有力な見解は、「安全配慮義務違反＝債務不履行」という図式を批判する。そして、安全配慮義務を「債務の構造」の観点から二分し、「給付義務たる安全配慮義務違反＝債務不履行」一六六、一六七条と

七二四条との規範統合」とし、「保護義務たる安全配慮義務違反」中間責任「七二四条の類推適用」を説く。

いまひとつの有力な見解は、安全配慮義務違反が「債務不履行であるか否かにかかわらず」その「損害賠償請求権の特質」に着目して七二四条を適用すべしとする。

本稿の結論は両者の止揚の上に成り立つ。すなわち、安全配慮義務の「給付義務性」の確定はそれ自体重要だが、そのことと「時効規範の選択」とは直接には結びつかない。その意味で、「責任の性質とは独立に」損害賠償請求権そのものの特性を考える第二の視点が参照され得る。

しかし、安全配慮義務事件の分析は次の点を我々の前に明らかにする。安全配慮義務構成のメリットとして従来強調されてきた「時効期間の長さ」が活用されている事例の圧倒的多数が「労災安全配慮義務」の事件であること、これである。そうした「現象」の背後にある「本質」、それこそが「権利行使を遅延させる契約類型的本質」、すなわち「労働契約関係の特殊性」に他ならない。

かくして、第一の課題は、労災安全配慮義務には依然として一〇年の時効期間が維持されるべきこと、その他の契約類型（在学契約、売買契約、入院施設契約等）での安全配慮義務には、民法七二四条の適用の余地もあり得ることを明らかにする点にある（但し、後述のように時効の停止事由の貧困な我が国においては、後者の類型においてもさしあたり一〇年の時効期間を維持してよい）。

第二の課題は「起算点論」である。一六六条の「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時」をめぐる「事実上の障害論」の理論構築、それこそが本稿の「めざす」ものである。

ここではその「予備的検討」として、事実上の障害論をめぐる比較法史的検討を行う。明治六年の出訴期限規則に始まる我が国の近代的時効制度に一環するのは、次のような「日本の特殊性」、すなわち「時効停止」制度の特殊性、

それをめぐる「議論の貧困」である。その検討から、「時効進行論の起算点論からの自立化」という理論課題も見えてくる。

第三の課題は「援用制限論」である。従来「補助的」「例外的」にのみ位置づけられてきた信義則違反・権利濫用を理由とする時効援用制限論の「固有の意義」の析出、それがここでの課題である。

以上を通じて本稿が試みるのは、我が国における「規範的時効論の構築」に他ならない。

画一的で形式的な権利剝脱の時効論の時代は過ぎ去った。

権利実現を擁護する規範的時効論こそが時代を担わねばならない。

(1) 文中に出てくる「ジャンボー」とは葬式のこと、「シキ」とは坑内のことである。夏目漱石が「抗夫」を書き始めた明治四〇年は、劣悪な労働条件のもと怒りを爆発させた山の労働者たちが、各地で死者を伴う空前の労働争議を繰り広げた年であった。足尾銅山争議(二月)、夕張炭坑ストライキ(三月、七月)、幌内炭坑争議(四月)、別子銅山争議(六月)……。日露戦争後の我が国の産業資本主義確立期にあたるその頃は、また労働災害の激化の時期でもあった。明治二六年における鉱山労働災害での死者は二八名、負傷者は三五名であったのが、「抗夫」の書かれた明治四〇年には、何と死者五八一名、負傷者は一三、四〇九名(一)になっていた(風早八十二『日本の労働災害』四八年・一九九一〇頁に引用の統計表を見よ)。

(2) 現在各地で係争中のじん肺訴訟は三六件に及ぶ。既に判決も十三件出された。いずれも、使用者の安全配慮義務違反の責任を認めたが、一部の原告については、既に損害賠償請求権が時効により消滅しているとして請求が棄却された。じん肺症は、鉱山、炭坑、トンネル工事、造船業など幅広い事業で生ずる進行性の被害である。一度じん肺症に罹患するとこの進行性の被害は、肺機能を破壊し、最後には死に至らせる。じん肺症は今日の職業病の中ではその数が第一位を占める。既に全国の罹患者数は一〇万人を越えるという。しかも、その進行性の被害は、毎年じん肺罹患者をうなぎのぼりに増大させ、被害の潜在性は、老年に至っての被害発現、深刻化をもたらす。被害の潜在性、進行性、老年になってそれが発現しての生活困難、これらはじん肺訴訟にとって、時効の問題が常につきまとい離れないことを示している。鉱山、炭坑、建設、造船……じん肺が問題となるような職場は、どれも我が国の経済成長の根幹をなす産業であった。豊かになったと言われる我々の生活もこれらの人々の命のうえに成り立ってきたのである。じん肺訴訟の現状については、月刊のち一九八九年六月号、法律時報八九年

十一月号の特集を参照されたい。

(3) 従来のじん肺判決は「すべて使用者の安全配慮(保護、衛生)義務違反による損害賠償責任を認めただけであり、このことは、今後のじん肺判決をある程度予測させるとともに、実際に被害者の賠償請求が認められるか否かは、次に述べる消滅時効の完成の成否にかかってくることを窺わせる。」(松久三四彦「判批・長崎じん肺訴訟第一審判決」判評三三三三三三・八五年・三七頁―傍点引用者以下同様)。むろん、安全配慮義務と時効の問題はじん肺だけに固有の問題ではない。それどころか従来強調されてきたように、そもそも安全配慮義務概念の定着が時効期間の問題と深くかかわっていることは、本稿においても実証されるであろう。なお、最高裁は安全配慮義務に関する次のような論点に判断を下してきた。「遺族固有の慰謝料請求の可否」「賠償金の遅延損害金の起算日」(以上最判昭五五・二二・一八民集三四・七・八八八)、「証明責任」(最判昭五六・二・一八民集三五・一・五六)、「履行補助者の安全配慮義務」(最判昭五八・五・二七民集三七・三・三二二)、「安全配慮義務と予見可能性」(最高裁昭五九・四・一〇民集三八・六・五五七、最判昭六一・二二・一九判時一〇七〇・二九)。「安全配慮義務と時効起算点」の問題は今、後、最高裁が判断すべき最重要かつ最大の論点となろう。従来、安全配慮義務に関する最高裁の判決全一九件については、中嶋士元也「安全配慮義務論争の課題」(上) 日本労働協会雑誌三三八号(八七年)一五頁掲載の一覧表参照。

## 第一章 安全配慮義務と時効期間

### 第一節 問題の所在

#### 一 時効期間と安全配慮義務構成のメリット

七〇年代の我が国で、労災民事損害賠償訴訟を中心に安全配慮義務概念が定着し始めてから今日まで、二〇年近くが過ぎようとしている。<sup>(1)</sup> この間安全配慮義務にかかわる判決例も既に公刊されたものだけで三〇〇件を越えている。<sup>(2)</sup>

その中で、判例は安全配慮義務を理由とする債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効(以下単に「安全配慮義務消滅時効」と呼ぶ)につき、終始一貫して次のような「債権一般」の消滅時効規範を適用してきた。すなわち「権利ヲ



行使スルコトヲ得ル時」(民法一六七条一項)より「一〇年間」(一六六条一項)で消滅時効にかかるというのである。<sup>(3)</sup>

安全配慮義務が問題となる人身損害事件では、債務者たる加害者への不法行為責任の追求も可能である。現に労災や学校事故など安全配慮義務が認められてきた多くの事故類型では、不法行為責任の追求が単独で、或いは安全配慮義務違反責任と併せて主張され認容されてきたのである。<sup>(4)</sup>しかし、不法行為責任を理由とする損害賠償請求権は、被害者又はその法定代理人が「損害及ヒ加害者ヲ知リタル時」より「三年間」で消滅時効にかかってしまう(七二四条)。かくして、不法行為構成に対する安全配慮義務構成の「時効期間の点での優位性」は、この義務概念による責任追求の大きなメリットの一つとして捉えられてきたのである。<sup>(5)</sup>

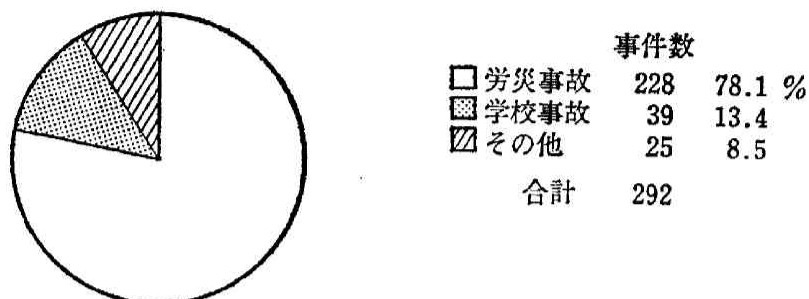
しかし、そのようなメリット論も今日冒頭で述べたような再検討を迫られている。その理論状況を見る前に、こうした時効期間におけるメリット(以後「時効メリット」と呼ぶ)は現実の裁判例ではどのように具現しているのかを見ておこう。

## 二 安全配慮義務時効事件の偏在性

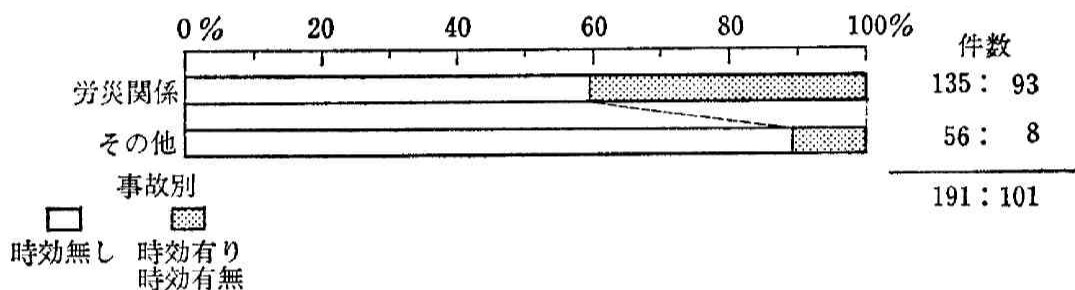
公判裁判例から見ると、こうした時効メリットが現実化されている事件には著しい特徴が見られる。

(一) 労災安全配慮義務事件の圧倒的多さ 労災にかかわる安全配慮義務事件(以後単に「労災安全配慮義務事件」という)が圧倒的に多い(グラフ1)。むしろ事故の絶対数の点でそもそも労災事故が多いという理由もあるだろう。しかし、安全配慮義務事件のうち、不法行為で請求した場合に時効が問題となる事件(これを「安全配慮義務時効事件」と呼ぶ)を見ると、そこでも労災事件が圧倒的(九三%)であり、それ以外の事故類型では八件(八%)しかなかった(グラフ2)。

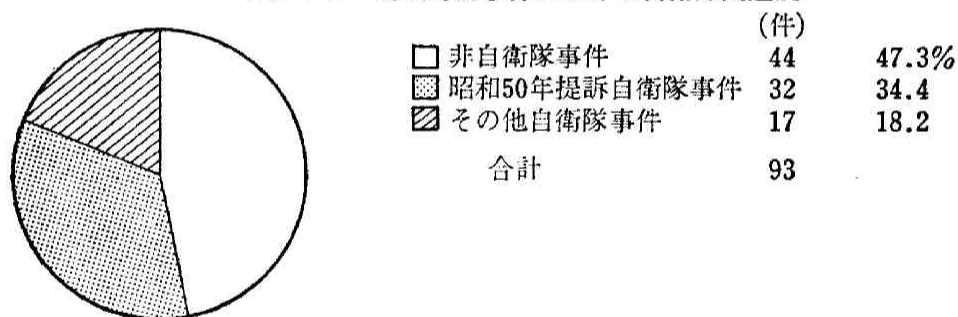
グラフ1 安全配慮義務事件の事故類型



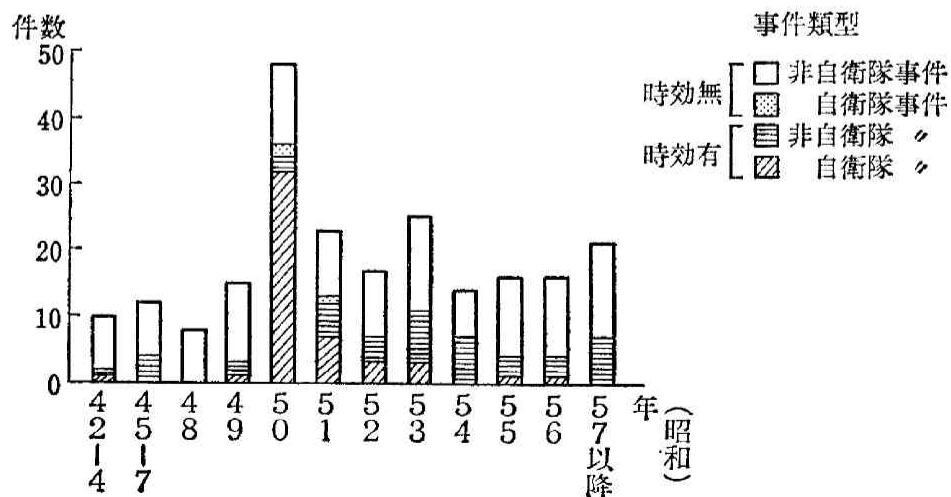
グラフ2 安全配慮義務・消滅時効事件事故別割合



グラフ3 消滅時効事件における自衛隊関連度



グラフ4 安全配慮義務・提訴年別



このことは、時効メ리트の活用が特定の事故類型、すなわち労災の安全配慮義務に偏在していることを物語っている。

(二) 七五年提訴自衛隊事件の多さ 労災安全配慮義務時効事件における半数以上が自衛隊関係の事件であった(グラフ3)。しかも、そのうち七五年に提訴された自衛隊事件が、労災安全配慮義務時効事件全体の三割以上を占めている(グラフ3、4)。

(三) 安全配慮義務時効事件の偏在型 こうした事情は、「時効メ리트」は安全配慮義務事件一般に活用されているのではなくて、一定の事故類型に偏在していることを示している。このことはメ리트論を考えるうえで重要な留意点となる。

ここではまず、メ리트論を支える安全配慮義務事件への一六七条的適用論への理論的批判の中味を確認し、その問題点を析出しよう。

(1) 「安全配慮義務」(当初は「安全衛生義務」とか「安全保護義務」「安全保証義務」とも呼ばれた)の存在が裁判例において最初に認められたのは、東京地判昭四五・一・二七・労旬七三六〇七・五頁、この義務違反による債務不履行責任を最初に認めたのが福岡地裁小倉支判昭四七・一一・二四判時六九六・二三であった。なおこの義務概念が、他ならぬ我が国の労災訴訟において提唱されてきたことの「必然性」の理論的総括の拙い試みとして、拙稿「戦後日本における安全配慮義務論の理論史的検討——労災責任論の展開過程とのかかわりを中心に(一)(二)(三)完」早大法研論集三八、四〇、四三号(八六、八七年。以下文献については、傍線部分で引用する)がある。本稿はかかる「必然性」を時効との関連で検討するという側面も有する。

(2) 全体の裁判例については、下森定編『安全配慮義務法理の形成と展開』(八八年)の巻末に収録されている「安全配慮義務に関する主要判例一覧」を参照。本稿で試みる以下の判例分析は、本稿執筆時(八九年三月)までに公刊された判決例の中で安全配慮義務が主張されている事件(二九二事件、三三三判決)から筆者が作成したデータベースをもとに行ったが、その作成にあたっては、この「一覧」を基礎資料としておおいに活用させていただいた。「一覧」を作成した村田彰氏に記して謝意を表したい。なお、安全配慮義務に関する近時の総合的判例分析としては、中嶋士元也「安全配慮義務論争の課題」(上)(下)日本労働法協会雑誌三三八、三四〇号(八七年)、水戸弁護士会『判例から

みた安全配慮義務」(関東十県夏期研修会報告)(八七年)がある。

- (3) 不法行為を理由として損害賠償を請求すると三年の消滅時効が問題となる場合に、初めて安全配慮義務違反の債務不履行責任を認めたと伴つて造所事件(事故発生後六年を経て提訴。①↓本稿末尾の判例表の番号、以下同様)でも、時効については何ら触れられていない。国が国家公務員に対して安全配慮義務を負うことを最初に明言した最高裁判昭和五〇年判決(五〇・二・二五民集三五・一・五六)は、国の賠償請求権については会計法を適用せよという国側の上告を棄却し、次のように判示した。「国が義務者であっても……私人相互間における損害賠償の關係とその目的性質を異にするものではないから、国に対する右損害賠償請求権の消滅時効期間は、会計法三〇条所定の五年と解すべきでなく、民法一六七条一項により一〇年と解すべきである。」このように、判例は安全配慮義務事件に民法一六七条一項を適用する積極的根拠はとくに述べることなく、安全配慮義務違反が債務不履行責任であるという理由で一〇年間の時効期間を適用してきた。

(4) これらの不法行為判例については、岡村親宣・小林良明・山田祐祥『労災職業病』(損害賠償編)七八年参照。

- (5) 柴田保幸「判批」(上記最判昭和五〇年判決)法曹時報二八巻四号(七六年)一九六頁、岡井和郎「安全配慮義務」についての覚書」(下)(七八年)七三頁、荒木誠之・岡村親宣・安西愈「特別座談会・労災訴訟と労使の安全配慮義務——高額化する賠償額と深まる企業責任——」季刊・労働法一〇四号(七七年)七三頁、和田肇「雇用と安全配慮義務」ジュリスト八二八号二二九頁など。論者の中には「安全配慮義務違反に基づく責任追求の有利さは、専ら時効期間の点にあるといつても過言ではない」と言い切るものもある(星野雅紀「安全配慮義務と消滅時効」判タ四九五号・八三年・三一頁)。或いは「むしろこの時効未完成による救済を与えるために、契約責任としての安全配慮義務という特殊の論理を創設し、これを適用した」という指摘まである(飯塚一乗「不法行為責任と安全配慮義務違反に基づく損害賠償責任との關係」『新・実務民事訴訟講座4』(八二年)八五頁。筆者は時効期間のメリットの、みが安全配慮義務の唯一のメリットであるとは考えない。それは義務違反の評価枠組みを設定する点で、また事故の予防の点でも積極的な意義を有する(この点については、前掲・拙稿「理論史」(三)二六二頁以下、拙稿「安全保護義務論・序説」——権利論的事故防止法理構築のための基本視角の設定——)早大・法研論集三二号・八四年参照)。しかし、時効期間にメリットがあるし、これが当初から積極的に利用されてきたことは事実である。安全配慮義務が労災訴訟で提唱された初期に、労災闘争の一翼を担っていた次の弁護士と言及をみよ。「債務不履行」ですと、損害賠償を請求できるとき(その多くは事故発生あるいは罹患のとき)から一〇年間は消滅時効にかからないという利点があります。このことは、特に職業病の場合、労働関係が継続的な法律関係であり、その間に労働者の健康が次第にむしばまれてゆくという性質上、その罹患時点(賠償を請求できる時点)が必ずしも明確になりません。そして、労働者が、賠償請求に立ち上がったときは既に罹患して一〇年以上経過している、というような場合にでも、一〇年前の時点からの損害を請求できるという利点があり、被害者の救済上大きな影響をもたらします。勿論、このことは、労働災害の場合でも同じであることはいふまでもありません。」(南元昭雄「労働契約上の『債務不履行』論の思想とその役割」月刊いのち四五号・七〇年・一八頁)。

## 第二節 理論状況

### 一 債務の構造からの安全配慮義務二分論

(一) 給付義務としての安全配慮義務と保護義務としての安全配慮義務の区別

ドイツ法の動向<sup>(1)</sup>の影響も受けて今日我が国で活性化している「債務構造論」は、安全配慮義務論の進展にも大きな寄与をなしてきた。その中心が、北川善太郎<sup>(2)</sup>、四宮和夫<sup>(3)</sup>、奥田昌道<sup>(4)</sup>、宮本健蔵<sup>(5)</sup>といった人々によって試みられてきた安全配慮義務と保護義務との概念的区別と連関に関する考察である。

安全配慮義務論としてこれを最も簡潔に示していると思われる宮本健蔵は次のような理論的試みを提示している。すなわち、従来安全配慮義務として一括されてきたものを、契約類型ごとに「給付義務としての安全配慮義務」(雇用契約、寄託契約、運送契約、医療契約など)と「保護義務としての安全配慮義務」(その他の容態義務として契約類型をとわずひろく契約関係に付随して生ずる)とに二分し、前者には履行請求権、同時履行の抗弁権、契約解除権などの「契約法規範が全面的に適用される」とともに、後者は「不法行為責任と契約責任との中間領域に属するもの」であるとして、「契約責任だから」「不法行為責任だから」という発想ではなく、事態を直視して、それに最も適合した規範を発見すべき<sup>(6)</sup>とする。

西ドイツの通説<sup>(7)</sup>とも共通するこの二分論は、従来損害賠償の次元でのみ捉えられていた安全配慮義務概念に、契約法上の固有な効果を積極的に与え、事故の事前の防止の面でもこの義務を活用し得る根拠を析出し<sup>(8)</sup>、また、給付利益との関連で安全配慮義務を位置づけることによって、この義務の適用領域問題に新局面を開いた点で高く評価できよう<sup>(9)</sup>。その意味で、給付義務と保護義務への安全配慮義務の区別というこの視角は支持したい。問題はその先にある。

## (二) 給付義務違反に固有な時効規範

1 問題の所在 問題の根本は次の点にある。すなわち、ある安全配慮義務が給付義務として位置づけられ、その結果その義務違反に契約法規範が適用されるとしよう。さて、この場合時効との関係では、どれが「給付義務としての安全配慮義務違反に固有な時効規範」であるのか。

宮本はこの場合民法一六六条、一六七条を指示するが、これは「債権一般」の規定であって、給付義務違反という効果と論理的に結びつく必然性はない。それどころか、近時ドイツ及び我が国で次のような有力な提案がなされていることを想起してみよう。

### 2 損害賠償請求権の特質に依拠した不法行為時効規定の適用論

(1) ドイツでの議論 ア 保護義務違反と時効 ドイツでは保護義務違反の場合の時効規定として、判例は、時効の一般規定である一九五条(三〇年間)を適用してきた<sup>(10)</sup>。しかし、これに対する学説は、保護義務は不法行為規定の不備(特に、使用者の免責を容易に認める使用者責任規定)を補充するために、契約責任を成立させるための便宜的義務であり、その実質は不法行為責任にはかならないから、時効についても不法行為の短期消滅時効が適用されるべきだという説も有力であった<sup>(11)</sup>。

この点は前掲の宮本も結論的には同じである。問題は次である。

イ 契約上の完全性利益侵害 近時は、そこから更に進んで、完全性利益(Integritätsinteresse 生命、身体、健康、所有権その他の権利―八二三条一項で規定されている絶対権)の保護が契約上の給付義務の内容となつている場合(運送契約、寄託契約、医療契約等)でも、その義務違反を理由とする損害賠償請求権については、その「法的根拠にかかわらず」<sup>(12)</sup> (ungachtet ihrer Rechtsgrundlage) 不法行為の場合の八五二条の短期消滅時効が適用されるべきだとするのである。

その理由として「契約責任と契約外責任」について鑑定意見を出したシュレヒトームは次のように述べている。<sup>(13)</sup>

① 責任の存続期間の偶然性の回避 仮に完全性利益侵害が「契約上の義務違反」であるという理由で一九五条が適用されるとすると、「被害者が何らかの程度なお契約関係の保護領域に入り得るか否か」(ob der Verletzte irgendwie noch in den Schutzbereich einer Vertragsbeziehung einbezogen werden kann oder nicht) によって、時効期間が決められるという不当な「偶然性」(Zufälligkeit)が生ずる。

② 採証上の困難 人身損害、物損害の場合に三〇年間の時効が適用されることは、採証の問題を考えても「全く不適切」(ganz unangemessen)である。原因と責任をめぐる訴訟においては、証拠は通常証人尋問と鑑定意見によってもたらされなければならない。しかし、時の経過によって事件の経過に関する証人の記憶は薄れていき (verschwindet)、鑑定人にとって原因はますます解明困難となっていく。

③ 立法趣旨の射程 そもそも立法者にとっては契約責任に属するとはみなされていなかった請求権に一九五条を適用することは不適合 (nicht paßt) であるから、新たな処理がなされるべきである。

かくしてシュレヒトームは、三年間の短期時効を定めた一九六条 a 項を新設し、その一項に不法行為を理由とする損害賠償請求権を規定するとともに、その二項で次のような損害賠償請求権も同様に三年間の時効にかかるべきことを提案するのである。<sup>(14)</sup>

「法的根拠とは独立に (unabhängig vom Rechtsgrund)、生命、身体、健康、自由、人格権、所有権その他の権利の侵害を理由とする損害賠償請求権」。

このような不法行為と同様の時効規定適用論は、その他に、フリーバー<sup>(15)</sup>、メディクス<sup>(16)</sup>によっても提案されている。

(2) 我が国の損害賠償請求権の特質論 更に我が国においても、「安全配慮義務の固有の存在意義」に疑問を投げ

かける新美が同様の提案をしている。

「債権の消滅時効規範としての規定が適用されるのかは、当該債権の成立根拠規範の性質如何によるのではなく、当該債権ないし請求権の成否、弁済の有無等の立証の困難性あるいは煩瑣性の程度によるならば、安全配慮義務違反による損害賠償請求権の消滅時効規範も、その成立根拠規範の性質如何ではなく、立証の難易、煩瑣性の程度等、当該損害賠償請求権の特質によって決定されるべきであろう。そのような観点からするならば……民法七二四条が適用されるべきであったと考える。」<sup>(17)</sup>

この損害賠償請求権の特質論自体の射程については、後で独立して検討する。この議論には限定が必要であるというのが筆者の見解である。ともあれここでは、一定の安全配慮義務を「給付義務」とすること、その違反を理由とした損害賠償請求権に「債権一般」に関する消滅時効規定を適用することとの間には論理的必然性はないのではないかとということを示唆すれば足りる。

3 判例における安全配慮義務の給付義務性 (1) 問題の所在 更にこのことは次の視点からも指摘できる。判例に現われた安全配慮義務は、労働契約上の安全配慮義務を始め、在学契約、売買契約、乳児委託契約、スポーツ指導契約等であった(後掲判例表5参照)。これらのうち、実際にその安全配慮義務違反を理由とした損害賠償請求権について一〇年間の時効期間が「活用」されるほとんどの事件は労災にかかわる安全配慮義務であった(九三%—グラフ1参照)。逆にいうと、それ以外の安全配慮義務事件については、不法行為と同様の三年の短期消滅時効を適用してもそれほど不都合はないのではないとも言える。この推論は次のように正当化できるだろうか。「雇用・労働契約上の安全配慮義務は給付義務であるから一〇年間の時効でよく、それ以外の判例上の安全配慮義務は保護義務であるから、不法行為の場合と同様三年間の時効でよいのだ」と。



しかし、筆者にはこうした理由での正当化は維持できないと思われる。なぜなら、判例に現われた安全配慮義務のほとんどは、保護義務ではなく、給付義務として捉えられるべきだからである。以下この点を検証してみよう。

(2) 給付義務性の基準 まず、或る契約関係における安全配慮義務を給付義務と保護義務とに区別するその「基準」は何かが問題である。

ア 契約目的 契約当事者の特定的一方による特定の他方への安全配慮が「契約目的」とされる場合には、そこに給付義務としての安全配慮義務が成立することに異論はない。「入院患者に対する病院の義務」「託児所・保育所の乳幼児に対する義務」(以上、奥田<sup>18</sup>)、「警備保障契約」(北川<sup>19</sup>)など。

しかし問題は、何が「契約目的」であるのかは自明ではないということである。奥田は次のように指摘している。

「『給付』の内容の理解如何によつては、その区別は必ずしも単純ではない。旅客運送において単なる運送(場所の移動)のみでなく、乗客の人身の安全が給付内容であると解すれば、交通事故により乗客の生命・身体が害された場合には、給付義務の履行不能または不完全履行となるが、給付義務を狭く運送に限れば保護義務違反として観念されることになる。」<sup>20</sup>

同様の指摘は我が国の安全配慮義務に類似した obligation de sécurité (安全債務<sup>21</sup>) が、どの契約類型に認められるかを論ずる次のフランスの論者も指摘している。

「その不履行が損害を生じさせる義務が、契約から生まれるのかどうかを明確にすることは往々にして困難である。実際、問題は第一次的義務 (une obligation principale) にはない。契約当事者が基本的に設定しようとしていた債務が問題ではないのである。仮にその債務が契約当事者により約定されていた場合でも、いずれにせよそれは附随的 (accessoirement) なものでしかなかったであろう。問題は当事者の意思を探索すること (de rechercher la volonté des parties) である。すなわち、この債務を契約上設定することを当事者が意欲していたか否か。彼らの暗黙の意図 (leurs intentions tacites) は何だったのか。契約内容の範囲を定めなければならない。それを達成するのはしばしば困難である。というのもまさにそれは、契約の第一次的な目的では

ないので、明確に想定されてはいないからである。<sup>(22)</sup>

このように「契約目的」によって安全配慮義務を給付義務に位置づけるか否かを決定するといっても、安全問題が「契約の本来の目的それ自体」をなしていないときには、契約目的の把握自体が困難なのである。

イ 本来の給付義務の履行に類型化された危険の実現　そこで、結局、安全問題を契約目的に含めて解釈すべきか否かの客観的基準が必要となる。その際、単に契約的接触において双方の法益が侵害される危険性が高まったというだけでなく、特定当事者の本来の給付義務の履行それ自体が危険を定型的に内包している場合には、その給付義務には安全配慮も当然含まれると解して差し支えないだろう。安全問題が契約類型的に定型化されている限り、そこに当事者の「暗黙の意図」を読み込んでも、当事者に「意外の結果」とはならないし、また「社会通念」にも適合するからである。

例えば、債務構造論の「本場」ドイツでは、完全性利益の保護が、義務の「契約類型的対象」(vertragstypischer Gegenstand)となっている契約、例えば倉庫寄託契約或いは警備契約(Lager-oder Bewachungsvertrag)の他に、契約の実現が、契約類型に特徴づけられた給付(die für den Vertragstyp charakteristische Leistung)の債権者の一定の法益を必然的に脅かす契約という類型が抽出されている。<sup>(23)</sup>

後者の類型として例えば、シュレヒトリームは次のように言う。運送人(der Beförderer)は、物や人を一定の場所に運送することを契約上義務づけられているが、彼の契約上の義務は物を無傷で(unversehrt)到着させ、また、旅客の生命、健康を害わずに(lebend und gesund)到着させることも含んでいることは自明のように思われる(erscheint selbstverständlich)。この場合運送人に委ねられた財貨や旅客に対する「配慮」(Fürsorge)は、運送人の「契約上の義務の自明の内容」(selbstverständlicher Inhalt)とみなされ得る。同様のことは、診療(Heilbehandlung)、寄宿舎入所(die

Aufnahme in ein Internat)、『スポーツレクレーション (der Sportunterricht)』、『登山案内契約 (der Vertrag mit Bergführung)』などに当てはまる。<sup>(24)</sup>

ウ 訴求可能性 ドイツではつぎのように、保護義務と給付義務の区別として訴求可能性 (Einklagbarkeit) の有無が論じられている。

給付義務はたいてい当初からその内容が規定されているから、給付の訴え (Leistungsklage) を用いて、裁判上の請求が可能である。これに対して、その他の行態義務は、原則として訴求可能性を有しない。その詳細な内容はたいていは債権関係の成立と同時に確定していき、むしろその後の経過のそのつどの状況を考慮して初めて明らかになる (ergibt sich erst im weiteren Verlauf mit Rücksicht auf die jeweilige Situation)。従って、債権関係への関与者は当該状況において債務目的を挫折させず (den Schuldzweck nicht vereiteln)、『損害を防止し、その実現を容易にする行態義務を負っているが、一般に「その他の行態義務」の履行をあらかじめ訴求することはできない。但し、保護義務が明白に定められた措置 (eine ganze bestimmte Maßnahme) を要求し、義務者がこれを実施することを拒絶している場合には、脅かされている損害を防止するために、この措置の訴求が例外的に許容される。<sup>(25)</sup>

雇用契約上の配慮義務 (Fürsorgepflicht) は、それが設備や保護措置の設置や性質或いは使用者の将来の行態に向けられている場合には、訴求可能な履行請求権 (ein klagbarer Erfüllungsanspruch) を有し、また、彼にとって当該状況では労働が期待不可能である限りで給付拒絶権 (ein Leistungsverweigerungsrecht) を有する。その限りで、配慮義務は給付義務の性質を有するものとされている。<sup>(26)</sup>

エ 小括 結局ある安全配慮義務が給付義務か否かは、「契約目的」「本来の給付義務の履行に類型化された危険」「訴求可能性」などの要素を通じて判断されよう。

中でも「訴求可能性」の前提となる履行請求の可能性は、給付義務の効果であるとともに、そうした効果を与えるべきか否かの法政策的判断を通じて、決定的な給付義務性付与の判断基準となると思われる。

別の面からいうと、給付義務としての効果の中心は履行請求の「可否」(程度はそれぞれの契約類型、個別事情により異なってよい)に置き、それを中心に給付義務性を判断すればよいのであって、その他の本来の給付義務に附随する効果(証明責任、契約解除等)はそれぞれの効果に応じて段階的に(例えば、給付義務としての安全配慮義務であるから、証明責任は債務者にあると一律には決めないで)類型化すればよいというのがさしあたりの筆者の結論である(実は時効規範の適用も、「給付義務性の付与」とは別に検討すべきだというのが後に述べる本稿の結論である)。

(3) 給付義務性が認められる安全配慮義務 以上の視角を前提にして、判例における安全配慮義務の給付義務性を検証してみよう(後掲判例表5参照)。

① 雇用・労働契約上の安全配慮義務 前述のようにドイツの通説、及び我が国の奥田、宮本はこの義務の給付義務性を承認している。筆者もこれを支持する。北川は給付義務構成をしなくても例えば労務提供拒絶は可能であるというが、だからと言って給付義務性を否定する理由にはならない。<sup>(27)</sup> 奥田は雇用契約における安全配慮義務の給付性の根拠として、一方当事者(使用者)の安全配慮義務の履行が他方当事者(被用者)の主たる給付義務の履行(労務の提供)の「不可欠な前提」となっていることを挙げている。<sup>(28)</sup> これは雇用・労働契約の安全配慮義務に特徴的で、本質的な点として注目に値しよう。

② 在学契約上の安全配慮義務 生徒、学生が集団で生活していること、危険性を有する施設のあること、危険性を有する行為を非自律的に行うこと(体育の授業、課外授業等)等はこの義務の履行に定型的な危険が内包されている事実を表している。また、安全問題に関して学校に改善を申し入れたりすること(履行請求!)も当然可能と考えるべ

きだろう。これらの事実はこの安全配慮義務への給付義務性の付与の妥当性を根拠づける。

③ 売買契約上の安全配慮義務 売主における商品の安全性への配慮は、当然給付義務として捉えるべきである。安全を前提に当該商品を買うことは自明のことだからである。

但し、これは当該商品にかかわる安全性であって、商品売買の場所に関する安全配慮は原則として、この給付義務たる安全配慮義務には含まれない(後述)。

④ 危険施設設置契約上の安全配慮義務 同様にガス器具の設置なども当然安全配慮の給付の内容をなすだろう。

⑤ 乳児委託契約、病院施設入院契約上の安全配慮義務 これらの場合に安全を前提に乳児や患者を委託、或いは入院することは当然である。ここでも、施設の改善などを履行請求できてよいだろう。

⑥ スポーツレッスン契約 在学契約以上に危険が内包されていると言え、給付義務性は当然付与されよう。スキューバダイビング教室の責任者に安全配慮義務を認めた判例(㉔)はこの意味で典型である。

⑦ 旅行契約 安全性の確保は当然契約の内容になっていると言えよう。

⑧ 賃貸借契約 ここでは、双方が安全配慮義務を負っている。危険行為の排除は双方がそれぞれ履行請求できる。

⑨ 競技観覧契約 競技主催者は観客に安全性を確保する給付義務を契約上負っていると解していいだろう。危険性については、契約上その排除を請求できる。

⑩ 運送契約 安全な運送は当然給付の内容である。

(4) 給付義務性が付与されない安全配慮義務 ア エスカレータ事件(㉕)判例の中に一件百貨店のエスカレータの欠陥を理由として、顧客が負傷した場合に、売主としての債務不履行責任を認めた判決があった。

しかし、これはむしろ不法行為責任として処理できる事件であった（実際そう解しても、事故後一年で提訴されており、時効も問題とならず問題はない）。この点ではドイツの議論が参考となる。

#### イ 社会生活上の義務<sup>(29)</sup> (Verkehrspflicht) と保護義務

ドイツでは給付義務と保護義務の区別の他に、保護義務と社会生活上の義務の区別と連関も論じられている。

① 社会生活上の義務 社会生活上の義務 (Verkehrssicherungspflicht 社会生活保安義務、Verkehrsschutzpflicht 取引安全義務とも言う) は、社会生活上危険を支配し得る者に課された不法行為上の義務であり、当初は不作為によって八二三条一項によって保護された権利を侵害した者に、不法行為責任を課するための前提的義務として発展させられたものである。

例えばラーレントツはこの義務が結びついている危険を、Verkehrsfahren (交通利用につきものの危険)、Sachfahren (物の状態にかかわる危険)、Tätigkeitsfahren (活動から生ずる危険) に類型化している。<sup>(30)</sup>

② 社会生活上の義務としての保護義務 ところで、そもそもドイツにおいて保護義務は、一方において不法行為法の不備 (使用者の免責が認められやすい使用者責任規定、純粹財産損害 reine Vermögensschaden を賠償の対象に含めない等) を補うために、契約責任を成立させる手段的義務として機能している面が指摘されてきた。<sup>(31)</sup> 例えば保護義務違反による「契約締結上の過失」 (culpa in contrahendo) 責任を認めたバナナの皮事件 (Bananenschaden-Fälle)<sup>(32)</sup> における保護義務は、まさにこうした義務で、結局こうした保護義務は社会生活上の義務でしかないと指摘されている。

「契約交渉上の過失」に関して鑑定意見を書いたメディアクスは、ここでの過失において問題となる義務を、「非契約的法定に関する義務」 (Pflichten hinsichtlich vertragsfremder Rechtsgüter) と「締結されるべき契約それ自体に関する義務」 (Pflichten hinsichtlich des abzuschließenden Vertrags selbst) とに類型化し、契約交渉上の過失の問題領域を後者の義務に限定する。<sup>(33)</sup> そして、前者については、不法行為法の不備が是正されれば余計なものとなる (überflüssig) として、そこで

は社会生活上の義務で対処すれば足りるとする。それどころかむしろ、商品の下見をするだけで売買の意図もなく (ohne Kaufabsicht) デパートに入店して事故にあったり、売買契約の当事者ではないその随行者 (Begleiter) を保護するのには、社会生活上の義務の方が適しているという。

「近時の判例もこの高められた保護 (diesen gesteigerten Schutz) を契約交渉の開始によって初めて認めているのではない (nicht erst bei dem Eintritt in Vertragsverhandlungen)。むしろ既に他方当事者が営業所に入ったこと (bereits das Betreten der Geschäftsräume) 十分だとしているのである。」<sup>(34)</sup>

③ 我が国の場合 こうした社会における危険管理責任を根拠づける社会生活上の義務は、我が国で行政上の不作為責任を根拠づける際に認められてきた「安全確保義務」<sup>(35)</sup>と対比できよう。或いはまた、工作物責任ないし营造物責任における「瑕疵」概念において提唱されている「義務違反説」<sup>(36)</sup>が言う「義務」とも重なるものだとも言える。

このこと自体の興味ある検討は今後の課題として、今はここで最初に挙げた我が国のエスカレータ事件も、こうしたドイツで言えば社会生活上の義務の問題として捉えられることを指摘しておこう (もちろんこれは保護義務としても捉えられる。売場の安全を売買契約の内容から排除する必然性もない)。従って、ここでの安全配慮は給付義務の内容にはならない。

#### (四) 小括

以上を要約すると次のようになる。

第一に、安全配慮義務を給付義務と保護義務に区別する視角自体は、とりわけ履行請求を一定の安全配慮義務に認め、事故の予防を契約責任規範としても実現する上で重要な視角である。

第二に、しかし、安全配慮義務の給付義務性は、そのこと自体で時効規範の選択基準を提供するわけではない。当

該損害賠償請求権の特質も考慮する必要がある。

第三に、我が国の判例上の安全配慮義務違反事件の中で、一〇年間の時効期間が活用されているのは、雇用・労働契約上の安全配慮義務にほぼ限られている。しかしそのことはこの義務が給付義務で、その他の安全配慮義務が保護義務であることを意味しない。むしろ後者にも給付義務性が認められた。

第四に、判例の中の安全配慮義務には、ドイツで言う「社会生活上の義務」(Verkehrspflicht)に相当する義務があった。これは給付義務性を認められない。

さて、責任性質論はそれ自体で完結するのではなくて、安全配慮義務違反の責任性質を決定した上で、不法行為法規範との調整をめぐしている。次にこの点を検討してみよう。

## 二 規範調整論

### (一) 規範統合説

さて安全配慮義務を二分したとしても、不法行為規範との調整の問題が生ずる。周知のように競合する規範の調整方式としてはかつて有力であった「法条競合説」、「請求権競合説」(判例・通説)、「規範統合説」がある。近時の学説の中では「規範統合説」が次第に有力になりつつあると言えよう。<sup>(37)</sup>

安全配慮義務との関係で四宮説<sup>(38)</sup>に依拠しつつこの問題を論ずる宮本健蔵の立論を紹介してみよう。給付義務たる安全配慮義務違反の場合には、債務不履行責任と不法行為責任との競合が生ずる。この場合の規範の統合は、「債権者の有する利益を統合によって失わせるべきではないから」、時効については、民法一六六、一六七、七二四条のうち「原則として債権者に最も有利に」選択されるとする。一方、保護義務たる安全配慮義務違反の場合は、そもそも「契



約責任と不法行為責任の中間領域」に属するので「事態を直視して、それに最もふさわしい規範を発見（創造）すべき」であるとする<sup>(39)</sup>。そして時効との関連ではカナリスの議論を紹介し、不法行為の三年間の時効を適用すべきことを示唆している<sup>(40)</sup>。

## (二) 問題点

1 統合論のデメリット しかし、統合論には、その統合要件や統合の効果について、実定法規範が明確でなく、結局、四宮自身も認めるように、「困難な理論的問題の解決を当事者の負担とする」し、「新しい規範の発見を必要とするところから、裁判所の負担を増大させる」し、また、「当事者としては裁判の結果についてこれまでよりも予測を立てにくい」という疑問がある。この疑問について、筆者は四宮説のように「それは過渡的な現象にすぎず、判例の堆積とともに漸次解消してゆくはずである<sup>(41)</sup>」とは楽観できない。果たして「過渡的」を理由に権利が否定されるようなことを法解釈学が進んでみとめられようか。

## 2 統合論の意図 統合論の意図するところは次の点にあった。

(1) 現実的請求権の単一請求権としての取り扱い 「複数の可能的請求権が当事者および給付を同じうする場合、それらは、譲渡、免除・和解、担保行為、弁済・相殺等の法的取引の対象となる場面、または、承認や訴提起による時効中断の対象となる場面、要するに、われわれと現実 접촉する場面では、単一のもののように取り扱われることが、合理的であり、したがってまた、当事者の通常の意味にも合するのである。すなわち、かような場面では、それらは単一の『属性を捨象された請求権』として扱われることが要求ないし期待されるのである<sup>(42)</sup>。」

(2) 事態に即した規範の創造 例えば今日の判例のとする請求権競合論の欠陥は次のように指摘される。

「両規範（群）のどれかひとつだけを権利者が選択しようとするこの方式は、一面では、選ばれなかったほうの規範からその

目的を実現する機会を奪ってしまうという欠陥、他方では、全法秩序の立場から事態に最も適切と判断される法規範の適用されるのを妨げるという欠陥をもつ。その結果、双方の請求権規範の長所を権利者に享受させる必要がある場合ないし一方規範を優先的に適用する必要のある場合には不適当だということになる。<sup>(43)</sup>

3 統合論の意図の実現 これら二つの主張は、規範統合説の核心をなすものである。しかもどちらも首肯するに足る主張である。この「意図」を生かしつつ、上述の「デメリット」を排除するにはどうしたらよいか。

第一に、単一請求権の取り扱い、規範統合説によってしか達成できないわけではない。四宮自身認めるように、<sup>(44)</sup> そのような取扱いこそが「当事者の通常の意味」に合致するとか、訴訟物をめぐる訴訟法の次元で解決することもできるのである。

第二に、事態に即した規範については、それこそ次のように問いをもって答えよう。「何が事態に即した規範なのか」。規範の調整の前に、我々が考えるべきことはこのことである。<sup>(45)</sup> ここでの問題は、(給付義務たる)安全配慮義務違反を理由とした債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効規範に、一六六条、一六七条が成立し、それと同時に成立し得る七二四条との「調整」にあるのではなくて、それ以前に、そもそも「それが債務不履行であるからといって、一六六条、一六七条を適用すべきなのか否か」なのである。まさに、このことこそ「事態に即した規範」を選択する視角でなければならぬ。<sup>(46)</sup>

(三) 小括 規範調整論のうち規範統合説が提起した問題は解決されねばならない。しかし、その問題は「規範統合」によってではなく、別の途で達成されなければならないし、別の途で達成され得る。

さて時効について「事態に即した規範」を「発見」するために、次に「損害賠償請求権」の特質論に今一度考察の目を向けてみよう。

### 三 損害賠償請求権の特質論

さて、この「特質論」は既に簡単に触れている。ここでは、この議論の「射程」を問題にすべきことを論じよう。

#### (一) ドイツの議論の特徴

##### 1 短期時効適用論者における留保

ドイツにおいても完全性利益の侵害の場合にはそれが不法行為を理由とするものであろうと、契約違反を理由とするものであろうと、「法的根拠にはかかわりなく」三年の短期消滅時効にかかるべきだとする説が有力に主張されていること、及びその論拠については既に紹介した。

だが、そこにはこの短期消滅時効の「停止」をめぐる留保がつけられていること、そのことによつて、「短期」によつて不利益になる権利者（被害者）の権利保護にも十分に配慮されていることが忘れられてはならない。

後に検討するように、ドイツにおいては一九七七年の法改正により、そもそも不法行為における三年の短期消滅時効に特別な時効停止事由として当事者の「交渉」(Verhandlung)が定められている(八五二条二項)。すなわち、当事者間で交渉中は時効は停止し、その間は時効期間に算入されないのである。

契約上の義務違反による完全性利益侵害の場合に短期消滅時効を適用すべしとする前述の学説は、いずれもこの「不法行為」における時効停止規定を契約上の義務違反に拡大して適用することを併せて主張しているのである。しかも、こうした停止事由の拡大こそが、時効の短期化を「正当化」する理由として挙げられている点に注目しなければならない。シュレヒトリームは、医療契約の場合に生ずる「後続損害」(Folgeschäden)や「後発損害」(Spätschäden)は、なるほど時効の長期化(eine Verlängerung)の要請の理由となるが、しかし、鑑定意見における時効の停止事由及び中断事由の緩和はそうした要請を不要なものとするだろうとしている。<sup>(47)</sup>

メデイクスも、不法行為の場合の交渉による時効の停止制度の導入により、この短期消滅時効が一般に予見され得るあらゆる要求を満足させ、衡平もまた満足させているとして、これを契約交渉上の過失に基づく請求権に適用してはならない理由はないとしているのである。<sup>(48)</sup>

## 2 雇用契約上の配慮義務違反の損害賠償請求権とその時効

しかも、先にも述べたようにドイツの通説は、雇用契約上の配慮義務違反に基づく損害賠償請求権については、一般の時効期間を適用し三〇年としている。更に、ドイツにおいては、我が国と異なり労災の場合には、民事損害賠償訴訟が使用者の「故意」がある場合に限定的に認められるにすぎないことも注意しなければならない。<sup>(49)</sup>

安全配慮義務という場合にその圧倒的活用例が労災民事訴訟である我が国との違い、それが重要である。

## (二) 我が国の議論への疑問点

損害賠償請求権の特質を根拠に、安全配慮義務違反を理由とする損害賠償請求権については、それが債務不履行であるか否かにかかわらずなく、民法七二四条を適用すべしとするこの議論への疑問点を述べておこう。

1 防御困難と時効の短期性 加害者にとって、防御が困難となると、なぜ被害者の負担によって権利が短期間で消滅すべきことになるのか。

この点は起算点の理解とも関係しよう。七二四条適用論の積極的側面は、この条文の前段の起算点、すなわち、「損害及ヒ加害者ヲ知リタル時」を安全配慮義務事件へ導入することにこそあるのだろう。すると損害、加害者も認識でき「権利を行使することができる状態にありながら、権利を行使しない」被害者をいつまでも（一〇年間も）保護する必要はないという価値判断がそこに働いているのである。

しかし安全配慮義務事件の場合に、本当にそのような「権利不行使」を非難できるのだろうか。

この点で、時効期間の活用が一定の安全配慮義務事件（労災事件、しかも自衛隊、職業病事件）に「偏在」していることは、それらの事件から何らかの「権利行使遅滞要因」が構造的に析出できるのではないかと暗示している。

2 時効の停止要因への不配慮 しかも我が国の議論は、時効の「短期性」の導入は強調されても、時効の「停止」論は同時に主張されない。むしろ後に見るように我が国での時効の停止制度には独特の経緯がある。しかし少なくともドイツのように、「短期性」を主張すると同時に、それと同じくらいの強さで時効の「停止事由の拡大」を強調している議論状況（ないし感覚、発想）との落差は指摘できよう。

3 契約上の義務違反をめぐる事故領域 しかも、先に述べたようにドイツで契約上の義務違反による生命、身体侵害が論じられる場合は、その労災保険制度との関係に規定されて例外的にしか認められない労災民事損害賠償訴訟は、主たる議論領域ではないのである。

それに対して、我が国の安全配慮義務事件の圧倒的多数が「労災」事件であること、しかも、そのうちの半数近い事件が不法行為を理由としては請求権が時効消滅にかかっていること、こうした現実を果たして民法七二四条適用論はどのように評価しているのだろうか。

学としての法解釈学は少なくともこうした「現実」を踏まえて展開されねばなるまい（それが机上の思いつきでない限り）。

さて我々は次にその「現実」を分析の対象に据えてみよう。

(1) 周知のように、西ドイツでは債権法の改革に関する鑑定意見作成の委託が一九七九年に連邦司法省より専門家会議（司法行政官、裁判官、大学教授の一六名の委員よりなる）になされ、その鑑定意見書は既に公表されている（*Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bd. I, II, III, *Bundesanzeiger*, 1981, 1983）。この鑑定意見に対しては、一方では債権法改正についてのシンフォニーではなく、レクイエムが始まったというかの地での学界の反応が紹介されている（クリスティアン・フォン・

パール・浦川道太郎訳「ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定」比較法学二〇巻一号（八六年）九二頁。しかし、他方ではこの鑑定意見は、現行法及びその学説による再生の包括的情報を与えるリストメントの意味をなし、将来の議論にとつての地平を築いたものであり、「すでに現時点で、ドイツ債権法に関する学問的研究の上で、重要な一段階を画したものだ」という評価もなされている（ペーター・シュレヒトリム・宮本健蔵訳「西ドイツ債権法の改正計画について」法学志林八〇巻三・四号・一六八頁）。こうした西ドイツの動向は鑑定意見の紹介とともに、我が国における債務構造論や責任体系論活性化のひとつの大きな契機となっていることは否定できない。なお、鑑定意見についての紹介、参考文献については下森他『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』法政大学現代法研究叢書9・八八年参照。

(2) ドイツでの詳細かつ総合的な議論の紹介を通じて債務構造論に新しい画期を切り開いた『契約責任の研究——構造論——』（六三年）をはじめ、近時の次のような論文に至るまで、この分野での北川の研究は、パイオニア的輝きをはなっている。同「債務不履行の構造とシステム」法学論叢一一六巻一〜六号（八五年）、「債務不履行における有責性」同上二一八巻四・五・六号（八六年）、「§四一五」「債務不履行」『注釈民法（10）』八七年。

(3) 請求権競合問題について我が国での一つの到達点を示した四宮和夫『請求権競合論』（七八年）は、既に「契約上の給付義務としての『安全義務』と『債権法上の信義則に基づく『保護義務』』とを区別していた（同書九六頁注2、3）。

(4) 請求権概念の検討から規範調整論、責任体系論に検討を進め、安全配慮義務を債務の構造との関連で体系的に位置づける試みをしたのは奥田である。奥田昌道「契約法と不法行為法の接点——契約責任と不法行為責任の関係および両義務の性質論を中心に——」於保不二雄先生還暦記念『民法学の基礎的課題』（中）（七六年）、「債権総論（上）」（八二年）、「『契約責任と不法行為責任の交錯』をめぐる西ドイツ民法学の近時の動向——債務法改正作業に関連して——」比較法研究四五号（八三年）。

(5) 宮本は西ドイツの議論を基礎に、この問題に精力的な研究を発表している。本稿もこれらに多くを負っている。宮本「契約責任の再構成をめぐる最近のドイツ民法学の動向（一）（二）」法学志林七九巻一、二号（八一年）、「西ドイツにおける安全配慮義務と保護義務——規範適用を中心として——」明治学院大・法学研究三三三号（八五年）、「安全配慮義務と保護義務——西ドイツ法と比較して——」私法四八号（八六年）、「雇用・労働契約における安全配慮義務——給付義務構成への一つの試み——」明治学院大・法学研究三六号（八六年）。

(6) 前掲・宮本「西ドイツ」一一八頁以下。なお、「適合的な規範の創造」という視点は、前掲・奥田「接点」二六四頁に依拠したものである。給付義務たる安全配慮義務と保護義務との二分論は、四宮（前注3参照）、奥田にも共通する（前掲『総論』上・一五頁以下、一九頁注四、一六六頁以下）。しかし、本文で述べるように具体的にどのような契約類型に前者の義務を認めるかについては、三者とも必ずしも確定的な見解は有していないようである。問題は二分する場合の区別の基準である。なお、北川は二分説のように、「契約債権関係における相手方の安全性は、給付義務と安全義務との二本立てで扱われる」可能性も認めつつも、安全配慮義務の給付義務構成には懐疑的である。北川は独自

に「安全義務」(「給付結果の実現そのものに向けられたものではなく、契約締結から終了に及ぶ、契約過程で相手方の生命・身体・人格・財産を保護することを目的とした付随義務」で「契約目的とは内容的にも時間的にも独立した付随義務」)概念を定立し、使用者の安全配慮義務もこの「安全義務」概念に含まれるとする(前掲「システム」一三〇頁)。そして例えば「安全配慮義務について、給付義務構成をとらずに給付義務とは異なる債務としても、その債務の不履行ないしその不履行の可能性を理由に労務の提供を拒否する法理は考えられる」とし、また、「有責性判断は個々のな事情の総合的判断であるので特定の契約関係における安全配慮義務を定型的に一つの基準にはめ込むことに問題が残る」として、契約類型ごとに安全配慮義務を類型化していくこと自体に疑問を提示している(前掲『注釈』三六九、三二二頁)。前者について、例えばドイツでは保護義務であっても、それが明白に定められた措置(eine ganze bestimmte Maßnahme)を要求し、義務者がこれを実施することを拒絶している場合には、脅かされている損害を防止するために、この措置の訴求が例外的に許容されるとしている(Larenz, Schuldrecht, Bd. I, Aufh. 14, 1987, S. 12, Stürner, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflicht, JZ 76, 384)。しかし、そうした代替的法的構成の可能性は、給付義務構成による履行請求や就労拒否を排除する理由とはならない(次注で述べるようにラレンツ自身も雇用契約につき給付義務構成をとる)。また、後者の問題については「個々のな事情の総合的判断」であるからこそ、何らかの判断枠組みが必要ではないか。もっとも北川自身「安全義務とその懈怠にあっては、当該契約債権関係においてどのような内容の相手方の法益への侵害可能性が生じ、それが現実化していったかは、類型的に確定することが重要である」としているが(『注釈』三二二頁)。

(7) 通説を代表するラレンツは、当該契約の類型を規定する「給付義務」(Leistungspflicht)と、あらゆる債権関係に現われ、債権関係の実現から債権者の法益に対して生ずる損害から債権者を保護すべき義務たる「保護義務」(Schutzpflicht)を区別する(Larenz, Schuldrecht, Bd. I, 1987, S. 6f.)。保護義務は、未だ債権関係が成立していない「事実上の契約交渉の開始」(die tatsächliche Aufnahme von Vertragsverhandlungen)や、これを準備する「取引的接触」(der geschäftliche Kontakt)の段階で、接触により高められた自己の法益(とりわけ健康と所有権)への「影響可能性」(die Einwirkungsmöglichkeit)を根拠に成立する。いわゆる culpa in contrahendo (契約締結上の過失)の問題である(Larenz, a. a. O., S. 104f.)。なお、ドイツ民法典は雇用契約(Dienstvertrag)に関する六一八条一項において使用者に次のような配慮義務(Fürsorgepflicht)を課している。すなわち、使用者は、労務の性質が許す限り被用者に対して生命と健康の危険から保護するように、その労働を規制しなければならず、また、使用者が調達し、被用者に自由に使用させる空間や施設、器具などをそのように配置し、維持しなければならぬ。この義務の違反については、不法行為に関する八四二〜八四六条が適用される(従って八五二条の短期の時効期間については適用されない)。この配慮義務が設備や保護措置の設置や性質、或いは使用者の将来の行態に向けられている場合には、被用者は「訴求可能な履行請求権」(ein klagbarer Erfüllungsanspruch)を有し、また、彼にとって当該状況では労働が期待不能である限りで「給付拒絶権」(ein Leistungsverweigerungsrecht)を有する。かくして、配慮義務はその限りで給付義務の性質を有するものとされる(Larenz, Schuldrecht, Bd. II,

Halbbd. 1, 1986, S. 324ff.)。また、シモノヒトリムは、この義務が単に損害賠償を確保するための「純粹な」保護義務 (Schadensersatzbe-  
wehrte „reine“ Schutzpflichten) ではなく、規制された保護措置の給付としての義務 (Pflichten zur Leistung der geregelten Schutz-  
maßnahme) である旨を指摘している (P. Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1987, S. 121, Anm. 20)。宮本が我が国の雇用ないし労働契約上の安全配慮義務を給付義務として捉え、これに履行請求権や給付拒絶権を与えているのも、ドイツの議論と共通するものと言えよう。なお、ドイツの雇用契約上の配慮義務については、和田肇「西ドイツ労働契約における忠実義務と配慮義務」(一)(六)名大・法政論集九五、九六、一〇〇、一〇一、一〇三、一〇六号(八三年〜八五年)、高橋眞「ドイツ民法典における使用者の安全配慮義務規定の生成について(上)」香川法学五巻一号、六巻二号、七巻二号(八五年)参照。

(8) 宮本の研究はまさにこの点を自覚的したものであった。「生じた損害は完全に賠償されなければならないが、しかし、損害賠償は事後的な救済手段であり、労働者にとって必ずしも十分なものとはいえない。労務給付拒絶権や履行請求権などの事前の損害回避手段によって、損害発生を未然に防止することが労働者に認められなければならない。安全確保義務を給付義務として把握することは、このような要求に合致することになる。従来の安全配慮義務論はこのような労災予防の観点から、再構築されるべきだと思われる。」(「雇用・労働契約」一九九頁)。  
筆者も全面的に賛成である。しかし、その「再構築」を実現するためには、既に六〇年代における労働法学において、労働者の保安ストとの関連で「履行請求」や「就労拒否」が論じられていたこと、しかもその理論化が必ずしも定着しなかったことの意味も「再検討」する必要がある(拙稿「理論史」三・二六四頁)。なお就労拒否に関する近時の検討として、山田恒夫「安全配慮義務に関する一考察」東洋法学二九巻一号(八六年)、塚原英治「危険に対する就労拒否権」月刊いのち八八年五月号二〇頁。

(9) 「安全配慮義務」が労働契約の場で主として提唱されてきたこと、にもかかわらずこの義務を最初に認めた最高裁昭和五〇・二・二五民集二九・二・一四三が、「……安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて、特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきもの」としたために、この義務の適用領域をめぐりさまざまな議論がなされてきた。この最判の判示は労働関係上の安全配慮義務を、先に見たドイツ法上の保護義務であるかのように捉えている。この最高裁判決の解説の中にも「ドイツにおいては、安全配慮義務は、雇用契約に関して認められているのみならず、判例によって、契約締結交渉関係においても、第三者のための保護効を伴う契約に関しても、信義則上の義務として承認されていること、注目すべき点である」とするものがある(柴田保幸「判批」法曹時報二八巻四号・七六年・一九七頁)。しかし、雇用契約の安全配慮義務は当該契約関係の特質(安全が保証されなければ、要求される債務は労働の提供をなし得ない)に規定された、契約の特定当事者(使用者)が特定の他方当事者(労働者)に対して負う給付義務であって、どんな契約においても、そして契約に至らない接触関係においても、接触した双方が相互に負うべき保護義務とは性質が異なるのである(こうした義務の方向性や契約類型との関係につき、奥田『総論』上・一六頁以下も参



- 照)。安全配慮義務二分説はこの点を明確にした点で、適用領域論に画期を開いたと言える。
- (10) BGHZ 49, 77, 80.
- (11) Larenz, Schuldrecht Bd. I, S. 107, derselbe, Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“, in Festschrift für Ballerstadt, 1975, S. 397.
- (12) P. Schlechtriem, Vertragliche und außervertraglicher Haftung, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bd. II, 1981, S. 1591, 1671. なお、この鑑定意見については、辻伸行「契約責任と不法行為責任との関係について(一・二)」前掲『鑑定意見』四六七頁以下参照。
- (13) Schlechtriem, a. a. O., S. 1670f.
- (14) Schlechtriem, a. a. O., S. 1675.
- (15) ノーバーは、契約債権者は、人身損害、物損害 (Personen- und Sachschaden) については、不法行為による賠償債権者と何ら変わらない (in keiner anderen Lage als ein Deliktsgläubiger) とする (U. Huber, Leistungsstörung, in Gutachten I, S. 647, S. 741)。この鑑定意見については、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築」前掲『鑑定意見』二二二頁以下参照。
- (16) メディクスは、契約交渉上の過失での保護義務違反について、それが他人間での同様の違反に基づく請求権より長期間の時効にかからねばならないのはなぜかは理解しがたいとする (D. Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in Gutachten I, S. 479, 492)。これについては、円谷峻「契約締結上の過失」に関するメディクスの鑑定意見」前掲『鑑定意見』二二二頁以下参照。
- (17) 新美育文「『安全配慮義務』の存在意義」ジュリスト八二二二号 (八四年) 一〇四頁。同「安全配慮義務違反による損害賠償請求権の消滅時効起算点」法時五五卷九号 (八三年) 一四六頁、同「安全配慮義務の存在意義」再論」法律論叢六〇卷四・五合併号 (八八年) 六〇九頁以下でも同旨を展開している。また、こうした新美の論旨の前提には、次のような民法七二四条把握があることに注意。「短期期間制限の存在理由は、不法行為当事者間において対等な攻撃・防御が尽くされることを確保するところにあるのではないかと考える。すなわち、原告が不法行為を知って十分な証拠資料を集めたうえで、相当期間経過後、不意打ち的な請求をなしたため、被告の側で防御のための証拠資料を集めようとしても、時の経過のゆえに、かつ、不法行為という偶発的な事件のゆえに、証拠が散逸してしまって、それが不可能であるという事態を回避するところに短期期間制限の存在理由があると考ええる。」(同「不法行為損害賠償請求権の期間制限」2・完・八三年・法時五五卷五号一〇七頁)。また、同様の視角からの七二四条適用を示唆するものとして、高橋眞「安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点」香川法学三卷二号・八三年一三〇頁以下参照。
- (18) 奥田『総論(上)』一六六頁以下。

- (19) 前掲・北川「システム」二四七頁。
- (20) 奥田『総論(上)』一六五頁。
- (21) フランスの安全債務に関する最近の論稿として、伊藤浩「手段債務としての安全債務と結果債務としての安全債務(1)(2)」立法学二八、三  
 一八七、八八年)、同「安全債務と安全配慮義務」私法五一号(八九年)。
- (22) Mazeau-Chabas, Leçon de droit civil, t. II, 1985, n° 402.
- (23) Schlechtriem, a. a. O., S. 1610.
- (24) Schlechtriem, a. a. O., S. 1610. ノーバーは、医療契約 (der medizinische Behandlungsvertrag) や運送契約 (der Frachtvertrag)、寄託契  
 約 (der Verwahrungsvertrag) などについては、債権者の法益の保護 (die Obhut) が、「ちょうど給付義務の核心」(gerade den Kern der Leistungs-  
 pflicht) をなしている (a. a. O., S. 738.)。
- (25) 前注7参照。
- (26) 前注7。但し、ドイツにおいても当初からこうした配慮義務が給付義務として履行請求可能と捉えられていたわけではないようである。こ  
 の配慮義務の具体的内容は労働保護法 (der Arbeitsschutzrecht) により具体化されるが、当初ワイマール期は労働保護法は行政法の一部をな  
 すものとされ、その規定は使用者と国家との間の法的関係を規制するものであって、使用者と労働者との間の労働関係の内容には何ら影響な  
 いもの (auf Inhalt des Arbeitsverhältnisses ohne Einfluß) とされたのである。そこで使用者に対するこの義務の履行請求は認められなかつ  
 たが、公法上の強行的保護規定に違反する労働の提供を拒絶する権利は認められた。なおこの時期には、八二三条二項の保護法規違反を理由  
 とした使用者への不法行為責任の追求が課題とされた。今日では、労働保護法の規定が労働契約の内容をなすことは一般に認められている。  
 そのことは、労働契約上の保護義務違反が不法行為ばかりか契約違反でもあることを示すが、そのことの実践的意義は、ドイツ不法行為法に  
 おいて広範に使用者の免責を認める八三一条の使用者責任の規定の適用を回避し、契約法に属する履行補助者の規定 (二七八条) の適用をめ  
 やすくして認められること (Alfred Söllner, Grundriss des Arbeitsrechts 8. Aufl., 1984, S. 211f., Wolfgang Zöllner, Arbeitsrechts, 3. Aufl.,  
 1983, S. 168.)。彼我の違いを示すものとして興味深い。
- (27) 前注6。
- (28) 奥田『総論(上)』二〇頁。
- (29) この義務については、C. von Bar, Verkehrspflichten, 1980, derselbe, Deliktsrecht, Gutachten II, s. 1681ff (ついでについては、浦川道太郎  
 「不法行為法改正に関するフォン・バルの立法的提案」前掲『鑑定意見』五五五頁参照)。また、我が国でのこの義務の紹介として、錦織成  
 史「民事不法の二元性——ドイツ不法行為法の発展に関する一考察——」法学論叢九八巻一、三、四号(七五年)、永盛恒男「ドイツ不法行

- 為法を定める一般的注意義務の一断面」比較法雑誌二〇巻四号（八七年）。
- (30) Larenz, Schuldrecht Bd. II, S. 612.
- (31) Larenz, a. a. O., Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“, S. 403.
- (32) LM Nr. 13, § 276 BGB. デパートの客が床にあぐらをかいたままの皮で滑ってこぼび負傷した。そこで、デパートを相手取り、*culpa in contrahendo* 責任を追究した。BGH は、売買契約の目的でデパートによる支配領域に足を踏み入れた者は、「デパートに入った瞬間から、彼の身体的安全（*persönlichen Sicherheit*）の契約上の保護を請求できる」とした。
- (33) Medicus, a. a. O., S. 487f.
- (34) Medicus, a. a. O., S. 491.
- (35) 国の安全確保義務については、とりあえず以下の文献参照。下山英二『健康権と国の法的責任』（七九年）、沢井裕「規制権限不発動と国の責任——国民の生命・健康の保全のために」*3*・法律時報五七巻九、一〇、一一号・八五年、佐藤英善「カネミ油症国賠訴訟控訴審判決と国の責任」(上)(中)(下)法時五六巻七、八、九号・八四年、三橋良士明「不作為にかかわる賠償責任」『現代行政法体系6』（八四年）。
- (36) 植木哲『災害と法』、國井和郎「道路の設置管理の瑕疵について——義務違反的構成の試み——」(一)——(一六)判タ三三二六—四八一号。
- (37) 例えば本文で述べる宮本の他、松久三四彦「判批・長崎じん肺訴訟判決」判評三三三・二〇二頁。
- (38) 四宮『競合論』九四頁以下。
- (39) 宮本「西ドイツ」一八二頁。
- (40) 同前一八三頁。カナリスは八五二条（不法行為の場合の短期消滅時効）適用の根拠として次のように言う。第一に、立法者は*culpa in contrahendo* も積極的債権侵害も規定していなかったのであるから、これらに一般の三〇年の時効（一九五条）を適用すべきことに有利な評価を一九五条について行っていない。第二に、単なる特別結合の成立（*das bloße Bestehen der Sonderbeziehung*）は消滅時効期間の長さとは無関係であるから、三〇年の消滅時効を何ら正当化しない。第三に、保護義務違反は不法行為よりも不法な内容が少なく（*einer geringere Unrechtshalt*）ことなしにしばしばであるから、まさにより強い論拠をもって（*a fortiori*）、保護義務違反には八五二条が適用されるべきである（Canaris, Schutzgesetz-Verkehrspflichtigen-Schutzpflichten, in Festschrift für Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, S. 108）。
- (41) 四宮『競合論』二二九頁以下。
- (42) 同前三九頁。
- (43) 同前五六、五七頁。
- (44) 同前五七、八頁。

(45) 同様の問題意識として、藤岡康弘「安全配慮義務に関する規範適用について」民事研修三一八号、八三年、一八頁以下。ここでは「契約責任および不法行為責任それぞれに、固有にあてはまるべきものとされている規範とはどのような内容のものであるのか」が問題とされている(二二頁以下)。

(46) なおシハレトリームも、規模統合による「統一的請求権」(Einheitsanspruch)の形成につき、多くの国が契約責任と不法行為責任の二分論(die Dichotomie)にある現状で、それを越えた規範統一をすることは、「国境を越えた法の同一化」(grenzüberschreitende Rechtsan-gleichung)を困難にするとして、これに反対する。Schlechtriem, a. a. O., S. 1674.

(47) Schlechtriem, a. a. O., S. 1672.

(48) Medicus, a. a. O., S. 5492.

(49) ライヒ災害保険法(RVO)六三六条。その理由は、過失の吟味なしに(ohne Prüfung eines Verschuldens)財政上給付能力ある組織が成立していること、企業平和の維持(eine Belastung des Betriebsfriedens)を求められている(Söllner, a. a. O., S. 51)。なお、この点について西村健一郎「ドイツ労働災害補償法の生成に関する考察」(一)民商法雑誌六五巻四、五号(七二年)、同「ドイツ労働災害保険法における事業主等の民事責任」民商法雑誌六八巻一号(七四年)。

### 第三節 判例にみる権利行使遅延要因

#### 一 労災事故の場合

最初に事件の圧倒的部分を占める労災に関して検討してみよう。ここでは以下のような権利行使遅延要因を析出できらる。

#### (一) 雇用関係継続への要請

##### 1 解雇・退職後の提訴例

労災安全配慮義務事件では、解雇ないし退職後に提訴する例が目立った(判例①、⑬、⑭、⑲、⑳など)。とくに死亡ではなく何らかの職場復帰がなお可能な程度の負傷をした場合には、被害労働者にとっては損害の賠償

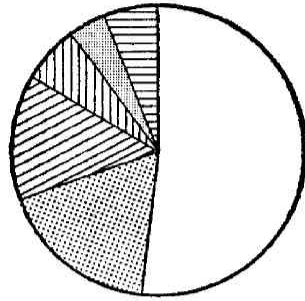
よりも（それは労災保険給付等で当面賄われる）、それによって一生を支える「雇用関係の継続」が重大であることは当然である。その場合に、労働者が雇用関係の継続を維持しつつ、使用者を相手取って損害賠償請求をなすことは、使用者との「力関係」を考へても「人間関係」を考へても事実上極めて困難な場合が多いだろう。<sup>(1)</sup>

2 労災保険給付との関係での生活困難<sup>(2)</sup> 職業病ではない一回性の負傷事故の場合、不法行為訴権が時効消滅にかかる大きな要因に労災保険給付との関連がある。周知のように、事故が「業務上」災害と認定された場合には労災保険給付がなされる。負傷の場合には、負傷が「治癒」するまで療養補償給付（労災一三条）がなされるほか、療養のため労働することができないために賃金を受けない日には休業補償給付（給付基礎日額の六〇％）が行われる（労災一四条）。ところで、療養開始後一年半を経過しても治癒していないときに、労働能力が一定程度喪失している場合には傷病補償年金が支給され、療養開始後三年を経過した日に傷病補償年金を受けていた場合には、打切補償が支払われたものとして解雇制限（労基法八一条）が解除される<sup>(3)</sup>。そうでない場合も、療養開始後三年を経て治癒していない場合には、使用者は平均賃金の一二〇〇日分の打切補償を行えばその後は使用者の補償責任は消失し、かつ解雇制限も解除される（労基法八一条、一九条一項但書）。時効関連事件においては、こうして療養開始後三年を経て休業補償が打切られる（結果の生活困難によって訴訟提起に踏み込まざるを得なかったと見られるケースが数件指摘できる（①、②、④、⑨、⑫、⑯、⑲など）。

このように、不法行為の損害賠償請求権が既に三年間の時効にかかったあとで賠償請求する要因には、使用者の打切補償によって解雇され、或いは職場での人間関係が悪化してしまった後での「最後の決断」として訴訟に踏み切った例が目についたのであった。

(二) 被害認識の阻害 労働過程で生ずる危険性については、まず何よりも使用者が危険防止義務を負うとともに、

グラフ5 自衛隊・事故類型



事故類型	(件)	(%)
航空事故	26	52
交通事故	9	18
訓練事故	7	14
海上事故	3	6
殺人事件	2	4
疾病	3	6
合計	50	100

危険性を十分に認識していなかった例もあるが、これでは安全衛生教育が行われず、被害の認識を阻害する結果となるのも当然であろう。

危険に関する事前の情報提供義務も負っている。労働法上種々規定されたこれらの義務は使用者の負う安全配慮義務の具体的内容をなしている。<sup>(4)</sup>ところで、労災安全配慮義務事件では、とくに起算点のところでも問題となったじん肺のような潜在的、進行性の疾病の場合、事前の被害把握とそれへの対処が重要なのに、被害者にそれがわからず、従って被害の認識が遅れている場合が多い。

事例によっては、使用者側が積極的に被害者の側の権利行使を妨害している例がある。共立陶業森田じん肺訴訟<sup>(36)</sup>は、じん肺法に基づく被害者の健康診断の結果、被害者が症度四と診断され、その旨書面で労働基準局長から使用者に通知がいったにもかかわらず、これを被害者に知らせず、安全措置もとることなく業務を続けさせたという例である。昭和電極じん肺訴訟<sup>(33)</sup>では、職業病問題を追求しようとする労働組合を破壊し、執行委員を不当解雇することによって使用者側が被害者の権利行使を妨害した旨の主張が原告よりなされたが、神戸地裁は妨害の事実を認めるに足りる論拠がないとしてこの主張を排斥している。このとき被害者の認識の遅れを使用者が非難することは「筋違い」であろう。なぜなら、自分が義務を尽くさなかった結果の不利を、被害者に「転嫁」させることは公平ではないからである。

さらに、大東マンガン訴訟<sup>(37)</sup>のように、使用者自身がマンガン中毒、じん肺の

(三) 事故原因の隠蔽 とくに自衛隊事件では事故原因が航空機事故によるものが多い。(グラフ5)、この場合は軍事機密の壁もあってか、事故原因がなかなか被害者に判明しないという事情がある。<sup>(5)</sup>

更に事故原因の隠蔽は何も自衛隊事故における「軍事機密」だけには限らない。労働過程という外の市民社会からは隔離された「密室」の中で、しかも労使の力関係を前提とすれば、個々の労働者の側或いはその遺族による事故原因の解明それ自体が困難である。むしろ使用者が安全配慮義務を負っているという前提からは、使用者は危険防止義務を尽くすために、生じた事故や疾病の原因を究明してそのような危険が生じないように手段を尽くさねばならないはずである。

かくして、不法行為の場合には言えるかも知れない「立証困難の回避」等はここでは当てはまらない。使用者は安全配慮義務を負っていることの結果、被害者から訴訟を提起されるまでもなく、生じた事故や疾病の原因をそもそも解明する義務を負っているのである。<sup>(6)</sup>もし使用者が、時間を経過したが故に後から立証困難に陥ったならば、それは当初自らが十分に原因究明義務を尽くしていなかったことの結果なのであって、ここでもそれを被害者に「転嫁」させることは不当である。

(四) 請求権認識の阻害 とくに自衛隊関連の事件の場合には、安全配慮義務概念を最初に最高裁として認めた工藤労災事件で被害者の遺族側が主張しているように、自衛隊の担当者自身が国家公務員災害補償の他には賠償請求をなし得ない旨を遺族に言明していたという事情もあり、権利の存在自身を知らなかったという事情もあるようである。<sup>(7)</sup>

(五) 権利意識形成の阻害 遠州じん肺訴訟判決が時効起算点の基準としての「権利行使の期待可能性」の判断要素にしているように、<sup>(8)</sup>我が国のいわゆる「日本的労使関係」の特質は、使用者と労働者の関係を対立関係においてではなく協調関係において捉える点にあった。そこでは、使用者に対して個々の労働者が権利行使をするという意識形

成が日常的に阻害される恐れがある。<sup>(9)</sup>

## 二 労災以外の安全配慮義務事件

労災以外の安全配慮義務事件において、時効が問題となった事例はごくわずかである。事故類型ごとに検討してみよう。

1 学校事故<sup>(10)</sup> 学校事故で安全配慮義務違反が主張された事件は三八件に及ぶが、そのうち、不法行為訴権の消滅時効が問題となっている例はわずか三件にすぎない。ひとつは、埼玉県立松山高校体操部鉄棒落下負傷事件<sup>(52)</sup>で、事故発生後七年八か月後に訴訟が提起されたものである。判決は学校側の安全配慮義務違反に触れることなく、原告のもう一つの主張たる不法行為に基づく損害賠償（国賠法一条一項）を認め、消滅時効については、原告の主張を容れ、学校側は原告に対してたびたび学校側の責任を否定したため、被告は権利行使に思いいたらず、消滅時効の起算点は、原告が弁護士に本事件の調査を依頼した時点であるとしている。いまひとつは、福岡の修猷館高校ラグビー部合宿練習中の事故（社会人との試合中の頸髄損傷事故）である<sup>(53)</sup>。この事件では事故発生後一〇年経過直前に安全配慮義務違反を理由とした損害賠償請求がなされ、これが認められた。更に甘木中学校事件では、体育でのラグビーゲーム中の負傷事故で、事故発生後七年を経て提起がなされている<sup>(54)</sup>。

2 予防接種訴訟 国が強制的に実施していた予防接種の副作用により障害を負い、或いは死亡した児童の遺家族から、国に対して安全配慮義務違反を理由とした債務不履行に基づく損害賠償請求ないし不法行為による損害賠償を提起した訴訟が幾つか提起され、判決が出されている<sup>(55)(56)(57)</sup>判決。これらの事件の原告の中には、既に事故発生（予防接種による被害発生）から十数年を経ている者もあり、消滅時効が問題となった。

いずれの判決も特別的社会関係に基づく、国の安全配慮義務の存在は否定したが、国賠法上或いは憲法二九条の損



失補償責任に基づく損害賠償を認め、時効については、いずれも国側の時効の援用を権利の濫用としてその援用を認めなかった。権利の濫用として指摘されているのは、このような損失補償請求権の存在自体が「多くの問題点があり、従来の学説においても、裁判例において、疑いの余地のないものとして明確に認識されていたものではな」いこと、国側はこのような請求権の存在を強く否定する意識のもとに行政を行ってきており、「換言すれば、原告らは、被告の行政姿勢により、被告が提供する救済以外の救済手段に思い及ばず、右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」である（大阪予防接種禍訴訟判決<sup>64</sup>）。

(1) 遠州じん肺訴訟判決<sup>65</sup>では、この点につき、原告らの教育の程度（尋常小学校ないし尋常高等小学校卒）、社会環境（地域社会の中で「裁判や権利の行使は無縁な生活」、組合の対使用者への姿勢（会社と対決姿勢がない）、会社と従業員、家族との関係（日常生活への深いかかり）、安全配慮義務不履行による損害賠償請求が「権利として確立されるのが遅かった」点などを総合的に考慮して、原告らが「会社の責任を追求して裁判所に対し損害賠償請求を訴える道があることは全く考えつかなかった」事情をきめ細かく認定している。

(2) かつて岡村は、夫を労災で失った妻の八四％が夫死亡当時と比べて収入が減ったと答えている労働者婦人少年局「労働災害遺族の生活実態に関する調査」（婦人関係調査資料No.49）を引用し、「労働者は、労働災害に出くわせば、治安水準的保険金支給のもとで必然的に絶対的貧困化の道へ転落させられている」ことを告発した（同「労災における企業責任論」季刊労働法八二号・七二年・五四頁）。果たしてその頃から比べ現状は改善されているのだろうか。七七年にじん肺患者を調査した野沢浩はじん肺に罹患した「労働者世帯の生活保護世帯化」を指摘している（野沢浩『労働過程の過失と責任』八八年・一九四頁）。

(3) 障害補償年金は、障害等級一級（両眼失明や常に看護が必要な状態）で給付基礎日額の三三三分、七級（軽度の労務以外不能等）で一三一分、障害補償一時金は八級（一手の母指、示指等を含み三以上の手指の用廃等）で五〇三分、一四級（局部の神経症状等）で五六百分に過ぎない（労災保険法一五条）。

(4) 岩田実「危害防止のための措置」『現代労働法講座』12（八三年）等参照。

(5) 安全配慮義務違反の証明責任について、「義務内容を特定し、かつ義務違反に該当する事実を主張・立証する責任」が債権者にあるとした最判昭五六・二・二六民集三五・一・五六は、米軍から購入した航空自衛隊のヘリコプター事故についてのものであった。原告らは原審において義務違反の具体的主張証明のために事故原因調査報告書等の文書提出命令の申立てを行ったが却下された。「当事者双方に公平であるべ

き原審が一方において立証せんとする証拠の申出を封じながら、他方において証明なしとして控訴人らの主張を排斥したるが如きは、証拠に關する重要な法則の解釈を誤つたものと謂わざるをえない」という被害者側の上告理由はもつともな点もある。その他自衛隊の航空機事故において安全配慮義務違反が認められなかった事例で、原告が文書提出命令の申立てをしていたのに却下された判決が幾つかある（東京地判昭五八・九・二九判時一一〇四号八八頁①事件、東京地判昭五八・九・二九同上②事件）。

(6) 桑原は、労災職業病が発生した場合に、使用者が監督署に届出る義務（災害報告義務）には、災害原因究明義務も含まれると同時に、これは労働者に対する義務であるとする（同『労働災害と日本の労働法』七一年・一三四頁）。

(7) この工藤労災事件は、陸上自衛隊八戸駐屯地内の車両整備工場において、車両整備中に、後進してきた別の隊員運転の大型車両に後頭部を轢かれ即死した工藤隊員の両親が、事故から四年を経た昭和四四年に、自賠法三条により、国に対し不法行為に基づく損害賠償を請求した事件である。一審、二審では、事故発生から四年を経た本提訴に対する国側の時効援用（民七二四条前段）が認められ、被害者側は敗訴した。二審に至り、被害者側は安全配慮義務違反を理由とした債務不履行に基づく損害賠償も請求しているが、控訴審は自衛隊員と国との関係は「雇用関係ではなく、特別権力関係」であることを理由にこれを否定している。これに対して上告審たる最高裁が、国が公務員に対して安全配慮義務を負うことを初めて肯定したことは前述した。ところで、この事件の被害者は何故に事故後四年も経て、すなわち不法行為訴権が消滅してしまつてから訴訟を提起したのであるか。実はこの点にこそこの事件の核心がある。一審、二審を通じての被害者側の主張は、要するに加害者たる国側で被害者側の権利行使を妨害していたという点にある。すなわち事故の補償に関わる自衛隊の担当官（陸上幕僚部厚生課長）は、自衛隊遺族会陸上部会誌の昭和四一年版の誌上で、国は殉職者に対して国家公務員災害補償法による補償、退職手当、共済組合法による遺族年金等の支給以外には何もできない旨の記事を書き、また、昭和四二年に行われた陸上自衛隊駐屯地での殉職隊員の追悼式に引き続き行われた原告らが同席していた懇親会の席上で、自衛官や事務官に補償金の増額等を懇請したところ、法律を改正する以外に方法はない旨回答するなどしていたため、原告らは国から支給された補償金以外に、国に対しては損害賠償を請求し得ないものと信じていたというのである。そこで、原告らは、時効の起算点に原告らが国に損害賠償を請求できることを当時の遺族会の会長を通じて知った昭和四四年七月にすること、仮にそうでないとして時効の援用は権利の濫用にあたるなど主張したのである。これに対して、控訴審では、当時関係自衛官、事務官自身も国に損害賠償責任があることを明確に認識していたとはいえず、法律専門家でないこれらの者に期待もできないことを理由に原告の主張を退け、上告審でも時効にかかわる主張は排斥している。なお、この原審の判断に対して時効の起算点論の観点から下森は次のように指摘している。「原判決も認めるとおり、すでに自衛隊事務官に、事件当時その知を期待することが無理であったというのであるから、いわんや一般人や被害者にこれを期待することはまず無理であろう。そうだとすれば、権利行使を期待しうる合理的な時期まで、時効の起算点をずらすことが妥当であった事例だと思われる。」（同「本件判批」法学セミナー七五年七月号一九頁）。また、森島はここでの国の時効の援用にエスットペ

ルの観点からの規制を示唆している(同「本件判批」判評二〇〇号・七五年・三五頁)。

(8) 前注1参照。

(9) 「問題は、『権利意識』それ自体ではなく、そのような『意識』を再生産する構造であろう。」前掲拙稿「理論史」(三)二五四頁注6参照。  
 なお、最近の法意識論として『法社会学』三五、三六、三七号参照。

(10) 近時の学校事故の全体状況については、織田博子「最近学校事故判例総覧—昭和五七〜六二年—」ジュリスト八八六号(八七年)三四頁、伊藤進・織田博子「学校事故賠償責任の判例法理(1)」判評三四七号(八八年)参照。

#### 第四節 時効期間の妥当性基準

##### 一 労災の場合

既に検討したように、労災の場合には次のような「損害賠償請求抑止要因」がまさに労働契約関係に「本質的」なものとして抽出できることにまず注目しよう。他のいかなる契約関係とも異なり、労働契約関係は、それによって労働者が「生活」を支え、しかも、使用者—労働者の間に対等な市民間の関係では割り切れない「使用—従属関係」があることを特色とする。<sup>(1)</sup> そのことが上で述べたような「損害賠償請求抑止要因」となって現われている。

これらは個々の事案に「偶然的」な要素ではなく、使用者と労働者との関係を媒介している労働契約関係に規定された「本質的」要素と言える。その意味で、労災を何か交通事故と同じようにすぐに賠償請求すればよいとは言えないし、それは困難なのである。

かくして、こと労災・安全配慮義務の場合に、不法行為と同じような「三年内に権利行使すべし」という要請は当てはまらない。債権の消滅時効の一般原則の「一〇年間」はこの意味で妥当なのである。そのことによって、仮に使用者が立証困難に陥ろうとも、それは自らの原因究明義務を尽くさなかった結果として、自らが負担しなければなら

ないリスクである。<sup>(2)</sup>

なお、安全配慮義務事件への七二四条適用論の意図は時効期間を短縮するという点にだけあるのではなく、時効の起算点に七二四条のとくに前段の起算点を導入し、被害者の損害・加害者の認識を待つて、時効を進行させようとする点にもあった。しかし、この点は安全配慮義務と起算点のところでは検討するように「権利行使可能性」の判断によって十分対処できると思われる（この点は後述する）。

## 二 その他の安全配慮義務類型

他の安全配慮義務類型の場合はどうか。例えば労災について「安全配慮義務」が主張される事件が多い学校事故の場合にも「在学中には学校と事を構えたくない」と言うような、賠償請求を躊躇させるような要因はあるだろう。また校内で事故が発生した場合は、やはり学校側は訴えられてから原因を究明するのではなく、積極的な「原因説明義務」を安全配慮義務の内容として負っていると言うべきだろう（生徒が学校でなせケガをしたのかわからない<sup>(3)</sup>では済まない）。

しかし、労災の場合と決定的に他の契約が違ふのは、労働契約関係の特殊性に規定された上述のような賠償抑止要因が、当該契約関係に「本質的なもの」としては存在しないのではないかということである。そのことを何よりも雄弁に物語るのが、労災以外の事例で安全配慮義務が主張された場合に、当該事案を不法行為で請求した場合に時効消滅が問題となる事例が七件（それらの事例の一割）に過ぎないという点である。しかも既に検討したように、このうち一件は民法七二四条前段の解釈により不法行為に基づく賠償請求権が認められており、また、予防接種禍訴訟の三件は時効の援用自体が権利の濫用として排斥された事例である。また、残る三件のうち一件は労務提供過程上の事故で

労災類似の事故（請求認容）であり、一件は義務違反が否定されたものである。純粹に安全配慮義務構成をしたがために時効の点でメリットがあり勝訴したものは、公判裁判例を前提とするとは言え学校事故に関する二件にすぎないのである（一！）。

### 三 小 括

安全配慮義務違反の場合の「一〇年間」の妥当性は、「責任の性質」（それが債務不履行か不法行為か、或いは両者の中実責任か）論では決められない。従って当該安全配慮義務違反がどのような責任の性質を有するのかを判定するため  
の視角たる「給付義務—保護義務」という区別は、こと時効規範の適用の点では限界性を有する。それは、完全性利益の侵害という点で損害が発生した後で請求できる債権として不法行為に基づく賠償請求権と類似しており、その短期消滅時効の要請がそこにも及ぶかどうかで判断すべきである。

労災にかかわる安全配慮義務の場合には、「労働契約関係の特殊性に規定された本質的な賠償抑止要因」を析出することができ、ここでは不法行為の場合の短期消滅時効規範は妥当性を有しない。またそのことの不利益は安全配慮義務が課されている使用者が負担するのが公平に適する。

これに対してその他の契約類型での安全配慮義務違反の場合には、このような「当該契約関係に本質的な賠償抑止要因」が存在しない。これらの義務は「給付義務としての安全配慮義務」ではありながら、むしろ民法七二四条の射程距離が及ぶようにも思われる。その結果の個々の不合理は、七二四条の起算点の解釈論や援用論によって個々に対処することも可能であろう。

しかし他方で次の点も考慮する必要がある。

第一に、労災以外の安全配慮義務においても、それが給付義務違反たる債務不履行責任である限りは、民法七二四条を適用しなければならない必然性はない。

第二に、とりわけ交渉が時効の停止事由として認められていない我が国では、とくに契約関係が基底にある場での事故の処理については、そこでの事故に至る或いは事故後の様々な交渉が複雑性を帯び、不法行為の場合と同様の三年間の熟慮期間では短い場合も考えられる。

第三に、公判裁判例だけを根拠に、これらの事例では早期に請求がなされ得ると決め付けることもできない。

そこでさしあたりは、次のように考えるべきであろう。労災安全配慮義務については、裁判例の分析からも明瞭に一〇年間の時効期間の妥当性が析出できた。その根拠は、労働契約関係の先に述べた特殊性にある。それ以外の給付義務たる安全配慮義務については、そのような契約类型的権利行使遅延要因は、公判裁判例からは析出し得なかったが、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効につき停止事由の厳格な我が国においては、さしあたり一〇年間の時効期間を適用しておいても止むを得ないであろう。

法解釈学は安易に既存の権利を切り下げることがすべきでもない。

さて次に起算点の問題を検討しよう。

(1) 前掲・拙稿「序説」及び「理論史」は、戦後の労働法学が、労災補償責任の特殊労働法的性格を議論するなかで、労災に対する使用者の責任をまさにこうした労働契約関係の特殊性に焦点を合わせて説明していくなから、労働契約上の安全配慮義務概念が形成されてきたことを浮き彫りにしようとした試みであった。

(2) この意味で下森が「特殊労働契約類型における安全配慮義務について、市民法レベルでの信義則を語ることは、ごく例外的な場合を除いては客観的認識の問題として無意味である」としているのが注目される（下森「労働契約上の安全配慮義務の法的性質」法学セミナー八三年五月号一二五頁）。下森は一方で、「安全配慮義務違背を理由とする損害賠償請求権については、本来の給付義務のそれと必ずしも同一に解す

る必要はなく、その不法行為的側面にも留意して、立法論、解釈論が展開されるべきであろう」とし、「当面の解釈論としては、起算点を請求権発生時とし、一応一〇年の時効期間としつつ、損害を知ってから何年間も放置していた場合には、信義則を使って責任制限をするのが妥当といえようか。なお、不法行為の場合と全く同様に解するのは、社会的接触の緊密度を考慮するとき、疑問である」とする。問題は、その際の「社会的接触の緊密度」の中味であり、その際には「特殊労働契約類型」の信義を語る必要があるであろう。なお、下森自身は、「労働者保護のために、時効の起算点につき、権利行使を合理的に期待しうべき時期とする試みも検討されるべきである」としている（下森「国の安全配慮義務」同編前掲『展開』所収二五八頁）。

(3) まさに、「教師は、教育活動から生じる危険から生徒を保護する義務を負うだけでなく、事故が発生した場合に、事故発生後の被害発生を防止するとか、被害発生を最小限度にするために、事故に対し適切な事後措置をとることも安全義務の内容として要請されている」のである（市川須美子「学校事故における学校・教師の責任—最高裁昭和六二・二・六、同六二・二・一三を契機として—」ジュリスト八八六号（八七年）二五頁）。

## 第二章 安全配慮義務と時効起算点<sup>(1)</sup>

### 第一節 判例動向と問題点

#### 一 判例の概観

##### (一) はじめに

事故後数年を経て後遺症が出たり、或いはじん肺などのように長期間を経て被害が顕在化するような事例では、安全配慮義務消滅時効の起算点が問題となるようになった。この点に関しては既に一七件の判決が蓄積されている（判例表2参照）。

時効期間についての判例が例外なく安全配慮義務消滅時効の期間を一〇年としているのに対して、その起算点の解釈においては判例は分岐を示している。その分岐点は、後述する八五（昭和六〇）年の長崎じん肺訴訟第一審判決を

画期とした「焦点」の移動を示している。

## (二) 前期

前期においては、安全配慮義務消滅時効の進行について権利者(被害者)に「損害発生認識可能性」を要するか否かにつき必要説(36、37、38)と不要説(一回的事故II事故日説30、31、32、職業病II退職日説33、34、35)の分岐が見られた。不要説の論拠は、次のようなものであった(これらについては、次項で検討する)。

第一に「債務の同一性の法理」。すなわち、債務不履行に基づく損害賠償請求は本来の債務が転化したものにすぎないから、その消滅時効の起算点は本来の債務の履行を請求し得る時とする。

第二に、「法律上の障害論」。民法一六六条一項の「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時」とは、権利を行使するに法律上の障害がないことをいい、事実上の障害は含まれない。

第三に、不法行為の消滅時効との「権衡論」。主観的認識を起算点に含め、それから一〇年間の時効期間があるとすると、認識から三年間とし、かつそのことによる時効完成の浮動性を制限する後段の規定(不法行為の時から一〇年)を置く民法七二四条との関係で権衡を欠く。

## (三) 後期

1 共通の前提としての損害認識可能性 後期においては、かかる認識可能性を要しないとすると著しく不合理な結論となるじん肺訴訟が増大した。すなわちそこでは退職後一〇年を経て被害が顕在化する場合には、退職日説によると損害賠償請求権が成立する前に権利が消滅してしまうことになる。かくして、「具体的妥当性の観点からも」「損害が発生したことを債権者において認識し又はその可能性がある時」を起算点とすること(長崎じん肺第一審判決)が判決共通の前提となった(39、40、41、42、43、44)。



2 損害認識可能性のメルクマール この可能性のメルクマールは、長崎じん肺第二審判決(44)がじん肺症の行政認定上の管理区分の「最初の決定を受けた日」とする他は、いずれも各人にとって「最も重い行政上の決定を受けた日」、或いは最も重い管理区分四の決定の通知を受けた日としている。

3 権利行使の認識可能性 更に問題は、損害の認識可能性の他に、被害者における権利行使の認識可能性の有無を判断すべきか否かが問題となった。ここでの画期となったのは遠州じん肺訴訟判決(45)であった。この判決は、「右管理四の決定を受けたというだけで、その決定のなされた時代や決定を受けた者の認識等に関係なく直ちに当然に安全配慮義務不履行による損害賠償請求権の行使を現実に期待又は要求することができるといふこともできない」として、原告らが弁護士による訴訟説明会を聴いた時点以降権利行使が可能となったとした。次いで、鳥取じん肺判決が、一回目の管理区分の四の通知を受けたときにはその意味が理解できなかったとして、起算点を二回目に管理区分四の通知を受け、休業したときとした。これら二判決はいずれも、後に検討する星野英一の「権利行使の期待可能性」論に依拠している。

次にこれらの起算点解釈を規定する理論的諸要因を抽出し、検討課題を設定することにしたい。

## 二 検討

### (一) 債務の同一性の法理の射程

1 債務の同一性の法理 債務不履行に基づく損害賠償請求権は本来の債務が転化したものに過ぎず、両者は同一であるから、この損害賠償請求権の消滅時効の起算点は本来の債務の履行期であるとする「債務の同一性の法理」(以下「法理」と略す)は、「損害発生<sup>(3)</sup>の認識」を不要とする論理によって、或いは「損害の発生自体を不要」とする論理

によって、「事故日説」「退職日説」を支えるものであった。

【自衛隊イペリットガス後遺症事件③⑩】（事故日説）

「債務不履行による損害賠償請求権の消滅時効は、法律上右の権利を行使するための障害がない限り、本来の債務の履行を請求しうる時から進行を始める」と解すべきであり、権利者においてその損害の発生を事実上知らなかったことは、不法行為の場合のように特別の規定がない限り右の時効の進行を妨げないと解するのが相当である。本件において控訴人が被控訴人に対し本来の債務の履行を請求しうる時は被控訴人の債務不履行のあった昭和三七年一〇月四日であるから、右不履行による損害賠償請求権の消滅時効も、控訴人において後遺症による損害発生を知っていたと否とにかかわらず右の日から進行し、一〇年を経過した同四七年一〇月四日の満了により右の損害賠償債権は時効によって消滅したものである」といふべきである。（傍点引用者。以下同様）。

【自衛隊増田岩盤爆破作業負傷事件第二審判決③⑩】（事故日説）

「安全配慮義務違反は、国と自衛隊員との間においても、債務不履行の一種と解するべきであるが、およそ債務不履行による損害賠償債務は、本来の債務の内容が変更したにすぎず、債務の同一性には変りはないから、その消滅時効は本来の債務の履行を請求し得る時すなわち債務不履行のあった時（換言すれば本来の債務が損害賠償債務に変わった時）から進行を始めるもので、仮に権利者において損害の発生を事実上知らず、また損害額が確定していないとしても右消滅時効の進行は妨げられないものと解するのが相当である。」

【自衛隊大沢X線白血球減少症事件第一審判決③⑩】（退職日説）

「国の安全配慮義務は在職公務員に対するものであって、公務員たる地位を失った者に対してまで負担するものではなく、当該公務員の退職後にかかる義務の発生する余地はない。このように、被告国の亡大沢に対する本件安全配慮義務も、亡大沢が陸上自衛隊を退職した昭和三三年三月一七日以前に負担すべきものであり、また、亡大沢も被告国に対し退職以前において右義務に対応する安全配慮請求権を有し、かつ、行使しえたものである。したがって、亡大沢の被告国に対する本件安全配慮請求権は、遅くとも右退職日までには存在し、行使しえたのであるから、それから一〇年を経過した同四三年三月一七日をもって時効により

消滅した」とするべきである。」

【自衛隊大沢X線白血球減少症事件第二審判決③⑤】（退職日説）

「具体的安全配慮義務は公務員が国若しくは上司の指示のもとに具体的公務の遂行に際し、公務員はその履行を請求しうるものであり、右具体的安全配慮義務は性質上それが履行されるときはそれにより消滅し、損害賠償債務は発生しないが、右具体的安全配慮義務が履行されなかったときは、債務不履行による損害賠償債務が転化発生し、以後これを請求しうるものとなるものである。したがって、右具体的安全配慮義務不履行に基づく損害賠償債務は具体的公務の遂行が終了し、右具体的安全配慮義務が右損害賠償債務に転化したときから一〇年間を経過すれば、消滅時効により消滅するものといわなければならない。」

2 本来の給付義務との相違 これに対する反論の一つは長崎じん肺判決が試みた、「安全配慮義務と本来の給付義務」との相違を根拠とするものであった。

【長崎じん肺訴訟第一審判決③⑨】

「……右安全配慮義務は本来の給付義務に附随するがその内容を成すものではない。このような場合には右安全配慮義務の不履行は積極的な債権侵害として本来の給付義務の不履行の場合と異なって理解すべきであり、右安全配慮義務不履行による損害賠償請求権は本来の給付義務と共に消滅するものと解すべきではない。さらに、本件にそくして実質的にみるに、後記認定のとおりじん肺はその発症まで長期の潜伏期間があり、一定の程度に至った症状は治ることなく進行するものであることを考えると遅くとも本来の給付義務の履行請求可能な最終時である退職時から時効期間たる一〇年以上経過したのちに発症したときは、損害賠償請求権の行使の機会は全く失われることとなる。したがってこのような具体的妥当性の観点からも右安全配慮義務の不履行による損害賠償請求権が本来の給付義務と共に消滅すると解すべきではない。」

3 履行請求可能性 いま一つは安全配慮義務の履行請求の困難性を理由とするものである。

【前橋帝国硫黄・東レじん肺訴訟判決④⑩】

「本件の如く生命・身体に関する安全配慮義務違反の場合においては、一般の契約上の債務不履行による損害については本来

の債務の発生当初から当事者双方にとってその内容、態様等が客観的に予想可能なものであることは異なり、具体的安全配慮義務の内容自体が具体的状況如何によって相違するばかりでなく、その違反による損害の内容、態様をあらかじめ予想することが困難であるから、右の「権利を行使すること得る時」とは、安全配慮義務の履行期を問題とすることなく、客観的、具体的に損害が発生したとき、と解するのが相当である。」

#### 【間組じん肺訴訟判決④】

「安全配慮義務は、観念的には債務として捉えることができ、その履行請求権を考へることも可能であると思われるが、現実にはそれが契約上の付随的債務であることもあって、損害未発生の時点においては、その債務内容を具体的に特定したり、通常の債権債務と同様に履行の請求をすることは甚だ困難であつて、損害が生じて初めてその損害との関係において不履行の具体的態様を明らかにしうるにすぎないというべきこと等の点において、通常の経済的取引関係における債務不履行と異なる特殊性があり、債務不履行制度における損害回復の観点からすれば、結局のところ、安全配慮義務の不履行による損害賠償請求権については、それが訴訟上請求しうるまでに具体化した時点、すなわち、債務者において損害を確知した時点をもってその消滅時効の起算点と解するのが相当である。」

4 到達点 (1)長崎判決の問題点 このうち、長崎判決の判示は「法理」に関する長崎判決の「誤解」によるものである。なぜなら、「法理」でいっている「本来の債務」とは当該「損害賠償債務」の前提となる「履行されなかつた債務」のことを言っているのである。従つて、ここでの「本来の債務」とは「本来の給付義務」とは別の意味である。むしろ、ここでの問題は損害賠償の前提となる「本来の債務」たる安全配慮義務の履行請求を考へることができるかどうか、そこに起算点を遡らせるかどうかである。

(2)履行請求の困難論 この点で安全配慮義務の「履行請求」を問題にし、「損害未発生の際の履行請求困難性」を理由に「法理」の適用を排除する後者の方向はどうか。この点では、そもそも、「安全配慮義務の履行請求」の時効消

滅が考えられるのかどうか問題であろう。なぜなら安全配慮義務違反の状態が継続する場合には、この義務違反に対する履行請求も絶えず発生しているのであり、義務違反の状態が解消されない限り時効消滅は観念し得ない。逆に義務違反の状態が解消されれば、履行請求は目的を失う。従って、ここでは安全配慮義務の性質上履行請求との関係で、消滅時効を論ずることがそもそも不可能なのである。従って、「債務の同一性の法理」がそもそも妥当しないことこそ根拠にすべきであろう（後述）。

(一) 時効の進行と事実上の障害論

1 法律上の障害論<sup>(4)</sup> 「損害の認識可能性」を起算点に含めない判決は、民法一六六条一項の「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時」とは、法律上の障害がないことを言い、従って権利者の認識とはかかわりなく時効は進行するという前提をとっている。すなわち「法律上の障害」論に依拠して、権利者の「認識」を起算点に含めることは一六六条の「例外」であり、七二四条のような「特別な規定」を必要とするという結論を出している。

【自衛隊イペリットガス後遺症事件③】（事故日説）

「債務不履行による損害賠償請求権の消滅時効は、法律上右の権利を行使するための障害がない限り、本来の債務の履行を請求しうる時から進行を始める」と解すべきであり、権利者においてその損害の発生を事実上知らなかったことは、不法行為の場合のように特別の規定がない限り右の時効の進行を妨げないと解するのが相当である。」

【自衛隊増田岩盤爆破作業員負傷事件第二審判決④】（事故日説）

「民法一六六条には、不法行為に関する同法七二四条のような別段の定めはなく、時効期間の権衡等を考慮するならば、債務不履行による損害賠償債権はその発生と同時に法律上これを行行使することができるといふべきであり……」

2 法律上の障害論への対応 これに対して、長崎判決以降は判例は次の二つの異なる方向の対応をしている。

(1) 「法律上の障害」概念の拡大 従来、期限の未到来や条件の不成就などとの関係で捉えられていた「法律上の障害」概念に「損害発生の認識可能性」を含めることによって対処する見解である。<sup>(5)</sup>

【長崎じん肺訴訟第一審判決<sup>39)</sup>】

「権利行使の可能な時をもって時効の起算点とすべきである。すなわち、それは権利行使をするにつき法律上の障害がなくなった時と解すべきところ、本件にそくして言えば損害が発生したことを債権者において認識し又はその可能性がある時と解することができる。」

【前橋帝国硫黄・東レじん肺訴訟判決<sup>40)</sup>】

「そして、右損害が発生した以上、その損害賠償請求権を行使するについて法律上の障害がない限り、その権利の存在及び行使の可能性を事実上知らなくとも、時効が進行するといふべきである。」

(2) 「法律上の障害」概念の相対化 これに対して幾つかの判決は、「法律上の障害」論を「相対化」し、それに代えて、「期待可能性」を基準にすることによって問題解決を試みている。<sup>(6)</sup>

【長野石綿じん肺訴訟判決<sup>41)</sup>】

「『権利を行使することをうる』とは、単にその権利の行使につき法律上の障害がないというに止まらず、更に権利の性質上、その権利行使が現実期待できるものであることを必要とするのが相当である。」

【遠州じん肺訴訟判決<sup>45)</sup>】

「民法一六六条一項は、債権の消滅時効は債権者が『権利を行使することを得る時』から進行すると規定するが、右は停止条件が未だ成就せず又は期限が未だ到来しない等の法律上の障害があるために権利を行使することができない場合には未だ時効は進行するものではないということの意味する規定であることは明らかであるが、それ以上に、権利を行使するにつき法律上の障害がない時は直ちに時効は進行することまで一義的必然的に意味する規定であるとは解することができない。」

むしろ、権利の種類、性質によっては権利の行使につき法律上の障害はなくともその権利の行使を当事者に期待することが事

実上不可能に近いものが存し、このような場合には『権利を行使することを得る』とは単にその権利の行使につき法律上の障害がないというだけではなくその権利行使が現実に期待のできるものであることをも必要とする<sup>1</sup>と解さなければ、権利は行使の可能性もないまま消滅時効の完成により失われてしまうことになり不当である（最判昭和四五年七月一五日・民集二四卷七号七七頁参照）。そもそも、権利は第一次的には守られるべきものであるから、時効も非権利者に権利を与え債務者に債務を免れさせる制度としてではなく真の権利者の権利を保護し債務を弁済した者の免責を確保するための制度として理解し運用されるべきことは当然であり、仮に、消滅時効には債務者に債務を免れさせる結果を生ずる方向に機能する一面があるとしてもその場合には単なる時の経過のみではなく債権者に権利の行使につき懈怠があること（債権者が権利の上に眠っていること）が必須といふべきである。

そうすると、民法一六六条一項の『権利を行使することを得る時』とは債権の性質、内容及び債権者の職業、地位、教育等から権利を行使することを現実に期待又は要求することができる時期と解するのが時効制度の趣旨に最も適合する。」

3 検討課題 (1) 法律上の障害論の射程 「法律上の障害」概念を「拡大」するにせよ、これを「相対化」するにせよ、いずれにせよこの概念の再検討、その射程距離の確定が必要である。

(2) 事実上の障害の把握基準 仮に事実上の障害が時効進行の障害要因となることを認めるとしても、どんな障害でも認めることは時効制度に恣意と混乱をもたらす。かくして「事実上の障害の把握基準」の構築が課題となろう。

(三) 権衡論 1 権衡論とその前提 「損害認識可能性」を条件としないで時効を進行させる見解の前提には、それを認めると不法行為の場合の損害賠償請求権の消滅時効との関係で権衡を失するという「権衡論」があった。この権衡論は七二四条前段の三年という短期の時効期間は、「例外」的に権利者の認識を進行にかかわらしめることによって浮動的になった請求権を、その浮動性の故に制限しようとするものだという理解である。従ってそのような短期性のない民法一六六条一項、一六七条一項の場合には、時効の進行に「認識」をかかわらせることは権衡を失すると

いうわけである。

【自衛隊増田岩盤爆破作業員負傷事件第二審判決③②】（事故日説）

「民法一六六条には、不法行為に関する同法七二四条のような別段の定めはなく、時効期間の権衡等を考慮すれば、債務不履行による損害賠償債権は、その発生と同時に法律上これを行行使することができるといふべきであり……」

【昭和電極じん肺訴訟第一審判決③③】（退職日説）

「原告浜田は、右時効は損害を知ったときから進行する旨主張するが、右損害賠償請求権の性質上民法七二四条を類推してそのように解するときは、不法行為債権の時効期間との間に権衡を失するにいたり、右主張は相当でない。」

【自衛隊大沢X線白血球減少症事件第二審判決③④】（退職日説）

「右本来の債務者及び債務の内容は契約関係上明らかなのであるから、もともとこれが存しない場合の規定たる民法七二四条を類推適用すべき余地はなく、また、控訴人ら主張のとおり右損害賠償債務につき損害が客観的に現実化しこれを知った時から消滅時効が進行を開始し一〇年間の経過をもって時効消滅すると解することは、不法行為による損害賠償請求権との均衡を失するばかりでなく、時効制度の趣旨にもそわないので、これを採用することができない。」

2 検討課題 実<sup>（ア）</sup>は学説の中にも安全配慮義務消滅時効には民法一六六、一六七条ではなく民法七二四条を適用すべきだという説もあるが、そうした説もこのような権衡論に立っているのである。だがこの点について、今日の判例は正面からは回答を与えていない。依然として検討課題として残されているこの問題は本稿の検討課題の一つである。

### 三 小括

以上の検討を要約しておこう。

#### (一) 時効期間の問題



安全配慮義務消滅時効の「時効期間の長さ」はこの義務の主たるメリットのひとつとされてきた。しかし、実際にはこのメリットの「活用」は、労災に関する安全配慮義務にほぼ限られているのではないか、というのが公判裁判例の分析からの結論であった。

この点は、前述のように時効期間と労災が発生する場たる労働契約関係との間の構造的な関係を示唆するものであった。

## (二) 時効起算点の問題

起算点解釈をめくり分岐する判例は、それ自体解明すべき豊富な論点を内包していた。

1 「債務の同一性の法理」の射程 時効の進行から「損害発生認識可能性」を排除する機能を有するこの「法理」は、その性質上時効消滅を観念し得ない安全配慮義務履行請求権の転化した損害賠償請求権には適用し得ないのではないか、というのがさしあたりの結論であった。

2 「法律上の障害論」の射程 判例は、「損害発生認識可能性」を時効の進行にかかわらしめるために、この障害概念の「拡大」を、或いは「相対化」を試みた。その当否は本稿での検討課題である。

3 「事実上の障害論」 「法律上の障害論」の相対化の立場に立って、事実上の障害も時効の進行の障害要因となることを認めると、次にどのような「事実上の障害」を認めるべきかが問題となる。これも本稿での検討課題である。

4 「権衡論」 「損害発生認識可能性」説を前提とすると、不法行為の場合の短期消滅時効との「権衡」が問題となる。かくして、民法一六六条と七二四条との関連性、その統一的把握という課題も我々の前に立ちはだかっているであった。



後も最判昭三五・一一・二民集一四・一三・二七八一は、契約解除に基づく原状回復義務の履行不能による損害賠償請求権の消滅時効につき、その起算点を本来の債務の履行を請求できるとき、すなわち契約解除の時とした。

(4) 時効の進行を妨げる要因は、権利行使に対する「法律上の障害」に限られるとする見解は、特に近代の法典（フランス民法典、ドイツ民法典等）制定以後に有力となった見解であり、それ以前に時効の進行を妨げる事実上の障害が広範囲に認められていたことへの反動である（この点については第四章で検討する）。我が国でも既にボアソナードの思想に「法律上の障害」論を見て取れる（これも後述）。

(5) 前掲新美は、請求額の特定不可能をもって法律上の障害に含めている。すなわち「訴訟提起時に請求額の特定していることを要求する判例・通説を前提とするかぎり、損害が予見できてもそれを金額に見積もることができない場合には、損害賠償請求訴訟を提起できないのである」（前掲・新美「起算点」一四六頁）。しかし他方で判例は不法行為を理由とする損害賠償請求権の消滅時効の起算点につき、被害者が損害の程度や数额を了知することを要しないとしており（大判大・九・三・一〇民録二六・二八〇）、これとの関係が問題とならう。この点については後述六一頁参照。

(6) 事実上の障害を権利行使可能性に含めることを支持するものとして、前掲・松久「起算点」二〇一頁、中野「問題点」八頁以下、黒岩「鳥取竹本じん肺判決」三三三頁以下。

(7) 前掲、高橋「起算点」一三〇頁。

## 第二節 理論状況

### 一 債務の同一性の法理の限定

#### (一) 賠償請求権の性質による区別

債務の同一性の法理の射程距離を限定する試みは、既に七一年に北川善太郎によって行われていた。すなわち、履行請求権と~~填補賠償請求権~~とは「債権者の法的救済としては、最終的には、いずれか一方に集約されるべき運命にある。この意味で、~~填補賠償請求権~~は履行請求権の転化物であり、従来から言われているように、本来の履行請求権の内容の変更である」のに対して、「履行請求権の時効消滅前後に、供給された目的物の瑕疵により結果~~損害~~が発生し

た場合に、その時点から時効が別個に進行することになる<sup>(1)</sup>。

また、遅延賠償について四宮は、遅延による損害は通常継続的に発生していくから、もし損害賠償請求権発生時を起算点とすると、遅滞の自体が解消されない限り、時効にかかることのない損害賠償請求権がいつまでも発生しつづけることになり不当である等を理由に「法理」が妥当するが、安全義務違反の場合は損害賠償請求権発生時を起算点としてよいとする<sup>(2)</sup>。

今日では、こうした損害賠償請求権の性質の違いは共通の認識になっていると言えよう<sup>(3)</sup>。

## (二) 安全配慮義務の履行請求論否定論

更に今日では、安全配慮義務の場合には履行請求を考慮することができないことを理由に、本来履行期に起算点を求める「法理」を適用できないとするものがある<sup>(4)</sup>。しかし、前章で検討したように一概に安全配慮義務の履行請求権を否定することはできない。

## (三) 履行請求権の特質論

これとは反対に、安全配慮義務の履行請求権の承認を前提としたうえで、その特殊性を理由に「法理」の適用を否定する見解がある。

1 損害発生以前には履行請求ができないことを理由とするもの<sup>(5)</sup> 判決の一部(44)も言うように、安全配慮義務の履行請求は損害発生を認識できなければなし得ないことを理由に「法理」の適用を排除するものである。しかし損害発生後に安全配慮義務の履行を請求しても実際の意味はない。履行請求の意義は事前の事故防止にこそある。

2 安全配慮義務履行請求権の非時効消滅性を理由とするもの 安全配慮義務は、在職中は危険性がある限り絶えず安全配慮義務履行請求権が発生しているから時効にかかることはなく、また、業務から離脱した退職後は、安全配

慮義務の履行請求は意味がない（配慮すべき危険がない）からそもそも時効は問題にならないと解する見解である。<sup>(6)</sup> 前述したように私見も同様である。

## 二 法律上の障害と損害の顕在化

(一) 損害の顕在化 損害賠償請求権は、損害が発生して初めて請求できるのである。これは、損害賠償請求権の法律上の成立要件にかかわる問題である。<sup>(7)</sup> しかもその際損害の発生とは、それに対して賠償請求ができるまでに現実化していることが必要である（損害額や程度ではなく、損害自体がそもそも単に発生する虞れのある段階では損害賠償請求できない<sup>(8)</sup>）。その意味で長崎じん肺一審判決が損害発生認識可能性を法律上の障害に位置づけたのは妥当である。

(二) 顕在化の程度 しかもその際長崎じん肺一審判決が、不法行為の場合と同様に、<sup>(9)</sup> 当時発生が予見可能であった損害についてのみ時効が進行するとしたのも妥当である。発生した損害についての賠償請求が問題なのだから、損害自体が把握できない場合にはそもそも賠償請求できないのである。これも法律上の障害に含まれよう。この点で、最初の行政決定の通知を受けた時点で既に、後に進行する被害についての賠償請求権の消滅時効も進行するという長崎じん肺第二審判決は背理と言えよう。この場合予見できないのは「損害自体」であって、「損害の評価」ではないからである（損害の「評価」が確定できなくても、時効が進行するというのは確定した判決である<sup>(10)</sup>）。

この点で、同じく職業病事件において、不法行為に関する七二四条後段の「不法行為の時」を次のように解する判決（栗山クロム訴訟判決<sup>(11)</sup>）があるのは注目に値しよう。すなわち、この判決は「不法行為に基づく損害賠償請求権につき権利未発生の際に将来の権利不発生を確定させるような解釈をとるべき実質的必要性が高いとは解されない」という基本視角から、七二四条後段においては「当該複数の障害がすべて出現・顕在化し、かつ、いずれの障害も当該

障害自体としては進行拡大が止まり、固定化したと認められる時点」を起算点とすべきと判示している。<sup>(11)</sup> 同様のことは、一六六条一項の場合にも妥当しよう。

かくして、損害の客観的認識可能性がないことが法律上の障害に含まれるならば、ことさら民法七二四条前段の時効期間との権衡を問題にする必要もないと言える。起算点はあくまで客観的な権利行使可能性の観点から、そして時効期間については、前章で我々が行なったように、当該請求権の特質からその妥当性を検討すれば足りる。

### 三 我が国における事実上の障害論

#### (一) 概観

さて、以上のように法律上の障害を捉えるとしても、遠州じん肺判決が言うように、損害を認識できても常に権利行使が期待できるとは限らない。後で検討するフランスやドイツのように、我が国でも一定の事実上の障害は時効の進行の障害事由として認めるべきではないだろうか。

さて、我が国の判例・通説は「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時」とは法律上の障害のないときをいい、事実上の障害を含まないとする「法律上の障害論」をとってきた。<sup>(12)</sup> その最初の動搖の発端は、次に述べる弁済供託事件判決であった。この判決を契機に次第に高まった権利行使可能性への関心は、戦後日本の時効論に画期をつくった星野英一の論文<sup>(13)</sup>での「期待可能性論」へと収斂していく。その提言は、虫垂手術の医療過誤事件判決<sup>(14)</sup>に影響を与えた他、前述の遠州じん肺判決、鳥取じん肺判決にも支持者を見いだす。更に、その後これを時効の客観的運用の観点から修正する松久三四彦の「客観的事実上の障害論」<sup>(14)</sup>が登場する。

一方で、こうした事実上の障害の起算点論への導入に批判的な見解も存する。そこでは、起算点については従来通

り法律上の障害論を維持しつつ、個別事例における不合理の解決は、時効援用の権利濫用論で図る方向が模索される(田中清定)<sup>(15)</sup>。

(二) 弁済供託事件判決

1 事案 宅地の賃貸借をめぐる事件である。XはAから宅地を賃借していたBよりこの借地権を譲り受けたが、その際地主Aとの間で権利金の額をめぐり紛争が生じた。AはXの提供する賃料の受領を拒絶したので、Xは昭和二七年から賃料相当額を法務局に供託し続けた。その後昭和三十一年に至り、AはXに対して、本件建物収去及び土地明渡をめぐる訴訟を提起し、昭和三八年最高裁において裁判上の和解が成立した。この和解において、Xはこの土地に借地権を有しないことを認め、建物を収去して土地を明け渡すとともに、AはXに対する昭和二七年三月から土地明渡に至るまでの賃料相当の損害金を放棄してこれをXに請求しないこととされた。そこで、Xは昭和三八年に至り法務局の供託官に対して供託金の返還を請求したところ(民法四九六条一項)、請求時から一〇年以前の供託金返還請求権は民法一六七条一項により時効により消滅している旨の請求却下処分がなされた。そこで、Xは本件消滅時効の起算点は右和解が成立した日の翌日であると主張し、国を相手取り右処分の無効を争う行政訴訟を提起した(行政事件訴訟法三条一項)。

国側の主張は、民法四九六条は、供託によって質権又は抵当権が消滅した場合を除き、債権者が供託を受諾し又は供託を有効と宣告する判決が確定するまでの間は、供託者は理由の如何を問わず任意に供託物の取戻(供託の撤回)をなし得ることを明記しているのであるから、供託者はその供託の当初から供託物の取戻請求権を行使し得、これを行使するについて何ら法律上の障害は存しないから、右供託物取戻請求権の消滅時効は供託と同時に進行すると解すべきだというものであった。

これに対して、Xは債務者は供託によって免責の利益を受けているのだから、供託物を取り戻すことは免責の利益を失うことになり、免責の利益の存する限り、実質的に取戻請求権の行使は妨げられており、従って取戻請求権の消滅時効は、免責の利益が喪失した時より、本件で言えばAとの間に和解が成立した翌日から進行すると主張した。訴訟は一審<sup>(16)</sup>(東京地判昭三九・五・二八判時三七四・四)、二審<sup>(17)</sup>(東京高判昭四〇・九・一五判時四二七・二三)、上告審(最大判昭四五・七・一五民集二四・七・七七二)を通じていずれもXの請求を認容し、起算点を和解の成立の翌日とした(但し、最高裁では反対意見あり<sup>(18)</sup>)。次に掲げる最高裁判示は二審までの判決にもほぼ共通する。

## 2 最高裁昭四五年判決

「弁済供託における供託物の払渡請求、すなわち供託物の還付または取戻の請求について『権利ヲ行使スルコトヲ得ル時』とは、単にその権利の行使につき法律上の障害がないというだけではなく、さらに権利の性質上、その権利行使が現実に期待のできるものであることをも必要と解するのが相当である。けだし、本来弁済供託においては供託の基礎となった事実をめぐって供託者と被供託者との間に争いがあることが多く、このような場合、その争いの続いている間に右当事者のいずれかが供託物の払渡を受けるのは、相手方の主張を認めて自己の主張を撤回したものと解せられるおそれがあるので、争いの解決をみるまでは、供託物払渡請求権の行使を当事者に期待することは事実上不可能にちかく、右請求権の消滅時効が供託の時から進行すると解することは、法が当事者の利益保護のために認めた弁済供託制度の趣旨に反する結果となるからである。したがって、弁済供託における供託物の取戻請求権の消滅時効の起算点は、供託の基礎となった債務についての紛争の解決などによってその不存在が確定するなど、供託者が免責の効果を受ける必要が消滅した時と解するのが相当である。」

3 判決に対する評価(1) 結論の妥当性 これら三つの判決が述べているように、弁済供託にあっては取戻権を行使しなくしておくところに、債務免責の効果が生ずるのである。従って、この場合の権利行使可能時は免責の利益を受ける必要が不要になった時であるとするこれらの判決は極めて妥当な結論と言えよう。



実務においても、最高裁判決後に法務省民事局から通達が出され、「供託の基礎となった事実関係をめぐる紛争が解決する等により、供託当事者において払渡請求権の行使を現実期待することができるとなった時点から」消滅時効が進行すべきものとされるようになったのである。<sup>(19)</sup>

学説もこれらの判決の結論を支持している。「賛意を表する」(第一審に対して、浅岡智幸)<sup>(20)</sup>、「すぐれて実務的な裁判官の法感覚が問題の核心をみごとにおさえたことを示すもの」(第二審に対して、下森定)<sup>(21)</sup>、「最高裁の判決は肯認されたい」(遠藤浩)<sup>(22)</sup>。

(2) 射程 問題は射程距離である。既に当時遠藤浩も次のように述べていた。

「権利ヲ行使スルコトヲ得ル」を権利の性質上、その権利行使が現実期待できるものであることが必要であるとする考え方をどこまで一般化できるかは問題がある<sup>(23)</sup>。」

たしかにこの事件で問題となったのは供託物返還請求権という特殊な権利、「一種の不確定期限附保管請求権」(下森)であった。従って、その「法的性質」からして当然に、判示されたような起算点にならざるを得ないとも言える。その意味では、これらの判決の射程距離は特殊弁済供託事件に限られるのかもしれない。控訴審判決のように「弁済供託は例外をなす」ものとも言える。

しかし、判決の射程距離は「自動的に」決まるわけではない。「射程距離の読み込み」をいかに妥当なものとするのかという点にこそ、理論の役割があるのである。

その画期的「読み込み」を行ったのは、言うまでもなく星野英一であった。

### (三) 星野説

1 概要 「そもそも時効とは、もと非権利者だった者に権利を与え、債務者に債務を免れさせる制度ではなく、

真の権利者の権利を保護し、弁済した者の免責を確保するための制度」である。<sup>(25)</sup>

明治期の我が国の民法典の編纂にあたり、巨大な足跡を残したポアソナードの「素朴ではあるが根本的な疑問」、時効は「不道德な制度」ではないのかという問いに答えて、「時効制度の存在理由を改めて根本的に問い直すことが必要」<sup>(26)</sup>だとした星野英一は、膨大な判例の分析と緻密な理論構成によって上のような結論を検証しようとした。

そして起算点について星野は次のように提言した。

『権利ヲ行使スルコトヲ得ル時』から進行するというのは、本来は、主として条件・期限に関するもので、権利を行使することのできない時から進行するものでない、という消極的な意味のものであった。従って、厳密に、法律上、権利を行使することができる時から進行すると解しなければならぬ必然性はない。法律的に権利が発生していたか否かが裁判所で始めて明らかになる場合も少なくなく、その際に、債権者とりわけ素人にその判断の危険を負担させることは酷である。特に不当利得返還請求権においてそうであり、時効がかなり認められていることは問題である。従って、これは、『権利を行使しうることを知るべかりし時期』すなわち、債権者の職業・地位・教育などから、『権利を行使することを期待ないし要求することができる時期』と解すべきである。<sup>(27)</sup>（傍点原著者）

2 期待行使可能性論の提起 ここに「不当利得返還請求権」が指摘されているように、この星野の解釈には、その当時の弁済供託事件判決の影響が見られる。しかし、この星野の定式は次の点で我が国の起算点論に画期を開いたと言える。

第一に「厳密に、法律上権利を行使することができる時から進行すると解しなければならぬ必然性はない」として「法律上の障害論」を相対化した点である。

第二に、法文の「権利行使可能性」を「権利行使認識可能性」（権利を行使しうることを得べかりし時期）に読み替えたことである。

第三に、「権利行使認識可能性」の判断要素に債権者の職業・地位・教育など、いわゆる権利者の個人的要素を含めたことである。

このように星野説が行った起算点解釈は、「権利の性質」からしても当然起算点を解釈し得た弁済供託事件とは質的に異なる提言であった。但し、そこではどのような要素を期待可能性判断の要素とするのか、また、そもそも法律上の障害論を「論理的必然性のなさ」によって放棄できるのか（起算点の浮動性は？）、不法行為との権衡論の克服などの課題が残されていた。

ところで、星野説の問題提起は次の判決に援用された。

### 3 星野説に依拠した判決

(1) 虫垂手術医療過誤事件判決(⑦判決) ① 事案 星野説を引用して時効の起算点を解釈した初めての判決が、この判決であった。

事案は、虫垂手術後腹部の不調を訴えていた被害者が、あれこれの病院で受診後も原因不明で根本的な治療がなされなかったところ、右手術後一四年を経て摘出されるはずであった虫垂が残存していることが判明したという事件である。被害者は、最初の手術を担当した医師に対してその債務不履行責任ないし不法行為責任に基づく損害賠償を求めて右発見の翌年(手術後一五年目)訴訟を提起したのに対して、加害者側は消滅時効の起算点を右最初の手術の時に求めて、消滅時効を援用した。

#### ② 判旨 起算点を虫垂の残存が確認された日の翌日として次のように述べた。

「一般に消滅時効は『権利ヲ行使スルコトヲ得ル時』から進行するが、右の『権利ヲ行使スルコトヲ得ル時』とは債権を行使するについて蔽密に法律上の障害がなくなった時を指称するものではなく、権利者の職業、地位、教育及び権利の性質、内容等諸

般の事情からその権利行使を現実に期待ないし要求できる時、換言すれば、『権利を行使できることを知るべかりし時期』を意味するものと解するのが相当である。けだし、権利者の地位、権利の性質等諸般の事情に照し権利行使を期待等することが事実上不可能な場合にまで時効の進行を容認することは、権利者に対し正当な権利行使を制限することとなって過酷であり、引いては時効制度の本旨にもとる不当な結果を招来するに至るからである。」

③ 評価 本件評釈者も指摘するように、本件訴訟は不法行為を理由としても提起され、しかも残存虫垂発見の翌年にそれがなされているのであるから、ことさら「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時」の解釈をしなくても、「不法行為の問題として、民法七二四条を適用して、同一の結論を導くことができたはず」なのである。<sup>(28)</sup>

従って、ここでは星野説を引用はしているが、この採用が実質的に結論を左右するものではなかったと言えよう。しかも、本件での「損害」の認識（残存虫垂の発見）は、それまで度々受診していた医師の判断をもってしても当初はわからなかったのであるから、星野説の眼目たる権利者の「職業、地位、教育」等が判断要素とされているわけでもないのである。

(2) 遠州じん肺判決<sup>(45)</sup>・鳥取じん肺判決<sup>(46)</sup> これら二つの判決については、前に引用したので、ここではこれらと星野説との関係について検討してみよう。

学説の中には遠州じん肺判決は「星野説をさらに押し進め、訴訟提起を決意するに足る知識（安全配慮義務違反による損害賠償請求の法理の認識）を得た時をもって時効の起算点としているのである。法の不知が時効の進行を妨げ得るという考え方である」として、これは「星野説を踏襲したというよりも、その射程距離をこえているのではないかと思われる」とするものがある（田中清定<sup>(29)</sup>）。

確かに星野説がそこで出している例は不当利得返還請求であって、ここで問題となっているような安全配慮義務違

反による損害賠償請求権ではない（星野論文の公表当時はまだ安全配慮義務は普及していなかった）。しかし、星野説の核心たる「権利行使認識可能性」をもって起算点としていること、また、その「可能性」の判断要素として債権者の個人的要素を考慮していること（尋常小学校しか出ていない、会社が日常生活に深くかかわり会社を被告に賠償請求しようとは全く思い及ばない環境であった、管理区分四の通知を受けても意味がわからなかった等々）において、両判決はまさしく星野説を「最初に」採用した判決と言えるのである。

むしろこれらは「射程距離をこえている」のではなくて、星野説を安全配慮義務事件に「具体化」したものと捉えるべきであろう。

4 学説 さて星野説は、その後こうした幾つかの判決に影響を与えた他、学説においても「近時発想の転換をせまる有力な見解」<sup>(30)</sup>（高森）とされ、また「星野説はしだいにその支持を拡げつつあるように思われる」<sup>(31)</sup>（松久）とされている。しかし、その後の理論発展には、余り見るべきものがない。その中で一人輝きをはなっているのが、松久の「客観的事実上の障碍」論である。項をあらためて検討しよう。

#### （四）客観的事実上の障碍論

1 松久説の基本的立場<sup>(32)</sup> 星野説は前述のように時効制度をもって「真の権利者保護、真の弁済者保護」制度として捉えた。それによって時効制度の弊害機能（権利の剝奪）を制限しようとしたのである。これに対して、「この見解とは反対に、時効は非所有者・未弁済者のための制度であるとの立場から解釈すべきである」と考える<sup>(33)</sup>、「一種のコペルニクスの展開」<sup>(34)</sup>（！）をもたらそうとしたと評されているのが松久三四彦であった。その論旨は松久自身によって以下のように要約されている。

「消滅時効制度は、法の二つの要請、即ち、①債務者といえども永遠に権利不行使という不安定な状態に置かれるべきではな

い（権利といえども、国家の後見的介入により権利の満足を得る地位は永久不変であるべきではない）公権的解決を望むなら一定期間内に司法機関へ申し出よ」との要請と、②債務は履行さるべしとの要請の調和を図り、権利不行使という事実の一定期間経過により、債務者に形成権たる援用権（債権者の請求権を消滅させる権利）を与え、援用権の行使により法律上の債務者の地位を免れさせる制度である。……今日の社会では、『契約は守らるべし——債務は履行さるべし』を至上命題として、いつまでも債務者に『責任』を課し続ける解釈こそドラスティックにすぎるのではなからうか。<sup>(35)</sup>

こうした松久説に対しては、「義務者といえどもそんなにいつまでも義務から免れないのは困るといふのなら、さつさと弁済すれば、それですむことなので、それをずっと弁済もしないでいるのだから自分が悪い<sup>(36)</sup>」（米倉明）とか、債務者は債務の履行という自分の行為によって「不安定な状態」を脱することができるのだから「債務者の不履行を正当化する何らかの理由があつてはじめて、法の要請たりうるのではないだらうか<sup>(37)</sup>」（中山充）と言つた批判がなされている。筆者も同感である。

ところで、「権利の永続性を認める考えには賛成できない<sup>(38)</sup>」とする松久も、時効制度を権利行使の期間制限と解すが故に、なおさら「通常人に権利行使が期待できない場合にまで時効の進行を開始させるのは権利の実質を損なう<sup>(39)</sup>」と考えることになる。

虫垂事件判決や長崎じん肺判決の評釈で松久が思い至つたのはまさにその点であつた。

2 客観的事実上の障碍論 松久はこれを次のように具体化した。やや長いが、重要なので（そしてニュアンスも伝わるように）そのまま引用しよう。

「……時効制度の實際的便宜のために客観的基準が望ましいという点からも、通説の、法律上の障碍の有無という基準を原則としてよいと考える。但し、問題は、この原則に例外を全く認めなくてもよいかということである。なぜなら、右の原則といえども通常人に対して権利行使を要求しうる場合であることという大前提の上にあるからである。したがって、通説の区分からす

ると事実上の障碍に該たる事由であっても、なお時効の進行開始を妨げるとするのが妥当な場合があれば、個別的に時効援用を権利濫用とすることも考えられるが、むしろ、これを正面から時効の進行開始を妨げる事由として認めてよいように思われる。

このような場合を便宜的に、客観的事実上の障碍（他を主観的事実上の障碍）と呼ぶと（名称にこだわるものではない）、何がそれに該たるかはなお問題として残されている。しかし、それは事実上の障碍であってもなお時効の進行を開始させるべきではない事案の出現に備えて、予め、解釈の受け皿としての概念ないし範疇を用意しておくことに意味があり、具体的に何がそれに該たるかはそのつど考えざるを得ない性質の問題であるように思われる。ともあれ、一応の判断基準を立てるならば、権利を行使しうることを知っていても、通常人を基礎に判断して権利を行使することを要求できない場合、としておきたい。<sup>(40)</sup>

「なお、右客観的事実上の障碍という言葉は、講学上はともかく、少なくとも判決理由中に使うには適当でないとすると、その意味するところを、前掲四五年判決（弁済供託金返還請求事件―引用者注）に倣い、『権利の性質上、その行使を現実に期待できない場合』と表現するのがよいかもれない。<sup>(41)</sup>」

なお「客観的事実上の障碍」の具体例として松久が挙げているのは、ひとつは、虫垂事件で問題となったような「進行性被害」<sup>(42)</sup>、いまひとつは長崎じん肺事件のように「通常人をしても安全配慮義務の不履行（又は不法行為）を理由に損害賠償を請求できるとの法的評価をなしえなかったということ」<sup>(43)</sup>である。

3 松久説の意義と問題点（1）星野説との違い 松久説の「客観的事実上の障碍論」は星野説以降の我が国の「事実上の障碍論」展開の火蓋を切ったものと言える（本稿はそれに続くための理論的検討の試みである）。

松久説の特徴は障碍の「客観的」判断にこだわり、「通常人」を基準にし、債権者の職業・地位等は原則として考慮しない<sup>(44)</sup>という点にある。「権利の性質上、その行使を現実に要求できない場合」という定式<sup>(45)</sup>も、こうした障碍の客観性を表わす意図の反映である。また、こうした客観性は時効制度を権利の行使期間制限制度として客観的に把握しようとする松久の時効観の反映でもある。松久説はこれらの点で「債権者の職業・地位・教育などから、『権利

を行使することを期待ないし要求することのできる時期』と解すべきであるとする星野説とは基本的観点が異なる。星野説の眼目は時効制度の「客観的運用」にあるのではなく、「未弁済者保護」という時効制度の「弊害」をできるだけ「制限」するため、「個々」の事案において「当該」債務者にとつての権利行使の期待可能性を判断するところにある。そこでは、「債権者の職業・地位・教育」が不可欠な判断要素なのである。

(2) 松久説の問題点 ところで松久が強調してやまない障碍事由の「客観的」判断が、「権利者の主観によってではなく、客観的に判断されるべきもの」というのならば、それは判断の恣意を排除すべきだという「基準」を言うのであろう。従って、そのことは「債権者の職業・地位等は原則として考慮しない」という「判断の要素」の問題とは直結しないのではなからうか。「職業・地位等」を「権利者の主観によってではなく、客観的に」判断することは可能である。むしろ「通常人」という基準の方が、何が「通常人」かが明らかでない限り解釈の恣意を導入する余地をつくる。<sup>(46)</sup> 当該具体的状況の中で当該権利者にとつて「権利行使が期待できたか否か」を客観的に判断することによって(それだけ判断要素を具体化することによって)、かえって解釈の恣意は排除できるのではなからうか。しかも、法律上の権利行使可能時は一律に決められても、権利行使の期待可能性という事実上の問題は、個々の事案によって様々なのである。総合的な個別事情の考慮をするための判断枠組みを客観化することこそ理論の課題なのではないか。しかも松久自身「雇用中の訴え提起は事実上難しく、これを一般的に客観的事実上の障害事由とすることはできないか。しかも、事案ごとの個別的検討の余地は残されているのではないだろうか」として、「個別的検討」を容認しているのであるから、なおさらである。<sup>(47)</sup>

その他ここでも星野説に指摘したのと同様の課題が残されている。

(五) 時効援用濫用論による解決



先に述べたように、起算点の画一性を保つために、法律上の障害論を維持し、個別の不合理は援用濫用論で解決すべきとする提起がある。起算点の画一性の要請は一定限度では維持されるべきである。

ここでは以下の二点だけを指摘しておこう。

第一に問題となるのは、「法律上の障害」をどのように把握するかである。前述したようにフランス、ドイツでは損害の顕現化を起算点に含めており、言うなればこれも「法律上の障害」に含めている。論者も損害の発生までは起算点に含めている。

第二に、すると問題は、損害顕在化以外の要素を権利行使可能性の判断要素とするか否かにあることになる。問題は個別の不合理の解決が果たして、援用否定論で足りるかである。この点は最後の章で検討する。

- (1) 北川「損害賠償法における理論と実務」於保選曆記念『民法学の基礎的課題』(上)七一年一〇頁。
- (2) 四宮和夫『請求権競合論』七八年・一〇四頁注5、注8。
- (3) 前掲・前田「消滅時効」参照(前節注①)。
- (4) 前掲・高橋眞「起算点」三三三頁(前節注①⑥)。高橋は労務提供拒絶で足りるということと、「労働力使用についての使用者の裁量という点からすれば、安全措置の履行請求は、少なくとも民法上は履行強制になじむものではない」とする。しかし、その裁量に枠をはめるのが安全配慮義務ではなからうか。この点で国の安全確保義務がその裁量権を枠づける機能があることに注目する必要がある。
- (5) 星野雅紀「消滅時効」二七頁。
- (6) 前掲・新美「起算点」一四五頁(前節注①⑦)、高橋「起算点」三三三頁。
- (7) 損害の発生は損害賠償請求権の「要件事実」として、原告が主張、立証責任を負う(倉田卓次監修『要件事実の証明責任債権総論』八六年一四六頁、北川善太郎『注釈民法(10)』八七年六二四頁)。
- (8) 星野雅紀「消滅時効」二八頁。
- (9) 後遺症に対する損害賠償請求権の消滅時効の起算点は、後遺症の程度に対する被害者の予見可能性によって画される(最判昭四二・七・一八民集二一・六・一五五九)。

(10) 不法行為の消滅時効の起算点に関しては、「其損害ノ程度又ハ數額ヲ了知スルコトヲ要セスト雖モ其損害ノ發生シタル事實ハ之ヲ了知シタルモノナラサル可ラス」とされている（大判大九・三・一〇民録二六・二八〇）。

(11) 判旨に賛成するものとして、柳沢秀吉「不法行為責任に関する二〇年の期間制限」金融・商事判例六二二号（民法一六六条一項の原則の適用があり、不法行為の成立要件には損害の発生も含まれるとする）。

(12) 非債弁済による不当利得返還請求権の消滅時効についての判例二・九・一七民集一六・一四三五頁。学説として、以下。戦前につき、①鳩山秀夫「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時ト言フノ意義如何、権利ノ内容ヲ實現スルニ付テ法律上ノ障礙ノ存セサル時ヲ謂フモノト解ス……権利行使ニ対スル事実上ノ障礙ハ時効ノ進行ヲ妨ケス例ヘハ権利者ノ不在、疾病ハ勿論、天災其他逃クヘカラサル事變ノ為メニ権利ヲ行使シ難キ場合ノ如キ亦然リ（一六一條ノ反対解釈）」（『注釈民法全書』明治四五年・六九三頁）、②石田文次郎「権利を行使し得るとは、権利を行使するに法律上の障礙がない場合を云ふのであって、権利者の不在等、権利行使について事実上の障礙あるも、時効の進行には影響がない」（『現行民法総論』昭和九年・五一九頁）、③穂積重遠「権利の不行使というのは、権利行使し得るにかゝらずそれを行使しないことであるから、消滅時効の起算点は権利が法律上行使され得るに至った時である」（『民法総論』改訂版・昭和九年・四七二頁）。戦後においては、④我妻栄「債権の消滅時効は、債権を行使することについて法律上の障害がなくなったときから進行を開始する……従って、債権者の病氣その他個人的な事実上の障害はもとより消滅時効の進行を止めない……。また、債権者が権利を行使しうる時期となったことを知らなくとも、時効は進行する。」（『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』六五年・四八四頁）、その他同旨、⑤川島武宜『民法総則』六五年、五〇九頁、⑥幾代通『民法総則第二版』八四年五〇三〜四頁など。

(13) 星野英一「時効に関する覚書」その存在理由を中心として」法協八六卷六・八号、八九卷一号、九〇卷六号（六九年—七四年。後に同『民法論集』第四卷所収・引用は後者による）一八六頁。

(14) 松久三四彦「虫垂事件判批」判評三〇三号一七七頁、同「判批・長崎じん肺判決」（前節注⑧）。

(15) 前掲・田中「問題」（前節注⑮）。

(16) 「消滅時効の起算点となる『権利を行使することを得る時』とは、法律上、形式的に、権利の行使が可能であるだけでなく、権利の行使がその性質上期待され、予想される場合でなければならず……供託金取戻請求権の消滅時効は、供託者において、供託による免責の利益を享受する必要の存しなくなったときより、進行を開始するものと解するのが相当である。」

(17) 「……もしも供託物取戻の自由が存することを理由に供託のときから消滅時効が進行するものと解するならば、債務者に対して時効完成前に供託物を取戻して免責の効果を失うことを強要することとなる場合が多々生じ……法が債務者のために認められた弁済供託の制度の趣旨を没却する結果となって、極めて不合理である。」

……弁済供託にあつては、供託物の取戻を請求しないで免責の効果を維持することは、前述の理由によつて、何ら権利の上に眠るものではなく、却つて権利の行使といえるから、供託のときから消滅時効が進行すると解することはむしろ消滅時効の制度の趣旨に背馳し、また、供託は原則として国家機関に対してなすものであるから、時日の経過によつて立証が困難となることも極めて例外の場合に属すると考えられ、この点からも供託のときから時効が進行すると解する何らの必要もない。

従つて、弁済供託にあつては、供託金の取戻請求権の消滅時効の起算点は、供託の原因となつた債務について、紛争の解決、時効の完成等によつて、その不存在が確定的となり、供託者が免責の効果を受ける必要が全く消滅したときであり……従つて民法第一六六条一項の『権利を行使することを得るとき』とは権利の行使について法律上の障害がないことをいうものと一般に解されているが、弁済供託の場合は例外をなすものといふべきである。」

(18) なおこの最高裁判決には、行政訴訟ではなく民事訴訟で行なうべき請求であり、本件は不適法として却下すべきだとの反対意見がある。

(19) 法務省民事第四一・二二号昭和四五年九月二五日付民事局長通達。

(20) 浅岡智幸「弁済供託金に対する取戻請求権選付請求権の消滅時効」判タ一六六号五九頁。なお、浅岡が、この事件の第一審判決が出る前に、この論文の元になつた研究会で、「権利を行使するにつき単に法律上形式的に障碍がないというだけでは足りないであつて、権利の性質上その行使が現実期待できる場合でなければならぬ」という趣旨の報告をしていたことは注目される(同五七頁、五九頁注二)。

(21) 下森定「供託金取戻請求権の消滅時効の起算点」(本件第二審判批)判評九一号一一頁。

(22) 遠藤浩「弁済供託における供託金取戻請求権の消滅時効期間とその起算点」(本件最判判批)ジュリスト増刊『昭和四五年度重要判例解説』四四頁。

(23) 前掲・遠藤「本件判批」四四頁。

(24) 前掲・下森「本件判批」一七頁。「供託所は、被供託者たる債権者が供託受諾の意思表示をし又は供託を有効とする判決が確定するまで、あるいは供託の原因となつた債務についての紛争の解決、時効の完成等によつてその不存在が確定的となり供託者が免責の効果を受ける必要が全く消滅するときまで供託物を保管する義務を供託者に対して負担するものである。換言すれば、供託者は供託によりかかる意味での一種の不確定期限附保管請求権を取得するものである。」

(25) 星野「覚書」一八六頁。

(26) 同前一七一頁。

(27) 同前三一〇頁。

(28) 岡孝「医療過誤訴訟における消滅時効の起算点」判タ五二二号(八四年)八七頁。松久三四彦「虫垂事件判批」判評三〇三号・一八一、三



### 第三節 課題と検討視角

以上の検討を踏まえて、安全配慮義務と時効起算点をめぐる課題と検討視角を提示しておこう。

#### (一) 検討課題

1 法律上の障害論 長崎じん肺判決のように、損害認識可能性を法律上の障害に含めるか否かによって、事実上の障害論の必要性、守備範囲の意味も異なってくる。この点の解明は、そもそもどのような経緯で法律上の障害論が時効論に一定の位置を占めてきたのかの歴史的検討が必要である。

2 事実上の障害論 遠州じん肺判決が言うように、損害を認識できても権利行使が期待できない場合がある。そこで問題はどのような事実上の障害を時効進行の障害事由として認めるべきかである。

3 援用制限論の固有の意義と射程  
個別的な事案の不合理的援用制限で解決せよという提言があった。問題は援用制限論の射程である。

#### (二) 検討視角

1 我が国の事実上の障害論の歴史的検討 この検討を通じて、なぜこれまで我が国で事実上の障害論が貧困であったのかということの制度史的要因として、旧民法に遡る我が国時効制度における「停止」事由の厳格さが浮き彫りになるであろう。

2 比較法的検討 次にフランス法、ドイツ法での立法過程、それ以降の判例・学説の動向等を比較法的に検討する。第一に、そのことによって明らかになるのは、フランス、ドイツにおける時効の「停止」判断を通じての事実上の障害論の豊かな展開である。この展開の中から、我々は時効起算点については或る程度厳格さを維持しながらも、時

効進行過程での個別事情を総合的に判断しようとするそれらの国と、我が国の事実上の障害論のこれまでの貧困さとの対比に驚くであらう。

第二に、それらの比較法的検討は、今後の事実上の障害論の理論構築にあたって、どのような判断要素を考慮すべきかを検討する際の参考とならう。

### 3 援用制限論の判例分析

最後にこの点に関して我が国で蓄積されてきた裁判例を検討して、時効の進行にかかわらせるべき要素と、援用否定にかかわらせるべき要素の割り振りのための準備作業を行おう。

## 第三章 歴史的検討——事実上の障害論の貧困——

ここでは、我が国の時効制度における事実上の障害論の位置を検討する。中心は、時効の起算点論と停止論であるが、明治民法以前の制度については、時効の援用制度にも言及する。なぜならそれらの援用制度は当該時効制度の性格をきわめて特徴的に示しているからである。

### 第一節 旧民法以前<sup>(1)</sup>

#### 一 出訴期限規則

##### (一) 概要

既に明治初期においても、旧幕期の金穀貸借を整理し、これを訴訟から遮断することを主たる目的として維新政府

より数多くの指令が出されていた。それらを統一すべく制定されたのが「明治初年の総合的な時効立法」<sup>(2)</sup>と評価される「出訴期限規則」(大政官布告第三六二号)である。その制定趣旨は次に掲げる布告の前文から知ることができる。<sup>(3)</sup>

「金穀貸借ヲ始メトシテ物品、売買、ヨリ、其外種々ノ取引等ニ至ルマテ双方ノ者互ニ受取渡ノ期限ヲ定メ条約ヲ結ヒ置キタルニ一方ノ者其条約ヲ破リタル時ハ早速裁判所へ出訴イタシ不苦候処延期ノ勘弁ヲ加へ出訴ヲ見合候者モ有是亦タ慈愛ノ人情ニテ尤ノ事ニ付早速出訴イタシ候トモ人民ノ自由ニ任セ出訴期限ノ法則不相定候処右延期勘弁中数多ノ歲月ヲ過去リ出訴致シ候時ハ貸方借方請人証人ノ内死亡又ハ転住又ハ失踪等ノ者モ有之事理曖昧ニ立至リ裁判上不都合不少数候ニ付訴訟ノ事柄ニ因リ夫々出訴ノ期限ヲ定候条来明治七年一月一日ヨリ後ニ結ヒタル条約期限ニテ右出訴期限ヲ過去リ出訴セサル者ハ自分条約ヲ取消タル者ト看做シ受取ルヘキ者ハ受取ヘキ権利ヲ失ヒ引渡スヘキ者ハ引渡スヘキ義務ヲ免レ候事ト相定メ候ニ付若シ出訴致シ候トモ取上不候此旨布告候事」

すなわち取引上の債権について、弁済期限後「数多ノ歲月ヲ過去リ出訴」することになると「事理曖昧ニ立至リ裁判上不都合」が少なくないので、出訴期限を設け、その期限を過ぎた場合には債権者は「権利ヲ失ヒ」、債務者は「義務ヲ免レ」ることを布告するというのである。その期限については、六か月(「学芸ノ授業料」や「運送賃」「日雇人ノ給料」など)、一年(「医師ノ診診及ヒ薬料」「商人ヨリ商人ニ非サル者ヘノ売掛代金」等)、五年(「期限ヲ定メタル貸附米金及ヒ利息アレハ其利息」「家屋及ヒ土地ノ貸借」「小作米金」等)と定められていた。また、「条約証書中期限ナキ者ハ出訴ノ日ヲ期限ト看做シ候故何時出訴致シ候テモ苦カラサル事」とされ、弁済期につき期限の定めない場合には、無期限に「出訴」できるものとされた。

「その構成の枠組みをフランス民法の時効規定に求めながら、なおその内容においては、わが旧来の伝統的訴訟整理の技術の影響を強く残している特異な立法」<sup>(4)</sup>とされるこの「規則」は、種々の限界を呈していた。

まず、対象とする債権が「取引」上の債権に限られ、債務不履行に基づく損害賠償請求権や不法行為に基づく損害

賠償請求権などについても規定がないこと<sup>(5)</sup>(なお、後者については明治一五年以降は治罪法による規律があることは後述する)。  
更に、もっと重大なことは近代的時効制度には存在する時効の援用や中断、停止事由が明定されていないこと。これはこの布告が判例、実務に定着していく中で次第に明らかになっていく。ここではこの期の膨大な裁判例と司法省の指令を分析することによって、この過程をつぶさに明らかにした内池慶四郎の研究に依拠して、本稿にとって注目すべき次の四点を指摘しておく。それらはいずれもこの「規則」が明治期以前の訴訟制度において色濃くあった「時の経過による訴えの不受理制度」から、「債務者の立証困難の回避を目的とした近代的時効制度」への変遷及びその中での実質的な妥当性の追求の試みを浮き彫りにしてくれる。

## (二) 起算点

出訴期限規則においては、「起算点」に関する特別な定めを置いていないが、当事者が定めた「受取渡ノ期限」を過ぎて年月を経ると「事理曖昧」になるというのだから、当事者が定めた弁済期限を起算点とするものと言えよう。しかし我が国の日常の経済取引においては、いわゆる「期限の定めのない債務」とは異なって、一定の時期に弁済することは当事者間で暗黙の合意になっているが、その弁済期を契約上明確に定めていない場合が多い。このような場合の起算点はどのように解すべきか。この点について次の「伺」と指令が出されている。

明治一〇年八月一六日横浜裁判所伺・同年九月二八日指令<sup>(6)</sup>

伺「第一条……出訴期限ヲ起算スルハ契約証書アレハ証書記載ノ期限ヨリ六ヶ月若シ証書ナケレハ双方契約ヲ為シタル証拠ノ期限ヨリ六ヶ月証書ナク契約ナキ者ハ各心各認シタル慣習ノ期限ヨリ六ヶ月ト心得可然哉」。

指令「伺ノ通」。

すなわち当事者双方が承認している「慣習」があればそれにより起算点を定めてよいというのである。また、ここ



では「証書記載ノ期限」「契約ヲ為シタル証拠ノ期限」が起算点であることも明らかにされている。

(三) 停止

起算点がそのようなものであっても、事実上権利行使が不能なうちに期限が過ぎてしまう場合はどのように考慮されていたのか。次の指令は上述の指令が出される四か月前に出されたものである。折からの西南戦争により「道路壅塞シ」裁判所に訴えに出ることができなかった場合に、この期間は出訴期限に算入しなくてよいかという鹿児島裁判所からの伺いである。これに対する指令は次のようなものであった。

明治一〇年五月一〇日指令<sup>(7)</sup>

「伺ノ趣人民諸取引等出訴期限ノ儀ハ今般ノ騷擾ニ因リ阻障セラレ出訴スルコトヲ得サリシモノハ其實際ノ景状ヲ量リ其間ノ時日ヲ除棄シ出訴期限内ニ算入セサルコト勿論ニ候事」

こうした戦乱などによる交通の途絶により裁判所に行けない場合の時効の停止は、旧民法、現行民法にも規定されていく(後述)。

(四) 援用

出訴期限規則には援用の規定がない。それでは、裁判所は職権をもって出訴期限経過後の訴えは却下してよいのか。この点につき弘前始審裁判所判事から出された「請訓」(「……法律ニ取上不致トアルハ被告者タル義務者ヨリ其旨申出テタルトキハ取上不致トノ法意ト解釈致可」明治一五年四月八日)につき、司法省は「見解ノ通リタルヘシ」と内訓を出している(明治一五年五月二七日)<sup>(8)</sup>。

ここに当事者が申し出ない限りは出訴期限を理由に訴えを却下できないことが明確になった。

(五) 出訴期限経過後の債務の承認

この問題は、民法典制定以後は「時効完成後の債務の承認」の問題として論じられ、戦後の最高裁はこの場合の時効の援用を「信義則違反」を理由に排斥した<sup>(9)</sup>。興味深いことに、既に明治期のこの出訴期限規則の時期にも、同様の問題が出訴期限規則の性質論との関係で訴訟の争点とされていたことである。

大審院明治一六年九月二〇日判決・明治前期大審院民事判決録(9)二七〇頁

「……出訴期限規則ハ人民相互ノ取引上長年月ノ経過スルニ随ヒ事理曖昧ニ立至リ裁判上其実ヲ失スルコトアランヲ恐ルムヨリ設定セラレタルモノニシテ其原理ハ法律上ノ思量ヲ以テ義務者ハ既ニ正当ノ原因アリテ其義務ヲ免レタリト看做セシニ外ナラサルモノト解セサルヘカラス故ニ本案ノ如キ被告者ニ於テ現ニ其義務アリテ未タ之レヲ尽了セサルコトヲ承認シタル場合ニ於テハ、法律上ノ思量ノ其効力ヲ失フヘキハ当然ナリトス」<sup>(10)</sup>

ここには後述のように消滅時効をもって真の弁済者の立証困難の回避のために認められた法律上の推定制度と解するポアンナードの影響が色濃く反映しているのである。

## 二 諸草案にみる時効規定<sup>(11)</sup>

旧民法の制定に至るまで、幾つかの民法草案、時効法草案がつくられている。ここでは、それらについて、「時効の定義」「一般的時効期間」「起算点」「停止事由」を中心にごく簡単に概観しておく。

(一) 明法寮改刪未定本民法草案<sup>(12)</sup>(明治六年)

「満期ノ権」としてフランス民法に依拠した時効制度が規定されている。「満期トハ法律上ニテ定メタル規則ニ循ヒ定期ノ満ルニ因リ権利ヲ得又ハ義務ヲ免ルムヲ云フ」(二〇四七条)。これはフランス民法二二一八条における時効(prescription)の定義と同じである。

一般的時効期間は三〇年(二〇七〇条)。停止事由は「幼者及ヒ治産ノ禁ヲ受ケル者」及び「夫婦ノ間」では「満期

ノ権」がないという人的停止事由が定められている（これはそれぞれフランス民法典二二五二条、二二五三条と同一の停止事由である）。

起算点については特に定めがない。

(二) 明治一一年民法草案<sup>(13)</sup>

「期満得免」として時効制度が規定されている。「期満得免トハ定期ノ時間ノ経過シタルト法律上特定ノ要件ノ具備シタルトニ因リ物件ヲ保有スル者ノ其所有ヲ得又ハ義務者ノ其義務ヲ免レタリト為ス法律上ノ思量ヲ云フ」(一七六二条)。ここでは明らかにフランス民法の条文とは異なる「法律上ノ思量」の語が出てくる。推定的時効観に基づくものであり、既に明治九年から我が国で民法起草作業に携わっていたポアソナードの影響が考えられる。この草案が「旧民法時効法<sup>(14)</sup>の先鞭たる意義を有する」(内池)とされる所以である。

期間は三〇年(一八〇六条)であり、消滅時効にあたる「期満免除」の起算点は「義務者ノ其義務ヲ行フ可キ日ノ翌日」とされている(一八〇四条)。

なお、ここでは「期満得免ハ之ヲ得タル者ノ申述アルニ非トアレハ其効ヲ生スヘカラス」として援用の必要性が説かれている(一七六六条)。

更に六か月、一年、二年の短期を定めた「特別ノ期満得免」の場合に「義務者ノ其義務ヲ承認シタルノ証書アル時ハ義務者ノ其権利ノ為ニ裁判所ニ呼出サレタル時ハ」三〇年の期間の進行が必要となる旨定めている点が注目される(一八一五条)。フランス民法二二七一条以下の短期時効たる特別時効(*prescriptions particulier*)は、フランスでも特に強く弁済の推定に基づくものとして一般の時効期間の場合とは異なって扱われ、債務者が債務を明示に承認した場合に、弁済の推定が破られ通常の三〇年の時効に移行するものと解されてきた。この草案をそのフランスの学説を明文

化したものと言える。なお、この点につき旧民法は更にその趣旨を徹底して、証書や裁判所への呼び出しを要せずして、義務者が「現実ニ弁済セザリシコトヲ自白シタル債務者」は短期時効を援用できない旨規定している（証拠編一六一条）。

時効の停止事由はほぼフランス民法と同一である。

(三) 期満免得法則<sup>(15)</sup>（明治一二年〜一三年？）

この規則は内池が初めて紹介したものである。定義については、フランス民法とほぼ同じであり、「法律上ノ思量」の文言は使われていない。起算点は「義務ヲ行フヘキ日ノ翌日」（三三三條）である。

注目すべきは時効期間で、二〇年とされている（三五五條）。ポアソナードは「司法省民法會議」（明治七〜九年）の講義において「日本ノ如キ火事多キ国ニテハ猶更期満得免ハ短ク為シテ可ナリ十年許ニ立ツヘキナリ」と述べたとされている<sup>(16)</sup>。内池はこれを「立法論として日本のように火災の多い所では、弁済立証方法の失われる機会が多い故に、時効期間はフランス法のそれよりも、より短縮して可なり」と説いている趣旨のようである<sup>(17)</sup>とし、また「性法講義」（初版・明治一〇年・二三八頁）において二〇年の時効期間を提案していることを指摘して、この草案の二〇年の期間にポアソナードの影響を示唆している<sup>(17)</sup>。

また、この規則では明治一一年草案とは異なり、短期時効の場合に債務者の承認があれば（証書はなくても）普通の二〇年の時効期間が適用されるものとしている（四二二條）。

(四) 元老院訴訟法草案<sup>(18)</sup>（明治一三年）

この訴訟法典はこれまでの草案と異なり、イギリス法の *Limitation of act* の影響が現われた「起訴期限」を定めている<sup>(19)</sup>。

期間は一年（「文書ヲ以テ為サ、ル契約」「署名捺印セサル文書ノ契約」、五年（「動産取戻」「署名捺印セル文書ノ契約」「損失要償」「家督又ハ遺物相続」）、二〇年（「不動産取戻」「水陸境界」）とされ、「其期ヲ過テ訴ル者ハ之ヲ受理セス」とされた。起算点は「起訴権利ノ生セシ日」であり、権利行使不能の場合の考慮としては、「起訴権利ノ生セシ日」に国内にいない者や失踪していた者、「不能力」者についてのみ規定がなされており、時効の援用、中断、停止事由にあたるものは規定されていない。

### 三 小 括

旧民法以前の我が時効制度は明治六年制定の「出訴期限規則」とその解釈により運用されることになった。そこには、援用や停止の問題については明文の規定がなかったが、判例や指令という形での解釈の過程でそれらは具体化されていった。

その過程でポアソナードの時効観（「推定的時効観」<sup>(20)</sup>）の影響が見られる。その影響は旧民法に至るまでの幾つかの草案にも刻印されているのであった。

(1) この節の叙述は、内池慶四郎『出訴期限規則略史——明治時効法の一系譜』（六八年）に大きく負っている。本書は明治期の我が国の時効制度の展開を検討する場合の必読書である。

(2) 内池『略史』七二頁。

(3) 『略史』六九頁以下にその全文が紹介されている。なお、「出訴期限」という用語は、イギリス法の limitation of act を連想させるが、内池は、時効期間（当時イギリスでは主として六年、一二年、二〇年の区分であった）、訴訟の分類（イギリスでは、単純契約、押印契約、動産返還等々の訴訟の分類別に出訴期限が定められているのに、我が国はそれらと共通しない）における比較から、我が国の出訴期限規則はその名称とは異なり、むしろフランス法に近いという（二〇四～五頁）。なお、今日使われている「時効」という用語は、ポアソナードの講義の翻訳において「時効とは時の効なり」とされたことに由来するというが、その他に「経時効」「期得満免」「期満免除」「期満効」「時証」等の種々

- の用語が用いられており、「時効」という用語が一般に普及し始めたのは明治一五、六年頃からという(『略史』一八六頁注4、二七四頁注13)。
- (4) 『略史』七六〇七頁。
- (5) 既に当時からこの点での「規則」の欠陥を指摘する論文が出ていたことにつき、『略史』二七〇頁紹介の松井三竿「期満免除ノ説」(法律雑誌二五六号・明治一五年七月)参照。
- (6) 司法省資料録民事部第二八号二頁以下(『略史』一六八頁以下)。
- (7) 司法省指令録第二〇号一四頁以下(『略史』一七二〇三頁)。
- (8) 現行民刑訴訟法規全・西備戸田十畝編纂・明治一六年(『略史』二〇二頁以下)。
- (9) 後述第五章第一節参照。
- (10) 『略史』二〇五〇六頁。
- (11) 『略史』三四三頁以下の「附録 明治前期時効立法関係資料」参照。
- (12) 『略史』三六八頁以下参照。
- (13) 『略史』三七二頁以下参照。
- (14) 『略史』一九六頁注10。
- (15) 『略史』二八八頁以下参照。
- (16) 手塚豊「明治一一年民法編纂前後」滝川記念論集『日本史論』(上)八五五頁。
- (17) 『略史』一九八〇九頁。なお、我が国の明治民法が当初一般的時効期間を二〇年間と定めていたのを二〇年と短縮した経緯については、内池「民法一六七条における債権一〇年時効制の立法史的意義とその現在の課題」(『法学研究』六〇巻九、一〇号(八七年))。
- (18) 『略史』三〇六頁以下。
- (19) 前注3参照。
- (20) なおボアソナードの時効観については、次節及び補節の他、内池慶四郎「現行時効法の成立とボアソナード理論」手塚退職記念『明治法制史の諸問題』(七七年)参照。

## 第二節 旧民法

### 一 概観

旧民法「証拠編」は時効を次のように定めている。

八九条「時効ハ時ノ効力ト法律ニ定メタル其他ノ条件トヲ以テスル取得又ハ免責ノ法律上ノ推定ナリ」

「法律上ノ推定」として「証拠編」に置かれたこの時効制度はボアソナードの独特の「倫理的時効観」(真実の権利者、真実の弁済者のための立証困難回避制度)に基づいている。確かに「立証困難」は古今東西の時効制度においてその存在理由として挙げられている(前述の我が国の明治六年「出訴期限規則」を見よ)。しかしそれを時効制度の基本的な趣旨として「制度内に徹底させる」ことを試みた点にボアソナードの、そして旧民法の特徴がある。それは時効のこの「定義」を始め、「援用」の問題、「停止」の問題にも反映している。

## 二 援用

旧民法はその母法たるフランス法に比較して、より徹底して立証困難回避制度<sup>II</sup>法律上の推定制度としての性格を時効の援用に反映させている。

### (一) 時効完成後の債務の承認の効果

現在の我が国では信義則によってこの場合の時効の援用は排斥されている。旧民法は明文で、これとほぼ同様の結論を規定している。

九六条二項「時効ヲ援用スル当時併セテ正当ノ取得又ハ免責ナキコトヲ追認スル者ハ時効ヲ拋棄シタリト看做ス」

「正当な方法で権利を取得しておらず、或いは正当な方法で債務から免責されていないことを認めている被告に、同時に時効を援用することを認める必要があるのだろうか？」とボアソナードは自問する<sup>(I)</sup>。確かにフランス民法典のように時効をもって「権利の取得」及び「債務の免責」の「法定手段」(in modo legale)と解す場合(二一九条―後述)

には、被告のためにその必要を認めることにもなろう。しかし時効を「法定証拠」とする場合にはそうは解せない。「こがした皮肉 (cynisme) を利用しようとする者のために、時効を、その性格において不道德な (immorale)」、その効果において不正な (inique)、恥知らずな (deshonorante) ものに帰することは拒絶しなければならない。<sup>(2)</sup> ここにあるのは、「時効は一つの推定でしかない」とするその時効観、「推定は、それがいかに強力なものである」と、常に、ひとつの推測 (une conjecture)、ひとつの推量 (une induction)、ひとつの蓋然性 (une probabilité) に過ぎない<sup>(3)</sup>とするその時効観の反映である。

## (二) 特別時効の場合

旧民法は一定種類の債権について五年ないし六か月の短期時効を定め、これを「特別の時効」としている。この短期時効は債務者が債務の存在を「自白」したときや「明確ナル計算書、数額ヲ記載シタル債務ノ追認書又ハ債務者ニ対スル判決書」が存在するときには適用されず、この場合は通常の時効期間たる三〇年の時効期間が適用される（一六一、一六三条）。フランスでは同様の特別時効 (prescription particulière) について、原告が被告に目的物が現実に支払われたかどうかの宣誓 (Le serment) を強制できることを定め（二二七五条一項）、もし債務者がこの宣誓を拒絶した場合には債務者が敗訴となることが判例、学説上認められているが、<sup>(4)</sup> ボアソナードは「宣誓」制度のなじみのない我が国にこれを導入するのをやめ、端的に上述のような制度を明文化したのである。

## 三 時効の進行と推定的時効観

### (一) 起算点

旧民法証拠編は「免責時効」(消滅時効のこと)の起算点と期間につき次のように定めていた。



一五〇条「義務ノ免責時効ハ債権者カ其権利ヲ行フコトヲ得ヘキ時ヨリ三十ケ年之ヲ行ハサルニ因リテ成就ス」

ポアソナード草案の段階では、「債権者カ訴フルノ権利ヲ有シタル当時ヨリ三十ケ年間其債権者ノ不行為ニ因リテ成就ス」(par trente ans d'inaction du créancier, à partir du moment où il avait le droit d'agir) と云われていたが(一四八七条)、それを説明して債権者の不行使は「債権者が法律上」(権利を)行使し得た時から」(depuis le moment où il pouvait légalement agir) 一定期間必要であると述べているので、旧民法と同一である。

前述のように(八四頁)、ポアソナードは別の所では二〇年ないし一〇年の時効期間が火事の多い我が国の実情には適していると述べたとも言われている。しかし草案においては三十年の時効期間は「余りに長すぎるかもしれない」(peut-être un peu long) が、それがヨーロッパの伝統であるし、不動産の取得時効についても三〇年の占有を規定したのでから、それと差異をつける理由もないとして、これを維持している<sup>(6)</sup>。

ところで、ポアソナードは今日問題となっているような時効の進行と事実上の障害との関係については、どのように考えていたのか。それは時効の停止事由の議論で説明される。

(二) 停止事由 推定的時効観は「時効の停止」制度の説明にも貫徹されている。

「権利が行使され得なかったのに、時効によって権利が消滅し得ないことは当然である。……実際、債権者が弁済を請求し得なかったのに、債務者が弁済を受けたことを合理的に推定することはできない」<sup>(7)</sup>。

ところで、旧民法はフランス民法と同様の人的停止事由(無能力者や夫婦間での時効の停止等)の他に、次のような停止事由を定めていた。

一三六条「上ニ定メサル場合ニ於テ時効ノ期間ノ満了スルトキニ富タリ有権者カ交通ノ塞カリタルニ因リ又ハ地方ノ裁判事務ノ停止セラレタルニ因リテ其権利ノ効用ヲ致サシメ又ハ時効ヲ中断スル為メ手続ヲ為スコト能ハサリシ時ハ有権者其妨碍ノ止ム

後直チニ請求ヲ為スニ於テハ其失權ヲ免ルルコトヲ得

右ノ規定ハ陸海軍人カ戦乱ノ時ニ於テ服役ノ為メ其權利ヲ行フコトヲ妨ケラレタル場合ニ於テハ其利益ノ為メ之ヲ適用ス<sup>(8)</sup>

ポアソナードは時効の停止を「訴訟をなし得ざる者に対しては進行せず」(contra non valentem agere non currit praescriptio) という格言がまさに適用される場合であるとしている。<sup>(8)</sup> ところで、このフランス古法以来の格言の適用にあつては、後述のように「権利行使の不能の理由が何であれ」時効を停止させる傾向にあつたのである。<sup>(9)</sup> それに対して時効の停止事由として事実上の障害を一般的に規定しなかつた理由を、ポアソナードは次のように述べている。<sup>(10)</sup>

「訴訟に対する法律上の障碍 (un obstacle legale ou juridique a l'action) がある場合に上記の格言が適用されるのは当然である。しかしそれを事実上の障碍 (des empêchements des fait) に拡大しようとするならば、恣意に陥り、大變な濫用に陥ってしまう危険がある。一國が慣習法 (des coutumes) にしか規制されず、判例が絶えずその不足を補わねばならない場合には、判事たちが事実上の障碍に基づいて時効の停止を承認し、許可することはもつともなことである。それは、慣習法がめつたに予見しなできた法律上の障碍を認めるのが当然であるのと同じである。しかし、このことは成文の民法法によって規制される国ではもはや不可能なのであり、日本はまさにそうした状態にならうとしているのである。もし事実上の障碍に基づく停止事由を規定しなければならぬとしたら、更に法律でそれを定義づけなければならず、草案が行つたのもまさにこのことなのである。すなわち、草案はこの観点からフランスの法律と判例が放置する不確実から利益を保護しているのである。」

なお、草案が認めた二つの事由(「交通の停止」と「裁判実務の停止」)は、結局「消滅時効に脅かされた権利の正当な行使に対する一定の不可抗力に起因する障害」(l'obstacle à l'exercice en justice du droit menacé de prescription provient d'une force majeure déterminée) である、とポアソナードは説明している。<sup>(11)</sup>

## 四 小括

ボアソナードの時効観に彩られた旧民法の独特の時効制度は、結局立法として実現しなかった。しかし、その倫理的時効観は我が国の法理論、裁判実務によって地下水の如く汲み上げられてきた。本稿でも繰り返し紹介した星野説を始め、幾つかの判決はそのことを雄弁に語っている（前掲五五頁の遠州じん肺判決の他、例えば後述する米軍不発弾処理事件における福岡高裁宮崎支部の判示<sup>②</sup>。「そもそも消滅時効ないし除斥期間は主として弁済者の二重弁済を避けさせるための制度であるから、本件のように被控訴人が損害賠償債務を履行していないことが当事者間に争いがなく明白な場合には時効などの保護を与える必要性に乏しく、時効等はできるだけ制限して解釈するのが相当である」など）。

だが、なぜこうした倫理的時効観が明治民法に継受されなかったのか、その後の学説・裁判例に近時に至るまで、それが浮上してこなかったのは何故かこそが問題である。

その点を念頭に置きつつ、次に明治民法を検討してみよう。

- (1) Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du japon*, t.V. 1889, p.285.
- (2) Boissonade, *op. cit.*, p.285.
- (3) Boissonade, *op. cit.*, p.284.
- (4) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.VII, 2 ed. 1954, n°693, Colin et Capitant, *droit civil français*, t.II. 1924, pp.134.
- (5) Boissonade, *op. cit.*, p.284.
- (6) Boissonade, *op. cit.*, p.382.
- (7) Boissonade, *op. cit.*, p.329.
- (8) Boissonade, *op. cit.*, p.329.
- (9) H. et L. Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, *Leçons de droit civil*, t.II, p.1186.
- (10) Boissonade, *op. cit.*, p.348.
- (11) Boissonade, *op. cit.*, p.340.

### 第三節 明治民法起草過程における議論

ここでは、時効の進行と権利行使可能性との関係がどのように議論されたかを検討の中心にすえる。

#### 一 起草者の見解

現行民法における時効制度の起草者は梅謙次郎であった。<sup>(1)</sup> 梅は消滅時効の進行に関する一般規定である現行一六六条の起草趣旨を、時効の本質論の表明も含め次のように論じている。

「元来此時効ト云フモノハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル者即チ其行使スヘキ權利ヲ有シテ居ル者カ夫レヲ行使シナイ或ル期限ノ内行使シナイテ居ルト夫レテ怠リカアルト云フコトカ一ツノ理由トナツテ来ル然ルニ未タ行使スルコトハ出来ヌ權利ノ時効カ進行シヤウト云フコトハ一体ナイ筈デアリマス之ハ時効ノ性質上当然權利ヲ行使スルコトカ出来ルヤウニナツテカラ始メテ進行カ起算セラル、テアルト云フ方カ正シイデアラウ」<sup>(2)</sup>

「未だ行使できない権利の時効が進行するはずはないこと」が強調され、だから権利行使可能時が時効進行の起算点であることが指摘されているのである。ここだけを見ると、権利行使の可能性を法律上の障害がないときに限るといふ、後の「法律上の障害論」には触れられていないように見える。しかし、梅はこの説明を旧民法との次の関連で論じていることに注意しなければならない。すなわち、旧民法は消滅時効の進行の起算点を現行民法と同じく「権利行使可能性」にかかわらしめていた(旧民法・証拠編一五〇条「義務ノ免責時効ハ債権者カ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘキ時ヨリ三十个年間行ハサルニ因リテ成就ス」)。一方旧民法は期限付ないし停止条件付権利の時効の進行について、これを「時効ノ停止」制度の中に規定していた(証拠編二二五条「權利ノ行使カ權利上又ハ其発生カ停止条件ニ繫ルトキハ其期限ノ満了

又ハ条件ノ成就ノ時ニ非レハ時効ハ進行ヲ始メス。そこで、梅は権利行使可能性を時効に一般的起算点とする以上、期限や条件がついているために権利が行使できなければ時効の進行がないのは当然であるから、わざわざこの点に関する時効の停止制度をつくることもないという趣旨で上のような説明をしているのである。

次のような梅の説明はこの経緯を鮮やかに表している。「……本案ニ於テハ兎ニ角之ヲ停止ト認ムルト云フコトハ止メテ消滅時効ニ付テハ何時モ権利ヲ行使スルコトヲ得ル時カラテナケレハ時効カ進行シナイモノテアルト云フヤウニ極メタノデアリマス」<sup>(3)</sup>。

このように時効の本質を権利行使懈怠に対する権利消滅として捉え、従って権利行使の可能を時効進行の前提と捉えた梅であったが、そこで権利行使の不可能として念頭に置かれていた例が、期限や条件付き権利の問題であったがために、後の法律上の障害論が生じた根拠を作ったものであると言える。しかし一方ここから明らかのように、梅が権利行使の不可能の一場合としてかかる「法律上の障害」を考えていたことは明らかであっても、これのみが権利行使不可能の例として考えるべきだとまでは言っていないこともまた明らかなのである。<sup>(4)</sup>

## 二 時効の停止事由をめぐる議論

但し、事実上の障害について全く議論がなされなかったのかと言えはそうではない。時効の停止事由を定めた規定（現行一六一条）は、当初次のような規定であった。

修正前の一六一条「時効ノ期間満了ノ時ニ当リ戦乱ノ為メ交通ノ塞カリタル為メ又ハ裁判事務停止ノ為メ権利ヲ行使シ又ハ時効ヲ中断スルコト能ハサルトキハ其妨害ノ止ミタル後直チニ請求ヲ為スニ因リテ権利者ハ時効ヲ免カルルコトヲ得」

現行一六一條「時効ノ期間滿了ノ時ニ當リ天災其他避クヘカラサル事變ノ為メ時効ヲ中断スルコト能ハサルトキハ其妨害ノ止ミタル時ヨリ二過間内ハ時効完成セス」

修正の前後を比べて明らかなことは以下の二点である。

第一に時効の停止事由の修正、第二に停止時間の修正である。ここで重要なのは前者である。実は前者については、調査会委員の田部芳から「『不可抗力ノ為メ』ト云フコトニシテ水害デモ何デモ総テノコトヲ含メルヤウニシタ方が法文ノ体裁上宜シカラウト思ヒマス」という提案がなされたのである。<sup>(5)</sup>これに対しては尾崎三良委員も賛意を表している。<sup>(6)</sup>

これに対して梅は次のように答えている。

「……如何セン此『不可抗力』ト云フ文字デハ、広口過キテ停止スル所ヲ知ラナイ、外ノ法律デモ『不可抗力』云々ト云フコトガアリマスガ其場合ハ最モ広イノデアリマス或ハ病氣ノ為メニ出来ナカツタモノモ矢張り不可抗力自分ノ子供カ大病夫レモ時効ガ停止セラルル親ガ死ンダ時効ガ停止セラルル何ウモ其場合ト云フモノガ非常ニ広イコトニナル恐レガアリマス夫レデ何ウモ之ハ始メカラ申上ゲタ通り丸デ一切省キタイト思フ位デアリマスガ時効ノ停止ノ場合杯ハ判然リト極メテ其外ハ時効ハ停止セラレヌド、ナ事ガアツテモ、どんな々進ンデ往クモノトシテ置カヌト時効ノ期限ヲ折角定メタノガ其用ヲ失ウト云フヤウナ恐レガアリマスカラ夫レデ已ムコトヲ得ナイ場合ニ依テハ此三ツノ事実ヨリ外ニ明カニ氣ノ毒ナ事実ガアルカモ知レマセヌガ其処ハ何ウモ拘子定規デ極メテ仕舞ウヨリ外ニ途ガナイト考ヘテ余程勘案ノ上ニ矢張り既成法典ノ例ニ倣ツテ三ツノ場合ヲ並ヘタノデアリマス」<sup>(7)</sup>

ここで梅が述べているように、「不可抗力」とすると広すぎて、時効を定めた意味がなくなるから、停止事由を列挙したというのが起草者の見解である。しかし、不可抗力というのはこのように債権者の病氣なども含むのであろうか。この点を強調して梅の言う「不可抗力」概念の方に問題があるのだから、通常の意味での「不可抗力」（人間ノ

業ザデハ出来ヌコト」ならそれを停止事由としても差し支えないと反論したのが、尾崎三良である。すなわち、

『不可抗力』ト云フノハ、子供ノ病氣トカ親ノ病氣トカマデ這入ルト云フヤウナコトハ是迄聞イタコトハアリマセヌ自分ノ病氣ノ時デモ夫レハ弁護士ヲ頼ンデモ往ケルコトデアルシ人ヲ遣ツテモ出来マス是杯ハ決シテ不可抗カト云フ内ニハ這入リマセヌ不可抗カハ戦争ノ為メトカ洪水ノ為メトカ交通ノ塞ガツタトカ云フヤウナ所謂人間ノ業ザデハ出来ヌコトデアチラデ云ヘバ天帝ノ命ジタ場合トカ云フヤウナコトヨリ外ニ当ラヌノデアラウト私ハ思ツテ居ル又夫レヨリ外ニ広イヤウニ解釈スルコトハナカロウト思ヒマスカラ決シテ差支ヘナカラウト思ヒマス<sup>(8)</sup>」

尾崎の言うことは、通常理解されている「不可抗力」概念を基準とする限りは確かに的を得た反論と言えよう。しかし重要なことは、既に引用した梅の説明にも出てくる「外ノ法律」においては不可抗力概念が拡大して時効を無意味にしていることを梅が非常に意識しているということである。実はこの点は先に引用した梅の説明にすぐつづいて梅自身が言及しているのだが、その言わんとする意図がよく伝わらなかつたのか、先の尾崎の意見が表明されるのである。それでは梅は何と言っているか。

「此事ハ随分外国デモ議論ノアルコトデ不可抗力ノ場合ハ総テ停止ニスル方が宜シイト云フ議論モアリマス又例モアリマス現ニ独逸民法草案杯ニモ然ウ云フ例ハアリマスルガ夫レハ如何ニモ広口過ギテ困ルト云フ考ヘデアリマスカラ夫レデ之ハ体裁モ甚ダ宜クアリマセヌケレドモ其様ニ並ヘテ書イタノデアリマス<sup>(9)</sup>」

結局、この議論は長谷川喬委員が出した『不可抗力』ト云フ文字ハ余リ穩当デナイ而シテ『天災其他避ク可ラザル事変』ト言ツタナラバ不可抗力ノ意味ヲ含ムノデアリマス<sup>(10)</sup>という意見が多数の支持を得て現行の文言になったのである。

### 三 小括

これまでも指摘されてきたように、起草者は時効の起算点たる権利行使可能性の障害事由として、法律上の障害に限ることは言明はしていない。ところで、後述のようにフランス法やドイツ法では「訴訟をなし得ざる者には進行せず」という原則が、それを排除しようとした法典の規定にもかかわらず、判例上時効の停止事由たる「不可抗力」概念の解釈を通じて一定程度実現されてきたのである。そして、こうした判例に対しては時効を無意味にするものだという学説からの批判も出されていたのである。「外ノ法律」のこうした状況を踏まえて梅の先の議論があることはほぼ明らかであろう。

これに対して他の委員たちがどれだけこうした外国法の状況を理解した上で議論していたかは、ひとつの問題であろう。ともかく他の委員たちも「人間ノ業ザデハ出来ヌ」事由がなければ時効の停止事由とすべきではないと理解していたのだから、結論的には梅と同様とも言える。ともかく時効停止問題に関するかかる議論を通じて、我が国では権利行使の事実上の障害論が展開する契機が封じ込められた点が重要である。<sup>(11)</sup>

- (1) 福島正夫編『明治民法の制定と總積文書』五三三頁。
- (2) 『日本近代立法資料叢書』・法典調査会民法議事速記録Ⅰ(八三年・商事法務研究会)五三二頁。
- (3) 同前。
- (4) 前掲・星野「覚書」三二〇頁。
- (5) 前掲『速記録Ⅰ』四九九頁。
- (6) 前掲『速記録Ⅰ』五〇四頁。
- (7) 前掲『速記録Ⅰ』五〇六頁。
- (8) 同前。
- (9) 例えば、債務不履行に関する事例での大審院の判示「凡ソ不可抗力ナル詞ハ外部ヨリ来ル事変ニシテ之ニ因ル損害発生カ取引觀念上其ノ防止ニ必要ト認めラルヘキ一切ノ方法ヲ尽スモ尚避クヘカラサルモノヲ意味シ……」(大判昭三・一〇・三一新聞一九二一・八)。
- (10) 前掲『速記録Ⅰ』五〇六頁。



(11) なお、ボアソナードの時効観と梅の時効観との相克については、内池慶四郎「時効の制度倫理と援用の問題——梅謙次郎とボアソナードを結ぶもの(1)(2)完」法学研究六一巻三、四号(八八年)。

### 補節 明治前期の不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効

明治民法施行以前の不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効は、ボアソナードの起草した治罪法に規定されている。従来余り紹介されてこなかったこの点にもボアソナードの特徴的な時効観が反映されているので補説として概観しておく。

#### 一 治罪法<sup>(1)</sup>

旧民法(明治三年公布)以前の我が国においては、前述した「出訴期限規則」(明治六年)が取引から生じた債権についての「出訴ノ期限」を定めていた他は、民事上の時効制度はなかった。

明治一三年に公布され一五年から八年間施行されたボアソナード起草による「治罪法」(刑事訴訟法にあたるもの)は、不法行為が刑事上の犯罪を基礎づけるときには、公訴時効の期間内でしか私訴(民事訴訟)を認めないという制度(フランス法における「時効連帯の原則」*solidarité des prescriptions*)を設けていた。

まず、治罪法によれば、犯罪に関わる私訴(損害賠償及び物の返還)は公訴に付帯して刑事裁判所で行うことも、別に民事裁判所で行うこともできた(治罪法四条)。こうした公訴への付帯制度の趣旨をボアソナードは裁判実務上の便宜から説明している。<sup>(2)</sup>

すなわち、刑事裁判所は犯罪事件の証拠を収集し、刑を過重ないし軽減する諸事情を把握しており、被疑者に対す

る民事賠償の内容(「*etendue*」)を評価するために必要なあらゆる要素を知っているから、実務上の「迅速」「簡便」「経済」から付帯公訴が認められるのだとする。また、付帯公訴を認めると民事上の原告は自己の賠償請求の実現のためにも犯罪の成立とその軽重(*sa gravité*)を証明しなければならぬから、その点も公訴に対する大きな助け(「*un grand secours*」)となるという理由も挙げられている。

両者が同時に提訴された場合には公訴が優先され、もし私訴により賠償、返還の判決が言い渡された後に、刑の言渡がなされたときは、両者とも無効とされる(六条)。なぜなら、先に私訴によって民事賠償の要否が判断されると、本来刑事裁判でなされるべき犯罪事実の証明が先取りされてしまうからである。「このことは原因の前に結果を置くことになるであろう」(*ce serait plaser l'effet avant la cause*)とポアソナードは言う<sup>(3)</sup>。

また、先に私訴がなされ、そこで民事賠償が認められると、後の公訴の審理の際に裁判所に「有罪の予断」(「*un préjugé contre l'inculpé*」)が与えられ弊害が生ずることも指摘されている。すなわち「刑事は民事を抑止する」(*le criminel tient le civile en état*)<sup>(4)</sup>。

被告人が免訴または無罪の言渡を受けても、被害者は民法の規定に従い賠償等を請求することができる(八条)。刑事上の犯罪と民事上のそれは要件が違うから、被疑者が刑事上免責されてもなお民事上過失責任を負うことは往々にしてあることだからである<sup>(5)</sup>。

犯罪に対して賠償、物の返還を求める私訴は「公訴期満免除」(消滅時効)と「同一」の期間の経過により消滅する(一二条一項)。但し、公訴につき既に刑の言渡がなされたときには、民法に定めた「期満免除」(後述のように旧民法では三〇年)に従う。「その理由は容易に理解されるものである」とポアソナードは言う。そもそも「一定の期間の経過後はもはや犯罪それ自体が十分に証明され得ないと法律が推定する以上、民事であろうと、重軽罪事件であろうと、

もはや確実に証拠を得ることが容易ではあり得ないことは明白だからである。「一方、刑が言渡された後では、「犯罪事実の証拠が既に収集されているのだから」、私訴の目的は賠償の内容を定めることだけである。ここには前述のような困難も危険もない。従って、この場合は通常の民法上の消滅時効に従えばよいのである。」<sup>(6)</sup>

公訴期満免除は犯罪の種類により異なり、「違警罪」は六月、「軽罪」は三年、「重罪」は十年であった(一一一条)。不法行為をよく問題となる過失による人身侵害は「旧刑法」(明治一三年公布、一五年施行)では罰金刑としていた。「軽罪」にあたり、三年の期満免除が適用されることになる。公訴期満免除の起算点は「犯罪ノ日」であり、但し「継続犯罪については「其ノ最終ノ日」とされた(一三条。ちなみに昭和二四年に施行された現行刑事訴訟法では「犯罪行為が終つた時」である。刑訴法二五三条一項)。この期満免除は検察官又は民事の原告人による起訴の手續、予審又は公判の手續がなされた場合は、その経過を中断された。この場合は中断の時から新たに期限が起算されるが、前後の日数を合算して規定された期限の二倍を超過できないものとされた(一四条)。

ところで明治二三年に公布された旧民法の施行がいわゆる「民法典論争」によって延期された結果、明治民法が明治三一年に施行されるまで我が国に民法はなかった。また、前述したように旧民法以前の時効制度たる出訴期限規則は取引による債権のみを対象とされていた。そこで、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟は「出訴期限規則ニ因ルコトナク何時出訴スルモ訴権ヲ失ハサルヘシ」とされた。「出訴期限規則ハ人民相互ノ契約ヨリ起ル出訴ノ期限ヲ規定セラレタルモノニシテ犯罪ヨリ生スル訴権ノコトヲ規定セラレタルモノニ非サルヲ以テ民法ノ創定アル迄ハ先例ニ因リ無期限ノモノト為ササルヲ得ス」<sup>(7)</sup>というのがその理由であった。

## 二 旧民法及び旧刑事訴訟法<sup>(8)</sup>

ポアンナード起草の旧民法は、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効については特別の規定をおかず、治罪法の改正法たる「旧刑事訴訟法」（明治二三年公布）が上記と同様の「時効連帯の原則」を採用している。そこでは「期満免除」が旧民法と同様「時効」に改められた他、「公訴の時効」期間につき変更が加えられ、一五年、一〇年、七年、三年、一年、六月の六種類とされた。ここでも過失による人身侵害は三年の時効にかかる。なお旧刑法は、時効中断後の新たな時効の進行に治罪法一四条のような上限を設定していない点、公訴優先の規定が置かれていない点など治罪法と異なる部分もある。

### 三 小 括

こうして明治民法以前の不法行為に基づく損害賠償請求権は、それが犯罪を構成する限りでは公訴時効の期間内に制限される制度であった。現行制度と比較すると次の特徴がある。

過失による人身侵害を例にとると、治罪法によっても旧刑法によっても期間は三年間である。これは現行の七二四条前段の期間と同じである。しかし、起算点が「犯罪ノ日」とされており（治罪法二三条、旧刑訴訟一〇条）、主観的認識を問わない点で現行法と全く異なる。この点は被害者にとって不利な点である。しかし他方で加害者が既に刑の言渡を受けた場合には、今度は民法に定めた時効にかかるのであり、旧民法は一般的時効期間を三〇年としていたの点はこの点は被害者に有利である（前述のように、実際には当時民法はなく、従って不法行為に基づく民事訴訟はこの場合「無期限」でできたことになるが）。すなわち、過失による人身侵害に基づく損害賠償について、現行法では損害・加害者を「知ってから」三年間で時効にかかるのに対して、治罪法、旧刑法では「知らなくても」三年で時効にかかり、また「刑の言渡後」は加害者を「知っていても三〇年」（実際には無期限）は民事裁判で損害賠償を請求できるということに

なる。

そもそもボアソナードが民事上の時効制度を「真実の正当なる所有権者と真実の弁済者の平穩のための法の偉大な恩恵」(un grand bienfait du droit et de la loi, parce qu'elle assure la tranquillité des propriétaires)を保障するものと捉えていたことは周知の通りである。<sup>(9)</sup> すなわち時の経過によって真実の権原、弁済の事実を証明することが困難となった真実の権利者、真実の弁済者を保護する制度としてのみそれは *patrona generis humani* (人類の守護者) たり得るとされたのである。<sup>(10)</sup> 時効をもって立証困難回避のための法律上の推定制度 (une présomption légale) とするこうしたボアソナードの思想は、不法行為に基づく損害賠償請求の場合にも同じように貫徹されていると言えよう。とくに刑の言渡後は犯罪事実の証拠があるのだから立証困難の問題はなく、従って三〇年間は時効にかからないとするその結論は、損害・加害者を知ってから三年間で時効消滅を認める現行制度との大きな差を浮き彫りにするものとして注目される。このように、権利者に損害・加害者に対する主観的認識がある以上、賠償請求権は短期間で時効消滅してよいという発想は普遍的なものではない。主観的認識は時効期間の短期性に直結しないのである。ボアソナードが百年前に残した遺産は我々にそのことを教えてくれる。

問題は「立証困難の回避」にこそあるのである。

- (1) 治罪法については、中村吉三郎「刑法(法体制準備期)」『講座日本近代法発達史9』、横山晃一郎「刑罰・治安機構の整備」福島正夫編『日本近代法体制の形成』上巻(八一年)三三三頁以下参照。
- (2) Boissonade, *Projet de Code de Procédure Criminelle pour l'empire du Japon, 1882*, p.26.
- (3) Boissonade, *op. cit.*, p. 29.
- (4) Boissonade, *op. cit.*, p. 29.
- (5) Boissonade, *op. cit.*, p. 37.
- (6) Boissonade, *op. cit.*, p. 51.

(7) 内池慶四郎「不法行為による損害賠償請求権の時効起算点」法学研究四四卷三号一一七頁注3。

(8) 前注1の文献参照。

(9) Boissonade, op. cit., *Projet de code civil*, p. 266.

(10) Boissonade, op. cit., *Projet de code civil*, p. 265.

## 第四章 比較法分析 —— 事実上の障害論の展開 ——

### 第一節 フランス法<sup>(1)</sup>

#### 一 時効の存在理由

「あらゆる民法制度の中でも、時効制度は社会秩序 (*l'ordre sociale*) にとって最も必要なものである。」*code civil* (1804) の起草者の一人ビゴ・プレアムヌ (Bigot de Préamenu) は時効に関する章の草案を立法院 (*Corps législatif*) に提出する際にそう述べたと伝えられている。<sup>(2)</sup>

ボアソナードの母国フランスにおいて、時効制度はボアソナードが強調した「弁済の推定」と、更に「公秩序」(*l'ordre public*) の二つに根拠を有する制度として説明されている。例えば次のように。「公秩序と社会平和 (*paix sociale*) は既得状態の安定 (*la consolidation des situations acquises*) に関心を示す。権利の権原が長い間行使されないでいると、その権利は消失したという推定が生ずる。そしてそうでなかった場合にも、債権者の一定の懈怠 (*une négligence certaine*) を非難することができよう。消滅時効の干渉は、援用された権利がはるか昔に遡るといふまさにその事実によって解決が困難に帰す訴訟を回避させるのである。社会平和と法的安定 (*sécurité juridique*) のために、余りに昔の請求に対しては期限が付されなければならない。<sup>(3)</sup>」

一 時効期間 (délais de la prescription)

取得時効 (prescription acquisitive または uscapion)、消滅時効 (prescription extinctive, prescription libératoire) とともに一般的時効期間は三〇年である (二二六二条)。

この三〇年の長期期間の「正当化」が「十分な権利期間の保証」という理由で果たされていることは注目に値する。「債権者の権利不行使がサンクションに値するものと評価され、弁済の存在に関する不確実さが一掃され得なくなるのは、立法者が三〇年間と定めた長い時間の経過後のみである。<sup>(4)</sup>」

その他一〇年、五年、二年、六か月の各種の短期時効が規定されているが、重要なものは、契約外の民事責任訴訟 (les actions en responsabilité civile extra-contractuelle) についての一〇年間の時効期間である。<sup>(6)</sup> なお、フランスでは、いわゆる「時効連帯 (統一) の原則」(la principe de la solidarité ou de l'unité des prescriptions de l'action civil et de l'action publique) によって、不法行為が同時に犯罪を構成する場合には、その不法行為に基づく民事損害賠償請求権は刑事上の公訴時効の消滅時効に服する<sup>(7)</sup> (該当する犯罪の種類により、重罪—一〇年、軽罪—三年、違警罪—一年)。

三 起算点 (point de départ)

時効の起算点についての明文の規定はないが、フランスにおいても時効は権利者が権利を行使し得る時 (du jour où le créancier peut agir) から進行するものと解されている。<sup>(8)</sup>

後で言及するように、フランスにおいても「法律上の障害」(les obstacles de droit, les empêchements de droit) と「事実上の障害」(les obstacles de fait, les empêchements de fait) の区別がある。重要なことは、損害賠償請求権の消滅時効の起算点は、不法行為の場合でも、契約を理由とする場合でも、損害の現実化したとき (le préjudice est réalisé ou apparaît)

とされていること、しかも、それが法律上の障害に含められていることである<sup>(9)</sup>（なお、この点はドイツでも同じである）。

#### 四 時効の停止

更に興味深いのは、時効の停止に関する議論である。

(一) フランス古法 フランス古法 (*l'ancien droit*) においては、事実上権利行使が不能の場合には時効は進行しないものとされ、これは「訴訟をなし得ざる者に対しては進行せず」 (*Contra non valentem agere noncurrit praescriptio*) という格言により表現されてきた<sup>(10)</sup>。

「極めて衡平 (*tout equitable*) で、時効制度の合理的根拠に一致するこの理念が普及すると、判事は極めてものわりのより方法で (*de la manière la plus compréhensive*)、不可抗力 (*la force majeure*) からであれ、はたまた慣例 (*convention*) からであれ、何らかの障害によって当事者の権利行使が不可能 (*l'impossibilité*) になるたびに、この不可能がなくなるまで時効は進行しないものとしてきたのである。」こうして権利行使の不可能性は極めて緩やかに判断されるようになった<sup>(11)</sup>。

例えば債権者の「不在」 (*l'absence*)、<sup>(12)</sup>「遠隔」 (*l'éloignement*)、<sup>(13)</sup>「権利の不知」 (*l'ignorance de son droit*)、<sup>(14)</sup>「交通の困難」 (*la difficulté des communications*) などを理由に権利行使が不可能として時効が進行しないものとされた<sup>(15)</sup>。

かくして、時効制度は実効性のない (*inefficaces*) ものになってしまったと言われる<sup>(16)</sup>。

#### (二) 民法典起草者の意図

こうした状況の中で、前述のように時効制度の有用性を信じ、また、裁判官の専制に余り好意的でなかった民法典の起草者たちは、裁判官からあらゆる解釈権限 (*toute faculté d'appréciation*) を奪うことにし、時効が停止する例外的



な場合を制限的に (Limitativement) 明示することにした。

「時効は、法律が定めた例外にある者を除きあらゆる者に対して進行する」。このフランス民法典二二五一条の文言には、古法の法諺を放棄しようとするこうした起草者たちの意思が示されているという。かくして、時効がどのような場合に停止するのかを決めるのは、裁判官の専断ではなくて立法者のみとされたのである。<sup>(14)</sup>

(三) 民法典制定後の状況

1 判例 しかしこうした起草者の意図にもかかわらず、そして民法典における停止事由の制限的列挙にもかかわらず、フランスの判例はその後も事実上の権利行使不可能を停止事由に含めてきたということ、これが重要である。

民法典の定式は次のように破られた。民法典の停止事由の限定は「人的条件」(無能力者や夫婦間等での時効停止)にかかわる停止事由の限定であって、別の事情に基づく停止事由については、裁判官にあらゆる自由が残されているというのである。<sup>(15)</sup>

「こうして人的条件に基づく停止原因については厳格な解釈がなされる一方、それ以外の場合、不可抗力の場合には解釈が拡大されるという結果が生じたのである。<sup>(16)</sup>」

但し、判例のその後の歩みは一直線に事実上の障害による停止にむかったとも言えない。<sup>(17)</sup>

例えば、権利の不知について、判例は一九世紀には、債権者が権利の発生を知らない合理的な理由があるときには、時効の停止原因となるものとした。<sup>(18)</sup> しかし、その後今世紀になると破毀院 (La Cour de cassation) は、判例を変更し、権利の不知は不可抗力と同視される権利行使の絶対的不可能 (une impossibilité absolue d'agir équivalant à force majeure) を決して構成しないと<sup>(19)</sup>した。ところが更にその後、権利の不知は合理的かつ正当な理由 (une cause raisonnable et légitime) が<sup>(20)</sup>ない場合にだけ否定されるものとされたのである。

2 学説 なお、こうした判例動向について、学説は概してよい感情をもっていなかった (en générale défavorable) とされている。<sup>(21)</sup> なぜなら、時効制度は単に債権者の懈怠 (La négligence du créancier) を問題にするだけでなく、長い間続いた事実状態をその理由が何であれ (quelque soit la raison cette prolongation) 最終的なものとみなそうという社会の必要 (La nécessité sociale) にも基づいているからであるという。

そこから、従来の学説の中には、上述の格言を完全に拒否したり、或いは法律上の障害にのみ適用を限定しようという動向も生じた。<sup>(22)</sup>

しかし今日では、この格言の適用を事実上の障害の場合にも一定程度認めようというのが学説の大方の動向である。<sup>(23)</sup> とくに弁済の推定の規定に基づくとされる短期消滅時効の場合には、<sup>(24)</sup> 権利が絶対的に行使し得なかったのに弁済を推定するのはおかしいとして、この場合には格言がずっと容易に認められるべきだとの主張もある。<sup>(25)</sup>

#### (四) ボアソナードの時効停止観との関連

停止事由の拡大が時効解釈における「濫用」をもたらすというボアソナードが前提としていたフランス法の状況とはかようなものであった。だからこそボアソナードは、母法のフランス民法典にはない、事実上の障害事由を、「限定的な不可抗力事由」(une force majeure déterminée) と説明して予め明文化しておいたのだろう。そして、皮肉なことにボアソナードの時効論の「核心」である「倫理的時効観」は継受しなかった明治民法は、我が国でもあり得たかもしれない。「事実上の権利行使不可能論」の豊かな展開 (それを通しての「倫理的時効観」の貫徹!) を封じ込めるこの「限定的な不可抗力事由」の方を継受したのである。

(1) フランスの消滅時効制度については、野田良之『注釈民法』(5)(六七年)二六四頁以下、高橋康之「フランスの消滅時効制度」比較法研究二二号(六一年)。

- (2) H. et L. Mazeau, Jean Mazeaud, François Chabas, *Leçon de droit civil*, t. II, 1985, p. 1174.
- (3) Alex Weil, *droit civil, les obligations*, 4<sup>e</sup> ed., 1986, p. 1039. 民法を授けられたことについて Mazeau et Chabas, op. cit., p. 1174.
- (4) Mazeau et Chabas, op. cit., p. 1175.
- (5) 一〇年—債権譲受人の請求事由(二二二〇条)・旅館の宿泊料—六か月(二二二二条)など。
- (6) 民法の附帯目(L. 5. juill. 1985)と民法の附帯目(二二二〇条—頁)。この附帯の趣旨をめぐって、著者が述べたこと。
- (7) この二つの「前提」の補綴を述べた。
- (8) Mazeau-Chabas, op. cit., p. 1172. その例「債権者の請求を拒否されたこと」(du jour où le créancier a pu interner sa demande)・「民法の附帯の趣旨」(à partir de celui de l' exigibilité de l' obligation) など。Colin et Capitant, *droit civil français*, t. II, 1924, p. 438.) 4<sup>e</sup> 債権者の「請求を拒否されたこと」(du jour où le créancier a eu le droit d' agir) など。Carbonnier, *droit civil*, t. 4. II<sup>e</sup> ed., 1982, p. 580) など。
- (9) Planiol et Ripert, *traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2<sup>e</sup> ed., 1954, p. 766, Philippe le Tourneau, *la responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> ed., 1982, p. 305.
- (10) この附帯目について、Zitronと著者。Planiol et Ripert, op. cit., pp. 796, Théophile Huc, *commentaire théorique & pratique du code civil*, t. IV, 1902, pp. 521, Carbonnier, op. cit., 586, Mazeau-Chabas, op. cit., n° 1181.
- (11) Mazeau-Chabas, op. cit., n° 1181.
- (12) Huc, op. cit., n° 415.
- (13) Mazeau-Chabas, op. cit., n° 1181.
- (14) Mazeau-Chabas, op. cit., n° 1181. ある論者は次のように言っている。「この理念(本文紹介の法格言—引用者注)はそれ自体は正当であるが(fort juste, en soi)」が、「この定式は、権利行使がどのような場合に不可能であるのかを定義づける権利が誰に属するのかを知る問題は、手つかずとしておいた。」フランス民法典は二二五一条は、それを決めるのははや判事の専断(l' arbitraire du juge)ではなく、立法者のみであることを示した(Huc, op. cit., n° 415)。
- (15) 一方でこの「奇異な解釈(cette singulière ininterprétation)とは反駁する必要もなっていない」と主張している(Huc, op. cit., n° 417)。
- (16) Mazeau-Chabas, op. cit., n° 1183., Huc, op. cit., n° 417.
- (17) Zitronの定式について Carbonnier, op. cit., p587.
- (18) Civ. 27 mai 1857, D. 57, 1, 290; Civ. 3. janv. 1870, D. 721, 22.

(19) Req. 11 juin 1918, S. 22, 1, 217.

(20) Civ. 25 juin 1935, R. génér. assurances terrestres, 1935, 1063; Req. 27 janv. 1941, S. 41, 1, 7; Paris 28 oct. 1969, J. C. P., 70, 2, 16318.

(21) Planiol et Ripert, op. cit., p. 796.

(22) Planiol et Ripert, op. cit., p. 796. なお、そこでは、前述の法格言を法律上の障害のみに限定することは、債権者が時効を避けるための行為をなさない不可抗力の場合にも時効の進行を認める矛盾に陥ることになることが示唆されている (note 3, p. 796)。

(23) 現在の学説においては、この格言を全面的に否定する見解はないようである。以上に引用したものの他、Starc, droit civil, obligation 2., contrat et quasi-contrat, régime général, 2<sup>e</sup> ed., n° 2216; Alex Weil, droit civil, obligation, 4<sup>e</sup> ed., 1986, n° 1110.

(24) フランスにおいては、二二七一条以下に規定されている六か月から五年の短期消滅時効の規定は、これらの日常取引においては通常領収書を長い間保管することが少なく、債権者も早急に弁済を受けることが通常であるから、一定期間経過後に債務者に対する請求をなさない債権者は弁済を受けたものと推定されるという弁済の推定 (présomption de paiement) 制度であること (Mazeau-Chabas, op. cit., n° 1167)。従って、これらの短期時効が裁判所で援用される場合には、債権者にこれに対抗して目的物が現実に支払われたか否かの宣誓 (le serment) を強制できるのである (二二七五条)。しかも、判例・通説はこの場合債務者が宣誓を拒絶する場合には、債務者を敗訴させているのである (Mazeau-Chabas, op. cit., n° 1190)。こうした弁済の推定制度としての消滅時効観を更に徹底させ、時効一般に普遍化しようとしたものこそ、ポアンナードに他ならないことは前述した。

(25) Planiol et Ripert, op. cit. pp. 796.

## 第二節 ドイツ法<sup>(1)</sup>

### 一 不法行為の時効規定と一般の時効規定

ドイツでは、我が国同様、被害者の主観的認識を起算点とする不法行為についての短期消滅時効が定められているので、両者の関係をまず概観してみよう。

#### (一) 現行の時効規定

##### 1 一般時効 (die regelmäßige Verjährung)

時効期間はフランス同様三〇年間（一九五條）である。

時効の開始（Beginn）は、次のように定められている。

一九八條「時効は請求権の成立の時から開始する。不作為請求権の消滅時効は違反の時から開始する。」

《Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung.》

## 2 不法行為の場合

不法行為に関する時効規定は、長期時効が三〇年間であることを除き、我が国とほぼ同様である。

八五二條一項「不法行為に基づいて生じた損害の賠償請求権は、被害者が損害及び賠償義務者を知った時から三年間で消滅し、これを知っていたか否かにかかわらず行為の行われた時から三〇年間で消滅する。」

《Der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an.》

## (一) 立法趣旨

明治民法典の起草者が参照しているドイツ民法典の第一草案（七一九條）、第二草案（七二五條）でも多少の字句の違いはあるが、基本的に同一である。ここではフランス法や我が国の旧民法のような刑事訴訟との時効連帯（eine Koppelung mit der strafrechtlichen Verjährung）は採用されなかった。その理由を「理由書」は、民法上の損害賠償請求に関する時効と刑事訴追に関する時効とは全く異なった観点と根拠に基づいており、両者は、異なった目的を追求しているからだとしている。<sup>(2)</sup>

1 短期消滅時効制度導入の理由 プロイセン一般ラント法 (ALR I. 6 §§54, 55) やオーストリア民法典 (ABGB §14 88) 等の近時の立法例が三年の期間を定めていることその他に、請求を受けた者 (加害者とされた者) は時の経過によって「たいてい防衛が不当に制限されること」(regelmäßig in seiner Vertheidigung ungebührlich beschränkt) 及び、時を経てなされた請求は「何らかの意味で不当である」(aus dem einem oder anderen Grunde ungerechtfertigt) と推測できることを挙げて<sup>(3)</sup>いる。

2 不法行為の短期消滅時効と一般の時効起算点との関係 不法行為の短期消滅時効についての「理由書」は、この短期時効の起算点が「権利者の不知という主観的な権利実現の障害事由を権利者のために例外的に考慮した<sup>(4)</sup>」としている。

3 不法行為の長期の消滅時効の起算点と一般の消滅時効の起算点との関係 不法行為の長期消滅時効の起算点は、不法行為が行われた時 (前述) であって、「損害を与えた時点ではない」(nicht von dem Zeitpunkt der Beschädigung an)。従って不法行為のなされた時点の後で損害を与えた時点が来る場合には、今度はその限りで加害者とされた者に有利な一般原則の例外となると説明されている。<sup>(5)</sup>

(三) 小括 立法趣旨から以下の点を要約できる。

第一に、不法行為における短期消滅時効の根拠は加害者とされたものの利益を考慮していることである (防衛困難の回避)。

第二に、主観的認識を起算点に含めたから短期にしたとはされていないことである (その逆に、第一の要請から短期にしたから、認識を含めた)。

第三に 不法行為の場合の短期消滅時効は、一般の消滅時効の原則に対して、権利実現における主観的障害事由の

ないことを起算点としている点で「例外」とされていること、逆に言えば、一般の消滅時効起算点においては、権利実現における主観的障害は考慮されるべきでないことを前提としている点である。

第四に、不法行為の場合の長期時効の進行は、損害が発生していない段階でも不法行為が行われた時点で進行を開始するが故に、加害者とされた者に有利な一般原則への「例外」とされていること、逆に言うと、一般の消滅時効の進行では、損害賠償においては、損害発生が前提とされていることである。

さて、以上の立法趣旨は必ずしもその後忠実に守られているとは言えない。

## 二 一般の消滅時効起算点

一般の消滅時効期間の起算点は条文上は前掲のように、「請求権の成立の時」である (Beginnt mit der Entstehung des Anspruchs.)。第一草案では、「請求権の満足が法律上請求され得る時点」(der Zeitpunkt, von welchem ab die Befriedigung des Anspruchs rechtlich verlangt werden kann) とされていたが (第一五八条)、それは多くの場合請求権の成立の時に重なりと説明されていた。<sup>(6)</sup>

この起算点の趣旨は、それまでの立法が「請求権を行使し得た時期」としたのに対して、それが「立証困難」(Be-weisschwierigkeiten) の原因をなし、疑わしい請求権が長い間存続し得ることになって時効制度の目的と矛盾するので、「より確実な起算点」(den sicheren Anfangspunkt) を選んだものと説明されている。<sup>(7)</sup>

ところで、通常の債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効もこの三〇年の時効に服するが、その場合の起算点は損害が実際に生じた (ein Schaden tatsächlich eintritt) 時点と解されている点に注意しなければならない。<sup>(8)</sup>

請求権成立の時という起算点の文言と、この解釈との関連はどうか。ラールレンツは、弁済期の到来が請求権成立の

時より後に来る場合には、債権者が債務者に給付を請求でき、それ故勝訴の見込みをもって訴訟を提起することができる前に時効期間が始まってしまふという不適當が生じ、事情によっては債権者から権利実現の機会を奪ってしまうおそれがあることを指摘する。そして法律は請求権の成立と弁済期の到来時とを明確には分けていないから、この規定が意味するのは「成立し、かつ弁済期の到来した請求権」(die entstandene und fällige Forderung)と解するのがほとんど一般的な解釈であるとしている。<sup>(9)</sup>

メディクスは、更に上述のように第一草案が「請求権の満足を法律上要求し得る時」としていた点に依拠して、それは法律上の文言とはされなかったが、「まさに正当なこと」(das sachlich Richtige)であるので現行法とみなされるとし、従って一般時効の起算点は実際には請求権の成立時ではなく、弁済期到来時 (Fälligkeit) であるとしている。<sup>(10)</sup> 判例・通説により損害賠償請求権の消滅時効の起算点が損害発生時と解されてきた所以である。<sup>(11)</sup>

### 三 時効の停止 (Hemmung)

ドイツでも時効の停止に関してフランス同様の発展が見られる。なお、以下の停止事由は、不法行為に基づく損害賠償請求権にも適用される。

(一) 法律に規定された停止事由 時効の進行を妨げる障害要因として、BGB は配偶者間、未成年者等に関する人的停止事由 (二〇四条以下) の他に次の規定を置いた。

1 法的障害 (rechtliches Hindernis) 義務者が義務の履行を延期するいわゆる「延期的抗弁権」(peremptorische Einreden) を有する場合である。ひとつは、給付が猶予された (gestundet) 場合であり、もう一つは留置権の抗弁権 (die Einreden des Zurückbehaltungsrechts) や契約不履行の抗弁権 (die Einreden des nicht erfüllten Vertrages) 等の一定の抗弁権を除いて



義務者が一次的に給付の拒絶 (die Verweigerung der Leistung) をなし得る場合に時効が停止する。ここでの停止の効果は、フランス法同様、停止事由のある期間は時効期間 (die Verjährungsfrist) に算入されないということ、すなわちその期間時効が進行しないということである (二〇五条)。ドイツではこれを Fortlaufhemmung (進行停止) として、二〇六条のように単に時効の完成を停止させる Anlaufhemmung (完成停止) と区別している (我が国の一五八条以下の「停止」は完成停止である)。

2 事実上の障害 (tatsächliches Hindernis) 本稿にかかわるのは、こちらである。条文を掲げておこう。

二〇三条一項「権利者が時効期間の最後の六か月以内に、裁判の休止により訴追を妨げられた間は、消滅時効は停止する」。

《Die Verjährung ist gehemmt, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung verhindert ist.》

二項「前項の妨害が他の様態で不可抗力により妨げられた場合にも同様とす。」

《Das gleiche gilt, wenn eine solche Verhinderung in anderer Weise durch höhere Gewalt herbeigeführt wird.》

(一) 事実上の障害に関する立法趣旨 ドイツ民法典におけるこうした「事実上の障害」の限定は、これを以前の立法と比較してみるとよく理解できる。プロイセン一般ラント法は、時効の停止原因として「権利行使の事実上の困難」(tatsächliche Erschwerung der Geltendmachung) や、<sup>(12)</sup> それどころか「無理もない請求権の不知」(entschuldbare Nichtkenntnis des Anspruchs) を挙げている。

「理由書」はこうした事実上の障害の無制限の考慮は容易に「法的安定の阻害に」(zu Störungen der Rechtssicherheit) 至ることを指摘する。<sup>(13)</sup> 法や権利の「不知」(Unkenntnis) や「錯誤」(Irrtum) を考慮すると、結局、権利者の知か不知か

によって請求権が時効消滅したり、しなかったりすることになる。それでは、時効の開始につき、できるだけ疑問と争いを排除するように (in einer Zweifel und Streit möglichst ausschließenden Weise) 限定しようという、維持されるべき目的の達成を困難にするというわけである。

他方で「理由書」は権利の不知を考慮しないという厳格さは、みかけほど厳しいものではないとして、次の理由を挙げる。<sup>(14)</sup>

第一に、権利者が必要な認識を、三〇年という時効の全期間を通じて得られない場合は稀でしかない。

第二に、短期時効の場合にはそれぞれの請求権の種類に応じて、請求権の成立の時に認識が通常充たされていたり (日常的取引の場合―現行一九六条。なお、この場合は時効の完成時点についても特別の配慮がなされている―現行二〇一条)、例外的に時効の起算点に権利者の認識を要件としたりしている (不法行為の場合、現行八五一条等)。

ところで「不可抗力」とは何かという点について、BGBは規定を置いていない。その具体化を判例と学説に委ねたのである。

\* スイス債務法について

なお、同じくドイツ法系に属するスイス債務法 (OR) も興味ある立法過程を示している。最初の草案 (一八七九条) は次のようなものであった。<sup>(15)</sup>

草案一六一一条「債権者が自己の過失なくして請求権の行使を妨げられている間に時効期間が満了する場合には、障害が除去され、それから更に六〇日間が経過するまで時効期間は延長される。」

《Fällt das Ende der Verjährungsfrist auf einer Zeit, in welcher der Gläubiger an der Geltendmachung seiner Forderung ohne eigenes Verschulden gehindert ist, so wird die Verjährungsfrist erstreckt bis zur Beseitigung des

Hindernisses und noch sechzig Tage darüber hinaus.》

しかしこの草案に対して、スイス債務法及び商法の上院委員会の報告 (Bericht der ständerätlichen Commission über den Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrecht) は、そこで示されている「間欠的な障害 (intermittierenden Behinderungen) と追加期間 (Zusatzfristen) は、我々の提案に従い時効期間が十分なものとして定められている場合には (一〇年間—現行一二七条)、過分なものであり (das Guten zuviel zu sein)、事態を不必要に複雑化するように思われる」と批判した。

結局現行法では、次のように規定されている。

一三四条六号「時効はスイスの裁判所において請求権が行使され得ない限りで」《solange eine Forderung vor einem schweizerischen Gerichte nicht geltend gemacht werden kann》停止する。

(三) 「不可抗力」概念の拡大<sup>(16)</sup>

立法過程から明らかのように、BGBの立法者は事実上の障害を限定するものとして「不可抗力」概念を規定したのであった。しかしその後の判例はこの概念を緩和してきた。

一般にここでの不可抗力は「障害が、請求権者に正当に要求される注意を尽くしても防止し得ない事象に基づく場合」(wenn die Verhinderung auf Ereignissen beruht, die durch vom Anspruchsberechtigten billigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet werden konnten) に存在するものとされる。<sup>(17)</sup>

権利者を不意に襲った病氣<sup>(18)</sup>、官吏による誤った教示<sup>(19)</sup>、事故の結果についての医師の誤った教示<sup>(20)</sup>、東ドイツでの損害賠償請求権の政治的背景に基づく困難<sup>(21)</sup>などが判例によって不可抗力とされてきた。

権利者の貧困 (Armut) も時効停止原因となる<sup>(22)</sup>。近時判例はこの憲法上の要請を考慮して貧困が時効停止原因となる

要件を緩和し、当事者が生活保護法 (Armenrecht) 上、訴訟提起のための承認を求める申請書を提出した時点が時効期間満了前でさえあれば、時効の停止を認めるものとしている。<sup>(23)</sup> 以前は期間満了前に生活保護法上の承認を既に得ている必要があった。<sup>(24)</sup>

これに対して法の錯誤 (Rechtsirrtum) については、より厳格な取り扱いに回帰しようとしている。<sup>(25)</sup> 以前、判決は、権利者の弁護士が上級裁判所の判決を誤解して信頼して、行使すべき請求権が長期の消滅時効にかかった場合に、不可抗力による時効の停止を認めた。<sup>(26)</sup> しかしその後の一連の判決は、確立した判決が時効期間の短縮の方向で変更された場合には、権利者は自己に有利な判例の存続を信頼してはならず、この場合は不可抗力に当たらないとしている。<sup>(27)</sup>

なお次項で紹介するペーター・スーティンマンの鑑定意見は、結局のところ、時効を停止させる「不可抗力」概念について判例は終始変遷を示しており、しかも統一的な傾向は見取れないと指摘している。<sup>(28)</sup>

#### (四) 不法行為における「停止」事由の拡大立法

1 一九七七年の法改正 更に重要なことは、一九七七年の法改正により、不法行為を理由とする損害賠償請求権について、次のような「交渉」を理由とした時効の停止が規定されたことである。

八五二条二項「給付されるべき損害賠償に関する賠償義務者と賠償権利者との間の交渉が不確定のときは、当事者の一方又は他方が交渉の継続を拒否するまで、時効は停止する。」

《Schweben zwischen dem Ersatzpflichtigen und dem Ersatzberechtigten Verhandlungen über den zu leistenden Schadensersatz, so ist die Verjährung gehmmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert.》

2 交渉の意義 ことでの「交渉」(Verhandlung)は、広く解されるべきだとされ、「和解交渉」(Vergleichsverhandlungen)に限らず、医師の鑑定の要求や、民事訴訟を避けるための調停の要求等の事故に関する意見の交換(Meinungsaustausch)で足りるとされている。<sup>(29)</sup>

3 停止の開始と終了 停止は、権利者による請求権の行使の時点(auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Ansprüche)に始まり、当事者の一方又は他方により交渉の継続が拒否されたときに終了する。ここで拒否とは、何の形式も要しないが、単に相手方の最後の提案を拒絶しているだけでは不十分で、実際に交渉が終了すること(die Verhandlung faktisch ein Ende finden)を要するとされている。<sup>(30)</sup>

#### 四 ペーターズ・スイツィン・マーマンの鑑定意見について

さて最後に、ドイツにおける時効論の現在を考えるために、債権法改革の鑑定意見において「時効」の部分を担当したペーターズ・スイツィン・マーマンの提言を概観しておこう。<sup>(31)</sup>

##### (一) 時効期間の統一

彼らの鑑定意見(以下単に「意見」と略す)は、現行ドイツ法における種々の時効期間の不合理(例えば、短期時効を避けるための責任の契約法的構成など)及び一般の長期時効の長すぎを指摘し、二年間の統一的時効期間を設定する。<sup>(32)</sup>

この点は他の鑑定意見者からも「ラジカル過ぎて実現困難」とされている点である。<sup>(33)</sup>但し、近時制定された中国の時効制度は、二年間の統一的時効期間を制定しており、<sup>(34)</sup>今後の新しい立法には影響を与えるかもしれない。

「二年間」とする根拠は、既に日常取引に関する広範な債権につき、民法典自身が二年間の短期時効を制定していること、また、不法行為の場合の八五二条の規定に近いこと、債権者が債権を裁判上の手段を用いて実現すべきか否

かを判断するのに十分な時間であること、権利行使可能な状況にある債権者が二年間行為を起さなかった場合には、もはや請求を受けないだろうという信頼が全く決定的なものとなる<sup>(35)</sup>ということを挙げている。さて、重要なのはこの最後の理由である。「意見」は短期時効の導入とともに、時効停止事由を大幅に拡大しているのである。

## (二) 起算点

我が国では「停止」事由が厳格なため、起算点の解釈において権利行使可能性が論じられてきた。一方ドイツではその逆に、起算点は厳格に解しながら、停止事由によって権利行使可能性を個別的に判断するのだった。この点の伝統は「意見」にも受け継がれている。

起算点はこうである。

一九六条一項「時効はより早期の訴訟提起可能性とは関係なく、請求権の弁済期とともに始まる<sup>(36)</sup>」

《Die Verjährung beginnt unbeschadet der Möglichkeit einer früheren Klageerhebung mit der Fälligkeit des Anspruchs.》

注目されるのは以下の三点である。

第一に、「請求権成立の時」という現行法の文言を判例・通説通り「請求権の弁済期」に改めたことである。

第二に、従来は損害賠償請求の場合、損害が一部でも実現されていれば、それどころかただ差し迫っていれば<sup>(37)</sup>（abzeichnet）時効の開始が認められていたのに対して、それを排除する意図がある点である。

第三に、「請求権の弁済期」概念の定義については一般的定義は困難であるとして、それが放棄されている点である<sup>(38)</sup>。

「起算点」解釈において個別事例への柔軟な対応をしようとする我が国の議論にとって、最後の点は重要である。

(三) 停止事由

重要なのはこれである。

1 権利者の不知による停止 (Hemmung durch Unkenntnis des Berechtigten)

一九九条「時効は、権利者が重過失なくして債務者、請求権の対象或いは法的根拠を知らない間は、停止する。但し、法律上時効の開始に特別な時点が定められているときは、この限りでない。<sup>(39)</sup>」

《Die Verjährung ist gehemmt, solange dem Berechtigten ohne grobe Fahrlässigkeit Schuldner, Gegenstand oder Rechtsgrund des Anspruchs unbekannt bleiben. Das gilt nicht, sofern gesetzlich ein besonderer Zeitpunkt für den Beginn der Verjährung festgelegt ist.》

次の点を確認しておこう。

第一にこの規定は八五二条の不法行為の規定を一般化したものと位置付けられていることである。<sup>(40)</sup>

第二に、八五二条の認識につき、判例及び多数説が「積極的認識」(positive Kenntnis)を要するとしているの<sup>(41)</sup>に対して、「意見」が次のように批判していたことが、「重過失なくして」という判断基準の設定につながっていることである。

すなわち、債権者がいつ積極的な認識を得たかどうかは、常に確実に証明されるとは限らない。それよりも積極的な認識をいつ持ち得たのかを探知することの方がずっと容易である。その際の基準としては、「重過失」を設定してその具体化は判例に委ねる。その際は「請求権の性質」(die Art des Anspruchs)が「本質的な役割」(eine wesentliche Rolle)を果たすだろう。<sup>(42)</sup>「意見」のこうした考え方は、我が国の七二四条における「認識」の基準と内容(認識を要するか可能性で足りるか、通常人を基準にするか否か)といった議論<sup>(43)</sup>に参考となると同時に、「権利の性質」も重要な判断要

素として権利行使の期待可能性を論じた供託金返還請求事件や、遠州じん肺訴訟の判決を想起させ、注目に値する。<sup>(44)</sup>

2 交渉による停止 (Hemmung durch Verhandlung) これも八五二条の停止事由の一般化である。既に現行法を紹介した(二一六頁)ので省略する。

3 訴求困難による停止 (Hemmung durch Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung)

二〇一条「時効は、権利者が過失なくして時効期間の最後の六か月訴求を妨げられていた場合に停止する。」<sup>(45)</sup>

《Die Verjährung ist gehemmt, solange der Berechtigte ohne Verschulden innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung gehindert.》

これは現行二〇三条二項の停止原因(前掲)をより一般化したもので、一九七七年に改正された民事訴訟法二二三条における原状復帰(Wiedereinsetzung)の規定と一致させたものだという。<sup>(46)</sup>

民事訴訟法二二三条二項「当事者の一方が異議申立期間に遅れた場合に、その者が過失なくして欠席判決の通知を知らなかったときには、原状復帰判決がなされるべきである。」

《Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu erteilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat.》

なお、この点に関する判例は次のような場合に過失がないものとして原状復帰判決を認めている。<sup>(47)</sup>当事者の「貧困」(Armut)により訴訟に着手できないとき。「突然の病氣」<sup>(48)</sup>(die plötzliche Erkrankung)。「事実に関する諸条件と法的问题に関する錯誤」(der Irrtum über tatsächliche Umstände und über Rechtsfragen)は、それが避けがたかった(unvermeidbar)場合のみ、過失がなかったとされる。<sup>(50)</sup>

(四) 小括



「意見」はその短期時効への統一の点では我が国への導入可能性は少ない（我が国の訴訟をめぐる諸条件の違い、法意識の違いも重要）。しかし、そこで提案されている時効停止事由をめぐる提案は、それが上述したドイツ法の現実の展開を踏まえたものであるだけに、説得力を有すると思われる。この点から我が国の時効論が汲み取るべきものは多い。特に、不法行為を理由とする損害賠償請求権について我が国でもその導入が叫ばれている当事者の「交渉」による時効の停止を、<sup>(51)</sup> それ以外の分野にも普遍化させるべきか、その場合の時効期間をどうすべきかも検討課題となろう。なお、後に検討するように、我が国において「交渉」は、その在り方によっては後に債務者による時効の援用を信義則・権利濫用により否定する際の大きな判断要素となっている。<sup>(52)</sup>

- (1) ドイツ法における消滅時効制度につき、岡本坦『注釈民法(5)』(六七年)一七三頁、同「ドイツの消滅時効制度について」比較法研究二二一号(六一年)。
- (2) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. II, 1888, S. 742.
- (3) Motive, Bd. II, 1888, S. 742.
- (4) Motive, Bd. II, S. 743.
- (5) Motive, Bd. II, S. 743.
- (6) Motive, Bd. I, S. 307.
- (7) Motive, Bd. I, S. 307.
- (8) Larenz, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1988, S. 256, Soergel-Sierbert, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I, Aufl. 1981, S. 1098.
- (9) Larenz, a. a. O., S. 256.
- (10) Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl., 1985, S. 47. なお、ノーマーは、弁済期を起算点とする意味を、時効の本質 (das Wesen der Verjährung) から導かれるものとする。すなわち、時効の本質は「権利不行使を理由とした請求権の消耗 (Anspruchsenkräftigung wegen Nichtgeltendmachung) だから、権利の行使が可能でなければならぬ」点に、起算点を弁済期とする意味を見るのである。
- (11) BGHZ 100, 228, 232. その際、損害額が見積り得らざると (bezieherbar) は要件を、確認訴訟 (Feststellungsklage) によって時効を中断せざる可能性をめぐる点に注意 (BGH WM 1987; Hamburg VersR 1978, 1045)。また、統一的原因から生じた損害 (der gesamte, aus einheitlicher

Ursache entpringende Schaden) は、それが同時に生じたものになくとも純一的に把握できるが、後から生じた損害結果がそのようなものではない。中期のなるものになければならぬ (RGZ 157, 99; BGH DB 1960, 667; BAG JZ 1962, 162)。その基準は社会通念 (Verkehrsanschauung) に依るものなる。又上記の通り、Soergel-Siebert, S. 1098, Kohlhammer-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I, S. 1499. また、雑誌の通り、Larenz, a. a. O., S. 256, Fn. 38.

- (12) § 516ff, 512ff. I 9 ALR. 上記の通り、Peters-Zimmerman, Verjährungsfristen, Gutachten I, S. 125.
- (13) Motive I, S. 316f.
- (14) Motive I, S. 317.
- (15) Karl Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs-, und Fatafristen, Bd. I, 1975, S. 152, Fn. 2, 3. なお、スイス債務法では一般的消滅時効期間は一〇年間 (一一六条)。不法行為に基づく損害賠償請求権は一年である。ここに見られる時効期間の短期化は一九四二年のイタリア民法典にも影響を与え、そこでも一般時効期間は権利が主張され得る日から一〇年とされている (二九四六条)。またスイスにおいては不法行為に基づく損害賠償請求権は、「その行為の生じた日から五年」で時効にかかる (二九四七条)。短期化の先鞭をつけたスイスの時効制度とその後の展開は、スピロの大著 (二巻一六〇〇頁に及ぶ) の全面的検討 (部分的には内池慶四郎、松久三四彦等により紹介されている) とともに興味ある分析課題であるが、他日を期したい。なお、ペーターズ・ツィンマーマンの鑑定意見にも時効制度の簡単な比較法的検討が行われているので参照されたい (Peters-Zimmerman, a. a. O., SS. 267)。
- (16) 上記の通り、Kohlhammer-Kommentar, a. a. O., S.S. 1513, Soergel-Siebert, a. a. O., SS. 1107.
- (17) BGH Betr. 1953, 593.
- (18) BGH VersR 1963, 93.
- (19) RGZ 160, 94; BayOblGZ 1960, 497.
- (20) BGH VersR 1960, 1144.
- (21) BGH VersR 1964, 404.
- (22) Peters-Zimmerman, S. 175
- (23) BHGZ 70, 235f.
- (24) BHGZ 17, 199, 210f.
- (25) Peters-Zimmerman, S. 175.
- (26) BGHZ NJW 1960, 283.

- (27) BGHZ 60, 98, 101f.; BGH NJW 1977, 375, 376.
- (28) Peters-Zimmerman, S. 175.
- (29) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12., Aufl., 1986, S. 1550.
- (30) Staudingers Kommentar, a. a. O., S. 1550.
- (31) 前注12参照。なお、この鑑定意見についての我が国の紹介として、半田吉信「ペーターズ・ツィンマーマンの時効論」前掲『鑑定意見』所収。
- (32) Peters-Zimmerman, SS. 288.
- (33) Schlechtriem a. a. O., S. 1670.
- (34) 中国では訴訟時効を定め、権利自体は消滅しないが、人民法院は時効期間満了を理由にその訴えを却下できるものとしている。そこでは、原則として二年間の統一的時効期間を採用し、権利の侵害を知ったか知り得べきときから二年である。但し例外として人身損害に関する損害賠償、賃料に関する紛争、品質不合格の商品であることを告知しなかったことによる紛争などには一年、涉外売買契約に関する紛争には四年の時効が適用される。こうした短期の統一的時効制度採用の理由は、民事上の流通を早め、社会的経済秩序を安定させ、人民法院の事件審理に便宜を図り、四つの現代化建設を促進することにあるとされている(以上について、王叔文・韓延龍・畑中和夫編『現代中国法概論』(八九年)一七〇頁。なお、この制度趣旨について「中国では、権利者に最短期間内に義務者に対して履行を強制させる訴訟を提起させることで経済採算原則の破壊を防いで、資金流通の速度を早め、時機を得た社会的富の利用を可能にする」ということをあげている)ことの紹介として、前掲・松久・米倉・野村座談会における野村好弘発言・Law School 五四号五五頁。
- (35) Peters-Zimmerman, S. 297.
- (36) Peters-Zimmerman, S. 315.
- (37) Peters-Zimmerman, S. 319.
- (38) Peters-Zimmerman, S. 319.
- (39) Peters-Zimmerman, S. 316.
- (40) Peters-Zimmerman, S. 320. 「意見」は、不法行為に関する八五二条は、権利者の主観的要素(ein subjektiver Element)で時効の開始を依存させているが、債権者の認識欠如によって訴追が妨げられるのは不法行為に基づく損害賠償請求に限らないという(s. 305)。
- (41) Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil, 1987, S. 330; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2. Aufl., 1986, S. 2063; 過失による不知は知つていふと同視せられず(OLG Stuttgart NJW 84, 182)に従って「知つていふ」は「知るべき」(kennen müssen)を意味し

ない。両者が同視されるのは、ただ濫用的な不知 (mißbräuliche Nichtkenntnis) の場合だけ (BGH VersR 85, 367) であると思われる。

Geigel, Der Haftpflichtprozeß, 19., Aufl., 1986, S. 257.

(42) Peters-Zimmerman, S. 306.

(43) 内池慶四郎「不法行為による損害賠償請求権の時効起算点—被害者における認識の原理とその限界」法学研究四四卷三号(七一年)は、「民法七二四条の短期時効は権利行使の可能性を現実知りながら請求しなかった被害者の態度に対する賠償義務者の正当な信頼を保護することにその本旨」があるという立場(一四三頁)から、「被害者の認識は、被害者自身の現実かつ、具体的認識たることを要し、しかもその認識において被害者の要件事実の認識と法的判断とは不可分に結び付いたものである」とする(一四六頁)。但し、内池においても次のような留意がなされていることは、却って「鑑定意見」のような考え(認識可能性として、その判断枠組みをつくっていく)の簡明さを示しているのではない。内池は次のように言う。「短期時効の起算点を決定するものは、あくまでも被害者の現実の認識であり、これこそが立証の本来の対象たるべきものであるけれども、かかる内心的事実を相手方たる賠償義務者より立証する方法にはおのずから限界がありその限度までの立証を賠償義務者において尽くした以上は、内心的事実—被害者の認識—の存在は推定されてよい、ということである」(一五四頁。傍点原著者)。これに対して、森島は『損害及ヒ加害者ヲ知』らないことについて被害者にむしろ非難に値する事情があるときには、賠償義務者の利益を優先させるといふ考え方をとるべき」とする(森島昭夫『不法行為法講義』(八七年)四三八頁。なお、我が国の不法行為法研究会による七二四条の改正案では、「損害及び賠償義務者を確知した時」を起算点としている(加藤一郎「消滅時効」連載・日本不法行為法研究会にトメント②・ジュリスト九一三号・八八年。後に不法行為法研究会『日本不法行為法リステイトメント』(有斐閣)に所収。筆者はむしろ「鑑定意見」を支持する(結局いつ「確知」したかは、単なる事実問題ではなくて、当該請求権を消滅させるべきか否かの規範的判断の一環である。だとしたら、そのための判断枠組みを正面から問題にすべきであろう)。

(44) 第一章第三節、第二章第三節参照。

(45) Peters-Zimmerman, S. 316.

(46) Peters-Zimmerman, S. 321, 308.

(47) 以下の判例及び Rosenber-Schwab, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. SS. 415.

(48) BGH VersR 1985, 396.

(49) 当事者ごころの RG JW 1929, 325. 近親者の病氣ごころの BGH ZJP 71, 238; BGH VersR 1978, 667.

(50) その判断例ごころの「困難な複雑な権利状態の場合」(bei einer schwierigen und verwickelten Rechtslage) (BGH NJW 1978, 890; BGH NJW 1979, 1414; BGH VersR 1980, 191, 193 und 262) 弁護士との訴訟ごころの場合 (BGH NJW 1963, 712) など。

(51) 石田喜久夫は「被害者の救済をはかり、加害者の交渉ひき押しなどによる奸策を封鎖することが必要だとすれば、被害者に宥恕の意思のないこと、加害者に賠償請求がなされないこととの信頼のないことを理由に、『交渉中は時効は進行せず』という解釈論が、法曹法として定立されるべきであろう」とする（西原道雄・木村保雄編『公害法の基礎』二〇五頁「石田喜久夫執筆部分」、同「消滅時効の援用が権利濫用にあたるとされた事例」判タ三四四号一一六頁）。また、不法行為法研究会の改革案では、七二四条の三として、「損害賠償に關し当事者間で交渉を続けていたときは、交渉が打ち切られた時から一年間は、時効は完成しない」という規定の新設を提案している。その趣旨を、加藤一郎は次のように説明する。「交渉の継続には、加害者側でいちおう責任を否定せず、賠償額について争いがあることが多いであろう。そこで、被害者としては、債務の承認が抽象的であったとして、時効の中断の主張をすることも不可能ではない。また、時効期間の経過するまで加害者が交渉に応じておきながら、その期間が過ぎると時効を持ち出すというのは、場合によっては、権利の濫用、すなわち時効援用権の濫用として、時効を認めないということも可能だと思われる。ただ、このような解釈・運用をすることも、それは不確実なものであり、被害者としては不安定な立場に置かれる。そこで……規定を設けることとした。」（前掲『日本不法行為法 リステイトメント』一五七頁以下）。

(52) 第五章第二節二3(1)「交渉」の項参照（一三六頁以下）。

### 第三節 事実上の障害論における日本の特殊性

さて以上の貧しい比較法的検討を通じても、次のような我が国の時効規範の特殊性を知ることができる。

#### (一) 時効の「停止」概念の貧困

時効の進行にあたり事実上の障害を考慮することの弊害を強く自覚していたボアソナードは、旧民法において大解釈を許さないような停止事由を定めた。明治民法の時効を起草した梅も自覚していたこの問題は、立法過程で一定の議論を経ながらも引き継がれた。この点での立法者の意図が我が国ほど維持されてきた国はないかもしれない。ところで、このような「停止」事由の限定は、我が国での事実上の障害論の展開を抑制する大きな要因となった。

(二) 起算点の解釈 停止事由を限定された我が国で、事実上の障害を時効の進行にかかわらしめる法的構成のひとつは、起算点における権利行使可能性の解釈を利用することであった。しかしこの点が課題とされたのは、近時の

安全配慮義務事件におけるじん肺訴訟を通じてである。フランスやドイツでは停止事由の解釈を通じてなされてきた事実上の障害論が、我が国では起算点解釈を通じてなされる可能性もあったのに、それがこれほど遅れたのは何故か。ここには、「起算点」解釈と「停止」解釈の性質上の相違も色濃く反映していると考えられる。

消滅時効の起算点はなるべく一律にすべきだという要請は、法的安定の観点からすれば重要であろう。フランス、ドイツにおいては時効の起算点をできるだけ明確に画しながら、しかしなお、そこから生ずる権利行使不能要因の考慮を時効の「停止」という手段で実現しようとしていた。「停止」は個々の請求権を、個々の事情のもとで具体的に吟味して判断する制度である。これに対して起算点論は、全ての請求権に問題となるから、いきおい画一性、形式性が前面に出ざるを得ない。ここに、彼我の事実上の障害論の展開度に差をつけた「法技術上の問題点」があったように思われる。

### (三) 権利の保護との関連

現行民法における時効規範は、フランス法、ドイツ法或いは旧民法と比べても「権利擁護的機能」よりも「権利剝脱的機能」において際立っている。

1 時効期間 これらのうち、我が国の現行民法以外は原則的時効期間が三〇年であり、この長さが、起算点に主観的認識を含めないことの正当性を維持する大きな論拠とされていたことは留意されるべきである(一〇三三、一一四頁)。なお、フランスでは契約外の損害賠償請求権の消滅時効期間が三〇年から一〇年に短縮されたが(一〇三三頁)、そこでも損害が同時に契約上の義務違反に基づくときには一般の消滅時効期間が適用されると解釈されている。

2 推定的時効観 本稿は、我が国での事実上の障害論の貧困の歴史的契機をポアソナードによる停止事由の限定に求めた。しかしここで忘れてならないのは、ポアソナードの旧民法は、時効を「法律上の推定」に過ぎないものと

して、債務の存在を認めながら時効を援用することを許さないという大幅な制限を加えていたこと、また、不法行為については、「時効連帯の原則」により、被害者の権利保護にそれほど不利な制度ではなかったことを確認しておく必要がある。

この意味でも、明治民法は旧民法における豊かな可能性を引き継ぐことなく、ただ、その「厳格な事実上の障害論」という消極面のみを引き継いだと言えよう。しかも、ボアソナードにあっては、ここでの厳格性は解釈の恣意を排除するための厳格性であったのである。しかし今日「事実上の障害」の排除が裁判で語られる場合、それは、じん肺訴訟でも明らかのように、既に賠償義務があることが明らかかな加害者を時の経過によって免責するものとしてのみ機能している。同じ企業において同じ安全配慮義務違反により同じ被害を受けたことが認められながらも、或る者は他の者より早く発病した（それだけ長く被害に苦しんできた！）が故に、「時効」という名で権利が剝脱されてしまうというこのことこそ、「解釈の恣意」であるように思えて仕方がないのは筆者だけだろうか。

果たしてボアソナードは何と言うか……。

## 第五章 規範的時効論構築のために

最後に、判例における時効援用制限論を検討して本稿をまとめたい。

### 第一節 援用制限論の固有の意義とその射程<sup>(1)</sup>

一 はじめに

時効の援用の信義則を導入した初めての判決は、最高裁昭和四一年の判決であった。事案は時効完成後に債務を承認した債務者が後から時効を援用したというものである。最高裁は、かかる時効の援用を信義則に反し許されない旨<sup>(2)</sup> 判示した。それ以降、こうしたいわゆる「時効完成後の債務の承認」の事例を超えて、消滅時効の援用を信義則違反ないし権利の濫用として排斥する判決例（以下、こうした法的構成を「制限論」と称す）が次第に蓄積してきた。その数は公刊されているものでも三十件に及ぶ（判例表4）。

ところで、そもそも時効の援用に対し、こうした一般条項で対応すべきかどうかはそれ自体ひとつの問題である。既に前記最判に対して、消滅時効制度自体が「債務者に信義に反する主張を認めることを前提としている」のだから「そこに信義則を持ち込むことは、かえって事態を混乱させることになりはしまいか」という危惧を表明する論者もいたのである。<sup>(3)</sup> 確かに、一般条項の活用よりも他の法的構成、すなわち時効の起算点の解釈や中断、停止事由の解釈などにより問題が解決できる場合に敢えて信義則や権利の濫用を持ち込むことは、解釈の恣意を排除するためにも抑制すべきであろう。<sup>(4)</sup> また、事案によってはそもそも真の争点が時効の問題ではなく、時効論は「便法」にとどまる場合もある。しかし、時効が真の争点となっており、かつ、当該事案の解決が時効の進行レベルでの解決を超える場合には、信義則や権利濫用論も積極的に導入されてしかるべきでないか。

ここでは、それぞれの判決が当該事案に「制限論」を適用したポイントと思われる要素を析出し、そこに果たして「時効進行レベルでの解決」を超える事情があるのかどうか、それは何かを検討してみよう。<sup>(5)</sup>

## 二 信義則違反・権利濫用の判断要素

### (一) 義務者による権利行使の阻害度



義務者の積極的ないし消極的な行態により権利者の権利行使が阻害されているうちに時が経過した場合に、「制限論」を活用する例がある。

1 義務者による妨害 義務者が権利者の権利行使が困難になる原因を積極的に作り出している場合である。

【三重衝突事故真犯人時効消滅事件<sup>59</sup>】 交通事故の被害者が刑事事件においては加害者として起訴され無実とされるまでの五年間に、刑事事件上被害者とされている被告に損害賠償請求をするのは「實際上極めて困難」であり、またこのような立場に立たされたのも被告の故意による虚偽の供述によるものであるとして、時効の援用を信義則違反であり権利の濫用にあたるとして排斥した事例。

【米軍不発弾処理負傷事件<sup>60</sup>】 戦後間もない昭和二四年の鹿児島県桜島に近い村で米軍の不発弾が発見された。その処理のために、米軍の不発弾処理班の二名と地元の巡査、消防団及び他に人員不足を補うため部落民の有志が集められ、原告も有志としてこれに参加した。ところが不発弾の爆破処理中、巡査の指示の不適切により事故が発生し死者が一名、重軽傷者三名が出た。原告も顔面全体にケロイドの残る大火傷を負い、口が開閉できず、左眼を手術により摘出されるなどの重傷を負った。事故後二八年を経た昭和五二年原告は国家賠償法に基づいて国に損害賠償を請求したが、このように訴訟提起が遅延したのは、地元において不発弾の処理に警察官が全く関与していないという虚偽の公文書が作成されたために、原告の権利行使が阻害されていたのである。この間の事情を裁判所は次のように判断している。

「国政は国民の厳粛な信託によるものであるから、国は国民に対し信義誠実を旨としてその国務を遂行すべきであり、しかも公文書はその内容が真正でなければならないのであって（刑法一五六条参照）、いやしくも自己の損害賠償責任が明らかであるのにその責任を免れるため加害行為への関与を隠蔽するような公文書を作成するなどして責任回避の言動をすることは許されない

と解すべきところ、……本件事故直後鹿兒島地区警察署長名で同署が本件不発弾処理に全く関与せず不意に駐在所に訪れた米軍兵士二名を派出所巡査が現場を案内したに過ぎないという事実<sup>(17)</sup>に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、その結果控訴人らが……被控訴人の委任事務を担当する鹿兒島県庁の係員などに必死に被害の救済を訴えても要領を得ず、たらい回しにされ所管部局も判明しないこととなったことが認められる。」

こうした事情から、国の時効の援用を否定した次の結論部分は、この判決の時効観そのものを端的に表明している興味深い。

「そもそも消滅時効ないし除斥期間は主として弁済者の二重弁済を避けさせるための制度であるから、本件のように被控訴人が損害賠償債務を履行していないことが当事者間に争いがなく明白な場合には時効などの保護を与える必要性に乏しく、時効等はできるだけ制限して解釈するのが相当であることに照らし以上の各事由を総合して考えると、被控訴人らが本件事実関係のもとにおいて控訴人らの本件損害賠償請求権につき消滅時効を援用ないし除斥期間の徒過を主張することは、信義則に反し、権利の濫用として許されないとすべきである。」

【賃借権無断譲渡契約解除権利<sup>(18)</sup>】 無断転貸を理由とする解除権の消滅時効は、解除権者が無断転貸の事実を知らなくても無断転貸の時から進行するが、本件では被告（賃借人）は「自ら地主の解除権の行使を妨げて、時効期間を徒過させておきながら、消滅時効の援用を主張することは、信義則に反し、権利の濫用として許されないと解するのが相当である。」

同旨の地裁判決が別の事件で五年後に出されている<sup>(19)</sup>。

2 債務の否認 義務者が自己が負うべき債務を頭から認めない、すなわち権利者の権利を頭から否定する場合には、なかなか権利を行使し得ない。この場合、即座に訴訟を提起しても権利が認められるかどうか権利者自身にも予

測がつかないことが多いのである。とくに損害賠償請求権において問題になる。

【予防接種ワクチン禍大阪訴訟④】 被告・国の行政上の救済制度以外には責任は負わないとする強い行政姿勢により被害者が権利行使に出なかつた事情を認定して、消滅時効の援用を権利の濫用とする。

【安中公害訴訟判決⑧】 「交渉の決裂に至るまで訴訟手段に出ようとしなかつたことについて、これを責めるのは、原告らにとって苛酷に失し、その原因の多くは被告の行為に帰せられるもの」であるとして、時効の援用は権利の濫用にあたるとした。ここでは原告たる農民が「被害を知り被告との折衝を開始したのちにおいても、被害の有無、責任、程度を争う被告の強硬な態度に遭い、前示のように関係官庁や県からの援助もなく、政界関係者も頼むに足りず、信頼性ある科学的調査資料も入手する途もふさがれて、力では比較にならぬ被告会社に対抗する手段も尽きようとした事情が認定されている。

3 弁済の拒絶 義務者が何らかの理由で弁済を拒絶している場合にも、権利行使が困難となる。次の事例は条約の存在を理由に義務者が弁済の拒絶をしていた場合である。

【戦時債券償還請求事件】 戦時中政府の命令を受けて日本勸業銀行が発行した「割増金附戦時貯蓄債券」を購入した台湾住民が昭和五二年に同債券を現在の貨幣価値に換算した実価によりその支払いを同銀行の後身である第一勸業銀行に請求したところ、銀行側が消滅時効を援用した事例である(⑫)。裁判所は、日本と中華民国との間に昭和二七年に発効した日華平和条約三条において、中華民國当局及び住民の日本国及び日本国民に対する請求権の処理につき両国政府間の特別取極の主題とされていたが、特別取極のなされないうちに、昭和四七年九月に日中共同声明により右平和条約は失効し、特別取極による請求権の処理が不可能になった事情を認定し、次のように判示した。

「以上のような事情を考慮すると、原告が日華平和条約の効力が存続していた当時被告に償還を求めて権利の実現を図ること

は實際上できなかったし、被告自身償還に応じたとは考えられないのに、今更本訴において被告が時効を援用することは信義に照らして許されないというべきである。」

この判決に対しては被告側が控訴したが、東京高裁は同様の理由で控訴を棄却した(⑬)。

4 弁済の信頼性の作出 何らかの意味で弁済者が弁済の信頼を作り出しており、それを信頼して権利者が敢えて権利を行使していない間に時が経過した場合にも、同様に「制限論」が活用されている。

(1) 弁済の期待 義務者が権利者に弁済を期待させる積極的言動をしていながら、時の経過によって時効が完成するやこれを援用する場合である。この場合は権利を行使しなかったのは、義務者自身が弁済を期待させたからであり、この点が信義則違反、権利濫用とされる理由となっている。

【手形金償還請求権事件⑪】 手形金の支払債務を認めるかのような期待を抱かせながらのちにこれを翻し、やむなく訴訟が提起されると、その審理を引き伸ばし、また義務履行がなされるものと期待させて時効中断措置を怠らせた場合には、時効の援用は信義則に反し許されないとした事例(判文については後述一三三頁参照)。

【静岡相互銀行預金債権消滅事件⑫】 担当者が本件預金の払戻しが可能であるかのような言動をしていた頃から五年以内に本件訴訟が提起されているとして、時効の援用を信義則違反とする。

【売買代金債権事件⑬】 代金を支払う旨再三にわたり言及しつつ、時効完成後に時効を援用。

(2) 弁済の猶予 義務者が弁済の猶予を要請するので権利行使を差し控えていた場合。

【交通事故刑事責任確定後請求事件⑭】 交通事故において刑事責任が確定するまで賠償請求に応ずるか否かの回答を猶予してほしい旨述べていたときは、刑事責任の有無の確定前に完成した消滅時効の完成を援用することは、信義則に反し許されないとした。

(3) 債務の承認 義務者が再三債務を承認しているので、それを信頼して敢えて訴訟提起に出なかった場合。

【交通事故症状固定以降話合事件⑥】 交通事故の加害者が被害者からの賠償請求に対して、症状が固定して以降再度交渉しようとしているうちに時効が完成した事例。

「控訴人は、その主張する消滅時効完成の前後を通じ、ことにその完成後において右のような債務の承認をしたものであり、したがって、これによって、被控訴人としても控訴人においてこの間に完成すべき消滅時効の援用をすることはない趣旨であると受取るのは当然であろうから、その後において控訴人が右損害賠償請求権についてその主張のような消滅時効を援用することは信義則に照らし許されないものと解するのが相当である。」

【青島在留邦人引揚貸付金返還請求事件⑦】 終戦直後青島における在留邦人引揚の資金として、島民が日本国総領事に対して貸し渡した金員の返還を国に請求した事件である。国側の消滅時効の援用に対して、以下の如く判示。

「本件貸借は異常な過渡期の下に発生した貸借であって、借入金の存在及び額については被告においてそれを承認し、当事者間においては明確になっており、一方原告においても被告により返済措置が執られることを期待して催告をなすに止めていたものであって、権利の上に眼っていたものではないし、もともと請求権の消滅時効の制度の存在理由は権利者に正当な権利を喪失させることなく、存在の不明な請求権についての義務者とされる者に防御権を与えることにある……」

【農地法三条許可申請協力事件⑧】 義務者が権利者による本件土地の固定資産税負担を承認していたこと、本件土地への権利者の根抵当権設定登記につき協力したことから、「本件土地に対する控訴人（権利者―引用者注）の事実上の所有者としての支配を前記消滅時効完成後においても肯定し、ひいては控訴人がなお被控訴人に対し所有対移転登記請求権及びその前提たる農地法三条の許可申請協力権を有することを黙示的に承認したものとみるのが相当である。」

【手形金償還請求事件⑨】 最判昭五七年判決は⑩判決と同様の次の判断を下した。

「約束手形の裏書人自らが所持人に対して、自己の償還義務についてその時効期間経過後に消滅時効の利益の放棄ないし債務

の承認をしたうえ、専ら自己に対する信頼に基づいて右手形を取得した所持人本人及びその代理人である弁護士に対して、再三にわたり、しかも右手形振出人の債務とは必ずしも関係なく自己固有の債務として右手形金の支払義務があることを認めるような態度を示し、同人らに確実にその履行がされるものとの期待を抱かせながら、のちに右態度をひるがえし、その信頼を裏切つて償還義務を履行しようとするせず、やむなく右所持人より提起された手形金請求訴訟においても当該手形の裏書自体を否認したりその他種々の主張を提出して引延しとみられる抗争をすることによりその審理に長期間を費やさせ、その間に所持人が専ら裏書人としての償還義務も当然消滅するに至つたとして右義務の履行を免れようとする所為にでるようなことは、著しく信義則に反し、許されないものと解するのが相当である。」

## (二) 権利行使条件の成熟度

権利を行使するための広い意味での条件が未成熟であつたために権利行使が遅れてしまつた場合で、かつ、その未成熟に義務者も関与、或いは承認している場合にも「制限論」が使われている。

1 外的事情による行使不能 当事者間の関係を越えた外的事情による権利行使の事実上の不能を認定し、こうした不能を義務者も承知しながら後で時効の援用をした場合に、「制限論」を適用したものがあつた。

【戦時債券償還請求事件②】 事案については前述(一)3。「原告が日華平和条約の効力が存続していた当時被告に償還を求めて権利の実現を図ることは実際上できなかつたし……」。

2 権利行使の必要度 当初はその権利を行使する必要がなかつたから権利を行使しなかつたのに、後から権利行使の必要ができた場合である。

【農地法三条申請協力権】 農地の所有権を移転するような場合には農業委員会の許可を得ることが必要である。しかし、とりわけ親族間での農地の移転のような場合には、実態関係として所有権を移転し占有も移転しておきながら、許可の申請を怠っている場合も多い。このようなときに後で、親族間に争いがおきたときに、取得者が前主に農地法

三条の申請協力を請求した場合に、前主がこの請求権の時効消滅を主張することがある。

⑥事件は、子から母への農地の贈与及びその引渡後既に二〇数年が経過し、その間現実に母による耕作等が行われてきた場合において、贈与者が受贈者に対し農地法三条の許可申請協力権の時効消滅を主張することは、信義則に反し、権利の濫用となるものとし、最高裁もこの原審の判断を維持した。同様の判決は数件蓄積されている(⑥⑦⑧⑨)。

また、これを消滅時効完成後の債務の承認の問題として捉え、信義則に反し許されないとした事例もある(⑥⑨)。

【相続持分不当利得返還請求事件⑦】 弟が相続持分を放棄することを条件に金六〇万円を交付したところ、一七年後に持分を主張し別訴で勝訴したため、兄が不当利得返還請求をした事件。その権利不行使は「社会的に責められるべきところがなく、権利の上に眠っていたものとはいえないから、被控訴人がこれにつき消滅時効を援用することは信義則に反し許されないものというべきである」とする。

【昭和部品プレス腕切断事件⑤】 「原告にむしろ復讐を予定させるような漠然とした状態に放置しておきながら」時効を援用するのは権利の濫用にあたるとした。これも当初は行使しようとは思わなかった権利を、義務者の行為態様の変化によって行使せざるを得なくなったと考えられる。

3 権利の成熟度 行使すべき権利がこれまで余り論じられたことがない未定着な権利であった場合に、権利不行使の相当性を認める要素として認めるものがある。

【予防接種ワクチン禍大阪訴訟④】 憲法二九条三項を根拠に国の損失補償責任を肯定し、これに対して民法七二四条の規定が類推適用されるべきだという国側の主張を肯定しつつ、この権利の特質について次のように判示して、前述の被告の行政姿勢とともに時効援用の権利濫用性を認める。

「……前判示のとおり、原告ら主張の損失補償請求権を認めるべき根拠が存するけれども、原告らの右請求権の存在について

は、多くの問題点があり、従来の学説においても、裁判例においても、疑いの余地のないものとして明確に認識されていたものではなく……」

4 損害把握の困難 とくに損害賠償請求権については、被害の特質から損害の把握が困難で、それが権利行使困難の一因をなしているとされている例がある。

【安中公害訴訟⑤】 「安中公害により農民が受けた前認定の被害については、自然の気象状況や病虫害の有無等にも左右される農作物の状況に係る損害の性質上、被害の有無、原因を直ちに確認することは困難であり、また損害の内容からして、取引上の損害などは異なり直接的な証拠資料があらかじめ用意されている性質のものではないのみならず、本件の被害は或る時期に突然出現したわけではなく長期間にわたり次第に顕著になり増大してきたものであるから、損害の金額算定をするのはもともと容易なことではない。」

5 違法性・被害の大きさ 遅れた権利行使の相当性につき、その時期に取えて権利を行使したことの原因として、時の経過とともに違法性、被害が大きくなってきたことを認定し、「制限論」適用の判断要素としている例がある。

【安中公害訴訟⑥】 「……被告の強引な生産拡大策が、ついに違法増設問題に発展し昭和四五年の刑事事件有罪判決や施設改善命令に至って終りを告げ、認可取消請求人団の結成と損害賠償交渉へと推移したものである。」

(三) 権利行使的要素の認定 以上は権利を行使しなかったことの相当性判断であるが、反対に、債権者側に何らかの意味での権利行使を認めているものがある。

1 交渉 当事者間での交渉の間に時効を援用する場合に「権利行使的」要素が認められる例がある。

【交通事故刑事責任確定後請求事件⑦】 「原告らが被告に対し直接あるいは岡山弁護士会交通事故処理委員会の担当委員長を通じて本件事故についての損害賠償を請求したのに対して……」（事故の翌年、更に翌年に請求がなされていた例。訴訟提起は刑事判決確定を知ってから二年後）



【安中公害訴訟<sup>53</sup>】 原告らが被害を知ってから被告への再三の工場施設増設反対運動や被害補償交渉、公害防止等協定交渉の行われてきた事実を認定。訴訟提起は最後の交渉の決裂の翌年に提訴された。

【交通事故症状固定以降話し合事件<sup>60</sup>】 後遺症固定日以降の交渉を当事者で予定しているうちに時効期間が経過した事例。

【米軍不発弾処理負傷事件<sup>62</sup>】 「……控訴人らは……本件事故後現在にいたるまで鹿児島市役所、鹿児島県庁などの被控訴人の出先機関等に何度となく被害の救済を求めているのであって決して権利の上に眠る者とはいえないし」。

【青島在留邦人引揚貸付金返還請求事件<sup>71</sup>】 原告は昭和二六年に在外公館等借入金整理準備審査会法による前記貸金の確認を受け、昭和四三年に外務省に対し残金の返還を請求していた（訴訟提起は四七年）。

2 適宜の訴訟提起 時効期間は徒過しているが適宜に訴訟が提起されていることを、権利の上に眠っていたのではない要素として判断している例がある。

【同一交通事故相互賠償請求事件<sup>54</sup>】 後述（四）2参照。

【預金返還請求事件<sup>75</sup>】 前述（一）4（1）参照。

（四） 援用態様の不当性  
義務者による援用の仕方自体に非難性がある場合である。

1 差別的援用 一部の原告のみに消滅時効を援用し、いわば差別的援用をした場合に権利の濫用が認められている。

【日本化工クロム労災訴訟<sup>57</sup>】 「被告は、本訴原告以外の被害者に対しては、消滅時効の点を不問にしたまま損害金の支払いに応じているのに右原告四名に対しては、右の原告らが『退職者の会』の会員と同様にクロムによる被害で苦しんでいるに拘ら

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主張して、損害金の支払いを拒絶しているものである。……右原告についてのみ、被告に消滅時効の援用を認めることは、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ものといふべきである。」

2 不意打ち的援用 権利行使をさせる暇を与えないように「不意打ち的」に援用するもの。

【同一事故相互賠償請求事件⑤】 同一事故の一方当事者が民法七二四条前段の時効完成直前（完成の前日）に賠償訴訟を提起し、訴状の送達がなされたときには時効期間を経過していた事例で次のように判示（なお、この訴状送達の一年後に反訴が提起されている。）。

「同一事故によって双方が損害を蒙った場合に、一方の当事者が相手方において損害の賠償を請求するのであれば自己も相手方に請求するが、請求しないのなら双方の損害賠償請求権を時効によって消滅させて解決しようとの態度をとることは少なくともいと思料されるが、その場合にはその一方当事者が権利の上に眠っているのではないことは明らかである。

そうすると本件のごとく一方当事者が消滅時効完成直前に損害賠償の訴えを提起したり、催告によって時効を中断したりして自己の請求権を保全する余裕もないうちに消滅時効の期間が経過してしまうことも生じ得るところである。

そのような場合に適宜な期間内に反訴が提起されたのに、その請求は時効によって消滅したとして本訴提起者の請求のみを認めるのは公平に反すると判断せざるを得ない。よってかかる時効の援用は信義則に反し許されないと解するのを相当とする。」

#### （五） 権利保護の要請

そもそも当該権利の保護の必要から、時効の援用を認めることが「正義」「公平」に反する場合。

【予防接種ワクチン禍名古屋訴訟⑥】 国が一定の割合で犠牲者が出ることを認識しつつ全国一律に予防接種を強制し、また、被害者に過失がない等の「事態の下にあっては、被害者の救済は国民すなわち被告国の責務でなければならず、単に時間が経過したとの一事をもって被告がその義務を免れるとするのは著しく正義に反」するとした。

(六) 義務者保護の不的確性

当該権利の性質から保護を強調するよりも、逆に義務者がそもそも時効制度が保護しようとする者とは立場が異なることを強調する事例がある。

【旧鳴島村農地買収無効国賠訴訟⑤】 兵庫県知事は真実はAの所有地であるのに登記簿の記載を見落としB（Aと入夫婚因した者）所有地として自創法により農地買収し（昭和二三年）、これを数人の者に売り渡した。その後この土地をXが買い受け、所有権移転登記を受けて建物を建築し利用し始めた（昭和三〇年）。Aは昭和三四年に兵庫県知事、国、Bらを相手取り本件買収処分が無効確認及び所有権移転登記抹消請求訴訟を提起した結果、Aが勝訴しこの登記は抹消された。続いてAはXに対して昭和四六年に建物収去・土地明渡を求める訴訟を提起し、国もX側に補助参加した。結局昭和五〇年訴訟上の和解が成立しXがAから本件土地をあらためて買い受けることになった。そこで、Xはこのような土地買収代金の出費を余儀なくされたのは、国が登記簿の記載を見落とし無効な買収・売渡処分を行った結果であるとして、国賠法一条に基づく損害賠償を提起した。これに対して、国は過失の存否を争った他、仮に不法行為があるとしても不法行為の時は買収・売渡処分の時であり、その時点から既に二〇年を経過しているから請求権は時効により消滅している（民法七二四条後段）等主張した。これに対して次のように判示。

「元来民法七二四条後段所定の二〇年の時効期間は、不法行為の被害者が損害発生及び加害者を知ると否とにかかわらず進行するものであるから、右時効の本旨は結局において、自己の不法行為について争訟の対象とされないまま長期間にわたって放置されてきた行為者をその不安定な立場から解放しようとするところにあり、本件においては、被告及びその機関として行為した兵庫県知事は、第三者により早くから提起された当該行為の適否を争う訴訟について、本件原告とともに共同被告として応訴し、訴訟追行を継続してきた関係にあって、被告は、右時効制度の本旨において真に救済されるべきことを予定する者とは立場を同

じくするものではなく、前示の諸事情を考慮し、さらに、原告に右権利の行使を許さないことが社会秩序安定のため至当と考えらるべき事情も他に見当たらないばかりか、事案の性質上本来別件無効確認等訴訟における敗訴の責任を究極的に負担すべき本件被告において、右訴訟中の消滅時効期間の徒過を理由として原告に対する損害賠償の責を免れることは著しく公平を欠くものと判断されることも考慮すれば、被告が同条後段による本件損害賠償請求に対し消滅時効を援用することは権利の濫用として許されないものと判断する。」

【不当解雇差額賃金返還請求⑩】「無効である定年制を適用して原告を定年解雇し、違法無効な嘱託として原告を処遇し、その間女子の定年を延長しながら、これを原告に適用することなく、違法状態を一〇年余りに亘り継続してきたのは、ほかならぬ被告自身であることは前示のとおりであり、これに原・被告間の地位関係等を会せ考えると、原告が権利の上に眠り権利行使を怠ったとして責めを負わすことは、著しく公正の原則に反するといふことができ、結局被告の時効援用は権利の濫用として許されない」と解するを相当とする。」

#### (七) 加害者の地位

加害者の地位を、「制限論」適用の要素としている場合がある。

1 国の地位の特殊性 とくに義務者が国の場合には義務履行につきいっそう強い「信義」や「正義」を認める例がある（事案の内容は既に前述してある）。なお、「制限論」が適用された三〇件のうち、国の時効援用を否定した事件は七件（四分の一）である。

【米軍不発弾処理負傷事件⑫】「国政は国民の厳肅な信託によるものであるから、国は国民に対し信義誠実を旨としてその国務を遂行すべきであり、しかも公文書はその内容が真正でなければならないのであって（刑法一五六条参照）、いやしくも自己の損害賠償責任が明らかであるのにその責任を免れるため加害行為への関与を隠蔽するような公文書を作成するなどして責任回避の言動をすることは許されないと解すべきところ」

【予防接種ワクチン禍名古屋訴訟⑬】「当該「事態の下にあっては、被害者の救済は全国民すなわち被告国の責務でなければ

ならず、単に時間が経過したとの一事をもって被告がその義務を免れるとするのは著しく正義に反」する。  
2 立場の互換性の喪失 公害事件では大企業对原告ら農民の立場の互換性の欠如が認められ、それが判断要素とされた例がある。

【安中公害訴訟判決<sup>58</sup>】 「力では比較にならぬ被告会社に対抗する手段も尽きようとし……」

(八) 小括

以上の要素を今一度確認してみると図のようになる。<sup>(5)</sup>

A 義務者による権利行使の阻害度

(1) 義務者による妨害

- ① 請求原因の認識に対する妨害
- ② 権利行使に対する妨害

(2) 債務の否認

(3) 弁済の拒絶

(4) 弁済の信頼性の作出

- ① 弁済の期待
- ② 弁済の猶予
- ③ 債務の承認

B 権利行使条件の成熟度

(1) 外的事情による行使不能

(2) 権利行使の必要度

(3) 権利の成熟度

(4) 損害把握の困難度

(5) 違法性・被害の大きさ

C 権利行使的要素の認定

- (1) 交渉
- (2) 適宜の訴訟提起
- D 援用態様の不当性
- (1) 差別的援用
- (2) 不意打ち的援用
- E 権利保護の必要性
- F 義務者保護の不的確性
- G 加害者の地位

### 三 検 討

以上の諸要素を分類してみよう。

(一) 時効進行にかかわる要素

大きく分けてA～Dまでの要素は時効の進行の次元で問題となる要素である。これは更に次のように分けられよう。

1 起算点にかかわる要素 (1) 義務者による請求原因の認識妨害 Aのうち、この要素は権利行使を事実上不可能にするものとして、起算点の解釈に含まれることも可能である。この点に関して上記賃貸借無断転貸事件では、次のように判示されている。「賃借権の無断譲渡による解除権の消滅時効は、解除権者が無断譲渡の事実を知り得なかつたとしても、無断譲渡の時から一〇年の時効期間が進行すると解される。」(76。同旨77)。すなわち民法一六六条一項の解釈として「権利の不知は時効の進行を妨げない」ことを前提に時効の完成を判断しているのである。この点に関して説は分かれるが、<sup>(6)</sup>むしろ権利行使の可能性そのものがなかつたもの、つまり少なくとも無断転貸の事実を知り得た時から時効が進行すると判断してよいと思われる。その際問題となるのは、知らなかつたことの原因が本件

のように義務者の妨害によるものでなくてもよいのかという点、無断転貸があっても即座に契約解除ができるわけがなく、そこには「信賴関係破壊の法理」が働くことをどう捉えるかということであろう。無断転貸はそもそも賃借人の義務違反行為であり、また、信賴関係破壊の法理も賃借人に有利に働く規範なのであるから、積極的に賃借人がかかる無断転貸の事実や信賴関係破壊の事実を「知るべきであった」とは言えないのではないか（従って、重過失がある場合を除き認識可能性がなかったとしてよいのではないか）。時の経過自体によって解除権を消失させてしまうよりも、むしろ信賴関係の破壊の有無を知り得た時から時効を進行させることにし、後はその「信賴関係の破壊」法理の枠内で問題を解決すべきではないか（なお、安全配慮義務事件のうち共立陶業じん肺事件<sup>(36)</sup>は、使用者が原告のじん肺罹患管理区分の通知を原告に告げなかった事案であるが、このときは被害者が医師の診察により、じん肺罹患を知った時点をもって権利を行使し得る時としている）。

(2) 債務の否認 債務の否認については、これを時効起算点に含めて解釈した判決例が学校事故に関してある。高校の体操部の部員が練習中に鉄棒から落下して全身麻痺の重傷を負った事故で、事故後八年を経て提訴（安全配慮義務違反に基づく債務不履行責任及び不法行為）した事例である<sup>(37)</sup>。ここでは再三再四学校側から責任がない旨が述べられ、原告らが「本件事故について学校側に責任を追求することができないものと信じるに至ったこと」を認定し、民法七二四条前段において必要な違法性の認識を得たのは、事故から七年後に弁護士に本件事故の調査を依頼したときとしている（本件提訴はそれから一年後）。

また、最高裁での最初の安全配慮義務事件である自衛隊工藤労災事件では、前述のように（四二頁注7）、自衛隊の關係者が公務災害補償以外に国は責任を負わない旨被害者の遺族に言及しており、一審から上告審を通じてこの点が国による時効（民法七二四条前段）援用が権利濫用にあたるかどうかとして争点とされていたのである。ここではいずれ

も権利濫用を否定したのであるが、この判決に対しては時効の起算点の解釈として「権利行使を期待しうる合理的な時期まで、時効の起算点をずらすこと妥当であった事例」(下森)<sup>(8)</sup>とか、或いはエストoppelの原則の当てはまる例として「信義則上時効の援用は許されないと解すべきであろう」(森島)<sup>(9)</sup>という批判がなされている。

筆者としては、民法七二四条前段の違法性の認識、或いは民法一六六条一項の権利行使可能性の問題に位置づけることができるかと考える。

(3) 権利の成熟度 遠州じん肺判決は「安全配慮義務不履行による損害賠償請求権は権利として確立されるのが遅かった」点を権利行使困難の判定要素に加えていた。確かにこのような新しい法的構成による権利行使は、現在から時効期間遡った時点で行使が困難であったとする要素になり得ると思われる。<sup>(10)</sup>

(4) 損害把握の困難、違法性・被害の大きさ 権利行使条件の成熟度にかかわって判定されている要素のうち、これらも時効起算点の解釈に含めることが可能である。例えば、民法七二四条前段及び後段に関する松尾砒素中毒事件の判示(49)、或いはじん肺に関する諸判決。

2 中断に関わる要素 弁済の信頼性の作出 時効制度における中断事由の存在根拠は、「権利者による権利の行使」と「債務者による債務の承認」にあると言われる。<sup>(11)</sup> 弁済の信頼性の作出は、債務者が債務を承認し、そのことによって敢えて権利を行使しないであった場合である。「承認」は時効の法定中断事由(民法一四七条三号)であるが、承認の時点から新たな時効期間が経過している場合もあり、この場合には「制限論」の活躍の余地がある。また、弁済の期待、猶予の場合は「交渉」と時効の進行との関係も問題となる。

3 停止に関わる要素 (1) 外的事情による行使不能 我が国は時効の停止事由として「天災其他避クベカラザル事変ノ為時効ヲ中断スルコト能ハサルトキ」を規定している。<sup>(12)</sup> 青島引揚者債権に関する上記判決は、一方で時効の



停止も認めている事例であった。

(2) 交渉 交渉中に時効期間が経過した場合に、そのことを「制限論」適用の要素としているものが幾つかあった。西ドイツ法においては、一九七七年の法改正により不法行為に基づく損害賠償請求権における時効の停止事由として「交渉」が規定されていることは前述した。我が国でも考慮に値する。

(二) 援用自体の評価にかかわる要素

D以下の要素は時効の進行とは「別の次元」に属する援用自体の評価についての問題だと言える。まさに、ここでは時効の起算点や中断、停止とは独立した、「そもそもかかる場合に時効制度を適用すべきか否か」が問題となっているのである。それだけ判旨の時効観がにじみ出る要素と言える。

四 小括

時効規範への信義則・権利濫用論の導入に対して、学説は「積極派」と「消極派」の二派に分かれている。<sup>(13)</sup> 上述のように「制限論」を導入している判決例は、結論的にはどれも当該事案にとって妥当なものだと思われる。

従来「制限論」に対してはできるだけ他の法的構成が可能である場合には、それによった方が「補充的原則」としての一般条項の使い方として妥当であるという見解も表明されていた。<sup>(14)</sup> 確かに「時効の進行」の次元での解釈論として「制限論」が機能する場合があります、このときは「他の法的構成」によるべき場合もあるだろう。<sup>(15)</sup> (上述の義務者の妨害による権利の不知の場合のように)。しかし、他方で「制限論」が「時効の進行」とは異なる次元で、「そもそも時効制度の射程距離を超える」事例に活用されている点に着目しなければならない。こうして、時効論にとって信義則・権利の濫用は何か「補充的」な一般条項だけではなく、まさに時効規範そのものの枠を規定する大きな要素と言える

のである<sup>(16)</sup>。まさに時効制度がなんと言っても一面で真実の権利者から権利を奪い、真実の義務者から義務を免除する機能を有するが故に、より大きな信義と権利性が要求されるのではないだろうか。

時効規範はその「要件が一応充たされている限りは、時効の効果が当事者の具体個別関係において果たして適切妥当なものか否かの判定は終局的には援用者に委ねる<sup>(17)</sup>」(内池)ものではなく、やはり「終局的には正義に委ねる」ものではないのか。「そもそも資本制社会という社会は、せちがらい社会であり、時効の援用を不道德視するような『高潔』な社会ではない<sup>(18)</sup>」(西村信雄)と「達観」するには早すぎるのである。

(1) 判例分析として、半田吉信「消滅時効の援用と信義則」ジュリスト八七二号・八六年・七九頁、山崎敏彦「消滅時効の援用と信義・権利濫用」判タ五一四号(八四年)一四六頁、内池慶四郎「判批⑥」判評二一七号一四頁、石田喜久夫「判批⑥」判タ三三四号一一二頁。

(2) 最大判昭四一・四・二〇民集二〇・四・七〇二「時効の完成後、債務者が債務の承認をすることは、時効による債務消滅の主張と相容れない行為であり、相手方においても債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考えらるるから、その後においては債務者に時効の援用を認めないものと解するのが、信義則に照らし、相当であるからである」。

(3) 五十嵐清「本件判批」判時四五六・一一二〜三頁。

(4) 前掲・山崎「濫用」一五一頁。

(5) なお、前掲・半田「信義則」は次のような五類型を析出している。本稿では判断「要素」の析出に重点を置いてるので、事案全体の類型化の試みとは若干異なる(本稿では一つの判決に幾つかの要素があることを重視した)。本稿の視点との比較も兼ねて紹介しておく。Ⅰ類型「債務者が債権者に対して弁済がなされるとの期待を抱かせ、債権者がそのために時効中断の措置をとらないでいる間に時効が完成すると今後はその援用をして履行を拒む場合」(本稿でいう「弁済の信頼性の作出」要素にあたる)。Ⅱ類型「債務者が請求権発生の事実を故意に隠匿するために虚偽の事実を述べたり、虚偽の事実を仮構したりして請求権の行使を事実上妨げた場合」(本稿の「義務者による妨害」要素にあたる)。Ⅲ類型「土地の譲渡、贈与などで譲受人、受贈者が土地の引渡を受けて平穩に占有を続けているとともに、譲渡人、贈与者も譲受人、受贈者の所有権を承認してきたのに、移転登記や農地所有権の移転に対する知事の許可申請手続が未了のままになっていることを奇貨として移転登記手続または許可申請手続に応じない場合」(本稿の「権利行使の必要度」要素にあたる。つまりかような場合は権利行使の必要がなかったという要素)。Ⅳ類型「様々な事情により債権者が事実上訴えを提起できないまたは訴提起が期待できない事情にあった場合」(本稿は、

まさにこの点を「義務者による権利行使の阻害度」と「権利行使条件の成熟度」に大きく二分し、さらにその分析を試みたものである。V類型「債権者の保護の必要性が大きくかつ同じ条件にある他の債権者が債務の弁済を受けている等の事情があって、債務の履行の拒絶を認めるのが不当いし不公平とされる場合。」(本稿では、これを更に「援用態様の不当性」「権利保護の必要性」「義務者保護の不適格性」として整理した)。

- (6) 下級審判例は本稿で掲げた両判決が従う「転貸時説」(その他に東京地判昭四九・三・二八・判時七五〇・六六、大阪高判昭五八・一・二六判時一〇七六・六八)と、信賴關係の破壊が続く限り解除権が不断に発生するとする説(東京地判昭四三・三・二五判時五四〇・四五、東京地判昭四五・一〇・一六判時六一・五五、東京地判昭四五・一〇・三〇判時六一・五五、名古屋高裁金沢支判昭五三・九・二〇金判六一三・八)とに分かれていた。近時最高裁は前説に立つことを明らかにした。すなわち賃貸土地の無断転貸を理由とする賃貸借契約の解除権は「転借人が、賃借人(転貸人)との間で締結した賃貸借契約に基づき、当該土地について使用収益を開始した時から、その権利行使が可能となったものといふことができるから、その消滅時効は、右使用収益開始時から進行するものと解するのが相当である。」(最判昭六一・一〇・一判時一二二六・二三)。なお、学説はこの他、賃貸人が無断転貸の事実を知った時とするもの(岨野悌介「渡邊雅文「賃貸借契約解除権の消滅時効」司法研修所論集六九号三八頁、無断転貸が有効に解除できるくらいに背信性を帯びた時(織田博子「無断転貸を理由とする解除権の消滅時効の起算点」法時五六・八・一一七)などがある。なお、学説については、松久三四彦「前掲・最判判批」ジュリ臨増「昭和六二年度重要判例解説」六九頁も参照。

- (7) 前掲松久は「転貸時説」を支持するとともに、「ただし、賃貸人が無断譲渡・転貸の事実や使用収益の開始に気がつきにくいときもあるであろう」とし、「そのような事案においては、本判決が具体的な起算点とする『使用収益開始時』を弾力的に認定するか、あるいは時効の援用を信義則違反ないし権利濫用として否定すべき場合もあるように思われる」とする(七〇頁)。一方で松久は「通常人に権利行使が期待できない場合にまで時効の進行を開始させるのは権利の実質を損なう」(判評三〇三・三六)としているが、この場合は「期待できない場合」にはあたらぬのだろうか。また、賃借人が無断譲渡を隠蔽している場合も信義則違反や権利濫用で解決するしかないのだからだろうか。

- (8) 下森定「判批・最判昭五〇年」法学セミナー七五年七月号一九頁。「補償と損害賠償との関係については、原判決も認めるとおり、すでに自衛隊事務官に、事件当時その知を期待することはまず無理であろう」とする。

- (9) 森島昭夫「判批・最判昭五〇年」判評二〇〇・三五。自衛隊側の主張を信じて訴訟提起が遅れた点で信義則上時効の援用は許されないと解すべきとする。

- (10) 前掲松久「長崎じん肺」判評三三三・九九はこの点を強調する。

- (11) 中断に関しては、松久三四彦「消滅時効制度の根拠と中断の範囲」(一)(二)北大法学三二卷一、二号(八〇年)が詳しい。

(12) この制度の起草過程での興味ある議論、比較法的検討については前述した(第四章第三節)。

(13) 農地法三条許可申請協力請求権の消滅時効に関する最判昭五一年判決に対する前掲・石田喜久夫「判批」は次のように積極説を述べている。「解釈論としては、制度本来の趣旨に合しないときには、時効の効果を認めるべきではない」が「認めない場合にどのような法的構成によるべきかと問うならば、本判決の説くように、援用権(時効の抗弁権)の濫用という法理が妥当であろう。」(一一五頁)。また、前掲・半田「信義則」は「信義則に基づく時効援用の否定は、右のように時効制度の立法趣旨が、あてはまらない、ないし債務者に時効完成の利益を得させるべきでない」と考えられる個別的なケースではまさに当を得たものである」とする(八一頁)。逆に消極説として前掲・五十嵐の他に、前掲・内池「判批」はこの法理適用の意義を評価しつつも、その射程距離の限界性を強調する。「とくに時効期間が一般に短かなわが民法の消滅時効制度の欠点を補う面で、信義則による援用の制限が、中断・停止事由の弾力的活用上大きな法創造的役割を果していることは否定できない近時判例の傾向である。……これらの必要性と合理性を承認しながらも、なお筆者には、時効制度上、信義則の無制限な適用が及ぼすことあるべき危険性に危惧の念を禁じえない。すなわち時効要件が一応充たされている限りは、時効の効果が当事者の具体個別的関係において果して適切妥当なものか否かの判定は、終局的には援用権者に委ねるとするのが民事時効制度の構造である。従って長期間経過後に信義則の名の下に個々の援用の妥当性を検討することは、本来不可能を強いるばかりでなく時として時効制度自体を無意味とする危険を招来するであろう。それ故におよそ時効援用が違法、不当と評価されるためには、かなり明白に特殊異常な要件を充たす場合に限定されるべきであろう。次注の山崎もやや消極的か。

(14) 前掲・山崎「濫用」は、前注の内池が述べる時効の援用は「終局的には援用権者に委ねる」という考え方に加えて、「一般条項は『いわば伝家の宝刀として最後に用いるべき』補充的原则であるという考え方からやはり出発すべきではないのか」とし、「だとすれば、何よりもまず、時効期間の起算点をめぐる解釈・適用、時効の中断・停止についての要件・効果をめぐる解釈・適用のレベルで、当該事案において時効の抗弁を認めるべきか否かの当否が問題とされてよいように思われる」とする(一一五頁)。

(15) 更に、そもそも時効とは別の問題として解決する可能性もあろう。川井は前掲最判昭和五一年判決(66)について次のような「他の理論構成」を提唱している。ひとつは、農地法三条の許可申請協力請求権がそもそも消滅時効にかかるか否かを問題とするもので、農地の贈与・売買「契約に基づき農地の引渡が行われた場合には、受贈者・買主側に物権的秩序が築かれており、許可申請協力申請権は、物権的請求権類似の性格をもち、それは独立しては消滅時効にはかからないとみるべきものと考えられる」とする(川井「判批」法協九五巻三三号五八九頁)。もうひとつは、時効の「進行」にかかわる次の解釈である。「判例(大判昭三・六・二八民集七・五一九、最判昭四三・二・九民集二二・二・一一一引用者注)は、債権者の催告に対し債務者が請求権の存否について調査するため回答の猶予を求めた場合に民法一五三条所定の六か月の期間が進行しないとしているが、その趣旨を類推して、農地の受贈者・買主が農地の引渡を受けこれを占有している間は、これらの者は権利

を不断に行使しており、他方、贈与者・売主は受贈者・買主の権利を不断に承認しているとみて、許可申請協力権の消滅時効が進行しないとみる構成が考えられる。」(五九〇頁)

- (16) 半田は「制限論」の適用が「まさに当を得たもの」である事例の存在を指摘しているが(前注13)、本稿とはほぼ同様な視角か。また、風間鶴寿「判批・東京高判昭四一・五・二七」(判評九六号)は、請求の相手方が、請求権の存否の調査のため猶予をほしい旨述べていた間に時効期間が経過した事例で、判決が「この場合後訴会社の請求即ち催告の効力はこれにつき被後訴会社より何分の回答あるまで存続するものとみるべく訴提起が期間の猶予中であること明らか本件にあってはこれにより時効は中断されたものと認めるのを相当」としたのに対して、「催告について与えられている六カ月の期間につき、このような形における当事者の意思の干与(任意の取極め)をそうあっさり認めるといものかどうか」と疑問を提示して、次のように述べている。「万一その調査の結果が判明するまでの間に、催告の有効期間が経過して時効が中断されることなく完成したとしても、債務者が調査の結果明らかとなった真実に反する主張(時効の援用)をするなどということは明らかに前言に反する。このような不信行為が許され得ないことは民法第一条二項によっても疑いのないところである。……わが時効制度の全趣旨からみて、右のような形で解決する方が、より少ない抵抗で済むのではないか」(九四頁)。本稿は「抵抗」の少なさよりも、時効制度の射程距離自体を問題にするものである。

(17) 前注13参照。

(18) 西村信雄「判批・最判昭和四一年(時効完成後の債務の承認事件)」民商法雑誌五五巻六号一〇一頁。

## 第二節 起算点論から進行論・援用制限論へ

最後に以上を総括して、展望を提示しておこう。

### 一 時効起算点と進行問題の区別

#### (一) 問題の所在

従来我が国では時効の停止事由が厳格に制限されていたため、時効の進行の問題が「起算点の解釈」の問題として取り上げられてきた。しかし、このような発想によると、とりわけ七二四条とは異なり権利者の主観的認識を起算点

に含めないとされている民法一六六条の場合には、硬直な起算点解釈をもたらして必ずしも事案に適切な解決をもたらさない（その典型が、退職日説である）。

一方、フランス、ドイツの例をみると、時効起算点については、一応厳格な解釈を維持しつつ、時効の停止の次元で、時効は起算点から進行し得るが一定の障害事由がある限りで進行を停止しているという法的構成によって、個別問題に柔軟に対応し得る体制を作り上げているのであった（第四章）。

我が国においても起算点解釈の次元ではなく、時効の「進行」の次元での規範的判断枠組みの構築を模索すべきである。

## （二） 起算点と法律上の障害

時効「起算点」については、「法律上権利を行使し得る時」すなわち弁済請求期<sup>(2)</sup>を起算点としてよい。起算点においては、個別事情を考慮すべきでなく一律性を保たせておいた方が、却って問題を進行の次元で考慮できるからである。<sup>(3)</sup> そのことによって、取引の安全や時効の公益性などの一般的観点を害せず<sup>(4)</sup>にすむ。また、そのような一般的観点が個別問題の解決を硬直化させることを防ぐことができる。

損害賠償請求権については、既に本文でも繰り返し指摘した通り、「損害が顕在化」した時点で当該損害についての賠償請求権が法律上成立し、その時点から法律上権利を行使し得るものと解する。その意味で、従来の事故日説や退職日説は法律上の障害をも無視するものとして排斥される。

## 二 進行の障害事由

### （一） 法的構成

我が国では停止事由が「事変」に限定されている（一六一条）。しかし、ドイツでもフランスでも、法律上の「停止事由」がどうであれ、結局は訴訟提起可能性の判断が最終的な決め手となっている。その意味で「訴訟をなし得ざるものには進行せず」という法格言は生命を失っていない<sup>(5)</sup>。

我が国の一六六条一項は起算点を定めたものとのみ捉えられてきたが、むしろこの規定を起算点とともに、時効進行の要件を定めたものと捉え直すこともできる。実は、近時の判例・学説において論じられてきた権利行使可能性とは、進行の障害要因のないことを論じているのである。従って「いつから」権利行使の可能性が生じたのかよりも、「いつまで」権利行使を阻害する要因があったのかに実質的な問題があるのである。法律上権利を行使できても事実上権利行使をなし得ないというのは、起算点の問題ではなく、時効進行の障害の問題である。

そこで、一六六条一項の権利行使可能性には、起算点の意味での権利行使可能性<sup>(6)</sup>法律上の障害のないこと、及び、時効の進行の次元での権利行使可能性<sup>(7)</sup>事実上の障害のないことの両者を含むものと捉える。

## (二) 事実上の障害の判断枠組み

この点では、ペーターズ・ツィンマーマンの鑑定意見での提案が参考になる。

1 権利の不知 鑑定意見では重過失のない権利の不知は停止事由となった<sup>(6)</sup>。フランスでも合理的かつ正当な理由がある権利の不知は障害事由とされている<sup>(7)</sup>。権利の性質に応じて「権利を知るべきこと」の要請を考慮して、障害の有無を判断すべきだろう<sup>(8)</sup>。

その際、安全配慮義務事件のように、そもそも義務者が情報提供義務を負っているような場合には、それに対応して権利者（＝被害者）における権利の不知の正当性も緩やかに判断されることになろう<sup>(9)</sup>。その他、質借人の無断賃貸についてもそもそも義務違反行為をしているのは賃借人であるのだから、この場合も賃貸人における権利の不知の正

当性は緩和して判断されるだろう。<sup>(10)</sup>

2 訴訟の困難 鑑定意見では、時効期間の最後の六カ月に権利者が過失なくして訴求困難に陥っているときには、時効は停止された。<sup>(11)</sup> 西ドイツでは憲法上の配慮もあって、「貧困」による訴訟提起困難が停止事由として認められていたが、<sup>(12)</sup> この点は、とりわけ裁判扶助制度の貧困な我が国でも考慮に値する。また、急病等もドイツやフランスで認められているように我が国でも停止事由として認められるべきであろう。<sup>(13)</sup>

3 交渉 既に我が国の論者も指摘しているように、<sup>(14)</sup> 交渉中は時効の進行を停止させるべきであろう。交渉中であつたから権利行使可能性がなかつたという判断がなされるべきである。先にもいったように、法律上権利が行使できたか否かは「起算点」の問題なのでここには関係ない。権利を法律上行使できても事実上行使できないときに、それが正当か否かを判断するのが進行次元の問題なのである。

### 三 時効の援用制限論

時効の「起算点」は「法律上の障害」の問題、時効の「進行」は「事実上の障害」の問題であるが、一定の場合にはそもそも時効の援用を否定すべき場合があつた。前節ではその判断要素を、「援用態様の不当性」「権利保護の必要性」「義務者保護の不適格性」として析出した。じん肺事件などでは、こうした要素を肯定して、そもそも時効の進行の問題ではなく、援用を否定すべき場合ではないか。とくに重要なのは次の三点である。

第一に、安全配慮義務違反の明確性（使用者の義務違反を否定した判決はこれまで一件もない<sup>(15)</sup>）。しかもこの義務違反は、安全衛生教育の不徹底を通じて原告の被害認識を遅らせ、その結果権利行使を遅らせる要因ともなっていることを評価する必要がある。<sup>(16)</sup>



第二に、時効援用の結果、長い間被害に苦しみ、それだけ症状が深刻化した原告ほど（！）、権利を消滅させられることになる。果たしてこれが正義であろうか。<sup>(17)</sup>

第三に、危険な労働によって、一方は命を磨り減らし、一方は利益を得る。その挙げ句に時効を援用して責任を拒否する。こんなことが果たして許されるのだろうか。それが契約にかなった「信義」であろうか。

名古屋予防接種訴訟判決<sup>(63)</sup>は、国が一定の割合で犠牲者が出ることを認識しつつ、一律に予防接種を強制し、また、被害者に過失がない等の「事態の下にあっては、被害者の救済は全国民すなわち被告国の責務でなければならず、単に時間が経過したとの一事をもって被告がその義務を免れるとするのは著しく正義に反」するとした。

じん肺という古くから知られたこの職業病の場合、よほどの保安体制をとらない限り粉塵職場での労働者の生命健康が保護されないことは明らかであり、それを十分尽くさないときには労働者が死にも至るじん肺に罹患することは周知の事実である。こうした中で安全配慮義務を尽くさずに利潤追求のみにはしった使用者・企業が「単に時間が経過したとの一事をもって」その義務を免れるとするのは著しく正義に反しないだろうか。

星野英一は、その論文「時効に関する覚書」の結語において、次のように指摘した。「わが民法の時効は、近代法典の中でも、非権利者・非弁済者をもっとも保護される結果をもたらす制度となっていました。」

それから既に二〇年がたつ。我が国の民法学者がこうした時効制度の運用を放置しているのもそろそろ終わりにすべきではないのか。

(1) 第三章第二節、第三節参照。

(2) これはフランス、ドイツの通説でもあった(前述一〇三頁、一一一頁)、また、ベーター・スウィンマーマンの鑑定意見でも時効は、「弁済期とよぶべき」(mit der Fälligkeit des Anspruchs) 開始するものとされた(前述一一八頁以下)。

- (3) そのことによつて、事実上の障害を「起算点」解釈に含めると、時効が浮動的になるという批判（例えば田中清定―前述六二頁参照）を回避できよう。
- (4) 第二章第二節二（前述六一頁）。
- (5) とくに、フランスの民法教科書では、時効進行の一般的定式として掲げているものがあることにつき、前述一〇六頁。
- (6) 前述一一八頁。
- (7) 前述一〇五頁。
- (8) 「鑑定意見」では「重過失」の判断要素として「権利の性質」(die Art des Anspruchs) が「本質的役割」(eine wesentliche Rolle) を果たすものとされていることについて、前述一一九頁。
- (9) この点は、時効期間の妥当性の考察に際しても考慮したことは、前述三七頁以下。
- (10) 前述一四三頁。
- (11) 前述一一九頁。
- (12) 前述一一五頁。
- (13) 前述一一五頁。我が国の教科書では、事実上の障害として、債権者の病気が例として挙げられるのが常であったことにつき、前述七四頁注<sup>12</sup>。
- (14) 前述一二五頁注51。
- (15) 前述四頁、八頁注3。
- (16) 管理区分四の通知を受けても「その意味がわからなかった」鳥取じん肺の例（前述四九頁）や、使用者が受けた通知を被用者に知らせなかったこと自体が義務違反とされた共立陶業事件（前述三八頁）、使用者自身がマンガン中毒、じん肺の危険を十分認識していなかった大東マンガン訴訟など（前述三八頁）を想起せよ。
- (17) しかも、このような進行性被害の場合には、被害の深刻化は被害者における損害賠償請求権の不行使に起因するものではなく、「進行性」という被害の特質、及び使用者の安全配慮義務違反の結果（早期の被害増悪防止措置―配置転換等―の不実施）に他ならないことを重視しなければならぬ。すなわち、通常の場合の損害の拡大事例とは異なり、損害が拡大したのは被害者における権利の不行使の結果だとして、これを非難することはできないのである。
- (18) 星野「覚書」二九八頁。

## 結びに代えて

本稿では「安全配慮義務と時効」をめぐる我が国の法解釈の動態の検討を試みた。

時効期間の点では、従来「責任の性質」論から試みられてきたアプローチに代え、「当該損害賠償請求権の特質」論も導入しつつ、そこに「当該契約関係に規定された賠償抑止要因」の抽出を加えて問題を捉えてみた。

起算点論については、これまでと発想を変え、「起算点論からの進行論の自立化」を提唱し、その規範的判断枠組みの骨組みを提示した。

更に、時効の進行の次元ではなく、そもそも援用自体を制限すべき場合のあること、その際の評価要素を検討した。一方で、以上の検討とともに、近時「安全配慮義務」を論ずる視角として定着してきた「債務構造論」の意義と限界も明らかになってきた。安全配慮義務論において重要なことは、いたずらに体系化を急ぐことよりも、まず安全配慮義務事件の「実相」に迫ることである。安全配慮義務裁判例の検討は、このことを「教訓」として強く筆者に印象づけた。

さて、本文でもふれたように、本稿脱稿間近、本稿のテーマに直接かわる一件の判決が出された。安全配慮義務事件における消滅時効起算点の解釈論に一つの画期をつくった長崎じん肺判決の控訴審判決である（福岡高裁八九・三・三二）。判決は、原審の示した「各人にとっても最も重い行政決定を受けた日」という起算点を大幅に早め、「最初の労災認定を受けた日」をもって起算点とした。その結果、原審より更に十人の原告の請求権が時効により消滅したものとされ、認容総額も大きく後退した。

いったい「時効」とは何なのか。

本稿は、我が国の時効論にこだま始めた「新たな胎動」を聴きとる試みであった。この高裁判決はその中の「産みの苦しみ」を示しているだろうか。

この胎動の果てに産み出されるべきもの、その理論構築はなお筆者の今後の課題であり続ける。

(二九八九・四・一六 脱稿)

\* なお本稿脱稿後に執筆した拙稿「長崎じん肺訴訟第二審判決」ジュリスト、八九年一〇月一日号も併せて参照していただければ幸いである。