

産院における新生児取り違え事故における 期間制限論をめぐって

—東京地判平成 17 年 5 月 27 日判例時報 1917 号 70 頁⁽¹⁾—

石 松 勉*

一 事 実

本件は、Y（東京都）が都内に設置していた産院（東京都立墨田産院）において、昭和 33 年 4 月 10 日に新生児を分娩した原告 X₃、同人の配偶者である原告 X₂、および、戸籍上兩名の子として届け出がされている原告 X₁ の 3 名が、平成 16 年に実施した DNA 鑑定において、親子関係の存在を否定されたことから、分娩当時、本件産院において稼働していた医師または看護師が新生児同士を取り違えてしまったため、真実 X₃ が分娩した新生児と X₁ とが入れ替わってしまったものであるとして、Y に対して、不法行為（使用者責任）または分娩助産契約の債務不履行に基づく損害賠償を請求した、というものである。

これに対して、Y は、墨田産院における新生児同士の取り違え自体について、DNA 鑑定の結果のみに基づく X らの想像の域を出ないものとして否認するとともに、新生児取り違えのあったとされる昭和 33 年 4 月 10 日から同

* 福岡大学法科大学院教授

月 14 日までの時期から 46 年という歳月が経過しているから、すでに民法 724 条後段の 20 年の除斥期間の経過により不法行為に基づく損害賠償請求権は消滅している。また、分娩助産契約の債務不履行に基づく損害賠償請求権についても、同じく X₃による分娩の時から 46 年の歳月が経過しているから、すでに 10 年の消滅時効が完成している、と主張した。

そこで、さらに Xらは、民法 724 条後段の 20 年の除斥期間について、本件産院が閉鎖するにあたって刊行された記念誌によると、昭和 33 年のカルテおよび入院台帳が本件産院の約 36 年の歴史のなかで唯一紛失したものとされていることから、隠匿の可能性が疑われること、本件において DNA 鑑定の結果が明らかとなってから Xらによる本件訴訟の提起まで約 5 ヶ月しか経過していないことなどを理由に、その適用制限を主張して争った。

二 判 旨

本判決は、以下のように判示して、Xらの請求を棄却している。

1 民法 724 条後段の除斥期間の適用制限について

「……本件産院における取り違えがあったとして、そのことにより Xらに生じた損害は、……真実の子を育てる機会を奪われ、また真実の親との関係を一方的に断ち切られるという重大なものであり、当該加害行為は、取り違えという、日々多数の新生児が誕生する産院において決してあってはならないものであることはいうまでもない。また、提訴時期については、DNA 鑑定結果判明後五か月強で本件提訴に及んでいることからすれば、この点において被害者に責められるべき点はない。

しかしながら、Xらが主張する不法行為は、他面において、本件産院の医師または看護師が、その職務を遂行する中で生じた偶発的かつ単純な義務違反であると評価することもでき、加害行為自体が甚だしく人倫にもとるとか、悪質性がきわめて強固ということとはできないことも確かである。また、加害

行為が行われたとされる昭和三三年度の本件産院のカルテや入院台帳は、本件産院が開設されていた約二六年（三六年!?—筆者注）の間で唯一紛失したものとされていることは確かであるが、これについて本件産院による隠匿があったとまで推認することも困難である。さらに、……被害者側において、抽象的・客観的には権利行使が不可能であったとまでは認められず、被害者側が損害の発生を認識していなかったために主観的には権利行使が不可能ないし困難であったとしても、そのことに対し、加害者が何らかの形で関与したとの事情も特に認められない。

以上を総合すれば、本件で、除斥期間の効果の発生を制限すべき特段の事情が存するものとは解されず、他にそのような事情が存在することを認めるに足りる証拠はない。

したがって、本件産院における不法行為に基づく損害賠償請求権は、不法行為が認められたとしても、遅くとも不法行為があったと解される昭和三三年四月一〇日から同月一四日までの二〇年後、すなわち昭和五三年四月一四日頃に、民法七二四条後段所定の除斥期間の経過により消滅したと解さざるを得ない。したがって、同請求権は、本件訴え提起の日である平成一六年一〇月一九日においては、すでに消滅していたこととなる。

そうすると、上記入れ替えが、Y側の過失に基づくか否かについて判断するまでもなく、Xらの不法行為に基づく損害賠償請求権の請求は理由がない。」

2 債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効について

「……本来の履行請求権は原告X₃が退院した昭和三三年四月一七日程までが問題とされ、Xらの主張する債務不履行も遅くとも昭和三三年四月一七日頃なされたと解されるところ、その損害賠償請求権の消滅時効は遅くとも当該時点に進行を開始していたと解すべきであるから、本件訴え提起の日である平成一六年一〇月一九日までに一〇年以上が経過していることは明らかである。

この点、Xらは、Yの債務不履行を知ったのが平成一六年五月七日であるから、当該時点から損害賠償請求権の消滅時効が進行すると主張するが、民法一六六条一項にいう権利を行使することを得るときとは、上記のとおりであるから、Xらの主張は採用することができない。

そうすると、上記入れ替えが、Y側の注意義務違反に基づくか否かについて判断するまでもなく、Xらの債務不履行に基づく損害賠償請求権の請求も理由がない。」

三 研 究

1 本判決の意義

本件は、産院における新生児同士の取り違えというあってはならない事故に関する裁判例ということで、世間の注目を集めたケースであるが、法的にも、不法行為に基づく損害賠償請求権の除斥期間あるいは債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効をめぐる重要な判断を示した裁判例と評することができよう。以下で検討するように、不法行為に基づく損害賠償請求権の除斥期間の適用制限の問題、その前提としての除斥期間の起算点の問題、そして、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点の問題について重要な判断がみられるからである。本研究は、これらの点を中心に考察を加えるものである。

ところで、近時、学説上において、民法724条後段の20年の期間制限についてこれを消滅時効と解する見解が有力に主張されており⁽²⁾、本判決でも、この点を判示する部分がみられた。しかし、本件では直接の争点とはなっていないことから、ここではその検討を省略した⁽³⁾。

2 民法724条後段の20年の除斥期間の起算点について

まず、Xらは、本訴において、本件のような新生児の取り違えにおいては

(4)

権利侵害は現在まで継続しており、真の親子が判明するまでは不法行為はいまだ終了せず、除斥期間の進行も認められないと主張し、その際に、「民法 724 条後段所定の除斥期間は、不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合には、当該損害の全部又は一部が発生した時から進行する」とした筑豊じん肺訴訟最高裁判決⁽⁴⁾を引用している。

しかし、本判決は、除斥期間の起算点は「不法行為の時」、すなわち加害行為が客観的事実としておこなわれた時点であって、その判断に際して同条前段のように被害者側の主観的事情が入り込む余地はないと解した⁽⁵⁾うえて、本件加害行為は、産院における医師または看護師による新生児の取り違えであって、その損害の発生時点は、Xらが産院の医師または看護師による取り違えによって真実の子を育てる機会を奪われ、また、真実の親との関係が一方的に断ち切られたという客観的な事実それ自体に求められ、かかる事実は加害行為と同時に発生していると解し、Xらの主張を退けている。

つまり、Xらは、新生児の取り違えからDNA鑑定による結果判明までを一連の継続的な不法行為と捉え、一体的・不可分的な損害が継続して発生し続けているとしてその起算点をその終了時に求めたものと思われる。しかし、以下で検討するように、本件加害行為をいわゆる継続的不法行為として把握することには無理があること⁽⁶⁾、本件における損害が水俣病⁽⁷⁾やじん肺被害のように潜伏性、遅発性、累積性、拡大進行性のある損害とは異なること⁽⁸⁾から、724 条後段の 20 年の除斥期間の起算点についての原則である加害行為時説が堅持されたものということができよう⁽⁹⁾。

本件の場合に、もしかりに本件加害行為を継続的な不法行為と捉えることができたとしても、加害行為そのものは一回で完結しているものであり、ただ単にそれにともなる損害が継続的に発生している不法行為類型と区別するにすぎない⁽¹⁰⁾。そこで、本判決は、いずれにせよ、このような不法行為類型に

においては起算点を原則と別異に解すべき理由はないとして、〔判旨1〕のとおり判断したものと思われる。

このようにみてくると、724条後段の20年の除斥期間の起算点に関する限り、「除斥期間の起算点は、加害行為、すなわち本件取り違えがあったとされる時点、具体的には、昭和33年4月10日以降、同月14日頃まで」とした本判決は、従来の判例理論に沿って妥当な判断を示したものと評することができる。

3 民法724条後段の20年の除斥期間の適用制限について

民法724条後段の20年の除斥期間に関して以上のような起算点のとり方をすると、これにより20年の除斥期間が経過していることになる。すなわち、不法行為に基づく損害賠償請求権が724条後段によって消滅していることになるが、それでは、この場面で除斥期間の適用制限（本判決では、「効果制限」とされている）の可能性はあっただろうか。次に、この点を検討することにしてしよう。

Xらは、最判平成10年6月12日の東京予防接種禍訴訟最高裁判決⁽¹¹⁾を引用しつつ、〔事実〕で指摘したような具体的事情を強調し、Xらの損害賠償請求権が724条後段の20年によって消滅していると解することは著しく正義・公平の理念に反するとして、その適用制限を主張している。

この点に関して、本判決は、除斥期間の趣旨に鑑みると、その適用制限はきわめて特殊例外的な場合に限定されるべきであり、その判断にあたっては、「加害行為の態様及び被害の程度、除斥期間経過前の権利行使の困難性及びこれに対する加害者側の関与の有無、被害者の提訴時期等の具体的事情を総合的に勘案するのが相当である」としたうえで、次のように判示している。

すなわち、Xら側には新生児の取り違えという重大な加害があったこと、本訴提起についてDNA鑑定による結果判明後5ヶ月強で訴訟提起に及んで

いることからすれば、被害者に責められるべき点はないとする。その一方で、本件取り違え事故は、産院の医師または看護師がその職務を遂行するなかで生じた偶発的かつ単純な義務違反にすぎず、加害行為自体が甚だしく人倫にもとるとか、悪質性がきわめて強いというものでもなく、さらに約 36 年の歴史を持つ産院において、加害行為がおこなわれたとされる昭和 33 年度のカルテや入院台帳だけが唯一紛失したとされることも、産院による隠匿があったとまでは推認しえないし、抽象的・客観的には権利行使が不可能ではなかったという状況下で、Xらの権利行使に対して加害者側が何らかの形で関与していたとの事情もとくに認められないとして、結局、本判決は、【判旨 1】のとおり判断したのである。

ここで目をひくのは、適用制限を検討、判断する際に、加害行為の悪質性や損害の甚大さ、Xらの権利行使に対するYによる何らかの関与を重視しているという点である⁽¹²⁾。しかし、この点もまた、引用判例である東京予防接種禍訴訟最高裁判決に基本的に沿う形で検討がされ、判断が示されているといえるであろう。すなわち、東京予防接種禍訴訟最高裁判決では、加害者の不法行為により重篤な人身損害が生じていること、被害者の権利行使の遅れに責めるべき点が存在しなかったこと、その一方で、心神喪失を原因とする被害者の権利行使や訴え提起の困難性・不能性が加害者の加害行為によると評しうること、禁治産宣告を受け後見人が就職して6ヶ月以内に権利行使をおこなっていることなどが、除斥期間の適用制限の決め手となっていると思われる⁽¹³⁾が、本件においては、そこまでの特殊事情は認められなかったということであろう。

このようにみえてくると、20年の除斥期間の適用制限の場面においては、とりわけ加害行為の悪質さ、その結果としての損害の重篤さという意味での甚大な人身損害がまずは決定的な要因として考慮され、ついで、この要因の存在を前提として、被害者の権利行使に対する困難度、それに対する加害者側

の関与度が重要となってくるということができるとはなかろうか⁽¹⁴⁾。20年の除斥期間の適用制限の場面では、これらの考慮要素が総合的・相関的に評価、判断されるということであろう。

そうだとすると、本判決は、東京予防接種禍訴訟最高裁判決で提示された、除斥期間の適用制限のための種々の考慮要素を、新生児の取り違えという不法行為類型においても同様に考慮、検討し、総合的・相関的に判断したケースであったということができる。そして、産院における新生児の取り違えという本件不法行為類型においては、20年の除斥期間の適用制限を認めうるほどの特殊事情はみあたらなかったということであろう。

ただ気になるのは、本件判決が20年の除斥期間の適用制限を検討する際に、「Xらが主張する不法行為は、他面において、本件産院の医師または看護師が、その職務を遂行する中で生じた偶発的かつ単純な義務違反であると評価することもでき、加害行為自体が甚だしく人倫にもとるとか、悪質性がきわめて強固ということとはできない」と説示している点である。新生児の取り違えそれ自体は甚だしく人倫にもとるものではなく、その悪質性がきわめて強固なものでもないとするが、新生児の取り違えは産院においては本来あってはならない、取り返しのつかない加害行為という点では、甚大な人身損害をもたらす不法行為となんら異なるところはなく、したがって、もし損害の重篤さという意味での甚大な人身損害ではないという点を強調する意図にでた説示だとすれば、とうてい妥当とはいえない⁽¹⁵⁾。人身損害の場合でなくても、その他の考慮要素との総合的・相関的な評価・判断によっては、20年の除斥期間の適用制限を肯定的に解することも充分可能だからである。

4 債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点について

それでは、つぎに、分娩助産契約の債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点に関してはどうか。

本判決は、まず、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効は民法 166 条 1 項の適用を受けるから、「権利を行使することができる時から進行」を開始し、10 年間これが行使されないと消滅時効にかかる（167 条 1 項）とした。そして、「権利を行使することができる時」とは、権利行使についての法律上の障害のない状態をいうとした。これは、従来からの判例⁽¹⁶⁾・通説⁽¹⁷⁾にしたがうものである。

そうして、本来的には、「債務不履行に基づく損害賠償請求権は、本来の履行請求権と法的に同一性を有すると見ることができるから、その消滅時効についても、本来の債務の履行を請求しうるときから進行を開始する」が、「本件において X が主張するような分娩助産契約の債務不履行に基づく損害賠償請求権は、当該契約における注意義務違反により積極的に生じた損害についての賠償を求めるものであるから、本来の履行請求権との法的な同一性を認めることはできないと解したとしても、このような損害賠償請求権については、債務の不履行及びそれと相当因果関係を有する損害の発生があった時に初めて行使が可能となり、当該時点が消滅時効の起算点となる」としたうえで、**〔判旨 2〕**のように判断したわけである。このような起算点論にまったく問題はないだろうか。

判例は、周知のとおり、権利行使について法律上の障害がないことを起算点判断の第一次的な決め手にしている⁽¹⁸⁾。しかし、その一方で、事実上の障害のうち「客観的事実上の障害」⁽¹⁹⁾ともいうべき個別・具体的な事情がみられる場面においては、消滅時効はなお進行を開始しないとする裁判例も散見される。そこで、本判決も、この点からどのように評しうるかを検討してみることがありそうである。

関連裁判例を概観する前に、まず、学説の理論状況から簡単にながめておくことにしよう。というのも、それらの裁判例は、以下に概観する学説に影響を受けて展開されたものとみることができるからである。

星野英一教授は、権利行使に対する現実的期待可能性がないにもかかわらず時効が進行を開始するのは、真の権利者や無義務者あるいは無義務者となった者の保護の観点から妥当ではないとして、現実的な権利行使可能性を要求する見解を展開された。『権利ヲ行使スルコトヲ得ル時』から進行というのは、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はない、という消極的の意味のものであった。従って、厳密には、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ない必然性はない。……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⁽²⁰⁾』と主張されたのがそれである。

その後、松久三四彦教授は、「事実上の障害」と「法律上の障害」という従来の抽象的、形式的な峻別論を前提としながらも、さらに精緻な解釈論を展開された。すなわち、「時効進行の開始を妨げる事由は、法律上の障碍と、事実上の障碍であっても、権利の性質上、（たとえ権利者が権利を行使しうることを知っていても、通常人を基礎として判断すると）権利の行使を現実に要求することができない場合」もありうるとして、次のように主張される。「事実上の障害」にも「主観的事実上の障害」と「客観的事実上の障害」とが考えられ、前者については消滅時効の進行を妨げない。これに対して、権利者の職業・地位・教育等の主観的要素に基づいて判断するのではなく、権利者の個性を捨象した通常人を基礎として権利行使の現実的期待可能性を客観的に判断すべき場合があり、その場合には、「事実上の障害」にあたる場合であってもなお時効の進行開始を妨げる事由として考慮する必要がある。そうして、権利の性質上、その権利行使を現実に要求することのできない場合がまさしく「客観的事実上の障害」であるとされたのである⁽²¹⁾。

他方、裁判例に目を向けると、弁済供託における供託金取戻請求権に関す

る、【1】最判昭和45年7月15日民集24巻7号771頁は、「もとより、債権の消滅時効が債権者において債権を『行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス』るものであることは、民法166条1項に規定するところである。しかし、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』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。ただし、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の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」（傍点一筆者）と判示した⁽²²⁾。

潜伏性、遅発性、累積性、拡大進行性のあるじん肺被害に関する、【2】最判平成6年2月22日民集48巻2号441頁や【3】最判平成16年4月27日判時1860号152頁も、じん肺に罹患した事実はその旨の行政上の決定がなければ通常認め難いこと、重い決定に相当する病状に基づく損害を含む全損害が最初の行政上の決定を受けた時点で発生していたとみることもできないことなどを理由に、最終的に重い行政上の管理区分決定を受けた時、あるいは、死亡の時から雇用者の安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の消滅時効は進行を開始すると解して、権利行使に対する現実的な期待可能性の要素を

166条の起算点論に持ち込んで判断している。

また、ある者が交通事故の加害自動車の保有者であるか否かをめぐって争いがある場合における自動車損害賠償保障法72条前段による保障請求権に関する、【4】最判平成8年3月5日民集50巻3号383頁も、交通事故の加害者ではないかとみられる者との間で自賠法3条による請求権の存否についての紛争がある場合には、右の者に対する自賠法3条による請求権の不存在が確定するまでは、本件規定による請求権の性質からみて、その権利行使を期待することは被害者に難きを強いるものであることを理由に、「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時」（旧166条1項）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し、前掲【1】を引用する。

さらに、【5】最判平成15年12月11日民集57巻11号2196頁は、生命保険契約にかかる保険約款のなかに生命保険金請求権の消滅時効の起算点が被保険者の死亡の翌日と定められていた場合であっても、当時の客観的状況等に照らし、その権利行使が現実に期待できないような特段の事情が存する場合には、その権利行使が現実に期待できるようになった時、つまり遺体発見の時以降においてはじめて消滅時効は進行を開始すると解して、やはり前掲【1】を引用している。

このほかにも、166条1項関連のものではないが、権利行使期間の起算点に関して権利行使に対する期待可能性を考慮に入れて判断する、【6】最判昭和57年3月19日民集36巻3号432頁(787条但書)、【7】最判昭和57年11月12日民集36巻11号2193頁(1042条前段)、【8】最判昭和59年4月27日民集38巻6号698頁(915条1項本文)などもみられる。

このように、学説・判例は、一定の場合においてはあがるが、単に権利の行使につき法律上の障害がないだけでなく、さらに権利の性質上、その権利行使が現実に期待できるものであることをも必要と解しているわけである。

さて、それでは、本判決はどうだろうか。

本件では、Xらにおいて産院が新生児を取り違えた事実を知った時から進行を開始するとして、DNA鑑定の結果が明らかとなった平成16年5月7日
がその起算点になると、Xらが主張したのに対して、本判決は、【判旨2】の
とおり判断している。Xらの主張は、新生児の取り違えおよびそれにとま
なう損害の発生を認識しえない段階では権利行使に対する現実的な期待可能性
は認められないから、消滅時効も進行を開始しないという趣旨であろうと思
われる。しかし、本判決は、主観的には権利の行使が不可能ないし困難であっ
たとしても、客観的、抽象的には権利行使に対する期待可能性は存在してい
たとみているのであろうか。Xらのこのような主張を採用するには至らなかつ
た。しかし、客観的、抽象的な権利行使に対する期待可能性が認められるか
らといって、ただちに権利行使に対する現実的期待可能性まで認めることが
できるかは疑問である。

もし、本判決のように、「債務の不履行及びそれと相当因果関係を有する損
害の発生があった時に初めて行使が可能となり、当該時点が消滅時効の起算
点となる」と解すると、本件のような、新生児の取り違えといった債務不履
行の事実やそれにとまなう損害発生
の事実が容易には認識しえないケースに
おいても、その時点から消滅時効の進行を認めることとなり、妥当ではない
のではなからうか。Xらの側に債務不履行により発生した損害や債務不履
行の事実それ自体を客観的に認識しうる状況が存してはじめて、権利行使に対
する現実的期待可能性も肯定しうるのであり、その時から消滅時効の進行も
開始すると解すべきであるからである。

本判決は、債務不履行により発生した損害や債務不履行の事実それ自体を
客観的に認識しうる状況は分娩助産契約上の債務の不履行時、遅くともX₃が
産院から退院した昭和33年4月17日頃にみられると解するが、新生児の取
り違えという債務不履行の事実を容易には知りえなかつた事故当時およびそ

の後の客観的状況等に照らせば、その間は、まさしくその時からの権利行使を現実に期待することができない特段の事情が存在していたとみるべきではなかろうか。そうすると、このように特段の事情が存在する場面で分娩助産契約上の債務の不履行時から消滅時効が進行を開始すると解した本判決は、前述した166条の起算点の趣旨に明らかに反するものといわなければならない。

不法行為と債務不履行とで発生原因を異にするとはいえ、損害賠償請求権に関しては、一方で166条1項において権利行使可能性という一般的な基準が設定されている結果、債務不履行に基づく損害賠償請求権はこの適用を受ける。しかし、他方において、724条前段が不法行為に基づく損害賠償請求権の期間制限の起算点について、それとは明らかに異なる様相を呈する定め（「損害及び加害者を知った時」）を置いている結果、それとの関係が問題となる。しかし、166条1項の場合も、724条前段と同様の、権利行使に対する具体的・現実的な期待可能性までを想定していると解すべき合理的理由はみあたらないように思われる。その一方でまた、724条後段の20年の期間制限の起算点（「不法行為の時」）のように、抽象的・客観的な権利行使可能性を意味しているとも解し難い。その意味において、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点に関しては、権利行使可能性の要素が166条1項ではまさしくその間（中間？）に位置するものとして措定されていると解しうるわけである⁽²³⁾。そうだとすると、本判決は、166条1項の起算点判断において、本件における特殊事情を無視あるいは度外視して、724条後段の20年の期間制限の起算点論とほぼ同様の考え方あるいはそれにかかなり接近した考え方に基づいてこの問題を検討、判断したものと評しえよう。

以上を要するに、166条の起算点論においては、主観的には権利行使が不可能または困難でも、抽象的・客観的には権利行使に対する期待可能性があれば足りるというのではなく、現実に権利行使が期待できる程度の具体的・客

観的な状況がみられたかどうか重要なのである。

そうすると、今回、平成18年10月12日の東京高裁判決が、血液検査の結果が出た平成9年10月ごろにはさらにDNA鑑定をすることも可能であったとして、その時から消滅時効の進行を認めた点は、現実に権利行使が期待できる程度の具体的・客観的な状況がみられたかどうかといった視点から検討・判断されているとの評価も可能であり、高裁判決は、その意味において、従来からの起算点論に沿って妥当な判断を下したのものとして高く評価することができるであろう。

5 残された課題－債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効の援用制限について

すでに検討したように、本判決においては、不法行為に基づく損害賠償請求権の除斥期間についてその信義則・権利濫用に基づく適用制限が問題となっていた。これに対して、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効の援用に関してはとくに問題とされなかったが、この場面でも同様に信義則・権利濫用にに基づく適用制限が論点となりえたのではないかと指摘もあった⁽²⁴⁾。信義則・権利濫用にに基づく除斥期間の適用制限と消滅時効の援用権の濫用・信義則違反とでその適用可能性あるいはその程度を区別する見解に立つとすれば、確かにそのとおりであったろう。しかし、理論的には、消滅時効の援用に対する信義則・権利濫用の適用可能性を除斥期間に対するそれととくに区別すべき合理的理由も必然性もないと解する余地も充分にある⁽²⁵⁾。その際に考慮されるべき個別・具体的な特殊事情は同一であり、そうすると、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効に関して、さらに時効援用権の濫用を論ずべきメリットはなかったともいいうるからである。

一般的にいえば、信義則・権利濫用に基づいて期間制限の適用制限を検討、判断する際に、一方では援用という債務者の一定の行為態様に対して信義則・

権利濫用の適用が検討されるのに対して、他方では除斥期間の経過、それにとまなう権利消滅を認めること自体に信義則・権利濫用の検討が向けられていると指摘されるわけであるが、しかし、窮極的には期間の経過にとまなう権利消滅という効果を信義則・権利濫用に基づいて認めるべきでないかどうかを判断する問題という点で共通するのであり、その判断を別異におこなうべき理由は基本的にはないと解されるからである⁽²⁶⁾。ただし、このことは、時効援用権の濫用・信義則違反の場面では債務者による援用行為それ自体が信義則・権利濫用の評価対象から除外されるべきということを決して意味しているわけではない。援用行為それ自体で権利濫用・信義則違反の判断がなされるケースももちろん存在し、否定するものではない。ただそのような判断のレベルを超えて客観的な検討、判断がなされているケースも存在しているが、その場面では、援用を観念できない除斥期間の場面とその点ではなんら変わらないということである。

(2006年12月13日脱稿)

(注)

-
- (1) 本件については、その後、平成18年10月12日に東京高裁が原審（本判決）の判断を退け、Xらの請求を認容する判決を下した。債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点に関して、血液検査の結果が出た平成9年10月ごろにはさらにDNA鑑定をすることも可能であったとして、この時を時効の起算点と解し、提訴時には消滅時効は完成していないと判断したようである。そして、東京都は同月20日、上告断念を発表している（日経新聞平成18年10月21日付朝刊、朝日新聞平成18年10月21日付朝刊）。本判決には、本山敦「判例研究」月報司法書士413号（2006年）38頁以下がある。
 - (2) 最近のものとして、たとえば、松本克美「民法724条後段『除斥期間』説の終わりの始まりー『除斥期間』説に基づき判例を〈統一〉した最判89年の再検討ー」立命館法学304号（2005年）316頁以下。
 - (3) なお、724条後段の20年の期間制限の法的性質に関して筆者が以前に検討したものとして、拙稿「民法724条後段の20年の期間制限に関する判例研究序説

- (1)、(2)、(3・完) 一性質論を中心として」岡山商科大学法学論叢 2号 42 頁以下、同 3号 111 頁以下、同 4号 83 頁以下（1994 年～1996 年）を参照されたい。
- (4) 最判平成 16 年 4 月 27 日民集 58 卷 4 号 1032 頁。
- (5) 学説上においては、166 条との関連で、724 条の「不法行為の時」のなかに損害の発生以外の権利行使可能性の要素を持ち込むべきか否かの点で、ともに消滅時効説に立たれる、内池慶四郎『不法行為責任の消滅時効－民法 724 条論－』（成文堂・1993 年）320～321 頁と、松本克美『時効と正義－消滅時効・除斥期間論の新たな胎動』（日本評論社・2002 年）228～229 頁との間で対立がみられる。これを否定的に解される松本説が妥当であろう。
- (6) 本山「前掲判例研究」42 頁は可能と解される。本山教授は、その際の起算点論を債務不履行の場合と不法行為の場合とでとくに区別されていない。したがって、両者ともに進行を開始しないと解されているようにもみえるが、この点の詳細な検討は、以下の本文を参照。
- (7) 周知のとおり、水俣病関西訴訟上告審判決である最判平成 16 年 10 月 15 日民集 58 卷 7 号 1802 頁は、患者らが水俣湾周辺地域から他の地域へ転居した時、すなわち、汚染された魚介類の摂取を中止した時から遅くとも 4 年を経過した時点が除斥期間の起算点となると判示し、その理由として、潜伏期間のある遅発性水俣病においては魚介類の摂取を中止してから 4 年以内に水俣病の症状が客観的に現れることを指摘している。また、B 型肝炎訴訟上告審判決である最判平成 18 年 6 月 16 日判例時報 1941 号 28 頁も同様に、「B 型肝炎が発症したことによる損害は、その損害の性質上、加害行為が終了してから相当期間が経過した後に発生するものと認められるから、除斥期間の起算点は、加害行為（本件集団予防接種等）の時ではなく、損害の発生（B 型肝炎の発症）の時というべきである」と判示して、損害発生時説をとっている。
- (8) こうして、判例上、原則として加害行為時、特殊例外的な場合に損害発生時を起算点とする見解がとられているとの理解については、拙稿「民法 724 条にいう『不法行為ノ時』の意義」岡山商科大学法学論叢 4 号（1997 年）とくに 91 頁以下、同「民法 724 条後段における 20 年の除斥期間の起算点に関する一考察－ハンセン病訴訟熊本地裁判決および筑豊じん肺訴訟最高裁判決を機縁として－」香川法学 25 卷 1・2 号（2005 年）51 頁以下参照。なお、加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣・1974 年）265 頁、四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻）』（青林書院・1987 年）651 頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂・1992 年）170 頁など参照。
- (9) ただし、学説上においては、損害発生時説が圧倒的多数説といってよからう（松久三四彦「民法 724 条の構造－1 期間 2 起算点の視角－」星野英一先生古稀祝賀

『日本民法学の形成と課題 下』(有斐閣・1996年) 1016～1017頁参照)。内池『前掲書』53～54頁、307頁、317～321頁、新美育文「クロム職業病判決の因果関係論と時効論」ジュリスト758号(1982年)78～79頁、潮見佳男『不法行為法』(信山社・1999年)299頁、沢井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為(第3版)』(有斐閣・2001年)276頁、吉村良一『不法行為法(第3版)』(有斐閣・2005年)176頁など。

- (10) 本判決が、「Xらの主張する違法行為は、権利侵害行為が継続する場合と異なり、権利侵害行為は取り違え行為によって終了するものであるから、Xらが、その結果である侵害状態の継続によって精神的苦痛を覚えることがあっても、その点は損害額の算定ないし損害の評価の問題に過ぎない」(判例時報1917号75頁2段目)と判示するのも、その趣旨と思われる。その点で、反復的、断続的あるいは間歇的におこなわれる個々の加害行為により、一体性・不可分性のある損害が継続的に発生する不法行為類型においては、逆に、加害行為時説の一環としての逐次進行説をとるべき合理的理由はみあたらないように思われる。この場合には、一連の継続的不法行為がなされている類型の一つと捉え、通常継続的不法行為の場合における起算点と同様に解する余地は充分に残っていると考えられる。藤岡康宏「不法行為による損害賠償請求権の消滅時効—総合判例研究—」北大法学論集27巻2号(1977年)171頁以下、とくに203頁、松本克美「判例批評」判例評論434号(1995年)35頁以下(判例時報1518号)、拙稿「判例研究」岡山商大論叢32巻2号(1996年)240頁以下など参照。また、森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣・1987年)447頁も参照。
- (11) 民集58巻4号1032頁。
- (12) この点に関連して、中国人強制連行・強制労働訴訟である福岡高判平成16年5月24日判例時報1875号2頁の分析ではあるが、采女博文「戦後補償裁判と除斥期間概念」原島重義先生傘寿『市民法学の歴史的・思想的展開』(信山社・2006年)553頁以下、とくに558～559頁の指摘は重要である。
- (13) 以上の点の分析は、拙稿「判例研究」岡山商大論叢35巻1号(1999年)207頁以下のほか、松本『前掲書』398頁以下、吉村良一「判例研究」法学教室219号(1998年)51頁以下、徳本伸一「判例解説」法学教室222号別冊付録『判例セレクト'98』(有斐閣・1999年)20頁など参照。
- (14) これらの考慮要素がすべて備わらなければならないのか、それとも総合的・相関的に評価、判断される性質のものなのかについては、采女「前掲論文」558～559頁参照。
- (15) 本山「前掲判例研究」42～43頁も同様の指摘をされる。
- (16) 本判決も引用する、最判昭和49年12月20日民集28巻10号2072頁。
- (17) 川島武宜『民法総則』(有斐閣・1965年)509頁、我妻榮『新訂民法総則(民

法講義 I』(岩波書店・1965年) 484頁、幾代通『民法総則〔第2版〕』(青林書院・1984年) 503～504頁、内田貴『民法 I 〔第3版〕』(東京大学出版会・2005年) 309頁など。

(18) 本判決も、最判昭和35年11月1日民集14巻13号2781頁と前掲最判昭和49年12月20日の二つを引用している。

(19) このような判断基準に対する考え方は、本文以下に触れるとおおり、星野英一「時効に関する覚書(四・完) — その存在理由を中心として —」法学協会雑誌90巻6号(1973年) 924～925頁(同『民法論集 第四巻』(有斐閣・1978年) 310頁所収)に端を発し、その後、松久三四彦「判例批評」判例評論303号(1984年) 36頁(判例時報1108号)による精緻化が試みられ、現在、その支持者を増やしつつあるといつてよかろう。石田稷『民法総則』(悠々社・1992年) 615頁、徳本伸一「判例批評」判例評論455号(1997年) 32頁、33頁(判例時報1582号)、吉村良一「判例批評」民商法雑誌116巻2号(1997年) 296頁、298～299頁、草野元己「判例研究」法律時報61巻5号(1989年) 114頁など参照。

(20) 星野「前掲論文」925頁。

(21) 以上、松久「前掲判例批評」36頁。

(22) なお、債権者不確知による弁済供託における供託金取戻請求権の消滅時効の起算点に関する、最判平成13年11月27日民集55巻6号1334頁も参照。

(23) なお、近時、松本克美教授は、724条後段の「不法行為の時」を、当事者間でなんら法的関係がなくても発生しうる不法行為の場面で166条1項が具体化されたものであるとして、その客観的権利行使可能性をあらためて強調されている。これにより、724条後段という権利行使可能性の基準が166条1項のそれに引き戻されあるいは連続する解釈になると主張されるわけである(松本克美「民法724条後段の『不法行為の時』と権利行使可能性 — 筑豊じん肺訴訟最高裁2004年判決の射程距離 —」立命館法学307号(2006年) 745～746頁)。しかし、724条後段の長期期間制限について前段の短期期間制限との関連でとくに考慮されている要因(浮動性の排除および法律関係確定の困難性除去)が166条1項との関連でいかなる意味を有するののかも視野に入れながら、その権利行使可能性を論じる必要があると考える立場からは、原則として「損害の発生」までを含む客観的権利行使可能性を、規範的解釈とはいえ、724条後段の「不法行為の時」のなかに見いだそうとされる点で、疑問が残る。

(24) 本判決を掲載する判例時報1917号70～71頁のコメント部分にそのような指摘がある。

(25) 拙稿「ドイツにおける『除斥期間の濫用的主張の不許容』理論について」『現代法学の諸相(岡山商科大学法経学部創設記念論集)』(法律文化社・1992年) 121頁以下、同「除斥期間の経過と信義則に関する一考察」岡山商科大学法学論

叢 1 号 (1993 年) 53 頁以下、同「判例研究」岡山商大論叢 35 卷 1 号 (1999 年) 208 頁以下参照。

- (26) 消滅時効の援用の場面で信義則・権利濫用が果たしている機能の一つ、時効の援用の場面においても債務者の主観的態様をとくに問題とすることなく実質的正義・具体的衡平を実現するため、客観的状況から検討、判断されているケースもみられることについては、拙稿「消滅時効の援用と信義則に関する一考察」福岡大学大学院論集 22 卷 1 号 (1990 年) 60 頁以下参照。なお、半田吉信「消滅時効の援用と信義則」ジュリスト 872 号 (1986 年) 79 頁以下も参照。