

新生児の取り違えと民法166条

— 東京地判平成25年11月26日判例時報2221号62頁 —

石 松 勉

一 はじめに

平成27（2015）年2月10日、法務省法制審議会民法（債権関係）部会の第99回会議において「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」が決定され、公表されたが、債権の消滅時効の期間および起算点に関しては、次のように改めるものとされている⁽¹⁾。

第7 消滅時効

1 債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点

民法第166条第1項及び167条第1項の債権に関する規律を次のように改めるものとする。

債権は、次に掲げる場合のいずれかに該当するときは、時効によつ

*福岡大学法科大学院教授

⁽¹⁾ 法務省の法制審議会民法（債権関係）部会のホームページを参照（<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900244.html>）。

て消滅する。

(1) 債権者が権利を行使することができることを知った時から5年間行使しないとき。

(2) 権利を行使することができる時から10年間行使しない時。

(注) この改正に伴い、商法第522条を削除するものとする。

この要綱案によれば、本研究で検討予定の裁判例における消滅時効の起算点の問題も、基本的には何ら変わるものではないと言えよう。現行規定と同様に「権利を行使することができる時」と定めることになっているからである。

さて、産院における新生児の取り違い事件をめぐる裁判例は、その数こそ少ないものの⁽²⁾、マス・メディアで大きく報じられ、あるいはドラマや映画の素材としても取り上げられ、社会の注目を集めているケースの一つと言える⁽³⁾。本研究は、特に新生児取り違い事件における時効起算点の問題を中心に扱うものである⁽⁴⁾が、そこでは、交通事故や医療過誤、公害問題などはまた一つ違った意味での、取り返しのつかない状況が出現してしまってい

⁽²⁾ 本研究で検討する裁判例以外では、那覇地冲縄支判昭和54年9月20日判例時報949号111頁が見られるくらいである。このケースは、原告らがこの判決を不服として控訴したが、その後和解しているようである。

⁽³⁾ 前掲那覇地冲縄支判昭和54年のケースについては、これを題材にしたノンフィクション、奥野修司『ねじれた絆 赤ちゃん取り違い事件の17年』（新潮社・1995年）がある（その後、文藝春秋社から2002年に文春文庫としても刊行されている。）。また、新生児取り違い事件を素材にしたテレビドラマも数多く制作され、放映されているが、なんとと言っても、2013年公開のは枝裕和監督、福山雅治主演の映画『そして父になる』は、その代表的作品と言ってよからう。

⁽⁴⁾ 筆者も、以前に、東京地判平成17年5月27日について、『《判例研究》産院における新生児取り違い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—』福岡大学法学論叢51巻3・4号（2007年）361頁以下において期間制限の問題を扱ったことがある。

る⁽⁵⁾ことから、議論にもその特徴が現れているように思われる。

そこで、本研究では、そのような特徴を有する新生児取り違え事件に関する東京地判平成25年11月26日において民法166条1項の消滅時効の起算点がどのような形で問題となり、それがいかに解釈されて処理されているか、という点を中心に検討してみることにしたい。

それでは、さっそく事実の概要から見てみよう。

二 事実の概要

本件は、 X_1 およびその実弟であると主張する X_2 ら3名が、A病院（以下、「本件産院」という。）の開設者であるYに対して、昭和28年3月30日に本件産院で相前後して出生した X_1 とBとが取り違えられ（以下、「本件取り違え」という。）、 X_1 は真実の両親と異なる夫婦に引き取られ、養育されることになったとして、債務不履行に基づく損害賠償（固有の損害〔逸失利益や慰謝料〕および両親の損害賠償請求権〔慰謝料〕の相続にかかるもの）、および、これに対する訴状送達の日翌日である平成24年8月8日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた（以下、「本件請求」という。）という事案である。事実関係の詳細は、裁判所の認定によると、以下のとおりである（なお、 X_1 とB、C夫婦とD夫婦等の関係は、以下に掲げる相関図を参照されたい）。

《 C_1 ・ D_1 の新生児出産の経緯》

1 C_1 は、昭和27年5月15日に C_2 と婚姻し、妊娠した。

⁽⁵⁾ 本山・後掲注（7）「判例研究」42頁、家永・後掲注（8）「判例解説」195頁等参照。幸いにも、取り違えられた子の真実の親が判明し、双方の子の交換が実現できたとしても、それに伴う真実の親子関係のその後の苦悩や葛藤を考えると、いずれにせよ、極めて過酷な、あってはならない不幸な出来事と言わざるを得ない。このあたりの苦悩や葛藤は、奥野・前掲注（3）『ねじれた絆』にも描かれており、切ない。

2 C₁は、昭和28年3月に本件産院を訪れて診察を受け、分娩出産のために入院した。遅くともその頃までに、C夫婦とYとの間に、Yにおいて、C₁が新生児を安全に分娩することを助け、生まれた新生児を看護することを内容とする分娩助産契約が締結された。

3 昭和28年3月30日19時17分、C₁は、本件産院の分娩室において、いずれもYの履行補助者であるHを担当者、Iを助産師、J、K、Lを助手として、新生児を分娩し、その直後に、分娩した新生児を示されて、男児であることを確認した。

4 本件産院では、分娩された新生児は、分娩後直ちに沐浴担当助産師が新生児を運んで沐浴させ、その後、異なる担当者が、身体測定後に足の裏に硝酸銀で母親の名前をひらがなで記入し、名前が書かれたネームバンドを手首または足首に取り付ける運用がなされていたところ、C₁が分娩した新生児も、分娩後直ちに沐浴担当助産師により運ばれ、沐浴を受けた。

5 C₁が分娩した13分後の同日19時30分、同じく本件産院に入院していたD₁は、本件産院の分娩室において、新生児を分娩し、その直後、分娩した新生児を示されて、男児であることを確認した。

6 D₁が分娩した新生児も、C₁が分娩した新生児と同じく、分娩後直ちに沐浴担当助産師により運ばれ、沐浴を受けた。

7 分娩後、C₁の下に、硝酸銀でC₁の名前の書かれた新生児が返された。このとき、新生児はC₁が用意した産着とは異なる産着を身につけていた。

8 他方、D₁の下にも、沐浴および身体測定を終え、硝酸銀でD₁の名前が書かれた新生児が返された。

9 なお、当時の本件産院において、沐浴担当者と名前を書く担当者は別れており、分娩後、沐浴して、名前を記入するまでに要する時間は10分程度であった。

10 母親の下に返された新生児は、それぞれ、硝酸銀で母親の名前が書かれ、

書かれた名前は退院まで消えることはなかったため、母親の下に新生児が返されてからは、かりに新生児同士が取り違えられても、これに気付かずに取り違えられたままになるという可能性はなかった。

11 分娩後は、母親が用を足すときと退院指導のときを除いては、母子が離れることはなかった。

12 本件産院の入退院の前後を通じて、C夫婦とD夫婦とは互いに全く面識がなく、X₁はD夫婦の四男として、BはC夫婦の長男として、約60年間生活してきた。

《X₂ら3名が生物学上の兄が異なることを認識するに至った経緯》

13 C₁は、生前、同人が出産の際、長男のために用意した産着と新生児が着ていた産着が異なることに違和感を持っており、このことをX₄らに伝えたことがあった。また、C₁は、親戚や知人から、Bの容姿や性格が他の兄弟と似ていないと幾度か言われたことがあり、その度に不快な思いをしていた。

14 X₂ら3名は、上記のような経緯およびBのみが認知症となったC₂の介護に消極的であったこと等の事情から、両親の死後、BとC夫婦との間に血縁関係があるのか疑うようになった。

15 そこで、X₂ら3名は、平成20年に、Bを被告として、BとC夫婦両名との間の親子関係の不存在確認を求める別件訴訟1を東京家庭裁判所に提起した。

16 この訴訟のなかで、東京家庭裁判所の嘱託により、株式会社エスアールエルによってDNA鑑定がおこなわれた。その結果、BとX₂ら3名との間に父または母を共通とする生物学的な兄弟関係が存在しないことが判明した。

17 上記鑑定結果は、平成21年1月15日付けの鑑定書により、その頃、X₂ら3名に知らされた。

18 鑑定結果を知らされたX₄は、真実の兄を探すべく、平成23年6月22日、原告訴訟代理人とともに本件産院を訪問し、Bが生まれた昭和28年当時の分娩台帳等の閲覧を請求したものの、これを拒否され、さらに代理人弁護士を通じて、弁護士法23条の2に基づき、C₁が出産した日と同一年月日に男子を分娩した母親の氏名・年齢・分娩時刻・住所を照会したものの、やはり個人情報保護およびプライバシー侵害を理由として拒否された。

19 そこで、平成23年8月11日、X₄は、東京地方裁判所にYが保有する分娩台帳の保全のための証拠保全を申し立て、同月22日の採用決定を経て、同30日に本件産院の昭和28年3月30日当時の分娩台帳の検証がおこなわれた。

20 X₂ら3名は、証拠保全によって得られた本件産院の分娩台帳に基づき、C₁が昭和28年3月30日に分娩したのと同時期に本件産院で分娩された男子を探すべく、葛飾区役所や東京法務局登記所に問い合わせをし、また、調査会社に依頼するなどの方法により、X₁を探し出した。

《X₁が生物学上の両親が異なることを認識するに至った経緯》

21 X₂ら3名の代理人弁護士は、X₁の協力を得て、株式会社エスアールエルに対し、X₂ら3名とX₁の間の全同胞関係の有無に関するDNA鑑定を依頼した。

22 その結果、X₂ら3名とX₁との間に血縁関係および父系遺伝関係は存在しないとするより、X₂ら3名とX₁との間に全同胞関係および父系遺伝関係が存在するとしたときの総合肯定確率は99.99%と算出され、X₂ら3名とX₁との間に生物学的な全同胞関係が存在すると極めて強く推定できると判断された。

23 X₁は、上記鑑定結果を受けて、平成24年3月21日、X₁とC夫婦両名との間の親子関係の存在確認およびX₁とD夫婦両名との間の親子関係不存在確認を求める別件訴訟2を東京家庭裁判所に提起した。

24 そして、平成25年1月28日、上記各請求につき認容判決を受け、この判決はその頃確定した。

25 同判決の理由中の判断で、 X_1 とC夫婦との間には生物学上の父子関係および母子関係があり、 X_1 とD夫婦との間には生物学上の父子関係および母子関係はなく、 X_1 はC夫婦の子であるのにD夫婦の子と取り違えられたと認められるとされている。

《 X_1 の置かれた生活環境》

26 本件産院を退院後、 X_1 は、D夫婦の四男として、同人らと2人の兄とともに生活していたところ（三男は早逝）、 X_1 が2歳のとき、 D_2 が亡くなり、その後は、 D_1 が生活保護を受けながら女手一つで3人の子を育てた。

27 その生活は楽なものではなく、家族4人が6畳のアパートで生活し、当時同級生の家庭に普及しつつあった家電製品が何一つないという状況であった。

28 兄2人は、中学卒業後、すぐに働き始め、 X_1 も、家計を助けるため、中学卒業とともに町工場に就職した。

29 その後は、高校へ進学したいとの思いから、自分で学費を捻出し、働きながら定時制の工業高校へ進学し、その後卒業したものの、大学進学は望むべくもなかった。

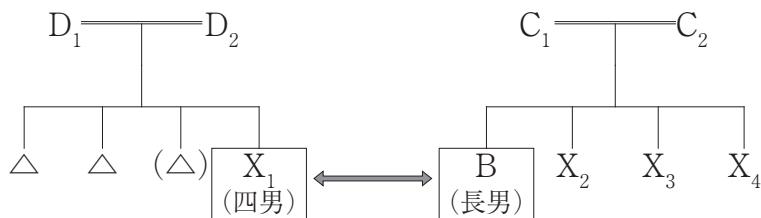
30 町工場を退職後は、配送トラックの運転手として働くようになり、勤務先を変えつつ、現在もトラックの運転手として働いている。

31 他方、C夫婦は教育熱心なうえ、経済的にもゆとりがあり、C夫婦の下で養育されたBおよび X_2 ら3名はいずれも私立高校を経て大学または大学院に進学し、 X_2 ら3名は一部上場企業に就職した。

《本件請求の骨子》

32 そこで、X₁は、Yとの間で、C₁が本件産院において新生児を安全に分娩することを助け、また出産した新生児を他の新生児と取り違えることなく引き渡し、生まれた新生児を看護することを内容とする分娩助産契約が締結されていたところ、この契約に含まれる債務（新生児を真実の両親に引き渡すべき債務）の不履行を理由として、Yに対して、1億円の慰謝料、最低でも4600万6400円の逸失利益のほかに、さらにC夫婦の死亡によりX₁がCらの損害賠償請求権（慰謝料）を取得したとして、その法定相続分の慰謝料の請求をおこない、X₂ら3名は、実兄が新生児の際に取り違えられた事実を認識したことで、重大な精神的苦痛を受けたとして、その精神的損害の賠償を求めて訴訟を提起したというのが本件請求である。

33 本件請求に対して、Yは、子の引渡時から10年以上が経過しているとして、Xらの損害賠償請求権は時効消滅していると主張して争った。



三 第一審判決（東京地判平成25（2013）年11月26日⁽⁶⁾）

以上の事実関係の下で、東京地裁は、以下のように判断している。

（1）本件取り違えの事実の有無について

まず、新生児の取り違えについては、「…、X₁とD夫婦との間に生物学上の親子

⁽⁶⁾ 判例時報2221号62頁。なお、本判決は、控訴期間の経過により確定している。

関係が存在しない一方、X₁とC夫婦との間に生物学上の親子関係が存在することが明らかであるから、C₁が昭和28年3月30日に本件産院で分娩した新生児はX₁であり、D₁が同日、本件産院で分娩した新生児（B）と取り違えられたものと認められる」としたうえで、「本件産院においては、分娩後、直ちに沐浴をさせ、その後、新生児の足の裏に硝酸銀で母親の名前を記入し、名前が書かれたネームバンドを手首又は足首に取り付ける運用がされていたこと、足の裏に硝酸銀で記入された名前は退院まで消えることはなかったこと、分娩後、母親に引き渡された新生児が母親と離れる機会は、用を足すときと退院指導のときのみであったこと、C夫婦とD夫婦とは全く面識がなかったことが認められるのであるから、Yの履行補助者（担当者、助産師、助手等）による新生児の足の裏への名前の記入又はネームプレートの取付けが誤りなく行われていながら、Yの関与しない事情によって本件取り違えが生じたとは、およそ考えられず、本件産院において、上記の新生児の取り違えが生じたという事実自体から、Y（その履行補助者）の過失が強く推認されるというべきである」と認定。

（2）Yの債務不履行責任について

そのうえで、Yの債務不履行につき、「本件事実関係の下で、C₁が分娩出産のために診断を受けて本件産院に入院した昭和28年3月頃、C夫婦とYとの間で、Yにおいて、C₁が新生児を安全に分娩することを助け、生まれた新生児を看護することを内容とする分娩助産契約が締結されたことは明らかであり」、「この分娩助産契約は、その性質上、Yが、新生児を他の新生児と取り違えることなく、真実の両親に引き渡すことを内容とする債務を含むものと解される」ところ、「上記分娩助産契約上の債務（新生児を真実の両親に引き渡すべき債務）が、X₁との関係でも独立して成立しているかどうかが争われているので、この点について判断するに、上記債務が無事履行されるかどうかについては、分娩の主体である母親及び胎児の父親はもとより、新たに出生する新生児も極めて重要な利害関係を有していることは明らかである。そして、新生児は出生した時点で独立した法主体たり得るのであるから、新生児のこのような地位、立場に鑑みると、新生児は、分娩助産契約の単なる客体とされるにとどまらず、契約上の債権債務の主体として遇されてしかるべきである。したがって、Yが分娩助産契約上負担する上記債務

(新生児を真実の両親に引き渡すべき債務)は、両親に対する関係だけでなく、新生児に対する関係でも、独立した債務として発生し併存すると解すべきである。このことは、第三者のためにする契約の法理に基づいて説明することも可能であるが、胎児の両親が、胎児の出生を停止条件として、その法定代理人として、上記債権債務を含む契約を締結したものと解するのが相当である (Xの主張はこの趣旨を含むと解される。)。「Yは、分娩助産する対象は母親であるから、両親に対してのみ分娩助産契約の効果を帰属させる意思を有していたと主張するが、産院における分娩助産は、両親のためのみならず新生児自身の直接の利益のためにも行われることを期待されていると考えるのが自然であり、当事者の合理的な意思解釈として、両親に対してのみ分娩助産契約の効果を帰属させる意思を有していたなどとはいえない。また、Yは、一つの契約から二重の義務を負わねばならない理由はないとも主張するが、両親を当事者とする分娩助産契約と胎児を当事者とする上記契約とは別個のものとして観念し得るのであるから、それぞれの契約に基づいて独立した義務が発生することは当然である」(以上、下線筆者)として、本件産院において新生児の取り違えが生じたことについて、Yは、C夫婦およびX₁に対して、それぞれ独立して債務不履行による損害賠償責任を負う、と判断したのである。

(3) 損害について

そして、その損害については、以下のとおり判示している。

(i) X₁の逸失利益について

まず、X₁の逸失利益については、「家庭環境だけで、中卒又は高卒で終わるのか、大学への進学及び卒業が可能になるかが必然的に決まってしまうわけではなく、本人の能力、意欲、関心の所在等によって、大学進学の機会が与えられながらあえて大学進学という進路を選ばず、若しくは入試の失敗により進学を断念し、又は大学への進学を果たしたものの卒業に至らずに終わるといった例も決して少なくない。しかも、X₁が18歳であった昭和46年当時の大学進学率は昨今のように高いものではなく、現在の感覚以上に大学への進学は容易なことではなかったと考えられ、また、本件取り違えから大学進学時まで最短で18年、卒業まで最短で22

年という長期間（しかも人の人生において最も多感な時期）があり、出生後間もなくの時点をもって、その間に生じ得る状況の変化を見通すことは困難である。」
 「そうすると、本件取り違えがなかったとしても、 X_1 が大学卒業の学歴を得ることができたかどうかは、必ずしも明らかでないといわざるを得ず、 X_1 の主張する逸失利益をそのまま認めることはできないといわざるを得ない。」
 「もともと、本人の意欲さえあれば大学での高等教育を受けることが十分可能な家庭環境が与えられるはずであったのに、経済的な理由から中学を卒業と同時に町工場に働きに出ることを余儀なくされ、およそ大学進学など望めないような家庭環境に身を置かざるを得なかったことが本件取り違えによって生じた重大な不利益であることは明らかである。そして、その不利益は、真実の親子としての交流を断たれたという情愛の問題とは別に、それ自体として、極めて甚大な精神的苦痛を X_1 に与えるものであったというべきである。」
 「したがって、このような観点から、 X_1 が逸失利益の損害として主張する内容は、後述する慰謝料の算定要素として十分に考慮するのが相当である」（以上、下線筆者）と判示。

（ii） X_1 の慰謝料について

そこで、 X_1 の慰謝料につき、「 X_1 は、本件取り違えにより、出生とほぼ同時に真実の両親と生き別れ、その後、平成24年1月頃まで、約59年もの期間、真実の両親及び兄弟を知ることなく、肉親との交流を一切持つことができなかったものである。しかも、実母である C_1 は平成11年4月2日に、実父である C_2 は平成19年10月7日に亡くなっており、真実の親子が対面し、共に家庭生活を送ることは二度とかなわないことである。確かに、 X_1 は、 D_1 の愛情を受けて育ったと考えられるが、そのことによって真実の両親との交流を永遠に断たれてしまった衝撃と喪失感を償いきれるものではなく、特に、このような事態が、関係者の誰も望まなかった本件取り違えという不幸な出来事によって招来されたものであることを考えると、その無念の心情は察して余りがある。」
 「以上に加えて、…、 C 夫婦と D 夫婦の家庭環境の違いにより、大学における高等教育を受ける機会を失ったことは上記のとおりであり、これも慰謝料の算定要素として、強く考慮されるべきである。」
 「これらの事情を総合的に勘案して、 X_1 の精神的苦痛に対する慰謝料の額は、これを3000万円と認めるのが相当である」とした。

(iii) C夫婦の慰謝料について

さらに、C夫婦の慰謝料についても、「C夫婦は、C₁の分娩したX₁が取り違えられたことを知らずに、誤って引き渡されたBを実子（第一子）であると信じて養育し、そのような誤解が解かれる機会のないまま一生を終えたものである。最初から実子を養子に出し又は養子を引き取るといった前提であれば格別、そのような事情がない限り、自分の血を分けた子供だからこそ、無償の愛情を注いで養育したいと考えるのが人情であり、そのような親としての当然の期待が裏切られたことについて、C夫婦が被った精神的な損害は重大なものがあるというべきである。」「Yは、C夫婦は本件取り違えの事実を生前認識していなかったから、精神的苦痛を受けたわけではなく、慰謝料請求権は発生しない旨主張する。しかし、本人が自覚していたかどうかにかかわらず、実子を自らの手で養育し、共に家庭生活を送る機会を永遠に奪われたことについて、C夫婦に無形の精神的な損害が生じていることは明らかであり、これに対する賠償金を慰謝料と呼ぶのが適切であるかどうかはともかく、上記無形の精神的損害に対する賠償責任を免れないというべきである。」としたうえで、「以上の認定判断を踏まえ、本件における諸般の事情を総合して検討すると、本件取り違えによって生じたC夫婦の精神的な損害の額は、各500万円と認めるのが相当である。そして、C夫婦の法律上の子は、XらにBを加えた計5名であるから、XらがC夫婦から相続した上記損害賠償請求権は各200万円ずつである」（以上、下線筆者）とした。

(iv) X₂ら3名の慰謝料について

X₂ら3名の慰謝料については、「X₂ら3名は、C夫婦から相続した損害賠償請求権とは別に、Yの債務不履行に基づく固有の精神的損害についての賠償請求権も取得した旨主張するが、YがX₂ら3名に対し、いかなる債務を負担していたのか不明であり、上記主張は失当である」として、この請求は認めなかった。

(4) 消滅時効の成否について

最後に、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は、「債務不履行による損害賠償請求権の消滅時効の起算点については、民法166条1項が適用され、『権利を行使することができる時』が起算点となる。そして、この『権利を行使

使することができる時』とは、権利の行使についての法律上の障害（履行期未到来、停止条件未成就等）がないことを意味し、個人的な事実上の障害があっても時効の進行は妨げられないのが原則である。しかし、後掲の判例に示されているように、法律上の障害があるとはいえない場合であっても、権利の内容、性質に照らし、客観的、合理的に見て権利行使が期待できないときは、時効の進行を否定すべき場合があり（最高裁昭和45年7月15日大法廷判決・民集24巻7号771頁、最高裁平成8年3月5日第三小法廷判決・民集50巻3号383頁、最高裁平成15年12月11日第一小法廷判決・民集57巻11号2196頁、最高裁平成19年4月24日第三小法廷判決・民集61巻3号1073頁参照）、また、損害の特殊な性格に由来して、時効の起算点に通常の場合と異なる配慮が必要となる場合がある（最高裁平成6年2月22日第三小法廷判決・民集48巻2号441頁参照）と解される。「これを本件について見るに、本件取り違えは、C₁がX₁を分娩し、D₁がBを分娩した昭和28年3月30日又はその直後に発生したと認められるところ、その後、C夫婦及びX₁において、本件取り違えを理由とする損害賠償請求権を行使すること自体に法律上の障害があったということはできない。しかし、新生児の取り違えが生じた場合、当該新生児自身はもとより、その両親であっても、その場で取り違えの事実気付くことはほとんど期待できず、血液型の背馳が明らかになってそれを契機にDNA鑑定を試みるなどの偶然の機会に事実が判明することはあっても、それまでに既に相当程度の年月が経過しているのが通常である上、そのような契機がないまま数十年にわたって見過ごされることも十分考えられる（本件が正にそのような場合である。）」「加えて、新生児の取り違えを理由とする損害賠償請求権は、当該取り違えが起きると同時に、その全損害額が確定されたものとして損害賠償請求権が発生すると解するのは適切でなく、真実の親子関係を引き離された年月の進行とともに、同一性を失わない単一の損害が日々拡大していくという特殊な性格を有していると考えられる。」「このような事情に鑑みると、本件取り違えの発生と同時に、損害賠償請求権の行使は観念的に可能となったとはいえ、客観的に見て、その行使を合理的に期待できないことは明らかであり、また、上記のような損害の特殊な性格に照らしても、本件取り違えの発生時を時効起算点と解することは適切でない。」「本件の事実関係の下で、C夫婦が本件産院において真実の子でな

い新生児を引き渡されたという事実を関係者が客観的に認識し得たといえる時期は、X₂ら3名とBとの間に父又は母を共通とする生物学上の兄弟関係を否定するDNA鑑定の結果が示された平成21年1月15日である。そして、当該取り違えの相手がX₁であるという事実を客観的に認識し得たといえるのは、X₂ら3名とX₁の生物学上の全同胞関係を肯定するDNA鑑定の結果が示された平成24年1月6日である。したがって、本件取り違えを理由とする債務不履行による損害賠償請求債権の消滅時効は、X₂ら3名については平成21年1月15日、X₁については平成24年1月6日が起算点になると解するのが相当」(以上、下線筆者)であるとして、消滅時効の完成を認めなかった。

四 研究

本判決は、民法166条1項が「権利を行使することができる時」と規定する起算点について、事案の特殊性を考慮に入れ、柔軟な解釈論を展開したうえで、取り違えられたX₁に対する分娩助産契約上の債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効ははまだ完成していないと判断したものである。

本研究では、消滅時効の起算点の問題を中心に検討することから、その前提としての債務不履行の有無および消滅時効の完成の有無について詳しく取り上げるが、損害論についても、簡単にではあるが、触れてみることにしたい。

1 債務不履行の有無について

本件では、C夫婦とYとの間に締結された分娩助産契約上の債務の不履行がX₁に対する関係でも債務不履行と言えるかがまず問題となったが、この点について、本判決は、次のように判断している。

すなわち、まず、C₁が分娩出産のために診断を受けて本件産院に入院した昭和28年3月ころには、すでにC夫婦とYとの間で、Yにおいて、C₁が新生児を安全に分娩することを助け、生まれた新生児を看護することを内容とする分娩助産契約が締結されていたものとしたうえで、この分娩助産契約

には、その性質上、Yが、新生児を他の新生児と取り違えることなく、真実の両親に引き渡すことを内容とする債務も含まれていると解している。そして、この債務が無事に履行されるかどうかについては、分娩の主体である母親と胎児の父親ばかりでなく、新たに出生する新生児自身も極めて重要な利害関係を有していることから、出生した時点で独立した法主体たり得る新生児のこのような地位、立場に鑑みると、新生児は、分娩助産契約の単なる客体とされるにとどまらず、契約上の債権債務の主体として遇されてしかるべきであり、したがって、Yが分娩助産契約上負担する、新生児を真実の両親に引き渡すべき債務は、両親に対する関係だけでなく、新生児に対する関係でも、独立した債務として発生し併存し得ると解すべきであるとしたのである。

本判決は、この点をさらに、第三者のためにする契約の法理に基づいて説明することも可能であるが、胎児の両親が、胎児の出生を停止条件として、その法定代理人として、前述の債権債務を含む契約を締結したものと解し得るとしている。

こうして、本判決は、東京地判平成17年5月27日⁽⁷⁾や、その控訴審判決である東京高判平成18年10月12日⁽⁸⁾でも確認されていた分娩助産契約上の前述の債務について、産院はさらに生まれた新生児に対しても新生児を真実の両親に引き渡すべき債務を独立した債務として負うことを認めたわけであるが、まずこの点に本判決の重要な意義がある。

⁽⁷⁾ 判例時報1917号70頁。この判決には、本山敦「判例研究」月報司法書士413号（2006年）38頁以下、石松・前掲注（4）「判例研究」361頁以下がある。

⁽⁸⁾ 判例時報1978号17頁、判例タイムズ1252号264頁。この判決には、半田吉信「判例評釈」判例評論589号（2008年）9頁以下〔判例時報1990号〕、平沼高明「判例評釈」民事法情報260号（2008年）62頁以下、新井敦志「判例研究」立正法学論集42巻1号（2008年）285頁以下、家永登「判例解説」別冊ジュリスト219号『医事法判例百選〔第2版〕』（有斐閣・2014年）194～195頁がある。

そして、以上を前提として、本判決は、本件産院において新生児が取り違えられたことにつき、YはC夫婦およびX₁に対してそれぞれ独立して債務不履行に陥っており、それに基づく損害賠償責任を独立して負うことを認めただけである。

2 消滅時効の完成の有無について

それでは、Xらによる本件請求に対してYが援用した消滅時効の完成の有無について、本判決は、どのように判断しているだろうか。

本判決は、まず、「債務不履行による損害賠償請求権の消滅時効の起算点については、民法166条1項が適用され、『権利を行使することができる時』が起算点となる。そして、この『権利を行使することができる時』とは、権利の行使についての法律上の障害（履行期未到来、停止条件未成就等）がないことを意味し、個人的な事実上の障害があっても時効の進行は妨げられないのが原則である。しかし、後掲の判例に示されているように、法律上の障害があるとはいえない場合であっても、権利の内容、性質に照らし、客観的、合理的に見て権利行使が期待できないときは、時効の進行を否定すべき場合があり（最高裁昭和45年7月15日大法廷判決・民集24卷7号771頁、最高裁平成8年3月5日第三小法廷判決・民集50卷3号383頁、最高裁平成15年12月11日第一小法廷判決・民集57卷11号2196頁、最高裁平成19年4月24日第三小法廷判決・民集61卷3号1073頁参照）、また、損害の特殊な性格に由来して、時効の起算点と通常の場合と異なる配慮が必要となる場合がある（最高裁平成6年2月22日第三小法廷判決・民集48卷2号441頁参照）と解される」（下線筆者）と、この問題に関連するこれまでの最高裁判例を引用しながら、民法166条1項の起算点に関する本判決の立場を述べている。

そのうえで、「本件取り違えは、C₁がX₁を分娩し、D₁がBを分娩した昭和28年3月30日又はその直後に発生したと認められるところ、その後、C夫婦及びX₁において、本件取り違えを理由とする損害賠償請求権を行使する

こと自体に法律上の障害があったということではできない。しかし、新生児の取り違えが生じた場合、当該新生児自身はもとより、その両親であっても、その場で取り違えの事実に気付くことはほとんど期待できず、血液型の背馳が明らかになってそれを契機にDNA鑑定を試みるなどの偶然の機会に事実が判明することはあっても、それまでに既に相当程度の年月が経過しているのが通常である上、そのような契機がないまま数十年にわたって見過ごされることも十分考えられる。」「加えて、新生児の取り違えを理由とする損害賠償請求権は、当該取り違えが起きると同時に、その全損害額が確定されたものとして損害賠償請求権が発生すると解するのは適切でなく、真実の親子関係を引き離された年月の進行とともに、同一性を失わない単一の損害が日々拡大していくという特殊な性格を有していると考えられる。」（下線筆者）「このような事情に鑑みると、本件取り違えの発生と同時に、損害賠償請求権の行使は観念的に可能となったとはいえ、客観的に見て、その行使を合理的に期待できないことは明らかであり、また、上記のような損害の特殊な性格に照らしても、本件取り違えの発生時を時効起算点と解することは適切でない。」「本件の事実関係の下で、C夫婦が本件産院において真実の子でない新生児を引き渡されたという事実を関係者が客観的に認識し得たといえる時期は、X₂ら3名とAとの間に父又は母を共通とする生物学上の兄弟関係を否定するDNA鑑定の結果が示された平成21年1月15日である。そして、当該取り違えの相手がX₁であるという事実を客観的に認識し得たといえるのは、X₂ら3名とX₁の生物学上の全同胞関係を肯定するDNA鑑定の結果が示された平成24年1月6日である。したがって、本件取り違えを理由とする債務不履行による損害賠償請求債権の消滅時効は、X₂ら3名については平成21年1月15日、X₁については平成24年1月6日が起算点になると解するのが相当」と判示して、消滅時効の完成を認めなかったのである。

そうすると、本判決は、民法166条1項の起算点に関して、消滅時効の進

行について法律上の障害がある場合とは言えないときであっても、時効の起算点を後にずらす解釈論として例外的に(!?)承認されている現実的期待可能時説⁹⁾を採用し、それに基づいて消滅時効の完成の成否を判断したものとすることになる¹⁰⁾が、それでは、本件の場合において、このように例外的とも言える現実的期待可能時説を採用して起算点を判断すべきとされた本件事案の特殊性とは、いったい何だったのかが問題となる。

しかし、その前にまず、本判決に引用されている最高裁判例を簡単に概観しておくことにしよう¹¹⁾。

まず、弁済供託における供託物取戻請求権の消滅時効の起算点に関する前掲最判昭和45年¹²⁾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

⁹⁾ 星野英一「時効に関する覚書(4・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4巻』(有斐閣・1978年)310頁所収)に端を発し、その後、松久三四彦「判例評釈」判例評論303号(1984年)36頁〔判例時報1108号〕による精緻化・明確化が進められ、現在では、支持者を増えている。草野元己「判例研究」法律時報61巻5号(1989年)114頁以下、石田穰『民法総則』(悠々社・1992年)615頁、吉村良一「判例批評」民商法雑誌116巻2号(1997年)296頁、298~299頁等参照。

¹⁰⁾ 判例は、なお法的権利行使可能時説を採っているとされている。最判昭和35年11月1日民集14巻13号2781頁、最判昭和49年12月20日民集28巻10号2027頁を参照。

また、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4版〕総則・物権総論』(東京大学出版会・2008年)315頁、近江幸治『民法講義I民法総則〔第6版補訂〕』(成文堂・2012年)390頁以下、川島武宜『民法総則(法律学全集17)』(有斐閣・1965年)509頁、佐久間毅『民法の基礎1 総則〔第3版〕』(有斐閣・2008年)408頁、平野裕之『民法総則〔第3版〕』(日本評論社・2011年)558頁以下、星野英一『民法概論I(序論・総則)』(良書普及会・1971年)274~275頁、山本敬三『民法講義I総則〔第3版〕』(有斐閣・2011年)562頁以下、我妻榮『新訂民法総則(民法講義I)』(有斐閣・1965年)484頁等も参照。

¹¹⁾ 金山直樹「民法166条1項・167条(消滅時効)、173条・174条(短期消滅時効)」廣中俊雄=星野英一編『民法の百年II』(有斐閣・1998年)357頁以下、特に427頁以下、徳本伸一「消滅時効の起算点について」金沢法学41巻2号(1999年)117頁以下を参照。

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。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」（下線筆者）と判示していたが、近時も、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して、最判平成13年11月27日⁽¹³⁾が同様の判断を示している。すなわち、「弁済供託は、債務者の便宜を図り、これを保護するため、弁済の目的物を供託所に寄託することによりそ

⁽¹²⁾ 民集24巻7号771頁、判例時報597号55頁、判例タイムズ251号166頁、金融法務事情587号26頁、訟務月報16巻12号1430頁、裁判所時報550号12頁、裁判集民事100号81頁。

なお、この判決には、石田穰「判例評釈」法学協会雑誌89巻3号（1972年）342頁以下、伊藤乾＝齋藤和夫「判例研究」法学研究（慶應義塾大学）44巻11号（1971年）111頁以下、遠藤浩「判例解説」ジュリスト臨時増刊482号『昭和45年度重要判例解説』（有斐閣・1971年）42頁以下、甲斐道太郎「判例批評」民商法雑誌64巻5号（1971年）99頁以下、坂井芳雄「判例研究」金融法務事情609号（1971年）16頁以下、椿寿夫＝山崎寛「判例サブノート（民法総則29）」法学セミナー195号（1971年）133頁、中川哲男「判例解説」法曹時報23巻8号（1971年）1932頁以下（法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和45年度（下）』（1973年）625頁以下所収）等がある。

の債務を免れることができるようにする制度であるところ、供託者が供託物取戻請求権を行使した場合には、供託をしなかったものとみなされるのであるから、供託の基礎となった債務につき免責の効果を受ける必要がある間は、供託者に供託物取戻請求権の行使を期待することはできず、供託物取戻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、上記供託制度の趣旨に反する結果となる。そうすると、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、過失なくして債権者を確知することができないことを原因とする弁済供託の場合を含め、供託の基礎となった債務について消滅時効が完成するなど、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（最高裁昭和40年（行ツ）第100号同45年7月15日大法廷判決・民集24巻7号771頁参照）」（下線筆者）と。

次に、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前掲最判平成6年⁽¹⁴⁾（長崎じん肺訴訟最高裁判決）では、最終的に重い行政上

⁽¹³⁾ 民集55巻6号1334頁、判例時報1769号12頁、判例タイムズ1079号155頁、金融法務事情1633号68頁、金融・商事判例1136号15頁、訟務月報49巻4号1320頁、裁判所時報1304号10頁、裁判集民事203号1037頁。

なお、この判決には、笠井修「判例研究」NBL744号（2002年）54頁以下、片野正樹「判例解説」みんけん（民事研修）541号（2002年）30頁以下、國井和郎「判例解説」ジュリスト臨時増刊1224号『平成13年度重要判例解説』（有斐閣・2002年）66～67頁、下村正明「判例評釈」判例評論527号（2003年）22頁以下〔判例時報1800号〕、西野牧子「判例解説」判例タイムズ1125号『平成14年度主要民事判例解説』（判例タイムズ社・2003年）28～29頁、秦光昭「判例研究」金融法務事情1636号（2002年）4～5頁、藤原弘道「判例批評」民商法雑誌126巻2号（2002年）100頁以下、福井章代「時の判例」ジュリスト1230号（2002年）97頁以下（ジュリスト増刊『最高裁 時の判例Ⅱ 私法編（1）』（有斐閣・2003年）169頁以下所収）、同「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 平成13年度（下）』（2004年）762頁以下、松久三四彦「判例評論」法律時報別冊『私法判例リマークス26号〈2003〔上〕平成14年度判例評論』（日本評論社・2003年）18頁以下、吉岡伸一「判例研究」判例タイムズ1089号（2002年）65頁以下等がある。

⁽¹⁴⁾ 民集48巻2号441頁、判例時報1499号32頁、判例タイムズ853号73頁、労働判例646号7頁、裁判所時報1117号2頁、裁判集民事171号497頁。

なお、この判決には、石松勉「判例研究」岡山商科大学法学論叢4号（1996年）121頁以

の管理区分決定を受けた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され、その後の最判平成16年4月27日⁽¹⁵⁾（筑豊じん肺訴訟最高裁判決〔日鉄鉱業関係〕）では、さらに、じん肺によって死亡したことを理由とする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死亡の時から進行を開始すると解されるまでに至っている。

そして、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となっているケースを扱った前掲最判平成8年⁽¹⁶⁾では、自動車損害賠償

下、井上薫「判例評釈」判例タイムズ844号（1994年）38頁以下、岩村正彦「判例研究」ジュリスト1082号（1996年）189頁以下、岡本友子「判例研究」法律のひろば47巻10号（1994年）49頁以下、久保田恵美子「判例評釈」法学協会雑誌112巻12号（1995年）1774頁以下、倉吉敬「判例解説」法曹時報48巻12号（1996年）2715頁以下（法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 平成6年度』（1997年）224頁以下所収）、高橋眞「判例批評」判例評論433号（1995年）40頁以下〔判例時報1515号〕、新美育文「判例評論」法律時報別冊『私法判例リマークス11号（1995〔上〕平成6年度判例評論）』（日本評論社・1995年）32頁以下、平井一雄「判例解説」別冊ジュリスト175号『民法判例百選Ⅰ総則・物権〔第5版 新法対応補正版〕』（有斐閣・1005年）100～101頁、藤岡康宏「判例解説」ジュリスト臨時増刊1068号『平成6年度重要判例解説』（有斐閣・1995年）65頁以下、前田達明「判例批評」民商法雑誌113巻1号（1995年）70頁以下、松久三四彦「判例解説」法学教室別冊付録『判例セレクト'94』（有斐閣・1995年）21頁、松村弓彦「判例研究」NBL570号（1995年）68頁以下、松本克美「判例研究」ジュリスト1067号（1995年）127頁以下（同『時効と正義』（日本評論社・2002年）332頁以下所収）、同「判例解説」別冊ジュリスト223号『民法判例百選Ⅰ総則・物権〔第7版〕』（有斐閣・2015年）88～89頁、松本久「判例解説」判例タイムズ臨時増刊882号『平成6年度主要民事判例解説』（判例タイムズ社・1995年）60～61頁、柳沢旭「判例研究」法律時報67巻7号（1995年）92頁以下等がある。

⁽¹⁵⁾判例時報1860号152頁、判例タイムズ1152号128頁、労働判例872号13頁、裁判所時報1362号9頁、裁判集民事214号119頁。

なお、この判決には、石松勉「判例研究」銀行法務21・649号（2005年）72頁以下、同「判例批評」香川法学25巻1・2号（2005年）101頁以下、島田佳子「判例解説」判例タイムズ臨時増刊1184号『平成16年度主要民事判例解説』（判例タイムズ社・2005年）104～105頁、高橋眞「判例評釈」553号（2005年）37頁以下〔判例時報1879号〕、原田剛「判例解説」法学セミナー598号（2004年）116頁、馬奈木昭雄「弁護士が語る 2004年最高裁判決（1）」法学セミナー601号（2005年）54頁等がある。

保障法72条1項前段による保障請求権は、その者に対する自賠法3条に基づく損害賠償請求権の不存在が確定するまではその権利行使を期待することができないから、消滅時効も交通事故の加害者ではないかと見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争われている訴訟の確定するまでは時効は進行を開始せず、訴訟確定時の翌日から進行を開始すると判断されている。

また、前掲最判平成15年⁽¹⁷⁾は、生命保険契約に被保険者の死亡の翌日を死

⁽¹⁶⁾ 民集50巻3号383頁、交民集29巻2号291頁、判例時報1567号96頁、判例タイムズ910号76頁、金融法務事情1459号38頁、金融・商事判例996号3頁、訟務月報43巻1号245頁、裁判所時報1167号1頁、裁判集民事178号607頁。

なお、この判決には、石松勉「判例研究」岡山商大論叢33巻2号（1997年）186頁以下、加藤新太郎「判例研究」NBL629号（1997年）68頁以下、同「判例解説」判例タイムズ臨時増刊945号『平成8年度主要民事判例解説』（判例タイムズ社・1997年）122～123頁、後藤勇「判例評論」法律時報別冊「私法判例リマックス15号（1997〔下〕平成8年度判例評論）」（日本評論社・1997年）78頁以下、堺充廣「判例研究」判例タイムズ935号（1997年）51頁以下、同「判例解説」判例タイムズ臨時増刊1033号『交通事故裁判の10年』（判例タイムズ社・2000年）222頁以下、徳本伸一「判例評釈」判例評論455号（1997年）28頁以下〔判例時報1582号〕、信澤久美子「判例研究」判例タイムズ924号（1997年）94頁以下、野山宏「時の判例」ジュリスト1095号（1996年）163～164頁（ジュリスト増刊『最高裁 時の判例Ⅱ 私法編（1）』（有斐閣・2003年）57～58頁所収）、同「判例解説」法曹時報50巻4号（1998年）1121頁以下（法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 平成8年度（上）』（1999年）118頁以下所収）、松久三四彦「判例解説」別冊ジュリスト152号『交通事故判例百選〔第4版〕』（有斐閣・1999年）180～181頁、吉村良一「判例批評」民商法雑誌116巻2号（1997年）287頁以下等がある。

⁽¹⁷⁾ 民集57巻11号2196頁、判例時報1846号106頁、判例タイムズ1143号253頁、金融法務事情1703号44頁、金融・商事判例1194号10頁、裁判所時報1354号1頁、裁判集民事212号173頁。

なお、この判決には、梅村悠「判例研究」上智法学論集48巻2号（2004年）91頁以下、大沢康孝「判例解説」ジュリスト臨時増刊1269号『平成15年度重要判例解説』（有斐閣・2004年）119～120頁、坂口光男「判例評釈」判例評論546号（2004年）29頁以下〔判例時報1858号〕、坂巻宏明「判例研究」法律のひろば58巻3号（2005年）50頁以下、芹澤俊明「判例解説」判例タイムズ臨時増刊1184号『平成16年度主要民事判例解説』（判例タイムズ社・2005年）28～29頁、出口正義「判例批評」民商法雑誌131巻1号（2004年）40頁以下、松本克美「判例研究」法律時報76巻12号（2004年）89頁以下、森義之「時の判例」ジュリスト1270号（2004年）181～182頁（ジュリスト増刊『最高裁 時の判例Ⅴ 平成15年～平成17年』（有斐

亡保険金請求権の消滅時効の起算点とする旨定められた保険約款がある場合に、被保険者の消息が不明で、その権利行使が現実に期待できないような特段の事情（死体の未発見）が存するときは、その消滅時効は被保険者の遺体が発見されるまでの間は進行を開始しないとしている。

そして最後の、自動継続特約付き定期預金契約における預金払戻請求権の消滅時効の起算点に関する前掲最判平成19年¹⁸⁾は、「自動継続定期預金契約における自動継続特約は、預金者から満期日における払戻請求がされない限り、当事者の何らの行為を要せずに、満期日において払い戻すべき元金又は

聞・2007年）208～209頁所収）、同「判例解説」法曹時報57巻9号（2005年）2905頁以下（法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 平成15年度（下）』（2006年）776頁以下所収）、吉井敦子「判例解説」別冊ジュリスト202号『保険法判例百選』（有斐閣・2010年）178～179頁等がある。

¹⁸⁾民集61巻3号1073頁、判例時報1979号56頁、判例タイムズ1248号107頁、金融法務事情1818号75頁、金融・商事判例1267号17頁、金融・商事判例1277号51頁、裁判所時報1435号153頁、裁判集民事224号221頁。

なお、この判決には、荒木新五「判例研究」銀行法務21・676号（2007年）10頁以下、香川崇「判例研究」富大経済論集53巻2号（2007年）319頁以下、片岡宏一郎「判例研究」富大経済論集53巻3号（2007年）99頁以下、鹿野菜穂子「判例研究」法律時報80巻5号（2008年）100頁以下、仮屋篤子「判例解説」法学セミナー増刊『速報判例解説 Vol. 3◇民法（財産法）No. 1』（2008年）67頁以下、木村元昭「判例解説」別冊判例タイムズ22号『平成19年度主要民事判例解説』（判例タイムズ社・2008年）38～39頁、澤重信「判例研究」金融法務事情1812号（2007年）7頁以下、塩崎勤「判例解説」民事法情報251号（2007年）74頁以下、潮見佳男「判例研究」銀行法務21・676号（2007年）4頁以下、下田大介「判例研究」岡山商大論叢44巻2号（2008年）65頁以下、菅原胞治「判例研究」銀行法務21・682号（2007年）42頁以下、妹尾直人「判例研究」銀行法務21・691号（2008年）36頁以下、戸田久「判例解説」法曹時報62巻5号（2010年）1327頁以下（法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇 平成19年度（上）』（2010年）344頁以下所収）、中田裕康「判例解説」法学教室330号別冊付録『判例セレクト2007』（有斐閣・2008年）15頁、本多正樹「判例研究」金融・商事判例1336号（2010年）172頁以下、松尾弘「判例研究」金融・商事判例1339号（2010年）2頁以下、三上徹「判例研究」銀行法務21・676号（2007年）16頁以下、山田誠一「判例解説」ジュリスト臨時増刊1354号『平成19年度重要判例解説』（有斐閣・2008年）68～69頁、吉田光碩「判例評論」法律時報別冊『私法判例リマークス36号〈2008 [上] 平成19年度判例評論』（日本評論社・2008年）14頁以下等がある。

元利金について、前回と同一の預入期間の定期預金契約として継続させることを内容とするものである（最高裁平成11年（受）第320号同13年3月16日第二小法廷判決・裁判集民事201号441頁参照）。消滅時効は、権利を行使することができる時から進行する（民法166条1項）が、自動継続定期預金契約は、自動継続特約の効力が維持されている間は、満期日が経過すると新たな満期日が弁済期となるということを繰り返すため、預金者は、解約の申入れをしても、満期日から満期日までの間は任意に預金払戻請求権を行使することができない。したがって、初回満期日が到来しても、預金払戻請求権の行使については法律上の障害があるというべきである。もっとも、自動継続特約によれば、自動継続定期預金契約を締結した預金者は、満期日（継続をしたときはその満期日）より前に継続停止の申出をすることによって、当該満期日より後の満期日に係る弁済期の定めを一時的に排除し、預金の払戻しを請求することができる。しかし、自動継続定期預金契約は、預金契約の当事者双方が、満期日が自動的に更新されることに意義を認めて締結するものであることは、その内容に照らして明らかであり、預金者が継続停止の申出をするか否かは、預金契約上、預金者の自由にゆだねられた行為というべきである。したがって、預金者が初回満期日前にこのような行為をして初回満期日に預金の払戻しを請求することを前提に、消滅時効に関し、初回満期日から預金払戻請求権を行使することができると解することは、預金者に対し契約上その自由にゆだねられた行為を事実上行うよう要求するに等しいものであり、自動継続定期預金契約の趣旨に反するというべきである。そうすると、初回満期日前の継続停止の申出が可能であるからといって、預金払戻請求権の消滅時効が初回満期日から進行すると解することはできない。以上によれば、自動継続定期預金契約における預金払戻請求権の消滅時効は、預金者による解約の申入れがされたことなどにより、それ以降自動継続の取扱いがされることのなくなった満期日が到来した時から進行するものと解するの

が相当である」(下線筆者)と判示して、やはり現実的期待可能時説を採用したのである。

さて、そこで、本判決の事案およびその判決内容において特徴的な点を指摘してみることにしよう。そうすると、①新生児が取り違えられた場合に、当該新生児自身はもちろん、その両親もその場で取り違えの事実気付くことはほとんど期待できないこと、②その後血液型の相異に気づきこれを契機としてDNA鑑定を試みるなどの偶然の機会にかかる事実が判明することはあっても、それまでにすでに相当の年月が経過しているのが通常であるうえに、③そのような契機がないまま数十年にもわたって見過ごされることも十分に考えられること、加えて、④新生児の取り違えを理由とする損害賠償請求権は、当該取り違えが起きると同時に、その全損害額が確定されたものとして損害賠償請求権が発生すると解するのは適切でなく、真実の親子関係を引き離された年月の進行とともに、同一性を失わない単一の損害が日々拡大していくという特殊な性格を有していると考えられること、等を指摘することができ、これらの事情に鑑みて、本件取り違えの発生と同時に、損害賠償請求権の行使は観念的には可能となったとは言えても、客観的に見ると、その行使を期待することができないことは明らかであり、また、前述のような損害の特殊な性格に照らしても、本件取り違えの発生時を時効起算点と解することは適切でないとして、 X_1 について X_2 らとの生物学上の全同胞関係を肯定するDNA鑑定の結果が示された日が起算点となると解し、消滅時効の完成を否定したものと言えるわけである。

上記①、②、③の事情は、前掲最判昭和45年、前掲最判平成8年、前掲最判平成15年、前掲最判平成19年を基に、権利の性質や内容に照らして、権利の行使が客観的、合理的に期待できるかどうかという視点から認定判断された事実と評し得るのに対して、上記④の事情は、前掲最判平成6年を基に、新生児の取り違えと同時に、その全損害額が確定しその損害賠償請求権も発

生しているものと解することはできず、真実の親子関係を引き離された年月の進行とともに、同一性を失わない単一の損害が日々拡大していくという特殊な性格を、じん肺の事案における損害の特殊性と重ね合わせて捉えているものと評することができよう。

こうして、本判決は、時効の起算点を、これまでに確認された現実的期待可能時説の2つの系列の最高裁判例の判断枠組みを組み合わせる形で検討、判断している点でも重要な意義を有しているものと言ってよからう。

民法166条の消滅時効について、同様に新生児取り違え事件を扱う前掲東京地判平成17年では、生後8日目の退院時から起算すべきとする法的権利行使可能時説が採られたのに対し、その控訴審判決である前掲東京高判平成18年では、血液検査の結果さらにDNA鑑定をすることが可能となった時から起算すべきとする現実的期待可能時説が採られていたわけであるが、本判決は、この前掲東京高判平成18年の系列に属するものと言える。

以上を要するに、本判決は、新生児の取り違え事件においては、そもそも新生児の取り違えという事実の発生そのものが外観上非常に把握しにくく、したがってまた、それによる損害の発生も潜在化したままであると言えること、真実の両親に真実の子を引き渡すことを内容とする分娩助産契約上の債権債務の特質から見て、たとえば血液検査やDNA鑑定の実施、それに伴う検査結果や鑑定結果によって、分娩助産契約の当事者である両親や子が取り違えの事実を初めて知り得るようになるという特殊事情が存在することから、それによって初めて新生児の取り違えという損害が顕在化、現実化するものとしてその時点で現実的に権利行使に対する期待可能性が生じたと解し、この時点まで消滅時効の進行開始をずらす柔軟な解釈論を展開したものと言えるわけである⁽¹⁹⁾。

こうして、本判決は、分娩助産契約上の債権者がどのような人物であるにせよ、新生児の取り違えという損害の発生は知りようもない、したがって、

権利行使を期待し得ない客観的事情が存在しているような場合に、このような契約当事者間の特殊事情を考慮に入れて現実的な権利行使の期待可能性の存在を要求する例外的起算点論⁽²⁰⁾を採用したものとしてその一例を加えたものと評してよいであろう。

3 損害について（補論）

本判決は、分娩助産契約の債務不履行に基づく損害賠償の請求において、取り違えられた子であるX₁の逸失利益についてはその請求を否定したものの、精神的苦痛に対する慰謝料の請求については認めている。その際、特にX₁側が逸失利益の請求に際して主張した事情、すなわち、C夫婦とD夫婦の家庭環境の相違、それに伴う大学における高等教育を受ける機会の喪失、さらには、その後の就職による生涯賃金の差額の発生等の事情を、慰謝料の算定要素として考慮されるべきであると解し、その結果、慰謝料の金額を3000万円と認めるのが相当であると判断している。この点に関連する過去の裁判例を概観してみよう。

前掲那覇地沖縄支判昭和54年は、新生児の取り違え事故後約6年が経って双方の真実の両親が判明し、その判明後約9か月後に双方の真実の両親に真実の子が交換されたというケースにおいて、新生児の取り違えが判明した後、

⁽¹⁹⁾ただし、約60年の間にX₁とD夫婦の親子関係を疑わせるような事情が存在していたと見うる本件においては、DNA鑑定の結果が明らかとなるまで新生児取り違えという損害の発生が潜在化していたとまでは言えないのではないかと、との指摘も予想される。しかし、そもそも、産院において新生児の取り違えが起こること自体が通常は想定できず、したがって、その後の家庭生活の中における出来事で親子関係の不存在を疑わせるような個人的・主観的な事情等によって取り違えの事実気付くべきであったと期待しないし要求することもまた、困難を強いるものであって妥当ではなからう。DNA鑑定の結果により判明するまでは権利行使に対する現実的期待可能性は生じていなかったとして、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をそれが生じた時からとした本判決は、したがって、やはり妥当なものだったと評してよいように思われる。なお、平沼・前掲注（8）「判例評釈」特に67頁参照。

⁽²⁰⁾新井・前掲注（8）「判例研究」特に296～298頁、半田・前掲注（8）「判例評釈」11頁参照。

真実の子の交換を決意するまでのそれぞれの両親の苦悩、約9か月後に交換をするまでにそれぞれの家庭の払った犠牲、苦悩、さらに交換後も、それぞれの真実の子が真実の両親や兄弟になじめず、週に一度ずつ養いの親に会わせる必要があるなど、人格形成の面でも将来に不安があり、気の長いカウンセリングをしなければならない等、人格形成の重要な時期に違う両親のもとで養育され、交換されたことに伴うその深刻さ⁽²¹⁾をも考慮に入れて、取り換えられた子に対してそれぞれ300万円、双方の両親に対してそれぞれ200万円の慰謝料を認めている。

しかし、その際に、一方で、新生児取り違え事故後その判明までの約6年間、それぞれの子は養いの両親から真実の子として最善と信ずる監護教育を受け、十分な愛情を注がれて養育され、心身ともに健康に生育されてきたこと、それぞれの両親が今後真実の子と円滑な親子関係を形成していくことには困難が伴わざるを得ないとしても、親の愛情と子の順応性によりそれが形成されることが十分に期待でき、一方が死亡した場合とは同視できないこと等の事情を、慰謝料算定の際の減額要因として考慮しているとするならば、若干の疑問が残る⁽²²⁾。確かに、真実の親の愛情と子の順応性によって真実の親子として交換後に円滑な親子関係の形成が期待できるとしても、それはあくまでも可能性の問題にすぎず、一方が死亡した場合のように、現実にもそのような可能性が全く絶たれた場合と比較すればそのように言えるとしても、しかし、真実の親の愛情と子の順応性によってもなお十分に円滑な親子関

⁽²¹⁾ なお、末益昭夫「判例解説」別冊ジュリスト102号『医療過誤判例百選』（有斐閣・1989年）特に183頁は、新生児の取り違えそのものよりもむしろ、子どもの発達段階における親子関係のあり方が子どものその後の人格形成に影響を及ぼす点のほうこそを重要視すべきだったと指摘される。尾澤彰宣「判例解説」別冊ジュリスト140号『医療過誤判例百選 [第2版]』（有斐閣・1996年）特に121頁も同旨。

⁽²²⁾ 家永登「判例解説」別冊ジュリスト183号『医事法判例百選』（有斐閣・2006年）特に201頁参照。

係の形成が実現できるという保証はどこにもないのであるから、単なる状況の相違のみからその深刻さの度合いに差異を設けて考慮、判断しようとする考え方は妥当ではないように思われる。現に、この沖縄のケースでは、交換された子の一方が交換後もなお真実の両親や兄弟となじめず、ある種の家庭崩壊状態にまで陥っていることをも併せ考えると、その感を一層強くする⁽²³⁾。

次に、前掲東京高判平成18年は、DNA 鑑定によって真実の親子ではないことを知るまで、真実の親子ではないのにそれを知らないまま約46年もの間、真実の親子との家庭生活を過ごせず、今となつてはこの期間を取り戻すことはできないのであり、精神的損害は大きいとして、取り違えられた両親についてはそれぞれ500万円、子については1000万円の慰謝料を認めている。

以上から、本判決の慰謝料額の妥当性を検討、判断することは非常に難しいが、しかし、本判決も判示しているように、「X₁は、本件取り違えにより、出生とほぼ同時に真実の両親と生き別れ、その後、平成24年1月頃まで、約59年もの期間、真実の両親及び兄弟を知ることなく、肉親との交流を一切持つことができなかつたものである。しかも、実母であるC₁は平成11年4月2日に、実父であるC₂は平成19年10月7日に亡くなっており、真実の親子が対面し、共に家庭生活を送ることは二度とかなわないことである。確かに、X₁は、D₁の愛情を受けて育つたと考えられるが、そのことによって真実の両親との交流を永遠に断たれてしまった衝撃と喪失感を償いきれるものではなく、特に、このような事態が、関係者の誰も望まなかつた本件取り違えという不幸な出来事によって招来されたものであることを考えると、その無念の心情は察して余りがある」以上、今となつてはもはや真実の両親との家庭生活を過ごすことはかなわず、しかもその期間は約60年という長期に及んでいること、さらに今後もその精神的苦痛は継続し続けること等をも考え併せ

⁽²³⁾ 奥野・前掲注（1）『ねじれた絆』参照。

ると、X₁の精神的苦痛は非常に大きなものと言わざるを得ないであろう。そうだとすれば、慰謝料の金額を3000万円としたことは決して高額にすぎるとは言えないように思われる。金額は妥当だったと解したい。

五 結びに代えて

本判決は、産院における新生児の取り違えを理由とした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について、その契約の特質、権利の性質や内容、さらには損害の特殊性等をも考慮に入れ、客観的、合理的に見てその権利行使を期待することができないようなときは進行を開始しないとして、結果的に時効の完成を否定し、X₁の損害賠償の請求を認めたものである。

以上の検討を通して、本判決は、これまでの最高裁判例の考え方に基本的に沿いながら、客観的事実上の障害論を前提とした現実的期待可能時説を採用したものとしてその一例を加えたものと評し得よう。

【付記】校正の段階で、松久三四彦「判例評論」法律時報別冊『私法判例リマークス51号〈2015〔下〕平成26年度判例評論〉』（日本評論社・2015年）18頁以下に接した。

(2015（平成27）年6月20日稿)