

民法 724 条後段の適用制限について

—最高裁平成 21 年 4 月 28 日第 3 小法廷判決

平成 20 年（受）第 804 号損害賠償請求事件—

久須本 かおり

<事案>

昭和 53 年 8 月 14 日、東京都足立区の N 小学校の警備員 Y（当時 42 歳）が、同じ小学校に勤務していた女性教諭 A（当時 29 歳）を殺害した。事実経過は次の通りである。

Y は、北海道で高校を卒業後、製缶工場勤務、自衛隊入隊、刑務所の看守、タクシー運転手等を経た後、昭和 48 年 4 月 1 日以降、N 小学校の学校警備主事として勤務していた。また、A は昭和 47 年以降、N 小学校で図工科専科教諭として勤務していた。

殺害行為当日、N 小学校は夏期休業中であり、A を含めた数名の教職員及び Y が登校していた。Y は、当日の 16 時半頃、N 小学校の 1 階給食室前の廊下において、A の首を絞めて殺害した（以下、「本件殺害行為」という。殺害に至る経緯や動機については認定すべき確な証拠はないとされている）。Y は、この日の勤務終了まで、A の遺体を毛布でくるんだ上ロープで縛り、自己所有の乗用車のトランクに乗せて隠し、翌 15 日、その遺体をいったん自宅の一階の南側に位置する 6 畳和室の床下に遺棄したが、翌 16 日、その遺体を再度ビニールシートでくるんだ上でロープで縛り、自宅床下に穴を掘って埋めた。

A の欠勤が続いたため、学校側や親族が A を探すとともに、警察への捜索願も出された。

Y の自宅は、Y とその妻の共有であったところ、Y は妻とともに、本件殺害行為以前から平成 16 年 7 月下旬頃までの間、その自宅にて生活していた。Y は、本件殺害行為後、自宅の周囲を、ブロック塀、アルミ製の目隠し、ビニール製の色つき波トタン、有刺鉄線等で囲むなどし、低いところでも高さ約 1.8 メートルの仕切りを設けるなどして、その内部の様子を外部から容易にうかがうことができない状態とした。また、玄関に外灯、サーチライト、赤外線カメラを設置し、自宅の建物の南側壁面にもサーチライトを設置するなどした。

平成 6 年頃、Y の自宅を含む土地が、区画整理事業の対象地に指定された。Y は、用地の買収に応じることを頑なに拒んでいたが、周囲の住居の立ち退きが進む中、自宅からの立ち退きを余儀なくされた。そのため、Y は、平成 16 年 7 月頃に、妻が所有する土地建物に転居するとともに、区画整理事業に伴う自宅の解体の際に、A の遺体が発見されることもやむなしと考え、同年 8 月 21 日、A の殺害及び隠匿行為につき警察署に出頭して自首した。警察が捜査したところ、翌 22 日、自宅の床下から白骨化した遺体及び A の所持品が発見され、その後 DNA 鑑定が実施された結果、同年 9 月 29 日、それが A の遺体であることが確認された。

A の父は、A 殺害の約 4 年後に死亡していたので、A の損害賠償請求権を相続した母と、父の相続人である 2 人の子供（いずれも A の弟）（母ならびに 2 人の弟を、以下、「X ら」と呼ぶ）が原告となり、Y および Y を雇用していた足立区に対して、総計 1 億 8 千万円余の損害賠償を請求した。

第 1 審（東京地判平成 18 年 9 月 26 日判時 1945 号 61 頁）は、足立区に対する請求は認めず、Y に対する請求のみを一部認容した。まず、足立区に対する請求については、足立区が公務員である A に対して安全配慮

義務を負うというためには、Y の行状等から、A の生命、身体等に具体的な危険が生じていることにつき少なくとも認識しうる状況にあったことを要するところ、本件においてはそのような状況にまで至っていたとはいえないとした。次に、A に対する請求については、A の本件殺害行為は不法行為を構成するとしたが、それに基づく損害賠償請求権は民法 724 条後段の適用により、すでに 20 年の期間が経過していることから法律上当然に消滅したとした。この点、X らは、最高裁平成 10 年 6 月 12 日判決を引用して、724 条後段の規定が除斥期間を定めたものであるとしても、Y 側に信義則違反ないし権利の濫用にあたる事情がある場合には、これを援用ないし主張することはできないとし、あるいは正義・公平の原理から、裁判所がこれを適用することが制限されるべきであると主張していた。これに対しては、最高裁平成元年 12 月 21 日判決を引用して、除斥期間の性質から、除斥期間が経過している場合には、裁判所は当事者の主張がなくとも請求権が消滅したものと判断すべきであり、除斥期間を適用することが信義則に反するとか権利の濫用であるなどの主張は、主張自体失当になるものと解されること、また、X らが依拠する最高裁平成 10 年判決はその射程が限定されており、加害者自身の行為により権利行使が妨げられてきた場合に民法 724 条後段の効果は生じないという趣旨を一般化したものということではできず、右判例の射程は本件には及ばないとして、X らの主張は採用しなかった。また、X らは、除斥期間の起算点について、(1) Y の行為は①殺害行為、②遺体を自宅の床下に埋めた行為（遺体遺棄行為）、③遺体を埋めた土地上で生活を続けた行為（遺体隠匿行為）からなるところ、これらの各行為は継続した一連の不法行為であり、③の行為の終了時から起算されるべきである、あるいは、(2) 最高裁平成 16 年 4 月 27 日判決を引用して、除斥期間は、損害が顕在化した時点から進行すべきであり、本件においては Y が自首して遺骨が発見されて初めて損害が顕在化したといえるから、その時点が起算点となると主張していた。こ

れらに対しては、(1)につき、殺害による不法行為と遺体の隠匿による不法行為とは、事実経過としては一連のものであるとしても、両者は法益侵害の性質及び程度を大きく異にするものであるから、一体的に評価することは困難であるし、すでに完了した重い法益侵害行為に引き続き軽い法益侵害行為が継続していることを理由として、前者の不法行為についての除斥期間の起算点を遅らせることは、法的安定性の観点から定められた除斥期間の制度趣旨に反するものと解されること、また、(2)につき、最高裁判平成16年判決は、蓄積性の物質による健康被害や遅発性の疾病のように、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を前提とするものであるところ、本件殺害行為による損害は、A殺害の時点ですでに発生しているから、原則通り、除斥期間の起算点は加害行為である殺害行為時であると解さざるを得ないとして、いずれもXらの主張を採用しなかった。

但し、YがAの遺体を隠匿し続けた行為については、遺族には遺骨に対する権利が認められ、故なく遺骨を自らの占有下に置いて、遺族から故人を弔い、偲ぶ機会を奪う行為は、遺族が個人に対して有する敬愛・追慕の念を侵害し、精神的苦痛を与えるものとして、それ自体としてXらに対する不法行為を構成するものであること、またこのようなYの不法行為は、権利侵害行為の継続であり、さらに損害も累積的に拡大していくものであるから、全体の隠匿行為を一体的に評価すべきであり、除斥期間の起算点は加害行為の終了時点である遺体発見時とすべきであり、遺体隠匿行為に対するXらの損害賠償請求権は、未だ除斥期間の経過によって消滅していないとして、慰謝料と弁護士費用の損害賠償を認めた。

これに対して、Xら、Yはいずれも控訴した。なお、足立区に対する請求については、平成20年12月20日、区が①公務災害による地方公務員災害補償基金による遺族補償として2500万円を支払うこと、②哀悼の意を表すること、③再発防止に努めること、という内容の和解が成立した。

民法 724 条後段の適用制限について

第 2 審（東京高判平成 20 年 1 月 31 日判タ 1268 号 208 頁）は、まず、Y の殺害行為及び死体遺棄行為以外に、A の遺体を隠匿し続けた行為が X らに対する独立の不法行為を構成するかという点について、死体遺棄の不法行為は、死体遺棄の行為が完了した時点で終了し、その後、Y が犯行の発覚を恐れて、死体遺棄の事実が露見することのないよう画策したとしても、このことをもって遺体の隠匿を継続する行為であるとして、これにより近親者に死体遺棄行為により被る法益侵害とは別個の新たな法益侵害を生じると見ることはできず、したがって遺体の隠匿を継続した Y の行為は、死体遺棄の行為とは別の独立の不法行為を構成するものではないとした。

次に、殺害行為及び死体遺棄行為に関する不法行為に基づく損害賠償請求権は、殺害行為を起算点とする 20 年の除斥期間の経過によって消滅しており、そこに信義則違反ないし権利濫用の法理を適用する余地はないという第 1 審の一般的判断をそのまま踏襲した。

但し、民法 724 条後段の 20 年が除斥期間と解されるとしても、最高裁判平成 10 年判決の重視する被害者側の権利行使可能性と、権利行使の困難性に関する加害者側の事情とを考慮すれば、民法 160 条の法意に照らし、724 条後段の効果は生じないものと解すべきであるという X らの主張に対しては、不法行為により被害者が死亡し、不法行為の時から 20 年を経過する前に相続人が確定しなかった場合において、その後、相続人が確定し、当該相続人がそのときから 6 カ月内に相続財産にかかる被害者本人の取得すべき損害賠償請求権を行使したなどの特段の事情があるときは、民法 160 条の法意に照らし、上記相続財産にかかる損害賠償請求権について同法 724 条後段の効果は生じないものと解するのが相当であるとした。その上で、X らの固有の損害賠償請求権は民法 724 条後段の除斥期間の経過により消滅したが、A の損害賠償請求権は除斥期間の効果が生ずることなく X らに相続されるとした（第 2 審判決の詳細は以下の判旨と同様

のため、この程度の紹介に留める)。

これに対して、Yが上告した。

<判旨>

「民法724条後段の規定は、不法行為による損害賠償請求権の除斥期間を定めたものであり、不法行為による損害賠償を求める訴えが除斥期間の経過後に提起された場合には、裁判所は、当事者からの主張がなくても、除斥期間の経過により上記請求権が消滅したものと判断すべきである（最高裁昭和59年（オ）第1477号平成元年12月21日第1小法廷判決・民集43巻12号2209頁参照）。

ところで、民法160条は、相続財産に関しては相続人が確定した時等から6カ月を経過するまでの間は時効は完成しない旨を規定しているが、その趣旨は、相続人が確定しないことにより権利者が時効中断の機会を逸し、時効完成の不利益を防ぐことにあると解され、相続人が確定する前に時効期間が経過した場合にも、相続人が確定したときから6カ月を経過するまでの間は、時効は完成しない（最高裁昭和35年（オ）第348号同年9月2日第2小法廷判決・民集14巻11号2094頁）。そして、相続人が被相続人の死亡の事実を知らない場合は、同法915条1項所定のいわゆる熟慮期間が経過しないから、相続人は確定しない。

これに対し、民法724条後段の規定を字義通りに解すれば、不法行為により被害者が死亡したが、その相続人が被害者の死亡の事実を知らずに不法行為から20年を経過した場合は、相続人が不法行為に基づく損害賠償請求権を行使する機会がないまま、右請求権は除斥期間により消滅することとなる。しかしながら、被害者を殺害した加害者が、被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況をことさらに作出し、そのために相続人はその事実を知ることができず、相続人が確定しないまま除斥期間が経過した場合にも、相続人は一切の権利行使をすることが許されず、

民法 724 条後段の適用制限について

相続人が確定しないことの原因を作った加害者は損害賠償義務を免れるということは、著しく正義・公平の理念に反する。このような場合に相続人を保護する必要があることは、前記時効の場合と同様であり、その限度で民法 724 条後段の効果を制限することは、条理にもかなうというべきである（最高裁平成 5 年（オ）第 708 号同 10 年 6 月 12 日第 2 小法廷判決・民集 52 卷 4 号 1087 頁参照）。

そうすると、被害者を殺害した加害者が、被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況をことさらに作出し、そのために相続人はその事実を知ることができず、相続人が確定しないまま上記殺害の時から 20 年が経過した場合において、その後相続人が確定したときから 6 カ月内に相続人が上記殺害にかかる不法行為に基づく損害賠償請求権を行使したなどの特段の事情があるときは、民法 160 条の法意に照らし、同法 724 条後段の効果は生じないものと解するのが相当である。」

なお、本判決には、民法 724 条後段の規定は時効と解すべきであって、本件においては民法 160 条が直接適用されるべきであるとする田原裁判官の補足意見が付されている。

<評釈>

1. はじめに

本件は、事案の猟奇性から、「時効殺人」として社会の関心を集めた事件であるとともに、民法 724 条後段の解釈のあり方について、改めて検討を迫るものである。

民法 724 条は、不法行為に基づく損害賠償請求権について、損害及び加害者を知ったときから 3 年、不法行為の時から 20 年、という二つの期間制限を置いている。前者が消滅時効であることに争いはないが、後者についてはこれを消滅時効と解するか除斥期間と解するかを巡って学説が対立し、下級審判決も統一されていなかったところ、最高裁平成元年 12 月 21

日判決が、除斥期間説を採用すると同時に、除斥期間は当事者の主張を要さず裁判所がその適用を判断できることから、時効の援用を制約する法理として用いられてきた信義則や権利濫用法理は、除斥期間の適用においては問題となり得ないとの判断を示した。これに対しては、その硬直性から学説において激しい批判がなされたが、その後、最高裁平成10年6月12日判決は、平成元年判決の示した除斥期間の法的性質に対する理解を維持しつつ、事案の特殊性を考慮して、民法158条の法意に照らし、724条後段の期間制限の適用を限定するという判断を示した。この平成10年判決に対しては、平成元年判決の「例外」を認めたものであって、その射程はきわめて狭いものと解するのが一般的であるが、本判決は、平成10年判決とほぼ同じ言い回し・枠組みを用いながら、民法160条という異なる条文を持ち出して724条後段の期間制限の適用を限定しており、平成元年判決に新たな例外を付け加える判例となるものである。しかし、例外的取り扱いを認めること、そして例外の幅が広がっていくことは、果たして平成元年判決の採用した原則と理論的に矛盾しないだろうか。例外の取り扱い方法として本判決が採用した「160条の法意に照らし」という理論構成の是非もさることながら、そもそもの出発点として724条後段の期間につき除斥期間説を原則とすること自体の是非についても、ここで改めて検証する価値は十分にあると考える。

本稿では、本判決をはじめ、724条後段の20年の法的性質が問題となった一連の最高裁判決と、その判決を巡って行われた学説の議論を検討することを通じて、20年の期間制限の意味、そして724条後段の適用を否定するための法律構成のあり方について考えてみたい。

2. 学説・判例の状況

判例、そして学説の大多数は、除斥期間には援用は不要であるという理解を媒介にして、724条後段期間が消滅時効か除斥期間かという性質論と、

信義則・権利濫用法理による制限とを結びつけて考えている。そこで、まずは 724 条後段期間の性質論について、学説、判例の状況を概観する。

(1) 学説

724 条後段期間の性質については、これを消滅時効とする見解と除斥期間とする見解とが対立していることは周知の通りである⁽¹⁾。消滅時効とは、権利を行使しないという事実状態の継続を根拠にして権利の消滅を認める制度である。その特徴は、権利消滅を権利者の意思に関わらせる余地を残した制度設計がなされていることであり、それは、効果を生ずるためには権利の不行使という一定の事実状態が何らの障害（中断・停止事由）なくして一定期間継続すること、及び当事者が時効を援用することが必要だという点に現れている。これに対して、除斥期間とは、一定の時の経過により権利が消滅する点では消滅時効と共通しているが、権利の不行使の状態の継続それ自体に意味があるのではなく、権利の性質や公益上の必要から権利関係の速やかな確定のために権利の行使期間を制限したものであり、そこには権利者の意思に関係なく客観的画一的かつ絶対的に権利を消滅させるという除斥期間の公益的性質が表れている。このように、両者の違いとしては、時効は一定の事由で中断ないし停止されるが、除斥期間は固定的であること、除斥期間は当事者の援用を必要としないことが挙げられるが、停止についてはこれを認めないと権利者に酷だとして除斥期間にも認める説が有力であり⁽²⁾、中断の有無及び援用の可否をもって両者の違いの決め手とするのが一般的である。

(1) 消滅時効と除斥期間の法的性質について、四宮和夫「民法総則（第 4 補正版）」（1996）287 頁。

(2) 我妻栄「新訂民法総則」（1965）437 頁、川島武宜「民法総則」（1965）574 頁。

しかし、民法に規定する各種の権利行使期間のうち、どれが時効期間でどれが除斥期間かは必ずしも明らかでないものが多い。この点、立法者は、①民法典中に「時効ニ因リテ」という文言が用いてあれば時効期間であり、それ以外は除斥期間である、②短期の時効期間を定め、それに続いて「亦同シ」として長期の期間を定めている場合、後者の期間も時効期間であると説明していることから、724条は2種類の時効期間を定めたものとするのが起草者の立場だったといわれている⁽³⁾。学説は、民法典施行の初期の段階では、起草者の考えに忠実に従い、後段についても消滅時効だと解していたが、その後、これを除斥期間と解すべきであるとの説が通説となった。しかし、一方で消滅時効説も依然として存在し、近時は有力となりつつある。

除斥期間説の主張は次の通りである⁽⁴⁾。①民法724条の規定は、同条前段の3年の消滅時効が被害者らにおいて損害及び加害者を認識したときから起算され、被害者らがこれを知らない限り損害賠償請求権がいつまでも時効消滅しないことになるという浮動的なものであるため、客観的・画一的な要件によって法律関係を確定することを目的とするものである。②短期消滅時効は、中断を繰り返すことにより無限に延長することが可能であるから、長期の期間制限が消滅時効であるとする、その存在意義はほとんどないことになる。③長期の期間制限の期間中に被害者が権利行使すると、被害者が損害及び加害者を知ったものとして短期消滅時効の適用を受けることになるから、これ自体としては中断ということは考えられない。中断の認められない時効期間というのは無意味である。④20年の期間は、

(3) 梅謙次郎「民法要義総則篇」(1992)326頁、同「民法要義卷之三債権篇」(1992)90頁。

(4) 各説の詳細につき、河野信夫・最高裁判例解説民事篇平成一年度(1991)605頁、春日通良・最高裁判例解説平成10年(2001)569頁。

被害者らが事実上請求権を行使し得ないときから起算されることもあって、通常の債権の消滅時効の期間よりかなり長期のものとなっており、その上さらに中断を認めて期間の伸長を許す結果となることは、権利の不安定状態に終止符を打ち、法律関係を確定させるという民法 724 条後段の趣旨に合致しない。⑤不法行為に基づく損害賠償債権は、契約上の債権とは異なり、その成否が一般条項的な要件の充足にかかり、具体的な金額も当然には定まっていない以上、権利行使をするか否かが被害者の感情に左右されることも否定しがたいなど、権利内容や権利主張の有無が事実上きわめて不確定なものであるから、一定の時の経過により、浮動的な権利状態を客観的に確定する必要がある。⑥長期の時の経過により証拠が散逸し、裁判をするのが困難な訴訟が提起されるのを防止するためには、一定の時の経過により一律に権利行使を遮断するのが妥当である。

これに対して、消滅時効説の主張は次の通りである。①立法者の意思は、消滅時効期間である。②母法であるドイツ民法 852 条においては、長期の期間制限（30 年）も消滅時効期間であるとされている。③「亦同シ」は、「消滅ス」のみを受けると解するより、「時効ニ因リテ消滅ス」の全体を受けると解する方が文理上素直である。④損害の公平な分担という不法行為法の趣旨からすれば、加害者はあくまでも損害を賠償し、被害者はこれにより実効的な損害の填補を受け保護されるべきであり、時の経過のみを理由とする画一的な処理にはなじまない。賠償義務者が期間内に損害賠償債務の承認をした場合などにも中断が認められないのは不都合な結果を招くし、時効利益の放棄や援用権の濫用・信義則違反等により具体的事案に応じた柔軟な対応をする余地を奪うことも妥当でない。除斥期間の経過により権利が消滅するとすると、期間経過後に賠償義務者が義務を認めて弁済しても、無効になってしまう。⑤不法行為に基づく損害賠償請求権は、私法上の権利関係であって、その処分は当事者にゆだねられるのが本則である。債権消滅の効果は、債務者の意思・行為（援用）によって生ずるもの

とするのが合理的である。単なる時の経過のみによって一律かつ絶対的に権利消滅の効果を生じさせる合理性はない。右請求権の消長は、公益上の要請とは無関係であるから、裁判所が当事者の意思と無関係に公権的に判断すべきものではない。⑥権利の浮動的な状態に終止符を打つという目的は、起算点を主観的な認識とは無関係な客観的な基準にかからしめれば実現しうる。いったん中断されれば、3年の短期消滅時効が進行することになるから、権利の浮動的な状態は解消する。中断の反復により時効期間が無限に延長されるというのは、権利一般に言えることであって、不法行為に基づく損害賠償請求権のみを別異に取り扱う必然性はない。右のような事態はそもそも稀有な事態であるし、そのような結果が生ずるのは、加害者が自己の債務を履行しないためであるからやむを得ない。⑦20年という期間は、「速やかな」法律関係の確定のための期間としては長すぎるし、他方、かなり長期であるということも一概には言い難い。単なる時間的な感覚をもって、除斥期間と解する理由とするのは妥当ではない。

では、こうした724条後段期間の性質論における見解の相違が、信義則・権利濫用法理による724条後段適用の制限とどのように結びつくのか。この点を明らかにしたのが、最高裁平成元年12月21日判決である。判例の変遷を紹介しながら、この点を確認していこう。

(2) 判例の変遷

最高裁は、既に昭和54年には、農地の違法な買収に関する国賠請求訴訟において、民法724条後段の期間を除斥期間と解した原判決の判断を格別の理由を付することなく是認していた⁽⁵⁾。しかしながら、右判決が例文判決であったためか、先例として十分に尊重されておらず、その後の下級

(5) 最判昭和54年3月15日裁民126号24頁。

審判例も分裂が続き、相変わらず時効期間説に立つことを明示する判決も少なからず存在した⁽⁶⁾。

このような状況を解消すべく打ち出されたのが、最高裁平成元年 12 月 21 日判決⁽⁷⁾である。事案は、1949 年に山中で発見された米軍の不発弾の処理作業に伴う山林防火活動に従事し不発弾の爆発により重傷を負った原告が、市役所・県庁等を訪ねて被害の補償を求めたが、責任の所在が明らかにならず、事故から 28 年 10 カ月あまりを経過してようやく国家賠償法に基づく損害賠償を求めて提訴したというものであった。最高裁は以下のように述べて原告の請求を棄却した。すなわち、「民法 724 条後段の規定は、不法行為によって発生した損害賠償請求権の除斥期間を定めたものと解するのが相当である。けだし、同条がその前段で 3 年の短期の時効について規定し、さらに同条後段で 20 年の長期の時効を規定していると解することは、不法行為を巡る法律関係の速やかな確定を意図する同条の規定の趣旨に沿わず、むしろ同条前段の 3 年の時効は損害及び加害者の認識という被害者側の主観的な事情によってその完成が左右されるが、同条後段の 20 年の期間は被害者側の認識いかんを問わず一定の時の経過によって

(6) 東京地判昭和 56 年 9 月 28 日判事 1017 号 34 頁（日本化工クロム労災訴訟）、名古屋地判昭和 60 年 10 月 31 日判時 1175 号 3 頁・大阪地判昭和 62 年 9 月 30 日判事 1255 号 45 頁（いずれも予防接種ワクチン禍訴訟）。

(7) 平成元年判決の評釈としては、以下のものがある。半田吉信・民商 103 巻 1 号（1990）131 頁、内池慶四郎・私法判例リマックス 2 号（1991）78 頁、河野信夫・法曹時報 43 巻 7 号（1991）111 頁、徳本伸一・判時 1394 号（1991）88 頁、大村敦志・法協 108 巻 12 号（1991）210 頁、松本克美・ジュリ 959 号（1990）109 頁、松久三四郎・ジュリ臨増 957 号（1990）83 頁、河野信夫・前掲注（4）600 頁、飯村敏明・判タ 790 号（1992）98 頁ほか。

法律関係を確定させるため請求権の存続期間を画一的に定めたものと解するのが相当であるからである」として、原告の損害賠償請求権は、すでに20年の期間が経過した時点で法律上当然に消滅したことになるとした。その上で、「このような場合には、裁判所は、除斥期間の性質にかんがみ、本件請求権が除斥期間の経過により消滅した旨の主張がなくても、右期間の経過により本件請求権が消滅したものと判断すべきであり、したがって、被上告人らの主張に係る信義則違反または権利濫用の主張は、主張自体失当である」とした。

この判決によれば、724条後段期間につき、「不法行為を巡る法律関係の速やかな確定」の要請と、その帰結としての「請求権の存続期間を画一的に定めたもの」という制度理解から導き出されるところの「当該期間は除斥期間である」という命題を出発点として、信義則違反・権利濫用の排除に至る議論は次のように演繹される。すなわち、存続期間が経過すれば請求権は当然に消滅するが、それは裁判所が職権で判断すべき事項であって当事者の主張＝援用は必要ない。一方で、これまで時効で問題になったような「援用権の濫用」という問題の立て方をすると、援用が問題とならない除斥期間の場合には、一方当事者が期間経過を抗弁として主張することを捉えて、これを信義則違反・権利濫用とすることはできなくなる。当事者の主張とは別に裁判所が除斥期間の規定を適用するというわけであるから、権利主張の是非に係る当事者の行為態様は考慮の外に置かれることになるからである。このように、平成元年判決は、724条後段期間の性質論から出発して信義則違反・権利濫用問題の排除という結論を導き出したのである。

しかしながら、この判決の論理によれば、原告の側に権利行使上の困難があろうが、被告の側に原告の権利行使を困難にするどのような事情があろうが、不法行為の時から20年を経過すれば損害賠償請求権は自動的に消滅することになってしまう。この事件においては、事故後に警察が作成

した被害調査書に、国の責任を回避するような虚偽の内容の記載がなされたため、責任の所在が不明確になり原告の救済が図られなかったという事情があったことは、本判決の原審が指摘しているところであった。そのため、右判決に対しては、724 条後段を消滅時効と解する見解からはもちろんのこと、除斥期間と解する見解からも、請求権消滅を画一的に決する最高裁の硬直的な態度には問題があるとして、多くの批判が浴びせられた。

この判決に続いて、不法行為の時から約 41 年後に訴えを提起した事案で、平成元年判決を引用する最高裁平成 2 年 4 月 6 日判決裁判集民事 159 号 199 頁が出されたことから、この判決以降は、下級審判決においても除斥期間説で統一されていくことになる。とはいえ、平成元年判決が示した除斥期間説から損害賠償請求権の当然消滅を導き出す論理を、全ての下級審判決が採ったわけではなかった。例えば、最高裁平成 10 年 6 月 12 日判決と同じ予防接種禍事件で、大阪高判平成 6 年 3 月 16 日判時 1500 号 15 頁は、民法 158 条の類推により除斥期間の満了の停止を認めている。また、「加害者と被害者間の具体的事情から見て、加害者をして除斥期間の定めによる保護を与えることが相当でない特段の事情がある場合」に、加害者が訴訟上「除斥期間の経過の事実を主張することは権利の濫用にあたる」として除斥期間の適用を制限した京都地判平成 5 年 11 月 26 日判時 1476 号 3 頁や、民法 724 条後段の除斥期間は、「長期間責任を追及されるか否か不明のままの状態に置かれる加害者の法的地位の安定をはかることを主たる目的としたものであって、長期間の経過によって不法行為の事実の認定が困難になる事による裁判所の負担軽減を図るといふ公益保護の目的は付随的なものにとどまる」から、加害者が除斥期間の経過による利益を放棄することができるとし、被告が除斥期間の経過による損害賠償請求権の消滅を主張していないので利益放棄の意思があるとした東京地判平成 4 年 2 月 7 日判タ 782 号 65 頁がある。

こうした学説や下級審判決の動向を受けて現れたのが、最高裁平成 10

年6月12日判決⁽⁸⁾である。事案は、いわゆる予防接種禍集団訴訟のうちの東京訴訟であり、もっとも初期の被害者である原告は予防接種法に基づいて生後5カ月において受けた痘瘡の集団接種により被害を受け、その後、高度の精神障害、知的障害、運動障害を伴う寝たきりの状態になったことについて国に対し提訴したが、提訴の時点では既に接種時から22年が経過していたというものである。最高裁は、平成元年12月21日判決を引用し、不法行為により損害賠償を求める訴えが除斥期間経過後に提起された場合には、裁判所は、除斥期間の経過により右損害賠償請求権が消滅したと判断すべきであるから、除斥期間の主張が信義則違反または権利濫用であるという主張自体失当であるとした。しかし、最高裁は次のように判示して民法724条後段の適用を制限した。まず、「民法158条は、時効の期間満了前6カ月内において未成年者または禁治産者が法定代理人を有しなかったときは、その者が能力者となりまたは法定代理人が就職したときから6カ月内は時効は完成しない旨を規定しているところ、その趣旨は、無能力者は法定代理人を有しない場合には時効中断の措置をとることができないのであるから、無能力者が法定代理人を有しないにも拘らず時効の完成を認めるのは無能力者に酷であるとして、これを保護するところにあると解される。」「これに対し、民法724条後段の規定を……（中略）字義どおりに解すれば、不法行為の被害者が不法行為の時から20年を経過する前6カ月内において心神喪失の常況にあるのに後見人を有しない場合には、右20年を経過する前に右不法行為により損害賠償請求権を行使すること

(8) 平成10年判決の評釈としては、松本克美・法時870巻11号(1998)91頁、吉村良一・法教219号(1998)51頁、橋本恭宏・金商1057号(1999)54頁、半田吉信・判時1661号(1999)87頁、内田博久・法律のひろば52巻9号(1999)56頁、松村弓彦・NBL674号(1999)69頁、大塚直・ジュリ臨壇1157号(1999)82頁、春日通良・前掲注(4)563頁ほか。

ができないまま、右請求権が消滅することとなる。」「しかし、これによれば、その心神喪失の常況が当該不法行為に起因する場合であっても、被害者は、およそ権利行使が不可能であるのに、単に 20 年の経過によって損害賠償義務を免れる結果となり、著しく正義・公平の理念に反するものと言わざるを得ない。そうすると、少なくとも右のような場合にあっては、当該被害者を保護する必要があることは、前記時効の場合と同様であり、その限度で民法 724 条後段の効果を制限することは条理にもかなうというべきである。」「したがって、不法行為の被害者が不法行為の時から 20 年を経過する前 6 カ月内において右不法行為を原因として心神喪失の常況にあるのに法定代理人を有しなかった場合において、その後当該被害者が禁治産宣告を受け、後見人に就職した者がその時から 6 カ月内に右損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるときは、民法 158 条の法意に照らし、同条 724 条後段の効果は生じないものと解するのが相当である。」

このように、平成 10 年判決は、平成元年判決の枠組みを前提としつつも、「正義・公平の理念」から、除斥期間の適用例外を認めたものであり、平成元年判決の画一的で硬直的な論理に一石を投じるものとして、学説では高く評価されている。しかしながら、平成 10 年判決は、一般的に 724 条後段の除斥期間に 158 条の時効の停止を類推適用できるか否かについて検討してこれを認めたのではなく、原告が 20 年経過時に心神喪失の常況にあり、しかもその心神喪失の常況が当該不法行為に起因する場合において 724 条後段を適用することが正義・公平の理念に反するから、このような原告に「限って」例外を認めたものであって、それ以外の場合について 724 条後段の適用の例外が認められるかについては言及していない。その意味では、平成 10 年判決の射程はきわめて狭いものであると解されている⁽⁹⁾。

(9) 春日・前掲注(4)・576頁。

しかしながら、最高裁平成10年判決には河合伸一裁判官の意見及び反対意見が付されており、その内容は注目すべきものとなっている。まず、河合裁判官は、最高裁平成元年判決が、724条後段の規定を除斥期間を定めたものと解すべき根拠として、①前段・後段がともに時効期間であると解すると、不法行為を巡る法律関係の速やかな確定を意図する同条の趣旨に添わないこと、②後段の規定は一定の時の経過により法律関係を確定させるため、請求権の存続期間を画一的に定めたものと解するのが相当であること、の2点を挙げているが、先に紹介した時効期間説の主張にあるような理由により、いずれも十分な理由とはならないと批判する。この点だけみれば、河合裁判官は、724条後段の法的性質に関する学説上の対立について、消滅時効説を支持しているようであり、「時効説の説くところは概ね首肯できると考えるし、またその説を採れば、義務者の時効援用権の行使を信義則あるいは権利濫用の法理によって制限するという既に確立した調整手法を用いることによって、私の正当と考える結論を容易に導くことができる」とする。しかし、興味深いのは、本件においては除斥期間説と消滅時効説のいずれが正しいかを論じる必要はなく、相当でもないとは断じている点である。河合裁判官自身は、724条後段の適用について次のような見解を示している。「不法行為制度の究極の目的は損害の公平な分担をはかることにあり、公平が同制度の根本理念である。この理念は、損害の分担の当否とその内容すなわち損害賠償請求権の成否とその数额を決する段階においてのみならず、分担の実現すなわち同請求権の実行の段階に至るまで貫徹されなければならない。これを民法724条後段の規定についていうと、不法行為に基づく損害賠償請求権の権利者が右規定の定める期間内に権利を行使しなかったが、その権利の不行使について義務者の側に責むべき事由があり、当該不法行為の内容や結果、双方の社会的・経済的地位や能力、その他当該事案における諸般の事実関係をあわせ考慮すると、右期間経過を理由に損害賠償請求権を消滅せしめることが正義公平

の理念に反すると認めるべき特段の事情があると判断される場合には、なお同請求権の行使を許すべきである。けだし、右のような特段の事情がある場合にまで、それを顧慮することなく、単に期間経過の一時を以て損害の分担の実現を遮断することは、その限りにおいて、前記不法行為制度の究極の目的を放棄することになるからである」。その上で、重要なのは、特段の事情の存在が伺われる場合には、期間経過の一事を以て直ちに権利者の権利行使を遮断するべきではなく、当該事案における諸事情を考究して具体的正義と公平にかなう解決を発見することに努めるべきなのであって、それについて時効説に立った上で民法 1 条の宣言する信義誠実ないし権利濫用の禁止の法理に依拠するか、あるいは河合裁判官の見解のように、不法行為制度の目的・理念から権利行使は遮断されないものとするかは、「結局、同じ山頂に達する道の相違として、いずれであってもよい」とする。

河合裁判官の見解は、724 条後段期間を除斥期間と解する理由に疑問を呈しながらも、仮に除斥期間と解し、信義則違反・権利濫用の不問が演繹されるとしても、特段の事情が存在する場合には、具体的正義と公平の理念から 724 条後段の適用が否定されるとするものであるが、これと類似の指摘は既に平成元年判決の評釈にもみられた¹⁰⁾。

松本克美教授は、除斥期間による権利の消滅といった場合、それは「法にかなった」権利消滅を含意するものであるから、義務者の対応によっては、除斥期間制度における画一性の要請よりも正義や信義の要請が前面化することもあるのであり、裁判官は除斥期間による権利消滅が正義に反する場合には、権利濫用として除斥期間の規定を適用しないことができると

(10) 半田・前掲注(7)・155頁は、724条後段を除斥期間と解するとしても、性質の許す限り時効に関する規定を準用することが許容されるべきであり、信義則違反を理由とする援用の制限についても準用が肯定されるべきであるとす。

する。また、724条の淵源となっているドイツにおいては、除斥期間の意義と目的に反しない限りで、消滅時効の抗弁に対する「許されない権利行使の抗弁の原則」が除斥期間にも適用されており、除斥期間の職権による判断ということが、何ら濫用論を排除する論拠とはされていないことも指摘する⁽¹¹⁾。また、大村敦志教授は、724条後段期間を除斥期間と解することから信義則違反・権利濫用の不問という帰結が必然的に導かれるわけではないとして、次のように指摘する⁽¹²⁾。まず、除斥期間に援用が不要であるとしても、だからといって直ちにその点につき裁判所は職権で判断すべきということにはならず、当事者による期間経過の主張は必要であると解すべきであり、その主張が信義則違反・権利濫用にあたる場合には、その主張を制限すべきであるとする。そして、「ある規範の適用に際し、一定の事情がある場合には、その規定の適用を認めるべきではないという裁判官の客観的な判断に際しても、信義則・権利濫用の理念に訴えることが可能であるし、また現にそうされているという考え方……によれば、本件の場合、裁判所が職権で民法724条後段の適用の可否を判断するとしても、その際に、信義則・権利濫用を理由にこれを適用しない、すなわち、民法724条後段は一定の場合には適用されないのだという解釈（縮小解釈）をすることもありうるということになる（たとえば、民法177条、612条などの例を見よ）。……以上のように、信義則・権利濫用は、ある規定の「適用」の次元と「解釈」の次元で発動可能であると言える（前者は「具

(11) 松本・前掲注(8)・111頁によれば、権利行使の抗弁の原則は、たとえば、義務者が除斥期間に依拠するつもりがないという外観を惹起した場合や、除斥期間経過前にたびたび住所を変更して権利行使を妨害した場合、賠償義務を否定後、次に請求を承認して、さらに請求権を争っているうちに除斥期間が経過してしまった場合に、除斥期間の主張をすることが信義に反するとするものである。

(12) 大村・前掲注(7)・219頁。

体的＝主観的」「規範外在的＝付加的」であるのに対し、後者は「抽象的＝客観的」「規範内在的＝包摂的」であるといえる。これを信義則・権利濫用に関する規定（民法 1 条）側からみると、前者はその適用ということになり、後者はその「利用」ということになる。本判決は、信義則・権利濫用の問題を前者の「適用」の次元で考え、その適用の余地なしとしたわけだが、後者の「解釈」の次元で考える余地はなお残されているように思われる。」として、職権判断のレベルでも信義則・権利濫用法理は機能しうるとする。

これらの見解によれば、最高裁平成 10 年判決が示した「158 条の法意」が妥当する場合以外、すなわち原告が 20 年経過時に心神喪失の常況にあり、しかもその心神喪失の常況が当該不法行為に起因する場合以外であっても、724 条後段の適用が否定される可能性が広がることになる。そうすると次に問題となるのが、どのような場合に適用制限を認めるかという実質的な要件論である。この点、信義則違反や権利濫用法理により時効の援用を制限した一連の判例群から析出された基準が参考になる。時効の援用が制限される場合としては、義務者が義務を履行するかのような態度を示し、これを信頼して権利者があえて権利を行使しないでいたのに、時効期間や除斥期間徒過後に義務者が時効の援用や除斥期間の適用を主張するような場合（信頼作出型）や、債務者が債権発生的事实を故意に隠匿するために虚偽の事実を述べたり、虚偽の事実を加工したりして請求権行使を事実上妨げた場合（妨害型）、諸般の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え提起が期待できない事情にあった場合、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ないし不公平な場合、などが挙げられる⁽¹³⁾。これらのうち、時効の効果の画一性から、時

(13) 半田・前掲注(7)・151頁。

効援用を信義則や権利濫用で排斥するのは、信頼作出型や妨害型のように、権利者の権利不行使への義務者の関与が認められる場合に限って例外的に認められるべきであるとする説が有力であるが⁽¹⁴⁾、一方で、そのような場合に限定せず、個別具体的な事情の考量を通じて、いかにも当事者間の公平に反し、不正義と感じられる場合には広く信義則による時効援用の制限を肯定していくべきであるとする説も主張されている⁽¹⁵⁾。この点、除斥期間説によれば、724条後段の効果は、権利の性質や公益上の必要から客観的画一的かつ絶対的に生ずるものと解されており、とりわけ画一性の要請が強く働くといえるから、その適用を否定するべきかどうかは時効の援用を否定する場合以上に厳格に考えなければならない。したがって、権利者の権利不行使への義務者の関与が認められる場合に限って、724条後段の適用が否定されると解するべきである。

上記の基準を踏まえて、改めて平成元年判決ならびに平成10年判決を検証してみよう。まず、724条後段の適用を否定した平成10年判決の場合、確かに、原告の権利不行使の原因たる心神喪失の常況を、予防接種を実施した国が自ら作出したという意味では、権利者の権利不行使の原因に義務者の関与があったともいえるが、ここでは上記の「信頼作出型」や「妨害型」に現れているような意味での被告の行為の背信性は認められない。むしろ、被告が国であること、当時は予防接種が法に基づいて行われる強制接種であったことから、国による被害者救済の必要性が重視され、

(14) 内池・前掲注(7)・17頁

(15) 松本・前掲注(8)・94頁。松本は、権利不行使につき「権利の上に眠る者」との評価が妥当せず、義務の不履行が明白で時の経過による「攻撃防禦・採証上の困難」がなく、権利の性質や加害者と被害者の関係などから、時の経過の一事によって権利を消滅させる「公益性」に乏しい場合には、むしろ積極的に時効援用・除斥期間の適用制限をすべきであると主張する。

結果として 724 条後段の適用を否定する判断に傾いたものと考えられる。このように、724 条後段の適用を制限するにあたっては、加害者の地位（国である）ということが結論を左右する一つの重要な要素になることに注意が必要である。同様に、平成元年判決も被告は国である。しかしながら、平成元年判決の事案は、事故後に警察が作成した被害調査書に、国の責任を回避するような虚偽の内容の記載がなされたという事実が認められ、このような妨害行為により、原告の権利行使が実際に妨げられたともいえる事案であることから、上記の基準によっても、724 条後段の適用が否定される可能性は大きい。もっとも、調査書の内容から国に全く責任がないということが明らかに読み取れるようなものともいいきれず、実際に警察官が参画したのならば、それは公務の遂行でありその責任を免れないはずであるから、責任の所在は必ずしも不明になっていないともいえるのであって、この事実だけでは必ずしも決め手にならないともいえるであろう。724 条後段の適用を否定するために考慮されるべき要素としては、ここでもやはり、虚偽の被害調査書を作成して原告の権利行使を妨害したのが他ならぬ国であったことが非常に重要である。これらの事情に加えて、原告が法律的知識に乏しい一介の農民であり、経済的に行き詰まっていたこと、原告の受けた被害が甚大であることも、724 条後段の適用否定を正当化する事情となるものと考えられる⁽¹⁶⁾。

3. 本判決の位置づけと評価

本判決は、724 条後段期間の法的性質につき除斥期間説に立ち、期間経過により請求権は当然に消滅するという原則論を展開した上で、「被害者を殺害した加害者が被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出し、そのために相続人はその事実を知ることができ

(16) 大村・前掲注(7)・222頁。

ず、相続人が確定しないまま上記殺害の時から20年が経過した場合」に限り、「民法160条の法意に照らし、同法724条後段の効果は生じないものと解するのが相当である」として、724条後段の適用例外につききわめて限定的な解釈をとっている。その論理展開や言葉遣いは平成10年判決そのものであり、その意味で、従来の判例の流れに沿った判決であるといえよう。そして、本判決の特徴は、724条後段の適用を否定する論拠として160条の法意が引かれていることにあるが、この点についても、停止の規定が除斥期間にも類推適用されるとする説が有力であることからすれば、平成10年判決が示した158条以外の停止に関する条文についても、その法意に照らして724条後段適用の例外となりうることは、予想の範囲内であったといえる。

私は、本判決が724条後段の適用を否定した結論自体には賛成するが、その結論に至る理論構成には疑問を覚える。以下、その理由を述べる。

まず、本判決が前提として述べている724条後段期間の法的性質については、河合裁判官が指摘するように、この種の問題を考えるにあたって、除斥期間説に立つか消滅時効説に立つかは本質的な問題ではないと考える。消滅時効説に立った場合には、信義則違反や権利濫用といった既に確立した手法によって、被告による消滅時効の援用を否定し、請求権を存続せしめることができるが、除斥期間説に立った場合であっても、そこから請求権の消滅が必然的に演繹されるわけではなく、724条後段を適用して除斥期間の制度趣旨を貫徹することが当該事案における具体的正義や公平に著しく反する場合には、724条後段の機械的適用は避けられなければならないことはいうまでもないからである。もっとも、平成元年判決が除斥期間説によることを明言して以来、下級審裁判所がこの解釈論に従った運用を行っている現状では、最高裁の判例変更により消滅時効説を採用することは実務の混乱を招きかねない。いずれの立場によっても同じ帰結を導き出すことができるとすれば、除斥期間説を前提にその適用例外を論じる方が

法的安定に資すると言えるのではなかろうか。また、平成元年判決の解釈論を適用することで著しく正義・公平に反する結果となるような事案は、社会的にはごく僅かであり、平成 10 年判決や本判決のように個別具体的に対応することは十分に可能であるから、こうした例外的な事例を救済するために原則を覆すことは本末転倒といえるであろう。

もっとも、除斥期間説が 724 条後段期間を除斥期間と解すべき理由として掲げる「法律関係の速やかな確定」「存続期間の画一性」が、十分な理由たり得ているかという点については、疑問を禁じ得ないことも確かである。河合裁判官、そして本判決に意見を付した田原裁判官が指摘するように、「法律関係の速やかな確定」という理由に対しては、時効と解しても法律関係の速やかな確定に寄与するものと評することができるし、「存続期間の画一性」に対しては、不法行為に基づく損害賠償請求権について、加害者につき時効制度と別に除斥期間によって保護すべき特段の事情は認められず、また、被害者の損害賠償請求権を一定の期間に制限すべき公益上の必要性も認められないからである。確かに、不法行為を巡る権利関係を長く不確定の状況に置くことは、加害者と目される者が長期間経過後に反証資料を失うこともあり得るので、加害者の利益保護との関係で問題があるといえ、ここで画一性の要請が働くことは否定できない。また、一般論としては、被害者に対して可及的速やかに救済を求めさせ、法律関係を早期に確定させようとするのが 724 条の意図するところであることは、除斥期間説の論者も時効期間説の論者も一致するところである。しかしながら、不法行為上の紛争、とりわけ本件のように被害者が被った身体的な被害の救済が問題となる場合には、取引的不法行為におけるような紛争の早期の決済は一般的に要求されるべきではないし、速やかな権利関係の確定という要請よりも、被害者の速やかな救済という要請の方が強く働くというべきであろう。先にも述べたように、本判決の結論を導く上で、724 条後段期間の法的性質は本質的問題ではないので、この問題についてこれ

以上踏み込まないが、学説上、消滅時効説が有力になっているという現状、そして近年、時効制度の見直しが行われた欧州諸国において、724条と同様の二重の期間制限を設ける場合において、長期の期間についてはいずれも「時効」とする制度が設けられているという事実を踏まえ¹⁷⁾、債権法の改正作業においては、724条後段規定を除斥期間と解することの是非を改めて検証する必要性を強く感じる。

724条後段期間を除斥期間と解する本判決の出発点を是認するとして、次に問題となるのが724条後段適用の制限法理である。本判決では、「160条の法意に照らし」724条後段の適用を否定する。また、本判決が引用する平成10年判決も「158条の法意に照らし」という類似の言い回しで同じ結論を導き出している。そもそも158条ならびに160条に定める停止の規定の趣旨は、時効完成時に行為無能力者に法定代理人がいなかった場合や相続人が確定していなかった場合には、時効中断の機会を逸し、その結果として権利行使できないうちに権利が消滅してしまうという不都合を回避することにあるとされる。そこで重視されているのは「権利行使が実質的に期待できるかどうか」という要素であって、724条後段の適用例外の要件論として先に示した「権利者の権利不行使への義務者の関与」という要素を、停止に関する両規定の趣旨から読み取ることは難しい。ところが、「権利行使の期待不可能性」という要素のみをもって、724条後段適用の制限法理としての「160条の法意」を捉えた場合、例えば交通事故により死亡した被害者が身元不明として処理されたが、20年経過後に身元が判明したような場合にも、その相続人には本判決と同様、権利行使の期待可能性がないのであるから、160条の法意により、724条後段の適用を免れ、

17) 消滅時効法の改正については、昨年日本私法学会におけるシンポジウムのテーマとなった。議論状況についてはNBL 887号(2008)38頁以下参照。

損害賠償請求権を行使しうることになる⁽¹⁸⁾。しかし、本判決の慎重な言い回しからその射程をきわめて限定しようとする最高裁の意図は明らかであるから、最高裁がこのような場合にまで 724 条後段の適用を制限しようとしたとは、とうてい思えない。

もっとも、「160 条の法意」というだけでは、判決の射程が広がる恐れがあるという批判は、「158 条の法意」といった平成 10 年判決にも同じく妥当する。しかしながら、不法行為時から 20 年間心神喪失の常況が続き、その除斥期間満了前 6 カ月内において法定代理人が付されていないケースというのは、実際にはまれといえ、幼少時に接種がなされることが多く、その後被害者が成人し、これと近接して 20 年の除斥期間が満了するという本件のような予防接種禍の事案以外に、こうした要件を満たす事案は考えにくい。少なくとも平成 10 年判決の事案に関しては、「158 条の法意」に照らして結論を導き出したとしても、判決の射程が広がる恐れはほとんど考えられなかったといえる。こうした事情から、平成 10 年判決の判断枠組みを本判決の事案にそのまま採用することが、判決の射程に問題を生ぜしめるということが、十分に認識されていなかったのではないか。また、先に述べたように、平成 10 年判決が、「権利者の権利不行使への義務者の関与」という要件を満たしていないにもかかわらず、724 条後段の適用を否定した結論が妥当であると思われるのは、国による被害者救済という特別な考慮が働いていたからである。しかしながら、本判決は、被告が国ではなく、その意味での特別な考慮が働かない事案であることから、平成 10 年判決と同じ論理を展開するだけでは、724 条後段適用の否定という帰結を正当化するのに十分であるとはいえない。損害賠償請求権の存続を図った本判決の帰結が正義や公平に資すると思われるのは、被告自らが殺人の隠蔽・発覚防止工作を行い、さらには区画整理事業がスムーズに進行して

(18) 加藤雅信・判タ 1284 号 (2009) 87 頁。

いれば、除斥期間満了前に遺体が発見されるはずであったところ、被告が10年間立ち退きを拒み、その結果として遺体の発見が遅れたという事情が認められるからである。こうした被告の行動の背信性が、724条後段の適用例外を考える上での重要な判断要素となっている点を見逃してはならない。本判決の結論を説得的なものにするためには、「160条の法意」によるだけでは足りず、被告の行動の背信性という要素を、724条後段の適用例外を判断するにあたっての基準として明示的に取り込む必要があったのではないか。

さらに、「160条の法意」構成には、相続の対象となる権利についてしか用いることができないという難点もある。本判決は、右の構成により、被害者の損害賠償請求権については消滅していないとしたが、遺族固有の損害賠償請求権については原則通り消滅したと判示している。上述したように、本判決の帰結が、被告の行った隠蔽・発覚防止工作に対する非難可能性により正当化されるのだとすれば、被害者自身の損害賠償請求権のみならず、遺族固有の損害賠償請求権についても、これを724条後段により遮断し、被害者の死亡をもたらした加害者が損害賠償義務を免れることは、同じく著しく正義・公平の理念に反すると言えるのではないだろうか。

このように、160条の法意からは、本件のような事案において724条後段の適用を否定するという具体的帰結を正当化するための根拠として重要な「権利者の権利不行使への義務者の関与」という要件を導き出すことはできない。そして、この要件の中で考慮すべき事情は、義務者が権利者の権利不行使を直接的・間接的にできなくさせておいて、後で除斥期間の主張をするといったような義務者の行為態様の背信性であり、これはまさに、信義則違反・権利濫用論において考慮される要素そのものである。その意味で、158条や160条によらず、724条後段の職権による適用の可否を判断するにあたって、信義則・権利濫用法理を直接適用して、当該事案における具体的正義や公平にかなった結論を導くべきであったと考える。

しかしながら、このように考えた場合であっても、724 条後段の法的性質につき平成元年判決の立場を前提とする限り、その適用例外は限定的に解されるべきであり、平成 10 年判決ならびに本判決が、あえて 158 条や 160 条によることでその射程を限定しようとした意図を無視してはならない。その歯止めとして重要になるのが、先に示した適用例外の要件論である。「権利者の権利不行使への義務者の関与」が重要な要件となることは明らかであるが、その他にいかなる要素を考慮すべきであるのかについては、時効の援用制限に関する判例の分析を通じて、さらなる具体化を図る事は可能であろう。しかしながら、平成元年判決の解釈論を適用することで著しく正義・公平に反する結果となる事案は僅かであり、判例の集積は望めない。仮に一定の基準を定立することが可能であるとしても、きわめて例外的な場合であるからこそ、アドホックで柔軟な解決が求められるのであって、基準を定立することでそれが叶わなくなるのは望ましくない。事案ごとにその判断の是非が検証されていかなければならない性質のものであって、そもそも類型化にはなじまないと考える。

なお、本判決の法律構成として、X らが第 1 審において主張していたように、除斥期間は損害が顕在化した時点から進行すべきであり、本件においては Y が自首して遺骨が発見されて初めて損害が顕在化したといえるから、その時点が起算点となるとの解釈論を採用する方がよかったのではないかとの指摘がなされているので⁽¹⁹⁾、この点も検討してみよう。加害行為から時間が経った後に損害が発生する潜在性・遅発性の不法行為については、すでに、筑豊じん肺訴訟の最高裁平成 16 年 4 月 27 日判決民集 58 巻 4 号 1034 頁が、そして、その 2 年後に出された B 型肝炎訴訟の最高裁平成 18 年 6 月 16 日判決民集 60 巻 5 号 1997 頁が、724 条後段の除斥期間につき、「当該損害の全部または一部が発生したときから進行する」と

(19) 田中宏治・判評 602 号 (2009) 13 頁。

判示しており、724条後段期間の起算点についても、損害発生時説を採ることを明らかにしている。この基準を本件に当てはめてみた場合、本件における損害とはAの死亡により生じる損害であり、その損害は本件殺害行為と同時に発生している以上、起算点はやはり本件殺害行為時ということになるので、損害発生時説に立っても起算点を遅らせることにはならない。もっとも、右の二つの判決が権利行使の客観的可能性を重視して損害発生時を起算点としたと捉えれば、損害発生時とは損害の顕在化時点を指すのであり、本件においては遺骨が発見された時点で損害が顕在化したといえるから、この時点を起算点と捉えることも不可能ではないだろう。しかし、このように考えると、被害者が損害を認識できる状態にならない限り、期間は進行しないことになるが、これでは被害者による損害の認識如何を問題とする724条前段の起算点と同じになってしまい、これとは別に724条後段を定めた意味が失われてしまう。724条後段は、やはり被害者の認識を問わず、不法行為という客観的基準時を起算点とする趣旨であると解するべきであろう。その意味で、右の二つの判例は、潜在性・遅発性の損害につき「例外」的に損害「発生」時を724条後段期間の起算点としたものであって、権利行使可能性を一般的に起算点とするものと解することはできず、したがって、Xらが主張するように、Yが自首して遺骨が発見され損害が顕在化した時点をもって724条後段期間の起算点とすることはできないと考える。また、本件殺害行為を、単一の不法行為と捉えずに、その後に行われた遺体遺棄行為、遺体隠匿行為と一体の継続的不法行為と捉えれば、継続的不法行為の終了時である遺体発見時を起算点とすることも可能であるように思われるが、この点も、殺害行為と遺体隠匿行為は、法益侵害の性質及び程度が大きく異なり、これを一体的に評価することはできないとした第1審の判断はもっともであり、遺体発見時を起算点とすることは難しいと考える。