

民法724条後段の適用制限

三間地 光 宏

目 次

- 一 問題の所在
- 二 判例の論理の確認
- 三 除斥期間経過による権利消滅の主張について信義則違反を問題にする可能性
- 四 結論

一 問題の所在

(1) 周知のように、民法724条後段の期間の性質が消滅時効であるか除斥期間であるかについては学説上争いがある¹⁾、この点について判例は除斥期間であると解している²⁾。

民法724条後段を消滅時効について定めたものと解する場合には、不法行為の時から20年が経過した場合であっても、援用が権利濫用または信義則違反にあたるという理由で加害者に賠償を命じることが可能となる。

それでは、民法724条後段が援用を必要としない除斥期間について定めたものと解した場合には、不法行為の時から20年が経過した場合に権利濫用や信義則違反を理由として加害者に賠償を命じることが不可能になるのか。

(2) この点につき、最判平成元年12月21日民集43巻12号2209頁³⁾はつぎのような立場を示した。すなわち、民法724条後段は除斥期間を定めるものであるから、不法行為にもとづく被害者の損害賠償請求権は20年の経過によって法

律上当然に消滅したことになる。「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と判断すべきである。したがって、加害者が除斥期間の経過を主張することは信義則違反又は権利濫用にあたるとの主張は主張自体失当である、と。

この判決は学説による猛烈な批判にさらされた。援用不要という除斥期間の性質から信義則違反や権利濫用を問題にする余地がないとしたことについて、多くの学説が異を唱えたのである。そしてその際、(イ)除斥期間については消滅時効と異なって当事者による援用が必要とされないとしても、なお除斥期間の経過による権利消滅を主張することが権利濫用や信義則違反にあたり許されないとされる余地があるとか⁴⁾、あるいは(ロ)加害行為の時から20年が経過した場合であっても信義則に反するような事情がある場合には民法724条後段は適用されないと解する余地がある⁵⁾ということが言われた(本稿では後者の構成を「信義則による民法724条後段の縮小解釈」と呼ぶことが

-
- 1) かつては除斥期間が多数説であったが、最近では消滅時効説が有力となっている。参照、松本克美「判批」法律時報70巻11号(1998年)91頁以下とくに92頁。なお、除斥期間説をとる最近の文献として潮見佳男・不法行為法(信山社, 1999年)296頁以下がある。
 - 2) 最判昭和54年3月15日訟務月報25巻12号2963頁, 最判平成元年12月21日民集43巻12号2209頁, 最判平成10年6月12日民集52巻4号1087頁。
 - 3) 解説・評釈として、内池慶四郎・私法判例リマックス1991上(1991年)78頁以下, 采女博文・鹿児島大学法学論集26巻2号(1991年)161頁以下, 大村敦志・法学協会雑誌108巻12号(1991年)2124頁以下, 河野信夫・最高裁判所判例解説民事編平成元年度(法曹会, 1991年)600頁以下(初出は法曹時報43巻7号(1991年)1579頁以下), 副田隆重・法学セミナー430号(1990年)114頁, 半田吉信・民商法雑誌103巻1号(1990年)131頁以下, 松久三四彦・ジュリスト959号(平成元年度重要判例解説)(1990年)83頁以下, 同・判例セレクト'90(法学教室126号別冊付録)(1991年)27頁, 松本克美・ジュリスト959号(1990年)109頁以下, 三輪佳久・民事研修395号(1990年)24頁以下など。
 - 4) 内池慶四郎「続・近時判例における民法七二四条後段所定の二〇年期間の問題性——再審無罪判決, 労災職業病, 登記過誤その他関連事例——」法学研究60巻2号(1987年)103頁注(5), 大村・前掲2134頁, 田口文夫「不法行為にもとづく損害賠償請求権と長期の期間制限(二)」専修法学論集58号(1993年)50頁。なお, 半田・前掲154頁は, 消滅時効について認められる信義則違反を理由とする援用の制限を混合除斥期間に準用することができるかとされていた。

ある。)

そしてその後の最判平成10年6月12日民集52巻4号1087頁⁶⁾は「民法七二四条後段の規定は、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右請求権が消滅したものと判断すべきであるから、除斥期間の主張が信義則違反又は権利濫用であるという主張は、主張自体失当であると解すべきである」として基本的に平成元年判決の論理に従いながらも例外を認めた。つまり、著しく正義・公平の理念に反する結果を避けるため少なくとも次のような場合には被害者を保護する必要がある、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したのである。すなわち、「不法行為の被害者が不法行為の時から二〇年を経過する前六箇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六箇月内に右請求権を行使したなど特段の事情があるときは、民法一五八条の法意に照らし、同法七二四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⁷⁾。

(3) 平成10年判決については、先に紹介した信義則による民法724条後段の縮小解釈論との類似点を指摘することができる。すなわち、平成10年判決が一

5) 松本・前掲111頁以下、大村・前掲2133頁。さらに、松久三四彦「判批」判例セレクト'90 (1991年) 27頁もこのような可能性を示唆する。

6) 解説・評釈として、石松勉・岡山商大論叢35巻1号 (1999年) 208-183頁、大塚直・ジュリスト1157号 (平成10年度重要判例解説) (1999年) 82頁以下、春日通良・ジュリスト1142号 (1998年) 90頁以下、橋本恭宏・金融商事判例1057号 (1999年) 54頁以下、半田吉信・判例評論481号 (1999年) 25頁以下、前田陽一・判例タイムズ995号 (1999年) 59頁以下、松村弓彦・NBL674号 (1999年) 69頁以下、松本克美・法律時報70巻11号 (1998年) 91頁以下、徳本伸一・判例セレクト'98 (法学教室222号別冊付録) (1999年) 20頁、吉村良一・法学教室219号 (1998年) 51頁。

7) 平成10年判決を実質的な判例変更と解するものとして、橋本前掲55頁、松村・前掲71頁。

定の事情が存在する場合には民法724条後段の効果が生じないという構成を用いた点においてである。しかし平成10年判決は信義則に言及することを避けているのであって、その点では信義則による民法724条後段縮小解釈論とは決定的に異なっている⁸⁾。平成10年判決が民法724条後段を縮小解釈をするにあたって信義則に言及することを避けたのは、不法行為の時から20年が経過したにもかかわらず賠償義務を免れないという例外が拡がらないようにするためであろう。

(4) 民法724条後段との関係で信義則違反を問題にすることに消極的な二つの最高裁判決に対して、学説は一貫して批判的な態度を示している。しかし民法724条後段との関係で信義則違反を問題にする際に用いる法律構成については学説に変化が見られる。すなわち平成元年判決の直後に見られた、除斥期間経過により損害賠償請求権が消滅している旨の加害者による主張を信義則違反ないし権利濫用として封じるという法律構成を放棄し、信義則に反する事情がある場合には724条後段の効果が生じないという法律構成へと移行する動きがみられるのである。

たとえば、半田吉信教授は平成元年判決についての評釈⁹⁾の中では、消滅時効について認められる信義則違反を理由とする援用制限を除斥期間に準用する可能性を論じておられたが¹⁰⁾、平成10年判決の評釈¹¹⁾の中では、除斥期間については当事者の援用を観念しえないから、時効につき認められる信義則に基づく援用制限は除斥期間については厳密には問題となりえず、強いていえば、当該場合に除斥期間を適用することが当事者にとって酷だから適用除外を認めることが可能かが問題となるとされている¹²⁾。

8) 前田・前掲60頁。

9) 半田吉信「判批」民商法雑誌103巻1号(1990年)131頁以下。

10) 同上154頁。

11) 半田吉信「判批」判例評論481号(1999年)25頁以下。

12) 同上30頁。

もつとも、除斥期間経過による損害賠償請求権消滅についての主張を信義則によって封じるという構成をなお維持すべきであるとの見解も存在する。松本克美教授は、平成10年判決が条理による除斥期間の適用制限を認めたとの理解のもとで、「私見は『条理』による制限論を否定するものではないが、加害者から除斥期間による権利消滅が実際に裁判上主張されている場合には、その主張を信義則違反ないし権利濫用として排斥することを通じて除斥期間の適用制限をすることも否定されるべきではない」とされている¹³⁾。

(5) 信義則による民法724条後段の縮小解釈論のほかに、除斥期間経過についての主張を信義則違反ないし権利濫用を理由に封じるという構成を放棄せずに維持しつづけることにはどのような意義があるであろうか。

私見によると民法724条後段の縮小解釈論は、運用次第では消滅時効の場合における援用権濫用論と同じ程度の例外を認めることを可能とするものである¹⁴⁾。このことは民法724条後段を縮小解釈するにあたって信義則に言及するか否かによって異なるものではあるまい¹⁵⁾。したがって今後判例が、不法行為によって心神喪失に陥った者が20年の期間経過前六箇前に法定代理人を欠いた場合以外にも、民法724条後段による権利消滅を認めることが著しく正義・公平の理念に反する結果を招来する場合一般について民法724条後段の効果は生じないとすることによって、民法724条後段を消滅時効と解するか除斥期間と解するかにより生じる相違点のうち、援用の要否の違いから派生的に生

13) 松本克美「判批」法律時報70巻11号(1998年)91頁以下とくに93頁。

14) 石松勉「除斥期間の経過と信義則に関する一考察」岡山商大法学論叢第1号(1993年)53頁以下とくに82頁以下によると、消滅時効の援用が権利濫用ないし信義則違反にあたるとされた事例のなかには、たまたま消滅時効について援用が必要とされていることから援用について権利濫用・信義則違反が問題とされているが、むしろ消滅時効制度の機械的・画一的適用の当否こそが問題にされているとみるべきものがあるという。

15) そもそも消滅時効の場合における援用権濫用論にしても消滅時効という制度を骨抜きにするほど安易に用いられるべきものではない。参照、内池慶四郎「判批」判例評論217号(1977年)14頁以下とくに17頁。

じさせていた相違点を解消させることも不可能ではない。そしてそのようなことが起これば、(信義則による)民法724条後段の縮小解釈論のほかに除斥期間経過についての主張を信義則違反ないし権利濫用を理由に封じるという構成を維持することは無意味となる。この場合には、除斥期間経過についての主張を信義則違反ないし権利濫用を理由に封じるという構成は放棄してもかまわないということになるのかもしれない。

しかし現時点では、判例上、不法行為にもとづく損害賠償請求権を消滅させることが著しく正義・公平の理念に反する結果を招来する場合一般について民法724条後段の縮小解釈が肯定されるまでには至っていない。それゆえ少なくとも現時点では、除斥期間経過による権利消滅についての主張を信義則違反ないし権利濫用を理由に封じるという構成をあっさりとは放棄してしまうことにはひっかかるものがあるのである。むしろ放棄する前にこの構成の成立可能性についてもう一度吟味してみることが必要なのではあるまいか。

(6) 以上のような認識から、本稿では、最高裁により二度まで否定されたものではあるが、除斥期間の主張を信義則違反または権利濫用であるとして封じるという構成の成立可能性について検討を試みたい。

以下では、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は主張自体失当であるとする判例の論理について確認した上で(=二)、除斥期間経過による権利消滅の主張について信義則違反を問題にする可能性を実体法的側面と訴訟法的側面の双方から検討する(=三)。

二 判例の論理の確認

(1) 平成元年判決は、不法行為をめぐる法律関係の速やかな確定を意図する民法724条の趣旨から、前段も後段も消滅時効を定めたものと解すべきではないとして民法724条後段を除斥期間と解した。しかし、除斥期間の徒過を主張することが信義則違反又は権利濫用にあたるとする主張は主張自体失当であ

るという結論は、援用不要という除斥期間の性質から導かれていることに注意が必要である。すなわち、除斥期間の徒過を主張することが信義則違反又は権利濫用にあたるとする主張は主張自体失当であるという結論は、援用不要という除斥期間の性質から形式的に導かれたものであり、実質的理由づけ——たとえば不法行為をめぐる法律関係を速やかに確定すべきことが当事者間の公平に優先するなどというもの——によるものではない。それだけにいともあっさりとして除斥期間の徒過を主張することが信義則違反であるという主張が退けられてしまったわけである。

それでは、援用が不要であるということからいったいどのようにして除斥期間徒過の主張を信義則違反又は権利濫用とする余地がないという結論が導かれたのか。信義則違反を理由に除斥期間経過についての主張を封じるという構成の成立可能性について検討するには、まずこの点について確認しておくことが必要である。

(2) 最高裁が、除斥期間の徒過を主張することが信義則違反又は権利濫用にあたるとする主張は主張自体失当であるという結論を導いたのは、除斥期間については当事者からの主張がなくても裁判所が除斥期間の経過による請求権の消滅を判断すべきであるという理由によるものである。最高裁の考え方を敷衍すると次のようなことになる。

すなわち、かりに裁判所が除斥期間の経過を理由として権利が消滅したとの判断を下すための要件として、債務者自身が除斥期間の経過により権利が消滅した旨主張することが必要とされているのであれば、そのような主張を信義則違反を理由に封じるということが考えられる。そして、そのような主張が信義則違反として封じられる場合には、裁判所も除斥期間の経過により権利が消滅したと判断することはできなくなる。しかし、除斥期間については、債務者自身が除斥期間の経過により権利が消滅したと主張することは実体法上も訴訟法上も要件とはされていない¹⁶⁾。したがって、現実に加害者が訴訟において除斥期間の経過により権利が消滅した旨主張し、そのことがいか

に不誠実な態度と見られるとしても、そのような主張は裁判所が除斥期間の経過により権利が消滅したとの判断を下すうえではもともと不要なものであるから、それを信義則違反を理由に封じることで損害賠償請求権の有無についての判断を左右するということはありえないというのである。

三 除斥期間経過による権利消滅の主張について信義則違反を問題にする可能性

学説の中には、判例の考え方とは異なり、除斥期間の経過による権利消滅を主張することが信義則違反とされる余地があるとの見解がみられるが、果たしてそのように扱う余地はあるのであろうか。このことを明らかにするには、除斥期間経過による権利消滅という効果が実体法上どのようにして生じるか、また訴訟上どのようにして判断されるものかを確認することが必要であると思われる。そして、そのいずれについても加害者・被告の主張が不要というのであれば、除斥期間の経過による権利消滅を主張することが信義則違反とされる可能性は否定されることになる。というのは、このような場合にはそもそも加害者・被告はなんらの主張もすることなしに勝訴しうるのであるから、加害者・被告の主張を封じたところで結論を変えることなどできないと考えられるためである。

1 実体法上の問題

実体法上、除斥期間経過による権利消滅がどのようにして生じるものとされているか、ということとの関係だけをみれば、加害者が除斥期間の経過に

16) 平成元年判決の調査官解説である河野・前掲613頁が、平成元年判決を要約するに際して次のように記述していることに注意すべきである。すなわち、当事者による除斥期間経過による請求権消滅の主張は、民法724[条後段の規定の適用に関し、実体法上も手続法上も要件ではないから、その期間の経過やこれによる請求権消滅の主張をもって信義則違反、又は権利濫用と評価すべき対象となる行為はなく、主張自体失当である旨を述べ]たものである、と(傍点引用者)。

よる権利消滅を主張することを信義則違反として扱う可能性は否定されざるをえない。というのは、実体法上の説明としては、除斥期間の経過による権利消滅という効果は起算点から一定期間が経過することにより当然に生じるものとされており、消滅時効のように効果の発生が援用権者の援用にかからしめられるものではないからである。このことは除斥期間と消滅時効の相違として異論なく認められているところである¹⁷⁾。権利消滅という効果が時間の経過のみによって生じるものであるならば、加害者の主張——これはもともと不要なものとされている¹⁸⁾——を封じたところで権利消滅という結論を動かすことはできない。

2 訴訟法上の問題

以上のように、実体法上、除斥期間経過による権利消滅がどのようにして生じるものとされているかということとの関係では、加害者が除斥期間の経過による権利消滅を主張することを信義則違反として扱う可能性は否定されざるをえない。

しかしこのことからただちに加害者が除斥期間の経過による権利消滅について主張することを信義則違反として扱う余地はないとの結論を導くことはできない。というのは、訴訟において被告・加害者が除斥期間の経過により損害賠償請求権が消滅した旨主張することとの関係で信義則違反を問題にする可能性が残っているからである。もしも訴訟において被告・加害者によって除斥期間の経過により損害賠償請求権が消滅した旨主張されることが除斥期間経過による権利消滅を理由とする原告・被害者敗訴判決の前提として必要であるのであれば、そのような主張との関係で信義則違反を問題にするこ

17) 我妻榮・新訂民法総則（岩波書店，1965年）438頁，川島武宜・民法総則（有斐閣，1965年）574頁，星野英一・民法概論Ⅰ（良書普及会，1971年）292頁，幾代通・民法総則〔第2版〕（青林書院新社，1984年）601頁，四宮和夫・民法総則〔第4版〕（弘文堂，1986年）330頁，北川善太郎・民法総則（有斐閣，1993年）235頁，内田貴・民法Ⅰ〔第2版補訂版〕（東京大学出版会，2000年）326頁以下などわが国の代表的な体系書・教科書を参照。

18) 要件ではない。

とが考えられよう。そして信義則違反を理由として訴訟における被告・加害者の主張が封じられるということが起これば、除斥期間経過による権利消滅を理由とする被害者の敗訴という結論も動くことになる。

ここで問題となるのが、我が国の民事訴訟法の原則である弁論主義との関係である。弁論主義が妥当する場合には、主要事実については当事者が主張しないかぎり裁判所は判決の基礎として採用することができない。このことを民法724条後段との関係でみると、弁論主義が妥当する場合には、当事者が①除斥期間の起算点となる事実および②20年の期間の経過について主張しないかぎり、裁判所は民法724条後段によって損害賠償請求権が消滅したとの判決を下すことができないということになる¹⁹⁾。そこで、加害者が上記①②の事実を弁論に現出させる行為を信義則違反を理由に封じることによって、民法724条後段適用による被害者敗訴の判決を妨げる可能性が問題になる²⁰⁾。

以上のことから、以下では次のような順序で検討を試みたい。

まず第一に、除斥期間についても弁論主義の適用があるのかどうか。弁論主義の適用が否定されるのであれば、訴訟における被告・加害者の主張との関係で信義則違反を論じる余地は否定されることになる。というのは、この場合には除斥期間経過の事実を当事者が主張しなくても、裁判所は除斥期間の経過を理由とする原告敗訴の判決を下すことができるからである。つまり

19) 参照、河野・前掲613頁。

20) 「加害者と被害者間の具体的事情からみて、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おいてまで損害賠償請求権の除斥期間の経過による消滅という法律効果を認めることは民法七二四条後段の趣旨に反するものであるといえる。したがって、右のような特段の事情が認められる場合には、加害者において訴訟上、除斥期間の経過の事実を主張することは権利の濫用に当たると解するのが相当である」(傍点引用者)とした京都地判平成5年11月26日判時1476号3頁はこのような考え方によるものか。さらに「債務者が時効を援用し、又は除斥期間が経過したことを主張するのはいずれも講学上の抗弁に他ならない。当裁判所は右の抗弁の主張自体を権利の濫用と解し、これを許さないとするものであるから、概念上除斥期間としたからといって結論に差が生じ得べきものではない」とした名古屋地判昭和60年10月31日判時1175号3頁も、「講学上の抗弁」というのが実体法上のものでなく訴訟法上のものであるなら同旨ということになろう。

この場合には被告・加害者の主張を封じたところで結論は動かさない（もちろん民法724条後段の縮小解釈をすれば別である）。

第二に、除斥期間についても弁論主義の適用があるとした場合に、なお訴訟における被告・加害者の事実主張を封じることで民法724条後段の適用を妨げるという構成の成立をさまたげるものがないかどうかである。

(1) 除斥期間についても弁論主義の適用があるか

除斥期間については職権で判断できる、と言われることがある²¹⁾。この表現は本来、除斥期間については消滅時効と異なり援用が必要とされない、ということの言い換えに過ぎないものと思われる²²⁾。しかし、除斥期間については職権で判断することができるということを、除斥期間については職権探知が許されるという意味に解する立場も、あるいは存在するかもしれない。というのは、「過失相殺については職権で斟酌できる」というドイツ法由来の表現が、わが国の学説上で「過失相殺については職権探知が許される」という意味に解されたことがあるからである²³⁾²⁴⁾²⁵⁾。したがって、除斥期間は職権で判断できるという表現を職権探知が許されるという意味に解する立場があったとしても不思議ではない。

しかし、かりに除斥期間については職権探知が許されるという理解があるとすれば、そのような見解についてはとうてい支持しえないものといわざるを得ない。というのは、弁論主義はわが国の民事訴訟の大原則であり、職権

21) 注釈民法(5) (有斐閣, 1967年) 16頁 (川島武宜執筆), 星野・前掲292頁, 内田・前掲326頁以下。

22) この表現はドイツ民法学に由来するものであると思われる。ところでドイツ民法学上、いずれも実体法上の意味における抗弁権 (Einrede) と抗弁 (Einwendung) の違いを説明する際に、後者については職権により (von Amts wegen) 顧慮することができるとの説明がなされることがあるが、これは抗弁 (Einwendung) について職権探知が許されるということの意味するものではなく、単に援用が必要とされないとの意味にすぎないことに注意すべきである。参照、倉田卓次「職権による過失相殺」別冊ジュリスト・続民事訴訟法判例百選 (有斐閣, 1972年) 132頁以下。除斥期間は職権で判断するというのは、除斥期間が抗弁権 (Einrede) ではなく抗弁 (Einwendung) だからである。

探知が許されるのはよほど強度の公益性がある場合に限られるとされているからである。公益が問題になる物権法の領域でも弁論主義が妥当していること、さらに民法90条との関係においてすら弁論主義の適用を否定することに消極的な見解がみられる²⁶⁾ことに鑑みれば、なにゆえ公益が問題とならない²⁷⁾²⁸⁾民法724条後段との関係で職権探知が許されるということになるのか理解しがたい。やはり民法724条後段との関係でも弁論主義の適用があるといわざるをえない。

なお、平成元年判決が「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と判断すべきであ」としたことについて、これが弁論主義を否定したものであるとの理解²⁹⁾とそうではないとの理解³⁰⁾があるが、後者のように解すべきである。後者のように理解しても平成元年判決を説明できる以上、あえて民事訴訟の大原則を

23) 参照、倉田・前掲132頁以下。

24) 注釈民事訴訟法(3) (有斐閣, 1993年) 67頁以下 (伊藤眞執筆) によると、債権者の過失を基礎づける具体的事実が主要事実であり、これについて弁論主義の適用を認めるのが今日の多数説であるという。ただし、高橋宏志・重点講義民事訴訟法〔新版〕(有斐閣, 2000年) 388頁は、過失相殺について弁論主義の適用を否定するのが多数説であるとする。

25) なお、谷口安平・口述民事訴訟法 (成文堂, 1987年) 215頁以下は、最判昭和43年12月24日民集22巻13号3454頁が過失相殺は債務者の主張がなくても職権であることができるとしたことについて、ことさら「職権で」などと言う必要はなかったと指摘される。

26) 参照、司法研修所民事裁判教官室・民事訴訟における要件事実第一巻〔増補版〕(法曹会, 1986年) 15頁以下、松本博之＝上野泰男・民事訴訟法 (弘文堂, 1998年) 36頁以下。ただし多数説は民法90条については弁論主義の適用を否定する。参照、高橋・前掲386頁。なお、民法90条違反とされる場合については弁論主義の適用が否定される場合とそうでない場合があるとする見解として、山本和彦「狭義の一般条項と弁論主義の適用」太田知行＝中村哲也編・民事法秩序の生成と展開 (創文社, 1996年) 所収67頁以下とくに81頁以下、坂田宏「公序良俗」法学教室219号 (1998年) 35頁以下。

27) しいていえば濫訴の防止や裁判所の負担の軽減などについての公益が問題になるといえなくもない。しかしこれらは消滅時効についても問題になるものであることに注意すべきである。

28) なお、除斥期間とされるもののなかには高度の公益性にもとづくものとそうでないものがあり、民法724条後段が後者であるとの指摘として、半田吉信「判批」民商法雑誌103巻1号 (1990年) 141頁以下、新井敦志「除斥期間再考——『速やかな権利行使の促進』『公益性』に関して——」民法学の新たな展開 (1993年) 所収91頁以下とくに110頁以下。

修正したものと読むべきではあるまい。その場合には、「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」というのは、「本件請求権が除斥期間の経過により消滅した旨の法律上の主張がなくても」の意味であって、「除斥期間の経過についての事実主張がなくても」の意味ではないことになる。

(2)その他の問題

以上で除斥期間についても弁論主義の適用があると解すべきことを確認した。除斥期間についても弁論主義の適用があるということからすると、加害者被害者間の紛争の経緯に照らして加害者が除斥期間経過の事実を抗弁として主張することは信義則違反にあたり許されない、とすることで主要事実が弁論に現れることを妨げ、その結果として裁判所による民法724条後段の適用を妨げることが可能のようにも思われる。しかしこの構成の成立可能性についてはなお問題にすべきことがある。

①顕著な事実についての主張の要否との関係

周知のように、裁判所に顕著な事実の扱いについては学説上争いがある。すなわち、顕著であるということは立証が不要であるというだけであって、主要事実である以上は当事者による主張を必要とするというのが通説的理解であるが³¹⁾、顕著な事実については主張も不要とする有力説が存在しているのである³²⁾。この有力説によると、被告・加害者の事実主張を封じることよ

29) 大村・前掲2132頁、石松勉「除斥期間の経過と信義則に関する一考察」岡山商大法学論叢第1号(1993年)53頁以下とくに71頁および86頁。なお、これらの見解は、除斥期間についても弁論主義の適用を否定すべきでないとしている。参照、大村・前掲2134頁、石松・前掲71頁。

30) 河野・前掲613頁、三輪・前掲34頁以下。なお、平成10年判決の調査官解説である春日・前掲90頁が、除斥期間経過による損害賠償請求権の消滅の例外事由の主張立証責任は原告にあるがこのことは請求原因を主張する過程で当然に主張されるから弁論主義違反の問題は起こらない、としているのも、除斥期間についても弁論主義の適用が否定されていないとの理解を前提とするものであろう。

て除斥期間経過を理由とする原告・被害者敗訴判決を妨げることは不可能となる。というのは、有力説にしたがうと被告による抗弁の提出をまたずに除斥期間経過の事実を認定できることになるからである。すなわち、不法行為による損害賠償を求める原告は、加害行為が行われたのが何時かについてまで具体的に主張するのが通常であろう。また、何時原告が訴えを起したかは裁判所に顕著な事実である。そこで、顕著な事実については主張が不要であるという見解にしたがうと、原告主張にかかる加害行為の日時から起算して20年以上経過後に訴えが提起されている場合には、被告による抗弁の提出をまたずに除斥期間経過の事実を認定して原告敗訴の判決を下すことが可能となるのである³³⁾³⁴⁾。

これに対し、顕著な事実の主張の要否について通説的理解にしたがうのであれば、被告の主張がなければ除斥期間経過の事実を認定できないという場合もあろう。そのような場合には、被告による抗弁事実の主張が信義則違反にあたり許されないとすることで、除斥期間経過を理由とする原告敗訴判決を回避することができよう。

②主張共通の原則との関係

弁論主義が妥当する場合には、主要事実については当事者が主張しないか

31) 兼子一・新修民事訴訟法体系〔増訂版〕(酒井書店, 1965年) 250頁, 新堂幸司・新民事訴訟法(弘文堂, 1998年) 473頁, 伊藤眞・民事訴訟法(有斐閣, 1998年) 297頁, 中野=松浦=鈴木編・新民事訴訟法講義(有斐閣, 1998年) 251頁(春日偉知郎執筆)など。

32) 三ヶ月章・民事訴訟法〔第3版〕(弘文堂, 1992年) 428頁。

33) 事実欄の掲載が省略されているため当事者がどのような主張をしたのかが明らかでないが、最判昭和54年3月15日訟務月報25巻12号2963頁の第一審判決(神戸地判昭和50年2月21日)は、顕著な事実であるということから当事者が主張していない除斥期間経過の事実を認定したのか。

34) なお、除斥期間について弁論主義を否定するのと顕著な事実について弁論主義を否定するのでは、除斥期間の起算点となる事実について当事者の主張が裁判所を拘束するかどうかで違いがあろう。すなわち、提訴日から20年内の日を加害行為が行われた日と特定して訴えが提起された場合に、提訴日から20年以上前の日を加害行為が行われた日と認定して除斥期間経過による権利消滅を判断できるかどうかで違いが生じるものと考えられる。

ぎり裁判所は判決の基礎として採用することができない。ただしこの場合、主要事実についての主張は原告被告のどちらが行ったものであるかは問われないことに注意が必要である。すなわち、法規の適用によって利益を受ける当事者が当該法規の要件に該当する事実を主張しなければならぬというわけではないのである³⁵⁾。したがって、被告・加害者だけでなく原告・被害者も除斥期間経過の事実を主張してしまっているという場合には、被告・加害者の事実主張を封じたところで除斥期間の経過による権利消滅を理由とする原告敗訴の結論を動かすことはできないはずである。このような場合に除斥期間の経過にもかかわらず加害者に賠償を命じるためには民法724条後段の縮小解釈によらざるをえないと思われる。このことからすると民法724条後段の縮小解釈論のほうが、除斥期間の経過による権利消滅についての主張を権利濫用や信義則違反を理由に封じるという構成より守備範囲が広いということがいえよう³⁶⁾。

四 結論

本稿では、加害行為の時から20年が経過したにもかかわらず加害者に賠償を命じるべき場合に用いるべき法律構成として、除斥期間の経過による権利消滅を主張することが権利濫用や信義則違反にあたり許されないとする構成の可能性について検討した。その結論はつぎのとおりである。

弁論主義が妥当する場合には、主要事実については当事者が主張しないかぎり裁判所は判決の基礎として採用することができないが、除斥期間について弁論主義の適用がないと考える理由はない。そこで被告・加害者による抗

35) なお、主張共通の原則を否定する少数説も存在する。参照、井上治典「手続保障の第三の波(二・完)」法学教室29号(1983年)19頁以下。

36) それゆえ、民法724条後段による権利消滅を認めることが著しく正義・公平の理念に反する結果を招来する場合一般について民法724条後段の効果が生じないとするよう判例が態度を改めたときには、除斥期間の経過による権利消滅を主張することが権利濫用や信義則違反にあたるという構成は放棄してよい。

弁の提出によってはじめて裁判所による民法724条後段の適用が可能となる場合には、被告・加害者による抗弁の提出を信義則違反を理由に封じることによって民法724条後段適用による被害者敗訴の結論を動かすことができる。

ただし以上の構成については主張共通の原則による制約がある。すなわち、除斥期間経過の事実を原告・被害者自身が主張してしまっている場合には、信義則違反を理由として被告・加害者による抗弁事実の主張を封じたところで裁判所による民法724条後段の適用をさまたげることができないはずである。このような場合には民法724条後段の縮小解釈によるほかない。

以上のように、除斥期間の経過による権利消滅を主張することが権利濫用や信義則違反にあたることを構成には実際上の制約があるが、およそ成り立たないというわけではない。そうであるならば、問題の所在で述べた理由から、現時点ではこの構成を放棄してしまうべきではないと思う。

(2000年7月28日脱稿)