

Title	民法724条前段の主観的起算点と違法性の認識
Sub Title	Le point de depart de la prescription extinctive en matiere de la responsabilite delictuelle et la connaissance de l'illegalite
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2012
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.24 (2012. 10) ,p.87- 162
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20121029-0087">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20121029-0087</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 民法724条前段の主観的起算点と 違法性の認識

平野 裕之

- 1 はじめに
- 2 問題の整理
- 3 724条前段をめぐる前提議論の確認
- 4 724条前段の起算点と違法性の認識をめぐる学説・判例
- 5 検討及び本稿の立場
- 6 終わりに

## 1 はじめに

民法は不法行為による損害賠償請求権（以下、不法行為債権という）について3年の短期消滅時効の導入する反面、起算点について「被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から」時効を起算すると規定をしている（民法724条前段—以下、民法は条数のみで引用）。

通常的不法行為では、被害者が不法行為を基礎づける「事実」を知れば、「違法」であり「損害賠償請求ができる」と「考える」はずである。被害者による事実の認識と違法性の評価を区別する必要はない（暴行、窃盗、滅失・毀損等）。ところが、現代社会では、先物取引、デリバティブ取引等の投機的取引において、専門的知識のない消費者が事業者により勧誘されて取引を行って損失を被った場合、事業者の説明義務違反等の不法行為が成立することがあるが、消費者は適法行為であり単に運が悪かったと諦めてしまいがちである。こ

れを上記の724条前段の起算点にあてはめると、166条に対して「損害及び加害者を知った」という要件の加重をただけなので、消費者が違法性に気がつかなくても、事業者に対する不法行為債権についての消滅時効は進行してしまうのであろうか。

本稿では、これまで深く議論されてこなかった違法性の認識と724条前段の起算点の問題について検討してみたい。なお、学説・判例の引用文における下線部はすべて筆者によるものであることを予め断っておく。

## 2 問題の整理

### (1) 時効期間の短期化と事実上の権利行使障害事由の考慮

民法は、「権利を行使することができる時」を消滅時効の起算点についての原則とすることを宣言しており（166条）、「権利を行使することを得る時とは、法律上之を行使し得べき時を意味し、事実上之を行使するや否やは何等関係なき」と考えられている<sup>1)</sup>（いわゆる客観的起算点）。従って、166条を適用すれば、次の【1. 原則】のようになる。

---

1) 大判昭12.9.17民集16巻1435頁（本稿では、古い判決文や学説の引用は平仮名に変更し適宜濁点句読点を付けた）。また、大判大4.3.2民録21輯439頁は、出世払特約つきの貸金債権（不確定期限）について、「債権の消滅時効は債権者が権利を行使し得べき時より其進行を始むるものにして、不確定期限の債務と雖も其到来の時より債権者は弁済を請求し得べく之と同時に消滅時効は当然進行すべく、債権者が期限の到来を知ると否と又其過失の有無を問ふことを要せざるものとす。蓋し債権が時効に因りて消滅するは債権者が権利を行使し得べくして之を行使せざるに基因し、債権者の権利行使に過失あることを要するものにあらず、債権者の過失なくして期限の到来を知らざるも毫も時効の進行を妨ぐることな」いからであるとした。最判昭49.12.20民集28巻10号2072頁も、「消滅時効の制度の趣旨が、一定期間継続した権利不行使の状態という客観的な事実に基づいて権利を消滅させ、もって法律関係の安定を図るにあることに鑑みると、右の権利を行使することができるとは、権利を行使し得る期限の未到来とか、条件の未成就のような権利行使についての法律上の障害がない状態をさすものと解すべきである」、「準禁治産者が訴を提起するにつき保佐人の同意を得られなかったとの事實は、権利行使についての単なる事実上の障害にすぎない」という。

**【1. 原則】 事実上の権利行使障害事由は考慮されないのが原則**

①例えば、不当利得の事実を知らず債権の成立を知らなかったり、不当利得は知っていても債務者（不当利得者）を知らなくても（「知った」ことを要件とする主観的起算点の問題）、

②債権成立の可能性は認識しているが、債権の成立が争われているも——これも、①契約締結の有無といった「事実」の有無が争われている事例と、②表見代理の成立等事実の「法的評価」が争われている事例とが考えられる——、

③債権の成立は知っているが、①債権者が病気等により事実上権利行使ができない、②夫婦の間の権利である等の事情により権利行使（提訴）を事実上期待できなくても（権利行使期待可能性の問題→①が主観的起算点で考慮されるのに対し、完成停止で考慮される）、消滅時効は起算されまた完成することになる。①～③の事情は事実上の権利行使障害事由にすぎないからである。

このように①も③も事実上の権利行使障害事由であるが、例外的に一定の場合にはこれが考慮されている。但し、①と③とで債権者保護の実現方法は異なっている。即ち、①については、例外的に一定の類型では主観的起算点制度が導入され、また、③についても、一定の類型に限定して権利行使が事実上期待できない場合が時効の完成停止事由とされている（いずれについても包括的規定はない）。かくして、①か③かによる次の【2. 例外】のような民法の制度設計の棲み分けがなされているのである（②は、①の知ったといえるための要件充足の問題か、それとも①の要件は充足しつつも③に準じて考慮されるべきものかは微妙である）。

**【2. 例外】 事実上の権利行使障害事由考慮の2つの方式**

①は主観的起算点制度により一定の規定において起算点において考慮されている（126条、426条、724条など）。起算点での考慮では、

①起算点なので、事実上の権利行使障害事由がなくなってから時効期間が

そのまま起算されるが、他方で、

⑥客観的起算点からの二重期間によりデッドラインが設定され、事実上の権利行使障害事由があっても別の時効期間（または除斥期間）が完成する。

③は「停止」事由として一定の事由が時効完成を猶予する事由として認められる（157条～161条）。完成停止事由での考慮では、

①事実上の権利行使障害事由がなくなってから時効の完成が6箇月（158条～160条）または2週間（161条）猶予がされるだけであり、

②客観的起算点からの二重期間によるデッドラインはなく、事実上の権利行使障害事由がある限りいつまでも時効完成は猶予される。

この【2. 例外】の棲み分けを尊重すると、明文規定がない事例についての処理は次のようになろう。

①の主観的起算点では、起算が延期され起算後は時効期間がそのまま計算されることになり、デッドラインを画する二重期間制度により補完されることが必要なため、二重期間とセットで明文により規定されている場合にのみ認められ、166条の起算点の規定を主観的起算点に転用することは許されない（大判昭12.9.17 [→注1]）が不当利得返還請求権につきこの点を指摘する）。③の主観的起算点として問題になる事由以外については、完成停止事由を解釈により拡大をする余地はあるものの（完成停止事由の類推適用ないし完成停止規定を例示列挙として広く規定のない場合にも認める）、その事実上の権利行使障害事由が存在する限り永遠に時効が完成しないので、民法が停止事由を限定したことを重視すれば、やはり拡大する運用には慎重にならざるをえない。

## (2) 724条における主観的起算点と違法性の認識

(a) 不法行為債権における主観的起算点の導入

債権者が債権の成立や債務者を知らず権利行使を期待できないという問題に最も直面する債権が、不法行為債権である。旧民法のように、不法行為債権について特別の規定を置かない立法もあり、当時はフランス民法等に見られるよ

うにこのような立法は少なくなかった。それでも、原則的時効期間が30年であったため、実際には不都合を露呈しませんでした<sup>2)</sup>。

ところが、不法行為債権については、19世紀に時効期間の短期化が検討された際に、客観的起算点が適切ではないことが気づかれる。そのため、不法行為債権について、時効期間の短期化と共に上記【1. 原則】の①の点を考慮する主観的起算点——債権者が債権の成立と債務者を知ることを要件とする時効の起算点——が、時効制度の歴史上初めて導入されたのである<sup>3)</sup>（プロイセン一般ラント法、スイス債務法、ドイツ民法、オーストリー民法等）。完成停止によらなかった理由は明確ではないが、債権発生当初からの事由であること、また、二重の期間によるデッドラインを設ける必要性を理由として考えることができる（完成停止では停止事由がある限り永遠に時効が完成しない）。日本民法も不法行為債権につき、上記立法またドイツ民法草案に倣い、時効期間を3年に短縮する一方で主観的起算点を導入した。即ち、不法行為債権は、「被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないときは、時効によって消滅する」と規定した（724条前段<sup>4)</sup>）。

724条前段は、「被害者又はその法定代理人」（以下、単に被害者という）が「損害及び加害者を知った」ことを必要としているので、主観的起算点制度では【1. 原則】の①だけが考慮されるかのようである。しかし、724条前段の解釈において、「損害及び加害者を知った」というのは「事実上の権利行使障害事由」が解消されたことの例示にすぎず、究極的な趣旨は事実上の主観的事情

2) 短期消滅時効制度（170条～174条及び商事特別時効）は、契約上の代金債権が対象とされているので起算点で問題は生じることはない。そのため特に主観的起算点制度を導入する必要はなく、また、主観的起算点と結びついた二重期間制度も必然的に不要となる。

3) 近時、世界的に消滅時効の原則的時効期間が3年や5年といった短期化がされるようになると、起算点について配慮せずに短期化することは債権者保護との調整という観点から問題視され、短期化をする立法は必然的に主観的起算点の導入を伴っている。こうして、時効期間の短期化は、時効完成時における完成停止において債権者保護との調整を行うだけであった従前の立法に対し、必然的に再考を促し起算点について主観的起算点の導入をもたらしたのである。

による権利行使障害事由を考慮するものであり、権利行使をしなかったことを権利の上に眠る者として非難しないことにあり、その趣旨に沿って「知った」という文言に拘泥しないで運用することが許されるべきである。次に違法性の認識との関係で問題提起を試みよう。

(b) 主観的起算点と違法性の認識

(ア) 主観的起算点は解釈により拡大されている 724条は「損害及び加害者を知った」と規定はしているが、判例は、後述するように債権の成立と債務者、換言すれば「不法行為債権の成立」を知ることを必要として、被害者が違法性を「知った」ことが必要となることを当然視している。他方で、学説では、違法性については「認識可能性」でよいという主張が通説といえ（後述）、下級審判決の中にも、違法性判断が容易ではない消費者取引事例において、違法性についてはその認識可能性を問題にする判決が散見される（4(3)の下級審判決d②②③等）。「知った」という要件に忠実にあてはめられているわけでは

---

4) 比較的近時の民法724条の論文には以下のようなものがあるが、殆どは後段の議論である。新美育文「不法行為損害賠償請求権の期間制(1)(2・完)」法時55巻4号27頁、55巻5号(昭58)106頁、田口文夫「不法行為に基づく損害賠償請求権と長期の期間制限(1)(2)」『民事法の諸問題Ⅶ』(平4)167頁、専修法学論集58号(平5)43頁、石松勉「民法724条後段20年の期間制限に関する判例研究序説(1)～(3・完)」岡山商大法学論叢2号41頁、3号111頁、4号(平6～8)83頁、同「民法724条にいう『不法行為ノ時』の意義」岡山商大法学論叢5号(平9)65頁、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」香川法学25巻1号(平17)51頁、原田綾「不法行為損害賠償請求権の期間制限について(1)～(3)」法研論集94号414頁、95号344頁、96号(平12)254頁、采女博文「民法724条後段をめぐる学説の動向について」鹿児島大学法学論集36巻1号(平13)1頁、手塚一郎「民法724条後段の法的性質(1)～(5)」法研論集102号286頁、103号310頁、104号222頁、107号264頁、111号(平14～16)324頁、松本克美「民法724条後段『除斥期間』説の終わりの始まり」立命304号(平18)316頁、同「民法724条後段の『不法行為の時』と権利行使可能性」立命307号(平18)148頁、同「後発顕在型不法行為と民法724条後段の20年期間の起算点」立命310号(平18)424頁、金山直樹「床下事件を考える」淡路剛久先生古稀祝賀『社会の発展と権利の創造』(平24)487頁等がある。724条前段の起算点を議論したものとしては、松本克美「民法724条前段の時効起算点」立命286号(平14)243頁、松久三四彦「不法行為損害賠償請求権の短期消滅時効」同『時効制度の構造と解釈』(平23)451頁以下がある。

ないのである。

確かに、殆どの不法行為では「事実」を知るだけで不法行為債権の成立を知ったと評価することができよう。しかし、違法性判断が一般人には容易にはできない場合には、事実関係を「知った」ことが当然に不法行為債権の成立を知ったとはいえない事態が生じてくる<sup>5)</sup>。被害者が違法とは考えず、損害賠償請求をしない事例である<sup>6)</sup>。違法とは考えず、権利行使をしないことが権利の上に眠っていると非難できない事例である。このような事例も、724条前段の起算点を当てはめて被害者の救済を図る必要がある。ただ厳密に言えば、事実は「知った」かどうか、評価はたとえば違法と「考える」ないし「思う」かどうかを問題にすべきである（どの程度自信を持って「考える」かという程度問題もある）。

(イ) **判例では未解決の問題点** 判例は、①「損害」を知るという要件につき、「不法行為による損害」であることを知ることを必要とし（→判例①〔大判7.3.15〕）、また、②「加害者」を知るという、損害賠償義務者を知ること、使用者責任の場合には、使用関係や事業執行性等使用者責任の要件が充たされていたことを知ることを必要とし（→参考判例③）、すべて問題を、「知った」ことを問題とする主観的起算点にあてはめて解決しようとしている。即ち、判例は、一般論としては違法性も含めて起算点をめぐる議論においては「知った」という要件にあてはめて考えている。

上記のように不法行為を基礎づける事実の認識とその違法性の評価を分ける

5) 佐久間毅「判批」金法1928号（平23）45頁が適切に問題提起しているように、「加害行為が不法行為を構成するかどうかは規範的な評価に属する事柄であるため、問題とされるべきは、被害者が不法行為を構成するとの評価に現に至っていたことが必要か否か、そこまでの必要はないとする場合には、どの程度の評価の前提となるどのような事実の認識が必要になるか、である」といった問題である。

6) 筆者は、説明義務違反の事例についてこの問題を扱った最判平23.4.22民集65巻3号1405頁の評釈を行った際に、紙数が制限されていたために724条の問題について検討できなかった。この事件をめぐっては4つの最高裁判決があり（鈴木尊明「契約締結前の説明義務違反と契約責任」Law&Practice 6号（平24）169頁以下参照）、724条前段の時効の起算点についても議論されている（→判例⑤〔最判平23.4.22〕）。



までもなく、例えば詐欺の事例では、被害者が詐欺の「事実」を「知った」ことだけを問題にすれば足りる。詐欺に等しい悪質性の高い説明義務違反の事例について近時最高裁判決（判例⑤〔最判平23.4.22〕）が出されており、被害者による違法性の認識が724条前段の起算には必要なことを受け入れた上で、経営破綻し投資をしても損失を被ることが事実上確定していたのにも拘わらずその説明をしないで投資の勧誘をした事実を知れば違法性を知ったものと認めている（時効完成を認めなかった原審判決を破棄<sup>7)</sup>）。しかし、先物取引における説明義務違反のような違法性判断が容易ではない消費者取引事例について、724条前段の起算点をめぐる問題を扱った最高裁判決は未だなく、若干の下級審判決が散見されるのみである。

以下には、①先ず724条前段の前提理論を、時効期間の3年への短期化の根拠、及び、主観的起算点の趣旨・意味について必要な限りで一般的議論の確認をし、②その後、違法性の認識をめぐる判例・学説を紹介し、③最後に検討を加えてみたい。

### 3 724条前段をめぐる前提議論の確認

#### (1) 短期の消滅時効を導入した趣旨<sup>8)</sup>

724条前段の3年の短期消滅時効制度を導入した趣旨の理解を起算点の解釈に反映させる学説もあり、そのことの検証を兼ねて、724条前段の3年の短期消滅時効制度を導入した趣旨を確認しておこう。

---

7) 公的資金注入の可能性があれば破綻し損失を受けるかどうか未確定であるが、もはやそのような状況にはなかったため微妙な違法性判断が必要な事例ではない。

8) 民法724条の沿革については、内池慶四郎「不法行為による損害賠償請求権の起算点」同『不法行為責任の消滅時効』（平5）3頁以下、拙稿「不法行為債権の消滅時効をめぐる比較法的一瞥」『慶應の法律学 民事法』（平20）165頁以下、同「不法行為債権の消滅時効をめぐる立法論的考察(1)(2)・完」慶應法学12号（平20）171頁以下、13号（平21）1頁以下参照。

## (a) 判例（加害者保護）

判例は、「民法724条が短期消滅時効を設けた趣旨は、不法行為に基づく法律関係が、通常、未知の当事者間に、予期しない偶然の事故に基づいて発生するものであるため、加害者は、損害賠償の請求を受けるかどうか、いかなる範囲まで賠償義務を負うか等が不明である結果、極めて不安定な立場におかれるので、被害者において損害及び加害者を知りながら相当の期間内に権利行使に出ないときには、損害賠償請求権が時効にかかるものとして加害者を保護することにあると解される」と説明する（最判昭49.12.17民集28巻10号2059頁。最判平14.1.29民集56巻1号218頁も同旨）。次の学説のいずれを採用しているのか必ずしも明確ではないが、不法行為では証拠が散逸し時が経過すると事実認定が難しくなるため、①賠償義務者を解放するという私益的な理由、及び、②このようなやっかいな訴訟から裁判所を解放するという公益的な理由のいずれも含意しているものの、加害者保護をかなり強調した説明をしている<sup>9)</sup>（除斥期間ではなく時効と構成する以上、①が中心）。

## (b) 学説による根拠の説明

他方、学説は、どのような根拠を中心にすえて説明するかで、次のように3つの考えに分けることができる<sup>10)</sup>。但し、後述の①～③のどれを中心的理由

9) 裁判所の負担軽減という公益的根拠を含めず加害者保護だけを根拠にすると、加害者に故意または重過失がある場合には、724条前段の特別の保護を認めないという処理も可能になる。商法596条1項等の1年の消滅時効については、故意の場合には適用が否定されており（同条3項）、同様の処理を724条前段に行う余地はある（その場合、166条、167条1項を適用すべきか）。本稿の立場でも、公益的根拠を認めつつも加害者保護という点を中心として考えれば、このような処理も考えられるが、日本では援用権の濫用という一般条項による処理の可能性があるので、これに任せるのが日本の法的センスにより馴染むのかもしれない。

10) もちろん選択的な根拠ではなく、後述①と②を根拠にあげる説明もある（我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（昭12）214頁、沼義雄『綜合日本民法論別巻第5債権各論下』（昭18）445頁、加藤一郎『不法行為（増補版）』（昭49）263頁）、谷口知平・植林弘『損害賠償法概説』（昭39）178頁〔植林〕。鳩山秀夫『増訂改訂日本債権法各論（下）』（大13）947頁は後述①と不法行為を知ったのに長く放置する者は「法律の保護に値せず」という。

とするかという争いに過ぎず、①を中心として②③を考慮しうる事例もあるという程度に考えればよいと思われる。他の債権も時の経過と共に債権についてのその存否・内容について争う証拠が散逸していくが、不法行為債権については、弁済による消滅ではなく不法行為の成立をめぐって入口の所で債権の存否・内容が争点になるため、時の経過と共にその争いが熾烈になることは契約上の債権の比ではない。そのため、裁判所の負担軽減また被告とされる不法行為者側の利益——訴訟に煩わされる、場合によってはいわれのない責任を負わされる可能性さえある——を考慮して、不法行為債権について特別の時効制度を設けることは合理的なものである。

① 訴訟上の理由——加害者への配慮 起草委員の1人である梅謙次郎は、不法行為があったか、どのような損害が発生したか歳月を経ると証明することが極めて困難になるので、あいまいな訴訟の提起を避けるためという証拠法的な説明をしている<sup>11)</sup>。立証困難を中心的理由とする学説は現在でも依然として少なくない<sup>12)</sup>。

② 被害者側の事情——宥恕・放置 しかし、証拠が散逸するのは不法行為の時からなのに、3年の時効については被害者が損害及び加害者を知るといって主観にかかわっている点に着目し、末川博士は、被害者の憤怒の情が3年もすれば失われ、宥恕したものとみてよいということを根拠とする<sup>13)</sup>。また、

---

11) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』（大元年版復刻）917頁。民法施行直後は支配的な説明であった（岡松参太郎『註解民法理由下巻』（明30）次504頁等）。村上恭一『債権各論』（大3）1001～2頁、中村万吉『債権法各論』（大10）775頁、磯谷幸四郎『債権法論（各論）下』（昭4）897頁等も同様。横田秀雄『債権各論』（明45）903～4頁は、当事者の権利関係を永く不確定の地位に置くのは「公益上害ある」、不法行為ならびに加害者を知るのに救済を求めないのは被害者の怠慢といった説明をする。

12) 森島昭夫『不法行為法講義』（昭63）429頁、四宮和夫『不法行為』（昭62）646頁、新美育文「不法行為損害賠償請求権の期間制限（2・完）」法時55巻5号（昭63）107頁、佐久間・前掲判批46頁等。

13) 末川博「不法行為に因る損害賠償請求権の時効」同『私法の危殆』145頁以下。これに対しては、精神的損害はともかくも、財産的損害について、それが理由になるかは疑問であると言われている（内田貴『債権各論〔第3版〕』（平23）471頁）。

被害者が損害賠償を請求できるのにこれを放置した（権利の上に眠る）ということを根拠に求める考えもある<sup>14)</sup>。

③ 加害者の信頼 他方で、内池教授は、権利者が相当期間内に権利行使に出ない以上は、権利者が義務者を宥恕したか、あるいは、賠償の必要を認めないか何らかの理由から請求を断念したものと、損害賠償義務者の側で信頼することが自然であり、この信頼は正当であり、損害賠償請求権者が突如として態度を翻して賠償請求をすることは、義務者の正当な信頼を裏切るものとして許されないという信頼保護説を提案している<sup>15)</sup>。また、この観点から、「もとより義務者側のかかる信頼は、権利者が損害および加害者を知り、権利行使の現実の可能性を認識していることにより基礎づけられるのであるから、権利者に現実かつ具体的認識がない以上は、義務者の一方的な信頼は保護される根拠を欠く」と起算点の指針についても述べている<sup>16)</sup>。

起算点という観点から光を当てて考えてみると、①は不法行為時からあてはまるのに対して、②は被害者が不法行為により加害者による損害を受けたことを知った時からあてはまるものであり、また、③についても、加害者の信頼が起算しうるのは、②同様に被害者が加害者の不法行為により損害を受けたことを知った時からあてはまることになる。しかし、724条前段があえて3年について被害者が損害及び加害者を知った時を起算点としたのは、②③の根拠を顧慮したというのではなく、権利を失う被害者の保護を考えたにすぎず（権利行使期待可能性の保障）、この点から根拠を詮索するのは本末転倒ではなかろうか<sup>17)</sup>。

## (2) 166条を修正する趣旨（主観的起算点導入の理由）

### (a) 被害者保護

166条を不法行為債権に適用するのは適切ではないが、時効期間が20年であ

14) 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）』（平13）272頁。

15) 内池・前掲論文35頁、143頁以下。

16) 内池・前掲論文36頁。

17) 逆に、佐久間・前掲判批47頁は、短期化の根拠を起算点の解釈に反映させようとしている。

れば特に手当は不要である（724条後段）。しかし、3年に短期化するのであれば、この問題点に目を瞑るわけにはいかない。そのため、724条前段は、時効期間を3年に短縮することにより被害者救済が不当に制限されないように配慮しており、それが主観的起算点の導入である<sup>18)</sup>。短期化の要請とは抵触するが、主観的起算点を採用した以上、裁判所の負担軽減や加害者の解放という趣旨に対して被害者保護を優先させることを容認する趣旨であると考えられる。但し、永遠に起算を否定するのは耐えられないため、166条の原則的起算点（客観的起算点）に対応する不法行為時から20年というデッドラインを設定したのである（724条後段）。724条の原案起草者（穂積）は起算点の趣旨について詳しいことを説明していないが、権利を失う被害者である損害賠償請求権者保護への配慮によるものであることは疑いない<sup>19)</sup>。

#### (b) 事実上の権利行使障害の起算点での考慮

最判平17.11.21民集59巻9号2558頁は、「724条が、消滅時効の起算点を「損害及び加害者を知った時」と規定したのは、不法行為の被害者が損害及び加害者を現実に認識していない場合があることから、被害者が加害者に対して損害賠償請求に及ぶことを期待し得ない間に消滅時効が進行し、その請求権が消滅することのないようにするためであると解される」（最判平14.1.29民集56巻1号218頁参照とする）と、事実上の権利行使期待可能性を保障することが意図されているものと理解している。

---

18) 主観的起算点を導入しても、3年という「短期時効は短すぎて被害者に酷な結果をもたらすことが多く、解釈上の是正も必要であり、また、民法724条の改正さえ必要とする問題である」とさえ評されている（沢井・前掲書272頁）。

19) 起算点について主観的起算点を採用した理由について、判例は、「724条が、消滅時効の起算点を『損害及び加害者を知った時』と規定したのは、不法行為の被害者が損害及び加害者を現実に認識していない場合があることから、被害者が加害者に対して損害賠償請求に及ぶことを期待し得ない間に消滅時効が進行し、その請求権が消滅することのないようにするため」と説明されている（最判平17.11.21民集59巻9号2558頁）。起草者は、民法724条についてプロイセン一般ラント法及びドイツ民法草案に倣ったというだけであり、深く議論した様子は窺われない。724条前段の起草過程等につき、松本・前掲論文〔立命286号〕参照。

この趣旨からは、724条前段の「損害及び加害者を知った」という文言を超えて拡大して運用することが認められるべきである。①一方で知る対象を「損害及び加害者」に限定する必要はなく要件（使用者責任ならば使用関係等）に係わる一切の「事実」に拡大でき、②他方で、違法性の認識につき、被害者が違法と「考えた」かどうかを問題にすることが許されることになる<sup>20)</sup>。③また更には、不法行為債権の取得を知っていてもその行使の期待可能性がない場合にも、時効の起算をその事実上の権利行使障害事由がなくなるまで認めないことも可能になる。

他方で、知りえたではなく「知った」ことをあえて要件として被害者保護に傾斜しているが、デッドラインが20年と長いので<sup>21)</sup>、ある程度解釈による合理的な緩和は許されるべきである。詳しくは後述するが、筆者としては、一般人基準により重大な過失が認められる場合には、「知った」のと同じ扱いをしてよいと考えている。

主観的起算点を採用すると起算点をめぐって種々の問題点が生じることは想定内であった。被害者の主観に起算点をかからしめることにより時効の成否またその完成時点は偶然に左右されることになるため、ドイツ民法の起草過程においては、この難問を解決した上で主観的起算点を採用したのではなく、「難問に直面することを承知の上で、敢えてその課題づけられた立法に踏み切った」のである<sup>22)</sup>。これを何らの議論なしに導入した日本においても同様である。主観的起算点制度は、初めから解釈の余地の広いものであったといえる。

20) 学説も、『「損害」と「加害者」とは個々の独立した事実ではなく、『賠償されるべき損害』と『請求されるべき義務者』すなわち全体として権利行使の可能性を指すものと解するべきである』という説明がされている（内池・前掲論文131頁）。

21) 立法論として最長期間の見直しは必要であり、不法行為時から最長20年のデッドラインを維持するのであれば、損害及び加害者を知った時から3年の他に、損害及び加害者を知りえた時から10年という期間を設けることも考えられる。しかし、柔軟性は複雑性をもたらしたそのきめ細かく区別すると限界線・基準が曖昧になるという不都合をもたらすことになり、難しい問題である。

22) 内池・前掲論文14頁。

### (3) 損害及び加害者を「知った」とは——事実についての認識の問題

724条前段では、条文の文言通り被害者が損害及び加害者を「知った」ことが必要なのか、それとも、知りえた＝認識可能性（その基準も被害者本人か一般人かが更に問題になる）だけでよいのが問題とされている。条文上は「知った時」となっているが、解釈による修正の可否が議論されている<sup>23)</sup>。

#### (a) 現実認識必要説（判例・通説）

通説は古くから、条文通り損害及び加害者について、①被害者による、②現実の認識（＝「知った」こと）を必要と考えている<sup>24)</sup>。被害者に調査を義務（間接義務）づけることを否定し、調査をすれば知り得たとしても時効は起算しないのである。判例もこの立場であるが、どの程度の事実を知ることが必要かについて、「加害者」を「知った」といえるためには「賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度に」知ったことを必要とする（参考判例①[ロシア人拷問事件]）。その後の判決で必ず先例として引用される最重要判決。違法性や過失の評価の基礎となる事実については主観的起算点があてはまるが、事実を全て詳細に知る必要はなく、通常人ないし一般人ならばそれを知れば違法性や過失ありと判断するのに十分なだけの事実を知ればよいことになる。「通常人なら不法行為成立の蓋然性を認識するであろうような要件事実を認識すること、という基準でよい」が、これをあまり厳格に運用すると、結局は訴訟を試みなければ分からない、だからそれまでは時効は進行しないという処理になるおそれがあるといった説明がされている<sup>25)</sup>。参考判例①の後に、学説には認識可能性に緩和する解釈論が出されたが、参考判例②は、事案は特殊であるものの、一般論として現実認識必要説を堅持したものである<sup>26)</sup>。

23) 学説につき詳しくは、松本・前掲論文[立命286号]259頁以下参照。

24) 岩澤影二郎「不法行為に因る損害賠償請求権の時効起算点」志林33巻2号（昭6）190頁、末川・前掲論文149頁、幾代通・徳本鎮『不法行為』（平5）348頁、沢井・前掲書260頁等。

25) 幾代・徳本・前掲書351頁注11)。梅原重厚『不法行為概説』（昭12）354頁は、「認識の程度は必ずしも最高の度合を意味するものに非ずして、被害者が確認の訴なりとも提起し得る程度のものにて足」という。

参考判例①〔加害者〕 最判昭48.11.16民集27卷10号1374頁<sup>27)</sup> (ロシア人拷問事件) 第二次世界大戦中にスパイ容疑で白系ロシア人が警察から拷問を受けた事例で、暴行を働いた警察官の顔と名字を覚えていて、戦後に執念で探し出してその住所氏名を突き止めて訴訟を提起したが、既に加害行為から20年近くたった。加害者を「知った」とは、「加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれを知った時を意味するものと解するのが相当であり、被害者が不法行為の当時加害者の住所氏名を的確に知らず、しかも当時の状況においてこれに対する賠償請求権を行使することが事実上不可能な場合においては、その状況が止み、被害者が加害者の住所氏名を確認したとき、初めて『加害者ヲ知りタル時』にあたる」として、時効完成が否定されている<sup>28)</sup>。

- 26) この2つ以外の判例については、松本・前掲論文〔立命286号〕248頁以下参照。判例⑤の評釈において、佐久間教授は、「請求者と被請求者との間の攻撃・防御への備えにおける著しい不均衡ゆえに被請求者に生じる不当な責任を避ける、争いの可能性が告げられた後は不当であるかもしれない請求に備える負担から加害者と目される者を解放するという上述の趣旨からすれば、被害者が、加害者と目される者に対して責任について争う可能性を訴訟外で告げることを期待される程度に事実を認識したことが、必要になると思われる。被害者がこの認識を得た時点から、争う旨が告げられなければ攻撃・防御への備えの不均衡が急速に拡大し始め、争う旨が告げられたならば、時間の経過とともに請求の根拠がない可能性が高まると考えることができるからである。これによると、被害者が、加害者と目される者、自己に何らかの損失が生じたこと、その損失を生じさせた原因事実については、現実に認識している必要がある。これらの認識がない者に、他人に対して責任を争う旨を告げるよう期待することはできないからである。原因事実の不法行為該当性については、被害者が責任を争うことができるとの判断に至るに足る程度に、原因事実に関する事実を現実に認識することが必要である」と考える。被害者其の人の判断能力を問題にするのは、そうでなければ被害者に期待できないことを求め、権利を不当に奪うことになりかねないからである」(傍線は引用者)と述べている(佐久間・前掲判批47頁。結論としては、XがYの破綻後に、Yの勧誘担当者に対して、騙して趣旨させたのではないかと詰問した時点を超算点とすることもありえたという)。
- 27) 評釈として、古嵯慶長「判批」民商71巻4号(昭50)120頁、中嶋士元也「判批」法協94巻4号(昭52)592頁、輪湖公寛「判批」ジュリ556号(昭49)53頁、円谷峻「判批」『不法行為法〔法学セミナー増刊〕』(昭60)153頁等がある。



28) 氏名まで知ることを必要としたのは事案の特殊性によるものであり、「事実上可能な状況のもとに、その可能な程度」に知るといふ基準を示したことに先例としての意味を認めるべきである。学説には、「他人と判別し得べき程度に知る」ことで足り、姓名まで知ることは必要ではない（岡村玄治『債権法各論』（昭4）755頁）、「加害者の氏名不詳・所在不明に関連して、加害者の所在を確定しうる状況（たとえば、調査すればその住所・氏名が特定しうる状況）があればよいと解される」（北川善太郎『債権各論 [第3版]』（平15）344頁）、「一般には、具体的な住所氏名まで分からなくても、その気になって調べれば分かるという程度に特定できればよいといえよう」（内田・前掲書474頁）と主張されている。平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（平4）169頁は、「賠償請求が事実上可能な状況のもとに可能な程度に知ることが要件であるから、賠償請求権を行使しようと思って調査すれば加害者を知ることができたと考えられる場合には、現実には知らなくても時効は進行を開始するはずである」といい、また安全配慮義務違反の事例についての判例を引用し（東京地判昭56.9.30判時1029号83頁〔損害賠償請求訴訟の提起をすすめられ、すすめた他の被害者がその後訴訟を提起した事例で、「遅くとも亡Aの遺族が前記訴訟を提起した」時には、「Yを本件事故の加害者として認識していたもので、その程度も損害賠償請求が可能な程度に達していた」とする〕）、同一事故の他の被害者が損害賠償請求訴訟を提起したことを知ったときには、その時に加害者を知ったものと解されるという。

下級審判決にも、「およそ、民法第724条にいう『加害者を知る』とは、加害者の姓名まで知ることを要する意味ではなく、賠償請求の相手方が現実に具体的に特定されて認識されることを意味し、従って、社会通念上、調査すれば容易に加害者（賠償請求の相手方）の姓名、宛名が判明しうるような場合にはその段階で『加害者を知った』ことになるものと解するを相当とする。これを本件についてみるに、前記のとおり、事故車の運転者の職業、勤務先は一見明瞭でXにおいてこれを知悉しており、その上、Yが事故直後に原告を病院へ運んだのち原告宅まで送り届けていることや、YとXの住居が近接しており、事故日の翌日に原告方前で両名が顔を合わせているというのであるから、原告において賠償請求権を行使しようと思えば、直接氏名を尋ねるなり、運転者の勤務先や近隣を調査することにより、特別の努力を要することなく比較的容易にその姓名、宛名が判明しうる状況にあったと認められるので、そうならば、Xは、事故当日において、加害者を現実に具体的に認識していたものと認めるのが相当である」とする判決がある（大阪地判昭45.12.17交民集3巻6号1891頁）。

昭和48年判決の結論に学説は殆どないが、古寄・前掲判批120頁以下は、請求原因中の「原告に対し昭和17年に大泊警察署で取調べをした際に暴行を加えた石塚警部補」で特定され提訴可能であると考え、判決に反対している。3年の時効の起算点は不法行為の時となり、「原告が、昭和20年9月4日釈放されてから苦勞して石塚警部補の住所・名を調査したことに同情を寄せる必要は全くない」と断言する（同・127頁）。

参考判例② [損害] 最判平14.1.29判時1778号59頁<sup>29)</sup> (ロス疑惑事件) 名誉毀損の被害者が獄中にあり名誉毀損の新聞記事を知らなかった事例につき、「被害者が損害を知った時とは、被害者が損害の発生を現実認識した時をいう」として、その理由を次のように述べる(時効の完成を認めた原判決を破棄)。

「民法724条は、不法行為に基づく法律関係が、未知の当事者間に、予期しない事情に基づいて発生することがあることにかんがみ、被害者による損害賠償請求権の行使を念頭に置いて、消滅時効の起算点に関して特則を設けたのであるから、同条にいう『損害及ヒ加害者ヲ知りタル時』とは、被害者において、加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況の下に、その可能な程度にこれらを知った時を意味するものと解するのが相当である」(参考判例①を参照として引用)。「そして、次に述べるところに照らすと、同条にいう被害者が損害を知った時とは、被害者が損害の発生を現実認識した時をいうと解すべきである」。「被害者が、損害の発生を現実認識していない場合には、被害者が加害者に対して損害賠償請求に及ぶことを期待することができないが、このような場合にまで、被害者が損害の発生を容易に認識し得ることを理由に消滅時効の進行を認めることにすると、被害者は、自己に対する不法行為が存在する可能性のあることを知った時点において、自己の権利を消滅させないために、損害の発生の有無を調査せざるを得なくなるが、不法行為によって損害を被った者

29) 評釈として、高佐智美「判批」法セ47巻4号(平14)109頁、青山武憲「判批」法令ニュース37巻9号(平14)16頁、尾島明「判批」ジュリ1233号(平14)118頁、鈴木秀美「判批」法教270号(平15)30頁、神田孝夫「判批」リマックス26号(平15)54頁、前田陽一「判批」NBL768号(平15)64頁、小久保孝雄、上村善一郎「判批」『平成14年度主要民事判例解説 [判例タイムズ臨時増刊1125号]』(平15)88頁、尾島明「判批」『最高裁 時の判例 [平成元年～平成14年] [2]——私法編1 [民法]』(平15)235頁、窪田充見「判批」『平成14年度重要判例解説 [ジュリスト臨時増刊1246号]』(平15)75頁、尾島明「判批」『最高裁判所判例解説——民事篇<平成14年度> [上]』(平15)102頁がある。事案自体は特殊であるが、その判旨は一般論として「特殊な事案に限定して示されたものではなく、広く他の事件類型にも通用するものであり、他の事件にも与える影響が大きい」と評されている(松本・前掲論文 [立命286号] 244頁)。本件は「損害」についての認識が問題になった事例であるが、「加害者」の認識についても、その後、参考判例④を援用して最判平17.11.21民集59巻9号2558頁が同様の判断をしている。

に対し、このような負担を課することは不当である」。「民法724条の短期消滅時効の趣旨は、損害賠償の請求を受けるかどうか、いかなる範囲まで賠償義務を負うか等が不明である結果、極めて不安定な立場に置かれる加害者の法的地位を安定させ、加害者を保護することにあるが」（最判昭49.12.17民集28巻10号2059頁を参照として引用）。「それも、飽くまで被害者が不法行為による損害の発生及び加害者を現実に認識しながら3年間も放置していた場合に加害者の法的地位の安定を図ろうとしているものにすぎず、それ以上に加害者を保護しようという趣旨ではない」。

(b) 現実認識不要説

① 重過失包含説

① 被害者基準説（具体的重過失説） 学説には、被害者が（一般人を基準とはしない）別段の労力・費用を要せずに損害を確知できれば、724条前段の時効の起算を認める主張がある<sup>30)</sup>。被害者を基準に重過失の有無を判断する考えである。

② 一般人基準説（抽象的重過失説） 近時の学説には、「重過失ある不知を現実の認識と同視する」という提案があり<sup>31)</sup>、これは同じく重過失を問題にするが、一般人を基準にして抽象的基準による点が前説と異なるものである<sup>32)</sup>。筆者も、事実についての「知った」という要件について、一般人基準により不相当な費用を要せずに容易にまた時間的にも不相当にかかるものでは

---

30) 内池・前掲論文132頁（「過失不知までもこの認識と同視することは、不法行為の被害者に自己の蒙った損害や加害者を探索調査することを義務づけることになり、不当な結果を生ずる」、しかし、「被害者に実際の認識が欠けているとしても、別段の労力・費用を要せずに損害や加害者を容易に確定できるような場合には、被害者に不知の主張を許すことは公平ではない」という）。内池教授は、「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」、「要するに損害賠償請求権の存在とその行為可能性の現実的認識に外ならない」、「ここに被害者の認識対象は、通常不法行為の請求を基礎づけるに足りる全要件事実——権利侵害・違法性・因果関係——に及ぶものというべく、『損害及び加害者』はこれらを覆う一括した表現と解すべきである」という（内池・前掲論文39頁）。

なく知り得た場合には重過失を認めて、その時から時効を起算してよいと考える<sup>33)</sup>。

② 認識可能性説 「知った」という条文を拡大解釈して、現実の認識を要せず、被害者と同様の立場にある一般人ならば認識するであろう事情があればよいとする学説もある<sup>34)</sup>。起算点を被害者の主観にかからしめているために、賠償者の地位が不安定になるので、損害及び加害者を知らないことに、「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う考え方をとるべき」だというのである<sup>35)</sup>。但し、知り得たか否

31) 松本・前掲論文〔立命286号〕277頁（規範的認識時説と命名する）。判決同様に調査義務を被害者に課すことは消滅時効制度が過度の権利剥奪機能をもたらすことになるため否定し、被害者に重大な認識義務（積極的な義務ではなく間接義務）の違反があると規範的に判断されることが必要であるとして、724条前段の文言上は「知る」という主観的要件になっているが、被害者の主観に依拠しない規範的判断を採用しようとする。基準については、次のように述べる（278頁）。

「結局、私見によれば、損害の認識についても、現実の認識と同視すべきとされるのは、損害の認識可能性を得ること及びそれを利用しなかったことにつき、被害者に重大な認識義務違反があると規範的に判断される場合に限られるべきということになる。そして、この点では、当該損害賠償請求権における損害の性質（とくに潜在的被害や進行性被害の場合、或いはドイツで問題とされたような性的自己決定の侵害に基づく被害など）や被害者がおかれている権利行使可能性をめぐる客観的・主観的事情に応じたきめ細かい規範的判断枠組みと基準が必要となろう」。

32) なお、ドイツ民法は、2001年改正前は不法行為債権についてだけ主観的起算点が導入され被害者が損害と賠償義務者を知った時から起算するものとされていたが（BGB旧852条1項）、2001年改正法は、消滅時効の一般原則として主観的起算点を導入し、債権者が債務者と請求権を基礎づける事実を知りまたは重過失なく知り得た時から起算する（BGB199条1項）。これにつき、松本・前掲論文〔立命286号〕265頁以下参照。

33) 平井・前掲書170頁は、知りたる時で知りうべかりし時とはなっていないが、「一般人を基準として『知りタル』か否かを判断するのが実務の処理のようであり（……）、そのかぎり『知りタル』か否かの判断にあたって規範的要素が介入していることは、否定できない」という。

34) 森島・前掲書438頁、平井・前掲書167頁、潮見佳男『不法行為法』（平11）291頁（「被害者が特別の努力をしなくても知ることが可能であったときから」というので①説に近い）等。

かの基準を被害者本人の能力・状況により判断する学説もある。

④ **被害者基準説（具体的過失説）** この点、藤岡教授は、「すなわち、『訴提起が客観的に可能である程度に必要な事実が被害者に認識されている場合には、この客観的起訴可能性を被害者自身が意識していないという事情は、その主観的不知について被害者を非難できぬ場合に限り被害者にとって有利（免責）に扱われるべきである』（略）、この不知による被害者の責任分担の根拠は、認識を得るに際して被害者の具体者に期待できる範囲での協働義務（信義則）から、導くことができるが、この義務はあくまでも、被害者自身の具体的な能力と個別の状況から判定されなければならない」、また、「法的評価においても被害者の具体的判断が要求され、ただ、現実には認識していなくともそれが容易に期待できる場合には、認識があったと同じように時効は進行するもの、と考えなければならない」という<sup>36)</sup>。

⑤ **一般人基準説（抽象的過失説）** 他方、「一般人」基準による提案もある。例えば、森島教授は、「結局の所、不法行為における短期消滅時効の起算点は、被害者の主観的認識にかからしめられているために、時効完成の時期が浮動的で、賠償義務者の地位は不安定である。そこで、『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う考え方をとるべきであろう。問題は、……被害者の具体的能力を基準として知りうべかりし時から時効を起算すべきか（内池説）、それとも、より画一的に判断できるように（その意味で賠償義務者に有利に）、一般人を基準として、一般人が知りうべき時から時効を進行させるべ

---

35) 森島・前掲書438頁。また、森島・同441頁は、「事実認識であれ、法的判断であれ、被害者が現実には要件の存在を認識（知りタル）していなくとも、一般人ならば認識するであろうという事情があれば、『知りタル』ものとしてよいのではないかと思う。ただ、被害者に加害者や損害を知る高度の義務があるわけではないので、一般人を基準とするといっても、被害者と同様の立場にある者がそれほど努力をしなくても認識するであろうという場合を基準として、『知りタル』かどうかを判断すべきである」という。

36) 藤岡康宏「不法行為における損害賠償請求権の消滅時効」北大法学論集27巻2号（昭51）199～200頁、201頁。

きか（後述）、という点である。……裁判所の認定の容易さという点から考えて、被害者と同様の立場にある通常人ないし一般人を基準とする考え方でよいのではないと思われる」という<sup>37)</sup>。

(c) 本稿の立場（判例に賛成、但し重過失に拡大）

民法は敢えて被害者保護を優先して「知った」ことを必要としたので、「事実」については判例・通説を支持し現実認識必要説によるべきである。この点は、損害及び加害者のみならず、違法性を基礎づける「事実」についても同様であり、どの程度の事実を知る必要があるかも同様に考えてよい。

但し、デッドラインが20年と比較的長いため、起算を厳格にすると折角の短期消滅時効を導入した趣旨があまりにもないがしろにされてしまう。そのため、ある程度、加害者保護また裁判所の負担軽減という趣旨に譲歩して合理的な制限は認めてよいであろう。そこで、被害者個人は認識していなくても、一般人基準によって重過失判断に匹敵するほど容易に違法性の評価が可能な状況にあったならば、知ったものと同視して時効を起算してよいのではないと思われる。

また、どの程度の事実を知れば損害、加害者、違法性を基礎づける事実を「知った」といえることになるのかは、加害者につき「賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度に」知ったことが必要とされ（参考判例①〔ロシア人拷問事件〕）、前掲最判平17.11.21民集59巻9号2558頁が、724条前段の趣旨を「被害者が加害者に対して損害賠償請求に及ぶことを期待し得ない間に消滅時効が進行し、その請求権が消滅することのないようにするため」と説明していることから、賠償請求が事実上可能な程度とは損害賠償請求に及ぶことを期待し得る程度ということになる。消滅時効の前提に債権者が権利の上に眠っているという非難があるとすると、権利行使が事実上可能＝権利行使に及ぶことを期待しうる＝権利行使しないことを非難しうるとなり、これらは同じ状況を表現したものといえ、結局社会通念により決するしかない。

---

37) 森島・前掲書438頁。

そして、この基準は違法性の認識についても妥当し、この点を検討したいが、その前に違法性以外の評価にかかわる問題について分析しておこう。

#### (4) 違法性評価以外の法的評価にかかわる事由をめぐって

##### (a) 使用者責任及び国賠責任について

使用者責任（715条1項）については、被用者による不法行為を知っただけでは使用者に対する不法行為債権の時効は起算されることはなく、被害者が、①使用者責任の要件に該当する「事実」を知ることが必要であるが<sup>38)</sup>、②使用者責任という法制度の知識を知っていることは必要ではなく、その結果必然的に、③その事実が事業執行性、使用関係などの要件を満たすという評価をすることも不要となる。判例には、使用者責任について参考判例③また国賠につき参考判例④がある。

**参考判例③** 最判昭44.11.27民集23卷11号2265頁<sup>39)</sup> 「715条において規定する使用者の損害賠償責任は、使用者と被用関係にある者が、使用者の事業の執行につき第三者に損害を加えることによって生ずるのであるから、この場合、加害者を知るとは、被害者らにおいて、使用者ならびに使用者と不法行為者との間に使用関係がある事実に加えて、一般人が当該不法行為が使用者の事業の執行につきなされたものであると判断するに足りる事実をも認識することをいうものと解するのが相当である」としている（最判平17.11.21民集59卷9号2558頁も同様。すでに大判昭12.6.30民集16卷1285頁が同旨<sup>40)</sup>）。

**参考判例④** 最判昭57.10.15集民137号333頁 国家賠償法の営造物責任につき（町Yが事実上管理していた防火用水槽に幼児が転落して死亡した事故につき、両親X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>による損害賠償請求）、「原審の適法に確定した事実関係及び消防

38) この点は学説にも異論はない（谷口知平・植林弘『損害賠償法概説』（昭39）183頁等）。

39) 評釈として、内池慶四郎「判批」判タ246号（昭45）101頁、品川孝次「判批」判評136号（昭45）129頁、沢井裕「判批」民商63卷1号（昭45）143頁、鈴木重信「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和44年度』（昭45）929頁、椿寿夫・中川淳「判批」法セ178号（昭45）141頁。

が地方自治体の重要な事務であって、消防に必要な水利施設の設置、維持、管理の責任が市町村にあること……からすると、X<sub>1</sub>が本件事故の2か月後、本件事故に基づく損害賠償を請求するについて新聞社に照会した結果、本件防火用水槽の管理責任を追及し裁判を起こすよう示唆を受けたことはよって、そのころ、本件防火用水槽の管理責任がYにあるものと一般人が判断するに足る事実をXらにおいても認識するに至ったものと認めて、XらのYに対する本件損害賠償請求権が民法724条の規定による3年の時効により消滅したものとした原審の判断は、正当として是認することができる。

使用者責任という法制度を知らなければ、使用関係や事業執行性を基礎づける事実を「知った」としても、被害者は「不法行為債権の取得」を「知った」とはいえない。しかし、参考判例③は使用者責任制度を所与の前提とし、その適用のための事実について「知った」という主観的要件を躊躇なくあてはめている。参考判例④は、「管理責任がYにあるものと一般人が判断するに足る事実」を知ることを要求し、事実については現実認識必要説を堅持しつつ、その事実を知ればYの管理責任ありと一般人ならば判断できればよいとしている。学説には、「賠償義務者を容易に知り得た」のでよいという主張もある<sup>41)</sup>。

#### (b) 法律の不知について

安全配慮義務を認めた有名な最判昭50.2.25民集29巻2号143頁は、原審判決が724条前段の3年の消滅時効の完成を認めたのに対して、X側が、自衛隊員

40) 「被害者は被用者に付加害者及損害の事実を知るも、被用関係及使用者を知らずして使用者に対し請求を為し得ざるに拘らず、之に対し短期消滅時効の進行を開始すべく法律が特に使用者に対する賠償請求権を認めたる趣旨を没却するに至るべければなり。故に原審が本訴時効抗弁の適否を判断するには須く上告人が被上告銀行と訴外監員との関係をも覚知して之に基き被上告銀行に対し損害賠償請求を為すことを得るに至りし時期を明かにし以て消滅時効期間の起算点を確定すべかりしものなるに拘らず、その是に出でず輒く消滅時効の完成を断定したるは審理不尽の譏を免れず」と判示していた。

41) 品川・前掲判批132頁は、「被害者が賠償義務者を容易に知り得た場合には、知っていたものとして取り扱うべきである」という。



の場合は世間一般の交通事故と異なり、国家公務員災害補償法で決められた補償金のほか、国に対して補償請求できないと考えたのはXだけでなく遺族一般に共通のものであったと主張し、「本件事故についてはXらのみならず一般人に対しても、遺族補償金のほかになお法律上請求することのできる損害のあること、およびYが運行供用者として自賠法3条により右損害を賠償する義務を負っていること等の高度の法律上の認識、判断を持つことを期待することは困難である」と争ったのに対して、最高裁はXの主張を退け事故の翌日から時効を起算する結論を維持した（但し、周知のように債務不履行を認めて167条1項の10年の時効期間によりXを救済）。法の不知を考慮したらきりがなくまた事実認定が取捨つかなくなるので、法の不知は許さずという原則は妥当である<sup>42)</sup>。学説は原則的に法の不知を考慮しないものと考えてよいが、但し、上記事案については被告（国）側の説明に原因があるので、特例を認める余地があったという指摘がされている<sup>43)</sup>。

これまで学説上議論されたのは使用者責任についてであり、715条1項の不知について、「法律生活一般の建前からいって斯かる法律の不知は被害者のために考慮されるべきではない<sup>44)</sup>」という主張がある一方で<sup>45)</sup>、「事実であれ、法規であれ、被害者が具体的に認識しないときには、事実上損害賠償請求権の行使はできないわけであるから、損害賠償請求を基礎付ける事実に関して、被害者自身の現実かつ具体的な認識を要求する以上、法規に関しても、被害者がその不知によって損害賠償請求権がないものと信じている間は、消滅時効は進行しないと解すべきである<sup>46)</sup>」といった主張もある（前者が通説といえようか）。

---

42) 少なくとも弁護士等に相談すれば知りうるわけであるから、権利行使をしようというだけの端緒が与えられていればよく、逆にいうとそれさえない場合には別の根拠で起算が否定される可能性はある。

43) 森島・前掲書435頁は、「少なくとも、加害者側がそのように仕向けた（担当官がこれ以上賠償金は支払われないと説明した）場合には、時効が進行しないと考えるのが公平であるように思われる」と評する（内田・前掲書477頁も、「このような事情があれば、信義則や権利濫用法理の援用で、例外的に時効の進行を否定することも可能だろう」という）。

44) 末川・前掲論文162～3頁。

時効の根拠と起算点とを絡ませて考える立場からであるが、内池教授は、既述のように事実の認識たると法的判断たるとを問わず、被害者本人の具体的な認識と判断とを要求する。

なお、法の不知は、違法性判断の基準となる行政的取締法規の存在を知らずそのため違法性を認識しえない場面でも問題になるが、この点は、次の違法性の認識のレベルで考えてよいであろう。

#### 4 724条前段の起算点と違法性の認識をめぐる学説・判例

##### (1) 違法性の認識をめぐる学説の状況

判例は古くから、「損害及び加害者」を知るとは、不法行為「債権」の成立と「債務者」とを知ることであり、そのためには行為の違法性を「知った」こ

---

45) 沢井・前掲判批148頁は、本判決は、「法の不知により、使用者に賠償請求をなしうると判断できなかった場合にも、なお時効は進行するかという『法的評価』の問題に、直截には答えていない」と評する。そして、本判決は、「事実の認識の面では現実の認識を、そして事実的法的判断の面では一般人を基準としていると解したい」という(149頁)。「法的判断は一般人を基準として評価するというならば、そもそも一般人にそれほどの高度の法的判断を要求することはできないから、被害者にもそう酷な結果はもたらさない。イギリス法のように、被害者に法律専門家の助言をうける義務を負わせるようなやり方は、現在の日本社会の実状ではなお採りえないこというまでもあるまい。法的評価について一般人の判断によるということは、能力の劣る者は、通常人に相談せよということの意味するが、時効起算点の浮動とのかねあいを考えると、一応妥当だといえるのではなかろうか」という。また、加藤・前掲書264頁は、「会社の取締役が加害者であることを知れば、会社に責任があること(民44条[筆者注：当時])を知らなくても、会社に対する賠償請求権の時効が進行する」という。大判大5.5.5民録22輯865頁は、「会社の取締役が其職務を行ふに付き他人に損害を加へたるときは、被害者に於て損害を被りたること及び取締役が加害者なることを知りたる時より会社に対しても同条に規定せる3年の時効は進行するものとす。……Y会社の取締役たりしAは其在職中に於て職務の執行に付き偽造仮株券を発行し因て以てXに損害を被らしむるに至りたるものなれば、XかY会社に対して有する損害賠償請求権は民法第724条の規定に従ひXに於てAが加害者なることを知りたる時より3年の時効に因りて消滅せるものなり」と判示する。

46) 森島・前掲書436頁。

とも必要と考えている<sup>47)</sup>（→判例①〔大判7.3.15〕）。他方で、学説は違法性にも724条前段の「知った」という起算点をあてはめているが、これを一般人基準に緩和しようとしており結局は「知り得た」というのでよいというのに等しい。違法性という「法的評価」については、「事実」についてと同様に主観的起算点をそのままあてはめることには違和感があることを学説も感じているものといえよう。

① 被害者基準説（少数説） ①まず、憤怒の情が時の経過と共に緩和されていくことを短期消滅時効の根拠と考える学説は、被害者個人が不法行為債権の取得を知ることが必要なので、違法性を認識することを必ず要求している。末川博士は、「その行為が違法であるということをも知った」ことを必要とし、被害者が賠償請求しようと考えていなければ憤怒の情に影響がないことを根拠とする<sup>48)</sup>。②また、内池教授も、既述のように、その宥恕への信頼という観点から、加害者が宥恕の信頼が正当化できるのは、被害者が損害賠償請求をなしようのを知ったのに賠償請求をしない事実があることを必要とするので、事実の認識か否かを問わず不法行為債権の成立要件の全てを被害者自身が認識することを要求する。

② 一般人基準説（通説） これに対して通説は、一般論としては不法行為の成立について「知った」という要件をあてはめつつ、被害者が一般人ない

---

47) 「不法行為に該当する」ことを知ることを必要とするのは、古く、岡村・前掲書755頁（「損害を知ると云うは故意、過失に因り不法に権利の侵害ありたること……」を知ることとする）、鳩山・前掲書946頁、磯谷・前掲書897頁、沼・前掲書446頁などによって認められており、戦後も加藤・前掲書264頁などが採用し、近時異論がない（四宮・前掲書647頁、森島・前掲書438頁など）。例えば、幾代・徳本・前掲書348頁は、「加害行為が違法とみられる可能性があることを被害者が認識したときを意味する」と述べる。また、平井教授は、損害及び加害者を知るとは、単に損害と加害者を知ればよいのではなく、「加害行為が不法行為を構成することを知った」ことを必要とし、「賠償請求が事実上可能な状況の元に、損害賠償の可能な程度にこれを知った」ことで足りるのが原則であるが、「不法行為であるかどうかについて高度の法律的判断を要し判決をまたなくてはならない場合には、この例外」という（平井・前掲書168頁）。

48) 末川・前掲論文150頁。

し通常人であれば違法と判断をなしうる基礎事実を認識することで足りるものと考えている<sup>49)</sup>。但し、通常人を基準としても、事例類型によっては確定判決等が必要な場合があることは判例も認めるところであり、学説としても次のように評されている。即ち、「不法行為であることを『知りタル』ことを証明することは難事であることも考慮すると」「なんらかの形で擬制的認識」を認めなければならない」が、その基準を通常人に求めるか、被害者の個人的能力に求めるか（少数説→①）が問題になる。「ことは法規範の認識に関することだから、建前としては、通常人（もっとも、類型化された）を基準とせざるをえず、そして、不法行為の性格によっては、通常人に、その違法性を認識して損害賠償を請求することを期待するのが無理な場合も少なくないこと（……）を、承認すべきである。この場合には、時効の進行が開始するためには、確定判決その他の明確な判断材料の与えられることが必要である、といえよう」と主張されている<sup>50)</sup>。

こうして、①説のような異説はあるものの、通説は、事実に対するのとは異なり違法性を「知った」ことを要求せず、①一般人ならば違法と判断する②事実を被害者が「知った」ことを必要としている<sup>51)</sup>。判例は一般論としては、以下のように不法行為であることを「知った」ことを必要とし、これに一般人

49) 例えば、「被害者が加害行為の違法性を知るときというのは、一般論としては、加害行為が違法とみられる可能性があることを被害者が認識したときを意味する」（幾代・徳本・前掲書348頁）、「一般には、加害行為の行われた状況から、通常、『不法』行為と認識しうることをもって可とすべきであろう」（前田達明『民法Ⅵ<sub>2</sub>（不法行為法）』（昭55）390頁）といわれる。佐久間・前掲判批47頁等同様。

50) 四宮・前掲書647～8頁。

51) 沢井・前掲書272頁以下は、事実の認識については、被害者が現実には確実に認識しなければならないが、「被告に対して賠償責任を追及しようという法的評価（解釈能力）については、通常人の判断を基準とすべきである」という。違法性、使用者責任、工作物責任の要件等の問題がこれに該当する。そして、更に「提訴可能性の認識」を要求し、提訴可能性の認識は「相当な勝訴の見込みのあることの認識をも付近でいる」が、法解釈上の問題があるときは、確定判決によって明示されてはじめて、これに由来する損害項目・額の勝訴の見込みを持つとするが、確実な勝訴の見込みまでは要求しない（そうでないと、あらゆる場合において、時効は確定判決まで進行しないことになってしまう）。

基準を適用するというをしない。そのため①説かのようなのであるが、後述の下級審判決には違法性の認識についてはこれを緩和し、一般人基準により知り得た時から起算する判決が見られる。私見については後にまとめて述べる。

## (2) 違法性の認識をめぐる大審院及び最高裁判決

### (a) 違法性の認識をめぐるこれまでの先例

まず、724条前段の起算点につき、被害者による違法性の認識必要性の問題を扱った大審院及び最高裁の判決を、事例は措き判決日順に紹介してみよう。不思議なことに、①判決以外は公式の判例集には掲載されていない。

#### 判例① 大判大7.3.15民録24輯498頁（違法な仮執行）<sup>52)</sup>

① 一般論 「民法第724条に所謂損害を知るとは、単純に損害を知るに止まらず加害行為の不法行為なることを併せ知るの意なりと解す可きなり。何となれば被害者は損害及び加害者を知るも加害行為の不法行為なることを知らざるに於ては、不法行為に因る損害として其賠償を請求することを得ず之を請求することを得ざるに、時効は早く既に其前より進行するものと為すは、同条の精神を貫徹する所以に非ざればなり」<sup>53)</sup>。

② 仮処分について 「仮処分命令の執行は仮処分に依り保全せらるべき請求権及び其実現を妨ぐべき危害が仮処分命令の当時存在せしに於ては不法な

---

52) 平井・前掲書168頁は、3年の起算点について「単に損害と加害者とを知ったことを意味するのではなく、加害行為が不法行為を構成することを知ったことを意味する」（大判大7.3.15を引用）とした上で、但し、「賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれを知った」（最判昭48.11.16を援用）ことで足りるのが原則であるが、「不法行為であるかどうかについて高度の法律的判断を要し判決をまたなくてはならない場合には、この例外として扱うべきであろう」という（168頁。不当執行についての判例①を援用）。

53) 太字の部分の「其賠償を請求することを得ず」というのは、166条の権利行使可能性を法律上の権利行使可能性に限定するのに対して、ここでの請求できるかというは事実上の権利行使可能性を問題にしており、724条前段では事実上の権利行使可能性を考慮する趣旨であることはここにも表現されている。

らざるが故に、危害の存在せざりしことが仮処分訴訟に於て確定せらるるか又は請求権の存在せざりしことが本案訴訟若しくは確認訴訟に於て確定せらるる迄は其不法行為なるや否やは未定の問題に属す。従て仮処分命令の執行に因り損害を受けたる当事者は此時迄は損害を知るも未だ不法行為に因る損害なることを知りたるに非ざるを以て、其損害賠償請求権の時効は相手方の請求権若しくは請求権実現の危害が仮処分命令当時存在せざりしことの裁判上確定せられたるを知りたる時より進行を始むるものと為さざる可らず」。

**判例②** 大判昭15.12.28新聞670号9頁（不当訴訟） 「訴の提起が不法行為を構成する場合に在りては、当該訴訟に於て原告の請求理由なきことの確定に至る迄は、右訴えの提起が果して不法なるや否を確知し得ざるべきを普通とするが故に、特別の事情なき限り其不法行為を理由とする損害賠償請求権の時効は右訴訟の確定したる時に、被害者又は其法定代理人に於て損害及び加害者を知りたるものと看做し、該確定の時日より起算すべき」である（違法性の認識についての一般論は述べられていない）。

**判例③** 最判昭42.11.30集民89号279頁（手形が偽造であった事例） 「不法行為による損害賠償請求権の消滅時効の起算点としての被害者側が損害を知った時とは、……その加害行為が不法行為を構成することをも知った時との意味に解するのが相当であるところ、被上告人がDの不法行為により損害を被ったことを知ったのは、本件手形の満期に、上告人がその振出の事実を否認し、支払を拒絶した時ではなく、少くとも、本訴において、上告人側が右手形の振出の無権限行為である所以を主張し、右Dが上告人代表者としての当事者尋問において、その主張に照応する供述をした……日以降であるとした原判決の事実認定は、本件の記録に徴し、正当として肯認することができる」。

**判例④** 最判昭58.11.11判時1097号38頁、判タ515号124頁（冤罪事件） Yによる雨中の無理な追越しによる事故において、Xが刑事訴追されそこにおいてYが虚偽の証言をしたため第1審で有罪判決を受けたが、控訴審で無罪判決を言い渡された事例（XによるYに対する自賠法3条及び民法709条に基づく車両、負傷についての損害賠償請求、ならびに、Xが有罪を受けた刑事事件において故意による虚偽の供述をしたことによる709条に基づく刑事弁護費用、虚

偽の供述による慰籍料等の損害賠償請求)。「原審が適法に確定したところによれば、Xは、昭和48年4月15日に発生した本件交通事故について事故当時から被疑者として取り調べを受け、次いで昭和49年10月31日浦和地方裁判所にY他8名を被害者とする業務上過失致死傷罪で起訴され、昭和52年2月18日同裁判所で禁錮1年6月執行猶予3年の有罪判決を受けたが、東京高等裁判所に控訴したところ、昭和53年2月27日同裁判所で無罪判決を受け、同判決が同年3月14日確定したというのであるから、このような事実関係のもとにおいては、Xに対する前記無罪判決が確定した時をもって、民法724条にいう『加害者ヲ知りタル時』にあたるとした原審の判断は、正当として是認することができる<sup>54)</sup>。

**判例⑤** 最判平23.4.22判時2116号61頁、判タ1348号97頁、金判1371号32頁、金法1928号114頁<sup>55)</sup>（説明義務に違反する出資勧誘）

① 第1審判決（大阪地判平20.3.26金判1371号49頁）

(1)「『損害及び加害者を知った時』とは、被害者において、加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれらを知った時を意味する」（参考判例①〔ロシア人拷問事件〕を参照として引用）「のであって、

---

54) 第1審判決（東京地判昭57.1.26判タ464号108頁は、「Xは、本件事故の唯一の過失ある加害者として取調べを受けたうえ起訴され、昭和53年3月14日無罪判決が確定するまでの約5年間刑事事件の被疑者及び被告人の地位にあったものであり、右地位にあるものが刑事事件で被害者とされているYに対し、民事上の損害賠償請求をすることは、その立場からみて實際上極めて困難であること、Xが右の立場に立たされたのは、Yの故意による虚偽の供述という不法行為の結果であること、Xは前記無罪判決確定の日から4か月後の昭和53年4月11日本件訴を提起していることを考え合わせると、YがYに対し前記の各消滅時効を援用することは、信義則に反し、権利の濫用にわたるから、許されない」と、援用権の行使を制限していた。控訴審判決（東京高判昭58.1.31交民集16巻6号1535頁）は、これを「困難であるから、Xは、右無罪判決の確定によりはじめて、Yに対する賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にYが加害者であることを知ったものというべきであり、したがって、同判決確定時をもって民法724条にいう『加害者ヲ知りタル時』に該当すると解するのが相当である」として直截に時効完成を否定していた。

55) 本判決の評釈として、辰巳裕規「判批」消費者情報422号（平23）28頁、石井教文・桐山昌己「判批」金法1928号（平23）29頁、佐久間毅「判批」金法1928号（平23）40頁、河津博史「判批」銀行55巻10号（平23）63頁、松久三彦「判批」リマークス45号（平24）46頁。最判平23.4.22金法1928号119頁も同様の内容を宣言している。

単に加害者の行為により損害が発生したことを知っただけではなく、その加害行為が不法行為を構成することをも知った時との意味に解するのが相当である」(判例③を参考として引用)。

(2)「Xは、遅くとも平成13年1月初旬には、本件出資の際にA支店長から告げられたYの財務内容が健全であるとの事実が虚偽であり、自己が欺罔されていたとの認識を有していたものと認められる。他方、X本人尋問の結果によれば、Xは、平成12年12月17日ころに本件破綻の事実を知った後、遅くとも平成13年1月初旬には、本件破綻により、Yから本件出資に係る出資金が返還されない事態となったことを認識するに至ったことが認められる」。そうすると、「Xは、遅くとも平成13年1月初旬には、Yに同説明義務違反を原因として誤って拠出した本件出資金は返還されず、Xはこれと同額の損害を被ったとの認識を有するに至ったというべきである」(時効完成)。

## ② 控訴審判決 (大阪高判平20.10.17金判1371号36頁)

(1)「不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効は、被害者が損害及び加害者を知った時から進行を開始する(民法724条)。そして、『損害及び加害者を知った時』とは、被害者において、加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれらを知った時を意味する」(参考判例①〔ロシア人拷問事件〕を参照として引用)「のであって、単に加害者の行為により損害が発生したことを知っただけではなく、その加害行為が不法行為を構成することをも知った時との意味に解するのが相当である」(判例③を参考として引用)。「そして、不法行為に基づく損害賠償を求めるにあたっては、請求者の側で、不法行為の具体的な事実を特定して主張立証しなければならないものであるところ、先行訴訟にせよ本件にせよ、その事案は、Yの組織的な不法行為ということになる可能性の高いものであったから、上記の『その加害行為が不法行為を構成することをも知った』については、Yの誰のどのような故意過失による行為をもって不法行為にあたるというのか、少なくとも、その概略の事実関係が解明され、不法行為にあたる事実をある程度具体的に組み立てることができる程度の認識を得ることを要するというべきである」。

(2)「これを本件についてみると、確かに、Xは、本件破綻を知って、A支店



長が虚偽の事実を告げたのではないかと思って、A支店長を詰問しており、そこに何らかの違法行為があることの疑いを抱いたものというべきであるし、本件と事案を同じくする先行訴訟等は、平成13年7月ごろから順次提訴され、その事実は、新聞報道によって世間に周知されていたから、Xには、先行訴訟の提訴を知って、自らの疑念をさらに深める機会が与えられていたともいうことができる」。しかし、「先行事件原告らは、提訴時に、上記の不法行為にあたる事実（請求原因事実）を、いささかなりとも明確に認識していたわけではなく、事実や証拠の多くがY側に偏在して、先行き不確かななか、弁論を通じて事案を解明し、証拠を探索することを余儀なくされることを前提に、いわば模索的に先行訴訟を提起したとみられるところである」。

「したがって、仮に、このような状態で先行訴訟が提起されたことをXが知ったとしても、それだけでは、Xが自らに対する本件出資の勧誘行為が、どのような具体的事実の下で行われたかを知ったことにはならず、それが不法行為に当たることを認識したということとはできない」。「すなわち、Xが、本件出資時期と本件破綻時期の近接性から、騙されたという感情を抱き、A支店長を詰問しても、違法や不正があったことの明確な回答は得られず、ただに疑念のみが深まったという状況と、併せて、監督官庁がYは大幅な債務超過と見込まれるとの談話を発表したという事実を認識する可能性があったというのみでは、不法行為の具体的な事実を特定することもできず、これという立証手段も有することにはならないのであって、先行訴訟のような模索的訴訟を提起することはともかくとして、通常人の立場に立って考えるならば、自らの受けた出資の勧誘が直ちに不法行為であると判断し、訴訟提起をも視野に入れた形で損害賠償を請求することは、難きを強いる（仮にその状態で訴訟を提起したとすると、主張自体失当での敗訴判決を受けかねない）ものといわなければならない」。「そして、先行訴訟の経過をさらに追えば、Yの経営陣に同被告が当時債務超過に陥っていたことの認識ないしは認識可能性があり、それにもかかわらず、先行訴訟原告らは、本来あるべき必要な説明を受けることなく出資を勧誘されたという、先行訴訟の事実関係の概略が、先行訴訟原告らに判明したのは、平成16年1月19日の第5回弁論準備手続期日の前に、B元会長の刑事事件記録の

写しを入手したときであったといわなければならない」。Xが、「自己に対する出資の勧誘が不法行為にあたることを認識することができたのは、早くとも、先行訴訟において上記刑事事件記録の写しが提出された平成16年1月19日から相当期間が経過した後であったといわざるを得ない（時効完成否定）。

③ 最高裁判決 しかしながら、原審の上記(2)の判断は是認することができない（逆に言うと(1)は是認）。その理由は、次のとおりである。

「(1)民法724条にいう『損害及び加害者を知った時』とは、被害者において、加害者に対する賠償請求をすることが事実上可能な状況の下に、それが可能な程度に損害及び加害者を知った時を意味すると解するのが相当である」（参考判例①〔ロシア人拷問事件〕を参照として引用）。

「(2)前記事実関係によれば、まず、Xは、本件処分がされた平成12年12月頃には、Yが本件処分を受けてその経営が破綻したことを知ったというのであるから、その頃、Yの勧誘に応じて本件出資をした結果、損害を被ったという事実を認識したといえる<sup>56)</sup>。さらに、〔1〕Xが平成12年3月に本件出資をしてから本件処分までの期間は9か月に満たなかったことや、〔2〕本件処分当日に発表された金融再生委員会委員長の談話や平成13年3月12日に発表されたYの金融整理管財人の報告書において、平成11年に行われた監督官庁の検査の結果、Yは、既に債務超過と見込まれ、自己資本充実策の報告を求められていたにもかかわらず、その後も適切な改善策を示すことなく、不良債権の整理回収とはならない表面的な先送りを続けていたなどの事情が明らかにされていたことに加え、〔3〕平成13年6月頃以降、被上告人と同様の立場にある出資者らにより、本件各先行訴訟が逐次提起され、同年中には集団訴訟も提起されたというのであるから、Yが実質的な債務超過の状態にありながら、経営破綻の現実的な危険があることを説明しないまま上記の勧誘をしたことが違法であると判断するに足りる事実についても、Xは、遅くとも同年末には認識したものとみるのが相当で

56) 損害の認識は、経営破綻を知り出資についての損害を認識したことを認定し、加害者については特に問題はないので当然之ことながら認識の時点を議論していない。松久・前掲判批49頁は、集団訴訟の提起を知った時点をも1つの目安とすることに好意的であり、また、最高裁の結論に賛成する。

ある<sup>57)</sup>。上記時点においては、Xが上記の勧誘が行われた当時のYの代表理事らの具体的認識に関する証拠となる資料を現実には得ていなかったとしても、上記の判断は何ら左右されない。「そうすると、本件の主位的請求に係る不法行為による損害賠償請求権の消滅時効は、遅くとも平成13年末から進行するというべきであり、本件訴訟提起時には、上記損害賠償請求権について3年の消滅時効期間が経過していたことが明らかである」。

(b) 判例の分析——先物取引型被害についての先例はない

判例①が「加害行為の不法行為なることを併せ知る」ことが必要なことを一般論として宣言し、判例③④も一般論としてこれを承認する。判例⑤（以下、③の最判のみを指して判例⑤という）も一般論としてこれを認めた原審判決のこの部分は是認している。判例②は、不法行為成立の認識の必要性を問題にしていないが、判例②は不当訴訟の違法性は判決がでるまで確知しえないと述べているので、被害者による違法性の認識を問題にしていることは疑いない。従って、被害者が不法行為であることを知ることが必要なことは、一般論としては確立されているといえる（無数の下級審判決でも繰り返述べられている）。

但し、判例①では、一般論として「加害行為の不法行為なることを併せ知る」ことを要求するのに対して、判例⑤になると原審判決の(1)の部分を否定し

---

57) 丸山昌一「判批」NBL965号（平23）119頁は、本判決につき、「本判決は、判例の線に沿って、不法行為の成立要件のうち違法性の認識については、一般人が当該行為が違法であると判断するに足りる事実を被害者において認識すれば足り、その程度は損害賠償請求が事実上可能な程度でたりとの見解をとったものと考えられる」と評している。松浦聖子「判批」法セ690号（平24）142頁は、「被害者が加害行為を事実として認識することに加え、不法行為を構成する『可能性』の認識を一般人の基準で要求するが、不法行為の『該当性』についての認識までもを要求するものではない趣旨と理解できよう」という。白石友行「判批」民商145巻3号（平23）383頁は、本判決は、「一般人であれば当該行為が不法行為を構成すると判断しえたかどうかを問題にし」て、Xの認識を導いていると見られる、これに対して、原審は、「あくまでも、法的評価を含めたXの現実の認識を要求しているように見える」、最高裁と原審の結論を分けたのは、「当該行為が不法行為を構成することの認識について、捉え方に違いがあることによるものと言えよう」という。

ないが、事例における判断において「違法であると判断するに足りる事実」を「認識した」と、事実の認識にすり替えられ微妙に表現が変わっている。判例①では判決の確定まで違法性判断ができない事例であるのに対して、判例⑤は詐欺に匹敵する事例であり事実を知れば違法性を知ったものと評価できる事例であるという差が、表現に微妙な差が生じた原因かもしれない。

①殆どの事例は違法性を基礎づける事実を知れば違法だと一般人は判断できるしまた判断すべき事例であり（典型的なのが詐欺事例）、判例③⑤の事例もそのような事例である。②他方、判決まで必要な事例では、判例①のように「裁判上確定せられたるを知りたる時より進行」するとしても、正に「知る」ということを問題にできる（判例②④も同様）。③事実を知っていてもその違法性の法的評価につき、専門的知識が必要であり一般消費者にはその判断を期待できないという本稿で検討対象としている先物取引等の事例については、未だこれまで大審院・最高裁を通じて先例がないといわざるをえない。

#### (c) 過失の認識についての判例

違法性ではなく過失についての認識が起算点について問題となった事例もあり、参考までに次の判決を引用しておく。過失についても、違法性と同様に、過失を基礎づける事実を知れば通常は過失という評価ができ、事実の認識とそれに対する過失の評価を区別する必要がない。次の事例でも、過失の評価可能性ではなく、過失判断の前提事実を「知った」かどうか争われているにすぎない。従って、過失の評価に専門的知見が必要であり判断が分かれうるような限界事例について判断した大審院ないし最高裁の判決はないといわざるをえない。

**参考判例⑤** 最判昭43.6.27訟月14卷9号1003頁（登記官の過失） 「民法724条にいう『損害及び加害者ヲ知りタル時』とは、単に損害を知るに止まらず、加害行為が不法行為であることもあわせ知ることを要することは所論のとおりであるが、その不法行為であることは、被害者が加害行為の行なわれた状況を認識することによって容易に知ることができる場合もありうるのであって、その行為の効力が別訴で争われている場合でも、別訴の裁判所の判断を常に待

たなければならないものではない。登記官吏の過失により土地所有権を適法に取得しえず損害を蒙った場合も、右の理に变りはない。「本件のように、XがYに対して賠償を求めている損害が、登記官吏が過失により登記済証の偽造なることを看過し違法な所有権移転登記申請を受理したために、それを信頼して取引をした上告人が右土地の所有権を取得しえず、かつその地上の建物を取去せざるをえなくなったことに基づく損害である場合には、右土地の所有権が上告人に適法に移転されたか否かについて、特に裁判所による法律的判断をまつまでもなく、Xは右事実関係を認識することにより、その損害およびそれが右登記官吏の過失によるものであることを知ったものといえることができる場合もありうるのである」。「しかして、本件記録に徴すれば、Xは、自ら調査した結果右の如き事実関係が判明したと主張して、Yに対し、土地代金相当の損害の賠償を求めて本訴を提起しているのであるから、本件原審認定の事実関係のもとにおいては、少なくとも本訴の提起の時に於いて、前記事実関係を認識したものと認めるのが相当であり、その時に右土地の所有権を取得しえないことによつて生ずる損害および加害者を知ったものといふべきである」。

### (3) 違法性の認識をめぐる下級審判決

724条前段の判断において違法性の認識が問題とされた判決（それがその事例で適切であったかどうかは措く）を以下に紹介してみよう。事例の類型化は一応のものである。

#### (a) 受忍限度内か否かの評価が問題とされた場合

##### ① 騒音被害で受忍限度内か否かが問題とされる事例

① 名古屋地判昭45.9.5判時605号76頁<sup>58)</sup> 工場の使用するエアーハンマーによる騒音・振動被害の事例。「Xらが昭和36年8月以降の慰藉料を請求する本訴を昭和43年4月10日に提訴したものであることは記録上明らかであるが、民法724条にいわゆる『損害を知りたる時』とは単に損害の生の事実を知った時

58) 評釈として、田山輝明「判批」『公害・環境判例（別冊ジュリスト43号）』（昭49）99頁。

でなく、加害行為が違法であって不法行為を原因として損害賠償を訴求しうるものであることを知るに至った時をいう。「Xらは日々の被害に堪え切れぬ不快に思いながらも、県条例に基づく振動の基準が明定されていない以上、法律的には泣き寝入りの他はないものと考えていたのではないかと思われるのである」。「右の基準が施行されたのは昭和42年4月12日であるから、時効期間はせいぜいこの日以降しか進行しない」（時効未完成）。

② 東京高判昭62.7.15判時1245号3頁、判タ641号232頁 航空機の騒音の被害の事例。「損害を知るというからには、損害の発生したことのほかに、右損害が違法な加害行為に基づいて発生したことの認識をも含むと解すべきであるが、本件のごとく航空機の騒音による加害行為の違法性の認識については、被害者において右受忍限度超過についての認識があれば足り、そして、右認識は一般通常人を基準とするのであるから、高度の法律的知識の助けがなくても違法性の認識判断は可能である」（3年経過分に限り時効完成）。

③ 福岡地判昭63.12.16判時1298号32頁、判タ685号43頁 航空機の騒音の被害の事例。「消滅時効の起算点については、民法724条には『被害者が損害及び加害者を知ったとき』とのみ定められているが、被害者に損害賠償請求権の行使を期待することが合理的に可能となった時点をもって右起算点と解するのが相当であるから、そのためには、被害者について損害及び加害者の認識のみでは足りず、違法性の認識も必要といわなければならない。ただ、右違法性の認識があるというためには、一般人ならば損害賠償を請求し得ると判断するに足りる基礎的事実を被害者において認識していれば足りるというべきである」。「米軍機による航空機騒音は、昭和……46年頃には、右騒音は日常的に耐え難い被害を原告ら本件空港周辺住民に及ぼしていたものと認められるから、遅くとも昭和47年中には、右原告らは、右被害が受忍限度を超えるものであることを生活体験により認識していたと認めるのが相当である」（3年経過分に限り時効完成）。

④ 金沢地判平3.3.13判時1379号3頁 航空機の騒音の被害の事例。「昭和40年の年末ころには既に小松飛行場周辺は激甚な航空機騒音等にさらされる地域となっており、そのことが社会問題化して地域住民が国に対して民家等

の防音や移転補償等を求めるに至っていたなどの事情を総合勘案すると、昭和40年の年末ころには、Xらを含む小松飛行場周辺住民は、本件航空機騒音等による被害が受忍限度を超えるものであることを生活体験として十分認識していた。「Xらは、同条にいう『損害を知った』というには、損害の発生のみならず、損害を訴求できることを知ることも必要であるところ、複雑な利益較量により被害が受忍限度を超え、損害が訴求可能であることを知ることは第一次訴訟提起前の時点では一般通常人のなし得ないところである旨主張する。しかし、右『損害を知った』というためには、一般人ならば損害賠償を請求しようと判断するに足りる基礎的事情を認識していれば足りると解されるところ、本件についていえば、遅くとも前記時点において、航空機騒音等が生活上耐え難い状況に達している旨Xらが認識していたことは前認定のとおりであるから、右基礎的事情の認識として十分であるといえる。この点、不法行為の成否は、結局のところ訴訟をしなければ公権的に確定しないのであるから、もし原告らの主張のように、右訴求可能の認識を厳格に解すると、訴訟を提起するまでは時効期間が進行しないことになりかねないもので、不合理である」（3年経過分に限り時効完成）。

(b) 違法性の認識が問題とされた事例

① 男女賃金差別の違法性（東京地判平4.8.27判時1433号3頁、判タ795号61頁）

「Xが不法行為により損害を被ったことを知ったというためには、単に賃金格差の存在を知ったというだけでは足りず、その格差が違法な賃金差別によることまでをも認識する必要があると解されるところ、Xが入社当初から違法な賃金差別があったことを覚知していたことを認めるに足りる証拠はなく、かえって、……Xは、昭和62年5月頃、XとBとの間に賃金格差が存在することを知り、同年9月25日、XとY代表取締役Aとの話合いの席上で、同人が一般的に男子と女子との間の賃金格差の存在を認める発言をしたことが認められ、右事実によれば、Xは、昭和62年9月25日の右話合いの場において、Xの賃金格差が違法な賃金差別であることを初めて認識したものと認めるのが相当である」（時効未完成）。

**② 年金担保の違法性（大阪高判平16.9.9金判1212号2頁）<sup>59)</sup>**

金融業者が債務者から、年金証書・預金通帳などを預かり振込年金から自動振り替えなどにより利息制限法の制限利息を超える支払を受けたことを不法行為と認め、「民法724条前段の『損害及ヒ加害者ヲ知りタル時』とは、損害及び加害者の認識に加えて、当該行為が不法行為であることをも認識し、少なくともその認識可能性が存することが必要である」（大判大7.3.15民録24輯498頁、最判昭43.6.27裁判集民事91号461頁を援用する）とし、「Xは、Yから借入れを受ける際に取引計算書を受領し、その取引内容については認識していたものの、年金担保が違法であることを知らずにYとの取引を継続し、その違法性を認識したのは平成14年6、7月ころであったことが認められる。また、法律の専門家でないXが年金担保の違法性を認識する可能性は乏しかったというべきである」（時効未完成）。明文で禁止された行為であり法の不知が問題になるが、被害者を救済したものである。

**(c) 詐欺等に気がつくことが必要な事例****① 詐欺的商法の事例**

① ベルギーダイヤモンド事件（福岡高判平8.4.18判タ933号175頁 原審） 「不法行為による損害賠償債権の消滅時効は被害者が損害及び加害者を知ったときから進行を開始し（民法724条）、右の損害を知るといのは、他人の不法行為によって損害を受けたことを知ることを意味すると解される」。「本件商法は昭和59年6月ころから社会問題化し、翌60年に入ってから公正取引委員会への申告、裁判所への訴え提起及び捜査機関による捜査がなされたものの、A会社が倒産するまでは、右各機関においても本件商法を違法と断定するには至っていなかったのであるから、一般的には本件商法を違法とする事実

---

59) 第1審判決は、「被告による不法行為は、証書等を預かり、年金が預金口座に振り込まれた後、これから出金して貸金の弁済に充当する都度損害が発生するものであって、弁済充当される行為ごとにそれぞれ別個の法行為に該当するというべきである。原告は、被告から借入を受ける際に取引計算書を受領し（甲15）、それまでの取引内容について認識したものと認められ、被告の不法行為及び損害について知ったものと認められる」と判示していた（大阪地判平16.3.5金判1190号48頁）。



はいまだ十分には把握されていなかったことが認められる。……本件商法は無  
限連鎖講防止法及び訪問販売法を潜脱する巧妙な仕組みとなっていた上、これ  
が破綻しない限り被害者の損害は顕在化しないことをも併せ考えると、Xらは、  
A会社の倒産や前記第一回調査報告書の提出から数か月後の昭和61年に入るま  
では、本件商法を違法とする事実を認識し得なかったものと認められる」（時効  
未完成）。

② マルチ商法（大阪地判昭55.2.29判時959号19頁、判タ410号70頁）

「Xは、昭和48年6月頃、Eに昇格していたが、MK 2が販売できず多数のMK  
2が滞留したため、先行きに不安を抱いていたところ、同年7月頃東京で実施  
された『卸元トレーニングスクール』と称する会合に出席した際、知り合った  
者から、MK 2が効果がない商品であるということが米国で言われている旨聞  
き疑問を抱き、独自の調査を続けていたが、同49年1月に、同48年12月20日発  
行された『マルチ商法を斬る（アメリカ版大型ネズミ講の上陸）』と題する本を  
読んで、マルチ商法がアメリカで禁止されており、訴外甲及び乙協会がインテ  
キ性の強い企業であるという確信を抱いて、自分の保有していたMK 2の引き  
取りを求めたが拒絶されたこと及び同年1月に妻の訴外Aともども所属支局を  
通して乙協会から脱退し、同年7月には被害者同盟を結成し、自ら会長に就任  
したこと、(三)、X及びB以外の各原告も、被害者同盟の勧誘を受け逐次これに  
入会して、本件マルチ商法の違法性を知り、マルチ撲滅運動に参加していった  
こと、を認めることができ」、「原告らの中で、最も早く本件マルチ商法に疑問  
を抱いて、その後の反対運動の中心的存在として活躍したXが本件マルチ商法  
の違法性を知ったのは昭和49年1月であり、その他の者は、それ以後であるこ  
とが明らかである」（時効未完成）。

② 手形が偽造であった事例（大阪地判昭34.10.30下民集10巻10号2253頁）

この類型には判例③がある。

「被害者又は其の法定代理人が損害及び加害者を知ったときは、加害者の違法  
行為により損害をこうむったことならびにその損害賠償請求をなすべき相手方  
を知ったときと解すべきであり、更に右の知ったときは要するに一般人であれ  
ば損害賠償請求権を行使するか否かの態度を決し、且そのための証拠その他の

資料を蒐集する等の措置に着手することができる程度に事実に対する認識を得れば足りる」。本件においては、「本訴においてAが前記Xら主張の本件各手形を偽造した旨の主張がなされたことを以ては足りないが他方必ずしもXらにおいてAの手形偽造行為を現認するを要しないことは勿論、その行為の存否について紛争を生じ訴訟事件となっている場合においても、その紛争に関する裁判所の終局的判断によってその存在が認められることまでも要するものではなく、Yが前記主張をなすとともに、これを具体的に立証しようとする態度に出たことをXらにおいて知るを以て足るものと解するのが相当である。蓋し、Yが単にXら各主張の本件各手形がAの偽造である旨を主張しただけでは未だ、その主張はXらと対立的立場にあるYの一方的陳述に止まるけれども、右主張を裏付ける可能性のある事実が他に存在するとき、例えばYが右主張を具体的に立証しようとする態度に出るときは、すでに右主張は一応の根拠に基いてなされているものと推測されるのであって、かかる上はXらにおいても、Yの右主張が真実であった場合のことを考え、これに対応して損害賠償請求権行使の態度を決し、それに必要な措置に着手すべく、またそうするのが一般人のなすべきところであろうからである。」。

### ③ 偽造された書類による不法行為（仙台高判平13.6.28判タ1131号148頁）

「Xは平成2年10月22日、Aから本件各書類が偽造されたものである旨の報告を受け、Yがその偽造行為に関与した疑いを持っていたことが認められるが、AはXに対してYによる偽造を認めず、また、Yは、Aの内部調査において偽造の事実を否定し、その後、Aに対して提起した雇用関係存在確認請求訴訟において、偽造の事実を強く争っていたのであるから、Xが平成2年10月又は11月の時点において、Yに対して本件不法行為に基づく損害賠償責任を追及できる程度に確実な事実関係すなわちYを加害者であると認識していたものということはできない」（時効未完成）。

#### (d) 違法な勧誘行為であることの認識が問題とされた事例

4(2)(a)の判例⑥もこの事例である。

### ① 変額保険の事例

① 東京高判平15.12.10判時1863号41頁 「本件変額保険3口の運用実績

は、……平成3年8月ないし10月ころに3口ともマイナス運用となり、その後もこれが続いて運用実績の通知に係る3口の解約返戻金の合計額は、そのころが2億8431万3933円、平成4年8月ないし10月ころが2億2465万9573円、平成5年8月ないし10月ころが2億4369万7231円、平成6年8月ないし10月ころが2億4526万7764円という低い金額に低迷する状態が続く一方、亡AのY銀行の債務残高の合計額が平成2年11月30日現在で3億6501万2065円、平成4年5月26日現在で4億0588万4440円、平成6年10月20日現在で4億5164万8335円に増大し、そのころには遂に2億円以上の損失が生じており、今後さらにこれが拡大することが亡A、XのみならずY銀行の青山通支店のB支店長、C代理ら担当者にも認識されたのであり、Xは、『当初の話と違う』、『金利を○にするように』などとY銀行の担当者らに要求し、亡Aも上記のような差損を気に病むようになって、Y銀行の担当者らと亡A及びXは、何度か協議し、『本件変額保険はもう無理であり、他の契約者も解約している』からDを被保険者とする本件変額保険及びXを被保険者とする本件変額保険の2口を解約してY銀行に対する債務残高の弁済に充てるなどの行動をし、その結果、債務残高は、3億8035万7851円となり、仮に、解約しないで残した亡Aを被保険者とする変額保険の死亡保険金が給付される事態となっても償われない約8000万円の差損が避けられなくなったことが認められるのである。……亡A及びXは、遅くとも、平成6年10月20日には、そのような不法行為により、前記の損失約2億円がその損害となっている（たとえすぐに亡Aの死亡保険金が給付される事態となっても少なくとも約8000万円を下らない金額の損害が発生している）ことを知ったものと認められるのである」（違法性の認識を問題にせず損害の認識だけを認めて時効完成肯定）。

② 東京地判平17.10.31判時1954号84頁 「『……損害及び加害者ヲ知りタル時』に当たるといえることができるためには、単に損害の発生や加害行為の行為者が誰であるかを知るにとどまらず、このような損害の発生をもたらした加害行為が違法な行為であることを併せて知ることを要するものというべきである。この点、加害行為であるEの違法行為は、Eが相続税対策として融資一体型変額保険の加入にXらを勧誘した際、その基本的仕組みやそのリスクを正

確かかつ具体的に説明する義務を怠った点にあり、したがって、Xらがこのような義務違反を認識することを要するというべきところ、X及びCは、平成6年8月4日、Yとの間の本件各変額保険を解約した際、Yからその解約返戻金として、一時払保険金の額（1億0531万6920円）を下回る8560万5394円のみを支払を受けたことが判明していることから、その時点で、加害者及び損害の発生それ自体についてはこれを知ったものということができる。「X及びCは、もともと、変額保険の解約返戻金の額等が特別勘定に組み込まれた保険料の運用によって決まるものであり、したがって、変額保険が、従来の定額保険に比べて顧客にとってリスクを伴う金融商品であることについてはこれを理解・認識していたものの、それ以上にその変額保険の仕組みやその構造、更には、これが相続税対策として有効であるのは、1次相続発生までの期間を通じ、変額保険の運用率が借入金の金利をはるかに凌駕するといった例外的な場合に限り得るといったことについてはこれを認識しておらず、この点についてのEの説明の不十分さにこそ、その勧誘行為の違法性の本質があること前判示のとおりであるところ、原告又はCにおいて、前記解約時においても、これらの変額保険の構造等を認識したか、したがって、Eの勧誘行為における説明義務違反の点を認識したといえるか、疑問の残るところであり、これを認めるに足りる証拠もない」（時効未完成。説明義務違反があっても損害が発生しなければ損害賠償債権が成立しないので、損害の発生またそれを「知った」ことが不可欠であるが、「解約時」に損害を認識しながら起算しないので、説明義務違反の認識を問題にしたものといえる）。

## ② 先物取引の事例

① 神戸地尼崎支判平11.9.14先物取引裁判例集27号1頁 「Yは、X<sub>1</sub>がYから送られてきた報告書を見て、平成4年2月初め頃Aに説明を求めた事実があるから、Xらは、遅くともその時に損害及び加害者を知ったと主張する。しかし、民法724条にいう『損害及ヒ加害者ヲ知りタル時』とは、単に損害を知るに止まらず、加害行為が不法行為であることをもあわせ知ったときを意味するとするのが確立された判例である。そして、先物取引の取次行為自体は通常の商行為であってそれ自体に不法行為の要素がないこと、前示のとおりX<sub>1</sub>は先

物取引の素人であり、また、法律の知識がとくにあったわけではないことに照らすと、X<sub>1</sub>が先物取引により損失が発生したことを知ったからといって、それによりXらが、Yに不法行為責任があることを知ったとは到底いえない。他に、消滅時効の起算点に関するYの主張を認めるに足る的確な証拠はなく、かえって、証拠……及び弁論の全趣旨によれば、Xらが損害及び加害者を知ったのは、早くともX<sub>1</sub>が日本商品取引員協会へ苦情の申入れをしてアドバイスを受けた平成6年6月頃と認められる」（時効未完成）。

② 鹿兒島地判平15.11.19先物取引裁判例集35号272頁 「XはYとの取引委託契約関係が終了して約8年が経過した平成13年6月26日に本件訴訟を提起したものであるが、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効は被害者が加害者の違法な行為により損害を受けたことを知り、または通常人であれば知り得た状態になったときから進行を開始するのであり、違法な行為が外形上契約に基づく相手方の取引行為として行なわれたため、実際には相手方の行為が正常な取引行為ではなく、法令や社会規範に違反するなどの違法な行為であったことを被害者において気付かず、自分がこうむった損失が正常な取引の範囲内で行なわれた行為の結果であり、取引上の損失として甘受しなければならないものと考え、そのように考えたことについて特に落度がなかった場合は、消滅時効は被害者がこの事実を知り、または知り得たときから3年を経過しなければ完成しないと解される」。「Xは、平成12年5月10日ころにAから話を聞いて、初めて平成3年4月当時の被告鹿兒島支店の従業員らによる勧誘の実態を知ったのであり、それまでは、こうむった損失が多額であったにもかかわらず、これを回復するための法的手段などについて検討した形跡がないことに照らし、自分の損失について損害賠償が請求できる可能性についての認識はなかったものと推認される」。「以上のとおりであるから、Xの損害賠償請求権の消滅時効の起算点は平成12年5月10日ころと認められ」る（時効未完成）。

③ 京都地判平18.11.24先物取引裁判例集46号414頁 民法724条に「『損害及び加害者を知った時』とは、被害者において、加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況の下に、その可能な程度においてこれらを知った時を意味すると解するべきである」（参考判例① [ロシア人拷問事件] を援用）。「不法行為

の被害者が加害者に対して賠償請求をするためには、加害者の違法行為を認識する必要がある。通常不法行為の場合、損害が発生した事実が何らかの違法行為があった事実と直結するが、商品先物取引の勧誘を巡る不法行為の場合は、これが直結しない。すなわち、商品先物取引の委託及び受託、並びに商品取引員の外務員がする取引の受託に向けての投資勧誘行為は、それ自体は全くの適法行為である。そして、商品先物取引の本質が投機であるから、これによって顧客が損失を被ったとしても、原則的には、顧客が相場判断を誤ったことの結果、すなわち自己責任である。また、外務員の勧誘行為に問題があっても、それが違法かどうかについては明確な境界線を引くことができるものではない。したがって、外務員の違法行為によって顧客が損失を被った場合であっても、顧客がその違法行為を認識することは、法律専門家等の助言のない限り、多くの場合困難であるといえることができる」。

「本件においても、本件取引が終了した平成7年7月10日の時点でBにおいてY担当者の違法行為を認識し得たとは言えないし、本件訴訟が提起された平成17年5月25日から3年を遡る平成14年5月25日までの間に、Aが、Yの担当者の違法行為を認識したと認めるに足る証拠はないし、通常人であれば認識し得たと認めうる事情も認められない。なるほど、Aは、証人尋問において、本件取引において、追証の支払を求められるばかりで、利益金を全く入手できなかったため、取引を開始して半年が経過したころから、Yの担当者の口車に乗ってしまったな、騙されたなと感じた旨供述するが、だからといって、セールストークとして許される範囲を超えて違法であるとまで認識し得たとは認めがたい。また、Aは、取引継続中、手仕舞いをすれば追い銭がいると思ったので、追い銭なしにYとの取引を止める方法がないか、消費生活センターに相談に行こうと思った旨供述するが、だからといって、Yの担当者の違法行為を認識していたとは認めがたい」(時効未完成)。

④ 前橋地高崎支判平19.5.24先物取引裁判例集48号297頁 「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。この点、Yは、本件取引の手仕舞日は平成13年4月29日であり、Xはその時点で損害及び加害者を認識したから、消滅時効期間は同日から進行する旨主張するが、Xの損害が取引によって

生じていること、Xは、本件取引期間中、Yに対しY従業員の勧誘等について苦情を述べたことがなく、他の業者との取引を経た後の平成16年2月に至って、Yに対しAの勧誘等に問題があった旨記載した手紙を送り……、その後、弁護士に依頼して本件訴訟を提起していることを考慮すれば、Y主張の時点では、Xは本件取引についてYに対し損害賠償請求できることを認識しておらず、権利行使もできなかつたと認めるのが相当である」（時効未完成）。

⑤ 名古屋地判平20.10.29先物取引裁判例集53号364頁 「Xには、商品先物取引についての適合性が全くなく、Yは、本件取引に関し、Xと接触したほとんど全ての従業員において、Xが商品先物取引についての適合性を有していないことを知りながら、自分たちの言いなりになるXを誘導して、本件取引を行わせたもので、組織的ともいえる違法行為であり、非常に悪質であって、Xに対し、故意による不法行為責任及び債務不履行責任を負うものである」。「Yは、本件取引は平成14年8月14日終了し、同月20日精算が完了し、それから3年の経過により、不法行為による損害賠償請求権は時効消滅した旨主張する」。「しかし、……Xは、本件取引が多大な損失を出して終了しても、Yの行為によって先物取引被害を被ったとの認識を持つことさえできなかったもので、Xが本件取引による損害及び被告の不法行為を知ったのは、平成18年10月ころ、義兄に本件取引についての話をした以降であると認められ、Yの上記主張は理由がない」（時効未完成<sup>60</sup>）。

### ③ 投資信託の事例（津地判平21.3.27証券取引被害判例セレクト33巻83頁）

「Xは、平成14年10月末ころには、本件投資信託取引により、確定しているだけでも900万円以上の損失を被り（ただし、分配金による配当は考慮しない）、含み損を併せると、より大きな損失が出ていたことが明らかになっており、Xも、このような損失が生じていることを認識した結果、この損失を何とか取り戻すべく、Y津支店を訪れ、Aに対し、損失補填を要求するなど、執拗なまで

60) また、「Yの行為は、……Xに対する債務不履行にも該当するもので、これに基づく損害賠償責任は、3年の経過によって時効消滅するものではないから、これが重なる範囲では、Xの認識にかかわらず責任を免れないものである」と、債務不履行による損害賠償請求も認める。

にYとしての責任を追及していることからすれば、XのYに対する本件投資信託取引に関する不法行為に基づく損害賠償請求は、遅くとも平成15年6月30日ころには請求し得たというべきであるから、その消滅時効の起算日は同日から起算するのが相当である」(時効完成。但し、「本件証券取引委託契約に付随する信義則上の説明義務違反に基づく損害賠償請求」は、時効期間を10年(167条1項)とし時効を未完成としてXの請求を認容)。

(e) 医薬品の副作用を欠陥と評価しえたかが問題とされた事例等

① 医薬品の副作用の欠陥判断(東京地判平19.3.23判時1975号2頁)

「民法724条が短期消滅時効を設けた趣旨に鑑みるならば、同条前段にいう『損害及び加害者を知った時』とは、被害者において、加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれを知った時を意味するものと解するのが相当である」(参考判例①[ロシア人拷問事件]を参照として引用)。「また、損害については、単に損害を知るに止まらず、加害行為が不法行為を構成することを知ることが必要であると解される」(判例①及び判例③を参照として引用)。「医薬品は副作用のリスクを避けられないものであり、本件各製剤にも添付文書において肝炎リスクについて一応の記載があることから、Xらが本件各製剤により非A非B型肝炎あるいはC型肝炎に罹患したことを知ったとしても、それが医薬品に不可避免的に伴う副作用リスクの発現なのか、本来許容されない副作用なのかは容易に判断することができないから、これにより直ちに加害行為が不法行為を構成することまで認識できたということとはできない。したがって、Xらにおいて、さらに、自らが罹患した非A非B型肝炎あるいはC型肝炎が、医薬品として本来許されないリスクの発現であることを疑うに足りる事情を知ることが必要であり、本訴提起に至った経緯等を勘案して、Xらがどの時点でこのような認識に至ったかを判断することとなる」(時効未完成)。

② 予防接種事故の違法性の認識

① 東京高判平4.12.18判時1445号3頁、判タ807号78頁 「確かに右各被害児及びその両親は、右表記載のころ本件各事故発生を知った事実は当事者間に争いが無いが、民法724条の加害者を知りたる時とは、単に損害発生の実事を



知ったのみでは足りず、加害行為が不法行為であることを知った時と解すべきであるところ、右争いのない事実のみから本件各事故が前記のような厚生大臣の過失行為に基づく違法なものであることを知ったと推認することは到底できない。「他に同人らが損害及び加害者を知った時から本訴提起までに3年以上の期間が経過したことを認めるに足りる証拠はないから、本件各損害賠償請求権が民法724条前段の規定による消滅時効により消滅したとするYの主張は理由がない」（時効未完成）。

② 大阪地判平15.3.13判時1834号62頁、判タ1152号164頁 「不法行為に基づく損害賠償債権の消滅時効は、被害者らが、加害者及び損害を知った時点から進行すると解され、損害を知ったというためには、加害者の行為が違法であることを知ることを要すると解される」。「予防接種法は、伝染病のまん延防止という公益目的のために行われる予防接種によって、不可避免的に発生する被害を簡易迅速に救済することを目的として予防接種健康被害救済制度を設けたものであり、これは国家補償の性格を有するものであると考えられる」。「そうすると、上記認定は、行政上の救済の観点から、不法行為の成否の判断とは別個に行われたものと認められ、上記認定は予防接種の違法性とは関係がないのであるから、上記認定がなされた事実のみをもって、Xらが、本件MMRワクチン接種が違法であることを知ることができたと認めることはできず、他にこのことを認めるに足りる証拠はない」（時効未完成）。

(f) 事故原因（＝製品の欠陥）を知らなかった事例

① 安全配慮義務違反があったことの認識（東京地判昭56.3.26判時1013号65頁、判タ449号287頁）

「民法724条にいう『損害及び加害者ヲ知りタル時』とは、単に損害の発生および加害行為の主体を知るのみではなく、加害者の行為が違法であることおよびその行為によって損害が発生したことを知る必要があるというべきである」。「Aと同人の叔父であるAおよびXの親戚の者数名は、本件事故の2日後である昭和40年3月11日ころ、事故現場において、陸上自衛隊富士学校特科教導隊第四中隊長Bおよび同教導隊長Cら自衛隊幹部から、本件事故の状況の説明を受けたが、その際の説明の内容は、『撃った砲弾は、本来ならば4キロメートル先

の山へ行って爆発するのだが、本件砲弾は砲口から約20メートル先の所で破裂し、その飛んできた一片がDに当たって即死した。』『10万発に1発位しか起こらない事故であり、不可抗力である。』『事故原因は調査しなければわからない。』『やるべきことは十分やっていたのにこういう殉職に至ってしまった。』等とのことであった。なお、その際、過早破裂の原因や信管に問題があったとの説明は全くなかった。「Xらは、砲弾関係についての知識を全く有しなかったし、本件事故直後の自衛隊側の前記の説明を信じ、またY（国）から遺族補償年金として金156万7000円をもらったこともあって、Dの本件事故については不慮の事故として諦め、その後10年余の日時を経過してきたが、昭和50年4月ころ、自衛隊員の遺族仲間であるEらから、Xの夫であるDについて惹起された事故のような場合でもY〔筆者注：砲弾の製造者〕に対し損害賠償を請求する道があるから一度弁護士に相談してみたらどうかと勧められたことにより心を動かされ、昭和51年3月ころ、本件事故につき損害賠償請求ができるかどうかを弁護士に相談した。その結果、Xらは、同年11月ころ、本件事件のXら訴訟代理人となったF弁護士らから、『調査したところ、本件事故は、本件砲弾の製造上の欠陥に基因するものであるらしいこと、および、その製造には米国およびYがかかわっているらしいことが判明した。』との報告を受け」た。

「砲弾関係についての専門的知識もなく、また何らの情報収集の手段も有しないXらが、本件事故直後において、かつての夫の上司である自衛隊幹部からの『本件事故は不可抗力である。』との説明を信じ、当時は不慮の事故死として、なす術もなく10年余の日時を経過してしまったとしても、まことに無理からぬところがあり、前記説明を受けた時点において、Xらが加害行為の違法性を知ったとは到底認められない」。「Xらが本件における加害行為の違法性をはじめて知ったのは、前記認定のとおり、F弁護士から調査報告を受けた昭和51年11月ころである」(時効未完成)。

(g) 公的な判断があるまで違法か否かの判断が容易ではない事例<sup>61)</sup>

① 不当訴訟 判例②もこの事例である。

① 浦和地判昭38.2.6下民集14巻2号163頁 「民法第724条は不法行為に基く損害賠償請求権につき、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を

知った時から3年間で消滅時効に罹る旨規定するが、右にいわゆる『損害を知った』というについては、たゞ単に損害が生じたという事実を知っただけでは足りないのであって、それを生ぜしめた原因としての他人の行為を知り、しかもその行為が違法であることをも知ったこと、即ち不法行為によって生じたものとしての損害を知ったのでなければ時効は進行しないと解すべきである。これを不当訴訟についてみれば、当該訴訟が不当訴訟として不法行為に該当するか否かは、当該訴訟が確定（或いはその他の事由によって終了——以下単に確定と省略）して初めて判明するのであるから、不当訴訟が確定したことを知った時を以て損害を知った時と解すべきである」（時効未完成）。

② 東京高判昭39.2.15判タ160号82頁 724条に「損害を知るとは、単に損害が生じたことを知っただけでは足りず、それが違法行為によって生じたことをもあわせ知る意味であると解するを相当とする。そして、不当な訴を提起されたことにより損害をこうむった場合においては、訴訟進行中に損害が発生しかつそのことを知ったとしても、それだけで直ちに右訴の提起が違法な行為であることを知ったとはいえないものと解すべきである。なぜならば、訴訟というものが、当事者間の紛争を裁判所に提訴して解決を求める手段として、国民に権利として認められたものであることを考えれば、当事者は裁判所の判断があるまでは、訴の提起が違法であるかどうかを判断することが困難であり、殊に、訴訟においては、一方の当事者が敗訴したからといって、その当事者に対し相手方の当事者が訴の提起を不法行為として損害賠償を請求し得るものではない。上記と反対に、不当訴訟を起こされたことを知ったときと解すれば、その損害賠償債権（不当応訴の損害賠償債権についても同じ）は、訴訟が永びけば、その進行中に時効にかかってしまうという不合理なことになってしまう」（時効未完成）。

---

61) 166条の事例については、自賠法72条に基づく国に対する保障金の支払請求権（自賠法3条による救済が得られない被害者のための補的な権利）につき、その権利の性質上、自賠法3条による請求権の不存在が敗訴により確定するまでその権利行使を現実に期待できなかったとして、自賠法3条に基づく訴訟の敗訴確定時が時効の起算点とされている（最判平8.3.5民集50巻3号383頁）。

(h) 違法な公権力の行使であることを知る場合

4(2)(a)の判例①（違法な仮執行）もこの事例である。

### ① 違法な仮執行・仮処分

① 東京高判昭33.10.21下民集9巻10号2137頁 「判決正本の送達は判決に基づく強制執行開始の要件であるから、執行吏が判決正本送達前に強制執行をなすことは、違法であり、また家屋明渡の強制執行は家屋の占有者たる債務者にとって損害を生ぜしめることを常態とする行為であることが明らかである。従って右認定の事実によれば、被害者たるXは右強制執行の当日既に違法な右強制執行による損害を了知したものとわなければならない」。XとAとの間の家屋明渡請求事件の判決言渡によりXの勝訴が確定しその送達証明書の交付を受けて始めて前記執行吏の本件不法行為による損害を知ったものであるとの主張を退ける（時効未完成）。

② 東京地判昭48.2.26判時714号207頁、判タ299号324頁 「違法仮処分による損害賠償請求権の消滅時効の起算点は、その本案訴訟が係属し、または当該仮処分が異議により争われている場合には、仮処分債権者が本案訴訟で被保全権利不存在として敗訴判決を受けてこれが確定した時、または被保全権利もしくは保全の必要性不存在を理由として仮処分取消の判決がなされ、これが確定した時と解するのが相当である。ただし、右のとおり本案訴訟または異議訴訟の係属中においては、当該仮処分の当否は不確定な状態におかれ、したがって、当該仮処分が違法であることを前提とする損害の発生を確知しえないからである」（時効未完成）。

③ 千葉地判昭39.9.29判時391号29頁、判タ169号197頁 「Xがその主張の不動産16筆をAから贈与を受け正当に所有するものであるのに、被告は後見人としてEを代理してXがA名義の私文書を偽造、行使し、かつ登記簿に不実の記載をなさしめたとの虚偽の事実を主張して千葉地方裁判所木更津支部に仮処分を申請してXに対する仮処分決定を受け、これによりXの名誉を毀損し精神的損害を与えたと主張して右損害の賠償を求め」た事案。

「思うに民法第724法行為による損害の発生の実事を知った時と解すべきであり、しかしてその認識の程度としては、単に疑いを抱いたり、想像や推測だけ

では足りないけれども、いやしくも被害者またはその法定代理人が損害賠償請求権を行使するか否かの決意をなし、かつそのための証拠資料の収集などの措置を実行しうる程度に要件事実を確実に認識すれば足りると解するのが相当である。「債権者が仮処分申請の理由として主張した事実が債務者の名誉を毀損し精神的苦痛を生ぜしめたとしても、債権者の右主張事実が虚偽のもので、その執った仮処分手続が不当であるか否かは裁判上確定されるまでは債務者に容易に認識し難いことであつて、債務者が右仮処分決定の執行を受け、あるいは右仮処分決定に対し異議の申立てをなして争っても、損害発生的事实を知るのは格別、未だそれが不法行為に基づく損害であるとの認識が得られず、裁判上確定して始めて債務者が右不法行為に基づく損害賠償請求権を行使するか否かの決意をなし、かつ証拠その他の資料収集の措置を採りうる程度に要件事実の確実な認識が得られるものであるから、かような損害賠償請求権に関する民法第724条の消滅時効は、債権者の右主張事実が認められることなく仮処分決定の不当なことが裁判上確定したことを債務者が知った時から進行するものと解すべき」である（時効未完成）。

## ② 違法な押収物の処分

### ① 高知地判昭40.7.8判時492号66頁、判時428号86頁（第1審判決）

「所有者であったAは押収された本件船舶が管理不十分のため漸次破損し価格の下落を来していることを前記昭和28年10月22日頃には知了していたことが窺われる」。国家賠償法第4条により民法第724条が適用されること、右法条の損害及び加害者を知ったときは、被害者が不法行為なること知ったことを要するものと解すべきである。しかして本件のように押収物件の保管方法が公務員による不法行為なりとせられる場合にあって、しかも前記のように没収すべき物として押収されているような場合は、没収の言渡のないことの確定したときでなければ不法行為の成否は終局的には確定せず、それまでは不法行為なりや否やは未定であるから、押収物の管理不十分による破損の事実を知ったとしても直ちに不法行為なることを知ったものとは言い難い。従つてかかる場合の損害賠償請求権の消滅時効は押収のまま没収の言渡のないことの裁判上確定したときは、このことを知ったときより進行を始めるものと解するのが相当である」

(時効未完成)。

② 高松高判昭41.12.15判時492号64頁、判タ206号111頁(控訴審判決)

「没収すべきものとして押収された物件については、たとえ、押収中、検察官の不法行為によりその価格が減少したとしても、後日裁判によりこれが没収されるときは、押収は、その目的を達成し、押収物件の所有者は、その所有権そのものを失うに至る結果、価格の減少(損害)というようなことはもはや問題となし得ないわけであって、押収物件につき没収の言渡のないことの裁判が確定するまでは、押収物件の所有者にとって、検察官の不法行為によって損害を蒙ったことが終局的に確定されず、右裁判の確定により初めて、これが損害として認識されるに至るのであるから、前記法条にいう『損害を知る』時期は、単に損害発生(価格の減少)の事実だけでなく、押収物件につき没収の言渡のないままの裁判が確定したことをも知った時と解するのが相当である」(時効未完成)。

③ 無効な農地買取処分

① 東京地判昭35.4.5判時220号11頁<sup>62)</sup> 「民法第724条に『損害及ヒ加害者ヲ知りタル時ヨリ……』というのは単に損害発生的事实と加害者が何人であるかを知った時の意味ではなく、同時に当該の加害行為が不法行為を構成するものであることをも確知した時の意味に解すべきものであるから、行政処分の有効無効が訴訟で争われている場合には、少くとも、それが判決によって無効の処分であることが確定するまでは同条の短期消滅時効は進行をはじめないものと解しなければならぬからである」(時効未完成)。

② 熊本地判昭38.6.19訟月9巻7号826頁 「民法第724条にいわゆる損害を知るとは、単に損害発生的事实を知っていたというのみでなく、加害行為が果して不法行為に基くものであるかをも、併せて知っていたことを要する」。「無効の行政処分が不法行為を構成する場合においては、これを原因とする損害賠償請求権の消滅時効の起算点は、一般に、右行政処分が権限ある裁判所の確定判決により無効と宣言せられたときであるといわなければならない」。「何故

62) 判例評釈として、内池慶四郎「判批」法研33巻9号(昭35)81頁、樋口哲夫「判批」民研40号(昭35)19頁。

ならば、元々行政処分には、一般にたとえそれに違法事由があっても、一応権限ある行政庁において所定の形式手続を経て処分が行われたものである以上、その違法について究極の有権的判断が確定せられない限りそれまでの間は、なお、外形上行政処分として存在し、一般私人はこれを無視し得ないところの、いわゆる公定力を有するばかりでなく、右に述べた如き無効を宣言せられた行政処分においても、その瑕疵の重大かつ明白であることは、実際には、必ずしも当初から当事者間に知られている訳でなく、結局当該無効確認訴訟の弁論終結当時までに明らかとなった諸事実によって知られる、処分行為時の客観的な事情等を基準として、後日に至って判断し確定せられるものであるから、それまでの間は、たとえ処分庁において調査に粗雑な点があり、或いは法令等の解釈上に誤があったとしても処分庁自身はその認定の権限に基いて処分の有効性を主張している限りにおいては、やはり、一般私人としては、対等者間における権利関係の争の場合と異なり、とうてい、その行政処分を無視した取扱いに出ることが困難だといわなければならないし、従って、そのような場合には、特段の事情がない限り行政処分の無効が確定したときに加害行為の違法を知ったとしなければならない筋合いである」からである（時効未完成）。

③ 仙台高判昭47.11.20訟月19卷1号6頁 「ここにいわゆる『損害』を知るとは、違法な行為による損害発生的事实を知ること、換言すれば加害者の行為が違法なものであること、およびこれによって損害の発生したことの両者を知ることを意味するものと解すべく、この点からして、違法な行政処分による損害賠償請求権にあっては、その処分の適法違法（ないし有効無効）が訴訟で争われている場合には、判決によって違法（ないし無効）の処分であることが確定されたときから右損害賠償請求権の短期消滅時効が進行するものというべきである」（時効未完成）。

④ 冤罪事件 判例④もこの類型の事例である。

① 東京地判昭39.4.15判時371号5頁（有罪判決） 「『損害を知る』時期は、単に損害の発生だけでなく加害行為が不法行為であることをも知った時期というべきである。そうすると国家賠償の対象として検察官の違法有責な公訴提起およびこれによる損害発生を主張するに足る認識をもつのは、刑事裁判で

有罪以外の裁判すなわち無罪、免訴、公訴棄却（特定の理由によるもの除く）等が確定した時と考えられるから、これらの刑事裁判が確定したときから時効が進行するといわねばならない」（時効未完成）。

② 横浜地判昭49.6.19判タ311号194頁（身柄拘束） 「民法724条にいう『損害及び加害者を知りたる時』とは、単に損害発生的事实と加害者が何びとであるかを知った時の意味ではなく、同時に当該の加害行為が不法行為を構成するものであることをも知った時の意味に解すべきものであるところ、〈証拠〉を総合すれば、Xが、『本件身柄拘束は「保護」名下になされたものであり、しかもそれは保護の要件をみたしていない不法なものである』と認識したのは、昭和43年9月6日の刑事事件第7回公判以降である事実を認めることができる。従って訴を提起したことが記録上明らかな昭和45年3月17日には、消滅時効は未だ完成していない」（時効未完成）。

(i) 損害の前提として契約の効力が問題となっている事例（さいたま地判平19.7.18判時1996号77頁）

不動産売買に基づく所有権移転登記手続きにつき売主より囑託を受けた司法書士Yが、売主の所有権移転登記意思確認を怠ったことにより買主Xが所有権を取得できず被った損害として、売買代金として支払った金額と司法書士に支払った登記費用の賠償が認められた事例で、次のように判示されている。

「民法724条にいう『損害』を知るとは、違法な行為による損害発生の事情を知ること、換言すれば加害者の行為が違法なものであること、及びこれによって損害の発生したことの両者を知ることを意味するものと解すべきところ、本件においては、損害発生の前提としてXが有効に本件不動産の所有権を取得したかが問題となっており、かかる損害の前提となる行為の効力について訴訟で争われている場合には、判決によってその行為の有効無効が確定されたときに、当該行為による損害が確定的に発生したと解すべきである。そうであれば、本件においては、本件不動産の所有権がいまだAにあり、本件控訴審事件が確定した平成16年6月29日によって、既払いの売買代金1億6000万円が確定的に損害となったとみるのが相当である」（時効未完成）。



(j) 不貞による離婚の事例（最判昭46.7.23民集25巻5号805頁）

「有責行為により離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったことを理由とする」損害賠償請求権については、「このような損害は、離婚が成立してはじめて評価されるものであるから、個別の違法行為がありまたは婚姻関係が客観的に破綻したとしても、離婚の成否がまだ確定しない間であるのに右の損害を知りえたものとするは相当でなく、相手方が有責と判断されて離婚を命ずる判決が確定するなど、離婚が成立したときにはじめて、離婚に至らしめた相手方の行為が不法行為であることを知り、かつ、損害の発生を確実に知ったこととなる」<sup>63)</sup>（時効未完了）。

## 5 検討及び本稿の立場

### (1) 判例の整理・類型化

判例①が724条前段の起算点の解釈として「加害行為の不法行為なることを併せ知る」ことを要求したため、多くの下級審判決が違法性についても被害者が「知った」ことを要求している。しかし、このような一般論が宣言されてはいても、事例類型によって724条前段の起算点との関係で問題のされ方が微妙に異なっている。以下のように分類できよう。

#### (a) 違法性を基礎づける「事実」を知るだけでよい場合

詐欺、手形が偽造等（(c)②判決）の「事実」を知らないために、被害者が違法性を認識していないだけの事例がある。この事例では、被害者が違法性を基礎づける事実を知れば<sup>64)</sup>、特別の知識を要することなく当然に違法と「考える」ことになる<sup>65)</sup>。最判平23.4.22（判例⑤）の説明義務違反の事例は、破綻し

---

63) 安全配慮義務違反があっても塵肺炎が発症するかどうかは未定であり、安全配慮義務違反の事実を知ってもそもそも損害賠償請求権自体が成立していないと同様に、離婚による損害については、離婚までは損害を知ったとはいえないと考える余地があり（必ずしも不貞が離婚につながるわけではない）、知るという以前に損害自体が未だ成立していない事例である。

ていたのにそれを秘して投資を勧誘する行為は詐欺にも匹敵する行為であり、この類型の事例ということができ、最高裁が違法性の認識をいとも簡単に認めたのは驚くべきことではない。(c)①の詐欺的商法もその事実関係が解明されれば不法行為であることに当然に気がつくはずであり、この類型に属するものといえよう。

この事例ではその基礎となる「事実」を「知った」のかが問題になり、例えば文書が偽造されたものかどうか争われている場合には、偽造であるという事実をいつ知ったかが問題とされている ((c)②③)。(f)①の事例も、製品 (= 砲弾) の欠陥によるという事故原因を知らなかった事例である。(b)①の男女賃金差別の事例でも、戦後すぐの時代であれば別であろうが、男女賃金格差の事実を知ることを問題にし、それが違法な差別であることの認識可能性は問題にされていない。騒音被害のように条例が基準とされるが基本的に社会通念によって判断される不法行為類型については、特に専門的な判断が必要ではないので、この類型に準じるものといえる ((a)①の②～④の航空機被害。但し、同①の工場騒音については条例制定まで起算が否定されている)。

#### (b) 違法性の評価が問題になる場合

殆どの不法行為事例は(a)の類型であり、違法性を認識できないのは「事実」を知らないためである。しかし、違法な行為か否かの評価が問題になる事例も少ないものの考えられ、被害者が「事実」を知ったからといってそれを違法と評価できるとは限らない。そのような異例な事例についての判例も、更に以下のように分類ができようか。

64) どの程度「事実」を知ることが必要かについては、参考判例①(ロシア人拷問事件)に従い、違法性を評価するのに必要な程度の実事を知ればよいと考えるべきである。

65) これが不法行為の事件における殆どの事例であり、違法性の認識の点で起算点が争われること自体が少ないことにこのことは現れている。生命、身体、財産の侵害は基本的にそれだけで違法であり、過失が問題となるだけであり、単に財産的損害を生じさせる違法な勧誘行為の事例で違法性判断が問題になり、それにあわせて違法性の認識が時効の起算点でも問題として登場するに過ぎない。

(ア) 判決などによる客観的な判断が必要な場合　まず、仮処分が不法行為になるかどうかの問題となる事例では、判例①が「相手方の請求権若くは請求権実現の危害が仮処分命令当時存在せざりしことの裁判上確定せられたるを知りたる時より進行」するものと判示している。また、不当訴訟については判例②が既にあり、下級審判決としては、(g)①②がこれに従う。また、違法な仮執行・仮処分につき(h)①①～③、違法な押取物の処分につき(h)②①②、無効な農地買収処分につき(h)③①～③がある。いずれも、原則として違法性が判決等で確定されることを必要とし、被害者がその判断を知った時から724条前段の時効が起算されることになる。

契約が無効なことによる損害につき、その契約の効力が別訴訟（当事者も異なる）で争われている場合に、判決で有効無効が確定するまで損害が確定的に発生したとはいえないという処理をした(i)判決は、この類型に準じる事例である。これに対し、不貞の結果として離婚をやむを得ないものとされたことによる慰謝料請求につき、離婚訴訟で離婚を命じる判決があつて初めて不法行為を知り、損害の発生を確実に知ったことになるとした(j)判決は、損害の発生が問題になった事例である。

(イ) 事実を認識しても違法性判断が容易ではない場合　被害者が事実関係は知っているが、その事実関係を違法と評価するためには法令や判例等についての専門的知識が必要であり、それがない被害者が違法なものと考えず損害賠償請求が期待できない場合もある。下級審判決(d)①①②の変額保険や(d)②①～⑤の先物取引の事例がこのような場合であり、どういう形で勧誘された、どういう説明を受けたといった事実関係は知っているが、それが義務違反＝違法であると思っていない事例である。(d)①①また投資信託についての(d)③は損失を知っただけで起算するが、訴訟は提起していないものの、被告に対して強く損失補償を要求していたといった事例であり、被害者がある程度の取引経験・知識があるため違法性を認識できた事例である。

詐欺と異なり、詐欺の事実を知らないという事実「認識」必要型の問題のではなく、そのような勧誘が義務違反で違法であると考えていないという事実

「評価」必要型の問題である<sup>66)</sup>。ここでは、事実についての認識だけで当然に権利行使期待可能性が認められるのではなく、専門的判断が何らかの形で補われなければならないが、(ア)の類型とは異なり判決等までは必要とはされず、弁護士等により賠償請求の可能性があることを聞かされれば足りる。消費者取引ではこれに属する事例の被害は少なくないと思われるが、これまでこの点を扱った判例は多くない。

取引的不法行為以外では、過失判断に近い事例であるが、医薬品の副作用が欠陥を構成するものかどうか知り得なかったという事例についての(e)①は、欠陥であると「疑うに足りる事情を知る」ことを必要としている。(e)②①②の予防接種事故の違法性についても、損害発生的事实を知っただけでは違法性を知ったことにはならないとして時効完成を否定している。副作用が違法性の認められる欠陥と評価できるかが問題とされており、(f)①の事故原因がそもそも明らかになされていなかった事例とは微妙な差がある。

(ウ) 事実は認識しているが法令違反であることを知らない場合 (b)②は年金担保が違法なことを知らなかったことを理由に、時効の起算を否定する法の不知を認めた異例な判決である。異例な判決としては、他に騒音被害についての(a)①①の騒音についての県条例が制定されるまで法律的には泣き寝入りの他はないと考えていたということを考慮し、条例制定まで724条前段の時効を起算しなかった判決がある。しかし、法の不知それ自体を起算点の障害事由として認めるのは適切ではなく、(a)の事例か(b)①の事例かいずれかに還元して考えるべきである。場合によっては、その中間的な事例も考えられるが、違法性認識についての重過失判断を柔軟に行うことで対処すべきであろう。

66) 724条前段の時効の根拠を被害者の憤怒の情の緩和ということに根拠づける立場からであるが、末川博士は、「被害者が損害及び加害者を知っても加害者の行為が適法であって之に対して損害賠償を請求し得る余地はないと思っている間は、時効の進行を認めるべき理由はない」という(末川・前掲論文151頁)。損害及び加害者は「知った」ことを問題にしつつも、違法性・損害賠償請求の可能性について「思う」か否かということを問題にしている。

(c) 違法性も認識しているが権利行使を期待できない場合

更には、判例④や(h)④①②の冤罪事件のように、被害者は冤罪であることを知っていても、有罪判決が出されている以上、損害賠償を請求しても認められないので、事実上権利行使を期待できず、まず無罪判決を勝ち取ることが必要とされる事例がある。(g)①の不当訴訟や(h)①の違法な仮執行・仮処分、同②の違法な押収物の処分、同③の無効な農地買収処分等は、違法性の評価が問題になり、原則として判決により確定されることが違法性の認識可能性が認められるためには必要とされている ((b)①ケース)。しかし、この類型は、主観的起算点にあてはめるのではなく、直截に権利行使期待可能性を阻害する事由が解消された時点を起算点と認めるべきである。そのような解釈の可能性を次の(2)で探ってみよう。

(2) 主観的起算点とそれ以外の事実上の権利行使障害事由の考慮

(a) 主観的起算点と権利行使期待可能性

主観的起算点制度は、権利の成立及び債務者を知り権利行使が事実上可能なし期待可能になるまで＝権利不行使を非難できるようになるまで時効を起算しないというものである。権利の成立及び債務者を知るという主観的事情に連動させて時効を起算させることがそのカバーする範囲であり、一般的な権利行使期待可能性をカバーするものではない。冒頭に述べたように、民法は、166条で客観的起算点制度を採用し、事実上の権利行使障害事由を一般的に考慮することなく、一定の事実上の権利行使障害事由に限定して時効の完成停止を認めているにすぎない。

ところが、166条において制限的にはあるが一般的な権利行使期待可能性が考慮されており、以下には、166条において事実上の権利行使可能性が考慮された事例を整理・検討してみたい。

(ア) 166条の解釈上起算点において考慮された事由 これまで166条において、権利行使期待可能性が問題とされた事例は、次の3つに区別できる。

① 債権未発生の場合 先ず、塵肺炎のように義務違反から相当の年月経

過後に症状が発生し、義務違反があっても症状が発生するかどうか不明であり、そもそも発症まで損害が発生しておらず損害賠償請求権が成立していない場合がある<sup>67)</sup>。損害が発生しておらず不法行為債権も成立していないので、客観的起算点の基準を適用しても起算が認められない事例であり、客観的起算点の例外ではない。

② 債権の成立及び債務者を知らない場合 権利は成立しているが、債権の成立を知らないため権利行使が期待できない場合がこの事例につき、注1)の大判昭12.9.17民集16巻1435頁は、不当利得返還請求権について時効起算を認めたが（主観的起算点は二重期間制度により補完される必要があるとして、解釈により認めることを拒否）、保険金請求権については、権利行使期待可能性を考慮する判決が出されている<sup>68)</sup>。これは正に主観的起算点制度の問題であり、時効期間を短期化したこと、債権の成立や債務者を知らないということが起きる性質の債権であることの2つが前提となり、そして、制度上、二重期間によるデッドラインが画されることが必要になる。166条をこの領域をカバーするように運用することは困難である。

③ 債権の成立及び債務者を知っているが権利行使の期待可能性がない場合  
また、権利の成立を知っているが、諸般の事情から権利行使が期待できない

---

67) 最判平6.2.22民集48巻2号441頁（日鉄鉱業長崎塵肺訴訟）は、「管理二、管理三、管理四と順次行政上の決定を受けた場合には、事後的にみると一個の損害賠償請求権の範囲が量的に拡大したにすぎないようにみえるものの、このような過程の中の特定の時点の病状をとらえるならば、その病状が今後どの程度まで進行するのかがもとより、進行しているのか、固定しているのかすらも、現在の医学では確定することができないのであって、管理二の行政上の決定を受けた時点で、管理三又は管理四に相当する病状に基づく各損害の賠償を求めることはもとより不可能である。以上のようなじん肺の病変の特質にかんがみると、管理二、管理三、管理四の各行政上の決定に相当する病状に基づく各損害には、質的に異なるものがあるといわざるを得ず、したがって、重い決定に相当する病状に基づく損害は、その決定を受けた時に発生し、その時点からその損害賠償請求権を行使することが法律上可能となる」とし、塵肺炎により死亡した場合の死亡による損害についても、最判平16.4.27判時1860号1520頁（日鉄鉱業筑豊塵肺訴訟）が、「じん肺によって死亡した場合の損害については、死亡の時から損害賠償請求権の消滅時効が進行する」とした。

場合については、民法は夫婦間の権利等につき、時効の起算点では考慮せず、完成停止において一定の事由を考慮するだけであるが、判例は、一定の場合にこれを166条の起算点において考慮している<sup>69)</sup>。一般化はできず非常に限定されるべきであるが、解釈により一定の範囲でこのような運用を認める余地はあるものの、可能な限り166条によらずに完成を猶予するだけの完成停止の拡大によることが好ましい。

(イ) 724条前段との関係——724条前段の負担軽減 上述(ア)の①は客観的起算点でも解決可能なので、問題は②と③である。②は724条前段が採用した主観的起算点の問題であり、724条において検討する必要はない。残る③が主観的起算点ではカバーされない権利行使期待可能性が問題となる事例である。724条前段においても、②に対処するための主観的起算点が採用されていても、民法上完成停止事由として規定されていない事由については、完成停止の規定を類推適用したりこれを例示列举であるとして解釈上完成停止を認めることで対処するしかないのであろうか。

724条前段は166条を原則としつつこれに修正を加えただけであり、166条の「権利を行使することができる時から」起算するという原則が適用される。その権利行使可能性に法律上の障害だけでなく一定の事実上の障害も適用できるというのであれば、724条前段の主観的起算点としてではなく、724条前段が前

---

68) 最判平15.12.10民集57巻11号2196頁は、民法166条1項は、「単にその権利の行使について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することができるようになった時から消滅時効が進行するというのが同項の規定の趣旨であること」から、保険約款の解釈としてであるが、「本件各保険契約に基づく保険金請求権は、支払事由（被保険者の死亡）が発生すれば、通常、その時からの権利行使が期待できると解されることによるものであって、当時の客観的状況等に照らし、その時からの権利行使が現実に期待できないような特段の事情の存する場合についてまでも、上記支払事由発生の時をもって本件消滅時効の起算点とする趣旨ではない」と判示する。

69) 最大判昭45.7.15民集24巻7号771頁、最判平13.11.27判時1769号12頁、最判平15.12.10民集57巻11号2196頁等。他にも、表見代理が成立していた場合、追認により有効になるのではなく権利行使は契約時から可能となるが、代理行為を知らないまたその効力を争っていても時効が起算されるのかなどの問題がある。

提としている166条の適用により同様の処理が可能になる<sup>70)</sup>。この場合、主観的起算点の問題ではないので「知った」ということに拘泥せず、その権利行使障害事由が解消された時点を取算点と考えるべきである。しかし、下級審判決にも、724条前段に組み込んで権利行使期待可能性を考慮しており、以下、これを紹介してみよう。

(b) 権利行使期待可能性を724条前段について考慮したと思われる判例

下記のいずれの判決も権利行使期待可能性を直截に問題にしていなが、例えば、①では、被害者は疑い出してから葛藤があると思われるので、違法性に気がついて直ちに権利行使は期待できないものと思われる（出捐時から起算しなしたただけでこの点は判断していない）。いずれの判決も、主観的起算点のレベルで不法行為であることの認識を問題として主観的起算点の俎上に載せており、確かに違法性の認識との区別は微妙であるが、166条を適用して権利行使期待可能性を直裁に考慮するほうが素直である。いずれも不法行為債権についても権利行使期待可能性を考慮する必要性を認識させる事例といえる。ただ、権利行使期待可能性いわば単体で考慮ができなくても、違法性の認識と合わせて総合的に起算点において考慮すべき場合には、724条前段に一元化して主観的起算点に組み込んで考慮することは許されると思われる。

① 宗教的マインドコントロールを受けた事例<sup>71)</sup>

① 大阪地判平12.11.13判時1758号72頁 法の華の教祖、スタッフ及び信者による、先祖の因縁等の話や吉凶禍福を述べて、就業への参加や物品の購入等の出捐を勧誘する違法行為の事例で、Yらは、出捐日から起算して3年が経過しているとして、消滅時効を援用する旨の意思表示をしたが、Xらが「各金員の出捐時において、それがYらの不法行為によるものであると認識していた

70) 沢井・前掲書272頁は、724条前段の起算点は、「提訴可能性の見地から解釈しなければならない」として最大判昭45.7.15〔→注69)〕を引用し、時効の停止規定も活用されるべきであるという。

71) この問題については、藤原究「宗教団体による不法行為とその消滅時効の特殊性」法政論集129号（平2）259頁参照。



ことを認めるに足りる証拠はない」と、出捐時からの起算を否定する。

② 東京地判平12.12.25判タ1095号181頁 「不法行為に基づく損害賠償請求権の起算点たる『損害及ヒ加害者ヲ知りタル時』とは、単に損害を知るにとどまらず、加害行為が不法行為であることを併せて知ることを要すると解すべきであるところ、本件のように組織的にされた不法行為の場合は、被害者であるXらにおいて事実関係を把握するだけの情報や資料等を入手することは極めて困難であるのみならず、宗教的行為において詐欺的・脅迫的勧誘が行われた不法行為においては、当該宗教行為を教義の一環として受け入れている限り不法行為であると認識できないから、当該宗教における教義を信仰する心理状態が継続している限りは、時効は進行しない」、「Xらにおいて、右心理状態から解放された時期は、マスコミ報道等を見て被害対策弁護団の存在を知り、同弁護団の弁護士と相談した時点である」と判示されている

③ 福岡地判平12.4.28判時1730号89頁、判タ1028号254頁 「事実関係を十分に把握するだけの情報及び資料等を入手することができず、法律的知識に乏しいXらにおいて、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>及びY<sub>3</sub>の存在、Yら相互間の関係及び役割、Yらの行為に対する法的評価等について、容易に理解、判断することができず、また、……自己が被害を受けた事実を認識することへの心理的抵抗があったことが認められる。「そうであれば、右各Xらが、出捐後直ちに、Yらから被害を被ったことを知ったと認めることはできないといわなければならない」。

④ 東京地判平13.4.23判タ1114号199頁 「民法724条にいう、『損害及ヒ加害者ヲ知りタル時』とは、加害者の行為が違法であること並びにそれによって損害の発生したことの双方を被害者が知ることをいうと解すべきであり、本件のような、宗教的行為において、詐欺的、脅迫的勧誘が行われた不法行為においては、当該宗教行為を教義の一環として受け入れている限り、被害者は、加害者による違法な行為が行われたことを認識できないから、被害者が、当該宗教における教義を信仰している限りにおいては、消滅時効は進行しないと解すべきである」。

## ② 殺人事件（千葉地判昭63.3.22判時1310号130頁）

「Aは、Yが犯人として報道されても、かつて、YがBに結婚を申し込み、B

はこれを一度は承諾したことを知っていたので、にわかになこれを信じず、警察等に出掛けて、真相に迫りたいと念じていた。しかし、警察がAに対し、Yを重要参考人とした理由も教えてくれないなど十分な対応をしてくれないと不満を持ち、Yが事件直後失踪し、行方をくらませていたので、Aは、Yの家族と連絡をとって、Yに姿を現してもらいたいと思い、昭和53年12月、翌54年3月及び55年8月と3回にわたり、Yの父及び兄に宛てて手紙を出した。「Aは、昭和54年10月、Yが指名手配されたことにより、ほぼYが犯人であると信じたものの、背景にBの勤務先での不明朗な事実があると疑って、ひたすら、Yが自首して自ら殺害の事実及び動機を語ってくれるのを待っていた」。「Yは、昭和61年8月13日警察に逮捕され、Bを殺害したことを自白した。即日、Aは、この報を聞いた」。

「前記認定事実を総合すると、Aは昭和55年8月の時点で、犯人がYであると否応なく信じざるを得ず知ってはいたが、Yが当時行方不明で、十分な情報も得られないままであるので、とにかく、『Y本人の口から事実を聞くまでは、』との思いで一杯で、到底Yに対する損害賠償を請求するような心境でなかったことがうかがわれる」。「殺人事件の被害者の遺族として、そのような心境にあったことは十分に理解でき、とすると、当時Aにとり、Yに対する損害賠償請求が事実上可能な状況の下にあったとは解することができない」。「Aが、Yに対する損害賠償請求が事実上可能な状況で加害者を知ったといえるのは、Yが逮捕され、自白をした昭和61年8月13日と認めるのが相当である」。

### ③ 養女への性的虐待（福岡高判平17.2.17判タ1188号268頁）<sup>72)</sup>

女児Xが養父Yに9歳から11歳まで性的虐待を受けていた事例については、「『損害』については、単に損害の発生を知るだけでは足りず、加害行為が不法行為であることを認識する必要がある」とし（大判大7.3.15民録24輯498頁、最判昭48.11.16民集27卷10号1374頁、最判平14.1.29民集56卷1号218頁を参照として引用）、次のように述べる。

72) 本判決の評釈として、松本克美「判批」法時78巻9号（平18）105頁、吉井隆平「判批」『平成17年度主要民事判例解説〔判例タイムズ臨時増刊1215号〕』（平18）114頁、三林宏「判批」リマークス33号（平18）86頁がある。

「……Xを診察したメンタルクリニックの医師は、XはYから愛情と区別しがたい関係性の中で被害を受けている（わいせつ行為等を愛情と混同していた）ため、自分を被害者と捉えることは困難なことであると考えられると述べていること（甲6）などからすると、わいせつ行為等が行われた当時、それらの行為が嫌なことであるとか、子供心にそれが母親に対して後ろめたいことだという認識を持っていたことは窺えるが、それが違法なものであって損害賠償請求権を発生させるもの（不法行為を構成するもの）であるとの認識をもっていたと認めるのは困難である。……そうすると、わいせつ行為及び姦淫行為の時をもって消滅時効の起算点とすることはできない」。「なお、刑法176条（強制わいせつ）及び177条（強姦）においては、13歳未満の者について、暴行又は脅迫を用いなくても、同罪が成立するとしているのも、若年者には性的自由の意味することについて判断能力がないことを前提としているものとみることができるのであって、暴行、脅迫を用いないわいせつ行為や姦淫行為の被害については、特段の事情がない限り、早くても13歳になる（Xの場合は平成13年8月23日）前には、不法行為を構成するとの認識をもつことは困難であると認めるのが相当である」。また、「Xの法定代理人親権者である母親Aは、平成14年8月ころ、Xから加害行為を受けた話を聞いてこれを知ったことは、前記認定のとおりである。したがって、法定代理人Aが『損害及び加害者ヲ知』ったときは、平成14年夏ころである」（時効未完成）。

④ **精神病院の患者への不法行為（東京高判平8.9.30判時1589号32頁、判タ944号205頁）**

精神病院を退院した患者に対しその意に反して会社で労働させたとして医師、病院、会社代表者らの不法行為が認められた事例で、次のように判示されている。

「Xは、Aを退所した後、……Yは精神病院の管理者として警察関係に面識があることを知っており、したがってYらに対して姿を表して賠償請求等何らかの手続を採ったときには、警察によって再度甲病院に連れ戻されるものと信じていたこと（……）等から、これをしなかったこと、ところで昭和59年3月14日に至り、甲病院内で生じたいわゆるリンチ殺人事件が新聞で一斉に取上げられ、これを契機に甲病院における医療体制が社会問題化したこと、Xは、右の

ような経緯に意を強くして、Yらに対する損害賠償請求の訴えを提起することとなり、昭和60年12月20日、本訴提起に至ったことが認めれる」。「昭和47年の入院も、母が入院同意を与える等したものではなく、無賃乗車をしたためにYが一方的に収容、入院させたものと信じていた。なお、Aで作業をしていた際にも逃げて連れ戻された患者を見たことがあり、また、病院内で患者がリンチを受けている旨の噂を耳にしていた。)等から、これをしなかったこと、ところで昭和59年3月14日に至り、甲病院内で生じたいわゆるリンチ殺人事件が新聞で一斉に取り上げられ、これを契機に甲病院における医療体制が社会問題化したこと、第一審原告Dは、右のような経緯に意を強くして、Yらに対する損害賠償請求の訴えを提起することとなり、昭和60年12月20日、本訴提起に至ったことが認められる」。

「民法724条に『加害者を知りたる時』というのは、その性質上、被害者が、加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれを知った時をいうものと解される。ところで前記によると、Xは、病院への連れ戻しがあることを誤信して、訴え提起をすることができなかったというものであり、本件が退院したとはいえ、精神障害者と精神病院との間の事件であること等の事情を考慮すると、Xの損害賠償請求権は、前記のような新聞報道のなされた昭和59年3月15日をもってその起算日と解するのが相当であり、したがって消滅時効は完成していないものといわねばならない」

### (3) 724条への違法性の認識要件の組入れ

#### (a) 724条前段の起算点の再定義

各所で述べた内容をここにまとめておこう。724条前段の起算点をめぐって議論されてきた問題について、166条の判例も参考にして以下のように再構成したい<sup>73)</sup>。判例と結論に差が生じるわけではなく、説明を再定義し直しただけである。

(ア) 違法性を基礎づける「事実」について——現実認識必要説 損害、加害者の他、違法性や過失を基礎づける「事実」については、被害者が「知っ

73) 本稿では違法性の認識だけを取り上げたが、過失の認識が起算点において問題とされた判決として、参考判例⑤の他に、「民法724条は、不法行為における消滅時効の起算点を『損害及び加害者を知った時』としているところ、権利行使が可能な時点から消滅時効は進行するとの時効制度の一般則によれば、『加害者を知った』といえるのは、単に不法行為を行った相手方及びその行為を知るだけではなく、その行為が不法行為を構成することを知ったとき、すなわち相手方に故意又は過失があることを知ったときと解するのが相当である」（参考判例①〔ロシア人拷問事件〕を参照として引用）として、欠陥住宅事例で、「本件建物引渡しあるいは瑕疵修補請求の時点でXらがYらの故意又は過失について認識していたものとは認められないから、上記消滅時効についてのYらの主張は採用できない」とした判決がある（福岡高判平24.1.10消費者法ニュース91号232頁〔第2次差戻審判決〕）。

また、因果関係の認識が問題となった事例として、水俣病の原因が被告の排出した水銀によることが疑われていたにすぎなかった事例につき、熊本地判昭48.3.20判時696号15頁）は、「Xらのうち自己もしくは近親者が水俣病患者であると認定され、それによってその加害者がYであることを知ったとしても、その後3年を経過しないうちに本訴を提起し、慰籍料請求額の拡張を申立てたXらについては、その慰籍料請求権の消滅時効が完成していない」と、政府による水俣病患者との認定の時を起算点としている。横浜地川崎支判平6.1.25判時1481号19頁（川崎訴訟）は、Yらが、「横浜弁護士会公害対策特別委員会による報告あるいは公健法等による認定を受けた日から消滅時効が進行する旨主張するが、民法724条前段の『加害者を知りたる時』（大気汚染防止法25条の4の「賠償義務者を知ったとき」も同様）とは加害者に対する損害賠償が事実上可能な状況の下に、その可能な程度にこれを知った時であると解すべきところ」、「Xらの健康被害を生じせしめた大気汚染物質も全てがYらの排出に係るものに限るものではなく、且つ、Xらの発症の因果関係も科学的な知見等を総合勘案して初めて認められるものであるから、Yらが主張する横浜弁護士会公害対策特別委員会による報告あるいはその他の諸事情のみでXらが加害者あるいは賠償義務者を損害賠償が事実上可能なまでに知ったとまではいえないので、Yらの右主張を採用することはできない」とする。大阪地判平7.7.5判時1538号17頁（西淀川第2～第4次訴訟）も、「少なくとも自動車排出ガスに係る健康被害に関しては、排出量の把握、到達及び発症の因果関係等について、極めて多くの科学的知見を調査・研究し、それらを総合的に評価しなければ、容易に結論に到達することのできない困難な問題が山積しており、裁判上明確にその因果関係が認められた例はなく、一次訴訟提起後においても、被告らは、これらの論点について全面的に争ってきたものであり、一次訴訟の原告らが本件各道路を走行する自動車の排出する大気汚染物質も加害行為の一翼を担っており、違法性及び責任もあるとの見解のもとに被告らに対しても損害賠償を求めたからといって、右見解が一般的認識となっていたとまではいえないのであって、これは患者会のメンバーであったか否かによって異なるものではない」、「したがって、患者原告にとっても死亡患者の承継人においても、一次訴訟の提起によって、加害者を知ったと認めるのは相当でない。道路公害に対する右のような認識状況のもとにおいては、各原告がそれぞれの訴

た」か否かを問題にしてよく、字義通りこれは「知った」ことを必要とすべきである（現実認識必要説）。①事実をすべて知ることは必要ではなく、それでは「消滅時効制度は、實際上ほとんど無意味になってしまう」<sup>74)</sup>。②かといって、手掛かりとなる事実から問題となる違法性を基礎づける事実を知り得たのもよいとしたのでは、民法が「知りえた」ではなく「知った」ことを要件とし被害者保護に舵を切った趣旨に反し（文言にも反する）、権利行使・訴訟提起を事実上強制して敗訴のリスクを冒して被害者に訴訟をさせることになり適切ではない。③そのため、一般人ならば訴訟による権利行使に出ることを期待するほどの事実を知ったならば<sup>75)</sup>（参考判例①〔ロシア人拷問事件〕）、違法性評価を基礎づける「事実」を知ったと考えるべきである<sup>76)</sup>。被害者が事実を「知った」ことは必要とするが、その事実を知れば一般人ならば権利行使に出ること

---

えを提起した時点をもって、『加害者を知りたる時』とすべきである」という（以上の他、高松地判昭55.3.27判時975号84頁、東京地判昭56.9.28判時1017号34頁、大阪地判昭57.7.1交民集15巻4号903頁等）。

74) 幾代・徳本・前掲書348頁。

75) PL法の製品の欠陥による損害であれば、レストランでの食事後に食中毒になり、一緒に食べた者が殆ど同じ症状が生じたのであれば医師による診察をまつまでもなく、レストランへの損害賠償請求権の時効が起算されてよい。これに対して、家が火事で焼けた場合に、消防署の調査でテレビの周辺が最も激しく燃えておりここが火元であるとされても、それが欠陥によるのか家にいた猫ないし犬が何かしたのか更には別の原因か、すぐには判断がつかねる（(f)①もこの事例）。では、専門機関に調査を依頼してその結果が出るまでは「知った」とはいえないのか、それとも、疑うべき事実が出ている以上は調査を依頼すべきでありそれから調査のための相当期間が経過したら知ったとみなしてよいのか、難しい問題である。私見では事実の認識については重過失の場合に拡大するため、火災で家を失うなどのショックを受けている被害者に過度の要求をすべきではなく、ここまでの事実が明らかになっているのに何もしなかったことが重大な過失と評し得るような場合でなければ（ここに権利行使期待可能性判断を取り込むことを認めるべきである）、起算を否定したい。この点は、被害者本人を基準とするので、被害者が法人である等の事情により、起算点がばらばらになるがこれは致し方ない。

76) 松久・前掲論文458頁は、3年の起算点について、「被害者の現実的提訴可能性を確保することを基本的指針とすべきであろう」という。そしてこの観点から、「事実認識は被害者本人、法的評価の認識は『一般人』を基準にするのが妥当であろう」という。

を期待できる、換言すれば権利行使に出ないことを自己責任として非難できればよいとして緩和し、また、被害者に知らないことに重過失がある場合には「知った」と同視して、加害者保護及び裁判所の負担軽減との調整を認めてよい。

(イ) 違法性の評価について 違法性については、表現だけの問題かもしれないが、「知った」ことを問題にするのではなく評価を問題にしつつも、724条前段が「知り得た」ではなく敢えて「知った」と限定して被害者保護に配慮している趣旨を尊重して、被害者が現実には違法なものとして「考えた」ことを必要とすべきである。但し、一般人ならばその程度の評価をすれば権利行使に出ることを期待できるほどの違法性の認識を持つことを必要とすべきであり、また、一般人——但し、老人等の類型化されたそれ——ならば当然に違法と考えるのに被害者がたまたま違法と考えていないという重過失が認められる事例については時効の起算を認めてよい。事例類型によりある程度の整理ができ、以下のようなものである。

① 類型1（違法性を基礎づける「事実」を知るだけでよい場合） 被害者が詐欺等の「事実」を知らないために違法なものと考えていない場合には（例えば、購入した絵画が贋作と気が付いていない）、被害者が違法性を基礎づける事実を知れば<sup>77)</sup>、特別の知識を要することなく当然に違法なものとすることになる。それ故、違法性を基礎づける「事実」を「知った」と、その「事実」の違法性「評価」とが同時に認められ、この2つを区別する必要はない。

② 類型2（判決などにより客観的な判断が示されることが必要な場合）

また、不当な仮処分事例のように、「危害の存在せざりしことが仮処分訴訟に於て確定せらるるか又は請求権の存在せざりしことが本案訴訟若しくは確認訴訟に於て確定せらるる」(判例①) ことを必要とする事例がある。この場合は、違法性を確認しうる客観的判断が出されたことを知るまで、権利行使を期待できるほど十分に違法なものとするに至っていないことになる。

77) どの程度「事実」を知ることが必要かについては、判例①（ロシア人拷問事件）に従い、違法性を評価するのに必要な程度の実事を知ればよいと考えるべきである。

③ 類型3（事実は認識しているが違法性判断が容易ではない場合）最も問題なのは、被害者が事実関係は知っているが、その事実関係を違法と評価するためには法令や判例等についての専門的知識が必要であり、それが無い被害者が違法性を認識しえず賠償請求が期待できない場合である<sup>78)</sup>。この類型については(b)で詳論し、また先物取引の事例への当てはめについても言及してみたい（→(c)<sup>79)</sup>。

(ウ) 権利行使期待可能性だけがない場合 更には、異例な事例として、被害者が不法行為の成立は認識しているが、その権利行使が事実上期待しえなかった場合も考えられる。冤罪事件がその例であり、本人は冤罪であることを知っているが、無罪判決なしには、国賠による損害賠償請求や判例④のような刑事事件で虚偽の証言をした真の事故原因者に対する損害賠償請求を期待できないのである。これらは、違法性また不法行為の成立を知ったか否かの問題というよりも、権利行使期待可能性が欠ける事例として位置づけるほうが適切である（166条の適用により処理できる）。

なお、ギャンプルの一種として忘れない、家族に知られたくない等の事情により権利行使期待可能性の点で支障がある場合には、違法性の認識可能性の否定ではなく、むしろ権利行使期待可能性に問題がある事例も考えられる。但し、冤罪事例のように権利期待可能性だけがないという事例ではないので、権利行使期待可能性だけを否定して時効の起算を否定するのは相当異例な事例に限られ、通常は違法性の認識可能性と権利行使期待可能性とを主観的起算点に

78) 立法によっては明文で問題を解決しており、独禁法25条に基づく損害賠償債権については、同法26条により審決前置主義をとっているため、消滅時効の始期は審決確定時と明記されている（独禁法26条2項）。

79) 既に紹介した下級審判決では、時効完成を認める場合には一般人または通常人を基準とし、時効完成を否定する場合には原告本人を基準として判決を出す傾向が強い。先物取引の判決では原告自身を基準とする判決が多いが、一般人では起算されるが原告本人では起算されないことになるのか、よほど原告に特別事情がないと差が出てくるとは思われないが、その差を強調して本件原告では起算されないとされた事例はないように思われる。その意味で、原告本人を基準とするか一般人を基準とするか、原告を勝訴させるためのリップサービス以上の意味が認められるかは疑問がある。



において総合的に評価して、重過失の否定へと向かわせる事情の1つとして考慮するのにとどめておくべきである。

(b) 先物取引へのあてはめ

(a)イ③の類型3の違法性評価が微妙な事例としては、受忍限度内か否かが微妙な事例も考えられるが（更には類型1と3の間もありえる）、主として問題になるのは、先物取引、デリバティブ取引のような消費者取引である。この場合、専門的知識・情報等が偏在し、消費者は一方的に事業者の説明に依拠・信頼して行動するため（そのために被害に陥る）、消費者保護という観点からは、一方で、被害を与えた事業者の免責への期待に対する保護の要請は低くなり、他方で、救済を奪われる消費者の保護の必要性のために、起算点を緩和する要請は一層高くなる。

先物取引についてこの問題を判断した最高裁判決はないが、下級審判決は散見される<sup>80)</sup>（→3(3)(d)②）。先物取引は、3(3)の下級審判決(d)②③が的確に指摘するように、①「商品先物取引の委託及び受託、並びに商品取引員の外務員がする取引の受託に向けての投資勧誘行為は、それ自体は全くの適法行為である。そして、商品先物取引の本質が投機であるから、これによって顧客が損失を被ったとしても、原則的には、顧客が相場判断を誤ったことの結果、すなわち自己責任である」、そして、②先物取引は、「外務員の勧誘行為に問題があっても、それが違法かどうかについては明確な境界線を引くことができるものではない」、といった特性がある。そのため、判例や規制法令などの知識を有することを期待しえない投資取引の未経験者は、虚偽の説明を受けた等特別の事

---

80) 個々の取引時か手仕舞いの時かが問題となった事例につき、大阪地判平8.6.14先物取引裁判例集20号170頁は、「被告らは、本件各取引は、各商品の手仕舞ごとに終了し、その損害も確定するのであるから、右各商品の取引終了の時点をもって、消滅時効の起算日とするべきである旨主張するが、前記のとおり、本件取引は、その全体の状況に鑑み、一体として不法行為となるというものであって、本件取引が全て終了した平成3年12月18日を時効の起算日とするべきであり、本訴が平成6年11月11日に提起されたことは、本件記録上明らかであるから、被告らの消滅時効の主張については理由がない」とされている。この点の検討は本稿では措くことにする。

情がない限り、違法な勧誘がされたとは考えないはずである（それだから取引をしているのであり、賭博等の事例とは異なる）。そのため、事例における違法性の認識の程度、消費者の経験・知識等は一律ではないので画一的な処理はできず、中間的な事例も多々生じるであろうが、原則としては、それ以前にたまたま違法性を知りえた特段の事情がない限り、弁護士や消費者センターに相談して、事業者に対して損害賠償請求ができる可能性があることを知らされた時を起算点とすべきである。それまでは、被害者は訴訟等の権利行使を期待できる程度に違法性ありと考えているということとはできない。但し、あまりにも怠慢な被害者が民法724条前段の時効を回避できてしまうことにもなう不合理さ——疑問を持って速やかに相談に行って時効を起算される者とのバランス、加害者保護及び裁判所の負担軽減という公益的理由を犠牲にしても被害者が保護されること——を解消するために、一般人が当然に違法と考えるべき事例（一般人基準により重過失と評価される事例）であれば、被害者が違法と考えていなくても時効の起算を認めるべきである。更には、違法ではないかとの疑念を持つ程度の状況にすぎなくても、事案の違法性の程度、顧客の年齢・知識・経験等の状況、その他の事情を総合判断して、顧客が法律専門家等に相談することが期待でき、合理的期間内にしかるべき機関等に相談すれば当該先物取引の違法性を認識する可能性があったならば、逆に言うと、要求される努力をすれば違法性を認識しえたのにそれをせず相当期間を過ぎた場合にも、重過失を認めて724条前段の時効を起算してよい。

## 6 終わりに

724条前段は、不法行為債権について、時効を3年に短縮する反面、起算点について要するに被害者が債権と債務者を知らないかぎり時効を起算しないことにしている。債権の成立と債務者を知らないかぎり、被害者が権利行使をすることを期待できず、権利行使をしないことを非難することもできず、時効により権利を失ってもやむを得ない権利の上に眠る者とはいえないからである。

この趣旨からは、事実については「知った」ということを問題としてよいが、違法性については被害者が違法と「考えた」ことを必要と考えるべきである。本稿の結論をまとめておこう。

(a) 事実とその法的評価との区別

「事実」については「知った」ことが必要であるが、「事実」を「知った」ことが直ちに「債権」の成立（また「債務者」）という「法的効果」を「知った」ことになるわけではない。不法行為債権の成立のためには、違法性、過失、因果関係、使用関係、事業執行性等の「法的評価」をクリアすることが必要である。問題の「事実」がこれらの要件を充たしているという「法的評価」を経て認められる「法的効果」が不法行為債権の成立である。「損害及び加害者を知った」とはなっているが、判例・学説は、724条前段では要するに「不法行為債権」及び「賠償義務者」を知ることが必要とし、これらの種々の法的効果（またその前提である法的評価）まで「知った」という主観的起算点の対象としている。

しかし、724条前段の時効の起算点の趣旨は、債権者の主観にかかわる事実上の権利行使障害事由を起算点において考慮するというものであり、必ずしも「知った」ということに拘泥する必要はない（「損害及び加害者を知った」というのは、いわば例示）。以下のように考えればよい。

**① 「事実」について——被害者の現実の認識が必要**      ①「損害及び加害者」といった「事実」のみならず、②違法性、過失、使用関係等の法的評価の対象となる「事実」についても、724条前段の原則通り被害者が「知った」ことを必要とする（現実認識必要説）。但し、事実関係すべてをくまなく知る必要はなく、「損害及び加害者」を知るために必要な程度、また、違法性、過失、使用関係等の法的評価をなしうる＝訴訟等による権利行使が期待できる程度の事実を「知った」のでよい。更に、あまりにも怠慢な被害者は、加害者保護また裁判所の負担軽減を犠牲にしてまで保護される被害者から除かれてもやむを得ず、重過失により「事実」を知らない場合には「知った」ものと同じ扱いをして時効の起算を認めてよい。

② 「事実」に対する法的評価——被害者の法的評価が必要 不法行為債権の成立という法的効果については、法的効果そのものを「知った」ことを問題にするのではなく、①の事実についての認識に基づいて被害者が違法と「考えた」ことを必要とする（その他、過失等も同様）。被害者による違法性の「評価」は、適法だと「考える」、違法だと「確信する」、違法かもしれないと「考える」等様々な段階がありうる。この点、「事実」についての「知った」という要件と平行に、「確信」は必要ではないが参考判例①（ロシア人拷問事件）が宣言するように権利行使を期待できる程度に「違法と考える」ことが必要である。民法は「被害者」が「知った」ことを要求し、被害者保護により傾斜した立法を採用しているので、このように考えるべきである。また、「事実」についてと同様に、違法性判断についても、一般人を基準により極めて容易に違法性の評価が可能であれば、被害者自身が違法とは評価していなかったとしても、時効の起算を認めてよい。

①通常は、被害者が違法性を基礎づける事実を知れば、違法性も認識できるので、上記の①と②にずれが生じることはない。②しかし、不当訴訟等、微妙な判断が必要であり裁判所の判断を待たなければならないような事例では、判決等が出されたことを知る必要がある。③更に、そこまでいかないが、先物取引の勧誘における説明義務違反等については、消費者には違法性を評価することが期待できない事例がある。その場合には、原則として、弁護士や消費生活センターなどから損害賠償請求の可能性があることを告げられることを必要とすべきである。

③の事例では、一般人基準により当然に違法と考えるべき事例は重過失を認め、また、そこまではいかないが事例の違法性や消費者の取引経験等からして違法性を疑うべきである場合でも、弁護士等に相談して違法であり損害賠償を請求する可能性があることを知りえたのに、何もせずに相当期間を経過したならば、重過失と同様に扱って、いずれも時効の起算を認めてよい。

#### (b) 権利行使期待可能性がない場合

更に、冤罪事件のように、無罪判決を得るまでは、虚偽の証言をした者等へ

の損害賠償請求をすることは期待できない事例がある。この場合には、被害者は事実も違法性もいずれも知っているが、権利行使を期待できないので、権利行使障害事由がなくなってから（冤罪事例では、無罪判決を勝ち取った時）時効の進行を認めるべきである。これは主観的起算点の問題ではなく、権利行使期待可能性を問題として解決すべきである。但し、権利行使期待可能性をその事由だけで阻却することは認められないが、(a)②の③の類型における起算点の評価でこれを加味して起算点を考えるという柔軟な（換言すれば不明瞭ということにもなるが）解決も容認してよいであろう。

(c) 立法論へ

以上のように、724条前段の起算点については、「損害及び加害者」を「知った」ことを問題とする主観的起算点に拘泥することなく、より広く一定限度で主観的事情にかかわる「権利行使期待可能性」の保障という観点から再検討をすべきである。しかし、これが判例により認められているわけではなく、判例を私見から再定義しただけであり、この通りに規定した立法に改正しなければならないとまでは考えない。解釈がわかる可能性がある点については、無理に明文規定でどの見解によるかを定めるべきではなく、立法ではなく裁判所による解釈に任せるべきである。従って、本稿の結論はあくまでも解釈論としての提案レベルに止め、立法論としてまでこの内容を明記すべきであるというものではない。立法はまた別物であり、慎重に議論を積み重ねて行われるべきであるが、この点は立法論としては大きな議論になりそうであり、下手に立法で手を加えず将来の行方は司法（裁判所）に即ち法解釈に任せるのがよい。