

(判例研究)

請負契約の瑕疵修補請求権の除斥期間の始期と消滅時効の援用権の喪失

采 女 博 文

平成二年二月六日東京地裁判決（昭和六二年(ワ)八〇三七号損害賠償請求事件）判例時報一三六七号三八頁―一部認容、一部棄却（控訴）

【判示事項】

- 一 機械の改造を目的とする請負契約につき、瑕疵修補請求権の除斥期間の始期が試運転を行った日とされた事例
- 二 請負契約上の瑕疵修補債務の履行不能による損害賠償請求権につき、消滅時効の援用権の喪失が認められた事例

【事実】

磁性材料の製造販売等を目的とする訴外A（各種フェライト磁石、磁性材料の製造販売を目的とする株式会社）はY（日東機器株式会社）との間で、昭和五四年四月一八日、Aがその敷地内に所有するスプレードライヤー（乾燥機）について請負代金二四九〇万二〇〇〇円でYが磁粉等の造粒機に改造するとの請負契約を締結した。本件請負契約において本件乾燥機を次の性能を有するものに改造することが合意されていた。①処理量。固形分六五パーセント及び水分三五パーセントの原料（ハードヘライト）を一時間当たり二七〇リットル処理できる。②回収率。製品（乾燥品）の希望粒度分布を五

○ミクロンから一五〇ミクロンとし、原料の固形分中九九・八パーセントを製品の固形分として回収できる。

訴外Aは、X（酸化鉄粉・磁性材料・純鉄粉の製造販売を目的とする株式会社）に対し、昭和五四年九月頃、本件スプレードライヤーとともに本件請負契約上の地位を譲渡し、Yは、そのころ右地位の譲渡を承諾した。

本件改造工事後、XはYから本件スプレードライヤーの引渡を受け、昭和五五年三月八日本件スプレードライヤーの試運転が行われた。しかし試運転の結果、次のような欠陥が存することが判明した。まず、運転を行っているうちに本件スプレードライヤーの本体内壁面に造粒品の原料が大量に付着し、これがたまと落下してスプレードライヤーの下部にある製品取出口を閉塞してしまつたため、運転を中止して本体内部の掃除を行わなければならなかつた。次に、アトマイザーがある一定の回転数に達すると共振が生じ、運転を中止せざるを得なかつた。右のような欠陥のために本件スプレードライヤーは前記約定の性能を到底満たすものではなかつた。

Xは、Yに対し、右瑕疵の修補を請求し、Yは試運転を繰り返しながら修補工事を行ったが、右瑕疵は遂に改善されるには至らなかつた。Xは、Yに対し、昭和六二年五月一八日到達の内容証明郵便で損害金の支払いを催告した。Xは、本件請負契約上のYの瑕疵修補債務は社会通念上履行不能となつたとして、本件改造工事に伴いXが出捐した四九一五万四九一〇円と遅延損害金の損害賠償をYに求めた。

Yと被告補助参加人Bとは、瑕疵の存在、瑕疵修補債務の履行不能を争うとともに、民法六三七条所定の除斥期間の経過、商法五二二条所定の商事債務の消滅時効の抗弁を行った。

右試運転後、同年四月には共振位置変更のためシャフト、ディスク板をいったん取り外し、再度取り付ける工事が行われ、同年六月にはXの代表者、Yの担当者、Bの代表者が打合せを行い、ポンプの取替えとディスク板にターボブロワーを設置することを検討し、同年一〇月に天井部付着防止用にブロワーが取り付けられ、ディスク板を交換した。右各工事後の同年一月Xの代表者、Yの担当者、Bの代表者が立ち合つて、本件スプレードライヤーの乾燥機塔内の付着状況を

調べるため試運転を行ったところ、本体のみの回収率がまだ約七〇パーセントにとどまっていた。右試運転後、Bが種々の改善対策を記載した報告書をYを通じてXに提出している。昭和五八年九月にはBが本件スプレッドライヤーをノズル式に改めるための工事の見積りを行い、YがA宛てに見積書を提出している。

東京地裁は、瑕疵の存在の事実を認定するとともに、Yの瑕疵修補債務は社会通念上履行不能に陥ったものというべきであるとしたうえで、Xが本件請負契約に基づく本件改造工事代金として金二四〇七万一九〇〇円を支払ったという事実を認定し、損害金二四〇七万一九〇〇円及びこれに対する催告の日である昭和六二年五月一九日から支払い済みまで商事法定利率年六分の遅延損害金の支払いを求める限度で理由がある、としてXの請求の一部を認容した。

【判決理由】

1 民法六三七条所定の除斥期間について

弁論の全趣旨によれば、Yが、Xに対し、本件改造工事が終了後遅くとも昭和五四年一〇月末日までには本件請負契約によりYの行うべきことと定められた改造工事を行って本件スプレッドライヤーの占有をXに引き渡した事実を認めることができるものの、「証拠略」によれば、本件請負契約の当事者間では、本件スプレッドライヤーの改造工事にXの行うべき部分があり、その終了後に一個のシステムとして本件スプレッドライヤーの試運転を行うことを合意していたことを認めることができるから、民法六三七条所定の除斥期間は、本件スプレッドライヤーの試運転を行った昭和五年三月八日を始期とするものというべきである。しかして、前記認定事実によれば、右同日以後一年経過以前にXが本件スプレッドライヤーの修補を請求したものと認められるから、民法六三七条所定の除斥期間の経過を理由とするYの抗弁は理由がない。

2 商法五二二条所定の商事債務の消滅時効について

本件スプレードライヤーの試運転が行われた昭和五五年三月八日から起算して五年が経過したことは顕著な事実である。Yは、本訴において右時効を援用する旨を明らかにしているものというべきである。

しかし、昭和五五年三月の本件スプレードライヤーの試運転後、本件スプレードライヤーについて乾燥塔内の付着の問題等の解決のために種々の対策が講じられ、各種の工事が行われてきたこと、さらに、昭和五八年九月にはBが本件スプレードライヤーをノズル式に改めるための工事の見積りを行い、Yが訴外A宛に見積書を提出していること、以上の事実が認められることは前記のとおりである。右事実に基づいて考えるときは、Yは本件スプレードライヤーの改造工事に瑕疵があることを認識し、その改善のためにXとともに努力を重ねていたものであり、昭和五八年九月にはBが本件スプレードライヤーをノズル式に改めるための工事の見積りを行い、Yが訴外A宛に見積書を提出するまでに及んでいるのであるから、右改造工事を行うことについて合意が成立するに至らなかったとはいえず、それまでに至るYの一連の行為により、Xが、Yにおいて瑕疵の責任を取るものと信頼したことは明らかである。それにもかかわらず、Yが本件スプレードライヤーの試運転が行われた昭和五五年三月八日を起算日とする消滅時効を援用することを是認することは当事者間の公平に反するといわざるを得ず、Yは、右同日を起算日とする消滅時効については、その援用権を喪失したものとすべきである。

【研究】

一 仕事の目的物に瑕疵がある場合に請負人が負う瑕疵担保責任（瑕疵修補請求権、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権、契約解除権）については短期の期間制限の規定が置かれている（六三七条）。この瑕疵担保責任の存続期間について、通説は除斥期間と解している。¹ 最高裁判決もまた、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権の期間制限の性質を除斥期間と解する（最判昭和五十一年三月四日民集三〇巻二号四八頁）。本判決もまたこのような通説・判例にそのまま従っている。以下では、

除斥期間への信義則適用の余地という視点から除斥期間の諸問題を再検討することにする。

また本判決は、除斥期間内に瑕疵修補請求権を行使しておけば、損害賠償請求権も保存されるという見解をとっている。権利を保存するためには権利行使は裁判上行わなければならないかどうかについても、本判決は従来の判例を踏襲している。この点については、判例は、従来から、除斥期間の定められた権利を保存するためには裁判外の権利行使で足りるとしている（民法六〇〇条につき、大判昭和八年二月八日民集一二卷六〇頁。民法五六四条につき、大判昭和一〇年一月九日民集一四卷一八九九頁）。判例に従えば、裁判外で権利行使をしておけば、権利は保存され、保存された権利につきあらためて消滅時効期間が進行することになる。しかしこのような理解は、権利のとくに速やかな行使のための期間制限ということが除斥期間の趣旨だとすれば、明らかに整合性を欠いている。このような判例の論理構成から明らかになることは、権利関係の短期決済という趣旨からでは除斥期間概念を正当化することはできないし、裁判所自身も実際には「短期決済」に重きをおいてはいないということではないか。

二 裁判外の行使によっても権利は保存されるとする判例の考え方からすると、除斥期間内に、つまり引渡を受けてから一年以内に、裁判外で修補を請求しておけば、後は別個の消滅時効期間（民法一六七条一項の一〇年間、本件では商法五二二条の五年間）の問題になる。

この判例理論に従えば、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権に関して、除斥期間（権利保存期間）と消滅時効期間という二つの期間制限があることになり、それぞれの起算点が問題になる。

本判決はまず除斥期間の起算点について、引き渡された物に対する注文者の工事を始めて始めてシステムとして完成し、試運転が可能になるという事案の特殊性を顧慮して、「試運転の日」としている。請負契約の引渡とは、原則として、引き渡された目的物に瑕疵があるかどうかを実際に検査し、仕事が契約内容通りに完成されたことを明示または黙示に了承して直接占有を受けることを意味する（我妻『債権各論中巻』二六二七頁）とされているから、「試運転の日」を除斥期

間の起算点としたことについては合理的なものとして是認しうる。ただ、除斥期間の起算点は一般に、時効と異なり権利を行使しうる時（民法一六六条）ではなく、権利の発生した時点と解されている（四宮『民法総則四版』三三〇頁）ので、この点では多少違和感がある。

つぎに消滅時効の起算点について従来、判例は、裁判外における行使の時から請求権が発生して時効が完成するまで存続するという考え方をとると理解されていたように思う（我妻『債権各論中巻二』六四二頁など）。この点で、本判決は、消滅時効の起算点を裁判外において権利が行使された時にとらず、除斥期間の起算点と消滅時効の起算点を同一時点に置いた点に特徴がある。本件の場合、訴え提起前にすでに消滅時効期間も経過していることになる。このように解することにより、権利行使の期間制限による短期決済の趣旨をできるだけ貫こうとしているようにも思える。ただこの考え方をとるためには、瑕疵修補請求権と損害賠償請求権とは、請負の目的物の引渡（本件では、試運転の日）の時点ですでに生じているのであつて、そのいずれかを選択して除斥期間内に行使しておきさえすれば、他方の請求権も保存されるという考え方をまずとる必要がある。そうであれば、請求権に関するかぎり、権利を行使しうる時点から消滅時効も進行するのであるから、除斥期間の起算点も消滅時効の起算点も同一であると考えることができる。

しかし仮に、民法六三七条一項所定の期間は損害賠償請求権保存の形成権の除斥期間と解するとすれば、この形成権の行使によつて損害賠償請求権が保存されるとともに損害賠償請求権が発生することになる。制限期間内の形成権の行使によつて請求権が発生している場合には、形成権が行使された時点から改めて消滅時効が進行するという考え方を判例はとるものと解されている。⁽⁴⁾しかし起算点をこのようにとると判例の二段式の期間制限の場合には、よりいつそう、「権利（法律）関係の速やかな確定」という除斥期間概念と齟齬をきたすことになる。これに対し、学説では、形成権を行使したうえで所要の請求をすることという一段式の期間制限と解する説が有力である。⁽⁵⁾この場合の起算点は前提となる形成権を行使しうる時ということになるであろう。しかし一段式に考えた場合には、この期間を出訴期間と解するか（我妻『債権各

論中巻二」六四二頁、同『新訂民法総則』四三九頁、時効期間と解するか（川島『民法総則』五四二頁）があらためて問題になる。当事者の合意により伸長または短縮しようとするような担保責任の期間制限をあえて除斥期間と解する必然性は乏しいのではないか（民法六三九条参照）。

ところで、損害賠償請求権の消滅時効の援用に関しては信義則違反の有無が問題になりうるとするのが判例である（最判昭和四一年四月二〇日民集二〇巻四号七〇二頁、最判昭和五七年七月一日民集三六卷六号一一一三頁など）。本判決は、消滅時効に関して信義則違反を明言していないが、實際上、時効に対して信義則を適用した事例をひとつ加えることになる。本判決の特徴は、除斥期間内の修補請求によって保存された損害賠償請求権に関して注文者が消滅時効期間を徒過した場合につき請負人の消滅時効の援用権は喪失したという構成をとったという点にある。そうすると判例は、短期期間制限を除斥期間と解しているにもかかわらず、ともかく期間内に裁判外の請求がおこなわれているときには、信義則をてこに事例の諸事情を考慮して事実上期間伸長を許していることになる。判例は、速やかな権利行使をその趣旨として期間経過後の権利行使を無条件に切断する除斥期間概念を使用しながら、実際には、個別事例の諸事情を顧慮しうる余地を残しているともいえる。この点では除斥期間（出訴期間）説よりすぐれている。しかし、請負契約の瑕疵担保責任の期間制限は、端的に時効期間と理解すべきではないか。権利関係の短期決済の趣旨にもとくに反することはないし、義務者による承認等の中断、期間経過の信義則による救済によって個別事例の妥当な解決が導けるように思う。

三 除斥期間とは権利を行使しうる期間であり（川島『民法総則』五七三頁⁶⁾、期間経過により法律上当然に権利は消滅する。ふつう除斥期間の目的は権利関係をとくに速やかに確定しようというところにあると説明される。時効の場合とは異なり、除斥期間の場合は、論理的には、当事者が援用する必要はないし、むしろ裁判所は職権によって考慮しなければならぬ。また中断・停止ということもないということになる。しかし、除斥期間と消滅時効とは、一定の期間内の権利行使を要請することにより権利関係を速やかに確定しようという点では共通している。実際、最近の学説は、停止につ

いては類推適用を認めるものが多いし（我妻『新訂民法総則』四三七頁、川島『民法総則』五七四頁、星野『民法概論1』二九二頁など）、中斷についても認めようとする傾向にある（松久三四彦「時効制度」『民法講座1総則』所収五九一頁、一九八四年）⁷⁾。このように二つの概念の相違は、援用の必要性があるかどうかということに収斂されつつあった。二つの概念は融合しつつあったように思う。ところが、最高裁は二つの概念を峻別し、除斥期間の場合には、信義則ないし権利濫用を問題にする余地がないことをあらためて示した（最判平成元年一月二一日民集四三卷一〇二二〇九頁、最判平成二年三月六日裁判集民事一五九号一九九頁）。

平成元年の最高裁判決が、民法七二四条後段の二〇年の期間に限定されなかつたかたちで、除斥期間一般の問題として信義則・権利濫用を問題にする余地がないと述べたことは、短期の期間制限が除斥期間と解されている場合に大きな問題を投げ掛ける。とくに除斥期間を出訴期間と解する説にとつては、信義則不適用とする最高裁判決を前提とするかぎり、個別事例における当事者間の利益調整の余地をまったく喪失することになる。

また最高裁見解のように、除斥期間経過後は、請求権は法律上当然に消滅するという構成をとると、論理的には、期間経過後の承認、弁済、相殺もまた無効ということになるのである⁸⁾。もつとも相殺については、時効に関する五〇八条の類推適用を最高裁は認めている（最判昭和五一年三月四日民集三〇卷二四八頁）⁹⁾。この点では、当事者の意思を排除して期間経過後の承認、弁済を無効とすべき理由もないという主張（内池・法学研究六四卷七号三六頁）が説得力があるように思える。「公益上絶対的に権利関係を落着させる」期間であり、私人の意思や行為態様によって効果が左右されるはずのない期間というものは、限定して考えるべきであらう¹⁰⁾。

次に除斥期間の定められた権利は裁判上行使されなければならぬかどうかについてであるが、これについては従来から議論があるところである。学説では出訴期間説が有力である。除斥期間は、権利の行使に着手するまでの期間となし、その期間内に訴えを提起すればよいと解する（我妻『新訂民法総則』四三八頁、鈴木『民法総則講義』五四五頁など）。

しかし出訴期間説の間でも多少の違いがある。たとえば、我妻・前掲書四三七頁は、除斥期間には中断がないとし、定められた期間内に権利者の主張または義務者の承認があっても、期間は更新されないとするのに対し、鈴木・前掲書二三八頁は、期間の経過前に義務者が義務の存在をはっきり承認した場合でも、期間が満了するともはや義務が消滅してしまふというのは妥当でないとして、除斥期間についても中断に似た事態が生じるとする。鈴木説は、当事者の行為態様を評価する余地を残しており、除斥期間の場合でも信義則適用を肯定する可能性をもっているように思う。

四 どのような規定を除斥期間を定めた規定と解するか。まず、立法者は、文言「時効二因リテ」で区別するつもりであったが、今日の多数説は、文言に拘泥しないで、権利の性質と規定の実質に従って区別しようとする。①取消権や解除権のような形成権、②請求権のうち、「時効二困リテ」の文言のない比較的短期の期間制限が定められているもの（一九三条、一九五条、六〇〇条、六二二条など）、③長短二重の期間制限が定められている場合の長期の期間（一二六条、四二六条、七二四条、八八四条）を除斥期間と解してきた（山田・河内・安永・松久『民法Ⅰ（総則）』二〇一頁以下、一九八七年）。

しかし、除斥期間の場合には信義則違反・権利濫用を問題とする余地がないという最高裁の見解を前提とする限り、逆に信義則違反・権利濫用を問題とする余地のないものを除斥期間と解すべきことになるように思う。この点では、今日除斥期間と解されているものについても改めて吟味する必要があるし、さらには除斥期間概念そのものの有用性が問われることになる。仮に、除斥期間と消滅時効期間との相違が援用を要するかどうかだけであるとすれば、法的技術的にどうしても除斥期間と解する必要がある規定はかなり限定されるであろう。いずれにせよ、権利行使の期間制限を時効とするか除斥期間とするかは、「政策的決定の問題」（川島『民法総則』五七五頁）¹³にすぎないのであるから。

五 しかし除斥期間には信義則適用の余地がないかどうかは今後検討されるべき課題であろう。¹⁴半田吉信（「批判」民商一〇三巻一号一三一頁、とくに一三六頁以下、一五三頁以下）は、除斥期間への時効規定の準用及び信義則適用を肯定

する。除斥期間かどうか問題になつてゐる規定を次のように類型化したうえで、除斥期間徒過後の権利行使を許容しうかどうかを吟味している。①訴訟法の定める控訴期間、上告期間、即時抗告期間、異議申立期間などの不服申立期間（民訴三六六条・三九六条・四一五条、家審一四一条・二五一条）。これらは国家が高権的な立場から立法政策として短期の期間制限を置いたものである。これに準じるものとして、相続の承認、放棄期間（民法九一五条）のような親族、相続法の定める各種の比較的短期の期間。相続の承認、放棄の取消権（民法九一九条）、ここでは家庭裁判所への申述及びそれに対する受理によつて効力が生じることが強調されているようである。②身分関係以外において裁判上の権利行使が要求されている場合。占有訴権（民法二〇一条）、盗品、遺失物の返還請求権（民法一九三条）、動物の飼主からの善意占有者に対する返還請求権（一九五条）。③瑕疵担保等の短期期間制限（民法五七〇条・五六四條・五六五條・五六六條三項、民法六三七條）、その他民法六〇〇條・六二二條。民法三三四條二項。これらの期間は権利保存期間として整理されている。

④形成権の行使についての期間制限（民法一二六條、九〇五條二項、一〇四二條、五八〇條、三九八條の一〇第五項）。これらは③と同様に扱う。⑤二重期間制限における長期の期間制限（民法一二六條、四二六條、八八四條、九一九條二項、一〇四二條、七二四條）。取消権、遺留分減殺請求権は形成権であるから除斥期間と解し、不法行為に基づく損害賠償請求権は、純然たる債権として時効期間と解する。

このように類型化したうえで、裁判上の不服申立期間や身分上の届出または権利行使期間のように権利者が一定の期間内に裁判所等への申請または権利行使を行うべき場合は、法律が特に例外的扱いを認めていないかぎり（民法九一五條一項但書など）、除斥期間の本来の場合として扱う以外にない、とされる。

そうすると、半田説の場合、①②の類型の場合に限つては、信義則違反を問題にする余地はないと理解されているようである。しかし①の類型に包括されている身分法上の期間制限については信義則適用の余地があるように思う。たとえば民法九一五條の熟慮期間の徒過に関しては、まず最高裁はその起算日に関して柔軟な態度をとつてゐるし（最判昭和五九

年四月二七日判時一一一六号(二九頁)、下級審の中には、熟慮期間徒過後の相続放棄の申述でも、特段の事情がある場合には申述は受理されるとするものもある(大阪高決昭和六一年六月一六日判時一二一四号七三頁)。半田説が言うように民法九一五条は例外なのだろうか。判決の確定力を長期間にわたって不安定にすることを回避するための訴訟法上の上訴期間などとはかなり性格を異にするのではないか。たとえば、放棄・承認の取消権(民法九一九条二項)については法文上「時効によって消滅する」とされているものを、除斥期間と解したうえで、あえて信義則不適用とすることはなさそうである。もつとも半田説の場合には、③④⑤の類型の場合には信義則を適用する余地があることの論証に考察の力点が置かれていることに注意を払っておく必要があろう。⁽¹⁵⁾

(1) 我妻『債権各論中巻』二六四二頁。その根拠を、たとえば、中井美雄「判批」民商七五卷六号一二二頁(一九七七年)は存続期間の性質について権利関係の早期確定を狙いとする趣旨からして除斥期間と解すべきとし、時効期間と解すると、損害賠償請求権の場合にその弊害は顕著にでてくると説明する。また「なまじ中絶や停止を認めることは権利関係の決済を徒らに遷延せしめる(同一二〇頁)」ともいう。

なお、五七〇条・五六六条三項に関しては、柚木『注釈民法(14)』二七五頁以下一二八三頁が除斥期間(出訴期間)説を詳細に論じている。しかし、「瑕疵を発見して間もなくこれを売主に通知し彼との間に損害賠償や修理やについて裁判外に折衝を重ねている間に一年の期間が経過するがごときは、きわめてありうる事例(二八一頁)」に除斥期間説がよりよく対応しうるのだろうか。「売主の承認による中断の反復によって権利関係の短期決済が妨げられることこそ恐るべきであろう(二八二頁)」とするが、理解できない。

(2) 短期決済の趣旨を貫こうとすれば、出訴期間と解する以外にはない。柚木『注釈民法(14)』二八二頁、中井「判批」民商七五卷六号一二〇頁など。なお多数説は、除斥期間一般を出訴期間とする。山中康雄「除斥期間」末川編『民事法学辞典上巻』一〇一五頁(一九六〇年)参照。我妻『新訂民法総則』四三八頁。

(3) 川島『民法総則』五七七頁は次のように述べる。「右の諸規定は、単に、権利を行使する意思があるかないかを明らかにするた

めの期間を定めたもの、と解するほかないが、そのような期間を定める実際上の必要は乏しい。なお五四三頁以下では、担保責任の期間制限の規定を時効期間として規定すべきとする立法提案をおこない、現行法の解釈論としても、時効期間あるいは少なくとも訴権の除斥期間（期間内の訴え提起によって権利が保存される）と解したいとする。

(4) 大判大正七年四月一三日民録二四卷六六九頁、大判昭和十二年五月二八日民集一六卷九〇三頁、大判昭和十七年八月六日民集一卷八三七頁など、幾代「消滅時効の起算点」総合判例研究叢書民法(8)二六頁以下(一九五八年)参照。

(5) 我妻『新訂民法総則』四三九頁、四九八頁、山中「除斥期間」末川編『民事法學辞典上巻』一〇一五頁、幾代『民法総則』五二四頁以下など。

これに対し、判例を支持する説に、柳澤・本城他編『民法総則(新版)』二六一頁以下(一九八九年)。なお柳澤説は、請求権の起算点を取消権を行使できる時とし、普通時効二〇年を主張する。

(6) 川島「時効および除斥期間に関する一考察」『民法解釈学の諸問題』(一九四九年)所収一六九頁は、時効と対置される除斥期間を中断・停止なき訴権の期間としてとらえている。

(7) 除斥期間を出訴期間と解する説は、裁判上の請求のみを唯一の中断事由とするものである。ただし、鈴木『民法総則講義』二三八頁は、期間内の出訴に加えて、義務者による義務の存在のほつきりとした承認の場合には中断に似た事態が生じるとする。

(8) なおその後の下級審判決には、七二四条後段を除斥期間としつつ、加害者が「除斥期間の経過による利益を積極的に放棄する意思を有する」という構成をとって除斥期間の職権による考慮をしなかったものがある(東京地判平成四年二月七日判時平成四年四月二五日号三頁 水俣病東京訴訟第一審判決)。公益保護の目的が付随的なものでしかない期間制限の規定は、端的に時効規定と解した方がよいことを示唆する。

(9) 除斥期間の経過した請求権を自動債権として相殺することを時効に関する民法五〇八条を類推適用して認められた最高裁判例との整合性も改めて検討する必要性がある。論理的には、抗弁権もまた例外ではありえないはずである。中井美雄「判批」民商七五卷六号一二二頁参照。我妻『新訂債権総論』三二五頁以下は、紛争を速やかに解決しようとする除斥期間の趣旨を理由に民法五〇八条の適用を否定している。

なお、最判昭和五年の判例評釈のなかで、坂本は、除斥期間内に損害賠償請求権が行使されていないのであるから、除斥期間内に相殺適状に達していたわけではなく、従って時効に関する民法五〇八条の適用を言うのはおかしいという(坂本武憲「判批」法協九四卷一二号一八三三頁参照)。また高木「判批」判例評論二二二号(判時八八〇号)一三四頁は、昭和五年最判は除斥期間一般について五〇八条の類推適用を肯定したものではないとする。

- (10) なお、ドイツ連邦通常最高裁判所の裁判例のなかからはすでに除斥期間と時効との単純な峻別論は姿を消している。拙稿「除斥期間と信義則—ドイツ裁判例の検討(一)(二)」鹿法二七卷一号一三三頁以下、二号一三九頁以下参照。拙稿の補遺として、BGHZ 79, 1 = Urt v 16 Oktober 1980, BGHZ 111, 339 = Urt v 7 Juni 1990, BGHZ 112, 95 = Urt v 9 Juni 1990, BGHZ 112, 325 = Urt v. 18 October 1990 参照。
- (11) 短期の期間制限については、形成権(取消権)から請求権が発生する場合は請求権の消滅時効と解する説として、四宮「民法総則四版」二二三頁、鈴木「民法総則講義」二三九頁。
- また鈴木祿弥「民法総則講義」二三八頁以下は、除斥期間を出訴期間と解するが、請求権の一年の短期期間制限は中断事由(裁判外の請求)を認めないのは妥当ではないとして消滅時効と解する。幾代通「民法総則」六〇五頁も、「請求権という、ほんらい他人の行為を期待し、それが履行されてはじめて権利内容の実現が可能になるような権利は、一回かぎりの固定的な権利行使期間という概念じたいを受けつけないものを本質的にふくんでいる」と指摘する。
- (12) 松本克美「判批」ジュリスト九五九号一〇九頁以下(一九九〇年)は、時効と除斥期間の「壁」も、永遠のものとは限らないとして稿をとしている。松久三四彦「判批」ジュリスト九五七号八三頁以下(一九九〇年)も、最判平成元年二月二一日判決の提示した論点をふまえてなお七二四条の二〇年除斥期間説が通説的地位を占め続けるか注目されるところであるとする。柳澤秀吉「不法行為責任に関する二〇年の期間制限」名城法学四一卷一号二〇一頁(一九九一年)は、除斥期間概念はあまり意味のある概念とはいえないが、形成権概念と結合させるべきであり、そのかぎりで意味がある、と考えておられるようである。形成権とは当事者の一方的意思表示によって法律関係をつくりかえてしまう権限であり、したがってそこには相手方がどう対応するか、それを履行するかしないかの問題を残さず、したがってその中断もありえない(柳澤・名城法学四一卷一号二〇二頁以下、同号五六頁、五八頁)。
- (13) もっとも川島「民法総則」四四一頁以下は取消権のような形成権そのものの時効を考えることは、形成権は単なる意思表示でその目的を達して消滅する権利であるのに、これについて裁判上の請求等の方法による時効中断を認めるという實際上意味のない結果をきたすとして、形成権の期間制限を法的に構成する方法としては、形成権の除斥期間、形成権の行使の結果として生ずるとして構成されている請求権の時効の二つのみを有意義なものとする。
- (14) 除斥期間と信義則に言及する文献として、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」法学研究六〇巻二号一〇三頁(一九八七年)、松本克美・ジュリスト九五五号一〇九頁、柳澤・名城法学四一卷一号一九九頁以下。
- (15) なお、除斥期間への信義則適用の問題を考察する際には、上訴期間、即時抗告など訴訟法上の期間と民法上の除斥期間とを包括

した除外期間概念を考えうるとしても、まずは切り離して議論すべきであろう。
本件「判批」に、下森定「判批」私法判例リマックス一九九二（上）五六頁がある。