

(研究ノート)

## 除斥期間と信義則 (二)

——ドイツの裁判例の検討

采 女 博 文

- 一 序
- 二 ライヒ裁判所の裁判例 (以上、二七卷一号)
- 三 連邦通常最高裁判所の裁判例
- 四 考察 (以上、本号)

### 三 連邦通常最高裁判所の裁判例

〔一七〕 BGHZ 14, 122 = Urt. V. 5. July 1954

〔一七〕は、官庁の先行決定 (Vorentscheidung) 後六か月以内に裁判を起こさなければならぬとする官吏法一四三條の期間が遵守されているかどうかは職権によって顧慮されるべきであり、信義則は適用されないとし、恩給請求権を退けた裁判例である。ただし、先行決定の申立て後も将来の決定に希望をもたせ続けたことに対して、信義則違反を理由として、配慮義務違反に基づく損害賠償請求を認めている。

(事実)

原告は終身雇用の警察官であり、被告ラントの正規の地位についていたが、後に健康上の理由により退職させられた。原告には一般規定に従って恩給が支払われていた。

内務大臣(Minister des Innern)は一九四九年一月二三日の処分において、任命を撤回しうる官吏(Beamte auf Widerruf)としての地位しか原告はもっていないし、そのような者として官吏法六一条にしたがって解雇されなければならない、とした。恩給の支給をまったく受けられなくなった原告は、一九四九年二月一五日付の内務大臣あて文書で、採用の経緯を説明するとともに恩給支給につき問い合わせた。これに基づき、原告は留保付きで前渡し金として恩給の一部額を受け取れるようになった。数回のやりとりのなかで、書類は大蔵大臣(Finanzminister)のところに送付され審理中であるとか、また一九五〇年一月七日付文書では、ちかじか結審する最上級審に係属中の類似訴訟の判決に沿って一月には判断される旨の通知を受けたりした。

原告は一九五二年二月一五日に訴えを起こし、恩給額と前渡し金との差額の支払いを求めた。被告ラントは、原告はラントの官吏になっていない、官吏法一四三条の先行決定(Vorbescheid)がない、同条の二重の六か月の期間は訴え提起までに経過している、などと主張した。

原告は、控訴審で予備的に請求の根拠を配慮義務違反に求めた。被告ラントが官吏法一四三条の期間の経過が差し迫っていることを注意するのではなく、原告に期待を持たせ続けることによって原告の請求権の主張をより一層待機させることになった、と主張した。

控訴審は、原告は恩給請求権に関して官吏法一四三条の期間を懈怠している。先行決定の申立ての後、最上級所轄官庁が六か月の期間内に決定をしない場合に官吏法一四三条の期間は進行しはじめる。官吏がこの最初の期間の経過後六か月以内に訴えを起こさないときは、官吏は訴権(Klagerecht)を失う。しかし、被告ラントは同法一四三条の期間経過につ

いて適時に原告に告知していないから、配慮義務（官吏法三六条）違反に基づく請求権が原告にある、として原告の予備的請求を認めた。上告棄却。

（判旨）

（先行決定の申立て後、最上級所轄官庁が決定することなく六か月が経過した）時点から官吏法一四三条の二度目の六か月の期間は進行しはじめた。それゆえにこの期間は一九五〇年一月には経過した。

被告ラントが明らかに繰り返し、将来の決定へ期待を抱かせ続けたということを考慮して、この期間徒過に対し、信義則と不許容の権利行使の援用に訴えることはできない。というのは、官吏法一四三条の期間には当事者間の合意が入り込めないから、その経過を「援用する（„Benutzen“）」余地はないからである。すでにBGHZ 10, 303<sup>(25)</sup>が述べているように、実体法の領域に属する取引関係における信義誠実の原則をここでは適用することはできない。判例を変更する理由はない。

……

確かに、被告ラントの応訴を信義則違反の観点のもとで訴訟上排斥する（prozessual zurückweisen）ことはできない。というのは、上述のように、官吏法一四三条の期間の遵守は裁判所によって職権で、当事者の応訴（prozessuale Einlassung）を顧慮することなく吟味されるべきであるからである。しかし、被告ラントの行為全体から明らかになる信義則に対する重大な違反は、実質的に（materiell）、官吏法三六条の配慮義務の有責な違反として顧慮されるべきである。<sup>(26)</sup>

〔一八〕 BGHZ 18, 122 = Urt. v. 11. Juli 1955

〔一八〕は、賠償法八条三項<sup>(27)</sup>の出訴期間（Klagefrist）への民訴二三三条二項<sup>(28)</sup>（休廷 Gerichtsferienによる停止）の準用および民法二〇三条（司法の中止・不可抗力による停止）の準用を否定した裁判例である。

(事実)

保安警察の副長が自動車の購入を提案した際、その自動車が良好な整備状態で適正価格であるとした。しかしこの査定に反し、買付け後すぐに全面的な分解検査をせざるをえないものであり、結局四二〇ドイツマルクの費用がかかった。賠償法 (Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehbeständen an öffentlichen Vermögen vom 18. April 1937) に基づく賠償決定がこの費用を理由に行政区長官 (Regierungspräsident) により一九五一年九月二〇日におこなわれた。

この決定に対し原告は内務省に不服申立て (Beschwerde) をした。内務省は一九五二年一〇月三一日付文書で不服申立ての受理を確認し、行政区長官による再審査後この件を取り上げるつもりである旨通知した。原告はその後決定を受け取ることもなく、原告の問い合わせへの回答もなままであった。そこで原告は一九五二年八月九日に賠償決定などの取消を求めて訴えた。原告は、不十分な事情の解明に基づく誤った見解を前提としているから賠償決定は無効である、と主張した。地裁は出訴期間の懈怠を理由に訴えを退けた。原告の控訴、上告は成功しなかった。

(判旨)

賠償決定に対する賠償義務者の取消訴訟は賠償法八条三項により期間制限されている。行政庁による賠償決定後一か月以内に文書による不服申立てをしないと、あるいは不服申立てを退ける決定の到達後三か月以内に訴えを起こさないと、賠償義務者は訴権を失う。その際、不服申立てに対する決定がなされないときは、その受理後六か月経過後は退けられたものとみなされる。

六か月の期間は、雇主や賠償義務者の利益とは無関係に、公的利益のためにまったく一般的に経過する。公共の福祉 (Allgemeinwohl) は、公的な会計制度にかかわる問題が迅速に解明され、雇主とその公務員との紛争が可能なかぎり速やかに解決されることを要求する。そのような紛争が存続するかぎり、通常の官庁業務の秩序に有害である不安と不満の

源になる。ここでは速やかな和平を作り出すことが六か月の期間によって達成される。六か月の期間の出訴期間の経過は賠償義務者に通常裁判所への接近を閉ざす。賠償義務者は、不服申立ての受理後九か月以上も長く静観してはならなかった。

一九五二年一〇月三日から六か月経過した一九五二年五月一日に三か月の出訴期間が進行し始めたとしても、この期間経過が、唯一の停止原因でありうるかもしれない休廷によって停止されているかどうか問題である。前審の裁判官はこの問題を否定した。期間経過についての民訴の規定を適用することのできない除斥期間 (Ausschlussfrist) がここでは問題になっている、とした。民訴二二三条一項の規定によれば期間の経過は休廷によって停止されるのだが、この規定は民訴の本来の期間に関してのみあてはまる。この見解は通説に一致している。この通説によれば、時効の停止に関する民法二〇三条の規定もここでは準用されえない。

〔一九〕 BGHZ 19.20=Beshl. v. 9. November 1955

〔一九〕は民訴五六条二項二文の五年の期間は絶対的期間であり、原状復帰および民法二〇三条の準用は認められな<sup>(29)</sup>いととして、回復の訴え (Restitutionsklage) を退けた裁判例である。<sup>(30)</sup>

（事実）

原告（妻）は、一九四八年九月二日に職権により原告に送達された地裁判決により原告の有責を理由として離婚させられた。一九五三年九月一四日の訴状でもって原告は、地裁判決を変更し被告の主たる有責を理由として離婚することを申立てて、民訴五八〇条七b号による回復の訴えのための訴訟上の救済 (Armenrecht) を求めた。一九五三年十二月三〇日の決定により訴訟上の救済は認められた。一九五四年一月九日に地裁に提出された訴状により原告は、民訴五六条

一項の一月の期間の懈怠に対する原状復帰 (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) を求めるとともに、回復の訴えを起こした。地裁は両当事者は同程度に有責であるとしたかぎりにおいて原告の訴えを認めた。控訴審は回復の訴えを許されないとした。原告は上告のための訴訟上の救済を求めたが、退けられた。

(判旨)

民訴五八六条二項二文によれば、同条三項の例外を除いて、回復の訴えは既判力ある判決から五年経過後は許されない。地裁判決は一九四八年一月二日に既判力が生じている。民訴五八六条二項二文の期間は、回復の訴えをするために期間経過前に申請された訴訟上の救済が期間経過後に初めて原告に認められたということによって停止されていない。民訴五八六条二項二文は不変期間 (Nourist)<sup>(31)</sup> ではない。懈怠に対する延長もしくは原状復帰は許されない。また、特別な場合に期間経過の停止を規定している民法二〇三条もこの期間には適用も準用もされない。法共同体のなかの共同生活は、法的紛争は一度で最終的な解決がもたらされることを要求する。それ自体既判力をもって解決された法的紛争がな多年後に再び改めて問題にされうるよりも、ときどきに不当な決定が存続しつづけるの方が公共 (Allgemeinheit) のためにより耐えることができる。立法者は民訴五八六条二項二文に絶対的な期間 (absolute Frist) を設定し、その経過後は、既決定 (Urteil) が客観的に過誤に基づく場合も、法的紛争を再び取り上げることができない。不当に敗けた当事者はこのことを法的平和の維持のために甘受しなければならない。

[110] BGHZ 24, 134 = Urt. v. 17. April 1957

[110] は、嫡出否認のための期間 (民法一五九四条)<sup>(32)</sup> の懈怠は職権により顧慮されるべき期間であり、不許容の権利行使の非難の余地はないとした裁判例である。

（事実）

原告が、婚姻中に前妻の生んだ被告が嫡出子でないことの確認を求めたのに対し、被告は嫡出否認のための期間は徒過していると主張した。嫡出否認の訴えは、民法一五九四条に定められた子の嫡出否認のための期間がすでに経過している一九五六年一月になって初めて起こされた。原告は、婚姻中に生まれた認知されていない子は非嫡出子であると誤信している間は否認の期間は進行しないと主張した。地裁、原告の請求棄却。控訴、上告棄却。

（判旨）

民法一五九四条は、子の出生の事実と非嫡出子であることを裏付ける事情を夫が知ったこと以外の要件に否認期間の起算点を結びつけていない。……

原告の主張する法の不知が、事情によっては一五九四条三項の範囲内で重要でありうるかどうか、すなわち不可抗力に基づくつまり外部の事件に基づく場合に期間の経過が民法二〇三条により停止されるかどうかは別の問題であるが、そのような事情はない。

最後に、否認期間を徒過していると被告が主張する場合に、上告意見のように不許容の権利行使の非難を被告に帰することはできない。期間の懈怠は、民訴六一七条（弁論主義の制限）、六二二条一項（職権探知）、六四〇条（子に関する事件）<sup>33</sup>により、被告がこのことを主張していない場合も裁判所によって顧慮されなければならない。

〔一一〕 BGHZ 26, 304 = Urt. v. 30. Januar 1958

〔一二〕 は、時効に関する三九〇条<sup>34</sup>二文（時効消滅した債権による相殺）を労働協約の除斥期間に準用した裁判例である。時効と除斥期間との類似性を指摘している。

(事実)

被告は一九三八年以来原告の商業使用人として雇用されていた。被告は一九五二年に家を建築した際、原告から建築資材の供給を受けた。被告の解雇後、原告は被告に対し訴えでもってこの給付に対する支払いを求めた。被告は、この供給は被告の引き受けた犠牲や未払いの年末賞与の弁済、未消化の休暇の代償として使われていると主張した。念のために、被告はそこから生じる反対債権でもって相殺した。

地裁、被告敗訴。被告の控訴は、被告の債権はいずれにせよ除斥期間の懈怠により消滅しているとして棄却された。

上告理由において被告は次のように主張した。原告は被告の請求権の適時な申立てを妨げているから、信義誠実の原則にしたがって除斥期間の経過を主張することはできない。民法三九〇条二文を準用して少なくとも、一度原告の請求権と相殺適状にあった債権と相殺しうる。原審判決は破棄差戻された。

(判旨)

(a) 不許容の権利行使の抗弁について

労働協約 (Tarifvertrag) の当該規定は、「除斥期間 („Ausschluß Fristen“)」の見出しをもつ次のような内容のものである。

「雇用関係に基づく請求権は、相手方に対して以下のように文書で主張されていないときは失効する (verfallen)。…  
 …雇用関係に基づくその他のすべての請求権と雇用関係と結び付いている請求権は、履行期 (Fälligkeit) 後二か月以内に、  
 …しかし経営からの離職後五週間以内に」。

被告がこの期間を守っていないことは争われていない。しかし被告の債権の主張は、すべての事情を考慮すれば、このことよって切断されていない。

(b) 民法三九〇条二文について



上級地裁は被告の民法三九〇条二文の援用を拒否した。この規定は時効にかかっている債権に関してのみ適用されるのであって、除斥期間の経過によって消滅しているような債権に関しては適用され得ない、という見解である。

しかし、本法廷は本件のような事例にも民法三九〇条二文の準用を許されると考える。たしかに、時効期間を除斥（失効）期間（Ausschluss-（Verfall-）frist）と即座に等置することはできないということは正しい。時効期間の経過は債務者に抗弁権を与えるにすぎない。この抗弁権は主張されなければならないし、請求権を完全には無効にしない。これに対して、除斥期間の懈怠は権利自体（das Recht selbst）を除去するし、職権によって顧慮されるべきものである（vgl. Hueck Nipperdey, Tarifvertragsgesetz 3 Auf § 4 Anm. 58 und 60）。

他方、次のことは見誤られてはならぬ。二つの制度は法的に類似しており、上級地裁の見解と異なり、本質的には同じ目的に奉仕するものである（RGZ 152.330.334, RAG in ARS 38 TI 15 355）。債務者はこれらの制度を通して、もはや考慮する必要のない請求権から、証拠方法（Beweismittel）の差し迫る喪失を顧慮して速やかな主張を不可欠とする請求権から保護されることになる。それゆえ、除斥期間の場合にも時効に関する規定に依ることが、既に強調されている法的な相違を顧慮して個別事例において排除されていないかぎり原則として許されるであろう（vgl. Staudinger 11 Auf. vor §194 Anm. 3）。それゆえ、本法廷はこれと異なる判決 RGZ 158.137.140 に従うことはできない。この判決は詳細な理由づけもなく、また RGZ 152.330.344 で主張されている見解を検討することもなく、除斥期間と時効期間とのあらゆる共通性を否定している。

この諸原則は、労働協約上の喪失期間（Verfallsfrist）によって除斥された労働者の債権が問題である場合に、民法三九〇条二文を準用するかどうかという問題を判断する場合も顧慮されるべきである。

〔111〕 BGHZ 31, 77 = Urt. v. 14. Oktober 1959

〔112〕 は、ライヒ家産法 (Reichshausstatutengesetz v. 25. November 1937) の復帰権の除斥期間が信義則に服することを一般論としては認めた裁判例である。

### (事実)

ライヒ家産法に基づいて、被告(夫)は妻とともに自治体(原告)から家産住宅(Einstatue)を取得し、各二分の一の持分で登記をした。売買および家産契約によれば、一二条の二号(入居者としての不適格な場合)、五号(離婚判決が確定した場合)には、住宅供給者に法律一二条の復帰権(Heimfallrecht)が生じる。被告は、未成年の娘に対する継続的暴行により懲役刑の判決を一九五三年六月二三日に言い渡され、同年一〇月三日判決は確定した。この犯行を理由とする離婚判決が一九五四年一月六日に言い渡され、同年二月二七日に確定した。一九五四年八月一四日の文書で原告は被告に対し契約条項の七条二号に基づき入居者適格性を奪い、復帰権を主張した。同日、原告の妻に対し夫に対し復帰権を行使した旨通知し、住宅を妻と子供に譲渡する旨を表示していた。しかし原告は被告の妻に対しても、一九五四年の八月三日の文書で契約条項の七条五号に基づく復帰権を主張した。このような事情の下で原告は被告に対しその持分の復帰的物権的合意(Rückkaufassung)を要求した。地裁と上級地裁は請求を認容した。被告の上告に基づき請求は棄却された。

### (判旨)

施行令の二〇条の二文<sup>(35)</sup>の除斥期間内に主張されていないから、八月一四日の文書で主張されている復帰権は消滅している。復帰権は法律の規定(一二条、施行令二〇条)によれば原告の物権的な買戻権を意味する。この復帰権は法律上もしくは契約上の復帰原因の発生により成立し、住宅供給者(Ausgeber)が認識(Kenntnissetzung)してから六か月の除斥期間内に文書による表示が行われなるときは、法律上当然に消滅する。この期間は、主張されている二号の成立原因

に関して懈怠されている。しかし、八月一四日に原告が離婚を原因とする復帰権を主張していたら、なお除斥期間は経過していない。

施行令二〇条によれば復帰権の行使は復帰請求権の成立を知ってから六か月以内に文書による表示によって行われなければならないが、この文書のなかで原因が開示されなければならない。復帰権の行使は第三者に対する効果を生じるので特に厳格で明瞭な処理が必要である。特定の原因によって生じる復帰権はそのつどそれ自体で主張しなければならないし、期間はそれぞれの場合に別個に守られなければならない。第二の原因と関連のない表示はこの期間を守っていないし、被告に対しては離婚による成立原因も期間内に主張されていないから、二つの成立原因によりまずは生じている復帰権は、再び消滅した。

法律上の除斥期間が守られていないことによって原告の復帰権は挫折している。控訴審が考えているように、除斥期間の懈怠が法取引における信義則の遵守を顧慮して無視されうるかどうかは、判例・学説によって完全には解明されていない。Palandt / Danckelmann と Ernann / Hefermehl は不許容の権利行使の原則を除斥期間にも適用しようとしているが、そこで引用されている裁判例は契約上の除斥期間に関するものであって法定除斥期間に関するものではない。Johannsen (BGB RGRK 11 Aut.) は除斥期間の徒過に関して信義則の援用と不許容の権利行使の抗弁を一般的に排除しようとしている。しかし彼が挙げている連邦裁の判決 (BGHZ 14, 122) は官吏法一四三条の特殊な事例に関するものである。ライヒ裁判所は、RGZ 142, 280, 285 の判決ではこの問題を留保した。法定除斥期間が経過しているという主張に対して悪意の抗弁が対抗されるかどうかを画的に判断することはできない。除斥期間は単一的な根拠に基づいているのではなく、様々な種類の目的に奉仕している。訴え提起のための除斥期間が官庁の決定から進行し始める官吏法一四三条の場合に、民事三部 (BGHZ 14, 122) がこのことを述べているのだが、期間の懈怠の場合には不許容の権利行使の観点は働きえない、ということには疑問の余地があるかもしれない。すなわち判例と学説は訴訟行為も信義則の要求に服するという点で一致し

つらる (RGZ 102.217.221 : 161.350.359, BGHZ 30.114など、文献略)。しかし、このことに詳細に立ち入る必要はない。施行令二〇条二文の規定は不確定のあまりに長い緊張から入居者を守ろうとしている。不純な策謀を通して期間の経過を上手に作り出している入居者は、そのような方法で時効をもたらした者と同様にこの保護に値しない。したがって、施行令二〇条二文の領域において不許容の権利行使の抗弁がここでも主張されうることに對する根本的な疑問はないとしても、やはり小規模住宅の供給者をして請求権を適時に主張することを見合わせさせた入居者の振る舞いが存在していなければならぬ (Vgl. BGH NJW 1952.1291)。たとえば入居者が住居を絶え間なく交換して復帰権の主張を排除している場合にはこのことが認められる。彼の振る舞いが除斥期間の経過にとつて少なくとも共にその原因になつていなければならぬ。被告は期間の懈怠にかなる影響も与えていない。他方、期間の懈怠によつて原告に生ずる不利益が不公平に思われることでは十分ではない。除斥期間の懈怠の場合には類似の状況が必ず生じるだろうし、このことは立法者に知られないままではありえなかつた。生じている状態の不公平を引き合いにして立法者の意図した法律効果を見捨てることはできない。控訴審はこれに関して、被告が期間の経過を指摘しているときにはいかなる権利も行使しているのではないと誤つて判断している。取引における信義則を顧慮して除斥期間の懈怠が度外視されるかどうかを裁判所は自ら吟味しなければならぬ (BGHZ 12.286.304)。本件の場合において決定的なことは、被告とは無関係に原告は除斥期間を懈怠しているということである。控訴審はなお、犯罪行為と離婚との間の直接のかつ実質的な関連を指摘して、この事情の下で、原告の形式上規則どおり (ordnungsma.ßig) でない表示を被告が援用しようとすることは濫用であると考へているけれども、この考へは法的には重要ではない。事実関係からして原告には二つの原因に基づいて住宅の復帰を要求する可能性が与えられていた。どちらの原因を選択するか、あるいは二つを同時に主張するかは原告の裁量のままだった。除斥期間の懈怠を無視し、訴えの認容を理由づけたかもしれない原告の振る舞いを仮定することによつて誤つた選択の結果を契約相手に課すことは適當ではない。原告がその目的を達成しないとしても、このことは被告の犯罪行為やそれと直接関連する被告の離

婚とはなんの關係もない。本件の場合、自らの振る舞いによつて復帰権を発生させた者に対してではなく懈怠を引き起こした者に懈怠の結果を帰せしめることは信義則に違反していない。

[111] BGHZ 33, 360 = Urt. v. 24. Oktober 1960

[112] は、請求権者は決定の通知後二か月以内に訴えを提起しなければならないとする財務条約 (Finanzvertrag, idF. v. 30. März 1955 (BGBl. II 310, 308, 638)) 八条の除斥期間は訴訟前の除斥期間 (vorprozessuale Ausschlussfrist) であるとしたりうえて、この除斥期間には時効期間の停止についての規定 (民法二〇三条) も原状復帰 (Wiederemsetzung) についての民事訴訟上の規定も適用されなかったとされた裁判例である。時効と除斥期間との峻別論に立つ。

(事実)

一九五七年八月二二日、イギリス駐留軍のトレーラートラックが車道を外れて、歩道にいた原告を傷つけた。他の部隊に雇用されていた原告は軍用車両を待つていた。原告は、防衛負担局 (Amt für Verteidigungskosten) に賠償を求めた。局は、物損の賠償義務は認めるが、事故は原告にとつて労働災害 (通勤災害 Wegunfall) であり、原告には社会保険に基づく請求権しかないとして、慰謝料の支払いと収入減の補償は拒否した。一九五八年二月二四日のこの決定は一九五八年二月二六日に到達したが、上訴告知 (Rechtsmittelbelehrung) は行われていなかった。

原告は一九五八年四月二三日に訴訟上の救済を申請した。訴訟上の救済が認められた後、一九五八年九月一〇日に本件訴えを起こした。地裁は期間経過を理由に訴えを許されないものとして退けた。控訴審は破棄差戻した。民訴上の原状復帰についての諸規定が類推適用されるべきであり、その際、出訴期間 (Klagefrist) は上訴期間 (Rechtsmittelfrist) のように取り扱われるべきである。原告の訴訟上の救済は不可避免的偶然 (Zufall) であり、申請は適時になされている。原告

には原状復帰が与えられるべきである。

連邦共和国の上告は成功した。連邦通常裁判所の見解によれば、訴え提起のための除斥期間の懈怠はもとに戻らない (unwiderruflich)。

(判旨)

連邦裁はまず財務条約の内容を確認している。財務条約の八条一項によれば、連邦共和国に駐留する外国軍の業務遂行中の作為不作為のために生じた損失ないし損害に基づく請求権はこの諸規定にしたがってのみ取り扱われるし、また主張することができる。同八条四項によれば、その他の同様な諸事情のもとで連邦共和国の責任を定めるドイツ法の諸規定が顧慮される。同八条六項によれば、関係者はその請求権を損害を知ってから九〇日以内に主張しなければならぬし、期間の懈怠は請求権の放棄とみなされる。ただし、期間経過後の主張のための正当な (zittige) 理由がある場合を除く。同条七項によれば、請求権は決定を出す管轄のドイツ官庁に対して主張されなければならない。同条一〇項は次のように定める。「請求権者が申し出られた補償決定を受諾しないか、または請求の棄却に承服できない場合には、請求権者は決定の通知後二か月以内に通常のドイツの裁判所に請求権に基づき連邦共和国に対し訴えを起こすことができる」。

つぎに、期間が遵守されているかどうかについて次のように判示している。

一、訴訟上の救済の申請は訴えと同じではないので期間遵守をみたさない。

二、訴訟上の救済 (Armut) による期間停止は生じていない。

原告はここでも民法二〇三条二項が類推適用されると考えている。このことは不可解である。民法二〇三条二項に従えば、権利者が不可抗力 (höhere Gewalt) によって権利追求を妨げられているときは時効は停止している。当事者の貧困 (Armut) はこれに属しうる。しかし民法二〇三条は時効期間のみに関しているし、その他のすべての期間に関する一般的な原則をなんら含んでいない。しかしながら、財務条約の八条一〇項の期間は意味と文言に従えば時効期間ではな

くて、除斥期間であり、その経過は訴えの提起を排除するし、これによって請求権を實際上消滅させる。時効期間に関する諸規定は除斥期間には適用されえない。というのは、目的と効果に従って考えると、まったく異なった概念が問題であるからである。このことは確立した最高裁判所の判例であり、文献の一致した見解でもある (RGZ 88: 294; 102: 339 / 341; BGHZ 19: 20; 18: 122 / 128)

三、法律八条一〇項の期間の懈怠に対する原状復帰 (Wiederainsetzung) も同様に可能ではない。

民訴二三三条によれば、<sup>(37)</sup>当事者が避けることのできない偶然の事故 (unabwendbarer Zufall) により、不変期間 (Notfrist) または異議 (Einspruch) 申立て・控訴・上告をするための期間を遵守することを妨げられていたときには原状復帰が許されている。法律八条の期間は何らそのような期間ではなく、訴訟前の除斥期間である。それゆえ原状復帰に関する諸規定を適用することはできない。

〔二四〕 BGHZ 43, 235 = Urt. v. 8. Februar 1965

〔二四〕は、<sup>(38)</sup>保険契約法一二条三項の出訴期間の懈怠に信義則の適用を認めた裁判例である。

(事実)

事実関係の記載は省略されている。

(判旨)

出訴期間 (Klagfrist) の懈怠についての当事者の争いにおいて、控訴審は次のことを前提としている。被保険者が過失 (Verschulden) なくして期間を懈怠しているときは、保険者は信義則にしたがって保険契約法一二条三項の出訴期間の経過を主張することはできない。

この法見解に同意することができる。

法律一二条は一九三九年の二月一九日の保険契約法の統一のための命令 (RGBl I 2443) によって初めてその三項をもつようになった。旧法一二条二項は「契約のなかで」出訴期間が定められている場合に関して同一の規制を行っていた。この規定に関してライヒ裁判所は原則を發展させた。被保険者が懈怠について有責でない場合には保険者は約定除斥期間の懈怠を信義則により主張できなく (vgl. RGZ 15.181.186, VA 1935 Nr. 2787; JRPV 1940.67)。……これに対し、旧法一二条二項についてのライヒ裁判所の判例が現行法の一二条三項に関しても維持され得るかどうかについてはこれまでなお判断されておなう。Prolls (VVG. 14. Aufl., §12 Anm. 8; VersR 1951.38) はこれに対し、旧法一二条二項は約定除斥期間に関するものに対し、新规定の三項は、その懈怠は他の法規範の支配下にある法定除斥期間を採用しているから疑問であるとしている。この観点は説得力がない。

法律一二条三項の出訴期間の法的性格は以前の規制に対して実際に根本的に変更されているかどうかはより詳細な検討を必要とする。しかし、今や法定除斥期間の概念でもってはもはやなにも得られない。というのは、時効規定の場合と異なり、法定の除斥期間に関して一般的に通用する規定はないからである。適切な諸規制は期間経過後に消滅することになる権利の種類・内容にと異なる (Vgl. Enneccerus / Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerlichen Recht, 15 Aufl. I / 2 1401)。除斥期間でもってどのような目的が追求されているか、その際どのような諸利益が顧慮されなければならないか、また顧慮されるかはこのに従う。期間内に行使されていない権利が有責な期間懈怠の場合にのみ消滅するかどうか、すくなくとも民法二〇三条、二〇六条、二〇七条の停止原因が顧慮されるかどうかの問題も、法定除斥期間の概念からではなく当該の個別規定からのみ、つまりここでは法律一二条三項の意味・目的からのみ答えることができる。

法律一二条の改正は規定の基礎にある目的思想に影響していない。填補請求を指定された出訴期間内に裁判上主張するという被保険者に課された強制は以前と同様に今日においてもとりわけ、給付義務についての明確性をすみやかに得ると



いう保険者の利益に奉仕するものである。保険者が負担する危険との緊密な関連性が出訴期間に欠けているから、出訴期間を間接義務 (Obliegenheit) とみなすことはできない。しかし、出訴期間は利益状態に関しては間接義務に近い (vgl. Schmit. Die Obliegenheiten (1953) 253; von Gerke, Versicherungsrecht II (1947) 156)。どうの「は、」でも正当として認められている保険者の利益が被保険者に一定の行為を要求するし、被保険者がしかるべく対応しない場合に関しては被保険者の請求権の喪失を規定する。しかしこのことは、懈怠された出訴期間に関しても免責証明が許されること、しかも出訴期間の場合に形式的に、約定除斥期間または法定除斥期間が問題になっているかどうかを顧慮することなしに免責証明が許されることのみが衡平に (billig und gerecht) 思われる (結論において同じ、Bruck / Moller aO. Anm. 44)。次のこともこの見解を支持する。統一令 (Vereinheitlichungs-Verordnung) とこれに先行する一九三九年一月七日の賠償保険法 (RGBl. I 2223) は有責な行為という要件を以下のように本質的に拡大した。保険者の給付からの解放 (Leistungs-freiheit) はほとんど常に「重要な例外、保険契約法三八条<sup>39)</sup>は特別な根拠を持っている」法律上の間接義務もしくは契約上の間接義務違反が問題であるか、または保険事故の惹起が問題であるかにかかわらず、被保険者の有責を前提とする (vgl. Bruck / Moller aO.)。

法律一二条三項に関しては旧法律一二条二項について発展させられているライヒ裁判所の判例が維持されるべきである。それに従えば被保険者が懈怠について有責でないときには保険者は出訴期間の経過を主張することは信義則によりできない。

(二五) BGHZ 53, 270 = Urt. v. 24. Februar 1970

(二五) は、民法二二五条 (訴訟告知による中断) の除斥期間に民法二一〇条<sup>40)</sup>を適用した裁判例である。時効と除斥期間との類似性を指摘している。

## (事実)

第一原告は、第二原告の権利保護保険 (Rechtsschutzversicherungsvertrag) をかけていたが、一九五八年の交通事故の損害賠償請求権を実現するために弁護士である現在の第一被告 (Dr. X) に依頼をした。二万二千マルクの損害賠償請求に対し、事故車の責任保険者は一九五九年に五千マルクの一部弁済をした。責任保険者が一九六一年以降時効を援用したため、最終的な裁判外の損害調整は成立しなかった。

現在の第二被告 (Dr. Y) は、現在の第一被告の依頼を受けて一九六三年四月九日自動車の保有者と運転者に対し訴えを起こした。地裁は時効を理由に訴えを棄却し、控訴、上告とも敗訴した。上告審判決は一九六六年三月一五日に下りた。上告審の間に現在の第一原告は現在の被告らに対し一九六五年四月三日に裁判所に到達した書面でもって訴訟告知をしていた。現在の訴えに関して、一九六六年七月一八日の原告の申立てにより、Bandberg 上級地裁は九月八日の決定により民訴三六条三号にしたがって Hof 地裁を管轄裁判所に定めた。原告は現在の訴えを一九六六年二月一日に起こし、それは二月六日に到達した。依頼を受けた法律事件の処理の際に弁護士に課されている配慮義務の有責な違反を理由として損害賠償を被告に求めた。

地裁、上級地裁は時効を理由として原告の請求を棄却した。民法二二〇条は時効の中断に関してのみ通用する。民法二二五条二項 (訴訟告知による中断) の除斥期間に関しては適用されないからである。時効と除斥期間とはその法的性質上本質的に相互に異なっている。法律に明示的に定められている場合のみ、時効規定は除斥期間に適用されてもよい。原告の上告により、破棄差戻された。

## (判旨)

控訴審の見解に反して、本法廷は民法二二五条二項に定められた除斥期間への民法二二〇条の適用を必要であると考える。除斥期間は確かに、判例によって常に認められているように (RGZ 48, 157, 164; 88, 294, 296; 102, 339, 341; 128, 46;

158, 137, 140 : RG. Recht 1908 Nr. 460 : 1918 Nr. 1111)「その本質において時効期間から区別される。しかしながらこのことは、特に民法総則の第四章に含まれている除斥期間の場合に、時効に関して通用する個々の規定の準用を完全には排除しない。それゆえ、明示的に指示されていない場合にもどの程度これらの規定が除斥期間へも適用されるかは、法定除斥期間の概念から一般的には答えることはできず、当該の個別の規定の意味・目的に従って個別にのみ判断することができる (BGHZ 43, 235, 237)。既に、ライヒ裁判所 (RGZ 142, 280, 285) は次のことを承認していた。民法二二五条二項の除斥期間は、ここでは、時効の満了が除斥期間の設定によって支えられているということだけを理由に悪意の再抗弁を排除することが正当化されたいと思われるほどに時効との関連に組み込まれている。ライヒ裁判所は RGZ 152, 330, 334 において、二つの制度は法的に類似しているし、本質的に同じ目的に奉仕している、と述べている。民法二二五条二項に時効の停止についての個々の規定は適用されうると表示されている事情からも、いずれにせよ停止の問題に関する他の規定の不適用という逆の結論が引き出されるが、しかしどのような訴訟行為が前の規定の意味において訴え提起と等置されるかについての手がかりは得られない。民訴三六条三号（複数の当事者がいる場合の申立てによる管轄指定）による管轄裁判所の決定の申立てがどの程度訴え提起に等置されうるかの問題はむしろその意味・目的に従って民法二二五条二項の解釈を通してのみ答えることができる。

〔一六〕 BGHZ 73, 99 = Urt. v. 15. Dezember 1978

〔一七〕は、商法八九b条四項二文の除斥期間に民法二〇七条を適用した裁判例である。時効の規定を法定除斥期間に適用することができるかどうかは、法定除斥期間の概念から一般的に答えることはできないとしている。<sup>(41)</sup><sup>(42)</sup>

## (事実)

原告は、一九七五年二月一四日に死亡した被告有限会社の代理商 (Handelsvertreter) の相続人として、商法八九b条に従って一五万マルクの額の補償 (Ausgleich) の支払いを求めた。代理商は一九六三年一月二二日の契約に基づき被告のために代理商として仕事をしていた。代理商の死亡後、一九七五年二月二〇日に妻は被告に補償請求権を申し出た。原告らは、一九七五年五月一二日付の文書で被告に補償請求権を申し出た。この文書は五月一五日に被告に到達した。被告は、請求権の権利を争い、まず補償請求権は遅れて主張されている (商法八九条四項二文) と主張した。地裁は被告に約一三万マルクの支払いを命じた。上級地裁は請求全額を認めた。被告の上告は棄却された。

## (判旨)

控訴審の見解によれば、民法二〇七条の停止規定がこの期間に適用されるべきであるから、補償請求権は適時にすなわち商法八九b条四項二文の期間内に申し出られている。被相続人は一九七五年二月一四日に死亡しているから、原告らは二月一五日以前は相続財産を知ることではない。それゆえ、民法二〇七条の期間は一九七五年五月一五日以前には経過していない。

控訴審が適切に前提としているように、本人 (Unternehmer) と代理商との契約関係が代理商の死亡により終了した場合、補償請求権は相続人に帰属する。それゆえまた、請求権は契約関係終了後三か月以内に主張されなければならないという商法八九b条四項二文の規範も原則的に相続人にも適用される。上告意見と同様に控訴審は、この期間は除斥期間であり、民法二〇七条をただちには適用することができないことを適切に前提としている。

学説、判例の以前の統一の見解は、目的と効果において全く異なった概念が問題であるから時効に関する規定は除斥期間へは適用され得ない、としていた (vgl. RGZ 158, 137, 140; BGHZ 33, 360, 363など)。しかしこの見解は次のように修正されている。除斥期間と時効期間の本質的な相違は時効に関する個々の規定の準用を完全には排除しない。民事二部はそ

の判決BGHZ 43:235 ff.において、保険者は保険法一二条三項の出訴期間の経過を信義則にしたがって主張しえないかどうかの問題について次のように述べている。「除斥期間の規制は期間経過後に消滅する権利の種類・内容ごとに様々である。その除斥期間でもってどのような目的が追求されているか、その際どのような利益が顧慮されねばならないか、また顧慮されるかはこれに従う。期間内に行使されていない権利は有責な期間懈怠の場合にのみ消滅するかどうか、もしくは少なくとも民法二〇三条、二〇六条、二〇七条の停止原因が顧慮されるかどうかの問題にもまた、法定除斥期間の概念からではなく当該の個別規定、その意味・目的から答えることができる」。

民事六部はその判決BGHZ 53:270 ff.において同じ意味のことを説明している。「除斥期間は確かにその本質において時効期間から区別される。しかしながらこのことは時効に関する個々の規定の準用を排除しない。それゆえ、時効の規定が、明示的に指示されていない場合でもどの程度除斥期間にも適用されるかは、法定除斥期間の概念から一般的に答えることはできず、当該の個別規定の意味・目的にしたがって個別的に答えることができるにすぎない」。

この見解が維持されるべきである。これに従えば、民法二〇七条の停止規定が適用され得るかどうかの判断にとって、商法八六b条四項二文の規制の意味・目的が決定的である。

商法八六b条四項二文の規定は、代理商が補償請求権を主張するかどうかを速やかに本人に明らかにすることを目的としている。このためには、代理商は請求権を本人に対し一義的かつ誤解の予知なく申し出ること十分である。特別な様式を要しないし、期間内に請求額を見積もる必要などもない。

法律によって意図されている本人にとっての請求の明確性はこれを請求権者のみが与えることができる。商法八六b条四項二文に従った判断と通知のためのそのような資格者（Legitimierter）は相続人である。相続関係の明確化および相続の承認の後に初めて本人に明確性を与える通知の可能性が存在するとみなされるべきである。従って、民法二〇七条の準用が認められる。これによると、相続財産に属する請求権の時効は相続が相続人によって承認された時から六か月経過す

るまでは完成しない。時効期間が六か月より短いときは、六か月とあるのをこの期間と読み替える。従って、商法八六b条四項二文の期間に関しては、相続の承認後三か月で権利喪失が生じることになる。……代理商の死亡による契約終了の場合には、補償請求権が主張されるかどうかの明確化は本人には一定の困難とくに時間的な延長が伴いうることは、相続法の規定により条件付けられているし、甘受しなければならぬ。このことにより本人は期待不能なほどの困難にはならない。本人は補償請求権の額をおおよそ知ることができるし、その引き当てをしておくことができるからである。

〔一七〕 BGHZ 98, 85 = Urt. v. 15. Mai 1986

〔一七〕は、耕地整理手続 (Flurbereinungsverfahren) の参加者に違法に負担させられた措置に対して、耕地整理手続のなかで異議申立てをしないで、職務義務違反を理由とする損害賠償請求権で満足するかどうかの選択権は耕地整理手続の参加者にはないとした裁判例である。そのなかで、除斥期間 (Ausschlussfrist) の経過が懈怠者に帰責されえないときには懈怠者は不利益に扱われてはならない、ことを一般的な法原則として確認している。

(事実)

耕地整理の道路・灌漑水路計画によって行われた岩礁 (Felsrippe) の除去によって原告のぶどう山が崩落した。一九七九年一月二九日の最終決定を原告は争わなかった。ぶどう山は一九七九年末に初めて崩壊したし、その後原告は鑑定により岩礁の除去が原因であることを知った。この時点では二週間の異議申立て期間は経過していた。原告は耕地整理法上の救済 (Rechtsbehelfe) でもって計画を争わなかった。原告はぶどう山の崩落によって生じた損害の賠償を求めて被告参加組合を訴えた。地裁は原告の請求を基本的に認めたのに対し、控訴審は請求を棄却した。上告棄却。

（判旨）

誤った土地改良措置（Bodenverbesserungsmaßnahme）に対しては、参加者は道路・灌漑水路計画に対する異議を申立て、必要とあれば耕地整理裁判所への訴えにより耕地整理計画の変更を求めなければならない。変更された計画で予定された改修が実施されない場合には、参加者は耕地整理裁判所に給付の訴え（改修の訴え Ausbauklage）を起こさなければならない。

耕地整理手続では手続を可能なかぎり促進することが要請されている。行政手続および裁判手続に関する諸法律の様な規定に現れているこの指導的な原則に、とりわけ個々の手続を切断して手続を実施することが役立つ。手続はそのつど照応する決定を通して締め切られる。この決定に対しては個々の参加者は比較的短期の上訴期間（Rechtsmittelfrist）のある上訴をすることができる。この規範は参加者全体の利益のために、耕地整理計画で作られた参加者と官庁を拘束する耕地整理領域の新秩序が長期間経過後に転覆されうることを妨げる。取消不能となった耕地整理計画を通して計画の担当者と計画関係者との間の公法上の全関係が法形成的に規制される。

耕地整理法のこの目標設定と、法律が耕地整理計画に付与している包括的な法形成効果とのゆえに、参加者に違法に負担させられた措置に対して耕地整理手続のなかで異議申立てをしないで、職務義務違反を理由とする損害賠償請求権で満足するというような選択権を耕地整理手続の参加者に認めることはできない。耕地整理法が参加者に課された措置を克服し、すでに被った不利益を除去する可能性を開いているかぎり、参加者は法律によって予定されている行政裁判手続・耕地整理裁判手続を利用しなければならない。

本件では原告は、耕地整理法に規定された法的救済手段をもって道路・灌漑水路計画に異議申立てをしていない。ぶどう山の崩落とその原因を知った時点では二週間の異議申立て期間（同法一四一条一項）はすでに経過していた。それにもかかわらず、原告には、ぶどう山の原状回復などに関しては、耕地整理手続のなかで要求することが可能であったであら

う。このことは一般的な耕地整理手続においても承認された一法原則、除斥期間 (Ausschlussfrist) の懈怠が懈怠者に帰責されえないときには懈怠者の不利益に作用してはならないという法原則に一致している。そのような場合には、前の状態への復帰ないし猶予を認めることができる (参照、同法一三四条二項)<sup>43</sup>。もちろん懈怠者はその異議申立てを相当の期間内に追完しなければならない。

## 注

(24) 本件当時のライヒ官吏法を参照できなかったので、官吏法一四三条に対応すると思われる旧法 (一八七三年三月三十一日制定、一九〇七年五月一八日改正) 一五〇条の内容を示しておきたい。

官吏法一五〇条(一)最上級ライヒ官庁の決定が訴えに先行しなければならないし、つぎに訴権が喪失するから訴えは先の官庁の決定が当事者に知らされた後六か月以内に起こさなければならない。(二)五四条に従って上級ライヒ官庁が決定を行っている諸場合には、この決定に対し同じ期間内に最上級ライヒ官庁への不服申立てが行われていないときにも訴権の喪失が生じる。

(25) BGHZ 10, 303 は、官吏法一四三条二項一文の六か月の期間の進行が誤った上訴告知 (Rechtsmittelbelehrung) により妨げられるかどうかについて次のように述べている。上訴の告知義務のないところで誤った告知がなされた場合には、官吏法三六条の配慮義務 (Fürsorgpflicht) 違反が生じる。この配慮義務違反は民法八三九条 (職務義務違反の責任規定) と官吏法三六条に基づく損害賠償請求権に導きうる。しかし誤った告知は、法定除斥期間を進行させないという結果をもたらすのではない。実体法上の効果を生じさせるにすぎないのであって、手続法上の効果を生じさせるのではない。

(26) 官吏法三六条に基づく請求権は、公務員法関係 (Beamtenrechtsverhältnis) に基づく請求権であり、一般的な三〇年の時効に服する。

(27) 賠償法八条(一)略。(二)略。(三)最上級の勤務官庁 (Dienstbehörde) が賠償決定を行っている場合は、決定の到達後三か月以内に訴えを起さなければ訴権を喪失する。決定が後順位の行政庁によって行われている場合には、賠償義務者が決定の到達後一か月以内にこの行政庁もしくは直近上級行政庁に文書で不服申立て (Beschwerde) をしないか、又は不服申立てを拒絶する決定の到達後三か月以内に訴えが起こされていないときは、訴権の喪失が生じる。不服申立てに基づく決定が何ら行われていないときは、その到達から三か月の経過後は不服申立ては拒絶されたものとみなす。(四)五略。

(28) 民訴二三三条 (休廷による停止、不変期間) (一)期間の進行は休廷によって停止される。期間の残存部分は休止の終了とともに進



- 行しはしめる。期間の起算点 (Anhang) が休止中にあるときは、期間の進行は休止の終了でもって始まる。(二)前項の諸規定は、不変期間 (Notfrist) と休廷中処理事件 (Beratungssache) の期間には適用されえない。(三)不変期間は、本法律にそのような期間として表示されているような期間のみである。
- (29) 民訴五八六条 (出訴期間) (一)訴えは一か月の不変期間の満了前に提起されなければならない。(二)期間は、当事者が取消原因を知った日から進行するが、判決の既判力の発生以前には進行しない。判決の既判力発生の日から計算して五年経過後は訴えは許されない。(三)一項および二項の諸規定は、代理の瑕疵を理由とする無効の訴え (Nichtigkeitsklage) には適用されえない。訴え提起のための期間は、当事者に、訴訟能力を欠いている場合にはその法定代理人に、判決が送達された日から進行する。
- (30) 民法二〇三条 (一)司法の休止によって権利者が時効期間の最後の六か月以内に権利を追求することを妨げられている間は、時効は停止している。(二)そのような障害がその他のやり方で不可抗力 (Hohere Gewalt) により生じているときも、また同じである。
- (31) 不変期間は、休廷 (民訴二二三条) や停止 (民訴二五一条一項二文) にもかかわらず進行する。当事者の合意によって不変期間を変更することはできない (民訴二二四条一項)。不変期間が過失なくして懈怠されたときは、原状回復 (Wiederherstellung) が許される (民訴二二三条一項)。送達により不変期間が進行する場合においては、送達の瑕疵は治癒されえない (民訴一八七条二文)。不変期間の例、民訴一〇四条三項二文、一〇七条三項、二七六条一項二文、三三九条一項・二項、五二六条、五二二条、五七七条二項一文、五八六条一項、九五八条一項一文、一〇四二d条一項一文、一〇四三条二項一文など。
- (32) 民法一五九四条 (夫の否認期間) (一)子の嫡出は夫によって二年以内は否認されうる。(二)期間は、子の非嫡出を裏付ける事情を夫が知った時点から進行する。期間は早くても子の出生から進行する。(三)期間の進行に関しては時効に関する二〇三条 (司法の休止、不可抗力による停止)、二〇六条 (行為無能力の場合の進行停止) を準用する。
- (33) 民訴六一七条 「認諾の効果についての規定、事実または文書の真正について沈黙ないし拒否する表示の効果についての規定、反對当事者または証人、鑑定人の宣誓の当事者の放棄についての規定、裁判上の自白の効果についての規定は適用され得ない」。
- 民訴六二二条一項 (旧法) 「裁判所は職権によっても証拠調べを命じることができるし、当事者の聴問 (Anhörung der Parteien) 後も当事者によって主張されていないような事実も顧慮することができる」。現行六一六条一項 (表現一部修正)
- 民訴六四〇条一項 (旧法) 「子の嫡出否認あるいは当事者間の親子関係の存在不在の確認、一方当事者の他方に対する親権の存在不在の確認を對象とする法的争い (Rechtsstreit) に、六〇七条一項、六一三条、六一七条、六一八条、六一九条、六二二条一項および六二五条、六二六条、六二八条、六三四条、六三五条、六三七条の規定を準用する」。
- (34) 民法三九〇条 「抗弁の付着した債権は相殺することができない。時効にかかった債権が、反対債権に対し相殺可能であった時点においてなお時効にかかっていなかったときには、時効は相殺を排除しない」。

- (35) ライヒ家産法施行令二〇条「復帰請求権は家産者に対する文書による表示を通して行使される。復帰請求権は、譲渡者 (Ausgeber) が復帰請求権の発生を知った時点から六か月以内に行使されなければならない。そのことに復帰請求権をもち根拠づけることのできない事実、他の事実根拠づけられている請求権の補助 (Unterstützung) のために主張されてもよい」。
- (36) BGHZ 12, 286, 304 は、農業譲渡契約の方式瑕疵が問題になった事案において信義則は職権によって顧慮されるものであることを明らかにしている。
- 方式の瑕疵 (Formangel) による契約の無効主張に対し、信義則の観点から悪意の抗弁ないし権利行使不許容の抗弁が相手方に与えられるという場合には、「実際には、取引相手の抗弁 (Einwand, Einrede) の顧慮が問題なのではない。抗弁によって方式瑕疵の主張が無効 (unwirksam) になるのではない。事案の特殊な形態 (Gestaltung) が問題なのである。この特殊な形態に照らして、職権により信義則を顧慮して方式の瑕疵に無効の法律効果が拒否される」。
- (37) 民訴二三三条 (原状復帰) 当事者が過失 (Verschulden) なくして不変期間もしくは控訴・上告の理由付け期間、六二一条、六二九 a 条二項による異議申立て期間もしくは二三四一条の期間を遵守することを妨げられた場合には、申立てに基づき原状復帰が認められるべきである。
- 民訴二三四一条 (復帰申立てのための期間) (一) 復帰は二週間の期間以内に申立てられなければならない。(二) 期間は、障害が除去された日から進行する。(三) 懈怠された期間の終了から計算して一年経過後は、もはや復帰を申し立てることはできない。
- (38) 保険契約法二二条三項「給付請求権が六か月以内に裁判上主張されていないときは、保険者は給付義務を免れる。保険者が被保険者に対して、期間の経過と結びついた法律効果を指摘したうえで、その請求を書面により拒絶した後に初めて期間は進行する」。
- (39) 保険契約法三八条 (一) 第一回目の (erste oder einmalige) 保険料が適時に支払われていないときは、保険者は、支払いが行われていない限り、契約を取り消すことができる。(二) 保険事故の発生時までに保険料が支払われていないときは、保険者は給付義務を免れる。
- (40) 民法二一〇条 (先行決定の申立てによる中断) 裁判することができるかどうか (Zulässigkeit) が官庁の先行決定 (Vorentscheidung) にかかっているか、または管轄裁判所の指定が上級裁判所によって行われなければならない場合において、申請の処理 (Erledigung) 後三か月以内に訴えが提起されるか、または和解 (Güteantrag) が申立てられるときは、訴え提起もしくは和解申立てと同様の方法による官庁もしくは上級裁判所への申立て (Gesuch) の到達により時効は中断する。民法二〇三条、二〇六条、二〇七条の規定をこの期間に準用する。
- (41) 商法八六 b 条一項「代理商は、契約関係の終了後、以下の場合においては本人に対し相当な補償 (Ausgleich) を請求すること

ができる。一、代理商の獲得した新規顧客との取引関係から契約関係終了後も相当な利益を得る場合、二、代理商の獲得した顧客との既契約のもしくは将来成立する取引に基づいて得たであろう手数料請求権を契約関係終了のため代理商が失う場合、三、すべての諸事情を顧慮して補償の支払いが公平に一致する場合（以下略）。同四項「請求権を予め排除することはできない。請求権は契約関係終了後三か月以内に主張されなければならない」。

(42) 民法二〇七条「相続財産に属する若しくは相続財産に対する請求権の時効は、相続人によって相続が承認される時若しくは相続財産について破産手続が開始される時から、または請求権が代理人によって若しくは代理人に対して主張され得る時から六か月経過するまでは完成しない。定められた時効期間が六か月よりも短いときは、六か月とあるのをこの期間と読み替える」。

(43) 耕地整理法一三四条二項「耕地整理庁は個々の事例の状況により遅れた表示を懈怠にもかかわらず許容することができる。無過責の懈怠の場合において、障害の停止後遅滞なく表示が追完されているときには、耕地整理庁は許容しなければならない」。

#### 四 考察

一 まず、時効と除斥期間とは異質な法制度であることを強調する裁判例と、ふたつの法制度の類似性を強調する裁判例とに整理しておくことにする。

(一) 異質な法制度であることを強調する裁判例（峻別論）

(1) 時効規定の準用を否定した裁判例。

- 〔二〕プロイセン土地収用法、〔四〕婚姻取消期間（一般ラント法）、〔六〕破産法四一条、〔九〕プロイセン土地収用法、
- 〔二六〕保険請求権の価格増額法、〔二八〕賠償法八条三項、〔一九〕民訴五八六条二項二文、〔二〇〕民法一五九四条、
- 〔二三〕財務条約

(2) 信義則の適用の余地がないとした裁判例

- 〔二二〕ライヒ官吏法一五〇条、〔二七〕ライヒ官吏法一四三条

(3) 区別の強調によって請求権者の不利益を回避している裁判例

〔八〕(プロイセン騒擾損害法) は、除斥期間経過後の請求の拡張を認めるにあたって、一部請求による時効中断の場合との相違を強調している。(二〇)(戦争のために権利を守ることを妨げられた者の保護に関する法律)<sup>(46)</sup> は、除斥期間と時効との峻別論に立つ。民法一五七二(旧)条の三か月、六か月、一〇年の三つの期間のうち、二〇三条の適用されない一〇年の期間には特別法による停止を認めなかった控訴審に対し、二〇三条の適用されない除斥期間にも、特別法による停止を認めている。

(二) 法制度の類似性を強調する裁判例

(1) 時効規定の準用を肯定した裁判例

〔二二〕労働協約、〔二五〕民法二二五条、〔二六〕商法八九b条

(2) 信義則適用の可能性を認めた裁判例

〔二二〕保険約款、〔三三〕保険約款、〔一一〕民法八五二条一項・二〇九条四号、〔一三〕保険契約法二二条、〔一四〕保険契約法二二条、〔二五〕保険契約法二二条、〔二二〕労働協約、〔三三〕ライヒ家産法、〔二四〕保険契約法二二条三項

(三) その他の裁判例

〔五〕は、時効に信義則を適用した裁判例であるが、約定除斥期間の裁判例〔三〕を援用している。〔七〕(プロイセン騒擾損害法) は、除斥期間は遵守されているという判断を示すにあたって、時効中断の裁判例を参照するとともに、様々な除斥期間の射程の相違を指摘している。〔二七〕は、耕地整理法の除斥期間の裁判例であるが、「除斥期間の懈怠は懈怠者に帰責されえないときは懈怠者の不利益に作用してはならない」ことを一般的な法原則として援用している。

二 先例を詳細に検討している裁判例

(1) 峻別論に立つ裁判例

〔二三〕は、峻別論が確立した最高裁判例であるとして、〔二六〕〔二七〕〔二八〕〔二九〕を引用する。

(2) 類似性を強調する裁判例

〔二三〕は、〔三三〕〔三五〕〔二二〕を援用して保険契約法の出訴期間への信義則適用を認めた。

〔二四〕は、〔二六〕を確立した判例として引用している。〔二六〕は法定除斥期間と約定除斥期間とを区別し、法定除斥期間は、約定除斥期間と異なり、有責でない期間の懈怠の場合でも権利行使は切断されるとした裁判例である。

〔二五〕は、〔二五〕〔二一〕を引用して保険契約法の除斥期間に信義則適用を認めた。と同時に、信義則適用を認めなかった官吏法一五〇条の除斥期間に関する〔二二〕との矛盾はないと説明する。実体法上の種類のもとと手続法上の種類のものに分け、前者にのみ信義則が適用されるとしている。

〔二二〕は〔二六〕の見解を退け、〔二五〕に従う。〔二六〕が先行する〔二五〕を検討することもなく、詳細な理由づけを欠いていることを批判している。

〔二三〕は、除斥期間への信義則適用の問題は完全には解明されていないとしたうえで、〔二二〕〔二七〕に言及する。

〔二二〕を援用しながら、法定除斥期間に悪意の抗弁を対抗しうるかどうかを画一的に判断することはできないとしている。しかし同時に、法定除斥期間に信義則不適用とした〔二七〕について、訴訟行為も信義則に服するということからして、不許容の権利行使の観点が働きえないとするには疑問があるとしていることが目をひく。特に、〔二五〕の〔二二〕に対する評価と〔二三〕の〔二七〕に対する評価の違いには注意してもいい。

〔二四〕は、約定除斥期間に信義則を適用した〔二四〕を引用している。と同時に、保険契約法一二条三項が約定除斥期間か法定除斥期間かという論議に立ち入ることなく、個別規定の意味・目的に即して信義則を適用した。

〔二五〕は、時効と除斥期間との区別に関して、〔四〕〔六〕〔七〕〔一六〕を引用している。しかし、除斥期間に時効に関する規定を適用しうるかどうかは一般的に決定することはできないとして、〔二一〕〔二五〕を援用している。

〔二六〕は、時効に関する規定は除斥期間には適用されないとした〔一六〕〔二三〕を指摘しながら、この見解は修正されているとして〔二四〕〔二五〕を援用している。

### 三 峻別論と論拠と類似説の論拠

#### (1) 峻別論の論拠

峻別論の論拠を述べている裁判例は少ない〔二〕〔四〕〔六〕〔一二〕〔一七〕〔一八〕〔一九〕〔二〇〕〔二三〕<sup>(47)</sup>。

〔二〕は、訴訟期間・上訴期間の場合は、時効と異なり、実体的な権利と義務が照応しているわけではなく、その期間内においてのみ訴訟提起の権限が与えられているのであって、期間経過とともにその権限は失われるとする。

〔四〕は、除斥期間が設定されている権利は、最初からこの時間的な限定を受けているのであり、期間経過とともに権利は消滅する。したがって、衡平の観点から、時効に関する規定を除斥期間に適用しうるとする個々の規定が置かれているのであるとしている。

〔六〕は約定除斥期間と法定除斥期間とに分ける。約定除斥期間に関しては、有責でない期間の懈怠を問題にしないことがありうることを承認する。一方、法定除斥期間の場合には、個別規定によって緩和されていないかぎり、期間の徒過は権利喪失をもたらすとしている。

〔一〇〕は、除斥期間と時効との本質的な区別を述べる。除斥期間は法律上当然かつ無条件に働き、権利者が期間内に行為をまったくすることができなかったとしても、あるいは権利者が自己の権利について知っていなかったとしても、権利は原則的に失効する。時効の完成は抗弁を与えるにすぎない。

〔二二〕は、期間経過によって訴権が失われるのであって、実体法の領域の信義則は適用されないとする。

〔二七〕は、期間の遵守は裁判所の職権によって顧慮されるべきものであるから、信義則違反を問題にする余地がないとする。

〔一八〕は、出訴期間の経過は裁判所への途を閉ざすものとして理解している。ここでは、期間の目的として「公的な利益」「公共の福祉（Allgemeinwohl）」が強調されている。雇主や賠償責任者の利益とは無関係に期間は経過する。公的な会計制度にかかわる問題を迅速に解明するとともに、雇主と公務員との紛争を可能なかぎり速やかに解決する。民訴二二三条一項、民法二〇三条の適用は退けられている。

〔一九〕は、再審の訴え期間は絶対的な期間であるとして、二〇三条の準用を認めなかった。ここでは、法的紛争の一回的かつ最終的解決という観点が強調されている。

〔二〇〕は、（嫡出否認の訴え）期間の懈怠は裁判所によって顧慮されるべきものであることを指摘し、不許容の権利行使の余地はないとしている。

〔二三〕は、除斥期間の経過は訴えの提起を排除するもので、これによって請求権は實際上消滅するとして、時効の規定のみならず、訴訟法上の原状復帰の規定（民訴二三三条）の適用も退けられている点に特徴がある。この〔二三〕の裁判例を最後に峻別論に立つ裁判例はみられないようである。

## （2） 類似説の論拠

まず、保険契約法に関する裁判例をひとあたりみておくことにする。保険契約法・保険約款のなかの除斥期間に関しては、裁判所は当初より時効規定の準用・信義則の適用を承認してきている。しかしその理由づけは微妙に変化している。その変容の過程をおおづかみしておくことにしたい。

〔二〕は、契約期間の徒過を釈明しうるときは、契約期間の約定に基づく抗弁に服することはないとする。保険契約関係における契約忠実と衡平の原則が優越的な地位に置かれている。〔三〕は、とくに理由づけをしていないが、除斥期間（出訴期間）の抗弁に対する悪意の再抗弁を認めている。〔一四〕は、期間の懈怠について釈明しうるときは除斥期間の経過を主張することはできないとする。〔一五〕は、保険契約法の約定期間は、その期間経過により保険請求権自体が消滅する実体法上のものであり、その判断は信義則の観点に服する。除斥期間を訴訟法上の性質のものとして実体法上の性質のものに分けている。前者は訴訟提起の可能性を失わせる。このことにより〔一二〕との対立を回避している。〔一四〕は、一九三九年の保険契約法改正後のものである（旧法二二条二項、現行二二条三項）。法改正により出訴期間の性質が法定除斥期間に変わったのかどうかという議論に触れながら、時効規定および信義則の適用をすることができるとかどうかは、約定除斥期間か法定除斥期間かという形式的な区別によってではなくて、個別規定の意味・目的に即して決定すべきであるとしている。

保険契約法に関する裁判例以外のものは次のような論拠を示している。

〔二一〕は、まず、時効と除斥期間とを即座に等置することはできないと述べる。時効の経過は債務者に抗弁権を与えるにすぎないのに対し、除斥期間の懈怠は権利自体を除去するものであり、職権によって顧慮されるべきものであるからである。しかし、同時にふたつの制度は本質的に同じ目的に奉仕するものとして把握されている。ふたつの法制度においては、「証拠方法の差し迫る喪失」が顧慮されている。速やかに主張されることのなかった請求権から債務者を保護することから、原則として、時効に関する規定は除斥期間へ適用することができるのであり、例外的に、個別的に排除される、という結論を導きだしている。

〔二二〕は、除斥期間の経過を指摘することはいかなる権利も行使しているのではないとした控訴審判断を誤りとして退けたうえで、信義則を顧慮して除斥期間の経過を無視しうるとかを裁判所は吟味しなければならないとした。特に



この裁判例が注目されるのは、除斥期間と信義則との関係は判例・学説によって十分には解明されていないとしたうえで、素朴な価値判断を承認している点である。すなわち、不純な策謀を通して期間の経過を上手に作り出した者は、そのような方法で時効をもたらした者と同様に保護に値しない。

〔二五〕は、時効と除斥期間との本質的な区別を前提にする。時効の規定の準用が明示されていない場合にどの程度適用することができるかについて、法定除斥期間の概念から一般的に答えることはできないとする。

〔二六〕は〔二四〕〔二五〕の文言をそのまま引用し、〔二六〕〔二三〕の判例の見解の修正を宣言している。

#### 四 今日ドイツの判例理論

〔二四〕（民事二部）、〔二五〕（民事六部）、〔二六〕（民事一部）によって、今日の判例理論は確立したといつてよい。すなわち、時効に関する規定が除斥期間にどの程度適用されるか、また信義則の適用があるかどうかは、約定除斥期間か法定除斥期間かという概念上の区別から一般的に導き出すことはできず、個別規定の意味・目的から個別的に答えることができるにすぎない。

この判例理論においては、すくなくとも、除斥期間の経過によって訴権ないし請求権が失われるのであり、裁判所の職権で顧慮されるべきものであるから、信義則の適用を問題にする余地はないという考え方は、はっきりと克服されている。では、今日、どのような意味・目的をもった除斥期間に信義則を適用する余地がないのであろうか。民法上の除斥期間について信義則の適用があることについては既に明瞭であるように思う。

まず、〔二〕〔九〕〔二二〕〔二七〕〔二八〕〔三三〕の裁判例からすると、信義則不適用とされる余地が残っているのは、公法上の除斥期間である。しかし、公法上の除斥期間についても、すでに〔二二〕は〔二七〕に対して疑問を投げ掛けている。また、耕地整理法の除斥期間に関する〔二七〕は、除斥期間の懈怠を懈怠者に帰責することができない場合には懈

怠者の不利益に作用してはならないという法原則を一般的な法原則として承認している。

つぎに、訴訟法上の期間（抗告・上訴期間など）が問題になる。除斥期間という概念で包括することができるかどうか疑問があるけれども、ドイツの裁判例のなかでは除斥期間という概念が使用されてもいるし、また、期間徒過の法律効果の問題を広く視野に入れておくという意味でも、一応考慮にいれておかなければならないだろう。<sup>(48)</sup> 訴訟法上の期間徒過に關して注目されるのは「一九」である。「一九」は、有責でない期間懈怠が顧慮される期間（ここでは、不変期間）と絶対的期間（ここでは民訴五六条二項二文の期間）とに分けた。絶対的期間においては、「法的平和の維持」、公共の利益が優先される。ここでは既判力をもって解決された法的紛争が問題になっている。この絶対的期間を仮に除斥期間概念で包括するとすれば、ここでは信義則不適用の除斥期間が現れることになる。

## 注

- (44) 土地収用法三〇条(一)県庁の決定に対し、本人又はその他の関係者は決定の到達後六か月以内に裁判の手續を取ることができる。所有権の補償額に関する従たる権利者の持分関係についての争いは、たんに従たる権利者と所有権者との間で解決されるべきである。(二)あらかじめ和解の試みを必要としない。(三)その区内に当該土地がある裁判所に管轄権がある。(四)(五)略。
- (45) 保険金請求金の価格増額法五条(一)二条と三条に挙げられている種類の保険契約の際に保険者が支払いを終えているときは適用されない。ただし、被保険者が給付を履行として認めることを明示的に拒絶している場合を除く。そのような拒絶が行われているか又は支払いがな行われていない場合において、価格増額は、一〇月一日の前に保険者に申し出られているときにのみ価格増額を要求することができる。(二)一項に従って価格増額が行われていない場合において、不当利得を理由に又は錯誤による取消に基づいて又はその他の法的根拠からも価格増額を要求することはできない。詐欺を理由とする請求権は影響を受けない。(三)増加額の給付に關しては、保険者の申出に基づき価格増額は三か月までの猶予を認めることができる。
- (46) 戦争のために権利を守ることを妨げられた者の保護に關する法律八条(一)時効は、二条に表示されている者とその相手方のために、戦争状態又は二条に従って基準となる諸関係の終了に至るまで停止する。(二)裁判手續をとるために法律上定められた除斥期間および民法二〇三条の規定が完全に又は一部準用される期間の場合もまた同じである。

(47) 「九」は、期間経過後の請求権の拡張を認めるために、時効期間の停止・中断の諸原則を除斥期間に適用しない。「一六」は、ふたつの法制度は異なる目的に奉仕するとするが、その説明はない。

(48) 時効期間以外のすべての期間を「除斥期間」として包括することができるとしても、期間の性質・機能の多様性を考慮すると、除斥期間概念そのものからは何らの法的な効果も取り出すことはできないのではないか。援用不要を共通項とするにしても援用を要しない時効も観念しうる（日本の地方自治法二三六条）とすれば、混乱するばかりである。

また除斥期間概念と出訴期間概念との関係も不明瞭なままである。わが国では出訴期間の経過の場合でも、当事者の過失（責に帰すことのできない事由）という要件は、むしろ「要件の厳格化」として位置づけられている（中島弘雅「訴えの変更と出訴期間遵守の効力―行政訴訟・会社訴訟判例の分析」、『商法学における論争と省察』（一九九〇）六四九頁以下）。「除斥期間の経過」と「出訴期間の経過」の問題については除斥期間概念が曖昧なこともあり、切り離された形で議論されているけれども、整理して議論すべき時期にきている。