

異質損害の遅発と時効起算点

松 本 克 美

- 一 問題の所在
- 二 じん肺症に関する異質損害段階的発生時説
- 三 じん肺訴訟における「不法行為の時」の起算点論
- 四 「不法行為の時」の起算点論と「損害の性質」の類型化
- 五 結び

一 問題の所在

近時、集団予防接種により B 型肝炎ウイルス¹に感染し、長い潜伏期間を経て HBe 抗原陽性慢性肝炎を発症し、さらにそれから20年以上を経て今度は HBe 抗原陰性慢性肝炎を発症した被害者 2 人が、国を相手取って国賠法 1 条に基づく損害賠償請求をしたところ、被告国が不法行為の時から20年の除斥期間の経過による損害賠償請求権の消滅を主張した事件に関して 1 審と 2 審で対照的な判決が下された（本稿では以下、B 型肝炎福岡訴訟という。下線は引用者による。以下同様）。すなわち、1 審の福岡地裁平成29年12月11日判決・判例時報 2397号59頁は、後述の筑豊じん肺最判平成16年やその起算点論を踏襲した B 型肝炎訴訟最判平成18年を引用し、改正前民法724条後段の「不法行為の時」とは、加害行為から遅れた損害が発生した時は、損害が発生した時であるとし、本件における HBe 抗原陰性慢性肝炎は、HBe 抗原陽性慢性肝炎を発症した場合に、将来必ず罹患することを予見できるような症状ではないので、両者は異質な損害であり、後者の発症時にその症状に対する損害が新たに発生したと捉えて、20年期間の起算点である「不法行為の時」は HBe 抗原陰性慢性肝炎を発症した時点であり、それから本件提訴まで20年を経っていないので除斥期間は経過していないとして、原告の請求を一部認容した。

これに対して、2 審の福岡高裁平成31年 4 月15日判決・LEX/DB25570223は後者も前者の肝炎が進行したものにすぎず、異質な損害とは言えないとして、最初に肝炎が発症した時点が「不法行為の時」であるとして20年の除斥期間の満了を認め、原告の請求を棄却した。

1 後に紹介する B 型肝炎福岡訴訟の 1 審判決の認定によると、B 型肝炎慢性肝炎の概要は次のようなものである。B 型肝炎慢性肝炎とは、B 型肝炎ウイルス（HBV=hepatitis B virus）の持続感染者（HBV キャリア）に起こる病態の一つであり、臨床的には、6 か月以上の肝機能検査値の異常と HBV 感染が持続している病態として定義され、HBe 抗原陽性（通常 HBe 抗体高抗体価陽性）で、HBV の増殖を伴う ALT（alanine aminotransferase）値の異常が6 か月以上持続すれば、B 型肝炎と診断される。その後、HBe 抗原の消失・HBe 抗体の出現（HBe 抗原セロコンバージョン=SC といわれる）に伴って HBV-DNA の増殖が抑制されると肝炎は鎮静化するが、肝炎が持続して HBe 抗原陽性の状態が長期間続くと肝病変が進展し、HBe 抗原陽性慢性肝炎となる。SC 後、10ないし20%の症例では、長期経過中に HBe 抗原陰性の状態で HBV が再増殖し、肝炎が再燃する（HBe 抗原陰性慢性肝炎）。なお B 型肝炎とその治療法などについては、国立研究開発法人国立国際医療研究センターの肝炎情報センターの HP（http://www.kanen.ncgm.go.jp/cont/010/b_gata.html）などに情報が掲載されている（2020年1月28日閲覧）。

ここで問題となっているのは、同一の不法行為により最初に生じた症状が進行し、重篤化した場合に、最初の症状に対する損害と後に重篤化した損害の異質性は、除斥期間の起算点との関連でどのような基準で判断すべきかという点である。

実は、この問題は、従来、じん肺被害をめぐる損害賠償請求権の消滅時効、除斥期間の起算点論として論じられてきた点である。本稿は、じん肺訴訟における判例の到達点を確認した上で、じん肺症における「異質損害段階的発生時説」と私見が命名してきた解釈基準が、他の事案にどの程度応用できるのかを論じるものである²。

結論を先取りすれば、私見はじん肺症に対する損害賠償請求訴訟で判例上発展定着してきた「異質損害段階的発生時説」は、じん肺症以外にも、当初発生した損害と「異質」と評価される損害が遅発した場合に広く応用できると考えている。

二 じん肺症に関する異質損害段階的発生時説

1 じん肺症の特質

日本最大の職業病と言われるじん肺症は、鉱山の採掘現場や造船現場、トンネル工事の現場など、作業場所で生じる粉塵に曝露された結果、呼吸器を通じて粉塵が肺に溜まり、相当期間を経て呼吸困難、肺炎、肺癌等を発症させ、場合によっては死に至ることもある職業病である。1965年に制定されたじん肺法により特別な労災保険制度が適用されているが、粉塵職場で働く労働者には定期的な健康診断が義務付けられ、じん肺症の症状の重さに応じて管理区分二、三、四の行政決定がなされ、それに応じた労災保険が給付されることになっている³。

2 じん肺症に関する損害賠償請求権の法的構成

じん肺症は古くから知られている職業病なので、粉じん職場で働く労働者におけるじん肺症の発症は予見可能であるから、結果回避のための措置を尽くしていなければ、不法行為責任の成立要件たる過失や安全配慮義務違反という債務不履行責任が生じることになる⁴。じん肺症は粉じん職場で労働している間に発症するとは限らず、粉塵職場を離脱した後に発症したり、症状が重くなることもあり、最初に症状が発症しても、それがどのように進行するかは個人差も大きい。不法行為責任の追及ということになると、損害及び加害者を知った時から3年という短期消滅時効の完成が争点になるため、じん肺症の場合は、権利行使可能な時から10年（改正前166条1項、167条1項）という一般の債権の消滅時効が適用される債務不履行構成が用いられることが多い。というよりも、このような債務不履行構成の＜時効メリット＞を活用するために1960年代以降、日本で安全配慮義務概念が判例・学説上発展して

2 学説の中には、後述する最判平成6年を契機に判例上定着した「異質損害段階的発生時説」は、「じん肺という特異な疾病に関する判断であり、後遺症や進行性被害一般に拡大することはできないと考えられる」とする見解もある（高橋真『続・安全配慮義務の研究』（成文堂、2013年）236-237頁）。「後遺症や進行性被害一般」（下線は引用者。以下、同様）をどのように捉えるかが問題であるが、私見は本文で詳論するように、「異質損害段階的発生時説」はじん肺症だけに適用される特異な起算点論ではないと考えている。

3 じん肺症とじん肺法の歴史については、吉野貞尚『じん肺の歴史—現状と将来』（六法出版社、1993年）参照。

4 これまでにじん肺症をめぐる使用者の安全配慮義務違反の債務不履行責任が否定された例はない。だからこそ、被告は必ず時効を主張するのである。この点は早くから指摘されてきた点である（松久三四彦「判批」判評323号（1985年）37頁など）。

きたのである⁵。

3 じん肺訴訟における安全配慮義務違反の債務不履行責任を理由とした損害賠償請求権の消滅時効起算点（改正前民法166条1項）

じん肺訴訟では最初のじん肺症罹患の管理区分の通知を得てから長期間を経て症状が重篤化したり、あるいは死亡して被害者ないしその遺族が使用者を相手取り損害賠償請求することも多い。既に別稿で詳論したように⁶、被告は従来、債務不履行の損害賠償請求権の消滅時効起算点の法理として判例で定着していた「債務の同一性の法理」に依拠して、債務不履行による損害賠償は履行すべき債務が損害賠償に転化したものにすぎず、従って安全配慮義務違反の債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効起算点は労働者が使用者に安全配慮義務の履行を請求し得る時であり、遅くとも退職時が消滅時効起算点であるとする退職時説を主張してきた。

これに対して原告側は、安全配慮義務違反の債務不履行に基づく損害賠償請求権は安全配慮義務違反があっただけでは成立せず、じん肺症の発症に伴う損害が発生してからであるとして、損害発生時が起算点であるとする起算点論を対峙した。下級審裁判例も、当初は被告の主張する退職時説をとる裁判例もあったが、次第に損害発生時を起算点とするようになった。次に問題となったのは、じん肺症が悪化して管理区分二、三、四と次第に症状が重くなり、こんな重い症状なのに労災保険金が十分でないとして、損害賠償請求訴訟を起こした場合、時効起算点はいつの時点と解すべきかという点であった。被告は、各人にとって最初の行政上の管理区分の決定がなされた時点で、じん肺症に対する損害賠償請求が可能となったのであるから、その時点でその後に重くなる症状の損害も含めて消滅時効が進行するという「最初の管理区分決定時」説を主張した。これに対して、原告側は、重い症状に対する損害賠償請求はその重い症状が発症して初めて請求可能になるのだから、各人にとって「最も重い管理区分決定時」が起算点であると主張して争った。

4 長崎じん肺訴訟・最高裁平成6年判決

まさにこの点が争われたのが、長崎じん肺訴訟である⁷。1審の長崎地裁佐世保支判昭和60・3・25判時1152・44は、原告が主張する「最も重い管理区分決定時説」を採用した。これに対して2審の福岡高判平成元・3・31判時1311・36は、反対に被告が主張する「最初の管理区分決定時」を採用した。これに対して上告審で最高裁は、結論として1審と同じく「最も重い管理区分決定時説」を採用するとともに、その理由を、被害重篤化についての予見可能性を中心に論じていた1審判決とは異なり、私見が「異質損害段階的発生説⁸」と名付けた

5 安全配慮義務概念と時効メリットの活用については、松本克美『時効と正義 — 消滅時効・除斥期間論の新たな胎動』（日本評論者、2002年）15頁以下で詳細に分析した。

6 じん肺訴訟における時効起算点論については、松本・前掲注（5）57頁以下で詳細に分析したので、本文の以下の叙述に関わる裁判例、文献については紙幅の都合上、そちらを参照されたい。なお、全国のじん肺訴訟については、全国じん肺弁護団連絡会の幹事を長年務め2017年6月に逝去された山下登司夫弁護士を追悼する論文集（同追悼論集刊行委員会編）『なくせ！じん肺・アスベスト被害—法廷内外における戦いの軌跡』（日本評論社、2018年）に詳しい。筆者も、小論を寄稿している（松本克美「じん肺訴訟の時効論—その理論的意義」同173頁以下）。

7 長崎じん肺訴訟の詳細については、松本・前掲注（5）305頁以下参照。

8 松本・前掲注（5）251頁以下。

次のような理由で根拠づけた。少し長くなるが重要なので判決文を引用しよう。

「雇用契約上の付随義務としての安全配慮義務の不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間は、民法一六七条一項により一〇年と解され（最高裁昭和四八年（オ）第三八三号同五〇年二月二五日第三小法廷判決・民集二九卷二号一四三頁参照）、右一〇年の消滅時効は、同法一六六条一項により、右損害賠償請求権を行使し得る時から進行するものと解される。そして、一般に、安全配慮義務違反による損害賠償請求権は、その損害が発生した時に成立し、同時にその権利を行使することが法律上可能となるというべきところ、じん肺に罹患した事実は、その旨の行政上の決定がなければ通常認め難いから、本件においては、じん肺の所見がある旨の最初の行政上の決定を受けた時に少なくとも損害の一端が発生したものということができる。

しかし、このことから、じん肺に罹患した患者の病状が進行し、より重い行政上の決定を受けた場合においても、重い決定に相当する病状に基づく損害を含む全損害が、最初の行政上の決定を受けた時点で発生していたものとみることはできない。すなわち、前示事実関係によれば、じん肺は、肺内に粉じんが存在する限り進行するが、それは肺内の粉じんの量に対応する進行であるという特異な進行性の疾患であって、しかも、その病状が管理二又は管理三に相当する症状にとどまっているようにみえる者もあれば、最も重い管理四に相当する症状まで進行した者もあり、また、進行する場合であっても、じん肺の所見がある旨の最初の行政上の決定を受けてからより重い決定を受けるまでに、数年しか経過しなかった者もあれば、二〇年以上経過した者もあるなど、その進行の有無、程度、速度も、患者によって多様であることが明らかである。そうすると、例えば、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はもとより、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ものというべきであり、最初の軽い行政上の決定を受けた時点で、その後の重い決定に相当する病状に基づく損害を含む全損害が発生していたとみることは、じん肺という疾病の実態に反するものとして是認し得ない。これを要するに、雇用者の安全配慮義務違反によりじん肺に罹患したことを理由とする損害賠償請求権の消滅時効は、最終の行政上の決定を受けた時から進行するものと解するのが相当である。」

5 異質損害段階的発生時説の意義

最判平成6年は、じん肺症の「進行の有無、程度、速度も、患者によって多様」であり、「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はもとより、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」と

いう「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」としたわけである。

本判決が「その損害賠償請求権を行使することが法律上可能」としているのは、損害賠償請求権の成立にとって損害の発生は法律上の要件であるから、損害の発生は単なる事実上の障害の問題ではなく、法律上の障害にあたることを示唆している。

なお、こうした異質損害段階的発生時説を前提にすれば、管理区分四を受けてから10年以上を経てじん肺症で死亡した場合は、死亡という新たな損害が発生したと解して、死亡時点を別途時効起算点とすべきことになろう。実際に、最判平成6年の後で、この点が争点とされた秩父じん肺訴訟⁹では、じん肺による死亡が管理区分四とは質的に異なる損害として、死亡時点が時効起算点となるという判断が示され、（浦和地裁熊谷支判平成11・4・27判時1694・14、その控訴審・東京高判平成13・10・23判時1768・138）、最高裁もこのような別途起算点時説を支持している（筑豊じん肺訴訟・日鐵関係・上告審・最判平成16・4・27判時1860・152）。

三 じん肺訴訟における「不法行為の時」の起算点論

1 筑豊じん肺訴訟・最判平成16・4・27民集58・4・1032

（1）事案

筑豊じん肺訴訟では、使用者に対する安全配慮義務違反の債務不履行責任に基づく損害賠償請求の他に、規制権限不行使を理由にして国を被告に国賠法上の損害賠償請求がなされた。1審・福岡地裁飯塚支判平成7・7・20判時1543・3は国の規制権限不行使の損害賠償責任を認めなかったが、2審・福岡高判平成13・7・19判タ1077・72は国の規制権限不行使の損害賠償責任を認めるとともに、加害行為時（規制権限不行使）を20年期間の起算点とすべきであり、本件では既に除斥期間の経過により原告の損害賠償請求権は消滅しているという国の主張を排斥し、損害発生時が「不法行為の時」であるとする画期的な判断を示した。これに対して国が上告。最高裁は、次の理由で原判決の起算点論を維持する画期的な判断を示した。

（2）判旨

「民法724条後段所定の除斥期間の起算点は、『不法行為ノ時』と規定されており、加害行為が行われた時に損害が発生する不法行為の場合には、加害行為の時がその起算点となると考えられる。しかし、身体に蓄積した場合に人の健康を害することとなる物質による損害や、一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる損害のように、当該不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合には、当該損害の全部又は一部が発生した時が除斥期間の起算点となると解すべきである。なぜなら、このような場合に損害の発生を待たずに除斥期間の進行を認めることは、被害者にとって著しく酷であるし、また、加害者としても、自己の行為により生じ得る損害の性質からみ

⁹ 秩父じん肺訴訟については、松本・前掲注（5）263頁以下参照。

て、相当の期間が経過した後に被害者が現れて、損害賠償の請求を受けることを予期すべきであると考えられるからである。

これを本件についてみるに、前記のとおり、じん肺は、肺胞内に取り込まれた粉じんが、長期間にわたり線維増殖性変化を進行させ、じん肺結節等の病変を生じさせるものであって、粉じんへの暴露が終わった後、相当長期間経過後に発症することも少なくないのであるから、じん肺被害を理由とする損害賠償請求権については、その損害発生の時が除斥期間の起算点となるというべきである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。』

2 最判平成16年の意義

最判平成16年の意義についての私見は、これまでも公表してきた¹⁰。ここでは、次の点を強調しておきたい。

(1) 原判決の不法行為要件充足時説との理由づけの違い

原判決と最判平成16年とは同じく損害発生時説を採ったとは言え、その理由づけが異なっている。原判決は、不法行為責任は加害行為だけでなくそれによって損害が発生したことを要件とするのであるから、724条後段の「不法行為の時」とは、不法行為の成立要件を充足した時、すなわち損害発生の時だとした。これは、従来の損害発生時説のとする法的構成¹¹を採用したものと見えよう。

これに対して、最判平成16年はそのような不法行為要件充足時説を明示的に判決理由として言及していない。最判平成16年は損害発生時を20年期間の起算点である「不法行為の時」と解さなければ、「被害者にとって著しく酷」「加害者としても・・・損害の性質からして、相当の期間が経過した後に・・・損害賠償の請求を受けることを予期すべき」という利益衡量を前面に出している点に特徴がある¹²。私見もそのような利益衡量を妥当なものとして支持する。他方で、加害行為時説にたてば、長い年月が経過する間に提訴しなかったのであるから、「被害者にとって著しく酷」でも仕方がない、加害者はむしろ、加害行為から20年も経てば、そのあとは「損害賠償請求されないことを予期」するのだと反論することも考えられる。すなわち、損害発生時を起算点としなければ「被害者にとって著しく酷」で、加害者が自らに対する相当期間経過後の賠償請求を「予期すべき」と評価できる法理論的根拠が何か明らかにされなければならない。

(2) 損害発生と客観的な権利行使可能性

ところで、20年期間の起算点である「不法行為の時」が損害発生時だとして、当該事案における損害発生時とはいつなのか。この点で原判決は、じん肺症に対する安全配慮義務違反

10 筑豊じん肺訴訟の時効論については、松本克美『統・時効と正義—消滅時効・除斥期間論の新たな展開』（日本評論社、2012年）77頁以下参照。訴訟の経緯については、原告弁護士事務所局長を務めた小宮学『筑豊じん肺訴訟国とは何かを問うた18年4か月』（海鳥社、2008年）に詳しい。

11 内池慶四郎は、724条後段の「不法行為」とは、同条前段でいう「不法行為による損害賠償の請求権」の「不法行為」と区別する理由はなく、「損害発生を含む全要件すなわち賠償請求権の成立を意味するもの」とする（内池慶四郎『不法行為責任の消滅時効』（成文堂、1993年）53-54頁）。

12 同じく損害発生時説を導く論理でありながら、不法行為要件充足時説と最判平成16年の「被害者にとって著しく酷」論では、なお射程距離に差異があると考えられる点については、別稿で詳論したのでそちらも参照されたい（松本克美「不法行為による潜在型損害の長期消滅時効の起算点 — 民法724条の『不法行為の時』と『損害の性質』論—」立命館法学378号（2018年）799頁以下）。

の債務不履行を理由とした損害賠償請求権の消滅時効の起算点である「権利を行使することができる時」（改正前166条1項）との関連で判例上定着してきた各人にとって最も重い管理区分の決定を受けた時ないし、じん肺による死亡時が時効起算点であるという考え方が前提とする次のような見解、すなわち、じん肺法上の各管理区分の決定ごと、ないしじん肺による死亡ごとに異質な新たな損害が発生するという前述の異質損害段階的発生時説を、20年期間の起算点である「不法行為の時」における損害発生時はいつかという問題にそのまま転用している。そして、最判平成16年は、上述したように、「じん肺被害を理由とする損害賠償請求権については、その損害発生の時が除斥期間の起算点となるというべきである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。」として、原審の損害発生時の認定をそのまま是認しているのであるから、最高裁も、20年期間の起算点である「不法行為の時」=損害発生時をじん肺症との関連では、各管理区分の決定がなされるごと、ないしじん肺による死亡時にそれぞれ異質の損害が発生するという異質損害段階的発生説を是認していると解すことができよう。

その結果、じん肺症に対する安全配慮義務違反を理由とした債務不履行を理由とした損害賠償請求権の消滅時効起算点である「権利を行使することができる時」（改正前166条1項）と、不法行為を理由とした損害賠償請求権の20年期間の起算である「不法行為の時」（改正前724条後段）は、いずれも損害発生の時が起算点で、かつ、じん肺症の場合は、じん肺法上の管理区分の決定ごと、ないし、じん肺による死亡ごとに、それぞれ異質の損害がその時に発生し、それぞれが時効ないし20年期間の起算点となるというわけである。その結果、20年期間の起算点は損害発生との関連で「権利を行使することができる時」と一致することになる。

先に述べたように、民法166条1項の「権利を行使することができる時」とは、客観的な権利行使可能性を意味する客観的起算点であると解されてきた。すなわち、客観的起算点であることは、客観的な権利行使可能性の考慮を度外視する理由にはならず、むしろ客観的な権利行使可能性を考慮すべきことと結びつくのである¹³。他方で、不法行為の損害賠償請求権についての724条前段の3年の短期時効起算点が「損害及び加害者を知った時」という主観的起算点であるのに対して、724条後段の「不法行為の時」も客観的起算点と解されてきた。客観的起算点であるという理由で、客観的な権利行使可能性を度外視すべき必然性はなく、むしろ、客観的な権利行使可能性を考慮すべきなのである。

別稿で詳論したように、明治民法制定過程で起草された20年の長期期間の規定の原案は、その後成文化された「不法行為の時より20年」という文言でなく、一般の債権の消滅時効規定を重複適用するという法文であった¹⁴。20年期間の起算点が客観的な権利行使可能時と一

13 高橋眞は、異質損害段階的発生時説をとった前掲の最判平成6年判決について、「損害の発生時が賠償請求権の成立時となるが、その損害が証明可能な事実として存在してはじめて賠償請求権の行使が可能となるのであるから、民法一六六条による消滅時効の起算点は、損害が客観的に認識可能な時点とすべきものとなる。」とした上で、じん肺症の場合は「各段階の行政上の決定によってそれぞれの段階での不利益、すなわち損害が客観的に認識可能なものとなり、それぞれの段階における損害賠償請求権の行使が可能となるものと扱わざるを得ない」から、「時間的・質的に異なったものとして現れる不利益の総体については別個の損害として扱い、本最高裁判決のように、それが認識可能なものとして表れた時点で発生したものとすることは、十分に理由があると思われる」とする（高橋・前掲注（2）236頁）。

14 明治民法典の原案を審議した法典調査会に起草者が提出した民法724条の原案（民法732条）の文言は、現行民法と異なり、次のように規定していた。「不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求権ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及

致することは当然であった。しかし、724条後段はそのように債権の消滅時効規定を重複するのではなく、起算点に関わる文言は「不法行為の時」とされている。そこで不法行為の損害賠償請求権については「不法行為の時」という起算点の法文との関連で、損害が発生しなければ不法行為は成立しないことから、「損害の発生」と関連した客観的な権利行使可能性を考慮すべきと考える¹⁵。

かくして私見によれば、最判平成16年のいう「被害者にとって著しく酷」「加害者は予期すべき」という利益衡量が何故、正当と言えるのかと言えば、損害が発生しなければ客観的な権利行使可能性がないからであり、客観的に権利行使可能性がない時点で20年期間が進行するのは不合理だからである。

(3) 最判平成16年による20年期間除斥期間説の実質的変更

客観的な起算点であっても客観的な権利行使可能性が考慮されなければならないことは時効起算点の原則規定である166条1項が「権利を行使することができる時」を起算点としていることから明らかである。ところで、20年期間は時効でなく除斥期間であるとした最判平成元年判決（最判平成元・12・21民集43・12・2209）は、20年期間は除斥期間だから時の経過により請求権は「法律上当然に消滅する」と判示した¹⁶。また時効と区別される除斥期間は時効と異なり権利者の権利行使可能性を考慮しない点に特徴があるという見解もある¹⁷。

最判平成16年が20年期間除斥期間説を維持しながらも、その起算点解釈において客観的な権利行使可能性を考慮して損害発生時説に立ったと解すならば、この場合の除斥期間説の起算点は、「権利を行使することができる時」という客観的な起算点から進行する消滅時効の起算点と重なることになる¹⁸。すなわち、最判平成16年の除斥期間説は、もはや、時の経過により権利が「法律当然に消滅する」という硬直的な除斥期間説ではないと言える。すなわち、権利行使の客観的な可能性さえ考慮しないのが除斥期間だとするならば、そのような除斥期間説は最判平成16年の起算点論において実質的に変更されたと評価すべきである¹⁹。

ヒ加害者ヲ知りタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ消滅ス但第六十八條ノ適用ヲ妨ケス」。ここで挙げられた168条は「所有権以外ノ財産権ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス」という消滅時効期間の原則を定めた規定であった。この点を早くから指摘していたのが、内池慶四郎である（内池・前掲注（11）120-121頁）。724条の立法経緯については、松本・前掲注（10）57頁以下でも紹介している。

15 内池は20年期間の起算点解釈との関係で、「起算点として決定的なものは、『損害』それ事態ではなく、権利行使の可能性である。損害発生過程は、無限に展開発展して止まることがないとしても、それに対応すべき権利行使が可能であり期待できた時点のみが、起算点として意味を持つ。」と指摘する（内池・前掲注（11）321頁）。起算点としての「損害」発生時は、権利行使可能性の観点から捉えるべきという趣旨であるならば私見も同感である。

16 この最判平成元年判決については、別稿で詳細に検討したので、そちらも参照されたい（松本・前掲注（10）53頁以下）。

17 20年期間について除斥期間説を主張した初期の学説である中川善之助は、除斥期間は時効と異なり、権利を「行使しようと否とに拘はらず、或る期間権利を行使しない者ある場合に、権利関係の調整安定の必要上、その後には権利行使を禁ずる趣旨」であるとする（中川善之助『身分法の総則的課題』（岩波書店、1941年）29頁）。

18 金山は最判平成16年によれば、「時効ないし除斥期間の起算点に関する判断枠組みに異なるところはないはず」であることを指摘する（金山直樹『時効における理論と解釈』（有斐閣、2009年）391-392頁）。

19 高橋眞は最判平成16年が除斥期間説を維持しつつも被害者の権利行使可能性を考慮するという「修正」を認めたと以上、最判平成元年判決が20年期間を除斥期間としたことの意義を「再考する必要」が生じていることを指摘する（高橋・前掲注（2）256頁）。

3 最判平成16年の射程距離

(1) 最判平成16年の損害発生時説の原則性

学説の中には20年期間の起算点である「不法行為の時」を損害発生時とした最判平成16年は、原則は加害行為時としつつも、例外的に加害行為から遅れて損害が発生した時に損害発生時としたまでであるという<原則＝加害行為時、例外＝損害発生時説>と解する見解がある²⁰。しかし、そのような二元説的な捉え方は最判平成16年の論理を正確にとらえたものとは言えまい。確かに、最判平成16年は加害行為時が起算点となることを認めている。しかしそれは判決理由に述べられているように、「加害行為が行われた時に損害が発生する不法行為の場合には、加害行為の時がその起算点となる」というのであって、要するに損害発生時が究極的な基準なのである。加害行為時に損害が発生すれば加害行為時だが、加害行為に遅れて損害が発生すれば損害発生時なのであるから、損害発生時が例外的に起算点になるわけではなく、むしろ損害発生時が起算点であると一元的に捉えるべきである²¹。

(2) 最判平成16年の他の事案類型への適用可能性射

学説の中には、筑豊じん肺最判平成16年の射程距離は、当該事案で問題となり、また判決理由で例示したような「身体に蓄積した場合に人の健康を害することとなる物質による損害や、一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる損害」に限定されるかのように説明する見解もある²²。しかし、これはいずれにしても単なる「例示」にすぎない。私見がこれまでも強調してきたように、最判平成16年を掲載した民集の判示事項は「加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合における民法724条後段所定の除斥期間の起算点」であり、また判決要旨も「民法724条後段所定の除斥期間は、不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生場合には、当該損害の全部又は一部が発生した時から進行する。」である。注目すべきは判決文の例示の方ではなく、判示事項や判決要旨にはそのような例示がない点にこそ注目すべきである。

かくして最判平成16年の損害発生時説は、様々なタイプの損害に応用できると考えるべきである。そこで重要なのは、最判平成16年が「加害者としても、自己の行為により生じ得る損害の性質からみて、相当の期間が経過した後に被害者が現れて、損害賠償の請求を受けることを予期すべき」と判示した、「損害の性質」論である。

20 最判平成16年の調査官解説は、「本判決が、『損害の性質上損害発生時説が妥当する場合』をそれ以外の場合と区別する二元的構成を採用している」とする（宮坂昌利「判解」最高裁判事判例解説〔平成16年度〕325頁注30）。大塚直も、「本判決は、724条後段の『不法行為』には『損害の発生』が含まれるとする考え方を採用するものでなく」「加害行為時説を基本的には維持」しているとする（大塚直「判例解説」法学教室別冊・判例セレクト（2004）（2005年）22頁）。また、吉村良一は最判平成16年を加害行為時説と損害発生時説の「折衷的立場」とする（吉村良一「判解」ジュリスト1291号（2005年）85頁）。なお吉村自身は損害発生時説である（吉村良一『不法行為法〔第5版〕』（有斐閣、2017年）198頁）。

21 五十川直行「今期の主な裁判例【民事責任】」判例タイムズ1166号（2005年）86頁も同旨を指摘する。

22 例えば、最判平成16年の調査官解説は、製造物責任法5条2項が「蓄積進行性又は遅発性の健康被害に係る損害類型を明示的に取り上げ、そのような損害類型に限った特例として、損害発生時説を採用している。本判決の考え方は、この立法措置の思想と軌を一にするものといえることができる。」とする（宮坂・前掲注（20）326頁）。また、金山直樹は最判平成16年を掲載した雑誌のコメント（判例タイムズ1152号（2004年）122-123頁）を根拠に、同判決は「蓄積性ないし潜伏進行性の健康被害を念頭に置いた上で、例外ルールの命題を導き出しているから・・・実際、例外的に損害発生時が除斥期間の起算点になるのは、『じん肺などの蓄積進行性の健康被害のような』ものに対象が限定される、というのが最高裁の立場」だと理解する（金山・前掲注（18）383頁）。但し、両者とも最判平成16年の射程距離がどこまで及ぶかは、今後の解釈論的課題であることも指摘はしている（宮坂・前掲注（20）327頁、金山・前掲注（18）384頁）。

四 「不法行為の時」の起算点論と「損害の性質」の類型化

1 損害の顕在化を基準にした類型化

私見は、別稿において「不法行為の時」の起算点論との関係で考えるべき「損害の性質」に依じて不法行為を下記のように類型化した²³。

α 「損害顕在型」不法行為 例えば脇見運転による追突事故で被害者が負傷したように、加害行為時に損害が発生し、顕在化するタイプの不法行為である。前述したように、損害が加害行為時に発生するのであるから、加害行為時が「不法行為の時」と言っても結論的には同じである。

β 「損害潜在型」不法行為 加害行為から遅れて損害が顕在化する不法行為である。この場合の損害類型をさらに、「隠蔽型損害」と「遅発型損害」に分類できる。

ア 「隠蔽型損害」密かに殺害後、死体を隠匿した場合のように、既に発生した加害行為と損害自体を隠蔽する場合である。この場合は、損害が顕在化しなければ不法行為があったことさえ権利者（この場合は法定相続人）に客観的に認識できないのであるから、遺体が発見されDNA鑑定などで被害者が特定された場合のように損害が顕在化した時点をもって「不法行為の時」と解すべきである。

イ 「遅発型損害」加害行為があったが、遅れて損害が発生する場合である。これをさらに3つに分類できる。いずれも加害行為がなされた時点では損害が発生していないのであるから、あとで発生した損害について損害賠償請求を加害行為の時点で行うことはできない。したがって、損害発生時を「不法行為の時」と解すべきである。

a 「内発遅発型損害」最判平成16年の事案で問題となったじん肺症のように損害の内在的性質から損害の顕在化が遅れる場合である。最高裁は、その後、同じく、内発遅発型損害として位置付けられる水俣病被害（関西水俣病訴訟・最判平成16・10・15民集58・7・1802、B型肝炎訴訟・最判平成18・6・16民集60・5・1997で、同様に、加害行為時ではなく損害発生時が20年期間の起算点であるとしている²⁴。また、下級審では水俣病被害者互助会訴訟の熊本地判平成26・3・31判時2233号10頁、国鉄高架橋コンクリートブロック落下負傷事件の東京地判平成26・4・14判時2233・123が、加害行為時に発症したのと異なる重度の障害が20年以上を経て後に発生した場合に、後者の発症の時点を「不法行為の時」としている²⁵。

b 「故意遅発型損害」設置してから相当期間経過後に爆発するよう仕掛けた時限爆弾が爆発して損害が発生した場合のように、加害行為から遅れて損害が発生するように故意に仕組んだような場合の損害である。

c 「偶然遅発型損害」例えば手抜き工事により重大な瑕疵のある建物が引渡しから20年以上を経て発生した震度5の地震で倒壊し、初めて建物の瑕疵が露見したような場合である。この場合、損害の発生が遅れたのは、そのような建物を倒壊させる契機となる地震が長期期間経過後に発生したからであって、「偶然」に損害の発生が遅れ

23 松本克美「民法724条の『不法行為の時』の解釈基準と『損害の性質』に着目した不法行為類型」立命館法学 385号（2019年）1284頁以下、松本・前掲注（12）790頁以下。

24 これら両判決の詳細については、松本・前掲注（10）83頁以下参照。

25 これらの判決の詳細は、松本・前掲注（23）1286頁以下参照。

たとも評価できる。いずれにしても、地震による建物の倒壊によって不法行為が明らかになり損害が現実化したのであるから、そのような損害発生時をもって「不法行為の時」と解すべきである。

- γ 「不法性潜在型」不法行為 何らかの損害が発生していてもそれが不法行為による損害ということが客観的認識可能でなければ、不法行為の損害賠償請求は客観的になし得ない。このような不法行為を「不法性潜在型」不法行為と呼ぼう。例えば、冤罪で有罪判決を受け、のちに再審請求で無罪が確定したために、冤罪を引き起こした杜撰な取り調べや起訴、有罪判決を下した裁判官の公権力の違法な行使を理由に国に国賠請求をするような場合である。この場合、冤罪事件で有罪判決を受けた本人は、不法行為による損害を被っていることが最初から認識できても、有罪判決が下されたために、客観的には不法性が潜在化しており、有罪判決を受けた時点でこれを不法行為だとして損害賠償請求しても事実上認められることはない。このような場合は再審で無罪が確定し、不法性が顕在化した時点を「不法行為の時」と解すべきである。

2 損害の「異質性」を基準にした損害の類型化

このような不法行為と損害の類型化に加えて、冒頭で紹介したように、20年期間の起算点との関連で損害の異質性が争点となるような場合を踏まえて、損害が遅発する場合に、「損害の異質性」を基準にした次のような損害類型を提起したい。

(1) 別個損害遅発型

あちこちに手抜き工事がなされた建物が引き渡された。それから5年後に雨漏りがして、その原因は防水シート工事の不具合にあることがわかり、不法行為を理由に損害賠償請求がなされた。その後、引渡しから22年目に発生した震度5の地震を契機に、この建物が倒壊し、所有者が負傷した。この場合、一つの不法行為（手抜き工事により瑕疵がある建物の引渡し）により、一度は雨漏りという損害が発生しているが、後に生じた建物の倒壊被害とそれによる所有者の負傷という人身損害は、最初の雨漏りの損害とは区別される別個の損害である。それゆえ、建物倒壊被害や人身損害は最初の損害とは別個の損害としてとらえ、前述の「偶然遅発型損害」として建物の倒壊と人身被害の発生という損害の顕在化の時点をこれらの損害に対する損害賠償請求権の20年期間の起算点である「不法行為の時」と解すべきである。

(2) 進行損害遅発型

同一の不法行為から1回損害が発生したが、それとは質的に区別される進行損害が遅発した場合である。典型的にはじん肺症で管理区分三が行政決定された後、21年たって管理区分四が行政決定されたような場合である。前述したように判例の到達点は、管理区分四の行政決定がなされた時点で管理区分四の損害が発生し、この損害についての損害賠償請求権の起算点である「不法行為の時」とは、管理区分四の行政決定時と解している。なぜなら、じん肺症の進行度合いは個々人によって多様であり、医学的にも後の進行有無、度合いを確定できないからである。そこで、管理区分の行政決定ごとに異質な新たな損害が発生したと解して、それぞれの時点を20年期間の起算点としているのである。

この場合の症状の進行にかかわる予見可能性は一般的抽象的な予見可能性ではなく、原告一人一人の症状の進行についての具体的な客観的予見可能性である。じん肺症の進行の有

無、度合いについては前述のように個人差が大きいため、じん肺症が進行することによって死にいたる可能性があることは一般的には知られていても、その原告が将来じん肺症によって死に至るか否かが予見できなければ、死亡を理由とした損害賠償を請求できないことは明らかである。原告ごとに具体的な客観的予見可能性がない以上、単なる一般的可能性を理由に、生じるかもしれない生じないかもしれない損害の賠償請求はできないのである。

(3) 724条前段の3年時効の起算点論との関係

周知のように、最高裁は民法724条前段の「損害及び加害者を知った時」という主観的起算点との関係で、後遺症についてのこの起算点はいつになるのかについて、次のように判示している（最判昭和42・7・18民集21・6・1559）。

「被害者が不法行為に基づく損害の発生を知った以上、その損害と牽連一体をなす損害であって当時においてその発生を予見することが可能であつたものについては、すべて被害者においてその認識があつたものとして、民法七二四条所定の時効は前記損害の発生を知った時から進行を始めるものと解すべきではあるが、本件の場合のように、受傷時から相当期間経過後に原判示の経緯で前記の後遺症が現われ、そのため受傷時においては医学的にも通常予想しえなかつたような治療方法が必要とされ、右治療のため費用を支出することを余儀なくされるにいたつた等、原審認定の事実関係のもとにおいては、後日その治療を受けるようになるまでは、右治療に要した費用すなわち損害については、同条所定の時効は進行しないものと解するのが相当である。」

さらに最判昭和49・9・26交民7・5・1233は、「不法行為の被害者につきその不法行為によって受傷した時から相当の期間経過後に右受傷に基因する後遺症が現われた場合には、右後遺症が顕在化した時が民法七二四条にいう損害を知った時にあたり、後遺症に基づく損害であって、その当時において発生を予見することが社会通念上可能であつたものについては、すべて被害者においてその認識があつたものとして、当該損害の賠償請求権の消滅時効はその時から進行を始めるものと解するのが相当である」とする。

私見は、かつて、この2つの最高裁判決と、損害を知るとは損害を現実を知ることが必要だとする最高裁の現実的損害認識時説（最判平成14・1・29民集56・1・218）の統一的理解の可否の問題を次のように整理すべきと指摘した²⁶。即ち、現実の主観的認識が必要な損害とは第一次的侵害による受傷それ自体の損害、即ち〈損害 α 〉である。これに対して客観的予見可能性を基準に主観的予見可能性が擬制される損害は、〈損害 α 〉については現実的認識があることを前提とした上で、損害賠償として請求の対象となる様々な不利益としての損害（入院費や治療費、休業損害、逸失利益、慰謝料等、弁護士費用）である。そこで、本稿では後者を〈損害 α 〉からは概念的に区別すべき損害として〈損害 β 〉と呼ぶことにする。最判昭和49年は最判昭和42年の判断枠組みを前提として、第一次的侵害による受傷時に客観的に予見できない後遺症が発症したときは、その後遺症についての現実的認識があることを前提に、「その当時において発生を予見することが社会通念上可能であつた損害」は賠償の範囲に含まれるとしたわけである。

いずれにせよ、第一次的傷害及びその時点で予見できない後遺症については、当該後遺症を被害者が現実に認識するまでは、3年の短期消滅時効は進行しない。本稿冒頭に掲げたB

26 松本克美「後遺症と時効」立命館法学373号（2017年）1054-1055頁。

型肝炎福岡訴訟では、いずれの原告においても HBe 抗原陰性慢性肝炎が発症してから 3 年以内に提訴しているためか、被告国は 3 年の短期消滅時効は援用していない。そして、本稿で問題としているのは、加害行為による受傷時から 20 年以上を経て、最初の損害と異質な損害と評価される損害が発生した場合の、20 年期間の起算点の問題である。

3 B 型肝炎訴訟における損害の異質性

以上の考察を前提に、冒頭で紹介した B 型肝炎福岡訴訟で争点となった 20 年期間の起算点である「不法行為の時」とはいつかを検討してみよう。

この事案では、原告に加害行為（B 型肝炎ウイルスの付着した注射針を使用した予防接種により B 型肝炎ウイルスに感染させた）がなされたのち、潜伏期間を経て、まず HBe 抗原陽性慢性肝炎が発症した。ところがそれから 20 年以上を経て HBe 抗原陰性慢性肝炎が発症した。先ほどの私見の損害類型化によれば、これは加害行為から遅れて損害が顕在化するので、「遅発型損害」であり、その中でも損害の内在的性質からして遅発性の性質を持つので「内発遅発型損害」である。この場合、最初に発生した損害と後に発生した損害が、損害の進行により異質な損害として評価できるかが問題となる。それが異質な損害と評価できれば後の損害は「進行損害遅発型」として、最初の損害とは区別して、独自に 20 年期間の起算点が、その進行した損害の遅発した時点と解されることになる。

そして、この場合、前者の HBe 抗原陽性慢性肝炎の発症の時点で、当該原告にその後 HBe 抗原陰性慢性肝炎の症状が発症することが客観的に見て具体的に予見可能であったかどうか問題となる。この点で 1 審判決は、「原告らにおいて、最初に HBe 抗原陽性慢性肝炎が発症した時点において、その後の HBe 抗原陰性慢性肝炎の発症をも請求することは客観的には不可能であった」とし、「このようにその賠償を求めることが不可能な将来の損害をも包含する単一の損害賠償請求権なるものが、最初の HBe 抗原陽性慢性肝炎の発症時点において既に実体法上の権利として発生したものと考えることはできないというべきである」とした。これは、各原告におけるその後の HBe 抗原陰性慢性肝炎の発症の具体的な予見可能性が客観的になかったから、後者については後者の発症の時点が損害発生の時であり、その時が「不法行為の時」と解すべきだとしたわけである。

これに対して、2 審判決は、被控訴人（原告）らの「HBe 抗原陰性の慢性肝炎は、先に発症した HBe 抗原陽性の慢性肝炎と比較して、より進んだ病気であったとすることができるものの、それは結局のところ、B 型肝炎が長期の経過をたどった結果であって、肝細胞の繊維化と炎症活動が進行したためであり、さらに、肝硬変や肝細胞癌の進展リスクとなる年齢で慢性肝炎が再燃したことによるものというべきである。」とする。また、「近時の治療水準の進歩、改善により、HBe 抗原陽性の慢性肝炎と HBe 抗原陰性の慢性肝炎では、治療内容や治療開始の条件が近接してきて」いるとして、両者を「切り離して、質的に異なる重篤なものということできない」として、HBe 抗原陽性慢性肝炎が発症した時点で、後者の HBe 抗原陰性慢性肝炎発症の損害についての除斥期間が進行するとしている。要するに後者は結局のところ、前者の「より進んだ病気」に過ぎず、また加齢による慢性肝炎の再燃の性格を要し、しかも治療法もさほど変わらないので、最初の損害発生時点で後者の損害発生を含めた損害賠償請求が可能であったというわけである。また、じん肺訴訟で定着してきた

異質損害段階的発生説については、「じん肺による病変は不可逆的であり、現在の医学では治療不可能」だが、B型肝炎は必ずしも不可逆的とはいえず、治療により改善することもあるから、じん肺症とは事案を異にするとする。

しかし、控訴審判決は、他方で「B型肝炎の場合、肝硬変の進行状況や肝硬変への進展後の状態については大きな個人差があつて一様ではなく、肝臓専門医による治療適応の評価が重要」となり、また、「B型肝炎は、治療によって肝細胞内にあるHVBを完全に排除するのは困難であり、肝硬変、肝がんを発生させることがあり、B型慢性肝炎発症後の症状の進行及びその態様について現代の医学では未だ解明されていない」とも指摘しているのである。要するに控訴審判決は最初のHBe抗原陽性慢性肝炎の発症の時点で後のHBe抗原陰性慢性肝炎の発症が、加齢も加わり、一般的にあり得るかもしれない、治療方法も両者で大して違わないかもしれないという一般的予見可能性のあることを指摘するとどまり、本件原告らにおいてそのような可能性が最初のHBe抗原陽性慢性肝炎発症の時点で具体的客観的に予見可能であったのかを無視していると言えよう。

これはじん肺症における判例の到達点、各原告にとっての症状進行の有無、時期などについて、一般的な予見可能性でなく、個別具体的な客観的予見可能性があるのかを基準とする考え方にそぐわない起算点論である。控訴審判決が指摘するじん肺症が「不可逆的」であるのに対して、本件のB型肝炎が治療により改善されることもあるということは、個別具体的な客観的予見可能性の必要性という論点との関連では、意味のないファクターである。要するに一般的に後にHBe抗原陰性慢性肝炎が発症するかもしれないというだけでは、最初のHBe抗原陽性慢性肝炎の時点で、その原告にとって後に発症するかもしれないし発症しないかもしれないHBe抗原陰性慢性肝炎の発症を損害として賠償請求できるわけがないからである。2審の起算点論は権利者にとっての客観的な権利行使可能性を無視ないし軽視した見解である。

五 結び

本稿で検討したB型肝炎福岡訴訟2審判決の根底に、724条後段の20年期間は除斥期間なのだから、客観的な権利行使可能性は度外視して良いという考えがあるならば、それは前述した最判平成元年の硬直した除斥期間説の呪縛に縛られているからだといえよう。判例は、既に最判平成16年の起算点論によって硬直した除斥期間説を変更している。20年期間の起算点解釈においては権利者の客観的な権利行使可能性に配慮しなければ、「被害者にとって著しく酷」で、加害者は自ら与えた損害の性質からして相当期間経過後に賠償請求を受けることを「予期すべき」なのである。

さらに言えば、724条後段の20年期間は、2020年4月1日施行の改正民法（「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）において、明治民法典起草時の原点に遡り、改めて時効と明示された（改正民法724条1項2号²⁷）。20年期間が時効であるならば、客観的な権

27 改正民法における時効法改革全体に対する私見は、松本克美「時効法改革案の解釈論的課題—権利行使の現実的期待可能性の配慮の観点から」立命館法学363・364号（2016年）2143-2164頁、同「債権の原則的消滅時効期間の二重期間化」深谷格他編『大改正時代の民法学』（成文堂、2017年）87-104頁を参照されたい。また、経過規定の解釈については、松本克美「民法七二四条後段の二〇年期間の法的性質と民法改正の経過規定について」法

利行使可能性が配慮されるべきは、もとより当然と言える。私見は前述したように、20年期間の起算点の文言は、「不法行為の時」なのであるから、その文言解釈との関連で可能な客観的な権利行使可能性の配慮（不法と評価される損害の顕在化）をすべきと考えている。既に硬直的な除斥期間説を実質的に修正した最高裁が、客観的な権利行使可能性を度外視した硬直的な除斥期間説に後戻りすることは認められるべきではあるまい。

最高裁には自らこの点を再確認する判示を望みたい。

（立命館大学大学院法務研究科教授）