慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	継続的不法行為による損害賠償請求権の時効起算点 (一) : 被害者認識の仮構と現実
Sub Title	Dreijährige Verjährung bei Fortdauer der schädlichen Wirkungen einer fortgesetzten Handlung (1)
Author	内池, 慶四郎(Uchiike, Keishiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1975
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.48, No.10 (1975. 10) ,p.1- 28
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19751015-0001

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.

継続的不法行為による損害賠償請求権の時効起算点（一）

――被害者認識の仮構と現実――

内池慶四郎

一　問題提起
二　従来の判例とその中心課題
三　学説の対応
四　検討――各判決の合理性と通説における認識の仮構……以上本号
五　進行性被害と認識の具体性
六　近時学説の志向と鉱業法一一五条
七　損害類型と加害態様

一　問題提起

「加害行為が継続的である（もしくは反覆して繰り返される）結果損害の発生もまたそうである」[1]ような不法行為、すなわちいわゆる継続的不法行為について、民法七二四条はどのように適用されるべきか。

この問題は、少くとも同条前段の規定する三年の短期時効期間の起算点に関する限りでは、有名な昭和一五年一二月一四日大審院聯合部判決（民集一九巻二四号二三二五頁）で「不法行為ソレ自体カ継続シテ行ハレソレカ為メニ損害モ亦継続シテ発生スルカ如キ場合ハ――其損害ノ継続発生スル限リ日ニ新ナル不法行為ニ基ク損害トシテ民法第七百二十四条ノ適用ニ関シテハ其各損害ヲ知リタル時ヨリ別個ニ消滅時効ハ進行スルモノト解セサルヘカラス云々」と判示されたことにより、すでに決着がついたかのようである。それ以後大審院より最高裁に至るまで、この点について別段の判例変更は見当らず、学説も前記判決当時より現在までこれを支持する立場が圧倒的多数説だからである。(2)

しかしそれにも拘らず、筆者にとつて、この古い課題は改めて検討し直す必要があるように思われる。従来漠然と「継続的不法行為」という名称下に扱われて来た対象は、主として不動産の不法占拠の事例であるが、元来かゝる一定の侵害類型を処理すべく構築された学説・判例が、それ以外に予想される継続的加害・継続的損害の種々様々な情況に果してどれほど適切に対応できるものかは、疑問なしとしない。(3) 近時の公害事件をめぐる一連の下級審判例の事例からうかがわれるように、(4) 加害行為の態容と損害発生の状態とは次第に複雑な様相を示して来ているのであり、ここに現れる生活関係の多様性は、単に「日ニ新ナル不法行為」とか「ソノ日々ニ発生スル損害」という類の一律のドグマによつては到底覆われるはずもない。

かかる事態に対してその適用が問われる七二四条前段の短期消滅時効は、被害者またはその法定代理人が「損害及ヒ加害者ヲ知リタル時」を起算点とする特殊な構造を持つもので、この時効の合理的運用が本条の立法趣旨に即した起算点の正しい確定にかかつていることはいうまでもない。(5) 問題は、加害行為あるいは損害発生の継続するような流動的過程の中で、本条の予定する起算点の確定が極めて微妙かつ困難な仕事であることにある。そしてその困難さの故に、この短期時効の合理性を支えるべき被害者の認識の原理的意味は往々にして疑われる反面、この制度の便宜的運用の手段として、被害者が具体的事情の下で現実に荷う認識は、技巧的に客観化された仮構に置き換えられ、制度それ自体が次第に危険な変質をとげる契

機を生ずる。

迅速な裁判のためにいかに便利であるにもせよ、その起算点が予定する被害者の具体的認識の幅と限界とを無視し、これをみだりに擬制して本条の適用を拡大することは、時効期間が短期であるほどに、不法行為制度が保証するはずの被害者の救済を苛酷に制約することになるし、それとは反対に生活体験上当然に予定される認識を不知と仮構するならば、権利の上に眠る者を保護する時効という自己矛盾を生み出さずにはすまないであろう。(6)

「損害及ヒ加害者ヲ知リタル時」を起算点とする短期時効は、本来捕捉し難い主観的認識に支えられた危い橋である。過去の判例と学説は、どのようにしてこれを渡つて来たか、そして我々は今、これを越えてどこに行こうとするのだろうか。筆者の関心は畢竟ここに尽きる。

(1) 末川「不法行為による損害賠償請求権の時効」民法論集二九七頁における定義。後述のように、わが国の民法学説で「継続的不法行為」とされているものは、多く不動産の不法占拠をその典型的事例として想定する点でほゞ共通するが、その定義は必らずしも一様ではない。ここでは比較的一般に流布している慣用的表現として、末川博士の定義を借用したものである。

(2) 従来の学説の詳細については後記第三章参照。

(3) 不法占拠の事例そのものについても通説・判例の論拠・構成に疑義があることについては拙稿・「不法行為における損害賠償請求権の消滅時効」演習民法・債権（遠藤・川井・西原編）五七二頁に指摘した。

(4) 後述第五章公害判例の系列参照。

(5) 七二四条の立法趣旨とその起算点の意味については、拙稿・「不法行為による損害賠償請求権の時効起算点——被害者における認識の原理とその限界——」法研四四巻三号一三九頁以下参照。以下に「時効起算点」として引用。

(6) 前掲拙稿「時効起算点」は、この問題意識を、主に「加害者」を知りたる時の面で展開したのであるが、本稿ではこれを「損害」認識の面について、わが国の学説判例の学説史的展開に沿つて検討しようとする。

〔補注〕 昭和一五年聯合部判決に至る関連判例

前記昭和一五年の聯合部判決に至るまでの過程において、判例は興味深い連絡と変化を示している。本論の参考資料として、その主要例の事案と判決理由を以下に掲げる。

(1) 大判大正九年六月二九日・第一民事部・民録二六輯一〇三五頁

本件係争地は被上告人の所有にかかるが、上告人は不法にこれを自已所有地と称し（上告人が占有を取得した事情は明らかでない）明治四〇年より大正四年にいたる九年間にわたり他人に小作させて小作料を取得し、もつて係争地に対する被上告人の使用収益権を侵害した。大正五年三月に被上告人より上告人を相手に土地所有権確認ならびに侵害中の年間にわたる各年の収益に相当する損害賠償を請求した。原審は被上告人の所有権を肯定しながら（上告人の提出した本件土地所有権を取得時効により得た旨の抗弁は排斥されている）、損害賠償請求については、被上告人の使用収益権侵害による損害は明治四〇年中においてすでに発生し、被上告人は同四一年中に損害発生の事実を知つたものと認定した上で、請求は全部について時効消滅した旨判示した。上告人は原判決の証拠法則違背を理由に上告し、被上告人はこれに附帯上告して曰く「仮リニ附帯上告人ハ明治四十一年中損害発生ノ事実ヲ知リタルモノトスルモ少クモ附帯上告人カ訴訟提起ノ年以前（即大正五年三月以前）大正四年度大正三年度大正二年度ノ三ケ年分ノ損害ハ未タ以テソノ損害賠償請求権ハ時効ニヨリ消滅シアリタリトスルヲ得ス如何トナレハ大正二年度以降ノ分ハ訴ノ提起ニヨリ民法第七百二十四条ノ所謂三年内ノ請求権行使ニ属スレハナリ」。

大審院は原判決を維持し、全額について時効の完成を認めた。その理由として「仍テ按スルニ民法第七百二十四条ニ規定スル三年ノ時効ハ被害者カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ進行スルコト明白ナリ故ニ苟モ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ権利ヲ侵害シ之ニ因リテ損害ヲ生シタル事実アル以上ハ爾後其侵害行為ノ性質上之ヲ廃止セサル限リ自然ノ趨勢ニ於テ損害カ継続シテ発生シ漸次堆積逓加スル場合ト雖モ右時効ハ被害者カ最初ニ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ其損害全部ノ賠償請求権ニ付キ進行スルモノト解スルヲ相当トシ加害者カ加害行為ヲ廃止セサルカ為メニ損害ノ継続シテ発生スル間時々各別ニ進行スルモノト解スヘキニ非ス蓋シ斯ノ如キ場合ニ於テモ権利侵害及ヒ損害発生ノ当初ニ於テ既ニ被害者ハ損害賠償ノ請求権ヲ有シ損害及ヒ加害者ヲ知リタル当時ヨリ其請求権ヲ行使スルコトヲ得ルモノナレハ爾後加害者カ加害行為ヲ廃止セサルコト三年以上ノ永キニ及フトキハ被害者モ亦三年以上永ク其損害賠償請求権ヲ行使スルコトヲ得ルモノト為スカ如キハ三年ノ短期時効ヲ以テ速ニ当事者ノ権利関係ヲ確定セシメント欲シタル民法第七百二十四条ノ立法ノ主旨ニ適スルモノト謂フコトヲ得サレハナリ」。

(2) 大判大正一〇年四月二五日・第二民事部・新聞一八五一号一七頁

事案は流水使用権の侵害にかかるもので、被上告人たる水利組合が設けた樋管を通して河川より引入れた流水を水車業のため無料使用する権利を有する上告人より、被上告組合が大正二年三月以来同八年五月までの六年間前後七回にわたり樋管を閉鎖して流水を杜絶し、上告人が水車業を営むことを妨げたことを理由に、当該期間中に営業上得べかりし利益金の賠償が求められた（訴提起の時点は不明）。原審は七二四条につき、「此規定ハ本件ノ如ク樋管閉鎖ノ継続スル間ハ損害モ亦継続シテ発生シ其数量ノ漸次堆積増加スル場合ニ於テモ其請求権ノ全部ニ付最初ニ其損害及加害者ヲ知リタル時ヨリ之ヲ適用ス」べきものであると説き、上告人の本件請求権は大正六年九月当時に時効完成し消滅したものと判示した。上告人はこれに対し本件で主張されている不法行為は、大正二年以来同八年まで間断なく継続している一個の不法行為ではなく、同期間内一定の時期に反覆された数個の不法行為なのだから不当に七二四条を適用した誤りがあるとして上告。大審院はこの上告を容れ、原判決を破毀差戻した。

すなわち原審における上告人の主張は一見して「上告人カ被上告人ノ大正二年三月十日以来今日ニ至ル迄継続シタル一個ノ不法行爲ヲ主張シタルモ

ノノ如シト雖モ」、他の主張や抗弁からみれば「上告人ハ被上告人カ毎年田面灌漑ノ為メ用水ヲ必要トスル時期ニ於テハ係争ノ樋管ヲ開放シ流水セシムルモ其他ノ時期ニ於テハ之ヲ閉鎖シ上告人ヲシテ流水ヲ使用スルヲ得サラシメタル事実ヲ主張シ毎年一定ノ時期ニ反覆セラレタル数個ノ不法行為ヲ原因トシテ損害賠償ヲ請求スルモノノ如シ蓋シ仮令上告人ノ流水使用権アリト称スル期間内ハ之ヲ閉鎖シ其使用権ナキ期間ノミ閉鎖セサリシトスルモ数個ノ閉鎖行為タル不法行為ノ存在スルモノト謂フコトヲ得レハナリ而シテ上告人ノ主張ノ何レナルヤニ由リテ損害賠償請求権の個数並ニ其消滅時効ノ進行ヲ異ニスルヲ以テ原審ニ於テハ須ラク上告人ヲシテ之ヲ釈明セシメサルヘカラサルモノトス」。しかるに原審がこれを怠つて漫然と請求権全部の時効消滅を判示したのは理由不備の不法あり、とする。

(3) 東控判昭和一五年一月二五日・第五民事部・新聞四五五八号七頁

事案はかなり複雑である。要点を整理すると、元来控訴人の所有に属する土地と建物とを権限なく占有行使して来た被控訴人に対して、控訴人より当該建物の明渡しと右不法占有中の所有権侵害に基づく損害賠償請求、さらに土地の所有権移転登記の抹消ならびに右土地不法占有中の所有権侵害に基づく損害賠償請求を求めたものである。被控訴人側の不法占有が始まつた事情はあまり明らかでないが被控訴人先代が無権利者の処分を有効な売買と誤信した模様であり、占有は土地・建物ともに大正一二年一月より始まつたが、先代の死後その家督相続をした控訴人が承継し、建物の占有は昭和八年一〇月に終了（控訴人は別訴を以て被控訴人先代に対し本件建物所有権確認の訴を大正一二年中に提起し昭和八年一〇月に控訴人勝訴の判決が確定している）しているが、土地の占有は依然として続いている。控訴人が本件の訴を提起したのは昭和一一年五月であり当該建物の占有終了後三年未満の時点である。

判決は控訴を棄却した。(イ)建物明渡請求は被控訴人が本件建物を現に占有していない以上失当であり、(ロ)右建物の不法占有を理由とする損害賠償請求権は七二四条の短期消滅時効にかかつて居り、(ハ)土地の登記抹消請求は本件土地が昭和八年一月を以て被控訴人に取得時効が完成している故に排斥され、(ニ)右取得時効の結果、時効起算日に遡つて被控訴人の占有は正当なものとなるから、土地の不法占有を理由とする損害賠償の請求も失当となる、というのがその理由である。

とくに(ロ)の点について判決は次のように説く。

「控訴人カ大正一二年中ヨリ右建物ニ付訴ヲ以テ自已ノ所有ナルコトヲ主張シ居リタルコト前記認定ノ如クニシテ又成立ニ争ナキ乙第九号証ニヨレハ控訴人ハ大正十二年六月中右建物ニ付所有権保存ノ登記ヲ為シタルコトヲ認メ得ルヲ以テ右ノ如キ事情ノ下ニ於テハ貞蔵（被控訴人先代を指す・筆者注）及被控訴人カ右建物ヲ自已ノ建物ナリトシテ占有シ居リタルニ付テハ少クトモ過失アリタルモノト謂フヘク従テ貞蔵及被控訴人ハ過失ニヨリ右建物ヲ不法ニ占有シ以テ控訴人ノ右建物所有権ヲ侵害シ之カ為控訴人ヲシテ右建物ノ使用収益ヲ為シ能ハサラシメ以テ得ヘカリシ利益ヲ喪失セシメ損害ヲ蒙ラシメタルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ凡ソ民法第七百二十四条ニ規定スル不法行為ニ基ク損害賠償債権ノ三年ノ消滅時効ハ被害者カ損害及加害者ヲ知リタル時ヨリ進行スヘキモノナルヲ以テ苟モ故意又ハ過失ニヨリ他人ノ権利ヲ侵害シ之ニヨリテ損害ヲ生セシメタル事実アル以上ハ爾後其ノ侵害行為ノ性質上之ヲ廃止セサル限リ目然ノ趨勢ニ於テ損害カ継続シテ発生シ漸次堆積追加スル場合ト雖右時効ハ被害者カ最初ニ損害及加害者ヲ知リタル時ヨリ其ノ損害全部ノ賠償請求権ニ付進行スルモノニシテ加害者カ加害行為ヲ廃止セサルカ為ニ損害ノ継続シテ発生スル間時々各別ニ進行ス

ルモノト解スヘキニ非ス（大審院大正九年（オ）第二五九号同年六月二十九日言渡判決参照）之ヲ本件ニ付観ルニ――控訴人ハ白井貞蔵カ大正十二年一月九日及被控訴人カ大正十四年十二月十六日正当ナル権原ニ基カスシテ本件建物ヲ占有シ因テ控訴人ニ継続的損害ヲ蒙ラシメタルコトヲ其ノ頃知リ居タルモノト認メラルルヲ以テ貞蔵及被控訴人ノ右建物不法占有ニヨル損害全部ノ損害賠償請求権ノ消滅時効ハ当時ヨリ進行シタルモノト謂フヘク爾後三年以内ニ右中断ノ事由アリタルコトハ控訴人ノ主張並立証ヲ為ササルトコロナルニヨリ本件訴訟カ原裁判所ニ提起セラレタル日ナルコト当院ニ顕著ナル昭和十一年五月十八日以前ニ於テ既ニ控訴人ノ白井貞蔵及被控訴人ニ対スル右建物不法占有ニ基ク損害賠償請求権ハ全部時効完成ニヨリ消滅シタルモノト謂ハサルヘカラス」

(4)大聯判昭和一五年一二月一四日・民集一九巻二四号二三二五頁

被上告人は本件土地について、さきの所有者から使用を許されて占有していたが、昭和八年三月に当該土地は同所有者より上告人に売却され、譲渡の通知も被上告人に対して為されているところ、被上告人はその後も権原なく不法に占拠を継続し当該土地上に立囲を為し井戸を掘りガラ焼釜場石炭置場製品置場納屋等を設置した。上告人は被上告人に対して昭和一〇年七月頃より土地明渡を求めたが被上告人がこれに応じないので、同一一年一二月訴を起して当該土地明渡しと占有期間中の賃料相当額の損害金支払を請求した。　原審は土地明渡請求については容認したけれども、損害賠償請求権については、七二四条により被害者たる上告人が最初に損害および加害者を知つた昭和八年三月より起算して三年の経過によつて全部消滅したものと判示した。上告人は次の二点をあげて争う。(イ)「上告人ハ被上告人ノ反覆連続セル侵害行為ニ依リ日々損害ヲ蒙リタルモノナルカ故ニ其日々ニ生シタル損害金請求権ノ消滅時効ハ又其日其日ノ分ニ付日々独立シテ進行ヲ始ムルモノト云ハサルヘカラス」。しかるに原判決は被上告人の侵害行為がただ一個の行為で終了し損害金のみが漸次堆積逓加するもののように誤解している。(ロ)被上告人が「現ニ上告人ノ所有地ヲ抑留シ其所有権侵害行為ヲ継続シ日々上告人ニ損害ヲ蒙ラセ居ルニ不拘訴訟提起後ノ損害金請求権迄カ時効ニ依リテ消滅セリト云フカ如キハ啻ニ権利ノ保護ヲ不当ニ拒否スルモノナリトノ誘ヲ免レサルノミナラス公然上告人ノ所有地ヲ抑留シテ其引渡ヲ肯セサル被上告人ノ不法行為ヲ曲庇シ其継続ヲ奨励スルコトニ為リ法律秩序ヲ破壊スル結果ヲ生スル」。

大審院はこの上告を容れ、聯合部判決をもつて従前の判例（大判大正九年六月二九日・前記(1)の事例）を変更し、原判決を一部破毀差戻した。その理由は次の通りである。

「按スルニ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加害者ヲ知リタル時ヨリ三年ノ短期時効ニ因リ消滅スヘキハ民法第七百二十四条ノ規定スルトコロニシテ被害者カ其損害ヲ知ルトハ必スシモ損害ノ全範囲若クハ損害額ノ全部ヲ知ルヲ要スルモノニアラス苟クモ不法行為ニ基ク損害ノ発生ヲ知リタル以上其損害ト牽聯一体ヲ為セル損害ニシテ当時ニ於テ其発生ヲ予想シ得ヘキモノト為スコト社会通念上妥当トセラルルモノニ在リテハ凡テ被害者之カ認識アリタルモノトシテ同条所定ノ短期時効ハ其全損害ニ付キ此時ヨリシテ進行ヲ始ムルモノト解スヘキコト洵ニ同条立法ノ本旨ニ合スルモノト云フヘク而シテ右ハ不法行為アリタル後ニ於テ其行為ノ結果タル損害カ長期ニ亙リテ継続シテ発生スル場合ニ於テモ其理ヲ一ニスルモノト為ササルヘカラス然レトモ均シク損害カ継続シテ発生スル場合ナルモ加害行為カ終止シタル後ニ於テ損害ノミカ継続スル場合ニアラスシテ不法行為ソレ自体カ継続シテ行ハレソレカ為メニ損害モ亦継続シテ発生スルカ如キ場合ハ前叙ノ法理ニ従フヲ得ス其損害ノ継続発生スル限リ日ニ

新ナル不法行為ニ基ク損害トシテ民法第七百二十四条ノ適用ニ関シテハ其各損害ヲ知リタル時ヨリ別個ニ消滅時効ハ進行スルモノト解セサルヘカラス蓋シカクノ如キ不法行為ニ在リテハ当初其損害ノ発生ヲ知ルモ将来継続シテ損害ノ発生スルヤハ必スシモ之ヲ予想シ得ルトコロニアラス不法行為ノ継続スルハ一ニ加害者カ其加害行為ヲ廃止セサルニ由ルモノニシテ損害ノ発生モ亦之ニ伴フテ生スルニ過キス行為者ハ之ヲ廃止スヘキ法律上ノ義務アルニ拘ラス此義務ニ背反シテ之ヲ廃止セサル為メ之ニ基因シテ損害ハ発生スルモノニシテカクノ如キ損害ヲモ被害者ニ於テ当初ヨリ予想シ得ヘキモノト為スカ如キハ社会通念上当ヲ得タルモノト為シ難キノミナラス若シカクノ如キ損害ニ付テモ当初其損害一端ヲ知リタル時ヨリ時効進行スルモノトセンカ不法行為ハ尚現ニ継続セラルルニ拘ラスソノ日々ニ発生スル損害ハ既ニ時効完成ノ為メ之カ賠償ヲ求ムルヲ得サルノ結論ニ達シ其不合理ナル結果ハ到底之ヲ忍容シ得ヘキトコロニアラスカクノ如キハ同法ノ短期時効制定ノ趣旨ニモ背馳スルコト固ヨリ多言ヲ要セサレハナリ

今本件ニツキ観ルニ被上告人ハ何等ノ権原ナクシテ昭和八年三月以降上告人所有ノ本件土地ノ上ニカラ焼釜場石炭置場其ノ他ノ工作物ヲ所有シテ不法ニ右土地ヲ占有シ爾来継続シテ上告人ヲシテ右土地ノ使用収益ヲ為スヲ得サランメソノ不法ナル状態カ原審口頭弁論終結ノ当時尚現ニ持続セラレタルコトハ原審ノ確定スルトコロナリカクノ如キ場合ニ於テ被上告人ノ不法行為ハ最初不法ニ上告人ノ土地ヲ占拠シタルニ因リテ始マリ其後ハ該工作物ヲ除去シテ其不法占拠ヲ廃罷スヘキ義務アルニ拘ラス之ヲ為ササルニ因リテ継続セラレ之カ為メニ上告人ハ日々ソノ土地ノ使用収益ヲ妨ケラレ其損害ハ日ニ新ニ発生スルモノト云フヘク従テ其賠償請求権ニ対スル前叙消滅時効ハ上来説示スルトコロニ従ヒ被害者之ヲ知ルト共ニ日ニ新ニ進行スルモノト解スルヲ相当トス而シテ上告人ハ本訴ニ於テ被上告人ノ右不法行為ニ基ク昭和八年三月十四日以後ノ損害ノ賠償ヲ請求スルモノニシテ上告人カ最初ニ右不法占拠ノ事実ヲ知リタルハ同日ノ直後ナルコトハ亦原審ノ確定スルトコロナルカ故ニ爾来本訴提起前既ニ三年ヲ経過シタル損害ノ賠償請求権ハ時効ニ因リテ消滅シタルモノト為スヘキモソノ然ラサルモノニ付キテハ未タ時効ハ完成セサルモノト解スヘキモノトス然ルニ原審ハカカル不法行為ノ損害ニ付キテモ最初ニ損害ヲ知リタル時ヨリソノ損害全部ノ賠償請求権ニ付キ消滅時効進行スルモノト為シ上告人ノ本訴損害賠償請求権ノ全部ヲ排斥シ去リタルハ如上民法第七百二十四条ノ解釈ヲ誤リタル不法アルモノト云ハサルヘカラス」。

二　従来の判例とその中心課題

いわゆる継続的不法行為における短期時効の起算点に関する現在の支配的見解は主として大正九年から昭和一五年にかけての一連の大審院判例の理論展開の所産であつた。

各個の判決理由中に示された理論構成そのものは、それぞれの具体的事案について妥当な結論を導き出すための役割を荷つていたはずであるから、個々の事例の特質をはなれてこれを抽象的に論ずることは、あまり意味がない。ここでは、従来の判例にあらわれた各個の事例において解決を迫られた実質的課題が何であつたのか、そしていわゆる継続的不法行為とい

う構成がどのような場面で要求せられ、その課題の解決にいかほどの寄与をなしえたのか、ということが問題なのである。

(1)大判大正九年六月二九日[1]

この事例では、耕作地が前後九年間の永きにわたり不法に占拠された後、真の所有者より所有権確認とともに占拠期間中の賃料相当額の損害賠償請求がなされたもので、所有者は損害発生の事実を不法占拠開始後間もなく知つたものと認定されている。この時点から起算して全損害につき時効完成を認めた原審に対し、上告理由は、仮りに占有当初に損害認識があつたとしても、訴提起時から逆算して三年間の損害部分は時効にかからないはずだ、と主張するが、大審院はこれを排斥する。その理由はかかる事例では被害者が損害発生当初から賠償請求権を持ち、その請求権の行使が可能なのであるから、この時点以後にまで加害者が加害行為を廃止せぬ為に損害が継続発生するとしても時効起算点をそれに応じて時々各別に扱う理由がないし、もし加害行為の廃止されぬ状態が三年以上永びく場合に三年以上にわたる損害賠償請求権の行使が可能だと仮定すれば、当事者の権利関係を迅速に確定しようとした七二四条の立法主旨に反する、というのである。

本件では、どのような情況下に不法占拠が始まつたかは判文上明らかでないが、判旨は不法占有による損害の継続的発生という事態に着目しつつも、これを「爾後其侵害行為ノ性質上之ヲ廃止セサル限リ自然ノ趨勢ニ於テ損害カ継続シテ発生シ漸次堆積逓加スル場合」あるいは「上告人カ――被上告人ノ権利ヲ侵害シ爾後数年間其侵害行為ヲ廃止セサリシカ為メニ生シタル自然ノ結果」とみているのであり、侵害行為それ自体が継続するとは必ずしも断定していない点が注目される。すなわち判旨がその継続を論じているのは損害発生なのであり、侵害行為の面は、侵害行為を廃止せぬ限り（侵害行為の結果たる不法占拠状態を除去せぬ限り、との意味であろう）、という形で損害発生を消極的に条件づける範囲で顧慮されているに過ぎず、侵害行為が継続しているか否かは、判決の当面の関心事ではない。[2]

ともあれ本件においては、不法占拠の開始あるいはその状態維持という面での侵害行為の態様は重視されず、不法占拠の期間が九年という長期にわたり、その間の事情を権利者側は当初から知りながらこれを放置した形迹がある等の諸点が事案を特徴づけている。

(2)大判大正一〇年四月二五日(3)

本件では、水利組合が大正二年より同八年までの間に毎年一定時期、相当の期間にわたり自己の設置した用水路の樋管を閉鎖して川水の流入を阻止した行為が、同用水路の流水使用権の侵害にあたるとして、樋管閉鎖期間中の流水使用によりうべかりし営業上の利益の賠償が水車業者から求められている。原審は大正三年中に被害者が損害と加害者を知つたものと認定し同六年頃に時効が請求権全部につき完成した旨判示した（訴提起の時点は判文上明らかでないが、請求の内容よりみて大正八、九年中と思われる）。この事例の特色は不法占拠でなく流水使用権侵害のケースにつき不法行為ないし損害賠償請求権の個数という形で侵害行為の態様が争われていることで、原審が「樋管閉鎖ノ継続スル間ハ損害モ亦継続シテ発生シ其数量ノ漸次堆積増加スル場合」として、事態を一個の継続する不法行為と捉えているのに対し、上告人は問題の樋管閉鎖行為が時を隔てて前後七回反覆して行われた事実をあげ、本件では数個の不法行為を理由とする数個の損害賠償が請求されている場合だから全請求権が一挙に時効にかかるものではないと主張する。大審院はこの上告を理由ありとし、閉鎖行為が全期間を通じて「間断ナク継続的ニ行ハレタ」場合には「継続シタル一個ノ不法行為」があるけれども、毎年一定時期にのみ樋管が閉鎖される場合は「毎年一定ノ時期ニ反覆セラレタル数個ノ不法行為」が存在するのであり、このいずれの場合が主張されるかにより「損害賠償請求権ノ個数並ニ其消滅時効ノ進行ヲ異ニスル」と説示する。ここでは損害の継続発生という面は背景に退き、樋管閉鎖という加害行為の態様に着目して数個の独立した不法行為の反覆という構成が導かれている（従つて判文の構成に拠

るなら、間断なく侵害行為の継続する継続不法行為に対して、同種の侵害行為が反覆して連続する反覆的不法行為が時効の面で区別されることになる[4]。

ともあれ、さきの大正九年判決が不法占拠の事例について被害者が当初に損害を認識した時点から直ちに全請求について時効進行を認めたのに対し、その直後の流水使用権侵害の事例では、大正九年判決の理論を承継した原審の判断を斥けて、損害賠償請求権が順次各別に時効にかかる可能性を大審院は肯定するのであり、その態度にはかなり微妙なものがある。

(3)東控判昭和一五年一月二五日[5]

本件は、建物と土地との一〇年余にわたる不法占拠による損害賠償請求の可否が争われたケースであり、東京控訴院は、建物占拠を理由とする損害賠償請求については前記大正九年の大審院判決を援いて請求権全部に短期消滅時効の完成を認め、土地占拠に基づく損害賠償請求については占拠者に当該土地所有権の取得時効が完成したことを根拠として損害賠償請求権の成立を否定している[6]。土地・建物ともに無権利者の処分を有効と誤信して占有が始まっているが、土地については善意無過失の占有として占有者にその所有権の時効取得が肯定されているのに反し、建物については占有開始当時の建物登記面から占有者側に過失が認定され、右過失による不法占有が建物所有権を侵害したものとして直接に七二四条の適用問題となっている。

同条短期消滅時効の起算点について、判決が占有当初の時期に被害者において加害者と損害の認識があったものと認定し、本訴提起前に建物不法占拠に基づく損害賠償請求権全部がすでに時効消滅したと判示する論拠は、前記大正九年判決の理論構成を忠実に再現するものであるが、大正九年の事案に比較して本事件では上記の如く、(イ)占有期間がより長期にわたっていること、(ロ)損害賠償の訴提起以前かなり前にすでに建物の占有が終結していること、(ハ)これと併行する土地所有権の

争いでは占有者に取得時効完成し、従つて土地占拠を理由とする損害賠償請求は否定されていること等の諸点に特質がある。とくに最後の点は、この種の継続的不法行為において従来殆ど看過されている損害賠償請求権の消滅時効の進行と占有物件の取得時効の進行との関連にふれるもので、本事件解決の評価上、興味ある論点を提供する。[7] そのほか不法行為の要件としての加害行為の態様の面では、さきの大正九年判決が占有開始当時の侵奪行為に着目していたのに対して、本判決では過失による不法占有という状態に重点が移つてはいるが、この点の差異は両判決を通じて時効起算点の認定に直接の影響を及ぼしてはいない。

(4)大聯判昭和一五年一二月一四日[8]

前述のように、大審院[9]は大正九年判決において土地の不法占拠については、損害が「侵害行為ノ性質上之ヲ廃止セサル限リ自然ノ趨勢ニ於テ――継続シテ発生シ漸次堆積逓加スル場合」として、権利者が損害発生を知つた当初の時点から一律に時効を起算したが、その反面、流水使用権侵害にかかる翌大正一〇年判決では、「間断ナク継続的ニ行ハレタ」不法行為と「反覆セラレタル数個ノ」不法行為とを区別し、後者については反覆する各不法行為ごとに各別順次に時効が進行すると説いて、ここに損害の継続的発生と間断なき継続的不法行為あるいは反覆的不法行為というような構成が、今後の具体的事件ごとの時効起算点決定上どのように適用されるのか疑問を残すことになつた。東京控訴院は前記昭和一五年判決で建物不法占拠の事案につき大正九年大判の理論を踏襲したけれども、不法占拠における侵害行為面の評価の点で大正九年大判とすでに距る立場が認められることは前述の通りである。

ここにおいて大審院は、昭和一五年一二月一四日の聯合部判決により「加害行為カ終止シタル後ニ於テ損害ノミカ継続スル場合ニアラスシテ不法行為ソレ自体カ継続シテ行ハレソレカ為メニ損害モ亦継続シテ発生スルカ如キ場合ハ――其損害ノ

継続発生スル限リ日ニ新ナル不法行為ニ基ク損害トシテ民法第七百二十四条ノ適用ニ関シテハ其各損害ヲ知リタル時ヨリ別個ニ消滅時効ハ進行スルモノト解セサルヘカラス」との一般原則を立て判例の統一をはかるに至つた。

事案は土地の不法占拠に関し、土地の前所有者から使用を許されていた占有者が本件土地売買後も権原なく不法に占拠を継続していたのに対して、新所有者より土地明渡しと占拠期間中の賃料相当額の損害金支払を請求したものである。原審が前記大正九年判決と同旨の理由をあげて損害全部の賠償請求を否定したのに対し、所有者は「反覆連続セル不法行為」により日々損害を蒙つたものだから賠償請求権の時効は日々独立して進行すべきであり、また占有者が現に不法占拠を続けて所有者に損害を蒙らせているのに訴提起後の賠償請求権まで時効にかかるのは権利保護にかけるのみならず不法行為を曲庇奨励する結果になると攻撃する。

大審院はこの上告を容れ、不法占拠および損害発生を被害者が当初より知つた事実を認定しつつも、「本訴提起前既ニ三年ヲ経過シタル損害ノ賠償請求権ハ時効ニ因リテ消滅シタルモノト為スヘキモソノ然ラサルモノニ付キテハ未タ時効ハ完成セサルモノ」と解して原判決を一部破毀差戻した。判旨は、およそ損害が継続発生する場合を加害行為が終結し損害のみが継続する場合と加害行為自体が継続しその為めに損害も継続する場合とに分け、前者については被害者が実際に認識した損害と牽聯一体を為す損害で当時その発生が予見可能なものについて全て被害者に認識されたものと扱つて一律にその全範囲に時効を進行せしめるべきであるが、後者については現実に各損害を知つた時から別個に時効進行を認めるべきであるとする。そして本件における占有者の加害行為は「最初不法ニ上告人ノ土地ヲ占拠シタルニ因リテ始マリ其後ハ該工作物ヲ除去シテ其不法占拠ヲ廃罷スヘキ義務アルニ拘ラス之ヲ為ササルニ因リテ継続セラレ」る形で継続する結果、損害が日々に継続発生するものと構成されている。

かかる類型の不法行為につき各別の時効起算点をとるべき実質的理由として、判旨は、(イ)当初損害の発生を被害者が知つ

ても将来継続して損害発生するか否かは必ずしも予想できないこと、(ロ)加害者が加害行為を廃止すべき義務に違反して加害行為を廃止しないために損害が継続発生しているのだから、かかる損害まで被害者に当初からその予想を期待するのは社会通念上不当であること、(ハ)仮にこの種の損害についても当初その一端を認識した時から全部について時効進行するものとすれば、不法行為は現に継続しているのに、その間に生ずる損害に賠償請求ができなくなるという不合理な結果を生ずること、以上三点を指摘する。

大審院がかような一般論を打ち出すに至った背景に、従来の不法占拠をめぐる判例の時効理論に対して当時の学界から厳しい批判が集中していた事情のあることは後述する通りであるが、その機縁をなした本件の具体的事案に、(イ)占拠期間が著しく短かいこと（不法占拠開始より本訴提起まで四年未満）(ロ)加害者側に無権原の占有たることの認識が当初から存在すること（悪意の占有として、前記東控判昭和一五年の過失による占有とは異る）(ハ)被害者側にかなり早くから権利主張の態度が認められること（昭和八年三月不法占拠開始、同一〇年七月裁判外の明渡請求、同一一年一二月本訴提起）等の諸事実は、不法行為の継続性をめぐる抽象的理論構成の当否は別として、請求の大部分を認容した判旨結論それ自体に無視できぬ重みを与えているのである。

以上の概観よりして、時効起算点をめぐる従来の各判決においては、それぞれの結論が各事案の具体的事情に応じて独自の説得力を持つもので、判決理由中に種々の構成をみる継続性の論議は、各自の結論を支えるべくそれなりの役割を果していることが看取される。そしてここに「侵害行為ノ性質上之ヲ廃止セサル限リ自然ノ趨勢ニ於テ損害カ継続シテ発生シ漸次堆積逓加スル場合」あるいは「間断ナク継続シタル一個ノ不法行為」と「反覆セラレタル数個ノ不法行為」との区別、そして「不法行為ソレ自体カ継続シテ行ハレソレカ為メニ損害モ亦継続シテ発生スルカ如キ場合」等の構成は上記各事案を通じて顕現する継続的侵害の多様な表現の試みといえるであろう。

（1）　前掲補注(1)の事例。

（2）「上告人カ係争地ニ対スル被上告人ノ使用収益権ヲ侵奪シタル明治四十年中ニ於テ之ニ因ル損害ハ既ニ発生シ被上告人ハ明治四十一二年頃既ニ其損害及ヒ加害者ヲ知リタルモノナルコト判文上明白ナリ故ニ本件損害賠償ノ請求ハ前示数年間ニ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルニ在ルモ其損害ハ総テ上告人カ明治四十年中被上告人ノ権利ヲ侵害シ爾後数年間其侵害行為ヲ廃止セサリシカ為メニ生シタル自然ノ結果ナリ」（傍点筆者）。すなわち判旨は当初の侵奪行為と、その「自然ノ結果」たる損害の継続発生とを区別するようである。

（3）　同上補注(2)の事例。

（4）　この大正一〇年判決は、継続的不法行為の先例として大正九年判決とともに多く引用されるけれども、判旨は数個の同種不法行為の反覆を問題としているのであり、同一不法行為の継続を問題としているのではないから、両者を直ちに同一の類型と扱うことには疑問の余地がある。もとより各年ごとの流水使用権侵害は、それ自体継続的侵害行為たる性質を持つが、本件では各年度の侵害行為の集合・反覆が争点なので、各個行為の継続性は直接には問われていない。

（5）　補注(3)の事例。

（6）　同判旨後段。「被控訴人先代ハ前記認定ノ如ク正当ノ権原ニ基カスシテ大正十二年一月九日以降大正十四年十二月十六日迄本件土地ヲ占有シタルヲ以テ之ニヨリ控訴人ノ右土地所有権ヲ侵害シタルコトハ明カナルモ被控訴人先代カ本件土地ノ占有ヲ開始シタル当時自己カ本件土地ヲ占有スルニ付無権原ナリシコトヲ知ラサリシコト前示認定ノ如クナレハ被控訴人ハ故意ニ控訴人ノ右土地ノ所有権ヲ侵害シタルモノト謂ヒ得ス又被控訴人カ自己カ本件土地ヲ占有スルノ権原ナカリシコトヲ知ラサリシニ付被控訴人ニ過失ナカリシコト前段認定ノ如クナレハ被控訴人カ其ノ過失ニヨリ控訴人ノ各土地ノ所有権ヲ侵害シタルモノト謂ヒ得サルノミナラス被控訴人ハ前段認定ノ如ク時効ニヨリ本件土地ノ所有権ヲ取得シタルヲ以テ該時効ノ起算日タル大正十二年一月九日ヨリ所有権ニ基キ右土地ヲ正当ニ占有シタルモノト謂フヘク従テ被控訴人並其ノ先代カ右土地ヲ不法ニ占有セルコトヲ原因トスル控訴人ノ損害賠償ノ請求モ失当ナリ」。

（7）　不法占拠における両時効の理論上の連絡については後述第四章参照。前掲大正九年大判の事案でも、占有者より取得時効の抗弁が提出されている事実は注目されてよい。

（8）　補注(4)の事例。

（9）　大正九年判決以前に不法占有による損害賠償請求権の時効起算点が問題となった事例として次の判例がある。いずれも大審院は時効起算点に直接答えてはいないが、大正九年以降の判例との関聯で注目される。

(イ)大判大正四年四月二七日・第一民事部・民録二一輯五八五頁

家屋不法占拠による損害賠償請求権につき、七二四条の三年の起算点が争点となった（本訴提起前に別訴により所有者より当該家屋の占有行使の対価を占有者に対し家賃として請求したが所有者敗訴）。

原審が不法行為による損害賠償を肯定し、別訴家賃請求事件の敗訴の時まで被害者において不法行為の成立を知らなかったものとして時効の抗弁を排

斥したのに対し、占有者より、七二四条前段の起算点としては被害者が損害発生の原因事実と被害のみを知れば足りその原因関係が不法行為か否かの法律関係まで知る必要なく、また被害者が不法行為たることを知れる事実の立証責任を占有者が負うものではない、との理由をあげて上告。

大審院は、時効起算点の問題にふれず、占有物が他人の所有に属し自己に占有すべき権原のないことを知る悪意の占有者は所有権を侵害するものではあるが、占有者が暴行強迫等により所有者の意思に反して占有を取得しない限り、悪意占有者に直ちに不法行為上の責任を問うべきではないとの理由(この点は後の大判大正七年五月一八日民録二四輯九七六頁で判例変更)から、本件では「如何ニシテ之ヲ占有スルニ至レルヤハ之ヲ知ルヲ得サレハ原裁判所カ右ノ事実ノミニ依リ上告人ニ不法行為」の責任を認めたのは理由不備の不法ありとして原判決を破毀差戻している。

すなわち本判決で大審院は不法行為成立の認定に疑義ありとして原判決を覆しているので、不法行為の成立した場合に時効起算点をいかに扱うかは未解決である。時効起算点たる被害者の認識に不法行為による損害の認識あることを要求する後記大判大正七年三月一五日や加害者の立証責任を明言する長崎控訴院判決昭和四年三月一一日等その後の判例理論の系列と関聯づけてみるなら、時効未完成とみる原審判断が維持されうるようにも思われるが、本件では賃貸借にせよ不法行為にせよ何等かの法的請求権あることの認識が当初より被害者にあるので、この点がなおペンディングな前記諸事例と同視できぬものがあり、また当初認識時より一律に時効進行を認める大正九年判決の見方に関聯づけるならば、本事案で時効完成を肯定する可能性も、原判決を破毀した本判決の背後には否定し切れない。

㈤大判大正七年三月一五日・第一民事部・民録二四輯四九八頁

仮処分命令の執行により船舶の占有を奪われ損害を蒙つた者の賠償請求権の時効起算点が争われた事例であり、仮処分の継続と時効進行の関係が問題となつている。

原審は、仮処分による不法行為が仮処分執行時に成立するものとし、その後に仮処分が取消されても当該仮処分による損害を被害者が知つた時点から七二四条前段の時効が進行開始するものと解して本件請求権の時効消滅を認めた。上告理由「不法行為ノ損害賠償請求権ノ時効起算点ハ不法行為終了以後ノ時ナラサルヘカラス不法行為ノ継続中ニ時効期間ノ進行ヲ始メ若クハ其終結ヲ来シテ其賠償請求権ヲ消滅セシムルカ如キハ時効制度ノ基礎観念ニ背馳スル認論ナリト云ハサルヲ得ス――仮処分ニ因ル不法行為ハ刑法上ノ連続犯ト同シク観念上連続ノ性質ヲ帯ヒタルモノナル故ニ其執行行為ノ継続中ハ不法行為モ亦継続スルモノニシテ其執行ノ取消行為ト同時ニ不法行為ノ終了ヲ来シ仮処分ノ執行着手ヨリ其解放ニ至ル迄一行為ト称スヘキコト恰モ刑法上不法監禁ノ行為ヲ其解禁ニ至ル迄連続シタル一行為ト解スルト同一ナリ従テ時効ノ起算点モ亦刑法ト同シク行為終了ノ時期タル仮処分ノ解放ノ時ト云ハサルヘカラス」。

大審院は上告を理由ありとし、原判決を破毀差戻した。判決理由「按スルニ民法第七百二十四条ニ所謂損害ヲ知ルトハ単純ニ損害ヲ知ルニ止ラス加害行為ノ不法行為ナルコトヲモ併セ知ルノ意ナリト解スヘキナリ何トナレハ被害者ハ損害及ヒ加害者ヲ知ルモ加害行為ノ不法行為ナルコトヲ知ラサルニ於テハ不法行為ニ因ル損害トシテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ス之ヲ請求スルコトヲ得サルニ時効ハ早ク既ニ其前ヨリ進行スルモノト為スハ同条ノ精神ヲ貫徹スル所以ニ非サレハナリ仮処分命令ノ執行ハ仮処分ニ依リ保全セラルヘキ請求権及ヒ其実現ヲ妨クヘキ危害カ仮処分命令ノ当時存在セシニ於テハ不法ナラサルカ故ニ危害ノ存在セサリシコトカ仮処分訴訟ニ於テ確定セラルルカ又ハ請求権ノ存在セサリシコトカ本案訴訟若クハ確認訴訟ニ於テ確定セラルル迄ハ其不法行為ナルヤ否ヤハ未定ノ問題ニ属ス従テ仮処分命令ノ執行ニ因リ損害ヲ受ケタル当事者ハ此時迄ハ損害ヲ知ルモ未タ不法行為ニ因ル損害ナ

ルコトヲ知リタルニ非サルヲ以テ其損害賠償請求権ノ時効ハ相手方ノ請求権若クハ請求権実現ノ危害カ仮処分命令当時存在セサリシコトノ裁判上確定セラレタルヲ知リタル時ヨリ進行ヲ始ムルモノト為サザル可ラス」。

すなわち大審院は、ここでは上告人の問う継続的不法行為の終了と時効起算点との関係に答えず、被害者における不法行為の認識が時効起算点の決定に不可欠であることを論じて、これがなお未定の情況にあった仮処分命令執行時にすでに被害者認識ありとした原審の判断を違法としたものである。

本判決は、七二四条の起算点たる「損害を知りたる時」の解釈上、単なる損害事実の認識でなく不法行為による損害の認識を必要とする旨を明示した点で重要であるだけでなく、不法行為の成否未定の状態下にある継続的加害の事案において時効起算点の決定に慎重さを要請した判旨には注目すべきものがある（同じく船舶の不当差押による損害賠償請求権の時効につき同旨判決として長崎控判昭和四年三月一一日法律評論八巻民訴二一三頁。この判決はまた被害者認識の立証責任を時効援用する加害者が負担する旨を判示する）。

三　学説の対応

上記のような判例の動向に対して、当時の学説は如何に対応したであろうか。

まず前記大正九年判決を誤りと断ずる薬師寺博士の評釈[1]は、「継続的不法行為は、各個の同質の不法行為が集合連結するものに外ならずして、其の各個の侵害行為に付、時々刻々損害賠償請求権が発生する」との構想から、この時々刻々に発生堆積する個々の請求権はその発生日より行使しうるものである故に、各発生日より三年を経過する毎に（被害者の損害認識あることを前提として）刻々に時効にかかるものと解している。その根拠は七二四条の短期時効の立法趣旨に求められ、不法行為が継続しつつある場合にも、それが五年前から開始されたか一〇年前に開始されたかが不明となつて紛争を生ずる弊害あり、これを防止する必要あること、また不法行為を受けたことを知りながら之を三年以上も放置する被害者に法の保護を拒否してよいことは、不継続的不法行為の場合と区別する理由がない、と説かれている。これに反し大審院の前記判旨が、一個の損害賠償請求権が不可分に単一の時効にかかると理論構成する以上、不法行為が完了し全損害が発生する以前に時効進行を認めるのは理論一貫せず、また時効起算点を不法行為開始日にとるならば、いかに永く不法行為が継続する場合でも開

始日より三年後は損害賠償請求権が生じないという不合理な結果を免れないとの批判がなされている。

岩沢彰二郎氏の「不法行為に因る損害賠償請求権の時効起算点――民法第七二四条前段について――」[2]は継続的侵害の多様性に着目し、当時すでに七二四条の短期時効適用上その差異に応じた類型化を試みた先駆的業績として高く評価されるべき労作であるが、本論文は、前記大正九年判決に関連してこの種の不法占拠を継続的不法行為により回帰的に損害発生する場合と捉え、損害発生の確実性に関する被害者における予見可能性の限度から時々各別の時効進行を主張する。

岩沢論文によれば、将来の損害もその発生確実なことを被害者が知れば、その時点より時効進行を認めるべきであるが、大正九年判決の事例における耕作地侵奪による損害（権利者の収獲不能ないし小作料徴収不能等）の発生は、「土地の返還なかりせば」という条件にかかり侵奪当時においては未だ確定的に損害発生を予定するものではないから、当初に侵害事実を知つた時点より直ちに損害全部について時効進行を認めることはできない。すなわち当該耕作地に現実に損害が発生するのは収穫時の収益不能によるが、この損害発生が確実となるのはそれに先立つ鋤耘播種が不能となつた時期であるから、この時期毎に被害者は回帰的に新たな損害を知ることになり、従つてその時期毎に各別に時効が進行する、とみるのである。[3]

岩沢論文はさらに類型を分け、逮捕監禁のような場合は不法行為の継続に伴つて損害も継続発生するが、その継続の態様が回帰的でなく持続的である点で前例とは区別されるとし、かかる持続的損害発生型の場合には大正九年判決の理論のように被害者の当初の損害認識時から時効進行を認めるべきである、とする。[4]

不法行為の継続中における被害者の認識の推移に対応して、時々各別に時効進行を認めようとする学界の支配的主張は、さらに末川博士の論文「不法行為における損害賠償請求権の時効」[5]により強力に支持され、新たな構成と理由づけをうることになる。

末川論文は、加害行為自体が継続的である場合（その例として煤煙音響震動等の過度の放散（Immission）、夜毎の電流盗用、他人

の土地の不法占拠等があげられている）には、これにより発生する損害の賠償請求権も継続的に発生するとし、その時効起算点については、「同一の不法行為が継続して損害を生ぜしめているのだから、そしてその不法行為はいつやむかわからないのだから、不法行為開始の日に生じた損害を知ることは、その次の日以後の損害――それはあるいは不法行為の停止によつて生じないかも知れぬ損害――を知るということにはならぬわけである。したがつて、被害者が継続的な不法行為とそれによつて生じる損害とを逐次に知つて行くとするならば、時効は新たな損害の発生につれて逐次に進行を始めるものと観なければならない」[6]とする。　ここでは同旨の結論をとる薬師寺説が不法行為連合下に時々刻々堆積する各個請求権の独立性を強調して各別の時効進行を基礎づけるのに対して、末川説はむしろ加害行為がその継続を通じて連続一体をなすとの観点から、損害賠償請求権は「同一の不法行為」による単一のものであるとし、その請求権の内容が逐次進行する時効によつて時々刻々にその範囲を縮小するものと理解する。末川説における時効逐次進行の「鍵」が、継続して発生する損害を被害者が「逐次に知つて行くとするならば」という被害者認識の仮構にかかつている点は注目されてよいであろう。

そしてかような構成を支える実質的論拠として、末川説は不法行為が継続する限り被害者がこれに対し憤怒の情を持続するという被害者の感情的要因と、かく解釈しなければ現に不法行為が続いている最中に賠償請求ができなくなるような非常識かつ不可解な結果とを指摘し、被害者の当初認識時より損害全部について時効進行を認めた大正九年判決を正鵠を失したものとして斥けるのである。

すなわち「もともと、この時効の制度が設けられるについては、被害者が時日の経つにしたがつて感情をやわらげるというような被害者の立場が考慮されているのであるが、かかる被害者の立場は、最初の損害を知つたことのみによつて考慮さるべきではなく、依然として継続するところの不法行為に基づく最終の損害までも知つたことを参酌して考慮さるべきであるから（被害者が当初は少々の事ならば忍容するつもりでいても、余り長い間不法行為が続くから忍容しきれないで賠償請求を決意するに

至るということは、ありがちのことで珍らしくはあるまい)、最初の損害を知つた時だけを起算点とすることは不当であろう。また、最初の損害を知つた時から三年経過すれば、損害賠償請求権が全部消滅すると解するならば、現にまだ不法行為が続いているような場合にも、もはや賠償の請求はできぬこととなつて、実際上もまことに不可解な結果を招来するであろう」[7]と。

昭和一五年一二月一四日聯合部判決は、如上の学説の展開と旧判例の批判の中に登場した。果してこの判旨に対しては、末川評釈が前述の論拠より全面的に賛成したのを初めとして[8]、その個々の理由づけと理論構成の上で多少の論議があつたことは別として、結論的には当時多くの学説の支持するところとなつた。

薬師寺評釈は、判決の理由として不法行為継続中に時効完成する不合理と将来の損害発生の予想不能とを掲げる点は、いずれも継続的不法行為を不可分一体のものとして当初から時効進行を認めた原判決の矛盾を指摘する限りでは正当だが、時効が可分的に各別進行するという判旨の積極的理由としては不徹底かつ不完全であると評しつつ、判旨の結論自体を正当と肯定する[9]。

板木評釈は、継続的不法行為において不法行為が廃止される時まで引き続き発生するはずの将来の損害についても即時に賠償請求ができるとする点では旧判例の理論を正当と評価するが、不法行為継続中に時効完成をみる不都合と七二四条の短期時効の趣旨(被害者が加害者及び損害を知つた時から三年以上―不法行為が終つた時からは更にそれ以上も―経過した後に問題をむし返すことは、証拠の滅失その他により徒に紛糾を招来し、かえつて秩序を乱すことになる)は、三年以上を経過せる損害部分についてのみ妥当するも、未だ三年を経過しない部分については当らないとして[10]判旨に賛成する。

野田評釈は、本件の事案について、占拠者はその使用を認めていた前所有者から土地譲渡の通知を受けたに止り新所有者が直ちに土地明渡を請求した形跡のないところから、ここに直ちに不法行為の成立を認めうるか否かは疑問としつつ[11]、七二

四条の解釈として日々損害を知るに従つて日々時効が進行するという聯合部判決の考え方は、いかにも技巧的ではあるが、本条の構造が一回的不法行為による一回的損害発生の場合を予定したものであり、かつ時効制度が元来ある客観的で静止的な事実状態を基礎とするものである以上、継続流動する事態の処理としては「かかる技巧的取扱も不得止るもの」として、暫く判旨の考え方に従う外なし、と説くのである。[12][13]

学説一般のかような肯定的姿勢とは対蹠的に判旨に批判的態度をとるものとして、前田直之助氏の論説「不法行為に因る損害賠償請求権の消滅時効」は、本件事案のように他人所有地に無断で建物築造・木石堆積した場合には、築造堆積を終ると同時に不法行為は終了し、それ以後は妨害排除請求権に対する義務としての加害廃止義務の不履行により損害が継続発生するものであるから、ここに継続的損害の原因は、前の不法行為と右義務不履行との二者であり、単に不法行為のみが原因でない点で七二四条――例外規定――の適用が除外され一般の原則規定に復帰する、と説いている。しかるに判旨が本事案を時々刻々の不法行為の反覆とみるのは畢竟形容の辞、技巧的比喩を事実と混同したものであり、また加害を廃止すべき義務あるものがその義務に違反して廃止せざるため発生した損害について被害者に予想予見可能性なしとの理由も現実にそぐわず、判決理由は首尾撞着して支離滅裂と、前田論説は評している。[14]

ともあれ、かかるいわば異例の批判を別とすれば、昭和一五年聯合部判決に対する学界の一般的評価は、ここにほぼ定着した観があり、これが通説的見解として現在におよんでいることは周知のとおりである。[15]

（1）薬師寺「民法第七百二十四条の解釈」志林二三巻七号一〇二頁以下。同「継続的不法行為に基く損害賠償請求権の消滅時効の起算点」志林四三巻五号六五頁以下。
（2）岩沢「不法行為に因る損害賠償請求権の時効起算点―民法七二四条前段について―」志林三三巻一―三号五八頁以下。とくに三号六九頁以下参照。
（3）岩沢、前掲論文三号七〇頁。
（4）同上七一頁。岩沢氏は、かかる解釈は一見非常識のようだが「これが若し不法行為の時より時効が進行するものであるならば、監禁行為を一行為と

見て、監禁終了の日より起算すればよいのであろうけれども、損害を知りし時と制限せらるる以上、監禁の最初の日から起算しなければなるまい」とされつつ、この場合には民法一六一条（停止）一五三条（催告）の規定により被害者に権利行使の途を開きうると説かれる。

またこの他の類型として、同氏は刑法上連続一罪に該るような事例については、連続する各個の行為に原因する損害を被害者が知ることに時効進行するとされる。同上七二頁。

(5) 末川「不法行為における損害賠償請求権の時効」民法論集所収二七四頁以下。

(6) 同上論文二九七頁。

(7) 同上論文二九八頁。末川博士が同旨の論拠から前記昭和一五年一月二五日東控判を批判されたものとして「不法行為継続の場合における損害賠償請求権の時効」民法及び統制法の諸問題所収二三四頁参照。

(8) 末川「継続的不法行為に基く損害賠償請求権の時効起算点」前掲書三七四頁以下。

(9) 薬師寺・前掲評釈・志林四三巻五号七〇頁以下。

(10) 板木「継続的不法行為に基く損害賠償請求権の消滅時効の起算点」法と経済一五巻五号八四頁以下。継続する不法行為において、不法行為廃止時まで発生するはずの将来の損害を即時に訴求しうるとする板木説の論拠として「けだし、事実審における最終の口頭弁論終局当時、請求の原因たる継続的不法行為が未だ廃止されてゐない以上、引きつづきその加害行為が継続され、従来の割合に依る損害が之に伴つて発生すると見るのが寧ろ至当であつて、加害行為の廃止されるまでの損害について、「将来ノ給付ヲ求ムル訴」を許すべき、法律上の必要と合理性が十分に存するものと見られるからである」（八九頁）。

(11) 野田・判例民事法昭和一五年度一二七事件評釈五〇七頁以下。「かゝる場合Yが其の盗土地を占拠することが民法の不法行為としての不法占拠となると云うことは正しいであらうか。Xから土地明渡を請求され乍ら尚占拠を続けるのであれば其は積極的な権利侵害を構成するであらうが、単に譲渡の通知を而も譲渡人の側から受取つた丈けでは未だ土地を占拠し続けることに社会的に見て違法性が生ずるとはうけとれない。成程YはXに対しては何等自己の占拠を正当化しうる法律上の原因なくして土地を使用収益するものとして不当利得の債務は負ふではあらうが、Yの占拠行為はXに対する関係でも明確に義務違反であるとは謂ひ難い。たしかにYはXに対して土地を明渡さねばならなくなる可能性はあるとしても、尚Xとの間に交渉の余地のある限りは前の適法な状態から土地明渡を請求されて違法状態へと転化する過渡期に於いては行為の社会的評価としては一種の白紙の状態が存在すると認めてもよいのではないか」（五一一頁）。野田説のこの指摘は不法占拠の事例が多く実質上は不法行為と不当利得とが境を接し、あるいは競合する形で問題となること、そして七二四条が実際上は不当利得の特別時効たる機能を負わされて運用されてはいないか、との推測を喚起する。

(12) 野田・前掲評釈五〇九頁以下。

野田教授は、元来時効制度がある事実状態を一個の起点として考察し、これが時間の流れの作用によつてある時点に到達する時にこれが変容されることを認めようとするものだから、その事実状態そのものは既成の静止的なものとして構成されねばならぬところ、この事実状態そのものが流動的である場合には、その起点において「何等か静止的に凝化せられたる或る状態が作出」されなければならぬ、と説かれる。そして教授によれば、損害が継続発生する場合でも、その原因たる不法行為が一回的行為のときには行為の停止点を起点として事実状態を静止的に構成し、これから派生する損害も例えば相当

因果関係という如き基準から一定範囲のものをこの静止状態にとり込むことは技術的に可能であるのに反し、行為そのものが継続し流動的であるときには、一回的行為の場合のような行為面での客観的起点を求め得ない困難に直面する。それ故ここでは七二四条に「被害者が知つた時」という時の流れの起点をとるしかないけれども、この起点は行為という客観的な事実状態の中にある起点ではなく、その時点までの継続的行為を凝化したに過ぎぬものであるから、行為そのものはその起点を超えてなおいくらでも延長発展する可能性あり、かかる継続的発展をする行為そのものを全体的に一時点に凝化・擬制することは客観的標準を欠く故に、そもそも技術的に不可能事に属する。すなわち教授によれば、被害者が損害を知つた時点を起点として一括的にみられた行為の損害賠償請求権はその時点で裁断された行為が通常生ぜしむべき損害を請求しうる権利として凝化され、それが三年経過することによつて消滅するはずのものを、本件原判決および大正九年判決は、判決時まで継続した行為全体を一括して当初の起点に置いてしまつた誤りがある、とされる。

(13) 野田評釈は判旨の技巧的構成を一応肯定するも「さればとて継続的不法行為に就いて特殊の理論を認めようとするならば民法七二四条の解釈丈けでは問題は片附かないことになる」（五一〇頁）として、七二四条の適用限界を指摘する。

(14) 前田「不法行為に因る損害賠償請求権の消滅時効」新聞四七〇五号二頁以下。

(15) わずかに戒能教授が「この点については尚問題のある所であると思はれる」と疑念を表明されるのみである（戒能・債権各論四八八頁）。乾「継続的不法行為と時効」民法演習Ⅰ一九四頁は、一見して目的物が転売または破壊されたときは三年の時効にかかるのに対し所有権の利用面のみ侵害された場合に賠償責任が全免されない点は奇妙にみえるかも知れぬ、としつつ、七二四条の短期時効が被害者感情を考慮した制度であることを理由に「継続的不法行為のように日時の経過によつてあまり影響を受けないどころか、反つて日々怒りを更新堆積する場合には別個に考えるべきであろう」と説く。

その他昭和一五年聯合部判決を支持する近時学説として、加藤・不法行為二六四頁、我妻・有泉・四宮・判例コンメンタールⅥ三〇九頁、植林・注釈民法(19)三七八頁等参照。

四　検討—各判決の合理性と通説における認識の仮構

以上のように、昭和一五年聯合部判決に至る判例の動向と、これに対応する学説の展開とを併行させ逐次追つて行くと、そこには従来看過されてはいるが、なお興味ある論点と新たな疑問がいくつか浮び上つてくるように思われる。

判例全般についてみれば、聯合部判決以前の各判決においては各事案毎に時効起算点が模索されているのであり、継続的不法行為一般におよぶ統一共通の基準が求められているのではない（この一般論化は聯合部判決ではじめて試みられる）。耕作地

占拠の事例にはじめて当初一律進行論を採つた大正九年判決（民事一部）以前においても、起算点を直接に確定することについて大審院が極めて慎重であつたことは前記大正四年四月二七日（民事一部）、同七年三月一五日（民事一部）各判決からうかがわれるところであり、[1] 大正九年判決直後に下された流水使用権侵害に関する同一〇年判決（民事二部）においては、問断なく継続する不法行為と反覆連続するそれとでは時効進行を異にする旨判示して、大正九年判決の論理を制限する反面、事態によつて逐次各別の時効進行を認めうる可能性を開いている（この点で昭和一五年聯合部判決に云う「日ニ新ナル不法行為」の構成は、大正一〇年判決の反覆連続的不法行為の論理を間断なき継続にまで逆に拡大普遍化したとも評しえよう）。[2] 大正四年判決以降同一〇年判決に（そして大正九年大判を承継して昭和一五年東控判も含めて）至る間の判例の態度は、少くとも継続的不法行為一般の公式化には消極的であり、大正九年判決自体も「侵害行為ノ性質上之ヲ廃止セサル限リ自然ノ趨勢ニ於テ損害カ継続シテ発生」する場合（傍点筆者）に、その論旨を限定しているのである。

各個の判決についてみれば、損害賠償請求を否定しあるいは肯定する判旨結論が、各事案における占拠期間の長短、侵害行為の態様（反覆か継続か、悪意占有か過失占有か等）、それに対する被害者側の態度情況（侵害認識の時期、権利主張の有無等）その他の具体的諸事情の綜合的判断と無関係なものではなく、各判決における時効起算点の決定と時効進行の理論構成が、この全体的事案評価の中で選択されたものに他ならぬことは、さきにみた通りである。[3]

後の学説の一斉攻撃の的とされた大正九年判決の事案についても、これに昭和一五年聯合部判決の時効逐次進行論（本件で上告人が主張するのはまさしくこの立場である）を適用した結果が果して妥当なものかは、きわめて疑わしい。前後九年以上の長期にわたる不法占拠を当初から黙視放任して来た被害者にとつてかかる事態の成行きについての見通しが、――当初の損害発生を知つた時点ではまだ無理だつたとしても――最後までつかなかつたという想定は不自然であり、大正九年判決の採つた時効起算点そして完成時点そのものには疑義があるとしても、その結論には影響せず、逆に訴提起時から遡る三年間分

の損害賠償請求権のみを許容するべき実質的理由は薄弱と思われる。

昭和一五年東控判の事案は、建物占拠期間が一〇年を越え、提訴数年前（三年未満）に占拠が終結している反面、建物所有権の帰属が早くから別訴で争われている点[4]で複雑な要素をはらむが、この場合にも被害者において全事態の認識・予測が占拠終了までなかつたものとは断定できず、しかも同時に争われている土地占拠による損害賠償請求権が当該土地の取得時効完成を理由に一括して斥けられていることと対比して考えると、建物占拠の損害についてのみ逐次進行論により部分的請求を許すことの当否は疑問である。

これに対して昭和一五年聯合部判決の事案では、わずか四年未満の不法占拠期間中に占拠者は無権原を承知で係争土地上に諸施設を次第に設置して行く一方、被害者は占拠開始後三年以内の時期より裁判外ではあるがともかく権利主張の態度に出てその一年後に提訴しているものであるから、まだ将来の情況に予断を許さぬ占拠当初の時点ですでに時効進行を認めた原審の起算点確定に問題があるのであつて、占拠者の明渡し請求に応じない態度を権利者が予想しうる時点から起算すれば一律進行論の立場でも時効はまだ未完成とみうるのであり、その結果は逐次進行論から本件請求の大部分を容認した判旨と大差のないものとなろう。

これを要約すれば、昭和一五年聯合部判決に至る判例の態度は、その外観上の機会主義的不統一と理論構成の脆弱さ――これが聯合部判決による判例変更と理論統一化を招来したことは確かであるが――にも拘らず、各事案ごとの七二四条の適用について慎重かつ柔軟とすら評しうるのであり、聯合部判決の事案においても、大審院がここに一転して継続的不法行為一般を逐次進行論により一律規制する必要が果してあつたのか否か、問題なしとしない。

それでは、一般論として多数学説が提示し、聯合部判決が遂に採用した逐次進行論は、果して一般的妥当性を持つものであろうか。

判旨がその実質的論拠とする第一点として「当初其損害ノ発生ヲ知ルモ将来継続シテ損害ノ発生スルヤハ必スシモ之ヲ予想シ得ルトコロニアラス」と説くのはそれ自体誤りではないが、不法行為が如何に長く継続しても将来の損害発生が予想できないというのは、事実に反する。継続する損害全般の見通しは、個々の部分的損害の当初の認識で覆われるものではなく、それがどの時期にあつたかを確定することは事案により微妙かつ困難な仕事には違いないが、少くとも不法占拠のような形で侵害の対象が公然かつ明確に限定され、侵害態様が一様に持続して、損害もまた一律に増大堆加するような場合には相当期間経過後にこれが可能なことは、生活体験の教えるところである。(5)「必スシモ——予想シ得」ないとの説示は、予想し得た場合の解決を留保するものでしかない。

論拠の第二点として、加害行為廃止義務の違反により継続発生する損害をも「被害者ニ於テ当初ヨリ予想シ得ヘキモノト為スカ如キハ社会通念上当ヲ得」ないとの判示の表現は、義務違反という客観的評価と被害者の予想の有無の判定とを漠然と短絡させた嫌いがあり、その意味が判然としないけれども、およそ当初から義務違反が予想できないとの事実の蓋然性の意味ならば、加害行為廃止の義務違反が直ちに被害者の予想を妨げるとは限らないのだから、その当否が疑わしい説示であることは前記前田論説が指摘するとおりであろう。(6)

ただし、この判旨が、被害者の予想不能ないし困難が加害者の違法な態度・行為に帰因する場合に時効を進行せしめるべきではない、との意味であるならば、それ自体として正当な論旨ではあるが、その先決問題として被害者の予想不能ないし困難がまず確定されねばならず、ここではその確定基準が問われているのである。

論拠第三点は「不法行為ハ尚現ニ継続セラルルニ拘ラスソノ日々ニ発生スル損害ハ既ニ時効完成ノ為メ之カ賠償ヲ求ムルヲ得サル」こととなる不合理な結果は、たしかに有力な理由ではあるが、この結果が果して不合理か否かは、加害行為が継続する態様と、それに対応する被害者の態度如何とにかかるもので、多種多様な継続的不法行為全般について一律に不合理

と断定するのは危険なことと思われる。

権利者が不法占拠を長期にわたり放置しているような情況では、不法行為がなお現に継続しているに拘らず、占拠者に取得時効が進行し完成するにおよんで損害賠償請求権が否定されるのは自明のことである。判旨の論拠と占拠者側の取得時効の進行・完成とは、この場面で衝突せざを得ない。(7)

また「尚現ニ継続セラルル」不法行為が同一の不法行為である限りでは、継続終了時まで時効進行せずとするならば格別として、逐次の時効進行を認める判旨は、その範囲で部分的にもせよ不法行為継続中の時効完成を肯定するのだから、論拠第三点は、自説にとつてもまた双刃の剣となるであろう。

末川説のあげる、加害行為継続中における被害者の憤怒の情の持続・強化という理由も、加害継続の態様にかかるもので、時間経過とともに加害行為が不法の度を高め、あるいは損害が進行増大するような類型の不法行為については被害者感情の沈静が期待できないからこの理由が該るとしても、(8)固定・静止的な不法占拠状態の継続中一貫してかかる感情が持続するとは思われないし、元来一体不可分の被害感情が何故逐次に分断できるのかも疑問である。

長年月経過後に不法行為の要件に該当する事実の存否が不明瞭となるという証拠上の理由は、被害者の認識時を起算点とする短期時効の根拠としては元来薄弱であるが、(9)時間経過に伴つて益々立証困難は増大するのが通例であるから、これとは逆に提訴時から遡る三年間は常に時効完成せずとの逐次進行論の結論は、この理由からは到底支持できぬものであろう。

以上のような個々の論拠の妥当性にそれぞれ疑念があることは別として、逐次進行する時効という構成それ自体の原理的可能性は、継続流動する過程の中で切断された被害者の損害認識にかかるものであるが、この点についても問題は未解決といわなければならない。末川説においては時効進行が被害者の「逐次に知つて行く」認識に対応するのであるが、これは逐次進行する損害が可分的なことから逆に本来不可分の認識を逐次分断するもので畢竟擬制的性質を免れない点では、(10)薬師寺説

が継続する行為を各個同質の不法行為の集合連結にまで分解してしまう構成と大差がないであろう。(11)

ここで問われるべきことは、末川説にいわゆる「逐次に知つて行く」認識の仮構あるいは野田説にいわゆる継続発展する行為の時間的「凝化」が、継続不法行為一般の時効について、どの範囲までの合理性を保証できるのか、という課題である。(12) この逐次認識という仮説は元来、分断の論理であり継続状態が時々刻々に分断可能なものであることを予定し、しかも継続の起点と終点との両極における全体的統一的な認識が否定されるかぎりで、その合理性を保つものである。それ故にこの仮説が、まずその一方の極たる継続起点に立脚した当初一律進行論に対する批判から出発したことは不思議ではない。しかし他方の極すなわち継続の終点まで分断を許さぬような継続的不法行為の態様については、未だその合理性を検証されていないのである。この点を示唆するのは、近時一連の公害判例の事案が提起した継続的不法行為による進行性被害の問題である。

(1) 前掲第二章注(9)参照。

(2) この点で昭和一五年聯合部判決の判旨が一方で同一不法行為の継続（末川）を説く立場から支持される反面各個同質の不法行為の集合連結（薬師寺）と解する立場からも同調をみることになる。

(3) 前記第二章。

(4) 別訴による権利者の建物所有権確認の請求が、本件建物の占拠の損害賠償請求権の消滅時効あるいは土地所有権の取得時効の中断事由に該らないか否か疑問の余地を残す（判旨は中断事由につき控訴人の主張立証なしとする）とともに、不法行為成否未定の間に時効進行せずとする前記大正七年三月一五日大判との関連で、本判旨が被害者の当初損害認識時から直ちに時効進行を認めた点に問題がないわけではない。

(5) 前掲第三章注(10)板木評釈参照。

(6) 前掲・前田三頁。

(7) 前掲昭和一五年一月二五日東控判の事例における土地取得時効完成による土地占拠を理由とする損害賠償請求権の否定。

侵奪された不動産に取得時効が進行するような情況では、当初の侵害行為により刻印された不法占拠の違法性は、時日の経過とともに次第に減退するもので不法な状態が不法なまゝにいつまでも継続するわけではない。また占有訴権の規定下に扱われている損害賠償請求権（一九八、二〇〇）は実質上は不法行為の責任として一般に理解されているが、かかる占有侵害の責任について民法が妨害の止みたる時、工事着手時あるいは侵奪時より起算して一年という期間制限を設けている（二〇一）ことと対比すると、七二四条の短期時効が流動的起算点をもち常に最後の三年間は完成せずとする通説の扱いは奇

異な感を与える。

(8) 末川論文が、「かかる被害者の立場は、最初の損害を知つたことのみによつて、考慮さるべきではなく、依然として継続するところの不法行為に基づく最終の損害までも知つたことを参酌して考慮さるべき」（傍点筆者）ことを主張するかぎり、進行途中の認識を最終の全体的認識から切り離して独立の時効起算点と扱うことも無理なはずであるから、この発言は時効の逐次進行を論拠づけるものではなく、むしろ不法行為の終結まで時効進行に親しまない何等かの他の継続態様を想定しているように受取られる。

(9) 末川論文二八九頁以下はこの点を力説する。拙稿・前掲「時効起算点」一四〇頁。

特殊な事例として、不法行為開始の時点では損害の発生や因果関係・違法性の存否が不明で、不法行為が継続するにつれて次第にこれが明らかとなつて来るような場合にも、これが明確化するまでは当初の損害についても時効を進行させる理由がない反面、一旦明確化した時点以降では証拠上の事情は一般の不法行為の場合と異ならないであろう。

(10) 薬師寺説は逐次進行する時効のために継続する行為―請求権を個々独立に分断するのであるが、末川説は継続する行為の同一性―請求権の単一性を肯定しながら、被害者の認識を分断する。しかし例えば不法占拠の状態が各瞬時の占有奪取の集合でないのと同様に、被害者の認識は過去現在の損害の認知のみならず将来の損害の予見まで含む時間の幅を持つものであるから、これを機械的に分断して現実の認識が含む予見性の幅を一切否定することは、かなりに無理な擬制といわなければなるまい。その反面末川説（論文三〇〇頁）は、一回的不法行為により継続的に損害が発生する場合については、短期時効制度を活用する必要と実際上の便宜のために「客観的の標準による擬制」が要請されるとし、被害者が何らかの被害事実を知つたならば、被害者はその時に一般社会経験法則上その事実に関連して、予知しうべきはずと考えられる損害を全面的に知つたものだとして、その時から時効の進行を認めるべきであるとして予知を一般に擬制する。

(11) この点で前掲前田論説が、昭和一五年聯合部判決の「日ニ新ナル不法行為」という構成を評して、反覆と不断とを混同し比喩を事実と取違えた誤謬ありと非難しているのは、逐次進行説に内在する擬制的性格を鋭く指摘するものといえる。

(12) 加害行為が継続する流動的事態において、ある客観的かつ静止的な事実状態としての時効起算点を求めることが困難であること、そして流動発展する行為をある時点で静的に「凝化」することが擬制的性質を免れないことを、野田教授は適切に指摘されている。しかしこの凝化が教授の説かれるように単に時の流れの中の起点でしかなく、行為の客観的事実状態と連絡をもたないとしたならば、かかる凝化を起点とする時効にどのような意味があるかが疑問となるであろう。