

【判例研究】

採石権侵害の不法行為を理由とする損害賠償請求事件において、損害の発生を前提としながら、民法 248 条の適用について考慮することなく、損害の額を算定することができないとして請求を棄却した原審の判断に違法があるとされた事例

——最三小判平成 20 年 6 月 10 日裁判所時報 1461 号 15 頁⁽¹⁾——

畑 宏 樹

【事実の概要】

X（上告人）及びY（被上告人）は、いずれも採石業を目的とする会社である。Xは、平成7年7月20日当時、本件土地1ならびに本件土地2（以下、本件各土地）につき採石権を有していたところ、Yは同日から同月27日ころまでの間に本件各土地から岩石を採石した。Xは、平成7年7月27日、裁判所に対し、Yを債務者として本件各土地における採石の禁止等を求める仮処分を申し立てたところ、同仮処分命令申立事件において、同年8月8日、以下のような内容の和解（以下、本件和解）が成立した。

[本件和解]

ア 本件山林のうち、本件土地2を含む北側の一部（以下、甲地）についてはXに採石権があり、本件山林のうち甲地に接する本件土地1を含む南側の一部（以下、乙地）についてはYに採石権があることを確認する。

イ ただし、上記アの合意は、本件和解時までに発生した採石権の侵害等に基づく互いの損害についての賠償請求を妨げるものではない。

しかし、本件和解後の平成 8 年 4 月 2 日、Y は、本件土地 2 において採石を行った。

そこで X は、Y が、本件和解前の平成 7 年 7 月 20 日ころ本件各土地において採石をし、本件和解後の同年 9 月ころから平成 8 年 4 月ころまでの間に本件土地 2 ならびにその他の X が採石権を有する土地において採石をしたと主張して、採石権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求を提起した。

【裁判の流れ】

[原々審] 長崎地壱岐支判平成 12 年 3 月 9 日 (LEX/DB 文献番号 25420054)

[原 審] 福岡高判平成 17 年 10 月 14 日 (LEX/DB 文献番号 25420053)

X の Y に対する損害賠償請求のうち、本件土地 2 の採石権侵害に基づく請求につき、本件和解前及び本件和解後の採石行為に基づく損害として合計 547 万 0,320 円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で X の請求を認容したが、本件土地 1 における本件和解前の平成 7 年 7 月 20 日から同月 27 日ころまでの間の採石権侵害に基づく損害賠償については、以下のよう

に判示して、X の請求を棄却した。

「Y が本件土地 1 において本件和解前の平成 7 年 7 月 20 日から同月 27 日ころまでの間に採石した量については、本件和解後、Y が本件土地 1 を含む乙地につき採石権を取得し、実際に採石を行っており、Y が本件和解前に採石した量と、本件和解後に採石した量とを区別し得る明確な基準を見いだすことができない。したがって、本件和解前の本件土地についての Y による採石権侵害に基づく X の損害の額はこれを算定することができない。」

X は、原審の判断には、審理不尽・理由不備・釈明権不行使の違法がある

として、上告受理申立てを行い、上告が受理された。

【判 旨】

本件土地 1 の採石権侵害に基づく損害賠償請求部分につき、破棄差戻し。

「前記事実関係によれば、上告人〔X：評者注〕は本件和解前には本件土地 1 についても採石権を有していたところ、被上告会社〔Y：評者注〕は、本件和解前の平成 7 年 7 月 20 日から同月 27 日ころまでの間に、本件土地 1 の岩石を採石したというのであるから、上記採石行為により上告人に損害が発生したことは明らかである。そして、被上告会社が上記採石行為により本件土地 1 において採石した量と、本件和解後に被上告会社が採石権に基づき同土地において採石した量とを明確に区別することができず、損害額の立証が極めて困難であったとしても、民訴法 248 条により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額が認定されなければならない。そうすると、被上告会社の上記採石行為によって上告人に損害が発生したことを前提としながら、それにより生じた損害の額を算定することができないとして、上告人の本件土地 1 の採石権侵害に基づく損害賠償請求を棄却した原審の上記判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」〔※下線は評者で施した〕

【評 釈】

本件土地 1 における採石権の侵害による損害額の認定につき、民訴 248 条の適用対象事案であることを認めた部分については賛成できる。また、民訴 248 条を適用すべき義務が事実審裁判所にあるかのように判示した部分については、同条の適用対象範囲の明確化ということを条件に賛成する。

1. 問題の所在

民訴 248 条は、損害の発生が認められることを前提にその損害額の立証が極

めて困難である場合には、裁判所が相当な損害額を認定することができる旨を定めているが、これは平成 8 年の現行民事訴訟法制定の際に新たに設けられた規定である。同法制定後間もない頃の同条をめぐる議論状況は、主として同条の法的性質論に関するものであったといえるが、その一方で、実際の裁判例においては法的性質論を特に問題とすることなく同条を適用する事例が多くみられるようになってきた。そこで、学説においても、次第に同条の適用対象とされる事案の類型化が試みられるようになっていくが、さらに最近の裁判例においては、同条の適用義務といったところにまで問題関心が進んできているかのように思われる。

本件も、民訴 248 条の適用対象事案と判断される事案に対しては、裁判所に同条を適用すべき義務があるかのような言い回しをしており、最高裁としてかかる法理をより一般化させる傾向に拍車をかけるものといえるが、学説上この問題に関して直接言及したような文献等の類はあまり見られず、本件判決を契機としてこの問題についての考察を加えることの必要性を感じた次第である。

2. 民訴 248 条に関するこれまでの議論状況

本稿における問題意識についての考察を進める前提として、まず、民訴 248 条に関するこれまでの議論状況（同条の意義・趣旨、法的性質論）について簡単に整理しておく。

（1）民訴 248 条の意義・趣旨

民訴 248 条は、損害が生じたことは認定されるが、損害の性質上その額を立証することが極めて困難なときには、裁判所は、口頭弁論の全趣旨・証拠調べの結果に基づいて相当な損害額を認定することができる旨を定めている。

先にも述べたとおり、この規定は、平成 8 年の現行民事訴訟法制定の際に新たに

設けられた規定であるが、その趣旨については、損害賠償請求訴訟においては、損害の発生と具体的損害額については原告側に証明責任が課せられているところ、前者について立証が成功したとしても、後者についての立証が効を奏しない場合には、請求は棄却されることとなる。かかる不都合を避け被害者救済の実効性を高めるべく本条が創設されたとされている⁽²⁾。

(2) 民訴 248 条の法的性質

民訴 248 条の法的性質の理解に関しては、証明度軽減説と裁量評価説（自由裁量説）という 2 つの立場に大別される。

証明度軽減説⁽³⁾とは、民事訴訟における事実認定には、原則的証明度（高度の蓋然性）が必要であるが、民訴 248 条は、同 247 条の自由心証主義の例外をなし、認定すべき事実の性質上、認定のために必要とされる証明度を一定の範囲で軽減したものとする見解である。この立場は、損害額の認定は、損害発生との認定と同様にあくまでも事実証明の問題であり、通常的事実証明の場合と同じ証拠による事実認定の対象となるという理解を前提とするものである。

これに対し、裁量評価説（自由裁量説）⁽⁴⁾とは、損害立証の基礎となる事実については通常証明度を要求するが、民訴 248 条は、損害額の認定については裁判所による裁量評価を許容したものと理解する見解である。この立場は、損害額の認定は、自由心証主義が支配する事実認定の問題ではなく、証拠によって認められた「損害」の金銭的評価の問題であるという理解を前提とするものである。

証明度軽減説は、事実認定についての自由心証主義を規律する民訴 247 条の次条に同条が置かれている（民訴 247 条の例外を規律した）といった形式的理由に加え、同条の適用範囲について、損害額だけではなく損害の発生についても同条の類推適用の余地を見いだせる（本条の母法国立法であるドイツ民訴 287 条は、損害発生的事实についても裁判所による裁量的認定を認めている⁽⁵⁾）といったメリッ

トがある⁽⁶⁾、といったことを根拠とするが、他方で、証明度軽減の下限が明らかにされておらず、仮に優越的蓋然性を下限としても、優越的蓋然性をわずかでも下回れば一転して損害額はゼロと認定せざるを得ないこととなり、被害者救済の視点からはかかる結論は不当である、といった批判がこの説に対してはあげられる⁽⁷⁾。

これに対し、裁量評価説（自由裁量説）は、民訴 248 条の立法過程においてかかる規律の必要性の例としてあげられていた精神的損害である慰謝料や将来の逸失利益の算定につき、旧法下の裁判例においても裁判所の裁量評価に委ねられてきたこととの平仄・連続性を保ちうる（かかる理解をするところにおいては、民訴 248 条は単なる確認規定ということになる）といった理由⁽⁸⁾に加え、証明度軽減説に対してあげられる上述のような問題点を解消しようといったメリットがある、といったことを根拠とするが、損害額の認定を事実認定の問題から外すことができるとすることに対する疑問や、損害額の認定が極めて困難な場合に何故に突如として判断構造が裁判所の裁量的なものに変化するのかといった疑問⁽⁹⁾が、この説に対してはあげられている。

以上のような法的性質をめぐる議論の実益については、証明度軽減説、裁量評価説（自由裁量説）のいずれの立場に立っても、損害額について被害者である原告は立証の努力を払わなくても良いというわけではなく（立証の努力を通じて立証の困難性が明らかになる）、結論において実際上の差異は生じないとする指摘⁽¹⁰⁾がある一方、民訴 248 条の適用の対象となるべき事案の範囲の広狭については違いをもたらす可能性もあり（詳細は後述 3 (2) のとおりであるが、大雑把には裁量評価説（自由裁量説）のほうが適用範囲が広まると考えられる）、この議論の質的な対立は、同条を積極的に活用すべきか、安易に同条を利用する結果生じる不都合⁽¹¹⁾から同条の利用を制限的に考えるべきか、という価値判断の相違に集約されているといった指摘⁽¹²⁾もなされている。

なお、民訴 248 条の法的性質論をめぐるのは上述の 2 説のほかにも、いわゆる

る証明度軽減法理は、原則的証明度（高度の蓋然性）にこそ達してはいないが要証事実について一定程度の心証が形成されることを前提とするが、民訴 248 条の適用は、そのような場合に限らず損害額について一定程度の心証が形成されない場合でも、なお裁判所の自由な判断によって相当な損害額の認定が許されるとする見解（折衷説⁽¹³⁾）や、同条の適用類型に応じて証明度の軽減として働く場合もあれば、裁判所への裁量権の付与として働く場合もあるとする見解⁽¹⁴⁾、手続過程のなかで、活用できる証拠方法と適用可能な経験則の種類や程度に応じて、証明度軽減の要請が高くなればなるほど裁量の余地が増大し、逆に証明度軽減の要請が低くなるほど裁量の余地が減少するという現象が生じるとする見解（救済規範説⁽¹⁵⁾）などが唱えられている。

3. 民訴 248 条の適用要件・適用対象事案

(1) 適用要件

民訴 248 条の適用要件は、①「損害が発生したことが認められること」と、②「損害の性質上その額を立証することが極めて困難であること」の 2 点である。①の要件である損害の発生自体については、被害者である原告において立証する必要がある。他方、②の要件については、損害の客観的な性質上具体的な損害額を証拠によって立証することが困難な場合を意味するものと一般には解されているが⁽¹⁶⁾、いかなる場合にこの要件を充足したと判断されるのか事案類型によって異なってくることから、一律な定義付けを試みるよりはむしろ、同条の適用の有無が問題となりうる事案ごとに（とりわけ過去の裁判例を参考としつつ）類型化を図ったうえで、同条の適用の当否を検討しようとするのが近時の傾向といえる。

(2) 適用対象事案の類型化

上記②の要件がいかなる場合に充足されるかその事案の類型化の着眼点については、Ⅰ．損害額算定の基礎となる事実について類型化を試みるアプローチ⁽¹⁷⁾と、Ⅱ．損害の類型に応じた類型化を試みるアプローチ⁽¹⁸⁾とがこれまでに表明されている。

Ⅰのアプローチは、損害額算定の基礎となる事実を、①通常の証明方法で証拠により確定できる事実、②証拠によって確定できる性質のものではない事実、③通常の証明方法による立証で確定することも可能であるが、性質上常に困難がともなうため代替的証明方法等による立証も考えられる事実、④不確定要素や仮定的要素があって不確実性が大きい事実、⑤代替的証明方法等による立証も考えられるが、当該事案において確定するには費用・時間のコストが見合わない事実、という5つのカテゴリーにまず分類する。そのうえで、まず①については、当然に民訴 248 条の適用を考える必要はないとする。ついで②については、慰謝料（精神的損害）のようにもともと法的評価にかかわり自由心証主義の枠外とされるものが想定されること、これについて本条の適用対象とすべきか否かについては意見が分かれるとする（証明度軽減説の立場からは適用対象外とされやすい⁽¹⁹⁾のに対し、裁量評価説（自由裁量説）の立場からは当然に適用対象内ということになるものと思われる）。③については、通常の証明方法による立証も可能であるが、そのような立証は社会的に相当とは言えないため、より立証の容易な証明方法（多くは、定額的・累計的・統計的算定を用い、「少なくともこれぐらいの損害は認められる」という「低額化」を伴う）に代替させることが認められる（裁判例においてもこの類型につき民訴 248 条が適用された例がみられる。東京地判平成 11 年 8 月 31 日判時 1687 号 39 頁〔家財焼失〕、東京地判平成 14 年 4 月 22 日判時 1801 号 97 頁〔所有する残置動産類の違法廃棄〕）が、低額化によって心証が高度の蓋然性にまで到達すると認められる限り、証明度軽減や裁量の問題ではなく、証拠方法との関係で証明度の相対性を認める折衷説のような理解によっ

て民訴 248 条の適用対象事例とみることが可能であるとの指摘もある。④については、立証軽減の要請が大きく、裁判例も談合事件をはじめこの類型が比較的多い（東京高判平成 10 年 4 月 22 日判時 1646 号 71 頁〔課税繰延べ機会の喪失〕、東京地判平成 10 年 9 月 18 日判タ 1002 号 202 頁〔相続税の節税機会の喪失〕、最判平成 18 年 1 月 24 日裁時 1404 号 28 頁〔特許権を目的とする質権取得機会の喪失〕など）。死亡幼児の逸失利益等の算定もこの類型に属する。最後に⑤については、損害の性質上常に立証困難というわけではないことから、せいぜい本条の類推適用の可否の問題となるとされる。

他方、Ⅱのアプローチは、民訴 248 条の適用が問題となった従来の裁判例を損害の類型に着目して分類を試みるものであり、①慰謝料型、②無形損害型、③逸失利益型、④将来予測型、⑤減失動産型の 5 つに分類する。①については、証明度軽減説に立つ論者からは、精神的損害の価値を証拠によって認定することは不可能であり、慰謝料の算定はもっぱら裁判所の裁量評価に委ねられたものであるとして、民訴 248 条の適用対象ではないとされる⁽²⁰⁾。これに対し、裁量評価説（自由裁量説）の立場からは、これが同条の適用対象となることは当然のこととされる。なお、裁判例においては、典型的な慰謝料の認定に同条が正面から適用された例は見られない（その理由としては、慰謝料については、同条制定前から裁判所の裁量評価による認定が認められてきたため、同条制定後も、同条を取り立てて用いることなく裁量評価を行うことが多いためではないか、との推測がなされている⁽²¹⁾）。②については、無形損害（例として、競業避止義務違反による社会的・経済的信用の減少⁽²²⁾など）とは、全損害から有形損害を除いたものを指すことから慰謝料と同じく考えることができるとされる。③については、証明度軽減説に立つ論者の考え方は一様でないのに対し、裁量評価説（自由裁量説）では当然に民訴 248 条の適用対象になりうる、とされる⁽²³⁾。④の類型は、Ⅰのアプローチの④の類型にほぼ相当するものであるが、このような場合には、統計資料を含む損害額算定のための証拠がほとんど存在しないことが多く、証拠から一応

の心証を得ることすらできないため、証明度軽減説に立つ場合には民訴 248 条の適用対象とはなりにくい、といった指摘がなされている⁽²⁴⁾が、この点については、証明度軽減説に立ったとしても、いかなる代替的証明方法を用いて算定しても裁判官がその算定額に高度の蓋然性を認識するに至るとみることが難しい場合には、損害額を高度の蓋然性に至らずとも証明度を軽減して認定することを認めたのが民訴 248 条である、との説明も成り立ちうるところである⁽²⁵⁾。⑤の類型は、I のアプローチの③の類型と重なる部分が多いが、この場合にも、代替的な証明方法によるのは滅失動産に関する直接的な証拠とは言えず、このような手法を証明度軽減説から正当化することは困難である、との指摘がある⁽²⁶⁾が、代替的な証明方法による心証形成を認めることをもって証明度を軽減したと言いうるかとも思える。

4. 民訴 248 条の適用は裁判所の義務か？

3(2)で検討したように民訴 248 条の適用対象事案と判断される事件かどうかの判断については、一概に結論を導き出しがたいものであることが分かってきたが、仮に、裁判所が同条の適用対象事案と判断するところにおいては、裁判所は必ず同条を適用すべき義務を負うものであろうか。同条はあくまでも、「相当な損害額を認定することができる。」と規定していることから、このような疑問が生じる。

学説上ではこの問題を直接論じたものはほとんど見られないが、本件ならびに本件に先立つ最判平成 18 年 1 月 24 日（裁時 1404 号 28 頁）⁽²⁷⁾においては、あたかも民訴 248 条適用義務なるものが裁判所には課せられているかのような言い回しをしている。そこでまず、最高裁平成 18 年判決を簡単に見ておく。

【事実の概要】

金融機関である X は、F 社に対し 3 億 6,000 万円を貸し付け（本件債権）、その担保として F 社の有する特許権（本件特許権）を目的とする質権（本件質権）の設定を受けた。本件質権は、平成 9 年 9 月 2 日に特許庁長官に設定登録が申請され、翌 3 日に受け付けられたが、その後同年 12 月 1 日まで登録がなされなかった。他方で F 社は、本件質権の申請に先立つ平成 9 年 8 月 31 日に本件特許権を I 社に譲渡しており、これについては、同年 9 月 12 日の移転登録申請、同月 16 日の受付を経て、同年 11 月 17 日にその登録がなされた。その後本件特許権は、関連発明等とともに I 社から M 社に 4 億円で譲渡され、その移転登録は平成 10 年 2 月 23 日になされた。

本件質権については、平成 9 年 12 月 1 日に、登録年月日を同年 11 月 17 日とする登録がなされたが、その後二度に渡って特許庁による職権更正がなされ、最終的に本件質権の登録年月日は平成 10 年 5 月 15 日（I 社から M 社に対する本件特許権移転登録の後）とされた。その後 M 社より本件質権設定登録の抹消登録手続を求める訴えが提起され、本件質権設定登録は同年 10 月 8 日に抹消された。

F 社は、平成 10 年 3 月 23 日に 2 度目の手形不渡りを出して銀行取引停止処分を受け、これにより F 社は本件債権について期限の利益を喪失した。しかしながら、本件質権についてはすでに登録が抹消されていたために、本件質権による本件債権の回収は不可能となっていた。X は、このような事態が生じたのは、特許庁の担当職員の過失によって本件質権の登録申請および受付に後れて登録申請および受付がされた本件特許権の第三者への移転登録が先になされたためであるとして、Y（国）に対して被担保債権額である 3 億 6,000 万円の損害賠償を求める訴えを提起した。

原審（東京高判平成 16 年 12 月 8 日金判 1208 号 19 頁）は、I 社と M 社の間の売買契約当時、仮に本件特許権に本件質権が設定登録されていたならば、M 社が

本件特許権等を買受けるまでに至っていたか否かについては疑問が残るとしたうえで、仮に本件質権登録がM社への移転登録に先立って經由されていたとした場合、本件特許権等についての売買契約が本件同様に成立し、かつ、本件質権登録を抹消するために、売買代金のうち3億円もしくは相当額がXに交付される旨の合意が成立したものと認定し難く、Xが本件質権に基づいてその被担保債権の弁済を受けることが可能であったともいい難いとして、Xに現実的に損害が発生したものと認めることはできないと判示し、Xの請求を斥けた。

X上告受理申立て、上告受理。

【判 旨】 原判決破棄・差戻し

「以上によれば、上告人〔X：評者注〕には特許庁の担当職員の過失により本件質権を取得することができなかったことにより損害が発生したというべきであるから、その損害額が認定されなければならず、仮に損害額の立証が極めて困難であったとしても、民訴法 248 条により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額が認定されなければならない。ところが、原審は、(中略)本件質権設定登録を抹消するために上告人に相当額が交付されるに至ったものとは認定し難いとして、本件質権を取得することができなかったことによる損害の発生を否定したのであるから、原審の上記判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。(中略)そして、本件については、損害額の認定等につき更に審理を尽くさせる必要があるから、本件を原審に差し戻すこととする。」〔※下線は評者で施した〕

【コメント】

最高裁平成 18 年判決は、判旨の下線部にも見られるように、あたかも民訴 248 条の適用義務が裁判所に課せられているかの言い回しをしているが、厳密には、同事件において最高裁は、損害の発生自体が認められないとして請求を

棄却した原判決について、損害の発生が認められるとして破棄したのであって、本来であれば経験則違反等を理由に差し戻しをすれば十分であった事件といえ、損害額の算定方法を判示し、かつ損害額の立証が極めて困難であった場合に備えて民訴 248 条の適用まで示唆したのは、言うなれば最高裁の親切心によるものといえる。その意味においては、この裁判例をあげて、民訴 248 条適用につき裁判所の義務と判示した先例として位置づけるのは適切ではないと言えるかもしれない⁽²⁸⁾。

他方、本件では、原審においても損害の発生自体は認められており、そのうえで Y による採石権侵害に基づく X の損害の額はこれを算定することができない、と判示した部分に対して、最高裁が「損害額の立証が極めて困難であったとしても、民訴法 248 条により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額が認定されなければならない」と判示したものであることから、本件のほうが民訴 248 条適用についての裁判所の義務をより明確に判示したものといえる⁽²⁹⁾。

いずれにせよ、最高裁の判示を通じて、損害の発生が認められると判断されるにもかかわらず、損害額の立証が極めて困難であると認められる場合には、裁判所（事実審裁判所）には民訴 248 条を適用して相当な損害額を認定する義務がある、といった判例法理が形成されつつあるように思われる。

5. 考 察

(1) 本件は民訴 248 条の適用対象事案か？

本件では、X が採石権を有する本件土地 1 において本件和解前の平成 7 年 7 月 20 日から同月 27 日ころまでの間の Y による採石行為に基因する損害の発生自体は認められるものの、その採石量につき、本件和解後において、Y が本件土地 1 を含む乙地につき採石権を取得し実際に採石を行っていたために、Y が

本件和解前に採石した量と本件和解後に採石した量とを区別することが事実上困難になってしまったという事情があり、このような場合が果たして「損害の性質上その額を立証することが極めて困難」な場合にあたるといえるかがまずは問題となる。即ち、上述 3 (1) のように、民訴 248 条の適用要件のうち「損害の性質上その額を立証することが極めて困難」かどうかは、損害の客観的な性質上具体的な損害額を証拠によって立証することが困難な場合を意味すると一般には解されていることとの関係からこの点が問題となってくるのである。

この点については、従来より試みられてきた立証困難とされる事案のいかなる類型に、本件は該当するのかという点から検討を進めることが有益と思われるが、本件のような事案が上述 3 (2) に示した適用対象事案のタイプのいずれに該当するものかについては、実はその分類が難しい。あえてあてはめを試みるならば、Ⅰの③（採石量を直接立証するのではなく代替的証拠により立証がなされた）ととらえると）ならびにⅡの⑤（滅失動産）に該当するものといえようか。仮に、この分類が適切なものであるとすると、かかる類型において民訴 248 条が適用された裁判例はこれまでに多く見られるところであり⁽³⁰⁾、そのような面からは、本件で同条の適用対象とされた判断は是認されるともいえよう。もっとも、評者としては、本件は、従来のいずれの類型にも該当しない新たな類型——すなわち、滅失動産型の事案ではあるが、代替的証拠によって立証が試みられたものではなく、損害についての直接的な証拠により立証がなされ、単にそれが原則的証明度（高度の蓋然性）に達しなかった事案⁽³¹⁾——であったと考えており、本件における立証の困難性は、あくまでも本件事案の個別事情に起因するものであったと考えている。

ただ、本件においては、このような立証の困難性を生じさせた原因は X にはなく、それにもかかわらず、X としては、原審において、X の主張する Y の採石行為前の採石場（崖）の状態を示した写真（航空写真を含む）と採石行為後の採石場（崖）の状態を示した写真（航空写真を含む）とを見比べ実際に崩された

崖の状態から採石量を主張立証する、Y の使用したダイナマイトの量から経験的に採石されたと推測される量を主張立証する等、損害額についての立証に相当の努力を払った跡が認められることからすると、かかる場合に民訴 248 条の適用を認めた本件最高裁判決の結論自体は是認されるところである⁽³²⁾。その意味では、本判最高裁判決は、民訴 248 条の適用要件である「損害の性質上その額を立証することが極めて困難」の意味につき、損害類型の客観的な性質上損害額の立証が困難な場合に限定せず、さらに進めて個別事情を考慮したうえで同条の適用の余地を認めるという立場に立ったものと理解することができよう⁽³³⁾。

なお、本件最高裁判決が、民訴 248 条の法的性質論につき、証明度軽減説を採用したものか裁量評価説（自由裁量説）を採用したものかについては、評価が分かれるものと思われる⁽³⁴⁾。この点の詳細についてはここでは深くは立ち入らないが、本件においては、X は損害額についての立証に相当に努めた形跡が看取され、これにより裁判所としても損害額の立証については一定の心証が得られるものと思われる。ただ、これが原則的証明度（高度の蓋然性）に達していなかったというのであれば、原審裁判所としては、まさに民訴 248 条により相当な損害額を認定すべきであったといえよう。このように本件は、証明度軽減説に立脚したとしても、同条の適用の余地を十分に見いだせる事案であったといえる。

（2）民訴 248 条適用義務について

すでに 4 において述べたように、最高裁平成 18 年判決は、民訴 248 条の適用を裁判所の義務としたとまでいえるかにつき疑わしいところもあるが、本件では、原審が損害の発生自体を認定しておきながら民訴 248 条を適用しなかったことについての違法を最高裁としては問題視しており、本件において裁判所の民訴 248 条適用義務がより明確に示されたといえる。このような判例法理に

対しては、そもそも同条の適用は裁判所の義務なのか、といった素朴な疑問が、とりわけ同条の文言（「相当な損害額を認定することができる。」）との関係から浮かび上がってくるところであり、仮に適用義務なる概念を肯定するとしてもその理論的根拠が提示されるべきと考えられる。

条文の文言という形式面との関係では、釈明（民訴 149 条 1 項）に関する議論が一つの参考になるかもしれない。すなわち、釈明も文言上は「当事者に対し問いを發し、又は立証を促すことができる」と規定されており、これはあたかも裁判所に釈明の権限を認めたものと読みとることができるものの、弁論主義の内包する制度的欠点を補完する必要から、学説・判例（とりわけ昭和 40 年代以降）の展開によりこれが次第に義務化していったものであり、このような「釈明権から釈明義務へ」という傾向は今日ではむしろ当然視されている。この議論を参考とするならば、被害者救済の実効性をより高めるという必要から、民訴 248 条も裁判所の裁量的権限から適用義務へ、という流れもまた是認しうるものかもしれない。

もっとも、釈明の場合にはあくまでも弁論主義を補完するものであって、その行使が裁判の勝敗には直結しない可能性があるのに対し、民訴 248 条の場合にはその適用を義務化することによって訴訟の結果に直結するものである（棄却→認容）という点において違いもあり、民訴 248 条を義務化する場合のほうが結論に対するインパクトがより大きいということも意識しておく必要はある。また、釈明に関する議論においても、近時では行き過ぎた釈明に対しては当事者の裁判所への「もたれかかり」を助長することになるなどの問題点⁽³⁵⁾も指摘されており、その意味合いにおいては、同じく民訴 248 条を義務化した場合にも、当事者の甘やかし（当事者の立証活動の怠慢）を誘発することになりはしないかといった懸念も生じるところである。ただ、この点については、証明度軽減説、裁量評価説（自由裁量説）のいずれの立場に立っても、損害額について被害者である原告は立証の努力を払わなくても良いというわけでなく、立

証の努力を通じて立証の困難性が明らかになると解されている⁽³⁶⁾(もっとも、評者としては、同条の適用に際し立証の努力が尽くされたことという前提は証明度軽減説の立場からのほうが説明しやすいと考えている)ことから、あまり問題視する必要はないとも思われる。

むしろ、民訴 248 条の適用を裁判所の義務とする判例法理が確固たるものとして形成されていくのであれば、同条の適用対象事案とおぼしき事案について、事実審において同条が適用されなかった場合の救済(不服申立て)がより容易になる(判例違反を理由とする上告受理申立て理由(民訴 318 条)としやすい)といったメリットは見いだせる。しかしながら、このことは反面、上級審での破棄をおそれるばかりに、下級審において同条の安易な適用(適用対象事案と思われないような事案に対する同条の適用)を誘発する危険があることも自覚しておく必要はある。かかる危険を招来しないためにも、同条の適用対象事案の明確化・類型化がより一層求められることにもなる。さらなる裁判例の集積を待ちつつも、かつて、中野貞一郎教授が、裁判所に積極的釈明義務が課されるべき場合の範囲を明らかにするに際し、多面的な利益衡量の必要性を説き、過去の裁判例を手がかりとしながら衡量されるべきファクター(①勝敗転換の蓋然性、②当事者の申立て・主張における法的構成の当否、③釈明権の行使を待たずに適切な申立て・主張等を行うことを当事者に期待できるか(当事者の期待可能性)、④釈明を行うことが当事者間の公平を著しく害することになるか、⑤その他、根本的な紛争解決(再訴の防止)の実現、釈明による訴訟遅延など)の析出を試みられた⁽³⁷⁾ことを参考としつつ、民訴 248 条が適用されるべき事案についても、過去の裁判例からその適用を正当化しうるファクターを抽出するといった(従来の適用対象事案の類型化のアプローチとは異なる)作業も今後は必要になってくるものと思われる。この点については、今後の課題としたい⁽³⁸⁾。

以 上

[追記] 本稿は、明治学院大学法律科学研究所主催の 2008 年度共同研究において評者が報告した内容に加筆・修正を施したものである。また、本稿執筆に際しては、本件において上告代理人を務められた埴信一弁護士より裁判資料の提供を頂いた。ここに記して謝意を表する。

注

- (1) 本判決については、加藤新太郎「民訴 248 条による相当な損害額の認定」『平成 20 年度重要判例解説』（有斐閣・2009）151 頁以下、越山和広「判批」『速報判例解説 vol. 4』（日本評論社・2009）119 頁以下、上田竹志「判批」法セミ 651 号 124 頁（2009）などの評釈がすでに公表されており、本稿執筆に際しても参考とさせていただいた。
- (2) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会・1996）287 頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第 3 版 3 訂版〕』（有斐閣・2008）322 頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第 4 版〕』（弘文堂・2008）531 以下、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第 5 版〕』（弘文堂・2008）390 頁〔松本〕、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第 2 版補訂 2 版〕』（有斐閣・2008）362～363 頁〔青山善充〕など参照。
- (3) 立法担当者による説明はこの立場である（法務省民事局参事官室編・前掲注（2）287 頁）。学説上、この立場に与するものとして、中野貞一郎『解説新民事訴訟法』59 頁（有斐閣・1995）、山本克己「自由心証主義と損害額の認定」竹下守夫編集代表『講座新民事訴訟法Ⅱ』（弘文堂・1999）318 頁、石川明「新民事訴訟法 248 条覚書」判タ 992 号 74 頁（1999）、松本＝上野・前掲注（2）390 頁〔松本〕、中野ほか編・前掲注（2）362 頁〔青山〕、畑郁夫「新民事訴訟法 248 条について」『改革期の民事手続法〔原井古稀〕』（法律文化社・2000）505 頁など。
- (4) 春日偉知郎「『相当な損害額』の認定」ジュリ 1098 号 74 頁（1996）、坂本恵三「判決③—損害賠償額の認定」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系（3）』（青林書院・1997）275 頁、伊藤眞＝加藤新太郎編『〔判例から学ぶ〕民事事実認定』（有斐閣・2006）257 頁以下〔三木浩一〕、三木浩一「民事訴訟法 248 条の意義と機能」『民事紛争と手続理論の現在〔井上追悼〕』（法律文化社・2008）416 頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法・下〔補訂版〕』（有斐閣・2006）51 頁など。
- (5) ドイツ民事訴訟法 287 条 1 項 1 文「損害が発生したか否か、及び損害額又は賠償すべき利益の額がいくらかにつき当事者間で争いがあるときは、裁判所はこれに関し、すべての事情を評価して、自由な心証をもって裁判する。」条文訳については、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会・1993）88 頁による。

- (6) 畑・前掲注(3) 507 頁。これに対し、同じく証明度軽減説に立つ青山教授は、損害の発生や因果関係の立証については同条は類推適用されない、とする(中野ほか編・前掲注(2) 362 頁〔青山〕)。
 - (7) 証明度軽減説に対する批判の詳細については、三木・前掲注(4) 416 頁以下参照。
 - (8) 坂本・前掲注(4) 275 頁など。なお、立法過程においてはかかる説明がなされていた時期もあった(法務省民事局参事官室『民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明』(1993) 53 頁参照)。
 - (9) 川嶋四郎「判批」法セミ 52 卷 2 号 121 頁(2007) 参照。
 - (10) 中野ほか編・前掲注(2) 362 頁〔青山〕、伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選〔第 3 版〕』(有斐閣・2003) 143 頁〔勅使川原和彦〕など。
 - (11) 伊藤滋夫「民事訴訟法二四八条の定める『相当な損害額の認定』(下・完)」判時 1796 号 3 頁(2002) は、「裁判所にとっては、ほとんど根拠を示さないで損害の額の認定ができるので、『やり易い』ということで一見歓迎すべきことのように思われるかもしれないが、長い目で見れば、損害の額に関する当事者の主張立証活動が不活発になってその点に関する真実が分かりにくくなり、裁判所も手探りで推測による判断を強いられるような事態が増加することになって困る」とする。
 - (12) 樋口正樹「民訴法 248 条をめぐる裁判例と問題点」判タ 1148 号 28 頁(2004)。
 - (13) 伊藤眞「損害賠償の認定」『改革期の民事手続法〔原井古稀〕』(法律文化社・2000) 69 頁、同・前掲注(2) 323 頁、岡田幸宏「損害額の認定」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』(有斐閣・2009) 177 頁など。
 - (14) 樋口・前掲注(12) 28 頁。
 - (15) 川嶋・前掲注(9) 121 頁。
 - (16) 門口正人編集代表『民事証拠法大系第 1 卷』(青林書院・2006) 312 頁〔新谷晋司＝吉岡大地〕は、事件類型ごとにその客観的な性質から証明の困難性を決定すべきであって、個別事案の特殊性を顧慮すべきではないとする。同様に、伊藤滋夫「民事訴訟法二四八条の定める『相当な損害額の認定』(上)」判時 1792 号 4 頁(2002) も、たまたま当該事案において困難であるにとどまる場合にはこの要件を充たさないとする。
- 他方、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法 2〔第 3 版〕』(日本評論社・2007) 279 頁〔奈良次郎〕は、被害者の幅広い救済という視点から民訴 248 条の幅広い適用を認めるべく、個別的・具体的事案の下での困難性と解する。
- (17) 伊藤ほか編・前掲注(10) 143 頁〔勅使川原〕、伊藤・前掲注(11) 4 頁以下など参照。
 - (18) 三木・前掲注(4) 418 頁以下、樋口・前掲注(12) 23 頁以下、越山・前掲注(1) 121 頁など参照。高橋・前掲注(4) 52 頁以下や岡田・前掲注(13) 176 頁以下も

同様の視点に立つものといえる。

- (19) もっとも立法担当者の説明では、証明度軽減説に立ちつつも、民訴 248 条が適用される具体例として慰謝料があげられており(法務省民事局参事官室編・前掲注(2) 288 頁)、理論の一貫性という見地からは疑問が残る。
- (20) 山本・前掲注(3) 310 頁参照。なお、前掲注(19)に注意されたい。
- (21) 三木・前掲注(4) 419 頁参照。なお、典型的な慰謝料請求事件ではないが同条の趣旨を援用するものとして、広島地判平成 11 年 2 月 24 日判タ 1023 号 212 頁、東京地判平成 20 年 4 月 28 日判タ 1275 号 329 頁など参照。
- (22) 大阪高判平成 10 年 5 月 29 日判時 1686 号 117 頁。
- (23) 詳細については、三木・前掲注(4) 420 頁参照。
- (24) 三木・前掲注(4) 422 頁参照。これに対し、さらに三木教授は、裁量評価説(自由裁量説)の立場からは、まさに民訴 248 条の適用対象となりうる、とされる。
- (25) 伊藤ほか編・前掲注(10) 143 頁〔勅使川原〕参照。
- (26) 三木・前掲注(4) 424 頁参照。
- (27) 同最判の民事訴訟法上の問題点を評釈したものとして、川嶋・前掲注(9) 121 頁、濱田陽子「民事手続判例研究」法政研究 73 巻 4 号 173 頁以下(2007)等がある。
- (28) 以上については、濱田・前掲注(27) 830 頁の考察に負う。なお、そのせいもあってか、本件における上告受理申立て理由においては、民訴 248 条の適用に関する法令違反ないし判例違反の主張はなされていない。
- (29) 同様の評価をするものとして、越山・前掲注(1) 120 頁、上田・前掲注(1) 124 頁など。
- (30) 東京地判平成 11 年 8 月 31 日判時 1687 号 39 頁、東京地判平成 14 年 4 月 22 日判時 1801 号 97 頁、東京地判平成 15 年 7 月 1 日判タ 1157 号 195 頁、大阪地判平成 15 年 10 月 3 日判タ 1153 号 254 頁など。
- (31) 伊藤・前掲注(13) 63 頁も、減失動産型の類型において、証明手段の不足による証明度軽減の必要性を説く。
- (32) 越山・前掲注(1) 121 頁も同旨。加藤・前掲注(1) 152 頁は、本件が民訴 248 条の適用となることについては、むしろこれを当然視している。
- (33) 越山・前掲注(1) 121 頁、上田・前掲注(1) 124 頁も、本件最高裁判決につき評者と同様の評価する。
- (34) 加藤・前掲注(1) は、本件最高裁判決は裁量評価説(自由裁量説)を前提にしているとする。越山・前掲注(1) 122 頁は、本件最高裁判決は裁量評価説(自由裁量説)に立脚していると解することもできるとしたうえで、その理由の一つとして、本件最高裁が、民訴 248 条の適用を怠った場合について、判決に影響を及ぼすべき法令違反として原判決を破棄した事例であるという点をあげられるが、

このことは他方で、損害額の認定はやはり事実認定の問題であるからこそ本件最高裁は事件を原審に差し戻したのではないかとも考えられるところである。

なお、最高裁平成 18 年判決につき、濱田・前掲注 (27) 830 頁は証明度軽減説に親和的とする。

- (35) このような問題意識を浮き彫りにした最近の裁判例として、最判平成 17 年 7 月 14 日裁時 1391 号 12 頁がある。園田賢治「民事手続判例研究」法政研究 73 巻 2 号 217 頁以下 (2006)、菱田雄郷「新判例紹介」NBL818 号 5 頁 (2005) など参照。
- (36) 前掲注 (10) 参照。
- (37) 中野貞一郎『過失の推認 [増補版]』(弘文堂・1987) 223 頁以下。
- (38) 現段階において評者自身も、民訴 248 条が適用された従来の裁判例の全てについてまで詳細な分析を試みたわけではないが、例えば、前掲注 (21) にあげた東京地裁平成 20 年判決などは、民訴 248 条が適用 (もっとも同判決は、民訴 248 条の「趣旨に鑑み」と表現するものであるが) されるべき事案ではなかったと考えており、仔細に裁判例を分析することで同条の適用の当否を分けるファクターが抽出できるのではないかと、漠然とではあるが考えているところである。

※本稿脱稿後校正段階において、川嶋隆憲「民集未掲載最高裁判事例研究 23」法学研究 82 巻 5 号 169 頁以下 (2009) に接した。注 (1) に掲げた諸文献同様、本判決の判例評釈である。川嶋評釈の内容を本稿に反映させることはできなかったが、本稿で評者が問題意識を持ったのと同様に、民訴 248 条適用についての裁判所の義務に着目した考察が加えられており、示唆に富む。