

〔民集未登載最高裁判事例研究 二二〕

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、民訴法二四八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考えた事例

平成二〇年六月一〇日第三小法廷判決（最高裁平成一八年（受）第二六五号、損害賠償請求事件、一部破棄差戻し・一部棄却、裁時一四六一号一五頁）

〔事 実〕

本件は、採石業者Xが、別の採石業者Yの採石行為によってXの採石権が侵害されたことを理由に、Yおよびその代表取締役を相手取って、不法行為に基づく損害賠償を求めた事案である。

本件訴えに至るまでの経緯は概ね次のとおりである。Xは平成七年七月二〇日当時、土地1および土地2（以下、併せて「本件各土地」という）につき採石権を有していたところ、Yは、同月二〇日から二七日ころまでの間に、本件各土地の岩石を採石した。そこで、Xは、同月二七日、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、当該仮処分命令申立事件において、同年八月八日、「ア 別紙物件目録記載の山林三九六㎡（公簿面積。以下「本件山林」という）のうち、本件土地2を含む北側の一部（以下「甲地」という）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」という）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ことを確認する。」との内容

の和解が成立した（以下、「本件和解」という）。ところが、平成八年四月二日、YはXが採石権を有する本件土地2において採石を行ったことから、XはYらに対して本件訴えを提起し、本件和解後に本件土地2について生じた損害のほか、本件和解前に本件土地1および本件土地2について生じた損害の賠償を求めた。

原審は、上記請求のうち、本件土地2に関する請求については、本件和解前および本件和解後の採石行為に基づく損害として合計五四七万〇三二〇円の支払いを命じた。他方、本件土地1に関する請求については、Yが本件和解の前後を通じて採石を行っていたことから、Yが本件和解前に違法に採石した量と、本件和解後に適法に採石した量とを区別し得る明確な基準を見出すことができず、したがって、損害の額を算定することができないとして、当該部分についてXの請求を棄却した。これに対してXが上告受理の申立てをして、これが受理されたのが本件上告審である。⁽¹⁾

〔判旨〕

破棄差戻し

「前記事実関係によれば、X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、Yは、本件和解前の平成七年七月二〇日から同月二七ころまでの間に、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Xに損害が発生したことは明らかである。そして、Y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Y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、民訴法二四八条により、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、Yの上記採石行為によってX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、X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。」

〔評釈〕

判旨に賛成する。

一 本判決の意義

本判決は、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、損害の発生が認められる場合、損害額の立証が極めて困難であったとしても、民訴法二四八条（以下、「二四八条」という）により相当な損害額が認定されなければならないとして、損害の発生を前提としながら、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である。⁽²⁾

本判決の意義は、まず、採石権侵害の不法行為による本件損害について、最高裁が二四八条の適用を肯定した点にある。同条の適用に関する先行判例としては、特許庁の担当職員の過失により特許権を目的とする質権を取得することができなかったことを理由とする国家賠償請求事件において同条の適用があるとした最判平一八・一・二四判時一九二六号六五頁があり、本判決はこれに続く二つ目の最高裁判例として位置づけられる。もともと、上記平成一八年判決における損害は、当該質権を実行することによって回収することができたはずの債権額であったのに対して、本件損害は、採石権を侵害して現に採取された採石量の価額である点で異なる。換言すれば、前者は、いわゆる消極的財産損害であり、将来の仮定的事実を基礎としなければ算出することができない損害であったのに対して、本件損害は積極的財産損害であり、過去の歴史的事実を基礎として算出することが理論的には可能であるところ、本件事情の下では損害額を基礎づける証拠方法の制約から實際上これを算出することが極めて困難であるという点で損害の性格を異にするものである。このことから、本判決は、二四八条の要件を緩やかに解し、消極的財産損害だけでなく積極

的財産損害にも適用があること、また、一般的・類型的に損害額の立証が困難な損害だけでなく、個別具体的な事情の下で損害額の立証が困難な損害についても同条の適用の余地があることを示唆するものと言える。

また、本判決のもう一つの意義は、損害賠償請求訴訟において損害の発生が認められる場合、損害額の立証が極めて困難であったとしても、二四八条により相当な損害額が認定されなければならないとの考え方を最高裁が示した点にある。⁽⁴⁾二四八条の新設により、裁判所は同条所定の要件を満たす場合に相当な損害額を認定することができるようになったが、これが裁判所に損害額の認定権能を与えたに過ぎないものであるのか、それとも一定の義務を伴うものであるのかは、これまで必ずしも明らかではなかった。本判決が上記判断を示したことにより、損害の発生が認められる以上は、裁判所は二四八条の要件を満たす限りで相当な損害額を認定しなければならず（したがって、その論理的前提として二四八条の要件該当性について審理・判断しなければならず）、これに反して請求を棄却した場合には上告審における破棄理由になるとする最高裁の立場が明らかになった。

このように、本判決は、二四八条の適用範囲に関して、

また、同条に基づく損害額の認定に関して最高裁として積極的な解釈・運用を示唆するものであり、今後の裁判実務に与える影響は少なくないものと考えられる。そこで本稿では、以下、二四八条の適用範囲と、同条に基づく損害額の認定のあり方について検討するが、その前提問題として、二四八条の法的性格をめぐる議論について簡単に触れることとする。

二 民訴訟二四八条の法的性格

二四八条は、「損害が生じたことが認められる場合において、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ときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる」と規定する。損害賠償請求訴訟においては、損害の発生に加えて損害額についても原告が証明責任を負うと解されるため⁽⁵⁾、損害の発生が証明されても損害額が証明されない場合には請求が棄却されることになるが、損害額の証明が極めて困難な場合にまで厳格な立証負担を課すことは原告にとって不当に不利益になることがある。このような不都合を回避し、被害者の権利実現を容易にするため、平成八年改正によって同条が新設された⁽⁶⁾。

二四八条の法的性格をどのように理解すべきかについては、大別して三とおりの考え方ががある。まず、証明度軽減説は、損害額の認定は損害発生の認定と同様に証拠に基づく事実証明の対象となるという理解を前提として、二四八条は損害額に関する証明度を軽減したものとする見解である。これに対して、裁量評価説は、損害額の認定は証拠に基づく事実証明の問題ではなく裁判所による法的評価の問題であるという理解を前提として、同条は裁判所による裁量評価を許容したものとする見解である⁽⁸⁾。また、折衷説は、同条は証明度の軽減と裁判所による裁量評価の双方を認めたものとする見解である。

こうした法的性格論については、純粹に理論的な説明の違いにとどまり、個別の解釈論に決定的な違いを導くものではないとの見方も少なくないが、最近では、その実践的な意義を再評価する見解も有力に主張されている⁽¹²⁾。上記のように、証明度軽減説と裁量評価説とは、損害額の認定に関する前提理解を異にするものであるから、証明度軽減説の下では、証明度（これをいかに軽減しても五〇%を超えるものでなければならない）を超える証明がなければ損害額を認定することができないはずであるのに対して、裁量評価説の下では、そのような制約を受けることなく裁判

所が合理的と認める損害額を認定することができる。また、証明度軽減説によれば、裁判所が損害額について一応の心証すら得られない場合には損害額を認定する余地がないのに対して、裁量評価説によればそのような場合でもなお相対的な損害額を評価することが可能となる。このような實際上の差異を前提とすると、証明度軽減説に比べて具体的事案に応じて柔軟な解決を図ることのできる裁量評価説の考え方が、二四八条の立法趣旨に適うものとして支持される⁽¹³⁾。

三 民法二四八条の適用事例

立案担当者の説明によれば、二四八条の規定は慰謝料の算定と幼児の逸失利益の算定に関する従来の裁判実務⁽¹⁴⁾を明文化したものであるとの理解から、同条の適用範囲はもっぱらこれらの損害に限定されると考えられていたようである⁽¹⁵⁾。もつとも、これまでに公刊された裁判例を見る限り、慰謝料や逸失利益⁽¹⁶⁾以外の様々な損害についても同条が広く適用されている⁽¹⁷⁾。これらを大きく類型化すると、損害額の立証に際して将来の仮定的な事象経過が問題となるために証明が困難な場合と、損害額の立証に際して利用できる証拠方法に制約があるために証明が困難な場合とに分類することができる。

前者の例としては、①公共工事に関する入札談合により地方公共団体が損害を受けたとして損害賠償を求める住民訴訟において、損害額を算定するにあたって想定落札価格を具体的に認定することは極めて困難であるとして二四八条の適用を認めた事例が数多く紹介されている⁽¹⁸⁾。そのほかにも、②建設業者から節税目的のマンションの建設を勧誘されマンションを建設した者が、業者の誤った説明のために租税特別措置法に基づく減税措置による減税を受けられずに損害を被った場合において、特例措置が採られた場合と比較して損害を具体的に算定することは極めて困難であるとして二四八条の適用を認めた事例⁽¹⁹⁾、③税理士が相続税の申告において二億円の借入金債務を失念していたため、より有利な遺産分割案があることを助言しなかった過失がある場合において、将来の相続の順序やその場合の相続税制についての予測が困難であるとして二四八条の適用を認めた事例⁽²⁰⁾、④リゾートマンションの建築について、当該マンションの建築確認申請に必要な書類に行政長の担当官が署名捺印しなかったことを理由として県に対して損害賠償を求めた場合において、着工までの紆余曲折や経済情勢の変化等の予測に基づく判断は困難であるとして二四八条の適用を認めた事例⁽²¹⁾、⑤マンションの居室で火災が発生した

際に防火戸を作動させることができずに損害が拡大した場合において、防火戸が作動した場合とそうでない場合との損害の範囲および程度等を確定することができないとして二四八条の適用を認めた事例⁽²²⁾などがある。なお、前記平成一八年最高裁判決がこの類型に該当するものであることは既に述べたとおりである。

また、後者の例としては、①店舗内備品や家財道具等の動産が火災により滅失した場合において、購入時の代金額から経年を考慮して減額した価値ないし代替物の購入費用等をもって算定することを要求することは事柄の性質上相当でないとして二四八条の適用を認めた事例⁽²³⁾を端緒として、その後も、②不動産競売手続により土地建物の所有権を取得した不動産業者が、同建物について引渡命令の申立て等を行うことなく同建物内に残置されていた元所有者の動産類を廃棄した場合において、長期間にわたって同建物内に残置されていた多種大量の物品に関して時価を算定するのは極めて困難であるとして二四八条の適用を認めた事例⁽²⁴⁾、③タンクローリー車に積載されていた劇物の爆発により付近の飲食店が爆風で全壊し、店舗で使用していた什器備品や食材等が使用不能になった場合において、個々の物品の購入時期や購入価格の立証は困難であるとして二四八条の

適用を認めた事例⁽²⁵⁾、④保険会社に対して火災保険金の支払いを求めた訴訟において、火災により焼失した商品の不良品割合や什器備品の取得時期を証拠によって算定することは困難であるとして二四八条の適用を認めた事例⁽²⁶⁾、⑤執行官が茶葉に対して行った動産執行において、茶葉の評価が適正でなかったなどの違法があるとして差押債務者が国家賠償を請求した事案において、執行官の杜撰な執行により差押債務者にながしかの損害を生ぜしめた可能性は否定できないが、茶葉の重量や品質については定かではないとして二四八条の適用を認めた事例⁽²⁷⁾などが紹介されている。⁽²⁸⁾

四 民訴法二四八条の適用範囲をめぐる議論

二四八条に規定される「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とき」とは具体的にどのような場合を指すのか。学説は、二四八条の法的性格や、問題となる損害の法的性格に関する理解の相違を反映して複雑化の様相を呈していたが、近年では、先に紹介した裁判例の集積を受けて、同条の積極的な適用を基本的に支持するものが多い。⁽³⁰⁾論者によって若干の差異はあるが、同条が適用される損害類型としては、幼児の逸失利益のほか、不正な談合や価格協定によって被った損害額などのように、損害額

の立証にあたつて将来の仮定的な事象経過が問題となるために立証が困難な損害類型と、焼失家財道具の損害額のように、損害額の立証に際して利用できる証拠方法に制約があるために立証が困難な損害類型とがあるとする点でほぼ共通する³¹⁾。

もつとも、このような理解を前提としても、二四八条の適用に際して当該事案に固有の事情を考慮することができるか否か、例えば、損害額の立証がなんらかの後発的・偶発的な事情により困難又は不可能となった場合に³²⁾、同条を適用することができるかどうかについてはなお議論の余地がある。たしかに、「損害の性質上」(「事件の性質上」ではない)という二四八条の文言からすれば、問題となる損害の有する客観的な性質にしたがつて要件該当性を判断すべきであるとも考えられるが、被害者救済という同条の政策目的に鑑みれば、損害の発生が認められる限りは損害額がゼロということは理論的には考えられない以上、損害額の立証がなんらかの事情により困難又は不可能に陥った場合も含めて同条による救済の余地を設けておくのが適当である³⁴⁾。また、近時のように、二四八条の適用範囲として、利用できる証拠方法に制約があるために立証が困難な類型を挙げるとすれば、滅失・毀損といった証拠方法の制約の

程度は事件によって様々である以上、要件該当性を判断するにあたっては、事件ごとの個別具体的な事情を考慮せざるを得ないと考えられる。

ところで、二四八条の適用範囲をめぐっては、同条の法的性格論のいかんを問わず同様の結論が導かれることが指摘されているが、³⁵⁾ 具体的事案において相当な損害額を認定することができるかどうかは、まさに同条の法的性格につき証明度軽減説と裁量評価説のいずれを採用するかによって結論を異にする問題であると考えられる。すなわち、証明度軽減説の下では、ある損害が二四八条の適用範囲に含まれると解したとしても、損害額算定のための客観的資料に乏しく、裁判官が一応の心証さえも得ることができない場合には、証明度をいかに軽減しても損害額を認定することができないのに対して、裁量評価説の下では、そのような証明手段に乏しい場合であってもなお、裁判所は当事者間の公平や被害者救済の見地から合理的と認める損害額を認定することが許容される³⁶⁾。

五 本件における民法二四八条の適用の是非

本件損害は、採石権侵害の不法行為による損害であり、その損害額は、被告が違法に採石した土地の体積を基礎と

して算出することが可能であると考えられるところ、⁽³⁷⁾ 本件においては、被告が本件和解の前後を通して採石を行っていたために、本件和解前に被告が違法に採取した採石量を区別することが困難となったものである。

本件損害は、損害額の立証に際して利用できる証拠方法が存在しないという意味では、焼失家財道具の損害額に類すると言えるが、立証の困難性が当該損害の有する一般的・類型的な性質に基づくものではなく、当該事案に固有の事情に基づく点で特殊性を有しているため、いわゆる焼失家財道具類型について二四八条の適用を認める近時の見解においても、本件損害について同条の適用を認める可否かは、前述した当該事案に固有の事情を考慮することの是非と関連して結論を異にするものと思われる。

この点、本判決は、二四八条の適用の基礎を、「Y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Y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」という本件に特有の事情に求めていることから、同条の適用に際して当該事案に固有の事情を考慮することも許されとの見解を前提にしているものと見られる。⁽³⁸⁾ このような立場は、既に述べた理由から支持できるものであるが、実質的に考えても、本件

においては当該土地から岩石が採取されたこと自体は明らかである以上、同条の適用により相当な損害額を認定する余地を認めた本判決の結論は支持されるべきである。⁽³⁹⁾

なお、本判決のように、二四八条の適用に際して事件ごとの個別具体的な事情を考慮することができるとすれば、つまるところ、損害の一般的・類型的な性質を問わず、具体的事案における立証困難性によって同条の要件該当性が決せられることになりそうである。そうだとすれば、同条の適用範囲が無制限に拡大することへの懸念も予想されるが、被害者救済という同条の政策目的を実現するためには、現実の被害者保護の必要性に応じて同条を適用する余地を設けておくことが望ましい。既に指摘されているように、同条の無制限な拡大に対しては、同条の射程を損害額の認定に限定することや、損害額の認定にあたって相当性や合理性といった内在的制約を課すことをもって歯止めとすべきであろう。⁽⁴⁰⁾

六 民法二四八条の適用に関する裁判所の義務

本判決は、損害額の立証が極めて困難であったとしても、二四八条により相当な損害額が認定されなければならないとして、損害の発生を前提としながら損害額を算定するこ

とができないとして請求を棄却した原審の判断を破棄した。このことは、損害の発生が認められる以上、裁判所は損害額の立証がないとの一事をもって請求を棄却することは許されず、同条の要件該当性について審理・判断しなければならぬことを意味するものと解される。⁽⁴¹⁾この点、「損害額の立証が極めて困難であったとしても、民訴法二四八条により、……相当な損害額が認定されなければならない」という判旨からは、損害の発生が認められる以上は必ず損害額を認定しなければならないという趣旨にもとれるが、二四八条を適用するに際して同条所定の要件を満たしていることは当然の前提であるから、判旨の理解としては、裁判所は同条の要件該当性について審理・判断したうえで、要件を満たす限りで相当な損害額を認定しなければならぬと解するのが相当である。⁽⁴²⁾

たしかに、二四八条の文言どおり、同条の適用による損害額の認定が裁判所のまったくの任意であるとなると、損害の発生が認められるにもかかわらず損害賠償請求が棄却されるという不都合を回避しようとした同条の立法趣旨が損なわれてしまうし、損害額の認定が裁判所に困難を強いるような場合に裁判所が安易に請求棄却判決に流れる可能性を阻止することができない。したがって、本判決が示唆

するように、損害の発生が認められる場合に、同条の要件該当性について審理・判断すること、また、要件を満たす限りで相当な損害額を認定することは裁判所に与えられた権能であるとともに義務であると解するのが妥当である。また、ここでいう裁判所の義務を実効的なものとするためには、単に二四八条の要件該当性について審理・判断を加えれば足りるというのではなく、その判断過程や考慮要素を判決理由中に可能な限り説示する義務をも一体的に含んでいると解すべきであろう。⁽⁴³⁾すなわち、二四八条の適用の余地がないと認める場合にはその理由を、また、同条を適用して相当な損害額を認定する場合には、損害額の立証が極めて困難であると判断した理由と損害額の認定に際して考慮した要素を可能な限り判決において説示しなければならない。このように解することにより、上級審や当事者に対しては同条の適用が裁判所の恣意的な判断でなされているものではないことを示すことができるとともに、前述のように、二四八条の適用範囲の拡大に対する一定の歯止めとして機能することが期待できる。

七 終わりに

最後に、本判決は二四八条の法的性格に関してなら言

及するものではないが、その理論的前提としては裁量評価説によつていと解される。というのも、二四八条所定の要件を満たす限りで相当な損害額を認定しなければならぬというのであれば、裁判所としては、損害額について一定程度の心証が形成される場合はもちろん、そうでない場合も含めて相当な損害額を認定しなければならぬと考えられるからである。このような認定を可能にするのは裁量評価説以外には考えにくい。本判決が、損害の発生を前提としながら損害額を算定することができないとして請求を棄却した原判決に法令違反の誤りがあるとしている点も、損害額の認定は純粹な事実認定の問題ではなく法的評価の問題であるということを前提としているように思われる。⁽⁴⁴⁾

もつとも、最高裁が裁量評価説を採用するに際しては、損害賠償請求訴訟においては損害の発生に加えて損害額についても原告が証明責任を負うとする伝統的な判例理論⁽⁴⁵⁾との整合性を無視できないと思われる。残された問題ではあるが、二四八条の導入を契機として損害額の認定に関する伝統的な判例理論は修正を迫られているものと言えよう。

(1) 本件上告審においては、Yの代表取締役が、Xの採石権を侵害することを知らながら従業員らに採石行為を指示

してこれを行わせたことについて、同人に固有の不法行為が成立するかどうかとも争われているが、本稿では割愛する。なお、本判決は、この点に関して、上記事実が認められれば当該代表取締役について不法行為が成立することは明らかであり、本件採石行為についてYが不法行為責任を負うとしても、同人が不法行為責任を免れる理由はないとして、Yの代表取締役の不法行為責任を否定した原判決を破棄し、原審に差し戻した。

(2) 先行評釈として、越山和広「判批」速報判例解説四号(二〇〇九年)一一九頁、河津博史「判批」銀法六九一号(二〇〇八年)六九頁、上田竹志「判批」法セ五四卷三号(二〇〇九年)一二四頁、加藤新太郎「判批」ジュリ一三七六号(二〇〇九年)一五一頁がある。

(3) 判例評釈として、松並重雄「判批」L&T三二号(二〇〇六年)一〇一頁、川嶋四郎「判批」法セ五二卷二二二号(二〇〇七年)一二二頁、吉田和彦「判批」金判一二六〇号(二〇〇七年)六頁、濱田陽子「判批」法政七三卷四号(二〇〇七年)八二三頁がある。

(4) 加藤・前掲注(2)一五二頁は、本判決は、二四八条につき、行為規範としての機能を超えて評価規範として機能させたものであると指摘する。なお、最高裁は、最判平一八・一・二四判時一九二六号六五頁において同様の考え方を示しているが、平成一八年判決の事案は、直接的には

損害の発生を否定した原判決の当否が争われた事案であり、「損害額の立証が極めて困難であったとしても……相当な損害額が認定されなければならない」という説示はいわゆる傍論として述べられたものであった。これに對して、本件事案は、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判決の当否が正面から問題になった事案であることから、本判決において上記見解が改めて示されたことの意義は大きい。

(5) 最判昭二八・一一・二〇民集七卷一一号一二二九頁參照。

(6) 二四八条の立法趣旨につき、法務省民事局參事官室編『二問一答新民事訴訟法』（以下、「二問一答」と表記）（商事法務研究会・一九九六年）二八七頁、竹下守夫ほか編『研究会新民事訴訟法—立法・解釈・運用』（以下、「研究会」と表記）（有斐閣・一九九九年）三一九頁（柳田幸三発言）參照。

(7) 一問一答・前掲注(6)二八七頁、研究会・前掲注(6)三一九頁（柳田発言）、三三〇頁（青山善充発言）、山本克己「自由心証主義と損害額の認定」竹下守夫編『講座新民事訴訟法Ⅱ』（弘文堂・一九九九年）三一八頁、門口正人編『民事証拠法大系・第1巻』（青林書院・二〇〇七年）三〇三頁（新谷晋司「吉岡大地」、松本博之「上野泰男」『民事訴訟法（第5版）』（弘文堂・二〇〇八年）三八九頁

〔松本博之〕、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・二〇〇八年）三六二頁（青山善充）など。

(8) 春日偉知郎「相当な損害額」の認定」ジュリ一〇九八号（一九九九年）七五頁、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・第3巻』（青林書院・一九九七年）二七五頁、研究会・前掲注(6)三三二頁（竹下守夫発言）、平井宜雄「民事訴訟法第二四八条に関する実体法学的考察」筑波大学大学院企業法學專攻十周年記念論集『現代企業法學の研究』（信山社・二〇〇一年）四七五頁、高橋宏志「重点講義民事訴訟法・下（補訂版）」（有斐閣・二〇〇六年）五五頁、三木浩一「民事訴訟法二四八条の意義と機能」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』（法律文化社・二〇〇八年）四一六頁など。

(9) 裁判所の裁量と言つても、相当性および合理性からの内在的な制約があることにつき、三木・前掲注(8)四一五頁參照。

(10) 伊藤眞「損害賠償額の認定—民事訴訟法二四八条の意義—」原井龍一郎先生古稀祝賀『改革期の民事手続法』（法律文化社・二〇〇〇年）七〇頁、同『民事訴訟法（第3版3訂版）』（有斐閣・二〇〇八年）三二三頁。

(11) 清水正憲「損害額の認定」滝井繁男ほか編『論点新民

事訴訟法』(判例タイムズ社・一九九八年) 四〇一頁、中野ほか編・前掲注(7)三六二頁(青山)、高橋・前掲注(8)五五頁、門口編・前掲注(7)三〇四頁(新谷・吉岡)など。

(12) 三木・前掲注(8)四一二頁以下。

(13) 三木・前掲注(8)四一六頁以下参照。なお、折衷説は、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を許すものであるため、結論的には裁量評価説と大きく異なるものではないと考えられる。

(14) 慰謝料につき、大判明四三・四・五民録一六輯二七三頁、大判昭七・七・八民集一卷一五二五頁、幼児の逸失利益につき、最判昭三九・六・二四民集一八巻五号八七四頁参照。

(15) 一問一答・前掲注(6)二八八頁、研究会・前掲注(6)三一九頁(柳田発言)。

(16) 慰謝料につき、広島地判平一一・二・二四判タ一〇二三号二一二頁。人身侵害による逸失利益につき、奈良地判平一二・一〇・二判時一七六一号一〇三頁、東京地判平一三・五・三〇判タ一〇七二号一六〇頁。

(17) 裁判例の動向を整理・分析するものとして、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)』判時一七九六号(二〇〇二年)三頁以下、樋口

正樹『民法二四八条をめぐる裁判例と問題点』判タ一四八号(二〇〇四年)二三頁以下(滝澤孝臣編『判例展望民事法I』(判例タイムズ社・二〇〇五年)一一三頁以下に所収)、三木浩一『損害賠償額の算定―三洋電機冷凍庫発火事故訴訟判決』伊藤眞・加藤新太郎編『判例から学ぶ』民事事実認定(有斐閣・二〇〇六年)二六〇頁、同・前掲注(8)四一八頁以下など参照。

(18) 奈良地判平一一・一〇・二〇判タ一〇四一号一八二頁、前橋地判平一五・六・一三判タ一六三号一八八頁、金沢地判平一七・八・八判タ一二三二号一八一頁、東京地判平一八・四・二八判時一九四四号八六頁、大阪高判平一八・九・一四判タ一二三六号一〇七頁、東京地判平一八・一・二四判時一九六五号二三頁など。

(19) 東京高判平一〇・四・二二判時一六四六号七一頁。

(20) 東京地判平一〇・九・一八判タ一〇〇二二二二頁。

(21) 東京高判平一三・七・一六判時一七五七号八一頁。その他、業務上の逸失利益につき二四八条の適用を認めた事例として、横浜地判平一二・九・六判時一七三七号一〇一頁、東京地判平一四・三・二八判時一七九三号二三三頁、津地判平一四・七・二五判タ一一四五号一三三三頁、東京地判平一五・七・三一判タ一一五〇号二〇七頁、大阪高判平一七・三・二九判時一九一二号一一五頁、大阪地判平一八・四・二七判時一九五八号一五五頁などがある。また、

前掲最判平一八・一・二四判時一九二六号六五頁参照。

(22) 東京高判平一八・八・三〇金判一二五一号一三頁。

(23) 東京地判平一一・八・三一判時一六八七号三九頁。

(24) 東京地判平一四・四・二二判時一八〇一号九七頁。

(25) 東京地判平一五・七・一判タ一一五七号一九五頁。

(26) 大阪地判平一五・一〇・三判タ一一五三号二五四頁。

(27) 福岡高判平二〇・五・二九判時二〇二五号四八頁。

(28) 他方、二四八条の適用が否定された事例はわずかに散見される程度であり、そのほとんどは損害の発生が認められないことを理由として同条の適用を否定したものである。損害の発生を前提としながら「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とき」に当たらないとして同条の適用を否定した事例としては、損害額算定のために抛るべき証拠が存在しうることを理由として同条の適用を否定した、東京地判平一四・七・二四判時一七九号一二四頁がある。

(29) 学説の議論状況につき、高橋・前掲注(8)五二頁以下、門口編・前掲注(7)三一二頁以下〔新谷・吉岡〕、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・二〇〇九年)一七六頁以下など参照。

(30) 伊藤(眞)・前掲注(10)三三三頁、中野ほか編・前掲注(7)三六二頁〔青山〕、松本・上野・前掲注(7)三九一頁〔松本〕、高橋・前掲注(8)五五頁、門口編・前掲注

(7)三一二頁以下〔新谷・吉岡〕など参照。

(31) 慰謝料については、証明度軽減説によるか裁量評価説によるかで二四八条の適用の有無が異なる(慰謝料は狭義の証明の対象ではなく裁判所の裁量評価の問題であるとの理解を前提とすると、証明度軽減説の下では証明度軽減を定めた同条を適用する余地がないと考えられるのに対して、裁量評価説の下では慰謝料についても同条が適用されることになる)とされるが、同条の適用があると言いかはともかくとして、いずれの立場によっても慰謝料につき裁判所の裁量評価を認める点では共通する。

(32) 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)」判時一七九二号(二〇〇二年)四頁は、そのような例として、他人によってある車を毀損された者が、その毀損による損害を立証しようとする場合において、その後たまたまその車が他人に盗まれてしまったために損害額を立証することができなくなった場合を挙げる。

(33) 伊藤(滋)・前掲注(32)四頁、門口編・前掲注(7)三一二頁〔新谷・吉岡〕参照。

(34) 賀集唱ほか編『基本法コンメンタール・民事訴訟法2〔第三版〕』(日本評論社・二〇〇七年)二七九頁(奈良次郎 参照)。

(35) 門口編・前掲注(7)三〇四頁〔新谷・吉岡〕参照。

(36) 三木・前掲注(8)四一七頁参照。その意味では、証明

度軽減説と裁量評価説との対立は、二四八条の適用範囲それ自体というよりも、具体的な損害額認定の場面で実際上の差異を生じるものと言うことができる。

(37) 本件第一審判決および控訴審判決によれば、採石した土地の体積に岩石を破碎した場合の膨張係数と一立方メートルあたりの単価を乗じることと算出されている。

(38) 越山・前掲注(2)一一一頁、上田・前掲注(2)一二四頁参照。

(39) 越山・前掲注(2)一二一頁参照。

(40) 三木・前掲注(8)四三五頁参照。

(41) 越山・前掲注(2)一二〇頁参照。

(42) したがって、損害の発生が認められる場合でも、損害額の立証が容易な場合には、同条の要件を満たさないものとして損害賠償請求を棄却することも理論的には妨げられない。もともと、そのような場合には、証拠によって蓋然性ある額を認定することが可能であることが多いであろうから、損害の発生を前提としながら損害賠償請求を棄却することが許されるのは、下級審裁判例に見られるように(前掲注(28)参照)、損害額算定のために拠るべき証拠が存在するにもかかわらず、これによる立証がなされないような場合に限定されるであろう。

(43) 研究会・前掲注(6)三三四頁(竹下守夫発言)、春日・前掲注(8)七六頁、坂本・前掲注(8)二七八頁、門口

編・前掲注(7)三三九頁(新谷吉岡)、三木・前掲注(8)四一五頁など参照。

(44) 越山・前掲注(2)一二二頁参照。

(45) 最判昭二八・一一・二〇民集七卷一一号一二二九頁参照。

(平成二年四月三〇日脱稿)

川嶋 隆憲