

民事訴訟法二四八条に関する判例をめぐって

渡 邊 知 行

- 一 はじめに
- 二 人身損害の逸失利益に関する判例の動向
- 三 入札談合による経済損害に関する判例の動向
- 四 今後の課題

一 はじめに

民事訴訟法二四八条は、「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」と規定している。

本条の趣旨について、立法者は、民訴二四七条（自由心証主義）の例外として、損害額について証明度を軽減した規定であると解している（証明度軽減説⁽¹⁾⁽²⁾）。損害の発生については証明されているが、その損害の性質ゆえに損害額を証明することが極めて困難であるために、原告の損害賠償請求が棄却されるのは、公平に反することになるからである。

これに対して、損害額の評価方法が確立されていない場合に、裁判所が裁量で損害額を認定することを認めた規

定である、と解する見解も有力である（自由裁量説³⁾）。

判例は、損害について、加害行為がなかったならば存在したであろう利益状態と現在の利益状態の差であると解している（差額説⁴⁾）、原告は、損害の発生と損害額を証明しなければならぬことになる。他方、自由裁量説は、損害について、例えば死傷など事実としての損害と捉えることを前提とする（損害事実説⁵⁾）。原告は、損害が発生した事実について立証責任を負い、裁判所が裁量でその損害について損害額を評価することになる。

本条が適用されて証明度が軽減されると、裁判所が損害額を認定する裁量がはたらく余地が大きくなるので、両者の見解は相互に全く相容れないものではないと理解されている⁶⁾。

立法者は、本条について、従来の実務上の考え方を明文化したものと解して、適用される事例として、慰謝料や幼児の逸失利益を挙げている⁷⁾。性質上その額を立証することが困難である慰謝料について、判例が、裁判所が諸般の事情を考慮して妥当な金額を示せば足りるとしてきたこと（大判明治四三年四月五日民録一六輯二七三頁）、また、幼児の逸失利益について、最判昭和三九年六月二四日民集一八卷五号八七四頁が、「一般の場合に比し不正確さが伴うにしても、裁判所は被害者側が提出するあらゆる証拠資料に基づき、経験則とその良識を十分に活用して、できうるかぎり蓋然性のある額を算出するよう努め、ことに右蓋然性に疑がもたれるときは、被害者側にとつて控え目な算定方法を採用する」と判示したことを引用している。

積極損害についても、例えば、建物の火災によって家財道具が焼失したが価格を算定することが困難である場合も、本条が適用されると解されている⁸⁾。通常人が損害に関する証拠を保存・収集して、その証拠に基づいて損害額を認定することが期待できないからである。

他方、慰謝料については、交換価値をはかることができない精神損害を填補するものであり、損害額の認定が事実認定の性質を有しないので、証明度の軽減は問題とならないと解されている⁹⁾。

これまで、多くの判例で本条が適用されて損害額が認定されてきた。

本稿では、これらのなかで、まず、人身損害の逸失利益に関する判例について、次に、公共工事の入札談合によ

る経済損害に関する判例について考察することにする。

前者は、損害が発生していることは確実であるが、将来の不確実な事実に基づいて損害額を算定せざるを得ず、判例を通じてその算定方法が確立されてきた。

後者は、損害額について、談合がなされていなかったと仮定された場合に想定される入札価格を算定する必要があるが、想定価格が実在しないだけでなく、入札価格が形成されるには様々な経済的な要因が作用するために、算定が困難なものである。

これらの判例を考察することを通じて、民訴二四八条の適用に関する問題点を抽出するとともに、今後の課題を提示することにした。

二 人身損害の逸失利益に関する判例の動向

立法者は、民訴二四八条について、従来の実務上の考え方を明文化したものと解して、その判例として、逸失利益に関する最判昭和三九年六月二四日を明示していた。損害賠償実務では、最高裁の判例準則に従って、逸失利益の算定方式が確立されてきている。

本項では、損害賠償実務の算定方式と最高裁が定立した判例準則について一瞥したうえで、逸失利益の額を認定するために民訴二四八条が適用された判例をみていこう。

1 逸失利益の算定に関する損害賠償実務と判例準則

損害賠償実務において、被害者の逸失利益の賠償額は、被害者が死亡した場合には、一般に、被害者の収入を基準として就労可能な年齢までの総収入を算出して家族の状況に応じて生活費を控除し、中間利息を控除した金額である。また、被害者が後遺障害を負った場合には、被害者の基礎収入と労働能力の低下の程度を考慮して将来の収

入の不利益を算定して中間利息を控除した金額になる。

労働能力の低下は、被害者の具体的な就業状況に応じて判断され、被害者の後遺障害が職業の性質から収入を減少させるものではない場合には、被害者の逸失利益は否定されることになる（最判昭和五六年一月二二日民集三五卷九号一三五〇頁）。

一時的に日本に滞在する外国人の逸失利益について、最判平成九年一月二八日民集五一卷一号七八頁は、「当該外国人がいつまで我が国に居住して就労するか、その後はどこの国に出国してどこに生活の本拠を置いて就労することになるか、などの点を証拠資料に基づき相当程度の蓋然性が認められる程度に予測し、将来のあり得べき収入状況を推定すべきことになる」という。

将来どのような所得を得るのか確実に予測できない年少者について、前掲最判昭和三九年六月二四日は、不正確ながらも証拠からできる限り蓋然性のある損害額を算出して、蓋然性が疑わしい場合には控えめな算定方法によるものと判示した。主婦については、女子労働者の平均賃金に相当する利益を得ることを推定して逸失利益が算定されてきた（最判昭和四九年七月一九日民集八二卷五号八七二頁、最判昭五〇年七月八日交民八卷四号九〇五頁）。

平均賃金を通じて算定することで算定基準の合理性を確保する一方で、証明度について一定の蓋然性を維持するために控えめな算定方法によるというのである。

一で述べたように、立法者は、この判例準則は、賠償実務で従来から実質的に民訴二四八条の趣旨を採用していたものと解している。

2 民訴二四八条が適用された判例

本条が適用された判例として、奈良地葛城支判平成二二年一〇月二日判時一七六一号一〇三頁、及び広島地判平成一八年五月二九日判例集未搭載がある。

いずれの判例も、逸失利益として損害の発生を認めただうえで、民訴二四八条を適用して相当の損害額を認定して

いる。¹¹⁾

奈良地葛城支判平成二二年一〇月二日は、原告である三〇歳の女性の顔面醜状（七級一二号該当）について、後遺障害の逸失利益の賠償請求を認めた事案である。

本判決は、原告について、事故当時まで露天商やスナックホステスなど接客業を多く経験し得手としてきた経歴から、「客に顔をさらすことを要しないような職種に就き、かつ、右のような接客を伴う職種と同額又はそれ以上の収入を得られる可能性は小さいと判断」して、後遺障害に関する損害の発生を認定したうえで、「損害額については、身体の機能的な障害によって労働能力が一部喪失した場合と異なり、一般的に承認された算定方法が存しない」ので、民訴二四八条を適用して、症状固定日から一五年間の二〇％の労働能力喪失による逸失利益を賠償額として請求を認容した。

前掲最判昭和五六年一二月二日は、腰部挫傷後遺症によって右下肢に局部神経症状を生じている通産省技官について、「かりに交通事故の被害者が事故に起因する後遺症のために身体的機能の一部を喪失したこと自体を損害と観念することができるとしても、その後遺症の程度が比較的軽微であって、しかも被害者が従事する職業の性質からみて現在又は将来における収入の減少も認められないという場合においては、特段の事情のない限り、労働能力の一部喪失を理由とする財産上の損害を認める余地はない」と判示した。

この判例準則によれば、身体に関する労働能力の喪失について、原告の具体的な就業状況を考慮して控えめな判断がなされることになる。

顔面醜状については、身体的な労働能力に不利益にはならないが、対人接触や就職などに対して不利益を与えるものである。しかし、一般的な算定方法が確立していなかったために、下級審の判例は、被害者の具体的な就業状況を考慮しても、逸失利益を認めるものと認めないものに分かれていた。¹²⁾

本件の原告は、事故当時定職についておらず、将来的に就業する予定の職種が確定していない。そのため、本判決は、原告が不利益になる職種に将来的に就業する蓋然性が高い認めることはできないが、民訴二四八条を適用

して、事故当時までの就業状況を考慮して、一定の労働能力の喪失を短期で認めたのである。

広島地判平成一八年五月二九日は、将来アメリカ合衆国で医師免許の取得を目指していた、ミャンマーの国籍を有して現在はアメリカ合衆国に居住する原告について、将来医師として就労を前提とする逸失利益の賠償請求を認められた事案である。

本判決は、原告の逸失利益について、「基本的には米国での将来の医師としての就労を前提として判断すべきとしても」アメリカの医療事情から、医師免許の取得時期、職種、就業地域、収入を予測することは極めて困難であるとして、原告の現在の年収(約四二四万円)、アメリカの研修医の期間(一〇年)や年収(三〇〇万〜六〇〇万円)、専門医の平均年収(一、三〇〇万〜二、〇〇〇万円)のほかに、アメリカの医療事情やミャンマーの所得レベルも考慮して、平成一九年から二九年まで五〇〇万円、平成二九年から原告が六七歳となる平成五五年まで一、〇〇〇万円と認定した。

前掲最判平成九年一月二八日は、製本会社に勤務していた不法就労外国人の逸失利益に関する事案である。

最高裁は、「予測される我が国での就労可能期間ないし滞在可能期間内は我が国での収入等を基礎とし、その後は想定される出国先での収入等を基礎として逸失利益を算定するのが合理的とすることができる。そして、我が国における就労可能期間は、来日目的、事故の時点における本人の意思、在留資格の有無、在留資格の内容、在留期間、在留期間更新の実績及び蓋然性、就労資格の有無、就労の態様等の事実的及び規範的な諸要素を考慮して、これを認定する」と判示した。そして、「製本会社を退社した日の翌日から三年間は我が国において被上告会社から受けていた実収入額と同額の収入を、その後は来日前にパキスタン回教共和国で得ていた収入程度の収入を得ることができた」と解した原審を維持した。

本判決では、原告は、医師として就業していたのではなく、将来的に医師の免許取得を目指していたのであり、さらに免許を取得したとしても収入どころか就業する国・地域も確定していない。逸失利益を基礎づける事実の蓋然性が高いとはいえないことを考慮して、民訴二四八条を適用して、想定される研修医の期間について平均年収で、

専門医の期間については平均年収を減額した金額を逸失利益として認定したのである。

3 検討

これまでみてきた判例は、被害者の後遺障害による逸失利益について、従来の判例準則で損害額を認定することが困難である場合に、民訴二四八条を適用して相当な損害額を認定したものである。

前掲最判昭和三九年六月二四日の判例準則は、立法者がいうように、民訴二四八条と同様の損害額の認定を認めるものであり、その根拠を次のようにいう。

その賠償請求が否定されるならば、被害者側の救済は主として慰謝料請求によることになるが、「慰謝料の額の算定については、諸般の事情がしんしゃくされるとはいえ、これらの精神的損害の賠償のうちに被害者本人の財産的損害の賠償の趣旨をも含ませること自体に無理があるばかりでなく、その額の算定は、結局において、裁判所の自由な裁量にこれを委ねるほかはないのであるから、その額が低きに過ぎて被害者側の救済に不十分となり、高きに失して不法行為者に酷となるおそれをはらんでいることは否定しえない」。

逸失利益について上述したように算定することによって、「慰謝料制度に依存する場合に比較してより客観性のある額を算出することができ、被害者側の救済に資する反面、不法行為者に過当な責任を負わせることもならず、損失の公平な分担を窮極の目的とする損害賠償制度の理念にも副う」と。

即ち、この判例準則は、損害の性質上その額を立証することが困難である逸失利益について、慰謝料制度によることなく、損害の公平な負担に配慮して、一定の合理的な基準によって相当な賠償額を認定することを目的としているのである。

民訴二四八条が適用された事案は、原告の将来の所得について、高度の蓋然性があるといえないまでも、現在の状況から相当程度には推測できる事案であり、従来の判例準則によっても、控えめに算定することを通じて逸失利益の損害額が認定されるものであった、と解される。

民訴二四八条が施行されたころ、下級審判例のなかには、損害額の算定において控除する中間利息の割合について、従来の賠償実務で採用されてきた民事法定利率の年5%でなく、実質金利を考慮して年2〜4%と解するものがみられるようになった¹⁰³。

これに対して、最判平成一七年六月一四日民集五九卷五号九八三頁は、民法四〇四条の立法趣旨、法的安定性・統一的处理、被害者相互間の公平の確保、損害額の予測可能性による紛争の予防を理由として、中間利息を控除する割合について民事法定利率によらねばならないと判示した。

このように中間利息が控除されるのは、原告の将来の逸失利益を現在価格に換算するためである。これについて、少数の下級審判例が、被害者が十分な賠償額を得られるように一定の合理的な算定手法によって算出される実質金利によると解したのに対して、最高裁は、立法趣旨や政策的な理由によって民事法定利率によると解したのである。

これらの事案では民訴二四八条の適用について争点とされていなが、いずれの立場をとるのにせよ、長期的には経済的条件によって金利が変動するので、現実価格を算定することが極めて困難であるといえ、実質的には民訴二四八条の趣旨が考慮されて、相当な控除割合が示されて相当の損害額が算定されているともみることできる。

これまで、多くの公害・薬害の集団訴訟において、原告は、人身損害について逸失利益も含めて慰謝料で包括的に請求し、これに対して、裁判所は、障害の程度に応じてランク分けして基本的な賠償額を包括的に認定し、個人的な生活状況などを考慮して各原告の賠償額を認定してきた¹⁰⁴。

このような事案では、被害者に重大な疾病が長期的に多様に進行する傾向にあるので具体的な損害額を個別的に証明することは困難であることを考慮して、このような賠償額の認定がなされてきた¹⁰⁵。個別的な賠償額の算定が極めて困難な事案において、実質的には民訴二四八条の趣旨が考慮されて相当な賠償額が認定されてきたといえる。

三 入札談合による経済損害に関する判例の動向

公共事業の入札において業者らの間で談合がなされて、落札価格がつけ上げられることがある。その地方自治体には、談合がなされていないと仮定された場合に想定される価格と実際の落札価格との差額の損害が発生することになる。

このような場合に、住民らによって、自治体に代位して談合に関与した業者らに対して損害賠償を請求する訴訟が多くみられるようになった。

本項では、入札談合と同様に独禁法違反による消費者の損害に関する事案として、民訴二四八条が施行される以前の鶴岡灯油訴訟（最判平成元年二月八日民集四三卷一一号一二五九頁）を取り上げたい。談合による経済損害に関する判例の動向をみていこう。

1 鶴岡灯油訴訟

本件は、生協から灯油を購入した鶴岡の住民らが、石油販売会社一二社らによる価格協定によって灯油の価格がつけ上げられ損害を被ったと主張して、石油販売会社らに対して損害賠償を求めて提訴した訴訟において、損害額に関して争われたものである。

原審（仙台高裁）は、想定購入価格について、「元売段階あるいは流通段階に顕著な値上がり要因があり、価格協定の締結がない場合でも具体的な値上げ時期及び値上げ幅の割合をもって価格の上昇が確実に予測されることとき特段の事情のない限り」、「価格協定直前の小売価格」であると解して、本件では特段の事情は認められないと判断していた。

これに対して、最高裁は、「損害賠償を求めるには、当該価格協定が実施されなかったとすれば、現実の小売価格よりも安い小売価格が形成されていたといえることが必要で」、このような事実についても原告が立証しなければ

ばならない、と判示して、経済的条件に変動がある本件は、想定購入価格が価格協定直前の小売価格であると事実上推定する前提を欠くと判断して、原告は価格形成原因に関する立証責任を尽くしていないとして、原審を破棄して原告の請求を棄却した。⁸⁸⁾

なお、本件において、損害額を認定する前提となる損害の発生について認定がなされていない。損害の内容が、想定価格と現実価格の差額であり、損害の発生とその金額が、諸般の価格形成要因を考慮することを通じて同時に認定されるからである。

また、民訴二四八条のような規定が存在しないのであれば、損害額を認定する前提として、何らかの損害が発生しているとの事実認定をすることは無意味である。損害の発生について認定されても、損害額の認定がなされなければ原告らによる損害賠償請求は一切認められないことになるからである。

本件の最高裁判決に対して、学説は、原告に極めて困難な証明を強いることになるとして、概ね批判的である。⁸⁹⁾

2 民訴二四八条が適用された判例

入札談合事案で、本条が初めて適用された判例は、奈良地判平成二一年一〇月二〇日判タ一〇四一号一八二頁である。⁹⁰⁾

原告らは、本件の損害額について、「全国各地の指名競争入札における調査結果を検討すると、落札価格は、談合が成立すると予定価格に近づき、談合が成立できなかった場合には最低制限価格ないし予定価格の八〇％程度の価格に近づく実態がある」として、「現実の落札価格の二〇％と推定される」と主張した。

これに対して、被告は、「想定落札価格については、当該商品の価格形成上の特性、経済的変動の内容・程度、その他の価格形成要因を個々の要因ごとに総合検討することを要する」、「最低制限価格は、この価格を少しでも下回れば技術上常識で考えられないような低価格と評価されるという不合理な額であるから、これを想定落札価格と見ることはできない」と反論した。

奈良地裁は、被告の反論を認めて原告の主張を退けたが、奈良県に損害が発生したことを認定したうえで、民事二四八条を適用して損害額を認定した。

「指名競争入札における落札価格を形成する要因は多種多様であることにかんがみると、入札談合における損害とは、そもそも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該当する」。

「被告らの一連の談合行為の態様、本件各工事の契約価格、公正取引委員会における課徴金納付命令に至る経緯等の諸事情及び趣旨・目的は異なるものの独占禁止法七条の二第一項の定める課徴金の割合が六%であること」、「被告らからの的確な反証のない本件弁論の全趣旨などを総合勘案して、被告らの談合行為により奈良県の被った損害の相当額は、本件各契約の契約価格の五%である」と。

その後、これまで多くの判例が集積してきた。これらの判例は、一般に、本判決と同様に、地方自治体に損害が発生したことを認定したうえで、価格形成に多様な要因が関与することを考慮して、一定の損害額を認定している。いかなる要因がいかなる程度に価格形成に影響を与えたかについて判示することなく、これらの要因を総合考慮することで裁量によって損害額を認定しているのである。談合がなされた経緯、入札予定価格・契約価格、同種事業の平均落札率などが考慮されている。

他方、損害額を認定する要因や認定手法について明確にする判例もある。

名古屋地判平成十二年七月一日判自二〇七号二九頁は、受注する意思で見積もりをしていたが談合に関与した被告によって指名からはずされた建設会社が入札した場合に予想される価格、談合に関与した被告が下請けに使われなかった場合に予想される工事費用を考慮して、損害額が九億円を下回らないと認定した。

東京地判平成一八年一月二四日判時一九九五号二三頁は、談合がなされた前後の平均落札率を比較して、「平成九年一〇月一日から同一二年九月二七日までの期間における公社発注の特定土木工事七二件における平均落札率が九四・五四%となっている一方で、同年一〇月一日から同一七年一月一日までの期間における同工事一三九件における平均落札率が八九・八五%となっていること」を重視して、損害額を「少なくともこれら工事の請負契約

における各契約金額の五％に相当する金額である」と認定した。

札幌地判平成一九年一月一九日判例集未搭載は、談合がなされた時期の同種の事業の平均落札率、すなわち「平成一一年度及び平成一二年度におけるA支庁の農業土木工事の平均落札率」を重視して、損害額を「予定価格の五％に相当する額」であると認定した。

先例である奈良地判平成一一年一〇月二〇日は、上述したように、損害額の判断基準として独禁法の課徴金の割合を挙げていたが、大阪高裁平成一八年九月一四日判タ一二二六号一〇七頁は、公取委が過去の違反事例について実証的に推計した売上額に占める不当利得の割合を重要な判断要素であるとして、損害額を契約金額の八％であると認定した。

3 検討

独禁法違反に関する民事損害賠償請求訴訟における損害額の算定方法として、アメリカ法の判例準則を参照するなどして、次のような理論が提示されてきた。²⁰⁾

原告の利益状況について違反行為期間とその直前とを比較する前後理論、原告の利益状況に対して、違反行為期間に原告と同じ市場・規模・市場占有率で同種の活動を行っている企業の利益状況を比較する物差理論、複数の要因に關数的關係を設定して解析する回帰分析などである。

前掲東京地判平成一八年一月二四日が前後理論に基づいて、また、前掲札幌地判平成一九年一月一九日を物差理論に基づいて損害額を認定しているといえる。

談合による被告の利益状況について、違反行為の前後や同種行為で比較しても、価格形成には様々な要因が影響を与えるので、高度の蓋然性があるといえる程度に想定価格を導出することは困難である。

他方、価格形成に影響を与えうる要因とその程度を考慮すれば、高度の蓋然性があるといえる程度に想定価格を算定することができよう。²¹⁾ しかし、実際に、各々の要因を抽出して価格に影響を与える程度を数値であらわして、

想定価格を算定する手法が確立していない²⁰。

そこで、これらの判例は、民訴二四八条を適用して、前後理論や物差理論で想定価格を算定して相当な損害額を認定したのである。

これに対して、多くの判例は、各々の事案で認定された様々な要因を総合的に考慮しているが、多様な要因が価格形成にかかわることを重視して、おそらく前後理論や物差理論によるのでは、本条が許容する証明度の軽減の程度を超えて不十分であると考えて、損害額を算定する要素と基準を明確にすることなく、相当な損害額を示したものと解される。

大阪高裁平成一八年九月一四日が判示するように、公取委の見解も参照できようが、民事損害賠償訴訟においては、個別的な事案で当事者の主張立証に基づいて損害額が認定されるのであり、民訴二四八条はその証明度を軽減するのに過ぎないのであるから、個別的な事案で主張立証された事実によって、想定価格を推測することが困難な場合にはじめて、相当な損害額として認められる余地があろう。

相当な損害額を認定するに当たって、政策的に談合を抑止することを重視するのであれば、最低入札価格を想定価格として損害額を認定する余地もあろう。最低入札価格は公共工事の質を確保するために設定される価格であるので、談合によって発生した損害を算定する想定価格とするのには不合理であるが、違反業者が落札によって得た利益を剥奪する基準とするには適当な価格であるといえるからである。損害額の基準として明確であり、相当の損害額を認定する訴訟コストが生じないという利点もある。

判例のなかには、逸失利益に関する前掲最判昭和三九年六月二四日のように、民訴二四八条を適用して認定する損害額について、控えめな金額を認定すると判示するものもある。

前掲横浜地判平成一四年四月二四日は、損害額の認定に際して考慮する事情として「正確には損害額が算定できない中で賠償責任を負わせる以上、責任を負う者に対し、まず間違いがないと思われる程度の金額を賠償させるのが適当であること」を挙げている。また、前掲さいたま地判平成一七年一月三〇日は、「損害の算定が困難な中

で被告に損害賠償義務を負わせる以上、賠償責任を問う金額としては手堅く控え目な認定とすることもやむを得ない」と判示した。

前掲最判昭和三十九年六月二四日は、高度の蓋然性がある程度に損害額が証明されたといえるために、不確実な事実に基づいて逸失利益を認定する反面、控えめな算定方法によるものとしたのである。

民訴二四八条が適用されて損害額について証明度が軽減されている場合にも、なお控えめな認定をする必要があるとはいえないであろう。さらに、控えめな認定がなされることによって、不法行為法の事故抑止機能が阻害されることにもなる。

ところで、これらの判例は、民訴二四八条を適用する前提として、損害の発生を認定している。損害の発生についても本条を類推適用するのではない。

しかし、本件のような経済損害は、物の滅失や人身損害の逸失利益などのように、損害の発生とその金額の算定を分けて捉えられるものではなく、損害自体が金額によって現わされるものである。損害額が高度の蓋然性がある程度に損害額が認定できないにもかかわらず、損害の発生は高度の蓋然性がある程度に認定できるといえるのか疑問である。判例は、談合行為を認定することによって損害の発生を認定しているが、何らかの経済損害が発生したということを損害額の認定に先立って、証拠に基づいて認定しているのではない。

四 今後の課題

これまで、民訴二四八条が適用される事案として、「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」典型的な事案である、人身損害の逸失利益と談合による経済損害について考察してきた。

物の滅失や価値の下落、営業損害など様々な損害の事案に関して、本条が適用された判例が集積されてきている。本稿を契機として、判例の総合的な考察を通じて、本条の要件である「損害の性質」、及び「その額を証明するこ

とが極めて困難である」を判断する合理的な基準について検討するとともに、裁判所が相当な損害額を認定するにあたって、いかなる事情をいかなる程度に考慮するべきであるのか、損害額を認定するにあたって軽減される証明度はどの程度であるのか、考察を進めていくことにしたい。

また、本条が適用される損害について、差額説に対して有力に主張されてきた具体的損害説が意図する価値観や政策的判断を、本条の適用に際して裁判所の裁量を通じて考慮することとすることができるか否か、いかなる程度に考慮することができるか、検討することも必要であろう。⁸⁴⁾

加藤判事は、証明度軽減の法理を提示されて、次のような要件を示されていた。⁸⁵⁾ その要件とは、①事実の証明が事柄の性質上困難であること（必要性）、②証明が困難であるために、実体法の規範目的・趣旨に照らして著しい不正義が生じること（相当性）、及び③原則的証明度と等価値の立証が可能な代替手法を想定できないこと（補充性）、である。

民訴二四八条は、損害額の認定について、証明度軽減の法理が採用されたものと解することもできるので、損害額の認定にとどまらず、この法理の要件が妥当な場合には、本条を類推適用する余地があるといえる。⁸⁶⁾

立法当時、本条について、損害の証明が極めて困難である場合だけでなく、損害の証明に要するコストが課題である場合にも類推適用されるか、また、損害の発生が極めて困難である場合にも類推適用されるか、論じられていた。⁸⁷⁾

東京高判平成一八年八月三〇日金判一二五一号一三頁は、火災によって焼失した家屋の損害について、「具体的な範囲及び程度」を確定することができないために損害額を算定することが困難であるとして、本条を適用して損害額を認定した。賠償される損害の範囲についても本条が適用されたのである。

さらに、上述したように、談合による経済的損害については、損害額の証明の前提となる損害の発生についても証明困難であるといえるので、損害の発生について実質的には本条が適用されたと解することもできる。

さらに、本条について、不法行為や債務不履行の損害にとどまらず、不当利得における損失の証明に関しても類

推適用される余地があるのか検討する必要もあろう。本項で考察した談合による経済的損害についていえば、談合に關与した業者が地方自治体に損失を与えることによって利得を得ているという点で、不当利得にも当てはまる事案でもある。

消費者契約法九条の「平均的損害」に関して、本条を類推適用した判例がある。例えば、東京地判平成一四年三月二五日判タ一一一七号二八九頁は、料理等パーティーのサービス契約について、旅行業界の標準約款のようなものがなく、同種の予約の解約に伴う平均的損害額を算定する証拠に乏しいとして、本条を類推適用した。

また、大学に納入した授業料・入学金の返還請求訴訟のなかで、横浜地判平成一七年四月二八日判時一九〇三号一一一頁は、消費者保護という消費者契約法の目的に照らして、損害の立証困難という状況の同一性、相当程度の類似性を理由として本条を類推適用して、入学手続事務費用相当額である入学金の金額を平均的損害額であると認定している。

本条の要件・効果について考察するとともに、本条が適用ないし類推適用される範囲についても解明を進めていくことも今後の課題としたい。

注

(1) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』二八七頁（商事法務研究会、二〇〇〇）、伊藤眞『民事訴訟法（第三版三訂版）』三二二～三二四頁（有斐閣、二〇〇八）、新堂幸司『新民事訴訟法（第三版補正版）』五一四～五一五頁（弘文堂、二〇〇五）。

(2) 本条に関する立法当時の議論について、竹下守夫・青山善充・伊藤眞編集代表『研究会新民事訴訟法』三一八～三二三頁（有斐閣、一九九九）、春日偉知郎『「相当な損害額」の認定』ジュリ一〇九八号七三頁（一九九六）、坂本恵三「損害賠償額の認定」三宅省三・塩崎勤・小林秀之編『新民事訴訟法大系第三卷』二七一頁（青林書院、一九九七）、「新民法」二四八条をめぐる諸問題」民訴雑誌四五号二二八頁（一九九九）、清水正憲「損害額の認定」滝井繁男・田原睦夫・清水正憲編『論点 新民事訴訟法』三九九頁（判例タイムズ社、一九九八）、加藤新太郎「相当な損害額の認定」ジュリ一六六号一〇四頁（一九

- 九九）、山本克己「自由心証主義と損害額の認定」松本・宮崎編『講座新民事訴訟法Ⅱ』三〇一頁（弘文堂、一九九九）、伊藤眞「損害賠償額の認定」原井龍一郎先生古稀祝賀『改革期の民事手続法』五二頁（法律文化社、二〇〇〇）、畑郁夫「新民事訴訟法二四八条について」同書四九三頁、平井宜雄「民事訴訟法二四八条に関する実体法学的考察」『現代企業法学の研究』四五五頁（信山社、二〇〇一）、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）（中）（下）』判時一九二号三頁、一七九三号三頁、一七九六号三頁（二〇〇二）など。
- (3) 平井・前掲注(2)四六四〜四七五頁、春日・前掲注(2)七四頁。
- (4) 於保不二雄『債権総論（新版）』一三五頁（有斐閣、一九七二）。
- (5) 平井宜雄『損害賠償法の理論』四七四頁（東大出版会、一九七一）、『債権各論Ⅱ不法行為』七四〜七七頁（弘文堂、一九九二）。
- (6) 伊藤眞・前掲注(2)六九〜七〇頁、伊藤滋夫・前掲注(2)判時一七九三号四〜六頁。
- (7) 法務省民事局参事官室・前掲注(1)二八八頁。
- (8) 伊藤眞・前掲注(1)三三四頁、前掲注(2)六一〜六四頁。東京地判平成二一年八月二二日判時一六八七号三九頁、横浜地判平成二二年一月二二日判時一七二三号八〇頁など。
- (9) 伊藤眞・前掲注(1)三三五頁、前掲注(2)五七〜六一頁、山本・前掲注(2)三二三〜一四頁。
- (10) 判例・学説の動向について、山口成樹「人身損害賠償と逸失利益（総論）」山田卓生編集代表『新現代損害賠償法講座六』一五九頁（日本評論社、一九九八）参照。
- (11) 東京地判平成一六年一〇月二七日判時一八八七号六一頁は、精神病患者の逸失利益を否定して、民訴二四八条が適用されないと判示した。
- (12) 損害賠償算定基準研究会編『注解交通損害賠償算定基準（上）（三訂版）』二四八〜五〇頁（ぎょうせい、二〇〇二）。
- (13) 中村也寸志「判批」平成一六年度判解民三二四七〜三二四八頁。
- (14) 森島昭夫『不法行為法講義』三三八頁以下（有斐閣、一九八七）、淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』一七七頁以下（有斐閣、一九八四）、吉村良一『人身損害賠償の研究』一六五頁以下（日本評論社、一九九〇）、潮見佳男「人身侵害における損害概念と算定原理（二・完）」民商一〇三巻五号四三頁以下（一九九一）参照。
- (15) 例えば、川崎第一次大気汚染公害訴訟（横浜地川崎支判平成六年一月二五日判時一四八一号一九頁）では、次のように判示

- (21) 伊藤眞「独占禁止法違反損害賠償訴訟（下）」ジュリ九六五号五七〇頁（一九九〇）。
- (22) 川濱昇「判批」リマークス二号一二四頁（一九九一）。
- (23) 勅使河原和彦「損害賠償額の算定」伊藤眞・加藤新太郎編『「判例から学ぶ」民事事実認定』一四二頁（二〇〇六）。
- (24) 具体的損害論に関して、加藤雅信『新民法大系V事務管理・不当利得・不法行為（第二版）』二七九～二八三頁（有斐閣、二〇〇五）。
- (25) 加藤新太郎『手続裁量論』一四四～一四六頁（弘文堂、二〇〇〇）。同頁、大田勝造『裁判における証明論の基礎』二一四頁（弘文堂、一九九二）。
- (26) 伊藤眞・前掲注(2)六七～六九頁。
- (27) 前掲注(2)『研究会新民事訴訟法』三二三頁。前者を肯定する見解として、春日・前掲注(1)七六頁。後者に反対する見解として、伊藤滋夫・前掲注(2)判時一七九二号四頁。