

# 琉球大学学術リポジトリ

## 損害賠償訴訟における立証軽減： ZPO二八七条の意義について

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-10-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 宮里, 節子, Miyazato, Setsuko メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/2260">http://hdl.handle.net/20.500.12000/2260</a>

## 損害賠償訴訟における立証軽減

### — Z P O 二八七条の意義について —

宮 里 節 子

- 一、はじめに
- 二、Z P O 二八七条制定の沿革
- 三、Z P O 二八七条の意義
- 四、まとめ

#### 一、はじめに

交通事故訴訟、一連の公害訴訟、医療過誤訴訟、薬害訴訟等の著しい増加を契機として近時損害賠償訴訟における原告の立証軽減のために種々の立法論ないし解釈論が提唱されている。加害者の故意・過失については、周知のように、証明責任の転換や表見証明や事実上の推定などがある。この加害者の帰責事由の存在と並んで証明の困難な、損害の額についてはどうか。わが国の判例は、慰藉額の算定に関しては裁判官の裁量権を認めるが、<sup>①</sup>財産的損害に関しては原告がその数額を立証しなければならぬとしており、これは確立した判例理論といえよう。この判例理論に対し、近時交通事故訴訟を中心に損害額の証明度軽減という方法で被害者の救済を図る方法が主張さ

れ、その参考として西ドイツ民法 (ZPO) 二八七条が挙げられている。<sup>(3)</sup> しかし、この説に対しては、ZPO 二八七条は証明度を軽減した規定ではないとの批判もある。<sup>(4)</sup> ZPO 二八七条は、損害の存否及び額につき当事者間に争いがある場合には裁判所はあらゆる事情を斟酌して自由な心証により裁判できるとし、申し立てのあった証拠調べを行うか否か<sup>(5)</sup>の程度行つか、職権により当事者尋問を行うか否か等の証拠手続上の裁判官の裁量権を拡大した規定である。<sup>(5)</sup> しかしこの規定の意義については、当のドイツにおいても、それが証明度軽減の規定か否かについて論争がある。そこで、この規定の意義を明らかにしておくことは、損害賠償訴訟における原告の立証軽減を考察するうえで、わが国にも何らかの示唆を与えてくれるものと考ええる。本稿では、まず ZPO 二八七条の制定の過程を明らかにし、それから学説を中心にこの規定の意義をめぐる近時のドイツの議論を紹介することを目的とする。すでに制定の沿革について簡単な紹介があり、<sup>(6)</sup> 重要な学説についてもかなり詳細な紹介がある。<sup>(7)</sup> しかし、ドイツでは最近でもなおこの規定をテーマに論ぜられることが多いように思われるので、<sup>(8)</sup> あらためてこの規定の意義をめぐるドイツの状況を把握しておくことは有益なことと考える。

(1) 大判明治三四年二月二〇日刑録七輯一巻一〇五頁、その他多数の裁判例。

(2) 大判明治三六年五月二一日刑録九輯七四五頁、その他多数の裁判例。

(3) 五十部豊久「損害賠償訴訟における訴訟上の特殊性—慰籍料算定における裁判所の自由裁量を中心として—」法学協  
会雑誌七九卷六号七二〇頁以下 (特に七三二頁)。

(4) 倉田卓次「損害賠償訴訟における証明度」判例タイムズ二二二号一七三頁以下 (のち民事交通訴訟の課題一六五頁以下所収) (特に一七六頁)。

- (5) 本文で要約したのはZPO二八七条の第一項である。本稿でZPO二八七条というのは専らその第一項を指す。
- (6) 五十部豊久・前掲七二二頁。
- (7) 柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況(4)」ジュリスト四九三号一二二頁以下。
- (8) Vgl. Werner, Manfred, Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozess nach § 287 ZPO, Diss., 1970.; Maassen, Bernhard, M., Beweismaßproblem im Schadensersatzprozess diss., 1975.; Arens, Dogmatik und Praxis der Schadenssätzung—Ein Diskussionsbeitrag zur Auslegung des § 287 ZPO, ZZP Bd. 88 s. 1, ff. 1975.; Stoll, Haftungsverlagerung durch beweismittelrechtliche Mittel, Acp. 176, s. 145ff (181ff), 1976.; Heller, Franz Wilhelm, Die gerichtliche Schadensermittlung nach § 287 ZPO, Diss., 1977, u. a.

## 二 ZPO二八七条制定の沿革

### 1 普通法時代の証拠法状況と改革

一四、五世紀におけるローマ法継受以後、一八七七年の旧民事訴訟法(CPO)制定に至るまでのドイツでは、周知のように各ラント法と普通法が訴訟手続を規律していた。これらの訴訟手続における証拠法則は、証拠方法や証拠力を法定し裁判官の証拠評価を厳しく拘束するいわゆる法定証拠主義が一般であった。<sup>1)</sup>これに対し、フランスで確立されたいわゆる自由心証主義はドイツにおいても刑事訴訟の分野ではいち早く採用されたけれども、民事訴訟の分野では一八四四年のプロイセン勅令(Preuss. Verordn.)、一八五五年のプロイセン訴訟法および破産法などを除けば、各ラント法がこの主義を採用するに至ったのはようやく一八六〇年代の後半からである。<sup>2)</sup>それ

までは長期にわたり法定証拠主義が支配的であった。

(1) 法定証拠主義と損害額の立証

法定証拠主義の窮屈さは多くの弊害を露呈したが、それは特に損害賠償訴訟において顕著であった。<sup>(3)</sup> 証拠方法や証拠力を制限しつつ損害額を最小単位まで嚴格に立証することは原告にとって過酷な要求であったからである。これについて当時バイエルンの上級控訴裁判所の裁判官であったツィンクは一八六〇年の著書の中で次のように述べている。<sup>(4)</sup> 「現在のドイツの裁判所で損害賠償訴訟を提起すること程、不確定で見込みのないものはない。それが究極において被害者に幾許かの利益をもたらすとしても、それはせいぜい費した訴訟費用を補填する程度の僅かな額にすぎず、被害者の抱く不満は決して解消されない。そこでは他人に対し故意または過失によって損害を与えた者は二重の不正を犯していることになる。一つは他人の財産を減少させたこと自体によってであり、もう一つは被害者からその損害を立証する手段を奪うことによる。このような弊害を除去するためには、不可能となった損害の検証・算定の代わりに裁判官の自由な裁量に委ねなければならないであろう……。しかしドイツの裁判官は事件の事実関係についての全証拠は当事者によって提出されなければならないという拘束から逃れることはできない。原告はいっさいの事情を詳細に立証すべきであり、裁判所は判決によって言い渡す金額をあらゆる方面から評価し、原告にはそれ以上の金額もそれ以下の金額も認められないということについて正確な判決理由を説示しなければならない。」と。

また、当時ドレスデンの弁護士であったグスタフ・レーマンも一八六五年に発表した「損害賠償訴訟の危機」と題する論文<sup>(5)</sup>、および一八六七年に開催された第六回ドイツ法曹会議における報告で同一の指摘をしている。右報告は次のように言う。「わが国における損害賠償訴訟の主要な欠陥は、その訴訟において決して履行すること

のできない要求がなされていることである。(通常の)訴訟で立証すべき他の総ての事実と全く同様に損害について立証することが要求されているのだ。ここでは通常の証拠法則に対するいかなる例外も認められていない。事情によっては被害者に評価宣誓 (iuramentum in iudicio) <sup>(7)</sup> によって確定することが許されているから、額の立証の軽減のみは認められているといえる。しかしそれによっても多くは救済されない。この宣誓は原則として加害者に故意または重過失がある場合にのみ許されるにすぎないからである。さらに裁判所はこの宣誓の外にたいいて損害の証明を要求し、しかもこの立証についてしばしば少くない要求をする。つまり、被害者はまず裁判所に対しその範囲を相当確実に予測できる程度に損害について立証すべきなのである。そのような立証があつて初めて、裁判所は被害者に対し評価宣誓を許す。もし、被害者がそれを立証できないなら裁判所はたいいて疑惑を抱き評価宣誓の許可を与えない。」と。

このように普通法時代のドイツ損害賠償訴訟は、(1)裁判所は損害賠償訴訟においても通常の訴訟と全く同様に厳格な立証を要求していた、(2)法定証拠法則を原則とし証拠方法を制限していた当時においてその要求に応ずることは不可能に近かった、(3)補充的証拠方法として場合によっては評価宣誓が利用できたがそれも損害額を予測せしめるようなある程度の基礎事実を立証していなければ裁判所は許可しなかった等の問題を有していた。これらがドイツにおける損害賠償請求権を実現可能な権利の系列から閉め出してきた原因であつた。<sup>(8)</sup>

この危機的情況において損害賠償訴訟における損害額の認定に関し特別規定を採用した最初の立法例は一八五〇年のハノーバー訴訟法<sup>(9)</sup>であつた。その二三八条は次のように規定する。

「損害及びそれを賠償すべき相手方の義務が確立している場合においてその金額が事件に現れた諸理由によれば通常の証拠方法では全く証されえないか又はその立証に不相応な困難が生ずる場合には裁判所はそれにつ

いての申し立てに基づき弁論の結果を斟酌し、必要とあらば鑑定意見を聴取して諸事情及び衡平に基づいて損害額を決定すべし。但し評価宣誓が許される場合を除く」。

そして、一八五一年のバーデン訴訟法<sup>11)</sup>がその五九五条で類似の規定を採用し、一八六四年のバーデン訴訟法<sup>12)</sup>五八八条も同様であった。ザクセンでは一八六七年、特に損害賠償訴訟のための改正 (Novelle) が出され、その第五号で損害賠償義務が裁判上確定していることを前提に、その額の評価を裁判所の裁量に委ねる旨規定した。自由心証主義についての規定があったか否か定かでないが、この規定の審議に加わった代表委員の次のような見解から一応法定証拠主義が妥当していたものと推測できようか。すなわち、「我々の裁判官がこの改正を最も自由に解釈し、従来形式による束縛をはねのけるよう努力すれば、我々の損害賠償訴訟実務は非常に改善されるであろう。逆に損害賠償訴訟における我々の裁判官が従来証拠理論の厳格な形式から離れられないのであればおそらく更に積極的な規定によって修正しなければならないであろう。」と述べている。

(2) 自由心証主義と損害額の立証

一八六〇年代の後半には多くのラント法が法定証拠主義から離れて自由心証主義を採用するようになった。証拠方法や証拠力、事実認定の際に用いる経験則等に特別の制限を設けず裁判官の自由な判断に委ねられた。しかしそれにより損害賠償訴訟における損害の立証の特別扱いが不要とみなされたのではないことは、多くの法典あるいは草案が自由心証主義を謳った一般規定の外に損害額についての特別規定をおいたことから知ることができる。一八六六年のハノーバー訴訟法草案はその三〇六条で自由心証主義を採用することを明らかにするとともに、三〇七条で次のように規定した。

「賠償すべき損害額が予測できないか又は立証に非常な困難を伴う場合には裁判所は弁論の結果に従いあらゆ

る事情を斟酌して衡平に基づき、この金額を確定することができる。この規定は損害額についての証拠調べが行われた場合であっても適用される。損害の確定のこの方法は、被害者に評価宣誓が認められている場合には被害者の同意を要する。」

同じく、一八六八年のヴェルテンベルク訴訟法も四四三条の自由心証主義の規定の外、四四四条に損害額の立証に関する規定を設け、一八六九年のバイエルン訴訟法も三四五条で自由心証主義を規定し、三三〇条で損害額の立証について規定した。

### (3) 損害の存否の立証

#### a. レーマンの提案

右に見た損害額の立証の特別扱いと並んで損害の存否の立証についても特別扱いの必要性を主張する動きがあった。すでにレーマンは、一八六五年の論文の中で次のような具体的改革の方向を提案した。<sup>17)</sup>「損害の存否及び額の問題は裁判官の裁量に委ねられ、裁判官はその裁量権の行使を抑制してはならない。裁判官はその裁量権行使の場合に特にわかりやすい推定及び普通の生活経験を基準にし、関係するあらゆる事情を全く自由に評価して裁判しなければならない。損害額は原則として自由に見積られはじき出される。効果的審理のために必要とあらば裁判所には職権により解明を試みるものが許される。同様に専門知識が問題となる場合において鑑定を求めるかどうかどの程度その必要性を認めるのかということとは裁判官の裁量に委ねられる。他の全ての手がかりが欠けている場合にだけ事実主張の確定のために宣誓を課することができる。」

#### b. 第六回ドイツ法曹会議

第六回ドイツ法曹会議が一八六七年八月に開催され、その第四部会では政府委員 (Regierungssessor) リンケ



(Lincke) による、損害賠償訴訟改革のための具体的提案<sup>18)</sup>およびこれに対するレーマンの鑑定報告を中心に討議がなされた。種々の意見がだが、結局、「損害の究明並びに損害額決定に際しては裁判官は当事者の提出した基礎事実を検討して自由な裁量により裁判しななければならない」と決議した。<sup>19)</sup>

c. 北ドイツ草案<sup>20)</sup>

やがて訴訟法の中にも損害額及び損害の存否に関する特別規定が現れた。一八七〇年七月に完成した北ドイツ草案がそれである。北ドイツ草案は四五五条で事実認定における自由心証主義を採用し、四五七条において損害賠償訴訟に関して次のように規定した。

「損害の存否又はその額に關し当事者間に争いがある場合には裁判所は事件のあらゆる事情を斟酌し必要な場合には鑑定人の意見を聴取して自由な心証に基づいてこれにつき裁判する。」

ここにおいて、損害の存否及び額の争い<sup>21)</sup>に關し、裁判所の自由な心証に委ねるとする現行ZPO二八七条の原形は殆んど確立された。審議の過程では、まず一八六六年のハノーバー草案を参考に、その規定にかえて、「損害の存否またはその額について当事者間に争いがある場合には裁判所はあらゆる事情を考慮し、必要とあらば鑑定意見を聴取して自由な裁量に従ってこれにつき裁判する」との提案がなされた。これに対し、加害行為と損害との間の因果関係については完全な証明が必要であり、額に關してのみ裁判所の自由な判断に委ねるべきであるとの反論があったが、実務上の困難は損害の発生<sup>22)</sup>の証明についても生じている旨指摘され、前述の規定内容となつた。この北ドイツ草案四五七条は、当初の提案および先の第六回ドイツ法曹會議の決議案が、損害の額および存否に關する争いを裁判所の裁量に委ねると表現したのと異なり、それらを裁判所の自由な心証に委ねると規定している。審議録の説明によれば、この点に關して、「(1)損害額の算定に關して裁判官に自由裁量を認めるべきで

あること、(2)この裁量権は違法な行為と発生した損害との間の因果関係の問題を含めて、損害発生の問題にも拡大されるが、損害賠償義務の立証は通常の（自由心証の）原則に従わなければならないこと」と決議されている。<sup>22)</sup>北ドイツ草案はまた従来認められてきた評価宣誓を廃止した。<sup>23)</sup>

d. いわゆるライヒ法

一八七〇年代初期には前述の北ドイツ草案の外、特別法の分野でも損害賠償訴訟における裁判所の自由心証あるいは自由裁量について規定が設けられた。一八七〇年六月一日のいわゆるライヒ著作権法一九条と一八七一年六月七日のいわゆるライヒ損害賠償法六条七条がそうである。ライヒ著作権法一九条は「損害並びに賠償すべき利益の存否及びその額に関しては裁判所があらゆる事情を考慮して自由な心証に基づき裁判する。」と規定し、ライヒ損害賠償法は六条一項で「裁判所は事実主張の真实性につき弁論の全趣旨を考慮して自由な心証に基づいて裁判しなければならない」とし、同三項で「事実主張の真实性に関して、当事者の一方に宣誓を命ずるか否か並びに損害額に申し立てのあった証拠調べを命ずるか否か及びその限度については裁判所の裁量に委ねられる」とし、七条一項一段で「裁判所はあらゆる事情を考慮して損害の存否及び額につき自由な裁量により裁判しなければならない」と規定していた。

(4) C P O 二六〇条（現行 Z P O 二八七条）の制定

一八七一年に、レオンハルト（A. Leonhardt, すでにハノーバー草案の父でもあった）の指導の下、プロイセン参事官草案（司法省草案ともいう）、いわゆる第一次草案<sup>24)</sup>ができたが、この第一次草案は二三五条で一般の証拠評価の自由、二三六条で損害賠償訴訟における自由心証を規定した。それらの規定は一八七四年の第三次草案では二四九条、二五〇条となり、一八七七年のドイツ民法（C P O）では二五九条、二六〇条となった。第

三次草案の理由書の説明によれば、「ハノーバー草案三〇六条など多くのラント法が、損害額の立証に関する特別規定を設けたが、実務上の経験が示すように、これらの規定は、損害賠償訴訟において裁判所が実体的正義を実現しうるためには十分ではなかった。損害額の問題は損害の存否の問題と不可分であり、損害が発生したか否かの判断も裁判所の自由な心証に委ねるべきである。そうでなければ損害額の究明に際して裁判所に与えられた自由な地位は殆んどの場合、有効なものといえないだろう。それゆえにこの草案では、一八七〇年六月のライヒ法一九条、一八七一年のライヒ法六条、七条、北ドイツ草案四五七条、第六回ドイツ法曹会議の決議等と同じく損害額の判断のみならず損害の発生についても裁判官の自由な裁量に委ねる」ことになった。かくてCPO二六〇は、

「損害の存否および損害または賠償すべき利益の額につき当事者間に争いがある場合には裁判所はあらゆる事情を斟酌し自由な心証によりこれについて裁判する。申し立てのあった証拠調べまたは職権による鑑定を命ずるか否かおよびその限度については裁判所の裁量に委ねられる。裁判所は挙証者に対し損害または利益を宣誓によって評価すべきことを命ずることができる。この場合、裁判所は同時に挙証者が宣誓により評価しうる限度額を決定しなければならない。

評価宣誓に関する規定は廃止される。」

となり、現行ZPO二八七条の誕生となった。<sup>(27)</sup>

(1) Rosenberg - Schwab, a. a. O., II. Aufl., S. 18, S. 19.; 現代外国法典叢書(独逸民事訴訟法)一頁以下参照。

(2) Hahn, Die gesamten Materialien zur CPO, II. S. 275.

- (c) Hahn, a a O., S. 276.
- (4) Zink, Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilprozeesse . 1 Bd., 1860. S. 563 ff (S. 569 f.).
- (5) Lehmann, Der Nothstand des Schâdenprozesses und Entwurf der Königl. Sächs. Civilprozeßordnung, Leipzig, 1865. 44頁・頁十拾・程學中三〇頁(註(三)) 論評。
- (6) Gutachten, betreffend das Verfahren im Schâdenprozesse, von Advokat Dr. Gustav Lehmann zu Dresden, in Verhandlungen des sechsten Juristentages 3 Band, S. 7 ff.
- (7) 邦註の裁判制度(邦註の裁判制度) といふ邦註の文庫を參照。Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 5. Aufl., 1838, S. 372 ff (S. 387 ff.); Endemann, Das deutsche Zivilprozessrecht, 1868, S. 773 ff (S. 813 ff.); Bayer, Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilprozeß, 10. Aufl., 1869, S. 868 ff (S. 915 ff.); Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts, 2. Aufl., 1873, S. 361 ff (S. 404 ff.); Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl., 1878, S. 250 ff (S. 282 ff). なお、證明責任の邦註の裁判制度との關係をいふ、竜崎英助「學說責任論」(二) — ムーン證明責任論と其の比較責任と結果責任の交錯 — 「法学協會雜誌九二卷一四五頁以下參照。
- (8) Hahn, a a O., S. 276.
- (9) Bürgerliche prozessordnung für das Königreich Hannover. vom 8. 11. 1850. Vgl. Hrsg. von G. J. Dahmanns, Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen 1. Bd. S. 305 ff.
- (10) Die Prozeßordnung im bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden von 1851.

- vgl. Heller, a a O., S. 20 f.
- (11) Hahn, a a O., S. 276.
- (12) Vgl. Lehman, Gutachten, S. 20.
- (13) Lehman, Gutachten, S. 20 - 21.
- (14) Entwurf einer allgemeinen Zivilprozessordnung für die deutschen Bundesstaaten, 1866. Vgl. Dahmanns, Neudrucke, 2 Bd., S. 1 ff.
- (15) Hahn, a a O., S. 275, S. 276.
- (16) Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern, 1869. Vgl. Dahmanns, Neudrucke, 4 Bd., S. 21 ff.
- (17) Lehmann, Der nothstand, S. 33. u. vgl. S. 22.
- (18) 第六次會議の議案の要約. Vgl. Verhandlungen des Sechsten Deutschen Juristentages zweiter Band, S. 248 ff (250).
- (19) Verhandlungen des sechsten Deutschen Juristentages II, S. 248 - 268 (268).
- (20) Entwurfs einer Zivilprozessordnung für den Norddeutschen Bund, 1870.
- (21) Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Zivilprozessordnung für die Staaten des norddeutschen Bundes, 1868, S. 682 ff.
- (22) Protokoll, S. 686.
- (23) 第六次會議の議案の要約 Protokoll, S. 1047—1050

(24) 出紙<sup>24)</sup> Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Compositionen und dramatischen Werken. Vom 11. 6. 1870. Bundes Gesetzbat des norddeutschen Bundes, 1870.

(25) 出紙<sup>25)</sup> Gesetz, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen. Vom. 7. 6. 1871. Reiches Gesetzbat, 1871.

(26) Entwurf einer Deutschen Civilprozessordnung nebst Begründung. Im Königlich preussischen

Justiz = Ministerium bearbeitet, 1871.

(27) C P O 二六〇条はその後、民法典の施行(一九〇〇年)に伴い、一八九九年から現在のように Z P O 二八七条に規定されるようになり、一九二四年に二項が追加され一九三三年には当事者宣誓にかわる当事者尋問制度の導入によって一  
項三段に改正がなされた外はその大筋において C P O 二六〇条と変わっていない。

### 三、 Z P O 二八七条の意義

Z P O 二八七条は、一般の事実認定における自由心証主義を規定した二八六条(日本民訴法二八五条に相当)に  
対し、いかなる意義を有するのであろうか。判例および多くの文献は、Z P O 二八七条が証拠調べにおける裁判  
官の裁量権を拡大している点、Z P O 二八七条の下では原則として証明責任が問題にならない点、<sup>(1)</sup>判決理由中の  
裁判官の証拠説示の義務を緩和している点<sup>(2)</sup>などでは一致しているものの、その他の点では、例えば裁判官の証拠  
評価の自由を拡大したものであるとか裁判官に損害評価のための裁量権を付与したものであるとか説明するが、<sup>(3)</sup>

その趣旨は必ずしも明確ではない。

これに対し、プレルスやクラウザー、アレンス等の文献はこの規定の意義につき詳細に論じている。<sup>(1)</sup>論者の多くは、この規定の意義を損害額と損害の存否の問題につき共通に論じているのであるが、そうでない説もある。まずは損害額について諸説をみてみよう。

### 1 損害額に関する ZPO 二八七条の意義

次の三説に分類できるように思われる。(1) 二八七条は単に証拠調べにおける裁判官の裁量権を拡大しただけでなく、二八六条とは異なる権限、つまり損害額を裁量的に決定しうる権限を付与したものとみる説、(2) ZPO 二八七条は二八六条よりも証明度を軽減した規定だとする説、(3) ZPO 二八七条は二八六条と同様自由心証の規定であり証明度が問題になるがそれを軽減したものでなく、単に証拠調べの手續における裁判官の裁量権を拡大することにより当事者の負担軽減を図るとする説である。

(1) まず(1)説を主張するのはプレルス等である。プレルスは損害賠償訴訟では、その中に責任額が存在するであろう一定の範囲は明らかになるがそれ以上厳密に額を立証することはできない。しかし、単に損害額の不特定性のみを理由として請求を棄却してはならない。そこに ZPO 二八七条の意義があり、裁判官は当事者によって明らかにされた範囲内で自由に裁量権を行使してその損害を評価し額を決定できるし、またしなければならぬ。<sup>(2)</sup>それゆえ裁判官は支払うべき賠償額として客観的にみえ、酌合のとれたものと考えられる種々の金額の中から衡平と正義に従って (ex aequo et bono)、自ら損害額を決定できる。その意味で ZPO 二八七条による損害額の決定は、認識行為のみならず権利形式の意思行為でもあるとする。<sup>(3)</sup>従って、彼によれば ZPO 二八七条は二八六条と等しく「自由な心証 (freie Überzeugung)」について規定するが、二八七条にいう「自由心証 (freie Überzeu-

gung）」とは「自由な裁量（freies Ermessen）」以外の何ものも意味しない<sup>18)</sup>。それは理由書の説明が、損害額の判断は裁判所の裁量（Ermessen des Gerichts）に委ねると言及している点からも正当な解釈であるとする<sup>19)</sup>。プレルスによれば裁判所に与えられた裁量権は、数额を特定しない訴えを適法とする点でも当事者のために訴訟追行の負担の軽減を図るとする<sup>16)</sup>。

ハインミュラーは次のように言う<sup>11)</sup>。「ZPO二八七条は裁判官に対し、固有の心証形成における特別の広い自由を認めるのであり、その結果はもはや単なる真実発見として促えられるのではなく、まさに裁量の余地を伴う法律効果の決定とみなされる」。

シュトルもプレルスの見解と同様ZPO二八七条を権利形成的規定とみる。彼は裁量的に評価しなければ、原則として、正当な請求権が棄却されることになるという場合には、事案に応じて適切な損害額を言渡すことができるし、そうしなければならぬ。認定された額が厳密に損害と一致するという場合でなくても、もちろん裁判官がそれについての心証を形成してなくとも同様であると主張する<sup>12)</sup>。

アレンスもまた、損害額に関するZPO二八七条の意義を、損害額の裁量的決定権限を裁判官に付与した点にあると解する<sup>13)</sup>。彼によると、損害額の正確な算定はできないが、評価のための手がかりが少しでも存在するのであれば、裁判官は評価によって損害額を決定しうる。そこに裁判官の裁量権行使がみられるのであり、それは同程度に正当であると思われる多数の評価可能な額の中から適当に選択しうることを意味する<sup>14)</sup>。そして、二八七条は衡平の視点から損害賠償請求を承認するための授權規範として理解しうる<sup>15)</sup>とする。

(ii) 説を積極的に主張するのはクラウザーである。彼によれば、ZPO二八七条は、被害者のためにまず損害の立証を緩和するという点で役に立つ。その基本的な損害賠償義務の確定している加害者にとって損害確定の際に



あらゆる事情が解明されないからといって有利になつてはならない。この場合、損害はおそらく仮定的因果の系列を考慮することにより確定されようが、そこではもはや厳密な証拠を入手することはできない。ゆえにその救済手段としての二八七条は、証明度軽減の規定といえるとする。<sup>16</sup>したがって、この規定の下では損害額に關し裁判官が低い証明度で心証を形成しうる点に意義があるのであり、裁判官に裁量的決定権を付与するものではないとして、(イ)説に立つプレルス<sup>17</sup>を批判する。クラウザーはまた、ZPO二八七条の意義を無価値たらしめまいとするのであれば、その証明度軽減は損害評価の基礎となる事実にも及ばなければならぬとする。<sup>18</sup>特筆すべきことは、彼が、その場合の証明度は必ずしも一律である必要はなくそれぞれの事案に応じて考慮すべきと主張する点である。<sup>19</sup>彼によれば一般に、主張されている損害が真実であるとの証明が、虚偽であるとの証明よりもわずかに多い(五一%の蓋然性)というだけでは十分でないが、要証事実によってはその程度の立証でもよく、結局要証事実の重要性、実体法の影響等を考慮に入れて事案に応じた証明度の軽減を図ればよいとする。彼は実務はずでに暗黙のうち<sup>20</sup>にこのような一様でない証明度で処理をしてきたとし、自説の補強を試みている。<sup>21</sup>しかし、彼のこの見解に対してはローゼンベルク<sup>22</sup>シユヴァープによる批判がある。彼らは種々の証明度を利用することはより大きな疑惑をもたらすから問題であると指摘する。<sup>22</sup>因みに彼らは教科書第一〇版では、ZPO二八七条による評価の場合には完全な心証形成を前提とするものでなく、より低い程度の蓋然性で満足すべきだとしていたが、第一一版では証明度軽減の問題に対する態度を保留している。<sup>24</sup>

い説、この説を主張するのはヘラーである。彼はまずZPO二八七条が二八六条と同じく裁判官の「自由な心証(Freie Überzeugung)」について規定する点を重視して、「心証(Uberzeugung)」と「裁量(Ermessen)」の差異を明らかにし、立論の出発点とする。<sup>25</sup>彼によれば前者は要証事実の真実性につき裁判官に確信を抱かせる

ことであって当然証明度が問題になるが、後者は、裁量権を行使する人が判断に関して一定の権限を有することを意味し、決定の余地（Entscheidungsspielraum）を意味する。裁量的判断の方法は選択の可能性の存するところで妥当し、<sup>(26)</sup> 真実の発見とは異なる。それゆえ、心証（Überzeugung）と裁量（Ermessen）とを同義には解しえないとし、<sup>(26)</sup> ④説を批判する。ZPO二八七条が二八六条と同様「自由な心証（freie Überzeugung）」と規定している以上、「裁量（Ermessen）」と解するのは無理である。この点は一八五一年バーデン民法五九五条や<sup>(27)</sup> 一八六六年のハノーバー草案三〇七条等が明確に「裁量（Ermessen）」と表現していたのと異なる。<sup>(28)</sup> また裁判官が損害額につき十分な心証を形成していない場合に評価を強制しようとすれば無理な心証形成となり、<sup>(29)</sup>（自由心証主義を採用した）民事訴訟法と相容れない。<sup>(30)</sup> 従って損害額の決定は④説の主張するように権利形成の意思行為でもなければ、<sup>(31)</sup> 特別の裁量の余地を伴う法律効果の決定でもない。また④説に対しては、<sup>(32)</sup> なるほどZPO二八七条は心証（Überzeugung）と規定しているので心証形成の際の証明度が問題になるが、ZPO二八六条と同一の文言である以上、その証明度は両方等しくなければならぬのであり、<sup>(33)</sup> 事実認定の際に疑問があれば、ZPO二八七条の場合にも二八六条と同様、裁判官は実生活上利用できる程度の確信、つまり疑惑を完全に排除するのではないが、それを沈黙させる程度の確信で満足しなければならぬとして批判する。<sup>(34)</sup>

そして彼の見解では、二八七条はその第一項第二段第三段で証拠調べにおける裁判官の裁量権を二八六条よりも拡大しており、この点に特色がある。つまり損害額の裁判に関する二八七条の意義は、裁判官が拡大された証拠手続上の裁量権を行使してあらゆる事情を斟酌して、自己の心証によれば実際に発生したであろう損害額と最も近い金額を認定できる点にあるという。<sup>(35)</sup> また、この規定は当事者のために数额を特定しない訴えを適法と認める点に利点があるという。<sup>(36)</sup>

2 因果関係とZPO二八七条の適用範囲

(1) ZPO二八七条が額のみならず損害の存否についても適用されることは文言上明白であり、理由書の説明によれば、損害の存否には違法な行為と発生した損害との間の因果関係の問題も含まれていた<sup>(37)</sup>。そこで、一八八二年二月にライヒ裁判所が「違法な行為によって損害が発生したか否か、どのような損害が発生したかにつききたいの場合厳格で完全な立証はできない。従ってここで完全な立証を要求しようとすれば、全く是認されない方法で不法行為者を助成し被害者に不利益を与えることになる。この点を立法者は考慮して、裁判官により大きな自由を与えた。従って、厳密な究明がこれ以上できないというときは、違法な行為から損害が発生したことにつき、裁判官は一般的に心証をうるだけで満足すべきである。」と判決して以来、初期の判例は広く因果関係へZPO二八七条の適用を認めたが後に次第に因果関係の一部にのみ適用されるとする理論が判例上確定するに至った。現在の判例及び通説は、因果関係をいわゆる責任根拠因果関係(haftungsbegründende Kausalität)といわゆる責任充足因果関係(haftungsausfüllende Kausalität)に分け次のように<sup>(38)</sup>。「具体的な責任根拠としての加害行為自体、およびその行為と被害者の側に生じた法益侵害との間のいわゆる責任根拠因果関係はZPO二八六条に従って完全に立証されなければならないが、法益侵害の結果から損害が発生したか否かのいわゆる責任充足因果関係にはZPO二八七条が適用され、当事者の立証軽減がなされる<sup>(40)</sup>」。この理論のリーディングケースとなったのは一九五一年の連邦通常裁判所の判決であり、次のようにいう。「損害賠償義務(の有無)は、実際に特定の事件が賠償請求者を侵害し(behroffen haben)、そこから損害が発生したということに依存する。この種の事件が賠償請求者を侵害したか否かは、ZPO二八六条に従って立証されなければならない。この事件が一定の損害を惹起したか否か、つまり侵害事件と損害との間の因果関係は、確定した判例によればZPO二八七

条により確定される。損害の原因となった特定の歴史的な事件は多かれ少なかれ、種々の意思決定や行為や事件から成っている。これらの個々の意思決定や行為、事件は法律に照らせば一括して具体的な責任根拠を構成する。損害賠償義務が発生するためには具体的な責任根拠を構成する意思決定や行為や事件の間に法的な意味における因果関係が存在しなければならぬが、更にこの具体的な責任根拠と損害との間に因果関係がなければならぬ。具体的な責任根拠と損害との間の因果関係にのみZPO二八七条を適用すべきである。ある人が特定の事件または別の事件により侵害され（*betroffen sein*）た可能性があるならば、その時どの事件により侵害されたのかは、ZPO二八七条では判断されない。それは二八六条の下で立証されなければならない。二八六条は具体的な責任根拠の確定に関する規定である」。

(2) 以上の通説、判例に対し、プレルスだけはZPO二八七条の因果関係への適用を否定する。彼によれば、裁判官の評価の権限およびそれと結びついた二八七条の立証軽減は、訴訟経済上の理由から損害額のみに関係し、加害者の違法なあるいは義務違反の行為の存在、この行為と事故との間の因果関係の存在並びに過責等の責任要件はZPO二八六条に従って立証されなければならない。なぜなら、それらは量的不明確性の除去の問題ではないからである。<sup>(41)</sup> ZPO二八七条は損害の「存否（*ob*）」についても言及しているが、それは損害額がゼロに等しいのかそれ以上かという限界事例で問題となるものでいずれにせよZPO二八七条は損害額のみに関する。<sup>(42)</sup> 先にみたようにZPO二八七条の文言もまた事故と損害との間の因果関係を包括していない。ある事故とある損害との間に因果関係が存在するか否かといった問題は発生した損害をどの程度に評価するかといった問題とは無関係である。<sup>(43)</sup> 彼は *op* という文言からは必ずしも因果関係の存否の問題まではでない、理由書でそのように解しているのは立法者の誤解であろうという。プレルスによれば通説、判例には実体法上の疑問もある。<sup>(44)</sup> 実体法は因果関係

の存在につき蓋然性のある判決を要求しているが、もし相当な生活経験に照してそれにつき瑕疵があれば裁判官は実体法上因果関係の存在を否定しなければならぬはずである。自由な証拠評価は実体法によって因果関係の存否につきなされた要求を緩和しようとするものではない。

(3) ZPO 二八七条が責任充足因果関係へ適用されることについては、右のプレルスの所説を除けば疑われない。むしろ、近時、ZPO 二八六条の適用される因果関係の範囲と二八七条の適用範囲との限界づけの基準について、問題が提起されている。

アレンスは、損害賠償請求権の実体法上の根拠毎に判例を分析し、判例理論が ZPO 二八六条の適用される責任根拠を画するために採用した要件は、実は一律の基準ではないと批判する。<sup>(45)</sup>

ハナウやシュトルも損害賠償請求権の実体法上の要件から判例理論を分析する。ハナウは責任充足因果関係の範囲を広げようとし、シュトルは厳格な態度をとる。<sup>(47)</sup>

クラウザーは、ZPO 二八七条の適用される因果関係の範囲を更に広げようとし、BGH の判例を批判する。<sup>(48)</sup> それは、原告の事務所での結核感染は、担当医師が結核患者の隔離を遅滞したことによるとして損害賠償を求めた事件<sup>(49)</sup>であった。BGH の判決は、その結核患者と同室であったために原告が感染したのか否かの問題は、二八六条に従って証明すべき具体的な責任根拠であるとした。これに対しクラウザーは、医師の職務違反（患者の隔離が遅れたこと）によりすでに侵害されている原告は、彼がその結核患者と同室でなかったら健康を維持できたであろうことをいかに立証すればいいのかと批判し、類似の事案につき ZPO 二八七条を適用して請求を認容した判例<sup>(50)</sup>を支持する。

ローゼンベルク・シュヴァーアは健康侵害事件における判例理論を批判する。<sup>(51)</sup> 例えば、ある身体傷害

から被害者に更に財産的損害をもたらす別の健康侵害が発生した（いわゆる二次的侵害）場合は二八七条の適用はないとすべきで、この点に関する一連の判決は解釈を広げすぎると批判する。ローゼンベルクIIシュヴァープの説はこの点でクラウザーの態度とは対照的である。

### 3 損害の存否および因果関係の立証に関してZPO二八七条はいかなる意義を有するのか。

損害額に関するZPO二八七条の意義づけにおいて、説に立ったブレルスは因果関係へこの規定を適用しないので問題とならない。クラウザーやヘラーは損害の額および存否の立証に関してZPO二八七条の意義づけを共通に行う。従って、クラウザーによれば低い証明度で責任充足因果関係を認定することになるし、ヘラーによれば、証拠手続上の拡大された裁量権を行使して、ZPO二八六条で要求されるのと同程度の蓋然性で因果関係の存否につき心証を形成することになる。<sup>54)</sup>

アレンスは、ZPO二八七条の意義づけを損害の額の問題と存否の判断とで区別して論ずる。彼は自説の根拠として、ZPO二八七条をはじめて因果関係へ適用したライヒ裁判所の判決を引用する。<sup>55)</sup> その判決が理由とした、完全な立証の要求は是認されない方法で加害者を助成し、被害者に不利益を与えるとの基準は今日でもこの規定の意義を考察するうえで鍵になるといふ。<sup>56)</sup> そこで、因果関係に関するZPO二八七条の意義は、責任充足因果関係認定の際の証明度の軽減にあると主張する。彼によれば、損害額については裁判官の裁量権行使による評価決定が考えられるが、責任充足因果関係に関しては、評価（Schätzung）により判断することは殆んどできない。従って、この問題にZPO二八七条の適用を認めるということは、どの程度の確信があれば裁判官が因果関係を認定できるかという問題に帰着する。彼は、ZPO二八七条下での証明度はZPO二八六条適用の場合よりも低いとしながら、具体的な基準を設定していない。<sup>57)</sup> 彼は、従来、学説、判例ともにこの点に関する検討が不十分であったとし、問題提起を

している。彼によれば、個々の判例において裁判官は、確かに低い証明度でよいとしながらその基準を設定せず、多かれ少なかれその時々 of 偶然の事情に応じて決定しているとし、また客観的基準を提示するのは困難だとしてこの点で、事案に応じた証明度の軽減を主張したクラウザーに賛成する<sup>(59)</sup>。

(1) RG 152, 364; 155, 39; 157, 37; 159, 259; 168, 47; BGH LM Nr. 3 zu § 287; BGH MDR 1964, 302; BAG NJW 1966, 926; BAG NJW 1972, 1437, u. a. Rosenberg-Schwab, a. O., II. Aufl., S. 596, Vgl. fuß. 41); Thomas-Putzo, 2. Aufl., Anm. 3b zu § 287; Wiczorek, Anm. DII a zu § 287; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 3 Aufl., s. 60; u. a. クラウザーは判例、訴訟の立場に批判的である。次のように、RdH sei die in § 287 Abs. 1 Nr. 1 des ZPO ist die Beweislast ist, '裁判所が自己に与えられた裁量の自由にも拘らず、裁判をなすに十分な場合に意味をもつて十分なものと知るか、それは当然のこととして、証明責任について何物をも変更しない。' Klausur, Möglichkeit und Grenze richterliche Schadensschätzung (§ 287 ZPO), JZ 1968, 167 ff (169), vgl. fuß. 41). ハンネマンとウキエーは同様に云々。Arens, a. O., S. 34-35.

(2) RGZ 130, 108 (112 ff.); 147, 344(352); RG JW 07, 310; 12, 694; 38, 2767, BGHZ 6, 62 = NJW 52, 978 = JR 52, 102; VersR 51, 47; BAG NJW 63, 925 = DB 63, 523; u. a. Vgl. Pröiss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 48 fuß. 148). E. Schneider, a. O., S. 59.

(3) Vgl. Pröiss, a. O., S. 47 fuß. 146).

(4) Klausur, a. O., S. 168 ff. Pröiss, a. O., S. 46 ff. その他の文献については同頁一頁参照。

(5) Pröiss, a. O., S. 48 ff. 以下、ハンネマンの見解については、鈴木・前掲二二〇頁参照。

- (9) Proßs, aO., S. 49
- (7) Ibid. 彼に於ればBGBもまた評価に基づく、損害額の決定、を認めている。ブレルス・前掲注(151)参照。
- (8) Proßs, aO., S. 49.
- (6) Ibid., vgl. fuB. 152). そのことはZPO二八七条第一項二段により証拠調べを命ずることが裁判所の裁量に任  
 せらるることから当然であるとする。なお、彼はドイツ民法(CPO)の草案二四五条を引用するが二五〇条の  
 誤りであつた。
- (10) Proßs, aO., S. 49.
- (11) Hammler, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Schadensersatz -  
 prozeß, S. 146.
- (12) Stoll, aO., S. 184.
- (13) Arens, aO., S. 2.
- (14) Ibid.
- (15) Arens, aO., S. 38.
- (16) Klausner, aO., S. 167.
- (17) Klausner, aO., S. 167, S. 168.
- (18) Klausner, aO., S. 168.

彼によれば、例えば仮定的因果関係の検証の場合のように争いのある事例では、損害それ自体と損害を理由づける事情とを  
 完全に分離することはできないし、損害額はそれを生ぜしめた諸事情によってのみ証明されうる。例えば損害発生 of 正確な



日付、外国の通貨の価値等につき判例も二八七条の下で評価してきた。

(19) Klausner, a a O., S. 170.

(20) 例えは推定の生存期間および推定稼働期間等は全く五〇%の蓋然性のみで確定されるが、特別に高い逸失利益 (E G B II 二五二条) 等特別事情を主張する場合には証明度を Z P O 二八六条に一致せよとする。Klausner, a a O., S. 170.

(21) *Ibid.*

(22) Rosenberg-Schwab, a a O., 11. Aufl., S. 596, fuß. 4).

(23) Rosenberg-Schwab, a a O., 10. Aufl., S. 570 fuß. 4).

(24) Rosenberg-Schwab, a a O., 11. Aufl., S. 596, fuß. 4).

(25) Heller, a a O., S. 69 ff.

(26) Heller, a a O., S. 70

(27) § 595 der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden vom 1951. „..... ist ..... der Betrag des Schadens ..... Seinem Ermessen überlassen. ....“

(28) 四六〇頁〜四六一頁参照。

(29) Heller, a a O., S. 94.

(30) Heller, a a O., S. 91.

(31) Heller, a a O., S. 90; S. 91.

(32) Heller, a a O., S. 98.

- (83) Heller, aaO., S. 107.
- (84) Heller, aaO., S. 73.
- (85) Ibid.
- (86) Heller, aaO., S. 245.
- (87) 田村四郎論評。
- (88) RGZ 6, 356 ff.
- (89) Vgl. z. B. RGZ 6, 356 (357) ; RGZ 9, 416 (418) ; RGZ 10, 64 (66) ; RGZ 19, 432 (436) ; RGZ 95, 103 (104) ; RGZ 98, 58 (59) ; RGZ 128, 121 (124) ; RGZ 155, 37 (39) ; RGZ 159, 257 (259) ; RGZ 167, 14 (32) ; RGZ 168, 47 (48) ; RGHZ 4, 192 (196, 197) = NJW 52, 301 = LM § 287 Nr. 5 = BGH LM § 287 Nr. 3 = NJW 51, 405 = BGHZ 11, 227 = NJW 54, 718 Nr. 10 = NJW 58, 1579, Nr. 11, Nr. 12, Nr. 14, Nr. 15 ; Wassermeyer, Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen S. 71 ; Rosenberg-Schwab, aaO., 11 Aufl., S. 596, 597. und 12 Aufl., S. 564 ; Thomas - Putzo, aaO., § 287, Anm. 1c) ; Baumbach - Lauterbach - Albers - Hartmann, ZPO., 33. Aufl., § 287 Anm. 2) a) u. a. Vgl. Heller, aaO., S. 127, fuß. 224) ; Pröiss, S. 54 fuß. 160) u. 161). 各著者の見解は、本誌の「損害賠償」欄に於て、
- 柏木・前掲 111 頁注 (8) 論評。
- (9) BGHZ 4, 192 ff (196, 197) .
- (10) Pröiss, aaO., S. 53.
- (11) Pröiss, aaO., S. 53, 54 .

- (43) Pröbss, aao, S. 56.
- (44) Pröbss, aao, S. 57.
- (45) Arens, aao, S. 21, S. 27.
- (46) Hanau, Die Kausalität Pflichtwidrigkeit, S. 123 Anm. 126.
- (47) Stoll, aao, S. 185.
- (48) Klausser, aao, S. 167.
- (49) VersR 65, 91.
- (50) BGHZ 7, 199.
- (51) Rosenberg-Schwab, aao, 11. Aufl., S. 59. 200 年 11 月 1 日 法大法学。
- (52) BGH, LM Nr. 21 zu § 823 (Aa). LM Nr. 10 zur § 287; BGH, VersR 1964, 844; 1964, 160. Vgl. Rosenberg-Schwab, aao, 11. Aufl., S. 597.
- (53) Klausser, aao, S. 168.
- (54) Heller, aao, S. 240 ff.
- (55) RGZ 6, 356 ff. 1911 年 11 月 1 日 法大法学。
- (56) Arens, aao, S. 2.
- (57) Arens, aao, S. 2, S. 35.
- (58) Arens, aao, S. 28.

## 四、まとめ

ZPO二八七条の制立過程をたどり、その背景を知ることができた。ドイツ普通法時代の法定証拠主義は、損害賠償訴訟において大きな弊害を露呈したが、それは当時のフランスの損害賠償訴訟の状況とはきわめて対照的であった。このようなことからドイツでは損害額立証の特殊性が早くから自覚され、損害額の決定を裁判官の裁量に委ねることになったが、実務上の経験から損害の存否についても特別扱いの必要性が指摘され、損害の存否及び額の認定を共に裁判官の自由な判断に委ねることになった。そして理由書の説明によれば、損害の「存否」は因果関係の問題も含むものであった。

そこで現在のドイツの通説判例も、二八七条は損害額のみならず因果関係についても適用されると解する。但しZPO二八七条が適用されるのはその一部に限られ、いわゆる責任充足因果関係に適用されるとするのが確立した判例理論である。その点につき通説も異論がないが、近時、ZPO二八六条の適用される因果関係の範囲と二八七条の適用範囲との限界づけの基準について問題が提起されている。

ZPO二八七条の意義づけについては、ドイツにおいても証明度軽減規定か否かにつき争いがあり、判例および学説の立場は明確でない。その中においてこの規定につき明確な意義づけを行っているのはプレルス、アレクス、ヘラー等である。

プレルスは訴訟経済上の理由から、損害額の立証の負担を軽減するのがZPO二八七条の目的であり、ZPO二八七条は評価の手がかりがあれば裁判官が裁量的に額を決定しうる権限を付与した規定であって、この意味で二八六条とは異なる権限を付与するという。また彼は唯一人、通説判例に反して因果関係へのこの規定の適用を否定する。クラウザーは、ZPO二八七条が証明度軽減の規定であることを正面から認め、損害額および損害

の存否の判断につき裁判官は、ZPO二八六条の場合よりは低い証明度で心証を形成しうるとする。更に彼は損害評価のための基礎事実にもZPO二八七条の適用を認め、証明度軽減の効果を広く及ぼそうとする。ヘラーは、「心証」と「裁量」の概念的区別および二八六条と二八七条が共に「自由な心証」の規定である点から立論する。彼によればZPO二八七条は二八六条と比較してその第一項第二段第三段で証拠調べにおける裁判官の裁量権を拡大した点に特色があり、証明度を軽減するものではないとする。アレンスは、損害額と損害の存否とでZPO二八七条の意義づけを区別する。ZPO二八七条は、裁判官に対し一方において損害額を裁量的に決定できる権限を付与し、他方において損害の存否の判断に関しては二八六条適用の場合よりも低い証明度で心証を形成しうることと認めた規定だと解する。アレンスは証明度軽減の基準については明示するところがなく今後の課題だとする。以上、ZPO二八七条の制定史とその意義づけに関するドイツの若干の学説を中心にもってきた。筆者の能力の不足により不十分な紹介に終わりはしなかったかと恐れるが、本稿がわが国の損害賠償訴訟の今後のあり方を考えるうえでいささかでも参考になれば幸せである。