

## コウガイバイショウニオケルインガカンケイ

徳本, 鎮  
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/1389>

---

出版情報：法政研究. 27 (2/4), pp.59-72, 1961-03-25. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：



# 鉦害賠償における因果関係

徳 本 鎮

- 一、問題の所在
- 二、従来の学説
- 三、因果関係の証明

## 一、問題の所在

一 広く民事上の損害賠償責任が成立するためには、原則として加害行為と損害との間に因果関係が存在しなければならぬ。もちろん、この関係は、企業損害に対する、いわゆる無過失損害賠償責任の成立においても同様である。しかし、従来、わが国においては、過失責任の場合についてはともかく、無過失損害賠償責任の場合の因果関係については、その具体的な検討が必ずしも充分であったとはいえない。これは、多分に、わが国においては、早くから、そのことを要求する多くの有力な学説の存在にもかかわらず、これまで無過失損害賠償制度の立法が、あまり実現化されず、したがって、企業損害をめぐる理論も、ややもすれば内容において具体性を欠きがちな傾向にあったことに起因するものと考えられる。<sup>(一)</sup>

二 のみならず、このような傾向は、現実化された数少ない無過失損害賠償制度についても指摘されることである。たとえば、本稿で取りあげようとする鉦害賠償も、その例外ではありえない。すなわち、鉦害賠償においても、

その賠償責任の特殊性、したがって鉦害賠償の無過失損害賠償性についてはともかく、さらに因果関係の点になると、これまで、それほど深く検討を試みた学説は、殆んどないといつてよいからである。<sup>(二)</sup> しかも、鉦害賠償にかぎつていえば、このことは、たんに理論上の不備ということにとどまらないで、さらに、今日、鉦害賠償紛争の裁判上、ないし行政上の解決（ここで行政上の解決といっているのは鉦業法上認められている鉦害賠償の和解仲介制度や、）を、結果において、かなり不公平なものたらしめている一つの原因ともなっていることは注意されねばならない。そして、この点において特に考慮されるべきことは、その他の企業損害と同様に鉦業損害においても、その損害態様の特殊性から、加害行為と損害との間の因果関係の不明確な場合が多く、また、その証明についても技術的・経済的に、きわめて多大な困難を伴う場合が少なくないことである。したがって、その場合の因果関係、特に、その証明ということ、どのように理解するかは、公平な賠償責任成立の、したがってまた公平な鉦害賠償の実現にとって、かなり重要な問題となっているように思われる。従来の鉦害賠償をめぐる紛争事件の殆んどが、その損害の存否をもって、もっぱら主要な争点としていることを考えればなおさらのことといえよう。以下、本稿で、鉦業損害の因果関係、殊に、その証明ということについて、その素描を試みたいと考えるわけである。<sup>(三)</sup>

(一) たとえば岡松参太郎「無過失損害賠償責任論」、牧野英一「無過失責任」（法律における進化と進歩）、末弘厳太郎「過失なき不法行為」（法協三〇巻七号）、平野義太郎「損害賠償理論の発展」（牧野先生還暦祝賀論文集所収）、小野清一郎「危険主義の無過失損害賠償責任論」（志林二二巻六・七・九号）、我妻栄「損害賠償理論における具体的衡平主義」（志林二四巻三・四・五号）などは、いずれも、わが国における企業損害賠償制度の必要を論じたものである。しかし、それに対応する制度としては、ここで取りあげる鉦害賠償制度の以外では、自動車損害賠償保障制度が主なものとして挙げられる程度である。そのこともあってか、企業損害と因果関係ということでは、参照せらるべき文献は、あまりないようである。なお、鈴木

貞吉「損害賠償範圍論」八頁以下、勝本正晃「民法上の因果關係について」(法律時報三二卷九号)五頁参照。

(二) たとえば平田慶吉「鉍害賠償責任論」九一頁以下、同「鉍害賠償規定解説」(民商法雜誌九卷五号)九頁、同「鉍害賠償規定の制定」(法律時報二一卷三号)九頁、同「鉍業法要義」三二七頁以下、美濃部達吉「日本鉍業法原理」二五二頁、我妻栄「鉍業法改正案における私法問題」(私法五号)八二頁、我妻栄・豊島陞「鉍業法」(法律学全集五一卷)二七七頁以下、加藤悌次・上村福蔵・小林健夫「鉍業関係法」二一五頁など、いずれも鉍害賠償責任の特殊性を指摘するが、因果關係の問題には殆んど触れていない。

(三) 鉍業損害の特殊性については、平田慶吉「鉍害賠償責任論」三五頁、沢村康「福岡県における炭鉍業に因る被害の実状調査」一五頁以下、拙著「農地の鉍害賠償」(法学理論篇)五頁以下が詳しい。それらに見られる特殊性からも理解されるように、たとえば福岡地方裁判所、同各支部、および福岡通産局和解仲介委員会などに提出される鉍害事件は、殆んどが鉍害の存否を争っているものである。なお、本稿は手続法とも關係する事柄であるが、もっぱら実体法の面からのみ考察していることを、あらかじめおことわりしたい。

## 二、従来の学説

一 鉍害賠償が、企業者の、いわゆる無過失賠償責任に基づくものであることについては、今日、あまり異論を見ないところといえよう。<sup>(二)</sup>

ところで、かかる賠償責任に根拠を置くものとしての鉍害賠償においても、原則として加害行為と損害との間に因果關係の存在することが、その賠償責任の成立要件となっていることはいうまでもない。<sup>(三)</sup> このことは、鉍業法第一〇九条の規定の内容からいっても明らかである。すなわち、同条第一項は、「鉍物の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廢水の放流、捨石若しくは鉍さいのたい積又は鉍煙の排出によって他人に損害を与えたとき」当該

関係鉱業権者・租鉱権者(以下ではただ鉱業権者)が、無過失賠償責任を負うことを規定しているからである。したがって、この規定により、現行法上鉱害賠償責任の成立する損害は、「鉱物の掘採のための土地の掘さく、坑水若しくは廃水の放流、捨石若しくは鉱さいのたい積又は鉱煙の排出」という鉱業上の特定行為(三)によって生じた損害だけであって、それ以外の損害は、かりに、その損害が鉱業損害類似の損害であっても、鉱業と、なんらの関係のない、たとえば自然流水による土地・家屋の傾斜・陥落などの損害はもちろんのこと、鉱業に關係するものであっても、たとえ鉱業会社の事務所の煙突からの煙の排出による損害などは、いずれも鉱害賠償責任を成立せしめないこととなる。(四)つまり、これらの損害は、どれともに鉱業法第一〇九条第一項に規定される鉱業上の特定行為と、なんら因果關係を有するものではないと考えられるからである。もちろん、この關係は、いわゆる賠償義務者の劃一化(五)により、たとえば鉱業権の移転や、隣接鉱区をめぐる他鉱業権者の行為により生じた損害に対して特定鉱業権者の鉱害賠償責任の成立する場合(鉱一〇九条一項、同二項、同三項、同四項の各場合がある)についても同様である。すなわち、その場合においても他鉱業権者の鉱業上の特定行為と損害との間に因果關係が存在しないかぎり特定鉱業権者の鉱害賠償責任の成立しないことは右の規定からいって当然だからである。このように無過失賠償責任を根拠とする鉱害賠償においても、すくなくとも現行法上、その賠償責任が成立するためには、つねに鉱業上の特定行為と損害との間に因果關係の存在することが要件となっていることは明らかである。したがってまた鉱害賠償において、そのことが要件とされているかぎり、その場合に要求される因果關係、わけでも因果關係の証明を、どのように理解するかは、鉱害賠償においては、その公平な賠償責任の成立、ないしは賠償の実現ということからして、きわめて重要な課題となってくるのである。なぜかといえば、一般に企業損害は、そのような性格を有するものであるが、殊に鉱業損害においては、地下鉱物の採取という企業の特殊事情から加害行為と損害との間の因果關係の不明確な場合が多く、また、それを証明するためには、技術

的・経済的に多大の困難を伴う場合が少なくないからである。<sup>(六)</sup>そして、特に地下の採掘状況を、まったく知り得ない被害者にとっては、その困難が、さらに大きなものとなっていることについてはいうまでもないところであろう。したがって、損害の態様において、かかる特殊性を内在する鉱害賠償においては、その場合に要求される因果関係、そして直接には、その証明を、どのように理解するかは、結局、鉱害賠償責任の成立を直接左右するところの問題となるのであり、したがってまた、そのかぎり、その理解のいかんによっては、結果として、鉱害賠償を公平なものともすれば、不公平なものともすることになるわけである。

二 ところで、鉱害賠償の因果関係をめぐる、このような問題に対して、その検討が、わが国の従来の学説において、必ずしも充分であったとはいいい難いことについては、すでに「問題の所在」において指摘したところである。すなわち、鉱害賠償をめぐっての従来の学説は、無過失損害賠償責任としての鉱害賠償責任の特徴についてはともかく、因果関係の点については、ただ、それが相当因果関係として理解されるべきものとする一般的原则を示すにとどまるのみで、さらに進んで、かかる問題を具体的に検討した学説は、殆んど見当たらないといつてよいからである。<sup>(七)</sup>もっとも、形式的にみて、そのような問題は、民事手続法上の問題だということによるのかも知れないが、しかし、ただ、そういったことでは済まされない問題であることはすでに述べたところから明らかであろう。<sup>(八)</sup>それでは、従来の学説においては、右に述べるような鉱業損害に内在する因果関係の特殊性、つまり因果関係の不明確、ないし証明の困難などという事情が、まったく見落されていたかという点と必ずしもそういうわけではない。すなわち、現行法は、譲渡鉱区・隣接鉱区・共同鉱区・租鉱区などをめぐる鉱業損害については、いわゆる賠償義務者の劃一化<sup>(九)</sup>（鉱一〇項、同一項、同二項、同三項、同四項などの各場合がありうる）を認めており、そして、従来の学説は、いずれも、この賠償義務者の劃一化<sup>(九)</sup>というところが、鉱業損害に内在する、つまり因果関係の不明確、ないし証明の困難という特殊性に根拠する被害者保護のために

設けられたものであることを指摘しているからである。<sup>(九)</sup>そして、従来の学説が、そのことを、ただ、指摘するのみならず、さらに、その点を強調すらしめておるところから推測すれば、ここで提起されるような問題は、むしろ、このような賠償義務者の劃一化ということにより、すでに規定のうえで、したがってまた法適用上も解決されているところの問題だと考えているようにも見受けられないでもない。<sup>(一〇)</sup>そこで、その点は、かならずしも明らかではないが、もし従来の学説が、かかる賠償義務者の劃一化ということでもって、ここで提起されているような課題が、すでに規定のうえで、解決されているものと考え、また、その結果、因果関係をめぐる、かかる課題が、従来、不問とされてきたということであれば、すくなくとも現行法の認める賠償義務者の劃一化ということでは、後述のように、そのことの趣旨を、ここでの課題に應用すればという意味でならともかく、その課題が、直接、規定上、したがって法適用上、解決されていないことは、これを充分明らかにしておく必要がある。すなわち、たしかに従来の学説が指摘しているように、賠償義務者の劃一化ということが、鉱業損害に内在する因果関係の不明確、ないしは証明の困難を根拠とする公平な鉱害賠償の実現のために設けられたものであることについては、これを、そのまま認めてよいと思う。その意味では、ここでの課題と賠償義務者の劃一化ということとは、その根拠において、また、その意図したところの結果的作用において、まさに共通したところの問題だといえる。しかし、それでは、賠償義務者の劃一化ということによって、規定上、ここでの課題が解決されたことになるのかというと、その点については、これを否定せざるをえないように思える。すなわち、賠償義務者の劃一化ということは、従来の学説が指摘するように、結局、鉱業損害に内在する因果関係の不明確、ないし証明の困難ということからして公平な鉱害賠償を実現するために、他鉱業権者の加害行為による損害に対してその他の特定鉱業権者の賠償責任の成立を認めることであろう。それでは、その場合の賠償責任は、すべての損害について、まったく無条件的に成立するのかといえ、決して、そうではなく、すなわ

ち、その場合の鉋害賠償責任の成立についても、つねに他鉋業権者の加害行為、厳密には他鉋業権者にかかわる鉋業法第一〇九条第一項に規定される鉋業上の特定行為と、その損害との間には因果関係が存在しなければならぬのである。そして、このことは、すでに一言したように鉋業法第一〇九条第一項の規定内容からも明らかであるところである。そこで、賠償義務者の劃一化、つまり他鉋業権者の加害行為による特定鉋業権者の賠償責任の成立においても、つねに他鉋業権者の行為と、その損害との間に因果関係の存在することが要件となっているかぎり、ここでの課題が、規定のうえで解決されていないことは当然であり、したがってまた、その課題が不必要なものともならないことはいうまでもない。つまり、賠償義務者の劃一化ということは、法適用という面からいえば、鉋業法第一〇九条第一項の鉋業上の特定行為と損害との間に因果関係があることを前提としての賠償義務者の確定をいっているわけである。したがって、その意味では、賠償義務者の劃一化により、他鉋業権者の加害行為に対して特定鉋業権者の賠償責任が成立するためには、つねに他鉋業権者の加害行為と損害との間に因果関係の存在することが、その成立要件となっているわけである。したがってまた、従来の学説が指摘し強調しているところの賠償義務者の劃一化における鉋業損害の因果関係についての特殊性の考慮ないし被害者の保護ということも、法適用上からは、そのような前提のうえにたった、あるいは、それを限度とする鉋業損害の特殊性の考慮であり被害者の保護になるわけである。<sup>(一)</sup>しかし、ここで問題にしていることは、いうまでもなく賠償義務者の劃一化される場合をも含めて、広く賠償義務者が確定されるための前提要件たるべき、つまり、鉋業法第一〇九条第一項の鉋業上の特定行為と損害との因果関係についてであり、具体的には、ある損害が鉋業法上の無過失損害賠償責任を成立せしめる鉋業損害であるかどうかの判定をめぐっての問題なのである。

(一) かつては鉋害賠償責任を過失責任と解した学説もあったが(たとえば平田慶吉「鉋害賠償責任論」一〇九頁、美濃部達吉・



前掲書二五二頁など)、今日では、殆んどの学説が、その無過失責任なることを認めている。たとえば末川博「民法」上三〇三頁、末弘厳太郎「民法雑記帳」一九八頁、我妻采「事務管理・不当利得・不法行為」(新法学全集)九九頁、来栖三郎「債権各論」二四二頁、加藤一郎「不法行為」(法律学全集)一三頁、我妻・豊島・前掲書二七九頁など。なお、その学説の紹介については、拙稿「鈹害賠償責任の一考察」(九州大学法学部三十周年記念論文集所収)四七九頁以下が詳しい。

(二) たとえば、我妻・豊島・前掲書二八二頁、加藤・上村・小林・前掲書二二〇頁、平田慶吉「鈹業法要義」四五四頁、美濃部・前掲書二五二頁など、いずれも、この趣旨を認めている。

(三) この特定行為については、それが制限的なものか例示的なものかについて争がある。たとえば美濃部・前掲書二五〇頁、芹川正之「新鈹業法精義」二一六頁などは制限的に解している。その批判が、拙稿・前掲論文五〇二頁でもある。

(四) これらの設例は、いずれも通説の認めるところである。たとえば我妻・豊島・前掲書二八三頁、加藤・上村・小林・前掲書二二二頁、平田・前掲書四五四頁など。

(五) 我妻・豊島・前掲書二八二頁参照。ここでは形式的画一化とされている。

(六) 平田「鈹害賠償責任論」三五頁、沢村・前掲書一五頁以下、拙著「農地の鈹害賠償」一〇頁各参照。

(七) たとえば平田「鈹業法要義」四五三頁、同「鈹害賠償責任論」一〇八頁、我妻・豊島・前掲書二八二頁、加藤・上村・小林・前掲書二二〇頁。なお、鳩山秀雄「日本債権法総論」七三頁、我妻采「債権総論」一〇五頁、同「事務管理・不当利得・不法行為」一五四頁、加藤・前掲書一五二頁、末弘厳太郎「不法行為と民法第四百十六條」(民法雑記帳)二一九頁など各参照。もっとも相当因果関係ということ自体についても問題がある(植林弘「ドイツ法上の因果関係論」(法律時報三二卷九号)一九頁、戒能通孝「不法行為における因果関係とコンスピラシー」(損害賠償の研空上)二九〇頁)、しかし、ここでは、ひとまず、従来の支配説に従って論を進めることにしたい。

(八) たとえば挙証責任についていえば、それは、むしろ実体法上の問題だとする立場がすくなくない。この点については、兼子

一「民事訴訟法体系」二八〇頁、三カ月章「民事訴訟法」(法律学全集)四〇五頁以下、田中和夫「証拠法」六〇頁、中島弘道「挙証責任の研究」三四頁以下各参照。

(九) たとえば、我妻・豊島・前掲書二八三頁、加藤・上村・小林・前掲書二二二頁、平田・前掲書四六〇頁、美濃部・前掲書二五四頁など。

(一〇) この点を特に強調するものとしては、我妻・豊島・前掲書二八三頁、加藤・上村・小林・前掲書二二二頁、平田・前掲書四六〇頁など。

(一一) この点が従来の学説でどの程度理解されているか疑わしい。その結果、真実の行為者の取り扱いについても、たとえば平田・前掲書四六三頁は被害者に対して民法上の不法行為者となると解し、また、我妻・豊島・前掲書二八四頁では、両鉦業権者間の求償関係にとどまると解するなどまちまちとなっている。解釈としては後説の方が正当だと考える。

### 三、因果関係の証明

一 無過失責任を根拠とする鉦害賠償においても、その賠償責任が成立するためには、加害行為と損害との間に因果関係の存在することが要件とされる場合、鉦業損害に内在する因果関係の不明確、ないし証明の困難という事実に着目し、またそのうえにたつての公平な賠償を指向するかぎり、そこに要求される因果関係の証明を、いかに理解するか、重要な問題となってくるわけであるが、しかし、その問題の解決が、わが国の従来の学説によっては、結局、得られないことは、すでに述べたとうりである。

ところで、この点について、注目すべき方向を示していると思われるのは、やはり、わが国の場合と同様に無過失賠償責任を根拠とするドイツの鉦害賠償をめぐる、その点についての学説、ないし判例の立場である。ドイツにおい

ても鉋害賠償責任が成立するためには、加害行為と損害との間に因果関係の存在することが要件となっていることはいうまでもないところである。<sup>(三)</sup> そのことは「地上または地下における鉋業上の作業により、土地または、その従物に損害を生じたるとき」は、鉋業権者が無過失賠償責任を負うべきことを認めるプロイセン鉋業法第一四八条の規定の構成からいっても明らかである。それでは、その場合に要求される因果関係の証明が、どのように理解されているかという点と、まず、その挙証責任についていえば、ドイツにおいても、その挙証責任は、実質的にはともかく、いちおう賠償を請求する側、つまり被害者にあると解するのが通説であり、<sup>(三)</sup> したがって、その意味では、わが国の従来の取り扱いと同様だといえよう。<sup>(四)</sup> しかし、その証明の程度については、次に見られるように、かなり緩和された構成がなされており、また、その結果、実質的には、いわゆる挙証責任の転換がなされていると見られることは注目されてよいことだと思ふ。ドイツにおいても賠償制度の成立した当初においては、この点についての証明も、厳格な内容、したがって確定的な証明が要求されていたようである。<sup>(五)</sup> しかし、鉋業損害の特殊性から、やがて、そのことの要求が、結果として公平な賠償とならざることを反省がなされるに至り、一部の学説においては鉋害賠償規定のなかに、証明についての、ある種の推定規定を設けるべきだとの意見も見受けられるほどであるが、<sup>(六)</sup> 結局、それには至っておらず、その不合理は、むしろ証明の程度の緩和、つまり確定的な証明から蓋然的証明へということでもって解決されているのが現状のようである。すなわち、ドイツにおいては、今日、鉋害賠償における因果関係の証明はその因果関係の存在することの、かなりの程度の蓋然性を示す程度で充分だとするのが通説だといえよう。<sup>(七)</sup> そして、このことは、ドイツ大審院の判例によっても認められているところである。<sup>(八)</sup> もっとも、因果関係の証明が、その因果関係の存在することの、かなりの程度の蓋然性を示す程度で充分だといっても、たとえば、ある損害が、ただ、採掘鉋区内にあるということだけでは不充分であり、その場合には、その損害が、さらに、その他の原因に基づかざることに

の、かなりの程度の証明が必要とされている。<sup>(九)</sup>そして、証明の程度についての、学説・判例によるこのような構成の結果、蓋然性に基づくところの損害が、真実の損害でないことは、結局、加害者の側において証明しなければならぬこととなり、また、その証明が得られないかぎり鉉害賠償責任が成立することになるため、その意味では形式的にはともかく、実質的には因果関係の証明についての举证責任は加害者に転換されているとも見られるところとなっている。<sup>(一〇)</sup>

二 以上が、ドイツにおける鉉害賠償についての因果関係の証明をめぐる学説、ないし判例の立場の概要である。そして、ここで見られたことは、結局、ドイツの学説・判例は鉉業損害の特殊性から、その因果関係の証明の緩和という構成により、また、その結果、実質的には因果関係の証明についての举证責任を転換することにより、いわば公平な鉉害賠償を実現しようとしていることである。そこで、ドイツの学説・判例の立場を、そのようなものだと理解して誤りないとすれば、かかる立場は、本稿の課題の解決に当って、したがってまた、わが国の鉉害賠償において、これを充分参照してもよいことのように思われる。したがって、以下では、わが国の鉉害賠償の因果関係についても、このような立場が、つまり、その場合の被害者に要求される因果関係の証明は、それが存在することの、かなりな程度の蓋然性を示す程度で充分であり、また、そのことの結果、実質上の証明の責任を、被害者から加害者へ転換することが認められうるものであるかどうかを検討してみたいと思う。しかし、実のところをいえば、わが国の鉉害賠償においても、そのような立場が、かなり容易に認められうることについては、ここで、あらためて検討する必要もないほどだともいえるところである。なぜかといえば、現行法は、すでに規定をもってそのことの採用可能なことを、充分、用意しているのを見ることができるところである。そして、その採用可能なことを充分用意している規定とは本稿で、すでに検討した現行法上の、いわゆる賠償義務者の劃一化についての規定<sup>(鉉一〇九条一項、同二項、同三項、同四項などがある)</sup>である。

すなわち、さきに検討されたところに従っていえば、賠償義務者の劃一化ということは、結局、その損害が鉋業損害であることを前提として、他鉋業権者の行為による損害につき、特定鉋業権者の賠償責任を認めることであつた。そのことを当面の問題に当てはめて、さらに説明すれば、賠償義務者の劃一化ということは、ある損害が鉋業損害であることは明白であるが、どの鉋業権者の行為によるかが不明な場合、被害者は、その損害が、どの鉋業権者の行為によるものであるかについては、(たえば損害発生時の当該鉋区の鉋業権者)なんな証明することなしに法定の特定鉋業権者(二)に対して賠償請求できるということだといつてよい。したがって、そこでは鉋業損害が明白であることを前提としてではあるが、どの鉋業権者の行為によるのかということについての因果関係の証明という点では、証明の緩和、ないし因果関係の推定どころか、文字通り規定による因果関係の確定が行われているわけである。そして、なぜ、このようなことが行われるかといえ、すでに述べたように、すくなくとも鉋業損害であることが確定している場合には、そのおすることが鉋業損害における因果関係の不明確、ないし証明の困難なことからして公平な鉋業賠償の実現に、より近づくことだと考えられたがためにほかならない。そこで、現行法の賠償義務者の劃一化ということを、このようなものとして眺めてみると、因果関係の証明についてのドイツの学説・判例の立場は、あまり説明を要せずして、わが國の鉋業賠償の解釈においても、そのまま採用できそうに思える。なぜかといえ、すでに述べたところから明らかのように、現行法の賠償義務者の劃一化ということが、ドイツにおける学説・判例の立場と、その根拠、ないし作用をまったく共通にしていることはいうまでもないが、さらに、一定の制限のもとにおいては賠償義務者の劃一化ということは、ドイツの学説・判例の立場を、さらに、より徹底したものだとすることができ、したがって、そのかぎり、賠償義務者の劃一化ということ認める鉋業賠償制度のもとにおいては、その解釈において、すくなくともドイツの学説・判例のような立場の採用されるべきことは、その当然の前提となつているところだと見ることができるところである。そ

の意味では、現行法の鉉害賠償における因果關係の証明の考察に當つては、あえてドイツの学説・判例を参照するまでもなく、現行法の賠償義務者の劃一化といふことの趣旨を正當に理解すれば、すくなくともドイツの学説・判例のような立場は、現行法の當然の解釈として出てくることだともいえることにもなる。そのことは、ともかくとして、このようにして、わが国の鉉害賠償においても、ドイツの学説・判例のような立場が採用される余地が充分にあり、また、余地があるのみならず、むしろ採用されるのが當然であることが明らかにされたことと思う。そして、もし、そのことが當然でないとされるなら、究極において、鉉害賠償が企業者の無過失損害賠償とされたことの意味すら失いかねないことにもなるからである。<sup>(11)</sup>

(一) ドイツでは、鉉害賠償責任を企業者の危険責任と解するのが通説となつてゐる (R. Müller-Erbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, S. 258 f.; H. Isay u. R. Isay, Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten, Bd. 11, S. 61; Daubenspeck, Die Haftpflicht des Bergwerksbesitzers aus der Beschädigung des Grundeigentums, S. 53)。これに対して近時、鉉害賠償責任を鉉業權と土地所有權との相隣關係においてとらえる立場の *ホルン* は注目をされてゐる (Gustav W. Heinemann, Der Bergschaden auf der Grundlage des Preussischen Rechtes, S. 25)。

(11) I. Isay u. R. Isay, a. a. O. S. 65; Daubenspeck, a. a. O. S. 23; Gustav W. Heinemann, a. a. O. S. 27.

(12) Gustav W. Heinemann, a. a. O. S. 42 ff.; Daubenspeck, a. a. O. S. 98; E. Holländer, Die Entschädigung für Bergbauschäden, S. 5 f.

(13) 兼子・前掲書二八二頁、三カ月・前掲書四一二頁、中島・前掲書六頁、田中・前掲書六〇頁、同「立証責任の分配に関する大審院判例」〔法協四九卷五号〕三頁以下、未川博「不法行為並に權利乱用の研究」二五頁など各参照。

(14) E. Holländer, a. a. O. S. 6 f.; Daubenspeck, a. a. O. S. 95 f.

- (六) Daubenspeck, a. a. O. S. 98 f.
- (七) Gustav W. Heinemann, a. a. O. S. 42 ff.
- (八) 一九二一年七月六日の大審院判例 (Gustav W. Heinemann, a. a. O. S. 42)。
- (九) Gustav. W. Heinemann, a. a. O. S. 42 ff. なお、同趣旨の下級審判例として、一九三五年七月一八日のデュウセルドルフ高等法院の判例がある (Gustav. W. Heinemann, a. a. O. S. 42)。
- (一〇) E. Holländer, a. a. O. S. 114.
- (一一) この越旨は、従来の学説も、いずれも認めるところである。たとえば平田・前掲書四六〇頁、我妻・豊島・前掲書二八四頁、加藤・上村・小林・前掲書二二二頁など。
- (一二) わが国においても、下級審判例ではあるが、近時に至って、「漏電による出火の可能性あることが証明され、他に出火の原因と認むべきものないかぎり、漏電による出火と推認するのを相当とする」と判示したものがあつた (東京高判昭和三十一年二月二八日高判九卷三号一三〇頁) が注目されてよいであろう。なお、鉋業損害の因果関係をめぐっては、ドイツの場合、鉋区測量士制度 (Marscheider) が、かなり大きな作用を果していると考えられるが、これについては、あらためて取りあげることとした。