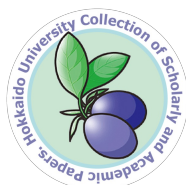




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（１）
Author(s)	濱口, 弘太郎
Citation	北大法学論集, 66(4), 292[25]-254[63]
Issue Date	2015-11-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60262
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no4_04.pdf



損害賠償法における 損益相殺に関する総合的研究（1）

濱 口 弘太郎

目 次

序章

- 1 本稿の目的
- 2 検討対象
- 3 検討の視点と順序

第1章 日本の判例および学説

- 第1節 はじめに
- 第2節 損益相殺理論の流れ
 - 第1 損益相殺の紹介
 - 第2 学説の発展—相当因果関係説とその批判—
 - 第3 判例の出現
 - 第4 澤井説（法的同質性説）
 - 第5 判例の展開
 - 第6 学説における填補性・同質性基準
 - 第7 重複填補
 - 第8 現在の判例
 - 第9 現在の学説
 - 第10 小括

第3節 次章以降との関係

（以上本号）

- 第2章 歴史的に見た損益相殺
- 第3章 比較法的に見た損益相殺
- 第4章 基本的な考え方の検討
- 第5章 事案の類型的検討
- 第6章 まとめ

序章

1 本稿の目的

不法行為等の加害行為によって、被害者は損害を被るが、それとともに利益を受けることがある。この利益を損害から控除することを損益相殺という。一般には、「賠償権利者が、損害を被ったのと同時に、同一原因によって利益を受けた場合に、損害から利益を差し引いてその残額をもって賠償すべき損害額とすること」¹などと定義されている。

損益相殺は、損害論の一部と考えられており²、その対象となる利益も、生命侵害の場合の生活費の控除から、公的年金の控除まで幅広い。しかし、その理論的・実務的重要性にもかかわらず、損益相殺に関する研究は少ない。かつて、澤井裕は、その論文において、Oertmann が、損益相殺は「損害賠償理論の最も興味のある且実際にも最も重要なものに属する」にもかかわらず、これに関する論文は「奇妙に」少ないと述べたことを引用した上で、「エルトマンのなげきは、現代の日本にこそあてはまる」と指摘している³。この澤井の指摘が50年以上経過した今日でも妥当することは、奇妙なことであるが、澤井論文とそれ以降の状況が証明している。

今日の教科書において、相当因果関係による説明とともに、損益相殺は、利益が損害を填補する関係にある場合になされる旨の説明はよく見られる記述である。この、利益が損害を填補する場合に損益相殺がなされるとの考え方は、日本においては、澤井が提唱したものと思われる⁴。澤井は、損益相殺の要件として、因果性・直接性・填補性の3つを指摘したが、このうち最も重要なものは填補性である⁵。しかし、澤井論文は、未完で終わっており、最も重要な填補性の意味を充分明らかにしている

¹ 於保不二雄『債権総論』（有斐閣、新版、1972年）145頁。

² 例えば、潮見佳男「差額説と損益相殺」法学論叢164巻1～6号105頁（2009年）。

³ 澤井裕「損益相殺（一）」関西大学法学論集8巻3号281頁（1958年）。

⁴ 澤井・前掲注（3）「損益相殺（一）」281頁。

⁵ 澤井裕「損益相殺（二）」関西大学法学論集8巻5号474頁（1959年）は、「“損失を填補する”とはどういう意味なのかを説明する」ことを「いわばこの研究の本論」としている。

とは言い難い。そして、今日の学説は、澤井が充分明確にしなかった、それゆえ、曖昧なままの「填補」や「同質」という言葉を、50年以上明確にすることなく、(おそらくイメージのままで)使用している。現在では、日本においても、損益相殺に関する判例の蓄積も進み、それゆえ、損益相殺に関する判例評釈も珍しいものではなくなってきている。この限度では、現在の損益相殺に関する研究は、澤井の時代より進歩していると言えよう。しかし、損益相殺の要件に関する基礎的な研究は、澤井の時代からほとんど進歩していないのではないかと思われる。

私は、このような停滞の原因は、損益相殺に関する基本的な理解の誤りにあるのではないかと考えた。基本的な理解が誤っているのであれば、小手先の議論を繰り返したところで、問題解決には近づき得ないからである。

日本法における、損益相殺の根拠のうち、代表的なものは、「損害賠償の目的」(原状回復)⁶、「損害概念」(差額説を前提に)⁷、「公平の観点から当然」⁸といったものである。これらは、損害賠償の局面において、利益が発生した場合は、その利益を控除すべきであるということを前提にしている。しかし、民法には、利益の控除を命じた規定は存在しない。しかも、損益相殺されない利益が存在することについては異論がない。また、今日、教科書等において、一般的に損益相殺が承認されるのは、人身損害の問題に限定されている。それゆえ、果たして、損害賠償一般について、原則として、被害者に生じた利益を控除すべきであると言えるのか疑問が生じるのである。

従来、日本法では、損益相殺という原則は、いわば自明のものともみなしていたように思われる。その結果、損益相殺という原則の当否については、充分検討されていない。しかし、損益相殺は「当然の法理」⁹などとされるが、その根拠は、既に見たように、非常に抽象的である。そして、具体的な問題の解決において、常に損益相殺が肯定されているわけ

⁶ 石坂音四郎『日本民法債権総論(上)』(有斐閣、1916年)326頁など。

⁷ 澤井・前掲注(3)「損益相殺(一)」284頁など。

⁸ 内田貴『民法Ⅱ』(東大出版会、第3版、2011年)455頁など。

⁹ 内田・前掲注(8)455頁など。

でもない。

このような現状を前提とする限り、利益の控除は果たして原則と言えるのか充分検討する必要があるように思われる。そして、損益相殺の要件を明らかにするためにも、損益相殺についての基本的な考え方を明らかにすることが、今後の実務や議論の発展のために必要である。そこで、損益相殺の要件を視野に入れつつ、損益相殺の基本的な考え方について検討することとする。予め、本稿の結論を述べておくと、少なくとも、日本法においては、被害者に生じた「全ての」利益を控除することを原則とすることは認められない。

なお、本稿は、損益相殺との関係で、損害の把握についても取り扱うが、特定の損害論を前提として採用し、または、その当否を述べるものではないことを、最初にお断りしておきたい。

2 検討対象

損益相殺について検討する論理的前提として、損益相殺が何かを特定する必要がある。損益相殺の意義については、歴史的な検討も踏まえて後で詳しく検討するが、ここでは、検討対象を特定するために、差し当たり損益相殺の定義を行っておきたい。既存の定義は、冒頭の於保の定義のように、定義自体に損益相殺の要件を取り込んでいるものがほとんどであり、検討対象を明らかにするためには適当ではないと思われるからである。

本稿は、損害賠償法の一分野を扱うものであるから、ここでいう「損益相殺」とは、特別の必要の無い限り、損害賠償法上の問題に限定する。そして、損害賠償は、賠償権利者（と主張する者）の賠償義務者（と主張された者）に対する損害賠償請求権の成否及びその範囲に関する問題である。賠償義務者については、何らかの利益が生じたとしても、それによって、賠償されるべき損害を減少させる論理が存在するようには思えない。そうすると、賠償権利者またはこれと一定の関係にある者について利益が生じた場合のみが問題となる。そこで、さしあたり、賠償権利者またはこれと一定の関係にある者に何らかの利益が生じた場合に、それを理由に、損害賠償において、賠償されるべき損害を減少させることを損益相殺と呼ぶこととする。

もっとも、一口に損害賠償と言っても様々なものが存在する。一般的に思い浮かべるものは、不法行為（民法709条以下）や債務不履行（民法415条）によるものであろう。しかし、民法においても無権代理人の損害賠償責任（民法117条1項）などの特殊な責任が存在するし、金銭債務の不履行の場合の損害賠償は、債務不履行の一種であるが、不可抗力による免責が認められていない点や損害賠償額が法定されている点でかなり特殊な責任であるといえることができる（民法419条）。判例・裁判例で損益相殺が問題となった規定を見ると、商法旧266条1項5号（現行法の会社法423条1項に相当する。）の規定する株式会社の取締役の会社に対する責任や地方自治法242条の2第1項4号の規定する普通地方公共団体の執行機関の公共団体に対する損害賠償請求など、民法だけでなく、公法分野にも及んでいる。損益相殺という概念は、このように幅広い分野において採用されてきたのであって、本稿も民法上の損害賠償に限定することはせず、幅広く損害賠償一般における損益相殺を扱うことにする。

なお、損益相殺は、損害賠償の要件を充足し、なおかつ利益が発生していることを前提にしている。したがって、これらの点については、本稿では所与のものとして、検討の対象から除外するものとする。

3 検討の視点と順序

既に述べたように、本稿は、損害賠償において、賠償権利者またはこれと一定の関係にある者に生じた利益を控除するという原則が存在するのかという視点から、損益相殺に関する基本的な考え方を検討するものである。さらに、損益相殺に関する「原則」を確認した後に、損益相殺の根拠についても、検討を行う。これらの理論的な検討の結果は、具体的な場合における妥当性を検討することによって、理論的のみならず、現実にも妥当しうるものであることを確認する。

なお、本稿は、日本法における損益相殺を扱うものであるから、その議論の出発点として、日本法のこれまでの議論を参照しておく必要がある。

そこで、本稿は、日本の判例および学説（第1章）、歴史的に見た損益相殺（第2章）、比較法的に見た損益相殺（第3章）、基本的な考え方

の検討（第4章）及び具体的な場合における検討（第5章）で構成することとする。

第1章の日本法は、今日の観点から見た、損益相殺の議論の状況について、適切にまとめた文献を見つけることができなかった¹⁰ため、本稿の観点から、日本における損益相殺の議論の経緯や状況を要約したものである。なお、時系列的には第2章以下と前後することがあるが、これについては、第2章以下の関連する箇所では指摘することで対応する。

第2章の、歴史的に見た損益相殺は、日本法に紹介される以前の損益相殺の議論について検討する。損益相殺は、かつては、ローマ法に由来するものと説かれた¹¹。そこで、ローマ法から、日本に紹介される直前までの損益相殺の議論を取り上げる。この歴史的な検討は、比較検討の材料を提供するとともに、日本法及びドイツ法における損益相殺の議論がどのような基盤の上に形成されてきたものであるかを明らかにし、これらの議論の理解に役立つものとする。

第3章の比較法的に見た損益相殺においては、外国法として、ドイツ法、アメリカ法及びオランダ法を取り上げる。ドイツ法は、いうまでもなく、日本の損害賠償法理論の発展に大きな影響を与えており、損益相殺も、ドイツ法から紹介された概念である。それゆえ、ドイツ法の議論を参照することは、日本の議論を理解する上でも有益であると考えられる。アメリカ法は、collateral source rule という、いわば、損益相殺の否定

¹⁰ 日本法における損益相殺の議論の経緯をまとめたものとして、松浦以津子「損益相殺」星野英一編集代表『民法講座第6巻事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985年）681頁があるが、既に30年が経過し、そのため、特に法制的同質性説との関係で、その後の補充が必要となっている。また、損益相殺について検討する最近の論文としては、井手上侑生「損益相殺法理の探求—判例による損益相殺の批判的検討—」龍谷大学大学院法学研究第14号29頁（2012年）もあるが、日本の学説として紹介しているのは中島玉吉や鳩山秀夫までである。

¹¹ 損益相殺はローマ法に由来する原則であると説くものとして、坂千秋「損益相殺ニ就テ（一）」法学協会雑誌37巻5号780頁以下、同「損益相殺ニ就テ（二）」法学協会雑誌37巻6号952頁以下、同「損益相殺ニ就テ（三完）」法学協会雑誌37巻7号1107頁以下（以上、1919年）がある。損益相殺はローマ法に由来するというのは、当時の日本の通説であった。

を原則として採用している。既に述べたように、日本法においては、これまで概ね損益相殺は原則と考えられてきた。そのため、アメリカ法において、collateral source rule が採用されている理由を知ることは、異なる視点から損益相殺の問題を捉えることになり、日本法を検討する上でも有益であると考えられる。オランダは、ヨーロッパにおいて、比較的新しい民法典を持つ国であり、その民法典はドイツ法の影響を強く受けている。オランダ新民法典は、損益相殺に関する一般条項を含んでおり、その内容やそれに至った議論の経緯を参照することは、オランダと同様、ドイツ法の影響の強い日本における議論にも有用であると考ええる。

以上の資料を検討した上で、第4章において、損益相殺についての基本的な考え方を明らかにすることを試みる。さらに、第5章においては、第4章で明らかにした考え方を具体的な事例へ当てはめることで、この考え方が、実務上も有用であることを明らかにする。

第1章 日本の判例および学説

第1節 はじめに

日本における損益相殺の議論は、要件論を中心に発展してきた。初めに唱えられたのは、相当因果関係説であり、その後、法的同質性説が開された。前者は石坂音四郎が紹介したものであり、後者は澤井裕が提唱したものである。いずれも学説に大きな影響を与え、また、後者は、判例にも影響を及ぼしている。

そこで、この2つの見解を中心に、日本の判例および学説を概観する。

第2節 損益相殺理論の流れ

第1 損益相殺の紹介

周知のように、民法には、損益相殺について明文の規定は存在しない。また、民法の起草者らの著作には損益相殺に言及するものはない¹²。そ

¹² 松浦・前掲注(10)「損益相殺」682頁。

ここで、損益相殺という概念がいつ日本法に現れたかが問題となる。

損益相殺を日本に紹介したのは、石坂音四郎といわれている¹³。石坂は、その教科書で、Oertmann や Walsmann の文献を引用しており¹⁴、ドイツでの議論を受けて、日本に損益相殺概念を紹介したとみられる。石坂以後、我が国の損益相殺に関する議論はドイツの議論に大きな影響を受けて発達していく。ここでは、その出発点というべき、石坂による損益相殺の説明を確認する。なお、石坂は、損益相殺を損得相殺と呼んだが、いずれもラテン語の *compensatio lucri cum damno* の訳語であることに疑問の余地はなく、両者は「lucri」(*lucrum* 利得、利益を意味する。)の訳を異にするだけで同じ意味である。

石坂は、損害賠償において、「損害賠償義務発生ノ事実ニ因リテ被害者カ損害ト共ニ利益ヲ得タル場合ニハ損害ノ額ヨリ利益ノ額ヲ控除シタル残額カ即、賠償スヘキ額ナリ」¹⁵として、損益相殺を賠償額の減額事由と位置付けた。

そして、石坂は損益相殺の根拠を、損害賠償の目的に求めた。すなわち、損害賠償の目的は、損害を受けた者に損害を受けなかった場合と同一の地位を回復させることにある。そのため、損害賠償によって被害者を利得させてはならないという。そして、「損得相殺ハ損害賠償ノ觀念ヨリ当然生スルモノニシテ他ニ法典上ノ根拠アルヲ要セス」としながら、同じく利得禁止をその趣旨とする民法422条があることも、損益相殺を認めるべき根拠として指摘する。このように石坂は、損害賠償における利得禁止から損益相殺が導かれると考えていた。

石坂は、損益相殺の要件として、損害賠償義務発生原因事実¹⁶と利益との「適当条件」(*adäquater Kausalzusammenhang*)。すなわち、現在の相当因果関係)を挙げる。石坂は、相当因果関係が要求される理由として、

¹³ 松浦・前掲注(10)「損益相殺」682頁。

¹⁴ 石坂・前掲注(6)『日本民法債権総論(上)』329頁など。

¹⁵ 石坂・前掲注(6)『日本民法債権総論(上)』326頁。

¹⁶ 石坂は、ドイツの学説を挙げつつ、同一の損害発生の原因となる事実から損害と利益が発生することを要するとの説を否定し、損害賠償義務発生原因事実の同一性で足りるとする。しかし、両説の間に具体的にいかなる違いがあるのかについては言及していない。

損害賠償においては相当因果関係のある損害を賠償することを要するのであるから、相当因果関係のある利益も相殺しなければならないという。すなわち、石坂は、損益相殺の要件として、損害賠償における因果関係と同じ、相当因果関係が必要であると考えていた（以下、このように、損害賠償における相当因果関係と同じ因果関係を必要とする考え方を「相当因果関係説」ということにする。）。なお、石坂は損益相殺の要件として、利益が独立的であることも必要とする。この要件は、一部滅失における残部を、損益相殺の対象から除くものである。例えば、焼失した家屋の灰や、殺された動物の死体は、損益相殺されるべき利益ではないという。このような場合は、「損得相殺ノ適用ナク当然ニ損害ノ部分ノミヲ賠償」すべきものとする。この点においても、石坂が損益相殺を損害額の減少ではなく、損害と利益とが存在する場合に、賠償額を減少させる事由であるととらえていることが現れている。

石坂は、損益相殺を、過失相殺や賠償者代位（民法422条）と並べて記述しており、損害賠償における一般的な賠償額の減額事由の一つとして位置付けていたものといえる。また、9つもの多様な例を挙げて説明しており、特定の事例を想定して損益相殺を論じたわけではないと考えられる。実際頻繁に生じる問題として、親族に対する扶養請求権、保険金及び土地収用における土地の残部の価額の昇が損益相殺の対象になるかを検討しており、これらすべてについて損益相殺を否定している。

石坂の見解で注意しておかなければならないのは、石坂は、損害論として、差額説（Differenztheorie）を前提にしているわけではなく、差額説といわゆる損失説について「共ニ之ヲ併用スルヲ適當トス」¹⁷としている点である。石坂は、当時のドイツの学説の状況を「差額説ハ從來ノ通説ナリ（Mommson, Lehre vom Interesse S. 1fg; Windscheid § 257; Fischer, Der Schaden S. 22fg. u.am.) 損害ヲ具體的ニ觀察スルノ説ハ近時 Walsmann, Compensatio lucri cum damno S. 10fg Örtmann, Vorteilsausgleichung S. 6fg 等ノ唱フル所ナリ」¹⁸と整理している。注目すべきは、損失説として、Walsmann と Oertmann の損益相殺の論文が

¹⁷ 石坂・前掲注（6）『日本民法債権総論（上）』284頁。

¹⁸ 石坂・前掲注（6）『日本民法債権総論（上）』284頁。

挙げられていることである。すなわち、石坂は、損失説を Walsmann と Oertmann の損益相殺に関する議論から学んだ可能性が高く、それゆえ、石坂の損益相殺の議論は損失説の強い影響を受けていたと考えられる。

第2 学説の発展—相当因果関係説とその批判—

その後、東京帝国大学の学生であった坂千秋が、損益相殺に関する日本初の論文を発表する¹⁹。この論文はローマ法における損益相殺に関するものである。しかし、坂の論文は、損益相殺の根拠を損害賠償における利得禁止に求めている点、損益相殺の要件として損害賠償におけるのと同じ因果関係を挙げている点及び損益相殺を過失相殺や賠償者代位と同様、損害の減少ではなく賠償額の減額事由と位置付けている点で、石坂と共通している。

これらの点は、損益相殺に関する当時の通説でもあった²⁰。

しかし、このような相当因果関係説に対して、長崎高等商業学校の講師であった三木正雄は、損益相殺される利益を適正に決めることができないと批判した²¹。三木は、相当因果関係説を修正し、一般にある事実から発生すべき利益または加害者の知りまたは知り得た利益であっても、相殺に供することを妥当としない利益は相当因果関係を有しないと主張した。ここで念頭に置かれていたのは、保険金請求権、年金、扶養請求権及び第三者からの贈与であり、後の重複填補の問題である（以下、従来の相当因果関係説と区別する意味で、これらの、相当因果関係の名前で損害賠償における相当因果関係と異なる因果関係を採用する見解を「修正相当因果関係説」という。なお、相当因果関係説を修正する見解は、ドイツの判例・学説においても見られる²²。）。

¹⁹ 坂・前掲注（11）「損益相殺ニ就テ」。

²⁰ 中島玉吉『民法釈義卷之三債権総論上』（金刺芳流堂、1921年）514頁。鳩山秀夫『日本債権法（総論）』（岩波書店、増訂改版、1925年）105頁。末広巖太郎『債権各論』（有斐閣、第4版、1921年）1111頁。

²¹ 三木正雄「損益相殺」商業と経済第14年1冊71頁（1933年）。

²² 澤井・前掲注（5）「損益相殺（二）」488頁、同「損益相殺（三）」関西大学法学論集9巻1号71頁（1959年）。

このような批判の中、勝本正晃は理論的には、従来の相当因果関係説を維持したが、その内容は従来の相当因果関係説と異なる考慮を行っている²³。まず、損益相殺の対象となる利益として新たな利益であることが必要であることを強調した²⁴。そして、保険などの第三者との特別の契約に基づき利益を受ける場合は、賠償原因は事故以前に一定の期待権または停止条件付債権が発生していたといえるから、その給付は損益相殺の対象にならないとする。また、勝本は、利益が損害賠償義務の原因と関係のない他の事実によって生じた場合は、原因から通常生ずべき利益ということができないという。そして、被害者の行為によって損害を利益に転化した場合や第三者から同情金の贈与を受けた場合は、これにあたる。このように勝本は、形式的には、相当因果関係説を維持しながら、新たな利益や他の原因といった要件を付け加え、実質的には相当因果関係説の修正を図ったといえる。

我妻栄も、損益相殺される利益は「理論的に謂へば不法行為と相当因果関係に立つ利益であり、实际的に謂へば公平の原則に従つて判断すべきである」²⁵として、理論的には相当因果関係説を維持しつつも、実際の判断は公平の原則に委ねている。

これらの相当因果関係という枠組みを維持しようとする見解に対して、宗宮信次は、利益が賠償原因と同一事実関係から生じたか否かで、損益相殺を判断すべきとする²⁶。利益が同一原因によって生じたのではないときは、全然別個の関係であるから、たとえ被害者が利益を得ても斟酌しないという。そして、損益相殺は、現実に生じた損害額の算定方法に関する法則であって、たとえ通常の過程から生じない利益にせよ、

²³ 勝本正晃『債権総論（上巻）』（巖松堂書店、訂正3版、1934年）403頁。

²⁴ 損益相殺の対象となる利益は「新たな」利益でなければならないとする主張は、坂・前掲注（11）「損益相殺ニ就テ（二）」956頁にもみられる。しかし、坂は物の一部滅失における残部や目的物の価値代替物が損益相殺の対象にならないとするための要件として新たな利益であることを要すると述べるにとどまっている。

²⁵ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』末広巖太郎編集代表『新法学全集10民法Ⅳ』（日本評論社、1937年）204頁。

²⁶ 宗宮信次『不法行為論』（有斐閣、1968年）103頁。

利益が現実存在する限り賠償されるべき損害はそれだけ現存しないのであるから、その利益が賠償原因と同一事実関係から生じたものであるときは、これを斟酌すべきであるとして、相当因果関係説を批判する。

さらに、北川善太郎は、損益相殺に関して重要な指摘を行った。北川は、「加害者に有利に作用する、被害者のえた利得 (Vorteil) では、相当性説が本来持っている機能－因果系列の支配・操縦 (Steuerung)－が問題とならない。損益相殺の思想は、非難される損害の限界を画するという相当性の本質と何ら内的関連をもっていない」²⁷と指摘する。そして、保険金や年金請求権など相当性を有していても損益相殺によって調整されない利得もあるし、相当でない利得でも例外的に衡平の要求から調整されうるといふ。

この北川の指摘は、以下の点で注目に値する。石坂以来多くの見解は、賠償されるべき損害について相当因果関係が必要とされるが故に、損益相殺の対象となる利益についても、相当因果関係が必要であると説明してきた²⁸。つまり、この考え方は損害について必要とされる要件は、利益についても必要とされるという考え方を前提としている。ところが、北川は、相当性は「非難される損害の限界を画する」ことを本質とし、これは、損益相殺とは無関係であることを指摘した。すなわち、北川は従来の見解と異なり、損害と利益とは（少なくとも相当性との関係においては）異質のものであるということを前提としている。逆に言うと、

²⁷ 北川善太郎「損害賠償論序説（一）－契約責任における－」法学論叢73巻1号39頁（1963年）。

²⁸ 石坂・前掲注（6）『日本民法債権総論（上）』328頁。鳩山・前掲注（20）『日本債権法（総論）』106頁。中島・前掲注（20）『民法釈義巻之三債権総論上』517頁。三瀧信三『債権法提要上』（有斐閣、第7版、1933年）251頁。嘉山幹一『債権総論』（敬文堂書店、合本改版、1926年）127頁。沼義雄『綜合日本民法論別巻第4 債権総論』（巖松堂書店、第3版、1943年）132頁。富井政章『民法原論第3巻債権総論』（有斐閣、1929年）237頁。勝本・前掲注（23）『債権総論（上巻）』403頁。なお、川名兼四郎『債権法要論』（金刺芳流堂、1915年）201頁は、「控除セラルヘキ利益ハ之ヲ吾人カ正當ナリト思惟スル範圍ニ制限セサルヘカラス、然ラハ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ利益ニ制限スルコトヲ正當トス、尚ホ當事者カ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘキ利益ハ之ヲ控除スルコトヲ得サルヘシ」といふ。

損益相殺について、損害の場合と同じ相当因果関係を必要とする見解は、損害と利益とは同質のものであることを前提としていたということができる。北川の指摘は、損害と利益の性質の違いという損益相殺の核心部分に関する指摘であり、今日損益相殺を検討する上でも非常に有益であるように思われる。

第3 判例の出現

1 学説における損益相殺の紹介が遅れたためか、初期の判例で損益相殺に言及したものは知られていない。大審院が初めて「損得相殺」（損益相殺）に言及したのは、大判昭和3年3月10日民集7巻152頁である²⁹。もっとも、それ以前にも、今日で言う損益相殺に関する判例は存在する。ここでは、上記昭和3年大審院判決のほかに、それ以前の判例として、生活費控除に関する大判大2年10月20日民録19輯910頁を取り上げる。

2 判例（大判大正2年10月20日民録19輯910頁）

〔事案〕

事案は必ずしも明らかではないが、事故により死亡した被害者の遺族が損害賠償請求権を相続したとして、国に対して、被害者が生存していれば得られたはずの利益の損害賠償を請求した事案のようである。原審が請求を認容したため、被告国が、損害賠償は現実に発生した損害のみを対象とし、将来得られるはずの利益は含まれないなどとして上告した。

〔判旨〕 一部破棄差戻

「旅客運送契約ノ債務不履行ニ因ル損害ノ賠償ハ被害者ヲシテ其現ニ被リタル損失ノ賠償ハ勿論尚ホ將來得ヘカリシ利益喪失ノ賠償ヲモ得セシムルヲ以テ目的トスルモノトス……同人（被害者―執筆著者注）ノ得ヘカリシ収入額中ヨリ同人カ自己ノ生活ノ爲メニ費消スヘカリシ金額ヲ控除スヘキモノトシテ斟酌セサルヘカラス何トナレハ若シ此等ノ點ヲ斟酌セサルニ於テハ同人カ將來得ヘカリシ利益ヨリモ多額ノ利益ヲ同人ニ許與スルコトトナリ結局上告人ヲシテ賠償ノ目的ヲ超エテ賠償セシムルノ

²⁹ 松浦・前掲注（10）「損益相殺」688頁。

不法ヲ來スカ故ナリ

然ルニ原判決ハ右賠償額ヲ定ムルニ付キ果シテ此等ノ點ヲ斟酌シタリヤ否ヤ其判文上之ヲ知ルニ由ナキノミナラス或ハ看過シテ斟酌セサルヤノ疑ナキコト能ハサルヲ以テ理由不備ノ瑕疵アリト云ハサル可カラス故ニ本論旨ノ第一段ハ此點ニ於テ理由アリト謂フヘシ」

〔検討〕

今日、一般的に、生活費控除は損益相殺の一類型とされている。もっとも、この判決において、大審院は、損益相殺（損得相殺）という言葉を用いていない。それゆえ、大審院が、損益相殺という観点から生活費控除を認めたのかははっきりしない。

しかし、判決の理由付けと、当時の学説の状況を併せて考えれば、この判決も損益相殺と同じ観点から生活費控除を認めたということもできよう。すなわち、判旨によれば、生活費の控除を認めるのは、控除しないとすると「賠償ノ目的」を超えるからである。この「賠償ノ目的」の意義であるが、判旨が逸失利益の賠償も目的に含まれるとする一方、将来得られたはずの利益より多額の利益を与えることは目的を超えるとしていることから、喪失した利益をその分だけ賠償させることのようなのである。ここで、当時の学説に立ち返ると、前述の通り、石坂は、損害賠償の目的は、損害を受けた者に損害を受けなかった場合と同一の地位を回復させることにありとしている。そして、石坂は、賠償義務者には損害を充分償わせる必要があるとともに、賠償権利者は損害以上に利得してはならないとして、この利得禁止から、損益相殺を導いている。そうすると、この判決は、当時の学説における損益相殺の理由付けと同様、損害賠償の目的（原状回復）の一面としての利得禁止から生活費控除を認めたともいえそうである。

もっとも、損害賠償の目的が損害の回復にあるとするならば、損害を越える賠償を命じることは損害賠償の目的を逸脱する。生命侵害の場合の損害が、初めから、生存すれば得られたであろう収入から生活費を控除したものであるとすれば、損益相殺という概念を持ち出すまでもなく、生活費控除を行わないことは、損害賠償の目的を越える違法な判断と言わざるを得ない。すなわち、この判決は、損益相殺という概念を用いることなく説明することができる。

そうすると、この判決が損益相殺という観点から生活費控除を認めたかどうかの判断は留保せざるを得ない。

3 判例（大判昭和3年3月10日民集7巻152頁）

〔事案〕

国鉄の貨物駅手が、信号手の過失によって生じた貨車の脱線転覆のため死亡した。そこで、遺族らが信号手の使用者である国に対して、使用者責任に基づき、被害者から相続した逸失利益と固有の慰謝料の支払いを求めたのが本件である。

被告国は、国は共済組合制度を設けて、被害者もこれを承諾して加入していたのであるから、職務執行上生じた事故を原因としては損害賠償請求権は発生しない、仮に損害賠償請求権が発生するとしても被害者の妻が国有鉄道共済組合から遺族扶助料（遺族年金）を受給していることから、原告らには、事実上損害はないなどと主張した。

原審は、国有鉄道共済組合は組合員の相互扶助を目的とするものであって国の不法行為上の責任を免脱させるものではない、遺族年金が支給されることの一事をもって直ちに原告らの精神上的苦痛が慰謝されたものとは認めがたいなどとして、被告国の主張を排斥した。これに対して、被告国が、遺産相続の計算において、遺族年金を考慮せずに、損害賠償請求権と年金受給権の両方を認めることは同一損害を重複して賠償させる結果になるなどとして上告した。

なお、本判決では、生活費控除についても争われたが、上記大判大正2年に引き続き、生活費の控除を認めた。これについては引用しないが、本判決は、後述のように遺族扶助料については損益相殺を認めたにもかかわらず、生活費に関しては損益相殺（損得相殺）という言葉を使用していない。このことには注意を要する。

〔判旨〕 破棄差戻

「被害者ハ其ノ労働能力欠陥ノ為第三者（例ヘハ雇主若クハ所属労働団体）ヨリ当然（例ヘハ法律ノ規定上若クハ団体ノ規約上）或定期金（例ヘハ廃疾年金）ヲ受領スル権利ヲ取得シタリトセムカ這ハ相当ノ労働ヲ為スコトナクシテ一定ノ金円ヲ取得スルモノニシテ其ノ事自体ハ不法行為ニ原因スルーノ利得ニ外ナラス故ニ此ノ利得ハ一面損害賠償ノ範囲ヲ

軽減スル効力アルコト夫ノ所謂損得相殺ノ觀念ニ徴シマタ疑ヲ容ル可カラス而カモ這ハ損害賠償トシテ定期金ヲ支払フ場合ノミナラス一括シタル金額ヲ支払フ場合ニモ亦其ノ適用アルコト論ヲ俟タス何者彼此共ニ損害賠償ノ方法タルニ於テ其ノ選ヲ異ニスルトコロ無ケレハナリ

然リ而シテ以上ノ道理ハ更ニ之ヲ他ノ場合ニ推シ及ホスヲ得可シ即甲ニ対シ扶養義務ヲ負担セル乙ヲ或者カ不法行為ニ因リテ死ニ致シ為ニ甲ヲシテ其ノ扶養請求権ヲ喪失セシメタル場合即是ナリ此ノ場合甲ハ此ノ喪失ニ因リテ被リタル損害ニ付右ノ或者ニ対シ不法行為ニ基ク賠償請求権ヲ有スルコト勿論ナルカ今若甲ハ乙ノ死亡ニ因リ或定期金（例ヘハ遺族年金）ヲ当然第三者（前例参照）ヨリ受領スル権利ヲ取得シタリトセムカ此ノ定期金ハ其ノ限度ニ於テ当該損害賠償請求権ノ範囲ヲ減縮スルノ効力アルコト又右ニ判示シタルトコロト扱フトコロ無シ

（省略）

今或人ノ不法行為ニ因リ此ノ種ノ損害ヲ被リタル場合ニ被害者ハ恰モ此ノ不法行為ニ原因シ加害者以外ノ第三者ニ対シ当然或金銭の利益（例ヘハ年金）ヲ請求スル権利ヲ取得シタルトキハ是亦幾分ノ慰藉ト為リ従ヒテ加害者ニ対スル当該賠償請求権ノ範囲ニ幾分ノ影響ヲ及ホスコト決シテ有り得サルノ事態ニ非ス蓋必ス加害者ヨリ金銭ヲ徴求シテ甘心スルニ非サル限り慰藉タルニ由無シト云フカ如キハ領會スルニ勝エサルトコロナレハナリ夫レ爾リ更ニ此ノ趣旨ヲ推ストキハ前記ノ如キ金銭の利益ヲ請求スル権利ヲ取得シタル者ハ被害者其ノ人ニ非スシテ之ニ対シ扶養義務ヲ負担スル人々ノ内ノ或者即例ヘハ民法第九百五十四条第二項ノソレ等ナル場合ニ於テモ亦被害者ハ之ニ依リテ幾分ノ慰藉ヲ得ルコト必無ト云フ可カラス」

〔評釈〕

この判例に対して、末川博³⁰と杉之原舜一³¹が批判を加えた。

末川は次のようにいう。共済組合から給付を受けるのは、組合に加入していたからであって、不法行為とは全然別個の原因によるものであるから、損益相殺の対象にならない。この関係では、共済組合は、保険金

³⁰ 末川博「判批」法学論叢21巻3号471頁。

³¹ 杉之原舜一「判批」法学協会雑誌47巻5号1027頁。

を受け取ることと同一視してよい。保険金が損害額から控除されない根拠としては、保険金は保険料の対価であるからとか、保険金を控除すれば不法行為者は他人の給付によって責任を免れ実際上不当な結果を生ずるからというような理由が考えられるが、この理由はいずれも本件の組合から給付を受ける場合にもあてはまる（なお、末川は、生活費控除についても本判決を批判している。）。³²

一方、杉之原は、次のように批判する。損益相殺は、同一の責任原因から生じた損害と利益との間に生ずる問題である。本件の年金請求権は被害者が共済組合に加入していたために発生するものであり、国の不法行為によって生じたものではない。そのため、損害賠償請求権と年金請求権とを損益相殺することはできない。しかし、共済組合の性質は組合員相互の損害の填補にあるから、生命保険と異なり、共済組合への加入は営利を目的とするものではない。そのため、被害者は組合からの給付金と損害賠償の両方を受け取ることとはできない。したがって、判旨が遺族年金は扶養請求権の喪失による損害賠償請求権の範囲に影響する場合があることを言っているのは正しい。しかし、遺族年金は遺族が生活上蒙る損害の填補を目的とするものであって、遺族の精神上的苦痛の慰謝を目的とするものではない。そのため、遺族年金請求権は被害者の慰謝料の範囲に影響を及ぼすことはない。判旨は、損益相殺の理論を根拠とするようであるが、損益相殺の理論を誤解し、いたずらにこれを拡張しようとするものと言わなければならない。

〔検討〕

前述の通り、この判決は、大判大正2年に引き続き、損益相殺に言及することなく、生活費の控除を認めた。判旨で引用したように、この判決は、年金受給権については損得相殺（損益相殺）を承認している。それゆえ、この判決が損益相殺という概念を知らなかったということはいえぬ。この判決は、生命侵害の場合の生活費控除については、損益相殺の問題ではないと考えているとするのが自然である³²。

そうすると、この判決のいう損得相殺（損益相殺）とはどのようなも

³² データベースで判例を調査した限り、最上級審判決において、損益相殺であるとして、生活費控除を行ったものは、今日に至るまで存在しないようである。

のかが問題となるが、この点について、判旨は明確ではない。明確であるのは、損益相殺は、「損害賠償ノ範囲ヲ輕減スル効力」があるということ程度である。肝心の損益相殺の要件については、よく分からないままである。具体的に見ていこう。

判旨は、被害者が定期金を受領する権利を取得したことを「不法行為ニ原因スルーノ利得ニ外ナラス故ニ此ノ利得ハ一面損害賠償ノ範囲ヲ輕減スル効力アルコト夫ノ所謂損得相殺ノ觀念ニ徴シマタ疑ヲ容ル可カラス」としている。この「不法行為ニ原因スル」利得については、損益相殺がなされるということは当時の学説と概ね一致している。ただし、不法行為と利得との間にどのような関係があればよいのか、条件関係で足りるのか、相当因果関係が必要なのか（必要である場合は、その具体的な内容）といったことは明らかではない。

具体的な判断の内容としては、被害者が労働能力喪失のため第三者から当然定期金を受領する権利を取得した場合は、「這ハ相当ノ労働ヲ為スコトナクシテ一定ノ金円ヲ取得スルモノ」であるから、「不法行為ニ原因スルーノ利得」であるとしている。この「相当ノ労働ヲ為スコトナクシテ一定ノ金円ヲ取得スルモノ」の意義も必ずしも明確ではない。判決の文言をそのまま当てはめれば、被害者が不法行為により困窮し、家屋を売却して、金員を得たというような場合にも損益相殺を行うことになろうが、さすがに、そのような趣旨ではなかろう。おそらく、対価を提供することなく金員を取得したことをいうものであろうが、当時の学説において、対価なく利益を得たことを損益相殺の要件とする見解は見当たらない。また、末川のいうように、そもそも、共済組合には、保険料を支払っているはずであるから、本件の遺族扶助料を、対価なく金員を取得したことになるのかという疑問もある。それゆえ、この判決のいう損得相殺の要件は、一般的な基準としては理解できなくはないものの、その具体的な内容には大いに疑問があり、また、基準に対する当てはめという点でも疑問があるといわざるを得ない。

判旨は、結論として、被害者の遺族に遺族年金が支給されていることを、慰謝料の減額事由とするものである。しかし、後の判決や学説において、この判決のように、経済的利益を受けたことをもって、当然に精神的苦痛が軽減されるとするものは見当たらない。それゆえ、この判決

の判断には大いに疑問があり、先例的意義は乏しいといわざるを得ない。判例として初めて、損益相殺という概念を承認したという点についてのみ意義を認めるべきであろう。

判批については、末川、杉之原ともに、相当因果関係説によるアプローチは行っていない。両者は、判例と同様、利得の原因が不法行為にあるかという観点から損益相殺を検討している。そして、末川は、遺族年金の給付の原資が被害者の出損した金銭であるということから、利得の原因が不法行為にないとの結論を導いている。杉之原も、同様の見地に立つものと思われる。杉之原について注目すべきは、損益相殺を否定したのち、給付の調整の検討をしている点である。ここでは、後の重複填補の問題が検討されており、すでに第三者からの給付がその填補を目的とする損害以外の損害費目には影響を及ぼさないと考えられている。損益相殺と給付の調整との関係は、損益相殺は損害と原因を同一にする利益の問題、給付の調整は同一の損害に対して複数の給付がある場合の問題と捉えられている。そして、前者は一般的なものであるのに対して、後者は共済組合の性質から認められる特殊なものと考えられている。

4 戦前の判例の中で、損益相殺に関するものは、現在知られている限りでは、上記の大判大正2年10月20日と大判昭和3年3月10日だけである。使用されている言葉に着目すると、両者はいずれも生命侵害の場合の生活費の控除を認めたが、損益相殺という言葉は用いていない。前掲大判昭和3年3月10日が、損益相殺に言及したのは、遺族扶助料に関してである。この遺族扶助料に関して、判例も学説も、相当因果関係の有無を問題としていないことには注意しておく必要がある。

第4 澤井説（法的同質性説）

戦後、損益相殺の要件について、相当因果関係を中核とする従来の通説に対して、澤井裕が、填補性を中核とする見解を提唱した。この見解は、多くの学者に影響を与え、今日の通説である法的同質性説にもつながっていく。ここでは、その出発点ともいべき澤井説を、その論文を基に見ていくことにする。もっとも、序章で述べたように、澤井論文は未完で終わっており、澤井説には曖昧な点も多く残されている。しかし、

澤井説の内容を可能な限り明らかにすることは、今日の損益相殺の議論の状況を確認するために有益であると考ええる。

端的に言って、澤井説における損益相殺は、それ以前の日本の議論とは、全くといってもよいほど隔絶している。まず、損益相殺の定義が異なる。澤井のいう損益相殺とは、「賠償義務を生ぜしめた事情が損失の他に利益をも賠償権者に与えた場合、賠償義務者は、この利益を賠償給付の際に差引くか、又は何らかの方法（例えば利益又は請求権の引渡請求）によつて、賠償を真実の損害額に限定しうること」³³であり、これには民法422条の規定する賠償者代位や（現行の）保険法25条の規定する請求者代位などの代位が包含されている。これは従前の議論には見られなかった点である。次に、損益相殺の根拠も異なる。前述の通り、石坂以来日本の損益相殺の議論は、損失説を採る Oertmann や Walsmann の影響を受け、損益相殺の根拠を、損害賠償の目的（原状回復）に基づく利得禁止に求めた。しかし、澤井は、「損益相殺の根拠は、損害概念から理論的に生ずる」³⁴という。ここでいう「損害」とは、「被害者に関し、加害事件後において現実に存在する状態と、加害事件がなければ存在した筈の仮定的状態との差額或いは変化」³⁵であり、これは差額説である。そのため、損益相殺を賠償額の減額事由とした石坂とは異なり、澤井によれば、「損益相殺とは、要するに加害によつて被害者に損失のみならず、利益をも生じた場合は、損失から利益を控除した額が実損害であり従つて要賠償額だ」³⁶ということになる。このように、澤井説は、その前提としている損害論および損益相殺の根拠という点でも、また、損益相殺の定義という点においても、従前の学説とは異なっているのである。

これらの点は、澤井説を理解する上で不可欠の要素であるが、それよりも重要であり、また、後の学説に多大な影響を与えたのは、澤井説が、填補性を要件としたことである。すなわち、澤井は、「損益相殺の対象たる“控除しうる利益”とは、“加害と因果関係にあり、かつ損失を直接

³³ 澤井・前掲注（3）「損益相殺（一）」283頁。

³⁴ 澤井・前掲注（3）「損益相殺（一）」284頁。

³⁵ 澤井・前掲注（3）「損益相殺（一）」284頁。

³⁶ 澤井・前掲注（3）「損益相殺（一）」281頁。

に－即ち被害者の処分行為を必要とせず－填補する性質を持つと判断されるもの（この判断の基礎は損害賠償法の目的と当事者間の衡平にある）」と「定義」している^{37 38}。この「利益が損失を填補する性質を持つ」こと、すなわち、填補性こそが、澤井説の中核であり、従前の学説と決定的に異なる点である。従前の学説は、加害行為と利益との関係のみを問題とし、損害と利益との関係を問題にしなかった。損害と利益との間に一定の関係性が必要であると指摘した点こそが、澤井説の最大の成果であるといえる。もっとも、この填補性の理解は容易ではない。理解を困難にしている要因は、私の考えでは、大まかに言って、論文が未完であり十分な説明がなされていないこと、（それと関連するが）填補性の内容が明確でないこと及びその基礎になっている理論が明確ではないことの3点である。

最初の、論文が未完であるという点についてであるが、澤井論文は、結論を冒頭で示し、それについて説明を加えるというスタイルで書かれた論文である。澤井は、「この論文は結局右の因果性・直接性・填補性の意味を具体的に明らかにする試みである」³⁹としている。ところが、澤井論文は、填補性の意味を明らかにする途中で終わっている。それゆえ、澤井説が結論として、填補性を要求していることは明らかでも、その内容については刊行された部分から推測することしかできないのである。

さらに問題なのは、推測される、填補性の内容である。「利益が損失を填補する性質を持つ」などの表現を見ると、利益と損失との関係だけを問題にしているようにも思える。ところが、明らかに、単なる利益と損失との関係にとどまらない、総合的な考慮を意図している叙述がある。次の文章は、澤井論文のうち、ドイツの判例理論を検討した上での、澤井の私見とされる部分の一部である。ドイツの判例理論は、今日に至るまで（もちろん、澤井の時代も）、少なくとも形式的には、相当因果関

³⁷ 澤井・前掲注（3）「損益相殺（一）」281頁。

³⁸ ここで出てくる直接性は、賠償者代位や過失相殺と、損益相殺とを区別する機能を有しているとされる。澤井・前掲注（5）「損益相殺（二）」474頁。

³⁹ 澤井・前掲注（3）「損益相殺（一）」281頁。

係説を採用している。そのため、相当因果関係説との比較を通して、澤井の填補性の内容が明らかになるものと思われる。

以下引用しよう。

「詳細な私見は後にのべるとして、ここでは、結論を示すにとどめる。『相当因果関係論は、加害と損失、加害と利益という縦の関係のみを注視してきた。しかし損益相殺で本質的なのはむしろ横の関係すなわち損失と利益との対比である。加害との関係では因果関係（条件的）があれば十分であり、問題は利益が損失を填補すべき性質をもつか、いいかえれば利益と損失の法的同質性（Gleichartigkeit）の判断にかかっている。利益と加害の相当関係はこの同質性判断の一つの重要な目安となりうるにとどまる』」⁴⁰

ここでは、「損益相殺で本質的なのは」「損失と利益との対比である」として、損失と利益との関係の重要さが強調されている。しかし、その一方で、「縦の関係」であるはずの「利益と加害の相当関係」も、因果関係から分離され、填補性（同質性）判断に組み込まれている。

次に、ドイツの学説に対する、澤井の私見を見てみる。ここでは、騎手事例（騎手がレースで馬を異常に酷使したため馬が死亡したが、その一方で、入賞し馬主が賞金を得た場合に、馬主の騎手に対する損害賠償請求において、賞金を損益相殺すべきかという問題。）を例に、Cantzlerの「法益助成説」との関係で、次のように自説を展開している。

「事案を決定するのは『法益助成論』的公式ではなくして、結局は事案のすべてを総合して、右の賞金を騎手、馬主いずれに与えるのが衡平か、すなわち馬と賞金との法的同質性の判断いかんにかかっているのである。Cantzlerは衡平の観念は広すぎるというが、事件のすべて状況を考慮の上決定した場合、単純な公式的割り切り方よりも、はるかに正当な解決をうるものである。たとえば右の馬の場合でも、馬主の騎手に対する馬の健康についての注意の程度、馬主の賞金獲得熱、あるいは騎手の馬の殺害についての故意過失、または過失の程度、馬の健康状態などを総合的に判断して妥当な解決をうるように努めるべきである。」⁴¹

⁴⁰ 澤井・前掲注（5）「損益相殺（二）」501頁。

⁴¹ 澤井・前掲注（22）「損益相殺（三）」87頁。

前述のように、澤井は、填補性の判断の基礎を、「損害賠償法の目的と当事者間の衡平」としている。そして、この記述による限り、澤井は、法的同質性（填補性）として、総合考慮を行っているというしかない。澤井説の填補性（法的同質性）は、損失と利益との関係はもちろんのこと、加害行為と利益との関係、加害者の主観、加害者と被害者との関係等をも総合的に考慮することになるのであろうか。その一方で、「損失を填補する性質の利益」などという、単に損失と利益のみを考慮の対象としていると思える表現も見られ、必ずしも一定していない。

この混乱は、損益相殺に関する理論的根拠を見ると、より一層明確になる。

前述の通り、澤井は、差額説を前提に、「損益相殺の根拠は、損害概念から理論的に生ずる」として、損益相殺は当然の原理であるかのような説明をしている。ところが、その一方で、澤井は、損益相殺は「損失と利益という物理的には異質のものを法的観点（ここでは主に衡平）から統一せしめる」ものであるとし、その点に「この理論の特質とむずかしさがある」としている⁴²。損失や利益といったものが、物理的な概念かはさておくとしても、理論的に当然生じるはずであった損益相殺が、異質のものを主に衡平の観点から統一するための特殊な概念に変化している。

より明確であるのは、次の説明に見られる、損害賠償の目的との関係で見た損益相殺の位置づけであろう。引用部分の前半は、澤井論文の前の方の部分であり、後半は、最後の部分である。

「損害賠償は、賠償義務を生ぜしめた事情がなければ、存在した筈の状態を回復することを目的とする。即ち賠償権利者は右状態の回復のため、必要且十分なる賠償を受ける反面に、賠償によつて不当な利得をうることは許されない。(b) 従つて賠償されるべき損害額は、被害者に關し、加害事件後において現実に存在する状態と、加害事件がなければ存在した筈の仮定的状態との差額或いは変化である。……賠償の目的を達成するために、損失から利益を控除することによつてはじめて、右 (b) にいう賠償されるべき損害額がえられる。この控除を損益相殺という。(d)

⁴² 澤井・前掲注(5)「損益相殺(二)」500頁。

賠償義務者は、賠償給付の際に……この損害額のみを給付すればよい」⁴³

「被害者の原状回復を目的とし、被害者の保護を根本原理とする損害賠償法からすれば、加害者は、被害者に生じた損失的変化のすべてを賠償することが大原則である。したがって別に生じた利益をとくに考慮することすなわち、物理的に異質別個のものを差し引きし、その残高が真正の損害額だという損益相殺理論は、当然に利益と損失の法的同質性を前提としているのである。」⁴⁴

一見して明らかなように、前者では、損失から利益を控除した差額を賠償することが賠償の目的となっている。一方、後者では、損害賠償法からすれば、（被害者の利益を考慮しない）損失的変化のすべてを賠償することが大原則であるとされている。すなわち、前者では、損益相殺は損害額確定のため、当然経るべきプロセスであるにも関わらず、後者では、「大原則」に対する例外的取扱にすぎない。この2つの立場は、損益相殺を考える際の基本的な態度を異にしていると思われる。しかし、澤井論文は、この両方の説明をしているのである。

澤井が、損益相殺を原則的取扱と考えていたのか、例外的取扱と考えていたかは、分からない。それゆえ、澤井のいう填補性の内容も明確なものではない。填補性を認めるためには、慎重に様々な事情を総合考慮しなければならないのか、あるいは、利益と損失のみを見れば判断できるのかも不明である。澤井は、填補性の判断の基礎は「損害賠償法の目的と当事者間の衡平」であるとしているが、澤井のいう「損害賠償法の目的」は（利益を考慮した）損害の回復にあるのか、（利益を考慮しない）損失の回復にあるのか不明である。もちろん、「当事者の衡平」という曖昧な概念が填補性の判断の指針たり得るのかも大いに疑問である。

このように、澤井説には問題も少なくないが、それでも澤井説は重要な意義を有する。既に述べたように、澤井説の最大の意義は、損益相殺において、利益と損失との関係を考慮するという観点を提供したことである。この観点は、現在に至るまでの損益相殺の議論に大きな影響を与えている。

⁴³ 澤井・前掲注（3）「損益相殺（一）」284頁。

⁴⁴ 澤井・前掲注（22）「損益相殺（三）」86頁。

第5 判例の展開

1 判例の詳しい内容については、第5章で検討するので、ここでは、戦後の判例の展開の概略を指摘するにとどめる。判例は、同種の事案であっても単に前例を引用するにとどまらず、理由付けを変えるなどしている。そこには、学説、特に澤井説の影響が見られる。興味深いことに、澤井説の影響というべき、利益と損失の関係を考慮するという観点は、多くの学説よりも判例の方が先に採用している。

2 養育費の節約

戦後の判例の中で、比較的早い時期に損益相殺について判断したのは、養育費の節約に関する最判昭和39年6月24日民集18巻5号874頁である。養育費の節約とは、年少者が死亡した場合の逸失利益の算定に当たり、その年少者を養育していた者（多くの場合は、その者の親であり、損害賠償請求権を相続したとして、損害賠償を請求している原告）が、養育費を支出することを免れたことを考慮すべきか否かという問題である。この昭和39年判決は、「損益相殺により差引かれるべき利得は、被害者本人に生じたものでなければならない」として、養育費の節約による損益相殺を否定した。

しかしながら、最高裁判決があるにもかかわらず、実務は養育費の控除説と非控除説とに分かれて混乱していた。

そこで、最判昭和53年10月20日民集32巻7号1500頁は、「養育費と幼児の将来得べかりし収入との間には前者を後者から損益相殺の法理又はその類推適用により控除すべき損失と利得との同質性がなく、したがって、幼児の財産上の損害賠償額の算定にあたりその将来得べかりし収入額から養育費を控除すべきものではない」として、最高裁は非控除説に立つことを再度明確にした。この判決は、損失と利得の同質性を問題としており、澤井説の強い影響が指摘されている⁴⁵。

3 私保険

⁴⁵ 松本光一郎「損益相殺（1）—養育費の控除」篠田省二編『裁判実務大系第15巻不法行為訴訟法（1）』（青林書院、1991年）395頁。

続いて、最高裁が損益相殺について判断したのは、生命保険金に関する最判昭和39年9月25日民集18巻7号1528頁である。

この判決は、保険金は保険料の対価の性質を有し、不法行為の原因と関係なく支払われるべきものであることから、不法行為により被保険者が死亡したため保険金が給付されても、これを賠償額から控除すべきいわけではないとする。なお、この判決は、「損益相殺」という言葉を使用していない。

一方、損害保険については生命保険より遅れて最判昭和50年1月31日民集29巻1号68頁で判断が示された。

この判決は、生命保険の場合と同様に、保険金は保険料の対価の性質を有するから、たまたま不法行為や債務不履行を契機に保険金が支払われることになっても、「いわゆる損益相殺として控除されるべき利益にはあたらない」とした。この判決の事案では、損害保険金が損益相殺の対象となり、そもそも保険金の分だけ減額された形で損害賠償請求権が成立するのか、それとも損害保険金は損益相殺の対象とならず、減額されない形で損害賠償請求権が成立し、保険金の支払いによって請求権の一部が保険会社に移転するのかが問題となった。判決は、損益相殺を賠償額の算定の問題に位置付けており、少なくともこの判決の場合においては、判例が、損益相殺を損害賠償の賠償額算定の問題と位置づけており、損害賠償請求権成立後の請求権の移転の問題ではないと考えていることが明確になった。

一連の、私保険に関する判例には、澤井説の影響は見られない。前述の通り、澤井説は、損益相殺と代位を統一的に把握するところに、その特徴がある。これに対して、最判昭和50年は、被害者が保険金を受領した場合は、「商法662条所定の保険者の代位の制度により」保険者が「支払った保険金の限度において……損害賠償請求権を取得する結果、被保険者たる所有者は……損害賠償請求権を失い、その第三者に対して請求することのできる賠償額が減少することとなるにすぎない」という。また、被害者が加害者から損害賠償を受領するよりも先に損害賠償を受領した場合、保険者に請求することのできる保険金が減少するのは、「保険者の支払う保険金は被保険者が現実には被った損害の範囲内に限られるという損害保険特有の原則に基づく結果にほかならない」としている。

それゆえ、判例は、私保険に関しては、澤井説と異なり、代位と損益相殺を区別して理解しているということができよう。

4 年金

前述したように最上級審が損益相殺（損得相殺）という言葉を用いて判断したのは、遺族年金に関する前掲大判昭和3年3月10日が最初であると思われる。この判決は、①廃疾年金（障害年金）のように、被害者が労働能力を欠いたために、第三者（雇主や所属労働団体等）から当然に、定期金を受領する権利を取得する場合は、いわば、相当の労働をすることなく、金員を取得するものであるから、「不法行為二原因スルーノ利得」に他ならない。それゆえ、この利得に、損害賠償の範囲を軽減する効力があることは、いわゆる損得相殺の観念に照らして、疑問の余地がない。②この道理は、他の場合にも類推でき、不法行為によって死亡した被害者に対して扶養請求権を有していた者が、被害者の死亡によって、遺族年金などの定期金を、当然に第三者から受領する権利を取得した場合は、その定期金は、その限度において当該損害賠償請求権の範囲を減縮する。③これらのような金銭的利益を請求する権利を取得した者が、被害者本人ではなく被害者に対して扶養義務を負担する人々の内のある者、例えば、民法954条2項（当時）⁴⁶に該当するものである場合でも、被害者はこれによって、精神的苦痛が軽減されることがあり、慰謝料減額の可能性があるとする。

もっとも、知られている限り、最高裁は、これら①から③のいずれの立場も採用したことはない。具体的には、以下のように、判断している（厳密には、②については、不法行為による死亡の場合に、扶養構成ではなく、相続構成を採用する以上、扶養権利者の利得を問題にする余地はないと思われる。相続人に利得が生じた場合については、以下の通り。また、③前掲大判昭和3年3月10日のように、被害者の配偶者の直系尊属が利益を受けた場合における、精神的損害との損益相殺に関する最高

⁴⁶ 当時の民法954条は、1項において「直系血族及ヒ兄弟姉妹ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ」とし、2項において「夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊属ニシテ其家ニ在ル者トノ間亦同シ」としていた。

裁の判断は見当たらない。もっとも、最高裁は、被害者またはその遺族に対する、一定の社会保障給付については、逸失利益からの控除のみを認め、慰謝料からの控除を否定している⁴⁷⁾。

まず、最判昭和41年4月7日民集20巻4号499頁は、被害者が受け取るはずであった恩給には、被害者の死後遺族に対して支給される扶助料も含まれており、被害者の相続人が両方を受給することは二重取りであるなどとして、「損害賠償額の範囲を定めるにあたり依拠すべき衡平の理念」に適合するとして、扶助料の控除を認めた。

衡平の理念は、修正相当因果関係説において主張され、また、澤井説においても強調された点である。そして、この判例は、喪失したとされる利益（被害者の恩給）の中には、不法行為によって遺族が取得した利益（遺族扶助料）が含まれており、結局その利益は失われていないとの考えから控除を認めている。

次に、最判昭和50年10月24日民集29巻9号1379頁は国家公務員の死亡により遺族が法律の規定によって受ける各給付による利益は「死亡した者の得べかりし収入によつて受けることのできた利益と実質的に同一同

⁴⁷⁾ 最判昭和58年4月19日民集37巻3号321頁は、労災保険法による障害補償一時金及び休業補償金について、慰謝料からの控除を否定する。最判昭和62年7月10日民集41巻5号1202頁は、労災保険法による休業補償給付及び傷病補償年金並びに厚生年金保険法による障害年金について、「右の保険給付が現に認定された消極損害の額を上回るとしても、当該超過分を財産的損害のうちの積極損害や精神的損害（慰藉料）を填補するものとして、右給付額をこれらとの関係で控除することは許されない」とする。遺族年金については、国民年金法及び厚生年金法に基づく、遺族基礎年金及び遺族厚生年金について、最判平成11年10月22日民集53巻7号1211頁は、「遺族年金をもって損益相殺的な調整を図ることのできる損害は、財産的損害のうちの逸失利益に限られるものであって、支給を受けることが確定した遺族年金の額がこれを上回る場合であっても、当該超過分を他の財産的損害や精神的損害との関係で控除することはできない」としている。労災保険法に基づく遺族補償年金についても、最（大）判平成27年3月4日裁時1623号1頁は、「遺族補償年金につき、その填補の対象となる被扶養利益の喪失による損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有する逸失利益等の消極損害の元本との間で、損益相殺的な調整を行うべき」として、消極損害の元本との間で損益相殺的な調整がされるものとしている。

質」であるとして、遺族が受けた給付の控除を認めた。

ここでも、損害と利益との同質性が問題とされており、養育費の節約に関する前掲最判昭和53年10月20日と同様、澤井説の影響がみられる。

さらに、地方公務員等共済組合法に基づき、退職年金を受給していた被害者が死亡し、その妻が同法に基づく遺族年金を受給した事案に関する、最（大）判平成5年3月24日民集47巻4号3039頁は、「損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要があ」とした。

この判決は、「損益相殺的な調整」に関するものであるが、前掲最判昭和50年10月24日からさらに進んで、損害と利益との同質性を基準とし、それを公平の見地から正当化しており、より澤井説に近い内容となっている。

第6 学説における填補性・同質性基準

1 はじめに

前述のように、澤井説は不明確な点も少なくないが、その填補性という考え方は、判例で採用されたこともあり、徐々に広まっていく。もっとも、填補性の具体的な内容に言及するものではなく、その内容は曖昧なままである。澤井論文のように、加害行為と利益との関係、加害者の主観、加害者と被害者との関係等にまで踏み込んだ総合的考慮は見られない。端的に「損害を填補する利益である／ない」という表現がほとんどである。澤井は、「損害賠償法の目的と当事者間の衡平」が填補性の判断の基礎であるとしていたのであり、単に填補の有無のみを判断する見解は、澤井説と同じ見解と言えるか疑問である。そこで、以下では、利益と損失との関係を「填補」「同質」などとして考慮する考え方を、填補性・同質性基準と呼び、澤井説とは区別することとする。

2 初期の填補性・同質性基準

比較的早い時期に、填補性・同質性基準を取り入れているのは、加藤一郎である。

加藤は、損益相殺の基準として、「具体的にどこまでのものが、利益

として差し引かれるかといえば、相当因果関係の範囲内の利益を差し引くということになる」⁴⁸として、一応は、相当因果関係説を採用している。ところが、実際に、加藤が挙げた事例を見る限り、相当性は問題となっていない。例えば、「香奠とか見舞金」については、「いちおう贈与という別個の原因に基くものであるから、差し引くべきではない」⁴⁹として、相当性ではなく、原因が異なることを問題としている。

その一方で、「損害保険金は、別個の保険契約に基くものだが、損害の填補を本来の目的としているから、保険者の代位により」填補された範囲で損害賠償請求権が保険者に移転するという。一方、「生命保険金は、損害の填補を本来の目的とするものではない」から、損益相殺の対象にも保険代位の対象にもならないとする⁵⁰。

このように、加藤においては、損益相殺の基準はあくまで相当因果関係とされる一方で、「損害の填補を本来の目的とするものではない」との理由で、生命保険金の損益相殺や保険代位が否定されている。相当因果関係との関係は明確ではないが、填補性が、一定の利益については、損益相殺や保険代位に共通する基準であると考えられていることが分かる。この点では、加藤の見解は、澤井説と共通し、その一方で、判例とは異なっている。

3 四宮の填補性・同質性基準

四宮は、加藤一郎と異なり、明確に相当因果関係説と澤井説とを区別した上で、「わたくしも、基本的にはこの考え（執筆者注－澤井説）を支持したい」⁵¹としている。それゆえ、四宮の見解は、澤井説に非常に近い。しかし、両者は随所で異なっており、同一の見解とはいえない。

まず、四宮は、損益相殺の根拠について、「単なる差額説的思考だけでは、いやしくも事故によって損害賠償請求権者に生じた利益であれば、

⁴⁸ 加藤一郎『不法行為』（有斐閣、増補版、1974年）245頁。

⁴⁹ 加藤（一）・前掲注（48）『不法行為』245頁。

⁵⁰ 加藤（一）・前掲注（48）『不法行為』245頁。

⁵¹ 四宮和夫『不法行為』（青林書院、1985年）602頁。

すべて、損益相殺することになってしまい、不当である」⁵²という。「損益相殺は、『原状回復の理念』の反面としての『利得の防止』の思想に基づくもの」であり、「損益相殺は－『原状回復の理念』がそうであるように－規範的に捉えられなければならない」⁵³とする⁵⁴。この点は、差額説のみに損益相殺の根拠を求めた澤井との大きな違いである。

次に、四宮は、損益相殺の要件として「利益が不法行為を契機として生じたものであること」と「両者関係からして損益相殺を認めるのが衡平である、と判断されること」が必要であるという。四宮は後者を「法的同質性」とよんでいる⁵⁵。四宮は、「法的同質性」の内容として「当該利益が実質上当該損害の填補ないしその肩代りをするという目的ないし機能をもつとか、両者が、実質的にみて、対価と対価との関係、同一の地位に由来する利用と負担との関係、あるいは担保物と債務との関係、に相当する」場合などとしている⁵⁶。一見すると、損害と利益との関係に焦点が当てられているように見える。しかし、具体的な場面を見ていくと、非常に多くの事情を考慮していることが分かる。しかも、その理由付けは、法的な観点から説明するというよりも、かなり直感的・感情的な説明を含んでいる。

例えば、被害者に生じた利益が第三者に対する請求権である場合の損益相殺の可否という問題がある。四宮は、この問題について、「損益相殺による損害賠償額からの控除を認めると、賠償義務者が、みずから害を加えた賠償請求権者に対し、汝みずからが第三者から取立よと要求することになって、不当である……この場合には、直ちには損害と利益との間に法的同質性があるとはいえず、請求権規範の目的・機能が損害の

⁵² 四宮・前掲注(51)『不法行為』600頁。

⁵³ 四宮・前掲注(51)『不法行為』601頁。

⁵⁴ その理由として、四宮は、例えば資産家を殺害した場合、遺族の扶養義務の侵害に対する損害賠償を免れることになり、規範目的(人命の保護、不法行為の予防的機能)に反し不当である点、及び不法行為を契機に利益を得ても損益相殺しない場合がある点を指摘している。

⁵⁵ 四宮・前掲注(51)『不法行為』602頁。

⁵⁶ 四宮・前掲注(51)『不法行為』602頁。

填補にあっても損益相殺は認められない」という⁵⁷。ここでは、「請求権規範の目的・機能」にかかわらず、結論の不当性だけを理由に法的同質性が否定されている。

他に特徴的な点としては、養育費の節約に関する説明がある。四宮は、「子の養育は愛情・人倫あるいは社会の責務によるのであって、－労働能力取得のための経費という機能は否定しえないにしても－規範的見地からは、その出資を免れたことを損益相殺すべき利益と見るべきではない」⁵⁸という。「利益と見るべきではない」の意味は明確ではないが、因果関係と法的同質性から損益相殺を判断するという枠組みを前提とすれば、法的同質性を否定する趣旨であろう。そうであれば、「愛情・人倫」などといった、法的ではない観点からも、法的同質性は判断されることになる。

このように、四宮の「法的同質性」とは、単に利益と損害との関係のみをいうものではない。利益が第三者に対する請求権である場合の説明のように、結論の不当性のみを根拠に、損益相殺の要件であるはずの法的同質性が否定されるのであれば、要するに、結論が不当であるから損益相殺は認められないというに等しく、要件の意味がない。また、養育費の節約に関する説明のように、「子の養育は愛情・人倫」等によるものであるから、それを免れたことを利益と見るべきではないという説明は、直感的・感情的には納得できなくもないが、それをどのように法的に構成するのかは不明である。最初に述べたように、四宮のいう法的同質性の内容は、「損益相殺を認めるのが衡平である」ことである。四宮の具体例に関する説明を見る限り、結局、四宮のいう法的同質性は、損益相殺の判断の指針としては基準性に乏しいといわざるをえない。様々な法的評価の受け皿ないし源となる抽象的概念にとどまるといえよう。

第7 重複填補

⁵⁷ 澤井は、損益相殺と賠償者代位との区別を、利益の直接性（被害者の処分行為を必要としないこと）の有無に求めており、四宮のいう「法的同質性」は、澤井説の直接性をも包含する概念であるということが出来る。

⁵⁸ 四宮・前掲注（51）『不法行為』605頁。

このような民法の議論とは別に、保険法の研究者から、保険給付と損害賠償との重疊的給付の調整という視点が提示された。これは損害賠償と保険給付を同一の損害に向けられた重複の填補と捉え、両者の関係を検討するものである。

この視点は、交通法学会のシンポジウムにおいて「重複填補」として議論され⁵⁹、以後、重複填補という言葉がよく用いられるようになった。

従来の民法の学説では、被害者が受けた利益を損害賠償にどう反映させるかという点に焦点を当てた検討がなされてきたが、「重複填補」の視点からは、賠償権利者、賠償義務者及び保険者の三者の関係を検討することになる。

重複填補の考え方は、民法学説においても採用され、判例に対しても、単なる損益相殺ではなく、より広い観点からの検討が必要であるとの指摘がある⁶⁰。

もっとも、重複填補と損益相殺の関係について、統一された認識が形成されているとはいえない。

今日の基本書では、損益相殺と重複填補とを明確に区別しないのが一般的である。一方、重複填補は給付の調整の問題であり、損益相殺とは別の問題であるとの見解がある。古くは、前述の通り、杉之原が前掲大判昭和3年3月10日の判批で述べている（ただし、杉之原は共済組合に関する特殊な問題として議論している。）。今日でも、潮見がこの見解を採用している。具体的には、潮見は、損益相殺を、被害者が不法行為と同一の原因によって利益を受けた場合に限定し、厳密には同一の原因とは言えない場合でも被害者が一定の利益を取得したことから賠償額を減額する場合を損益相殺的調整（重複填補）として区別している（なお、潮見が例として挙げているもののうち損益相殺の対象となとしているものは生活費控除のみである。）⁶¹。

⁵⁹ 『損害の重複填補・逸失利益の算定』（交通法研究第10・11合併号）1頁以下（1982年）。

⁶⁰ 潮見佳男「人身損害賠償請求権の相続的構成と損益相殺・併行給付問題」阪大法学44巻2・3号460頁（1994年）。

⁶¹ 潮見佳男『不法行為法』（信山社、1999年）326頁。

第８ 現在の判例

上記の通り、前掲最（大）判平成５年３月２４日は、損害と利益との間に同質性があれば、公平の見地から損益相殺的な調整をすることとして、澤井説に近い基準を判示し、この基準は、遺族年金の問題に限らず、広く採用されている（例えば、遺族年金給付に関する最判平成１６年１２月２０日判時１８８６号４６頁、ヤミ金に関する最判平成２０年６月１０日民集６２巻６号１４８８頁の原審、欠陥住宅に関する最判平成２０年６月２４日判時２０１４号６８頁の原審、労災保険法に基づく各種社会給付及び障害年金に関する最判平成２２年９月１３日民集６４巻６号１６２６頁、労災保険法に基づく休業給付及び障害一時金に関する最判平成２２年１０月１５日裁時１５１７号４頁及び労災保険法に基づく遺族補償年金に関する最（大）判平成２７年３月４日裁時１６２３号１頁）。

しかし、すべての判例が、損益相殺について、平成５年判決の基準を採用しているわけではない。最判平成６年１２月２０日民集４８巻８号１６７６頁は、市長が違法に固定資産税を徴収しなかったことによる損害が問題となった事件であるが、損害と利益との間には、「対価関係があり、また、相当因果関係がある」として、損益相殺を認めた。また、最判平成８年５月３１日民集５０巻６号１３２３頁は、交通事故後に被害者が事故とは無関係に死亡した事案において、「交通事故と死亡との間の相当因果関係が認められない場合には、被害者が死亡により生活費の支出を必要としなくなったことは、損害の原因と同一原因により生じたものということができず、両者は損益相殺の法理又はその類推適用により控除すべき損失と利得との関係にない」として、損益相殺を否定している。最近の判例にも、前掲最判平成２０年６月１０日や前掲最判平成２０年６月２４日など、平成５年判決とは異なる基準で損益相殺を判断しているものもある。

一方で、前掲最判平成２２年１０月１５日の千葉裁判官補足意見は、平成５年判決を前提に前掲最判平成１６年１２月２０日の見直しの可能性に言及しており、少なくとも一定の問題については、平成５年判決の基準は揺らいでいないようである⁶²。

⁶² その後、前掲最（大）判平成２７年３月４日は、労働者災害補償保険法に基づく遺族補償年金について、前掲最判平成１６年１２月２０日を変更したが、この平成

なお、平成5年判決以降、判例は「損益相殺的な調整」との表現を用いるようになった。前掲最判平成20年6月10日や前掲最判平成20年6月24日はともに「損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも許されない」との表現で損益相殺を否定している。判例の文言からすると、判例は、損益相殺と損益相殺的な調整とを区別しているようにも見える。また、損益相殺は不法行為等を原因とする場合であるのに対して、損益相殺的な調整は厳密には原因を異にするが、重複填補として調整されるものをいうとして、両者の区別を主張する見解もある⁶³。

しかし、平成5年判決において問題となった状況を考えれば、損益相殺的な調整は、損害賠償法の利得禁止原則によって利得が禁止される場合に、代位の適用の有無を問題とすることなく損害賠償請求権を減額するための概念であるといえよう⁶⁴。それゆえ、損益相殺と損益相殺的な調整とを明確に区別することはできない。

第9 現在の学説

現在の学説には、当初の意味の相当因果関係説を採るものはない。填補性・同質性基準を採るものが多い⁶⁵が、潮見は填補性・同質性基準を基本としながらも、利益の発生原因も加味した考慮をしている⁶⁶。少数ではあるが、修正相当因果関係説を採る見解もある⁶⁷。

石坂以来ほぼすべての学説において、根拠や要件はともかく、損益相殺自体は承認されてきた。しかし、平井宜雄は、保護範囲説の立場から「控除されるべき利益は一義的な公式によって定められないほど複雑多

27年最判も、平成5年判決を前提としている。

⁶³ 潮見・前掲注(61)『不法行為法』326頁。

⁶⁴ 拙稿「判批」北大法学論集64巻1号38頁。

⁶⁵ 近江幸治『事務管理・不当利得・不法行為』(成文堂、第2版、2007年)203頁、吉村良一『不法行為法』(有斐閣、第4版、2010年)171頁。内田・前掲注(8)『民法Ⅱ』448頁は、判例として、填補性・同質性基準を挙げる。

⁶⁶ 潮見・前掲注(61)『不法行為法』326頁。

⁶⁷ 加藤(一)・前掲注(48)『不法行為』245頁。

様であり、現在の実務では金銭的評価のうちに埋没してしまった」⁶⁸として、損益相殺概念を否定し、金銭評価の問題に解消した。

損益相殺を否定しないまでも、従来の学説の対立に対しては、填補性・同質性基準は同質性の判断において、相当因果関係説においては「相当性」の判断において、ともに損害賠償の目的・機能や当事者間の公平を考慮しており、結局、両者の間に著しい隔たりはないとの指摘がされている⁶⁹。

また、近江幸治や内田貴は、損益相殺には、政策的な判断を欠かすことができないと指摘して、その判断は容易ではないとしている⁷⁰。

第10 小括

これまで見てきた、日本における損益相殺についての議論の推移を大まかにまとめると、次のようになる。

まず、学説継受期に、石坂がドイツから損益相殺概念を紹介した。ここで損益相殺の要件とされたのは、損害について求められるものと同じ、相当因果関係であった。しかし、相当因果関係説に対しては、損益相殺される利益を適正に決めることができないとの批判もあり、学説は、相当因果関係説の修正を行った。この流れの到達点というべき我妻は、名目上は、相当因果関係といいつつも、実際には、予見可能性等の要素を全て排除し、端的に「公平」で決めるべきであるとした。宗宮においては、利益の原因を損益相殺の要件とし、相当因果関係説を批判した。

損益相殺概念が日本に紹介されたのが遅れたためか、明治期の判例の中で損益相殺という考え方を採用したと見られるものは知られていない。大正期の判例には、死亡による損害賠償の場合の生活費の控除において、損益相殺の観点を採用したと見る余地があるものがある。ただし、判例はここでも損益相殺という用語は用いておらず、判例が、損益相殺

⁶⁸ 平井宜雄「不法行為における損害賠償の範囲」坂井芳雄編『現代損害賠償法講座7』（日本評論社、1974年）25頁。

⁶⁹ 潮見・前掲注（2）「差額説と損益相殺」122頁。

⁷⁰ 近江・前掲注（65）『事務管理・不当利得・不法行為』203頁、内田・前掲注（8）『民法Ⅱ』449頁。

という考え方を採用したのかは疑問が残る。判例が初めて損益相殺（正確には「損得相殺」）という用語を用いたと見られるのは、昭和に入ってからである。判例は、死亡による損害賠償において、被害者の遺族が共済組合から受ける年金について、損益相殺を認めた。しかし、この判例に対して、学説は否定的な態度を取った。

戦後に入り、澤井が差額説の立場から、新たな損益相殺理論を提唱した。澤井説は、損益相殺の要件の中核に、損害と利益との填補性（法的同質性）を置いた。従来の見解は、損害賠償の原因となる事実と利益の関係のみに着目していたから、この点で、澤井説は画期的であった。もっとも、填補性の判断は、損害賠償法の目的と当事者間の衡平を基礎にすべきとされているが、その内容は明確ではない。

しかし、澤井の提唱した、損害と利益との関係を考慮するという観点は、徐々に判例に取り入れられ、さらに学説にも広まっていく。

戦後しばらくの間の判例には、澤井説の影響は見られない。前掲最判昭和39年6月24日は、年少者の死亡における養育費の節約について、利益が被害者に生じたものではないとの理由で、損益相殺を否定した。また、前掲最判昭和39年9月25日は、生命保険金について、保険金の性質及び保険金は不法行為の原因と関係なく支払われるべきものであるとの理由から、損益相殺を否定した。しかし、前掲最判昭和41年4月7日は、不法行為の被害者の遺族が取得した遺族扶助料について、被害者の損害とその遺族の受けた利益との関係を問題にして、「損害賠償額の範囲を定めるにあたり依拠すべき衡平の理念」から、利益の控除を認めた。さらに、前掲最判昭和50年10月24日は、問題となっている利益と逸失利益とが「実質的に同一同質」であるとして、控除を認めた。そして、前掲最判昭和53年10月20日は、養育費の節約について、理由付けを見直し、「損失と利得との同質性」の欠如を理由に、「損益相殺の法理又はその類推適用」による控除を否定した。ここでは、澤井説の強い影響を見ることが出来る。加えて、判例は、前掲最（大）判平成5年3月24日において、「損害と利益との間に同質性」がある場合に、「公平の見地」から、損益相殺的な調整を図る必要があるとした。この判例は、法的同質性説を採用したものということができるが、後の判例の展開を見ても、かなり広い射程を持つことが分かる。

判例が、損害と利益との関係を問題にするという考え方を採用した後、学説にも同様の考え方が広まっていった。学説は、最初は、形式的に、相当因果関係説を維持した上で、損害と利益との関係を検討していたが、四宮は、澤井説を「基本的には……支持したい」として、填補性・同質性基準を採用した。もっとも、填補性や同質性の内容は、いまだに明確になっていない。学説上は、重複填補という概念も提唱された。重複填補は、賠償権利者及び賠償義務者だけではなく、利益の提供者との関係をも考慮すべきという点で画期的であったが、現時点では充分成功しているとは言い難い。

現在の判例の状況としては、前掲最（大）判平成５年３月２４日の「損益相殺的な調整」に関する基準は、多くの判例において採用されている。この損益相殺的な調整は、損害賠償法の利得禁止原則によって利得が禁止される場合に、代位の適用の有無を問題とすることなく損害賠償請求権を減額するための概念であると考えられる。それゆえ、代位と無関係の場合においては、判例は、前掲最（大）判平成５年３月２４日と異なる基準を採用している。例えば、前掲最判平成６年１２月２０日や前掲最判平成８年５月３１日は、相当因果関係を問題にしている。また、最近の判例としても、前掲最判平成２０年６月１０日や前掲最判平成２０年６月２４日のように、同質性とも相当因果関係とも異なる理由で損益相殺を否定する判例がある。それゆえ、判例における損益相殺に関する一般的な準則を読み取ることはできない。また、「損益相殺的な調整」にしても、その基準は、「損害と利益との間」の「同質性」と「公平の見地」という曖昧なものであり、明確な基準があるとはいえない。

現在の学説においては、填補性・同質性基準が多く見られるが、既に述べたように、填補性・同質性の内容は明確にはなっていない。それゆえ、結局、相当因果関係説（ただし、これは本稿の区別に従えば、修正相当因果関係説である。）と填補性・同質性基準の間に、明確な差異を見出すことができないのである。

第３節 次章以降との関係

以上で検討したように、日本の判例および学説は、ともに、損益相殺

に関する明確な基準を打ち出すことができずにいる。特に問題であるのは、填補性や同質性の意義が明らかではないにもかかわらず、填補性・同質性基準が広く使用されていることである。それゆえ、一見理由付けがなされているように見えても、結局、明確な理由が無い場合も多い。

そもそも、現在では、損益相殺概念を否定する平井説も存在することから、損益相殺自体について、より根本的な検討が必要であるように思われる。思えば、損益相殺という考え方も、また、相当因果関係や法的同質性という基準も、ドイツ法を参考にした議論であった。それゆえ、損益相殺は、当初はどのような理論であり、また、どのような発展を遂げたのかを明らかにすることが、今後の議論の上でも、また、従来の議論を検討する上でも有益であるように思われる。

もちろん、本稿は、法史学の研究を行うものではなく、現在の法解釈を行うものである。それゆえ、外国法の現在の法状況を検討することも、また、今後の議論のために有益であるものと考えてる。

そこで、次章においては、日本に紹介されるまでの損益相殺の議論を検討する。さらに、第3章においては、比較法的検討として、次章で扱う時代より後のドイツの議論及びアメリカ法・オランダ法の議論を検討することとする。

これらの検討を踏まえた上での、日本法の従来の議論についての評価は、第4章及び第5章において行う。

※ 本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究」（2015年3月25日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたりJSPS25・2206の助成を受けた。