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（２）
Author(s)	濱口, 弘太郎
Citation	北大法学論集, 66(5), 412[75]-358[129]
Issue Date	2016-01-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60604
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no5_04.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（２）

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66巻４号）
第２章　歴史的に見た損益相殺
　第１節　はじめに
　第２節　十二表法とアクィーリウス法
　第３節　古典期の法文
　　第１　日本における先行研究―坂論文と澤井論文―

第２　ドイツにおける研究その１―狭義の損益相殺―
第３　ドイツにおける研究その２―損害賠償法以外の損益相殺―
第４　小活
第４節　古典期後と卑俗法
第５節　中世の法解釈
第６節　近代の法解釈と立法
第７節　19世紀
第１　はじめに
第２　立法
第３　学説
第４　判例
第８節　小活
第９節　Walsmann と Oertmann －損失説と後の議論への影響
（以上本号）
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

第２章　歴史的に見た損益相殺

第１節　はじめに

第１章で見たように、石坂は、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ことから、損益相殺概念は、おそくとも20世紀初頭のドイツ法において承認されていたといえよう。では、損益相殺の考え方はさらに遡ることができるか。損益相殺に関する歴史的な議論を参照しておくことは、いつ、どうして、損益相殺という原則が確立されたのかを明らかにするために、ひいては、損益相殺の基本的な考え方を明らかにするためにも、必要不可欠な作業である。

損益相殺の歴史について、かつて、日本の学説継受期には、ローマ法に由来するものと説かれた。そもそも、損益相殺という言葉は、ドイツ語の Vorteilsausgleichung（直訳すると、「利益の調整」または「利益の

差し引き」）ではなく、ラテン語の compensatio lucri cum damno に由来する。しかし、澤井は、損益相殺がローマ法に由来することに疑問を呈した。現在の日本の文献において、ローマ法における損益相殺について明確に述べるものは見当たらない。もっとも、日本の学説継受前のドイツ法において損益相殺の議論がなされていたことは確実である。どのような経緯で、ドイツ法において損益相殺が議論されるようになったかを確認しておくことは、損益相殺のあり方を検討する上で、有意義であると思われる。

そこで、ローマ法を中心に、古代ローマから、近代のドイツに至るまでの、損益相殺に関する歴史的な経緯を検討することとする。

ここで特にドイツを取り上げるのは、以下の理由によるものである。１つ目は、既に述べたように、日本法はドイツ法から損益相殺概念を継受したため、ドイツにおける損益相殺の歴史的な経緯を検討することは、日本における損益相殺について、歴史的な経緯を知ることにもなるからである。２つ目は、歴史的な議論をするためには、その始点をローマ法におかなければならないが、ドイツにおいては、ローマ法が普通法という形で、比較的最近まで適用され、今日においても、ローマ法研究が盛んであるためである。３つ目は、ドイツの隣国であり、ローマ法を継受したはずのフランスでは損益相殺に相当する統一概念は存在しないことである。これは、ローマ法において承認されていた損益相殺概念をフランス法が忘却したためであるとも考えられるが、損益相殺はドイツ法が創造した概念であるという可能性も考慮しなければならない。もし、後者であれば、損益相殺はドイツのいかなる状況下で創造されたものかを確認する必要があろう。

さて、ローマ法と一口に言っても、その歴史は長い。ローマ自体も、伝説のロムルス王に始まり、共和制や帝政への移行を経て、最終的に、1453年に東ローマ帝国が滅亡するまで、2000年以上の歴史を持っている。ローマ法は、ローマ帝国滅亡後も、使用され続けたのであって、国家としてのローマよりも長い歴史を持っているといえる。この長い歴史を持つローマ法を一体として捉えるのは不可能であり、適宜の歴史区分に応じて検討する必要がある。これから検討する事項を、ローマ法の歴史とともに説明すると以下のようになる。

よく知られているように、ローマは都市国家から発達し、世界帝国となった。本稿では、まず、古代の立法として、十二表法及びその改革としてのアクィーリウス法を取り上げる。その後、先行研究において取り上げられてきた、「古典期」の法文について検討する。「古典期」は、概ね元首政期に対応する[1]が、ローマの最盛期であるこの時代に、ローマ法も最も組織的な発展を遂げたのである[2]。もっとも、この当時のローマ法を直接伝える資料は、ほとんど存在せず、その最も重要な資料はユスティニアヌス法典である。この有名な法典は、古典期から数百年も後に編纂されたものであり、また、古典主義の下とはいえ、現行の法典として機能させるため、インテルポラティーオ（interpolatio）とよばれる修正を行っている[3]。それゆえ、法文について検討する際にも、修正の可能性を考慮しなければならないのであるが、詳しくは問題の箇所で取り扱う。

古典期後のローマにおいては、社会の衰退や専主政による皇帝や官僚の権限の強化により、古典的な法の創造は衰退した。代わって、法の卑俗化（Vulgarisierung）といわれる現象が進行した。卑俗化した法を卑俗法（Vulgarrecht）[4]という。卑俗化は、特に西ローマで顕著であり、西ローマ帝国滅亡後、ゲルマンの諸国家に継承されたのは、実際には卑俗法であった。Levy の言葉を借りれば、「古典法のワインは、実際には、大量の通俗的な水と混じり合っていた」[5]のである。一方、東ローマ帝国においては、古典主義（Klassizismus）によって、卑俗化は食い止められたが、もはや古典的な法の発展は見られなかった。

西ローマにおいては、ローマ法は、西ローマ帝国の滅亡後もなお存続し、ゲルマンの部族法と融合し、法典化された。これによって、「蛮族」

---

[1] 論者によって時代区分に若干差があるが、例えば、紀元前50年ころから紀元後230年ころまでがこれに当たるとされる。ウルリッヒ・マンテ著、田中実＝瀧澤栄治訳『ローマ法の歴史』（ミネルヴァ書房、2008年）92頁。

[2] 船田享二『ローマ法第一巻』（岩波書店、改版、1968年）８頁。

[3] 船田・前掲注（２）『ローマ法第一巻』462頁。

[4] 卑俗化したローマ法であるので、正確には「ローマ卑俗法」と呼ぶべきかもしれないが、本稿では単に「卑俗法」という。

[5] Ernst Levy, West roman vulgar law: the law of property, 1951, p.8.

の法律家がローマ法の担い手となった。この当時の法典のうち、主要なものは、東ゴート王の告示 the Edicts of the Ostrogothic kings[6]や、「ブルグンドのローマ人法」Lex Romana Burgundionum[7]や、西ゴートのローマ人法である、いわゆるアラリック抄典 Breviarium Alaricianum[8]である。もっとも、これらの法典は、「ローマの器に一乱暴に混ぜられた一伝統的なゲルマン法と、偽りのローマ法が保存された」[9]ものに過ぎなかった。

西ヨーロッパにおいては、形式的にはローマ法が存続し、中世には、各地の法学校においてローマ法の研究が続けられた。その大部分が、古代ローマ帝国の領域ではなかったドイツにおいても、ローマ法は、14世紀にドイツ皇帝の法という形で継受されるに至った。もっとも、ここで継受された法は、ユスティニアヌス法典を基に、注釈学派が注釈を行った「ローマ法」であった[10]。このようなローマ法が通用する状態は、15世紀には一般的なものとなった。かくして、ローマ法は、ドイツにおいて、普通法（gemeines Recht）となったのである。このような状態は，最終的に、1900年にドイツ民法典（以下では、ドイツ民法典を「BGB」とよぶ。）が施行されるまで継続した。

本稿では、このような、十二表法から、卑俗法やユスティニアヌス法典を経て、19世紀のドイツ法までの議論について、検討する[11]。BGB 施行後のドイツ法については、もはやローマ法の法源性が認められないことから、本章ではなく、次章において比較法の対象として検討することとする。

なお、日本法との関係でいうと、石坂が損益相殺を紹介した際に、参

---

[6] 東ゴート王テオドリック（454－526）の立法。

[7] ５世紀末のブルグンド王グンバードが発布したもの。

[8] 西ゴート王アラリック２世が506年に発布したもの。

[9] Hans Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 2004, S.102.

[10] 船田・前掲注（２）『ローマ法第一巻』542頁。

[11] 検討の便宜上、古代ローマ（十二表法とアクィーリウス法、古典期、古典期後）と中世（概ね、西ローマ帝国滅亡（476年）から東ローマ帝国滅亡（1453年）まで）、近代（概ね、東ローマ帝国滅亡から18世紀まで）、19世紀に区分した。

照したのは、Walsmann[12]と Oertmann[13]の論文である。これらが、1900年と1901年に出版されていることから、日本に紹介された損益相殺の議論は、BGB 施行後の議論の影響をほとんど受けていないものと考えられる。そのため、19世紀までのドイツ法の議論を検討することは、日本の損益相殺の議論の出発点を確認するためにも重要であるということができる。

第２節　十二表法とアクィーリウス法

まず、ローマ法は、一般的な損害概念を知らず、ローマ法においては、全ての違法な損害惹起行為が賠償義務につながるわけでもなく、また、常に原状回復思想を指向したわけでもなかったということが知られている[14]。

この傾向は、十二表法にも現れている。十二表法には、不法行為の場合の原状回復を命じると見られる規定もあるが、その内容は必ずしも明らかではない[15]。動物の所有者は、その動物が他人に危害を加えた場合は、その動物を被害者に引き渡すか、損害を賠償しなければならなかったようである[16]。一方で、十二表法は、しばしば、損害の倍額の支払いを命じている。例えば、窃盗（非現行盗）は、その損害の倍額の支払を命じられ[17]、その家から盗品が発見された者は、盗品所持盗として盗品の３倍額の支払を命じられた[18]。そもそも、当時の法律においては、現

---

[12] Hans Walsmann, Compensatio lucri cum damno, 1900.

[13] Paul Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901.

[14] Gregor Thüsing, Wertende Schadensberechnung, 2001, S.116.

[15] 佐藤篤士『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び解説』（早稲田大学比較法研究所、1993年）156頁。

[16] 佐藤・前掲注（15）『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び解説』158頁。

[17] 佐藤・前掲注（15）『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び解説』176頁。

[18] 佐藤・前掲注（15）『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び

行法とは異なる思想の下で、制裁が規定されており、例えば、放火をした者は、故意の場合は火刑に処され、過失の場合は損害賠償が命じられ、貧困の場合は、軽い懲罰を受けるものとされている[19]。このような法体制の下では、刑罰と損害賠償とを峻別し、損害賠償から懲罰的要素を排除して、損害賠償は、原状回復のみを目的とし、損害賠償による被害者の利得は禁止されるという考え方を採ることは困難であろう。

十二表法には、知られている限り、損害賠償における利得の取扱に関する規定は存在しない。十二表法は、その一部が歴史の中で失われてしまい、その内容の全部が明らかになっているわけではないが、このような十二表法の傾向を見る限り、十二表法において、今日の損益相殺に対応する概念が存在したということは困難であるように思われる。この傾向は、次に検討する、アクィーリウス法（lex Aquilia）においても同様である。

紀元前３世紀に制定された、アクィーリウス法は、損害賠償について十二表法を修正し、その内容を具体化している。その内容は、次の通りである。

１「もしある者が他人の奴隷男もしくは奴隷女又は他人の家畜たる四足動物を違法に殺害したならば、〔殺害の〕当該年においてその物が有していた最高価格につき、相当する金銭を所有者に与える責めあるものとされよ。もし否認したならば、二倍額を与える責あるものとされよ。」

２「もし参加要約人が要約者に詐欺をはたらいて〔諾約者の〕債務額を受領されたものとしたならば、その物が有する価格につき、相当する金銭を要約者に与える責めあるものとされよ。もし否認したならば、二倍額を与える責あるものとされよ。」

３「もしある者が他人の財産を違法に焼却、破損又は破壊したことにより他人に損害を与えたならば、最近三〇日の内にその物が有すべき価格につき、相当する金銭を所有者に与える責あるものとさ

解説』172頁。

[19] 佐藤・前掲注（15）『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び解説』164頁。

れよ。もし否認したならば､二倍額を与える責あるものとされよ。」[20]

このように、アクィーリウス法は、一定の場合の損害額の算定方法を規定するとともに、賠償義務者が訴訟において否認した場合に、二倍額の賠償を命じている。アクィーリウス法においては、十二表法に見られる損害賠償額の法定（例えば、十二表法においては、他人の奴隷を骨折させた者は150アスの罰金の支払いを命じられた[21]。）は放棄されている。損害賠償額の法定は、原始的な法律に見られる傾向があるが、経済情勢の変動に対応することができない。アクィーリウス法は、そのものの価値を基準に損害賠償を規定した点では十二表法より進歩している。しかし、このアクィーリウス法においても、損害賠償における利益の取扱については、規定されていない。

そもそも、アクィーリウス法は厳密な損害算定を規定したものとは言えない。第１の規定は、過去１年間における最高価格を基準として賠償がなされることを定める。しかし、奴隷や家畜が侵害の数ヶ月前に疾病等によって障害を負い、その価値が低下することもあり得る。この場合は、障害を負った奴隷や家畜を殺害した者は、健康な奴隷や家畜の価値を賠償する責任を負うことになる。これは、今日の観点で言えば、過剰補償である。一方で、この規定は、逸失利益を賠償の対象から排除するものと考えられている[22]。この点では､過小補償となり得る。そもそも、奴隷や家畜の価値に大きな変動が無い場合でも、所有者は殺害された家畜の皮を販売して利益を得ることもできるはずであり、それにもかかわらず､「その物が有していた最高価格」について賠償を命じるのは、やはり、過剰であろう。おそらく、アクィーリウス法は、訴訟における審判人の能力の問題もあって、ある程度大雑把な損害の算定方法を指示したのではなかろうか（アクィーリウス法が、平民層の慣行として、以前

[20] 以上のアクィーリウス法の法文は、西村隆誉志『ローマ損害賠償法理論史－法律論の歴史過程－』(愛媛大学法文学部総合政策学科､1999年）３頁によった。

[21] 佐藤・前掲注（15)『改訂 LEX Ⅻ TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び解説』152頁。

[22] 西村・前掲注（20)『ローマ損害賠償法理論史－法律論の歴史過程－』20頁。

から存在し、平民会議決として確定したという可能性[23]はこの推測と矛盾するものではない。)。もしそうであれば、アクィーリウス法の損害算定においては、被害者に生じた利益は考慮の対象とならないことになる。

十二表法においても、アクィーリウス法においても、ドイツの差額説（Differenzhypothese）に見られるような財産の総額を捉えて、その変動を基準に賠償を行うという発想は見られない。ここで見られるのは、個別の損害についての賠償の基準のみである。そして、このような発想に立つ限りは、損益相殺という概念が生じないとしても当然であろう。

古代の代表的な法文として、十二表法とアクィーリウス法を取り上げたが、このいずれにも損益相殺をうかがわせるような規定は存在せず、むしろ、利益の考慮について否定的である。

第３節　古典期の法文

第１　日本における先行研究―坂論文と澤井論文―

ここでは、古典期のローマ法について、学説彙纂（digesta）の法文を取り上げる。これは、坂論文の中核であり[24]、澤井論文においても検討されたところである[25]。もっとも、前者は、「余ハ羅馬法ニ於テハ損益相殺ヲ認メ且此等各種ノ法源ハ互ニ矛盾スルモノニ非スト解ス」[26]と結論づけているのに対して、後者は、「近代的意味での損益相殺……については、この存在を証明する何らの証拠も見いだされていない」としている。このように、２つの先行研究が正反対の結論を示しているので、まずは、先行研究の内容を検討するところからはじめる。

まず、坂論文について検討する。坂論文は、損益相殺に関する法源として、事務管理に関する法源（D.3.5.10[27]）、相続財産の法源（D.5.3.36.5）、

---

[23] 西村・前掲注（20）『ローマ損害賠償法理論史－法律論の歴史過程－』22頁。

[24] 坂千秋「損益相殺ニ就テ（三完）」法学協会雑誌37巻７号1107頁（1919年）。

[25] 澤井裕「損益相殺（一）」関西大学法学論集８巻３号303頁（1958年）。

[26] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1112頁。

[27] この法文については、「D.3.5.10」と「D.3.5.11」、２つの表記が存在するが、本稿では、「D.3.5.10」と表記することにする。内容については、本文を参照。なお、そのため、本稿で「D.3.5.10」と表記している箇所について、参考文献や

組合契約に関する法源、賃貸借に関する法源（D.19.2.24.4）、追奪に関する法源（D.21.2.47）を指摘する（組合契約に関しては、後述の４つの法源を指摘する。）。そして、これらの法源のうち、事務管理に関する法源、相続財産の法源と組合契約に関する法源の一部については、「恰モ損益相殺ノ行ハルルヲ是認スルモノノ如ク、之ニ反シテ爾余ノ諸法源ニ於テハ其等各種ノ場合ニ於テ発生スル利益ト損失トハ互イニ関係スルトコロナシトスルハ恰モ損益相殺ヲ否認スルノ意味ナリト解スヘキニ似タリ」という。その上で、坂は、まず、相続財産に関する法源、賃貸借に関する法源及び追奪に関する法源を検討し、これらは「損益相殺ノ認否ヲ決スルニ付キ積極ニモ消極ニモ充分ノ根拠ト爲スニ足ラス」とする。その上で、坂は、核心とされる、事務管理に関する法源と組合契約に関する法源の解釈を行う。

坂は、このうち、矛盾するかに見える組合契約に関する法源を検討する。組合契約に関する法源のうち一部（D.17.2.30）は損益相殺を肯定するように見えるが、他の法源（D.17.2.23.1、D.17.2.25及びD.17.2.26）は、これを否定するように見える。これを調和的に理解できるかが問題となるが、坂は、損益相殺を肯定するかに見える法源は、損害賠償の損益相殺ではなく、組合における損益計算を規定するものであるという。即ち、「組合ノ業務執行カ或ル場合ニハ組合ノ利益ト為リ或ル場合ニハ損失トナルコトアリ此等ノ利益ト損失トヲ差引勘定シテ結局組合ノ損益ヲ決済スヘシト謂フニ過キス、所謂損益相殺ノ問題ト何ラ関与スルトコロアルニ非ス」。このようにして、坂は、組合契約に関する法源は、損害賠償法における損益相殺と無関係のものを別にすれば、損益相殺を否定するものであると考えた。

その上で、坂は、事務管理に関する法源と組合に関する法源との調和的な解釈を検討した。坂はドイツにおける諸説を検討した上で、最終的にMommsenの見解[28]を採用している。これによれば、損益相殺が成立するためには、「利益ト損害トカ同一ノ損害賠償義務発生ノ原因タル事実ヨリ生シタルコト」が必要である。「組合契約ノ法源ニ於テ格別ノ原

引用元等では、「D.3.5.11」と表記している場合がある。

[28] Friedrich Mommsen, Zur Lehre vom dem Interesse, 1855, S.193ff.

因行為ヨリ生シタル利益ト損害トノ相殺ヲ許ササルハ寧ロ理論ノ当然」であるという。一方、事務管理の場合は、個別の「事務ヲ包括シテ一個ノ事實ト観念スル」ことが、最も経済上及び社会上の観念に適合するという。それゆえ、事務管理の場合は、損害と利益とは、「事務管理ナル同一ノ損害賠償義務ノ発生原因ヨリ生シタル」ものであるという。

このように、坂は、損益相殺と損益計算とを区別した上で、Mommsen の見解に従い、事務管理を「一個ノ事實」と観念することで、ローマ法において損益相殺が認められていたとの結論を導いている。

これに対して、澤井は、坂論文の８つの法文に加えて、さらに２つの法文を検討している。それは、売買訴権に関する法文（D.19.1.42）及び解放奴隷に関する法文（D.19.5.5）である。もっとも、この２つの法文は澤井論文の検討において、あまり重要な役割を演じていない。特に、解放奴隷に関する法文については、澤井は、「この法文は……Oertmann が損益相殺に関する法文だとしてかかげたものの１つだが、前後の関係が判らず、内容が良く把握できない。」「事実がはつきりしない。」「とにかく控除を拒否しているから損益相殺を認めた決定的根拠にはなりえないように思う。」[29]としている。

澤井が重視したのは、損益相殺と損益計算との区別である。澤井は、坂がその根拠とした事務管理に関する法文についての、Oertmann の説明を引用した上で、「Oertmann は……全体として一つのものと見ることにより、“利益と損失は一つの事実から生じた”という結論を導き出そうとしているが、これは全く無理である。」[30]と断じている。澤井は、組合契約に関して、損益相殺を肯定するかのよう見える法文（D.17.2.30）については、坂同様、損益相殺ではなく損益計算に関するものであるという。そして、澤井は、坂と異なり、事務管理に関する法文も、損益相殺ではなく、損益計算であるという。もっとも、組合契約では、「損益計算の残高には関係なく、組合員は個々の取引における有責の損失については責任を負わねばならない」が、事務管理においては、管理者は、個別の取引の損益を計算した後の残高についてのみ、責任を負う。これ

[29] 澤井・前掲注（25）「損益相殺（一）」305頁。
[30] 澤井・前掲注（25）「損益相殺（一）」308頁。

は、「事務管理ではその制度の性質上、管理者の保護に傾いている」からであるという。それゆえ、事務管理に関する法文は、「損益相殺の原理を宣言したものではなく、事務管理の特質から特に認められた衡平の制度だと考えるのが妥当である」とする。もっとも、このように「衡平の観点から損益計算が『責任』の領域に入り込んだということは将来、近代法的損益相殺を生み出すべき意識の萌芽がここにあるといえよう」として、損益相殺との関係で一定の意義があることは認めている。

澤井は、前述の、解放奴隷に関する法文（D.19.5.5）についても検討しているが、これも損益計算の問題であるとして、簡単に退けている。

このように、坂論文と澤井論文との結論の差異は、主として、事務管理に関する法文の解釈の違いによるものである。すなわち、坂は、事務管理行為を一つの行為と見る解釈を採った上で、事務管理の個別行為によって利益と損失とが生じた場合に、これを相殺することは損益相殺であるとする。一方、澤井は、この法文も損益計算に分類した上で、損益相殺の萌芽が見られるに過ぎないという。

いずれの解釈が正しいのかは、私の乏しいローマ法の知識では、俄に判断することができない。もっとも、坂も澤井もドイツにおけるローマ法の議論を参照して検討している。そこで、ドイツにおけるローマ法の議論を紹介しておくこともそれなりに有意義であると考える。ここでは、Gregor Thüsing「Wertende Schadensberechnung」（2001）S. 119ff. において検討されている法文を取り上げる。

第２　ドイツにおける研究その１―狭義の損益相殺―

Thüsing は、ローマ法の法文を、狭義の損益相殺[31]と損害賠償法以外の損益相殺[32]に分けて、検討している。前者から紹介する。

Thüsing が、狭義の損益相殺の法文として指摘するのは、後見人による財産管理の懈怠を理由とする損害賠償における損益相殺（D.38.17.2.44）、後見人による貸金返還請求の懈怠を原因とする損害賠償における損益相殺（D.26.7.39.14）及び作業のその他の方法の使用につい

[31] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.119ff.

[32] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.123ff.

ての損益相殺（D.19.2.19.9 u.10）の３つである。順に説明する。

まず、後見人による財産管理の懈怠を理由とする損害賠償における損益相殺に関する法文（D.38.17.2.44）について説明する。

D.38.17.2.44

"Tractari belle potest, si pupillo amplum legatum sub condicione sit relictum "si tutores non habuerit" et propterea ei mater non petierit, ne condicione deficeretur, an constitutio cesset. Et puto cessare si damnum minus sit cumulo legati. Quod et in magistratibus municipalibus tractatur apud Tertullianum: et putat dandam in eos actionem, quatenus plus esset in damno quam in legato. Nisi forte quis putet condicionem hanc quasi utilitati publicae obpugnantem remittendam ut alias plerasque: aut uerba cauillatus imputauerit matri, cur curatores non petierit. Finge autem plenius condictionem conscriptam: nonne erit matri ignoscendum? Aut hoc imputatur matri, cur non desiderauit a principe condicionem remitti? Et puto non esse imputandum."

これは、子供のために適正な後見人を請求しなかった母親の損害賠償義務に関するもののようである[33]。巨額の遺産が子供に、後見人がいな

[33]（仮訳）「以下の問いを適切に立てることができる：多額の遺贈が、未成年後見に服すべき者に『もし後見人を持たないならば』という条件のもとでなされ、そのため、母が当該条件に反することにならないよう、いかなる後見人も請求しなかった場合に、当該勅法は適用されないだろうか？　私の考えでは、遺贈の増加額より損害額が小さい場合は勅法は適用されない。このことは、テルトゥリアヌス元老院議決において、都市官吏との関連でも扱われている：当該議決は都市官吏の場合にも、損害額が遺贈額より大きい限りにおいて訴権が与えられると考えている。さもなければ、この半ば公共の利益を害する条件は他の多くのものと同様に免除されるべきであった、と考える者もいるかもしれない。あるいは『なぜ保佐人を請求しなかったのか』という嘲笑の言葉が母に投げつけられるであろう。しかし、当該条件が詳細に記載されているということを考えてみよ。母は容赦されるべきではないのか？　あるいは、皇帝に当該条件が免除されるよう嘆願しなかったことの責は母に帰せしめられる、ということになるのか？　私は、母は責を帰せしめられるべきでないと考える。」。vgl. Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.120.　この法文の訳については、Karl Eduard Otto/

い状態で残された。子供の母親は、後見人の選任を請求する義務があったにもかかわらず、これを怠った。この場合、母親は子供に対して損害賠償義務を負うが、同時に、母親は元老院決議（Senatus consultum）に基づく、相続権を喪失する。そうすると、母親が相続権を喪失したことにより、結果として、子供は多くの財産を相続することとなる。そのため、損害賠償と、相続権喪失による利益との間で損益相殺の問題が生じうることとなる。なお、同様のことは、現在の日本法においても、遺言書の偽造・変造・破棄・隠匿による損害賠償とこれによる相続欠格について生じうる（民法891条５号参照）。

もっとも、ローマ法は、一定の場合に、後見人の選任を請求しなかったことによって子供に発生する損害が遺贈の額を上回らない限り、母親が相続権を保持することを認めていたようである。ここから、Ulpiausは、この思想を損害賠償法上の損益相殺に関する事例に転用したようである[34]。Ulpiausは、この事案において、母親の損害賠償義務は、母親が受けるはずであった遺産の分だけ減少するものとしている。

この法文について、Oertmannは、当該結論をこの事案の特殊性によるものと考え、それゆえ、他の事例には適用することができないとしている[35]。一方、Eichhochは、この法文を、利益が帰属可能であり、それゆえ、少なくとも個別の事例においては損益相殺が承認されなければならないことを確認する「卓越した地位」であるという[36]。これに対して、Walsmannは、この法文について２つの解釈の可能性を指摘している。１つ目は、被相続人が、受遺者には後見人を付けるべきではないとし、対応する条件を付けた遺贈を通じて、この目的を達成しようとした場合である。この条件は、善良の風俗に違反し無効であり、それゆえ、この法文とは、異なった結論になるという。もう１つの解釈は、被相続人は

Bruno Schilling/Karl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das Corpus iuris civilis (Romani), Band 3, 1984, S.1011. 及び Theodor Mommsen/Alan Watson, THE DIGEST OF JUSTINIAN, vol.3, 1985, P.372. を参考にした。また、法文の訳、全般に関して、水野浩二北海道大学教授から多大なるご教示を得た。

[34] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.120.

[35] Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S.89.

[36] Ernst Eichhoff, Über compensatio lucri cum damno, 1898, S.15.

被後見人の世話をしようと思い、遺産をそのような条件下で遺贈したということである。この場合は、第三者が不法行為の被害者に同情の気持ちで贈与をした場合と同様であるという。この場合も、この法文とは異なり、控除がなされないという結論になる。それゆえ、法文の判断に異議を唱えるか、法文を独自の見解と見なければならないという。ありうるとすれば、結局、Ulpiaus は、その見解に従い、被相続人は、同時に、政務官の利益を考慮しているとの理由で、控除を行おうとし、遺産の支払を、賠償義務に対する第三者の履行行為とみなそうとしたということであるとする[37]。

これらの解釈に共通しているのは、この法文は特殊な状況に関するものであり、容易に一般化することができないということである。古典期のローマ法が損益相殺を承認していたかについては、法文の紹介が終わった後に検討するが、少なくともこの法文だけによって、損益相殺を承認していたとすることはできないと考える。

次に、後見人による貸金返還請求の懈怠を原因とする損害賠償における損益相殺に関する法文（D.26.7.39.14）について説明する。

D.26.7.39.14

"Neglegentiae tutorum periculo nominum, quae pater usuris maioribus fecit, adscripto pupilla quidem actionem calendarii praestare cogitur, exactas autem usuras tutelae tempore citra ullam compensationem retinet"

これは、高金利で金員を貸し付けた者が、貸金を回収する前に死亡し、この債権が娘に相続されたところ、娘の後見人が債権の回収を怠り、その結果、高利の金利を得たものの、債権自体は回収不能になったという事案のようである[38]。法文は、債権の回収を怠ったことにより増加した

[37] Walsmann, a.a.O. (Fn. 12), S.62.

[38] 仮訳「父が高利にて行った消費貸借の損失が後見人たちの過失に帰せしめられる場合は、女性被後見人は、貸付金帳簿に基づく訴権を（後見人たちに）譲渡しなければならない。しかし、後見期間中に徴収された利息はいかなる相殺もなく当該被後見人が保持する。」。vgl. Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.121. 訳に関しては、Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Hans Hermann Seiler/Okko Behrends, Corpus Iuris Civilis, Band 4, 2005, S.407. 及び Theodor Mommsen/

利息（利得）と、債権が回収不能になったことによる損害賠償との損益相殺を否定している。Oertmann は、このことを、既に貸金は、父（貸付を行った者）の死ぬ前に満期となっており、それゆえ、後見人の義務違反によって発生したのではない利息が問題となっているということによって説明しようとした[39]。これに対して、Thüsing は、Oertmann の説明にある、貸金は父が死ぬ前に満期になっていたという限定は、法文からは読み取ることができないと指摘する[40]。後見人が被後見人の利益を横領した場合は、後見人は被後見人に対して、後見人計算訴権（actio rationibus distrahensis）によって、横領したものに対応する責任を負う。さらに、自ら横領したのではない後見人も、少なくとも後古典期には、過失がある場合は、後見訴権によって連帯債務を負担したようである[41]。Thüsing は、このイメージは、義務違反によって発生する利益を損害賠償請求権から控除しないことと適合とすると指摘する。さらに、ローマ法に関する近代ドイツの学説は、後見に関する特別な規律を無視し、当該規律についての研究を行っていないという。Thüsing は、Oertmann の解釈を否定しており、このことは現在のドイツの、他の論文も同様であるという[42]。

そこで、Oertmann の解釈を排除して考えると、この法文は、債権の回収を怠ったという同一の行為によって生じた損害と利益との損益相殺を否定したものということができる。そうすると、この法文は、古典期のローマ法が損益相殺を否定していたことを示す資料であるということができる。

最後に、他で働いた場合における損益相殺に関する法文（D.19.2.19.9 u.10）について説明する。

D.19.2.19.9 u.10

Alan Watson, THE DIGEST OF JUSTINIAN, vol2, P.768. を参照した。

[39] Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S. 15.

[40] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.122.

[41] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.121. Max Kaser, Das Römisches Privatrecht, Bd.1, 1971, S.365f.

[42] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.121f.

"Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, Imperator Antoninus cum diuo Seuero rescripsit ad libellum exceptoris in haec uerba: Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solueres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.

Papinianus quoque libro quatro responsorum scripsit diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt"

これは、雇用契約が締結されたものの、契約期間が終了する前に使用者が死亡したという事案のようである[43]。法文は、使用者の死後、労働給付をそれ以上提供することができなかった場合でも、被用者が他から給与を受けていない場合は、報酬請求権は存続するものとしている。若干のドイツの学説は、これを損益相殺の例と考えている[44]。しかし、これはいわゆる危険負担の問題であり、損害賠償請求権に関するものではない。損益相殺を損害賠償に限定することなく、広く捉えるのであれば、これも損益相殺の例と言うことができるかもしれない。もっとも、この法文から、少なくとも損害賠償においてローマ法は損益相殺を認めていたということは困難であろう。一般的に、ドイツの損害賠償法の文献も、

[43] 仮訳「ある書記が自らの労務を提供していたが、その労務を使用していた者が死亡した。アントニヌス（カラカラ）帝は神皇セウェルスと共に以下の文言で書記の陳情書に返書した：『あなたが述べるところでは、契約に基づく労務をアントニウス・アクィラにあなたが履行しなかったことはあなたの責任ではなかったのであるから、その年に他の者からあなたが（雇用による）報酬を受領していなかった場合は、契約が守られることが衡平である』。
パピニアヌスも回答書第四巻に以下のように記している。『皇帝属州総督が死亡した場合、従者たちに残りの期間の給料が支払われるべきである。もし従者たちが当該期間において他の者の従者となっていなかった場合には』。」。vgl. Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.122f. 訳に関しては、Okko Behrends/ Rolf Knütel/ Berthold Kupisch/Hans Hermann Seiler, Corpus Iuris Civilis, Band 3, 1999, S.569. 及び Mommsen/Watoson, supra note 38, at 564. を参照した。

[44] 例えば、Julius Larenz, Compensatio lucri cum damno, 1896, S. 23.

この法文を損益相殺の例としては取り上げていない[45]。

第３　ドイツにおける研究その２―損害賠償法以外の損益相殺―

Thüsing が、損害賠償法以外の損益相殺としてあげているのは、組合における利益と損失との調整（D.17.2.23.1, D.17.2.25, D.17.2.26）及び事務管理における利益と損失との調整（D.3.5.10）である。なお、ここで挙げる法文の訳は、すべて坂論文からの引用である。

まず、組合に関する法文から見ていく。

D.17.2.23.1

"Idem (Pomponius) quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat, et ait compensandum. Quod non est uerum, nam et Marcellus libro sexto digestorum scribit, si seruus unius ex sociis societati a domino praepositus neglegenter uersatus sit, dominum societati qui praeposuerit praestaturum nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno: et ita diuum Marcum (dc. Marc Aurel) pronuntiasse, nec posse dici socio: , abstine commodo, quod per seruum accessit, si damnum petis'."

「同人（ポンポニウス）問ふて曰く加入を許されたる組合員の作成したる利益は其の者の過失に因りて生したる損害と相殺せらるへきにあらさる乎と、而して曰く然り相殺せらるへきものなりと。然れとも是れ謬れりマルケルスも亦其のディゲスタ第六巻に叙述せる如く組合員の奴隷か主人の命を受けて組合事務を司り、過失ありたる時は、主人は之に付きて組合に對して責任あり、而して其の奴隷に依り組合に歸屬せしめられたる利益は損害と相殺せらるゝこと無し是れマルクス皇帝も亦裁斷せるところにして吾人は組合員に對し汝か損害の賠償を得むと欲すれは奴隷の作成せる利益を放棄せよと云ふことを得さるなり」[46]

D.17.2.25

[45] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.123, Anmerk. 38.

[46] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1108頁。

"Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet quod neglegentia eius perisset, quod in plerisque aliis industria eius societas aucta fuisset: et hoc ex appellatione imperator pronuntiauit"

「組合員の過失に因り物の喪失せる時は他の場合に彼の努力に因りて組合から多くの利得を爲したりと謂ふ理由にて其の責任を輕減することを得す、皇帝は上訴に對し斯くの如く裁斷せり」[47]

D.17.2.26

"Et ideo si socius quaedam neglegenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negelegentia, ut Marcellus libro sexto digestorum scribsit"

「若し一組合員か或る場合に組合に對して過失あり他の多くの場合に之に利益を與へたる時は其の過失とは相殺せられるゝこと無かるへし（non compensatur compendium cum negligentia）是れマルケルスかディゲスタ第六巻に於て述へたるところなり」[48]

ここで挙げた３つの法文のうち、D.17.2.25と D.17.2.26は、組合員が組合にとって損害となる行為を行うとともに、組合にとって利益となる行為を行った場合に関するものである。いずれも、利益と損害との差し引きを行うことを否定している。D.17.2.23.1は、組合員の奴隷の行為に関する法文であり、特殊な点があるが、やはり、利益と損害とを差し引き計算することを否定している。

坂論文は損益相殺が成立するためには、利益と損害とが「同一ノ損害賠償義務発生ノ原因タル事実ヨリ生シタルコトヲ必要ト」することを前提に、これらの法文は、「各別ノ原因行為ヨリ生シタル利益ト損害」が問題となった事例であり、「相殺ヲ許ササルコトハ寧ロ理論ノ當然」としている[49]。澤井論文も、坂論文と同様に、「損失と利益とは夫々別個の行為乃至取引から惹起されたのであつて、近代法的意義における損益相

[47] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1109頁。
[48] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1109頁。
[49] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1118頁。

殺とは関係がない」と指摘している[50]。

両者が前提としているのは、損益相殺は同一の原因から損害と利益とが生じた場合に関する問題であり、これらの法文はいずれも損害（損失）と利益とが別個の原因から発生した事例であるという認識である。果たして、このように言うことに疑問の余地はないのであろうか。

これらの法文のうち、D.17.2.25と D.17.2.26は、組合員の過失行為による損害と、それとは別の適正な業務執行行為による利益とが問題になっている。それゆえ、この２つの法文については、坂や澤井のようにいうことができよう。これと同様の見解は、ドイツ民法第１草案理由書（以下では、これを「Motive」という。）にも現れている。

「普通法から引き続き、現在の立法において、組合員がその過失により組合に損害を発生させた場合は、当該損失と、その組合員が他の事例において、注意深く組合に与えた利益とを差引勘定することは許されないことが確認されている。その負担する義務に違反し、損害賠償を義務づけられた者は、同一の法律関係に基づく他の義務を完全かつ最善の結果で履行したことによって、その義務を回避することは許されないという、一般的な原則が問題となっている。これについては、賠償されるべき損害の算定が問題となる限り、義務違反に起因する利益が賠償額から控除されるべきことは、自ずから理解される。」[51]

これに対して、D.17.2.23.1は、D.17.2.25や D.17.2.26とは異なる点が指摘されている。まず目に付く点は、D.17.2.23.1は、組合員の奴隷の過失行為が問題となっている点である。D.17.2.23.1では、直接には組合員の行為が問題となっているわけではない。もっとも、奴隷の行為について、その主人が責任を負うべきであると考えれば、過失行為を行ったのが組合員自身であるか、その奴隷であるかは、大した問題ではない。重要であるのは、D17.2.23.1では、新しい組合員を受け入れたことが義務に違反する行為であり、それによって損害賠償義務が発生し、受け入れられた組合員による、有利な取引も不利な取引も、受入行為に還元されると

[50] 澤井・前掲注(25)「損益相殺（一）」305頁。さらに Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S.10.
[51] Motive Bd.Ⅱ, S.608.

の指摘である[52]。この指摘によれば、損害賠償義務の原因である受入行為によって、損害（不利な取引の結果）と利益（有利な取引の結果）が発生しているということができることになる。そうすると、坂論文、澤井論文及び上記の Motive の説明によって、この利益を損益相殺の対象から排除することはできないことになる。では、D17.2.23.1が、損益相殺を否定している根拠をどのように考えるべきであろうか。

これについて、Medicus は、組合訴権（actio pro socio）も、清算の訴え（Abrechnungsklage）であり、それゆえ、清算の際に生じる残高に焦点が当てられることになる。そのため、利益と損失との調整は、初めから容易に思い浮かぶことであるという[53]。そして、Medicus は、D17.2.23.1においては、被告の組合員が、独断で他の組合員の加入を許可したという違法行為が問題となっている。この独断がなければあったはずの状態を回復するために賠償を算定するのであれば、損害と利益とを調整することが当然、行われるであろう。しかし、古典法の下で支配的であり、マルクス・アウレリウス帝が認めたものは、これとは逆の結論であるという[54]。そこで、Medicus は、D17.2.23.1は、損害算定の方法が現在とは異なるものであると考えている。即ち、ここでの損害の填補は、違法な行為がなかったとすればあったはずの状態を回復するものではなく、個別の部分損害に向けられたものである。独断で組合員の加入を許可したという行為から離れて、個別の損害費目ごとの損害額の和が、組合員が賠償するべき損害額になっている。Medicus は、この方法では、独断で組合員加入の許可をした組合員が他の組合員に生じさせた利益の考慮は、対抗計算（Gegenrechnung）によってのみ行われうるとしている[55]。そのため、これが衡平に反するのではないかとの疑問が生じ、法文にあるように、Pomponius と他の学者との間で意見の対立が見られるところである。もっとも、Medicus は、D17.2.23.1が、より深刻な損

[52] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.126. 原文には「D.17.2.25.1」とあるが、「D.17.2.23.1」の誤りと考える。

[53] Dieter Medicus, Id quod interest, 1962, S. 203.

[54] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S. 204.

[55] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S. 204.

害算定方法についての意見の対立を反映していると考えることには根拠がないとしている[56]。

ドイツの学説の古い見解（例えば、Windscheid）は、D17.2.23.1における Ulpian の結論を、組合員の加入を許可した組合員は、片面的に、新規加入者の行為について、自らの行為と同様に責任を負わなければならないと説明する[57]。これによれば、当該組合員の責任は、無断で新規組合員の加入を認めたことによる責任というよりも、新規組合員が個別の取引により、組合に損害を生じさせたことによる責任として把握されることになる。このように考えれば、D17.2.23.1は、D.17.2.25や D.17.2.26と実質的に異なることはないことになろう。Motive がいうように、組合員が過失により生じさせた損害を、注意深い業務執行によって利益を生じさせたことを理由に減額することはできない。これについて、Thüsing は、Ulpian は、片面的に受け入れられた組合員についての説明において、奴隷についての場合とパラレルな推論のみに依拠しているため、比較の観点が制限されたことにより、帰責の根拠が不足し、それによって、ある行為と、さらなる損害及び利益を生じさせる行為との区別が失われてしまったのかもしれないと指摘する[58]。

一方、Honsell は、Ulpian の見解によっても、無断で受け入れられた者が行った取引による利益は、他の組合員の利益にならないという。Honsell は、そのような者は、組合員ではなく、表見組合員に過ぎず、その者の行為は組合のためになされるものではないとする[59]。この説明は明快であるが、表見組合員の行為の結果は、組合には帰属しないものと考えれば、表見組合員は自ら発生させた損害について責任を負うと同時に、利益を享受することになる。そうすると、D.17.2.25や D.17.2.26と異なり、D17.2.23.1においては、組合契約と異なる理由から、損益相殺

[56] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S. 204.

[57] Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.Ⅱ, 9. Aufl., 1906. S.58. Fn 4.

[58] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.126f.

[59] Heinrich Honsell, Quod interest im bonae-fidei-judicium, 1969, S. 164f.

を否定していることになる可能性がある[60]。

いずれにせよ、組合に関する法文には、これまで見てきたように、特にD17.2.23.1に関して様々な解釈の余地があるところである。しかし、結論としては、D17.2.23.1は損益相殺を否定した法文と見る余地がある他は、これらの法文はいずれも損害賠償法上の損益相殺とは無関係である。要するに、組合に関する法文は、ローマ法が損益相殺を否定した根拠となる可能性はあるものの、これを損益相殺が認められた根拠とすることはできない。

最後に、事務管理に関する法文を検討する。

D.3.5.10

"Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, ueluti si nouum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: ueluti uenales nouicios coemendo uel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te (sc. gerentem) sequetur, lucrum uero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet"

「若し爾か不在者にして且事實を知らさる者の事務を管理する時は爾は故意及ひ過失に付きて責あり然れともプロクルスは『事變に付きても責に任すへき場合あり例へは賣買せられへき小奴隷の購入又は其の他不在者か平素爲ささりし取引を彼の名に於て爲す時の如し』と謂へり、蓋し右の事實より損害を生すれは爾の責任と為り利益は不在者に歸屬するか故なり然れとも或る場合には利益を生し他の場合には損害を生したる時は不在者は利益と損害とを相殺せさる

[60] もちろん、この場合も複数の取引が行われているので、損害賠償法上の損益相殺に当たらないとすることも充分説得力がある。しかし、坂論文が、D.3.5.10について行ったように、表見組合員関係を全体として一つの行為と見ることができるのであれば、D17.2.23.1も損得計算ではなく、損益相殺に関する法文であると読むこともできるかもしれない。もっとも、その場合は、組合契約とは異なる理由で損益相殺が否定されたことになろう。

へからす」[61]

この法文も、組合に関する法文と同様、複数の取引を行った場合に、その一部で損害が生じ、一部では利益が生じたという事例に関するものである。前述の通り、この法文は、かつて日本において、ローマ法は損益相殺を承認していたことの根拠とされた法文である。

内容についてみると、複数の取引を行ったという点では、組合に関する法文と同じであるにもかかわらず、この法文においては、損益相殺を肯定している点が目に付く。そのため、しばしば、当該箇所は後に修正（interpolatio）された可能性が有力に主張されている[62]。しかし、Medicus は、これに反対している。D.17.2.23.1にあるように、Pomponius は、古典期の他の学説とは異なり、actio pro socio（組合員訴権）の場合にも損益相殺を肯定している。彼がこの解釈を actio negotirum gestorum（事務管理訴権）においても主張しても何ら不思議なことではない。他の古典期の学者が、Pomponius の見解に反対していたとしても、D.3.5.10自体は真正なものであろうという[63]。Honsell も、この結論に賛成している[64]。

私には、interpolatio の有無について判断する能力が無いので、この問題については棚上げせざるをえない。仮に、この法文が修正されたものであるならば、坂論文はその根拠を失うことになる。一方、澤井論文は、この法文が修正されたものであるかを問題にすることなく、この法文を前提にして、ローマ法は損益相殺を認めていたとはいえないとの結論に至っている。そこで、本稿では、interpolatio についてはひとまず棚上げして、この法文が真正なものであると仮定した場合にどのようなことがいえるのか見ていくこととする。

Medicus は、この法文を、損害を侵害後の財産状態と侵害が無かった場合の財産状態との差額として理解するのではなく、利益（lucri）と損

---

[61] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1107頁。

[62] Gerhard Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, 4 Heft, 1920, S. 201.

[63] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S.208f.

[64] Honsell, a.a.O. (Fn. 59), S.165.

害（damno）の形で把握され、その差額を損害とすることの例と評価した[65]。Honsell は、そのように差額を損害とした理由として、ただ一つの行為、つまり、不在者が通常行わない冒険的な取引が、利益と損害とをもたらしたということを挙げている。Honsell が、組合に関する法文とこの法文とで結論を異にするに至った理由として挙げているのは、組合の場合は、利益を目的とする通常の行為がなされたのに対し、この法文で問題となっている冒険的な取引においては、利益が生じるのはむしろ異常な場合であるということである。Honsell は、この場合は、利益と損害との調整が行われるのは自然であるとしており、Pomponius のみが利益と損害との調整を主張していた訳ではないであろうとしている[66]。

Honsell に類似した見解は、パンデクテン法学において多数主張されている。例えば、Cohnfeldt は、当該行為が任意でなされたものか、義務づけられたものかという点で、組合に関する法文と事務管理に関する法文とを区別している[67]。Eichhoff は、過失責任と無過失責任という点で、両者を区別する。過失責任の場合は損益相殺は認められないが、無過失責任の場合は、損益相殺に寛容であったというのである[68]。このように、組合に関する前述の法文と、事務管理に関する D.3.5.10とを区別し、D.3.5.10については、奴隷の購入といった一連の取引を単一の取引の実行として扱うことは、パンデクテン法学においては一般的なものであった[69]。坂論文は、この当時のドイツの学説（具体的には、Fritz、Dernburg、Cohnfeldt、Mommsen）を検討し、Mommsen の説に賛成している[70]。この説が区別の基準としたのは、同一の損害賠償義務発生原因事実から損害と利益とが生じたかどうかという点である。この説によると、「組合契約ノ法源ニ於テ格別ノ原因行為ヨリ生シタル利益ト損害

[65] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S.209.

[66] Honsell, a.a.O. (Fn. 59), S.165f.

[67] Richard Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht, 1865, S.171.

[68] Eichhoff, a.a.O. (Fn. 36), S.50ff.

[69] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.129f.

[70] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1116頁。

トノ相殺ヲ許ササルハ寧ロ理論ノ當然」であるという。一方、事務管理については、「此等各般ノ事務ヲ包括シテ一箇ノ事實ト觀念スルハ最モ經濟上及ヒ社會上ノ觀念ニ適合ス」る。それゆえ、事務管理を同一損害賠償義務発生原因事実とみるべきであるという[71]。この見解にも見られるように、損益相殺をするためには、個別の取引の関係がある程度密接でなければならないと考えられていた。もっとも、どの程度密接である必要があるのかについては、見解は一致していなかった。既に述べたように、Mommsen は、事務管理については、個別の取引の根底にある事務管理によって、この密接性は満たされているものとしている[72]。一方、Eichhoff は、取引に何らの「確実な統一性」が無い場合に、損益相殺を認めることは善良の風俗に反するとして、この密接性を厳格に判断した[73]。

これらパンデクテン法学の学説は、差額説を前提にしているためか[74]、D.3.5.10を損益相殺を承認した法文と見ることに積極的である。しかし、Thüsing も指摘するように[75]、この法文は、損害賠償法ではなく、委託に近い方向を示している。古典期のローマ法においては、委託がないにもかかわらず、本人の名前で取引が行われた場合は、その取引が利益を生じる場合は、本人は、取引を承認することで、取引を行った者に利益を引き渡すように請求することができる。逆に、取引によって、本人に損

---

71 坂・前掲注 (24)「損益相殺ニ就テ（三完）」1118頁。

72 Mommsen, a.a.O. (Fn. 28), S.193.

73 Eichhoff, a.a.O. (Fn. 36), S.45.

74 坂論文にもこの傾向が見られる。例えば、坂千秋「損益相殺ニ就テ（二）」法学協会雑誌37巻６号952頁（1919年）は、損益相殺の例として、競馬の騎手が馬を激しく鞭打ったため、競争に勝って馬の所有者は償金を得たものの、馬は死亡したという騎手事例を挙げている。しかし、既に検討したアクィーリウス法によれば、騎手はその馬の過去１年間の最高価格を賠償することになるのであって、損益相殺が問題となる余地はない。差額説のように全財産の変動を捉えて損害の有無を検討する立場と、アクィーリウス法のように個別の侵害の結果を損害と捉える立場とが存在するが、騎手事例は、前者を前提とする場合にのみ損益相殺の問題となる。それゆえ、坂論文は差額説またはこれに類似の立場を当然の前提として書かれているということができる。

75 Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.130.

害が生じた場合は、本人は、取引を行った者に対して損害賠償を請求することができる[76]。もちろん、本人は、あえて取引を承認することで、自ら損害を負担することもできる。無委託の取引が複数回行われ、ある取引では利益が生じ、別の取引では損害が生じた場合に、本人がすべての取引を承認したときは、本人は、利益の引渡請求権を有することとなる一方で、自ら損害を負担することとなる。問題は、事務管理者が複数の取引を行った場合に、その一部だけを承認し、一部の承認を拒絶することができるかである。Proculus は、このような一部だけを承認することを認めているようであるが、この法文は、これを否定し、その結果、全部の取引を承認することとなった本人について、利益と損害とを差し引きすることを命じているものと理解することができる[77]。この利益と損害は、ともに、本人の計算に属する以上、両者を差引計算することは可能であろう。しかし、このように理解する限り、この法文は、損害賠償法の損益相殺とは無関係であるということになる。

第４　小活

損益相殺は賠償されるべき損害の範囲に関する問題であるが、ローマ法は統一的な損害概念を知らなかったことが知られている[78]。十二表法やアクィーリウス法の検討においてみたように、初期のローマ法においては、損害について非常に素朴な感覚があるように思われる。アクィーリウス法は、他人の家畜を不法に殺した者は、その家畜の価格を賠償することを命じる（但し、前述の通り、否認した場合は二倍額の支払いを命じる。）。ここでは、家畜を殺害したことにより、家畜の所有者に生じる利益は考えられておらず、そもそも家畜の所有者の他の財産の状況を把握しようとする発想も読み取れない。

現在のドイツの通説は、損益相殺は差額説の当然の帰結であると説明する[79]。これは、抽象的な差額説においては、損害を把握するために全

[76] Kaser, a.a.O. (Fn. 41), Bd.1, S.586ff.
[77] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.130.
[78] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.116.
[79] Hermann Lange/Gottfried Schiemann, Schadensersatz, 3., Aufl., 2003, S.486.

財産の状況を問題にするためである。即ち、被害者の現実の財産の状況と侵害行為がなかったらあったであろう状況とを比較して、現実の財産の方が少ない場合にその差額を損害と認識するのである。このように考えれば、論理的には、侵害行為と関係のある、全ての利益が損益相殺の対象となることになろう[80]。

一方、侵害行為の直接の結果のみを損害と考えれば、考慮されうる利益は限りなく狭くなるであろう。他人の家畜を殺した者は、家畜の価格を賠償せよという、非常に単純で素朴な発想の下では、家畜の所有者に生じた利益を考慮しようとするのは不自然である。そして、十二表法やアクィーリウス法は、このような発想の下で制定された法律なのである。

ここでは、十二表法から数百年後の、古典期の法文を検討したが、ここでも、抽象的な差額説のような全財産の変動を考慮しようとする態度は見られなかった。ここで検討した法文の中であえて損益相殺に好意的な法文を挙げるとすれば、後見人の選任を懈怠したことに関する、D.38.17.2.44であろう。しかし、ドイツの研究者の言葉を信じるのであれば、この法文は特殊な事案に関するものであって、一般的な立場を表明したものではない。一方、後見人による貸金返還請求の懈怠に関するD.26.7.39.14は、明確に、請求の懈怠による、利益（利息）と損害（貸金の回収不能）との相殺を否定している。組合契約にする３つの法文のうち、D.17.2.23.1は損益相殺を否定する趣旨と余地がある。かつて、ローマ法が損益相殺を承認していたと主張する見解が根拠としていたD.3.5.10は、interpolatio の疑いがある上に、その法文自体も損益相殺を承認するものといえるか疑問である。

もちろん、法文にないからといって直ちに古典期のローマ法は損益相殺を否定していたということはできない。現在の日本法にもドイツ法にも明文の損益相殺の規定は存在しないが、一定の場合に、損益相殺が認められることについてはほぼ異論が無い。しかし、このことは古典期のローマ法が損益相殺を承認していたということとは別問題である。法文の中には、損益相殺に好意的なものもあるが、損益相殺を否定している

[80] ただし、現実にはこのような考え方は採られていない。これについては、次章において検討する。

ものもある。そもそも、損益相殺に関して指摘される法文は、後見、組合及び委託に関するものに限定されている。このような限定された法文を基に、古典期のローマ法が損益相殺を承認していたということができるのかという疑問もある。

ドイツの研究を見ると、そのほとんどの研究は、古典期のローマ法において損益相殺という体系が承認されていたということはできないという点で一致している[81]。これらの研究は、利益と損失とを定型的に対置することは古典期後の発想であるものと考えている。例えば、Kunkel は、「損益相殺は、大半の事例では、真正のものではないように思われる」[82]として、上記の損益相殺を認めているかのように見える法文は interpolatio によるものであると考えている。Medicus は、「ローマ人が、概してこの問題と quod interest との間に、観念的なつながりがあると考えていたことを示す徴候は、全く存在しない」[83]としている（なお、「quod interest」とは、債務不履行による損害賠償において、損害賠償額決定の基準となる、債権者の有する利益のことである[84]。）。ドイツ以外の研究においても、損益相殺は古典期後のものであるとされている[85]。一方、Kaser は、損益相殺の思想は、古典期以後のものではないとするが、法源をさらに検討するべきであるとして、結論を留保している[86]。

程度の差こそあれ、これらの研究の中に、古典期のローマ法が損益相

---

[81] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.131f.

[82] Wolfgang Kunkel, Diligentia, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 45, 1925, S. 325.

[83] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S.310.

[84] 船田享二『ローマ法第三巻』（岩波書店、改版、1970年）506頁。

[85] 私には読解することができないため、未確認ではあるが、Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.131によれば、Camillo Lazzara, Il problema dei vantaggi connessi con il fatto illecito la c.d. compensatio lucri cum damno, in: Studie Gaetano Zingali Bd. Ⅶ, S. 438は、損益相殺は古典期の思想ではあるが体系的なものではないとし、Biondo Biondi, La compensatione nel diritto romano, in: Annali del Seminario Giuridico dell Universita di Palermo, Cortona 1929, S.429. は、損益相殺自体を古典期後のものであるとみなしているようである。

[86] Max Kaser, Das Römisches Privatrecht, Bd.2, 1975, S.327. Fn 9.

殺という体系を承認していたとする見解はない。Thüsing は、ここで損益相殺として検討されているのは、統一された思想体系であり、損益相殺が古典期以後のものであるか、単に古典期のローマ法にその体系を見いだすことができないにすぎないのかという見解の対立が、根本的に異なる認識を明らかにするものであるかは疑問であるという[87]。

本稿は、本格的なローマ法研究を目的とするものではない。それゆえ、ここで紹介したローマ法研究の結論を確認して、次に進むこととする。即ち、ローマ法の法文の中には損益相殺を承認したと見る余地があるものもあるが、interpolatio の可能性もあり、それが真正なものであるかははっきりしない。損益相殺は古典期以降の発想によるものであるとする見解が有力に主張されており、また、損益相殺を古典期の思想であるとする見解も古典期のローマ法が損益相殺という体系を承認していたことまで主張するものではない。そうすると、古典期のローマ法においては、損益相殺は存在しないか、未発達であったということになる。損益相殺は、（主に）古典期以後の法の発達によるものであるということができる。この古典期以後のローマ法の発達については、以下で検討する。

第４節　古典期後と卑俗法

前述のように、古典期が終わると、法の卑俗化が始まった。この動きは、債権法や損害賠償法にも影響を与えた。訴権を中心とする体系は克服され、古典期のローマ法の下では異なる訴訟の根拠と責任結果とされたものが同化した。ほとんどの契約も、訴求可能なものとなった[88]。不法行為法においては、私法上の、民事訴訟による贖罪金（Buße）の請求権は、強力な専制国家による刑事訴追や政治上の責任追及によって、厳しく制限された。ユスティニアヌス法典の、古典的な訴権体系への復帰の動きも、現実には、犯罪についての私的な追及が国家によって制限されたという点では、この流れと異なるものではなかった。その結果、卑俗法においては、私法上の不法行為請求権が認められた限度で、贖罪金

[87] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.131f.

[88] Kaser, a.a.O. (Fn. 86), S.322ff. Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.133.

も、賠償給付（Ersatzleistung）の性質を承認された[89]。

このような法の卑俗化によって、「損害」概念は曖昧なものとなった。古典期において損害を決定するため重要な役割を果たした、債権者の利益（Interesse）も、伝統的なドグマの構造が失われた。Levy は、「利益（Interesse）は、法律家の技術の集積から無くなったように思える」[90]という。特に卑俗化が顕著であった西ローマにおいて、古典期の損害理解が失われた。かつての精密な損害理解を、卑俗法は、素朴な発想で、簡単に補充した。

有力な見解は、損益相殺はこの当時に生じたものであるという。例えば、ユスティニアヌス法典においても、勅法彙纂（Codex Justinianus）において、損害と利益とを対置するものが見られるようである[91]。同様の損害と利益との対置は、西ローマの卑俗法やテオドシウス法典（Codex Theodosii）においても見られるようであり[92]、この当時の一般的な傾向ということができる。

Levy は、古典期においては「利益（lucrum）と損失（damnum）とを画一的に扱うことは、具体的な法律関係を支配する原則または……特約よりも優先する、包括的な準則には見られなかった。このような取扱いは、後の時代に初めて生じ、それによって、利益と損害とが対応するという、大いに異なる結果を正当化することとなった」という[93]。

もっとも、この時期の法文にも、明確に損益相殺を認めたものは見られないようである。Thüsing は、この一般的な傾向が損害賠償法において現れたのかは不確実であると指摘する[94]。

この時期の法文の研究からいうことができることは、２点ある。１つ

---

[89] Kaser, a.a.O. (Fn. 86), S.328.

[90] Ernst Levy, Weströmisches Vulgarrecht Das Obligationenrecht, 1956, S. 125.

[91] C 6.2.22.31. 賃貸借において、借主の占有下にあった目的物が盗まれたが、貸主において、盗人に対する目的物の回収と損害賠償の請求に成功したという事案のようである。この法文は、獲得した賠償金を所有者に引き渡す必要はないとしている。

[92] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.134f.

[93] Levy, a.a.O. (Fn. 90), S. 243.

[94] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.135.

は、この時期に、損害賠償法上の損益相殺が認められるようになったかどうかは不確実であるものの、その萌芽というべき、損害と利益とを対置するという思想がこの時期に生まれたものと見られていることである。そして、もう１つは、この損害と利益との対置という思想は、古典期のローマ法には見られなかったということである。

損益相殺は、損害と利益が生じたときに、損害から利益を控除することが可能であることをその論理的前提としている。これは、（方向性は違うものの）損害と利益とを同質のものと見ていることに他ならない。そして、この思想は、古典期後に生じた可能性が高いのである。

第５節　中世の法解釈

中世の法解釈は、古典期ローマ法（特に『学説彙纂』）の解釈を中心に展開した。その中で、注目されるのは、前に検討した損益相殺に関係する、法文の整合的な解釈を試みていることである。具体的には、D.3.5.10（事務管理に関する法文）と D17.2.23.1（組合に関する法文）の検討が中心となったようである[95]。なお、組合に関する法文と事務管理に関する法文とをいかに整合的に解釈するかは、前述の通り、坂論文でも検討されている。ローマ法の法文において、損益相殺が認められているか否かという問題について、これらの法文を中心に検討するという立場は、中世の法解釈に由来するということができる。

その中世の法解釈であるが、Wieling によれば、Summa Trecensis[96]は、組合関係の場合を除き（これは、D17.2.23.1があるためであろう。）、一般的に利益の控除を許したようである。組合関係においてのみ、利益の控除が許されない理由は、組合員は、利益を生じさせることが義務づけられているためであるようである。この点は、Accursius[97]も強調した

[95] Hans Josef Wieling, Interesse und Privatstrafe vom mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1970, S. 216.

[96] 時に注釈学派の始祖であるイルネリウス（Irnerius）の作とされた。船田・前掲注（２）『ローマ法第一巻』526頁。

[97] 1182-1260。船田・前掲注（２）『ローマ法第一巻』509頁は、「先進学者の業績

ようである[98]。

一方で、Rogerius は、事業主が承認しない取引を行った者は、不慮の出来事についても責任を負うことを理由に、利益の差し引きが行われるのは事務管理の場合だけであると主張したようである[99]。

これに対して、Azo は、ある面では、Summa Trecensis の見解に従ったが、Accursius によれば、過失による損害と無過失による損害とを区別していたとされる[100]。

このように、中世の法学は、ユスティニアヌス法典の整合的な理解という観点から、後の損益相殺につながる議論を行っている。

もっとも、これによって中世の法学は損益相殺を承認していたと考えるのは早急であろう。当時の法学では、損害賠償法は、損害の填補の他に、贖罪や懲罰機能が維持されていたようである。被害者の利得禁止も明確なものではなく、しばしば、損害を上回る責任が加害者の悪意によって説明されたという[101]。

第６節　近代の法解釈と立法

これに対して、近代に入ると、ようやく、損益相殺を支える差額説や損害賠償法における利得禁止が明確になる。

Wieling によれば、16世紀の学者である、Franz Hotman[102]の著作に、今日の差額説と同じ損害の定義が見られる。そして、Hotman 自身は、その定義を従来の定義を改良しただけで、従前の解釈と逸脱するものとは思っていなかった。また、当時の他の学者も、これについて支持をしたり、批判したりする者は無かったという。Wieling は、当時の学者は、この Hotman の定義を正しいが、特に重要なものとはみなしていなかっ

を抜萃・編集して注釈学派の事業を完成した」という。

98 Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.216f.

99 Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.217.

100 Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.217.

101 Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.137.

102 1524-1590.

たという[103]。

この Wieling の説明によれば、16世紀の学者は、既に今日のドイツの差額説と類似の見解に立っており、差額説による定義に対しても違和感を持たなかったことになる。おそらく、一般的な16世紀の学者の見解は、Hotman とは若干異なるものであったのであろう。しかし、この Hotman の定義は、Mommsen に引用され、今日の差額説につながるのである[104]。

さらに、v. Pufendorf は、後の時代に大きな影響を与える、利得禁止思想を明確に定式化したようである。それによれば、侵害行為の結果としての、被害者の利益を賠償請求権から控除するので、被害者は利益を受けることはない[105]。

もちろん、古典期の法文の解釈を巡る争いは続いていた。

Bruennemann は、D3.5.10と D17.2.23とを、任意性で区別したようである。つまり、加害者が取引を任意で行った場合は、利益と損害との調整が許される。一方、組合員のように、取引を行うことが義務であった場合は、調整は許されないというのである[106]。

一方で、Lauterbach、Gothofredus や Samuel Cocceji は、過失責任と無過失責任との違いから、結論を導いたようである。即ち、利益と損害との調整は、無過失責任の場合にのみ許されるのである[107]。

これに対して、v. Pufendorf のような自然法学者は、法文から離れて、この問題を損害算定の問題とみなしたようである。被害者は、加害行為によって利得するべきではない。それゆえ、利益の控除が原則としてなされる[108]。

このように、近代の法学は、ローマ法を引用して議論しつつも、被害者の利得禁止という新たな観点を導入して、議論を行った。一方で、18

---

103 Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.18f.

104 Mommsen, a.a.O. (Fn. 28), S. 4 Anmerk.1.

105 Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.141.

106 Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.219.

107 Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.218.

108 Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.219.

世紀に入ると、各国で法典編纂が始まり、ドイツでも、1756年のバイエルン法典（Codex Maxmilianeus Bavaricus civilis）や1794年に成立したプロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten。以下では、「ALR」という。）などが見られる。当時のドイツにおける法の理解を知るためには、これらの法典の内容を検討することが有意義であろう。ここでは、これらのうち、ドイツのかなり広い範囲で適用されたALRの条文を見ることにする。

まず、この当時でさえも既に長い議論の歴史を持つ、ユスティニアヌス法典の規律は、ALRにおいても維持された。

ALR第1部13章

§253　Wer nach obigen Grundsätzen, wegen der Einmischung in fremde Geschäfte, einem Andern zur Schadloshaltung verhaftet wird, ist allemal befugt, den demselben verschaften Vortheil in Gegenrechnung zu bringen.

253条　上記の原則[109]に従い、通常は行わない取引を行ったことにより、他人に損害を填補する責任を負う者は、常に、当該他人に提供した利益を控除する資格がある。

ALR第1部17章

§215　Ein Gesellschafter kann sich von seiner Verbindlichkeit zum Schadensersatze dadurch nicht befreyen, daß er der Gesellschaft in andern Fällen besondere Vortheile erworben hat.

215条　組合員は、他の事例で組合に特別な利益を生じさせたことを理由に、損害賠償義務を免れることはできない。

これと同様の規律は他の法典でも見られる[110]。それゆえ、このローマ

[109] 249条から252条を指す。これらの条文は、本人の意思に反して、他人と取引を行った場合について規定している。

[110] 例えば、オーストリア一般民法典（ABGB）1191条。Jedes Mitglied haftet für den Schaden, den es der Gesellschaft durch sein Verschulden zugefügt hat. Dieser Schaden läßt sich mit dem Nutzen, den es der Gesellschaft sonst verschaffte, nicht ausgleichen. Hat aber ein Mitglied durch ein eigenmächtig unternommenes neues Geschäft der Gesellschaft von einer Seite Schaden, und von der andern Nutzen verursacht; so soll eine verhältnißmäßige

法の法文は、当時の一般的な理解であったということができよう[111]。

ローマ法とは別に、ALR は具体的な場面における、損益相殺についても規定している。以下は、不法行為で人を死亡させた場合の規定の抜粋である。

ALR 第1部6章

An der Person.

人に対する（不法行為）

1）Durch Tödtung.

1）人を死亡させることによる（不法行為）

§ 98. Wer widerrechtlich einen Menschen ums Leben bringt, muß in allen Fällen der hinterlassenen Frau, und den Kindern des Entleibten die Kosten der etwanigen Cur, ingleichen die Begräbniß- und Trauerkosten ersetzen.

98条　違法に人の生命を侵害した者は、いかなる場合においても、残された妻及び被殺者の子供に対して、万一の必要な治療費と、同様に、葬儀費用及び服喪費用を賠償しなければならない。

a）Wenn dieselbe aus Vorsatz oder grobem Versehen.

a）人を死亡させることが故意または重大な過失による場合

§ 99. Außerdem ist, wenn die Entleibung and (=aus) Vorsatz oder grobem Versehen erfolgt, der Beschädiger verbunden, der Wittwe und den Kindern des Entleibten standesmäßigen Unterhalt, auch deletztern (=denletztern) dergleichen Erziehung und Ausstattung, als sie von dem Vater nach dessen Stand und Vermögen erwarten konnten, zu gewähren.

99条　その他に、人を死亡させたことが、故意または重大な過失に

Ausgleichung Statt finden.（いかなる組合員も、その責任によって組合に生じさせた損害を賠償する責任を負う。この損害は、他の組合に生じさせた利益と差し引きされない。組合員が、独断で行った新しい取引によって組合に、ある面では損害が生じ、他の面では利益が生じた場合は、相当な調整がなされなければならない。）。

[111] 前注の ABGB のように、現在でも効力を持つ法典もある。

よって生じた場合は、侵害者は、死亡した者の未亡人及び子供に対して、その水準に応じた扶養を、後者には、その父によってその地位と財産に従い期待することが可能な限度で、教育と持参金をも与える義務を負う。

§ 100. Dabey wird auf das von dem Entleibten hinterlaßne Vermögen, ingleichen auf die Unterstützungen, welche der Wittwe und den Kindern von dem Staat oder anders wo her angedeihen, keine Rücksicht genommen.

100条　その際、死亡した者が残した財産、同様に、当該未亡人及び子供が国またはその他のものから与えられる援助を考慮しない。

b) wenn sie aus mäßigem Versehen.

b) 人を死亡させたことが通常の過失による場合

§ 103. Ist die Entleibung nur durch ein mäßiges Versehen verursacht worden, so muß der Beschädiger für eine nach Verhältniß des Standes nothdürftige Verpflegung der Wittwe und Kinder des Entleibten, und für eine dergleichen Erziehung der letztern in so weit sorgen, als die Kosten dazu aus den Einkünften des hinterlassenen Vermögens und den Beyträgen des Staats oder eines Dritten nicht aufgebracht werden können.

103条　人を死亡させたことが、通常の過失のみによって惹起された場合は、侵害者は、そのための費用を、残された財産からの収入や国または第三者の援助から調達することができない限度で、その地位の状況と比べて不足する食糧を、死亡した者の未亡人及び子供に給付し、後者にはそのような教育を給付しなければならない。

このように、ALR は、人を死亡させた場合に、常に賠償される損害、故意または重過失の場合にのみ賠償される損害、軽過失の場合に賠償される損害の３種類に分けて規定している。特に後２者を比較すると、軽過失の場合には、遺産から得られる利益や国等の援助で賄うことができない費用についてのみ賠償すれば足りるのに対して、故意または重過失の場合は、これらの利益を考慮することが禁止されている。軽過失の場合には損益相殺が指示されているのに、故意または重過失の場合は、これが否定されているということができる。

これまで見てきたように、近代の法学は、現代の損益相殺の基礎を築いたということができる。もっとも、ALR から分かるように、具体的な場面における損益相殺の適用に関しては、充分、その思想が浸透していたとは言い難い。具体的な場面について、損益相殺の考え方が浸透するためには、19世紀を待たなければならなかったのである。

第７節　19世紀

第１　はじめに

19世紀には、多くの国で民法典が編纂され、それによって、長く続いたローマ法の適用は終焉を迎えた。早くも1804年には、フランス民法典（Code civil）が成立し、1811年には、オーストリアでも民法典が完成した（以下、オーストリア一般民法典を「ABGB」という。）。かなり遅れて、ドイツにおいても、1900年に BGB が施行されるに至った。

BGB の内容については、次章において検討するので、ここでは立ち入らないが、ここでは、これらの立法において見られる損益相殺に対する態度や判例および学説について検討する。なお、既に述べたように、Walsmann と Oertmann の見解は、石坂を通じて、日本における損益相殺の議論に大きな影響を与えた。このうち、Walsmann の論文は、1900年に出されたものであるが、両者は実際には１年しか違わない上に、内容においても類似している。また、石坂を通じて、日本法に影響を及ぼしたという点でも、両者に顕著な違いはない[112]。さらに、Oertmann の見解は、ドイツの判例においても引用されるなど、両者の見解は、ドイツ法の議論にも大きな影響を与えている。そこで、Walsmann と

[112] 石坂音四郎『日本民法債権総論（上）』（有斐閣、1916年）329頁など。また、損害論に関して、奥田昌道編『新版　注釈民法（10）Ⅱ』（有斐閣、2011年）266頁（北川善太郎・潮見佳男）は、「当時のドイツで差額説が既に通説としての地位を占めていたにもかかわらず、当時のわが国の学説において差額説一辺倒の見解が提示されなかったのは、文献の引用状況から判断すると、当時のドイツの有力な民法学者であるエルトマンの教科書がわが国において注目され、かつ、損失説に立つヴァルスマンの論文が当時のわが国において脚光を浴びたところが大きいように思われる」という。

Oertmann の見解は、その他の19世紀の議論とは分離して、第９節において検討することにする。

いずれにせよ、これから見ていく19世紀の議論の結果が、BGB や Oertmann、Walsmann の見解につながり、20世紀のドイツや日本の損益相殺の議論につながっていくのである。

第２　立法

19世紀に入ると、各国で法典編纂の動きが活発化した。前述のように、19世紀初頭には、フランス民法典や ABGB が成立した。ドイツにおいても、1863年には、ザクセン民法典（Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen）が成立し、1865年から施行された。

前述の通り、ALR は、人を死亡させた場合の損害賠償について、加害者の主観によって、賠償の範囲を区別していた。ザクセン民法典においては、このような区別は排除され、故意と過失の均質化が進んでいる。

ザクセン民法典

§1492. War der Getödtete zur Ernährung eines Anderen verpflichtet, so erstreckt sich der Schadenersatz auch auf den dem Letzteren entgehenden Unterhalt, dessen Höhe nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist. Diser Schadenersatz is so lange zu leisten, als der Getötete, wenn er gelebt hätte, zur Ernährung der betreffenden Person verpflichtet gewesen wäre und keines Falles über die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten hinaus. Bei Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes ist auf die Erwerbsfähigkeit des Getödteten zur Zeit der Tödtung und auf das Bedürfniß des Ersatzberechtigten Rücksicht zu nehmen. Insbesondere steht der Anspruch auf diesen Schadenersatz der Wittwe des Getödteten blos soweit, als die Nutzungen ihres eigenen Vermögens, und anderen Personen blos soweit zu, als die ihnen in Folge des Ablebens des Getödteten etwa zukommenden Vermögensmittel zu deren Unterhalte nicht ausreichen.

1492条　死亡した者が他人を扶養する義務を負っていた場合は、損害賠償は、その他人が失った扶養についても及び、その額は、裁判

所の評価によって決定される。この損害賠償は、死亡した者が、生存していたとしたら、当該他人の扶養義務を負ったであろう限度でなされなければならないが、死亡した者の推定生存期間を超える期間については、決してなされない。損害賠償額の評価においては、死亡した者が死亡時に有していた就労能力及び賠償権利者の必要性を斟酌しなければならない。特に、この損害賠償請求権は、死亡した者の未亡人には、その独自の財産の収益が扶養に充分ではない限度で認められ、その他の者には、死亡した者の死の結果当然帰属する財産がその扶養に充分ではない限度で認められる。

1871年にドイツ帝国が成立すると、このような領邦国家における立法とは異なり、ドイツ全体に適用される法典（BGB）の編纂が進んだ[113]。この頃になると、損益相殺についての議論も深まっていた。詳しくは、以下で検討するが、この時点で、BGB の起草者らは重要な態度決定をしている。Motive は、次のようにいう。

「損害賠償請求権につき、損害を生じさせた事情により被害者に帰属した利益を賠償額から控除するべきか否か、またその範囲をどのようにするか（compensatio lucri et damni）という問題を決定することは、学説及び実務に委ねられなければならない。ある面では、自己の負った義務に違反したために損害賠償義務を負う者は、この義務を排除するために、同一の法律関係に起因する他の義務を完全に、かつ、最良の結果で履行したことを主張することはできないが、他面、そのものがなすべき同一の処分または数個の処分により有害な結果と有益な結果が発生した場合は、これを分離することなくその結果全体を観察するべきであることは自明のことである。しかし、法律に規定することで、この問題を決定しようとすることは、特に不法行為事例について、疑問である。この問題の解決は、損害概念の確認と本質的に結びついているし、そうでなくても、全ての起こりうる面やその他の不確実な面について、全ての事

[113]「1871年、ドイツ帝国の創建が成るや、民法典が国民の法的統合の象徴として希求され、その成立が熱烈な賛美でもって歓迎された」（石部雅亮「ドイツ民法編纂史概説」同編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999年）３頁）。

例のために法律で解決することは不可能である。それゆえ、この疑問の解説たるや重きに法律をもって全ての場合のためになすことはできない。法律でこの問題を解決しようとすると、詳細に様々な場合を列挙することにならざるをえないが、満足すべき結果を得ることはできないであろう。実務は、法律の規定に制約されることなしに、個別の事例について、将来、適切な解決を見つけるであろう」[114]。

BGB は、損益相殺について、若干の個別の規定は存在するものの、包括的な規定はおいていない。それは、BGB の起草者が損益相殺を知らなかったためでも、その重要性を認めなかったためでもなく、法律で規定することを不適当と認めたためである。このことには特に注意する必要がある。

第３　学説

この時代の学説は、損益相殺（compensatio lucri cum damno）という問題を統一的に解決しようと努力した。Mommsen が確立した「差額説」（Differenztheorie）は、加害行為がなければあったであろう被害者の財産状態と、現実の財産状態との差額を損害として把握する。損益相殺は、差額説の論理的帰結である。Mommsen は、「利益の填補の唯一の目的は、被害者から損害を除去することである」にもかかわらず、損益相殺をしなければ、「利益を填補することによって、被害者に利益を分与することになる」[115]という。

もっとも、当時の学説が前提としていたのは、普通法としてのローマ法である。そのため、純理論的見地とは別に２つの特徴が見られる。

１つ目の特徴は、損益相殺の基準である。事務管理に関する D3.5.10は、損益相殺を認めるものであると考えられていたのに対して、D17.2.23などの組合契約に関する法文は、損益相殺を否定するものと考えられていた。それゆえ、これらの法文の整合的な解釈という中世以来の課題を克服しない限り、損益相殺の議論をすることはできなかった。ここでも、

---

[114] Motive, Bd.Ⅱ. S. 18f. なお、訳に当たっては、『独逸民法草案第２編理由書』上巻（司法省、1889年）31頁を参考にした。

[115] Mommsen, a.a.O. (Fn. 28), S.192.

多くの解釈が見られる。あるものは、過失責任と危険責任によって損益相殺の有無を区別し、あるものは、利益を惹起する行為が任意のものか義務的なものかによって区別した[116]。後の時代に大きな影響を与えたのは、Mommsen の解釈である。Mommsen は、利益と損害とが、「単一かつ同一の事実の結果」（Folge ein und derselben Thatsache）に基づくものである場合に損益相殺がなされるものと説いた[117]。これは、利益の原因が、損害の発生原因、すなわち、加害行為と同一であるかを問題とするものである。この考え方は、結局のところ、加害行為と利益との因果関係（条件関係）を問題とするものであるので、本稿では、この考え方を条件説とよぶことにする[118]。もっとも、条件説を採用することは、ただちに、法文の整合的な解釈につながるわけではない。Mommsen は、組合の場合は複数の取引を同じ行為の結果と見ることはできないが、事務管理は１つの行為の結果であるという。それによって、事務管理については、損益相殺が認められ、組合の場合は、損益相殺が認められないという法文を説明している。

２つ目の特徴は、損益相殺の議論の前提である。この当時の学説は、独立した損害と独立した利益が存在することが、損益相殺の前提であると考えていた[119]。この独立性（Selbständigkeit）は厳密に定義されたものではないが、これは、被侵害法益以外の法益に関する利益、または、契約以外の利益と関連する利益を意図するものであるようである[120]。例えば、「燒失セル家屋ノ灰燼」「殺サレタル動物ノ死骸」は、利益ではないとされる。これらの物に価値がある場合でも、火災や殺害によって、家

[116] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.144. 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1118頁。
[117] Mommsen, a.a.O. (Fn. 28), S.193ff.
[118] 既に見たように、後の日本においても、利益の原因を問題にする考え方はしばしば見られる。しかし、そこでは、単純な因果関係が問題になっているわけではないので、Mommsenn の条件説とは区別する。
[119] 例えば、Cohnfeldt, a.a.O. (Fn. 67), S169. は、「この利益と損害との差し引きは、それ自体として存在する（für sich bestehenden）損害とそれ自体として存在する利益とを前提としている」という。
[120] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.144. 坂・前掲注（74）「損益相殺ニ就テ（二）」956頁。

屋や動物の価値が減少したにすぎないからである[121]。一見もっともな議論のようにも思えるが、独立性を要求することは差額説とは無関係であり、むしろ、矛盾する恐れすらある。即ち、損害を、現実の財産状態と加害行為がなかった場合の仮定的な財産状態との差額と理解するのであれば、利益の発生も「差額」算定の問題に取り込まれ、その独立性を問題にする余地はないはずである。しかし、現実には、当時の学説は、損害と利益の独立性を前提として、損益相殺を議論していた。これも、解釈の前提となったローマ法の法文の影響が大きいものと思われる。つまり、度々述べているように、当時の議論で損益相殺の根拠とされたのは、組合に関する法文と事務管理に関する法文であるが、これらは全て複数の取引を行い、ある取引では利益を上げたが、他の取引では損失を生じたというものである。この法文を前提に議論をすれば、利益と損害とが独立した形で認識されていることを前提にするのが自然であろう。それゆえ、当時の学説の議論していた損益相殺は、加害行為があったものの、被害者がなんらかの利益を得たため、財産的な損害が発生しなかった（あるいは、利益の分だけ減少した形で発生した）というものではない。被害者には、明確な形で損害が発生したものの、それとは別に利益も発生した場合に、これを損害から控除するかという問題なのである。両者は、差額説、特に、被害者の全財産の変化を損害と捉える立場からは、区別されない。しかし、この当時の学説は、両者を区別し、後者のみを損益相殺の問題と考えていたことには留意する必要がある。

一方、ローマ法から離れるが、当時の特徴的な見解として、Scherer の保険に関する言及がある。Scherer は、「他人を違法に侵害した者は、その行為によって、名目上、被害者にもたらされた利得を相殺するように請求する権利を有しない」として、損益相殺を否定した。その理由として、Scherer は「そうでなければ、例えば、高額の保険の掛けられた大酒飲みを殺害した者に対して、殺された者の妻は、謝礼を支払わなければならないことになる」と述べている[122]。ここでは、損益相殺、及び、

[121] 石坂・前掲注（112）『日本民法債権総論（上）』329頁。

[122] Martin Georg Viktor Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1899, zu §252 Nr.3. ただ

その根底にある損害賠償法における利得禁止原則に対する批判が現れている。

このように、損害賠償における利得禁止について、学説が議論をしている中で、判例は具体的な事例に対して、学説とは異なる議論を展開した。

第4　判例

1　損害の不顕現

損益相殺に関する学説の議論は判例にも影響を与えた。しかし、これから述べる判例の事例は、当時の学説が議論していなかった問題である。

加害行為によって、違法な侵害が行われ、通常であれば損害が発生する場合であっても、特殊な事情によって、現実には、被害者に財産的損害が発生しないことがある。例えば、小麦粉の売買契約において、売主が買主に契約で規定された水準に満たない小麦粉を引き渡したものの、買主がそのことに気づかないままこれを転売し、転売先からも特に抗議がなかったという場合は、買主には目に見える形の損害は生じていない。あるいは、加害者が被害者に暴行を加えて負傷させたが、被害者が友人の医師に無料で治療してもらった場合は、被害者は治療費について現実の支出をしていない。このように、特殊な事情によって、被害者に現実の損害が発生しなかった場合を損害の不顕現類型ということにする。

ドイツの支配的見解である抽象的な差額説は、「当該被害者の具体的事情を顧慮し実際に発生した個別の損害項目を調査する」ことによって損害を算定する方法（具体的損害計算。これに対して、「被害者の具体的事情を捨象して客観的な方法で」損害を「調査・確定する方法」を抽象的損害計算という。）に馴染むものである[123]。すなわち、損害とは、侵害が無ければあったはずの財産状態と現実の財産状態との差額であると

し、当該文献を入手することができなかったため、Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S.27 f. の引用部分に基づく。

[123] 奥田・前掲注（112）『新版　注釈民法（10）Ⅱ』317頁（北川善太郎・潮見佳男）。若林三奈「法的概念としての『損害の意義（一）－ドイツにおける判例の検討を中心に－』立命館法学248号689頁（1996年）。

いう公式をそのままこの場合に適用すると、損害の不顕現は損害の不存在を意味することになる。しかし、19世紀のドイツの裁判所は、事件によっては、これとは異なる結論を採用した。具体的に見ていこう。

OAG Darmstadt　1855年５月12日判決[124]

〔事案〕

耕作地の賃貸借契約において、契約終了時に、畑に秋まき小麦を植えておくことが約定されていた。ところが、賃借人は契約に違反し、秋まき小麦を栽培することなく、土地を所有者に返還した。そこで、所有者が賃借人に損害賠償を請求した。訴訟において、所有者は春まき小麦を栽培することができるとの抗弁が認められるかが問題となった。

〔判旨〕

裁判所は、所有者には土地に種をまくことが義務づけられておらず、損害を回避するための積極的な活動をする義務はないとの理由で、上記抗弁を排斥した。しかし、現実に、所有者が春まき小麦の種をまいて利益を得たことが立証されれば、賠償額は軽減されるとした。

この判決は、原告が作付けをする義務を否定したものの、現実に作付けをしたことは考慮の対象としている。すなわち、この判決においては、具体的損害計算を優先するという傾向が現れているということができる。もっとも、原告が作付けを行う義務を問題としたことは、後の損害軽減義務を基準に損害額を算定する法理につながり、抽象的損害計算の萌芽を内包しているものということができる。

ROHG　1877年４月11日判決[125]

〔事案〕

原告は、被告から馬を330ターラー（Thaler）で購入した。その馬は元気であれば、330ターラーから340ターラーの価値があったが、実際には病的な息切れを起こす馬であり、122.5ターラーの価値しかなかった。

[124] SeuffArch 9, Nr. 273, S. 359.

[125] ROHGE 22, 35.

そこで、原告は被告に対して、207.5ターラーの損害賠償を請求した。これに対して、被告は、原告はその馬を280ターラーで第三者に再売却したと主張し、かかる主張が抗弁としての意味を持つかが問題となった。

〔判旨〕

価格減少に関する請求権は、再売買によって影響を受けない。再売買は第一売主と買主との間の法律関係を変更させない、他人間の行為に該当するので、第一売主には、その利益も損害も及ぶことはない。それゆえ、原告が馬を売却した価格によって、原告の被告に対する請求権が増減することはない。

この判決は、明確に、抽象的損害計算を指向している。再売買によって原告が得た利益（及び損失）が損害賠償に与える影響を排除することによって、抽象的な、売買代金額と当該目的物の価値との差額を損害としているのである。

OLG Braunschweig　1891年１月26日判決[126]

〔事案〕

原告はパン屋であり、被告はパン焼き職人である。原被告は、６年間取引を続けてきたが、その取引は、原告が被告に毎日、その日の小麦粉を渡し、これを被告がパンに加工して、原告が報酬を支払うというものであった。しかし、被告は渡された小麦粉の全部を使い切らず、残った小麦粉を横領していた。原告が、被告に対して損害賠償を請求した。これに対して、被告は、被告が焼いた、やや小さなパンは、完全な大きさのパンと同じ値段で売られていたのだから、原告には損害が生じていないと主張した。

〔判旨〕

被告が、小麦粉を横領し、自己の用益に供したことにより、被告はその価値について利得し、原告は、本来より少ない数のパン、または、本来より小さいパンを販売したことによって、その分だけ損害を被った。この損害が、他の、被告の行為と無関係の原因によって、認識できない

[126] SeuffArch 46, Nr. 173, S.272.

ものとなり、または、後で調整されるべき場合は、被告の賠償義務は、完全に疑問の余地無く認められる。そして、当該損害とともに、他の損害の賠償を請求することができる場合にも、被害者の請求権は残存するので、さしあたり、全ての盗品及びその付加物を返還すること、これが不可能な場合にはその価値を返還することを請求することができる。

原告は、その物の横領が無かったとすれば、その価値に対応する使用又は用益を行ったこと、または、原告がその物を使用することができなかったことによって、損害を被ったことについて、合理的な立証をする義務を負わない。

この判決は、パン職人事例（Bäckerfall）といわれる、ドイツの有名な損益相殺事例に関するものである。この判決でも、具体的損害計算は排除されている。より正確には、被告は横領した小麦粉（またはその価値）を原告に返還する義務を負うこととされており、原告が被告の作ったパンを通常と同じ価格で販売したという事情は考慮されていない。

これらの判決のうち、OAG Darmstadt 判決については、現在の判例とは異なる立場で判断している。今日では、損害軽減義務を基準に損益相殺を検討するという判例法理が確立されている（詳しくは、次章で取り上げる。）。しかし、既に述べたように、この判決も原告の損害軽減義務を問題としており、それゆえ、単純に具体的損害計算を行ったわけではないことに留意しなければならない。

ROHG 判決及び OLG Braunschweig 判決は、今日でも同様の法理論が維持されている[127]。判決の趣旨は、要するに、被害者と第三者との取引は、加害者には関係が無いことであるから、被害者が第三者との取引によって利益を得ても、損害賠償義務は軽減されないというものである。被害者が第三者との取引によって損失を被ることもあり得ることを考えれば、このような抽象的損害計算にも合理性があるようにも思える。

しかし、判例は、第三者との取引を一切考慮しなかったわけではない。

[127] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.145f.

RG 1886年３月２日判決[128]

〔事案〕

原告は、ベルギー国鉄当局との間で、オーク材の厚板を販売する契約を締結した。原告は、この厚板を被告から購入するとの契約を締結した。ところが、被告による厚板の納入が遅滞したため、原告は、ベルギー国有鉄道との契約を履行するため、第三者から厚板を填補購入（Deckungskauf）した。原告は、被告の履行遅滞によって生じた損害として、填補売買の購入代金等を訴求した。

〔判旨〕

（填補購入の代金の請求について）原告は、填補購入の締結と実行によって被った、実在する損害についてのみ請求することができる。この反対請求権の額は、当然に、填補購入に基づく損害賠償請求権まで、減少する。この場合、損害は、填補売買による利益を差し引く形で理解される。

この判決以前に、ROHG 1877年６月６日判決[129]も、同様に、売主の債務不履行の場合に、買主が填補購入を行ったという事例において、原被告間の売買契約の代金と填補購入による代金の差額を損害と判断している。それゆえ、このような場合には、損害の算定において、填補購入を考慮するのが当時の判例の立場であったといってよい。即ち、既に19世紀のドイツの判例は、損害額の算定において、填補購入の場合は、当該取引を考慮するという定式を確立していたということができる。

２　利益の獲得

損害は発生したものの、被害者が侵害行為と関連して利益を獲得することがある。例えば、加害者が被害者に暴行を加えたため、被害者は負傷したが、これによって被害者の加入していた私保険から保険金が給付されたという事例がこれに当たる。この類型を利益の獲得とよぶことにする。これも差額説の見地からは、侵害が無ければあったはずの財産状

[128] RGZ 15, 65.

[129] ROHGE 22, 184.

態と現実の財産状態との差額が（わずかしか）存在しない以上、損害が存在しないことになる可能性がある。そうはいっても、この類型の場合は、損害の不顕現類型と異なり、損害を算定すること自体に支障は無い。すなわち、損害の不顕現類型では、具体的な取引の価格とは異なる、抽象的な目的物の価額を設定しない限り、差額計算による損害算定によって、損害を認めることはできない。一方、利益の獲得類型では、明確な形で損害が発生し、これを算定することに支障はないものの、別に、被害者が利益を得たために、これを損害算定において考慮するかどうかが問題となっているのである。

この利益の獲得類型についても、次の通り、判例は利益の考慮に否定的である。

Oberste LG Bayern 1887年２月11日判決[130]

〔事案〕

原告は、被告に融資を行い、その際、被告の所有する不動産に抵当権を設定した。被告が返済をしないので、原告は抵当権を実行し、競売が実施された。この競売においては、原告自身が、通常より安い価格で当該不動産を競落した。原告は、競売によって回収することができなかった不足分の賠償を求めて、訴えを提起した。原審は、競売によって、通常より安く不動産を取得したことによる利益（剰余価値）は、貸付元本の不足分から控除されなければならないとして、原告の請求を棄却した。

〔判旨〕

原審は、損害の填補が、剰余価値の現実化、即ち、再売却によってのみ可能であることを看過している。この再売却によって、計算上の剰余価値が現実化するかは疑わしく、再売却は、もっぱら原告の投機行為である。その損失を原告が負担するのと同様に、剰余価値は、正当な利益とみなされ、その利益が実現化したとしても、不当な利得と解釈されるべきではない。それゆえ、被告が、原告には損害賠償請求権がないと主張することは許されない。

[130] SeuffArch 43, Nr. 177, S.262f.

ここでは判決は、不動産投資は投機行為であり、原告が不動産を売却したことによる損害及び利益は、被告に対する損害賠償請求権に影響しないとしている。一方、次の事例は、被害者に確定的に利益が生じた場合に関する判例である。

RG 1899年９月29日[131]

〔事案〕

原告が被告に対して、損害賠償を請求した。これに対して、被告は、原告は自ら締結した事故保険（Unfallversicherung）に基づき、保険組合連合から、保険金を受領しており、これを賠償額から控除するべきであると主張した。

〔判旨〕

２つの差し引きされるべき請求権は、完全に異なる法的根拠に基づくものであるので、事故と外形上の関連があるとしても、両者の間には、法的意味における関係が欠如している。

特に、保険金請求権は、当該事故やそれによって生じた損害に基づくものではなく、保険契約に基づくものである。その契約は、純粋な損害賠償請求権を生じさせるものではなく、危険な法律行為に基づく財産上の利益を生じさせるものである。保険契約は、単に支払われた保険料の額だけを指向する。上告人が主張するように、これは生命保険のみに妥当するということは正しいとはいえない；事故保険の場合も、保険者の給付は、実際に発生した損害に限定されるものではなく、それはむしろ、支払われた保険料の額に対応する、保険金額において存在する。保険金額は、実際に生じる損害を下回ることがあるのと同様に、それを上回ることもあり得る。それゆえ、特定の保険の種類（火災保険やそのようなもの）について、二重保険の事例において、二重の損害填補（doppelten Schadensregulierung）の否定が認められる、要するに、そのような損害填補が、具体的な保険取引の性質と矛盾するという見解は、正当ではない。

[131] SeuffArch 55, Nr. 74, S.154f.

保険法の観点から見て、この判例のいうことが適切であるかどうかはともかく、被害者が受領した保険金については損益相殺を行わないということは、この当時の圧倒的多数の判決によって確認された。Oertmann が指摘しているだけでも、11の判例が存在する[132]。Thüsing によれば、この結論に明確に反対しているのは、Hamburg Handelsgericht 1868年３月16日判決[133]のみであり[134]、保険金について損益相殺を行わないことは、実務上の扱いとして、ほとんど異論のないところであったといえる。

それゆえ、保険金の受領という、被害者が確定的に利益を受ける場合であっても、当時の判例は損益相殺を認めていたわけではない。

３　判例のまとめ

一見して明らかなように、学説が、損害賠償法における利得禁止を説いたにもかかわらず、判例は、ほとんどの事例で、被害者に生じた利益の控除を否定している。特に、学説が問題とした、独立した損害と利益が発生する類型、すなわち、利益の獲得類型においては、判例は、利益の控除を認めていない。判例が、利益の控除を認めたのは、学説が検討していなかった損害の不顕現類型のうちの填補売買についてである。

このように、19世紀のドイツ法の判例は、学説とはかなり異なる立場に立っていたのである。

第８節　小活

これまで検討したところによれば、古典期のローマ法において、損益相殺概念が認められていたということは困難であるように思われる。法文解釈上の困難さに加えて、interpolatio の可能性も指摘されている。ドイツの学説によれば、損益相殺の前提となる利益と損害とを対置するという考えは古典期ではなく、古典期後に生じたものである。それゆえ、

[132] Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S.111ff.

[133] Hamburg Handelsgericht Gerichtszeitung 1868, Beiblatt Nr.12.

[134] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.146.

損益相殺概念の起源は、古典期より後の時代に求めなければならない。このことは、損益相殺とは普遍的な概念ではなく、損害賠償法における損害概念に依存する概念であるということを示唆している。

古典期後の、法の卑俗化において、古典期の損害概念は曖昧なものとなった。そして、ドイツの有力な見解によれば、これによって初めて利益と損害とが対応するという発想が生じたのである。もっとも、この時代に損益相殺が認められたかは未だ不確実である。

中世の法学は、古典期ローマ法の解釈を行い、特に、D.3.5.10（事務管理に関する法文）と D17.2.23.1（組合に関する法文）の整合的な解釈を試みた。しかし、これも直ちに損益相殺につながるわけではない。中世の学問は、損害賠償法の問題を解決しようとしたわけではなく、法文の整合的な理解を試みたにすぎないからである。

確実に損益相殺と結びつくのは、近代の学説である。16世紀の文献には、今日の差額説と同じ損害の定義が見られる。そして、近代の自然法学者は、ローマ法の法文から離れて、被害者は加害行為によって利得するべきではないという利得禁止思想を定式化し、それゆえ、被害者の受けた利益は損害額から控除されると説いたのである。ここに至って初めて、確実な損益相殺の定式化が見られる。もっとも、ALR に見られるように、いまだ、損益相殺は法原則として根付いていたわけではない。ALR は、加害者の主観面の悪性によって、賠償される損害を区別しており、損益相殺の可否もそれによって区別されていた。

19世紀になるとようやく損益相殺思想は一般的に受け入れられるようになる。この時代の学説は、損害概念について、差額説を完成させた。差額説が通説化したことにより、差額説の論理的帰結である損益相殺思想もまた一般的なものとなった。中世以来続いていたローマ法の法文の解釈が、これと結びついた。即ち、損益相殺をローマ法の法文から読み取ることができないかという試みがなされたのである。その一方で、この当時の議論は、既に損益相殺の対象とならない利益が存在することを承認していた。それゆえ、1900年から施行された BGB は、あえて損益相殺についての一般的な規定を置かず、問題の解決を学説及び実務に委ねたのである。

もっとも、19世紀の学説と判例との間には大きな隔たりがあった。学

説は、独立した損害と独立した利益が存在することを前提に、損益相殺を原則と考えていた。しかし、判例は、独立した損害と利益が存在する利益の獲得類型においては、損益相殺を認めなかった。その一方で、学説が検討しなかった損害の不顕現事例のうちの一部で損益相殺を認めた。判例を全体としてみれば、損益相殺を否定した類型が多数を占めている。

このような学説及び判例を前提する限り、19世紀のドイツにおいては、損益相殺という原則が承認されていたと、単純にいうことはできない。Motive は、「法律でこの問題を解決しようとすると、詳細に様々な場合を列挙することにならざるをえないが、満足すべき結果を得ることはできないであろう」という。これが、19世紀のドイツ法の到達点である。

ローマ法から、19世紀ドイツ法までの議論を概観すると、損益相殺という問題は、若い問題領域であり、同時に、洗練された議論ではないことが分かる。損益相殺概念は、差額説の完成によって、19世紀にようやく一般化したが、そこで議論されたことは、差額説からの利益控除の要請と、伝統的なローマ法の法文の解釈が融合したものであった。実務は、填補売買の類型では、損益相殺を承認したものの、その他の多くの類型では、損益相殺を否定した。損益相殺の研究者が、その根拠というべき差額説に疑問を抱くのは、むしろ当然であろう。この傾向は、既に、Walsmann と Oertmann において現れている。

第９節　Walsmann と Oertmann －損失説と後の議論への影響

Walsmann は1900年に、Oertmann は1901年に、それぞれ、損益相殺の論文を発表した。Oertmann の論文は、20世紀に入ってからのものであるが、両者の論文は発表時期が近接しているだけでなく、その内容もよく似ているため、両者を併せて、ここで検討することとする。

Walsmann と Oertmann の論文は、ドイツ法においても、日本法においても、その後の損益相殺の議論に大きな影響を与えている。日本の研究者が損益相殺概念を、この２つの論文から学んだことは前述の通りである。ドイツ法に対する影響は、Oertmann の論文の表題「Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch im römischen und

deutschen bürgerlichen Recht」（直訳すると、「ローマとドイツの民法における、損害賠償についての利益の調整」となる。）にあるVorteilsausgleichungが、今日のドイツ法において、一般的に損益相殺を指すものとして用いられていることからも知ることができる。

WalsmannとOertmannの論文は、ローマ法の法文や独立した利益と独立した損害を議論の前提とするなど、19世紀のドイツの学説の特徴を残している。しかし、特に、Oertmannの論文は、損失説や相当因果関係論の採用という点で、後の議論に大きな影響を与えた。

この２つの論文は、当時、既にドイツで支配的となっていた差額説ではなく、損害を具体的な事実と捉える損失説を採用している[135]。損害を財産の差額として抽象的に把握する差額説に対して、損失説は、損害を具体的な損失として把握する。損失説は、当時の学説が議論の前提としていた、独立した損害と独立した利益が存在するという状況に整合的な損害理解である。もっとも、有力な学者であったOertmannが採用したにもかかわらず、今日に至るまで、ドイツの支配的な損害理解は差額説である。一方、日本法においては、損失説は差額説と対立する有力な見解として受け取られ、両者を併用する形で損害概念が理解されていった[136]。今日の日本法においては、損失説は、伝統的な損害理解の中に取り込まれているといえる[137]。

一方、Oertmannによる相当因果関係論の損益相殺への適用は、ドイツ法においても、日本法においても採用された。日本法における相当因果関係説は、前章の通りである。また、ドイツ法における相当因果関係論については、次章で詳しく取り扱うので、ここでは取り扱わない。注目すべきは、控除されるべき利益についても、損害と同様の相当因果関係を要求している点、及び、損益相殺に関しては「柔軟な基準」を採用し、必ずしも相当因果関係に基づかない解決を認めている点である。前者は、利益を損害と同様のものと考えていることを示唆している。一方で、後者は、利益について、損害と同様に考えることの限界を示唆している。

---

[135] Walsmann, a.a.O. (Fn. 12), S. 10. Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S.6.

[136] 石坂・前掲注（112）『日本民法債権総論（上）』284頁など。

[137] 奥田・前掲注（112）『新版　注釈民法（10）Ⅱ』266頁（北川善太郎・潮見佳男）。

いずれにせよ、このような議論を前提として、日本とドイツで、それぞれ、損益相殺に関する議論が行われていったのである。

※　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。