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（３）
Author(s)	濱口, 弘太郎
Citation	北大法学論集, 66(6), 386[1]-318[69]
Issue Date	2016-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/61199
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no6_03.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（３）

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（狭義の損益相殺）
第３　ドイツにおける研究（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66巻５号）
第３章　比較法的に見た損益相殺
第１節　はじめに
第２節　ドイツ法
第１　はじめに
第２　法律の規定
第３　相当因果関係論の成立とその否定
第４　相当因果関係論に代わる統一的規範定立の試み
第５　一般的な準則
第６　類型ごとの検討
第７　小活　（以上本号）
第３節　アメリカ法
第４節　オランダ法
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３章　比較法的に見た損益相殺

第１節　はじめに

損害賠償の原因となる加害行為に関連して、被害者に利益が生じるこ

とがあるのは、どこの国でも同じであろう。しかし、だからといって損益相殺という概念が万国共通であるということは早計に過ぎる。我々は、既に、古典期のローマ法においては、損益相殺概念は承認されていなかったと考えられていることを知っている。損益相殺が、損害概念に依存するものであれば、国によって、損益相殺に関する考え方が異なるということは、当然あり得ることである。現に、アメリカ合衆国においては、collateral source rule という、損益相殺の否定ともいうべき原則が採用されていることが知られている[1]。

外国法における、損益相殺という問題に対する対応を確認することは、日本法において、損益相殺についての基本的な考え方を明らかにするためにも有用であると考えられる。具体的には、日本法の議論に強い影響を与えたドイツ法と、前述の collateral source rule を採用しているアメリカ法と、日本と同様、ドイツ法の影響を受けており、民法典に損益相殺の規定を持つオランダ法を検討対象とする。この３ヶ国の中で、最も重要なのは、ドイツ法である。これまで見てきたように、日本における損益相殺の議論は、ドイツ法の強い影響下で発展してきた。それゆえ、ドイツ法の議論を検討することは、日本法を理解するための基礎作業ともなる。また、日本法と同様、利益の控除が原則とされているドイツ法の状況を参照することは、日本法における損益相殺という「原則」を検討するためにも有用なものと考えられる。ドイツ法以外では、アメリカ法は、被害者の受けた利益を控除するという原則をいわば否定しているのであり、その理由について考察することは、日本法における検討においても大いに有益なものと考えられる。オランダ法において、最も注目すべき点は、損益相殺に関する一般的規定が存在することである。ドイツ法にも、日本法にも、損益相殺に関する包括的な規定は存在しないのであるから、このような規定が存在することは、オランダ法の大きな特徴と言える。そして、その規定の内容や、立法過程における議論を参照することは、日本における損益相殺のためにも、有用であると考えられる。

---

[1] 樋口範雄「Collateral Source Rule と日米不法行為法―損害の重複填補の調整あるいは無調整―」学習院大學法學部研究年報20号171頁（1985年）。

第２節　ドイツ法

第１　はじめに

本節では、ドイツ法における損益相殺を取り上げる。いうまでもなく、ドイツは成文法中心の国であるから、ドイツ法において最も重要なものは、法律の規定である。それゆえ、最初に、多少冗長となるが法律の規定を取り上げることとする。その次に、損益相殺に関する基本的な考え方に関する議論を取り上げる。これは、学説の検討が中心となる。最後に、具体的な事例に関する損益相殺の当否を取り上げる。これは、具体的な問題の解決をその使命とする、判例の検討が中心となる。

なお、ドイツ法は、損害賠償において、原状回復を原則としている（BGB249条１項）ことから、過剰填補という問題が存在する。例えば、他人の住宅を損壊させたため、その損害を賠償する責任を負う者が、損害賠償として、被害者の住宅を建設することがある。しかし、これでは、被害者は、中古住宅の補償として、新築住宅を手に入れたことになり、損害賠償によって、加害行為前よりも多くの財産を取得したことになる。これが過剰補償、「旧物に代わる新物」（Neu für Alt）とよばれる問題である。この問題も、かつては、損益相殺に関する問題であると認識されたことがあった。しかし、この問題は、金銭賠償主義（民法417条）を採るわが国では、通常生じることはない。また、ドイツの学説においても、現在では、この問題は損害賠償の方法に関する問題であり、損益相殺とは区別して理解されている[2]。それゆえ、本稿においては、かかる過剰填補の問題は扱わないこととする。

第２　法律の規定

既に述べたように、BGB には、包括的な損益相殺に関する規定は存在しない。これは、BGB の起草者があえて法律で規定することを避け、学説及び実務にこの問題の解決を委ねたためである。もっとも、BGB 起草当時、既に決着が付いていた事項については、次のように断片的な規定がおかれている。

---

[2] Gregor Thüsing, Wertende Schadensberechnung, 2001, S.30.

BGB

§ 642 Mitwirkung des Bestellers

(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

642条　注文者の協力[3]（注－請負契約に関する規定）

1　仕事の完成につき注文者の行為を要する場合において、注文者がその行為をしないことにより受領遅滞に陥るときは、請負人は、相当の補償を請求することができる。

2　補償額は、一方において遅滞の期間及び合意した報酬額に応じ、他方において遅滞により請負人が節約した費用又は自己の労働力を他に用いることによって取得することができるものにより定まる。

§ 843 Geldrente oder Kapitalabfindung

(1) Wird infolge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten.

(3) Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

(4) Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat.

[3] BGB642条の訳は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）430頁による。

843条　定期金又は一時金払い[4]（注－不法行為に関する規定）
１　身体又は健康の侵害により、侵害を受けた者の稼働能力が喪失若しくは減少し、又は必要費が増加した場合には、侵害を受けた者に対して、定期金の支払によって損害賠償をしなければならない。
３　侵害を受けた者は、重大な事由があるときは、定期金に代えて元本による一時金払いを請求することができる。
４　本条の請求権は、他人が侵害を受けた者に対して扶養義務を負うことによって妨げられない。

BGB 以外では、保険契約法（Versicherungsvertragsgesetz。以下、「VVG」という。）67条、社会法典（Sozialgesetzbuch。以下、「SGB」という。）第10編116条及び労働報酬継続支給法（Entgeltfortzahlungsgesetz。以下、「EFZG」という。）６条も、損益相殺に関連する規定であると解されている[5]。これらの規定は、損害賠償請求権の移転を規定しており、これは、当該規定に係る給付については損益相殺の対象とならない旨を示しているものと考えられている[6]。

VVG
§ 86　Übergang von Ersatzansprüchen
(1) Steht dem Versicherungsnehmer ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zu, geht dieser Anspruch auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden.

---

[4] BGB843条の訳に関しては、E. ドイチュ /H.-J. アーレンス著　浦川道太郎訳『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008年）340頁を参考にした。
[5] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.35.
[6] ハンス・レイ・ヴァイヤース / マンフレート・ヴァント著、藤岡康宏監訳『保険契約法』（成文堂、2007年）260頁は、（当時の）VVG67条（現在の VVG86条に相当する。）の規定する「ルールは、損害保険者の給付は被害者の損害賠償請求権の計算の際に考慮されないこと、つまり、『損益相殺』によって控除されないことを明確にしている」という。

(2) Der Versicherungsnehmer hat seinen Ersatzanspruch oder ein zur Sicherung dieses Anspruchs dienendes Recht unter Beachtung der geltenden Form- und Fristvorschriften zu wahren und bei dessen Durchsetzung durch den Versicherer soweit erforderlich mitzuwirken. Verletzt der Versicherungsnehmer diese Obliegenheit vorsätzlich, ist der Versicherer zur Leistung insoweit nicht verpflichtet, als er infolgedessen keinen Ersatz von dem Dritten erlangen kann. Im Fall einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen; die Beweislast für das Nichtvorliegen einer groben Fahrlässigkeit trägt der Versicherungsnehmer.

(3) Richtet sich der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen eine Person, mit der er bei Eintritt des Schadens in häuslicher Gemeinschaft lebt, kann der Übergang nach Absatz 1 nicht geltend gemacht werden, es sei denn, diese Person hat den Schaden vorsätzlich verursacht.

86条　賠償請求権の移転[7]

１　保険契約者が第三者に対して賠償請求権を有する場合は、保険者がその損害を填補した限度で、その請求権は保険者に移転する。この移転は、保険契約者の不利益に主張することができない。

２　保険契約者は、賠償請求権又は、当該請求権の担保に役立つ権利を、適用される形式的規定及び期間に関する規定を顧慮して、維持しなければならず、保険者が当該権利を実行する場合には、必要な限度で協力しなければならない。保険契約者が故意にこの義務に違反した場合は、保険者は、その違反の結果、第三者に填補を請求することができなくなった限度で、給付をする義務を免れる。義務違反が重過失によるものである場合は、保険者は、その給付を保険

[7] VVG86条の訳に関しては、ドイチュ／アーレンス・前掲注（４）『ドイツ不法行為法』409頁（当時の VVG67条の訳）を参考にした。

契約者の過失の重大さに対応する割合で、減額することができる；重過失の不存在の証明責任は、保険契約者が負担する。

３　保険契約者の賠償請求権が、損害の発生時に同居する家族構成員に対するものであるときは、第１項の移転は生じない。ただし、その者が故意に損害を惹起した場合はこの限りでない。

SGB 第10編

§ 116　Ansprüche gegen Schadenersatzpflichtige

(1) Ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadenersatz beziehen. Dazu gehören auch

1. die Beiträge, die von Sozialleistungen zu zahlen sind, und

2. die Beiträge zur Krankenversicherung, die für die Dauer des Anspruchs auf Krankengeld unbeschadet des § 224 Abs. 1 des Fünften Buches zu zahlen wären.

(2) Ist der Anspruch auf Ersatz eines Schadens durch Gesetz der Höhe nach begrenzt, geht er auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über, soweit er nicht zum Ausgleich des Schadens des Geschädigten oder seiner Hinterbliebenen erforderlich ist.

(3) Ist der Anspruch auf Ersatz eines Schadens durch ein mitwirkendes Verschulden oder eine mitwirkende Verantwortlichkeit des Geschädigten begrenzt, geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe von dem nach Absatz 1 bei unbegrenzter Haftung übergehenden Ersatzanspruch der Anteil über, welcher dem Vomhundertsatz entspricht, für den der Schädiger ersatzpflichtig ist. Dies gilt auch, wenn der Ersatzanspruch durch Gesetz der Höhe nach begrenzt ist. Der Anspruchsübergang ist ausgeschlossen, soweit der Geschädigte

oder seine Hinterbliebenen dadurch hilfebedürftig im Sinne der Vorschriften des Zwölften Buches werden.

(4) Stehen der Durchsetzung der Ansprüche auf Ersatz eines Schadens tatsächliche Hindernisse entgegen, hat die Durchsetzung der Ansprüche des Geschädigten und seiner Hinterbliebenen Vorrang vor den übergegangenen Ansprüchen nach Absatz 1.

(5) Hat ein Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe auf Grund des Schadensereignisses dem Geschädigten oder seinen Hinterbliebenen keine höheren Sozialleistungen zu erbringen als vor diesem Ereignis, geht in den Fällen des Absatzes 3 Satz 1 und 2 der Schadenersatzanspruch nur insoweit über, als der geschuldete Schadenersatz nicht zur vollen Deckung des eigenen Schadens des Geschädigten oder seiner Hinterbliebenen erforderlich ist.

(6) Ein Übergang nach Absatz 1 ist bei nicht vorsätzlichen Schädigungen durch Familienangehörige, die im Zeitpunkt des Schadensereignisses mit dem Geschädigten oder seinen Hinterbliebenen in häuslicher Gemeinschaft leben, ausgeschlossen. Ein Ersatzanspruch nach Absatz 1 kann dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Schädiger mit dem Geschädigten oder einem Hinterbliebenen nach Eintritt des Schadensereignisses die Ehe geschlossen hat und in häuslicher Gemeinschaft lebt.

(7) Haben der Geschädigte oder seine Hinterbliebenen von dem zum Schadenersatz Verpflichteten auf einen übergegangenen Anspruch mit befreiender Wirkung gegenüber dem Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe Leistungen erhalten, haben sie insoweit dem Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe die erbrachten Leistungen zu erstatten. Haben die Leistungen gegenüber dem Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe keine befreiende Wirkung, haften der zum Schadenersatz Verpflichtete und der Geschädigte oder dessen Hinterbliebene dem Versicherungsträger oder Träger der

Sozialhilfe als Gesamtschuldner.

116条　損害賠償義務に対する請求権[8]

１　他の法律の規定に基づく損害賠償請求権は、同種の損害の除去に役立ち、かつ加害者により給付されるべき損害賠償と同一の時期に関わる社会保険を保険者又は社会扶助の主体が損害事件に基づいて給付しなければならない範囲で、それらの者に移転する。この給付には、以下の各号に掲げるものが含まれる

一　社会給付により支払われなければならない金額、及び

二　第５編224条を除き、病気休業補償金に対する請求権の継続する期間、支払われるであろう健康保険料

２　法律により損害賠償請求権に上限がある場合には、請求権が被害者又はその遺族の損害の補償に必要でない範囲で、当該請求権は保険者又は社会給付の主体に移転する。

３　損害賠償請求権が被害者の共働過失又は共働の責任により制限される場合には、第１項により制限を受けない責任で移転する賠償請求権のうち、加害者が賠償義務を負う割合に相当する部分が保険者又は生活保護の負担者に移転する。賠償請求権に法律により上限がある場合も、同様である。被害者又はその遺族が、それによって、第12編の規定の意味での扶助が必要になる場合には、請求権の移転は排除される。

４　損害賠償請求権の行使に対して事実上の障害が生じる場合には、被害者とその遺族の請求権の行使が第１項により移転した請求権よりも優先する。

５　保険者又は社会扶助の主体が、損害を生じさせた事件に基づいて被害者又は遺族に対して当該事件前と比べて、多額の社会給付を提供する義務を負わない場合には、第３項第１文及び第２文の事例では、支払われるべき損害賠償が被害者又は遺族の固有の損害の完全な填補に不要となる範囲でのみ、損害賠償請求権は移転する。

６　損害を生じさせた事件当時に被害者又はその遺族と同居して生

[8] SGB 第10編116条の訳に関しては、ドイチュ／アーレンス・前掲注（４）『ドイツ不法行為法』412頁を参考にした。

活していた家族構成員により故意ではない加害があった場合には、第１項による移転は免除される。加害者が被害者又は遺族と損害を生じさせた事件発生後に婚姻をし、かつ同居をした場合には、第１項による賠償請求権は行使することができない。

７　被害者又はその遺族が、保険者又は社会扶助の主体に対して義務を免れさせる効果を伴って、損害賠償義務者から移転した請求権に基づき給付を取得した場合は、それらの者は、その限りで、保険者又は社会扶助の主体に対して提供された給付を返還する義務を負う。保険者又は社会扶助の主体に対する給付が何ら満足を与える効果を持たない場合には、損害賠償義務者と被害者又はその遺族は、保険者又は社会扶助の主体に対して連帯債務者として責任を負う。

EFZG

§ 6 Forderungsübergang bei Dritthaftung

(1) Kann der Arbeitnehmer auf Grund gesetzlicher Vorschriften von einem Dritten Schadensersatz wegen des Verdienstausfalls beanspruchen, der ihm durch die Arbeitsunfähigkeit entstanden ist, so geht dieser Anspruch insoweit auf den Arbeitgeber über, als dieser dem Arbeitnehmer nach diesem Gesetz Arbeitsentgelt fortgezahlt und darauf entfallende vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Bundesagentur für Arbeit, Arbeitgeberanteile an Beiträgen zur Sozialversicherung und zur Pflegeversicherung sowie zu Einrichtungen der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung abgeführt hat.

(2) Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber unverzüglich die zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erforderlichen Angaben zu machen.

(3) Der Forderungsübergang nach Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geltend gemacht werden.

６条　第三者責任の場合の債権の移転[9]

[9] EFZG6条の訳に関しては、ドイチュ／アーレンス・前掲注（４）『ドイツ不法行為法』414頁を参考にした。

１　労働者が稼働不能により生じた収入の減少を理由として法律上の規定に基づき第三者に損害賠償を請求できる場合で、雇用主が本法律により労働報酬を継続して支給し、それに基づき雇用主が負担するべき連邦労働庁への分担金、社会保険、介護保健及び付加的な老人／遺族養護施設への雇用主分担金を支払ったときは、労働者の請求権は雇用主に移転する。
２　労働者は、雇用主に対して遅滞なく損害賠償請求権を行使するために必要な報告をしなければならない。
３　第１項の規定による債権の移転は、労働者の不利益になるように主張することはできない。

これまで、VVG67条、SGB 第10編116条及び EFZG6条の損害賠償請求権の移転に関する規定を見てきたが､いずれも相当複雑な規定であり、単純に、保険給付、社会保障給付や賃金の継続支払いがあったことのみを要件に、損害賠償請求権の移転を命じているわけではない。したがって、これらの規定を適用した結果、保険給付、社会保障給付及び賃金の継続支払いがあっても損害賠償請求権の移転が生じないということは当然生じうるところである。しかし、これらの規定によって、保険給付等が損益相殺の対象にならないと考えられているということには留意する必要がある。もっとも、保険法の分野において、近年、従来の利得禁止に関する考え方が大きく変化している。このことについては､後述する。

ともあれ、ドイツの法律の規定は、BGB の起草者が意図したように、今日まで損益相殺の一般的な準則を規定しておらず、また、規定から一般的な準則を読み取ることもできない。それゆえ、ドイツ法における損益相殺については、学説及び判例を参照する必要がある。

第３　相当因果関係論の成立とその否定

１　損益相殺される利益については、既に述べたように、最初は、条件説が採られていた。しかし、判例は、多くの事例で損益相殺を否定するなどし、学説上も、少数ではあるが、損益相殺を否定する見解が唱えられていた。それゆえ、当時の学説も、損益相殺される利益を適正に制限する基準が必要であることは認識していた。

このような中で採用された基準は、相当因果関係であった。それゆえ、ここでは、相当因果関係論についての検討を最初に行う。しかし、相当因果関係論については、学説から多くの批判がなされ、現在のドイツの学説において、相当因果関係論を採用するものはないといってよい。そこで、ここでは、相当因果関係論の成立と、それが学説において否定されるに至った経緯について、概観する。

2　相当因果関係論の成立

周知のように、相当因果関係は、元々は、ドイツ刑法学において提唱されたものである。19世紀末に、v. Kries は、結果加重的な刑法上の構成要件を制限するため、この因果関係を提唱した。しかし、相当因果関係は、刑事事件については、ドイツの裁判所に受け入れられることはなかった[10]。ところが、19世紀末から20世紀初めにかけて、ドイツの民法学は、これを損害賠償法に転用した。当時の学説は、ALR 等で見られた加害者の責任による賠償範囲の区別（例えば、故意の殺人と過失致死では、賠償範囲が異なる）等を排除し、加害行為の存在と損害の発生、そして、これらをつなぐ因果関係という、現在でも維持されている損害賠償理論を完成させていた。しかし、この単純明快な理論は、抽象的な損害概念と結びついて、賠償範囲が無限定に拡大するおそれがあり、それゆえ、賠償の対象となる損害を適切に制限する方法を必要としていた。そこで、相当因果関係が賠償範囲を制限するための理論として採用されたのである。

このように、相当因果関係は、本質的に、負の結果の帰属について提唱され、また、発展してきたのである。もっとも、相当因果関係を損害賠償法に転用する際に、既に、損益相殺についても相当因果関係論を適用することが説かれている。例えば、Rümelin は、1900年の論文において、損益相殺への相当因果関係の適用について検討している[11]。前述のように、Walsmann や Oertmann が、損益相殺についても相当因果関係

[10] ドイチュ / アーレンス・前掲注（4）『ドイツ不法行為法』35頁。

[11] Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Civilrecht, AcP 90 (1900), S. 276-281.

の適用を主張したことは、当時の学説の趨勢に沿ったことであった。

もっとも、学説と異なり、当時の判例は損益相殺について相当因果関係を適用することを躊躇したようである。ライヒ裁判所は、早くも1902年の判決[12]において、「adäquaten Verursachung」として、損害の帰責について、相当因果関係を採用している[13]。しかし、損害帰責について相当因果関係を採用した後も、ライヒ裁判所は、損益相殺については、従前の要件を採用した。RG1907年１月４日判決[14]は、利益が控除されるのは、利益が「損害と、単一かつ同一の事象によって直接惹起された」場合のみであるという。その後も、しばらくの間、ライヒ裁判所は、損益相殺については、相当因果関係を適用しなかった[15]。ライヒ裁判所が、損益相殺について相当因果関係論を採用したのは、1912年になってからである。RG1912年10月28日判決[16]は、Oertmann の著書[17]を引用して、「賠償義務者の、故意または過失による行為によって、直接または間接に惹起されたすべての相当な結果は、損失であれ、利益であれ、考慮されるべきである」「直接の侵害行為と利益を生じさせる行為の同一性ではなく、故意または過失によって行われた行為が、利益と損害との共通の原因と同一であることこそが必要である」と判示した。当時の学説の圧倒的多数は、この判断を支持した[18]。

ドイツの判例は、今日でも相当因果関係を採用しているが、相当因果関係のない利益を損益相殺から排除するためにだけ使用しており、利益について相当因果関係があるからといって直ちに損益相殺の対象になるとは限らない。相当性のある利益だけが「損害賠償義務の意味および目

---

[12] RG1902年２月20日（RGZ 50, 219, 222）。

[13] これは、有名な Träger の論文、Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904. よりも早い。

[14] RGZ65, S.57.

[15] この時期の判決として、RG1908年10月２日判決（recht 1908, Nr.3240.）や RG1908年12月10日判決（JW1909, 46）などがある。

[16] RGZ 80, 155, 160.

[17] Paul Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl., 1910, S.39.

[18] Klaus Cantzler, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, AcP 156 (1957), S.29, 36f.

的に適合する控除、つまり、被害者に要求できない負担をかけることなく、加害者に不公正に優遇を与えることのない控除」[19]において、考慮されうるのである[20]。

3　相当因果関係論の否定

このように、限定的とはいえ、相当因果関係を維持する判例に対して、今日のドイツの学説は批判的である。相当因果関係論に対する批判を、いち早く展開したのは、Wilburg[21]であった。Wilburg は、Cantzler の相当因果関係論批判より早く、1932年に、損益相殺についての新たな理由付けを試みた。Wilburg が探求したことは、賠償権利者が保険、扶養または第三者からの贈与によって獲得した利益を損益相殺として賠償額算定において考慮することができないことの根拠である。これらの結論は、当時、既に通説となっていたが、Wilburg は、その根拠を探究したのである。Wilburg の結論は、概ね、次のようなものである。即ち、加害者が、自ら発生させたすべての損害を除去し、又はこれについて補償することは、損害賠償法の根拠と合致する。それゆえ、第三者の給付が損害を除去せず、単に損害を移転するだけである場合は、損益相殺はなされない。

一方で、Wilburg は、この準則を修正し、追加的に、契約目的を考慮することを認めている。即ち、第三者との法律関係に基づき、第三者が損害を負担したのではあるが、当該法律関係によれば、賠償権利者が当該結果を保持すべきではなく、また、第三者に賠償を移転すべきでもない場合は、賠償債権者は、直接保護される法益の価値を上回る利益を第三者の同意がある場合にのみ請求することができ、当該損害は、当該法律行為によって第三者に移転する。これに対応するのが、第三者の任意の支払の場合の制限である。この場合は、常に損害の移転が存在するにもかかわらず、贈与者が、被害者に、当該事案における、加害者による賠償給付を取得させる意図がなく、まさに損害だけを補償させようとす

[19] BGH1997年６月６日判決（NJW 1997, 2378）。

[20] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.42.

[21] Walter Wilburg, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JherJb 82 (1932), S. 51 ff.

る意図を持っている場合は、控除が必要である。このように、結局、Wilburg は、その準則を別の方向で限定している。つまり、利益が単なる損害の移転を意味するのではない場合は、利益を、直接侵害された法益の客観的価値から控除するべきではない。Wilburg は、その根拠を、Walsmann と Oertmann の具体損害概念（konkreten Schadensbegriff）及び損害賠償の権利追求性に求めた。

このように、Wilburg は、単なる損害の移転は損益相殺を生じさせないとした。これは、結局、賠償請求権が代位等によって移転する場合に、損益相殺を否定したものである。損害賠償を受けた後に、賠償権利者が利益の給付者に、償還しなければならない場合も同様であろう。一方で、Wilburg は、賠償請求権が移転したり、賠償権利者が償還したりする必要がない場合は、結局のところ、給付者との関係、特に給付者の意思によって、損益相殺を決定している。そして、第三者の贈与で、当該第三者が賠償権利者が二重に給付を受けることを許容している場合（もっとも、実際上は、多くの場合がそうであると思われる。）は、損益相殺を否定している。ここで根拠となったのも、具体的損害概念である。

さらに、相当因果関係論に対する批判を推し進め、後の学説[22]に大きな影響を与えたのは、Cantlzer[23]である。第１章において紹介した、澤井裕[24]や北川善太郎も、Cantzler の論文を引用して議論を展開しており、その影響は、日本にも及んでいるといえる。この Cantzler の見解を詳しく見ていこう。

Cantzler は、損益相殺の理論を次のように説明する。

「加害者は契約義務あるいは法益を侵害したがゆえに賠償を給付しなけ

---

[22] 例えば、Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht, Bd. I /2, 7.Aufl., 1993, S.235f, Helmut Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I , 2.Aufl. 1980, S. 206, Hermann Lange/Gottfried Schiemann, Schadensersatz, 3., Aufl., 2003, S.494, Karl Larenz, Schuldrecht, Bd. I , 14.Aufl., 1987, S 531.

[23] 澤井裕「損益相殺（三）」関西大学法学論集９巻１号81頁（1959年）に詳しく紹介されている。

[24] 第１章で紹介したように、澤井は、加害行為と利益との間には因果関係が必要であるとしたが、その因果関係は条件的なもので足りるという。なお、澤井が相当因果関係を要求しない理由は明確ではない。

ればならないのである。損益相殺が、この賠償義務したがつてその先行せる権利侵害に密接に依存しているということは、この侵害された権利に損益相殺の根拠を求めることに近い。すなわち加害者は当該権利を助成したとき、利益を享有するにいたる。

かくて損害賠償と損益相殺との関係と損益相殺の本質的基礎が明らかになる。契約義務あるいは法益が侵害されたがゆえに、賠償義務が確立されたのである。この場合法益あるいは契約義務の助成は加害者にとつても利益となるということが、論理と正義にかなつている。損害賠償は権利侵害に根拠づけられ、損益相殺は権利助成に根拠づけられる。

……すなわち侵害された契約義務あるいは侵害された法益の助成を意味するところの利益が控除されるべきである。

損益相殺のより深い意味は損害と利益の相殺ではなくして権利侵害と権利助成の相殺である」[25]

結論として、Cantzler は、「賠償義務を生ぜしめた事情によつて、惹起された利益は、それが、被害法益または侵害された契約義務の助成（Förderung）を意味するとき控除されるべきである。しかしこの種の利益は、それが被害者または第三者の固有の損害回復措置にもとづき、しかもこの措置が被害者のみの有利に帰せしむべきことを目的とするときは控除されない。法律の特別規定は個々の事件において、この両標準に優先する」[26]としている。

この Cantzler の見解について、澤井は「理論的には卓見だと思う」[27]としている。私も、Cantzler の見解は、損益相殺について重要な観点を指摘しているように思う。しかし、澤井は、「『相当因果関係説以前』・『相当因果関係説』・『相当因果関係説の修正』・『相当因果関係説の否定』」という流れで、ドイツの判例・学説を整理し、その最後の「相当因果関係説の否定」に属する見解として、Cantzler を紹介している。それゆえ、

[25] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.52. 訳は、澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」84頁によった。

[26] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.59. 訳は、澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」82頁によった。

[27] 澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」87頁。

既に見たように相当因果関係論の（脆弱な）論拠との比較で、「卓見」といっているにすぎないことに留意する必要がある。一方、我々は、Cantzler 以前の、損益相殺に関するドイツの学説の根拠として、具体的損害概念が存在することを知っている。それゆえ、相当因果関係論の当否という、表面的な議論ではなく、より実質に踏み込んだ検討をすることが可能であり、また、それによって、自ずと Cantzler の見解に対する見方も変わってくるのである。

さて、その具体的損害概念であるが、一見したところ、Cantzler の見解には見られない。しかし、Cantzler は、単純な差額説からの演繹で損益相殺を基礎づけているのではない。Cantzler は、「損害賠償は権利侵害に根拠づけられ、損益相殺は権利助成に根拠づけられる」としているのである。19世紀ドイツの私法学の最大の成果の１つは、加害行為と賠償額とを一応分離した上で、損害賠償額を、加害行為と因果関係のある全損害とする単純な定式を確立したことである。この定式の下で、差額説は、損害を、現実の財産状態と加害行為がなければあったであろう財産状態との差額として、抽象化した。そして、この抽象化に基づき、加害行為によって被害者の財産状態について生じた、プラスの変化も損害額の算定において考慮しなければならないという損益相殺理論が確立されたのである。しかし、この理論では、保険金や扶養請求権など、損益相殺の対象にならない利益が多数存在することを充分説明することはできなかった。それゆえ、損益相殺の論者は、通説である差額説を否定して損失説を採用し、また、そこまで行かなくとも、具体的損害概念を用いて、損益相殺の否定を説明するなどしてきたのである。

Cantzler の見解は、明確に、この基本的な理論の枠組みから逸脱している。Cantzler は、損益相殺と損害賠償とを対置させ、両者の根拠を、権利侵害／助成としている。これは、加害行為と賠償額とを分離し、抽象的に損害を算定するという、従来の通説とは異なる立場である。従来の通説の理解では、権利侵害は損害賠償成立の要件ではあっても、それが直接損害賠償額に影響することは否定されていた。「損害賠償は権利侵害に根拠づけられ」るという表現は、それ自体では、抽象的であり、当然のことをいうものと思うかもしれないが、Cantzler は、損益相殺の議論をしているのであり、損益相殺は賠償額を決定する際に、考慮す

べき要素の１つである。ゆえに、Cantzler は、損害賠償額を決定する際の根拠を、権利侵害／助成に求めているというべきである。そして、いかなる理論を採るにせよ、賠償額は具体的に決定されなければならない。それゆえ、損害賠償額決定の根拠を権利侵害／助成に求める以上、その権利侵害／助成は具体的なものが想定されていると考えるのが自然である。即ち、Cantzler の見解は、具体的な権利侵害／助成を損害賠償の根拠と考えるものであり、これは具体的に損害を理解していることに他ならないはずである。

このように、Cantzler の見解は、理論的には、具体的な損害理解に結びつき、それによれば、加害行為による、具体的な権利侵害／助成に基づいて、侵害と助成とを差し引きした上で、損害賠償額を算定することになるはずである。

しかし、Cantzler の見解は、徹底を欠いている。即ち、Cantzler は、実際には、具体的な損害理解を採用せず、権利侵害／助成をかなり抽象的に捉えている。例えば、鼠径ヘルニア（脱腸）の坑夫を担架で運んでいた者が、誤って担架を落としたために、患者は負傷したが、その衝撃で、鼠径ヘルニアが治ったという例を挙げる。この例について、Cantzler は、「担い手は坑夫の健康を侵害したがゆえに賠償義務を負う。しかしこの同じ侵害が同じ法益を助成し、彼に利益をもたらしたのである。すなわち坑夫は脱腸から回復したのである。しかし担い手に健康についての利益を与えることなく、健康についての賠償義務を負わせることはできない」[28]として、法益侵害／助成の対象となる「法益」を健康という抽象的な概念で捉えている。その結果、法益助成として把握される利益が、広く捉えられることになる。例えば、Cantzler は、「被害者あるいは第三者が、加害者の賠償に先んじて加害を契機として損害を除去し、固有の損害回復措置をなすことがある。この措置は我々の意味における真正の利益であり、加害によつて条件づけられ、侵害された契約義務あるいは侵害された法益の助成を意味する」[29]という。Cantzler は、

[28] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.55. 訳は、澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」84頁によった。

[29] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.55. 訳は、澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」85頁

この種の事例は、損益相殺の分野では支配的な役割を演じるとして、具体的な例を挙げている。それは、保険金、贈与、年金及び相続財産である。

結局、Cantzler は、給付の目的によって、損益相殺を判断することを正当とする[30]。Cantzler は、「これらの場合において、利益は自由な行動によるのであつて機械的因果経過によるのではないということは、この種の利益について別の取扱を要求する。各個人はこれらの場合において、自律的である。すなわち彼は、自分で予防的にあるいは事後的に加害を考慮して、利益を生ぜしめるか否かを自由に決定できる。だが彼はこの利益によつて加害者あるいは被害者のいずれを有利ならしめようとするかの決定においても自由でなければならない」[31]と説明する。ここには、法益侵害／助成に根拠をおく、損害賠償・損益相殺という思想は見られない。利益を生じさせた者が、加害者を損害賠償義務から免責することを意図したか、あるいは、被害者に損害賠償請求権を残存させることを意図したかによって、損益相殺を判断するということは、結局のところ、損益相殺を、被侵害法益とは関係のない、利益の供与者の意思に委ねるということである。Cantzler の見解は、損益相殺に関する基礎理論と個々の判断が結びついておらず、その結果、判断基準が極めて曖昧なものとなる危険性があるということができる。

澤井も、次のように、Cantzler の基準の曖昧さを指摘する。「競馬の騎手が馬を異常に酷使したために賞金を獲得したが馬を殺した例でも、法益を馬の身体健康と考えるなら、賞金は何らの助成を意味しないが、馬の価値（すなわち金銭価値）だと考えれば賞金は明らかにそれを助成している。これでは損益相殺の公式としての意義はうすいのではないか。」[32]

このようなことになった原因は明らかであろう。損害賠償、損益相殺の根拠を、法益侵害／助成に求めるという考え方を打ち出したにもかか

を参考にした。

[30] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.58.

[31] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.58. 訳は、澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」85頁によった。

[32] 澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」87頁。

わらず、問題となる法益を充分具体化しなかったために、損益相殺の対象となる利益を限定するという機能を果たすことができなかったためである。「利益は、それが、被害法益または侵害された契約義務の助成（Förderung）を意味するとき控除される」といっても、「被害法益または侵害された権利義務」が抽象的なものであれば、「助成」を意味する利益は無限に拡大しうる。その結果、Cantzler は、保険金、贈与、年金等の「助成」を意味する利益を損益相殺から排除するために、利益供与者の意思を持ち出さなければならなかったのであろう。

Cantzler が、被侵害法益と利益との関係を考慮すべきとの考え方を打ち出したことは高く評価することができる。しかし、「損害賠償は権利侵害に根拠づけられ、損益相殺は権利助成に根拠づけられる」との理論を徹底させれば、異なる結論に達しえたように思われる。

損益相殺における相当因果関係論は、民法（損害賠償法）への相当因果関係の導入の中で、採用されたものである。この理論は、主に、損害賠償と同じ扱いをすべきであるという理論的観点から採用されたものであるが、既に、Oertmann は、個々の場合に控除されるべき利益の範囲については、疑問があるとしており[33]、当初からかなり問題があるものと認識されていた。そのため、Oertmann も、実際の判断においては、具体的損害概念に依拠している。そのためか、判例も、損益相殺について相当因果関係を採用することは躊躇したようであり、また、早くも1932年に、Wilburg が相当因果関係論を批判している。そこで、提唱された理論も、具体的損害概念に依拠するものであった。

ところが、相当因果関係論に対して、理論的見地から、強力な批判を加えた Cantzler は、具体的損害概念を採用せず、損害をかなり抽象的に理解した。そのため、結局、Cantzler は、損益相殺の判断の根拠を、給付の目的に求めることになり、その基準はかなり曖昧なものとなった。その後、損益相殺に関する議論は、更なる展開を見せることになる。

第４　相当因果関係論に代わる統一的規範定立の試み

１　前述のように、損益相殺における相当因果関係論には、強力な批判

[33] Oertmann, a.a.O. (Fn. 17), S.39.

がなされた。これを受けて、相当因果関係論に代わる、統一的規範の定立が模索された。

２　Rudloff[34]

Rudloff は、「利得の防止と利益の分配としての、利益の調整」（Der Vorteilsausgleich als Gewinnabwehr und Glücksteilhabe）と題して、損害賠償における利益の取扱について検討した。Rudloff の見解の特徴は、発生した利益が誰に与えられるべきかという観点から検討を行った点にある。これは、Cantzler が「損害賠償は権利侵害に根拠づけられ、損益相殺は権利助成に根拠づけられる」として、被侵害法益との関係で、損益相殺を検討したこととは対称的である。

さて、前述の通り、Rudloff は、発生した利益を誰に与えるべきかという観点で検討を始めている。まず、区別されるべきは、偶然（Zufall）発生した利益か、「配慮」（Sorge）によって生じた利益かということである。この「配慮」とは、金銭、時間、労働または危険、その他の、利益を得るために必要なものを提供することを表している。偶然発生した利益については、非日常的な有利というほどではなく、その点では、通常の事実上または法律上の状況によって生じた利益やそのようなものと、非日常的で、特に幸運な因果経過から生じた利益とを区別するべきであるとされる。Rudloff は、前者の利益の控除は、利得禁止の観点から正当化できるとして、広く控除することを認めている。一方、後者の「不幸中の幸運」（Glück im Unglück）事例は、利益は、原則として、加害者の有利に扱われるが、加害者が利益を受けるに値しない場合や、故意または重過失のある場合は、例外的に、被害者の有利に扱われる。一方、配慮によって、利益が発生した場合は、その利益は、配慮をした者に与えられるべきであるという。そして、利益が第三者によって生じた場合は、当該配慮を行った第三者は、その利益によって、誰を優遇するかの決定権を持つとする。

具体的事例の解決についての Rudloff の結論は、概ね、通説と一致し

[34] Karl Rudloff, Der Vorteilsausgleich als Gewinnabwehr und Glücksteilhabe, Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S.423.

ている。もっとも、偶然発生した利益については、かなり通説と異なるところがある。特徴的なのは、騎手事例などの「不幸中の幸運」事例において、故意、過失といった賠償義務者の主観を基準に判断している点である。後述するように、一般的なドイツの学説は、賠償義務者の主観の考慮に強い忌避感を示している。興味深いことに、澤井論文も、騎手事例について、「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……の判断いかんにかかつている」[35]として、主観の考慮を認めている[36]。

3　Thiele[37]

Thiele は、差額説からも利得禁止からも、具体的な正当化事由を導き出すことはできないとする。そのため、利益を控除することを原則とは考えず、利益の控除には正当化事由が必要であると考えた。この原則と例外の逆転が、Thiele の見解の特徴である。Thiele は、この正当化事由の存否を、利益と損失との間に、損害算定の観点から見て、解くことができない内的関係（unlösbarer innerer Zusammenhang）が存在するかどうかによって判断している。この内的関係こそが、Thiele の見解の中核である。それゆえ、内的関係の有無をどのように判断するかが問題となる。Thiele は、「基準となるのは、常に、個別の事案の状況とその法的な評価である」[38]としている。Thiele の見解は、当該事案についての法的な評価から、当該利益を考慮すべきか否か判断するというものであり、結局は、そのような考慮を通じて、当該事案において、賠償されるべき損害を算定するというものであろう。そうであれば、Thiele の見解は、Walsmann や Oertmann の具体的損害概念、Cantzler の損害と利益の同質性基準と同様の発想に立つものといえよう。

なお、Thiele の説いた「解くことができない内的関係（unlösbarer

---

[35] 澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」87頁。

[36] なお、澤井論文が公表されたのは1958年から59年であり、Rudloff の論文は、1967年である。それゆえ、澤井が Rudloff の論文を参照した可能性はない。

[37] Wolfgang Thiele, Gedanken zur Vorteilsausgleichung, AcP 167 (1967), S.193.

[38] Thiele, a.a.O. (Fn. 37), S.206.

innerer Zusammenhang)」という基準は、多くの判例において採用されている[39]。

4　Büdenbender[40]

Büdenbenderの見解は、まず、損益相殺と第三者損害の清算(Drittschadensliquidation)とを結合した点に特徴がある。さらなる、Büdenbenderの見解の特徴は、徹底的な法的評価を指向した点にある。

Büdenbenderは、一般的な基準による統一的な解決ではなく、個々の事案に即した客観的かつ具体的な解決を探求した。その結果、Büdenbenderは、相当因果関係を放棄し、事例群に従い、法的評価によって損益相殺を整理しようとした。具体的には、BGB254条２項から、被害者が義務を越えた損害軽減を行った場合の損益相殺の否定が導かれる。BGB267条からは、第三者が損害を填補する給付を行った場合に、誰を優遇するか決定する権利を有することが導かれる。チャンスとリスクの等しい取扱という原則（この原則は、ドイツ連邦基本法の平等原則と間接的な第三者効(mittelbare Drittwirkung)から導かれる。)からは、被害者または第三者の援助なしに、偶然発生した利益の控除可能性が導かれる。債務関係の相対性原則及びBGB249条２文から、被害者及びその契約相手との関係は、加害者と被害者との法律関係に影響しないといったことなどが導かれるとされる。

Büdenbenderの見解は、個々の事案の類型ごとに、法的評価を探求したものであり、従来の議論より、はるかにきめ細やかな議論を行っている。この点で、Büdenbenderの見解は、高く評価できる。角度を変えると、この検討は、損益相殺の判断は、事案に即した様々な法的評価が必要であり、一律の法的評価には馴染まないということを示しているということもできる。その一方で、Büdenbenderの論理はしばしば強引であり、また、場当たり的な解決を行っているようにも見える。これ

[39] BGH 1997年６月６日判決（BGHZ 136, 52, 57)、BGH 1986年10月２日判決（NJW-RR 1987, 246, 247）など。

[40] Ulrich Büdenbender, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, 1996.

は、損益相殺の問題全体を見渡した、基本的な指針の必要性を示唆しているように思えるのである。

5　Wendehorst[41]

Wendehorst の見解は難解であり、その正確な説明は、ドイツの文献でさえ断念している[42]。それゆえ、本稿でも、簡単に紹介するに留める。特徴的な点を取り上げると、Wendehorst の見解の中心には、アリストテレスの iustitia commutativa（交換的正義）から導き出した、静止原理（Statikprinzip）がある。この静止原理は、様々な債務法上の請求権の形態を描写する、一般的な法原理として探求されたものである。

Wendehorst の研究は、理論上は興味深い点を含んでいるものの、実務的な価値はほとんどないと評価されている[43]。このことは、損益相殺という問題について、統一的に評価することが困難であることを示している。

6　Thüsing[44]

かつて、相当因果関係論は、賠償されるべき損害について相当因果関係を必要とするが故に、控除されるべき利益についても相当因果関係がなければならないと説いた。この考え方について、詳細な再検討を行ったのが、Thüsing である。彼は、損益相殺の歴史の検討、比較法の検討及び法と経済学の観点からの検討を行った。Thüsing は、最終的には、個別の類型ごとに、損益相殺の判断を行っている。

Thüsing は、対称思想（Symmetriegedanke）と名付けたが、かつて、ドイツのライヒ裁判所は、賠償される損害について相当因果関係が必要とされることとの均衡上、控除される利益にも相当因果関係が必要であると解していた。我が国でも、石坂が、これと同じ見解を唱えて、通説化した。Thüsing は、この対称思想について検討した上で、損益相殺に

---

[41] Christiane Wendehorst, Schaden und Ausgleich, 1999.

[42] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.53、Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.492参照。

[43] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.53、Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.492参照。

[44] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2).

ついては、機会と危険の一致という点でのみ、根拠たり得るとする。この機会と危険の一致は、古くはローマ法においても承認された法原則であり、例えば、危険負担については、一般的に危険な行為による利益を受ける者は、その不利益な結果についても責任を負わなければならないということによって根拠づけられる。Thüsing は、この法原則を、損益相殺にも適用することができるとするが、その適用範囲を相当限定している。そのため、単なる外形的な損害と利益との対応のみに注目して、対応思想に基づき、包括的に損益相殺理論を構築することは否定している。

また、Thüsing は、現在のドイツの支配的見解である、損害と利益の合致を損益相殺の要件とすることにも否定的である。Thüsing は、利益と損害とが同じ法益に該当しなければならないとすることは、具体的損害理解（konkreten Schadensverständnis）に立脚するものであり、その名残が、対応基準（Kongruenzkriterum）であると説く（対応基準については、後述する。）。そして、この具体的損害理解は、克服され、対応基準も否定されるべきであるというのである。Thüsing は、今日のドグマ的な出発点は、差額説であり、差額説は全財産に焦点を当てているのであって、侵害された法益のみに焦点を当てるのではないという。Thüsing が、具体的損害理解を否定する根拠は、BGB 立法当時、抽象的な差額説が判例および学説の支配的見解であった、BGB の原状回復原則は抽象的な差額説を採ることの妨げにはならない、法と経済学的分析に基づく、損害賠償法の予防目的からの演繹も、財産を全体として考慮することに賛成するというものである[45]。Thüsing の検討は、もっぱら過去の事情や理論的見地からなされている。Thüsing のいうように、100年以上前から、今日に至るまで、ドイツにおける、損害概念については、抽象的な差額説が通説である。それにもかかわらず、損益相殺については、具体的損害理解が支配的見解となっている。その理由については、Thüsing は言及していない。また、対応基準の否定は、理論的根拠のみによるものであり、実際上の要請に基づくものではない。現に、Thüsing は、実際上必要な２つの場合には、対応基準を正当としている。その２つとは、財産損害と非財産的利益との損益相殺を否定すること、

[45] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.439ff.

及び、部分損害（Teilschaden）について賠償すべき場合（例えば、死亡の場合に、扶養権利者に対する賠償を命じるBGB844条２項）に考慮されるべき利益を限定することである。さらに、前述の通り、Thüsingは、一定の類型について、損益相殺の当否を検討している[46]。しかし、一定の類型において、損益相殺を検討するためには、当該類型における、損害と利益とをある程度具体的に把握することができることが前提になるはずである。抽象的な差額説を前提に、全財産状況について焦点を当てるのであれば、どうして、当該類型における損害や利益を想定することができるのであろうか。

その理論構成には疑問があるが、Thüsingも、今日のドイツの支配的見解と同様に、類型ごとに損益相殺の当否を検討するという思考を採用している。

第５　一般的な準則

１　前述のように、今日のドイツの支配的見解は、類型ごとに損益相殺の当否を検討している。もっとも、損益相殺に関する一般的な準則が放棄されたわけではない。ここでは、今日のドイツ法における一般的な準則を取り上げる。

２　法定債権譲渡（Cessio legis）[47]

例えば、損害保険金のように、一定の給付については、給付によって、損害賠償請求権が移転することが法定されている（損害保険金について、VVG67条）。この種の規定は、様々な法律に置かれている（SGB第10編116条以下。連邦社会救助法４条２文。公務員法の統一のための基本法87a条。EFZG6条）。この場合の給付は、損益相殺の対象にならないと解されている。

このような給付は、本来であれば、損益相殺の対象になるべきところ、

[46] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.471ff. 具体的には、直接利益、被害者の損害軽減、第三者給付、扶養損害（望まれない出生と不法行為による死亡）、契約による損害賠償における損益相殺、損益相殺と税及び共同過失と第三者利益である。

[47] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.495f.

仮に損益相殺を行うと、譲渡されるべき債権が存在しないこととなる。そこで、これらの規定は、損益相殺を否定する趣旨を包含しているものと解されている。この解釈自体は、古くから承認されてきたが、差額説との関係では、これらの規定は、差額説に優越する法的評価に基づくものであると解することになる。もっとも、損害保険との関係では、新価保険をどのように理解するのか疑問があるが、これについては、後で検討する。

３　精神的利益[48]

被害者が、加害行為によって、精神的損害を被るだけでなく、精神的利益をも受けることがある。この場合は、損害と利益とは損益相殺されない。精神的苦痛は、損害と利益とに分離することはできず、総合的に評価して、賠償額を決定することになるからである。また、財産的なものと精神的なものとを比較することはできないので、財産的利益を精神的損害から控除することもできない。もっとも、財産的利益を受けることによって被害者の精神的苦痛が慰謝されることはありうるので、そのような利益は、慰謝料の算定において考慮されうる。一方、被害者が精神的利益を受けたことを理由に、財産的損害を減額することはできない。

４　抽象的損害算定[49]

抽象的な損害算定の分野では、損益相殺の余地はない。この場合は、具体的な経過と無関係に、給付の内容を決定することが可能だからである。実際上、意味を持つのは、BGB288条１項の規定する法定の利息請求権である。もっとも、同条４項の規定により、法定利率を超える遅延損害金の支払を請求する場合は、抽象的な損害算定ではないから、損益相殺の対象となり得る。他に、法律が目的物の一般的な価値の賠償を命じている場合は、損益相殺は排除される[50]。

---

[48] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.497f.

[49] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.498.

[50] 例えば、商法（HGB, Handelsgesetzbuch）429条、658条、659条、内水交通法（BinSchG, Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt）26条。

5　時的限界[51]

訴訟において、基準時後に発生した利益については、損益相殺の対象とならないことは異論がない。損害賠償債務の弁済後や和解後に、利益が発生した場合も同様である。問題は、このような事情がない場合の時的限界である。学説は、否定的であるが、判例は、後述の有利な競落事例などでこれを承認している。

6　費目拘束[52]

損害の一部について給付がなされる場合に、当該給付の額が当該損害の額を上回ることがある。例えば、交通事故による後遺症により、被害者が障害年金を受給することになったが、その支給額は、被害者の収入の減少より多額であったとする。この場合は、年金を控除することができるのは、収入の減少部分に限定され、その他の損害についてこれを考慮することはできない[53]。判例[54]によれば、BGB844条１項に基づく請求に関しては、扶養請求権の喪失に関連する利益のみを考慮することができるとされる。

一般的に、利益と損失とは、同一の損害費目に結びつかなければならないと解されている。これが、費目拘束であり、Thüsing のいう対応基準（Kongruenzkriterum）である。

この費目拘束は、Cantzler や Thiele の見解、さらには、Walsmann や Oertmann の具体的損害概念に基礎をおくものである。それゆえ、Thüsing のいうように、費目拘束を認めることは、抽象的な差額説との関係で緊張関係にある。このことについては、後で取り上げる。

7　加害者の故意過失[55]

ALR のように、加害者の故意または過失あるいは過失の軽重によっ

---

[51] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.499f.

[52] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.501f.

[53] BGH 1984年12月４日判決（NJW 1985, 735）参照。

[54] BGH 1980年２月26日判決（NJW 1980, 1787f）。

[55] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.58ff.

て、賠償義務の範囲を変えることは、しばしば見られたことである。もっとも、BGB は、一般的に、賠償義務の範囲を加害者の主観とは分離し、完全賠償原則を採用した[56]といわれている。学説の多くは、損益相殺を含む、損害の算定に当たり、加害者の責任を考慮することに否定的である。もっとも、慰謝料の額の算定には、一般に加害者の故意過失を考慮することが承認されている[57]。

損益相殺において加害者の主観を考慮する見解も少数ではあるが、存在している。たとえば、Heck[58]は、その教科書において、機械が故意に毀損されたが、この損害を除去しようと試みる際に、偶然価値のある発明が生じたという事例を挙げている。Heck は、悪意の加害行為であるとの理由で、この利益が控除されることを否定するものと考えられる。一般的に、かつ、明確に、Baur[59]は、「法的感覚」のみに依拠して、加害者が故意に行った場合は、被害者に生じた利益は、損害賠償請求権を減少させないと主張した。さらに、Felgentraeger[60]は、賠償義務者に利益を与えることを禁止するという一般的な思想のみによって、故意の加害者については損益相殺しないことを説明した。また、前述の通り、Rudloff も、故意又は重過失の加害者は、偶然発生した利益という幸運を受けるに値しないとしている。

これらの学説に加えて、判例においても、加害者の主観を損益相殺において考慮するものがある。

BGH 1975年７月９日判決[61]

〔事案〕

遺産の管理人が、遺産の土地を売却して獲得した売上金の一部を用いて、金の延べ棒を購入した。ドイツマルクの切り上げにより、後に、金

[56] Motive, Bd. II, S.17参照。

[57] Heinz Thomas, in:Palandt, 40. Aufl., 1981, § 847 BGB, S.907.

[58] Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1958, S.50.

[59] Fritz Baur, Zum Problem der Vorteilsausgleichung, JW 1937, S.1463f.

[60] Heinrich Stoll/Wilhelm Felgentraeger, Vertrag und Unrecht, Bd.II, 3.Aufl., 1943, S.239.

[61] FamRZ 1975, 576.

の延べ棒は、投資した金額よりも低い金額で売却された。相続人は、これによる損害と、売上金について利息が付かなかったことによる追加の損害を請求した。これに対して、被告の遺産管理人は、責任の存在を争うとともに、相続財産は元々債務超過であったと主張した。遺産管理人の主張によれば、その巧みな取引と、受遺者Cとの困難な交渉によって、受遺者Cにその請求権の重要な部分を放棄させ、相続人に約50,000ドイツマルクを獲得させることに成功した。一審、二審は請求認容。破棄差戻。

〔判旨〕

（金を購入したことを直ちに遺産管理人の義務違反と認定した原判決に対して、遺産管理人は遺産を適正に処分する義務を負うのであり、金に投資をすることは充分合理的でありうる。本件の具体的事情で、金に投資をすることが義務違反であったかをさらに審理させる必要があるという。）

「損害を発生させた事象（金の延べ棒の購入）と被告が主張する受遺者Cとの和解による利益との間には、高等裁判所の事実認定によれば、相当因果関係がないので、被告の主張を損益相殺の観点で考慮することはできない。しかし、金の購入について、損害賠償義務を生じさせる義務違反が非難されるべきときは、被告の主張は考慮しないわけにはならない。というのは、被告は遺産管理人として、遺産債権者による根拠のない請求権を拒絶する義務を負っていた。しかし、遺産債権者に、正当な債権の一部を断念させることは、その任務には含まれていない。－被告が主張するように－遺贈者Cに対して、Cが、定期金遺贈についての和解において、正当な権利を放棄し、それによって、被告は、債務超過による相続財産の破産を回避しただけではなく、原告のために相続財産を５万マルク以上確保することに成功したのであれば、被告はその限度で、原告に対して遺産管理人としての義務以上のことを行った。一方で、被告が年金遺贈を解消して確保した収益を要求し、他方で、被告に金の購入によって生じた損失を理由に責任ありとしようとするのであれば、このような状況下では、請求は信義則に抵触するであろう。」「この場合、被告のあり得る責任の重大さが、重要な意味を持つ。被告が善意の熟慮によって行ったことが、後に間違いであると証明されたのか、または、

軽率若しくは非常に大きな過失で行動したのかが重要となりうる。」

また、以下のように、ドイツの判例においては、同種の事案でありながら、過失の場合は損益相殺を認める一方、故意の場合は損益相殺を否定するものが見られる。

BGH 1988年１月11日判決[62]

〔事案〕

合名会社の業務執行社員であった被告は、同社の業務執行社員である原告の反対にもかかわらず、会社のために弁護士Ｌを雇い入れた。この会社においては、雇用契約の締結には、他の業務執行社員の同意を得る必要はないとの業務執行社員決議が存在しており、被告も自己に業務執行権があるものと理解していた。しかし、商法典（HGB）115条１項は、他の業務執行社員がある行為に対し異議を述べた場合は、当該行為を中止しなければならない旨を規定している。そのため、被告によるＬの雇い入れは、越権行為であった。原告は違法な雇い入れを理由に、被告に対して損害賠償を請求した。

〔判旨〕

「会社は、被った損害を充分説明し、証明した。これに対して、場合によっては、業務執行社員は、反対給付が履行されたために、会社の損害を除去し、または、減少させた財産上の利益がもたらされたことを証明しなければならない。このためには、相互に義務を負う給付の間に、均衡の取れた価値の関係が存在するということでは不充分である。これでは、財産の比較の前に、比較の考慮において、どのような役割を収納することができるかについて、評価的な判断を行わなければならないことを考慮していない (vgl. H.Lange, Jus 1978, 649 ff m.w.N.)。ここでは、会社が取引にその意に反して入ったことが顧慮されなければならず、実際に押しつけられた反対給付が会社にとって有用に使用できるものであったかどうか、及びどの程度使用できるものであったかは、完全に開かれている。そのため、会社は反対給付ないし分け前を、それがなくて

[62] WM 1988, 968.

も必要とし、または、禁止された措置によって、そうでなければ受け取ることがなかった、他の財産的価値ある利益を獲得したことを証明しなければならない」

BSG　1995年６月21日判決[63]

〔事案〕

医師である被告が、許可の条件を満たさないにもかかわらず、詐欺によって、疾病金庫（日本の公的医療保険における保険者に相当する。）の保険医としての許可を受けた（ドイツでは、開業医が保険診療を行うには、予め、保険医としての許可を得る必要がある。）。疾病金庫が、被告による治療は許されないとして、支払った報酬について、損害賠償を求めて提訴した。これに対して、被告は、被告が許可を得なくても、他の医師が医療給付を行い、金庫はそのために支払をしなければならなかったであろうとして、損益相殺を主張した。

〔判旨〕

（民法上の損益相殺が、公法の分野にも適用される旨を述べる）

「そうでなければ（注－被告が保険医として治療を行わなければ）原告に支出が生じたであろうかどうか、及びその額を判断することは許されない。というのは、これによって発生する利益の控除は、問題となっている損害賠償請求権の性質故に、一般的に問題とならないからである。

損害を減少させる利益を、立法者は発生した財産損害を算定する際に原則として控除が損害賠償の目的に合致する場合に限り、相殺されなければならないものとした（規範的損害概念；Palandt/Heinrichs, 54. Aufl., Vorb. §249 Rdnr. 13 m.w. Nachw.)。この場合に、それが妥当するかどうかは、損害賠償法以外の法的な評価を考慮して決定されるべきである。当部は、無許可の治療によって発生する損害の賠償において、損益相殺の問題と密接に関係する､正当化されない利得の抗弁について、法律又は契約に違反して提供された給付についての報酬請求権を否定する際に、1994年５月４日判決（BSGE 74, 154 [158]=SozR 3-2500 §85 Nr.6）において、保険医が仕事を行うために基準となる法律の規定は、

[63] NJW 1996, 3102.

保険医のシステムが全体として機能することを確保するために決定されなければならず、この目的は、不当利得法の原則を適用することによって、その効果を失わせることは許されないと判示した。この判例は、給付が違法な契機でなされたことを理由とする損害賠償に妥当する。仮にそうでないとすれば、許可を得ていない医師が、法定の疾病金庫の負担で、その権限なく、許可を受けた医師に適用される法律及び契約上の制限に拘束されることなく、給付を行う誘因を与えるかもしれない。原告の損害賠償請求については、それゆえ、結果的に支出を節約したという抗弁を申し立てることはできない。」

OLG München 1965年４月８日判決[64]

〔事案〕

被告は、その資格がないのに、詐欺によって、大尉に任命された。そのため、ドイツ連邦共和国は、被告に対して、不法行為を理由に、士官の給料と兵卒の給料との差額を請求した。

〔判旨〕

「広く行われる、損益相殺のための要件は欠如している。原告には、被告の職務によって、被告に実際に帰属すべき、伍長、軍曹及び曹長の給料を超える利益は発生していない。なぜなら、被告の大尉としての職務は、被告にとっては、大尉の職務としての法的な価値を有していないからである。このため、原告は、その職務を行うことが法的に可能な大尉の職務を免れたということはできない。」

BGH1988年判決及びBSG1995年判決は、いずれも違法な行為を行ったものの、それによって被害者のためになる行為（労働や診察）が行われた事案である。しかし、BGH1988年判決は、損益相殺を認めているのに対して、BSG1995年判決は、これを否定している。この違いの理由としては、加害者の故意・過失の違いに注目すべきであろう。特にBSG1995年判決は、損益相殺を認めれば、無許可の医師が疾病金庫の負担で治療を行う誘因となる恐れがある旨を述べるが、この理由付けがよ

[64] MDR1965, 988.

く妥当するのは、故意に違法行為を行った場合である。OLG München 1965年判決の事案も、加害者が故意に違法行為を行ったことは疑問の余地がない。この判決も、明示的に、加害者の主観を考慮しているわけではないが、一応は、被告が大尉の職務を行っていたことは間違いない。仮に、原告国が、意図して、被告を大尉に任命したのであれば、被告が大尉の給料を受けることは正当というしかない。問題は、国が意図せずに、即ち、過誤で、被告を大尉に任命した場合である。OLG München 1965年判決の事案も、結局は、国の過誤というべきであろうが、被告の詐欺といった事情が無く、単に国の担当官吏が誤って、被告を大尉に任命したのであれば、被告が大尉の給料を受領したことを非難することはできないであろう。München 高等裁判所は、被告の職務は、「大尉の職務としての法的な価値を有していない」というが、その根拠となっているのは、客観的に見て、被告に大尉の資格がないということに加えて、詐欺によって大尉に任命されたという、被告の悪性であろう。そうであれば、結局、この判決も、加害者の故意を根拠に、損益相殺を否定したものというべきである。したがって、ドイツの判例は明確ではないものの、一定の事例については、加害者の主観を考慮しているものといえる。

第６　類型ごとの検討

１　理論的背景

これまで紹介してきたように、損益相殺に関するドイツの学説は、当該事案における損害を賠償させるため、それと無関係な利益の考慮を否定するもの（Walsmann、Oertmann、Cantzler や Thiele）と、抽象的な命題から導いた一般原則によって損害とは無関係に統一的解決を図ろうとするもの（Rudloff や Wendehorst）に分けることができる。一般的に支持されているのは、前者であり、今日の完全に支配的な見解は、損益相殺について、何らかの方法で、損害と利益との合致を要求している[65]。これは、被害者の全財産についての差額を損害とする考え方（この考え方を「総体財産差額説」という[66]。）の否定である。すなわち、今日のド

[65] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.55参照。

[66] 用語は、奥田昌道編『新版　注釈民法（10）Ⅱ』（有斐閣、2011年）269頁（北

イツの支配的見解に従う限り、当然に、「加害行為により、被害者が不利益を受けると同時に、利益を受ける場合がある。このような場合には、不利益から利益を控除した残額が、賠償を要する損害になる」[67]ということはできない。対応原則の下で、費目拘束が承認される結果、同一の損害費目に関しない利益は損益相殺の対象とならない。

これは、Thüsing のいうように、具体的損害理解の表れである。損害は、被害者の全財産の変化というように抽象的に把握されるのではなく、実際に発生した害悪に対応して、具体的に把握される。加害行為に関連して、複数の害悪が生じたときは、個別の損害を合計したものが全損害となる。

この具体的損害理解を採用することは、事例の類型的な理解と整合的である。類型的な理解を行うためには、一定の加害行為から、類型的にどのような損害と利益とが生じるかを想定できなければならない。しかし、現実には、様々な態様で利益が発生することがある。交通事故で被害者が重度の後遺症を負った場合に、消費貸借契約の約定に基づき、被害者の銀行に対する借入金返済債務が消滅することもある。共働き夫婦の夫が事故で死亡し、妻が損害賠償を請求したという典型的な事例でも、実は、夫が妻を虐待しており、そのため、妻は精神的に病んでおり、カウンセリングを受けるなどしていたが、夫が死亡したことでストレスの原因がなくなり、カウンセリング費用が節約できたほか、仕事も順調に進むようになって、給与も増加したということもないわけではない。この場合は、妻にとっては、扶養の喪失が損害であり、その一方で、カウンセリング費用の節約や給与の増加という利益を受けたと考える余地もあろう。このような様々な場合を、すべて考慮した上で、類型化することは困難である。現実の使用に耐える類型化をするためには、費目拘束を前提とし、それゆえ、具体的損害理解に依拠する他ないであろう。

２　利益の発生源に基づく区別

具体的損害理解に依拠すると言っても、利益と損害との結びつきには、

川善太郎・潮見佳男）による。

[67] 加藤一郎編『注釈民法（19）』（有斐閣、1965年）46頁（篠原弘志）。

強弱があり得る。今日のドイツ法における、一般的な類型の枠組みは、当該利益の発生源によって区別することである[68]。すなわち、被害者の行為によって利益が発生したのか、第三者の給付等によって利益が発生したのか、あるいは、これらによらず自然に利益が発生したのかによって区別を行うのである。

これは、利益と損害との結びつきの強弱による区別と理解することができる。被害者や第三者が何らの介入もすることなしに発生する利益は、一般的に、損害との結びつきが強いものと考えられる[69]。一方、被害者の行為による利益は、被害者が損害による不利益を回避するために採った行動によって生じたものであろう。それゆえ、被害者の行為が介在する以上、自然に生じた利益よりは、損害と利益との関係が希薄であるといわざるを得ないが、一応は、損害の発生回避と結びついている。他方、第三者の給付による利益は、損害の回避というより、損害の穴埋め（填補）にすぎないことが通常であろう。そうすると、一般的な傾向としては、自然に発生した利益が最も損害との結びつきが強く、第三者の給付等による利益が最も結びつきが弱いといえよう。この結びつきの強弱は、損益相殺の判断に影響しうる。それゆえ、具体的損害理解の観点からは、現在のドイツで一般的な類型の枠組みは、充分合理的なものとして正当化できよう。一方、抽象的な差額説を前提に、素直に理解すると、損害も利益も、単なる差額として把握され、その原因は捨象されることになろう。それゆえ、利益の発生源によって、区別して考える根拠を欠くことになるのではなかろうか。

どのような理論構成を採るかは別にして、今日のドイツ法は、損益相殺を利益の発生源に応じて、類型的に検討することでほぼ一致している。そこで、以下では、類型ごとの検討を行う。

3　被害者または第三者の行為によらない利益[70]

---

[68] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.502ff 参照。

[69] もちろん、様々な場合が考えられるが、前述のように、ここでは、損害と同一の費目に関する利益であることを前提としている。

[70] Thüsing は、この類型を直接利益（Direkte Vorteile）とよんでいる。

（１）総論

先に、理論的見地から、一般的傾向として、この類型の利益は、損害との結びつきが強いものと考えられると述べたが、実際上も、以下で取り上げるように、この類型の利益は、一般的に広く控除が認められる傾向にある。そのため、この類型の利益は、純粋な計算項目に緩やかに接近しているとの指摘がある[71]。純粋な計算項目であれば、損害と利益の存在を前提とする損益相殺の問題として処理するのではなく、初めから、全体として、損害が発生しないものと考えるか、あるいは、損害が利益の分だけ減少した形で発生したものと考えることになる。

これまでも取り上げてきた騎手事例は、この類型に含まれる。判例は、賠償義務者が自己の有利になるように、被害者の土地に仮登記を設定していたが、当該仮登記を適時に抹消することを怠ったために、被害者は当該土地を売却することができず、損害が生じた。その一方で、土地を売却できない間に不動産の価値が上昇した事例において、価値の上昇を考慮すべきとした[72]。類似のものとして、違法な建築制限により、不動産を売却することが遅延し、損害が生じた場合に、その間の土地の価値の上昇及び賠償権利者の費用を填補しない、建築すべき建物の賃貸借によって生じた損失の減少を考慮すべきであるとする判例がある[73]。他に、判例は、リースの借り主の契約違反によって、リース物を予定より早期に返却する場合は、契約に従った返却の場合のリース物の価値と、実際の返却の際のリース物の価値との差額を考慮すべきであるとした[74]。

これらの判例は、損益相殺を肯定した例である。もっとも、被害者または第三者の行為によらない利益であっても、判例は常に損益相殺を行っているわけではない。損益相殺を否定した例としては、有名な、ビール購入事例（Bierbezugsfall）[75]がある。これは、原告が被告との間でビールの継続的な購入契約を締結したが、適時に、被告が原告にビールを提

[71] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.502.
[72] BGH 1980年５月16日判決（BGHZ 77, 151）。
[73] BGH 1988年12月15日判決（NJW 1989, 2117）。
[74] BGH 1995年３月８日判決（WM 1995, 935）。
[75] RG 1908年10月２日判決（recht 1908, Nr.3240）。

供しなかったために、損害賠償を請求したというものである。原被告間の契約には、原告は被告以外の者からビールを購入しないとの約定が存在し、これに違反する場合は、違約金を支払うこととされていた。損害賠償訴訟において、被告は、損害賠償から、原告が支払を免れた違約金を控除するべきであると主張した。ライヒ裁判所は、これを２つの理由から排斥した。１つは、利益と損失とが、単一かつ同一の行為から発生したものではないということであり、もう１つは、損益相殺されるべき利益は一般的に生じたものであってはならず、損害を回避するものに限定されるが、当該事案の利益は一般的に生じたものであるということである。この理由付けは、当時の通説に基づくものであるが、ともに、問題の利益と、加害行為・損害との結びつきが希薄であることを言うものである。具体的損害理解からは、賠償されるべき損害との結びつきの希薄な利益を損益相殺の対象としないことは自然な帰結であろう。一方、抽象的な差額説を前提に、損害を財産状態の差額と考えれば、加害行為や賠償されるべき損害との結びつきを問題にすることは困難ではなかろうか。

（２）支出の節約

加害行為の結果、被害者が本来であれば必要な支出を免れることがある。日本法においては、生命侵害の場合の被害者の生活費の控除が有名である。しかし、ドイツ法においては、生命侵害の場合の損害理解について、いわゆる扶養構成が採用されており（BGB844条２項）、生活費控除の問題は生じない。

この類型で有名なドイツの事例は、被害者が入院した場合の食費の節約である。これは、入院中は、病院が食事を提供するため、その間、被害者は食費を負担する必要がなくなるというものである。この費用の節約は、損益相殺の対象となるものと解されている[76]。同様の論理は、交通事故によって自動車が毀損され、修理を要することとなったが、修理中に、被害者がレンタカーを使用した場合の、自動車の消耗の節約にも

[76] OLG Nürnberg 1963年１月11日判決（VersR 1964, 176）、KG 1968年３月18日判決（VersR 1969, 190）、OLG Celle 1968年12月16日判決（NJW 1969, 1765）。

妥当する。他にも、住居の完成の遅延による損害に対して、遅延によって、被害者が銀行から受ける融資の期間が節約されたことを考慮すべきであるとされた事例[77]などがある。

もっとも、節約された支出が、被害者の不自由によって生じた場合は、当該支出の節約は、損益相殺の対象とならないと解されている[78]。例えば、被害者が、事故で修理中の自動車について、代わりの車両をレンタルせずに済ませた場合は、自分の車の消耗が節約されたことは考慮されない。美食家の被害者が、食餌療法を受けることとなり、その結果、食費が大いに減少したとしても、そこで考慮される食費の節約は病院食の価額に限られる[79]。

ここで問題となっているのは、結局のところ、単なる損害の算定方法のように思われる。日本法であれば、被害者が入院して、入院費用が必要となったが、その一方で、食費を節約することができたというのではなく、端的に食費を除いた入院費用について、本来であれば不要な費用が必要になったのであるから、これを損害として捉えることに躊躇はないであろう[80]。ドイツ法において、このような迂遠とも思える算定方法が採用されているのは、原状回復を原則としているためであろう（BGB249条１項）。例えば、事故によって、自動車を使用することができなくなった者は、代わりの自動車を請求することができる。この自動車の使用のための費用（一般的には、レンタル費用）は、賠償義務者が負担しなければならない。その一方で、被害者の自動車は修理期間中、消耗することを免れているから、その消耗については、被害者が加害者

---

77 BAG 1970年４月24日判決（JZ 1971, 380）。

78 Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 21), S.504.

79 OLG Hamm 1999年11月23日判決（NJW-RR 2001, 456, 457）。

80 もっとも、現在の日本の裁判実務においては、入院の際の財産的損害は、治療費と入院雑費で算定することとされており、このような算定方法は充分合理的と考えられる。そして、入院雑費は、通常は、ある程度、定額で算定される（日弁連交通事故相談センター東京支部編集発行『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準上巻』（赤い本）（2015年（平成27年）版、2015年）36頁は、１日につき1500円とする。）。それゆえ、日本においては、あえて、食費の節約を問題とする必要はない。

に返還しなければならないとされるのであろう。金銭賠償主義を採用する日本法からは、端的に、自動車の使用不能を損害と捉えて、それを金銭評価して賠償を命じればよいようにも思われるが、BGB が、そのような賠償を許さないのである。その結果、損害も、原状回復に馴染む形で把握され、その一方で、原状回復の観点から被害者の利益も返還しなければならないことになるのである。このように、この類型は、原状回復原則を採用するドイツ法独自の問題が多く含まれている。

（３）生命侵害に伴う利益

BGB844条は、生命侵害について、２種類の賠償を命じている。１つは、葬儀費用（Kosten der Beerdigung）であり（同条１項）、もう１つは、扶養（Unterhalt）である（同条２項）。問題が多いのは、後者であるが、前者についての賠償も認められていることには留意する必要がある。なぜなら、対応基準を前提とする限り、賠償すべき損害と関連した利益についてしか、損益相殺を認めることはできないからである（前述のように、対応基準に批判的な Thüsing でさえも、生命侵害の場合には例外的に、対応基準を肯定している。）。死亡それ自体と関連した見舞金等の、公的・私的な給付や援助は葬儀費用との関係でのみ問題となる。若干変わったところでは、喪服の購入費用の賠償が争われた事案[81]もあるが、これも葬儀費用との関係で問題となる。

ここでは、問題の多い、扶養についての賠償を中心に検討する。なお、死亡を原因として給付がなされることはしばしばあるが、これについては、第三者の給付等による利益において扱うので、ここでは検討しない。

まず、扶養義務からの解放という問題を検討する。BGB844条２項は、扶養請求権の喪失について賠償を命じるが、扶養権利者が同時に扶養義務者でもあることは、ままあることである。例えば、夫を失った妻は、夫から扶養を受けることができなくなったが、それと同時に、夫を扶養する義務から解放された。夫のみが就業する専業主婦の家庭においては、現実には、妻が夫を扶養することは考えにくいかもしれない。しかし、

[81] 控除の当否は、葬儀の性質によるようである（Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 21), S.506）。

少なくとも法律上は、妻にも夫を扶養する義務が存在し、夫が就業することが出来なくなった場合は、妻は可能な範囲で就業するなどして、夫を扶養しなければならないのである。それゆえ、夫を失った妻は、夫に対する扶養請求権を喪失すると同時に、夫に対する扶養義務を免れたといえる。この扶養義務からの解放については、判例は、損益相殺を肯定している[82]。これに対して、学説は、配偶者の喪失は明白な利益とは言えない、婚姻から生じる義務は、交換関係の枠組みで評価することはできないため、損益相殺に必要な利益と損失との対応がないとして、損益相殺を否定している[83]。この問題は、未だ統一的な解決を見ていない。しかし、先の例では、夫を失った妻は、夫に対する扶養をする必要がなくなったために、不要になった支出を、自らの生活のために使用することができる道理である。また、実際上の問題として、妻が夫を扶養しなければならないという事例においては、通常は、夫の妻に対する扶養が多額に上るということもないであろう。そうすると、扶養の喪失を損害としてみる以上、扶養義務からの解放を利益として考慮することにも充分理由があるように思える。いずれにせよ、判例も学説も、扶養損害という形で、具体的に損害を理解した上で、検討していることは明白である。なお、死亡した者が、法律上要求される程度を越えて扶養を行っていた場合は、損益相殺の枠組みにおいて、遺族に有利に考慮するものと解されている[84]。

次に、早期の相続財産の承継という問題を検討する。死亡事故によって、本来よりも早く相続が生じることとなる。その結果、賠償権利者が相続人である場合は、相続によって、相続財産を利用することが可能になるから、本来よりも多くの収益を得ることとなる。通説は、この利益は、通常であれば、侵害事象がない限り、賠償権利者に生じなかったで

[82] BGH1971年７月13日判決（BGHZ 56, 389, 393）、BGH1972年10月17日判決（VersR 1973, 84, 85）、BGH 1984年６月５日判決（VersR 1984, 875, 876）。

[83] Dieter Medicus, in:Staudinger, 12. Aufl., §249 Rn.171.

[84] BGH 1979年４月10日判決（NJW 1979, 1501, 1503）、OLG Zweibrücken 1988年10月31日判決（NJW-RR 1989, 479）。

あろう利益の限度において、考慮されると解している[85]。それゆえ、相続財産の元本は、賠償権利者に相続財産が通常の因果経過であっても帰属したであろう場合に、その限度においては、控除されない[86]。これに対して、相続財産の収益は、恐らく扶養の負担を賄うために使用され、相続財産の増加や維持のために使用されないであろう限度で、控除される[87]。それゆえ、例えば、生命侵害が発生しなかったとしても、ランニングコストや償却のために使用されたであろう、土地の賃料収入は控除されない[88]。同様に、農地からの収入も、それが通常の農場経営において、投資に費やされる限度では、損益相殺の対象にならない[89]。BGB844条２項は、扶養の喪失について賠償を命じているのであるが、死亡した者がその財産を切り崩して、賠償権利者を扶養していた場合は、賠償権利者は相続財産を取得したことにより、実質的には、扶養義務者から受けるはずであった扶養（に相当する財産）を取得したといえる。それゆえ、その限度においては、扶養は侵害されていないともいえよう。一方、相続財産を取得しても、それが扶養に費やされないのであれば、それは扶養の喪失という損害とは無関係であり、損益相殺の対象とならないということになろう。前章で紹介した、生命侵害に関する ALR の規定を思い出してみよう。ALR99条は、死亡が、故意または重過失による場合に、遺族への扶養を行い、教育と持参金を与えることを命じていた。そして、この場合は、相続財産や、国等からの援助を考慮しないこととしていた（ALR100条）。一方、通常の過失の場合は、賠償義務者は、相続財産からの収入や国等の援助では不足する限度で、賠償を行えばよいとされていた（ALR103条）。第三者からの給付については後述するが、現在のドイツの法状況は、故意または重過失の場合に関する ALR の規律に近い

---

[85] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 21), S.507.

[86] BGH 1953年１月15日判決（BGHZ 8, 325, 328）、BGH 1957年２月５日判決（NJW 1957, 905）、BGH 1978年12月19日判決（NJW 1979, 760）、BGH 1969年３月18日判決（VersR 1969, 713）。

[87] BGH 1974年３月19日判決（NJW 1974, 1236）、BGH 1978年12月19日判決（NJW 1979, 760）、OLG Frankfurt 1988年11月25日判決（NJW-RR 1990, 1440, 1443）。

[88] BGH 1962年１月９日判決（VersR 1962, 322）。

[89] BGH 1961年７月11日判決（VersR 1961, 855）。

といえるだろう。

（４）賠償義務者の事務処理による利益

賠償義務者が、賠償権利者の事務を処理すべき場合において、その事務処理が違法であるため、損害を賠償する義務を負うが、その一方で、事務処理の結果、賠償権利者に利益を生じさせることがある。

前述のBGH1975年７月９日判決、BGH1988年１月11日判決及びBSG1995年６月21日判決は、すべて、この類型に属する。この類型においては、賠償義務者の主観（故意、過失）が、考慮されているのは、興味深い点である。前述のOLG München1965年４月８日判決の事案は、被告は現実には大尉の職務を行ったものの、その職務執行が法的に無価値と評価されたものである。これは、事務処理の過程が問題となったというより、そもそも、事務処理自体が、詐欺という違法な原因に基づいて、開始されたものであるが、事務処理が違法であったことには変わりない。そして、この判決においても、賠償義務者は故意に違法な事務処理を行っており、それによって生じた利益の損益相殺が否定されているのである。

一般的に、ドイツ法においては、賠償義務者の主観面の悪性は、故意過失を必要とするという限度で､損害賠償の要件となることはあっても、損害賠償の範囲には影響しないと解されている[90]。賠償義務者が故意であるからといって、通常より重い賠償義務を負担することもないし、賠償義務者が軽過失であるからといって、通常より賠償義務が軽減されることもないはずなのである。しかし、この類型に関しては、判例は、損益相殺という賠償範囲の決定に当たって、賠償義務者の主観を考慮しており、非常に興味深いといえよう。

（５）小活

総論で述べたように、被害者または第三者の行為によらない利益は、一般的に広く損益相殺が認められる傾向にある。本稿では、具体的な類型として、支出の節約及び生命侵害に伴う利益を取り上げたが、これら

[90] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.444.

についても、ドイツ法の原状回復原則の影響によって、若干修正を受けている点はあるものの、全体としてみれば、問題となっている損害を算定するという観点から、損益相殺について判断しているといえる。注意すべきは、賠償義務者の事務処理による利益の類型である。この類型では、賠償義務者の主観が考慮されている。賠償権利者の主観については、慰謝料の算定において考慮する余地があるが、現在の、懲罰性を排除した損害論を前提とする限り、賠償義務者の主観は、損害額の算定に影響を及ぼさないはずである。それが考慮されているということに、単なる損害の計算項目に止まらない、損益相殺固有の問題が存在するように思われる。

4　被害者の行為による利益

（1）総論－被害者の努力による損害軽減

損害は、常に、加害者ではなく被害者の側に発生する。それゆえ、損害を惹起したのは加害者であっても、損害の発生または現実化に当たり、被害者の行為が介在することは、まま見られることである。例えば、加害者が被害者に暴行を加えて、傷害を負わせたとする。しかし、被害者が負傷しても、それだけで、直ちに現実の所得の減少につながるわけではない。被害者が職を失ったり、それまでの高賃金の仕事をすることができなくなったり、就労時間が減少したりすることによって、初めて、所得の減少が生じるのである。そして、ここには、被害者の行為が介在する。被害者が通常以上の努力をするなどして損害回避に努めた場合、負傷にかかわらず、現実の所得は減少しない可能性がある。この場合に、被害者の努力によって生じた利益を、損益相殺するかという問題が生じる。この被害者の努力による損害軽減という類型について、ドイツでは、一般的に、次の判例が参照されている。

BGH1971年２月16日判決[91]

〔事例〕

原告は、自動車教習所の教官である。被告の自動車が、原告の教習用

[91] BGHZ 55, 329.

自動車に衝突し、被告は事故による損害を賠償する義務を負うことになった。そこで、原告は、自動車を修理する間、教習を行うことができなくなったとして､その間の報酬の喪失について賠償を請求した。なお、原告の自動車は、教習用の特殊な車両であり、修理期間中に、代車を借りて教習を行うことは不可能であった。一審及び二審は、原告の請求を概ね認容した。これに対して、被告が上告。上告審では、原告が、自動車の修理後に、超過勤務を行い、結局、原告には経済的な損失が生じていないことが問題となった。

〔判旨〕

「控訴審裁判所は、この問題を損益相殺の観点から捉えている。当該分野において、被害者自身の行為に基づく利益は、それが、BGB254条２項１文の損害軽減義務を越える場合は、控除されないとの、実に一般的な法解釈が妥当する」「これは、BGB254条２項から直接生じるものではないが、この規定において明らかにされた評価の意味に即した適用によって生じるものである」

「被害者が、BGB254条２項に基づく追完（Nachholung）の義務を負わない限度では、被害者の損害賠償請求権は、そのまま残る；被害者が、追完を義務づけられる限度においてのみ、被害者の請求権は減少する」

「いかなる事例においても、損益相殺の分野において、本来の意味で発展した、損害事象と関連した有利な事情は、控除が損害賠償の目的に合致し、加害者を不当に免責することがない場合に限り、斟酌されるべきであるという原則は、ここでも妥当する。同様に、当該法思想及びBGB254条２項の法的評価から、被害者の義務を越えた努力による損害回避・軽減によって、加害者を免責すべきではないことが察知されるべきである。」

「それゆえ、控訴審裁判所の法的端緒は、結論において是認することができる」として、上告を棄却した。

BGB254条２項１文は、被害者の損害軽減義務を規定している。「被害者が、損害の発生後、これを期待可能な措置によって改めて回避・軽減することを怠った場合に」は、同文により「賠償請求権の縮減」がな

されることになる[92]。例えば、「被害者は、それが容態の改善にとって必要であり、特別なリスクもない場合には、手術を受けなければならない」[93]。これによって、被害者が、期待される措置によって損害軽減を行わない場合でも、加害者は、被害者が期待される損害軽減措置を採った場合と同じ賠償を行えばよいことになる。一方、ドイツの判例及び通説は、損害軽減義務を損益相殺の場合にも援用する。被害者が、義務を越える損害軽減を行った場合は、当該行為による利益は損益相殺の対象とならない。

論理的帰結として、被害者が期待される損害軽減措置を採ることを怠り、その結果、過大な損害が発生した場合も、逆に、損害軽減義務を越える努力を行い、その結果、損害が回避・軽減された場合も、被害者が期待通りの損害軽減を行った場合と、賠償額は同じになる。もちろん、法律が期待する損害軽減措置の範囲には幅がありうるのであり、実際には、被害者の措置如何に関わらず、一定の賠償額が定まるわけではないであろう。しかし、損害軽減義務が、損害額の定額化の方向に作用していることは疑問の余地がない。

ドイツの学説の多くは、損益相殺を利益の帰属の問題として捉え、その結果、被害者が義務を越える損害軽減のための努力を行った場合は、それによる利益は被害者に与えられるべきであるという考え方に立っているようである。もちろん、このこと自体は正当な考え方であると思われる。しかし、角度を変えて見れば、被害者が期待される損害軽減措置を怠ったことによる損害は被害者が負担すべきであり、その一方で、被害者が義務を越える損害軽減のための努力をした場合は、その利益は被害者が享受するのであるから、結局、加害者が賠償すべき損害は、被害者の現実の努力に関係なく決定されるべきことになる。

この判決の事案についていえば、被害者が超過勤務を行うことは損害軽減義務の範囲を超えると考えられている。それゆえ、被害者が超過勤務を行ったことは度外視して、被害者が働くことができなかった期間に

---

[92] ハイン・ケッツ／ゲルハルト・ヴァーグナー著、吉村良一／中田邦博監訳『ドイツ不法行為法』（法律文化社、2011年）372頁。

[93] ケッツ／ヴァーグナー・前掲注（92）『ドイツ不法行為法』372頁。

ついての報酬の喪失について、賠償を認めている。

ここで取り上げた、被害者の義務を越える損害軽減は考慮しないという準則は、優先順位の高い準則である。例えば、次で取り上げる、有利な填補取引による利益は、原則として、損益相殺の対象となると解されている。しかし、被害者の義務を越える損害軽減のための努力によって、有利な填補取引が成立した場合は、損益相殺の対象にならないことで、ドイツの学説は一致している。通常であれば、すなわち、被害者が特別の努力をしたという事情が無ければ、損益相殺すべき類型でも、被害者の義務を越えた損害軽減がなければ、当該利益が発生しなかった場合は、その利益は損益相殺の対象とならないのである。それゆえ、この被害者の行為による利益という類型については、被害者が通常期待される程度の努力をすることを前提として議論を進めなければならない。被害者の行為による利益に含まれる、いかなる類型についても、被害者の損害軽減義務を越える努力によって、当該利益が獲得された場合を考えることはできるが、そのような場合は、当該利益は、損益相殺の対象とならない。以下では、被害者が、損害軽減義務を越える努力をしないことを前提として、検討する。

なお、この判決に出てきた「控除が損害賠償の目的に合致し、加害者を不当に免責することがない場合」に、損益相殺がなされるということは、損益相殺についてドイツの判例がしばしば持ち出す「基準」である[94]。もっとも、この「基準」の根拠は明確ではなく、そもそも、「基準」といいうる程度のものかも疑問であり、評価そのものにすぎないとも考えられる。このような曖昧な「基準」に依拠しているところにも、損益相殺に関する議論が未成熟であることが現れているように思われる。

（2）有利な填補取引

物品の売買において、売主が所定の義務を履行しない場合に、買主が他から目的物を調達することは、しばしば見られることである。このような場合に、売主が買主に対して、損害賠償義務を負担することは疑問の余地がない。しかし、買主による填補取引が、本来の契約よりも、買

[94] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.489f.

主にとって有利な条件（例えば、本来の契約よりも低額で目的物を調達できるなど）であった場合は、当該利益を損益相殺することができるのであろうか。あるいは、逆に、買主が目的物の受領を拒絶したため、売主が、目的物を他に売却することもある。この場合も、売主が有利な条件で売買契約を締結すれば、同じ問題が生じる。これが、有利な填補取引の問題である。

前章で紹介した、RG 1886年３月２日判決[95]も填補取引の事例であり、ドイツの判例は、古くから、填補取引による利益は、原則として、損益相殺の対象となるものとしている。

例えば、填補売却（買主の契約違反により、売主が目的物を他に売却する場合）の場合は、填補売却を度外視して、当初の契約が履行されていたら得られたはずの利益を損害とすることはできない[96]。次の判例が示すように、填補売却の場合の損害の算定には、その売却代金を考慮しなければならない。

RG1916年12月19日判決[97]

〔事案〕

1914年８月10日、原告は、被告に、塩漬けのベーコンを売却した。この商品は、原告において、燻製を行い、1914年９月15日までに引渡を行うこととなっていた。この契約は、一部しか実行されなかった。結局、原告は、被告に対して、未受領の分の価格の支払いを求めて期限を定めて催告し、期限経過後に、債務不履行を理由に損害賠償を求めて提訴した。一審は、原告の請求を認容した。被告が控訴したが、控訴は棄却された。ライヒ裁判所は、控訴審判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

〔判旨〕

原告の主張によれば、原告は、1914年６月の安い相場で、被告に売却

[95] RGZ 15, 65.

[96] BGH 1981年３月13日判決（NJW 1981, 1834）、BGH 1981年６月５日判決（NJW 1982, 326）、RG 1917年４月17日判決（RGZ 90, 160）、RG 1921年７月２日判決（RGZ 102, 348）。

[97] RGZ 89, 282.

したベーコンの材料を購入したので、被告と取り決めた売買価格の半分に当たる、1Zentner 当たり120マルクが純粋な利益である。原告は、未受領の876.88Zentner について、この割合による利益の賠償を被告に請求する権利があると主張し、控訴審裁判所はこの損害算定を正当と認めた。

「この判断は、BGB249条、252条に違反する。原告の損害算定は、控訴審裁判所のいうようにいわゆる抽象的になされるのではなく、完全に具体的になされる。原告は、通常であれば、期待することができた利益の賠償を請求するのではない。」

この判例のいうように、填補取引の類型は、「損害算定」の一種ということもできる。そのため、有利な填補取引による利益は、本来の契約による利益を上回らない限度においてのみ考慮することができると解されている。仮に、填補取引の代金額が、本来の契約よりも有利であったとしても、それは、目的物の調達または処分等について本来の契約よりも不利にならなかったという意味で、損害が発生しないというに止まり、当該利益をその他の損害（填補取引の契約に要した費用や目的物の納入や処分等が遅れたことによる損害など）から控除することはできない。

填補取引を、損害の算定方法の問題と考えれば、契約違反に対して、合理的な填補取引が行われた場合に、本来の契約代金と填補取引の代金との差額を損害として把握することは容易に是認できるものと思われる。それゆえ、填補取引による利益は、損害の算定要素に近い場合も多いともいえよう。しかし、被害者の損害軽減義務を越える努力によって有利な填補取引が実現したという場合を考えれば、単なる算定要素としてではなく、損益相殺の問題として取り扱う意義があるといえよう。そして、通常よりも有利な条件で填補取引が成立したのは、インフレーション等の市場の変化を別にすれば、被害者の努力によることが多いのではなかろうか。

（３）有利な転売

売買において、売主が瑕疵あるものを給付したが、買主が当該ものを第三者に有利な条件で転売することがある。典型的には、買主が、瑕疵

に気づかないまま、当該ものを、瑕疵のない価格で売却する場合である。この場合も、瑕疵あるものを給付した売主は、損害賠償義務を負う。問題は、賠償額を定めるに当たり、買主が有利な条件で転売したことを斟酌することができるかということである。ドイツの判例は、これを否定している[98]。

よく引用されるのは、前章で紹介したパン職人事例（Bäckerfall）[99]と、ラード事例[100]である。前者においては、判決は、「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」「被告の賠償義務は、完全に疑問の余地無く認められる」と判示している。一方、後者のラード事例は、契約で定められた品質より低い品質のラードを提供したため、買主が売主に損害賠償を請求した事案である。この事案では、原告（買主）が、自治体であり、ラードは、戦時下の配給制によって、市民に売却されていたという事情があったので、被告は、原告には損害が生じていないと主張した。裁判所は、ラード事例についても、被告の主張を排斥した。

有利な転売の類型は、填補取引の場合とは異なり、損益相殺が否定されている。これは、転売の類型においては、瑕疵あるものが給付された時点で損害が確定し、その後で、有利な取引が成立しても、そのことは、損害賠償に影響を与えないということができる。填補取引の場合は、本来の契約よりどれだけ悪い条件で填補取引を行うことになったかが損害として把握されていた。そのため、転売事案と填補取引事案との、損益相殺についての判断の相違は、損害の把握方法の相違によるものといえる。

（4）有利な競落

ここで問題となっているのは、賠償権利者が、賠償義務者の行為によっ

[98] RG 1904年11月5日判決（RGZ 59, 238, 239）。
[99] OLG Braunschweig 1891年1月26日判決（SeuffArch 46, Nr.173, S.272）。
[100] RG 1917年4月17日判決（RGZ 90, 160）。

て、その担保権を喪失したが、その一方で、担保目的物の競売に参加したことにより､市価より安価で当該目的物を取得したという類型である。

ドイツの判例は、損害賠償請求権の原因となった事情によって、賠償権利者が有利に当該目的物を取得した場合は、損益相殺を肯定している[101]。もっとも、競落後に、目的物が値上がりした場合は、時的関連（zeitlichen Zusammenhang）がないとして、損益相殺を否定している[102]。

この場合は、結局、損害賠償の原因によって、賠償権利者は、担保権を喪失したが、目的物を有利に取得したのであるから、その差異が損害として把握されているのであろう。学説は、差額説の立場から、取得後の価格の上昇についても損益相殺の対象とするが、目的物の価格の上昇は、担保権の喪失と無関係であるから、判例は損益相殺の対象から排除しているものと思われる。

（５）次の賃借人による美的修繕

これは、建物の賃借人が退去時に美的修繕（Schönheitsreparaturen）を行う義務を負っていたが、これを怠ったため、賃貸人が損害賠償を請求したというものである。これに対して、賃借人は、次の賃借人が退去時に美的修繕を行った以上、もはや美的修繕は不要であり、賃貸人に損害は生じていないと主張する。

この類型では、判例の趨勢は、損益相殺を否定している[103]。支配的な学説も、損益相殺を否定する[104]。債権者が本来受けるべき利益を受けることができなかったが、次の取引先との間で有利な取引をすることができた結果、損害が表面化しなかったという点で、この類型は、有利な転売の類型と類似している。そのため、判例が、損益相殺を否定するのは当然であろう。ここでは、賃借人が美的修繕を怠ったことが損害として把握されている。

---

[101] RG 1916年３月23日判決（JW 1916, 1015, 1016）。

[102] BGH 1966年12月13日判決（VersR 1967, 187, 189）。

[103] BGH 1967年11月15日判決（BGHZ 49, 56, 62）。

[104] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.76.

（6）まとめ

被害者の行為による利益についても、結局は、被害者または第三者の行為によらない利益と同様、損害を算定するという観点から損益相殺について判断しているものといえよう。ここで留意すべきは、2点である。1点目は、初めに述べたように、被害者による義務を越える損害軽減による利益は、損益相殺の対象にならないということである。2点目は、損害確定後に、被害者の行為によって、損害が填補されても、それは損益相殺の対象とならないということである。2点目については、若干説明が必要であろう。

ここでは、4つの事例を取り上げたが、被害者の行為を考慮することで初めて損害が確定される類型と、被害者の事後的な行為の結果、損害が填補された類型に分けることができる。前者には、填補取引と競落事例が属し、後者には、転売と美的修繕事例が属する。填補取引の場合は、債務不履行のために、契約によって得られるはずであった有利な地位が侵害されたのではあるが、通常は、填補取引を行うことが可能である。例えば、鉄鋼100トンを1000万円で売却する契約を締結した売主は、買主の債務不履行により、当初の契約を実行することが不可能となっても、その鉄鋼を第三者に填補売却することが可能なはずである。そして、その填補売却の結果、900万円しか得ることができなかったのであれば、1000万円－900万円＝100万円が、売主の損害となるものと考えられる。仮に、当初の契約が実行されれば、売主は、300万円の利益を得ることができた（鉄鋼の原価が700万円の場合）としても、この300万円を売主の損害とすることはできない。このように具体的な場面を考えれば、填補取引の場合は、填補取引の内容を考慮して、初めて損害を確定することができるといえよう。競落事例の場合は、賠償権利者は、競売によって、担保権を喪失したものの、有利な価格で所有権を取得したのであるから、結局、賠償権利者は、競売において、担保権と金員によって、所有権を購ったといえるであろう。そうであれば、賠償権利者の損害を確定するためには、有利な競落も考慮しなければならないと思われる。一方、有利な転売事例においては、賠償義務者が瑕疵あるものを給付したことによって、賠償権利者は、本来受けることができるものよりも価値の低いものを受け取ることになったのであるから、この時点で、損害を

確定することができる。美的修繕事例も同様である。この場合は、被害者の事後的な行為によって、損害が填補され、あるいは表面化しなかったとしても、損益相殺は認められていない。競落事例においても、事後的に、目的物の価格が上昇したことにより、賠償権利者に生じた利益は損益相殺の対象とされていない。そのため、被害者の行為による利益は、それが損害確定のために必要な限度では考慮されるが、損害確定後に、被害者の行為によって利益が生じたとしても、そのような利益は損益相殺の対象とならないものということができる。

5　第三者の行為による利益

（1）総論

既に述べたように、一般的傾向として、第三者の給付等による利益は、比較的、損害との結びつきが弱い。そして、以下で取り上げるように、この類型の利益については、しばしば損益相殺が否定されている。ここで重要な条文は、前述の BGB843条４項である。この条項については、後で詳しく取り上げるが、BGB 自体が損益相殺の否定を規定しているのであり、その意義は大きい。他に、各種の法律にある損害賠償請求権についての代位規定が重要である。代位規定は、一般に、損益相殺を排除するものと理解されている。

問題は、ドイツの通説である、抽象的な差額説からは、論理的に、すべての利益の控除が導かれることである。この類型の利益については、損益相殺が否定されることが多いが、どのような理由で、損益相殺が否定されているのかを注意して、見ていくことにする。

（2）義務的な扶養

第三者の行為による利益として、最初に指摘すべきは、義務に基づく扶養である。後遺症によって就労することができなくなった者は、親族に対して、扶養を請求することができる。この扶養によって得られる利益は、BGB843条４項により、損益相殺の対象とならない。

この BGB843条４項は、BGB 制定当時に、既に異論がなかった点を、特に条文で明確にしたものである。法文上は、"Der Anspruch" 即ち、BGB843条１項の規定する、身体または健康に対する侵害による稼働能

力の喪失または減少等による損害賠償請求権に限定されている。しかし、今日では、この規定は拡大解釈されており、広く扶養一般に関して、損益相殺を否定するものと理解されている。例えば、治療費用の賠償についての請求権についても、扶養請求権を損益相殺することはできない[105]。BGB1833条に基づく、後見人の賠償責任について、親や親族に対する扶養請求権を考慮することはできない[106]。さらに、条文上は、請求権とあるが、同様のことは、実際に扶養が行われた場合にも妥当する。BGB843条４項からは、扶養請求権に対する損害賠償請求権の優越を規定したとの評価を読み取るべきとされる[107]。そのため、子供が怪我をした場合に、親が治療費を支払ったとしても、子供は加害者に対して治療費の賠償を請求することができる。

この扶養請求権の不考慮は、BGB844条２項１文により、生命侵害の場合の扶養損害の賠償にも適用される。さらに、BGB845条２文により、第三者が直接の被侵害者から受けるべき労務の提供を受けることができなくなった場合の損害賠償にも適用される。判例[108]は、この法理を、賃金の継続支払いの場合にも適用したことがあるが、学説は、懐疑的である[109] [110]。

もっとも、ライヒ上級商事裁判所やライヒ裁判所と同様、連邦通常裁判所の判例も、再婚による扶養の獲得は、BGB844条２項に基づく生命侵害の場合の扶養についての賠償請求権を減少させるとしている[111]。この賠償請求権の減少は、正式の婚姻の場合にのみ妥当する。正式の婚姻

---

[105] RG 1907年２月７日判決（RGZ 65, 162）、RG 1931年３月26日判決（RG 132, 223）、OLG Celle 1961年10月16日判決（NJW 1962, 51）、OLG Celle 1968年12月16日判決（NJW 1969, 1765）。

[106] BGH 1956年10月24日判決（BGHZ 22, 72）。

[107] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 21), S.516.

[108] BGH 1974年３月19日判決（NJW 1974, 1237, 1238）。

[109] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 21), S.517.

[110] もっとも、現在では、EFZG6条が、賠償請求権の代位を規定しているので、賃金の継続支払いが損益相殺の対象にならないことは疑問視されていない。

[111] ROHG 1877年６月６日判決（ROHGE 22, 184）、BGH 1958年７月11日判決（VersR 1958, 627）、BGH 1972年３月10日判決（BGHZ 58, 270, 272）。

によらない生活共同体の場合は、パートナーに対して、法律上保護された請求権を有しないからであるとされる[112]。他にも、BGB843条４項にかかわらず、判例は、扶養義務者が死亡した場合でも、死亡によって扶養義務を負うこととなる第三者が、死亡した者と同じ給付源から扶養を行う場合は、その扶養は、損益相殺の対象となるとしている[113]。たとえば、父が、就労しておらず、その財産を用いて子供を扶養していたが、父が死亡し、母がその財産を相続して、それを用いて子供を扶養する場合が、これに当たる。これは、既に紹介した、扶養に用いられていた財産を被扶養者が相続した場合と同様の判断である。

このように、扶養請求権については、損益相殺の対象とならないことが法律上規定されているが、ドイツの判例学説は、必ずしも法文通りに判断しているわけではない。そこで、どのようにBGB843条４項を解釈するかが問題となる。１つの解釈は、抽象的な差額説を前提に、扶養請求権についてのみ、特別の規定を置いたというものであろう。しかし、この解釈では、扶養請求権が損益相殺の対象となる場合があることを説明することは難しい。これに対して、具体的損害理解を前提に、扶養請求権のような損害と関係のない利益は損益相殺の対象にならないことを明らかにした規定であるとの解釈もできよう。この解釈の方が、損益相殺の対象となる扶養利益が存在することを説明しやすいように思われる。賃金の継続支払いについても、BGB843条４項の適用があるかという問題は、この解釈の相違を表しているように思われる。前者の解釈を採れば、扶養請求権を賃金の継続支払いの場合にまで拡張することは困難であろう。一方、後者の解釈を採れば、賃金の継続支払いについても、損益相殺を行わないことは当然といえよう。

（３）任意の援助

交通事故の被害者に友人が見舞金を交付するように、加害者に被害者が損害賠償を請求することが出来る場合であっても、被害者が、それと

[112] BGH 1984年６月19日判決（JZ 1985, 86）。

[113] BGH 1969年６月24日判決（NJW 1969, 2008）、BGH 1975年12月16日判決（VersR 1976, 471, 472）。

は無関係に、援助を受けることがある。この利益を損益相殺するかが、任意の援助の問題である。見舞金以外では、被用者が負傷した場合に、使用者が義務なくして、賃金の支払いを継続する場合が、この類型に属する。

今日のドイツの通説は、第三者が任意で被害者に給付をした場合は、その目的によって、控除の対象となるかどうかが決まるものとしている[114]。第三者が、加害者の利益になるように給付をした場合は、その給付は、損害賠償から控除される。一方、第三者が、被害者の利益になるように給付をした場合は、損害賠償において考慮されない。かつて、判例は因果関係によって理由付けをしていた[115]が、これは、今日の通説の採るところではない。もっとも、今日の通説が、被害者の利益を目的とする給付を損益相殺から排除する理由は明確ではない。これに関して、Büdenbender は、第三者弁済に関する BGB267条[116]を指摘する[117]。判例の中には、任意になされた扶養について、BGB843条４項から導かれる法思想を参照するものもある[118]。

仮に、BGB267条が、任意の援助について、控除を否定する根拠となるのであれば、もはや、任意の援助は、損益相殺の考慮対象ではない。前述の通り、BGB267条は、第三者弁済に関する規定である。そして、弁済によって､損害賠償請求権が減少することには疑問の余地がないが、それは損害賠償請求権が成立した後の問題であり、損害賠償請求権の成立及びその範囲に関する損益相殺の問題ではない。一方で、被害者の受けた利益を損益相殺することは、抽象的な差額説の論理的帰結である。しかし、今日の学説に、任意の援助を損益相殺の対象から除外する明確な根拠は見当たらない。学説は、因果関係の欠如を根拠とすることを否

---

[114] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.89.

[115] RG 1936年10月９日判決（RGZ 152, 273, 280）。

[116] BGB267条１項　債務者が自身で給付をしなくてもよい場合は、第三者も給付をすることができる。債務者の同意は必要ない。２項　債権者は、債務者が反対の意思を表示したときは給付を拒絶することができる。

[117] Büdenbender, a.a.O. (Fn. 40), S.36.

[118] BGH 1984年６月19日判決（BGHZ 91, 357, 363）、RG 1918年１月17日判決（RGZ 92, 57）。

定している。判例の指摘する、BGB843条４項は、これを任意の援助に直接適用することはできないから、その解釈が必要である。そうすると、既に検討したように、抽象的な差額説ではなく、具体的損害理解に依拠すべきではないかとの疑問が生じる。具体的損害理解を採用するのであれば、任意の援助も、義務的な扶養と同様、基本的に、損害とは無関係であるから、損益相殺の対象にならず、単に、第三者弁済として、損害賠償請求権を減少させる可能性だけがあることになろう。

（４）私保険

ア　私保険は、損害保険と定額保険に分けることができるが、ドイツ法の判例通説は、このいずれについても、損益相殺を否定している。

イ　損害保険

前述の通り、VVG67条１項は、法定債権譲渡を規定している。そして、これは、損害保険について、損益相殺を否定するものと理解されている[119]。かつてのライヒ裁判所の判例は、因果関係の欠如によって、保険金の損益相殺を否定した。これは、損益相殺には、損害と利益とが、同一かつ単一の原因によって発生したものでなければならないが、保険金請求権の根拠は、保険契約であって、侵害行為は、単なる条件に過ぎないので、その原因の同一性を欠くというものである[120]。しかし、Oertmann は、この判例の理由付けを否定した[121]。学説は、判例の結論を正当化するために、保険者と被保険者の当事者意思に従い、保険契約の目的は、加害者を利得することでないこと[122]や、被害者は保険給付のために保険料を支払ったのであって、被害者は無償で保険給付を受けたわけではないこと[123]を主張した。他にも、Wilburg は、この場合は、損

[119] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.520f. Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.77.
[120] RG 1885年９月19日判決（RGZ 15, 83）。
[121] Oertmann, a.a.O. (Fn. 17), S.123.
[122] Heinrich Siber, in:Planck, Bd. Ⅱ /1, 4.Aufl., 1914, § 249 BGB, S.82.
[123] Oertmann, a.a.O. (Fn. 17), S.135.

害が単に移転しただけであることから、損益相殺の否定を導いた[124]。また、Heck は、法秩序に基づき、保険に加入していない者に対する侵害と、保険に加入している者に対する侵害とを比較して、保険に加入している者に対する侵害を有利に評価すべき理由は存在しないとした[125]。

若干ではあるが、保険給付に関して損益相殺を肯定する見解も存在した。これには、保険給付全体を損益相殺すべきとする見解[126]と、保険給付と支払われた保険料の差額について損益相殺すべきとする見解[127]があるが、その理由は、差額説である。ライヒ裁判所の判例に、保険料を被害者が支払っておらず、使用者が被害者のために支払っていた場合は、公務員の恩給と同様、保険金は損益相殺されるとしたものがある[128]。

損害保険については、VVG67条の法定債権譲渡が存在することを理由に、損益相殺を否定する説明も見られる[129]。しかし、この説明は、特に今日のドイツ法の状況を前提にする限り、説得的とは言えない。ドイツ法では、広く新価保険が認められている。新価保険とは、損害保険の一種であって、事故によって滅失した保険対象物件につき、再調達価格を基準として保険金が支払われるものである。たとえば、車両保険の付された自動車（新車であれば100万円、事故当時80万円の価値）が、交通事故で滅失した場合、通常の損害保険であれば、損害に対応する80万円しか給付されないところ、新価保険であれば、新車購入代金に相当する100万円の保険金が給付される。この場合も、VVG の対応原則[130]により、法定債権譲渡の対象となるのは、保険の対象となった損害に対応する損

---

[124] Wilburg, a.a.O. (Fn. 21), S.75ff.

[125] Heck, a.a.O. (Fn. 58), § 15, S.50.

[126] Walter, Zum Problem der Vorteilsausgleichung gegenüber Haftpflichtansprüchen: Sind private Versicherungsleistungen anrechnungsfähig?, JW 1937, 846, 850.

[127] Georg Schimmel, Probleme der Vorteilsausgleichung im privaten und öffentlichen Recht, Würzburg, 1938, S.31ff.

[128] RG 1908年12月10日判決（RGZ 70, 101）。

[129] Maximilian Fuchs/Werner Pauker, Delikts- und Schadensersatzrecht, 8.Aufl., 2012, S.325.

[130] ヴァイヤース・ヴァント・前掲注（6）『保険契約法』266頁。

害賠償請求権に限定される。その結果、先の例では、被害者が、人身損害等を併せて、加害者に対して、合計300万円の損害賠償請求権を有していたとしても、法定債権譲渡の対象となるのは、事故で滅失した自動車の価額である80万円相当に限定される。そのため、ドイツ法においては、法定債権譲渡が存在するが故に、損害保険において被害者に利得が生じることはないということはできない。さらに、近年の連邦通常裁判所の判例[131]は、損害保険における一般的な利得禁止の強行法規性を否定している。以前のドイツの通説は、「一般的な利得の禁止」を強行規定と解していた。保険契約者は保険給付によって保険事故以前より多額の財産を保有するように、保険で填補される損害が定義されてはならないと解していたのである。その法的基盤とされたのは、「保険金額が、保険事故発生時の保険価額より高額であっても、保険者は，損害の金額を超えて填補する義務を負わない」と規定するVVG55条であり、同条は強行規定と解されていた。ところが、判例は、VVGが「一般的かつ強行的な不当利得の禁止」を定めていることを否定した。判例に従うのであれば、VVG55条は、利得禁止の根拠とならず、任意規定にすぎない。決め手となるのは、保険契約の約定であり、法律の明文の規定がない限り、保険契約の合意が遵守されるべきであるというのである[132]。それゆえ、現在のドイツの判例法理に従う限り、損害保険契約において、実際に発生した損害を上回る保険金を支払うことを約束することも、法律の明文の規定に違反しない限りは、有効である。

先に、法定債権譲渡の存在によって、損益相殺の否定が説明されていると述べた。しかし、法定債権譲渡が、損益相殺を否定する根拠となり得るのは、損害保険においては、現実に発生した損害額以下の給付しかなされないからである。損害保険金が、現実に発生した損害額を越えることもあり得る以上、もはや、法定債権譲渡によって、被害者の利得を

[131] BGH 1997年12月17日判決（BGHZ 137, 319）、BGH 2001年４月４日判決（BGHZ 147, 212）。

[132] ヴァイヤース・ヴァント・前掲注（６）『保険契約法』197頁。詳しくは、土岐孝宏「損害保険契約における『利得禁止原則』否定論（２・完）」立命館法学293号（2004年１号）256頁。

防止することはできない。それゆえ、今日のドイツ法においては、損害保険において、法定債権譲渡が存在するが故に、損益相殺の対象とならないという説明は、説得力を失っている。

ウ　定額保険

定額保険は、主に、生命保険と傷害保険から成る。このうち、主に議論されてきたのは、生命保険である。

かつての判例は、定期保険（Risikolebensversicherung）と貯蓄保険（Sparlebensversicherung）とを区別[133]し、前者については常に損益相殺を否定するが、後者については、この保険類型が特殊な貯蓄形態であり、BGB844条２項に基づく請求権についての、相続財産の控除に関するルールに従わなければならないことを理由に、それに対応する収益を控除していた[134]。しかし、後に判例は、後者についても危険保険料を含有していることを理由に、損益相殺を否定するに至った[135]。

学説は、定額保険からの保険金を損益相殺しない理由として、保険金は被害者による保険料の支払いによるものであること[136]、保険の目的は加害者の免責ではないこと[137]、VVG67条の評価の一部は定額保険にも及ぶこと[138]、BGB843条４項の法思想によれば、加害者は損害が第三者によって填補されていることを引用することができないこと[139]などを挙げている。

一方で、定額保険からの保険金の損益相殺に賛成する見解も多少では

---

[133]「定期保険では契約期間中に保険事故（付保された人間の死亡）が発生するか否かは不確実」である（ヴァイヤース・ヴァント・前掲注（６）『保険契約法』285頁）。

[134] BGH 1963年４月19日判決（BGHZ 39, 249）。

[135] BGH 1978年12月19日判決（BGHZ 73, 109）。

[136] Oertmann, a.a.O. (Fn. 17), S.135. Gottfried Schiemann, in:Staudinger, 2005, §249 BGB Rn 161.

[137] Rümelin, a.a.O. (Fn. 11), S.280; Siber, a.a.O. (Fn. 122), S.82.

[138] Mertens, in:Soergel, Vor§249, 3.Aufl., 1941, BGB Rn 243.

[139] Arnold, Vorteilsausgleichung, insbesondere bei Zahlung von Ruhegehalt, Zeitschrift der Akademie des Deutschen Rechts, 1937, S.399.

あるが、存在する。その理由は、被害者が二重の給付を「ドイツ経済の負担によって受ける」のは不当であること[140]、VVG67条を反対解釈し、一般原則によるべきであるが、保険給付と損害は、同一の事象に基づいて発生し、それゆえ、損益相殺されるべきこと[141]、損害と早まった利益は、お互いがなければ発生し得ないのであるから、「分離することができない内的関係」が存在すること[142]などである。

今日の判例及び学説は、例外的に、保険契約者が損益相殺されるべき「正当な利益を持ち、異なる約束が存在しない」場合には、定額保険について損益相殺を肯定している[143]。具体的には、搭乗者傷害保険[144]による保険金がこれに当たる。

エ　私保険からの給付については、差額説に依拠して、損益相殺を肯定する見解も見られないわけではないが、常に少数にとどまっている[145]。ドイツ法の通説は、一貫して、結論としては、私保険からの給付の損益相殺を否定してきたといえる。ここでは、抽象的な差額説というドグマから来る要請と、現実の問題の妥当な解決が対立している。そして、現実の問題の解決の妥当性を重視する見解が、常に多数を占めてきたのである。しかし、損益相殺否定説が、論理的に説得力のある理由付けに成功しているとはいえない。それは、損益相殺を否定する根拠が様々であり、通説的な見解が見当たらないこと、そして、少数とは言え、差額説の見地から損益相殺肯定説が唱えられ続けていることからも、明らかであろう。通説である、抽象的な差額説を前提とする限り、損益相殺肯定説を採用するのが論理的に一貫している。しかし、損益相殺を肯定する

---

[140] Walter, a.a.O. (Fn. 126), S.846, 850.

[141] Alfred Werner, Kausalität und das Wesen der Schadensersatzpflicht, NJW 1955, S.769, 773.

[142] Thiele, a.a.O. (Fn. 37), S.293, 235.

[143] BGH 1975年５月７日判決（BGHZ 64, 260, 266）。

[144] 被契約自動車に搭乗中の者が自動車事故により、死亡し、または、負傷した場合に、保険金が支払われる種類の保険。保険契約者は、通常は自動車の所有者または使用者であり、自動車に搭乗中の者が被保険者となる。

[145] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.80.

という結論は、ほとんど受け入れられていない。このことは、抽象的な差額説の問題性を示唆しているように思われる。

（５）社会保険

社会保険については、SGB10編116条が、保険者が、社会保険給付を損害事例の原因に基づいて提供した限度において、法定の損害倍賠償請求権が、保険者に移転することを規定している。もっとも、社会保険については、SGB 制定以前から、損益相殺の対象にならないことで一致していた。今日でも、このことは、SGB10編116条が適用されない場合に妥当する[146]。

これについても、かつてのライヒ裁判所の判例は、因果関係の欠如を理由に、損益相殺を否定していた[147]。今日、社会保険について損益相殺を否定する根拠としては、以下の点が指摘されている。社会保険給付は、加害者の支払に劣後するものであり、加害者を援助するものではない。加害者が惹起した損害を、社会保険の被保険者の共同生活上の連帯を通じて、労働及び保険料によって取得され、しばしば、州の多大な補助によって行われている給付によって、填補することは不当であり、加害者を免責することは「法倫理上の考慮」に合致しない[148]。

ここでも、差額説は利益の控除を要求するが、判例通説はこれを否定している。差額説の論理的帰結をそのまま当てはめようとする見解は、一般的なものではない。

（６）雇用関係

ここで問題となるのは、労働者が加害行為によって就労不能となったものの、使用者から賃金や年金の支払いを受けた場合に、その利益を損害賠償において考慮すべきかということである。

EFZG の規定により、使用者は、一定の場合には、労働者が労働をすることができない場合でも、賃金を支払続けなければならない。そして、

146 Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.81.

147 RG 1883年７月11日判決（RGZ 10, 50）。

148 BGH 1953年３月30日判決（BGHZ 9, 179, 190）。

EFZG6条は、使用者が賃金を継続支給した場合に、その限度で、第三者に対する損害賠償請求権が移転することを規定している。それゆえ、現在では、EFZG の適用を受ける場合については、損益相殺の議論をする実益はない。問題は、EFZG の適用を受けない賃金の支給[149]についてである。

かつての判例は、任意の賃金の継続支給についても、一般的な第三者が任意で援助を行った場合と同様の判断で、損益相殺を否定した[150]。一方で、判例は、労働契約及び BGB255条[151]の類推適用によって、法定債権譲渡の適用がない場合でも、労働者が使用者に損害賠償請求権を移転させる義務を認める判断をした[152] [153]。もっとも、より新しい判例は、この問題について、損益相殺という概念を用いることなく、「法的意味における損害」（Schaden im Rechtssinne）または「規範的損害」（normative Schaden）が賠償されるべきであるということに依拠して、賃金の控除を否定している[154]。それゆえ、今日の判例によれば、使用者の賃金の継続支給が義務によるものであろうと、任意でなされたものあろうと、当

---

[149] 法人の役員や社員に対する賃金の支給や EFZG で義務づけられた範囲を超える賃金の支給がこれに当たる。

[150] RG 1933年６月15日判決（RGZ 141, 173）（使用者による任意の扶養年金に関するもの）、BGH 1953年６月17日判決（BGHZ 10, 107）、BGH 1964年２月25日判決（VersR 1964, 626）、OLG München 1984年２月24日判決（NJW 1985, 564）。

[151] BGB255条（賠償請求権の譲渡）　物又は権利の喪失に対して賠償しなければならない者は、物の所有権又は第三者に対する権利に基づいて賠償権利者が有する請求権の譲渡と引換えにのみ賠償する義務を負う（ドイチュ／アーレンス・前掲注（４）『ドイツ不法行為法』332頁より引用）。

[152] BGH 1956年６月25日判決（BGHZ 21, 122）、BGH 1989年５月23日判決（BGHZ 107, 325）。

[153] BGB255条は、EFZG6条と異なり、賠償請求権が当然に移転するとは規定していないので、BGB255条の準則に従って、労働者が使用者に損害賠償請求権を移転する義務を負うとしても、使用者がこれを賠償義務者に対抗するためには、別途対抗要件を具備する必要がある。

[154] BGH 1964年６月30日判決（BGHZ 42, 76, 80）、BGH 1965年４月27日（BGHZ 43, 378, 381）。

該賃金を損益相殺することは否定される。そして、EFZG の適用を受ける場合は、同法６条により、損害賠償請求権は法定債権譲渡の対象となる。また、同法の適用を受けない場合でも、労働者は、使用者に損害賠償請求権を移転させる義務を負う可能性がある。

今日の学説も、EFZG の適用のある場合はもちろん、その他の任意の賃金の継続支給についても、損益相殺を否定するということで一致している[155]。もっとも、その理由付けは様々である[156]。任意の第三者給付と同様の見解に立つもの、給付の福祉的性格を強調するもの、使用者は、給付を加害者に有利になるようにしようとはしないと説くもの、さらには、BGB843条４項を補足的に援用するものもある[157]。判例においても、学説においても、労働者が損害賠償請求権を使用者に移転する義務を負うことを、損益相殺を否定する根拠として援用することは一般的ではない。

結局のところ、この場合も、損害保険と同様、法定債権譲渡の制度や労働者の損害賠償請求権の移転義務のみによって、損益相殺の否定が正当化されているわけではないといえよう。判例の採る、「法的意味における損害」「規範的損害」が賠償されるべきとする論理は、EFZG の適用されない場合にのみ妥当するものではあるまい。その一方で、EFZG による法定債権譲渡は、すべての賃金の継続支給に適用されるものではない。EFZG の適用されない場合については、法定債権譲渡とは別の損益相殺を否定する根拠が求められるのである。その根拠については、様々な見解があるが、いずれも差額説から導かれるものではない。

（７）まとめ

総論で述べたように、第三者の行為による利益については、損益相殺が否定される例が多々見られた。ここで取り上げたのは、義務的な扶養、任意の援助、私保険からの給付、社会保険及び雇用関係に基づく給付である。このいずれについても、抽象的な差額説をそのまま適用して損益相殺を判断することは行われていない。特に、義務的な扶養については、

155　Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.83f.

156　BGH 1956年６月22日判決（BGHZ 21, 112, 116）参照。

157　Schiemann, a.a.O. (Fn. 136), § 249 BGB Rn 152.

BGB843条４項が、利益の不考慮を規定している。そして、このBGB843条４項は、その法思想も含めれば、任意の援助や定額保険など、非常に広い範囲で援用されている。このことは、BGB843条４項を、具体的損害理解に沿って理解する考え方に整合的である。

５　類型ごとの検討のまとめ

前述のように、抽象的な差額説からは、その論理的帰結として、全ての利益を損益相殺することが導かれる。仮に、この論理が正しければ、どの類型の利益についても、等しく損益相殺の対象となるはずである。ところが、これまで見てきたところから明らかなように、損害との結びつきの強い、被害者または第三者の行為によらない利益については、広く利益の控除が認められている。一方、損害との結びつきが弱い、第三者の行為による利益については、ほとんど損益相殺が認められていない。これは、損益相殺に関しては、現実には、抽象的な差額説とは異なる論理によって、判断がなされていることを示している。

第三者の行為による利益についての検討のまとめでも述べたが、類型ごとの検討の結果は、具体的損害理解と整合的である。もちろん、一口に具体的損害理解と言っても、かなり見解に差があるが、差額説のように抽象的に損害や利益を把握していないことは明らかであろう。また、ドイツ法においては、抽象的な差額説が通説であるといっても、被害者の行為による利益に見られるように、法的な評価が優先し、その結果、現実に財産的損失が発生していない場合でも損害を認め、あるいは、逆に、現実に財産的損失が発生していても賠償されるべき損害はないとされる場合もある。それゆえ、差額説がどこまで現実に貫徹されているのかは注意する必要があろう。

第７　小活

前章の検討結果も踏まえて、ドイツ法の状況をまとめると以下のようになろう。

19世紀のドイツ法学は、損害賠償においては、加害行為と因果関係のある損害を賠償しなければならないという単純な公式を確立した。ここでいう「損害」とは、ALR のような加害類型ごとに限定された具体的な

損害ではなく、逸失利益を含む、すべての負の変化を包含しうるものであった。これが、抽象的な差額説である。差額説は、それ自体としては、賠償範囲を限定する機能を持たない[158]。それゆえ、賠償範囲を限定する機能は、因果関係に委ねられ、その結果、因果関係について華々しい議論が行われたことは周知の通りである。一般的な損害賠償については、相当因果関係が通説となったが、損益相殺については、相当因果関係は不都合であった。これは、元々、相当因果関係が負の結果の帰責を制限するものとして提唱されたものである以上、やむを得ないことであろう。Walsmann や Oertmann は、損益相殺についても相当因果関係を唱えたが、実際の判断として重要なのは、具体的損害概念である。このことは、Walsmann や Oertmann の見解のうち、後の学説が継受したのが具体的損害概念であるということからも明らかである。

相当因果関係からの決別が明確になるのは、Cantzler からである。Cantzler は、相当因果関係論を批判し、事実上、これを葬り去った。今日のドイツ法では、損益相殺に関して、相当因果関係に言及するのは、若干の判例のみであり、それすらも学説は批判している。その一方で、Cantzler は、差額説を採用しながら、権利助成理論を唱えるという、矛盾するとも思える解釈を採った。それゆえに、Cantzler の解釈は徹底を欠き、曖昧なものとなった。しかし、Cantzler の後の議論への影響を考えると、もっとも重要なのが相当因果関係の否定であり、次に重要なのが、権利助成理論という、具体的損害概念ではないが、具体的損害理解に基づく法解釈である。具体的損害理解は、問題となっている損害を当該事案に即して、具体的に理解するものであるから、抽象的な差額説とは、本質的に矛盾する。これは、19世紀のドイツ法が確立した公式のほころびでもある。賠償範囲の決定を因果関係のみに委ねるのではなく、損害の問題としても処理することになったからである。

このようにして、損益相殺は、因果関係の問題から、主に損害論の問題へと移行した。このことは、具体的損害理解が、損益相殺に関しては、今日のドイツの通説というべき地位にあること、一般的に費目拘束が承

[158] おそらくは、差額説は、それ自体としては無内容であるが故に、現実の財産状況の差額と直接結びつくものと思われる。

認されていること及び具体的な類型に関する検討の結果より明らかである。被害者の損害軽減義務に関する議論も、結局のところは、いかなる損害が生じたものと評価するかという問題に行き着くであろう。問題は、因果関係と損害論だけで、損益相殺の問題を処理することができるかである。

本稿は、現在のドイツ法の枠組みを前提とする限り、この２つの議論だけで損益相殺の問題を処理することはできないと考える。理由は、以下の３点である。１点目は、任意の援助に関する検討でも指摘したが、若干の利益については、弁済に準じた取扱が必要であると考えられるからである。弁済は、本来は、損害賠償請求権の成立後の問題であるが、実際に、損益相殺の問題として処理されている以上、この点も放置することはできない。２点目は、より深刻な問題である。先に検討したように、損益相殺の中には、加害者の故意過失といった主観によって、その当否が判断される類型が存在すると考えられる。しかし、一般的な損害賠償法の理論においては、加害者の主観は、損害賠償請求権成立の要件として要求されることはあるものの、損害賠償の範囲を左右するものとは考えられていない。そこで、損益相殺という局面において、特に、加害者の主観を取り込んで判断が行われていることをどう評価するか検討する必要があるのである。３点目は、理論的見地からの問題である。一般に、ドイツ法においては、損害賠償法は懲罰的要素を持たないとされ、もっぱら填補や調整を目的とすると説かれる。これは、具体的損害理解とは整合的ではない。損害賠償が、填補や調整だけを目的とするものであれば、広く損益相殺を承認すべきであるところ、具体的損害理解は、賠償されるべき損害と無関係の利益の控除を否定するからである。

この検討結果は、我が国の議論を理解し、発展させるためにも大いに有益である。石坂の紹介した、相当因果関係中心の損益相殺論は、かつてのドイツの議論の影響によるものであろう。これに対して、澤井説やそれ以降の填補性・同質性基準は、今日のドイツの通説と言うべき具体的損害理解に沿ったものといえよう。それゆえ、必ずしも明確に意識されないうちに、我が国でも、損益相殺が、因果関係の問題から、損害論を中心とする問題に切り替わったのである。もちろん、このような体系的な理解だけでは、我が国の損益相殺の議論のためにも不充分であり、

適切な問題解決のためには、ドイツ法の問題点についても考慮しなければならないであろう。これについては、第４章で検討する。

※　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。