HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	損益相殺の受容
Author(s)	濱口, 弘太郎
Citation	北大法学論集, 75(5-6), 315-374
Issue Date	2025-03-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/94396
Type	departmental bulletin paper
File Information	10_Hamaguchi_lawreview_75_5・6.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

損益相殺の受容

濱　口　弘太郎

1　はじめに

「わが国の民法典には損益相殺に関する規定が存在しない」[1]ことは周知の事実である。従来の研究において、「民法の制定過程において損害賠償の範囲について論じられたときにも損益相殺という考え方について検討された形跡はみられない。したがって、民法典の起草者たちが民法典の解説や注釈を行った第一期（明治二八～四三年）の著作のなかには損益相殺に言及するものはみられない。」[2]とされていた。

それでは、誰が損益相殺という概念を日本にもたらしたかというと、「わが国の民法学に損益相殺の考え方を紹介したのは石坂音四郎と思われる。」[3]との指摘があった。1911（明治44）年の石坂音四郎『日本民法第三編債権第１巻』（有斐閣）が損益相殺について解説しており、これが日本初の損益相殺に関する文献とみられたのである。

執筆者も、これらの指摘を参照して、「民法の起草者らの著作には損益相殺に言及するものはない。」[4]「損益相殺を日本に紹介したのは、石坂音四郎といわれている。」[5]と述べた。

---

[1] 松浦以津子「損益相殺」星野英一編集代表『民法講義第６巻　事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985年）682頁。

[2] 松浦・前掲注（１）「損益相殺」682頁。

[3] 松浦・前掲注（１）「損益相殺」682頁。

[4] 拙稿「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（１）」北大法学論集66巻４号（2015年）1220頁。

[5] 拙稿・前掲注（４）「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（１）」

しかし、最近調査したところ、事態は複雑であり、元々ローマ法の議論が存在し、それがフランス・ドイツ、それぞれを経て、日本にもたらされた。現在の日本における損益相殺は、概ねドイツ法に由来するもの（ただし、それだけではない）であるが、その受容において、岡松参太郎が重要な役割を果たしたことが判明した。さらに、日本における損益相殺の確立に、富井政章の影響があることも判明した。そこで、本稿では、損益相殺について確認した後、日本に、損益相殺がどのようにもたらされ、また、受け入れられていったのかを見ていくことにする。この受容の過程を見ることで、これまで明らかにされてこなかった、損益相殺についての疑問にも答えることができるように思われる。

本稿の主要な目的は、これまで述べた損益相殺の受容の過程を明らかにすることである。しかし、この受容の過程は、従来説かれてきた、いわゆる学説継受とは大きく異なっている。学説継受という潮流における、損益相殺に関する議論の特徴について言及して、本稿の結びとする。

2　損益相殺

（1）損益相殺概念

損益相殺の定義は難しいが、今日の日本では、概ね、損害賠償の一局面であり、加害行為（債務不履行や不法行為など）によって、被害者に損害だけでなく利益も生じた場合に、損害賠償額を定めるに当たり、損害から利益を差し引くことをいうものと理解されているように思われる。

（2）ドイツパンデクテン法学より前の損益相殺に繋がる議論

この損益相殺概念は、19世紀のドイツパンデクテン法学に由来するものであるが、そこでは、しばしば学説彙纂（Digesta）の法文が引用された。

中世ヨーロッパにおいて、Digestaの、D.3.5.10(11)[6]（事務管理に関する法文）と D.17.2.23.1（組合に関する法文）[7]の整合的な解釈が議論されていた。概略を

1219頁。

[6] 文献によって、D.3.5.10とするものと、D.3.5.11とするものがある。

[7] 他に、組合に関して、D.17.2.25や D.17.2.26も存在するが、本稿の関心との関係では、D.17.2.23.1と大きく変わるものではなく、議論も D.17.2.23.1に集中して

述べると[8]、前者は不在者の事務管理者が故意又は過失により損害賠償義務を負ったが、別の取引で利益を上げた。この場合に、損害と利益を差し引きすることができるとする。後者は、組合員が、損害を生じさせたが、別の取引で利益を上げた場合、損害から利益を差し引くことはできないとする。両者は矛盾するようにも見えるため、これをどのように理解するかが問題となったのである。

解釈上の疑義はあるものの、法文自体は立法においても受け入れられた。後で登場する、フランス民法典1850条（立法当時のもの）は、「各社員ハ自己ノ過失ニ因リ会社ニ生ジタル損害ニ付会社ニ対シ其ノ責ニ任ズ。此ノ場合ニ於テ社員ハ他ノ事務ニ於テ自己ノ労務ニ依リ会社ニ与ヘタル利得ヲ以テ損害ト相殺スルコトヲ得ズ。」[9]と規定した[10]。これは、D.17.2.23.1を踏襲するものである。他に、プロイセン一般ラント法（ALR）第１部13章253条は、D.3.5.10(11) を踏襲したものであるし、同部17章215条はD.17.2.23.1を踏襲している[11]。オーストリア一般民法典（ABGB）1191条は、「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（eigenmächtig）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。」として、独断で行った新しい取

いる。そのため、本稿では、D.17.2.23.1のみを取り上げ、他の法文は省略する。

[8] 詳細は、拙稿「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（２）」北大法学論集66巻５号1649頁（2016年）を参照されたい。

[9] 木村健助・柳瀬兼助『現代外国法典叢書（17）仏蘭西民法〔Ⅳ〕財産取得法（３）復刊版』（有斐閣、1956年）217頁。ここでは、「ソシエテ（société）」が「会社」と訳されている。しかし、フランス法のソシエテは「営利目的で共同の事業を営むための人の契約ないし合意である」（石川真衣『組合・会社・社会―フランス会社法におけるソシエテ概念』（岩波書店、2024年）１頁）とされ、「フランス法上，組合に限らず，合名会社，合資会社，株式会社もすべてソシエテであるとされる」（同書１頁）。

[10] このうち、損害と利得の「相殺」に関する部分は、1978年の法改正により、廃止されたようである。この改正について、奥島孝康「フランス私法人基本法の成立―民法典第三編第九章の大改正について」判タ427号46頁（1981年）。

[11] 詳細は、拙著・前掲注（８）「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（２）」1632頁を参照されたい。

引を区別するが、概ね、D.17.2.23.1を踏襲していた[12]。

注意しておかなければならないのは、Digestaの法文やこれらの条文は、加害行為から利益が発生する事態を規定している訳ではないという点である。例えば、事務管理者・組合員が許されない危険な投機行為を行い、実際、損害を生じさせたが、その者は別の取引では利益をあげ、これを本人・組合にもたらしていたということを考えればよい。この場合に、事務管理では、損害から利益を控除することが許されるが、組合ではそれは許されない。それはなぜなのかがローマ法の解釈として議論されたのである。今日の我々が損益相殺という言葉から想像する、同一の加害行為から損害と利益が生じた場合の議論は、19世紀のドイツパンデクテン法学を待たなければならない[13]。

前述の通り、フランス民法典1850条は、Digestaの法文を踏襲したものである。後述の通り、ボワソナードもローマ法を前提とする説明を行っている。本稿では、これらDigestaに沿った損害と利益の調整問題を、複数取引における損益相殺とよび、広い意味の損益相殺に含めることとする。また、これと区別する意味で、同一の加害行為から損害と利益が生じた場合の調整問題を、同一行為における損益相殺とよぶことがある。

（3）ドイツパンデクテン法学における損益相殺理論の構築

ドイツパンデクテン法学は、同一の事実から損害だけでなく利益も発生したときは、損害から利益を控除したものが実質的な損害であると説いた。これは、「die Natur der Sache」（事物の本性）から生じると説く者もいた（後述のWindscheidなど）。もっとも、かのMommsenは、ローマ法との関係につき、

---

[12] 本文記載のABGBの「損益相殺」に関する規定は、2015年施行の法改正により、廃止された。

[13] なお、損害賠償法における利得禁止思想は、国際法の祖として知られるHugo Grotiusの『De jure belli ac pacis』（初版は1625年）第2巻第17章4「損害は果実にも及ぶ」にも見られる。Grotiusは、財産が侵害された場合は、その財産から生じる果実についても、果実を取得し得たかもしれない場合には、損害を受けたことになるとした上で、「この場合は他人の費用でより富有になることを禁ずるといふ規則に従つて、財産の改善のための費用、或は果実の取得のために必要なる費用を差引くのである。」という（グローチウス著一又正雄訳『戦争と平和の法　第2巻』（酒井書店・育英堂、1950年）649頁）。

組合に関する法文は別々の事実から損害と利益がもたらされたものであり、むしろ、控除を行わないのが当然とした。一方、Mommsenは、事務管理は全体を１つの事実と見るべきであるから、D.3.5.10(11) が示すように、ローマ法は損益相殺を承認していた旨を説いた。前述の通り、D.3.5.10(11)やD.17.2.23.1は、損害が生じた取引と利益が生じた取引が別であることを前提とするものであった。もっとも、両者を区別し、前者は複数の取引を１つの事実とみることで、同一行為における損益相殺承認の例とされた。一方、後者は、複数の取引が行われた場合であり、同一行為における損益相殺の局面ではないから、損害から利益を控除しないのは当然のこととされたのである。

法文をこのように理解できるかは議論があったが、ともかく、当時のドイツにおいて、同一の加害行為から損害と利益が生じた場合を問題とする、損益相殺理論が構築された。

3　旧民法における損益相殺

（１）現在、執筆者が知る限り、日本法における、最古の「損益相殺」という表現は、旧民法財産取得編の講義録にある。そこで、旧民法の関係条文を確認し、続いて、ボワソナードの説明を検討する。その上で、当時の日本人が当該条文をどのように理解したのか、当時の解説書や法律学校の講義録を手がかりに検討していく。

（２）旧民法の条文

旧民法財産取得編には、次の規定が存在した。

旧民法財産取得編131条

① 業務担当人タルト否トヲ問ハス各社員ハ其過失又ハ懈怠ニ因リテ会社ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

② 此損害ハ社員カ会社営業ノ他ノ事件ニ付キテ会社ニ得セシメタル利益ト相殺スルコトヲ得ス但其事件ノ互ニ連絡シタルトキハ此限ニ在ラス

旧民法財産取得編239条[14]

[14] 旧民法財産取得編239条１項は、明治23年４月21日官報号外68頁では「代理人

① 代理人ハ委任事件ヲ成就セシムルコトニ付テハ善良ナル管理人ノ注意ヲ為ス責ニ任ス

② 然レトモ左ノ場合ニ於テハ代理人ノ過失ハ較ヤ寛大ニ之ヲ査定ス

第一 代理人カ無償ニテ代理ヲ為ストキ

第二 代理人カ自ラ求メテ代理ヲ為シタルニ非サルトキ

第三 委任者カ代理人ノ不熟練ナルコトヲ了知シ又ハ之ヲ推量シタルトキ

第四 代理人カ管理ノ或ル行為ニ付キ委任者ヲシテ其予期セサリシ利益ヲ得セシメタルトキ

131条は、「会社」に関する規定であるが、ここでいう「会社」は現在の組合に相当する。そのため、131条２項本文は、組合員（社員）が組合（会社）に損害を生じさせた場合は、他の事件について組合に利益を得させたとしても、両者を「相殺」することはできないとする規定である。もっとも、同項但書は、事件が「互ニ連絡」するときはこの限りでないとする。

一方、239条は、代理人の注意義務を規定したものである。239条２項４号は、代理人がある行為については注意義務違反を犯したものの、他の行為で予期しない利益を委任者にもたらしていたときは、過失の査定を寛大にするように指示する。

（３）ボワソナードの説明

ア 組合における「相殺」の禁止

『ボアソナード氏起稿 民法草案 財産取得編』における779条（旧民法財産取得編131条に対応する。）の説明に次の記述がある。なお、引用に当たって、合字はひらいている（以下、同じ。）。

「第二項ハ仏蘭西法典（第千八百五十条）及ヒ羅馬法ニ模倣シ少シク

ハ委任事件ヲ成就セシムルコトニ付テハ善良ナル管理人タルノ注意ヲ為ス責ニ任ス」として、「管理人タルノ注意」とされている。内閣官報局出版『法令全書明治23年』も同様である。しかし、国立公文書館デジタルアーカイブの御署名原本には「管理人ノ注意」と書かれている。ここでは、御署名原本に従った。起草過程でも「タル」との文言はなく、官報印刷の際に誤り、チェックが行き届かなかったと推察される。

増補ヲ加ヘタルモノニシテ少シク弁明ヲ為スヲ要ス○皮相視スレハ社員ノ惹起シタル損害ト其会社ニ供シタル利得トノ相殺ヲ聴許セサルハ法律少シク厳格ニ過クルカ如シ殊トニ管理者ニ関スルトキハ其管理ノ総体ノ計算報告ヲ為シ其計算ニ就テ其利得アル処置ト損失アル処置ノ総計及ヒ其差引勘定ヲ為シ利得ニ比シテ損害ノ超過高ノミヲ負担セシムヘシト唱フルヲ得可シ

此理論タル事務管理者ニ付テハ維持スルヲ得ヘク加之ス報酬ヲ受ケサル名代人ニモ亦タ之ヲ適用スルヲ得可シ然レトモ若シ管理者タル社員ニ之レヲ適用スルトキハ即チ其職務ノ何者タルヲ全ク誤マルモノト謂フ可キナリ蓋シ該管理者ニハ二个ノ義務ヲ併セテ負担スルモノナリ即チ一ハ会社ノ事務ヲ注意シテ担当シ損失、損害ヲ未然ニ防クニ在リテ一ハ其事務ヲ繁盛ナラシメ以テ配当スヘキ利得アラシムルニ在リ然ルニ此義務ノ一即チ第二ノ義務ヲ実行シタレハトテ他ノ義務ヲ行フヲ免カレ又ハ之ヲ怠リタルノ責ヲ免カル、コト能サルモノナリ

勿論実際ニ於テハ他ノ社員モ己レニ重大ナル利益ヲ得セシメタル者ニ対シテ損害ノ賠補ヲ要求スルコト甚タ厳ナラサル可シ又裁判所モ其争訟ヲ受クルニ方リ寛恕ヲ施サ、ル可ラス就中管理者ハ大事業ヲ盛大ナラシムルニ方リテハ小事業ヲ放棄スルコトヲ得ヘキヲ聴許スルヲ得ヘシ然レトモ之レヲ以テ法律、正義ノ原則ナリト記載ス可カラス

我輩ハ右ノ損失ト利得トノ相殺ノ禁止ニ例外ト称スルニ至ラサルモ調和法ヲ設クルヲ可ナリト信ス即チ其一方ニハ（損失）ヲ来シタル事務ト他ノ一方ニハ（利得）ヲ生セシメタル事務ト相繋連シ、附帯シタルトキ是レナリ○其理由タル此等種々ノ事務ハ総テ不可分ナリト看做ス可シト云フニ在リ然ルニ附帯ノ事務ヲ別離シテ評定スルハ唯一ノ事務ヲ数部ニ分割シテ之ヲ評定シ其一部ニ付テハ賠補ス可キ損害ヲ討求シ他ノ部分ニ付テハ分配スヘキ利得ヲ討求スルト其不正殆ント同一ナリ○況ンヤ時トシテハ管理者一事務ノ利益ヲ挙ク得ンカ為メ他ノ事務ニ付キ多少ノ損失ヲ為サ、ル可カラサルニ於テオヤ」[15]

[15] ボワソナード民法典研究会編『ボアソナード氏起稿　民法草案　財産取得編　第１巻－第４巻（38-49）　ボワソナード民法典資料集成　前期Ⅰ』（雄松堂、2000年）76頁によった。

ここでは、旧民法財産取得編131条２項本文の「相殺」禁止がフランス法とローマ法に由来することが明らかになっている。このローマ法が、D.17.2.23.1を指すことは明らかである。もっとも、ボワソナードは、この準則は「法律、正義ノ原則」であるものの、「少シク厳格ニ過クルカ如シ」といっている。そこで、損失を生じさせた事務（条文では「事件」。以下、同じ。）と利得を生じさせた事務とが「相繋連シ、附帯シタルトキ」に、「損失ト利得トノ相殺ノ禁止ニ例外ト称スルニ至ラサルモ調和法」として提唱されたのが、同項但書である。

ここで「相殺」は「利得アル処置ト損失アル処置ノ総計」をし「其差引勘定」を行うこととされている。ボワソナードは、ローマ法に忠実に複数の行為があった場合を問題とし、その上で、利得と損失の差引計算を行うことが禁止されるとしている。同条項には、但書があるものの、これは例外ではなく「調和法」とされている。事務が「相繋連シ、附帯シタルトキ」に、附帯の事務を分離して評価することは、１つの事務を分割してこれを評価し、損失が生じた部分については損害賠償を請求し、利益が生じた部分では利益分配を求めることと、「其不正殆ント同一ナリ」という。

ボワソナードは明言していないが、１つの事務の中で、様々な支出や収入がある場合、それらは収支の計算に組み込まれるに過ぎず、その全体が観察されるということを前提にしていると思われる。当然のことであるが、たとえば、八百屋営業を行うのであれば、野菜を仕入れなければならない。この仕入れ代金の支払自体は損害ではない。野菜を仕入れ、これを販売し、また、諸経費を計上して、初めて、利益や損失を計算することができる。仮に、組合の業務執行者が、違法に（組合に関する準則に違反して）野菜を仕入れ、その代金を支払ったとしても、仕入れ代金の支払については業務執行者に損害賠償を請求し、売り上げは利益として組合員に分配するとすれば、明らかに不当であろう。これが不当とされる以上、「相繋連シ、附帯シタル」事務についても、附帯の事務を分離して評価することは不当であるとするのが、ボワソナードの解説だと思われる。

それでは、旧民法財産取得編131条２項但書の場合（其事件ノ互ニ連絡シタルトキ）は、どのように処理すればよいのか。「此限ニ在ラス」との条文の文言からは、「相殺」つまり差引計算を許容するものと考えるのが自然である。しかし、ボワソナードは、但書を例外とは考えていないこと、そして、上述のように、１つの事務を分割することと比較していることを考えると、おそらく、

ボワソナードの意図としては、「互ニ連絡シタル」事件全体を１つのものと捉え、その全体を評価することとしていたのではなかろうか。

イ　予期しない利益をあげた代理人の過失査定

『ボアソナード氏起稿　民法草案　財産取得編』における935条（旧民法財産取得編239条に対応する）の説明に次の記述がある。

> 「第四　若シ又代理人其過失ヲ以テ受托事務執行ノ一部分ニ付テハ代理委托人ニ損害ヲ加ヘ他ノ一部分ニ付テハ意外ノ利益ヲ供給セシトキハ右ニ関シテ適当ノ相償ヲ為スハ真ニ正当ノコトト云フ可シ〇法律ハ会社ノ為メ一方ニ在リテハ損失ヲ加ヘ一方ニ在リテハ利益ヲ供給シタル会社ノ管理者タル代理人ニ此損益ノ相償ヲ拒絶セリ（第何条参観）然レトモ右ニ付テハ特別ノ理由アリテ存シ其理由ハ己ニ各事項ニ於テ示指シタル所ナリ」[16]

組合と異なり、こちらの説明は簡単である。代理人が利益をあげた場合に、損害賠償を否定することは、ローマ法の法文に反するものではない。ボワソナードの説明では、「会社」（組合）の場合は、「特別ノ理由」があるとされている。代理には、他で利益をあげたことの考慮を否定する、特別の理由はないということであろう。

なお、ボワソナードは、組合においては、その業務執行者は、損失、損害防止と利益をあげることの２つの義務を負い、後者の義務を果たしても、前者の義務は免除されない旨説明していた。しかし、代理人は、この２つの義務を負わないのであろうか。執筆者には、ボワソナードは、組合の準則は揺るぎないものとして存在する一方、その準則はあまり合理的ではなく、それゆえ、組合以外の場合には適用されないものと考えているように思われる。

（４）当時の日本人の理解と「損益相殺」の登場

ア　調査対象の確認

旧民法財産取得編131条２項と239条２項４号を、当時の日本人は、どのように理解したのだろうか。結論を先取りすると、ボワソナードの意図は充分に伝

---

[16] ボワソナード民法典研究会編・前掲注（15）『ボアソナード氏起稿　民法草案　財産取得編　第１巻－第４巻（38-49）　ボワソナード民法典資料集成　前期Ⅰ』223頁によった。

わっていなかったのである。そこで、当時の解説書と法律学校[17]の講義録[18]から、当時の日本人がどのように理解し、また、何が論点となったのかを確認していこう。

イ　解説書の記述

（ア）本野一郎ほか『民法義解』

ボアソナード訓定富井政章校閲本野一郎・森順正・城数馬『民法義解　巻３　財産取得編，債権担保編』（金蘭社、1890年）596頁から597頁[19]は、旧民法財産取得編131条２項本文につき、一見過酷に見えても、「会社契約ノ性質上又然ラサルヲ得サルモノナリ」として、当然であるかのように説明する。そこには、ボワソナードのようなローマ法の伝統との間の悩みは見られない（そもそも、ローマ法への言及すらない。）。特徴的な部分として同書597頁から598頁は「相殺ハ双方互ニ義務ヲ負フ場合ニ生スルモノナリ然ルニ社員ノ会社ニ得セシメタル利益ニ付テハ会社ハ社員ニ対シテ義務ヲ負フコトナク之ニ反シテ社員ハ其過失ニ付キ会社ニ対シテ直チニ義務ヲ負フモノナリ故ニ此利益ト損害トノ間ニ相殺行ハル可キノ理アルコトナシ」として、旧民法財産取得編131条２項本文の「相殺」が債務消滅事由としての相殺であるかのような記述となっている。但書について、同書598頁は、「小害ヲ顧ミスシテ大利ヲ博セントスルハ勢ヒ巳(ママ)ムヲ得サルコト多クシテ之ヲ以テ社員ノ過失ナリト云フヲ得サルニ依リ其連絡シタル事件ヲ一括シテ之ヲ分ツ可カサルモノト見做スニ依ルナリ」として、過

[17] いわゆる五大法律学校として、専修学校、明治法律学校、東京法学校（和仏法律学校）、東京専門学校、英吉利法律学校（東京法学院）があった。それぞれ、現在の専修大学、明治大学、法政大学、早稲田大学、中央大学の前身である。

[18] 当時の法律学校は通信課程を置いていた。学校によって多少の違いはあるだろうが、東京法学校は、1885（明治18）年から、「三年間にわたって毎月三回講義内容を掲載した雑誌を送る」という方法で、通信教育を始めている。「そして、授業料収入に頼らざるをえない東京法学校は、この講義録の発行によって非常に潤う。これはその後、『和仏法律学校講義録』『法政大学講義録』に受け継がれ、学校の財政基盤の安定の一翼を担っていった。」（いずれも、岡孝『梅謙次郎　日本民法の父』（法政大学出版局、2023年）229頁）。ここでは、講義録の発行は通信課程の実施と同義であり、これは創立当初で財政基盤が弱かった法律学校の有力な収入源となったのであろう。

[19] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000443157。

失を否定する要素であるかのような説明となっている。

（イ）磯部四郎『民法釈義』

磯部四郎『民法釈義　第14編』（長島書房、1892年）458頁[20]は、旧民法財産取得編131条２項を「過怠ニ因リ会社ニ損害ヲ加ヘタル社員カ他ノ事業ニ就キ会社ニ利益ヲ得セシメタリト雖トモ其利害ノ差引勘定ヲ為スヘキノ道理ナキヤ明ケシ」として、「相殺」を「差引勘定」とする。ここでも、ローマ法への言及はない。但書については、同書458頁から459頁は、「利益並ニ損害ヲ生シタル事件ノ互ヒニ連絡シタルトキハ其利害ヲ不可分ト看做シ損害カ利益ニ比シテ著シカラサル限リハ之ヲ不問ニ置クヲ至当トス」とあっさり説明している。むしろ、同書459頁において、「本条第二項ノ『相殺』ハ『差引勘定』ト解スヘシ財産編第五百十九条ノ『相殺』ト同シカラス或ル学士ハ之ニ就キ喋々セリ故ニ一言ヲ附記ス」として、「相殺」の解釈に注意が向けられている。「或ル学士」とは、本野ほか『民法義解』の記述を指すものであろう。

磯部四郎『民法釈義　第15編』（長島書房、1892年）790頁[21]は、旧民法財産取得編239条２項４号について、「委任者カ代理人ノ手柄ヲハ敢テ之ヲ問ハス只其過失ノミヲ厳ニ責ムルヘキニアラス之ヲ宥恕シ寛大ニ査定スヘキハ事理ノ当然ト謂ハサルヘカラサルナリ」と至って簡単な解説を行っている。ローマ法や組合の規定との関係は登場しない。

（ウ）富井政章『民法論綱』

富井は、『民法論綱 財産取得編 中』の旧民法財産取得編131条の解説において、「各社員ハ其過失又ハ懈怠ニ因リ会社ニ加ヘタル損害ヲ賠償セサル可カラサルハ勿論此損害ハ社員カ会社営業外ノ事件ニ付キ会社ニ得セシメタル利益ト相殺スルヲ得ス（仏民法第千八百五十条）」[22]として、フランス民法典1850条を引用する。その上で、「相殺ハ互ニ債権者及ヒ債務者タル者ノ間ニ非サレハ行ハレス（財産編第五百十九条仏民法第千二百八十九条）」[23]として、「相殺」を

[20]『民法〔明治23年〕釈義　財産取得編（中）（第６章～第12章）　日本立法資料全集別巻86』（信山社、1997年）を参照した。

[21]『民法〔明治23年〕釈義　財産取得編（中）（第６章～第12章）　日本立法資料全集別巻86』（信山社、1997年）を参照した。

[22] 富井政章『民法論綱 財産取得編 中』（岡島宝文館、1893年）59頁。国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000443559。

[23] 富井・前掲注（22）『民法論綱 財産取得編 中』59頁。

債務消滅事由としての相殺であるとする。ここでも、ローマ法への言及は見られない。但書については、「本条末文ニ依レハ会社ニ損害ヲ生シタル事件ト利益ノ原因ト為リタル事件ト互ニ連絡シタルトキハ相殺ヲ生ス是仏民法ニ見サル規定ナリ草案注釈書（第四百二十九節）ヲ読ムニ右両事件ハ密接不可分ニシテ別計算ヲ為ストキハ公平ヲ失フト云フニ在リ」[24]としている。

（エ）熊野敏三『民法正義 財産取得編 巻之一』

熊野敏三『民法正義 財産取得編 巻之一』（新法註釈会）702頁[25]は、旧民法財産取得編131条２項の解説において、「此相殺ノ語ハ穏当ナラス法律ノ意ハ只損害ヲ査定スルニ当リ利益ヲ差引キ以テ責任ノ程度ヲ軽減スルヲ得スト謂フニ在リ或学者ハ此用語ニ惑ヒ相殺ハ相互ニ債務ヲ負担スル二人ノ間ニ於テ為ス仮想ノ弁済ナルカ故ニ社員ハ会社ニ対シ損害ヲ加ヘタルヲ以テ損害賠償ノ債務ヲ負担スト雖モ社員カ会社ノ業務ニ付キ利益ヲ会社ニ得セシメタレハトテ会社ハ其社員ニ対シテ之ヲ償還スルノ義務ナキモノナレハ相殺ニ必要ナル条件ヲ欠クモノナリト論セリ」として、解説のかなりの部分を「相殺」の説明に当てている。前述の通り、本野ほか『民法義解』や富井『民法論綱』は、131条２項の「相殺」を債務消滅事由と理解していた。ここでいう「或学者」も、そのような見解を採る学者を指すものであろう[26]。但書について同書703頁は「損害ヲ生セシメタル業務カ利益ヲ得セシメタル業務ト連絡スルトキハ法律ハ相殺即チ差引計算ヲ允許セリ故ニ数多ノ事件ナリト雖モ彼此連絡スルトキハ元来不可分ノモノナレハ其事件ノ全体ニ付キ責任ノ有無ヲ査定セサルヘカラス」という。なお、熊野も、ローマ法に言及していない。

（オ）岸本辰雄『民法正義　財産取得編　巻之二』

岸本辰雄『民法正義　財産取得編　巻之二』（新法註釈会）248頁[27]も、旧民法財産取得編239条２項４号について、磯部『民法釈義』同様、「功ヲ以テ過ヲ償フニ足ル然ルニ功ハ黙シテ之ヲ受ケ過ハ怒テ之ヲ責ムルハ背情ノ事タルカ故

[24] 富井・前掲注（22）『民法論綱 財産取得編 中』59頁。

[25]『民法〔明治23年〕正義　財産取得編　巻之壹　日本立法資料全集別巻57』（信山社、1995年）を参照した。なお、元の出版年を示す奥付等は見当たらない。

[26] もっとも、『民法義解』や『民法論綱』の関係箇所の記述は、相殺を「仮想ノ弁済」とはしておらず、「或学者」が誰を指すかは不明である。

[27]『民法〔明治23年〕正義　財産取得編　巻之貳　日本立法資料全集別巻58』（信山社、1995年）を参照した。なお、元の出版年を示す奥付等は見当たらない。

此場合ニ於テモ亦タ寛大ニ之ヲ査定センコトヲ要ス」と簡単な解説を行うのみである。

ウ　講義録における説明

（ア）松野貞一郎（東京法学院）

松野貞一郎講義高松太喜次編集『民法財産取得編 代理之部（東京法学院25年度第２年級講義録）』98頁[28]に、次の記述がある。これは、旧民法財産取得編239条２項４号の解説である。ここに「損益相殺」という表現が登場する。この資料は、1893（明治26）年頃、おそくとも、明治民法成立（1896（明治29）年）前の発行とみられ、現在執筆者が知る限り、最も古い「損益相殺」との表現である。

> 「（第四）代理人カ管理ノ或ル行為ニ就キ委任者ヲシテ予期セサリシ利益ヲ得セシメタルトキ　是レ常ニ羅馬法以来設例ヲ挙ケテ論究セラルヽ所ナリ即チ或ル行為ニ就キ一部ハ代理人ノ過失ニヨリテ委任者ニ損害ヲ被ラシメタルモ他ノ一部ハ委任者ノ予期セサル利益ヲ与ヘタル場合之レナリ例ヘハ甲者乙者ヨリ家屋及ヒ土地ノ売却ヲ依頼セラレ家屋ハ甲者ノ不注意ヨリ無資力者ニ売却シテ其代金ヲ受取ルヲ得サリシト雖モ土地ハ非常ノ高価ニ之ヲ売却シテ代金ヲ即時ニ受取リ意外ノ利益ヲ乙者ニ得セシメタルトキハ甲者ハ此利益ヲ以テ家屋ニ於ケル損失ト互ニ相殺セシメテ責任ヲ負フコトナキヤト云フニ羅馬法以来万法一律代理人ハ損益相殺ヲ主張スルヲ得ス然レトモ此場合ニ於ケル代理人ノ過失ハ大ニ之ヲ寛仮セサルヘカラストセリ即チ家屋ノ売却ニ就テハ代理人ハ過失ノ責任ヲ免ルヽヲ得サルヲ以テ其損害ヲ賠償セサルヘカラサルモ土地ノ売却ニ就テハ意外ノ利益ヲ本人ニ与ヘシメタルヲ以テ其賠償ノ額ヲ定ムルニ当テハ利益ヲ得セシメタルノ功労ヲ参酌スルヲ要ス」（下線は引用者による。）

ローマ法以来、代理人が損益相殺を主張することは否定されてきたかのような内容になっているが、前述したボワソナードの説明と大きく異なっている。おそらく、松野は、組合と代理を混同している。また、その論理展開に注目し

[28] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000443351。奥付等は見当たらないので、詳細は不明だが、国会図書館の書誌情報は、出版者は東京法学院、出版年月日は明治26年？としている。

ても、松野は、「羅馬法以来万法一律」の準則をいともたやすく否定している。ボワソナードが不都合を感じ、それゆえ、工夫を凝らしながらも、ローマ法以来の準則を維持したのとは大きな違いである。

大きな問題はあるものの、ともかく、ここで「損益相殺」という言葉が登場したことは注目に値する。旧民法財産取得編131条２項本文は、「此損害ハ・・・利益ト相殺スルコトヲ得ス」となっているのだから、これを損益相殺の禁止とよぶのは至って自然なことであろう。想像ではあるが、講義等で、この問題を「損益相殺」とよぶ者は一定数いたのではなかろうか。

（イ）岡松参太郎（和仏法律学校）

岡松参太郎『民法財産取得編講義（和仏法律学校第２期講義録）』349頁から350頁[29]には、次の記述がある。これは、旧民法財産取得編239条２項４号の解説である。

> 「第四　代理人カ管理ノ或ル行為ニ付キ委任者ヲシテ其予期セサリシ利益ヲ得セシメタル場合〇代理人カ委任事件ヲ実行スルニ当リ其一部分ニ付テハ委任者ニ損害ヲ加ヘタリト雖モ他ノ一部分ニ付テハ委任者ニ意外ノ利益ヲ得セシメタルトキハ其利益ハ損失ノ幾分ヲ償フニ足ルカ故ニ法律ハ此場合ニ於テ代理人ノ責任ヲ寛大ニ査定スヘキモノト為セシナリ然レトモ此事ハ相殺ヲ為セシモノト誤解スヘカラス法律ハ右ニ述ヘタル代理人ノ過失ニ宥恕ヲ加ヘタルニ過キサルナリ」

講義録ということもあってか、簡単な説明であるが、「相殺」と誤解しないように言及していることが気になる点である。磯部『民法釈義』も、岸本『民

[29] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌000000443356。国会図書館は、1896（明治29）年頃の発行と推測している。もっとも、この講義録では、岡松は「法学士」とされている。岡松の大学卒業は1894（明治27）年である。一方、この講義録は、旧民法の規定だけで、明治民法やその案（民法修正案）に対応していない。「修正民法草案」（法学新報社、1896年）国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌000000443019の冒頭頁を見ると、「東京法学院広告」として「今般民法修正案帝国議会ニ提出セラレタルニ付キ本院ハ自今専ラ右修正案ヲ基礎トシテ之レカ講義ヲ為スコト、セリ此段広告ス　明治二十九年一月」と記載されており、1896年１月には、民法修正案に基づく授業に切り替わったことが分かる。和仏法律学校も、東京法学院と同時期に切り替えが行われたとすれば、この講義案は、1894年か1895年に成立したものと推測できる。

法正義 財産取得編 巻之二』も、相殺に言及していない。岡松が、旧民法財産取得編239条２項４号に「相殺」という言葉がないのに、わざわざ「相殺」に言及しているのは、同号が旧民法財産取得編131条２項と繋がっており、そこで「相殺」の意義について議論となっているとの認識があったからであろう。

（ウ）岸本辰雄（明治法律学校）

岸本辰雄講述『民法財産取得編講義 巻之２（講法会第３期法律政治講義録）』（明治法律学校講法会）115頁から117頁[30]に、次の記述がある。これは、旧民法財産取得編131条２項の解説である。

> 「然リ而シテ法律ハ社員（業務担当社員タルト通常社員ニシテ業務ニ干渉シタルモノトヲ問ハス）カ会社ニ対シテ加ヘタル損害ニ付テハ其社員カ会社営業外ノ事件ニ付キ会社ニ得セシメタル利益ト相殺スルコトヲ得ストセリ是レ亦タ会社契約ノ性質上ヨリ来レルモノニシテ社員ハ務メテ共同ノ利益ヲ得セシメ又務メテ損害ヲ防止セサル可カラス故ニ仮令営業外ノ事件ニ付キ会社ニ利益ヲ得セシメタルモ這ハ社員カ正実ニ会社ニ義務ヲ画クセル迄ニシテ決シテ会社ニ対シテ償還ヲ要求スルノ権利ヲ有スルモノニ非サルナリ然ルニ其損害ハ全ク社員ノ義務タル注意ヲ欠キシヨリ生シタルモノナルヲ以テ之レカ責ニ任ス可キハ当然ノコトトス他ナシ前ノ失策ハ後ノ功労ニ因テ之ヲ償却シ得ヘキモノニ非サレハナリ又相殺ナルモノハ互ニ債権者及ヒ債務者タル場合ニ非サルヨリハ生セサルモノナルヲ以テ此場合ノ如キニ於テハ其利益ト損害トハ相殺ニ要スル条件ヲ為サヽルニ因リ決シテ相殺アルコトヲ得サレハナリ（或ル一二ノ学者ハ相殺ノ語ハ穏当ナラス差引計算トシテ解ス可シト云ヘルモ本法及ヒ仏国法ハ共ニ明カニ相殺ナル文字ヲ記載セルノミナラス之ヲ相殺トシテ用語ノ儘ニ解スルモ不都合アルヲ見ス）財産編第五百十九条及ヒ仏国民法第千二百八十九条第千八百五十条参看
>
> 然レトモ其損害ヲ生セシメタル事件ト利益ヲ生セシメル事件ト相連絡シタルトキハ相殺ヲ生ス可ク従テ社員ハ会社ニ対シテ相殺ヲ主張スル

[30] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000443354。奥付等は見当たらないので、詳細は不明だが、国会図書館は、著者を「矢代操、岸本辰雄」、出版年月日を「〔明28〕」としている。

> コトヲ得ヘシ法律ハ本条第二項末段ニ於テ『但其事件ノ互ニ連絡シタルトキハ此限ニ在ラス』トシ之ヲ明カニセリ仏国法ハ此明文ナキモ学者皆ナ之ヲ認メタリ一例スレハ其製造会社ニテ一社員カ製造品ノ販売ヲ委任セラレ之レカ販売ニ従事シ其一部ニ付テハ時機ニ乗シ許多ノ利益ヲ会社ニ得セシメタルモ他ノ一部ニ付テハ無資力者ニ売渡シタルカ為メ会社ニ損害ヲ加ヘタルトキノ如シ是レ一事ヲ委任スルニ於テハ其事件ノ全体ニ就テ成敗ヲ決定ス可ク其損益ヲ分割シテ利益ハ之ヲ黙過シ損害ハ之ヲ負担セシムルカ如キハ決シテ正当ナルモノニ非サルニ因ルナリ」

「或ル一二ノ学者ハ相殺ノ語ハ穏当ナラス差引計算トシテ解ス可シト云ヘルモ・・・」としているが、この学者とは、熊野『民法正義 財産取得編 巻之一』を指すものであろう。

岸本はパリ法科大学に留学し、それゆえ、フランス語も堪能であったとみえ、「仏国法ハ共ニ明カニ相殺ナル文字ヲ記載セル」と母法であるフランス民法典の規定も参照した上で、「相殺」を債務消滅事由の相殺としている。

但書については、「仏国法ハ此明文ナキモ学者皆ナ之ヲ認メタリ」として、フランスでは一般に認められているかのような説明になっている。他の解説書や講義録には同種の記述はなく、興味深い指摘である。

エ　小括

当時の日本人の解説を見てきたが、あまりボワソナードの意図は理解されなかったようである。

ボワソナードは、フランス法とローマ法を踏襲した上で、「例外ト称スルニ至ラサルモ調和法」として、旧民法財産取得編131条２項但書を設けた。しかし、当時の日本人は、ローマ法以来の伝統に言及しない（松野・講義録以外の前掲書全て）か、ローマ法を誤って理解している（松野・講義録）。あえて挙げるならば、岡松・講義録が旧民法財産取得編239条２項４号の解説において「相殺」に言及している点に、同号と同編131条２項との関係をうかがうことができ、これはボワソナードの説明に合致するものである。

一方で、日本人の解説書等で大いに問題となったのは、「相殺」の理解であった（本野ほか『民法義解』、富井『民法論綱』、岸本・講義録は「相殺」を債務消滅事由としての相殺とする。一方、磯部『民法釈義』、熊野『民法正義 財産取得編 巻之一』は相殺を差引勘定とする。）。興味深いのは、フランス留学経

験のある学者が、フランス民法典を参照して、「相殺」を債務消滅事由としての相殺と主張した点である。これは、早くも比較法的な検討が行われているといえるかもしれない。もっとも、条文の文言のみを重視し、その歴史的な文脈を無視しているともいえるであろう。

これら旧民法の「損益相殺」に関する問題は、結局のところ、ボワソナードが考えたことが、あまり理解されていなかったという点に集約されるのではなかろうか。旧民法財産取得編131条２項には、たしかに、「相殺」と書かれていた。したがって、これを債務消滅事由の相殺と同じと理解するのも、文言解釈という点からは説得力がある。しかし、その結果、旧民法財産取得編131条２項は、債権債務の対立構造がない以上、相殺が否定されるのは当然であるなど、ボワソナードの意図とはまるで違う解釈に至ったのである。おそらく、当時の日本人は、「損益相殺」規定を存在意義の分からない規定と思ったのではなかろうか。

このような状況は、明治民法の起草における損益相殺規定の削除に繋がっていく。

4　明治民法起草過程における「損益相殺」規定の削除

（１）本稿の冒頭で指摘したように、日本民法典に損益相殺の規定はない。旧民法の「損益相殺」規定は、明治民法の起草過程において、いずれも削除された。その経緯を見ていこう。

（２）旧民法財産取得編131条の顛末

法典調査会第109回議事速記録[31]を見ると、原案678条「会社ノ業務ヲ執行スル社員ニハ第六百五十条乃至第六百五十六条ノ規定ヲ準用ス」の参照条文として「取一三〇乃至一三五」が現れる。

立案趣旨の説明は、富井政章によってなされている。富井は、会社（組合）の業務執行を委任された者との関係が純粋な委任か会社契約の一部であるのか疑義があるため、法律に規定しておいた方がよい旨を述べた後に、「此規定ヲ

[31] 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書４　法典調査会民法議事速記録四』（商事法務、1984年）864頁によった。

置ク以上ハ既成法典取得編第百二十九条カラ百三十五条迄ノヤウナ極ク煩ハシイ細カナ規定ハ自ラ必要ガナクナルト考ヘマシテ削リマシタ」[32]としている。

議論においても、組合における「損益相殺」規定の存在を必要とする意見は見られない。議長が「大分御討議ガアリマシタガ別ニ修正説モナイヤウデアリマスガ他ニ御異論ガナケレバ原案ニ決定イタシマス」[33]と述べて、原案通り決定されている。法典調査会原案678条は、その後、文言の調整（「会社」→「組合」など）などを経たものの、実質的に変更されずに、671条「組合ノ業務ヲ執行スル組合員ニハ第六百四十四条乃至第六百五十条ノ規定ヲ準用ス」として、成立に至る。

（3）旧民法財産取得編239条2項4号の顛末

法典調査会第102回議事速記録[34]を見ると、原案650条「受任者ハ委任ノ本旨ニ従ヒ忠実ニ其委任セラレタル事項ヲ処理スル義務ヲ負フ」の参照条文として「取二三七、二三九」が現れる。

こちらも、立案趣旨の説明は、富井政章によってなされている。そこでは、「本条ハ財産取得編第二百三十七条及ビ第二百三十九条ニ該当シマス本条ハ先ヅ委任契約ヨリ如何ナル権利義務ガ生ズルカト云フコトヲ示シタモノデアリマス」[35]「既成法典ハ原則トシテハ善良ナル管理人タルノ注意ヲ用ヰテハナラヌトシテ種々ノ区別ヲシテ居リマス、煩ハシイ区別『代理人カ無償ニテ代理ヲ為ストキ』或ハ・・・『代理人カ管理ノ或ル行為ニ付キ委任者ヲシテ其予期セサリシ利益ヲ得セシメタルトキ』是ラノ場合ニ於テハ代理人ノ過失ヲバ軽々寛大ニ査定スル善良ナル管理人タルノ注意ヲ用ヰネバナラヌノデハアルガ少シハ寛大ニ見テ居ルト云フコトデアリマスガ何ウモ是モ殆ンド標準ノナイコトデアリマシテ斯ウ云フ場合ニ於テモ代理人ハ矢張リ一旦引受ケタ以上ハ忠実ニ其事務ヲ

[32] 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（31）『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四』865頁。
[33] 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（31）『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四』878頁。
[34] 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（31）『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四』602頁によった。
[35] 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（31）『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四』602頁。

処理セネバナラヌトシタ方ガ至当デアラウト思ヒマシテ煩ハシクモアリ旁々然ウ云フ区別ハ採ラナンダノデアリマス」[36]とされている。

ここでは、代理において、「損益相殺」を認めていた旧民法財産取得編239条２項４号は、「煩ハシイ区別」の１つとされ、そのような場合でも、代理人は「一旦引受ケタ以上ハ忠実ニ其事務ヲ処理セネバナラヌ」とされている。

議論では、「忠実」「事項」について発言があったものの、「損益相殺」については全く言及されることなく、原案通り可決されている。法典調査会原案650条は、その後、整理案において、「忠実ニ」を「善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ」、「其委任セラレタル事項」を「委任事務」に、それぞれ変更する修正がなされたものの、「損益相殺」に関する規定が復活することはなく、644条「受任者ハ委任ノ本旨ニ従ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ処理スル義務ヲ負フ」として、成立に至る。

（４）小括

ボワソナードがローマ法以来の伝統を受け継ぎつつ、その修正を試みた組合の規定は、明治民法の起草過程において、「極ク煩ハシイ細カナ規定」として、削除された。そして、別の取引で利益を上げた代理人の免責は、「煩ハシイ区別」の１つとされ、代理人は「一旦引受ケタ以上ハ忠実ニ其事務ヲ処理セネバナラヌ」として、その価値判断は否定された。

ここで、日本において、複数取引における損益相殺は途絶えることになる。しかし、この過程を岡松参太郎は見ていたはずである。その岡松により、ドイツ法からもたらされた損益相殺理論が展開される。そして、起草の当事者である富井政章が、日本流の損益相殺形成に大きな役割を果たすことになる。

5　岡松参太郎によるドイツ法からの「損益相殺」の導入

（１）はじめに

前述したように、ドイツパンデクテン法学は、加害行為によって、被害者に損害と利益が生じた場合に、損害から利益を控除するという、損益相殺理論を

[36] 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（31）『日本近代立法資料叢書４法典調査会民法議事速記録四』603頁。

確立した。そして、日本において、岡松参太郎が、このドイツ法の損益相殺を展開したのである[37]。

その展開は、『民法理由』と、その後の京都における教育研究の２段階に分けることができるように思われる。

（２）『民法理由下巻』

ア　概要

『民法理由』は、岡松の初期の代表作であり、上巻（総則）と中巻（物権）、下巻（債権）から成る。いずれも民法典の注釈であるが、上巻は、民法典第１編第２編第３編公布（1896（明治29）年４月27日）後、間もない、同年５月18日の発行となっている。民法典公布前に準備を進めていたのであろう。中巻は1897（明治30）年８月、下巻は同年９月の発行となっている。中巻下巻の発行は、岡松の留学中（1896年７月～1899年７月）になされた。この『民法理由』は、上中下巻とも、富井政章の校閲となっている。

『民法理由上巻』は、出版後、「たちまち版を重ねた。明治三二年の刊本の奥付けを見ると、二九年九月に再版、同一二月に三版、以後三二年までに一二版を数えている。」[38]という。当時のベストセラーといって差し支えないであろう。

イ　記述内容

『民法理由下巻』には、次の記述がある。なお、当該記述は、民法416条の第１項中「損害ノ賠償」の解説の一部である[39]。「損害ノ賠償」は、「積極的ノ

---

[37] 石坂音四郎が損益相殺を日本に紹介したかという問題について、言及しておく。本文で述べるように、1897年発行の『民法理由下巻』で、同一行為における損益相殺が紹介されている。一方、石坂が東京帝国大学法科大学に入学したのは1898年である。石坂は、発行当時高校生であるから、『民法理由下巻』の執筆に関与することはあり得ない。岡松参太郎より前に、日本法にドイツの損益相殺を紹介した者がいたかはともかく、石坂を紹介者とする見解は否定するしかない。

[38] 春山明哲『近代日本と台湾　霧社事件・植民地統治政策の研究』（藤原書店、2008年）303頁。

[39] 穂積陳重・富井政章・梅謙次郎校閲 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解　第五巻』（日本法律学校、1897年）146頁（『帝国民法〔明治29年〕正

損害及消極的ノ損害ヲ包含ス」で始まり、逸失利益に関する解説が行われている。当該記述は、逸失利益の解説に続き、改行されることなく、記載されている。

> 「債務ノ不履行ニ因リ損害ヲ生シタルト同時ニ利益発生シタルトキハ損害ヨリ其利益ヲ控除シ其残余ニ付キ債務者ハ賠償ノ責ニ任ス可キモノナルコト学者ノ一致スル所ナリ然レトモ其理由ニ付キ二個ノ学説アリ〔一〕第一説ハ曰ク債務ノ不履行ニ依リ損害ト利益ト同時ニ生スルトキハ債権者ハ利益ノ額ヲ超過シタル損害ノミヲ賠償スヘキモノトス何トナレハ損害ト利益トハ互ニ相殺スヘキモノナレハナリト（ハンゲロー、ウイセドシャヤイド）〔二〕第二説ハ曰ク損害ト利益トハ相殺セラルヘキ理由ナシ然レトモ実際如何ナル損害ノ生シタルヤハ事実ノ全体ヨリ観察スヘキモノナルヲ以テ失ヨリ得ヲ控除シ其残余ヲ以テ損害其者ト見做スヘキモノナリト。第二説ノ方法理ノ正鵠ヲ得タルモノト云フヘシ。蓋シ債務ノ不履行ニ因リ損害ヲ生シタルトキハ債務者ハ之レヲ賠償スルノ責アリ而シテ其不履行ニ依リ債権者ノ偶然ニ取得シタル利益ハ即チ債権者ノ利益ナリ債務者ハ之ニ付テ何等ノ権利ヲ有スヘキ理由ナキヲ以テ損害ト利益トハ相殺セラルヘキ性質ノモノニアラサレハナリ。」[40]

損益相殺という用語は現れていないが、ドイツの文献が引用されていること、損害賠償の通則に置かれていること、１つの債務不履行により損害と利益が発生する場合に損害から利益を控除することを論じていることから、間違いなく、ドイツ法の流れをくむ、同一行為における損益相殺といえる。

『民法理由下巻』の内容について、検討を加える前に、第一説の支持者として挙がっている「ハンゲロー」と「ウイセドシャヤイド」の見解を見ておこう。

ウ　同書の参考文献

（ア）参考文献の特定

前述の通り、第一説の支持者として、「ハンゲロー」と「ウイセドシャヤイド」

解　第五巻　債権〔自第三九九条乃至第五一四条〕日本立法資料全集別巻99』（信山社、1997年）を参照した。）の416条に関する部分には、損益相殺に関する記述はない。

[40] 富井政章校閲 岡松参太郎『民法理由下巻』（有斐閣、1897年）89頁。

の名前がある。後述の坂千秋「損益相殺ニ就テ（一〜三完）」法協37巻5号780頁、法協37巻6号952頁、法協37巻7号1107頁（いずれも1919年）を見ると、類似する名前として、VangerowとWindsheidのPandektenの教科書が目に付く。どちらも有名な学者であり、岡松が参照しても不思議ではない（逆に言うと、坂は古い文献を参照している。）。坂は、当時、東京帝国大学の学生であり、必要であれば教員の手助けを借りることにより、岡松と同じ資料にアクセスすることも可能だったのではなかろうか[41]。

ここでは、Karl Adolph von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Band 3, 7 Auf. Marburg und Leipzig, 1869.[42]とBernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 7 Auf. Frankfurt, 1891.[43]を参照した。

（イ）Vangerow

Vangerowは、前述の教科書の§571のAnm.1.（34頁から36頁）において、損益相殺に言及している。そこでは、問題となる場面を指摘した上で、矛盾しているように見える法文として、前述の有名な2つの法文（D.17.2.23.1とD.3.5.10（11））を引用する。前者は、組合に関するものであり、損益相殺を否定するものと、後者は、事務管理に関するものであり、損益相殺を肯定するものと、それぞれ考えられてきた。

Vangerowは、これらの法文を調和させる方法は、問題となっている利益をもたらす行為が、完全に自由なのか、それとも、その前提によれば、その行為者は義務を果たしたに過ぎないのかを区別することであるとする。組合においては、利益を上げることは組合員の義務であり、利益を上げても損害を埋め合わせることはできないが、事務管理では、その性質上、埋め合わせが行われる

---

[41] なお、岡松は1919年4月から中央大学教授となっているが、それ以前から東京に住んでいる（浅古弘「岡松家旧蔵資料の公開」浅古弘・和仁かや編『岡松参太郎の遺緒』（成文堂、2024年）7頁によれば、岡松は、1914年3月に、沖縄県那覇区から東京市牛込区に本籍を移している。）。また、坂論文の序文を書いた春木一郎は、岡松とは帝大法科大学英法科の同期であり、京大時代の同僚でもある。

[42] Münchener DigitalisierungsZentrum（https://www.digitale-sammlungen.de/）のデータによった。

[43] HathiTrust（https://www.hathitrust.org/）のデータ（最終アップロード2023-06-30 10:57 UTC）によった。

というのである。

（ウ）Windscheid

Windscheidの前述の教科書の§258の１（32頁から34頁）は、損益相殺に関して、端的に、「当該事実が、損失だけではなく、利益をももたらした場合は、実質的な損失は、利益の額を控除した後に残ったものだけである」としている。その上で、脚注において、「これは、事物の本性から生じる。しかし、少なくとも直接的には、D.3.5.10によって証明されておらず、もちろん、D.17.2.23によって否定されている訳でもない。２つの法文は、損失と利得が、単一かつ同一の事情からもたらされた事案に関するものではない」と指摘する。

エ　検討

明治民法に規定がある訳でもないのに、岡松がわざわざ損益相殺について記述したのは、当時のドイツの文献を読み、重要な問題と認識したからであろう。しかし、当時のドイツの通説は損益相殺を認めていた。岡松が、有力学者の支持する第一説を否定し、支持者のない（あったとしても、その名前は『民法理由』には記載されていない。）第二説を「法理ノ正鵠ヲ得タルモノ」としたのはなぜだろうか。

執筆者には、旧民法の存在が影響しているように思われる。前述の通り、Vangerowは、ローマ法の法文を引用して、組合においては、利益をあげることは組合員の義務であり、利益をあげても損害を埋め合わせることができないとの趣旨の議論を展開している。これは本質的に、旧民法財産取得編131条２項と同じ議論である。加えて、ボワソナードは、同条項がローマ法に由来することを明示していた。岡松はこれらの状況から、ドイツの損益相殺は、旧民法財産取得編131条２項と同じルーツをもつことに気づいたのではなかろうか。

岡松が、ドイツの損益相殺と旧民法財産取得編131条２項が同根であることを知っていたとすれば、『民法理由』の上記記述に関する、次の３つの疑問が解決する。

１つ目は、損害と利益が「同時」に発生するという特徴的な表現である。字句通り理解しようとすれば、発生時期が同じということだが、VangerowもWindscheidも、損害と利益の時間的な間隔は問題にしていない。日本では、今日まで、損益相殺の説明に「同時」との表現が見られる[44]が、管見の限り、

[44] 例えば、潮見佳男『債権総論第５版補訂』（信山社、2020年）151頁は、「債権

損益相殺における、損害と利益の時間的間隔を論じた文献は存在しない。おそらく、時間的間隔とは異なる、別の必要性から、岡松は、「同時」という表現を挿入したものと思われるが、それが旧民法財産取得編131条２項や239条２項４号の存在ではないだろうか。旧民法の議論では、別の行為によって、損害と利益が発生することが前提となっていた。それと区別する必要から、岡松は、あえて「同時」という表現を加えたのではなかろうか。そうであれば、「同時」とは、「１つの行為によって」という意味になる。

２つ目は、債務消滅事由でもないのに、第一説の説明において、あえて「相殺」という言葉を選んだ理由である。これは単純で、旧民法財産取得編131条２項の用語をそのまま流用したものと考えられる。廃止されたとはいえ、岡松は、旧民法を学び、また、当時の法律家も同様であったのだから、そのルーツを踏まえた上で、岡松が旧民法と同じ用語を選択したとしても驚くには値しないであろう。

３つ目は、岡松が第二説（損益相殺否定説）を採用した理由である。旧民法財産取得編131条２項は「相殺」を否定していたし、Vangerowの説明によっても、組合の場合に「相殺」を行うことは正当化できないはずである。それにもかかわらず、損害賠償の総則において、「相殺」を認めることは抵抗があったのではなかろうか。一方で、旧民法財産取得編131条２項但書では、「但事件ノ互ニ連絡シタルトキ」は、「事件ノ全体ニ付キ責任ノ有無ヲ査定」するという解釈（熊野『民法正義 財産取得編 巻之一』）が唱えられていた。ドイツの損益相殺は、１つの加害行為から、損害と利益が生じることを前提としており、「互ニ連絡」よりもさらに強い結びつきが認められる場合ということができる。そこで、岡松は、旧民法の解釈にならって、「事実ノ全体ヨリ観察」することが正当と考えたのではないだろうか。

者が，損害を被ったのと同時に，債務不履行と同一の原因によって利益を受けた場合に，損害と利益との間に同質性がある限り，損害額から利益額を差し引いて，その残額をもって賠償すべき損害額とする。これを損益相殺と言う。」としている。また、損益相殺的な調整とされるものの、最大判平成５年３月24日民集47巻４号3039頁は「被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要があ」るとする。

結局のところ、岡松は、ドイツの重要論点を、旧民法の思考様式で解釈したように思われる。そして、それを可能にしたのは、両者が同じルーツを持つ議論であるという事実だと推測できるのである。

なお、岡松は『民法理由下巻』において、「不履行ニ依リ債権者ノ偶然ニ取得シタル利益ハ即チ債権者ノ利益ナリ債務者ハ之ニ付テ何等ノ権利ヲ有スヘキ理由ナキ」としている。「偶然ニ取得シタル利益」と、旧民法財産取得編239条２項４号の「予期セサリシ利益」との関係が気になるところである。「予期セサリシ利益」と「偶然ニ取得シタル利益」が同じであれば、岡松は旧民法と異なる発想を採用したことになる。しかし、前述の通り、磯部『民法釈義』は「代理人ノ手柄」といい、岸本『民法正義　財産取得編　巻之二』は「功」といっている。これらは、「予期セサリシ利益」が棚ぼたの利益ではなく、代理人の努力の成果であるとの発想に立脚しているようである。そうであれば、岡松も、これら旧民法の解釈と同様、債務者が努力して債権者にもたらした利益は「事実ノ全体」の観察に含まれるとしても、偶然発生した利益を考慮する必要はないとしたのではなかろうか。

（３）岡松の教育

ア　京都帝国大学における教育改革とその挫折

岡松の教育について説明を行うには、当時の京都帝国大学の教育改革とその挫折に言及しなければならない。もっとも、教育史は全くの専門外なので、詳細は、潮木守一『京都帝国大学の挑戦』（講談社、1997年）、京都大学百年史編集委員会編『京都大学百年史部局史編１』（京都大学後援会、1997年）242頁以降を参照されたい。

1899年開設の京都帝国大学法科大学は、翌1900（明治33）年９月21日、大規模なカリキュラム改正を実施し、「学生は『科目試問』として、通常６月に実施される学科試験を受験し所定の各科目に及第するとともに、『論文試問』として、各演習科において毎年定められる複数の論題の中から１つを選択して論文を作成、提出して審査を受け、これにも及第することによってはじめて卒業資格を得る」[45]こととなった。従来、東大では、学生は、教授の講義内容を延々

[45] 京都大学百年史編集委員会編『京都大学百年史部局史編１』（京都大学後援会、1997年）244頁。

とノートに取り、それを丸暗記して試験に臨んでいたというが、京大では、詰め込みを減らして、学生の自主的な学習を実現すべく、論文とその前提となる演習科の必修化を行ったのである。この改革は、ドイツの大学にならったものとされ、いわゆるベルリン党[46]が大きな役割を果たした。

1903（明治36）年の制度変更により、京都帝国大学法科大学の修業年限は従来の4年から最短3年に短縮された。東京帝国大学法科大学は4年制を維持したから、京都帝国大学法科大学の目玉は、先の演習中心主義と3年制となった。

しかし、この教育改革は、挫折する。「直接にはそれは、法科大学卒業生の文官高等試験・司法官試補試験等における『成績不振』に対する非難の高まりによるものであった」[47]。1907（明治40）年、論文試問を廃止し卒業試問を置くこと、在学年限を4年に戻すことが決定された。岡松、春木一郎、仁保亀松は、最後まで論文の存置を求めたが、容れられることはなく、京都帝国大学の教育改革は終了した。同年7月、岡松は民法講座の担当から外れ、石坂音四郎が同講座を担当することとなる[48]。

イ　京都帝国大学私法科演習

京都法学会雑誌1巻2号112頁（1906年2月25日発行）に、「法科大学演習科論題」との記事がある。その中に「私法演習科論題（明治三十三年度）」が存在し、その「十一損害賠償論」に「（三）損得相殺論」との記載がある。これが管見の限り、最も古い「損得相殺」である。なお、京都法学会雑誌には論題作成者の名前はないが、記載されている問題が岡松参太郎文書[49]F1-2-5「私法演習科より提出する本学年論文問題」の記述と一致しており、岡松が作成した

---

[46] 岡松の他、織田萬、井上密と高根義人を指す。この4人は、新設される京都帝国大学法科大学の教員となることを約束され、ベルリンに派遣された。

[47] 京都大学百年史編集委員会編・前掲注（45）『京都大学百年史部局史編1』248頁。

[48] 岡松参太郎「亡友石坂君を挽し併せて其遺著債権法大綱に序す」（石坂音四郎『債権法大綱』（有斐閣、1917年）の序文）11頁は、「予故ありて（引用注―明治）四十年七月を以て講座を離るるに及ひ君（引用注―石坂のこと）即代りて之を担当せられ、新陳代謝し駿駑交替す」と述べている。

[49] 岡松参太郎文書は、岡松家旧蔵資料が早稲田大学図書館に寄贈され、マイクロフィルムによって公開されたものである。詳細については、浅古・前掲注（41）「岡松家旧蔵資料の公開」1頁を参照。

ものと考えられる。

「損得相殺」の内容は、後で検討するが、結論を先取りすると、ドイツの流れをくむ、同一行為における損益相殺である。ここで、学生の演習には、難しすぎるのではないかという疑問が生じる。「損得相殺」に関しては、当時、日本語で書かれた論文がないことはもちろん、現在執筆者が知る限り、それ以前に「損得相殺」と書かれた文献もなく、「損得相殺」という言葉自体ここで初めて誕生した可能性さえある。そのような課題を学生に出題するなど、今の大学では行わないだろう。

しかし、1903（明治36）年の読売新聞連載「東西両京の大学」は、「法科大学比較観」において、「東京大学の学生は参考書を読む者わずかに百人中二、三人なるに過ぎず・・・京都大学の学生は、一科目について原書二冊以上を読まざる者なし」[50]としている。一見誇張にも感じられるが、岡松が「演習で取り上げたこれらの問題は、当時、日本で書かれた論文はなかったと推測される。」「この当時、日本語で書かれた論文、手近にまとまった論文というものがないということを考えると、これは間違いなく外国の文献まで調べねば、解答できなかったと思われ、相当の勉強を学生は強いられたと考えられる。その意味では、講義を受動的に筆記する教育から、学生の積極的な自由討究を奨励する教育へ、という岡松らの教育改革は、京都帝国大学法科大学において実際に行われていたと評することができよう。」[51]と指摘されている。

「損得相殺」も、考えようによっては、必ず外国文献を調べなければならない課題ともいえ、当時の京大の教育方針に沿ったものということができよう。

なお、後述する、団野新之『損害賠償論』（三書楼、1909年）が、損得相殺またはこれに類似する語彙を使用していないことも、「損得相殺」という言葉が東京から離れた京都（あるいは、岡松留学中のベルリン）で生まれたことを補強する要素といえよう。

---

[50] 斬馬剣禅『東西両京の大学―東京帝大と京都帝大―』（講談社、1988年）49頁によった。

[51] 浦川道太郎「岡松参太郎と民法教育―試験問題を通して窺われる民法教育―」平成12年度～平成14年度科学研究費補助金（基盤研究（B）(2)）研究成果報告書「岡松参太郎の学問と政策提言に関する研究」（2003年）28頁。

ウ　京都法政大学講義録

（ア）京都法政学校・京都法政大学

京都法政学校は、現在の立命館大学の前身となる専門学校であり、1900（明治33）年に開校し、1904（明治37）年９月に京都法政大学と改称した。「京都法政学校は京都帝大の教授とともに計画・創立され、講義もほとんど京都帝大法科大学の教授・助教授によって」[52]行われた。それゆえ、京都法政学校・京都法政大学の授業は、京都帝国大学と類似したものとなっていることが予想される。そして、京都法政学校・京都法政大学は、東京の法律学校同様、校外生制度を設け、講義録を発行していた。

この講義録において、岡松は「損得相殺」の解説を行っている。

（イ）『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』[53]

この講義録は、前半を岡松、後半（保証債務以後）を石坂音四郎が、それぞれ担当している。次の記述は、岡松担当部分の一節（101頁から103頁）である。出版年は記載がないため不明であるが、表紙に「京都法政大学」とあることから、前述の改称時期を考えると、1904年９月以降である。また、石坂の肩書きが「京都帝国大学法科大学助教授」となっていることから、1903年５月から1907年５月の間である[54]。したがって、1904年９月から1907年５月の間に出版されたものと推測できる[55]。なお、当該記述は、「第二章　債権ノ物体」「第七節　損害賠償ノ債権」「第三項　損害賠償ノ数額」「第一則　裁定賠償額」「第二　損害賠償ノ範囲」「（二）権利者ノ受ケタル一切ノ不利益」の中におかれている。

> 「責任原因ニ因リ損害ノ外又利得ヲ生シタル場合ニハ其義務者ハ其損害ヨリ利得ヲ差引タル残ノ損害ノミヲ賠償スルノ責任アルヲ原則トス

---

[52] 久保田謙次「京都法政学校の校外生制度と講義録―明治時代の本学の教育制度の一面―」立命館史資料センター紀要４号262頁（2021年）。

[53] 表紙には「民法債権総論全」とある。国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000443313。

[54] 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、1968年）49頁は、「発行年は不明であるが、岡松が京都帝国大学法科大学教授、石坂が同助教授であるから、明治三六年から同四〇年の間と推定される」という。

[55] なお、石坂は、1904年１月に留学地へ出発し、1907年４月に帰朝しているため、この期間のほとんどに渡って、日本にいなかった。

之レ従来ノ学説ニ於テ損得相殺ト云フ場合ナリ其適用ニ就テハ大ニ議論アリ

（イ）同一法律関係ヨリ損害ト利得ヲ生スル場合ニアリテモ損害及利得ノ原因タル行為ハ別々ノモノタルトキハ之ヲ相殺スルコトヲ得ス（例委任者又ハ雇用ノ関係ニ於テ或行為ハ損害ヲ生シ或行為ハ利得ヲ生シタル場合ノ如シ）

（ロ）同一行為ヨリ損害ト利得トヲ生スル場合ニ若シ其損害ト利得トカ同一原因ニ基ク場合ニハ相殺ヲ許ス而シテ所謂同一原因ニ基クト云フハ損害ニ利得カ結合セル場合例ヘハ馬ノ給付ヲ遅延セルカ為ニ損害ヲ生スルモ之ヲ養フ糧ヲ省キ競馬ニ於テ乗人カ過度ニ疾走セシメタルカ為ニ馬ハ死シタルモ賞金ヲ得人ノ牛ヲ殺シタルモ其肉ヲ売ルコトヲ得ヘキカ如キ場合ハ勿論ナリ尚損害ト利得トノ間ニ密着ノ関係アリト認ムヘキ場合例ヘハ運送取扱人カ契約ニ背キ海運ニ托セシニ由リ遅延ノ為メ損害ヲ生シタルモ之カ為ニ汽車便ニ比シテ費用ヲ省キタルカ如キ場合モ亦然リトス之ニ反シテ損害ト利得トハ同一原因ニ基クト見ル能ハサル場合ニハ相殺ヲ許サス故ニ利得カ他ノ原因ニ基ク場合例ヘハ甲カ乙ヲ殺セルカ為ニ乙ハ保険金ヲ得土地ノ所有者カ公用徴収ヲ受ケタルモ其公用徴収ノ事業ノ為ニ残余ノ土地価ヲ増セルカ如キ場合ハ勿論不可ナリ又利得カ責任原因ト直接ノ関係ナキ場合例ヘハ甲カ乙ヲ殺シタルカ為ニ乙ノ遺族ハ香典ヲ受ケ甲カ乙ノ家屋ヲ焼キタルカ為ニ財宝ヲ発見シタルカ如キ場合モ相殺ヲ許サス然レトモ損害ト利得トハ果シテ同一ノ原因ニ基クト見ルヘキヤ否ヤハ各場合ノ事情ニ由リテ公平ト認ムル所ニ従ヒ之ヲ決スヘク一定ノ標準ヲ立ル能ハス」

『民法理由下巻』の記述と比較すると、大いに内容が変化していることが分かる。「損得相殺」なる言葉が使われ、損害と利益の同時性はなりをひそめた。第一説も第二説もなくなった。損益相殺を否定した『民法理由下巻』と異なり、損益相殺を当然のように「従来ノ学説ニ於テ損得相殺ト云フ場合ナリ」としている。ただ「其ノ適用ニ就テハ大ニ議論アリ」「一定ノ標準ヲ立ル能ハス」として、利益控除の基準定立は断念している。

また、『民法債権総論』では、実に豊富な具体例が挙げられている。これらは、出典は明確ではないものの、ドイツ法に由来するものと見られる。特に、競馬事例は、ドイツの有名な教室設例である。

（ウ）試験

岡松参太郎文書F1-2-19-1「三七年法政学校補欠試験　第二年級」の第二問は「損得相殺ヲ論スヘシ」と書かれている。債権総論との記述があるため、1904（明治37）年の債権総論の試験問題であろう。

岡松参太郎文書F1-2-19-9「三八年法政補欠債権総」の第二問にも「損得相殺」の文字が見られるが、その上に線が引かれている。この資料は、試験問題草稿とされており、岡松が「損得相殺」の出題を検討したものの、これを止めたことを示唆している。

（エ）講義ノート

a　概略

岡松参太郎文書には、岡松の講義を受講した学生が記録したと思われるノート類が含まれている。そのうち、K90「債権　岡松博士講　第二」（作成者H.Yan（以下欠損））とK95「債権総則　岡松博士　第二巻」（作成者　恒遠）から「損得相殺」が見つかった。記載内容は次の通りである。なお、これらの資料の作成時期は不明であるが、Oertmannの1901年の書籍が記載されていることから、1901年以降とみられる。

b　岡松参太郎文書K90「債権　岡松博士講　第二」

岡松参太郎文書K90「債権　岡松博士講　第二」の右肩に「160」と記載のある頁において、汚損のため不明な部分もあるものの、「損得相殺（Compensatio・・・（汚損）・・・damno)」「Oertmann, Vortheilsausg・・・（汚損）」との文字が見つかる。おそらく、「損得相殺（Compensatio lucri cum damno)」「Oertmann, Vortheilsausgleichung」と書かれていたものと思われる。

記載内容は、読み取れない箇所もあるが、判読可能な文字から推測すると、『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録)』と類似したもののようである。

c　岡松参太郎文書K95「債権総則　岡松博士　第二巻」

岡松参太郎文書K95では、より明確に「損得相殺」「Compensatio lucri cum damno」「Oertmann Vortheilsausgleichung（01)」との記述が見つかる。なお、Oertmannの1901年の書籍を確認すると、「Vorteilsausgleichung」[56]となってお

[56] 正確には、Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht。

り、tの後に「h」は入っていない。別の記述者が同じ誤りをしているのは、岡松が授業において、「Vortheilsausgleichung」と紹介したからであろうか。

説明されている内容は、文字の判読が困難なため、全容は明らかではないものの、運送契約における遅滞と費用の節約、土地の公用徴収と残余地の値上がり、殺人と香典などを読み取ることができる。

（4）法律学経済学内外論叢5巻3号

1906（明治39）年6月11日発行法律学経済学内外論叢5巻3号143頁には、岡松の「双務契約ノ不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償」が掲載されている。

これは、双務契約の一方当事者が債務不履行にあり、他方当事者が損害賠償を請求する場合に、反対給付はいかなる影響を受けるか、全損害の賠償を請求する代わりに反対給付の履行が必要なのか、それとも反対給付を控除した差額を損害賠償として請求し、反対給付は受けることができないのかという論点について検討したものである。

この中で、岡松はキップ（Theodor Kipp）の第27回ドイツ法曹会（1904年）における鑑定書を紹介し、その中で「此場合ニ損得相殺ノ理論ヲ応用シ債権者ハ相手方ノ給付ヨリ自己ノ給付ヲ差引キタル賠償ノ外之ヲ求ムルヲ得スト論スルヲ得ス」（164頁から165頁）と述べている。

Kippの鑑定書を見ると、「allgemeinen Gesichtspunkt der compensatio lucri cum damno」[57]「allgemeinen Grundsätzen der compensatio lucri cum damno」[58]「das B.G.B. die compensatio lucri cum damno im Prinzip anerkennt」[59]のように、損益相殺はBGB（ドイツ民法典）でも承認された、一般原則とされている。なお、この鑑定書は、OertmannのVorteilsausgleichungも引用しているが、本文中にVorteilsausgleichungという単語は見当たらず、「compensatio lucri cum damno」を損益相殺を指す言葉として用いている。

岡松の説明とKippの鑑定書を照らし合わせると、「損得相殺」が「compensatio

[57] Theodor Kipp, Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?, Verhandlungen des Siebenundzwanzigsten Deutschen Juristentages –Gutachten, 1904, S.259.

[58] Kipp, a.a.O. (Fn. 57), S.259.

[59] Kipp, a.a.O. (Fn. 57), S.260.

lucri cum damno」の訳語であることは間違いないであろう。

（5）まとめ

岡松は、1897年の『民法理由下巻』において、同一行為における損益相殺を取り上げたが、その時点では、問題領域に命名することもなく、独立した段落で扱うことさえなかった。明治民法に規定のない損益相殺を取り上げたのは、ドイツ法の影響であろう。もっとも、損益相殺否定説を採用した点やその説明を見る限り、岡松は、ドイツの重要論点を、旧民法の思考で解釈したものと考えられる。

その後、岡松は、京都帝大に赴任した翌年の1900年、私法演習科論題において、「損得相殺論」を出題している。その内容を直接説明するものは発見できていないが、1904年から1907年の間に出版されたと見られる『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』や、1906年の論文「双務契約ノ不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償」にも「損得相殺」が登場することから、同じ内容であったものと推測できる。即ち、「損得相殺」は「compensatio lucri cum damno」の訳語であると考えられる。また、「損得相殺」とは、責任原因から損害と利得が生じた場合に、損害から利得を控除した残損害のみについて賠償することが原則であるとされている。

両者の相違点をまとめると、体系的な位置づけは大差ないといえるだろう。『民法理由下巻』の上記の記述は、民法416条におかれていた。『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』は「損得相殺」を「損害賠償ノ範囲」の問題としている[60]。結論も大差ない。『民法理由下巻』も第二説を採用するものの、利益の控除を認めている。『民法理由下巻』が議論しているのは、結論をどのように正当化するかという説明の問題に過ぎない。

異なるのは理由付けであるが、その中でも、特に目に付くのは、ドイツ法への態度であろう。『民法理由下巻』では、ドイツの学者を引いた上で、これを否定していた。一方、京都における教育研究では、ドイツ法への懐疑的な態度は見られない。

[60] 今日でも、日本法では、同様の理解が一般的であろう。たとえば、磯村保編『新注釈民法（８）債権（１）』（有斐閣、2022年）も、損益相殺を民法416条において解説している。

用語の点では、『民法理由下巻』では、「損得相殺」という言葉は使用されていない。損害と利益が「同時」に発生するものとされ、「同時」という特徴的な表現が見られる。そして、理屈づけとしては、全体的な観察を行い、「相殺」は否定される。もっとも、反対説の説明において「相殺」という言葉自体は使用されている。最後に、偶発的利益の控除は否定されている。

一方、「損得相殺」では、損害と利益の原因に着目している点や、ドイツ法に由来する豊富な具体例（競馬事例、牛殺し事例、契約に反する経路で輸送した事例、殺人と生命保険、公用収用、殺人と香典、放火を契機とする財宝発見）が大きな特徴である。『民法理由下巻』と異なり、「同時」という表現はなく、偶発的利益についての言及もない。

6　それぞれの発展と融合

（1）前章では、岡松による損益相殺の展開を2つに分けて取り上げた。興味深いことに、『民法理由下巻』の記述と、「損得相殺」は、それぞれが発展を遂げた。最終的に、「損得相殺」が基本となったものの、『民法理由下巻』の要素も含む形で、融合した。

以下、その流れを見ていこう。

（2）『民法理由下巻』からの発展

ア　判例彙報

判例彙報11巻民事判例300頁以下（1900年）[61]に、次の記述がある。なお、判例彙報は、江木衷[62]の編集となっている。また、当該部分は、大判明治33年4月14日（明治32年（オ）第55号）を紹介するものであるが、その中において「附言」として関連事項の解説が行われている。当該記述も、附言の一部であり、

[61] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID000000445763。

[62] 江木衷は、安政5年生まれ。「東京大学法学部に進学、不得手なものは何一つなく天才の名をほしいままに（引用者注―明治）17年7月首席卒業」した。警視庁や検事、司法省参事官などを経て、弁護士になった。「弁護士になってからも江木の天才は存分に発揮され、準備書面は論文を書くがごとく、上告理由書も原審に対する判例批評のごとくであったという」（以上、七戸克彦「現行民法典を創った人びと［15］」法学セミナー667号（2010年）56頁）。

この判例において、損益相殺が問題となっている訳ではない。

「債務ノ不履行ニ因リ債権者ニ損害ヲ生シタルト同時ニ利益発生シタルトキハ之ニ対スル賠償ノ程度如何此ノ場合ニ於テハ其ノ利益ヲ控除シ残余ノ損害ニ付キ賠償ノ責ニ任スヘキモノナルコト近世学者ノ一致スル所ナリ蓋シ一債務ノ不履行ニ依リ実際如何ナル損害ノ生シタルヤハ事実ノ全極ヨリ観察スヘキモノニシテ若シ不履行ヨリシテ偶然利益ノ発生シタルトキハ之レヲ控除シタル残余ノ額ヲ以テ損害其ノモノト見做スヘケレハナリ」

参照等の記載はないが、内容を比較すれば、岡松の『民法理由下巻』と類似していることは明らかであろう。もっとも、『民法理由下巻』と異なり、偶然発生した利益の控除は肯定されている。また、岡松のいう第一説を採らないためか、ここでは「相殺」という言葉は登場しない。加えて、損益相殺に相当する言葉は見られない。

イ　団野新之『損害賠償論』

団野新之『損害賠償論』（三書楼、1909年）285頁[63]に、次の記述がある。次の記述は、「第一編　汎論」「第二章　損害賠償額」「第二節　損害賠償額算定原則」「第一款　一般算定原則」の一部である。団野は、1895（明治28）年にも、同名の『損害賠償論』（梅謙次郎・鳩山和夫校訂、明法堂）を出版しているが、同書には、同様の記述は見られない。なお、1909年『損害賠償論』の表紙に、校閲者等の記載はないが、同書序文によると、梅謙次郎と柳川勝二の助言を受けたようである。

被害ト受益

「九一　債権者又ハ権利者ハ債務ノ不履行又ハ不法行為ニ因リ損害ヲ受クルト同時ニ利益ヲ獲得スルコトアリ損害賠償ハ被害事実ノ全体ニ徴シ之ヲ観察スルヲ要スルカ故ニ若シ其利益カ債務ノ不履行又ハ不法行為ニ因リテ生シ損害ノ有無及ヒ範囲ヲ決定スルニ付キ分離スヘカラサル関係ヲ有スルモノト認メ得ルトキハ債務者又ハ加害者ノ賠償責任ハ損害ヨリ此利益ヲ控除シタル残余ノ上ニ存スヘシト雖モ単ニ債務ノ不履行又ハ不法行為ニ夤縁セル原因ニ因リ偶発シタルニ過キサル利益ハ債務者又ハ加害者ノ責任ヲ軽減セシムルモノニ非ス例ヘハ債務ヲ履

[63] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID000000443089。

行セサルニ因リ損失ヲ被リタル債権者ヲ慰謝スル為メ他人ヨリ金品ヲ贈与シ又ハ被害者カ被害物件ニ付キ保険金ヲ領収シタルカ如シ又債務ノ不履行又ハ不法行為ニ因リ損害ヲ生セシメタル後ニ至リ或事変発生シ其結果ニ依レハ該不履行又ハ不法行為ノ存在ナキモ尚ホ且同一ノ損害ヲ惹起シタルコトアリトスルモ債務者又ハ加害者ハ此事変ヲ自己ノ利用ニ供スルヲ得サルナリ例ヘハ借家人カ重大ナル過失ニ因リ其借家ノ一部ヲ焼燬シタル後ニ至リ該家屋ニ落雷シ之ヲ焼失セシメタルカ如シ」

「被害ト受益」とされているが、概ね、同一行為における損益相殺である。最後の部分は、仮定的因果関係であろう。

1909年『損害賠償論』の記述は、岡松の『民法理由下巻』より詳細であり、不法行為も含んでいる。もっとも、損害と利益が「同時」であるとする点、事実の全体を観察することを要するとする点、偶然発生した利益は控除対象とならないとする点など、概ね『民法理由下巻』に沿った記述となっている。なお、利益が損害の有無及び範囲を決定するにつき「分離スヘカラサル関係」を有することを要件としている点は、『民法理由下巻』と異なっている。これは、団野が自ら発展させた理論かもしれない。もっとも、前述の通り、1909年『損害賠償論』よりも前に出版されたとみられる『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』が「損害ニ利得カ結合セル場合」に損益相殺を認めている点は指摘しておく。

なお、団野新之は、1913（大正２）年に『増訂改版　損害賠償論』（厳松堂）を出版している。同書329頁以下には、「被害ト受益」について、さらに詳細な記述が見られるが、おそらく、これは、後述する石坂音四郎『日本民法第三編債権第１巻』（有斐閣、1911年）の影響によるものではなかろうか。

ウ　川名兼四郎『債権法要論』

川名は「第一編　債権法総論」「第五章　債務不履行」「第三節　損害賠償」「第三款　賠償ノ範囲」において、「債務不履行ノ結果トシテ債権者ニ損害ヲ生スルト同時ニ又利益ヲ与フルコトアリ、此場合ニ於テハ其利益ヲ差引タル残部カ真ノ損害ト為リ只之ヲ賠償スルノミヲ以テ足ルコトアルヘシ」[64]と述べる。さらに、注において「此場合ハ学問上利益ノ差引Compensatio lucri cum

[64] 川名兼四郎『債権法要論』（金刺芳流堂、1915年）200頁。

damno；Vortheilsausgleichungト称スル問題ノ一ナリ、利益ノ差引トハ汎ク損害ヲ賠償スヘキ者カ其所為ニ因リテ被害者ニ損害ト同時ニ利益ヲ生セシメタル場合ニ於テ其利益ヲ差引タル残部ノ損害ヲ賠償スヘキ場合ヲ意味ス」[65]と説明している。「利益ノ差引」は、Vorteilsausgleichungの訳であろう。Compensatio lucri cum damnoとも記載されているから、川名は意図的に「利益ノ差引」を選んだものと思われる。内容については、控除される利益は「通常生スヘキ利益」に制限されるとしている点が特徴的である。川名は、債務不履行によって世間の同情を得た債権者が贈与された金品は控除されない、債務者が引渡しを遅延したため目的物が債権者宅の類焼に巻き込まれずに済んだ場合も同様である旨を述べ、「故ニ此控除セラルヘキ利益ハ之ヲ吾人カ正当ナリト思惟スル範囲ニ制限セサルヘカラス、然ラハ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ利益ニ制限スルコトヲ正当トス」[66]と説いている。文脈から考えると、「通常生スヘキ利益」に制限されるというのは、偶然発生した利益は、控除されないという趣旨であろう。

川名の説明を観察すると、損害と利益の「同時」発生、偶然発生した利益は控除されないという特徴を見いだすことができる。これらは『民法理由下巻』の特徴であった。一方で、川名は、「相殺」という言葉を使わないものの、「差引」という言葉を用いている。さらに、全体の観察を必要としている訳ではない。また、多数の具体例を挙げて検討しているが、石坂の『日本民法第三編債権』と同様の例も見られる。ここに『民法理由下巻』と「損得相殺」の融合を見いだすことができようか。

（3）「損得相殺」の普及と発展

ア　石坂音四郎ほか『民法債権編（京都法政大学第２期第２学年講義録）』[67]

前述の『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』と同様、京都法政大学の講義録である。もっとも、この講義録は、石坂音四郎、井上義男、伴房次郎の担当であり、岡松は担当していない。次の記述は、「第四章　不法行為」「第三節　不法行為ニ基ク損害賠償ノ債権」「第三款　損害賠償ノ数額」

---

65 川名・前掲注（64）『債権法要論』201頁。

66 川名・前掲注（64）『債権法要論』201頁。

67 表紙には「民法債権編完」とある。国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID000000443325。

の一部である。なお、当該部分の担当者は井上義男である。同講義録143頁によると、石坂の留学に伴い、井上が講義を担当することになったようである。出版年は記載がないため不明であるが、同講義録151頁に、井上の訃報が記載されており、その没年月日（1905年５月16日）より後の発行と考えられる。また、石坂の肩書きが「京都帝国大学法科大学助教授」となっていることも考えると、1905年５月から1907年５月の間に出版されたものと推測する[68]。

同書294頁は、「不法行為ニ基ク義務者ハ一切ノ損害ヲ賠償スルヲ要スト雖次ノ場合ニハ其責任軽減ス」とした上で、損得相殺、過失相殺の順に、両者を並べている。

「一、損得相殺　Compensatio lucri et damni.

之不法行為ニ基キテ損害ヲ生スルモ又之ト共ニ利得ヲ生スル場合ニ見ル所ニシテ此場合ニハ義務者ハ損害ト利得トノ差額ヲ賠償スルコトヲ得蓋其差額ハ実害ニ外ナラサレハナリ然トモ損得相殺ヲ許スハ一ニ損害ト利得トカ密接ノ関係ヲ有スル場合ニ限ラル例之甲者乙者所有ノ猟犬ヲ無断ニテ飼養セル場合ノ如キハ其飼養料額ハ損害額中ヨリ控除スルコトヲ得ルモ甲者乙者ヲ殺シタルカ為メ乙者ノ遺族香典ヲ貰受ケタルカ如キ場合ハ相殺ヲ許サス」

『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』と比べると、損得相殺の記述は簡潔である。また、利得発生の原因を問題としないなど、『民法債権総論』とは発想の違いも見られる。もっとも、岡松の担当していないところでも「損得相殺」の説明が行われたということは、「損得相殺」という概念が、相当程度、京大関係者に普及していたのであろう。

イ　浦野穏直『土地収用法要義』

1908（明治41）年発行、井上密校閲 浦野穏直『土地収用法要義』（文港堂書店、弘文堂書店）73頁から75頁[69]に次の記述がある。当該記述は、「第二編　本論」「第三章　土地収用ノ順序」「第四節　損失ノ補償」「第四款　損失補償ノ範囲」「第二　其他ノ補償」「（一）残地ノ損失」の一部である。

損得相殺ノ問題

「土地ノ一部分ガ収用又ハ使用セラレタルガタメ残地ハ必ラズ価格ヲ

[68] 国会図書館は、出版年を1904（明治37）年とする。

[69] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID000000447037。

減少スルモノトハナスベカラズ却ツテ之レガタメニ価格ヲ増大ナラシムルコトアルハ屢々吾人ノ目撃スル所ナリ例ヘバ土地ノ一部ガ停車場ノ建設又ハ動物園博物館ノ設置等ノタメニ収用セラレタルトキハ残地ハ却ツテ著シク其価格ノ騰貴ヲ来スベキガ如シ、此場合ニ土地所有者等ハ相当ノ対価ヲ起業者ニ支払ハザルベカラザル乎換言スレバ将ニ来ルベキ土地所有者等ノ利益ト土地収用ニヨル損失トハ互ヒニ相殺セラルベキモノナルヤ否ヤノ問題ヲ生ズ、而シテ本問ニ付キ相殺説ヲ採ル学者ハ曰ク補償ノ目的ハ元来収用ノ前後ニ於テ被収用者ノ財産ニ不利益ナル差異ナカラシムルニ在リ然ルニ此差異ノ生ジタルヤ否ヤハ被収用者ガウケタル全損失ト全利益トヲ比較シテ始メテ決定シ得ベキモノナルガ故ニ若シ収用ノタメニ被収用者ニ利益ヲ生ジタルコトアレバ其損失ト之レヲ相殺スベキハ当然ナリト説明ス、然レドモ是レ損失ノ原因ト利得ノ原因トヲ区別セザルニ本ツク謬見ニ非ザルナキカ、蓋シ所有者ニ生ズル損失ノ原因ハ土地ノ収用ニアルモ利得ノ原因ハ収用ニアラズシテ公ノ起業ニアリ然ルニ何人モ公ノ起業ニヨリテ得タル利益ハ之レヲ償還スルノ義務アラズ何トナレバ若シ之レアリトセバ元来自己ノ土地ニ対シテ収用処分ヲウケタルコトナキ者ト雖モ公ノ起業ヲ原因トシテ利益ヲ得タル者ハ皆之レヲ償還セザルベカラザルノ結果ヲ生ズベケレバナリ、故ニ本問ニ関シテハ損得相殺ヲ許サヾルモノト解スルヲ以テ理論ノ当ヲ得タルモノトナス、従来ノ立法例ニ於テハ往々此相殺ヲ認メタルモノアリト雖ドモ現今ニ於テハ殆ンド此制度ヲ採ルモノナシ、我法律ガ此点ニ関シ何等ノ明文ヲ置カザルハ是レ自明ノコトニ属シ之レヲ規定スルノ必要ナシト認メタルニヨル」

著者の浦野穏直は、実務家のようである（学士の記載もないので、おそらく、大学卒業ではない）。ところが、この記述では「相殺説ヲ採ル学者」として反対説を示した上で、自説を展開し、「従来ノ立法例」にまで言及している。明らかに、研究者の関与が想像できる。

ここでいう研究者は、普通に考えれば、校閲者でもある井上密であろう。「損得相殺」という表現も、当時、既に井上が知っていたとしても不思議ではない。しかし、次の理由から、岡松が関与した可能性があるように考えている。

前提として、岡松と井上は、ベルリン党であり、また、同じ教育改革に取り組んだ同僚である。最終的に、両者は意見が対立することとなったが、必要に

応じて、井上が岡松に助言を求めたとしても不思議ではない。

そして、前述の通り、岡松は、『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』において、公用収用を受けたが、その事業の為に残余地の地価が上昇した場合に言及している。一般論として損害や利得の原因を問題とし、この場合に、損失の原因は公用収用だが、利益の原因は事業であるとする理由付けも同じである。なお、民法専攻の岡松が公用収用に言及すること自体不可解に思われるかもしれない。しかし、旧民法財産編31条１項には「不動産ノ所有者ハ適法ニ認メ及ヒ宣言シタル公益ニ因由シ且公用徴収法ニ従ヒテ定メタル償金ノ払渡ヲ予メ受クルニ非サレハ其所有権ノ譲渡ヲ強要セラルルコト無シ」と規定されていた。もちろん、1908年は、既に明治民法が施行されているが、岡松や井上は大学で旧民法を習ったはずであり、「償金」については民法とする意識が残っていたのかもしれない。

加えて、岡松は、『土地収用法要義』執筆中とみられる、1908年２月16日付けで、土地収用についての鑑定書を書いている（岡松参太郎文書E2-3-3-2「鑑定書」）。岡松参太郎文書E2-3-3-1「鑑定事項」を見ると、土地収用に際して、地上権者への補償が問題となったようである。鑑定事項は、東京市区改正土地建物処分規則には、地上権に対し何の規定もなく地上権に関する損害の補償をしないことは明らかである。しかし、地上権者の中には民法（明治29年法律第89号）により、損害の補償を求めるものがいる。これについて、「普通法ナル民法ノ規定ハ特別法ナル市区改正処分規則ニ勝ツコト能ハザルハ解釈上ノ原則ニシテ毫モ疑イ許サスト信ズ」としている。ここにも、土地収用の補償は本来は民法の適用対象であるとの発想が現れている。

さらに、岡松が授業で紹介していた、Oertmann, Vorteilsausgleichung, 1901. の154頁には、ハンブルグやプロイセンの立法例が紹介されている。そのため、岡松が関与したとすれば、浦野がどうやって従来の立法例を参照したのかという問題も解決する。なお、これに関して、石坂音四郎が関与している可能性もあることを指摘しておこう。

ウ　石坂音四郎『日本民法第三編債権第１巻』

（ア）本稿の冒頭でも言及したが、石坂音四郎は『日本民法第三編債権第１巻』（有斐閣、1911年）において、12頁に渡り、「損得相殺」について解説を展開している。その内容に入る前に、石坂と岡松の関係を簡単に確認しておこう。

極めて簡略化すれば、石坂は岡松の愛弟子といってよいだろう。末川博は、

石坂は「岡松先生と最も親しい師弟の関係にあった」「石坂、雉本の両先生は岡松先生の最も敬愛された学者であ」[70]るといっている。

石坂は、岡松より6歳若い、1877（明治10）年生まれである。岡松の『民法理由下巻』が刊行された、1897年9月、石坂は第一高等学校の生徒であった。1898年9月に、石坂は東京帝国大学法科大学に進学するから、きっと、学生時代に『民法理由』も読んだのではなかろうか。1902年7月、石坂は、京都帝国大学に赴任する。

岡松は台湾の旧慣調査でも知られているが、岡松は「予か台湾旧慣調査の大任を終了し民事立法の難事を完成するを得たるもの、偏に石坂、雉本二君の賜にして而して大半実に是石坂君の功なりき」[71]として、石坂の功績を称えている。前述の通り、岡松が京大の民法講座を退いた際、後任となったのも石坂である。石坂は、1915（大正4）年、東京帝国大学に転任するが、転任の話が来た際にも、当時どの大学にも所属していなかった岡松のことを織田萬に相談している[72]。石坂は、1917（大正6）年に、39歳で急死するが、岡松は、石坂の死を悼み、その死後出版された『債権法大綱』に、42頁に渡る、序文を掲載している。また、岡松は、石坂が生前外国に注文していた書籍、雑誌の取消を行った[73]他、石坂の生前の債務（主に家の新築費用）の精算にも関与した可能性もある[74]。

---

[70] 末川博「法学界の巨星岡松参太郎先生の思い出」書斎の窓269号48頁（1977年）。なお、書斎の窓3号（1953年）の記事を再掲したものである。

[71] 岡松・前掲注（48）「亡友石坂君を挽し併せて其遺著債権法大綱に序す」3頁。

[72] 岡松参太郎文書B77「（書簡／石坂・岡松の東京大学への就職の件）」は、石坂から相談を受けた織田萬が岡松に送った手紙である。詳細は、拙稿「岡松参太郎と石坂音四郎」大阪学院大学法学研究51巻1号21頁（2024年）を参照されたい。なお、資料読解に当たって、大阪学院大学の横山輝樹先生から大いにご教示を得た。この場を借りて、御礼申し上げる。

[73] 岡松参太郎文書N10-14-1から4。

[74] 岡松参太郎文書N10-16-2「記」（作成者 有斐閣代表者 西田冨衛、宛先 石坂一郎、作成年月日 大正6年4月28日）は、石坂の債務（1万5366円76銭）の精算に関する文書（おそらく、正式な文書の下書き）である。印税や銀行預金を充てても、2041円9銭5厘の不足が生じているが、「不足額ハ此際全部消帳」するという。石坂には、妻と一男四女がいたが、息子である石坂一郎はまだ学齢にも達していなかったという。書類の宛先は石坂一郎であるが、当然、幼い子

このように、研究面だけでなく、岡松と石坂は深く結びついていた。

（イ）さて、『日本民法第三編債権第１巻』の「第一部　債権総論」「第二章債権ノ物体」「第六節　損害賠償債権」「第四款　損害賠償ノ範囲」「第一項法定賠償範囲」「第三目　損得相殺」の冒頭は次の通りである。なお、同項の第一目は「総論」、第二目は「賠償権利者ノ過失（過失相殺）」、第四目は「賠償義務者ノ代位」、第五目は「他人ノ損害ノ賠償」、第六目は「賠償額ノ計算」となっている。

「第三目　損得相殺

一　損得相殺ノ性質　損害賠償ノ目的ハ損害ヲ受ケタル者ヲシテ損害ヲ受ケサリシト同一ノ地位ヲ回復セシムルニアリ、賠償ハ被害者ノ損害ヲ償フニ充分ナルヲ要スト雖モ又之ニ依リ被害者ヲシテ利得セシムヘカラス、故ニ損害賠償義務発生ノ事実ニ依リ被害者カ損害ト共ニ利益ヲ得タル場合ニハ損害ノ額ヨリ利益ノ額ヲ控除シタル残額カ即賠償スヘキ額ナリトス従来之ヲ損得相殺（lucri cum damno, Vorteilsanrechnung Vorteilsausgleichung）ト称ス」[75]

これまで取り上げてきた文献と比較すると、『日本民法第三編債権第１巻』は圧倒的に内容が拡充されている。賠償者代位（民法422条）との関係や、適当条件（現在の相当因果関係）の採用、「損得相殺」の淵源をローマ法に求めることなど、これまでの文献にない要素が多数盛り込まれている。これらの要素は、その後の損益相殺の議論においてしばしば取り上げられる事項である。

一方で、岡松と石坂の人間関係や、石坂が研究者になる前に岡松が講義等で「損得相殺」を展開していたことなどを考えれば、「損得相殺」という用語は、石坂が岡松から承継したものと考えられる。また、石坂は「損得相殺ノ要件」として「損害ト利得トヲ相殺スルヲ得ルカ為メニハ利益カ損害賠償義務発生ノ原因タル事実ニ因リテ生セルコトヲ要ス」[76]として、損害と利益の原因を問題にしているが、これは『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』で岡松が説いていたところと一致する。

供が交渉を行ったはずがない。岡松が文書を保管していたというからには、何かしらの形で、関与したのではなかろうか。

[75] 石坂音四郎『日本民法第三編債権第１巻』（有斐閣、1911年）324頁。

[76] 石坂・前掲注（75）『日本民法第三編債権第１巻』326頁。

他方で、石坂は『民法理由』の損益相殺否定説には、全く触れていない。損害と利益が「同時」に発生するという表現も見られない。興味深い記述としては、「損得相殺ニ関シテハ羅馬法ニ於テ既ニ認メ独普通法ニ於テハ損害賠償ヨリ生スル当然ノ結果ナリトシテ一般ニ之ヲ認ム（Windscheid §258 Anm.4）独民ニ於テモ通説ハ之ヲ認ム唯Stintzing（Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatz statt?）ハ損得相殺ヲ認ムルヲ得サルモノトシ通常学者カ損得相殺トシテ挙クル場合ハ損得相殺ニアラストナス然レトモ此説ハ賛同スルモノナシ。」[77]がある。ドイツ民法に関する記述であるが、Windscheidを参照し、これに対する反対説を挙げたという点では、『民法理由下巻』の記述と同じである。しかし、石坂は、Stintzingを「賛同スルモノナシ」として、切り捨てている。『民法理由下巻』とは大きな違いである[78]。

（4）『民法理由下巻』系統と「損得相殺」の融合

ア　末弘厳太郎『債権各論第三分冊』

末弘は、「第四部　不法行為」「第三章　不法行為ノ効果」「第二節　損害賠償債権」「第三　損害賠償ノ範囲」「二　損害賠償範囲ノ削減」において、次のように説明している。なお、同項目は、イと次のロから成り、イは過失相殺である。

> 「ロ　損得相殺
>
> 不法行為ハ場合ニ依リテ被害者ニ損害ヲ生ゼシムルト同時ニ利益ヲモ生ゼシムルコトアリ。此場合ニ於テハ損害ニ付テ必要トセラルル因果関係ト同一程度ノ因果関係内ニ存スル利益ハ之ヲ損害中ヨリ差引クコトヲ要ス。蓋シ其差額ガ此場合ニ於ケル真実ノ損害ナレバナリ。学者之ヲ称シテ損得相殺又ハ利益ノ差引ト云フ。」[79]

ここでは、損得相殺が用いられているが、「利益ノ差引」とも書かれている。前述の通り、「利益ノ差引」は、川名『債権法要論』で用いられた言葉であり、

---

[77] 石坂・前掲注（75）『日本民法第三編債権第1巻』326頁

[78] ここで石坂が取り上げている、Wolfgang Stintzing, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?, 1905. は、『民法理由下巻』（1897年）の8年後に発行されている。したがって、『民法理由下巻』において、岡松が「理ノ正鵠ヲ得タルモノ」とした損益相殺否定説は、Stintzing の当該論文ではない。

[79] 末弘厳太郎『債権各論第三分冊』（有斐閣、1918年）1111頁。

川名は損害と利益の「同時」発生を要件とするなど、『民法理由下巻』と同じ特徴を見いだすことができた。末弘も、損害と利益の「同時」発生を要件としている。もっとも、末弘は、タイトルとして、「損得相殺」を用いているから、『民法理由下巻』と「損得相殺」の両方の特徴を有するものというほかない。ここに、両者の融合が見られる。

他に、末弘に特徴的な点は、判例（大判大正４年６月１日刑録21巻703頁）を引きながら、「被害者ノ得タル利益ガ不法行為者ノ不法行為ノ手段トシテ供給セラレタルモノナルトキハ第七〇八条ノ類推ニ依リテ之ガ差引ヲ主張シ得ザル」[80]と述べていることである。実際の問題に対応するため、日本独自の議論が始まったと言えようか。

イ　中島玉吉『債権総論』

中島は「利害相殺（Compensatio lucri cum damno）」として、簡単な説明を行っている。目次の構造としては、「本論」「第二章　債権ノ効力」「第二節　当事者間ニ於ケル債権ノ効力」「第三款　債権侵害ニ対スル救済」「第二項　損害賠償」「（六）損害賠償ノ範囲」「（ロ）利害相殺」となっており、（イ）は「因果関係ノ内容」、（ハ）は「債権者の過失」である。

中島は、「損害ノ原因タル事実カ同時ニ被害者ニ利益ヲ生セシメタル場合ニハ賠償スヘキ損害額ノ計算ニ於テハ之ヲ控除スルヲ要ス」[81]として、「同時」との要件を挙げつつ、損害の「原因」を問題としている。「同時」は『民法理由下巻』で用いられた表現であり、「原因」を問題とするのは「損得相殺」の特徴であった。ここでも、両者が融合している。

中島は、京大の教授であり、石坂と同年の1902年に講師となっている[82]。岡松との交流もあったはずだが、損得相殺ではなく、利害相殺としている。

---

[80] 末弘・前掲注（79）『債権各論第三分冊』1112頁。

[81] 中島玉吉『債権総論第４版』（金刺芳流堂、1930年）177頁。

[82] 中島玉吉は1875年１月２日生まれ、石坂音四郎は1877年12月９日生まれ（いずれも、京都大学大学文書館・京都大学歴代総長・教授・助教授履歴検索システムによる）であるから、年齢は３年近く離れている。講師就任はともに1902年であるが、助教授、教授就任は、中島の方が１年早い。もっとも、岡松参太郎の後に民法講座を担当したのは石坂である。

7　富井政章と「損益相殺」

（1）これまで、「損益相殺」という言葉は、松野貞一郎による旧民法の講義録に登場したものの、それ以外に、本稿で引用した文献には登場していない。『民法理由下巻』では、そもそも、問題領域に命名がされていないし、これを承継したとみられる文献では、「被害ト受益」「利益ノ差引」と呼ばれていた。一方、岡松は、京都における教育研究では、「損得相殺」という言葉を用い、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』もこれに倣っている。大判昭和３年３月10日民集７巻152頁も、「損得相殺」という言葉を使っている。

それでは、損益相殺という言葉の由来は誰かというと、富井政章ではないかと思われる。

実は、富井は、本稿の全体に関与している。前述の通り、富井は、旧民法の解説書である『民法論綱』の著者である。明治民法起草に際し、法典調査会において、かつての「損益相殺」に関する規定削除の趣旨説明を行ったのも富井である。さらに、富井は、岡松の『民法理由』の校閲も行っている。また、岡松参太郎文書に、富井の質問に対して岡松が回答した書簡の下書[83]が残っている。私的なやりとりも相当あったのであろう。

本稿では、京都法政大学の講義録を取り上げたが、京都法政学校・京都法政大学の校長は富井政章である。富井は東京在住のため、あまり実質的な関与はなかったようだが、富井の下にも京都法政大学の講義録は届けられていたと考えるのが自然であろう。

このように、富井政章は、損益相殺に関する、これまで述べてきた経緯の全体に関与していた。そして、その富井が、損益相殺という言葉を使っていたのである。

（2）富井政章述『債権法講義下巻』

この資料は、当時の学生が講義を筆記したものである。表紙に「明治四十五年度（東大）富井博士述」「此講義ハ同志ノ者相寄リ茲ニ四十五部ヲ限リ謄写

[83] 岡松参太郎文書 L4-17-2「（書簡／民法276条に関する伺い）」（作成者：（富井）政章、宛先：岡松）、同 L4-17-3「（書簡下書／民法276条に関する問い合わせ回答）」（作成者：（岡松参太郎））。

ニ附シ配本セリ」とある。1912（明治45）年であるから、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』発行の翌年に当たる。

損益相殺に関する記述は、「第三編　債権」「債権各論」「第四章　不法行為」「第二節　不法行為ヨリ生スル損害賠償請求」「第五款　損害賠償ノ方法及範囲」「第二　損害賠償ノ範囲」の一部である。

富井は、「要スルニ不法行為者ハ其行為ニヨル実際ノ損害ヲ賠償セサルヘカラス、此原則ニ対シテ責任ヲ軽減スヘキ場合二ツアリ。」[84]として、損益相殺と過失相殺を挙げる。そして、損益相殺について、「一ツハ損益ノ相殺ト云フ一方ニ損害ヲ蒙ルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ利益ヲ生シタリトイフ場合ニ其差引ヲナシテ賠償額ヲ減スルトイフ場合アリト考フ」[85]として、他人の犬を連れ帰って養っていた場合はその飼養料を差し引いて賠償する、しかし、殺人の場合の香典は差し引くことはできないとの趣旨を述べる。

不法行為における解説であること、犬の飼養料と殺人の場合の香典が問題となっていることは、石坂ほか『民法債権編（京都法政大学第２期第２学年講義録）』と同じである。

富井の講義に特徴的な点としては、「損得相殺」ではなく「損益ノ相殺」としている点、損害と利益の「同時」発生が含まれる点がある。なぜ、ここで富井が旧民法時代に用いられていた損益相殺を連想させる「損益ノ相殺」という言葉を使ったのかは明確ではない。もっとも、その影響については、小括において検討する。また、「同時」は、この講義より前の「損得相殺」では見られない表現であり、『民法理由』の説明を想起させる（説明が前後しているが、前述の通り、ここで取り上げている富井の講義は1912年頃とみられる。一方、前に『民法理由下巻』系統と「損得相殺」の融合として取り上げた、末弘厳太郎『債権各論第三分冊』は1918年、中島玉吉『債権総論』は1930年の、それぞれ発行である。）。前述の通り、富井は『民法理由』の校閲も行っているから、そこで「同時」という言葉が用いられていることが頭にあったのかもしれない。

---

[84] 富井政章述『債権法講義下巻』223頁。国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000442985。なお、国会図書館は、出版者を「東京帝国大学」としているが、資料の内容を考えれば、学生が私的に作成したものであろう。

[85] 富井・前掲注（84）『債権法講義下巻』223頁。

（3）鳩山秀夫『日本債権法　総論』

鳩山は、「第二章　債権ノ目的」「第八節　損害賠償債権」「第六款　損害賠償者ノ代位」で、損益相殺について記述する。そこでは、項目名を「損益相殺」とし、「賠償者ノ代位ト同一ノ思想ニ基ケル制度ニ損益相殺又ハ損得相殺（compensatio lucri cum damno, Vorteilsausrechnung）ト称スルモノアリ。賠償権利者ガ損害ヲ受クルト同時ニ利益ヲモ受ケタルトキハ其利益ト損害トヲ差引キテ損害賠償ノ範囲ヲ定ムル制度是ナリ。」[86]として、説明を始めている。比較的簡単な説明であるが、賠償者代位との関係など、その内容は石坂の『日本民法第三編債権第1巻』に類似している。異なる点としては、「損益相殺」という名称、損害と利益の「同時」性を挙げることができる。

印刷物中に「損益相殺」という文字を見るのは、旧民法に関する松野貞一郎（東京法学院）講義録以来であり、20年以上の時間が流れている。東大の講義において、富井が「損益ノ相殺」との表現を用いていたことは前述したが、鳩山も、損益相殺という言葉を用いることに抵抗がなかったということであろうか。なお、川名兼四郎『債権法要論』（1915年）と鳩山秀夫『日本債権法　総論』（1916年）は、1年違いで出版されているが、川名（1875年生）と鳩山（1884年生）は、9歳ほど離れている。

（4）坂千秋「損益相殺ニ就テ（一～三完）」法協37巻5号780頁、同巻6号952頁、同巻7号1107頁（いずれも1919年）

ア　本論に入る前に、この論文の背景について、検討しておこう。

この論文は、日本初の損益相殺に関する論文であり、ローマ法における損益相殺について研究したものである。著者の坂千秋は、東京帝国大学法科大学の学生であり、「正課修業ノ余暇」に、この論文を書き上げたという。春木一郎の序文によれば、1917（大正6）年の冬に、春木に提出されたとのことである。

学生が自主的に洋書を読み、論文を書いたということであるが、我々は、それが京都帝国大学における教育改革が目指すものであったことを知っている。加えて、春木は、かつて京都帝国大学で教育改革に取り組み、それが挫折する際も、岡松らとともに、最後まで論文の存置を求めていた。春木は、序文において、同論文を「公ケニセンコトヲ切ニ勧誘」した理由を「羅馬法ニ関スル論

[86] 鳩山秀夫『日本債権法　総論』（岩波書店、1916年）89頁。

文ノ邦文ヲ以テ書カレタルモノ実ニ少ナシ是レ予カ平素遺憾ト為ス所ナリ」と説明し、京大には一言も触れていない。しかし、坂は、かつての京大の教育改革を知っていたのではなかろうか。末川博は、1914（大正３）年に、京大に入学しているから、坂と同時代に学生生活を送ったと言ってよい。その末川は、かつて京大生が外国の原書を読んで論文を書いていたことに触れた上で、「彼（引用注―末川のこと）が入学したころには、学生がそんな論文を書いたということは昔の語り草になっていた。」[87]と述べている。東京と京都の違いはあっても、「昔の語り草」が坂の耳に入ってもおかしくない。そして、春木が元京大教授であることは、調べれば（あるいは調べなくとも）すぐに分かることである。

ところで、春木は、「本篇ニ於ケル研究方法及ヒ所論ノ当否ハ苟ラク之ヲ読者諸賢ノ批判ニ任カセ予ハ本篇作者カ羅馬法ニ関スル論文ヲ自発的ニ起草スルコトヲ試ミ自カラ楽シムノ奥ユカシキ態度ニ対シテ美大ノ敬意ヲ表ス」として、論文の内容については、全く批評していない。学生の論文としては優れた水準であっても、ローマ法の権威たる春木から見れば問題があるということだったのかもしれない。

イ　坂論文は、ローマ法の論文であるが、当時のドイツ法あるいはパンデクテン法学に依拠している。

用語としては、坂は、損益相殺を基本としつつも、「損益相殺（損得相殺）」と損得相殺も併記している。

内容としては、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』と同趣旨の記述が目に付く。坂論文は、損益相殺の説明として「 」付で「損害賠償義務発生ノ事実ニ因リテ被害者カ損害ヲ受クルト共ニ利益ヲ得タル場合ニハ損害ノ額ヨリ利益ノ額ヲ控除シタル残額カ即チ賠償セラルヘキ額ナリ」[88]と述べている。これは、『日本民法第三編債権第１巻』325頁の記述「損害賠償義務発生ノ事実ニ依リ被害者カ損害ト共ニ利益ヲ得タル場合ニハ損害ノ額ヨリ利益ノ額ヲ控除シタル残額カ即賠償セラルヘキ額ナリ」とほとんど同じである。

この論文のテーマは、ローマ法における損益相殺の研究であるが、より具体的には、ローマ法が損益相殺を認めたのかという点である。坂は、ローマ法の

---

[87] 末川博『彼の歩んだ道』（岩波書店、1965年）170頁。

[88] 坂千秋「損益相殺ニ就テ（二）」法協37巻６号952頁（1919年）。

法文を引用した上で「羅馬法上損益相殺ノ存否ヲ決定スルニ付キ基本的根拠トシテ学者論争ノ焦点ト為リシモノハ事務管理及ヒ組合契約ニ関スル法源ナリ、前者ハ積極説ノ金城ト恃ムトコロ、後者ハ消極説ノ鉄壁トスルトコロナリ」[89]として、両法文の検討を行っている。最終的に、坂は、Mommsenの「利益論」における見解を正当として、ローマ法は損益相殺を認めたとしている[90]。

極めて大まかにまとめると、坂論文は、石坂『日本民法第三編債権第１巻』などを手がかりとしつつ、主にパンデクテン法学に依拠して、損益相殺はローマ法に由来することを論じたということになる。

（４）三潴信三『債権法提要総論上冊』

次の記述は、「第三章　債権ノ内部的効力」「第八節　損害賠償」「第五款　損害賠償ノ範囲及ヒ算定ニ関スル特則」「第二項　損益相殺」の冒頭である。なお、同款の第一項は、過失相殺である。

> 損益相殺ノ意義
>
> 「損害賠償請求権ヲ有スル者カ同時ニ利益ヲ得タルトキハ之ヲ控除シタルモノヲ以テ賠償額ト為ササルヘカラス之ヲ損益相殺又ハ損得相殺（compensatio lucri cum damno; Vorteilsausgleichung, Vorteilsanrechnung）ト称シ羅馬法独逸普通法以来一般ニ認メラルル所ニシテWalsmann（compensatio lucri cum damno）Oertmann（Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch）等ノ研究ニ依リテ学者ノ注意ヲ喚起シタル問題ナリ我民法ノ下ニ於テモ損害賠償ニ基ク代位ト共ニ認メサルヘカラサル原則ナリ例ヘハ動物ヲ買入レタルニ引渡ノ遅延ニ因リテ買主ハ損害ヲ受クヘキモ其飼養料ヲ節約シ得タルコトニ因ル利益ハ之ヨリ控除セサルヘカラス又誤ツテ引渡サレタル目的物ノ使用収益ニ因リテ得タル利益ハ受ケタル損害ヨリ之ヲ控除セサルヘカラス」[91]

ここでも、損益相殺を基本としつつ、「損益相殺又ハ損得相殺」と損得相殺が併記されている。損益相殺の定義に、「同時」を含むのは、鳩山『日本債権

[89] 坂千秋「損益相殺ニ就テ（三完）」法協37巻７号1114頁（1919年）。
[90] 坂・前掲注（89）「損益相殺ニ就テ（三完）」1119頁。
[91] 三潴信三『債権法提要総論上冊　第３版』（有斐閣、1926年）250頁。

法　総論』などと同じである。ローマ法や賠償者代位に言及する点は、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』に類似するものといえるだろう。

（５）富井政章『民法原論　第３巻　債権総論上』

富井政章は明治民法の起草者の１人である。もっとも、『民法原論　第３巻　債権総論上』の出版は、1929（昭和４）年であり[92]、多くの教科書を参照している。次の記述は、「第一編　総論」「第四章　債権ノ要素」「第二節　債権ノ目的」「第七款　損害賠償債権」「第五項　損害賠償ノ範囲」「第一目　賠償額裁定ノ標準」の一部である。

損益相殺

「損害賠償ハ損害ノ程度ニ対当スル賠償ニ止マルコトヲ要シ被害者ヲシテ其以外ノ利益ヲ得セシムヘキニ非ス故ニ被害者カ損害賠償債権ト同一ノ原因ヨリ利益ヲ得タルトキハ損害額ヨリ之ヲ控除シ其残額ヲ以テ賠償額ト為スヘキナリ之ヲ称シテ損益相殺ト曰フモ正確ナル用語ニハ非ス蓋相殺ハ二個ノ債権ノ対立ヲ前提トスルモ此場合ニ於テハ賠償義務者ハ控除スヘキ利益ニ対シテ独立ノ債権ヲ有スルニ非ス唯賠償額ヲ算定スル一条件タルノミ此制度ハ後ニ論述スル賠償義務者ノ代位権ト同一ノ観念（二重ノ利得ヲ許ササルコト）ニ基クト雖モ代位ノ如キ損害ノ賠償アリタル後ニ生スル事項ニ非スシテ結局ノ損害及ヒ賠償額ヲ定ムル一要件ニ外ナラス故ニ此ニ説明スル損害賠償ノ範囲ニ関スル問題ナリ（鳩山氏一〇六頁）民法ハ他国ノ立法例ニ同シク特ニ之カ規定ヲ設ケスト雖モ古来一般ニ認メラレタル当然ノ事理ニシテ明文ヲ俟タサル所ナリトス

損害ト相殺スルコトヲ得ヘキ利益ノ何タルヤニ付テハ議論ナキニ非スト雖モ通説ハ賠償債権発生ノ原因タル事実ニ因リテ生シタル利益換言スレハ損害ノ原因タル事実ト適当条件ニ依ル因果関係ヲ有スルモノナルコトヲ必要トス（川名氏二〇一頁、石坂氏三二八頁、鳩山氏一〇六頁、三潴氏二五一頁）例ヘハ売買ノ目的物ノ引渡ヲ遅延セル売主ハ損害額ヨリ其物ノ保存ノ為メニ出費シタル金額ヲ控除スルコトヲ得ヘキモ其引渡ナキ為メ買主カ他人ヨリ無償ニテ同種ノ物ヲ借用シタル利益

[92] 既に、岡松参太郎（1921年没）も、石坂音四郎（1917年没）も亡くなっている。

ノ如キハ之ヲ差引クコトヲ得ス被害者カ他人ヨリ受ケタル慰安金又ハ保険金ノ如キ亦同シ要スルニ損害ト利益トカ果シテ同一原因ニ基クモノト見ルヘキヤ否ヤハ各場合ノ事情ヲ査覈シ公平ト認ムル所ニ従ヒ之ヲ決スヘキナリ」[93]

概ね、当時の通説に沿った内容である。特徴的な点として「民法ハ他国ノ立法例ニ同シク特ニ之カ規定ヲ設ケスト雖モ古来一般ニ認メラレタル当然ノ事理ニシテ明文ヲ俟タサル所ナリトス」として、起草者らしく、民法典に損益相殺の条文がない理由を説明している。しかし、この説明は、大いに疑問である。さしあたり、疑問点として、次の４点を挙げることができる。

１点目は、損益相殺は「古来一般ニ認メラレタル」とする点である。ここで取り上げられているのは、同一行為における損益相殺である。これは、前述の通り、19世紀のパンデクテン法学において主張されたものであって、「古来一般ニ認メラレタル」といえるかは大いに問題がある[94]。もっとも、これは、パンデクテン法学の学説やそれに沿った日本の文献を鵜呑みにしたということかもしれない。

２点目は、外国法においても、「当然ノ事理ニシテ明文」の規定が必要ないかのような説明になっている点である。ドイツでは、民法典（BGB）編纂において、第１草案の段階で、損益相殺を規定しないこととされた。ドイツ民法第１草案理由書（Motive）は、損益相殺の問題を、学説及び判例に委ねることを明らかにしている。その理由は、「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、全ての事例のために法律で解決することは不可能である。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

[93] 富井政章『民法原論　第３巻　債権総論上』（有斐閣、1929年）236頁。

[94] 複数取引における損益相殺であれば、Digesta に法文があるので、「古来一般ニ認メラレタル」といえるであろう。もっとも、これについては、多くの国で条文化されていた。

ついて、将来、適切な解決を見つけるであろう」[95]というものである。ドイツでは、「当然ノ事理」であるが故に損益相殺の規定を置かなかったのではなく、むしろ、立法による解決が困難な問題との認識から条文化を見送ったのである。

3点目は、「民法ハ他国ノ立法例ニ同シク特ニ之カ規定ヲ設ケス」とあるが、「他国」とはどこの国を指すのかという疑問である。明治民法成立はBGB成立より早いから、BGBを見て、日本でも損益相殺を条文化しなかったというのはおかしい。明治民法の起草過程で、ドイツ第一草案が参照されたことは知られているが、草案を立法例というのは違和感がある。富井が念頭に置いている国を執筆者が知らないだけの可能性も否定できないが、どうにも、BGBに損益相殺の規定が置かれていないことをもって、「他国ノ立法例」といっているように思えてならない。

4点目は、「民法ハ・・・特ニ之カ規定ヲ設ケス」「当然ノ事理ニシテ明文ヲ俟タサル」と、当然であるが故に、意図的に、損益相殺の規定を置かなかったかのような説明をしている点である。前述の通り、旧民法における、複数取引における損益相殺の条文は、明治民法起草過程で、「極ク煩ハシイ細カナ規定」「煩ハシイ区別」として、削除された。起草過程で、ドイツ流の損益相殺について議論された形跡は見つかっていない[96]。むしろ、明治民法成立後に『民法理由下巻』で、岡松参太郎が、損益相殺否定説を採っている（どこまで実質的な関与があるかはともかく、『民法理由』は富井の校閲である。）。さらに、それが他の文献にも波及していることは前述した。明治民法起草当時の学説が、同一行為における損益相殺を当然視していたとするのは無理がある。

本稿は、『民法原論　第3巻　債権総論上』の上の記述のうち、起草過程に損益相殺を考慮していたかのように読める部分の信用性は低いものと考えている。他の記述として、利益の原因を問題とする点、賠償者代位と同趣旨とする点、適当条件を必要とする点は、石坂の『日本民法第三編債権第1巻』と同じ

[95] Motive, Bd. Ⅱ. S. 18f. 訳にあたって、『独逸民法草案第2編理由書 上巻』（司法省、1889年）31頁を参照した。

[96] 松浦・前掲注（1）682頁は「民法の制定過程において損害賠償の範囲について論じられたときにも損益相殺という考え方について検討された形跡はみられない」とし、その脚注で「法典調査会・民法議事速記録一八巻においても、梅謙次郎・民法要義巻之三債権編（明法堂、明治三〇年）においてもこの議論はみられない」とする。

である。富井は、損益相殺という名称を除き、概ね、「損得相殺」を踏襲したということができるだろう。損益相殺という言葉については、後で検討する。

（6）小括

岡松参太郎は、『民法理由下巻』と京都における教育研究で、同一行為における損益相殺を展開したが、「損益相殺」という言葉は使わなかった。旧民法下で複数取引における損益相殺を指す言葉として、「損益相殺」が使われていたから、それとの混同を避ける意図があったのかもしれない。ところが、ここで取り上げた、富井、鳩山、三潴、坂は、概ね、「損得相殺」に沿った内容であるにもかかわらず、「損得相殺」ではなく「損益相殺」という表現を用いている。鳩山と三潴、坂は、「損益相殺」と「損得相殺」を併記しているが、いずれも、項目名や論文タイトルには「損益相殺」を使用しており、「損益相殺」を優先させていることは明らかである。さらに特異なのは、富井である。富井は、鳩山や三潴、坂より、はるかに年長であり、「損得相殺」という表現に接した機会も多かったはずである。ところが、富井は、「損得相殺」を併記することさえなく、「損益相殺」という表現だけを用いている。

富井の内心は分からないが、前述の通り、富井は『民法原論　第３巻　債権総論上』において、民法典の起草過程において、あえて、損益相殺の規定を設けなかったかのような説明をしている。これが信用できないことは前述した。もっとも、いつ頃からかは不明である[97]が、富井は、民法典の起草過程で、意図的に損益相殺の条文を置かなかったかのような言動をしていたのではなかろうか。起草者がそのような態度を取り、「損益相殺」という言葉を使っていたのであれば、それを見聞きした者が、元々起草過程で「損益相殺」の議論がされたものの、後に「損得相殺」などと呼ぶ者が現れたと考えてもおかしくない。もちろん、これは唯の仮説であるが、鳩山や坂は、「損益相殺」こそが本来の言い方であると考えていたように思われ、ただ、石坂『日本民法第三編債権第１巻』を無視することができないために、「損得相殺」を併記したように感じられる。そうだとすると、鳩山や坂が「損得相殺」が本来の言い方であると信

[97] 鳩山秀夫（1908年東大卒）より後に東大を卒業した末弘厳太郎（1912年東大卒）が損益相殺ではなく損得相殺という言葉を用いているところを見ると、一斉に、損益相殺という言葉が普及したわけではないようである。

じた理由が問題となるが、起草者である富井の言動はその理由たり得るのではなかろうか。

8　損益相殺の要件論の発展

（1）富井『民法原論』の後、損益相殺という表現が定着することとなる。

以下、戦前の損益相殺に関する文献を簡単に見ていこう。この時期は、以下に見るように、損益相殺の要件に焦点が当てられることとなる。

（2）勝本正晃『債権総論上巻』

勝本正晃『債権総論上巻』（厳松堂、1930年）の「第三章　目的の態様による債権の種類」「第七節　損害賠償債権」「第四款　損害賠償債権の目的範囲及び其算定」「第二項　損害賠償の範囲に関する諸問題」「第一目　損益相殺（利得控除）」に、損益相殺の記述がある。

勝本は、損益相殺という名称を使いながらも、「相殺と云ふも、本来の相殺の如く二個の債権相互間に於て債権額を差引くものではなく、又、当事者の意思表示によりて効力を発生するものでもない。・・・寧ろ利得の控除と云ふべきである。」[98]としている。

損益相殺の説明においては、「賠償権利者が、損害を受けたると同時に、同一原因により他面に於て利益をも受けたるときは、損害額より利益を差引きたるものを以て、実際の損害額としなければならぬ。」[99]としている。内容としては、損害と利得の原因を問題とする点、相当因果関係を必要とする点など、概ね、「損得相殺」に沿う内容となっている。もっとも、損害と利益の「同時」発生を挙げるところは、『民法理由下巻』の特徴も備えている。また、具体的な事案の判断において、加害行為に起因する保険金については、「賠償権利者が、第三者との特殊なる関係（保険契約）を前提として、一定の利益を受くる場合に於ては、原則として之を以て賠償原因より通常生ずべき利益と称するを得ない」[100]などとして、損益相殺の対象とすることを否定している。これまで見て

[98] 勝本正晃『債権総論上巻』（厳松堂、1930年）401頁。
[99] 勝本・前掲注（98）『債権総論上巻』401頁。
[100] 勝本・前掲注（98）『債権総論上巻』409頁。

きた文献では、同種の説明は見られない。勝本は、ドイツの文献を参照しながら、これまで唱えられてきた要件を修正したものといえる。

（3）宗宮信次『不法行為論』

宗宮信次『不法行為論』（有斐閣、1935年）の「第六章　不法行為に因る損害賠償」「第三節　損害賠償の範囲」「第四款　損益相殺」に、損益相殺の記述がある。なお、同節の他の内容は、相当因果関係（第一款）に始まり、故意過失と賠償の範囲（第二款）、中間最高価額（第三款）、金銭又は金銭を目的とする権利に対する不法行為とその賠償範囲（第五款）、債務の負担と損害（第六款）、損害は事実上生じたるを要す（第七款）となっている。

ここでは、損得相殺は現れず、「損益相殺」のみが登場する。もっとも、その内容は、損害賠償義務発生原因を問題とする点や、競馬事例が登場する点など、概ね、損得相殺の系譜に属するものである。

宗宮に特徴的な点は、「損益相殺の法理は、現実生じたる損害額の算定方法に関する法則にして、仮令通常の過程より生ぜざる利益にせよ、利益が現に存する限り、賠償すべき損害は其れ丈現存せざる理なれば、其の利益が、賠償原因と同一事実関係より生じたるものなるときは、之を斟酌すべきは当然と認むべく、其の控除すべき利益を、相当因果関係ある場合に止めんとする通説も、俄に首肯し難し。」[101]として、通説である相当因果関係説を否定している点である。

（4）沼義雄[102]『綜合日本民法論別巻第四　債権総論』

沼義雄『綜合日本民法論別巻第四　債権総論　第3版』（厳松堂、1943年）の「第二編　債権の目的（客体）」「第九章　損害賠償債権」「第四款　損害賠償の範囲」「第二節　損害賠償の範囲に関する特則」の第一項が、「損益相殺」となっている。なお、同節の第二項は、過失相殺である。

項目名は損益相殺であるが、本文中には「損益相殺又は損得相殺」と、損得相殺を併記している。内容は、利得禁止を根拠とする点、原因を問題とする点、

[101] 宗宮信次『不法行為論』（有斐閣、1935年）135頁。

[102] 著者紹介欄には、「明治42年7月東京帝国大学英法科卒業」「現在大審院部長」とある。

原因事実との適当条件を必要とする点など、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』と類似している。「同時」については、「損害が債務の不履行と因果関係あると同時に利益も亦之と因果関係ありと認め得る場合に於ては・・・」[103]と、２つの因果関係が同時に認め得るという形で登場する。因果関係は、法的評価か、あるいは、物事の経緯を説明したものというべきであるから、そこに時間的要素を意味する「同時」という表現はかなり違和感がある。多くの文献で、「同時」との表現が含まれるものの、具体的な要件として、時間的要素を考えることはできない。そこで、やむなく、このような表現になったのではないだろうか。

（５）小括

損益相殺という用語やその概念が固まってきたからであろうか、この時期は、損益相殺の要件を中心に議論がなされた。

損益相殺の要件は、石坂『日本民法第三編債権第１巻』以来、適用条件（相当因果関係）とされてきた。これに対して、勝本はその修正を試み、宗宮は相当因果関係説を否定した。実務家の文献でも、過失相殺と併置する形で、損益相殺が取り上げられた。もっとも、「同時」性の取扱に苦労したように思われる。

なお、損益相殺の要件論は、戦後、澤井裕が法的同質性説を提唱することにより、飛躍的な進歩を遂げる[104]。

９　学説継受との関係

（１）学説継受に関する議論の確認

いわゆる学説継受について、北川善太郎の著作を元に、従来の議論を確認しておこう。

日本民法典は「比較法の所産」であり、ドイツ法を始め、フランス法や英米法などの影響を受けて成立したことはよく知られている。当然、民法典は、非

[103] 沼義雄『綜合日本民法論別巻第四　債権総論　第３版』（巌松堂、1943年）132頁。

[104] 澤井裕「損益相殺（一）～（三）」関西大学法学論集８巻３号280頁（1958年）、同巻５号472頁、９巻１号70頁（1959年）。

ドイツ的要素が多分に含まれるのであるが、民法典成立以後、日本の学説は、継続的に、ドイツ法の知見を吸収した。これがいわゆる「学説継受」である。この継受が全面的に続いたことにより、「日本の民法学の構造をドイツ民法型にはめこんだ」[105]「わが国で日本民法典の構造自体についてさえも、フランス民法の影響がそこにかなり強くみられることの認識はかなりおくれたのであり、また、諸外国の学者にも、日本民法典はドイツ民法を継受したのだという理解を与えていた」[106]という事態になったとされる。このドイツの学説を継受した時期を、法典編纂による法継受が行われた時期と区別して、学説継受期という。

学説継受の特徴は、「歴史的・比較法制的手法の無視、日本民法典とドイツ法理論との同列化、直結現象」[107]とされる。「民法典施行当時の民法注釈書や解説書にもドイツ理論に従った概念・体系形成は希薄であった。」[108]。しかし、民法典制定後、ドイツに留学する学者が増加し、日本民法典のドイツ流の解釈は急激に進行した。「民法典制定後一定の期間をおいてドイツ法学が、わが民法学の骨組を構成し法学者の法的思惟を支配しはじめた」[109]。

この変化は「鋭角的になされた」[110]とされ、「かかる解釈論の断層を身をもって鮮明に示しているのは岡松参太郎博士である。『民法理由』という明治三〇年頃の著作としては群をぬいていた解釈理論は、同博士が、明治二九年七月から明治三二年七月までの三年にわたるドイツ・フランス・イタリア留学から帰国後、きわめてドイツ理論に忠実なものに転化してしまっている（これは、かれが、まったく相反する旧著の理論に一言もふれずに、ドイツ流の理論を立てる場合にもっとも明瞭に出ている）。・・・各大学における民法の講義にも、この断層は現れている。」[111]として、京都法政大学における講義録「民法債権総論」が参照されている。「さらに、債権法の分野で、学説継受期に、もっとも充実した教科書をあらわした、石坂音四郎博士があげられねばならない。・・・『日本民法第三編債権』・・・は、ドイツ民法論の学説継受を完成し、同時に、

105 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』27頁。
106 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』27頁。
107 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』133頁。
108 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』133頁。
109 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』134頁。
110 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』134頁。
111 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』134頁。

現在の解釈論の基礎をつくり上げたものといえる。この傾向は、横田秀雄・川名兼四郎・中島玉吉などの学者・実務家により推進され、鳩山秀夫博士の民法学にいたって、一応、ドイツ民法理論の上に立ちつつ、日本の民法解釈学として定着することになる。／この間、民法の分野における多数の教科書・モノグラフィー・論文にみられるドイツ民法学一辺倒ともいいうる現象は、いかに広範な法律家層がそれにまきこまれ、またそれが、かれらにより推進され支持されていたかを如実に物語るものであり、その結果、解釈学的思惟のために法律家に提供される素材は、ほとんどドイツ民法理論により供給されることになった。」（引用中の／は改行を意味する）[112]と指摘される。

ここで問題とされているのは、主に、（非ドイツ法要素を含む）民法典を、ドイツの理論で理解したということであり、条文のない損益相殺を念頭に置いた議論ではない。もっとも、当然のことながら、損益相殺も学説継受と無縁ではない。

（2）損益相殺と学説継受

損益相殺を学説継受という観点からみると、先ほどの説明と異なる点がいくつか見つかる。

まず、『民法理由下巻』で、既に、民法典施行前に、同一行為における損益相殺が紹介されている。前述の通り、岡松は、『民法理由下巻』では損益相殺否定説を採り、京都における教育研究では、当然のことのように、損得相殺を説いたのであって、ここに「解釈論の断層」を見いだすこともできるだろう。もっとも、岡松が、『民法理由下巻』の時点で、既に、ドイツ法の影響を受けていたことは指摘しなければならない。

次に、学説を概観すると、同一行為における損益相殺を損害賠償の範囲の問題としている。損害賠償の範囲は、民法416条に規定があるが、これを相当因果関係と読むかはともかく、損害のうち賠償の対象となるものとそうでないものがあるという議論である。損益相殺は、しばしば、過失相殺と併置され、賠償額の減額事由とされてきたが、加害行為によって被害者に損害だけでなく、利益が生じた場合は、利益に対応する損害は賠償を免れるとの発想を読み取ることができる。前述のように、石坂音四郎ほか『民法債権編（京都法政大学第

[112] 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』135頁。

２期第２学年講義録)』294頁は、「不法行為ニ基ク義務者ハ一切ノ損害ヲ賠償スルヲ要スト雖モ次ノ場合ニハ其責任軽減ス」として、損得相殺を取り上げ、富井政章述『債権法講義下巻』223頁は、「要スルニ不法行為者ハ其行為ニヨル実際ノ損害ヲ賠償セサルヘカラス、此原則ニ対シテ責任ヲ軽減スヘキ場合二ツアリ。」として、損益相殺を取り上げている。これらは、明確に、損益相殺を責任軽減事由と位置づけている。損益相殺を損害賠償の範囲等の特則とするもの（三潴『債権法提要総論上冊』、沼『綜合日本民法論別冊第四　債権総論』）も同様の発想と考えてよい。損益相殺を賠償者代位において説明する鳩山『日本債権法　総論』も「損益相殺ノ問題ハ損害賠償ノ範囲ノ問題ナリ」[113]としている。

それでは、ドイツ法ではどうかというと、Mommsen以来の伝統的な学説は、損益相殺を損害の問題としている[114]。

今日まで通じる、日本における損益相殺の議論の特徴は、損害把握の問題と分離される点である。2020年施行の民法（債権関係）改正に向けた議論中、「中間試案」において、損益相殺の条文化が提案された。そこでは、損益相殺を「債務不履行により債権者が損害を被る反面において利益を得た場合に，賠償されるべき額を算定するに当たって，当該利益を賠償すべき額の減額要因として考慮する取扱い（いわゆる損益相殺）」[115]と定義している。その上で、「この損益相殺という概念につき，講学上は，逸失利益から生活費を控除するような場面を念頭に置いた理解が示されることが多いと思われるが，このような取扱いは損益相殺の問題ではなく，損害額の算定（債権者に生じた損害の金銭的評価）の問題であるとの理解もあり得る。」[116]として、損害額の算定と損益相殺を区別

[113] 鳩山・前掲注 (85)『日本債権法　総論』90頁。

[114] Mommsen は、Digesta の法文を参照するため、理解が難しいところもあるが、ドイツの差額説 (Differenztheorie) は、被害者の現実の財産状況と、賠償を義務づける事象がなければあったはずの仮定的な財産状況との差異 (Differenz) を損害と認識するから、被害者に生じた利益も合わせて考慮される (Zusammenrechnung) ことになる。Vgl. Friedrich Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S.191ff.

[115] 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」(2013年) 125頁。

[116] 法務省民事局参事官室・前掲注 (115)「民法 (債権関係) の改正に関する中間

する理解を紹介している。この理解は、損害と利益の存在を所与のものとした上で、損害の全てを賠償することが原則であるものの、債権者に利益が生じた場合には、その利益を賠償額の減額要因として考慮するというものと思われ、伝統的理解が維持されているといえる。

しかし、ドイツ法では、損益相殺は、損害把握と密接不可分な問題であり、損害論と損益相殺を分離することはできない。前述の通り、ドイツ民法第１草案理由書（Motive）において、損益相殺が損害概念の確認と本質的に結びついていることが指摘されている。したがって、損益相殺を損害と切り離す発想の起源は、ドイツ法以外に求めることになる。そして、我々は、すでに、旧民法が採用した複数取引における損益相殺を知っている。そこでは、別の取引を前提とする以上当然ではあるが、損害と利益の発生は所与のものとされ、その上で、債権者に利益が生じたことが損害賠償を否定する事由として作用するかが問題となっていた。

損益相殺を賠償の減額事由として考慮するのは、旧民法に由来するものと考えられる。実は、『民法理由下巻』は、損害に関する記述に乏しい。415条の解説において「損害ハ必スシモ財産上ノ損害タルヲ要セス」[117]とする程度である。『民法理由下巻』は、損益相殺を旧民法の思考様式で解釈したと考えられることは、既に述べた。結局、岡松は、ドイツ法と異なり、損害論と切り離した形で、同一行為における損益相殺を日本で展開し、これによって、損害とは別に賠償額の減額事由として、損益相殺が存在するということになったのではなかろうか。後の学説の発展との関係では、「学説継受期に、もっとも充実した教科書」と評される、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』が「損得相殺」を過失相殺と併置し、損害賠償範囲の問題と位置づけたことも大きく影響したものと考えられる。

（３）まとめ

損益相殺は、民法典に規定がなく、それゆえ、学説継受の議論がそのまま妥当する訳ではない。もっとも、岡松参太郎は、ドイツ法の影響を受け、『民法理由下巻』において、同一行為における損益相殺を紹介している。これは、「学

試案の補足説明」126頁。

[117] 岡松・前掲注（40）『民法理由下巻』83頁。

説継受」の断層の前とされる時点である。また、『民法理由下巻』は、損益相殺の定義に「同時」を盛り込んだ。これは、旧民法における複数取引における損益相殺と区別する必要から生じたものとみられる。この「同時」要件は、驚くべき生命力を見せ、今日の学説・判例においてもみることができる。さらに、日本法において、損益相殺は、損害の問題ではなく、損害算定後の賠償額の減額事由とされてきた。これも旧民法の影響と考えられる。

また、損益相殺は、岡松参太郎らが先に展開し、その後、民法典の起草者である富井政章が取り上げるに至ったという点も興味深い。

学説継受期においては、民法典に条文化された非ドイツ的要素を持つ制度でさえ、ドイツの理論によって理解されるに至ったと指摘される。しかし、損益相殺は、「ドイツ民法論の学説継受を完成し、同時に、現在の解釈論の基礎をつくり上げた」石坂音四郎において、かえって、損害賠償の範囲という、ドイツ法と異なる位置づけが確立された。

損益相殺の議論は、その後も、ドイツ法の影響を受け続けることになる。その中で、今日まで、これらの非ドイツ的要素が保存された要因として、逆説的ではあるものの、ドイツ民法論の学説継受の完成者とみなされた石坂音四郎が損益相殺に非ドイツ的な位置づけを与えた結果、それがドイツ的なものと理解されたことがあるのではなかろうか。