

損益相殺 (三)

沢井裕

はしがき (一)

第一 損益相殺の意義

第二 損益相殺と賠償者地位との相違

第三 ローマ法源について

—— 損益相殺と損益計算との相違 ——

(以上八卷三号)

はしがき (二)

第四 損益相殺と過失相殺との相違

第五 利益論

(1) ドイツの判例と学説

その一 ドイツの判例理論

(以上八卷五号)

その二 ドイツの学説理論

(以上本号)

(2) 日本の判例と学説

第六 損益相殺理論適用の具体的事例

おわりに

第五 利 益 論

(1) ドイツの判例と学説

その一 ドイツの判例理論 (八卷五号)

その二 ドイツの学説理論

〔四三〕 (総説)

損益相殺についての学説は、まづたく各人各様であり (Canzler: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, Archiv für die civilistische Praxis, 156, I. 1957, S. 36 f. は二十をこえる学説をほとんど敷衍すつゝの簡明さで紹介している)、しかも抽象的議論が多く、判例とことなりその理論を具体的事件に適用すればどうなるかというところが明瞭でない。したがつてここでは、学説の紹介はもつとも重要と思われる少数のものに限定するるとともに、その内容ができるだけ詳細にのべて、その本質を誤らぬように努めたい。学説の分類は、前稿(八卷五号)の判例の場合にてらして、歴史的流れを重視し、これを「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」の四部に分ける。ドイツの判例は前稿で見たように、第三の「相当因果関係説の修正」の段階にある。学説も有力な学説はこれを支持するが、なかにはさらに損益相殺の公式としての相当因果関係説そのものに疑問を抱き、あるいは積極的にこれを否定して新しい公式を立てようと努力するものが現われるにいたつた。なお、ここで詳論するのは、損益相殺における総論的部分についての理論であり、個別的問題についての理論

の詳細は第六 損益相殺理論適用の具体的事例のところでのべようと思う。

【四四】(相当因果関係以前・Mommensenの見解)

Mommensen の時代には、相当因果関係説はいまだその役割を演じておらず、たんに「もし損害賠償義務を生ぜしめた・一つのそして同じ・事実が、被害者に損失のみならず、利益をも発生せしめたならば、損害は利益を控除した後に残るものである」という条件的関係のみを注視した。しかし彼の理論は判例 (RGZ 40, 172) 前稿【三六】(相当因果関係論以前その二)を参照)にも引用されその理論的支柱となった。

註 Mommensen の基本書 Zur Lehre vom Interesse, 1855, S. 191 f. は手元になく、Cantzier 前掲書 S. 40 及び RGZ (40, 172) からの再引用である。

【四五】(相当因果関係説・Oertmannの見解)

Oertmann は「賠償義務者が責を負うべき容態から、直接あるいは間接に生じた相当なすべての結果は、損失についてと同様に、利益についても顧慮されるべきである」「加害的ならびに加益的容態の、直接の同一性 (Identität = ein und dasselbe) ではなくして、たんに責任 (Verantwortlichkeit) を生ぜしめた容態の同一性のみが、利益と損失との共通の原因として要求される」と損益相殺における相当因果関係説を主張した。彼のこの主張は、ライヒ裁判所をして相当因果関係説を採用したらしめたのである (RGZ 80, 155) 前稿【三八】(相当因果関係論その一)参照)。

ただし Oertmann は利益が相当因果関係にあればすべて控除されるといつているのではなく、保険給付の場合だけは、控除は保険契約の意義と目的に一致しないといつている。

註 Oertmann Vorteilsausgleichung, 1901, S. 102, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 1928, 5. vor 249, Seuff Bl., S. 789.

この手元になく RGZ (80. 155) 及び Cantzler 前掲書 S. 36 からの再引用である。なお Cantzler はこの因果関係説をとるものは Bauer-Mengelberg; Hampf 1935; Reimann 1939; Schimmel 1938; Werner 1955, による。

〔四六〕 (相当因果関係説の修正・その一・Enneccerus-Lehmann 旧版の見解)

Enneccerus-Lehmann 旧版 (一九三〇年版)¹⁾ は、本文では損益相殺の定義をのべるにとどめ、細部の議論はもっぱら註で説明している。したがってその理論は十分に整理されていないうらみがあるが、つぎのようにまとめることができる。すなわちそれは

- (1) 損失も利益もともに加害事情と因果関係 (直接の関係でなくとも、相当関係で十分だと脚註でつけ加えている) にあること、
 - (2) 損失と利益が単一のものともみなされること、
 - (3) § 242 BGB の信義則からその控除が妥当とされること、
- の三つの要件を設定しているのだと考えてよいだろう。

右(1)の相当因果関係は、控除すべき利益の範囲を限定するための基準としてよりも、むしろ、直接関係説を否定するために導入せられたことに注意すべきである。そして利益限定の基準は(2)の単一性 (Einheit) である。この単一性²⁾ というのは意味が不明瞭だが、具体的事例として、売主が履行遅滞したため買主が填補購買をしたが、これは一部では費用の増加 (すなわち買入価格が前の価格より高価であった場合など) を、一部では費用の節約 (安く買った場合など) を生ぜしめたとき損益相殺が生じるといつていることからみると、私のいう損失と利益の法的同質性を意味し

ているものであろう。さらに(3)は原文では「被害者の行為が相当因果関係の枠内で控除されるべきだという原則は、期待可能性 (Zumutbarkeit, § 242 BGB) の枠内においてのみ貫徹されうる」となっており、具体的には、財産をうばわれた利子生活者が新たな収入可能性をえても、それが損失を直接減少するのでなく、たんに経済的に不利益な結果を他の方法で填補すべき新たな行為の締結であるときは差引くことを要しない、としている。

註(1) Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Recht der Schuldverhältnisse, 1930, § 13 II.

念のため右の当該部分を引用する。「利益と損失の発生をいふことなる事実が共働しても差支えない。損失と同じく利益もまた、賠償義務を生ぜしめた事実によつて(間接あるいは直接に)惹起せしめられたことを要する(「脚註」それゆえ上述 § 11 II で説明した意味における因果関係いわゆる相当関係で十分である)。損失と利益は単一のものとして把握されることを要する」。なお袖木教授は外国法典双書ドイツ民法Ⅱ五六頁で右を「賠償義務を生ぜしめたる事実に因つて(間接又は直接に)惹起せられたものなることを要する。従つて、損害と利益とは単一体として見らるるものなることを要する(「傍点沢井」と「従つて」という文句をいれておられるが、そうすると因果関係があるということと単一体とみなされることは同意義だということになり妥当ではないと思ふ。Enneccerus-Lehmann の原典には「従つて」に対応する語は見当らない。

(2) (単一性説(ドイツ)) Canzler 前掲 S. 41 によれば純粹の単一性説——相殺の要件として単一性のみをかかげ、因果関係の背景から完全に切りはなすもの——があるという。すなわち V. Bredow (Verminderung der Schadensersatzpflicht als Folge von Rechtsverhältnissen zu Dritten, 1930, S. 40ff.) Erdmann (Anrechnung Schadensmindernder Handlungen des Geschädigten auf den ihm zu leistenden Ersatz, 1934, S. 36 ff.) は損益相殺のかなり一致した方式として、損失と利益間の単一性という考えを基礎としている。理性的判断者にとつて、損失と利益は単一のものとして現われなければならない。単一性 (Einheit) は原因 (Grund) の、時の、構造の (Organischen) などの単一性でよいという。そして填補購買による利益は控除されるが、有利な転売が控除されるべきでないのは、填補購買だけが、損害と、目的の単一性にあるからだという。これらの原典は手元になく、その内容をたしかめることができない。

〔四七〕 (相当因果関係説の修正・その一・Enneccerus-Lehmann 新版の見解)

Enneccerus-Lehmann はその後(何年版からか正確にはわからない。手元にあるものでは一九五四年版ではすでに変わっている。現在の標準テキストは一九五八年版である)、表現を変えた。そして分量もはるかに増え、しかも旧版では註で論じていたにすぎないものを、多く本文にかかげるようになり、損益相殺を重要視して来たことを如実に示している。

すなわち新版は、損益相殺の要件として、

- (1) 損失も利益もともに加害事情と相当因果関係にあること、
- (2) §242 BGB の信義則からその利益の控除が妥当とされること、

の二つをかかげ、旧版で重視されていた単一性理論を放棄した。そしてここでは相当因果関係が、利益の限界づけの基準として重要な役割を演じるようになる。

すなわち新版はいう「かかる損益相殺は、損害を惹起した事情と、少くとも相当因果関係にある利益についてのみに問題となる。かつて公式化されたように、加害的事情と加益的事情が「単一性(Einheit)」を示す必要はまったくない。損失と利益が外部現象からみれば、独立せる数個の事情から生じて、加害事情が一般的に、その種の利益をともないうるのでさえあれば十分である」、「しかししたんなる相当性は、損益相殺を原則的に正当化するにすぎないのであつて、利益と行為間の関係を正しく評価した場合、§242 BGB にてらして損益相殺の期待可能性がない(Unzumutbarkeit)ときには、相当性があつても十分ではない。利益はその因果関係の枠内で控除されるべきだという原則は、期待可能性(§249)の枠内でのみ貫徹される(旧版からすでにそうである)。法律の特別規定(たとえば§843 IV)を除くならば、第三者の損害減少給付、あるいは賠償権利者自身の特別給付、あるいは賠償権利者の義務を超えた損

害減少行為などのように、控除が賠償義務者を不当に益することになるときは、その控除を期待することは不可能である。賠償義務者の行為が故意のものであるときはただちに控除を排除すべきだという (Baur, JW 1937, 1463) のは承認されるべきでない。最近 BGH (8, 329) は各個別事件において「損害賠償義務の意義と目的に照応するかどうかがをしらべることが要求している」(註) (カッコ内も原典筆者による)

この Enneccerus-Lehmann 新版は現在のドイツ連邦裁判所の判例 (BGHZ 8, 325; 10, 107) に引用され、その理論的支柱になっていることは、すでに前稿「三一」(八巻五号六六頁)、「四二」(同七九頁) で見た通りである。この新版は一見したところ旧版の単一性説を批判して説を変更したような書き方だが (すなわち「かつて公式化されたように、加害事情と加益的事情が「単一性」を示す必要はまったくない」とのべている)、旧版は行為の結果たる損失と利益の単一性を問題としているのにはんし、新版が批難しているのは、行為そのものを意味するところの加害的事情と加益的事情の単一性、すなわち加害事情から利益が直接発生したのでなければならぬという考え方である。したがって Enneccerus-Lehmann が旧版と新版とで説が根本的に変つたと見るべきではなく、あいまいで誤解を受けやすい「単一性」という表現をやめて、相当因果関係を前面に押し出すとともに、信義則による例外の設定を明確にした点に、その進歩を認めるべきであろう。しかし、利益は加害事情から直接生じたものに限るといふ不当な単一性説を克服する手段として用いられた相当因果関係が、今やもう一つの基準たる信義則を強調することによつて、その意義を減少し、かえつて損益相殺理論の発展のくびきとなつてくるのである。つぎに、相当因果関係説否定論が生まれるべくして生まれた所以を見よう。

註 Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 85, 1958.

「四八」(相当因果関係説の修正・その三・Larenz 旧版の見解)

K. Larenz (Lehrbuch des Schuldrecht, I, 1953) 旧版は、原則的公式としては、やはり相当因果関係説に立つて
いるが、すでにかなり批判的であり、個々の事件における衡平 (Billigkeit) にもとづく判断を要求した¹⁾。

すなわち「損害賠償によつて被害者をして最終の結果において、賠償責任を生ぜしめた事情がなければ存在したはずの状態より、一層有利な状態におくことになつてはならない」という原理は、△被害者は、まさに責任を生ぜしめた事情あるいは、これと相当因果関係において取得する利益を控除しなければならぬという要求に到達する²⁾、しかし「例外的に、賠償義務を生ぜしめた事情の利益の結果が、この事情と相当でなくとも、個々の事件の状況からみて衡平が要求するときは²⁾——すなわちまったく予見不可能的に生じた利益もそれが不釣合に大きいときは——損益相殺しなればならない²⁾。いずれにせよ利益は同じ事情によつて原因的に (ursächlich) 条件づけられねばならぬ」。「他方相当な利益も常に相殺されるとは限らぬ。被害者がみずから締結した保険契約にもとづいて取得する給付は控除されるべきでない¹⁾」(傍点の部分はテキストではイタリック体)とのべ、重大な例外のあることを示している。さらに損益相殺の具体的内容についても、相当因果関係の不十分なことを表示し、当事者間の衡平 (Billigkeit) と当該利益の意義 (Sinn) を重視すべきことを強調する。すなわち一般論として、利益がまったく予見不能なもので、したがつて不相当でも、衡平が要求するならば、控除すべきだとするのは既述の通りだが、さらに個別的事例についても、まず被害者みずから締結した保険契約にもとづく利益は、「保険給付は被害者が支払つた保険料の反対給付としての意味³⁾もつのであつて、もし賠償義務者の有利に帰するのならば、保険契約の意義に反することになる」から控除すべきでないとする。

さらに「固定せる判例によれば、生業能力を害された被害者に対する自由意思による扶養給付ならびに救済的観点からの第三者の供与は控除されるべきでない。これはかかる供与が不相当だからではなく——かかる供与は幸にして不相当ではない（世間で普通一般に行われることだからである（澤井註）——むしろさらにかかる控除は、供与者の意図に反し、したがって供与の意義に反し、被害者に不衡平となるから、控除してはならないのである」とのべている。このように原則としては相当因果関係説をとつていふと表示しながらも、その叙述の内容を熟慮するならば、要するに、当事者間の衡平とその利益の意義から判断して控除すべき性質のものであるならば、それが相当因果関係にあるうとなかろうと関係がないということのべているのにはかならない。したがってLarenzにおいてはしばしば相当性という文字が現われているにかかわらず、実質的にはもはやその機能を失つていふといえる。もし意義があるとするれば、それは衡平判断の一つのめやすになるであろう。

かくてLarenzは表現上も相当因果関係説を捨てべき必然性が、すでに旧版の内容そのものの中に存するのである。

註(1) Larenz, a. a. O., S. 114ff, 1953.

(2) 利益が加害事情と相当因果関係になくとも衡平が要求するときは控除すべき「印象深い事例」として、Larenzは註において Heck, Grundriss des Schuldrechts, S. 49 の例とくにその1と7を指示している。Heckのその具体的内容は下記の通りである。

1. ある坑夫がかんとん脱腸にかかり手術しなければならなくなった。そこで山をこえて、町の病院に運んだ。担架の担い手の一人が酒に酔っており、坑夫を坂に落した。坑夫は手をくじいたが、衝撃と驚きがかんとんを解消した。坑夫は健康になり手術は不要になった。担い手は慰謝料と労務喪失についての坑夫の請求に対し、手術不要による苦痛と費用節約の異議をとなえうるか。

7、悪い隣人が果樹を切りとり、枯れてしまった。そこで樹をほり起したとき、宝物が発見された。

Larenz はこれらの場合いずれも損益相殺できると考えているのであろう。Heck 自身は(1)については、やはり相当ではないが控除することに同意し、(2)については控除を否定する。

(3) Enneccerus-Lehmann は旧版、新版いずれも保険契約による保険給付は、保険料の反対給付だから控除すべきでない(反対給付であるときは期待可能性がないという)とのみ説明しているにすぎないが、契約の意義あるいは供与の目的の観点をもつけ加える Larenz の考えの方が妥当である。そうでないと Enneccerus 旧版のように契約でなく法律にもとづく年金または扶助料は控除できるという理論的混乱を生じる(新版では立法的に解決された——控除できない——と片づけている §§ 139, 184 D. Beant, §§ 168, 180 BBG)

〔四九〕(相当因果関係説の否定・その一・Larenz 新版の見解)

Larenz は前掲書の一九五七年版で損益相殺の公式としての相当因果関係なる文字を消した。すなわち新版一二五頁以下ではつぎのようになっていいる(旧版との相違を明らかにするため、変った部分はゴチで示す)。

「損害賠償によつて被害者をして、最終結果において賠償責任を生ぜしめた事情がなければ存在したはずの状態より、一層有利な状態におくことになつてはならないという原理は、△被害者は、まさに責を生ぜしめた事情によつて取得した利益——賠償給付と関連してはじめて取得したのもよい」——を控除しなければならない」という要求に到達する(旧版ではゴチの部分に相当因果関係云々という文字があつた)

「△相当因果関係」の基準は Cantzler が証明したように、顧慮されるべき利益の限界づけのためには十分でない。²⁾ 例外的に、賠償義務を生ぜしめた事情の利益の結果が、この事情と相当でなくとも、個々の事件の状況からみて平衡が要求するときは——すなわちまつたく予見不可能的に生じた利益も、それが不釣合に大きいときは損益相殺しなければならぬ。いずれにせよ利益は損害を生じたと同じ事情によつて原因的に(ursächlich)惹起されなければ

ばならぬ」「他方相당한利益も常に損益相殺されるとは限らない。被害者がみずから締結した保険契約にもとづいて取得する給付は控除されるべきでない」とのべている。

このように新版は公式から「相当因果関係」なる文字を消し、説明においても、相当因果関係が基準として不十分なことをのべているが、その他の内容はまったく前述旧版と変りない。したがって「例外的に……利益がこの事情と相当でなくとも、衡平が要求するときは……」など、あたかも相当な場合が原則であるかの如き文が残っている。しかし具体的事件において、統計的に相当因果関係にある場合が多数を占めるという意味での原則と例外の区別ならともかく、理論的原則が相当因果関係説だということは Larenz 旧版についてのべたと同様（七七頁参照）、新版においてもその実質的内容から裏づけることはできない。要するに新版は、損益相殺における相当因果関係説克服に、表現上も一歩進んだが、いまだ残滓を一掃するにはいたらず、説明上多少の混乱が見られるというべきであろう。

Larenz の損益相殺理論のうち、他の注目すべき点は「損害の転位 (Verlagerung)」と損益相殺の関係を示していることである。ライヒ保険法 (RVVO) 一五四二条は、被害者の加害者に対する請求権が、公の保険当局が被害者に賠償を与えた範囲で、保険当局に移転すると定める。同様に、責任を生ぜしめた事情によつて勤務不能になつた公務員はドイツ公務員法 (§ 139 DBG, § 168 BBG) により、与えられた扶助給与の範囲で被害者の雇主に移転する。同様のことは法律による扶養請求権 (たとえば § 843 Abs. IV BGB) にも妥当する。「これらの場合においては、実際、被害者の真正の「利益」についての問題ではなく、むしろ被害者に発生した損害の・保険者または雇主への・部分的転位の問題であるにすぎない。同様のことは、一時的就労不能にかかわらず、法律あるいは契約による賃金支払、および継続的就労不能のさいの契約にもとづく退職金について、ならびに被害者が傷害の結果労働不能になつたときの失業救

済金について妥当する」(後半は新版で追加)。

かかる場合損益相殺理論から切りはなし損害転位理論を新らしく設定した結果、具体的にどういふ相違がでてくるのか明らかではない。かような給付は真正の「利益」でないというが、我々は、賠償が金額給付された後に残る積殘高だと定義した(拙稿八卷三號七九頁、Larenz, S. 125)のだから、法技術的概念としてはまさに真正の「利益」である。Larenz の叙述にはこのように疑わしい点もあるが、損害転位理論は貴重な示唆を与える。すなわち私はこれを拡張してつぎのような内容を加えたいと思う。第三者が被害者の損失を填補する目的で——すなわち被害者に二重の利得を与えるためではなく、たんに損失補償のみを目的として——供与した場合、被害者の加害者に対する賠償請求権はその範囲で、この第三者に移転する。したがって、被害者は第三者のために(これに代つて)請求するのならば格別、自己のために加害者に賠償請求権を行使することはできない。この場合被害者は実質的には損益相殺されたことになる。また、第三者のこの供与は、加害者の賠償債務の「第三者の弁済」ではなく損失の填補たる性質をもつている場合に限る。後者の場合は§ 268 BGB (日民四九九条以下)が適用される。もつとも損害転位の解釈論的基礎はこの右諸条文の類推にあるが。

〔五〇〕(相当因果関係説の否定・その二・Cantzler の見解)

Cantzler は一九五七年 Archiv für die civilistische Praxis, 156 Band, I Heft, S. 29 ff. に Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch としう論文を発表した。Cantzler の結論は、「相当因果関係説は、人は予見しえた損失のみを防止することができたのだという、いわゆる損失の加害者への帰責可能性 (Zurechenbarkeit) を意味するから、損失算定については正当だが、利益についてこれを適用するならば、妙なことになる。すなわちもし加

害のさい利益の発生が予見されるならば、加害してもよい（加害者は損害賠償義務を負わないから）ということになり、損害賠償法の目的に反することになる」という点にある。そして Cautzler は独自の損益相殺の公式として「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つき、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」と総括した。今少し詳しくその思考経過を追つて右の結論を理解したいと思う。

相当因果関係説は v. Kries がはじめて法領域に導入した。「因果関係は、その容態が一般的に、生じた結果と同種の結果を惹起しうる性質をもつとき肯定される。v. Kries はこの判断の基礎に、人間の全因果関係知識と行為者に知られた、あるいは知りうべき諸事情をおいてゐる」。これは Max Rümelin および Traeger によつて修正された後、今日連邦最高裁判所もこの立場をとつてゐる (BGHZ 3, 261)。これらの相当因果関係説は結局因果経過の予見可能性 (Die Voraussetzbarkeit der Kausalentwicklung) に根拠をおいてゐることを特徴とする。ここでは常に相応の人間が、彼に知られた・あるいは知りうべき・ある現存の条件と、一定の因果知識をもつて、結果を予見し、因果経過を計算しうるかということが問題になる。

Cautzler は相当因果関係が損失算定の基準として正当な理由を Karl Larenz の帰責理論⁴⁾にもとめている（利益について相当因果関係説を否定する根拠が、まさにこの帰責の問題なのだから、この論議を省略することはできない）。Cautzler はこの帰責理論をつぎのように要領よくまとめてゐる。

「自己の意思が、その行為を決定するということは人間の特性である。人間は自己の表象にしたがつて実在(Sein)を変えようとする。これが彼の行為の目的である。そして意思が、変化を生ずるに不可欠な様々の手段を選択して、設定することによりその変化が実現される。因果法則は変化が、目的の意味に沿つて成就されるように指示するのである。だから人間の有目的行為の本体は因果法則の利用にある。帰責の考えはここから生まれる。この考えは意思が人間における自律源であり、彼の人格の決定要素であるから、一人間から生じる因果現象を彼の意思の及ぶ範囲でのみ責任を負わせる。このことは因果経過が意思によつて制御され支配されうることによつて決定される。しかし因果経過の制御はそれが予見可能であるということを前提とする。予見可能性は支配可能性の最外的限界であり、それゆえ現象に対する人間の責任負担の最外的限界でもある。因過経過が予見可能であつた範囲のみ、それは人間の責に帰せられうるのである。」と Binding, Larenz あるいは Werzel を引用しながら、損害賠償の範囲を相当因果関係で区切ることが正当だと説いている。しかし Canzler は、相当因果関係理論を損益相殺における利益に適用することは、相当因果関係説がまさに帰責を基礎としているがゆえに、不可だと主張する。すなわち、

「……損害賠償法の目的は法益を保護し、契約義務の尊重を保証することにある。……」

相当説はこの意義をたんに損失的加害的侵害についてののみもち、加害者に役立つべき利益についてはもたない。このさいには因果経過の支配は問題とならない。加害者は、あらかじめ計算できた利益をまさに何がゆえに、自己の有利に帰せしめうるのか？ 加害のさいに現われた利益は加害者に有利に帰せられるべきだという損益相殺の考えは、責任を負担せらるべき損害の限界を表示するための相当性の本質と、内的関連がない。

もし帰責の考えを損益相殺にうつすとすれば、利益が期待されうるときは、加害者に加害を奨励することにな

ろう。もし加害者が利益を予見するならば、彼は平然として確実に控除されることを意識して、賠償義務の額について機会をうかがい、それに応じて行動することができよう。しかし損益相殺は損害法の制度であり、それゆえにこの目的に従属せしめられる。損害法の目的は加害者を加害から妨げることにある⁶⁾という。そして結局 Cartzler 自身の「解決試論」として「利益は、それが侵害された法益または契約義務の助成を意味するとき控除すべきである。しかしこの種の利益はそれが被害者あるい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」との公式を立て、その根拠をつぎのように説明する。

「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ればならぬのである。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⁷⁾と。

そして「四八」註(2)の事例、すなわちかんとん脱腸にかかつた坑夫が担架の担い手に落され、傷ついたがそのかんとん脱腸は治癒した例を挙げ、「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。しかし荷い手に健康についての利益を与えることなく、健康についての損害賠償義務を負わせることはできない⁸⁾とその結論を示している。

さてすでに見たように、相当因果関係説も、それだけですべての場合を説明しつくすことはできず、常に例外を設定して来た。たとえば判例ならびに *Enneccerus-Lehmann*, あるいは *Blomeyer* のように「賠償義務の意義と目的」・「期待可能性の枠内」などの如きである。そして *Cantzier* もまた権利助成理論の例外設定を余儀なくされている。すなわち

「加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。」たとえば保険契約、慈善家の贈与、年金などである。「これらの場合において、利益は自由な行為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⁹⁾」という理由づけをなし「この措置の目的は、加害者を利益するためではない」という目的説に賛成している。

註① *Cantzier*, a. a. O., S. 59.

② *Cantzier*, a. a. O., S. 44.

- (3) 拙稿八卷五号八二頁「相当因果関係の定義」参照。
- (4) K. Lorenz; Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, Schuldrecht, S. 122 f., 1957.
- (5) Cantzler, a. a. O., S. 47.
- (6) Cantzler, a. a. O. S., 49.
- (7) Cantzler, a. a. O. S., 52.
- (8) Cantzler, a. a. O. S., 55.
- (9) Cantzler, a. a. O. S., 56 ff.

〔五一〕(ドイツ諸学説に対する私見)

損益相殺理論は、理論的には真正の損害額算出の方法だが、これを実質的に裏づけているのは平衡の觀念にほかならないことを説明してきた。前稿(八卷五號「四三」八〇頁)でものべたように、損益相殺が實際に問題になるのは、損失と利益が現象としては別個のものとして現われる時に、利益を被害者のみに与えるのは不衡平だとみなされる場合なのである。

被害者の原状回復を目的とし、被害者の保護を根本原理とする損害賠償法からすれば、加害者は、被害者に生じた損失的变化のすべてを賠償することが大原則である。したがつて別に生じた利益をとくに考慮することすなわち、物理的に異質別個のものを差引きし、その残高が真正の損害額だという損益相殺理論は、当然に利益と損失の法的同質性を前提としているのである。利益を損失から差引くことが妥当かどうかということを相当因果関係という縦の関係からのみでなく、本質の対比という横の関係から総合的に判断すべきである。この法的価値判断の基準はいうまでもなく損害賠償法の目的と当事者間の衡平にある。Cantzler のいうように、被害者に何らかの損失を与えることが予見されるならば、加害者はたとえ別の面で被害者に利益を生ずることが予見されても、いやしくも加害をなすことを

許されるべきではない。加害者に利益が与えられるのは、予見可能性とは別個の、衡平という第三者的立場からである。Larenz も指摘したように、利益は予見されなくても衡平の見地から、排除されるものもある。Cantzier は新しく法益助成説を公式として提案した。理論的には卓見だと思う。しかし Cantzier ものべているように¹⁾、生じた利益が被害法益を助成しているかどうかということ、いいかえれば法益の範囲を決定することは、それほど容易な、また明確なことではない。

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（すなわち金銭的価値）だと考えれば賞金は明らかにそれを助成している²⁾。これでは損益相殺の公式として意義はうすいのではないか。事案を決定するのは「法益助成論」的公式ではなくして、結局は事案のすべてを総合して、右の賞金を騎手、馬主いずれに与えるのが衡平か、すなわち馬と賞金との法的同質性の判断いかんにかかっているのである。Cantzier は衡平の観念は広すぎるというが³⁾、事件のすべて状況を考慮の上決定した場合、単純な公式的割り切り方よりも、はるかに正当な解決をうるものである。たとえば右の馬の場合でも、馬主の騎手に対する馬の健康についての注意の程度、馬主の賞金獲得熱、あるいは騎手の馬の殺害についての故意過失、または過失の程度、馬の健康状態などを総合的に判断して妥当な解決をうるように努めるべきである。しかも衡平裁判の性質として、利益を加害者か被害者かの二者択一的でなく、割合的配分も可能と考えることができる。

註(1) Cantzier, a. a. O., S. 56.

(2) Cantzier, a. a. O., S. 55.

(3) Cantzier, a. a. O., S. 56.