

# 損益相殺(一)

七四

沢井裕

はしがき(一)

第一 損益相殺の意義

第二 損益相殺と賠償者代位との相違

第三 ローマ法源について

——損益相殺と損益計算の相違——

(以上本号)

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

(2) 日本の判例と学説

第六 総括

はしがき(一)

本稿は損害賠償における損益相殺についての解釈学上の総合的研究を目的とする。

エルトマンは「損益相殺」と題する論文の冒頭で「この論文が取扱つている問題は損害賠償理論の最も興味のある且実際にも最も重要なものに属する。しかも近代法学は大体において、これに携わること奇妙に少なかつた。我々はこれについて、ほとんど教科書の義務的小叙述と、損害賠償と公用徴収についての論文における個別的論述を見出すにすぎない……」と述べている。しかしその後ドイツでは後に列挙するように、多くの研究が発表され、教科書でもかなりの紙面をあてている。しかも判例集においても、ほとんど各巻毎にこれにふれた判例が見出される。

そしてエルトマンのなげきは、現在の日本にこそあてはまる。私の調べた範囲では、大正八年の坂千秋先生「損益相殺ニ付キテ」法学協會雜誌三七卷（上）七八〇頁以下・九五二頁以下・（下）一一〇七頁以下、及び昭和八年の三木正雄先生「損益相殺」商業と経済（長崎高商）八月号四七頁のわずか二つをかぞえるにすぎない。

さて損益相殺とは、要するに加害によつて被害者に損失のみならず、利益をも生じた場合は、損失から利益を控除した額が実損害であり従つて要賠償額だというにすぎないが、いかなる利益が控除できるのか、或は他の制度との関係はどうかなどについて、複雑な問題を含んでおり、しかもいまだ決定的理論がないことも相まつて、統一的理解に苦しんだ。そして結局私はこの論文の結論として、損益相殺の対象たる「控除しうる利益」とは、「加害と因果関係にあり、かつ損失を直接に——即ち被害者の処分行為を必要とせず——填補する性質をもつと判断されるもの（この判断の基礎は損害賠償法の目的と当事者間の衡平にある）」<sup>1)</sup>という定義を立てた。この論文は結局右の因果性・直接性・填補性の意味を具体的に明らかにする試みである。この定義がどういふ具体的事実に裏づけられるかの問題については次稿にゆずり、本稿（と次稿の一部）ではこれを手がかりとして損益相殺の法律的地位を求めようとする。

本稿（）では右の特質は次のような形で現われる。「第一 損益相殺の定義」では、「利益は損失を填補する性質を

もつゝという点から、利益が具体的に確定したままとまりを示すのは、全損失をカバーする賠償が給付された（現実には仮定的に）後である。従つて利益算定の標準時期は、賠償給付後とすべきことを主張する。「第二 損益相殺と代位との相違」では、法律上代位の対象とされている・加害第三者に対する請求権或は毀滅状態にある物の残存部分などは、全損失をカバーする賠償給付後を標準にすれば被害者にとつて利益となり、しかも損失を填補しうる性質をもつから、これらの点では損益相殺の対象たる利益としての性質をもつてゐるが、損失填補のためには被害者の処分行為（取立、又は換価）を必要とする点で直接性をもたない。従つて損害賠償法の目的と当事者間の衡平をはかるため法律は特にこれを損益相殺の適用からはすしめらかじめ控除することを許さず代位制度の対象としたのだと考えるべきことを説く。あわせて民法四二二條の新らしい解釈を主張した。「第三 ローマ法源」では——私はローマ法について——は十分な素養なく、断定する資格はないが——現在まで日本に行われてゐる見解とは別の立場もありうることを、ドイツの学説を紹介しながら論じてみた、そしてこれを通じて損益相殺と損益計算との相違を明らかにしようとする。これらについては浅学非才のため多くの誤をおかしていることと思う。大方の御叱正、御批判を仰ぐことができは幸である。

本稿で参照した文献は次の通りである。ドイツのものでは

Oertmann ; Compensatio Iucris cum damno (Separat Abdruck aus dem „Centralblatt f.d. jur. Praxis“).

Cantzier ; Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, (Archiv für die civilistische Praxis, 156, Band,

I. Heft, S. 29 ff.) 1957.

Windscheid ; Lehrbuch des Pandektenrechts II, 1906.

Dernburg ; Pandekten II, 1903.

Banecerus-Lehmann ; Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 1958.

Larenz; Lehrbuch des Schuldrechts I, 1957.

尚この他損益相殺をいふは、

Mommsen, 1855; Cohnfeld, 1865; Oertmann, 1901; Stintzing, 1904; Rengier, 1929; Keller, 1932; Riedinger, 1936; Barilla, 1938.

など多数のモノグラフィイがあるが、手元になく、目を通してはいない。他の文献に引用され意見の大體を推測しうるものもある。

日本の文献では前掲二論文の他(敬称略)、明石三郎・債権法概説、我妻栄・債権総論(民法講義IV)、伊沢孝平・保険法、石田文次郎・債権総論、石坂音四郎・日本民法債権総論上巻、大森忠夫・保険法、勝本正晃・債権法概論、加藤一郎・不法行為、小池隆一・債権法総論、近藤英吉・柚木馨・註釈日本民法、鈴木貞吉・損害賠償範圍論、谷口知平・「損害賠償額の算定」総合判例研究叢書民法(4)、鳩山秀夫・日本債権法(総論)、原田慶吉・ローマ法を引用させていただいた。

註(1) 加害から利益が直接に生じたという意味ではなく、利益が直接に損失を填補するという意味である。いわゆる直接損害ではないことに注意。

## 第一 損益相殺の意義

(一) (総説) 損益相殺とは、賠償義務を生ぜしめた事情が損失の他に利益をも賠償権者に與えた場合、賠償義務者は、この利益を賠償給付の際に差引くか、又は何らかの方法(例えば利益又は請求権の引渡請求)によつて、賠償を真実の損害額に限定しうることをいう。<sup>1)</sup>

(二) 損益相殺を特に規定した条文はない(日本・ドイツ・フランス各民法典がそうである)。しかし立法者がこれを無視したり排除したのでないことはドイツ民法草案理由<sup>2)</sup>からもうかがわれる。即ち次のようにのべている。

「損害賠償請求権において、被害者は、損害賠償惹起事情によつて与えられた利益を、賠償額から控除すべきかどうか、そしてその範圍如何の問題(損益相殺 *compensatio lucri cum damno*)の決定は、法学と実務に委ねざるを

得ない。……法律で表明することによつてこの問題を解決せんとすることは、特に不法行為につき慎重を要するであろう。その解決は本質的に損害概念の確立に関連がある。しかも、すべての場合につき、起りうべきとしてそうでなくとも不確かなすべての側面にわたつて、損害概念を確立することは、法律のなしうる所ではない」と。

(三) 損益相殺の根拠は、損害概念から理論的に生ずる。(a) 他人の法益を違法且有責に侵害した者は、その損害を賠償する義務を負う。そしてこの損害賠償は、賠償義務を生ぜしめた事情がなければ、存在した筈の状態を回復することを目的とする<sup>3)</sup>。即ち賠償権利者は右状態の回復のため、必要且十分なる賠償を受けうる反面に、賠償によつて不当な利益をうることは許されない。(b) 従つて賠償されるべき損害額は、被害者に関し、加害事件後において現実、存在する状態と、加害事件がなければ存在した筈の仮定的状態との差額或は変化である。(c) このように論理的な意味における損害は、一賠償事件につき唯一つであるが、実際の現象としては、加害事情によつて一方では損失が、他方では利益が夫々別個に(独立に)生じたとみられることがある<sup>4)</sup>。そしてこの損失と利益が各々右 (b) の方法によつて算定されるのである。そして賠償の目的を達成するために、損失から利益を控除することによつてはじめ、右 (b) にいう賠償されるべき損害額がえられる。この控除を損益相殺という。(d) 賠償義務者は、賠償給付の際に——もし可能ならば——この損害額のみを給付すればよい(金銭的賠償の場合原則として可能である)。例えば或人が入院加療を要する傷害をうけたとする。この者の損失は入院加療費と就労しえなかつた間に得べかりし利益であり、利益は節約することができた通常の生計費である。従つて加害者はこの差額さえ賠償すれば責を免れる。

(e) しかし賠償方法によつては、給付の際、損害額のみを給付しえず、過剰給付をなさざるをえないことがある(原状回復による賠償の時に多くみられる)。例えば中古品の滅失につき新品を以つて賠償する場合がこれである<sup>5)</sup>。この

場合賠償給付によつて被害者に利益が残ることになり、損害賠償の目的に反する。損益相殺理論を、かような賠償給付後の状態にまで適用してはじめて損害額決定理論としての損益相殺の実効がえられ、損害賠償の目的を達成しうるのである。即ち右の場合賠償受領者は、過剰の利益を賠償者に引渡さねばならない。この場合は、(d) のときと異なり、利益は加害事件によつて、直接に惹起されたのではなく、賠償給付を媒介として、間接に惹起されたのである。

(四) 損害賠償というものを、加害事件にはじまつて、原状の回復をもつて終結する一つの発展的過程として把握するならば、いわゆる利益が賠償権者にとつて、概念的意味で真に利益たる性格を帯びるのは、賠償給付後である(給付前は、損失を減少させる要素にすぎないが、賠償後、原状回復以上の良き状態<sup>6)</sup>いわば清算後の積極残高<sup>7)</sup>となつて、はじめて決定的な利益となる)。従つて損益相殺における利益一般を定義するならば、全損失を填補する賠償がなされたと仮定したときの状態(或は現実になされたときの状態)と、加害がなければ存在した筈の状態とを比較して残るところの、被害者に有利な差額或は変化ということになる。この有利な変化をあらかじめ防止しようというのが損益相殺の機能である(この防止機能については「一八」に詳しい)。

しかも損益相殺は損害賠償における問題であることに改めて注意しなければならない。即ち加害を契機として、右の差額乃至変化の意味で被害者に利益が生じたとしても、これが本来被害者にかかる利益を残存せしめることを目的或は性格としており、従つて厳密な意味では損失を填補する性質をもたないもの(例えば被害を契機とする第三者の贈与の如し)は損益相殺の対象とはなりえないのである。これは次稿(二)で詳論する問題であり、本稿(一)ではいずれも終局的には損失を填補する性質の利益のみをとり上げており、このことを前提していることを附言しておく。

(五) 損益相殺は相殺というものの、本来の相殺のように相對する二個の債權相互間において債權額を差引くもの

ではなく、又相殺のように意思表示によつて効力を発生するものでもなく、単に賠償すべき損害額を決定する手続上の問題にすぎない。

註(1) この定義は Enneccerus-Lehmann, § 17, II, 1. を参考にしたものである。日本における定義は「賠償権利者が損害を受けたと同時に、同一原因によつて利益をも受けた場合において、損害額より利益を差引き、もつて、實際賠償を受くべき損害額と為すことをいう。」(勝本先生・一九二頁)によつて代表としうる。全く同趣旨のものに、石田先生・七一頁、小池先生・一〇四頁、三木先生・五〇頁がある。しかしこれらの定義で「同時に」とあるのは、時間的同時性を要求している印象を与えて當でない。この場合、利益も損害も共に加害事件に関連しているという程度の意味なのだから「共に」(我妻先生「二六」)(4)、坂先生・三七卷(上九五二頁)の方が良いと思う。しかしいずれにせよこれらの定義は、原状回復による賠償を十分考慮していない点で不備がある(本文「三」②を参照)。

(2) Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 2. Aufgabe 1896, S. 18f. (Cantzier, S. 30. 249)

尚、ドイツ民法典(BGB)は損益相殺に関する一般規定を持たないが § 843 III BGB は身体又は健康の侵害によつて生じた損害賠償義務につき、被害者が他人に対して持つ扶養請求権を控除することを禁じている。§ 845 も類似の内容をもつ。これらの規定は、特別の場合には損益相殺が許されないことを明示したものであつて、この反対解釈として、一般の場合にはこれを許したものと考えることは可能である(三木先生五三頁)。しかし重要な根拠にはなりえない。「三」が決定的な根拠であつて、これから右の反対解釈が可能となるといえる。

(3) § 249 I BGB は「損害賠償義務ヲ負ウ者ハ、賠償義務ヲ生ゼシメタル事情ナカリセバ存在シタルベキ状態ヲ回復スルコトヲ要ス」と規定する。これは右以下の条文と相まつて BGB の原状回復主義を宣言したものであるが、その目的とする所は金銭賠償を原則とする日本民法においても変わらない。何故なら右の原状回復を経済的意味において達成せんとするのが金銭賠償だからである。

(4) 現在、ドイツにおいて損益相殺を否認する学者を私は知らないが、かつては少数ながら存在した。その中のいわゆる相対的否認論(Vangerow, Cohnfeld)は結局「利益ト損害ト相殺スルカ為メニハ利益ト損害トカ各々別箇ノ存在ヲ有スルコトヲ要

ス、然ルニ多ク学者カ同一事実ノ結果トシテ利益ト損害トヲ生シタリト謂フハ唯言語上ニ於テ兩者ヲ區別シ得ヘキノミニシテ、實際上生スルモノハ、利益カ又ハ損害ニシテ、数量ニ於テ優越セル一方アルノミ……相互ニ差引計算セルルヘキ利害併存ト解スルハ謬見ナリ」(Cohnfeld) といふにある。(坂先生・下二二〇頁による)。概念的には確かに右のようであることができる。特に「加害によつて損害」と利益が発生したときは損害から利益を差引いたものが損害だ」と表現する時、右の非難に十分答ええないであろう。しかし実際の事件においては被害者にとつて不利益な変化と有利な変化が夫々別々に統一あるものとして現れ(各々が「三」(b)の差額或は変化として現われる)、そのように観念されうることには疑ない。損益相殺論のむずかしさは、かかる素朴な事実観から出発しておりながら、厳密な概念による理論を構成しようとする点にある。本稿では言葉による混乱を避け、相対的否認論の無意味な非難を防ぐために、右の被害者に不利益な変化を損失(Nachteit)と表現し、利益(Vorteil)に對置させている。この損失から利益を差引いたものが、賠償さるべき損害(Schaden)である。この区別がドイツの慣用だといえる。Cantzierも大体において右のように使い分けている。更にこれは次稿〔二〕で重要になることだが、控除しうる「利益」と、加害に関連して生じた被害者に有利な変化だが控除の対象にならないもの、との対比が必要になる場合、後者を単に利益、前者を控除しうる利益という表現を用うることとする。

尚損益相殺否認論には右にのべた相対的なもの他に絶対的否認論なるものがある(Stinzing)。

その理論的根拠は「(イ)利益ト損害トカ同時ニ生シタリト謂フ理由ノミニ因リテ本来加害者ノ有セサル利益カ損害賠償ノ用ニ供セラレ從ツテ其ノ財産トシテ処分サル、ニ至ルハ不当ナリ、(ロ)其ノ所有ニ屬セサル利益カ同時ニ他人ニ損害ヲ加フル時ハ恰モ其ノ財産ナルカ如ク看做サル、ハ不合理ナリ」といふにある(坂先生・一一二二頁による)。その趣旨、私には十分理解できない(利益は加害者の財産として賠償の役に立てられるのではないから、これだけ読むとStinzingは的外れのことをいっているように見える。しかし詳細なことを知らないの断言は出来ない)。これに賛成する学者はないことなので(石坂先生・三二八頁)本稿では、黙過させていただく。

(5) この例はCantzier, S. 32による。日本では通説は損益相殺の利益は加害事件によつて新たに発生した独立の利益と定義するから、かような場合は損益相殺の適用の場でないことになる。(第二特に〔九〕〔一〇〕参照)。

但し、損益相殺の問題としながらも結論として相殺を否認する判例・学説もある(東京高判昭二九・七・一〇下級民集五・七・一〇六〇、及びこれに賛成せられる谷口先生・七六頁以下)。



なが本稿においては、損益相殺は金銭的賠償の際に限らず、原状回復的賠償の際にもありうることを、自明のこととして説明してきた。

これは損害相殺を本稿のように理解するならば（即ち強くドイツ民法学者に影響されているが）、これを金銭賠償の場合に限定すべき何らの根拠も見出せないことによる。日本でも勝本先生・一九五頁、坂先生・三七卷上九六五頁が原状回復的賠償の際の損益相殺を認めておられる。しかし具体的事例は挙げておられない。その他原状回復的賠償における損益相殺を特に否認する学説は存在しないようである。

(6) この結論は *Cantzier*, S. 33 による。但しこの結論に至る説明は簡単すぎる。日本学説の利益の判断時期はこれと異なる。損失が加害時に判断されると同様、利益も加害時を標準にしている。

(7) この点については異論がなから。例えば勝本先生・一九二頁、石田先生・七一頁、鳩山先生・一〇五頁、小池先生・一〇四頁等。*Ennecerus-Lehmann* も相殺 (*Aufrechnung*) の意味を *compensatio lucri cum damno* より *Vorteilsgleichung* の方が良くとつづる (§ 17, II, 1, 但し *compensatio l. c. d.* は「直接の差引の時では妥当だが……」の意あり、日本に比べて見方が甘い。正確には直接差引きの場合 (右述 (B)) も相殺 *compensatio* ではなく)。Ausgleichung には差引勘定という意味の外に、均すとか平衡とかの原義があり、物の本質をよく表現していると思う。しかし損益相殺なる語も、学問的正確さに欠けているとしても、損失と利益を差引くことが一目で判り、しかも利益は通常加害者が主張（いわば意思表示的形で）することによつて差引かれるのだから捨て難い味がある。例えば利得控除（勝本先生の提唱）或は *Vorteilsgleichung* だと必ず「損害賠償における」とか *beim Schadensersatzanspruch* を附加しなければ判然としないが、損益相殺或は *compensatio lucri cum damno* なら「これだけで何を指すのか明瞭である」。

## 第二 損益相殺と賠償者代位との相違

(六) (総説) 損害賠償は、真実の損害額に限定されるべきであるという損益相殺と目的を同じうするものに賠償者代位の制度がある。<sup>1)</sup>しかし損益相殺が、要賠償額を最初から実損害に限定せんとするに對し、代位は被害者保護の

観点から、一応実損害以上に要賠償額を評価し、その後加害者と被害者間の利益を調整せんとする。従つて現象的には、損益相殺は損害額決定の問題として、又代位は賠償給付の効果として現われる。

(七) (代位の法制) 賠償者代位とは、賠償義務者が物又は権利につき賠償をした際、当該物又は権利についての賠償権利者の法律的地位を承継することをいう。この制度には、賠償権者の地位が法律上当然に、賠償者に移転する。いわば法定移転主義と、賠償者に譲渡請求権を与える・譲渡請求権主義がある。前者はドイツ民法第一草案及びこれにならつた日本民法が、そして後者はローマ法及びドイツ民法<sup>2)</sup>が夫々採用している。

(八) 日本民法四二二条は「債権者カ損害賠償トシテ其債権ノ目的タル物又ハ権利ノ価額ノ全部ヲ受ケタルトキハ債務者ハ其物又ハ権利ニ付キ当然債権者ニ代位ス<sup>3)</sup>」と規定する。これが損益相殺と異なるものであることは、常識的には極めて明瞭である。即ち甲所有の牝鶏が飼育係乙の過失により、第三者丙に盗まれたとする。甲の被つた損害は、牝鶏と賠償給付までに得べかりし卵の価格(両者が損失)から消費を免れた餌代(利益)を控除したものである(損益相殺)。このようにして決定された損害額につき、乙は甲に対する債務不履行(労務契約違反)の故に、丙は不法行為の故に、夫々甲に賠償する義務を負う。そして乙がまずこの損害全額を賠償したならば、乙は、甲の丙に対する「所有権にもとづく鶏の返還請求権と損害賠償請求権」を承継、行使しう<sup>4)</sup>、というのが賠償者代位である。従つて、ここでは損益相殺と代位が混同される危険は存在しない。しかし常識論を離れて法理論的な相違ということになると必ずしもそれ程自明のことではない。

(九) (日本の学説) 損益相殺と代位との相違について、日本では詳細に論じられ次のように説かれている。

(イ) 損益相殺は賠償額決定以前に生じる問題で、始めから利益を控除し残額を真実の損害額とするに反し、代位は

賠償額決定後に生じる問題で、賠償者がまず賠償をした後に、権利者の有する物又は権利に代位するのであり、損害賠償効果に属する。<sup>5)</sup> (ロ) 損益相殺の対象は、加害事件によつて賠償権利者に新たに発生した独立の利益であるに反して、代位の対象は従来賠償権者の有した権利又はその代償である。<sup>6)</sup> (イ) 損益相殺に供せられる利益は、加害事情によつて生じた利益であることを要し、それ以外の原因より生じた利益に及ばないが、代位にはかかる制限はない。例えば受寄者が受寄物を有責に、第三者に窃取された場合、損害賠償義務は受寄者の債務不履行より生じ、代位の対象たる所有者(寄託者)の窃盗者に対する権利は、窃盗者の不法行為にもとづくが如し<sup>7)</sup>という。

(一〇) (学説への批判) しかし右の相違は果してその本質を衝いているだろうか。(イ)については後述(一一) (ロ)の損益相殺の対象である利益は、新たに発生した独立のものでなければならぬという要請は、損益相殺理論そのものからは生じない。逆に代位の対象が従来の権利又はその代償だから、損益相殺はこれ以外のもの即ち新たな独立物を対象とするというにすぎない。しかもこの論理は必然的でない。例えば(三)(e)の場合の利益は、通説の意味での新たな独立性をもつていない。要するに新たな独立の利益ということは確かに損益相殺の典型的な場合を象徴しており、その意味で、代位との相違といえるが、現象的相違にとどまり本質としては弱くと思う。(イ)も損益相殺理論の必然的帰結ではない。通説も、利益は加害と相当因果関係にあればよいとしており、直接惹起されたことを要求していない。右の例も、加害によつて寄託者に損失(窃取されたことによる価値の喪失)と利益(加害者に対する賠償請求権)が発生したと考えることが出来る。私は代位を損益相殺の特則と考えているから (イ)の相違の存在は当然に認めることが出来ないのである。

(一一) (本質的相違その一) (イ)にかかげた相違は本質的なものをもつている。損益相殺は賠償すべき損害額決定

の問題であり、代位はその決定すみの損害額を賠償した効果であることは疑問の余地がない。しかし、損益相殺は時間的に賠償給付までの問題であり、代位は給付後の問題だという形で対比させるのはあたらない。即ち損益相殺でも、方法上まず賠償をなし、その後利益の引渡を求める場合があるからである。しかもこのことは「代位は損害賠償給付の効果だ」ということから当然のことなのである。

即ち損害賠償を契機として（むしろ「同時に」というべきか）なされたが、本当は損害賠償たる性質をもたない給付は代位の効果を生ぜず、損益相殺理論によつて利益部分の引渡を求めうるにすぎない。例えば過失によつて或中古品を喪失した場合に賠償として新品を給付する時、この実損害超過額は損益相殺の対象である。もちろん純損益相殺理論からすれば、この場合も賠償義務者は、利益の引渡と引換に賠償を給付すれば良いのだが、通常はまず賠償給付がなされることが多い。しかしこれは理論の本質に変更を加えることにはならない。

損益相殺は賠償すべき損害額決定の問題であり、代位はその決定すみの損害額を賠償した効果であることは疑ないとしても、共に賠償権者の不当な利得を防止する目的をもつに拘らず何故このような異なる法律構成がとられたか、もつと本質的な問題であろう。次にドイツ民法を参照しながらこの問題を追究しよう。

〔一一〕ドイツ民法（§ 265 BGB）は「物又ハ権利ノ喪失ニ付損害賠償ヲナスベキ者ハ、賠償権利者ガ物ノ所有權又ハ第三者ニ対スル權利ニ基キテ取得セル請求權ノ讓渡ト引換ニノミ、賠償ヲ為スノ義務ヲ負ウ」と規定する。日本民法との相違の第一は後者が「法律上当然の代位」主義を採用しているに對し、前者は当事者の讓渡行為を必要とする所の「讓渡請求權主義」を採用している点にある。<sup>89</sup>しかし第二に、日本が「其物又ハ權利」に代位するということに對し、ドイツが「物ノ所有權又ハ第三者ニ対スル權利ニ基キテ取得セル請求權（Ansprüche）」の讓渡請求と規定し

ていることに注意すべきである。これは次に説明するように代位の本質をよく表現しており、従つて損益相殺との相違を明確にしている。

〔一三〕(本質的相違その二)「物又ハ権利ノ喪失ニ付」賠償されると賠償権者の損失は全くなくなり、従つて「第三者に対する請求権(物上請求権・賠償請求権を含む)」は彼にとつて利益となる(〔四〕の定義による)。即ち損益相殺の一般理論によれば、賠償義務者は、あらかじめこの請求権の価値を控除して、賠償額を決定しえた筈である。

しかし加害第三者に対する請求権の価値は、極めて不確実であつて、実際に取立てられるまで確定しえないのが通例である。そこで法律は特に、かかる不確実な価値を、あらかじめ控除して損害額を決定することを禁じて、賠償権者を保護すると共に、その反面不当な利益をうることのないように、これらの請求権を賠償者に移転せしめたのである(通説は代位の目的としてこの利得防止のみを掲げるが、本体的機能はむしろ賠償権者の保護にある)。

又右の請求権の価値は、賠償義務者のなす賠償の額を越えることはありえないから、代位によつて賠償権者が不当な不利益を被るおそれはない。これら二点が表裏となつて所有権又は第三者に対する権利にもつき賠償権者に帰属する請求権が、代位の対象とされる根拠となつてゐる。さてこれに関連して、ドイツ民法二五五条は「第三者に対する請求権」の譲渡のみを規定しているから、その裏付けをなす所有権又は権利そのものがどうなるかについて問題が残る<sup>11)</sup>。しかし日本民法四二二条は「物又ハ権利」に代位する旨規定しているから、右の請求権移転に伴い、所有権又は他の権利も当然移転すると考えてよい。従つて、窃取された物が再発見された場合、賠償者が権利者であり、賠償権者は、既に受領せる賠償と引換にその物を取得することを賠償者に要求することはできない。

〔一四〕(本質的相違その三)さて我々はドイツ民法に教えられて、代位制度が損益相殺から独立した所以が、「不

確實な価値をあらかじめ差引かれる不利益から、賠償権者を保護する」ことにあることを知った。

しかしもう一步進んで考えると、賠償権者保護の問題は、取立行為そのものにあることも可能である。即ちもし損益相殺の一般理論にもどつて、請求権の価値の控除を認めるならば、これは賠償義務者が、みずから害を加えた賠償権者に対して、「汝みずから加害第三者から取立てよ」と要求することに他ならない。しかしこれは、既に義務違反者たる賠償義務者にとつて許されるべきでないことは、信義則乃至衡平の見地から当然であろう。そしてかかる考察から次のような一般公式が可能となる。即ち「加害—賠償を契機として生じた利益であつても、原状回復（又は経済的に同一地位）に直接の効果をもたず、賠償権者自身の処分行為を必要とする物又は権利は、その価値をあらかじめ控除することは許されず、（即ち損益相殺理論は排除され）、賠償給付後代位の対象となつて当事者間の衡平がはかれる。」

この例としては右の加害第三者に対する請求権のほかに、物が加害をうけた結果、その物の同一性を失うに至つた場合（本来の経済的機能を失うに至つたこと）の残存部分、がある。例えば、家屋再建の場合使用しえない火事跡の残存部分、修理不能になつた自動車などがある。これらはいずれも、そのままの状態では原状回復について意義をもたず、換価して金銭の形になつて始めて効果をもつということが特徴的である（損害賠償法の目的からいえば、ドイツ法の如く原状回復されねばならないが、金銭的賠償を原則とする日本民法においては、金銭の形態が原状回復と法的に等価な状態と見做される）。しかも既述の如く、この換価即ち処分行為を賠償権者に要求することは許されない。即ちこれらは本来損益相殺の対象たる利益の性質をもつてに拘らず、衡平の見地からあらかじめ控除することが認められず、賠償後に代位の対象となりうるのである。（残存物の価値は賠償額を越えることはないから、代位により賠償権者が不利益を被

ることはないということによつて裏付けされる)。

ドイツ民法はこれについて規定をもたず、学説は損益相殺の適用によつて同様の結論を認めている。<sup>12)</sup> 日本民法四二二条は一般的に「物又ハ権利ニ付キ」代位を認めている。通説も滅失における残存部分がこれに当ることを認めている。<sup>13)</sup>

これを要するに代位制度は、損益相殺が、賠償額を実損害に一致せしめる理論であるのと異なり、むしろその例外であり、被害者の保護のために、賠償すべき損害額を一応実損害以上の額において決定し、その後において加害者の保護をはかり終局的には給付額を実損害に一致せしめんとすることを特質とする。

(一五) (代位から損益相殺へ、附・滅失と毀損) 右のような理論構成の結果、次の附随的結論が得られる。

(イ) 賠償権者が、既にみずから処分行為をなし、その価値を保有している場合は、代位制度によつて保護すべき根拠はなく、賠償義務者は、「損益相殺」によりその利益を控除しうる。(特則から原則への復帰) 例えば被害者が残存物を他人に売却又は贈与した場合、或は加害第三者に請求して取立てた場合など、その客観的妥当な価値を控除して要賠償額を決定すべきである。

(ロ) 代位制度は、実損害をそのままの姿でとらえようとする損益相殺と異なり、物理的な毀損を法律上滅失とみなす機能をもっている。即ち残存部分が損益相殺の対象からはずされ、代位制度にくみいられるということは同時に物理的には毀損であるものが法律上の滅失となることを意味するのである。これを整理すると次のようになる。<sup>14)</sup>

(a) 毀損とは残存部分が原状回復に直接意義を持つと判断される場合である。常識的には修理可能である。損害賠償額は、修理代・プラス・アルファ(修理によつてカバーされぬ損害、例えば得べかりし利益とか、完全に復元できぬことによる

損害等)である。但し修理代が物の価格(即ち使用価値から交換価値への転化を意味する)以上に達する場合は、法上修理不能であると解される(商法七一八条一項二号は、船価の算を標準にしているが、民法にそのまま移せるか私は疑問に思う)。

(b) 滅失とは、物理的な意味での、完全滅失と、残存部分が原状回復に直接的意義を持たぬと判断される場合とを指す。常識的には修理不能である(但し修理不能はこの(b)他(c)の相対的滅失をも含むことに注意)。焼跡の灰燼がその典型である。要賠償額は、物の価格(即ち交換価値)・プラス・アルファ(得べかりし利益等)である。

(c) 右(a)と(b)の中間に相対的滅失といふべきものがある。被害者が、残存部分を原状回復に直接役立たせようとするばできないことはないが、特に役立たせなければならぬ義務はない場合、被害者はこれを毀損として、残存部分の価値を控除したものを損害として賠償請求するか、残存部分と引換に滅失として全損的損害賠償を請求するか、いずれかを選択することが出来る。そして残存部分を原状回復に役立たせる義務があるかないかは信義則によつて決定される。具体的には、(i) 被害者はこれを不利益なく使用しうる、(ii) 加害者がそれを引取つて換価処分して得られる金額より、被害者が使用している状態で評価した方が著しく高額である、という二つの事実を主として根拠とするのが当事者の衡平に適うであろう。例えば、焼跡に、家を再築するとすれば用いうる(但しこの判断は単に物理的可能ではなく、建築上並に社会常識上の総合判断による)木材が残つたとする。被害者はその地で再築すべき義務は社会倫理上も全くないから、滅失として全損的損害賠償を請求することができる。しかしその場で再築はじめているのに、慢然それを使用せず、加害者の要賠償額を不当に大きくすることは許されない。又自動車破壊事件で、タイヤその他使用可能部分が残つた場合(同旨 Larenz 註(14))たといこれが原状回復に直接の意味で役立つ訳ではない(例えばタイヤだけない自動車がそれだけ安く手に入れる訳には行かない)としても、とにかく処分を必要とせず、



直接被害者の役に立つ場合は、これを控除しようと解すべきである。広義に解釈すればこれも原状回復に含めることも無理ではない。かくて賠償権者の処分行為が不要となつた以上、これらの残存部分は再び損益相殺の利益たる性質を回復するのである。

〔一六〕(滅失における代位と損益相殺) かくて我々は、損益相殺と代位との相違の究明から出発して、滅失と毀損の概念的区別に到達した。そして滅失の場合には賠償義務者は全損的損害賠償をなすべき義務を負い、賠償給付により、残存部分についての所有権と、賠償権者の第三者に対する請求権(が若しあればこれ)に代位する。喪失の場合には、同じく全損的賠償義務を負い、この賠償給付により、喪失物の——観念的な——所有権と、これにもとづく物権的並に損害賠償請求権に代位する(これらの結論は通説と何ら異ならない。この点については本稿は、いわば損益相殺と代位との内的関連性と外的独立性においてその理論づけを試みたにすぎない)。更に賠償の時に過剰給付が伴つておれば(例えば旧品対新品の如し)、損益相殺が適用される。

〔一七〕(毀損における代位と損益相殺、附・当事者による滅失の擬制) 通説は毀損の場合に代位を生ずる要件として、毀損の結果物の価額の全部を賠償する義務を生ずることを要求する。<sup>15)</sup>

しかし私はこれに対し、(イ) 代位は損害賠償給付の効果だから、毀損の場合にもその損害額を賠償すれば代位が生ずる。(ロ) 代位と全損的損害賠償の義務とは本質的関連なく、しかも毀損の場合に全損的損害賠償を生ずる義務は厳密な意味では存在しない。という二つの理由で賛成しがたい。今これを説明しよう。

(イ) 註(4)でのべたように、物の受託者が損害賠償をした場合、終局的賠償義務者たる不法第三者に対する賠償権者の賠償請求権に代位することを認めるのは、この代位によつて実質上、受託者に不法第三者に対する求償権を与えて

衡平をはかろうとするにほかならない。従つて通説のように滅失の場合だけ代位を認めて毀損の場合に認めないのは著しい片手落である。通説は民法四二二条の「物又ハ権利ノ価額ノ全部」を根拠にしているのだから、その通説もまた「価額ノ全部」を忠実に理解せず、実際に生じた損害額（又はこれに代るべき予定賠償額）のことだと修正解釈している。ここまでくるならもう一步、理論に徹底して滅失毀損に関係なく損害額全部の意味に解釈することは無理ではあるまい。商法（保険法）は保険者の代位につき、六六一条で保険の目的に関する権利（例えば残存部分の所有権）につき、六六二条で第三者に対する権利について規定し、後者では毀損の場合の代位を認めた表現をしている。かような取扱こそ妥当といふべきだ（但し一部弁済による割合的代位は、民法上根拠なく、又繁雑になつて賠償権者に不利益を与えるおそれがあり認めえない）。毀損の場合の代位の対象は第三者に対する請求権に限られ、残存物についての権利は問題にならぬことはいふまでもない。

(ロ) 次に毀損の場合には、全損的損害賠償をなすべき義務は法上存在しないといいたい。

これは損害賠償が損害の填補であるということ、金銭的賠償であるから額は精密に定めうるという二つの理由から法律上当然のことである。又滅失を私のように（一五）定義すれば、法政策上（被害者保護の）も毀損の場合に全損的賠償の義務は生じえない。

従つて残る問題は特約によつてこの義務が生じうるかである。被害者甲と加害者乙との間に「この毀損事件を滅失とみなす」という趣旨の合意のある場合には全損的損害賠償義務がある（表現は違つても良い。例えば「乙は甲に全損的に賠償する」或は「乙はX円甲に賠償する」とあつてX円は全損額に相当する場合等）。

しかしこの合意によつて、物理的な毀損は法的意味における滅失に擬制されているのである。丁度（一五）(ロ)にお

いて顕著な物理的毀損を滅失とみなしたのと全く同様である。従つてこの場合法律の意義においては滅失であり損害額は滅失したときの額であることは当然で、その賠償給付の効果として全体に代位が生ずるのである。賠償義務者が全損的損害賠償の義務を負うから代位が生ずるといふより、事件は滅失なのだから代位が生ずるといふ方が本質を現わしている。従つてかかる合意がなく、義務者が任意に全損的損害賠償をなす場合（現物賠償なら通常この形である）も、権利者が異議をとどめずこれを受領するならば、この時に右の滅失擬制の合意が成立し、代位が生じると解釈すべきであろう（これは一見余りにも技巧的解釈のようだが、当事者の合理的意思にもつとも適合していると思う）。更に権利者が異議をとどめて（但し異議の主張は多くの場合信義則上認めがたいであろうが）受領した場合、或は右の合意の成立を認めることができなるときは、不当利得の原則にかえることになる。従つて善意のときは民法七〇三条により返還請求権が認められ、悪意のときは七〇五条の非償弁済規定により返還請求権は認められない（実際は後者が多い筈である）。

私は右で現物賠償の場合には毀損の場合にも通常全損的損害賠償になるといつたが、注意すべきは旧品に代えるに新品をもつてする場合に全損的損害賠償ではなく更に過剰給付を伴っているから、損益相殺の場であり代位は問題にならない。即ち義務者は理論上は利益（ここでは過剰分の価格）の引渡と引換にその新品を交付しうるのである。

〔一八〕（不当利得制度との関係） 損益相殺及び代位は、賠償権利者の不当利得を防止する機能を持つており、現実に存在する利得を返還せしめる一般不当利得制度と競合することはない（代位の場合、実際に利益の引渡を求めようるのは賠償給付後だが、賠償給付と同時に、権利そのものは賠償者に移転しているから、真実の意味では権利者の利得たる性質を失つてゐる）。しかし過剰給付の場合には利得は現存することになりこの例外となるが、当事者の意思の

合理的解釈並に衡平の見地から、不当利得制度は背後に退けられるべく、損益相殺により、賠償義務者は利益の引渡と引換にのみ賠償を給付することを主張しうると解すべきである。唯現実に、賠償が先きに履行された場合は、賠償者は損益相殺理論によるも、不当利得によるも差支えがない。又過剰給付をなすことが、賠償権利者の意思に反するときは、場合により民法七〇五条の悪意の非償弁済として利益の返還を拒否しうるのである。

註(1) 被害者には十分な賠償を与えると共に、不当な利得をなすことを禁ずる制度として、通常、過失相殺が、損益相殺と代位と並べて異同が論ぜられる(例えば坂先生・三七卷上七九二頁、三木先生・四九頁)。しかし過失相殺は被害者自身の過失のため、彼に十分なる賠償を与えないことを特徴とする。従つて後二者と本質的に相違し、唯賠償額算定方法の一つであり、當事者の衡平を図つている点で共通している。

(2) ドイツ民法二五五条については「(一)」で説明する。こゝではこの § 255 BGB を代位という見出しの下に掲げた理由をのべる。即ちドイツの学者はこの条文の説明に何等代位なる語 (Subrogation) を用いていないのである(むしろ代償主義の現われとして § 281, § 718 II と同じ系列に *Einneccerus-Lehmann, S. 1045 Sachregister: Subrogationsprinzip*)。しかし、日独両条文の目的及び対象が同一と考えられること及び次にのべる沿革的理由により、本文の定義の下に両者を総括することは(代位の語が不適當だとしても)差支えないと思う。本稿は坂先生・三七卷上七九七頁になつたものである。但し坂先生は法定譲渡主義と名付けておられるが、法定の場合は譲渡 (Abtretung) ではなく、移転 (Übergang) だから本稿では改めた。日本民法四二二条と § 255 BGB の沿革的関連は、石坂先生・三四一頁によれば「羅馬法ニ於テハ単ニ譲渡ノ請求權ヲ認メタリ独第一草案(第二二三条)ニ於テハ權利ハ法律上当然賠償義務者ニ移転スルモノトセリ是レ賠償義務者ノ為メニ確實ナルカ故ナリ然レトモ法律上当然ニ移転ストナスハ實際ノ適用上不便ニシテ譲渡請求權ヲ認メ譲渡行爲ヲ必要トナストキハ權利譲渡ノ事實、時日及ヒ譲渡セラルル權利ノ範圍ヲ確定スルヲ得ルノ便利アリ故ニ独第二草案ニ至リテ、譲渡請求權ヲ認メ独民法(第二五五条)ハ之ニ依ル我法典ハ独第一草案ニ從フ」ということになる。しかしドイツでも右の様な不確定が防止される場合には法定移転主義が採られている(例えば保険契約法 § 67VVG, 社会保険法 § 1542 RVO, 連邦公務員法 § 168 BEG が然り)。

(3) 本条は、「賠償権利者が二重の利得を為すべからざるは、すべての損害賠償に共通なる要求であるから」(近藤・柚木先生・二

三〇頁) 不法行為その他契約上の損害賠償(違約金の如し)にも類推適用しうる(小池先生・一〇六頁、鳩山先生・一〇二頁)。(4) 乙と丙は甲に対し不真正連帯債務関係に立つ。かかる場合乙と丙は直接の求償関係には立ちえない。そして乙が甲の丙に対する請求権に代位することによって実質上乙は丙に求償しうるのである(我妻先生・「八一」三(3)参照)。従つて「当該の場合(右不真正連帯関係—沢井註)には、寧ろ債務者と第三者との間の求償問題を生ずるに止まり、賠償代位の問題を生ぜずと見るべきではあるまいか」(近藤・柚木先生・二三二頁、同旨小池先生・一〇七頁)と見ることも又「賠償を為したため、消滅した債権者の権利は移転しない。例えば、賠償義務者に対して有する債権と同一の目的を有する他の債権が、同一の債務者又は第三者に対し、競合して存するため、賠償義務者の為す賠償により、競存する他の請求権が目的到達によつて消滅する場合の如し」(勝本先生・二一六頁)とすることもできない。賠償者に酷な結果になるからである。後者の場合、債権は賠償者のためには(しかも賠償者のためにのみ)、存続すると解さねばならない。

損害賠償請求権についての代位を認めた判例として 朝鮮高院判大正一五年四月一六日(評論一五卷民五六七頁)がある。

- (5) 鈴木先生・六七六頁、勝本先生・一九二頁、小池先生・一〇四頁、三木先生・五九頁、鳩山先生・一〇六頁。
- (6) 鈴木先生・六七六頁、勝本先生・一九二頁、坂先生・(上)七九八頁、三木先生・五九頁。

- (7) 坂先生・(上)七九八頁、三木先生・六〇頁、近藤・柚木先生二三〇頁。

(8) この条文の沿革は註(2)で述べた。譲渡主義と代位主義(法定移転主義)との相違については鳩山先生・一〇三頁参照。但し對抗要件論については小池先生・一〇八頁に賛成するから、この点での両主義の相違は実際上殆どなくなる。

- (9) 従つて理論上「第三者に対する権利者の請求権」は目的を達して消滅するが、賠償義務者の利益において残存する。註(4)(b)参照。

(10) Windscheid, § 256, 7b, S. 73 以下「§ 255 にあつては、賠償権利者はなるほど第三者に対する請求権を譲渡すべきだが、その価値を控除せしめられる必要はない」という結論が生まれる。彼が第三者に対する請求権ではなく、別の利益を得たのならば、これも亦譲渡されるべきだ」と無造作にいうことはできない。第三者に対する請求権の譲渡が正当とされるのは、その請求権の価値が常に不確実(unsicher)であり且その額は、主張された損害賠償請求権の額を越えないからである」となつてゐる。この前後の記述を含めて考へるならば、§ 255 についての Windscheid の見解にすべて同意できるとは見えなから「[一三]」はここから示唆を受つてゐる。

しかしドイツの学者も、賠償権者の不当な利得を防止することを本案の目的として持ち（Soergel § 255 S. 727）、対象の不確実を本質として掲げている者は Windscheid 以外には ならなからい。

- (11) § 255 BGB は「請求権」とのみ規定し本体をなす権利そのものについては何も述べていない。従って「賠償義務者は、所有権にもとづく請求権の譲渡 (§ 985) と同時に、所有権の譲渡 (§ 931) を請求して、彼がその物を獲得する時は、これを保持しうるか否かは問題である——なじらなとなすのは RGZ 59. 371; Palandt 3 zu § 255、通常の場合にのみ Enneccerus-Lehmann, S. 83, Anm. 10、或は賠償権利者が自発的に譲渡した時は、所有権は権利者にどまり、それ故権利者は義務者が取得した物を、義務者が給付した賠償の返還と引換に引渡請求しうるか否かは問題である——なじらなとなすのは Oertmann 3 zu § 255; Planck-Siber 3 zu § 255; Leonhald A 213; vgl. auch R. Schmidt, Jher. Jp. 72, 38. 私 (Larenz) の見解は次の如し、所有権にもとづく請求権は所有権から分離されえないが故に、引渡請求権の譲渡と共に所有権も賠償義務者に移転する。従って通例、義務者は自己の努力によつて再び獲得した物を自己の所有として保持しうる。しかし § 242 (信義則 II 沢井註) にもとづき、給付した賠償の返還と引換に与える義務を負うことがある」(Larenz, S. 127, Anm. 2)。日本民法四二二条ではかような問題は生じない。しかしその意味はここでは、右と同じく請求権及びこれと分離しえぬ権利そのものと解すべきである。

- (12) Larenz (§ 14. C) は損益相殺の例として「トラックの破壊につき賠償を請求しうる者は、とにかく使用可能な残存部分の価値を差引かねばならない。もし同種の新トラックの引渡により、現状における、賠償を受けたならば、差引勘定のために、保持部分或はその売却によつて得たものを引渡さねばならない。もし自動車運転手が自ら齷いた家賃を、その完全な売買価格で賠償したならば、それを多分結構な焼肉として、所持しうるのである」とのべている。しかしその理論づけは明らかでない。それに損益相殺理論によるならば、このような場合に全損の損害賠償へ義務づける基礎がはつきりしない。日本の代位がこの点では理論的に明確である。

- (13) 鳩山先生・一〇四頁、石田先生・七九頁、勝本先生・二一六頁、明石先生・二四七頁、我妻先生・二二九、七(八八頁)、石坂先生・三四一頁。

- (14) 民法学は滅失と毀損を概念的に定義はしていない。保険法学は、或は物の同一性を失つた場合(伊沢先生、保険法二六二頁)或は本来の経済的機能を完全に失つた場合(大森先生・保険法一八〇頁)を滅失としている。勿論民法と保険法とは、法の

目的も特質も同一でなく、軽率に対比又は類推できないが、被害者をして可及的速かに原状に回復せしめようという点は共通しているといつてよい。ただ民法では加害者と被害者が対等に、対立しているため、当事者間の衡平が問題になり、従つて真実の損害の填補が前面に現われるのに反し、保険法では、保険者と被害者は右のような意味で対立した関係と見るべきでなく、契約当事者でありあらかじめ保険金額が約定されており、且被害者の保護が法の目的にあることが違つてゐる。

このようなことを前提して、右の滅失の定義を考察してみよう。物の同一性も経済的機能喪失も共に社会常識的判断に委ねているから同じ具体的結論が得られる筈である。そして同一性判断又は機能喪失判断の心理的過程を分析すれば、私のような復元可能の有無判断に帰せられるように思う。即ちトラックが小破して動けなくなつた場合、経済的機能即ち運搬能力は皆無になつてゐるに拘らず、常識的に機能を喪失したと判断されないのは、修理すれば動くという点にある。又大破してスクラップにしかならない場合に同一性を失つたと判断されるのは、最早これを用いてトラックを復元しえないことによる。しかも、スクラップの価格を控除した額を給付せず、まず全損的損害額を給付すべしと常識が要求するのは、被害者が換価する(処分行為)面倒さを負うべきでないということに帰する(保険では保険金額があらかじめ決定しているから、損害評価のトラブルを防ぐためにも全損とみなした方がよい)。このことは民法についてもいふらうと思う。唯商法八三三条(船舶保険委付の規定)は修理不能を委付に加えているため、修理不能は性質上当然の滅失ではないとも解釈できるが、これは海上保険法が実損害の填補といういわば純民法的理解から、実損害(滅失)証明の困難性除去(滅失推定)を経て、経済的法的意味の滅失概念に到達した歴史的一段階と考えるべきである。従つて理論としては、商法八三三条が修理不能を委付の中に入れてゐるから滅失ではないと断定しなければならぬ訳ではない。しかし私は少くとも民法上は、商法八三三条に現われた、「修理不能即滅失」と簡単に割切れない社会意識」を尊重すべきだと思ふ。即ち本文に述べたように修理不能の中には当然滅失とみなしうる場合(b)と信義則上の較量を強く要求される——現象的には委付に相当する——場合(c)との区別を認めたのである。

(15) 鳩山先生・一〇四頁、石坂先生・三三九頁、石田先生・七七頁。

但し毀損における代位を認めた判例として、昭和十一年(タ)八〇六号・同一五年裁判月日不明大阪地民六判新聞四六三〇号七頁、評論三〇卷民法五四頁があることに注意すべきである。

### 第三 ローマ法源について

#### ——損益相殺と損益計算の相違——

〔一九〕（総説）日本では、損益相殺は既にローマ法において認められていたというのが通説になっている<sup>1)</sup>。しかしその根拠とされているユスチニアヌス法典の法文を個別的に検討するならば、なるほど損害と利益を相殺するという觀念（*compensare lucrum cum damno*）が存在したことは明らかであるが、近代法的意味での損益相殺、即ち加害事情によつて損失と利益が共に発生した場合の利益の控除については、この存在を証明する何らの証拠も見出されていまいと考えるのが穩当である<sup>2)</sup>。そして辛うじて、その意識の萌芽とみなしうるものが唯一つあるにすぎぬ。

ユスチニアヌス法典にいう損益相殺は会計上の損益計算、即ち複数の取引の決算（継続的業務の総決算を含めて）の方法を説いているにすぎないのである。そして近代法的意味における損益相殺については、むしろ知らなかつたのだといえるのではないか。かくてローマ法源の探究は、近代法的損益相殺の特質を浮び上らせることに役立つであらう。

- 〔二〇〕 ローマ法（ここでは学説彙纂 *Digesta*）中、学者が損益相殺に関係があると掲げた法文は、割に多数ある<sup>3)</sup>。
- (1) 組合に関する法文 *1. 23 § 1D. pro socio XVII, 2, Ulpianus*
  - (2) 同 *1. 25D. eod. Paulus*
  - (3) 同 *1. 26 D. eod. Ulpianus*



- (4) 同 1. 30 D. eod. Paulus
- (5) 事務管理に関する法文 1. 10 (11) D. de negotiis gestis III, 5, Pomponius
- (6) 質貸借に関する法文 1. 24, § 4 D. locati cond. XIX, 2 Paulus
- (7) 追奪に関する法文 1. 47 D. de evictionibus XXI, 2, Africanus
- (8) 売買訴権に関する法文 1. 42 D. de action. emti venditi XIX, 1, Paulus
- (9) 相続財産に関する法文 1. 36 § 5. D. de hered. petitione V, 3. Paulus
- (10) 解放奴隷に関する法文 1. 5 § D. de praescr. verb. XIX, 5. Paulus

これらの法文の中には、一見した所損益相殺を認めているように見えるもの (4)(5)(8)(9) 及び否認しているように見えるもの (1)(2)(3)(6)(7)(10) がある。後者について、学説は、それらが理論的には決して損益相殺を否認しているのではないことを証明した。しかし私をしていわしめるなら、これと全く同じ根拠から前者も亦、近代法的意味の損益相殺を認めたのではない。以下これを右のすべての法文について検討し実証したい。<sup>4)</sup>

(一) (一見、損益相殺を否定するように見える法文を、これについてこの解釈)

(一) 組合契約に関する法文 (1. 23 § 1 D. pro socio XVII, 2 Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum)

「同人 (Pomponius) は問う『加入を許された組合員が生み出した利益は、彼の過失によつて生じた損害と相殺されるべきか』と、そして曰く『然り、相殺されるべきだ』と。しかしこれは正しくなら。 Marcellus もまた『その Digesta 第六巻に述べたように、組合員の奴隷が主人の命を受けて組合事務を行い、過失のあつた時は、主人はこれについて責任を負う。』

そしてその奴隷が組合にもたらした利益は損害と相殺されない。そしてこのように Marcus 皇帝も宣言した。組合員に対し『汝が損害の賠償を要求するなら、奴隷がもたらした利益を放棄せよ』ということとはできない。

この法文は損害と利益の相殺を問題にしているように見えるが、単一の事実から生じた損失と利益の問題ではなく、要するに組合に対し一方では損失を他方では利益をもたらした奴隷についての責任に関する規定にすぎない。<sup>5)</sup> 損失と利益とは夫々別個の行為乃至取引から惹起されたのであつて、近代法的意義における損益相殺とは関係がない。この法文の趣旨を組合員自身の行為と責任に関してのべた 1.25 (前掲②) 1.26 (前掲③) についても全く同様である。<sup>6)</sup>

(二) 更に追奪に関する法文 1.47 (前掲⑦) は「若し自分が汝より二人の奴隷を各々五の価格を以て購買し、一人が追奪せられた時は、自分は当然、売買契約により賠償の訴を提起しうる。他の者が十の価格を有すると否と、及び自分が各人各別に購買したか二人同時に購買したかには全く関係がない」と定めるが、これも結局、右諸法文と同様、責任と損益計算の結果とは全く別個のものであることを宣言したものにすぎない。

### (三) 解放奴隷に関する法文 (前掲⑧)

この法文は他の法文と同様に Oertmann が損益相殺に関する法文だとしてかかげたものの一つだが、前後の関係が判らず、内容が良く把握できない。解放による利益——後見人権 Patronatsrecht の取得——は評価すべきでないといふのだが (Oertmann. S. 9)、事実がはつきりしない。ここに原文を掲げて御教示を仰ぐ次第である。しかしとにかく控除を拒否しているから損益相殺を認めた決定的根拠にはなりえないように思う。

„Si ergo haec sunt ubi de faciendo ab utroque conventi, et in proposita quaestione idem dici potest et necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere quem manumisi, an

*deducendum erit, quod libertum habeo? sed hoc non potest aestimari.*”

仮訳「もしそれ故に、これらのものが、為すことにつき双方より合意が成立したところに存在し、そして当該問題において、同様のことがいわれ得、かつこのことから必然的に彼に有罪宣告がなされるといふ結果がでるのならば、私が自ら解放した奴隷を持つということは私にはどちらでもよいことではないか、それとも私が解放人をもつということは控除されるべきか?しかしこのことは評価をええなないことだ。」

〔二二〕 (一見、損益相殺を肯定するように見える法文と、その解釈)

(一) 組合契約に関する法文 (I. 30 D. eod. Paulus)

「Mucius は第一四巻におつて、一部の者は利益のみを享受し、他の者は損失のみを負担する組合契約は締結することができないとのへつてゐる。又 Servius も『Mucius 註解』において、かかる契約は締結することはできないという。何故なら利益は一切の損害を控除して、損害は一切の利益を控除して初めて認識されるからである。しかし一切の損害を控除した後残存する利益は一部の者が取得し、同様にして残存する損害は他の者が負担する契約は締結することができる。」

右法文中、何となれば利益は一切の損害を控除して、損害は一切の利益を控除して初めて認識されるから”というのは、これだけ取り出して見ると損益相殺を認めているように見える。しかも組合における相殺を拒否した前掲(二一)の諸法文と矛盾するようにも見える。しかし(二二)の諸法文が、個々の事件における損害についての責任の問題であるに反し、この I. 30 は、組合が期末において結局損をしたか利益を挙げたかという組合会計上の損益計算の問題を取扱つてゐるのである。Oertmann はこれを説明して、I. 30 においては、組合の正常な業務進行が、正規に惹起した利益と損害に関する問題である。Paulus は、組合業務により利得したか損失となつたかは、会計上の総

決算のみが、このすべてを説明できるのだから、右の利益と損害は切り離せないと考えているのである。この際、具体的業務の結果、組合が失つたものを、過失ある業務執行者の責に帰すことはできない。これはこの法文は決してつていない。もし逆に、正常に執行され乃至利益となつた他の業務との相殺を認めようとするならば、総決算そのものが彼の過失によつて、不都合に影響されることになるだろう。」といつてゐる。

従つて、この法文も結局、損益相殺とは関係がなう。

(一) 事務管理に関する法文 (L. 10 (1) D. de negotiis gestis III, 5, Pomponius libro vicesimo primo ad Quintum Mucium)

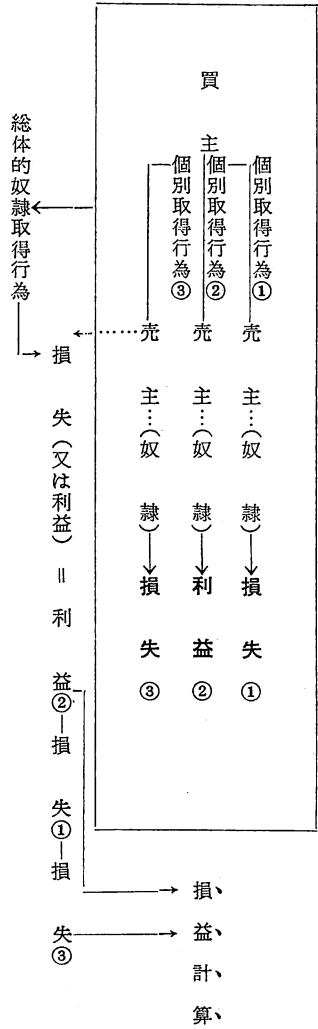
「若し不在者であつて事実を知らない者の事務を管理する時は、故意及び過失について責任がある。然し Proculus は『更に事変についても責に任すべき場合がある。例えば新らしい奴隷の買集め或は大取引の締結の如く不在者が平素なきない特別の事務を不在者の名においてなす時がそうである』という。蓋し、右の事実より損害が生じたならば管理者の責任となり、逆に利益は不在者に帰する。しかし或場合には利益を生じ或場合には損害を生じた時は不在者は利益と損害とを相殺しなければならない。』」

この条文は「不在者は利益と損害とを相殺しなければならない *absens pensare lucrum cum damno debet*」と明記するため、しかも「(二一)」の組合に関する法文と全く異なる内容であるから、最も論議された法文である。しかし私は結局これも複数の取引の決算を導き出す損益計算の一種であり、損益相殺をのべたものではないと思う。Windscheid も「これは同一事情から損失と利得が生じた場合ではないという理由で、この法文は損益相殺の証拠にならないといつてゐる。<sup>8)</sup> 正当といふべきだ。これを実証するため、まずこの法文の解釈の中損益相殺存在承認説とし

て有力な Oertmann の説明を聞こう。「I. 10 と I. 23 との相違は I. 10 では損害と利益が同じ事実から生じ、I. 23 では異なる事実から生じていることにもとづく。この解釈は可能でもあり、困難な矛盾を簡単に除去するから、大いに賛成されるだろう。もし或場合には「は、法文の始めの「事務」の語に関連させることができる。さまなければ「事務」という語をこれに附加することが望ましい。しかし意味によると同様、文法的にも、それは、事務管理者が様々な方面から買集め(„coe mendo“) 一部は利益を、一部は損失を伴った奴隷達 („novitii“) を指すことができる。これは統一的なものである。何故なら一つの特定の目的のために引受けられた「大取引」とその結果は統一的に観察されるべきであつて、相互に切り離すべきではないからである。私(Oertmann)はこの解釈が異論の余地のあることを認める。しかし Cuijaz のように「これらの法文の矛盾を認めても、我々は結局同じ結論に到達しよう。実際 Pomponius は損益相殺の問題において特殊な立場をとつていた。そしてこの立場は皇帝並に法学者によつて、はつきり一般的に拒否された。このことは、I. 10 が編纂書へ採用されている以上、I. 10 を全然承認しない根拠とはなしえないが、これを個別法として、そこに定められた特別の事件に制限するのが正当であり、又制限すべきである」と。ここで Oertmann も損益相殺がローマ法一般に認められたとはいつていないことに注意。

Oertmann は奴隷の取得行為を全体として一つのものと見ることにより、「利益と損失は一つの事実から生じた」という結論を導き出そうとしているが、これは全く無理である。

左の図で明らかかなように個別的取得行為は夫々相互においては無関係に利益或は損失を生じているのであつて、奴隷取得行為を全体を一つと見ると同時に——各個別的取得行為を一つとしているから統一的に観察されうるし又観察すべきだが——差引計算の結果損失又は利得が算出されるのである。



加害事情 ↓ 損失  
利益

という一行為から損失と利益が派生する近代法的損益相殺ではなく(右の場合、総体的奴隸取得行為から損失と利益が派生すると考えることはできない) 損益計算であることは、組合におけると全く同様である。組合ではかかる損益計算の残高には関係なく、組合員は個々の取引における有責の損失については責任を負わねばならないが、事務管理ではその制度の性質上、管理者の保護に傾いているのである。即ち法文の解釈としては、これは損益相殺の原理を宣言したのではなく、事務管理の特質から特に認められた衡平の制度だと考えるのが妥当である(Oertmann によればこれがドイツにおける最多数説である)。

即ち事務管理者は、1. 23 の組合員と異なり、より広汎な有益行為をなすべき法的義務を負わない。Cohnfeldはいう「自己の危険において、しかも義務なくして、他人に利益を与えることを引受けた者が、自分で損害を負担することになり、他方その他人は、管理者の努力によつて、しかも或程度その者の損害によつて獲得された純益を取得するの

損 益 相 殺 (一)

は不衡平だ」<sup>9)</sup>。又 *Demburg* の考えによれば、不在者は、自己に有利でない事務執行を拒絶することができるが、統一的に行われている事務執行は、これを完全に拒絶するか、さもなければ全然拒絶しないか、いずれかのみなしうるのであつて、有利な経過を不利益なものから切り離して取得することは許されない<sup>10)</sup>。兩者相まつてその根拠とするであろう。即ち無過失責任を負うべき特別事務管理では、責任は個別行為ではなく事務全体の結果について存する。

かくの如く損益計算と損益相殺とは異なるものだといつても損益相殺は広義の損益計算の一態様であることは疑ない(損益相殺も損益計算も損失と利益を差引きする)。要するに損益相殺は、利益が加害との因果性と損失填補性がある場合の損益計算である (*Oertmann* がのべた利益と損失の統一的觀察はこの填補性の標準となりうる点で正しいが、因果性を忘れてゐる。填補性については次稿)。従つて衡平の観点から損益計算が「責任」の領域にはいりこんだといふことは将来、近代法的損益相殺を生み出すべき意識の萌芽がここにあるといえよう。

(三) 売買訴権に関する法文(前掲<sup>8)</sup>)は、二つの土地が一つの総括価格で売却され、そして一方は売主が明示したよりも狭く、他方は丁度それだけ大きい時、損益相殺が生ずべき旨を定めている。<sup>11)</sup> 奴隸追奪(前掲<sup>7</sup>)、<sup>12)</sup> (一)の場合と対照的だが、それはともかくとして、この法文も近代法的にいうならば「物の瑕疵とその主張の信義則による制限」とも称すべきものであつて、損益相殺のカテゴリーには属さぬ。結局は損益計算の問題に帰する。

(二三) (損益相殺不知を暗示する法文)

賃貸借に関する法文 (I. 24, § 4 D. locati cond. XIX, 2 *Paulus libro tri gesimo quarto ad evictum*)

「賃借人が土地の使用を許されなかつた時は、五カ年の全期間にわたつて直ちに、訴を提起することができる。土地の所有者が後になつて使用を許可しても関係がない。蓋し所有者が第二又は第三の年度において使用を許可せんとす

るために、その責任を免れるものではないからである。一賃貸借より排除されて、他の賃貸借を開始し、しかも双方を履行することのできない者は、賃借料を支払うことを要しないのは勿論、尚彼が若干年中に取得しうべかりし利益を請求することができぬ。何故なら、賃借人が他の契約を締結した結果、(もとの土地を)使用することができなくなつた時に与えられた使用認可は、既に時期を失しているからである。」

この法文はそれ程注目されていないが、実はローマ法において、近代的損益相殺に関係のある場合に触れた唯一の法文である。しかも、ここではそれが否定され、少くとも肯定はされていない。即ちこの法文は、或賃貸借において賃借人が、土地の使用を拒絶したため、賃借人は止むをえず、別の賃貸借を結んだ場合の、最初の賃借人の損害賠償責任に関する規定である。近代法学で屢々論じられる填補購買と全く性質を同じうする。<sup>13)</sup>

賃貸借契約不履行を原因として、その土地使用不能による損失と、他の土地使用による利益が共に生じたのである。利益の控除を認めるか否かは別としてこれこそ損益相殺の問題である。しかも Paulus はこの法文で何も述べていないのである。これを Oertmann のように Paulus は相殺を拒否したのだと反対解釈をするか、<sup>14)</sup> Mommsen のように、この法文は単に、賃借人が、後に貸す気になつたというだけでは、過去の賠償義務は免除されないことを示すにすぎず、第二の賃貸借による利益の控除については否定も肯定もしないと考えるか、いずれを問わず、この法文が積極的に相殺を認めたものでないことは極めて明瞭である。むしろ Mommsen の考えを押し進めて、この法文から推察するならば、近代的損益相殺はローマ法にとつて未知のものであつたとさえいえるのではないか。即ち当然損益相殺が問題になるべき所において、それが述べられていないということは、反対解釈をなすべき十分な根拠があるが、しかしそれは近代法のように損益相殺を知つていふということが前提であつて、他の諸法文と総合して考えるならば、



そういう観念がなかつたのだという方が自然であろう。

(二四) かくて、現在まで損益相殺の法源として挙げられた諸法文はすべて、近代の意味における損益相殺とは結局無縁であつた。勿論、膨大なローマ法大全の中には、損益相殺を規定したものが未だ埋れているかも知れないし、又法文には表現されていなくとも、實際上この法理が適用されていたかも知れない。しかし、現在までの資料ではそれを実証しえないのである。

かくてローマ法で、損益相殺が認められなかつたとすると、いつから認められるに至つたかが重要な問題になるがこれは他日の研究にまぢたいと思う。とにかく普通法学者が認めるに至つた理由を考えてみよう。そもそも損益相殺を認めるといふことは、それだけ加害者の過重な負担を除去することを意味する。従つて民事責任が懲罰的要素（ローマ法ではこれが残存していたこと周知の通り）を漸次払拭し、実損害の填補という方向に進んだ一つの現われと見ることができらるだらう。

註(1) 原田先生・一六一頁 尚(7)参照。坂先生前掲論文は、その全体を通じて、ローマ法における損益相殺を実証しようとしてゐる。鳩山先生・一〇五頁。

(2) 同前 Windscheid, S. 58 Anm. 4 節 [(10)] の説明及び註(8)を参照。

(3) これは Oertmann, S. 9 ff. 下挙つてあるものよりしてである。坂先生・下二一〇七頁以下はこの中(8)・(10)を除く全部を検討されてゐる。Windscheid, S. 58 Anm. 4 は最も重要な(1)と(5)について述べてゐる。これについては尚註(8)参照。

(4) 法文の訳は(8)(10)を除き坂先生の訳を口語体に直したものである。但し原文と対照して私の意に満たない所は若干(かなり重要な部分も)変更した。しかし坂先生の訳がなければ、かくも多く、しかも難解なラテン文はとて私の手に負えなかつただらう。

(5) 坂先生・二一五頁 Oertmann, S. 10.

(6) 1.25 「組合員の過失によつて物が喪失した時は、他の場合に彼の努力により組合が多くの利得をしたという理由でその責任を軽減することは出来ない。皇帝は上訴に対しかくの如く裁断した。」

1.26 「若し一組合員が或場合に組合に対して過失があり、他の多くの場合に之に利益を与えた時は、其の過失と利益とは相殺されない。これは Marcellus が Digesta 第六巻において述べた所である。」

(7) 原田先生・一六一頁はこれを根拠としてローマ法における損益相殺を認めておられるようだが、これは極めて疑わしい。原田先生が引用しておられる坂先生もこのようなことは述べておられない。

(8) Windscheid, S. 5, 58 Ann. 4. Windscheid は「これ（損益相殺）は 1. 10 (III) D. 3. 5 によつては証明されない、少くとも直接には証明されない。又勿論 1. 23 § 1 D. 17. 2 によつて否定もされない。即ち両法文は唯一の且同じ事情によつて損失と利益が惹起された場合を取扱つてゐるのではなからざる。」とのべてゐる。

(9) Cohnfeld, Interesse, S. 172 A. Faber, v. Vangerow の同旨（但し Oertmann, S. 12 に於て）。

(10) Dernburg, II, § 122 S. 338.

(11) 1.42. 「二つの土地の売主が各々の土地の大きさに於て別々に公示し、両者を一個の価格で譲渡し、しかも一方にはいくらかの不足があるが、他方には過大があるとき、例えば売主は一方は一〇〇ユゲラ、他方は二〇〇ユゲラあるといつたが買主は一方は一〇ユゲラ不足しているが他方に一一〇ユゲラあることを売主に告げなかつた。このようなことがラベオの本に述べられている。しかし悪意の抗弁が売主にまさに役立つべきかどうかは疑われうる。殊にもし森が約定したところより少なく、ブドウ畑が多いならば、そうである。むしろ永らく権利を行使する者は悪意的に行動するのではないか。實際また既にいわれたところよりも、より大なるものが見出されるということは売主の利得にはなく、買主の利得に関するものである。しかし我々は、同一の土地において、全体の大きさが變らないとき野原よりもブドウ畑が大きいとき買主の訴権はないとみたい。二つの土地において提起された問題も同様でありうる。更に又、誰かが身分上の二人の子供を一個の価格で売り、一方の子は本當は一五支払わねばならぬ子であるのに、その子は一〇支払わねばならぬよう命ぜられてゐるという場合、買主がこの二人から二〇受けとるべきであるとしても、*emptio actione* にもとづいて拘束される。しかし上述のすべての場合に、利益は損失と相殺され、場所の大きさが性質からみて、買主に何か不足があるときは、これが彼に補償されることがより正しい。」

(12) Oertmann, S. 15 はこの法文が奴隷追奪の場合と矛盾しない即ち事情が本質的に相違していることを説明しているが結局の所良く判らなう。却つて Oertmann が説明不十分と批判している Cuius (Cuius Opera omnia est Neapol., 1758, tom. IX, p. 918.) の奴隷は「混合して一つの価値にはならないだらう」という方が理解しやすい。奴隷は価格と実際の価値の如何に拘らず、瑕疵なき二人ということが売買契約の要素であると解すべきだが、土地の場合は経済的効用から判断すべきだらう。尚法文中子供の部分は良く理解できない。

(13) Deckungskauf マインではこの場合相殺するのが通説である。Eneccrus-Lehmann, §17. II. 1 (a) r. S. 86.

これらの問題の現代法的解釈については次稿 (二) で詳論する。

(14) Oertmann, S. 13.