

損益相殺における「利益」概念の再検討

——控除否定根拠としての「不利益性」可視化論——

松 本 克 美*

目 次

- 一 問題の所在
- 二 「損益相殺」概念の定着
- 三 その後の展開
- 四 「利益」概念の再検討
- 五 おわりに

一 問題の所在

1 支出節約利益の損益相殺主張事案

損益相殺とは、民法典の条文には規定されていないが判例・学説上認められてきた概念である。例えば、近時の債務不履行に関する代表的教科書の一つでは、次のように損益相殺を定義している。

「損害賠償の発生原因が生じたことにより、債権者が損害を受けたのと同時に利益も受けた場合、その利益分を損害賠償額から控除することを損益相殺という。条文にはないが、公平の理念により、解釈上、認められている（536条2項但書参照¹⁾。」

近時、某地裁で係争中の事件につきのようなものがある²⁾。X市がごみ

* まつもと・かつみ 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 中田裕康『債権総論・第3版』（岩波書店、2013年）181頁。

2) 筆者は当該事案において損益相殺についての原告側意見書を執筆した。本稿はそれを契機にした筆者の研究成果の一端である。

他工場焼却灰（以下ごみ等と略す）の溶融処理施設の設計・建築施工をY社に発注したところ、完成後引き渡された当該施設には瑕疵があり、契約で予定された処理能力に欠けていたため、X市はやむなくその所有する埋立地にごみ等の一部を埋め立て処分せざるをえなくなった。そこで、X市が埋立処分をするためにかかった費用等を損害としてY社に対して請負契約上の瑕疵担保責任に基づき損害賠償請求をしたところ、Yが次のような損益相殺を主張した。すなわち、X市は溶融処理を予定していたごみ等の一部を埋立て処理せざるを得なくなったことの経費を損害として賠償請求しているが、当該施設の瑕疵に起因して埋立て処理をせざるをなくなった反面、当初予定の溶融処理費用が節約できたのであるから、この支出節約利益を賠償額から損益相殺により控除すべきというのである。

冒頭にかかげたような損益相殺の定義にかんがみれば、「損害賠償の発生原因が生じたことにより、債権者が損害を受けたのと同時に利益も受けた場合」に当たるようにも見える。しかし、被告主張の損益相殺がいかに不合理な結果をもたらすかは、X市が溶融処理できない部分のごみ等を埋め立てる費用と、その分のごみ等を溶融処理しないために不支出となった溶融処理費用とが同額である場合を想定してみれば明白である。この場合、X市が請求できる損害賠償額は、被告主張の損益相殺が認められるならば、埋立て費用から溶融処理費用の不支出分を控除してゼロになってしまう。しかし、被告によって瑕疵ある施設が作られ、それによってごみ等の一部を溶融処理できなくなった不利益が現に発生しているのに、何故に損害賠償を請求できないのか。損益相殺しないことになれば不当な利得がX市に生ずるとY社は主張しているが、事態は全く逆である。上記のような損益相殺をすることによってY社は、X市におけるごみ等の一部を溶融処理できない不利益の発生によって自己の責任の減責を図ろうとするものであって、到底許される主張ではないであろう。本稿は、こうした<支出節約型利益>事案における損益相殺の基準を、被害者に生じている<不利益性>を可視化することによって明確化することを試みるものである。す

なわち、後に詳論するように、形式的にみれば支出節約に見えるような場合も、それが<支出節約の利益>を被害者にもたらしているのか、それとも<支出によって得られた対価利益を喪失した不利益>をもたらしているのかを区別する必要がある。

2 民法改正案における損益相殺

ところで法制審議会民法（債権関係）部会で2009年11月以降、約5年間にわたり審議されてきた債権法を中心とした民法改正の議論の過程では、判例・学説上定着してきた損益相殺の概念を民法典に条文化することも検討され、2013年3月に公表された中間試案³⁾の段階では、次のような趣旨の条文を明文化すべきかどうかとも検討された。

「第10 債務不履行による損害賠償

8 損益相殺

債務者が債務の不履行により損害賠償の責任を負うべき場合において、債権者がその不履行と同一の原因により利益を得たときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めるものとする⁴⁾。」

この提案については次のような説明が付されている。「債務不履行により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あたって、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）は、一般的な考え方として実務に定着しており、学説にも異論がないと考えられる。この取扱いにつき、明文化する規定を新たに設けるものである⁵⁾。」

ところが、このように中間試案の段階では「一般的な考え方として実務に定着しており、学説にも異論がない」とされ、明文化が提案された損益

3) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』別冊 NBL143号（2013年）。

4) 前掲注(3)44頁。

5) 前掲注(3)44頁。

相殺は、昨年3月に閣議決定され国会に提出された「民法の一部を改正する法律案⁶⁾」では、結局、条文化を見送られることになった。その理由は、同部会で要綱案を作成する途上で公表された「要綱案のたたき台(3)」に関する部会資料の中で次のように述べられている。

「パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、労災保険の休業特別支援金、障害特別支給金等の特別支援金、自損事故保険による保険金、被害者加入の生命保険の保険金等、損益相殺が認められない類型の利益が存在するほか、事案の特性に応じて損益相殺を認めない事案もあるから、損益相殺につき法的安定性をもって解決することのできる基準を定めることは困難である旨の指摘、保険給付等と損害賠償との対象損害の同質性や相互補完性を損益相殺的調整の要件とする判例法理の枠組みを緩めることになり、損益相殺の対象が広がることになる旨の指摘、本来要件等が異なるはずの損害賠償の範囲の確定の問題、損益相殺の問題、損益相殺的調整の問題等を明確に区別せずに、これらの全てを裁判所の裁量的な判断に委ねることは相当でない旨の指摘があった。以上の指摘などを踏まえ、この論点については取り上げないこととし、引き続き、解釈・運用に委ねることとした⁷⁾。」(傍点引用者。以下、特に断りのない限り同様)

このように損益相殺は一般に判例・学説上認められていると言われながらも、そもそも損益相殺が認められない利益類型があるほか、控除すべき利益の範囲をどのように捉えるべきか、損害賠償の範囲の確定の問題とどのように関わらせるべきか等につき、なお、一義的で明確な基準を条文化することが困難であり、「引き続き、解釈・運用に委ねる」べき問題と評価されているのである。

6) この改正法案については、商事法務編『民法(債権関係)改正法案新旧対照条文』(商事法務、2015年)、概要の解説として、潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』(金融財政事情研究会、2015年)。

7) 民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(3)(部会資料68A)42-43頁(<http://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf>)。

3 本稿の課題

本稿は損益相殺概念をめぐる学説・判例への定着（二）とその後の展開（三）を概観した上で、とりわけ＜支出節約型＞利益との関係で損益相殺すべき利益概念の再検討を試みるものである（四）。具体的には、＜支出節約型利益⁸⁾＞と観念しうるものには、損害額自体を減少させる性質の＜必要経費節約利益＞として損益相殺による控除が合理的なものと、当該費用の不支出によって、支出によって得られたはずの対価利益喪失の不利益（＜対価利益喪失不利益＞）が被害者に生じているのであって、賠償額から控除すべき利益性はないと評価すべき類型などがあることを明らかにする。

二 「損益相殺」概念の定着⁹⁾

1 初期の学説

明治民法典制定過程で参考にされたフランス民法典（Code Civil, 1804）やドイツ民法典第一草案（1888年）や第二草案（1895年）にも損益相殺という概念はなかった。明治民法典の起草段階でも損益相殺という概念は議論されていない。

明治末期から大正時代にドイツ民法学の影響が大きくなる中で、ドイツで議論されていた損益相殺の概念が日本にも紹介されるようになる。日本で損益相殺の概念を論じた嚆矢は、明治44（1911）年に、これを「損得相殺（*lucre cumdamno*, *Vorteilsanrechnung*, *Vorteilsausgleichung*）」として紹介し

8) 損益相殺で問題となる利益を「給付型」と「支出節約型」の二つに類型化する見解として、北河隆之「損益相殺に関する現代的諸問題」損害保険研究58・2・67頁以下（1995年）。

9) 日本における損益相殺概念の学説史、判例の展開については、松浦以津子「損益相殺」星野英一編集代表『民法講座第6巻事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985年）681頁以下、濱口弘太郎「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60巻4号（2015年）1220頁以下参照。本文の叙述もこれらの先行研究の成果に依拠するところ大である。

た石坂音四郎の債権法の教科書であった¹⁰⁾。石坂は、「損得相殺ハ損害賠償ノ観念ヨリ当然生スルモノニシテ他ニ法典上ノ根拠アルヲ要セス¹¹⁾」とする。その理由は、損害発生原因と同一の原因で被害者に利得を生じた場合に、この利得を賠償額から控除しないならば、被害者は損害発生原因がないときよりも「利益アル地位ニアルコトナリ被害者ハ不当ニ利益ヲ取得スルノ結果ヲ生ス¹²⁾」からであるとする。以後、損益相殺概念は鳩山秀夫、中島玉吉などにより論じられ、学説上定着していくようになる¹³⁾。

ところで、石坂は損害賠償の範囲について、後に日本で判例・通説となる相当因果関係説(石坂の言葉では適当条件)をドイツ民法学の影響のもとで最初に展開して大きな影響を与えたが、損益相殺すべき利益の範囲も次のように賠償範囲の基準である適当条件によって定められるべきとする。

「損害ト利益トヲ相殺スルヲ得ルカ為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スルコトヲ要ス、蓋損害賠償ニアリテハ適当条件ニ基キテ生セル損害ヲ賠償スルコトヲ要スルカ故ニ又適当条件ニ基キ生セル利益ハ之ヲ相殺ニ供スルコトヲ得サルヘカラスカ故ナリ¹⁴⁾」。

損益相殺に因って控除すべき被害者の利益は、賠償範囲の基準である相当因果関係によって決められるとする見解は、同時期に広く見られるものであり¹⁵⁾、戦後においても、一定の影響を及ぼし続けた¹⁶⁾。

2 初期の判例

判決理由中で損益相殺にふれた最初の大審院判決は昭和3(1928)年出

10) 石坂音四郎『日本民法債権編第1巻』(有斐閣書房, 1911年)。

11) 石坂・前掲注(10)325頁。

12) 石坂・前掲注(10)325頁。

13) 鳩山秀夫『日本債権法総論』(岩波書店, 1916年)90頁, 中島玉吉『民法釈義卷之三債権総論(第3版)』(金刺芳流堂, 1922年)517頁など。この点につき、松浦・前掲注(9)686頁以下参照。

14) 石坂・前掲注(10)327頁。

15) 鳩山・前掲注(13)90頁, 中島・前掲注(13)517頁。

16) 加藤一郎『不法行為』(有斐閣, 1957年。増補版1974年)245頁。

された損害賠償請求事件においてである（大判昭和3（1928）・3・1民集7・152¹⁷⁾）。事案は、国鉄に勤務する被害者が同僚の過失による貨物駅構内の脱線事故で死亡したことについて、遺族である妻が使用者である国を相手取って不法行為責任（民法715条の使用者責任）に基づく損害賠償請求をした事案である。被告国は、賠償額からは生活費を控除すべきこと、また原告は本件事故により国鉄共済組合から遺族年金を支給されているので、この分を賠償額から控除すべきこと、を主張した。

大審院は次のように判示していずれの控除も認めている。

生活費の控除については、すでに先例があるので、これに従い、次のように判示する。

本件事故で死亡した被害者が以後25年間生存して原判決判示の総収入を得たであろうことは計算上疑いがないが、「二十五年間生存シタナラハ其ノ間生活費及其ノ他ノ費用ハ固ヨリ之ヲ支弁セサル可カラサリシコトモ亦物理上疑無キカ故ニ此等ノ費用ヲ前記総収入ヨリ控除シタルモノニシテ始メテ之ヲ純収益ト云ヒ得可キハ殆ント弁説ヲ要セス」。

また遺族年金の控除については、次のような理由で肯定する。事故によって得られる遺族年金は「相当ノ労働ヲ為スコトナクシテ一定ノ金円ヲ取得スルモノニシテ其ノ事自体ハ不法行為ニ原因スルーノ利得ニ外ナラス故ニ此ノ利得ハ一面損害賠償ノ範囲ヲ軽減スル効力アルコト夫ノ所謂損得相殺ノ概念ニ徴シテ疑ヲ容ル可カラス」。そして慰謝料請求権を取得する者が「或金錢的利益（例ヘハ年金）ヲ請求スル権利ヲ取得シタルトキハ是亦幾分ノ慰謝ト為リ従ヒテ加害者ニ対スル当該賠償請求権ノ範囲ニ幾分ノ影響ヲ及ホスコト決シテ有り得サルノ事態ニ非ス」。

なおこの判決については、損益相殺は同一の原因に基づいて発生した損害と利得の間に行われるべきもので、国鉄共済組合による遺族年金の発生原因（共済組合への加入）と扶養請求権の喪失に対する損害賠償請求権の発

17) 松浦・前掲注(9)688頁は、この判決が「大審院において損益相殺という考え方を取り入れた最初の判決」とする。

生原因(不法行為)とは同一ではないので、損益相殺は認められるべきではないという批判がすでにこの判決の出た直後に、杉之原舜一¹⁸⁾と末川博¹⁹⁾によりなされていたことは注目に値する。更に杉之原は、遺族年金を慰謝料から控除する点について、前者は遺族の生活上の損失を填補する目的を有し、遺族の精神上的苦痛を慰謝するものではないから控除すべきでないことも指摘している。このように両者の見解は、その後の判例・学説の展開において損益相殺の基準として認められるようになる損害と利益の発生原因の同一性、同質性を指摘したものととして、注目される²⁰⁾。

三 その後の展開

1 学説の展開

戦後1950年代末に、損益相殺概念をローマ法、ドイツ法の比較法的検討もふまえ、また、日本の判例分析もふまえて、「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」論文が澤井裕により公表されるに至る²¹⁾。

澤井は、「損益相殺が実際に問題になるのは、損害と利益が現象としては別個のものとして現れる時に、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」であり、「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、これを実質的に裏付けているのは衡平の観念にほかならない」とする²²⁾。

そして、損益相殺すべき利益の範囲について、従来の相当因果関係とい

18) 杉之原舜一「判批」判例民事法昭和3年度15事件65頁。

19) 末川博「判批」論叢21巻3号(1929年)471頁。

20) 松浦・前掲注(9)690頁は、二人の民法学者によるこのような問題提起は、その当時はそれ以上深められることがなかったことを指摘する。

21) 澤井裕「損益相殺(一)(二)(三)未完」関大・法学論集8巻3号280頁以下、5号472頁以下(1958年)、9巻1号70頁以下(1959年)。

22) 澤井・前掲注(21)(三)86頁。

う縦の関係だけではなく、損害と利益の同質性という横の関係からも総合的に検討すべきで、この場合の法的価値判断の基準は損害賠償の目的と当事者間の衡平であるとして、次のように論じる。

「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からすれば、加害者は、被害者に生じた損失の変化のすべてを賠償することが大原則である。したがって別に生じた利益を特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²³⁾。」（傍点原著者）

澤井説につき「基本的にはこの考えを支持したい」とし、「利得」の類型にも着目しながら、澤井説をさらに詳細に発展させたのが1980年代半ばに公刊された四宮和夫の教科書²⁴⁾である。四宮は、次のように損益相殺概念を整理する。

「損益相殺が認められるには、(a) 利益が不法行為を契機として生じたものであることのほかに、(b) 両者の関係からして損益相殺を認めるのが衡平である、と判断されることが、必要である。そして、その判断のためには、(i) まず、当該利益発生の経緯や、当該利益（利益が出捐の節約である場合は、その出捐）を基礎づける規範の目的・機能から、当該利益が当該損害（損害が逸失

23) 澤井・前掲注(21) (三) 86頁。

24) 四宮は、次のように利益を類型化する。(1) 利益が積極的利益の形態をとる場合 (イ) 人身や物の侵害における、自動的に生じた利益、(ロ) 将来の損害を現在価値化する場合の中間利息、(ハ) 「逸失利益」における被害者自身の労働による利益、(ニ) 自己の給付を失ったことによる損害の賠償を請求する場合の、相手方の給付、(ホ) 第三者の給付（または第三者への給付請求権）、(ヘ) 所有物の毀滅における被害者の幸運。(2) 利益が消極的利益の形態をとる場合 (イ) 「逸失利益」における生活費・養育費・税金の控除、(ロ) 担保の所有権を失った場合における債務の消滅、(ハ) 所有物の利用の侵害における負担の節約（四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（下）現代法律学全集10』（青林書院、1985年）603頁以下）。

利益の形をとる場合は、その利益) に対していかなる実質的・機能的関係にあるかを確認、(ii) 然るのち、不法行為制度の目的・機能に照らして、当該損害から上のごとき関係にある利益を控除するのが衡平である、と考えられることが、必要である。——その結果、損益相殺が認められる要件は、(a)のほかに、(b) 当該利益が実質上当該損害の填補ないしその肩代わりをするという目的ないし機能をもつとか、両者が、実質的にみて、対価と対価との関係、同一の地位に由来する利用と負担との関係、あるいは担保物と債務との関係、に相当するなど、要するに、両者間に『法的同質性』とでもいうべき関係が存する場合であること、に帰着するのである²⁵⁾」。

澤井説や四宮説のように損益相殺すべき利益は、賠償請求権を発生させるのと同一原因により生じたもので、かつ、両者の法的同質性がある場合に衡平の理念から賠償額から控除されるとする見解は、近時の教科書でも支持されている。

例えば潮見佳男は次のように損益相殺概念を説明する。「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た場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、その利益の額を賠償されるべき損害から控除します。これを損益相殺と言います²⁶⁾」。

2 判例の展開

(1) 発生原因の同一性

判例・学説が損益相殺を否定してきた給付利益として、生命保険金、火災保険金がある。否定の理由は、生命保険金や火災保険金については、それが生命保険契約、火災保険契約上の対価として保険金受取人が受け取るべき利益であること²⁷⁾が挙げられる。もし、この給付利益が損益相殺の対

25) 四宮・前掲注(24)602頁。

26) 潮見佳男『基本講義・債権各論Ⅱ不法行為法 第2版』(新世社、2009年)110頁。

27) 最判昭和39・9・25民集18・7・1528は、生命保険金は「すでに払込んだ保険料の対価の性質を有し、もともと不法行為の原因と関係なく支払われるべきもの」という理由を挙げる。最判昭和50・1・31民集29・1・68も火災保険金について同旨を述べる。学説

象となるならば、加害者は被害者や遺族が締結した生命保険契約のおかげで損益相殺がなされて賠償額が減額される分の免責を得ることになるが、そのような免責はまさに漁夫の利ともいうべきものである。損益相殺では不法行為や債務不履行によって利得すべきでないという「利得の禁止」が強調されるが、他方でこのように賠償責任を負う者が他人の給付により免責されることも「利得の禁止」規範に反するものと言えよう²⁸⁾。

(2) 損害と利益の同質性

損害と利益の発生原因が厳密な意味で同一ではない場合でも、損害発生原因と同一の加害者の行為・事象が被害者や遺族に独自の発生原因に基づき給付利益をもたらす場合がある。日本で損益相殺が問題となる事例の多くがこの場合で、損害賠償と社会保険（的）給付の支給が重複し得る場合である。なかでも多く訴訟となってきたのが損害と労災保険給付との重複、厚生年金保険等の社会保険との重複事案である。これらの事案においては、損害賠償請求権は不法行為を原因として発生し、労災保険給付は業務上ないし通勤に伴う災害に対して特別法（労災保険法）上発生するものであって、厳密に言えば発生原因の同一性はない²⁹⁾。そこで、戦後の判例は、このような場合

ㄨ上も、日本に最初に損益相殺概念を紹介した石坂音四郎がすでに、「生命保険ニアリテハ事故発生以前既ニ被保険者ノ債権ハ発生シ単ニ不確定期限ニ係レルモノナル故ニ保険金ノ取得ハ事故発生ニ基ク利益ナリト云フヲ得ス」と指摘して損益相殺を否定している（石坂・前掲注(8)332頁）。

- 28) このような観点を強調するものとして、潮見佳男「差額説と損益相殺」法学論集164巻1号（2009年）129頁は、従来、損益相殺で言われてきた「利得禁止の理念（思想）とは、①『利益』取得のために被害者が不法行為を利用することの正当性を扱うと同時に、②不法行為をおかした加害者を当該『利益』の分だけ減免責することの正当性を扱うものである」と指摘する。また北河は第三者給付型利益の損益相殺については、「重複取得型（非控除）を原則としつつ、当該給付に関する費用の負担者や負担の割合、負担と給付との対価関係、その他の事情を総合考慮し、不法行為者の免責が妥当と考えられる実質的根拠がある場合に例外的に控除を認めるべき」とする（北河・前掲注(8)70-71頁）。
- 29) 国鉄共済組合からの遺族年金を賠償額から控除することを初めて認めた大審院判決への批判として、このような損害と利益の発生原因の同一性の欠如が挙げられていた点は前

に、「損益相殺」それ自体ではなく「損益相殺的調整」を問題にしてきた。

損益相殺的調整がなされ得るのは、損害と利益に同質性がある場合である。

この点を明言したリーディングケースである最判平成5(1993)・3・24民集47・4・3039は次のように判示する。

「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、また、被害者が不法行為によって死亡し、その損害賠償請求権を取得した相続人が不法行為と同一の原因によって利益を受ける場合にも、右の損益相殺的な調整を図ることが必要となきときがあり得る。このような調整は、前記の不法行為に基づく損害賠償制度の目的から考えると、被害者又はその相続人の受ける利益によって被害者に生じた損害が現実に補てんされたということができる範囲に限られるべきである。」

例えば労災保険給付のうち遺族補償一時金や遺族補償年金は遺族の生活を扶養する性質を持つので、損害賠償のうち逸失利益の損害額からは控除しうが、慰謝料からは控除できないのが原則である。

また自動車同士の衝突事故により一方の自動車に同乗して死亡した被害者の遺族が、自賠法3条に基づき両車両の運行共用者の不法行為責任に基づき損害賠償請求したところ、被告が締結していた搭乗者傷害保険契約条項に基づき原告に支払われた搭乗者傷害保険金(死亡保険金)を賠償額から控除すべきかが争われた事案で、最高裁は、「このような本件条項に基づく死亡保険金は、被保険者が被った損害をてん補する性質を有するものではないというべきである。けだし、本件条項は、保険契約者及びその家族、知人等が被保険自動車に搭乗する機会が多いことにかんがみ、右の搭

↘述べたところである(本稿二二)。

乗者又はその相続人に定額の保険金を給付することによって、これらの者を保護しようとするものと解するのが相当だからである。そうすると、本件条項に基づく死亡保険金を右被保険者の相続人である上诉人らの損害額から控除することはできないというべきである。」として控除を否定している（最判平成7・1・30民集49・1・211）。

以上のように、損害と利益の同質性の有無を損益相殺の可否の判断基準とする判例法理は、昨年出された最大判平成27・3・4民集69巻2号178頁³⁰⁾でも再確認されている。すなわち、同判決は次のように判示する。

「被害者が不法行為によって死亡した場合において、その損害賠償請求権を取得した相続人が遺族補償年金の支給を受け、又は支給を受けることが確定したときは、損害賠償額を算定するに当たり、上記の遺族補償年金につき、その填補の対象となる被扶養利益の喪失による損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有する逸失利益等の消極損害の元本との間で、損益相殺的な調整を行うべきものと解するのが相当である。」

なおここで「相互補完性」とは、遺族補償年金が支給されることによって逸失利益の損害が実質的に填補される関係にあることを指していると考えられる。

四 「利益」概念の再検討

1 残された課題としての「利益」概念の再検討

上述のように学説は損益相殺の基準を利益と損害の＜発生原因の同一性＞、利益と損害の＜法的同質性＞に求め、また損益相殺の最終的な判断基準を衡平の理念に求めている。判例における損益相殺の基準もこれとほぼ同様のものと捉えられる。ところがこうした＜同一性＞＜同質性＞という判断基準によって損益相殺を論ずることの是非をめぐり、なお検討すべ

30) この判決の判例批評として、松本克美・法律時報88巻5号（2016年）146-149頁。

き課題が残っているように思われる。その焦点は損益相殺における「利益」概念をめぐる以下の論点である。

2 「必要経費節約利益」

(1) 損害論への解消論と「必要経費節約利益」

損害と利益に同質性がある限りで損益相殺を認める場合は、その利益の分だけ損害が減少しているからとして損害論の次元（損害自体ないし損害賠償の範囲の問題として）で対処することも可能である³¹⁾。すなわち、賠償の対象となる損害の発生それ自体を給付利益が減少させるので、賠償すべき損害から損益相殺により利益を控除するのではなく、そもそも利益分だけ減少した損害が発生し、それが賠償の対象となるという考え方である³²⁾。学説の中では、かくしてこのような問題は損害論の問題であって損益相殺概念の固有の意義に疑問を呈する見解もある³³⁾。

たとえば逸失利益からの生活費の控除は損益相殺として認められている³⁴⁾。しかし、この場合は、労働能力の再生産のためには生活費が必要経費として必要だと考えるならば、逸失利益からの生活費の控除は、不法行為ないし債務不履行がなかった場合の実質的な逸失利益、いわば純収益（純利益）を算定しているに過ぎないとも言えよう³⁵⁾。同様に、例えば建物の瑕疵を補

31) すでに初期の学説からして、損益相殺すべき利益の基準は相当因果関係により定めるとしており（本稿二1）、このことは損益相殺と損害賠償の範囲の問題が重なることを意味していよう。

32) 戦前の学説においても、社会保険給付の賠償額からの控除の問題は、損益相殺の問題ではなくして、損害額の減少の問題であることが指摘されていた点については、本稿二2の初期の判例への批評の項を参照されたい。

33) 平井宜雄は、「損益相殺の問題は、損害額算定の準則の適用または個別の法律関係の解釈のいずれかに還元される。」「損益相殺の概念を鼎立することの有用性は疑問である。」とする（同『債権各論Ⅱ不法行為』弘文堂、1992年、147-8頁）。

34) 前掲・大判大正2・10・20、大判昭和3・3・10、最判昭和39・6・24民集18・5・874。

35) 前掲大判昭和3年は、前述のように被害者の総収入から生活費を控除した分が「純利益」であることを指摘している。

修する為にその建物で営業することができなくなった期間がある場合の営業損害は、想定される売上額から営業にかかるコスト（人件費、材料費、光熱費等）を差し引いた純利益が損害として算定されるのである。この場合の出費予定分の控除は、実損害を算定する為の計算式の意味を持っている。この場合のポイントは、得られるであろう利益を算定するためには、その利益を得る為に必要な費用を控除するという点である。これは逸失利益算定の前提となる稼働をするためには日々生活できなければならないという点で、逸失利益と生活費の間には後者を控除計算すべき損害（逸失利益）と利益（生活費の節約）の同質性があるからと説明することもできよう。

すなわち、損害論に解消できるような損益相殺とは、控除すべき「利益」が、損害として評価すべき逸失利益の必要経費が節約できたと評価できるような「利益」、すなわち「必要経費節約利益」と言える。この「必要経費節約利益」の特徴は、賠償請求の対象とする「損害」が前提とする利益（逸失利益等）を生み出すために必要となる経費である点にある。この場合、賠償請求の対象となる損害とは、最終的には不法行為がなかったら得られた純利益であるとするならば、利益を生む為の必要経費を控除したものが純利益となるのであるから、当該利益の必要経費的利益を賠償額から控除することには合理性があろう。

（2）主張・証明責任との関係

この場合、損害と同質の利益がある場合、利益を控除しない損害を算定し、その上で同質の利益を控除するという損益相殺の手法を用いるか、最初から同質の利益を控除した損害があるのみと損害論の次元で対処するかは、結論においては差がないように見える。しかし、損益相殺は一般に賠償義務者側が主張・証明責任を負う抗弁と位置づけられている³⁶⁾のに対し

36) 潮見・前掲注(26)110頁以下、岡口基一『要件事実マニュアル2 民法2・第4版』（ぎょうせい、2014年）404頁。

て、発生した損害と損害額については被害者側が主張証明責任を負うと考えられており³⁷⁾、この点での相違がある。

損害賠償請求をする原告側で一定の根拠をもってこれが損害であると主張した場合に、その減額事由があるというならば、それを主張証明することによって利益を得る賠償義務者側がその減額事由を主張証明するのが公平ではないか。そうであれば、損害の減少という損害論の次元の問題とするよりも「損益相殺」の問題として、被告の抗弁と位置づけた方が妥当であり、現に、判例は実質的にこのような考えを基本にしているものと思われる³⁸⁾。

3 控除すべき利益性の否定——不利益性の可視化

判例は、損害と利益の発生原因が同一で、損害と利益の間に同質性があるようにも見える事案において、損益相殺すべき利益性を否定することで損益相殺を否定する場合がある。筆者もそれらの事案での損益相殺(的調整)否定の結論には賛同するが、損益相殺すべき利益性を否定する基準をさらに明確化するために、当該事実上の利益を損益相殺すべき法的利益でないとする根拠として、利益ではなく、不利益を生じさせていることを可視化すべきではないかと考える。

(1) 欠陥住宅における居住利益の非控除——<瑕疵目的物居住不利益>

購入した新築住宅に重大な瑕疵があり、建替えが必要であるとして、買主が建替費用相当額の賠償請求をした事案で、原審が建替費用相当額の賠償を認めるとともに、建物に瑕疵があったとしてもそこに居住できた利益を賠償額から控除すべきことも認めたのに対して、原告が争った事案で、最高裁は次のように損益相殺すべき利益性を否定することで賠償額からの

37) 潮見・前掲注(26)11頁。

38) 一般に訴訟では、原告側が損害と損害額について主張立証し、被告側が損益相殺を抗弁として主張している。

控除を否定している（最判平成22・6・17民集64・4・1197³⁹⁾）。

「5(1) 売買の目的物である新築建物に重大な瑕疵がありこれを建て替えざるを得ない場合において、当該瑕疵が構造耐力上の安全性にかかわるものであるため建物が倒壊する具体的なおそれがあるなど、社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有しないと評価すべきものであるときには、上記建物の買主がこれに居住していたという利益については、当該買主からの工事施工者等に対する建て替え費用相当額の損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として損害額から控除することはできないと解するのが相当である。

前記事実関係によれば、本件建物には、2(3)のような構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵があるというのであるから、これが倒壊する具体的なおそれがあるというべきであって、社会通念上、本件建物は社会経済的な価値を有しないと評価すべきものであることは明らかである。そうすると、被上告人らがこれまで本件建物に居住していたという利益については、損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として損害額から控除することはできない。

(2) また、被上告人らが、社会経済的な価値を有しない本件建物を建て替えることによって、当初から瑕疵のない建物の引渡しを受けていた場合に比べて結果的に耐用年数の伸長した新築建物を取得することになったとしても、これを利益とみることはできず、そのことを理由に損益相殺ないし損益相殺的な調整をすべきものと解することはできない。」

なお本判決はこのように新築建物取得の結果になっても「これを利益と見ることはできず」と明確に利益性を否定している一方で、居住利益について建物の社会経済的な価値がない場合には損益相殺ないし損益相殺的な調整による控除はできないとしており、利益はあるが控除はできないとしているようにも見える。この点に関しては宮川光治裁判官が補足意見で指摘

39) 本判決の批評として、松本克美・法律時報83巻4号（2011年）143-146頁。

するように、端的に、「重大な欠陥があり危険を伴う建物に居住することを法的利益と考えること」はできないと解すべきであろう⁴⁰⁾。

(2) 養育費の不控除——〈対価利益喪失不利益〉

判例・通説は子どもの生命侵害の場合の賠償額から親が節約できた養育費を控除すべきだという損益相殺は認めていない。判例は、その理由を「交通事故により死亡した幼児の損害賠償債権を相続した者が一方で幼児の養育費の支出を必要としなくなった場合においても、右養育費と幼児の将来得べかりし収入との間には前者を後者から損益相殺の法理又はその類推適用により控除すべき損失と利得との同質性がなく」と説明する⁴¹⁾。そもそも逸失利益からの生活費の控除と違い、親による子の養育費の不支出の場合は、親に利益をもたらさない。子が死亡することによって親が養育費を払わないというのは「養育費の節約」という利益を親に与えているのではなくして、反対に、養育費を支出して子どもを成長させる、その成長を見守る利益が損なわれているだけである。生活費のような稼働所得を得る為の必要な経費と異なり、子の養育費は、その支出によって得られた利益が得られなくなったことの不利益が損害なのである。親は、子が死亡して養育費が節約できたことを喜ぶのではなくして、養育費をかけて成長させたかった子がいなくなったこと、すなわち養育費を支出できなくなった不利益を嘆くのである。養育費の不支出によって親が得るのは利益ではなくして喪失である。この場合に親が利得したとみなして子の損害に対する賠償額から損益相殺による控除が許されないのは当然である。

40) 松本・前掲注(39)146頁。なお、平野博之は「判例もそうであるように、『利益』自体を否定するのではなく、損益相殺すべき利益であることを否定し、その基準は衡平・正義の観点から判断すべきである」とし、宮川補足意見の言う「法的利益」という概念は事実上の利益から区別された損益相殺すべき利益の意味であり、平野説と「実質的に異なる」とする。平野裕之『民法総合6 不法行為・第3版』（信山社、2013年）421頁注697。

41) 最判昭和53・12・20民集32・7・1500。

この点、非控除説に立つ学説が、次のように指摘するのも首肯できる。「養育費の支出をまぬかれたことを親の『利益(i)』として捉える発想自体を否定すべきものと考えるのである。苦勞して子どもを育てること自体が親の生き甲斐ではなからうか。その生き甲斐を奪ってしまった加害者としては、養育費の支出をまぬがれたのが親の利益だなどと主張できないはずではないだろうか。・・・『損害』というのも『利益』というのも、すべて規範的な価値概念だと考える。養育費をまぬかれたことを親の『利益』として損益相殺する法的構成は、法の基礎となるべき人間性⁴²⁾の見地からも疑問ではないだろうか。」（楠本安雄⁴²⁾）

「規範の見地からは、その出資を免れたことを損益相殺すべき利益とみるべきではないであろう」（四宮和夫⁴³⁾）

「養育費を免れたことをもって父母の利益と見ることはできない」 「子の養育をもっぱら父母の法的義務としてのみとらえ、その義務を免れた結果、利益を受けたと見て損益相殺の対象とするのは、市民の素直な感覚からかけはなれたものであり、規範の見地からは、養育費の出費を免れたことを利益と見るべきではない」（吉村良一⁴⁴⁾）

(3) 不法原因給付的利益の非控除——<不法行為惹起不利益>

損害と利益の発生原因に同一性があり、見方によっては損害填補としての法的同質性もある⁴⁵⁾と評価しうるような場合でも、規範的に判断して損

42) 楠本安雄『人身損害賠償論』（日本評論社、1984年）175頁。

43) 四宮・前掲注(24)606頁。

44) 吉村良一『不法行為法 [第4版]』（有斐閣、2010年）172頁。

45) 本文で紹介するヤミ金事案で、最高裁はヤミ金業者から被害者への貸付元本を損害賠償額から損益相殺として控除することを民法708条の趣旨を理由に否定したが、むしろ当該受領金は「損害填補」の性質を有しないことに損益相殺を否定できたのではないかとする見解がある（深川裕佳・判批・法時81巻6号、2009年、140頁）。この場合は、ヤミ金業者による元本貸付による利益と、暴利行為により発生した損害の間には法的同質性がないと解すことにならうか。しかし、最高裁は法的同質性がないことを理由に損益相殺を否定したのではないのであるから、むしろ、本文で引用するように元本貸付けが「当該反倫理

益相殺が許されない場合がある。

最高裁は、原告である借主が公序良俗違反と評価される法外な利息をとるヤミ金による金銭消費貸借契約によって支払った利息を損害として賠償請求した事案で、原告に貸し付けた元本を損益相殺として賠償額から控除すべきとする被告の主張を次のように退けた(最判平成20・6・10民集62・6・1488)。

「民法708条は、不法原因給付、すなわち、社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為(以下「反倫理的行為」という。)に係る給付については不当利得返還請求を許さない旨を定め、これによって、反倫理的行為については、同条ただし書に定める場合を除き、法律上保護されないことを明らかにしたものと解すべきである。したがって、反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも、上記のような民法708条の趣旨に反するものとして許されないものというべきである。」

同様に、投資資金を得るためと称して金員を騙取された被害者が損失を被ったとして騙取者に不法行為に基づく損害賠償請求をした事案で、被告が配当金として交付した金額を賠償額から損益相殺ないし損益相殺的調整により控除すべきと主張した事案でも、最高裁は上記6月10日判決を引用して、次の理由でこれを否定した(最判平成20・6・24判時2014・68)。

「社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為(以下「反倫理的行為」という。)に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不

「反倫理的行為に係る給付」として同質性の要件を充たすことを前提にしているのではなかろうか。

法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも許されないものというべきである（最高裁平成19年（受）第569号同20年6月10日第三小法廷判決参照。）

これらの判決は、不法原因給付的な利益は不法原因給付として返還を請求できないだけでなく、不法行為による損害賠償請求においてもその利益を損益相殺ないし損益相殺的調整により賠償額から控除することも許されないとするものである。損益相殺の不法行為による利得禁止の理念が、制度趣旨の異なる不法原因給付制度の趣旨によって制約されるのはおかしいという議論もある⁴⁶⁾。しかし、不法原因給付制度は不法な行為に加担した者には法の保護を与えないことを第一の目的とし、その結果、反射的に一方当事者が利益を得ることを黙認する制度である。従って、不法原因給付として給付した利益の返還を認めるべきでない⁴⁷⁾と評価される場合に、その利益を損害賠償額から控除することは損益相殺として妥当であるとする⁴⁸⁾ことは、不法原因給付を定めている法の趣旨を骨抜きにすることになり妥当でない。708条の趣旨を根拠に損益相殺を否定する判例法理は、その意味で合理的な面を持っていよう⁴⁹⁾。

他方で、ヤミ金最判の評価として、「損益相殺が否定されることによつて、不法行為があつた場合の方がXらに経済的利益が生じているという事実を不法行為制度においてどのように理論的に位置づけていくかということも検討していく必要がある⁴⁸⁾」という指摘や、「不法行為者から給付を受けた被害者が、七〇八条により給付物の返還請求を受けない結果として一方的に利得を得てしまうのは、逆に損益相殺の制度趣旨に反することになる⁴⁹⁾」ことの問題が生じることを指摘する見解がある。

46) 久須本かおりがこの点を強調する（久須本かおり「不法原因給付と損益相殺」法政論集227号、2008年、666頁）。

47) この点から判例法理を支持するものとして、岡林伸幸・判批・法律時報83巻3号（2011年）121頁、前田陽一・判批・判例タイムズ1298号（2009年）77頁など。

48) 深川・前掲注(45)141頁。

49) 久須本は損益相殺否定によって生じる問題点としてこの点をあげつつ、結論的には、

しかし、不法行為実現の手段となる給付は、法外な利息の支払い、出資金の騙取という被害者に生じた不利益の原因をつくったものであり、そもそも控除すべき利益性がないと評価できる場合があるのではないか。前者のヤミ金に関する最高裁判決は、「著しく高利の貸付けという形をとって上告人らから元利息等の名目で違法に金員を取得し、多大の利益を得るという反倫理的行為に該当する不法行為の手段として、本件各店舗から上告人らに対して貸付けとしての金員が交付された」と認定している。また後者の投資金騙取事件の最高裁判決は、「本件各仮装配当金の交付は、専ら、上告人らをして被上告人が米国債を購入しているものと誤信させることにより、本件詐欺を実行し、その発覚を防ぐための手段にほかならない」と認定する。

このように不法行為の加害者から被害者への〈不法行為手段的給付〉と評価できるような給付は、被害者に利益を与えているが損益相殺できないというよりも、そもそも被害者に利益ではなく、〈不法行為惹起不利益〉をもたらしたものとして、端的に損益相殺の対象とすべき利益性はないとも解せるのではなからうか。

不法原因給付といっても、それが不法行為の加害者から被害者になされた不法行為実現のための給付である場合と、不法行為の加害者と被害者の関係のない者の間になされた給付の場合がある。例えば、AがBに殺人を依頼して報酬500万円を前払いしたが、Bは殺人を実行しなかった場合に、この殺人依頼契約が公序良俗に違反して無効だとしても、AはBに支払った500万円につき不当利得返還請求することは、不法原因給付を理由に認められない。しかし、この場合のAからBへの報酬支払は、Bに対する不法行為を構成せず、Bにとっての〈不利益性〉はない。これに対してヤミ金業者からの貸付金の給付は、金員を貸し付けることで暴利をむさぼる不法行為を実現するための手段であって、被害発生を引き金としての給付で

↘不法な原因と評価される行為を禁圧する必要性が極めて高い限りで「損益相殺の制度目的である当事者間の衡平の要請は後退せざるを得ない」としてヤミ金最判の結論を支持する(久須本・前掲注(46)666頁)。

あり、受給者に不利益性が生じる。後者の場合も不法原因給付といえは不法原因給付であり、708条の趣旨を根拠に損益相殺を否定する論理が成り立たないわけではないが、その場合に問題となる被害者にとっての利益は、実質的には利益ではなく不利益であり、それゆえ、この場合に損益相殺が否定されるのは当然であると解し得るのである。

五 おわりに

本稿は、損害と利益の発生原因が同一で、損害と利益の間に同質性があるようにも見える事案において、判例が損益相殺すべき利益性を否定することで損益相殺を否定する場合があること、筆者もそれらの事案での損益相殺（的調整）否定の結論には賛同するが、損益相殺すべき利益性を否定する基準をさらに明確化するために、当該事実上の利益を損益相殺すべき法的利益でないとする根拠として、利益ではなく、不利益を生じさせていることを可視化すべきことを提案し、具体的には、＜瑕疵目的物居住不利益＞、＜対価利益喪失不利益＞、＜不法行為惹起不利益＞の3類型につき分析を加えた。

以上の考察を前提にして冒頭で紹介したごみ等溶融処理施設の瑕疵をめぐる損害賠償事件における損益相殺の問題についての私見をまとめておこう。この事案における溶融処理費用不出分は、出費の節約によって被害者たるX市に利益を生じさせていると評価すべきではない。すなわち、溶融処理費用の不支出は被害者に節約利益をもたらしているのではなく、溶融処理費用を支払って溶融処理をする利益を喪失した不利益（対価利益喪失不利益）が生じていると評価すべきである。この意味で、当該事案ではそもそも損益相殺すべき法的利益は発生していないと解すべきである。

本稿で提起した被害者に生じた「不利益性」可視化による損益相殺すべき利益性の否定論が、どのような事案類型にまで射程距離を及ぼしうるのかについては、更に今後検討を深めたい。