

# Die historischen Wandlungen des Schadensbegriffs in BGB —Die Geschichte vordem BGB—

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/18590">http://hdl.handle.net/2297/18590</a>

# ドイツにおける損害概念の歴史的展開 — ドイツ民法典成立前史 —

櫻 見 由美子

- 第一 序論
  - 第二 モムゼンの学説
  - 第三 ヴィントシャイトの学説
  - 第四 ドレスデン草案
  - 第五 結語
- 第一 序論

我国における損害賠償法においては、債務不履行にもとづく損害賠償に関する四一五条以下は、その沿革においては英米法に<sup>(1)</sup>、そして不法行為においてはフランス法に大きく影響を受けている。しかし、その後の学界におけるドイツ法の圧倒的影響のもとで、損害賠償法の解釈論的構造は、ドイツ損害賠償法における重要な諸々の概念や諸学説、例えば「因果関係」、「相当因果関係」そして「差額説」といった見解によって説明されることが通例であった。昭和四〇年代以降、因果関係、相当因果関係説等の概念・学説が、ドイツ損害賠償法において、い

かなる意味をもち、いかなる構造的制約と機能を有するものであったのか、といった問題の研究が進められ、それに伴い、我国におけるこれらの概念等の限界や機能が改めて認識されるに至った。<sup>(2)</sup>

差額説にもとづく損害概念においてもまたそうした試みがなされ、<sup>(3)</sup> 我国における新たな損害概念の構築への前提作業となっている。

本稿は、このドイツ法に由来する「差額説」による損害概念について、その提唱者であるモムゼンの見解<sup>(4)</sup>に立ち戻り、差額説の本来の意味と機能を探求するとともに、ドイツ民法の成立にいたる歴史的展開の中で、ドイツ損害賠償法の成立前史を概観することを目的とする。論述の柱は、モムゼンの「利益論」の学説史的意味と差額説の意味と機能、続いてモムゼンの見解を継承発展させたヴィントシャイトの学説<sup>(5)</sup>の紹介、最後に、ドイツ民法債権法の部分の実質的基礎となったドレスデン草案<sup>(6)</sup>における損害賠償法の内容を紹介することである。

(1) 法典調査会 穂積陳重博士関係文書第四部 甲号議案草稿の中で、穂積博士が担当された債務不履行に関する現行四一五条の該当箇所には、イギリス法における損害賠償の範囲についての有名な判決 *Hadley v. Baxendale* が引用されており、内容的にも両者の類似点は明らかである。

(2) 来栖三郎・山田辰「損害賠償の範囲および方法に関する日独両法の比較研究」我妻達磨記念論文集 損害賠償責任の研究(上) 一六九頁(一九五七年)、北川善太郎「損害賠償論序説—契約責任における—」法学論叢七三卷一頁、同三三頁(一九六三年)、平井宜雄「損害賠償法の理論」(東京大学出版会一九七一年)

(3) 北川善太郎・前掲注(2) 文獻、同「損害賠償論序説——契約責任における——」法学論叢七三卷四頁(一九六三年)、同「損害賠償法の展開—序論的考察—」法学論叢一二四卷五・六合併号二二頁(一九八九年)、平井宜雄「損害」概念の再構成(一)、「法協九〇卷二二号二二頁(一九七三年)

中井英雄「損害」の意義」民法学 4 九二頁(一九七六年)、同「製造物責任における損害論」民事救済法理の展開一九五頁

所収(一九八一年)、「吉村良一」ドイツ法における財産的損害概念」立命館法学一五〇号七九四頁(一九八〇年)、同「我国における人身損害賠償論の史的展開」一八〇号一頁、一八五号一頁、一八七号一頁(一九八五年)、一九八六年、太田知行「損害賠償額の算定と損害概念」私法四三三号二一八頁(一九八一年)、國宗知子「デュムランの利益論研究のために」中央大学大学院研究年報二二号一二頁(一九八三年)、淡路剛久「不法行為における権利保障と損害の評価(有斐閣一九八四年)、西原道雄「損害」とは何か」民法の争点二二八頁(一九八五年)、山本豊「西ドイツにおける損害(概念)論の動向——ホーロッホ鑑定意見の紹介を中心に——」西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究二五一頁(日本評論社一九八八年)、潮見佳男「財産的損害概念についての一考察——差額説的損害概念の再検討」判例タイムズ六八七号四頁(一九八九年)、高橋眞「損害論」民法講座別巻二二〇五頁(有斐閣一九九〇年)等参照

(4) Mommsen, Friedrich: Zur Lehre vom dem Interesse, Braunschweig 1855

(5) Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., Bd. II, Frankfurt 1882

(6) Francke, Bernhard: Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, Aalen 1973

## 第二 モムゼンの学説

### 1 序

ドイツ民法における損害賠償法に関する通則は、債務不履行の場合と不法行為の場合とを区別せず、二四九条から二五四条<sup>(1)</sup>において両者に共通して適用されるものとして規定されている。

そして、損害概念<sup>(2)</sup>に関しては、ドイツ民法の起草者はここに一般的な定義規定をおくことを避け、わずかに損害概念に対する一応の指針、あるいはその<sup>(2)</sup>がかりを与えたにすぎなかった。これは、隣国のオーストリア一般

民法典の規定に比較すると極めて対照的である。このような事情の下では、規定の上から起草者が構想していた損害概念を認識することはできないので、損害賠償に関する二四九条以下の規定の立法史的背景を探ることが必要となる。中でも、民法典施行以来、学説・判例において損害概念に関して久しく支配的な地位を堅持してきた差額説に焦点を当てて、その理論的意味と機能を検討したいと考える。

(1) ドイツ民法249条以下の規定は以下のとおりである。

以下に掲げる訳文は、椿秀夫・右近健男編・ドイツ債権法総論（日本評論社一九八八年）から抜粋した。

249条 「損害賠償につき義務を負う者は、賠償を義務づける事情が生じなかつたならば存在するであろう状態を回復しなればならない。人に対する侵害、又は物の毀損に基づいて損害賠償をすべきときは、債権者は、原状回復に代えて、それに必要な金額を請求することができる。」

250条 「債権者は、賠償義務者に対し、原状回復のための相当の期間を指定して、その期間経過後は原状回復を拒絶する旨の意思表示をすることができる。適時の原状回復がない場合、債権者は、その期間経過後において、金銭賠償を請求することができる。この場合においては、原状回復を請求することができない。」

251条 「①原状回復が可能でなく、又は債権者に対する賠償として十分でないときに限り、賠償義務者は、債権者に金銭で賠償しなければならぬ。

②賠償義務者は、原状回復が過分の費用によつてのみ可能であるときには、債権者に金銭で賠償することができる。」

252条 「賠償すべき損害は、逸失利益をも含む。事物の通常の経過に基づき、又は特別の事情、特にすでになした措置及び準備に基づき、蓋然性をもつて期待することができた利益は、逸失利益となる。」

253条 「財産的損害でない損害については、法律により定められた場合に限り、金銭による賠償を請求することができる。」

254条 「①損害の発生に際し被害者の過失が共働したときは、賠償義務者及び給付すべき賠償の範囲は、事情によつて、特に、いかなる範囲においていずれの当事者が主として損害を惹起したかによつて定まる。

②債務者が知らず、かつ、知ることを要しない異常に高い損害の危険を被害者が債務者に注意しなかつたこと、又は被

第278条の規定を準用する。」

(2) ドイツ民法第一草案理由書の中の「損益相殺」に関する箇所、起草者は次のように述べている。「すべての場合に起こり得る、そうでなくとも不明確なすべての局面にわたって、損害概念を確立することは、法律のなしうることではない」Motiv, Bd. II, S. 19 参照

(3) オーストリア一般民法典(Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch)は、一八一一年に公布され、翌年の一八一二年に施行された。同法二一九三条によれば、損害は次のように規定される。「損害とは、人がその財産、権利、又は身体に加えられたあらゆる不利益を意味する。その者が、事物の通常の経過にしたがって期待するはずの逸失利益は、損害とは区別される。」(Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten hat.)

## 2 モムゼンによる差額説提唱の理論的背景<sup>(1)</sup>

一八五五年に公刊されたモムゼンの著作「利益論」(Zur Lehre von dem Interesse)は、損害賠償の内容をどのように理解するのか、そして、その賠償の中心となる「利益」概念をどのように定義すべきなのかを論じたものであった。当時においては、賠償権利者が被った「損害」と債務者が義務づけられる「利益」とは同一のものは考えられてはおらず、しかも、損害賠償の中心となる「利益」概念の定義も極めて錯綜した状況にあった。

(一) 利益概念の細分化について

この時代においても、損害賠償の範囲を因果関係によって限界づけることは、いまだ一般化しておらず、かえって、裁判官による個々の事件ごとに行われる因果関係の存否による損害賠償額の決定が極めて恣意的なものと思われていた。そこで、あらかじめ利益概念の内容を決定しておくことで、損害賠償の内容を基準化しようとした

のである。したがって、学説の議論の焦点は、勢い、利益概念の定立に向けられた。例えば、直接利益・間接利益、<sup>3)</sup>通常利益・特別利益・約定利益等に分別する見解が有力に主張されていた。

(二) 得べかりし利益(lucrum cessans)の賠償について

利益概念の分別を助長する要因は他にも存在していた。それは、利益の実際の内容として債権者の『現実の損害』(damnum emergens)がこれに含まれることに、学説には異存がなかったが、『得べかりし利益』については、それを常に賠償額の中を含めるとする見解は一般化していない。原因のひとつには、教会法における暴利論、すなわち利息禁止の立場からの障害があったのである。

しかし、逸失利益の賠償をも認めさせようとする経済的要請を無視することはできず、その解決策として生み出されたものが、利益概念の操作であった。

現実損害を内容とする利益と並んで、一定の条件を具備した場合に限り、例えば、債務者に悪意または重過失のある場合とか、債権者が商人である場合等に限って、『得べかりし利益』の賠償を認めるという形での利益の分別を行うわけである。

(三) 損害賠償の範囲を限定する基準の問題

今日、損害賠償の範囲に関する基準として採用されているもの多くは、すでにモムゼン以前に現れていた。因果関係、予見可能性、そして債務者の有責性の程度(故意・重過失・軽過失等)の諸基準である。これらの要素が、利益概念の分別においてさらに考慮される。例えば、モムゼンが、著書の中で引用するモリネウスの見解<sup>4)</sup>によれば、まず、利益賠償の内容は、契約締結時において予見されていたか、あるいは默示的に債務者に引き受けられていた損害に限定され、そして債務者が悪意又は重過失の場合には、直接利益及び間接利益が賠償されるが、債務者が軽過失の場合には、直接利益のみの賠償が許される、といった具合である。

(四) 立法例について

損害賠償法に関するモムゼン以前の諸国の立法例を参照すると、当時、おそらく有力であったと思われる利益概念の分別や、賠償範囲の画定基準がある程度うかがわれる。一七九四年に制定されたプロイセン一般ラント法<sup>(5)</sup>においては、直接損害・間接損害の区別、予見可能性の有無、加害者の有責性の程度、さらには契約責任の場合には、加害者の職業上の地位等が考慮される等、損害賠償の内容が極めて細かく規定されている。

一八〇四年に制定されたフランス民法典では、損害の直接性、予見可能性、有責性の程度が賠償範囲の画定基準とされている。<sup>(6)</sup>

一八一一年制定のオーストリア一般民法典では、債務者の有責性の様々な態様に応じて、通常価値(gemeiner Wert)、完全な賠償(volle Genugtung)、特別な愛好(Besondere Vorliebe)価値の賠償、得べかりし利益の賠償がそれぞれ認められる。<sup>(7)</sup>

以上概観したような当時の損害(利益概念)をめぐる状況の下で、モムゼンが、自らの見解をもって克服しなければならぬと考えた問題は、次のように要約されるであろう。

第一に、損害賠償範囲の画定にあたって、裁判官の恣意的判断を排して、明確な基準を樹立すること。

第二に、様々な因子(予見可能性・有責性の程度、直接・間接損害等)によって複雑に規定された利益概念に代わって、新たな利益概念を創造すること。

第三に、損害賠償の内容として、得べかりし利益の賠償を一般的に認めること。



### 3 モムゼンの学説

#### (一) 利益概念の定義

モムゼンによれば、利益とは「加害事件後における、ある者の現在の財産状態と、当該事件がなければ存在していたであろう、その者の財産の額との差額と定義される」(四頁)<sup>8)</sup>。この定義によって、モムゼンの見解は、「差額説」と呼ばれるのである。

利益は、当該加害事件が特定人の財産に、不利な影響を与える場合にのみ問題となる(五頁)。そして、利益は、不法行為、準不法行為に関する法規定、並びに契約や遺言にもとづく債務の本来の目的物として(六―七頁)、あるいは債務不履行にもとづく債務の後発的目的物として生じる(八―一〇頁)。この利益の可能な範囲は、現実が生じた損害(*damnum emergens*)と、得べかりし利益(*lucrum cessans*)のふたつによって構成される。前者は、加害事件当時における財産が、その個々の物の全部又は部分的侵奪、その物の価値の減少、あるいは新たな債務負担行為等によって減少する場合の損害である。他方、後者は、加害事件の発生がなければ生じていたであろう財産の増加が阻止されたことによる損害である(一一頁)<sup>9)</sup>。

この利益が、積極的損害及び得べかりし利益のいずれか一つ、あるいは両者を含むかといった「利益範囲」の確定の問題は、因果関係によってのみ判断されるのである(一三七頁以下)。

そして、因果関係によってその範囲を定められた利益は、最終的には、金銭による評価を受けねばならない。ただ、ほとんどの場合には、加害事件の不利な影響は、一定額の喪失、例えば、債務者の契約不履行に基づく第三者への違約金の支払いという形で現れるので、こうした評価は省略されることが多く、又現物給付が可能な場

合にも評価は不要となる（二二—二三頁）<sup>10</sup>。

さて、差額説によって定義された利益概念は、利益概念の混乱を引き起こす重大な原因となった『物の価値』概念と明確に区別されねばならない、とされた。

（二）利益概念と『物の価値』との峻別

『物の価値』とは、ある目的物に取引上与えられる価値をいい、多くの物、とりわけ代替物については、それは市場価値によって表示される（一六頁）。これに対して、『利益』は、その物が債権者の財産において有する特別な価値が問題となる。そして、モムゼンによれば、『利益』は『物の価値』を常に上回るとされた（一七頁）。利益概念の混乱は、この『利益』と『物の価値』との区別を無視して、損害賠償の内容を決定したことにあるとする。

（三）加害者の有責性の程度や、予見可能性の有無といった諸因子の排除

—— モリネウスの学説（11）に対する批判を通じて ——

モリネウスによれば、先ず、『利益賠償』は、契約締結の時に予見された損害か、黙示的に引き受けられていた損害に限定される。その上で、債務者が、悪意重過失の場合には全利益が賠償されるが、軽過失の場合には、直接利益だけが賠償される、という。

発生した損害に対する契約当事者の予見可能性の有無や、債務者の有責性の程度によって賠償範囲を異にする見解に対して、モムゼンは、以下のような批判を行っている。

すなわち、第一点として、利益給付義務が、法規定に基づいてではなく、当該給付を目的とする契約に基づいてなされる場合には、契約当事者、特に債務者の推定された意思を考慮することは正当と言いが、利益給付義務が、債務者の過失による債務不履行として生じる場合や、法規定に基づく場合には、債務者の意思ないしは

予見可能性の考慮は正当とはいえないこと。

第二点として、モリネウスの見解にあつては、利益給付義務の存否の問題と給付されるべき利益の範囲の問題とがまだ分離されていないため、債務者（又は行為者）の予見することのできない損害は賠償されないということになれば、個々の損害結果について債務者の帰責性が要求されることになる。これは、利益賠償が、債務者の過失 *Culpa* を根拠として、債務者に課される刑罰 *Strafe* であることを意味するのである。しかし、利益賠償は、刑罰ではなく、債務者の作為又は不作為によつて生じた債権者の不利益を防止するためにのみ奉仕すべきものである。かくして、利益にとつて決定的であるのは、債権者と、その財産の考慮であつて、債務者その人の考慮ではない（一六五—一六八頁）。

賠償範囲の決定において、モムゼンは、債務者（又は行為者）の有責性の程度や、予見可能性の有無による制限を排斥したのであるが、有責性の程度の考慮については、若干の例外を認めていた。それは、ひとつには、利益の範囲決定に際しては、厳密さを期することは困難であり、裁判官による因果関係の存否の判断の過程で、債務者の有責性が、裁判官の裁量に対して、事実上の影響力をもつ余地があること（二五六—二五七頁）。二つ目は、過失相殺を行う場合には、悪意の権利侵害であれば、仮に被害者に過失があつても、それは無視されてしまふこと（二五七—二六八）等が挙げられる。

### (三) 直接利益・間接利益による利益概念の分別の放棄

モムゼンは、当時様々に主張されていた利益概念の区別の中で、直接利益・間接利益について次のように批判している。第一には、債権者（被害者）は、完全な利益の給付によつて初めて、債務者の責任により生じた不利益を防止できるのであり、完全な利益給付がなければ、債権者がその不利益を負担することになる。債務者に過失がある以上は、たとえそれが軽過失であらうと、債権者が、全利益よりも少ない賠償、すなわち直接利益の賠

債のみに甘んじる理由はないこと(二七七頁)。第二に、直接利益・間接利益の区別を主張するものが、その根拠として掲げるローマ法上の法文が、モムゼンの解釈によれば、必ずしも要件と効果の点で、規則的な関連性をもって用いられていないこと(二七七一—二九六頁)。

(四) 『利益』賠償とそれ以外の賠償

モムゼンは、差額説によって規定された『利益』こそが、そして、債務者(行為者)の債務不履行と因果関係に立つすべての利益が、損害賠償の内容であることを原則とした。しかし、『利益』以外の給付を内容とする損害賠償が認められるいくつかの例外の存在を許していた。ひとつは、損害賠償が、債務の目的物に向けられたものではなく、履行遅滞の場合に、債権者が取敢可能であった『果実や利息』を賠償の内容とする場合(六七頁)、他は、賠償給付が『物の価値』に制限される場合、例えば、投荷に関するロード法 *lex Rhodia jactu* (二八頁)、争点決定を理由とする準契約関係(二八一—三二頁)、解除訴権 *actio redhibitoria* (三三—三六頁)、反対訴権 *actio contrariae* (三六—四〇頁) の場合等である。

(五) その他の問題

ドイツ民法典施行後、差額説によって定義された損害概念は、その圧倒的な理論的影響力を、関連する問題領域にも及ぼし、例えば、損益相殺や、仮定的因果関係の問題に対しても、一定の論理的帰結をもたらした。モムゼンは、その著作においてすでに、これらの問題について差額説から帰結される見解をすでに考察していた。

損益相殺の問題については、利益給付を義務づける事実、一方で債権者(又は被害者)に損害を与え、利得の機会を奪うが、他方で、その者に利得をもたらしたり、不利益を被ることを防ぐこともありうる。こうした場合に、債権者の財産の損益の調整を行うことの必要性はモムゼンも認識しており、『利益』とは、こうした債権者の利得を控除した後の差額に存在する、と考えていた(一九一—一九二頁)。

仮定的因果関係の問題については、モムゼンは、賠償を義務づける事実と発生した損害との間の因果関係の存在を制約するものひとつとして位置付けている。そして、モムゼンによれば、生じた損害は、それが賠償を義務づける事実の発生がなかったとしても、生じていたであろうということが確実である *certes* —— 単なる可能性ではなく —— 場合には、この損害は『利益』の範囲には含まれないことになる（一四六、一四八頁）。なぜならば、債権者（被害者）は、利益給付によって、賠償を義務づける事実がなかったとしたら取得していたはずのものを我物とすることができのだが、仮にそうした事実が生じていなかったとしても、債権者の財産にはいつてこない利得が考慮されることはないからである（一四八—一四九頁）。

さて、モムゼンの学説を要約すると次のようになる。

（1）モムゼンは、学説において細分化されていた『利益』概念について、細分化を助長していた様々な因子、すなわち、物の価値・予見可能性の有無・直接利益と間接利益・債務者の有責性の程度・当事者の職業等によって、利益給付の内容に差異を設けることを排し、全ての場合に適用される利益給付の内容を統一的に定義することを原則的な立場とした。すなわち、『利益』とは、賠償を義務づける事実（債務不履行、不法行為等）の後における債権者の現在の財産と、当該の事実がなかったとしたら存在していたであろうその者の財産の額との差額であると。

（2）この利益には、債権者の積極的損害のみならず、得べかりし利益も含まれるのであり、そうした利益の範囲は、賠償を義務づける事実と因果関係にあるものに限られる。この場合、債権者に生じた損害についての予見可能性の存否、債務者の有責性の程度等によって、利益の範囲に制限が設けられることはない。

（3）債権者に対する損害賠償は、こうした利益賠償が原則とされていたが、例外的に『物の価値』等の賠償が

認められる場合があり、損害と利益との一致には至っていない。

(4) 非財産的損害の賠償について、モムゼンはほとんど言及していない。モムゼンの関心が専ら財産的損害に向けられていたことに加え、推測するに、当時のドイツにおける非財産的損害の賠償に対する一般の人々の拒否的態度が背景として存在することが伺われる。<sup>(12)</sup>

(1) 差額説提唱にいたる当時のドイツにおける損害(利益)概念をめぐる学説史的状况については、以下の文献を参照した。北川善太郎「損害賠償論の史的変遷」法学論叢七三巻四号一頁(一九六三年)、平井直雄「損害賠償法の理論」三二頁以下(東大出版会一九七一年) Lange, Hermann: Schadensersatz und Privatstrafe in der Mittelalterlichen Rechtslehre, Münster/köln, 1955; Mittels Heinrich: Deutsches Privatrecht, 8. Aufl., München 1978; Kaser, Max: Römisches Privatrecht, 11. Aufl., München 1979; Hattenhauer, Hans: Grundbegriff des Bürgerlichen Rechts, München 1982 等

(2) 「利益」概念は、ローマ法にまご溯る。債務者が義務づけられる給付の内容は、あらゆる種類の作為又は不作為によって構成される。そして、その不履行に基づいて訴訟が行われる場合には、原則として金銭給付であった。その金銭給付の内容は、大きく分けると、債務の内容が、確定物の給付(金銭、特定物や一定量の譲渡可能な物の給付)の場合と不確定物の場合に分かれる。前者に関する訴訟の場合には、その確定物がすべての所有者に対して有する価値が探求される。後者に関する訴訟の場合には、本来の給付の内容自体、本来正確に限定されていないので、裁判を行う者の審査にゆだねられるが、債権者には、この者が利害関係を有する(もの) *quod interest* が与えられるのであり、その場合には、物の価値と並んで、債権者の損害を決定づけるそれ以外の状況も考慮される。つまり、債権者の財産状態と給付が適切に行われていたならば、存在していたであろう仮定的な財産状態との差額「利益」(*id quod eius interest*)であるが、現在における差額説による利益とは異なる。マックス・カーザー—柴田光蔵訳・ローマ私法概説一七六頁以下、北川・前掲注(一)四頁以下参照

(3) 直接利益・間接利益の区別については、Medicus, Dieter: Unmittelbarer und mittelbarer Schaden, S. 7f., Heidelberg/Karlsruhe 1977 参照。

(4) Mommsen, Friedrich: Zur Lehre vom dem Interesse, Braunschweig 1855, S. 165ff. 及び北川・前掲注(一)一三三頁以下参照

(5) Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Frankfurt am Main/Berlin 1970

(6) フランス民法一一五〇条「債務者は、債務が履行されないことがなるとその者の故意(dol)によるのでなくときには、契約のときに予見し、又は予見することができた損害についてでなければ義務を負わぬ」

一一五一条「損害賠償は合意の不履行が債務者の故意から生じる場合であっても、債権者が被った損失及びその者から奪われた利得に関して、合意の不履行の直接の結果であるものでなければ含むことができない」(熊本 洋之助 他訳・フランス民法典—物権・債権関係—一九八二年予見可能性の存在を要求する一一五〇条は、不法行為には適用されないと解されているが、損害の直接性に関する一一五一条は、契約の場合よりも、不法行為の場合において論争の対象となった。詳しくは、関口 晃「フランス法における損害賠償の範囲及び方法について」東京大学創立十周年記念論文集・法経篇九三頁以下(一九六〇年)参照

(7) オーストリア一般民法典一三三四条「悪意(böser Absicht)又は重大な不注意(auffallende Sorglosigkeit)によって損害が生じ惹起された場合には、被害者は全部の賠償(volle Genugung)を請求できる。しかしその他の場合には、eigentlichな損害の賠償(Schadloshaltung)に限られる。」

一三三一条「他人の故意又は重大な不注意により財産を侵害された者は、得べかりし利益の賠償をも請求できる。損害が刑法により禁じられた行為または悪ふざけ(Mutwillen)及び危害を与えて喜ぶ気持ち(Schadenfreude)によって生じた場合には、特別な愛着(Besondere Vorliebe)の価値の賠償も請求できる。」

一三三三条「低く程度(S)過失(Vorschen)または不注意(Nachlässigkeit)によって生じた損害は、物が侵害された時における通常価値(Gemeiner Wert)にしたがって賠償される。」

平井 宜雄・前掲注(一) 35頁注(11)を参照した。

(8) 以下にかかげる頁数は、Mommser:前掲注(4)の文献の引用頁である。

(9) 「利益」が、積極的損害と得べかりし利益を加えたものである、という関係から、差額説による定義を解明する興味深い指摘がKeukによって主張されている。すなわち、積極的損害は、加害事件以前の現実の財産状態(a)と加害事件以後における現実の財産状態(b)との差である(a-b)。他方、得べかりし利益は、加害事件以前の現実の財産状態(a)と加害事件がなかったならば存在していたであろう財産状態(c)との差である(c-a)。利益は、この両者を加えたものであるから、 $(a-b) + (c-a) = (c-b)$ となる。この(c-b)にそれぞれの説明をあてはめると差額説による定義になるといってよい。Keuk, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, S. 17, Bonn 1972

なお、利益が積極的損害と得べかりし利益を合算したものであるとの見解は、モムゼンによれば、ローマ法上の法源に由来するものであるとされるが、これに疑問を呈する論者もいる。Kauk: a. a. O., S. 16; Honsel, Heinrich: Herkunft und Kritik des Interessenbegriffes im Schadensatzrecht, Jus 1973, 69

(10) 利益の範囲の決定とその金銭的評価という二段階の構成は、後世の差額説支持者たちには、ほとんど顧みられることはなかった。モムゼンの見解から明らかのように、差額説は抽象的な計算上の額 *abstrakte Rechengröße* による「損害」の理解に核心があつたのではなく、積極的損害と得べかりし利益の両者を包含する「損害」賠償給付そのものの実現に、その主眼があつたのである。その意味で、前者の理解に基づく差額説に対する批判は、モムゼンにとっては、予想外のものであろう。

(11) モリネウスの見解については、前掲注(4) 参照

(12) 詳しくは、齋藤博「非財産的損害の金銭賠償とドイツ民法典(BGB)」民商法雑誌六四巻六号一〇三頁(一九六八年)を参照。ドイツ民法第一草案に寄せられた意見の中には、非財産的損害の賠償を原則的に排斥し、法規定に根拠ある場合にのみ賠償を認めるとの草案に賛意を表明する意見があつたが、それを抜粋してみると「最も神聖な感情を、きたならしい金銭によって測り、そのあらゆる有價な精神的侵害を金銭の給付によって填補させることは、より深遠なるドイツ人の感覚に矛盾する」(ハルトマン)とか、「施しを受けることに慣れていたたり、倫理的に墮落した者のみが、かような賠償を受けることができる——われわれの全本性はわれわれの最も奥底にある最も神聖な感情を裁判所において公的に金銭を以て評価することを耳にする」と憤りを覚える(ライフェル)」等の意見がみられる。

### 第三 ヴイントシャイトの学説

#### 1 序

モムゼンは、差額説による統一的な利益概念を提唱するとともに、予見可能性・有貴性の程度・直接利益と間接利益等の諸因子の介在を排して、利益の範囲は因果関係によってのみ定まる、とのテーゼを主張したが、彼の



学説が、ドイツにおいて直ちに支配的立場を確立したわけではなかった。一八六七年に公表された著作<sup>1</sup>の中で、イエーリングは、ローマ法における過責性 *Schuld* と損害賠償との関係から、賠償範囲が因果関係によつてのみ定まるとの見解はこじつけであり、危険でもある、との批判を投げかけた。なぜならば、賠償範囲は、因果関係以外にも、損害の程度によつても影響を受けるのであり、最も決定的に作用するのは、賠償義務者の故意・重過失・軽過失といった有責性の程度である。又、損害についての予見可能性も考慮され、軽過失の場合には、予見不可能な損害は賠償されるべきではない、とする。こうした因子を賠償範囲の画定の際に考慮することによつて初めて、賠償義務者の *Schuld* と損害賠償との均衡が図られるのである。

こうした二つの大きく異なる立場のいずれが、ドイツにおいて優位を占めるのか、この段階ではなお見極めることはできなかったと思われる。

しかし、後にドイツ民法典の起草にあたって大きな影響力をもつに至るヴァイントシャイトが、モムゼンの見解をほぼそのままの形で承継発展させることで、モムゼンの見解がドイツの損害賠償法形成の一翼を担うことになる。

## 2 ヴァイントシャイトの学説<sup>2</sup>

### (一) 利益概念について

利益(損害)とは、ある者の現在の財産状態と、発生した事実が生じなかつたり、又は発生しなかつた事実が生じていたならば存在していたであろう、この者の財産状態との差額である、とされる(三二—三三頁)。

『利益』についてモムゼンの差額説を継承したヴァイントシャイトは、さらにこの利益賠償が、常に損害賠償の

内容となることに論理を進め、損害賠償の内容として、モムゼンにおいては依然として例外的に認められていた「物の価値」の損害賠償を排した。その結果、利益賠償と損害賠償とは内容的には完全に一致し、利益は損害と同一視されるか、又はその対立物であると見られる(三二頁、三三頁の注2)。そして、この利益給付義務は、契約、債務不履行、不法行為の場合に共通して適用される(三四頁、七〇二頁)。

また、得べかりし利益も、損害賠償の内容とされる(三五頁)。

### (二) 損害賠償の範囲

利益(損害)賠償の範囲は、損害賠償を義務づける事実と損害との因果関係によって定まるのであり、これ以外の基準は不要とされる。すなわち、発生した損害が、当該事実の直接的かつ不可避の結果であること、あるいは、予見されるか否かによって違いを生じることはないのである(三八—三九頁)。

予見可能性の存否によって賠償範囲を定める見解は、責任の成立の問題と、責任の範囲の問題とを混同するものである。人がある事実を原因として責任を負うべきかどうか、との問題に対しては、その者が当該の結果を予見することができたかどうか、おそらく決定的な意味を有するかもしれないが、その者が、いかなる範囲において、その事実の結果に対して責任を負うべきであるのかが問われる場合には、前者とは事情が異なるのであって、後者の問題については、すでに利益給付義務が確定しているのである(三九頁の注14)。

### (三) 損害賠償の方法

利益(損害)賠償は、通常、金銭給付により行われるが、これは利益概念にとって必然のことではなく(三三頁)、原状回復による可能性をもヴァイントシャイトは示唆している。

さらに、利益を評価する場合には、例えば物の侵奪において、その物に対して当該の所有者が有する特別な関係が考慮されなければならないが、他方で、その物に対する愛着とか感情的なものの *Neigungen und Gemütsstim-*

Imingen は排除されるのである。

#### (四) 非財産的損害の賠償

利益論は、基本的には財産的利益を中心に考察された理論であるため、これ以外の不利益はここでは特に考察されていない。

ただ、非財産的損害の賠償については、前述したように、ドイツ人の微妙な感情が投影されており、ヴァイント自身もまた例外ではなく、この点に関する見解も変遷している。ヴァイントシャイトの第五版より以前の教科書では、苦痛と金銭給付とは絶対に比較できないものであるから、慰謝料は損害賠償ではありえず、Stafeであると主張していたが、後に改説し、被害者に生じた苦痛が、慰謝料によって快適な感情を呼び起こすことで償われる場合には、慰謝料もまた損害賠償である、としているのである(七一五―七一六頁、七一六頁の注31)。

#### (五) その他の問題

損益相殺の問題については、モムゼンと同様に、賠償を義務付ける事実が賠償権利者に対して、不利益のみならず、利得をも生じさせた場合には、その利得を控除した残額の不利益が、利益賠償の対象となる(三二六頁)とする。

また、仮定的因果関係の問題については、モムゼンとは異なり、因果関係の存否の判断、すなわち「あれなければこれなし」の関係が、当該場合に生じるか否かによって判定される、とする。例えば、ある海運業者が、顧客との契約に違反して、指定された船舶とは異なる船舶に輸送品を積み込んだところ、その船が沈没してしまつたが、指定された船もまた沈没した場合などには、因果関係はない、として海運業者の責任は免責される(三九頁、三九頁の注15)。

さて、以上のヴィントシャイトの見解を要約すれば、次のようになる。

ヴィントシャイトは、モムゼンの差額説による利益概念をそのまま承継するとともに、損害賠償の内容を、利益賠償のそれと一致させ、債務不履行ならびに不法行為に共通する損害賠償法の形成を促進した。そして、損害賠償の範囲は、因果関係によってのみ定まるとのモムゼンの公式はさらに確認され、予見可能性の存否・有責性の程度といった諸因子は、賠償範囲の基準から排除されているのである。

(1) Jhering, Rudolf: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 55ff. Giessen 1867; Der Kampf ums Recht, 22. Aufl., S.

98, Wien/Leipzig 1929 など 同書に引くは、小林孝輔・広沢民生訳「権利のための闘争」(一九七八年)がある。

(2) Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., Bd. II, Frankfurt 1882 以下の引用頁数は本文中に示す。

### 第三 ドレスデン草案<sup>〔1〕</sup>

#### 1 序

(一) ドレスデン草案の成立まで

ドイツの政治的統一が実現する以前、多くの領邦に分裂していたドイツでは、異なった法制度の故に、商取引や産業発展が大きく阻害されていた。民法、とりわけ債権関係法の統一は当時における緊急な課題であった。そこで、一八五九年、ドイツの中小10カ国(バイエルン、ヴュルテンベルク、ザクセン、ヘッセン、ナッサウ、オー

ストリア、メクレンブルク・シユヴェリン、ハノーバー、ダルムシュタット、自由都市フランクフルト）によつて、これら諸邦に共通して適用される民法ならびに刑法の立法化の提案が行われ、三年にわたる連邦議会での審議を経て、一八六二年には、その実施の合意にこぎついたのである。

そして、この年、法律行為および債務関係に関する一般法典のための草案作成をおこなう起草委員会が設置され、一八六三年ドレスデンでその審議が行われ、一八六六年に『普通ドイツ債権関係法草案』(Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse) *ドレスデン草案* いわゆる *Dresdener Entwurf* を連邦議会に提出することができた。

しかし、このドレスデン草案は、オーストリアとプロイセンの軍事的衝突と、それに続く連邦の解体によつて、発効されることなく終わったのである。

ドレスデン草案は、普通ドイツ商法典の場合とは異なり、民法上の法統一こそなしえなかったが、後に、ドイツ民法第一草案の債権関係法の部分草案が、その起草を担当したフランツ・フォン・キューベル(Franz v. Küber)の死亡により完成されない事態にいたるや、ドレスデン草案が、この未完成な債権関係法を補完するという重要な使命を果すことになったのである。<sup>(2)(3)</sup> そうした意味において、ドイツ民法典における損害概念、ひいては、損害賠償法の構造を検討するうえで、この草案は、重要な手がかりを与えるものであると思われる。

さて、ドレスデン草案の起草にあたっては、当時の著名な学者及び裁判官が起草を担当し、起草段階までに成立していた諸法典や草案を参照しながら、ドイツ国内の広範な地域への適用を前提として作成したものであるため、従来の領邦への適用を前提とする *Landrecht* とは、おのずから性格を異にしていた。参照した法典や草案としては、例えば、プロイセン一般ラント法(一七九四年)、オーストリア一般民法典(一八一一年)、ヘッセン・ダルムシュタット草案(一八〇四年、一八五〇年)、法律行為および債務関係に関するバイエルン草案(一八六〇

一六四年)、普通ドイツ商法典(一八六一年)、ザクセン民法典(一八六三年)、そして、フランス民法典、スイスのチューリヒ私法典(一八五五年)等が挙げられる。<sup>(4)</sup>

(1) ドレスデン草案については、Franke, Bernhard: Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, Aalen 1973.

なお、F・ウィーアッカー著||鈴木 祿弥訳・近世私法史五五八—五五九頁(創文社一九六一年)、H・シュロツァー著作||大木 雅夫訳・近世私法史要論一五四頁以下(有信堂一九九三年)参照

(2) ドイツ民法典の成立については、Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, 1888, S. III ff. F・ウィーアッカー||鈴木 祿弥訳・前掲(一)五六五—五七一頁、平田 公夫「ラスカー法の成立と準備委員会の設置—ドイツ民法典の成立史に向けて—」岡山大学法学会雑誌三〇巻二号二三頁(一九八三年)、H・シュロツァー著||大木 雅夫訳・前掲注(一)一五五—一六四頁、参照

(3) ドレスデン草案の起草者のメンバーの中に、ヴェルテンベルク代表のKübelという人物があり、この人物が、ドイツ民法の債権関係法の起草を担当した。v. Kübelと同一人物なのである。Protokolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes, Bd. I, S. X I V, Frankfurt/Main 1984

(4) ついぞ法律にならなかったこのドレスデン草案が、もっとも決定的な影響力を及ぼしたのは、一八八一年のスイス債務法であった。H・シュロツァー著||大木 雅夫訳・前掲注(一)一五五頁

## 2 ドレスデン草案

### (一) 構成

ドレスデン草案は、債務関係総論部分と債務関係各論部分に大別される。前者には、契約や不法行為による債

権成立にあつての必要な事項、債権の内容と種類の他、意思表示、契約の解釈、代理、期間、条件、契約の無効・取消、時効などのいわば民法総則に関する内容、そして、債務の履行や債務不履行の効果、債権譲渡、債権の消滅等のいわば債権総論に関する内容、不法行為の効果に関する部分等が含まれる。後者には、売買、交換、贈与、組合等の契約に関する部分、事務管理、不当利得、そして不法行為等のいわば債権各論に関する内容が含まれる。また、民事訴訟法に関する事項も規定されている。

損害賠償法に関しては、債務不履行の効果と不法行為の効果とは別個に規定され、債務不履行については、遅滞と履行不能に分けられ、不法行為については、効果に関する損害賠償の内容は一般的に規定されているが、要件については、死亡・身体傷害、自由侵害、名誉毀損、詐欺・脅迫、違法な自力救済、不動産に対する権限のない変更、物の投棄・流出、落下等、不法行為の種類ごとに規定されているのが特徴的である。

## (二) 不法行為に基づく損害賠償の通則について

説明の便宜のために、関係する二二二条から二二六条(但し、損害賠償請求権の相続に関する二二五条は除く)を以下に掲げる。

二二二条 「損害賠償を義務づけられた者は、被害者に対して、この者が不法行為によって奪われた全てを現物で返還し、破壊されるか悪化させられた全てを、以前の状態に回復させ、直接または間接に惹起された損害を賠償し、そして、被害者が不法行為によって得べかりし利益 *Gewinn* を賠償しなければならない。

被害者が、不法行為によって物を奪われた場合には、不法行為者は、特に、奪われた金額に加えて、その受領の日時からの利息を、または同種同量同品質の別の代替物か、不代替物に加えて、被害者がこの物から取得していたか、取得していたであろう増加部分、付属物や果実を返還しなければならな

い。」

不法行為者がこの物を処分した場合には、それによりて生じた損害を賠償しなければならぬ。

この物が偶発事故によって滅失または毀損した場合に、その物が被害者の占有の下にあったとしても、当該事故に遭遇していたであろうということを、不法行為者が証明できない限り、また同じである。

不法行為者は、支出した費用の賠償を請求することはできない。

不法行為の結果、第三者に帰属したものである場合、その取得物の返還請求は、取得の時点において第三者が悪意であったときにかぎり認められる。」

二二三条「財産上の損失の算定の際には、その物の被害の時点における通常価格 *der ordentliche Werth*のみならず、特別価格 *der ausserordentliche Werth* もまた考慮されねばならぬ。

物の通常価格は、その物が取引上、売買される価格において存する。

特別価格は、その物が被害者にとって有する特定の有用性 *Bruchbarkeit* または有益性 *Nützlichkei*t に従って決定される。

賠償権利者のその物に対する単なる愛着 *Vorliebe* は考慮されない。」

二二四条「得べかりし利益として考慮されるのは、被害者が通常の注意をもってすれば、事物の通常の経過またはすでになした設備や準備 *nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach der bereits getroffenen Anstalten und Vorkehrungen* に基づいて期待するものがつきたものに限られる。

得べかりし利益から取得される利益は賠償されぬ。」

二二六条「不法行為による損害賠償に関する二二一条乃至二二二条の規定は、契約に基づく債務の不履行には



適用されない。

契約関係にある者が、軽過失に基づく不法行為によって、相手方に対して、契約締結上の損害を与えた場合に、当該契約によれば、故意または重過失についてのみ責任を負うものとされても、その損害につき賠償しなればならない。」

以上の諸規定から、不法行為に基づく損害賠償の内容について、いくつかの特徴を見いだすことができる。

第一には、損害賠償は、積極的損害と得べかりし利益の両者を含むのであり、直接損害と間接損害の区別、通常利益と特別利益との区別は、損害賠償範囲について、なんらかの制限を加える法律上の意味を失い、それらが条文中に記載されていても、両者はともに賠償が認められる旨を確認する意味を有するにすぎない。こうした言い回しは、条文の体裁からはいささか冗長な表現ではあるが、これらの区別を踏襲して賠償範囲に制限を加える多くの法典や草案が現に存在することを想起すれば、避けがたいことであつたと思われる。

第二に、賠償範囲に関して、予見可能性の存否、そして、加害者の有責性の程度による差異も考慮されていない。

第三に、損害賠償の方法として、金銭賠償と並んで、原状回復が認められていることである。両者の優先順位や、適用条件については明らかではない。

第四として、得べかりし利益の賠償が認められたことに加えて、その算定基準が規定されている。この基準は、おそらくはプロイセン一般ラント法第一部第六章六条に範をとったものであろうか。<sup>1)</sup>

第五として、いわゆる仮定的因果関係の問題に関して、仮定的な損害原因が、偶発事故である場合には、加害者の証明責任を条件として、免責の定めがおかれている。

その他、得べかりし扶養料（二〇〇八条）、後遺症による将来の所得減少（二〇一〇条）、自由侵害による財産上の損害（二〇一一、二〇一二条）、そして、名誉毀損による財産上の損害（二〇一三条）等の算定にあたっては、広範に裁判官の裁量の余地を認めていることが注目される。

なお、非財産的損害の賠償に関しては、一〇〇九条によって、被害者の死亡または傷害に基づく慰謝料の支払については、それを各領邦に留保する旨が規定されており、非財産的損害の賠償の是非をめぐっては、なお意見の衝突があったことを伺わせる。

（三）債務不履行に基づく損害賠償について

債務不履行による損害賠償に関する関係条文二七三条乃至二七七条（なお、選択債務に関する二七五、二七五条は除く）を以下に掲げる。

二七三条「債務者の責任によって、債務の履行の全部または一部が不能となった場合であっても、債務は、これと無関係に存続し、債権者は、当該債務不履行によって直接及び間接に彼に生じた財産的損失ならびに得べかりし利益につき、二二三条と二二四条の基準に従い、損害賠償を請求できる。

価格の決定の際には、履行地、そして、債務者の責めに帰すべき履行の全部または一部不能の発生が、履行期以前である場合には、履行期が基準となる。」

二七四条「不作為債務において、債務者が当該行為を行った場合には、債権者は、以前の状態の回復及び、債権者に生じた損害の賠償とともに、将来の違反行為の場合に備えて、違約金を請求することができる。」

二七七条「債務の履行が偶発事故によって不能となったが、債務者が、当該債務を免れることができないう場合には、法律に特段の定めがない限り、本来の債務の目的物に代えて、二二三条の基準に従い、履行地および履行期における目的物が有する通常価格及び特別価格が給付されなければならない。」

契約責任における特徴をまとめると次のようになる。

第一に、不法行為責任の場合と同様に、契約責任の場合にも、積極的損害とともに、得べかりし利益の賠償を認め、予見可能性の有無や、債務者の有責性の程度を考慮しない完全な利益賠償が実現されている。

第二に、契約責任の場合には、金銭賠償が原則のようであるが、不作為義務違反の場合にかぎり、原状回復による賠償方法が認められている。なお、この不作為義務違反の場合には、利益賠償の他に、将来の違反に備えて、違約金の定めをおくという賠償方法も取られている。

第三に、いわゆる仮定的因果関係の問題については、二二二条が契約責任の場合には、適用が排除されているので、この場合の法的処理がどうなるのかは不明である。

#### (四) まとめ

ドレスデン草案では、不法行為責任と契約責任の効果は、それぞれ別個に規定されているが、その基本は、積極的損害のみならず、得べかりし利益の賠償をも認める完全な利益賠償を実現したもので、しかも、利益賠償を制限するための予見可能性の有無、不法行為者・債務者の有責性の程度、損害の直接・間接性、通常価格・特別価格といった因子を考慮しないものであった。モムゼン、そしてヴィントシャイトへと続く、完全な利益賠償をもって、損害賠償の内容とする見解は、ドイツ民法典に採用される以前に、不十分な形ではあるものの、ドレスデン草案において、すでに「舞台稽古」を終えていたのである。

また、損害の直接・間接性は、ドレスデン草案においてもはや、その法律上の特別な意味を失なっていたが、なお規定の中にその用語そのものはなお残っていたのに対して、ドイツ民法典ではこれは消滅させられている。この点について、ドイツ民法の理由書は、その理由として、ひとつには、この区別が法律上特別な意味をもたない以上、明文化することは不要であり、さらに、概念的に不明確な区別を用いることは、実務にとって危険であ

る」としている。

通常価格・特別価格も結果的には、直接・間接損害におけると同様の理由で、ドイツ民法典から消えた概念であるが、第一草案の段階では、なお明文化されていた。<sup>(3)</sup>

最後に、損害賠償の方法についてみると、ドレスデン草案は、金銭賠償と並んで、原状回復による方法を規定しており、これを、金銭賠償と併存もしくは補充的なものとして規定していたようである。原状回復による被害者の救済は、金銭賠償が原則的な方法であった当時の状況に鑑みれば、きわめて画期的なものであり、損害賠償方法に関するこのような立場は、ドイツ民法典においてさらに、強く打ち出され、原状回復による方法は、法規定の上では、明らかに金銭賠償に優先する地位を与えられることになるのである。

(1) 「得べかりし利益の算定に際しては、事物の通常の経過および市民生活上の取引に従うか、あるいはすでになされた一定の設備や準備によって合理的に期待することのできる利益のみが考慮される」

(2) Motive Bd. II., S. 18.

(3) 第一草案の二二〇条によれば、「目的物の価格が損害賠償として賠償される場合には、通常の取引価格のみならず、その目的物が、特別な関係にしたがって、債権者にとって有する価格(特別価格)もまた規準となる。」と規定される。

## 第五 結語

本稿は、ドイツ民法典における損害概念、とりわけ差額説による損害概念の歴史的系譜をたどるために、損害賠償法に関するモムゼンの見解、ヴィントシャイトの見解、そしてドレスデン草案の内容を断片的に検討してき

た。

モムゼンの主張の眼目は、損害賠償の内容として、債権者が、現実に被った「積極的損害」のみならず、債務不履行・加害行為がなかったとしたら、債権者が、「得べかりし利益」をその内容とする完全な「利益」の賠償をも認めさせることであり、そして、当時、様々な基準によって細分化されていた「利益」概念を、前述した二つの項目を包含し得る統一的な定義づけを見いだすことであつた。その帰結が、差額説による利益概念であつた。そして、ウイントシャイトによって、差額説によって定義された利益が損害賠償の内容と一致せられるに至る。後に、ドイツ民法典の編纂に加わり、理論的にも大きな影響力をもつたウイントシャイトが、モムゼンの見解を継承発展させた意味は重要である。

そして、ドレスデン草案は、積極的損害ならびに得べかりし利益を損害賠償の内容として明言し、さらに、予見可能性の有無、損害の直接・間接性、通常価格・特別価格、そして、債務者などの有責性の程度といった利益概念を細分化する様々な基準は、ドレスデン草案において明文化されてはいるものの、すでに損害賠償範囲を制限するような法律上の特別の意味を失っており、ドイツ民法典にいたっては、そうした用語は全く消滅してしまふことになる。

モムゼンの差額説による利益（損害）概念は、ここにおいて、当初の主張の目的、すなわち、積極的損害とともに得べかりし利益の完全な損害賠償給付を実現すること、そして、因果関係以外の諸因子を損害賠償範囲の決定の際の判断基準から排除すること、の二つをドイツ民法典において明文化させたのである。ドイツ民法典成立以後、差額説による損害概念による損害賠償法の様々な問題領域への支配とその克服のための学説の差額説批判<sup>1)</sup>の成り行きは、すでにその使命を終えた当初の主張からすれば、モムゼンにとって予想もできなかった事態であつたかもしれない。

(1) 北川 晋太郎「損害賠償論序説——契約責任における」法学論叢七三卷一號一頁、同三號一七頁（一九六三年）、吉村良一「ドイツにおける財産的損害概念」立命館法学一五〇号七九四頁（一九八〇年）等参照