

# 契約違反における過失相殺の法的性質（1）

齋 藤 航\*

- I 序
- II 日本法における過失相殺法理の発展と課題
  - 1. 民法の起草過程における過失相殺の議論
  - 2. 過失相殺の根拠に関する基礎的見解の登場  
(以上, 本号)
  - 3. 不法行為における過失相殺に関する判例・学説の展開
  - 4. 契約違反における過失相殺の独自性に注目する近時の議論
  - 5. 契約違反における過失相殺に関する判例の展開
  - 6. 日本法における検討課題
- III アメリカ法における過失相殺類似の法理
- IV 考 察
- V 結 語

## I 序

### 1. 目的と問題提起

本稿は、民法 418 条に規定される契約違反における過失相殺について、その法的性質を明らかにすることを目的とする。そのために、契約違反における過失相殺では、いかなる根拠に基づき損害額を減額するのかという問題を検討する。

過失相殺についての条文は、債権総論に規定されるもの（民法 418 条）と、不法行為に規定されるもの（民法 722 条 2 項）の 2 つが存在する。このうち従来の議論では、後者を中心に判例分析や理論的検討が盛んに行われてきた。特に判例・通説においては、過

\* 中央大学法科大学院助教

失相殺は当事者の公平な損害分担のための制度であるということを制度趣旨として、損害に影響を及ぼした被害者の事情を広く斟酌して減額する方式がとられている。

一方で、事実上契約違反の場合を対象にすると考えられる、債権総論の過失相殺については、当事者の公平という基本的な制度趣旨は不法行為の場合と共有されつつも、不法行為の場合に比べて適用されるケースが少なかったこともあり、法的な根拠等に踏み込んだ理論的な議論は希薄であった。

しかし近年、民法 418 条について契約の視点を反映させる見解が登場している。すなわち、契約違反の場合と不法行為の場合との間には、当事者の間で事前の合意に基づく行為規範があるか否かという点で違いが存在しており、これを過失相殺においても考慮すべきであるという見解が主張されている。

このような見解は、平成 29 年民法改正の審議過程での議論にも影響を与えている。審議に先立つ民法（債権法）改正検討委員会の議論においては、民法 418 条の債権者の「過失」という文言を「債務不履行により債権者が被った損害につき、債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたとき」と言い換えることが提案された<sup>1)</sup>。その理由として、契約違反における過失相殺は「債権者・債務者間の契約による損害リスク分配に関する規範である」<sup>2)</sup>ことが挙げられ、不法行為における過失相殺の場合とは異なるものであることが示されている。その後の法制審議会における議論においても、過失相殺における債権者の行為は契約を意識して捉えられるべきであるとする見解が主張されている<sup>3)</sup>。

このように、現在の契約違反における過失相殺の議論は、当事者の公平という一般的な制度趣旨に依拠するのみならず、契約が過失相殺の根拠となるべきであることに着目しつつある段階といえる。そこで過失相殺において契約を主たる根拠とするならば、それは過失相殺に基づく賠償額減額の作用に具体的にいかなる影響を与えるのか、あるいは当事者の公平という観点と、契約に基づく責任分担の観点の関係はいかに考えるべきなのかといったことが問題となる。もっとも、民法改正過程の議論においても上記の提案には賛否があり、未だ過失相殺と契約の関係について、学説上見解の一致を見るには至っていない。

しかし、過失相殺と契約の関係性をめぐる問題は、実務的・理論的に重要な問題となり得る。

実務的な面では、過失相殺の基準が曖昧であり、当事者にとって攻撃防御方法が明確にならないという問題をもたらしている。不法行為における過失相殺では、裁判官が広範な裁量をもって過失相殺事由を認定しており、過失相殺を自由に使いすぎているとい

う批判がすでに存在している。契約が存在する場面では、不法行為とは異なり当事者の合意という新たな規範要素が加わるのであるから、それを考慮せず過失相殺をするとすれば、この批判はより一層当てはまり得る<sup>4)</sup>。

例えば近年、フランチャイズ契約やその他の投資契約において、事業者が説明義務を履行しなかったことにより損害を被ったとして、投資で損害を被った者が債権者として損害賠償請求をするケースが増えている。その際に裁判所は、債権者自身で契約内容について調査し、判断すべきであったのにしなかったことを理由として過失相殺を行うことがある。たしかに債権者には、損害の発生を防ぐために一定の行為を行うことが可能であり、それをしなかったという意味での過失は否定できず、当事者の公平を考えるならば、過失相殺は適用されるべきとも思われる。しかし債務者は、信義則上の義務として債権者が判断するにあたり正確で十分な情報を提供することが求められていながら、その義務を果たさなかったのである。それにもかかわらず、債権者がその情報を信頼したことを理由に過失相殺をするならば、どのような事実についていかなる理由で過失相殺が行われるのかについて、当事者にとって不明確な面があることは否定できない<sup>5)</sup>。

理論的な面では、契約との関係で過失相殺を考えると、過失相殺の意義そのものが問題となり得る。すなわち、過失相殺の根拠を契約と捉え、契約解釈によって当事者に責任を配分し、それに基づいて賠償額が減額されるとするならば、それは本質的には私的自治の1つの現れであって、条文上の規定は必ずしも必要ないのではないか。その結果、民法418条は確認規定に過ぎないのではないかという疑問が生じ得る。

しかし、過失相殺とは果たしてそのような法的性質の制度なのであろうか。現実に使われている過失相殺は、私的自治の現れという観点のみで説明がつくものなのか、それともより踏み込んで、独自の意義が存在するのではないか。

これらの問題は、過失相殺とはどのような理由により損害額を減額する制度なのか、つまり過失相殺の根拠という制度の基本理解が曖昧であったところから発生していると考えられる。したがって、過失相殺の根拠はなにかという問題を検討することにより、契約違反における過失相殺の法的性質を明らかにすることが強く求められているといえる。

## 2. 検討の対象と方針

本稿では、過失相殺の法的性質を明らかにするために、日本法における過失相殺、および外国法、具体的にはアメリカ法を中心とした英米法における過失相殺類似の法理について検討する。

まず日本法においては、民法 418 条と 722 条 2 項の起草過程、民法典成立後の学説（平成 29 年民法改正に関連する議論も含む）、そして判例について、過失相殺の根拠という視点から検討する。ここでの「根拠」とは、「債権者に損害の一部を負担させることを正当化する理由」を指す。例えば、当事者の公平といった制度趣旨的なものである場合もあれば、債権者の法律上の義務違反が存在するといった具体的な帰責性を指す場合もある。また、これを債権者の視点から言い換えれば「債権者が損害の負担を免れるためには一定の作為・不作為が必要とされる理由」ということもできる。

なぜ過失相殺に関する諸問題のなかでも、その根拠を検討するのか。それは、従来の過失相殺の議論には、大きく分けて三種類の問題が存在しており、これらは基本的に過失相殺の根拠の問題として捉えることができるからである。

第一が、「過失相殺では、なぜ賠償権者の過失を理由として損害賠償額が減額されるのか」という問題、つまり過失相殺の根拠はなにかという問題である。

第二が、「民法 418 条・民法 722 条 2 項の過失相殺での債権者・被害者の過失は、債務不履行や不法行為責任の成立要件として要求される要件と同じ性質の過失か否か」という問題、つまり過失相殺における「過失」の意義に関する問題である<sup>6)</sup>。この問題は、過失相殺で被害者は何らかの「義務」を負うのかという問題、あるいは不法行為において盛んに議論されてきた「過失相殺のために被害者に責任能力は要求されるのか」という問題にもつながる。

第三が、「損害賠償額を減額させる諸制度のなかでの過失相殺の位置づけはどうなっているか」という問題、つまり他の制度と過失相殺の関係の問題である。例えば、過失相殺と因果関係はいかなる関係に立つのかという問題は法典調査会以来問題となっており、その他にも、賠償範囲の画定（民法 416 条）との関係、損害の金銭的評価との関係が指摘される<sup>7)</sup>。また、債権者・被害者の過失が債務不履行責任・不法行為責任の成否に与える影響に着目する見解も存在する<sup>8)</sup>。

このうち第二、第三の問題は、基本的には第一の、過失相殺の根拠に基づいて考えることができる。例えば、過失相殺の根拠について「被害者が法律上・信義則上の義務に違反したことである」と考えれば、「その義務違反たる過失は、加害者のそれと同様のものと解する」という主張につながる<sup>9)</sup>。また、根拠について「被害者は損害について因果関係を有するからだ」とすれば、それは過失相殺を因果関係の問題と位置付けることにつながる。その意味で、過失相殺に関するこれまでの議論は、基本的には過失相殺の根拠の問題に還元することができるのではないだろうか。

以上の観点から学説を分析した後、日本法における契約違反における過失相殺におけ

る判例について類型的に分析し、賠償額を減額することがどのように正当化されてきたのかを分析する。特に契約が存在する場合に、裁判所は契約に依拠して債権者の過失を判断しているのか、そもそも裁判所の判断を契約から捉えることができるのかについて意識しつつ検討する。そして、現在の日本における過失相殺で検討すべき課題を明らかにする。

続いてその課題を解決するために、アメリカ法を中心とした英米法における過失相殺類似の法理を検討する。アメリカ法は、日本法とは損害賠償のあり方が異なるとしばしば指摘される。特にアメリカ法における賠償請求者の過失を理由に損害賠償額を縮減させる法理については、結果回避可能性 (avoidable consequence) と比較過失 (comparative negligence) という2つの法理が用いられている。これらは、日本法において意識的には用いられていない区別である。しかし、その内実を見てみると、両法理に対応する考え方がすでに日本法において一定程度用いられており、機能的には一定の共通性があることがわかる。一方で、その根拠づけについては、日本法とは異なる角度からの検討が行われている。そこで、アメリカ法における結果回避可能性と比較過失の法理の根拠を検討することで、日本法の過失相殺の根拠に関する新たな視点からの示唆を得ることが可能であると考ええる。

本稿の構成としては、まず日本法における過失相殺の根拠を中心に議論の現状をまとめて、その課題を指摘する (Ⅱ)。そして、英米法における過失相殺類似の法理について、その根拠と機能に関する検討を行い (Ⅲ)、最後に比較法的な視点をもとに、日本法の契約違反における過失相殺の根拠を示し、その法的性質を明らかにする (Ⅳ)。

## Ⅱ 日本法における過失相殺法理の発展と課題

本章は、民法418条の過失相殺を検討するにあたり、過失相殺における議論の現状と、克服すべき課題を指摘する。そのために、不法行為における過失相殺も含め、過失相殺制度が日本の学説および実際の裁判でどのように考えられてきたかを検討する。検討にあたっては、議論の時期に応じ以下の5つに分けて分析を行う。

第一が、民法の起草過程における議論である。ここでは、現行民法418条と722条2項の両方についての法典調査会を中心とした起草委員の議論を参照することで、起草委員に債務不履行責任と不法行為責任の性質が異なることについて共通の認識があった一方で、因果関係の捉え方に関しては認識が異なっていたことを指摘する (1.)。



第二が、民法典成立後から戦前にかけての初期の議論である。ここでは、過失相殺の根拠に関して、外国法を参照しつつ、その後の議論の基礎となる基本的な見解が登場したことが注目される（2.）。

第三が、戦後の1950年代から主に1990年代にかけて行われた、不法行為における過失相殺の議論である。ここでは、過失相殺に関して被害者の責任能力、被害者側の過失、素因斟酌といった具体的な問題について判例が主体的にルールを形成し、学説においても判例を意識した理論的な議論が行われた（3.）。

第四が、1990年代以降から現在までの、契約違反における過失相殺に関する議論である。ここでは、不法行為の場合における理論を参考にしつつも、契約違反の過失相殺について、不法行為の場合との共通点と相違点はなにかについて関心がもたれるようになり、契約を意識して過失相殺を捉える見解が主張されるようになる（4.）。

第五が、特に契約違反における過失相殺の判例の分析である。ここでは、具体的にどのような事案において契約違反の過失相殺が機能しているのか、事案を類型化しつつ検討する。そしてその際には、これまでの学説と判例についての検討を前提として、契約が過失相殺で果たす役割の分析を行う（5.）。

以上の検討に基づき、契約違反における過失相殺の根拠について、現状における議論の到達点を明らかにするとともに、検討すべき課題を指摘する（6.）。

## 1. 民法の起草過程における過失相殺の議論

過失相殺に関する規定の起草過程の分析については、すでに詳細な研究が複数存在する<sup>10)</sup>。また、現行民法722条2項について法典調査会の審議において激しい議論があり、これに注目することで、過失相殺に関する起草委員の考え方を伺うことができる。ただし、すでに指摘されているように、そこでの議論は未整理で混乱した面があることも否めない<sup>11)</sup>。また、過失相殺の根拠はなにか、現行民法418条と722条2項の「過失」が具体的にどういう意義なのかといった、その後の過失相殺の中心的な問題についても、深く議論されたとは言えない。

そこで、ここでは本稿との関係で特に注目すべき以下の2点について着目し検討をする。第一が、債務不履行と不法行為の両責任の認定構造の違い。第二が、損害に対する因果関係の可分・不可分性である。

(1) 旧民法における過失相殺

現行民法の過失相殺に相当する条文が初めて登場したのは、旧民法財産編 387 条である。

旧民法財産編 387 条 不履行又ハ遅延ニ関シ当事者ニ非理アルトキハ裁判所ハ損害賠償ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス

ただし、草案段階においては、若干文言が異なる。

民法草案修正文 907 条<sup>12)</sup> 遅延又ハ不執行ニ関シ雙方ニ過失アルトキハ裁判所ハ損害賠償ヲ定ムルニ其情状ヲ酌量スヘシ

ボワソナードの注釈では、民法草案修正文 907 条における「過失」の例として以下の事例が挙げられている<sup>13)</sup>。第一が、過剰な申し立てをして債務者の債務の履行を妨げた場合。第二が履行の提供を拒絶した場合。第三が他人の過失によって傷害を受けたが被害者自身も自らその危険に向かっていった不注意がある場合である。

起草者であるボワソナードは、なぜ債権者・被害者はそういった行為をとらねばならないのか（とらなければ損害賠償額を減額されるのか）について深く触れていない<sup>14)</sup>。

ただし、ボワソナードはこれらの条文につき、債務不履行と不法行為の両方を含むものであると考えていたように思われる。

「過失」の例のうち、第一と第二は契約違反に伴う事例であると考えられる。一方、第三の場合は、現在でいう不法行為にあたる。つまり、他人の過失によって損害が発生したという不法行為があるときに、被害者も自ら損害の発生に関与した場合が「過失」にあたるということになる。ここでの「過失」と、公布された旧民法 387 条における「非理」にいかなる違いがあるかは定かではないが<sup>15)</sup>、ボワソナードは旧民法 387 条の適用対象として不法行為の事例も含まれていると考えていたことには変わらないであろう。

また、条文の構造の面から見ても、旧民法財産編第 2 部において現在でいう債権が規定され、その第 1 章総則 295 条で債権の発生原因として「合意」、「不当ノ利得」、「不正ノ損害」、「法律ノ規定」の 4 つが規定されている。そして同条 3 項において財産編第 2 部第 2 章義務ノ効力・第 2 節損害賠償ノ訴権を適用することが規定され、387 条はその第 2 節に含まれているのである。現行民法とは規定の順序が異なるが、財産編 387 条は債権総則的な規定として、不法行為にも適用されると解するのが自然であろう<sup>16)</sup>。

旧民法に登場する「非理」に類似する文言、例えば「過失」「懈怠」について、これらが「非理」とどのような違いがあるのかについて明確に触れられていない<sup>17)</sup>。ただし、

上記の「過失」の例からすると、現在でいう債務不履行や不法行為が成立するための要件としての「過失」よりは広い範囲の事実が含まれているのではないかと考えられる<sup>18)</sup>。

## (2) 法典調査会原案以降における過失相殺

過失相殺に相当する規定は、旧民法においては1つの条文で処理されていたにもかかわらず、法典調査会原案以降、債務不履行の民法418条と不法行為の民法722条2項に分かれることになった。

### (a) 現行民法418条の起草趣旨

現行民法418条（平成29年改正前）について担当委員の穂積陳重が起草趣旨として説明しているのは、以下の3点である<sup>19)</sup>。

まず、旧民法財産編387条では「非理」の斟酌の対象となるのは「当事者」であるが、起草委員の原案417条（現行民法418条）ではこれを「債権者」とした。旧民法では、債権者に過失があるときは賠償額が減額され、債務者に過失があるときは賠償額が増えるとなっていた。しかし、調査会原案民法では、債務者が債務を履行しない場合はそれがいかなる原因であろうとも、法律が取り消さない以上は損害を賠償しなくてはならないという主義<sup>20)</sup>をとった。つまり、債務者の過失の有無によらず、単純に履行があったかどうかで債務不履行を判断するという事になった。その結果として、過失を考慮せずに債務不履行責任が成立することが肯定されたならば、そこから債権額を減額するためには当事者双方ではなく債権者の過失について考えれば十分だということになる。

次に、旧民法財産編387条では「損害賠償ヲ定メルニ付キ」となっていたのを、原案417条では責任の有無も斟酌できるようにした。これは、旧民法では責任の有無について判断できるか不明確であったのを明確化したものとされる。

最後に、穂積は過失の斟酌に関して細かく規定すると、その規則に制限されてむしろ公平を失うことがあるかもしれないので、簡単に規定したと指摘している。

以上が原案417条起草趣旨として述べられ、基本的に大きな反論なく現行民法418条として成立した。民法418条については、旧民法財産編387条と実質的に同一のものと考えられている<sup>21)</sup>。特に第一の点について、穂積の説明からは旧民法の理解との違いを意識しているようにも思えるが、ボワソナード自身も債務者の過失の程度により賠償額が増減されることを想定していたわけではないとされ、やはり両者は同一のものとみるべきであると考えられている。



## (b) 民法 722 条 2 項を分離して規定した理由

現行民法 722 条 2 項は、過失相殺を裁量的斟酌とし、また責任の有無までは判断しないという点で、民法 418 条とは文言が異なっている。この民法 722 条 2 項をめぐるのは、法典調査会において梅謙次郎委員、土方寧委員より反論と対案が出ているが、これらの案は結果として採用されず、現行民法 418 条同様、原案通りに成立している<sup>22)</sup>。

土方は被害者の過失について、これを必要的斟酌とし、責任の有無まで認めるべきであるとして、原案 417 条（現行 418 条）の準用を提案している<sup>23)</sup>。これに対し、富井政章委員は原案 417 条を準用するのは「遠ウ過キル」<sup>24)</sup>と述べ、現行民法 709 条との重複があると述べる。この重複とはつまり、責任がなくてよいというほど重大な過失が被害者にあるときは、そもそも現行民法 709 条（平成 16 年現代語化前）の「過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル」ということが言えなくなり賠償責任が生じないので<sup>25)</sup>、わざわざそのあとで繰り返して言わずとも良いということである。これによれば、責任の有無については、現行民法 709 条の判断に包摂されているということになる。

ここから、不法行為ではその責任成立の段階で加害者の過失の有無について判断し、債務不履行においては判断しないという違いが、条文としての違いをもたらしめていることがわかる<sup>26)</sup>。

この債務不履行と不法行為の責任認定構造の違いは起草委員の間で基本的に共有されていたと思われる。土方が原案 417 条準用説を提起したのは、被害者の過失があったかどうかは裁判が進行してはじめてわかるものなのであるから、裁判で責任の有無も含めて判断すべきであり、そのためには原案 719 条（現行民法 709 条）は曖昧であるという理由からである<sup>27)</sup>。これも、実際の訴訟の場合を考えると、不法行為の場合は責任の有無について判断しないものと後々解釈されてしまう可能性があるのは望ましくないという理由からであって、起草委員らの考え方に反対するのではなく、むしろそれをより明確化する方向性の提案であったといえる。

したがって、被害者の過失に基づいて不法行為責任の有無を判断する部分については、現行民法 722 条 2 項の問題ではなく、現行民法 709 条の問題として処理することになると考えられる。ただしこれはいわば条文の役割分担の問題であって、不法行為においても損害賠償責任の有無も判断されることには変わりはない。

以上から、現行民法 722 条 2 項で責任の有無の判断を含めなかったのは、その判断を現行民法 709 条段階で行えばよいと起草委員は考えていたからではないか。そして、そのようにしたのは、債務不履行責任の存否の段階では債務者の過失が考慮されない一方、不法行為責任では加害者の過失を考慮するという、当時の両責任の考え方が違うことが

背景にあると思われる。

(c) 因果関係の観点からの問題提起

(i) 因果関係の2つの段階

梅は法典調査会において、現行民法418条は維持しつつ、現行民法722条2項は削除すべきであるという主張を述べている<sup>28)</sup>。

現行民法722条2項を削除すべきとする梅の主張の中心的根拠は、「責任要件を充足する加害者については被害者の損害の不可分な損害の完全な賠償責任を負担すべき」<sup>29)</sup>と考えられている。つまり、損害が不可分であり、加害者が責任要件を満たすのであれば、被害者の過失相殺によって損害額を減額することはしないということである。

ただし梅は、因果関係の可分性自体は否定していない<sup>30)</sup>。つまり、実際の事例において債務者の過失と債権者の過失が両方とも作用して債権者に損害が発生した場合、その因果関係について「現ニ損害ノ中テ是丈ケノ損害ハ債権者ノ過失ヨリ生ジタ是丈ケノ損害ハ債務者ノ過失ヨリ生シタト云フコトガ分」<sup>31)</sup>かるのか、それともわからないのかによって二段階に分けて分析していたと考えられる。

債務者の過失と債権者の過失のそれぞれに対して、因果関係を対応させる形で損害を分けることができるならば、これを因果関係の問題として、明文によらずに損害額を減額する。これが第一段階である。そして、損害をそのようにして分けることができないとき、つまり両者の過失が相まって損害を生じさせている場合に、過失相殺を適用して賠償額を減額させるか否かが問題となる。これが第二段階である。梅はこの第二段階について、被害者の過失を理由として損害額を減額することに反対していたのではないか<sup>32)</sup>。

したがって梅は、因果関係が可分な場合には因果関係の問題として処理すればよく、不可分な場合については過失相殺を適用して損害額を減額してはならないと主張したと考えられる<sup>33)</sup>。そしてその際、以下の事例を挙げている<sup>34)</sup>。それは、往來の激しい通りで小さな子供が遊んでいて、車夫が過失によりその子をひき殺した場合である。この場合において、子供の親には、そのような危ない場所で子供を遊ばせておくという重大な過失が存在する。しかし一方で、たしかに車夫には、ほんの小さな声でも子供に声をかけるべきであったのに、それをしなかったという過失が存在する。子供の死亡という損害に対して両者の過失を分けて考えることはできない。その場合に、梅は「親ガ半分丈ケ負フト云フコトハドウモ酷テアリマス」<sup>35)</sup>と述べ、車夫が損害全額を賠償するべきと主張する。もし仮にここで親に半分を負担させて賠償額を半減させたとすると、それは「損害賠償ノ原理ニ戻ル」からである<sup>36)</sup>。

したがって、梅は因果関係が不可分であっても、基本的に損害に対する因果関係を当

事者の一方に特定して全額の賠償を求めるべきと考えていたので、不法行為の場合には過失相殺の規定はいらないと主張したと考えられる。

(ii) 債務不履行の場合についての処理

梅の考えに従えば、債務不履行の場合にも過失相殺は必要ないとも言えそうである。しかし、梅も債務不履行の場合には過失相殺の存在を肯定する。そして、債務不履行の場合として2つの例を挙げる<sup>37)</sup>。第一が、債務者の過失で履行が遅滞しながら債権者がさらに履行を遅らせた場合。第二が、物の引渡し債務において債権者が勝手に転居してしまい、債務者が相当の注意を払っても見つけられない場合である。第一の事例で、梅は既に遅れたことによる損害（債務者の過失による損害）と、一層遅れたことによる損害（債権者の過失による損害）が区別できているなら、この区別に基づいて損害賠償額を減額するためには「明文ハ要ラヌカモ知レマセヌ」<sup>38)</sup>と述べている。

しかし、それでも明文が必要とされる理由が、すでに述べた通り、原案414条（現行民法415条）の債務不履行責任が過失を考慮せずにその成否が判断されるからである。そうすると、上記第一の例が損害賠償の金額について過失を斟酌した例、第二の例が損害賠償の責任について斟酌した例になると思われる。

ここで問題となるのは、上記の例のように損害を区別できない場合である。このような場合を梅は明確に指摘しているわけではないが<sup>39)</sup>、不法行為で見た因果関係の考え方に従えば、この部分の損害はすべて債務者が賠償すべきとなるのが自然である。不履行と損害との間に因果関係が肯定できる以上、それを賠償させないのは「損害賠償ノ原理ニ戻ル」となりそうである。これは不法行為独自のものではなく損害賠償一般に当てはまるものと考えられるので<sup>40)</sup>、債務不履行の場合にも異なることはないと言うべきであろう。

しかし、現行民法公布後の梅の注釈からは、必ずしもそのような趣旨は読み取れない。例えば現行民法418条に関する注釈<sup>41)</sup>において、「債権者ノ過失ノミニ因リテ不履行ヲ生シタルトキハ全ク債務者ニ賠償ノ責ナク」とする一方で、債権者の過失と債務者の過失がともに不履行の原因であるときは、債権者も負担しなければならないと述べる<sup>42)</sup>。そして、債権者が過失により特定物である目的物を毀損したときは、仮にその目的物を債務者が不安定な場所に置いておいたとしても債務者に責任はないが、一方で債権者と債務者がともに走っていてぶつかり目的物を毀損した場合や、債権者が債務者の通り道に足を横にしていて債務者が躓いた場合には過失相殺による減額があるとする。

この考えは、不法行為の場合に梅が法典調査会で示した加害者に対する厳しい態度（損害と加害者の行為に因果関係があるならば全額賠償すべきとする態度）からすると、一貫して

いないようにも思える。

考えられる可能性の一つは、『民法要義』は現行民法の注釈のために著したものであり、梅の個人的意見を述べるのは避けたということである。現に、民法 722 条 2 項における解説<sup>43)</sup>では、甲が乙を罵倒し、乙が甲を殴って甲が負傷したという場合に過失相殺が認められるとする例に対して、梅は「立法論トシテハ之ヲ取ラスト雖モ本條ノ解釈トシテハ毫モ疑ヲ容レサル所ナリ」と述べて、自らの考えとは異なることをわざわざ示している。そうすると、梅個人としてはこれらの考えに反対であるが、その意見が退けられたため、(不本意ながらも)現行民法の 418 条と 722 条 2 項としては、ともに因果関係が不可分な場合に過失相殺の対象になると考えたということになる。

もう一つは、債務不履行の場合に両者の過失ある行為が相まって損害が生じたならば、損害は案分されると元から考えていた可能性である。これは、法典調査会において梅が「不履行ノ場合ニハ若シモ債権者ノ過失ガ一部分タリトモ助ケタナラバ矢張り債権者ニ其不履行ノ損害ノ一部テモ責ヲ負ハセルノガ当然デアリマス」<sup>44)</sup>と述べていたことから、いわば当然のこととして想定していたのではないかとも思える。

このように、梅自身が債務不履行の因果関係が不可分な場合に損害額はどうかと考えていたのかは、判然としない面がある。ただ、梅が認めるように、不法行為の場合に過失に応じて損害額を減額することが条文上明らかとなったのであるから、それと道理を同じくする現行民法 418 条の解釈としては、債務不履行の場合も過失に応じて損害額を減額するという結論は変わらないであろう。

#### (d) 過失相殺と因果関係に関する起草趣旨

##### (i) 「原因」と「助勢」の区別

梅は、賠償権者の過失を損害賠償にあたって斟酌する過失相殺は、基本的に因果関係の問題と捉えていたようである<sup>45)</sup>。しかし結局、梅の条文削除案ならびに他の代替案は、すべて採用されなかった。梅の例に基づけば、車通りの激しい道路に親が子供を放置して子供が車夫に轢かれた場合にも、一切の減額がないとするのは妥当ではないと他の委員は考えたのであろう。

ただし、梅の考え方の第一段階に関して、因果関係の可分性が肯定できる場合にはそもそも明文無く因果関係の問題として処理できるという考え方までが否定されたわけではないように思われる。例えば穂積は現行 418 条の起草趣旨において、債権者の過失が不履行の「原因」になった場合と、不履行を「助勢」した場合を区別している<sup>46)</sup>。ここでの「原因」とは、専ら債権者の行為によって不履行が発生した場合であり、「助勢」とは、債務の不履行の「原因」というほどではないが、債権者の行為も不履行に影響を



与えたという場合であると思われる。現行民法 418 条の場合には、当時の債務不履行の考えに従えば、違反状態があれば基本的に債務不履行責任が成立するので、債権者の行為が不履行を「助勢」した場合のみならず、不履行の「原因」となった場合にも過失相殺で責任を否定する必要がある。しかし、不法行為の場合には、被害者の行為が「原因」となった場合にはそもそも不法行為が成立しないので、過失相殺は「助勢」の場合が対象となる。

穂積の考えからすると、「原因」となっている場合には、因果関係が可分であって、損害について一方当事者のみが責任を負う場合をも含まれるのではないだろうか。そして、「助勢」とは、基本的に因果関係が不可分な場合を指すのではないか。

#### (ii) 寄与過失についての言及

それを示すものとして、穂積の寄与過失に関する言及も注目すべきである。穂積は、自分から車に走って行って怪我をしたとか、鉄道の扉が閉じようとしている時に自分から手を出したといったような「自ラ損害ヲ醸シタト云フヤウナ場合」<sup>47)</sup>には、この損害の「原因」が被害者にあるとして、損害賠償を認めないという考えを述べる。それと同じことを示す「英吉利ノ『、、、、、』ト云フノハ理論ニ於テハ正シイト思ヒマス」とする。この「、、、、、」は速記録には残っていないが、被害者の過失ある行為を理由として不法行為責任を全て否定するというイギリスの法理であることからすると、これは contributory negligence (寄与過失) であると考えられている<sup>48)</sup>。これは、損害の「有効な原因」が被害者にあるとき、賠償責任自体を否定するという法理である。この発言が出た明治 28 年 (1895 年) 第 123 回法典調査会の当時においては、寄与過失法理を初めて判示したものとして有名な *Butterfield v. Forrester* 事件<sup>49)</sup> がすでに存在しており、穂積もこの判例を意識していたと思われる<sup>50)</sup>。この判決はイギリスでも当初は因果関係の問題として考えられていたので<sup>51)</sup>、穂積がこの問題について因果関係の問題と認識していた可能性は十分ある。つまり穂積は、「有効な原因」＝「自ラ損害を醸した」＝「(助勢との対比における損害の) 原因」という図式で捉えていたものと考えられる。

このような場合には、そもそも不法行為が不成立となるので、過失相殺は適用される必要がない。したがって、過失相殺の適用場面はそうでない場合、つまり不法行為責任は否定されないが、その損害は加害者と被害者の行為の両方によって発生したという場合になる。これが加害者の行為が「助勢」した場合になる。

#### (iii) 過失相殺と因果関係の理解

結論として、梅とそれ以外の多数の起草委員の考えが異なったのは、因果関係が不可



分な場合について、これを加害者の単一の因果関係によるものとして認定し、加害者に全額負担せしめることへの違和感にあったと思われる。つまり梅は、因果関係が不可分な事例においては、加害者のみに責任があると考えた。他方、穂積らは因果関係が可分な場合にそう処理することはあり得ても、因果関係が不可分な場合にはやはり法的にも両当事者の影響があることを認め、それを損害額に反映させる制度として過失相殺を捉えたのではないか。この、因果関係と過失相殺制度の関係についての理解のズレが、対立の一因であったといえる。

梅はもちろん、穂積の因果関係に対する考え方も現在と異なることはしばしば指摘されるところであるが<sup>52)</sup>、この「因果関係を分けられるものならば分ける」という作業は現在でも行われている処理である。

以上の議論から、梅と、穂積はじめ他の委員との間では、因果関係が不可分な場合に当事者の過失をどう反映させるかをめぐって理解の違いがあり、現行民法 418 条と 722 条 2 項には後者の意見が採用され、梅も最終的にはそれを受け入れたと考えられる。

### (3) 小 括

本節では、現行民法 418 条と 722 条 2 項の起草過程について分析してきた。そこで明らかになったのは、この条文が分かれた原因になったのが、起草委員の債務不履行と不法行為の責任成立構造に関する理解が違うということ、そして、因果関係の捉え方に関する理解にあるということである。

逆に、これ以外の点については、あまり議論されないまま過失相殺の条文として成立している。特に、過失相殺の本質としてその後長く議論される過失相殺の根拠や、「過失」の意義などについては、いわば「債権者・被害者にも過失があるのだから減額されて当然である」とでも言うかのように、ほとんど触れられていない。その意味では、起草過程における議論と、その後の学説には一定の断絶があるといえることができる。

ただし、特に因果関係における起草委員の考え方は参考になる。梅は過失相殺について、基本的には因果関係の問題として処理すればよいのであり、債務不履行の場合には責任認定の構造上の問題から一応設けたものであって、不法行為の場合は必要ないとさえ考えていた。しかし、他の起草委員の意見としては、特に両当事者の行為について、因果関係を分けて考えることができない場合には、不法行為であっても過失相殺が必要と考えていた。

したがって、穂積ら起草委員は、過失相殺は純然たる因果関係の問題ではなく、因果関係だけでは損害額を分割できない場合に、過失に応じて減額する制度であると考

えていたものと思われる。

## 2. 過失相殺の根拠に関する基礎的見解の登場

### (1) 過失相殺の根拠に関する議論の萌芽

過失相殺に関する初期の論文<sup>53)</sup>は、ドイツ法の主に不法行為の場合における過失相殺<sup>54)</sup>について分析し、過失相殺の根拠は5つに分類できるとしていた。その5つとは、過失消滅説<sup>55)</sup>、同意(承諾)説<sup>56)</sup>、公平説<sup>57)</sup>、義務違反説<sup>58)</sup>、原因説<sup>59)</sup>、である。このうち、特に公平説、義務違反説、原因説は、日本における学説に対して影響を与えている重要な説であるので、個別に参照しておく。

#### (a) 公平説

公平説とは、ドイツ法における過失相殺の根拠について、法律は、自己の過失の協力した不法行為について、自己の過失を不問にしながら他人を訴えるのは、公平の觀念に反するとして、過失相殺の制度を設けたとする考え方であり、過失相殺は公平の要求に従った立法政策であるとする説である<sup>60)</sup>。

これが、過失相殺の根拠は当事者の公平にあると意識的に述べた、日本におけるほとんど最初期の見解であり、「今日までの通説の基盤を強化した」<sup>61)</sup>と評される。そして、立法過程で穂積が指摘したように<sup>62)</sup>、過失相殺は裁判官の裁量を重視して公平のために簡潔な規定としたことからすれば、このように解するのは立法趣旨にも適うといえる。

#### (b) 義務違反説

次に、義務違反説は、被害者は自己の利益については処分の自由があるのが原則であるが、例外的に自己の利益と他人の利益とが衝突する場合には、自己の事務を処理するにも、相当の注意を加えるべき法律上の義務を負うのであり、この義務に反したことが過失相殺の根拠であるとする見解である。過失相殺の根拠を「公平」ではなく「法律上の義務」に対する違反としたところに特徴がある。

#### (c) 原因説

さらに原因説について、これはドイツ普通法における多数説とされ、日本でも古くからすでに紹介されている<sup>63)</sup>。この説はつまり、過失相殺を因果関係の問題として捉え、賠償請求権者の行為が結果に対して因果的寄与があったことを過失相殺の根拠とするものである。

そして、原因説はさらに因果関係中断説と、共働原因説の2つに分けられる。因果関係中断説とは、過失相殺が生じる場合には被害者の過失ある行為が加害者の行為と損害

との間に介入し、因果関係を中断するので、賠償責任が発生しないという説である。当時のイギリスにおける「共働的過失 (contributory negligence)」(現在でいう「寄与過失」を指す) も因果関係の中断と考えられているとして、これらは同じ考え方に立つ法理であると解される。

しかし、被害者の過失を理由として損害全額を免除するのは不当であるとの指摘から、被害者の行為と加害者の行為が共働原因となって損害が発生したことが過失相殺の根拠であるとする考えが主張された。これが共働原因説である。ここでは、両者の行為の「原因力」<sup>64)</sup>を比較することにより、それに応じて賠償額を定めることになる。

## (2) 道徳律に対する違反を根拠とする見解

これらに続いて主張されたのが、主に不法行為の場合の過失相殺を想定しつつ、その根拠について道徳上非難されるに値すべき被害者の自己加害行為があったからであるとする見解である<sup>65)</sup>。

この見解はまず、民法 415 条も 709 条も、賠償責任成立の要件として故意・過失を要求することからすれば、加害者に対しても単に因果的寄与があるというだけでなく、なんらかの非難性が必要であるとする。そこで、この非難性とはなにかが問題となるが、これは不法行為責任成立要件としての過失たる義務違反とは異なる。なぜなら、人は自分の利益を害しないという義務を負っているとは言えないからである。したがって、ここでいう過失とは、「自己に対する忠実」に根差した社会的に非難される「道徳律」と言うべきものであるとする<sup>66)</sup>。

「道徳律」に対する違反は、本来的には法律的に非難されるべきものではない。しかし、例外的に法律上も非難される場合が存在する。それが、被害者の自己加害行為が他人の利害にも影響を与える場合である。他人の利害への影響がある場合に被害者の行為を法律上考慮することで、法律は間接的に被害者の自己に対する不忠実な態度を非難しているとする<sup>67)</sup>。

この見解は、過失相殺の根拠として因果関係を有するのみでは足りず被害者の非難性を要するとし、その非難性は公平や義務違反ではなく、他人との利害関係に関わる範囲での被害者の道徳律違反にあるという新たな視点を提供したという点に特徴がある。不法行為の加害者の場合と異なり、被害者には自己の利益を侵害しないという法律上の義務はないが、それに代わる非難性を基礎づける規範として「自己に対する忠実」という道徳上の規範を提示したのである。そこで、これを「道徳律違反説」と呼ぶことにする。

## (3) 「消極的過失」を根拠とする見解

## (a) 「消極的過失」の意義

最後が、債権者・被害者（賠償権者）には「消極的過失」があったことを根拠とする見解<sup>68)</sup>である。この見解は、賠償権者には自己に損害を発生させない義務はないとしても、「自己の行為によって賠償義務者の負担を増加せしめざるべき一般的不作為の義務を負っている」とする。この不作為の義務違反が「消極的過失」であり、その内容は「一般の不法行為の場合と異ならない」<sup>69)</sup>とされる。

この不作為義務は法的な義務であり、単なる「社会的非難性」ではない。社会的非難性にまで広げると、そのような非難性のある行為は過失相殺の場合以外にも存在するのに、なぜ過失相殺のときにだけ考慮されなければならないのか、合理的説明が困難だからである。したがってこの消極的過失は、基本的には義務違反説に分類されるであろう。

しかし、「消極的過失」は法的な義務違反としての過失であり、一般の不法行為の場合と同様のものであるとしながら、なぜ「消極的」とされているのだろうか。

「消極的過失」と対比されているのは積極的過失ということになると思われるが、これは不法行為、債務不履行責任を負わせるにあたり帰責事由として要求される過失である。これに対して消極的過失とは、賠償義務者の賠償責任を軽減させるために機能するのであり、「賠償責任を負わせる」という積極的な意義を有しないので、「消極的」と表現されていると考えられる<sup>70)</sup>。

## (b) 過失相殺と因果関係に関する分析

「消極的過失」を根拠とする見解は、因果関係に着目して「固有の意義における過失相殺」と「広義における過失相殺」を区別する<sup>71)</sup>。

前者は、因果関係の問題ではなく、過失相殺を用いる必要がある場合である。これはさらに、賠償原因における過失競合の場合と、賠償権者が損害を増大させかつ賠償義務者と賠償権者の行為が相当因果関係にある場合に分かれる<sup>72)</sup>。

これに対して、後者の広義における過失相殺とは、当事者の過失が不可分ではなく、独立して併存している場合である<sup>73)</sup>。このような場合は、本来は因果関係の問題として解決されるべきである。しかし、実際にはこの過失と損害の関係を個別的に明確に判定しがたい場合が多い。そこで、因果関係の補充として便宜的に過失相殺を使うことになる。

この、因果関係による処理を最初に考え、そこで処理しきれないものを過失相殺の問題とする構造は、起草過程における起草者の考え方に近いものがある。しかし、広義の

過失相殺について、因果関係の問題であることを認めながら、その割合の証明が困難であることを理由に過失相殺を適用するのは、理論的には一貫しているようには思われな  
い。この場合は、因果関係が不可分であるとして、端的に過失相殺の問題とするので十分  
なのではないだろうか。

#### (4) 議論の特徴

##### (a) 公平説の意義

ここでの議論の特徴は、過失相殺の根拠についてその後の学説の基礎となる考え方が  
登場してきたところにある。その代表が公平説である。根拠として公平説をとる場合に  
は、過失相殺の根拠は当事者間での損害の公平な分担であり、自己の行為に基づく損害  
を他人に転嫁させるのは公平の観点から許されないということになる。

この説のメリットは、過失相殺の根拠について制度趣旨的な説明に留めることによっ  
て、裁判官が債権者・被害者の事情について広い裁量をもって考慮することを可能にす  
るという点にある。損害に影響を与える債権者・被害者の事情については様々なものが  
考えられ、裁判官の個別具体的な判断を尊重する方が、理論的な面から過失相殺の認定  
を制限するよりも、対象となる事案について妥当な結論を導き得るという考えがあるの  
ではないかと思われる<sup>74)</sup>。

このような利点を受けて、公平説はその後の学説においても一般論としては受け入れ  
られ<sup>75)</sup>、判例も当事者の公平を理由に被害者の過失について加害者のそれよりも拡大  
する方向で解釈論を展開するようになった。公平説は過失相殺の適用において非常に重  
要な役割を果たしてきたといえる。

##### (b) 公平説と他の説の関係

しかし、裁判官の裁量が大きいということは、過失相殺の基準が曖昧であるという批  
判につながる。当事者の公平というのは妥当でありながら極めて抽象的な概念であり、  
具体的にどうすれば公平なのかは不明だからである。公平であるという根拠から過失の  
意義をいかに解すべきか、直ちに導かれるわけではない<sup>76)</sup>。公平説を批判する学説は、  
基本的にこの公平説の曖昧さを問題としている。

加えて、過失相殺が公平な損害分担のための制度であるということは、他の説とも両  
立し得る考え方である。因果関係に基づく説明であっても、因果関係に基づいて損害を  
案分することが公平であるといえるし、賠償権者になんらかの非難性があるから損害を  
減額すべきという主張も、基本的には当事者の公平のための制度として過失相殺を捉え  
ていることに変わりはない<sup>77)</sup>。その意味で、公平説は他の説と並列に捉え、択一的に



選択されるという位置づけであるとは言えない。

したがって、過失相殺の根拠に関する学説は、「根拠とすべきは当事者の公平か否か」というよりも「公平のための制度であるとするだけで足りるのか、それとも公平であることに加えてなにかしらの要素が必要なのか」という問題と捉えるべきであろう。

そのうえで、公平説以外で過失相殺の根拠について述べた主な説として、賠償権者が法律上の義務に違反したとする説（義務違反説）、道徳的な規範に違反したとする説（道徳律違反説）、あるいは因果的な寄与があったからであるとする説（原因説、特に共働原因説）が注目される。これらは、その後の学説においても類似の考え方が見られ、過失相殺の根拠に関する議論の基礎となっている。

（次号に続く）

#### 注

- 1) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ—契約および債権一般（1）』284頁（商事法務，2009年）。また、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」43頁（2013年）においても基本的に類似の文言が維持されている。
- 2) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注1）285頁。
- 3) 例えば、「飽くまでも当該契約に照らした契約の下で債権者に期待できる合理的な行動、あるいは債権者がなすべき合理的な行動は一体何なのかという観点から、本来の意味の過失というものが考えられているわけですから、できれば、そういう方向が分かるようなことにするべきではないのか」（法制審議会民法（債権関係）部会第38回会議事録29頁（潮見））といった発言。
- 4) 民法418条の場合には契約に基づき、不法行為と異なり過失相殺が必要的斟酌であるという観点から、過失相殺の歯止めとなる規律の必要性を指摘するものとして、窪田充見「過失相殺」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅱ 債権総論・契約（1）』99頁（商事法務，2018年）。
- 5) 単なる説明義務違反ではなく、詐欺的な意図をもって虚偽の説明が行われた場合には、債権者がそれに騙されたことを理由として過失相殺を適用すべきか、より大きな疑問が生じる。この問題について法制審議会での指摘として、法制審議会民法（債権関係）部会第38回会議事録28頁（松本）。
- 6) 当事者の過失が同じ性質のものとする原理は、「パラレル原理」と呼ばれることもある。能見善久「過失相殺の現代的機能」森島昭夫教授還暦記念論文集『不法行為法の現代的課題と展開』123頁（日本評論社，1995年）。
- 7) 奥田昌道編『注釈民法（10）債権（1）』642頁以下〔能見善久〕（有斐閣，1987年）。
- 8) 道垣内弘人「債務不履行における過失相殺—債務不履行法改正との関係において」法曹時報65巻1号1頁（2013年）。
- 9) 我妻栄『新訂 債権総論（民法講義Ⅳ）』130頁（岩波書店，1964年）参照。
- 10) 長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』（一）—ローマ法からドイツ民法典の成立まで」駿河台法学2号104頁以下（1988年），窪田充見『過失相殺の法理』140頁以下（有斐閣，1994年），松原哲「明治・大正期における過失相殺論（上）—我が国における過失相殺理論の史的展開 1」高岡法学5巻1・2号合併号121頁以下（1994年），橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程（三）—責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐって」法学論叢137巻5号1頁以下（1995年），

松原孝明「過失相殺における『被害者側の過失』概念に対する疑問—『被害者側の過失』概念の生成過程の検証から」大東法学 19 巻 2 号 55 頁 (2010 年)、長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造—請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』148 頁以下 (日本評論社, 2011 年) など。

- 11) 窪田・前掲注 10)『過失相殺の法理』146 頁。
- 12) 『ボワソナード氏起稿 民法草案修正文 自五百一條至千百條』297 頁。
- 13) 『ボワソナード氏起稿 再閣修正民法草案註釈第貳編人權ノ部 中巻』51 頁。第一の場合については「約束ニ恰好セスト過当ナル申立ヲ為シテ債務者ノ執行ノ方法ヲ適法ニ爭議」。第二の場合については「提供サレタル引渡ヲ拒絶シタルトキ」。そして第三の場合については「他人ノ過愆ニ因リ創傷ヲ受ケタルトキ被害者モ亦自ラ危害ニ臨ミタルノ不注意多少アル」場合であるとしている。第三の場合、「如斯相互ノ不当ヲ參酌スルハ犯罪又ハ準犯罪事件ニ付キ損害賠償ヲ定ムル時ニ於テハ其適用一層夥多ナリ」と述べている。
- 14) 前掲注 13) 51 頁では「斯ノ如キ際ニ於テハ損害賠償ノ責罰ヲ斟酌スルヲ以テ至当トス可キヤ必然ナリ」と述べるに留めている。
- 15) ここでいう「過失」「非理」のいずれも、フランス語の“torts”の翻訳であると思われる。
- 16) 旧民法財産編 387 条が不法行為も含むものとして理解する見解は、長谷川貞之・前掲注 10) 105 頁、松原哲・前掲注 10) 124 頁、長谷川義仁・前掲注 10) 150 頁。この見解について、法典調査会委員がそう理解していたかについての疑問として、窪田・前掲注 10) 145 頁。
- 17) 橋本・前掲注 10) 2 頁。
- 18) 長谷川義仁・前掲注 10) 178 頁。
- 19) 法典調査会民法議事速記録 (日本学術振興会版) 18 巻 82 丁表以下参照 (以下、「法典調査会速記録」という)。
- 20) 「債務者ト雖モ其債務ヲ履行致シマセヌ場合ニ於テハ其原因ガ如何ナルコトカラ生シマセウトモ法律ガ之ヲ取消シマセヌ以上ハ其損害ノ金額ヲ賠償シナケレバナラヌト云フ主義」(法典調査会速記録 18 巻 82 丁裏)。
- 21) 奥田・前掲注 7) 642 頁〔能見〕。土方寧「被害者ノ過失」法学協会雑誌 27 巻 7 号 1015 頁 (1909 年) 参照。
- 22) 議論の詳細は窪田・前掲注 10) 146 頁以下、長谷川貞之・前掲注 10) 109 頁以下参照。
- 23) 法典調査会速記録 41 巻 185 丁表以下。
- 24) 法典調査会速記録 41 巻 188 丁裏。
- 25) 橋本の分析によれば、これは因果関係がなくなるという趣旨であるとされる (橋本・前掲注 10) 6 頁)。
- 26) 梅も、この考え方を前提に議論しており、債務不履行の場合には「普通ノ意味ヲ以テスル所ノ過失」がなくても成立するという点が異なると述べている (法典調査会速記録 41 巻 180 丁表)。
- 27) 窪田・前掲注 10) 150 頁参照。
- 28) 法典調査会速記録 41 巻 179 丁裏以下。
- 29) 窪田・前掲注 10) 152 頁。
- 30) そのことを示す梅の発言として「不履行ノ場合ニハ若シモ債権者ノ過失ガ一部分タリトモ助ケタナラバ矢張り債権者ニ其不履行ノ損害ノ一部テモ責ヲ負ハセルノガ当然テアリマス尤モ不履行ノ場合モ本條ノ場合モ同ジテアリマスガ現ニ損害ノ中テ是丈ケノ損害ハ債権者ノ過失ヨリ生ジタ是丈ケノ損害ハ債務者ノ過失ヨリ生シタト云フコトガ分レハ夫レハ明文ガ無クテモ夫レハ自ラ原因結果ノ原則トシテ夫レハ債務ノ方ニ於テ其一部分ハ払ハヌテ宜シイ」(法典調査会速記録 41 巻 180 丁裏以下)。「損害ノ一部カ被害者ノ過失カラシテ生シタト云フコトテ、サウイフコトガはつきり証明スルコトガ出来レバ裁判官ハサウ云フ場合ハ明文カ無クテモ斟酌スルテアラウト思ヒマス、サウテナイ原因結果ノ関係ハ損害カ不法行為ニアル以上ハ夫レ丈ケノモノハ必ス被害者ノ方ニ賠償ヲシナケレバナラヌ」(法典調査会速記録 41 巻 183 丁裏)。
- 31) 前掲注 30) 参照。なお、これが現在でいうところの因果関係と同じ意味であるかは判然としな

- いが、相当因果関係よりも広い意味であると考えられる。
- 32) ただし、梅がこの第二段階を本当に「両者の過失が相まっている」と捉えていたかは疑問の余地がある。つまり、梅は第二段階の場合に、「加害者の過失ある行為だけが損害と因果関係を有し、被害者の行為との間では因果関係はない」と考えていた可能性があるのである。あるいは、事実としては両者の行為が影響を与えているとしても、法的な意味での因果関係は1つと観念するというかもしれない。ここでいう因果関係が不可分な場合とは、現在の条件的因果関係や相当因果関係の考え方からすると2つ因果関係があるような場合でも、梅としては加害者の行為と損害の単一の因果関係を指していた可能性があることに留意する必要がある。この可能性を指摘するものとして、窪田・前掲注10) 153頁は、梅は「法的に一つの原因を観念するという立場」であるとし、橋本・前掲注10) 5頁は「彼は因果関係要件を厳格に解し、結果の『原因』を一つに限定しようとする傾向がある」と述べている。長谷川貞之・前掲注10) 113頁も参照。
- 33) ただし、因果関係によって賠償額を分けるということが明確化するという趣旨のためならば、蛇足ではあるが過失を斟酌する規定を設けても構わないと述べている(法典調査会速記録41巻182丁表裏)。
- 34) 法典調査会速記録41巻183丁表。なお、この事例ではすでに被害者である子供の過失のみならず、子供の親の過失も過失相殺の対象としており、いわゆる被害者側の過失を認めていることも注目すべきである。
- 35) 法典調査会速記録41巻183丁裏。
- 36) 梅は、過失により賠償額を減額させると「損害賠償ハ純然タル損害賠償テナクシテ刑罰的ナモノ」(法典調査会速記録41巻183丁裏)になると述べる。この「刑罰的ナモノ」とは、加害者の行為と損害とが原因結果の関係にあるにもかかわらず、被害者の過失を理由としてそれを減額するとすれば、それは親が本来得られるべき賠償を得られなくなるという意味で、子供の親にとって損害賠償が制裁的、刑罰的なものになるという意味であろう。
- 37) 法典調査会速記録41巻181丁表以下。
- 38) 法典調査会速記録41巻181丁裏。「既ニ遅レテ居レバ債務者ノ過失テ夫レ丈ケニ付テノ責ハアリマスガ債権者ノ所為ニ因ツテ一層遅レタコト云フコトデアレバ其後トニ生スル分ハ債務者ガ責ヲ負フ理由ハナイト云フコトハ言フマテモナイ」(法典調査会速記録41巻181丁表)。
- 39) 松原哲・前掲注10) 136頁では、このような部分の過失相殺は排除されるか、またはうまく説明できないとする。
- 40) これに関しては穂積も同意見である。法典調査会議事速記録18巻82丁表裏参照。
- 41) 梅謙次郎『民法要義 卷之三債権編(復刻版)』63頁(有斐閣、1984年)。
- 42) 原文は「債権者ノ過失ト債務者ノ過失ト共ニ不履行ノ原因タルトキハ債務者ニ賠償ノ責アルハ勿論ナリト雖モ而モ其金額ニ付テハ債権者モ亦其一部ヲ負担セサルコトヲ得ス」。梅・前掲注41) 63頁。
- 43) 梅・前掲注41) 913頁。
- 44) 法典調査会速記録41巻180丁裏。
- 45) 松原哲・前掲注10) 135頁。
- 46) 法典調査会議事速記録18巻83丁表。
- 47) 法典調査会議事速記録41巻192丁裏。
- 48) 窪田・前掲注10) 153頁。橋本・前掲注10) 6頁。
- 49) *Butterfield v. Forrester* (1809) 11 East. 60; 103 Eng. Rep. 926. Yが過失で道路上に置いた棒と、Xの乗った馬が衝突してXが負傷したが、Xにおいても「通常の注意」(ordinary care)を払えば棒を認識して避けることが可能であったと認定され、事故の「有効な原因」(effective cause)が被害者Xにあることを理由にYの損害賠償責任を否定した事件である。穂積のいう「自ら損害を醸した」とはこの「有効な原因」を受けての発言であろう。
- 50) いわゆる「最後の機会」ルールも登場していたところであるが、穂積がそこまで認識していたか

- は明らかでない。
- 51) 長谷川義仁・前掲注 10) 58 頁。ただし、因果関係の問題とするこの考え方は否定されている。穂積がこれを認識していたのかもまた、不明である。
- 52) 橋本・前掲注 10) 7 頁。
- 53) 例えば、菅原春二「過失相殺論」法学論叢 6 巻 4 号 1 頁 (1921 年)。
- 54) ドイツ法においては「共働過失」(Mitverschulden) と呼ばれる。
- 55) 菅原・前掲注 53) 8 頁。「双方の過失は差引相消に因り消滅するが故に、損害賠償債権は不成立に帰する」とする見解で、ローマ法に由来するとされる。これに対し菅原は「過失の成立は客観的事実」であって、差引きで消滅させることはできないとする。
- 56) 菅原・前掲注 53) 8 頁。「法律上は被害者の過失は其同意と同一の意義を有す」として、「同意の存する所には違法行為なし」といえるから、賠償義務が生じないとする見解。ドイツ法においても少数説であり、菅原はこれを「根拠なき擬制に外ならざる」ものであるとする。
- 57) 菅原・前掲注 53) 16 頁。当時のドイツ法における少数有力説であるとされ、菅原自身もこの考え方を支持する。
- 58) 菅原・前掲注 53) 9 頁。この説について菅原は、他人の利益を侵害しないようにする義務の存在は認めつつも、被害者の共働的過失はあくまで自己の利益を侵害する行為であって、他人の利益を侵害する行為ではないから、共働的過失は義務違反ではないとする。
- 59) 菅原・前掲注 53) 10 頁以下。菅原は、因果関係中断説については、損害賠償額を案分する日本法の過失相殺の考え方と相容れないとする一方、共働原因説は「必ずしも誤れりとなすべからず」として一定の理解を示す。しかし、実際のところ原因力、つまり因果関係の強弱で決める場合は不当であるという。例として、電車と車が衝突した場合、原因力という点では電車の方に損害結果に対してはるかに強い原因力があり、共働原因説によれば損害の大部分を鉄道会社に負わせることになるが、この結論が妥当でないことは明らかであると述べている。
- 60) 菅原・前掲注 53) 17 頁。
- 61) 野村好弘「過失相殺の本質」『交通事故紛争処理センター創立 10 周年記念論文集』379 頁 (ぎょうせい, 1984 年)。
- 62) 法典調査会議事速記録 18 巻 83 丁裏。
- 63) 石坂音四郎『日本民法債権編第 1 巻』316 頁 (有斐閣, 1912 年)、岡松参太郎「意思能力論 (五完)」法学協会雑誌 34 巻 3 号 451 頁 (1916 年) など。
- 64) 菅原・前掲注 53) 14 頁。
- 65) 末川博「被害者の過失—所謂過失相殺に関する一考察」法学論叢 19 巻 1 号 5 頁以下 (1928 年)。なお、同「過失相殺における被害者の過失—最近の判例にあらわれた事例を中心に」民商法雑誌 30 巻 1 号 1 頁 (1952 年) も参照。
- 66) 末川・前掲注 65) 「被害者の過失」9 頁。
- 67) 末川・前掲注 65) 「被害者の過失」10 頁。
- 68) 勝本正晃「過失相殺に関する民法の規定の適用に就いて (一)」法学 1 巻 2 号 36 頁 (1932 年)。
- 69) 勝本・前掲注 68) 45 頁から 47 頁。
- 70) 消極的過失説は、過失の同質性の否定という意味では道徳律違反説と大きな違いはない。両説はたしかに一見「義務」を認めるか否かで差があるようにも見える。しかし、両説はともに「『賠償権者は自己の利益を損なってはならない』という義務は認められない」という考えに基づいて、過失相殺における過失は損害賠償責任成立における過失とは異なるものであるとした。そのうえで、賠償権者には「自己の行為によって相手方に不当な負担を与えてはいけない」という意味での規範が存在するとして、これに対する違反をもって過失相殺の根拠とする点で共通している。この違反を義務違反と言うか、道徳律違反など別の言葉で言うかは「義務」という言葉の使い方の問題であり、基本的には同じ趣旨であると考ええる。
- 71) 勝本正晃「過失相殺に関する民法の規定の適用に就いて (二)」法学 1 巻 3 号 64 頁以下 (1932 年)。

- 72) 過失競合の場合とは、両当事者の過失が独立しておらず、相合して結果を惹起した場合であり、一方の過失だけでは結果が発生しなかったといえる場合である。立法過程の議論における因果関係が不可分な場合と同じものを指すと思われる。このとき、両者の行為はそれぞれ結果に対して相当因果関係がある。しかし、その分担については、因果関係の理論では解決できない。そこで、過失相殺規定に従い、過失の程度によって損害額を分担するのである。次に、賠償権者が損害を増大させた場合については、原則として賠償義務者は自己の義務違反によって生じた部分について賠償すればよいのであるが、賠償義務者の行為が賠償権者の行為と相当因果関係がある場合には、賠償義務者は、賠償権者が惹起した損害部分についても責任があるので、過失相殺でこれを考慮すべきであるとする。勝本・前掲注 71) 65 頁以下。
- 73) 例として、不法行為者が家屋の 3 分の 1 を焼失させ、家屋の持ち主も過失により 3 分の 2 を焼失させた場合が挙げられている。起草過程の検討でいうところの、因果関係が可分な場合にあたると思われる。勝本・前掲注 71) 74 頁。
- 74) 窪田・前掲注 10) 3 頁は、厳密な理論的分析をしないことにむしろ意義を見出している可能性を指摘している。
- 75) 我妻・前掲注 9) 128 頁。
- 76) もっとも、公平な分担であるということから、裁判官の裁量を重視し、柔軟な処理を可能にするという方向性にいきやすく、過失の意義について広く解する傾向があると思われる。
- 77) 奥田昌道編『新版注釈民法 (10) II 債権 (1) 債権の目的・効力 (2) 第 415 条～426 条』〔窪田充見〕538 頁 (有斐閣, 2011 年) は「いわば最大公約数としての損害の公平な分担という理念」と表現している。

## ●Summary

This article calls for recognition of “comparative negligence” under the Civil Code of Japan. “Comparative negligence” is the doctrine that allows apportionment of damages between those primarily responsible for causing harm and the victims. The doctrine is can be invoked by defendants in both contract and tort cases. This article focuses on contract cases in order to clarify the relationship between the contract and the negligence of the injured party.

In this context, justification of the doctrine is of foremost importance. “Justification” means the reason for imputing some part of the damages to the injured party. In addition to consideration of the Civil Code of Japan, this article views the doctrine of comparative negligence in the United States for investigation into suitable justification.