

## 契約違反における過失相殺の法的性質 (2)

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, 15 卷 3 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  
(以上, 本号)
  - 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

---

### II 日本法における過失相殺法理の発展と課題

#### 3. 不法行為における過失相殺に関する判例・学説の展開

戦後、判例は不法行為の過失相殺を念頭に、被害者の「過失」として斟酌される事由の範囲を広げる方向の解釈論を進めた。その結果、過失相殺に関する学説の議論の中心は不法行為分野の判例の分析と検討に移っていった。しかし、のちに見るように、契約違反においてもここでの考え方に依拠して過失相殺の根拠を考える見解もあり、不法行為における過失相殺の状況を見ることは、契約違反の過失相殺を検討するうえで参照す

---

\* 中央大学法科大学院助教

る意義がある。

#### (1) 判例の展開

判例は、過失相殺とは当事者の公平な損害分担のための制度であることを理由に、「被害者の過失」の対象を広げる解釈を行ってきた。そして、以下で取り上げる判例の判断に基づいて、学説において、過失相殺の根拠に着目した理論的検討が行われるようになった。具体的には、以下の要素について、被害者の過失に該当するかどうかの問題となった。

##### (a) 事理弁識能力

まず、被害者の事理弁識能力を採用した最判昭和 39 年 6 月 24 日<sup>78)</sup>である。これは 8 歳の子供がコンクリート運搬車と衝突して死亡した事例において、その子供自身の過失を理由として過失相殺を認めたものである。問題となったのは、責任能力のない者の過失を過失相殺の対象として斟酌してはならないという従来<sup>79)</sup>の判例が妥当かどうかである。

そこでこの昭和 39 年判決は判例変更を行い、責任能力がなくても、「事理を弁識するに足る知能」があれば過失相殺を適用してよいとした。その理由として、「民法 722 条 2 項の過失相殺の問題は、不法行為者に対し積極的に損害賠償責任を負わせる問題とは趣を異にし、不法行為者が責任を負うべき損害賠償の額を定めるにつき、公平の見地から、損害発生についての被害者の不注意をいかにしんしゃくするかの問題に過ぎない」からであるとした。

これは、交通事故の増加とそれによる高額な賠償金が問題となっていたという社会状況を背景に<sup>80)</sup>、判例が当時の有力説<sup>81)</sup>に依拠して、加害者の過剰な負担を避けるために採用したものであったと考えられる。

##### (b) 被害者側の過失

次に、過失相殺に関して重要な意義を有するのが、いわゆる被害者側の過失を採用した最判昭和 34 年 11 月 26 日<sup>82)</sup>および被害者側の過失論を具体的に定式化した最判昭和 42 年 6 月 27 日<sup>83)</sup>である。判例は、被害者側の過失に関しても、かつては監督義務者の過失は過失相殺において斟酌しないとしていたが<sup>84)</sup>、その後考え方を改めた。まず昭和 34 年判決では「民法 722 条にいわゆる過失とは単に被害者本人の過失のみでなく、ひろく被害者側の過失をも包含する趣旨と解するを相当とする」と述べて、被害者本人以外の過失が斟酌される可能性を認めた。

そして昭和 42 年判決において、「右にいう被害者側の過失とは、例えば被害者に対す

る監督者である父母ないしはその被用者である家事使用人などのように、被害者と身分上ないしは生活関係上一体をなすとみられるような関係にある者の過失をいうものと解するを相当とし」た。その理由として、「同条項が損害賠償の額を定めるにあたって被害者の過失を斟酌することができる旨を定めたのは、発生した損害を加害者と被害者との間において公平に分担させるという公平の理念に基づくものである以上、被害者と一体をなすとみられない者の過失を斟酌することは、第三者の過失によつて生じた損害を被害者の負担に帰せしめ、加害者の負担を免ずることとなり、却つて公平の理念に反する結果となるからである」とした。当時の学説はすでに監督義務者の過失斟酌を肯定していた<sup>85)</sup>ため、判例もその影響を受けたものと思われる。

### (c) 被害者の素因

最後が、被害者の素因斟酌に関する判例法理である。被害者の素因とは、一般には「被害者の肉体的・精神的要因」<sup>86)</sup>を指す。加害行為とそれら被害者の素因が相まって損害が発生・拡大したという場合に、これを損害賠償額の減額事由として考慮するか否かというのが、素因斟酌に関する問題である。

この問題については、下級審判例においては「寄与度」や「寄与率」など概念を用いて、減額事由とする判断がなされてきた<sup>87)</sup>。また、学説においても、「寄与度減責」などと呼ばれる議論が存在した<sup>88)</sup>。他方で、素因を減額事由とすることに否定的な見解も存在し、対立が続いていた。そうしたなか、素因の扱いに関して最高裁が判断を下したのが、最判昭和63年4月21日<sup>89)</sup>、最判平成4年6月25日<sup>90)</sup>、そして最判平成8年10月29日<sup>91)</sup>である。

昭和63年判決は、自動車に乗車中後続車に追突された被害者が頸部を損傷したという事案において「身体に対する加害行為と発生した損害との間に相当因果関係がある場合において、その損害がその加害行為のみによつて通常発生する程度、範囲を超えるものであつて、かつ、その損害の拡大について被害者の心因的要因が寄与しているときは、損害を公平に分担させるという損害賠償法の理念に照らし、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法722条2項の過失相殺の規定を類推適用して、その損害の拡大に寄与した被害者の右事情を斟酌することができるものと解するのが相当である」と述べて、心因的素因を法律的な減額事由とした。

そして本件において、「上告人〔被害者〕の性格は、自己暗示にかかりやすく、自己中心的で、神経症的傾向が極めて強」という「特異な性格」が症状の悪化と固定化を招いたとして賠償額を減額した。

さらに、平成4年判決では、交通事故により被った頭部打撲と、それより前に発生し

ていた一酸化炭素中毒の両方が原因となって呼吸麻痺を発症し死亡したという事例において、この一酸化炭素中毒を過失相殺の類推適用により減額事由と認めて、交通事故による賠償額が減額された。その結果、素因の斟酌は身体的素因にまで拡大されることになった。

ただし、平成8年判決により、身体的素因については、被害者に平均的な体格・体質とは異なる特徴があったとしても、それが「疾患」に当たらない場合には斟酌されないとした。その理由は、「極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合は格別、その程度に至らない身体的特徴は、個々人の個体差の範囲として当然にその存在が予定されているものというべきだからである」とされる。

この判決によれば、疾患、極端な肥満など、通常人の平均値から著しくかけ離れたものかどうかによって、身体的素因の斟酌の有無が判断されることになる。したがって、実際の事例においてはこの通常人の身体的特徴に収まる程度の特徴の人物が多いと予想され、身体的素因については、これを斟酌しないとするのが原則であると言えるだろう。

#### (d) 判例の判断の根拠としての「公平」

これらの判決は基本的に、過失の「パラレル関係」の崩壊を推し進めるものであった。「パラレル関係」とは「過失相殺において被害者が損害の一部を負担するのは、その者が加害者として責任を負う場合と同じ基準によるべきである、という考え方」<sup>92)</sup>と定義され、加害者と被害者の過失に関して同じ基準であるということを「パラレル原理」あるいは「パラレル関係」という<sup>93)</sup>。同じ趣旨で、「加害者の責任成立要件と過失相殺の要件との対称性」<sup>94)</sup>などと言われることもある。そして、このパラレル関係が成立していない状態を、「パラレル関係の崩壊」と呼ぶ。

重要なのは、これらの判例はパラレル関係を崩壊させる根拠として、過失相殺が「公平」のための制度であることを強く意識しているということである。これは過失相殺により賠償額を減額させる根拠を「公平の見地」や「損害を加害者と被害者との間において公平に分担させるという公平の理念」と強調していることから明らかである<sup>95)</sup>。

判例の上記態度を「実質的考量の進展」があったとし、「被害者保護の理念が先行して実現されたのに引き続いて、『公正な賠償』という観点が不法行為に導入された」と捉える見解<sup>96)</sup>や、判例は損害の公平な分担という「損害調整機能」を重視したと指摘する見解<sup>97)</sup>もみられる。

このように、公平に依拠して柔軟な解釈を導く判例の方向性は、裁判官が具体的事案

において妥当だと考える損害額を実現するという現実的要請を重視した結果と考えられる。このような判例の考え方を、ここでは「単純公平説」と呼ぶことにする。

## (2) 学説の展開——過失相殺の根拠に関して

これらの判例の動向を受けて、過失相殺の根拠をより理論的に検討する試みが登場した。その中には判例の結論を理論面から補強・説明するものもあれば、被害者の過失認定には事理弁識能力すら不要であると批判するもの、反対にパラレル関係を重視して責任能力を要求するものなどもある。ただし、ほとんどの学説は、公平というだけでは根拠として不十分であることを指摘する<sup>98)</sup>。たしかに過失相殺が損害の公平な分担を目的とすることは否定のしようがないが、それだけで直ちに具体的要件において加害者と被害者で責任能力の要否や人的範囲の対称性、つまりパラレル関係を崩壊させて良いということに結び付くわけではない<sup>99)</sup>。

そこで、過失相殺によって損害賠償額を減額するには、公平のための制度であることに加えて、減額を正当化するなんらかの別の理由も存在していなければならないという考え方が生まれる。この減額の正当化は大きく三種類のアプローチに分けられる。すなわち、被害者には損害の一部を負担させるだけの帰責性があるというアプローチ、被害者の行為によって加害者の損害賠償責任が縮減されるというアプローチ、過失相殺を損害の金銭的評価の1つとして位置づけるアプローチである。

以下では、それぞれを「被害者帰責論」、「加害者減責論」、「金銭的評価論」と呼び<sup>100)</sup>、上の「単純公平説」とあわせて、そのなかで代表的な見解を見ていく。なお、これらの見解の分類と比較をしたものが、次頁の表となる。

### (a) 単純公平説

#### (i) 伝統的見解

過失相殺となる被害者の行為を「不注意」でよいとし、その根拠を「当事者の公平な損害の分担」という、過失相殺の趣旨に求める説である。現在の判例であり通説とされる<sup>101)</sup>。この見解は、「被害者の過失」とは「不法行為の成立要件の場合のように厳密な意味ではなく、不注意によって損害の発生を助けたということである」と解する。その結果、「加害者の責任能力のように、行為の結果として責任が生ずることの認識能力がある必要はなく、損害の発生をさけるのに必要な注意をする能力があればよい」<sup>102)</sup>とされ、この能力が事理弁識能力とされた。この見解は当時の多数説となり<sup>103)</sup>、さらに判例に採用されることになった。

この見解において被害者の過失は「不注意」でよいとする根拠は、基本的に過失相殺



過失相殺の根拠		加害者の過失との同質性	具体的な場面での過失の性質			
			被害者の責任能力	被害者側の過失	素因斟酌	
(a)単純公平説		否定（不注意）	不要（事理弁識能力）	肯定	（制限付）肯定	
(b)被害者帰責論	(i)	法律・信義則説	肯定（法律上・信義則上の義務）	要求	肯定（公平により特別に）	言及なし
	(ii)	事故支配力・損害抑止説	肯定（事故抑止・損害抑止可能性）	要求	否定的（加害者側の範囲と同一）	否定的
	(iii)	所有者危険負担・損害回避縮減期待説	否定（損害回避期待）	不要（事理弁識能力）	肯定	否定的
(両面論)	(iv)	領域原理・自己危殆化防止義務説	否定（自己危殆化防止義務）	不要	肯定	肯定
(c)加害者減責論	(i)	違法性縮減説	否定	不要	肯定	肯定
	(ii)	因果関係縮減説	否定	不要	肯定	肯定
(d)金銭的評価論		（単純公平説）	否定	不要	肯定	肯定

が「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に尽きる。

(ii) 「過失の客観化」の観点からの修正

単純公平説をとりつつ、「不注意」の意義について理論化した見解も存在する<sup>104)</sup>。ここでは、被害者の過失について「被害者のリスク負担事由にすぎないのであるから、加害行為に適する帰責事由である必要はない」という意味での「自己過失」であるとする。そしてこの「自己過失」は、加害者の過失としての「真正の過失」、すなわち義務違反に限られず、「自己の利益防衛上の不注意・怠慢にすぎない」ものも含まれるとする。

この見解の特徴は、この自己過失に「過失の客観化」<sup>105)</sup>の視点を加えているところにある。つまり、「真正の過失について『過失の客観化』が語られたように(……)、自己過失も——その基本的部分に関しては——被害者に期待される行動のパターンからの逸脱として捉えなおさなければならない」とする<sup>106)</sup>。

(b) 被害者帰責論

被害者帰責論は、被害者の行為が一定の行為規範に反したことを問題視し、その違反に対する非難性があることを過失相殺の根拠とする見解である。

そこで問題はこの「一定の行為規範」はどのように導かれるのかということである。これをめぐって、被害者帰責論の中でも多様な見解が主張されている。

(i) 法律・信義則説

被害者には法律上・信義則上求められる義務が存在し、その義務に違反したのであるから損害を分担すべきであるという説<sup>107)</sup>である。この見解では、加害者も被害者も法的な義務を負うとして、加害者の過失との同質性が維持されている<sup>108)</sup>。ここでは行為

規範の根拠として、「法律」と「信義則」が挙げられている<sup>109)</sup>。

ただし、被害者側の過失論については、被害者本人以外の一定の人的範囲にいる者も含むべきという点で、パラレル関係に修正を加えている<sup>110)</sup>。この場合の根拠として指摘されるのは、親子は身分的・経済的に一体であるという家団論的発想<sup>111)</sup>、あるいは財布の同一性<sup>112)</sup>である。これらは基本的には、損害の公平な分担という制度趣旨からの特別な修正と言わざるを得ないのであろう<sup>113)</sup>。

#### (ii) 事故支配力・損害抑止説

単純公平説はじめ、大半の説はパラレル関係を否定する説であるなか、近年その重要性を再確認する見解も表れている。それが事故支配力・損害抑止説である。判例のいう公平な損害の分担は、損害調整機能を重視したものであるとし、現状の判例はこの損害調整機能を重視するあまりパラレル関係の崩壊を進める傾向にあるとする。この見解は、そのような過失相殺の適用場面が広がりすぎることに懸念を示す。

これは、イギリスの寄与過失法理が「損害の抑止」という観点を重視していたことに注目し、日本の過失相殺にも、被害者に損害を分担させるということは「被害者の方にも注意深い行動をとるインセンティブを与えるという意味で事故抑止・損害抑止の機能があるというべきである」<sup>114)</sup>とする見解である。ここでは被害者の行為規範の根拠は「事故に関してその支配力を有する者は、事故を抑止する措置を講じるべきである」という、一種の社会一般的な規範とも思える考え方である。

そして、「過失相殺において考慮される被害者の過失とは、他人に対しての過失と同程度のものであることが必要である」として、パラレル原理の再確認を主張する。その結果、被害者には事理弁識能力ではなく責任能力を要求し（ただし、同時に責任能力そのものを緩和することも提案されている）、被害者側の過失についても、「使用者の被害について被用者の過失が関与した場合」など、使用者責任の裏返しといえるような場面に限定すべきだとする<sup>115)</sup>。

また、素因斟酌についても、これを過失相殺の拡張として処理することは、公平を理由とする安易な拡張につながるとして否定的に解している<sup>116)</sup>。

この見解の意義は、過失相殺の本質が被害者の事故支配力を前提とした損害抑止機能にあることを示し、損害抑止措置という形でより具体的かつ実益のある行為規範の方針を示したところにある。

#### (iii) 所有者危険負担・損害回避縮減期待説

被害者帰責の理由を、所有者危険負担の原理を背景にした、損害回避・縮減についての加害者の期待に反した行為をとったことにあるとする見解である<sup>117)</sup>。

この見解は、損害賠償制度における「所有者危険負担の原理」という「法以前の原理」に着目する。これは「何人も当該損害について（広義の）責任を負うべき者が存在しない場合には被害者が自らその損害を負担するほかはないという補充的帰責原理」<sup>118)</sup>とされる。

損害賠償請求が要件を満たし、責任が成立するとなると、その損害は一度加害者に転嫁される<sup>119)</sup>。この転嫁された損害を再び被害者に戻すのが、過失相殺制度であるとする。この再転嫁を正当化するものとして、被害者は「当該被害者にとって、損害回避・縮減の期待がなされ得るにもかかわらず、それをなさなかった」という帰責性があるからであるとし、この「損害回避・縮減の期待」は法秩序の命令からは導けないが、所有者危険負担という法以前の原理により導かれるとする<sup>120)</sup>。そこで、被害者にはこの「損害回避・縮減の期待」をかけても構わないと言えるだけの能力が必要であり、それが事理弁識能力にあたる<sup>121)</sup>。

#### (iv) 領域原理・自己危殆化防止義務説

この説は、「加害者へは過責原理によって損害が転嫁され、被害者は領域原理によって損害を負担する、このような双方の損害負担を調整するために、両者の義務違反の違法性割合をもとに損害を分配するのが過失相殺である」<sup>122)</sup>とする考え方である。

領域原理とは、「一定の不利益を、その根本原因（損害危険）が誰の領域（影響範囲・活動範囲（Geschäftskreis））にあったかを基準に分配するという危険分配原理」とされる。そして、不法行為における被害者は「自らに生じた損害を第一次的に、過失の有無にかかわらず負担すべき法的地位にある（「所有者は事変による損失を負担する」）」<sup>123)</sup>のであるから、被害者本人やその関係者が寄与した部分の損害は、基本的に被害者の権利領域内における危険の実現であるとする。

この被害者の領域原理を帰責根拠とし、被害者には「過失相殺制度のかぎりでの自己危殆化防止義務」<sup>124)</sup>に対する違反という違法性があると考えられる。そこで、過失相殺とは、過責原理に基づき生じた加害者の違法性と、領域原理に基づき生じた被害者の違法性を対比する「違法性相殺」として再定式化されるとする<sup>125)</sup>。

両当事者の行為義務は、それぞれ過責原理と領域原理という異なる根拠に基づいているのであるから、過失の平行関係が維持される必要はない。素因斟酌についても、領域原理から被害者が引き受けるべきとされる<sup>126)</sup>。

これに関し、所有者危険負担・損害回避縮減期待説と領域原理・自己危殆化防止義務説は非常に近似していることを指摘する分析も存在する<sup>127)</sup>。ただし、その分析も、過失相殺は一度加害者に転嫁された損害を被害者に再転嫁させるものではなく、当初から



損害が分割されるとする点で違いがあるとしている。また、素因斟酌についても、これを被害者の帰責性がないとして否定的に解するか、領域原理に依拠して肯定的に解するかで両見解は異なっている。

### (c) 加害者減責論

加害者減責論は、加害者にどの程度の責任があるかということの問題とする。加害者が損害額の一定部分について賠償責任を負わないことが明らかになれば、その反射的效果として当該一定部分については、被害者が負担するほかないという結論に達する<sup>128)</sup>。

この加害者の責任を減少させる理由により、加害者減責論は2つに分かれる。第一が、被害者の行為が加害者の過失・違法性を減少させるという考え方で、「違法性縮減説」などと呼ばれる。第二が、被害者の行為が加害者の行為と損害との因果関係を減少させるという考え方で、「部分的因果関係論・割合的因果関係論」と言われる（以下ではまとめて「因果関係縮減説」としておく）。

#### (i) 違法性縮減説

違法性縮減説は、厳密には、加害者の非難可能性が減少するとする見解<sup>129)</sup>と加害者の違法性が減少するとする見解<sup>130)</sup>に分けられる。

前者の考え方は、従来「あるか、ないか」に二者択一で考えられてきた故意・過失をその有無だけではなく程度の問題としても捉えられるべきとして、「非難可能性の大小に応じて損害額に程度の差を設けることも可能」であるとする<sup>131)</sup>。そして、被害者の過失を「加害者側の非難可能性の程度を減少させる一標識」として捉える。

後者の考え方は、過失相殺の本質は「加害者の違法性の度合い」であり、「加害者がとるべきであった対応のしかたに欠けるところがあった」かが問題であり、被害者の過失はその枠組みの中で捉えるべきであるとする<sup>132)</sup>。この考え方に基づき、判例の事理弁識能力説は「過失相殺を広く行いうるための一つの方便ないし技術にすぎないのではないか」とし、被害者側の過失についても、被害者に事理弁識能力すらない場合における「加害者の責任を軽減するための一つの擬制」と位置付ける。

これらの説は、被害者の行為を非難可能性・違法性を減少させる一要因として見るので、責任能力はもちろん事理弁識能力すら要求しない、さらに被害者側の過失も考慮するという点で、非常に広範な事情を斟酌することになる<sup>133)</sup>。

これらの見解に対しては、「債務者（加害者）の過失は、債権者（被害者）の過失との比較で決まるものではなく、一定の客観的情況の中でなすべき行為をしたか否かによって決まるものであろう」として、債務者の過失は基本的に債務者の行為に注目すべきであって、債務者の過失の否定と、債権者の行為を理由とする過失相殺による責任の免除

は異なるものであるという批判が存在する<sup>134)</sup>。

(ii) 因果関係縮減説（部分的因果関係論・割合的因果関係論）

過失相殺を因果関係の枠組みで理解する見解も存在する。部分的因果関係論<sup>135)</sup>・割合的因果関係論<sup>136)</sup>といわれるものであり、寄与度減責論と呼ばれることもある。その最も顕著な特徴が、因果関係を「あるか、ないか」の択一的なものとはせず、部分的・割合的に分割され得るものであると観念するところである。そして、被害者の行為により、加害者の行為と損害の因果関係の範囲が狭められる結果、賠償額が減額されるのが過失相殺であるとする。

部分的・割合的因果関係論はいずれも、行為が結果に影響を及ぼした度合い（寄与度）を把握し、その割合に応じて加害者に損害賠償責任を負わせる考え方である<sup>137)</sup>。この考え方は、共同不法行為や自然力が競合した場合など広く適用することができ、過失相殺もその一環として説明される<sup>138)</sup>。過失相殺による賠償額減額の根拠を因果関係に求めるといって、原因説にかなり近い考え方である。

この見解に対しては、寄与度を客観的に把握することは不可能である、「因果関係の概念が理論的に不明確」<sup>139)</sup>になる、「恣意的に判断された結論を追認するためのマジックワードにしかならない」<sup>140)</sup>といった厳しい批判がなされている。

しかしながら、寄与度減責、因果関係の割合的認定という発想は、裁判例において実際に採用されている<sup>141)</sup>。そして、過失相殺との関係でも、「被害者の素因の斟酌」と過失相殺の類推適用という問題として密接に関わっている<sup>142)</sup>。

(d) 金銭的評価論

この見解は、過失相殺は「金銭を算定するための各種の手続きのうちの一つ」<sup>143)</sup>であると、損害の金銭的評価の問題と捉える。

これは損害賠償における保護範囲説に基づく見解である<sup>144)</sup>。保護範囲説において、損害の金銭的評価は裁判官の「創造的・裁量的性格」を有するのであるから、被害者の責任能力、事理弁識能力といった主観的事情は「金銭的評価の一資料」<sup>145)</sup>であり、責任能力がない、事理弁識能力がないということが直ちに過失相殺による賠償額縮減に影響を与えるわけではない。また、被害者側の過失についても、理論的にどこまでの人的範囲が対象かを予め確定することは適切ではなく、被害者の主観的事情同様、具体的事案のなかで裁判官が自由裁量にのっとり斟酌するか否かを決定する<sup>146)</sup>。

この考え方についても学説上の批判は強い。例えば、損害の金銭的評価といっても、基準時の問題や逸失利益の算定といった問題と、被害者の行為を過失として評価・認定して減額する過失相殺の問題は性質が異なるというもの<sup>147)</sup>や、主観的事情を金銭的評

価の一資料と位置付ける以上に、裁判官の斟酌の可否という価値判断を正当化する根拠が必要なのではないかというものがある<sup>148)</sup>。

なお、過失相殺の根拠にはあまり言及されていないが、このような広い裁量に基づく判断の正当化は、結局のところ公平の観念に求めるほかなく、強いて言えば単純公平説に属すると言えるのではないだろうか。

#### 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

従来の過失相殺に関する判例と学説は、不法行為に関する問題意識に集中していた。しかしながら、契約違反の場合には不法行為の場合と異なる問題状況があるのではないかという認識のもと、これまでの過失相殺理論に修正を加える見解が登場するようになる。

これが実際に論争として現れたのが、平成 29 年改正民法の審議過程における議論である。そこでは、民法 418 条の債権者の「過失」を、損害軽減義務と言われる概念に基づき言い換えることが議論された。この提案はどのような背景に基づいて主張され、なぜ採用されなかったのか。

##### (1) 平成 29 年民法改正過程における議論

平成 29 年改正民法 418 条では、改正前民法 418 条と比較して、「債務の不履行に関して債権者に過失があったとき」という文言が「債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して債権者に過失があったとき」と変更されている。これは従来の判例<sup>149)</sup>・学説<sup>150)</sup>がほぼ異論なく認めるところであり、ほとんど議論されることなく最終的な改正案にも組み込まれ条文として成立している。

もっとも、改正過程においては、それ以外に複数の論点が表示された。

##### (a) 「契約の拘束力」と単純公平説の衝突

##### (i) 審議における対立点

民法 418 条の改正において最も議論があったのが、債権者の「過失」という文言を変更すべきか否かという問題である。「過失」に代わる文言として候補となったのは「それらを防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったとき」<sup>151)</sup>などであり、これは一般には債権者の損害軽減義務に対する違反とされる。損害軽減義務の導入は改正の審議に先立つ民法（債権法）改正検討委員会における議論<sup>152)</sup>において打ち出され、中間試案にも反映された。

この文言をめぐる、複数の論点が同時並行的に議論されている<sup>153)</sup>。それらは、過

失相殺の制度をどう理解するかという問題、そしてその理解の反映として損害軽減義務という概念が適切かという問題に分けられる。

そして、前者の対立がより本質的なものであり、そこでの対立は、過失相殺の根拠について「契約の拘束力」に基づくことを示すか、それとも伝統的な過失相殺の理解、すなわち単純公平説を維持するかという問題と捉えることができる。

(ii) 損害軽減義務に対する3つの立場

「契約の拘束力」か単純公平説かという対立は、どのような形で具体的に議論されているか。

① 導入論

民法（債権法）改正検討委員会における議論や、民法（債権関係）改正に関する中間試案で示された損害軽減義務は、債権者の行為は契約に照らして判断されるべきであるという観点に基づき、それを明確にするために提案された<sup>154)</sup>。これは、民法415条の改正において問題となった、契約責任において契約の拘束力を基礎とする考え方を過失相殺にも反映させたものといえる<sup>155)</sup>。

しかし結果として、損害軽減義務の導入は反対論が大勢を占め、見送られることになった。その理由は、『『過失』に代えて『それらを防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったとき』という要件を用いると、過失相殺が認められる場面が広くなり債権者にとって酷である場面が生じかねない旨の指摘がある一方で、逆に、過失相殺が認められる場面が狭くなるから妥当でない旨の指摘があり、そもそも要件として不明確であるから妥当でない旨の指摘もあった』からである<sup>156)</sup>。

ここから、損害軽減義務の導入論には、過失相殺が認められる場面が広くなるという批判、そしてむしろ認められる範囲が狭くなるという2つの批判が存在していることがわかる<sup>157)</sup>。

② 過剰論

まず、過失相殺の範囲が広くなるという批判は、損害軽減措置を講じることを債権者の「義務」として位置付けることにより、債権者の行動の自由が過度に制限されるという見解である<sup>158)</sup>。ここではこれを過剰論と呼ぶ。これは、過失相殺の制度理解というよりは、損害軽減措置をとることを義務と位置付けることが適切かどうか重点を置いている。

③ 不十分論

次に、過失相殺が認められる場面が狭くなるという批判は、損害軽減義務では現実に

過失相殺で処理されている事例を処理しきれないという懸念を有している。つまり、過失相殺においては、損害軽減義務という作為的義務のみならず、広く債務不履行や損害に寄与した債権者の事情を捉えて過失相殺事由としているので、債務不履行の場合に斟酌され得る債権者の事情は「損害軽減をしなかった」ということより広く解するべきではないかということである。こちらは不十分論と呼ぶ。これは現状における、なにが過失相殺の事由になるか不明確になっているという問題をむしろ肯定的に捉え、過失相殺の損害調整機能としての柔軟性を重視している。いわゆる単純公平説を支持する見解であると思われる。

過剰論が主に「義務」という言葉に対する懸念であるのに対して、不十分論は、契約の拘束力の考え方を反映させるかどうかという問題で導入論と対立しており、過失相殺の制度理解における対立であると言える。

### (iii) 不十分論への反論

不十分論は過失相殺が公平のもとに様々な事情を個別に考慮してその事例における妥当な損害賠償額の調整を行うことを重視するものであるから、ここでの債権者の事情は必ずしも契約と結びついているとは限らない。審議過程における「現実具体的な注意義務違反、契約関係にあるものの具体的な何らかの注意があつて、その義務違反のみが捉えられて、損害額が算定されているか」というと、決してそうではないと思います。債務不履行によって、債権者側に何ら落ち度がなくて発生する損害が、仮に通常損害なり、特別損害なり、予見可能性で範囲を画されたとしても、何らかの形で債権者側がその発生なり、拡大に関与するなり、積極的な何らかの貢献をしているとすれば、損害の公平な分担という見地から、ある意味で裁判所が裁量的に減額しているというのが実務ではないか<sup>159)</sup>という見解が端的にそれを表している<sup>160)</sup>。

この不十分論に対して、「公平ということで果たして限定機能が働いているのか、前回の415条で申し上げたことと同じですけれども、評価者に対する白紙委任ではないのか。しかも、不法行為ならまだしも、契約の下での債務不履行を理由とする損害賠償が問題となっている場面で、契約の場面で果たしてそのような契約を離れた形での公平というものが制度の根拠として働くというのはいかがなものかというような感じがいたします。」<sup>161)</sup>というように、418条において契約とは別に公平を根拠に債権者の過失を認定することへの批判がなされている<sup>162)</sup>。これらは、契約の拘束力を債権者の過失にも適用するという考え方を背景とする批判であると思われる。

契約の拘束力を背景として、無限定な過失相殺に疑問を呈する考え方は、その他の場面でも随所に指摘されている。例えば、詐欺的商法による債務者の説明を債権者が安直



に信じた場合や、交通事故においてエアバッグがメーカー側の設置ミスという契約違反により適切に作動しなかったが事故自体は運転手の過失によって起こっている場合に、過失相殺を認めることへの疑問を呈する見解<sup>163)</sup>などである。

その他にも、過失相殺の限定事由として、債務者の先行行為に引きずり込まれる形で債権者の過失が誘発された場合に過失相殺を認めることが問題視されている<sup>164)</sup>。これは必ずしも契約の拘束力を意識したものではないが、不十分論の曖昧さを克服し、なんらかの制限を加えるべきであるという点では共通している。

(b) 平成 29 年民法改正の審議において残された課題

最終的に、損害軽減義務導入は過剰論と不十分論のどちらの批判にも十分に応えられるものではないとされ、導入は見送られた。

結論としてほぼ現状維持がなされている改正後民法 418 条は、不法行為の場合との共通性を意識し、過失相殺は単純公平説に基づく制度として広く債権者の事情を考慮する余地を残したと言え、不十分論が求める方向に近いものである<sup>165)</sup>。

民法 415 条の議論において契約の拘束力を意識した改正がなされたのに比して、民法 418 条では必ずしもそうならなかったのは、現状における過失相殺の柔軟性を肯定的に評価する過失相殺の文脈特有の反論があったからであると思われる。もっとも、現状維持をしたからといって、契約の拘束力に基づく根拠づけを否定したことにはならず、今後の解釈によって検討されていくべきものとみることができであろう<sup>166)</sup>。

改正法の審議において残された課題は、まさにこの点であると思われる。審議の過程で、たびたび契約の観点から過失相殺事由を制限する、あるいは過失相殺の基準を明示する必要性が指摘されながら、「損害軽減義務とすべきかどうか」という問題意識が先行し、これらの指摘に対して十分な議論がなされたとは言えない。

契約の拘束力を意識する見解の背景には、債務者の帰責性と比較して、債権者の過失が契約を離れて認定されることへの理論的な疑問が存在していると思われる。つまり、債務者の契約責任を契約の拘束力に基づき捉える一方で、債権者の事情は契約の拘束力を意識せずに従来の広い事情を斟酌するままで良いとすることは、どう説明されるのかという疑問である<sup>167)</sup>。

この問題は、理論的な面に留まらず、当事者意思を無視した形で不当な過失相殺事由の認定がなされるおそれがあるという、実際上の問題につながる<sup>168)</sup>。これを避けるために、「過失相殺の適用が排除される場面について、より掘り下げた明確なルール化」<sup>169)</sup>の必要性はなお高いといえる。

無限定な過失相殺の防止という問題自体は、不法行為の過失相殺においてすでに指摘

されているものではある。ただ、大きく異なるのは、不法行為の場合にはなかった、契約という視点が過失相殺の根拠に影響を与えているという点である。「契約の拘束力」という概念を用いるかはともかく、「当該債務者との関係での合理的な行動、当該契約関係における合理的な行動等の視点」<sup>170)</sup>を意識した検討をする必要性はあると思われる。

## (2) 契約を過失相殺の根拠とする学説の登場

契約違反により損害を受けた債権者が、過失相殺により賠償額を減額されるとき、そこにはなんらかの帰責性・非難性という意味での債権者の「過失」があるというのは、不法行為の場合と同様である<sup>171)</sup>。しかし、契約違反の場合には、当事者の事前合意に基づく行為規範が存在しているのに対し、不法行為の場合にはそのような事前的な合意がなく、具体的状況に即して行為義務が問題とされるという点で違いがある。

そのような違いがあるにもかかわらず、契約違反の過失相殺の理論的検討において、この契約の視点がはっきりと意識されて検討されることは多くなかった。しかし近年は、過失相殺と契約の関係について意識する見解も登場し、これが民法改正での議論にも影響を与えている。

### (a) 「損害分担の合意」と「当事者の行為規範」としての契約

#### (i) 債権者の段階的行為規範

損害分担のルールを合意するものという面から契約を捉え、それが過失相殺の文脈で当事者の行為規範として機能するという見解がある。この見解は、契約違反の過失相殺には、「事後的負担ルールを通じて当事者の行為規範を設定する機能がある」<sup>172)</sup>とし、「不法行為における過失相殺が事後的に衡平な損害分担を図ることにその主たる機能があるのに対して、債務不履行における過失相殺は、債権者が段階的な債務不履行の各場面において何をすべきであったか、という形で行為規範としてはねかえってくる」<sup>173)</sup>という特徴があるとする。したがって、「債権者の誤った対応を過失相殺として考慮することは、債権者に行為義務を負わせるのに等しい効果」<sup>174)</sup>があることになるとされる<sup>175)</sup>。

この見解は、損害の負担ルールとしての契約を意識しつつ、債務不履行が段階的であるという着眼点から、その段階に応じた債権者の行為規範が存在するとした。不法行為と比べて債務不履行が段階的に進行することに注目し、それに対応して当該債務不履行の過程で債権者が取り得る行為にも段階性があるので、その各段階における債権者の行為は規範性を有する。しかし不法行為の場合には、被害者がいくら注意していても避け得ない場合も存在することから、段階性が比較的希薄になる。そこで、債務不履行の場合には、損害の事後的な負担という過失相殺の一般的な性質に加えて、合意に基づく行

為規範がより強く意識されると述べる。

ここでの過失相殺の根拠は、基本的には当事者の合意と捉えられていると思われる。

(ii) 事故抑止の思想

他方で、この見解は、それとは異なるファクターとして、事故抑止の思想も根拠として考えているようにも思われる。債務不履行の段階性を論じた部分で、不法行為における被害者の過失については「こうした小さな過失はいくら注意してもなかなか防げるものではありません。その意味では、小さな過失に対して過失相殺を認めても、事故抑止にはあまり影響しないのではないかと思います」<sup>176)</sup>と述べられている。これは、債務不履行の場合には、注意しても防げない過失は不法行為と比べて少ないため、事故抑止の観点により生きてくるということでもあると思われる。債権者には、事故抑止・損害抑止のための措置をとることが求められるという法政策的判断が前提として存在し、それに基づく行為規範が債務不履行の段階に応じて具体化することになる。この考えは基本的に不法行為の場合と同じであり<sup>177)</sup>、そうすると債権者が事故抑止のために講じるべき措置は、必ずしも契約だけから導かれるとは限らないとも考えられる。

以上から考えるに、債権者の行為規範の導出根拠となるのは、事故抑止の要請と契約の要請の2つであり、債権者の行為規範とはこれらに依拠して判断されるのではないかと思われる。

(b) 「リスク移転のメカニズム」としての契約

(i) 所有者危険負担・領域原理の応用

単に契約に基づいて債権者の過失を考えるのみならず、「契約の拘束力」の視点を強調して過失相殺を捉える見解も近年主張されている。この見解は、不法行為法における所有者危険負担あるいは領域原理の考え方に依拠して、契約とはその領域を合意により定める「リスク移転のメカニズム」<sup>178)</sup>であると分析する。

不法行為においてはこのリスクは所有者危険負担の原理（あるいは領域原理）によって被害者にあるのが一次的な状態であり、このリスクを移転させる制度が不法行為法である。そして、このリスクの一部を再移転させる、あるいはそもそも不法行為によって移転することを一部阻止するのが過失相殺になる<sup>179)</sup>。

一方で、契約違反の場合には「契約が存在すれば、それに関連するリスクが全面的に移転するわけではない。移転するリスクの範囲は契約によって定まるのである。したがって、常に「リスクの全面的な移転→過失相殺による復帰」という二段構造を考える必要はない」と述べ、リスク移転範囲が契約によって定まるとする。そして「自らの生命・身体・財産に生じた損害は、その所有者が負担する」というルールが原則に据えら

れるべきであるから、一定のリスクは債権者から債務者に移転していないと考えるのが正確である<sup>180)</sup>とする。したがって、契約とは、元々債権者が引き受けるはずのリスクのうち一定の範囲を、債務者に対して移転させる合意ということになる<sup>181)</sup>。

したがって、過失相殺をする際には、損害のリスクが債権者と債務者のどちらにあるかの判断が重要となる。

(ii) 「特殊な契約解釈ルール」としての過失相殺

この見解によれば、過失相殺が発生するのは以下の2つの場合である。第一が、「債務不履行の発生に債権者の不注意が関与した場合で、契約解釈によって債務の内容が明確にできず、リスクの配分ができない場合」。第二が、「債務不履行後の損害の発生・拡大に債権者の不注意が関与した場合で、損害のリスクが債務者に移転していない場合」である。これ以外の場合については、そもそも債務不履行にならないか、あるいは債務不履行は成立するが過失相殺が行われないということになる。

そして、第一の場合を特に「特殊な契約解釈ルール」<sup>182)</sup>としての過失相殺であるとする。債務不履行について債権者が関与した場合、「債務者の義務内容が、債権者の不注意というリスクを取り込んでいるものなのか、という判断」が必要になる<sup>183)</sup>。しかし、契約解釈によっては十分に債務の内容が確定できない場合がある。ここで、損害賠償額の調整として過失相殺が機能する。このとき、裁判官は裁量的にリスク分配の判断を行っているだけであり、考慮される債権者の事情は「いかなる意味でも『過失』ではない」とする。そこで、ここでの過失相殺は、ただ便宜上過失相殺と呼んでいるだけで、その内実は債権者の過失を斟酌するものではなく、裁判官の裁量的リスク配分作業としての契約解釈であるとされる。したがって、いわゆる典型的な過失相殺として理解されるべきなのは、第二の場合のみということになる。

以上のような見解は、契約の拘束力の考え方を過失相殺に反映し、過失相殺の適用場面を明らかにするものといえる。ここでの過失相殺の根拠は「契約により一定の範囲において損害が発生するリスクを債権者自身が合意により引き受けたから、あるいは裁判官が契約解釈の結果、当該事由について債権者のリスク範囲としたから」ということになろう。

(c) 「自己危険回避義務」の根拠としての契約

契約に基づく債権者の「自己危険回避義務」を観念するという考え方も存在する。ここでも、過失相殺における債権者の義務の根拠として、契約を基礎に据える。すなわち、過失相殺を契約の拘束力に基づく当事者間のリスク移転・分配に関する制度と理解し、債権者の過失を「契約のもとで損害リスクを回避するためにみずからに課されている措



置を講じなかったこと（契約上の自己危険回避義務）を意味するもの——結果回避義務レベルでは民法709条にいう『過失』と同レベルのもの——<sup>184)</sup>とし、そしてこの具体的内容と違反の有無については「契約の内容に即して判断されるべき」<sup>185)</sup>とする。

### (3) 過失相殺の根拠としての「リスク分配の合意」の内容

ここで挙げた3つの見解は、いずれも過失相殺の根拠は原則として契約、すなわち当事者の合意にあるとされていると考えられる。従来の、不法行為における過失相殺との共通性が重視されて単純公平説に基づく広範な事情の斟酌が一般的な原則とされてきた民法418条において、契約を根拠として意識することは、無限定で不当な過失相殺の防止にとって大きな意義があると考えられる。

しかし、そもそも、過失相殺はリスク分配を合意するとは、一体いかなる合意のことを言うのであろうか。

これについては、契約責任における契約の拘束力におけるリスクの捉え方が参考になる。契約の拘束力を債務不履行における損害賠償責任の正当化原理とすると場合「①債務者が契約において約束した利益状態を債務者が保持していない場合には契約違反が存在するとの立場を基点に据えて債務内容を吟味し、そこからの逸脱をもって債務不履行と捉え、そのうえで、②例外的に、当事者間で合意されたリスク分配あるいは契約類型と結びつけられたリスク分配を超える障害についてのみ、債務者の免責を認めるという方向こそが、わが国の債務不履行損害賠償論の向かうべき方向である（「契約内容」→「債務不履行」→「免責事由」〔責めに帰することができない事由〕）」<sup>186)</sup>という見解が存在する。

過失相殺の文脈で言及される「リスク」も、基本的に分配される構造は同じであると考えられる<sup>187)</sup>。実際のケースにおいては、契約の要素のみ合意してあとは全く合意しないことも多く、考え得る可能性をこと細かく契約書に記し、そのリスクがどちらの当事者の負担とされるかを取り決めておくことは一般的ではない。仮にそのようにしても明文では想定していない事態は当然起こり得る。したがって、このリスク分配とは多くの場合、契約解釈により定められることになると思われる。

契約解釈は一般に表示主義を原則とし、この表示の意味を明らかにすることを指す。したがって、表示から意味を確定することが必要となり、その際の基準とされるのが順番に「①当事者の意図していた目的、②慣習、③任意法規、④信義誠実の原則」<sup>188)</sup>であるとされる。その上で、契約解釈のスタンスとして、契約全体を整合的に、そして当事者が達成しようとした経済的目的・社会的目的に適合するように行うのが前提とされる<sup>189)</sup>。



これらの一般的な解釈の原則に基づけば、契約解釈に基づきリスク分配を定めるには、契約にあたって当事者が意図していた目的が当事者意思を反映するものとして非常に重要な要素となると思われる<sup>190)</sup>。そして、ここでいう当事者の意図した目的とは、契約解除の文脈などで言及される契約目的よりも広い意味であり、契約の要素としての債務の目的のみならず、付随的な個々の規定がそれぞれなにを意図して設けられているのかという趣旨であると思われる。

そこで次節では、契約解釈が、実際の過失相殺事例において具体的にどのように機能しているかという観点から判例を分析し、過失相殺の課題を検討する。

(次号に続く)

#### 注

- 78) 民集 18 卷 5 号 854 頁。
- 79) 最判昭和 31 年 7 月 20 日民集 10 卷 8 号 1079 頁。
- 80) 石橋秀起「報告 1 過失相殺法理の今日的課題」日本交通法学会編『損害賠償の調整 交通法研究第 44 号』4 頁 (有斐閣, 2016 年)。
- 81) 単純公平説を指す。詳しくは本章 3. (2) (a) 参照。
- 82) 民集 13 卷 12 号 1573 頁。
- 83) 民集 21 卷 6 号 1507 頁。
- 84) 大判大正 4 年 10 月 13 日民録 21 輯 1683 頁など。
- 85) 加藤一郎『不法行為 増補版 法律学全集 22-II』249 頁 (有斐閣, 1974 年) など。橋本・前掲注 10) 15 頁も参照。
- 86) 内田貴『民法Ⅱ [第 2 版] 債権各論』418 頁 (有斐閣, 2007 年)。
- 87) 例えば、近年では名古屋地判平成 23 年 5 月 20 日判例時報 2132 号 62 頁など。神戸地判平成 20 年 7 月 29 日労働判例 976 号 74 頁や福岡地判平成 19 年 10 月 24 日判例時報 1998 号 58 頁などは「寄与度減額」という言葉を使いつつ、過失相殺の類推適用を行って減額している。一方、神戸地判昭和 58 年 10 月 21 日判例時報 1116 号 105 頁などのように、寄与度減責と過失相殺を別のものとして扱う裁判例も存在する。
- 88) 例えば、能見善久「寄与度減責」加藤一郎＝水本浩編『民法・信託法理論の展開』215 頁 (弘文堂, 1986 年)。
- 89) 民集 42 卷 4 号 243 頁。
- 90) 民集 46 卷 4 号 400 頁。
- 91) 民集 50 卷 9 号 2474 頁。
- 92) 能見・前掲注 6) 123 頁。
- 93) 例えば、加害者の不法行為責任が成立するための過失を認定するのに加害者の責任能力が要求される場合には、過失相殺により損害賠償額を減額させるのにも、被害者の過失に責任能力を要求するとすることは、パラレル関係を維持しているということになる。
- 94) 橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程 (一)」法学論叢 137 卷 2 号 18 頁 (1995 年)。
- 95) このような判例の態度は、同時期の判例で「不法行為における過失相殺については、裁判所は、具体的な事案につき公平の観念に基づき諸般の事情を考慮し、自由なる裁量によつて被害者の過失をしんじやくして損害額を定めればよく、所論のごとくしんじやくすべき過失の度合につき一々その理由を記載する必要がないと解するのが相当である」(最判昭和 39 年 9 月 25 日民集 18 卷 7

- 号 1528 頁。)と述べていることから何うことが出来る。
- 96) 橋本・前掲注 10) 17 頁。
  - 97) 能見・前掲注 6) 121 頁。
  - 98) 川井健「過失相殺の本質」判タ 240 号 10 頁 (1970 年)。西原道雄「総論—過失相殺の思想」日本交通法学会編『過失相殺・損害賠償と社会保障 交通法研究 12 号』7 頁 (有斐閣, 1984 年)。能見・前掲注 6) 117 頁。
  - 99) それどころか、当事者の公平とだけ言うのであれば、責任能力や人的範囲についても両当事者同じであるべきと考える方がむしろ自然ともいえるのではないか。
  - 100) かつての義務違反説や道徳律違反説 (本稿, II, 2 参照) は、ここでいう被害者帰責論に分類されると考えられる。
  - 101) この見解を支持するものとして、野村・前掲注 61) 383 頁など。
  - 102) 加藤一郎『不法行為』247 頁以下 (有斐閣, 1957 年)。
  - 103) 藪重夫「過失相殺」谷口知平・植林弘・椿寿夫・藪重夫編『総合判例研究叢書 (12)』179 頁 (有斐閣, 1959 年) など。
  - 104) 四宮和夫『不法行為 (事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻)』617 頁以下 (青林書店, 1983 年 (中巻)・1985 年 (下巻))。
  - 105) 平井宜雄『損害賠償法の理論』400 頁 (東京大学出版会, 1971 年)。
  - 106) この「期待される行動のパターンからの逸脱」には、被害者の責任能力はもちろん、事理弁識能力、そして被害者の「行為適格」でさえも必要ない。つまり、被害者の事情であれば、能力的要素を問わず、「行為」に該当しないようなものであっても、極めて広く過失相殺の対象とするということである。そのため、結論においては、違法性縮減説に近いものとなっている。ただし、四宮は違法性縮減説をとるものではないことも強調している。四宮・前掲注 104) 622 頁。
  - 107) 我妻栄『新訂 債権総論 (民法講義 IV)』129, 130 頁 (岩波書店, 1964 年)。同『事務管理・不当利得・不法行為』210 頁 (日本評論社, 1937 年)。
  - 108) この、「自分自身に損害を与えないという義務」の存在を観念するのは、受領義務を信義則に基づいて認めるのに通じる発想である。我妻・前掲注 107)『新訂 債権総論 (民法講義 IV)』236 頁。
  - 109) 厳密には、この義務は端的に「自分自身に損害を与えない義務」が被害者に存在すると考えるのか、「加害者に本来負担すべきではない責任を負わせるのを防止する義務」なのかといった区別があり、この見解は前者になると思われる。この過失は、すでに述べた通り「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」とされ、直接的に被害者に義務を課すものとは若干異なる。もっとも、どちらの説についても、基本的に加害者の過失と被害者の過失は同質のものと考えられており、敢えてこれらを区別する必要は大きくないと思われる。
  - 110) 我妻・前掲注 107)『事務管理・不当利得・不法行為』210 頁。
  - 111) 我妻・前掲注 107)『事務管理・不当利得・不法行為』210 頁。加藤一郎編『注釈民法 (19) 債権 (10)』361 頁 [沢井裕] (有斐閣, 1965 年)。
  - 112) 山本進一「過失相殺と被害者の範囲」ジュリ 431 号 182 頁 (1969 年)、舟本信光「過失相殺における被害者側の範囲」判タ 268 号 176 頁 (1971 年) など。
  - 113) 法律・信義則説は単純公平説と比べて理論的には異なるが、実際のところ被害者に求められる行為規範の程度にどれほどの差があるかは疑問である。加藤は、この単なる不注意なのか信義則上の義務違反なのかという問題は「注意義務をどう解するかの問題」であるとして、「社会共同生活上なすべき不注意」を「信義則上の注意義務」として構成すれば、結局それは加害者の義務違反より軽いものであるという結論には変わりがないと述べている。加藤・前掲注 85) 247 頁。
  - 114) 能見・前掲注 6) 136 頁。
  - 115) このように過失相殺要件を限定しつつ、過失相殺内における実質的考慮については「過失の対等性・非対等性」という概念を定義して、公平な損害分担を図る。これは、加害者は過失によって被害者に損害を与えるのに対し、被害者の過失は加害者に金銭的賠償責任を増やすという意味

- での経済的損失を与える点で違いがあるといった、過失の「質的な差」に焦点を当てるものである。能見・前掲注6) 142頁。
- 116) ただし、過失相殺とは異なる制度としての寄与度減責という形で処理することは否定されないとしている。能見・前掲注6) 144頁。
- 117) 窪田・前掲注10) 200頁以下。解説として、北村良一「民法学のあゆみ 窪田充見著『過失相殺の法理』有斐閣(1994年)」法時68巻11号97頁(1996年)。
- 118) 窪田・前掲注10) 170頁。
- 119) 窪田・前掲注10) 202頁。
- 120) この見解については、「このルールは、損害についてだれも責任を負うものがないときは被害者自身が負担するということであって、過失相殺が問題となる場面のように、加害者が一応責任要件を充たしている場合には、理由にならない」という指摘がされている。能見・前掲注6) 124頁。
- 121) 窪田・前掲注10) 206頁。なお、素因斟酌については、この損害の再転嫁を基礎づける被害者の帰責性を認めるのが困難であり、否定的に解される(窪田・前掲注10) 282頁)。
- 122) 道垣内弘人「民法学のあゆみ 橋本佳幸「過失相殺の構造と射程—責任無能力者の『過失』と素因をめぐって(一)～(五)完」法学論叢137巻2, 4, 5, 6号, 139巻3号(1995～6年)」法時68巻13号233頁(1996年)。
- 123) 橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程(四)」法学論叢137巻6号36頁(1995年)。
- 124) 橋本・前掲注123) 38頁。
- 125) 橋本・前掲注123) 31頁。
- 126) 橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程(五)・完」法学論叢139巻3号37頁(1996年)。橋本は素因斟酌の場合についても被害者は領域原理に基づいて損害を負担し、加害者については、被害者の素因が加害者の「危険範囲(一次侵害との危険性関連を認めうる結果の範囲)」(同31頁)に影響を与えることにより、責任が軽減されるとする。
- 127) 道垣内・前掲注122) 233頁。橋本は窪田のいう所有者危険負担の原理について「法以前の(事実上の)期待にすぎない」と批判するが、道垣内の指摘の通り、所有者危険負担を「法以前」と表現したのは、損害賠償による転嫁前のデフォルト値として被害者に損害が属するという一方で、損害賠償制度という法的ルールの前提として、被害者の損害負担者としての法的地位があるという意味であると考えられ、事実上の期待という批判は当たらないであろう。
- 128) 窪田はこれを間接的に所有者危険負担の原理により説明できるとする。窪田・前掲注10) 169頁。
- 129) 西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号107頁(有斐閣, 1965年)。
- 130) 川井・前掲注98)。
- 131) 西原・前掲注129) 110頁。
- 132) 川井・前掲注98) 10頁以下。
- 133) ただし、西原はむしろ加害者にも責任能力を要求しないという方向でパラレル関係を維持する可能性も示唆している。西原・前掲注129) 111頁。
- 134) 奥田・前掲注7) 644頁[能見善久]。
- 135) 浜上則雄「損害賠償法における『保証理論』と『部分的因果関係の理論』(一・二完)」民商法66巻4号3頁, 同5号35頁(1972年)。
- 136) 野村好弘「因果関係の本質—寄与度に基づく割合的因果関係論」交通事故紛争処理センター編『交通事故損害賠償の法理と実務 交通事故紛争処理センター創立10周年記念論文集』62頁(ぎょうせい, 1984年)。
- 137) これは「割合的, 部分的という文言を相当という文言に変えれば, そのまま相当因果関係の説明としても用いることができよう」という指摘(窪田・前掲注10) 187頁)の通り, 事実的因果関係に対して法的な評価を加えてその範囲を画する相当因果関係説と基本的に同じことを言っていると考えてよいであろう。
- 138) 浜上・前掲注135)「損害賠償法における『保証理論』と『部分的因果関係の理論』(一)」24頁

- は、「過失相殺は『部分的因果関係』の問題であり、本来の意味での過失が問題となる余地はまったくないと解する」とまで述べている。
- 139) 橋本・前掲注123) 17頁。
- 140) 窪田・前掲注10) 188頁。
- 141) 寄与度減責に関する研究として、能見・前掲注88) 215頁、森島昭夫「因果関係の認定と賠償額の減額」『現代社会と民法学の動向 上 不法行為』233頁(有斐閣、1992年)。裁判例の分析として小賀野晶一「因果関係の割合的認定に関する事例研究」交通事故紛争処理センター編『交通事故損害賠償の法理と実務 交通事故紛争処理センター創立10周年記念論文集』97頁(ぎょうせい、1984年)。
- 142) 部分的・割合的因果関係で過失相殺を全て説明することは困難だとしても、因果関係が損害賠償額の減額に一定の役割を果たしていることはたしかであり、因果関係がないという理由で減責できる問題と、因果関係だけでは減責できない問題を分けることが重要であると考え。
- 143) 平井宜雄「過失相殺—その機能と理論的位置—」ジュリ500号176頁(1972年)。
- 144) 平井・前掲注105) 参照。
- 145) 平井・前掲注143) 180頁。
- 146) ただし、平井自身は被害者の主観的事情についての準則を提示しており、裁判官の白紙委任を許容していたわけではない。平井『債権各論Ⅱ不法行為』148頁以下(弘文堂、1992年)。
- 147) 窪田・前掲注10) 175頁。橋本・前掲注123) 28頁。
- 148) 窪田・前掲注10) 175頁。
- 149) 大判大正12年10月20日民集2巻596頁。
- 150) 奥田・前掲注77) 541頁〔窪田充見〕。
- 151) 「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)。
- 152) 民法(債権法)改正検討委員会・前掲注1) 284頁。
- 153) 改正過程の分析を行った窪田によれば、民法418条の改正論点は7つあるとされる(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)』86頁(商事法務、2018年))。そのうち、債権者の「過失」の妥当性に関わるのは、損害軽減義務導入の是非(論点②)、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠と過失相殺との関係(論点③)、損害賠償責任の減額事由として具体的に考慮される事情(論点④)、債務者の故意・過失など過失相殺を制限する法理の要否(論点⑤)である。
- 154) 民法(債権法)改正検討委員会では、「過失」を損害軽減義務で言い換える理由として、過失相殺は「債務不履行から生じた損害について、その損害が当該債務を発生させた契約のもとで両当事者にどのように分配されるのが適切か」という観点で捉えるべきことが挙げられている。民法(債権法)改正検討委員会・前掲注1) 285頁。
- 155) 中間試案の概要において、債権者の「過失」は「債権者が損害を軽減するために契約の趣旨や信義則に照らして期待される措置をとったか否かによって判断されている」という指摘を踏まえていることが示されている「民法(債権関係)改正に関する中間試案の補足説明」123頁(2013年)。
- 156) 法制審議会民法(債権関係)部会部会資料68A「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(3)」18頁。
- 157) ただし、導入論のなかでも、契約に基づく措置であることを明示するなど、文言として適切であるかという点から修正を求める見解も存在した。また、中間試案の「状況に応じて」という文言は一見して契約を基礎においていると読み取るとは困難であり、結局義務の限定機能として働かないのではないかという疑問も存在する。法制審議会民法(債権関係)部会第64回会議事録58頁(岡委員)。
- 158) 例として挙げられているのは、生鮮食品等の時間とともに価値が著しく低下する物品についての売買契約において、納入された目的物について不完全履行があつて債権者が履行を拒絶した結果、目的物の価値が下がった場合において、債権者にはその場で受領して価値が多少下がっていても



- 転売し、代金の差額分にまで損害を縮小する義務があるとされると、債権者に不完全履行の受領を事実上強制することになりはしないかといったような懸念である。(法制審議会民法(債権関係)部会第3回会議事録48頁(三上委員))。
- 159) 法制審議会民法(債権関係)部会第38回会議事録30頁(中井委員)。
- 160) この見解は、過失相殺において寄与度なども考慮すべきだとするが、その部分に対しては、「損害の社会的な公平な分担という発想の下に事情というようなことをおっしゃいますと、それはむしろ722条2項をステージにして形成されてきた事柄なのでありまして、418条の文言のみをいじって、722条2項がそのままになるということについての問題性というものはあるであろうと感じます」(法制審議会民法(債権関係)部会第38回会議事録31頁(山野日幹事))として懸念が示されている。
- 161) 法制審議会民法(債権関係)部会第38回会議事録32頁(潮見幹事)。なお、この見解を具体化したものとして、潮見佳男『新債権総論I』501頁以下(信山社、2017年)参照。
- 162) なお、この最後の発言に対する反論としては「ここで公平と申し上げたのが契約の趣旨・目的と全く分かれたところに、別に存在する公平ということではなくて、結局、契約一本の中ではなくて、その中にどう読み込むかという意味での公平ということです。前回、申しあげました契約の趣旨と社会通念との間で二項対立的に考えるのではなくて、そこに客観的規範を読み込む、ここでは損害の負担をさせるに当たって契約の趣旨の中に公平を読み込む、こういう理解を一応はしているので、限定は掛かると思っているのですが。」と述べるものがある。法制審議会民法(債権関係)部会第38回会議事録32頁(中井委員)。
- 163) 法制審議会民法(債権関係)部会第38回会議事録28頁(道垣内幹事)。道垣内は、過失相殺を契約によるリスク移転により基礎づけることでこの問題への考え方を示している。
- 164) 法制審議会民法(債権関係)部会第38回会議事録28頁(松本委員)。
- 165) 窪田は、損害軽減義務が採用されなかった理由について、この不十分論が主な理由であると分析している。窪田・前掲注153)95頁。
- 166) 法制審議会民法(債権関係)部会部会資料68A「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(3)」18頁。
- 167) 審議過程においても「415条に言うところの責めに帰すべき事由、責めに帰することのできない事由という言葉と、過失相殺のところで行われる418条で問題となっている債権者の過失という言葉とが一体、どういう関係にあるのか」(法制審議会民法(債権関係)部会第38回会議事録30頁(潮見幹事))という問題意識が示されている。
- 168) 「(一般的な視点からは)債権者の過失(不注意)があるとしても、当該債務者との関係では過失相殺が許されないという状況は十分にあり得るし、そのような場面での過失相殺は認められるべきではない」という指摘のとおりである。窪田・前掲注153)107頁。
- 169) 窪田・前掲注153)108頁。
- 170) 窪田・前掲注153)109頁。
- 171) ただし、不法行為における加害者減責論においては、その非難性は明確には意識されず、加害者の違法性判断に吸収されている。
- 172) 能見善久『「痛み分け」社会の民法』落合誠一編『論文から見る現代社会と法』110頁(有斐閣、1995年)。
- 173) 能見・前掲注172)128頁。
- 174) 能見・前掲注172)123頁。
- 175) ここでいう「行為義務」が、債務者の債務とどのような関係にあるかは判然としない。しかし、能見は事前の合意に基づく「損害分担」という形で、債権者と債務者がともに損害を負担するとして両当事者が対等であることを強調していることからすれば(能見・前掲注172)122頁)、不法行為の文脈で被害者の過失として言及されている、「単なる不注意」よりも、債務者の負う債務に近い概念なのではないかと思われる。



- 176) 能見・前掲注 172) 129 頁。
- 177) 能見も、不法行為と債務不履行の過失相殺の段階性の違いについて「これは理論的というより機能的な違い」(能見・前掲注 172) 129 頁)としており、このフレーズの趣旨は、過失相殺の根拠における両者の同質性を意識しているからではないかとも考えられる。
- 178) 道垣内・前掲注 8) 10 頁。この場合の「リスク」とは、ある事由によって損害が発生した場合に、その損害を自らで引き受ける危険性のことをいうと思われる。
- 179) 道垣内の見解によれば、このリスクを不法行為責任成立により一度全面的に加害者に移転させるのが窪田の見解に対する理解、一部のリスクについては移転せずに被害者に留まるとするのが橋本の見解に対する理解である。
- 180) 道垣内・前掲注 8) 12 頁。
- 181) このような見解は、領域原理の考え方で示されている。雇用契約・労働契約で履行が困難になった場合、その事由がどちらの「支配領域」によって生じているかによって決められるということを例に挙げて、「領域原理は、契約法においてならば容易にその存在を指摘しうる」としている。橋本・前掲注 123) 37 頁。
- 182) 道垣内・前掲注 8) 14, 15 頁。
- 183) 道垣内は、「契約においては、債権者に帰属しているリスクが発現したにすぎない場合は、そもそも債務不履行ではなく、過失相殺の問題は生じない」とする。リスク移転の有無が判明するならば、過失相殺をするまでもなく、債務不履行になるかならないかで決まるとしている。道垣内・前掲注 8) 12 頁。
- 184) 潮見・前掲注 161) 504 頁。ここで従来民法 415 条の帰責事由として債務者に求められていた「過失」を挙げず、民法 709 条としたのは、平成 29 年民法改正により、民法 415 条の債務者の帰責事由が、債務者が契約の拘束力から免責される事由として再構成され、過失責任主義が否定されたとする理解によるものではないかと思われる。
- 185) 潮見・前掲注 161) 505 頁。
- 186) 潮見・前掲注 161) 377 頁。
- 187) 潮見の見解に基づけば、自己危険回避義務という契約に基づく一種の「債務」に近い義務を負い、その違反があった場合に、リスク分配の視点からの免責事由を考えるということになると思われる。
- 188) 加藤新太郎「改正債権法と裁判実務」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学 I 総論・総則』198 頁(商事法務, 2018 年)。
- 189) 加藤・前掲注 188) 198 頁。表示が不明確な場合には補充的解釈を、表示が条理に照らして不当とされるときには修正的解釈を裁判官が行うこともある。
- 190) 交通事故におけるエアバッグの誤作動の事例において、運転手が交通事故を起こしたという過失を過失相殺事由としないのも、エアバッグが交通事故を前提とした運転手の保護を目的とすることに依拠して契約解釈をした結果であろう。

● **Summary**

The justification of “comparative negligence” has primarily been discussed in tort cases. The most popular explanation is “fairness” to both parties. Courts have adopted this approach and have considered the circumstances of victims that affected the damage caused by other parties. Counterarguments have been made, however, that “fairness” is too ambiguous to serve as a justification .

In considering comparative negligence in contract cases, the behavior of parties can be thought to be regulated by their agreement . In other words, fault should be found in accordance with their contract. This opinion affected the 2017 amendment of the Civil Code.