

契約違反における過失相殺の法的性質 (3)

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, 15 卷 4 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
(以上, 本号)
- 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

5. 契約違反における過失相殺に関する判例の展開

(1) 契約違反における過失相殺の適用類型

不法行為における過失相殺の事例に比べて数は少ないが、契約違反における過失相殺が適用される事例にも多様なものがある。それらの事例について裁判所は、いかなる理由で債権者に一定の行為をすべきと考えているのか。

* 中央大学法科大学院助教

これを契約との関係で分析したとき、債権者の作為・不作為が契約違反や損害の発生・拡大に関与している事案は、契約で債権者がその行為をすることが想定されている類型と、想定されていない類型に分けることができる。

契約で想定されている類型とは、問題となっている債権者の行為が、契約違反の有無等の事情にかかわらず、契約上求められているとされる場合を指す。これを「契約想定型」と呼ぶ。

そして、契約で想定されていない類型とは、問題となっている債権者の行為に関して契約における事前的な取り決めは認定されなかったが、具体的事情から債権者に一定の行為を行うことが求められていたとされた場合を指す。こちらを「契約非想定型」と呼ぶ。契約非想定型はさらに、債権者の行為がなんらかの義務に反していたと認定する場合（義務違反認定型）と、義務違反の有無よりも因果的な寄与があるかにより判断される場合（因果的寄与型）に分けることができる。

もちろん、契約で想定されているかいないかという区別は、必ずしも厳密に行うことができるものではなく、契約解釈のあり方によっても変動すると思われる。ここでは、債権者の行為が、違反の有無にかかわらず元から求められていたのか、それとも実際の契約違反やそのおそれといった具体的状況に着目しているか否かにより区別することにする。したがって、例えば雇用契約における安全配慮義務違反の事例でも、契約想定型に属するか、非想定型に属するかで違いが生じ得る。

多くの判例においては、これらの種類のうちの一種類だけでなく、異なる類型に属する複数の事由を債権者の過失相殺事由として挙示し、まとめて過失相殺が認定されている。

また、過失相殺を適用するにあたっては、契約締結上の過失や医療過誤など、不法行為の事案としても処理され得るものもあることから、実際民法722条2項が適用されているケースや、「民法418条ないし同法722条2項を適用し」¹⁹¹⁾とするか、あるいはどちらの条文かを明言せず、適用条文の判断を回避しているケースも存在する。しかし本稿では、これらの事例についても、契約が存在する（あるいは契約を前提とした）事例であることに着目し、民法418条の問題として捉えることにする。

なお、以下の類型においては、基本的に契約違反による債務不履行責任が認められたことを前提に、過失相殺が認められるか、あるいは認められずに債務者が全額負担することになっている事例を扱う。したがって、債権者が損害を全て負担する場合、すなわち債権者に損害が発生したが契約違反はなかったとされた場合は含まれていない。そのため、リスク分配の視点から言えば、以下の事例は損害について少なくとも一部分は債務者が負担することとされている事例になる。

(a) 契約想定型

契約想定型の特徴は、債権者の行為が、契約の有無といった具体的事情に即して判断されるのではなく、元々の契約から債権者が行うべきであるかどうかという観点から債権者の義務が判断されるというところにある。ここでは、3つの場合が考えられる。第一は、債権者の行為は、債権者が自己の責任において自主的に行うべきとされる場合、第二は、債権者の行為は、債権者と債務者が協力して行うべきとされる場合、第三は、債権者の行為は、債務者の責任においてその結果を負担すべきとされる場合である。

従来裁判例においては、上記のうち、第一と第二の場合で、債権者の過失が認定されて過失相殺がなされる。他方、第三の場合では、過失相殺の可否が争われた結果、その適用が否定されている。

(i) 自己責任型

これは、債権者の行為が、契約上、債権者自身の責任で自主的に行うべきであるとされる場合である。

例えば【1】大阪地判平成22年5月12日判時2090号50頁は、フランチャイズ契約の締結時に、フランチャイジーになろうとする者が、フランチャイザーの売上予測の提示を受け、それを信じてフランチャイズ契約を締結し開業した事案で、当該売上予測が客観的な合理性を欠くものであったとしてフランチャイザーの信義則上の情報提供義務違反を認めた。そのうえでフランチャイジーは、自己の経営責任のもとに事業による利潤を追求するのであるから、フランチャイザーの説明を単に信用するのではなく、自ら主体的に契約に関する情報を調査して吟味し、自己の責任で加入を判断するべきであるとし、過失相殺をした¹⁹²⁾。

このように、事業者が顧客に対して行った説明に不適切な点があり、それが事業者の説明義務違反・情報提供義務違反を構成するとしても、顧客としてはそれを鵜呑みにするべきではなく自ら情報を調査するべきであるとされ、それをしなかった、あるいは自己の責任で判断したのであるから損害の一部を負担すべきとして過失相殺がなされる裁判例は多く存在する¹⁹³⁾。

説明義務違反以外の場合では、委任契約に関する善管注意義務違反の場合に、債権者も自主的に調査する義務を認めるものがある。例えば、【2】東京地判平成26年11月17日判時2247号39頁は、不動産の売買契約における買主が司法書士に対し、売主が土地所有者本人であるかどうかの確認も含め、所有権移転登記申請手続を依頼したが、司法書士は売主が実際には無権利者であったにもかかわらず、権利者本人であると誤認し、売買契約が締結された事案において、司法書士の善管注意義務違反を認めたが、債

権者についても、真の権利者が誰であるかは、権利を取得する買主が自らの責任において事前に十分な調査を尽くすべきであるのにそれをしなかったとして過失相殺を行った。

この事例においても、本人確認などの取引上の情報については、司法書士が善管注意義務に違反しているかどうかとは直接関係なく、契約上依頼者が独自に調査するべきものであるとしている。

(ii) 協力型

これは、債権者は債務者に協力することが契約上求められているとされる場合である。自己責任型では、債権者の行為は債務者の債務の履行それ自体に対しては必ずしも関係がないのに対して、協力型では、債務者の債務の履行が適切に行われるべく債権者が補佐すべきとされている点が異なる。具体的には、債権者が債務者の指示や規則に従い行動すべきとされるケースや、反対に債権者が債務者に対して一定の指示や情報提供をすべきとされるケースがこれに該当する。

前者について、これは医療行為における善管注意義務違反の事例での患者の行為などにおいて問題となる。例えば、【3】長野地松本支判昭和47年4月3日下民集23巻1～4号149頁は、捻挫の治療を行った柔道整復師が、患者に凍傷の兆候があったにもかかわらずこれを見過ごし快方に向かっていると速断した結果、病状が進行し患者が凍傷により足を切断することになった事案で、柔道整復師に準委任契約に基づく善管注意義務違反を認めた。そのうえで、債権者について、「診療が適切に行われるためには患者の協力が必要であることはいうまでもなく、また患者が診察を行う者の指示に従わなければならないことも当然」とし、実際には患者は安静にしているようにとの整復師の指示に反し自転車で外出し、別の医師による入院勧告にも従わなかったなどの行為があることから、これが過失相殺事由にあたるとした。

また、労働災害事件における安全配慮義務違反が問題となった事例でも、安全配慮の対象となる債権者の安全を、債権者自身も守る必要があるとされることもある。【4】大阪地判平成23年3月30日判時2133号41頁は、石綿製品製作会社が、石綿の粉塵飛散対策を十分にとっていなかったとして、関連企業の従業員に対する安全配慮義務違反を認めた事例において、労働安全衛生規則やじん肺法を参照しつつ、当該従業員が衛生管理者であり社会保険労務士の資格を有していたという立場を踏まえ、防塵マスクを支給するよう要請するといった従業員自身が主体的に粉塵発散の抑制や保護具の使用等の措置をとることが求められているとされた。

安全配慮義務においては、義務の対象となる従業員の安全は、まさに債権者自身の生命身体に関するものであり、安全配慮義務の履行には従業員の協力が前提とされている。

ここでも、仮に適切な指示がなかったとしても、従業員は自らの能力や地位に応じて安全に作業することが求められているとされている。同趣旨の判断は、労働災害事件において多く見られる、使用者による作業機械の説明不足や安全対策の不備についての安全配慮義務違反に対して、従業員の作業ミスが過失相殺事由とされる場合もこれに含まれる¹⁹⁴⁾。

後者については、請負契約などに見ることができる。例えば、【5】神戸地判平成15年2月25日D1-Law.com判例体系28081760は、建築請負契約において、注文者の不適切な指示に基づいて建築士が設計書を作り、それをもとに請負人が建築を行った結果、建築基準法に適合しない建物になった事案において、注文者の指示があったことは民法636条(平成29年改正前)の「指図」には当たらず、建築士の設計内容が建築基準法に反していることを看守し得たのに、設計変更の要請や工事拒否等の措置をとらなかった請負人には損害賠償責任があるとした。そのうえで、注文者が設計内容の違法性を認識しながらそれでも指示をしたことは民法636条の法意により過失相殺事由にあたるとした¹⁹⁵⁾。ここでは、注文者としては法令に適合しない指示は控えるという形で、債務の履行に協力することが求められているとされている。

(iii) 債務者負担型

これは、問題となっている債権者の行為について、債務者には債権者の当該行為により生じる結果も含めて責任を負うということが契約に含まれているとされる場合である。いわば、自己責任型と協力型が債権者は一定の行為をすることが契約で想定されていたのに対し、債権者が当該行為をしなくてよい(当該行為をしても責任を負わない)ということが契約で想定されている場合である。この場合、債務者にとっては、債権者が一定の行為を取る可能性を考慮し、それに対する対策をすることも、債務の内容に含まれると構成される。

これを示した最高裁判例が、【6】最判平成26年3月24日集民246号89頁である。この事案では、過重な労働によりうつ病に罹患した従業員について、会社の安全配慮義務違反が認められた。そこでさらに、従業員が精神科医院への通院の事実や診断された病名等を会社に報告していなかったことが過失相殺事由になるかが争われ、裁判所は以下のように述べて、過失相殺事由にはならないとした。

「上告人が被上告人に申告しなかった自らの精神的健康(いわゆるメンタルヘルス)に関する情報は、神経科の医院への通院、その診断に係る病名、神経症に適應のある薬剤の処方等を内容とするもので、労働者にとって、自己のプライバシーに属する情報であり、人事考課等に影響し得る事柄として通常は職場において知られることなく就労を継

続しようとするのが想定される性質の情報であったといえる。使用者は、必ずしも労働者からの申告がなくても、その健康に関わる労働環境等に十分な注意を払うべき安全配慮義務を負っているところ、上記のように労働者にとって過重な業務が続く中でその体調の悪化が看取される場合には、上記のような情報については労働者本人からの積極的な申告が期待し難いことを前提とした上で、必要に応じてその業務を軽減するなど労働者の心身の健康への配慮に努める必要があるものというべきである。」

これによれば、労働者の精神的な状態やそれに関する情報については、そのプライバシーが重視されるという性質上、労働者は必ずしも自らそれを申告することは求められず、使用者が従業員の勤務状況等から精神状態を判断し、配慮することも、雇用契約上の安全配慮義務の一環であるということになる。

こうした、債権者が一定の行為に及ぶことを前提に、それに対処することまで債務に含まれているとする事例は下級審においても存在する。例えば、【7】神戸地伊丹支判平成21年12月17日判タ1326号239頁では、認知症対応型共同生活介護施設において、入居者が転倒事故を起こしたことに付き、施設側の注意義務違反を認めた。そのうえで、入居者が歩行中バランスを失ったことが過失にあたるかにつき、以下のように述べて過失相殺の適用を否定した。

「原告と被告は、原告が認知症にあり、要介護状態にあることを前提に、本件契約を締結しており、被告が原告に対し、本件契約上、対価を得て介護サービスを提供する立場にあるのであるから（疾患を有する患者に対応する医療契約と類似した性格がある。）、契約関係にない事故の場合と同様には、過失相殺の類推や素因の存在を理由に損害賠償責任を減額するのは相当ではない」。

また、【8】東京地八王子支判平成20年5月29日判時2026号53頁においては、心身障害児学級において、自閉症児が無断で体育館の倉庫に入り、教師に叱責され倉庫の扉を閉められた結果、児童が倉庫の窓から出ようとして転落したという事案においても、裁判所は、学校は児童が自閉症児であることを前提に、そのために設けられている学級に受け入れており、児童の特徴を把握することができたのであるから、自閉症に由来する特異な行動であることを理由に過失相殺をすることは不当と判断した。

上記2つの事例で裁判所は、精神疾患等により特異な行動をする可能性のある人物を受け入れる施設は、その疾患に基づく特異な行動が発生することを前提とした安全対策を講じることが契約上の義務の内容を構成するとしている。

専門家に対する業務の委託についても、同種の判断をしたケースが存在する。【9】東京高判昭和32年7月3日高民集10巻5号268頁は、土地を購入するため不動産業者

に取引を任せていたところ、偽の売主に売買代金を騙し取られた場合において、不動産業者の注意義務違反による損害賠償責任を認めた。そのうえで、買主が自ら相手方の事情を調査しなかったことについての過失相殺の可否が争われ、裁判所は、不動産業者は専門的な知識経験を有しそれを業務としているのであるから、買主はそれに対して対価を支払っている以上、業者が適切な取引を行うことを期待し自ら調査しなかったからと言って過失があるとすべきでないとした。

(b) 契約非想定型

契約非想定型とは、契約上元から債権者に一定の行為が求められていたと認定はせずに、契約違反やそのおそれが生じているといった具体的な状況に即して判断し、過失相殺がなされる類型である。

これはさらに、問題となっている債権者の行為が想定外であったとしても、債権者には契約違反やそのおそれ、損害の発生・拡大に関して一定の行為をすることが可能であるのにしなかったという意味での義務違反があると認定する場合と、義務の有無といった視点を離れて、単に債権者に損害に寄与する行為・事情があったかにより検討される場合に分けられる。

(i) 義務違反認定型

これに該当する事案は、現に契約違反や損害が発生・拡大しているか、あるいはそのおそれがあり、債権者がそれを認識していながらこれを放置したとされた場合、あるいは、債務者が責任を持つとされていたとしても、その想定される範囲を超えて債権者の行為が関与したとされた場合などである。

前者について例えば、放置した場合の事例として、【10】仙台高判昭和62年4月27日判時1238号93頁では、根抵当権設定登記の申請手続きを依頼された司法書士が、手続きのために合理的に期待される期間をはるかに過ぎて登記申請手続きをしたため、第三者がそれに先んじて根抵当権設定登記を行ってしまったことについて、司法書士に善管注意義務違反があるとされた。そのうえで、債権者は委任者として、事務処理上相当な期間を経過しても受任者からの報告がない場合には、それを不審に思い、調査すべきであるとし、そうしていれば先順位根抵当権設定登記の存在に気付いて貸付を控えるなど損害の拡大を防止することができたとして過失相殺を行った。

さらに、損害が発生しているのを現認した場合にはそれを止めるべきであるとされた事例として【11】高知地判昭和59年5月15日判時1140号128頁がある。ここでは、魚を生け簀から移動させるポンプの売買契約において、売主が当該ポンプの説明で「活魚の吸い上げ、搬送に最適、うなぎの場合全く無傷」と記載し、特に「うなぎの場合全

く無傷」の部分、太字で目立つように記載していた。しかし、買主が実際に当該ポンプを購入して使用しウナギを搬送したところ、ウナギが損傷したため、買主は損害賠償を請求した。裁判所は、魚を無傷で搬送するということを黙示に約諾したものであると認定し、売主の損害賠償責任を認めた。そのうえで、買主にも、「養鰻が傷を負って搬送されてくるのを現認したのであるから、それ以降死傷魚が続出することのないよう細心の注意を払って監視し、もし死傷魚がなお搬送されてくるようであれば直ちに実演の中止を求める義務」があるとし、これを怠ったとして過失相殺を行った。

後者について、例えば【12】大阪地判平成9年5月12日判時1626号102頁は、寮生活をしてきた未成年の従業員が、寮の入り口が施錠されていたため雨樋をつたって3階の窓から寮に入ろうとして転落死した事案において、使用者には、従業員の寮の使用について危険な行動をとらないよう注意しておくべきであり、また施錠した場合の対応を予め決めておく等の対策を講じておくべきだったのに、それをしなかったという安全配慮義務違反があったとした。そのうえで、従業員も、3階から雨樋を伝って侵入するという危険な行為を行ったことが過失相殺にあたるとした。

さらに、【13】福岡高判平成21年4月10日判時2053号47頁は、パチンコ店に連れてこられキッズルームと呼ばれる部屋に置かれた女兒が、同じく同店に連れてこられた男児と遊び、男児の押す台車に乗って店外に出たところ自動車に轢かれ死亡したため、女兒の両親がパチンコ店の経営者に安全配慮義務違反による債務不履行責任を追及した事案で、幼児用スペースを設けて同伴の来店を認め、実際に従業員からも子供を預かる旨の発言があったのであるから、パチンコ店の経営者には付随的な安全配慮義務として監護を補助する義務があるとした。しかし、被害女兒の親についても、女兒を6時間以上放置してゲームに熱中していたのであるから、その状況で女兒が店外に出るのは自然であり、女兒の保護について主たる責任は親にあるとして、過失相殺を行った。

(ii) 因果的寄与型

これは、損害に対して、契約上の視点を重視せず、債権者の行為や事情が関与しているということをもって過失相殺事由とする類型である。例えば【14】神戸地判平成23年4月8日労判1033号56頁は、従業員の過労による疾病が生じた場合において雇用契約における安全配慮義務違反を認めたとうえで、「原告の心臓機能障害の発症には、原告が当時有していた高脂血症のリスクファクターが身体的要因として寄与していたものと認められるから、原告の損害額を決定するに当たり、公平の観点から、民法418条を類推適用して、これを斟酌するのが相当である」として過失相殺を行った。

このように、元から債権者に損害に寄与する事情があり、債務者に明確な義務違反が

ないと言えるような場合にも、過失相殺がなされることがある¹⁹⁶⁾。この類型は契約に基づいた視点よりも当該状況における行為の妥当性に着目するという点で、不法行為における過失相殺のなかでも、特に素因斟酌の問題とほぼ同じであると言えることができる。

そこで、契約規範の意義を明らかにするという本稿の問題意識に照らし、以下の検討ではひとまずこの因果的寄与型は措き、契約想定型と契約非想定＝義務違反認定型に注目することにする。

(2) 過失相殺類型における契約規範の意義

(a) 契約想定型と契約非想定型の判断構造の違い

契約想定型と契約非想定型では、債権者の行為を契約が想定しているか否かにより分けることができるとした。しかし、契約非想定型、特に義務違反認定型は、債権者に損害と因果関係を有する作為・不作為があったことを前提に、債権者にも当該作為・不作為をしないという一定の義務があるとし、その違反があるとすると、一見すると契約想定型と非常に似ており、両者の区別は困難であるとも思える。

それでもなお、両類型は、債権者の行為分析の出発点が異なっていると見ることができる。すなわち、契約想定型においては、問題となっている債権者の行為について、その行為が契約上求められているかという検討をまず行い、そこで義務の存在が肯定された場合に、債権者が当該義務を履行したかという、債務不履行責任の認定と同様の手順で考えている。これに対し、契約非想定型においては、債権者がその状況で可能な行為が存在することを前提としたうえで、その行為を実際に行ったかどうかというところから分析が始まっており、一種の結果論的な発想で債権者の行為が検討されている。

例えば、契約想定＝協力型の【4】と、契約非想定＝義務違反認定型の【12】を比較してみる。両事例とも使用者の安全配慮義務違反が問題となっているが、【4】では債権者の地位や法令を根拠に、従業員としての行為義務の存在を認定しているのに対し、【12】では、「もっとも、本件事故は、亡一郎〔債権者〕と一緒にいた訴外丙川が一階入口を開いてもらおうとしていたのを制止して雨樋を登って三階窓から侵入するという極めて危険な方法で寮に入ろうとして起きたものであって、その責任の大部分は亡一郎にあるものと認められる」という形で、債権者の行為それ自体の危険性に着目して過失相殺を認定している。

また、司法書士の善管注意義務違反が問題となった【2】と【10】においても同様のことが言える。【2】では依頼者に対し、取引の相手方の本人性確認は依頼者にも求められるとし、これは司法書士が本人性確認をするか否かにかかわらず、不動産取引にか

かる委任契約の性質上、依頼者もすべきであるとしている。これに対し【10】では、司法書士の事務手続きが遅れており連絡も来ないという状況に違和感を持ち、それを不審に思い問い合わせるべきであるとし、契約違反を疑わせる不審な事由があるという、その場の状況に着目して義務を認定している。

このような両類型の判断構造の違いは、義務違反の認定にも影響をもたらす。契約想定型では、債務者負担型のように、そもそも債権者は問題となっている行為に関する義務がないとされることがあるのに対して、契約非想定＝義務違反認定型では、この過程を経ずに、現実にも可能であった行為を実際にしたかどうかで判断される。例えば、【15】東京地判平成26年7月15日判時2238号53頁は、購入した種子に生育障害があり、種子を肥料に加工する業者である買主が損害を被った事例において、損害発生の原因が種子の生育障害にあると特定された時点で買主は損害拡大を防止する措置をとるべきことを前提に、実際に買主は当該種子を使用した肥料を回収しているとされ、過失相殺が否定されている。

(b) 契約想定型における過失相殺の根拠

(i) 当事者の合意に基づくリスク分配

契約想定型、特に過失相殺がなされる自己責任型と協力型においては、過失相殺の根拠、すなわち債権者の義務を導く根拠はまさに契約に求めることができる。

判例においては、これを明確に表し、債権者に求められる行為とは契約上の義務であると構成されることがある。例えば、【16】札幌高判平成20年8月29日判時2029号27頁は、安全配慮義務違反の事例において、「使用者に安全配慮義務違反があったときに、被用者に過失相殺されるべき過失があるのは、被用者が雇用契約上労働災害等を防止すべき義務を負っていて、これを怠った場合に限られる」とした。

ここでは、被用者の雇用契約上の義務として労働災害を防止する義務が存在しうることが示されている¹⁹⁷⁾。このように、債権者にも契約上生じる義務が存在し、それに違反していることが自らの損害を生じさせたとする考え方は、債務者の債務不履行責任とパラレルに考えることができる。したがってこの場合の債権者の責任は事実上、1つの損害に対して、両当事者が共同で債務不履行責任を負っているのと同じ状態とすることができる。

この構成によれば、債権者の過失相殺事由とは、もし仮に債務者に損害を与えていれば、債務不履行責任を追及され得る性質の義務違反であるということが出来る。この考え方は、安全配慮義務違反の場合だけでなく、ここまで挙げた説明義務違反や善管注意義務違反の場合においても当てはまると思われる。

もっとも、過失相殺事由となる債権者の行為は契約上の義務であると必ずしも明示的に構成している判例ばかりではない。それでもなお、契約想定型では、契約解釈により過失相殺の根拠を契約に求めることができる。

それを示すのが、【2】と【9】である。両事例はともに、不動産取引において、依頼者が不動産取引に関して司法書士・不動産業者に委任をし、受任者が注意義務に違反して売買の相手方が真の権利者でないことを見抜けなかった結果、依頼者が取引上の損害を被ったという事例である。ここで両事例とも受任者には注意義務の一環として相手方の本人性確認が問題とされたが、【2】では本人性確認は依頼者も自己の責任において行う必要があるとされたのに対して、【9】ではその必要はないとした。

このように結論が異なった理由は、契約におけるリスク分配という視点から説明することができる。すなわち、【2】においては、取引の相手方の本人性を確認する責任、言い換えれば「本人性の確認を怠ったことで生じる損害のリスク」を債権者である依頼者も負担すべきであると解釈されたのに対し、【9】においては、そのリスクは債務者が負担すべきであり、債権者が負担する必要はないと解釈されたのである。

リスク分配という視点は、過失相殺が否定された【7】と【8】の事例においてより明確に把握することができる。すなわち、これらの事例における債務者はともに、認知症、あるいは自閉症といった精神的な疾患を有する者を受け入れることを前提とした施設であり、受け入れ対象の疾患に関して一般的に想定される行動から生じる損害のリスクについては、債務者が引き受けていると解釈されているのである。

債権者の行為は債権者の契約上の義務であるとする見解も、その意味するところは過失相殺における契約解釈に基づくリスク分配の合意と基本的に同じであると思われる。いずれの言い方であっても、過失相殺の根拠として、債権者の一定の行為をしないことによる損害はどちらが引き受けるのかという問題について、当事者が合意をしているという理由で正当化しているという点で共通するからである。

したがって、契約想定型においては、過失相殺の根拠は当事者の合意としての契約に求めることができる。

(ii) リスク分配に関する契約解釈の在り方

それでは、このリスク分配に関する契約解釈はどのようにしてなされているか。これに関しては、単に契約の文言によるのみならず、個別の事情における多様な事情が斟酌されて決せられていると思われる。例えば、安全配慮義務違反が問題となった【4】と【6】で、そのような傾向を見ることができる。【4】においては、石綿による健康被害において債権者である被用者にも、自己の安全に注意し、石綿の吸引を防ぐための相当な措

置をとることが求められるとされた。これに対し、【6】では、被用者は使用者に対し、過労による精神疾患に関して自ら通院歴や病状などを報告する必要はないとされた。

この違いは基本的に、「債権者自身に対する労働災害を防ぐために有効な措置を講じなかったことで生じる損害のリスク」の分配に関する解釈の違いと見ることができる。【4】では、じん肺法や労働安全衛生規則といった法令や規則、あるいは被用者の地位や能力に鑑みて、損害のリスクは被用者自身も負担すべきであるとされたのに対し、【6】では問題となっている報告の内容がプライバシーに関わるといった情報の性質から、債権者が報告しないことによって生じる損害のリスクを使用者が負うべきと解釈されたのである。

また近年では、より明確に過失相殺におけるリスク分配を意識した判断もなされるようになってきている。【17】東京高判平成25年7月24日判時2198号27頁は、証券会社が行った株式注文の誤発注に対し、証券取引所の提供するシステムに不具合が存在したため発注の取消注文が正常に機能せず、証券会社が損害を被ったとして損害賠償を請求した事案において、取消注文以後の売買損失をどちらが負担すべきなのかという点が争われた。そこで、取消注文以後の売買損失のリスクは証券取引所側が負うべきであるという合意があったという証券会社の主張に対し、裁判所は、取引参加契約においてそのようなリスク分配をする旨の明文の規定は認められないとしたうえで、「取消注文」という手続きが存在するのは、誤発注に関する事後処理ルールを定めたのであって、このことから直ちに、取消注文以後のリスクを証券取引所が全面的に負担するとのリスク分配の合意を導き出すことはできないとし、リスク分配の合意の存在を否定した¹⁹⁸⁾。

このような場合でも、解釈の幅を広げてリスク分配の合意があると認定し、その所在を明らかにすることは不可能ではなかったように思われるが、裁判所はそのようにはせず、リスク分配の合意はより明確な形でなされることが必要であるとした。これはリスク分配にかかる合意の解釈を比較的厳格に行った事例として理解することができる。

(c) 契約非想定＝義務違反認定型における過失相殺の根拠

契約想定型における過失相殺の根拠をリスク分配の合意に求めることができるとして、契約非想定＝義務違反認定型における過失相殺の根拠はなにか。この類型についても、契約想定型と同様にその根拠をリスク分配の合意、すなわち契約に求めることは可能であろうか。以下では、仮にリスク分配の合意を根拠とした場合について本類型ではどうなるかを検討したうえで、その問題点を指摘する。

(i) リスク分配の合意は根拠となるか

契約非想定＝義務違反認定型においても当事者リスク分配の合意があるとするならば、この場合も当事者には何らかの合意があったと構成することになる。そこで基本的には、契約によって一定部分については債務者がリスクを引き受けたとしても、これは契約違反により生じるすべての損害のリスクを引き受けたわけではなく、問題となっている事案で債権者の行った行為のリスクについて債務者は引き受けていないということになる。したがって、それは債権者が負担すべきリスクであり、そのような意味でのリスク分配の合意があるのだと考えることになると思われる¹⁹⁹⁾。

この見解は特に【13】の事例で考えるとわかりやすい。パチンコ店のキッズルームは、あくまで一時的に子供が時間を過ごすために設けたスペースであって、パチンコ店側が長時間子供を保護しておくことを合意したのではなく、通常のパチンコ遊戯時間内であればまだしも、数時間にわたって放置し続けるような場合にまで子供を保護する義務はパチンコ店側にはなく、そのリスクは両親が負担しているとするのである²⁰⁰⁾。また【11】で言えば、仮に売主の契約違反による損害だったとしても、いざ買主が損害の発生を現認した場合にまで、その損害を賠償するというリスク分配の合意はしておらず、現認後にポンプの稼働を止めるといった損害拡大を防止する措置を講じないことで生じる損害のリスクは買主が負っていると考えるのである。いわば、これらの契約においては、「当事者は契約で明示的に定められていなくとも、その場の状況に応じて適切な行為をする」という黙示の合意、あるいは契約解釈によるリスク分配があるとみるのである。

こうした考え方によれば、契約非想定＝義務違反認定型は契約想定型に吸収されることになる。なぜなら、両類型の違いはどこまで柔軟にリスク分担の合意の存在を導き出すかという契約解釈の柔軟性の問題でしかなく、実際にはともに契約解釈を通じて契約上想定されていると見ることができからである。したがって、契約非想定＝義務違反認定型における「義務」も、「債権者の契約上の義務」を意味することになる。

(ii) リスク分配を根拠とする見解の問題点

上記のような、リスク分配の合意を根拠とする見解は妥当であるか。これについては、以下のような理由で、問題があると言わざるを得ない。

契約想定型では、契約解釈によりリスク分配はどちらにあるかという観点から債権者の行為の過失相殺事由該当性が判断されていると見ることができのに対して、契約非想定型においては、契約解釈よりも結果論的な現実的行為可能性が強調されている。

その結果、この類型においては、基本的に債務者がリスクを引き受けていると考えられる場合でも過失相殺がなされる。例えば、【10】の事例では、司法書士は登記事務の

専門家として委任契約上の善管注意義務を負い、その対価として依頼者は金銭を支払っている。そして、この事例で司法書士は合理的な理由なく作業を遅延させ、義務に違反していることが認定されている。そうすると、司法書士として一般的な注意義務を怠ったことによるリスクは、司法書士側が引き受けていると見るのが妥当である。【11】についても、売買契約の締結にあたってウナギの搬送を無傷で行うことができるということが重視され、当事者双方もこれを前提としている。そのような観点からすれば、ポンプを使用した結果生じたウナギの損傷は、原則として売主側が全て負担すると考える方が当事者の合意解釈として合理的であるように思われる。しかし、このような状況でも、裁判所は債権者の行為につき過失相殺を適用している。

たしかに、自分が依頼した登記手続きが現在どういう状況なのか確認する、ウナギの搬送中の様子を確認し、損傷を現認した場合には速やかにポンプを止めるという行為それ自体は、常識的な観点から言えば債権者側が行うべき行為であるのは間違いない。そして、これらの行為を導く根拠をリスク分配の合意に求める見解によれば、このような場合には、契約上そのようなリスクについて債務者は引き受けていないと解釈されることになる。

しかし、これは当事者意思として合理的であろうか。少なくとも、司法書士が専門家として適切に職務を遂行することを期待し、あるいは魚が傷つかないという説明を信頼し、それへの対価を支払った債権者は、そのような契約解釈を想定していたとは考えにくい。仮にこれを当事者意思と位置付けるならば、それは多分に擬制的要素を含んだ合意であると言わざるを得ないであろう。

この、契約解釈として妥当な範囲を超えているのではないかという疑問はたしかに、契約想定型についても存在し得る²⁰¹⁾。しかし、契約想定型は、少なくとも契約解釈というフィルターを通して、契約に基づいて義務の存否やその違反を検討していると考えられるのに対し、契約非想定＝義務違反認定型ではそのようなフィルターがあるのかどうか、契約解釈をしているのかどうかですら不明であるという点で、より擬制的な要素が大きいといえるのではないだろうか²⁰²⁾。

それでは反対に、契約の観点からリスク分配の所在が債権者にあるか明らかではない事例については、もはや過失相殺事由とはせず、合意に基づき債権者にリスク負担がないとして排除すべきであろうか。これもまた、問題があると思われる。なぜなら、現在の過失相殺の運用からすれば、これは過失相殺の認められる範囲を非常に狭く解することになりかねないからである。そのような処理は現在の裁判実務からしても乖離が大きい。また仮に、明らかに契約違反や損害が発生しつつあり、それを防ぐことが可能であ

るにもかかわらず、契約上その必要はないとして放置して良い（過失相殺で減額しない）とするならば、それは債権者の利己的な行動を誘発し、債務者に必要以上の損害を賠償させることになり得るのであり、結論としての妥当性も見出し難い。

以上より、リスク分配を根拠に求めることは、契約想定型においてある程度妥当するとしても、契約非想定＝義務違反認定型においては、契約解釈として妥当な範囲を超えた合意の擬制であるという問題があり、過失相殺の根拠として十分とは言えないのではないか。特に契約約非想定＝義務違反認定型においては、根拠について別途さらなる検討が必要になるのではないかと。

(d) 契約想定型と契約非想定型における、民法 418 条の意義の違い

契約想定型においては、債権者の行為はそれ自身が債務不履行を構成し得るものであるという指摘が存在した。この考え方に基づけば、債務者が損害を被っているわけでないため損害賠償請求権はないが、理論的には、合意に基づいたリスク分配の結果として、債権者と債務者は互いに各自の負担したリスクから生じた1つの損害に対しての、共同の債務不履行責任を負っているとも考え得る。

この場合、民法 418 条は必要なのであろうか。たしかに、実際に債務者には損害がないという点で損害賠償請求権がないため、過失相殺規定に基づいて減額するという方法をとることは合理性があるとも考えられる。しかし、仮に債権者にも過失があるのに過失相殺がなく賠償が認められた場合、債権者の過失割合分については、債務者が不当に負担することになる。この過失割合分を負担させられることを損害と見て、債務者が再び賠償請求することは、理論的には考え得るように思われる。そうすると、この場合の過失相殺とは、事実上両者が契約違反による債務不履行責任に基づく損害賠償請求権を有し、それを相殺する、すなわち本来の相殺（民法 505 条 1 項）に近い状態が実現しているとも見ることが出来る。

この、過失相殺を共同の債務不履行責任、あるいは本来の相殺に近いとする構成は、過失相殺の根拠を契約に求めるところから生じているものであり、この考え方をとるにあたって、民法 418 条という枠組みは必ずしも必要ないのではないかとも思えるのである。

これに対して、契約非想定型では、債権者の行為が債務不履行責任を構成し得るかは疑問である。問題となっている債権者の行為は、契約上想定されておらず、契約上の義務と構成することには疑問があるからである。そうすると、契約非想定型においては上記のような共同の債務不履行責任や相殺といった考え方をとることはできなくなり、異なる考慮が必要となると思われる。

したがって、現状の民法 418 条は、これら二種類の、厳密に言えば性質の異なる事例

に対して適用され、過失相殺として損害賠償額を減額する機能を果たしているのではないと思われる。すなわち、契約想定型については、事実上の債権者の債務不履行責任を認めて減額するという意味での過失相殺が行われ、契約非想定型については、それに該当しない事由に基づいて過失相殺が行われていると考えることができる。そこで、前者を「債務不履行的過失相殺」、後者を「契約違反における狭義の過失相殺」と呼ぶ。

(3) 過失相殺の適用範囲と損害軽減義務の役割

(a) 近年の最高裁判決における損害軽減義務

(i) 事案の概要と判旨

契約と過失相殺の関係に加えて、他の減額制度と過失相殺の関係が問題とされることがある。特に、債務不履行に際して、債権者が損害を軽減するために第三者と取引を行わないなど、損害を補填するための取引（代替取引）を行わなかったということが過失相殺事由になるかが問題とされている。

この代替取引をしなかったということが過失相殺における過失に該当するかという問題は、平成29年改正民法の審議過程においても論点として言及されている²⁰³⁾。これは、民法418条の「過失」を損害軽減義務として言い換えるという改正提案から派生して提起されている問題であるが、この問題提起との関係で注目されるのが【18】最判平成21年1月19日民集63巻1号97頁である。

【18】は、損害軽減義務に近い発想を用いて損害賠償額を減額しているが、これを過失相殺で処理せずに民法416条1項の「通常生ずべき損害」の解釈問題としている。代替取引をすべきであるのにしなかったという点において、債権者には過失に近い行為があるにもかかわらず、なぜこれが過失相殺事由とされなかったのか。この最高裁判決は、過失相殺と損害軽減義務、および賠償されるべき損害の範囲はいかなる関係に立つのかを考えるうえでの重要判例になると思われるため、以下では【18】の検討を通じて、過失相殺の適用範囲と損害軽減義務の関係を分析する。

【18】の事案では、ビルの店舗部分を賃借してカラオケ店を経営していた賃借人が、当該店舗部分の浸水事故発生に伴い、カラオケ店の営業ができなくなったため、事故直後から賃貸人に修繕を要求したが、賃貸人はこれを拒否し修繕を行わず、反対に契約解除の通知を行って店舗の明け渡しを求めた。そこで賃借人は、賃貸人の修繕義務違反の債務不履行に基づく損害賠償請求として、営業できない期間の店舗の逸失営業利益分の損害を請求したが、最高裁は賃貸人の債務不履行責任を認める一方で、以下のように述べて、逸失利益の一部を認めなかった。

「遅くとも、本件本訴が提起された時点においては、被上告人がカラオケ店の営業を別の場所で再開する等の損害を回避又は減少させる措置を何ら執ることなく、本件店舗部分における営業利益相当の損害が発生するにまかせて、その損害のすべてについての賠償を上告人らに請求することは、条理上認められない」。

「民法 416 条 1 項にいう通常生ずべき損害の解釈上、本件において、被上告人が上記措置を執ることができたと解される時期以降における上記営業利益相当の損害のすべてについてその賠償を上告人らに請求することはできないというべきである」。

(ii) 過失相殺で処理されなかった理由

【18】は、現実に損害が発生していることを前提に、賃借人がそれによる損害を防止することが可能であったのにしなかったとされており、過失相殺類型に当てはめるならば、契約非想定＝義務違反認定型にあたると思われる。その意味で、過失相殺と主張することも可能な事案であったと思われる²⁰⁴⁾。しかし、最高裁はそのような法的構成を取らなかった。

この、代替店舗を確保して営業を再開しなかったという事由を過失相殺で処理しなかった理由について、学説の理解には大きく3つの方向性がある。

第一は、過失相殺の処理方法に着目し、本件の事案では過失相殺的な処理では妥当な結論が導けないから、民法 416 条の問題として処理したとする見解、第二は、判例は損害軽減義務を過失相殺・損益相殺と並ぶ新たな損害額減額事由として認めることを示したという見解、第三は、本件の損害の性質に着目し、過失相殺が適用される損害ではなかったからであるとする見解である。

このうち、第一と第二は理論的には過失相殺での処理が可能であることを認めるが、より適切な方法として民法 416 条を用いることを選択したとみる²⁰⁵⁾。一方、第三の見解は理論的にも本件を過失相殺で処理することに否定的である。

第一の見解はまず、本件は賃貸借契約でありながら、結果的に動産売買契約における売主の引渡債務の不履行との類似性が認められる事例であるとする²⁰⁶⁾。そのうえで、民法 416 条 1 項の「通常生ずべき損害」には同条 2 項の「予見可能性基準」とともに「通常性基準」が存在するとして、この通常性基準の適用のなかで規範的判断を行い、債権者の行為を考慮するとする²⁰⁷⁾。

そして過失相殺の法律構成を採用しなかった理由について、債権者の損害は継続的に発生し、また債権者の過失の存否・程度も時期により異なるのであり、損害額と過失割合を決めて割合的に減額するという過失相殺の手法をとることが困難な事案であったとする²⁰⁸⁾。

この見解によれば、過失相殺を行うには「損害および損害額の確定」「債権者の過失の行為と時間的範囲の特定」などが必要になるのであり、本件においては債権者の行為の認定と、それが損害に与えた影響についての考慮要素に変動的な部分が多く、仮に過失相殺で処理すると、妥当な解決が図れないおそれがあったということになる。

したがって、過失相殺か民法416条1項の適用かの選択は、実際の事情から具体的な額を決定することができるかどうかという比較により決せられることになる。

第二に、損害軽減義務を過失相殺から独立した、新たな賠償額減額事由を示したものであるとする見解も存在する²⁰⁹⁾。従前から損害軽減義務の独自性を強調する見解自体は存在していたため²¹⁰⁾、最高裁はこれに親和的な立場をとったものと理解されることになる。【18】は理論的には過失相殺に当てはまるとしても、敢えて過失相殺の構成をとらなかったものであり、これは「法の欠缺を補充する新しい減額事由」としての「条理に基づく損害軽減義務」を判示したものと捉える²¹¹⁾。【18】は損害回避・軽減措置の懈怠による賠償額減額を過失相殺でも民法416条1項でもなく、独立的な賠償額減額の法理を示したものであるとするのである。

ここでの損害軽減義務に対する違反が過失相殺事由とは異なるものである理由として、英米法などにおいては過失相殺、損益相殺、損害軽減義務は区別されて扱われているという点、あるいは責任発生段階での債権者の過失と損害拡大段階での債権者の過失は考慮の仕方が異なるといった点が挙げられている²¹²⁾。

第三に、債権者の当該利益が契約によって保護されているものなのかという見方から検討している見解がある。この見解は、営業用建物賃貸借契約における営業利益のような、問題となっている経済的利益が契約利益であり、その増減に債権者の行為が不可避免的に影響を与える場面では、損害が何かを確定する段階で、債権者の行為態様が考慮され民法416条の問題になるとする²¹³⁾。

したがって、この見解によれば、減額事由としての損害軽減義務には、民法416条レベルのものと過失相殺レベルのものが併存することになる。そして本件では、賠償される損害が逸失営業利益であるという性質上、民法416条により処理されたことになる。

(iii) 条理を根拠とした理由

【18】の損害軽減義務においても一つ注目すべき点が、損害軽減措置を講ずることなく「その損害のすべてについての賠償を上告人らに請求することは、条理上認められない」としている部分である。最高裁はなぜ、「条理」を根拠としたのであろうか。

この「条理」は「通常性基準の適用にあたって、債権者の損害回避減少措置の可能性について、これを考慮すべき場合と考慮すべき根拠を示す」²¹⁴⁾ものとされる。

【18】の調査官解説は、「債権者、債務者との関係に立った以上、信義誠実の原則の適用があり、この原則が適用される結果、債権者たる被害者は、加害者に対し被害又は損害を最小ならしめる義務を負うものといえる」²¹⁵⁾という従来からの見解に依拠して、本件でも債権者は損害を軽減すべき信義則上の義務を負うとする²¹⁶⁾。つまり、本件において賃借人は賃貸人に対して契約に基づく信義則上の損害軽減義務を負うことになる。

そのうえで、なぜ信義則を使わなかったのかという問題については、本件では賃借人たる原告は契約関係にない者に対しても中小企業等協同組合法 38 条の 2 第 2 項や民法 709 条に基づく請求を同時に行っていることから「契約法上の信義誠実の原則から X の損害回避義務又は損害軽減義務を根拠づけることは難しいとの議論があり得る」²¹⁷⁾という考慮によるものであると分析している。そうすると、本件で「条理」を使ったのは、契約関係にある当事者に加えて、契約関係にない者への不法行為責任等の追及もあったという特殊事情があったからそうなのであって、ここで賃借人の負う損害軽減義務の本質は契約上の信義則であることになる²¹⁸⁾。

具体的には、「建物の賃借人としては、賃貸借契約が履行不能に至らなくても賃貸人が賃借物件の修繕義務を尽くさずに履行遅滞の状態にあり、賃借物件の状態、賃貸人の対応などにも照らして賃借物件を使用できる見込みはないと判断するのが相当であるような場合には、賃借人側から債務不履行解除をすることもできるのであるから、損害又は被害を最小ならしめるために、新たな店舗を借りるなどの方法を考慮して行動を起こすべき信義則上の義務を負う」²¹⁹⁾と説明する。

(iv) 判決の射程と意義

【18】は事業用店舗の賃貸借契約における賃貸人の修繕義務違反という場合における事例判断ではあるが、ここで示された条理に基づく損害軽減措置の懈怠が民法 416 条 1 項の解釈に影響を与えるという考えは、他の場合にも通用し得るのだろうか。

調査官解説はこの問題につき、本判決は事例判断であるとして射程が広がることは否定的に捉えつつ、損害軽減義務によって通常損害の解釈を行うという手法は債権者の損害軽減義務が認められるような他の事例に「事実上の影響を与える可能性がある」としている²²⁰⁾。

また、本判決が損害軽減義務に関し一般的なルールを示したかという問題については、学説上も見解が分かれている²²¹⁾。

本判決の事案を分析し要素を抽出するならば、本判決は目的物が滅失してはいないが使用が困難であるという微妙な状態であることに加えて、賃貸借契約という特定不動産を目的とする継続的な契約でありながら、本件固有の事情により動産売買との類似性が

生じていることが指摘されている²²²⁾。具体的には以下の4要素が挙げられている。

- ① 本件は目的物が滅失しておらず、解除がなければ契約は終了しない。(解除の必要性)
- ② 修繕義務の賃借人による代替履行を賃貸人に拒否されていたため、損害軽減措置としては代替取引に依るほかなかった。(他の損害軽減手段の不存在)
- ③ 代替取引をしてほかの店舗で営業することは、契約目的物たる不動産での営業を断念することにつながる。(契約継続と代替取引の非両立)
- ④ 他の不動産本件における目的物件は事業用不動産であり、居住用不動産ではないため、他の店舗でもカラオケ店を営業できるという意味での代替性がある。(目的物の代替可能性)

これらの要素は、損害軽減義務を基礎とした損害賠償額算定の基準時の決定に関する見解とも共通性がある²²³⁾。基準時の決定と損害軽減義務に関する見解は、そもそも代替取引が可能でなくてはならないことを理由に、検討対象を動産売買に限っている。そうすると、動産売買ではない賃貸借契約に関する本判決の射程も、必要条件として、代替取引が可能であるような場合、具体的には上記①から④の要素を満たすことが求められるとすべきである。そしてこれに加えて、⑤契約目的実現の見込みがもはや存在しない、⑥代替取引が可能でありそれを求めることが相当である、という事情が存在すれば、損害軽減義務の有無を検討する状況が整ったといえるだろう。

以上からすれば、本判決は事例としては賃貸借契約における修繕義務違反の形で現れたが、想定すべき典型事例としては動産売買契約における代替取引が可能な場合が基本であり、賃貸借契約が問題となっている本判決は応用的な事例だったのではないだろうか。

(b) 損害軽減義務を過失相殺で処理する事例

それでは、今後の代替取引義務に対する違反は、基本的に民法416条1項の通常損害の問題とされていくのであろうか。過去の判例から見ると、そうと言えるかは疑問が残る。

日本の判例において、過失相殺事由として代替取引義務を用いていると評価されるものとしては、ツマミ物の売主が商品を届けなかったため買主が損害賠償請求を行ったが、「臨機に他店から購入し急場をしのげた筈である」として、ツマミ物の代替取引義務を認め、他の事由と合わせて損害を全て免除した事例（【19】東京地判昭和34年7月22日判時195号18頁）や、中古自動車の売買契約で売主が契約を解除して損害賠償を請求したが、売主が契約解除後も目的物の自動車を執行官保管のままにして換価手続きを怠り自動車が値下がりしたので、値下がりの半分を売主の負担とした事例（【20】名古屋高判昭和50

年9月29日下民集26巻856頁) などがある²²⁴⁾。

契約違反に際し、債権者に損害を軽減させるべく代替物を購入する、あるいは保有している目的物を売却するという代替取引義務を認めているという点において、これらの事例と【18】は非常に近いように思われる²²⁵⁾。そのうえで両者の結論を分けた要因はどこにあるのであろうか。

これは結局のところ、【18】がなぜ過失相殺の構成をとらなかったのかという問題に帰着する。しかし重要な点は、単に債権者に代替取引義務に対する違反があれば、それだけで民法416条1項の問題になるとは限らないということである。【18】の射程で検討したように、【18】の規範が、債権者が代替取引をすることが可能なのにしなかった場合における損害賠償請求の先例として一般的に機能するかについては否定的意見もあり、今後【19】や【20】のような事例が民法416条1項で処理されるようになると考えることには慎重であるべきであろう。

損害軽減義務、特に代替取引義務が過失相殺を構成する場合と、構成しない場合の違いはどこにあるのかは、なお検討を要するよう思われる。

6. 日本法における検討課題

ここまでの過失相殺の判例・学説に関する検討から考えると、契約違反の過失相殺において検討すべき課題は、過失相殺の根拠はどこに求められるのかという面と、実際に適用対象となる事実はどのような事実かという面の2つがあると思われる。

(1) 契約の拘束力から過失相殺を基礎づけることは適切か

第一の面における課題は、契約違反における過失相殺は契約の拘束力、言い換えれば契約解釈に基づく当事者のリスク分配により基礎づけることだけで果たして十分なのかということである。

(a) 契約によるリスク分配の視点からでは説明困難な事例の存在

ここまで、不法行為の過失相殺では判例を契機として根拠に関し様々な見解が主張されてきた経緯を踏まえ、契約違反の場合においては、不法行為における領域原理に基づく過失相殺の根拠と、契約の拘束力の考え方の両方を背景とした、「当事者の合意によるリスク分配」、すなわち当事者の合意としての契約を過失相殺の根拠とする見解が有力であり、これが平成29年民法改正の議論にも影響を与えていることを示した。

そして、その観点から判例の類型的分析を行った結果、現在の判例においても、最高

裁を含め、合意に基づくリスク分配に近い発想を用いて過失相殺を判断している例が存在していることが示された。これが契約想定型の過失相殺、言い換えれば債務不履行的過失相殺である。この事例では、両当事者が合意に基づいて一定の義務を負担し、それを十分に履行していないという理由によって過失相殺がなされるため、当事者の合意が過失相殺の根拠であると言える。

しかし他方で、このような契約解釈に依拠する考え方によっては説明が困難である事例も少なくないこともまた示された。それが、契約非想定＝義務違反認定型の過失相殺、言い換えれば契約違反における狭義の過失相殺である。

この契約違反における狭義の過失相殺においては、債権者は必ずしも契約から導かれる行為でなくとも、現実には契約違反や損害の発生・拡大、あるいはその可能性に直面した際には一定の行為をする義務があるされ、実際の行為の妥当性が判断されている。その結果、基本的には債務者がリスクを負担していると思われるような事例でも、債権者の過失を認定している場合がある。

そこでは契約によるリスク分配という考え方は必ずしも見て取ることはできない。契約の趣旨によれば、一見すると債務者にリスク分配がなされているのではないかという事案においても、債権者が現実には一定の行為が可能であったことを理由として過失相殺がなされているのである。これをいかに説明することができるかが問題となる。

(b) リスク分配の視点からの説明の問題点の指摘

この問題についてリスク分配の視点からの説明として、2つの考え方があり得る。

第一は、契約解釈を柔軟に行い、当該部分についてのリスクは契約解釈上債権者であると認定する考え方である。結果的に、契約非想定＝義務違反認定型についても契約想定型と同様の処理を行うので、両類型は本質的な違いはないことになる。しかしこの説明に対しては、そのような柔軟なリスク分配は債権者の過失を認定するという結論ありきで行われる、黙示の合意や契約解釈の拡張による合意の擬制であるという批判が考えられる。契約解釈を拡張することの妥当性が議論になるのに加え、仮に拡張された契約解釈をするのであれば、なぜそのような、一見すると当事者の合意の趣旨に反するような解釈をするのかという問題が生じる。

第二は、契約解釈を比較的厳格に行い、契約非想定＝義務違反認定型において損害のリスクは債務者に移転している事例を、過失相殺事由から除外する考え方である。しかし、これもまた問題がある。すなわち、当事者が損害について当該リスクは債務者に移転していると考えれば、現実には契約違反や損害の発生・拡大に関して債権者が何かしらの行為を行うことができたとしても、それをする必要がないと判断することがあり得る。

場合によっては、受け取る賠償額を増やすために、債権者が意図的に契約違反と損害の発生・拡大を放置することも考えられる。このように、当事者が当該状況に応じて利己的に行動することは、機会主義的行動と呼ばれる。

この債権者の機会主義的行動を、契約における当事者の合意を根拠として是認することも考えられなくはない。しかし、それは少なくとも現在の過失相殺の一般的な運用とは大きく異なり、現在過失相殺事由とされている契約非想定＝義務違反認定型のかなりの部分を排除することになりかねない。またそこに債権者の利己的な意図が入り込む余地があるとしたら、結論として妥当とも言い難いのではないか。

さらに、この契約解釈を厳格に解する考え方は、債権者にとっても不意打ち的な損害負担が生じる危険が伴う。なぜなら、債権者は契約違反に際し、契約により債務者にリスクがあると判断して損害軽減に向けた行動をしなかったにもかかわらず、実際に裁判になると、債権者と裁判所の見解が異なり、債権者にリスク負担があるとして損害軽減をするべきであったとされる可能性があるからである。多くの契約においては、リスク分担を意図して詳細な契約を結ぶことは少なく、むしろ契約の要素のみを合意することが多いことを踏まえれば、この過失相殺における契約解釈の齟齬が生じる事例は決して少なくないものと思われる。

これら、契約解釈を柔軟に行うことで生じる合意の擬制という問題点と、反対に解釈を厳格に行うことで生じる債権者の機会主義的行動、そして不意打ちのリスクという問題点を踏まえると、特に契約違反における狭義の過失相殺において、専らその根拠をリスク分配の合意に求めることは妥当とは言えず、過失相殺の根拠に関する更なる理論的検討が必要であると考えられる。

(c) 検討の手がかりとしての「事故抑止」

この問題に関しては、過失相殺の根拠として主張された、事故抑止の観点から1つの参考になる。債権者には事故抑止の要請があり、その要請に従って債権者がその時点で合理的に取り得る手段をとるべきとされるという考え方である。この考え方によれば、債権者の機会主義的行動を抑えることが期待できる。この事故抑止の要請はどのようにして導かれるのかについて検討することが、問題解決に繋がると考えられる。

(2) 損害軽減義務に対する違反は過失相殺事由か

(a) 「損害軽減義務」の多義性

理論的な過失相殺の根拠に加えて、実際の事例においていかなる事実が過失相殺の適用対象となるのかという問題も指摘することができる。特に現在、【18】を契機として、

損害軽減義務違反に該当するような事実と過失相殺事由はいかなる関係に立つのが問題とされている。

【18】の検討において見た通り、判例上の損害軽減義務は、基本的に債権者は代替取引をするべきか否かが問題となっているのであり、これは動産売買、あるいはそれに準じた状況（代替取引可能性の存在）での契約違反があったときの代替取引の要否に関して用いられる概念である。

それに対して、過失相殺の文脈で一般に使われる損害軽減義務は、必ずしも代替取引義務に限られず、より広い意味で、損害の発生・拡大を防止する義務を指す言葉として使われている。したがって、平成29年民法改正の審議過程で問題となったような過失相殺に代わる文言としての損害軽減義務と、損害賠償額算定の基準時や【18】のような賠償されるべき損害範囲の画定において議論されている損害軽減義務は、その性質が異なっていると見るべきである。

これは、賠償されるべき損害額における結論にも違いをもたらす。過失相殺においては、基本的に両当事者の過失割合を認定し、その割合に従って損害額を案分するという手法がとられるのに対し、損害額算定基準時や【18】における損害軽減義務の判断においては、債権者の行為により増大した損害額を具体的に特定し、それを控除するという手法がとられるのである。したがって、損害軽減義務がいずれの処理に属するかは、損害額の具体的な認定に関わる問題であると言える。

(b) 「損害拡大についての過失相殺」と損害軽減義務の区別

このように、損害軽減義務といっても、その機能する場面や機能のあり方は多様である。そのなかで、過失相殺の適用対象となる損害軽減義務と、対象とならない損害軽減義務を区別する見解がすでに存在する。そこでは、損害軽減義務の議論は「日本で従来、『損害拡大についての過失相殺』として議論されてきた問題と重なる問題」²²⁶⁾であるとしつつ、損害軽減義務は「損害拡大についての過失相殺」とは異なるものであるとする。

それではこの、損害軽減義務が過失相殺の対象となるか否かは、どのようにして決められるべきか。【19】や【20】で見たように、単に代替取引義務に対する違反があるからといって、過失相殺で処理されないとは限らないのであり、【18】の事案としての特异性からしても、債権者の代替取引義務に対する違反は原則として過失相殺ではなく民法416条1項で処理すべきであるとは言えないように思われる。

そこで、過失相殺の適用範囲を明らかにするために、契約違反における損害軽減義務に対する違反に対し、これが過失相殺で処理される場合と、他の減額方法で処理される場合の区別はどこにあるのかを検討する必要がある。

(c) 過失相殺の根拠への影響

この問題は、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にもつながる。一般に従来の通説が民法 416 条を相当因果関係について規定した条文と理解してきたことに基づけば、当該事例における損害軽減措置の問題は因果関係の有無に関する問題とも見ることができるからである。

本稿では、過失相殺と因果関係の関係をどう捉えるのかという問題は現行民法の起草過程においてすでに存在し、その点をめぐって起草委員に対立が存在したことを指摘した。そして、その後も部分的・割合的因果関係が過失相殺の根拠において主張されるなど、過失相殺の根拠にも大きな影響を与えてきた。その意味で、この問題は因果関係の観点から過失相殺の根拠を捉えることに資すると考えられる。

(次号に続く)

注

- 191) 鹿児島地判平成 22 年 2 月 16 日判時 2078 号 89 頁。最高裁も、後掲の【6】で安全配慮義務違反における過失相殺を「民法 418 条又は 722 条 2 項の規定による過失相殺」としている。
- 192) なお、この事例で裁判所は以下のように述べて、フランチャイジーが安易に説明を信じず自主的に調査すべき事由が、情報提供義務違反の有無には影響を与えないことを示している。「被告は、原告が自主的な調査検討義務を尽くしていないから、被告には情報提供義務違反はないと主張するが、本件立地診断評価表、本件シミュレーション及び本件ランク一覧表は被告独自のものであり、原告が自らその精粗を判断することは困難であるから、被告の指摘する事由をもって被告の上記情報提供義務違反を否定することはできず、同事由は原告の損害額の算定に当たり過失相殺の要素として判断すべきである」。
- 193) 取引関係における過失相殺については、内橋一郎=大植伸=加藤進一郎=土居由佳=平田元秀『先物取引被害と過失相殺—過失相殺の抑制に向けた理論と実務』（民事法研究会、2006 年）で特に先物取引について事例分析がなされている。
- 194) 労働災害事件における過失相殺については、安西愈『そこが知りたい！ 労災裁判例にみる労働者の過失相殺』17 頁（労働調査会、2015 年）において事例分析がなされている。
- 195) 条文としては、「民法 636 条の法意」という特殊な適用がされているが、過失相殺としているので、民法 418 条も当然用いられていると思われる。
- 196) 強いて言うならば、労働者には自己に疾病が生じないよう、普段から健康に気を付けて生活する義務があると見ることも不可能ではないが、そのような義務を一般的に肯定することは困難であるように思われる。
- 197) これを支持する見解として、安西・前掲注 194) 17 頁。安西は、雇用契約において作業員自身が安全に行動する義務として「安全作業義務」、あるいは「自己安全義務」が観念されることがあるとし、この自己安全義務は双務契約に基づき労働者の債務を構成する義務であるとする。
- 198) 取消注文がバグにより適切に機能しなかった点については、裁判所も証券取引所の債務不履行（不完全履行）を認めている。ただし、免責規定を適用して債務不履行責任が成立することは否定し、代わりに不法行為責任を成立させ、民法 722 条 2 項の過失相殺の枠組みで判断している。
- 199) 道垣内は、リスク分配は原則として債権者が債務者のどちらかに分配されるという考え方に立つため（道垣内・前掲注 8）12 頁）、おそらくこの考え方なのではないかと思われる。例外的に

スク分配ができない「特殊な契約解釈としての過失相殺」の場合については、債務不履行に対する債権者の過失があった場合に限定されており、損害の発生・拡大も対象とする契約非想定型には必ずしも適用されるとは限らない。

- 200) 【13】は、子供を監護しておく主たる責任はパチンコ店ではなく保護者にあるとしており、このような考え方を反映していると考えられる。
- 201) 例えば、自己責任型の【1】のフランチャイズ契約におけるフランチャイザーの説明義務には、相手方が誤解をしないように配慮し、フランチャイジーが自主的に調査するよう確認することまで含むとし、フランチャイジーはこれに違反しているから損害を全額負担すべきであると考えられることもあり得る。また、協力型の【4】で言えば、使用者の安全配慮義務には、被用者が石綿除去をするにあたり石綿の危険性を周知し、作業にあたりマスクを装着しないで作業する可能性、すなわち債権者が非協力的である可能性を考慮に入れて、より手厚い措置を講ずることまで含まれるとし、使用者はこれに違反しているので全額負担すべきと考えるのである。このように解した場合、過失相殺の認定は、契約非想定＝義務違反認定型と同じ状況が発生する。
- 202) もちろん、契約想定型においても「契約解釈が広すぎる」、「合意の擬制」であるといった批判は、契約解釈が行われる以上当然妥当し得る。ただし、契約でそもそも債権者の義務があると構成する場合には、契約解釈は契約の性質や当事者意思から比較的容易に導かれるのに対して、契約が想定していない事案については、契約からはおよそ明らかでない規範を導き出す要素が強いと言えることができる。
- 203) 法制審議会民法（債権関係）部会第3回会議部会資料5-2「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（1）詳細版」53頁参照、法制審議会民法（債権関係）部会第38回会議議事録30頁（岡委員）。ただし、論点となり得ることが示されるに留まり、深く議論されているとは言えない。
- 204) 現に、本件の上告受理申立理由でも訴訟代理人は、「民法上の規定に欠ける損害軽減義務を主張するのではなく、民法418条に基づく過失相殺の主張として構成した」としている（三宅弘「損害軽減義務を認めた最高裁判決と債権法改正—訴訟代理人の立場から」獨協ロー・ジャーナル9号13頁（2014年））。また、日下部真治「判批」法律のひろば62巻11号57頁も、過失相殺は「機能的に通常損害の解釈と重複する」と述べる。
- 205) なお、訴訟手続きの観点から、本件で最高裁が賃借人の過失を考慮するためには民法416条の問題とするほかなかったという見解も存在するが、これも実体法的には過失相殺での処理を認めるものと思われる。日下部・前掲注204）58頁。
- 206) 中田裕康「判批」法学協会雑誌127巻7号136頁（2010年）。
- 207) 中田・前掲注206）142頁。損害軽減義務を「通常性」の下位規範と位置付ける見解として、難波譲治「判批」私法判例リマークス40号24頁（2010年）。
- 208) 中田・前掲注206）140頁。また、賃貸借契約の将来の終了時期を想定してそこまでの損害を観念し、その損害について過失相殺をするという方法に対しては「理論的にはありうるが、終了時期の判定、そこまでの損害額の算定、過失相殺割合の判定は、やはり不安定なものとならざるを得ない」として否定的に評価している。同趣旨の指摘として、川村洋子「判批」法学教室判例セレクト2009（民法7）18頁（2010年）。減額方法の違いに着目する見解としては、田中洋「判批」中田裕康＝窪田充見編『民法判例百選Ⅱ〔第7版〕』15頁（2015年）。
- 209) 住田英穂「損害軽減義務に関する一考察—最高裁平成二十一年一月一九日判決を素材として」甲南法学51巻2号1頁以下（2010年）。難波・前掲注207）25頁。
- 210) 能見善久「履行障害」山本敬三ほか編『債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として』（別冊NBL51号）103頁（1998年）。内田貴「強制履行と損害賠償—「損害軽減義務」の観点から」法曹時報42巻10号1頁（1990年）〔同『契約の時代 日本社会と契約法』170頁（岩波書店、2000年）所収〕。
- 211) 住田・前掲注209）23頁。
- 212) 住田・前掲注209）24頁。この見解も、理論的には本件を過失相殺で処理することが可能なこ

- とを認めつつ、より妥当な解決をするためには過失相殺では不十分だと考えた結果【18】のような処理となったことを指摘する点で第一の見解に近い。ただし、第一の見解とは異なり、【18】における損害軽減義務の損害額減額法理としての役割をより強調し、民法416条の問題に留めないとする点で異なる。
- 213) 潮見佳男「判批」ジュリ1398号92頁(2010年)。なお、潮見・前掲注161)508頁でも同趣旨の記述がある。
- 214) 中田・前掲注206)143頁。
- 215) 柴田保幸「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和49年度』111頁(法曹会,1977年)。
- 216) 高橋謙「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成21年度(上)(1月～6月分)』48頁(法曹会,2012年)。
- 217) 高橋・前掲注216)52頁。
- 218) これに対しては、本件での当事者の行為からすると、信義則を用いるのが妥当ではないとする見方がある(中田・前掲注206)143頁)。本件は、賃貸人が本件ビルを第三者に譲渡して賃借人に強引に立退きを迫った事案であり、賃貸人の行動に不誠実な面があったからであると思われる。
- 219) 高橋・前掲注216)48頁。この問題に関して潮見は、「本判決は、代替取引の可能性があるというこのみから債権者(賃借人)の損害軽減義務を捉えたものではない。また、事業用建物賃借人に対してであっても、履行障害に遭遇した際に、経済的にみてもっとも効率的な行動をとることを義務づけたものでもない」と述べ、「履行障害の各時期において、目的物の状況、履行障害後の損失填補の状況その他に照らし、当該契約のもとで信義誠実に行動する者としてどのような措置をとるべきかを問題としたものである」とする。潮見・前掲注213)92頁。
- 220) 高橋・前掲注216)50頁。
- 221) 中田は、本件は「事業用不動産の賃貸借で目的物が滅失はしていないが全部の使用ができないという事案で、他の法律構成によることが困難であるというかなり特殊な場合」であることを強調し、射程を狭く捉える(中田・前掲注206)144頁)。これに対し、損害軽減義務法理として一般化することを主張する説もある(住田・前掲注209)44頁)。
- 222) 中田・前掲注206)136頁。
- 223) 齋藤彰「契約不履行における損害軽減義務 損害賠償額算定の基準時との関連において」『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・中巻 損害賠償法の課題と展望』51頁(日本評論社,1990年)参照。損害軽減義務の前提として契約の解除あるいは解除可能性を観念するのは、債務転形論を前提とした森田修の指摘にもある通りである。森田修「『損害軽減義務』について—履行請求権の存在意義に関する覚書(その2)」法学志林91巻1号179頁(1993年)。
- 224) 内田・前掲注210)17頁以下。なお、内田はこれらの判例を、損害軽減義務が履行請求権を制限する法理を導くものとして捉えようとしているが、森田・前掲注223)132頁以下は、これらがその根拠とはなっていないことを指摘する。
- 225) 【18】【19】【20】はいずれも、典型的に言えば契約非想定=義務違反認定型に該当する。契約違反に際して代替取引をするという規範は、契約が想定しているとは言えないからである。
- 226) 能見・前掲注172)131頁。

●Summary

Some cases of comparative negligence in contract law have found fault by the injured party in breaching a duty contemplated by the agreement. Other cases, however, have gone beyond that. They have found the injured party at fault because of unreasonable actions, despite the absence of a clear agreement.

In contractual duty cases, the rationale of comparative negligence is based on the expression of the agreement of both parties. However, that analysis falters in non-contractual duty cases.

Why should an injured party be required to behave reasonably in the absence of a contractual obligation? The presence of an agreement or contract is not enough to explain all cases of comparative negligence.