

## 契約違反における過失相殺の法的性質 (4)

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, 16 卷 1 号)

### III アメリカ法における過失相殺類似の法理

1. アメリカ法における検討対象と検討の意義
2. 損害賠償額の減額法理としての結果回避可能性の類型と根拠  
(以上, 本号)
3. 契約法との関係における比較過失の新しい動向
4. アメリカ契約法における過失相殺類似の法理の特徴

### IV 考 察

### V 結 語

---

### III アメリカ法における過失相殺類似の法理

本章では、ここまでの日本法における検討で示した課題、すなわち過失相殺において、当事者間にリスク分配に関する合意がないか、不明確であるような場合において、損害賠償額の減額を正当化するための根拠はなにかという問題、そして過失相殺と損害軽減

---

\* 中央大学法科大学院助教

義務はいかなる関係に立ち、どのように区別されるかという問題を考察するにあたり、主にアメリカ法における過失相殺類似の法理、すなわち契約違反を受けた当事者の事情を理由とする損害賠償額の減額を行う法理についての議論を考察する。

そこでまず、アメリカ法において具体的に検討対象となる法理と、それを検討する意義を示す(1)。次に、具体的な法理として、結果回避可能性の概要と根拠を検討する(2)。また、同じく賠償額を減額する法理として、比較過失についてもその概要と根拠と、これを契約法分野に応用する見解を検討する(3)。そしてこれらにおける分析を踏まえて、日本法の課題を検討するにあたり参考になるとと思われる、これらアメリカにおける過失相殺類似の法理の特徴を指摘する(4)。

## 1. アメリカ法における検討対象と検討の意義

本稿では、アメリカ法において、損害を被った当事者の事情を理由として損害賠償額を減額する法理(過失相殺類似の法理)として、2つの法理に注目する。それがすなわち、結果回避可能性と比較過失である。

これらを扱う理由は、これらの法理においては、必ずしも当事者の合意を問題とせず、被害を受けた側の当事者の行為の合理性が判断され、それをもとに損害賠償額が減額されているという点で、当事者の合意がない場合の賠償額減額の根拠を考察するのに役立つとともに、両法理の関係性を検討することが過失相殺と損害軽減義務の関係を検討するのに役立つと考えるからである。

### (1) 結果回避可能性を扱う意義

結果回避可能性は、契約違反を受けた当事者に損害を回避・軽減するための当該状況における合理的な行動を求め、当該当事者がその合理的な行動を取らなかった場合に、その行為によって増大した分の損害額を賠償額から減額するというものである<sup>227)</sup>。

アメリカ契約法における契約違反に対する救済としての損害賠償では、契約違反をした当事者が賠償すべき利益は、以下の3つに分類される。それが契約違反をされた者の「期待利益」(expectation interest)、「信頼利益」(reliance interest)、「原状回復利益」(restitution interest)であり、損害賠償においてはこの3つのうち1つまたは複数の利益が賠償されることになる<sup>228)</sup>。その中でも原則となるのが期待利益であり、期待利益を賠償することが困難である事情が存在するときに、例外的に信頼利益あるいは原状回復利益の賠償に留まると説明される<sup>229)</sup>。

期待利益とは、一般に「契約が履行されていたならばおかれていたと同様の地位に受約者がおかれることによって、その者が取引で得ていたであろう利益」<sup>230)</sup>と定義される。そして、その算定方法としては、相手方の履行の不存在または不完全によって生じた価値の損失に、付随的損失または結果的損失を含むその他の損失を加え、被害を受けた当事者が免れたコストを控除する、という方法によって行われる<sup>231)</sup>。

そして、ここで算定された賠償額について、これを減額するためのものとして3つの制限法理があるとされる。それが、「回避可能性」(avoidability)、「予見不可能性」(unforeseeability)、「不確実性」(uncertainty)である。

このうち、過失相殺との関係で共通性を有するのが、回避可能性である<sup>232)</sup>。英米法圏においては「回避可能な結果」(avoidable consequence)あるいは「損害軽減義務」(duty to mitigate damages)などとも呼ばれる。本稿ではこのアメリカの当該法理を「結果回避可能性」と呼ぶことにする。これは元々契約法分野において生まれた法理であるが、現在では不法行為法分野にも用いられている。

結果回避可能性は、損害賠償責任を認定した後に、契約違反を受けた当事者の不合理な行動を理由として損害賠償額算定の段階において損害賠償額を減額するという点で、日本法の過失相殺とはその機能する役割と場面が共通する<sup>233)</sup>。実際、日本における損害軽減義務の議論の元になった法理でもある<sup>234)</sup>。

しかし、契約違反を受けた当事者の不合理な行為はなぜ減額されなくてはならないのか、つまり減額の根拠については、日本法とは異なる観点からの検討もなされている<sup>235)</sup>。

そこで本稿では、この法理の事案について事案を類型化して分析したうえで、減額の正当化理由とは何か、なぜそのような理由が主張されているのかについて検討する。それによって、日本法における損害分配の合意がない場合における減額根拠の検討に役立つと考えられるからである。

## (2) 比較過失を扱う意義

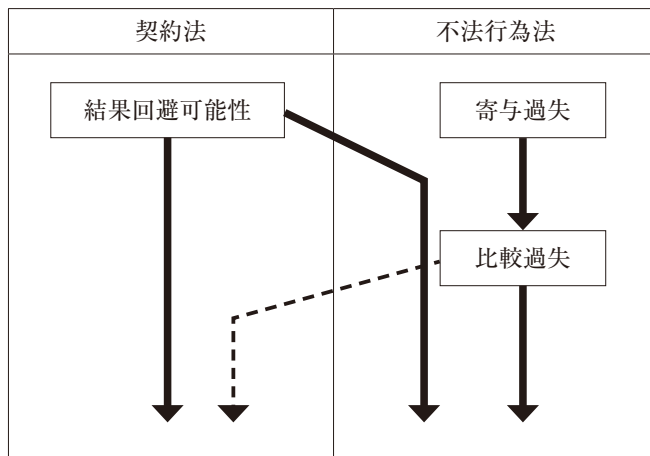
次に、アメリカの損害賠償においては、「比較過失」(comparative negligenceあるいはcomparative fault)と呼ばれる法理が存在する。これも、結果回避可能性と同様、損害賠償責任が存在する場面において、加害者の過失に加えて、被害者についてもその合理的でない行為、すなわち過失ある行為が損害と因果関係を有する場合には、両当事者の過失割合を認定し、その割合に従って損害額を案分するという点で、日本の過失相殺と非常に近い機能を有する<sup>236)</sup>。

しかしこの法理も、やはりその根拠について複数の異なる見解があり、日本の過失相殺とは大きく異なる点が存在する。そして歴史的にも、比較過失は「寄与過失」(contributory negligence)という、日本法においては存在しない法的概念の問題点を修正する目的で発展したことも、大きな違いとして注目する必要がある。

ただし、比較過失はそもそも不法行為法分野において機能する法理であり、典型的な事例として交通事故における加害者と被害者の両方に不注意があった場合等が問題とされているため、契約法分野においては基本的に適用されないとされている点に注意する必要がある。これは一見すると、比較過失的な処理を契約違反と不法行為の両方においてほぼ同じように適用する日本法の過失相殺と大きく異なり、比較過失と契約違反における過失相殺とは、法理としての基礎が異なるようにも思える。

しかし、比較過失における損害賠償額減額の根拠は、結果回避可能性の根拠とも共通する面がある<sup>237)</sup>。また、不法行為においても、当事者の関係性を意識して両当事者の過失を判断する場合もある<sup>238)</sup>。そこで、比較過失についても結果回避可能性と同様、その根拠を検討することが、日本の民法418条における損害に関する合意が不明確な場合における賠償額減額の根拠を検討するにあたって参考になると思われるため、検討対象とする。

加えて、アメリカと、同じく結果回避可能性と比較過失に相当する制度を持つイギリスにおいては、比較過失を契約法分野に応用すべきとする見解が存在する。そのため、比較過失と結果回避可能性の適用に関する変遷は、下図のように整理することができる(実線はすでに判例法・制定法により受け入れられていることを指し、点線は学説上の見解に留まることを指す)。



これらの見解は英米においては未だ判例が一般的に採用するものではないが、すでに比較過失的な、損害賠償額の割合的減額という処理が不法行為法分野と契約法分野の両方で用いられている状態の日本法においては、比較過失がどのような根拠で、どう修正されて応用されているのかを検討することは意義があると思われるため、本稿において検討する。

## 2. 損害賠償額の減額法理としての結果回避可能性の事案と根拠

### (1) 法理の基本的原則

#### (a) 定義

結果回避可能性は、契約違反を受けた当事者は、違反により生じた損失を軽減するための合理的な措置をとるべきであり、その措置をとらなければ、当該損失部分の損害賠償額については回復することができないという法理である<sup>239)</sup>。現在のアメリカ法において広く受け入れられている法理であり、この法理を一般化した第2次契約法リステイメントには、以下のように規定されている。

第2次契約法リステイメント 350条〔制限としての回避可能性〕

- (1) 第2項で定める場合を除いて、契約違反を受けた当事者が不当な危険、負担、そして屈辱を伴うことなく避けることができた損失について、損害を賠償させることはできない。
- (2) 契約違反を受けた当事者が、損失を避けるために合理的であるがしかし不成功に終わった努力の限りにおいて、当該当事者は第1項で定められたルールによって賠償を妨げられることはない。

アメリカ統一商法典 (Uniform Commercial Code. 以下、「UCC」) においても、特に売買契約と賃貸借契約において、損害軽減義務の考え方を反映させた条項がいくつか存在する<sup>240)</sup>。例えば UCC2-704条(2)は売買契約における買主の受領拒絶や代金支払いをしないといった契約違反があった場合、損害を回避するための「合理的な商業上の判断」(reasonable commercial judgment) を行って、製造を完成するか、反対に製造を止めて再販売することができるとしている<sup>241)</sup>。また、賃貸借契約についても、UCC2A-524条(2)において、賃借人の契約違反があった場合に、賃貸人は UCC2-704条(2)と同様に合理的な商業上の判断に基づき目的物の処分を行うことができるとしている。

契約違反を受けた当事者には、合理的な措置を講じて損害を軽減する措置が求められ

る。これは具体的には、損害を増大させる行為を停止することと、損害最小化のための積極的な措置をとることの2つがあるとされる。

なお、この結果回避可能性は、契約法のみならず、不法行為法分野においても言及される<sup>242)</sup>。これは元々契約法において発展してきた同法理が、不法行為法にも適用されるようになったとされる<sup>243)</sup>。損害を受けた当事者に対し、損害を軽減すべき合理的な行為を要求し、それを行わなかった場合にその部分を賠償額から減額するという点で、基本的な考え方は同一である<sup>244)</sup>。

#### (b) 効果

この法理の効果により、当該合理的な措置によって軽減することが可能であった分の損害賠償額については減額される。加えてこの法理は、契約違反を受けた当事者に合理的な損害軽減行為を要求するのみであり、現実には損害軽減が成功したか否かは必ずしも問題としない。したがって、当該状況において合理的な損害軽減措置を講じたのであれば、結果的に見ればより損害を軽減することが可能であったとしても、軽減しなかった分も含め賠償される。UCC2-709条(1)(b)では、売買契約において買主が代金を支払わない場合において、売主が合理的な努力をしても合理的な価格で転売することができなかつたときは、目的物の物品それ自体の価格の賠償を認めている。

また、結果回避可能性は賠償額を減額するだけでなく、むしろ増額させる場合もある。それが、契約違反を受けた当事者が合理的措置をとるにあたって一定の支出をした場合である。例えば、【A-1】Mr. Eddie, Inc. v. Ginsberg 事件<sup>245)</sup>においては、任期中に被告から不当解雇された原告が、一定の費用を支払って他の職を探したが、適当な職が見つからなかったという事案において、「契約違反であろうと不法行為であろうと、回復される費用には、被告の不当な行為による損害結果を避け、あるいは軽減するための措置として必要であり合理的であった支出が含まれる」として、解雇されていなければ得たであろう給与相当の利益（別の職に就いた期間の給与は控除される）に加え、求職中に支出した費用についても損害賠償の対象となるとした。

他にも、【A-2】Keefe v. Norwalk Cove Marina, Inc. 事件<sup>246)</sup>においては、ヨットの売買契約において、買主がすでに所有していたヨットの下取りを売主がするという条項があったが、実際には売主が下取りを行わなかったため、買主は第三者にそのヨットを売却せざるを得なくなったという事案で、裁判所はヨットの売却にかかった費用も売主が賠償すべきであるとした。

さらに、合理的な措置を講じたと認められれば、結果的に損失が軽減するどころかむしろ拡大することになったとしても、賠償額は減額されず、拡大した分も賠償され得る。



これを示すのが、【A-3】 W. Haven Sound Dev. Corp. v. W. Haven 事件<sup>247)</sup>である。この事例では、市が土地の一区画を飲食店用に譲渡する契約を締結し、買主が飲食店を開業することになったが、この契約は市が周囲の土地を住宅やオフィスとして開発することが前提となっていた。しかし市は住宅とオフィスの開発を中止した。飲食店はその後も経営努力を重ねたが赤字は増え続け、最終的に行き詰まったため、市に賠償を請求した。裁判所は、開発中止以降に飲食店が経営を続けたことは合理的な措置であったとし、その間に支出した費用も回復されるとした。

### (c) 性質

結果回避可能性は、契約違反を行ったと認定された当事者が主張する抗弁である。契約違反を受けた当事者の損害軽減行為が合理的であったか否かは事実認定の問題であり、契約違反をした当事者に証明責任がある<sup>248)</sup>。

従来、結果回避可能性は「損害軽減義務」(duty to mitigate damages)と呼ばれることが多かった<sup>249)</sup>。しかし、損害軽減措置をとらなかったからといって、契約違反を受けた者がなにかしらの賠償責任などを負うというような性質のものではなく、あくまで自己の損害が回復されなくなるというものであるから、これを「義務」(duty)と観念するのは不適切であるとされ、現在では「損害軽減ルール」(mitigation rule)とするか、「回避可能性」あるいは「回避可能な結果」などの呼称も一般的になってきている<sup>250)</sup>。

加えて、この法理の特徴としては、デフォルト・ルール、すなわち当事者の合意によって変更が可能であるという点が重要である。例えば、【A-4】 B & G Properties Ltd. P'ship v. Office Max, Inc. 事件<sup>251)</sup>においては、「このコモンロー上の義務〔結果回避可能性を指す〕は、他の多くのものと同様に、当事者間の交渉によって変更することができる」と述べられている。また、損害の全額償還の合意があった場合や、損害賠償額の予定条項がある場合といった、結果回避可能性と相反する合意があった場合には、合意が優先されることが一般的である<sup>252)</sup>。

その他の判例においても、結果回避可能性がデフォルト・ルールである、つまり当事者の合意が認定されない場合に機能し、合意によって変更が可能な法理であるという性質は前提として共通理解がなされているものと思われる<sup>253)</sup>。

## (2) 法理の類型的分析

結果回避可能性は、契約違反を受けた当事者に対して、損害を回避するための合理的(reasonable)な措置を求める。いかなる行為が合理的と言えるかは、具体的な状況に即して決められるとされる<sup>254)</sup>。

具体的には、契約違反を受けた当事者が行うべき行為としては、大きく分けて2種類存在すると言われる<sup>255)</sup>。第一が、違反者が発生させた損害がそれ以上拡大するのを防止するという消極的な行為であり、第二が、単に損害の拡大を防止するのみならず、現在既に発生している損害を減らすという積極的な行為である。ここでは、前者を消極型、後者を積極型と呼び、その具体的内容を検討する。

#### (a) 消 極 型

消極型とは、契約違反を受けた当事者が違反を知った時点での損害については原則として回復されるが、それ以降に拡大した損害のうち合理的な行為をしていれば防げたはずの部分については回復されないという場合である<sup>256)</sup>。

この消極型は、契約違反を受けた当事者の行為の性質によってさらに2つの場合に分けられるように思われる。それが、契約違反を受けた当事者が現状を放置して適切な行為をしなかったため結果損害が拡大した場合、そして、放置どころかむしろ自ら損害を助長するような行為を行ったことで損害を悪化させた場合である。そこで、前者を放置型、後者を助長型と呼ぶことにする。

#### (i) 放 置 型

消極=放置型の例として、リステイトメントには、オイルを入れておく樽を購入したが、その樽からオイルが漏れていた場合、そのことに気付いたならば新しい樽に移し替えるべきであり、漏洩を放置して漏れた全てのオイルの損害を請求することは許されず、移し替えることが可能であった以降の損害額については減額されるという例が挙げられている<sup>257)</sup>。

実際の先例においては、【A-5】Performance Mach. Co. v. Yellowstone Mountain Club, LLC 事件<sup>258)</sup>において、トラックの賃貸借契約において、トラックが故障した場合であってもその間の賃料は発生するという条項があったが、トラックの借主が使用中にトラックが故障し、借主がトラックの修理や交換を求めたにもかかわらず貸主は行わなかったため、賃料を支払うのを止めたという事案において、裁判所は、貸主は損害軽減義務として速やかに修理または交換を行うべきであったとし、故障から3ヵ月を経過した以降の分の賃料については、貸主に損害軽減義務の懈怠があったとして回復されないとした。

反対に、契約違反を受けた当事者が損害の拡大を放置していなかったと認定された場合もある。【A-6】Pack v. Case 事件<sup>259)</sup>において、屋根葺き工事を行った者が屋根に不具合が起こった場合2年間の保証をしていたが、その保証期間が切れる前に雨漏りが発生したので、家の所有者が雨漏りに関する損害を請求した事案で、裁判所は雨漏りに際



し家の所有者が講じた被害の拡大を防ぐための措置は、当該状況において合理的であったとし、損害軽減義務の違反は認められないとして減額を行わなかった。

あるいは、【A-7】 Trustees of Univ. of D.C. v. Vossoughi 事件<sup>260)</sup>においては、大学において、研究室の備品を無断で捨てられたと主張して、研究室を使っていた大学教授が大学を訴えた事案で、大学側は、大学教授は備品がなくなっているのを知った段階で備品を回収すべきであったと主張したが、裁判所は、廃棄された後すでに備品は紛失したか、使い物にならなくなっていたとして、大学教授の損害軽減義務違反を認めなかった。

#### (ii) 助長型

消極=助長型は、契約を履行する側に違反があったとしても、むしろ契約違反を受けた側が主体的に損害を拡大させた場合である。代表的なものとして、結果回避可能性のリーディングケースとして挙げられることが多い【A-8】 Rockingham Country v. Luten Bridge Co. 事件<sup>261)</sup>がある。この事案では、地方公共団体が建設会社に対して橋の建設を発注し、建設会社は工事に着手したが、その後当該地方公共団体が方針を転換し、建設を中止するよう通知した。しかし建設会社は通知を受け取った後もそのまま建設を続行し、橋を完成させたうえで、契約違反による損害賠償を請求した。これに対して裁判所は、通知を受け取った時点で、建設会社は建設を止めるという形で損害を軽減すべきであり、通知を受け取った後の履行分についての損害は賠償されないと判示した。

同種の事案として、【A-9】 Clark v. Marsiglia 事件<sup>262)</sup>においては、絵の清掃修復を依頼されたので作業にとりかかったところ、依頼者が注文をキャンセルしたが、依頼された者は清掃修復を続行して損害賠償を請求したという事案で、裁判所は、依頼を受けた者には「作業に固執し、そうでなかった場合よりも被告に対する制裁をより大きくする権利はない」として、キャンセル以降の損害を認めなかった。

他には、【A-10】 Selig v. Wunderlich Contracting Co. 事件<sup>263)</sup>において、売買契約で売主が目的物を引渡さなかったが、その後も買主が目的物を使った商品の広告を継続して出していた事案において、裁判所は引渡しがなされないことがわかった時点で買主は広告を止めるべきであり、その分の広告費等の損害は賠償されないとした。

同様に、【A-11】 Schmidt v. New Plastic Corp. 事件<sup>264)</sup>においても、製品の広告契約において、発注者が期間中に履行を拒絶する意思を示したという事案で、裁判所は拒絶の通知がなされた時点で広告の掲載を止めるべきであり、通知以降に広告を出したことによって生じた費用については賠償されないとした。

また、【A-12】 Wavra v. Karr 事件<sup>265)</sup>においては、農業用地を賃貸して、貸主が種子を供給し借主がその種子を使用して小麦を育て、収穫を当事者で分けるという契約にお

いて、貸主の提供した種子に品質上の問題があり本来得られるはずの収穫が得られなかったため、借主がその分の損害を請求したという事案で、裁判所は、借主は品質不良を知っていたのであるから、損害軽減義務の内容としてその種子を使用すべきではなく、使用したことによる損害は回復されないとした。

その他、リステイトメントには、購入した小麦の品質に問題があることを認識しながらパンを製造販売した場合、そのパンを販売したことによって顧客が減ったなどの損失は賠償されないとした場合などが例として挙げられている<sup>266)</sup>。

なお、例外的な場合として、契約違反をされた当事者が、相手方の履行をなお期待すべき合理的な事情があった場合には、損害拡大を防止する措置をとらなかったとしても損害額を縮減されないとされる。例えば【A-13】Steele v. J.I. Case Co. 事件<sup>267)</sup>では、農夫が購入した耕作機器に瑕疵があったが、売主が修理することを保証したので、自分では修理をしなかったという事案で、裁判所は修理を期待できる期間に得られたはずの利益については結果回避可能性によっては減額されないとした。

あるいは、【A-14】Ramona Equip. Rental, Inc. ex rel. U.S. v. Carolina Cas. Ins. Co. 事件<sup>268)</sup>においては、下請け業者が締結したレンタル設備の賃貸借契約において、下請け契約の終了に伴い賃料が未払いとなったが、契約がそのまま継続され、貸主が下請け業者に賃料を請求したという事案で、貸主は損害軽減義務として借主に賃料未払いの通知をするか、賃貸借契約を終了すべきであると借主の下請け業者が主張したのに対し、裁判所は、下請け契約は当事者間の交渉次第では継続する可能性があり、下請け業者は貸主と他の案件においては問題なく賃貸借契約が存在していたのであるから、貸主には賃料が支払われると期待するだけの合理的理由があるとして結果回避可能性を適用しなかった。

#### (b) 積極型

積極型は、違反以降の損害の拡大を防止するのみならず、違反によってすでに発生している損害を最小化すべく合理的な措置を講じるべきであるとされる場合である。その代表的なものが、「代替取引」(substitute transaction)と呼ばれる行為であり、積極型の大半はこの代替取引についての問題である。

契約違反を受けた当事者は、契約違反をされた当初の取引の代わりとなるような取引をすることによって、すでに発生している損害を最小化することが求められる。最も典型的な場合としては、売買契約において、売主が目的物の引き渡しを拒んだ場合、その買主は市場において同種の物を調達すべきであるとされる。別のルートからの調達ができたにもかかわらず、それをしなかった場合には、その分の損害は回復されない。反

対に、買主が契約違反して代金の支払いを拒んだ、あるいは目的物を受け取らなかったならば、その売主はその商品を市場で再売却することが代替取引として求められる。あるいは、労働契約を不当に解除された労働者が、解除されている期間中、他の職を見つけて働くという場合もこれにあたとされている<sup>269)</sup>。

代替取引は、客観的に何かしらの取引が可能であるからと言って、常にそれを行うことが求められるわけではない。代替取引は、当初の契約と比較して適切な水準の取引である必要があり、不当に条件の悪い代替取引を行ってまで損害軽減をする必要はないとされる。そのような条件の悪い代替取引しか存在しない場合には、賠償額の制限はなされない<sup>270)</sup>。

また、この代替取引による減額が認められるには、単に代替取引が可能であるということのみならず、契約違反を受けた当事者に違反による「取引高減少」(lost volume)が発生していないことが求められる。すなわち、結果回避可能性が適用されるには、契約違反をされた者は、違反の結果として自らに損失が発生しており、代替取引はそれを「埋め合わせる」(cover)という状況でなくてはならない。仮に契約違反とは関係なく別の契約を結んでいた場合には、その分の損害について取引高減少が発生しているので、結果回避可能性の主張は認められない。

例えば、中古の機械の売買契約において、買主Aが違反した場合に売主が別の買主Bに再売却することは、買主Aの違反の損害を買主Bの代金で埋め合わせしている関係にあたるので、再売却は代替取引であり、これを行わなければ結果回避可能性が適用され得る。しかし、穀物を大量に保有する売主が、買主Aにその一部を売却したが代金の支払いがなされなかった場合には、別件で契約をした買主Bに穀物を売ったとしてもこれは基本的に代替取引とはみなされない。買主Aの違反により失われた利益を、買主Bとの取引が埋め合わせているとは言えず、売主には取引高減少が発生しているからである。

これが実際に問題になったケースとしては、【A-15】Wired Music, Inc. v. Clark 事件<sup>271)</sup>がある。これは、月額制の音楽配信業者が商業用店舗の借主に対して3年契約で配信契約を結んでいたが、その借主が契約期間満了前に履行を拒絶して店舗からも退去したため、配信業者が残りの期間分の料金の支払いを借主に求めたが、一方で店舗の貸主が当該配信業者と別途契約を結びなおしていたという事案である。店舗の借主であり配信契約に違反して料金を払わなかった被告は、店舗の貸主が代わりにその店舗での契約を結んでいるのであるから、原告は代替取引を行ったのであり損害が発生していないと主張したが、裁判所は、当該貸主との配信契約は不動産ではなく契約当事者を基準と

して結ばれるものであるから、たとえ第三者が同じ店舗で別契約を結んだとしても、それは原告と被告の契約を埋め合わせる状態にはなっておらず、配信業者には店舗の借主の契約違反に伴い取引高減少が発生していると言うことができ、当該別契約は代替取引ではないので、借主は損害を賠償すべきであるとした。

以上を前提として、代替取引に代表される損害最小化措置についても、具体的状況に即して、その行為をするかどうか判断される。もっとも、ここでは代替取引という形で、消極型に比べて契約違反を受けた当事者がとるべき措置がより具体的に定まっているので、その判断類型も消極型とは若干異なってくる。

すなわち、結果回避可能性の適用が問題となるのは主に、以下の4つの場合があると思われる。第一が、契約違反を受けた当事者がそもそも代替取引をしようとしなかった、あるいは代替取引を見つけるための適切な調査をほとんどしなかった場合、第二が、代替取引を探したが、当初の契約と比べて条件の悪い代替取引を行った場合、そして第三が、一見すると適切に思える水準の代替取引が実際に存在したが、契約違反を受けた当事者がそれを自ら拒否した場合、そして第四が、実際には代替取引を行っていないにもかかわらず、代替取引の存在を擬制して予め賠償額を減額する場合である。

第一の場合は、実質的に状況を放置していたと言えるので放置型、第二の場合は、代替取引を見つけるべく努力はしたが、悪条件のものしか見つけられなかったので悪条件型、第三の場合は、代替取引が存在するにもかかわらず拒否しているので拒絶型、そして第四の場合は、代替取引を擬制しているので取引擬制型と呼ぶことにする。

なお、取引擬制型は別として、法理の性質上、契約違反を受けた当事者が適切な代替取引を行った場合や、代替取引をすべく合理的な措置を講じたが、結果として適切な代替取引が見つからなかった場合には結果回避可能性は適用されず、減額はなされない。例えば後者の例としては、【A-16】Walter Balfour & Co. v. Lizza & Sons, Inc. 事件<sup>272)</sup>で、原告は特注のドアの製作を依頼され実際に作製したが、依頼者である被告が代金の支払いを拒絶したという事案で、裁判所は、問題となっているドアは他に転用ができず、契約価格より著しく低廉な価格でスクラップにする他ないという状況であるから代替取引はできないとして、契約価格の賠償を認めた。

#### (i) 放置型

まず、積極＝放置型について、これは典型的な代替取引の懈怠であり、代替取引を行わないのみならず、取引をするための必要な努力もしなかったような場合である。

例えば、【A-17】HGI Assocs., Inc. v. Wetmore Printing Co. 事件<sup>273)</sup>においては、ソフトウェアキットの売買契約において、買主はソフトウェアの第三者への販売を事業目



的としてソフトウェアを購入していたが、ソフトウェア開発会社からソフトウェアキットの販売認証を得ていなかった。売主はその事情を知りながら、買主に関する調査を目的に（いわばおとり捜査のような形で）売買契約を締結し、一部を引き渡した後に販売認証がないことを理由に契約を打ち切ったという事案において、裁判所はそのような契約であっても有効であるから売主には目的物を引き渡す義務があり、一方的に契約を打ち切り、引き渡しをしなかった売主には契約違反があるとしたうえで、買主には他からソフトウェアキットを購入して損失を埋め合わせなかったことには合理的な理由が必要であり、そのような理由がなければ埋め合わせができた分については損害額から減額されるとした。

#### (ii) 悪条件型

積極＝悪条件型について、これは契約違反を受けた当事者は代替取引をすべく一定の努力をし、結果として代替取引を見つけたが、その金銭的な条件等が当初の契約に比べて悪かったという場合である。ここでは、契約違反をした当事者から、契約違反を受けた当事者はより好条件の代替取引を見つめることができたはずであり、賠償額の減額幅をより大きくすべきであるという主張がなされる<sup>274)</sup>。

この場合には基本的に、代替取引それ自体の条件がどうかというよりも、代替取引を見つめるまでの契約違反を受けた当事者の行為の合理性が問題とされる。例えば、【A-18】 Jack Richards Aircraft Sales, Inc. v. Vaughn 事件<sup>275)</sup>においては、航空機の売買契約において、契約締結後に買主が買い取りを拒否した結果、売主は第三者に再売却をせざるを得なくなったという事案で、買主から、この再売却は売主の事情により本来売却できた時点から遅れ、再売却できたはずの市場価格と比べて安い価格で売却されているという主張がなされた。しかし裁判所は、売主は契約違反を受けた後、再売却を行うために広告を出し、他の多数の者に売り込みをかけるといった措置を講じていたとして、再売却が成立した時期やその価格については問題とせず、減額を行わなかった。

あるいは、【A-19】 McDonald v. Mianeki 事件<sup>276)</sup>においては、家を建築して引き渡す契約を締結し買主に引き渡されたが、水道に使う井戸水に問題があり、その問題が改善しないため家として使用することができなかったとして、買主が損害を請求した事案で、売主自身が家を買取る旨の申し出をしたが、その直後に買主はその買取価格より低額な値段で第三者に家を売却していたとして、売主が損害軽減義務違反を主張した。そこで裁判所は、売主の申し出は訴訟直前であり、その申し出が届いた時にはすでに買主は口頭での売買の合意を済ませていたので、その口頭の合意に違反してまで改めて売主との契約を結ぶ必要はないとして、結果回避可能性を適用しなかった。



### (iii) 拒絶型

積極＝拒絶型について、これは一見すると代替取引として適切と思われる取引があったにもかかわらず、契約違反を受けた当事者がその取引を拒絶した場合である。前の二類型が代替取引を見つけるまでの過程の問題であったのに対して、こちらは代替取引を見つけた後の受け入れ判断に関する妥当性が問題とされている。

積極＝拒絶型は、厳密にはさらに2つに分けられる。それが、契約違反を受けた当事者が代替取引を自ら探した場合と、契約違反者自身が新たに取引を持ち掛けてきた場合である。

前者の例が、【A-20】State ex rel. Martin v. City of Columbus, Dep't of Health 事件<sup>277)</sup>である。ここでは、看護助手を不当に解雇された原告が、解雇されている期間中他の仕事に就いていなかったことについて、被告から損害軽減義務違反の主張がなされた。裁判所は、この看護助手について、年齢が50代後半であり、職歴は看護助手以外にないことから、別種の職業に就くことは困難であるとしたうえで、求職活動の結果1つだけ職場が見つかったが、この職場は勤務地が離れており、もし勤めるならば家族と離れざるを得ない状況になってしまうので、そのような状況で当該代替取引を拒絶したことは合理的な理由があるとして、損害軽減義務違反を認めず、結果回避可能性を適用しなかった。

後者の代表的な事例が、【A-21】Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp. 事件<sup>278)</sup>である。この事案では、映画会社と女優が、新作映画で主演を務める旨の出演契約を結んだが、撮影前に当該映画の製作が取りやめになった。そこで映画会社は、当初と同じ期間の撮影と同じ報酬でその女優に新たな映画の出演を打診したが、その第二の映画は、第一の映画と比較して映画のコンセプトや撮影場所、また女優側が映画製作に関わるための権限に関する条項が大きく異なっていた<sup>279)</sup>。そこで女優は出演を断り、第一の映画の出演契約の違反に対する損害賠償を請求した。この第二の映画に出演しなかったことが女優の損害軽減措置の懈怠にあたるかが争われたが、裁判所は、第二の映画の条件が第一の映画と異なることから、代替取引として適切でないとして、結果回避可能性を適用しなかった<sup>280)</sup>。

あるいは、【A-22】Texas Gas Expl. Corp. v. Broughton Offshore Ltd. II 事件<sup>281)</sup>においては、掘削工事を請け負った原告に対して、注文者である被告が契約期間内に契約の打ち切りを通告するとともに、もし原告が損害賠償等の契約上の権利を行使しないのであれば工事を完遂させて良いと申し出たことが代替取引として適切かが争われた事案で、裁判所はそのような契約上の権利を制限するような代替取引の申し出は認められないと

したうえで、原告は打ち切り通告後、他の仕事を探すべく人員を雇い適切な努力をしていたとして、結果回避可能性を適用しなかった<sup>282)</sup>。

このように、実際に代替取引が存在する状況でそれを受諾するか否かは、代替取引を見つけるまでの過程における合理性と異なり、代替取引の相当性を、契約の諸条件はもちろん、契約違反を受けた当事者の主観的な面も含めて判断される傾向がある。特に、労働契約などの役務提供契約においては、物の売買ではなく実際に人間が労働を行うという属人的な性質上、【A-20】や【A-21】で示されているように、単に報酬の金額が同一か否かという点のみならず、役務提供に際しての諸条件や契約違反を受けた当事者の感情など主観的事情がより重視されている。

この拒絶型について、学説上の見解としては、代替取引を探す調査の過程に関しては客観的基準により合理性を判断するのに対し、現実には代替取引が存在する場合それを受け入れるかは当事者の主観的な信義誠実の基準によるべきであるとして、両者を異なる基準で判断すべきであると主張する見解もある<sup>283)</sup>。

#### (iv) 取引擬制型

ここまでの三類型はいずれも、代替取引を実際に行ったか、行うべきであった、あるいは行わないことに合理性があるかといった観点からの議論であり、合理的な代替取引をしたか否かが大きな問題とされてきた。

しかし、結果回避可能性においては、損害賠償額算定の過程において、あらかじめ代替取引があったかのような状態を前提としているものが存在する。それを示すのが、UCCの諸規定である。

UCCには結果回避可能性の趣旨を反映させた条文がいくつか存在する。まず、売買契約と賃貸借契約において、実際に合理的な代替取引を行った場合の規定が存在する。具体的には、UCC2-706条(1)において、買主の契約違反に際し、信義誠実かつ商業上合理的な方法で転売が行われた場合には、転売代金と契約価格の差額が損害賠償額になるとされている<sup>284)</sup>。これは、売主が契約に違反して目的物を引き渡さなかった場合も同様であり、UCC2-712条(1)(2)においては、買主は合理的に代替物を取得することができ、その代替物取得の費用と契約価格の差額が損害賠償になるとされている。

また、賃貸借契約においても、賃貸人が目的物を引き渡さないといった契約違反に際しては、UCC2A-518条(1)(2)により、賃借人が代替物を調達することができ、それが商業上合理的であれば、当初の賃貸借のうち契約違反状態となっている期間に相当する期間分の賃料から、新たな賃貸借契約の契約価格を引いた額が損害額となる。賃借人の違反に際しても、UCC2A-527条(1)(2)において同様に、当初賃貸借契約の違反期間中の賃

料から、それに相当する期間の新契約の賃料を引いた額が損害額となる旨の規定が設けられている。

ここまでは、実際に代替取引を行った場合の規定である。しかし、UCCは取引を実際に行っていない場合でも、あたかも取引を行ったのと同じような処理を行う。すなわち、売買契約における買主の違反においては、UCC2-708条(1)により、賠償される損害額は履行の提供がなされた時の、その場所における市場価格（market price）と、付随的損害額を加えた未払いの契約価格の差額であるとしている。同様に、売主の違反においても、買主の損害賠償額は、違反を売主が知った時点の市場価格と契約価格の差額が基本とされている。

賃貸借契約においてもこれは同様であり、賃貸人の契約違反に際してはUCC2A-519条(1)で、賃借人の違反に際してはUCC2A-528条(1)で、市場賃料と元の賃料の差額が損害賠償額とされている。ここで言う市場賃料に基づいた損害額とは、UCC2A-507条(1)で、「当初の賃貸借合意の残りの賃貸借期間と同一の賃貸借期間を勘案した、物品の使用のための賃料」に従って決められるとされている。

これらは、実際には代替取引を行っていないのに、あたかもすでに市場価格での代替取引をしたのを前提として、結果回避可能性を反映させているようなものである<sup>285)</sup>。たしかに、具体的状況から代替取引を行わないだけの相当な理由があった場合は別として、契約目的物を再売却、あるいは代替品を調達するための市場が存在する場合、代替取引を行った状態と、代替取引を行わなかったが結果回避可能性により減額された状態を比較すれば、契約違反を受けた当事者の損害額は理論的には変わらないはずであり、仮に差があったとしても合理的な誤差の範囲内に収まるであろう。そうであれば、最初から損害額を契約価格と市場価格の差額であるとしておく方が端的に損害額を算定できるとするには合理性があるように思われる。

ただし、当然ながら、そもそも市場価格が存在しないような場合にはこれらの条文は適用することができないため、目的物を取引するための市場が存在することが前提となると思われる。

以上からこの類型では、客観的状況から行うことができたはずの代替取引、すなわち市場価格による「仮定的代替取引」を擬制し、それに基づく減額がなされていると捉えることができる。したがって、この仮定的代替取引の擬制に基づく類型を、取引擬制型と呼ぶことにする。

## (3) 法理の根拠

結果回避可能性において、契約違反をされた当事者に合理的な措置をとることが求められるのはなぜかという問題、すなわち結果回避可能性の根拠については、複数の概念が提示されている。これらはそれぞれ単独で唯一の根拠とされるのではなく、複数の根拠が組み合わさっているとされることが多い。

しかし、その根拠を見ていくと、契約違反を受けた当事者に対して、何らかの意味での非難性を問題とするか否かという点で大きく分けられるように思われる。ここで言う非難性とは、規範となる行為基準があり、当事者がそれに反したという意味である。非難性を問題とする場合には、その非難性がどこから導かれるかという点でさらに見解が分かれる一方、非難性を問題としない見解は、期待利益の賠償という原則にのっとって説明する点では共通するが、ここでも若干異なる見解が存在している。

## (a) 非難性を問題とする見解

契約違反を受けた当事者に何らかの非難性があることを根拠として賠償額を減額するにあたり、その非難性を導く規範としては、大きく2つが挙げられる。それがすなわち、経済的効率性と、道徳である。

## (i) 経済的効率性

経済的効率性に根拠を求める見解とは、契約当事者は、社会経済的な観点から、防げるはずの損害が徒に発生・拡大することを避けるべきであるという規範が存在し、それに反したことを理由として、賠償されるべき損害額を減額するという見解である。その結果として、賠償額の減額という不利益を背景として、契約違反を受けた当事者に対して損害を最小化するインセンティブを与えることによって、全体的な損失を最も少なくし、経済的に効率的な状態 (economic efficiency) を実現することを目的とする。最も有力な見解ということができ、リステイトメントを含め結果回避可能性の主たる根拠として広く言及されている<sup>286)</sup>。

例えば、【A-23】Schneiker v. Gordon 事件<sup>287)</sup>においては、商業用店舗の転貸借契約において、転借人が期間満了前に賃料の支払いを止め目的物を放棄するという契約違反をしたため、転貸人が所有者と結んでいた賃貸借契約を解除したうえで、転借人に対して残りの期間の賃料を請求したという事案で、転貸人に対しては「賃貸人〔転貸人〕が防げるはずの経済的損失を生じるがままに被るのを防ぎ、土地の生産的な利用を促し、財産に対する物理的な損害の可能性を減らすために」結果回避可能性が適用されるべきであるとした。そのうえで本件では、転貸人は目的物の設備が壊れていたため再転貸す



ることもできず、速やかに賃貸借契約を解除しており、損害軽減義務を果たしているとして減額を行わなかった。

この経済的効率性は、2つの面から説明される。第一は、経済的な浪費を防止するという面であり、第二は、資源を効率的に利用するという面である。

第一の、経済的浪費の防止とは、無駄な行為により損失が生じるのを防ぐということであり、履行不停止型で特に機能する。例えば【A-8】で言えば、注文者の契約違反により橋を建設する必要がないと通知された建設会社は、不必要な橋をわざわざ建設し、結果的に無用の長物を作っただけとなった。建設をやめるよう通知された時点で建設をやめていれば、橋の建設にかかる人的物的な無駄を削減することができたはずである。

これをモデル化して説明するならば、以下のようなになる<sup>288)</sup>。まず、橋の建設の契約価格が10万ドルであるとし、橋の建設に関する費用を8万ドルとする。そして、契約違反により建設をやめるよう通知された時点で、4万ドル分の支出がすでになされていた。このとき、建設会社がここで建設をやめれば、回復できるのは、期待利益2万ドルに、信頼利益4万ドルを合わせた6万ドルである。しかし、もし建設を続行して完成させた場合、期待利益は2万ドルのままであるが、信頼利益が8万ドルになり、合計10万ドルが賠償すべき額となる。しかし、これは建設会社にとって1ドルも得がなく、注文者に4万ドル余計な支出が増えただけである。そこで、続行後の支出4万ドルについては建設会社の負担として賠償額を6万ドルとすれば、建設会社には建設を続行するインセンティブがなくなり、注文者の支払うべき額が少なくなるので、経済的に効率的な状態が達成される。

第二の、資源の効率的な利用は、代替取引においてより強く意識される。例えば、売買契約において買主が代金を支払わない、あるいは目的物の受領を拒絶するなどの契約違反があったとしたら、売主はその目的物を持って余すのではなく、第三者に再売却して利益を得ることが望ましい。生鮮食品などの、迅速に再売却しなければ価値が失われるものであれば尚更である。あるいは、売主の契約違反により目的物の引渡しを受けられなかった買主は、市場から代替物を調達することができるならば、調達することで所期の目的を達成すべきである。

なぜこの経済的効率性を実現するよう求められるのかについては、これを「公序」(public policy)に求める見解<sup>289)</sup>や、より通俗的に「常識」(common sense)と表現する見解<sup>290)</sup>もある。

いずれにしても、これらの諸見解は法と経済学的な観点から導かれるものである<sup>291)</sup>。すなわち、客観的視点から見て損害を全体として最小限に抑えるためには、当事者がど



のような行為を行うことが望ましいかという社会的価値判断に基づいている。これは、当事者の一方に焦点を当てて、当該当事者の損害負担が妥当であるか否かという視点から判断する見解とは異なるものといえる。それを踏まえ、結果回避可能性は社会的コスト (social cost) の削減が目的であると表現されることもある<sup>292)</sup>。

## (ii) 道徳

道徳に根拠を求める見解とは、契約違反を受けた当事者は、道徳上 (morality) の問題として、損害を軽減する措置をとるべきであるという見解である<sup>293)</sup>。同様の趣旨で、契約上の「信義誠実」(good faith) や「公正な取引」(fair dealing) に基づくものと捉えられることもある<sup>294)</sup>。例えば、【A-4】においては、「すべての契約には本来的に、信義誠実にしたがって行動する義務が存在している。この義務の機能として、原告は違反の金銭的衝撃を軽減するために合理的に行動しなければならない」と述べられている。

結果回避可能性による減額がなかったとすると、契約違反を受けた当事者は、損害軽減をしてもしなくても、得られる賠償額は変わらないことになる。そうすると、契約違反を受けた当事者は損害軽減をする必要性を感じず、契約違反による損失が発生・拡大していて、なおかつ契約違反を受けた当事者が現実的にそれを防ぐことができる状況にあっても、本人の怠惰により放置し、損失を増大させるというモラルハザードが発生するおそれがある。そこで、損害軽減措置の懈怠によりもたらされた損失については賠償させないようにすることは、契約違反を受けた当事者に損害軽減措置を促してこのモラルハザードを防止することにつながる<sup>295)</sup>。いわゆる契約当事者の「救護義務」(duty to rescue) の一種と考えられている<sup>296)</sup>。

この見解に対しては、契約違反を受けた当事者に損害軽減措置を求めることは、むしろ道徳に反するという見解もある<sup>297)</sup>。すなわち、契約において、本来的には履行義務のある当事者が損害を発生させないような、あるいは損害が発生してもそれを最小化するような義務を負うのが原則であるはずなのに、契約違反を受けたうえに、損害軽減措置をとることまで負担させるのは契約の想定するところではなく、道徳的に望ましくないからであるとする。ただし、この見解も、実際に契約違反を受けた側が損害軽減措置をとることが容易である一方、違反をした側はそれが困難である場合や、契約違反を受けた側が損害軽減措置をとらないことで多大な損失が発生し、措置をとることに比べて不均衡である場合などには、道徳上の問題が生じることを認める。

道徳上の問題として結果回避可能性を捉える見解は、損害が現に発生しているにもかかわらずそれを放置するという当事者の怠惰に対する非難として結果回避可能性を捉えている。もっとも、その目的とするところは、不必要な損失の発生、およびその損失の

賠償を防止して、損失を最小化するという点であると思われる。その点では実際上、損害軽減措置を促して社会的損失を最小化するという、経済的効率性に基づく見解に近い考え方と言うことができる<sup>298)</sup>。

(b) 非難性を問題としない見解

契約違反を受けた当事者に対する非難を問題としない見解は、期待利益の賠償という、損害賠償の原則の中で結果回避可能性を捉えるものである。具体的には、因果関係が遮断されるとする見解と、期待利益の意義そのものから、過剰賠償を防止するためであると説明する見解がある。

(i) 因果関係

結果回避可能性の根拠を因果関係に求める見解は、端的に、契約違反を受けた当事者が損害軽減措置を怠ったことにより生じた損害部分は、契約違反との法的な因果関係がないとする<sup>299)</sup>。

まずこの見解は、契約違反により生じた損害と、違反を受けた当事者が損害軽減することが可能であるのにしなかったことによって生じた損害とを区別する。そして、事実としての因果関係の観点<sup>300)</sup>からは両方の損害とも契約違反により生じていると言えらるとしても、法的な因果関係の観点からは、後者の損害についてその主因（proximate cause）はもはや契約違反を受けた当事者による損害軽減措置の懈怠にのみ存在すると考え、契約違反をした当事者の行為とは法的因果関係を有しないと<sup>301)</sup>。

これは、結果回避可能性を、行為と損害の因果関係の原則<sup>302)</sup>の枠組みで捉えるものである。そこで、結果回避可能性の問題は、期待利益の賠償のための要件としての因果関係の問題として捉えても良いのではないかという見解も存在する<sup>303)</sup>。

しかし、結果回避可能性はその性質上、単に契約違反を受けた当事者の損害軽減行為の懈怠と損害との間に因果関係があるだけでなく、合理的な措置を尽くして損害軽減行為を行ったのかという規範的要素が含まれているのであり、因果関係に根拠を求める見解はこの規範的要素を主因の解釈問題とただけである<sup>304)</sup>。

そうすると、この因果関係からの説明も、事実的な因果関係があることは前提として、そのうえで行為の合理性を検討するという点で、実質的な内容は非難性を問題とする見解と大きくは変わらないように思われる。そこで今後の検討においては、非難性を問題としない見解については専ら、次の期待利益の意義からの根拠づけについて問題とすることにする。

(ii) 過剰賠償の防止

この見解においては、結果回避可能性は期待利益そのものの判断に吸収されるとされ

る。期待利益の定義はすでに見たように、「契約が履行されていたならばおかれていたのと同様の地位に受約者がおかれることによって、その者が取引で得ていたであろう利益」<sup>305)</sup>と定義される。したがって、期待利益の賠償を得ることによって、契約違反を受けた当事者は、利益的には契約が履行されていた場合と同じ地位に置かれることになる。

しかし、これを反対から解釈すれば、契約違反を受けた当事者は、賠償によって契約が履行された場合よりも良い地位に置かれてはならない、すなわち契約違反を受けた当事者は、契約が履行された場合に得られるよりも多くの利益を賠償で得てはいけないというルールが導かれる。そして、損害軽減措置を怠りながら、その分の減額をせずに賠償がなされることは、このルールに反すると考えるのである。

なぜそのように言えるのか。この見解の論者は、契約違反をされた当事者には、違反により損失と同時に一定の利益 (benefit of breach) が生じていると考える<sup>306)</sup>。例えば、売買契約において売主が契約違反により目的物を引き渡さなかったとする。このとき、買主がまだ代金を全額支払っていないければ、手元にある残額分について支払わずに済むという意味での利益が契約違反の時点で生じる。また、買主が代金を支払わなかった場合にも、売主は目的物を保持し続けるという意味での利益が生じているとする<sup>307)</sup>。

そして、UCCもこの見解を反映していると考えられる。例えば、UCC2-706条(1)は、売買契約において買主の契約違反があった場合の損害額について、契約価格と転売代金の差額によると規定しているが、これは契約違反により売主が転売代金分の金銭を失わずに済んだという意味で利益が生じているということから導かれる帰結であるとする。UCC2-708条(1)においては、転売可能な時点での市場価格が違反による利益に該当する。ここでは、売主の保持している利益を、現実に受け取った代金あるいは市場価格として金銭的に評価しているのである<sup>308)</sup>。

したがって、契約違反を受けた当事者は、この損害軽減が可能であったのにしなかった部分について減額がなされないとすると、それは過剰賠償 (overcompensation) になるとする。この過剰賠償を認めるとすると、契約違反における損害賠償の目的は違反に対する補償であって懲罰のためにあるのではないという、契約法の基本原理に反することになる<sup>309)</sup>。結果回避可能性とは、賠償額を縮減するためではなく、過剰賠償の防止のためにあるのである<sup>310)</sup>。

判例においても、この見解を支持するものがみられる。例えば、【A-24】 F. Enterprises, Inc. v. Kentucky Fried Chicken Corp. 事件<sup>311)</sup>においては、「結果回避可能性の法理は、損害の賠償は、被害を受けた当事者を、違反した当事者が最小限の費用を支出し契約が破られていなかったならば置かれていたであろうのと同様の地位に置くべきで

あるという基本的な原則からも生じるルールである」として、結果回避可能性が期待利益の意義から導かれることを示している。

この見解に基づけば、結果回避可能性は、期待利益の意義からいわば当然に導かれるのであり<sup>312)</sup>、これを期待利益と別個の、独立した賠償額制限法理であるかのように扱う必要はないということになる<sup>313)</sup>。そして、減額がなされるか否かは、違反による利益を得ているか否かにより決せられるのであり、これは市場価格等を通じて客観的に定めることができるため、過失や義務違反といった規範要素は問題としない<sup>314)</sup>。

#### (4) 法理の根拠と類型の関係

すでに述べたように、結果回避可能性の根拠として挙げられているものは、必ずしも単独で唯一の根拠とされるわけではなく、複数の要素が組み合わさって根拠として機能している。それでは、これまで挙げた結果回避可能性の諸類型と、その根拠はいかなる関係に立つのであろうか。

##### (a) 経済的効率性の機能

経済的効率性については、根拠として全ての類型に妥当すると思われる。まず消極型については、すでに見たように、違反による損害の発生をそのまま放置して悪化させる、あるいは自ら助長するといういずれにしても、その分の損害を賠償させないことを通じて本来生じる必要のない損害が発生することを防止し、当事者に対して資源の無駄な浪費を抑えるインセンティブを与えるという機能があるという説明が可能である。

これは積極型についても基本的に同様に当てはまる。すなわち、社会経済的な観点から、契約違反を受けた当事者であっても、損害を減らすことができるのであれば減らすべきであるという考えのもと代替取引が求められ、合理的な理由なく損害を軽減しなかった場合にはその分は減額されるので、損害を自ら回収するために代替取引をするインセンティブが生じると考えることになる。

積極＝取引擬制型においては、契約違反を受けた当事者に非難性を求めているわけではないので、経済的効率性は当てはまらないようにも思える。しかし、経済的効率性はここでも機能していると見るべきである。なぜなら、市場価格に基づいた減額がなされることが決まっている以上、これを避けるために、当事者は市場価格と同じかそれ以上の価格で代替取引をすることを目指すという点で、損害最小化のインセンティブが働くからである。

##### (b) 道徳の機能

損害軽減行為をしないことが道徳上非難されるべき行為であるという考えも、消極・



積極両類型に基本的に当てはまる。とりわけ、積極＝拒絶型については、代替取引が存在してもそれを断る理由として、当該状況における当事者の個人的な事情や主観的な面も考慮されるなど、個人に着目した柔軟な運用が認められている状態とすることができる。これは単なる経済的な効率性だけでなく、契約違反を受けた当事者個人に対する非難性の有無に基づく判断と親和性の高いものと言することができるであろう。

ただし、積極＝取引擬制型においては、この根拠は当てはまらない。取引擬制型における契約違反を受けた当事者も減額理由は、あくまで当該当事者が違反による利益を得ているからであり、これを経済的効率性の観点から説明するならばともかく、道徳的な非難性があるからと言うことは困難である。

#### (c) 過剰賠償の防止の機能

非難性を問題としない見解、特に期待利益の意義に根拠を求める見解について、そもそもこれは基本的に代替取引が問題となる積極型について主に当てはまる見解であると思われる。消極型においては多くの場合、契約違反を受けた当事者は、違反による利益を受けているとみることは困難である。例えば、消極＝放置型の【A-5】において、貸主がトラックを修理交換しないうちに、賃料を支払わないという借主の違反があったからといって、貸主がその違反から何かしら利益を得ていたとすることができるであろうか。【A-6】においても、保証期間内に屋根から雨漏りがしたことにつき、屋根の作業ミスから家主に生じた利益など存在するであろうか。このような利益を考えることは困難であるように思われる。

消極＝助長型の【A-8】においても、橋の建設を中止するよう通知をして請負代金を支払わなかったという違反によって、建設業者に利益が生じているとすることができるであろうか。たしかに、通知があつてすぐに建設を中止したならば、その中止によってそれ以降の建設業者の人的物的な無駄が抑えられるので、それを他の工事に振り向けることができるという意味で代替取引を観念し、その利益があると言えなくもない。しかし、ここでの減額は、そのような代替取引をしなかったという意味での減額ではなく、無駄に損害額を増やしたことを理由として、その分を賠償に含めないための減額である。実際、ここで減額されているのは、通知を受けた後に建設業者が橋を完成させるために支出した残りの工事費用であり、余裕ができた人的物的資源を他の工事に振り向けられたはずであるとしてその分の減額がなされているのではない。

反対に、代替取引が問題となる積極型については、この根拠は非常に強く機能する。特に積極＝放置型や取引擬制型においては、代替取引をしていなかったとしても、合理的に代替取引を行っていた場合の市場価格分の減額がなされるのであるから、これを基



礎づける説明としては非常に適切である。実際、UCC2-708条(2)では、同条(1)で算定された損害額が、「履行がなされていたならば置かれていたのと同等の地位に売主を置くためには不適切である場合」には、市場価格による算定を適用しないとしており、市場価格はあくまで期待利益の賠償を実現するために用いられていることが示唆されている。UCCにおいては、結果回避可能性は原則として独自の法理ではなく、期待利益算定の一部を構成していると見ることができる。

他の積極型の、悪条件型、拒絶型についても、合理的な措置・判断を尽くしても適切な代替取引がなかったので代替取引を行わなかったということは、契約違反を受けた当事者はそもそも違反による利益を受けていなかったということであると考えば説明になる。

もっともその場合には、契約による利益があったのか否かということが、その後の契約違反を受けた当事者の合理的な行為の結果に左右されるということになる。その点で、積極＝放置型や取引擬制型のような、違反の時点で利益が生じているとするのとは若干異なるため、違反の利益について柔軟な解釈をする必要があるように思われる。

(次号に続く)

#### 注

- 227) アメリカ契約法における契約責任は厳格責任が原則とされるなか、この結果回避可能性は過失要素に着目したものとされる。Cohen, *The Fault Lines in Contract Damages*, 80 Va. L.Rev. 1309 (1994).
- 228) Restatement (Second) of Contracts § 344 (1981).
- 229) Joseph M. Perillo, *Contracts* § 14.4, at 515 (7th ed. 2014).
- 230) Restatement (Second) of Contracts § 344 (a); UCC § 1-305.
- 231) Restatement (Second) of Contracts § 347.
- 232) 予見不可能性は、「契約違反をした当事者が、契約締結時に、契約違反により生じ得る結果を予見するべき理由がなかった損失については、契約違反を受けた当事者は回復することができない」という賠償額の制限であり、基本的には契約違反をした側の当事者の問題である。また、不確実性については、「合理的な確実性をもって証明できる範囲を超えた損害については、契約違反を受けた当事者は回復することができない」という賠償額の制限であり、これは損害の証明という訴訟法的な面における法理である。以上の定義については E. Allan Farnsworth, *Contracts* § 12.8, at 759-60 (4th ed. 2004) を参照。もっとも、予見不可能性については、契約違反を受けた当事者が損害軽減をできないということを、違反をした当事者が認識し得たかという問題と捉えることで、その発想は一部結果回避可能性と共通する。この見解について、Perillo, *supra* note 229, § 14.15, at 532.
- 233) 日本の民法 418 条においては、過失相殺は賠償額の減額だけでなく責任の免除まで条文上含まれるのは日本法の検討において触れた通りであるが、責任を否定する場合には債務不履行責任がないと構成することで足り、実際上もほとんど減額する場合にのみ適用されていることからすれば、民法 418 条が責任免除も含むとする点はアメリカ法との大きな違いではないと考える。

- 234) 日本で、アメリカ法の結果回避可能性（損害軽減義務）について触れたものとしては、谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務— Avoidable consequences の理論の示唆—」川島武直ほか編『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究（上）』235頁（有斐閣，1957年），吉田和夫「債権者の損害避止義務及び損害拡大防止義務について」ジュリ 866号 78頁（1986年），内田・前掲注 210），齋藤・前掲注 223）など。イギリスにおける損害軽減義務について検討したものとして、長谷川義仁・前掲注 10）97頁以下。また、イギリスとアメリカの履行拒絶との関係における損害軽減義務についての考察として、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務 履行期前の履行拒絶に関する考察』32頁以下（東京大学出版会，2010年）。なお、債権法改正の基本方針においては、損害軽減義務の導入を「エクイティ上の mitigation」と結び付けるのは「大きな誤り」として、思想的基礎が共通することを認めながらも、英米法の mitigation からの継受を強く否定している（民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注 1）285頁）。しかし、英米法における契約違反に対する救済としての金銭賠償（damages）は、代表的なコモンロー上の救済制度であり（田中英夫『英米法総論 上』12頁（東京大学出版会，1980年）），賠償額の減額を導く法理としての mitigation も、敢えて分類するならばコモンロー上の制度であるはずである。それにもかかわらず、なぜ mitigation をエクイティ上の制度とだけ捉えているのかは疑問である。
- 235) 具体的には、道徳的に両当事者には合理的な行動が求められるとするものや、契約違反を受けた当事者の行為が損害と因果関係を有しているからであるとするものに加えて、損害を最小化するためのインセンティブを与えるという経済的な観点を重視する見解などが存在する。これらの詳細については、本稿Ⅲ, 2., (3)参照。
- 236) 実際、過去の日本の文献においては、comparative negligence は「過失相殺」と訳されることもあった。村井衡平「[紹介] W・L・プロッサー 過失相殺」神戸学院法学 6巻 3号 105頁（1976年）参照。
- 237) 具体的には、当事者の公平や正義といった考えに加えて、損害の抑止・事故の防止といった、損害最小化のインセンティブという点で結果回避可能性の根拠に近い発想が用いられている。比較過失の分析については本稿Ⅲ, 3. 参照。
- 238) アメリカにおいても、医者や弁護士などの専門家、あるいは職業として一定の業務に従事する者には、相手方に対する過失基準として、通常の合理性の基準ではなく、その職務や被害者との関係性に応じた特別な注意義務が存在することが認められており、交通事故のような単純な不法行為とは区別されている。Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden and Ellen M. Bublick, *The Law of Torts* § 284 (2d ed.).
- 239) Michael B. Kelly, *Living Without the Avoidable Consequences Doctrine in Contract Remedies*, 33 *San Diego L. Rev.* 175, 176 (1996).
- 240) 具体的内容については、主に本稿Ⅲ 2., (2), (iv)参照。
- 241) この条項については、リステイトメント 350条(2)と同じく被害を受けた当事者に合理的な措置を促す趣旨であると説明されている。James J. White, Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* § 8:15 (6th ed.).
- 242) 第2次不法行為法リステイトメントには、以下のように規定されている。  
 第2次不法行為法リステイトメント 918条〔回避可能な結果〕  
 (1) 第2項に規定する場合を除いて、他者の不法行為により被害を受けた者は、不法行為がなされた後に合理的な措置あるいは支出を講じることによって避けることができたいかなる損害についても、回復する権利を有しない。  
 (2) 不法行為者が意図的に損害を引き起こしたか、損害を認識していた、あるいは無思慮に無視したならば、被害者は不法行為から生じた特定の損害について回復することを妨げられない。ただし、被害者が損害の危険を認識しながら意図的あるいは不注意により自身の利益を保護しなかった場合はこの限りではない。
- 243) Yehuda Adar, *Comparative Negligence and Mitigation of Damages: Two Sister Doctrines in*

- Search of Reunion, 31 *Quinnipiac L. Rev.* 783, 793 (2013); John C. Everett, *Mitigation of Damages- Effect of Plaintiff Choosing Among Reasonable Alternatives*, 23 *Ark. L. Rev.* 132, 133 (1969).
- 244) ただし、不法行為分野の規定であるため、契約法の場合とは適用される事例が若干異なる。例えば、典型的な事例としては、交通事故により損害を受けた原告が、その後適切な治療を受けなかったため、本来治癒する期間よりも治療期間が長引いた場合、その長引いた分に関する治療費は賠償されないといった場合などが指摘されている。Willis v. Westerfield, 839 N.E.2d 1179 (Ind. 2006); Preston v. Keith, 217 Conn. 12, 584 A.2d 439 (1991)。また、近年これに反対する見解も現れており、第3次不法行為法リステイメント3条では、結果回避可能性を比較過失に吸収することが唱えられている。Restatement (Third) of Torts: Apportionment Liab. § 3 (2000) 参照。
- 245) Mr. Eddie, Inc. v. Ginsberg, 430 S.W.2d 5 (Tex. Civ. App. 1968)。Restatement (Second) of Contracts § 350 cmt. h も参照。
- 246) Keefe v. Norwalk Cove Marina, Inc., 57 Conn. App. 601, 749 A.2d 1219 (2000)。
- 247) W. Haven Sound Dev. Corp. v. W. Haven, 201 Conn. 305, 514 A.2d 734 (1986)。また、【A-1】においても、損害軽減のための支出が「損害を最小化するための分別ある意図による結果であれば、その結果が損害を軽減するどころかむしろ増加させることになったとしても、回復され得る」としている。
- 248) 以上の説明について、Farnsworth, supra note 232, at 780; Perrilo, supra note 229, at 507。判例としては、S. Bldg. Servs., Inc. v. City of Ft. Smith, 2013 Ark. App. 306, 11, 427 S.W.3d 763, 769 (2013); State ex rel. Stacy v. Batavia Local Sch. Dist. Bd. of Edn., 2005-Ohio-2974, ¶ 46, 105 Ohio St. 3d 476, 486, 829 N.E.2d 298, 309。
- 249) 伝統的には、損害軽減は「義務」(duty) であるとする方が一般的だったと思われる。Warren v. Stoddart, 105 U.S. 224, 229, 26 L. Ed. 1117 (1881)。
- 250) Pelliro, supra note 229, at 532; Farnsworth, supra note 232, § 12.12, at 779; § 64.31. Mitigation of damages, generally, 24 Williston on Contracts § 64:31 (4th ed.)。この賠償額を減額させるための行為規範を「義務」と呼ぶことへの疑問は日本法においても指摘されてきた。本稿 II. 2. 参照。
- 251) B & G Properties Ltd. P'ship v. Office Max, Inc., 2013-Ohio-5255, 3 N.E.3d 774。この事例では、不動産の賃貸借契約において、貸主が再賃貸借に失敗した場合でも借主は賃料支払義務を負うという条項があったことから、結果回避可能性を適用しなかった。
- 252) 全額償還合意があった場合に結果回避可能性の適用を否定した判例としては、M & M Auto Outlet v. Hill Inv. Corp., 2010 WY 56, 230 P.3d 1099 (Wyo. 2010) など。損害賠償額の予定条項がある場合に結果回避可能性の適用を否定した判例としては、NPS, LLC v. Minihane, 451 Mass. 417, 886 N.E.2d 670 (2008) など。
- 253) デフォルト・ルールについて判例を踏まえた検討については、本稿 III. 4. 参照。
- 254) Farnsworth, supra note 232, § 12.12, at 780。
- 255) 損害軽減措置を積極的措置と消極的措置の二つに大別する見解としては、Restatement (Second) of Contracts § 350 cmt. b; Robert A. Hillman, *Keeping the Deal Together After Material Breach-Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts*, 47 *U. Colo. L. Rev.* 553, 568 (1976)。
- 256) なお、ここで問題となっている行為には、契約違反を受けた当事者について、契約上の義務の履行を停止すべきとされる場合と、それ以外の事実的行為の停止とが存在するが、リステイメントなどではこれらはまとめて扱われている。
- 257) Restatement (Second) of Contracts § 350 ill. 3。
- 258) Performance Mach. Co. v. Yellowstone Mountain Club, LLC, 2007 MT 250, 339 Mont. 259, 169 P.3d 394。

- 259) Pack v. Case, 2001 UT App 232, 30 P.3d 436.
- 260) Trustees of Univ. of D.C. v. Vossoughi, 963 A.2d 1162 (D.C. 2009).
- 261) Rockingham Country v. Luten Bridge Co., 35F. 2d 301 (4th Cir. 1929).
- 262) Clark v. Marsiglia, 1845 WL 4381 (N.Y. Sup. Ct. 1845).
- 263) Selig v. Wunderlich Contracting Co., 160 Neb. 215, 69 N.W.2d 861 (1955).
- 264) Schmidt v. New Plastic Corp., 144 Cal. App. 2d Supp. 849, 301 P.2d 131 (Cal. App. Dep't Super. Ct. 1956).
- 265) Wavra v. Karr, 142 Minn. 248, 249, 172 N.W. 118 (1919). なお、この事案で借主は、種子に問題があってもその分の収穫高の減少は貸主が引き受ける旨のやり取りがあったと主張したが、裁判所そのようなやり取りを認定しなかった。
- 266) Restatement (Second) of Contracts § 350 ill. 4.
- 267) Steele v. J.I. Case Co., 419 P.2d 902 (Kan. 1966).
- 268) Ramona Equip. Rental, Inc. ex rel. U.S. v. Carolina Cas. Ins. Co., 755 F.3d 1063 (9th Cir. 2014).
- 269) 以上について、Restatement (Second) of Contracts § 350 cmt. c.
- 270) ただし、不当に条件の悪い契約を結ぶ必要はないとしても、現実に契約を結び報酬を得た場合には、契約内容にかかわらずその分は減額される。S. Keswick, Inc. v. Whetherholt, 293 So. 2d 109 (Fla. Dist. Ct. App. 1974).
- 271) Wired Music, Inc. v. Clark, 26 Ill. App. 2d 413, 168 N.E.2d 736 (Ill. App. Ct. 1960).
- 272) Walter Balfour & Co. v. Lizza & Sons, Inc., 6 U.C.C. REP. SERV. (Callaghan) 649 (N.Y. Sup. Ct. 1969).
- 273) HGI Assocs., Inc. v. Wetmore Printing Co., 427 F.3d 867 (11th Cir. 2005).
- 274) この、より適切な代替取引があったはずであるということの立証責任は被告にあるため、それが立証されなければ減額はなされない。Forbes v. Rapp, 269 Va. 374, 380, 611 S.E.2d 592 (2005) 参照。
- 275) Jack Richards Aircraft Sales, Inc. v. Vaughn, 203 Kan. 967, 457 P.2d 691 (1969).
- 276) McDonald v. Miannecki, 79 N.J. 275, 398 A.2d 1283 (1979).
- 277) State ex rel. Martin v. City of Columbus, Dep't of Health, 58 Ohio St. 2d 261, 389 N.E.2d 1123 (1979).
- 278) Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp., 474 P.2d 689 (Cal. 1970).
- 279) 具体的には、第一の映画はカリフォルニアで撮影されるミュージカル映画の予定であったが、第二の映画はオーストラリアで撮影される西部劇であった。さらに、第一の映画では監督や上演劇場に関する承諾権が原告に与えられていたが、第二の映画の契約条項ではそのような権利が削除されていた。
- 280) 契約違反を行った当事者自身が新たに代替取引を持ちかけた場合にそれを受諾すべきか否かについて、①代替取引により損害が軽減される②代替取引を妨げる障害がない③可能な代替取引の中で最も適切な代替取引である④新たな申し出を受諾しても当初の契約に関する訴えを提起することが妨げられない⑤代替取引について十分な履行の保証がある、という5要件を満たせば、受諾すべきである(受諾しなければ結果回避可能性により賠償額が減額される)とする見解も存在する。Hillman, supra note 255, at 555.
- 281) Texas Gas Expl. Corp. v. Broughton Offshore Ltd. II, 790 S.W.2d 781 (Tex. App. 1990).
- 282) 契約上の権利を制限するような代替取引に応じる義務はないとする判例については、Richard v. A. Waldman & Sons, Inc., 155 Conn. 343, 232 A.2d 307 (1967) なども参照。
- 283) Melvin A. Eisenberg, Foundational Principles of Contract Law 151 (2018).
- 284) なお、売主の得られる回復は、転売代金と契約代金の差額に付随的損害賠償を加え、買主の違反の結果として節約できた費用を引くことで算定される。



- 285) この考え方は市場価格則と呼ばれ、日本法においても議論されている。齋藤・前掲注 223) 参照。
- 286) 代表的な見解として、Restatement (Second) of Contracts § 350 cmt. a; Farnsworth, *supra* note 232, § 12.12, at 779; Dan B. Dobbs & Caprice L. Roberts, *Law of Remedies: Damages-Equity-Restitution* § 3.9, at 276 (3d ed. 1993); Eisenberg, *supra* note 283, at 149.
- 287) *Schneiker v. Gordon*, 732 P.2d 603 (Colo. 1987). なお、アメリカ法においては物権法 (property law) の規律は契約法とは別であるというのが一般的な理解であり、物権の問題である不動産取引において契約法の規律である結果回避可能性が適用されるのかという問題が存在する。【A-23】はこの問題につき、不動産の賃貸借においては物権法と契約法が競合するため契約法の規律も妥当するとした。そのうえで、従来の物権法の規律のままでは賃貸人が契約違反をされた後も物件をそのまま放置しても責任はないため、これは「経済的、物理的な浪費を助長する」として批判し、経済的効率性の観点から結果回避可能性の適用が正当化されるという論理構成をとっている。
- 288) Eisenberg, *supra* note 283, at 150.
- 289) *Duty to Mitigate Damages Upon A Tenant's Abandonment*, 34 *Real Prop. Prob. & Tr. J.* 721, 730 (2000). 判例としては、*Martin v. Siegley*, 123 Wash. 683, 687, 212 P. 1057, 1059 (1923). また、第 2 次不法行為法リステイトメントにおいても、結果回避可能性の根拠として、当該損害については被害を受けた当事者の注意の欠缺により損害が生じたという因果関係のな面に加え、自己の資源を浪費することは慎むべきであるという公共政策からの要請であると言及されている。Restatement (Second) of Torts § 918, cmt. a (1979).
- 290) Caprice L. Roberts, *Restitutory Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages*, 42 *Loy. L.A. L. Rev.* 131, 165 (2008).
- 291) 法と経済学的分析の文脈から資源の浪費を防ぎ効率性を促進するという効果に着目したものととして、Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law* 121 (3d ed. 2017). ここでは、建物賃貸借契約において、月 300 ドルで 1 年間賃貸する契約を、借主が半年で放棄したが、代わりに残りの半年間月 200 ドルで借りる申し出があった場合には、貸主はこれを受諾すべきであり、受諾しなかったとしたら損害軽減措置の懈怠にあたるとして、賠償額は 1800 ドルではなく 600 ドルになると例示している。もっとも、実際に貸主がこの申し出を拒否することが不合理か否かは、賃料以外の事情も含め総合的に判断されると思われる。前掲注 283) も参照。
- 292) Steven W. Feldman, *Autonomy and Accountability in the Law of Contracts: A Response to Professor Shiffrin*, 58 *Drake L. Rev.* 177, 232 (2009).
- 293) Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 *Cal. L. Rev.* 975, 1022 (2005). このような道徳による根拠づけにつき、根本的にはプロテスタンティズム的倫理観や、自助努力の精神に基づくと分析する見解として、Caprice L. Roberts, *Restitutory Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages*, 42 *Loy. L.A. L. Rev.* 131, 164 (2008).
- 294) Feldman, *supra* note 292, at 231; Kelly, *supra* note 239, at 275.
- 295) モラルハザードの防止の機能を強調する見解として、Kelly, *supra* note 239, at 186.
- 296) Eisenberg は、契約関係にある当事者は互いに尊重し注意を払うべき「救護義務」を負うとしたうえで、債権者には、債務者に契約違反のおそれがあると認識した場合にそれを債務者に知らせる義務や、債務者の履行に協力する義務があるとする。そして、損害軽減措置も、この救護義務と同じように考えられるとしている。救護義務の詳細については、Melvin A. Eisenberg, *The Duty to Rescue in Contract Law*, 71 *Fordham L. Rev.* 647 (2002); Eisenberg, *supra* note 283, at 140.
- 297) Seana Valentine Shiffrin, *The Divergence of Contract and Promise*, 120 *Harv. L. Rev.* 708, 724-26 (2007).
- 298) 経済的効率性と道徳の根拠づけの強い関連性を指摘する見解として、Lisa A. Fortin, *Why There Should Be A Duty to Mitigate Liquidated Damages Clauses*, 38 *Hofstra L. Rev.* 285, 295



- (2009).
- 299) Dobbs & Roberts, *supra* note 286, at 276-77; Perillo, *supra* note 229, § 14.15, at 532; Eisenberg, *supra* note 283, at 150; Feldman, *supra* note 292, at 231. なお, Dobbs は結果回避可能性の根拠として効率 (efficiency) と公正 (fairness) の 2 つを挙げ, 後者の公正の意味するところは因果関係の問題であると述べる。
- 300) いわゆる「あれなければこれなし」を意味する “but for test” によって判断される事実上の因果関係を指す。
- 301) 主因は主に不法行為分野において, 加害者が法的に責任を負うべき範囲に存在する, 行為と損害との因果関係を指すが (W. Page Keeton, et al., *Prosser and Keeton on the Law of Torts* § 41, at 264 (5th ed. 1984)), 前掲注 299) にあるように, 契約法における契約違反と損失の法的な因果関係においても言及される。
- 302) 「損害は, 契約違反によって実際に生じた場合にのみ回復され得る」(John E. Murray, Jr., *Corbin on Contracts Desk Edition* § 55.06 [1] (2011)) という原則。Restatement (Second) of Contracts § 347 cmt. e.
- 303) Farnsworth, *supra* note 232, at 779-80. ただし, Farnsworth 自身も, 結果回避可能性を因果関係からの論理的帰結によって説明することは必ずしも一般的でないことは認めており, 因果関係による賠償額の減額と, 結果回避可能性による減額は別物だというのが一般的であるとしている。Id, at 731.
- 304) そもそも契約違反を受けた当事者の行為が損害との関係で因果関係を有していない場合, そのような損害が賠償の対象にならないのはいわば当然のことであり, 因果関係の問題であると位置づけたところで, 何かしら結論が変わるわけでもないと思われる。もし仮に, 「あれなければこれなし」という, 事実的因果関係のみを問題にしているのであれば, 結果回避可能性により減額される余地はかなり広がるが, この根拠ではそうではなく, 主因としての法的因果関係を問題としており, 合理性に基づく規範的要素が考慮されている。これは日本において, 過失相殺を因果関係の視点から説明する議論に近い。そこでも, 過失相殺を相当因果関係の解釈問題として処理するものであるという指摘が存在した。日本法における議論については, 本稿 II, 3., (2), (c), (ii) 参照。
- 305) 前掲注 230)。
- 306) Kelly, *supra* note 239, at 187-90.
- 307) Kelly は, 雇用契約における不当解雇についても売買契約と同様であるとする。被用者が不当解雇を受けた場合, 被用者は本来労働していたはずの期間を自由に利用できるようになったという意味での利益を得ていると考える。被用者はこれを別の労働に従事して対価を得ても, あるいは余暇として使っても, いずれにしてもこれは契約違反により生じた利益であるとするのである。Id, at 190. そして, もし仮に合理的な措置を講じても損失を回避できないのであるとするならば, それは契約違反による利益を保持していないと評価する。
- 308) 「法が市場価格に依るとしているのは, 物を売却するという合理的措置によってその価値を実現できたはずであるからではなく, 物を保持することによってすでに価値を実現しているからである。物には価値があるのであり, それを保持することが利益である」(Id, at 190)。
- 309) Farnsworth, *supra* note 232, § 12.12 at 757.
- 310) 「二重利益」(double profit) と表現することも可能である。Fortin, *supra* note 298, at 296.
- 311) *F. Enterprises, Inc. v. Kentucky Fried Chicken Corp.*, 47 Ohio St. 2d 154, 159-60, 351 N.E.2d 121, 125 (1976).
- 312) Kelly は, 結果回避可能性による結果は, 期待利益と完全に一致し, 期待利益の必然的結果であるとする。Kelly, *supra* note 239, at 290.
- 313) 期待利益は, 数式的に言えば, 「(相手方の履行の不存在または不完全により生じた損失) + (付随的または結果的損失を含む他の損失) - (免れた費用)」(Restatement (Second) of Contracts

§ 347) と定義されるのであり、ここで言う違反によって生じた利益は、この「免れた費用」に含まれるということになると思われる。

314) Kelly, *supra* note 239, at 277.

### ●Summary

The questions raised in part 3 of this series require consideration of two common law doctrines: “avoidable consequence” and “comparative negligence.” Comparative negligence is seen as part of torts, but avoidable consequence is applied in tort and contract.

Both doctrines involve a diminution of damages because of unreasonable acts of an injured party. They are similar to comparative negligence in Japanese law, but they have distinct rationales.

This section discusses the three main rationales that support the doctrine of avoidable consequence: economic efficiency, morality, and expectancy interest. Economic efficiency, based on law and economics, reflects the policy of encouraging an injured party to attempt to avoid loss. An unreasonable failure to do so is morally blameworthy. The definition of expectancy interest includes the avoidable consequence doctrine in the contractual principle that damages should put an injured party in the position he or she would have been in if the contract had been performed.