

契約違反における過失相殺の法的性質（5・完）

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, 16 卷 3 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

(以上, 本号)

III アメリカ法における過失相殺類似の法理

3. 契約法との関係における比較過失の新しい動向

* 中央大学法科大学院助教

(1) 法理の基本原則

(a) 定義

アメリカ法における不法行為責任としての損害賠償の減額法理として、比較過失という法理が存在する³¹⁵⁾。これは、「原告の回復を、原告の過失の割合に従い縮減する」³¹⁶⁾法理と定義される。

これを明文化した第3次不法行為法リステイトメント（責任分配）では、以下のよう
に規定されている（なお、以下ではリステイトメントの表記に従い、原則として不法行為の被害者を原告、加害者を被告と表記する）。

第3次不法行為法リステイトメント（責任分配）第7条〔原告が不可分な損害を被った場合における原告の過失の効果〕

原告に生じた不可分な損害の法的な原因である原告の過失（あるいは原告が過失の責任を負う他の者の過失）により、原告の回復は、事実認定者が原告（あるいは原告が過失の責任を負う他の者）に割り当てた責任の共有割合に従い減額される。

第3次不法行為法リステイトメントによれば、この比較過失は、不法行為により発生した損害の賠償について広く適用される。具体的には、原告を含む複数の人間の間における、個人の生命・身体・財産に対する損害や、精神的苦痛に基づく損害賠償請求について適用される³¹⁷⁾。例えば、【A-25】McIntyre v. Balentine 事件³¹⁸⁾においては、高速道路において原告の運転する車が、被告の運転する車に衝突されて、原告が損害を受けた。しかし、原告と被告はともに飲酒運転をしており、被告はさらにスピード違反をしていた。そこで裁判所は、この事例では比較過失を適用するべきであるとした。

減額は、両当事者の損害と因果関係を有する過失（negligence または fault）の割合を認定し、その割合に従い案分することによってなされる³¹⁹⁾。そのため、原告に過失が存在すること、その過失による行為が損害発生との法的な因果関係を有することが求められる³²⁰⁾。

そして、実際に過失割合を決めるにあたって考慮されるファクターも、過失要素と因果関係要素から成る。すなわち、過失割合は「危険を生じさせる行為の性質」と、「当該行為と損害との因果的なつながりの強度」によって判断される³²¹⁾。前者は、具体的な状況における行為の不合理性の問題である。求められる基準をどの程度満たしていないか、当事者の能力はどうであったか、当事者は危険を認識していたか、などの事情を

考慮する。そして後者は、行為と損害との時間的關係や、行為が実際の損害にもたらした影響によって決められる。

(b) 効果——純粋型・修正型

比較過失の効果は、過失割合に基づいた損害額の案分である。しかし、アメリカにおいて、案分の仕方は大きく分けて2種類存在する。それが、純粋型と修正型である。純粋型とは、過失割合を認定したら、どのような割合であってもそれに忠実に案分するという、日本法の過失相殺に近い処理である。修正型とは、原告の過失が一定の割合以下であれば案分を認めるが、それより大きくなると、全額について賠償を認めないとする処理である³²²⁾。

このような違いが生まれた背景として、比較過失は歴史的に、「寄与過失」(contributory negligence)を修正するための法理として発展したという経緯がある³²³⁾。寄与過失とは、コモンローにおける伝統的な抗弁であり、損害について原告に過失が存在すれば、その全てについて回復できなくなるという、「全か無か」の処理をする法理(“all or nothing”のルール)である³²⁴⁾。19世紀初頭にイギリスのButterfield v. Forrester事件³²⁵⁾において生まれたこの法理はアメリカをはじめとしたコモンロー諸国に導入された。

なぜこのような法理が確立したかに関し、法理の理論的な根拠としていくつかの見解が存在した³²⁶⁾。例えば、原告の行為によって被告の行為と損害との法的な因果関係(主因)が遮断されるという見解³²⁷⁾、原告の誤った行動に対する制裁であるとする見解、原告は「クリーンハンド」で法廷に来なければいけないという原則に基づき過失のある原告が責任を追及することは許されないという見解³²⁸⁾、そして両者に最善の注意を尽くさせることで損害を抑止するという見解などである。

しかし、寄与過失の根本的な問題として、両当事者に過失があり、まして場合には被害者の過失の方が加害者のそれに比してほんのわずかであるときでさえ、被害者である原告だけが全ての責任を負担するのは妥当ではないという批判が生じる³²⁹⁾。そして上記の根拠はいずれも、その批判に応えることになっておらず、根拠として不十分であるとされた³³⁰⁾。

そこで、これを解消するために、責任を分割するという発想に基づき、過失割合にしたがって損害額を案分するという比較過失の手法がとられるようになった³³¹⁾。ただし、寄与過失の影響から、やはり全か無かの処理をする余地を残しておくべきであるという見解も主張され、寄与過失と純粋型比較過失の折衷案を採用する州もあった。それが修正型である。

その結果、アメリカにおいては州によって寄与過失、純粋型比較過失、修正型比較過

失の3つのうちいずれを採用するかが異なるという状況が生まれた。その中で、修正型を導入している州が最も多いとされる³³²⁾。もっとも、過失割合を認定した後の処理に違いが存在するが、いずれの類型でも原告の過失に対する考え方などの基本的な性質理解について大きな違いはない。第3次不法行為法リステイメントにおいては、純粋型が基本型として採用されている³³³⁾。

そこで以下では基本的に、比較過失は日本における過失相殺と同じ処理を行う純粋型を想定して検討する。

(2) 法理の根拠

(a) 公正・正義

比較過失は、寄与過失に対する「両当事者に過失があるにもかかわらず、一方当事者のみが全責任を負うのは不公正である」という批判を受けて発展してきた。これを反映して、比較過失の根拠として最も有力に指摘されるのが、両当事者の公正 (fairness)、あるいは正義 (justice) である³³⁴⁾。

ここで言う公正とは、「被告が『過失による』、『不合理な』、『誤った』行為をしたから責任を負うのであれば、原告自身が同様に『過失による』行為で非難されるという事実は明確に法が考慮すべきである」という考えに基づき、「法が原告の行為を全く考慮に入れないことは、過失基準の不規則な適用を含むものであり、不公正である」とする考え方である³³⁵⁾。

この基本的な考え方は、被害者についても過失責任主義を反映したものとされる³³⁶⁾。両当事者に損害発生と因果関係を有する過失による行為がある場合には、一方当事者にのみその責任を負わせることは過失責任主義の観点から正当化することはできない。そこで、両者が責任を負うには、責任を分割して損害額を案分することが最も適切な解決であるとされる。

そしてこの過失責任主義の反映という考え方は、単に理念的な題目に留まらず、実際の比較過失の適用に影響を及ぼすことになる。それが、両当事者の過失を同じ基準で考えるという原則である。

第3次不法行為法リステイメント (責任分配) 3条は、「原告の過失は被告の過失に対する適用可能な基準により決定される」と規定し、同条のコメントは「原告の行為を評価するために用いられる過失の基準は、被告の行為を評価するために用いられる過失の基準と同じである」と述べる³³⁷⁾。

また、原告自身が過失責任を有する部分についてまで被告に責任を負わせるとするな

らば、その請求が認められた場合被告には本来責任を負う必要のない部分についてまで責任を負うという金銭上の危険が発生するのであり、原告が被告に対して全額の請求を行うことは、この危険を惹起する行為として、不公正であると指摘する見解もみられる³³⁸⁾。

さらに同条のコメントは、原告の過失を認定するに際しては、例えば当事者の年齢や知識、精神状態や身体的特徴といった個別事情についても行為の合理性を判断するために考慮され得るが、これらは加害者の過失認定において考慮されるのと同様の範囲に限られるとする³³⁹⁾。また、第三者の過失についても、加害者が第三者の過失について責任を負うような場合に限り、被害者も第三者の過失を斟酌されるとする³⁴⁰⁾。

原告と被告の過失の対称性は、不法行為責任における比較過失の位置づけにも関係する。すなわち、アメリカ法において、比較過失は複数当事者間の不法行為ルールの一つとして位置付けられている。例えば、第3次不法行為法リステイメント（責任分配）では、比較過失は、不法行為者が複数いる際の責任分配法理と並列して位置付けられている。また、統一不法行為責任分配法（Uniform Apportionment of Tort Responsibility Act）も、従前の統一比較過失法（Uniform Comparative Fault Act）を発展させて、比較過失を責任分配の法理として扱っている。

したがって、この場合の不法行為における被害者は、不法行為の加害者と基本的に同列の、共同不法行為者に近い扱いをされていることになる。

(b) 抑止・事故防止

過失責任主義からの公正の理念による根拠づけに加え、比較過失の根拠として指摘されるのが、抑止（deterrence）、あるいは事故防止（accident prevention）の発想である。

寄与過失においては、一方当事者にのみ全責任が課されるという性質上、必ずしも事故を防止するインセンティブが働くとは限らない³⁴¹⁾。しかし、両当事者が客観的に合理的な行為をするよう求められ、それに対する懈怠に対して損害の負担が生じるのであれば、両当事者には事故を防止するインセンティブが働くことになる。

これは、結果回避可能性において見たのと同様、法と経済学的な観点からの根拠である。この見解の代表的な論者は、農地に隣接する線路を走る列車から火花が飛んで、線路脇の亜麻に引火するという事例³⁴²⁾をもとにして、以下のようなモデルを用いて説明する³⁴³⁾。

亜麻に引火した場合に予想される損害は150ドルであり、これを防止するために鉄道会社と農夫には以下の3つの対応が考えられる。①鉄道会社が高性能の火花防止装置を列車に取り付け、農夫は土地の全てに亜麻を置いておく。この場合は鉄道会社にのみ

100ドルの負担が生じる。②鉄道会社が通常の火花防止装置を列車に取り付け、農夫は亜麻を線路から75フィート離す。この場合は鉄道会社に50ドル、農夫に25ドルの負担が生じる。③鉄道会社は火花防止装置を取り付けず、農夫は亜麻を線路から200フィート離す。この場合は農夫にのみ110ドルの負担が生じる。このうち、全体として負担の合計が最も少なくなるのは、②の対応である。

この前提で、仮に両者がなにもせずに亜麻が燃えた場合には、過失割合は、鉄道会社：農夫＝9：1と認定されるとする³⁴⁴⁾。そうすると、農夫は135ドルの賠償を得るので、失うのは15ドルであり、25ドルのコストをかけて亜麻を離すことはしなくなる。しかし、鉄道会社の視点から見ると、135ドルの損失を被るのであれば、50ドルのコストを負担して通常の火花防止装置を取り付ける方が良いとなり、それを取り付けることになる。これによって、鉄道会社は合理的な行動をしたと行うことができ、注意義務を尽くしたことになる。すると、鉄道会社には過失がないので、そのままでは農夫は150ドル全額を負担することになる。そこでこれを避けるために、農夫は25ドルを負担して亜麻を75フィート離すという選択をする。これによって、最も効率的な②の結果が導かれるとする。

この説明は理論的なモデルを用いた説明であるが、実際にはこのようにそれぞれの行動や過失割合などを正確に把握できるとは限らない。また、これはそれぞれが合理的な選択をしたことを前提にしており³⁴⁵⁾、合理的でない行動をする人間の行動を正確に分析しているとも限らない。そこでより端的に、両者が責任を負うことから生じる心理的な面での事故防止効果があることを指摘する見解も存在する³⁴⁶⁾。

したがって、この抑止・事故防止という発想には、当事者に注意義務を課して損害を防止するという面と、そのためにお互いが協力し、最も少ない負担で事故の不発生という目的を達成するという面の両方があると思われる。

(3) 比較過失を契約法に応用する見解とその背景

(a) 契約法における「効率的デフォルト・ルール」としての比較過失

比較過失は原則として不法行為法分野にのみ適用され、契約法分野には適用されない。しかしアメリカにおいても近年、契約法において比較過失的処理を行うべきであるとする見解が主張されてきている。

この見解は、契約法分野における比較過失を「効率的デフォルト・ルール」(efficient default rule)³⁴⁷⁾として位置づける。効率的とは、比較過失の一般的な根拠として指摘される損害の抑止や事故の防止と同様、契約違反を受けた当事者にも損害を分担させるこ

とを通じて合理的な行動をするインセンティブを与え、経済的に効率的な状態、つまり損害の最小化を実現するということである³⁴⁸⁾。

通常の契約法の考え方によれば、期待利益に相当する損害は基本的にどちらかの当事者が全面的に負担すべきとされる。しかし、このような結果は、客観的な視点から見れば、契約違反を受けた当事者が合理的な注意をしていれば防げたはずの損害が発生している状態、すなわち効率性が損なわれている状態である³⁴⁹⁾。

そこで、このような非効率の状態を是正するために、効率的デフォルト・ルールとしての比較過失が有効であるとする。そしてそのための要件として、単に行為可能性があるだけでなく、契約違反を受けた当事者がとるべき行為が低コストであることが必要であるとする³⁵⁰⁾。契約違反をした側と違反をされた側の両当事者が合理的な判断を行い、損害を最小化することを促すのである³⁵¹⁾。

これらの場合において、当事者がどのような場合にどう行動すべきかを契約で規定しておくことももちろん可能である。しかし、いかなる場合にどのような行為をすべきかについて、それを網羅的に契約で規定しておくことは現実的ではない。そこで、この比較過失を、契約の規定がない場合に機能するデフォルト・ルールとしておけば、適用される両当事者に損害を減少させるインセンティブが生じる。さらに、必要以上に詳細な契約を結ぶ必要がなくなるため、取引コストも削減できるとする³⁵²⁾。

(b) 背景としての契約法における「過失」議論

この議論の背景として、英米において、契約責任の性質として「過失」要素が注目されてきているという事情が存在する。アメリカやイギリスにおいては、契約違反の事実があれば違反者の過失の有無にかかわらず契約責任が生じるというのが伝統的な理解である。この責任はいわゆる厳格責任 (strict liability) と呼ばれる。

厳格責任においては、契約違反をした当事者に過失の有無が問われないのであるから、契約違反を受けた当事者との「過失」を比較するという発想は馴染まない。さらに、厳格責任においては、当事者が合意により損害のリスクを分配しているのであるから、これを裁判所が独自の判断で変更することは適切でない³⁵³⁾とされる。

しかし、現在は契約法においても、単に契約責任とは厳格責任であるというだけでは不十分であるという理解が有力であり、契約責任における当事者の過失 (fault, あるいは negligence) の意義について注目されるようになってきている。

イギリスにおいても、契約法に関する過失要素の意義に注目して比較過失を契約法に応用する見解があり、これがアメリカ法での見解にも影響を与えている。イギリスでもかつては、寄与過失に基づく責任全部免除が一般的であったが、1945年に立法により、

不法行為において、両当事者の過失に基づいて損害賠償額を案分する制度が導入された³⁵⁴⁾。そこでは、比較過失の適用は不法行為の場合に限られるとされ、契約違反においては適用されないことが明示されている³⁵⁵⁾。しかし、これに反対し、契約法における損害賠償請求においても比較過失を認めるべきという見解も主張されている³⁵⁶⁾。

イギリスにおける比較過失の応用論は、契約違反を以下の3つの類型に分けたうえで、いずれの類型にまで比較過失を及ぼすかという形で議論されている。第一が、被告の責任が自身の過失に依拠せず契約上の規定から生じるという、いわゆる厳格責任にあたる類型であり、第二が、被告の責任が「合理的な注意をすることや合理的な措置を講じること、あるいはその両方をするという、明示的・黙示的な契約上の義務」³⁵⁷⁾に対する違反から生じるが、この義務違反は契約から独立して存在する不法行為上の注意義務に相当しないような類型であり、そして第三が、被告の契約上の責任が契約とは独立して不法行為上の責任にもなるような類型である。このうち、第三類型は不法行為の問題でもあるとして、比較過失を認める見解が一般的である³⁵⁸⁾。

そして第三類型に加えて、第一類型と第二類型の場合も含めて全ての契約違反の場合に比較過失を適用すべきとする見解が主張された³⁵⁹⁾。しかしこの見解に対して、第一類型では被告は特定の結果の実現を引き受けたのであるから過失は問題とされず³⁶⁰⁾、両当事者の過失を比較することは適切でないという批判がなされた³⁶¹⁾。

そこでこの見解は、契約法分野における比較過失は第二類型と第三類型に限られると修正された。この場合両当事者の契約責任は、合理的な注意義務に対する違反という過失責任に近い判断がなされるため、比較過失に近い状況とすることができるからである。この場合に被告はあくまで合理的な注意をすることを引き受けただけであり、特定の結果の実現を引き受けたわけではないので、厳格責任の場合とは状況が異なるとされる³⁶²⁾。

このように、イギリスにおいても、契約法において「合理的な行為」といった文言に過失要素を見出す見解が存在し、比較過失を契約法に応用する見解は、その1つの現れであると見ることができるのである。

4. アメリカ契約法における過失相殺類似の法理の特徴

ここまで、アメリカ法における過失相殺類似の法理として、結果回避可能性と比較過失という2つの法理に注目し、特にその根拠について検討してきた。その結果まず、契約法においては損害賠償額の減額法理としては結果回避可能性が原則であることが明ら

かとなった。そして、日本の過失相殺に近いと思われる比較過失は、契約法では基本的に適用されず、これを適用すべきとする見解も存在はするが、未だ一般的とは言えないことを指摘した。

これを踏まえ、以下では特に契約法の主たる減額法理である結果回避可能性の特徴について、比較過失との共通点と相違点を意識しつつ検討することにする。具体的には、結果回避可能性の特徴として、以下の三点を指摘することができる。第一に、結果回避可能性は伝統的な厳格責任を修正して契約責任で過失要素を考慮する考え方の1つの現れであるという点、第二に、結果回避可能性は損害全体の中で具体的な金額を特定し、その部分についての減額を行う「部分的減額」であるという点、そして第三に、結果回避可能性は不完全な契約の欠缺を埋め、合意によって修正が可能なデフォルト・ルールであるという点である。

（1）契約法における過失要素の反映

結果回避可能性は、契約違反を受けた当事者に対して、損害を減らすための合理的な行為を要求し、もし当事者が不合理な行動をした場合には損害額を減額する法理であり、これは比較過失と基本的な考え方において共通する³⁶³⁾。

この共通性は、両法理の根拠における共通性から生じているのではないと思われる。まず、結果回避可能性においては、減額の根拠として契約違反を受けた当事者の非難性を問題とする経済的効率性と道徳、非難性を問題としない見解として因果関係と過剰賠償の防止という考え方があることを指摘した。そして、比較過失においても、当事者の公正・正義と、抑止・事故防止という根拠があることを指摘した。

この当事者の公正・正義という考え方は、損害に対して不合理な行為を行って関与したことに対する非難性を根拠として損害を減額するという点で、結果回避可能性における根拠としての道徳と非常に近い。そして、抑止・事故防止という考え方も、社会経済的な観点から損害を最小化するという考えに基づき、そのインセンティブを与えるという点で経済的効率性とほぼ同一の考え方である。

比較過失における減額は基本的に、過失責任主義に基づき損害に対して過失のある被害者も損害を分担するという根拠に基づくものである。結果回避可能性が、特に契約違反を受けた当事者に対する非難性を問題としている根拠において比較過失と共通しているというのは単なる偶然ではなく、結果回避可能性が契約法における過失要素を反映する1つの現象であると理解すべきであると思われる。

実際、結果回避可能性は契約違反を受けた当事者の行為の合理性を問題とするという

点で、まさに過失が問題とされているのであり、契約責任のなかで厳格責任を修正し過失要素を考慮するものであると指摘する見解が主張されている³⁶⁴⁾。また、判例においても、結果回避可能性はネグリジェンス・ルールであると指摘するものもある³⁶⁵⁾。

たしかに、結果回避可能性における積極＝取引擬制型のように、もはや契約違反を受けた当事者の過失を問題としていないように思われる類型も存在する。しかし、これは見方によっては、「市場価格による仮定的代替取引を擬制した」と同時に、「契約違反を受けた当事者が合理的な理由なく代替取引を行わなかったものとみなし、結果回避可能性により減額した」と見ることも可能なのであって、その意味では過失要素を問題としていると言うこともできる。

したがって、結果回避可能性は基本的に、契約責任において厳格責任を修正する過失要素の現れとして理解すべきであると思われる。そして、その根拠としては、公正や道徳といった、「不合理な行為により損害に関与した」という一般的な過失責任主義に基づくもの、そして異なる観点として、経済的効率性や事故の抑止といった社会経済的な観点に基づくものを主な根拠として指摘することができる。

(2) 損害項目を特定しての「部分的減額」

結果回避可能性と比較過失は、過失要素の反映という基本的な考え方において共通する法理であるとしても、両法理はその減額方法において大きく異なる。具体的には、比較過失は損害に対する過失割合を認定してその割合に従い減額するのに対し、結果回避可能性は、減額対象となる損害額を確定させたうえで、それを控除するという形で減額を行っている。本稿では比較過失における前者の減額方法を「割合的減額」、結果回避可能性における後者の減額方法を、「部分的減額」と呼ぶことにする。

この部分的減額において減額対象となる損害額とは、例えば代替取引においては、「行うことができたはずの代替取引の価格」がそれに当たる。売買契約であれば、行うことができたはずの再売却の価格、あるいは代品調達の価格（積極＝取引擬制型においてはこれらが市場価格となる）、不当に解雇された労働者であれば、解雇期間中働くことができた別の職における給与といったように、減額対象になる損害を具体的な金額として算定することができる。例えば【A-21】であれば、第一の映画についての出演契約違反のうえで映画会社が申し出た、第二の映画の出演料がそれにあたる。

消極型においても、これは基本的に同じである。例えば、【A-5】であれば、貸主が合理的に修理交換を行うために相当な期間としてのトラックが壊れてから3カ月後以降の賃料という形で特定され、【A-8】であれば、請け負った橋の建設を中止するよう通

知を受け取って以降に支出した、工事続行にかかった費用である。

これらつまり、減額対象となるべき損害がその項目として特定されている状態である。この損害項目を特定することができなければ、そもそも減額すべき額が確定しないので、結果回避可能性に基づく減額はできないということになる。

不法行為における比較過失と結果回避可能性の役割分担についての議論において、このことを裏付けていると思われる見解が存在する。比較過失と結果回避可能性の違いについての伝統的な理解は、適用対象となる事実の発生時期が異なるというものである。すなわち、比較過失は損害の発生前、結果回避可能性は損害の発生後の被害者の行為が対象になるとされる³⁶⁶⁾。

しかし、この時間的な区別はアメリカにおいては批判されており、時間的な区別ではなく、問題となっている損害が因果関係的に「個別に認識可能な損害項目」(discrete identifiable items of loss)がある場合に結果回避可能性が適用されるべきであるとする見解が有力である³⁶⁷⁾。

契約法においても、結果回避可能性は損害発生後の違反を受けた当事者の行動を対象とすることがあるが³⁶⁸⁾、上記のような不法行為における議論の影響を受けて、損害の项目的な区別に基づくという見解も存在する³⁶⁹⁾。

実際、契約法の事案においても、結果回避可能性を適用する際には、減額すべき金額を確定するために、一定の項目の損害が損害全体の中で区別されている状態とすることができ、契約法においては比較過失が用いられておらず、両者の共存といった問題を検討する必要性は薄かったので、このような考えが明確に意識されることはなかったが、契約法における事案から考えると、「個別に認識可能な損害項目」という考えはすでに用いられていると見るべきである。

したがって、結果回避可能性が適用されるためには、減額されるべき損害が項目として存在し、具体的な金額として算定することが可能であるというのが重要なポイントになっているものと思われる。アメリカ契約法においては比較過失が適用されないのであるから、契約違反を受けた当事者に違反や損害に対して過失があったとしても、この個別の損害項目としての認識可能性がなければ、期待利益の全額を賠償されるか、それとも全額賠償されないのかという全か無かの処理がされることになる。その意味では、日本法の過失相殺よりも全か無かで処理される範囲が大きいとすることができる³⁷⁰⁾。

(3) デフォルト・ルールとしての結果回避可能性

結果回避可能性の法的な性質として、この法理はデフォルト・ルールであるというこ

とが注目される。アメリカ法におけるデフォルト・ルールは、「不完全な契約における欠缺」を埋めるために存在するとされる³⁷¹⁾。契約において、起こり得る全ての事項について合意することは取引費用がかかりすぎ、現実的ではない。したがって、ほとんどの契約には当事者が合意していない事項、すなわち欠缺（gap）が存在することになる。この欠缺が問題になった際に、解決方法を示すのがデフォルト・ルールであるとされる。このデフォルト・ルールがあることにより、当事者は細かな事項について一々合意しておく必要がなくなり、取引費用が削減されるとともに、当事者はデフォルト・ルールの規律を前提として行動することができる。

そこで結果回避可能性は、問題となっている損害につき当事者に負担する合意がない場合に、契約違反を受けた当事者に損害を軽減するための合理的な行動を促すインセンティブを与えるため、あるいはそのような一般的な負担を負わないよう当事者に合意を結ばせるために機能するデフォルト・ルールと言うことができる³⁷²⁾。もちろん、当事者が合意すれば、このデフォルト・ルールとは異なる条項を設けることは可能であり、それが尊重される。したがって、仮に客観的に見れば契約違反を受けた当事者が不合理な行動をしたとしても、その不合理な行為による損害の負担を、契約違反をした当事者に負わせるような合意も可能である。

結果回避可能性が問題となったケースとして挙げた事例では基本的に、契約違反があった場合、特に契約違反をされた側の当事者がいかなる行動をすべきかについて、契約で具体的な取り決めがあった訳ではない。また裁判所も、契約における当事者意思はどのようなものであったかという観点から行為の合理性を判断しているのではなく、より客観的に、当該状況における合理的な行動はどのようなものであるかを検討し、契約違反を受けた当事者はその行為をしたのかについて判断している。

例えば、【A-8】においては、橋の発注をした公共団体の履行拒絶という契約違反が存在するが、履行拒絶をした後に橋の建設を止めるか否かについて当事者に合意がなされていたわけではない。【A-10】【A-11】においても、広告費の負担について当事者が想定していたとは認定されていない。

他方、【A-12】においては、この損害の負担に関する合意の存在が原告から主張されている。ここでは、種子の使用に際して、品質に疑問を持った原告が被告の担当者に問い合わせを行ったところ、担当者から「良い作物が取れなくとも、耕作の仕事に対する対価を支払う」旨の返事があったことから、原告はこれが種子の品質にかかる損害の保証であると主張した。しかし裁判所は、そもそもこの返事をもって保証と言えるか疑問であるとしたうえで、仮に保証に当たるとしても、担当者が種子に問題があることを知

りながら、敢えてその品質不良の損害を負担するという判断をするとは考えにくいとし、その返事は種子の品質に関する保証ではないとして、原告の主張を認めなかった。ここでは保証の合意を認められなかったが、もし仮に、具体的状況から種子の品質に関する保証が認定できるのであれば、それが尊重され得ることが示されていると見ることができる。

代替取引が問題となっている積極型においても、取引の相手方に契約違反があった場合、その後代替取引を行うべきか、それを行わなかった場合の損害はどちらが負担するかということは基本的にどの類型であっても、それが契約で取り決められていることはないと思われる。

例えば【A-23】について、これは転借人の契約違反により賃料収入がなくなった転貸人が、第三者に転貸する、あるいはそれができなければ賃貸借契約を解除するという、消極型・積極型の両方の面が問題となっていると見ることができるが、裁判所はこれらの行為をとるべきかという行為規範を賃貸借契約それ自体から導いているわけではない。【A-21】のように契約違反をした当事者から代替取引の申し出があった場合についても、これはあくまで当初の契約とは別の契約であり、当初の契約において予定されていたものではない。

なお、デフォルト・ルールであるという点についても、結果回避可能性は比較過失と共通する。比較過失においても、当事者が合意をしていればそれが尊重され、比較過失もそれに基づいて判断されている。アメリカ法における契約法分野への比較過失の応用を主張する見解において検討したように、もし仮に比較過失を契約法分野に応用するならば、比較過失には、両当事者に損害減少のインセンティブを与えて効率的な状態を実現するデフォルト・ルールとしての意義があるとされているのも、それを反映した結果であると思われる³⁷³⁾。

IV 考 察

日本法における過失相殺においては、過失相殺の根拠として、契約の拘束力だけでは特に契約非想定＝義務違反認定型の事例について十分な説明になっておらず、これに加えて更なる根拠が必要なのではないかという課題と、損害軽減義務と過失相殺の違いはどこにあるのかという課題を指摘した。

以下では、この2つの課題についてそれぞれ、アメリカ法の分析、特に結果回避可能

性の分析を通じて明らかとなった特徴を日本法に応用して解決することが可能かを考察する。

1. 経済的効率性という根拠からの説明

まず、第1の課題について、これはアメリカ法における結果回避可能性が、その根拠として経済的効率性に基づくという点、そして損害に関する当事者の合意が認定できない場合に機能するデフォルト・ルールであるという点で日本法に応用可能であると考えられる。

アメリカ契約法における結果回避可能性の根拠として、主に3つの観点を指摘することができた。それが、道徳、経済的効率性、そして過剰賠償の防止である。このうち、道徳と経済的効率性は契約違反を受けた当事者に対して非難性を要求する見解として、契約法における過失要素の現れであると理解することができた。

特に注目すべきは、経済的効率性についてである。道徳に根拠を求める見解は、要するに当事者の不合理な行為が損害に影響を与えたことそれ自体に非難性があるとするものであり、基本的には日本法において用いられてきた当事者の公平の概念に非常に近いものである。たしかに、自ら不合理な行為をしておいてその負担を一方的に相手方に帰せしめるのは道徳的に望ましくないということはおそらく異論のないところであると思われるが、これは日本法における単純公平説への批判と同様、あまりに一般的・抽象的であり、具体的な基準を導くものではないという批判が当てはまるであろう。

これに対し、経済的効率性、すなわち社会経済的な観点から損害を最小化することが望ましく、契約違反を受けた当事者にも損害を負担させることを通じて損害を最小化するインセンティブを与えるという発想は、日本法における検討にはあまり見られなかった考えである³⁷⁴⁾。この概念を用いて、日本法の過失相殺をより正確に説明できるのではないか。

そこで以下では、この経済的効率性という概念を日本法に応用するにあたり、まずその意義についてより具体化したうえで、その観点から、日本法の判例について再検討し、当事者の合意との関係を明らかにする。

(1) アメリカ法における経済的効率性の意義

アメリカ法における結果回避可能性の根拠としての経済的効率性は、損害最小化のインセンティブを与えるという意味で、消極型・積極型のいずれについても基本的に妥当し得る概念であった。消極型においては、放置型として、トラックの貸主が修理交換を

する（【A-5】）、屋根に雨漏りがあればその対策を自分で行う（【A-6】）、勝手に捨てられた備品を自主的に回収する（【A-7】）、助長型として、注文者から橋の建設を中止するよう通知があれば建設を中止する（【A-8】）、絵の修理修復の中止するよう依頼されたら中止する（【A-9】）、目的物が引き渡されないことが判明した場合その目的物を使った広告の掲載を止める（【A-10】【A-11】）、耕作のために提供された種子に問題があることがわかったならばそれを使用しない（【A-12】）といった事例がある。積極型については基本的に、当初の取引を埋め合わせる代替取引を見つけて行うことである。

この結果回避可能性が、法と経済学的な観点からの過失要素の現れであるとするならば、結果回避可能性により契約違反を受けた当事者に求められる合理的な行為の内容も、過失認定のあり方とパラレルに考えることができる。すなわち、法と経済学的な意味での不法行為における過失は、損害の起こる蓋然性と、損失の大きさ、損害発生予防のための注意を払う負担の3要素を考慮し、損害を予防すべきであったのにしなかったならば過失があるとされる³⁷⁵⁾。

したがって、結果回避可能性の適用の基準も基本的にこの3要素に従って判断されると思われる。つまり、結果回避可能性により契約違反を受けた当事者に損害軽減行為が求められるのは「損害軽減行為をしないことによって生じる損害が大きく、その発生する蓋然性が高い一方で、損害軽減行為を行うことが容易で負担が少ない場合」が原則になるとと思われる。

ただし、結果回避可能性ではこの一般的なルールに加えて、一定の修正が存在する。すなわち、損害軽減をすることが可能であったとしても、その措置をとる必要がないと認定される場合がある。例えば【A-13】では耕作機器の瑕疵を修理すると売主からの申し出があった場合、【A-19】ではすでに第三者との売買契約を口頭で締結していた場合、【A-21】では実質的に当初の契約よりも条件が悪い場合、【A-22】では、損害賠償の権利を行使しないことを条件にした代替取引の申し出が違反者からなされた場合など、損害軽減行為を行わないことに相当な理由がある場合には結果回避可能性は適用されていない。

したがって、結果回避可能性とは、契約違反を受けた当事者に対して、単純に利益衡量に基づき損害を最小化すべき手段が存在すればその手段をとることを求める法理ではなく、行為をしないだけの相当な理由の有無も問題とされているとすることができる。

（2）経済的効率性からの日本法の判例の再検討

この経済的効率性の観点を踏まえて、日本法の判例を再検討した場合、どうなるであろうか。まず、【10】では、司法書士が善管注意義務違反により手続きを大幅に遅延さ

せたことに対して、依頼者は手続き上の遅延を認識したならば業務の状態を調査・確認すべきであるとされている。また【11】も、ウナギに損傷があることを認めた場合にはポンプの稼働を止めるべきであるとしている。これらは、契約に基づき債務を履行する側が発生させた損害につき、これを損害の拡大を止める措置を講じていないという点で、【A-6】の事案に近く、アメリカ法の分類に当てはめれば、消極＝放置型に該当すると言えることができるであろう。

他方、【12】【13】の事例については、アメリカ法における消極＝助長型とは若干異なるが、契約違反状態を前提に、契約違反をした側ではなく、むしろされた側が主体となって損害を生じさせたという点では、消極＝助長型に近い事案である。【12】では、社員寮の使用に関する注意喚起をしておかなかったという安全配慮義務違反に対し、雨樋をつたって寮に侵入するという危険な行為を行うべきではないとされているが、これは契約違反状態を前提として、従業員自身が主体となって損害を発生させている。また【13】では、パチンコ店の従業員には客の子供の監護をしておくべき義務の違反があるとしながら、親自身も長時間パチンコに熱中するのではなく子供の様子を見ておくべきであるとされており、店の監護が不十分であることを把握してパチンコを止めなかったことが損害を発生させているとされている。

これらの事例においては、必ずしも契約でどうなっていたかということは問題とされていない。しかし、ここで経済的効率性の概念を用いた場合はどうか。【10】【11】において、司法書士の業務の履行状況に不審な点があった場合にそれを確認する、あるいはウナギの損傷を認識してポンプの稼働を止めるといった行為は、債権者に大きな負担を強いるものではなく、むしろ容易に行うことができるものである。他方、これを行わないことによる損害は、登記手続きの不備によって抵当権順位が劣後し債権の担保が十分になされない、あるいは大半のウナギが売り物にならなくなるという、当事者にとって重大なものであると言える。

もし仮にここで、依頼者が司法書士に確認をとったうえで司法書士が「問題ない」という返答をした場合や、ポンプが原因で生じた全ての損害について賠償する旨の発言が売主からあった場合には、債権者が損害軽減措置をとる必要はないと判断された可能性が高い。しかしここでの事案では、そのような事情はないため、債権者は当該状況における損害最小化のために注意を尽くすべきであるとされたのだと考えられる。

【12】【13】についても、雨樋をつたって寮に侵入しないで他の方法でその場をやり過ぎず、あるいはパチンコ店で自分の子供の様子に注意を払うという行為には、ほぼなんらの負担もない。しかしながら、これを怠ることによる損害は、本人や子供の生命身体

を危険に晒すという重大なものである。そして、これらの行為をとらないことを相当とするような事情もない。したがって、これらの事例においても、債権者は損害の発生・拡大を防止すべきである。

このように、日本法の判例において合意が認定されていない過失相殺の場合にも、経済的効率性という観点を根拠として債権者の行為の合理性が判断されていると見ることは可能である。

（3）任意規定としての過失相殺

ここまで見てきたように、過失相殺のうち、特に本稿で問題として指摘した契約非想定＝義務違反認定型において、過失相殺の根拠を経済的効率性に求めることには一定の妥当性があるように思われる。

それでは、この経済的効率性と、従来の契約の拘束力から、リスク分担の合意を根拠とする見解はいかなる関係に立つのか。これはすなわち、経済的効率性と合意のどちらが優先されるのかという問題である。

この問題については、アメリカ法における結果回避可能性の理解としても、損害リスク負担に関して当事者に合意がある場合には、まずそれが尊重されるべきであると考えられる。それを端的に表しているのが、結果回避可能性はデフォルト・ルールであるという説明である。すなわち、結果回避可能性とは、当事者が合意をしていない部分について、その欠缺を埋めるために存在するのであり、当事者に損害の分担についての合意があれば、まずそれが尊重されるのが原則である。

日本法の判例においても、契約非想定型は、その名の通り、基本的に問題となっている当事者のとるべき行為について契約が想定しておらず、その場の状況に即して債権者の行為の合理性が判断されているというタイプの事例である。これはまさに、デフォルト・ルールが想定すべき、当事者の合意に欠缺がある場合とすることができる。

他方、契約想定型についてはどうか。これらは基本的に、契約の文言や趣旨から、問題となっている損害について、どちらが負担すべきかを導くことができると認定されているタイプの事例である。債務者負担型の【6】などで言えば、自分の病状や通院歴を会社に知らせないという行為は、経済的効率性の観点から見ると、本来ならそれを知らせることで会社に適切な措置を促すのが損害最小化のためには合理的であり、これをしないのは不合理と見られても不思議ではない。しかし裁判所は、そのような情報については、会社が安全配慮義務の一環として自ら調査すべきであるとして、当該事由を原因とする損害については雇用主が負担していると判断している。これは、当事者間の雇用

契約の内容に依拠してそのように判断しており、当事者の合意を根拠としているのであるから、経済的効率性を持ち出す必要はない。

もっとも、このように合意により経済的効率性の観点からの過失相殺の適用が排除されるためには、原則としてそれが当事者間でリスク分担としてかなり明確に示されていることが求められる。【7】や【8】などは実際にそれが明確に示されていた場合であり、施設の性質上、認知症患者や心身に障害がある児童が起こすと思われる不注意な行動の責任を、施設が引き受けていることが明らかであるとされた事例であると言える。

このように、契約想定型に該当するためには、単に履行をするということだけでなく、一定の損害に関して債権者にも過失があり得ることを考慮したうえで、なおかつそれでもその損害を債務者が負担するという合意があったと認定される必要があるように思われる。したがって、例えば【11】で言えば、魚を無傷で搬送できるということを示すだけでなく、ポンプの不具合が原因であるウナギの損傷については全面的に引き受ける、あるいは買主は搬送中の確認は必要ないといった内容が売買契約から読み取れることが求められると思われる。

そのような観点からすると、【6】においては、本来であればそこまでのはっきりした損害の負担が合意されていたと認定するのは困難なように思われる。この判例は過重労働の被害者救済を重視して、安全配慮義務の内容を広く解したものと言うべきであり、契約想定型においては例外的な事例と位置付けるべきであろう。

以上から、結果回避可能性におけるのと同様、過失相殺における経済的効率性は、当事者に損害のリスク分担の合意が存在しない場合における根拠として機能するべきであると考える。そして、このような経済的効率性を根拠とする過失相殺について、デフォルト・ルールに相当する日本法概念を用いて、任意規定として位置づけるべきであると考える。

任意規定とは従来、契約を解釈するための規定として位置づけられており、当事者に合意がないことを認めてその欠缺を埋めるルールであるデフォルト・ルールとは若干異なることも指摘されている³⁷⁶⁾。しかし任意規定にも多様な意義があり得ることが指摘され、当事者の合意が明確に認定できない場合に機能するという点はデフォルト・ルールと共通する。また、一般的にもデフォルト・ルールは任意規定や任意法規と訳されており、ここでも任意規定であるとして良いのではないかと考える。

なお、任意規定と位置づけることにより、例えば「過失相殺は行わない」あるいは「債権者が損害に関与したとしてもそれも含めすべて債務者が責任を負う」などと合意して

過失相殺の適用を全般的に排除することも、理論的には可能なのではないと思われる。

このように解すると、民法418条が義務的に適用されることを示唆する文言と抵触するかのようにも思えるが、任意規定としての過失相殺と民法418条の文言は矛盾しないと考える。その理由として、「過失相殺は行わない」とするような一般的包括的な規定は、その合意の有効性を認めるべきかが問題とされるので、まずそこで合意の妥当性が判断される。そして、もし有効と解されるならば、その時は債務者が債権者の過失により生じた損失についても引き受けているということであり、債権者に合理的でない行為があったとしても、それは過失相殺で斟酌されるべき過失ではないと構成されることになる。つまり、上記のような合意は過失相殺自体の適用排除の可否ではなく、過失の解釈において考慮されるのである。

以上より、アメリカ法における結果回避可能性のうち、特にその根拠が経済的効率性に基づくという点、そしてデフォルト・ルールであるという点は、日本法においては、「経済的効率性に基づく任意規定としての過失相殺」という形で応用することが可能である。そして、これが日本の判例においてすでに示されているとみられるのが、契約非想定＝義務違反認定型の過失相殺、すなわち契約違反における狭義の過失相殺である。

2. 損害項目を特定しての部分的減額という方法

第2の課題について、アメリカ法において、部分的減額の可否が割合的減額の適用に優先して検討されているという点に着目すると、これを日本法に応用することが可能であると考える。

前項は、あくまで根拠に的を絞ったうえでの結果回避可能性の根拠としての経済的効率性が過失相殺に応用可能であるかを検討したものである。しかし、仮に経済的効率性が根拠として妥当し得るとしても、根拠以外の面から見て、結果回避可能性を応用することに問題はないだろうか。これは、過失相殺と結果回避可能性の制度的な違いを踏まえて検討する必要がある。

結果回避可能性と過失相殺において大きく異なるのは、適用される事実の違いと、減額方法の違いである。まず適用される事実について、上記の検討からわかる通り、日本法の過失相殺で言う契約非想定＝義務違反認定型で結果回避可能性と共通性があるのは、基本的には消極型が多い。たしかに、【19】や【20】のように、代替取引においても過失相殺が問題となるケースもあるため、代替取引の懈怠が過失相殺事由にならない訳ではないが、問題になることは少ない。それに対して積極型の代替取引は結果回避可能性

の主要な適用対象とされている。

そして、減額の方法においては、結果回避可能性は具体的な損害額を控除するのに対し、過失相殺は過失割合の認定を行うという点で違いがある。

そこで以下では、まず日本法において部分的減額が用いられるのはどのような場合であるかを明らかにしたうえで、割合的減額と部分的減額という減額方法の違いを導く基準に関するアメリカ法の考え方が、日本法に应用可能であることを示す。

(1) 日本法において部分的減額がなされる場合

日本法においても、債権者の過失を理由として部分的減額がなされる場合は存在する。それが例えば、債権者の過失を民法416条の問題として処理する場合である。本稿では、【18】の事例を用いて日本法における損害軽減義務の問題として検討した。

ここでの処理はまさに、損害賠償額全体のうち、減額対象となる項目を特定しての減額、すなわち損害賠償額の部分的減額である。【18】では、賃貸人の修繕義務違反により発生した営業利益分の損失につき、「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」をとることができた時期以降の損害については民法416条1項の通常損害の解釈上、全額を請求することはできないとしている。この具体的金額については差戻審において改めて判断されることになるが、ここで最高裁は明らかに過失相殺で用いられる割合的減額ではなく、部分的減額をすべきであると示している。

【18】は、債権者は別店舗を借りて営業するという、代替取引に近い行為が可能であったのにしなかったという点で、結果回避可能性の類型で言えば積極＝放置型に該当する。そして、これを通常損害の問題とするという点で、期待利益の意義から導かれる、過剰賠償を防止するという根拠づけと親和的な判断と行うことができる。

部分的減額は、損害賠償額の算定基準時の議論においても見ることができる。損害賠償額の算定基準時については、損害軽減措置をとることが可能であった時点（日本法で言えば契約解除をすることが可能な時点など）における市場価格を基準として損害額を算定するという議論があるが、これは積極＝取引擬制型の事例に該当する問題である。すなわち、実際には代替取引を行っていなかったが、市場価格で代替取引をしたと仮定して、損害額を算定している状態であると言うことができる。ここでも、仮定的代替取引が可能であった時点における市場価格分の損害という、損害項目の特定がなされており、これにしたがって損害額を確定することができている。この、賠償額算定基準時も、基本的には損害を減額する法理ではなく、損害そのものの金銭的評価であるという点で、結果回避可能性を期待利益の意義の中に吸収する見解と近いものである。

したがって、結果回避可能性における積極型のうちの一部に相当する事例については、日本法では民法 416 条の問題として処理されているとすることができる。

しかし、日本法においては、積極型、すなわち代替取引が問題となっていれば常に民法 416 条の問題として処理されているわけではない。【19】【20】についても、それぞれ、ツマミ物を買わなかった、中古自動車の換価手続きをしなかったという点で、基本的には積極＝放置型の事例であると思われるが、これらは過失相殺の問題とされている。つまり、日本法における代替取引は、部分的減額と割合的減額いずれにも該当する可能性があるということである。この違いはどこにあるのであろうか。

（2）「個別に認識可能な損害項目」の応用可能性

部分的減額と割合的減額の違いはなぜ生じるのかを検討するにあたり注目すべきなのが、結果回避可能性における「個別に認識可能な損害項目」というアメリカ法の概念である。

結果回避可能性は、損害賠償額減額のために被害を受けた当事者の過失要素に注目するという点で、基本的には比較過失と同じ制度趣旨に立つ。そのうえで、両法理の適用の違いは、損害と過失行為の時間的な前後関係よりもむしろ、損害額を減額するための「個別に認識可能な損害項目」が存在するかというところにあるとされる。

アメリカ法においては、この損害項目の特定が可能な場合には、結果回避可能性（取引擬制型も含む）により部分的減額がなされ両当事者が損害を負担する一方、この特定が不可能な場合には、当事者のどちらかが全損害を負担するという構造になっている。

日本法においてもすでに、そのような発想で部分的減額と割合的減額を区別する見解が存在する。【18】の分析において、この事案は理論的には過失相殺でも処理できることを認めつつ、事案の性質上割合的減額が困難であることを理由として、通常損害で処理する見解が存在した³⁷⁷⁾。【18】においては、損害軽減措置をとることが可能であった時点以降の損害の一部という形で、具体的な損害額の確定が可能な損害項目が特定されているのであり、その方が損害を適切に算定される事案であるとされている。

他方、【19】【20】では、代替取引を行うことが可能であったところまでは示しながら、いつの時点で、いくらで代替取引が可能であったか、その代替取引の価格はいくらであったかといったことまでは踏み込んでいない。よって、日本法においても、部分的減額か割合的減額かは、代替取引なのか否かという違いではなく、事案の性質上損害の個別認識可能性があるかにより決まると見ることが可能である。

これは他の過失相殺の事例についても当てはまる。例えば【1】において、フランチャ

イザーの合理性に欠ける説明を、自ら調査もせず信じ込んだというフランチャイジーの事情は、全損害のなかで具体的な損害額を確定できるような損害項目を構成するであろうか。【4】においても、作業者自らも石綿の飛散に対する対策をとるべきであったという事情は、具体的な損害額として認識することができるであろうか。これらの事情は、損害に対して影響を与えていることは間違いないとしても、個別の損害項目として認識することは困難である。

このように、日本法においても、損害項目の特定が可能な場合、例えば【18】や損害賠償額算定基準時が問題となるような場合には、民法416条により部分的減額がなされる一方、そのような特定が不可能な場合に、過失相殺による割合的減額がなされているとすることができる。

もっとも日本法においては、積極的に損害項目が特定されてきたとは限らない。【19】【20】においても、事実認定をより厳密に行うことによって、具体的な代替取引の額にまで踏み込んでその分を控除するという部分的減額をすることも不可能ではなかったように思われる。しかし、裁判所はそこまでせずに過失相殺、すなわち割合的減額を行っている。また、前項において結果回避可能性で言えば消極型にあたと分析した【11】なども、ウナギの損傷を現認した時点がわかるならば、その時点以降のウナギに関する損害は、全損害から部分的減額をするという処理も可能であると思われるが、裁判所はそのようにはしていない。

このように、日本法では過失相殺で処理される範囲が広く、アメリカ法と比べて割合的減額と部分的減額を区別する境界が曖昧なことは否めない。これは、過失相殺が多様な事情をまとめて過失割合として考慮できる使い勝手の良い制度として認識されているために、アメリカ法に比べて具体的な金額を特定しての部分的減額がなされる範囲が狭い傾向があるからではないかと思われる。

しかしながら、この割合的減額と部分的減額の関係について、「個別に認識可能な損害項目」の有無によって区別するアメリカ法の議論は、日本法の判例や学説においてもすでに一定程度用いられているとすることができ、基本的には応用することが可能であると考えている。

(3) 部分的減額優先の原則

アメリカ法の考え方が日本法にも応用可能であることを前提としたうえで、私見としては、日本法においてもまず部分的減額が可能かを現在より厳密に判断し、その部分的減額が適さない場合に割合的減額を行うという二段階の構造をより明確に意識すべきで

あると考える。そこでこの構造を示す原則を、「部分的減額優先の原則」と呼ぶことにする³⁷⁸⁾。

部分的減額が可能かの判断は、損害項目の認識可能性の有無により決する。損害項目の認識可能性があるとは、問題となっている損害全体の中で、一定の項目について特定し、その部分について具体的な損害額としての金銭的な評価が可能であることを言う。市場価格則に基づく損害額や、【18】における事実認定の結果、逸失利益から控除されるべきとされた損害額などがこれに当たる。この場合の条文上の根拠は、民法416条1項に求められる。

その上で、問題となっている損害項目について、それを債権者にのみ責任を負わせるだけの事情があるかを判断することになる。基本的には、その損害項目が専ら債権者によって引き起こされたと言い得るだけの、行為と損害の強い関連性が必要である。

そしてその際には、債権者の行為の妥当性も判断されるが、その際には当事者の合意や、経済的効率性から相当であるかといった観点も含まれ得る。なぜなら、部分的減額と割合的減額を区別する基準が専ら、個別の損害項目としての認識可能性の有無にあるのであれば、部分的減額の場合においても債権者の行為に基づき損害額を減額する根拠は変わらないからである。その意味では部分的減額の判断も過失相殺の認定に近いものとなる。ただし、これらの評価はあくまで相当因果関係や損害額の算定基準時といった枠組みで行われるものであり、実際に部分的減額を行うかは、その他の事情を含めた総合的な考慮に基づいて判断されることになる。

なお、アメリカ法においては、代替取引を行うことで減額することができる分は契約違反を受けた当事者にその分については全面的に責任を負わせるべきとしており、この損害項目の責任は契約違反を受けた当事者にあると考えている。

しかし、過失相殺が存在する日本においてはそこまで極端に考える必要は必ずしもない。例えば契約違反が詐欺的なものであるとか、債務者の不履行により債権者の行為が誘発されたような場合にまで、代替取引をしなかったことを理由にその分の損害を違反を受けた当事者だけの責任とするのは必ずしも妥当ではないこともある。そのような場合には、両者に責任があるとして割合的減額を用いることも認められるべきである。

実際、不法行為の事例ではあるが、この部分的減額優先の原則をとったと見ることができ判例も存在する。それが、最判昭和63年4月21日民集42巻4号243頁である。この判決は自動車の追突事故において、いわゆる素因減責が問題となったものであるが、裁判所はここで、被害者の心的素因が損害全体に対して影響を与えているのを認めたとうえで、事故から3年を経過して以降の損害については被害者の素因によるものであって

相当因果関係がないとし、それ以前については過失相殺の類推適用を行い4割を減額している。この判例では、被害者のほぼ同一の事情を理由として、事故後3年を経過して以降とそれ以前で損害項目として分けることができるとし、それ以降の分については部分的減額を行い、それ以前の分では両当事者双方に責任があるとして割合的減額を行っている。

さらに、このような二段階的な処理は、立法趣旨にも適うものであると考えられる。民法の起草過程における検討で明らかになったように、過失相殺との関係での起草委員の因果関係と過失相殺についての考え方は、因果関係的に損害が可分な場合にはまずそこで損害を分け、そのなかで、両当事者が損害に対して因果関係があり、かつそれが不可分であるような場合に過失相殺が適用されるというものであった³⁷⁹⁾。部分的減額優先の原則は、まさにそれを表したものであり、立法趣旨・判例の認める一般的な原則を、過失相殺との関係で明確にしたものである。

そのような観点から言えば、【19】や【20】はもちろん、【11】などにおいても、最初から過失相殺を用いるのではなく、まずは個別の損害項目を特定して部分的減額が可能かを検討するべきであったと考える。

V 結 語

1. 問題提起に対する答えと民法418条がとるべき解釈

本稿の問題提起は、契約違反における過失相殺では、いかなる根拠に基づき損害賠償額を減額するのかというものであった。

これに対する答えは以下のように示すことができる。すなわち、民法418条の契約違反における過失相殺は、当事者が損害分担に関して合意していたならばその合意を根拠とし、合意が認められなかったならば経済的効率性という社会経済的な要請から生じる規範に対する債権者の違反を根拠として、損害賠償額を減額するものである。

そして、この結論に従い、民法418条(平成29年改正後)の「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」という文言は、以下のように解釈されるべきである。

まず、「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」とは、「債務の不履行によって生じた損害のうち、個別の損害項目としての認識可能性がないような

損害に関して」と解釈する。そして、「債権者に過失があったとき」とは、「当事者に損害分担に関する合意がある場合には、それに該当する債権者の行為があったとき、合意が認定できない場合には、経済的効率性の観点から損害を最小化するために必要かつ相当な措置を債権者が合理的理由なく講じなかったとき」と解釈すべきである。

本稿では、上記の問題提起に応えるために解決すべき課題として、合意によるリスク分担では過失相殺の根拠、すなわち賠償額減額のための正当化理由として必ずしも妥当しないのではないかという課題、そして損害軽減義務には過失相殺に該当するものと該当しないものがあり、その区別はどこにあるかという課題の2つがあることを指摘した。

第一の課題に対する解決が、経済的効率性を根拠とする任意規定として過失相殺を位置付けるということである。経済的効率性とは、社会経済的観点から客観的に損害を最小化することが望ましいということであり、これは具体的状況において債権者が合理的に損害軽減措置（損害発生前に契約違反を防ぐための措置も含む）をとることが可能であったかという基準で判断される。具体的には、損害軽減行為をしないことによって生じる損害が大きく、その発生する蓋然性が高い一方で、損害軽減行為を行うことが容易で負担が少なく、かつ具体的状況で行為をしないことが許されるだけの相当な事情がない場合には、損害軽減措置をとることが合理的であるというべきである。

これは、当事者の合意という規範とは別に考慮される、社会的な規範である。この考え方をとることによって、当事者には必ずしも契約に依拠しない合理的な行為規範が要求され、それに反した行動をとったことを理由に賠償額を減額するということが正当化される。ただし、この規範は任意規定であるから、そのような合理的な行動を常に債権者に求めるわけではなく、当事者が合意によって、債権者が合理的行動をとる必要がない、たとえ債権者に不合理な行為があってもその責任は債務者が負うとすることは可能である。

そこで、過失相殺にはもう一種類、性質の異なる過失相殺が存在することになる。それが、債務不履行的過失相殺であり、ここでは「私的自治としての過失相殺」と呼ぶことにする。

私的自治としての過失相殺とはすなわち、契約の拘束力、あるいは当事者意思を根拠として損害額の減額がなされる過失相殺であり、契約想定型の類型を対象としている。この場合、債権者は契約の文言あるいはその解釈に基づき契約上の義務を負っており、これに対する違反は実質的に債務不履行と同じである。そこで、両当事者はいわば共同債務不履行責任を負っているような状態にあるとすることができる。

したがって、この意味での損害額の減額は、私的自治から当然に導かれ得るものであ

り、本来的には、この場合の過失相殺について必ずしも明文の規定がなくてはならないという訳ではないように思われる。しかしながら、共同債務不履行責任というのは、あくまで観念的にそのように捉えることも可能という意味であって、実際に両当事者に法的な意味で共同債務不履行責任が生じている訳ではない。したがって、損害額を減額するにあたってはやはり明文の規定が必要であり、この場合の過失相殺も民法 418 条に含まれるとする方が無難であろう。

そして第二の課題に対する解決が、損害の個別の損害項目としての認識可能性の有無をまず判断し、認識可能性がない場合に過失相殺の割合的減額を行うという、部分的減額優先の原則である。個別の損害項目として認識可能性があるとは、損害のうち一部が、具体的な損害額を確定できるような項目として特定できることを言う。その損害項目として認識が可能であり、かつその項目について全ての責任を債権者に負わせることが可能であれば、具体的な額を控除する部分的減額を行う。損害項目として認識できない場合には、過失割合を認定しての割合的減額を行う。

つまり民法 418 条は、部分的減額ができないことを前提として、私的自治としての過失相殺と、任意規定としての過失相殺という、2つの異なる性質の過失相殺が存在し、後者が前者を補完する関係に立つことになる。これが、契約違反における過失相殺の法的性質である。

以上の解決をすることによるメリットは3つある。第一に、契約違反に際して、両当事者に損害を防ぐインセンティブが発生するので、全体として損害発生の確率・程度が小さくなることが期待され、当事者の利己的な行動、すなわち機会主義的行動の抑制につながる。

第二に、当事者は何も合意していなければ民法 418 条に従い損害を最小化すべき一般的な負担を負うことになるため、これを避けたい当事者は損害分担に関する合意を行うようになる。その結果、債権者に対して不意打ち的に過失相殺が適用されて損害を負担する可能性が低くなる。

第三に、債権者の過失が部分的減額と割合的減額の両方で機能し得るという点が明確になる。従来、債権者の過失は基本的に過失相殺により処理されるものとされ、これを他の場面、特に部分的減額をするような場面で用いる考え方ははっきりとは意識されてこなかった。しかし、現実には判例においても債権者の過失を理由とした部分的減額は行われている。部分的減額優先の原則という概念を用いることにより、従来曖昧に考えられてきた、債権者の過失が損害額の算定に果たす役割がより明確に示されたと言いうことができる。

このような二段階の処理をとることは、裁判官にとって現在よりも大きな負担を強いるものであり、訴訟経済の観点から望ましくないとの指摘も考えられる。しかし、部分的減額優先の原則はあくまで、そのような損害項目が特定できるならば、まずそれを行うべきであるということであり、常に部分的減額の可能性を考慮しなければいけない訳ではない。また、金額として具体的に確定できるかといった事情は大体的場合、通常的事実認定の過程で概ね判断することが可能であると思われる。したがって、裁判官に対してそこまで過剰な負担を課すことにはならないのではないだろうか。

2. 債権者の行為による賠償額減額の構造

これらを踏まえ、損害賠償額の減額との関係で債権者の行為が問題になるとき、その構造は以下のように二段階で理解すべきである（本稿末尾の別表も参照）。

まず、第一段階として、そもそも事実的因果関係が認定できることを前提とし、債権者の行為が関与した損害の部分が個別的な損害項目として認識できるか、すなわち具体的な損害額として確定できるかを検討する。これが確定できるのであれば、損害額の算定や通常損害といった処理により部分的減額を行う。典型的なのが【18】である。

そして、損害額が確定できなければ、第二段階として割合的減額である過失相殺の検討を行う。第二段階では、問題となっている債権者の行為につき、当事者が合意によりリスク分担の合意をしているかどうかを契約解釈により判断し、債務者が負担すべきと認定できるならば、過失相殺は適用されない。これが契約想定＝債務者負担型である。反対に、債権者が負担すると認定されるならば、過失相殺が適用されて減額される。これが私的自治としての過失相殺であり、これにあたるのが契約想定＝自己責任・協力型である。

そしてリスク分担の合意を認定することができない場合には、経済的効率性の観点から、損害を最小化するための合理的な措置を講じていたかが問題とされる。ここで、合理的な措置を講じていた、あるいは講じないことに合理的理由があれば過失相殺は適用されない。それが【15】などである。そして、講じなかったことに合理的理由がない場合には、任意規定としての過失相殺が適用され、賠償額が減額される。これにあたるのが契約非想定＝義務違反認定型である。

これら個々の処理自体は、すでに判例等において用いられているものであり、現状を大きく変更するものではない。本稿は、経済的効率性に基づく任意規定としての過失相殺と部分的減額優先の原則を用いることにより、判例においてすでに採用されている処

理の理論的な基礎を示し、損害賠償額減額の判断過程を構造的に明らかにしたところに意義があると考ええる。

3. 今後の展望

本稿の検討から、契約違反における過失相殺とは、「債権者の事情を理由とする損害賠償額の減額制度」の1つとして位置づけることができる。債権者の事情は、損害の範囲や算定方法から契約違反の有無の認定などでも問題となり、それが部分的減額か割合的減額かといった減額方法の違いにもつながっている。契約違反における債権者の救済において、債権者自身の事情がどこでどのように機能するかは多様な制度設計があり得るため、今後もこの観点から外国法を検討することが有益であると思われる。

そして、過失相殺の問題は、賠償額減額制度のみならず、契約法における根本的な問題にも関係している。それが、契約責任における合意以外の要素の存在と、任意規定の性質である。

まず、契約責任の理解について、本稿で注目した経済的効率性といった観点は、責任の性質を専ら契約の拘束力、すなわちリスク分担の合意に求めることへの疑問につながる。本稿では、過失相殺に関する判例を合意による根拠づけという視点から検討した結果、それでは説明が困難な事例があることを示した。そして、アメリカ法においては同種の事案で必ずしも合意に依拠せずに減額を行っていることを明らかにし、代わりに経済的効率性といった社会経済的な価値の実現を根拠としていることを示した。ここからわかるのは、アメリカ法においては厳格責任という当事者のリスクの引き受け、つまり合意を根拠とするだけでなく、必ずしも当事者の合意に依拠しない責任の在り方も議論されているということである。

そしてこれを踏まえ日本法の判例を再検討した結果、経済的効率性の視点は日本法においてもすでに意識されていることが明らかとなった。平成29年改正民法に関して、特に民法415条の債務不履行責任について、契約の拘束力の考え方を強調し、リスク分担の合意を反映した改正がなされ過失責任主義は否定されたと主張されることがある。しかし、それは実態に即しているのだろうか。合意を基本とするのはもちろんであるとしても、それ以外の要素、例えば損害の最小化の実現といった、合意に依拠せずに当事者に一定の行為が求められることもあるのではないか。本稿の結論は、債務不履行責任の理解に一石を投げ得るのではないかと思われる。

また、本稿における任意規定としての過失相殺という考えは、任意規定の性質につい

でも、新たな意義を見出し得る1つのきっかけになるのではないか。従来、任意規定は契約解釈の指針など、当事者の合意を導くものとして理解されてきた。しかし、明らかに合意をしていないような事項について、契約解釈や任意規定を用いて合意していたとするのは実質的には合意の擬制であり、当事者意思の反映の在り方として適切なのかという疑問がある。むしろ、契約では当事者の合意ではカバーできない欠缺があることを認めたくえて、それを埋めるためのものとして任意規定を捉えるべきではないか。これについては、任意規定とデフォルト・ルールの意義そのものを踏まえたより詳細な検討が必要である。

また、本稿は契約違反の場合を検討対象としたが、ここでの検討は不法行為の過失相殺の議論にも影響を与える可能性があると思われる。不法行為の場合でも、当事者間に損害分担の合意があったと認定することができる場合も考えられ、実質的な処理として契約違反の場合と類似することが考えられる。実際、アメリカにおいては不法行為における損害に関し、当事者の意思を反映させるものとして「危険の引き受け」(assumption of risks)という制度があり、これと比較過失の関係が議論されている。これらを検討することで、不法行為の場合における合意の役割を検討することにも繋がるであろう。

以上より、本稿の検討は、契約責任の性質や任意規定の意義という契約側への広がり、不法行為における過失相殺という不法行為側への広がり、両方に繋がり得るものであると考える。

(完)

〈追記〉本研究は、「私学事業団平成30年度若手研究者奨励金」および「2019年度科学研究費助成事業若手研究」の研究成果の一部である。

注

- 315) 英語における名称としては、comparative negligenceやcomparative faultと呼ばれることが多い。第3次不法行為法リステイメントにおいては、比較過失は厳格責任などの過失責任を基礎としないケースでも適用されるという理由で、「比較責任」(comparative responsibility)としている。Restatement (Third) of Torts: Apportionment Liab. § 8 cmt. a.
- 316) Dobbs, et al., supra note 238 § 220.
- 317) Restatement (Third) of Torts: Apportionment Liab. § 1. また、故意の不法行為についても適用される。
- 318) McIntyre v. Balentine, 833 S.W.2d 52 (Tenn. 1992). この判例は、テネシー州において、寄与過失を廃止して比較過失を採用した判例とされている。ただし、この場合の比較過失は修正型の比較過失である。
- 319) Dobbsはこの過失について、当事者が損害に対する不当な危険を惹起したことでありとされ、

- 過失割合とはこの不当な危険の度合いであるとする。Dobbs et al., supra note 238, § 221.
- 320) 原告の過失は、被告の賠償責任にあたって求められる過失と同じ基準により判断される (Restatement (Third) of Torts: Apportionment Liab. § 3)。ただし、原告が自分自身に対して損害を与える場合には、その基準が緩和される。一般に、不法行為責任成立における加害者の過失は「他人に対する予測可能な損害を惹起する不合理な危険を発生させた、あるいはそれを避けなかったという行為」(Dobbs et al., supra note 238, § 126) であると定義され、当該状況において客観的にみて、合理的な人間ならばどう行動したかという基準により判断される。ただし、行為の目的などの主観的事情も、考慮に入れられることがある。法的な因果関係については、損害の主因であると表現されることもある (Restatement (Third) of Torts: Apportionment Liab. § 8 cmt. c; Dobbs et al., supra note 238, § 221)。例えば、原告が飲酒運転をして、テールランプが作動しない状態で交差点に赤信号で停止していたところ、被告の自動車に追突されたという事例において、テールランプを作動させなかったことは追突による損害と法的な因果関係を有するが、飲酒運転をしていたことは法的な因果関係はないと考える (Restatement (Third) of Torts: Apportionment Liab. § 7 ill. 3)。
- 321) Restatement (Third) of Torts: Apportionment Liab. § 8.
- 322) 修正型は厳密には、その一定の水準によって、以下の2つの方式に分けられる。第一が、原告の過失が被告より大きい場合、すなわち過失割合が51%以上なら全額賠償を認めないとする方式。第二が、過失割合が同等以上である場合、すなわち過失割合が50%以上なら全額賠償を認めないとする方式である。原告の過失がこれらの水準に満たない場合のみ、過失割合に従った案分がなされる。
- 323) アメリカにおける寄与過失から比較過失の発展の経緯を分析したものとして、長谷川貞之「法理としての『比較過失』の制度的意義—アメリカ不法行為法における比較過失の法理誕生の背景からみて—」駿河台法学6巻1号25頁(1992年)、奥山誠「アメリカにおける Comparative Negligence (比較過失) 法理の最近の動向について—損害分担の法理の展開—」追手門経済論集7巻1号49頁(1972年)、古賀哲夫「Comparative Negligence についての一考察—Prosserの所説を中心に—」名古屋学院大学論集12号85頁(1968年)など。また、寄与過失については長谷川貞之「イギリス不法行為法における寄与過失の法理とその理論的基礎(上)(下)」駿河台法学5巻1号1頁(1991年)、同5巻2号61頁(1992年)。
- 324) Dobbs et al., supra note 238, § 218.
- 325) 前掲注49) 参照。アメリカでも、Brown v. Kendall, 60 Mass. 292 (1850) など、イギリスでの誕生後間もなく導入されている。
- 326) William L. Prosser, Comparative Negligence, 51 Mich. L. Rev. 465, 468-69 (1953); Keeton et al., supra note 301, 451-53.
- 327) Prosser, supra note 326. 本文に挙げた諸見解も Prosserの分析による。因果関係の理解について、当時では損害は不可分であるという考え方が前提とされ、分割することはできないとされていたことも影響している。あるいは、産業革命が進展するなか、陪審が被害者である労働者に同情的になって安易に被告である企業の責任を認めてしまうことがないようにし、裁判所が陪審をコントロールして企業活動に支障が出ないようにするためであるとも分析されている。
- 328) Butterfield v. Forrester 事件において判決を述べた Ellenborough 卿は「当事者は、もし自身が一般的で通常の注意を正しく用いなかったならば、他方当事者の過失によりできた障害物を使って、自分に有利に利用することはできない。」と述べており、自らの過失を棚に上げて他人の過失を主張することは妥当でないと考えていたと思われる。
- 329) 事故を抑止するという発想に至ってはむしろ、寄与過失によって全責任を原告が負担するとするならば、被告が原告の過失を認識した場合、自分是不注意をしても構わないと考え、加害者の不注意を誘発するという指摘すら存在する。Kevin J. Grehan, Comparative Negligence, 81 Colum. L. Rev. 1668, 1669 (1981); Prosser, supra note 326, at 468; Miceli supra note 291, at 31.

- 330) この両極端な処理を緩和するために、故意による不法行為の場合には寄与過失は適用されないとしたり (Restatement (Second) of Torts § 481 (1965), 損害を回避する「最後の明白な機会」(last clear chance) を有していた側の当事者に全責任を負わせるとするルール (Restatement (Second) of Torts § 479-80) などによる修正が図られた。それでもなお、これらはいずれも、結局のところどちらか一方の当事者に全責任を負わせるという点については変わりがなく、寄与過失の根本的な問題点を解決するものではなかった。
- 331) 採用方法としては、立法によるものと、裁判所によるものと両方存在する。アメリカにおける州ごとの比較過失の導入状況については、Christopher Curran, *The Spread of the Comparative Negligence Rule in the United States*, 12 *International Review of Law and Economics* 317, 320-21 (1992) や、長谷川貞之・前掲注 323) 「法理としての『比較過失』の制度的意義」50 頁に掲載されている表も参照。
- 332) 前掲注 331) の表参照。
- 333) 他方、統一不法行為責任分配法 (Uniform Apportionment of Tort Responsibility Act (2002)) においては、修正型が基本型として採用されている。この前身となった統一比較過失法 (Uniform Comparative Fault Act (1977)) においては純粋型が採用されていたが、現実には修正型が多かったことを受けて変更された。もっとも、これは純粋型の採用を排除するものではなく、州の裁量により、純粋型を採用することは妨げられないとされる。Unif. Apportionment of Tort Responsibility Act § 3 cmt.
- 334) これを「矯正的正義」(corrective justice) と呼ぶこともある。Ellen M. Bublick, *Comparative Fault to the Limits*, 56 *Vand. L. Rev.* 977, 995 (2003). Bublick はこの矯正的正義と、抑止が比較過失の主要な根拠であると指摘する。
- 335) Gary T. Schwartz, *Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal*, 87 *Yale L.J.* 697, 722 (1978).
- 336) Dan B. Dobbs, *Accountability and Comparative Fault*, 47 *La. L. Rev.* 939, 943 (1987). この翻訳として樋口範雄訳「責任原則と比較過失」学習院大学法学部研究年報 25 号 91 頁 (1990 年)。
- 337) Restatement (Third) of Torts: Apportionment Liab. § 3; *Id.* cmt. a.
- 338) Schwartz, *supra* note 335, at 724.
- 339) Restatement (Third) of Torts: Apportionment Liab. § 3 cmt. a.
- 340) Restatement (Third) of Torts: Apportionment Liab. § 5. これは“both ways rule”と呼ばれるもので、例えば、企業の雇用主は使用者責任として、被用者の行為に対する責任を負うので、雇用主が原告となった場合でも、被用者の過失が考慮されることになる。その結果、雇用主は、自身の過失 (被用者の指導監督に関する不注意) が存在する場合、自身の過失と被用者の過失の両方の過失割合を合計した部分について負担することになる。他方、第三者の過失の責任を負う必要がない場合、例えば A の運転する車に C が乗っていて、B の車と衝突して C が損害を被り B に請求した場合などは、同乗者は運転手の責任について負担することはないので、C 自身が A を妨害したなど特段の事情がない限り、C の B に対する請求で A の行為が C の過失と考慮されることはない。
- 341) Schwartz *supra* note 335, at 703-21.
- 342) この事例は、*LeRoy Fibre Co. v. Chicago, M. & St. P. R. Co.*, 232 *U.S.* 340, 34 *S. Ct.* 415, 58 *L. Ed.* 631 (1914) をもとにしたとされる。
- 343) Richard Posner, *Economic Analysis of Law* § 6.4, at 198-204 (9th ed. 2014). ただし、ここでのポズナーの理論は、比較過失に対して寄与過失の方が経済的観点から優位であることを示すために用いられている。しかし彼は、結論として事故防止についての効果は寄与過失でも比較過失でも同じであるとし、訴訟コストの観点で、比較過失の方が過失割合の認定といった困難に直面する分コストがかかるので、寄与過失の方が有利であるとしている。したがって、訴訟コストの観点を措けば、比較過失を採用することで事故防止の機能も果たされていると考えることができる。

- 344) なお、ここでの過失の有無は、損害を回避する費用が、損害の蓋然性を考慮に入れたうえでの損害の大きさよりも大きい場合に過失が存在するとするハンドの定式を前提としている。United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947); Restatement (Second) of Torts § 291-93 (1965).
- 345) ポズナー自身、本文における例示はゲーム理論に基づきお互いが最適な行動をすることを前提にしているとする。Posner, *supra* note 343, at 199.
- 346) Schwartz *supra* note 335, at 713-19, 726-27.
- 347) Ariel Porat, A Comparative Fault Defense in Contract Law, 107 Mich. L. Rev. 1397, 1403 (2009). Porat はイギリスやカナダ法などにおいても同様の主張をしている。Ariel Porat, Contributory Negligence in Contract Law: Toward a Principled Approach, 28 U. Brit. Colum. L. Rev.141 (1994).
- 348) 本稿 III, 3., (2) 参照。
- 349) 反対に寄与過失のように契約違反をされた側に過失があれば賠償責任を全て負担させるのも、反対に契約義務を履行する当事者の不適切な行為を誘発するおそれがあるという点で同じことである。この議論は、寄与過失に対する一般的な批判として主張されてきたものと基本的に同様である。前掲注 327) 参照。
- 350) ここで言うコストとは、実際に行為をするために要するコストだけでなく、相手方の履行状況を把握し、状況に合わせて行為の必要性を予測判断するために要するコストも含まれる。そして、そのコストが低いとは、「合理的な人間であれば、契約により生まれる余剰に実質的な影響を与えないと考えるであろう」コスト水準であることを指すと定義されている。Porat *supra* note 347, A Comparative Fault Defense in Contract Law, at 1404.
- 351) 不動産担保証券契約において、契約違反を受けた金融機関にデュー・デリジェンスを促し、金融市場を安定させるために比較過失を導入すべきとする見解について、Scott J. Stafford, Overreliance on A Broken System: The Merits of A Comparative Fault Analysis for Mortgage-Backed Security Insurance Contracts, 46 U. Tol. L. Rev. 647 (2015).
- 352) Porat, *supra* note 347, A Comparative Fault Defense in Contract Law, at 1405-07.
- 353) Law Commission, Contributory Negligence as a Defence in Contract, Law Comm'n. No.114, para. 4.19 (1991).
- 354) Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945. 海上における船舶衝突事故においては Maritime Convention Act 1911 により割合的減額に移行している。イギリスにおける寄与過失・比較過失制度については、長谷川義仁・前掲注 10) 57 頁以下。なお、イギリスにおいては割合的減額を行う場合も、名称としては「寄与過失」(contributory negligence) が維持されているが、本稿ではアメリカにおける議論との混同を避けるため、イギリスにおける割合的減額の意味での寄与過失についても、「比較過失」と記載している。
- 355) s. 1 Apportionment of liability in case of contributory negligence., UK ST 1945 c. 28 s. 1.
- 356) イギリスにおける比較過失の契約法分野への応用の議論については、長谷川義仁・前掲注 10) 77 頁以下。
- 357) Law Comm'n. No.219, para. 4.1.
- 358) この三類型は Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher [1986] 2 All E.R. 488 において示されたものである。この判決は第三類型について比較過失の適用を認めるべきであったとした。なおこの判決は控訴院 ([1989] A.C. 852) においても支持されている。
- 359) 原告は自身の不合理な行為により損害に対して一部でも関与しているのであれば、それを考慮して損害額を算定することが公正だからであるとされる。また、損害軽減義務は契約違反を知った後の原告の行為の問題であるので、違反を知る前の行為をカバーできず不十分であるとされている。Law Comm'n. No.114, para. 4.22.
- 360) 第一類型は被告の過失の有無を問わずに契約違反が認定されるため、厳格責任の場合とされている。例えば、金銭を支払う、種類物を引き渡す、契約上求められる品質の物を引き渡すなどの

- 義務が厳格責任を伴う契約上の義務であるとされる。このような場合においては、契約違反の事実が存在することが重要なのであり、過失の有無は関係ないとされる。Law Commission, *Contributory Negligence as a Defence in Contract*, Law Comm'n. No.219, para. 3.24 (1993).
- 361) Law Comm'n. No.219, para. 3.37.
- 362) Law Comm'n. No.219, para. 4.7.
- 363) 両法理の共通性を指摘する見解として、Adar, *supra* note 243, at 784; § 229. *Distinguishing avoidable consequences and comparative fault*, Dobbs, et al., *supra* note 238, § 229; W. Page Keeton, et al., *supra* note 301, at 458.
- 364) Perillo, *supra* note 229, at 506; George M. Cohen, *The Fault Lines in Contract Damages*, 80 Va. L. Rev. 1225, 1309 (1994); George M. Cohen, *The Fault That Lies Within Our Contract Law*, 107 Mich. L. Rev. 1445, 1455 (2009). 特に「契約法は厳格責任を展開するものとして理解されてきたが、厳格責任はある程度まで妥当するに過ぎない。なぜなら、ひとたび『損害軽減義務』が問題となると、契約違反後、あるいは違反前の損害軽減措置であっても、裁判所がその合理性を検討するにあたっては過失が問題となるからである」(Saul Levmore, *Stipulated Damages, Super-Strict Liability, and Mitigation in Contract Law*, 107 Mich. L. Rev. 1365, 1366 (2009)) という言葉が端的にそれを表している。一般論として、契約法における過失要素の指摘は、比較過失を契約法に応用する見解において指摘した通りである。
- 365) *Langlois v. Town of Proctor*, 2014 VT 130, ¶ 22, 198 Vt. 137, 149, 113 A.3d 44, 52 (2014).
- 366) 第2次不法行為法リステイメント 918 条においては、結果回避可能性は「不法行為がなされた後の合理的措置又は支出を用いることによって避けることができた損失」について適用されると規定されている。Restatement (Second) of Torts § 918 (1). これを示す判例としては *Del Tufo v. Twp. of Old Bridge*, 147 N.J. 90, 120, 685 A.2d 1267, 1282 (1996). イギリスでもそのような認識が一般的であるとされる。長谷川義仁・前掲注 10) 37 頁以下、同「英米比較過失法における損害軽減義務の位相 (一)」*広島法学* 25 巻 2 号 152 頁以下 (2001 年)。Law Comm'n. No.219, para. 3.20 も参照。
- 367) この見解によれば、原告の過失と損害の発生の時間的前後関係により区別されるという見解は結局のところ、損害発生前の原告の過失は損害全体に影響を及ぼすことが多いのに対して、損害発生後の原告の過失は全体に影響を及ぼしようになく、拡大させた部分に留まると評価できることが多いという事実的な面から生じた違いであって、制度の性質からくる必然的な違いではないとされる。Keeton et al., *supra* note 301, at 459; Dobbs, et al., *supra* note 238, § 230. Dobbs はこの時間的な区別見解について「正しい場合もあるが、差異の本質ではない」と述べる。Dobbs & Roberts, *supra* note 286, § 3.9 at 277 も参照。
- 368) 例えば、【A-7】においては、大学教授が、大学に研究室の清掃をされる前に備品を安全な場所に移しておくべきであったので結果回避可能性が適用されるべきであるという大学の主張に対して、裁判所は結果回避可能性は違反の後の行為を問題とするので結果回避可能性は適用されないとした。
- 369) 契約法においても、この因果的な区別を用いる見解として Dobbs & Roberts, *supra* note 286, at 278; Kelly, *supra* note 239, at 263-78.
- 370) この問題意識から、契約違反においても比較過失による減額を主張する見解も存在するが、未だ少数説に留まるのはすでに見た通りである。
- 371) Robert Gertner & Ian Ayres, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 Yale L.J. 87 (1989); Alan Schwartz & Robert E. Scott, *The Common Law of Contract and the Default Rule Project*, 102 Va. L. Rev. 1523 (2016).
- 372) 合意をしておかなかった場合に、一方の当事者に不利益を負わせるということを通じて、それを避けるための合意を促す機能を有するデフォルト・ルールは、特にペナルティ・デフォルト・ルールと呼ばれている。代表的なものは、相手に対して情報を提供することを促すハドレー・ルールであるが、結果回避可能性もこれに該当するのではないと思われる。ペナルティ・デフォルト・

- ルールについては, Gertner & Ayres, *supra* note 371, at 98.
- 373) イギリスにおいても, 「分配ルールは, 誰が損失を負担すべきかについて当事者が契約上の規定をしていなかった場合にのみ正当化することができる」(Law Comm'n. No.219, para. 4.20.) とされ, 比較過失は合意による損害分担が認められない場合のルールであることが示されている。原告の過失を認定しどの程度賠償額を減額するかは, 契約の性質やお互いの義務に照らして判断され, さらに当事者は合意により比較過失の適用自体を排除することも可能である。Law Comm'n. No.219, para. 4.20-30.
- 374) 日本における過失相殺の検討においてこれを示唆するものとしては, 事故支配力・損害抑止説が近い。これもイギリスにおける寄与過失に注目しており, 本稿と一定の共通性がある。ただし, この説は不法行為を念頭に, 被害者と加害者の過失のパラレル原理を導くための根拠として損害抑止の考え方をういている。本稿 II, 3. (2), (b), (ii) 参照。
- 375) いわゆるハンドの定式であり, 損害予防のための負担 (B) < 損害の発生する蓋然性 (P) × 損害の重大性 (L) で表される。United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947).
- 376) アメリカのデフォルト・ルールについての研究として, 吉田邦彦『契約法・医事法の関係の展開』116頁以下(有斐閣, 2003年), 松田貴文「契約法における任意法規の構造—厚生基底の任意法規の構想へ向けた一試論」神戸法学雑誌 63 卷 1号 171頁(2013年)など。
- 377) 本稿 III, 5., (3), (a), (ii) 参照。
- 378) この部分的減額優先の原則は, 結果回避可能性と比較過失が両方適用されているアメリカ不法行為法においても存在すると思われる。
- 379) 過失相殺の起草過程と立法趣旨については本稿 II, 1. 参照。

●Summary

This section first discusses the two rationales that support the doctrine of comparative negligence: fairness and deterrence. Deterrence means preventing accidents. It reflects the social policy of minimizing damages by encouraging both parties to pay attention. This is quite similar to the rationale of economic efficiency in the doctrine of avoidable consequences. They are both default rules that are applicable in absence of an agreement about a matter in dispute.

In this article, the main question is why an injured party should behave reasonably in the absence of contractual obligation. The concept of the default rule for economic efficiency or deterrence would seem to provide an answer. Comparative negligence in Japan should be recognized as the default rule, and an injured party should be required to behave reasonably for economic efficiency.

Comparative negligence in Japan can be justified because an injured party who ignores this social requirement should bear some part of damages.

別表：契約違反における債権者の事情による賠償額減額の構造

