
論 説

日本法における過失相殺と 損害軽減義務について (1)

——統合か併存か——

王 冷 然

1. 問題の所在
2. 日本における議論状況
 - 2.1 損害賠償額の算定基準時の判断における損害軽減義務の導入
 - 2.1.1 谷口説
 - 2.1.2 齋藤(彰)説
 - 2.1.3 小括
 - 2.2 履行請求権との関係における損害軽減義務の導入
 - 2.2.1 内田説
 - 2.2.2 森田説
 - 2.2.3 小括
 - 2.3 民法(債権関係)の改正に向けた損害軽減義務の導入に関する議論
 - 2.3.1 基本方針における議論状況
 - 2.3.2 法制審議会における議論状況
 - 2.3.3 小括
 - 2.4 過失相殺との関係を中心とした損害軽減義務の導入
 - 2.4.1 能見説
 - 2.4.2 長谷川説
 - 2.4.3 潮見説
 - 2.4.4 齋藤(航)説
 - 2.4.5 小括
 - 2.5 日本での議論状況に関する小括 (以上, 本号)
3. 英米法における議論状況
4. 検討
5. 結びに代えて

1. 問題の所在

周知のように、日本民法では、明治時代に制定された当初から、418条により契約違反における過失相殺、722条2項により不法行為における過失相殺が定められており、2つの条文では、過失相殺の認定に関する裁判所の裁量が認められるかどうかについての条文上の表現に差異があるものの、債権者・被害者に過失があったことを要件としているところは同じである。また、2017年に施行された改正民法（以下、「2017年改正民法」という）以前の418条¹⁾は722条2項と同様、「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」という文言がなかったものの、判例・通説は不法行為・契約違反それ自体に限らず、損害の発生または拡大に関して債権者・被害者に過失があった場合も過失相殺を認めている²⁾。418条にしても722条2項にしても、条文上は損害賠償額の減額方法について定めておらず、裁判実務上は損害の発生や拡大に関する過失相殺を含めて、債権者・被害者の過失の割合に応じて割合的な減額を行っている³⁾。つまり、日本法においては、損害賠償額の減額に関して、契約違反の場合であれ不法行為の場合であれ、基本的に同じ

- 1) 2017年改正民法においては、改正前の「債務の不履行に関して債権者に過失があったとき」という文言を、「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」という文言に改めることにした。これは418条に関する判例・学説を明文化しただけであり、418条の適用に影響を与えるものではない。
- 2) 我妻栄『新訂 債権総論』（岩波書店、1964年）129頁、星野英一『民法概論III（債権総論）』（良書普及会、1978年）86頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992年）213頁、平井宜雄『債権総論〔第2版〕』（弘文堂、1994年）107頁など参照。
- 3) 王冷然「投資取引損害賠償と過失相殺に関する一考察（1～4・完）」南山法学41巻3・4号（2018年）327頁以下、同42巻2号（2019年）89頁以下、同巻3・4号（2019年）331頁以下、同45巻3・4号（2022年）423頁以下、同「裁判例から見る債務不履行における過失相殺」沖野眞已ほか編『これからの民法・消費者法（1）河上正二先生古稀記念』（信山社、2023年）293頁以下参照。

過失相殺制度が適用されている。

他方、英米法においては、不法行為の場合には寄与過失⁴⁾(イギリス) または比較過失⁵⁾(アメリカ) によって被害者の過失の割合に応じて損害賠償額が減額されるが、契約違反の場合には債権者の合理的な行為によって軽減ができた、またはできたはずの損害についてその全額の賠償が否定されるという損害軽減義務⁶⁾が適用される。つまり、英米法においてはもともと、不法行為の場合と契約違反の場合とは異なる制度を利用して損害賠償額を調整している。その後、損害軽減義務は不法行為の場合にも適用されるようになったものの、契約違反の場合には債権者に過失がないなどの理由をもって寄与過失あるいは比較過失(以下、寄与過失・比較過失ともに「比較過失」で表現する)を契約違反に適用することについては原則として否定的である⁷⁾。また、近時、

-
- 4) 1945年までは、寄与過失(contributory negligence)は被害者に過失があれば損害のすべてを賠償されないという法理であったが、イギリスでは1945年改正法によって被害者の過失の割合に応じて損害賠償額を減額するという内容に変更された。特別な説明がなければ、本稿では、「寄与過失」は被害者の過失の割合によって損害賠償額が減額される意味を指す。
 - 5) アメリカ法における比較過失(comparative negligence)は純粋型(被害者と加害者の過失の割合によって損害賠償額の分担を決める)と修正型(被害者の過失が加害者の過失より低い場合にのみ被害者の過失の割合によって損害賠償額が減額されるが、被害者の過失が加害者の過失と同等、あるいはそれより高い場合には損害賠償を受けることができない)の区別が存在するが、本稿では純粋型比較過失相殺を対象とする議論を取り扱うこととする。
 - 6) 日本においては、英米法での「duty to mitigation damages」が損害軽減義務として訳されているが、英米法においてはこれが法的義務ではないと一般的に理解されている。また、「duty(義務)」というイメージを避けるために、「avoidable consequences」が使われるようになり、日本では「損害回避可能性」あるいは「回避可能な結果」と訳されている(長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造——請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』〔日本評論社、2011年〕70頁以下、笠井修『契約責任の多元的制御』〔勁草書房、2017年〕211頁以下、齋藤航「契約違反における過失相殺の法的性質(4)」中央ロー・ジャーナル16巻3号〔2019年〕33頁など参照)。
 - 7) イギリスにおいて比較過失は契約違反への適用を認めるべきという議論があるものの、裁判実務では、債務者の債務不履行は契約上の義務違反であると同時に、不法行為上の義務違反でもある場合には適用可能性が認められるが、契約上の義務違反のみ

損害軽減義務によって軽減のできた損害額のすべてが賠償されないという all or nothing の処理は 1945 年以前の寄与過失法理と同じく不合理であるところに着目して、不法行為における損害軽減義務の適用に異議が提示され、損害軽減義務を比較過失に統合させるべきであるという見解⁸⁾がある一方、両者を併存させるべきであるという主張⁹⁾も存在する。つまり、不法行為領域における比較過失と損害軽減義務との適用関係について見解の対立が見受けられるのである¹⁰⁾。すなわち、英米法においては、比較過失と損害軽減義務を区別しながら運用し、時代の変化に応じて両者の適用関係に関する見方も変わってきたようである。

比較過失と類似する過失相殺制度をもつ日本において、損害軽減義務の導入に関しては 1950 年代末から論じられるようになり、その後、履行請求権との関係に関する論争が生じたが、2017 年民法改正に向けて行われた審議において、契約違反の場合に従来の過失相殺の代わりとして損害軽減義務を定めることが提案された。また、賃貸人の修繕義務違反による営業利益の賠償について、賃借人が損害の回避または減少させる措置をとらなかったため、通常損害として損害賠償の範囲を縮減すべきであると判断した最高裁平成 21 年 1 月 29 日判決民集 63 卷 1 号 97 頁（以下、「平成 21 年最高裁判決」という）の影響もあり、最終的に 2017 年民法改正において損害軽減義務の明文化が

の場合には比較過失の適用が否定されている（Chitty on Contracts vol.1 (34th ed., 2021) para 22-094, 22-095, 長谷川・前掲注 6) 77~79 頁など参照）。

- 8) Yehuda Adar, *Comparative Negligence and Mitigation of Damages: Two Sister Doctrines in Search of Reunion*, 31 Quinnipiac L. Rev. 783 (2013); Michael D. Green & James Sprague, *Rescuing Avoidable Consequences from the Clutches of Remedies and Placing It in Apportionment of Liability, Where It Belongs*, 80 Md. L. Rev. 380 (2021).
- 9) Iain D. Field, *Contributory Negligence and the Rule of Avoidable Losses*, Oxford J Legal Studies 38(3): 475 (2018).
- 10) 不法行為における比較過失と損害軽減義務との適用関係に関する英米法上の議論について、齋藤航「不法行為における被害者の過失に基づく損害賠償額の減額方法——comparative negligence と avoidable consequence の適用関係——」香川法学 40 卷 1・2 号（2020 年）117 頁以下参照。

実現できなかったものの、契約違反の場合のみならず不法行為の場合にも損害軽減義務の導入が議論され続けている。

このように、英米法においては、もともと不法行為の場合に適用されている比較過失を契約違反に適用することは否定され続けており、もともと契約違反の場合に適用されている損害軽減義務を不法行為に適用することは再考されている。これに対し、契約違反の場合も不法行為の場合も同じ過失相殺制度を有する日本法においては、契約違反の場合のみならず不法行為の場合も損害軽減義務を適用することが議論されている。つまり、過失相殺と損害軽減義務の適用に関して、英米法と日本法とでは逆の方向で議論されており、英米法では契約違反と不法行為を区別して比較過失と損害軽減義務の適用を明白に分けようとしているのに対し、日本では契約違反か不法行為かを問わず過失相殺と損害軽減義務を同じに適用しようとしている。

もちろん、英米法での損害軽減義務に関する議論がそのまま日本法に応用できるとは限らないが、損害軽減義務の考え方は日本法に一定の影響を与えていることは事実である。特に、2017年民法改正後において帰責事由が必ずしも債務不履行による損害賠償責任の成立要件ではないという理解¹¹⁾のもとで、契約違反の場合に債務者の過失の有無を問わないのであれば、「債権者の過失」を理由に過失相殺を行うことをどのように理解すべきか、契約違反の場合での損害賠償額の減額と不法行為の場合での損害賠償額の減額とは従来のように同じに取り扱うべきかどうかといった問題が生じ、しかもこれらの問題は過失相殺と損害軽減義務との関係をどのように理解すべきかということと関係しており、ひいては日本法における損害賠償額の調整制度の再構築ともかかわることになる。

そこで、本稿は、まず日本における損害軽減義務に関する議論状況につい

11) 2017年民法改正によって債務者の帰責事由に関する理解が過失相殺における債権者の過失の理解に一定の影響を及ぼすという指摘がある(中田裕康『債権総論〔第4版〕』〔岩波書店、2020年〕223頁、潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』〔商事法務、2018年〕161頁以下〔長野史寛〕162頁、奥田昌道・佐々木茂美『新版 債権総論(上巻)』〔判例タイムズ社、2020年〕320頁など参照)。

て、精査・分析を行い、そこで浮き彫りになった課題を明白にした後、英米法での比較過失と損害軽減義務の適用関係に関する議論を参考に、日本法における過失相殺と損害軽減義務との関係を明らかにしたうえで、契約違反の場合における損害賠償額の減額制度と不法行為の場合における損害賠償額の減額制度との異同の解明を試みることにする。

2. 日本における議論状況

日本においては、1950年代後半に英米法上の損害軽減義務が紹介され、損害賠償額の算定基準時の判断として日本への導入が提言されたが、基本的に履行請求権の優先性を前提にしている。1990年代前半では履行請求権と損害軽減義務との優劣関係に関する論争が生じたが、その後、2017年改正民法に向けた議論において、従来の過失相殺の代わりに損害軽減義務を明文化することが提案された。結局、2017年改正民法に損害軽減義務に関する条文は規定されなかったものの、過失相殺との関係で損害軽減義務を議論するようになった。以下では、各段階での議論状況を見てみよう¹²⁾。

2.1 損害賠償額の算定基準時の判断における 損害軽減義務の導入

2.1.1 谷口説

日本において、損害軽減義務を最初にまとまった形で紹介したのは谷口知

12) 小林友則「損害軽減義務の法的性質に関する一考察——過失相殺制度を中心として」法政論集 270号(2017年) 261頁以下は、ドイツ法における議論を中心に、損害軽減義務の内容は被害者が自分自身に対する損害を被らないようにする義務のみならず、相手方の利益に配慮する義務でもあると主張するが、本稿の目的との関係で、具体的には取り上げないこととする。

平氏であると言われている¹³⁾。谷口氏は損害軽減義務を損害賠償における公平の原則ないしは信義則の適用の一つとして位置づけたうえで、日本の判例において当該義務が意識的に考慮されたと思われるものが見出されたが、一般に損害算定が問題となっている諸判例においてはこれが明らかに考慮されたと思われるものが甚だ少ないようであると指摘して、信義則の一具体的規準あるいは要件としての損害軽減義務が損害賠償額算定の問題において考慮されるべきであると主張する¹⁴⁾。

損害軽減義務を損害賠償額の算定基準とする理由について、谷口氏は「凡そ損害賠償の請求の訴は、不法行為或いは債務不履行即ち損害賠償請求原因が発生してから、之を知りつつ、或いはこれを知らぬまま相当の時間を経過し、その間裁判外に請求やそれに対する種々の交渉を経てからなされるのが普通であり訴の提起の後も訴訟における攻防の手段をつくしての長い審理を経て、初めて賠償すべき損害額が認定され……この認定は請求原因発生前におけるのみならず、この長い経過中の一切の事情を公平の原則と信義誠実の原則に則って判断した上為さるべきであり、従って、これらの原則の一要因とも考えられる請求者側の損害避抑義務が賠償額の算定には常に考慮に入れられなければならぬ」¹⁵⁾と説明する。つまり、谷口氏は、経済的効率性の視点からではなく、訴訟の長さを考慮して公平の原則と信義則の視点から損害賠償額の算定において損害軽減義務を考慮すべきであると主張している。

また、谷口氏は、日本では損害賠償額の算定について予見可能性や因果関係の判断が重視されているが、当事者双方、特に被害当事者の態度に対する道徳的評価が等閑に付せられており、「損害賠償額の算定において単に因果関係の遠近、相当性の考慮よりも、もっと被害者、債権者の損害避抑義務を怠った過失の考慮が行われるべき」¹⁶⁾と指摘したうえで、英米法理と大陸法系

13) 森田修『契約責任の法学的構造』(有斐閣, 2006年) 187頁。

14) 谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務」川島武宜編『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究(上)』(有斐閣, 1957年) 237頁。

15) 谷口・前掲注14) 250頁。

16) 谷口・前掲注14) 250頁。

に属する日本民法法理とでは多少構成を異にするものがあることを前提に、「具体的に損害賠償額の算定において如何に損害避抑義務を考慮すべきか」¹⁷⁾を対象に議論を展開することとした。つまり、谷口氏は損害賠償額の算定との関係で損害軽減義務を捉えているのである。

損害軽減義務は不法行為による損害賠償にも契約違反による損害賠償にも適用できるとしたうえで、谷口氏は、不法行為の場合には「責任発生時より判決時に至る被害者の態度を見、信義則上要求される合理的な損害避抑の努力を尽くしてなお生ずべき損害が賠償額と判定せらるべきである。従って又かかる義務を尽くした限り、場合によっては放任したときよりも、効果のなかった支出などにより損害が増大したときと雖も賠償せらるべきである」¹⁸⁾と主張する。

契約違反の場合には、損害賠償額の算定基準時に関する「直接履行の可能な限りまず直接履行を求めべく填補賠償を請求するには契約を解除することを要する」という見解を支持して、谷口氏は、「英米法では、契約違反の救済は普通法上の損害賠償が原則であり、……履行期に契約不履行があれば直ちにこれにより通常生ずべき損害の賠償の責任が発生し、その賠償額の算定において債権者の損害避抑義務が考慮されることになる。ところがわが民法解釈上、填補賠償が解除した後でなければみとめられないと解するときは、債務者の不履行があった後における債権者の損害避抑義務として適時に解除権を行使する義務が考えられるであろう」¹⁹⁾と主張する。

このように、谷口氏は損害軽減義務と過失相殺との関係について全く触れず、もっぱら損害賠償額の算定基準として損害軽減義務を論じている。また、谷口氏の見解によれば、不法行為の場合も契約違反の場合も、損害賠償額の算定基準時として損害軽減義務が適用されるが、不法行為の場合には、被害者の行動が合理的なものであるかどうか判断対象となり、契約違反の

17) 谷口・前掲注 14) 251 頁。

18) 谷口・前掲注 14) 252 頁。

19) 谷口・前掲注 14) 253 頁。

場合には、損害賠償額の算定基準時が解除時であることを前提に、債権者の損害軽減義務が適時に解除権を行使する義務となる²⁰⁾。つまり、損害軽減義務と履行請求権との関係に関しては、谷口氏は当時の有力説をとって、履行請求権の優先性を認めているようである。

2.1.2 齋藤(彰)説

齋藤彰氏は、谷口説と異なり、損害軽減義務が不法行為による損害賠償に適用できるかどうかに触れず、契約違反の場合、しかも動産売買契約不履行による損害賠償に限定して、損害軽減義務を論じている。氏は動産売買契約違反における損害賠償を扱った日本の裁判例を分析した結果として、「必ずしも判例の主流であるとはまではいえないが、日本の判例の理論のなかにも英米法の損害軽減義務に相当するような考えは明らかに存在している」としたうえで、「ただ、日本では原則として履行請求を無制限に認めるために、抽象的な算定の基準時としては履行請求権が確定的に消滅する解除時が採用されるという点で英米法とは異なる」と指摘する²¹⁾。

齋藤(彰)氏は、損害軽減義務が認められると損害賠償は契約価格と代替取引の市場価格との差額で算定されるという市場価格則の「最大のメリットは、損害賠償の算定という厄介な仕事において、裁判所の負担を軽減できる点にある。それは、同時に裁判の結果について予測可能性を与えることにあり、その結果として当事者間のみで紛争解決の交渉が行われる場合にも、明確な賠償の計算の指針が得られることから、より容易に和解に到達することが可能」であると指摘しながら、「市場価格則の働く場は、代替物である動産の売買契約の不履行の場合に範囲を限定されていることを忘れてはならない」

20) 谷口氏は、一方の当事者が履行期前の履行拒絶、あるいは継続的契約の解約を求めた場合には、他方の当事者がこれに応ずることも損害軽減義務であると指摘する(同・前掲注14)254頁)。

21) 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との関係において」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『損害賠償法の課題と展望』(日本評論社、1990年)74頁。

と強調する²²⁾。

また、市場価格則を日本法に具体的に導入することについて、齋藤(彰)氏は「日本法では解除時を損害賠償額算定の基準時とすべきであると考え。なぜならば、解除することにより不履行の相手方当事者は、それ以降の不履行当事者による追履行を拒絶することが可能になり、初めて代品購入なり再売却なりを行える地位につくからである」²³⁾とし、解除時を損害賠償額算定の基準時とすべきと主張する。しかし同時に、氏は「この理論にも問題は残る。それは、日本法の体系においては、解除時がある程度当事者の恣意によって動かせるという点にある。……解除が可能であるにもかかわらず履行請求を選択した当事者にそれが功を奏さなかった場合のリスクを負わせて、最終的に損害賠償のみが与えられる場合には、解除しようとするればできる状態になったであろう最初の時点を基準時として、賠償額を算定すればよい」²⁴⁾と指摘する。

なお、「市場価格則の基礎となる損害軽減義務の根拠となるべき条文」について、齋藤(彰)氏は「端的に民法1条2項の信義則にその基礎を求めることが十分可能」であるとしつつ、「より具体的な場面では、日本における過失相殺(民法418条)をこの義務の直接的な支えとして活用できる」とも主張する²⁵⁾。過失相殺が損害軽減義務の「直接的な支え」になるという表現からは、損害軽減義務が過失相殺、少なくとも契約違反の場合での過失相殺に含まれているように読み取れる²⁶⁾。

このように、齋藤(彰)氏は動産売買契約に限定して、損害賠償額の算定基準時を解除時にするという条件のもとで、損害軽減義務の日本法への導入を

22) 齋藤(彰)・前掲注21)75～76頁。

23) 齋藤(彰)・前掲注21)76頁。

24) 齋藤(彰)・前掲注21)77頁。

25) 齋藤(彰)・前掲注21)76頁。

26) 齋藤(彰)氏は、解除の遅れによる物品の値上がり分を過失相殺することも十分可能であると主張したが、過失相殺と損害軽減義務との関係については詳しく触れていない(同・前掲注21)77頁)。

主張している。損害賠償額の算定基準時を解除時にするのは、履行請求権が損害軽減義務より優先的に適用されるべきであるという考えを前提にしている。

2.1.3 小 括

上述のように、損害賠償額の算定基準時の問題として損害軽減義務を捉える谷口説と齋藤(彰)説は、同じく履行請求権の優先性を認めたくえて、損害軽減義務を日本法に導入することを提唱し、かつ損害賠償額の算定基準時を解除時にすべきであると主張する。他方、谷口説は損害軽減義務が契約違反の場合のみならず不法行為の場合にも適用できると主張するのに対し、齋藤(彰)説は契約違反、かつ動産売買契約違反に限定して損害軽減義務の適用を認めている。また、損害軽減義務が適時に解除する義務として具体化される点で谷口説と齋藤(彰)説とは同じであるとは言えるものの、谷口説が解除義務を明白に示したのに対し、齋藤(彰)説は直接には言及しなかった。他方、谷口説が損害軽減義務と過失相殺との関係に触れなかったのに対して、齋藤(彰)説では過失相殺が損害軽減義務の根拠の一つにもなりうることを示している。つまり、同じく損害賠償額の算定基準時の問題として損害軽減義務を取り上げているものの、谷口説と齋藤(彰)説には一定の差異が見られるのである。

2.2 履行請求権との関係における 損害軽減義務の導入

谷口説と齋藤(彰)説は履行請求権が損害軽減義務より優先的に適用されることに触れたものの、あくまでも損害賠償額の算定基準時を判断する場合での主張であり、理論的に履行請求権と損害軽減義務との優劣関係を論じるものではなかった。これに対して、次に紹介する内田説と森田説はもっぱら両者の優劣関係を中心に議論を展開している。

2.2.1 内田 説

内田貴氏は、履行が可能であれば強制履行が原則であり、損害賠償が例外であるという日本法上の解釈論に疑問をもち、物の引渡しを目的とする債務の直接強制について、損害軽減義務という要件を加えることによって、強制履行と損害賠償との関係を変えようとする問題意識のもとで、損害軽減義務を日本に導入すべきであると論じている。また、内田氏は、英米法圏での「mitigation」という言葉には、① 発生した損害の縮小や拡大防止に関する「損害軽減義務」、② 不履行から生じた利益の控除（いわゆる損益相殺）、③ 損害の発生そのものへの債権者の寄与の考慮（いわゆる過失相殺）という3つの制度を含んでおり、この3つの法理はそれぞれ独立のものであるが、過失相殺と損害軽減義務の区別に微妙な場合があることを指摘したうえで、①の損害軽減義務の日本法への導入を検討した²⁷⁾。つまり、内田氏は損害軽減義務を損害の縮小や拡大の防止に関する規則に位置づけたいうえで、過失相殺と異なる法理として捉えている。

また、内田氏は、日本での過失相殺を認定した裁判例を対象に、「以上の裁判例は、数も少なく、下級審判決が多い。したがって、ここから日本の判例法を抽出することは困難であろう」としつつ、「少なくとも商人間では、一般的に損害軽減義務が前提とされているのではないかということが推測できそうである」²⁸⁾ことと、「日本の判例に見られる損害軽減義務は、損害の拡大を防止する義務のみならず、履行利益の損害を縮小する義務をも含んでいるのである」²⁹⁾と分析し、損害賠償額の算定基準時に関する裁判例を対象

27) 内田貴『契約法の時代』（岩波書店、2000年）176～177頁（初出は、同「強制履行と損害賠償——『損害軽減義務の観点から』」曹時42巻10号（1990年）2639頁以下。以下、引用に際しては同書による）。

28) 内田・前掲注27)191頁。内田氏は、同時に、損害軽減義務が商人間に限られると結論する必要はなく、商人間の場合には、損害軽減手段を講ずることを期待するのが合理的であるケースが多いということに過ぎず、非商人の場合でも同様な状況が生ずることはありうると指摘する。

29) 内田・前掲注27)190～191頁。

に、「損害軽減義務を想定すれば説明が容易になる」³⁰⁾と指摘する。

日本の裁判例を分析したうえで、内田氏は3つの解釈論を提示した。すなわち、第1に、「理論的に見ると、損害軽減義務の存在は、債務不履行や損害発生そのものに対する債権者の寄与という典型的な過失相殺とは異にする、新たな賠償額減額事由を提供する。それは、過失相殺の一般の中で論ずる場合にも、特別な類型として論ぜられるべき法理」³¹⁾である。第2に、「損害軽減義務の想定は、損害賠償額算定の基準時に関する裁判例の理解においては新たな視点を提供する。すなわち、基準時は、市場の存在する代替物に関してはまず損害軽減のための代替取引をすべきときであり、損害軽減が期待できない場合および特定物について判決時（口頭弁論終結時）であると考えべきである」。そして第3に、強制履行の請求との関係について、価格が上昇している場合、「他から代品を取得しえた買主は、強制履行の請求も認められないというべきである。逆に言えば、市場の存在する代替物の売買において、現実的履行の強制は、代替取引による損害軽減が期待できない場合、つまり判決時（口頭弁論終結時）の評価で履行利益の賠償が全額認められる場合に限って肯定すべきで、それを要件に掲げるべきである。なお、……価格が低落している場合には、現実的履行の強制を求める利益が買主にはなく、代替取引をすれば損害も生じないから、損害軽減義務がある限り、やはり強制履行は否定される」³²⁾という。

このように、内田氏は損害軽減義務を不法行為による損害賠償に適用できることを認識しながら、契約違反による損害賠償に適用することを中心に議論を展開し、過失相殺と異なる法理として損害軽減義務を位置づけること、損害軽減義務が損害賠償額の算定基準時の一つの準則として活用できること、損害軽減義務がある限り、強制履行の請求が否定されるべきであること、という3つの解釈論を提示した。

30) 内田・前掲注27) 191頁。

31) 内田・前掲注27) 194頁。

32) 内田・前掲注27) 194～195頁。

2.2.2 森田 説

損害軽減義務が認められる場合に、履行請求が否定されるべきであるという内田説に対して、真正面から批判するのは森田修氏である。

森田氏は、損害軽減義務の導入の可否ではなく、損害軽減義務と履行請求権との優劣関係に焦点を絞って議論を行っている。内田説を検討するために、内田論文において取り扱われた日本の裁判例、英米法における「特定履行」と損害軽減義務の関係および内田説の前提とする契約責任原理である信頼責任理論について具体的に分析を行った³³⁾うえて、森田氏は、内田説に関して3つの疑問を示した。すなわち、1つ目の疑問は、「履行請求権の行使を債権者が求めている場合に、代替取引義務を理由にこれを否定する可能性は、日本の判例法上は論理としても示されていない」ことであり、2つ目の疑問は、「履行請求権を否定する論理は、少なくとも実際に英米で展開している『損害軽減義務』の中には見いだすことはできない」ことであり、3つ目の疑問は、「契約責任の原理を約束原理に立つ期待利益賠償原則から信頼原理に立つ信頼利益賠償原則に転換すべきだという〔内田説の〕主張も、……その根拠として『損害軽減義務』による期待利益賠償の減額という法制度を引合いに出すことはできない」ことである³⁴⁾。

疑問点を提示した後、森田氏は、債権者が損害軽減義務を負っているために履行請求権が制約されるという内田説が、2点において日本の契約責任法の実体的構造に抵触すると主張する。すなわち、第1に、「そもそも履行請求権を承認するという原則が民法414条によって宣言されている我が国においては、履行利益賠償を債権者は保障されているのではないかという点である」。第2に、日本では「債務者の追履行を債権者が拒絶し得ない場合には被害当事者＝債権者に損害軽減のための『代替取引義務』を要求するのは酷

33) 森田・前掲注13) 183頁(初出は、同『『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悟(その2)——』法学志林91巻1号[1993年]119頁以下。以下、引用に際しては、同書による)。

34) 森田・前掲注13) 256～257頁。

に失するという点である」³⁵⁾。森田氏によれば、損害軽減義務を認めることは履行請求権を排除することを意味し、しかし日本の判例・通説は履行不能をはじめとする特殊な債務不履行の場合にしか履行請求権の排除を認めていない以上、代替的動産売買の不履行に損害軽減義務を導入することは「履行請求権の第一義性の原理、具体的には履行請求権の排除の要件の緩和を要請するもの」であり、これこそは「内田説の意味における『損害軽減義務』の日本法への導入が我が国契約責任法の実定的構造ときたしている抵触の中核が示されている」という³⁶⁾。

また、強制履行の承認と損害軽減義務の承認とが矛盾するという内田説の主張に同意しながら、森田氏は「我が国契約責任法の実定的構造を前提とする限りその結果否定されるべきは『損害軽減義務』のほうである」³⁷⁾と強調する。他方、森田氏は「日本における裁判例中には確かに過失相殺に関する規定を根拠として、債権者の損害賠償を減額する実務が存在しており、その限りで日本法における『損害軽減義務』の展開を論じることは可能である」³⁸⁾と述べたり、「『損害軽減義務』を導入するにしてもそれは、……解除義務によって論理的には解除によって履行請求権を排除した上で初めて可能になる」³⁹⁾と提示したりするところから見ると、氏はあくまでも履行請求権との関係で損害軽減義務が制約されるべきであると主張するだけであり、損害軽減義務の導入に絶対反対するという立場ではないようである。

このように、森田氏は正面から損害軽減義務の導入の可否を論ずるのではなく、履行請求権との優劣関係を中心に議論を展開し、損害軽減義務の導入を認めるには履行請求権の拘束から債権者を解放し、いわゆる履行請求権を排除する必要があるが、しかし損害軽減義務の導入により履行請求権の第一義性の原理が緩和されることこそが日本契約責任法の実定的構造に抵触して

35) 森田・前掲注 13) 258 頁。

36) 森田・前掲注 13) 260～261 頁。

37) 森田・前掲注 13) 258 頁。

38) 森田・前掲注 13) 256 頁。

39) 森田・前掲注 13) 258 頁。

いると論じている。森田氏の見解は、履行請求権が原則であり債権者も拘束され、履行請求権が消滅してから損害賠償請求が可能であるという「履行請求権の第一義性原理」に対する氏の理解⁴⁰⁾と関係しているようである。

2.2.3 小 括

上述のように、内田説が、経済的実益の観点から市場の存在する代替取引の場合に、強制履行の原則性に異議を提示し、過失相殺と異なる損害賠償額の減額法理として損害軽減義務の導入を提唱するのに対し、森田説は、履行請求権の第一義性原理の立場から、履行請求権を排除できない代替的動産売買契約の違反への損害軽減義務の導入は日本契約責任法の実定的構造に抵触すると主張する。両者の論争は、損害軽減義務そのものに関する認識ではなく、履行請求権の性質に関する理解⁴¹⁾の相違に起因しているが、損害軽減義務を日本法へ導入する際に、特に契約違反による損害賠償に関しては、重要となる論点が提示されている。

2.3 民法（債権関係）の改正に向けた 損害軽減義務の導入に関する議論

2017年民法改正に向けて、法制審議会民法（債権関係）部会（以下、「法制審議会」という）に先立って、私的な研究プロジェクトとして民法（債権法）改正検討委員会、民法改正研究会⁴²⁾による作業の中でも損害軽減義務の導入

40) 「履行請求権の原則性」に関する森田修氏の見解に対して、履行請求権と損害賠償請求権は選択的関係であると主張する見解もある（森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権に関する一考察（三・完）」法学55巻2号〔1991年〕328頁以下）。

41) 履行請求権をめぐる内田・森田修論争、森田弘樹・森田修論争およびその後の議論に関しては、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〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2020年）4～14頁参照。また、同書は履行期前の履行拒絶に焦点を絞って履行請求権と損害軽減義務の関係を検討しているが、損害軽減義務の日本法への導入が議論の対象ではなかった。

42) 民法改正研究会においては、以下の提案がなされていた（民法改正研究会『民法改

について検討されており、法制審議会における検討問題の設定や議論に大きな影響を与えたのは民法（債権法）改正検討委員会により提案された債権法改正の基本方針（以下、「基本方針」という）である。以下では、過失相殺に関する民法（債権法）改正検討委員会により提示された基本方針と法制審議会での審議状況を見てみよう。

2.3.1 基本方針における議論状況

基本方針において、過失相殺の規定の代わりに、損害軽減義務の規定が提案された。その内容は、以下の通りである⁴³⁾。

【3.1.1.73】（債権者の損害軽減義務）

- 〈1〉 裁判所は、債務不履行により債権者が被った損害につき、債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたときは、損害賠償額を減額することができる。
- 〈2〉 債権者は、債務者に対し、損害の発生または拡大を防止するために要した費用の賠償を、合理的な範囲で請求することができる。

損害軽減義務を規定する理由について、「契約上で債務者に課された債務の履行がないことを理由として債務者に対して帰責されることとなった損害の一部を、損害回避のための合理的措置をとらなかった債権者に対して負担

正と世界の民法典』〔信山社、2009年〕591頁）。

「改正343条（請求者に帰せられる損害）

① 債権者は、次の各号に定める限度において、債権者が被った損害につき責任を負わない。

一 債権者が債務の不履行につき寄与している場合には、その寄与の限度

二 債権者の損失が、相当な手段をとることによって軽減した可能性が強い場合には、その軽減の限度

② 債権者は債務者に対して、自己に生じる損害を軽減するために費やした費用の回復を請求することができる。」

43) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針II 契約および債権一般（1）』（商事法務、2009年）284頁。

させるという、損害リスクの債権者への(再)転嫁が制度目的とされている」⁴⁴⁾と説明されたほか、「本試案の『損害軽減義務』は、損害軽減を導く思想的基礎の面ではエクイティ上の mitigation と同様であるものの、後者と違って、債権者の実体法上の義務として損害軽減義務を立て、その違反があるときの裁判所による減額可能性を認めたものである。本提案は、英米法の制度を継受したものではない」⁴⁵⁾とも強調された。つまり、基本方針に提案された「損害軽減義務」は、損害の発生または拡大を防止するために合理的な措置を講ずることを債権者に要求する点では、英米法上の「mitigation」と同じであるが、債権者に実体法上の義務を課すものとして規定する点では、英米法の制度を継受していないとされているのである。

また、損害賠償額の算定基準時に関する提案において、損害軽減義務と履行請求権との関係について、「損害軽減義務を当事者に課すことは、被不履行者に代替取引義務を課すことを意味するが、このことは、その前提として履行請求権が排除されていることを必要とする。……代替取引可能性があるだけで、履行請求権の排除原因とする立場も想定される」⁴⁶⁾としながら、「本試案は、この立場を取らない」とし、同時に「損害軽減義務を導出する前提としての解除義務を論ずることも避け、もっぱら信義則による損害賠償額を軽減する際の基準の具体化として、代替取引の可能性を問題としている」⁴⁷⁾と説明されている。つまり、損害軽減義務を導入するものの、それによって履行請求権が排除されたり、債権者に解除義務を負わせたりすることにせず、あくまでも信義則によって損害賠償額の減額ルールとして損害軽減義務を捉えるのである。

このように、基本方針において、損害軽減義務は実体法上の義務として定めることが提案されたものの、従来の過失相殺制度との異同に関しては説明

44) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注 43) 285 頁。

45) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注 43) 285 頁。

46) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注 43) 233 頁。

47) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注 43) 234 頁。

されなかった。また、損害軽減義務が履行請求権の排除原因にならないことは明示されたものの、履行請求権や解除義務との関係については意識的に避けられ説明されなかった。

2.3.2 法制審議会における議論状況⁴⁸⁾

法制審議会は、民法（債権関係）の改正に向けて検討事項を整理する際に、過失相殺について、改正前の418条の「債務の不履行に関して債権者に過失があったとき」という文言からは、損害の発生や拡大に関して債権者に過失がある場合にも債権者の過失が考慮されることを読み取り難いことと、同条の「過失」は民法709条における不法行為の加害者の「過失」とは異なる意味で用いられており、同一法典上、「過失」という基本的な用語を異なる意味で用いることは望ましくないことを理由に、平成21年最高裁判決にも触れたうえで、「過失相殺の要件について、損害軽減義務の発想を導入する観点から、債権者が合理的な措置を講じていれば、債務不履行による損害の発生及び拡大を防ぐことができたときという趣旨に改めることが望ましいという考え方」について、検討事項として取り上げることにした⁴⁹⁾。

その後、審議過程において、多様な意見が提示されたが⁵⁰⁾、第71回会議

48) 法制審議会において、債務不履行における過失相殺に関する審議状況の詳細については、窪田充見「過失相殺」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学II 債権総論・契約(1)』（商事法務、2018年）83頁以下参照。

49) 民法（債権関係）部会資料（以下、「部会資料」という）52-2、52頁（商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第1集〈第1巻〉』（商事法務、2011年）も、法務省のHPから入手可能なPDF版と頁数は同じである。以下、法制審議会によって出された議事録、中間論点整理、中間試案、要綱案も同様）。

50) 第3回会議においては、損害軽減義務を規定することに賛成する意見がある一方、「債権者の義務性を強調することによる悪用のおそれがあるとして」反対する意見、「債権者の義務として規定すると、債権者が損害軽減のみの観点から担保の早期処分を迫られたり、不完全履行の受領を事実上強制されたりするなど、債権者に過度の負担を課すことになり得るとして」慎重な検討を求める意見、「過失相殺には債権者・債務者双方の利益を調整する機能があるが、債権者側の作為義務的要素のみを規定することで、その機能が損なわれないか慎重に検討する必要がある」とする意見等が提

で決定された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下、「中間試案」という）では、418条については、以下の内容に改めると提案された⁵¹⁾。

すなわち、

「債務の不履行に関して、又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して、それらを防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができるものとする。」

「中間試案」にいう「状況に応じて」の意味について、それは「契約の趣旨や信義則を踏まえて、損害の軽減等のために、不履行又は損害の発生・拡大が生じた時点において債権者にいかなる措置を期待することができるかを確定すべきことを示す趣旨である」⁵²⁾と説明されている。この段階では、損害軽減義務と損害賠償額の算定基準時や履行請求権との関係については、全く議論されなかった。

「中間試案」に損害軽減義務の規律が取り入れられたが、法制審議会においては、損害軽減義務の発想から過失相殺の規定を構成し直す考え方に對し、「義務が広く解釈されることで債権者に過酷な結論となることへの危惧」や、「損害軽減義務という債権者の行為義務に基づく軽減要素というだけで現在の過失相殺が果たしている機能を吸収しきれぬのか」という消極的意見が示された⁵³⁾。

また、パブリック・コメントの手続において、『『過失』に代えて『それら

示された。また、第21回会議においては、「損害軽減義務の発想は、消費者に過重な負担を課すおそれがあるのではないか」という意見、第25回会議においては、「損害賠償責任の軽減事由として具体的にどのような事情を考慮できるものとするべきかという観点にも留意すべきではないか」という意見も提示された（「中間的な論点整理の補足説明」32頁参照）。

51) 「中間試案の補足説明」123頁。

52) 「中間試案の補足説明」124頁。

53) 「中間試案の補足説明」124～125頁。

を防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったとき』という要件を用いると、過失相殺が認められる場面が広くなり債権者にとって酷である場面が生じかねない旨の指摘がある一方で、逆に、過失相殺が認められる場面が狭くなるから妥当でない旨の指摘があり、そもそも要件として不明確であるから妥当でない旨の指摘もあった⁵⁴⁾などのような消極的意見が多数寄せられた⁵⁵⁾。

最終的に、仮要綱案を作成する段階で、損害軽減義務を規定することを断念し、改正前の418条の「債務の不履行に関して債権者に過失があったとき」という文言を、「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」という文言に改めることにし、既存の418条を維持することにした⁵⁶⁾。

「過失相殺」の表現ではなく、「損害軽減義務」という表現を使って418条を規律することに関する審議過程においては、損害軽減義務と従来の過失相殺制度との異同、損害軽減義務と履行請求権の関係、損害軽減義務と損害賠償額の算定基準時との関係などに関する議論が見当たらなかった。検討事項を整理する段階において、損害軽減義務の観点から損害賠償額の調整を図る考え方が紹介され、審議過程で委員や幹事の発言の中に損害軽減義務と過失相殺の関係、損害軽減義務と損害賠償範囲の関係に関する発言があった⁵⁷⁾ものの、早い段階で損害賠償額の算定基準時に関する規律を設けないことにした⁵⁸⁾ため、結局、これらの問題に関する審議は行われなかった。

54) 「部会資料68A」18頁。

55) 同様な内容の消極的意見は、法制審議会の委員からも提示された(窪田・前掲注48)90~93頁参照)。

56) 「部会資料68A」17頁。

57) 第38回会議において、岡正晶委員が「損害軽減義務と通常損害、損害軽減義務と過失相殺、それをうまく整理していただきたい」と発言し(第38回会議議事録32頁)、また潮見佳男幹事は「損害賠償範囲の問題と損害軽減義務の問題との交錯という問題もあるのだということは認識した上で、立案をしたほうがよいのではないかと思います」と発言した(第38回会議議事録34頁)。

58) 「部会資料34」6頁。

このように、法制審議会において、損害軽減義務として418条を規律することにしようとしたが、損害賠償額が減額される場面は従来の過失相殺より広がるのかそれとも狭くなるのか、あるいは同じであるのかについては、意見として提示はされたものの、具体的な議論が行われなかった。従来の過失相殺との関係については「十分に説得的に論証されなかった」ことが、損害軽減義務を明文化することができなかった主たる理由であると指摘されている⁵⁹⁾。また、理論的に履行請求権との関係や損害賠償額の算定基準時との関係が問題として提示されたにもかかわらず、法制審議会においてはほとんど取り扱われなかった。

2.3.3 小 括

上述のように、基本方針と法制審議会において、損害軽減義務は、同じく損害の発生または拡大を防止するための合理的な措置を講ずることとして捉えられているが、基本方針ではこれが実定法上の義務として明言されたのに対して、法制審議会では明示されなかった。また、損害軽減義務と履行請求権や損害賠償額の算定基準時との関係について、基本方針では問題として触れたものの、意識的に議論することはなかったが、法制審議会では問題としても提示されなかった。損害軽減義務と従来の過失相殺制度との異同については、基本方針においても法制審議会においても、いずれも議論されなかった。さらに、従来の過失相殺制度の代わりに、損害軽減義務を定めるのであれば、不法行為での過失相殺に関する722条2項も検討対象になるべきであるにもかかわらず、基本方針においても法制審議会においても722条2項が検討対象から外された⁶⁰⁾。つまり、2017年民法改正に向けた議論において、

59) 窪田・前掲注48)95頁において、「損害軽減義務に相当する規律によって合理的に損害負担をめぐる問題を解決できる場面があるとしても……、それが債務不履行の過失相殺を適切にカバーできるのかという点については、やはりなお十分に説得的には論証されなかったというのが最終的な改正案において反映されなかった主たる理由である」と指摘されている。

60) 窪田・前掲注48)95～96頁において、「債権者の過失が通常の過失（損害賠償責任

損害軽減義務をめぐる理論的な問題については、ほとんど議論されず、損害軽減義務に関する理解は進展が見られなかったのである。他方、2017年民法改正に向けた議論が契機となり、過失相殺と損害軽減義務との関係に注目した論稿が公表されるようになったのも事実である。

2.4 過失相殺との関係を中心とした 損害軽減義務の導入

既述のように、2000年代半ばまでは、損害軽減義務を損害額の算定の判断規準として紹介するもの、履行請求権との関係を中心に議論するもの、そもそもっぱら過失相殺の代わりに損害軽減義務の導入をしようとする動きが見られたものの、日本法における従来の過失相殺と外来の損害軽減義務との関係に着目する議論がほとんどなかった。ところが、2017年民法改正に向けた議論の影響を受けて、2000年代後半から過失相殺との関係を中心とする議論が現れてきた。

2.4.1 能見説⁶¹⁾

能見善久氏は、債権法の改正を視野に入れて、過失相殺と損害軽減義務の関係を論じている⁶²⁾。能見氏は、418条の過失相殺について、ドイツ法の影響を受けて「責任発生の段階での被害者の過失を考慮するだけでなく、損害拡大の段階での被害者の過失が考慮されて、損害賠償額が減額される」と説

を基礎づける過失)と異なるものであり、それを適切に表現することが望ましいとしても、同様の問題が残る722条2項について手を付けないまま、418条についてそうした対応をすることについて、なお十分な納得が得られなかった」と指摘されている。

61) 能見説は1998年に提示され、2017年民法改正に向けた議論よりも時期が早いものであるものの、民法改正を視野に入れた改正提案の中に過失相殺との関係を中心に損害軽減義務が論じられたため、ここで紹介することとした。

62) 能見善久「履行障害」山本敬三ほか『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〕』（商事法務研究会、1998年）127頁以下。

明し、損害軽減義務については「イギリス法では、契約違反そのものに被害者の過失が寄与した場合に、損害賠償額を軽減するための法理がなく（不法行為についてはこれを認める特別法がある）、契約違反が生じた後の損害拡大に被害当事者（債権者）の過失が寄与したことを理由に損害軽減義務の違反として賠償額を軽減するのが損害軽減義務（duty to mitigate）である」と説明したうえで、過失相殺と損害軽減義務の両方を日本法に規定することを、以下のように提案した。すなわち、

「提案 C 損害賠償の範囲等

- 4 (1) 義務違反について被害当事者にも過失がある場合には、裁判所は、その寄与した程度に応じて損害賠償額を減額することができる。
- (2) 損害の拡大について被害当事者がこれを軽減することを怠った場合には、裁判所は、被害当事者が軽減することのできた損害額を減額することができる。」⁶³⁾

能見氏の見解によれば、責任発生段階で被害者の過失が寄与する場合は「過失相殺」として純化し、損害拡大段階での問題を「損害軽減義務の問題」とするのが適当であり、418条は、実際には両方をカバーしてきたが、「文言上は明確でないので、これを明確にするとともに、後者を損害軽減義務として位置付けるのが適合であろう」という。過失相殺と損害軽減義務のそれぞれの適用場面を明確にしたうえで、能見氏は、過失相殺での「被害者の過失」と損害軽減義務での「被害者の過失」とでは、「多少考慮のされかたが異なるところもあるので、その意味でも両者を区別するのがよい」とし、同時に、過失相殺の場合は被害当事者の過失の寄与度に応じて割合的減額を行い、損害軽減義務の場合は軽減のできた損害額の分を全部減額すると提案している。

また、能見氏は、損害拡大段階で被害当事者の過失について、損害軽減義務違反として考慮する場合、損害軽減義務法理の適用範囲については別途検討する必要があること、特に履行請求権の限界との関係が問題であると指摘

63) 能見・前掲注 62) 129 頁。

しながら、詳しくは触れず、具体的な提案を示さなかった⁶⁴⁾。

当該提案において、能見氏は契約違反の場合に損害軽減義務の導入を主張しただけであり、不法行為の場合に損害軽減義務の導入の可否に触れていないが、ほかの論文において、人身損害の場合に、損害の拡大に関する損害軽減義務の違反が認定されると、それによって生じた損害は一切損害賠償の対象とならず、その責任をすべて被害者自身が負うことになるという英米法のようなすべてか無かの解決ではなく、日本法での割合的な減額のほうが適当であると主張する⁶⁵⁾ところから見ると、不法行為の場合における損害軽減義務の導入に消極的であるように読み取れる。

このように、能見氏は、従来の判例・通説と異なり、過失相殺を「債務不履行に関して債権者に過失があったとき」という責任発生段階での減額法理に、損害軽減義務を損害拡大段階での減額法理に純化し、両者の区別を明確にしたうえで、両方を規定することを提案した。また、履行請求権との関係が問題であることを示しながら、具体的には論じなかった。

2.4.2 長谷川 説

長谷川義仁氏は、イギリス法における寄与過失と損害軽減義務を中心に検討した後、日本法における債務不履行での過失相殺と不法行為法での過失相殺とともに、英米法上の「損害軽減義務」法理と「寄与過失」法理の関係性を受容して、「損害発生時」を起点として損害の発生前後での債権者・被害者の「過失」を区分して判断すべきであるという過失相殺理論の再構成を提示した⁶⁶⁾。

長谷川氏によれば、英米法上の「損害軽減義務」法理には、「損害の軽減ないし拡大を抑止する措置を請求者がとっていれば、縮減されたであろう部分についての損害賠償を否定する」という第1準則、「損害の軽減ないし拡大

64) 能見・前掲注62) 128頁。

65) 能見善久『『痛み分け』社会の民法』落合誠一編『論文から見る現代社会と法』(有斐閣, 1995年) 132頁。

66) 長谷川・前掲注6)。

大を抑止する措置を請求者がとったことで、縮減された部分または得られた利益について損害賠償から減額する」という第2準則、「縮減されようと縮減されまいと、損害の軽減ないし拡大を抑止する措置を請求者がとることで要した費用、または請求者の損害を軽減するための行為によって拡大した損害についての損害賠償を認容する」という第3準則といった3つの準則が包摂されることに鑑みれば、「損害軽減義務」法理の法律構成はすべての準則において同じである必要はないという⁶⁷⁾。

そして、長谷川氏は、日本で損害軽減義務として検討されてきたのは第1準則であり、第1準則では、「請求者が損害を軽減するために要請される行為の懈怠が合理的であるか否かを評価したうえで、請求者の行為の懈怠が不合理であれば、請求者の不合理な行為が損害賠償の評価においていかに扱われるべきかということが問題となるのであるから、請求者の軽減行為の懈怠についての『合理性』を評価して請求者の非難可能性をもとに被告の損害賠償責任を軽減する過失相殺に根拠を求めるのが妥当である」とし、「請求者が損害を軽減するために行為すべきことは信義則によって肯定されうるが、他者に対して損害を軽減すべき『義務』を負うことはないこと、そして請求者の行為の合理性を判断することを射程とする損害軽減義務の問題は、法律問題ではなく、事実問題であるということに鑑みれば、第1準則を法的因果関係に関する損害賠償の範囲の画定の枠組みでとらえることは妥当ではない」と主張する⁶⁸⁾。つまり、長谷川氏は、損害軽減義務を損害の軽減に関する法理に限定したうえで、日本法での損害賠償の範囲ではなく、過失相殺の

67) 長谷川・前掲注6) 167～168頁。

68) 長谷川・前掲注6) 168頁。同時に、長谷川氏は「債務不履行における債権者が損害を軽減する行為をすべき時点を損害賠償額算定基準時の問題ととらえる場合には、損害軽減義務は損害賠償の範囲に関する民法416条の理論的枠組みと密接に絡み合うことは否定できないが、第1準則ではあくまで請求者の仮定の行為についての合理性の評価に依拠するものであるので、損害軽減義務違反の判断自体は、損害賠償の範囲の確定とは別個に判断されるべき問題である」と説明する(同・前掲注6) 188頁、脚注116)。

また、氏は、第2準則は損益相殺に親和的であり、第3準則は損害賠償の範囲の画定の問題であると指摘する。

問題として捉えているのである。

また、長谷川氏は、『損害軽減義務』法理の本来の問題領域が債務者による債務不履行がなされて損害が顕在化した後を射程とするものであることに鑑みれば、現行民法 418 条〔2017 年民法改正前の 418 条〕を『損害軽減義務』概念のみで再構成しよう」とすると、損害発生前の債権者の行為を考慮して減額すべきかどうかについて理論的空白が生ずると指摘する⁶⁹⁾。このような理論的に空白となる問題を解決するためには、長谷川氏は、損害発生以前の請求者〔債権者・被害者〕の行為に関しては寄与過失法理を適用し、損害発生後の請求者の行為に関しては損害軽減義務法理を適用し、損害発生前後によって請求者の行為の合理性を異なる判断枠組みで評価するというイギリス法における損害賠償額の調整制度を参考にして、日本民法 418 条には損害軽減義務概念のみならず、寄与過失概念も受容して、損害発生時を起点として損害賠償額を調整すべきであると主張する⁷⁰⁾。

さらに、長谷川氏は、債務不履行における過失相殺だけではなく、不法行為における過失相殺にも、① 損害軽減義務概念を受容すべきであり、② 上記の理論的に空白となる問題をカバーする法理の形成を検討すべきであるという 2 つの検討課題を提示した。①の検討課題について、長谷川氏は、722 条 2 項を効果という観点から見ると、「損害軽減義務」概念が射程としている問題領域が含まれており、不法行為における過失相殺においても「損害軽減義務」概念を受容する余地があること、「被害者の過失」を結果回避のための合理的な行為態様とのずれであるとする有力な見解（窪田充見説）に基づけば、現行民法 722 条 2 項における被害者の「過失」概念は、被害者の行為の合理性の評価に依拠する「損害軽減義務」概念を受容することが可能であると説明した⁷¹⁾。②の検討課題については、長谷川氏は、同じくイギリス法における損害軽減義務法理と寄与過失法理との関係性を参考にし、722 条 2

69) 長谷川・前掲注 6) 207 頁。

70) 長谷川・前掲注 6) 207～214 頁。

71) 長谷川・前掲注 6) 211～213 頁。

項に損害軽減義務概念のみならず寄与過失概念も受容することによって問題が解決できるとし、「被害者の『過失』に広範な意味が含まれる余地があるとの立場にたてば、現行722条2項において『損害軽減義務』法理と『寄与過失』法理の関係性を受容して、加害者の不法行為による損害の発生前後で被害者の『過失』を区分することができる」と説明した。

このように、長谷川氏は、契約違反の場合における過失相殺のみならず、不法行為の場合における過失相殺も、イギリス法上の損害軽減義務概念を導入する際に、寄与過失法理との関係性を受容して、債権者・被害者の行為を損害発生前後で区分して損害賠償額の調整を行うべきであると主張している。長谷川氏の見解によれば、損害軽減義務は契約違反の場合における過失相殺にも不法行為の場合における過失相殺にも適用できるものの、従来の過失相殺の機能の一部しか果たせず、損害軽減義務のみでは日本法上の過失相殺制度を代替することができない。

また、長谷川氏は、寄与過失法理は請求者の「損害に対する責任の割合」を考慮して損害賠償額を調整するという構造を有するのに対し、損害軽減義務法理は「請求者の不合理な行為による損害」についての「損害賠償を否定する」という構造を有することを認識しながら⁷²⁾、日本法の過失相殺制度は損害軽減義務法理と寄与過失法理を同時に受容する場合、損害賠償額の減額方法はイギリス法と同じであるか、それとも従来の日本の裁判実務上行われている「割合的減額」を行うかについては、何も触れなかった。

なお、損害軽減義務を導入する場合に、それだけでは従来の判例・学説に認められる過失相殺の効果をすべてカバーできないという問題に対して、長谷川氏は、イギリス法における損害軽減義務と寄与過失との関係性を参考にし、損害発生時を起点として日本法の過失相殺制度を再構成することを目的にしている。それと関係があるのか、損害軽減義務と履行請求権や損害賠償額の算定基準時との関係について、長谷川氏は具体的に論じなかった⁷³⁾。

72) 長谷川・前掲注6) 232～233頁。

73) 損害軽減義務に関する谷口説、齋藤(彰)説、内田説を検討した後に、長谷川氏は、

2.4.3 潮見説

潮見佳男氏は、2012年までの債権総論に関する各教科書において、契約違反の場合に、損害の発生や拡大に関して債権者に過失があったときの過失相殺が損害軽減義務の問題でもあると言及していたが、損害軽減義務そのものについては詳しい説明をしていなかった⁷⁴⁾。平成21年最高裁判決の影響があったのか、2012年に出版された『プラクティス民法 債権総論〔第4版〕』において、潮見氏は、初めて「損害要件のもとで機能する損害軽減義務の思想」と「過失相殺の制度のもとで機能する損害軽減義務の思想」に分けて損害軽減義務を論じた。

(1) 損害軽減義務の機能によって適用場面が異なることについて

潮見氏は、まず差額説のもとで、「損害算定と被害者の過失（損害軽減義務違反）とを峻別することができないのではないか」という問題を提起し、同様に、損害事実説に立つにしても、「債権者の行為態様に対する当・不当の評価（無価値評価）が損害の金銭評価と過失相殺との関係にどのような影響を及ぼすか否か」も問題となるという問題意識を示し、物損事例と営業損害事例では、「損害要件と債権者の過失・損害軽減義務違反との融合現象」が

「……『損害軽減義務』法理は、債務不履行においては損害賠償額算定の基準時との関連で議論されてきたということができ、こうした議論を不法行為における『損害軽減義務』概念の受容の可否についてそのままあてはめることはできない。もっとも、こうした議論は、損害賠償額算定の基準時を債権者の契約解除あるいは代替取引をすべき時、すなわち、損害を軽減する措置を講じるべき時にかからしめるのであるから、『損害軽減義務』法理が、債権者が損害を軽減する措置を講じることとなる。そこで、『損害軽減義務』法理の射程が損害賠償額算定の基準時後の債権者の行為の合理性を評価することにあると明らかにした契約法の領域における議論は、不法行為法の領域では、『損害軽減義務』法理の射程が加害者の権利侵害による損害発生後の被害者の行為の合理性を評価することにあるということをも意味するということができる」と指摘するとどまった（長谷川・前掲注6）171～173頁）。

74) 潮見佳男『債権総論Ⅰ（債権関係・契約規範・履行障害）〔第2版〕』（信山社、2003年）390頁、同『プラクティス民法 債権総論〔第3版〕』（信山社、2007年）164頁、同『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）503頁など参照。

見られると指摘した⁷⁵⁾うえで、損害軽減義務の思想は、「過失相殺の制度による処理を待つまでもなく、何が損害かを決定する際に、既に問題とされていることが少なくない」⁷⁶⁾と主張する。問題は、どのような場合に損害の算定として損害軽減義務を考慮し、どのような場合に過失相殺として損害軽減義務を考慮するかである。これについては、潮見氏の見解は以下の通りである。すなわち、

① 損害要件のもとで機能する損害軽減義務の思想について、潮見氏は、絶対権のような明確な外延をもたない権利・法益は、潜在的侵害行為者のもつ権利・法益または公益的・公共的価値との相関的な衡量を経て初めて、権利としての要保護性が確定されるとした。そのうえで、氏は、権利・法益管理につき権利・法益の主体に対してどのような行動（作為・不作為）をとることが求められるのかという観点からの評価が、権利に割り当てられた内容と権利の外延——したがって、権利としての要保護性——を確定するに当たり、意味をもってくる（営業上の利益や人格的利益が保護法益となる場合が、その典型例である）場合において、「損害軽減義務の思想が基礎に据えているところの自己の権利・法益管理に対する権利者の合理的な行動（作為・不作為）への要請は、既に、債権者の権利・法益、したがって契約利益の内包と外延を判断する過程にくみこまれ、財産的損害、すなわち、債務不履行の結果として生じた債権者に生じた財産状態の差が何かを判断する際の基礎をなしている。したがって、このコンテキストにおいては、債権者の過失は、債権者に生じた財産的損害を確定するにあたって既に考慮されるべきもの、すなわち、損害要件レベルで処理されるべきものであり、損害が何か確定された後に行われる過失相殺の制度で処理されるべきものではない」⁷⁷⁾と主張し、

75) 潮見佳男『プラクティス民法 債権総論〔第4版〕』（信山社、2012年）170～172頁。
2017年民法改正後の同書第5版（信山社、2018年）151頁以下、同『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）500頁以下は同様の内容が書かれている。

76) 潮見・前掲注75) 172頁。

77) 潮見・前掲注75) 173頁。

平成 21 年最高裁判決はこの例であるという⁷⁸⁾。

② 過失相殺の制度のもとで機能する損害軽減義務の思想について、潮見氏は、権利・法益それ自体が明確な外延をもっている生命・身体・健康や所有権などのような「権利・法益該当性への判断をするために債権者の具体的行為態様についての評価を要しない場合、損害軽減義務の思想は、契約利益として当該契約のもとで債権者に保障されている権利・法益の内包と外延を確定する際の基礎、したがって、債務不履行により債権者に生じた財産的損害が何かを判断する際の基礎をなしていない。ここでは、損害軽減義務の思想が基礎に据えているところの自己の権利・法益管理に対する権利者の合理的行動（作為・不作為）への要請は、財産的損害が何かを確定するにあたって考慮されず、その評価は、過失相殺制度のもとでの考慮にゆだねられている」と主張する⁷⁹⁾。

このように、潮見氏の見解によれば、債権者の合理的な行動（作為・不作為）への要請が債権者の契約利益の内包と外延を確定するに当たって考慮されるべきものである場合に、損害軽減義務は過失相殺の問題ではなく、損害賠償の範囲の確定問題として処理されるのに対して、債権者の合理的な行動への要請が債権者の契約利益の内包と外延を確定する際の基礎をなしていない場合に、損害軽減義務は損害賠償の範囲の確定問題ではなく、過失相殺の問題として処理されることになる。

(2) 損害軽減義務と損害賠償額の算定基準時や履行請求権との関係について

損害賠償の範囲の確定問題として損害軽減義務を処理する場合は、損害賠償額の算定基準時として損害軽減義務を適用することになるように見えるが、しかし、損害軽減義務をもって損害賠償額の算定基準時を判断することに関しては、潮見氏は消極的な立場を示している。

78) 潮見・前掲注 75) 173 頁。

79) 潮見・前掲注 75) 174 頁。

潮見氏は、市場における代替物調達義務を介して「市場ルール」と結合した債権者の損害軽減義務を基礎とする見解（内田説）に対して、『市場ルール』に即した合理的行動をとらなかったということによるリスクを、債務不履行につき帰責事由のある債務者ではなくて、なぜ被害当事者である債権者が負担しなければならないのか。債務者に帰責事由のある債務不履行の後には、被害当事者たる債権者に要請される行為の程度は、むしろ軽減されてしかるべきではないのか。債権者が『市場ルール』の濫用と評価されるような機会主義的行動をとったというのであれば格別、そうでなければ、債権者が現実にとった行動（もしくは不作為）の結果は、たとえ経済的に見て不合理・非効率であったとしても、債務不履行につき帰責事由のある債務者が負担すべきではないのか」という疑問点を提示し、『代替取引が可能である』ということから合理的な損害回避行動を債権者に課すこと、とりわけ『市場ルール』に従って行動することを債権者に義務づけることに問題があると指摘する⁸⁰⁾。

最終的に、潮見氏は「金銭評価の基準時については債権者の任意の選択を認める実体的多元説を支持した上で、例外的に債権者による規準時選択が機会主義的行動である場合に限り、その規準時選択を濫用的なものとして否定する」という見解を示した⁸¹⁾。

また、損害軽減義務により履行請求権が制限されるかについて、潮見氏は否定的な立場を示している。潮見氏は、① 契約で保障された利益を受けることと、損害賠償により満足を受けることが異質のものであり、後者によって前者を確保することはできないこと、② 自己決定により引き受けた結果については、たとえ経済的に不合理であったとしても、その実現につき決定主体が負担すべきであること、③ 契約で実現を保障された利益の保持へ向けての債権者の期待は、最大限保護されるべきであること、を理由に、日本の民法の解釈論としては、債務者に対する履行請求権の貫徹可能性の優

80) 潮見・前掲注75)『新債権総論I』498～499頁。

81) 潮見・前掲注75)『新債権総論I』499頁。

位性を維持すべきであり、「契約の拘束力の承認を通じての債務者の自己責任および債権者の期待利益に対する保障は、効率性・経済性の観点をもって否定されるべきではないし、損害軽減義務の一環としての代替取引義務による履行請求権の排除の方向も否定されるべきである」と主張する⁸²⁾。

このように、潮見氏は、損害軽減義務の機能に着目して、債権者の契約利益の確定に影響を与える場合は、損害軽減義務を損害の算定問題として処理し、債権者の契約利益の確定に影響を与えない場合は、損害軽減義務を過失相殺の問題として処理するという立場を示している。しかし、同時に、潮見氏は、損害賠償額の算定基準時として損害軽減義務を適用することに消極的であり、原則として債権者の任意の選択によって損害賠償額の算定基準時を決めるべきであり、例外的に損害軽減義務を適用すると主張し、履行請求権との関係については、損害軽減義務により履行請求権が制限されないという見解を示している。各問題に関する潮見氏の見解が同じ箇所では論じられなかったわけではないが、総合的に見ると、潮見氏は、損害賠償額の算定基準時として基本的に利用できず、履行請求権を制限することもできないという前提において、損害軽減義務が損害要件の場面で適用されるか、過失相殺の場面で適用されるかのどちらかになると主張する。

2.4.4 齋藤(航)説

齋藤航氏は、2つの論文において契約違反と不法行為それぞれの場合における過失相殺と損害軽減義務との関係を論じているものの、契約違反の場合について、氏はアメリカ法上の損害軽減義務の根拠論を参考にして日本法上の過失相殺の根拠を明らかにすることを主な目的とし⁸³⁾、不法行為の場合について、氏は現在日本の実務上行われた過失割合での減額は予測可能性が低いという問題意識のもとで、アメリカ法上の損害軽減義務法理による部分的

82) 潮見・前掲注75)『新債権総論I』292頁。

83) 齋藤航「契約違反における過失相殺の法的性質(1)」中央ロー・ジャーナル15巻3号(2018年)89頁。

減額（氏の説明によれば、「部分的減額」とは、「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」ことをいう）を参考に、割合的に減額を行う過失相殺より部分的減額を優先的に考慮すべきであることを主張する⁸⁴⁾。

(1) 契約違反の場合における過失相殺と損害軽減義務について

齋藤(航)氏は、契約違反の場合における過失相殺に関する日本の裁判例や学説およびアメリカ法における損害軽減義務の根拠論などを分析⁸⁵⁾した後、「過失相殺の根拠として、契約の拘束力だけでは……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」という課題の2つを提示した⁸⁶⁾。

第1の課題に関しては、契約違反の場合における過失相殺は2つの根拠から説明すべきであるという解答が示された。齋藤(航)氏の見解によれば、「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」という⁸⁷⁾。

第2の課題に関しては、まず損害の個別の損害項目としての認識可能性の有無を判断し、認識可能性がない場合には過失相殺に基づく割合的減額を行うという「部分的減額優先の原則」を適用すべきであるという解答が示された。齋藤(航)氏の見解によれば、「部分的減額優先の原則」とは、「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

84) 齋藤(航)・前掲注10)109頁。

85) 齋藤航「契約違反における過失相殺の法的性質(2)(3)(4)」中央ロー・ジャーナル15巻4号(2019年)43頁以下、16巻1号(2019年)71頁以下、同3号(2019年)31頁以下。

86) 齋藤航「契約違反における過失相殺の法的性質(5・完)」中央ロー・ジャーナル16巻4号(2020年)87頁。

87) 齋藤(航)・前掲注86)98頁。

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」という⁸⁸⁾。

以上の解答を提示した後、齋藤(航)氏は、「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」という解釈論を展開した⁸⁹⁾。

つまり、齋藤(航)氏は、アメリカ法における損害軽減義務の根拠として主張されている経済的効率性が、日本民法 418 条に規定する過失相殺のもう一つの根拠になると主張するだけでなく、債権者が損害の発生・拡大を防止すべきなのにしなかったことによって生じた損害について賠償請求できないという損害軽減義務違反の効果を「部分的減額」と呼んで、それが日本での割合的減額を行う過失相殺より優先的に行うべきであるとも主張しているのである。

経済的効率性が契約違反の場合における過失相殺の一つの根拠となりうるかどうかは別として、なぜ損害軽減義務に基づく「部分的減額」が過失相殺に基づく割合的減額より優先的に行われるべきかについて、齋藤(航)氏は「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⁹⁰⁾としたうえで、「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。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

88) 齋藤(航)・前掲注 86) 100 頁。

89) 齋藤(航)・前掲注 86) 100 頁。

90) 齋藤(航)・前掲注 86) 93 頁。

にする」⁹¹⁾と説明している。この説明によると、「部分的減額優先の原則」という考え方はアメリカ法から由来するものであるように見えるが、しかし、氏の論文の中には、アメリカ不法行為法における比較過失と損害軽減義務の役割分担に関する議論を紹介するに当たって、損害項目を特定することができなければ、そもそも損害軽減義務に基づく減額はできないという見解に触れた⁹²⁾ものの、アメリカ法に損害軽減義務に基づく部分的減額が比較過失に基づく割合的減額より優先的に行われるという論述が見当たらない。たとえアメリカ不法行為法において損害軽減義務に基づく「部分的減額」が比較過失に基づく「割合的減額」より優先的に行われることがあっても、氏自身は「〔アメリカ〕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」⁹³⁾と述べており、少なくとも、アメリカ法においては、契約違反の場合に損害軽減義務に基づく「部分的減額」は比較過失に基づく「割合的減額」より優先的に行われているかどうかは明確にされなかった。

また、「部分的減額ができないことを前提として、418条は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つ異なる性質の過失相殺を含める」という齋藤(航)氏の解釈論からすると、損害軽減義務は過失相殺制度に含まれるのではなく、過失相殺とは全く異なる損害賠償額の減額法理となる。そうすると、損害軽減義務の性質が問題となるが、氏の見解によれば、損害額の算定や通常損害の認定において損害軽減義務が適用されるという。

そして、齋藤(航)氏は、契約違反の場合における過失相殺を規定する418条(2017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

91) 齋藤(航)・前掲注86)96～97頁。

92) 齋藤(航)・前掲注86)85頁。

93) 齋藤(航)・前掲注86)85頁。氏は、アメリカにおいて、比較過失を契約法に応用する見解を紹介したが、そこにも「部分的減額優先の原則」に関する説明が見当たらない(同・前掲注86)80～82頁)。

るべきであると主張する。すなわち、「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」⁹⁴⁾という。

最終的に、齋藤(航)氏は、債権者の行為により損害賠償額が減額されるべきかどうかという問題について、二段階で判断すべきであり、第1段階として、まず個別的な損害項目が認識できるかを検討し、具体的な損害額を確定することができる場合、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。第2段階として、個別的な損害項目が認識できなければ割合的減額である過失相殺を検討するという2段階の損害賠償額の減額構造を提示する⁹⁵⁾。

つまり、齋藤(航)氏の見解によれば、契約違反の場合に、損害軽減義務に基づく部分的減額は損害額の算定あるいは損害賠償範囲の問題に属し、それが過失相殺に基づく割合的減額より優先的に判断されるべきであり、そして、418条の過失相殺は、損害軽減義務を適用できない場合にのみ適用されることになる。しかしながら、齋藤(航)氏は、損害軽減義務を損害の算定あるいは損害賠償範囲の確定問題として解釈しているものの、かつて議論されている損害軽減義務と履行請求権や解除義務との関係については、触れなかった。

(2) 不法行為の場合における過失相殺と損害軽減義務について

アメリカ法において、割合的減額を行う比較過失と、部分的減額を行う損

94) 齋藤(航)・前掲注86)98~99頁。

95) 齋藤(航)・前掲注86)101頁。

害軽減義務との適用関係について、両立説と比較過失一元説が存在し、比較過失一元説の中に比較過失のみを適用する見解（齋藤(航)氏によれば「一段階方式」という）と、「個別に認識可能な損害項目」に分割可能な損害を先に部分的減額を行い、不可分な損害に比較過失を適用するという見解（齋藤(航)氏によれば「二段階方式＝部分的減額優先の原則」という）とに分かれていると紹介した⁹⁶⁾うえで、齋藤(航)氏は、「日本法において参考にするべきアメリカ法の損害賠償額減額方法としては、損害が存在する場合に、まず因果関係に基づいて分割し、不可分な部分については比較過失が適用されるとする二段階方式が最も適当であると思われる⁹⁷⁾と主張する。

そして、齋藤(航)氏は「二段階方式においては、まず損害項目への分割可能性を判断するため、それを前提とした部分的減額がまず行われるのが原則になると思われる。そこで、これを『部分的減額優先の原則』と呼ぶことにする⁹⁸⁾とした後、アメリカ不法行為法における比較過失と損害軽減義務との適用関係に関する議論を参考に、日本では不法行為の場合において、被害者の過失を理由に損害賠償額を減額する際に、「まず部分的減額が可能ならばそれを相当因果関係の問題として適用し、被害者と加害者の過失が競合して因果関係的に不可分である場合には過失相殺によって割合的減額を適用する」と提案する⁹⁹⁾。部分的減額が相当因果関係として位置づけられているこ

96) 齋藤(航)・前掲注10)109頁以下。

97) 齋藤(航)・前掲注10)132頁。

98) 齋藤(航)・前掲注10)132頁。

99) 齋藤(航)・前掲注10)143頁。また、氏は、「過失相殺が行われる前に、因果関係の判断を行って全損害額を確定するという作業は、損害賠償請求においてほとんど必ず行われるものである。その意味で、部分的減額優先の原則は当然のことを言っているだけのようにも思える」と認めつつ、「ここで重要なのは、『被害者の過失を』過失相殺よりも先に因果関係の判断で行うということである。……これまでの一般的な理解では、被害者の過失を考慮するのは、主に過失相殺の役割であるとされ、相当因果関係の有無において考慮するという感覚は比較的希薄であった」と説明し、「本稿が示した部分的減額優先の原則の意義は、損害の分割可能性に着目し、被害者の過失をすぐに過失相殺の問題と決めつけるのではなく、まずは因果関係の判断で考慮することが可能かを考え、それが困難ならば過失相殺で考慮するという、判断の順序を示し

とから見ると、損害軽減義務が損害賠償範囲の確定問題として取り扱われているようである。

また、齋藤(航)氏は、不法行為における過失相殺を規定する 722 条 2 項の「被害者に過失があったとき」という文言は「『被害者の過失が加害者の過失と競合し、かつ被害者の過失によって生じた損害を具体的な金額として算定可能な損害項目として区別できないとき』と解釈されるべきである」¹⁰⁰⁾と主張する。

齋藤(航)氏の見解によれば、被害者の過失については、「まずは因果関係の判断で考慮することが可能かを考え、それが困難ならば過失相殺で考慮する」。つまり、契約違反の場合と同様、被害者の過失について、それによって生じた損害額が確定できるのであれば、損害賠償範囲の確定段階で処理し、損害額が確定できなければ、過失相殺の段階で考慮するという二段階の判断になるというのである。

このように、齋藤(航)氏は、アメリカ法の議論を参考に、契約違反の場合であれ、不法行為の場合であれ、基本的には損害軽減義務に基づく部分的減額が過失相殺に基づく割合的減額より優先的に適用すべきであると主張する。氏の立場によると、損害軽減義務に基づく減額が損害の算定あるいは損害賠償範囲の問題として位置づけられて、418 条と 722 条 2 項は損害軽減義務を適用できない場合にのみ適用される。言い換えれば、日本法における過失相殺制度は、損害軽減義務法理によって適用範囲が縮減されることになる。

また、齋藤(航)氏は、契約違反か不法行為かを問わず、損害軽減義務を損害の算定あるいは損害賠償範囲の問題として理解しているが、契約違反の場合に損害軽減義務と履行請求権や解除義務との関係については論じなかった。

たことにある」と強調する(同・前掲注 10) 144 頁)。

100) 齋藤(航)・前掲注 10) 143 頁。

2.4.5 小 括

上述のように、能見説、長谷川説、潮見説、齋藤(航)説は、過失相殺との関係を明確に意識しながら、損害軽減義務を論ずる点において共通しているが、能見説と潮見説は、基本的に契約違反の場合における損害軽減義務を検討対象としているのに対して、長谷川説と齋藤(航)説は、契約違反と不法行為の両方における損害軽減義務を検討対象としている。また、損害軽減義務と履行請求権との関係について、能見説と潮見説は触れているのに対して、長谷川説と齋藤(航)説は論じていない。

同じく契約違反の場合における損害軽減義務を検討対象としながら、能見説と潮見説はそれぞれの主張内容が異なる。能見説は過失相殺も損害軽減義務も同じく損害賠償額の減額制度であるとしたうえで、従来の過失相殺は契約違反に関する債権者の過失に適用し、損害軽減義務は損害の発生または拡大に関する債権者の過失に適用することとし、前者は割合的減額を行い、後者は軽減のできた損害額の全額減額を行うと提案する。これに対し、潮見説は損害軽減義務の機能に着目して、損害の算定において適用する損害軽減義務と過失相殺において適用する損害軽減義務とを区別すると主張する。履行請求権との関係が問題となると指摘しながらも、具体的に論じなかった能見説に対して、潮見説は損害軽減義務により履行請求権が制限されないとし、しかも損害額の算定基準時にも原則として損害軽減義務を適用しないとす。

また、同じく契約違反と不法行為の両方における損害軽減義務を検討対象とする長谷川説と齋藤(航)説もそれぞれの主張内容が異なる。長谷川説は損害賠償の範囲ではなく、過失相殺の問題として損害軽減義務を捉えたうえで、損害軽減義務だけでは日本法での過失相殺制度をカバーすることができず、イギリス法における寄与過失法理と損害軽減義務との関係性を参考にし、損害発生時を起点として損害発生前と損害発生後の債権者・被害者の過失を区別し、異なる判断枠組みで評価して損害賠償額を調整すると主張するが、具体的にどのように損害賠償額を減額するかについては論じていない。これに対して、齋藤(航)説は損害の算定または損害賠償範囲の問題として損

害軽減義務を捉えたうえで、アメリカ法における議論を参考に、損害軽減義務に基づく「部分的減額」は過失相殺に基づく割合的減額より優先的に適用すると主張する。つまり、長谷川説が債権者・被害者の過失に関する評価の仕方という視点から損害軽減義務を過失相殺制度の中に取り込んでその発想を活用しようとするのに対し、齋藤(航)説は債権者・被害者の過失に関する判断の順序という視点から過失相殺と対比して損害軽減義務を損害賠償範囲の問題として優先的に考慮しようとしている。

以上のように、過失相殺との関係を意識的に論じながら、論者によって損害軽減義務の捉え方はそれぞれ異なっている。

2.5 日本での議論状況に関する小括

ここまで見てきたように、英米法上の損害軽減義務に関しては、日本では多方面から捉えてその導入が議論されており、見解も多種多様である。

まず、1990年代前半まで、谷口説、齋藤(彰)説、内田説は不法行為法への適用を否定しないものの、基本的に契約違反の場合における損害軽減義務を中心に議論を展開し、損害軽減義務と過失相殺との関係が強く意識されなかった(内田説は損害軽減義務が過失相殺と異なる賠償額の減額法理であると指摘するにとどまった)。この時期においては、損害賠償額の算定基準時として損害軽減義務を適用する際に、履行請求権との関係が強く意識されている。谷口説、齋藤(彰)説、そして森田説は履行請求権の優先性を認める立場から、損害軽減義務が履行請求権によって制約され、契約違反の場合には、債権者が適時的に解除権を行使する義務として損害軽減義務を捉えている(森田説は履行請求権の第一義性を中心に論じており、正面から損害軽減義務を論じていないものの、損害軽減義務を導入するならば、齋藤(彰)説のように「解除義務によって論理的には解除によって履行請求権を排除した上で初めて可能になる」という¹⁰¹⁾)。これに対して、内田説は損害軽減義務が認められる場合には履行請求権が否定されるべきで

101) 森田・前掲注13) 258頁。

あると主張し、損害軽減義務と履行請求権との関係を逆転させようとする。いずれにしても、損害賠償額の算定において損害軽減義務の適用を論じているところから見ると、これらの説は過失相殺の問題としてではなく、(損害賠償額の算定基準時が損害賠償範囲の確定と同様に扱うべきかどうかについて異なる見解があるが) 基本的に損害賠償範囲の問題として損害軽減義務を捉えているように思われる。ただし、履行請求権との関係をどのように考えるべきかという問題は、契約違反の場合にしか生じず、不法行為の場合には問題とされない。そうすると、不法行為の場合における損害軽減義務を同じく損害賠償範囲の問題として捉えることにしたとしても、契約違反の場合と同じに判断すべきではない。日本法において、少なくとも現段階での判例・通説によれば、契約違反であれ不法行為であれ、同じ理論によって損害賠償範囲が判断されるにもかかわらず、損害軽減義務を損害賠償範囲の問題として捉えながら、異なる判断を行うのはなぜかという問題が生ずる。言い換えれば、履行請求権の問題がない英米法において、損害軽減義務は契約違反の場合にも不法行為の場合にも同様に適用されうるが、履行請求権の問題がある日本法において、契約違反の場合と不法行為の場合には損害軽減義務を同様に適用できるかという問題が提示される。

次に、2000年代半ばから行われた2017年民法改正に向けた議論においては、もっぱら過失相殺の代わりに損害軽減義務の導入が議論の中心になっている。私的研究グループによる改正提案であれ法制審議会における民法改正の試案であれ、損害賠償額の減額に関する規律において、「過失相殺」という表現がなくなり、代わりに「損害軽減義務」という表現が使われている。しかし、基本方針においても法制審議会においても日本法における従来の過失相殺と英米法から来た損害軽減義務との差異が明示されないまま、過失相殺の代わりに損害軽減義務の導入が進められた。法制審議会での議論やパブリック・コメントから、損害軽減義務が従来の過失相殺より狭くなるという意見がある一方、従来の過失相殺より広くなるという逆の意見もあったにもかかわらず、両者の関係について詳しく議論せずに最終的に損害軽減義務の

導入を断念した。

また、2017年民法改正に向けた議論においては、契約違反の場合に過失相殺の代わりに損害軽減義務の導入が提案されただけであり、不法行為の場合での過失相殺が議論の対象とされなかった。

さらに、損害軽減義務と履行請求権との関係について、基本方針においては触れられたものの、具体的に説明されなかった。法制審議会においては問題さえ提示されなかった。

残念ながら、120年ぶりの2017年民法改正において、日本法における従来の過失相殺と外来の損害軽減義務との関係およびかつて理論的に提示された損害軽減義務と履行請求権との優劣関係などの問題について具体的な結論が出されず、損害軽減義務に関する理解が深化されなかった。しかし、改正過程における議論がその後、過失相殺との関係で損害軽減義務を論ずるようになったことに一定の影響を与えたのは事実である。

そして、2017年民法改正をめぐる議論の影響もあって、従来の過失相殺との関係で損害軽減義務を論ずる見解が現れてきた。従来の過失相殺との関係で論ずるところは同じであるが、能見説と潮見説が契約違反における損害軽減義務のみを対象に見解を示したのに対し、長谷川説と齋藤(航)説は契約違反と不法行為の両方における損害軽減義務を対象にして議論を展開した。他方、能見説、長谷川説および齋藤(航)説が一義的に損害軽減義務を理解しているのに対して、潮見説は損害軽減義務に2つの機能があることを前提に、損害賠償範囲で適用される損害軽減義務と、過失相殺で適用される損害軽減義務とに分けて論じている。また、一義的に損害軽減義務を理解する点では同じであるが、能見説と長谷川説が損害賠償額の減額法理として損害軽減義務を捉えるのに対し、齋藤(航)説は損害の算定あるいは損害賠償範囲の問題として損害軽減義務を捉えている。さらに、潮見説と齋藤(航)説とは損害軽減義務を損害の算定として捉える点では同じであるが、契約違反の場合も不法行為の場合も損害の算定あるいは損害賠償範囲の確定において損害軽減義務を適用するとする齋藤(航)説に対して、潮見説は債権者の契約利益の確定に影響を

与える場合にのみ損害軽減義務が損害の算定として利用されると主張する。

過失相殺との関係から見てみると、長谷川説と潮見説（過失相殺で適用される損害軽減義務に限定）が過失相殺の中に損害軽減義務を取り込んでいるのに対し、能見説と齋藤(航)説は過失相殺と併存して損害軽減義務を取り扱っている。また、同じく損害軽減義務を過失相殺の一部として捉えながら、長谷川説は損害発生後の債権者・被害者の過失について損害軽減義務によって評価すると主張するが、潮見説は単純に損害の発生または拡大に関する債権者の過失が損害軽減義務により判断されるとする。同様に、同じく過失相殺と併存的に損害軽減義務を捉えながら、能見説は過失相殺が契約違反に関する債権者の過失を対象とし、損害軽減義務が損害の発生や拡大に関する債権者の過失を対象とすると提案するのに対し、齋藤(航)説は個別的損害項目が認識できる場合に損害軽減義務を優先的に適用し、認識できない場合にのみ過失相殺を適用すると主張する。

また、損害賠償範囲の問題として損害軽減義務を捉える場合、潮見説と齋藤(航)説は早期段階での谷口説・齋藤(彰)説と同様に主張しているものの、潮見説が谷口説や齋藤(彰)説と同様に履行請求権により損害軽減義務が制約されると主張するのに対し、齋藤(航)説はこの問題について具体的に論じなかった。

以上のように、損害軽減義務に関する議論の中には、いくつかの問題が提示されている。すなわち、第1に、過失相殺と損害軽減義務との関係に関する問題である。これは損害軽減義務が過失相殺の一部であるか、それとも過失相殺と併存する異なる法理であるかという問題である。第2に、契約違反の場合において、損害軽減義務と履行請求権とが抵触するのか、抵触するとした場合にどのように処理すべきかの問題である。そして第3に、損害軽減義務は契約違反と不法行為の両方に適用できるか、適用できるとした場合に、判断枠組みが同じか、それとも異なるかの問題である。また、これらの問題の背後に、過失相殺と損害賠償範囲との関係¹⁰²⁾、損害賠償額の算定基準

102) 奥田昌道編『注釈民法(10) 債権(1)』（有斐閣、1962年）644頁以下〔能見善久〕、

日本法における過失相殺と損害軽減義務について (1)

時と損害賠償範囲との関係¹⁰³⁾をどのように考えるべきかといった問題も潜んでいる。

今回は、英米法における議論状況を検討した後に、これらの問題を含めて日本法における過失相殺と損害軽減義務の関係を検討する。

〔付 記〕本研究は JSPS 科研費 21K01287 の助成を受けたものである。

磯村保編『新注積民法(8) 債権(1)』(有斐閣, 2022年) 701頁以下〔荻野奈緒〕など参照。

103) 損害賠償額の算定基準時と損害賠償範囲に関する議論は、北川善太郎「損害賠償額算定の基準時」法学論叢 88 卷 4・5・6 号(1970年) 84頁以下、平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会, 1971年) 209頁以下など参照。