

## 民法四一八条の類推適用による

### 履行請求権の割合的縮減

久須本 かおり

#### 一、はじめに —— 本稿の目的 ——

民法四一八条は、損害賠償制度を指導する公平の原則および債権法を支配する信義則の立場から、債務不履行に関し債権者の過失が加わった場合に、債務者の損害賠償責任または損害賠償額を定めるについて債権者の過失を斟酌すべきことを定めており、この制度を過失相殺という。「債務の不履行に関し」とする四一八条の文言からすれば、債務不履行の発生それ自体について債権者に過失があった場合のみを過失相殺の対象としているかのように読めるが、債務者の責に帰すべき事由によって債務不履行が生じた後、損害の拡大についてのみ債権者の過失が加わった場合にも過失相殺の適用があることについては、判例・学説ともに異論がない<sup>1)</sup>。

従来、わが国では、過失相殺といえどもっぱら民法七二二条の問題として、交通事故などの事実的不法行為を中心に盛んに議論されてきたものの、民法四一八条の債務不履行責任における過失相殺についてはほとんど論じ

られることがなかった。ましてや、四一八条の文言が債権者の過失を「損害賠償の責任およびその金額を定めるにつき」斟酌することから、同条が損害賠償額算定の場面にしか適用されないことを所与の前提とする限り、同条を履行請求権に適用するという発想は生まれがたく、したがってその可能性を追究する議論もほとんどみられなかったといつてよい。

しかし、近年、伝統的には不法行為として扱われてきた問題が、安全配慮義務や情報提供義務などといった付随義務の違反という法律構成を通じて、債務不履行の領域に持ち込まれることが多くなったため、不法行為法の領域では広く行われている過失相殺を通じた損害賠償請求権の縮減と同じ割合的解決を、債務不履行の領域でも行う必要性が増していることに伴って、四一八条の存在意義が改めて見直されるにいたっている<sup>②</sup>。さらに、国際取引法の分野で採用された英米法における損害軽減義務法理<sup>③</sup>をわが国にも導入することを提案する学説がいくつか登場してきたことに伴い、その導入にあたって民法一条とともに解釈論上の根拠となるべき四一八条がにわか<sup>④</sup>に注目されるようになってい<sup>⑤</sup>る。とりわけ後者の議論の中には、四一八条を通じた同法理の導入が、わが国の損害賠償法システムを改善するにとどまらず、履行請求権をも否定ないし制限するという、解釈論上重要なインパクトをもたらすとの主張も見られる<sup>⑥</sup>。その意味で、いまや四一八条は損害賠償請求権にのみ適用される法理であって、履行請求権には全く影響しないという所与の前提も、再検討の必要が生じているといえる。

そこで、本稿では、四一八条を通じて斟酌される損害額減額要素が、履行請求権にどのような影響を与えうるのかを明らかにしてみたい。もっとも、損害額減額法理と履行請求権との関係といった場合、そこには異なる二つのレベルの問題が含まれている。第一に、損害額減額法理が履行請求権の貫徹を阻むものとして機能するかどうか、すなわち履行請求権の限界として論じうる問題、第二に、損害額減額法理が履行請求権を割合的に縮減す

ることに適用できるかという問題である。<sup>(6)</sup> 前者の問題については、もっぱら損害軽減義務法理との関係で学説上かなりの議論が展開されているのに対して、後者の問題については、これまで判例学説上、ほとんど議論がなされてこなかったことから、本稿では後者の問題を検討の対象としたい。四一八条による履行請求権の割合的縮減が可能であるとすれば、履行請求の全面肯定か全面否定かのオールオアナッシングの解決ではなく、債権者側の非難さるべき事情を斟酌したより柔軟な割合的解決が可能となる。現実には、過失相殺を類推適用するという形で、履行請求権を一定の割合に縮減する判例がいくつか存在しており、これを積極的に評価すべきか、どう位置付けしていくのかを検討する必要がある。

以下では次のように検討を進める。まず、二では、損害賠償額の算定以外の場面で過失相殺を類推適用した我が国の判例を分析し、それらの判例に共通する何らかの論理を明らかにする。また、三では、過失相殺法理による履行請求権の割合的縮減について言及した学説を概観する。こうした判例・学説の分析を踏まえた上で、さらに、四で紹介する国連国際動産売買条約 (United Nations Convention on Contract for the International Sales of Goods 以下、略してCISGと呼ぶ。) の審議過程でみられる議論から得られる示唆をもとに、果たして過失相殺法理を通じた履行請求権の割合的縮減を、わが国の実定法構造の中で積極的に位置付けていくことができるのか、五において私見を明らかにしたい。

## 二、判例の分析

不法行為における過失相殺規定である民法七二二条が裁判上積極的に活用され、膨大な判決例が存在するのに

比べて、債務不履行における過失相殺規定である民法四一八条に関しては、まだまだ判決例の数は少なく、ましてや損害賠償額の算定以外の場面で四一八条の類推適用が行われた判例は数えるほどしか存在しない。しかしながら、この数少ない判例を、単なる事例判決、単なる例外と位置付けることは果たして妥当であろうか。判例の数が少ないことが、ただちにそこで用いられている法律構成の重要度が低いことを意味するものではなく、むしろそうした法律構成の可能性がこれまで理論的に模索されてこなかったことの現われに過ぎない。仮に、それらの判例の中に何らかの準則を見出すことができれば、それを明らかにすることで、過失相殺の類推適用をより積極的に活用することが可能となるであろう。

以下では、損害賠償額の算定以外の場面で過失相殺を類推適用した判例を紹介し、それらの判例の特徴を明らかにすることで、そこに共通する準則を何らかの形で導出するよう試みる。なお、過失相殺への言及はないものの、信義則を適用して同様の処理をしたものと評価される判例も、あわせて検討の対象とする。

(一) 東京地裁昭和三二年三月二二日判決下民八卷三号五四二頁

(事実) 保険会社Xの外務員Yらが保険募集取締規則に違反して融資条件付保険契約を募集し、給与規定に基づきX会社から所定の給与金の支給を受けたが、後日、X会社が右契約を違法として取消し、契約者に保険料を返還した上、給与規定に基づいてYらが受領した給与金をX会社に戻入することをYらに請求した事件。

(判旨) 本件融資条件付保険契約の募集がX会社の担当取締役の指揮監督のもとにX会社の業務としてなされたものであり、X会社もこうした募集を暗に承認していたことが疑われること、またX会社が融資条件付保険契約の募集をしていることを告知してから、募集停止命令を発するまでに約二ヶ月が経過しており、X会社の調査お

よび禁止の措置も迅速適切を欠いていたものといえる点で、X会社にも戻入原因ないし戻入義務の発生について過失が認められるとした上で、公正な解決を図るために過失相殺の規定を類推適用し、Yの給与金返還義務の範囲を戻入すべき金額の一割に減額して認容した。

(二) 大阪高裁昭和五八年九月二〇日判決金商六九一号三〇頁

(事案) 証券業者Yが株式信用取引口座設定契約に基づいてXから預託された保証金代用有価証券を、処分権限をもたないXの従業員Aの指示により売却してしまったため、右契約の解除による右証券そのものの返還が不可能となったが、右証券が代替性と高度の流通性を有する株券であり、契約締結当事者に異議がなかったため、これと同銘柄、同数量の株券の返還を請求することができるものとして、XがYに対して右返還を求めた事件。

(判旨) Yとしては、Aが株券の売却を指示したことについて、その時期や内容および背景に照らし、Aが預り証を持参していないことと併せて、Aの不正行為の存在を疑うべき事情にあったにもかかわらず、Aの権限の確認につき格別調査をすることなく、漫然と株券を処分した行為は無過失であったとは認めがたいとして、Yによる債権の準占有者に対する弁済の抗弁を否定した。しかしながら、XYA相互間には、かねて緊密な協力により株の大規模な買占めを行ったことを通じて深い信頼関係にあり、Xの従業員AがこうしたYの信頼に乗じた不正行為をしたこと、XがYから詳細な取引等の報告書の送付を受けながら、これを検討することなく放置して、事前に察知できたはずのAの不正行為をYに予知させる機会を失わせたことなどをX側の落ち度と評価し、信義則上過失相殺の法理に則り、Xの株券返還請求権に基づく返還株券の数量を二分の一に縮減して認容した。

(一) 判決は、会社側の保険外務員に対する不当利得返還請求について過失相殺を類推適用した事案、(二)判

決は、株式信用取引口座設定契約の解除に伴う原状回復請求としての預託証券の返還請求に過失相殺を類推適用した事案である。いずれも、債権の本来的な給付内容の履行を求めたケースではなく、さらに(一)判決は、契約から生じた債権が訴訟物となっているわけではない点で他のケースとは異なるものの、過失相殺の類推適用が可能な一類型を示すものと捉えることができよう。とりわけ(二)判決は、Yによる債権の準占有者に対する弁済の抗弁を否定した上で、従業員Aを監督し、信用取引に注意を払うことにより、結果の発生を防止すべきであったのに、その責任を長期間果たさなかったという不作為をXの落ち度と評価し、過失相殺を通じて返還株式の数量を制限するものである。より一般化して言えば、債務者に過失があるために債権の準占有者に対する弁済が成立しない場合でも、債権者に重大な落ち度が認められる場合には、過失相殺を通じて債権者が請求できる額を減じることが可能であるということである。なお、(二)判決は、有価証券であるとはいえ、金銭そのものではなく、株券の返還数量を限定するものであり、この判決を除き、過失相殺の類推適用が行われた判例がすべて金銭支払債権の債権額減額に関わるものである中で、特異な地位を有する。

(三) 福岡地裁昭和六一年九月九日判決判時一二五九号七九頁

(事案) XらはA Bからテレビゲーム機を購入する契約を締結し、右購入代金について信販会社Yらとの間で立替払契約を締結したが、右購入契約の実態は、購入されたゲーム機はXらに引き渡されず、その運用はもっぱらBにおいて行い、その収益の一部からXらへの副収入金の分配およびYらへの立替求償割賦金の支払代行を行うという、「サブインカムシステム」と称する収益分配契約であった。その後A Bが倒産したため、Xらは立替払契約に基づく立替求償債務の不存在確認請求をし、これに対してYが反訴にて同求償金の支払請求をした事件。

(判旨)

Xは自分の副収入金を得るためにA Bに有償で購入者としての名義を貸し、Yらに虚言を弄してまで立替払契約を締結したものであり、もともとサブインカムシステムの反公序性をYらに主張する意思はなかったのであるから、Yにこれを主張して立替求償債務の支払を逃れようとすることは信義則上許されないとした。但し、Yらは、A Bとの加盟店契約締結の際、自己の信用供与が悪用されて顧客が巻き添えになることを防止するためA Bの信用を調査し、「サブインカムシステム」の企図を察知すべきであったのにこれを怠ったとして、XらのYに対する立替求償債務額を定めるにつき、民法四一八条の過失相殺を類推適用して、六割に減額して認容した。

(四) 東京地裁平成二年一〇月二五日判決判時二三八九号七五頁

(事案)

Yは、販売店Aから自動車を買受、代金全額を支払ったにもかかわらず、Aから信販会社Xと立替払契約を締結するについて名義を貸してくれば代金を安くする旨もかけられてこれを承諾し、代金が支払済であることを秘して立替払契約を締結した。これに基づき、AがXに対する割賦金を支払ってきたが、Aが倒産して支払が滞ったため、XがYに対して立替金残額の支払を請求した事件。

(判旨)

YがXに秘してなしたAに対する名義の貸与は信義に欠けるので、XはAに対して代金全額が支払済であることをYに對抗できないが、他方で、XがAに対して有する不良債権の回収のみを目的として割賦購入あっせん取引をし、Yと立替払契約を締結するに際して右事情を隠していた場合に、Xが立替払残金の全額を購入者に請求することは信義則に反するとして、公平の理念に則り民法四一八条の趣旨を類推し、YのXに対する支払義務の範囲を購入代金の一割に大幅に減額した。

(三) 判決、(四) 判決ともに、立替払契約に基づく信販会社の購入者に対する立替金支払請求について過失相殺を類推適用した事案であり、かつ、購入者から販売店に対して名義貸与が行われた事案である。(三) 判決では、信販会社には、信用供与が販売店によって不当に利用され、その結果、購入者に損害が生じることを未然に防ぐため、販売店の信用調査を十分に行う義務があり、これが果たされていないことに落ち度があると評価されている。一方、(四) 判決では、信販会社は、現実に不正行為を繰り返し、その結果通常の取引については既に信販会社自身が取引停止処分にしていったような販売業者の行った割賦購入あっせん取引について、購入者と立替払契約を締結すべきではないし、少なくとも販売業者との従前の取引経過を説明・告知すべきであったにもかかわらず、販売業者の不良債権を回収するためにあえて立替払契約を結んだことが、信義に欠けるものと評価されている。これら二つの判決に共通して認められているのは、販売店と加盟店契約を結ぶ際に販売店の営業内容や資力などについて十分な調査を尽くすべき信販会社の義務であり、その懈怠ゆえに過失相殺が類推適用されているということである。もっとも、(四) 判決がYに命じた、購入代金の一割分の支払は、YがAに対する名義貸与のいわば対価として安くしてもらった自動車の購入代金分に相当するものとみることができるとは、したがって、(四) 判決は、実質的には、A会社倒産のリスクを、XY双方に分担させるというよりむしろ、Xに全面的に負担させる結論をとったものといえる。

(五) 東京地裁平成三年四月一七日判決判タ七七三号一九九頁

(事案) Xは、YがA会社からゴルフ会員権を買い入れるための資金を融資する目的で、Yとの間で消費貸借契約を結んだが、ゴルフ会員権の名義を書き換える前にA会社が倒産したためYはゴルフ会員権を取得できなかった

という状況において、XがYに対して貸金残金の返還を請求した事件。

(判旨) 金融機関であるXは、融資に際して注意して調査すれば、A会社の資金事情が逼迫していたことは察知できたのに、漫然と融資を実行してしまった点に過失がある一方、Yにも融資後A会社倒産まで返済一覧表が送付され割賦金が引き落としされているのに異議を述べなかつた過失があるとして、信義則によりXの請求できる範囲を限定するのが相当であり、貸金残金の約五割に相当する金員の支払を認容した。

(六) 福岡高裁平成四年一月二二日判決判タ七七九号一八一頁

(事案) Xが警備会社との間で警備機器を用いての警備委託契約を結び、それとともにリース申込受付・契約締結事務代行の権限をYから授与された警備会社を通じて、同機器をYからリースする契約を締結していたが、後に警備会社が倒産し警備をしなくなったため、Xがリース料の支払を停止したところ、Yがリース契約に従い、同契約を解除して残リース料相当の金員の支払をXに求めた事件。

(判旨) 警備会社の警備の実施と、Xが警備会社に負担する警備料およびYに負担するリース料の支払が社会経済上、密接不可分に関連し、Xが警備委託契約に伴い実質負担する金員の一部はYに対するリース料によりまかなわれているという事案の特殊性に鑑み、社会通念上相当と認められる同機器の適正なリース料を超える部分の支払を命じることは信義則に反し許されないとし、仮にYがこうした警備委託契約の実態を知らなかったとしても、それに伴う危険は、警備会社と密接な依存関係にあり、警備会社が商品の供給・役務の提供を消費者に対し適正・円滑に行うことのできる業者であるかどうか、同機器がリースという法形式の妥当する商品であるかどうかを調査することのできる能力を有するYが負担するのが、かかる能力を有しない消費者側との関係では公平の理念に合致すると判断して、Xの請求金額を半分以下に減額して認容した。

(五) 判決、(六) 判決はいずれも信義則に基づいて請求額の減額を行ったケースである。信義則の適用によって権利の行使を制限することができるのは当然であるが、信義則に基づいて責任の範囲を制限した裁判例は、継続的保証における保証人の責任の範囲を制限する判例を除いて見あたらない。(五) 判決は、金融機関であるXが、融資に際してAの資金状態を十分調査しなかったことを過失と評価しており、これは立替払契約に関する(三)ならびに(四)判決の論理と共通する。一方、(六)判決では、義務という形で明確化されているわけではないが、リース業者であるYには、サプライヤーたる警備会社の物件提供者としての適格性・信用度・財政状態、リース物件の適格性や売買価格などについてある程度注意・監視すべき義務があると考えられていることが、これを怠ったために生じるリスクを、ユーザーXではなくリース業者Yに負わせていることから伺われる。

(七) 東京地裁平成五年三月一七日判決判時一四八九号二二二頁

(事案) 商品取引業者Xと金先物取引契約を締結したYが、委託追証拠金の支払を拒絶したため、Xは取引を仕切った上、Yに対してそれまでの取引の結果発生した差損金額から、委託証拠金の充当後の金員の支払を求めた事件。

(判旨) 先物取引という不測の損害を生じさせる恐れのある取引を勧誘する取引員には顧客に生じる損害を最小限に留めるよう十分に配慮すべき信義則上の義務があるとした上で、本件取引の経緯、特にYとXの従業員Aとの手仕舞いのやり取りから、Aの対応に妥当性を欠き、Yの損害発生を回避し、少なくともその金額を縮小する余地が十二分にあったとして、XがYに請求できる差損金額を五割に限定した。

(七) 判決でも、過失相殺への言及はない。しかし、先物取引を勧誘する商品取引員には、顧客に生じるであろう損害を最小限に留めるよう十分配慮すべき信義則上の義務があること認め、その懈怠を理由に商品取引業者の差損金請求を制限するという論理は、義務の懈怠を理由として過失相殺を類推適用し、その結果として立替金支払請求を制限した(三)、(四)判決に共通する。したがって、(七)判決においても、損害の発生・拡大回避義務違反から、差損金請求の制限という効果を導出するための法理として、過失相殺が暗黙裡に適用されているものとみることができるのではないか。

(八) 東京地裁平成六年九月二一日判決判時一五三七号一三四頁

(事案) Xは、信託銀行Yとの間で信託契約を結び、A名義およびB名義という實在する他人名義で貸付信託をしていたところ、Yが償還日においてAおよびBに右信託の元本および収益金を支払ったため、Xが右信託の権利者であるとして、Yに対して信託契約による預託金払戻請求権に基づき元本および収益金の支払を求めた事件。

(判旨) ABは、本件信託について何も知らず、本件信託の種類や金額や償還日などについて全く答えることができなかったこと、また本件信託の証書も印鑑も所持していなかったことから、金融機関の担当者としては、預金手続をしたとされる者の筆跡を確認したり、信託契約の締結当時の担当者を確認するなどの必要があったにもかかわらず、これをしていないでした払戻について過失があったとして、Yによる債権の準占有者に対する弁済の抗弁を排斥した。しかしながら、Xは、實在の他人名義で貸付信託をしたこと、ABに対して払戻がなされたことを知り、AB方を訪れて、彼らが計六〇〇万円の預金を有していることを知ったが、これに対し、Xは何らの法的措置をとらなかつたこと、そしてABらは現在ほとんど無資力であることから、右信託の払戻についてはXにも応分の責任があるとした。もっとも、Xの請求は損害賠償請求ではなく、払戻請求であるから、民

法四一八条の過失相殺をそのまま適用することはできないとしながらも、仮に本訴で過失相殺を否定したとしても、YがXに払戻をした後、YはXらに共同不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を別途提起することができると考えられ、その際は、Xの過失割合に応じて損害が分配されることになることから、このように別訴を提起させることは手続的に迂遠でもあり、過失相殺を類推適用して損害の分配をしても実質的公平を害することはないとして、過失相殺の規定を類推適用し、請求額の七割について認容した。

(八) 判決は、(二) 判決と同様、債務者による債権の準占有者に対する弁済の主張を否定した上で、債権者に認められる重大な落ち度を、過失相殺を通じて斟酌すること、債権者が請求できる額を減じる法律構成をとっている。本判決について注目すべきは、次の二点である。第一に、損害賠償請求以外の請求——本件では払戻請求——には四一八条をそのまま適用することができないことを明示していること、第二に、訴訟物が払戻請求であるという理由で過失相殺を否定したとしても、全額払戻を受けたXに対して、Yが不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起すれば、そこでXの過失が斟酌されて過失相殺が行われることになるのだから、過失相殺を類推適用して払戻請求を直接制限するという方法で同じ結果を実現することで、別訴を提起する手間を省いたとしても、実質的公平を害しないとしていることである。一点目は、ここで取り上げている判例群ではいずれも、過失相殺を直接適用するのではなく、あくまで「類推適用」に留まっていることからして、これが暗黙の前提とされていることは明らかである。二点目は、過失相殺を類推適用する実質的根拠として、当事者間における損害の公平な負担を図ることのみならず、過失相殺の類推適用の否定が訴訟経済上望ましくないとという技術的な問題を挙げ、より積極的に過失相殺の類推適用を正当化しようとするものである。一方で、過失相殺を類推適用しなくて

も、相殺法理を使って同じ結果を実現できる可能性も示されており、訴訟経済上の問題のみならず、日本民法の実定法構造との関係という観点からも、いずれの法律構成が望ましいかを検討する必要がある。

(九) 最高裁判平成一三年三月二十七日第三小法廷判決民集五五卷二四三二頁

(事案)

Yは第一種電気通信事業者であるX(NTT)との間で加入電話契約を締結していたところ、Yの未成年の子Aが、右加入電話からYの承諾なくダイヤルQサービ<sub>2</sub>スを利用したため、通話料が非常に高額となった。Xは、当時の電話サービ<sub>2</sub>ス約款一一八条一項の、加入電話契約者は、その契約者回線から行った通話については、加入電話契約者以外の者が行ったものでも、所定の通話料金の支払を要する旨の定めに従い、Yに対してQサービ<sub>2</sub>ス利用によって高額化した電話料金の支払を請求した事件。

(判旨)

加入電話の使用や管理は基本的に加入電話契約者Yが行うべきであり、約款一一八条一項に基づきYはAの利用にかかる通話料の支払義務を負うとしながらも、Qサービ<sub>2</sub>スは、従来<sub>1</sub>の通話とは異なり、その利用に関わる通話料の高額化に容易に結びつく危険を内包していたものであったから、Xとしては、一般家庭に広く普及していた加入電話から一般的に利用可能な形でQ事業を開始するに当たっては、同サービ<sub>2</sub>スの内容やその危険性等につき具体的かつ十分な周知を図るとともに、その危険の現実化をできる限り防止するために可能な対策を講じておくべき責務があったが、当時は、右危険性の周知およびこれに対する対策の実施が十分であったとはいえず、AによるQサービ<sub>2</sub>スの多数回・長時間に及ぶ無断利用による通話料の高額化は、Xが右責務を十分に果たさなかった結果として生じたものであると言えるとして、XのYに対する通話料の支払請求を五割の限度で認容した。

なお、奥田昌道裁判官の補足意見として、XはQサービ<sub>2</sub>スの提供に当たって、その内容と高額な利用料金の

負担という危険発生の可能性について加入電話契約者側に周知せしめ、それに対する従来とは異なる管理措置または新たなサービスの利用を拒絶する措置を講じる可能性を与えるべき責務があったのであり、こうした義務の懈怠を勘案して、電話の利用料金債権の発生が一定限度に縮減されるものと解するとして、その根拠を民法上の過失相殺規定(四一八条・七二二条)の根底にある利益衡量に求めうるものとする。

(九) 判決は、NTTに対して、Qサービスの提供に際し、その内容と利用料金の高額化の危険性を加入電話契約者に周知させる責務、ならびに危険の現実化を防止する方策を構すべき責務の存在を認め、その責務懈怠を理由に通話料の支払請求を制限するものである。責務懈怠がなせ請求できる通話料の制限という効果をもちたらずのかについて判旨では明確にされていないが、そこには過失相殺法理にみられる利益衡量が働いていることが奥田裁判官の補足意見に示されている。今日では、Q事業が改善され、第三者利用やこれによる利用料金の高額化等の危険に対する措置がとられるようになったため、(九)判決に見られるような問題は生じなくなっている。その意味で、この判決は過去の一時期における特殊事例であって、先例としての価値が疑われる向きもある。しかし、奥田裁判官の補足意見に示されている論理、特に債権者の義務懈怠を勘案して、債権発生が一定限度に縮減されるとする点は、以上で紹介してきた判例の論理に通ずるものがある。したがって、これを事案の特殊性ゆえの特異な論理と捉えるべきではなく、むしろ一般的に通用する論理を示すものと評価できると考える。

以上、九つの判例を分析してきた。この数少ない判例から明確な準則を導き出すことは危険であるかもしれない。しかし、これらの判例には共通して次に示す論理が働いていることは明らかである。先ず、大前提として、

四一八条の過失相殺は損害賠償額の算定において適用される法理であるから、それ以外の場面でこの法理を適用し、もって当事者間の公平を実現しようとするなら、類推適用という形をとらざるを得ないということである。そして、これが最も重要であるが、債権者は信義則上、相手方に対して何らかの義務を負担しており、その義務の懈怠ゆえに過失相殺が類推適用され、請求できる債権額が減額されるということである。信義則上負担している義務とは、ケースによってさまざまで、調査義務であったり、告知・警告義務であったり、より包括的な、損害を最小限に留めるために必要な措置を講じるべき義務であったりするのであるが、これらを総括すれば、契約の相手方当事者に発生する蓋然性の高い損害を回避するために配慮すべき付随義務と呼ぶことができよう。契約関係にある者の間に、本来の給付義務に加えて、信義則を法律上の根拠とする付随義務の存在を積極的に認めていこうとする傾向は最近の判例・学説に強くみられるが、ここで取り上げた判例群は、そうした付随義務の違反がもたらす法的効果として、従来から認められてきた損害賠償額の減額あるいは履行請求の否定の他に、履行請求の割合的な認容という中間的処理の可能性を示すものである。但し、上記の判例群では、付随義務違反が問われている当事者が銀行や金融業者、証券会社、リース会社、NTTなど、相手方当事者である一般消費者に対して一種の専門家としての地位にある者であって、それゆえ特に付随義務が課されているものとみることが可能であり、過失相殺の根拠となる付随義務を契約当事者一般に広く課されている義務と解する事ができるかは、判例からは明らかではない。一方で、先に紹介した判例の中には、契約の両当事者それぞれについて責められるべき事由の存在が認定され、債権額の減額割合を決定するにあたって、両当事者の過失の程度が比較衡量されているように伺われるものが少なからず存在する。ここでは、両当事者に過失があるために、請求の全部認容・全部否定いずれの結論をとっても、当事者間の公平を図りえないことから、より柔軟な中間的解決を導き出すための法

理として過失相殺が類推適用されるとみることが出来る。但し、中間的解決を図る方法としては、過失相殺の類推適用以外にも、債権者の債務者に対する履行請求と、債権者の義務懈怠を理由とする債務者の損害賠償請求との相殺も考えられることは、(八)判決に示されている通りであり、どちらの法律構成をとるべきかが問題となりうる。これについては後で検討する。

なお、ここで取り上げた判例群は、いずれも契約から生じた金銭の支払を目的とする債権の履行請求であって、ここから、物の引渡を目的とする債権の履行請求についても、同様に過失相殺の類推適用による履行請求権の縮減が可能かは明らかではない。契約に基づく金銭の支払債権は、金銭債権として損害賠償請求権と同一線上にあるものであるから、後者で適用される過失相殺を前者に類推することにはそれほど違和感を生じないが、物の引渡債権に過失相殺を類推するとなれば、債権の種類の違いを越えて、物の引渡債権に過失相殺を類推することのより積極的な動機が必要となる。少なくとも給付の目的物が種類物であり、かつ数量が多い場合には、過失相殺を類推適用して、給付すべき目的物の数量を縮減することが理論的に可能であることは、(二)判決からも伺われる。しかしながら、給付の目的物が特定物でない限り、買主が履行請求に固執する理由はほとんどなく、むしろ適当な時期に契約を解除し、損害賠償を請求する道を選択する場合が多いこと、そうなれば四一八条を適用して損害賠償額を減額することができることから考えると、物の引渡債権についてあえて過失相殺の類推適用を論ずるよりも、買主が合理的な理由もなく履行請求に固執する場合、それを制約する別の論理を通じて履行請求権を損害賠償請求権に転形させ、そこで過失相殺を行うことで柔軟な解決を図った方が、理論的に困難な問題を生じずに済むものと思われる。

実は、買主の履行請求権への固執がどこまで認められるか、制約の必要があるかという問題は、英米法におけ

る損害軽減義務の法理をわが国に導入することを主張する学説との関係で、履行請求権の限界として論じられているものであり、先に述べた「別の論理」もこの議論の中で主張されているものである<sup>12</sup>。もっとも、そこでの議論は、過失相殺法理が損害賠償額の算定においてしか加味されないと考えられているのと同様、損害軽減義務法理も損害賠償額算定の場面でしか機能し得ないことを所与の前提とし、同法理の導入により損害賠償請求権の支配領域を拡大することをもって、いわば間接的に履行請求権の貫徹を制約することの可能性が模索されているのであって、損害額減額法理が履行請求権自体を「直接的」に縮減しうるかという本稿の対象とする問題については論じられていない。

### 三、学説の状況

債務不履行における過失相殺規定である四一八条に関しては、不法行為における過失相殺に比べて、学説上論じられることはほとんどない。さらに、過失相殺はもっぱら損害賠償額の算定にあたってのみ加味される規定であることが当然視され、履行請求権を縮減する法理として過失相殺を適用することの可能性ならびにその是非について、積極的に論じられることはほとんどなかったといつてよい。僅かに、表見代理ならびに債権の準占有者に対する弁済との関係でのみ、過失相殺の類推適用の可能性を指摘する学説が見られる。

表見代理に関しては、星野英一教授、平井宜雄教授が、判例研究において過失相殺の類推適用の可能性を肯定している。例えば本人Aの従業員Bが代理権なくして相手方Cから本人を代理して商品を購入した場合、Cに過失があるなどして表見代理責任が成立せず、Aに対して代金請求できない場合でも、従業員Bの行為が不法行為

の要件を満たしていれば、Aに対して使用者責任を追及することができ、この場合にはCにも過失ありとして過失相殺を行うことができる。しかし、表見代理の問題とすると過失相殺を行えないために、すべてか無かの硬直的な解決しかできないのは妥当ではないとして、表見代理の場合においても過失相殺を類推すべきことを主張する。<sup>(13)</sup>

一方、債権の準占有者に対する弁済については、能見善久教授が、例えば債権者の重大な過失によって預金通帳と印鑑が盗まれ、それを持参した者に銀行が預金を払い戻してしまったとしても、銀行に悪意または過失がある場合には、債権の準占有者に対する弁済として有効とはならないため、債権者からの払戻請求に全額応じなければならぬのは妥当ではないとして、過失相殺を類推適用して、真実の債権者が請求できる額を減じることの可能性を指摘している。<sup>(14)</sup>

その他、二で紹介した判例の評釈において、過失相殺の類推適用の是非に触れたものがいくつか見られる。野村豊弘教授は、(四)判決の評釈において、判旨の論理に若干問題があることを指摘しつつも、過失相殺を類推適用することにより柔軟な解決が可能になるとして、こうした解決に肯定的な見解を示していることをはじめとして、損害の公平な分担という見地から過失相殺の類推適用を認めた判例を支持する見解がいくつか見られる。<sup>(15)</sup> また、沢井裕教授は、より積極的に、契約当事者には信義則上保護義務が課されているのであり、双方に保護義務違反が認められる場合には、相互の保護義務違反の程度を比較的に斟酌し、過失相殺による損害分担の公平な調整を図るべきことを主張されている。<sup>(16)</sup> これに対して、石田喜久夫教授は、(三)判決について、信販会社の調査義務の懈怠が本来の給付義務の内容に変化をもたらすという考え方に疑問を提起されており、立替払契約を無効とし、名義人の不法行為に基づく損害賠償責任が信販会社の過失によって減額されるという構成をとるべきで

あるとする<sup>17)</sup>。また、本田純一教授は、石田教授とは若干異なり、立替払契約の成立を肯定したとしても、信販会社の調査義務の懈怠が、立替払契約締結上の過失となり、名義人から損害賠償の請求が可能であり、これと信販会社の立替金返還請求とを相殺すれば、結果的に債務が減額されたことになるとする<sup>18)</sup>。

以上の見解はいずれも、履行請求の全部認容か、全部否定かのオールオアナッシングの解決では、当事者間の公平を実現することができないという認識を有する点では共通している。ただし、何らかの中間的解決をはかり、もって当事者間の公平を実現するための法律構成として、過失相殺の類推適用を通じて直接に履行請求権を制限する方法をとるのか、それとも被不履行当事者の過失を理由として不法行為あるいは債務不履行に基づく損害賠償請求権を不履行当事者に認めた上で、それと被不履行当事者の履行請求権とを相殺する方法をとるのかで意見が分かれている。前者を支持する根拠とされているのは、後者の方法がいかにも技術的で手続的にも迂遠であるのに比して、前者の方法は簡明で実務的であること、これに対して後者を支持する根拠とされているのは、「本来の給付義務に過失相殺はなじまない」ことである。「なじまない」とは具体的に何を意味するかは、先に挙げた学説から明らかではないが、そういう「感覚」の背後には、過失相殺の効果を履行請求権に及ぼすことが、債権の本来的効力として履行請求権を一般的に広く認める日本民法の実定法構造と抵触するという認識から生じる違和感が存在するものと思われる。果たして、過失相殺の類推適用による履行請求権の割合的縮減は、わが国の実定法構造になじみえないものなのであるか。この問題については、CISGの審議過程において参考になると思われる議論がみられるので、以下で紹介してみよう。

## 四、CISGの審議過程にみられる議論

CISGは、一九六六年に発足した国連国際小取引法委員会 (UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law) によって、一九七八年に草案が起草され、ウィーンで開かれた外交会議で、一九八〇年四月一〇日に採択された。この条約は、これまで不可能とされていた大陸法と英米法との私法の融合を売買契約についてはじめて実現した画期的なものであるといわれている。<sup>11)</sup> ちなみに、CISG採択後、これを補完するものとして、またこれをさらに推し進めるものとして、ユニドロワ国際商事契約法原則 (以下、UNIDROITと呼ぶ。) ならびにヨーロッパ契約法原則 (Principles of European Contract Law 以下略してPECLと呼ぶ。) が作成されている。

本稿の検討対象としている損害額減額法理と履行請求権のそれぞれについて、CISGでは次のような規定構造がとられている。まず、契約不履行に対する救済として、第一次的に履行請求権の行使を認めるという大陸法系の原則を採用し (第四六条・六二条)、二次的な救済である不履行に基づく損害賠償請求権 (第四五条一項b号・六一条一項b号) へと移行するためには、付加期間の徒過という要件を充足した上で契約を解除するか (第四七条・四九条一項b号ならびに六三条・六四条一項b号)、当該不履行が「重大な契約違反」に当たる場合には直ちに解除権を行使するか (第四九条一項a号・六四条一項a号)、いずれかの方法による構造を採用する。その一方で、損害額減額法理としては、英米法における損害軽減義務の法理を採用して、損害賠償を請求する当事者が合理的措置をとっていたならば回避しえた損害について賠償を認めないとする規定を置いている (第

七七条)。わが国の損害額減額法理である過失相殺は、責任発生段階で債権者の過失が寄与した場合と、損害拡大段階で債権者の過失が寄与した場合のいずれにも適用されると解されているのに対し、英米法では、大陸法とは異なり契約責任の発生に過失があることを要しないことから、責任発生自体に債権者の過失が寄与した場合における賠償額減額法理に相当するものは存在せず、契約違反後の損害の拡大に債権者の過失が寄与した場合についてのみ、「損害軽減義務違反」として損害賠償額を減額する判例法理が確立している。したがって、損害軽減義務の法理は、わが国における損害拡大段階に債権者の過失が寄与した場合における過失相殺に相当するものといえる。しかしながら、過失相殺を明示的に債権者の「義務」という観点から捉える点、すなわち債権者に損害の拡大防止に努めるべき義務を課し、その懈怠の効果として賠償額の減額を行うという法律構成は、損害の公平な分担という理由が示されるのみで、漠然と債権者の過失が斟酌されるわが国とは異なるものである。CISGが損害額減額法理として損害軽減義務しか規定していないことは片手落ちのように見えるが、免責の規定である第八〇条を責任発生段階での債権者の過失を考慮するものと読むこともできなくはない。<sup>(20)</sup> ちなみに、UNIDROIT *など* PECL では、損害軽減義務に関する規定と並んで、責任発生段階で債権者の過失が寄与した場合の損害額減額に関する規定も置かれている。<sup>(21)</sup> 結局、CISG に関する限り、損害額減額法理と履行請求権との関係は、もっぱら損害軽減義務法理により履行請求権の割合的縮減が可能かという形で問題となる。

CISG において損害軽減義務を定めた規定は第七七条である。<sup>(22)</sup> 七七条一文において不履行の相手方当事者に損害軽減義務が課されることを定め、同条二文において、損害軽減義務違反の効果として損害賠償額の減額についてのみ規定している。実は、この二文については、損害軽減義務違反は損害賠償額の減額という効果しか有しないのか、それとも代金請求権や代金減額権にも影響を及ぼすのかという点をめぐって、ウィーン外交会議にお

いてかなり興味深い議論が展開されている。

その議論は、損害軽減義務違反の効果を損害賠償額の減額のみならず、代金請求権や代金減額権にも及ぼすべきであるとして、現在の七七条とほぼ同じ文言である一九七八年草案七三条第一文を、「この措置がとられなかった場合には、違反をした当事者は、損失が軽減されるべきであった額の損害賠償額からの減額、又は、その他の救済のそれに相応する修正もしくは調整を請求できるものとする」とする修正提案がアメリカ代表から出されたことを契機として始まった<sup>(23)</sup>。提案の理由として、例えば、買主が売主に、ある物品の製造を注文したところ、注文後すぐに、その物品が使用不可能であることが判明したので、買主は売主に損害賠償を支払うので注文には応じないで欲しい旨を申し出たが、この申し出を売主は無視して物品を製造したという場合、売主が契約を解除した上で物品を契約価格よりかなり安い価格で他に売却し、買主に損害賠償請求すれば、七三条が適用されることになるが、売主が契約を解除せずに代金請求権を行使すれば、同条は適用されず、全額の賠償が認められると同じ結果が生じることになる、とする。つまり、契約を解除し損害賠償請求する道を選択した売主は、損害軽減義務を果たしたにもかかわらず、損害軽減措置を講ずることなく漫然と物品の製造を継続し代金請求をした売主よりも不利な立場に置かれることになり、不公平な結果が生じるので、この事例のように履行を継続することが必要な浪費を伴う場合には、代金請求権についても調整が必要であるとするのである<sup>(24)</sup>。この提案は、損害額減額法理である損害軽減義務違反の効果として、代金請求権や代金減額権が割合的に縮減されるべきことを示唆するものである。

この提案に対する各国代表の反応として、その基本的考え方に賛成する発言が多く見られたものの、「その他救済」という表現はあいまいに過ぎ、効果の及ぶ範囲が拡張されすぎること、それに伴い裁判所の裁量権を拡

大する危険性があること等を理由として反対もみられた。<sup>(36)</sup> 注目すべきは、提案の基本的考え方そのものに反対する見解として示された、損害軽減義務違反の効果が代金請求権にまで及ぶとすると、履行請求権が制限されることとなり、本草案が履行請求権を第一次的な救済として位置付ける構成をとっていることと矛盾を来たすことになるという主張である。<sup>(37)</sup> この主張は、三で示した過失相殺の類推適用を通じて履行請求権を縮減することに否定的な見解の背後にあると思われる認識と共通する。結局、時間の制約から、この提案の基本的考え方を支持するか否かについて票決がなされることとなり、二四対八で否決される結果となった。<sup>(38)</sup>

以上の議論の経緯および七七条が損害賠償に関する規定のなかに置かれていることからすれば、七七条に定める損害軽減義務の効力の及ぶ範囲は損害賠償のみであり、代金請求権や代金減額権には影響しないというのが最終的に採られたC I S G の立場であるといえよう。<sup>(39)</sup> しかし、規定の仕方はともかく、損害軽減義務違反の効果を代金請求権などに及ぼすことの必要性に対しては支持を表明する見解が少なからず存在したことは確かであり、そうした見解の中には、七七条第一文をもって、損害軽減義務を契約上の一般的義務と捉え、代金請求権や代金減額権の縮減を図ろうとするものもみられる。すなわち、ドイツ代表の *Schlechtriem* は、アメリカ代表が挙げた事例において、売主が他に売却せず代金請求権を行使した場合には、売主の採るべき損害軽減のための合理的措置は、第七二条に基づき適時に契約を解除することであり、売主はこの解除義務に違反しているとした上で、この義務違反によって買主は代金全額の支払をせざるを得なくなったことを理由に、買主は売主に損害賠償を請求できると考え、この損害賠償請求権と、売主の代金請求権を相殺することにより、結果として売主による代金請求権の縮減を図ることができると考えているようである。<sup>(40)</sup> これはまさに、過失相殺の類推適用による履行請求権の縮減を否定する見解が、これと同じ効果をもたらすために主張している法律構成と同じである。

アメリカ代表の提案は結果的に否決されたものの、それは損害軽減義務による履行請求権の縮減を、損害賠償の一規定である七七条を通じて実現しようとするには無理があったことを意味するに過ぎず、必ずしも履行請求権を第一次的救済とするCISGの構造との矛盾が大きく懸念された訳ではないことは、CISGが履行期後の契約違反のみならず、履行期前の契約違反にも損害軽減義務の適用があるという立場を採用していることから明らかである。履行期前すでに債務者の契約違反が明白に予想できる場合にも、債権者は履行期の到来を待つことができるかについては、損害軽減義務法理をもつ英米法圏の中でも若干態度が異なっているが、この点、CISGでは、すでに履行期前において、相手方が重大な契約違反を犯すであろうことが明白な場合には、当事者は必要な手続を踏んで契約を解除し、合理的な方法で代替契約締結等の措置をとり、履行期まで手をこまねいて待つことにより損害を大きくすることを避けなければならないとされている。また、相手方がその義務の重要な部分を履行しないであろうことが判明した場合にも、当事者がその義務の履行を停止することが要求され、履行を続行して投下費用を増大させることを避けなければならないとされている。<sup>(82)</sup>ここで示されているのは、履行請求権は不履行の相手方がそれを主張する限り常に尊重されるというわけではなく、契約違反が明らかな場合には、履行請求を適時に断念することが要求されるという考え方である。したがって、CISGが履行請求権を第一次的救済として選択したとはいえ、損害軽減義務法理により制約を受ける限りにおいて、その優位性は絶対的なものとはみなされていないことは明らかであろう。ちなみに、UNIDROITならびにPECLでは、履行請求権が制限される場合が列挙されており、履行請求権の無制約な貫徹は許されていない。<sup>(83)</sup>

結局のところ、CISGの審議過程において、ドイツ代表が示したような契約上の一般的義務としての損害軽減義務概念が積極的に否定されたわけではないのであり、別に規定をおいてこれに対応することも十分可能であっ

たと思われる。つまり、C I S G では、損害軽減義務による履行請求権の縮減に関する規定を置くことが意図的に排除されたわけではなく、単にそれに関する規定が欠缺しているに過ぎないと捉えることも十分可能であろう。

## 五、おわりに

以上の検討を踏まえて、過失相殺法理による履行請求権の割合的縮減の可能性について、私見を述べることにする。

まず、過失相殺法理を使うか否かは別として、債権者に非難すべき事由がある場合には、その者による履行請求権を何らかの形で制限する必要があると考える。およそ債務不履行において債権者の側にも非難すべき事由が認められるとき、債権者はそういう事由を棚上げにして、債権者に対して全面的に債務不履行の責任を問うことは許されるべきではない。債権者が履行請求を断念して、損害賠償請求に移行した場合には、こうした債権者側の非は過失相殺法理を通じて斟酌されるのに、債権者が履行請求にこだわる場合には、債権者の非が全く斟酌されなくなるというのは明らかにバランスを失っている。もっとも、こういう考え方に対しては、債権の本来の効力として履行請求権を無制限に認める日本民法の実定法構造を前提とすれば、債権者に非があるかどうかに関係なく、債権者が解除をせず履行請求権にこだわることを否定することはできないという批判があり得る。しかしながら、履行請求権という表現は、債務の履行期が到来したことを理由に債権者が履行を請求するという意味と、債務不履行の後、債権者が債務者に対して裁判で給付を請求できるという意味の、異なる二つの意味を持ちうるのであって、<sup>14)</sup> 債権の本来の効力として語られる履行請求権は前者の意味におけるものにはすぎない。これに対して、

後者の意味での履行請求権は、解除や損害賠償とともに契約違反に対する救済手段として位置付けられるものであって、債権者の非が斟酌されるべきはあくまでこちらの意味での履行請求権においてである。その意味で、債権の本来の効力として履行請求権を位置付けることと、履行請求権につき債権者の非を斟酌することは必ずしも矛盾しないといえよう。また、国際取引法の領域では、後者の意味における履行請求権の貫徹がさまざまな形で制約されていることは既に見たとおりであり、履行請求権を全く制約の許されない絶対的なものと捉えることは、こうした国際的な潮流にも反するものといえる。

それでは、債権者の非を斟酌して履行請求権を制限するとしても、それはどのような法律構成によるべきなのであるか。考えられる法律構成としては、判例ならびに学説の分析から明らかなように、過失相殺の類推適用、あるいは信義則を通じて履行請求権を割合的に縮減する方法と、債権者の非を債務不履行と評価し、債務不履行に基づく損害賠償請求権を債務者について認めた上で、債権者の履行請求権と債務者の損害賠償請求権とを相殺する方法がある。後者の構成は、前者の構成がわが国の実定法構造と抵触するとの認識のもとに、これを回避しつつ前者の構成によるのと同じ結論を導き出すために主張されたものであり、それゆえ技巧的かつ迂遠な論理構成であるといった感は否めない。しかしながら、損害額減額法理を履行請求権に適用することは、必ずしも履行請求権を債権の本来の効力とすることならびに債務不履行の第一次的救済と位置付けることと抵触するものではないことは先に示したとおりであって、それでもなお後者の構成に執着する理由はないように思われる。また、後者の構成は、双方の債権が同種の目的を有することを要する相殺の要件から、債務者の損害賠償請求権との間で相殺に供される履行請求権が、金銭の支払を目的とする債権である場合にしか適用できない。物の引渡を目的とする債権については、理論的な困難さゆえに、あえて過失相殺の類推適用という処理にこだわる必要性はない

のではないかという疑問はすでに二で示した通りであるが、そうした可能性を全面的に閉ざさないという意味では、債権の種類に関係なく適用できる過失相殺法理による方が望ましいといえるのではないだろうか。いずれにしても、履行請求権を損害賠償請求権に転形させないかぎり、過失相殺的処理は不可能であるという考え方は硬直的過ぎるように思われる。

いみじくも谷口博士が「債権者の態度への道徳的評価を加える損害避抑義務を中心とする過失相殺の法理をもつと活用することが必要ではなからうか」と主張されている通り、過失相殺の積極的活用の道を模索すべきである。もっとも、ここでの谷口博士の意図は、過失相殺法理を履行請求権にも適用することにまで及ぶものではないが、これを認めることで、履行請求の全面肯定、全面否定のオールオアナッシングの解決ではなく、柔軟な中間的解決を図ることが可能となるのである。

但し、過失相殺法理を用いて履行請求権を縮減することを積極的に肯定するにしても、「当事者間の公平を図る」ことをただ題目のように唱えるだけで、結論に至る論理を明確にしない現在の判例の状況には問題がある。そもそも過失相殺は裁判所の裁量事項であり、個別具体的な事案に応じて過失割合も微妙に違ってくるので、ここに一貫した明確なルールを見出すことは困難である。しかしながら、これまで過失相殺が適用されてこなかった領域に、その類推適用を認めるということは、それだけ裁判所の裁量の範囲が拡大することを意味するのであり、その拡大の行き過ぎを制限するためには、できる限りそこでの判断枠組を明確化し、判断の客観性を担保する必要がある。

判断枠組を構築するにあたっては、二で引用した判例群に共通する論理を土台にすることができよう。すなわち、契約当事者は相手方当事者に発生する蓋然性の高い損害を回避するために配慮すべき付随義務を負っている

のであり、そうした義務の懈怠ゆえに被不履行当事者の履行請求権が縮減されるという効果が生じると考えるべきである。このように考えることは、わが国の過失相殺概念が、義務という観点から再構成される必要があることを意味するものである。従来のな過失相殺法理との接合を容易にするために、さらに進んで、義務の懈怠を過失と評価し、不履行当事者・被不履行当事者双方の過失を比較衡量したうえで過失割合を決定するとする判断枠組も考えられるが、債務不履行責任の要件とされる債務者の帰責事由としての過失と、過失相殺において斟酌される債権者の過失とが、同一平面上で比較しうる関係にあるのか極めて疑わしく、その意味で必ずしも過失概念に拘泥しない方が良いように思われる。もっとも、債権者の付随義務違反を理由とする履行請求権の割合的縮減という法律構成では、付随義務の内容がいろいろあり得るといって、まだまだ判断枠組としての明確性に欠けると批判されるかもしれない。これは、信義則をはじめとする一般条項の適用判例を機能的に類型化することを通じて、そこにみられる判断枠組を明確化しようとする試みが近年盛んに行われているように、過失相殺において斟酌される付随義務違反の内容についても、同様の類型化作業が必要になってこよう。しかしながら、先に見た通り過失相殺を類推適用した判例はまだまだ数少なく、判例の蓄積をいましばらく待つ必要がある。

なお、本稿は、過失相殺法理による履行請求権の割合的縮減の可能性について、わが国にみられる判例・学説の分析を中心に論じたものにすぎず、そこで解釈論を客観的に検証する際に一般的に有用とされる比較法的考察、あるいは、この問題と密接に関わる「履行請求権の限界」の問題など、本稿で十分に検討し得なかつた点が多い。これらの問題に関して、今後の課題としたい。

註(1) 四一八条の一般的解説については、注釈民法(10)(一九八七年)六四〇頁以下参照(能美善久教授執筆部分)。

(2) 平井宜雄「債権総論」(一九八五年)七三頁、窪田充見「取引関係における過失相殺」岡法四〇卷三一四号(一九九一年)四四三頁、橋本佳幸「取引的不法行為における過失相殺」ジュリ一〇九四号(一九九六年)一四七頁。

(3) 損害軽減義務とは、契約違反の相手方に対して自己の被る損害を最小限にとどめるために合理的な措置をとることを要求するものであり、義務を怠ったために、そうした措置をとっていれば回避できたであろう損害については賠償を請求することが認められない。義務とはいっても、不履行当事者が相手方に対し積極的にその履行を請求できる性格のものではなく、債権者からの損害賠償請求に対して防御的のみ機能するものと解されていることから、「間接義務」と呼ばれている(奥田昌道「債権総論(上)」(一九八二年)二〇一頁〜二〇二頁)。損害軽減義務の法理は、第二次契約法リストイテムント§三五〇に採用されているほか、損害軽減義務法理を前提とした損害賠償額の算定ルールが、一九七九年イギリス動産売買法五〇条・五一条ならびにアメリカ統一商法典二一七〇五・二一七一二に定められている。損害軽減義務の一般的な解説としては、望月礼次郎「英米法(改訂第二版)」(一九九二年)四三二頁以下参照。

(4) 損害軽減義務法理のわが国への導入を論じたものとしては、谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務」我妻先生還暦記念・損害賠償責任の研究(上)(一九五七年)二三五頁、吉田和夫「債権者の損害避止義務および損害拡大防止義務について」ジュリ八六六号(一九八六年)七八頁、内田貴「強制履行と損害賠償——『損害軽減義務』の観点から——」法曹時報四二卷一〇号(一九九〇年)一頁、斎藤彰「契約不履行における損害軽減義務」石田・西原・高木還暦記念論文集(中)損害賠償法の課題と展望(一九

- 九〇年)五一頁、同「損害軽減義務と損害賠償額の算定の基準時」私法五五号(一九九三年)二〇四頁、森田修「損害軽減義務について」法学志林九一卷一号(一九九三)一九頁がある。
- (5) 内田貴教授は、損害軽減義務が課される結果として賠償額が減額されるべき場合には、逆に履行請求権の行使そのものが否定されるべきであると主張している。前掲註(4)内田論文参照。
- (6) 「債権法改正の課題と方向——民法二〇〇周年を契機として——」(一九九八年)一二八頁(能見善久教授執筆部分)。
- (7) 信販会社の立替払を介在させたクレジット販売は、販売業者の信用資力経営状態などとの関連で購入者に対して不測の損害を与える恐れが高い取引であるから、できるだけ健全な販売業者を選んで信用供与を行うべき要請が強く、それゆえに十分な信用調査の存在が特に重視されるのであろう。
- (8) 警備委託契約の実態は、警備料を月額七〇〇円という低額に定めながら、警備機器の売却価格を五〇万二七〇三円という極めて高額に設定してリース商品とすることで(リース料月額九三〇〇円)、警備料に相当する金員をリース契約を通じて回収するといふものであった。
- (9) 継続的契約における保証人の責任の範囲を制限した判例として、大阪高判昭和五四年八月一〇日判時九四六号五九頁、大阪高判昭和五六年二月一〇日判タ四四六号一三七頁、東京地判昭和五九年四月一九日判時一一四七号一一頁、大阪地判昭和五九年二月二四日判時一一六七号七三頁、東京地判昭和六〇年二月二五日判時一一二二一六号六七頁等がある。
- (10) その種の指摘を示すものとして、川井健「債務不履行における義務違反の債権者による履行請求の制限——ダイヤルQ<sub>2</sub>最高裁判決を機縁として——」NB<sub>1</sub>L七三三二号(二〇〇二年)一三頁。
- (11) 北川善太郎「契約責任の研究」(一九六三年)三三〇頁、奥田昌道「債権総論(増補版)」(一九九二年)

一五頁以下等。

(12) 四一八条を解釈論上の根拠として損害軽減義務法理をわが国へ導入することを主張する学説においても、同法理の導入により、わが国において債権の本来的効力として広く認められている履行請求権を貫徹することが許されなくなるという形で、同法理による履行請求権への制約が論じられている。

損害軽減義務の法理とは、契約当事者の一方に不履行があった場合、被不履行当事者に、契約を速やかに解除し、代品購入や再売却などといった代替取引を行うことで、自己に発生する損害の拡大を防止する措置を講ずる義務を課すものであり、その義務違反は、合理的措置をとっていたならば回避可能な損害の部分が賠償額から減額されるという効果を生じさせる。しかし、債務不履行に対する救済として履行請求を原則とする日本民法を前提とすると、被不履行当事者が解除をしないであえて履行請求に固執する場合、損害賠償額の算定の場面でしか機能しない損害軽減義務の法理を適用することができない。その結果、債務不履行に際して、目的物の価格が上昇する傾向にある場合、被不履行当事者が履行請求を続けることのできたら値上りを待った後で解除し、その時点での騰貴価格による賠償を請求してきたときも、これを認めざるを得ないことになる。しかしながら、これは契約を適時に解除し損害回避措置を講じた当事者よりも、漫然と履行請求を続けた当事者を不当に優遇する結果となり公平ではない。そこで、解除権の濫用的行使を通じた履行請求権への固執をいかに制限するかが問題となる。

これについては、谷口知平博士ならびに斎藤彰教授が、被不履行当事者に対し適時に解除する義務を認め、その義務違反を理由に、解除すべき時点から実際に解除した時点までの損害を回避可能な損害として賠償額から減額すべきであるとしている。また、内田貴教授は、損害軽減義務が課される結果として賠償額が減額されるべき場合には、逆に履行請求権の行使そのものが否定されるべきであると主張している

(前掲註(4)の谷口・齋藤・内田各論文参照)。谷口・齋藤両説では、適時に解除する義務の概念を介して、現実に解除がなされる前に損害賠償額の算定を觀念すること、すなわち損害軽減義務法理を適用することを事実上可能にすることで、間接的に履行請求権を制約する手法がとられているのに対して、内田説では、損害軽減義務が履行請求権を直接制限する法理として意識されており、よりインパクトが強い。それゆえ、内田説に対しては、日本法が履行請求を一般的に承認する制度を採っていることを前提とする限り、軽減義務はあくまで損害賠償に関するルールであり、それとは別個の救済方法である履行請求にまでその効力を及ぼすことができるのかという根本的な疑問が呈されている(前掲註(4)・齋藤論文参照)。また、解除がなされない限り債権者は履行請求権を有しているということは、逆に債務者も、解除がなされるまでは追履行の権利を有していることを意味するのであり、したがって解除をしないで代替取引をする、追履行がなされた場合には、債権者は二重の給付を得ることになり、それに伴って負担も二倍となってしまう。したがって解除前の債権者に損害軽減義務を課すにあたっては、少なくとも債務者の追履行に対する債権者の受領拒絶をどのようにして認めるのかについての手当てがなされていることが前提となるのであって、その意味では、損害軽減義務は履行請求権の存在と矛盾なく認められるものに過ぎず、履行請求権を否定する効果を見出すことはできないとする批判もある(前掲註(4)・森田論文参照)。

- (13) 星野英一・判民昭和三七年度一一二事件評釈・法協八一巻六号(一九六五年)七〇四頁、平井宜雄・判民昭和四一年度五五事件評釈・法協八四巻五号(一九六七年)七三五〜七三七頁。類似の指摘をするものとして、橋本・前掲註(2)論文参照。

- (14) 能見善久・前掲註(1)六五二頁。

- (15) 野村豊弘・(四)判例評釈・判夕六六七号(一九八八年)三八頁以下。過失相殺の類推を支持するものと

して、渋谷光子・(二) 判決評釈・生命保険百選別冊ジュリ九七号(一九八八年)一九五頁、上田宏・(二) 判決評釈・別冊ジュリ一〇〇号(一九八八年)七三頁、竹屋芳昭・(四) 判決評釈・判評三九七号(一九九二年)一六七頁、川井・前掲註(8)一頁が、また信義則を通じて履行請求権の縮減を図った判例を支持するものとして、庄政志・(六) 判決評釈・判時四〇六号(一九九一年)一五頁、松本崇・(五) 判決評釈・判タ七七九号(一九九二年)八一頁がある。

(16) 沢井裕「クレジットの名義貸しと信販会社に対する不法行為責任」法時五八巻七号(一九八六年)一一三頁。

(17) 石田喜久夫・(三) 判決評釈・判評三五三三号(一九八八年)五〇〇～五一頁。石田教授の見解と同旨のものとして、青野博之・(四) 判決評釈・ジュリ九八七号(一九九一年)一〇五頁、松本恒雄・(四) 判決評釈・私法判例リマックス一九九二(上)四二頁。

(18) 本田純一・判批(東京高裁昭和五七年六月二九日判決)・金法六九二号(一九八四年)五四頁。

(19) C I S G の解説書としては、曾野和明・山手正史「国際売買法(現代法律学全集六〇)」(一九九三年)が詳しい。また、C I S G が、大陸法系と英米法系の調和をいかに図ったかを分析するものとして、渡辺達徳「ウィーン売買条約における契約違反の構造」商学討究四一卷四号(一九九一年)一〇九頁ならびに同「ウィーン売買条約における契約目的の実現と契約からの離脱」商学討究四三巻一・二合併号(一九九二年)一三二頁がある。

(20) C I S G 第八〇条

「当事者は、相手方の不履行が自己の作為又は不作為の結果として生じた場合には、相手方の不履行をその限りにおいて主張することができない。」

## (21) UNIDROIT Article 7.4.7

「侵害が、被害を受けた当事者の作為もしくは不作為に一部帰せられ、または被害を受けた当事者がそのリスクを負担すべき他の出来事に一部帰せられる場合には、損害賠償の額は、契約当事者の行為を考慮した上で、それらの要因が当該侵害に寄与した範囲で減額されるものとする。」

## UNIDROIT Article 7.4.8

「(1) 不履行当事者は、被害を受けた当事者が被った侵害のうち、被害を受けた当事者が相当な措置をとっていたならば軽減することができた範囲については責任を負わない。」

(2) 被害を受けた当事者は、侵害を軽減しようとして費やした費用のうち、相当と認められる部分につき、償還請求権を有する。」

## PECL Article 9.504

「被不履行当事者は、債権者が当該不履行又は不履行の結果に寄与している範囲で、債権者が被った損害につき、その責任を負わない。」

## PECL Article 9.505

「(1) 被不履行当事者は、債権者が相当な措置を講じることによって軽減することができた範囲で、債権者が被った損害につき、責任を負わない。」

(2) 債権者は、損失を軽減しようとして生じた費用のうち相当と認められる範囲でその償還を請求する権利を有する。」

## (22) CISG 第七七条

「契約違反を主張しようとする当事者は、得べかりし利益の喪失も含め、違反から生ずる損失を軽減する

ためその状況下で合理的な措置をとらなければならない。当事者がかかる措置をとることを怠った場合には、違反をしている相手方は、損害賠償から、軽減されるべきであった損失額の減額を請求できるものとする。」

- (23) Consideration by the First Committee, Art. 73, para. 3, A/ CONF. 97/ C. 1/ 228, United Nations Conference on Contracts for International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records 133.
- (24) First Committee 30 th, para. 55, Official Records 396.
- (25) *Id.* at paras. 56-61, 69, 71, 73, Official Records 396-398.
- (26) *Id.* at paras. 60, 68, 73, 76, Official Records 396-398.
- (27) *Id.* at paras. 65-67, Official Records 397.
- (28) *Id.* at paras. 74-78, Official Records 398.
- (29) Secretariat Commentary on the 1978 Draft, Art. 73, para. 3, Official Records 61.
- (30) P. Schlechtreim, Uniform Sales Law : The UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (1986), at 99, note 408.
- (31) イギリス法では、履行期到来を待つことを何ら制限しないので、債権者がすぐに損害賠償を請求するのではなく、履行期を待つことを選択した場合には、履行期がくるまで債権者に損害軽減義務は課されない (A. G. Guest ed., *Anson's Law of Contract* 26th ed. (1984), at 473)°。これに対して、アメリカ法では、「商事的に相当な期間」しか待つことは許されず、その期間経過後はたとえ履行期前であっても損害軽減義務が課されることになる (G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account*

(1988), at 126-8, 183-4.

- (32) Secretariat Commentary on the 1978 Draft, Art. 73, para. 4, Official Records 61: C. M. Bianca & M. J. Bonell et al., Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention (1987), at 528-529, 566-567.

(33) UNIDROIT Article 7.2.2

「金銭の支払以外の債務を負担している当事者が履行しない場合、相手方は履行を請求できる。但し、以下の各号に該当する場合はこの限りではない。

- (a) 履行が法律上、または事実上不可能であるとき
- (b) 履行または執行が問題となるときは、執行が不相当に困難であるか、または費用のかかるものであるとき
- (c) 履行請求権を有する当事者が、他から履行を得ることが可能であり、相当であるとき
- (d) 履行が全く個人的な性質のものであるとき
- (e) 履行請求権を有する当事者が不履行を知った時、もしくは不履行を知ったはずの時から相当な期間内に履行請求をしないとき」

PECL Articles 9.101

- (1) 金銭債権者は、弁済期が到来した金銭の支払を請求する権利を有する。
- (2) 金銭債権者が自己の債務を履行していない場合であって、金銭債権者が履行を受領しようとしなかったことが明白な場合であっても、金銭債務者は、自己の履行を行い、かつ当該契約のもとで支払われるべき金額の支払を請求することができる。但し、次の各号の一つに該当する場合は、この限りでない。

(a) 金銭債権者が、顕著な努力または出費を要することなく相当な代替取引を行うことができたであろうとき

(b) 諸般の事情から、履行させることが相当でないとき」

PECL Articles 9.102

「(1) 債権者は、不完全な履行の治癒を含めて、金銭の支払以外の債務につき、特定履行を請求する権利を有する。

(2) 但し、次の各号の一つに該当する場合には、特定履行を請求することができない。

(a) 履行が不法または不可能であるとき

(b) 履行が債務者に不相当な努力または費用を生じさせるとき

(c) 当該履行が、個人的性質を有する役務もしくは労務の提供から成り立っているとき、または当該履行が個人的関係に依存するとき

(d) 債権者が別の供給源から履行を得ることができるとき

(3) 債権者が不履行を知った時または知るべきであったとき以後の相当な期間内に特定履行を求めない場合には、債権者は特定履行を請求する権利を失う。」

(34) 能美・前掲註(6) 一一〇頁。

(35) 谷口・前掲註(4) 二五五頁。

(36) 信義則の機能的分類に基づく分析を行うものとしては、好美清光「信義則の機能について」一橋論叢四七卷二号(一九八二年)、菅野耕毅「信義則論の現状」内山||黒木||石川還暦・現代民法学の基本問題上(一九八三年)、同「信義則の類型」別冊法セミ・法学ガイド民法I(一九八六年) 二二頁、内田貴「現代

契約法の新たな展開と一般条項(1)〜(4)「NBL五一四号〜五一七号(一九九三年)、山本敬三「民法講義I」(二〇〇一年)五〇六頁以下ほか、多数ある。