

不法行為法における損害軽減義務

——債権法（不法行為法）改正への基礎調査としてのイングランド法研究——

大西 邦 弘

- I はじめに
- II イングランド法
- III わが国における損害軽減義務の法理——存在する法理の論証
- IV おわりに

I はじめに

1 序——本稿の問題意識と課題

損害軽減義務については、これまで、主に契約法の領域で議論がなされ、その結晶として民法（債権法）改正検討委員会の基本方針においても明文の規定をおくことが提案されている。

また、不法行為法についても、——従来類推適用されてきた民法四一六条が改正提案されていることから——賠償範囲につき義務射程説と危険性関連説の折衷を彷彿とさせる形での改正が提案されているほか、従来の過失相殺の規定が維持され、損害軽減義務は過失相殺において処理されることが想定されているようである。

では、例えば、手術により治癒する可能性の機会はあるのに医学上のリスクから患者がこれを放棄した場合、過失

相殺の法理によって賠償額は減額されてしまうのであろうか。あるいは、従来賠償範囲の問題と捉えられてきた損害項目の中には、損害軽減義務の問題とすべきものが紛れていなかったか。債権法改正の基本方針で一定の提案がなされてはいるものの、将来の不法行為法の改正を視野に入れた場合、いまこのような問題を基礎に立ち返って議論しておくべきではなからうか。

本稿では、イギリス法を参照することによって、不法行為法において「損害軽減義務」をどのように理解すべきか、そこには従来の不法行為法の枠組みを見直す契機があるのではないかとということ課題とする。

このような問題意識を詳述すると、次の通りとなる。

2 契約法における損害軽減義務

契約法における損害軽減義務の研究には顕著な蓄積があり、^①そこでの主な焦点は損害賠償額の算定であったといえる。この点につき、最高裁は、事業用店舗の賃借人が賃貸人の修繕義務の不履行により当該店舗で営業できなかった場合に別の場所で再開する等の損害を回避または減少させる措置をとらなかったという事案において過失相殺を主張する上告理由に対し、条理を根拠に損害を縮小しまたは拡大を防ぐための措置をとる可能性を考慮して民法四一六条一項の通常生ずべき損害の範囲が縮減される場合があると判示している。^②判例によれば民法四一六条は不法行為にも類推適用されているが、^③契約法に損害軽減義務を導入するとすると、この「条理による賠償額の減額」あるいは現行の民法四一八条との関係について検討しておくべき問題点が残されているといえる。

3 債権法改正検討委員会の民法四一八条改正提案——過失相殺の損害軽減義務への改正

民法四一八条について、民法（債権法）改正検討委員会は、過失相殺ではなく損害軽減義務として改正する基本方針を示している。

【3.1.1.73】（債権者の損害軽減義務）

へ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。

へ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。

他方で、「不法行為を理由とする損害賠償責任の減額に関しては、なお同法七二二条二項による。本提案は現民法七二二条二項の改正提案を含むものではない」として、不法行為責任の場面においては、損害軽減義務の問題は現民法七二二条二項によって処理が可能との口吻を洩らしている。⁴

しかし、へ2）が対象とする「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」について、民法七二二条二項によって処理することができるのであろうか。これについては必ずしも明確ではなく、従来このような問題はおそらく賠償の範囲の領域において議論がなされてきた。

不法行為責任の場面での損害軽減義務については、過失相殺のみならず賠償範囲との関係でも検討を加える必要がある。

4 検討委員会の損害賠償範囲に関する提案——損害回避費用はカバーされるのか・賠償範囲を「被害者の」義務違反によって判断すること？

それでは、賠償範囲と損害軽減義務はどのような関係に立つのであろうか。この点につき、民法（債権法）改正検討委員会は、不法行為については検討の対象とはしないとしつつ、例外的に次のような基本方針を示している。⁵⁾

【3.3.02】（損害賠償の範囲）

契約上の債務の不履行以外の理由による損害賠償の場合には、当該損害賠償責任を基礎づける規範が保護の対象としている損害およびその損害の相当の結果として生じた損害が賠償される。

この民法（債権法）改正検討委員会の案は義務射程説と危険性関連説を折衷したような形となっているが、そこで「規範」は被害者ではなく加害者に向けられたものである。また、その「相当の結果として生じた損害」が「規範」が保護の対象としている損害」とどのような関係に立つのか必ずしも明確ではない。契約法における【3.1.1.3】での「損害の発生または拡大を防止するために要した費用」は【3.3.02】の問題となつて、不法行為法では立法的な手当ては必要ないのであろうか。

この点については、従来のが国の裁判例につき、加害者の義務のみによって賠償範囲を説明することが可能なのが問題となる。そこでは被害者の——ある種の——義務によって判断されてきた側面はなかったのか。これが二つ目の検討課題である。ただ、被害者に向けられた規範の問題については、従来、専ら過失相殺で扱われてきた。

5 損害軽減義務と過失相殺の異同？

「他人の利益を侵害してはいけない」という行為規範が向けられるのは加害者だけであつて、被害者にはなんら規範は向けられていないのであろうか。⁶⁾ 他方で、これまでも「過失相殺」として損害の一定部分は被害者自身の負担とされてきた。被害者にもある種一定の「規範」が向けられているとすると、その違反は損害軽減義務の問題となるの

であろうか。あるいは過失相殺の問題となるのであろうか。⁷

吉田邦彦教授は、間接被害者にかかる文脈で「企業側の損害抑止義務を課することは合理的であろう」としつつ、同義務違反の効果として過失相殺を主張する裁判官の論稿を評価している。⁸ もっとも、被害者の自助努力・経営努力に委ねることについては、「加害者の損害填補の要請（矯正的正義）」との関係で、どうしてアプリオリに被害者負担となるのか自明ではない」ともされている。¹⁰ 本稿は、まさにこの点について解決の糸口をイングリッド法に求めるものであるが、やはりその前にもう少し義務違反としての過失相殺について見ておく必要があるだろう。

過失相殺についてはこれまで様々な理解が提唱されてきたところ、最近では、被害者の「義務違反」としての過失相殺が極めて有力に主張されている。¹¹

能見善久教授は、過失相殺につき、事故支配力（事故抑止・損害抑止）との概念により、「本来の過失相殺」と「本来の過失相殺とは異なる場面で」の過失相殺を区別され、公平な（損害の）分担を理由に拡大してきた過失相殺の適用範囲を制限すべきとされている。¹⁵

窪田充見教授は、評価規範としての過失相殺の理解に基づき、「加害者であっても、当該損害が、被害者によっても回避・縮減可能であり、そうしたことが期待される場合には、その一部（または全部）を被害者自身が負担し得べきことを、被害者に対して主張することは可能」とし、その基礎を「所有者危険負担という法以前の原理」に求められている。¹⁷

ただ、被害者の行為態様を理由とする賠償額の減額については、やはりある種被害者に向けられた損害をできるだけ軽減する「義務」を想定し、過失相殺（の類推適用）とは別の枠組みからこれまで不法行為法が処理してきた問題群を再検討する必要があるのではなからうか。

逆に述べれば、義務（行為規範）違反としての過失相殺を認めることができるのであれば、損害軽減義務を論じる意義は小さい。⁽¹⁸⁾ けれども、被害者に向けられる「できるかぎり損害を軽減するよう努力する」との規範を認めることができるかすると、それは従来わが国で過失相殺の問題とされてこなかった（できなかった）問題に直面する可能性が高い。

6 本稿の研究対象と課題——イングランド法

本稿では、以上のような問題意識から、比較法の対象としてイングランド法を選択したい。イングランド法を比較対象に選定したのは次の理由による。すなわち、民法（債権法）改正検討委員会の案において契約法上の過失相殺を削除して損害軽減義務に改めたのは、イングランドにもわが国の過失相殺に相当すると思われる contributory negligence（以下「寄与過失」とする）⁽¹⁹⁾ の法理が存在するところ、寄与過失は不法行為法上の義務と競合する場合を除いて原則として契約責任には適用がないことにも影響を受けている可能性がある。もともと、民法（債権法）改正検討委員会は【3.1.73】を「本試案を英米法におけるエクイティ上の mitigation を連想して、この制度と直結する者がいるとすれば、大きな誤り」として、債権者の実体法上の義務として損害軽減義務を立てる制度であると説明している。⁽²⁰⁾ しかし、そもそも実体法上の義務として、このような義務を不法行為法においても立てることができるのか大きな問題であり、イングランドにおける不法行為での損害軽減義務を検討することは、前述のような課題を検討するにあたって参照に値するからである。

また、不法行為法についても改正の必要性が大きいことは疑いないと指摘されている。⁽²¹⁾ では、不法行為法の改正でも過失相殺を「損害軽減義務」として発展的に解消すべきか、過失相殺の規定を維持するか、双方の制度の併存を認

めるとしてどのようにその役割を割り振るのかなど、問題が発生する。

つまり、イングランドにおける損害軽減義務と寄与過失・賠償範囲との関係、および不法行為法において損害軽減義務が具体的に判断された判例法を検討しておくことは、まさに債権法を改正しようとしているわが国において、非常に有益であると思われる。そこで焦点が当てられるのは、契約法では扱われない不法行為法特有の問題である。

以上のような理由より、以下では損害軽減義務の不法行為法におけるイングランドの現実の状況と、わが国の裁判例を対比することにより、契約法と同様にわが国においても損害軽減義務の法理はすでに裁判例において存在していることを論証し、もって、わが国において過失相殺（の類推適用）、賠償の範囲のレベルで処理されているものは、これらとは別個の損害軽減義務の問題であって、近く期待される不法行為法の改正において明文の規定がおかれるべきことを主張したい。

- (1) 主なものだけでも、吉田和夫「イギリス契約法におけるミテイゲーション・ルール」早稲田社会科学研究所三五号（一九八七年）九頁（以下「吉田和夫1987」と略記する）、内田貴「強制履行と損害賠償——損害軽減義務の観点から」曹時四二卷一〇号（一九九〇年）一頁（以下「内田1990」と略記する）。同「契約の時代・日本社会と契約法」〔岩波書店、二〇〇〇年〕所収）、斉藤彰「契約不履行における損害軽減義務」石田喜久雄・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論集「損害賠償法の課題と展望」（一九九〇年）五一頁（以下「斉藤1990」と略記する）、斉藤彰「損害軽減義務と損害賠償額算定の基準時——動産売買契約不履行の場合に限定して——」私法五五号（一九九三年）二〇四頁、栗山修「先物取引（平成五年三月一七日）」森島昭夫・伊藤進編「消費者取引判例百選（別冊ジュリスト一三五号）」（有斐閣、一九九五年）三六頁、吉川吉樹「履行期前の履行拒絶に関する一考察——損害軽減義務と履行請求権——」（一）（五・未完）法協二二四卷一〇号（二〇〇七年）一頁、一一号五四頁、一二号一〇四頁、一二五卷一〇号（二〇〇八年）一三五頁、二号九四頁などがある。
- (2) 最判平成二二年一月一九日民集六三卷一〇号九七頁。千葉恵美子「判批」判評六〇九号（二〇〇九年）六頁参照。

- (3) 最判昭和四八年六月七日民集二七卷六号六八一頁。前田陽一「判批」中田裕康Ⅱ潮見佳男Ⅱ道垣内弘人編『民法判例百選Ⅱ』(有斐閣、第六版、二〇〇九年)一七六頁参照。
- (4) 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』(商事法務、二〇〇九年)一四三頁。この点は重ねて強調しておく。
- (5) 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』(商事法務、二〇〇九年)四二〇頁。
- (6) 加害者/被害者に向けられる規範については、窪田充見『不法行為法Ⅱ:民法を学ぶ』(有斐閣、二〇〇七年)(以下「窪田Ⅱ」不法行為法Ⅱ)と略称する(二八四頁参照)。
- (7) 不法行為法における「損害抑止義務」に言及する最近の論稿として、吉田邦彦「企業損害(間接損害)」「民法判例百選Ⅱ」(有斐閣、第六版、二〇〇九年)一七九頁(「オリジナル原稿」は、次に参照する北法五九卷六号「二〇〇九年」三七七頁である)がある。
- (8) 夏目明德「間接被害者の損害」塩崎勲Ⅱ園部秀穂編『新・裁判実務大系5交通損害訴訟法』(青林書院、二〇〇三年)二〇八頁、一二四頁。
- (9) 吉田邦彦「判批・最判昭和四三年一月一日民集三二卷二二号二六一四頁」北法五九卷六号(二〇〇九年)三二七頁(以下「吉田 2009」)と略記する。
- (10) 吉田 2009・三三三三五頁。
- (11) 過失相殺の理論的状况については、潮見佳男『不法行為法』(信山社、一九九九年)三〇六一―三二二頁(過失相殺にかかる部分は、二〇一〇年四月現在改訂されていない)、前田陽一「債権各論Ⅱ不法行為」(弘文堂、二〇〇七年)八五―八七頁参照。
- (12) 能見善久「過失相殺の現代的機能」森島昭夫教授還暦記念『不法行為法の現代的課題と展開』(日本評論社、一九九六年)一一五頁(以下「能見 1995」)と略記する。
- (13) 能見 1995・一二八頁。
- (14) 能見 1995・一四四頁。
- (15) 能見 1995・一四四頁。
- (16) 窪田充見「過失相殺の法理」(有斐閣、一九九四年)(以下「窪田Ⅱ」法理Ⅱ)と略称する(一九六頁)。
- (17) 窪田『法理Ⅱ』二〇五頁。より平易には、被害者の過失を「被害者自身についての危険な結果を避けるために求められる合理的な対応をしなかったという行為態様」と定義づけられている(窪田『不法行為法Ⅱ』三八五頁)。

(18) 義務違反としての過失相殺については、窪田『法理』一七七一—一八六頁、およびそこで所掲の、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、復刻版、二〇〇四年〔初版は一九三七年〕）二〇九頁（社会共同生活においては、各自は自己に対して注意の義務を負う、と説かれておられる）、谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務——avoidable consequencesの理論の示唆」我妻栄先生還暦記念『損害賠償責任の研究上』（有斐閣、一九五七年）一三五頁参照。本稿は、過失相殺の類推適用が問題となる局面のうち、損害の発生に対する関与をもって減責の問題として取り上げているタイプにつき（窪田『法理』二八一頁）、最近のイングランド法および日本法の分析を通して谷口博士の議論を再評価しようとするものにすぎないが、ただし、本稿は過失相殺と損害軽減義務を区別し、谷口博士の論考は主にアメリカ法を素材としている点で異なっている。

(19) Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, 3rd ed., 2004, p. 74.

(20) 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、二〇〇九年）二八五頁。

(21) 内田貴『債権法の新时代——「債権法改正の基本方針」の概要』（商事法務、二〇〇九年）五頁。

II イングランド法

A 学説について

1 法状況の概要

イングランド法においても、⁽²²⁾ 損害軽減義務（duty to mitigate）は主に契約法の領域において議論されてきた。⁽²³⁾ ただ、出発点として強調しておきたいのは、損害軽減「義務」とはいうものの、義務の履行を強制できず賠償額が減額されるにすぎないという趣旨で、例えば、ネグリジェンスにおける注意義務と同様の、厳密な意味での法的な義務ではないことである。⁽²⁴⁾ ネグリジェンスの不法行為における注意義務（duty of care）は、「法が当該状況において責任の発生を

認めるか否かに関するものであり、換言すれば、ネグリジェンスによる侵害から保護される当事者・利益等を明確にするために有益な概念である」と定義づけられており、これと対照的な意味で、損害軽減義務は単に慣用的な呼称にすぎないとイングランド法では理解されている。⁽²⁶⁾

Darbishin v Warren [1963] 1 WLR 1067 において Pearson 裁判官は、損害軽減義務の本性 (the true nature) につき、次のように述べている。⁽²⁷⁾

被害者には別段より安価な損害回復手段を選択する債務はない。被害者がそう望むのであれば、より高価な手段をとることができるし、そのことが加害者に対してなんらの義務違反を成立させるものではない。損害軽減義務の真の意義は、加害者が損害の填補をする以上の負担を加害者に課すことはできないことである。つまり、被害者は望む通りの贅沢をすることができるが、そのツケを加害者に転嫁することはできない。

損害軽減義務が問題となるのは、前述の通り主に契約の事案であるが、損害軽減義務が不法行為にも適用があることは明白であることで、一致している。⁽²⁸⁾

不法行為責任における損害軽減義務の根拠としては、次のことが掲げられている。被害者が不法行為の後働いて収入を得た場合、その賃金は賠償額から控除される。このことの裏返しとして、被害者の損害が回避可能であった場合はそれを控除しなければ「実際に被った (actually sustained) 損害の填補とはならないことが損害軽減義務の根拠として掲げられている。⁽²⁹⁾ この理由づけの意味は判例法を紹介した後に検討することにするが、この理由づけによれば損害軽減義務がわが国における損益相殺の理由づけと一部交錯することを意味する。ただし、本稿は損害軽減義務と過失相殺・賠償範囲との異同を明らかにすることを目的とするため、この問題には、——不法行為法の観点から見たイングランド損害軽減義務は現時点でこれ以上の手掛かりを与えてくれないこともあり——立ち入らないことにする。⁽³⁰⁾

2 損害軽減義務の基準・立証責任・損害回避のための費用

では、最も問題となる損害軽減義務の基準はどうか。これは、被害者が合理的な回避措置（reasonable steps）を履践したかどうかを基準となっている。⁽³¹⁾ 被害者が合理的な回避措置を履践したかどうかは、特定の事実関係による。⁽³²⁾ つまり、どのような被害が軽減可能であったか・回避措置のために支出した損害を賠償の対象にするかは、それぞれの事案における事実問題となる。⁽³³⁾ ただ、そもそも当該事案において被害者に損害軽減義務があるかどうかについては、法律の問題である。⁽³⁴⁾

また、被害者の損害軽減義務は不法行為者に対するものであるという観点からは、軽減義務の程度は必ずしも高いものではない。⁽³⁵⁾ そもそも契約違反に基づく損害賠償では当事者間で「義務」の設定が自由かつ可能なのに対し、——とりわけ日本法の観点からは——不法行為の被害者に（特に行為規範としての）義務違反を認めることは困難で、この理由づけは説得力を有する。

学説では損害軽減義務違反の主張立証責任は、加害者にあるとしている。⁽³⁶⁾ これに対し、*Selvanyagam v University of the West Indies* [1983] 1 All ER 824, PC は、主張立証責任は被害者にあるとしている。この問題につき、*Selvanyagam* 判決に従いながらも、被害者が手術を拒んだのは合理的でないとはいえないとした次の新しい判決が注目される。

Geest plc v Lansiquor [2003] 1 All ER 383, PC

【判旨】

原告被害者が手術を拒んだとしても、背中への痛みがどれほど改善されるか十分に明らかでない場合は、手術を受けないという選択も合理的でないとはいえない。

もとより損害軽減義務が厳密な意味での「義務」ではなく、後に紹介するように単に損害評価項目の一つであるな

らば、主張立証責任の所在が被害者にあるとしても、妥当な結論を導き出すことが可能なのであろう。

さらに、損害軽減義務の問題として扱われている事項として注目に値するのは、損害回避のために要した費用の賠償が可能であることである。⁽³⁷⁾

損害回避のために要した費用の賠償が可能であることの具体的な中身は「B」で詳しく参照することにして、では、損害軽減義務は、過失相殺・賠償範囲とどのような違いがあるのだろうか。次にこの問題を見ていくことにしよう。

3 寄与過失・賠償範囲との異同——寄与過失と過失相殺？

(1) 寄与過失との異同について 損害軽減義務と寄与過失との関係については、以下の論者が見解を公にしている。

(i) Williams によれば、損害軽減義務は広義の寄与過失の一適用局面にすぎないと説いている。⁽³⁸⁾

ただ、損害軽減義務と寄与過失は効果に違いを有する。すなわち、寄与過失の法理は故意の不法行為に適用されないのに対し、損害軽減義務は故意の不法行為についても問題となり得る。⁽³⁹⁾ ただ、Williams は、故意の不法行為については損害軽減義務の適用もないことを主張している。⁽⁴⁰⁾ つまり、Williams によれば、結局、寄与過失の法理と損害軽減義務はほぼ同一の性質を有していると説いていることになる。

(ii) Street も同様に、寄与過失と損害軽減義務の違いにつき、寄与過失は故意による不法行為には適用されないのに対し、損害軽減義務にはそのような制約がないことを指摘している。⁽⁴¹⁾ また、損害軽減義務を懈怠した場合の効果としては、損害の評価の局面で損害軽減義務がとられたと仮定して損害額が評価されると説明している。⁽⁴²⁾

(iii) Burrows によれば、「填補的賠償を制限する原理 (principle)」と題する章において、裁判所は寄与過失の法理と

損害軽減義務を同一的な意味で用いていることを指摘する。その上で、寄与過失と損害軽減義務の違いは、寄与過失が割合的な免責であるのに対し、因果関係の中断および損害軽減義務は全部免責の効果をも有する点が異なることを指摘している。⁽⁴³⁾

(iv) このようにみてくると、イングランド法では、寄与過失と損害軽減義務に本質的な違いはないと考えていると評価することが可能である。ただ、次のことに注意する必要がある。すなわち、イングランド法における寄与過失の法理は、不法行為よりも前、あるいは同時の被害者の過失だけではなく、不法行為後の被害者の行為態様をも考慮することができる法理であることである。⁽⁴⁴⁾すると、不法行為後の被害者の態様を過失相殺で斟酌することができないとすると——わが国の「本来の過失相殺」ではこのような考え方が採られていると思われる——、過失相殺と損害軽減義務を区別する必要が生じる。⁽⁴⁵⁾

(2) 賠償範囲との異同について 続いて、損害軽減義務と賠償範囲の異同についても、イングランドの学説を参照しておくことにしよう。

(i) McGregorによれば、損害軽減義務を因果関係によつて説明することは、あまり役に立たずむしろ危険であると述べている。⁽⁴⁶⁾

(ii) Burrowsによれば、加害者による不法行為または契約違反の後の被害者の不合理な行動による損害は、損害軽減義務および「介入原因 (intervening cause)」双方によつて否定し得るといふ。⁽⁴⁷⁾また、裁判所は、このような場合損害軽減義務と介入原因を同一の意味で用いていると指摘している。⁽⁴⁸⁾ただ、一般的な慣用として、被害者による不作為が問題となる場合は損害軽減義務が用いられ、被害者による作為が問題となる場合は介入原因によつて処理されるにすぎないとのことである。⁽⁴⁹⁾

(iii) また、イングランド不法行為法で最も権威の高い *Clerk and Lindsell*2006 も *Burrows* を引用してほぼ同様の説明を繰り返し、被害者自身の行為の介在と区別する必要に言及している。損害軽減義務が損害を増大させない注意「義務」に違反する被害者の不作為であるのに対し、被害者の介在行為の場合は損害を増大させる被害者の作為であるという相違点がある。しかし、被害者の介在行為と損害軽減義務は「同様の政策的な基礎」を有するものであって、交換的に用いられることもあるという。⁽⁵⁰⁾

(iv) 確かに、損害軽減義務と因果関係の中断・被害者の介在事情の問題は必ずしも完全に一致するものではない。ただ、その違いはイングランドの学説が述べる通り作為／不作為という観点からのものであってそれ程大きなものではないとすると、むしろ注目されるのは *Clerk and Lindsell*2006 が述べる「同様の政策的な基礎」であって、これは明示されていないが、文脈からは「損害の填補」であると思われる。

(22) 本稿において主に参照したイングランド損害法のテキストは、*McGregor, McGregor on Damages*, 18th ed., 2009 であるが、本稿は従来の契約法の観点からみた損害軽減義務ではなく、不法行為法の観点からみた損害軽減義務に焦点を当てているため、あわせて不法行為法にかかる *Dugdale, et al. (ed.), Clerk and Lindsell on Torts*, 19th ed., London, 2006、*Ken Oliphant (ed.), The Law of Tort*, Butterworths, 2007 などに、*Deakin et al., Markesinis and Deakin's Tort Law*, Oxford 2008 を特に参照している。以下ではそれぞれ順に、*McGregor*2009、*Clerk and Lindsell*2006、*Oliphant*2007、*Markesinis*2008 と略称する。その他のテキスト・ケースブック等については、適宜言及することにする。

(23) 英米法の損害軽減義務を扱う主な論稿として、すでに掲げた先駆的な業績である、谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務——avoidable consequencesの理論の示唆」我妻栄先生還暦記念『損害賠償責任の研究上』(有斐閣、一九五七年)二三—三五頁のほか(谷口博士は主にアメリカ法を素材として議論されている)、谷口知平・植林弘「損害賠償法概説」(有斐閣、一九六四年)八四頁では(以下「谷口・植林1957」と略記する)、過失相殺につき、「英米では、被害者の損害避抑或いは損害賠償減額問題といわれている」

と説明している。ただし、原語として「mitigation」は用いられていない。

- (24) Clerk and Lindsell 2006, at 29-08.
- (25) Markesinis2008, at 116-7.
- (26) Oliphant2007, at para. 6. 8. の(1)をすべしわが国においても広く紹介されている。吉田和夫 1987・100頁、内田 1990・八頁、齊藤 1990・五三頁。
- (27) [1963] 1 WLR 1067 at 1075.
- (28) McGregor2009, at para. 7-015; Oliphant2007, at para 6. 8; Williams, Joint Torts and Contributory Negligence, 1951, p. 281.
- (29) Clerk and Lindsell2006, at 29-08; Markesinis2008, at 975-976.
- (30) 損害軽減義務と損益相殺との交錯については、内田 1990・七頁参照。
- (31) Oliphant2007, at 237; Clerk and Lindsell2006, at para. 29-08.
- (32) Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, 3rd ed., 2004, p. 123.
- (33) McGregor2009, at para. 7-016; Clerk and Lindsell, at para 29-08 n. 52.
- (34) McGregor2009, at para. 7-016.
- (35) Oliphant2007, at para. 6. 9. の(1)を、McGregor2009, at para. 7-017では、本文中で述べた通り損害軽減義務は厳密な意味での義務ではなく、ルーズな用法だとした上で「被害者は自分自身に対して義務を負うことは不可能である。これは、寄与過失によって賠償が減額されるのと同様である」と述べている。
- (36) McGregor2009, at para. 7-019; Clerk and Lindsell, at 29-08; Markesinis2008, at 976.
- (37) McGregor2009, at para. 7-005; Oliphant, at para 6. 9.
- (38) Williams, Joint Torts and Contributory Negligence, 1951, at 281-282.
- (39) *ibid.*, at 283.
- (40) *ibid.*, at 285.
- (41) Street, Principles of the Law of Damages, 1962, pp.37-39.
- (42) *ibid.*, at p. 42.

- (43) Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract (3rd ed., 2004), pp 75-6.
- (44) *ibid.*
- (45) さらに、Burrows が指摘する通り、効果の面において、寄与過失が割合的な賠償の免責を認めるのに対し、損害軽減義務では損害軽減のための合理的な回避措置がとられたと仮定して当該損害項目の全部免責をもたらすという違いがある。
- (46) McGregor 2009, at para. 7-018.
- (47) Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract (3rd ed., 2004), p 75.
- (48) *ibid.*
- (49) *ibid.*
- (50) Clerk and Lindsell, at para 2-100, n. 23. 同箇所では、Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract (3rd ed., 2004), p. 75 が引用されてい⁹⁹。
- (51) 吉田和夫教授は、「違法行為後の不合理の行為は、通常、因果関係中断の局面とされるが、違法な行為の後に行った不合理な支出は、一般にミニタイムション義務違反の局面と見られる」と紹介している(吉田和夫「1987・一〇七頁」)。

B 判例法について

1 序——不法行為法への損害軽減義務の適用

イングランドにおける損害軽減義務につき、学説については「A」の通り議論されている。次に判例法を検討することにするが、その前に、不法行為に基づく損害賠償請求にも契約による損害賠償請求と同じく損害軽減義務の適用があるとする判例法について、確認しておこう。

Bellingham v Dhillon and another [1973] 1 QB 304

〔事案の概要〕

自動車教習所を経営する原告被害者は、被告のネグリジエンスによる事故のため背中に障害を負った。原告被害者がこの教習所に設置するため七〇〇〇ポンドの運転シミュレータを購入する交渉をしていた最中、背中の痛みのためこの取引は不成立に終わった。

ところが三年半後、原告被害者は同様の運転シミュレータを中古で二一六〇ポンドで購入することができた。原告は、運転シミュレータを購入できなかったことによる損害につき、被告加害者に賠償を求めた。

〔判旨〕

原告による損害賠償の訴えが取引による利益の喪失に基づくものである場合、損害は契約による損害軽減義務と同様の方法で算定されなければならない……原告は運転シミュレータを購入できなかったことよってなら損害を被ったとはいえないのであるから、それによる損害の賠償を求めることはできない。

この判決の意義として、損害軽減義務は契約だけでなく不法行為にも適用があることが明言されていることもあるが、加害者が被害者に対して賠償をしなければならぬ「実際に被った」損害とはなにか、ひいては損害軽減義務の根拠を明らかにした点に意義が認められている。ただ、このことは現在のイングランド不法行為法では極めて評価的に判断されていることについては、最後に論じることにする。

それでは、どのような判例法によってイングランドにおける損害軽減義務の法理が構成されているのかが次に問題となる。以下、この問題を検討していくことにしよう。対象とするのは、イングランド損害法・不法行為法のテキストに共通して扱いのある、①被害者が適切な治療を懈怠した場合や再就職をしていない場合、②物の修理費、③不妊手術の失敗、④損害回避のために費用を支出した場合（交通事故代車サービス）の事件類型である。⁽³³⁾

2 事件類型——適切な治療の懈怠・事故後の再就職

まず最初に紹介するのは、合理的な理由なくして被害者が治療を拒んだ場合である。この場合、適切な治療を受けていれば疾病が治癒して仕事に復帰できていたであろう時点以降の逸失利益の賠償を請求することはできない。⁽⁵⁴⁾

この類型に該当する判例法は、「II A 2」で採り上げた、*Grest plc v Lansiquor* [2003] 1 All ER 383, PC に加えて、最近の判例法を紹介しておこう。

Morris v Richards [2003] All ER 385, CA.

【事案の概要】

放射線技師であった原告被害者は被告加害者による交通事故のため負傷し、このため放射線技師としてのキャリアを諦めた。その後別の就職先で七ヶ月間勤務したが、差別を理由に再就職先も辞職した。その後事実審理 (trial) まで仕事をしていない。

原審は、再就職先の辞職は賠償の疎遠性 (remoteness) の問題ではなく、損害軽減義務の問題であるとして、その後就職をしていないのは不合理ではないため、事実審理にいたるまでの賠償を認めた。

イングランド控訴院は、この事案において、損害の疎遠性の問題ではなく損害軽減義務の問題であるとした原審の判断を支持した。

ただし、いくら被害者には損害軽減義務があるといっても、危険な手術をするまでの義務はない。⁽⁵⁵⁾ これは、前述の通り損害軽減「義務」が不法行為によって損害を被った被害者に対するものであるため高度な「義務」ではないことを根拠としている。

3 事件類型2——物の修理費

交通事故等によって物、とりわけ自動車が増傷した場合、その修理費の賠償を加害者に求めることができる。イングランド法においても、原則として物の修理費の全額の賠償請求が可能であるが、「修理費が物の市場価格を大幅に上回る場合は、物の市場価格を超えて賠償請求をすることができない」との準則が認められている。⁽⁵⁶⁾このことにつき、判例法を参照してみよう。

まず、修理の対象となる物が特殊な場合は、物の市場価格を上回る修理費であっても、修理費の賠償が認められている。

O'Grady v Westminster Scaffolding Ltd. [1962] 2 Lloyd's Rep. 238, QB.

【事案の概要】

一九六〇年、原告の所有する一九三八—九年式のMG（以下「MG」という）に被告のネグリジエンスによる事故のため修理を要する損傷が発生した。MGの事故前の市場価格は一八〇ポンドであり、事故後のスクラップ価格は三五ポンドであった。原告は二五三ポンドで修理したため、この修理費の賠償を請求した。

イングランド高等法院（Davies 判事）は、この事案において、原告が修理をしたことは合理的に行動したと評価することができるとして、修理費の賠償を認容した（ただし修理を早急に開始しなかったのは合理的であるとはいえないとして、代車料を一部減額している）。

他方で、*O'Grady v Westminster Scaffolding Ltd.*と事案を異にする場合は——こちらが原則となるが——修理費の賠償は認められな

Darbishire v Warren [1963] 1 WLR 1067, CA.

〔事案の概要〕

一九五八年に、原告たる被害者は、一九五一年式の Lee Francis shooting brake を三三〇ポンドで購入し（なお、やや蛇足となるが、このクルマは現在のイギリスクラシックカー市場でも価値を有する）、良好な状態を保持していた。ところが、一九六二年に被告加害者との事故により激しい損傷を受けた（加害者はネグリジェンスを認めている）。修理工場や保険会社は「修理は経済的ではない（uneconomic）」と助言したが、被害者は三三〇ポンドの費用で修理し、その賠償を加害者に求めた。なお、当時の市場価格は、中古車市場で一九五一年式の Lee Francis を入手することは困難であったが、およそ八〇から一〇〇ポンドであったとされている。

県裁判所では、被害者が修理したのは合理的であるとして、修理費の賠償を認めた。加害者より上訴。

〔判旨〕

原告に認められているのは、損害があたかもなかったような地位を回復することである。中古車の損害評価方法は、その市場価値である。すなわち、原告は損害を軽減する義務を負っているとき、同種のクルマを市場でより安価で購入できるのに、市場価格を大幅に上回る修理費用を支出することは、加害者に対して合理的に行動したとはいえず、修理費用の賠償を求めることはできない。

O'Grady v Westminster Scaffolding Ltd と事案を異にする理由として、Pearson 控訴院裁判官は、*O'Grady v Westminster Scaffolding Ltd* は修理の対象となる物が唯一性（unique）を有するという非常に特殊な事案であるという理由によって正当化されるのであり、そうでない場合は修理費の賠償は認められないと述べている。⁵⁷

第三番目に、不妊手術が失敗した場合、中絶は損害を軽減するための「合理的な回避措置」に含まれるかが争われた事案を掲げることができる。⁽⁸⁵⁾ この場合、妊娠中絶をしなかったとしても損害軽減義務に違反するものではないとする判例がある。

Emeh v Kensington [1985] QB 1012

〔事案の概要〕

すでに健康な三人の子どもをもつ女性（原告）が一九七六年五月に不妊手術を受けた。ところが翌一九七七年一月に原告が妊娠していることが発覚した。原告は中絶を「恐ろしい」という理由で拒んだところ、出生した子どもは看護を要する先天的な障害を有していた。原告は、被告病院に対し、妊娠、出産、子どもの養育にかかる費用の賠償を求めた。

原審（Park 判事）は、妊娠が発覚するまでの損害と中絶費用に限って損害の賠償を認めた。原告から控訴院に上訴。

〔判旨〕

原告が中絶をしなかったのは不合理ではなく、子どもの誕生にかかる損害の賠償請求を認めることは公共政策（公序良俗 *public policy*）に反するものではない。⁽⁸⁶⁾ 被告のネグリジェンスによる経済的な損失の賠償を認める。

Slade 控訴院裁判官によれば、妊娠中絶を必要とする医学的・精神的な明確な証拠がない限り、裁判所が女性に中絶をしないのは不合理であると宣言することはできないと判示している。⁽⁸⁶⁾

被害者である原告が中絶をしなかったことによる損害は、『債権法改正の基本方針』【3. 3. 02】における、「当該損害賠償責任を基礎づける規範が保護の対象としている損害」なのであろうか。あるいは、「その損害の相当の結果と

して生じた損害」なのであろうか。もとより原告被害者に中絶をしよう命じる規範を認め、これに違反することをもって過失相殺することもできないであろう。賠償額を算定するにあたっては、新たな視点の導入が求められている。

新たな視点の導入という意味では、次の判例についても、わが国でもすでに存在する法理を発見するための手掛かりといえる。

5 事件類型 4——損害回避のために費用を支出した場合…交通事故代車サービスと無資力

ここまでで扱った判決は、損害の回避のための被害者の手段が合理的であったか・そうでないかに関するものであったが、損害回避のために要した費用も、契約法の場合と同様賠償請求することが可能である。⁶¹ このことは、損害の金銭的評価 (calculation of damages) の局面において考慮されている。

損害回避のために要した費用の賠償の問題については、交通事故が発生した場合に、相手方から賠償を得られるまではレンタカー代を請求せず、場合によっては事故費用の賠償請求まで代行する交通事故代車サービス (accident-hire scheme) というわが国にはない制度を通して検討することが有益である。交通事故代車サービスでは、代車料の請求が裁判上の請求時まで繰り延べられ賠償請求の代行まで行うので、通常のスポットのレンタカー料金より割高である。この制度を通して、イングランド不法行為法上極めて重要な判決が現れている。

まず、*Dimond v Lovell* [2001] 2 All ER 897. において、貴族院は通常のレンタカー代の範囲でしか賠償請求を認容しなかった。この理由は、交通事故代車サービスを利用せざるを得なくなったのは原告被害者が無資力だからであるが、後述するイングランド法の先例では原告の無資力による損害の賠償は認められておらず、このため交通事故代車サー

ビスによる割高な賠償は認められないからだとしていた。

ところが、*Dimond v Lovell* の後、交通事故代車サービスを利用した料金を損害として賠償を認める貴族院判決が現れた。それが、*Lagden v O'Connor* [2004] 1 AC 1067. である。

Lagden v O'Connor [2004] 1 AC 1067.

〔事案の概要〕

被告加害者のネグリジェンスによって事故が発生し、原告被害者はその間交通事故代車サービスによって代車を借りたが、この間原告は無職で無資力であり、通常のレンタカー制度ではなく交通事故代車サービスを利用せざるを得ない状況にあった。原告より損害の賠償請求がなされたが、そこには交通事故代車サービスの費用六五九ポンドが含まれていたため、損害の金銭的評価において被害者の無資力が考慮されることが争点となった。

第一審の裁判官は、原告は交通事故代車サービスを利用せざるを得なかったとして請求を認容。控訴院もこれを支持した。被告から貴族院に上訴。

〔判旨〕

まず第一に、無資力のために増加した損害回避のための費用の賠償を認めるかどうかを決するについて、裁判所は、不法行為者は被害者があるがままに引き受けなければならず、被害者が損害を回避するために支出したのであればそれを負担しなければならないとの原理を適用する。

第二に、被害者が無資力のため通常のレンタカーではなく交通事故代車サービスを利用せざるを得なかった場合には、合理的に予見可能な損害として交通事故代車サービスによる料金を損害賠償として請求することが可能とした控訴院判決は、是認することができる。

この判決は、原告の無資力による損害は救済されないとされてきた *Liesbosch* 判決を七〇年ぶりに改める、イングランド損害法上極めて注目がなされている判決である。⁽⁶⁵⁾

つまり、*Lagden v O'Connor* によれば、無資力の被害者はより高いコストを支払って交通事故代車サービスを利用したとしても「合理的な回避措置」をとったと評価され、無資力ではない被害者は、——レンタカー代を立替払いすることができるのであるから——通常のレンタカーを利用しないと「合理的な回避措置」をとったと評価されないことになる。⁽⁶⁶⁾ また、「被害者があるがままに引き受ける」法理は、寄与過失だけでなく、損害軽減義務の法理においても認められたことになる。

以上より、損害軽減義務には、被害者が「無資力」かどうかにより損害回避費用の範囲が異なるという、評価的な契機が含まれることが、明らかとなった。

6 損害軽減義務の根拠——「実際の」損害の填補

このようにイングランド不法行為法で重要な役割を果たしている損害軽減義務であるが、いま一度ここで翻って、なぜ損害軽減義務が認められるかについて検討してみよう。被害者の無資力が損害軽減義務による賠償額の算定の考慮要素となっているが、では、損害軽減義務の根拠はどこに求めることが可能なのであろうか。

損害軽減義務の政策は、合理的な範囲で被害者に自助を奨励することと、その方がより効率的であることも指摘されているが、⁽⁶⁶⁾ 学説が共通して掲げるのは、次の根拠である。

被害者が不法行為の後働いて収入を得た場合、その賃金は賠償額から控除される。このことの裏返しとして、被害者の損害が回避可能であった場合はそれを控除しなければならない。⁽⁶⁷⁾ これが損害軽減義務の根拠である。つまり、不

法行為責任における損害軽減義務の根拠は、不法行為法の役割が「実際に被った（actually sustained）」損害の填補にあるところ（⁶⁸）に求められている。

損害軽減義務の根拠がある種被害者の損害をどのように評価するかにかかるとすると、損害軽減義務の判断基準となる合理的な回避措置に無資力等の被害者の事情も含まれることになる。したがって、損害軽減義務で扱われる被害者が「実際に被った」の「実際に」の意義には、極めて評価的な契機があるといえよう。

7 イングランド法のまとめ

ここで、学説も含めて、イングランド法のまとめを行っておこう。

まず第一に、損害軽減義務は、契約法と不法行為法で共通してなされている理解として、その違反に対し損害賠償の根拠となるような、ネグリジェンスにおける注意義務と同様の意義での、いわゆる「義務」ではない。この意味で、損害軽減義務を実体法上の義務と理解することができるかどうかは、不明である。

第二に、被害者が適切な治療を懈怠した場合や、正当な理由なく事故後再就職しないことは、損害軽減義務の問題となる。そこでの基準は、被害者が合理的な回避措置をとったかどうかであるが、損害軽減義務が厳密な意味での義務ではなく、不法行為者に対するものであるとするとそのハードルは必ずしも高くなく、危険な手術を受けなければ損害軽減義務に反するとされるものではない。この意味で、わが国で議論が見当たらないとされるこの問題につき、わが国の裁判例がどのような判断を行っているのかについては次の「Ⅲ」で扱う。

第三に、わが国での交通事故におけるいわゆる経済的全損も損害軽減義務の観点から把握し直すことが可能である。修理費が物の市場価格を上回る場合は修理費の賠償は認められないが、その物が唯一性を有する場合には、例外的に

賠償の対象となる。同様に、事故により自動車を使用できないことによる損害を回避するための費用という趣旨で、代車料は損害軽減義務の問題となり得ることが明らかとなった。イングランドとわが国ではその依拠する損害論は異なる可能性があるものの、損害の填補が原則的な救済であることは共通している。ただ、わが国の伝統的な通説が説くように、損害を「財産状態の差額」と捉えるとすると、「財産状態の差額」を実質的に把握するのは困難ではなからうか。

第四に、不妊手術にもかかわらず妊娠をした場合、妊娠が発覚した時点で中絶をしなくても、損害軽減義務の観点から不合理な回避措置として賠償額が減額されることはない。

第五に、交通事故代車サービスをめぐる被害者の無資力を損害の評価にあたってどのように考慮するかという問題を通して、イングランドにおける損害軽減義務は、極めて評価的な契機を含むということが明らかとなった。

最後にまとめると、不法行為責任における損害軽減義務の根拠は、不法行為法の役割が実際に被った損害の填補にあるところと求められており、ここでいう「実際に被った」には、被害者が無資力かどうかという極めて高度に評価的な判断が含まれている。

では次に、イングランド法で損害軽減義務のタイトルのもとに扱われている法理が、わが国においても既に別のラベルで承認されていることにつき、確認していこう。

(52) Clerk and Lindsell 2006, at 29-08.

(53) その他、本文中で採り上げる判決の他、イングランドの損害軽減義務を扱う箇所には、被害者の損害軽減措置によってより多額の損失の発生を回避できた場合に関する判例も扱われている。

Hussev v Eels [1990] 1 All ER 449, CA.

〔事案の概要〕

被告は地盤沈下のある平屋建ての家屋（以下「本件家屋」という）に居住していたが、本件家屋を原告に売却することにした。契約に先立つソリシターの評価によると、本件家屋には地盤沈下はないと報告された。原告・被告間で売買契約は、一九八四年に五三二五〇ポンドで締結された。原告が本件家屋に引っ越してすぐ、本件家屋には地盤沈下が発見され、この補修工事には一七〇〇ポンドの費用がかかることが明らかになった。原告は本件家屋を取り壊し、新しく建物を建築し直すのが最善と考え、新しく二棟の建物の計画許可（*planning permission*）を申請すると同時に、被告に対しネグリジェンスに基づく賠償請求をした。事実審理の前に、原告は計画許可を得て一九八六年に開発業者に売却することにしたが、計画許可つきであったために、七八五〇〇ポンドで売却することができた。

事実審理において、原告は契約価格と売買契約締結時の差額を損害額として主張したが、被告は損害はないと争った。

原審では、ネグリジェンスに基づく不実表示は確かにあったけれども、原告はこれによってなんらの損害も被っていないとして原告の請求を認めなかったため、原告から上訴。

〔判旨〕

原告は本件家屋を居住目的で購入し、また実際に一定期間居住していたというのであるから、損害軽減の点についてもこのことを考慮に入れなければならない。

原告は契約価格五三二五〇ポンドと瑕疵ある状況での目的物の価格との差額を請求することができる。

わが国においては損害の有無に関する問題となろうが、契約に関する事案であり、今後の検討課題としたい。

(54) *Oliphant* 2007, at 6.8; *Markesinis* 2008, at 976.

(55) *Markesinis* 2008, at 976; 後掲の不好手術の失敗にかかる判例も参照。

(56) *Oliphant* 2007, at 235.

(57) [1963] 1 WLR 1067, at 1077.

(58) 以下に掲げる *Emeh v Kensington* [1985] QB 1012 は、今井雅子「望まない子の出生に対する医師の責任——イギリスにおける wrongful life 訴訟—— wrongful birth 訴訟・ wrongful conception 訴訟——」比較法一九卷三号（一九九二年）一五九頁、一六六頁に四行程度の紹介があるが、原告が中絶をしなかったことが賠償額の減額理由となるかどうかについては全く触れられていない。また同稿では

「wrongful birth 訴訟」の一つとして紹介しているが、妊娠期間中に先天性の障害があることは明らかになっておらず、フランスにおけるベリユシユ事件と同様な意味での *wrongful birth* とは異なることに注意する必要がある。

(59) *public policy* の訳に充てた。詳細は、拙稿「被害者の『違法性』と公共政策（公序良俗）・過失概念」広法二九卷四号（二〇〇六年）一三五頁参照。

(60) [1985] QB 1012, 1024H.

(61) *Oliphant*2007, at para.6.9.

(62) *Owners of Dredger Liesbosch v Owners of SS Edison* [1933] AC 449, HL. 浚渫船が沈没した事故につき、被害者は無資力であったため同様の船を備船した事案。浚渫船の価格に加えて、備船費用の賠償を認めることはできるかが争われた判決。

(63) *Clerk and Lindsell*2006, at para.29-09; *Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed., 2004, p.74. ただ、*Oliphant*2007, at p.237 n.9 では詳細なコメントが付されて被害者の無資力を損害の評価の問題とすることには疑問が呈されている。

(64) *Clerk and Lindsell*2006, at para.29-09.

(65) 「被害者があるがままに引き受ける」法理については、窪田『法理』三〇頁参照。

(66) *Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed., 2004, p.122. には、本文のような政策的基礎があるとの指摘がある。

(67) *Clerk and Lindsell*2006, at para.29-08; *Markesinis*2008, at 975-976. *Clerk and Lindsell*2006 は、前掲の *Bellingham v Dhillon* を先例として引用している。

(68) *Clerk and Lindsell*2006, at para.29-08; *Markesinis*2008, at 975-976.

(69) イングランドでは、「損害の填補」以外に「厳密には損害の填補とはいえない賠償」が認められている。詳しくは拙稿「制定法による知的財産侵害の救済と不法行為による『原状回復』」神戸五三巻四号（二〇〇四年）一九三頁参照。

Ⅲ わが国における損害軽減義務の法理——存在する法理の論証

1 治癒する可能性の機会の放棄に関する事案

イングランド法では、治癒の可能性があるにもかかわらず適切な治療を受けていない場合に損害軽減義務の観点から賠償額が減額されていることが明らかとなったが（そこでの基準は被害者の回避措置が合理的かどうかであった）、わが国では適切な治療を怠った場合はどのように処理されているのであろうか。⁽¹⁶⁾

このことにつき、わが国において「問題となった事例は見当たらず、この点に言及した論文も見当たらないようである」という状況にある。⁽¹⁷⁾

この点につき、手術により治癒する可能性の機会はあるのに医学上のリスクから患者がこれを放棄した場合の減額の可否が問題となった事例で、⁽¹⁸⁾高松高判平成一九年一月一八日判時一九六四号九〇頁は「損害の公平妥当な分配の見地から、民法七二二条の過失相殺の法理を類推適用」して、賠償額を二割減額するのが相当としている。高松高判平成一九年一月一八日は民法七二二条二項の法理を類推適用することによってこの問題を処理しているが、そもそも過失相殺の「法理」を（条文ではなく）「類推適用」するとはいかなる意味で、どのような根拠に基づくものなのであろうか。このような事案で民法七二二条二項の法理を類推適用することは、もはや類推の域を超えるのではなくか。なにもイングランド法を直輸入すべしと主張するものではないが、このような問題につき、寄与過失ではなく損害軽減義務の問題として捉えるイングランド法の状況は、十分参照に値すると思われる。

そうすると、また他方では、今後の課題としてはあるが、被害者の心的素因につき民法七二二条二項を類推適用して処理されてきた問題についても、⁽¹⁹⁾損害軽減義務の問題として把握することができるかどうか、議論する必要があると認められる。

2 クルマの修理費——いわゆる経済的全損および金メッキのバンパーの事案

次に、修理費が物の市場価格を大幅に上回る場合についてである。最判昭和四九年四月一日民集二八卷三号三八五頁は「交通事故により自動車が増傷を被った場合において、被害車輛の所有者が、これを売却し、事故当時におけるその価格と売却代金との差額を事故と相当因果関係のある損害として加害者に対し請求しうるのは……被害車輛の所有者においてその買替えをすることが社会通念上相当と認められるときをも含む」としている。また、同判決は、修理不能の基準として「被害車輛を買替えたことを社会通念上相当と認めうるがためには、フレーム等車体の本質的構造部分に重大な損傷の生じたことが客観的に認められることを要する」ことを掲げている⁽⁷⁴⁾。修理をすることによってむしろ修理費という損害を増大させるよりも、修理不能とすることによってそれ以上の損害の拡大を軽減するという、まさしく損害軽減義務の現われの一つと評価することができよう。

もっとも、被害がヒストリックカーなど修理の必要性が認められる場合には、修理費が市場価格を上回るものであったとしても修理費の賠償を認めることが可能となる。大阪高判平成一年八月二六日交民集三二卷四号一〇五九頁では、一九八〇年製の並行輸入のフェラーリにつき、事故時の時価が明らかではない場合であっても、フェラーリは憧れのスポーツカーであるとの理由から経済的に修理不能とせず、修理費約三一九万円の賠償を認めた。ここでは、イングラウンド法に照らすと、物があこがれのスポーツカーであるかどうかよりも、むしろその物が「唯一性 (unique)」を有するかどうかという——やはり評価的な契機を含むが——基準によって判断すべきであろう。

また、いわゆる経済的全損の事例ではないが、修理費につき「過失相殺の法理」によって賠償額を減額するものが見られる。東京高判平成二年八月二七日判時一三八七号六八頁は、バンパーに金メッキを施したメルセデスベンツの損傷につき、「そもそもバンパーは、交通事故が発生した場合に、自動車本体の損傷及び搭乗者の死傷を防止もしくは軽減させることを目的としているのであり、バンパーに金メッキを施すことはその効用を増加させるものではなく、

かえって、損傷した場合の修復費用を増大させ無用に損害を拡大させるものであることを考慮すると、控訴人も損害の拡大について一つの原因を与えたことは否定し得ない。したがって、過失相殺の法理により損害額を算定するに当たり控訴人の右行為を斟酌することができるとして、修理代を五割減額している。ここでいう「過失相殺の法理」についても、むしろ損害軽減義務の観点から捉えられるべきであろう。なぜなら、どのような趣味嗜好の自動車に乗ろうとも、他者に危害を加えない限り（例えば、極めて鋭利なフロントバンパー）被害者に義務違反としての「過失」があるとは思われず、まさに東京高判がいみじくも述べる通り「無用に損害を拡大」させたものとして、損害軽減義務の法理によるべきだからである。

3 不妊手術後の妊娠の事案

不妊手術後に妊娠した場合には、わが国にもこれを扱う議論が見られる。⁽⁷⁵⁾ 裁判例では、例えば、大阪高裁昭和六一年七月一六日判タ六二四号二〇二頁は、手術によってもなお妊娠の可能性があり、十分に説明しないまま手術を実施した場合に、慰謝料の支払いを認めている。では、この場合被告病院が患者側が中絶しなかったことを主張したら、過失相殺（の類推適用）によって、あるいは慰謝料算定の諸要素の一つとして考慮され、慰謝料は減額されるのであろうか。

この点につき、「医師側は、患者側は中絶または養子縁組によって損害を軽減すべきであったと主張しうるか……難しい問題である」と述べる見解がある。⁽⁷⁷⁾

確かに極めて困難な問題であるが、イングランドにおける損害軽減義務の法理からは、損害軽減義務は被害者が合理的な回避措置をとったかどうかによって決せられるところ、不妊手術後に中絶をしなかったからといって（養

子縁組をしないことをどう評価するかについては明らかではない)、不合理であるとは評価されていない。とりわけ、ここで強調しておきたいことは、イングランドではこの問題は寄与過失ではなく、損害軽減義務の問題として把握されていることである。やはり、不妊手術後に懐胎した女性に対し、「中絶をする義務」を設定することは——行為規範であれ／評価規範であれ——不可能であると思われる。

4 損害回避のために費用を要した事案…代車料とメルセデスの安心感

わが国にはイングランドにおける交通事故代車サービス (accident-line scheme) に相当するような制度はない。ただ、事故により目的物を使用できないため営業ができなくなるなどの損害の拡大を避けるための費用という趣旨で共通性を見出すことが可能であるから、代車料に関する裁判例を以下で検討することにしよう。

代車料については、わが国では相当因果関係の「相当性」の問題として捉えられている。⁽²⁸⁾

まず、①東京地判平成元年七月一日判時一三二九号一六五頁では、不動産の管理・売買を業務とする原告被害者は、業務遂行のために本件自動車を使用し、ポルシェオーナーズクラブの会員として同クラブの会員が原告被害者の顧客となりがあったという事案で、「原告が本件自動車の代車としてポルシェ九一ターボを使用する必要性があったとまでは認めることができない」とし、修理期間中の代車としては国産の高級車で足りたとした。

次に、②東京地判平成七年三月一七日交民集二八巻二号四一七頁は、キャデラックのリムジンが本件事故による修理のため代車にどのような車種を請求できるかが争点となった判決である。原告は、原告車と同様キャデラックのリムジンの代車として実際に支出した四八八万〇六五五円を請求したところ、東京地裁は、「国産高級車をもって十分代替できる」として、代車料として九七万五千元のみを認めた。

第三に、③東京地判平成八年五月二十九日交民集二九卷三号八一〇頁は、著名な外国車販売業者から購入した、著名な歌手のもと所有にかかるロールスロイスの修理期間につき、原告はメルセデスベンツのリムジンを代車として使用したためその代車料四四〇万八四〇〇円を請求したのに対し、東京地裁は「原告が実際に代車に使用したメルセデスベンツのリムジン車である必要性は認められないが、国内最高級クラスの車両と認めるのが相当である」として、一日あたり二万円×八〇日分の一六〇万円を代車料として認めた。

最後に、④東京地判平成一一年九月二三日交通民集三三卷五号一三七八頁では（被害車はメルセデスベンツ五六〇）、「代車は、あくまで修理等に必要な比較的短期間において、自動車を利用できないことによる損害の発生を回避するために認められる代替手段であるから、使用目的に照らして相当な範囲内において、これを認めるのが相当」（傍点）は引用者）とし、その上で「代替手段としてメルセデス・ベンツ五六〇型車を使用する必要性があったとまではいえない（原告会社としては、メルセデス・ベンツでの安全性を確保しなければならないとしても、それは主観的な問題であって、加害者に負担させるのが相当でない……）。原告……の原告会社内での立場を考慮したとしても、右の代車の性格に照らせば、国産高級車を使用する限度で相当因果関係を認めるのが相当」と判示している。

①ないし④判決につき、損害回避義務の観点から、「損害回避のために費用を要した場合」に注目して以下検討する。

ただその前に留意が必要なのは、①ないし④判決は高級外車のケースであっても「国産高級車をもって十分代替できる」として、評価的な契機を含んでいることであり、④判決ではメルセデスベンツの安全性を「主観的な問題」とし、加害者に負担させるのは相当ではないとの判断をしていることである。

判決文からは、①ないし④判決は代車料を不法行為による損害賠償の範囲の問題として考慮しているが、代車が国

産高級車をもって十分代替可能かどうか、あるいはメルセデスベンツに乗ることの主観的な安全性を加害者に転嫁すべきではないという判断は、従来の義務射程説・危険性関連説どちらによっても——その原型からは——導き出すことはできないと思われる。もとより、過失相殺あるいは過失相殺の類推適用による結論でもない。なぜなら、被害者に国産高級車に乗るべき義務、あるいは国産高級車の安全で満足すべき義務は認めることはできないからである。

以上の裁判例による法理は、単なる賠償の範囲の問題というよりもむしろ損害軽減義務の問題と捉えるのが適切と考える。その理由は、被害者には代車を利用せずさらなる損害の発生を放置することも考えられるところ（例えば、接待用の車両を利用できないことよって顧客の接待に不都合が生じ、これよって取引を失う不利益等）、このような損害の拡大を放置すべきではないというある種の義務を被害者に認め、他方であまりに高額な代車料を認めることはむしろ損害を拡大させるものと評価することができるからである。

ここで注意が必要なのは、このような損害軽減義務の観点からみた代車料についても全くの事実の問題としているわけではないことである。なぜならどのような代車を用いるかにつき「国産高級車をもって十分代替できる」「メルセデスベンツに乗る主観的な安全を」加害者に負担させるのが相当でない」という評価の契機が含まれているからである。まさに、*Darbishir v Warren* [1963] 1 WLR 1067 におおつ Pearson 裁判官が述べた通り「被害者は望む通りの贅沢をすることができ、そのツケを加害者に転嫁することはできない」のである。

以上より、契約法だけでなく、不法行為法の領域においても損害軽減義務はわが国の判例の中にすでに法原理として存在していると評価することが可能と考える。⁽⁸⁰⁾

契約法につき、民法（債権法）改正検討委員会による基本方針【3.3.02】のような改正をするのであれば、民法（債権法）改正検討委員会は不法行為法における損害軽減義務につき民法七二二条二項で処理可能との口吻を洩らし

ているが、不法行為法についても、損害軽減義務に関する手当てが必要である。

(70) その他、イングランドでは売買の目的物に瑕疵があったものの、購入価格よりも高額で処分された場合についても損害軽減義務に關する範疇で扱われていたが、わが国ではそもそも損害の有無が問題となろう。損害回避義務の問題は、単に過失相殺や賠償の範囲にとどまらず、不法行為法における損害概念にも影響を及ぼす可能性がある。

(71) 次に紹介する高松高判平成一九年一月一八日判時一九六四号九〇頁における無記名評釈。

(72) 看護師の高庄流腸のミスで大腸に穿孔が生じ人工肛門の設置を余儀なくされた患者につき、人工肛門閉鎖術による自然排便の可能性はあるものの、施術による患者の危険性を考慮し、患者に人工肛門閉鎖術を受けさせることは医学的、法的に酷であるとされた事案である。上告・上告受理申立てはなされず、確定している。

(73) 最判昭和六三年四月二一日民集四二巻四号二四三頁参照。

(74) 自動車の修理費について、藤村和夫・山野嘉朗『概説交通事故賠償法』（日本評論社、第二版、二〇〇三年）一四四—一四五頁参照。

(75) 念のため補足しておく、ここで扱おうとする問題と、フランスのペリュシユ判決と同様の意味での *wrongful birth* は、異なる。わが国において、いわゆる *wrongful birth* については顕著な著積があるが（本稿の趣旨から外れるためすべてを網羅的に掲げることはず、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義（二）」立命二五二号（一九九七年）一〇五頁、境原三津夫「日本における *wrongful birth* 訴訟と障害胎児の妊娠中絶」生命倫理二二巻一号「二〇〇二年」一八三頁、大村敦志「障害児の出生をめぐる法的言説」岩村正彦・大村敦志編「融ける境 越える法①個を支えるもの」〔東京大学出版会、二〇〇五年〕五九頁以下「大村2005」と略記する）、中村哲也「Wrongful life とドイツ損害賠償法——民法における人の法の展開と課題について」法政理論第三九巻三号「二〇〇七年」二六五頁を挙げるに留める。詳しくは、大村2005・七四—七六頁の文献表参照）、不妊手術の失敗によって障害を有する子どもが出生した場合に、母親が妊娠中絶をしなかったことで過失相殺されるかについて扱うものは必ずしも多くない。

(76) 小池泰「不妊化失敗と医師の責任（一）（二・完）」民商一二巻二号（一九九九年）四〇頁、一二二巻三号三〇頁、河原格「子に対する扶養損害」白山法学創刊号（二〇〇五年）一〇一頁。わが国ではそもそも慰謝料しか認められていないようであるが、扶養負担の賠償を認めるとすると、そこでは中絶をしなかったことが過失相殺されるか（損害軽減義務となるかどうか）を検討しておく必

要がある。

- (77) 石井美智子「不妊手術後の妊娠事件」『順孝一』宇津木伸『平林勝政編』『医療過誤判例百選』(有斐閣、第二版、一九九六年)一二頁。この問題については、浦川道太郎「判批・大阪高判昭和六一年七月一六日」判タ六四三三号(一九八七年)一一八頁、丸山英二「不妊手術の失敗による妊娠・出産と民事責任」法時六〇巻四号(一九八八年)二五頁参照。ドイツ法の判例研究という形ではあるが、手嶋豊「不妊化手術が失敗し出産した場合における出生児の養育費請求の可否」判タ五八九号(一九八六年)三六頁が非常に示唆に富む。

- (78) 田島純蔵「車両損害」塩崎勤『園部秀穂編』『新・裁判実務体系5交通事故訴訟法』(青林書院、二〇〇三年)二四〇頁、二五七頁。
 (79) とりわけ、①判決はボルシェオナーズクラブの会員としてクラブで知り合った顧客を有しており、③判決の原告は易団を主催している、易団が社用車として接待等に利用するために国産最高級クラスの車両で足りるかどうかについては、疑問も残る。

- (80) 内田 1990・一七頁参照。冒頭で掲げた最判平成二十一年一月一九日民集六三巻一号九七頁も、被告の一人である組合の代表者に対する請求は民法七〇九条(又は中小企業等協同組合法三八条の二第二項)に基づくものであり、不法行為法における損害軽減義務の観点から説明されるべき判例である。

IV おわりに

1 総括

以上の通り、本稿では、民法(債権法)改正検討委員会による基本方針を契機として、イングランド法における損害軽減義務を手掛かりに、わが国の不法行為法についてもすでに損害軽減義務は存在する法理であって、不法行為法を改正する際には一定の手当てが必要なることをみてきた。そこからは、①イングランドにおいて損害軽減義務は、いわゆる「義務」ではないが損害を評価する局面において認められてきたこと、②寄与過失の法理は、過失相殺を被害

者に課された義務の違反と捉えると過失相殺と基本的な相違はないが、イングランドの寄与過失の法理は被害者の不法行為後の行為をも包含する概念であって、わが国の本来の過失相殺とは異なること、③他方で、寄与過失と損害軽減義務にも、寄与過失が割合的な免責を導く法理なのに対し、損害軽減義務は当該損害項目の全部免責をもたらすという相違点があること、④賠償範囲の問題とは作為か不作為かという違いはあるものの、どちらも「実際の」損害の填補という共通の根拠を有することが明らかとなった。

わが国においても、⑤患者が治療の可能性はあるものの適切な治療の機会を放棄した場合は賠償額が減額されており、⑥いわゆる経済的全損、あるいは過度な修理費の請求は損害軽減義務の観点から説明が可能であること、⑦不妊手術の後に妊娠した場合、中絶あるいは養子縁組をしなければ賠償額が減額されることがわが国においても議論されているところ、イングランド損害軽減義務の観点からは女性が中絶をしなかったことは不合理とされておらず、不妊手術後に妊娠した女性に中絶をする義務を設定することは困難といえること、⑧わが国において賠償範囲の問題とされている代車料は損害軽減義務の観点から「損害回避費用」として捉え直すべきであり、他方であまりに高額な代車料はむしろ損害を拡大させるものとして、イングランドと同じく評価的に算定されているといえる。

わが国においても、契約法と同様、不法行為法においても損害軽減義務の法理を有しており、将来の不法行為法改正の折には一定の手当が必要であるというのが本稿の主張であるが、以下、若干の補足と残された課題について述べたい。

2 契約責任との違い——実体法上の「義務」…差止請求権の「転形論」？

最初は、契約責任との関係である。民法（債権法）改正検討委員会は民法四一八条につき【3.1.1.73】で損害軽減

義務に改正提案している。契約法では当事者間で双方の規範を設定できるという性質から、過失相殺を実体法上の損害軽減義務に改正することも可能かもしれない。しかし、不法行為法では、そもそも加害者に対する被害者の義務を觀念することが困難である点で、契約法とは異なる。このことより、不法行為法においては過失相殺を単純に損害軽減義務に改正することはできないと思われる。民法（債権法）改正検討委員会は、【3.1.1.73】を英米法と直結させることは大きな誤りと強調するが、やはり損害軽減義務は英米法の強い影響のもとで発展してきたことは否めない。私も損害軽減義務につき英米法から直輸入すべきと主張するものではないが、イングランド不法行為法において、損害軽減義務と寄与過失の法理は——厳密な区別は困難なもの——併存してきたことは重要視するに値する。

契約法との関係で最も強調しておきたいことは、民法（債権法）改正検討委員会は損害軽減義務を実体法上の義務としてはいるが、イングランドにおいては契約法・不法行為法に共通して損害軽減義務は実体上の義務ではなく、損害評価の項目にすぎないことである。「義務」とは単に慣用的な表現であって、実体法上の義務とはされていない。そうすると、不法行為法における損害軽減義務は損害評価の項目である一方で、契約法では実体法上の義務であるとするのは、とりわけ請求権競合の場面等を想定すると、契約法と不法行為法で義務の性質が異なることとなり、望ましくない。

これは、おそらく「義務」の定義によることになるが、例えば、契約上の付随「義務」についてもその違反は履行強制はできないが損害賠償を基礎⁽⁸¹⁾づけることと比較しても、損害軽減義務を実体上の義務と位置づけることは、従来の「義務」の用法に照らすと、違和感が残る。この点については、さらなる検討が必要と思想する。

また、やや細かい問題になるが、契約法とは異なり不法行為法では履行請求権と損害軽減義務の関係は問題とならないであろう⁽⁸²⁾。もっとも、わが国においてもより広範に不法行為法に基づく差止請求が認められるようになると、差

止請求権と損害軽減義務の優先劣後が争われる可能性自体は否定できない。もとより、原則的な効果が損害賠償であることが明らかな不法行為ではあまり問題にはならないであろう。

3 過失相殺との異同——わが国における「類推」の限界

次に、損害軽減義務と過失相殺の異同についてである。過失相殺を行為規範としての義務違反と捉えようと、損害軽減義務と過失相殺はほぼ一致することになる。かつてわが国で有力であった見解はアメリカ法を参照してまさにこのように考えたが、現在の過失相殺にかかる議論状況では、行為規範違反としての過失相殺理解は必ずしも有力ではない。

それでも、民法（債権法）改正検討委員会の基本方針が示唆するように、不法行為法における損害軽減義務は民法七二二条二項で応接が可能なのであるか。なるほど、この点については、過失相殺の類推適用という形で一応は対応が可能かもしれない。しかしながら、類推適用とは「その条文の本来の法律要件を欠くとしても、その趣旨（そこで示された利益判断）を生かすためになされる作業」であるとすると、なにについて「類推」がなされたのかはむしろ積極的に探求されなくてはならない⁽⁸⁷⁾。現在の過失相殺にかかる議論状況では、行為規範違反として過失相殺を理解する見解は少数にとどまっており、被害者に対する行為規範としての過失相殺が承認されていないとすると、損害軽減義務を過失相殺の枠組みで捉えることは、もはやその趣旨に反し「類推」の範疇を超えるのではなからうか。⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾

内田貴助教教授（論稿公表当時）は、契約違反による損害賠償と不法行為による損害賠償を同じく「損害法」と捉える英米法と、わが国の裁判例を素材として、損害軽減義務を、損益相殺・（狭義の）過失相殺と並ぶ減額事由という位置づけも可能であろうと述べられている⁽⁹⁰⁾。わが国の不法行為法においても損害軽減義務の法理がすでに存在する以

上、近い将来における不法行為法の改正においては、例えば、契約法改正にかかる【3.1.1.73】へ1に相当する項を民法七二二条三項としてこれを明文化するなど、なんらかの手当てが必要であろう。⁽⁸⁸⁾民法七二二条二項の過失相殺と民法七二二条三項(仮案)の損害軽減義務の違いは、過失相殺が割合的な免責をもたらす規定であるのに対し、他方で、損害軽減義務は損害軽減のための合理的な回避措置がとられたと仮定することによって当該損害項目全額の免責が問題となるという点である。⁽⁸⁹⁾このような相違点があることから、民法七二二条二項を削除すべき理由は、——イングラント法でも寄与過失と損害軽減義務は併存しており、とりわけ本来の過失相殺における過失を行為規範違反としないわが国では——特に見当たらない。

まとめると、被害者にも「損害をできるだけ最小限に抑えるよう努力する」義務はわが国の現状においてもすでに認められているが、これは過失相殺の「類推」の限界を超えており、当該損害項目の全部免責が問題となる損害軽減義務の観点から捉えるべきであると考える。損害軽減義務を既存の法制度で処理することの限界が同じく問題となるのが、損害回避のための費用の賠償である。

4 賠償範囲について——慣用的な表現としての損害軽減義務・損害評価項目へ

第三に、過失相殺との関係で述べたことは、賠償範囲の問題にも当てはまる。民法(債権法)改正検討委員会は、【3.3.02】で義務射程説と危険性関連説を折衷した形での基本方針を示しているが、ここでの「規範」は加害者に向けられているのであるから、現状の裁判例が被害者に一定の損害を軽減すべき義務を考慮に入れて賠償額を算定していることを説明することができない。従来、わが国では、代車料は単なる相当因果関係の相当性の問題として等閑視されてきた。けれども、そこには「より損害が拡大するのを回避する費用」との観点が脱漏しており、さらに、そこ

での裁判例では極めて評価的な判断がなされているのであるから、やはり、被害者に損害をできるだけ最小限に抑えるよう努力する「義務」を正面から承認した上で、それに基づいて賠償額の算定がなされるべきであると考えられる。損害回避のための費用については【3.3.02】によって処理することはできないと考えられ、不法行為法においても、【3.1.1.73】へ2へに相当する項を、例えば民法七二二条四項とするなど、新たな規定が設けられるべきである。

5 損害軽減義務の根拠——「実際に被った」損害の填補

第四に、すでにわが国においても、（間接被害者にかかる文脈であるが）「企業側の損害抑止義務を課することは合理的であろう」としつつ、同義務違反の効果として過失相殺を主張する裁判官の論稿を評価する見解がみられた。⁽⁹²⁾ 他方で、被害者の自助努力・経営努力に委ねることについては、「加害者の損害填補の要請（矯正的正義）との関係で、どうしてアプリアリに被害者負担となるのか自明ではない」ともされていた。⁽⁹³⁾ 本稿は、まさにこの点について解決の糸口をイングラウンド法に求めたものであったが、そこからは、損害軽減義務の根拠はまさしく「実際に被った」損害の填補であって、実際に被った損害を実質的に評価すれば——重ねて強調しておく、損害軽減義務は、「義務」とはいうものの損害の一評価項目と理解すべきである——、損害の填補という矯正的正義からの要請に反するものではなく、むしろ「実際の」損害の填補というより強い矯正的正義の要請に基づくものであることが明らかとなった。ただし、そこからは、また新たな課題も生じることになる。

6 損害概念——残された課題1

以上の通り、わが国においても損害軽減義務の法理はすでに存在しており、それに基づき債権法（不法行為法）の

改正がなされるべきであると思料する。⁽⁹⁴⁾ 損害軽減義務は、実体法上の「義務」として指定するのではなく、損害を金銭的に評価する際の視点、あるいは損害評価項目の一つとして説明が可能である。

ただ、以上のような観点から不法行為法を捉え直すすると、なお解決すべき大きな問題にも気付く。すなわち、これまで不法行為法の役割とされてきた「損害の填補」あるいは損害額の認定に評価的な視点が導入されていることである。だとすると、いまなお判例が採用しているとされる差額説との関係では、差額説にも規範的な契機は含まれるとされているが、⁽⁹⁵⁾ いかにそれが規範的な評価を含むものであったとしても、被害者の（慣用的意味での）義務を問題とする損害軽減義務とは親和性を有しないと考える。

損害の填補という政策あるいは不法行為法の機能については、裁判例を検討すると、相当程度評価的に理解されている。このような裁判例と不法行為法を同期させるには、やはり損害差額説を改めるべきであろう。もともと、この問題は本稿の課題を超えるものであり、今後の問題とせざるを得ない。

7 残された課題 2 — 被害者の心因的素因・損益相殺

残されているのは、損害論だけではない。次のような課題も残されたままである。第一は、被害者の心因的素因とされてきた問題についても、⁽⁹⁶⁾ 損害軽減義務の問題として把握することができかどうか議論する必要があることとである。心因的素因だけでなく身体的素因とも平仄を合わせた形で議論することが必要なのである。本稿の射程の外とした。⁽⁹⁷⁾ 第二は、損害軽減義務と損益相殺は、「実際に」被った損害の填補という根拠で一致するのであれば、主これまで併行給付との関係で議論されてきたわが国の損益相殺についても検討の必要が認められる。損益相殺についても最近規範的な判断を行う判例が現れているが、⁽⁹⁸⁾ 私は、不法行為法の第一の機能である「損害の填補」がもとと評

価的、あるいは規範的な契機を有しており、この評価的・規範的な部分を通して、不法行為法の抑止的・制裁的な機能を説明できるのではないかとの見通しを有している。⁽⁸⁴⁾ 以上のような問題の検討を通して前述の損害論も明らかになってこようが、このような課題について、引き続き研究を重ねていくことにしたい。

- (81) 中田裕康『債権総論』（岩波書店、二〇〇八年）一〇八頁。
- (82) 森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣、二〇〇六年）参照。
- (83) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、復刻版、二〇〇四年〔初版は一九三七年〕）二〇九頁、谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務——avoidable consequencesの理論の示唆」我妻栄先生還暦記念『損害賠償責任の研究上』（有斐閣、一九五七年）一三五頁。
- (84) 窪田『法理』二八〇頁。
- (85) 谷口知平博士は、「英米の損害避抑義務に関する判例法理は、わが民法上過失相殺の理論に応用せらるべき」と述べられているが（谷口＝植林 195）、現在のイングランド法では、——イングランドの寄与過失はわが国の過失相殺とは異なるため理論的に厳密な訳ではないが——損害軽減義務は寄与過失と区別して認識されている。
- (86) 過失相殺につき事故支配力（事故抑止・損害抑止）を考慮に入れられる能見教授は（能見 1995・一三八頁）、公平な分担を理由に拡大してきた過失相殺の適用範囲を制限すべきと主張するための論考で（能見 1995・一四四頁）、過失相殺そのものを安易に拡張することには慎重であるべきとして同稿を結ばれている（能見 1995・一四五頁）。
- (87) 内田 1990・二六頁。
- (88) 谷口＝植林 1957・九二頁は「民事責任としては、債務不履行と不法行為とを区別すべき理由」はないとしている。
- (89) その他、過失相殺では、判例は、責任能力ではなく事理弁識能力を前提としているが（最判昭和三九年六月二四日民集一八卷五号八五四頁）、損害軽減義務ではこのようなことは問題とならないことも相違点となろう。もともと、イングランド法は、責任能力といたった概念を有してこなく（Ken Oliphant・Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales' Miquel Martin-Casals (ed.) Children in Tort Law Part 1: Children as Tortfeasors, 2006 Springer-Verlag/Wien, 147, 152-154.）

- (90) なるほど、損害回避費用については【3.3.02】の「規範が保護の対象としている損害」ではなく「その損害の相当の結果として生じた損害」によって処理するということも考えられないではない。しなしながら、【3.3.02】はもともと「現時点における理論の最大公約数的な共通理解、いい換えれば、できるだけ多くの理論から説明が可能な準則であり、かつ、現民法四一六条の準用・類推適用のもとで展開されてきた実務に無用の影響を及ぼさないもの——(どの考え方からも、なんらかの説明を付加することによって)それほどの違和感なく受入れが可能なルール——」として提案されているものであり、「規範が保護の対象としている損害」と「その損害の相当の結果として生じた損害」がそれぞれ義務射程説と危険性関連説を折衷的に規定したものであるとすると、これらの関係が明らかではなく、損害回避費用を「その損害の相当の結果として生じた損害」の問題とすることは、理論的明確さを欠くと思われる。
- (91) 夏目明德「間接被害者の損害」塩崎勤Ⅱ園部秀穂編『新・裁判実務大系5交通損害訴訟法』(青林書院、二〇〇三年)二〇八頁、一二四頁。
- (92) 吉田 2009・三二七頁。
- (93) 吉田 2009・三三五頁。
- (94) これは、特段目新しい主張を行おうとするものではなく、従来のわが国の判例法を確認的に規定するにすぎないという意味では、平成一六年改正において権利侵害要件に「法律上保護される利益」が明文化されたことと同様のインパクトしか有しない。
- (95) 四宮和夫『不法行為』(青林書院、一九八五年)六〇〇頁以下。しかしながら、平成二〇年六月一〇日民集六二卷六号一四八八頁を契機とするこのような理解に関する疑問については、拙稿「損益相殺の『規範化』と不法行為法における損害論」広法三二卷四号四七頁参照。また、判例の差額説的な損害論と損益相殺にかかる理論を分析する論考として、潮見佳男「差額説と損益相殺」論叢一六四卷一〜六号(二〇〇九年)一〇五参照(論者自身は損害を事実状態の差と把握されている)。
- (96) 最判昭和六三年四月二一日民集四二卷四号二四三頁参照。
- (97) 被害者の素因については、窪田『法理』三頁以下参照。
- (98) 最判平成二〇年六月一〇日民集六二卷六号一四八八頁。
- (99) このような見通しは、窪田充見「不法行為法と制裁」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』(成文堂、二〇〇〇年)六六七頁から多大なる示唆を受けた。