

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

小 林 友 則

1. 問題の所在
2. 日本法における損害軽減義務
3. ドイツ法における損害軽減義務
4. おわりに

1. 問題の所在

(1) 問題の所在

債務者の債務不履行に基づき債権者に生じる損害の中には、債権者が回避ないし軽減することが可能な損害も存在する。このため、債権者にそのような損害を回避ないし軽減することを求め、その要請を法制度に取り込むことが認められるかが問題となる。この問題は、従来、債権者（ないし被害者）の損害軽減義務の問題として扱われてきた。

損害軽減義務の問題は、典型的には、損害賠償制度、とりわけ過失相殺制度との関係で議論されてきた。すなわち、債務者が民法415条に基づき債務不履行責任を負う場合であっても、債権者が回避ないし軽減することが可能であったにもかかわらずこれを怠ったために生じた損害部分について、民法418条との関係で債務者の賠償責任を縮減することが認められるかという問題である。

そして近年では、損害賠償制度との関係でも、賠償額算定の基準時をどのように考えるかという問題や、損害軽減義務との関係で履行請求権を制限していくことができるかという契約の拘束力にかかわる問題など、損害

軽減義務の問題は多方面に派生している¹⁾。

もっとも、損害軽減義務を各種の法制度に取り込むことができるかという問題を考える際には、そもそも債権者に損害軽減義務を認めることができるかという問題に取り組む必要がある。また、たとえ総論として、債権者に損害の回避・軽減措置を法的に要請しうるとして損害軽減義務を認めるとしても、具体的に債権者にどのような、あるいはどの程度の行為態様を要求することができるのかという問題を考えなければならない²⁾。

もちろん、損害軽減義務の具体的な内容の確定は、個別・具体的な事案における裁判官の裁量に委ねざるを得ない部分が少なくない。しかし、ここでは損害の回避・軽減に向けた債権者側の行為態様を規範的に評価することが問題となっているのであるから、“信義則上債権者に期待しうる合理的な行動”といった抽象度の高い基準だけで問題を考えるのではなく、どのような評価を行うことが法的に要請されているかという観点も考慮する必要があるのではないか³⁾。

(2) 考察の視点

損害軽減義務の内容として債権者にどのような（どの程度の）行為態様を要求することができるかという問題を考えるための中心となるべき視点は、損害軽減義務を取り込む各法制度をどのような制度として構築し、その中で損害軽減義務をどのように位置づけるかという点にある。

しかし、この制度的アプローチ、さらにはその先の個別・具体的な評価

1) これらの問題については、森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣、2006年）（初出：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書その2』法学志林91巻1号〔1993年〕187頁以下、および後述の日本法のまとめのほか、特に損害軽減義務と履行請求権に関する議論については、吉川吉樹「損害軽減義務と履行請求権」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、2007年）174頁を参照。

2) 損害軽減義務を広く認めていくことに警鐘を鳴らすものとして、潮見佳男『債権総論I（第2版）』（有斐閣、2003年）387頁以下。

3) 窪田教授は過失相殺制度との関係において、「加害者の責任の減免をもたらす被害者の行為（事情）については、法的な評価を伴った選択作業がなされる」とした上で、「被害者の過失」判断の前提となる基準（定型）の法的な意味、そして、その基準（定型）とのずれ（違背）が法的にどのような意味を有するのかということ を明らかにすることが必要であるとする（窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、1994年）194頁）。

をより有益なものとするためには、それが損害軽減義務を問題とするものである以上、損害軽減義務とはそもそもどのような義務なのか、債権者に損害の軽減を求めることは法的にどのような意味をもつのかという点を考慮に入れる必要があると考える。

そこで、本稿は、損害軽減義務がどのような義務であるかを明らかにすることを課題とする。そしてそのために、過失相殺制度における損害軽減義務について考察を行う。日本では損害軽減義務は主として過失相殺制度との関係で議論が展開されてきたのであり、また、民法418条の起草にあたり参照されたドイツ法⁴⁾には、日本法の過失相殺制度に相当するBGB254条⁵⁾において損害軽減義務が認められ、一定の議論の蓄積があるため、日本法における損害軽減義務の検討に有益な示唆を得られると考えるからである。

以下では、まず、日本法において損害軽減義務がどのように議論されてきたのかを整理し、損害軽減義務がどのような制度および問題において、どのように位置づけられているかを確認する。これにより損害軽減義務がどのような義務かという問題が日本法において有する意義の若干の可視化を試みる。その上で、BGB254条における損害軽減義務に関する議論を考察し、日本法における損害軽減義務の意義を考えるための示唆を得ることとする。

2. 日本法における損害軽減義務

(1) 民法418条の起草過程

まず、民法418条の起草過程⁶⁾を考察し、損害軽減義務をめぐる議論の出発点を確認しておきたい。

4) 英米法との関係では、本稿が課題とした問題を含め、損害軽減義務の具体的な内容の確定について、長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造』（日本評論社、2011年）97頁以下が考察している。

5) 日本におけるBGB254条の一般的な解説として、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、1988年）59頁以下〔青野博之〕がある。

6) 民法418条および722条2項の起草過程については、窪田・前掲註3)140頁以下、および長谷川貞之「法典編纂から見た「被害者の過失」(一) —ローマ法からドイツ民法典の成立まで—」駿河台法学2号（1988）104頁以下が特に詳しい。

現行民法 418 条は法典調査会において、原案 412 条として審議された。

原案 412 条「債務ノ不履行ニ関シ債権者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」

穂積委員からなされた原案 412 条についての趣旨説明は非常に簡素なものであった。その適示したところは次の 3 点である。①本条は賠償責任を認めるにあたり債務不履行の原因を問わないことの例外であること、②賠償額だけでなく責任の有無の斟酌を含めることを明確にしたこと、③裁判官の公平な判断に任せるのがよいため簡明にしたこと、である。そして特に議論もないまま原案 412 条の審議は終了している。

また、不法行為における過失相殺について定める現行民法 722 条 2 項(原案 730 条)の審議においても、その趣旨については、原案 417 条(現行 418 条)と「道理」は同じであるという説明がなされるにとどまっている。もっとも、原案 730 条の審議においては原案 412 条の審議の場合と異なり、活発な議論が展開された。しかし、それは基本的に不法行為制度との関係における本条の必要性に関する議論であった。

したがって、起草過程からは、損害軽減義務に関する起草委員の見解はもちろん、債権者の過失をどのようなものとして理解すればよいかについての考え方も読み取ることは難しいといえる。

なお、原案 412 条の起草にあたっては、損害軽減義務について定めていたドイツ民法第 1 草案および第 2 草案が参照されていたにもかかわらず、原案 412 条の文言はもちろん、穂積委員の説明においても、不履行に関する債権者の過失のみが言及されている。このため、不履行後の債権者の過失に関わる損害軽減義務は排除されていると解することもできなくはない。しかし、単純に考えが及んでいなかっただけと考えるのが妥当であり、損害軽減義務の問題についてはフラットな状態であるととらえるべきであろう。

(2) 学説の展開

そこで次に、日本法において損害軽減義務をめぐる議論がどのように展開されてきたのかを整理し、日本法における損害軽減義務の位置づけを明らかにする。

(a) 過失相殺制度への損害の発生・拡大に対する債権者の過失の取り込み
民法 418 条の文言においては、債務不履行に関する債権者の過失を考慮することしか明示されていない。しかし、債務不履行が生じた後における損害の発生や拡大に債権者の過失が関わった場合も過失相殺制度の適用対象となることは、早くから承認されていた。

これを明確に認めるのが我妻博士であり、民法 418 条は「債務者だけの責に帰すべき事由によって債務不履行を生じた後に、損害の発生または拡大に債権者の過失が加わった場合にも適用される」とする⁷⁾。

しかも、我妻博士は、この場合の例として、「債務者の責に帰すべき事由によって目的物が滅失した後に、債権者が損害を軽減するための通常の処置をとることを怠ったとき」を挙げており、損害軽減義務の考え方を意識していることがうかがえる。

(b) 損害軽減義務の議論の萌芽

日本において早い時期に損害軽減義務について論じたのが谷口知平博士である。

谷口博士は、過失相殺制度を損害賠償額算定にあたり公平の原則と債権関係を支配する信義則、社会生活を支配する共同の精神を基礎とすべきことを具体的に顕現する制度とした上で、この損害賠償における公平の原則ないし信義則の適用規準の 1 つとして損害抑避の義務を位置づけ、日本法においても考慮に入れるべきと主張する⁸⁾。

また、谷口博士は、損害軽減義務の機能の仕方について、賠償額の認定にあたっては「損害賠償請求原因発生から賠償額認定までの長い期間中の一切の事情」を考慮すべきところ、その際に損害軽減義務が被害者債権者の態度へ道徳的評価を加えるものとして考慮されるとする⁹⁾。

なお、損害軽減義務の判断基準について、谷口博士は「通常人としてかかる方法を採用することが損害を少なからしめると合理的に考えられる場合

7) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964 年）129 頁、同『債権総論』（岩波書店、1930 年）76 頁。

8) 谷口知平「損害賠償額算定における損害抑避義務 - Avoidable Consequences の理論の示唆 -」川島武宜ら編『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。

9) 谷口・前掲 8)250 頁以下。

は、その方法を採用すべき」という考えを基礎に置き、具体的な場面における損害軽減義務の検討を行っている。しかも、この検討において、博士は、履行期前を含めた適時の契約解除義務まで視野に入れている。

(c) 損害賠償額の算定基準時の問題

谷口博士は過失相殺制度を想定しつつも、損害軽減義務の問題を広い射程で論じていた。他方で、具体的な問題との関係で損害軽減義務をとらえる議論も展開されていくこととなる。その端緒といえるのが、損害賠償額の算定基準時の問題を考えるにあたって損害軽減義務の考え方を導入する議論であり、これを早い時期に詳細に論じたのが斎藤彰教授である¹⁰⁾。

斎藤教授は、日本法においては損害賠償額の算定基準時についてのルールが未発達であるという問題意識のもと、代替取引可能性のある動産売買を想定した上で、損害軽減義務を基礎とする市場価格則によって算定基準時を限定することを主張する。市場価格則とは、契約の不履行の場合に目的物の契約価格と市場価格との差によって損害賠償額を算定するルールであり、このルールの下では、損害軽減義務の具体化としての代替取引の原則と代品購入義務を前提として、代替取引ができたはずの時の市場価格によって損害額が算定されることになる。

損害軽減義務について、斎藤教授は、英米法の理解を参照し、「契約違反の相手方に対して自己の蒙る損害を最小限に止めるため合理的な措置をとることを要求するもの」として理解する。そして、日本法においても、損害軽減義務は、信義則を基礎とし、かつ民法 418 条の過失相殺制度を直接的な根拠として認めることができるとする。

(d) 履行請求権の制限

そして近年、具体的な問題のレベルを超え、契約の拘束力のあり方を考えるための視点として損害軽減義務の考え方が指摘されるに至っている。これを明確に提起したのが内田貴教授である。

10) 斎藤彰「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時との関連において—」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集(中) 損害賠償法の課題と展望』(日本評論社、1990年) 51頁。

内田教授は、現実的履行の強制が債権の法的効力の最も原則的なものとされ、債務の性質がこれを許さない場合を除いて常に可能であることが前提とされてきたことに疑問を呈する¹¹⁾。すなわち、市場が存在する代替物の売買契約における売主の債務不履行の場合につき、代品の取得が容易であるにもかかわらず、経済性を無視した履行強制に国家が力を貸すべきか、また、目的物の価額が上昇している場合に容易な代品取得を怠った債権者に拡大損害の賠償請求と同じ意義を有する現実的履行の強制を認めるべきかという疑問である。

この問題につき内田教授は、損害軽減義務の考え方を導入して代替取引義務を認めることにより、このような強制履行を認めないという結論を導こうとする。すなわち、代替取引による損害軽減が期待できないことを強制履行の要件として要求すべきと主張する。

なお、内田教授は、そもそも損害軽減義務が認められるかという問題については、裁判例の分析を通じて、損害軽減義務は民法上の原理として暗黙の裡に存在しているとする¹²⁾。

内田教授の問題提起を発端とする議論の展開¹³⁾により、損害軽減義務は履行請求権と衝突するものであることが広く認識されるに至っている。

(3) 債権法改正における損害軽減義務

近年の債権法改正作業においても民法に損害軽減義務を導入することが検討された。すなわち、民法（債権法）改正検討委員会が策定した「債権法改正の基本方針」においては、次の規定の創設が提案されている¹⁴⁾。

11) 内田貴『契約の時代』（岩波書店、2000年）（初出：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42巻10号〔1990年〕170頁以下。

12) 内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』（東京大学出版会、2005年）167頁以下では、損害軽減義務を信義則上負う義務とし、「法文上の根拠として、418条を持ち出すことが可能」としている。

13) 内田教授の見解に対しては森田・前掲註1)183頁以下が詳細な批判を展開しており、また、吉川芳樹『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』（東京大学出版会、2010年）（初出：同「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（1）～（5）」法学協会雑誌124巻10号1頁、11号54頁、12号104頁〔以上、2007年〕、125巻1号134頁、2号94頁〔以上、2008年〕）が履行請求権と損害軽減義務の衝突について詳細に論じるなど、顕著な展開をみせている。

14) 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

【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。

この提案は、現行民法418条を損害軽減義務に関する準則を定めたものであるととらえ、これを文言上明確に表したに過ぎないとする¹⁵⁾。この点は、過失相殺制度を次のような制度として理解することを出発点とするものである。すなわち、過失相殺制度は、債務不履行から生じた損害について、その損害が当該債務を発生させた契約のもので両当事者にどのように分配されるのが適切かという観点からとらえられる。そしてその制度目的は、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させるといふ、損害リスクの債権者への（再）転嫁である。そして、そうであれば、民法418条は債務不履行による損害の発生ないし拡大を抑止するために債権者に対しても合理的な行動を求めていると解される。

もっとも、損害軽減義務を明確な形で規定することは、実務において萎縮などの過剰な反応をもたらすといった批判がなされ¹⁶⁾、2015年に国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」では、損害の発生もしくは拡大についての債権者の過失も過失相殺制度との関係で考慮するという、現行民法418条の過失相殺制度のもとでも異論なく認められていた考え方が明文化され「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は、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める。」という文言とされている。しかし、これは改正法において損害軽減義務の考え方を排除したことを意味するものではなく、むしろ損害軽減義務の考え方を導入する基盤が整えられたと捉えるべきであろう。

権一般（1）』（商事法務、2009年）284頁。

15) 詳解債権法改正の基本方針・前掲註14)285頁

16) 法制審議会民法（債権関係）部会第3回議事録、第21回議事録参照。

3. ドイツ法における損害軽減義務

次にBGB254条における損害軽減義務に関する議論を考察し、ドイツ法において損害軽減義務がどのような義務と考えられているかを明らかにする。

(1) BGB254条の概要

BGB254条は損害の発生あるいは拡大に被害者の過失が共働した場合に、加害者が賠償しなければならない損害の範囲、被害者の損害賠償請求権が認容される範囲を縮減する制度である。まず第1項において、損害の発生につき被害者の過失が共働した場合について定め、第2項において、被害者が危険の警告、損害の防止・軽減を怠った場合について定めている。

このBGB254条は債務不履行の場合だけでなく不法行為の場合にも適用される。また、BGB278条を準用することを定めるBGB254条2項2文により、履行補助者の過失も被害者の過失として考慮することが明確にされている。なお、条文の体裁上はBGB278条の準用は2項が問題とする被害者が危険の警告、損害の防止・軽減を怠った場面に限定されているが、1項が規定する損害の発生の場合にも、BGB278条は準用されると解されている。

(2) BGB254条の立法過程

まずはBGB254条の立法過程¹⁷⁾について、損害軽減義務がどのようにして制度化されたのか、そして立法者は損害軽減義務をどのような義務としてとらえていたのかを考察する。

(a) 部分草案

BGBの起草にあたっては、まず、議論のたたき台として部分草案

17) BGB254条の立法過程については、長谷川貞之「法典編纂から見た「被害者の過失」(三) —ローマ法からドイツ民法典の成立まで—」駿河台法学3巻2号(1990年)77頁以下が詳しい。

(Teilentwurf) が作られた。BGB254 条の元となった条文は Franz Philipp von Kübel によって起草された次の規定である¹⁸⁾。

Nr.15 § 13 「損害が同時に生じる他人の過失 (Verschuldung) と被害者の不注意 (Nachlässigkeit) により惹起された場合、被害者は裁判官の裁量に従いその割合に応じて、損害賠償請求権を有する。」

Kübel は、被害者と他者の双方の行為態様によって損害が発生した場合には、被害者の損害賠償請求権を縮減することを認める一方で、被害者が損害を回避しえたことを理由に損害賠償請求権を縮減することは否定する¹⁹⁾。その理由につき Kübel は、後者を認めることは、他者の不法な行為により損害を被らんとする者に、その行為者に対して損害回避のための注意を払う義務を負わせることになるとし、不法な行為から権利が発生することはないとする。また、不法な行為によって損害が発生する場合、被害者の行為や注意によって回避しえたとしても、不法な行為が損害の原因であることには変わりはないとし、そもそもその不法な行為がなければ損害は発生しなかったのであり、被害者の懈怠が損害を発生させたわけではないと主張する。

(b) 第 1 草案

しかし、損害の回避を顧慮しないとする Kübel の見解は、第 1 委員会において否決されることとなった²⁰⁾。その結果、Kübel の起草した部分草案 Nr.15 § 13 は、第 1 草案では次のような文言となった。

§ 222 「他人が惹起した損害の発生につき、被害者の過失 (Fahrlassigkeit) がたとえ損害回避に問題となるに過ぎないにしても共働した場合、裁判所は、他人が損害賠償の義務を負うか、およびその負うべき義務の範囲を事件の事情に従い判断しなければならない。とりわけ、裁判所は、判決にあたり、他人の過失 (Verschulden) と被害者の過失 (Fahrlassigkeit) のどちらが重大か、およびどの程度重大かを重視しなければならない。」

18) Werner Schubert (hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Recht der Schuldverhältnisse Teil I (Allgemeiner Teil), 1980, S. 655.

19) Vorlagen, a.a.O. (Fn.18), S. 56ff.

20) Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert (hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen : Recht der Schuldverhältnisse I [§ § 241 bis 432], 1978, S.114f. 参照。

もっとも、第1草案理由書²¹⁾では、被害者の損害回避についても当該制度の顧慮の対象とすることにつき、なんら説明はなされていない。ただ、当該制度が対象とする範囲は広いため、個々に規定するのは妥当ではなく、具体的な帰結を裁判官に委ねるのがよいとしている。

(c) 第2草案

第2草案では、被害者による損害の回避だけでなく軽減についても顧慮することが明文で示されることとなった。

§217「損害の発生につき、被害者の過失（Verschulden）が、たとえ損害の回避または軽減の不作为によるに過ぎないとしても共働した場合、賠償の義務および給付すべき賠償の範囲は、その事情によって、とりわけ損害がいかなる範囲において主としてどちらの当事者により惹起されたかによって定まる。」

第2草案議定書²²⁾では、加害行為の被害者に損害の回避ないし軽減のための注意を払うことを期待しうるか、さらにはどの程度期待しうるかが言及されている。もっとも、この問題は一義的な回答があるわけではなく、事情の勘案を適示することしかできないとする。むしろ多くの場合、どの程度の被害者の注意の要請が正当かはきわめて不鮮明であると認め、事案の勘案を適示しても、それは問題の解決になんらかの手がかりを提供するものではないため、これを法で定める必要もないとする。

(d) 連邦参議院への提出後

第2草案は連邦参議院に提出された後、ライヒ議会へ送付され、さらなる修正を受けて現行のBGB254条の施行に至っている²³⁾。BGB254条2項に関わるこの間の主な修正点は次の2点である。

第1に、被害者が損害の回避・軽減を行わなかった場合が損害の発生についての被害者の過失共働の場合と分けられ、それぞれ、1項と2項とし

21) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, S. 24.

22) Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1897, S. 300f. また、B. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 519. および Beratung, a.a.O. (Fn.20), S. 116f. 参照。

23) Beratung, a.a.O. (Fn.20), S. 117f. および Mugdan, a.a.O. (Fn.22), S. 1273f. 参照。

て規定された。これは、損害の回避・軽減について履行補助者の過失も考慮することを明文化するためであるとされている。

第2に、異常に高額な損害発生についての被害者による告知が規定されることとなった。これは、賠償義務の範囲を予見可能な範囲の損害に限定するためであるとされている。

(e) 立法過程のまとめ

BGB254条の立法過程において、損害軽減義務は、認められないという立場から出発し、次第に認められる領域が広がられていくという経過をたどっている。すなわち、部分草案を起草した Kübel は、加害者の帰責性を鑑みて被害者に加害者のための行為を求めるべきでないという考えから損害軽減義務を否定した。しかし、第1草案では被害者に損害の回避を法的に要請することが承認され、第2草案では損害の軽減を、そして最終的には一定の損害発生警告を法的に要請することが承認されるに至っている。もっとも、立法過程においては、被害者にこのような行為態様を要請する理由についての説明はなされてはいない。

他方で、254条2項で問題とされている損害軽減義務は、もともと254条1項で規定されている制度の中で認められてきた。BGB254条が2つの条項に分かれているのは、履行補助者の問題との関係で分割されたにすぎない。このため、ドイツ法では1項と2項は生じた損害に被害者の過失が共働したことを問題とする1つの制度として理解されており、1項が問題とする被害者の過失と2項が問題とする被害者の過失が異なる性質のものであるとは考えられていないと解される。

この点をふまえ、以下では、損害軽減義務との関係を意識したうえで、2項に焦点をしぼることなく、BGB254条の被害者の過失概念をめぐる学説の議論について考察していく。

(3) 被害者の過失概念の意義をめぐる議論の展開²⁴⁾

(a) 自己に対する過失

24) この学説の議論については、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程(二) - 責任無能力者の「過失」と素因の斟酌をめぐって -」法學論叢 137 卷4号(1995年) 2頁以下の整理も参照。

債務不履行責任などとの関係で問題とされる過失（echte Verschulden）とは異なる過失概念を提唱し、BGB254条における被害者の過失の理解につき大きな影響を与えたのが Ernst Zitelmann である。

Zitelmann は、過失があるというためには何らかの非難が存在していなければならないという考え方を根底に置いた上で、過失には他者に対する過失だけでなく自己に対する過失（Verschulden gegen sich selbst）も観念しようと主張する。すなわち、自分自身に損害を与える行為は、それは確かに法的な義務に違反するものではないが、自身に不利益を被らせないという自分自身に対する人としての（倫理的な）義務に違反するものであるとする。そしてそれゆえに、そのような行為は自己の固有の利益という観点から非難されることになるとする。

また、Zitelmann は、自己に対する過失が認められるための要件として、一定の行為が自己に不利益な結果に結びついており、それが非難に値すること、そして、行為者が非難されるものであることを認識して行為することが必要であるとする²⁵⁾。

この Zitelmann の見解は BGB254 条の被害者の過失を理解するにあたり、広く受け入れられるに至り、判例も Zitelmann の見解に依拠して、「固有の利益に対する要請に反し、事情に基づき必要とされる自身を損害から守るための注意を払わないこと」が BGB254 条における被害者の過失であるとしている²⁶⁾。

(b) オプリーゲンハイト

ところが、1950 年代に Reimer Schmidt によって民法にオプリーゲンハイト²⁷⁾ (Obliegenheit) の概念が導入されたのを機に、過失相殺制度における被害者の過失を被害者の“オプリーゲンハイト”違反であると解する立場が広

25) Ernst Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, S. 166ff.

26) BGHZ 3, 46ff.

27) Obliegenheit は日本法では間接義務と訳される場合が多い（奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992）212頁）。しかし、ドイツ法では Obliegenheit を義務ではないことを示すための用語として用いる傾向が強いこと、また、Schmidt が Obliegenheit 概念を民法に導入する以前に、Gernhard von Buchka によって提唱された indirekte Verpflichtung という概念（Gerhard von Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung, ein Beitrag zur Technik des bürgerlichen Rechts, 1904）が存在していることから、本稿では Obliegenheit をオプリーゲンハイトとして表記する。

まり、現在では判例²⁸⁾ および学説²⁹⁾ のほとんどがこの立場にたっている。

Schmidt は、一定の行為態様を強制する法制度には、少なくとも損害賠償請求権をもってその行為態様の実現を強制する強い法的強制力を伴う法制度と、法が要請する行為態様に反する場合でも損害賠償請求権は発生させず、単に不利益となる法的効果、たとえば保持していた法的地位や権利の喪失を生じさせるにすぎない法制度があることを認め、前者の法制度によって基礎づけられる法的地位である義務と区別するため、後者の法制度によって基礎づけられる法的地位をオプリーゲンハイト“Obliegenheit”と名づけた^{30) 31)}。

その上で、Schmidt は、オプリーゲンハイトにこのような弱い強制力しか認められない点を、当事者の利益状況によって根拠づける³²⁾。すなわち、法的義務は、権利者の利益のために義務負担者に課せられ、権利者の利益のために履行されるのに対し、オプリーゲンハイトは、確かに相手方の利益のために負担者に課されるものであるが、その履行に対して負担者も利益を有しており、相手方の利益と同時に負担者の固有の利益において履行される。このため、オプリーゲンハイトが違反された場合には、その負担者の固有の利益に非難が向けられるのであると。

オプリーゲンハイト概念の導入は、BGB254 条において被害者の行為の違法性を問題とすべきかという長く争われてきた議論に 1 つの決着をつけた³³⁾。ただし、オプリーゲンハイト概念をどのような概念として理解する

28) BGHZ 57, 137, 145; BGHZ 74, 25, 36; NJW 1979, 1366, 1367.

29) Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, S. 179f; ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, AT., 14. Aufl., 1987, S. 540 Fn 2; Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl., S. 351; Gottfried Schiemann, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse § 249-254, Neubearbeitung 2005, § 254 Rn. 30, 74ff; Hartmut Oetker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl, 2016, § 254 Rn. 2, 68.

30) Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953, S. 314f.

31) たとえば、保険法においては、保険契約者が危険を増大させる行為を行わないことが保険契約者のオプリーゲンハイトであるとされ、保険契約者がオプリーゲンハイトに違反して危険を増大させた場合には、保険金給付請求権を喪失するとされている。

32) Schmidt, a.a.O. (Fn.30), S. 104, 314f.

33) Dirk Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 195.

かについては、現在もお争いが存在する³⁴⁾。

(c) 法的義務

もっとも、BGB254 条の被害者の過失を法的義務との関係でとらえる見解も存在する。この見解には2つのアプローチがある。第1に、社会全体の利益との関係で被害者の義務を導くアプローチ。第2に、加害者に対する義務として被害者の義務をとらえるアプローチである。

(i) 社会全体に対する義務

第1のアプローチは、加害者と被害者の関係を考えるにあたり、当該二当事者だけでなく、社会全体との関係を視野に入れる点に特徴がある。この立場をとる Reinhard Greger は、現在の法システムの元では、大多数の一般的な利益に反する場合、あるいは保護に値する潜在的な加害者の利益に反する場合には、個々人に自己加害行為が禁止されるとする³⁵⁾。そして、BGB254 条の被害者の過失もこの意味での社会全体に対する義務の違反としてとらえる。

Greger は、信義則が被害者の過失に関する判断につき基準とならないという問題意識から出発する³⁶⁾。すなわち、判例が BGB254 条を BGB242 条の信義則の顕現場面としてのみとらえ、どのような場合に被害者の過失を認めて損害賠償の縮減を行うかの基準をすべて信義則に委ねているとした上で、信義則は有益な基準を提供していないと主張する。この点、Greger は信義則に代わる基準を社会全体に対する義務の違反という観点に求めるのであるが、その際に根底におかれたのは次のような考え方であった³⁷⁾。すなわち、立法者は損害の発生につき他者を保護するための法的義務に関する故意・過失をもって関わりとしたのであるから、BGB254 条における被害者の過失を一般的な用法における過失 (Verschulden) と異なる概念としてとらえる必要はなく、客観的な義務違反と主観的な非難可能性を問題にすべきという考えである。

34) オブリーゲンハイト概念の展開については Olaf Henß, *Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht*, 1988 参照。

35) Reinhard Greger, *Mitverschulden und Schadensminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?*, in: NJW 1985, 1133.

36) Reinhard Greger, a.a. (Fn.35), S. 1130.

37) Reinhard Greger, a.a. (Fn.35), S. 1132.

なお、GregerはBGB254条2項の場合についても特に言及しており³⁸⁾、被害者による損害の軽減は、すでに加害者と被害者の間に債務関係が存在しているのであるから、BGB242条との関係でも当然に義務として認められるとする。ただし、特定の損害軽減措置が被害者の義務として認められるかは、具体的な事情に左右されるとする。

もっとも、このような立場に対しては次のような批判がなされている³⁹⁾。すなわち、このような社会全体に対する義務を認めれば、構成員の社会的関係が過度に世間一般の自由を制限することになり、結局本来の目的である公益を損ねることになる。このため、公益との関係で自己加害を禁止することを一般的な原則としては認められない⁴⁰⁾。

(ii) 加害者に対する義務

第2のアプローチにおいては、被害者の自己加害行為が他者(加害者)の法的領域を侵害する点が問題視される。この立場に立つKurt J. Venzmerは次のように主張する⁴¹⁾。すなわち、ドイツ法では完全賠償主義がとられているため、被害者の態様が共働して損害を発生させた場合には、法的に保護されるべき加害者の利益が侵害される⁴²⁾。それゆえ、被害者は自己の損害の発生およびそれに基づく損害賠償請求権の発生に加担しない法的義務を負うのだと。

Venzmerも、損害賠償制度においては故意・過失ある損害についてのみ責任を負えばよいとされているのであるから、BGB254条も損害賠償制度に関するものである以上、BGB254条における被害者の過失を加害者の過失と区別する必要はないという考えを基礎に置く。

38) Reinhard Greger, a.a. (Fn.35), S. 1134.

39) Looschelders, a.a.O. (Fn.33), S. 184.

Looscheldersは、BGB254条の制度趣旨の観点からも批判を加えている。すなわち、BGB254条は加害者と被害者の間の適切な均衡を実現することを企図した制度であるから、両者の関係を越えた要素を考慮することは、BGB254条の法制度に適合的ではないとする。

40) Gregerの見解に対しては、その基礎に置いた考え方を含め、Walter Dunzが詳細な批判を展開している(Walter Dunz, „Eigenes Mitverschulden“ und Selbstwiderspruch, in: NJW 1986, 2234ff)。Walter Dunzも社会的な利益との関係で自己加害を禁止する原則は現行法秩序において認められないことを論じる。

41) Kurt J. Venzmer, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, 1960, S. 101f.

42) 同様の立場に立つDieter Schwabは、損害賠償訴訟の結果が不確かであることから、加害者が加害事件により“好ましくない状態”におかれるとする(Dieter Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 15. Aufl., 2002, Rn. 171)。

この立場に対しては、被害者の損害賠償請求権によって加害者が負う不利益は、たとえ被害者の過失が共働した場合であっても、加害者が責任規範の要件を満たしたことに根差しているのであるから、損害賠償請求権の発生を賠償義務者にとっての法的に許されざる損害と評価することは妥当ではないなどの批判がなされる。

(d) 法的に中立な行為

他方で、BGB254条における被害者の過失を自己加害という観点から捉えた上で、自己加害行為は法的にはなんら否定的な評価をされるものではないとする見解⁴³⁾も存在する。この見解は、損害軽減義務との関係では、損害の回避ないし軽減は、被害者に対して法的には要請されていないと解するものとなる。

この見解は、過失相殺制度との関係においては、被害者が損害の発生へ寄与したことではなく、被害者が損害賠償を請求したことを評価の対象とする。そして、矛盾行為の禁止（*venire contra factum proprium*）を基礎として、被害者が損害の発生に寄与する行為態様をとったにもかかわらず、その損害の賠償を要求することを法は許さないのだとし、過失相殺制度における賠償額の縮減を説明するのである。

この見解は、矛盾行為禁止の原則は故意・過失に対する非難ではなく取引関係における信頼の保護に基礎を置くのであるから、損害の回避ないし軽減を怠ったことについての被害者の故意・過失は問題にならないとする。他方で、先行行為と矛盾するというだけでは権利を制限する根拠として十分ではないとし、事情を総合的に勘案したうえで信義則に反すると評価される場合にのみ、損害賠償請求権は制限されるとする。

この見解に対しては、損害賠償を請求することが矛盾行為の禁止の原則に抵触するか否かの判断は、結局のところ、先行行為、すなわち損害の発生に寄与した被害者の行為態様に対する評価を前提としている⁴⁴⁾といった批判がなされている。

(e) まとめ

43) Hans Adriani, Der Schuldbegriff in § 254 BGB, 1939, S. 27ff.

44) Ulrich Weidner, Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen, 1970, S. 21ff.

損害軽減義務を内包する BGB254 条の被害者の過失概念をどのように理解するかにつき、ドイツ法では、当初、被害者自身の利益を守るための概念であると理解された。それが Zitelmann によって提唱された自己に対する過失概念である。しかしその後、被害者の過失をオプリーゲンハイトとの関係で理解する立場が浸透する。もっとも、オプリーゲンハイト概念の理解には未だ争いがある。このため、オプリーゲンハイト概念が、単に自己に対する過失概念を取り込みうる広さをもっており、また、履行請求権や損害賠償請求権を基礎づけない法的地位を表現する概念として便利な概念であったというだけと評価することもできる。しかし、Zitelmann の提唱した自己に対する過失概念の単純な維持が選択されなかった背景には、被害者の過失は被害者自身の利益だけでなく、相手方である加害者の利益への配慮も視野に入れた概念であるという評価が少なからず存在したものと考えられる。

他方、加害者を含めた他者の利益への影響をさらに強調し、その保護のために被害者に法的な義務を課し、当該義務との関係で被害者の過失を理解する見解も提唱された。さらには、損害軽減措置そのものは法的になんらの評価もなされないという見解も存在する。もっとも、両見解は多くの批判にさらされ、広く受け入れられるには至っていない。とりわけ、後者は BGB254 条の制度構築という観点でのみ債権者の損害軽減措置をとらえれば足りるという考えを基礎におくが、BGB254 条の制度構築を問題にする際にも、結局、損害軽減措置を法的に評価することは避けられないと批判されている。

4. おわりに

(1) 損害軽減義務の内容確定問題に対する示唆

BGB254 条における被害者の過失の意義をめぐる議論をふまえるならば、損害軽減義務は、自身が損害を被らないようにする自分自身に対する義務としてのみとらえるのではなく、当該義務が相手方（債務者）の利益に直結していることを正面から認め、相手方の利益に配慮する義務でもあることを認めるべきと考える。

このように解する場合、自分自身に対する義務としてのみとらえる場合よりも、広い範囲で損害軽減義務を認めていく方向に作用することになる。まず、少なくとも、債権者が損害軽減措置をとらないことに一定の利益や期待を有していることのみを理由として損害軽減義務を否定することは許されないだろう。また、債権者が損害軽減措置を講じることが可能であったか、あるいは容易であったかという債権者側の事情だけでなく、債権者が損害軽減措置を講じることにより債務者が得られる利益の程度、およびその利益の取得に対する期待がどれだけ保護に値するかという債務者側の事情も考慮することが要請される。

他方で、損害軽減義務が相手方の利益に直結しているからといって、これを法的義務としてとらえることは妥当ではないだろう。これを法的義務と解した場合、債権者に積極的に損害軽減措置をとることを要請する方向に作用し、経済的にみて最も効率的な行動をとることや、損害軽減が可能であるだけでこれを行うことの要請まで視野に入ることになる。

損害軽減義務を法的義務としてとらえるべきでない理由は、少なくとも次の3つの点に求めることができると考える。

第1に、債務者はすでに民法415条に基づき債務不履行につき責任を負う立場にあり、逆に債権者は債務者の債務不履行によりすでに不利益を受ける立場に置かれているため、両者の立場を比較すると、このうえ債権者に債務者に対する重い義務を負わせることは妥当ではない。

第2に、債権者に法的な義務を課すに足る明確な根拠を見出しがたい。とりわけ、損害軽減義務が問題となる場面が、債務の履行が障害され、契約の履行プロセスから逸脱した場面であるため、義務負担根拠を提供しうる契約との関係が遠いことが問題となりうる。

第3に、損害軽減義務を課すことは、債権者の行動の自由を制限することになることである。

つまり、損害軽減義務を課すことは債権者の行動の自由を制限することであり、しかもその契機が債務者の債務不履行なのであるから、相応の根拠が要求されてしかるべきであるといえる。

(2) 今後の課題

本稿において考察してきたのは、あくまで過失相殺制度との関係における損害軽減義務についてである。このため、本稿の結論が他の制度との関係においても意味を有するかは、なお検討しなければならない。

また、最初に述べたように、損害軽減義務の内容確定問題についての中心となる視点は、具体的問題を規律する制度をどのように構築するかであり、損害軽減義務の法的性質はこの問題に直接的かつ決定的な影響を及ぼすものではない。最後にこの点を再確認し、各法制度の検討につなげたい。