

契約責任や法定責任等における割合的解決（中間的解決）の可能性

－裁判上の和解における解決内容への  
正当性付与という視点も考慮しつつ－

野上誠一\*

目次：

- 1 本稿の問題意識
- 2 裁判上の和解における解決内容の正当性
- 3 契約責任における割合的解決の可能性
  - (1) 判例・裁判例
    - ア 信販会社による立替払契約
    - イ クレジットカード契約（立替払契約）
    - ウ カード・ローン契約（金銭消費貸借契約）
    - エ 預貯金契約
    - オ 保証契約
    - カ 金銭消費貸借契約
    - キ 投資取引（先物取引等）
    - ク 加入電話契約
    - ケ 保険契約
    - コ 弁護士との委任契約
    - サ 退職金請求権
    - シ 損害賠償額の予定・違約金請求権
  - (2) 学説等
    - ア 立替払契約やカード・ローン契約に関するもの
    - イ 預貯金契約に関するもの
    - ウ 保証契約に関するもの
    - エ 平成13年判例に関するもの
    - オ 委任契約に関するもの
- 4 法定責任等における割合的解決の可能性
  - (1) 判例・裁判例
    - ア 使用者の被用者に対する損害賠償・求償
    - イ 役員ของบริษัทに対する責任

---

\* 名古屋地方裁判所判事補

- ウ 役員の第三者に対する責任
- エ 請負契約における瑕疵担保責任
- オ 不当利得返還請求権
- カ 遅延損害金請求権

(2) 学説等

- ア 役員の会社に対する責任に関するもの
- イ 不当利得返還請求権に関するもの
- ウ 遅延損害金請求権に関するもの
- エ 表見責任・代理権濫用に関するもの

5 検討

- (1) 割合的減額否定論について
- (2) 割合的減額の根拠を何に求めるべきか
- (3) 減額を認めるべき場合とはどのような場合か（それぞれの制度・規定がどのような場合に適用されるのか）
  - ア 信義則と権利の濫用との関係
  - イ 信義則と衡平の観念との関係
  - ウ 過失相殺（法理）の類推

6 割合的減額を認める場合の留意点

- (1) 既存の理論による解決可能性の検討
- (2) 割合的減額の濫用は許されない
- (3) 裁判所による説明責任の重要性
- (4) 民事訴訟法的視点－不意打ち防止や実態に則した解決の必要性

7 応用的問題

- (1) 割合的減額をすべき場合において、既に債務が履行されてしまったときに、減額されるべき金額について不当利得返還請求が可能か
- (2) 金銭請求権以外の請求権の場合にどのような解決をすべきか
- (3) 理論的には全額請求することができない場面で割合的に請求を認めることが可能か－ゼロから「有」を導き出すことが可能か

8 おわりに－割合的減額は契約自由の原則への不当な介入か

1 本稿の問題意識

裁判所において民事裁判を担当していると、理論的には原告の請求を全部認容することができる事案であっても、原告側に何らかの落ち度があったり、被告側の主張に理解しうる点があったりすることによって、原告の請求を全部認容することにためらいや落ち着いた悪さを感じることもある。

そして、原告の請求が債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求であれば、法律上、過失相殺（民法 418 条，722 条 2 項）をすることによって損害額の調整を行うことが予定されているし、判例上、一定の場合には、過失相殺の規定を類推適用することによって損害額を減額することも認められている（最判昭和 63 年 4 月 21 日民集 42 卷 4 号 243 頁，最判平成 4 年 6 月 25 日民集 46 卷 4 号 400 頁等）<sup>1</sup>。また、因果関係の判断は個々の事案ごとの判断という側面を持っており<sup>2</sup>，この判断の中で事案ごとの特殊性を考慮する余地がある。このように、損害賠償の場面においては、裁判所が、個々の事案ごとの事実関係を踏まえて、柔軟に紛争を解決することが可能となっている。

これに対し、原告の請求が損害賠償請求以外の請求（例えば、契約に基づく履行請求や、不当利得に基づく利得金返還請求等）である場合には、過失相殺に関する規定は直接適用されないし、その他に裁判所が金額の調整をすることを予定した規定は見当たらないから、オール・オア・ナッシングの紛争解決をせざるを得ないようにも思われる。このことは、表見代理や名板貸の責任等の表見責任にも同じく当てはまることである<sup>3</sup>。

理論的にみても、これらの請求については、契約当事者が契約において履行すべき債務の内容を定め、又は法律において発生する権利の内容が規定されているのであるから、裁判所がその内容に立ち入る余地はないはずである。

しかしながら、裁判官は当事者間の紛争を適正に解決することを職責としているのであり、常に事案のスジやスワリというものを考え、紛争を落ち着いたよい形で解決することを目指している<sup>4</sup>。そして、自分の考えた「あるべき紛争解決の方向性」と「理論的な帰結」とがずれた際には、そのずれが生じる理由を考え、「理論的な帰結」のとおり紛争を解決すべきとの結論に至ることも多いとは思われるが、場合によっては、「理論的な帰結」に対して不合理さや落ち着いた悪さを強く感じ、何とか当初考えた「あるべき紛争解決の方向性」を実現することができないか悩むことがある。

以上が本稿を執筆するに至った動機である。

---

<sup>1</sup> 昭和 63 年以前の裁判例では、割合的因果関係や寄与度により減額したもの、信義則を用いて減額したものもあったが、判例は過失相殺の類推によった。これについては、衡平の観念（公平の理念とか公平の原則などといわれることもあるが、以下では他の文献等を引用する場合を除き、「衡平の観念」に統一する。）を強調し、過失相殺の判断が裁判所の自由裁量であるということも考慮し、「柔軟に対処できる方法を是認したもの」と説明されている。ただし、同時に、他の根拠による減額を一切認めない趣旨かは明らかでないとも説明されている（「判解」最判解昭和 63 年度民事編 182 頁）。

なお、好意（無償）同乗者の運転者に対する損害賠償請求については、同乗者が事故発生の危険を承知し、又はこれに関与し、増幅させたような場合に限り、過失相殺の規定の適用又は類推適用により減額が認められるのが一般的である（最判平成 20 年 7 月 4 日判タ 1279 号 106 頁参照）。

<sup>2</sup> いわゆる損害軽減義務と因果関係に関する最判平成 21 年 1 月 19 日民集 63 卷 1 号 97 頁もその一例といえることができる。

なお、割合的因果関係や寄与度等に関する議論も、因果関係が認められるかというオール・オア・ナッシングによる解決の不合理性を回避しようという問題意識の表れとみることができる。

<sup>3</sup> 筆者は、以前、名板貸の責任について過失相殺（法理）の類推による減額の可能性について論じたことがあった（野上誠一「名板貸をめぐる裁判例と問題点」判タ 1177 号 105 頁（2005 年））。

<sup>4</sup> 加藤新太郎ほか「座談会 裁判官の判断におけるスジとスワリ」判タ 891 号 13 頁（1996 年）。

## 2 裁判上の和解における解決内容の正当性

もう1つ本稿を執筆しようと思った動機がある。それは、裁判上の和解における解決内容に、より強固な正当性を付与したいという思いである。

すなわち、理論的には原告の請求が全額認容されうる事案であっても、裁判上の和解においては、被告において支払うべき金額が減額されたり、被告が一定の金額を支払った場合には原告が被告による残額の支払義務を免除するとの合意がされたりすることがある。

原告が以上のような「譲歩」をする理由としては、紛争の早期解決の必要性や、回収可能性のアップ、審理を進めていくことによるコスト回避等を挙げることができるし、場合によっては、訴訟になっていない紛争(訴訟物以外の権利・法律関係等)もまとめて一体的かつ終局的に解決するために原告側が譲歩することもある。もちろん、訴訟上の争点がある場合には、原告は敗訴のリスク(争われている事実の立証可能性等)を考慮して譲歩することもあり得る<sup>5</sup>。

以上のような理由から原告が和解という解決方法を選ぶことには、それなりに合理性があり、原告がその解決内容を理解し、納得した上でこれを選択したのであれば、基本的には、その解決内容には正当性があるといつてよいと考えられる。

もっとも、以上挙げた理由は個々人によって捉え方が異なり得るものであるし、主観的で、理論的に説明することが非常に困難なものも含まれており、裁判上の和解における解決内容の正当性については、その検証が非常に困難である。そこで、裁判上の和解における解決内容を理論的な側面から説明することができれば、その正当性がより強固に基礎付けられることになると考えられる。

この点、裁判上の和解については、裁判官の中立性と関連して手続的な問題が指摘されることがある<sup>6</sup>。これは、裁判上の和解が成立するプロセスが基本的に非公開であって、和解条項自体も公にされるわけではなく、裁判上の和解については種々の不透明さが残ることに起因しているものと考えられる。本稿は、この手続的な問題について論ずることを目的とはしていないが、裁判上の和解における解決内容の正当性について検討を加えることは、裁判上の和解の手続的な正当性を内容面から論証することにつながるものと考えられる。

## 3 契約責任における割合的解決の可能性

### (1) 判例・裁判例

#### ア 信販会社による立替払契約

立替払契約の効力を認め、抗弁の接続等の支払拒絶事由の存在を否定しながら<sup>7</sup>、

<sup>5</sup> 裁判実務では、本文に記載したもののほか、謝罪条項や口外禁止条項を設けることもあるし、当事者以外の者(利害関係人)を和解の当事者にして全体的な解決を図ることもある。

<sup>6</sup> 一例として、石川明「訴訟上の和解における実体法との乖離」判タ1327号43頁(2010年)。

<sup>7</sup> 立替払契約の一部を無効として割合的解決をした裁判例として、名古屋高金沢支判昭和62年8月31日判時1254号76頁がある。

信販会社による立替金の請求を制限した裁判例がある。

例えば、福岡地判昭和 61 年 9 月 9 日判時 1259 号 79 頁は、信販会社が加盟店からゲーム機を購入した者に対して立替金を請求した事案であり、購入者は加盟店からゲーム機の運用益を得られるとの言を信じてゲーム機を購入したが、実際には加盟店の言うほど運用利益はなく、加盟店は倒産したという事情があった。判決は、加盟店が企図したシステムは信販会社による簡易な信用供与制度がなければ成り立ち得ないものであり、信販会社は自らの信用供与が加盟店によって不正に利用されることを防止するため、加盟店の信用調査を十分に行う義務があったと判示し、信販会社がこれを怠っていたことを指摘して、衡平の観念にのっとり、過失相殺の規定の趣旨を類推して信販会社による請求を 6 割減額した<sup>8</sup>。

また、東京地判平成 2 年 10 月 25 日判タ 752 号 184 頁は、信販会社が不良債権を回収するため割賦購入のあっせん等をした事情を考慮して、上記裁判例と同じ理由によって立替金の請求を大幅に減額した。

さらに、東京地判平成 15 年 6 月 30 日（平成 14 年（レ）第 492 号事件）判例秘書は、信販会社が十分な調査をして加盟店に対する管理を行っていれば、契約者が詐欺的商法に巻き込まれる事態を防止できた可能性があるとして、過失相殺の規定を類推適用して、請求を 2 割減額した。

加えて、最判平成 2 年 2 月 20 日判タ 731 号 91 頁は、抗弁の接続に関する割賦販売法 30 条の 4 第 1 項が設けられる前の事案において、販売業者の債務不履行を原因として売買契約が合意解除されたとしても、購入者は、売買契約の不履行の結果を信販会社に帰せしめるのを信義則上相当とする特段の事情があるときでない限り、立替金の支払を拒むことはできないとした<sup>9</sup>。これは、信義則に照らし実体法上の請求権の行使が許されない場合があり得ることを判示したものと説明されている<sup>10</sup>。

#### イ クレジットカード契約（立替払契約）

約款では、カードが第三者に無断利用されたとしても、一定の場合には会員が立替金支払義務を負う旨が定められている。

この条項自体の有効性についても争われているが、この条項の効力を認めつつも、

<sup>8</sup> 加盟店調査管理義務違反を理由とする損害賠償を認めた裁判例として、静岡地浜松支判平成 17 年 7 月 11 日判時 1915 号 8 頁がある。

<sup>9</sup> 抗弁の接続に関する割賦販売法の規定が設けられた後の事案について、抗弁の接続を認めつつ、全額の支払拒絶は信義則に反するとして、立替金請求を一部否定する裁判例もある（神戸地判平成 16 年 9 月 21 日判時 1891 号 115 頁、前掲静岡地浜松支判平成 17 年 7 月 11 日、名古屋地判平成 17 年 10 月 27 日判時 1950 号 128 頁）。これも割合的解決を目指したものといえようか。

なお、最判平成 23 年 10 月 25 日判タ 1360 号 8 頁は、購入者と販売業者との間の売買契約が公序良俗に反し無効とされても、立替払契約について効力を否定することができるのは、これを信義則上相当とする特段の事情があるときに限られると判示した。これについて、判タのコメントでは、信義則を根拠として法律行為の効力の否定という実体法上の効果が導かれる場合があり得ることを判示したものと説明されている。

<sup>10</sup> 前掲最判平成 23 年 10 月 25 日の判タ 1360 号 8 頁（2012 年）のコメント参照。

カード会社による請求を制限した裁判例がある。

例えば、札幌地判平成7年8月30日判タ902号119頁は、夫が妻のクレジットカードを無断で利用した事案について、カードの署名は女性名であったから加盟店は利用者が本人かについて疑問を持つべきであること、カード会社が加盟店に本人確認等を徹底すべき義務を怠っていたこと、加盟店はカード会社の債務の履行を補助する者と評価できることなどから、会員の支払義務を5割に限定した。この判決は、過失相殺（正確にはその類推か）を根拠にしており、その理由として、会員の責任は家族等の不正利用によって原告が被った損害についての損害賠償請求権に関するものであることを挙げている。

また、同様の事情を指摘して、カード会社が無断利用分の2分の1について支払請求することは権利の濫用に当たり許されないとした裁判例として、名古屋地判平成12年8月29日判タ1092号195頁がある。

このほか、子が父のクレジットカードを無断で利用した事案について、法的根拠は明らかではないが、支払義務を利用限度額の範囲に減額した大阪地判平成5年10月18日判タ845号254頁がある（ただし、支払限度額に限定することについては否定的な裁判例が多い）。

#### ウ カード・ローン契約（金銭消費貸借契約）

金融機関や信販会社のATMからカードを利用して貸付けを受けるというカード・ローンをめぐっても上記イと同じような議論がされている。

約款では、無権限者がカードを利用して貸付けを受けたとしても、金融機関等が印鑑や暗証番号を相当の注意をもって照合し、相違ないものと認めて取引をした場合には、契約者が損失を負担する旨が定められていた。

そして、この条項の効力を認めつつ、金融機関の請求を制限した裁判例がある（前掲札幌地判平成7年8月30日、秋田地判平成10年12月21日の原審（根拠は信義則。ただし、秋田地判は責任を否定））。

これに対し、福岡高判平成11年2月26日判タ1029号226頁は、契約上の債務であることを理由に過失相殺の類推を否定した（事実関係を踏まえても債権者に過失はないと判断した。）。

#### エ 預貯金契約

預貯金者（以下、単に「預金者」という。）が通帳・届出印の盗難に遭うなどして、第三者が金融機関から預金を払い戻してしまったという事案において、以前は、預金者が金融機関に対して預金の払戻請求をし、民法478条の適用の有無が争点となるという事案が少なからずみられた<sup>11</sup>。

<sup>11</sup> 上記ウの場合を含め、現在では偽造カード等及び盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払戻し等からの預貯金者の保護等に関する法律により解決されることが多いと思われる。この法律では預金者

このような事案において、金融機関に過失があるため民法 478 条が適用されず<sup>12</sup>、金融機関が預金の支払義務を負う場合に、預金者側の落ち度を考慮して、金融機関の支払義務を限定する裁判例がある。

例えば、東京地判平成 11 年 4 月 22 日金法 1549 号 32 頁は、預金者の通帳の管理責任等を考慮し、請求を 3 割減額した（判決文の当該判断部分には「過失相殺」との表題が付されている。ただし、控訴審では預金者の請求が棄却された。）。また、福岡地判平成 18 年 3 月 2 日判タ 1226 号 168 頁は、預金者が通帳と届出印を一緒に保管するとともに、経営している旅館の宿泊者に海外旅行の予定を話しており、預金者に過失があったとして、衡平の観点から過失相殺の規定を類推適用し、請求を 2 割減額した。

東京地判平成 6 年 9 月 21 日金法 1403 号 44 頁は、原告が課税を免れる目的で実在する他人名義を無断で利用して貸付信託契約を締結したところ、その他人が預託金の払戻しを受けたという特殊な事案であるが、信託銀行が原告に対して損害賠償請求をする余地があることを指摘した上で、過失相殺の規定を類推して、請求を 3 割減額した。

さらに、さいたま地判平成 16 年 6 月 25 日金法 1722 号 81 頁は、衡平の観点から預金者に重大な過失がある場合には過失相殺の規定を類推適用すべきであるとして、通帳と届出印を一緒に入れたバッグを自動車に置いたまま長時間放置した点をとらえ、請求を 3 割減額した。

これに対し、名古屋地判平成 16 年 9 月 17 日金商 1206 号 47 頁、大阪地判平成 17 年 11 月 4 日判時 1934 号 77 頁、福岡高判平成 18 年 8 月 9 日判タ 1226 号 165 頁（前掲福岡地判の控訴審）は、預金請求の事案に過失相殺の規定を類推適用することはできないなどとして、減額を否定した（この福岡高判は、仮に過失相殺の類推が認められるとしても、重大な過失等の相当程度の過失がある場合に限られると判示してい

---

の主観的事情によって支払額が決められることになっている（5 条 2 項、4 項）。

なお、民法 478 条の適用が認められない事案で預金者の金融機関に対する不法行為に基づく損害賠償請求が認められた裁判例として、福岡地小倉支判平成 16 年 4 月 9 日金商 1193 号 37 頁がある。もっとも、預金者は預金請求権を失っていないから預金者に損害があるといえるか問題があるとの指摘がされている（矢尾渉「過誤払いと民法四七八条」金商 1211 号 14 頁（2004 年））。

<sup>12</sup> 最判平成 15 年 4 月 8 日民集 57 卷 4 号 337 頁は、金融機関の過失を認めた判例だが、判断の過程で、預金者にも帰責事由が存するというべきであるが、この程度の帰責事由をもって金融機関に過失があるとの判断を覆すには足りないと判示した（過失相殺の類推等に触れることなく全額認容）。

この判例については、「過失相殺的な処理についても、検討の余地を残したものとも考えられる。」と指摘されている（「判解」最判解平成 15 年度民事編(上)238 頁）。また、この解説では、上記判例は預金者保護のための預金契約に伴う説明義務を否定するものではなく、民法 478 条が適用されたとしても、金融機関に説明義務違反による損害賠償責任が認められる余地があり、その際に預金者の過失が考慮されることになると説明されている。逆に、同条の適用が否定されたとしても、預金者の過失を理由に金融機関が預金者に対して損害賠償を請求することもあり得、この場合も過失相殺が行われることになるとも説明されている。

なお、最判平成 20 年 10 月 10 日民集 62 卷 9 号 2361 頁は、誤振込の事案で預金請求が権利の濫用となる余地を認めた。

る。)

なお、預金者に過失があるとはいえないとして減額を否定した裁判例として、東京高判平成16年12月15日判時1883号116頁、福岡地判平成17年6月3日判タ1216号198頁、大阪高判平成17年11月29日判時1929号59頁がある。

#### オ 保証契約

根保証契約・継続的保証契約を中心として、保証人の責任を限定すべき場合があるという議論がされている<sup>1314</sup>。

包括根保証の事案につき、貸主と保証人との関係性、保証契約締結時の説明内容等を考慮し、信義則を根拠に保証人の責任を限定した裁判例として、大阪高裁平成10年1月13日金法1516号38頁、大阪地判平成10年10月1日判タ1034号171頁、東京高判平成14年1月23日判時1788号43頁、札幌地判平成17年9月16日金商1226号26頁がある。

また、保証限度額が定められていたにもかかわらず、信義則により保証人の責任を限定した裁判例として、東京地判平成11年10月28日金法1591号63頁、東京地裁平成12年1月27日判タ1074号193頁、東京高判平成13年6月25日判タ1084号179頁がある。

さらに、保証契約締結後の事情の変化や債権回収の懈怠等に着目して保証人の責任を否定又は限定した判例・裁判例として、最判昭和48年3月1日金法679号35頁、大阪地判平成11年6月14日判タ1035号176頁、東京地判平成12年9月8日金法1608号47頁、名古屋地判平成16年6月18日判タ1182号219頁、東京地判平成17年10月31日金法1767号37頁<sup>15</sup>、名古屋高判平成18年12月20日判タ1246号199頁、最判平成22年1月29日判タ1318号85頁がある。

加えて、賃貸借契約上の債務の保証人が契約更新後も責任を負うかについて、最判平成9年11月13日判タ969号126頁は、基本的に責任を負うとしつつも、「借借人が継続的に賃料の支払を怠っているにもかかわらず、賃貸人が、保証人にその旨を連絡するようなこともなく、いたずらに契約を更新させているなどの場合」には保証債務の履行請求が信義則に反し許されないと判示した。

#### カ 金銭消費貸借契約

貸付けの過程に問題があった事案や過剰貸付との主張がされた事案において、信義

<sup>13</sup> 平成16年の民法改正により保証人保護の規定が設けられた(465条の2以下)。なお、身元保証に関する法律5条も参照。

<sup>14</sup> 契約を一部無効とすることによって保証人の責任を限定する裁判例も相当数ある(福岡高判平成18年11月9日判タ1255号255頁(身元保証に関する法律5条の趣旨も考慮)等)。

<sup>15</sup> 角紀代恵「今期の主な裁判例 [担保]」判タ1219号13頁(2006年)は、この裁判例について、信義則違反がなくても保証人の責任を制限できるとするのは制限の範囲が広すぎると批判しているが、この判決は信義則違反がないのに一部減額を認めたわけではなく、保証人の責任を全部否定するほどの信義則違反はないが、これを全部認めるのは信義則違反になるという趣旨と思われる。

則を根拠に貸金返還請求を限定した裁判例がある（東京地判平成3年4月17日判タ773号199頁，札幌簡判平成7年3月17日判タ890号149頁（遅延損害金は全部否定））。

なお，東京地判平成6年1月31日判タ851号257頁は，売買代金支払のために融資を受けようとした者に名義貸しをした被告に対し，それと知らずにその支払を保証した信販会社が求償金を請求する事案であるところ，「本件は，不法行為に基づく損害賠償請求と構成することもできる事案であるので，過失相殺の法理の類推適用があると解される」と判示している（ただし，結論としては過失を否定した）。

#### キ 投資取引（先物取引等）

先物取引のような投資取引により損失が生じた場合において，損失額から取引をする者が預託した金員を控除した残額（差損金）があるときは，取引業者が契約に基づき差損金を請求することがある。もっとも，取引をした者も，業者に適合性原則違反・説明義務違反等の不法行為又は債務不履行があるとして，損害賠償請求をすることがある。

このような場合に，損害賠償請求について過失相殺をして一部認容しつつ，差損金の請求については，信義則を根拠に取引をした者側の過失割合まで減額する裁判例がある（札幌地判平成9年10月23日判タ968号195頁，仙台高秋田支判平成11年1月25日判タ1039号159頁。なお，不法行為の成立を否定しつつ，差損金の請求を限定したものとして，東京地判平成5年3月17日判時1489号122頁がある。）<sup>16</sup>。

なお，東京地判平成21年12月24日判タ1320号145頁は，結論として減額を否定したが，過失相殺の類推の余地があるとしても，その範囲は，「債権者において，債務者に対する法的義務違反が認められる場合」に限られるべきと判示した。

#### ク 加入電話契約

電話契約者以外の者がダイヤルQ2 有料情報サービスを長時間利用し，NTTが高額な通話料を電話契約者に対して請求したという事案について，従前の裁判例は契約者の責任を認める裁判例と否定する裁判例とに分かれていた<sup>17</sup>。ところが，最判平成13年3月27日民集55巻2号434頁（契約者の子が電話を利用した事案。以下「平成13年判例」という。）は，サービスの危険性等の周知や対策実施の不十分さ等を指摘して，当該事案については，信義則又は衡平の観念により契約者の責任を5割に限定すべきとした。この判決には，減額の根拠は過失相殺の規定等の根底にある利益衡量に求め得るとの奥田昌道裁判官の補足意見が付されている。

<sup>16</sup> 松岡久和「原状回復法と損害賠償法」ジュリ1085号86頁（1996年），同「商品先物取引と不法行為責任」ジュリ1154号10頁（1999年），潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題(2)」ジュリ1080号86頁（1995年）。

<sup>17</sup> 他方で，サービスの情報料については，NTTが自ら請求することはできないとされた（最判平成13年3月27日判タ1072号115頁）。

他方で、最判平成13年3月27日判タ1072号111頁(社宅で従業員が電話を利用した事案)は、契約者が従業員に対して求償し得べきものであることから、信義則違反を否定して契約者の責任を全部認めた<sup>18</sup>。

さらに、契約者が通話料を支払済みであった場合に、これを不当利得として返還請求することができるかについて、これを認めた最高裁判決があるようである(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」NBL732号8頁(2002年)参照)。

#### ケ 保険契約

保険金請求を割合的に認めた裁判例もある(東京地判平成21年3月31日(平成19年(ワ)第10385号)判例秘書, 保険事例研究会レポート244号12頁)。これは、保険契約者兼被保険者が保険料振替口座の管理を保険外務員に委ねていたにもかかわらず、保険外務員が口座に必要な金員を入金しなかった結果、保険契約が一旦失効し、保険契約の復活手続がとられたものの、その4か月後に被保険者が自殺したという事案であった。保険者は、復活から2年以内の自殺であり、免責事由に当たるとして保険金の支払を拒絶したものの、判決は、全部について支払を拒絶することは信義則に反し許されないと判断し、4割の限度で保険金請求を認めた(減額の理由として、保険契約者が外務員による保険料の立替入金に安易に依存していたこと等を指摘している)。

また、疾病による死亡の場合には保険金が支払われない傷害保険について、外来の事故(身体の外部からの作用による事故)と疾病とが競合して保険事故が発生した場合に、保険金の請求を割合的に認めた裁判例がある(名古屋高金沢支判昭和62年2月18日判タ644号202頁, 大阪地判平成12年9月28日交通民集33巻5号1595頁。ただし、大阪地判平成11年1月14日判タ1015号245頁は割合的減額を否定)。

さらに、保険外務員が保険契約者等に疾病の存在等を正しく告知しないよう勧めるなどした場合に、保険契約の解除を認めつつも(保険法55条参照)、保険者の損害賠償責任を認めて過失相殺した裁判例があり(水戸地判昭和61年3月28日文研生命保険判例集4号329頁, 大阪高判平成16年12月15日保険事例研究会レポート202号1頁)、これは実質的に保険金請求を割合的に認めたものと評価することもできる<sup>19</sup>。

---

<sup>18</sup> このほか、平成13年判例の解説・評釈によると、契約者の弟が利用した事案、学生向け賃貸マンションで居住者が利用した事案でも、全額の請求が認められたようである。

<sup>19</sup> 保険法では保険募集人による不告知教唆・告知妨害を念頭に置いた規定が設けられており(保険法55条2項2号, 3号)、これに関して保険契約者等の側の事情によっては保険金請求を割合的に認める旨の規律を設けるかが検討課題とされていた。もっとも、この点については、信義則や過失相殺の類推等という解釈論に委ねればよいとの指摘がされていた。このほか、告知義務違反があった場合の効果について、プロ・ラタ主義を採用するかどうかを検討課題とされていた。

コ 弁護士との委任契約

弁護士と依頼者との間で報酬額の合意がされている場合に、合意の効力を否定せずに、報酬額を信義則や衡平の観念を根拠として減額した裁判例がある（東京高判平成3年12月4日判タ786号206頁（みなし成功報酬請求の事案）、東京地判平成8年7月22日判タ944号167頁（増額の合意に基づく請求を否定）。なお、否認権行使の場面で報酬額是正の必要性を判示したものとして、神戸地伊丹支判平成19年11月28日判タ1284号328頁がある。）。

サ 退職金請求権

労働者に懲戒解雇事由があった場合の退職金請求の可否に関して、次のような裁判例がある。

まず、就業規則や退職金規程に退職金を不支給とする旨の条項が設けられていない場合には、基本的に退職金を支給すべきと解されているが、東京地判平成12年12月18日労判803号74頁は、就業規則に退職金を支給するとの規定さえない事案において、権利の濫用により請求は許されないとした。

また、就業規則等に上記のような条項が設けられていたとしても、割合的に退職金請求を認める裁判例もある（東京地判平成14年11月5日労判844号58頁、東京地判平成15年5月6日労判857号64頁、東京高判平成15年12月11日判時1853号145頁。他方で、全額不支給とした裁判例もある。）。これらの裁判例は上記規定を制限的に解釈したものと解されるが、不支給の効果を信義則によって限定したものということもできよう。

さらに、懲戒解雇者に対して退職金を支給しない旨の条項が定められていて、労働者が自主退職し、退職金を支払う前に懲戒解雇事由の存在が判明した場合について、退職金請求が権利の濫用に当たる場合には不支給とすることができるとする裁判例もある（名古屋地判昭和59年6月8日労判447号71頁）。

シ 損害賠償額の予定・違約金請求権

損害賠償額の予定（民法420条1項）や違約金の定めが過大な場合については、公序良俗によりその全部又は一部を無効とし、損害賠償額を制限することができる（消費者契約法9条も参照）、その効力を否定せずに損害賠償額を限定した裁判例もある（過失相殺（法理）の類推により減額したものとして、東京地判平成5年2月10日判タ848号221頁、東京高判平成9年5月29日判タ981号164頁があるほか、信義則を根拠にしたものとして、東京地判平成2・10・26判タ758号215頁、東京高判平成12年7月5日判時1752号28頁、福岡高判平成20年3月28日判時2024号32頁がある。）<sup>20</sup>。

<sup>20</sup> 損害賠償額の予定がされた場合にも過失相殺が可能であることについて、最判平成6年4月21日裁判集民事172号379頁参照。

また、リース料又はリース料相当の約定損害金の請求について、適正な金額まで減額を認めた裁判例がある(福岡高判平成4年1月21日判タ779号181頁,東京地判平成9年11月12日判タ981号124頁(根拠は信義則や衡平の観念),名古屋地判平成12年12月26日判タ1077号227頁(根拠は信義則と権利の濫用))。

## (2) 学説等

### ア 立替払契約やカード・ローン契約に関するもの

これについて論じたものは多いが、初期のものとして次のようなものがある。

まず、過失相殺の類推に肯定的なものとして、野村豊弘「民法判例レビュー21」判タ667号42頁(1988年)があり、前掲福岡地判昭和61年9月9日について、「判旨の論理は、過失概念にやや拘泥しているようにもみえる。」と評釈しているのが注目される。

また、山本豊「民法判例レビュー47」判タ863号28頁(1995年)は、前掲大阪地判平成5年10月18日の評釈として「この場合の代金請求の実質はX(筆者注:会員)の善管注意義務違反に基づく損害賠償請求であると捉えれば、過失相殺の類推適用も背理ではないと解される。」としている。

これに対し、青野博之「名義貸与者に対する信販会社の立替金請求と過失相殺の類推適用」ジュリ987号105頁(1991年)は、前掲東京地判平成2年10月25日の評釈として、「請求権の根拠として義務者に何らかの意味で帰責事由がなければならず、請求権者に過失相殺における過失がなければならぬと考える。」「本件のような履行請求権を一部分だけ認めるべきでない。履行義務の根拠は、契約そのものであり、一部分だけの履行請求権を認めることは契約の一部を認めることを意味し、結局、一部解除を認めることになる。」とし、過失相殺の類推に否定的である。

### イ 預貯金契約に関するもの

これについても多数の論文がある。

裁判例に多大な影響を与えたとと思われるものとして、能見善久「注釈民法(10)」〔奥田昌道編〕652頁(有斐閣,1987年)があり<sup>21</sup>、「たとえば、債権者の重大な過失によって預金通帳と印鑑が盗まれ、銀行が盗まれた通帳と印鑑を持参した者に支払った場合にも、銀行に過失がある以上、債権者からの払戻請求には応じなければならない。しかし、この場合にも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が可能であろう。」とされている。

また、過失相殺の類推に肯定的なものとして、岩原紳作「キャッシュディスプレイによる無権限者への支払と銀行の免責」判時1340.195(1990年)、加藤雅信『新民

<sup>21</sup> 預金者に重大な過失がある場合に限り過失相殺の類推を認める際に引用されることが多いが、「たとえば」と書いてあるのであるから、重大な過失の場合に限定して類推を認める考え方の根拠としてこの指摘を引用するのはミスリードと思われる。

法体系Ⅲ債権総論』165頁（有斐閣，2005年）がある。

平成13年判例を参考にしつつ預金者に重大な過失がある場合に限って減額を認めるものとして、前田陽一「盗難通帳による預金払戻しについて銀行が免責されない場合の過失相殺類推適用の可否」金商1336号184頁（2010年）があるが、軽過失の場合にも過失相殺（法理）の類推を認めるべきとの銀行実務家の論文もみられる。

他方で、過失相殺の類推よりも信義則や権利の濫用等の一般条項によって割合的減額を認めるべきとするものとして、大西武士「預金払戻請求と過失相殺」判タ867.33（1995年）等がある。

さらに、打田峻一・中馬義直「新版注釈民法（16）」〔幾代通編〕416頁（有斐閣，1989年）は、金融機関が預金者に対する損害賠償請求権との相殺の抗弁を予備的に出すことができるとしている。

#### ウ 保証契約に関するもの

これについては古くから議論があり、一般的な文献等には記載があることから特に引用はしないが、西村信雄「注釈民法（11）」〔西村信雄編〕163頁（有斐閣，1965年）は、「全か無か」的判断を批判しつつ、身元保証に関する法律5条の類推適用によって減額すれば「弾力性のある妥当な結論が得られるはず」としている。しかし、平成13年判例は信義則を根拠に割合的減額を認め、権利の濫用を根拠に割合的減額を認めた裁判例もあり、今日では上記のような指摘は見当たらない。

#### エ 平成13年判例に関するもの

この判例に好意的なものとして、前掲川井論文があり、「債務不履行において債権者の行為にも違法性があるとき、債権者はみずからの違法を棚上げにして債務者に対して、全面的に債務不履行の責任を問うことは許されないと考える。債務不履行における過失相殺…は、抽象的にいえば債務の発生及び債務額の増大に寄与した債権者は、その寄与した限度で請求額が減額されることを意味する。このことは、債務不履行における履行請求の場合にもあてはまる。」とされている。

他方で、新美育文「未成年の子が親に無断で利用したダイヤル Q2 の通話料」ジュリ1224号61頁（2002年）は、一部請求を認める理論構成について、「権利濫用におけると同様に、信義則によって請求権の行使が制限されるとでも考えるのであろうか。それならば、権利濫用を根拠とする方が解釈論としては素直であろう。」と指摘し、奥田補足意見についても、「損害賠償請求権についての規定である過失相殺規定を履行請求の場面に持ち出すことが適切なのであろうか。……可分な給付を目的とする場合ならばともかく、不可分な給付を目的とする場合のことを考えると、ただちに与することはできない。」としている。その上で、通話料請求権を全額認めつつ、契約者のNTTに対する説明義務又は周知徹底義務違反を理由とする損害賠償請求権を認め、これについて契約者の加入電話の管理義務違反による過失相殺を行った後、両債権の相殺を

認める構成の方が適切であるとする。

もっとも、平成13年判例がNTTの「責務」と表現しているのは、法的な義務とまで断じ得るかなお検討を要することを踏まえてのことであり<sup>22</sup>、損害賠償請求権との相殺を認める前提として、何を根拠に過失を認めるのか、契約者が通話料を支払っていない段階で契約者に損害があるのかという問題もあるように考えられる。

#### オ 委任契約に関するもの

明石三郎「新版注釈民法(16)」〔幾代通編〕258頁(有斐閣,1989年)は、委任契約一般について、「かりに報酬の額が特約されていても、受任者の労務に対して過大であるとみられるときは、裁判所において適当に減額しうると解するのが妥当である。」としている<sup>23</sup>。

### 4 法定責任等における割合的解決の可能性

#### (1) 判例・裁判例

##### ア 使用者の被用者に対する損害賠償・求償

使用者が、その事業の執行につきなされた被用者の加害行為により損害を被った場合の損害賠償請求権や、使用者責任を果たした場合の求償請求権(民法715条2項)について、権利の濫用や過失相殺を根拠として制約を認めた裁判例もあったが、最判昭和51年7月8日民集30巻7号689頁は、信義則を根拠として、相当と認められる限度に制約されると判示した<sup>24</sup>。

##### イ 役員の子会社に対する責任

過失相殺(法理)の類推による損害の減額を認めた裁判例がある(東京地判平成2年9月28日判タ1386号141頁、福岡地判平成8年1月30日判タ944号247頁、横浜地判平成10年7月31日判タ1014号253頁。青森地判平成18年2月28日判タ1251号221頁も参照)。なお、最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁の河合伸一裁判官の補足意見も過失相殺又はその類推による減額の余地を認めている。

また、東京地判平成12年6月22日金商1126号55頁は、一人株主が代表取締役の違法行為を長期間黙認してきたこと、他の取締役も違法な賞与の支給を受けていたこと等を考慮し、5割を超える請求については権利の濫用にあたるとして、代表取締役の責任を軽減した。

<sup>22</sup> 「判解」最判解平成13年度民事編(上)313頁参照。

<sup>23</sup> 本文引用の文献では減額の根拠は明示されていない。また、「ただし、いったん任意に支払われた後は、詐欺・強迫など特別の取消原因のない限り、もはや返還を請求しえないと解すべきである。」とされているものの、返還請求することができないと考える根拠は不明であるし、さらに弁済は法律行為でないから、詐欺や強迫を持ち出している点も直ちには理解し難い。

<sup>24</sup> 信義則を根拠とした理由について、使用者責任の法的構成との理論的整合性のほか、「特定の法律構成で割り切った場合、かえって弾力性、柔軟性を失い、具体的事情に即応した公平妥当な解決を妨げる」おそれがあること等が考慮された結果と説明されている(「判解」最判解昭和51年度民事編275頁)。なお、最判平成10年4月30日判タ980号101頁も不法行為に基づく損害賠償を限定するに当たり信義則を用いている。

他方で、東京高判平成 20 年 4 月 23 日金商 1292 号 14 頁は、事実関係を踏まえ、過失相殺の類推や信義則による責任の制限を否定した。

#### ウ 役員 of 第三者に対する責任

この責任の法的性質について、昭和 49 年 12 月 17 日民集 28 卷 10 号 2059 頁は法定責任である（不法行為責任ではない）と明示したものの、最判昭和 59 年 10 月 4 日判タ 548 号 133 頁はこの責任について過失相殺を認めた。これは不法行為の過失相殺に関する規定を類推適用した結果と解されている（東京地方裁判所商事研究会『リーガル・プログレッシブ・シリーズ 商事関係訴訟』254 頁（青林書院，2006 年））。

#### エ 請負契約における瑕疵担保責任

不完全履行の特則として認められた責任と解されているが、注文者の責任を指摘し、過失相殺の適用又は類推適用により減額する裁判例がある（東京地判平成 16 年 3 月 10 日判タ 1211 号 129 頁，東京高判平成 18 年 12 月 26 日判タ 1285 号 165 頁）。

#### オ 不当利得返還請求権

東京地判平成 10 年 3 月 31 日判タ 977 号 199 頁は、買主が売主に対して過払であった消費税分の返還請求をしたところ、買主にも過誤を生じた原因につき相当の帰責性が認められるとして、信義則により売主の責任を 5 割に軽減した。また、大阪地判平成 3 年 12 月 25 日判時 1422 号 120 頁は、リース業者が空リースであることを理由に売買契約を解除して代金の返還を求めた事案において、空リースを生じさせたことについて双方に責任があるとして、信義則違反を理由に実質的に未回収となっている金額の 5 割の限度で返還請求を認めた。

さらに、最判平成 6 年 2 月 8 日民集 48 卷 2 号 123 頁は、恩給受給者が恩給を国民金融公庫からの借入金の担保に供し、国が公庫にその払戻しを完了した後に、恩給裁定が取り消された場合における国の公庫に対する不当利得返還請求を否定した。この根拠については信義則又は条理であると説明されている<sup>25</sup>。

なお、既払の更新料の返還請求を信義則上許されないとした東京高判平成 11 年 6 月 28 日金商 1077 号 46 頁があるほか、最判平成 21 年 12 月 18 日判タ 1316 号 132 頁は、株式会社が株主総会の決議等を経ることなく退任取締役に退職慰労金を支給した場合における不当利得返還請求について、信義則違反又は権利の濫用となる余地を認めた。

他方で、古くは東京地判昭和 56 年 8 月 31 日判タ 465 号 123 頁が一般論として過失相殺の規定の類推適用による減額を否定していたほか<sup>26</sup>、最近も、大阪地判平成 23 年 3 月 23 日判タ 1351 号 181 頁や東京地判平成 23 年 6 月 27 日判時 2129 号 46 頁が

<sup>25</sup> 「判解」最判解平成 6 年度民事編 101 頁参照。

<sup>26</sup> ただし、この原審は不法行為に関する過失相殺の規定を類推適用して 6 割の減額を認めていた（山田幸二「不当利得責任と過失の考量にかかわる近時の判決例の内在的検討」判タ 513 号 54 頁（1984 年）。この論文で引用されている大判昭和 16 年 9 月 9 日民集 20 卷 18 号 1137 頁も参照）。

一般論としてこれを否定している（東京地判の事案では信義則による減額も主張されたが、事実関係を踏まえ否定された。）。

なお、法律上の原因の有無という理屈を用いているものの、実質的に減額を認めたと評価しうる裁判例として、東京地判平成16年2月23年判タ1159号242頁がある。同判決は、被告が原告に対して不当利得返還請求をしたところ（反訴）、被告の従業員に違法行為があり、被告は原告に対して使用者責任を負う（ただし、過失相殺9割）として、1割の限度では法律上の原因があるとして、その分の請求を認めなかった。

#### カ 遅延損害金請求権<sup>27</sup>

法定利率による遅延損害金請求権が過失相殺により減額されるかについて、大阪地判昭和39年6月10日判タ163号196頁や東京高判昭和55年9月29日判タ429号112頁は否定している。

この点、最判昭和43年12月24日民集22巻13号3454頁は、遅延損害金が増加したのは債権者の過失によるから過失相殺すべきと主張されていた事案において、債務者が債権者に過失があった事実を立証していないとして過失相殺しなかった原審の判断を是認している。ただし、この判決が遅延損害金請求権について過失相殺があり得ることを前提としたものかについては議論が分かれうる。

### (2) 学説等

#### ア 役員の子会社に対する責任に関するもの

他の役員にも過失があることを「会社の過失」とみなして過失相殺することは、所有と経営が分離した上場会社等においては適当でないが、閉鎖型のタイプの会社においては認めるべき場合があるとの指摘がされている（江頭憲治郎『株式会社法 第3版』436頁（有斐閣、2009年））。また、前掲福岡地判平成8年1月30日の山下友信教授の判例評釈（山下友信「取締役の会社に対する責任と過失相殺の法理の類推適用」ジュリ1145号107頁（有斐閣、1998年））は当該事案における減額に否定的である。

このように、この場面については否定的な指摘が多いが、これは役員に連帯責任を負わせた会社法（商法）の規定の趣旨が強調された結果と考えられる。

#### イ 不当利得返還請求権に関するもの<sup>28</sup>

滝澤孝臣『不当利得法の実務』396頁（新日本法規出版、2000年）は、「過失相殺の本質が公平にあると、不当利得の場合であっても、その類推適用が認められる場合がないと断定するのは相当でない」とし、さらに、前掲東京地判平成10年3月31

<sup>27</sup> 遅延損害金請求権を合理的な限度にとどめる方法としては、信義則により期限の利益喪失の主張を否定するとか（東京高判平成14年10月17日金商1162号14頁、最判平成21年9月11日判タ1308号99頁）、遅滞に陥る時期を遅らせる（大阪高判平成10年2月13日金商1049号19頁。ただし、この判決については、最判平成11年6月15日金法1566号56頁との関係で慎重な検討が必要と思われる。）などという方法もある。

<sup>28</sup> 不当利得と不法行為との関連性を再認識させられる判例として、不法行為における損益相殺が民法708条の趣旨に反するとして否定された最判平成20年6月10日民集62巻6号1488頁がある。

日について、「根拠を過失相殺の法理に求めることができるのではないかと解されるので、過失相殺が認められた裁判例として位置づけることができる」とし、同書 411 頁では、信義則による減額を認めた前掲東京高判平成 11 年 6 月 28 日について、過失相殺を理由とする不当利得返還請求権の全面的な否定が相当でないため、信義則により権利行使を否定した事案として把握することも可能としている。

また、消費者契約法制定時に消費者契約が取り消された場合に利得全額の返還義務が生ずることによいかといった議論があったようである（沖野眞巳「消費者契約法（仮称）の一検討（4）」NBL655 号 33 頁（1998 年）<sup>29</sup>。

なお、我妻榮『債権各論下巻一』1057 頁（岩波書店、1972 年）は、「ある事実が法律上の原因を欠くに至ったのは、損失者と利得者のいずれの側の事情に基づくか、その原因力の大小、と態様もまた、返還義務の範囲を決定する要件として考慮されるべき」としているところ、これは現存利益等の解釈論を指摘したものとも解し得るが、それ以外の法的根拠による減額の必要性を指摘したものとも考えられる。

#### ウ 遅延損害金請求権に関するもの

滝澤孝臣『民事法の論点』52 頁（経済法令研究会、2006 年）は、「真の債権者であっても、その権利行使が信義則に反する場合には、これによって債務者が金銭債務の履行を遅滞したときには、損害賠償責任を負うものでないことがもう少し認識されてもよいように思われる。」としている。

ただし、民法 419 条 3 項との関係についてさらなる検討が必要なようにも思われる（なお、保険法 21 条参照。保険の約款ではこれを受けた規定が設けられている。）。

#### エ 表見責任・代理権濫用に関するもの

学説上、これらについて割合的解決の可能性が指摘されている。

表見責任について割合的解決の可能性を指摘するものとして、星野英一「判批」法協 81 卷 6 号 704 頁（1964 年）、平井宜雄「判批」法協 84 卷 5 号 736 頁（1967 年）がある。また、名板貸の責任について過失相殺（法理）の類推を根拠に割合的減額を認めるものとして、前掲野上論文<sup>30</sup>がある。

代理権の濫用と割合的解決について、ドイツの判例を紹介しつつ論じたものとして、青野博之「代理権の濫用と過失相殺的处理」判タ 671 号 38 頁（1988 年）がある（この点について外国法を参考にした論文は最近もみられる。）。

なお、大西武士「預金払戻請求と過失相殺」判タ 867 号 33 頁（1995 年）は、心裡留保や虚偽表示によっても契約が無効とならない場合に、契約の一方当事者が相手方の代表者の権限濫用等を知らなかったことについて過失があったことを理由に、過失

<sup>29</sup> 経団連は、「消費者契約法（仮称）のあり方について」（平成 10 年 12 月）において、「法的効果として契約取消を導入する場合、不当利得の返還の他に、消費者に過失がある場合の過失相殺的な措置…が必要である。」としていた。

<sup>30</sup> 前掲注 3 参照。

相殺法理の類推等によって割合的減額を認めた裁判例を2つ(いずれも公刊物未登載)紹介している。

## 5 検討

### (1) 割合的減額否定論について

上記1でも指摘したとおり、契約責任の内容は契約当事者の合意によって定まるものであるし、法定責任の内容は法律において定められているのであるから、裁判所がその内容に立ち入って割合的減額を認めることに否定的な考え方もありうるところである。

しかし、少なくとも信義則や権利の濫用、衡平の観念等は一般的な規律であって、契約責任や法定責任にも適用され得るものであるから、これらを根拠とする割合的減額の余地を否定することはできないと考えられる。特に、平成13年判例が言い渡された今日にあっては、契約責任又は法定責任であるということだけをもって、信義則等による割合的減額に対して必要以上に否定的な立場を採るべきではないと考えられる。

問題は、過失相殺(法理)の類推による割合的減額を契約責任や法定責任についても認めるかどうかである。

この点については、上述したとおり、法的根拠がないなどとして、減額の主張を簡単に排斥している裁判例が少なからずみられ、一部の学説等においても同様の指摘がされているところである。

しかしながら、損害賠償の場面ではあるが、過失相殺の本来的な場面ではないのに、過失相殺の規定を類推して損害額の調整を行うことが認められているし(上記1参照)、役員の第三者に対する責任について、判例上、法定責任であることは確立しているところ、これについて過失相殺がありうるというのが判例の立場である(上記4(1)ウ。さらに、上述のように、判例は損害賠償額の予定という合意であるはずの分野に関しても過失相殺の適用を認めている。)。このように、過失相殺の法理は、相当程度一般性を有する規律とみることができる。

そもそも、過失相殺の規定については、「公平の原則と債権関係を支配する信義則との具体的な一顕現である」(我妻榮『新訂債権総論』128頁(岩波書店、1964年))といわれているところ、信義則や衡平の観念が契約責任にも妥当することは平成13年判例からも明らかであり、法定責任等を含め、殊更に過失相殺(法理)の類推を否定すべき理由は見当たらない。

特に契約責任について、当事者の合意(契約)から導かれるものであるから、これについて債権者の過失による割合的減額を認めることには批判もあるが(上記3(2)エ参照)、信義則は契約条項の解釈基準にもなるといわれており<sup>31</sup>、これを認める以上、信

<sup>31</sup> 最判昭和32年7月5日民集11巻7号1193頁。なお、最判昭和62年2月20日民集41巻1号159頁や消費者契約法10条、さらに最判平成13年4月20日民集55巻3号682頁の亀山継夫裁判官の補足意見も参照。

義則と趣旨を共通にする過失相殺（法理）の類推によって契約に基づく効果を減額することだけが否定的に捉えられるべきではないと考えられる<sup>32</sup>。

以上より、契約責任や法定責任であるという一言をもって過失相殺（法理）の類推の余地さえ否定することは許されず、事案ごとの事情を慎重に検討した上で類推の可否の結論を出すべきものと考えられる。

## (2) 割合的減額の根拠を何に求めるべきか

一定の場合に割合的減額を認めるとしても、減額の根拠を何に求めるか、減額を認めるべき場合とはどのような場合か、何割減額すべきかなど、検討すべき課題は多い。

この点、契約責任や法定責任等について割合的減額を認めた判例・裁判例や学説等を見ると、その根拠は信義則や権利の濫用、衡平の観念、過失相殺（法理）の類推等<sup>33</sup>、多岐にわたっている。

しかし、これらは適用範囲を異にする別個独立の制度（規定）であって、上記（1）のとおり、等しく契約責任や法定責任にも適用されると解されるから、それらのどれか一つに減額の根拠を限定する必要はないと考えられる。

むしろ、どのような場合にそれぞれの制度（規定）が適用されるのかを検討・分析し、適用範囲を確定することが必要なことと考えられ、以下これについて検討を加えることとする。

## (3) 減額を認めるべき場合とはどのような場合か（それぞれの制度・規定がどのような場合に適用されるのか）

### ア 信義則と権利の濫用との関係

まず、権利の濫用は、文字通り権利が発生・存在していることを前提に、その行使を濫用として許容しないものであるから、権利の発生・存在を否定することによって割合的減額を認めるのであれば、権利の濫用を根拠とすることはできない。したがって、この場合は信義則違反や過失相殺（法理）の類推等を根拠とすべきである。

問題は、権利の行使を許容しないことによって割合的減額を導く場面である。この場合は権利の濫用だけでなく、理論的には、信義則違反によることも考えられる。

この点、権利の濫用と信義則とは、歴史的な淵源をさかのぼると両者に接点はなかったようであるが<sup>34</sup>、民法総則に両者の規定が置かれていることから明らかなように、今日では、両者ともに私法の一般原則と位置付けられている。そこで、本稿の対象としている契約責任や法定責任等についても、両者による割合的減額の可能性があると考えられる。

問題は、両者がどのような点で違うのかということであり、要件と効果に分けて考

<sup>32</sup> 平成13年判例の奥田補足意見参照。また、前掲最判解平成13年度314頁は、過失相殺の「根底にある利益衡量は信義則の基礎にある考え方と相通じるものがある」としている。

<sup>33</sup> 条理を根拠とする減額も可能であろう（前掲最判平成6年2月8日参照）。

<sup>34</sup> 安永正昭「新版注釈民法(1)」〔谷口知平編〕82頁（有斐閣、2002年）。

えてみる。

(ア) 要件

まず、権利の濫用について、害意や不当図利目的等の主観的事情の存在が要件となるかが問題となる。

この点、権利の濫用を認めるに当たってこのような主観的な事情を挙げている判例もあるが、「たまたまかかる主観的な事情があったゆえに権利濫用の成立が容易に認められた事例というべき」(安永正昭「新版注釈民法(1)」〔谷口知平編〕159頁(有斐閣, 2002年))との評釈がされ、現に、判決文上は上記のような主観的事情を挙げずに権利の濫用を認めたように読める判例もある。現在では、権利者の受ける利益と相手方の被る不利益等の客観的事情のほか、権利者と相手方の意図等の主観的事情を考慮して決すべきといわれるのが一般的で(最判平成7年3月28日判タ876号135頁参照)、本稿で検討した判例・裁判例の多くも上記のような意味での主観的事情に触れることなく権利の濫用を認めており、上記のような意味での主観的な事情の存在は必須の要件とはならないと解すべきである。

他方で、判例や裁判例をみる限り、信義則についても、当事者双方の事情を考慮しながら適用の可否が決められている印象であり、当事者双方の利益衡量をするという面では、権利の濫用も信義則も異ならないように考えられる。現に、「権利濫用法理は広い意味での信義則の派生的法原理ともいえ、厳密に適用領域を分けようとする必要はない」(内田貴『民法I(第4版)』489頁(東京大学出版会・2008年))との指摘さえされているところであるし、請求を全部否定する根拠として両方を挙げた最高裁判決もある(最判昭和40年12月21日民集19巻9号2212頁, 最判昭和48年3月1日金法679号35頁, 最判平成8年6月18日家月48巻12号39頁)。

もっとも、民事裁判官の実務的な感覚としては、権利の濫用と信義則とを比べると、信義則の方が緩やかな要件で認めやすい、換言すれば、権利の濫用を認めるには相当重大な事情があることが必要だと考える傾向にあるといつてよいと思われる。

これは、権利の濫用が権利の発生・存在を認めつつ、その行使を許さないものであるから、これを認めるためには、そのような重大な効果を認めるのにふさわしい事情の存在が必要であるということとともに、信義則の方が当事者双方の事情をより幅広く考慮することができることを反映したものと考えられる。

すなわち、権利の濫用は専ら権利の行使を許容するかということに着目しているから、主として権利の性質や権利行使の必要性、権利行使による不利益の程度等をみて、権利の行使を認めるべきでないといえるかという視点で検討されるべきと考えられる。これに対し、信義則は、後述のとおり、場合によっては権利の発生を阻止するなどという形で働くことも想定されているから、権利発生時点の事情、当事

者双方が法律関係を形成するに至った経緯、債務を負うべき者が相手方にどのような信頼をどの程度抱いていたか、相手方保護の必要性といった周辺事情をみていきやすい<sup>35</sup>。

以上総合すると、抽象的には信義則違反の方が認められやすく、割合的減額を導くに当たって様々な事情（特に債務者側の事情）を考慮すべき事案では信義則違反を根拠とした方がよいと考えられる。

#### （イ） 効果<sup>36</sup>

まず、信義則は、権利の行使を許さないという形だけでなく、そもそも権利の発生自体を阻止するという形で働くことがありうる（平成 13 年判例の奥田補足意見参照）。この点、上述のとおり、信義則は契約条項の解釈基準等にもなると解されているところ、契約責任について信義則による制約を認めるというのは、契約のうち権利を発生させる条項について、信義則による解釈を加えるという側面があるとみることとも可能であろう。

これに対し、権利の濫用は、権利が発生・存在していることを前提として、その行使が許されないとするものと説明されている。

なお、上述したとおり、今日では、権利の一部についての信義則違反又は権利濫用を認めることも可能であることは異論のないところであろう。とはいえ、権利の濫用という以上、少なくとも権利の半分以上の行使を否定するのが自然と思われる。

#### イ 信義則と衡平の観念との関係

衡平の観念について明文の規定はないものの、古くから利益衡量の一つの根拠とされ、信義則と共通する性質を有するものといわれてきた。平成 13 年判例も割合的減額の根拠として信義則と衡平の観念の両方を挙げている。したがって、これら 2 つの明確な違いはないといってよいと思われるが、信義則の規定がある以上、衡平の観念だけを根拠に割合的減額を認めるまでの必要はなからう。

#### ウ 過失相殺（法理）の類推

##### （ア） 過失相殺の規定の直接適用の要件

過失相殺（法理）の類推の要件を考える前提として、過失相殺の規定の直接適用に関する議論を確認しておく<sup>37</sup>。

<sup>35</sup> 信義則はもともと債権法の領域に関する法原則であるから（安永正昭「新版注釈民法(1)」〔谷口知平編〕82 頁（有斐閣、2002 年））、このような判断になじみやすいと考えられる。

<sup>36</sup> 信義則には、一定の社会的接触又は特別の法律関係を持つに至った当事者間における形式的な法適用ないしその結果を修正・調整する機能があるといわれている（前掲最判解平成 13 年度 311 頁）。他方で、権利の濫用も、制定法の硬直さを緩和し、裁判規範の創造を可能にする機能を有すると指摘されている（四宮和夫ほか『民法総則（第 8 版）』19 頁（弘文堂、2010 年））。

<sup>37</sup> 条文上、債務不履行については過失相殺が必要的となっているが、学説では、解釈上、裁判所に過失を考慮するかどうかの裁量を認めるべきとされるのが一般的である（内田貴「民法Ⅱ（第 2 版）」415 頁（東京大学出版会、2007 年））。もっとも、これを解釈論として導くことができるかについては議論の余地がある。

① 「債務の不履行に関して債権者に過失があったとき」「被害者に過失があったとき」の意義

まず、「債務の不履行に関して」とは、債務不履行の発生に関する過失だけでなく、損害の発生・拡大に関する過失も含まれると解するのが一般的である（不法行為についても同じに解されている。）。

また、「過失」の意義について、不法行為の要件である過失や債務不履行の帰責事由とは異なり、「減額を相当とするような債権者側の事情」という程度の意味である（内田貴『民法Ⅲ（第2版）』167頁（東京大学出版会，2004年）などと説明されている（なお，最判昭和39年6月24日民集18巻5号854頁は，被害者に事理弁識能力があれば足りる（責任能力は不要）とした。）。

② 「過失」と損害との因果関係（関連性）

過失相殺の要件として、債権者・被害者の過失と損害との間に因果関係があることが必要とされている（能見善久「注釈民法（10）」〔奥田昌道編〕650頁（有斐閣，1987年）等）。最近の文献ではこれを独立の要件として明示しないものが多いが、過失相殺制度の趣旨に照らせば、少なくとも「過失」と損害との関連性は必要というべきであろう（損害賠償の要件としての因果関係と同じ程度の厳密さが必要かについては議論の余地があると思われる。）。なお，最判昭和52年10月20日判時871号29頁は，弁護士費用について過失相殺は不要としたが，これは被害者の過失があろうとも訴え提起は必要であったから，因果関係がないとしたものとも解される。

③ 被害者・債権者以外の者の過失を考慮することの可否

判例上，被害者本人と身分上，生活関係上，一体をなすとみられるような関係にある者（最判昭和51年3月25日民集30巻2号160頁），履行補助者その他取引観念上債権者と同視すべき者（最判昭和58年4月7日民集37巻3号219頁参照）の過失も考慮すべきとされている。

④ 過失割合の考慮の仕方

前掲我妻債権総論130頁は，「債権者債務者両方における故意過失の大小，その原因としての強弱，その他諸般の事情を考量し，公平の原則に照して，これを決定すべき」と説明している。

なお，債務者・加害者が故意である場合の過失相殺の可否について学説上争いがあるものの，当事者間の衡平を維持するために，その余地は認めておくべきとの見解が有力である（内田貴『民法Ⅱ（第2版）』414頁（東京大学出版会，2007年））。

⑤ 裁判所の裁量性，当事者の主張の要否

最判昭和39年9月25日民集18巻7号1528頁は，不法行為における過失相

殺について、裁判所は自由裁量によって被害者の過失を考慮して損害額を定めればよく、考慮すべき過失の割合につき判決文に理由を記載する必要はないとした。また、前掲最判昭和43年12月24日は、債務者の主張がなくても、裁判所が職権で過失相殺をすることができるが、債権者の過失となるべき事実については、債務者において立証責任を負うとした。

(イ) 過失相殺の規定の類推適用の要件

次に、類推適用の要件について確認しておく。交通事故による損害の発生・拡大に被害者側の事情が寄与した場合に、それが被害者の心因的要因や疾患であるときは、一定の場合に減額の根拠となりうるが、単なる身体的特徴は減額の根拠にできないとされている（前掲昭和63年4月21日、前掲最判平成4年6月25日、最判平成8年10月29日民集50巻9号2474頁）。学説の中には被害者に何らかの帰責性又は非難性がある場合に限りて類推を認めるべきとするものもあったが、判例は、類推の根拠を損害の衡平な分担の必要性に求めることによって、疾患についても類推を認めたのである。

また、心因的要因や疾患であっても、通常想定される程度のものは類推が否定され、類推されるためには、損害が通常発生する程度・範囲を超えていること、あるいは加害者に損害の全部を賠償させるのが衡平を失うことが必要とされている（最判平成12年3月24日民集54巻3号1155頁は、被害者の性格等を心因的要因として考慮することを否定した。）。

なお、上記各判例の解説によると、上記（ア）の⑤は類推の場合にも妥当すると説明されている。また、上記（ア）の②ないし④についても、類推の場合に同じく妥当すると考えられる（前掲最判平成12年3月24日は、成人である被害者の親の落ち度を理由とする減額を否定した。また、最判平成22年1月21日（平成21年（受）第254号）判例秘書は、いじめが原因で統合失調症を発症した事案において、いじめについては被害者の疾患は何ら原因となっていないのであるから、いじめそのものによる慰謝料についても減額した原審の判断には違法があるとした。）。

(ウ) 過失相殺（法理）の類推の要件

以上の議論を踏まえて考えると、過失相殺（法理）の類推に当たっては、債権者側（上記（ア）の③参照）に権利の発生・拡大について何らかの落ち度があること<sup>38</sup>、その落ち度が通常想定されるものを越えた当事者間の衡平を害する程度のものであ

<sup>38</sup> この点、交通事故の場面では、被害者側の過失だけでなく、加害者側の事情も考慮されているかのようにもみえる。しかし、これは加害者側に落ち度があれば、その分被害者側の落ち度が少なくなり、過失相殺割合を小さくすべき（あるいは被害者側の過失を否定すべき）なので、加害者側の事情にも一定程度着目しているということと理解すべきである（決して、加害者側の落ち度を独立の要素として考慮していると理解すべきでない。）。また、投資取引においても同様の傾向がみられるが、これも当事者双方の事情が総合考慮されているわけではなく、上記のような意味であると理解すべきである（同様の問題意識に立つと思われるものとして、岩原紳作「無権限者へのカードローンの損失の負担」ジュリ1183号181頁（2000年）参照）。

ること、その落ち度と権利の発生・拡大との間に関連性(因果関係)があることが必要と解すべきである(上記(ア)の④及び⑤も本項目に妥当すると考えられる。)

この点に関し、過失相殺(法理)の類推を根拠に割合的減額を認めた裁判例や学説等の中には、次のようなものがあり、これらを類推の要件とすべきかが問題となる。

- i 債権者に重大な過失がある場合に限り類推を認める(軽過失があるにすぎない場合は類推を認めない)もの
- ii 債権者が債務者に対して損害賠償責任を負う場合に限り類推を認めるもの<sup>39</sup>
- iii 債権者の債務者に対する請求権が実質的に損害賠償の性質を有する場合に限り類推を認めるもの

しかし、本来の過失相殺の場面で「過失」は民法709条の「過失」よりも広いと解されている以上、同条の「過失」に当たることを要することを前提とするiやiiの考え方を採ることはできない。

また、iiについては、過失の前提として注意義務を観念する必要があるという難点も指摘せざるを得ないし、iについても重過失の内容として注意義務を観念するとすれば同様の指摘が妥当する。例えば、預貯金契約において預金者による請求を限定する裁判例が相当数あるが、(iや)iiの立場では、預金者の通帳・届出印の管理・保管義務なるものを観念するようである。しかし、この義務は何から発生する義務であろうか。消費者契約の分野で消費者に何らかの法的義務を課すという議論は一般的なものなのだろうか。妥当な結論を導くために「過失」概念にこだわりすぎることは、消費者契約に関する他の議論に悪影響を与えることが懸念される。本来の過失相殺の場面では「過失」概念にこだわる必要はないとされているのだから、類推の場面でも「過失」概念にこだわる必要はないと解される。

最後のiiiについては、確かに、本来の過失相殺は損害賠償の場面の制度であるから、実質的に損害賠償といってよい場面に限って類推の基礎を認めることも考えられないわけではない。しかし、「実質的に損害賠償」ということの具体的意味は不明確であるし、契約責任や法定責任等であるにもかかわらず、実質的に損害賠償責任であると言い切ることに違和感が強い。むしろ、ここで過失相殺(法理)の類推といているのは、過失相殺の規定の類推適用というよりは、その法理の類推という側面が強いから、iiiの考え方のように類推の基礎があるかを強く意識する必要はないのではないか。

とはいえ、iないしiiiの考え方には、過失相殺(法理)の類推が無限定に広がっていくことへの懸念も込められていると思われ、私見でもそのような問題意識は重

<sup>39</sup> 債務者の債権者に対する損害賠償請求権との相殺を認める見解も含む。

要な点であると考えている。

この点については、i ないしiiiのような要件を必要とせず、本項の冒頭で述べたような要件を設定することによって、不当な拡大を阻止すべきと考えられる。

また、後述のとおり、上記（ア）の⑤のような裁量性等を強調すべきではないと考えられる。裁判所の自由裁量といっても、裁量権の範囲を逸脱した場合には違法となり、上告審において破棄事由となる（最判平成2年3月6日判タ739号73頁、前掲最判平成12年3月24日等参照）のであるから、制度上、類推が濫用的に用いられる事態は防止されることになっている。

#### （エ） 信義則との比較

上述のとおり、過失相殺（法理）の類推は信義則や衡平の観念と相通じるものであり、両方が適用され得る事案も想定することができる。

しかし、信義則は一般条項であるから、その適用範囲は必ずしも明確ではなく<sup>40</sup>、当事者にとっての予測可能性という面では劣るといわざるを得ない。また、上述するとおり、信義則違反の効果も一つではないし、各事案の事情をどのような形で割合に反映していくのかについても、裁判実務における蓄積があまりない。

他方で、過失相殺（法理）の類推は、過失相殺の規定の（類推）適用に関する議論を参考にして考えることができ、上記（ウ）の冒頭のように要件を設定すれば、ある程度要件の明確さを確保することができる。そうすると、信義則違反の場合よりも、当事者にとっての予測可能性があるといえる。

それだけでなく、減額の割合についても、過失相殺又はその類推という既存の判例・裁判例の考え方を参考にすることができ<sup>41</sup>、そのような意味でも、当事者にとっての予測可能性があるといえることができる。

このように、過失相殺（法理）の類推の方が要件・効果ともに予測可能性があるといえ、上記（ウ）で検討した要件を満たす場合には、信義則よりも過失相殺（法理）の類推の可能性を検討すべきである。

#### （オ） 効果

上述のとおり、信義則違反については、権利の発生又は行使について、全部又は一部を否定するという形で機能することになるのに対し、過失相殺（法理）の類推の効果は、権利の一部不発生であると考えらるべきであろう（全責任を否定する場合

<sup>40</sup> 上述したとおり、信義則の場合は、いきなり当事者双方の事情を考慮していくことになるため、判断の過程はあいまいになりがちである。

現に、平成13年判例が5割の減額を認めたことをめぐって学説から批判があり、これに対して最高裁調査官が判例解説で補足説明をしているが（前掲最判解平成13年度323頁の注17）、信義則違反による割合的減額については、当事者双方の事情がどのように割合に反映されたかが分かりにくくなりがちであるという問題がある。

<sup>41</sup> 交通事故の分野については、東京地裁民事交通訴訟研究会『民事交通訴訟における過失相殺率の認定基準（全訂4版）』（判例タイムズ社、2004年）をはじめとして、類型化の努力がされている。

には、他の法的根拠を用いばよい。)

(カ) 上記3及び4で検討した判例・裁判例の再検討

- a 上記(ウ)で検討した過失相殺(法理)の類推の要件に照らせば、信販会社やクレジットカード会社による立替払契約及び投資取引について類推を認める裁判例(3(1)のア, イ, キ)は肯定的に理解されることになる。すなわち、各裁判例は、信販会社の加盟店に対する調査・管理監督の不十分さや、先物業者等の従業員の説明の不十分さ等を指摘しており、これは信義則上の法的な義務あるいは契約の性質上債権者に当然求められるべき責務であり、これを果たしていれば契約が締結されなかったか、締結されたとしても債務者が注意することで損害が軽減されたといえることができる。

この点、裁判例の中には、加盟店がカード会社の履行補助者であるとして、加盟店の落ち度をカード会社の落ち度と同視するように読めるものもあるが、カード会社と加盟店との関係(契約内容等)や立替払契約をめぐる紛争が後を絶たないことに鑑みると、加盟店に落ち度があれば端的にカード会社にも落ち度があるといえるのではなかろうか。

- b これに対し、保証契約や弁護士との委任契約については、過失相殺(法理)の類推よりも信義則の方がなじむと考えられ、裁判例(3(1)のオ, コ)の方向性は好意的に理解することができる。すなわち、まず、保証人の責任は保証契約締結時(根保証については貸付時)に発生するところ、保証契約について割合的減額がされる場合には、その発生に関連する事情だけでなく、当事者の関係性や契約締結から請求に至るまでの諸事情が考慮されており、これは過失相殺(法理)の類推ではカバーしきれない(3(1)のカも同じであろう。過剰貸付の事案は貸主の落ち度が権利の発生に関連しているとも思えるが、その前提として債務者である借主が権利の発生を望んで申込行為をしているので、関連性があると断定してよいか問題がある。)。また、弁護士との委任契約については、弁護士の落ち度よりも報酬額の過大さに着目されており、これも過失相殺(法理)の類推になじまない(3(1)のシの損害賠償額の予定や違約金請求権も同じであろう。)
- c また、保険契約や退職金請求権(3(1)のケ, サ)は、権利の発生・拡大ではなく、免責・不支給とすることが正当かということが問題とされているのであり、免責・不支給とする条項の解釈や、債権者による責任の否定が信義則に反し、権利の濫用とならないかという形の判断になじむといえる(なお、債権者側に懲戒解雇事由を発生させたという落ち度はあるが、これによって退職金が発生したわけではなく、関連性の要件を満たさない。)
- d 問題は、預貯金契約に関する裁判例(3(1)のエ)であるが、確かに、預金

者側の落ち度が問題とされているという意味では、過失相殺（法理）の類推になじむようにも思われる。しかし、権利は預貯金の入金時に発生しているものであり、預金者が通帳や届出印を盗まれたことによって発生したのではない。そうすると、預金者に落ち度を認めるとしても、それと権利の発生・拡大との間に関連性を認めることができない。さらに、預金者に窃盗等の犯罪を防止できなかった落ち度を観念するのであれば、その落ち度は預金者の責任を限定するほどの、換言すれば、当事者間の衡平を害するほどの事情なのかについても疑問がある。もし暗証番号の決定や管理についての落ち度を観念するのであれば、金融機関側が暗証番号の決め方や管理について注意をするよう説明・周知していたかなどが検討されるべきであり、そのような義務（責務）を金融機関側が怠っていた場合には、預金者の落ち度だけを殊更に強調して過失相殺（法理）の類推を認めることには問題がある。さらに、預貯金契約については、民法 478 条の「過失」の判断において預金者の帰責性が考慮されるというのが判例の立場であるが、その判断の中で預金者の帰責性が考慮されたのに、さらにその後、割合的減額の場合でも再度これを考慮するというのには違和感がある。

したがって、預貯金契約については過失相殺（法理）の類推を否定すべきだろう（学説等が指摘するように、金融機関の預金者に対する損害賠償の問題とするのが筋ではないか。ただし、預金者に法的義務を認めることは容易なことではないと考えられるし、金融機関が預貯金を支払う前に損害が生じたといえるかという問題もある。）。

e カード・ローン契約

カード・ローン契約（3（1）のウ）については類推の余地を認めるべきだろう。すなわち、カード・ローン契約の裁判例の事例は、一見するとカード会社には落ち度がないようにもみえるが、カード会社は、契約締結時にカードの危険性を説明したり、カードが悪用されることを防止するための対策を実施したりすべきだが、もしこれが十分されていない状態で、カードが悪用された場合には、カード会社の落ち度とローン債務の発生とが関連していることが多いと考えられる。

f 平成 13 年判例の事案（3（1）のク）

判例は信義則や衡平の観念を根拠としたが、これは当事者がそのような主張をしていたからと思われる（弁論主義）。判例解説では信義則と過失相殺の趣旨の共通性が指摘されており、上記 e と同様の視点で考えれば、判例の指摘する責務と通話料の発生あるいは高額化との間には関連性を認めることができるだろう。なお、上述のとおり、判例は一定の事案について信義則違反を否定しているが、債権者である NTT に落ち度があった以上、過失相殺（法理）の類推

によれば、債権者側の落ち度がゼロにならない限り、減額が認められることになった可能性もあるように思われる（しかも、判例解説では信義則違反となるのは限られた時期だけと説明されているが（前掲最判解平成13年度310頁）、過失相殺（法理）の類推によると、落ち度の捉え方によってはそこまで限定されない可能性もある。）。

g 法定責任等（上記4（1））については逐一検討しないが、損害賠償としても構成し得る責任（イ、ウ、エ、カ）は過失相殺（法理）の類推になじむといえる（ただし、イについては各役員の責任の重さを考慮すると、会社に当事者間の衡平を害する程度の（減額するほどの）落ち度が認められることはそれほどないだろう。）。表見責任等（上記4（2）エ）も債権者（相手方）の側に落ち度があることが多く、その落ち度が権利（責任）の発生に寄与しているといえるから、類推になじむ。

また、不当利得返還請求権（オ）については、債権者（損失者）の落ち度と関連する事情によって損失が発生する場合もあると考えられ、過失相殺（法理）の類推を否定すべきでないと考えられる。不法行為と不当利得の制度趣旨の共通性を強調すれば、なおさら類推の余地を認めていくべきであろう。ただし、類推の要件が認められない場合には無理に類推を認めることなく（無理に類推を認めるとかえって衡平に反することになってしまう。）、信義則により減額すべきである。

これら以外の責任（ア）は、債権者の権利（求償権等）の発生に当たっての落ち度以外の事情（事故対策や従業員教育が十分であったか、労働環境等）も考慮して減額の当否を判断するのが相当であるし、権利の発生が使用者の落ち度によると言い切ることができない場合も想定されるから、信義則等の他の根拠により割合的減額を導くべきだろう。

#### （キ） まとめ

以上の検討を踏まえると、判例・裁判例も、債権者側に当事者間の衡平を害する程度の落ち度があり、かつ、その落ち度と権利の発生・拡大との間に関連性（因果関係）があるといえる場合には、契約責任や法定責任についても、過失相殺（法理）の類推を認めているとあってよいのではなかろうか。

### 6 割合的減額を認める場合の留意点

#### （1）既存の理論による解決可能性の検討

本稿で論じている割合的減額は、契約条項の解釈や法律で定められた要件の解釈によって導かれた法的効果を前提としたものである。

したがって、信義則違反や過失相殺（法理）の類推等による割合的減額について検討する前に、他の方法によって同様の効果を導くことができないかを検討する必要がある。

ある。

契約責任については、契約条項の解釈や契約当事者の合理的意思を探求していくことが必要であるし、契約（の条項）の全部又は一部が無効とならないかの検討も必要である。また、法定責任については、法律で定められている要件・効果について解釈の余地がないかを検討することが必要不可欠である。

例えば、前掲東京地判平成16年2月23日は、技巧的ではあるが、法律上の原因の有無という要件の解釈によって割合的減額を導き出しており、注目される。

## (2) 割合的減額の濫用は許されない

過失相殺に関しては、主として先物取引の事件に関し、裁判所は安易に過失相殺をすべきでなく、これを抑制すべきとの指摘がされている（内橋一郎ほか『先物取引被害と過失相殺』（民事法研究会，2006年））。

上記5で検討したことを踏まえ、本当に割合的減額をすべき事案かどうかをよく検討し、かつ、減額の割合についてもバランスを失したものにならないよう、留意することが求められているというべきである。この点について、裁判実務としては、減額の基礎としてどこまでの事実認定が可能かということも重要なポイントであろう。

また、割合的減額が可能であるからといって、その前提となる要件等の判断が緩やかなものとなってはならない。

この点、不法行為に基づく損害賠償について過失相殺の類推を認めた前掲最判昭和63年4月21日についても、「因果関係の認定を曖昧にするのは、本判決の判示するところと相容れない。」と指摘されている（「判解」最判解平成4年度民事編217頁注20）。

## (3) 裁判所による説明責任の重要性

平成13年判例の理由付けについては学説上批判もあるところだが、本稿のような割合的減額を認めるに当たっては、契約責任や法定責任が本来オール・オア・ナッシングの責任であることも考慮しつつ、しかも減額を認める法的根拠が一般条項であったり、実体法の規定の類推であったりすることに照らし、裁判所において、丁寧かつ説得的に説明をすることが求められているというべきである。

## (4) 民事訴訟法的視点－不意打ち防止や実態に則した解決の必要性

本稿の問題を論ずるに当たっては、訴訟実務も踏まえた検討が不可欠と考えられる。

まず、これまで特に契約責任については割合的減額に否定的な傾向もみられたことから、裁判官が主張されている事実関係から割合的減額の必要性を感じた場合には、釈明をするなどして、当事者にとって不意打ち的な判決を言い渡すことにならないような配慮が必要と考えられる（なお、学説上、信義則違反や権利の濫用についても、基礎付ける事実が主張されていればこれらの適用が可能と解する見解が有力である（名古屋高判昭和52年3月28日判タ355号295頁参照）。ただし、信義則違反に

ついて釈明の必要性を指摘した近時の判例として、最判平成22年10月14日判タ1337号105頁参照。) 42。

また、割合的減額の可否を検討するに当たって、訴訟の当事者でない者(例えば、立替払契約における加盟店等)の言動等の検討が必要な場合には、その者に訴訟告知をして、補助参加を促すことも有益なことであろう。その者が補助参加すれば、その主張立証を検討することによって、より実態に則した判断が可能となるであろうし、その者に減額した分を負担させる内容の和解を成立させることによって、バランスのよい解決を図ることも可能となる。仮に和解が成立しなかったとしても、その者に参加的効力(民事訴訟法46条, 53条4項)を及ぼすことができる。

## 7 応用的問題

本稿では十分検討する余裕はなかったが、次のような問題についても検討する必要があると思われる。さらに詰めて考える必要があるが、とりあえず次のように考えることができようか。

- (1) 割合的減額をすべき場合において、既に債務が履行されてしまったときに、減額されるべき金額について不当利得返還請求が可能か

上述したとおり、平成13年判例の関連で、信義則や衡平の観念から減額すべき事案において、既払通話料の不当利得返還請求が認められたようである。

他方で、割賦販売法に基づく抗弁の接続が認められるべき事案であっても、立替金を既に支払った場合には、その返還を請求することはできないと一般的に解されている<sup>43</sup>。また、権利濫用の場合には、権利が存在している以上、それが行使されてしまったとしても、法律上の原因がないとはいえないようにも思われるが、さらなる検討が必要である。

要は、割合的減額が認められる法的根拠ごとに考えていくべきということであろうが、割合的減額を認める問題意識に照らすと、基本的には不当利得として返還請求できると考えるべきように思われる。

- (2) 金銭請求権以外の請求権の場合にどのような解決をすべきか

本稿で論じている信義則違反や過失相殺(法理)の類推の議論が、物の引渡請求権等の非金銭請求権の場合にどのように機能するのかという問題がある。

この点、学説上、平成13年判例については批判があるものの、同判例は信義則や衡平の原則を根拠にしているのであって、同判例の発想は非金銭請求権にも妥当する

<sup>42</sup> 当事者が過失相殺(法理)の類推を主張していたとして、裁判所において理論的根拠がないと考えたとしても、他の法的構成による主張(信義則違反等)をするかについて何ら釈明することなく、抽象論だけで主張を排斥することは許されないというべきである。なぜなら、過失相殺(法理)の類推の根拠となる事実関係は、同時に、信義則違反や権利の濫用等の根拠にもなりうると思われるからである。

<sup>43</sup> もっとも、その理由としては、抗弁の接続が割賦販売法で創設的に認められたことや、同法の条文の文言等が理由として挙げられており、この議論は本稿が論ずる場面に妥当しないと考えるべきだろう。

と考えるべきであろう。本稿の問題意識も金銭請求権にしか妥当しないと考えるべき根拠はない。

もっとも、非金銭請求権が不可分の場合には、割合的な履行を観念することはできない（そのため、非金銭請求権について割合的解決をする必要性を感じる事案自体が少なく、基本的にはオール・オア・ナッシングの解決で足りるようにも考えられる。）。

この点は非常に難問であるが、全部の履行請求を認めた上で本来であれば発生や行使を否定すべき権利部分に相当する部分は不当利得として金銭による返還請求が可能とも考えられる。あるいは、全部の履行請求は認められないと考え、履行不能的にみて、非金銭請求権が損害賠償請求権に転化したとみなし、割合的な請求の限度で損害賠償を認めることも考えられる（ただし、権利者が非金銭請求を維持した場合には、処分権主義との関係で問題がある。）。

- (3) 理論的には全額請求することができない場面で割合的に請求を認めることが可能か—ゼロから「有」を導き出すことが可能か

本稿では、平成13年判例をはじめとして、本来であれば全額の請求が可能な場合に割合的減額を認めた事例を中心に取り上げてきた。

しかし、本稿で取り上げた判例・裁判例をみると、本来であれば債権者が全部免責されるべきであるのに、一部しか免責が認められないという形で割合的減額が実現された事例も含まれている（保険契約や退職金請求権の事案等）。これは、免責という効果を一部制限するものと理解するのが素直であり、過失相殺（法理）の類推にはなじまないから、免責の根拠となる条項の解釈や、信義則・衡平の観念等によることが考えられる。

- 8 おわりに—割合的減額は契約自由の原則への不当な介入か

本稿のような問題を論じようとする、契約自由の原則への不当な介入であるとの批判がされることが予想される。

しかし、契約自由の原則といえどもあらゆる場合に通用するものではなく、借地借家法や保険法等の片面的強行規定や消費者契約法等の存在からも明らかなおお、不当な契約条項については裁判所が介入することが許容されているのである。特に、規制緩和の要請を受けて事前規制型社会から事後救済型社会への変革が求められている今日にあっては、事後的に裁判所が契約条項の内容を審査し、もし不当なものであれば、その効力を否定し、又はその契約条項に基づく権利の発生・行使を否定する必要が高くなっているというべきである。要は、契約自由の原則への「行き過ぎた」介入をしないように留意することが重要なのであって、そのような意味では、どのような場合に割合的減額をすることが許されるのかを分析するとともに、裁判官が割合的減額をする際には、判決文でその法的根拠と減額すべき理由（事実関係）を明示する必要性を強調すべきであろう。

特に、平成13年以降の裁判例をみる限り、平成13年判例は裁判実務に大きな影響を与えたと評価してよいと思われ、契約自由の原則を強調して割合的減額肯定論を批判するだけでなく、契約責任や法定責任等についても過失相殺（法理）の類推や信義則違反による割合的減額を認めた上で、その適用範囲を明確にするとともに<sup>44</sup>、判例・裁判例の分析・類型化を通じて、裁判官による契約自由の原則への「行き過ぎた」介入がないよう、チェックしていくことが今後求められているというべきである。

---

<sup>44</sup> 現在、債権法の改正について議論されているが、本稿の問題意識は法文化するのにはなじまない問題である。本稿の問題意識は、個々の事案ごとの場当たりの類推には問題があるという趣旨であって、過失相殺という明文の規定を手がかりにしつつ解釈にゆだねた方が柔軟な解決を図ることができる。