

イギリス契約法におけるミティゲイション・ルール

吉田和夫

- 一 はじめに
- 二 イギリス法におけるミティゲイション義務
- 三 沿革
- 四 期待利益賠償とミティゲイション義務
- 五 ミティゲイションの根拠
- 六 むすびにかえて

一 はじめに

英米法上、債務者側の債務不履行に直面した債権者に損害を縮減すべき義務ないし損害拡大を回避すべき義務が課されることは、古くから確立された判例理論となっている。いわゆる「ミティゲイション・ルール(mitigation rule)」
「損失軽減義務(duty to mitigate the loss)」
「回避可能な結果(avoidable consequences)」の理論と呼ばれる

ものがそれである⁽¹⁾。本稿では、イギリス法を中心としてミティゲイション義務について検討することにした。

ミティゲイション義務は期待利益賠償原則に課された複数の制限ファクターの一つとみることができる。つまり、契約違反に直面した当事者は、ただ傍観し、違法な行為から発生する損失を縮減するために何も行わないでいることは許されず、契約が履行され、または不法行為が行われなかったのと同様の地位に自らを置くために合理的であることを行うためにその能力を使わなければならない。その一方、違法な行為後に不合理な支出を行うこともまた許されない。なお、義務とはいっても、原告が自分自身、自らの義務を遵守できなかったことを理由に訴えられ得るということを示すものと考えられるべきではなく、そのような懈怠の結果として、単に回避可能な損失についての賠償が与えられないというだけである⁽²⁾。ミティゲイションの一般的概念には、(a)原告は、損失を回避するために合理的な手段を講ずることによって回避可能であった損失については回復することができない、(b)原告は、損失を回避するために行った行為が合理的である場合には、被った損失を回復することができない、(c)原告は、彼が回避に成功した損失については回復することができない、といった原則が含まれるが、以下では、原告(債権者)⁽³⁾が何らの行為も行わなかった場合と、何らかの行為を行った場合とに分類する。

(1) 損失軽減義務に関する文献としては、田中和夫『英米契約法(新版)』(有斐閣・昭和四〇年)二一五頁、望月礼二郎『英米法(改訂版)』(青林書院・昭和六〇年)四三一頁、佐藤正滋「損害軽減義務(回避可能な損害の原則)——Kraus v. Greenberg, 137 F. 2d 596 (3d Cir. 1943)」『英米判例百選Ⅱ私法』(有斐閣・昭和五三年)九二頁等参照。なお、本稿は拙稿「債権者の損害避止義務及び損害拡大回避義務について」ジュリスト八六六号(有斐閣・昭和六一年)七八頁の補論的性格を有するものである。

- (2) A. S. BURROWS, REMEDIES FOR TORTS AND BREACH OF CONTRACT 64 (1987).
- (3) F. H. LAWSON, REMEDIES OF ENGLISH LAW 66 (2d ed. 1980).

ニ イギリス法におけるミティゲイション義務

(1) 不合理な不作為⁽⁴⁾

第一の類型に関する古典的ケースとしては、British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v. Underground Electric Railways Co. of London Ltd. [1912] A. C. 673. が上げられる。本件判旨は、「根本的基礎は、当該違反から当然に生ずる金銭的損失の補償である。しかしこの第一の原則は第二の原則によって制約される。即ち、違反の結果として生ずる損失を縮減するためのすべての合理的手段を講ずべき義務が原告に課され、そのような手段を講じなかったための損害の請求は禁じられるのである」と述べている。⁽⁵⁾ 事案は次の通りである。X（売主）はY（買主）に一定の品質を有するタービンを供給すると合意したが、より多くの石炭を必要とする・品質の劣ったものを供給した。Yは損害賠償請求権を留保して受領した。数年後、Xから引き渡されたタービンの寿命がくる前に、Yはタービンを交換した。それは、Xが供給するはずであったものよりもずっと性能が良かったので、Xのタービンの寿命がくると予期されるまでの期間を通して、当初の契約条件に適合した性能のタービンを使ったであろう場合よりも石炭が節約できた。貴族院は、Yは新しいタービンを買うことによって損害を縮減する義務を負っていなかったと判示した。しかしXの違反の結果としてYが新しいタービンを買ったのであるから、それを使ったことによ

る金銭的な利益は、それを購入した費用に対して相殺されねばならないところ、Yの石炭の節約はその費用を超えるから、その点についてはYは何ら回復できない。Yがそのようにして得た利得が部分的には違反の結果であると論ずることも可能ではあるとしても同様である。というのは、当初契約されたタービン⁽⁶⁾は旧式となつてしまい、その結果、合理的なビジネスマンならば、たとえそれが契約に適合していたとしても交換したであろうからである。一方、Yもまた、タービンを交換する前には、契約が履行されていたであろう場合よりも操業コストが大きかったが故に損害を受けた。その損失は交換によって減じられはしないから、回復は可能である⁽⁷⁾。判旨は以上の通りである。

British Westinghouse 事件は、違反の被害者が得た利得が「違反の結果から生じたもの」である⁽⁸⁾と表現することが可能である場合にだけ適用される。従つて、違反当事者には、違反に備えて相手方が保険契約を締結していたという事実、または有利な転売契約を締結していたという事実、または市場価格で代替物を購入したという事実を主張する権限はない。しかし、正当に商品を拒絶した買主が、売主から市場価格（及び契約価格）を下回る価格でまったく同じ物を購入する場合には、この事実は、売主の責任を減少または消滅するために斟酌される⁽⁹⁾。

この原則を適用するか否かは、専ら事実関係によって決定される。その際には、次のようなファクターが重視される。

① 不当解雇があつた場合、（元）従業員としては、新しい職を探すべき義務を負っていること自体には特に問題はないとしても、契約条件に変更を加えた再雇用の申出が使用者側からなされる場合がある。つまり原告が使用者から不当に解雇された場合で、かつ以下のようなファクターがある場合には従前の使用者からの再雇用の申込を受諾する必要はないとされる。それは、(a) 新しい仕事が降格となるようなとき、(b) 他の所での仕事の方が長続きする可能性が

大きいとき、(c)原告が、過去の扱い故に、使用者に不信感を抱いているとき等である。Yetton v. Eastwood Fry Ltd. [1967] 1 W.L.R. 104. ではそのようなファクターが認定され、従前の使用者からの再雇用の申出を拒絶することは合理的であってミティゲイション義務違反にならないと判示された。反対に上記ファクターが存在しないとされた例としては、Brace v. Calder [1985] 2 Q.B. 253. がある。本件では原告は不当解雇を理由として損害賠償を請求している。原告は四人から構成される組合 (partnership) のマネジャーとして雇用されていた。雇用期間中に組合から二人が脱退し、事業は残った二人によって継続された。原告は、組合解消の結果として生じた解雇に憤慨し、残った二人の下で働くことを断念した。そこで彼は当初の商事組合 (firm) に対して不法解雇を理由とする損害賠償訴訟を提起した。原告が不法に解雇されたのかという点に関しては裁判官の間では意見の相違があったが、結果的には、原告は、分別があり合理的な人間として、仕事に留まるようにという残ったメンバー二人からの申出を受諾すべきであつたのであり、名目的損害賠償のみについて権利を有するという見解を全員一致でとつた。

② 売買契約において被告が代替履行の申出をした場合において、申出を受諾することによって損害が縮減されたであらうときには、原告がそれを拒絶することは一般的には不合理であるとされる。この点については、Payzu Ltd. v. Saunders [1919] 2 K.B. 581. がある。事案は以下の通りである。被告から原告らへの動産売買契約は、引渡は要求があつた時になされ、支払は引渡後一月以内になされるべきとの内容の継続的供給契約である。原告らは第一回目の引渡時、即座に代金を支払うことを怠つた。被告は契約に違反して (動産売買法第一〇条参照) 以後の引渡を拒絶したが、もし原告らが各回毎に現金で支払うと同意すれば約定価格で商品を引き渡すと申し出た。原告らはその申出を拒絶、契約違反訴訟を提起した。原告らは契約価格と既に高騰していた市場価格との差額を請求した。

Scrutton 首席裁判官は次のように述べている。「原告は損害を最少にしなければならないというのがより正確か、それとも合理的に行動していたとしても被っていたであろうものだけを回復できるというのがより正確か、それ以上の損害は被告の違反から合理的に生じていたのではないから、結果は同じである。Matthew 氏〔被告側〕は損害を縮減するためにとられるべき手段を考慮するにあたっては過失ある当事者に関するすべての契約的状況は排除されなければならぬと主張する。ある種の個人的サービスの事案においては、被告からの、原告に重大な損害を与えた相手方からの申出を考慮することを原告に期待することは不合理である。しかし商事契約においては、過失ある当事者からの申出を受諾することは一般的に合理的である。しかしながら、それは常に事実問題である。法律問題に関しては何の問題もない」

それと対照的なのが、*Strutt v. Whinell and Another* [1975] 1 W.L.R. 870. である。事案は次のようなものである。ディベロツパーたる原告は、家屋を被告に売却した。被告は家賃法の保護下にある賃借人にその家を賃貸したところ、後に家屋の構造上の欠陥が明らかとなった。原告と建築者との間の契約関係にはない被告は、建築者を訴えることができない。原告は当該家屋を買い戻すことを契約した。転売は賃借人のない状態で行われることが契約の条件だった。契約締結後、賃借人は転居を拒絶し、そこで被告は再度家を買戻すことを申し出た。原告はこれを拒絶し、賃借人がない状態とある状態との間の価値の差額に達する額の契約違反を理由とする損害賠償を請求した。被告は、原告には当該申出を承諾することによって損害を縮減すべき義務があるのであって、それ故、名目的損害賠償のみが認められるに過ぎないと主張し、控訴した。

控訴は棄却された。なお、*Mackenna* 判事は次のように述べている。「三つの異なった場合を述べ、考慮しなけ

ればならない。ケース一↓買主が一定品質を有する財産を買うことに合意し、売主はそのような品質を欠く財産を引き渡す。一定品質を備えた財産とそれを欠く財産の市場価値の間には違いがある。買主は、明らかに二つの価値の間の差額を回復する権利を有する。ケース二↓ケース一で述べた事実に加えて、売却後に品質上の欠陥が発見された後に、売主が契約価格で当該財産を買い戻すと申し出、買主はそれを拒絶したとしよう。この場合に買主は、二つの価値の差額を回復する権利を失うのであろうか？ 名目的損害賠償のみに限定されるのだろうか？ 私は、買主は財産を保持し続け、二つの価値の差額を回復できるものと考ええる。売主には、自分の財産となったものを保持し続ける対価として買主の実質的損害賠償請求権の放棄を強いる権限はない。ケース三↓ケース二で述べた事実に加えて、買主には財産を買い戻したいという申出の受諾を拒絶する十分な理由がないということを売主が立証したとしよう。何か違いがあるだろうか？ 私は違いはないと考える。そうしたいと望む理由を調査することなく買主は自分の財産を保持する権利を持つのであり、二つの価値の差額を回復する権利は、売主の再購入の申出に対して合理的に行動したという⁽¹⁰⁾ことを条件とはしないと考える」

そして前述 *Payzu Ltd. v. Saunders* [1919] 2 K.B. 531. とは次の点で区別可能であるとする。「Payzu 事件の場合には、契約に違反した被告は、契約価格でかつ契約条件通りに原告に目的物を引き渡すことを怠ったものの、条件は落ちるが同種でかつ同価格の目的物を提供した。原告がそれを受諾していたならば、不利な条件故の少ない損失を被っていただけであらうし、それを損害賠償という形で回復できていたであらう。しかし彼は申出を拒絶した。そのような状況においては、市場価値と契約価格との間の差額を回復することはできない。原告が被告からの申出を受諾していたならば損失を被ることはなかったのであり、それが合理的だったのである。原告が、既に自分のものとなっ

ている財産を返還し、または実質的損害賠償請求権を失うよう求められる本件においては問題はない」⁽¹⁾

③原告は、その商事上の名声を損ない、または良好な公的関係を危険にさらす虞れのある行為を行う必要はない。

James Finlay & Co. Ltd v. Kwik Hoo Tong [1929] 1 K.B. 400. で、運賃保険料込(C.I.F)契約の下で売主は買主に積荷証券を交付したが、それには船積日が不正確に記されていた。買主はこれに気づかず転売契約を締結、転買人は船荷証券上のこの過誤に気づき、契約に違反して引渡を拒絶した。買主は売主を契約違反で訴え、実質的損害を回復しようとしたところ、控訴院は、買主が転買人を訴えることは、それが過誤に気づいた上のものである場合には、商事上の名声を重大に侵害するものとなるであろうことを理由として、買主は転買人に対して訴訟を提起することによって損害を縮減することを義務付けられないと判示した。同様に、London and South of England Building Society v. Stone [1983] 3 All E.R. 105. で、原告たる建築会社からの借主は家の修繕を契約した。実際には、大きな地盤沈下によって損傷を被っていて、価値がなく、原告は二九、〇〇〇ポンドで修繕を引き受けた。原告は、被告が過失によって地盤沈下を発見し得なかった評価報告書に基づいて金銭貸付を行った。被告たる鑑定人に対する契約及び不法行為訴訟において、原告は、賃料たる一一、八〇〇ポンドを損害賠償として回復した。控訴院は、修繕約定を強行することによって借主から回復すべきであった額としての三、〇〇〇ポンドの減額がなされるべきだとの被告の主張を斥けた。その理由としては、良好な公的関係を維持するためには、修繕のための費用を借主に対して要求しないことは原告にとっては合理的であったとされた。

④原告は、複雑な訴訟に巻き込まれるであろう手段を講ずる必要はない。Pilkington v. Wood [1953] Ch. 770. において、原告は家を購入したが、それを売却しようとしたとき、売主が瑕疵ある権原を与えたことを発見した。原告

は、事務弁護士たる被告に対して契約上の義務違反を理由として訴訟を提起し、良権限を備えた財産権と良権原を備えない財産権との価値の差額を基礎とする損害賠償を得た。原告は売主に対して訴訟を提起することによって損害を縮減すべきであったとする被告の主張は斥けられた。理由は、「いわゆる損害縮減義務は、被害を被った当事者に、第三者に対する複雑かつ困難な訴訟を提起することまで強いるものではない」⁽¹²⁾からであるとされた。

(2) 不合理な作為

第二に、原告が行った行為が実際には不合理と評価される場合に関する法的処理が問題となる。原告が縮減に際して不合理に行動した場合、その結果として被った損害を回復することはできない。例えば一般的に彼は、履行における瑕疵を治癒するさいに、当該目的物が瑕疵がなければ有するであろう価値以上のものを支出すべきではなく、相手方が受領の意思のないことを明言した以後は、履行を継続するために出費を続けるべきではない⁽¹³⁾。なお、違法行為後の不合理な行為は、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、一般にミティゲイション義務違反の局面と見られる⁽¹⁴⁾。

この原則は、不法な行為に続く出費を原告は不合理に行ってはならないとするものである。第一原則に関するのと同様に、何が不合理であるかは事実関係によって決定される。この点につき、例えば *Holden Ltd. v. Postock & Co. Ltd.* [1962] 18 T.L.R. 317. において、被告はビール醸造のための砂糖を売却したところ、砂糖には砒素が含まれていた。商事上の損失を避けるために原告は製造方法の変更を広告。被告に対する契約違反訴訟において、原告は広告の費用の賠償が認められた。また、*Bacon v. Cooper (Metals) Ltd.* [1982] 1 All E.R. 397 においては、被告

の契約違反を理由とするローター交換のために支払われたハイヤ・パーチェスの高利率は、合理的に被ったものであって回復可能であるとされた。身体に対する被害の為に必要となった薬品、病院及び治療費用について回復が可能であることにはほとんど問題はない。⁽¹⁵⁾

やや特殊な事案に関するものとしては、*Banco de Portugal v. Water & Sons Ltd.* [1932] A.C. 452. がある。被告は原告のために銀行券を印刷することを約定したが、契約に違反して印刷済の銀行券を犯罪者に渡し、その結果銀行券はポルトガルで流通してしまった。銀行はすべての交換に応じた。被告は、銀行券の印刷費用のみに関して有責であり、他のコストは銀行の責任であると主張した。貴族院多数意見は、より安価な算定方法が採られるべきであるとの被告の主張を斥けて、銀行の大衆に対する商事上の義務を考慮すれば、銀行の行為は合理的であったから被告は銀行券全部について責任を負うと判示した。なお本判決では、ポルトガル貨幣は不換紙幣であること、銀行は法律上の tender として銀行券を独占的に発行すること、及び発行可能額は法律上制限されているものの、未だ制限には達していなかったことも付け加えるべきだとされる。⁽¹⁶⁾

反対に *Compania Financiera Solenda SA v. Har Moor Tanker Corp. Inc., The Borag* [1966] 1 Q.B. 764. において、契約違反において係留された船の解放を求めた原告は、非常に高い利率を要求するローンを受諾した。控訴院は、原告のそのような行為には合理性がなかったから、そのような高い利率は補償され得ないと判示した。

(4) 以下ではイギリスの判例の一部を対象とする。アメリカの判例等に関しては、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——」『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究 上』（有斐閣・昭

和(三二年)二三五頁参照(同論文にはイギリス法も含まれている)。なお、谷口知平・植林弘『損害賠償法概説』(有斐閣双書・昭和三九年)八四頁以下も参照。

- (5) [1912] A. C. 673, 683.
- (6) *Id.* at 691.
- (7) *Id.* at 688.
- (8) *Id.* at 990.
- (9) G. H. TREITEL, *THE LAW OF CONTRACT* 740 (6th ed. 1983).
- (10) [1975] 1 W. L. R. 870.
- (11) *Id.*
- (12) [1953] Ch. 770, 777.
- (13) TREITEL, *supra* note 9, at 736.
- (14) 不法行為または契約違反に続く原告の不合理な行為が損害原因となっている場合には、ミティゲイション義務と中断事由とを全く同様の理由から損害賠償を否定する根拠として考えることが可能である。このような状況で判例は時として相互交換的にこの原則を用いるけれども、一般にミティゲイション義務を原告の不合理な不作為(即ち損害縮減の懈怠)に関して用いる一方で、中断事由を原告の不合理な行為のための因果関係の中断(即ち損害の増大)として用いることによって、両者は区別される。しかし不合理な行為が支出をもたらす場合には、中断事由よりはむしろ縮減義務の局面と解されるのが一般的である(BURROWS, *supra* note 2, at 35.)。
- (15) *Id.* at 67.
- (16) TREITEL, *supra* note 9, at 737 n. 21.

三 沿革

ミティゲイション法理の生成・展開過程は必ずしも明確にはなっていないが、Atiyahは、損害賠償法理論の重大な変化と関連付けながら一応の仮説を提示しており非常に興味深い⁽¹⁷⁾。まず最初に、完全未履行契約の違反に対する期待利益損害賠償は、一八世紀末まではほとんど与えられることはなく、特に土地売買契約のケースでは否定されていた。当事者双方の約束をそれぞれ独立したものととして扱う初期の準則は、未履行契約に対する救済の否定と密接に結びついていたが、一八世紀の最後の三〇年間でそのような準則は完全に反転したとする⁽¹⁸⁾。Atiyahによれば、相互に依存し、または独立した約束（もしくは合意）に関する準則の変化はよく知られており、多くの判例の中でも、Kingston v. Preston, 2 Doug. 691, 99 E. R. 437 (1773). が最初のものである⁽¹⁹⁾。本件で Mansfield 卿は、相互の約束が相互に依存するかそれとも独立したものであるかということを決定するのは当事者の意思だという原則を初めて明らかにしている。つまり、約束が独立したものととして扱われると契約の全目的が挫折させられるということが明らかな場合には、必然的に依存したものだということになる。そしてさらに進んで一八世紀末の一連の判例で、Kenyon 卿はこの原則を採用・拡張し、一般に約束は、約束の一方が先履行されるべきとき以外は、相互に依存するものと解釈されるべきだと解した。

さて、法理上のこのような変化は、Atiyah が強調するように、損害賠償法上の諸準則の変容に伴ったものであり、またおそらくはそれが原因となっているものと考えられる。原告がオリジナルなコモン・ロー準則であったと思

われる被告の履行の完全な価値を主張することの代わりに、裁判所は、次第に、原告は当事者双方の二つの約束の間の価値差損 (difference in value) を訴訟で求めることができるのと判断を下し始めた。Atiyah は、このような変化は、損害賠償のミティゲイションに関する準則の重大性が増大したと大きな関連があるという⁽²¹⁾。

彼の见解によれば、以上のような大きな変化の中でミティゲイション理論を把握すべきだということになるが、ここで、イギリス法の裁判制度上の問題があることに若干の注意を要する。即ち、損害賠償に関する問題は、一八世紀末までは完全に陪審の問題であつたために、ミティゲイション・ルールの起源についてははっきりしたことは断定できないが、本法理の初期段階の発展においてはいくつかの重要な段階があつたようであるとして、彼独自の仮説が提示される⁽²²⁾。まず、最も初期、つまり原告は一般に被告の約束の完全な価値を求める権利を有すると考えられていた時期においては、ミティゲイションの問題はまったく生じ得なかつた⁽²³⁾。そのような状況では、原告はまず自分の約束を履行するよう拘束されるのであつて、ミティゲイションの義務は一切負い得なかつた。そのため(例えば、原告が被告が受領を拒絶している目的物を他へ転売することによって)損害を縮減しようとするれば、履行することは不可能になつただろうし、損害賠償請求権をまったく失つてしまふ可能性もある。つまりミティゲイション原則発展の最初の段階で重大な契機となつたのは、前述のように、当事者が価値差損を賠償請求できるようになつたということ、即ち、双方の債権の差額を請求することが許容されたということであり、それは近代的な意味における期待利益付与へと最初に門戸を開く発展であつたと述べる⁽²⁴⁾。次の段階は、これもあくまでも全くの推測であるとしながらではあるが、原告が損害を縮減しなかつたにもかかわらず、陪審が原告に縮減義務があつたの心証を得た場合であつても、同様の原則に基づいて損害賠償を付与することが陪審の義務であるということが認められるようになったということである。

あるとする⁽²⁵⁾。そしてその後、さらに進んだ最終段階は、（単に事実問題としてではなく）法律問題として原告は損害を縮減しなければならず、陪審は原告がそうしていたとしても被っていたであろう損害を表す損害賠償のみを与えなければならぬ、という準則の発展であったとする⁽²⁶⁾。以上の準則が確立されたのはかなり後になってからであったが、一九世紀の初期に期待利益賠償が不履行または履行遅滞訴訟において与えられつつあったことは明らかであったとして、数件の判例を列挙している⁽²⁷⁾。

以上のような大胆な理解に対しては、他の論者による議論はほとんどなされておらず、当否の断定は困難あるいは不可能と言える。ただ、ミティゲイション原則自体の中で、次のような変遷があったことはほぼ間違いない。第一段階は契約違反にあって損害を被った当事者が実際に損失を減少させる行為を行った場合であり、問題は、契約違反者に対する損害賠償額を算定する場合に、代替行為によって得た利得を考慮しなければならないかということである。第二段階は損害を被った当事者は実際には損失を減少させる行為を行わなかったが、合理的な人物ならばそうしたであろう場合であり、問題は、原告の消極的な態度——行為を行わなかったこと——が損害賠償算定にあたって考慮されるかということである⁽²⁸⁾。法理自体の具体的内容については先に概観した通りであるが、第一段階から第二段階への移行によって、現在のミティゲイション原則が確立されたということができよう。

(17) P. S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT 424 (1979).

(18) *Id.*

(19) *Id.*

(20) Goodisson v. Numm, 4. T. R. 761, 100 E. R. 1288 (1792); Glazebrook v. Woodrow, 8 T. R. 336, 101 E. R.

1436 (1799) ; Morton v. Lamb, 7 T. R. 125 ; 101 E. R. 890 (1797). 等な上ではある

(21) ARIVAH, *supra* note 17, at 425.

(22) *Id.*

(23) *Id.*

(24) *Id.*

(25) *Id.*

(26) *Id.*

(27) Shepherd v. Johnson, 2 East 211, 102 E. R. 349 (1802) ; McArthur v. Seaforth, 2 Taunt. 257, 127 E. R. 1076 (1810).

(28) Schmitthoff, *The Duty to Mitigate*, [1961] J. Bus. L. 361, 362.

四 期待利益賠償とミティゲイション義務

(1) まず、期待利益賠償⁽²⁹⁾が損害賠償法の基本原則とされるのは何故かという根本的な問題については、契約の基礎理論との関係で争いの生じ得るところである。本稿では詳細に立ち入ることはできないので、ミティゲイション理論⁽³⁰⁾と関係のある範囲で有力な理論を採り上げるに止めたい。

期待利益賠償の根拠としてまず上げられるものとして、約因によって支持された約束に関する期待利益を保護することは、人が自分の側の債務を履行することを奨励するのであり、その結果、最も必要とされているところへ商品やサービスが流れていくという市場経済の機能を支持することになるというものがある⁽³¹⁾。つまり、当事者が信頼利益し

か回復できないとするならば、そのような履行へのインセンティブは存在しないことになる。⁽³²⁾ 同様のアプローチは、例えば Posner のような法経済学者によっても採られている。彼は、契約法とは、経済的効率性と社会福祉とを増進させる準則及び原則の体系であるとし、交換取引約束に関する期待利益は、原告に、被告の履行があったならばそうであったような状態に置かれた価値を与え、被告には、最も高い価値を与える者と資源を交換するインセンティブが提供され、その結果、効率的结果が促進されるのであるという。⁽³³⁾

(2) 以上のような正当化と対照的なのは、Fried である。「意思」と「道徳上の義務」等を強調する彼の理論は本質的には契約の意思理論のリバイバルでも称され、例えば不法行為に相對するものとしての契約上の義務は、被告の自由意思による債務の受諾に依拠するものと考えるのをその出発点とする。⁽³⁴⁾

(3) Fried の所説に關し、例えば Burrows は、Fried のアプローチには支持されるべき部分が多いが、期待利益賠償を完全に正当化するものではない、なぜなら、多くの状況においては、特に意思の中心的・客觀的基準が与えられる状況においては、被告が自由意思によって債務を引き受けたとは言いが得ない場合でも契約違反を理由として期待利益賠償が与えられるからであると評価する。⁽³⁵⁾ そして続けて、約束としての契約についてのより完全な理論は次のようなものであるという。彼によれば、約束とは一応道徳的拘束力を有するものであるが、それは約束者の意思のためではなく、正確には、受約者の期待を裏切り、約束者が受約者に与えた信任と信頼を裏切ること＝悪だからなのであって、このように解すると、この見解は約束遵守の根底にある道徳と直接的に一致するので、期待利益規程が回復の自然な規程となる。⁽³⁶⁾ そしてこのアプローチを採るとするならば、Fuller & Perdue の市場経済と Posner の経済的効率性の説明は、約束が交換約束である場合に原告の期待利益を保護することの付加的理由を与えるにすぎなくな

ると結論付ける⁽³⁷⁾。

(4) また、期待利益の保護を正当化しようとしてなされた以上のようなアプローチは、Atiyah による批判⁽³⁸⁾を受けている。Atiyah は Fried の理論を「リベラル・セオリー」と称し、次のように批判を加える。リベラル・セオリーによれば、約定された履行の完全な価値——期待利益に対する権利——の付与は約束理論から当然に派生するものとされるけれども、この点には疑問がある。そして、古典理論の批判者は、信頼原則または現状回復原則に基づいて法が損害賠償を与える場合には多くの状況があるとするので、契約責任の基礎は約束それ自体ではないと主張することが可能であると評する⁽³⁹⁾。

そして、彼は、現在一般に承認されているのは、標準的商事契約以外では、期待利益賠償よりも、信頼利益賠償が相当な場合がより多く、より多く与えられやすいということだとする⁽⁴⁰⁾。つまり、法が期待利益付与につき消極的であるならば、そこには、履行義務を創造するのは約束であるということにつき疑念があるに違いないとの認識に立つわけである。

さらに、期待利益賠償原則に関するリベラルな立場における全ての弱点の中で、もっとも重大なものはおそらくミティゲイション法理から生ずるものに関するとい⁽⁴¹⁾う。何故ならば、法は約束を強行せずに、代わりに不履行を理由とする損害賠償という救済手段を与えるわけであるが、そのときミティゲイション法理が意味するのは、契約違反がなされるのは常態であり受約者は完全な損害賠償(期待利益賠償)を受けることができていないということである⁽⁴²⁾。

それは要するに、ミティゲイション準則の効力は、違反当事者が支払う損害賠償は、彼が支払を約束したもののものではないということである。彼は、市場価格の明らかな変動の結果として損害賠償額が容易に算定可能であると

いった最も単純な状況においても、約束上の責任の承認としての損害賠償請求訴訟の最終的な結果を説明することは困難となり、複雑な例においては、最終的な結果を約束者の意思に帰せしむることはより困難となる⁽⁴³⁾。ミティゲイション準則を適切に説明することは、期待利益賠償準則が約束原則から当然に派生すると論じるときには、リベラル・セオリストの議論の本質的部分となるべきなのにもかかわらず、実際にはミティゲイション準則の説明は専ら実際のものとなり、または効率に基礎を置くものとなる傾向があるというのが Atiyah の批判である⁽⁴⁴⁾。さらに、実際には、ミティゲイション義務は善意当事者をジレンマに陥らせることが多いともいう⁽⁴⁵⁾。つまり、もし縮減に失敗すれば損害賠償額は減額されるし、もし縮減したならば、彼にとって回復可能な損害賠償額は追及するに足らない少ない額の信頼コストだけだということになる。この準則を説明すれば、受約者の期待は、彼らが約束だけに依拠しているかぎりにおいては、リベラル・セオリー及び約束原則が主張するほどの保護には値しないことがしばしばということであり、ミティゲイション準則は約束の拘束的な性質をその程度まで (*pro tanto*)、そしてしばしば完全に、排除するという現実的な結果を有するというのである。

また、Atiyah は、損害賠償法固有の領域を離れて、より広く法哲学的な考察を行う他の著書において次のように述べている⁽⁴⁶⁾。まず、一九世紀の終わりまでには、そしてとりわけ最後の二〇〜三〇年の間には、道徳的理念への法律上の反転の兆候が増しつづけたとする。一方では、完全未履行契約——すなわち支払も全くなされず信頼も生じていない約束——に責任を課することに対して消極的な兆候が増しつづけたが、またその一方で、利得の付与及び正当化し得る信頼の行為を、裸の相互的約束の場合よりも、法的責任を課するためのより重要な根拠とみなすという傾向が強まった多くの兆候があるという⁽⁴⁷⁾。そして、前者の傾向の好例は、損害賠償のミティゲイションが次第に強調さ

れ始めたという動きの中に見出されると論じている⁽⁴⁸⁾。そこでは、契約違反に対する善意当事者は、違反後に合理的手段を講じることによって回避し、または回避することができたであろう損害を回復できないことになることの例として、*Lazenby Garages v. Wright* [1976] 1 W. L. R. 459. (被告は、カー・ディーラーである原告から中古車を購入することを契約したところ、引渡前または支払前に、被告は取引継続を拒絶し、他の消費者へ同額で転売したという事例)を上げている⁽⁴⁹⁾。判示によれば、原告は何らの損失も被ってはいないので、損害賠償を請求することはできないとされた。この判例を評して Atiyah は、この種の決定は、文言においては契約もしくは被告の約束の拘束的性質を否定してはいないけれども、実際には、契約に拘束力があるという(即ち損害賠償の付与によってそれが強行可能であるという)法律上の主たる結果の一つを取り去っているとする⁽⁵⁰⁾。それゆえ、このような性格の決定は、依然として全く履行されず信頼も生じていないのに、そのような契約を拘束力ありとすることが好ましいということに対する疑問が増しつつあることを示しているということが可能であり、そのような契約(または約束)に道徳的拘束力があるのかどうかということに対する疑問も増しつと示唆することも可能となるとする⁽⁵¹⁾。

(5) Burrows は以上のような Atiyah の主張を次のように評価する。まず、Atiyah の主眼は、期待利益を保護することは、人々が約束の道徳的根拠を強く確信していた一九世紀においては正当化され得る一方で、自由市場経済を保持する今日の福祉国家においては正当化することはより困難になっている⁽⁵²⁾。Burrows は、通常の準則として信頼利益の保護の方が好ましいとし、そして Atiyah の見解では、期待利益を保護し、一九世紀のレッセ・フェールの価値に基づいて賞賛された伝統的契約法は今や死に、または少なくとも最期の死闘を繰り広げている状態にあるという⁽⁵³⁾。

Atiyah の見解をこのように捉えた上⁽⁵⁴⁾ Burrows は、Atiyah の批判は、現状を誇張しているという⁽⁵⁵⁾。それは、法は——今日の弱者に対する非常な関心を反映して——過去におけるよりもずっと容易に契約者の契約からの離脱⁽⁵⁶⁾が可能にしている一方で、拘束力ある約束違反のための保護のために期待利益が保護され、保護されるべき残された広い領域があるからであるとする⁽⁵⁶⁾。実際、例えば約束的禁反言の発展等は、法律上強行可能なより多くの約束への道を開いている。さらに、契約法第二次リステイトメントにおいて、信頼利益のみの賠償が約束的禁反言または約因の不均衡及び被告の責任がある場合の責任として示唆されるが⁽⁵⁷⁾、その一方、期待利益ではなく信頼利益によって契約上の損害賠償を算定しようという徴候は裁判上は見られないという⁽⁵⁸⁾。それ故契約法は、そして受約者の期待利益の中心的保護は依然として生きているのであり、死んでなどはいないのである⁽⁵⁹⁾。以上のように Atiyah の現状認識に対する疑問を提起するのが Burrows の見解である。

- (29) 「信頼利益」・「期待利益」・「原状回復利益」という三分法は、周知の如くフラー・バーデナー論文 (Fuller & Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L. J. 52, 373 (1936)) に端を発する。この論文の内容等を含めて、詳しくは、木下毅「アメリカ契約法における約束の法的拘束力と損害賠償の範囲」私法四八号(有斐閣・昭和六一年)二三五頁参照。また、木下毅『英米契約法の理論(第二版)』(東大出版会・昭和六〇年)でも損害賠償法に関する記述が新たに書き加えられている。

- (30) 期待利益と信頼利益とを区別するとき例として上げられることのある判例として、(アメリカの事件であるが) *Hawkins v. McGee*, 84 N. H. 114, 146 A. 641 (1929)、がある。原告が手を火傷し、皮膚移植に興味を持っていた外科医は手術によって手を完全な状態に回復させることを契約した。ところが手術は失敗に帰し、完全な状態どころか手術前よりも悪い状態になってしまった。契約違反を理由とする損害の算定にあたっては二つの可能な方法が検証された。第一は、手術後の手の価値を手術前の手の価値から控除すること——Fuller & Perdue の用語法によれば信頼利益——である。第二

は、完全な手の価値から手術後の手の価値を控除する——即ち原告の期待利益の保護——である。判示によれば、契約違反を理由として、原告は、契約が履行されたであろう場合と同様の地位に置かれるべき権利を有するのであって、第二の損害賠償算定規準が採用された。

(31) BURROWS, *supra* note 2 at 18.

(32) *Id.*

(33) R. A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 65ff. (2d ed. 1977).

(34) C. FRIED, *CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* (1981). ただし Fried はミティゲイション理論については、「契約の相手方に対する一種の利他的義務」(*Id.* at 131) と述べる他はほとんど言及しておらず、Atiyah 等もそこを批判する。Fried の理論については詳論は避けることとしたい（なお、同書の紹介として、「一九八三—二」アメリカ法二六四頁（木下）参照。木下・前掲書でも随所で言及されている）。

(35) BURROWS, *supra* note 2, at 19.

(36) *Id.*

(37) *Id.*

(38) P. S. ATIYAH, *The Liberal Theory of Contract*, in *ESSAYS ON CONTRACT* 123 (1986). なお、同書所掲のこの論文は「当初」FRIED, *CONTRACT AS PROMISE*, *supra* note 34. の書評（Atiyah, *Book Review*, 95 HARV. L. REV. 509 (1981).）として書かれたものであるが、論文集におさめるにあたって若干内容を一般化したようである。

(39) ATIYAH, *supra* note 38, at 123. アメリカの方が判例も多いが、それは訴訟自体の多さと、イギリス法は同様の結果を異なった法技術で達成しているという事実を反映しているという（*Id.* n. 1）。

(40) 実際、多くの状況——例えば、消費者契約等——では、何らかの信頼の要素が存在する前においては、何らの責任も生じない（つまり、拘束力ある契約が全く認められない）ということがしばしば見受けられる。法が本当に約束を履行すべき道徳上の義務に基礎を置いているのであれば、確かに特定履行は法律上より明白で主要な救済手段となろうし、同様に、動産売買契約においては、確かに、約束の強行が法の目標であるとするならば、買主が未履行売買契約であろうとも履行を拒絶するときは何時でも、売主に買主に対する代金請求訴訟を起こす権利を付与することが一般に求められるであろう。しかし

実際には、売主の訴訟上の代金請求は未履行契約の場合に限定され、彼は通常、不受領 *non-acceptance* を理由とする損害賠償に限定されている (*Id.* at 124)。

- (41) *Id.*
- (42) *Id.*
- (43) *Id.*
- (44) *Id.*
- (45) *Id.* at 125.
- (46) P. S. ATIYAH, PROMISES, MORALS, AND LAW 5 (1981).
- (47) *Id.* at 6.
- (48) *Id.*
- (49) *Id.*
- (50) *Id.*
- (51) *Id.*
- (52) BURROWS, *supra* note 2, at 19.
- (53) *Id.*
- (54) *Id.*
- (55) 木下・前掲書第五章参照。
- (56) BURROWS, *supra* note 2, at 19.
- (57) RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT, §§ 87, 90, 351(3), 158(2), 272(2). 準。
- (58) BURROWS, *supra* note 2, at 20.
- (59) *Id.*

五 ミティゲイションの根拠

最後に、ミティゲイション理論の位置付けないし根拠について簡単に述べてみたい。近時有力なものとしては、期待利益賠償を原則としながらミティゲイションによる賠償額減額を期待利益賠償の制限ファクターの一つと捉える考え方がある。不法行為及び契約違反の場合の補償的損害賠償を制約するファクターには次の五つが存在するとされる⁽⁶¹⁾。①遠隔性→損失が義務違反から遠すぎる場合、原告は損害賠償を得ることはできない⁽⁶²⁾。遠隔性の規準は、損害の合理的な予見可能性または予想にかかっている。②中断事由→中断事由の方が被告の義務違反以上に当該損失に関して大きな原因力を有しているために、義務違反と損害その間の因果の鎖を断っている場合、原告は損害賠償を得ることはできない。③損害縮減義務→不法行為または契約違反後に、原告が損害を合理的に回避可能であったとき、原告は損害賠償を得ることはできない。④寄与過失 (contributory negligence) →原告のネグリジェンスが損失に寄与している (すなわち損失の原因の一部となっている) とき、損害賠償額は減額される。しかしこの原則は、契約違反および不法行為のあるものに関しては適用されない⁽⁶³⁾。⑤無實力→不法行為のケースである *Owners of the Dredger Liesbosch v. Owners of SS Edison* [1933] A. C. 449. で貴族院は、原告の財政的手段の欠如から生ずる損失は回復不能であると判示したが、この有効性は今日では疑いがある。

ミティゲイション原則の位置付けをそのようなものと捉えたとして、その根底にある理念はいかなるものであろうか。前述した Posner 等に代表されるように、ミティゲイション原則を産み出したのは商事上の効率性へのコモン・

ローの直接的関心の高まり⁽⁶³⁾であるとして、専ら経済的効率を前面に押し出す考え方があつた。つまり、現在論じている法体系の全てにおいては、起こらなかつたであろう社会的・経済的浪費を減少させる目的で、何らかの程度まで、ミティゲイション義務を認めているとされる⁽⁶⁴⁾。つまり、社会的浪費の回避を強調する考えである。これはまた、ミティゲイション原則を因果関係よりはむしろ政策判断の問題と捉える見解と結びつきやすい。これに対しては、あくまでもミティゲイション原則の真の基礎は、ハドレー事件 (Hadley v. Baxendale 9 Ex. 341, 156 E. R. 145 (1854)) で定立され、そこから引き出される損害賠償算定を支配する準則であるとする見方もある。しかし、原則として因果関係の一面面であるとしながらも、それでも他の観点からすれば政策判断と捉えることも可能とするか、または「この原則の背後には二つの概念が存在するのであり、第一は、因果関係の問題——即ち被告の違反は合理的に回避可能であつた損失を惹起していないということであり、もう一つは、経済的浪費を回避することが望ましいということである⁽⁶⁵⁾」と見るのが妥当と言えようか。

(60) *Id.* at 34.

(61) なお、日本法と対比したとき、イギリス法上は「過失相殺」という概念自体が直接的には表面に現れてこないことが注目される。その果たしている機能に着目するならば、ミティゲイション準則が過失相殺に、寄与過失が損益相殺に類似した役割を有しているようである。

(62) ただし、この点は微妙である (TREITEL, *supra* note 9, at 740. 参照)。

(63) Sharpe, *Specific Relief for Contract Breach*, in STUDIES IN CONTRACT LAW 140 (B. J. RETTER & J. SWAN ed. 1980).

(64) A. VON MEHREN & J. GORDLEY, THE CIVIL LAW SYSTEM: AN INTRODUCTION TO THE COMPARATIVE STUDY

OF LAW 1115 (2d ed. 1980). また、ほぼ同様な結果は、ドイツ法・フランス法にも見られるとされている (Id.).

- (65) Schmitoff, *supra* note 28, at 363. 損害賠償算定に関連する準則がこの原則の基礎であるということは、Scrutton 判事の次のような判断から窺うことができる。「原告は損害賠償を最少にしなければならないと言うことがより正確か、または合理的に行動していたとしても被っていたであろうもの以上は回復できないと言うことがより正確か。それ以上の損害は被告の違反から合理的には生じていないのであるから、その結果は同じことである」(Payzu Ltd v. Saunders [1919] 2 K. B. 581, 589.)

なお、アメリカの契約法第二次リステイメント第三五〇条も次のように規定し、浪費の回避を強調している。「三五〇条「損害賠償の制限としての回避可能性 (avoidability)」(1) 第二項の定める場合を除いて、損害を被った当事者が、不当なリスク、負担、または屈辱 (humiliation) なしに回避可能な損失に関しては、損害賠償を回復することはできない。(2) 損害を被った当事者は、第一項の定める準則に従って、損害を回避するための合理的ではあるが成功しなかった努力を行った限度においては回復は禁じられない」。そのコメントでは、「a. 合理的根拠——本条の定める準則は、損害を被った当事者の損害回避の努力を奨励するというポリシーを反映している」と述べられている。

- (66) S. M. WADDAMS, THE LAW OF CONTRACTS 460 (2d ed. 1984).

六 むすびにかえて

以上見てきたように、個々の判例の蓄積を経て確立されたミティゲイション理論は、近時盛んになった契約の基礎理論に関する議論の中で新たに採り上げられ、ある意味では再評価されることとなった。その際、意思理論は期待利益賠償と接続しやすいが「契約からの離脱」の説明に弱点があるとか、ミティゲイション義務との関係を説明し得ていない等との批判が客観理論を重視する論者からなされている。客観理論重視論者によれば、損害賠償の局面におい

ても多様な責任根拠を認めることによって多様な利益賠償を認めることが容易になるという。また、本稿で採り上げた「過失相殺」類似型または「因果関係」切断型ミティゲイションと言うべきものの他に、ミティゲイション法理は契約の両当事者に一定の協力義務を課するものであって信義則にも類似した一般条項的機能を有するとする議論も現れている。そうした状況の中で、損害賠償法に関してはイギリス法を継受したと一般的に考えられていながらもミティゲイション法理と直接的に対応する法理を持たない我が国において、以上の議論を如何に捉えるべきか、また谷口教授がかねてより主張されるような解釈論への積極的適用という主張を理論的にどのように考え、体系的にはどのように位置付けるべきか、等本稿で論じ得なかった点が多い。これらに関しては今後の課題としたい。

(67) 谷口・前掲論文二五五頁、谷口・植林・前掲書九〇頁等。なお、谷口教授が同論文中で列挙される判例以外の比較的近時の判例は、名古屋高判昭五〇・九・二九(判時八〇二一八四)「自動車販売契約解除に基づく損害賠償請求につき、目的自動車を執行官保管のままにし換価手続を怠ったために生じた値下がり分について、売主に五割の過失相殺を認めた事例」くらいであろうか。