

Title	損害賠償額の予定に関する合意の効果論 : 抽象的損害計算論を分析視角として
Sub Title	Die Wirkung der Schadenspauschalierung : Unter dem Blickwinkel der abstrakten Schadensberechnung
Author	河野, 航平 (Kawano, Kohei)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2018
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.119, (2018. 12) ,p.535- 569
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20181215-0535

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

損害賠償額の予定に関する合意の効果論

——抽象的損害計算論を分析視角として——

河 野 航 平

一 序 論

二 分析視角としての抽象的損害計算論

(一) 抽象的損害計算論の有用性

(二) 抽象的損害計算と具体的損害計算

(三) 抽象的損害計算の意義と分類

四 小 括

三 ドイツにおける違約罰に関する合意の効果論

(一) 違約罰と損害賠償の関係

(二) 損害額の算定過程における違約罰

四 ドイツにおける包括的損害賠償に関する合意の効果論

(一) 包括的損害賠償の意義

(二) 損害額の算定過程における包括的損害賠償

五 違約罰と包括的損害賠償の峻別論

(一) 峻別論の意義

(二) 推 定

六 損害賠償額の予定に関する合意の効果論

(一) 紛争回避機能を認めない規律の理論構成

(二) 紛争回避機能を認めない規律の妥当性

七 残された課題

一 序 論

契約当事者は、債務不履行が生じた場合に債務者が支払うべき損害賠償の額を、損害賠償額の予定によって定めることができる。もつとも、過大な損害賠償額の予定を規制すべきことが説かれてきた。判例⁽¹⁾および有力説⁽²⁾によると、実損害額に比して著しく過大な損害賠償額の予定が合意された場合に、その合意は、民法九〇条に基づき一部無効となる⁽³⁾。

判例および有力説の示す規制法理は、次のような前提に依拠するものと思われる。すなわち、契約当事者は、損害賠償額の予定を合意することにより、将来の債務不履行を理由とした損害賠償請求権の内容を確定することができる。したがって、両当事者は、約定額以外の損害額を主張することができない⁽⁴⁾。このように、損害賠償額の予定法が、合意に損害額に関する紛争を回避する「紛争回避機能」を認めるものと解されるならば、その合意を規制するためには、有効要件の次元で合意の効力を否定するほかないだろう。しかし、判例および有力説によると、債務者は、合意の一部無効を主張するために実損害額について主張・立証し、債権者はこれを争うことになる。そうだとすると、損害賠償額の予定に関する合意に紛争回避機能を認めることは、どのような意義を有するのだろうか。損害賠償額の予定を合意することで損害額に関する紛争を回避できるという損害賠償額の予定法の評価を一貫させるためには、合意の一部無効について判断する際に、実損害額ではなく、むしろ両当事者の有する情報および能力、ならびに契約締結過程等を観察して、合意による紛争回避を認めてよいかを検討する必要があるのではないか⁽⁵⁾。

これに対して、損害賠償額の予定に関する合意に紛争回避機能を認めない場合、および実損害額との差がわずかである限度で紛争回避機能を認める場合には、約定額が実損害額よりも過大であることを理由とした一部無効を論じる

必要はなくなる。損害賠償額の予定を合意したとしても、約定額が実損害額に比して著しく過大であることの主張は、排除されないからである。この場合に、損害賠償額の予定法は、債権者による損害賠償の請求を容易にすることを目的とする。損害賠償額の予定に関する合意は、損害の発生および額についての主張・立証責任を債務者に負担させ、この者が損害額について争わず、または立証に失敗した場合に支払うべき損害額を定めるものと解されることになる。損害賠償額の予定法の目的を捉えなおすことで、損害賠償額の予定に関する合意の有効要件論を合意の性質論に還元⁽⁶⁾し、紛争回避機能に対する否定的な評価を一貫させることになる⁽⁷⁾。

以上によると、損害賠償額の予定に関する合意を規制する際の根拠や基準についての議論に先立って、合意に紛争回避機能を認めるべきか、どのような場合にこれを認めるべきか、を問わねばならない。この問題に応答するためには、予定賠償額の主張と、損害賠償法に基づく実損害額の主張との関係を整理することが必要となる。しかし、損害賠償額の予定に関する合意が、損害賠償法に基づく損害額の算定過程においていかなる効果を有するのか、つまり損害算定規範としての損害賠償額の予定法について論じるものは、従前の議論に見出されない。むしろ、損害賠償額の予定に関する合意が損害額の算定過程においてそれ以外の損害計算を排除することは、当然の前提となっているようにうつる。

本稿は、以上の問題意識に基づき、損害賠償額の予定の紛争回避機能をめぐる議論の前提を整備することを目的とする。そのために、損害賠償額の予定に関する合意に原則として紛争回避機能を認めないという、損害賠償額の予定法の解釈について、抽象的損害計算論を応用することで理論構成が可能であり、このような解釈が損害賠償法の一般論と親和的であることを示す。その際、ドイツの違約罰 (Vertragsstrafe) および予定された包括的損害賠償 (pauschalierter Schadensersatz)⁽⁸⁾を手掛かりとする。ドイツ法は、まさに損害額の算定過程における効果の点で、両類型を区別しているからである。後者について、以下では、紙幅の都合上単に「包括的損害賠償」と呼ぶ。もっとも、

「合意」に基づき一括化された損害賠償であることに注意すべきである。

以下では、まず、ドイツにおける抽象的損害計算をめぐる議論を概観することで、分析視角を定立する(二)。次に、違約罰と損害賠償の関係をめぐるドイツ民法典の規律を確認したうえで、抽象的損害計算論の観点からその規律を分析する(三)。さらに、違約罰と同様の分析を包括的損害賠償について行う(四)。包括的損害賠償は日本において周知とはいえないために、違約罰よりも詳細な検討を要するだろう。以上の分析を踏まえて、損害額の算定過程において違約罰と包括的損害賠償が全体としていかなる機能を営んでいるかを検討する(五)。最後に、ドイツ法の分析から得られた視点に基づき、損害賠償額の予定に関する合意に原則として紛争回避機能を認めない法解釈の理論構成と意義について検討した上で(六)、今後の課題を示したい(七)。

二 分析視角としての抽象的損害計算論

(一) 抽象的損害計算論の有用性

日本において、損害額の算定過程を理論化する必要性が指摘されている⁽⁹⁾。具体的損害計算および抽象的損害計算に関する理論は、この要請に応える可能性を有する。もともと、これらの理論の有用性について積極的な評価はみられないとする見解がある⁽¹⁰⁾。たしかに、これらの理論は、利益およびそれを構成する要素を扱うものではないために、いかなる事実が損害額の算定過程において顧慮されるかに関する指針を示すことには、必ずしも適さない。しかし、「複数のありうる損害計算方法が異なる損害額を算出する場合にいずれを採用するか」を決することができる。例えば、抽象的損害計算は補足的であり、具体的損害計算により損害額を確定できない場合にのみ用いられるとする見解

がある⁽¹¹⁾。この見解によれば、抽象的損害計算と具体的損害計算が異なる損害額を算出する場合には、後者を採用することになる。

本稿は、まさに二つの損害算定の関係、すなわち予定賠償額と損害賠償法に基づく実損害額との関係を論じるものである。少なくとも、損害賠償額の予定に関する合意が損害額の算定過程においてどのように取り扱われるかという問題を論じる限りで、具体的損害計算および抽象的損害計算に関する理論は、有用であると見込まれる。

(二) 抽象的損害計算と具体的損害計算

日本における一般的な理解によると、抽象的損害計算とは、損害賠償を請求する債権者と属性を同じくする平均的な人（類型人）を基準に、損害項目および損害額を確定する価値計算方法である。それに対して、具体的損害計算とは、当該債権者を基準に、損害項目および損害額を確定する価値計算方法である⁽¹²⁾。

具体的損害計算は、補償原則ないし損害填補の理念を実現するのに適しているとされる⁽¹³⁾。当事者が契約上の地位にどのような具体的な価値を結びつけたかを探究するのに適している点で、契約不履行を理由とした損害賠償請求権の目的を実現するのにふさわしいと説かれることもある⁽¹⁴⁾。しかし、常に損害賠償請求権者に具体的損害計算を要求することにも問題がある。具体的損害計算は、抽象的損害計算に比して立証困難を伴うものであり、損害賠償請求権者に過大な負担を強いるおそれがあるからである⁽¹⁵⁾。

(三) 抽象的損害計算の意義と分類

1 二つの抽象的損害計算論

ドイツにおいて、抽象的損害計算の意義をどのように理解するかについて争いがある⁽¹⁶⁾。沿革的にみると、抽象的損

害計算論は、商事売買に関して展開されてきた。一八六一年のドイツ一般商法典は、確定期売買に関する三五七条で、売主の遅滞の場合における買主による履行に代わる損害賠償について、購入代金と市場価格の差額により損害額を算定することを認める。同条を受け継ぐドイツ商法典三七六条二項は、確定期売買について、「不履行による損害賠償が請求された場合で、商品が取引所価格又は市場価格を有するときは、売買価格と義務を負う給付の履行の時と地における取引所価格又は市場価格との差額を請求することができる」と定める。損害賠償を請求された売主は、具体的損害計算に基づいて買主がより有利な価格で商品を調達できたことを主張できない⁽¹⁸⁾。さらに、同条三項によると、商品が市場価格を有する場合に、買主が具体的損害計算に依拠して、実際に行われた代替取引に基づき損害額を算定するためには、次のことを要する。すなわち、給付時または給付期間が過ぎた後に、直ちに⁽¹⁹⁾、所定の方法で⁽²⁰⁾、代替取引を行わねばならない。このことは、法的経験の豊かな商人であっても困難であるとされている⁽²¹⁾。

以上によると、抽象的損害計算とは、加害者側の具体的損害計算を排除し、場合によっては被害者側の具体的損害計算をも制限するものである。しかし、ライヒ裁判所および連邦通常裁判所は、これとは異なる見解に依拠して、抽象的損害計算の根拠をドイツ民法典二五二条に求める⁽²²⁾。同条第一文によると、被害者は、債務不履行といった加害的事件がなければ自らにもたらされていたであろう利益の賠償を求めることができる。同条第二文は、そのような逸失利益とみなされるのは、事物の通常の経過または特別の事情に従って、蓋然性をもって予期されうべき利得であると定める。通説によると⁽²³⁾、この規定は、逸失利益の賠償を求める場合について、損害の立証困難を緩和するものである。

すなわち、「事物の通常の経過」に属する事実、立証される必要がない⁽²⁴⁾。これに対して、当事者は、事物の通常の経過から逸脱する「特別の事情」を立証する余地もある。要するに、訴訟法的にみると、同条第二文が規定するのは、反証の余地のある推定である⁽²⁵⁾。一方で、被害者は、事物の通常の経過に従い予期されるべき損害額を超える損害を主張することができる。他方で、加害者も、損害がこれを下回ることを主張することができる。結局、このような理解

に基づく、抽象的損害計算は、具体的損害計算を排除するものではなく、あくまで被害者の立証困難を緩和するものである。

判例における抽象的損害計算の理解は、学説により批判されてきた。その批判は概ね以下の二つの方向に収斂する。第一に、ドイツ民法典二五二条第二文は、具体的損害の立証困難を緩和するのみであり、抽象的損害計算との表現は誤解を招くものである⁽²⁶⁾。第二に、売買契約を念頭に置いて、抽象的損害計算は、買主が目的物を他の方法で調達し、または売主が他の方法で売却することを認めるものであり、したがって、転売価格を算定の基礎とすることはできない⁽²⁷⁾。もっとも、抽象的損害計算の用語法を確定することや、売買における損害算定規範を解明することは、本稿の目的ではない。ここでは、連邦通常裁判所の用語法によると、二種類の抽象的損害計算の併存を認めるほかにないことを確認すれば足りよう。本稿では、両者を抽象的損害計算として認めつつも区別するメルテンスに倣って、抽象的・規範的損害計算および抽象的・典型的損害計算と呼ぶことにする。

2 抽象的・規範的損害計算

抽象的・規範的損害計算とは、個々の事案の事情に左右されずに損害を確定する抽象的損害計算である⁽²⁸⁾。狭義の抽象的損害計算とも呼ばれる⁽³⁰⁾。先述のドイツ商法典三七六条の定める損害計算がこれに属する。また、ドイツ民法典二八八条⁽³¹⁾も、金銭債務の場合における遅延利息および遅延損害について、抽象的・規範的損害計算を定める。同条四項によると、債権者は、法律上の利息額を超える利息超過損害を主張することができる。これに対して、債務者は、債権者が利息額に相当する損害を被らなかつたことを主張することができる⁽³²⁾。つまり、債権者は、具体的損害計算に基づく損害額を主張することができない。注意を要するのは、判例および学説⁽³⁴⁾によると、債権者による利息超過損害の主張は、具体的損害計算のみならず、抽象的損害計算にも依拠できることである。すなわち、債権者は、利息超過

損害として逸失利益の賠償を請求して、ドイツ民法二五二条第二文による立証困難の緩和を援用することができる。

このことは、より抽象度の高い抽象的損害計算の結果を覆すために、より抽象度の低い抽象的損害計算に基づく損害額を主張することができることを意味する。⁽³⁵⁾

以上のように、抽象的・規範的損害計算は、損害賠償請求権の内容を変更する実体法上の規範として機能し、⁽³⁶⁾ 具体的損害計算を制限する効果をもたらす。それゆえ、そのような効果を正当化する実体法上の評価が問われねばならない。ドイツの学説は、抽象的・規範的損害計算を自然的損害とは異なる損害概念に依拠して正当化する。⁽³⁷⁾

3 抽象的・典型的損害計算

抽象的・典型的損害計算とは、被害者が個々の事案の事情に左右されない損害計算に依拠する可能性を認めながら、⁽³⁸⁾ 両当事者に具体的損害計算に基づく反証の余地を残す抽象的損害計算である。先述のドイツ民法典二五二条がこれに属する。

抽象的・典型的損害計算は、具体的損害計算を実体法上制限する効果を伴わない。しかし、損害賠償請求権者を手続上優遇する以上、それを正当化する法政策的な理由が背景に存在する。例えば、ドイツ民法典二五二条は、将来の仮定的な事実経過について立証するのは困難であることに配慮したものとされる。⁽³⁹⁾

(四) 小括

日本において、抽象的損害計算を具体的損害計算に対して補充的と解するならば、抽象的損害計算は、もっぱら抽象的・典型的損害計算を意味することになる。しかし、抽象的損害計算の語を用いなくても、抽象的・規範的損害計算と同様の規律は存在する。例えば、金銭債務の不履行の場合における賠償範囲の特則である。約定利率の合意が⁽⁴⁰⁾

なかったとしても、債権者は、損害を証明することなく（民法四一九条二項）法定利率に基づき賠償を請求できる（民法四一九条一項）。債務者は、債権者に利率に対応する損害が生じていないことを主張することができない。さらに、判例⁽⁴⁾は、いわゆる利息超過損害の賠償請求を認めない。以上の特則は、両当事者が具体的損害計算に依拠することができないという意味で、抽象的・規範的損害計算を定めるものといえる。このように、日本法を分析する際にも、二つの抽象的損害計算を区別する思考方法を用いることができる。

以下では、ドイツの違約罰および包括的損害賠償ならびに日本の損害賠償額の予定について、いずれの抽象的損害計算と同様に作用するかという観点から分析する。抽象的・規範的損害計算と同様に作用する場合に、合意は、損害額の算定過程において実損害額の主張を排除する効果を伴う。抽象的損害計算論の観点からすれば、このように損害賠償請求権の内容を変更するためには、それを正当化する実体法上の評価が必要である。なお、以上の合意が抽象的損害計算を定めるものであるという解釈には異論の余地もある。「当事者」の合意の性質を解釈する際に、「類型人」を基準とする抽象的損害計算概念を用いるからである。しかし、以上の合意は、実際に損害がいかなる態様で生じたかに関係なく損害額を定める点で抽象的である。したがって、損害賠償請求権の内容を実体法上変更するかという効果論については、抽象的損害計算論を応用して議論を展開することができる。

三 ドイツにおける違約罰に関する合意の効果論

(一) 違約罰と損害賠償の関係

ドイツにおいて、違約罰請求権は、損害賠償請求権と別個の請求権として観念される。ドイツ民法典は、それ以前

の他国の法典と異なり、違約罰を損害賠償に代わるものとは位置づけなかった。⁽⁴³⁾ そのことは、違約罰請求権を契約当事者以外に帰属させることができることにも現れている。⁽⁴⁴⁾

判例および通説によると、違約罰法は、履行確保と損害填補という二つの目的に資する。しかし、違約罰法をもつばら履行確保に資する制度と解する見解も有力に主張されている。⁽⁴⁵⁾ その理由は、次の通りである。違約罰を合意することで、債権者は、損害の填補を超える金額を得ることができる。ドイツ民法典三四三条に基づく裁判官の裁量減額においても、損害額は、ひとつの考慮要素に過ぎない。したがって、違約罰法は、損害賠償法の根本原則である利得禁止原則に適合しないからである。⁽⁴⁶⁾

もっとも、いずれの見解に依拠しても、ドイツ民法典三四〇条二項および三四一条二項に基づき、違約罰を損害額の算定過程において顧慮する必要がある。違約罰の請求は、いかなる損害も生じなかった場合でさえ可能である。⁽⁴⁷⁾ しかし、違約罰請求権と同一の原因から損害賠償請求権も生じる場合に、両者を重複して請求することはできないのが原則である。⁽⁴⁸⁾ さらに、三四〇条二項は、不履行を条件とする違約罰に関して、「債権者が、債務不履行による損害賠償請求権を有する場合には、債権者は、効力の生じた違約罰を損害の最低額として請求することができる。これを超える損害の主張は、排除されない。」と規定する。不適合履行を条件とする違約罰については、三四一条二項に基づき、三四〇条二項が準用される。要するに、債権者は、一方で、違約罰と損害賠償の双方を重複して請求することはできない。他方で、違約罰額を超える損害の賠償を求めることができる。⁽⁴⁹⁾

立法過程をみると、以上のような違約罰債権者に有利な規律は、債権者を違約罰と損害賠償との選択に伴う不利益から解放する⁽⁵⁰⁾という考慮に基づく。まず、債務法部分草案に同様の規律を見出すことができる。起草者のキューベルによると、違約罰を定める際の計算は、「ひとつの暫定的な計算」に過ぎない。債権者がその計算を超える損害の賠償を放棄しようとしたことは推量できないという。⁽⁵¹⁾ これに対して、第一草案は、違約罰を選択した場合に、もはや超

過損害の賠償を請求できないことを定めた。債権者の損害賠償請求を確保するという違約罰の目的に反するからであるという。⁽⁵⁴⁾これに対して、ライヒ司法庁準備委員会は、第一草案の規律を改め、再び違約罰を選択した場合に超過損害の賠償を認めることとした。⁽⁵⁵⁾第二委員会においては、違約罰を超える損害賠償を認めないことにより、違約罰額の高額化を招くことが懸念されていた。⁽⁵⁶⁾

(二) 損害額の算定過程における違約罰

以上のような規律によると、違約罰合意は、損害額の算定過程において抽象的・規範的損害計算と同様の効果を有する。損害賠償責任を負う債務者は、違約罰額よりも損害額がわずかであることを主張できないからである。もっとも、「損害の最低額」として扱われることから、違約罰合意は、債権者側の超過損害の主張を排除しない。

違約罰額を超える損害の主張が具体的損害計算に基づかなければならないのかについて言及する学説は少ない。例えば、違約罰請求と同一の原因により逸失利益の賠償を求めることが可能である場合に、ドイツ民法典二五二条二項による抽象的・典型的損害計算に基づく損害額が違約罰額を超えるときは、違約罰債権者は、そのことを主張できると考えられる。これに対して、損害は具体的に立証されなければならないとする見解がある。⁽⁵⁷⁾

給付されるべき違約罰の金額の決定は、最終的に裁判官の裁量に服する。ドイツ民法典三四三条によると、有効に合意され効力を生じた違約罰が未だ支払われていない限りで、債務者の申立てに基づき、裁判官は、違約罰を裁量により減額することができる。⁽⁵⁸⁾裁判官が妥当な違約罰額を決定する際に、実損害額はひとつの考慮要素となるに過ぎない。ゲルンフーパーによると、判例において同条に基づく裁量減額の際に次のような事情が顧慮された。⁽⁵⁹⁾まず、減額を認める方向に作用するのは、義務違反および帰責の程度がわずかであること、ならびに債務者の不利な経済的状況等の事情である。次に、減額を否定する方向に作用するのは、債務者が取引に精通していること、他の義務違反の疑

い、ならびにさらなる義務違反の危険等の事情である。最後に、いずれにも作用するのは、義務違反行為の継続の程度、ならびに違約罰と債権者利益との関係等の事情である。

違約罰合意が抽象的・規範的損害計算として作用することは、次のことから正当化されると考えられる。第一に、さもなければ履行確保に資するという違約罰法の目的を果たせないこと。第二に、ドイツ民法典三四三条に基づく裁判官の減額権限により違約罰合意の正当性が担保されていることである。そのうえで、ドイツ法は、違約罰債権者を違約罰と損害賠償との選択に伴う不利益から解放すべきであるという評価に基づき、違約罰額を超える損害の主張を認める。

四 ドイツにおける包括的損害賠償に関する合意の効果論

(一) 包括的損害賠償の意義

ドイツにおける包括的損害賠償の沿革およびその規律内容は、以下の通りである。⁽⁶⁰⁾

1 沿革

包括的損害賠償の起源は、実務にあるとされる。例えば、一九三〇年代の自動車売買についての普通取引約款⁽⁶¹⁾に、包括的損害賠償を定める条項を看取することができる。第二次世界大戦以後、このような条項は、様々な契約類型に普及し、⁽⁶²⁾下級審裁判例において争点とされるようになる。もっとも、普通取引約款上の包括的損害賠償条項の有効性および違約罰法の適用の可否について、判断は分かれていた。⁽⁶³⁾このことが連邦労働裁判所判決⁽⁶⁴⁾において争点となった

後も、包括的損害賠償は違約罰から区別されるのか、違約罰法の適用がないとすればいかなる規律に服するのかについて、未解決のままであった。⁽⁶⁵⁾

包括的損害賠償と違約罰を区別し、普通取引約款法における包括的損害賠償条項の規律を明確に打ち出したのは、一九六九年の連邦通常裁判所判決である。⁽⁶⁶⁾ 問題になったのは、中古自動車の売買約款における、自動車を受領しない場合に「不履行を理由とする損害賠償」を予定する条項である。条項によると、売主は、「約定額を超える損害を主張する可能性を排除せず、売買代金の二〇パーセントを逸失した利益として立証を要せず請求する」権限を有していた。裁判所は、次のように判示した。すなわち、「違約罰は、約束された額の支払が主として、主たる契約の履行を確保し、契約の相手方に契約上引き受けられた全ての義務を遵守すべく可能な限り実効的な強制力を及ぼす場合に認められる」のに対して、「包括的損害賠償は、存在することを前提にした〔損害賠償〕請求権の実現を容易にする」場合に認められる。そのうえで、包括的損害賠償は、「ドイツ民法典一三八条、二四二条の枠内で、裁判所による普通取引約款の規制に服するのみである」とする。以上の規範に基づき、「約定額が売主の通常の利得を含めたおおよその不利益に対応する場合」に条項は有効であるとして、問題となった条項の効力を認めた。さらに傍論として、債務者が、債権者において損害が生じなかったことを主張できることにも言及した。

この時代の学説において、違約罰と包括的損害賠償の峻別に否定的な見解が有力であった。⁽⁶⁷⁾ その根拠は、主として、両者が実際の機能の点で類似すること、および包括的損害賠償を合意することによってドイツ民法典三四三条による規制を回避することが懸念されることに求められた。⁽⁶⁸⁾ 特に、先述の判例の文言によると、包括的損害賠償の合意には普通取引約款の一般的規制「しか」適用されないことが問題である。峻別に否定的な論者が想定する包括的損害賠償の合意は、約定額と異なる実損害額の主張を排除するうえに、違約罰法よりも緩やかな規制に服するものである。これとは異なり、包括的損害賠償の合意を違約罰合意よりも厳しい規制に服するものと理解するならば、違約罰減額規

定の潜脱という懸念は、解消される。以下に述べる普通取引約款規制法の立法およびその影響下で下された連邦通常裁判所判決は、そのような方向を示す。⁽⁷⁰⁾

2 普通取引約款中の包括的損害賠償条項

ドイツ民法典は、二〇〇二年の債務法現代化法により、かつての普通取引約款規制法一条五号を受け継いだ。この規定によると、普通取引約款による包括的損害賠償の合意は、二つの場合に無効となる。⁽⁷¹⁾ 第一に、約定額が事物の通常の経過に従い予期されるべき損害、または通常生ずべき減価を超える場合である。この限界は、起草者によると、「ドイツ民法典二五二条第二文が定める基準に対応する」。⁽⁷²⁾ 第二に、他方当事者から、損害または減価が、全く存在しないことまたは約定額より本質的にわずかであることの反証が、排除されている場合である。これらの反証を排除することは、「不当な不利益処遇」に当たるといふ。⁽⁷³⁾ 以上によれば、実損害が約定額に比して本質的にわずかであることの反証は、明示的に排除されていない限り可能であることが前提とされている。⁽⁷⁴⁾

もともと、第二の基準に関しては二〇〇二年の債務法改正の際に文言が変更されている。ドイツ民法典三〇九条五号(b)は、上述の反証が「明示的に認められていない」場合に、包括的損害賠償の合意を無効とする。この変更について、起草者による説明が付されている。⁽⁷⁵⁾ すなわち、判例は、法的経験に乏しい平均的顧客を基準に実損害額を主張する可能性を認識できるかという観点から、条項の効力を判断していた。しかし、このような判断基準は、顧客と約款利用者の双方にとって見通しが悪いという。この法状況を改善するために、実損害額を主張する可能性を条項の文言上明確にすべきことを定めるに至った。

それでは、包括的損害賠償の合意が原則として実損害額の反証を排除しないという理解は、改正により変更されたのか。しかし、改正の契機となった判例は、条項の性質ではなく、約款利用者の相手方の保護にかかわるものである。

したがって、包括的損害賠償が原則として実損害額の反証を排除するという解釈をこの改正から導くことは、困難である。

3 個別に交渉された包括的損害賠償の合意

以上に対して、個別合意に基づく包括的損害賠償に関する規定は、ドイツ民法典中に存在しない⁽⁷⁶⁾。包括的損害賠償の合意の性質および規制について、学説上争いがある。

(1) 実体的効果を肯定する見解

一方で、包括的損害賠償の合意の実体的効果を肯定する見解がある⁽⁷⁷⁾。この見解によると、包括的損害賠償を合意した場合には、いずれの契約当事者も、約定額と異なる損害額を主張することができない。このことは、約定額が典型的な損害額に対応する限りで、双方向への逸脱が「相互に相殺される」ことで正当化されるという⁽⁷⁸⁾。

もつとも、以下の二点に注意を要する。第一に、この見解の主唱者であるリンダッハーは、包括的損害賠償の合意のほかに、損害立証契約という実体的効果を伴わない合意類型を認める。合意が損害立証契約と認定される場合に、両当事者は、実損害額を主張することができる。いずれの合意に該当するかについて争いが生じた場合には、損害立証契約を推定するという。第二に、リンダッハーは、包括的損害賠償についてドイツ民法典三四三条の類推適用を認める⁽⁷⁹⁾。「給付障害は現実化しないだろう」という債務者の虚偽の期待は、違約罰と同様に包括的損害賠償を合意する際にも生じるからである⁽⁸⁰⁾。類推適用の際には、事前に予見可能な損害額を基準に約定額の過大性を評価するという。リンダッハーによると、過大な包括的損害賠償の合意の場合には、違約罰と異なり、妥当な金額の合意として効力を維持する理由がない。したがって、予見可能な損害額に比して過大な包括的損害賠償の合意を損害立証契約として修正的に解釈することが提唱される⁽⁸¹⁾。その場合に、過大な包括的損害賠償の合意は、実損害額の主張を排除する実体的

効果を喪失する。

(2) 実体的効果を否定する見解

他方で、包括的損害賠償の合意は、ドイツ民法典二五二条の意味における抽象的・典型的損害計算に関する合意であるとする見解がある⁽⁸²⁾。この見解によると、実損害額と約定額が異なることの反証は、合意によって排除されていない。

この見解の主唱者であるボイティーンによると、違約罰合意と異なり損害賠償の額を定めるに過ぎない包括的損害賠償の合意は、あらゆる他の損害賠償と同じく、債権者に利得を与えるものであってはならない⁽⁸³⁾。すなわち、包括的損害賠償は、損害賠償法の枠内にあるために利得禁止原則に服し、概念的に損害の填補を超える余地がない。さもないと、債権者は履行ではなく契約の挫折に利益を有することになり、「契約法の全体が混乱させられることになる⁽⁸⁴⁾」。和解契約と異なり、金額について債務者による交渉を期待できない包括的損害賠償の合意の場合には、契約自由により利得禁止原則を排除することもできない⁽⁸⁵⁾。損害の填補を超える担保を得るためには、概念的に損害賠償から切り離された違約罰を合意するほかに⁽⁸⁶⁾。結局、包括的損害賠償の合意において、「具体的な損害の代わりに、典型的な損害計算が合意されるに過ぎ」ず、したがって、包括的損害賠償の合意は、ドイツ民法典二五二条の方式に従った抽象的・典型的損害計算の約定としてのみ有効である⁽⁸⁷⁾。以上のように解釈しても、包括的損害賠償を合意する実践的利益が損なわれることはない⁽⁸⁸⁾とされる。その実践的利益は、損害の立証を容易にするという点に尽きない。第一に、債権者は、顧客の多くが約定額を支払うだろうという予測の下で、将来の損害賠償を約定額に基づき事前に計算することができる。第二に、包括的損害賠償の合意の有効性を先例的な訴訟において認容させれば、のちにそれを参照することができる⁽⁸⁹⁾。

包括的損害賠償の合意を抽象的・典型的損害計算を定めるものと解するならば、その合意は、実損害額の主張を排

除しない。これに対して、普通取引約款法における平均的損害を基準にした規制は、個別合意の場合に直ちに敷衍することができない。⁽⁸⁸⁾ 一方で、包括的損害賠償の合意は、一般条項および損害賠償法上の原則による制限にしか服さないとする見解がある。他方で、平均的損害を基準にした規制を理論的に裏付ける試みもある。ボイティーンは、「包括的な損害賠償を合意したのだから、典型的な損害額を超える合意は、法的に一部不能な給付を目的とし、その限りで無効である」という⁽⁹⁰⁾。もっとも、二〇〇二年の債務法改正により原始的不能ドグマが撤廃された以上、この解釈を維持することはできない。⁽⁹¹⁾ これに対して、ラーレンツは、典型的な損害額を超える包括的損害賠償の合意を「損害賠償の規律という目的に馴染まないものとして無効」としている。⁽⁹²⁾

(3) 小 括

肯定説(1)が損害立証契約という類型を認めることに鑑みれば、否定説(2)との差異は、違約罰以外にも抽象的・規範的損害計算と同様の効果を伴う合意類型を認めるか否かという点に尽きる。これを否定する背景には、違約罰の減額を定めるドイツ民法典三四三条の適用が回避されることへの懸念もあるだろう。しかし、肯定説が包括的損害賠償への同条の類推適用を認めるならば、両説は、結論において接近するように思われる。

(二) 損害額の算定過程における包括的損害賠償

1 普通取引約款中の包括的損害賠償条項

普通取引約款により包括的損害賠償が合意された場合に、合意の損害算定過程における効果は、抽象的・典型的損害計算と類似する。損害賠償を請求する債権者は、損害額が約定額を上回ることを主張できる。債務者も、損害額が約定額を本質的に下回ることを主張できる。もっとも、約定額と損害額の差が「本質的」ではない限りで、包括的損害賠償は、債務者の具体的損害計算に基づく主張を排除する。この場合に、包括的損害賠償の合意は、実体的効果を

有し、抽象的・規範的損害計算として作用することになる。

2 個別に交渉された包括的損害賠償の合意

個別合意により定められた包括的損害賠償が損害額の算定過程においてどのように扱われるかについて、見解が分かれる。一方で、抽象的・典型的損害計算と同様に、実損害額の主張を許容すると解する見解がある。他方で、抽象的・規範的損害計算と同様に、両当事者の実損害の主張を排除すると解する見解もある。もっとも、後者の見解も、抽象的・典型的損害計算と同様に機能する損害立証契約という類型を認め、疑わしい場合に損害立証契約を推定するしたがって、いずれの見解によっても、損害額に関する合意は、損害額に関する争いを排除する効果を伴わないのが原則となる。

もっとも、実損害額の主張の際に抽象的損害計算に依拠できるかという点については、検討を要する。このことは、普通取引約款による合意の場合であれば、平均的損害を基準にする規制と実損害額の主張について別々に定められていることから、問題とならない。しかし、個別合意については、平均的損害を超える包括的損害賠償の合意を無効とする規定がない。したがって、例えば逸失利益について約定額と異なる損害を主張する際に、抽象的・典型的損害計算に依拠することができるのか、問題となる。具体例を挙げよう。売主が目的物を給付しない場合の買主の履行に代わる損害賠償について、包括的損害賠償が合意されているものとする。売主は、当該買主が行うことのできた取引による転売利益は約定額を下回ると主張することができる（具体的損害計算）。それでは、転売にとつての市場価格が約定額を下回ると主張することはできるか（抽象的損害計算）。①一方で、包括的損害賠償の合意を抽象的・典型的損害計算と同様に扱う立場を徹底するならば、具体的損害計算に基づく反証のみを許容することになろう。②しかし他方で、包括的損害賠償の合意を抽象的・典型的損害計算よりも抽象度の高い損害計算と捉える余地もある。そのように

解する場合には、より抽象度の高い包括的損害賠償をより抽象度の低い抽象的・典型的損害計算が覆し、それをさらに具体的損害計算が覆すということも可能となる。

この点に関する議論は少ない。もつとも、ポイティーンのように「事物の通常の経過」を合意の効力を判断する基準に用いる見解は、実損害の主張について具体的損害計算に基づいて行うことを前提にしているように思われる(①)。この見解によれば、例えば商人間の確定期売買のように具体的損害計算の主張が排除される場合に、債務者は、約定された金額の給付を拒むために、合意の効力を否定するほかないことになる。

五 違約罰と包括的損害賠償の峻別論

(一) 峻別論の意義

以上の検討によると、違約罰と包括的損害賠償は、損害賠償法に基づく通常の損害賠償との関係という観点に基づき区別される。

「違約罰」請求権は、損害賠償請求権とは別の独立した請求権である。したがって、損害賠償請求権との関係について規定を設ける必要があった。ドイツ民法典三四〇条二項および三四一条二項によると、違約罰は、損害賠償義務を負担する債務者側の実損害の主張を排除するものの、債権者側の超過損害の主張を排除しない。このような意味で、違約罰合意は、損害額の算定過程において抽象的・規範的損害計算と同様に作用する。

これに対して、「包括的損害賠償」の合意は、損害賠償請求権の成立を前提に、その請求を容易にする目的で、一括化された損害額を定めるものである。普通取引約款法において、包括的損害賠償の合意は、債権者側の超過損害の

主張、および債務者側の損害額が本質的に約定額を下回ることの主張を排除しない。個別に交渉された包括的損害賠償の合意についても、一方で、両当事者による実損害の主張を排除しないと解する見解がある。他方で、反対説も、損害立証契約という類型を想定し、疑わしい場合および金額が過大な場合に合意を損害立証契約と解釈することで、結果として両当事者の実損害額の主張を認める。以上によると、包括的損害賠償の合意または損害立証契約は、損害額の算定過程において、抽象的・典型的損害計算と同様に作用するのが原則である。

(二) 推定

もつとも、峻別論の実効性は、ドイツの学説において疑問視されている。個々の事案において、当事者の合意が違約罰と包括的損害賠償のいずれを定めるものかを決することは、困難であるとされる。⁽⁹³⁾ 普通取引約款法の下で、この困難は次のことに現れている。すなわち、下級審裁判所は、民法典三〇九条五号にいう「事物の通常の経過」に適合しない「包括的損害賠償」の合意を、ときに違約罰を禁止する三〇九条六号または一般条項である三〇七条により、無効な「違約罰」合意として処理する。⁽⁹⁴⁾ このような峻別の困難にもかかわらず、違約罰と包括的損害賠償に異なる効果を付与する点で、ドイツ法は、契約当事者にとって複雑で見通しの悪いものであるという。⁽⁹⁵⁾

以上のような批判に應えるためには、契約解釈の基準を明らかにした上で、いずれにも決定しがたい場合に備えて、一方の合意類型を推定することが有用であろう。本稿は、損害賠償額の予定を合意しても原則として実損害額の主張は排除されないという、損害賠償額の予定法の解釈を論じるに過ぎない。したがって、合意の解釈基準については、紹介を割愛し、今後の課題としたい。ここでは推定について論じる。⁽⁹⁶⁾

一方で、普通取引約款法の文脈では、条項利用者の負担となる解釈を志向して、より厳格な規制に服する違約罰合意を推定する見解もある。⁽⁹⁷⁾ 他方で、包括的損害賠償の合意に実体的効果を認めない見解によると、合意は、包括的損

害賠償を定めるものと推定されるべきである⁽⁹⁸⁾。違約罰は、損害賠償法に基づく通常の損害賠償を超える制裁を意味するからである。合意を違約罰合意と認定し、合意に抽象的・規範的損害計算と同様の効力を認める場合には、損害填補の理念に相容れないという意味で典型から逸れる損害賠償責任を当事者に課すおそれがある。既に抽象的・規範的損害計算について検討する際に述べた通り⁽⁹⁹⁾、(二)(三)2、抽象的・規範的損害計算を許容するためには、損害賠償請求権の内容を実体法上変更することの正当化が必要である。包括的損害賠償の合意を推定し、違約罰合意を例外とすることは、このような抽象的損害計算論の要請に適合的である。

六 損害賠償額の予定に関する合意の効果論

日本の損害賠償額の予定をめぐる議論は、当事者が実損害額の主張を排除しない旨を合意する可能性を否定しない⁽¹⁰⁰⁾。このような合意は、一方で、当事者に実損害額を主張する権限を与える規範を設定するものである。しかし他方で、裁判官に損害額の算定方法に関する指針を与える規範を設定するものでもある。すなわち、当事者が具体的損害の立証に成功すればその金額を、そうでなければ約定額を損害額として認定せよという規範である。それでは、合意がいかなる損害算定規範を設定するかについて、契約解釈⁽¹⁰¹⁾により確定できない場合には、いかなる損害算定規範を補充すべきか。以下では、原則として損害賠償額の予定を合意しても損害額に関する紛争を回避することはできないという損害賠償額の予定法の解釈は、民法理論上可能であるのか^(一)、そのような解釈は、損害賠償法とどのような関係に立つか^(二)について検討する。

(一) 紛争回避機能を認めない規律の理論構成

日本においても、抽象的損害計算概念が説かれており、具体的損害計算に対して補充的という点で、抽象的・典型的損害計算の意味で解釈されてきた。さらに、金銭債務の不履行について、一方で、債務者による実損害の主張を排除しながらも、他方で、利息超過損害の請求を認める解釈が提唱されてきた^(四)。このように、損害額の算定過程において複数の損害計算を想定し、相互の関係を規律するという思考方法は、これまでも用いられてきた。このような思考方法を損害賠償額の予定に敷衍することで、損害賠償額の予定という損害計算と、通常の損害計算とを並置して、後者を優先するという解釈を理論的に裏付けることができる。二〇二〇年に施行される改正民法はもとより、予定賠償額の増減額を禁じる文言を含む改正前民法四二〇条一項もまた、以上の許容性を左右しないだろう。裁判所が損害賠償額の予定を増減額することと、裁判所が損害賠償額の予定ではなく通常の損害計算を採用することは、異なるからである。以上のように解釈される損害賠償額の予定法は、損害賠償請求に伴う立証困難を緩和することを目的とすることになる。

(二) 紛争回避機能を認めない規律の妥当性

もちろん、紛争回避機能を認めない理論構成の可能性を認めた上で、原則として損害賠償額の予定に関する合意を抽象的・規範的損害計算と同様に扱い、これに紛争回避機能を認めるという解釈を採ることも可能である。つまり、当該合意の損害算定規範としての内容を確定できない場合に、具体的損害計算を排除する効果を補充することになる。もつとも、このような損害賠償額の予定法の解釈は、抽象的損害計算論の観点からすれば、その妥当性が疑われる。抽象的・規範的損害計算が具体的損害計算を排除することは、損害賠償請求権の内容を実体法上変更することを意味

する。したがって、そのような効果を正当化する実体法上の積極的評価が必要になる。そして、効果の観点からみれば、損害賠償額の予定に関する合意により実損害額の主張を排除することも、抽象的・規範的損害計算と同様に、損害賠償請求権の内容を実体法上変更する。日本においても、当該当事者における損害の填補または契約利益の実現を契約損害賠償法の基本理念とし、具体的損害計算を原則とするならば、原則として合意に具体的損害計算を排除する効果を認める損害賠償額の予定法の解釈は、損害賠償法の一般論から逸脱することになる。

これに対して、損害賠償額の予定に関する合意を抽象的・典型的損害計算を定めるものと解する場合には、当該合意は、損害賠償請求権の内容を変更する実体法上の効果を伴わない。このような規律を損害賠償額の予定法の原則と解することは、損害賠償法の一般論と親和的である。さらに付言すると、民法には、ドイツ民法典と異なり、損害賠償額の予定の減額を定める規定が存在しない。それゆえ、損害賠償額の予定に関する合意に抽象的・規範的損害計算と同様の効果を与えることへの懸念は、ドイツよりも深刻である。

以上によると、損害賠償額の予定に関する合意が損害算定規範としていかなる内容を有するかを確定できない場合には、原則として、具体的損害計算を排除しないという規範を補充すべきである。もともと、具体的損害計算を排除する旨が合意されている場合はもちろんのこと、明示的な合意がない場合であっても、例外的に具体的損害計算を排除すべき事例はありうる。すなわち、当事者が損害賠償法の典型とは異なる損害概念を前提とする事例である。⁽¹⁶⁾例えば、当事者が損害賠償の内容として利得の吐き出しまたは損害賠償法による保護が困難な利益の填補を予定していたと評価できる場合には、損害賠償額の予定に関する合意に損害賠償請求権の内容を実体法上変更する効果を認めるべきではないか。

七 残された課題

本稿では、損害賠償額の予定合意に紛争回避機能を認めない法解釈について、理論構成および損害賠償法の一般論との親和性を示すことを試みた。具体的な合意の解釈基準を明らかにすることは、残された課題となる。特に、例外的に合意に紛争回避機能を認めるべき場合については、損害概念に関する議論を踏まえて、具体的に考察する必要がある。⁽¹⁰⁶⁾

ドイツにおいて、違約罰と包括的損害賠償のいずれを合意したとしても、裁判外で任意に履行されない場合に、給付されるべき金額の決定は、裁判官の判断に委ねられる。その決定基準が違約罰法か損害賠償法かという差異を生じるに過ぎない。したがって、合意に紛争回避機能を認めるか否かという問題は、違約罰と包括的損害賠償の峻別論により解消されるものではない。この問題を検討する際に参照すべきであるのは、ドイツ商法典三四八条である。同条は、商人間で合意された違約罰について、ドイツ民法典三四三条の適用を排除し、裁判官の減額権限を否定する。その根底には、日本において損害賠償額の予定に紛争回避機能を認めるのと同様の評価があるのではないか。他方で、判例は、商人間で合意された違約罰の信義則に基づく減額を認める。この判例とドイツ商法典三四八条の評価との関係、および減額の際に顧慮される事情を検討する必要があるだろう。

最後に、ドイツにおいて、違約罰と包括的損害賠償に関する当事者の選択は、結局のところ債務不履行の場合の救済方法の選択であるようにうつる。そのうえで、違約罰法と損害賠償法を厳然と区別することの正当性を疑うならば、以上の選択可能性は、契約損害賠償の意義および機能について、当事者の自律的決定の余地をもたらすのではないか。これに対して、日本の損害賠償額の予定法は、いかなる契約損害賠償観を前提に、いかなる意味で当事者の私的自治

を確保するものか、という問題を提起することができる。

- (1) 大判昭和十九年三月一四日民集二三卷一四七頁。
- (2) 能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制」(一)「五・完」法学協会雑誌一〇二卷(一九八五年)二二四九頁、五号八三三頁、七号一二二五頁、一〇号一七八一頁、一〇三卷(一九八六年)六号九九七頁。特に一〇三卷六号一一〇六―一一〇八頁参照。暴利行為に基づく全部無効とは別に、均衡回復を目的とする一部無効を説く。ヨーロッパ契約法原則9:509条二項も同様に、損害を主たる基準にした減額を定める。
- (3) これとは異なり、合意を全部無効として任意法規(民法四一六条)により補充する見解もある。このような考え方を採っているのは、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」(商事法務、二〇〇九年)二九二頁。もっとも、中間試案においては、「相当な部分を越える部分につき」履行を請求することができないとの効果が定められた。以上について、潮見佳男「新債権総論Ⅰ」(信山社、二〇一七年)五四四頁参照。また、渡辺達徳・野澤正充「債権総論」(弘文堂、二〇〇九年)一一一頁は、四二〇条の根底には私的自治の尊重という評価があるとして、全部無効とする見解を採る。
- (4) 大判大正一一年七月二六日民集一卷四三一頁。学説として、我妻栄「新訂 債権総論」(一九六四年、岩波書店)一三二頁、中田裕康「債権総論」第三版(岩波書店、二〇一三年)一八六頁、潮見・前掲注(3)五四〇頁等参照。
- (5) 損害賠償額の予定ルールを手続的非良心性法理が補完する可能性を示すのは、木原浩之「『損害賠償額の予定』ルールと非良心性の法理」円谷峻・松尾弘編「損害賠償法の軌跡と展望 山田卓夫先生古稀記念論文集」(二〇〇八年)四四一頁。
- (6) 損害賠償額の予定をはじめとする付随条項規制は「各条項の性質論のレビューで解決されることが望ましい」とするのは、大村敦志「公序良俗と契約正義」(有斐閣、一九九五年)三六一頁、三六五―三六六頁(初出一九八七年)。
- (7) 能見説も、理論構成は民法九〇条に基づく無効であるものの、損害賠償額の予定の紛争回避機能を否定的に評価しつつ、実損害額を規制の基準とする点で一貫している。紛争回避機能の評価について、能見・前掲注(2)一〇三卷六号一一〇五頁参照。
- (8) 訳出については、奥田昌道編「新版 注釈民法(40)Ⅱ」(有斐閣、二〇一一年)五八五頁(能見善久Ⅱ大澤彰執筆)に従った。
- (9) 筈井修「契約責任の多元的制御」(二〇一七年、勁草書房)一六七―一六九頁(初出二〇一五年)。

- (10) 笠井・前掲注(9) 一七二頁。
- (11) 潮見・前掲注(3) 四四二・四四三頁。さらに、四九九・五〇〇頁では、債権者が代替取引を行った場合について、債権者に両計算方法の自由な選択を認める。
- (12) 潮見・前掲注(3) 四四二頁。
- (13) Hermann Lange/Gottfried Schiemann, Schadensersatz, 3. neubearb. Aufl. 2003, S. 353³ 北川善太郎「損害賠償論序説(二)」法学論叢七三卷(一九六三年) 一号二〇頁参照。
- (14) 潮見・前掲注(3) 四四二・四四三頁。
- (15) 総論的な言明として、Lange/Schiemann, a. a. O. (Fn. 13), S. 353 参照。
- (16) 抽象的損害計算についての理解の対立を端的に示すものとして、高橋真『損害概念論序説』(有斐閣、二〇〇五年) 一五三頁(初出一九九〇年) 参照。
- (17) 判例により市場性を有する物の売買に同条の適用が拡張されたことは、既に日本で紹介されている。北川・前掲注(13) 二〇・二一頁参照。
- (18) Gerd Müller, § 376 Abs. 2 HGB, WM 2013, S. 1-2.
- (19) 取消原因を知った後「遅滞なく」取消しを行うべきことを定めるドイツ民法典一二一条よりも厳格であり、「直ちに」すなわち常に可能な限り迅速に実行されなければならない。個々の事案の事情に基づき猶予を必要とする場合であっても、このことは顧慮されない。以上について Müller, a. a. O. (Fn. 18), S. 2 参照。
- (20) ドイツ商法典三七六条三項第二文によると、公の競売を行うこと、または公の権限を持つ商事仲介人もしくは公の競売の権限を有する者の関与を要する。
- (21) Müller, a. a. O. (Fn. 18), S. 3.
- (22) RG 15.01.1921, RGZ 101, 217; RG 24.10.1922, RGZ105, 293; BGH 16.03.1959, BGHZ 29, 393; BGH 01.02.1974, BGHZ 62, 103.
- (23) Soergel/Jens Eickenga/Thilo Kunz, 13. Aufl., 2014, § 252, Rn. 38; MüKo/Hartmut Oetker, 7. Aufl., 2016, § 252, Rn. 31; Palandt/Christian Grüneberg, 77. Aufl., 2018, § 252, Rn. 4; Staudinger/Schiemann, § 252, Rn. 4.
- (24) BGH 17.12.1963, NJW 1964, 661.

- (25) Soergel/Eckengal/Kuntz, § 252, Rn. 39.
- (26) Lange/Schiemann, a. a. O. (Fn. 13), S. 355; Karl Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, S. 511-513; Staudinger/Gottfried Schiemann, 2017, § 252, Rn. 21.
- (27) この見解によると、ドイツ民法典二五二条第二文に基づき転売利益を損害額とするのは、主張・立証の負担を緩和された具体的損害計算である。したがって、転売目的がなかったという売主による「特別の事情」の主張は、抽象的損害計算に対する具体的損害計算の主張を意味しないために、商法典三七六条によっても排除されないことになる。これに対して、抽象的損害計算は、仮定的な代替取引を想定し、代替取引によっての市場価格に依拠するものである。Ernst Rubel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1932, S. 170-171に端を発するこの見解は、後に客観的損害論や規範的損害論と結びつく。それにより、抽象的損害計算は、例えば損害を目的物の客観的価値として把握するといった、損害賠償の内容についての実体法上の評価を含むという理解へと発展した。この経緯については、既に北川・前掲注(13)二二―二四頁および若林三奈「法的概念としての『損害』の意義(上)」立命館法学二四八号(一九九六年)六八三頁―六九六頁が詳細に分析している。
- (28) Hans-Joachim Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 76 Fn. 76.
- (29) Mertens, a. a. O. (Fn. 28), S. 76 Fn. 76. ㊦ Lange/Schiemann, a. a. O. (Fn. 13), S. 353⁷ Soergel/Eckengal/Kuntz, § 252, Rn. 49⁷ Staudinger/Schiemann, § 252, Rn. 21 ㊦同註。
- (30) Lange/Schiemann, a. a. O. (Fn. 13), S. 353.
- (31) 同条について沿革的検討を行うのは、能見善久「金銭債務の不履行について」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』(有斐閣、一九八二年)一九一頁。
- (32) BAG 7.3.2001, DB 2001, 2196.
- (33) BGH 1.2.1974, BGHZ 62, 103, 105; BGH 26.10.1983, NJW 1984, 371; BGH 28.4.1988, BGHZ 104, 397.
- (34) Soergel/Christoph Benicke/Aeneas Nalbantis, § 288 Rn. 72; Staudinger/Manfred Lwisch/Cornelia Feldmann, 2014, § 288 Rn. 41, 44.
- (35) 他にも、無体財産権侵害における実施料相当額の損害賠償を抽象的・規範的損害計算とする見解がある。被害者が実際に実施許諾を与える蓋然性に関係なく実施料相当額の賠償を認めることを、損害を権利の客観的価値と捉えること、または損害賠償を権利追求と捉えることについて説明する。これについて Ernst Steindorff, Abstrakte und konkrete Schadens-

berechnung, AcP 158, 1960, S. 451-453 参照。この見解は、実施料相当額の損害賠償の根拠が損害賠償法の一般規定ではなく慣習法であるとする判例 (BGH 14.02.1958, BGHZ 26, 349) にも整合する。もっとも、実施料相当額の請求を損害賠償と捉えること自体に異論がある。花本広志「無体財産権侵害における実施料相当額の損害賠償と不当利得——ロールフ・ザック『無体財産権法の体系におけるライセンズ・アナロジー』の紹介を中心として」独協法学五四号 (二〇〇一年) 一六九頁、特に一七六・一七七頁参照。

- (36) *Larenz, a. a. O.* (Fn. 26), S. 513.
- (37) *Steindorff, a. a. O.* (Fn. 35), S. 447-448, 458-459, 461-463, 468-469; *Lange/Schiemann, a. a. O.* (Fn. 13), S. 355-356. さらに、北川・前掲注 (13) 二三頁、若林・前掲注 (27) 六八一―六八六頁参照。若林の指摘する通り、損害計算に先立って損害概念を確定する必要がある。
- (38) *Mertens, a. a. O.* (Fn. 28), S. 76, Fn. 76. また、*Palandt/Grüneberg, § 252, Rn. 4* 同旨。
- (39) *Staudinger/Schiemann, § 252, Rn. 4.*
- (40) 金銭債務の不履行の場合の損害賠償額を定める約定利率および法定利率は、損害賠償額の予定および抽象的損害計算に基づく損害額にそれぞれ対応する。
- (41) 最判昭和四八年一〇月一日判時七二三号四四頁。判例に対する批判を概観し、新たな批判理論を提示するのは、潮見・前掲注 (3) 五一六―五二〇頁。
- (42) プロイセン一般ラント法およびフランス民法典において、それぞれ違約罰は損害賠償に代わるという考え方が採られたことは、既に日本に紹介されている。前者について能見・前掲注 (2) 一〇三卷六号九九九―一〇〇五頁、後者について一〇二卷一〇号一八〇〇―一八〇九頁。さらに、違約罰の損害賠償法的な理解を徹底したのがオーストリア一般民法典である。同法典一三三六条の起草過程において、「違約罰 (Konventionalstrafe)」という文言を用いる草案を却下し、「補償額 (Vergütungsbetrag)」という文言を採用した。この変更により、当事者は将来の損害を事前に確定する権限のみを有し、それを超えた制裁を科す権限を有しないことが明確にされた。この経緯について、Julius Offner, *Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. II, S. 202 参照。同条は、第三文で「補償額は、それが債務者により過大であると証明される場合には、裁判官により、場合によっては鑑定人尋問に従って、軽減される」と定めていた。現行一三三六条は、二項で同様のことを定める。

- (43) その沿革的な経緯は、Ralf-Peter Sossma, Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen にみる、とができる。一六世紀人文主義法学において、アルチャート、デューランおよびドネルスといった代表的な法学者が、違約罰と損害賠償を結びつけることで、勅法彙纂七卷四七章一節に基づく損害賠償の制限を違約罰に適用することを試みた(S. 73-87)。これに対して、ラウターバッハやグリニックといった、いわゆるパンデクテンの現代的慣用の時代におけるドイツの普通法学者は、違約罰と損害賠償を区別して、勅法の適用を否定した(S. 114-120)。違約罰と損害賠償の分離および勅法の不適用は、一九世紀の普通法学において通説となり、もはや争点とすらみなされなかった(S. 153-156)。
- (44) 債務法部分草案の段階での指摘として、Franz Philipp von Kitzel, Recht der Schuldverhältnisse, TEIL 1 Allgemeiner Teil, 1, 2, S. 13 (Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Schuldrecht 1, S. 335) 参照。このような解釈は、現在でも争われていない。MüKo/Gottwald, Vorbem. §§ 339ff., Rn. 39 参照。
- (45) BGH 27.11.1974, BGHZ 63, 256; BGH 18.11.1982, BGHZ 85, 305.
- (46) Larenz, a. a. O. (Fn. 26), S. 376-377; Joachim Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 757-758; Staudinger/Volker Rieble, 2015, Vorbem. §§ 339ff., Rn. 28; MüKo/Gottwald, Vorbem. §§ 339ff., Rn. 6.
- (47) Soergel/Walter F. Lindacher, 13. Aufl., 2010, Vorbem. §§ 339ff., Rn. 5; Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7. Aufl., 1992, S. 271; Wolfgang Fikentcher/Andreas Heinenmann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 141.
- (48) Walter F. Lindacher, Phänomenologie der "Vertragsstrafe", 1972, S. 58-59; Soergel/Lindacher, Vorbem. §§ 339ff., Rn. 5.
- (49) BGH 27.11.1974, BGHZ 63, 256.
- (50) もっとも、ドイツ民法典三四〇条一項および三四一条一項は任意規定と解されており、当事者は合意によりこれらの規定の適用を排除できる。この点については、Staudinger/Rieble, § 340, Rn. 24; MüKo/Gottwald, § 340, Rn. 17 参照。
- (51) このことも合意により変更できる。MüKo/Gottwald, § 340, Rn. 18 参照。
- (52) 債権者は、違約罰か損害賠償かを選択して請求することしかできないとすれば、以下のような状況に陥る。すなわち、損害額が違約罰額を超える見込みがある場合には、損害賠償を請求することになるだろう。しかし、その場合に損害の立証に失敗したときは、損害賠償請求は当然のこと、もはや違約罰の請求もできなくなる。反対に、違約罰を選択した場合には、

違約罰を上回る損害賠償を請求するに及びかねなくなる。

- (53) *Kübel*, a. a. O. (Fn. 44), S. 21 (*Schubert*, S. 343).
- (54) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Deutsche Reich, Bd. II, S. 276 (Benno *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 153).
- (55) Protokolle der Vorkommission der Reichs-Justizamt, S. 382 (Horst Heinrich *Jakobs/Werner Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 543).
- (56) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung der Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutsche Reich, S. 1555 (*Mugdan*, S. 718).
- (57) *MüKo/Gottwald*, § 340, Rn. 18.
- (58) このように、違約罰合意に関する契約内容形成権限を裁判官に委ねる必要性は、次のように説明される。違約罰は、その効力発生は現実化しないだろうとの虚偽の期待において、軽率に合意されることが稀ではない。違約罰の高さが妥当か否かについて、債務者は、十分に注意を向けることができない。したがって、違約罰契約は、正当性担保の機能を完全に果たすことができない傾向にある。それゆえ、ドイツ民法典三四三条は、裁判所の減額権限を通じて違約罰の正当性を保障する。以上について、*Soergel/Lindacher*, § 343 Rn. 1 参照。やうに、*Staudinger/Rieble*, Vorbem. §§ 339ff., Rn. 90 ならびに *MüKo/Gottwald*, § 343 Rn. 1 も同旨。このように、契約内容形成に関して原則として裁判官の介入を許すことは、ドイツ民法典の体系上異色びあるとされる。*Staudinger/Rieble*, § 343, Rn. 14 参照。これに対して、近時、違約罰債務者の契約自由に対する侵害を回復する規定として同条を位置づける試みもなされている。*Christos Chasapis*, Die Herabsetzung der unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe, 2014, 特記 S. 111-113, 479-481 参照。
- (59) *Gernhuber*, a. a. O. (Fn. 46), S. 780.
- (60) ドイツの包括的損害賠償を紹介する文献として、能見・前掲注(2)一〇三卷六号一〇七六―一〇九〇頁、石田喜久夫編『註釈ドイツ約款規制法「改訂普及版」』(一九九九年、同文館)一九三―一九九頁(山本宣之執筆)、奥田編・前掲注(8)五八五―五八七頁参照。
- (61) ライヒ自動車工業連盟の自動車についての普通売買約款は、買主が受領遅滞または支払遅滞に陥った場合に、売主である

- 工場が有する権限について次のように定める。「供給者は、法律又は契約に基づく請求権にかかわらず、売買契約を解消し又は自己の履行を延期することができる。供給者が売買契約を解消した場合に、給付された内金は、売買代金の一五パーセントまでの額で、それより高い損害を主張する請求権を留保して、供給者の下に留まる。」以上について、Franz Arthur Müllerstern, Allgemeine Lieferbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, 1932, S. 92 参照。
- (62) Detlev Fischer, Vertragsstrafe und vertragliche Schadenspauschalierung, 1981, S. 45.
- (63) 違約罰と評価するもの OLG Celle 7.12.1962, NJW 1963, 351。違約罰とは異なる合意と位置付けられて、その効力を否定するもの LG Wuppertal 8.4.1965, MDR 1965, 657 及び LG Berlin 25.4.1966, NJW 1966, 1818。未公開であるものの、違約罰法の適用を排除しつつ有効性も認めた裁判例の存在は、Rolf Kuich, Geschäftsbedingungen für den Verkauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge, DB 1967, S. 456 に示されている。
- (64) BAG 14.12.1966, NJW 1967, 751。この判例において問題になったのは、買主による売買目的物の受領拒絶の場合に、売主の損害賠償請求権を代金の二五パーセントで認める条項である。普通取引約款の一般法理に基づき、この条項の効力を肯定した。包括的損害賠償という独立の法概念の存在を示唆するものの、「民法典も既に違約罰という類似の法制度を有する」との判示もあり、両者の関係は依然不明確なままであった。
- (65) BGH 6.11.1967, NJW 1968, 149 において、問題となった条項は違約罰であると認定され、違約罰法が適用された。
- (66) BGH 8. 10. 1969, NJW 1970, 29.
- (67) Rolf Belke, Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, I, DB 1969, S. 559, II, DB 1969, S. 603; Peter Schlechtriem, Richtertliche Kontrolle von Schadensersatzpauschalierungen und Vertragsstrafen, in: Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, 1973, S. 51; Günter Hager, Die Rechtsbehalte des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware nach amerikanischem, deutschem und Einheitlichem Haager Kaufrecht 1975, S. 182.
- (68) Belke, a. a. O. (Fn. 67), I, S. 562; Hager, a. a. O. (Fn. 67), S. 183-184.
- (69) Belke, a. a. O. (Fn. 67), I, S. 562-563; Schlechtriem, a. a. O. (Fn. 67), S. 67, 71.
- (70) BGH 14.1.1976, WM 1976, 210; BGH 10.11.1976, BGHZ 67, 312.
- (71) 石田編・前掲 (60) 一九三—一九九頁。
- (72) BT-Drucks, 7/3919, S. 30.

- (73) 「本質的」にわずかであるというためには、合意された金額を基準として、それが低額である場合には一〇%、高額である場合には五%程度の差で十分であるといわれている。Staudinger/Dagmar Coester-Waltjen, 2013, § 309 Nr. 5 Rn. 20 参照。
- (74) BT-Drucks, 7/3919, S. 30.
- (75) BT-Drucks, 14/6040, S. 155.
- (76) 包括的損害賠償に違約罰法の適用がなつことは、既に BGH 8. 10. 1969, NJW 1970, 29 になつて示唆されていた。個別合意に基づく包括的損害賠償に違約罰法の適用がなつことを明確に判示するのは、BGH 16. 11. 1990, NJW 1991, 843。学説として Claus Hess, Die Vertragsstrafe, 1993, S. 238⁷ Staudinger/Rieble Vorbem. § § 339ff, Rn. 45 参照。
- (77) Lindacher, a. a. O. (Fn. 48), S. 145, 211; Soergel/Lindacher, Vorbem. § § 339ff, Rn. 21; Hess, a. a. O. (Fn. 76), S. 116-117.
- (78) Lindacher, a. a. O. (Fn. 48), S. 145, 211.
- (79) もっとも、民法典三四三条の例外性を強調する見解は、同条の適用範囲の拡大や類推適用に批判的である。Staudinger/Rieble § 343 Rn. 9 参照。
- (80) Lindacher, a. a. O. (Fn. 48), S. 170-171.
- (81) Lindacher, a. a. O. (Fn. 48), S. 171-173.
- (82) Volker Beuthien, Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 495; Palandt/Grüneberg, § 276 Rn. 26.
- (83) Beuthien, a. a. O. (Fn. 82), S. 500.
- (84) Beuthien, a. a. O. (Fn. 82), S. 506.
- (85) Beuthien, a. a. O. (Fn. 82), S. 505-506.
- (86) Beuthien, a. a. O. (Fn. 82), S. 507-508.
- (87) Beuthien, a. a. O. (Fn. 82), S. 506-507.
- (88) Beuthien, a. a. O. (Fn. 82), S. 511.
- (89) Fikentcher/Heinemann, a. a. O. (Fn. 47), Rn. 141.
- (90) Beuthien, a. a. O. (Fn. 82), S. 504-505.
- (91) かつてのドイツ民法典三〇六条は、不能な給付を目的とする契約は無効であると定めていた。現行の三一一 a 条一項によ

ると、不能を理由に給付請求権が排除される場合（二七五条一項）でも契約は有効である。

- (92) *Larenz, a. a. O.* (Fn. 26), S. 384. けれどに賛同するのは *Gernhuber, a. a. O.* (Fn. 46), S. 762.
- (93) *MüKo/Wolfgang Wurmest, § 309 Nr. 5, Rn. 6.*
- (94) 例えは *OLG Celle 12.2.2004, NJOZ 2004, 99.* のような処理に対する学説上の批判にこうして *Fischer, a. a. O.* (Fn. 62), S. 183^{*} *MüKo/Wurmest, § 309 Nr. 5, Rn. 6^{*}* *Manuel Nodoushani, Die Verdeckte Vertragsstrafe, ZGS 2005, S. 330* 参照。
- (95) *Peter Gottwald, Zum Recht der Vertragsstrafe, in: Festschrift für Alfred Sölner zum 70. Geburtstag, 2000, S. 389.* ハートヴァンルトは一般条項による一元的な解決を提言する。
- (96) *Chazapis, a. a. O.* (Fn. 58), S. 288-292. 基準として、条項の文言、合意された金額の高さ、効力発生が損害の発生に依存するかどうか、第三者に給付されるかを挙げる。
- (97) *Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Diether Hensen/Andreas Fuchs, AGB-Recht, 12 Aufl., 2016, § 309 Nr. 5, Rn. 12.* ドイツ民法典三〇九条六号は、普通取引約款利用者の相手方に、給付の不受領もしくは受領遅滞、支払遅滞または契約の解消の場合に違約罰を負担させる条項を無効とする。石田編・前掲注（60）一九九～二〇四頁参照。
- (98) *Beuthien, a. a. O.* (Fn. 82), S. 500, 511-512; *Larenz, a. a. O.* (Fn. 26), S. 384; *Straudinger/Coester-Waltjen, § 309 Nr. 5 Rn. 3.* 普通取引約款法にこうして記述があるが *Manfred Wolf/Walter F. Lindacher/Thomas Pfeiffer/Jens C. Dannmann, AGB-Recht, 5. Aufl., 2009, § 309 Nr. 5, Rn. 38* も同旨。包括的損害賠償の合意は、違約罰合意と異なり「新たな請求原因を作り出すものではない」とする。
- (99) 注（37）で引用した文献も参照。
- (100) これを明示的に認めるのは、我妻・前掲注（4）一三三頁。
- (101) 東京高判平成二二年一〇月一日LEX/DB25464183は、約定額を超える損害賠償の請求について、それを許容する明示の合意がないにもかかわらず、超過損害の賠償請求を認めた。一般競争入札において入札談合があった場合の賠償金条項について、賠償金条項の目的は、談合参加者の責任を限定する趣旨に馴染まないという。
- (102) ドイツのように異なる合意類型を想定するならば、任意規定を補充する前段階の作業として、いずれの合意類型に包摂すべきかを決定する必要がある。民法四二〇条三項も、損害賠償額の予定とは区別される違約金概念を定めている。もっとも、違約金は、損害賠償と共に請求できるものと解されている。したがって、損害賠償額の予定の損害算定規範としての性質に

ついては、同項における推定ではなく、補充の問題として位置付けられる。

- (103) 例えば、奥田昌道『債権総論「増補版」』（悠々社、一九九二年）五〇頁は、民法四一九条二項を最小限の損害を定めるものと解釈する。そのうえで、法定利率を通常損害、利息超過損害を特別損害と位置付ける。このような解釈によると、法定利率は、債務者の具体的損害計算のみを排除する抽象的・規範的損害計算として理解されよう。

- (104) これをドイツにおける自然的損害と同視できるかについては、議論の余地がある。

- (105) 損害賠償法の一般論として、契約解釈により抽象的・規範的損害計算を認める可能性を示すのは、Steindroff, a. a. O. (Fn. 35), S. 461-462。

- (106) 合意に紛争回避機能を認める場合には、民法九〇条の解釈論として、合意の効力をいかなる基準で判断するかが問題となる。一方で、憲法秩序を起点として公序良俗を再構成する見解によれば、予定賠償額を貫徹することによる債務者の基本権の侵害と、合意の効力を否定することによる債権者の基本権の侵害を比較衡量することになる。山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、二〇〇〇年）一六三・一六四頁（初出一九九八年）参照。

他方で、契約正義を起点として公序良俗を再構成する見解は、当事者の関係にも着目する場合には、顧慮される事情という点で前者と同様の帰結に至るかもしれない。大村・前掲注（6）三六一―三六七頁参照。もっとも、客観的に妥当な損害額を想定し、それを基準に合意の効力を判断する見解もありうる。能見・前掲注（2）一〇三卷六号一一〇七頁参照。しかし、実損害の主張を排除する合意は、給付の不確実性および損益の不確実性を備えるために、射倖契約として給付の均衡法理を排除するとも考えられる。大村・前掲注（6）一五八頁参照。したがって、後者の見解によっても、合意が射倖契約として許容されるかを検討するために当事者の関係の要素を顧慮せざるを得ないのではないか。

- (107) BGH 17.07.2008, NJW 2009, 1882.

河野 航平（かわの こうへい）

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

専攻領域 民法