慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	損害賠償額の予定における実損害額と予定額の不均衡：ドイツ商法における違約罰の規律との比較を通じて
Sub Title	Die Unverhältnismäßigkeit vom Schadensbetrag und Pauschalbetrag im pauschlierten Schadensersatz : im Vergleich mit der Regelung der Vertragsstrafe nach dem deutschen Handelsrecht
Author	河野, 航平(Kawano, Kōhei)
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	2019
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.123, (2019. 12) ,p.259- 291
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20191215-0259

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おける実損害額と予定額の不均衡

——ドイツ商法における違約罰の規律との比較を通じて——

河野航平

一　序論
(一)　問題意識
(二)　方法および構成
二　ドイツ民法典三四三条の意義
(一)　ドイツ民法典三四三条の必要性
(二)　ドイツ民法典三四三条の体系的位置づけ
三　ドイツ商法典三四八条の意義
(一)　前史
(二)　立法過程
(三)　学説
(四)　小括
四　商人間で合意された違約罰の無効および軽減
(一)　普通取引約款法による内容規制
(二)　ドイツ民法典一三八条に基づく無効
(三)　ドイツ民法典二四二条に基づく軽減
(四)　小括
五　実損害額と予定額の不均衡に対する法的評価
(一)　当事者の合理的な判断能力を典型的に否定する場合
(二)　当事者の合理的な判断能力を典型的に肯定する場合
六　残された課題

一　序　論

㈠　問題意識

契約当事者は、債務不履行の場合に債務者が支払うべき損害賠償の額について、損害賠償額の予定によってあらかじめ合意することができる。もっとも、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賠償額を予定する合意は、民法九〇条に基づき一部無効となる。

有力説は、損害賠償額の予定に関する合意に民法九〇条を適用する際に、二つの異なる判断基準および効果を想定する[3]。一方で、暴利行為の要件を充たす場合、すなわち、合意が一方当事者の窮迫、軽率または無経験を利用して、他方当事者に過当な利益をもたらすものである場合に、合意は、全部無効となる。他方で、暴利行為の主観的要件を充たさない場合であっても、実際の損害額に比して予定額が著しく過大であるときは、合意は、その過大な部分について一部無効となる。両者を比較すると、後者は、実損害額と予定額の不均衡のみを問題とする点に特徴がある。それでは、過大な賠償額を予定する合意について、客観的な不均衡のみを要件として効力を否定することは、いかにして正当化されるのか[4]。

第一に、損害賠償額の予定に関する合意の性質論がそのことを正当化する、という解釈が考えられる。大村敦志は、付随的な契約条項の規制について、一方で、「条項自体の妥当性を最重要視すべき」とし、他方で、「各条項の性質論のレヴェルで解決されることが望ましい」ことから、暴利行為論の適用は過渡期的な処理であると評価する[5]。

この見解は、付随的契約条項の規制の特殊性を明らかにする。もっとも、損害賠償額の予定条項について、契約解釈の次元で、著しく過大な金額を請求することができないという帰結をもたらすことは、従来の損害賠償額の予定に

関する合意の性質論に修正を迫る。損害賠償額の予定に関する合意には、損害の発生の有無や損害額についての立証の煩雑さを避け、余計な紛争を避ける機能、すなわち、紛争回避機能があるとされる。[6] それにもかかわらず、予定額が実損害額に比して著しく過大な限度で、損害の発生および額について争うことが、契約解釈によって認められることになる。

第二に、損害賠償額の予定に関する合意においては、典型的に契約メカニズムの阻害要因が存在するために、契約条項の適正化が必要になる、という解釈が考えられる。山本豊は、付随的契約条項の規制を暴利行為の問題として扱うことについて、判断の要素および基準時の点で問題があるとする。[7] そのうえで、不当条項規制を正当化し、その適用範囲を画する根拠として、いわゆる保護目的論を説く。[8] それによると、一定の契約メカニズムの阻害要因が存在して、契約当事者の十全の自己責任を問うことができない場合に初めて、契約条項適正化の問題が生じる。このような考え方から、山本は、実質的な交渉に基づき個別に合意された条項を基本的に不当条項規制の対象外とする。しかし、個別に合意された条項であっても、損害賠償額の予定に関する合意について、典型的に、契約当事者の意思決定の不完全さおよびそれ伴う契約メカニズムの阻害を想定することができるならば、契約条項適正化の問題が生じると解する余地がある。[9]

この見解は、いかなる当事者を典型的に想定するかに応じて、付随的契約条項に適用されるべき規制の内容が変わることを示唆する。もっとも、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場合には、典型的な契約当事者として、債務不履行ならびにそれによる損害の発生および額という将来の不確実なリスクについて判断することができる者を想定することが、首尾一貫する。合意に紛争回避機能を認めることの正当性は、「将来の債務不履行の際にいかなる額において損害賠償がなされるべきか」について判断する契約当事者の能力に依存するからである。このような想定を前提にする限り、内容規制の際には、個別の事案における具体的な当事者の態様が、典型的に想定され

る当事者から逸脱しているという点、すなわち主観的な要素の判断を避けては通れないはずである。

以上の問題意識から、本稿は、過大な損害賠償額を予定する合意の規制において、実損害額と予定額の不均衡をどのように評価するかという問題について、次のような手順で分析する。第一に、紛争回避機能を認める性質論にもかかわらず、将来の不確実なリスクについて判断する当事者の能力を典型的に否定することができるかを検討する。第二に、そのような当事者の能力を典型的に肯定する場合であっても、実損害額と予定額の不均衡のみを理由として、合意の効力を否定し、または、予定額における損害賠償請求を阻止することができるかを検討する。

(二)　方法および構成

本稿は、上記の問題を検討するために、商人により引き受けられた違約罰に関するドイツの判例および学説を参照する。ドイツにおける違約罰は、損害賠償を請求する際に、一方で、超過損害の賠償請求を排除せず、他方で、損害の最低額として扱われる（ドイツ民法典三四〇条二項および三四一条二項）。この限りで、違約罰の合意は、債務者側の実損害額の主張を排除する効果を有する。[10] もっとも、ドイツ民法典三四三条は、違約罰を裁量に基づき軽減する権限を裁判官に付与する。したがって、ドイツ民法によると、当事者は、違約罰を合意しても債務不履行の際に支払われるべき金額を確定することができない。これに対して、ドイツ商法典三四八条は、ドイツ民法典三四三条の適用を排除する。したがって、ドイツ商法によると、違約罰額が実損害額以上となる場合を念頭に置く限りで、違約罰の合意は、債務不履行の際に支払われるべき金額を確定する効果を有する。もっとも、連邦通常裁判所は、信義誠実の原則を定めるドイツ民法典二四二条[11]に基づき、商人間で合意された違約罰を軽減することができることを示した。このように、一方で、違約罰の合意に債務不履行の際に支払われるべき金額を確定する効果を認めつつ、他方で、合意内容を一般条項に基づき修正するという規律は、日本における損害賠償額の予定に関する合意の規律に類似する。したがって、

損害賠償額の予定に関する上記の問題を検討する上で、参考になると予想される。

以下では、まず、ドイツ民法典三四三条の意義について、ドイツの学説に依拠して概略を示す（二）。次に、ドイツ商法典三四八条について、沿革を明らかにする（三）。そのうえで、商人により引き受けられた違約罰について、客観的な不均衡を理由に合意の効力を否定し、または、軽減することができるか、という問題に関するドイツの判例および学説を分析する（四）。そして、ドイツ法との比較を踏まえて、当事者としていかなる者を典型的に想定するかという観点から、損害賠償額の予定に関する合意について、実損害額と予定額の不均衡をどのように評価するかという問題を検討する（五）。最後に、残された課題に言及する（六）。

二　ドイツ民法典三四三条の意義

ドイツ商法典三四八条に関する検討に入る前に、同条により適用が排除されるドイツ民法典三四三条について、簡単に学説上の理解を確認しておく。[12]

㈠　ドイツ民法典三四三条の必要性

ドイツ民法典三四三条の必要性は、次のように説かれている。[13] 違約罰の合意は、その効力発生は現実化しないという虚偽の期待において、軽率に行われることが稀ではない。違約罰の額が妥当か否かについて、違約罰債務者は、十分に注意を向けることができない。したがって、違約罰の合意は、契約としての正当性担保の機能を十分に果たすことができない傾向にある。それゆえに、同条は、裁判官の裁量に基づく軽減を定めることで、違約罰の公正さを保障する。

(二)　ドイツ民法典三四三条の体系的位置づけ

ドイツ民法典三四三条は、信義誠実の原則に基づく権利濫用の規律との関係において特別法であるとされる。[14] 同条に基づき妥当な金額を決定する際には、主として、契約締結後に生じた事情が顧慮される。この点に、同条の権利行使規制としての性格が表れているという。[15] ただし、同条を純粋な権利行使規制として位置づけることを疑問視し、内容規制としての性格を認める見解もある。[16]

同条が民法体系に馴染むか、それとも極めて例外的な性格を有するかについては、見解が分かれる。一方で、違約罰について合意する当事者間の構造的不均衡を指摘して、同条は、違約罰債務者の契約自由の侵害を回復する規定として、民法体系に馴染むと評価する見解がある。[17] 他方で、民法は不公正な契約を原則として受け入れ、程度が甚だしい場合に初めて介入するのに対して、同条は、本質的に無条件の介入を許す点において、体系上異色であるとする見解がある。[18]

三　ドイツ商法典三四八条の意義

(一)　前　史

一般ドイツ商法典は、二八四条に、違約罰に関する規定を置く。そのうち、三項に対応する規律は、ドイツ民法典三四〇条二項および三四一条二項において定められるに至った。ドイツ商法典三四八条と関係するのは、一項である。[19]

プロイセン草案二一七条一項は、「商行為から生じた債務に付された違約罰は、その額に関するいかなる制限にも

服さない。違約罰は、損害の二倍を超えることができる」と定める。これに対して、プロイセン一般ラント法第一部第五章三〇一条は、裁判官が違約罰を損害額の二倍まで減額しなければならないことを規定していた。[20] プロイセン草案に付された理由書によると、商行為について、プロイセン一般ラント法と異なる規定を置くべき理由は、次のことに求められる。[21] 第一に、一般的な取引と比較すると、商取引においては、ある取引が他の取引における債務の正確な履行に依存しており、高額な違約罰を定めることにより履行を最大限確保することは、債権者にとって非常に重要である。第二に、損害額の算定は、煩雑な手続および営業上の秘密の開示に至ることが稀ではない。

「商行為から生じた債務に付された」という部分は、次のような考慮に基づいて削除された。[22] すなわち、このような文言は、民法においては違約罰が一定の制限に服するかのような外観を呈する。したがって、制限を定めない民事立法は変更される、との推論がなされる可能性がある。そのような推論を排除するために、一般論の形で違約罰がいかなる制限にも服さないことを定めるに至った。[23]

(二) 立法過程

1 第一草案に関する議論

ライヒ司法省第一草案は、二九三条に、一般ドイツ商法典二八四条一項に対応する規定を置く。第一草案に関する覚書によると、このような規定は、商人が自己の約束の及ぶ範囲を正確に評価することができることから、正当化される。[24] また、良俗に反する違約罰からの保護は、民法上の規定により与えられるという。

「商法典草案の鑑定のための委員会」の審議において、この規定の削除が提案された。そこでは、とりわけ小規模経営の商人を念頭において、商人もまた、ドイツ民法典三四三条による保護を必要とすることが主張された。しかし、規定を維持する見解が、次のような理由から支持を集めた。商人は、自己の約束の帰結を自覚しているのが通常であ

り、特別の保護を要しない。さらに、良俗に反する契約は、ドイツ民法典一三八条[25]により無効である。それにもかかわらず、草案二九三条を削除することは、債務の正確な履行に依存する商取引に、有害な影響を及ぼす。また、商人である違約罰債権者は、自己に生じた損害の額を訴訟において立証する必要から解放されることを意図する。しかし、裁判官が違約罰を軽減する権限を有するならば、債権者は、違約罰が不相当に高いという債務者の主張に対して、自己の損害を証明することを強いられることになる。[26]

2　第二草案および連邦参議院提出草案に関する議論

以上の規定は、ライヒ司法省第二草案三二〇条、次いで、連邦参議院に提出された草案三三三条に引き継がれることとなった。

連邦参議院においても、この規定について削除が提案された。特に小規模経営の商人を念頭に置きつつ、民法において違約罰の軽減を認める根拠は、商取引にも妥当することが主張された。[27] 削除案は、第一草案に関する議論と同様に、支持を得なかった。すなわち、仮にドイツ民法典三四三条が商人にも適用されるとするならば、商人は、訴訟において損害の額を立証する必要がある。しかし、これは、違約罰の約束を通じてまさに回避されるべきものであるという。[28]

3　ライヒ議会提出草案に関する議論

(1)　覚　書

ライヒ議会に提出された草案三三九条は、以上の規定と同様のことを定める。この草案に関する覚書は、同条の趣旨について、大部分において第一草案に関する覚書と同様の説明を行う。もっとも、商取引においては、民事取引と

比較して、より債務の正確な履行に信頼を置く必要があることから、ドイツ民法典三四三条の例外が必要となる旨の記述が追加されている。[29]

(2) 第一八委員会

ところが、第一八委員会の審議において、同条の削除案が委員の支持を集めた。同条は、後続する草案三四〇条から三四二条[30]と併せて、削除が提案された。これらの規定において、ドイツ民法典からの逸脱を正当化する十分な理由はないという。[31]草案三三九条固有の議論としては、以下のことが指摘された。[32]第一に、ドイツ民法典三四三条は、履行の確保を制限するのではなく、過大な違約罰による権利濫用を規制するに過ぎない。第二に、商人もまた、過大な違約罰の軽減を必要とする場合がある。例として、大規模経営の商人にとっては容易に支払うことができる金額の違約罰を小規模経営の商人が負担する場合が挙げられた。

これに対して、草案三三九条から三四二条の規定を維持すべきことも主張された。一般論として主張されたのは、次の二点である。[33]第一に、商人に、一定の法律関係について特別に高められた義務を課すことは、商取引の需要に対応する。特に、これらの規定は、当時通用していた一般ドイツ商法典の規律に対応している。したがって、商人にとって、これを変更する動因は、存在しないという。第二に、これらの規定を削除することは、国際的な取引を顧慮すると、ドイツの商人を害するものである。すなわち、ドイツの商人により行われた約束が質の悪いものとみなされ、これらの者との契約締結が憂慮すべきものになるという。さらに、草案三三九条固有の議論としては、以下の二点が見出される。[34]第一に、ここでも、違約罰が損害賠償に代わるものとして約定される場合を念頭に置いて、民法典三四三条の適用を通じて損害の立証が必要になることへの懸念が示された。第二に、商人は、自己の経験を活用して、違約罰の額を定めるところ、裁判官の裁量に基づく金額の決定を信頼することができないと指摘された。

委員の圧倒的多数が、これらの規定の削除は、ドイツ国内での取引にとって望ましいとみなしたために、削除案が

採決された。[35] もっとも、国際取引に関する懸念に鑑みて、施行法において、国際取引にのみ妥当する特別の規定を設けることが提案された。導入が提案された五a条は、「外国との商取引には、以下の規定が適用される」として、一号で、草案三三九条と同じ内容を定める。

ところが、五a条の導入案は、その適用範囲を明確に定めることが困難である点で批判された。問題になったのは、「外国人との商取引（die Handel mit Auslandern）」とは異なる、「外国との商取引（die Handel mit dem Auslande）」という文言に、いかなる取引が含まれるかである。[36] 結局、提案は、提案者であるレンツマンにより取り下げられた。もっとも、後のライヒ議会総会における審議の際に、削除された規定の復活を検討すべきことが指摘されるに至った。[37]

(3)　一八九七年四月六日のライヒ議会総会

第一八委員会の決議にもかかわらず、ライヒ議会総会によって、草案三三九条の復活は、賛成多数により採決された。もっとも、審議の記録を担当していたヴェルシュタインは、審議の最後に、「〔第一八委員会の決議〕の理由について誤りを論証し、レンツマン議員の提案理由をなんらかの方法で裏付けるような、新しい要素は、全くもって提示されていない」と指摘する。[38] 政府草案を復活させる提案の主唱者であったレンツマンは、草案三三九条について次のように説く。[39] ①商人は、自ら引き受けた義務について正確に知ることができるために、ドイツ民法典三四三条の保護を必要としない。②例えば、建設業において、事前に損害額について見通しがつかない事例等、経済的な損失が生じなかったことを理由に違約罰を減ずることが妥当でない事案も想定される。③違約罰の軽減が可能である場合には、国際取引において、ドイツの商人の価値を下げることになる。④裁判官や法律家は、商取引の実情を十分に考慮することができない。以上に対して、審議においては、商人間の違約罰について軽減が必要となるような具体例も挙げられていた。[40]

(三) 学説

現在の学説において、ドイツ商法典三四八条の正当性を疑う議論は見当たらない。同条の趣旨は、審議過程における議論ではなく、むしろ、覚書と同様の理由づけから説明されるのが通常である。例えば、商人は、自らの法律行為が及ぼす帰結を十分に評価することができ、かつ、そのようにしなければならないとされる。[41] もっとも、訴訟の回避に同条の意義を見出す見解も存在する。[42]

(四) 小括

ドイツ商法典三四八条の前史および立法過程には、必ずしも現在の学説において顧みられていない観点があった。すなわち、違約罰を合意することによって、訴訟において損害の額を立証することを回避することができるという観点である。

また、商人により引き受けられた違約罰の請求を無制限に認めることに対する懸念は、既に立法過程において認識されていたことが明らかになった。

四　商人間で合意された違約罰の無効および軽減

(一) 普通取引約款法による内容規制

ドイツ民法典三〇九条六号によると、「給付の不受領もしくは受領遅滞、支払の遅滞または他方の契約当事者が契

約を解消する場合に、約款使用者に対して違約罰を支払う旨を約する条項」は無効である。ところが、同条は、民法典三一〇条一項により、商人に対して用いられる普通取引約款には適用がない。もっとも、その場合でも、過大な違約罰を定める条項は、民法典二四二条または普通取引約款法の一般条項である民法典三〇七条一項[43]に基づき無効となる可能性がある。

1　判　例

二〇〇二年の債務法現代化法によってドイツ民法典に普通取引約款法の規定が置かれる以前に、連邦通常裁判所は、次のような判断を示していた[44]。すなわち、ドイツ民法典三四三条は、個別に交渉された合意についての定めである。ドイツ商法典三四八条も、同様に、個別合意にのみ適用される。これに対して、普通取引約款における違約罰条項は、「典型的に、一方的に形成されている」といえることから、「信義誠実の原則に基づく裁判所の内容規制に服する」という。それに従って不当であると判断された条項は、無効である。さらに、後続する別の判決により、判断基準が具体化された[45]。それによると、「違約罰が契約違反の程度および契約違反がもたらす結果との均衡を失する場合」に、違約罰条項は、無効となる。また、一九九七年の連邦通常裁判所判決[46]は、商人により合意された違約罰条項が、かつての普通取引約款規制法九条一項による一般的な内容規制に服することを判示した上で、「約款使用者の契約相手方を不相当に不利益に取り扱うとき」の判断の際に、上記の判決により示された基準を援用している。

近時の判決としては、二〇一四年の連邦通常裁判所判決[47]が、「ドイツ商法典三四八条の規定は、ドイツ民法典三〇七条の適用を妨げない」と判示した上で、一般論として、一連の判決と同様の判断基準を援用した。そのうえで、不作為義務についての違約罰条項が問題になっていることから、交換的契約と同様の基準を用いるべきではないとして、違約罰の額が、「一見して、違約罰による制裁の付された違反および債権者にとって将来の違反行為と結びついた危

険との均衡を欠く」場合に、違約罰条項が無効となる、という判断基準を定立した。

2　学　説

商人が違約罰の支払義務を負うことを定める普通取引約款中の条項に、ドイツ民法典三〇七条を適用する可能性は、学説上争われていない。不相当に高い違約罰を定める普通取引約款中の条項は無効であるとして、取引類型ごとに不相当性の基準を示すのが一般的である。[48]

(二)　ドイツ民法典一三八条に基づく無効

ドイツ民法典三四三条に基づく軽減は、違約罰に関する合意が有効に成立していることを前提とする。その適用を排除するドイツ商法典三四八条も、同様である。したがって、同条がドイツ民法典一三八条の適用を排除しないという点は、争われていない。問題は、違約罰の額が過大であることのみによって、同条一項における良俗違反を基礎づけることができるか、という点に存する。

1　判　例

判例は、金額が過大であることのみによって良俗違反を基礎づけることに否定的である。[49] むしろ、不相当な高さに、「合意の内容、動機または目的に関する特段の事情が加わる必要がある」とする。

2　学　説

(1)　金額の過大性のみを基準とすることに否定的な見解

通説によると、金額の過大性のみを理由に、違約罰に関する合意が良俗違反であるとすることはできない。[50] 合意が良俗違反であるというためには、他の事情が加わる必要がある。通説を正当化する根拠は、以下のことに求められる。第一に、ドイツ民法典三四三条による軽減が予定されている。[51] 第二に、ドイツ民法典一三八条二項もまた、不均衡に他の事情が加わることを要件としている。[52] 第三に、契約の締結時に、債権者が違約罰を通じて確保する利益を具体的に量定し、妥当な違約罰額を決定することは、困難である。[53] 第四に、契約の内容形成の自由を認める帰結として、違約罰の金額それ自体は、中立的である。[54]

もっとも、違約罰の過大性に加わるべき特段の事情は、債権者が違約罰の不当性を知っていたことまたは債権者側に「非難すべき態度」があることで十分であるとされる。[55] さらに、「非難すべき態度」については、判例により、不均衡が重大である場合に、事実上の推定を行うという準則が確立されている。[56]

(2)　金額の過大性のみを基準とすることに肯定的な見解

これに対して、少なからぬ見解が、極端な事例においては、金額の過大性のみによって良俗違反を基礎づけることができるとする。[57] 通説を批判する根拠は、次のようなものである。第一に、ドイツ民法典三四三条は、債務者が違約罰の軽減を主張することおよび違約罰が未払であることを要件とする点で、適用範囲を限定する。さらに、同条とドイツ民法典一三八条は、判断の基準時および効果の点で差がある。したがって、ドイツ民法典三四三条があるからといって、ドイツ民法典一三八条の適用範囲を限定してはならない。[58] 第二に、ドイツ民法典一三八条一項は、客観的な要素のみによって無効をもたらす余地がある。同条二項は、一項を具体化して、交換的契約における価格決定を特別に尊重するに過ぎない。[59]

もっとも、注意を要するのは、以上の見解が、単に過大な経済的負担を強いることのみを要件とするわけではないことである。むしろ、確保されるべき債務者の行為、履行を確保することへの債権者の利益および契約締結時に予想

されるべき損害を評価することを通じて、不均衡を確定しなければならないとされる。[60]

(三) ドイツ民法典二四二条に基づく軽減

1 判例

商人により引き受けられた違約罰について、違約罰の過大性を理由として軽減を行うことができるかという問題について、下級審の判断は分かれていた。[61] これに対して、二〇〇八年の連邦通常裁判所判決[62]は、まさに、契約違反行為と違約罰の著しい不均衡を理由として、違約罰の軽減を認めるものである。

この判決で問題になったのは、先行する意匠訴訟において合意された和解契約に基づく違約罰の請求である。当該和解契約によると、被告は、特定の子供用ヒーティングパッドを許可された在庫処理期間を除いて売却しないことを約し、契約に違反して売却された製品ごとに一万五〇〇〇ドイツマルクの違約罰を支払う義務を負っていた。被告が契約に違反して七〇〇〇個の商品を売却したために、原告は、一億五〇〇万ドイツマルクをユーロに換算して五三六八万ユーロの違約罰を計上し、その一部である一〇〇万ユーロの支払を請求した。なお、被告が商品の売却によって得た純利益は、約五万ユーロである。連邦通常裁判所は、次のように判示して、ドイツ民法典二四二条に基づく違約罰の軽減を認めて、二〇万ユーロという上限を示した上で、本件を原審に差し戻した。

> ……〔ドイツ商法典三四八条〕が、特段の事情が存する事例において排除しないのは、商人によって引き受けられた違約罰の下でも、ドイツ民法典二四二条による軽減が考慮されることである。……五三〇〇万ユーロあまりの違約罰は、違反行為の重大性（Bedeutung der Zuwiderhandlung）との間で著しい不均衡にある。その不均衡は、違約罰を貫徹することが、法生活全体を支配する信義誠実の原則に対する抵触を意味するほどのものである。それゆえに、被告により効力が発生した違約罰は、裁判所

のドイツ民法典二四二条による介入を正当化しないと考えられる限度まで軽減されるべきである。それに対して、さらに進んで、違約罰を妥当な金額まで軽減することは、ドイツ民法典二四二条により考慮されない。ドイツ民法典三四三条は、裁判所により妥当な程度まで違約罰を軽減することを予定している。同条の適用は、本件において、ドイツ商法典三四八条によって、まさに排除されているものである。ドイツ商法典三四八条の定める法律効果は、民法典二四二条による信義誠実の原則の適用を通じて潜脱されてはならない。むしろ、違約罰は、信義誠実の原則により個別の事案におけるすべての事情を評価してその金額を受け入れることができる限度まで、軽減することができるに過ぎない。その意味において、金額を定めるための根拠は、ドイツ民法典三四三条によると妥当な違約罰の二倍とすることができる。

このように、本判決は、違約罰が「違反行為の重大性との間で著しい不均衡にある」場合に、ドイツ民法典二四二条に基づく軽減を認める。「違反行為の重大性」が示す内容については、判示から直ちに明らかにはならない。これについて、一般的な不作為義務違反ではなく、合意された期間外における不作為義務違反が問題となっていることが、連邦通常裁判所の判断の基礎となっているとする見解がある。[63] もっとも、後に批判的見解を分析する際に述べるように、二〇万ユーロという上限額は、被告が得た純利益の四倍の金額であることを想起させる。

2　学　説

(1)　金額の過大性を基準とする軽減に肯定的な見解

上記の判決以後、これを引用して、商人により引き受けられた違約罰について、契約違反行為と違約罰の不均衡を理由に、ドイツ民法典二四二条に基づいてこれを軽減することができるとする見解は、圧倒的多数を占める。[64] もっとも、後述する否定的見解とは異なり、詳細な理由づけを見出すことはできない。

(2) 金額の過大性を基準とする軽減に否定的な見解

契約違反の程度が軽微であることを理由に、ドイツ民法典二四二条に基づいて違約罰を軽減することができないとする見解は、上記の判決以前から説かれてきた。[65] 同判決について詳細な批判的検討を行い、多くの文献に引用されているのは、リープレの見解である。[66] リープレは、ドイツ商法典三四八条が、民法典二四二条の適用を排除しないことを前提に、次のように説く。相当性の観点から違約罰を軽減することは、ドイツ民法典三四三条の適用という実質を備え、裁判官は法律（ドイツ商法典三四八条）に拘束されるという原則に抵触する。このことは、許容される金額を、ドイツ民法典三四三条により妥当な違約罰の二倍の金額とする点で、いっそう明白である。ドイツ商法典三四八条が、商人を過剰に厳格に取り扱うものであるからといって、ドイツ民法典二四二条を経て、代替的に、相当性に基づく規制を行ってはならない。裁判所に認められるのは、ドイツ商法典三四八条が基本法に反するとして、連邦憲法裁判所に同条を移送することのみである。結局、上記の判決におけるドイツ民法典二四二条の適用は、契約を相当性に基づき包括的に規制することを許し、裁判官に契約改訂権限を与えるに至る。その結果、ドイツ民法典三四三条において違約罰に限定されていた相当性に基づく規制が、信義誠実の原則を介して、契約全体に拡張するおそれがある。[67]

カサピスもまた、上記の判決を批判して、次のように説く。すなわち、同判決が、一方で、ドイツ商法典三四八条の潜脱は許されないと判示し、他方で、ドイツ民法典三四三条を軽減する金額の基準に用いるのは矛盾である。[68] さらに、同判決において妥当とされた金額は違約罰債務者の利得の四倍であるところ、このような規制は、ドイツ民法典の立法者によりあえて採用されなかった、プロイセン一般ラント法上の違約罰の規律を想起させるという。[69]

判例の批判を超えた一般論としても、カサピスは、商人間での違約罰について、金額の過大性のみを理由に、信義誠実の原則に基づき軽減を行うことを批判する。ドイツ商法典三四八条は、合意により排除することができる。また、違約罰を合意する際に、金額を事後的に決定する権限を債権者または第三者に付与することもできる。その場合に、

債権者または第三者による金額の決定は、ドイツ民法典三一五条または三一九条に従って、裁判官の裁量に基づく規制に服する。商人である違約罰債務者は、以上のような手段を講じずに違約罰を合意した以上、自ら形成した合意に責任を負わなければならないという。[70]

(3) 検　討

リープレの見解は、次のような二つの上記の判決の理解と、それに対する批判として整理することができると考えられる。①同判決は、ドイツ民法典二四二条に基づき、違約罰に射程を限定して、不相当な額の違約罰は軽減されなければならないという規範を定立するものであると解することができる。しかし、このような規範の定立は、ドイツ民法典三四三条に基づく規律を再現することになる点で、ドイツ商法典三四八条の潜脱を意味する。②同判決は、ドイツ民法典二四二条に基づき、違約罰に射程を限定せずに、契約内容の相当性は維持されなければならないという規範を定立し、これを違約罰に関する合意に適用するものであると解することができる。しかし、このような規範の定立は、契約内容を相当性に基づき修正することを一般的に許容する点で、不当である。

これらのうち、②の批判には、「相当性に基づく契約の一般的規制は存在しないという、契約法の中核的原理が侵害される」[71]という指摘からも明らかであるように、相当性に基づいて契約を改訂する権限を裁判官に付与する一般的な法理は存在しないという前提がある。このような前提は、二(二)で言及したように、リープレがドイツ民法典三四三条の例外的性格を強調する立場を採ることからも明らかである。ドイツ民法典三四三条は、裁判官による本質的に無条件の介入を認め、それゆえに、「違約罰債務者は、自身が過大であると解する全ての違約罰を非難することができる」という。[72]したがって、リープレによると、同条は、その例外的性格ゆえに、限定的に適用されなければならない。[73]

もっとも、同判決の意味における「相当性に基づく契約の一般的規制」の射程は、あらゆる契約に及ぶものではないと思われる。なぜならば、給付と反対給付の均衡や、給付に伴う債務者の過大な負担は、金銭を内容とする違約罰

においては、問題にならないからである。違約罰において問題となる「均衡」は、契約違反行為とその制裁の均衡であり、上記の規制の射程も、そのような均衡に関連する範囲に限定されるのではないか。

さらに、注意を要するのは、以上のようなリープレの前提は、必ずしも判例および学説において共有されていないのではないか、ということである。[74]

例えば、違約罰の過大性のみを理由としたドイツ民法典二四二条に基づく軽減に批判的なカサピスも、ドイツ民法典三四三条の例外性を否定する立場を反映して、リープレとは異なる理由づけを行っている。カサピスは、ドイツ民法典三四三条を、侵害された契約自由の回復という観点から正当化し、同条は民法体系に適合的であると評価する。つまり、違約罰に限らず、一般論として、契約自由が典型的に侵害されている局面においては、裁判官の裁量に基づく契約の改訂が許容されるという前提を有しているのではないか。このことを反映して、カサピスは、商人である違約罰債務者が、あえて軽減の不可能な形式において違約罰を引き受けたことを指摘し、自らの形成した合意に対する責任を強調する。[75]

以上の点について、判例の前提にある考え方を確定することは、違約罰に関する判例の検討のみによっては不可能である。もっとも、リープレの批判にもかかわらず、上記の判決が妥当であるというためには、ドイツ商法典三四八条の正当性を消極的に評価して、同条を制限的に解釈するか、契約違反行為とその制裁との均衡を維持する一般法理を措定する必要があるように思われる。

(四) 小　括

商人間で合意された過大な違約罰に関するドイツの判例および学説は、次のように整理することができる。まず、普通取引約款中の違約罰条項について、商人という属性は、ドイツ民法典三〇九条六号の適用が排除されるという点

で、考慮される。もっとも、商人もまた、一般的な内容規制（ドイツ民法典三〇七条一項）による保護を要すると解されている。次に、個別に交渉された違約罰の合意であっても、良俗に反するとして無効になる可能性がある。しかし、違約罰の過大性のみによって良俗違反を基礎づける可能性について、争いがある。最後に、有効な合意に基づく違約罰請求権の行使であっても、信義則に反する可能性がある。もっとも、違約罰の過大性を理由に軽減を行うことは、ドイツ商法典三四八条と矛盾するおそれがあり、それを避けるためには、契約違反行為とその制裁の均衡を維持する一般法理を措定する必要があるのではないか、という示唆を得た。

五　実損害額と予定額の不均衡に対する法的評価

以下では、将来の債務不履行の発生ならびにそれによる損害の発生および額について判断する当事者の能力という観点から、これを典型的に否定すべき場合（「当事者の合理的な判断能力を典型的に否定する場合」とする）と、肯定すべき場合（「当事者の合理的な判断能力を典型的に肯定する場合」とする）に分けて、損害賠償額の予定における実損害額と予定額の不均衡に対する法的評価の在り方について分析する。

㈠　当事者の合理的な判断能力を典型的に否定する場合

1　消費者契約または約款における損害賠償額の予定条項

ドイツ商法において、個別に交渉された違約罰の合意と、普通取引約款における違約罰条項は、異なる規律に服していた。ドイツの判例および学説は、ドイツ商法典三四八条が個別に交渉された合意を前提にしていることを認めている。

日本において、損害賠償額の予定に関する合意に紛争回避機能を認める際には、将来の不確実なリスクについて判断することができる当事者を想定するのが首尾一貫する。しかし、そのような想定は、消費者には妥当しないのではないか。また、約款使用者の相手方についても、将来の不確実なリスクに関する自らの判断を損害賠償額の予定条項の内容に反映させることが困難であるということができる。以上の見解は、消費者契約法や約款法において、損害賠償額の予定に関する合意について、実損害額と予定額の不均衡を基準に内容規制を行うことを正当化するとともに、その解釈論に影響を及ぼす余地がある。

例えば、解除に伴う損害賠償額を予定する条項の付された消費者契約について、同種の消費者契約の解除に伴い生じる平均的な損害が、当該事案において生じなかった場合に、消費者は、実損害が生じなかったことを理由に、予定賠償額の支払を拒むことができるか。消費者契約において、損害賠償額の予定に関する合意に紛争回避機能を認めることの正当性が典型的に否定される場合には、消費者が実損害額を立証して予定賠償額の支払を拒むことは、合意の解釈として認められるべきである。このような理解の下で、消費者契約法九条一号は、実損害額を立証することができない場合であっても、平均的損害を立証することで、合意の効力を一部否定することができるという意味で、消費者側の損害額の立証負担を緩和する規定として位置づけられる。[76] このような解釈によると、上記の事例において、消費者は、予定賠償額の支払を拒むことができると解するべきである。

2　特別法の適用がない損害賠償額の予定に関する合意

前述の二㈠において、ドイツ民法典三四三条がどのように正当化されるかという点に関する学説に言及した。学説において、個別に交渉された違約罰の合意であっても、典型的な違約罰債務者の意思決定は、不完全であると想定されていた。

このような想定が、日本において損害賠償額の予定について合意する当事者にも妥当するならば、消費者契約や約款という限定がなくとも、客観的な不均衡のみを理由とした内容規制を正当化する余地がある。ここで、ドイツ商法典三四八条における商人に対する評価と、現行民法四二〇条一項後段における当事者に対する評価の類似性が問題になる。しかし、ドイツ商法典三四八条によりドイツ民法典三四三条の適用を排除する際の立法者の価値判断と、現行民法四二〇条一項後段で「裁判所は、その額を増減することができない」と定める際の立法者の価値判断を同一視することはできないのではないか。そもそも、商法と民法という差異を無視できない。さらに、商人間での違約罰の合意について、不相当な高さを理由とした軽減の可能性を否定する際に、カサピスは、裁判官の裁量に基づく規制を可能とする合意の形式の存在を根拠にしていた。そのような裁判官の権限は、ドイツ民法典三四三条ならびに三一五条および三一九条において、明確に定められている。日本においては、そのような前提が欠けている。損害賠償額の予定について合意する契約当事者の目的は、損害算定規範を排除することではあっても、明確に定められた債務者保護規定の適用を排除することではない。したがって、損害賠償額の予定について合意する当事者に問うことができる自己責任の程度は、ドイツにおいて違約罰について合意する商人よりも低いといえる。以上によると、損害賠償額の予定について合意する当事者の下で典型的に生じる意思決定の不完全さおよびそれに伴う契約メカニズムの阻害を想定して、実損害額と予定額の不均衡のみを基準に契約内容の適正化を行う可能性も、考慮に値する。

しかし、現行民法四二〇条一項後段は、損害賠償額の予定について合意する当事者の合理的な判断能力が典型的に否定されることを前提に、それにもかかわらず、契約の拘束力や損害賠償額の予定制度の実益を維持すべきであるとして、金額の不当性のみを理由に合意の効力を否定することができないことを明らかにするものであるという解釈も可能である。このような解釈によれば、契約メカニズムの阻害が典型的に生じるとの想定に基づいて、実損害額と予定額の不均衡のみを基準に契約内容の適正化を行うことは、同項後段の趣旨に馴染まない。

以上のような対立を踏まると、契約メカニズムの阻害が典型的に生じることを、合意の効力ではなく、解釈の次元で考慮する可能性を検討することが有用ではないか。その方法として、予定額を定めるだけでは、損害額に関する紛争を排除するか否かについて不明確であると解して、この点について解釈によって確定できない場合には、損害額に関する紛争を排除しないものと推定する方法[77]が考えられる。そのうえで、あえて原則的な形態から逸脱して紛争回避機能を伴う合意を形成した場合に、契約内容の適正化の問題が生じないと解することは、合意の紛争回避機能を損なわないという意義を有する。このような場合に、合意の効力を否定し、または、合意内容を修正する可能性については、(二)で検討する。

(二) 当事者の合理的な判断能力を典型的に肯定する場合

1 契約締結時における具体的な当事者の合理的な判断能力を否定するとき

ドイツ商法典三四八条の背景には、典型的な商人が契約を締結する際に違約罰の額について判断することができ、自らの判断に責任を負わなければならないという評価が存在する。しかし、違約罰に関する合意がドイツ民法典一三八条一項に基づき良俗に反する場合には、このような評価の前提を欠くといえる。ただし、違約罰の過大性のみによって良俗違反を基礎づけることの可否については、争いがあった。

このように、当事者の合理的な判断能力を典型的に肯定する場合であっても、具体的な事案においてこのような評価の貫徹を否定すべき事情があるときは、法律行為法の一般規定により、合意の効力が否定される可能性がある。日本において、損害賠償額の予定に関する合意について、この問題は、暴利行為の問題として処理されるのが通常である。もっとも、実損害額と予定額の不均衡のみを基準として合意の効力を否定するという点で、従来の暴利行為論と

は異なる判断方法が採られてきた。

商法上の違約罰に関するドイツの議論状況と、損害賠償額の予定に関する日本の有力説との間には、以下のような差異が存在する。すなわち、軽減、一部無効または全部無効について判断する際に、前者は「契約違反行為と違約罰の不均衡」を基準にするのに対して、後者は、「実損害額と予定額の不均衡」を基準にする。「実損害額」をどのように解釈すべきかについては、必ずしも明らかではない。しかし、これを損害賠償法により算定される損害額と解するならば、問題になっているのは、法律上算定されるべき損害額と予定額の乖離である。

このような特徴に鑑みると、過大な賠償額を予定する合意の内容規制を分析する上で重要になるのは、任意法規、特に損害賠償法における損害算定規範からの著しい逸脱を、特別法における不当条項規制ではなく、民法九〇条に基づく有効性の判断の際にどのように評価すべきかを明らかにすることである。[78] ドイツにおける見解の対立に対応して、一方で、①損害算定規範からの著しい逸脱が公序良俗違反を裏付けるという解釈が考えられる。他方で、②損害算定規範からの逸脱に加えて、主観的要素をも考慮する必要があるという解釈が考えられる。もっとも、この場合にも、損害算定規範からの著しい逸脱を理由に、主観的要件の充足を推定する余地がある。②の解釈は、主観的要件の充足を推定するにせよ、これを覆すことも可能であるという点で、有力説の修正を伴う。[79]

さらに、いずれの解釈を採るにせよ、具体的な事案における当事者の決定の合理性を否定する以上、合理的な範囲で効果を維持するのではなく、全部無効とすることが首尾一貫する。したがって、以上のような理論構成は、合意を全部無効とした上で、任意法規により補充するという処理[80]に親和的である。

2　契約締結時における具体的な当事者の合理的な判断能力を肯定するとき

契約締結時における具体的な当事者の合理的な判断能力を否定することなく、契約締結後の事情を顧慮して、損害

賠償額の予定に関する合意を修正することはできるか。[81] この場合には、損害額を確定するという当事者の決定を尊重し、合意に紛争回避機能を認めることが出発点となる。それでもなお、契約締結後の事情に鑑みて、予定額における損害賠償請求が信義則に反すると評価する余地がある。一般的には、この問題を事情変更の原則の下で検討することも考えられる。もっとも、ドイツの判例においては、商人間で合意された違約罰について、事情の変動ではなく、契約違反行為の重大性を考慮することで、信義誠実の原則に基づく軽減が行われた。判例に対する批判的見解をも踏まえると、契約違反行為とその制裁の均衡を維持する一般法理を措定する可能性を看取することができる。

ドイツ法の検討から想起されるのは、日本においても、同様の一般法理を措定することで、実損害額と予定額の不均衡のみを要件とする規制を正当化することである。このように考える場合の「実損害額」は、法律上算定されるべき損害額ではなく、契約違反行為の重大性を評価するための、契約締結後に生じた事情としての損害額ということになるだろう。注意を要するのは、以下の二点である。

第一に、ドイツの有力説によると、契約締結後の事情を顧慮する違約罰の規制は、内容規制ではなく権利行使規制の性格を有する。日本において、内容規制と権利行使規制の峻別は、必ずしも自明ではない。このような峻別の当否を明らかにするためには、損害賠償額の予定に限らない一般的な検討を要する。

第二に、ドイツの違約罰は、法律により損害の最低額とみなされるに過ぎず、損害賠償から概念的に切り離されている。これに対して、日本の損害賠償額の予定は、損害賠償の金額を定めるものと理解される。損害の塡補が損害賠償法の主たる目的であると解するならば、損害賠償額の予定に関する合意の修正を認める場合であっても、ドイツにおける違約罰の軽減とは異なり、契約締結後の事情として債務者による不履行の態様を顧慮することはできないと考えられる。[82] したがって、内容規制または事情変更の原則をはじめとする一般法理から独立した形で、予定賠償額の請求が信義則に反する場合の規律を検討する意義は、相対的に少ないとも考えられる。しかし、そもそも、契約当事者

は、損害賠償額の予定を合意することで、いかなる意味において損害賠償法の規律に変更を加えることができるのか。例えば、合意を通じて、損害賠償の目的を損害の塡補から債務不履行の抑止に変更することができる、と考える余地もある。そのような当事者の決定の有効性を認める場合に、このことは、予定額が著しく過大であるというための金額に影響を与えるのみならず、債務者がいかなる態様で不履行に至ったかという点を考慮することをも要請する可能性がある。以上の問題を検討するにあたっては、類似の合意類型、特に違約金との関係を整序し、当該合意が損害賠償額の予定に関するものであると性質決定するための基準を明らかにする必要がある。

六　残された課題

本稿は、将来における債務不履行ならびに損害の発生および額に関する契約当事者の判断能力をどのように想定するかに応じて、実損害額と予定額の不均衡に対する法的な評価の在り方が変化する可能性を示した。もっとも、このような整理を行う前提には、契約の拘束力の根拠を個人の自律的決定に求めるという契約観が存在する。特に、「不均衡」の法的評価という文脈では、上記の契約観を否定する場合に、莫大損害の制度を導入する可能性がある。[83] 契約の拘束力および莫大損害について論じることは、ドイツの違約罰法のみを検討の素材とする本稿にとって不可能である。もっとも、損害賠償額の予定という文脈において、問題は、莫大損害の制度を受け入れるかどうかに留まらないことを指摘したい。莫大損害および暴利行為に関する近時の研究は、利息の問題と給付の均衡の問題とが全く別の領域に属する可能性を示す。[84] 損害賠償額の予定に関する合意についても、給付と反対給付の均衡が問題にならない可能性を考慮に入れる必要がある。

二〇一七年改正により、現行民法四二〇条一項の「裁判所は、その額を増減することができない」という文言が削

除された。改正民法において、損害賠償額の予定に関する合意の性質をどのように考えるべきか、紛争回避機能を認める性質論は維持されるのかという問題は、本稿における検討の前提に位置づけられる。

（1）大判昭和一九年三月一四日民集二三巻一四七頁。

（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巻（一九八五年）二号二四九頁、五号八三三頁、七号一二二五頁、一〇号一七八一頁、一〇三巻（一九八六年）六号九九七頁。

（3）能見・前掲注（2）一〇三巻六号一一〇六～一一〇八頁。

（4）暴利行為について、特に給付と反対給付の不均衡を念頭に置いて、ドイツ法を参考に主観的要件の要否について検討するのは、堀川信一「暴利行為論における利得者側の主観的要件について」大東法学二〇巻一号（二〇〇九年）三〇七頁。

（5）大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、一九九五年）三六五・三六六頁（初出一九八七年）。

（6）我妻栄『新訂 債権総論』（岩波書店、一九六四年）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、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、二〇一七年）五四〇頁等参照。

（7）山本豊「契約の内容規制」山本敬三ほか編『債権法改正の課題と方向――民法一〇〇周年を契機として〔別冊ＮＢＬ五一号〕』（商事法務研究会、一九九八年）六八頁注（24）。

（8）山本豊・前掲注（7）七二頁、七九頁・八〇頁。

（9）二㈠で概観するように、違約罰の合意に関する一般論として、ドイツの学説は、契約メカニズムによる正当性担保が十分に機能しないことを指摘する。

（10）詳細は、河野航平「損害賠償額の予定に関する合意の効果論」法学政治学論究一一九号（二〇一八年）五四三～五四六頁。また、違約罰とは異なる「予定された包括的損害賠償」について、五四六～五五三頁。もっとも、包括的損害賠償については、ドイツ商法典に規定がないため、検討の対象外とする。

（11）同条は、「債務者は、取引慣行を顧慮して信義及び誠実が要請するところに従って給付を行う義務を負う」と定める。

（12）沿革については、能見・前掲注（2）一〇三巻六号一〇一八～一〇三八頁。

（13）Soergel/Walter F. *Lindacher*, BGB, 13. Aufl., 2010, §343, Rn. 1. やはり、Staudinger/Volker *Rieble*, BGB, 2015, Vorbem. §§

339ff., Rn. 90; MüKoBGB/ Peter *Gottwald*, 8. Aufl., 2019, §343, Rn. 1も同旨。

（14）Eduard *Bötticher*, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, ZfA 1970, S. 3; Staudinger/*Rieble*, §343, Rn. 4.

（15）例えば、債務者の帰責性の程度が顧慮される点が特徴的である。ドイツ民法典三四三条に基づいて顧慮される事情については、Joachim *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 757f.; Erman/Stefan *Schaub*, BGB, 15. Aufl., 2017, §343, Rn. 3; Palandt/Christian *Grüneberg*, BGB, 77. Aufl., 2018, §343, Rn. 6。

（16）Soergel/*Lindacher*, §343, Rn. 5.

（17）Christos *Chasapis*, Die Herabsetzung der unverhältnismäßig hohen Vertrags-strafe, 2014, S. 111–113, 479–481.

（18）Staudinger/*Rieble*, §343, Rn. 14.

（19）Werner *Schubert*/Burkhard *Schmiedel*/Christoph *Krampe*, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II, 1987, S. 1112.

（20）プロイセン一般ラント法における違約罰の規律については、既に能見・前掲注（2）一〇三巻六号九九九～一〇〇五頁が詳細に分析している。

（21）Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten: Nebst Motiven, Zweiter Theil: Motive, S. 107.

（22）Wener *Schubert*, Protokolle der Commission zur Berathung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetz-Buches, 1984, S. 1310f.

（23）一項について、他に議論されたのは、暴利法の潜脱が許されないことについて明文の規定を置くべきかである。これについて特段の定めは置かれなかった。

（24）*Schubert*/*Schmiedel*/*Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 180.

（25）同条は、一項で、「善良な風俗に反する法律行為は、無効とする」と定め、二項で、「特に、相手方の強制された状態、経験不足、判断能力の欠如又は著しい意志の弱さを利用し、給付に対して著しく不均衡な財産上の利益を自己又は第三者のために約束させ又は譲渡させる法律行為は、無効とする」と定める。

（26）*Schubert*/*Schmiedel*/*Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 458.

（27）*Schubert*/*Schmiedel*/*Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 806.

（28）*Schubert*/*Schmiedel*/*Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 922.

（29）*Schubert*/*Schmiedel*/*Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 1112.

（30）これらの規定のうち、草案三四〇条は、保証が保証人にとって商行為である場合に、保証人は先訴の抗弁を有しないことを規定するドイツ商法典三四九条として、草案三四一条は、保証等について民法上の要式に関する規定の適用がないことを規定するドイツ商法典三五〇条として、それぞれ定められるに至った。

（31）*Schubert/Schmiedel/Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 1343.

（32）*Schubert/Schmiedel/Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 1345.

（33）*Schubert/Schmiedel/Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 1343f.

（34）*Schubert/Schmiedel/Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 1345f.

（35）*Schubert/Schmiedel/Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 1344.

（36）*Schubert/Schmiedel/Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 1366f.

（37）*Schubert/Schmiedel/Krampe*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 1367f.

（38）Carl *Hahn*/Benno *Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd.6, HGB, 1983, S. 754.

（39）*Hahn/Mugdan*, a. a. O.（Fn. 38）, S. 739–742.

（40）契約締結時に想定されていた損害が偶然生じなかった事例について、*Hahn/ Mugdan*, a. a. O.（Fn. 38）, S. 750f 参照。ただし、発言者は、「例外は規則を証明する（exeptio confirmat regulam）」として、草案三三九条の維持を支持する。

（41）Staub/Ingo *Koller*, HGB, 4. Aufl., 2001, §348, Rn. 1; EBJS/Detlev *Joost*, HGB, Bd. 2, 3. Aufl., 2015, §348, Rn. 1; MüKoHGB/Karsten *Schmidt*, 4. Aufl., 2018, §348, Rn. 2; Oetker/Rüdiger *Pamp*, HGB, 6. Aufl., 2019, §348, Rn. 1.

（42）*Chasapis*, a. a. O.（Fn. 17）, S. 198.

（43）同項第一文は、「約款中の条項は、当該条項が信義誠実の要請に反して約款使用者の契約相手方を不相当に不利益に取り扱うときは、無効とする。」と定める。

（44）BGH 18. 11. 1982, BGHZ85, 305.

（45）BGH 12. 01. 1994, BGHZ124, 351.

（46）BGH 07. 05. 1997, NJW 1997, 3233. もっとも、この判決は、「違約罰の高さが、契約違反の程度には結びついておらず、契約に違反する状況が継続する期間によって高まり、期間や金額に関する限界が予定されていないこと」をも顧慮した上で、「絶え間なく増大する違約罰が、違約罰債務者の有する請求権を費消し、違約罰債権者の想定される損害との不均衡に陥り、

また、違約罰債権者に、実質的な利益状況に見合わない財源を与える危険」が、約款使用者の相手方を不相当に不利に取り扱うことを示す。金額の高さだけを顧慮する判決とはいえない。

(47) BGH 13. 11. 2013 NJW 2014, 2180.

(48) Staudinger/Dagmer *Coester-Waltjen*, §309 Nr. 6, Rn. 28; MüKoBGB/ Wolfgang *Wurmnest*, §309 Nr. 6. Rn. 20; Ulmer/Brandner/Hensen/Andreas *Fuchs*, AGB-Recht, 12. Aufl., 2016, §309 BGB, Rn. 36; Erman/Stefanie *Roloff*, §309, Rn. 59. 商法学説上は、「極端な不均衡」であることを要するという見解もある。EBJS/*Joost*, §348, Rn. 28; Oetker/*Pamp*, §348, Rn. 16 参照。

(49) BGH 30. 3. 1977, WM 1977, 641.

(50) Palandt/*Grüneberg*, §339, Rn. 12; Erman/*Schaub*, §343, Rn. 1; MüKoBGB/ *Gottwald*, §343, Rn. 8; Staub/*Koller*, §348, Rn. 12; Schlegelberger/Wolfgang *Hefermehl*, HGB, 5. Aufl, 1976, §348, Rn. 31.

(51) MüKoBGB/*Gottwald*, §343, Rn. 8.

(52) Helmut *Köhler*, Vereinbarung und Verwirkung der Vertragsstrafe, in: FS Gernhuber, 1993, S. 211.

(53) *Köhler*, a. a. O.（Fn. 52）, S. 211f.

(54) *Chasapis*, a. a. O.（Fn. 17）, S. 407.

(55) Claus-Wilhelm *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, S. 368.

(56) 既に、堀川・前掲注（4）三一三頁～三二二頁において詳細に分析されている。

(57) *Gernhuber*, a. a. O.（Fn. 15）, S. 764f.; Staudinger/*Rieble*, §339, Rn. 77; Soergel/*Lindacher*, §343, Rn. 5; EBJS/*Joost*, §348, Rn. 5; Oetker/*Pamp*, §348, Rn. 14.

(58) *Gernhuber*, a. a. O.（Fn. 15）, S. 764f; Staudinger/*Rieble*, §339, Rn. 76.

(59) Staudinger/*Rieble*, §339, Rn. 76; EBJS/*Joost*, §348, Rn. 5.

(60) Staudinger/*Rieble*, §339, Rn. 76. これに対して、*Gernhuber*, a. a. O.（Fn. 15）, S. 765 は、債権者の履行確保の利益のみを基準として挙げる。

(61) 否定例として、OLG Düsseldorf 2. 8. 2007, BeckRS 2007, 19468、肯定例として、OLG Hamm 5. 7. 1994, BauR 1995, 548 参照。

(62) BGH 17. 07. 2008, NJW 2009, 1882.

(63) Karsten *Schmidt*, JuS 2009, 1149.

(64) MüKoHGB/K. *Schmidt*, §348, Rn. 14; Oetker/*Pamp*, Rn. 15; Köhler/ Bornkamm/Feddersen/Joachim *Bornkamm*, UWG, 37. Aufl., 2019, §12, Rn. 1.214; jurisPK-UWG/Gangolf *Hess*, 4. Aufl., 2016, Rn. 84; Staudinger/Dirk *Olzen*/Dirk *Looschelders*, §242, Rn. 668; Erman/*Schaub*, §343, Rn. 8.

(65) *Gernhuber*, a. a. O. (Fn. 15), S. 774 Fn. 6; *Köhler*, a. a. O. (Fn. 52) S. 223; Staub/ *Koller*, §348, Rn. 14.

(66) Staudinger/*Rieble*, §343, Rn. 177-191 および Volker *Rieble*, „Kinder-wärmekissen" und Vertragsstrafendogmatik, GRUR 2009, 824 参照。Soergel/ *Lindacher*, §343, Rn. 27 および Walter F. *Lindacher*, JR 2009, 337 も、ドイツ民法典二四二条による軽減を批判する。リープレおよびリンダッハーは、当該事案の違約罰に関する合意がドイツ民法典一三八条一項に基づき全部無効となる可能性を指摘しており、全額での請求を認めるという結論を支持するわけではない。

(67) *Rieble*, a. a. O. (Fn. 66), S. 825f.; Staudinger/*Rieble*, §343, Rn. 183, Rn. 185.

(68) *Chasapis*, a. a. O. (Fn. 17), S. 429.

(69) *Chasapis*, a. a. O. (Fn. 17), S. 429 参照。*Rieble*, a. a. O. (Fn. 66), S. 827 も同旨。

(70) *Chasapis*, a. a. O. (Fn. 17), S. 430f. 参照。また、Staudinger/*Rieble*, §343, Rn. 187 も同様のことを指摘する。以上の見解は、違約罰の過大性以外の要素を顧慮して、ドイツ民法典二四二条に基づく軽減を行う可能性を排除しない。

(71) *Rieble*, a. a. O. (Fn. 66), S. 828.

(72) Staudinger/*Rieble*, §343, Rn. 14.

(73) Staudinger/*Rieble*, §343, Rn. 17.

(74) ただし、契約自由の帰結を裁判所が一般的に規制することは、契約自由の保障と相容れないとする見解が有力である。Claus-Wilhelm *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: FS Lerche, 1993, S. 886-887 参照。

(75) 他にも、リープレと異なる前提に立つものとして、契約法の一般原則として比例原則を措定し、ドイツ民法典三四三条をその特別規定と解する見解がある。Michael *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010、違約罰法については S. 147-154 参照。シュテュルナーの見解は、既に山田孝紀「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠」

法と政治六七巻四号（二〇一七年）一二九頁により詳細に分析されている。ただし、シュテュルナーは、上記の判決を簡潔に引用するのみであり（S. 151 Fn. 323）、詳細な検討を行っていない。

(76) 山本敬三『契約法の現代化Ⅰ』（商事法務、二〇一六年）一九八頁（初出二〇〇〇年）は、「消費者側が、事業者に生じた実損害の額を証明することができる場合にまで、それを上回る賠償を事業者に認める必要は、本来ないはずである」とする。このような理解を前提に、「平均的な損害」を抽象的損害計算と解する場合に、その抽象的損害計算が具体的損害計算を排除しない抽象的・典型的損害計算を意味するときは、本文中に示したような解釈に至る。抽象的損害計算の分類について、河野・前掲注（10）五三九～五四二頁。

(77) 河野・前掲注（10）、特に五五六・五五七頁参照。なお、ドイツにおいても、ドイツ民法典三四三条の適用に先行する問題として、合意が包括的損害賠償と違約罰のいずれについて定めるものかという性質決定の問題が生じる。まさに、この問題は、合意に損害額を実体法上確定する効果を認めるかという点にかかわる。以上について、河野・前掲注（10）五五四・五五五頁参照。

(78) 山本豊・前掲注（7）八二頁は、不当条項規制の文脈で、「合理的な内容と異なる契約条項を一律に不合理と推定すべきか」について、「一定の任意規定からの乖離を問題にするのなら、その『一定の限度を超えた乖離』や『一定の任意規定』を判別する基準こそが、条項の不当性判断にとって決定的である」とする。

(79) 主観的要件の充足の推定を覆す事情としては、例えば、予定賠償額の決定に債務者が関与したことを裏付ける事実や、高額な損害賠償額の予定を合意することによる履行の確保が対価をはじめとする契約条件に反映されているという事情等が考えられる。内容規制における価格と合意に対する評価の関係について、丸山絵美子『中途解除と契約の内容規制』（有斐閣、二〇一五年）三八三頁（初出二〇一三年）。なお、以上の事実を認定することによって、合意が、損害賠償額の予定から区別される「違約金」（民法四二〇条三項）について定めるものであると解釈することも考えられる。内容規制の次元で、違約金が損害賠償額の予定と同様の規律に服するかという点について、未だ十分な議論がなされていないように思われる。消費者契約法において、損害賠償額の予定と「違約罰」を異なる規律の下に置く可能性を示唆するのは、丸山・前掲三六二頁（初出二〇〇九年）。

(80) 潮見・前掲注（6）五四四頁。

(81) 能見・前掲注（2）一〇三巻六号一一〇七・一一〇八頁は、客観的な要素のみを問題にする損害賠償額の予定に関する合

意の一部無効について、「実損害との均衡を回復するもの」と位置づけ、判断基準時を「債務不履行時ないし裁判時」とする。たしかに、民法九〇条の適用として構成する以上、形式的には法律行為の有効性に関する議論である。しかし、実質的には、有効に成立した契約を事後的に改訂することを肯定する見解とみるべきではないか。

(82) 北川善太郎「損害賠償論の史的変遷」法学論叢七三巻四号（一九六三年）三七頁、五二頁、樫見由美子「ドイツにおける損害概念の歴史的展開」金沢法学三八巻一＝二号（一九九六年）二一九・二二〇頁、二三四頁、二三八頁。沿革的検討を通じて損害塡補論の自明性を疑うのは、北居功「モムゼン『利益論』の意義」竹下賢＝宇佐美誠編『法思想史の新たな水脈』（昭和堂、二〇一三年）一〇三頁。

(83) 筏津安恕『失われた契約理論』（昭和堂、一九九八年）三七～四七頁。

(84) 出雲孝「消費貸借に『給付の均衡』法理を適用することの可否」大学院研究年報（中央大学）三九号（二〇一〇年）五一頁。

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
主要著作　「損害賠償額の予定に関する合意の効果論」『法学政治学論究』第一一九号（二〇一八年）