

Title	損害賠償額の予定の位置づけとその類型化： オーストリア法における違約罰の検討を通じて
Sub Title	Die Einordnung und Typisierung der Schadenspauschalierung : eine Überlegung über die Konventionalstrafe im österreichischen Recht
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	2021
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.130, (2021. 9) ,p.1- 35
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20210915-0001

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.

損害賠償額の予定の位置づけとその類型化

——オーストリア法における違約罰の検討を通じて——

河 野 航 平

一 序 論

(一) 問題意識

(二) 方法および構成

二 オーストリアおよびドイツにおける損害賠償法の基本構造

三 オーストリア民法における違約罰概念とその軽減

(一) オーストリア一般民法典一三三六条の沿革

(二) 判例における違約罰概念およびその軽減

(三) 学説における違約罰概念およびその軽減

(四) 小 括

四 損害賠償と違約罰の関係

(一) ドイツ法

(二) オーストリア法

五 損害賠償額の予定に関する合意の類型化

(一) 考慮要素を拡大または変更する合意類型の必要性

(二) 考慮要素を拡大または変更する合意類型と損害賠償法の

関係

六 残された課題

一 序 論

(一) 問題意識

ドイツ民法は、債務不履行の際に債務者が支払うべき金額の合意について、違約罰と包括的損害賠償の対比による類型化を予定する⁽¹⁾。違約罰に関する合意は、損害賠償とは異なる責任を基礎づける。これに対して、包括的損害賠償に関する合意は、損害賠償責任の内容を定める。損害賠償請求において、違約罰は、ドイツ民法典三四〇条二項または三四一条二項に基づき、損害の最低限度額とみなされる。確かに、違約罰は、その限りで損害賠償との関連性を有する。もつとも、三四三条一項に基づく裁判官の裁量による違約罰の軽減において、損害額は、一つの考慮要素に過ぎず⁽²⁾、加害者の帰責性の程度といった義務違反の態様も考慮されることになる⁽³⁾。しかも、判例および多数説によると、決定的であるのは、実損害額ではなく、生じる可能性があった損害額である。以上に対して、包括的損害賠償については、普通取引約款に関する三〇九条五号⁽⁴⁾があるのみで、一般的な規律内容をめぐって見解が分かれている。一方で、包括的損害賠償に関する合意は実損害額の主張を排除しない、と解する見解がある⁽⁵⁾。他方で、これを排除する、と解する⁽⁶⁾とともに、過大な包括的損害賠償を定める合意については、三四三条一項を類推適用し、予期されるべき損害額を超える場合に合意の効力を一部否定する見解もある⁽⁸⁾。もつとも、後者の見解によっても、実損害額の主張を排除しない損害立証契約という合意類型が認められ、いずれに該当するか疑わしい場合には、合意は損害立証契約であると推定される。

以上のように、債務不履行の際に債務者が支払うべき金額の合意について、合意がない場合の損害賠償請求と同じ

基準に基づく責任内容を志向するものと、それとは異なる基準に基づく責任内容を志向するものを区別することが想定される。この区別によると、例えば、過大な賠償額を予定する合意の内容規制において、いかなる基準に基づき過大性を評価すべきかという問題について、合意類型に応じた解決をもたらす可能性がある。すなわち、損害賠償とは別に請求されるべき違約罰（民法四二〇条三項）⁹⁾を定めるものか否かという観点とは別に、過大性を評価する際に実損害額との比較のみで足りるか、それとも合意内容に応じて他の要素を考慮すべきか、という類型化を行うことができる。後者の類型においては、賠償の対象となる不利益の内容や賠償範囲を画定する基準等、合意によって責任内容確定プロセスのいかなる部分を変更するかが異なるため、事実ごとに、契約解釈を通じて、いかなる要素が考慮されるべきかを明らかにする必要がある。

しかし、ドイツ法におけるような類型化が、法体系の相違にもかかわらず妥当するかについては、十分に検討されていない。したがって、本稿は、類型化の可否を決定する視点を明らかにすることを目的とする。

(二) 方法および構成

以上の問題意識に基づいて、本稿は、オーストリア民法における違約罰と損害賠償の関係について、主に、裁判官の裁量に基づく違約罰の軽減という観点から検討する。後に検討するように、オーストリア民法における違約罰の規律の内容は、ドイツ法に類似している。それにもかかわらず、違約罰に関する合意は損害賠償の内容についての定めである、という基本的な理解が維持されている。判例および通説によると、違約罰から区別される、包括的損害賠償といった類型は、認められない。したがって、オーストリア法を分析することは、ドイツ法におけるような類型化の可否を検討する上で、有用であると考えられる。

前もって私見を提示すると、違約罰は、損害賠償法の基本構造に応じて位置づけが異なり、その位置づけによって

違約罰と損害賠償を区別する可能性が左右されると考える。このような仮説に基づき、以下では、まず、先行研究の成果を援用し、ドイツとオーストリアの損害賠償法の相違について概観する(二)。次に、違約罰について定めるオーストリア一般民法典一三三六条について、沿革、判例および学説を分析する(三)。その上で、ドイツとオーストリアにおける違約罰の解釈の相違について、損害賠償法の構造の比較に基づき説明することを試みる(四)。以上の検討を前提に、日本法における損害賠償額の予定に関する合意の類型化について検討を試みた上で(五)、今後の課題を示したい(六)。

なお、ドイツ法には、上記とは別に、商法上の違約罰と民法上の違約罰の区別も存在する⁽¹⁰⁾。すなわち、ドイツ商法典三四八条は、商人により引き受けら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する。オーストリア法は、一九三八年のオーストリア併合に伴い、三四八条も含めてドイツ商法典を継受したところ、二〇〇五年の商法改正法により、新たに企業法典が成立するに至った⁽¹¹⁾。その際、まさに、同条に相当する規律が削除された⁽¹²⁾。したがって、商人間で合意された違約罰を民法の規定に基づき裁判官が軽減することができるか、という点でも、ドイツ法とオーストリア法は異なる。このような相違をもたらす背景の検討については、他日を期することとしたい。

二 オーストリアおよびドイツにおける損害賠償法の基本構造

先行研究が明らかにするところによると、オーストリアとドイツの損害賠償法には、以下のような基本構造の相違があるといえることができる。

中世ローマ法学の下での損害賠償法の理解は、利益の分類によって特徴づけられる。主要な分類としては、積極損害(damnum emergens)と逸失利益(lucrum cessans)の区別、賠償されるべき利益に関する、事物の内に存する利益

(interesse circa rem) と事物の外に存する利益 (interesse extra rem) の区別、および利益の算定方法に関する、通常利益 (interesse commune) 、約定利益 (interesse conventum) と特別利益 (interesse singulare) の区別がある。⁽¹³⁾

一方で、オーストリアの損害賠償法は、中世ローマ法学における利益の細分化を受け継ぎ、現在に至っている。⁽¹⁴⁾ オーストリアの損害賠償法は、帰責性の程度に応じて賠償されるべき対象を区別するという構造を有している。オーストリア一般民法典一三二四条によると、故意または重大な過失によって損害が生じた場合に、被害者は、完全な満足 (volle Genugthung) を得ることができると、これには、逸失利益の賠償および非財産的な侵害の除去 (Tilgung) が含まれる (一三二三条第二文、一三三一条)。さらに、刑法上の違法行為に該当し、または凶利加害目的があるときは、愛着の利益の賠償も認められる (一三三一条)。以上の場合において、賠償額は、通説によると主観的・具体的に算定される。⁽¹⁵⁾ その他の場合には、以上の賠償は認められず、本来の損害填補 (eigentliche Schadenshaltung) に限定される (一三二三条第二文)。損害賠償額の算定は、通説によると、物が加害の時点において有する普通の価値に従って (nach dem gemeinen Werthe) 、客観的・抽象的に行われる (三〇五条、一三三二条)⁽¹⁶⁾。

他方で、ドイツの損害賠償法には、以上のような利益の細分化を意識的に排除した経緯がある。差額説の主たる提唱者とされるモムゼンは、『利益論』を通じて、差額説に基づく利益の統一的理解を提示した。すなわち、利益概念を「加害事件後における、ある者の現在の財産状態と、当該事件がなければ存在していたであろう、その者の財産との差額」と定義し (差額説)、利益の範囲をもっぱら因果関係のみに依存させることで (完全賠償原理)、「利益の細分化の終局的な滅亡」をもたらし、「制限のない利益の統一的概念が理論上確立された」⁽¹⁹⁾。このような理論を一貫させることの帰結として、責任内容を確定する際に、加害者の帰責性の程度や、予見可能性の有無といった事情が捨象される。⁽²⁰⁾ モムゼンの見解は、ヴィントシャイトにより継承され、利益と損害の統一的理解に至る。⁽²¹⁾ 差額説は、現在でも通説として反対説と対置される。⁽²²⁾ 完全賠償原理は、「今日に至るまで異議を唱えられることなく通用している」⁽²³⁾。

三 オーストリア民法における違約罰概念とその軽減

オーストリアにおける違約罰は、それが損害賠償請求権の内容を定めるものと解される点で、ドイツの違約罰とは異なる。もともと、裁判官が裁量に基づき違約罰を軽減する際に、多様な要素を考慮するという点で、ドイツとの類似性も存在する。以下では、オーストリア一般民法典一三三六条について、特に違約罰の軽減に注目して、沿革、判例および学説を分析する。

(一) オーストリア一般民法典一三三六条の沿革

オーストリア一般民法典は、一三三六条⁽²⁴⁾二項で、裁判官の裁量に基づく違約罰の軽減について定める。以下では、軽減に関する規律を中心に、同条の沿革を概観する。

1 マルティールニ草案および原草案

オーストリア一般民法典の成立過程は、テレジア法典、ホルテン草案、マルティールニ草案、ならびに原草案およびそれに基づく審議という四つの段階を経る。もともと、利息や損害賠償等に関する規定を置く、テレジア法典第三編⁽²⁶⁾第一章およびホルテン草案第三編⁽²⁷⁾第一章において、「違約罰」の語は見当たらない。違約罰に関する規定は、マルティールニ草案において初めて定められた。

マルティールニ草案は、第三編第四章二七条において、契約当事者が、「約束が全く履行されなかったか、履行が遅滞に陥った場合に、一定の罰を要求する特段の合意」をすることができる旨を定める。さらに、同二八条において、

「罰の額は、約束の不履行を理由とする場合には証明された利益の二倍を、支払の遅滞を理由とする場合には法律上の利息の上限を、それぞれ超えてはならない。利益が算定の対象ではない場合に、利益は、裁判官の裁量を通じて決定されねばならない。」と定める⁽²⁸⁾。同草案においては、プロイセン一般ラント法⁽²⁹⁾と同様に、損害の二倍の金額が違約罰額の上限として妥当していた。

原草案もまた、第三編第一四章四八八条および四八九条に、マルチーニ草案と同旨の規定を置く⁽³⁰⁾。修正は、形式的なものに止まる。

2 委員会における審議

原草案は、その後の審議において、一方で、「違約罰」という文言について、他方で、軽減の基準について、修正されるに至った。

(1) 用語法

原草案第三編に係る第一読会である一八〇六年六月九日の第一一〇回委員会において、副議長であるハーンにより、「罰とは、対等な当事者によってではなく、その概念に従って、常に裁判官によってのみ科されるもの」であるとして、「違約罰」との表現を避けるべきことが提唱された⁽³¹⁾。この主張において、代替案は示されていない。もともと、後の軽減に関する議論では、当事者の「補償、損害賠償について定める自由」との表現が用いられている⁽³²⁾。ツァイラーは、以上の提案に応じて、議事録の傍注において「補償されるべき不利益の代わりに一定の金額またはその他の額が支払われるべき旨の特段の合意」との表現を用いた⁽³³⁾。この用語法は、一八一一年成立当時のオーストリア一般民法典一三三六条に反映されている。

(2) 軽減の可否および基準

一八〇六年六月九日の第一一〇回委員会において、ハーンは、「当事者は、いかなる損害が将来その者に生じるかについて、最もよく評価し、見積もることができる」ことから、損害賠償について定める当事者の自由を確保すべきであるとして、⁽³⁴⁾ 違約罰額を制限する規定を置くことに反対した。この批判が多数の支持を得て、この規定は削除されるか、消費貸借契約についてのみ制限が維持されるべきであるとされた。ツァイラーは、議事録の傍注において、消費貸借の場合についてのみ制限を維持する旨の修正案に従っている。⁽³⁵⁾

ところが、民法典の再検討に係る一八〇九年二月二日の第一七二回委員会において、委員会の構成員であるブラートバーフェラは、「違約罰が合意された場合には、その額が軽減されるのか否か、明らかではない」として、「補償額は、債務者により過大であると立証された場合には、場合によっては鑑定人の審問に従って、軽減されうる」と規定することを提案した。⁽³⁶⁾ この提案がその他の構成員の賛同を得て、提案と同様の内容において、現在の「一三三六条二項に対応する、違約罰の軽減に関する規定が置かれることになった。もともと、上記の第一一〇回委員会における議論にもかかわらず、第一七二回委員会において、いかなる経緯で、どのような根拠に基づいて、違約罰の軽減に係る規定が提案され、賛同を得たのかについて、詳細を知ることができない。違約罰制度史に関するドイツの研究においても、「第一一〇回委員会」当時の多数派の圧力の下で実現に至った帰結が、大した説明もなく暗黙の裡に無視されたかのような印象をもたらす」と⁽³⁷⁾ されている。

3 一九一六年改正

以上の立法過程にもかかわらず、現行オーストリア一般民法典一三三六条の表題をみると、Bedingung des Vergütungsvertrages (Conventional-Strafe) とされ、また、同条第一項には「補償金額」という文言と「違約罰」とい

う文言が混在している。「補償契約」または「補償金額」と、「違約罰」という用語は、互換的に用いられている。このような用語法が通用するに至った経緯は、必ずしも明らかではない。もともと、一九一六年改正に係る審議において、特段の説明もなく、違約罰 (Konventionalstrafe) との文言が用いられていることを指摘することができる。

一九一六年改正においては、第一に、特段の合意がない限り、債務者が補償額の支払により履行から解放される権利を有しないこと（現行一三三六条一項第二文）の意義が再確認され、一項第二文として改めて規定された。第二に、履行期または履行地の不遵守についての違約罰は、履行とは別に請求可能であること（現行一三三六条一項第三文）が定められるに至った。一般に、一九一六年改正は、それを主導した法学者の学問的傾向から、ドイツ民法学の影響を受けたものであるとされる⁽³⁸⁾。議事速記録をみると、特に第二点に関しては、ドイツ民法典三四〇条および三四一条を参考にしたものであることが看取される⁽³⁹⁾。しかし、審議において、ドイツ法とオーストリア法の相違も指摘された。すなわち、ドイツにおいては、債権者に、債務不履行についての違約罰請求と履行請求との選択権が認められている（ドイツ民法典三四〇条一項）。このような規律は、オーストリア法に馴染まないという。オーストリアにおける違約罰は、「補償されるべき不利益」、つまり「不履行を理由にした損害賠償」の代わりに請求される。したがって、履行とは別に違約罰を請求することができない場合の、債権者の履行請求と損害賠償請求の選択権について、損害賠償法の一般規定とは別に、違約罰に関する規定を置く必要はないとされた⁽⁴⁰⁾。

以上によると、一九一六年改正の審議過程において、違約罰と損害賠償の関係という点で、オーストリアとドイツの違約罰概念の相違が確認されたといえる。

4 二〇〇五年改正

オーストリア一般民法典の違約罰法は、二〇〇五年の商法改正に伴う修正を経て、現在の規定に至る。同改正以前

は、違約罰の債権者は、特段の合意がない限り、違約罰の金額を超える損害の賠償を主張することができる旨の定めが置かれ、一項第一文から⁽⁴¹⁾「補償されるべき不利益に代えて」との文言が削除された。三項は、任意規定であり、⁽⁴²⁾超過損害の主張を認めない旨の特約も可能である。同項第二文によると、消費者契約において、事業者による超過損害の主張権限は、個別の交渉に基づき合意されなければならない。

この規定が置かれた経緯は、以下のとおりである。まず、前提として、一九三八年のドイツ商法典の継受に伴って、⁽⁴³⁾両国の民法典の相違を考慮して制定された商法第四施行規則 (4: Einführungsvorordnung zum Handelsgesetzbuch) 八条三項は、二号において、「違約罰の合意を通じて、その金額を超える損害を主張することは排除されない」と定める。改正に係る審議は、同号の規定を企業法典に引き継ぐべきか否かを争点にしている。商法改正法に付された注釈によると、これを否定し、民法上に任意規定として定めるべき理由は、以下の点に求められる。⁽⁴⁴⁾同号に関して、商人による非商人に対する超過損害の主張が認められるかをめぐって見解の対立があり、同号を企業法典に引き継ぐならば、この問題を解決する必要がある。これについて、民法における議論を援用し、合意の解釈が決定的であると解する見解が有力に主張されている。そうすると、超過損害に関する規律に「いかなる特殊商法的な目的も存在しない」。さらに、同号は、ドイツ民法典三四〇条二項第二文という、民法上の法規範をその起源としている。したがって、「実質に適うのは、違約罰を超える損害の賠償を、一般的な任意の解釈準則としてオーストリア一般民法典一三三六条に取り入れることである」。一方で、違約罰債権者は、実損害額を主張することで同条二項による裁判官の裁量に基づく軽減を求めることができる。他方で、上記の規定を新設することで、特約がない限り、違約罰債権者は、違約罰額を超える損害の賠償を求めることができる。確かに、後者は、裁判官の裁量に基づく増額ではない点で、違約罰の軽減とは異なる根拠に基づく主張である。もっとも、「合意された違約罰との関係における実際の損害額の考慮が、双

方向で可能となる」。

以上によると、オーストリア一般民法典一三三六条三項の新設は、商法第四施行規則八条三項の適用範囲をめぐる議論の成果であり、同項二号における規律が商法に特有であるかという問題意識に基づくものであって、損害賠償との関係における違約罰の性質理解を直接の根拠とするものではない。もともと、本稿の関心から注目には値するのは、補足的に、実損害額を増減額の双方向において考慮する可能性もまた、根拠として援用されていることである。ドイツにおいて、超過損害の主張を認めるドイツ民法典三四〇条二項第二文の趣旨は、違約罰と損害賠償のいずれか一方を選択した場合に他方を請求できないという不利益から債権者を解放する点にある。⁽⁴⁴⁾一九一六年改正の際の議論を踏まえると、このような趣旨は、オーストリア法には妥当しない。さらに、冒頭で述べたように、判例および多数説によると、ドイツ民法典三四三条に基づく軽減において、損害額は一つの考慮要素に過ぎず、さらに、実損害額ではなく、生じる可能性があった損害が決定的である。

以上によると、オーストリア一般民法典一三三六条二項および三項は、それぞれドイツ民法典三四三条および三四〇条に類似するところ、両規定により実損害額を増減額の双方向で考慮することができるという理解は、オーストリア法に特有の解釈であるということが出来る。そして、ドイツ法との相違をもたらす背景には、違約罰と損害賠償を区別しない基本的理解が垣間見える。

(二) 判例における違約罰概念およびその軽減

1 違約罰Ⅱ損害賠償という基本的理解

立法および改正の過程で見出される、違約罰に関する合意は損害賠償についての定めであるという基本的理解は、判例においても、少なくとも文言上は維持されている。すなわち、「違約罰は、不履行または不適合履行を理由とす

る損害賠償に代わる、包括的に予定された損害賠償である」との命題は、繰り返し判示されている。⁽⁴⁶⁾ オーストリア一般民法典一三三六条二項による裁判官の裁量に基づく違約罰の軽減に目を向けると、「生じた損害が補償金額より著しくわずかである」ことを基準にする判例⁽⁴⁶⁾や、少なくとも「実損害額は主要な軽減の基準である」とする判例⁽⁴⁷⁾がある。さらに、実損害額は、違約罰額の下限として扱われる。⁽⁴⁸⁾

2 実損害額と妥当な違約罰額の乖離

もつとも、損害賠償法に従って算定されるべき損害賠償額とは異なる金額の違約罰の請求を認めるかのような判例の動向を看取することができる。

(1) 効力発生要件

前提として、「違約罰の支払は、損害の発生および立証に依存しない」と解されている。⁽⁴⁹⁾ 違約罰を請求する上で、損害の発生が要件とはされていない。違約罰の軽減において損害が生じていないことが考慮されるに過ぎない。

(2) 厳密な算定の要否

「事前におおよそ予見されうる損害の包括的予定としての違約罰の性格」を根拠として、違約罰の軽減の際には、「いかなる量定可能な不利益が債権者に実際に生じたのかについて、細部まで確定される必要はない」とする判例⁽⁵⁰⁾がある。実損害額以外の要素を考慮要素として挙げる判決ではないものの、実損害額と違約罰額の乖離を一定程度許容する意義を認めることができる。

(3) 事前に予見される損害

まず、「違約罰は、事前に予見される損害を超えるほど、より一層、契約上の義務の補強に資する」ことは、一般論として、数多くの判決で示されている。⁽⁵¹⁾ 損害賠償についての定めと解されているにもかかわらず、予見される損害

額を超える額の違約罰を合意することで以上の目的を追求することが認められている。

軽減の際の考慮要素についても、契約締結時に予見される債権者の利益を補償するという観点から、実損害額を超える違約罰の請求を正当化する判例がある。

例えば、雇用契約終了後の競業禁止義務違反についての違約罰が問題となった事案において、オーストリア最高裁判所は、違約罰が損害を超過する余地を認め、「このような——損害を超える——金額は、機能的に、事前の観点に基づく債権者利益 (ex-ante-Gläubigerinteresse) を補償する使命を有する」と判示する⁽⁵²⁾。もっとも、以上の判示は、損害が立証されなかった場合において、違約罰をゼロまで軽減する必要がないことを明らかにするための判示であり、「事前の観点に基づく債権者利益」の具体的内容を明らかにすることはできない。

また、土地および建物の共有持分の売買契約において、買主が、所定の期間（二か月）または期日（一九九一年一月三十一日）を超えて「建物のその他の部分が侵害されるような改修工事」を行う場合について、一日当たり一〇〇〇シリングの違約罰が合意された事案において、裁判所は、損害の発生が立証されなかったことを前提に、次のように判示する⁽⁵³⁾。「違約罰は、契約違反により生じた……債権者の不利益の簡略化された填補だけでなく、同時に、債権者の利益における、法的保護に値する履行強制をも目的とする。この履行強制は、事前的考察 (ex-ante-Berachtung) の下で、個別の事案の状況に応じて、決定的となる契約義務の不履行または不適合履行の帰結として典型的である、債権者の具体的な侵害のあらゆる危険を回避するものである。その限りでは、契約履行への実際の利益ではなく、あらゆる利益が決定的である。……それゆえに、当該事案における、損害の発生がない場合の違約罰の相当性を審査するに当たっては、違約罰を合意した時点を基準に、生じる可能性のある契約違反の帰結としてその当時想定することができる損害に限定される必要がある。」もっとも、事前的考察の具体的内容をこの判決から明らかにすることは困難である。原告が事前的考察に基づき「粉塵、騒音、ならびに暖炉および水道に生じる損害による他の持分権者の共

有部分への深刻な侵害」を主張しているところ、裁判所は、債務者が違約罰の効力発生を容易に避けることができたこと、および「事実認定によると原告にいかなる財産的損害も生じず、財産的損害に将来脅かされる可能性があったことについて具体的な根拠がないこと」から、「両当事者の利益の衡量の帰結として……原審の認容額の三分の二への違約罰の軽減」を認めた。

(4) 義務違反の態様または帰責性の程度

競業禁止義務違反についての違約罰が争点となる事案において、違約罰の軽減の際に義務違反の態様を考慮する一連の判例がある。(3)で紹介された競業禁止義務の事例において、被告(違約罰債務者)が原告との競業関係を広範囲にわたって避けようとしたこと、および被告が原告の下で獲得した顧客情報を利用しなかったことを考慮して軽減を行った判例がある。「帰責性の程度」を考慮要素の一つとする判決は、相当数見受けられる。⁽⁵⁵⁾

また、(3)で紹介された共有持分の売買契約の事例では、「違約罰債務を負う」被告が、違約罰の効力発生をそもそも避ける容易な手段を手にしてきたこと⁽⁵⁶⁾が、軽減にとつて否定的な考慮要素として示されている。

(5) 違約罰債務者の経済的状况および社会的狀況

違約罰債務者の経済的状况および社会的狀況が考慮されることもある。このことも、競業禁止義務違反についての違約罰に関する事例に典型的である。例えば、一般論として「違約罰の相当性、被告の経済的または社会的狀況、とりわけ、所得または財産狀況、契約違反についての帰責の性質および程度、ならびに契約違反により使用者に生じた損害の額」を考慮要素として示す判例がある。⁽⁵⁷⁾「比例原則、両当事者の利益の衡量および妥当性」を基準とした上で、「被告が就学中の子を扶養する必要があること」を考慮要素の一つとした判例もある。⁽⁵⁸⁾

(6) 原則として損害賠償の対象とされない不利益

判例によると、契約当事者は、違約罰に関する合意を通じて、特に非財産的損害について、本来は損害賠償の対象

とされない不利益を填補することができる。すなわち、「違約罰は、しばしば、……一般の民事法上の基準に従えば容易には賠償されえないだろう、単純な不快感 (bloße Unannehmlichkeiten) または時間の損失 (Zeitverlust) をも補償する」とする判例がある。⁽⁵⁹⁾

(三) 学説における違約罰概念およびその軽減

1 通説

違約罰に関する合意は損害賠償についての定めである、という基本的理解は、学説上も支配的見解であるとみることができ⁽⁶⁰⁾。パンデクテン法学の影響下にあった時代においても、エーレンツヴァイクは、違約罰の軽減について論じる際に、以下のように説く。⁽⁶¹⁾

〔違約罰の軽減の際に〕契約締結時点での事情が斟酌され、したがって、実際に生じた損害はそもそも考慮に入れられないという見解は、ドイツ法と比較すると、オーストリア法にとってはあまり正当性を裏づけられない。なぜならば、オーストリアでは、違約罰は、損害賠償請求権の上限を画するからである。

もつとも、エーレンツヴァイクもまた、「場合によつては生じた損害」を考慮要素の一つとして認めるだけでなく、「(違約罰債務者の)違法な利得、帰責性の程度、財産の状況」等をも考慮要素として挙げる。

さらに、(二)で検討した判例の展開を裏づけるように、違約罰の合意に債務の履行を促す目的を認める見解も散見される。⁽⁶²⁾ 違約罰の軽減については、実損害額を主要な考慮要素としつつも、事前に予見される損害額、債務者の帰責性の程度や財産的状况等、違約罰の軽減の際に考慮されるべき多様な要素を列挙するのが一般的である。⁽⁶³⁾ これに対して、

例えば、考慮要素を実損害額に限定するといった、判例の展開から大きく逸脱する独自の見解を示す学説は、見当たらない。

違約罰から区別されるべき類型としての「包括的損害賠償」については、後述のリンダッハーの見解以降は、最近の研究でようやく「純粋な包括的損害賠償」という類型が提唱されるに至ったばかりであり、十分な議論がない。

2 通説に対する問題提起

「違約罰は、損害賠償の包括的予定である」との命題を初めて明示的に批判したのは、管見の限りでは、リンダッハーの一九七三年の文献である⁽⁶⁵⁾。

リンダッハーによると、オーストリアにおいて違約罰と損害賠償を区別する見解は、既にシェイによって示されていた。シェイは、違約罰の合意を通じて、「賠償の問題がそもそも排除され、その代わりに、権利者にとっては、立証を免除された二次的な請求権という担保が、義務者にとっては、正確な履行への心理的強制が、それぞれ作り出される」とする。そして、違約罰を軽減する際には、「具体的な事案において、実際に契約違反を通じて債権者に与えられた損害ではなく、契約それ自体が有する利益、すなわち、締結された取引の経済的かつ実質的な、実質的かつ属人的な重要性」が基準になるという⁽⁶⁶⁾。

リンダッハーは、判例および学説が、契約締結時点における「契約履行への債権者の利益、すなわち、事前的考察の下でありうる (möglich) 損害、または、場合によっては生じていたかもしれない (leicht hätte eintreten können) 損害」を決定的な基準としてしていると分析する。そして、これについて「純粋に損害賠償法的な違約罰からの逸脱」であると評価する。なぜならば、「真に損害賠償法的な制度が語られるのは、当事者の約定が、事前の損害算定、すなわち、事前の観点に基づき蓋然性のある (wahrscheinlich) 損害へと方向づけられている場合、または、債務者に……実

際には損害が生じなかったか、重要でないわずかな損害しか生じなかったことの立証により解放される可能性が開かれている場合のみである」からである。⁽⁶⁷⁾ 違約罰の軽減の際に、それよりも債権者に有利な考慮が行われるならば、違約罰は、「もはや損害の填補を目的とするものではなく……債権者の利得に至り、現実の履行の確保という観念においてのみ正当化される」という。⁽⁶⁸⁾ リンダッハーは、以上の展開を好意的に評価した上で、違約罰の損害賠償としての性質を「法典編纂史としてのみ説明されうる」とする。⁽⁶⁹⁾ そして、「伝統的な違約罰の理解の崩壊」を、違約罰の性質論に反映させることなく、「オーストリア一般民法典一三三六条二項の解釈論上の問題に過ぎないかのような印象を与える」判例および学説を批判する。⁽⁷⁰⁾ 最後に、以上の分析を前提として、「損害填補の理念により画された限界」の外部にある「違約罰」、その内部で両当事者を拘束する金額を定める「補償金額」、および当事者が実損害額を主張することを許容する「損害立証契約」という類型化の必要性を説く。⁽⁷¹⁾

リンダッハーの以上の見解は、主として違約罰の軽減の場面における違約罰額と損害額の乖離を念頭に置いて、違約罰を損害賠償として説明することの限界を示唆するものである。オーストリアにおける違約罰法が、損害の填補を超える利得を債権者に与える可能性を認めるものであり、その可能性が「履行の確保という観念」によって初めて正当化されるならば、そのことは、ドイツにおけるような違約罰と損害賠償を区別する理解に親和的であるように思われる。違約罰と損害賠償を区別することができるならば、リンダッハーの提唱するような類型化を行うことは、当事者の選択の幅を広げる点で有益である。

3 検討

リンダッハーの批判にもかかわらず、その後の判例および通説は、「違約罰に関する合意は損害賠償についての定めである」という基本的理解を維持している。判例および通説において、債務不履行の際に支払われるべき金額の合

意について、リンダッハーの提唱するような類型化は、行われていない。

しかし、前述(二)および(三)1で検討したように、違約罰に関する合意を通じて債務の履行を促すことは、判例および学説上認められている。そして、前述(二)2(3)で検討したとおり、このような違約罰の機能を根拠として、「契約履行への実際の利益ではなく、ありうる利益」を決定的な考慮要素とみなす判例もある。このような解釈は、エーレンツヴァイクの見解には馴染まず、むしろ、シェイおよびリンダッハーの見解に親和的である。さらに、近時の判例は、予期される損害だけでなく、債務者の帰責性の程度や経済的状况をも考慮要素とする点で、リンダッハーの分析は、いっそう当を得ていると評価することができる。

要するに、判例および通説と、リンダッハーの見解との間に相違があるのは、違約罰に関する合意が有する機能ではなく、妥当な違約罰額を決定する際の考慮要素でもなく、損害額以外の要素を考慮することを損害賠償法的に正当化することができるか、という点であると分析することができる。オーストリアの判例および通説は、違約罰の軽減に関する規律と損害賠償法を区別する視点を持たないからこそ、「違約罰に関する合意は、損害賠償についての定めである」という基本的理解を維持し、違約罰から区別されるべき合意類型を想定しないのではないか。そして、リンダッハーが「損害填補の理念」を強調することは、以上の対立が、オーストリア民法学と、リンダッハーひいてはドイツ民法学との間に存する損害賠償法の理解の相違に由来することを予感させる。

(四) 小括

オーストリア一般民法典一三三六条の制定過程においては、違約罰という文言が意図的に避けられ、補償契約または補償金額という表現が採用された。確かに、現在では、違約罰と補償契約または補償金額という用語は互換的に用いられている。しかし、この用語法の変化は、同条の理解の変化を意味しない。一九一六年改正および二〇〇五年改

正においても、違約罰と損害賠償を区別しない基本的な理解を看取することができる。

違約罰の軽減に関するオーストリアの判例および学説は、妥当な違約罰を決定する際の考慮要素として多様な要素を挙げる。したがって、裁判所の裁量に基づき、妥当な金額への軽減が行われてもなお、実損害額と違約罰額の乖離が許容されることになる。それにもかかわらず、「違約罰は損害賠償請求権の内容についての定めである」という基本的理解は、判例および通説において堅持されている。

以上のようなオーストリアの違約罰法に対しては、「もはや損害の填補を目的とするものではなく……債権者の利得に至り、現実の履行の確保という観念においてのみ正当化される」との分析もある。しかし、このような分析が、前述二で示したオーストリアおよびドイツの損害賠償法の相違を踏まえても妥当するかについては、検討を要する。

四 損害賠償と違約罰の関係

これまで検討してきたとおり、妥当な違約罰額の決定の際に考慮されるべき要素が類似しているにもかかわらず、ドイツとオーストリアの間には、違約罰を損害賠償から区別するか否かという相違が存在する。以下では、このような相違を損害賠償法の構造から説明することで、債務不履行の際に支払われるべき金額に関する合意を類型化する⁽⁷⁾ことの可否を決するための視点を得ることを試みる。

(一) ドイツ法

1 損害賠償と違約罰の区別

中世ローマ法学以降、高額な違約罰の規制をめぐる問題は、損害賠償の範囲を制限する勅法彙纂七卷四七章一節を⁽⁷⁾

適用することの可否をめぐる問題として論じられてきた。能見善久によると、フランスでは、一六世紀にデュムローンが同勅法を違約罰に適用する見解を支持し、さらに、一七世紀においてポティエがデュムローンの見解を受け継ぎ、ありうる損害額を基準とする解釈へと発展させた⁽⁷³⁾。これに対して、ドイツでは、パンデクテンの現代的慣用の時代の末期において、グリュックが、一方で、損害賠償と違約罰を区別し⁽⁷⁴⁾、他方で、上記の勅法を違約罰に適用することはできないという見解を支持した⁽⁷⁵⁾。

ところが、一七世紀および一八世紀の自然法学において、違約罰は、制度として簡単に言及されるのみであると考えられている⁽⁷⁶⁾。さらに、一九世紀の普通法学説においては、違約罰の額に制限を設けないことが通説となったために⁽⁷⁷⁾、違約罰の軽減という観点から、違約罰と損害賠償の関係についての解釈を見出すことは困難である。上記の勅法の不適用に言及すること自体が稀であり⁽⁷⁸⁾、違約罰と損害賠償の区別を明示的に指摘する文献はわずかである⁽⁷⁹⁾。ドイツ民法典の立法過程においても、違約罰が履行の強制手段であることが強調されることはあっても⁽⁸⁰⁾、損害賠償と違約罰の区別を裏づける議論は見当たらない。

しかし、前述二で示した損害賠償法の基本的理解からすれば、違約罰が損害賠償から区別されるべき概念であることは、むしろ当然の前提を意味するのではないか。ドイツ民法において、違約罰に関する合意は、差額として把握されるべき損害とは無関係に定められた金額を債権者に与える可能性がある。ドイツの差額説に基づく統一の利益概念は、このことを許容しないと考えることができる。さらに、ドイツ民法典三四三条に基づく軽減の際にも、帰責性の程度をはじめとして、義務に反する行為に関する事実が考慮される。したがって、妥当な違約罰の額を決定する基準は、損害賠償法に基づく損害賠償責任の内容確定基準とは異なるということができる。

2 違約罰の機能

以上の検討によると、「違約罰」と「包括的損害賠償」という二つの類型が存在することは、契約当事者にとって、違約罰法に基づく責任内容確定プロセスと、損害賠償法に基づく責任内容確定プロセスのいずれかを選択する可能性をもたらす。違約罰に関する合意を通じて、差額説の下で損害賠償責任の内容を確定する基準としては考慮の外に置かれる要素が、ドイツ民法典三四三条に基づく責任内容を確定する基準に取り込まれる。

(二) オーストリア法

1 損害賠償と違約罰の区別

違約罰の軽減に関するオーストリアの判例は、妥当な違約罰を決定するに当たって多様な要素を考慮要素として示す。しかし、前述二の検討からすると、違約罰を軽減する際の考慮要素のうち、債務者の帰責性の程度については、責任内容に反映する具体的な方法が異なるとしても、損害賠償法においても考慮することが予定されている。したがって、帰責性の程度を責任内容に反映させるか否かという観点から、違約罰法と損害賠償法を区別することは困難であると考えられる。

また、事前に予想される損害についても、損害賠償法に関する学説に、類似の解釈を見出すことができる。オーストリア法においては客観的・抽象的な算定が原則であるところ、債務者に故意または重過失があり、損害が主観的・具体的に算定されるべき事案であっても、客観的・抽象的な算定額を損害の最低限度額として扱うことを認める見解が有力である⁽⁸⁾。この見解によると、オーストリアの損害賠償法は、債権者の下で実際には生じなかったが、典型的には生じたであろう額の賠償を認める。もちろん、事前に予想される損害について、これと同一視することはできないと考えられる。しかし、債権者の下で実際に生じた損害が決定的であるか否かという観点から、違約罰と損害賠償を

区別することもまた、困難であるといえることができる。

その他の点でも、加害者の経済的状况を賠償額に反映させることが学説上有力に説かれている。⁽⁸²⁾ 以上によると、オーストリア法の下では、損害賠償法の構造上、違約罰と損害賠償を区別することが困難であるといえることができる。⁽⁸³⁾

2 違約罰の機能

それでは、オーストリアにおいて、違約罰に関する合意は、当事者にいかなる便益をもたらすのか。オーストリア一般民法典一三三六条二項による軽減と、損害賠償法に基づく責任内容の確定との間に考慮要素の点で差異がないとすれば、損害額についての立証負担を軽減する意味しか存しないと考える余地もある。

しかし、前述二で検討したところによると、オーストリアの損害賠償法には、加害者の故意または重大な過失の立証に成功しない限り、損害賠償の範囲が制限され、算定方法も抽象化されるという特徴がある。違約罰に関する合意には、このような制限を緩和する意義があるのではないか。確かに、判例において、違約罰を軽減する際に債務者の義務違反の様相が考慮されている。しかし、このような考慮は、故意または重大な過失があるか、それとも軽過失に過ぎないかという考慮とは異質であると評価することができる。

五 損害賠償額の予定に関する合意の類型化

損害賠償額の予定に関する合意の類型化の可否は、損害賠償法の構造、とりわけ、責任内容を確定するプロセスの相違により左右される可能性がある。それでは、日本における合意の類型化については、どのように考えるべきか。

(一) 考慮要素を拡大または変更する合意類型の必要性

日本の損害賠償法は、損害の定義および賠償範囲の点で、ドイツの学説から強い影響を受けた。⁽⁸⁴⁾これに対して、ドイツ民法学説の抽象的理解に過ぎないと評価し、差額説および相当因果関係論を批判する見解が有力に説かれている。⁽⁸⁵⁾しかし、批判的見解においても、義務違反の態様を責任内容に反映させることをも含意することは、稀である。⁽⁸⁶⁾すると、差額説および相当因果関係論に依拠しない場合でさえ、オーストリアとは異なり、義務違反の態様を責任内容に反映させるか否かによって、合意に基づく責任内容確定と損害賠償法に基づくそれとを区別することができる。想定される合意は、損害賠償とは別に請求されるべき「違約罰」(民法四二〇条三項)の約定だけではない。損害賠償額として、損害賠償法とは異なる基準に基づく算定額を定める合意をも想定することができる。

問題は、合意がない場合の損害賠償請求とは異なる基準により妥当な金額を算定すべき類型を認める実益があるかという点にも存する。このことは、裁判官の裁量に基づく軽減について明文の規定がない日本法の下でも、例えば、過大な賠償額を予定する合意の内容規制において、実損害額のみに基づき過大性を評価することの是非という形で、問題になる。このような点で注目に値するのは、退職後の競業禁止義務に関する平成一九年四月二四日の東京地方裁判所判決である。⁽⁸⁷⁾四二〇条三項による推定に関する判示はなく、条項の性質決定に関する問題を残しているものの、裁判所は、「損害賠償他違約金」の約定について、「原告が〔現実が生じた損害額〕の立証をしない場合には、違約金の上限を退職金の半額及び給与六か月分に相当する額と定めたものであり、その範囲内で、違反の態様、原告及び退職者に生じ得る不利益等を考慮して、違約金の額を算定すべきものと解するのが相当である」と判示した。確かに、この裁判例は、上記の契約解釈を前提に、裁量に基づき妥当な違約金額を算定する判決であって、合意の一部無効について判断するものではない。しかし、違約金または損害賠償額の予定として妥当な金額を判断する際に、損害額だけ

でなく義務違反の態様をも考慮すべき事例が存在し、その算定にとつて契約解積が決定的となる可能性を示唆する。このような規律が競争禁止義務に関する事例に特有であるとの分析もありうる。そうであるとしても、そこで用いられている約定を民法四二〇条の違約金または損害賠償額の予定から区別する視点が存在しない以上、違約金または損害賠償額の予定に関する民法一般の議論と矛盾しない形で、競争禁止義務に特有の取扱いを正当化する必要がある。

(二) 考慮要素を拡大または変更する合意類型と損害賠償法の関係

以上のように類型的考察の必要性を認めるとして、問題は、違反行為の態様を考慮すべき合意をどのように位置づけるかという点にも存する。①一方で、損害賠償額の予定に関する合意の解積を類型化し、その中に責任内容確定基準を変更するものとそうでないものがあると解する余地がある。②他方で、違約罰（民法四二〇条三項）に関する合意の解積を類型化し、その中に損害賠償とは別に請求すべきものと損害賠償に代えて請求すべきものがあると解する余地もある。③さらに、以上の両解積は相互に排他的ではなく、損害賠償額の予定と違約罰の双方を細分化する可能性も否定はできない。

ドイツ民法において、違約罰に関する合意は、金額の妥当性を判断する際に実損害額以外の要素を考慮すべきことから特徴づけられる。ドイツにおいても、特段の合意があれば、損害の最低限度としてではなく、損害賠償とは別に違約罰を請求することができる⁽⁸⁸⁾と解されており、②のような類型化は、ドイツ民法と一致する。しかし、前述四(一)で検討したところによると、ドイツにおけるような違約罰の理解の前提には、帰責性の程度の考慮を損害賠償法から排除し、損害賠償に関する特約としてもこれを認めないという構造がある。この前提が日本にも妥当するのかが検討する必要があるところ、ドイツの差額説と日本法がどこまで前提を共有することができるのかは疑わしい⁽⁸⁹⁾。そうすると、帰責性の程度の考慮を要請する合意であっても、ドイツとは異なり、これを損害賠償についての定めではないと解す

る必然性はないのではないか。むしろ、日本の損害賠償額の予定に関する合意について、損害賠償責任の内容の定めであるにもかかわらず、債務の履行を促進する機能が認められてきた。⁽⁹⁰⁾ その限りでは、日本の損害賠償額の予定は、損害賠償に関する定めと解釈されながらも債務の履行を促進する機能が認められてきた、オーストリアの違約罰に類似する。

さらに、②違約罰に関する合意の解釈を類型化し、その中に損害賠償とは別に請求すべきものと損害賠償に代えて請求すべきものがあると解する場合には、後者の類型について違約罰請求と損害賠償請求の選択権に関する規律が要件となる。債権者にその選択権を認めるとしても、いずれか一方を選択した場合に、他方を請求することができないという不利益から、債権者を解放すべきか否かという問題が生じる。ドイツにおいては、一方で、違約罰を損害の最低限度として扱い、他方で、違約罰を超える超過損害の主張を認めることで、以上の問題が債権者の利益において解決されることになる。しかし、日本において展開されてきた、約定額を超える損害額の主張を認めるべきか否かという議論は、ドイツにおけるような問題意識に基づくものではない。そうすると、②の解釈を採る場合には、これまで検討されてこなかった新たな問題が浮上するということができる。

したがって、日本においては、ドイツとは異なり、上記①に従って、損害賠償額の予定に関する合意の枠内で、任意法規としての損害賠償責任の内容確定規範を変更するか否かという観点に基づき類型化を行うことが望ましいと考えられる。

これまで検討したところによると、違約金または損害賠償額の予定に関する合意の類型化は、以下のように行われる。まず、損害賠償とは別に請求することができるか否かという観点から、違約罰に関する合意と、損害賠償額の予定に関する合意が区別される。次に、損害賠償額の予定に関する合意について、「妥当な金額を算定する基準が、合意がない場合に適用されるべき損害賠償責任の内容確定規範と同一か否か」、すなわち、「任意法規としての損害賠償

責任の内容確定規範を変更するか否か」という観点から細分化が行われる。損害賠償責任の内容確定規範を変更する合意については、さらに、責任内容確定プロセスのいかなる部分を変更するかという点⁽⁹⁾で、複数の可能性を想定することができる。この場合に、約定額の過大性を評価するに当たって具体的に考慮されるべき要素は、事案ごとに、契約解釈によって決定されなければならない。

六 残された課題

本稿は、損害賠償額の予定に関する合意について、損害賠償法との比較において責任内容確定基準を変更するか否かという観点から類型化を行う可能性を示すことを試みた。もともと、合意をどのような準則に従って解釈するか、責任内容確定基準を変更する合意の下で具体的にいかなる要素が考慮されるべきか、それに伴って有効性の判断構造がどのように変化するか等を明らかにすることは、残された課題である。問題は、五で例示した義務違反の態様を考慮すべき類型に尽きない。例えば、中古自動車の売買契約における解約金条項が、代替取引の可能性を損害額に反映させるか、それを反映させるとして、新たに商品を仕入れる機会の喪失をも考慮に入れるかといった問題を規律すると解する余地もある。このことは、消費者契約法九条一号の「平均的損害」の解釈に影響を与える可能性がある⁽¹⁰⁾。本稿は、このような問題を検討する際の一つの視点として、責任内容確定基準を変更するか否かという観点に基づく類型的考察の可能性を示唆するに過ぎない。

(1) 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)五三五頁。

(2) ドイツ民法典三四三条一項第二文は、「妥当性の判断に当たっては、単に財産上の利益のみならず、債権者の全ての正当

- な利益を考慮しなければならぬ」と定める。損害の不発生または損害額を主張するだけでは、違約金の軽減にとって十分ではないことを示す判例として、BGH 13.03.1953, GRUR 1953, 262; BGH 27.11.1968, NJW 1969, 461; BGH 1.6.1983, NJW 1984, 919.
- (3) 競業禁止義務違反についての違約金が典型例である。将来の違反行為を抑止するという目的が決定になるとして、「違反行為の態様、重大性および程度、違反者の帰責性ならびに債権者にとつての違反のリスク」を考慮要素として示すのは、BGH 31.05.2001, NJW 2002, 608. BGH 30.09.1993, NJW 1994, 45 は、以上に加えて、更なる契約違反を抑止する利益をも考慮要素として挙げる。
- ドイツ民法典三四三条の適用が排除される商法の領域で、信義誠実の原則を定めるドイツ民法典二四二条を適用して、違約と違反行為の重大性との不均衡を基準に軽減を行った判例として、BGH 17.07.2008, NJW 2009, 1882 がある。
- (4) BGH 13.03.1953, GRUR 1953, 262; BGH 16.09.1974, NJW 1974, 2089.
- (5) Joachim Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 780; Bamberger/Roth/Christian Januschek, Bd. 1, 3, Aufl., 2012, §343 Rn. 8; Palandt/Christian Grünberg, 79. Aufl., 2020, § 343, Rn. 6; 違約金の実効性およびドイツ民法典三四〇条二項の解釈の観点から、実損害額を考慮すべきではないのは、Christos Chaspis, Die Herabsetzung der unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe, 2014, S. 166-167. MüKoBGB/Peter Gottwald, 8. Aufl., 2019, §343 は、「違約金が不当に高いか」を判断する際の考慮要素としては、実損害額をも考慮要素の一つに位置づける (Rn. 18) の対して、「違約金をどの程度まで軽減するか」という問題については、「決定的であるのは契約履行への債権者のありうる利益であつて、実際の利益ではない」と説く (Rn. 21)。
- (6) 同号によると、包括的損害賠償は、以下の二つの場合に無効となる。第一に、「約定額が、事物の通常の経過に従い予測されるべき損害、または通常生ずべき減価を超える場合である。第二に、約款利用者の相手方に対し、損害または減価が全く生じていないか、または約定額よりも本質的にわずかであることの反証が明示的に認められていない場合である。
- なお、同条六号は、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金を負担させる条項を無効とする。このように、普通取引約款法上も、類型化が予定されている。
- (7) Volker Beuthien, Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe, in: FS Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 495; Palandt/Grünberg, §276 Rn. 26.

- (8) Walter F. Lindacher, Phänomenologie der "Vertragsstrafe", 1972, S. 145, 170-173, 211.
- (9) 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、丸山絵美子「中解除と契約の内容規制」(有斐閣、二〇一五年)三六二頁(初出二〇〇九年)。「違約罰的性格を有する」条項の性質決定においては、契約違反を阻止するという条項の目的に重点が置かれている。したがって、ここでの違約罰的性格を有する条項と損害賠償額の予定の区別は、約定額が損害賠償とは別に請求されるべきかという観点とは異なる観点に基づくものであるようにうつる。
- なお、類型化を行う際に、「損害賠償額の予定」と「違約罰」のいずれを細分化するべきかという問題については、後に五(二)で論じる。
- (10) 詳細については、河野航平「損害賠償額の予定における実損害額と予定額の不均衡」法学政治学論究一二四号(二〇一九年)二五九頁。
- (11) 同改正は、商人概念に代えて企業概念を導入した点に大きな意義がある。このような観点からオーストリアにおける商法改正について分析するのは、遠藤喜佳「商法から企業法へ」法学新報一一四卷一一・一二号(二〇〇八年)二五頁。
- (12) 改正草案に付された注釈によると、その理由は、①商人であっても過大な違約罰からの保護を必要とするという実質的な考慮、および②良俗に関するオーストリア一般民法典八七九条一項に基づく一部無効がありうる以上、違約罰を合意することと訴訟手続を簡略化するという便益は疑わしいことに求められる。Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1058 der Beilagen XXII, GP, S. 53 参照。
- (13) 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)一一一―一五頁(訳出についても同論文を参考にした)。HKK/Martin Josef Schemmaler, 2. Bd., 1. Tbd., 2007, §§280-285, Rn. 50-52 も参照。
- (14) 特に、賠償されるべき利益に関する区別と算定方法に関する区別を結びつける点で、中世ローマ法学の影響が見出される。HKK/Schemmaler, a. a. O. (Fn. 13), §§280-285, Rn. 52-54. 事物の内に存する利益は通常利益の算定方法(典型的には市場価格)により算定され、事物の外に存する利益は特別利益の算定方法により算定されるとの解釈は、オーストリア一般民法典の価値に関する一般規定(二〇五条)に一致する。
- (15) Heinrich Mayrhofer, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Buch, 1. Abt., 3. Aufl., 1986, S. 328; Helmut Kozioł/Peter Bydliński/Raimund Bollenberg/Ernst Karner, ABGB Kurzkomentar, 5. Aufl., 2017, §1293, Rn. 9; Helmut Kozioł,

- Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 4. Aufl., 2020, B/1/Rn. 97.
- (16) *Mayrhofer*, a. a. O. (Fn. 15), S. 328; *Kozioł/Bydliński/Bollenberger/Karl-Heinz Danzl*, a. a. O. (Fn. 15), §1332, Rn. 1; *Kozioł*, a. a. O. (Fn. 15), B/1/Rn. 72.
- (17) プンタが既に差額説を提唱していったとするのは、*HKK/Schemmter*, a. a. O. (Fn. 13), §§280-285, Rn. 55. モムゼン自身が利益論本文の脚注で損害差額説の由来を明らかにしていることについて、北居功「モムゼン『利益論』の意義」竹下賢二・宇佐美誠編『法思想史の新たな水脈』（昭和堂、二〇一三年）、一〇八頁。
- (18) モムゼンの見解については、北川・前掲注(13)三一〜四二頁、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一年）三一〜三四頁、櫻見由美子「ドイツにおける損害概念の歴史的展開」金沢法学三八卷一―二号（一九九六年）二一八〜二二三頁。
- (19) *Hans Josef Wieling*, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 1970, S. 65.
- (20) 北川・前掲注(13)三七・三八頁、櫻見・前掲注(18)二一九・二二〇頁。
- (21) 櫻見・前掲注(18)二二五〜二五九頁。
- (22) *Staudinger/Gottfried Schiemann*, *neubearb.*, 2017, Vorb. §§249-254, Rn. 35.
- (23) *HKK/Nils Jensen*, a. a. O. (Fn. 13), §§249-253, 255, Rn. 39.
- (24) オーストリア一般民法典一三三六条 補償契約の約定（違約罰）：
 第一項 契約当事者は、約束が全く履行されないか、又は、適切な場所で履行されない、若しくは、遅れて履行された場合に、一定の金額又はその他の額が支払われるべき旨の特約を合意することができる（九一二条）。債務者は、特段の合意がない限り、補償金額の支払を通じて履行から解放される権利を有しない。履行期又は履行地の不遵守についての違約罰が約束された場合は、違約罰は、履行とは別に請求される。
 第二項 いかなる場合であっても、補償金額は、それが債務者により過大であると立証されたときは、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。
 第三項 債権者は、違約罰のほかに、これを超える損害の賠償を主張することができる。債務者が消費者保護法一条第一項一号及び第三項の意味における消費者である場合には、このことは、個別に交渉され合意されなければならない。
 (25) 一八一一年成立当時のオーストリア一般民法典一三三六条：

- 契約当事者は、約束が全く履行されないか、又は、適切な場所で履行されない、若しくは、遅れて履行された場合に、補償されるべき不利益に代えて、一定の金額又はその他の額が支払われるべき旨の特約を合意することができる(九一二条)。しかし、消費貸借の場合に、裁判官が認容する額は、支払遅滞を理由としては、法定の上限利息を超えてはならない。その他の場合において、それが債務者により過大であると立証されたときは、裁判官により、場合によっては鑑定人尋問に従って、軽減されうる。補償金額の支払は、特段の合意がある場合でない限り、契約の履行から解放しない。
- なお、第二文が削除された経緯の分析については、他日を期することとしたい。
- (26) Philipp Harras Ritter von *Harrasowsky*, *Der Codex Theodosianus und seine Umarbeitungen*, Bd. III, 1884, S. 278-306.
- (27) *Harrasowsky*, a. a. O. (Fn. 26), Bd. IV, 1886, S. 469-479.
- (28) *Harrasowsky*, a. a. O. (Fn. 26), Bd. V, 1886, S. 218.
- (29) 能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制(五・完)」法協一〇三巻六号(一九八六年)九九九〜一〇〇五頁。
- (30) Julius *Offner*, *Der Urentwurf und die Beratungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. I., 1889, S. CXXXV.
- (31) *Offner*, a. a. O. (Fn. 30), Bd. II, 1889, S. 202.
- (32) *Offner*, a. a. O. (Fn. 30), Bd. II, S. 202
- (33) *Offner*, a. a. O. (Fn. 30), Bd. II, S. 202, Fn. 1.
- (34) *Offner*, a. a. O. (Fn. 30), Bd. II, S. 202.
- (35) *Offner*, a. a. O. (Fn. 30), Bd. II, S. 202, Fn. 1.
- (36) *Offner*, a. a. O. (Fn. 30), Bd. II, S. 577.
- (37) Ralf-Peter *Sosna*, *Die Geschichte der Begrenzung von Verragsstrafen*, 1993, S. 148.
- (38) Christiane *Wendehorst*, *Zum Einfluss pandektistischer Dogmatik auf das ABGB*, in: *FS 200 Jahre ABGB*, 2011, S. 85-86; 小野秀誠『ドイツ法学と法実務家』(信山社 二〇一七年) 三二九〜三三三頁(初出二〇一五年)。
- (39) 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XXI. Session, 1912, S. 281.
- (40) 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XXI. Session, 1912, S. 281.
- (41) Heinrich Klang/Karl *Wolff*, *Kommentar zum ABGB*, 2. Aufl, 1951, S. 185; Franz *Gschwinzer*, *Schuldrecht: allgemeiner Teil*,

- 1965, S. 27; *Magyarhofer*, a. a. O. (Fn. 15), S. 215-216.
- (42) Heinz Krejci/Martin Schauer, Reform-Kommentar UGB ABGB, 2007, §1336 ABGB, Rn. 4.
- (43) Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1058 der Beilagen XXII. GP, S. 54.
- (44) 河野・前掲注(一)五四四・五四五頁。
- (45) OGH 19.10.1976, 4 Ob 587/76, EvBl 1977, 83, 181; OGH 14.01.1981, 1 Ob 725/80, SZ 54, 4; OGH 30.03.1981, 6 Ob 820/80, SZ 54, 46; 近時裁判例 OGH 24.01.2020 8 Ob 119/19m, ZVB 2020, 225 節。
- (46) OGH 9.4.1952, 2 Ob 35/52, SZ 5, 90.
- (47) OGH 29.11.2013, 8 ObA 72/13s, RdW 2014, 416; OGH 28.10.2015, 9 ObA 105/15d, wbl 2016, 31; OGH 2018.30.10, 9 ObA 97/18g, ecollex 2019, 260.
- (48) 「オーストリア一般民法典二三三六条を適用する際に、裁判官が実損害額を二回以上軽減する余地はなから」よち OGH 05.03.1959, 5 Ob 111/59, SZ 32, 28 〇と、OGH 22.04.1969, 4 Ob 28/6, SZ 42, 57; OGH 14.01.1981, 1 Ob 725/80, SZ 54, 4. 近時裁判例 OGH 27.09.2018, 9 ObA 87/18m, RdW 2018, 762 節。
- (49) OGH 22.10.1952, 2 Ob 749/52, SZ 25, 272; OGH 22.04.1969, 4 Ob 28/6, SZ 42, 57; OGH 10.05.1983, 4 Ob 45/83, SZ 56, 75. 近時裁判例 OGH 30.10.2018, 9 ObA 97/18g, ecollex 2019, 260 節参照。
- (50) OGH 24.10.2005, DRdA 2006, 149.
- (51) OGH 30.03.1981, 6 Ob 820/80, SZ 54, 46; OGH 20.12.1989, 9 ObA 346/89, RdW 1990, 293; OGH 24.10.2005, 9 ObA 136/05y, DRdA 2006, 149. 近時裁判例 OGH 27.09.2018, 9 ObA 87/18m, RdW 2019, 32.
- (52) OGH 20.12.1989, 9 ObA 346/89, RdW 1990, 293.
- (53) OGH 29.06.1999, 1 Ob 105/99v, EvBl 1999, 890.
- (54) OGH 20.12.1989, 9 ObA 346/89, RdW 1990, 293.
- (55) OGH 25.9.1979, 4 Ob 55/79, DrdA 1984, 150; OGH 13.05.1986, OGH 14 Ob 71/86, RdW 1986, 378; OGH 9 ObA 78/90, JBl 1992, 663. 比較的近時裁判例 OGH 29.11.2013 8 ObA 82/13s, SZ 2013, 121 節。
- (56) OGH 29.06.1999, 1 Ob 105/99v, EvBl 1999, 890.
- (57) OGH 25.25.9.1979, 4 Ob 55/79, DrdA 1984, 150.

- (58) OGH 13.05.1986, 14 Ob 71/86, RdW 1986, 378.
- (59) OGH 24.10.2005, 9 ObA 136/05y, DRDA 2006, 149. OGH 26.08.2008, 5 Ob 149/08k, bbl 2009, 23. ㊦㊧㊨㊩。
- (60) Karl Wolff, Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., 1948, S. 135; Peter Rummel/Rudolf Reischauer, Kommentar zum ABGB, 2. Band, Teil 2b, 3. Aufl., 2004, §1336, Rn. 1; Koziol/Bydliński/Bollenberg/Danzl, a. a. O. (Fn. 15) §1336, Rn. 2; Peter Barth/Diemar Dokalik/Mathias Poryka, ABGB Taschenkommentar, 25. Aufl., 2017, S. 832. 損害賠償の「ツ」の「シ」の理解を徹底し「損害の発生を要件と解する」の「ツ」Klang/Wolff, a. a. O. (Fn. 41) S. 185; Frank Hoyer, Pauschalierter Schadensersatz ohne Schaden?, ecolox 1999, 387.
- (61) Armin Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1920, S. 180.
- (62) Mayrhofer, a. a. O. (Fn. 15), S. 215; Rummel/Reischauer, a. a. O. (Fn. 60), §1336, Rn. 1; Ferdinand Kerschner, Anm. zu OGH 29.11.1983, ZAS 1985, 27, 31.
- (63) Klang/Wolff, a. a. O. (Fn. 41), S. 189; Mayrhofer, a. a. O. (Fn. 15), S. 219; Rummel/Reischauer, a. a. O. (Fn. 60), §1336 Rn. 14.
- (64) Ernst Karner/Alexander Longin, Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung, 2020, S. 148–177, 特々 S. 150–152, S. 157–160. 他方々、典型的な違約罰は、損害の填補および履行強制と「二重の機能をもち」(doppelfunctional)「類型と解される。なお、著者も、包括的損害賠償という類型がオーストリアにおいては「これまで一度もテーマとして扱われてこなかった」ことを前提にしている (S. 149)。
- (65) Walter F. Lindacher, Konventionalsrate und „Vergütungsbetrag“, JBl 1973, 135. リンダッハーは「一九七二年にドイツのヴェルツブルク大学において違約罰に関する論文(注(6))で引用した文献)によって教授資格を取得しており、ドイツにおける違約罰をもちばら履行強制に資する制度として捉え、損害賠償としての機能を否定する少数説の提唱者である。引用されたオーストリア法に関する文献も、まさにこのような立場から、オーストリアの判例および学説を批判的に検討するものである。
- (66) Josef Schey, Gesetzbuch und Richter, in: FS Jahrbuch der Richter, in: FS Jahrhundertfeier des ABGB, 1. Teil, 1911, S. 515. 前述一々引用したホーレンツヴァイクの見解は「まさにシェイの見解に対する批判として説かれたものである」。
- (67) Lindacher, a. a. O. (Fn. 65), S. 135. なお「あらゆる損害」および「場合によっては生じていたかもしれない損害」と

「蓋然性のある損害」の区別を明らかにするような具体的検討はなされていない。

- (68) *Lindacher*, a. a. O. (Fn. 65), S. 136.
- (69) *Lindacher*, a. a. O. (Fn. 65), S. 136.
- (70) *Lindacher*, a. a. O. (Fn. 65), S. 136.
- (71) *Lindacher*, a. a. O. (Fn. 65), S. 137.
- (72) その内容については、湯川益英「損害賠償範囲『制限』理論の成立と、その人間主義的意義」山梨学院大学商学論集二〇卷（一九九五年）六七頁。
- (73) 能見・前掲注(29) 四、法協一〇二卷一〇号（一九八五年）一七八三―一七九二頁。
- (74) Christian Friedrich *Glück*, Ausführliche erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar, 1796, Cap. XIV, S. 332-333.
- (75) *Glück*, a. a. O. (Fn. 74), S. 326-327.
- (76) *Sossna*, a. a. O. (Fn. 37), S. 135-137.
- (77) 条説の綱繩と「七」 *Sossna*, a. a. O. (Fn. 37), S. 153-156 能見・前掲注(29) 四一〇〇五―一〇一一頁参照。
- (78) Friedrich von *Liebe*, Die Stipulation und das einfache Versprechen, 1840, S. 306-307; Karl Adolph von *Vangerow*, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, Neueste Aufl., 1849, Bd. 3, 336-337; Bernhard *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., Bd. 2, 1879, S. 111 Fn. 15.
- (79) Rudolf von *Holzschuler*, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl., 1864, Bd. III, S. 344; Carl Friedrich Ferdinand *Sintenis*, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. 2, 1847, S. 111 Fn. 1, S. 112 Fn. 3.
- (80) Werner *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Schuldrecht I, S. 333-335; Horst Heinrich *Jakobs*/Werner *Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 538; Berno *Magedan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 152, S. 723-724.
- (81) Ernst *Karner*, Fragen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung, in: FS Artita Fenyves, 2013, S. 196-198; *Kozdol*, a. a. O. (Fn. 15), B/1/Rn. 96.

- (82) Walter Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 23-24; Koziol, a. a. O. (Fn. 15), C/4, 特ご Rn. 11.
- (83) *Kamerling-Langin*, a. a. O. (Fn. 64), S. 168-175 は、損害賠償から違約罰を区別するのではなく、むしろ、違約罰から「純粋な包括的損害賠償」を区別する。本稿のオーストリア法の分析も、この可能性を否定するものではない。
- (84) 奥田昌道編『新版注釈民法(40)II』(有斐閣、二〇二一年)二六三〜二六七頁、三四一〜三四八頁(北川善太郎・潮見佳男)。
- (85) 平井・前掲注(18)、特に九〇〜九七頁。学説の整理として、潮見佳男「財産的損害概念についての一考察」判タ四〇巻八号(一九八九年)五〜七頁、奥田編・前掲注(84)二七三〜二七八頁、三四八〜三六五頁(北川・潮見)、高橋眞「損害概念論序説」(有斐閣、二〇〇五年)二〇五〜二四四頁(初出一九九八年)。
- (86) 北居・前掲注(17)、特に一一八〜一二〇頁。
- (87) 東京地判平成一九年四月二四日労判九四二号三九頁。
- (88) *MüköBG/Gottwald*, a. a. O. (Fn. 5), §340, Rn. 18.
- (89) モムゼンが差額説を提唱した背景について、北居・前掲注(17)一一三〜一二六頁。日本の差額説が統一的損害概念を前提としないことについて、高橋・前掲注(85)一九三〜一九五頁(初出一九九〇年)。
- (90) 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、一九六四年)一三一頁、於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣、一九七二年)一五三頁、債権法改正後の文献としては、中田裕康『債権総論(第四版)』(岩波書店、二〇二〇年)二二二頁。ただし、奥田編・前掲注(84)五七一頁(能見善久・大澤彩)、潮見佳男『新債権総論I』(信山社、二〇一七年)五三八頁は、損害賠償額の予定の目的として、履行の促進に言及しない。
- (91) 例えば、愛着の利益の賠償を認める合意、逸失利益について必要な利益獲得の蓋然性を緩和する合意、機会主義的行動の抑止の観点から利得の吐出しを要請する合意といったように、責任内容確定プロセスにおける異なる次元の問題を規律する合意が、一つの類型にまとめられることになる。もっとも、このことによつて、類型化の意義は失われないと考える。合意がない場合と同様の基準で算定される損害額が決定的となる類型を括り出すことは、「その類型に該当すると法性決定することができない合意については、契約解釈により妥当性の基準を明らかにしなければならない」という整理を可能にするからである。
- (92) 森田宏樹「消費者契約の解除に伴う『平均的な損害』の意義について」潮見佳男・山本敬三・森田宏樹編『特別法と民法法理』(有斐閣、二〇〇六年)一二二〜一四〇頁。

河野 航平（かわの こうへい）

所屬・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

慶應義塾大学大学院法学研究科助教（有期・研究奨励）

埼玉大学教育機構非常勤講師

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』一一九号（二〇一八年）

「損害賠償額の予定における実損害額と予定額の不均衡」『法学政治学論究』一二三号（二〇一九年）