

## 河野航平君学位請求論文審査報告

### 一 はじめに

河野航平君が学位請求論文として提出した『損害賠償法と損害賠償額の予定・損害賠償額の予定条項の解釈および内容規制に関する比較法的検討』は、ドイツ法圏での違約罰や損害賠償額の予定との比較を通じて、我が国での損害賠償額の予定について、その額の増減を認める余地とその根拠を丹念に検討する内容である。

この論文の構成は、以下の通りである。

### 序章

#### I 問題提起

#### II 本論文の構成

### 第1部 総論・合意の内容確定および内容規制の基本構造

#### 第1章

#### 第1章 損害賠償額の予定に関する合意の内容確定

#### 第1節 序論

#### I 問題提起

#### II 方法および構成

### 第2節 複数の損害計算の規律に関する一般論

#### I 抽象的損害計算論の意義および有用性

#### II 抽象的損害計算の位置づけ

#### III 小括

### 第3節 ドイツにおける違約罰および包括的損害賠償

#### 賞

#### I 違約罰と損害賠償の関係

#### II 包括的損害賠償と損害賠償の関係

#### III 違約罰と包括的損害賠償の峻別論

### 第4節 損害賠償額の予定に関する合意と損害賠償

#### の関係

#### I 従来理解の分析

#### II 従来理解に対する批判的検討

### 第5節 第1章のまとめ

### 第2章 損害賠償額の予定に関する合意の内容規制の

#### 構造

### 第1節 序論

#### I 問題提起

#### II 方法および構成

第2節 ドイツ商法典三四八条の意義

I ドイツ民法典三四三条の意義

II ドイツ商法典三四八条の沿革

III 現在の学説

第3節 商人間で合意された違約罰の無効および軽減

減

I 普通取引約款中の違約罰条項の内容規制

II ドイツ民法典一三八条に基づく無効

III ドイツ民法典二四二条に基づく軽減

IV 小括

第4節 実損害額と予定額の不均衡に対する法的評価

価

I 当事者の合理的な判断能力を典型的に否定する場合

る場合

II 当事者の合理的な判断能力を典型的に肯定する場合

第5節 第2章のまとめ

第2部 各論…合意の目的と内容規制

第1章 債務不履行の抑止と損害賠償額の予定

第1節 序論

I 問題提起

II 方法および構成

第2節 ドイツ法

I ドイツ民法典三四三条の沿革

II 判例における違約罰概念および違約罰の軽減

III 学説における違約罰概念および違約罰の軽減

IV 小括

第3節 オーストリア法

I オーストリア一般民法典一三三六条の沿革

II 判例における違約罰概念および違約罰の軽減

III 学説における違約罰概念および違約罰の軽減

IV 小括

第4節 損害賠償と違約罰の関係

I 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

II ドイツにおける違約罰

III オーストリアにおける違約罰

第5節 債務不履行の抑止のための損害賠償額の予定

定

I 損害賠償額の予定に関する合意の類型化

II 内容規制のプロセス

第6節 第1章のまとめ

第2章 契約の解消と損害賠償額の予定

第1節 序論

I 問題提起

II 方法および構成

第2節 ドイツ法

I 解約金の法的位置づけ

II 解除等に伴い支払うべき金額に関する合意の

内容規制

第3節 オーストリア法

I 解約金の法的位置づけ

II 解除等に伴い支払うべき金額に関する合意の

内容規制

第4節 解約金等条項の法的性質と内容規制

I ドイツ法およびオーストリア法の検討のま

とめ

II 日本法における解約金等条項

第5節 第2章のまとめ

第3章 責任制限と損害賠償額の予定

第1節 序論

I 問題提起

II 方法および構成

第2節 ドイツにおける減免責条項の内容規制

I 故意責任の減免責条項

II 重過失責任の減免責条項

III 過失責任の減免責条項

第3節 減免責条項の内容規制の基本構造

I 内容規制における違約罰条項と減免責条項の

非対称性

II 内容規制における免責条項と責任制限条項の

同質性

第4節 過少な賠償額の予定条項の内容規制

I 過少な賠償額の予定条項の内容規制の位置づ

け

II 内容規制のプロセス

第5節 第3章のまとめ

終章

I 結論

II 残された課題

二 本論文の概要

以下では、本論文の概要を纏めることとする。

まず、序章では、本論文が解決を目指す全体としての問

題が提起される。すなわち、債務不履行による損害賠償責任の内容確定において、現在では、賠償範囲の画定と損害の金銭的評価を区別することが一般的である。損害賠償責任の内容に関する特約である損害賠償額の予定もまた、賠償範囲の画定および損害の金銭的評価という二つの異なる問題にかかわるということができる。それにもかかわらず、損害賠償責任の内容を規律する法規範と損害賠償額の予定に関する合意の關係は、これまで十分に分析されてこなかった。しかし、過大な賠償額を予定する条項の内容規制を念頭に置くと、議論の欠落を埋める必要がある。なぜなら、条項の客観的な不当性を評価するための基準となる金額は、当事者が損害賠償責任の内容に関する法規範をどのような点で修正するかに応じて異なる可能性があるからである。さらに、内容規制の効果として一部無効を想定するならば、部分的に維持される効力を正当化するために、なおさら合意の性質を検討しなければならない。

本論文は、以上の問題意識に基づき、損害賠償法と損害賠償額の予定に関する合意がいかなる關係に立つか、いかなる点において合意が損害賠償法を修正するののかという視点から、損害賠償額の予定に関する合意の解釈および内容規制について検討するものである。第1部は、損害賠償額

の予定合意が法適用による損害賠償額との關係でいかなる効力を持ち、どのような内容制限に服するのかについての大枠を総論的に提示し、第2部は、その大枠を賠償額に関する各種の合意ごとに具体的な枠組みへと仕上げる各論的な検証を試みている。

第1部第1章は、損害賠償額の予定に関する合意に、損害賠償責任の内容に関する法規範を修正する効果が認められるかという問題について検討を加える。従来は、損害賠償額の予定合意は、「原則として、損害賠償責任の内容確定法規範を修正する効果を有し、当事者が明示的な定めを置かなかつた場合にも、その効果が補充される」という理解が、暗黙裡に前提とされていた。しかも、平成二九(二〇一七)年法律第四四号による民法改正(以下、「民法改正」と呼ぶ。)前の民法四二〇条一項後段(「この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。」)は、この解釈準則に実体法上の根拠を与えていた。民法改正によって同項後段が削除された現在においては、実質的に、以上のような解釈準則を維持することの正当性を検討する必要がある。そこで、抽象的損害計算の観点から、ドイツの違約罰および包括的損害賠償を分析すると、以下のような考え方を導くことができる。すなわち、損害賠償責任の内容

確定プロセスにおいて、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。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。したがって、同様に、当事者の合意をもって、実損害額の主張を排除するためには、それを正当化する特段の合意が必要であると考えられる。そうすると、一般論としては、損害賠償額の予定に関する合意が損害賠償責任の内容を修正するか否かを確定することができない場合には、原則として、当事者による実損害額の主張を排除しないという規範を補充することが、損害賠償法との整合性の確保という点において望ましい。当事者の通常の意思を根拠に、以上のような解釈準則を修正するのであれば、むしろ、法律上の典型からの逸脱が取引慣行または典型的な当事者の利害関係から正当化されることを検証しなければならぬ。

第1部第2章は、損害賠償額の予定に関する合意の内容規制の判断構造について、一般的・総論的な検討を加える。損害賠償額の予定条項を通じて賠償額を確定することは、

将来の不確実なリスクについての判断を前提とする。ドイツ民法およびドイツ商法における違約罰条項の規制は、典型的に想定される当事者の判断や、評価の対象となる不当性の内容および判断基準時に応じた段階的な構造を有している。このような段階的な構造について、とりわけ、商法上の違約罰に関する判例を手がかりに、損害賠償額の予定に関する合意の内容規制について、以下のような基本的な判断枠組みが示される。第一に、消費者や、自らの判断を条項の内容に反映させることが困難である約款使用者の相手方については、損害賠償法が予定する帰結との不均衡を生じさせる条項について、自己責任を問うことが典型的に否定されるべきである。したがって、これらの者が負担する損害賠償額を予定する条項は、契約メカニズムの阻害が典型的に生じることが根拠に、実損害額との客観的な不均衡のみを基準とする内容規制に服すると考えられる。第二に、民法の一般論としては、当事者の合理的な判断能力が典型的に否定されるという一般的な想定ではなく、個別具体的な事案において効力を否定すべき事情が存在することを根拠に、損害賠償額の予定条項の内容規制を行うべきである。一方で、具体的な事案において、契約締結時点における当事者の判断の正当性を否定すべき事情があるときは、

合意の効力が否定される。この場合、契約締結時点において、損害賠償責任の内容を変更すること自体が否定的に評価される以上、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が望ましい。他方で、契約締結時点における当事者の判断が否定的に評価されない場合であっても、契約締結後の事情を考慮して、予定額における損害賠償請求が信義則に基づき制限される可能性がある。均衡回復型の内容規制を唱える見解もまた、契約締結後の事情を考慮して不均衡を是正するものであり、予定額における損害賠償請求の信義則に基づく制限として再構成されるべきである。この場合における「実損害額」は、法律上賠償されるべき損害額ではなく、義務違反行為の重大性を評価する要素としての、債権者に実際に生じた不利益を意味する。もっとも、信義則に基づく制限における考慮要素は、実損害額に尽きない。損害賠償請求権行使の制限の判断基準となる金額を決定する際には、損害賠償額の予定について合意する当事者の目的を考慮しなければならない。

第 2 部第 1 章は、債務不履行を抑止する目的で高額な賠償額を予定する条項について、その法的位置づけおよび内容規制における判断枠組みを示す。この判断枠組みの構築のために参照されるドイツ法およびオーストリア法の検討

によれば、①内容規制の次元で、履行の強制という目的を含む合意をどのように取り扱うか（損害の填補を目的とする合意から区別すべきか）、②損害賠償責任に関する特約を通じて、履行の強制という目的を追求することが許されるか（損害賠償とは異なる救済手段を定める合意と位置づけるべきか）、という二つの対立軸が設定される。ドイツ法の下で、損害賠償責任の内容を定める損害賠償の包括的予定条項と違約罰条項は異なる内容規制に服する（対立軸①）。違約罰は、損害賠償とは異なる救済手段として損害賠償から区別される（対立軸②）。これに対して、オーストリア法の下で、違約罰はまさに損害賠償の包括的予定と解され、損害賠償と同視される（対立軸②）。違約罰条項は、損害賠償責任の内容を定める条項であり、裁判官による軽減の際にも類型化は予定されていない（対立軸①）。

このような相違は、ドイツおよびオーストリアの損害賠償法の相違により、整合的に理解される。その結果、一方で、対立軸①について、原則として債務者の利得や義務違反行為の態様が損害賠償責任の内容確定において考慮されない日本法の下では、これを考慮すべきことを定める当事者の決定を尊重するとともに、損害の填補のみを目的とする合意から区別し、債務不履行の抑止という目的を考慮した内

容規制の判断基準を構成することが望ましい。他方で、対立軸②について、損害賠償法の一般論としては認められないうにせよ、債務不履行を避けるための一般予防・抑止という価値判断を、当事者が特約により損害賠償責任の内容確定に取り込む可能性は、排除されない。債務不履行の抑止という趣旨を含む合意であっても、損害賠償とは別にこの金額を請求する旨の特約がない限りで、合意は損害賠償責任の内容を定めるものと解釈されるべきである。

債務不履行を抑止するという目的で高額な損害賠償額を予定することの正当性が一律に否定されるべき場合を除き、当事者がこのような目的で賠償額を予定したことは、民法九〇条に基づく契約締結時を基準とする内容規制において、実損害額と予定額の乖離を正当化する。もつとも、予定額における損害賠償請求権の行使が、信義則に基づき制限される可能性もある。合意の直接の目的は、本来的な給付の実現に対して強制力を及ぼすことであり、想定に反して債務不履行が生じた場合に、予定額において損害賠償を請求することは、直ちには正当化されない。むしろ、契約締結時には想定されていなかった具体的な義務違反行為との関係において、改めて、義務違反行為の態様やその帰結を考慮して相当と認められる金額を確定し、請求すべきである。

当初の約定額が具体的な義務違反を抑止するために相当な金額を著しく上回る場合に、約定額における損害賠償請求は、信義則に反し許されないと解される。

第2部第2章は、一方当事者が解約を申し入れた際に支払われるべき金額を定める条項について、合意の解釈および内容規制における判断枠組みを示す。その際、ドイツ法およびオーストリア法の検討を通じて、債務不履行による損害賠償額の予定、任意解除権行使に伴う損害賠償額の予定および約定解除権行使に伴う解約金という類型化が試みられる。類型化が必要とされる根拠は、以下の通りである。

①約定解除権の行使は契約に従った適法な行為であり、債務不履行による損害賠償請求権を生じさせない。これに対して、約定解除権を設定するのではなく、履行拒絶の際に支払うべき金額が合意されたに過ぎない場合には、一方的な解約の申入れは履行に代わる損害賠償請求権を生じさせる。②債務不履行による損害賠償額の予定の高額化は、債務者の契約に反する行為を制限する。これに対し、任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定の高額化は、法律上認められた解除権行使自体の制限をもたらすため、その内容規制においては、解除権行使を制限することの妥当性という特有の問題が生じる。③任意解除権の行使に伴う損害賠



償額の予定の高額化は、法律上認められた解除権の行使を制限するという点で任意法規を修正する意義を有する。これに対し、約定解除権行使について高額な解約金が合意された約定解除権の行使が制限されたとしても、任意法規を修正する効果は伴わない。

第一に、債務者による一方的な解約の申入れが債務不履行と評価される場合には、その際に支払うべき金額の約定は、他の債務不履行による損害賠償額の予定条項と同様の内容規制に服する。消費者契約法九条一項一号の適用においては、消費者の契約からの撤退を保障すべき根拠がなく、むしろ、消費者による一方的な解約の申入れが契約違反と評価されることから、「平均的な損害」に逸失利益も含まれると解釈すべきである。第二に、任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定条項の内容規制においては、約定額の高額化が任意解除権自体を制限する効果をもたらす点が、条項の妥当性の判断に影響を及ぼす。消費者契約法九条一項一号の適用においては、広く清算に関する条項に同号が適用されることが、平均的な損害の解釈に影響を与える。ただし、特商法の規制原理の一般化については、他の類型にはない特別の正当化根拠があるとはいえるものの、契約類型に応じた任意解除権の趣旨の相違を消費者契約におい

て捨象することができるかについては、なお検討を要する。第三に、約定解除権行使に伴う解約金については、損害額を基準にした内容規制を行うことができない。もともと、消費者契約法九条一項一号の適用は、事業者には多数の事案について実際に生じる平均的な損害の賠償を受けさせれば足りるとの価値判断が当てはまることから、認められるべきである。それでも、消費者の解除の自由を保障する根拠はなく、したがって、平均的な損害を限定的に解釈する理由はないと考えられる。

第2部第3章は、責任を制限する目的で低額な賠償額を予定する条項の内容規制について、過大な賠償額の予定条項の内容規制および減免責条項の内容規制との関係という観点から検討を加える。ドイツ法における減免責条項の規制と違罰条項の規制の関係および免責条項と責任制限条項の関係を分析することで、以下のような理解が導かれる。一方で、減免責条項と過大な賠償額の予定条項については、内容規制の基本的な構造の点で相違が認められる。減免責条項の内容規制は、損害賠償責任の事実上の予防機能を弱め、ひいては、給付の本来的な実現を阻害するような減免責条項は許容されないととの価値判断に基づくものである。第2部第1章で検討された通り、債務不履行の抑止を目的



とする高額の賠償額の予定条項の内容規制は、債権者に生じた不利益の程度や、債務不履行それ自体に焦点を合わせることであり、減免責条項の内容規制とは判断の構造が異なる。他方で、減免責条項と過少な賠償額の予定条項との間には、内容規制の基本的な構造の点で同質性が認められる。損害賠償責任の予防機能を弱め、ひいては給付の本来の実現を阻害するような条項は許容されないとの価値判断は、過少な賠償額の予定が、責任を制限する趣旨で合意された場合にも当てはまる。以上によると、過少な賠償額の予定条項の内容規制は、過大な賠償額の予定条項の均衡回復型の内容規制とは異なる価値判断に基づくものであり、損害額を共通の基準として、両者を同一の内容規制に服させることはできない。むしろ、過少な賠償額の予定条項は、減免責条項の内容規制に服させるべきである。もともと、当該契約類型にとって典型的な予見可能な損害額に対応する賠償額が予定された場合に、実際にはそのような損害が生じなかったときは、給付の本来の実現を阻害するような条項は許容されないという価値判断が当てはまらない。したがって、減免責条項の内容規制を適用することを通じて、そのような条項の効力を否定することはできないと解される。

終章は、本論文が試みる損害賠償額の予定に関する研究全体を総括して、各部各章の検討のまとめを示した上で、残された課題を提示する。すなわち、残された課題としては、とりわけ、各部各章における検討と債務不履行の一般論の関係が意識されており、具体的には、過失相殺の可否、履行請求権の限界との関係、民法四一六条の解釈論との関係という三つの問題について見通しが示されている。

### 三 本論文の評価

以下では、本論文の評価を試みる。

民法は、債務不履行における損害賠償につき、その四一六条において損害賠償責任の内容すなわち損害賠償の範囲を規律する一般規定を設ける一方で、その四二〇条において当事者が契約上予め合意により賠償額について定めること（損害賠償額の予定）を認めている。本論文は、かかる損害賠償法のあり方と賠償額に関する合意の解釈および内容規制との関係に関する総合研究である。

損害賠償額の予定は、将来の不履行リスクに備えて予め契約締結時に行う合意であるため、法律上賠償すべき損害の範囲にしたがって算定された実損害額と、合意された予定額とが異なる場合が当然にあり得る。その際に、当事者

による実損害額の主張が排除されるか否かが問われるところ、とりわけ問題となるのは、合意された予定額が実損害額を上回る場合である。この問いについては、①賠償額の予定に関する合意は実損害額に優先し、法規範に基づく主張を排除するのか、そのような合意が認定されるとすれば、それはどのような場合か（合意の解釈・内容確定）、②実損害額と異なる予定額を主張することを認める合意があるとしても、それはつねに有効なのか、かかる合意に基づく主張を制限すべき場合があるとすれば、どのように判断すべきか（合意の内容規制）の二段階に分けて検討することが求められる。本論文の特徴は、まさにこの二段階に並び、第1部第1章では、損害賠償法による損害算定を排除・変更できる損害賠償額の予定合意の根拠を探索し、同第2章では、合意内容の規制のあり方の大枠を提示した上で、第2部で合意目的の多様性という観点から内容規制にかかわる複数の各論トピックを取り上げるといふ、独自の分析視角を立てた総合的研究となっている点において、注目される論文である。

まず、第1部第1章では、民法改正前には、四二〇条一項後段が裁判所は損害賠償額の予定額を増減できないと明示で定めていたため、実損害額の有無・範囲を問わず、予

定額において損害賠償責任の内容が確定されるということが当然の前提とされてきた。これに対して、本論文は、民法改正による四二〇条一項後段の削除を契機として、従来の解釈準則の明文根拠が失われたことから、原則として当事者による実損害額の主張を排除しないという解釈準則が、損害賠償法との整合性の確保という点において望ましいとする。したがって、本論文は、賠償額の予定に関する合意の解釈・内容確定に関する基本的立場として、損害賠償額の予定合意を、原則として実損害額の主張を排除する合意と解する従来の理解を否定した上で、その合意が損害賠償責任の内容に関する法規範を修正する旨の特約としての性質を有することから、特段の合意が明示的に行われな限り、実損害額の主張を認める内容の合意として推定すべきであるという新しい見解を示す。

ここで、本論文は、ドイツ法で展開されている抽象的損害計算・具体的損害計算の損害算定理論を援用する。その上で、本論文は、損害賠償額の予定合意に関するインプリケーションを引き出すという独自の分析手法を用いる。すなわち、合意と抽象的計算方法を結びつけるアプローチに異論があり得ることを指摘しつつ、効果論における共通性を見出し、具体的計算方法を排除する抽象的・規範的損害

計算方法とその正当化、具体的計算の反証を有する抽象的・典型的損害計算方法とその正当化に考察の手がかりを求めるといふ、これまでの学説にはみられない分析手法を採用している。こうして、本論文は、抽象的損害計算の議論に基づき、ドイツ法における違約罰と包括的損害賠償を分析した上で、抽象的・規範的損害計算方法と同様に、反証を認めない帰結には相応の正当化根拠が必要であるとして、損害賠償額の予定は、原則として、実損害額の主張を排除しないという、従来の学説に対する問題提起となる独自の主張を導出している。

続いて、本論文は、第1部第2章で、損害賠償額の予定合意の規制のあり方を分析し、予定合意を締結する時点での当事者の意思介入による合理性判断の可能性の有無、さらに、合理性の判断が可能な場合であっても、予定合意の締結時点だけでなく、その後が生じる債務不履行時点での当事者の対応の評価を通じて、予定額の合意があってもなお実損害額の賠償の主張を認める余地を探索することにより、多元的で動態的な予定額合意の規制判断枠組みを提示しており、その内容の独自性が評価される。従来から、実損害額に比して著しく過大な賠償額を予定する条項は、民法九〇条に基づき一部無効とされてきた。これに対し、全

部無効として任意法規を補充するという解決も有力に主張されてきた。さらに、消費者契約法九条一項一号も平均的な損害を内容規制の基準とする。本論文は、損害賠償額の予定条項を規制する際に基準とされてきた「損害」について、二つの異なる位置づけがあることを明確にしている。

一方で、損害額は、損害賠償法の典型からの逸脱という意味において、予定条項の不当性を評価する根拠となる。本論文は、このような意味での損害は民法五四八条の第二項に基づくみなし不意や消費者契約法九条一項一号に基づく内容規制といった条項の適正化の局面および暴利行為の客観的要件の判断において問題となるとする。他方で、損害額は、債権者実際に生じた不利益と予定額の不均衡という意味において、予定条項を援用することの不当性を評価する根拠となる。本論文は、このような意味での損害は、予定額における損害賠償請求の信義則による制限という局面で問題になるとしつつ、均衡回復型の内容規制を主張する見解が規制基準として援用する損害も、同様に位置づけられるとする。以上のような整理によって、本論文は、民法九〇条に基づく内容規制の効果に関する見解の対立を、不当条項規制の異なる段階に着目するに過ぎない皮相的対立として止揚する可能性を開いている。

その上で、本論文は、その第2部で考察対象を債務不履行・契約違反による損害賠償額の予定に関する合意のみならず、広く契約の実現に至らなかった場合における金銭的手当てに関する合意全般へと発展させている点で特筆すべき特徴がある。具体的には、第2部第1章で債務不履行の抑止・履行の促進を目的として賠償額を高額化する旨の違約金条項、同第2章で債務不履行解除以外の約定解除権の行使・法定の任意解除権の行使における金銭的手当てに関する解約金条項、同第3章で免責条項・責任制限条項および実損害額より過少な賠償額予定に関する条項を取り上げている。

まず、第2部第1章では、債務不履行の抑止・履行の確保のための違約金条項の目的は、実損害額を上回る予定額の設定を正当化すると解した上で、これを損害賠償額の予定とは別個の合意と捉えるか、損害の抑止・一般予防のための損害賠償の内容に関する特約と解するかについては、損害賠償法の基本構造によつて異なるとして、ドイツ法およびオーストリア法を参照しつつ、オーストリア法の構成が日本法には親和的であると分析する。すなわち、損害賠償額の予定は債務者の利得や行為態様を評価する点で、法適用による損害賠償とは区別されるべき内容を持つため、

債務不履行の抑止の機能から内容規制をすること、しかし、債務不履行の抑止の趣旨を含むとしても、損害賠償額の予定は損害賠償責任の内容を定めるものと解釈されるところ。こうして、本論文は、もっぱらまたは主として実損害額を予定額が著しく超過することを根拠として、全部または一部無効を唱える従来の見解に疑問を呈し、損害の填補を超えた債務不履行の抑止目的の観点も踏まえながら、①実損害額と予定額との乖離の有無・程度だけでなく、②一方当事者の窮迫、軽率または無経験の利用など暴利行為と認められる契約締結時における行為態様をも加味しながら、民法九〇条における公序良俗違反により条項無効とすべき場合、③②に該当しない場合であっても、義務違反の態様・程度と予定額との不均衡を理由として、予定額の請求を信義則により部分的に制限すべき場合に分けて、段階的に規制すべき旨を提言する。こうした提言は、過大な損害賠償額の予定合意を制限すべきかどうかについて、実損害額との乖離にだけもつぱら着目してきた従来の解釈姿勢への強い批判となっている。

次に、第2部第2章で、本論文は、債務不履行解除とともに行われる損害賠償額の予定条項はまさに損害賠償額の予定条項と共通するが、約定解除権あるいは任意解除権

(委任に関する六五一条など)の行使は、契約または法律に基づく適法なものであるため、かかる権利行使と引き換えに行うべき金銭的手当てに関する解約金条項は、損害賠償額の予定条項とは異なる目的を有することを指摘する。

この点につき本論文は、上記の解約金条項がドイツ法においては「債務者の権限の拡張」ないし「約定解除権の対価」、オーストリア法では「対価の補償」と解されていることを示した上で、一方的な解約申入れが履行拒絶など故意の債務不履行に該当する場合と、債務不履行を伴わない場合とに分けて、前者は損害賠償額の予定条項に該当する一方、後者は損害賠償額の予定条項とは区別して検討すべき必要性を主張する。この点について、本論文はさらに、約定解除権の付与は本来であれば履行しなければならぬ債務者を免責する当事者間の特約に基づくものであることに照らせば、それに伴う金銭的手当てに関する合意についても当事者の自由に委ねるべきであるのに対して、任意解除権は法定解除権であるため、法律上認められた任意解除権の行使を制限する効果をもたらす解約金条項は許されない点において、両者を区別すべきことを指摘する。なお、本論文は、解約手付が違約手付を兼ねる場合を認める判例法理にかんがみて、解約金条項が違約金条項を兼ねる場合

についても検討を及ぼし、一方的な解約申入れの時期にに応じて、それが契約に適合する適法な行為である場合と契約違反に該当する場合とに区別する可能性を指摘する。このように、契約解除に付随する損害賠償の態様を類型化して、それぞれの内容規制のあり方を指摘する点は、従来まったく看過されてきた視点であり、本論文の価値を大きく高める点である。

本論文は、第2部第3章で、これまで取り上げてきた問題類型とは反対に、予定額が実損害額より低額である場合を取り上げ、かかる合意によって実損害額の主張を排除することによる責任制限を認めた上で、その内容規制につき、過大な賠償額の予定条項の規制とは異なって、免責条項または責任制限条項との均衡という別個の観点からの考察の要否について検討を進める。減免責条項の内容規制に関するドイツ法の分析から、①法律上賠償すべき損害額を制限することにつき、当事者の合理的判断能力が典型的に否定される場合においては賠償額の予定条項の正当性それ自体が問われること、②個別具体的に暴利行為にあたると思われる場合は公序良俗違反により無効となり得ること、③非典型的で予見不可能な損害に関する責任制限を目的とする合意として正当と認められる場合であっても、故意また



は重過失による責任および本来の給付ないし契約目的の実現にとって不可欠な債務の実現を妨げる減免責条項の効力を否定すべきことを抽出した上で、これらの分析結果が過少な賠償額予定条項についても妥当する旨を論じる。

このように、本論文は、損害賠償額の予定に関する合意の解釈・内容確定および内容規制につき、従来の見解が、かかる合意を原則として実損害額の主張を排除する内容を有すると解した上で、もっぱら実損害額と予定額との乖離の有無・程度を基準として一律に内容規制を行う旨の理解を示している点を問題視し、実損害額の主張を認めない合意を、賠償すべき損害について規律する法規範を修正する特段の合意として捉え、かかる特約の正当性が担保されるべき旨を示した上で、損害填補にとどまらない合意目的の多様性に着目し、合意目的に応じた内容確定および内容規制の必要性を提唱し、類型的考察を展開した点において、高く評価すべき独自性が認められる。また、本論文は、当事者意思の探究だけでなく、契約上の損害填補および利益調整について規律する関連法規の目的とりわけ損害賠償法の基礎理論との整合性を重視する分析手法に拠っている点において、学理的にも信頼度が高い研究成果といえる。さらに、本論文は、その理論的枠組みを構築・検証するため

に参照する比較法的手法においても秀逸である。すなわち、本論文は、従来から我が国の研究で参照・影響されてきたドイツ法のみならず、中世以来のヨーロッパの伝統的な実定法学の上に編纂されたオーストリア一般民法典に加えて、一九世紀中葉以降にドイツのパンデクテン法学の強い影響を受けることとなる解釈も踏まえたオーストリア法の解釈をも比較法の対象としている。この点で、オーストリア一般民法典と同様に、中世以来のヨーロッパの伝統的な実定法学に依拠して編纂されたフランス民法典の上に、一九世紀ドイツのパンデクテン法学の影響を加えて制定された我が国の民法およびその解釈について、ドイツ法だけでなく、オーストリア法を参照する積極的な意義が見いだされる。それに加えて、損害賠償額の予定等に関する各種条項を規律する関連法規につき、民法のほかには商法をはじめとした特別法も含めて、立法沿革を丹念に跡付けた上で、判例・学説の展開および背景に関する精緻な分析を通して、法状況の特色と根拠を適切に描き出し、これらを相対化して日本法の解釈に対する示唆を模索する点も高く評価できよう。本論文は、上述の通り、違約金条項のような、債務不履行・契約違反による損害賠償額の予定条項における過大な予定額に対する規制にとどまらず、解約金条項や減免責条

項など、契約の実現に至らなかった場合における金銭的手当てについて予め行われたさまざまな合意のあり方に関する、スケールが大きい総合研究となっている点も、特筆するに値する。この点についてさらに補足すると、本論文は、損害賠償額の予定に関する合意の類型的考察を理論・実務の両面において充実化すべく、当事者の属性について事業者・消費者・約款使用者の相手方をもそれぞれ視野に入れて類型化するとともに、消費者契約または約款取引・個別交渉による合意形成に分けて取引類型に応じた考察を展開している。そのため、検討対象とする法規についても、民法上の関連規定（損害賠償の範囲に関する四一六条のほか、手付に関する五五七条、委任の任意解除に関する六五一一条など）を広く射程に入れて加えて、消費者契約法・特定商取引法における不当条項規制をも周到にカバーしており、それが本論文における研究の完成度と充実度を一層高めている。

とりわけ、従来の均衡回復型の内容規制を目指す有力な見解は、債務不履行が生じた後に、実損害額や債務不履行との関係で均衡を失するような高額な賠償額を債務者に負担させ、債権者に利得をもたらすことの不当性を問題としてきた。債務不履行の抑止という趣旨で高額な賠償額を予

定することを認める本論文においても、こうした不当性の評価を否定することはできないであろうが、それでも、本論文は、一方で、①当事者の目的の解釈に応じて異なる不当性評価の基準が設定されるべきであり、他方で、②(i)契約締結時点を基準とする不当性判断と(ii)債務不履行時点を基準とする不当性判断は、二者択一ではなく、①の性質決定や内容規制の根拠に応じて区分けされるべきことを主張する。こうして、不当条項規制のパラダイム(当初契約意思の解釈や抽象的な基準に基づく靜態的な不当性判断と、実際の債務不履行やその後の事情を考慮した動態的な不当性判断)の一端を示したことが、今後の研究にもつながる本研究全体としての意義であると評価することができるであろう。

以上の通り、本論文は、いわゆる損害賠償額の予定条項に関する従来の研究において十分に踏み込まれていない多くの問題点を指摘し、かつ、解明する労作であり、学界において広く注目を集めることが想定される。事実、すでに学界で定評のあるコンメンタールのシリーズである『新注釈民法(8) 債権(1)』(磯村保編・難波讓治(有斐閣・二〇二二年)七三九―七四〇頁および七五八頁)が、すでに『法学政治学論究』紙上で刊行されている本論文第1部第



1 章(一一九号(二〇一八年)五三五頁以下)および第 1 部第 2 章(一二三三号(二〇一九年)二五九頁以下)を取り上げ、評価していることから見て、学界で注目を集める見込みも外れとはいえないであろう。

以上のような評価を前提として、最後に、本論文に対する若干の検討課題を指摘する。

第一に、損害賠償額の予定の内容確定に関する解釈論において、本論文は、抽象的計算方法の議論を参照するが、損害算定理論自体の評価とあり方の検討がなお必要なことはもとより、私的自治その他の観点から任意規範を排除できる「合意」レベルの議論と損害賠償法規範自体の設計・解釈レベルの議論を、混同してはならないのではないかと、いう批判が考えられる。本論文は、実体法の変更という点で損害賠償額の予定合意と抽象的損害計算は共通するといえるが、たとえば、抽象的規範的損害計算を採用する四一九条はまさに実体法規範であり、実体法の変更ではないのではないか。これとも関連して、損害賠償の予定額の合意をしたならば具体的金額による反証を許さないことが、むしろ、一般的な取引慣行や典型的な当事者の利害から解釈論的には原則論として基礎づけられるのではないか。合意があるにもかかわらず実損害額の主張を排除しないことを原

則とするという本論文の主張の基礎づけは、損害賠償法がデフォルトだからというのでは足りないのではないかという批判があり得よう。

第二に、債務不履行の抑止を目的とする違約金条項につき、本論文は、かかる目的が実損害額を超過する予定額の合意を正当化すると分析した上で、その内容規制において、予定額の過大性のみならず行為態様の不当性を必要とする要件構造を提示する。確かに、一方当事者が相手方の困窮または将来の不履行リスクに関する無知・無思慮に乗じて過大な予定額を定めることは許されないとしても、本来負うべき履行責任に比して著しく過大な予定額を設定すること自体は、つねに合意の自由の範疇に含まれるのであろうか。もちろん、不履行の抑止機能を高めるためには履行すべき対価との均衡を問う必要はないであろうが、予定額と履行すべき対価との乖離が大きく、取引通念上および契約目的に照らして相手方に過大な負担を課すと認められる予定額は、行為態様を問うことなく内容規制の対象たり得るのではないか。もともと、本論文は、予定額の過大性から行為態様の不当性が推定される場合を肯定するため、内容規制の有無における実際上の差異は少ないと思われる。むしろ、契約締結後の当事者の行為態様をも取り込んだ予

定額合意の相当性を判断する必要性こそが、ここでさらに強調されるべき要素となり得よう。さらに、こうした内容規制の判断枠組みが、第2部各章で検討される損害賠償等の条項の内容規制とどのような関係に立つのか、いわば総論として提起される第1部第2章と各論として提起される第2部各章の内容的な関わり合いがより鮮明に解明されることが望まれよう。

第三に、解約金条項に対する内容規制につき、本論文は、約定解除権行使の場合と法定の任意解除権行使の場合を区別し、前者については原則として合意の自由が尊重されようが、後者については、任意解除権の行使を妨げるような解約金の高額化は任意解除権を付与した法規範の目的に反して許されない旨を説く。しかし、そもそも実際に合意され運用されているキャンセル料条項に見られるように、必ずしもどちらかの解約金条項に明確に振り分けられない条項もあるのではないか。その上で、その振り分けができるとした場合、確かに、解約金が履行すべき対価を上回る場合は約定解除権の行使の妨げとなり得るため、一方で約定解除権を付与しながら他方においてその権利行使を否定するに等しく、約定解除権の付与と解約金条項との間に「内容矛盾」が生じかねない。その是正を合意解釈または

内容規制いずれのレベルにおいて行うべきかについては置くとしても、履行すべき対価を基準とする内容規制の可否についてさらなる検討を要しよう。同様に、任意解除権の行使における解約金条項についても、報酬を上回る解約金を支払わなければならないとすると、任意解除権行使による契約からの脱退をとくに認めた任意解除権の趣旨に反することにりかねない点で、約定解除権行使に関する解約金条項の内容規制との共通性が見いだせるが、その規制のあり方にもまた共通性は見いだされないのか。

第四に、過少な予定額および減免責条項の正当性につき、本論文は、将来の不履行リスクに関する当事者の合理的判断能力と予見可能性を挙げるが、その他にも、不履行に対して当事者が負うべき賠償額を減免することに対する対価的負担の有無（代金減額など）が考えられるとすれば、そのような対価的負担なき減免責を認める条項が内容規制の対象となることがあり得ようか。

上記のような問題提起は、本論文に対する批判ではなく、若干の検討事項の指摘にすぎないため、本論文に対する評価に影響しないことを付言する。

#### 四 結論

以上のように、本論文は、その内容のみならず、分析手法においても、大きな学問的寄与となり得る業績である。もちろん、河野君自身も、本論文の終章で今後の課題を取り上げていることから明らかな通り、本論文にはなお上記のような疑念があること、さらに、本論文では個別の具体的な条項に則した考察がまだほとんどされていないことなどの点において、本論文にはなお究明の残された課題も存在することは否定できない。しかし、これらは、本論文の主張内容から生じる将来の発展的課題といふべきものであって、本論文が現在有する学問的価値をいささかも損なうものではない。

本論文は、とりわけ契約法の中心課題である損害賠償法を、損害賠償額の予定の観点から批判的に再構成しようとする壮大な試みの第一歩とも評することができ、この試みは、すでに本論文の第1部第1章での損害賠償額の予定と損害算定理論との相互関係の究明、同第2章以下で示される損害填補を目指す損害賠償法と債務者の行為態様も評価に組み入れようとする損害賠償額の予定との対比関係に現れており、さらに終章で示される今後の課題の検討が期待される。こうして、本論文は、契約不履行法、契約法、民

事責任法の基礎的研究として、必読の文献となり得るものである。以上より、審査委員一同は、全員一致で、河野航平君に博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与することを至当と判断するものである。

二〇二四年四月一九日

主査 慶應義塾大学大学院法務研究科教授  
北居 功

副査 慶應義塾大学法学部教授  
武川 幸嗣

副査 慶應義塾大学法学部教授  
丸山絵美子