

【論 説】

解約金の3類型 —解約金等条項の法的性質および内容規制に関する 比較法的検討—

河 野 航 平

I 序論

- 1 問題提起
- 2 方法および構成

II ドイツ法

- 1 解約金の法的位置づけ
- 2 解除等に伴い支払うべき金額に関する合意の内容規制

III オーストリア法

- 1 解約金の法的位置づけ
- 2 解除等に伴い支払うべき金額に関する合意の内容規制

IV 解約金等条項の法的性質と内容規制

- 1 ドイツ法およびオーストリア法の検討のまとめ
- 2 日本法における解約金等条項

V 残された課題

I 序論

1 問題提起

契約当事者は、一方的な意思表示によって契約を解除する権限について、特約を定めることができる。さらに、解除権行使の際に支払うべき金額を定めることもできる。典型的には、募集型企画旅行契約、宿泊契約、施設利用契約等におけるキャンセル料が想定される。あるいは、販売店契約、小売店のフランチャイズ契約等においては、在庫の買戻しについて特約が定められることがある。これが、一定額の支払と引き換えに解除権を行使する形式で合意されている場合には、この条項も、キャンセル料条項に類似の性質を備えるものと考え

られる。それでは、解除権行使の際に支払うべき金額を定めるこれらの条項は、法的に、いかなる条項として位置づけられるべきか。

これらの条項は損害賠償額の予定に関する合意であると性質決定することも考えられる。しかし、少なくとも、約定解除権行使の際に支払われるべき金額の合意を解釈する際には、以下の問題に直面する¹。損害賠償額の予定とは、債務不履行の場合に債務者が支払うべき損害賠償の額を、契約においてあらかじめ定めることを指す（民法420条1項）²。つまり、債務不履行による損害賠償請求権の成立が前提とされている。免責事由の抗弁の可否³および損害発生の要否⁴については議論があるものの、債務不履行の事実、債権者が立証しなければならない⁵。このように、損害賠償額の予定に関する合意は、債務不履行による損害賠償の範囲および損害の金銭的評価について、当事者が特約により修正するものであると捉えることができる。これに対して、債務者による約定解除権の行使は、契約に基づいて認められた適法な行為であり、契約違反ないし債務不履行ではない。債務者による約定解除権の行使の際に支払われるべき金額の合意は、それが債権者の不利益を填補する趣旨を含んでいたとしても、債務不履行による損害賠償の範囲および損害の金銭的評価に関する特約と解することはできない。むしろ、債務不履行による損害賠償に関する規範とは無関係に、すなわち、任意法規を修正するという形ではなく直接的に、約定解除権の行使の際に支払われるべき金額を定めるものというべきである。

以上の問題を論じることは、過大な金額を定める合意の内容規制を念頭に置

¹ 民法420条1項の適用範囲の一般論について、磯村保編『新注釈民法(8) 債権(1)』(有斐閣、2022年) 748頁〔難波譲治〕。また、消費者契約法9条1号との関連において、「約定解除の場合の損害賠償の額に関しては、民法上の規定は存在しない」とするのは、消費者庁消費者制度課編『逐条解説 消費者契約法〔第4版〕』(商事法務、2019年) 276頁（以下、逐条解説と引用する）。

² 潮見佳男『新債権総論 I』(信山社、2017年) 538頁。

³ 従来の議論の整理および特約がない場合の抗弁肯定説の正当化について、難波・前掲注(1)749～750頁、潮見・前掲注(2)541頁、中田裕康『債権総論』(岩波書店、2020年) 222頁、鎌田薫＝松本恒雄＝野澤正充編『新基本法コンメンタール 債権 I』(日本評論社、2021年) 89頁〔白石友行〕。

⁴ 従来の議論の整理および特約がない場合の損害発生不要説の正当化について、難波・前掲注(1)750～751頁。

⁵ 大判大11.7.26民集1巻431頁。潮見・前掲注(2)540頁、奥田昌道＝佐々木茂美『新版 債権総論 中巻』(判例タイムズ社、2021年) 333頁、白石・前掲注(3)88頁も参照。

くと、いっそう重要である。損害額に比して過大な賠償額を予定する合意の効力が民法90条に基づき否定されるべきことは、判例⁶および学説⁷により認められている。しかし、法律上賠償されるべき損害額との比較による内容規制は、「債務不履行による損害賠償の範囲の確定および損害額の計算について、当事者が特約により修正する」という構造を前提にしていると考えられる⁸。約定解除権の行使の際に支払われるべき金額が合意された場合に、これがなんらかの基準に基づき過大であると評価されるとしても、損害額を基準にした内容規制は、直ちには妥当しないのではないか。このような疑問は、消費者契約法9条1号、とりわけ、同号の「平均的な損害」を民法416条の「通常損害」と解する見解⁹に当てはまる。平均的な損害を、債務不履行による損害賠償の範囲に関する民法416条に結びつけて解釈する限り、消費者契約法9条1号の射程は、債務不履行による損害賠償が問題になっている事例に限られると解するのが理論的に一貫する。しかし、同号は、そのような限定を行っていない。学説上も、限定的な解釈は支持されておらず、むしろ、同号は「理論的位置づけを少しずつ異にする複数の場面を適用対象とする複雑な規定」であること¹⁰、そして、「理

⁶ 大判昭19.3.14民集23巻147頁。

⁷ 過大な賠償額を予定する条項について、民法90条に基づき一部無効となるとするのは、能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制(1)～(5・完)」法学協会雑誌102巻(1985年)2号249頁、5号833頁、7号1225頁、10号1871頁、103巻(1986年)6号997頁。必要性の原則に基づく過剰介入の禁止から、同様の結論を説明するのは、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)222頁〔初出1999年〕。これに対し、近時は、全部無効説とした上で、損害賠償責任の内容確定に関する任意法規を補充する見解も有力である。潮見・前掲注(2)543～545頁、難波・前掲注(1)763～765頁。

⁸ 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123号(2019年)259頁、特に282頁。

⁹ 山本敬三『契約法の現代化I』(商事法務、2016年)262頁〔初出2001年〕。ただし、IV2(3)で検討するように、これとは異なる「平均的な損害」の解釈を志向する見解も有力である。その嚆矢として、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、2006年)93頁、千葉恵美子「損害賠償額の予定・違約金条項をめぐる特別法上の規制と民法法理」山田卓生先生古希『損害賠償法の軌跡と展望』(2008年)403頁。また、「履行利益」を基礎としながらも、416条の「通常生ずべき損害」とは異なる固有の意義を認めるのは、城内明「消費者契約法9条1号にいう『平均的な損害』の意義についての一考察」現代法学30号(2016年)91頁、特に118～120頁。

¹⁰ 山本豊「消費者契約法(3)・完——不当条項規制をめぐる諸問題」法教243号(2000年)60頁。

論的に異なる問題を慎重に区分けしながら、それぞれに応じた適切な解釈論を構築していくことが重要な課題となる」こと¹¹が指摘されている。実際に、判例¹²および裁判例¹³は、同号を幅広い事案に適用する傾向¹⁴にある。

本稿は、以上の問題意識に基づき、解除の際に支払うべき金額について定める合意の法的性質を理論的に明らかにするとともに、その検討を前提に、①債務不履行による損害賠償額の予定条項、②任意解除権行使に伴う損害賠償額の予定条項、③約定解除権行使に伴う解約金条項の3類型に分けて、それぞれについて、民法90条および消費者契約法9条1号に基づく内容規制の可否およびその基準を検討することを目的とする。

2 方法および構成

本稿は、上記の問題を検討するために、第一に、ドイツ法およびオーストリア法における解約金の規律を参照する。ドイツ民法典およびオーストリア一般民法典は、違約罰および損害賠償¹⁵から区別される「解約金 (Reugeld)」に関する規定を有しており、その解釈について議論の蓄積がある。解約金についての基礎理論が欠けている日本法にとって、参考になると見込まれる。さらに、

¹¹ 森田・前掲注(9)119頁。

¹² 最判平18.11.27民集60巻9号3437頁。同判決の評価については、後にIV2で詳述する。平均的損害概念の限界を指摘する文献として、大澤彩「違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理(1)」法学志林106巻4号(2009年)29頁～36頁。

¹³ 662条及び651条に基づく任意解除の際の不返還特約に関する近時の裁判例として、集合納骨施設に関する大阪地判令2.12.10判タ1495号204頁。約定解除権行使の際の解約金について、東京地判平23.11.17判タ1380号235頁。

¹⁴ 山本豊「現代契約法講座(8) 契約の内容規制(その2) 不当条項規制」法教340号(2009年)117頁は、実際に、裁判例がこれまで扱ってきたのは、消費者に約定解除権が付与されているケールであるとする。判例および裁判例の分析として、大澤・前掲注(12)22頁～55頁、城内・前掲注(10)94頁～113頁、岡田希世子「消費者契約法9条1号『平均的な損害』における損害算定基準について」地域共創学会誌5号77頁～91頁、難波・前掲注(1)784～788頁。

¹⁵ なお、違約罰と損害賠償の関係の理解は、ドイツ法とオーストリア法で異なる。ドイツにおいては、違約罰と損害賠償は区別されるのに対し、オーストリアにおいては、通説によると、違約罰に関する合意は、損害賠償額の包括的予定である。以上について、河野航平「損害賠償額の予定の位置づけとその類型化」法学政治学論究130号(2021年)1頁。つまり、単純に図式化すれば、ドイツにおいては、「違約罰」と「損害賠償」と「解約金」がそれぞれ区別されるのに対し、オーストリアにおいては、「違約罰＝損害賠償」と「解約金」が区別される。

以上の検討を前提に、射程を「解約金」から「解除等に伴い支払うべき金額に関する合意」に拡大して、その内容規制を分析する。ドイツとオーストリアでは、実際の条項が解約金に関する合意であると性質決定される範囲が異なり、後述するとおり、過大な金額を定める合意の内容規制において、興味深い相違をもたらしている。したがって、ドイツ法とオーストリア法の比較から、日本法における解約金の内容規制を検討する際の有益な視点を引き出すことができると期待される。

以下では、まず、ドイツ法における解約金について、沿革的検討ならびに判例および学説の検討を通じて、その法的位置づけを明らかにしたうえで（Ⅱ1）、解除等に伴い支払うべき金額に関する合意の内容規制について分析する（Ⅱ2）。次に、オーストリア法についても、同様に、解約金の法的位置づけと（Ⅲ1）、解除等に伴い支払うべき金額に関する合意の内容規制について分析する（Ⅲ2）¹⁶。そして、ドイツ法とオーストリア法の分析をまとめたうえで（Ⅳ1）、日本法における解約金等条項の法的性質および内容規制の検討を試みる（Ⅳ2）。最後に、本稿にとって残された課題を提示する（Ⅴ）。

本稿における解約金の用語法は、以下のとおりである。約定解除権の行使の際に支払われるべき金銭のことを、「狭義の解約金」と称する。解約手付と狭義の解約金の総称が、「広義の解約金」であり、単に「解約金」という場合には、原則として、広義の解約金を指す。ただし、「解約金の支払と引き換えにする解除」（ドイツ民法典353条）という場合には、契約締結時に解約金が交付される事例（解約手付）が想定されていないため、狭義の解約金だけが問題となる。これに対し、「支払」といわず、「解約金と引き換えにする解除」（ドイツ民法典第1草案435条等）という場合には、解約手付の放棄（手付損）による解除と、狭義の解約金の事後的な支払による解除の双方が含まれる。解約金に限定せず、債務不履行による損害賠償額の予定や任意解除権行使に伴う損害賠償額の予定等を包括する場合には、「解除に伴い支払うべき金額」等の表現を用いる。「解

¹⁶ 検討の順序について、民法典の成立時を基準とするならば、オーストリア法、ドイツ法の順序で検討することが望ましいとも考えられる。もっとも、後述するとおり、解約金概念についてより厳密な解釈が採られているのはドイツであり、これを先に検討することが比較法的検討の際に便宜であるため、ドイツ法、オーストリア法の順序で検討する。

除等」とする場合には、解約告知や期限前弁済も含む。なお、本稿の表題における「解約金」は、例外的に、解除等に伴い支払うべき金額を定める条項を広く対象とする趣旨である。

II ドイツ法

1 解約金の法的位置づけ

ドイツ民法典336条¹⁷は、手付の解釈準則を規定する¹⁸。すなわち、手付は、原則として証約手付であると解され、特段の合意がない限り、解約手付とは解されない。また、353条¹⁹は、狭義の解約金の支払と引き換えにする解除について、解約金の支払前に解除の意思表示が行われた場合の解釈準則を規定する。解約金の定義規定は存在せず、なんらかの解約金概念が前提とされている。

以下では、まず、これらの規定の沿革を検討する。もっとも、ドイツ民法典の起草過程において、解約金概念それ自体についての議論は、必ずしも充実していない。起草過程において前提とされた解約金概念を明らかにするためには、19世紀の学説の議論状況を検討する必要がある。次に、以上の作業を前提に、特に解約金の法的性質に焦点を合わせて、現在の判例および学説を検討する。

(1) ドイツ民法典制定前の状況

① 前史

後悔権 (Reurecht) に関する19世紀の研究は、原則として後悔権が排除され

¹⁷ ドイツ民法典336条

1項 契約の締結の際に、ある物が手付として交付されたときは、これは、契約締結のしるしとみなされる。

2項 手付は、疑いのあるときは、解約金とはみなされない。

¹⁸ ヨーロッパにおける手付について、来栖三郎『来栖三郎著作集II 契約法』(信山社、2004年) 235頁～255頁〔初出1964年〕、吉田豊『手付の研究』(中央大学出版部、2005年) 571頁～584頁〔初出1969年〕、柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(14) 債権(5)』(有斐閣、1993年) 168～170頁〔柚木馨＝高木多喜男〕。

¹⁹ ドイツ民法典353条

解約金の支払と引き換えに解除権が留保されている場合において、解約金が解除の意思表示の前に、又は、解除の意思表示と同時に支払われず、かつ、相手方がこの理由により、解除の意思表示を拒絶したときは、解除は、効力を有しない。ただし、解約金が、拒絶の後遅滞なく支払われたときは、解除の意思表示は、有効である。

る過程で、約定額の支払と引き換えに解除権の行使を認めるという場合の狭義の解約金や、解約手付が、例外として位置づけられるに至ったことを明らかにする。

ジーゲルは、約束の拘束力に関する研究の中で、後悔権について分析する²⁰。すなわち、一定の金額の支払、手付の喪失またはその双方による契約からの解放を認める種々の都市法²¹を検討した上で²²、「対価を伴う後悔権、または、手付の解約金としての取り扱いは、それが慣例であった領域において、原則として、ローマ法の継受により効力が生じた都市法またはラント法を通じて、将来に向けて排除された」とする²³。ジーゲルによると、ローマ法の継受の帰結として、「今日、普通法の領域および法典編纂が行われたラントにおいて、対価を伴う解約権が基礎づけられている場合、または、手付が解約手付の性質を有すべき場合には、このことが明示的な契約によって定められねばならない」²⁴。このように、狭義の解約金（「対価を伴う解約権」における「対価」）や解約手付は、特約がある場合の例外として位置づけられるに至った²⁵。以下では、ジーゲルも指摘しているところの法典編纂および普通法学説の内容について概観する。

²⁰ Heinrich Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*, 1873, S.26-45.

²¹ なお、同様に、一定の金額の支払と引き換えに契約の解除を認める立法例を指摘する文献として、Christian Friedrich Mühlbruch, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, 2.Theil, 3.Aufl., 1936, S.257およびS.258 Fn.15がある。

²² 中世イングランドについて同様の検討を行う研究として、加藤哲実「中世イングランドにおけるGod's pennyについて」鹿児島大学法学論集19巻1・2号（1984年）79頁参照。ただし、ジーゲルにより叙述された中世都市法の状況は、手付（Gottespfennig）の交付が解約（Reue）を排除しないというものであり、加藤により叙述された中世イングランドの法状況とは異なる。

²³ Siegel, a.a.O.(Fn.20), S.37.

²⁴ Siegel, a.a.O.(Fn.20), S.38.

²⁵ ジーゲルの分析に対しては、後悔権の行使による契約の解消が一般的に認められていたわけではないとの批判もある。批判的見解によれば、約定解除権の対価としての解約金や解約手付は、その生成当初から、当事者の合意または一部の都市法により例外的に認められるものに過ぎなかったことになる。Otto Stobbe, *Reurecht und Vertragsschluss nach älterem deutschen Recht*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Bd.13(1878), S.209.

② 法典編纂

プロイセン一般ラント法は、第1編第5章212条²⁶において、当事者の特約がない限り、手付は、解約手付とは解されないとして、手付における解約手付の例外性を定める²⁷。さらに、312条²⁸で、違約罰との関係における狭義の解約金の例外性を定める²⁹。

オーストリア一般民法典も、Ⅲ1において概観するとおり、910条で解約手付を例外に位置づける。

ザクセン民法典は、893条³⁰で証約手付を原則として定める³¹。ザクセン民法典は、解約金をもっぱら解約手付として定めており（897条）、狭義の解約金の規律については不明である。違約罰の箇所（1428条～1435条）にも、規定は見当たらない³²。

一般ドイツ商法典は、285条1項³³において、当事者の特約または地域の慣習がない限り、手付は、解約手付とは解されないとして、手付における解約手付の例外性を定める。さらに、違約罰に関する284条2項³⁴において、違約罰との関係における狭義の解約金の例外性を定める。なお、同項においては、「解約金」との文言が用いられていない。プロイセン草案217条2項および編集委員会

²⁶ 同条は、証約手付としての手付について規律する前条までの規定をうけて、「以上とは異なること、および、手付の喪失または賠償と引き換えに契約の解除が行われるべきことが明示的に約定されているときは、手付は、解約金として扱われる」と定める。

²⁷ Christian Friedrich Koch, Allgemeines Landrecht für Preussischen Staatem, 1.Bd., 4.Aufl., 1862, S.272.

²⁸ 同条は、違約罰について規律する前条までの規定をうけて、「しかし、義務者が違約金の支払を通じて自己の債務から免れるべきことが明示的に約定されたときは、違約金は、解約金とみなされる」と定める。

²⁹ Koch, a.a.O.(Fn.27), S.332.

³⁰ 同条は、「契約の際に手付としてある物が交付されたときは、疑いのあるときは、締結された契約のしるしとしてこのことが行われたとみなされる」と定める。

³¹ Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863, 1863, S.175.

³² Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863, 1863, S.280f.

³³ 同条は、「手付は、その旨が合意され、または、地域の慣習であった場合のみに、解約金とみなされる」と定める。

³⁴ 同条は、「債務者は、疑いのあるときは、違約罰の支払を通じて履行から解放される権限を有しない」と定める。

草案242条2項においては、解約金 (Reugeld) との文言が用いられていたところ、これは、1858年の第157回会議で改められた。その理由は、当時の用語法によれば、解約金 (Reugeld) とは、解約手付を指すのが一般的であったからである³⁵。つまり、約定額の支払と引き換えに約定解除権の行使を認めるという狭義の解約金 (ドイツ民法典353条) と、解約手付 (ドイツ民法典336条2項) を、いずれも解約金 (Reugeld) と整理するドイツ民法典の用語法とは異なっている。したがって、実質的な内容は、「違約罰の合意は、疑いのあるときは、解約金の定めとはみなされない」と定めていた編集委員会草案242条2項と異ならない。

③ 普通法学説

19世紀においては、現在のドイツ民法典と同様に、契約の効力を強める手段として手付と違約罰を同じ個所で扱う文献が少なくない³⁶ ³⁷。債務者が任意に契約を解除することを可能にする解約金は、契約の効力を強めるという観念に馴染まず、必然的に、例外に位置づけられることになる。

以上のような理解を特に明確に示すのは、サヴィニーである。サヴィニーは、

³⁵ Johann von Lutz (Hrsg.), *Protokolle der Kommission zur Berathung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches*, Bd.3, 1858, S.1311.

³⁶ 以下に掲げるサヴィニーの文献のほか、Mühlenbruch, a.a.O.(Fn.21), S.257f.; Karl Adolph von Vangerow, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, Neueste Aufl., 1849, Bd.3, S.333-343 (特に解約金についてS.341) ; Rudolf von Holzschuher, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, 3.Aufl., 1864, Bd.3, S.342-350; Karl Georg von Wächter, *Pandekten*, Bd. 2, 1880, S.384 (ただし、違約罰についての主要な説明は、債務関係の対象に関する箇所で行われる、S.303-306) 。

³⁷ これに対して、例えばティボーは、「債務の強化」として違約罰に言及するが、手付には言及せず、別の箇所で扱う。Anton Friedrich Justus Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, Bd.1, 7. Aufl., 1828, S.88f., 112f. ティボーの見解によっても、特約がなければ、債務者が違約罰の支払を通じて契約を解消することはできず (S.89)、手付の放棄や倍戻しによって契約を解消することもできない (S.112)。ただし、これらの規律が、解約金概念や、契約の効力への影響という観点から説明されているわけではない。

ティボーとは反対に、手付を「契約強化の手段」と位置づけ、違約罰を別の箇所で扱う文献もある。Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, *Das practische gemeine Civilrecht*, Bd.2, 1847; Georg Friedrich Puchta/Adolf August Friedrich Rudorff, *Vorlesungen Über Das Heutige Römische Recht*, Bd.2, 1855; Ludwig Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, 9. Aufl., 1877.

後述のとおり、ドイツ民法典は、手付と違約罰を同じ個所で扱うところ、このような整理の方法は、19世紀の学説上、必ずしも支配的ではなかったということができる。

手付について、次のように叙述する³⁸。

少なからぬ者が、手付を解約金 (Reugeld) とみなそうとする。……仮にこの見解が正当であるならば、手付においては、明らかに、契約の強化ではなく、契約の弱体化が存在することになってしまうだろう。……そのような、一定の解約金と引き換えに留保された解除権を備える契約が締結される可能性がある、ということ自体には、いかなる疑いもない。しかし、このような定めは、明示的に約定されなければならない、決して、自明のことではない。そして、手付自体は、そのような明示の約定がない限り、解約金の意味で解釈されてはならず、むしろ、前述のとおり、全く反対の意味で〔証約手付として〕解釈されなければならない。

また、違約罰についても、次のように叙述する³⁹。

違約罰契約は、2種類の異なる作用をもたらすことができる。一方で、違約罰の懸念を通じた履行への新たな動機づけであり、他方で、主たる契約に基づく権利の追及を容易にすることである。

……したがって、違約罰契約の目的は、まさしく主たる契約の強化へと方向づけられる。それゆえに、債務者が任意に主たる契約の履行を免れることができる解約金 (Reugeld) として違約罰を扱う場合には、以上の、原則として疑う余地のない、違約罰の約定の目的が、完全に誤解されることになるだろう。もっとも、当事者が違約罰契約をそのような解約金の意味で締結することができる点に、いかなる懸念もない。その場合に、違約罰契約は、主たる契約の強化ではなく、弱体化として機能する。しかし、このような意義は、決して自明ではなく、当事者の明示的な意思表示によってのみもたらされうる。

³⁸ Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts Bd.2, 1853, S.268f.

³⁹ Savigny, a.a.O.(Fn.38), S.265f.

このように、サヴィニーの下では、手付と違約罰が「契約の効力の強化」という観点からまとめられるとともに、解約手付および狭義の解約金が、いずれも解約金（Reugeld）として、契約の効力を弱める機能に鑑みて、例外へと位置づけられる。このように、契約の効力への影響という観点から、解約金の例外的性格が裏づけられるに至った。

違約罰と狭義の解約金の関係は、ヴィントシャイトの下で、よりいっそう明確になる。ヴィントシャイトによると、債務者が、「債務を履行するか、何か別の給付をするか」を選択することができる場合に、「この給付を違約罰と称してはなら」ず⁴⁰、この給付は、「実際には解約金（Reugeld）である」⁴¹。つまり、ヴィントシャイトによると、債務者が約定額の支払を通じて債務の履行を免れることができる場合に、当事者の合意について、特約の付された違約罰に関する合意であると評価することはできず、もっぱら解約金に関する合意と評価される。

(2) ドイツ民法典の起草過程

ドイツ民法典の起草過程において、解約金概念それ自体に関する議論は、必ずしも多くない。むしろ、従前の議論が前提にされているとみることができる。

① 債務法部分草案

債務法部分草案において、解約金に関する規定は、第1部第2章第1節第2款「契約強化の手段」の「a手付および解約金」の箇所に置かれている。

i) 解約手付の位置づけ

手付に関する1条⁴²第1文によると、手付は、証約手付としての機能を備える。同条第2文は、特約がない限り、手付が解約手付とは解されないことを定める。起草者のキューベルによると、手付は、契約締結の証明を確実にし、あるいはは

⁴⁰ Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pakdektenrechts, 5.Aufl., Bd.2, 1879, S.111. なお、ドイツ民法典の前史として検討していることから、第5版を引用した。

⁴¹ Windscheid, a.a.O.(Fn.40), S.111 Fn.18.

⁴² 債務法部分草案第1部第2章第1節第2款第1条

契約の際にある物が手付として交付された場合に、これは、締結された契約の証拠とされる。手付が解約金とみなされるのは、そのことが合意された場合に限られる。

証明の負担を軽減するという機能を営み、その限りで、契約の強化に資する⁴³。以上のような「手付の概念および本質において、〔解約金としての〕意義は維持されない」という⁴⁴。このように、契約の効力への影響という観点から、解約手付を例外に位置づける説明は、サヴィニーの説明に類似する。

ii) 解約金の意義

解約金それ自体については、4条⁴⁵および5条⁴⁶に定められている。

4条第1文は、一方で、契約の一方当事者が解約金を解約手付として事前に交付した場合に、この者が解約手付の放棄（手付損）と引き換えに契約を解除する可能性を認める。他方で、当事者が狭義の解約金の支払を約束した場合に、約束された解約金の支払と引き換えに、契約を解除する可能性を認める。キューベルによると、解約金の意義は、「給付義務を負う契約当事者に、解約金の支払または放棄と引き換えに、契約から免れる権限を与える点にある」⁴⁷。そして、「債権者は、履行請求権だけを保持するに過ぎず、これに対して、債務者がこの請求権を実現させるか、約定の解約金の支払または放棄を通じて請求権から解放されるかは、債務者の任意である」⁴⁸という。したがって、例えば、解除の相手方が解約金を請求することはできず、解除権者は、解約金の支払債務を負うわけではない。手付倍戻しによる解除のように、債権者の側から解除することも認められない。さらに、双務契約において解約金の支払約束がなされた

⁴³ Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 1980, S.323.

⁴⁴ Schubert, a.a.O.(Fn.43), S.325.

⁴⁵ 債務法部分草案第1部第2章第1節第2款 第4条

ある者が契約の締結に際してある物を解約金（Reugeld）として交付し、または約束した場合には、この者は、交付された解約金の喪失または約束された解約金の支払と引き換えに、契約を解除することができる。この者が契約を既に履行し、もしくは履行に着手し、または、他方の契約当事者からの履行を全部もしくは部分的に受領したときは、解除は、排除されている。

⁴⁶ 債務法部分草案第1部第2章第1節第2款 第5条

契約が履行され、または解除された場合に、解約金が既に交付されていたときは、2条の規定を準用する。

なお、2条は、「契約が履行されたときは、別段の合意がない限りで、手付は、手付交付者の給付に算入され、または、手付受領者から返還される。払戻しは、契約が解除される場合にも、行われなければならない。」と定める。

⁴⁷ Schubert, a.a.O.(Fn.43), S.330.

⁴⁸ Schubert, a.a.O.(Fn.43), S.330f.

場合に、両当事者への解約権の設定を推定する立法例もあるところ、債務法部分草案は、推定規定を置かない。その理由は、「一方当事者にのみ解除権が帰属するか、それとも両当事者に帰属するかという問題は、契約の内容に従って判断されるべきことであり、推定規定を置くことは多かれ少なかれ恣意的であると考えられ、これについて差し迫った実務上の必要もないから」であるという⁴⁹。

iii) 解約金と引き換えにする解除の要件

4条第2文によると、解除権者が契約を既に履行し、もしくは、履行に着手し、または、相手方からの履行を全部もしくは部分的に受領した場合には、もはや解約金と引き換えにする解除は認められない。キューベルによると、このような場合には、解除権者が、主たる債務関係の履行と解除との間の選択権を前者の意味で行使したものと扱われる⁵⁰。なお、キューベルによると、「約束された解約金を支払う旨の一方向的な意思表示だけでは、債務者は、履行義務から解放されない」⁵¹。現実に関約金を支払うまでは、債務者は、依然として、弁済により自己の債務を消滅させることができる。

iv) 違約罰との関係

債務法部分草案「契約強化の手段」の「b違約罰」6条⁵²は、違約罰の請求と履行請求の関係について定める。すなわち、一方で、不履行について違約罰が約束された場合に、債権者は、履行請求と違約罰請求のいずれかを選択する権利を有する。他方で、定められた時または定められた場所で債務を履行しないことについて違約罰が約束された場合に、債権者は、違約罰と履行の双方を請求することができる。

⁴⁹ *Schubert*, a.a.O.(Fn.43), S.331.

⁵⁰ *Schubert*, a.a.O.(Fn.43), S.332.

⁵¹ *Schubert*, a.a.O.(Fn.43), S.332.

⁵² 債務法部分草案第1部第2章第1節第2款第6条

債務者により、債権者に対し、債務者が自己の債務を履行しないことについて、違約罰として給付が約束された場合に、このことが実際に生じたときは、債権者は、履行または違約罰を請求する選択権を有する。

違約罰が、債務が定められた時または定められた場所で履行されないことについて約束された場合に、このことが生じたときは、違約罰は、履行とは別に請求されうる。」

解約金に関係するのは前者である。すなわち、キューベルによると、債務者が、主たる債務関係に基づく自己の債務を履行するか、約定された違約金を支払って債務から免れるかの選択権を有する場合には、解約金としての性質が認められ、解約金の規律が適用される⁵³。部分草案では、このような債務者の選択権が認められないことが原則とされている。

ただし、キューベルは、当事者が特約で債務者の選択権を定める可能性を排除していない。特約により債務者に選択権が認められる場合に、当事者の定めた違約金が解約金の性質を兼ねると解するのか、それとも、もはや違約金ではなく解約金を定める合意と解されるのか、問題となる。この点について、債務者の選択権を定める特約を含む「法律関係は、……解約契約とみなされ、それゆえに草案の4条および5条に従って取り扱われる」という記述がある⁵⁴。この記述は、違約金と解約金とで適用されるべき条文が異なり、双方が適用されることはないことを意味する。そして、債務者が約定額の支払を通じて債務の履行を免れることができる場合には、特約の付された違約金ではなく、もっぱら解約金として扱う解釈に親和的であり、前述のヴィントシャイトの見解に類似する。

② 第1委員会

i) 解約手付の位置づけ

解約手付の例外としての位置づけは、第1草案417条⁵⁵でも変更されていない⁵⁶。もっとも、第1委員会の議事録および理由書において、詳細な理由づけは見当たらない。むしろ、第1委員会において議論になっていたのは、いかなる場合に解約手付と認定されるかについてである。すなわち、当事者の合意のほかに「その地の慣行であった」場合に解約手付と認定することが提案された⁵⁷。こ

⁵³ *Schubert*, a.a.O.(Fn.43), S.336

⁵⁴ *Schubert*, a.a.O.(Fn.43), S.343.

⁵⁵ 第1草案417条

1項 契約の際にある物が手付 (Arrha, Haftgeld, Angeld, Handgeld, Daraufgeld) として交付された場合に、これは、行われた契約締結のしるしとみなされる。

2項 手付が解約金とみなされるのは、このことが合意されている場合に限られる。

⁵⁶ Benno Mugdan(Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.2, 1899, S.151f.

⁵⁷ Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert(Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen

の提案は、地域的な慣習法に効力を与えるべき十分な理由はなく、商法による対応も可能であるとして、却下された⁵⁸。

ii) 解約金の意義

第1委員会において、解約金の性質に関する議論は見当たらない。強いて言えば、後述の「解約金と引き換えにする解除」の規定の対象を、解約手付を含む広義の解約金ではなく、狭義の解約金に限定すべきこと、それに伴って、規定を解除の一般規定の箇所に移すべきことが議論になった。しかし、第1委員会議事録によると、決議は留保された⁵⁹。もっとも、第1草案では、解約金と引き換えにする解除の規定(後述の第1草案435条)は、解除の箇所に置かれている。

iii) 解約金と引き換えにする解除の要件

解約金に解する議論の中で、第1委員会で主として取り上げられていたのは、第1草案435条⁶⁰に関する、解約金と引き換えにする解除の要件論である。

まず、前述のとおり、キューベルは、解約金と引き換えにする解除について、解除の意思表示では足りず、現実に狭義の解約金を支払うことを要するとの解釈を示していた。これに対し、第1委員会においては、このような場合に解除の意思表示を単に無効とするだけでは、解除の意思表示を有効なものとして捉え、これを信頼した相手方に不利益が生じることが懸念された⁶¹。

一方で、狭義の解約金を支払わなくても解除を有効に行うことができること、解除の意思表示により狭義の解約金を支払う債務が生じるに過ぎないことを定める旨の提案⁶²がなされた。これに対して、「解除の意思表示は、これをした

Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S.525.

⁵⁸ Jakobs/Schubert, a.a.O.(Fn.57), S.525f.; Mugdan, a.a.O.(Fn.56), S.152.

⁵⁹ Jakobs/Schubert, a.a.O.(Fn.57), S.557.

⁶⁰ 第1草案435条

解約金と引き換えにする解除権が留保されている場合には、相手方に対する解除の意思表示は、解約金が意思表示の際に支払われ、または、既に事前に支払われていたときのみ、有効である。ただし、解除権者は、解約金を給付することなく解除の意思表示をしたときであっても、この意思表示に拘束される。

⁶¹ Mugdan, a.a.O.(Fn.56), S.158.

⁶² 具体的には、4条について、軽微な文言の修正を行って1項とした上で、以下の規定を追加することが提案された。

「2項 解除は、相手方に対する意思表示により行われる。

3項 解除をした者は、約束された解約金〔狭義の解約金〕を支払わねばならず、

者に拘束力を及ぼす」との規定を加える旨の提案⁶³もされた⁶⁴。第1委員会では、このいずれを採用するかという問題は、解釈準則を定めるに過ぎず、「普通法に最もよく調和し、取引において支配的な見解に適合するような原則」が採用されるべきとされ、結果として、後者の提案が採用された⁶⁵。ただし、前者のような内容の特約を合意することは妨げられないことが強調された⁶⁶。

iv) 違約罰との関係

第1委員会において、違約罰と解約金の関係に関する議論は少ない。もっとも、違約罰が原則として解約金とは解されない旨の規定について、当然のことを定めるもので不要であるとされた⁶⁷。この点についても、詳細な議論は見当たらない。

④ 第2委員会

i) 解約手付の位置づけ

解約手付の例外としての位置づけは、第2草案288条⁶⁸においても変更されていない。第2委員会においても、解約手付に関する議論は乏しい。もっとも、第1草案417条の削除案に対する反論の中に、解約手付に関する記述を見出すことができる。すなわち、解約手付の放棄により債務から解放される可能性を認める見解は、広く普及しており、例外として明示的に定めることが望ましいと反論される⁶⁹。したがって、原則としての証約手付を1項で定め、例外とし

既に支払われた解約金〔解約手付〕の返還を求めることはできない。約束された解約金〔狭義の解約金〕の給付が解除の後に不能になったときは、解除をした者は、自己の責めに帰すべき事由がない場合であっても、これについて、損害賠償をしなければならない。」

なお、3項第2文は、金銭以外の物の給付を合意する可能性を念頭に置いた規定であると考えられるが、第1委員会議事録によると、撤回された。

⁶³ 具体的には、4条について、第1文の後に、「解除の意思表示は、意思表示をした者に拘束力を及ぼす」との規定を追加することが提案された。

⁶⁴ *Jakobs/Schubert*, a.a.O.(Fn.57), S.556.

⁶⁵ *Jakobs/Schubert*, a.a.O.(Fn.57), S.556f; *Mugdan*, a.a.O.(Fn.56), S.158.

⁶⁶ *Jakobs/Schubert*, a.a.O.(Fn.57), S.557; *Mugdan*, a.a.O.(Fn.56), S.158.

⁶⁷ *Mugdan*, a.a.O.(Fn.56), S.154.

⁶⁸ 第2草案288条

1項 契約の締結の際にある物が手付として交付された場合に、これは、契約締結のしるしとみなされる。

2項 手付は、疑いのあるときは、解約手付とみなされない。

⁶⁹ *Mugdan*, a.a.O.(Fn.56), S.714f.

ての解約手付を2項で定める第1草案の規定が維持された。なお、例外的に解約手付と認定される場合に、「契約締結の証拠という意味における手付の意義と、解約金の性質における手付の意義が両立する」ことも確認されている⁷⁰。

ii) 解約金の意義

第2委員会においても、解約金の性質に関する議論は見当たらない。

iii) 解約金と引き換えにする解除の要件

第2委員会においても、第2草案308条⁷¹に関する議論の対象は、もっぱら、解約金と引き換えにする解除の要件論であった。

まず、先行するライヒ司法庁準備委員会においては、以下の3点の変更がなされた⁷²。第1に、「解約金と引き換えにする」解除から、「解約金の支払義務と引き換えにする」解除に文言が変更され、規定の対象が狭義の解約金に限定された。第2に、第1草案415条第2文の規定が、「解除の相手方の不当な優遇」であるとして削除され、代わりに、解約金が解除の意思表示の時までに支払われなかった場合に、他方当事者が意思表示を遅滞なく拒絶したときは、解除は無効であると定められた。このような規律は、「信義誠実の要請に適合する」という。第3に、解約金が遅滞なく支払われた場合には、解除の相手方の拒絶は無効であると定められた。その理由は、解約金を解除の意思表示と同時に支払うべきとの要請は、民族の意識に浸透せず、解除権者は、この要請を知らないことで、自己の権利を喪失してしまいかねないからであるという⁷³。

そして、第2委員会でも、同様の提案がなされ、議決された。

⁷⁰ *Mugdan*, a.a.O.(Fn.56), S.715.

⁷¹ 第2草案308条

解約金の支払と引き換えにする解除が留保されている場合には、解除の意思表示は、意思表示の前に、または、それと同時に解約金が支払われず、かつ、相手方がこの理由に基づき遅滞なく意思表示を拒絶したときは、無効である。ただし、解約金が拒絶後遅滞なく支払われるときは、解除の意思表示は、有効である。

⁷² 具体的に議決された条文は、以下のとおりである。

「解約金の支払義務と引き換えにする解除権が留保されている場合に、解除の意思表示は、解約金が意思表示の際に支払われず、又は、事前に支払われなかったときで、かつ、他方当事者がこの理由に基づき解除の意思表示を遅滞なく拒絶したときは、無効である。拒絶は、解約金が遅滞なく支払われたときは、無効である。」

⁷³ 以上について、*Jakobs/Schubert*, a.a.O.(Fn.57), S.616.

第1に、狭義の解約金を支払わない場合における解除の意思表示の無効について、相手方が遅滞なく拒絶した場合に限定された。その理由は、第2委員会議事録によると、一方で、解除の意思表示をした者は、相手方が解除を拒絶しない場合に、「解約金の支払が欠けているにもかかわらず、解除の意思表示に異議が唱えられなかった」と解するからである。他方で、解約金が解除の前に、または解除と同時に支払われなければ、解除は常に無効となるという規定は、一般的な法意識に馴染まないという⁷⁴。なお、解除の意思表示をした者がその意思表示に拘束される旨を定める第1草案435条第2文の削除についても、準備委員会と同様、「解除権者の永続的で一方的な拘束は、相手方を不当に優遇することに至る」ため削除すべきことが確認されている⁷⁵。

第2に、相手方の拒絶があった場合でも、解約金が遅滞なく支払われる場合には、解除は有効であるとされた。第2委員会議事録によると、このような規律は、特に隔地者を念頭において、解除の意思表示と「同時に解約金を支払うことはしばしば不可能」であり、そのような場合に、「解除権者は、解除の期間内に、解約金を添えて新たに解除の意思表示を発するために十分な時間を有しない」ことを根拠とする⁷⁶。

iv) 違約罰との関係

第2委員会における違約罰の議論は、裁判官による軽減権の導入が中心となっており、解約金と違約罰との関係に関する議論は見当たらない。

⑤ 補足：2002年債務法改正

なお、解約金に関する一般規律は、2002年の債務法改正により、359条から、353条へと移された。その際、文言の軽微な修正が行われた⁷⁷。

⑥ 小括

以上のように、ドイツ民法典の起草過程、特に第1委員会および第2委員会においては、解約金の支払と引き換えにする解除の要件論に議論が集中していた。解約金の法的性質や、違約罰との関係におけるその位置づけについて議論を展

⁷⁴ *Mugdan*, a.a.O.(Fn.56), S.734.

⁷⁵ *Mugdan*, a.a.O.(Fn.56), S.734.

⁷⁶ *Mugdan*, a.a.O.(Fn.56), S.734.

⁷⁷ 「Reugeldes」が「Reugelds」に改められた。

開するのは、債務法部分草案の段階までである。そして、キューベルにより示された見解は、(1)③において概観したサヴィニーおよびヴィントシャイトの見解に類似している。ドイツ民法典の起草過程において、解約金概念それ自体については、従前の学説上の理解が暗黙裡に前提とされ、特に異論が示されることもなかったと評することができる。

(3) 現在の判例および学説

以上のような解約手付および狭義の解約金の規律は、現在に至るまで異論なく受け継がれている。冒頭で述べたとおり、ドイツ民法典336条および353条は、解約金概念について定義していないところ、判例および学説における解約金概念の理解は、ドイツ民法典の起草過程、ひいては、その前提となった普通法学説と、大きく異なるところはない。もっとも、「債務者の権限の拡張」または「約定解除権の対価」としての性質が、より強調されるようになったと評することができる。

① 解約金の法的位置づけ

i) 解約金概念

解約金概念について、直接的に言及する連邦通常裁判所判決はない。もっとも、違約金との対比において、「解約金は、債務者に帰責されるのではなく……、むしろ、債務者に、その支払を通じて契約を解除する可能性のみを与える」と判示した下級審裁判例がある⁷⁸。

解約金に関する合意は、債務者に、本来は認められないはずの契約の解除を認めるものである。債務者に、解約手付や狭義の解約金の支払を通じた解除権が認められる場合に、債務者が解除権を行使したときは、債権者の履行請求による給付の実現が不可能になる。さらに、解除権行使は、契約に基づく権利行使であり、契約違反ではない。このような意味で、解約金は、債務者の権限を拡張するものであるとされる⁷⁹。見解によっては、解約金は、約定解除権行使

⁷⁸ OLG München 29.4.1969, 5 U 2860/68, NJW 1969, 1630.

⁷⁹ Reinhard Gaier, in: Wolfgang Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (以下、MüKoと引用する), Bd.3, 9.Aufl, 2022, § 353, Rn.2.

の対価であるとも説かれる⁸⁰。

確かに、解約金は、解除の相手方に、解除に伴う不利益についての補償をもたらす⁸¹。しかし、実際の損失の発生は、要件ではない⁸²。前述の下級審裁判例が示すように、解約金は、債務者の行為が契約に反することを前提に、債権者の下で生じた不利益を債務者に負担させるものではない⁸³。あくまでも、債務者の解除権を契約に基づき認めるためのものである。債権者の不利益の補償は、解約金の事実上の機能に過ぎない。

このような観点の下で、解約金が認められる範囲は、以下のように限定されている。

ii) 解約金と違約罰

解約金は、違約罰から区別される。むしろ、(1)および(2)における検討を踏まえれば、解約金という概念は、違約罰や手付との対比において論じられてきたということもできる。

判例⁸⁴および通説⁸⁵によると、ドイツ法における違約罰は、履行確保と損害の填補という2つの目的に資するものである。違約罰請求権は、損害賠償請求権とは別個の請求権であり、損害が全く生じなかった場合であっても、違約罰を請求することはできる⁸⁶。ただし、特約がない限り、双方を重複して請求す

⁸⁰ Dagmar Kaiser, in: Manfred Löwisch(Hrsg.), Staudinger BGB (以下、Staudingerと引用する)、Neubearb. 2012, § 353, Rn.2; Staudinger/Volker Rieble, Neubearb. 2020 (Stand. 04.08. 2022), Vor § § 339ff. Rn.80.

⁸¹ BGH 4.10.1956, II ZR 121/55, BGHZ 21, 370.

⁸² MüKo/Gaier, § 353, Rn.3; Johannes Hager, in: Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen(Hrsg.), BGB Schuldrecht (以下、NKと引用する), Bd.2/1, 4.Aufl., 2021, § 353, Rn.1.

⁸³ Thomas Lobinger, in: Thomas Pfeiffer (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (以下、Soergelと引用する), Bd.5/3, 13.Aufl., 2010, § 353, Rn.2.

⁸⁴ BGH 27.11.1974, BGHZ 63, 256 ; BGH 18.11.1982, BGHZ 85, 305; BGH 12.7.1995, I ZR 176/93, BGHZ 130, 288.

⁸⁵ Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1 Allgemeiner Teil, S.376-377; Joachim Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S.757-758; Staudinger/Rieble, Vor § 339ff., Rn.28; MüKo/Peter Gottwald, Vor § 339ff., Rn.6; Christian Grüneberg, in: Christian Grüneberg(Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen (以下、Grünebergと引用する), 82.Aufl., 2023, § 339 Rn.1; NK/Wolfgang Walchner, § 339, Rn.1; Uwe Brendler, Die Vertragsstrafe und Ihre Grenzen, 2019, S.41-45.

⁸⁶ BGH 27.11.1974, BGHZ 63, 256.

ることはできない（ドイツ民法典340条2項および341条2項）。違約罰は、損害の最低額として扱われるため、損害額が違約罰額を上回る場合には、超過損害の賠償を求めることができる⁸⁷。他方で、ドイツ民法典343条1項に基づき、裁判官は違約罰を軽減することができる。違約罰の軽減において、損害額は、1つの考慮要素に過ぎない⁸⁸。したがって、違約罰額が損害額を上回る場合に、違約罰の軽減が行われるとは限らず、債務者の帰責性の程度といった義務違反の態様⁸⁹も考慮されることになる。このように、違約罰は、債務者に契約の履行を促すという観点から、損害賠償とは性質の異なる救済手段を債権者に与えるものである。これまでの解約金概念の検討との対比でいえば、違約罰は、契約を強化する手段である。

違約罰が債務者の履行を確保するのに対し、解約金に関する合意がある場合に、債務者は、金銭の支払を通じて、契約に基づく債務の履行を免れることができる⁹⁰。理論上明確に区別されるにもかかわらず、個別の事案においては、違約罰と解約金を区別することは困難であるとされている。これらを区別する基準として、約定額の高さに着目すべきことも説かれている⁹¹。しかし、約定額の高さは、違約罰としての履行確保目的の存在を直ちに導くものではなく、債務を履行するか約定額を支払うかの選択を債務者の選択にゆだねるという構造を変更するものではないと反論される⁹²。有力説によると、決定的な基準となるのは、契約を解消しようとする債務者の行為が、契約に適合する適法なものか否かである⁹³。すなわち、違約罰の請求は、債務者の契約に反する行為に

⁸⁷ 以上について、河野航平「損害賠償額の予定の効果論」法学政治学論究119号（2018年）543～544頁。

⁸⁸ BGH 13.03.1953, GRUR 1853, 262; BGH 27.11.1968, NJW 1969, 461; BGH 1.6.1983, NJW 1984, 919.

⁸⁹ BGH 31.05.2001, NJW 2002, 608; BGH 30.09.1993, NJW 1994, 45.

⁹⁰ このことをとりわけ明確に示すのは、Claus Hess, *Die Vertragsstrafe*, 1993, S.38-45, 特にS.43. さらに、解約金と引き換えにする解除により履行請求権は消滅するのに対し、違約罰請求権と履行請求権は、併存し（ドイツ民法典341条）、または、選択的な関係に立つ（ドイツ民法典340条）ことを指摘するのは、Brendler, a.a.O.(Fn.85), S.84f.

⁹¹ Gernhuber, a.a.O.(Fn.85), 752f; Brendler, a.a.O.(Fn.85), S.85.

⁹² Hess, a.a.O.(Fn.90), S.44f; MüKo/Gottwald, Vor § § 339ff., Rn.42.

⁹³ Hess, a.a.O.(Fn.90), S.43-45; Staudinger/Kaiser, § 353, Rn.5; Staudinger/Rieble, Vor § § 339ff. Rn.80; MüKo/Gottwald, Vor § § 339ff., Rn.42; Hubert Schmidt, in: Wolfgang

についての責任を追及するものである。これに対し、解約金の支払と引き換えにする解除は、契約に適合する適法な行為であるという。

当事者が解約金を想起させる文言を用いたにもかかわらず、実際には違約罰に関する合意であると解釈されることがある。例えば、土地の売却に関する専属専任媒介契約における、「解約手数料Reueprovision」を定める以下の条項が問題になった事例⁹⁴がある。

私〔依頼者〕は、自己の土地を上記で定められた条件で、Z社〔不動産仲介業者〕により紹介された購入希望者に売却する義務を負う。私は、さらに、あらゆる直接または間接の売却取引を差し控え、あらゆる購入希望者をZ社に紹介する義務を負う。

私が自己の土地を上記で定められた期間においてもはや売却しようとせず、依頼を撤回し、または、自ら他の方法で売却するときは、私は、Z社に、代金の10%の額の解約手数料を支払う。

連邦通常裁判所は、条項の性質について、「契約条項を遵守しない場合において広範囲にわたって給付義務を負う」ものと評価して、解約手数料は違約罰を定めるものであると解釈し、違約罰に関する規定の適用を認めた。つまり、依頼の撤回や、仲介業者の排除は、契約に違反する行為であり、解約手数料は、その支払と引き換えに依頼者の解除権を基礎づけるものではないとされた。

以上のような違約罰と解約金の区別は、(1)および(2)で確認した伝統的な解約金概念の理解、すなわち、契約の効力への影響という観点から、解約金の例外的性格を裏づける見解を反映するものといえることができる。

iii) 解約金と合意解除・法定解除等

通説⁹⁵によると、解約金の合意がある場合に、当事者が契約を合意解除しても、狭義の解約金の支払義務が生じたり、353条に基づく相手方の拒絶権が生

Hau/Roman Poseck, BeckOK BGB (以下、BeckOKと引用する), 65.Edition (Stand: 1.2.2023), § 353, Rn.3.

⁹⁴ BGH 1.7.1970, IV ZR 1178/68, NJW 1970, 1915.

⁹⁵ MüKo/Gaier, § 353, Rn.3; Staudinger/Kaiser, § 353, Rn.7; NK/Hager, § 353, Rn.3.

じたりすることはない。つまり、解約金は、合意解除の際に支払われるべき金額とは区別される。解約金は、あくまでも約定解除権の行使の際に支払われるべきものであり、解約金の合意は、合意解除の際の清算のために支払われるべき金額の規律を含まない⁹⁶。以上のことは、解約金に関する353条の適用がないという趣旨であって、内容規制の基準の相違を直ちに導くことはできない。もっとも、普通取引約款中の条項についてみれば、②で後述するとおり、解約金には308条7号の適用がないと解されるのに対し、合意解除の際に支払われるべき金額の約定には、同号が適用される⁹⁷。

さらに、判例⁹⁸および通説⁹⁹によると、解約金の合意がある場合に、当事者が法律上の解除権、解約告知権および期限前弁済権を行使しても、狭義の解約金の支払義務が生じたり、353条に基づく相手方の拒絶権が生じたりすることはない。解約金の合意は、契約当事者に、合意が無ければ認められないはずの解除権を付与するものである。したがって、解約金の合意は、法律上の解除権行使にとっては、いかなる意義も有しないとされる¹⁰⁰。

違約罰とは異なり、合意解除や法定解除等の際に支払うべき金額と解約金の区別は、(1)および(2)で確認した伝統的な解約金概念の理解から、直ちに導かれるものではない。この区別は、解約金に関する合意が債務者の権限を拡張すること、または、解約金は約定解除権の対価であることを強調するような解約金概念の解釈を通じて、可能になるものである。したがって、この区別の下で、「債務者の権限の拡張」または「約定解除権の対価」としての解約金の性質が、より強調されるようになったと評することができる。

iv) 契約解釈による解約金との性質決定の回避

法定解除権等について法令の定めがないにもかかわらず、契約の解釈を通じ

⁹⁶ 合意解除の際に支払われるべき金額の合意について、普通取引約款法の違約罰の規定を適用した判例として、BGH 18.04.1984, VIII ZR 50/83, NJW 1985, 57がある。もっとも、違約罰と解することに対しては、批判的見解も有力であるため、「解約金と合意解除」として別に検討した。Staudinger/Rieble, Vor § § 339ff., Rn.81.

⁹⁷ MüKo/Wolfgang Wurmnest, § 308 Nr.7, Rn.4.

⁹⁸ BGH 18.4.1084, VIII ZR 46/83, WM 1984, 936.

⁹⁹ MüKo/Gaier, § 353, Rn.3; Staudinger/Kaiser, § 353, Rn.11; Grüneberg/Grüneberg, § 353, Rn.1; Soergel/Lobinger, § 353, Rn.3; NK/Hager, § 353, Rn.3.

¹⁰⁰ MüKo/Gaier, § 353, Rn.3.

て、解約金との性質決定が回避される場合もある。

既に日本において分析されている¹⁰¹とおり、連邦通常裁判所は、有期固定金利の不動産担保与信について、借主の期限前弁済権を契約内容の修正請求権と構成して認めた¹⁰²。このような規律は、期限前弁済権の性質を解約告知権として構成し直した上で、ドイツ民法典490条2項において明文化された。本稿にとって重要であるのは、借主が期限前弁済権を行使した場合に支払うべき期限前弁済損害金が解約金に該当するか否か、である。490条2項において期限前弁済金が定められるに至った現在においては、これを解約金と解することはできない。ドイツ民法典502条の消費者信用における期限前弁済損害金も同様である。これに対して、上記の連邦通常裁判所判決が下された当時においては、解除権等が法律上定められていることを根拠に、解約金との性質決定を排除することはできなかった¹⁰³。実際に、学説上は、解約金と同様、期限前弁済権を認めることの対価であるとの見解もあった¹⁰⁴。それにもかかわらず、連邦通常裁判所は、対価との解釈を明示的に排除して、「被告〔貸主〕は、むしろ、期限前弁済によって自らに生じた不利益の填補のみを請求することができたに過ぎない」と判示した。連邦通常裁判所は、借主の期限前弁済請求権の正当化根拠を、契約信義の原則、具体的には、借主の経済的な行動の自由の確保に求めている。このような理念に基づき契約の修正権が認められる場合には、「契約当事者に、合意が無ければ認められないはずの解除権を付与する」という解約金の基本的理解は、もはや当てはまらない。このように、法令に解除権等の明文の定めがない場合であっても、契約改訂権、解除権または解約告知権が解釈によって認めら

¹⁰¹ 丸山絵美子『中途解除と契約の内容規制』（2015年、有斐閣）285頁、特に、不動産担保与信について301～320頁。

¹⁰² BGH 01.07.1997, XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161.

¹⁰³ ただし、期限前弁済を合意解除と解すれば、解約金との性質決定を排除することができる。例えば、ヴェーバーは、期限前弁済の約定について、「貸主が、合意解約の締結について、特定の時期に特定の対価の支払と引き換えにのみ応じる」と構成する。

Walter *Weber*, Das Vorfälligkeitsentgelt bei vorzeitiger Rückzahlung eines Hypothekendarlehens, NJW 1995, 2951, 2953.

¹⁰⁴ Claus-Wilhelm *Canaris*, Nichtabnahmeentschädigung und Vorfälligkeitsvergütung bei Darlehen mit fester Laufzeit, in: *Vorzeitige Beendigung von Finanzierungen. Rating von Unternehmen*, 1997, S.17-23.

れるときは、解約金との性質決定が排除される可能性がある。

また、COVID-19の拡大を契機とする旅行契約のキャンセル料に関する議論において、解約金に関する新たな議論の端緒を見出すことができる。パック旅行契約¹⁰⁵においては、ドイツ民法典651h条1項第1文に基づき、旅行者は、旅行開始の前に、契約を任意に解除することができる。旅行者による旅行開始前の解除の場合に、旅行主催者は、旅行者に対し、妥当な補償（*Entschädigung*）を請求することができる（同項第3文）。この補償請求権は、判例¹⁰⁶および通説¹⁰⁷によると、報酬請求権ではなく、「純粋な損害賠償請求権」でもなく、しかし、「損害賠償的な要素を含む請求権」である。したがって、パック旅行契約における旅行開始前のキャンセル料に関する合意は、解約金ではなく、補償請求権についての特約である。これに対し、ホテルの宿泊契約¹⁰⁸等、旅行に係る個別の給付を内容とし、したがって、パック旅行契約法が適用されない契約におけるキャンセル料について、以上のように、補償請求権に関する特約という解釈は成り立たない¹⁰⁹。例えば、ホテルの宿泊契約¹¹⁰においては、543条が定める例外的な場合を除き、解約告知権は認められず、キャンセル条項に基づく契約の終了は、あくまでも約定解除権に基づくものと解される¹¹¹。したがって、直ちに想起されるのは、この場合におけるキャンセル料は解約金であるという解釈である¹¹²。しかし、このような場合においても、ドイツ民法典651h条1項第1文と同

¹⁰⁵ 現在のドイツの旅行契約法について資料を提供するのは、高橋弘「第4款 パック旅行契約、旅行仲介及びリンクされた旅行給付の仲介 ドイツ民法第651a条～第651y条」広島法学43巻3号（2020年）164頁。

¹⁰⁶ BGH 26.10.1989, VII ZR 322/88, NJW-RR 1990, 114.

¹⁰⁷ MüKo/Klaus Tonner, § 651h, Rn.23; Ernst Führich/Ansgar Staudinger, Reiserecht, 8.Aufl., 2019, § 16, Rn.11.

¹⁰⁸ 宿所の提供は、ドイツ民法典651a条3項2号によると、旅行給付の1つである。

¹⁰⁹ 請負契約における注文者の解約告知については、2(3)で検討する。

¹¹⁰ 判例によると、宿泊契約は、様々な契約類型（売買契約、寄託契約、雇用契約、請負契約等）の要素を含む混合契約であるところ、その中核部分は、住居の使用賃貸借契約であり、使用賃貸借契約に関する規定が適用される。BGH 1.4.1963, VIII ZR 257/61, NJW 1963, 1449.

¹¹¹ Uta Stenzel, in: Klaus Tonner/Stefanie Bergmann/Daniel Blankenburg(Hrsg.), Reiserecht, 2.Aufl., Beherbergungsvertrag und Gastwirtheftung, Rn.56.

¹¹² Julian Christmann, Stornierungskosten und der nicht durchführbare Vertrag, JA 2021, S.806. なお、ホテル宿泊契約のキャンセルに関するOLG Köln 14.05.2021, I U 9/21, NJW-RR 2021, 1218は、キャンセル料が解約金であるとは明示していないものの、キャンセル料の合意により宿泊者の地位が改善されていることを示す。

様の性質を有する補償請求権についての特約があると解釈して、損害賠償額の包括的予定に関する309条5号の適用を認める見解が主張されている¹¹³。その根拠は必ずしも明確に示されていない。むしろ、この種の約定解除権に関する合意が債務者の権限を拡張するものであることを示す裁判例¹¹⁴を踏まえれば、有期固定金利の不動産担保と信に関する連邦通常裁判所判決と同様に、債務者が債務の履行を免れる可能性を確保すべきとの価値判断を明らかにして、解約金との性質決定を否定すべきであるように思われる。

② 解約金の内容規制

上記のとおり、解約金に関する合意は、「債務者の権限の拡張」をもたらし、また、解約金を「約定解除権の対価」と評価することもできる。そして、そのような特徴から、解約金は、違約罰や法定解除等に伴う補償から区別される。このことを反映して、通説によると、解約金の額は、138条¹¹⁵をはじめとする私的自治の一般的な制約の下で、契約当事者により自由に定められるべきである¹¹⁶。

通説によると、不相当に高い解約金が普通取引約款において定められた場合には、普通取引約款法の一般条項である307条に抵触する可能性がある¹¹⁷。裁判例においても、内金の放棄による解除権が留保された犬の売買契約において、売買代金の半分を超える解約金は、307条1項¹¹⁸に基づき無効であると判断した

すなわち、原告（宿泊者）には法律上の解除権等が認められない以上、「契約を解約することができる、契約上合意された権限がなければ、原告は、……むしろ、*pacta sunt servanda*の原則に基づき、〔反対〕給付を請求しなかったとしても、代金の全額の支払義務を負ったままである」、「被告が、この状況において、原告に対し、法律上は予定されていない解約権を契約により認める場合に、被告は、原告の法的地位を、自己の地位の悪化を通じて、改善している」という。

¹¹³ *Christman*, a.a.O.(Fn.112), S.806f, S.808; *Stenzel*, a.a.O.(Fn.111), S.268.

¹¹⁴ OLG Köln 14.05.2021, a.a.O.(Fn.112).

¹¹⁵ 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。

¹¹⁶ *Staudinger/Kaiser*, § 353, Rn.5; *Soergel/Lobinger*, § 353, Rn.2; *MüKo/Gaier*, § 353, Rn.2; *BeckOK/H.Schmidt*, Rn.2.

¹¹⁷ *Staudinger/Kaiser*, § 353, Rn.5; *Soergel/Lobinger*, § 353, Rn.2; *MüKo/Gaier*, § 353 Rn.2.

¹¹⁸ 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。

事例がある¹¹⁹。

以上に対し、違約罰との利益状況の類似性を根拠に、違約罰の軽減を定める343条1項¹²⁰を適用すべきとの見解は、ごくわずかである¹²¹。普通取引約款における違約罰の制限を定める309条6号¹²²については、解約金への適用を認める見解も、少数ながら支持されている¹²³。もっとも、これを認めない下級審裁判例がある¹²⁴。学説上も、これを認めない見解が多数であり¹²⁵、前述の違約罰と解約金の区別とも整合的である。また、普通取引約款における損害賠償額の包括的予定に関する309条5号¹²⁶および解除または解約告知の場合における報酬請求権または費用償還請求権に関する308条7号¹²⁷についても、適用が否定さ

¹¹⁹ AG Pinneberg 27.11.2008, 63 C 120/08, RdL 2009, 84.

¹²⁰ ドイツ民法典343条

1項 効力が発生した違約罰が不相当に高い場合に、違約罰は、債務者の申立てに基づいて、判決を通じて、妥当な金額に軽減される。妥当性の判断の際には、財産的利益に限られない債権者のあらゆる正当な利益を考慮に入れなければならない。違約罰の支払によって、軽減は排除される。

¹²¹ NK/Hager, § 353, Rn.1.

¹²² 同号によると、「給付の不受領若しくは受領遅滞、支払の遅滞、又は相手方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。

¹²³ Jens Dammann, in: Walter F. Lindacher/Thomas Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht Kommentar (以下、WLPと引用する), 7.Aufl., 2020, § 309 Nr.6, Rn.20; Grüneberg/Grüneberg, § 309, Rn.33; BeckOK/Jörn Becker, § 309 Nr.6, Rn.5.

¹²⁴ KG Berlin 23.5.1989, 6 U 4736/88, NJW-RR 1989, 1075.

¹²⁵ Hess, a.a.O.(Fn.90), S.60-65; Staudinger/Dagmar Coester-Waltjen, § 309 Nr.6, Rn.9a; Staudinger/Rieble, Vor § § 339ff. Rn.82; Soergel/Lindacher, Vor § 339 Rn.13; MüKo/Wurmnest, § 309 Nr.6, Rn.2; MüKo/Gaier, § 353, Rn.1; Stefanie Roloff/Dirk Looschelders, in: Harm Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch (以下、Ermanと引用する), 1.Bd, 16.Aufl., 2020, § 309 Rn.54; Andreas Fuchs/Martin Zimmermann, in: Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Diether Hensen (以下、UBHと引用する), 11.Aufl., 2022, § 309 Nr.6, Rn.18; BeckOK/H.Schmidt, § 353, Rn.3.

¹²⁶ 同号によると、「約款使用者の損害賠償請求権又は減価賠償請求権を包括的に予定する条項」は、以下の2つの場合には、無効である。すなわち、第一に、「予定額が所定の事例において事物の通常の経過に従って生ずべき損害又は通常生じる減価を超える場合」、第二に、「相手方に、損害又は減価がそもそも生じていないこと又は予定額よりも本質的にわずかであることの証明が、明示的に許容されない場合」である。

¹²⁷ 同号によると、「一方の契約当事者が契約を解除し、または、契約を解約告知した場合について」の条項は、以下の2つの場合には、無効である。すなわち、第一に、約款利用者が、「物若しくは権利の収益若しくは使用について、又は、提供された給付について、不相当に高い報酬」を請求することができる場合、第二に、「不相当に高い費用償還」を請求することができる場合である。

れる¹²⁸。

以上のように、解約金について特別な内容規制を予定せず、一般条項による内容規制で足りる背景には、前述のような解約金概念の限定があるのではないか。つまり、合意が解約金について定めるものであるとの性質決定を厳格に行うことを通じて、高額な解約金の内容規制という問題が、そもそも回避されていると考えられる。

2 解除等に伴い支払うべき金額に関する合意の内容規制

ドイツにおける解約金の法的性質は、「債務者の権限の拡張」または「約定解除権の対価」という要素を通じて特徴づけられる。このことを通じて、違約罰や、法定解除権等の行使に伴う補償（*Entschädigung*）から、解約金が区別される。以上の検討を踏まえると、ドイツにおいて、解約金等条項に基づき、解除等の際に支払うべき金額には、違約罰、解約金、補償の3種類¹²⁹があることになる。以下では、このような分類の観点から1(3)における検討を整理し、それぞれの類型における内容規制について概観する。

(1) 違約罰

① 解釈の基準

契約において債務者による一方的な契約の終了の際に支払われるべき金額が定められた場合であっても、一方的に解約を申し入れる債務者の行為が、適法な、契約に適合した行為とは評価されないときがある。このような解釈の下で、解除の際に支払われるべき金額の合意は、債務者に契約を任意に終了させる権限を付与するものではなく、したがって、債務者の権限を拡大するものとは解

¹²⁸ Staudinger/*Coester-Waltjen*, § 309 Nr.6, Rn.9a; BeckOK/*H.Schmidt*, § 353, Rn.3.

¹²⁹ なお、理論的には、解除、解約告知および期限前弁済に伴い支払うべき補償とも、違約罰とも区別される類型として、根拠なく解約を申し入れるという債務不履行による損害賠償額の包括的予定（*pauschalierter Schadensersatz*）も観念される。もっとも、管見の限り、ドイツにおいてそのような議論は見当たらない。

されない。むしろ、根拠なく解約を申し入れるという契約に反する行為を抑止するための、違約罰に関する合意と解される。

② 個別に交渉された合意の内容規制

前述のとおり、不相当に高い違約罰を定める合意は、ドイツ民法典343条1項に基づき、裁判官の裁量により軽減される。その際、損害額は、1つの考慮要素に過ぎず、義務違反の態様も考慮されることになる。ここで想定されているのは、契約の効力を否定し、自らの履行を拒絶する故意の不履行であり、このことは、軽減を否定する方向で作用することになる¹³⁰。したがって、少なくとも個別に交渉された違約罰の合意を343条1項に基づき軽減する場合には、報酬等から節約された費用等を控除した額までの軽減は、認められないものと考えられる。このような帰結の正当性は、債務者が自らの債務を免れることが、契約上も、法律上も予定されていないことにより支えられる。

③ 普通取引約款中の条項の内容規制

これに対し、普通取引約款において、以上のような内容の違約罰条項は、ドイツ民法典309条6号に基づき、無効となる。同条は、普通取引約款規制法11条6号の規律を引き継いだものであるところ、同条が設けられた理由は、以下のとおりである。一方で、違約罰条項は、違約罰の債務者にとって重大なリスクを内包する。他方で、規定の対象となった類型、すなわち、「給付の不受領若しくは受領遅滞、支払の遅滞、又は相手方による契約の解消」が問題となる場合においては、損害賠償ではなく、あえて違約罰を定める正当な利益の存在が明らかではない¹³¹。このような観点から、特定の類型に限定して、違約罰条項を設けることが禁止された。同号の対象ではない違約罰については、上記のドイツ民法典343条1項のほか、普通取引約款法の一般条項である307条に基づく内容規制に服する。いずれにせよ、違約罰条項に関する内容規制は、損害賠償法に基づき支払われるべき損害額を志向するものではなく、むしろ、損害賠償とは異なる特別な制裁を定めるものである点を重視するものである。

¹³⁰ *Gernhuber*, a.a.O.(Fn.85), S.780; *Christos Chasapis*, *Die Herabsetzung der unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe*, 2014, S.163f; *Staidinger/Rieble*, § 343, Rn.121

¹³¹ BT-Drucks 7/3919, S.30.

309条6号は、約款使用者の相手方が「契約を解消する場合」についての違約罰条項を無効とする。前述のとおり、違約罰は、債務者の違法な行為に対する制裁であり、したがって、債務者が適法に契約を解除することができる場合には、違約罰は問題にならないはずである。それにもかかわらず、309条6号が「契約を解消する場合」についての違約罰を想定しているため、普通取引約款法の下では、339条以下とは異なる、それよりも広い違約罰概念が想定されているのではないか、という問題が生じる¹³²。

一方の見解は、適法な解除の場合についても309条6号の適用を認める¹³³。この解釈は、規定の文言および起草者の説明に忠実な解釈である。すなわち、同条の前身である普通取引約款規制法11条6号に従い、「顧客が『補償金 (Abstandssumme)』またはこれに類する金員の支払と引き換えに契約から免れる旨の条項」についても、「給付の不受領についての違約罰の約束と同様の結果となる」ために、禁止されるという¹³⁴。この見解によると、法定解除権等の行使に伴い支払うべき金額を定める合意について、個別に交渉された場合には、違約罰に関する339条以下の適用がないにもかかわらず、普通取引約款において定められた場合には、309条6号の適用がある。

これに対して、他方の見解によると、ここで問題になっている契約の解除は、約定解除権の行使や合意解除ではなく、「事実上の契約違反」¹³⁵または「履行拒絶」¹³⁶である¹³⁷。この見解によれば、309条6号の違約罰は、339条以下における違約罰と異なるものではない。法定解除権等の行使に伴い支払うべき金額を定める条項は、契約に反する行為に対する制裁を定める条項とはいえないため、違約罰とは解されない。個別に交渉された合意に339条以下の適用がないのと

¹³² Hess, a.a.O.(Fn.90), S.60.

¹³³ Erman/Roloff/Looschelders, § 309 Rn.55b; UBH/Fuchs/Zimmermann, § 309 Nr.6, Rn. 24; WLP/Dagmann, § 309 Nr.6, Rn.43.

¹³⁴ BT-Drucks 7/3919, S.30. なお、起草者の説明からすれば、解約金も同条の対象となっていると解する余地もあるところ、そのような見解が少数にとどまっているのは、前述のとおりである。

¹³⁵ Staudinger/Rieble, Vor § § 339ff. Rn.82; Soergel/Lindacher, Vor § 339ff. Rn.13.

¹³⁶ Staudinger/Coester-Waltjen, § 309 Nr.6, Rn.14; MüKo/Wurmnest, § 309 Nr.6, Rn.12.

¹³⁷ 債務者のいかなる行為が問題になっているかに言及せず、適法な解除の場合を除外する見解として、Hess, a.a.O.(Fn.90), S.60-65.

同様に、309条6号の適用もない、ということになる。

(2) 解約金

① 解釈の基準

約定解除権の行使の際に支払われるべき金額に関する合意、すなわち、解約金に関する合意が定められることがある。一方で、解約金の合意がある場合には、違約罰に関する合意がある場合とは異なり、債務者による一方的な解約の申入れは、適法な、契約に適合した行為である。他方で、法律上は債務者に解除権等が認められず、むしろ、合意によって初めて、債務者に解除権等が認められる。

ドイツにおいては、違約罰および包括的に予定された補償との対比において、解約金は、例外的にしか認められない。したがって、後述のように解約金について特別な内容規制を予定していないことは、必ずしも深刻な問題をもたらされないものと思われる。

② 個別に交渉された合意の内容規制

前述のとおり、通説によると、解約金に関する合意に、違約罰の軽減に関するドイツ民法典343条の適用は認められない。一般条項（ドイツ民法典138条）のほかに、内容規制は予定されていない。

③ 普通取引約款中の条項の内容規制

前述のとおり、多数説によると、普通取引約款法中の解約金条項に、ドイツ民法典308条7号、309条5号および同条6号は、いずれも適用することができない。普通取引約款法上も、一般条項（307条）のほかに、内容規制は予定されていない。

(3) 包括的に予定された補償（Entschädigung）

① 解釈の基準

契約において債務者による一方的な解約の申入れの際に支払われるべき金額が定められた場合であっても、債務者による解約の申入れが、合意によって初めて認められるものではなく、むしろ、合意がなくても法律上認められるべきことがある。このような場合に、解除等の際に支払われるべき金額の合意は、

債務者の権限の拡張とも、債務者に解除権等を付与することの対価を定めるものとも解されない。解除権等を行使する場合に、解除権者等が支払うべき金額については、法律上妥当な金額を想定することが可能であるところ、これに対する当事者の特約が合意されたとみることができる。

なお、この種の補償 (Entschädigung) が、損害賠償 (Schadensersatz) であるかについては、争いがある。前述のとおり、判例¹³⁸および通説¹³⁹によると、パック旅行契約において旅行者が旅行開始前に契約を解除する場合に支払うべき補償 (ドイツ民法典651h条) は、報酬請求権ではなく、「純粹な損害賠償請求権」でもなく、しかし、「損害賠償的な要素を含む請求権」である。有期固定金利の不動産担保与信における期限前弁済損害金 (490条2項) および消費者信用における期限前弁済損害金 (502条) は、その文言上、損害賠償請求権を前提としているとも思われる。したがって、帰責事由に依存しない損害賠償請求権との解釈も有力に主張されている¹⁴⁰。もっとも、不動産担保与信における期限前弁済損害金について、損害賠償に「類似の」不利益の填補と解する判例もあり¹⁴¹、このような理解は、「法律により特に認められた解約告知権の行使において、帰責事由に依存しない賠償請求権によって制裁される義務違反行為は存在しない」ことを根拠に支持されている¹⁴²。他にも、「利害対立を解消する際に借主に認められた優遇措置にとつての妥当な埋め合わせ」と解する見解もある¹⁴³。

もっとも、以上のような議論状況にもかかわらず、損害賠償額の包括的予定に関する309条5号の適用¹⁴⁴を否定する見解は少なく、合意解除と解される場合について適用を否定する見解が一部で主張されているに過ぎない¹⁴⁵。むしろ、

¹³⁸ BGH 26.10.1989, VII ZR 322/88, NJW-RR 1990, 114.

¹³⁹ MüKo/Tonner, § 651h, Rn.23; Führich/Staudinger, a.a.O.(Fn.107) § 16, Rn.11.

¹⁴⁰ Johannes Ady, Die „unechte Abschnittsfinanzierung“ nach der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, WM 2010, 1305, 1307.

¹⁴¹ BGH 11.11.1997, XI ZR 13.97, NJW 1998, 592.

¹⁴² Peter Mülbart, Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung im Recht des „bürgerlichen“ Darlehensvertrags, WM 2002, 465, 475.

¹⁴³ Hans Gerhard Ganter, Die Vorfälligkeitsentschädigung, WM 2016, 1813, 1814.

¹⁴⁴ パック旅行契約における補償についてBGH 25.10.1984, VII ZR 11/84, NJW 1985, 633; 期限前弁済損害金についてBGH 2.3.1999, XI ZR 81/98, NJW-RR 1999, 842.

¹⁴⁵ WLP/Dammann, § 308 Nr.7, Rn.62.

同号の適用という限りでは、補償と損害賠償の区別を徹底する必要はない。ただし、例えば、特定融資枠契約におけるコミットメントフィーのように¹⁴⁶、得べかりし利息の填補を趣旨に含む場合であっても、対価の約定であるとして、同号の適用が排除される余地もある。

さらに、309条5号は、「補償」だけでなく、解約告知後も存続する報酬請求権にも類推適用または準用される。請負契約の注文者は、ドイツ民法典648条第1文に基づき、任意に解約告知を行うことができる場所、請負人は、同条第2文に基づき、節約された費用および代替取引による利益を控除して報酬を請求することができる¹⁴⁷。判例によると、この報酬額を包括的に予定する条項にも、309条5号、とりわけ実損害額の反証を明示的に許容しなければならないとのb)の規律が類推適用¹⁴⁸または準用¹⁴⁹される。

② 個別に交渉された合意の内容規制

損害賠償額の包括的予定が個別に合意された場合の規律について、以下のとおり、見解が分かれている¹⁵⁰。

まず、損害賠償額の包括的予定が合意された場合において、当事者が予定額とは異なる実損害額を主張することができるか、という点について、争いがある。一方の見解は、これを常に認める¹⁵¹。このように解する場合において、合意は、一般条項による内容規制にしか服さないものと考えられる¹⁵²ところ、典型的な損害額を超える合意は、「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」であるとする見解もある¹⁵³。

¹⁴⁶ BGH 24.3.2020, XI ZR 516/18, NJW-RR 2020, 1055; Roman A Becker/Lisa Dreyer, AGB-rechtliche Zulässigkeit von Gebührenklauseln in Konsortialvertr:agen, ZIP 2014, 2059; Tilman Hölldampf, Bereitstellungsprovision im Lichte des AGB-Rechts und § 138 BGB, BKR 2020, 242; Staudinger/Daniel Rodi, Anh zu § § 305-310, Rn. F 28.

¹⁴⁷ ドイツ民法典648条について詳細な分析を提供するのは、坂口甲「ドイツにおける注文者の任意解除権の理論的展開」民商135巻1号（2006年）133頁。

¹⁴⁸ BGH 10.03.1983, VII ZR 301/82, NJW 1983, 1491; BGH 25.10.1984, VII ZR 11/84, NJW 1985, 633; BGH 10.10.1996, VII ZR 250/94, NJW 1997, 259

¹⁴⁹ BGH 5.5.2011, VII ZR 181/10, NJW 2011, 1954.

¹⁵⁰ 河野・前掲注(87)549～551頁。

¹⁵¹ Volker Beuthien, Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S.495; Palandt/Grüneberg, § 276 Rn.26

¹⁵² Wolfgang Fikentcher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 12.Aufl., 2022, Rn.141.

¹⁵³ Larenz, a.a.O.(Fn.85), S.384. 同様の結論を支持するのは、Beuthien, a.a.O.(Fn.148),

他方の見解は、主張の可否を契約解釈により決するところ、疑いのあるときは、実損害額の主張を認める合意であると推定される¹⁵⁴。合意が実損害額の主張を排除すると解釈された場合には、違約罰に関するドイツ民法典343条が類推適用される¹⁵⁵。この見解によると、予見可能な損害額に比して過大な賠償額を定める合意は、妥当な金額の合意として効力を維持する理由がないため、類推適用の結果、実損害額の主張を認める合意であると修正的に解釈される¹⁵⁶。

いずれの見解によっても、損害賠償額の包括的予定の内容規制の際には、法律上賠償されるべき損害額が決定的な役割を果たす。

③ 普通取引約款中の条項の内容規制

このような条項が普通取引約款において定められた場合には、既に日本において分析されているように¹⁵⁷、ドイツ民法典308条7号に加え、損害賠償額の包括的予定に関する309条5号の内容規制にも服する。

308条7号と309条5号の関係について、判例¹⁵⁸および通説¹⁵⁹によると、両者の適用範囲は部分的に重なり合い、適用範囲の厳密な区別は不要である。確かに、309条5号は、給付とともにする損害賠償額の包括的予定をも規律の対象とする。しかし、給付に代わる損害賠償を念頭に置くと、既に提供された一部給付についての報酬は、損害賠償の構成要素に含まれるという¹⁶⁰。後述のとおり、308条7号と309条5号aの内容規制の基準にも、同質性が認められる¹⁶¹。なお、解除に伴う費用償還に関する条項（308条7号b）については、契約違反を理由に損害賠償として支払うべき金額に関する条項ではないという指摘もある¹⁶²。

S.504f; *Gernhuber*, a.a.O.(Fn.85), S.762.

¹⁵⁴ Walter F *Lindacher*, *Phänomenologie der "Vertragsstrafe"*, 1972, S.145, S.211.

¹⁵⁵ *Lindacher*, a.a.O.(Fn.154), S.145, S.170f.

¹⁵⁶ *Lindacher*, a.a.O.(Fn.154), S.145, S.171-173.

¹⁵⁷ 丸山絵美子「契約における時間的な拘束の意義と限界(4)」法政論集256号（2014年）250～256頁。

¹⁵⁸ BGH BGH 5.5.2011, VII ZR 181/10, NJW 2011, 1954.

¹⁵⁹ UBH/*Harry Schmidt*, § 308 Nr.7, Rn.4; MüKo/*Wurmnest*, § 308 Nr.7, Rn.3; *Staudinger/Coester-Waltjen*, § 308 Nr.7, Rn.2; *Erman/Roloff/Looschelders*, § 308, Rn.60.

¹⁶⁰ *Staudinger/Coester-Waltjen*, § 309 Nr.5, Rn.5.

¹⁶¹ MüKo/*Wurmnest*, § 309 Nr.5, Rn.4.

¹⁶² *Staudinger/Coester-Waltjen*, § 309 Nr.5, Rn.7.

もつとも、判例¹⁶³および通説¹⁶⁴によると、309条5号の適用が認められない清算に関する条項についても、約款使用者の相手方の反証に関する5号b)は、類推適用される。

308条7号は、清算に関する条項のうち、不当に高い金額を定める条項を無効とする。その趣旨は、使用利益の補償、費用償還、報酬請求権の存続等について、約款使用者が不当に高い金額を請求することを認める条項がある場合に、相手方は、解除権または解約告知権の行使を妨げられ、場合によっては、これらを行って債務を履行する場合よりも不利な地位に置かれるからである¹⁶⁵。判例によると、基準となるのは、当該条項がなければ法律により支払うことになっただろう金額である¹⁶⁶。その際、個別の事案の特別の事情ではなく、同種の契約において典型的に想定される事情が考慮に入れられる¹⁶⁷。

309条5号は、a)において、予定額が事物の通常の経過に従い予期される損害または通常生ずべき減価を超える場合に、条項が無効になることを定める。これにより、予定額が一般的に過大ではないことが確保される¹⁶⁸。判例¹⁶⁹および通説¹⁷⁰によると、基準となるのは、当該部門において一般的な平均的損害、すなわち、顧客の支払義務と結びつけられた要件を満たす場合に、事情に通じた観察者の評価によると当該部門において通常生じる損害である。

さらに、同号は、b)において、損害が生じていないか、予定額よりも本質的にわずかであることを、約款使用者の相手方に明示的に許容していない場合には、条項が無効となることを定める。したがって、約款使用者の相手方は、約定額が平均的な損害額を定めるものであっても、具体的な事案においてその損害が生じなかったこと、または、本質的にわずかな額の損害しか生じなかつ

¹⁶³ BGH 5.5.2011, a.a.O.(Fn.158); BGH 25.7.12, IV ZR 201/10, NJW 2012, 3023.

¹⁶⁴ UBH/H. *Schmidt*, § 308 Nr.7, Rn.1a; WLP/*Dammann*, § 308 Nr.7, Rn.61; MüKo/*Wurmnest*, § 309 Nr.5, Rn.4; Staudinger/*Coester-Waltjen*, § 308 Nr.7, Rn.2.

¹⁶⁵ BT-Drucks 7/3919, S.26.

¹⁶⁶ BGH 22.03.1983, VI ZR 108/81, NJW 1983, 1492; BGH 3.3.2005, III ZR 268/04, NJW-RR 2005, 642; BGH BGH 5.5.2011, a.a.O.(Fn.158).

¹⁶⁷ BGH 29.05.1991, IV ZR 187/89, NJW 1991, 2763; BGH 5.5.2011, a.a.O.(Fn.155).

¹⁶⁸ BT-Drucks 7/3919, S.30.

¹⁶⁹ BGH 16.1.1984, II ZR 100/83, NJW 1984, 2093.

¹⁷⁰ MüKo/*Wurmnest*, § 309 Nr.5, Rn.14; UBH/*Fuchs/Zimmermann*, § 309 Nr.5, Rn.21; WLP/*Dammann*, § 309 Nr.5, Rn.64f.

たことを主張することができる。普通取引約款規制法の起草者によると、相手方の反証を認めたとしても、予定額がa)の基準に対応している限り、損害賠償額の包括的予定条項は、通常の事例においては、損害賠償請求権の容易な実現にとって有用なままである¹⁷¹。

以上のとおり、普通取引約款中の条項の内容規制においても、決定的な基準となるのは、損害賠償、補償等として法律上支払われるべき金額である。

III オーストリア法

1 解約金の法的位置づけ

オーストリア一般民法典908条¹⁷²によると、手付は、特段の合意がない限り「締結のしるし」および¹⁷³「契約の履行についての担保」とみなされる。ただし、910条¹⁷⁴によると、「手付が交付された場合に、特段の解約金の定めを置かずに、同時に解除権限が定められたとき」は、手付が解約手付として機能する。解約金について、909条¹⁷⁵は、「履行前に契約を破棄する」場合において支払われるべき金額、すなわち、狭義の解約金に関する規律を定め、履行請求権と解約金請求権の選択関係（第2文）、および、契約の一部履行または給付の受領による

¹⁷¹ BT-Drucks 7/3919, S.30.

¹⁷² オーストリア一般民法典 908条

契約の締結の際に事前に交付されたものは、特段の合意がある場合を除き、もっぱら、締結のしるし又は契約の履行についての担保とみなされ、これを手付という。契約が一方当事者の責めにより履行されなかった場合に、無責の他方当事者は、自ら受領した手付を保持し、または、自ら交付した手付の2倍額の返還を請求することができる。ただし、これで不十分である場合に、無責の当事者は、履行を請求し、又は、履行が不能であるときは、賠償を請求することができる。

¹⁷³ 規定の文言は「又は」とされているところ、同条は解釈準則であり、選択的接続詞は不適切であるため、「及び」と読み替えられている。

¹⁷⁴ オーストリア一般民法典 910条

手付が交付され、同時に、特段の解約金の定めなく解除権限が留保された場合に、手付は、解約金に代わる。したがって、解除の場合に、交付者は手付を喪失し、受領者は2倍額を戻す。

¹⁷⁵ オーストリア一般民法典 909条

契約締結の際に、いずれかの当事者が、履行前に契約を解除しようとする場合に支払うべき金額が定められた場合には、解約金が付された契約が締結される。この場合に、契約が履行されるか、又は、解約金が支払われなければならない。契約を一部のみ履行し、又は、相手方により履行の一部として給付されたものを受領した者は、自ら、解約金の支払と引き換えに解除することはできない。

解除権の排除（第3文）を規定する。さらに、911条¹⁷⁶は、約定解除権を行使した場合だけでなく、自らの責めに帰すべき事由により債務を履行することができなかった場合にも、債務者が解約金の支払義務を負うことを定める。

以下では、これらの規定の沿革を検討した上で、特に解約金の法的位置づけに焦点を合わせて、現在の判例および学説を検討する。

（1）オーストリア一般民法典の起草過程

① テレジア法典およびホルテン草案

テレジア法典¹⁷⁷は、第3編第9章売買の箇所において、手付および解約金について比較的多くの規定を置く。

まず、テレジア法典は、231条において、手付を、「契約を締結する確定的な意思の証明」または「合意のさらなる強化」と定義する¹⁷⁸。テレジア法典には、手付の放棄または倍戻しによる解除について、明文の規定が置かれていない。もっとも、手付放棄による解除について、ツェンカーの注が付されている。ツェンカーによると、「売買契約の法的拘束力は、手付の喪失と引き換えにする売買の解除を許容しない」という¹⁷⁹。後述するとおり、ホルテン草案においては、手付が原則として解約手付とは解されないことについて、明文の規定が置かれることになった。

次に、テレジア法典は、241条以下で、解約金について規定する¹⁸⁰。241条は、解約金について、「締結された売買その他の契約から法的根拠なく撤退しようとする者が支払義務を負う、留保された違約金」と定義する。「売買その他の

¹⁷⁶ オーストリア一般民法典911条

単なる偶然事ではなく、自己の責めにより契約を履行することができなかった者は、同様に、解約金を支払わなければならない。

¹⁷⁷ 五十嵐清「オーストリア民法典の200年」札幌法学25巻2号（2014年）99頁によると、テレジア法典に対しては、規定があまりにも膨大で教科書的であるという批判がされた。実際に、本稿が取り扱う手付および解約金の規定にも、このような特徴が見受けられるため、テレジア法典については、規定の直訳の引用はせず、規律内容の要点を本文中に示すにとどめる。

¹⁷⁸ Philipp Harras Ritter von *Harrasowsky*, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen*, Bd.3, 1884, S.168.

¹⁷⁹ *Harrasowsky*, a.a.O.(Fn.178), Bd.3, S.167, Fn.11.

¹⁸⁰ *Harrasowsky*, a.a.O.(Fn.178), Bd.3, S.170.

契約を解約する自由が留保されている」当事者は、契約を履行するか、解約金を支払うかを選択する自由を有する（242条）。ただし、当事者のいずれかが履行に着手した場合には、解約金と引き換えにする解除は認められない（244条）。他方当事者は、合意解除の場合または自らの帰責事由が解除の契機となった場合には、解約金を請求することはできない（246条）。特徴的な規律として、解約金の上限規制がある。すなわち、245条によると、解約金は、「目的物の価値の8分の1を超えてはならない」。

ホルテン草案も、第3編第9章売買において手付と解約金について定めているところ、その規律内容は、テレジア法典よりも集約されている。

まず、ホルテン草案は、109条¹⁸¹において、手付を、「契約を締結するという確定的な意思の証拠のために交付される金銭」と定義する¹⁸²。そして、117条¹⁸³によると、手付は、「そのことが明示的に述べられた場合にのみ」解約金と解され、そうでなければ、「契約の強化のために交付された保証」とみなされるため、「手付交付者は、その放棄により契約から撤退することはできない」¹⁸⁴。ホルテン草案においては、手付が原則として解約手付とは解されないとの準則が明文化されている。

次に、ホルテン草案は、114条¹⁸⁵において、解約金として、解約手付と狭義

¹⁸¹ ホルテン草案 第3編第9章 109条
契約の証明に方向づけられた約定の下に、手付、すなわち、契約の一方当事者により他方当事者に契約を締結するという確定的な意思の証拠のため、交付される金銭が属する。手付は、買主により売主に支払われるのが通常であるが、しかし、買主も売主に手付を要求することができる。

¹⁸² *Harrasowsky, a.a.O.(Fn.178), Bd.4, 1886, S.396.*

¹⁸³ ホルテン草案 第3編第9章 117条
契約の締結の際に、一方当事者により他方当事者に手付として交付されたものは、そのことが明示的に述べられた場合にのみ、解約金とみなされうる。そうでない場合には、手付は、常に、締結された契約の強化のために交付された保証とみなされるべきであり、手付交付者は、その放棄により契約から撤退することはできない。ただし、手付と解約金のいずれとして交付されたのであっても、手付は、契約が履行された場合に、それを契約に基づく対価に算入されるべきである。

¹⁸⁴ *Harrasowsky, a.a.O.(Fn.178), Bd.4, S.397.*

¹⁸⁵ ホルテン草案 第3編第9章 114条
さらに、以上の契約類型の下に、契約の締結の際に一方当事者が一定額の金銭を支払う場合、または、契約から法律上の原因なく撤退しようとするときに支払義務を負う場合における、解約権付売買または解約金が属する。

の解約金の双方があり得ることを明示した上で、115条¹⁸⁶において、「契約に留まるか、または、解約金の喪失によって契約から撤退する選択権」について定め、この選択権が、いずれかの当事者が債務を履行し、または、履行に着手するまで存続すると定める。118条¹⁸⁷は、第1文で、解除権者が「契約から撤退する法的根拠を有する場合」および合意解除の場合に、解約金の支払義務が生じないことを定め、第2文で、テレジア法典第3編第9章245条と同様の上限規制を定める¹⁸⁸。

② マルティーニ草案および原草案

マルティーニ草案においては、手付および解約金の規定は相対的に少ない。

まず、マルティーニ草案第3編第1章契約総則の44条¹⁸⁹は、手付を、「締結された売買のしるし」または「将来の履行の確保」と定義し、原則として、交付者の手付放棄による解除および受領者の倍戻しによる解除はできないと規定する。ただし、特則または当事者の特約による例外の可能性を認める¹⁹⁰。また、第6章売買の25条¹⁹¹においても、第1文で、手付を、「締結された売買のしるし」

¹⁸⁶ ホルテン草案 第3編第9章 115条

解約金が交付され、または、留保された場合に、これを交付し、または、その支払義務を負う者は、契約に留まるか、または、解約金の喪失によって契約から撤退する選択権を取得する。ただし、以上の解約の自由は、契約が当事者のいずれかにより履行されておらず、または、履行に着手もされていない限りで継続する。

¹⁸⁷ ホルテン草案 第3編第9章 118条

解約金も、116条の場合において留保された違約金も、これを交付し、若しくは、その支払義務を負った者が契約から撤退する法的根拠を有する場合、又は、契約が両当事者の同意に基づき偶然事若しくは他方当事者の責めにより破棄される場合には、効力を生じない。そして、解約金又は違約金の効力が義務を負う者の責めにより生じた場合に、その金額は価値の8分の1に制限され、超過部分は無効であると宣告される。

¹⁸⁸ *Harrasowsky, a.a.O.(Fn.178), Bd.4, S.397f.*

¹⁸⁹ マルティーニ草案 第3編第1章 44条

当事者が、締結された契約のしるし又は将来の履行の確保のために手付を交付した場合に、当事者の一方が手付を喪失することによっても、当事者の他方が2倍の価値の返還することによっても、債務を免れることはできない。この原則の例外は、法律において（第1部第7章7条）、または、特に行われた合意において、基礎づけられねばならない。

¹⁹⁰ *Harrasowsky, a.a.O.(Fn.178), Bd.5, 1886, S.164.*

¹⁹¹ マルティーニ草案 第3編第6章 25条

買主が、締結された売買のしるしまたは確証のために、手付として一定の金額を交付した場合に、手付は、約定された価格の一部とみなされねばならない。

または「確証」と定義し、これが代金の一部とみなされることを定める。そして、第2文で、手付の放棄または倍戻しによる解約の解除¹⁹²を否定する¹⁹³。

解約金については、27条¹⁹⁴および28条¹⁹⁵に定めがある。27条第1文は、「一定の解約金の支払と引き換えに、一定の期間内に契約を破棄する権限が与えられる」旨の合意がある場合に、履行と解約金の支払が選択的な関係になると定める。28条は、契約の履行が偶然事または一方当事者の帰責事由により妨げられる場合に、解約金の支払義務が生じないことを定める¹⁹⁶。

原草案では、マルティーニ草案の規律が第3編44条¹⁹⁷、198条¹⁹⁸、200条¹⁹⁹お

買主が手付の喪失を通じて、または、売主がその2倍額を返還することを通じて、契約上の債務関係から免れることはできない。

¹⁹² なお、26条は、「契約が未だ完全に締結されておらず」、目的物の測量等が留保されている場合について、手付の放棄または倍戻しによる解除が可能であることを定める。原草案199条も同様である。つまり、マルティーニ草案および原草案は、「契約が既に締結されたが、しかし、当事者に解約権が留保されている場合」のほかにも、「契約が未だ締結するか否かの判断が留保されている場合」の規定が置かれていた。もっとも、この規定は、オーストリア一般民法典に採用されなかった。

¹⁹³ *Harrasowsky*, a.a.O.(Fn.178), Bd.5, S.180.

¹⁹⁴ マルティーニ草案 第3編第6章 27条

契約当事者が売買取引を確かに締結したが、しかし、同時に解約権付売買を約定した場合、すなわち、両当事者に、一定の解約金の支払と引き換えに、一定の期間内に契約を破棄する権限が与えられるべきことを互いに合意した場合には、後に、契約が履行と解約金の支払のいずれかがなされなければならない。これに対し、契約の履行により、解約金の支払は破棄されたと推定される。

¹⁹⁵ マルティーニ草案 第3編第6章 28条

契約の履行または成就が偶然事または一方当事者の責めにより妨げられる場合には、他方当事者により、解約金が支払われてはならない。

¹⁹⁶ *Harrasowsky*, a.a.O.(Fn.178), Bd.5, S.181.

¹⁹⁷ 原草案 第3編第1章 44条

締結された契約のしるし又は将来の履行の確保のために手付が交付された場合に、当事者の一方が手付を喪失することによっても、他方が2倍の価値を支払うことによっても、債務から免れることはできない。この原則の例外は、法律または特段の合意において基礎づけられる必要がある。

¹⁹⁸ 原草案 第3編第6章 198条

買主が、締結された売買のしるしまたは確証のために、売主に手付を交付した場合に、手付は、約定された価格の一部とみなされる。手付を喪失しようとするときの買主も、2倍の金額を戻そうとするときの売主も、契約上の債務から免れることはできない。

¹⁹⁹ 原草案 第3編第6章 200条

契約当事者が、締結された売買取引により、両当事者に、一定の額の支払と引き換えに、一定の期間内に売買を破棄する権限が与えられるべきことを互いに合意した場合には、解約権付売買 (Reukauf) が成立する。この場合には、契約が履行されるか、解約金が支払われねばならない。契約の履行によって、解約

および201条²⁰⁰に引き継がれている²⁰¹。修正は、軽微な文言の修正にとどまる。

③ 委員会における審議

i) 解約手付

委員会における手付に関する最初の審議は、第81回会議において、原草案第3編第1章44条に関する議論として行われた。文言の修正のほか、原草案に対して、2つの重要な指摘がなされた。第1に、手付と解約金の関係の明確化である。手付をもっぱら証約手付として位置づけた上で、手付放棄および手付倍戻しによる解除を、手付の規律の例外としてではなく、解約金の規律として定めることが提案された。第2に、手付の損害賠償としての機能の強調である。すなわち、当事者の一方は、他方の責めに帰すべき債務不履行の場合に、損害額を立証することなく、手付を保持することができるという点が、手付の「最も優れた機能」として強調された²⁰²。これらの指摘を反映して、現在のオーストリア一般民法典908条に対応する文言²⁰³に修正することが議決された。

その後、第3編第6章198条に関する審議が第91回会議において行われたところ、上記の第1章44条、特にその新たな文言を踏まえると、198条は不要であると指摘され、同条の削除が議決された²⁰⁴。

特約のある場合に手付が解約金に代わる旨を定める規定は、議論の詳細は明らかではないものの、おそらく、上記の第81回会議における第1の指摘を踏まえて、第91回会議において導入が提案され、異論なく採用されたものである²⁰⁵。

金の支払は破棄される。

²⁰⁰ 原草案 第3編第6章 201条

契約の履行が偶然事又は一方当事者の責めにより妨げられた場合には、他方当事者は、解約金を支払わない。

²⁰¹ Julius *Ofner*, *Der Urentwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd.1, 1889, S.CVIIIff.

²⁰² *Ofner*, a.a.O.(Fn.201), Bd.2, S.22.

²⁰³ 採用された文言は、以下のとおりである。「契約の締結の際に事前に交付されたものは、特段の合意がある場合を除き、もっぱら、締結のしるし又は契約の履行に関する確保とみなされる。契約が一方当事者の責めにより履行されなかった場合には、無責の他方当事者は、自ら受領した手付を保持し、または、自ら交付した手付の2倍額の返還を請求することができる。ただし、これで不十分である場合に、無責の当事者は、履行を請求し、又は、履行が不能であるときは、立証された損害の賠償を請求することができる。」

²⁰⁴ *Ofner*, a.a.O.(Fn.201), Bd.2, S.93.

²⁰⁵ *Ofner*, a.a.O.(Fn.201), Bd.2, S.94.

この規定は、第150回会議において、後述する解約金の規定と同様に、売買ではなく契約全般に妥当する規定であるとして、売買の箇所から契約総則の箇所に移されることとなった²⁰⁶。

ii) 狭義の解約金

委員会における狭義の解約金に関する最初の審議は、第91回会議において、原草案第3編第6章200条に関する議論として行われた。もともと、必ずしも充実した議論は見受けられない。審議においては、解約金と引き換えにする解除が「履行まで」に行われるべきこと、一部履行やその受領後は解除することができないことの2点を定めることが提案された。議論の詳細は明らかではないものの、この提案に基づき、現在のオーストリア一般民法典909条に対応する文言²⁰⁷の規定が、異論なく採用された。そして、150回会議において、文言の修正²⁰⁸がなされた²⁰⁹上で、売買ではなく契約全般に妥当する規定であるとして、売買の箇所から契約総則の箇所に移されることとなった²¹⁰。

また、原草案第3編第6章201条については、約定解除権者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合に、解除の相手方が解約金を請求することができるか、という問題提起がなされた。詳細な議論は見当たらないものの、この問題提起を踏まえて、一般民法典909条に対応する文言²¹¹が採用された²¹²。

²⁰⁶ *Ofner, a.a.O.(Fn.201), Bd.2, S.414.*

²⁰⁷ 採用された文言は、以下のとおりである。「売買契約の締結の際に、当事者のいずれかが一定額の支払と引き換えに履行前に売買から撤退する権限を与えられるべき旨が定められる場合に、解約金が付された売買が成立する。この場合に、契約が履行されるか、又は、解約金が支払われなければならない。売買を一部のみ履行し、又は、給付の一部履行を受領した者は、自ら解約金の支払と引き換えに解除することはできない。」

²⁰⁸ 採用された文言は、以下のとおりである。「契約の締結の際に、いずれかの当事者が、履行前に契約を解除しようとする場合に支払うべき金額が定められた場合には、解約金が付された契約が締結される。この場合に、契約が履行されるか、又は、解約金が支払われなければならない。契約を一部のみ履行し、又は、相手方により履行の一部として給付されたものを受領した者は、自ら、解約金の支払と引き換えに解除することはできない。」

²⁰⁹ *Ofner, a.a.O.(Fn.201), Bd.2, S.413f.*

²¹⁰ *Ofner, a.a.O.(Fn.201), Bd.2, S.414.*

²¹¹ 採用された文言は、以下のとおりである。「単なる偶然事ではなく、自らの責めにより契約を履行することができない者は、解約金を支払う。」

²¹² *Ofner, a.a.O.(Fn.201), Bd.2, S.414.*

④ 1916年改正

手付および解約金に関する規定は、1916年改正によっても変更されていない。もっとも、違約罰に関するオーストリア一般民法典1336条の改正に関する審議において、解約金への言及を見出すことができる。1916年改正においては、特段の合意がない限り、債務者が違約罰の支払により履行から解放される権利を有しないことの意義が再確認され、1336条1項第2文として改めて規定された。すなわち、違約罰は、特段の合意がない限り、「解約金の機能を有さない」とされる²¹³。

⑤ 小括

オーストリア一般民法典は、解約手付や狭義の解約金を例外に位置づける点においては、ドイツ民法典と相違はない。もっとも、その際、解約金概念や、契約の効力への影響（契約の強化または弱体化）への言及は、見当たらない。

(2) 現在の判例および学説

① 解約金の法的位置づけ

i) 解約金概念

一般に、解約金は、ドイツ法におけるのと同様に、契約に基づく義務の弱体化に資するとされている²¹⁴。もっとも、判例²¹⁵において、解約金の特徴として説かれるのは、「対価の代償物であって、損害賠償ではない」ことである。

²¹³ 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XXI. Session, 1912, S.280.

²¹⁴ Heinrich *Mayrhofer*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2.Buch, 1.Abt., 3.Aufl., 1986, S.213; Rudolf *Welser/Brigitta Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Recht, Bd.2, 14.Aufl., 2015, S.23; Rudolf *Reischauer*, in: Peter Rummel(Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (以下、Rummelと引用する), Bd.1, 3.Aufl., 2000, § 909 Rn.2a; Daphne *Aichberger-Beig*, in: Attila *Fenyves/Ferdinand Kerschner/Andreas Vonkilch*(Hrsg.), ABGB § § 397 bis 916 (以下、Klangと引用する), 3.Aufl., 2011, § 909 Rn.2; Raimund *Bollenberger*, Peter *Bydlinski*, in: Hemut *Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger*(Hrsg.), ABGB Kurzkommentar (以下KBBと引用する), 6.Aufl., 2020, § 909, Rn.2., S.19; Peter *Barth/Dietmar Dokalik/Matthias Potyka*, Das Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch, 27.Aufl., 2022, S.657.

²¹⁵ OGH 5.5.2010, 7 Ob 78/10m, JBl 2010, 578.

通説²¹⁶においても、解約金を特徴づける要素とされているのは、対価の補償 (Entgeltersatz) としての性質である。

したがって、オーストリアにおいては、「債務者の権限の拡張」や「約定解除権の対価」としての性質が強調されるドイツよりも広く、解約金に関する合意が認定される。すなわち、オーストリアにおいては、(1)①で概観した沿革にもかかわらず、解約金との性質決定と、解除等の根拠が切り離されている。例えば、判例²¹⁷および通説²¹⁸によると、請負契約における注文者による任意解除²¹⁹の際に支払うべき金額は、1168条1項がこれを定めているにもかかわらず、解約金であるとされる。あるいは、合意解除の際に支払われるべき金額も、判例²²⁰および一方の学説²²¹によると、解約金であると解される。他方の学説によっても、一方的な解除権行使の効果ではない点で区別されながらも²²²、対価の補償という点で類似するものと解される²²³。ただし、合意解除が実質的に給付障害に基づく場合には、違約罰との性質決定も排除されない²²⁴。

²¹⁶ Rummel/Reischauer, § 909 Rn.2a; Martin Binder, in: Michael Schwimann/Georg E Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar (以下、Schwimann/Kodekと引用する), Bd.4, 4.Aufl., 2014, § § 909-911, Rn.1; KBB/Bollenberger/Bydlinski, Rn.3; Ernst Karner/Alexander Longin, Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung, 2020, S.19.

²¹⁷ OGH 10.2.2004, 1 Ob 268/03y, JBl 2004, 643.

²¹⁸ Rummel/Reischauer, § 909 Rn.2a; KBB/Bollenberger/Bydlinski, § 909, Rn.3

²¹⁹ オーストリア一般民法典1168条1項第1文は、「仕事の完成が行われない場合に、請負人が給付を準備し、かつ、注文者の側に存する事情により給付が妨げられたときは、注文者に約定の報酬が支払われるべきである。ただし、注文者は、労務を行なわなかったために節約され、又は、他の方法でこれを利用することで得た、若しくは得ることができたのに故意に得なかったものを控除しなければならない。」と定める。判例によると、この規定から、注文者が契約を任意に解除する (abbestellen) 権利が導かれる。OGH 5.6.1991, 1 Ob 642/90, SZ 64/71; OGH 14.12.2011, 3 Ob 126/11t, bbl 2012/99; OGH 4.6.2014, 7 Ob 43/14w bbl 2014/223. その他の判決について、RIS-Justiz RS 0021809.

²²⁰ OGH 5.5.2010, a.a.O.(Fn.215).

²²¹ Klang/Aichberger-Beig, § 909 Rn.46.

²²² Heinrich Mayrhofer, Zur Rechtsnatur der Stornogebühr im österreichischen Privatrecht, in: Festgabe für Arnold Herdlitzka, 1972, S.191.

²²³ Mayrhofer, a.a.O.(Fn.222), S.192; Ernst A. Kramer, in: Manfred Straube(Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften, Bd.1, 2.Aufl., 1995, § 348, Rn.5; Rummel/Reischauer, § 909, Rn.12.

²²⁴ OGH 17.06.1986, 2 Ob 535/86, EvBl 1987/41; Mayrhofer, a.a.O.(Fn.214), S.192f.

ii) 解約金と違約罰

オーストリアにおいて²²⁵、違約罰は、一方で、包括的に予定された損害賠償とされ²²⁶、他方で、債務の履行を促す目的も認められている²²⁷。

前述のとおり、解約金は、解除の相手方が失った対価の補償であり、損害賠償ではないとされる。さらに、違約罰には債務の履行を促す目的も認められるのに対し、解約金は、契約の弱体化に資するものであるとされる。したがって、違約罰と解約金は、それぞれの法的性質の理解によって区別されることになる²²⁸。

かつての判例²²⁹は、一方で、約定解除権を認めつつ、他方で、違約罰に関するオーストリア一般民法典1336条の適用を認めていた。マイルホーファーは、これを批判して、「解約金請求権は、契約に従った行為によって効力が生じるのに対し、違約罰は、契約違反行為を通じて効力が生じる」、「違約罰の合意を通じて、その支払を約束した者に、約定額の支払と引き換えに契約から撤退する権利は認められない」として、条項が解約金と違約罰のいずれを定めるか、という問題を設定した²³⁰。そのうえで、違約罰について特段の合意がない限り債務者の解約権は認められないとする1336条1項第2文や、相手方に契約の効力を否定する権限を与えることの例外性を根拠に、解約権を認める特段の合意が認定されない限り、合意は違約罰について定めるものと解されるべきことを主張した²³¹。

その後、オーストリア最高裁判所は、まさに、マイルホーファーの見解を引用して、売買契約における、買主による正当な理由のない解約申入れの場合につ

²²⁵ オーストリアの違約罰法の沿革や特徴について、河野・前掲注(15)6～22頁。

²²⁶ Rummel/Reischauer, § 1336, Rn.1; KBB/Karl Heinz Danzl, § 1336, Rn.2; Barth/Dokalik/Potyka, a.a.O.(Fn.214), S.936.

²²⁷ Mayrhofer, a.a.O.(Fn.214), S.215; Rummel/Reischauer, § 1336, Rn.1; Ferdinand Kerschner, Anm. zu OGH 29.11.1983, ZAS 1985, 27, 31.

²²⁸ Rummel/Reischauer, § 909, Rn.9a; Klang/Aichberger-Beig, § 909, Rn.40; KBB/Bollenberger/Bydlinski, § 909, Rn.3; Schwimann/Kodek/Peter Apathy/Andreas Frössel, 5.Aufl., 2022, § 7 KSchG, Rn.1; Welsler/Zöchling-Jud, a.a.O.(Fn.214), S.25; Barth/Dokalik/Potyka, a.a.O.(Fn.214), S.657.

²²⁹ OGH 7.3.1962, 6 Ob 70/62, EvBl 1962, 393

²³⁰ Mayrhofer, a.a.O.(Fn.222), S.187f.

²³¹ Mayrhofer, a.a.O.(Fn.222), 188-190.

いてのキャンセル料 (Stornogebühr) は、原則として、解約金ではなく、違約罰と解されると判示した²³²。具体的に問題となったのは、次のような条項である。

買主により注文が撤回され、または、買主が、法律上解除権が認められない理由に基づき取引から撤退する場合に、売主は、キャンセル料を、逸失利益の額、少なくとも、価格の10%の額において請求する権利を有する。

オーストリア最高裁判所は、以上のような条項は、「買主の〔解約権〕が明示的には含まれていない」ため、原則として、違約罰の支払に関する合意とみなされるべきであると判示した。その理由は、「契約信義の原則を考慮すれば、契約に違反した当事者に、明示的な合意なく、自己の主たる契約上の義務と矛盾する権利を帰属させるのは不合理」であること、そして、上述の1336条1項第2文の規定に求められる。同様の判断は、後の判例²³³によっても踏襲されている²³⁴。

iii) さらに限定の不存在？

判例²³⁵および通説²³⁶によると、キャンセル料 (Stornogebühr) は、違約罰と解約金のいずれかであると解される。違約罰と解約金以外の解釈の選択肢は存在しない。学説上も、2(3)で検討するパック旅行に関する最近の議論に至るまで、このことは疑われていなかったものと思われる。その背景には、オーストリアにおける違約罰と解約金の理解があると考えられる。

前述のとおり、オーストリア法の下では、違約罰と損害賠償が同視される。他方で、解約金は、解除の相手方が喪失した対価の補償であると解される。これを超えて、「債務者の権限の拡張」や「約定解除権の対価」といった観点から、

²³² OGH 8.4.1975, 3 Ob 60/75, SZ 48/38.

²³³ OGH 2.5.1979, 6 Ob 582/79, EvBl 1979, 515; OGH 17.1.1990, 1 Ob 719/89, JBl 1990, 717. その他のオーストリア最高裁判所判決については、RIS-Justiz RS0017722.

²³⁴ もっとも、1336条1項第2文を根拠とすることに対しては、これは違約罰との性質決定を前提にした規律であり、違約罰と解約金のいずれかを定めるものか、という解釈準則ではないとの批判も有力である。Rummel/Reischauer, § 909, Rn.7.

²³⁵ OGH 19.12.1991, 8 Ob 591/90, EvBl 1991, 503.

²³⁶ Rummel/Reischauer, § 909, Rn.11; Schwimann/Kodek/Kolmasch, § 909-911, Rn.13; KBB/Bollenberger/Bydlinski, § 909, Rn.3.

解約金概念の範囲が限定されることはない。その結果、ドイツ法における補償(Entschädigung)に関する特約は、オーストリア法の下では、2(3)で検討するパック旅行を除けば、違約罰＝損害賠償か、解約金＝対価の補償のいずれかに該当し、いずれにも該当しない合意類型を観念することはできないと考えられる。

② 解約金の内容規制

i) 特別の規定の不存在

違約罰について、オーストリア一般民法典1336条2項が裁判官の軽減権を定めているのに対し、解約金について同様の規定はない。そして、前述のとおり、違約罰と解約金は、その法的性質に基づき区別される。したがって、オーストリア法の下で、解約金に関する合意は、これを制限する特別法上の規定がない限り、一般条項(879条)に服するのみであると解するのが出発点となる。そして、判例によると、解約金の支払と引き換えにする約定解除権の合意は、解約金が著しく高額であった場合でさえ、立法者の想定よりも債務者を有利な地位に置くものであるため、良俗違反とは評価されない²³⁷。

ii) 消費者保護法7条によるオーストリア一般民法典1336条2項の適用

もともと、消費者保護法7条²³⁸は、「消費者が解約金を支払う義務を負う場合」について、「オーストリア一般民法典1336条2項の実質に即した適用」を認める。したがって、裁判官は、高額な解約金を軽減することができる。同条が定められた趣旨は、以下のとおりである。少なからぬ事例において、合意が違約罰と解約金のいずれを定めているか、疑いが生じる。しかし、この形式の相違は、裁判官の軽減に服するか否かという重大な帰結をもたらす。したがって、消費者保護法の下では、裁判官の軽減権という限りで、両制度が同様に位置づけられるべきであるという²³⁹。

消費者保護法7条は、その適用範囲を特に限定していない。これに対し、学

²³⁷ OGH 6.10.2005, 2 Ob 85/05x, EvBl 2006, 160.

²³⁸ 消費者保護法7条

事業者が手付(オーストリア一般民法典908条)を保持し、若しくは、返還を請求する権限を有し、又は、消費者が解約金(オーストリア一般民法典909条)の支払義務を負う場合に、裁判官は、手付又は解約金を、オーストリア一般民法典1336条2項を実質に即して適用し、軽減することができる。

²³⁹ ErläutRV 744 BlgNR 14. GP, S.27.

説上は、消費者が自ら約定解除権を行使した場合には、解約金を軽減することはできないという解釈も主張されている²⁴⁰。この解釈の前提には、オーストリア一般民法典911条の規律がある。すなわち、同条によると、解約金は、解除権者の責めに帰すべき履行不能の場合にも支払われなければならない。有力説は、消費者保護法7条の適用範囲を、過失による履行不能の場合に解約金の支払義務が生じる事例に限定しようとする。オーストリア最高裁判所は、この問題について判断を留保している²⁴¹。

ドイツ法との比較において、このような規律が必要となる背景には、ドイツよりも広く、解約金に関する合意が認定されるという事情があると考えられる。

iii) 消費者契約以外におけるオーストリア一般民法典1336条2項の類推適用

消費者保護法7条の制定前も、1336条2項の解約金への類推適用が、少数ながら主張されていた。マイルホーファーは、違約罰にせよ、解約金にせよ、契約の解消により生じる不利益の補償という点では共通することから、解約金に1336条2項を類推適用すべきことを主張していた²⁴²。現在では、この問題は、消費者保護法7条を、消費者契約以外に類推適用することができるか、という形で論じられている。オーストリア最高裁判所は、少なくとも、故意の不履行または解除権の行使により解約金の支払義務が生じる場合には、類推適用を否定している²⁴³。有力説によると、消費者保護法7条は、過失による不履行の場合においてのみ、消費者契約以外に類推適用される²⁴⁴。有力説が、消費者契約以外で、1336条2項に基づき解約金を軽減すべき場面として想定しているのは、解除権者の過失による履行不能の場面である。したがって、有力説によると、解除権者が自ら解除権を行使した場合に、消費者保護法7条の類推適用および解約金の軽減は、認められない。

²⁴⁰ Rummel/Heinz *Krejci*, § 7 KSchG, Rn.4; Schwimann/Kodek/*Apathy/Frössel*, § 7 KSchG, Rn.4.

²⁴¹ OGH 22.2.2012, 3 Ob 231/11h, Zak 2012, 154.

²⁴² *Mayrhofer*, a.a.O.(Fn.222), S.193.

²⁴³ OGH 5.5.2010, a.a.O.(Fn.215).

²⁴⁴ Rummel/*Reischauer*, § 911 Rn.2; Rummel/*Krejci*, § 7 KSchG Rn.4; KBB/ *Bollenberger/Bydlinski*, § 911, Rn.2.

2 解除等に伴い支払うべき金額に関する合意の内容規制

オーストリアにおける解約金の法的性質は、「対価の代償物」という要素を通じて特徴づけられる。その結果、「包括的に予定された損害賠償」としての違約罰から、解約金が区別される。したがって、オーストリアにおいて、解約金等条項に基づき、解除等の際に支払うべき金額は、違約罰と解約金のいずれかである。従来の理解によると、これを超えて、ドイツのように、法定解除権等の行使に伴う補償 (*Entschädigung*) から解約金が区別されることはない。もっとも、近時、旅行契約法において、新しい展開を見出すことができる。以下では、このような分類の観点から2(2)における検討を整理し、それぞれの類型における内容規制について概観する。

(1) 違約罰

① 解釈の基準

一般論としては、違約罰は、契約に反する行為により効力が生じる点で解約金から区別される。したがって、約定額の支払義務をもたらす行為が、契約に違反する行為と評価されるか否かが決定的となる²⁴⁵。さらに、違約罰は、包括的に予定された損害賠償である点でも、解約金から区別される。したがって、実損害額の主張が当事者の一方または双方に認められている場合には、違約罰の合意が認定されることになる²⁴⁶。

前述のとおり、判例によると、キャンセル料 (*Stornogebühr*) は、原則として、解約金ではなく違約罰と解される²⁴⁷。単に、一方当事者による一方的な解約申入れの場合に支払うべき金額が定められているだけでは、約定解除権の特約があるとは評価されない。

② 内容規制

違約罰は、オーストリア一般民法典1336条2項に基づき、裁判官の軽減権に服する。違約罰＝損害賠償という基本的理解が維持されているにもかかわらず、

²⁴⁵ *Mayrhofer*, a.a.O.(Fn.222), S.187f; *Rummel/Reischauer*, § 909, Rn.7; *Klang/Aichberger-Beig*, § 909, Rn.40; *Barth/Dokalik/Potyka*, a.a.O.(Fn.214), S.657.

²⁴⁶ *Mayrhofer*, a.a.O.(Fn.222), S.190.

²⁴⁷ OGH 8.4.1975, 3 Ob 60/75, SZ 48/38.

軽減の際に考慮される要素は、多様であり²⁴⁸、例えば、義務違反の態様²⁴⁹、債務者の経済的状況²⁵⁰、本来は損害賠償の対象とはならない不利益²⁵¹等が考慮される。

債務者が、正当な理由なく解約を申し入れる行為は、故意の債務不履行と評価されるため、このことは、軽減を否定する方向で考慮されることになる²⁵²。

(2) 解約金

① 解釈の基準

上記のとおり、キャンセル料 (Stornogebühr) は、原則として、違約罰と解される。もっとも、明示的に約定解除権が定められた場合や、損害賠償ではなく対価の補償と認められるべき場合には、解約金に関する合意が認定される。

約定解除権の存在が認められた例としては、ホテル宿泊契約におけるキャンセル料がある²⁵³。また、期限前弁済損害金は、合意解除の際に支払うべき金額との性質決定を前提に、解約金であると解されている²⁵⁴。1(2)① i) で前述のとおり、請負契約における注文者の任意解除権行使の際に支払うべき金額も、解約金と解される。

② 内容規制

前述のとおり、オーストリア法の下で、解約金に関する合意は、原則として、一般条項 (879条) に服するのみである。さらに、過大性のみを理由に良俗違反が認められることもない。ただし、2つの例外がある。

第1に、消費者契約である。消費者保護法7条は、「消費者が解約金を支払う義務を負う場合」について、「オーストリア一般民法典1336条2項の実質に即し

²⁴⁸ 河野・前掲注(15)12～15頁。

²⁴⁹ 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; OGH 29.11.2013 8 ObA 82/13s, SZ 2013, 12.

²⁵⁰ OGH 13.05.1986, 14 Ob 71/86, RdW 1986, 378.

²⁵¹ OGH 24.10.2005, 9 ObA 136/05y, DRdA 2006, 149; OGH 26.08.2008, 5 Ob 149/08k, bbl 2009, 23

²⁵² Rummel/Reischauer, § 1336, Rn.14

²⁵³ OGH 14.12.1979, 1 Ob 779/79, SZ 52/189.

²⁵⁴ OGH 5.5.2010, a.a.O.(Fn.215).

た適用」を認める。その具体的な軽減基準は、明らかではない。解約金が、損害賠償ではなく対価の補償であるという理解を前提にすれば、「損害額」を根拠にすることは困難であるように思われる。しかし、多くの学説は、「予期されるべき損害」や「実損害」を軽減の主要な基準として挙げる²⁵⁵。解約金に特有の軽減の基準を定立する試みは、管見の限り、見当たらない。ただし、前述のとおり、違約罰においては、債務者が、正当な理由なく解約を申し入れる行為は、故意の債務不履行と評価されるため、このことは、軽減を否定する方向で考慮されることになる。解約金の軽減においても、消費者が自ら解除権を行使したことは、少なくとも、軽減を否定する方向で考慮することになると思われる。さらに、1(2)② ii) で検討したとおり、見解によっては、消費者が自ら解除権を行使した場合には、一切の軽減が否定される²⁵⁶。

第2に、前述のとおり、通説によると、オーストリア一般民法典911条に基づき、自らの過失による履行不能により債務者が解約金の支払義務を負う場合には、消費者契約以外にも、消費者保護法7条が類推適用される。もっとも、これは、オーストリア一般民法典911条の特徴的な規律に由来する解釈論である。解除権の行使の際に支払うべき金額を念頭に置いている本稿にとっては、参照価値がないと考えられる。

(3) 新たな類型の可能性

以上のとおり、従来は、解除等に伴い支払うべき金額の合意は、違約罰＝損害賠償と解約金＝対価の補償のいずれかについて定めるものであると解されてきた。もっとも、パック旅行法の領域において、近時、新たな類型を認める見解が主張されている。

オーストリアにおいては、1990年6月13日のECパック旅行指令²⁵⁷の国内法化

²⁵⁵ Klang/Heinrich *Mayrhofer*, KSchG, 3.Aufl., 2006, § 7 KSchG, Rn.15; Petra *Leupold*, in: Anne Marie *Kosesnik-Wehrle*(Hrsg.), KSchG Kurzkommentar, 4.Aufl., 2015, § 7 KSchG, Rn.5; KBB/Georg *Kathrein*/Thomas *Schoditsch*, § 7 KSchG, Rn.1; *Barth/Dokalik/Potyka*, a.a.O.(Fn.214), S.1301. 端的に違約罰の軽減の基準を参照するのは、Schwimann/Kodek/*Apathy/Frössel*, § 7 KSchG, Rn.7.

²⁵⁶ Rummel/*Krejci*, § 7 KSchG, Rn.4; Schwimann/Kodek/*Apathy/Frössel*, § 7 KSchG, Rn.4.

²⁵⁷ EL 90/314/EWG.

以来、消費者保護法31b条～31f条に、旅行契約に関する規定が置かれていた。その後、2015年10月27日成立、2018年7月1日施行のEUパック旅行指令²⁵⁸の国内法化に伴い、消費者保護法上の旅行契約に関する規定は削除され、パック旅行法が制定されるに至った。

パック旅行法10条1項第1文は、パック旅行の開始前であれば、旅行者は、任意にパック旅行契約を解除することができる旨を定める。ただし、解除の場合に、旅行主催者は、妥当な補償の支払を請求することができ（同項第2文）、これを契約に基づき包括的に予定することも可能である。レーヴは、補償の包括的予定の法的性質について、近時の通説の下では、オーストリア一般民法典909条の規定する解約金であると解されてきたと分析し、請負契約に関する通説に対応すること、および、「解除は、旅行者の旅行参加義務が欠けているために、契約違反を意味せず、したがって違法でない」ことを理由に、近時の通説の正当性を裏づける²⁵⁹。しかし、パック旅行法10条1項に基づき、旅行主催者の補償請求権が法律上認められた現在では、一方で、損害の填補としての性質が認められるために解約金と解することはできず、他方で、解除に違法性が欠けているため違約罰と解することもできないという。したがって、レーヴによると、旅行主催者の補償請求権は、「主として損害賠償法的な要素を備える特別の補償請求権」であり、その額が包括的に予定された場合であっても、解約金とも違約罰とも性質決定されない²⁶⁰。

以上のように、オーストリア法においても、特別法、特にEU指令の国内法化という文脈の下では、違約罰と解約金の二分法が克服され、新たな類型が認められる余地がある。

IV 解約金等条項の法的性質と内容規制

1 ドイツ法およびオーストリア法の検討のまとめ

²⁵⁸ RL(EU) 2015/2302. 立法の経緯や内容について、高橋弘「新EUパック旅行指令第2015/2302号の条文」*広島法学*39巻4号（2016年）122頁。

²⁵⁹ Sebastian Löw, *Der Rücktritt des Reisenden vom Pauschalreisevertrag*, 2022, S.41f.

²⁶⁰ Löw, a.a.O.(Fn.259), S.43f.

(1) ドイツ法

ドイツ法の沿革的検討によると、ドイツにおける解約金は、証約手付および違約罰が「契約の拘束力の強化」という観点の下で捉えられる過程で、例外に位置づけられたものである。したがって、解約金の法的性質を理解する上で出発点となるのは、債務者に債務の履行を免れる可能性を認めることで、契約の拘束力を弱めるという特徴である。このことを通じて、違約罰から解約金が区別される。さらに、現在では、「債務者の権限の拡張」または「約定解除権の対価」という要素も強調される。このことを通じて、法定解除権等の行使に伴う補償(Entschädigung)から、解約金が区別される。

契約において債務者による一方的な契約の終了の際に支払われるべき金額が定められた場合であっても、債務者による一方的な解約の申入れが契約に違反する行為と評価されるときは、合意は、解約金ではなく、違約罰を定めるものと解される。違約罰に関する合意は、債務者に対し、債務不履行による損害賠償とは異なる特別な負担を課すものであり、ドイツ民法典343条や309条6号に基づき、特別な内容規制に服する。ただし、これらの内容規制には、損害額に依存したものではないという特徴がある。

債務者による一方的な契約の終了が、合意によって初めて認められるものではなく、むしろ、合意がなくても法律上認められるべきであるときは、合意は、解約金ではなく、補償の包括的予定であると解される。なぜならば、このようなときは、「債務者の権限の拡張」または「約定解除権の対価」という解約金を特徴づける要素が認められないからである。補償の包括的予定について、ドイツ民法典343条に相当するような一般的な内容規制は存在しない。もっとも、パック旅行契約や期限前弁済損害金について特則が存在するほか、普通取引約款においてこれが合意された場合には、308条7号や309条5号に基づく内容規制に服する。これらの内容規制には、法律上支払われるべき損害賠償、補償等の金額が基準になるという特徴がある。

以上のいずれにも該当せず、約定解除権の行使の際に支払われるべき金額に関する合意であると評価される場合には、解約金に関する合意が認められる。一方で、解約金の合意がある場合には、違約罰に関する合意がある場合とは異なり、債務者による一方的な解約の申入れは、適法な、契約に適合した行為で

ある。他方で、法律上は債務者に解除権等が認められず、むしろ、合意によって初めて、これが認められる。通説によると、解約金については、138条や307条といった一般条項による内容規制しか予定されていない。その背景には、違約罰および包括的に予定された補償との対比において、解約金は、例外的にしか認められないという事情があると考えられる。

(2) オーストリア法

オーストリア法の沿革的検討によると、オーストリアにおける解約金は、ドイツにおけるほど、契約の拘束力の弱体化としての要素が強調されない。現在の判例および学説において、解約金を特徴づける要素として説かれているのは、「対価の補償」という要素である。このことを通じて、損害賠償額の包括的予定と解される違約罰から、解約金が区別される。

ドイツにおけるのと同様に、債務者による一方的な解約の申入れの際に支払われるべき金額が定められた場合であっても、債務者による一方的な解約の申入れが契約に違反する行為と評価されるときは、合意は、解約金ではなく、違約罰を定めるものと解される。なぜならば、このような場合に支払われるべき金額には、債務不履行による損害賠償としての性格が認められるからである。違約罰は、オーストリア一般民法典1336条2項に基づき、裁判官の軽減権に服する。

これに対し、債務者による一方的な解約の申入れが適法であるときは、それが法律に基づく解除権等の行使か、約定解除権の行使かを問わず、解約金と解される。なぜならば、損害賠償ではなく、対価の補償としての性格が認められるからである。解約金には、原則として、1336条2項の適用はなく、裁判官がこれを軽減することはできない。しかし、消費者が解約金の支払義務を負う場合には、消費者保護法7条に基づき、裁判官がこれを軽減することができる。オーストリアにおいては、解約金と解される範囲がドイツよりも広く、だからこそ、消費者保護のための特別な取扱いが必要になると考えられる。

2 日本法における解約金等条項

(1) 「解約金」概念の可能性

解約金等条項の規律を検討する前提として、日本において、ドイツやオーストリアにおけるような解約金を想定することができるかを検討する必要がある。

その際、まず想起されるのは、解約手付である。日本における解約手付もまた、当事者に主たる債務の履行から免れる権限を与える点で、ドイツやオーストリアにおける解約手付に共通する。しかし、ドイツやオーストリアにおいて、解約金の一形態としての解約手付は、損害賠償から区別される。損害賠償との区別という点において問題になるのが、557条2項、すなわち、「解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない」とする545条4項を、手付解除の場合には適用しないという規定である。伝統的には、「手付の損または倍戻しはその損害を補償する趣旨だから」、手付解除は損害賠償請求権を生じさせない、と説明される²⁶¹。この説明は、一見して、解約手付に、損害賠償としての性格を認めるかのようになっている。しかし、このような伝統的説明は、「545条4項は、一般的には、相手方Bの債務不履行による解除をするAが損害賠償も請求できるという規定であるが、債務不履行以外の原因による解除の場合は、相手方Bからの損害賠償請求もありうるという発想であろう」と評されている²⁶²。この評価に基づくと、557条2項の趣旨は、この損害賠償請求を否定する、つまり、手付の放棄または倍戻しによる解除が、解除の相手方の損害賠償請求権を生じさせないという点に尽きる。そうすると、557条2項は、まさに、手付の放棄または倍戻しによる解除は、契約に違反しない適法な行為であることを明らかにするものである。したがって、557条2項や、相手方の損害の補償という説明をもって、ドイツやオーストリアにおける解約手付と日本における解約手付の法的性質の相違を認めることはできない。

次に、ドイツにおけるような狭義の解約金についての合意も、十分に想定することができる。例えば、定期建物賃貸借において、賃借人は、借地借家法38条7項の要件を満たさなければ、解約申入れをすることができない。これに対し、

²⁶¹ 我妻榮『債権各論 中巻一』(岩波書店、1957年) 264頁。「手付金額を相手方に与えることによって相手方の損害をカバーする」とするのは、広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』(1994年、有斐閣) 50頁。

²⁶² 中田裕康『契約法〔新版〕』(有斐閣、2021年) 123頁。

同項の要件を充足しない場合にも、一定の金額の支払と引き換えに解約申入れを行うことを認める特約を想定することができる。さらに、ホテル等の宿泊契約においても、一般的に、宿泊者がキャンセル料の支払と引き換えに契約を解除する可能性を認める特約がなされる²⁶³。宿泊契約の法的性質については、「部室・寝具などの賃貸借、飲食物の売買、労務者のサービス提供などを含む混合契約」と解されている²⁶⁴ところ、民法651条の適用が認められない限り、上記の解除は、特約がなければ認められない約定解除であると考えられる。以上のような一方的な解約の申入れは、適法な、契約に適合した行為であり、かつ、合意によって初めて認められるものである。

以上によると、日本においても、ドイツやオーストリアにおけるような解約金を想定することができ、ドイツ法やオーストリア法の分析を参考に、その法的規律を検討する可能性が認められる。

(2) 解約金等条項の類型化

① 債務不履行による損害賠償額の予定と約定解除権行使に伴う解約金

ドイツおよびオーストリアのいずれにおいても、債務者による一方的な解約の申入れが違法か否かという観点から、合意の類型化が行われていた。すなわち、債務者による一方的な解約の申入れについて約定があったとしても、そのことから、直ちに約定解除権の存在が導かれるわけではない。むしろ、この行為を履行拒絶またはそれに類する債務不履行と捉えて、債務者の債務不履行を抑止する違約罰を定める趣旨で、合意が解釈されることがある。例えば、売買契約において、「買主が自己都合によりキャンセルを申し入れた場合には、売買代金の20%を支払わなければならない」という約定があったとする。一方で、この条項が、買主の約定解除権を定めるものであり、したがって、支払われるべき金額は解約金であるとの解釈もあり得る。他方で、買主の自己都合によるキャンセルの申入れは債務不履行であり、支払われるべき金額は違約罰であるとの解釈もあり得る。オーストリアの判例によると、合意がいずれを定めるも

²⁶³ モデル宿泊約款（国振第416号）6条。

²⁶⁴ 西原寛一『商行為法』（有斐閣、1960年）411頁。

のか決することができない場合には、違約罰を定めるものと推定される。

日本においても、同様の区別が可能である²⁶⁵。すなわち、一方で、以上のような条項が、買主の約定解除権を定めるものであるならば、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。したがって、買主の支払うべき金額を定める条項もまた、債務不履行による損害賠償請求権の内容を定めるものと解することはできない。他方で、以上のような条項が、買主の約定解除権を認めるものではなく、むしろ、買主による明確な履行拒絶について定めるものであるならば、買主によるキャンセルの申入れは、履行に代わる損害賠償請求権を生じさせる（民法415条2項2号）。したがって、買主の支払うべき金額を定める条項は、債務不履行による損害賠償請求権の内容を定めるものと解することができる。買主がキャンセルを申し入れた場合に、売主が代金債権について履行請求権を行使することができないとすれば、それは、合意に、売主の履行請求権の制限、または、542条1項2号の事由が生じたことを理由に契約を当然に終了させる失権約款のいずれかの趣旨が含まれることによる。

以上のとおり、合意が規律する対象が異なる以上、両者を区別することが必要になると考えられる。冒頭で述べたとおり、そして、ドイツ法およびオーストリア法の検討から明らかであるように、この区別は、過大な金額を定める合意の内容規制を検討する際に有益であると考えられる。債務不履行による損害賠償額の予定であれば、任意法規を特約により修正するという構造を理由に、過大性を評価する際の基準は、法律上賠償されるべき損害額となる。これに対し、約定解除権行使に伴い支払うべき解約金の過大性を評価する際には、法律上賠償されるべき損害額は、直ちには過大性の基準にならない。それどころか、「逸失利益から節約費等を控除した金額」を基準にすることすら、自明ではない。特約がなければ、債務者は、代金債務等の履行の強制を甘受しなければならない。それにもかかわらず、特約を通じて債務者に約定解除権を認めるならば、その行使に伴い支払うべき金額は、当事者の自由に委ねられるべきである。

²⁶⁵ 手付においても、解約手付が損害賠償額の予定の趣旨を含むか否かを論じる形で、手付解除に関する規律と、法定解除に関する規律の相違が意識されている。我妻・前掲注(261)264～265頁。

とりわけ、給付に代替性がないことは、債務不履行による損害賠償額の予定との解釈に馴染む。給付に代替性がない場合に、一方当事者が給付の受領を拒絶した上で、代金債務等の履行を拒絶することは、当事者が契約により実現することを旨とした利益状況から大きく乖離するからである。したがって、他に特段の事情がなければ、一方当事者による一方的な解約の申入れが、契約に反する行為であるとの解釈が導かれると考えられる。これに対して、例えば、不特定多数の相手方との間で代替性のある給付を行うような場合には、むしろ、一部の当事者による解約の申入れが契約において予定されているとの解釈に親和的であり、約定解除権の存在を推認させる。消費者契約が真っ先に想起されるところ、例えば商事売買においても、速やかに代替的な取引を行うべきことが要請される場合には、同様の解釈が成り立つ余地がある。

② 債務不履行による損害賠償額の予定と任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定

ドイツおよびオーストリアのいずれにおいても、解除権等が当事者の合意により認められる場合だけでなく、法律により認められる場合にも、違約罰との解釈が排除される。違約罰の支払は、債務者の違法な行為について定められる。これに対し、法定の解除権等の行使は、違法ではないからである。

日本では、金銭消費貸借における借主の期限前弁済に伴い支払うべき金額も（民法591条3項）、請負における注文者の任意解除に伴い支払うべき金額も（641条）、委任の任意解除に伴い支払うべき金額も（651条2項）、寄託物受取り前の寄託者による解除に伴い支払うべき金額も（657条の2第1項）、いずれも「損害賠償」と定められている。Ⅱ1(3)④iv)において前述した、ドイツにおけるパック旅行契約に関する議論に見出されるような、適法な解除権行使の際には損害賠償責任が生じないという理解は、日本法には直ちに妥当しない。そうすると、債務不履行の際に支払うべき金額の合意も、任意解除権行使等に伴い支払うべき金額の合意も、いずれも損害賠償額の予定であるとして、特に区別をしないことも考えられる。さらに、いずれも、法律上支払われるべき金額を特約により変更するという構造を備える。この共通点は、内容規制を念頭に置いても、区別が不要であることを裏づけるとも考えられる。

しかし、債務不履行による損害賠償額の予定と、任意解除権の行使に伴う損

害賠償額の予定との間には、看過することができない相違がある。債務不履行による損害賠償額の予定において、損害額よりも高い約定額は、債務不履行の抑止という観点から正当化可能である。当事者は、債務不履行を抑止するという目的から、あえて高額な賠償額を定めることができる²⁶⁶。ところが、任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定において、高額な賠償額を定めることは、債務不履行の抑止ではなく、任意解除権の行使を制限する効果をもたらす。つまり、債務不履行による損害賠償額の予定の高額化は、債務不履行という契約に違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、任意解除権の行使という適法な行為を制限する。したがって、特定の契約類型において例外的に契約の拘束力から免れる可能性を認めた法の趣旨²⁶⁷に反する可能性がある。このように、任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定に関する合意の内容規制においては、高額な賠償額の予定を通じて、解除権行使を制限することを正当化することができるか、という、債務不履行による損害賠償額の予定とは異なる問題を立てる必要がある^{268 269}。

²⁶⁶ 我妻榮『新訂 債権総論』（岩波書店、1964年）131頁、於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972年）153頁、債権法改正後の文献としては、中田裕康『債権総論〔第4版〕』（岩波書店、2020年）221頁。

²⁶⁷ 有償委任の委任者による不利な時期の任意解除の場合に、受任者の得べかりし報酬を損害に含めるかという議論について、山本豊編『新注釈民法(14)債権(7)』（有斐閣、2018年）330～331頁〔一木孝之〕、潮見佳男『新契約各論Ⅱ』（信山社、2021年）335～336頁。報酬を損害に含めない見解において、従来は、受任者が任意解除を予期すべきことが根拠とされていた。我妻榮『債権各論 中巻二』（岩波書店、1962年）690頁。これに対し、丸山・前掲注(100)268頁～272頁は、委任者が自らの利益について自己コントロールを確保するという観点から任意解除権を分析し、「委任者に帰属する権利や利益が受任者の手中に委ねられ、事務の継続が委任者の権利義務に影響を与える」類型については、自己コントロールを確保するために解除の要請が高いことを理由に、「原則として損害賠償も不要とするような契約解消の自由を委任者に認める」可能性もあると指摘する（ただし、委任の多様性から、一般論としての妥当性は疑問となるという）。任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定に関する合意の内容規制に特有の判断として、本稿が想定するのは、以上のように、任意解除権を認める趣旨から責任を制限することである。さらに、消費者契約法9条1号の「平均的な損害」について、解除権の認容と損害賠償請求権の結びつきを指摘するのは、後藤巻則＝齋藤雅弘＝池本誠司『条解消費者三法〔第2版〕』（2021年、弘文堂）130頁〔後藤巻則〕。

²⁶⁸ 請負契約における注文者の任意解除権行使の制限について、坂東俊夫「判批」リマックス27号（2003年）41頁。

²⁶⁹ いわゆる学納金返還訴訟について、最判平18.11.27民集60巻9号3437頁、同民集60巻9号3597頁、同判タ1232号89頁（以下では、民集60巻9号3437頁の判決を検討

したがって、日本法の下でも、両者を区別しなければならないと考えられる。

③ 任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定と約定解除権行使に伴う解約金

ドイツ法は、法定解除権等の行使に伴う補償額の包括的予定と、解約金を区別する。これに対し、オーストリア法は、近時のパック旅行法に関する議論を除けば、解除等の根拠に応じた区別を予定していない。

②で前述のとおり、任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定の高額化は、法律上認められた任意解除権の行使を制限する効果をもたらす。したがって、その内容規制の際には、任意解除権を認める法の趣旨を問題にする必要がある。これに対して、約定解除権行使の際に支払うべき解約金に関する合意は、本来は解除が認められないことを出発点としており、問題の構造が異なる。このような構造の相違に鑑みると、ドイツにおけるように、任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定と、約定解除権の行使に伴う解約金についても、両者を区別することが望ましいと考えられる。

(3) 解除権等条項の内容規制

① 債務不履行による損害賠償額の予定

i) 民法90条

損害額に比して過大な賠償額を予定する合意の効力は、民法90条に基づき否定される。

の対象とする)。最高裁判所は、在学契約の解除を、教育を受ける権利(憲法26条1項)に基づく、「学生の意思が最大限尊重されるべきである」との価値判断から裏づける。そして、学納金不返還特約(入学金に関する部分を除く)について、「解除に伴う損害賠償額の予定又は違約金」と性質決定し、消費者契約法9条1号に基づき有効性を判断する。これに対し、窪田充見「入学金・授業料返還訴訟における契約の性質決定問題と消費者契約法」ジュリスト1255号(2003年)101頁は、学納金不返還特約の解除権制限としての側面を強調する。同「<特集>『学納金返還請求』最高裁判決を読んで」NBL849号(2007年)10～11頁におけるコメントも参照。後藤巻則「判批」法教322号(2007年)15頁も、消費者契約法施行前の事案に民法90条を適用することを想定して、「教育を受ける権利を強調して在学契約の任意解除権を導いている」ことから、「授業料不返還特約の効力という場面でも教育を受ける権利について十分な配慮を払わなければ首尾一貫しない」と指摘する。私見は、債務不履行による損害賠償額の予定と任意解除権行使に伴う損害賠償額の予定を区別し、後者の内容規制において任意解除権行使の制限という要素を考慮することで、以上の見解における価値判断を消費者契約法9条1号に基づく判断に取り入れることを試みるものである。

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に關する合意と同様に、民法90条に基づく内容規制に服するものと考えられる。

ii) 消費者契約法9条1号

消費者契約法9条1号は、「消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項」を対象とする。債務者による一方的な解約申入れが債務不履行と評価される場合は、「解除に伴う損害賠償の額」を予定する条項とはいえないとも考えられる。

しかし、条項に「消費者による明確な履行拒絶の場合には当然に契約が解除される」という失権約款が含まれるとの解釈を前提にすれば、「事業者による」解除の場合における履行に代わる損害賠償額の予定と解することもできる。そのように解さないとしても、予定賠償額における損害賠償の請求は、契約の終了を前提にしているとみることができる。さらに、事業者側が、消費者の履行拒絶を理由とする無催告解除権を行使するか否かによって、消費者契約法9条1号の適否が定まると解するのは妥当ではない²⁷⁰。以上によると、消費者による一方的な解約申入れについて約定額の支払を義務づける場合において、消費者による解約申入れが適法な解除権の行使ではなく債務不履行であることを理由に、同号の適用を排除すべきではないと考えられる。

それでは、同号を適用する際に、「平均的な損害」はどのように解釈されるべきか。この場合における消費者による解約申入れは、契約および法令において予定されていない行為であり、特商法や割販法におけるような特別の価値判断がない限り、消費者の契約からの撤退を保障すべき根拠がない。そうすると、債務不履行による損害賠償の範囲に関する民法の一般原則、すなわち、損害賠償には逸失利益も含まれるという規律を妥当させること²⁷¹に問題はない。むしろ、特商法等における原状回復賠償への制限を、消費者契約の解消ルールとして一般化する²⁷²としても、この類型には当てはまらないと考えられる。「平均

²⁷⁰ 合意解除について、事業者による規定の潜脱を防止するという観点から、同号の適用を認めるのは、落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001年）129頁。

²⁷¹ 山本敬三・前掲注(9)262頁、後藤・前掲注(267)141～142頁。

²⁷² 森田・前掲注(9)106頁、千葉・前掲注(9)427～429頁。

的な損害」に原則として履行利益を含める見解は、「解除権を否定するのと同じ結果になる」との批判に対し、「解除権が否定されることについてのマイナス評価は、自由な解除権を保障する特商法49条1項や民法651条といった規定を前提として初めて可能となる」と指摘する²⁷³。さらに、一般に、消費者契約において履行期前は契約からの離脱を保障すべきとの評価²⁷⁴も、ここで論じているような、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べき類型には及ばないと考えられる。

以上のように解する場合であっても、事業者の損害回避義務を厳格に解した上で、回避可能な損害を平均的な損害に含めないという可能性は、排除されない²⁷⁵。

② 任意解除権行使に伴う損害賠償額の予定

i) 民法90条

任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定においても、法律上賠償されるべき損害額を特約により修正するという構造を理由に、損害額を基準にした内容規制を行うことができる。その限りで、債務不履行による損害賠償額の予定との間に相違はない。もっとも、任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定においては、その高額化が、任意解除権を制限する効果をもたらす点に留意しなければならない。したがって、任意解除権を認めた法の趣旨に反することを理由に、法律上賠償されるべき損害額を超過する約定の効力を否定する可能性がある。このような理由に基づく内容規制においては、任意解除権行使に伴う損害賠償額の予定に共通する基準を定立するのではなく、契約類型ごとに、任意解除権が認められる趣旨を明らかにする作業が必要になると考えられる。

ii) 消費者契約法9条1号

消費者契約法9条1号は、「解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項」と定めており、「債務不履行による損害賠償額の予定」とは定めていない。少なくとも、同号の損害賠償額の予定条項が債務不履行による場合

²⁷³ 城内・前掲注(9)119頁。

²⁷⁴ 森田・前掲注(9)121～124頁。

²⁷⁵ 後藤・前掲注(267)142頁、谷本圭子「判批」現代消費者法19号(2013年)82頁。城内・前掲注(9)123頁は、損益相殺という文脈において、損害回避可能性について、消費者の立証負担の緩和を説く。

に限定されないという限りでは、見解の一致をみることができる²⁷⁶。もっとも、民法641条のような「損害賠償」を超えて、広く清算に関する条項に、適用範囲を拡大することが許されるかという問題が生じる²⁷⁷。これについて、「厳密には損害賠償請求権とは異なる費用償還請求権（契約時の手続費用等）、目的物の使用利益償還請求権、さらには減価賠償請求権」も、同号の規律対象に含まれるとする見解がある²⁷⁸。このような理解は、特商法における「本来的には『清算に関する条項』と性質決定される条項も、特商法10条1項などという『損害賠償額の予定または違約金の定め』に該当するものとして扱う、逆に言えば、ここである『損害賠償・違約金』には、使用利益・減価の請求、価格返還請求、対価請求、費用償還請求を含めてよいという考え」に対応すると分析されている²⁷⁹。

任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定に消費者契約法9条1号を適用する際の「平均的な損害」は、任意解除権を認める法の趣旨に応じて、検討されるべきである。例えば、委任契約の任意解除において、民法651条2項各号の要件を満たさない場合や、これを満たす場合でも同項柱書ただし書の「やむを得ない事由」があったときは、「民法上は認められていない損害賠償の支払を約定するという意味で、上記の民法415条や同641条の場面における損害賠償額予定条項とは、理論的位置づけを異にする」と指摘されている²⁸⁰。このような場合に、消費者契約法9条1号の枠内で解決するためには、「『平均的な損害』の解釈において、民法や民法法理によれば、事業者にまったく損害賠償請求権が生じない事態であること」を考慮しなければならないとする見解がある²⁸¹。さらに、原則として「平均的な損害」に履行利益を含める見解の下でも、民法651条の適用がある場合には、「平均的な損害」から履行利益が排除される²⁸²。

問題は、以上のことを超えて、消費者に法律に基づき解除権等が認められる

²⁷⁶ 山本豊・前掲注(10)60頁、落合・前掲注(270)136頁、森田・前掲注(9)118頁～119頁、後藤・前掲注(267)128頁。

²⁷⁷ 丸山・前掲注(101)350～363頁、特に356～359頁。

²⁷⁸ 山本豊・前掲注(10)60～61頁。

²⁷⁹ 丸山・前掲注(101)356～357頁。

²⁸⁰ 山本豊・前掲注(10)60頁。

²⁸¹ 後藤・前掲注(267)131頁。

²⁸² 城内・前掲注(9)107～109頁、119頁。

場合一般に、他の消費者との間で契約を締結する機会を喪失するとき²⁸³を除き、その解除権の行使を保障するために賠償範囲から逸失利益を排除すべきとの評価が妥当するか、という点に存する。民法420条と消費者契約法9条1号の規律対象の相違、および「清算に関する条項」の規律対象への取り込みは、まさに、任意解除権行使に伴う損害賠償額の予定という類型にかかわる。そして、この解釈が特商法の価値判断と軌を一にするならば、特商法の規制原理の一般化、すなわち、消費者契約法における原状回復賠償への限定について、他の類型にはない特別な正当化根拠があるといえることができる。もっとも、それに加えて、「消費者に任意解除権等が認められるならば、その法的根拠を問わず、したがって、契約類型を問わず、その行使の自由が保障されるべきである」との価値判断の妥当性が問われなければならないと思われる。この問題に応答するためには、任意解除権や消費者契約法の目的についての一般的検討を要するため、今後の課題とせざるを得ない。

③ 約定解除権行使に伴う解約金

i) 民法90条

約定解除権行使に伴う解約金においては、法律上賠償されるべき損害額を特約により修正するという構造がないために、損害額を基準にした内容規制を行うことができない。例えば、「逸失利益から節約費等を控除した額」を基準にすることも、自明ではない。特約がなければ、債務者は、代金債務等の履行の強制を甘受すべき地位にある。それにもかかわらず、特約により約定解除権を設定し、債務者が契約の拘束力から免れる可能性を認める場合には、その行使に伴い支払うべき金額は、当事者の自由に委ねられるべきである。代金等の金額を超える解約金が定められた場合でさえ、債務者としては、約定解除権を行使せず、代金等を支払えば、特約がない場合と同様の結果を得ることができる。そうすると、約定解除権行使に伴う解約金を定める合意については、その金額の過大性のみを理由に効力を否定することは、困難であると考えられる。

ii) 消費者契約法9条1号

消費者契約法9条1号は、「消費者契約の解除」と定めており、法定解除と約

²⁸³ 森田・前掲注(9)132～140頁。

定解除を特に区別していない。もっとも、約定解除権行使に伴う解約金は、損害賠償でも「違約」金でもないとして、「損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項」に該当しないと解する余地もある。したがって、約定解除権行使に伴う解約金への消費者契約法9条1号の適否について、規定の文言上は、いずれの解釈もあり得ると考えられる。

一方で、ドイツ法は、普通取引約款法においても、解約金について特別の内容規制を予定していない。解約金に関する合意は、法秩序が予定するよりも債務者を有利な地位に置くものであり、あるいは、解約金は、約定解除権行使の対価として支払われるべきものである。そうすると、解約金について、特別な内容規制は必要ない。さらに、オーストリア法の下でも、一部の学説により、消費者が自ら解除権を行使した場合には、消費者保護法7条を適用しないとの解釈が主張されていた。日本法においても、同様に、約定解除権行使に伴う解約金について、消費者契約法9条1号は適用されず、消費者契約法10条²⁸⁴のみが適用されるとの解釈があり得る。

他方で、オーストリア法は、消費者保護法7条に基づき、消費者が解約金の支払義務を負う場合に、違約罰の軽減に関するオーストリア一般民法典1336条2項の準用を認める。実際の事案において、違約罰と解約金の区別はしばしば困難であり、両者には逸失利益の填補という共通の機能も認められる。そうすると、消費者法の領域では、例外的に、違約罰と解約金を同様の規律に服させることが考えられる。ドイツにおいても、パック旅行契約法が適用されない個別の旅行給付に関する契約におけるキャンセル料条項について、解除権等が法律により定められていないにもかかわらず、補償額の包括的予定との性質決定を行う可能性が指摘されていた。日本法においても、同様に、約定解除権行使に伴う解約金について、消費者契約法9条1号の下では、損害賠償額の予定と同様に扱うとの解釈があり得る。

一般論として、(2)③で確認した、任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定と、約定解除権行使に伴う解約金の相違は、前者の、消費者契約法9条1号の適

²⁸⁴ もっとも、任意規定が予定していない約定解除権行使の際に支払うべき金額について、同条前段の要件の充足をどのように判断すべきかが問題になる。

用を認めない解釈に馴染む。オーストリアにおける消費者保護法7条の規律の背景に、債務者が自らの責めに帰すべき事由による履行不能の場合に解約金の支払義務を負うという、オーストリア一般民法典911条の特有の規律があることも、オーストリア法とは異なる結論を肯定する理由の1つになる。さらに、約定額に一定の制約を課すならば、その前提として、契約の拘束力から免れる消費者の自由を認めるべきとの法的評価が必要とも考えられる。そうすると、約定解除権行使に伴う解約金については消費者契約法9条1号を適用せず、翻って、同号の適用が必要と考えられる事案については、民法651条等を手がかりに、解釈により消費者の任意解除権を基礎づける方が、理論的には一貫する。

しかし、以上の解釈は、解約金等条項の効力が争われる事案において、消費者契約法9条1号の適用を検討する前に、消費者の任意解除権の存否が確定されることを前提としている。現在の消費者契約法9条1号の運用において、そのような前提は整っておらず、むしろ、任意解除権の存否が不透明な取引類型も少なくないと考えられる²⁸⁵。そうすると、約定解除権の行使に伴う解約金に消費者契約法9条1号を適用しないという解釈は、本来必要な内容規制を行うことができないというリスクをもたらす。そして、消費者契約法9条1号の背景には、「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、それ以上の賠償の請求を認める必要はない」との価値判断があるところ²⁸⁶、この評価は、不特定多数の相手方との取引において画一的に約定解除権を定めている限り、約定解除権行使に伴う解約金にも同様に当てはまるのではないか。したがって、消費者契約法9条1号の政策的な目的から、民法の一般論とは異なる帰結を導くことも許容されると考えられる²⁸⁷。

以上によると、約定解除権行使に伴う解約金にも、消費者契約法9条1号を適用すべきである。次に問題になるのは、その基準となる「平均的な損害」の解釈である。前述のとおり、本来、消費者は、事業者による代金債務等の履行の

²⁸⁵ 例えば、民法662条および民法651条に基づく任意解除の可否が争点となった事案として、大阪地判令2.12.10前掲注(13)。約定解除権を認める条項がある場合には、なおさら、特約がない場合の任意解除の可否について判断されないものと思われる。

²⁸⁶ 逐条解説277頁。

²⁸⁷ 逐条解説276頁は、明示的に、約定解除の場合を規定の対象に含める。

強制を甘受しなければならない地位にあるところ、特約により、約定解除権を認められたに過ぎない。そうすると、「事業者は平均的な損害の填補を受ければそれで足りる」との評価を妥当させるにしても、そのことを超えて、消費者の解除の自由を保障すべきとはいえない。したがって、平均的な損害から逸失利益を排除する理由はないと考えられる。

以上のように解する場合であっても、事業者が回避することができる損害を平均的な損害に含めないという可能性は、排除されない。

④ 複数の性質を兼ねる条項の可能性：「織り込み済み」論の再評価

判例²⁸⁸によると、違約手付として手付が交付された場合であっても、反対の意思表示のない限り、手付解除をすることができる。したがって、交付された手付が、ある場面では違約手付として機能し、別の場面では、解約手付として機能することが認められている。このことから想起されるのは、解約金等条項もまた、上記の類型の複数の性質を兼ねる可能性がある、という解釈である。より具体的にいえば、一方当事者による一方的な解約の申入れが、ある時期までは契約に適合する適法な行為と判断され、それ以降は、契約に違反する行為と解される可能性があるのではないか。その場合には、解約金等条項は、債務不履行による損害賠償額の予定と、任意解除権行使に伴う損害賠償額の予定（または約定解除権行使に伴う解約金）を兼ねることになる。そして、このような可能性を考慮すると、学納金不返還特約に関する判例²⁸⁹には、再評価の余地があると考えられる。

消費者契約法9条1号を学納金不返還特約に適用するに当たって、最高裁は、在学契約の解除が「当該大学が合格者を決定するに当たって織り込み済みのもの」であるか否かを決定的な基準とする。すなわち、「当該大学が合格者を決定するに当たって織り込み済みのものと解される在学契約の解除、すなわち、学生が当該大学に入学する（学生として当該大学の教育を受ける）ことが客観的にも高い蓋然性をもって予測される時点よりも前の時期における解除については、原則として、当該大学に生ずべき平均的な損害は存しない」という。そ

²⁸⁸ 最判昭24.10.4民集3巻10号437頁。

²⁸⁹ 最判平18.11.27前掲注(269)。

して、「一般に、4月1日には、学生が特定の大学に入学することが客観的にも高い蓋然性をもって予測される」と判断される。

消費者契約法9条1号の下で以上のような判断を行うことに対しては、「解除を『織り込み済み』であるかどうかということと、学校法人が解除による損失を填補できるかどうかとは、直結するものではない」という批判がある²⁹⁰。最高裁の判断と「平均的な損害」の乖離は、入学式欠席条項に基づく入学式欠席による解除、および、推薦入学試験の場合における解除という2つの例外において、いっそう明確になるとも指摘されている²⁹¹。このように、「解除を織り込み済みであるか」という判断基準は、実際の損害回避可能性とは必ずしも結びついておらず、消費者契約法9条1号の解釈論としてこれを導くことの妥当性が問われなければならない。

「解除を織り込み済みであるか」という判断基準は、ドイツ法およびオーストリア法における、違約罰と解約金（さらに、ドイツ法の下では違約罰と補償額の包括的予定）を区別する基準、すなわち、債務者による一方的な解約の申入れが、契約に反する違法な行為か否かという判断基準を想起させる。上記の判断基準は、学生による一方的な解約申入れが、契約または法秩序において予定された行為か否かの判断を内容とすると言い換えることができる。そうすると、最高裁判所の判断は、「平均的な損害」の額それ自体の判断に尽きるものではなく、その前提となる、支払われるべき金額の法的性質に関する判断も含む、と解することができるのではないか。つまり、ある時期までの解約の申入れは、教育を受ける権利から基礎づけられる適法な解除権の行使であり、その際に支払われるべき金額は、「任意解除権の行使に伴う損害賠償額の予定」に該当する。これに対し、ある時期以降の解約の申入れは、契約に違反する行為であり、その際に支払われるべき金額は、「債務不履行による損害賠償額の予定」に該当する。このように捉えることで、「解除を織り込み済みであるか」

²⁹⁰ 潮見佳男「判批」NBL852号（2007年）63頁。なお、学納金不返還特約を損害賠償額の予定条項ではなく対価保持条項と捉えるべきことも主張されている。私見は、損害賠償額の予定との性質決定、および、消費者契約法9条1号の適用肯定という最高裁の判断を維持した上で、問題を解消する可能性を検討するものである。

²⁹¹ 大澤・前掲注(12)31～33頁。

によって画される解除の時期に応じて、「平均的な損害」の算定基準が異なることを、以下のように正当化することができる。すなわち、解約申入れが任意解除権の行使と解される時期においては、この任意解除権が教育を受ける権利に由来することを考慮して、得べかりし授業料等の賠償請求を一切認めない。これに対し、解約申入れが債務不履行と解される時期においては、原則として、得べかりし授業料等の賠償請求を認める。

以上のように、条項の類型に応じて「平均的な損害」の解釈が異なると解した上で、解約金等条項が債務不履行による損害賠償額の予定と任意解除権行使に伴う損害賠償額の予定を兼ねる可能性を認めることで、学納金不返還特約に関する判例の問題点を解消することができる²⁹²と考えられる。

V 残された課題

IV2(3)で行った検討によると、解約金等条項の内容規制においては、ある取引類型における任意解除権の存否およびその趣旨が決定的に重要となる。あるいは、逆説的に、取引類型ごとに内容規制の基準とすべき損害額について検討することは、任意解除権行使に伴う損害賠償の内容を確定する規範、ひいては、任意解除権を認める法の趣旨の解明にも資すると考えられる。

さらに、本稿は、消費者契約法9条1号の「平均的な損害」について、不完全な算定基準を示すにとどまっている。例えば、逸失利益の具体的な算定基準については、一切検討することができていない。具体的な事案において結論を導くための基準を示すには至っていないと言わざるを得ない。

したがって、以上のような類型化を前提に、裁判例の分析や、取引類型ごとの内容規制の基準の検討に取り組むことが、本稿にとって残された課題である。

²⁹² 山本豊・前掲注(14)130頁は、「判決は、学生からの解除を基礎づける場面では、憲法26条1項の趣旨や教育の理念を高尚するものの、授業料不返還条項の性質決定や内容審査の場面では、無理由解除を解約損料で購うという発想にしている」と分析する。以上の検討によれば、最高裁の判断の二面性は、解約金の類型化および複数の性質を兼ねる可能性を通じて、理論的に裏づけられる。