

予定賠償金と強制できない違約金

大澤 和人

はじめに

借入債務でありながら、債務者自らの固有財産に対する引当責任を免れるノンリコース。その責任財産限定特約に
関し、ノンリコースの効力と責任免除の除外条項の強制力に関する判例法理については、既に私は公表している。^①カ
ーヴァウトされる *Bad-boy waste* による不法行為の賠償額の責任を限定するため、個別の行為から生じると認めれる
損害について、予定賠償金の法理を適用して、ローンの残高に責任限定して、不法行為の賠償の訴えを怯ませようと
する事件が多く見られた。賠償金予定の法理は明確な合意文言がない場合においても、ノンリコース *carveouts* 以外
にさまざまな裁判において、その適用が主張されてきたことが知られているが、最近ではどのように使われ、どのよ
うな判例の展開を見せているか。

本論は、当初、ノンリコース *carveouts* による不法行為を原因とする賠償請求について、裁判において適用が主張
される上限の予定としての意義と効果について、基礎研究的な補足ノートとして執筆したものである。ここでは、予

定賠償金法理の由来と共に、最近の裁判例を概観しつつ、どのような事件で使える法理かについて考察する。

I 予定賠償金の法理の概要

契約による予定賠償金条項は、契約の不履行や違反事由がある場合に備え、一旦発生したら証明の難しい損害額の推定の推定し、その損害補償を契約当事者間ではかることを目的とする。予定賠償金について、契約作成日に、契約違反があつたら生じるだろう損害の規模に相当すると推定される金額の定めをおき、それが合理的に妥当な範囲であれば、強制力を認め、契約違反の損害の数量化の決定を裁判所に委ねるのを避けられる。予定賠償金は、違反によつてもたらされる損害が契約成立時には推定困難ではあるが、予定賠償額が合理的な代償で、実損あるいは損害予見額から不釣合いでないと裁判所が判断する場合には、強制可能となる。不釣合いであれば、裁判所により違約金と評価され、当該条項は公序に反して無効とされ強制できない。その場合の回復は、通常の場合には裁判所の判断で、違反の結果の実損に限定される。^② 予定賠償金規定が、公正でない不当な場合や衡平を欠くような交渉結果や不法行為が原因である場合には、違約金とは異なる賠償請求理由がありうる。

予定賠償金と違約金規則の線引きや損害を反映する支払いを求める原則の由来は、エクイティ裁判所に立ち返り、あまりに不当な交渉あるいは行き過ぎた境界線の取り決めを強制させず、当事者を保護することが目的となる。イギリス、カナダ、オーストラリアなど大部分のコモンローの国々では、同様な予定賠償金の法理が確立されており、契約法によつて違約金と予定賠償金を区別し、違約金としての予定賠償金は認められない。^③ 損害賠償条項が強制できない

い違約金であるかどうかをどのようにして決定するかは法理は、英国 *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd* [1915] AC 79 に遡り、⁽⁴⁾ いずれのコモンロー国家の裁判でも引用され、先例とされる。⁽⁵⁾ コモンローでは、履行がない場合の損害金の推定に使われる実損をベースにした概念が予定賠償金であり、現実の損害の証明が不要な（不履行に伴う）違約金支払いとは性格が異なるものとして理論構成される。⁽⁶⁾ 履行不能に対して処罰あるいは契約違反抑止を意図する損害金を契約で定めることは許されず、⁽⁷⁾ 実損に比べて不当あるいは法外な金額であれば、違約金とみなされる。しかし、実損は契約時点では推し量れないゆえ、実際に損害が計算でき、確認できて法外であったとき、契約自由の原則では裁判所に金額減額の救済を求められ、調整がはかられる。

民法典の国では、ナポレオン法典によって契約の履行を強制するための違約金の強制力が認められてきたため、予定賠償金の概念に混乱が生じた。法典上も裁判法理の点でも伝統的に違約金との区別が要件の点であいまいにされたため、⁽⁷⁾ 両者は混同して使われることさえある。⁽⁸⁾ コモンローの予定賠償金の意図するところは、契約作成時に予見される実損額の推定困難であるかをベースに考えるが、民法制度ではそれが欠け、民法制度では違約金の実損との釣り合いから合理性が考慮されないが、⁽⁹⁾ コモンローの合理性評価はその過剰性が個別に審理される。

そこで、UNCITRAL は 1983 年に予定賠償金と違約金条項に関する統一規則を採用した。その性格が違約金だろうと補償だろうと、単純に両者を履行不能における支払うべき約定額に関する契約条項と扱い、その金額が実損額に比べて大きく不釣り合いであれば、裁判所が減額しようと定めることで問題を解決した。⁽¹⁰⁾

アメリカにおいては予定賠償金条項の扱いは、管轄権によって異なる。裁判所は予定賠償金条項が強制可能かを決定するにあたっては、先に説明の通り、一般的に損害の計算困難な不確定性と予定賠償額の合理性の二要件を考察する。これは、ALR 注釈や契約法、また UCC から説明されることができる。

当事者のいずれかの違反による損害金は、損害予見額あるいは実損額が合理的で、損害の立証が困難な場合にのみ、契約により決められる。不合理なほど大きな予定賠償金を固定する条項は公序の点から違約金として強制不能である。Restatement 2d Contracts § 356 (1) .

UCC § 2-718 (1) は同様であるが、十分な救済を得ることに不都合や実現可能性がない場合が加えられ、不合理なほど大きな予定賠償金は違約金として無効であるとされる。¹¹ またカリフォルニア州民法は、契約違反に対する契約の予定賠償金条項は、条項の無効を求める当事者が、契約作成日において存在する状況にしたがい、当該条項が不合理であることを立証しない限り、有効であると定める。¹²

しかし詐欺、錯誤、脅迫のない限り、対等の立場の当事者が自由に交渉して成立した契約が有効であり、公序に反しなければ、裁判所の介入が不要とするのが一般的な感覚である。¹³ ケースバイケースに要件の違う個別の違約金（無効となる予定賠償金）線引きテスト基準を設ければ、¹⁴ 矛盾を生んでアノマリーがみられ、¹⁵ 法と経済学の分野には大きなターマが提供されることとなった。¹⁶ 予定賠償金条項の強制力については、長年にわたり争われ、裁判法理では州及び連邦共に、契約違反の実損と予定賠償金とを比較するもうひとつの後知恵second lookを裁判所に許可していたことから、またRestatementや判決文の文法上の曖昧さから、¹⁷ 違約金の線引き評価の混乱は混迷を深め、ボズナー判事をして違いの線引きが容易でないとわしめた。¹⁸ 損害金条項が違約金条項かそれとも予定賠償金条項かは事実認定ではなく法律問題である。¹⁹

II 予定賠償金条項の利用される契約類型と補償的概念

予定賠償金条項は、雇用、建築契約や不動産物件やホテルの売買の購入契約でふつうに見られ、相手の債務不履行の損失を制限し、裁判による紛争解決を避けようとする。²⁰ 不動産リース契約、フランチャイズ契約、ホテルの運営契約、マネジメント契約、製造物購入契約、保証、貸し手と貸し手の担保維持など長期の契約に一般に含まれる。

リース契約、スポーツ競技観戦のボックス席購入契約、会員の施設利用契約が期間十年のとき、一年目に違反したり履行遅滞により、残りの九年分の支払い総額に相当額を予定賠償金条項として定めがあるとき、支払い義務を有効として強制できるか。数ヶ月先の引渡ししの不動産売買契約において、預託金を積むとき、買い手の中古住宅が売れず、借入れが得られず、買い手が契約を解約するとき、契約違反条項として予約損害金が定められていたら、預託金は救済としてその範囲内で売り手に権利が移るか。

そうしたとき、リースや会員チケット販売などの長期契約の場合に、契約終了した残りの期間について、別の新たな契約が成立して、損害が生じなかつたり、高く取引できる事態もありえる。違反された契約の価格よりも、高く不動産が売れることもある。価格は、経済市場環境、競合相手、それだけでなく場合によっては天候といったさまざま要因により影響を受ける。新たな契約の成立を優先するため、割り引いて取引して損害が確定できることがある。その場合に損害とは、それぞれの支払いを割り引いた差額を一定の割引率で割り引いた現在価値の総額となり、日割り計算によって容易に計算可能となる。予定賠償金が合理的範囲の不足額補償であれば、実損から外れていなければ、それを不当だとする紛争が起こらない。たまたま新たな契約者がみつかり、結果として損失を被ることがなかつたり、場合より利益が生じることもある。そうした場合、違反が起こったとき実際の損害額が計算可能な場合には、その額

と比較して不釣合いと判断したり、結果を反映させて不当性を評価し、不合理であれば違約金とされる。

取引が標準化され、代替がすぐに見つかり、直ちに清算して損害が計算できるようなスワップ契約やその他の金融市場のような流動的な市場が存在していれば、予定賠償金を定める動機はなくなる。市場がなく代替の見つからないような取引で違反が起こったとき、時間の経過なしに損害額が確定できるとは限らない。いつ代替契約者が見つかるかは予想できず、絶えず取引環境は不透明で、違反された側は損害額が確定できるまで不安な状態におかれる。結果的に損害の発生がなかったからといって、後知恵をもって予定賠償金を無効としたり、軽減できるとすれば、損害の発生や損害額が契約時点で推測が困難で現実的でないとき、違反によるそうした不安な状況の危険に対する補償として予定賠償金条項を保険意味合いで設け、推定額が不合理でない限り有効としようとした当事者の意図に反することになる。裁判所は、違反が起こって正確に補償金が算定できず、推定額が合理性を欠いて当てずっぽうになり、賠償金額の決定を躊躇するとき、当事者の判断に委ねるほうが適当であれば、違反の代替的な救済として当初合意した予定賠償金条項を認める傾向がある。²¹⁾ 契約違反に対して、そのために設けられた預託金による違反者の危険負担のリスクは大きくなるが、それとも預託金が大きすぎれば軽減されるか。推定の合理性を判断するのに、契約成立時だけでなく、後知恵secondlookにもとづく実損額との比較して実損に近似していれば予定賠償金条項を認め、大きければ強制できないとしたら、いかなる紛争や契約類型に対してもかという疑問が残る。²²⁾

Ⅲ Second-look アプローチの裁判法理の確立とポズナー判事の法と経済学への影響を与えた裁判

鉄鋼研磨剤製造会社 *Carborundum* は商品の袋詰めと顧客向け配送サービスを提供する *Lake River* 社との間で1979年に契約を結んだ。契約はL社が袋詰め設備投資費用をカバーし、一定の利益を上げるための当初三年間の最低数量出荷保証条項を含んでいた。鉄鋼需要は契約署名後に落ち込み、製造業者は保証した量の出荷ができず、契約が消滅した。三年の期間終了後、保証量と袋詰め量の差から計算上二四一、〇〇〇ドルの請求が生じたが、C社は計算方式が違約金を課すものとして支払いを拒んだ。L社はその計算式が金額が支払われない限り、在庫として保管していた袋詰商品（市場価値で二六九、〇〇〇ドル）の留置を解くことを拒み、差額分請求に代えて保管品を売却し、計算方式の強制力に関する紛争が解決するまでその売得金を供託することを提案したが、C社は提案を呑まなかった。L社は留置権を主張して連邦地区裁判所に提訴し、計算額を予定賠償金として請求した。C社は没収が不正使用 *conversion* と理論構成し、没収された商品価値と没収によって被った追加の顧客サービス費用を求めて反訴した。裁判所は双方に裁判官による判決を言い渡し、双方が上訴した。

裁判では損害金問題ではなく、L社の担保権が有効であるかどうか争われ、有効でなければ不正使用となり、商品返還価値となる二六九、〇〇〇ドルのC社への支払いが求められる。最低保証条項が違約金であれば強制できず、担保権は有効ではないから、まず違約金かどうかの法的性質決定が優先されるが、正しくはない。契約上の最低保証条項の計算式が契約違反の違約金を課して無効とされても、L社はなおC社の契約違反によって被った実損の賠償の権利があり、問題は賠償金の権利があることで、違反の被害者に商品上の留置権を主張する権利を認めるかどうかであ

った。²³

予定賠償金条項の強制力の裁判法理は、九〇年代終りまで四〇年に渡り、契約成立時点だけか、それとも違反発生時の二点で評価するかで分かれていた。²⁴ second lookアプローチでは、実損が確認困難な場合で、かつ契約成立時に合意された金額が実損の合理的推定を反映する場合には、契約は強制しうる。ただし実損が容易に確認できる場合で、予定額が実損に比べて不合理なほどに大きく不釣り合いである場合には違約金とされ、²⁵ 裁判所は実損額以上の補償請求を認めず、²⁶ 合理的金額に上限を課して減額を求めうる。極論をすれば、この場合に損害が発生しなかつたら、補償として金額を固定する条項は強制できなくなる。²⁷ 実際そうした判決は見られた。

一九八五年の第七巡回区控訴審は、確定されたsecond lookアプローチを踏襲し、乙社にどんなときも実損を超えた額を確定するよう仕組んであるから、補償額の計算方式が予定賠償金ではなく、違約金だと判決した。さらに、全ての違反が同じ重大性をもつわけではないが、どんな違反に対しても、契約で単一の賠償額を特定する場合、金額特定は損害の合理的推定とは言えないし、²⁸ 予定額が些細な違反によって被る可能性のある実損を超えるとき、違約金と性質決定しても誤りではないと判決した。最低保証条項が単一の補償額を確定してはいないが、ポズナー判事はこの事件がこの原則の重力場の範囲内にあると述べた。²⁹

一九九五年第一巡回区裁判所 *Mulligan v. Boston Harbor Marina* は、分譲マンションの一室の売買をめぐって買い手がクローキングできず、破産裁判所は預託金の返還請求を拒絶し、予定賠償金として保留して、³⁰ 上訴された。予定賠償金の強制力を評価するに、同じ先例が引用され、³¹ 同様に二点が考慮されなければならないとされた。マサチューセッツ連邦地区裁判所は、買い手の債務不履行から数日後で、同じ価格で売却できるか、損害の推定が正しく計算して確定できず、³² 損失が数量化困難であれば、当事者の予定賠償金合意が合理的であれば、それに譲ると判決し、³³ 控訴

審はそれを支持した。

IV 否定された second-look 以降と実損がない場合の予定賠償金条項の有効性

Kelly は一九九四年五月初め、九月一日をクロージング日として、価格三五五、〇〇〇ドルで住宅を購入するための売買契約を作成し、一七、七五〇ドルを *Maxx* に預託した。契約には以下の条項が含まれた。「買い手は、買い手の合意を履行しなかった場合、買い手が預託した金銭全額が予定賠償金として売り手に留められる。」*Kelly* は八月九日、居住する家が売れないとして市場売却しよう *Maxx* に文書で通知し、購入を取りやめた。*Maxx* は他の買い手を見つけ購入させる *Kelly* の申し出を承諾し、その後新たな買い手を見つけ、九月八日にその買い手と売買契約に署名し、三六〇、〇〇〇ドルで九月二〇日に売買した。

Kelly (原告) は一九九四年十一月、物件売買のため *Maxx* (被告) に預託した手付金の返還を求めて州裁判所に訴えた。両当事者は略式判決を求めて交差申立した。裁判所は、予定賠償金条項が強制可能⁽³²⁾だとして、被告に預託金を留める権利があると判決し、被告の申立を許可した。

控訴審は、*Shapiro* 裁判で適用された二段階調査 second-look 原則に従って原審を覆し、預託金の原告への返還を命じた。⁽³³⁾ *Shapiro* 裁判所は、契約成立時の状況と違反が生じて当事者が被った実損の両方を審理して結論に至った。⁽³³⁾ *Kelly* 控訴裁判所は、予定賠償金を認めるかを決定するにあたり、*Shapiro* 裁判の三ステップ分析を採った。控訴審は、潜在的損害が不動産売買契約の通常の範囲にあり、契約成立時に予想することが困難だと認めたと、違反時の実損の

点から契約を審査し、被告が違反により損害を被っていないことから、予定賠償金の法的性質が損害の補償とは言えず、原告を罰する性格ゆえ妥当ではなく、被告が手付金を留める権利がないと判決した。⁽³⁴⁾ 州最高裁は、被告の上告審を許可し、second look方法を否定して（すなわちたとえ違反発生後の取引で当事者がそれより高く売って利益が出たとしても、そうした後知恵に左右されない結果となる）、契約成立時に、潜在的損害が決定困難であり、かつ違反によって起こることの予期される損害が合理的予想の場合には、予定賠償金条項が強制できると判決し、第一審の判決を支持した。⁽³⁵⁾

不動産の売り手が手付金を取得することを規定する予定賠償金条項は *Lynch v. Andrew* で認められ、不動産売買では共通した取引実務だった。⁽³⁶⁾ 問題は、予定賠償金条項の強制力が契約成立時の状況なのか（single-look方式）、それとも違反が発生したとき（second look）を後知恵をもって分析することでテストされるのかという点である。この疑問は、不動産売買分野において、予定賠償金に関する直近の重要先例 *A-Z Servicer, Inc. v. Segall* のあいまいな表現から裁判所に混乱を招いていた。⁽³⁷⁾ それ以降多くの判決では、最初に当事者の契約時の損害予見能力の点から、2番目に違反の結果の実損との比較から予定賠償金の合理性を評価することで測定された。⁽³⁸⁾ *Kelly* 控訴審が依拠した *Shapiro* 裁判ではつきりしていたのは、*Shapiro* のコスト分析が *A-Z Servicer* 意見に関する *Shapiro* 裁判所の解釈にもとづくことだ。⁽³⁹⁾

一九八九年の第一巡回区裁判 *Colonial at Lynnfield* では、*A-Z Servicer* テスト基準が適用されていた。⁽⁴⁰⁾ 原告・被控訴人 *Colonial* はホテル持分の売り手で、買い手（被告・控訴人）がその区分権の転売ができないために契約不履行となり、契約違反から予定賠償金条項の強制を求めて訴えた。地区裁判所は買い手に過失があり、原告には予定賠償金の権利があると判決した。被告は取引が破れたとき契約は消滅しており、予定賠償金条項も原告の被るだろう損

害の合理的推定と比べ不釣合いだとして公序に反して強制力がないと主張した。被告の主張は second-look 方式を用いた原則に依拠し、⁴¹ 予定賠償金の額が違反により被る予見できる損害あるいは実損に合理的に関係しなければならぬとする確立した原則に依拠し、予定賠償金は合理的ではなく、強制できないと主張した。巡回区裁判所は、もし被告の不履行が生じたら、いつ最終的にホテルが売れるか誰も契約成立時点ではわからず、契約署名時点で、予定賠償金条項が違約金にあたるとする評価には同意せず、州法に従い予定賠償金規定が違約金にあたるとして、原審を破棄した。違反がおこったときの損害の額を正確に決定するには予見困難である点から、予定賠償金を特定する決定は合理的にみえる。固定額の予定賠償金の支払い条項を維持するためには、契約が作成された時点で、違反により生じる損害が推定困難に見えなければならぬ。⁴² 損失の数量化が困難であれば、予定賠償額についての当事者の合理的な合意は十分に尊重されなければならない。⁴³ 予定賠償金条項が契約成立時の確定困難な損害の合理的推定であるとの地区裁判所の判決に誤りはない。マサチューセッツ州法は、ある状況では明らかに予定賠償金条項の後知恵査定方法をとっていた。実損が容易に確かめられるなら、予定賠償額が違反による現実の損害と大きく不釣合いで不合理かどうかを裁判所は審理する。⁴⁴ そうであれば、予定賠償金条項は違約金として強制できないとみなされ、裁判所は損害を被った当事者に実損を超えた賠償金を与える命令をしない。⁴⁵ *Colonial* が実際に損害を被っていないということは容易に確認できるゆえ、予定賠償金支払いは認容されない。

一九九九年 *Kelly* 州最高裁が、実損が確認困難で、契約作成時に当事者の合意した金額が実損の合理的推定を反映している場合には、契約は強制されるという立場をとったことで、その後の潮の流れを大きく変えた。⁴⁶ ただし予定賠償金が、金額が契約成立時になされる実損の合理的推定に対してあまりにも不釣合いな場合には強制されないと制約をかけた。single-look 方式は予定賠償金条項に対する異議を減じ、second-look の結果をみるまで穏やかではいられない

法的不安定さを取り除き、費用のかかる訴訟を回避しうると述べられた。

理論的構成はともあれ、評価の決め手は *Keily* の手付金が購入価格の5%と通常の範囲だったことだ。その程度であれば、多くの裁判所が買い手の違反による被告の損失の合理的予測と判断していた。⁽⁴⁷⁾ 別の買い手を見つける費用や売却が決まるまで不確実な時間を待つ費用、違反時の市況によりさまざまに要因で不透明な損失リスクを考えれば、金額は契約違反による期待損失に対して、公序に反して無効とされるほど、途方もなく不均衡あるいは不当に大きくするというわけではない。⁽⁴⁸⁾ 一九九一年オクラホマ州法は、不動産売買契約において契約違反により認められる推定損害額に関する条項は、購入価格の5%を超えない場合には有効であり、違約金とはみなされないと定めている。⁽⁴⁹⁾ *Security Safety Corp.* は契約額の1/3の違約金を定める予定賠償金が不合理で、法律問題として強制できないとした。⁽⁵⁰⁾

公序に反せずあるいは一目瞭然に不合理でないことを強制力の基準としたのはルイジアナの州控訴審だった。公序に反せず明らかに不合理でなければ、裁判所によって修正されることができると州法が定める。⁽⁵¹⁾ どのような名称であれ、債務不履行により被る損害を固定し、かつ履行を迫る制約になるのであれば、予定賠償金条項であつて、被った損害の合理的概算とされ、補償的な性質であつて、懲罰的な罰金の損害回復手段ではなく、法律上主たる債務を強制する目的の二次的な債務と位置づけられる。⁽⁵²⁾ そこで予定賠償金額の合理性は、条項を合意形成するとき、実損を概算しようとしたかにかかり、裁判所が真実の概算とみなせば、その効力が生じる。⁽⁵³⁾ 債権者は実損の証明を求められず、債務者に転嫁されると州法が定める。債務者は債権者が全く実損を被っていないことを証明するか証拠を提供して、一目して不合理であることを抗弁することは妨げられない。

ニュージャージー州最高裁は、後に契約法のテキストで救済に関する重要判例とされる *Wasserman's v. Township* 裁判で、予定賠償金条項の有効性を決定するための危険の補償基準として合理性に着目し、予定賠償金条項が契約成

立時と違反時のどちらかの時点で合理的かを判断する現代的潮流を採用した。期間二五年の商業用物件のリース契約の賃借人 T からのリース解約に伴い、解約条項が年リース受領額の二五%の補償金を定めており、賃借人 W は契約違反を理由に契約にしたがう補償金給付の略式判決を地裁に求めた。T は解約条項の一部無効の略式判決を求め州地裁に反訴した。地裁はリース契約と解約条項に完全な効力を認めて解約条項を強制可能として、受領額をベースとする補償金支払いを命じ、州控訴審もそれを支持したが、最高裁は予定賠償金条項の強制力の判断については契約の文言ではなく、個別の状況によるものとして原審を破棄し差し戻した。予定賠償金条項は外形上は有効であるから、契約に異議する者が実際の危険にはあまりに不釣合であり、したがって不合理であることを証明しなければならない。

予定賠償金条項の契約自由の原則は、時に公序が当事者の救済に制限をかける。その目的は相手に履行の強制を迫るものではなく、不履行の補償であり、解約条項が実損概算の補償を超える場合には不合理である。補償は純利益に関係するが、受領総額基準は実損に関係せず、また反映しておらず、恣意的であつて合理性を欠き、解約条項の強制可能性は正当化を欠く。Restatement of Contract § 356(1)に基づき、もし契約に定めた補償が被る実際の危険からかけ離れて不均衡であれば、裁判所は当事者の当初の期待は不合理と決定する。予定賠償金条項が強制可能かどうかは法律問題であり、事件は条項の合理性審理のため事実審裁判所に差し戻された。解約がいつ発生しようが受領額を補償計算に使うことの合理性、年受領額ベースの補償金の意味あい、賃借人の補償の軽減義務、市場の実勢に関する審判点が表示され、どの程度の証拠の追加が必要かは事実審にゆだねられた。

同州最高裁はまた *In MetLife Capital Financial* において、商業用モゲージで借り手の債務不履行によるプレミアム金利や遅延損害金が合理的な予定賠償金を反映しているかを審理して重要判例とされた。合理性を試金石として扱い、①損害証明の難しさ、②当事者の意思、③被った実際あるいは予期される危険、④当事者の交渉能力の全てが予定賠償

償金の有効性に影響し、そのどれかのひとつの要因を手がかりにするのではなく、状況全体テストに基づく⁽⁶¹⁾と示した。結論として控訴審判決を破棄して5%の延滞料を予定賠償金の有効な尺度とした⁽⁶²⁾。ローンはモゲージと担保契約により担保されており、ノートは四八ヶ月の月均等払いで最終期日に残額の一括支払いを定めていた。借り手は四〇〜四八ヶ月と満期一括払いを延滞した。州地裁は差押手続き開始に際して、5%の延滞損害金とプライム金利に5%上乗せか15%の大きい金利とする債務不履行金利については3%上乗せであれば実損に合理的に関連するとして予定賠償金条項を認めたが、控訴審は5%が許されない威圧目的⁽⁶³⁾として原審判決を破棄し、いずれの利率条項も強制できない違約金⁽⁶⁴⁾として、貸し手にそれぞれについて実損の証明を求めたことで、実取引界を啞然とさせた。有効な延滞損害金及び債務不履行金利は個別の合理性基準評価に委ねられていた。最高裁は貸し手に実損の証明を個別取引ごとに求める控訴審アプローチが経済的に不効率あるいは裁判実務にあわないと述べ、控訴審判決を破棄し、5%の延滞損害金、3%プレミアム⁽⁶⁵⁾の債務不履行金利が商業用モゲージ業界で共通した商慣行であり、不合理ではないとして、上記の通り判決した。最高裁は判決のための合理性基準として判例法理と共に、予定賠償金に関するUCC州法規定に依拠し、それ以外に十分な救済を得ることの実行不能である場合に限った。重要な点として、上記④からその法理の射程、は熟知のない消費者ではなく企業だけに予定賠償金条項の法理適用が限定され、契約条項に異議を立てる者が不合理の証明責任を負うとしたことである。

交渉能力が問題となる個人については住宅売買契約で、違反のない当事者が実損を全く被らず、予定賠償金額がそれなりな金額の場合、条項の強制力を認めないニュージャージー州地裁判決⁽⁶⁶⁾ *Notre* はあった⁽⁶⁷⁾が、連邦巡回区裁判所は実損がなく、反対に利益がでる結果となっても、それを理由に強制力がないとするには説得力があるとは認めなかった⁽⁶⁸⁾。同州最高裁は、実損を被らない状況や利益が出る状況で予定賠償金条項が合理的かどうかについては判決してい

ない。⁽⁸⁴⁾ *In Kelly* マサチューセッツ州最高裁においても、売り手は結局のところ別の買い手を見つけて利益が出たとしても、手付金を予定賠償金として売り手に回復することを認める結果になったが、違反により利益が出たかどうか自体の不当性が争点ではなかった。連邦控訴審 *Vanderbeek* は、*In Met Life* の要因をそれぞれ当てはめ、契約成立時の全体状況と違反発生時の双方から、予定賠償金が合理的と認めしたが、七〇〇万ドルもの購入代金に対して二五万ドルは三・五%と公正以上に小さかったことから強制力が疑問とされなかったが、結果的に別への売却で棚ぼた利益を手に入れているときには合理性を欠くという少数反対意見が記された。

契約条項違反により契約終了後に直ちに実損が判明することはまれだろうが、実損が確定したワシントン州の不動産売買契約に関する *Lind Building* では、契約成立時に、売買価額の四〇〇万ドルに対し当初手付金として二〇万ドル、その後数ヶ月に二三万ドルを支払った。⁽⁸⁵⁾ 売り手は債務不履行により二五万ドルを予定賠償金として留め、不動産を五〇〇万ドル強で別の買い手に売った。手付金を違反の代償でなく違約金とみなすための不合理予測の要件は当時州法では曖昧であったが、州控訴審は二五万ドルの支払いを違約金とみなして無効とした。⁽⁸⁶⁾ その後五%が公序の基準と確立されるようになり、一九九二年に不動産売買契約価格の五%以下を予定賠償金のセーフハーバーとする州の立法化にいたり、⁽⁸⁷⁾ 一九九三年同州控訴審 *Watson v. Ingram* は不動産売買価格の五%未満の予定賠償金は不合理とはいえないとした。⁽⁸⁸⁾ 契約の終了条項と予定賠償金条項は区分する明白な線引きがなされるが、*Watson* 控訴審裁判では「終了」と称する契約条項が強制可能な予定賠償金条項と認められた。⁽⁸⁹⁾ 不動産売買契約の債務不履行による契約終了で、損害額が不透明な場合に第九巡回区裁判所 *Aloha Lumber v. Boise Cascade* は、手付金が売買価格四三二〇万ドルの一・二%にすぎず五%を大きく下回っていることから、実損を被っていないようがいまいが、重大な影響がないとはいえない契約終了による損害を考慮し、有効な終了条項と性質決定して予定賠償金条項を有効として支払いを認めた。⁽⁹⁰⁾

V 期限の利益喪失条項と予定賠償金条項

(1) 商業用不動産リース契約

商業用不動産リース契約で、契約違反による期限の利益喪失事由にしたがい、残存リース期間の未払いリース料全額の支払は、違反に対して賃貸主に認められる救済だろうか。マサチューセッツ州では、不動産リース以外の契約については長い間、予定賠償金条項が明白かつ合理的であつて期待される損害と不釣合いでなければ、違約金ではなく、強制力が認められるとされてきた。不動産リース契約に関しては、一九四二年州最高裁により、契約違反が重大か些細かにかかわらず、予定賠償金条項が法律問題として強制力のない違約金とされ、禁じられてきた。⁷²

二〇〇七年 *Cummings Properties, LLC v. National Communications* は、商業用不動産リースの予定賠償金条項に関して一九四二年判決を評価しなおし、六五年続いたその管轄自身の先例法理を修正して、不動産の法律実務界を驚かせた。当事者が契約を熟知する企業の場合、賃借人の重大な契約違反に限って、期限の利益喪失による未払い賃貸料の予定賠償金としての給付を認めた。重大な違反とは、保証金、賃貸料、税金、その他のリース契約上の請求の支払いの不履行を言う。他の強制力の条件として、予定賠償金条項が残存リース期間につき期限が到来した全額を損害とするとき、それが合理的予測を反映し、恣意的に決められておらず、支払いの不履行という違反に対して不釣合いあるいは不合理な補償ではないこととされた。

Cummings では五年のリース契約で、支払い不履行が治癒しない場合には期限が到来した未払いリース料総額全額について予定賠償金として支払い義務が生じるとの条項が含まれていたところ、賃借人 *National Communications* は二ヶ月連続して賃貸料を滞ったので、賃貸人 *Cummings* はリース契約を終了して、占有を回復するため明け渡しの手

続きをとり、三二ヶ月の未払いリース債務を請求した。地裁は賃貸人に占有と未払いリース料全額の補償の給付を認めたと、控訴審は全額の期限の利益喪失賃貸料については四二年判例に準じ、違反が重要だろうと些細だろうと違法と判決して覆し、賃貸人の被った実損の評価に関する審問のため地裁に差し戻した。それを不服として賃貸人が上告し、受理された。

ニューヨーク、ペンシルベニア、ニュージャージーなどの管轄では、長い間、商業用不動産リースの予定賠償金条項は、賃貸料の期限の利益喪失という形式において強制できるとされてきた。*Restatement (Second) of Property* は、⁽⁷⁾ 賃借人の賃貸料の支払い不履行によりリース期間の全額賃貸料の期限の利益喪失条項が容認されうる救済だと述べており、裁判所はそのコメントを引用する。賃借人は、賃貸人が補償の軽減をしてくれないのだから、予定賠償金条項をこの不動産リースの特定の件で強制するのは、不当で衡平を欠くと主張した。地裁は賃借人がその請求に関して明け渡し手続きの訴答において抗弁せず、また控訴審でその争点を維持しなかったことから、軽減を問題とせず拒否した。予定賠償金条項を強制しつつ補償軽減しないことが、予定賠償金条項の強制力に影響するかしないかは裁判所の判決からは見解も付されていないことから不透明になっていた。

特定の状況において、賃借人のリース契約違反による補償のコモンロー上の軽減義務があることは、同州判例が認めてきたことから、⁽⁸⁾ 軽減法理が無視されたのであれば重要なポイントになる。州最高裁は、物件を再リースするための支出を控除した再リースとの差額を、リースが終了しないかのごとくに月々賃借人に受領する権限があり、さもなくば残存期間中、公正な市場実勢賃貸料を上回った期限の利益喪失賃貸金額を予定賠償金として請求する権利を有しており、これを一部期限の利益喪失条項と呼んだ。⁽⁹⁾ この場合、実勢賃貸料が未払いリース料より高ければ、賃貸人は支払いを受ける権利がない。もし未払いリース料全額が軽減なく期限の利益喪失にすることが許されるとすれば、受

ける補償があまりに実損とかけ離れるゆえ、違約金と評価される。しかしそうした方法が通用するのは市場が存在して実損が計算できるまで、実損が証明されるまで解決を待つ不都合が生じてしまうので、解決策として、契約を熟知ある当事者が合意が形成された予定賠償金の有効性を認めようとする動機が働く。

Kelly v. Marx では、債務不履行の買い手の5%の保証金であれば、期待損害額から不均衡でなくまた公序の問題として不当に過剰でもないことから、売り手には取得する権利があり、その額は商慣習上購入代金の5%から10%の間とされる。そこから類推すれば、リースの予定賠償金として全額の期限の利益喪失条項は、売り手が売買契約の100%保証金を予定賠償金として取得する権利と同じことである。⁽²⁹⁾ 債務不履行のプロミサリ・ノートの将来の金利支払いの期限の利益喪失が、たとえノートに期限の利益喪失で予定賠償金として支払い義務が生じると記されていても違約金とみなされると同様に考えれば、⁽³⁰⁾ 重大な違反がある場合に限りとしても、賃貸人が債務不履行により全額の将来の賃貸料の期限の利益を喪失させ、違約金でなく予定賠償金と同意すると主張することに正当性はみいだせない。

裁判所が主に依拠したと見られる Restatement のコメントを正確に読めば、期限の利益喪失全額の回復が認められるとまで読めない。「賃貸料の期限の利益喪失条項が強制された場合、または違反により賃貸人が回収する権利のある損害を差し引いた上で事前に払われた賃貸料を賃借人に戻さないのであれば、賃貸人は債務不履行リースを終了することができない。賃貸人が期限の利益喪失条項が強制される前にリース契約が終了させる場合には、終了以降の期間についての賃貸料を回復することはできない。」

(2) ライセンス契約

一〇年のリース契約で一年経過して債務不履行の場合、全額期限の利益喪失が予定賠償金として認められるだろうか。NPS v. *Minnesota* では、ジレット・スタディウムでのプロのフットボール・チーム *Patriots* の試合観戦のボックス席の一〇年のライセンス契約の期限の利益喪失条項が強制力があるかどうか争われた。スタディウムは建設中で、原告 NPS はそのデヴェロッパで、席は年間一席三、七五〇ドルとされた。契約では、購入者に債務不履行が生じれば、ライセンスの残存期間の全額の支払い期限が到来して支払いを求められる。被告は契約成立時に保証金として七、五〇〇ドルを、その後翌年のライセンス料のため二、〇〇〇ドルを支払った。被告は契約の一年目で債務不履行になり、原告は期限の利益を喪失させ、残額全額の支払いを求めて訴えを提起し、条項が合法的な予定賠償金条項にあたる主張し、被告は不法な違約金だとして争った。マサチューセッツ州地裁は、契約成立時の実損の合理的推定とは不当にかけ離れており、予定賠償金条項は強制できないと判決したが、裁判官は別の実損に関する証拠をとり、判決意見メモを出して、六、〇〇〇ドルの補償給付を求めた。州最高裁は、条項の強制力を認めて判決の額を修正し、ライセンス未払い金全額の六五、五〇〇ドルの給付を命じた。

予定賠償金条項が強制できないことの証明負担は、契約条項に異議する側にある。⁽⁸¹⁾ 予定賠償金が予期される損害とはあまりに不釣合いで違約金だと構成されない限り、予定賠償金を明白かつ合理的に成立させる契約条項が強制力があることは確立された法理で、⁽⁸²⁾ 裁判所は強制力を審理するために、契約成立時の実損の確認の困難さと予定賠償額が違反により生じると期待される損害の合理的予測から離れていないことの二つの基準を使う。⁽⁸³⁾ 損害額が容易に確認でき、予定額が実損と比べ大きくかけ離れていたり、あるいは不当に大きすぎたりするとき、裁判所は実損を超えて賠償を認めない。⁽⁸⁴⁾ 合理的に測定された補償額の支払い合意と強制力のない違約金条項の線引き基準はないので、期待損

害額の合理的な測定は個別の事案の状況にゆだねられるが、本件に関して裁判所は second look 方式を採用しなかった。

第一審は、契約成立時に違約による危険は確認できないと認め、その事実認定は、NPSの受ける損害が違反が生じたときのチケットの需要によって変動するとの証明によって裏づけられた。Patriotsは契約直前にスーパー・ボールで初めて優勝していたが、チケットの売れ行きは、予測しがたい選手の人気やそれ以外のスポーツの人気に加えて、チームの勝敗に左右された。したがって、解約されたからといって、チケットを再販するのにどれだけ長く時間がかかるかを予測することは不可能ではないものの、きわめて困難な状況だった。

裁判官は期限の利益喪失による残存期間の全額の支払を予定賠償金とする合意は、契約時の実損の合理的推定には不当に釣り合っていないと述べた。予定額が実損から不当に大きいことの証明責任は被告にあるが、その事実は立証されていなかった。被告は契約全体が不当であるという主張を超えてほとんど証拠を提供せず、証明を負担しなかった。

本件争点は、不動産リース契約で違反により期限の利益を喪失させて残存リース期間の全額のリース支払いの期限が直ちに到来し、全額の支払いを求めるケースに性格を同じくする。期限の利益喪失条項が補償の額となり、予定賠償金は残存リース期間の物件のリース価値を反映して、その額は固定されずに違反発生時期の残存期間によって異なり、期間が短くなるにつれ金額が小さくなる。残額が実損の代替として利用される。予定賠償金の2段階テストを使って期限の利益喪失条項が評価される。⁽⁸⁾ 裁判所は二つの条項に意味ある違いを見つけられなかった。最悪の場合、NPSは残りの期間、再販できないことが予期されるが、被告はその結果があまりに合理的実損推定から乖離して起こり得ない反証を提示しなかった。

上訴にあたり、原告は予定賠償金条項が強制されるとき、経過が一年ゆえ軽減が検討されるべきかを問題としなかった。被告は補正答弁にて、もし強制される場合には、州法で軽減が認められうることから、原告が補償額を軽減する義務がないと定める契約が不当だと抗弁した。契約法テキストは、予定賠償金条項により実損額に代えて事前に決めた金額で代替する効果を生じ、したがって強制力ある予定賠償金条項の存在は補償額軽減を無関係にする効果を有すると説く⁽⁸⁾。最高裁は、予定賠償金条項によって当事者が結果を確定するために、事前にありえる損害の合理的推定を反映する金額に同意し、違反による実損を決定する機会と交換したとき、予定賠償金条項に強制力がある場合での補償の軽減は、予定賠償金条項の本来の目的を見失って論理矛盾となるので関係ないとしたいくつか他の管轄の判例に従った。

(3) フランチャイズ契約

M & K Food は、*Honey Dew* からフランチャイザーとの間で、一九九二年六月、マサチューセッツ州法を準拠法として一〇年間の小売ドーナツショップのフランチャイズ契約を結んだ⁽⁹⁾。被告 *M&K* は九七年十一月、週ロイヤリティ料支払いを長期間延滞に陥り、九八年二月、フランチャイザーは契約違反による債務不履行を通知し、同年三月契約を終了してライセンスを破棄し、補償条項に従い期限の利益喪失をベースにした契約の合意消滅日までの将来のロイヤリティ全額六六、七四三ドルの補償を求めた(支払済み総額は二四万ドル)。補償条項は債務不履行での固定の回復可能な金額を定めておらず、回復可能な補償額は期日未到来の残存金額で算出される。地裁は補償条項が予定賠償金を目的とした期限の利益喪失条項であるのは明らかだと考えた。ロードアイランドの連邦地区裁判所では、マサチューセッツ州法にもとづき予定賠償金条項と期限の利益喪失条項の強制力が審理され、補償条項が違約金それとも罰金と

みなされて強制できないかに関して争われた。

契約成立時に、契約違反があつてフランチャイズ契約が終了された場合に、どれほどの損失が発生するか合理的に推定されていなければ、補償条項は強制できない違約金とされる。リース支払は月次で、契約終了時に、契約消滅までの期間の各月の金額は知られない。契約終了時点での将来の料金総額の一括支払い請求は損失補償としては合理的ではなく、まだ長い期間を残しながら現在価値に引きなおし規定もおかず、違反に対する不当な違約金請求の性格を帯びていると地裁は述べた。期限の利益喪失条項の有効性に関する法も同様な結論となると考えた。

マサチューセッツ州法では、モゲージや担保契に結びついたプロミスリ・ノートに含まれる期限の利益喪失条項は一樣に支持されるが、それ以外で用いられた場合の裁判例はあまりに少ない。それ以外で用いられる場合に、予定賠償金条項を期限の利益喪失条項として性質づけしようとするれば、期限の利益喪失の全額が違反により受ける損害の真実の推定範囲でなければ、期限の利益喪失条項は予定賠償金としてみなされない。債務不履行と終了によつてフランチャイザーは契約上の債務から解放されるが、他方でサービスを受けないのに期限の利益を喪失して将来の支払い債務だけ直ちに生じるのは、真実の損害の推定ではなく、強制すれば棚ぼた利益をもたらすので、補償は損害額に限定される範囲で有効とされる。実損が容易に確定できるか、それとも未払い金残高が実損とはかけ離れているのであれば、補償条項は違約金とみなされると地裁は結審した。さらに補償条項が契約違反の真実の費用の推定ではなければ、証拠なくして強制できないと考え、地裁は原告に実損の証明を求めた。

控訴審において、被告は予定賠償金条項が強制できない違約金の性格を証明をせず、抗弁を放棄したと原告は主張したが、裁判所は被告の違約金抗弁放棄を認めず、第一審が証明責任割り当てを誤り、被告にその責任があるので、違約金と決定するための十分な事実を欠くと判示し、原審判決を無効にした。⁹²

同様なニュージャージー州法に準拠する事例として、*Gowan* (被告・控訴人) は *Travelodge Hotel* (原告・被控訴人) からモーターを購入し、*T.H.*と十五年のフランチャイズ・リース契約をした。⁽⁸³⁾ 二四ヶ月未満に違反がある場合には、月々の平均ロイヤルティ料金に二四を乗じた金額、二、〇〇〇ドルに客室数を乗じた金額のいずれか大きい額の予定賠償金条項と定めた。予定賠償金計算の代替として総収入基準が含まれ、ロイヤルティは部屋収入総額の四・五%とされた。十六月経過後、*T.H.*は契約を終了して、オハイオの連邦地裁に訴えを提起した。裁判所は一四二、〇〇〇ドルの予定賠償金の支払いを命じる略式判決を下し、*Gowan* は給付請求額を不服として控訴した。① *Gowan* は自らの陳述で、収入総額を条項の計算として含めたため、条項全体が無効であるとする主張を放棄していた。*Gowan* は二計算の大きい額の給付を求める代替予定賠償金条項の存在が懲罰的かつ不合理だと主張したが、州法での条項の有効性決定テストは合理性であるから、大きい計算額が合理的な状況はありえても不思議ではないと控訴審は考えた。不合理である証明責任は条項に異議ある者に課されるゆえ、*Gowan* が大きい額計算を含んだ条項の不合理な理由を示さなければならぬが、*Gowan* はそれをしなかった。②実際の危険の推定については、*Wasserman's & In MetLife* に従い、契約成立日か違反日のいずれかで合理的であることが証明されさえすればよかったが、*Gowan* は推定困難あるいは不可能でないことはないかと主張したが、証明として手数料だけで述べたにすぎず、証拠を提示しなかった。③ *Gowan* は予定賠償金条項が実際の危険に対する補償の合理的予測ではないので強制できないと主張して、予定賠償金の実損に合理的に関係することを示す証拠がないと主張したが、それらが合理的に関係しないことの証拠は提出せず、*T.H.*の恣意的な計算によると述べたにとどまった。*Gowan* は証拠資料のないことの説明として、予定賠償金が合理的であることの証拠が *T.H.* から出されていないと述べたが、条項の定める補償額が不合理であることの証明は *Gowan* に課されるのであって、*T.H.* に合理性の証明責任があるわけではない。⁽⁸⁷⁾ したがって *Gowan* は *T.H.* の使う計算が合理的な予測

ではないことの証明責任を果たしていなかった。

結び

ノンリコースの *carveouts* 条項の強制力について、不誠実や財産管理上の契約違反の *bad boy* 行為だけでなく、証券発行後に独立した資金調達会社を支払い不能にしなければならないとする特約についても、ミシガン州裁判所がリコースに転じる *carveouts* に含まれ、有効だと認められたことで、借り手は担保処分後の不足金判決から免れられなくなった。⁽⁸⁾ 債権者は、予定賠償金の法理まで持ち出す必要がなくなった。責任限定特約の付されるノンリコースでは、債務不履行事由や期限の利益喪失事由が規定されず、事実上の資金調達者に直接請求が許されないことが取引の性質である。そこで予定賠償金の法理の適用を代替的に認めて、補償を求める解決はありえるかもしれない。しかし、契約時に合理的に損害と推定される額は、元本額であって、借り手がそれ以上を負担する義務がない。従って、担保処分によって生じる不足金について損害を認め、賠償をすれば足る。予定賠償をもって、借入元本と延滞金利を超える金銭の給付請求に変質させることが、本来の目的ではない。税金支払い未納などの経済的 *misconduct* につき違法な行為を前提として賠償額を予定するのであれば、契約締結に至らないか、虚偽表示にもとづく取引ゆえ、意思表示の瑕疵となり、予定賠償ではカバーできない。予定賠償が目的とする損害とは、契約解除によって、長期の損害のない長期の不動産リース契約やフランチャイズ契約であって、懲罰的不法行為の責めを除き、返済額が元本で想定されるノンリコース取引を同視することはできない。

- (1) 拙著「ノンリコースの幻想：不法行為と契約責任の競合—nonrecourse carveouts’ waste と借り手と親会社責任をめぐる賠償法理」NBL 943・944・945・946 号
- (2) 予定賠償金あるいは違約金としての履行遅滞支払いの契約条項に関する注釈として、12 American Law Reports, 4th 891, 899 (1982) (そのキチの訳文ではなす。)
- (3) 各国法の比較について、DiMatteo A. Larry, A theory of efficient penalty: eliminating the law of liquidated damages, 88 Am.Bur. L. J. 633, at 11B (June 2001) 参照。
- (4) 違反により生じるとみられる最大の損害と比べて、支払うべき金額があまりに法外で不当な金額であれば、違約金とみなされ強制力がない。違約金の本質が、当事者の交渉能力に不均衡にあって、違反当事者を怖れさせるもよう求められる金銭の支払であり、予定賠償額の本質は、真に損害の事前見積もりコウイナシである。
- (5) 違約金の法理のため、Ringrow Pty v. BP Australia Pty (Nov. 2005) HCA 11 は Dunlop Pneumatic Tyre のあまりに法外で不当かについての比較の要件を分析し、違反の結果として被らざるうとみられる実損とは釣り合いがとれていないとして、控訴人の主張を退け、約定額が違約金と性格づけられるに過ぎないと判決した。
- (6) 法理およびその史的検討については、Scot. L. Com. No.103, Discussion Paper on Penalty Clauses (Dec. 1997) 1. 法概念について、David Brizzeo, Liquidated Damages and the Penalties Rule: A Reassessment, BYU L.Rev. 1613 (1991)
- (7) インデはコモローの国ではあるが、インデ契約法七四条は、予定額を上限として合理的な補償額を裁判所が決定するとした予定賠償額と違約金との区分を廃止しただけでなく、損害賠償額予定特約をも廃棄して、「其破約ニヨリテ實際ノ損害又ハ損失ノ生シタルコトヲ証スルト否トニ拘ハラズ破約者ヨリ明言額ニ超過セサル相当ノ賠償ヲ受取ル権利アリ」と定めた。法典調査会の資料（梅謙次郎の民法第一議案の参照に言及される）にも指摘されている。わが国の立法史については、能見善久「違約金・損害賠償額の子定とその規制」法協 102 巻 2 号一頁
- (8) Scot Law Corn No 171, Penalty Clauses, 2-3
- (9) Penalty Clauses, supra note at 2, Chia-Jui Cheng, Basic documents on international trade law, 170, Brian Eggleston, Liquidated Damages and Extensions of Time, 72

説

論

- (10) 一九七一年 Council of Europe の Penalty Clauses 決議を発表して違約金条項の統一適用を提案した。実損と事前見積もり損事金との比較を始め、違約金が明らかでない過剰な金額かどうかを決定する要因例をあげ、裁判所が減額できるとした。Resolution 82 (83) of the Committee of Ministers of the Council of Europe.
- (11) UCC2-718 の合戦封の運用について Larry, A theory of efficient penalty, at III.A.3.
- (12) California Civil Code ∞ 1671(b) [West 1985]
- (13) 契約の自由と補償条項に関する Larry, A theory of efficient penalty, supra at II.A, Mark P. Gergen, A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts, 17 Ind. L. J. 45, at LA (1995).
- (14) 予定賠償金の有効性の決定について 個別事実の証拠を必要とする A-Z Servicerter, Inc. v. Segall, 334 Mass. 672, 675, 138 N.E.2d 266, 268 (1956)
- (15) Brizze, supra note at 1623-24
- (16) Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, 115 (3d ed. 1986), 補償金の支払の制限について Gerrit De Geest, Penalty Clauses and Liquidated Damages, Encyclopedia of Law and Economics, Vol.III, The Regulation of Contracts (2000)
- (17) Kelly v. Marx, 44 Mass. App. Ct. 825, 694 N.E.2d 869, n.7 (1998) について A-Z Servicerter の支払の制限と Restatement の例説の不明確さを指摘して second look トロッキーの言語を参照することを認める。
- (18) Lake River Corporation v. Carborundum Co., 769 F.2d 1284, 1290 ((7th Cir. 1985) (per Posner, J.); TAL Fin. Corp. v. CSC Consulting, Inc., 446 Mass. 422, 431 (2006).
- (19) M.I.G. Investments, Inc. v. Marsala, 53 Ill.App.3d 400, 406, 373 Ill.Dec. 265, 270, 414 N.E.2d 1381, 1386 (1981); Wasserman, s Inc. v. Twp. of Middletown, 645 A.2d 100, 110 (N.J. 1994); Naborano Assocs., L.P. v. B & P Builders, 706 A.2d 1123 (N.J. Super. A.D. 1998); Travelodge Hotels v. Gonon, 05-3037 (6th Cir. December, 2005)
- (20) Larry, A theory of efficient penalty, supra note at III.A.1 (補償金の支払の制限の合戦封の適用を認める)
- (21) California & Hawaiian Sugar Co. v. Sun Ship Inc., 794 F.2d 1433, ¶ 28 (9th Cir. 1986)

- (22) 予定賠償金の合理性の裁判上の理論構成は、同じく Larry, at III.A (以下)参照。
- (23) *Lake River v. Carborundum*, *supra* at 1287
- (24) *Kelly v. Marx*, 44 Mass. App. Ct. *supra* Append. 13' single look' second look にしたがうべき 20 ほどに裁判例や、またこちらをわけてのしかる裁判例、法律に依拠する事例に分類している。本文後述の通り、マサチューセッツや州レベルでは second look の法が確立された。
- (25) *M.I.G. Investments*, *supra* at 405-06, 270, 1386
- (26) *Shapiro v. Grinspoon*, 28 Mass. App. Ct. 596, 603, 541 N.E.2d 359, 365 (1989); *Kelly v. Marx*, 428 Mass. 877, 705 N.E.2d 1114, 1116 (1999); (*A-Z Servicerter*, *supra* at 675, 268 以下)
- (27) Restatement 2d 356 Comment b, Illustration 4 の註解
- (28) *Lake River v. Carborundum*, *supra* at 1290. 同裁判例の註解 2 の 5' Larry, A theory of efficient penalty, *supra* at III. B. Larry 論文は、その一理論を發展させ、予定賠償金の法理を法と経済学マップローチから分析を認める。
- (29) *Mulligan v. Boston Harbor Marina Company*, 9 F3d 1114 (1st Cir. Jan.31,1995)
- (30) *Shapiro v. Grinspoon*, *supra* at 603,365; *A-Z Servicerter*, *supra* at 675, 268
- (31) *Lynch v. Andrew*, 28 Mass. App. Ct. 623, 627, 481 N.E.2d 1383, 1386 (1985)
- (32) *Kelly v. Marx*, 28 Mass. App. Ct. *supra* at 825
- (33) *Shapiro v. Grinspoon*, *supra* at 604.
- (34) *Kelly v. Marx*, 44 Mass. App. Ct. *supra* at 831.
- (35) *Kelly v. Marx*, (SJC) *supra* at 877, 1116.
- (36) *Lynch v. Andrew*, *supra* at 627, 1386). 住宅購入の買手手の不履行により、予定賠償金条項は売り手に預託金を留める権利を与えた。
- (37) *A-Z Servicerter, Inc. v. Segall*, at 675, 268
- (38) *Lynch v. Andrew*, *supra* at 627,1385; *Security Safety Corp. v. Kuznicki*, 350 Mass. 157, 158, 213 N.E.2d 866, 867 (1966)

説

(39) *Shapiro v. Grinspoon*, *supra* at 605; *Colonial at Lynnfield, Inc. v. Sloan*, 870 F.2d 761, 765 (1st Cir. 1989)

(40) *Colonial at Lynnfield, Inc. v. Sloan*, *supra* at 765

(41) *Restatement (Second) of Contracts* ∞ 356 (1); *A-Z Servicer v. Segall*, *supra* at 675, 268

論

(42) *Security Safety Corp.*, *supra* at 158, 867.

(43) *Lynch v. Andrew*, *supra* at 628, 1386.

(44) *A-Z Servicer*, *supra* at 675, 268 ; *Lynch v. Andrew*, *supra* at 627, 1386; *Security Safety Corp.*, *supra* at 158, 867.

(45) *A-Z Servicer*, *supra* at 675, 268; *Lynch v. Andrew*, *supra* at 627, 1386; *Security Safety Corp.*, *supra* at 158, 867.

(46) *Perroncello v. Donahue*, Sr. 64 Mass. App. Ct.564, 569 (2005) 註一 二十五万ドルの不動産物件売買により買手手続の拒絶を明示したが、その強制力については争点とされず、クロージング時期の延長に関する売り手の権利放棄の推論を裏付ける証拠があるかが問題とされた。

(47) *Kelly v. Marx*, *supra* at 831.

(48) *A-Z Servicer*, *Inc. v. Segall*, *supra* at 675, 268.

(49) Okla. Stat. Tit. 15, ∞ 215[B] [1991]; *1414 Partnership v. Taneau*, 815 P. 2d 1228, 1230 (Okla. Ct. App. 1991).

(50) *Security Safety Corp.*, *supra* at 157, 866

(51) *Mobley v. Mobley*, No.38,364-CA, (La. App. 2nd Cir. 2003) (離婚により子の養育費の延滞金利が法外かの違法性が争われた事件)

(52) La. C.C. Art.2012

(53) *Phibbi v. Vignerie*, 606 So. 2d 577 (La. App. 5th Cir. 1992), writ denied, 609 So. 2d 226 (La. 1992).

(54) La. C.C. Art. 2005

(55) La. C.C. Art. 2005, comment (c); *American Leasing Company of Monroe, Inc. v. Lannon E. Miller & Son, General Contracting, Inc.*, 469 So. 2d 325 (La. App. 2d Cir. 1985).

- (95) *La. C.C. Art. 2009*
- (95) *Victor P. Goldberg, Framing contract law: an economic perspective*, Chap.17, at 313-325. 契約のローコストと契約法 case law の reading 問題について
- (96) *Wasserman, s Inc. v. Township of Middletown*, 645 A.2d 100, 107 (N.J. 1994)
- (96) *Id.*
- (98) *In Melife Capital Financial Corp. v. Washington Avenue Associates L.P.*, 732 A.2d 493, 499 (N.J. 1999). *Wasserman* 's, supra at 106-111
- (98) *Melife*, supra at 499.
- (98) *Nohe v. Roblyn Development Corp.*, 686 A.2d 382, 385 (N.J. Super. 1997).
- (98) *Gen. Refractories Co. v. Fireman, s Fund Ins. Co.*, 337 F.3d 297, 303-04 n.1 (3d Cir. 2003); *Vanderbeek and Mauro v. Barefoot and Bridgewater Sports etal.*, 06-1493, n.10, not precedential (3rd Cir. 2007)
- (98) 契約の成立と契約の履行の理論について、Larry, A theory of efficient penalty, supra at III.A.4. 契約の成立と契約の履行の理論について、Gergen, 契約の成立と契約の履行の理論について、Note, "Keep The Change!", A Critique of the No Actual Damages Defense to *Liquidated Damages*, 98 Wash.L.Rev. 977, 991-992 (1990).
- (99) *Vanderbeek*, supra
- (99) *Lind Building Corp. v. Pacific Bellevue Developments*, 776 P.2d 977 (Wash.Ct.App.1989).
- (97) *Id.* at 981
- (98) *Wash.Rev. Code Sec. 64.04.005* (1992)
- (99) *Watson v. Ingram*, 851 P.2d 761, 765-67 (Wash.Ct.App.1993)
- (70) *Watson v. Ingram*, supra at 762
- (71) *Aloha Lumber Corp. v. Boise Cascade Corp.*, 91 F.3d 93 (9th Cir. 1994), not appropriate for publication

- (72) *Commissioner of Ins. v. Massachusetts Acc. Co.*, 310 Mass. 769 (1942)
- (73) *Cummings Properties, LLC v. National Communications, Corp.*, 449 Mass. 490 (2007)
- (74) *Restatement (Second) of Property (Landlord and Tenant) § 21* の注に comment k.
- (75) *Cummings*, supra at 494.
- (76) *Krasne v. Tedeschi & Grasso*, 436 Mass. 103, 762 N.E. 2d 841 (2002)
- (77) *Krasne*, supra at 109.
- (78) *Kelly v. Marx*, supra at 877.
- (79) *Security Safety Corp v. Kaznichi*, supra at 157 (保険業の 1/3 の株式を譲渡金に換えて、法律問題として不合理の強制不能と認めらるゝ)
- (80) *A-Z-Servicenter, Inc. v. Segall*, supra at 672
- (81) *TAL Fin. Corp. v. CSC Consulting, Inc.*, 446 Mass. 422, 423 (2006).
- (82) *TAL Fin. Corp. v. CSC Consulting, Inc.*, supra at 431.
- (83) *Cummings Propts., LLC v. National Communications Corp.*, 449 Mass. 490, 494 (2007).
- (84) *A-Z-Servicenter, Inc. v. Segall*, 334 Mass. 672, 675 (1956).
- (85) *A-Z-Servicenter, Inc. v. Segall*, 334 Mass. 672, 675 (1956).
- (86) *TAL Fin. Corp. v. CSC Consulting, Inc.*, supra at 423; *A-Z-Servicenter, Inc. v. Segall*, supra at 675.
- (87) *In Cummings Propts., LLC v. National Communications Corp.*, 449 Mass. 491-492 (2007).
- (88) *id. at 494*; *A-Z-Servicenter, Inc. v. Segall*, 334 Mass. 672, 674-675 (1956); *Commissioner of Ins. v. Massachusetts Acc. Co.*, 310 Mass. 769, 771 (1942).
- (89) *24 Williston on Contracts* § 65:31, at 364 (4th ed. 2002).
- (90) *Honey Dew Ass. and Bowen Inv. Inc. v. M&K Food Corp. and Kay*, (C.A.No. 98-175L) (D. RI, 2000)
- (16) *A-Z-Servicenter*, supra at 676

- (92) *Honey Dew Ass. and Bowen Inv. Inc. v. M&K Food Corp. and Kay*, 241 F.3d 83 (1st Cir. 2001)
- (93) *Travelodge Hotel v. Govan*, 05-3037 (6th Cir. 2005)
- (94) *Wasserman's*, supra 107; *MelLife*, supra at 499; *Naporano Assocs.*, supra at 1128.
- (95) *Wasserman's*, supra 107
- (96) *Wasserman's*, supra at 107; *MelLife*, supra at 502.
- (97) *Wasserman's*, supra at 108
- (98) *Wells Fargo Bank v. Cherryland Mall, Ltd Partnership*, 304682, 2011 WL 6785393 (Mich. Ct. App. Dec. 27, 2011)

