

債権総論1 第8回

(契約自由の原則とその制限, 損害賠償額の予定)

明治学院大学法学部教授
加賀山茂

- 六法とノートを用意してください。
 - 条文が出てきたら必ず六法で確かめましょう。
 - 疑問点は、ノートに書きとめ、理解できたら、メモを追加しましょう。
 - そのノートがあれば、定期試験の準備がとても楽になります。
 - しかも、そのノートは、あなたの一生の宝になることでしょう。

債権総論1 目次 → [総論体系図](#)

■ 債権の目的

- 債権・債務の目的と目的物
 - 債権とは何か
 - 物とは何か, 民法85条の立法理由
 - 債権の目的と債権の目的物の区別
- 債務の種類
 - 種類債権と特定物債権とタール事件
 - 金銭債権と貨幣, 電子マネー, クレジットカード決済, 預金通貨
 - 選択債権と選択債務
 - 結果債務と手段の債務の立証責任

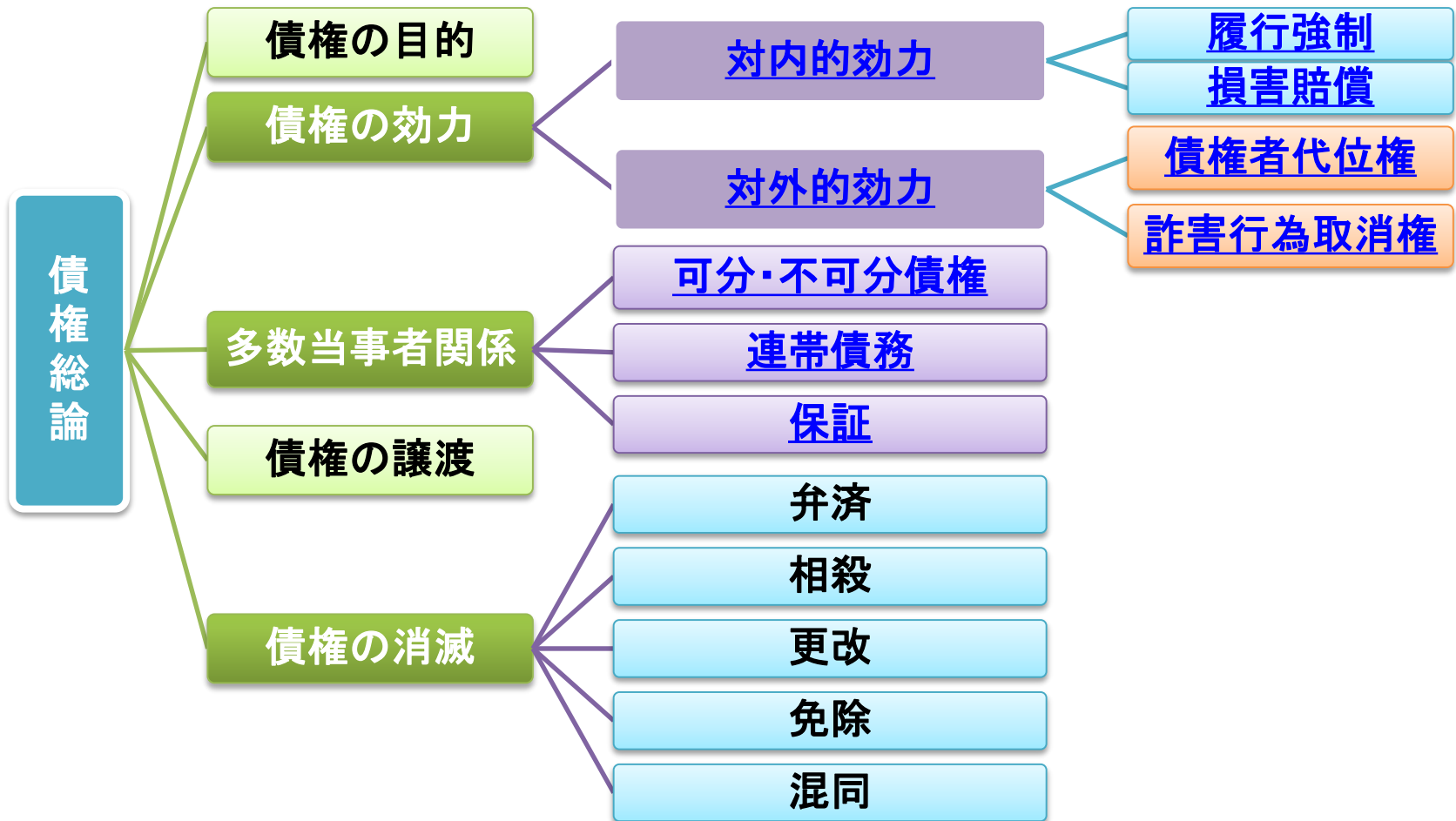
■ 債務の対内的効力

- 債務の不履行
 - 三分説と二分説
- 債務不履行の救済
 - 履行の強制と民事執行法
 - タール事件と危険負担・契約の解除
 - 損害賠償
 - 帰責事由と予見可能性
 - 事実的因果関係と相当因果関係
 - 損害額の算定と差額説
 - [契約自由と損害賠償額の予定](#)

■ 債務の対外的効力

- 債権者代位権
 - 債権者代位権と債権差押え
 - 直接訴権
 - 債権者代位権の転用
- 詐害行為取消権
 - 詐害行為取消権の性質
 - 詐害行為取消権の要件
 - 詐害行為取消権の効果
- 多数当事者の債権・債務関係
 - 可分・不可分債権・債務
 - 連帯債務
 - 連帯債務の本質, 相互保証理論
 - 連帯債務者の一人に生じた事由の効力, 不真正連帯債務
 - 求償の要件
 - 保証
 - 保証の性質
 - 保証人の保護
 - 通常保証・連帯保証人の保護
 - 根保証の保証人の保護

債権総論の内容 → 位置づけ, 目次



6. 損害賠償額の予定

- 契約自由の原則とその修正
 - 民法91条, 92条の意味
 - 消費者契約法第10条の衝撃
 - 民法420条の歴史・比較法
 - 民法420条の改正



契約自由と損害賠償額の予定

- 損害賠償額の予定における契約自由とその制限
 - [契約自由の原則とは何か?](#) 民法91条, 92条
 - 民法420条
 - 歴史
 - [ドイツ民法343条ではなく, フランス民法1152条を導入](#)
 - 変化
 - [フランス民法1152条は, 1985年に改正](#)
 - 取り残された民法420条と改正の必要性
 - 特別法
 - 割賦販売法6条, 消費者契約法9条, 10条
 - [消費者契約法9条](#)
 - [消費者契約法10条](#)
 - 2015年3月31日の民法改正案

契約自由の原則とは何か？

■ 契約自由の原則

- 契約は、契約当事者の自由な意思によって決定されるのであり、国家の干渉を受けない。

■ 契約自由の内容

1. 締約の自由
2. 相手方選択の自由
3. 内容の自由
4. 方式の自由

■ ユニドロワ国際商事契約原則(2004)

■ 第1.1条(契約の自由)

- 当事者は、自由に、契約を締結しその内容を決定することができる。

■ 第1.2条(方式の自由)

- ...契約は、証人を含むいかなる方法によっても証明することができる。

■ 参考書

- 曾野和明=廣瀬久和=内田貴=曾野裕夫訳『UNIDROIT国際商事契約原則』商事法務(2004)

「契約自由の原則」の規定の新設

(2015年3月31日国会提出案)

■ 第521条(契約の締結及び内容の自由)

- ①何人も、法令に特別の定めがある場合を除き、契約をするかどうかを自由に決定することができる。
- ②契約の当事者は、法令の制限内において、契約の内容を自由に決定することができる。

■ 第522条(契約の成立と方式)

- ①契約は、契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示(以下「申込み」という。)に対して相手方が承諾をしたときに成立する。
- ②契約の成立には、法令に特別の定めがある場合を除き、書面の作成その他の方式を具備することを要しない。

民法における「契約自由」の規定

→ 契約と民法の条文との優先関係は? → Q6

契約自由と 任意規定の効力

- **第91条**（任意規定と異なる意思表示）
 - 法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思を表示したときは、その意思に従う。
- **第92条**（任意規定と異なる慣習）
 - 法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う。

損害賠償額の予定 → 消費者契約法10条

- **第420条**（賠償額の予定）
 - ①当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。
 - ②賠償額の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げない。
 - ③違約金は、賠償額の予定と推定する。

契約自由の下での 任意規定の位置づけ → [条文は?](#) → [Q6](#)

| | | |
|-----------|--------------|----------|
| 公序に関しない事項 | | |
| 当事者意思あり | 当事者意思不明・意思なし | |
| (1)? | 事実たる慣習あり | 事実たる慣習なし |
| | (2)? | (3)? |

契約自由の下での 任意規定の位置づけ → [条文は?](#) → [Q6](#)

| | | |
|--|--------------|--|
| 公序に関しない事項 | | |
| 当事者意思あり | 当事者意思不明・意思なし | |
| 当事者の意思と 民法の条文(任意 規定)との関係で、 どちらが優先され るのか? | | |
| | | |

契約自由の下での 任意規定の位置づけ → [条文は?](#) → [Q6](#)

| | | |
|---------------------|-----------------------|--|
| 公序に関しない事項 | | |
| 当事者意思あり | 当事者意思不明・意思なし | |
| 当事者意思に従う (民法91条) | 事実たる慣習あり | |
| | 慣習と民法の規定 とでどちらが優先? | |

契約自由の下での 任意規定の位置づけ → [条文は?](#) → [Q6](#)

| | | |
|---------------------|------------------|------------|
| 公序に関しない事項 | | |
| 当事者意思あり | 当事者意思不明・意思なし | |
| 当事者意思に従う (民法91条) | 事実たる慣習あり | 事実たる慣習なし |
| | 事実たる慣習に従う(民法92条) | 何が適用されるのか? |

契約自由と任意規定の位置づけ

→ [条文は?](#) → [消契法10条](#), [Q6](#)

| 公序に関しない事項 | | |
|---------------------|------------------|------------|
| 当事者意思あり | 当事者意思不明・意思なし | |
| 当事者意思に従う (民法91条) | 事実たる慣習あり | 事実たる慣習なし |
| | 事実たる慣習に従う(民法92条) | 任意規定が適用される |

契約自由と損害賠償額の予定

■第420条（賠償額の予定）

- ①当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、**裁判所は、その額を増減することができない。**
- ②賠償額の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げない。
- ③違約金は、賠償額の予定と推定する。

法の適用と契約条項の適用

- 法律の条文ではなく、私人間の契約条項が裁判所で適用されるのはなぜか？
- フランス民法1134条
 - 適法に成立した**合意**（契約）は、これを成立させた当事者間において、**法に代わる効力**を生じる。
 - **Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.**

損害賠償額の予定の比較法

契約自由から契約正義へ → [Q6](#)

フランス民法

■ フランス民法第1152条(旧)

- 当事者の一方が債務を履行しない場合には、他の債務者に対して、損害賠償として一定額を支払うとの合意がある場合には、その額よりも多くを支払うこともできないし、その額よりも少なく支払うこともできない。

■ 1985年の改正により2項を追加

- ②損害賠償額の予定が明らかに過大または過小であるときは、裁判官は、職権によって、それを増減することができる。
- これに反する特約は無効とする。

ドイツ民法

■ ドイツ民法343条

- ①課せられた違約金が不相当に多額であるときは、債務者の請求によって判決をもって適切な額に減額することができる。

...

消費者契約法 第1条

■ 第1条(目的)

- この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、
- 事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとするとともに、
- 事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とするほか、
- 消費者の被害の発生又は拡大を防止するため適格消費者団体が事業者等に対し差止請求をすることができることとするにより、
- 消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。

消費者取消権（第4条）

| 類型 | 条文 | 勧誘の 態様 | 事業者の行為と消費者の 行為との間の因果関係 | | 消費者の 権利 | 事業者 の義務 |
|-----|--------|-------------|---------------------------|-------------------------|------------|-----------------------------------|
| | | | 事業者 | 消費者 | | |
| 詐欺型 | 4条1項1号 | 重要事項 の説明 | 不実告知 | 事実である との誤認 | 取消権 | 重要事項 に関する 正確な 情報 提供義務 |
| | 4条1項2号 | | 断定的判断の 提供 | 確実である との誤認 | | |
| | 4条2項 | | 不利益事実の 不告知(故意) | 不利益事実 が存在しない との誤認 | | |
| 強迫型 | 4条3項1号 | 勧誘行為 | 不退去 | 困惑して契約 の申込み 又は承諾 | | 適正な 勧誘義務 |
| | 4条3項2号 | | 監禁 | | | |

消費者の無効主張権（8条～10条）

| 類型 | 条文 | 契約条項が無効とされるための要件 | | 消費者の権利 | 事業者の義務 |
|------|--------|----------------------------------|---|----------------------|---|
| | | 事業者の無効要件 | 事業者の免責要件 | | |
| 免責型 | 8条1項1号 | 債務不履行責任の全部免責 | | 契約条の全部又は一部の無効を主張する権利 | 民法・商法の任意規定に比較して、消費者の利益を一方的に害する契約条項を消費者に押し付けない義務 |
| | 8条1項2号 | 債務不履行責任の一部免責 | 事業者に故意・重過失がない場合 | | |
| | 8条1項3号 | 不法行為責任の全部免責 | | | |
| | 8条1項4号 | 不法行為責任の一部免責 | 事業者に故意・重過失がない場合 | | |
| | 8条1項5号 | 瑕疵担保責任の全部免責 | 代品取替え又は瑕疵修補責任を負う場合 他の事業者が瑕疵担保責任を負う場合 | | |
| 違約金型 | 9条1号 | 解除に伴う損害賠償額(解約金)の定めが平均的な損害額を超えるもの | | | |
| | 9条2号 | 遅延損害金の定めが年14.6パーセンを超えるもの | | | |
| 包括型 | 10条 | 任意規定に比較して消費者の利益を一方的に害する規定 | | | |

消費者契約法9条 → [Q6](#)

- 第9条(消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効)
 - 次の各号に掲げる消費者契約の条項は、当該各号に定める部分について、無効とする。
 - 一 当該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**条項であって、これらを合算した額が、当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき**平均的な損害の額を超えるもの** 当該超える部分
 - 二 当該消費者契約に基づき支払うべき金銭の全部又は一部を消費者が支払期日(支払回数が2以上である場合には、それぞれの支払期日。以下この号において同じ。)までに支払わない場合における**損害賠償の額を予定し**、又は**違約金を定める**条項であって、これらを合算した額が、支払期日の翌日からその支払をする日までの期間について、その日数に応じ、当該支払期日に支払うべき額から当該支払期日に支払うべき額のうち既に支払われた額を控除した額に**年14.6パーセント**の割合を乗じて計算した額を超えるもの 当該超える部分

消費者契約法10条→[Q6](#)

- 第10条（消費者の利益を一方的に害する条項の無効）
 - 民法, 商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し,
 - 消費者の権利を制限し, 又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって,
 - 民法第1条第2項に規定する基本原則に反して
 - 消費者の利益を一方的に害するものは,
 - 無効とする。

民法420条の改正 (国会提出案の拙劣)

現行法

- 民法420条 (賠償額の予定)
 - ①当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。
 - この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。
 - ②, ③ <略>

民法改正案

- 民法420条 (賠償額の予定)
 - ①当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。
 - 第2文 <削除>
 - ②, ③ <修正せず>

民法(債権関係)改正法案 「定型約款」の新設

- (新設)第548条の2(定型約款の合意)
 - ①定型取引(ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ。)を行うことの合意(次条において「定型取引合意」という。)をした者は、
 - 次に掲げる場合には、定型約款(定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう。以下同じ。)の個別の条項についても合意をしたものとみなす。
 - 一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。
 - 二 定型約款を準備した者(以下「定型約款準備者」という。)があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。
 - ②前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、
 - その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方向的に害すると認められるものについては、
 - 合意をしなかったものとみなす。

定期試験仮想問題(6/10)

- 損害賠償額の予定(民法420条)と契約自由との関係を, 民法90条~92条を参照しつつ説明しなさい。
- 消費者契約法9条の「平均的損害」とは何か。具体例を挙げて説明しなさい。
- 消費者契約法10条によって民法91条, 92条はどのような影響を受けているか。具体例で説明しなさい。
- 民法420条は, どのように改正すべきか。現在提案されている民法改正案を題材として, アイラック(IRAC)で論じなさい。

活用すべき文献

- 民法の入門書(DVD付)
 - 加賀山茂『民法入門・担保法革命』信山社(2013)
- 民法(財産法)全体を理解する上での助っ人
 - 我妻栄=有泉亨『コンメンタル民法』[第3版]日本評論社(2013)
 - 金子=新堂=平井編『法律学小辞典』有斐閣(2008)
- 契約法全体についての概説書
 - 加賀山茂『契約法講義』日本評論社(2009)
- 債権総論の優れた教科書
 - 平井宜雄『債権総論』[第2版]弘文堂(1994)
- 債務不履行に関する文献
 - 平井宜雄『損害賠償法の理論』東京大学出版会(1971)
 - 浜上則雄「損害賠償における「保証理論」と「部分的因果関係の理論」(1)(2・完)民商66巻4号(1972)3-33頁, 66巻5号35-65頁
- 債権者代位権・直接訴権, 詐害行為取消権, 連帯債務, 保証の文献
 - 加賀山茂『債権担保法講義』日本評論社(2011)