

判例研究

通常損耗補修特約が消費者契約法10条により 無効とはされなかった事例

(平成21(受)第1679号 敷金返還等請求事件)
(最判平成23年3月24日〔第一小法廷〕裁判所HP)

牛 尾 洋 也

I 事実の概要

(1) 事実の概要

(1) X(上告人、原告、賃借人)は、平成18年8月21日、Y(被上告人、被告、貸貸人)との間で、居住用賃貸マンションの一室(以下「本件建物」という。)を、賃借期間同日から平成20年8月20日までの2年間、賃料1か月9万6000円の約定で賃借する旨の賃貸借契約(以下「本件契約」という。)を締結し、本件建物の引渡しを受けた。

(2) 本件契約書には、次のような条項がある。

ア Xは、保証金として40万円をYに支払う。

イ 本件保証金をもって、家賃の支払、損害賠償その他本件契約から生ずるXの債務を担保する(3条2項)。

ウ Xが本件建物を明け渡した場合には、Yは、以下のとおり、契約締結から明渡しまでの経過年数に応じた額を本件保証金から控除してこれを取得し、その残額をXに返還するが、Xに未納家賃、損害金等の債務がある場合には、上記残額から同債務相当額を控除した残額を返還する(3条4項)。

経過年数1年未満は控除額18万円、2年未満は21万円、3年未満は24万円、4年未満は27万円、5年未満は30万円、5年以上は34万円とする。

エ Xは、本件建物をYに明け渡す場合には、これを本件契約開始時の原状に回復しなければならないが、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる損耗や経年により自然に生ずる損耗（以下、「通常損耗等」という。）については、本件敷引金により賄い、Xは原状回復を要しない（19条1項）。また、原状回復費用は家賃に含まれない（19条5項）。

オ Xは、本件契約の更新時に、更新料として9万6000円を被上告人に支払う（2条2項）。

（3）Xは、平成18年8月21日、本件契約書3条1項に基づき、本件保証金40万円を被上告人に差し入れた。なお、Xは、本件保証金のほかに一時金の支払をしていない。本件契約は平成20年4月30日に終了し、Xは、同日、Yに対し本件建物を明け渡した。Yは、平成20年5月13日、本件契約書3条4項に基づき、本件保証金から本件敷引金21万円を控除し、その残額である19万円を上告人に返還した。

そこで、Xは、Yに対して敷引金21万円及び平成20年6月5日から支払い済みまで年5分割合による金員の支払を求めて提訴した。

（2）各審級の判断

第1審（京都地裁平成20年11月26日）判決は、次のように述べて請求を棄却した。

「賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払いを内容とするところ、賃借物件が建物の場合、その使用に伴う賃借物件の損耗は賃貸借契約の中で当然に予定されているものであり、そのため、建物の賃貸借においては、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる賃借物件の劣化または価値の減少という賃借物件の通常損耗の回収は通常、賃貸人が減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中を含ませ、その支払いを受けることで行われる。そうすると、賃借人は、賃貸借契約が終了した場合には、賃借物件を現状に回復して賃貸人に返還する

義務を負うものの、賃借人に通常損耗についての原状回復義務を負わせることが出来ないのが原則である。」

「しかしながら、本件賃貸借契約1においては原状回復費用が家賃に含まれない旨の規定があり、賃借物件の通常損耗の回収を賃料に含ませない意思であることが明示されている。・・・本件特約の定額控除は、その名目は保証金となっているものの、実質は、原状回復分についての賃借人の負担額を定めたものにすぎないとみることができる。したがって、このような定めが、民法の規定する場合に比して消費者の義務を加重した特約といえるかについて疑問があるといわざるをえない。」

「貸主の負担となる通常損耗及び自然損耗について保証金控除額でまかなうことや原状回復費用が家賃に含まれないことが住宅賃貸借契約書に明記され、他方、誓約書及び念書において、貸主の負担となる通常損耗及び自然損耗と借主の負担となるものが詳細に区分されており、復元費用基準表によりその費用も明確にされていること、原告は、契約締結前にこれらの点について説明を受けていると解されること、通常損耗及び自然損耗による原状回復費用は34万円が上限となるため、賃料に含めて請求した場合に比較して、借主である原告にかえて有利となる場合もあること、契約に当たって、他に礼金等の名目で一時金の支払いがなされていないこと、その他、・・・賃料額や控除される保証金額等に鑑みれば」、消費者契約法10条後段要件に該当せず、通学損耗補修特約は有効とした。

そこで、Xは控訴。

控訴審（大阪高裁平成21年6月19日）判決は、次のように述べて控訴を棄却した。

「保証金控除額原状回復費用として充当する通常損耗については、本件賃貸借契約書19条1項において引用されている誓約書及び念書に添付されている『損耗・毀損の事例区分（部位別）一覧表』の『貸主の負担となる

通常損耗及自然損耗」欄に記載され、・・・賃借人が原状回復費用を負担することになる通常損耗の内容及び範囲が、具体的かつ詳細に理解しやすい文言で記載されており、疑義の生じる余地はないものといえる。したがって、本件賃貸借契約書には本件特約の内容及び具体的に明記され、それについて明確に合意されたと認められるので、本件特約は成立したといえるべきである。」

「民法601条及び同法616条により準用される同法594条1項を合理的に解釈すると、賃貸借契約は、賃借人による賃借物の使用収益とその対価としての賃料の支払いを内容とするものであり、賃借物の損耗の発生は、賃貸借契約の本質上当然に予定されているものであるから、建物の賃貸借においては、賃借人が賃借建物の用法に従って社会通念上通常の使用をしたことにより生じる賃借建物の損耗や汚損等の通常損耗による減価の回収は、通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料に含ませてその支払いを受けることにより行われ、賃貸借契約が終了した場合、賃借人は、通常損耗については原状回復義務を負わず、その費用を負担する義務はないと解するのが相当である。しかるに、本件特約は、前記認定のとおり、通常損耗についての原状回復費用を賃借人に負担させるものであるから、民法の任意規定の適用による場合と比較して賃借人の義務を加重する特約であるといわざるを得ない。」

「本件においては、次の諸事情が認められ、それらを総合的に考慮すると、本件特約は、控訴人と被控訴人との間に信義則上看過し難い不衡平をもたらす程度に控訴人の保護利益を侵害しているとまではいえず、同法（消費者契約法－引用者）10条後段に該当するとは認められない。」

「ア・・・本件特約の内容及び契約経過年数により控除される補償金の額は、本件賃貸借契約書に具体的に明記され、本件賃貸借契約締結の4週間前に控訴人に説明のうえ交付された重要事項説明書にも、保証金解約引きとして本件賃貸借契約書と同様に保証金控除額が記載されていたので

あるから、控訴人は、本件賃貸借契約締結に際し、本件特約の存在及び内容を十分告知され、明確に認識していたと認められる。」

「イ・・・本件建物の賃料は、月額9万6000円（別途共益費月額1万円）であり、本件建物の場所、専有面積、間取り、設備等からすれば、不当に高額とはいえないこと、本件賃貸借契約締結時に保証金以外に礼金等の名目で本件賃貸借契約終了時に一切返還されない一時金の授受がなされていないことを勘案すれば、上記保証金控除額が、控訴人と被控訴人との衡平を著しく失するほど控訴人に不当な負担を課すものとは認められない。」

「ウ・・・控訴人は、本件賃貸借契約締結にあたり、その情報収集能力や交渉力において、格段に被控訴人に劣っていたとはいえない。」

そこで、Xは上告。

II 判旨

上告棄却（Xの請求を棄却）。判決理由は以下の通りである。

判旨第1は、「本件特約は、敷金の性質を有する本件保証金のうち一定額を控除し、これを賃貸人が取得する旨のいわゆる敷引特約であるところ、居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、契約当事者間にその趣旨について別異に解すべき合意等のない限り、通常損耗等の補修費用を賃借人に負担させる趣旨を含むものというべきである。本件特約についても、本件契約書19条1項に照らせば、このような趣旨を含むことが明らかである。

ところで、賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものであるから、賃借人は、特約のない限り、通常損耗等についての原状回復義務を負わず、その補修費用を負担する義務も負わない。そうすると、賃借人に通常損耗等の補修費用を負担させる趣旨を含む本件特約は、任意規定の適用による場合に比し、消費者である賃借人の義（龍法 '11）44・1, 186（186）

務を加重するものというべきである。」

判旨第2は、「賃貸借契約に敷引特約が付され、賃貸人が取得することになる金員（いわゆる敷引金）の額について契約書に明示されている場合には、賃借人は、賃料の額に加え、敷引金の額についても明確に認識した上で契約を締結するのであって、賃借人の負担については明確に合意されている。」

判旨第3は、「通常損耗等の補修費用は、賃料にこれを含ませてその回収が図られているのが通常だとしても、これに充てるべき金員を敷引金として授受する旨の合意が成立している場合には、その反面において、上記補修費用が含まれないものとして賃料の額が合意されているとみるのが相当であって、敷引特約によって賃借人が上記補修費用を二重に負担するということとはできない。また、上記補修費用に充てるために賃貸人が取得する金員を具体的な一定の額とすることは、通常損耗等の補修の要否やその費用の額をめぐる紛争を防止するといった観点から、あながち不合理なものとはいえず、敷引特約が信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するものであると直ちにいうことはできない。」

判旨第4は、「消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、当該建物に生ずる通常損耗等の補修費用として通常想定される額、賃料の額、礼金等他の一時金の授受の有無及びその額等に照らし、敷引金の額が高額に過ぎると評価すべきものである場合には、当該賃料が近傍同種の建物の賃料相場に比して大幅に低額であるなど特段の事情のない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであって、消費者契約法10条により無効となると解するのが相当である。」

本件では、敷引金額が高額すぎることはないとして消費者契約法10条により無効とはならないとした。

Ⅲ 研究

1 はじめに

本判決は、居住用賃貸借契約において、消費者契約法10条¹⁾に基づいて通常損耗補修特約の効力を有効と認めた初めての判決であり、消費者契約法適用前の判例である後述の【15】最高裁平成17年12月6日判時1921号61頁、判タ1200号127頁（以下、最判平成17年と略す）、およびこれまで居住用賃貸借契約の合理的規律の流れを促進してきた一連の先行裁判例と比較してその意義を検討しなければならない。

結論を先取りしていえば、本判決は、民法一般原則を適用し判例として確立した最判平成17年に依拠すれば否定されるべき賃借人の通常損耗補修費の負担を、消費者契約法10条の解釈を経由することにより肯定したものであり、結論が導かれた論理的な関係を明らかにしなければならない。また、本判決の射程を見極めることは、今後の消費者契約法10条、さらには同法自体の射程を測定することを意味するが、その理解如何によっては消費者契約法の外側に多くの問題領域を拡張的に広げることもつながる。

そこで、以下では、まず、敷引特約および通常損耗補修特約に関する先行裁判例、とりわけ、最判平成17年の意義とその後の通常損耗特約をめぐる先行裁判例を検討し、続いて、本判決の判断につき検討を加えその位置づけを試みたい。

2 敷引特約および通常損耗補修特約に関する先行裁判例の検討²⁾

(1) 敷引特約および通常損耗補修特約に関する先例・学説の概観

賃貸借契約は、双務・有償・不要式の諾成契約であり、民法601条以下で対価性に基づいた権利義務の配置がなされ、かつ、不動産賃貸借は、土地・建物の使用が賃借人の生活ないし営業の基盤をなすことから、借地借家法等により存続保証に関し特に強化が図られてきた。ところで、敷金

は、貸貸人に対して負うべき一切の債務を担保する目的で交付される金銭であり【3】、貸借人に債務不履行がなければ全額が返還されることが予定されたものである。しかし、権利金や建設協力金の性質も併せ持つ「保証金」の場合、敷引が肯定される傾向にあり敷引の法的性格は不明確なままであった。その結果、敷引特約の効力について、裁判例は当初有効とするものが一般的であり【4】【5】（双方とも事業用貸貸借の事業）、敷引は貸貸借成立の謝礼、賃料低額の代償、更新料、通常使用の修繕費、空室損料など様々な性質が「渾然一体」となったもの【6】とされてきた。

しかし、【7】判決が、大震災により毀損・滅失したかかる場合にまで敷引きの明確な合意の成立はないとして敷引特約の効力を消極的に解したことを契機に、「渾然一体」といわれてきた敷引の様々な性質の合理性が個別に検討されるようになった。下級審も、敷金の損害担保的性質を確認し、敷引の範囲を通常損耗を超えた部分に限ると判示した【11】。

このような敷引特約一般の裁判例の動向を並行して、貸貸人の修繕特約および貸貸人の原状回復義務をめぐる一連の裁判例がある。貸貸人の修繕義務を定める民法606条は任意規定であるため、これを貸借人に転嫁する修繕特約が問題となり、裁判例は、当初、事業用貸貸借の事案で有効と解したが【1】、後に特約は単に貸貸人の修繕義務を免除するにすぎないと限定解釈した【2】。また、貸借人の原状回復義務については、民法616条（同598条）の解釈として、クリーニング代や補修費用など自然損耗を含めた個別の費用を貸借人の負担とし控除する原状回復特約の効力が問題となった。裁判例は、有効とするものもあったが【9】、やがて通常損耗について明確な合意が必要とされ【8】【12】、端的に公序良俗違反で無効とするものも現れた【13】。とりわけ、【12】判決は、「本件特約の成立は、貸借人がその趣旨を十分に理解し、自由な意思に基づいてこれに同意したことが積極的に認定されない限り、安易にこれを認めるべきではない」と述べ、通常損耗の貸貸人負担原則を修正する特約の成立につき、きわめて厳

しい合意基準を提示しており、次の判例形成の一助となった。

こうした敷引特約の効力一般を検討するなかで通常損耗についての敷引の合理性を否定してきた裁判例と、賃貸人・賃借人について民法が定める個別の義務負担を転換する特約の合理性を検討してきた裁判例を集約する形で、下記の【15】最判平17年が現れた。これは、特約を無効とするに至らないものの、消費者契約法施行前の民法および借地借家法による合理的解釈の特達点といえよう。

(2) 最高裁平成17年判決の意義の再検討

第1の特徴点に関わって、先例である最判平成17年判決の解釈に従えば、「特約が成立している」とした原審判断の妥当性および、その判断を回避した上告審の妥当性を検証する。

(a) 最高裁平成17年判決の判旨

本件事案は、地方住宅供給公社法に基づいて設立された法人から、「特定優良賃貸住宅の供給の促進に関する法律」の適用を受ける居住用賃貸物件（以下、特賃貸）に関する賃貸借契約において、負担区分表に従って通常損耗についての補修費用を賃貸人の指示により賃借人が負担しなければならないという「通常損耗補修特約」に基づき敷引された敷金の返還を求めた事案であった³。

原審は、①本件補修約定が通常損耗負担を内容とするものであることを認め、②本件補修特約が特賃貸法等の趣旨に反して賃借人に不当な負担となり公序良俗に反し無効となることを否定したが、①に関して、a) 通常損耗補修特約は、「契約自由の原則から認められる」とし、b) 本件負担区分表の内容は明確であり、通常損耗補修費用は賃借人が負担するものとしており、賃借人は、その内容を理解した旨の書面を提出して本件契約を締結していることから、本件通常損耗補修特約は、本件住宅の通常損耗に係

る補修費用の一部について、本件負担区分表に従って上告人が負担することを定めたものであり、両当事者間で、これを内容とする「本件契約が成立している」とした。

これに対して、上告審は、専ら①b) について検討を加え、「賃借人は、賃貸借契約が終了した場合には、賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する義務があるところ、賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払を内容とするものであり、賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものである。それゆえ、建物の賃貸借においては、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる賃借物件の劣化又は価値の減少を意味する通常損耗に係る投下資本の減価の回収は、通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に含ませてその支払を受けることにより行われている。そうすると、建物の賃借人にその賃貸借において生ずる通常損耗についての原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課することになるから、賃借人に同義務が認められるためには、少なくとも、賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約（以下「通常損耗補修特約」という。）が明確に合意されていることが必要であると解するのが相当である。」と判示した。

そのうえで、本件事案では、通常損耗補修特約の内容が具体的に明記されていない点、通常損耗を含む趣旨であることが一義的に明白であるとはいえない点など、「その内容を具体的に明記した条項はない」ため、賃借人が「本件契約を締結するに当たり、通常損耗補修特約を認識し、これを合意の内容としたものということとはできない」として、本件契約において通常損耗補修特約の合意は成立していないと判示して、破棄差し戻しし

た。

(b) 最高裁平成17年判決の意義

① 最高裁は、賃貸借契約が「賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払を内容とするもの」であるという典型契約類型の本質論（以下、「賃貸借契約の本質」論と呼ぶ）に立脚し、「賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されている」として、通常損耗が賃貸人負担となる「原則」（以下、「通常損耗負担の原則」論と呼ぶ）を契約の本質から解き明かした。したがって、通常損耗に係る投下資本の減価の回収につき、「通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に含ませてその支払を受けることにより行われている」という説示の意味は、「通常損耗負担の原則」論を賃貸借契約における反対給付である「賃料」の面から説明をしたもの（以下、「賃料含有の原則」論と呼ぶ）に過ぎない⁴。

したがって、「原則」から離脱する「例外」、すなわち通常損耗負担を賃料に含ませないで別途支払わせることが認められる要件として、最高裁は、その最低条件として、①「通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されている」こと、あるいは②「賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められる」などの例示的な事実関係の存在から推定される、「その旨の特約（以下「通常損耗補修特約」という。）が明確に合意されていること」を要求した。つまり、通常損耗補修負担を特別に賃借人に負わせることが「賃料含有の原則」論に抵触せず、したがって賃借人の「賃料の二重負担」を生じさせないためには、原則変更の際して特別に「明確な合意」が要求され（以下、「変更事由としての厳格な合意」論と呼ぶ）、それは例示事例の形式のみ整えた「形式的な合意」では不十分であり、個別交渉を経て賃借人が自ら契約内容とするだけの「実質的かつ具体的な合意」を要件として

（龍法 '11）44 - 1, 192 (192)

いると解される⁵。

② 最高裁は、特約の有効性を認めた原審判断を踏まえ、特約の合意の成立の有無に焦点を絞って検討を加えたものであり⁶、特約の成立要件面での極めて厳格な判断がなされた点については、学説上、ほぼ理解が一致している。しかし、かかる厳格な審査基準を設定した最判平成17年の意義は、契約成立と有効性との2段階の評価を峻別したにとどまるものではなく、むしろ特約の効力を一元的に成立レベルで判断するものであったともいえよう。なぜなら、一方当事者が用意した特約条項が契約内容には取り込まれていないという判断は、契約条件を提示した貸貸人に対するより厳しい評価が内包されているからである。

③ 本件事案は、特優賃法が適用される居住用賃貸借契約における通常損耗補修特約の効力を問うものであったが、最判平成17年の判旨は、それに限定されることなく、賃貸借契約一般に通じる「賃貸借契約の本質」論と「通常損耗負担の原則」論＝「賃料含有の原則」論に基づいて不動産の賃貸借契約について当然の趣旨を述べ、例外として認めうる「明確な合意」の成立につき、単に特約が明確でありさえすれば有効であると述べたものではなく⁸、原則を変更する「変更事由としての厳格な合意」論の枠組みを示すことにより、特優賃の事例にとどまらず、広く賃貸借契約一般に適用されるべき準則を示す「判例」としての地位を確立したものと評価しうる。

(3) 敷引特約および通常損耗補修特約につき積極的判断を行う下級審判決

最判平成17年以降、敷引特約および通常損耗補修特約が問題になった事案の中で、それらが有効であるとして積極的判断をした下級審判例を時系列でごく簡単に紹介する（以下の番号は、文末の判例一覧に対応する）。

消費者契約法が適用され、有効判断がなされたものは、入手しえた判決の中で、本最高裁判所の原々審、原審を含め6件、その他事業用賃貸借について有効判決が1件あった。

【20】東京簡判平成20年11月19日

本件は、寿司店経営会社を賃借人とする事業用賃貸借につき、期間2年間、賃料1か月9万6000円、敷金として108万円、敷金を賃料3ヶ月分相当額を差引いた金額を返還するという「本件償却特約」が付されており、その償却特約が借地借家法に反し公序良俗に違反するとして、敷引金の返還を請求した事案である。

裁判所は、使用期間の予測が困難であるため原状回復費用を予め賃料に含めるのは現実的に困難であるから「原状回復費用を賃料に含めないで、賃借人が退去する際に賃借時と同等の状態にまでにする原状回復義務を負わせる特約を定めていることは、経済的にも合理性があると解するのが相当」とし、通常損耗の賃貸人負担の原則や賃料の二重負担の危険については、「市場性原理と経済的合理性が支配するオフィスビルのような事業者用賃貸借契約には妥当しない」ため消費者契約法は適用できず、合理的な約定として有効と判断した。

【21】京都地判平成20年11月26日〔本最高裁判決の原々審、前述〕

本判決は、消費者契約法10条前段の要件該当性を検討するにあたり、まず「賃貸借契約の本質」論と「通常損耗負担の原則」論を示し、つぎに、かかる原則を修正する例外を肯定するにあたり、「原状回復費用が家賃に含まれない旨の規定」が存在し、「通常損耗の回収を賃料に含ませない（賃貸人の－引用者）意思であることが明示」されているため、かかる特約が消費者の義務を加重するものではないとした。さらに同法10条後段要件については、貸主負担の通常損耗等が「保証金控除額でまかなうことや（龍法 '11）44 - 1, 194（194）

原状回復費用が家賃に含まれないことが住宅賃貸借契約書に明記」され、その範囲が「誓約書及び念書において・・・詳細に区分」され、「その費用も明確」であるとして要件該当性を否定した。

賃貸人の意思の明示をもって「賃料含有の原則」の変更を認めたこと、負担の「明確性」と、賃借人が「説明を受けている」という「認識」を重視すること、その他、他に一時金支払いがないことや支払額の多寡などの「諸事情」を考慮して判断がなされたことが特徴的である。

【25】大阪高判平成21年6月19日〔本最高裁判決の原審、前述〕

本判決は、まず、消費者契約法10条の検討に先だって、通常損耗特約について、具体的で詳細な文言で記載されていることから、直ちに「明確な合意」があったとして特約の成立を認定した。つぎに、法10条前段要件について、通常損耗特約は「賃貸借契約の本質」論と「通常損耗負担の原則」論＝「賃料含有の原則」論から該当性を直ちに認めた。同条後段要件については、特約の存在と内容について「明確な認識」が存在すること、賃料や建物の設備と比較して控除額が不当に高額とはいえないこと、他の不返還の一時金が存在しないことから衡平を著しく失するほど賃借人に不当な負担を課すものではないこと、賃借人個別の情報収集能力や交渉力との比較などの「諸事情」に照らして該当性を否定した。

通常損耗特約の「明確な合意」の成立につき、「緩やかな」「変更事由としての合意論」を採用していること、特約の存在や内容についての「認識論」を含め、すべて「諸事情」を考慮要素として後段要件該当性を判断したことが特徴的である。

【27】横浜地判平成21年9月3日

本件は、期間1年間、賃料9万9000円、敷金19万8000円で、契約の表題部には解約時に「敷金の1ヵ月分」と記載され、敷引された金銭の返還を求

めた事案である。

裁判所は、最判平成17年を引用し、通常損耗補修費を賃借人に負担させるには「特約が明確に合意されていることが必要」とし、本件ではそれがないため、賃借人に「通常損耗についての原状回復費用を負担させることが正当化されるわけではな」く、「本件敷引特約を通常損耗についての原状回復費用を賃借人に負担させるものであると解した上で、その有効性を検討するのは妥当ではない」と述べる。続いて消費者契約法10条の該当性判断において、「敷引特約の存在及び内容を明確に認識していた」点、敷引が「空室保障」の性質を持っていたとしても「敷引という方式で回収することが不合理であるともいえない」点、敷引特約があれば賃借人は「実質的な賃料等の負担がどの程度となるのかについて検討することは可能」な点、「敷引額は賃料の1ヵ月分相当であり、次の賃借人を募集するのに必要な合理的期間の賃料分といえるから、空室保障的な性質を有する敷引として不合理であるとはいえない」点から、消費者契約法10条に該当するとは認められないとした。

本判決は、最判平成17年を敷引特約一般の有効性を判定する基準ではなく通常損耗補償の性質をもつ場合の有効性判断基準に限定する。本件は空室保障の性質をもつ敷引であると解釈した上で、再度、消費者契約法10条の審査を行い、特約の「明確な合意」に代えて「明確な認識」の有無という「認識」論を採用し、賃借人側の実質賃料負担の算定可能性、賃料の1ヵ月相当の敷引金額という量的側面などの「諸事情」を考慮したことが特徴的である。

【28】東京地判平成22年2月22日

本件は、期間1年間の定期借家契約で、賃料は1ヶ月13万3000円、礼金26万6000円、敷金額26万6000円で、解約時に敷金の1ヶ月分償却とされた敷引金の返還を求めた事案である。

裁判所は、消費者契約法10条前段要件について、敷金の法的性質を論じた大判大正15年7月12日民集5巻9号616頁を引いて、賃借人の債務不履行の有無に関わらず敷き引く特約につき該当性を認めた。同条後段要件については、まず、自然損耗につき最判平成17年を引いてその合理性を否定し、空室損料の合理性も否定した上で、「本件敷引特約は、合理的な根拠を持たないと言わざるを得ない」と述べる。しかし、続けて「問題は、消費者である原告と事業者である被告との間にある情報、交渉力の格差を背景にして、原告の利益を信義則に反する程度にまで侵害したものと評価できるか否かである」とし、敷引特約の内容が明記され、賃借人は敷引を「容易に理解できたと認められる」点、賃借人が「一般的に優位な地位にあったとはいえない」点、他物件と比較検討しえた点、裁判所による賃料の実質負担算定額を示し、賃借人による中途解約である点など「諸事情」を述べて、後段要件の該当性を否定した。

最判平成17年の判断枠組みを用いて一旦、敷引特約の合理性を否定したにもかかわらず、消費者契約法10条後段の要件該当性判断においては、もっぱら、情報力・交渉力と賃借人の利益侵害の程度などの「諸事情」を勘案した「信義則違反」の程度を基準として再評価をして有効とした点が特徴的である。

【29】さいたま地判平成22年3月18日

本件は、期間2年間、賃料1か月3万1000円で、特約として、ペット飼育が可能であり、これにより賃料を2000円増額すること、定額補修費の名目で8万円を交付し、内3万円はペット飼育による増額分とされた契約において、ペットを飼育し、解約後8万円の返還を求めた事案である。原審では、定額補修費の内3万円を除く5万円の返還を認めたが、賃借人が控訴。

裁判所は、定額補修の合意を敷金類似の金銭預託契約であるとした上で、最判平成17年を引用し、入居者募集要領のペット飼育条件の記載、

ペット飼育に掛かる汚損・破損の補修費等の負担について明確な認識があったことを踏まえ、「上記ペット飼育にかかる汚損・破損の補修費については、控訴人と被控訴人との間で、控訴人がこれを通常損耗として負担することが明確に合意されていたものと認められる」として、その分に関り控除を認めた。その上で、定額補修費の合意自体が消費者契約法10条に違反するか否かについては、「本件賃貸借契約における賃料の増額分は、本件貸室でペットを飼育できるという利益を享受することの対価とみるのが合理的であり、それ以上にペット飼育に伴う賃借物件の劣化又は価値の減少を補填する趣旨を含むものではないと解するのが相当」として、賃貸借契約の使用収益の対価性を肯定し、通常損耗補修特約の明確な合意として、ペットを飼う場合の条件が記載されそれを賃借人が認めた点を認め、違反はないとした。

ペット飼育と損耗補修費の増加分に対価性と「変更事由としての厳格な合意」論により有効性を認めた点が特徴的である。

【30】神戸地尼崎支判平成22年11月12日

本件は、期間3年間、賃料月額17万7000円、敷金150万円、敷引特約として、契約時より起算して経過年10年未満は敷金より40%差し引いた残額、10年以上は、全額を返還するという特約があり、賃借人は8年間賃借の後解約し60万円が敷引されたため、敷引金の返還を請求した事案である。

裁判所は、消費者契約法10条前段要件の該当性について、「債務以外の理由で敷金の一部が差し引かれる定めであるから、任意規定の適用による場合に比して、賃借人の義務を加重する条項である」として認めた。同条後段要件については、「敷引特約は一般に行われている」点、敷引が自然損耗を越える部分もあると考えられる点、「業として賃貸する建物であるから、やむを得ないもの」で、「敷金の一部を充てることも不当とはいえない」点、賃借人が「本件敷引特約を理解した上で本件賃貸借契約を締

結したもの」という点から、本件敷引特約は不当な条項であるとは認められないとした。

本判決は、最判平成17年を引用することなく、特約の「認識」など、諸事情の評価のみに基づいて同条後段要件の判断を行った点が特徴的である。

(4) 敷引特約および通常損耗補修特約につき消極的判断を行う下級審判決

同様に、最判平成17年以降、かかる特約を無効あるいは限定した下級審判決を概観する。消費者契約法が適用され無効判断がなされた裁判例は5件あり、事業用賃貸借を含め一般民事法を適用して特約を無効または制限したものは4件ある。

【14】神戸地判平成17年7月14日

本件は、期間2年、賃料1ヶ月5万6000円、敷金30万円で、敷引金25万円とする特約があり、解約後に残額5万のみ返還したため、敷引金の返還を請求した事案である。

裁判所は、消費者契約法10条前段要件該当性について、「賃貸借契約の本質」論、「通常損耗負担の原則」論から、賃料以外の負担は賃借人の義務を加重するとして認めた。同条後段要件については、まず、敷引金の性質について渾然一体の主張を認めただうで個別にその合理性を検討し、自然損耗の修繕費用について、「賃貸借契約は、賃貸目的物の使用収益と賃料の支払が対価関係に立つ契約であるから、目的物の通常の使用に伴う自然損耗の要する修繕費用は考慮された上で賃料が算出されているものといえる。そうすると、賃借人に賃料に加えて敷引金の負担を強いることは、賃貸目的物の自然損耗に対する修繕費用について二重の負担を強いることになる」ことなどから、「賃借人に本件敷引金を負担させることに正当な理由を見いだすことはできず、一方的で不合理な負担を強いているものと

いわざるを得ない」とし、交渉力の一般的差異と敷引特約が実質的に一方的な押しつけであることなどから、要件該当性を肯定した。

「賃料含有の原則」論から「賃料二重負担」の不合理的を指摘し、特約の合意論の検討に立ち入ることなく、特約の一方的押しつけであるとして後段要件を認めた点が特徴的である。

【16】大阪高判平成18年5月23日

本件は、原状回復条項が付いた事業用賃貸借において、敷金140万円から、約定の敷金控除額42万円、既返還の約40万円を控除した残額の返還を求めた事案である。

裁判所は、最判平成17年の判旨を引用し、本件原状回復条項は一般的な原状回復義務について定めたものであり、「通常損耗分についてまで、賃借人に原状回復義務を認める特約を定めたものと解することはできない」として、「賃貸人がこれらの点を口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたと認められるなど、その旨の特約が明確に合意されていることを認めるに足る証拠はない」ため、通常損耗分について賃借人が原状回復義務を負う旨の特約があとは認められないとした。さらに、「営業用物件であるからといって、通常損耗に係る投下資本の減価の回収を、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に含ませてその支払を受けることにより行うことが不可能であるということとはできず、また、被控訴人が主張する本件賃貸借契約の条項を検討しても、賃借人が通常損耗について補修費用を負担することが明確に合意されているということとはできない」とした。

最判平成17年の射程が営業用賃貸借においても妥当することを認めた点が特徴的である。

【17】 京都地判平成18年11月8日

本件は、期間2年、賃料月額7万円、敷金35万円で、退去時控除額30万円の特約がついた居住用賃貸借契約について、敷引金の返還を請求した事案である。

裁判所は、消費者契約法10条前段要件について、「賃貸借契約の本質」論から、賃借人の債務の有無、その額にかかわらず、その一部をあらかじめ返還しない特約は、敷金授受の目的を超えるとして該当性を認めた。同条後段要件は、「敷引の目的、敷引金の性質、敷引率が合理的なものであり、かつ、賃借人がこれを十分に理解・認識した上で敷引特約に合意をした場合は賃借人の利益を一方的に害するということはできないというべきである」として、敷引率の相当性と十分な認識による合意があれば要件該当性が阻却されるという枠組みを用い、賃借人が「敷引という形式でこれを取得する合理的な理由はない」こと、敷引率は約85.7パーセント（月額賃料の約4.2か月分）にのぼることを考慮して、直ちに、該当性を認めた。

最判平成17年と同様、「変更事由としての厳格な合意」論を後段要件充足を阻却する枠組みとして用いる。

【18】 西宮簡判平成19年2月6日

本判決の事案の詳細は不明であるが、居住用賃貸借における敷引特約の効力が争われた事案である。

裁判所は、敷引について慣習法の成立は認められず、通常損耗補修費も空室損失も原則として賃貸人負担であること、敷引金が敷金の62.5%、賃料の3.7倍であること、期間や終了事由の如何を問わず無条件で敷き引きされる特約であることから、直ちに消費者契約法10条後段要件に該当するとし、「本件賃貸借契約の締結にあたり、本件敷引特約の性質について十分説明し、原告が本件敷引特約を十分納得したうえで契約したと認めるに足りる証拠はな」いとして抗弁を認めなかった。

「特約を十分納得した上で契約した」ものとはいえないという形で最判平成17年判決の「厳格な合意論」を維持したものである。

【19】京都地判平成19年4月20日

本件は、期間2年、賃料1ヶ月7万3000円、敷金35万円、30万円の解約引きの特約のある居住用賃貸借契約において、解約引金銭の返還を請求した事案である。

裁判所は、消費者契約法10条前段要件について、債務不履行の担保目的であるという敷金の趣旨、「賃貸借契約の本質」論、敷引特約が「事実たる慣習として成立していることを認めるに足りる証拠はない」ことから、該当性を認めた。同条後段要件においても、「賃貸借契約の本質」論と「賃料含有の原則」論から、敷引特約は賃料の二重負担となるとして、要件該当性を推定した。その上で、自然損耗を賃料以外から回収という主張に対して、「本件賃貸借契約締結時に、自然損耗についての必要経費を賃料に算入しないで低額に抑え、敷引金にこれを含ませることを合意したことを認めるに足りる証拠はない」と断じ、敷引特約を交渉により排除することは困難であるという取引実態および敷引率が85%であることなども考慮要素として、要件該当性を認めた。

最判平成17年判決の「厳格な合意」論を維持したものである。

【22】神戸地尼崎支判平成21年1月21日

本件は、期間約1年、賃料11万7000円、敷金35万1000円の居住用賃貸借契約において、解約後、本件住宅の住宅復旧費を28万3368円と記載した「住宅復旧額明細書」と題する書面が送付され、残額のみ支払われたため、敷引金の返還を請求した事案である。

裁判所は、賃借人の原状回復義務を述べつつ、「賃貸借契約の本質」論と「通常損耗負担の原則」から、「賃借人は、通常損耗について原状回復
(龍法 '11) 44 - 1, 202 (202)

義務を負うとの特約がない限り、特別損耗についてのみ原状回復義務を負うと解するのが相当である」と述べ、その原則の変更には原状回復の特約が必要であるとして、責任の範囲を限定した。

契約時が消費者契約法施行前であることから、民法一般原則に立って、最判平成17年判決の枠組みに従うことを示したものである。

【23】東京簡判平21年4月10日

本件は、賃料月額約44万円、保証金約306万円であったが、賃貸人は、賃料2ヶ月分相当の償却費として管理費、共益費とともにこれら償却費と原状回復費用を併せた約337万円を保証金から差し引いてさらに約30万円を支払うよう賃借人に求めた事案である。

裁判所は、償却費について、礼金や建設協力金の性質を持つとして賃貸人の主張を認めたが、原状回復費用については、最判平成17年判決の判旨を引用し、「通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているとは認められない」こと、「通常損耗の範囲について、原告らが口頭で説明し、被告らがその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約が明確に合意されていることを認めるに足る証拠はない」ことから、「通常損耗についての原状回復義務を負う旨の特約が成立しているとはいえない」と判示した。続けて、「オフィスビルの賃貸借契約においても、通常損耗に係る投下資本の減価の回収は、原則として、賃料の支払を受けることによって行われるべきものである。賃借人に通常損耗についての原状回復義務を負わせることは賃借人にとって二重の負担になる」として、特約の成立を否定した。

消費者契約法適用事例ではないが、事業用賃貸借においても最判平成17年判決の枠組みに忠実に従って特約を無効としたものである。

【24】大阪高判平成21年6月12日

本件は、兵庫県住宅供給公社の賃貸物件において敷引金約25万円の返還を請求した事案である。

裁判所は、最判平成17年を引用し、「賃貸借契約の本質」論と「賃料含有の原則」論から、「特別損耗の修復のためその貼替えを行うと、必然的に経年劣化等の通常損耗も修復してしまう結果となり、通常損耗部分の修復費について賃貸人が利得することになり相当ではないから、経年劣化を考慮して、賃借人が負担すべき原状回復費の範囲を制限するのが相当である」とした。

原状回復費用の範囲の争いであるが、平成17年判決に忠実に従った判決である。

【26】京都地判平成21年7月23日

本件は、期間2年間、賃料月額5万8000円、保証金35万円、敷引30万円であり、敷引金の返還を請求した事案である。

裁判所は、消費者契約法10条前段要件につき、「賃貸借契約の本質」論を延べ、「賃借人が賃料以外の金員の支払を負担することは賃貸借契約の基本的内容に含まれない」こと、敷金の法的性質論からは本件敷引特約の適用について、「明瞭な約定がされていたものとは評価し難い」こと、慣習として認められないことなどを理由として該当性を肯定した。同条後段要件については、敷引金の法的性質の渾然一体となった各要素の合理性を個別に検討し、自然損耗料について最判平成17年を引用し、「通常損耗の回復費用は賃料を適正な額とすることによって回収するのが通常というべきであって、敷引金という形で賃借人に負担を転嫁することには合理的理由があるとはいえない」など、全ての要素について「敷引金の性質に合理的理由は認められず、その趣旨は不明瞭」であり、「本件敷引金を賃借人に負担させるには、その旨が具体的かつ明確に説明され、賃借人がその内

容を認識した上で合意されることが必要」であるが、そうでない以上、後段要件に該当するとした。

賃貸借契約の本質論、敷金・保証金の法的性質論に照らして、明瞭な約定の欠如と慣習の不存在を認め、消費者契約法10条前段要件該当性を肯定し、最判平成17年を引いて、賃貸借契約の本質から導かれる通常損耗補修費用の賃貸人負担の原則を確認し、明確な合意がなければ後段要件に該当すると判断した。

(5) 下級審裁判例の検討

① 特約を有効とする判決では、消費者契約法10条前段について、最判平成17年と同様、「賃貸借契約の本質」論や「通常損耗負担の原則」論などにより要件該当性を認めるものが多い【25】【27】【28】【29】。しかし、事業用賃貸借契約の場合、「市場性原理と経済的合理性が支配する」ため、そもそも通常損耗の賃貸人負担原則や賃料二重払いの危険回避の要請は働かないとするもの【20】がある。

敷引の性質を通常損耗補償とは異なるとするなど、最判平成17年判決の射程外で検討するもの【27】もあるが、総じて、特約の存在や内容について賃借人が「明確に認識」していたという「認識」【21】【25】【27】【28】【30】と、敷引額や率やその他の不返還の一時金支払いの有無、賃借人の交渉力などの「諸事情」【21】【25】【27】【28】【30】を総合的に考慮して、消費者契約法10条後段の「信義則に反して消費者の利益を一方的に害する」か否かを判断するものが多いといえる。しかし、【29】判決は、最判平成17年に沿って厳格に特約の合意の成立を認め、他方、【25】判決は、より緩和された基準で合意の成立を認めるなど、先行する判例への応接を行うものもある。

このように、最判平成17年を意識して、一旦は、通常損耗補修費を賃借人が負担することの非合理性を認めつつ、消費者契約法10条後段の判断に

において、その特約の合理性を再審査するという方法で有効性を導いた。

② 特約を無効または限定的に解する判決では、法10条前段について、賃貸借契約の本質論と負担の原則論、さらに事実たる慣習の否定から該当性を認め、後段については、賃料に通常損耗補償費が含まれる原則論を踏まえた賃借人の二重負担と、賃料とは別に負担する「合意」の成立を否定して該当性を認めるもの【14】【19】【26】、後段につき敷引率の高さから賃借人の「合意」の有無に立ち入ることなく要件該当性を認めるもの【17】、敷引率の高さから後段要件該当性を推定させ、さらに推定を覆す「明確な合意」も否定して該当性を認めるもの【18】がある。

消費者契約法を適用しないものとして、居住用賃貸借では、最判平成17年の判断枠組みを示し、特約を否定して通常損耗の負担を否定するもの【22】【24】、事業用賃貸借においても、最判平成17年の枠組みを提示し、「明確な合意」の存在を否定して特約の成立を否定するもの【16】【23】がある。

③ このように、敷引特約や通常損耗補修特約に関する積極的判断と消極的判断とを比較すると、最判平成17年の枠組みをどのように理解するかの違いがあることがわかる。

特約の効力を無効ないし限定的に解する裁判例は、敷引額や率の多寡など補完要素にも目配りするが、消費者契約法10条の要件において、基本的に最判平成17年の判断枠組みに忠実に従い、前段要件は「賃貸借契約の本質」論と「通常損耗負担の原則」論から要件該当性を肯定し、後段は賃料二重払いの不合理性に基づき要件該当性を推定しつつ、「変更事由としての厳格な合意」論に立脚し、明確な合意の存在が否定されれば無効判断を導くのが一般的である。

これに対して、有効判断を行う裁判例は、消費者契約法10条後段の要件
(龍法 '11) 44 - 1, 206 (206)

該当性を審査する基準として、最判平成17年とは異なり「明確な認識」論と「諸事情」の総合考慮により判断を行う傾向がある。そこでは、通常損耗を賃借人に負担させることの不合理性を認めつつ、原則の変更事由を当事者の自己決定とは異なる「明確な認識」と「諸事情」という要素に着目する点で、当事者の条項の「認識」と「署名」をもって通常損耗負担特約を有効とした【9】判決の延長線上に位置づける。

3 本判決の位置づけ

(1) 最高裁判決理由の特徴点

本件事案の特徴は、礼金の設定がないこと、敷引額が経過年の一定の区切り毎に異なり、5年以上では34万円で固定すること、原状回復費用は家賃に含まれないとする条項が存することである。

判決理由の特徴として、第1に、上告受理申立理由書⁹では、「最判平成17年12月16日に反すること」と「消費者契約法10条により無効であること」の2点が申立理由として挙げられているが、本判決は、専ら、後者の消費者契約法10条の問題のみをとりあげて検討し、前者については排除した点が挙げられる。本判決は、本件通常損耗補修特約の合意の成否について高裁が行った判断が法令違反（民訴318条1項）に当たるか否かの検討を回避したのでなく、消費者契約法10条の要件の検討に際して最判平成17年の判旨を織り込みつつ結論を導いたものと推測される。

第2に、本判決は、判旨1において、賃貸借契約の本質論を消費者契約法10条前段要件である比較対象である「任意法規」の場面で用い、通常損耗の発生は「賃貸借という契約の本質上当然に予定されているもの」として、同法10条前段要件を認めた。

第3に、本判決は、判旨2において、本判決は、「敷引特約が付され」、「敷引金の額が契約書に明示」されている場合には、「賃借人は、賃料の額に加え、敷引金の額についても明確に認識した上で契約を締結する」とい

う額の認識のみをもって、「賃借人の負担については明確に合意されている」と結論づけた。その上で、判旨3は、その「敷引金授受の合意の成立」を梃子に、賃料額には補修費用が含まれていないことが合意されているとして、賃借人の補修費用の二重負担はないこと、補修費用を定額することで紛争防止に役立つことなどを消費者契約法10条後段の要件該当性の判断材料とした。

第4に、判旨4で、消費者契約法10条による居住用賃貸借契約における敷引特約の効力は、一方に、通常損耗等の補修費用の通常想定額、賃料額、礼金等の一時金の有無とその額を、他方に、敷引金の額を挙げ、比較衡量として敷引金の額が高額すぎる場合には無効推定が働き、その推定を覆す要素として、近傍同種の建物の賃料相場からみた比較賃料として当該賃料が大幅に低額であることとする新たな判断枠組みを示した。

(2) 各判旨の評価

① 最判平成17年との関係

さて、本件最判平成23年の判旨2は、原審【25】とは異なり、最判平成17年の判断枠組みのなかで重要な意味を持つ「明確な合意」の有無の審査を、法10条後段要件の該当性審査に織り込んで検討した。この点では、先行する消費者契約法10条適用裁判例とはほぼ共通している。

② 消費者契約法10条前段の要件

本判決判旨第1は、法10条前段の任意法規の選択にあたり、「賃貸借契約の本質」論と「通常損耗負担の原則」論に立脚している。判例上認められている原則を比較対象とすることは、今日一般的に認められており¹⁰、この点でも、賃貸借に関する近時の特約の判断基準と共通するものといえる。

③ 消費者契約法10条後段の要件

本判決判旨第2において、賃料と敷引金の「明確な認識」をもって賃借人に「負担の合意」が成立しているとし、その「敷引金授受の合意」の成立から、反面解釈として補修費を控除した「賃料額合意」と、賃料額には補修費は含まれていないという結論を導き、賃料の二重負担の不合理論を回避する。

この点で、賃貸借契約の本質から導かれる原則を変更するにあたり、「変更事由としての厳格な合意」論として特約についての「明確な合意」、すなわち、上述のように、個別交渉を経て賃借人が自ら契約内容とするだけの「実質的な合意」を要求する最判平成17年とは異なり、最判平成23年は「認識」を基点として解釈を積み重ねた「形式的な合意」の枠組みを脱していない。すなわち、最判平成17年は、「通常損耗補修特約」の合意の成立、つまり、かかる特約の存在や内容、範囲についての明確な合意を要求するが、最判平成23年は、「合意の成立」の対象を「負担」に限定し、単なる負担の認識や合意を梃子に結論を導いており、両者は合意の対象と方法について検討の次元を異にする。

例えば、賃料額Aと敷金額Bという名目の違う金銭の授受の合意があっても、Aには補修費用が含まれないという結論は一義的には導き得ない。なぜなら、賃借人側にはそもそも賃料額に何が含まれるのかの認識がなく、また他方で貸人側に二重に費用を徴収する意図があれば、かかる合意が成立するとは直ちにはいえないからである。既に下級審裁判例【19】は自然損耗分は賃料とは別に回収することの自由を主張する賃貸人に対し、「本件賃貸借契約締結時に、自然損耗についての必要経費を賃料に算入しないで低額に抑え、敷引金にこれを含ませることを合意したことを認めるに足る証拠はない」と述べている。

この点に関して、本判決判旨4は、消費者契約法10条後段の要件該当性判断の決め手を、むしろ賃料と賃借人が負担するその他の金銭の有無や金

額を含めた量的な総合考慮に置いており、当該賃料が近傍同種の物件に比して大幅に安い等の特段の事情のない限り特約を無効とするとした。これは、量的合理性の評価に依拠する点では、特約の有効性を認める上記裁判例の判断枠組みと共通しているが、賃貸人に当該賃料が相場より大幅に安い証明を要求する点では、上述の【19】判決が要求する通常損耗補修費が賃料に含まれないことの論証と相通じる面があるといえよう。

④ 公序良俗違反の判断

本判決は、もっぱら消費者契約法10条の解釈のみを問題としたが、最判平成17年において問題とされたように、かかる特約がそもそも民法の一般原則や借地借家法の趣旨からみて無効か否かも論点となりうる。

すでに、特優賃法の適用事例である【13】判決は、「特優賃賃法の規制を著しく逸脱し、社会観念上も容認し難い状態になっていたと認めるのが相当であるから、その限度で本件負担特約は公序良俗に違反し無効になるというべき」と判示し、本件通常損耗補修特約を無効とした。しかし、最判平成17年は、特優賃法事例に射程が限定されうる解釈を避け、原審判断が特約の有効性を容易に認めた点を問題とし、より一般性のある特約の合意の成立に焦点を絞って検討を加えたものと思われる。

ところで、借地借家法30条、37条（旧借家法6条）は、存続保証および賃貸借の効力に関し建物質借人に不利な特約を無効とする。けれども、これまで、権利金、敷金、修繕費等の特約には本法の適用はなく¹¹、もっぱら、公序良俗違反、あるいは合意の不成立など民法の一般法理の適用のみが問題とされてきた¹²。しかし、近時、民法601条に任意法規の半強行法規としての意義と、給付の対価的均衡の回復の要請が積極的に見いだされており¹³、賃貸借契約の本質上、少なくとも通常損耗補修費は賃料に含まれることが原則であることが確認されていることから、それを賃借人の「実質的な合意」なしに変更する特約は、民法上の公序良俗違反として無効と

することも検討されなければならないであろう。

(3) 結論

以上の検討から、本件最高裁平成23年3月24日判決は、敷引特約と通常損耗補修特約につきこれまで形成されてきた民法、借地借家法、消費者契約法の判例及び学説における一定の判断の論理を継承しているものの、「認識」を基軸として、解釈により合意の成立を緩和させている点、量的な評価など諸事情に依拠する点で、近時の判例・学説の展開を必ずしもくみ上げているとはいえないものと思われる。とくに、敷引金の量的合理性の評価には、消費者契約法10条後段の要件該当性判断において様々な要素を考慮した総合的判断が求められるものの、賃貸借契約の本質や原則から逸脱した部分についての不当条項の解釈に当たっては、質的な判断が求められるのであって、「賃料の二重負担」が存するか否かに絞って検討されるべきであろう。その意味では、判旨第4の比較賃料を基軸とした当該賃料の比較に留まることなく、当該賃料において通常損耗補修費が含まれていないという積極的な証明が求められるべきであったと考える。

敷引特約の合理性の判断にあたり、もう一点、指摘しておかねばならないのは、契約条件を明示する契約における基本的な要請の意味を確認することである。契約における合意は、目の前の当事者が理解しうる契約条件を明示して、それを納得して合意に至るものであり、それは不動産賃貸借においても変わらない。

一般に、賃借人は、賃貸借市場において公開されている賃貸借の条件について、まずは、物件と賃料、期間に注目し、その他の条件（敷引や更新料、礼金など）は補充的要素として理解する。契約締結に向けて賃借人は通常、不動産仲介業者から契約条件の詳細を聞く段階に至ってはじめて、敷引の存在や金額、あるいはその方式や内容について説明を受ける。しかし、一般的に、通常損耗や通常損耗補修費の意味、賃料との違いや区別な

ど、果たしてどの程度理解されうるのか、さらに実質的その負担を合意するに至るのかは極めて不確実である。特約有効の判断を行う下級審判決では、しばしば詳細な実質賃料の説明と賃借人の理解の可能性が説かれることがあるが、これは事前の契約明示の要請に反する後からの解釈にすぎない。必要であれば支払賃料として予め貸貸人が賃料において契約条件として明示すれば良いだけである。

敷引特約や通常損耗補修特約の有効性をめぐる争いは、突き詰めれば、賃貸借契約を法的な合理性の枠組みにおいてコントロールすべきか否かをめぐる争いであるといえよう。

民法の一般原則や借地借家法の問題の中で展開してきた賃貸借契約の本質論や負担原則論に基づいて通常損耗補修特約の不合理性を指摘し、特約の効力を認めるためには厳格な特約合意の成立を要するとした最判平成17年の判断枠組みに対し、本件最判平成23年のように、消費者契約法10条の解釈を通じて限定つきながら反対の結論を導くことが、今後の消費者契約法の解釈として果たして妥当であるかが問われており、同時に、民法と借地借家法、消費者契約法との関係が問題となる¹⁴。今後、営業用借家における特約の効力が問題となる場面が増えるに従い、この問題は一層顕在化すると思われる。

以上

＜消費者契約法適用前の敷引特約に関わる裁判例＞

〔○は特約を無効または限定する判決、●は有効とする判決〕

- 【1】 最判昭和29年6月25日民集8巻6号1224頁〔事業用〕
- 【2】 最判昭和43年1月25日裁判集民90号121頁
- 【3】 最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁
- 【4】 ●東京地判昭和50年1月29日判時785号89頁〔事業用〕
- 【5】 ●東京高判昭和52年11月29日判タ365号261頁〔事業用〕
- 【6】 神戸地判平成7年8月8日判タ896号168頁
- 【7】 ○最判平成10年9月3日民集52巻6号1467頁
- 【8】 ○大阪高判平成12年8月22日判タ1067号209頁
- 【9】 ●東京地判平成12年12月18日判時1758号66頁
- 【10】 ●東京高判平成12年12月27日判タ1095号176頁〔事業用〕
- 【11】 ○神戸地判平成14年6月14日裁判所HP、LEX/DB28072285
- 【12】 ○大阪高判平成15年11月21日判時1853号99頁
- 【13】 ○大阪高判平成16年7月30日判時1877号81頁
- 【15】 ○最判平成17年12月16日判タ1200号127頁

＜消費者契約法施行後の敷引特約裁判例一覧＞

- 【14】 ○ 神戸地判平成17年7月14日判時1901号87頁
- 【16】 ○ 大阪高判平成18年5月23日（要旨）Lexis判例速報13、74頁〔事業用〕
- 【17】 ○ 京都地判平成18年11月8日裁判所HP、LEX/DB28130014
- 【18】 ○ 西宮簡判平成19年2月6日LEX/DB25464193
- 【19】 ○ 京都地判平成19年4月20日裁判所HP、LEX/DB28131151
- 【20】 ● 東京簡易裁判所平成20年11月19日〔事業用〕裁判所HP、LEX/DB25440824
- 【21】 ● 京都地判平成20年11月26日〔本最高裁判決の原々審〕更新料問題を考

える会HP

- [22] ○ 神戸地尼崎支判平成21年1月21日LEX/DB25451763
- [23] ○ 東京簡判平成21年4月10日〔事業用〕裁判所HP、LEX/DB25441360
- [24] ○ 大阪高判平成21年6月12日LEX/DB2541762
- [25] ● 大阪高判平成21年6月19日〔本最高裁判決の原審〕更新料問題を考える会HP
- [26] ○ 京都地判平成21年7月23日判タ1316号192頁、判時2051号119頁
- [27] ● 横浜地判平成21年9月3日更新料問題を考える会HP
- [28] ● 東京地判平成22年2月22日更新料問題を考える会HP
- [29] ● さいたま地判平成22年3月18日裁判所HP、LEX/DB25442746
- [30] ● 神戸地尼崎支判平成22年11月12日 更新料問題を考える会HP

- 1 消費者契約法10条は、「消費者の利益を一方的に害する条項の無効」を定めたものであり、以下、「民法」、商法（明治32年法律第48号）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」を前段要件、「民法第一条第二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」を後段要件と呼ぶ。同法10条の解釈基準につき、内閣府国民生活局消費者企画課編「逐条解説消費者契約法〔新版〕」（2007）200頁、落合誠一「消費者契約法」有斐閣（2001）144頁以下、参照。
- 2 拙稿「建物賃貸借における敷金・更新料・補修分担金の各特約と消費者契約法10条」私法判例リマークス41号（2010年）46-49頁。
- 3 事案と訴訟経緯の詳細につき、岡本英子「最高裁判決2006—弁護士が語る」法セミ626号（2007年）10頁、参照。
- 4 吉永一行「判批」『産大法学』40巻1号（2006年）105頁は、「ここでいわれる『通常』は、数の多寡を問題とするものではなく、使用と賃料が対価関係に立つという『本質』とも密接に関係して、『賃貸借という類型上当然である』という意味に解すべきであろう」と述べる。
- 5 吉行・前掲106頁は、「最高裁の判示は、通常損耗補修特約に関しては、賃借人が、契約の中心部分（賃貸借であれば目的物・使用期間とその対価たる賃料を定める部分）と同程度か、少なくともそれに近い程度の認識・関心をもって合意を形成することが要求されているように見える」と述べ、宮澤志穂「賃借建物の原状回復義務」判タ1210号（2006年）60頁も、「明確に認識し意思表示したと推認できるような実質（明確性・容易性・透明性）を備えている必要が

- あると考える（実質的証拠力の問題）」、沖野眞巳「建物賃貸借における通常損耗補修特約の効力」消費者契約法百選（2010年）58頁は、「賃借人の具体的認識と合意内容化への同意がない限り（賃貸借契約の本質上通常である法律関係を変更し）賃借人に特別の負担を課す合意と解釈することはできないという帰結をもたらす」と述べるように、契約類型の本質的な権利義務関係の例外条件については、個別交渉を経るなど実質的・具体的合意が要求されている。これは、貸金業規制法43条1項の解釈にもあらわれているように、「合意の実質化」の傾向を示すものといえる。拙稿「更新料判決と居住用建物賃貸借法」法時82巻1号（2010年）107頁。
- 6 中山布紗「判批」『北九州市立大学法政論集』36巻3＝4号（2009年）101頁は、公序良俗違反や特約の合理性・当否について見解の統一がなく、請求額が低廉であるため効力判断を見送ったとする。
- 7 内田勝一・平成17年度重判解・ジュリ1313号（2006年）87頁。
- 8 丸山絵美子・法セミ615号（2006年）123頁。
- 9 更新料問題を考える会HP、参照
- 10 任意法規は、不文の任意法規や契約に関する一般法理を含むとする非限定説（山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686号22頁。山本豊「消費者契約法（3）」法教243号62頁、落合誠一「消費者契約法」149頁（2001年）ほか）があるが、敷引特約のほか、定額補修分担金（神戸地判平17・7・14判時1901号87頁、京都地判平20・4・30判タ1281号316頁ほか）や近時の更新料判決（京都地判平21・7・23判タ1316号192頁、大阪高判平21・8・27判時2062号40頁ほか）も、個別の規定ではなく民法601条を基点とした賃貸借契約の本質論に立脚した対価の一般原則に基づいて判断を行う傾向にある。
- 11 最判昭31.6.19民集10巻6号665頁、最判昭44.10.7判時575号33頁は、「賃借人に不利」な特約可否につき、特約自体に限定せず契約の成立経緯や当事者双方の諸般の事情を斟酌して実質的総合的に判断すべきとするが、森泉章「賃借人に不利な特約」『契約法大系Ⅲ』（有斐閣 1962年）85頁は、特約自体を個別的に考察し判断しなければ借家法6条の趣旨が無視されるとする。
- 12 ただし、借家の更新料特約については、借家法2条、6条に基づいて無効とされた裁判例も多数ある。拙稿「更新料・二つの大阪高裁判決」『龍谷法学』42巻3号（2010年）647、665頁参照。
- 13 原島重義「約款と契約自由」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系 第一巻』（有斐閣 1983年）46頁、大村敦志「典型契約と性質決定」（有斐閣 1997年）355-356頁、潮見佳男「契約法理の現代化」（有斐閣 2004年）276-278頁、拙稿・前掲・法時82巻1号（2010年）104頁。大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣 1995年）は、給付の均衡の理念から公序良俗法理の再検討を示唆する。
- 14 澤野順彦「更新料特約および敷引特約の効力」NBL913号（2009年）24頁。