

《判例研究》

定額補修分担金特約と消費者契約法一〇条の適用

西原慎治

京都地裁平成二〇年四月三〇日第六民事部判決

平成一九年（ワ）第二二四二号

金融・商事判例一二九九号五六頁以下

〔判示事項〕

定額補修分担金特約は民法の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ものというべきで、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するもので、消費者契約法一〇条に該当し、無効である。

〔参照条文〕

民法五九八条・六〇一条・六一六条、消費者契約法一〇条

〔事実〕

平成一七年三月三〇日、借主X（原告）は、訴外Aの仲介により、貸主Y（被告）との間で京都市内にある賃貸マンションの賃貸借契約を締結した。本契約は、契約期間平成一七年三月三一日より平成一九年三月三〇日、賃料月額六三〇〇〇円、共益費月額六〇〇〇円、更新料として前家賃の一か月分のほか、定額補修分担金特約が付されていた。

本件賃貸借契約書第五条には、定額補修分担金との表題のもと、以下の定めがおかれていた。

第五条〔定額補修分担金〕

本物件は、快適な住生活を送る上で必要と思われる室内改装をしております。そのために掛かる費用を分担し（頭書記載の定額補修分担金）賃借人に負担して頂いております。尚、乙の故意又は重過失による損傷の補修・改造の場合を除き、退去時に追加費用を頂くことはありません。

- ① 乙は、本契約締結時に本件退去後の賃貸借開始時の新装状態への回復費用の一部負担金として、頭書に記載する定額補修分担金を甲に支払うものとする。
- ② 乙は、定額補修分担金は敷金ではないということを理解し、その返還を求めることができないものとする。
- ③ 乙は、定額補修分担金を入居期間の長短に関わらず、返還を求められないものとする。
- ④ 甲は乙に対して、定額補修分担金以外に本物件の修理・回復費用の負担を求められないものとする。但し、乙の故意又は重過失による本物件の損傷・改造は除く。
- ⑤ 乙は、定額補修分担金をもって、賃料等の債務を相殺することはできない。

なお、本件賃貸借契約書の第五条は、他の条項と異なり、ゴチック体で印字されており、その下部には「私は、本契約締結にあたり以上の説明を受け、上記事項を熟読の上、ここに定額補修分担金の支払いを了承し、その支払いに合意致します。」との記載があり、同記載の下のところに平成一七年三月一七日の日付及び原告の署名押印がある旨の事実認定がなされている。そうして、Xは、Yに対して、本件賃貸借契約を締結した際、本件補修分担金特約に基づいて定額補修分担金一六万円を支払った。

平成一九年二月ころ、借主Xは、本件更新料特約に基づき、更新料として六三〇〇〇円を支払ったが、同年四月二日、本件物件を退去した。その後、Xは、支払済みの更新料ならびに定額補修分担金の返還を求めたが、Yがこれに応じないために、平成一九年八月四日に訴状を送達し、本訴に及んだ（なお、本件では、口頭弁論期日である平成二〇年二月六日に、被告Yは原告Xに対して更新料六三〇〇〇円ならびにこれに対する訴状送達の日（翌日である平成一九年八月五日）から同弁論期日までの遅延損害金全額一六〇四円（筆者注―一六〇五円の誤りか？）の合計六万四六〇四円を支払い、原告はこれを受領していることから、以下では、本件定額補修分担金の返還請求のみを取り扱うこととする）。

原告Xの主張は、おおよそ以下のようなものであった。すなわち、本件定額分担金特約は、「敷金」を「定額補修分担金」と言い換えているにすぎず、また、本件定額分担金特約は、同分担金特約は、賃借人の故意・重過失による損傷の回復費用について、賃貸人が賃借人に対して本件定額分担金とは別途請求できることになっており、補修費用の二重取りの可能性があるために、本件定額分担金特約は、民法の規定の適用による場合に比し賃借人である原告（消費者）の義務を加重しているために、消費者契約法一〇条に基づき、無効であるというものであった。

これに対して、被告Yの主張は、おおよそ以下のようなものであった。本件補修分担金特約は、いわゆる自然損耗・通常使用の範囲を超える賃借人の軽過失による汚損・破損について、その原状回復費用を賃借人の負担とせず、故意・重過失による特に著しい汚損・破損が生じた場合のみ、賃借人による費用を負担させる内容となっているということ。そうして、本件補修分担金特約は、原状回復費用を賃借人、賃借人の双方がそれぞれ負担することとし、賃貸借契約締結時においては、原状回復費用が確定していないので賃借人負担部分を定額で確定させ、同額を超えて原状回復費用が発生しても賃借人は、賃借人に費用を請求せず、原状回復費用が同額以下であっても賃借人は賃借人に異議を述べないこととして、双方がリスクと利益を分け合う交換条件の内容を定めたものであるために、消費者である借主の地位を一方的に害するものとはいえず、消費者契約法一〇条に違反しない、というものであった。

〔判旨〕

一部請求認容・一部請求棄却

（前略）原告は、消費者契約法二条一項の「消費者」に、被告は、同条二項の「事業者」に該当する。

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る。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又は価値の減少という投下資本（賃借物件）の通常損耗の回収は通常、賃借人が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、その支払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原状に回復して賃借人に返還する義務を負うものの（民法六一六条、五九八条）、原則として、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できないものと解するのが相当である。

もっとも、賃借人は、故意や善管注意義務違反などの過失によって生じた賃借物件の汚損ないし損耗部分については修繕費相当の損害賠償義務を負う。

そうすると、賃借人は、民法上、原則として、故意過失による同汚損ないし損耗部分の回復費用を負担すれば足り、通常損耗の回復費用については賃料以外の負担をすることは要しないといわなければならない。

本件補修分担金特約は、それに基づいて支払われた分担金を上回る回復費用が生じた場合に故意又は重過失による本件物件の損傷・改造を除き回復費用の負担を賃借人に求めることができ旨規定しているところ、回復費用が分担金を下回る場合や、回復費用から通常損耗についての原状回復費用を控除した金額が分担金を下回る場合に賃借人にその返還をする旨規定していないが、同規定していない趣旨からすると、被告も主張するところのような場合、賃借人は、差額の定額補修分担金の返還を求めることができない旨を規定しているといわざるをえない。

そうすると、同分担金特約は消費者たる原告が賃料の支払という態様の中で負担する通常損耗部分の回復費用以外に本来負担しなくてもいい通常損耗部分の回復費用の負担を強いるものであり、民法が規定する場合に比して消費者の義務を加重している特約といえる。

前記のとおり賃借人が本件補修分担金特約に基づいて賃料と別個に負担すべき分担金額は一般的に生じる軽過

失損耗部分に要する回復費用を踏まえたうえで算定されるべきところ、賃貸人は、当該物件もしくは同種物件の修繕経験を有するのが通常であり、その経験の蓄積により通常修繕費用にどの程度要するかの情報を持ち、計算をすることが可能である。他方、消費者である賃借人は、通常、自ら賃借物件の修繕をするなどの経験はなく、したがって、一般的に賃貸人が有するような上記情報を有するとは考え難い。本件においても、消費者である被告が同情報を有していたと認めるに足りる証拠はない。

賃借人が負担する同分担金額は賃貸人が有している上記情報を基に設定するのが一般的であると考えられるところ、賃借人となろうとする者が同情報を持ち合わせないままで賃貸人との間で分担金額の程度・内容について交渉することは難しく、仮に交渉できたとしてもその実効性が担保されているとは考え難い。以上の事実を踏まえると、賃貸人が賃借人に負担させるべき分担金額を一方的に決定しているというべきである。

本件補修分担金特約は軽過失損耗部分の回復費用を定額に設定しているところ、形式的に見ると、軽過失損耗部分が同定額を超えた場合には賃借人に利益となる余地がある。しかし、実質的に賃借人に利益があるというためには結果的に発生した軽過失損耗部分の回復費用が設定額より多額であったという特段の事情のない限り難しく、少なくとも定められた分担金額が一般的に生じる軽過失損耗部分の回復費用額と同額程度であることが必要である。

本件補修分担金特約に基づく同分担金額は月額賃料の約二・五倍程度に定められているところ、賃借人に軽過失があつて、軽過失損耗が発生することは通常それほど多くなく、一般的にその回復費用が月額賃料の二・五倍であると考えすることはできない。そうすると、同分担金特約に基づく分担金額は一般的に生じる軽過失損耗部分の回復費用と同額程度とはいえず、また、本件物件について軽過失損耗部分の回復費用が設定額である一六万円

を超えたと認めるに足りる証拠もない。

以上によれば、本件補修分担金特約は賃借人である原告にとって有利であるとまではいえず、かえって、賃借人に月額賃料の約二・五倍の回復費用を一方的に支払わせるもので、しかもその額の妥当性について消費者である原告に判断する情報がないこと、以上の事実にあわせて通常損耗にともなう回復費用について賃料とは別個に賃借人に負担させるものであることを総合すると、消費者である原告に不利益を負わせるものと評価せざるを得ない。

そうすると、本件補修分担金特約に基づいて原告に対し、分担金の負担をさせることは民法第一条第二項に規定する基本原則に反し消費者の利益を一方的に害するものといえる。

この点、被告は、本件補修分担金特約は原状回復費用が定額に抑えられていて原告に有利である旨主張する。しかし、上記（中略）説示したとおり本件補修分担金特約は実質的にみて賃借人である原告に有利とまではいえない。したがって、被告の同主張は採用できない。

また、被告は、定額補修分担金特約の定めがある賃借物件では、賃借人が退去時における原状回復費用をめぐる紛争リスクの減少というメリットを享受することができる旨主張する。しかし、かかる紛争リスク減少のメリットは賃借人だけではなく、賃貸人も同様に享受しているのであり、賃貸人も享受するメリットを発生させるために賃借人のみが通常損耗部分の回復費用を含む分担金を負担することは不当であるといわざるをえない。

また、被告は、定額補修分担金特約のある賃借物件では賃借人は軽過失は免責されるので原状回復費用のことを気にかけることなく安心して居住することができる旨主張する。しかし、善管注意義務を尽くそうとする賃借人にとって、同分担金特約の定めをした場合であっても賃借物件を損壊しないように注意しながら生活をするこ

となるし、善管注意義務を尽くそうとしないような賃借人についてはそのような生活態度からして重過失が認定される蓋然性が高くなり、被告が主張するように軽過失にすぎないとして免責される余地は少ないことになる。したがって、被告が主張するように同分担金特約の存在によつて一般的に賃借人が安心して居住することになるわけではない。

以上によれば、本件補修分担金特約は民法の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ものというべきで、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するもので、消費者契約法一〇条に該当し、無効である。

〔研究〕

結論反対

一 本判決は、賃貸借契約に付随する定額補修分担金特約に基づき交付された金銭の返還請求の可否を巡つて争われた事案である。本事案のもとで裁判所は、本件定額補修分担金特約を消費者契約法一〇条に基づき無効であると判示し、結論としては賃借人から賃借人に交付された定額補修分担金全額の返還を認めた。このように本判決は、敷金返還訴訟を代表とした、賃貸借契約に基づいて交付された金銭の返還請求を巡つて争われた事案であると評価できるが、本件で問題になっているのは、通常の敷金等ではなく、定額補修分担金特約に基づき交付された金銭であるという特徴を有する。したがって、まずは、本件における定額補修分担金特約の法的性質を明らかにしなければならない。

二 定額補修分担金特約とは、賃貸借契約を締結する際に、契約終了時に負担することがありうる賃借人の原状回復義務を、賃借人があらかじめ一定の金額を支払うことによって免除することを内容とする合意である。

本判決も指摘するように、一般に、賃貸借契約に基づく原状回復義務の範囲に関しては、自然損耗によるものは、賃料に含まれているために賃貸人負担であるが、故意ならびに過失によるものは、賃借人負担であるとされる（最二判平一七年二月一六日（判タ一二〇〇号一二七頁、判時一九二二号六一頁）、国土交通省の「原状回復をめぐるトラブルとガイドライン」）。しかしながら、定額補修分担金特約が付されていることによって、賃借人も定額補修分担金として支払った金額の返還を求めることができない代わりに、賃貸人としてもそれ以上の原状回復義務の費用を請求することができないこととなる。

定額補修分担金特約が通常の敷金とは全く異なった合意であることを指し示すために、以下において例を挙げ、説明してみよう。いま、仮に、ある建物の賃貸借契約において、定額補修分担金特約が付され、その分担金が一〇万円であったとしよう。このとき、賃借人が負担すべき原状回復義務にかかる費用が七万円であった場合には、結果的に賃貸人は差額である三万円を得たことになり、反対に賃借人は三万円損したことになる。しかしながら、賃借人が負担すべき原状回復義務にかかる費用が一四万円であった場合には、結果的に賃貸人は差額である四万円を損したことになるが、反対に賃借人は四万円得たことになる。このように、定額補修分担金特約は、結果的に賃貸人ならびに賃借人のいずれに利益があるのか、また、いずれに損失があるのかが契約当初からは理解できない合意であるという特徴を有する。また、賃借人が負担すべき原状回復義務が存在しなかった場合であっても、いったん支払われた定額補修分担金が返還されることはない。なぜならば、この特約にあっては、将来発生する可能性のある賃借人が負担すべき原状回復義務を、あらかじめ一定の対価によって免除しようとい

うのが当事者の意思であるといえるからである。このように、契約当事者が契約締結時には予見できない不確実な事件の成否によって、当事者の具体的な出捐義務に変動をきたし、その結果、契約当事者の相互的な損益が不確実であることから、定額補修分担金特約は、賃貸借契約に付随する射倅契約としての性質を帯びた特約であるということができよう。したがって、そこで取引されているのは、敷金のように、最終的には賃借人の負担となるべき原状回復義務の履行のための担保としてとらえられるものではなく、一種のチャンス (Ja chance) あるいは偶然性 (Idea) である。すなわち、本来は自然損耗による建物の修復費用は賃借人負担であり、故意・過失に基づいて生じた損失の原状回復義務については、賃借人負担であるが、ここで賃借人から賃借人に対して一定の金額を支払う代わりに、賃借人・賃借人のそれぞれが負担すべき原状回復義務の範囲を、賃借人の通常の過失によるものまで、賃借人が負担するという内容の合意といえるのである。この意味で、定額補修分担金特約は一種のリスク移転を目的とする特約であるということができよう。換言すれば、定額補修分担金特約は、敷金の亜種としてではなく、保険、終身定期金、希望の売買 (Der Hoffungskauf)、冒險貸借などを例とする射倅契約のひとつとして理解されなければならない。したがって、定額補修分担金特約は、実定契約に属する敷金の合意とは本質的に異なるものといえるのである (なお、射倅契約については、拙稿「射倅契約におけるコーズの法理」『神戸学院法学』第三四巻三号 (二〇〇五年) 参照)。また、保険契約の例を見るまでもなく、単に射倅契約であるというだけで当然に民法九〇条により当該法律行為が無効となるものではない。

三 この点、本件賃貸借契約書の第五条には、本賃貸借契約における定額補修分担金に関して、借主はその返還を求めることができず (第二項、第三項)、また、貸主の側においても、定額補修分担金以外に本物件の修理・

回復費用の負担を求めることはできない(第四項本文)とされていることから、本件特約も、上述のとおり、賃借人の原状回復義務の範囲に関するリスク移転を目的とした射倅契約(特約)であると考えることができる。

もつとも、本件契約書によれば、賃借人の故意又は重過失による本物件の損傷・改造の場合には、定額補修分担金の効力は及ばず(第四条但書)、その結果、賃借人の故意又は重過失による原状回復義務のための費用については、賃借人負担ということになるが、これは当事者の関知しない偶然的事件に依存する合意をしているという射倅契約の特質から当然に導かれる効果を定めているにすぎない。たとえば射倅契約の代表例とされる保険契約にあっては、保険契約は偶然的事件を対象とするものであるから、通常の契約に比べてより信義誠実の原則が要求されると説明することがある(大森忠夫『保険法(法律学全集三二)』(有斐閣・昭和三三年)八四頁)。また、保険契約においては、故意の事故招致を保険者の免責事由としていることは、このあらわれである。たとえば、現行商法六四一条は、保険者の免責事由として「保険ノ目的ノ性質若クハ瑕疵、其自然ノ消耗又ハ保険契約者若クハ被保険者ノ悪意若クハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル損害ハ保険者之ヲ填補スル責ニ任セス」と規定している(新たに成立した保険法一七条一項一文も同旨である)が、本件において当事者が定額補修分担金特約として締結した内容は、——損害保険契約とは法構造は異なるが——まさに保険契約類似の保証を目的とした合意であったといえるだろう。すなわち、射倅契約における偶然的事件とは、当事者の関知するものであってはならず、仮に当事者の故意ならびに重過失による事件の成就が行われた場合には、それは偶然による事故とはいえず、結果として、当該合意は無効となるのを原則とするのである。したがって、本件合意に、賃借人の故意・過失に關しては本件特約によっても担保されないと規定されるのは、むしろ当然であるといえるだろう。

もつとも、本件定額補修分担金特約を、このように射倅契約とはとらえずに、債務不履行における賠償額の予

定（民法四二〇条）か、あるいはそれに類似した法的性質を有する特約であると考えらるべきがあるかもしれない。しかしながら、本特約においては、賃借人の負担すべき原状回復義務にかかる費用が発生しなかった場合でも、当該分担金の返還を求めることができないと規定されている（第二項、第三項）のに対して、債務不履行における賠償額の予定（民法四二〇条）は、債務不履行があったことを前提として規定されている。したがって、本件定額補修分担金特約を、債務不履行における賠償額の予定と考えることはできない。

したがって、賃借人が返還請求権を有さないという約定（第二項、第三項）からも理解されるように、本件定額補修分担金の法的性質は、敷金におけるそれと全く異なる構造を帯びることになる。敷金は返還されることを前提に交付される金銭であるが、定額補修分担金は返還されないことを前提に交付される金銭なのである。そうして、そこで担保されるのは、賃借人が負担する可能性のある、通常の過失（本件判旨でいうところの、軽過失）に基づく原状回復義務負担の可能性なのである。以下では、こうした理解を前提に、当該判決の内容について、さらに検討を進めることにしよう。

四 まず、本件判旨は、賃貸借契約終了時における賃借人の原状回復義務の範囲に関して、自然損耗によるものは、賃料に織り込み済みのために、賃借人負担であるとし、それ以外の故意・過失によるものは賃借人負担であるという原則を確認した上で、「同分担金特約は消費者たる原告が賃料の支払という態様の中で負担する通常損耗部分の回復費用以外に本来負担しなくてもいい通常損耗部分の回復費用の負担を強いるものであり、民法が規定する場合に比して消費者の義務を加重している特約」であると本件特約の法的性質を決定づける。そうして、本件判旨は、賃借人が差額の定額補修分担金の返還を求めることができない結果、本件合意は通常損耗部分の回

復費用まで負担を強いるものであると理解している。

しかしながら、もし、判旨のこの部分が、本件における定額補修分担金特約の効力を、本来は賃借人負担になるはずの自然損耗部分に対する負担を、賃借人の側に負担させている合意であると理解しているのであれば、それは裁判所が、当事者の意図した内容と全く異なった内容的性質の決定を行っているものであると言わざるをえないであろう。その理由は、自然損耗については賃貸人負担であるというルールを前提とした場合、その上さらに賃借人が、自然損耗についても自らの負担であるという趣旨で、補修分担金を支払う意思を有するということは、通常の合理的意思としてはおおよそありえないからである。

こうした場合には、我が国の裁判例によれば、「賃借建物の通常の使用に伴い生ずる損耗について賃借人が原状回復義務を負うためには、賃借人が補修費を負担することになる上記損耗の範囲につき、賃貸借契約書自体に具体的に明記されているか、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て、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（前掲最高裁判平成一七年判決）」をもってはじめて可能となるものである。しかしながら、本最高裁判決は、敷金の返還請求が問題となった事案である。繰り返して恐縮であるが、敷金は返還されることを前提として交付されるが、定額補修分担金特約は、返還されないことを前提として交付されている金銭なのである。定額補修分担金特約は、こうしたリスク移転の合意であるということをおぼろげに忘れるべきではないだろう。したがって、賃借人の意思は、自ら負担する可能性がありうる原状回復義務のみに向けられているものといえる。

もっとも、判旨のこの部分のいわんとしていることは、消費者たる賃借人が、契約内容を了知していなかったということを示そうとしているのかもしれない。しかし、本件でまさに事実認定されているとおり、定額補

修分担金特約について規定した本件契約第五条に関しては、ゴチック体で印刷されているうえに、借借人の署名押印があったというのである。あくまで本件で当事者が合意した内容を確定した上で、判断しなければならぬものとおもわれる。

五 本件で裁判所が定額補修分担金特約の合意を無効とする実質的な理由の一つに、その額が高額であったということが挙げられる。実際に、本件にあつては、分担金名目で支払われた一六万円という金額は、本件賃料である月額六三〇〇〇円の二・五倍超であり、賃借人が固有に負担すべき、通常の過失に基づく原状回復義務を担保する額としては、いささか高価にすぎるといふ意味であろう。つまり、ここで問題となっているのは、当事者が負担しようと考えたりリスクないしチャンスの対価として、一六万円という金額は適切であったのかという点である。

この点、通常の射倖契約（終身定期金契約、希望の売買（Der Hoffungskauf）等）の場合、一般的に、対価は主観的に決せられるべきものといえる。こうした場合、契約当事者はそのリスクあるいはチャンスの内容を、自ら評価することによってその対価を決定するのが原則だからである。たとえば、ある農地の一部分から収穫されるであろう麦をあらかじめ収穫以前に売買するという場合（希望の売買（emptio spei）の一種である「青田買い」であり、買主は収穫の多少にかかわらず、代金を支払わなくてはならないし、これは全く何も収穫されなかった場合でも同様である。ゲオルク・クリンゲンベルク／瀧澤栄治「ローマ債権法講義」（二〇〇一年、大学教育出版）二一四頁、拙稿「射倖契約における主観的偶然性と客観的偶然性『法学政治学論究』（慶應義塾大学法学研究科）第五三号参照）、契約の当事者は、その農地から算出されるであろう麦の収穫量を自ら予想して、

すなわち収獲量とその確率を予想して売買代金を決定することになる。つまり、ここではリスクないしチャンスの蓋然性と、その結果の甚大性の積を契約当事者がお互いに金銭評価することによって、対価は決定される。そうして、売主と買主との間でその予想が一致すれば、当事者は契約を締結するであろうし、もしそれが食い違えば、そこには当事者の意思の合致は見られないことから、契約は不成立に終わる。この意味で、通常の射俵契約にあつては、対価は主観的に決せられるといっているのである（これと主旨とおもわれるものとして、倉澤康一郎「金融商品取引の契約法理」JGFA、三九号（二〇〇七年六月）一三頁以下）。

これに対して、保険契約を代表とする料率算定のある射俵契約の場合、対価には一定の制限が設けられるのが通常である。すなわち、例えば、損害保険契約にあつては、その純保険料に相当する部分については、大数の法則に基づく料率算定によって決定されるので、その対価はいわば客観的に決定されることとなる。したがつて、保険契約者の側でその料率算定の方法に異議があるとしても、本質的附合契約たる保険契約にあつては、その契約を締結するかしないかの二者択一を迫られる。その結果、保険契約者にできることとしては、自らの考えるリスクとその対処方法にふさわしい保険商品の出現を待つほかはないのである。この意味で、料率算定のある射俵契約の場合、危険引受に必要な対価は、おのずから客観的に決定されることとなるであろう。本質的附合契約たる保険契約から生じる当然の帰結である。

このことから理解されるように、定額補修分担金特約は、——料率算定が行われるわけではないから——通常の射俵契約として、その対価は当事者が主観的に決するのを原則とする。したがつて、当事者の自由意思に基づいて、自由に定額補修分担金の額を決定できるといえる。したがつて、本件における一六万円という対価も有効であることを原則として考えるべきである。

もっとも、このように主観的に決定される対価についても、一定の制限があることは指摘しておくべきである。すなわち、通常の過失によって生じる上限額以上の定額補修分担金の定めがなされた場合である。この場合に、貸主が当該特約によって損失を被る可能性はなく、また、借主が当該特約によって利益を得る可能性はないために、当事者の相互的な損益の不確実性（損益の不確実性については、拙稿「射倅契約における損益の不確実性」『法学政治学論究』（慶應義塾大学法学研究科）第五一号（二〇〇一年）参照）が欠けるために、こうした射倅契約は例外的に無効となるのである。しかしながら、例えば本件賃貸借契約中に、賃借人の通常の過失により火災を生じさせて、その結果建物に損害が生じたというケースを想定してみると、その原状回復に要する費用が一六万円を超えるということがありうることは容易に理解されるだろう。リスク評価は、事故の結果の蓋然性とその結果の甚大性の積をもって主観的に計算されるために、本件における分担金特約の金額自体に問題があるとは思われない。

したがって、本件においては、定額補修分担金特約の無効を請求する側の賃借人が、通常の過失による原状回復義務が一六万円を超えることはありえないことを主張・立証することによって、当該合意ははじめて無効となるであろう。この点、本件判旨は「実質的に賃借人に利益があるというためには結果的に発生した軽過失損耗部分の回復費用が設定額より多額であったという特段の事情」が必要であると考えているようであるが、これでは、あらかじめ不確定な事件の成否によって事を決しようという合意をしているにもかかわらず、事後的に当該特約は無効となったり、有効となったりしてしまうことになるようにおもわれる。仮に、本件が、賃借人の過失によって、賃借人の負担すべき原状回復義務の履行費用に一六万円以上かかった場合にのみ本件特約を有効とするというのでは、賃借人・賃貸人間の利益のバランスが崩壊してしまうようにおもわれるのである。

六 いずれにせよ、本件の登場によって、定額補修分担金特約が一律に無効となってしまうと考えるのは、いささか早計であろう。というのも本件判旨は、本件賃貸借契約における定額補修分担金特約が無効となる理由を、消費者契約法一〇条の適用に求めているからである。すなわち、本件の事実関係のもとでは、賃借人は「消費者（消費者契約法二条二項）」であり、賃貸人は「事業者（同法二条二項）」であるという認定のもと、この消費者・事業者間の契約が「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（同法一〇条）」であると考え、無効としているのである。

したがって、本件におけるかような特約は消費者契約法一〇条の適用を受けるとすれば、その反対解釈として消費者契約に該当しない一般の契約にあつては、かような特約は有効である、ということにもなりそうである。その結果、消費者契約にあつては、定額補修分担金特約は無効であり、その反対に、非事業者が貸主である場合には、消費者契約に該当しないため、こうしたリスク移転型契約は有効であるということになりかねない。しかしながら、定額補修分担金特約が消費者契約法一〇条の適用を受けることにより、同法の適用を受ける消費者契約を一律に無効とするのであれば、かような特約の締結を真に望む消費者が存在したとしても、そうした消費者の私的自治を奪う結果となってしまう。また、いったんは定額補修分担金特約を締結しておいて、賃借人自らがその額以下しか原状回復義務を負担しなくてもよいということがわかれば、事後的に消費者契約法の適用に助けを求める、といった弊害は容易に想像がつくだろう。

したがって、私的自治の原則から考えても、定額補修分担金特約は一律に無効と考えるべきではないだろう。また、定額補修分担金特約が無効とされる場合があるとすれば、それは消費者契約の適用によって無効とされる

のではなく、一般法理たる民法（たとえば、民法九〇条、九五条）の適用によって無効とされることになるように思われる。すなわち、当事者が負担するリスクの内実を理解していなかった場合には、契約（特約）不成立の問題となるだろうし、また、当事者がリスクの内実を違つて把握していたというような場合には、民法九五条の問題となるだろう。さらには、その分担金の金額が、引き受けられるリスクの内実に比べて著しく高額である、または低額であるという場合には、「著しく射倖的（我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』二八二頁（岩波書店、昭和四〇年））」な法律行為であるとして、民法九〇条の適用によることになるだろう。したがって、本件は消費者契約特有の問題ではなく、合意の内容の評価によってその有効性を判断すべきであるために、消費者保護の側面で理解すべきではないようにおもわれるのである。

七 以上の検討により、本件判旨ならびに結論に反対する。本件においては、当事者が締結した定額補修分担金特約の有効性に疑いはないし、仮にその金額が高額すぎたというのであれば、消費者契約法の適用ではなく、一般法理たる民法の適用によって無効となるべきことがらであると考えらるからである。