

居住用建物の賃貸借契約における敷引特約について

増 成 牧

一 はじめに

建物賃貸借契約締結の際に、賃料債務その他賃貸借契約上生じる賃借人の債務を担保する目的で、賃借人から賃貸人に対して一定額の金銭が一時金として授受されることがある。敷金と呼ばれるものである。この敷金について、賃貸借契約終了時に賃借人の債務の有無にかかわらず当然に一定額ないし一定割合を控除して残額のみを返還する旨の特約がなされることがある。⁽¹⁾ 敷引特約と称される。そして、控除することを敷引、控除される金員を敷引金と呼ばれたりする。⁽²⁾

この敷引特約は、消費者契約法の施行前には一般的に有効と考えられていたが、⁽³⁾ 消費者契約法適用下の事例では、後出のように、下級審判例の多くはその効力を消極に解してきた。

これに対し、平成二三年に出された二つの最高裁判決は、敷引特約の効力を肯定する判断を示した。きわめて大きな影響力を持つ判決であり、⁽⁴⁾ すでに最高裁判決をめぐる論考が多数出されている。

本稿は、最高裁の平成二三年判決に対する評釈中で今後活発な議論が必要だと指摘されている⁽⁵⁾居住用建物賃貸借契約におけるこの敷引特約について、若干の検討・考察をおこなおうとするものである。

ところで、そもそも敷引とはどのような意味をもつものなのだろうか⁽⁶⁾。

敷引のもつ意味ないし性質について詳細な検討を加えた判決として引き合いに出されることの多い神戸地判平成一七年七月一四日判時一九〇一号八七頁は、敷引金の性質につき、①賃貸借契約成立の謝礼、②賃貸目的物の自然損耗の修繕費用、③賃貸借契約更新時の更新料免除の対価、④賃貸借契約終了後の空室損料⁽⁷⁾、⑤賃料を低額にすることの代償などの意味の存否につき詳細に検討している。同様に敷引の性質について賃貸人の主張を詳細に検討する京都地判平成二一年七月二三日判時二〇五一号一一九頁では、以上に加えて、⑥リフォーム費用、⑦当初賃貸借期間の前払い賃料、⑧中途解約権の対価といった要素があるとして検討している。そして、神戸地裁の判決は、敷引がどのような意味をもつかは、結局のところ、契約当事者が敷引をどういう意味のものとして合意したかによることになるが、当事者の明確な意思が分からない場合には、特定の意味に限定してとらえることは困難であり、上記の様々な要素が渾然一体となったものと言わざるをえないとしたり⁽⁸⁾え、上記①～⑤の各要素を検討するが、①～⑤の意味で賃借人に敷引金を負担させる正当な理由を見出せないとし、また、京都地裁の判決も⑥～⑧の意味での費用を賃借人に負担させることに合理的理由はないとした⁽⁸⁾。

他方、敷引の問題を検討する上での最重要論文と目される生熊長幸教授の論文「建物賃貸借契約終了時における敷金・保証金・権利金の取扱い」⁽⁹⁾では、敷引は自然損耗や自然汚損の原状回復のための財源と礼金としての要素をもつとされ、特に前者が主要な要素であるとされている。

また、国土交通省住宅局「民間賃貸住宅実態調査」(平成一九年六月)によると、敷引金を取る理由として、

不動産業者に対するアンケートでは、損耗を補修するための財源とするものが七二・六％に上り、貸主を対象としたアンケートでは、損耗を補修するための財源とするものが七六・九％であり、通常損耗の補修費のために敷引を利用する割合が大きいことが窺える。

さらに、賃貸住宅紛争問題に取り組まれる弁護士によれば、敷引特約は、通常の使用に伴って通常生じる損耗を賃貸借契約時の原状に回復するための費用（原状回復費用）に敷金を充当する趣旨で締結されるものであるとの認識を示されている。¹¹⁾

同様に敷金・保証金トラブルの解決に携わられる弁護士による、京都敷金・保証金弁護士団編著『Q&A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕』（ぎょうせい、二〇一〇）二四頁以下では、原状回復費用特約に関する歴史として概略次のように記されている。すなわち、かつての賃貸借契約書では原状回復に関する費用を借主の負担とするという文言しかないケースが大半であったところ、原状回復というときに通常損耗・自然損耗も含めた意味なのかそうでないのか争いとなり、契約文言の合理的意思解釈により通常損耗・自然損耗は原状回復費用の対象とならないとする裁判例が相次いだ。それを受けて、不動産業者は、契約書の中で通常損耗・自然損耗の補修費用の借主負担と明示する特約を用いたが、かかる特約については合理性・必要性を要求するとともに、賃借人が新たな義務を負担することを認識したうえでの義務負担の意思表示が必要であるとして特約の成立を否定する裁判例が主流となった。そこで、不動産業者は、わざわざ通常損耗補修特約の説明の項目を設け、そこに署名押印を求めることにより合意の不成立を回避するパターン契約書を用いた。しかし、消費者契約法によるならば、いくら説明が十分になされたという形式を作出しても、通常損耗補修特約は借主に二重の負担を課す不当条項として無効になる。そこで、今度は、不動産業者は、「敷引（解約時控除金）」あるいは「定額補修分担金」という名

目を編み出し、敷金からあらかじめ一定額を控除する特約をしておき、これまで敷金から原状回復・通常損耗補修費用として控除してきたお金を、敷引ないし定額補修分担金と呼び名を変えて控除しようとするものである。以上のような流れからすると、敷引金は、通常損耗補修費用の回収のために用いられてきたことが窺える。

そして最高裁平成二三年三月二四日判決は、別段の合意がない限り、敷引金には通常損耗補修費を含むとした。敷引がどのような意味をもつかは、結局のところは、契約当事者が敷引をどういう意味のものとして合意したかにより決まることになろうが、以上にみた様々な指摘からは、多くの場合、敷引金を採る理由が通常損耗補修費用のためと考えられていることが窺えることから、本稿でも、以下、通常損耗補修費としての意味をもつ敷引特約を中心に論を進めることにしたい。

なお、事業用建物の賃貸借契約においても敷引特約（「保証金償却特約」と称されることの方が多くであろうか）が用いられているが、事業用建物の賃貸借では居住用建物におけるとは敷引金の持つ意味が異なるのではないかと思われ、本稿ではさしあたり直接の対象としないうでおきたい。¹³⁾

一一 判例の概観

1 はじめに

以上のように敷引金が通常損耗補修費の意味をもつとすると、敷引の問題は、通常損耗補修費を賃借人負担とすることの可否の問題と密接に係る。そして、周知のように、通常損耗補修費を賃借人負担とする合意成立の要件について、最高裁平成一七年二月一六日の重要な判決がある。

そこで、敷引特約の問題に入る前に、原状回復ないし通常損耗補修費負担特約に関する判例をまず概観してお

くこととする(2)。もっとも、この点に関しては、すでに優れた多くの文献があり、敷引特約の問題と関係して最高裁判平成一七年一二月一六日判決の意味を確認することが目的であることから、最高裁判平成一七年一二月一六日判決までの下級審についてはできるだけ簡潔に概観するにとどめたい。その後、敷引特約を直接の対象とした判決について、消費者契約法の前後に分けて、概観したい(3)。敷引に関する学説は、三でとりあげられることを予定しているが、二においても、学説が判例をどのように評価しているかを知るために必要な範囲で、学説を取り上げることとする。

2 原状回復特約ないし通常損耗補修(費用賃借人負担)特約に関する判例

(一) 原状回復とは

建物の賃貸借契約が終了したとき、賃借人は賃借した物件を返還する義務を負う(民六一六条、五九七条)。その際、賃借物件を賃貸借契約締結時の原状に回復する義務を負うかにつき、民法典中には直接の規定がない。民法は、賃貸借に関する六一六条が民法五九八条を準用し、「借主は、借入物を原状に復して、これに附属させた物を収去することができる。」として、借主の収去権を規定しているが、原状回復義務を明示するものではない。しかしながら、古くから賃貸借契約終了時に賃借人は賃借物件に加えられた付属物を収去する義務を負うことが肯定され、賃貸目的物の通常の使用を妨げるものが付着しているときには、返還義務の内容として、これを収去して原状に回復する義務があるものと解されてきた。¹⁴⁾

もっとも、原状回復義務といっても、賃貸借契約開始時に存した状態(原状)にまで戻す義務とは一般には考えられず、賃貸借契約により予定された使用あるいは社会通念上通常の用法により目的物を使用収益している限

り、原則として、返還時の状態で返還すれば足り、通常損耗について原状回復義務はないと解されている。⁽¹⁵⁾

このことは、平成に入ってから、民間賃貸住宅の賃貸借契約において発生しうる紛争を未然に防止するために契約内容の明確化・合理化を企図して設けられた「賃貸住宅標準契約書」（以下、「標準契約書」と略称）においても明らかにされ、標準契約書の考え方は広く支持されてきた。⁽¹⁶⁾

さらに、賃貸住宅の退去時における原状回復について、その範囲や費用負担をめぐる急増したトラブルに対処するために、費用負担ルールを明確にして賃貸住宅契約の適正化を図るために設けられた「原状回復をめぐるトラブルとガイドライン」（以下「ガイドライン」と略称）において、標準契約書の考え方を前提にして原状回復の考え方がより精緻に展開され、今日ではそれがほぼ異論のないところとなっているように思われる。⁽¹⁸⁾

(二) 原状回復特約ないし通常損耗補修（費用賃借人負担）特約とは

もともと、標準契約書にしても、ガイドラインにしても、原状回復特約ないし通常損耗補修特約を全く認めないというものではない。⁽¹⁹⁾ 契約自由の原則からして、そのような特約を合意することは可能であるといえるからである。そこで、実際の契約では、「賃借人は建物明渡し時に建物を契約締結時の原状に回復しなければならない」、「賃借人は賃借建物を明け渡すときは、畳の表替え、襖の張替え、壁クロスの張替え、居室のクリーニング費用を負担する」、「賃借人は、故意過失を問わず、本件建物の毀損、滅失、汚損その他の損害につき損害賠償をしなければならない」といった、特約が結ばれることがある。

退去時における賃借人の義務の面から規定した特約を原状回復特約（出发点として通常損耗の補修は原状回復義務に含まれないところ、それを含むという意味で原状回復特約と表現）と呼び、費用の面から規定した特約を

補修費用負担特約と呼ぶことができるように思われるが、両者は、実質において違いはないと考えられる。

それでは、なぜこのような特約が用いられることになったのだろうか。実務に携わられる論者によれば、それには次のような背景があると語られる²⁰⁾。すなわち、いわゆるバブル期に多額の費用を投じて建築した賃貸住宅の家賃相場がその後の不況により低迷し、投資資金の回収に困った賃貸人が、返還すべき敷金を原状回復費用の名目で確保しようとしている事情である。多くの賃貸人は、賃借人が退去した後の空き室を預っていた敷金できれいにし、よりよい条件で新賃借人に貸したいと考えているのである。

原状回復義務について、民法の原則と異なる合意をすることも、契約自由の原則からすれば、直ちに否定されるものではない。そうすると、判例で、通常損耗についての原状回復特約ないし補修費用負担特約は、契約自由を理由に容易に肯定されてきただろうか。実際は必ずしもそうではなかったというのが下級審判例の多数であるといえるが、下級審判例を次に項目をかえて概観しよう。

(三) 下級審判例

原状回復特約ないし通常損耗補修特約（以下、「特約」と略称することがある）の効力をめぐる下級審の判例は多数にのぼる。すでに関係判例を整理、分析、検討、解説する研究がいくつも公表されている²¹⁾。以下、先行研究に拠りながら、判例を概観しておきたい。

下級審判例の分類整理としては、まずは結論の違いから、特約の効力につき消極的な判断のものと、そうでないもの（順序は逆になるが、特約を有効とする判例を末尾の(4)に挙げる）とに分け、次に、特約に消極的な判例を、解釈によって特約を制限するもの(1)、特約の成立を否定するもの(2)、特約を無効とするもの(3)と

に分けることが便宜と思われる。筆者のアクセスできる判例データベースに限りがあつて、必ずしも網羅的とはいえないが、参照することのできた判決を分類整理して次に示しておきたい。⁽²²⁾

(1) 解釈で制限するもの

特約を解釈で制限した判例としては、次のものがある。⁽²³⁾

- 【原1】名古屋地判平成二年一〇月一九日判時一三七五号一七頁⁽²⁴⁾
- 【原2】東京地判平成六年七月一日ガイドライン再改訂版七六頁⁽²⁵⁾
- 【原3】大阪簡判平成六年一〇月一二日ガイドライン再改訂版七八頁
- 【原4】東京簡判平成七年八月八日ガイドライン再改訂版八二頁
- 【原5】京都地判平成七年一〇月五日ガイドライン再改訂版八三頁⁽²⁶⁾
- 【原6】東京簡判平成二年六月二七日判時一七五八号七〇頁
- 【原7】大阪高判平成二年八月二二日判タ一〇六七号二〇九頁
- 【原8】東京簡判平成四年九月二七日Q & A 敷金・保証金トラブル〔改訂版〕⁽²⁷⁾ 八七頁、ガイドライン再改訂版九九頁、裁判所HP
- 【原9】名古屋簡判平成四年二月一七日ガイドライン再改訂版一〇二頁、裁判所HP
- 【原10】東京簡判平成一六年一〇月二六日裁判所HP
- 【原11】東京簡判平成一六年一〇月二九日裁判所HP

- 【原12】東京簡判平成一七年三月一日Q&A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕九六頁、裁判所HP、LEX/DB
- 【原13】千葉簡判平成一七年三月一日消費者法「ニュース六三号九七頁」
- 【原14】東京簡判平成一七年八月二六日LEX/DB⁽²⁸⁾
- 【原15】東京地判平成一七年四月二五日LexisNewsJP⁽²⁹⁾
- 【原16】東京地判平成一九年一月二九日太田秀也・賃貸住宅管理の法的課題一五二頁

以上の判例の紹介はすでに多くの文献でなされているので、逐一要約紹介することはせず、上記判例が特約をどのように解釈したかにつき、その特徴をいくつか示しておくにとどめたい。

その第一は、単に原状回復という文言が用いられてにすぎない抽象的な特約である場合は特に、そうでなくとも他の契約条項との整合性に鑑みて契約条項を総合的に考慮することで、特約のいう原状回復には通常使用により生じた損耗を含んでいないとして、通常損耗原状回復義務を否定する手法をあげることができる。【原7】

第二に、賃貸物件が住宅金融公庫融資物件であることから、住宅金融公庫法三五条一項、同法施行規則一〇条一項（家賃、敷金以外の金品を受領することの禁止、その他賃借人の不当な負担となることを賃貸の条件としてはならない旨を規定する）の趣旨に鑑みて、特約を限定的に解釈適用するものがある。【原6】⁽³⁰⁾

第三に、原状回復特約に加えて敷引特約がある事例では、通常損耗補修費用は敷引金をもって充てることが予定されているとして、通常損耗にかかる修復費用を別途請求することを認めなかったものがある。【原3】、【原9】

第四は、賃借人が賃貸借契約に基づいて引渡しを受けた当時の状況から、特約内容を限定したものがあ

【原1】

第五は、借地借家法の趣旨に照らして、原状回復の合意を限定したものである。【原8】

第六に、賃貸借契約の本質（通常損耗減価の対価は賃料でカバーされている）から、特約を合理的に解釈するものがある。⁽³¹⁾ 【原11】

第七に、住居の賃貸借契約は広い意味での消費者問題に属するとして、特約を消費者保護の観点から限定的に解釈することは許されるとしたものである。⁽³²⁾ 【原6】

解釈により特約を制限する手法によって、一定程度、賃借人の保護がはかられてきたのは事実である。しかし、解釈で特約を制限する方法には限界があることがはやくから指摘された。すなわち、解釈による特約制限の裁判例の広まりを受けて、賃貸人の側は、原状回復義務の内容を詳細に記載した特約条項を用いるようになる。⁽³³⁾ そうすると、特約の内容が明確かつ一義的な場合には、解釈による制限では対応が困難となるといって指摘である。

(2) 成立を否定するもの

特約の成立を否定した判例としては、次のものがある。⁽³⁴⁾

【原17】伏見簡判平成七年七月一八日Q&A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕九八頁、ガイドライン再改訂版八〇頁

【原18】伏見簡判平成九年二月二五日ガイドライン再改訂版八七頁

【原19】東京簡判平成一一年三月一五日ガイドライン再改訂版九〇頁

【原20】 仙台簡判平成二二年三月二日ガイドライン再改訂版九一頁
【原21】 大阪高判平成二五年一月二一日判時一八五三号九九頁⁽³⁵⁾
【原22】 大津地判平成二六年二月二四日Q & A 敷金・保証金トラブル〔改訂版〕二四八頁、ガイドライン再改訂版一〇五頁

- 【原23】 東京地判平成二六年七月一六日 LexisNexisJP⁽³⁶⁾
【原24】 神戸地判平成二六年九月九日 LEX/DB
【原25】 伊丹簡判平成二七年二月二三日 LEX/DB
【原26】 東京地判平成二九年一月二六日 LexisNexisJP
【原27】 東京地判平成二九年八月二四日 LexisNexisJP
【原28】 東京地判平成二二年一月一六日ガイドライン再改訂版一一五頁
【原29】 東京簡判平成二二年八月七日裁判所HP
【原30】 東京地判平成二二年一月一三日ガイドライン再改訂版一二七頁

特約の成立を否定する判断をした最初の判決と目されるのが【原17】伏見簡判平成七年七月一八日である。この事例の契約書には、一二条（損害弁償事項）、一八条（退去）、一九条（原状回復）の各条項があり、賃貸人は、原状回復とは明渡しに際して「契約締結時における原状（まっさらに近い状態）に回復すべき義務」であると主張した。これに対し、裁判所は、次のように述べて、特約の成立を否定した。すなわち、動産の賃貸借における賃料が損料と呼ばれているように、建物の賃貸借においても、賃貸物件の賃貸中の自然の劣化・損耗はその賃料

よってカバーされるべきであって、賃借人が明渡しに際して「まっさらに近い状態」に回復すべき義務を負うとすることは伝統的な賃貸借からは導かれないところである。したがって、一八条・一九条が規定する義務は、たとえば、賃料支払義務、敷金差し入れ義務、目的物保管の善管注意義務など、賃借人にとって法律上からも社会通念上からも当然発生する義務についての規定ではなく、これらの諸義務とは趣を異にする新たな義務を設定する規定である。これに文字通りの効力を与えるためには、その必要があり、かつ暴利的でないなど客観的理由の存在が必要であり、特に、賃借人がこの新たな義務のなんであるかを認識して義務負担の意思表示をしたことが必要である。しかし、契約締結にあたりこの新たな義務の設定条項の趣旨について説明がなされていない。よって、賃借人が原状回復義務を負担するとする部分はこれに対応する賃借人の意思を欠き無効である。

以上と同様の考え方が、その後いくつもの下級審判例において踏襲され、ガイドライン³⁷⁾においても、賃借人に特別の負担を課す特約の要件として、次のようにまとめられた。すなわち、

- ① 特約の必要性があり、かつ、暴利的でないなどの客観的、合理的理由が存在すること
- ② 賃借人が特約によって通常の原状回復義務を超えた修繕等の義務を負うことについて認識していること
- ③ 賃借人が特約による義務負担の意思表示をしていること

以上の特約の成立に厳格な要件を求める考え方は、いわゆる不意打ち条項は合意の対象とならないとする法理のあらわれとして評価され、³⁸⁾事業用建物の賃貸借の事例でも、特約成立に居住用建物賃貸借におけると同じ厳格な要件を要求する判例もある。³⁹⁾

(3) 特約を無効とするもの

特約の効力を否定する判例は、無効の根拠条文として民法九〇条を用いるものと、消費者契約法一〇条によるものに分けることができる。

(a) 公序良俗違反として無効とするもの

まず、特約の効力を民法九〇条で無効とした判例としては次の二件がある。

【原31】大阪地判平成一五年六月三〇日 LEX/DB

【原32】大阪高判平成一六年七月三〇日判時一八七七号八一頁⁽⁴⁰⁾

【原31】大阪地判平成一五年六月三〇日は、いわゆる特優賃の事例であり、通常損耗の原状回復費用を賃借人の負担とする特約は、賃借人の債務不履行とはいえない自然損耗等を、退去後原状回復費用負担基準の名の下に、網羅的、画一的に賃借人の負担に含めてしまう機能を有しているもので、賃借人が上記趣旨でそのような特約を承諾したものと考え難く、公共性の強い特優賃法及び公庫法の規定や趣旨に反し、賃借人の過大な負担と不意打ちにおいて、賃貸人側に特優賃法上の補助や優遇措置とのいわば二重取りとなる結果を容認することにもなることなどから、公序良俗に反するものとして、民法九〇条により無効と認めるのが相当であるなどとしたものである。もう一つの【原32】大阪高判平成一六年七月三〇日は、住宅供給公社の行う賃貸住宅の事例であり、賃貸借契約終了による原状回復義務の範囲に関する民法の解釈を前提に、特優賃法の枠組み、同法の国会審議の状況、

住宅金融公庫法における規制内容及びその解釈の实情等を総合考慮すると、通常損耗分の原状回復義務を賃借人に負わせることは、特優賃法一三条の禁止する「不当な負担」に当たり、通常損耗分の原状回復義務を賃借人が負わないとの解釈は立法・行政の分野でも是とされているものであるから、賃借人としてはこれに沿うよう努めることが当然要求されているところ、このような立場にある賃貸人が、賃借人との間で、通常損耗分を含めた原状回復義務を賃借人に負担させることを内容とする契約書を一方的に定め、これにより一律に契約を締結して、賃借人に対して不当な負担をさせることは、遅くとも平成一四年六月ごろには、特優賃法の規制を著しく逸脱し、社会通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り、本件特約は公序良俗に違反し無効になるといふべきであるなどとしたものである。

公法的規制をも考慮に入れて公序良俗判断を行う判例として注目される。⁽⁴¹⁾

(b) 消費者契約法一〇条で無効とするもの

他方、消費者契約法適用下にある事例では、通常損耗補修特約が消費者契約法一〇条により無効とする判例が多く、これに該当するものとしては、次のものがある。

【原33】 京都地判平成一六年三月一六日裁判所HP

【原34】 京都地判平成一六年六月一日兵庫県弁護士会HP

【原35】 大阪高判平成一六年一二月一七日判時一八九四号一九頁⁽⁴²⁾

【原36】 大阪高判平成一七年一月二八日兵庫県弁護士会HP、Q & A 敷金・保証金トラブル〔改訂版〕一一六

【原37】佐野簡判平成一七年三月二五日国民生活センター二〇〇七年一月九日記者説明会資料

【原38】東京簡判平成一七年一月二九日裁判所H P

【原39】京都地判平成一九年六月一日ガイドライン再改訂版二一二頁

消費者契約法一〇条によりある特約条項が無効となるには、「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」であること（以下「前段要件」と称する）と「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」であること（以下「後段要件」と称する）を充たす必要がある。通常損耗補修特約を消費者契約法で無効とした上記判例において、前段要件該当性については、通常損耗は賃貸借契約において当然のつきものである、通常使用による損耗が生じたとしてもそのような損耗つきで返還すればよいのが民法のルールであり、補修義務（補修費用負担）を課するのは民法のルールを加重するものであるとしている（民法の条文としては四八三条をあげるものと六〇一条をあげるものがある。）他方、後段要件充足性について、賃貸借終了時にどれだけ原状回復費用を負担することになるかについて賃借人には情報がなく、十分な情報のもとで意思決定できていないのに対して、賃貸人は原状回復費用を予想することが可能であり、これを賃料に含めて賃料額を決定するかあるいは期間に応じて定額の原状回復費用を定めてそれを賃貸の条件とするか選択できるとして、両者の間に情報の不均衡があること、また、通常損耗回復費用負担条項を交渉で排除することはできず両者の間に交渉力の不均衡があること、加えて、通常損耗補修費用を賃料で回収するのに加えて原状回復費用として二重に回収してい

るとの二重取り論、さらに判例の中は、賃貸人が検査のうえ補修の必要があると認めた場合に賃借人に通知する方法が客観性を欠き公平の観点から均衡を失する点を考慮して、信義則に反して消費者の利益を害していると判断している。

通常損耗補修特約が消費者契約法一〇条により無効であるとした下級審の判例を多くの学説が支持している。⁽⁴³⁾

(4) 効力を認めるもの

以上に対して、特約の効力を肯定（一部肯定を含む）した裁判例には、次のものがある。⁽⁴⁴⁾

- 【原40】 東京地判平成六年八月二二日判時一五二一号八六頁⁽⁴⁵⁾
- 【原41】 仙台簡判平成七年三月二七日ガイドライン再改訂版七九頁⁽⁴⁶⁾
- 【原42】 大阪地判平成一年一〇月二二日判タ一〇六七号二一〇頁
- 【原43】 東京地判平成二年二月一八日判時一七五八号六六頁⁽⁴⁷⁾
- 【原44】 神戸地尼崎支判平成四年一〇月一五日判時一八五三号一〇九頁
- 【原45】 大阪地判平成五年七月一八日判時一八七七号九〇頁
- 【原46】 名古屋簡判平成一六年一月三〇日裁判所HP
- 【原47】 大阪高判平成一六年五月二七日判時一八七七号七三頁⁽⁴⁸⁾
- 【原48】 京都簡判平成一六年七月一日Q&A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕九二頁⁽⁴⁹⁾
- 【原49】 千葉地判平成一七年五月一九日LEX/DB⁽⁵⁰⁾

- 【原50】 東京地判平成二二年二月二〇日太田秀也・賃貸住宅管理の法的課題一七三頁⁵¹
- 【原51】 東京地判平成二二年三月一日太田秀也・賃貸住宅管理の法的課題一七五頁⁵²
- 【原52】 東京地判平成二二年三月一九日太田秀也・賃貸住宅管理の法的課題一七六頁⁵³
- 【原53】 東京地判平成二二年五月一日太田秀也・賃貸住宅管理の法的課題一八一頁⁵⁴
- 【原54】 東京地判平成二二年五月二二日ガイドライン再改訂版一二〇頁⁵⁵
- 【原55】 東京地判平成二二年九月一八日ガイドライン再改訂版一二四頁⁵⁶
- 【原56】 さいたま地判平成二二年三月一八日裁判所HP⁵⁷

通常損耗補修特約の効力を肯定する事例は、事業用物件の賃貸借契約において多いといわれるが、上に挙げたように居住用の賃貸借契約でも特約肯定例は多数みられ、とりわけ、近時は、いわゆるハウスクリーニング⁵⁸に関して特約⁵⁹を肯定する例が多いように感じられる。

肯定判例の理由とするとところは、なによりもまず私法上の法律関係においては私的自治の原則が指導原理として重要であると考えられること、したがって、特約を限定解釈するには私的自治の原則を覆滅させてでも修正しなくてはならない不合理性・不当性がなければならぬとの考え方であり、また、特約が特優賃法や公庫法の精神に悖るとしても私法上の効力を奪うほどの強度の不当性を有するまでは認められないということにある。

(四) 最高裁平成一七年一二月一六日判決

下級審の判断が分かれる中、通常損耗補修特約に関して最高裁平成一七年一二月一六日判決⁶⁰が出た（以下、

「最高裁平成一七年判決」と略記する。最高裁は、特約（合意）の成立について厳格な要求をする判断を示した。すなわち、「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……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」とし、当該の事例では、特約内容が契約書に具体的に明記されていないし、契約締結前の説明会でも通常損耗補修特約の内容を明らかにする説明がなかったため、通常損耗補修特約の合意が成立しているということはできないとした。

最高裁平成一七年判決が出る前、高裁レベルで判断の異なる四つの判決が出されており、最高裁の判断が待ち望まれていた。⁶¹⁾ 四つの判決とは、早いもの順に、①大阪高判平成一五年一月二一日、〔原21〕、②大阪高判平成一六年五月二七日〔原47〕、③大阪高判平成一六年七月三〇日〔原32〕、④大阪高判平成一六年一月一七日〔原35〕である。①は、公社物件の事例で、特約の成立を否定し、②は、これも公社物件の事例だが、特約を肯定し、③は、公社物件の事例で、特約を九〇条により無効とし、④は、民間賃貸住宅の事例で、特約を消費者契約法一〇条で無効としたものである。こういった中で、最高裁平成一七年判決は、特約の効力を肯定した上記②の高裁判決の上告審として、高裁判決を覆した形で示された判断であり、通常損耗補修特約に対する最高裁の強い意向がうかがえる。⁶²⁾

学説は、最高裁平成一七年判決が示した特約成立の要件を厳格化する考え方を基本的に支持しているというこ

とができよう。⁽⁶⁵⁾

3 敷引特約に関する判例

(一) はじめに

本稿の課題である敷引特約の問題に移ろう。敷引特約の判例については、消費者契約法施行前の事例(二)と、施行後の事例(三)とに大別して概観しておきたい。また、消費者契約法施行前のケースのほとんどは、事業用賃貸借のものであり、⁽⁶⁴⁾居住用契約とみられる事例は多くはないが、問題の現れ方の違いから、災害関連のもの(1)と、そうでないもの(2)とに分けて概観しておくことが便宜であろう。

(二) 消費者契約法施行前の判例

(1) 災害関連事例

敷引特約に関する判例で、消費者契約法施行前のもの、かつ、災害と関連する判決を、敷引肯定例と否定例とに分けて挙げると、次のようである。

(敷引肯定判例)

【敷1】大阪地判昭五二年一月二九日判時八八四号八八頁⁽⁶⁵⁾

【敷2】神戸地判平七年八月八日判時一五四二号九七頁、判タ八九六号一六八頁⁽⁶⁶⁾

【敷3】大阪地判平七年一〇月二五日判時一五五九号九四頁、判タ八九八号二二六頁⁽⁶⁷⁾

【敷4】大阪高判平九年五月七日（最判平一〇年九月三日の原審）⁽⁶⁸⁾

（敷引否定判例）

【敷5】大阪地判平七年二月二七日判時一五四二号一〇四頁、判タ八九四号一八七頁⁽⁶⁹⁾

【敷6】神戸簡判平七年八月九日判時一五四二号一〇一頁⁽⁷⁰⁾

【敷7】大阪高判平七年二月二〇日判時一五六七号一〇四頁⁽⁷¹⁾

【敷8】神戸地尼崎支判平八年六月二八日判タ九二九号二一七頁

【敷9】神戸地尼崎支判平八年九月二七日（最判平一〇年九月三日の一審）

【敷10】大阪高判平九年一月二九日判時一五九三号七〇頁

【敷11】最判平一〇年九月三日民集五二巻六号一四六七頁

以上の判例において争われた問題は、災害により建物が滅失し賃貸借契約が終了した場合に、賃貸人は敷引特約に基づいて敷金より約定の敷引金を控除した残額を返還すればたりるのか、それともそうではないのか、という形で典型的にあらわれる。

敷引を結論的に否定した判例の理由とするところは、敷引金は従前の賃借人が退去した後の内装等の補修費用や新規賃借人の募集に伴う費用や空室損料を填補する目的のものであり、震災により賃貸物件が滅失し部屋を修繕する必要がない事例では、次の賃貸借を予定せず、敷引条項を適用する実質的根拠を失うというものである⁽⁷²⁾。

それに対して、肯定判例の理由とするところは、敷引は賃貸借契約成立についての謝礼とか、通常損耗の補修

費用とかさまざまな性質をもつが、敷引条項も、その適用される場合や控除される金額からみて、一方的に賃借人に不利益であるとか、信義則上許されず、また、公序良俗に反するものであるとかいう場合でない限り、有効だと解されるというものである。

下級審で見解が分かれる中、【敷引】最高裁平成一〇年九月三日判決が否定説を示し議論に終止符がうたれた。最高裁は理由として次のように述べた。「居住用の家屋の賃貸借における敷金につき、賃貸借契約終了時にそのうちの一定金額又は一定割合の金員（以下「敷引金」という。）を返還しない旨のいわゆる敷引特約がされた場合において、災害により賃借家屋が滅失し、賃貸借契約が終了したときは、特段の事情がない限り、敷引特約を適用することはできず、賃借人は賃借人に対し敷引金を返還すべきものと解するのが相当である。ただし、敷引金は個々の契約ごとに様々な性質を有するものであるが、いわゆる礼金として合意された場合のように当事者間に明確な合意が存する場合は別として、一般に、賃貸借契約が火災、震災、風水害その他の災害により当事者が予期していない時期に終了した場合についてまで敷引金を返還しないと合意が成立していたと解することはできないから、他に敷引金の不返還を相当とするに足りる特段の事情がない限り、これを賃借人に返還すべきものであるからである。」

学説は、若干の疑問を提示するものもあるが、基本的にこの最高裁を支持していると考えられる。⁽⁷³⁾

(2) 災害と関連しない事例

敷引特約に関する判例で、消費者契約法施行以前のもの、かつ、災害と関連しない判決としては、次の三件がある。肯定例と否定例とに分けて示す。

(肯定判例)

【敷12】東京高判昭五〇年四月二四日判時七八一七〇頁

【敷13】神戸地判平成一四年六月一四日裁判所HP、ガイドライン再改訂版九六頁

(否定判例)

【敷14】東京地判平成一九年七月二五日 LexisNexisJP

敷引を肯定した【敷12】東京高判昭五〇年四月二四日は、新所有者への敷金承継の問題が中心的な論点であり、敷引について詳論するところはない。しかし、「敷金は契約終了時に償却費として賃料二か月分を控除した残余の返還を受ける約であったことが認められるから」として控除を前提にした判断となっている。

また、もう一つの肯定例である【敷13】神戸地判平成一四年六月一四日は、契約自由の原則から敷引を肯定する判断を示した。すなわち、「敷引約定は、賃貸借契約成立の謝礼、賃料の実質的な先払い、契約更新時の更新料、建物の自然損耗による修繕に必要な費用、新規賃借人の募集に要する費用や新規賃借人入居までの空室損料等さまざまな性質を有するものにつき渾然一体のものとして、一定額の金員を賃貸人に帰属させることをあらかじめ合意したものと解されるところ、それら敷引約定はそれなりの合理性を有するものと認められるから、その金額が著しく高額であって暴利行為に当たるなどの特段の事情がない限りはその合意は有効である」としている。

他方、敷引を否定した【敷14】東京地判平成一九年七月二五日は、原状回復の必要性と額について賃貸人の証

明がないとして、敷引を否定したものである。

(二) 消費者契約法施行後の下級審判例

消費者契約法施行後の敷引特約に関する判断がされた下級審判例は多数ある。結論として敷引を否定した判例と肯定した判例に分けて、次に示す。⁷⁴⁾

(否定判例)

- 【敷15】大阪簡判平成一五年一〇月一六日兵庫県弁護士会HP
- 【敷16】佐世保簡判平成一六年一月一九日国民生活センター（平成一七年一〇月六日）
- 【敷17】堺簡判平成一七年二月一七日兵庫県弁護士会HP
- 【敷18】神戸地判平成一七年七月一四日判時一九〇一号八七頁、Q&A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕一二五頁、兵庫県弁護士会HP、LLI/DB
- 【敷19】枚方簡判平成一七年一〇月一四日消費者法ニュース六六号二〇七頁、ガイドライン再改訂版一〇六頁
- 【敷20】明石簡判平成一七年一月二八日兵庫県弁護士会HP
- 【敷21】大津地判平成一八年六月二八日Q&A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕一三五頁
- 【敷22】京都地判平成一八年一月八日裁判所HP、兵庫県弁護士会HP、LLI/DB
- 【敷23】西宮簡判平成一九年二月六日消費者法ニュース七二号二一一頁、ガイドライン再改訂版一〇九頁
- 【敷24】京都地判平成一九年四月二〇日裁判所HP、LLI/DB

【敷25】奈良地判平成一九年一月九日ガイドライン再改訂版一一三頁
 【敷26】京都簡判平成二〇年八月二七日Q & A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕二三九頁、ガイドライン再改訂版一一四頁

【敷27】京都地判平成二〇年一月二二日消費者法ニュース七九号一九八頁⁽⁷⁵⁾

【敷28】名古屋簡判平成二一年六月四日判タ一三二四号一八七頁

【敷29】京都地判平成二一年七月二日LEX/DB

【敷30】京都地判平成二一年七月二三日判時二〇五一号一一九頁、金判一三三二七号五四頁、判タ一三一六号一九二頁、京都敷金保証金弁護団HP、Q & A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕一七〇頁⁽⁷⁶⁾

【敷31】京都地判平成二一年七月三〇日金判一三七八号五〇頁⁽⁷⁷⁾

【敷32】大阪高判平成二一年一月二三日京都敷金保証金弁護団HP、Q & A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕

一四三頁

【敷33】大阪高判平成二一年一月二五日金判一三七八号四六頁⁽⁷⁸⁾

【敷34】福岡簡判平成二一年一月二九日ガイドライン再改訂版一二九頁⁽⁷⁹⁾

(肯定判例)

【敷35】神戸簡判平成一六年一月三〇日国民生活センターHP⁽⁸⁰⁾

【敷36】大阪地判平成一七年四月二〇日兵庫県弁護士会HP

【敷37】大阪地判平成一九年三月三〇日判タ一二七三号二二二頁

【敷38】大阪地判平成一九年一月七日判時二〇二五号九六頁

【敷39】京都地判平成二〇年一月二六日金判一三七八号三七頁

【敷40】大阪高判平成二一年六月一九日金判一三七八号四一頁、兵庫県弁護士会HP

【敷41】横浜地判平成二一年九月三日 LexisNexisJP

【敷42】東京地判平成二二年二月二二日ガイドライン再改訂版一三三頁、更新料問題を考える会HP

【敷43】神戸地尼崎支判平成二二年一月二二日更新料問題を考える会HP

【敷44】西宮簡判平二三年八月二日 L11/DB

(1) 敷引否定例

敷引否定例は、どのような議論をしているのだろうか。

先にもみたように、消費者契約法一〇条は、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つて（前段要件）、民法一条二項に規定する基本原則（信義則）に反して消費者の利益を一方的に害するもの（後段要件）、を無効とする。敷引特約との関係でも、この前段要件の該当性と後段要件の充足性が問題とされる。

まず、前段要件の該当性について、どのように考えられているだろうか。

前段要件の該当性については、賃貸借契約は目的物の使用収益と賃料の支払いとが対価関係にあることを本質的内容とする契約であり、民法上、賃借人に賃料以外の金銭的負担を負わせる明文規定は存在しないところ、賃借人に賃料以外の金銭的負担を負わせる内容の敷引特約は、賃貸借に関する任意規定の適用による場合に比し賃

借人の義務を加重しているとして、前段要件該当性を肯定するものが多い。このほか、敷金というものは賃料その他の賃借人の債務を担保する目的で賃借人から賃貸人に交付される金員であるが、賃貸借契約が終了して建物の明渡しがなされたときに賃借人に債務がなければその全額が賃借人に返還されるべきものであるころ、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ことを約することは、賃借人の義務を加重する条項であるとして、前段要件の該当性を肯定するものがある。

他方、後段要件の充足性の判断では、大きく分けると、第一に、情報の格差のもと結ばれた契約であること、第二に、交渉力の格差のもと結ばれた契約であること、第三に、高額・高率であって賃借人の負担が大きいこと、第四に、敷引に正当な意味がないことが考慮されて、後段要件の充足性を肯定している。

それぞれ、もう少しずつ詳論すれば、次のようである。

まず、第一の情報の格差について。下級審の裁判例では、敷引の金額だけが明示されていてもその趣旨・内容の明示がないことを判断において重視しているもの、敷引条項が賃貸人主張の性質のものであることを了解して契約したとはいえないとしたものがあり、また、消費者であつてもインターネットなどで賃貸条件に関する情報については大量に入手できると賃貸人は主張するが、敷引特約があるかどうかの詳細な情報をくまなく検索できるものかは明らかでないし、賃貸人は貸家業者として多くの賃借人と契約を締結し日ごろから付き合いのある仲介業者から建物賃貸借に関する情報を継続的に得ることができるのと比べて、賃借人はそうでなく、両者の間に情報（収集）力に差があるとして、情報格差のもとで結ばれた契約であることが後段要件充足の一つの判断要素になっている。

次に、第二の交渉力の格差について。敷引特約が一般に用いられている状況下では、交渉で敷引条項を削除す

ることは事実上困難であり消費者である賃借人が敷引条項を承知のうえ納得して契約したものでないとか、賃借人が敷引金の負担義務を本来負わないことを知っていても受け入れないことには契約締結をしてもらえないとか、判例の中には、四月に入居するような場合には借り希望者が多数存在し競争原理が働く結果として交渉余地がないことを指摘して、必ずしも納得の上で締結された契約でないことが後段要件充足の一つの判断要素とされている。

そして、第三の高額・高率であって賃借人の負担が大きいいことについて。ほとんどの判例がこの要素を挙げている。どの程度で高率であり、また高額であるとしたかは、事例により異なるが、高い率のものから順に数字をあげてみると、一〇〇%（敷金三〇万円で敷引三〇万円）、八七・五%（四〇万円で三五万円）、八五・七%（三五万円で三〇万円）、八三%（六〇万円で五〇万円）、三〇万円で二五万円）、七五%（四〇万円で三〇万円）、七一・四%（三五万円で二五万円）、六一・五%（額不明）の控除につき、高率・高額であり賃借人に大きな負担となるとしており、後段要件充足の大きな判断要素となっている。

最後に、第四の敷引に正当な意味があるかについて。敷引の意味としては、①賃貸借契約成立の謝礼、②賃貸目的物の自然損耗・通常損耗の補修費用、③賃貸借契約更新時の更新料免除の対価、④賃貸借終了後の空室損料、⑤賃料を低額にすることの対価、⑥リフォーム費用（次の入居者を確保するために前賃借人の生活臭を感じさせない程度にリフォームを行う必要があり、そのリフォームの程度は賃貸期間の長短と関係なく生じる）、⑦当初賃貸借期間の前払い賃料、⑧中途解約権の対価など（あるいは、これらの複数が渾然一体となったものとして）の意味があると賃借人によって主張される。これに対し、下級審の裁判例では、①につき、賃借人へのみ謝礼を支払わせる正当な理由を見いだせない、②につき、目的物の通常使用に伴う損耗の修繕費用が考慮された上で賃

料が算出されており、賃料に加えて敷引金を取ることは通常損耗の修繕費用を二重取りしていることになる、③につき、賃借人のみが賃貸借契約の更新料を負担しなければならない正当な理由を見いだせない、④につき、賃借人が使用収益しない期間の空室の賃料を支払わなければならない理由はない、⑤につき、賃料減額の程度が敷引金に相応するものであるか判然としない、敷引金という形式で賃料の一部を前払いさせることによって相対的に月額賃料が低額になるとしても、敷引金は賃貸借の期間の長短にかかわらず一定額であり、あらかじめ入居期間を決めたうえで入居する賃借人以外には実質賃料がいくらになるかわからず合理的な理由があるとはいえない、⑥につき、次の入居者獲得のためのリフォーム費用は新規入居者獲得を旨指す賃借人が負担すべき性質のものである、⑦につき、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るから、実際に賃借人が使用する期間にかかわりのない前払い賃料を払わなければならない合理性はない、⑧につき、賃借人にも中途解約権が留保されており、その対価を一方的に賃借人に負担させる合理的理由はない、として合理性を認めがたいとしている。敷引に正当な意味がないことが、後段要件を充足するとの判断において大きな位置を占めているといえる。

(2) 敷引肯定例

それでは、敷引を肯定した判例はどうか。

まず前段要件の該当性についてはいずれも肯定する。それは、否定例と同様であり、賃借人は賃料以外に金銭的負担をそもそも負っていないこと、敷金は賃借人に債務がなければ本来返還されるべきであることからすれば、賃借人の義務を加重しているとみるものである。

他方、後段要件の充足を否定する。その理由とするところは様々である。

【敷36】大阪地判平成一七年四月二〇日は、敷引金を通常損耗の補修費に充てるためのもともたうえで、阪神地方では敷引は長年の慣行であり、敷引金の額が相当であり賃料額が敷引を考慮して適正額に抑えられている限り不当とはいえないとし、二年間の通常損耗補修費として必要な額は本件敷金五〇万円の二割に相当する一〇万円と見るのが相当であるとして一〇万円を超える部分について敷引特約の趣旨を逸脱し無効とした。

【敷37】大阪地判平成一九年三月三〇日は、賃借人が賃借人と交渉して、敷引額を増やすかわりに賃料を減額した事例で、敷引額を増やした部分については賃借人にとって一方的に不利益なものでないとして敷引を肯定した。

【敷38】大阪地判平成一九年一月七日は、介護施設の入居契約における敷引の事例であるが、本件における敷引特約それ自体が消費者契約法一〇条により無効であるとまではいえないが、額面通り全額というのは相当でないとして、一部敷引を肯定した。

【敷39】京都地判平成二〇年一月二六日は、最判平成二三年三月二四日の一審であるが、敷引の意味を通常損耗等の補修を定額でまかなうものと捉え、通常損耗補修費は、原則として賃料で回収すべきであるが、本件契約書では、通常損耗の回収を賃料に含ませない意思が明示され、一年ごとに負担額が増額していることから、原状回復分について賃料からではなく敷引として回収する趣旨であり、二重取りにはなっておらず、貸主の負担となる通常損耗について保証金でまかなうことや家賃に原状回復費が含まれないことが明記され、誓約書・念書でも負担が詳細に区分されており、契約締結前に説明も受けているので、信義則に反して消費者に一方的に不利とはいえないとした。

【敷40】大阪高判平成二一年六月一九日は、特約の存在と内容を十分告知され賃借人は明確に認識していたこと、敷引額が本件物件の場所、専有面積、間取り、設備からすれば不当に高額でないこと、今日ではインターネット等を通じて賃貸条件の情報を得ることができ有利か不利か検討する期間も十分にあったことを挙げて、敷引特約を有効とした。

【敷41】横浜地判平成二一年九月三日は、敷引を空室補償の性質を有するものとし、短期間で中途解約されること、貸主には新入居者募集のための費用（広告費、整備費）がかかること、このような費用を賃貸人としては賃借人から回収するほかないところ、賃料に含めて賃料額を定めれば、敷引という方式で回収する場合と比べて、短期間居住する賃借人にとっては有利であっても、長期間居住する賃借人にとっては不利となるから、敷引方式が賃借人に一方的に不利益をもたらすとはいえず不合理であるともいえないこと、本件契約締結当時の社会情勢や住宅事情からすれば、賃貸建物については相当量の供給があり、契約条件等に関する情報も、不動産仲介業者やインターネット等を通じて豊富に検索することができ、他の物件条件と比較し、敷引特約が付された本件契約が有利か不利か検討することは可能であり、賃貸人・賃借人間に情報の質及び量、交渉力において大きな格差があつたとはいえないこと、敷引額は賃料の一か月分相当額であり、空室補償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ことから、信義則に反する程度に一方的に不利益とはいえないとした。

【敷42】東京地判平成二二年二月二二日は、敷引の持つ意味として、①礼金、②自然損耗料、③空室損料、④更新料免除の対価、⑤賃料を低額にすることの代償、⑥広告宣伝費のいずれも合理的根拠はないとしながらも、事業者と消費者との間で情報力・交渉力の格差のもと締結された契約かどうかという点、そうではないとして敷引を肯定したものである。

【敷43】神戸地尼崎支判平成二二年一月二二日は、期間一〇年以内の場合には敷金の四〇%償却、一〇年を超える場合は全額返還するとの敷引特約に関して、いわゆる美装費用として五〇万円程度を要するところ短期間で契約が終了した場合にはそれまでの賃料だけでこの費用をまかなうことが困難である場合もあり、そのために敷金の一部を充てることも不当とはいえないとし、信義則に反する程度に当事者間の衡平を損なう形で賃借人を侵害するものとはいえないとして、後段要件該当性を否定したものである。

【敷44】西宮簡判平成二三年八月二日は、京阪神地方においては、長年賃貸借契約終了時に敷金の一部を控除して返還するといういわゆる敷引特約の慣習が存在していること、同慣習自体は、賃料額を低額に維持する効果も期待できることから直ちに不当とはいえないこと、賃借人は、通常、賃貸借契約書等により敷引特約の存在を認識した上で賃貸借契約を締結していること等からすると、敷引特約そのものが直ちに、賃借人の利益を一方的に害するとまではいえないが、その場合でも、賃借人の債務不履行がないにも係わらずその一部を返還しないと、する特約は、敷金授受の目的を超えるものであること、一般的に賃貸借契約書は予め不動文字で印刷されており、当該物件を賃借しようとする一般消費者である賃借人は、敷引額の減額等について高額に過ぎると評価される場合には、同敷引額に合理的な理由が認められない限り、合理的な理由がない部分につき、消費者である賃借人の利益を一方的に害する特約として消費者契約法一〇条により無効となると解するのが相当とし、家賃の三ヶ月分を超える敷引部分につき無効とした。

(三) 平成二三年最高裁判決

(1) はじめに

平成二三年、最高裁は、二つの判決において敷引特約を肯定した。一つは、最高裁平成二三年三月二四日判決⁽⁸¹⁾(以下「三月判決」と呼ぶ)であり、もう一つは、最高裁平成二三年七月一二日判決⁽⁸²⁾(以下「七月判決」と呼ぶ)である。先に概観したように、下級審においては、むしろ敷引特約は消費者契約法一〇条に反し無効だとするものが主流だったので、それと異なる最高裁の判断は大きなインパクトをもって受けとめられた。まずはそれぞれ見ておこう。

(2) 最高裁平成二三年三月二四日判決

(a) 事案の概要 事案は、居住用建物を賃借し、賃貸借契約終了後に、これを明け渡した賃借人から、賃貸人に対して、契約締結時に差し入れた保証金のうちまだ返還を受けていない金員(二二万円)等の支払を求めたのに対し、賃貸人が本件賃貸借契約には保証金のうち一定額を控除し賃貸人が取得する旨の特約があると反論し、これに対してさらに賃借人から、同特約は消費者契約法一〇条で無効であるとして争われたものである。なお、本件賃貸借契約は、賃料月額九万六〇〇〇円のマンションの一室の賃貸借契約であり、次のような条項が設けられていた。①賃借人は、契約締結時に、保証金として四〇万円を支払う、②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賃貸人の債務を担保する、③賃借人は、保証金をもって賃料その他の債務と相殺できないし、保証金返還請求権の譲渡・質権設定その他の処分をすることもできない、④賃借人が建物を明け渡しの場合には、契約経過年数に応じて次の額(敷引金)を控除して賃貸人が取得し、その残額を賃借人に返還する

(経過年数一年未満・控除額一八万円、二年未満・二二万円、三年未満・二四万円、四年未満・二七万円、五年未満・三〇万円、五年以上・三四万円)、⑤賃借人は、本件建物を明け渡す場合、賃貸人の指示に従い本件物件を賃貸借契約開始時の原状に回復しなければならぬ、ただし、賃貸人の負担となる通常損耗・自然損耗については本件保証金控除金でまかなうものとし原状回復を要しない、⑥損耗が賃借人の故意・過失による場合は、その原状回復費用は賃借人の負担とする、⑦原状回復費用は家賃に含まれないものとする、などである。さらに、誓約書および念書において、損耗・毀損の事例区分(部位別)一覧があり、賃貸人の負担となる通常損耗・自然損耗と賃借人の負担となるものが詳細に区分されており、加えて、復元費用基準表があり、畳表替え一枚五〇〇〇円、ふすま張替え一枚五〇〇〇円などとなっていた。

(b) 訴訟の経緯 第一審は、賃借人の請求を棄却した。理由は次のようである。本件賃貸借契約における保証金控除の特約は、賃貸人の負担となる通常損耗・自然損耗について定額の控除額でまかなう性質を有するものとしたうえ、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って、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なわれており、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、本件賃貸借契約では、原状回復費用が家賃に含まれない旨の条項があり、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。かかる条項に加えて、本件特約が

保証金の控除額につき一年ごとに一定額を賃借人の負担として増額していることからすれば、本件特約の定額控除は、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とみることができるといえる。このような定めが民法が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疑問の余地がある。というのも、賃料に原状回復費用が含まれないのであるから、特約の定額控除は、民六〇一条、六〇六条が適用される場合に比して消費者たる賃借人の義務を加重する条項にあたらないと考えられるからである。もつとも、経過期間一年未満の保証金控除額については、原状回復費用を超える趣旨があると見る余地もある。しかし、賃貸人の負担となる通常損耗及び自然損耗については保証金からの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賃貸借契約書に明記され、他方、誓約書及び念書において、賃貸人の負担となる通常損耗及び自然損耗と賃借人の負担となるそれが詳細に区別されており、復元基準表によりその費用も明確にされていること、原告賃借人は、契約締結前にこれらの点について説明を受けていること、通常損耗及び自然損耗による原状回復費用は三四万円が上限となるため、賃料に含めて請求した場合と比較して、賃借人である原告にかえて有利となる場合もあることなどに鑑みれば、本件特約が民法一条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ともいえない、とした。

第二審は、賃借人からの控訴を棄却した。その理由は次のようである。本件特約は、通常損耗についての原状回復費用を保証金から定額で控除する方法で賃借人に負担させる趣旨である。通常損耗について原状回復費用を賃借人に負担させるためには、最高裁判成一七年判決にそった形で、その旨の特約が明確に合意されていることが必要である。本件では、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）一覧表の賃借人の負担となる通常損耗及び自然損耗欄に記載されており、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であり、本件特約は明確に合意されたと認められ、成立したといふべきである。そして、消費者契約法一〇条該当性について、民法六〇一条及び同法六一六条により準用される同法五九四条一項の合理的解釈からすると、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。しかし、本件特約は、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。契約書で、原状回復費用は家賃に含まれないものとする規定しているが、この規定があるからといって、実際に通常は賃料に含まれる通常損耗についての原状回復費用分を控除して賃料が設定されたと認めることはできない、と述べて前段要件の充足を肯定する。しかし、後段の要件の充足性について、次に認められる事情を考慮して、本件特約が信義則上看過し難い不衡平をもたらす程度に消費者である賃借人の保護法益を侵害しているとまではいえないとした。すなわち、第一に、本件特約内容及び契約経過年数により控除される保証金の額は、契約書に具体的に明記され、契約締結の四週間前に賃借人に交付された重要事項説明書にも保証解約引として契約書と同様の保証金控除額が記載されており、賃借人は、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こと、第二に、本件特約により通常損耗についての原状回復費用に充当される保証金控除額は、経過年数に応じて段階的で、実質敷引特約の内容を伴っており、賃料月額からしても不当に高額とはいえないこと、第三に、本件賃借人は、その年齢（三三歳）、職業（任天堂株式会社勤務）からすれば、容易にインターネット等を駆使して検索をすることができ、本件賃貸借契約の締結の四週間前に重要事項説明書の説明を受け、それを受領したのであるから、本件契約の締結までに他の賃貸建物の契約条件と比較して本件賃貸借契約が有利か不利か検

討する期間も十分あり、考慮して選択する可能性があったこと、である。

(c) 最高裁判決 最高裁は、賃借人からの上告を棄却。理由として次のように述べた。まず、本件のような敷引特約のもつ意味について。「本件特約は、敷金として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、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」。次に消費者契約法一〇条前段の該当性について。「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務を加重するものというべきである」。そして、消費者契約法一〇条後段の充足性に関して。「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。そして、通常損耗の補修費用は、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。「改行」もつとも、消費者契約である賃貸借契約においては、賃借人は、通常、自らが賃借する物件に生ずる通常損耗等の補修費用の額については十分な情報を有していない上、賃貸人との交渉によって敷引特約を排除することも困難であることからすると、敷引金の額が敷引特約の趣旨からみて高額にすぎる場合には、賃貸人と賃借人との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差を背景に、賃借人が一方的に不利益な負担を余儀なくされたものと見るべき場合が多いといえる。「改行」そうすると、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、礼金等の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、消費者契約法一〇条により無効となると解するのが相当である。「本件敷引金の額が高額に過ぎると評価することはできず、本件特約が消費者契約法一〇条により無効であるということとはできない」。

(3) 最高裁平成二三年七月一二日判決

(a) 事案の概要 事案は、三月判決と同様、居住用建物を賃借し、賃貸借契約終了後に、これを明け渡した賃借人から、賃貸人に対して、契約締結時に差し入れた保証金のうちまだ返還を受けていない金員（八〇万八〇七四円）等の支払を求めたのに対し、賃貸人が本件賃貸借契約には保証金のうち一定額を控除し賃貸人が取得する旨の特約があるなどと反論し、これに対して賃借人から、同特約は消費者契約法一〇条で無効であるとして争われたものである。もつとも、七月判決の事案は、三月判決のそれとは異なり、敷引特約が経過年数に応じての段

階的なものではなく、保証金一〇〇万円のうち預託分四〇万円敷引分六〇万円として六〇万円を経過年数によらず一律に控除する特約（以下これを「本件敷引特約」と呼ぶ）であったところ、敷引としての控除に加えて賃貸人は原状回復費用・明渡遅延損害金として二〇万八〇七四円を控除しているところ、さらに、三月判決でみられたような、敷引金のもつ意味についての定めや通常損耗補修費用についての明確な負担の定めがないところと異なる。すなわち、本件賃貸借契約書の記載としては、①賃借人は、本契約締結時に保証金として一〇〇万円を預託する、②賃借人に賃料その他本契約に基づく未払い債務が生じた場合は賃貸人は任意に保証金をもって賃借人の債務の弁済に充てることができる、③本契約が終了し、本件物件の明渡しが完了し、本契約に基づく賃借人の賃貸人に対する債務を完済し、かつ公共料金の支払が完了したときは、保証金のうちの預託分（四〇万円）を返還する、④本件物件を退去した場合、修理義務及び室内の殺菌、クリーニングを賃借人の負担とする旨の約定があるが、三月判決において見られた誓約書や念書における損耗・毀損の事例区分（部位別）一覧、賃貸人負担となる通常損耗・自然損耗と賃借人負担となるものとの詳細な区分、復元費用基準表などがない事例である。

(b) 訴訟の経緯 第一審は、本件敷引特約は消費者契約法一〇条に反し無効であるとして、敷引金の返還を認めた（賃借人が負担すべき補修費の保証金からの控除は肯定）。理由として、まず、前段要件該当性につき、本件敷引特約は、その法律上の性質ないし意味合いを明確にしないまま民法その他の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の義務を加重したものであるとした。次に、後段充足性につき、原告賃借人は、仲介業者を介して本件賃貸借契約を締結したが、建物賃貸借に関する具体的情報（礼金、保証金、更新料を授受するのが通常かどうか、同種の他の物件と比較して本件賃貸借契約の条件が有利であるか否か）を得たうえで、賃貸人が把握していた情報との差が是正されたといえるか必ずしも明らかでないこと、一〇〇万円の保証金から無

条件に六〇万円を差し引く特約であるところ、賃借人として借りようとする以上支払わなければならないものであり、交渉の余地があったか疑問であること、六〇万円の額が保証金の六〇%、月額賃料の三・五倍で保証金・賃料に比して高率・高額であること、返還を要しない礼金を授受することが適当とみられるような状況が存在しないこと、本件敷引特約の趣旨が一義的に明確になっているとは評価し難く、賃借人が本件特約の趣旨を具体的に認識したとは認め難いことを理由として、本件敷引特約は、民法一条二項に規定する基本原則に反して賃借人の利益を一方的に害するものと評価せざるをえないとした。

第二審も、結論として、敷引金（六〇万円）の返還を肯定した。

(c) 最高裁判決 これに対し、最高裁は、敷引金（六〇万円）の控除を認めた。理由は次のようである。「本件特約は、保証金のうち一定額（いわゆる敷引金）を控除し、これを賃貸借契約終了時に賃借人が取得する旨のいわゆる敷引特約である。賃貸借契約においては、本件特約のように、賃料のほかに、賃借人が賃借人に権利金、礼金等様々な一時金を支払う旨の特約がされることが多いが、賃借人は、通常、賃料のほかに種々の名目で授受される金員を含め、これらを総合的に考慮して契約条件を定め、また、賃借人も、賃料のほかに賃借人に支払うべき一時金の額や、その全部ないし一部が建物の明渡し後も返還されない旨の契約条件が契約書に明記されていれば、賃貸借契約の締結に当たって、当該契約によって自らが負うこととなる金銭的な負担を明確に認識した上、複数の賃貸物件の契約条件を比較検討して、自らにとってより有利な物件を選択することができると考えられる。そうすると、賃借人が契約条件の一つとしていわゆる敷引特約を定め、賃借人がこれを明確に認識した上で賃貸借契約の締結に至ったのであれば、それは賃借人、賃借人双方の経済的合理性を有する行為と評価すべきものであるから、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、敷引金の額が賃料の額等に照らし

て高額に過ぎるなどの事情があれば格別、そうでない限り、これが信義則に反して消費者契約である賃借人の利益を一方的に害するものということはできない」と述べる。その上で事案との関係で、本件契約書には、一ヶ月の賃料の額のほかに、賃借人が本件保証金一〇〇万円を契約締結時に支払う義務を負うこと、そのうち本件敷引金六〇万円は本件建物の明渡し後も返還されないことが明確に読み取れる条項が置かれていたのであるから、賃借人は、本件契約によって自らが負うこととなる金銭的な負担を明確に認識した上で本件契約の締結に及んだといふべきである。そして、本件契約における賃料は、契約当初は月額一七万五〇〇円、更新後は一七万円であつて、本件敷引金の額はその三・五倍にとどまつており、高額に過ぎるとはいい難く、本件敷引金の額が、近傍同種の建物に係る賃貸借契約に付された敷引特約における敷引金の相場に比して、大幅に高額であることもうかがわれない。以上の事情を総合考慮すると、本件特約は、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するものといふことはできず、消費者契約法一〇条により無効であるといふことはできない、とした。

なお、七月判決には、田原陸夫裁判官と寺田逸郎裁判官の補足意見、岡部喜代子裁判官の反対意見が付されている。

まず、田原裁判官の補足意見は次のようである。本件保証金名下で差し入れられた一〇〇万円で六〇万円は明渡し後も返還されないことが契約締結時に明示されており、その法的性質が如何であれ、賃借人は本件契約締結時に同金額が返還されないものであることは明確に認識できる。賃貸借契約における賃料以外の金銭の授受に係る条項の解釈においては当該地域の実情を十分に認識した上でそれを踏まえて法的判断をする必要がある。岡部裁判官は、賃借人は敷引条項を定めるに当たつてその敷引部分に通常損耗費が含まれるか否か等その具体的内容

を明示するべきであると主張されるが、礼金や権利金についても、それに通常損耗費の補填の趣旨が含まれているか否かを含め必ずしも明確な概念ではなく、賃貸借契約の締結ないし更新に伴って授受される一時金については各地域毎の慣行に著しい差異が存することからすれば、敷引特約の法的性質を一概に論じることは困難であり、いわんや賃貸人にその具体的内容を明示することを求めることは相当とは言えない。現代の我が国の住宅事情は、全住宅のうちの一五パーセント近く（七〇〇万戸以上）が空き家であって、建物の賃貸人としては入居者の確保に努力を必要とする状況にあり、賃貸人としては、その地域の実情を踏まえて、契約締結時に一定の権利金や礼金を取得して毎月の賃料を低廉に抑えるか、権利金や礼金を低額にして賃料を高めに設定するか、契約期間を明示して契約更新時の更新料を定めて賃料を実質補填するか、賃貸借契約時に権利金や礼金を取得しない替わりに、保証金名下の金員の預託を受けて、そのうちの一定額は明渡し時に返還しない旨の特約（敷引特約）を定めるか等、賃貸人として相当の収入を確保しつつ賃借人を誘引するにつき、どのような費目を設定し、それにどのような金額を割り付けるかについて検討するのであり、他方、賃借人も、一般に賃貸借契約の締結に際し、長期の入居を前提とするか入居後比較的早期に転出する予定か、契約締結時に一時金を差し入れても賃料の低廉な条件か、賃料は若干高くても契約締結時の一時金が少ない条件か等、賃借に当たって自らの諸状況を踏まえて、賃貸人が示す賃貸条件を総合的に検討し、賃借物件を選択することができる状態にあり、賃借人が賃借物件を選択するにつき消費者として情報の格差が存するとは言い難い状況にある。敷引特約も賃貸条件中の一項目であり、消費者契約法一〇条前段には一応該当するとは言えるが、同条後段との関係では、当該地域の賃貸借契約において定められている一般的な条項や当該契約における他の賃貸条項をも含めて総合的に検討されるべきであり、敷引特約に基づく敷引金と賃料との比較のみから単純にその有効性が決せられるべきものではない。敷引特約に基づく敷

引金額が賃料に比して高額であり、賃貸借契約締結時に当事者が想定していたより短期に賃貸借契約が終了したような場合には、敷引特約に定められた敷金（保証金）をその約定どおり差し引くことが信義則上問題となることとがあり得るが、それは当該契約当事者間における個別事情の問題であって、敷引特約の有効性とは異なる問題である。賃貸人が賃貸借に伴う通常損耗費を賃借人の負担に求めようとする場合には賃料として收受すべきであって賃料以外の敷引金等に求めるのは相当でないとの見解が一部で主張されているが、賃貸人が賃貸借に伴う通常損耗費部分の回収を賃料に含ませて行うか、権利金、礼金、敷引金等の一時金をもって充てるかは、賃貸人としての賃貸営業における政策判断の問題であって、通常損耗費部分を賃貸借契約において賃貸人が取得することが定められている賃料及びその他の一時金以外に求めるのでない限り、その不当を論じる意味はない。本件では、賃貸借契約締結後、最初の更新時に賃借人は賃料値下げを賃貸人に了解させているのであるから、賃借人が賃借人に比して弱い立場にあったものとは認められない。本件契約では、契約締結時に権利金や礼金の授受はなく、敷引特約は賃貸借契約締結時に明示されているのであって、賃借人はそれを十分に認識して本件契約を締結したものと窺える。本件敷引特約に定める敷引金額は六〇万円であって、賃料の約三・五ヶ月分と一見高額かのごとくであるが、賃貸借契約が更新されても敷引金額は当初に定められた金額のままなのであるから、賃貸借期間が長期に亘るほどその敷引金額の賃料に対する比率は低下することになるところ、賃借人は本件契約の解約迄六年余本件建物に居住していたものであるから、敷引金額を居住期間の一ヶ月当たりになるとそれほど大きくないものである。かかる敷引金を賃貸人が取得することをもって、消費者契約法一〇条に該当するとは到底認められない。

また、寺田逸郎裁判官の補足意見は次のようである。居住用建物賃貸借契約に見られる権利金をはじめとする賃借人への返還が予定されない一時金の授受については、昭和六一年に地代家賃統制令が廃止され、使用収益の対価規制を止めた後は、その趣旨に立ち入って検討し、介入すべき公的動機づけが薄れてきたものであり、返還されない一時金は広い意味で使用収益の対価の一部をなし、賃料と本質的差のない、いわば賃料を補うものとしての性格をもった金銭の授受と受けとめるべきものとなった。敷引特約に係る金銭についてもそうであれば、これのみを切り離して取り上げ、それが相当性を欠くかどうかの内容的な検討をすることは適切でない。というのも、消費者契約法一〇条の規定は、任意規定の適用に比べて消費者の権利を制限し、その義務を加重する契約条項を対象として、その有効性を問題とするものであるところ、敷引金が広い意味で賃料の実質を持つ金銭の支払にほかならないということであれば、民法における賃貸借規定の枠をはずれて賃借人に義務を課するものではないのではないかと考えられるからである。もちろん、賃料の支払時期に関する民法六一四条の規定による賃借人の義務を加重するものと解し得るが、このような把握は皮相的である。とはいえ、結論的に、敷引特約に係る金銭の支払義務が消費者契約法一〇条の適用対象に当たることを肯定してよい。というのも、民法等の典型契約規定は、パターン化によって契約における権利義務の関係を一般人にも理解しやすくする機能を有するものとなっているところ、ある契約条件がパターンから外れた形で消費者に義務を課するものであるときには、一般人がその合理性をただちに理解できないおそれがあり、このような不利益から消費者を救済しようとするところにも消費者契約法の規制は広がると考えられるからである。そして、次の段階として、信義則との関係では、いわゆる相場からみて高額あるいは高率に過ぎるなど内容面での特異な事情がうかがわれるのであれば、これを契約の自由を基礎づける要素にゆがみが生じているおそれの徴表とみて、当該契約条件を付すことが許されるかどうか

つき、他の契約条件を含めた事情を勘案し、より立ち入った検討を行う過程へと進むことが求められるというところになる。ただ、本件では、敷引額が高額・高率に過ぎるなど内容的に特異な事情があると認めるべきところがないため、多数意見の結論に落ち着くこととなると考える。

他方、岡部喜代子裁判官の反対意見は次のようである。多数意見は、敷引金の総額が契約書に明記され、賃借人がこれを明確に認識した上で賃貸借契約を締結したのであれば、原則として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とはいえないという。しかし、敷引金は個々の契約ごとに様々な性質を有するものであるのに、消費者たる賃借人がその性質を認識することができないまま賃貸借契約を締結していることが問題であり、敷引金の総額を明確に認識していることで足りるものではない。敷引金は、損耗の修繕費（通常損耗料ないし自然損耗料）、空室損料、賃料の補充ないし前払、礼金等の性質を有するといわれており、その性質は個々の契約ごとに異なり得るものである。そうすると、賃借物件を賃借しようとする者は、当該敷引金がいかなる性質を有するものであるのかについて、その具体的内容が明示されてはじめて、その内容に応じた検討をする機会が与えられ、賃貸人と交渉することが可能となるというべきである。たとえば、損耗の修繕費として敷引金が設定されているのであれば、かかる費用は本来賃料の中に含まれるべきものであるから、賃借人は、当該敷引金上記の性質を有するものであることが明示されてはじめて、当該敷引金の額に対応して月々の賃料がその分相場より低額なものとなっているのか否か検討し交渉することが可能となる。また、敷引金が礼金ないし権利金の性質を有するものであるならば、その旨が明示されてはじめて、賃借人は、それが礼金ないし権利金の性質を有するかどうかを検話し交渉することができる。事業者たる賃貸人は、自ら敷引金の額を決定し、賃借人にこれを提示して

いるのであるから、その具体的内容を示すことは可能であり、容易でもある。それに対して消費者たる賃借人は、賃貸人から明示されない限りは、その具体的内容を知ることのできないのであるから、契約書に敷引金の総額が明記されていたとしても、消費者である賃借人に敷引特約に応じるか否かを決定するために十分な情報が与えられているとはいえない。そもそも、消費者契約においては、消費者と事業者との間に情報の質及び量並びに交渉力の格差が存在することが前提となっており（消費者契約法一条参照）、消費者契約関係にある、あるいは消費者契約関係に入ろうとする事業者が、消費者に対して金銭的負担を求めるときに、その対価ないし対応する利益の具体的内容を示すことは、消費者の契約締結の自由を実質的に保障するために不可欠である。敷引特約についても、敷引金の具体的内容を明示することは、契約締結の自由を実質的に保障するために、情報量等において優位に立つ事業者たる賃貸人の信義則上の義務であると考えられる。このように解することは、最高裁判成一〇年九月三日判決（災害により居住用の賃借家屋が滅失して賃貸借契約が終了した場合において、敷引特約を適用して敷引金の返還を不要とするには、礼金として合意された場合のように当事者間に明確な合意が存することを要求している）、最高裁判成一七年二月一六日判決（通常損耗についての原状回復義務を賃借人に負わせるには、その旨の特約が明確に合意されていることが必要であるとしている）にも沿う。本件に照らして、まず、前段該当性についてみると、賃貸借契約においては、賃借人は賃料以外の金銭的負担を負うべき義務を負っていないところ（民法六〇一条）、本件特約は、本件敷引金の具体的内容を明示しないまま、その支払義務を賃借人である被告人に負わせているのであるから、任意規定の適用の場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものといえる。そして、後段該当性についてみると、原審認定によれば、本件敷引金の額は本件契約書に明示されていたものの、これがいかなる性質を有するものであるのかについて、その具体的内容は本件契約書に何ら明示さ

れていないのであり、また、上告人と被告告人との間では、本件契約を締結するに当たって、本件建物の付加価値を取得する対価の趣旨で礼金を授受する旨の合意がなされたとも、改装費用の一部を被告告人に負担させる趣旨で本件敷引金の合意がなされたとも認められないのであって、かかる認定は記録に徴して十分首肯できるところである。したがって、賃貸人たる上告人は、本件敷引金の性質についてその具体的内容を明示する信義則上の義務に反しているというべきである。加えて、本件敷引金の額は、月額賃料の約三・五倍に達するのであって、これを一時に支払う賃借人の負担は決して軽いものではないのであるから、本件特約は高額な本件敷引金の支払義務を賃借人に負わせるものであって、賃借人である消費者の利益を一方的に害するものである。本件特約は消費者契約法一〇条により無効と解すべきである。

(4) 最高裁判決に対する学説の評価

以上に見た平成二三年の最高裁の二つの判決に対しては、すでに学説から多くの批評が出されている。

まず、三月判決に対する批評から見ていこう。

潮見佳男教授⁽⁸³⁾は、その判断枠組みの問題性を指摘される。すなわち、三月判決は、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が、しかし、敷引特約の趣旨などからみて高額に過ぎる場合には敷引条項は無効となるとの判断枠組みを採用している。これでは、敷引金の額が敷引特約の趣旨からみて高額に過ぎることが賃借人により証明されない場合には、消費者契約法一〇条により無効となる余地はない。また、賃貸借契約における通常損耗コストの分配ルールとの関係で問題性を説かれる。すなわち、最高裁平成一七年判決の考え方は、賃貸物件について通常損耗が発生することは契約で当然に予定されており、

契約終了時の賃借人の原状回復義務に通常損耗補修は含まれておらず、通常損耗減価分の回復は賃料の中に必要経費として含まれて行われているというものであるところ、敷引金で通常損耗補修費をまかなう場合には、通常損耗補修義務を賃借人が負担するとの合意が成立したかの検証が必要であり、三月判決は、通常損耗補修特約の判断に甘さがなかったか、また、「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り、賃借人は通常損耗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」という準則を踏まえたとき、そもそも、通常損耗補修義務を賃借人に転嫁すること自体が消費者契約では不当と評価されるべきではないのか、「賃貸不動産にかかる通常損耗は、(賃料に反映させない限りは)賃借人が負担すべきである——賃料以外の方法で賃借人に転嫁してはいけない」という規範が契約正義を体现する規範であるならば、賃料とは別に通常損耗補修を賃借人に負担させる特約自体が消費者契約法で不当と評価されるべきものということになる、と批判される。

また、原田剛教授は、⁽⁸⁴⁾賃借人が支払う金銭の意味を明らかにすることこそが大事なのであって、支出する費目の意味を問わない最高裁の態度に強く反発される。すなわち、敷引特約の内容と性質は、消費者である賃借人にとっては、依然として極めて曖昧であり、かつ不利益なものである。三月判決は、要するに、消費者契約における賃借人は、名目如何にかかわらず支払うべき額を明確に認識しておりさえすれば、それが高額にすぎない限り不利益はないと考えている。しかし、賃借人としては、このようなどんぶり勘定程度の認識をもっておればよいとする価値判断こそ本判決の最も問題とされるべき点である、とされる。

城下明講師は、⁽⁸⁵⁾どのような意味で賃借人の義務が加重されたとみるか、一〇条前段要件の判断のあり方を示す判決としては注目しながらも、後段要件の判断基準として高額すぎるといふ基準が明確でなく、賃料が低額であ

り、礼金等の一時金が設定されていないなかったとしても、賃料や礼金として徴収すべき費用を、敷引金として徴収することが当然に正当化されるわけではないとされ、そもそも三月判決の敷引金の額は、特約の趣旨からみて、高額の過ぎると判断せざるをえないのではないかとされる。

牛尾洋也教授⁽⁸⁶⁾は、敷引特約および通常損耗補修特約に関する先行判例を詳細に紹介・検討したうえで、最高裁判平成一七年判決が明確な合意を要求することで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」を要求したのに対し、三月判決は賃料と敷引金の賃借人による「認識」をもって負担が成立するとする点で「形式的な合意」の枠組みを脱していないと批判し、合意の成立を緩和させている点で三月判決が近時の判例・学説の展開をくみ上げたものでないとされ、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つて、今後の消費者契約法の解釈としてはたして妥当かどうかが問われるなどと説かれる。

谷山智光弁護士⁽⁸⁷⁾は、最高裁判平成一七年判決の趣旨を没却してしまうものとして不当と言わざるをえないとされる。

これに対して、多少和らいだ形での批評であるのは、財団法人不動産取引推進機構の太田秀也総括主任研究員⁽⁸⁸⁾である。太田総括主任研究員は、三月判決は、敷引の趣旨を「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」としてこの点を明確にしたことには意義があるとされる。また、消費者契約法一〇条前段該当性の判断として、これまでの下級審でいわれていた、賃料以外の金銭的負担を負わないこととか、敷金の性格とか、法律上の意味合いを明確にしないままとかからでなく、「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」点が理由とされたことに意義があるとされる。また、後段要件の該当性を明確化したことにも意義があるとされる。すなわち、①敷引金の額が契約書に明示されている場合で、②通常損耗等の補修費用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、直ちに後段に該当するものではないが、③敷引金の額が高額にすぎる場合には、賃料が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、一〇条後段に該当する、という枠組みである。もともと、最高裁平成一七年判決との関係で、平成一七年判決の契約条項では通常損耗がそもそも賃貸人負担であることを明示してなかったのに対し、三月判決の事例では、賃貸人負担となる通常損耗について保証金控除額でまかなうと明示された条項があるケースであったことから、三月判決は最高裁平成一七年判決の示した特約の成立要件を満たしたと考えたのではないかと思われるが、三月判決の契約条項は必ずしも明確でないところもあるのではないかと批評される。また、後段要件該当性の判断基準につき、下級審で重視されていた情報格差の点について、三月判決は、「敷引金の額が敷引特約の趣旨からみて高額に過ぎる」場合に、情報・交渉力の格差を背景にして賃借人が一方的に不利益な負担を余儀なくされたものとみるべきとの判断によることを示したが、一般的な賃貸人と賃借人を想定した情報・交渉力の格差ではなく、当該の契約当事者の情報・交渉力の格差を問題とし、契約内容を基に格差の判断をしようとした点は評価される。そして、二重の負担論について、三月判決が、通常損耗補修費用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ことにより、通常損耗の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ものとみるのが相当であった、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はできないとした点は、通常損耗等の補修費用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、賃料に加え、その分も負担する前提で契約を締結しているものと考えることができるところから、実質的に、

賃借人が負担することとなる全体的な内容について認識し、合意しているものとして、賃借人の利益を一方的に害するものとは直ちにはいえないと考えられ、妥当と思われるとされる。ただ、敷引金の額として、通常損耗等の補修費用として通常想定される額とすることは合理的妥当であるとされるが、通常想定される額をどのように捉え、またその額をどの程度超えれば大きく超えると評価されるかが明らかでない点に問題があると指摘される。加えて、三月判決は、敷引金が高額に過ぎる場合でも、賃料が近傍同種の建物賃料の相場に比して大幅に低額であるなど特段の事情がある場合には、直ちに一〇条後段に該当しないとしているが、これは、本件建物に生じる通常損耗等の補修費用として通常想定される金額を大きく超えて敷引金の額を設定したことに応じて賃料を大幅に低額に設定した場合などが想定されるのであろうが、その対応関係は賃借人にとってあるいは外形的に明確でなく、実際には空室対策のために大幅に賃料値下げを行っているにもかかわらず、敷引金の額を高額にした理由として賃借人が賃料を下げたと主張することを排除できない可能性がある、と述べられる。

また、澤野順彦弁護士⁽⁸⁹⁾は、三月判決の示した敷引特約の有効性の判断枠組みを整理したうえで、事案としてはやや特殊な契約について敷引金の額が高額にすぎると評価することができず敷引特約を消費者契約法一〇条で無効ということはできないとされた最高裁の初の判断と位置付けられる。

三月判決に対してきわめて興味深く重要な議論を展開されるのは、山本豊教授の論考⁽⁹⁰⁾である。三月判決を踏まえて、敷引条項に対する消費者契約法上の不当条項規制をどのように考えるべきかについて、今後の方向性を示すもので示唆に富んでいる。注目すべき議論を見ておくと、まず、敷引特約を最高裁は、通常損耗等補修費用額予定特約と捉え、それ以外の趣旨を許さないわけではないにしてもそれを原則型としたところである。そのことから、実費精算型の通常損耗等補修費用条項の一〇条適合性に関して一定の影響を及ぼすことになるであろう。

う、とされる。次に、三月判決は、敷引特約の成立が上告申立ての理由（排除されたものを除く）の対象となっておらず、特約の成立を前提として特約の有効性についてのみ判断されたものと理解される。そのうえで、敷引特約が成立するためには、通常損耗の範囲についての認識・合意が要求されていると考えるべきとされる。さらに、消費者契約法一〇条に関して、これまでの考え方として、①任意規定からの乖離 \parallel 信義則違反 \parallel 無効説と、②任意規定からの乖離 \parallel 信義則違反 \parallel 無効説とがであったところ、三月判決は②を採用し、また、後段要件の該当性判断を丁寧に行い、任意規定からの乖離のみで信義則違反を導くことはないという態度を示したものと評価される。前段要件に関して、その任意規定の中に不文の法理や準則も含むのか、明文規定のみを意味するのか見解が対立してきたが、最高裁は、具体的条文を挙げることなしに前段要件該当性を肯定しているところから前者を採用したと評される。加えて、最高裁が二重負担論を否定したことに付き、もし仮に敷引条項を使用しないとすれば、賃貸人は同じ賃料で契約に応じたはずはなく、敷引額を上乗せした賃料で契約していたと考えるのが現実的な想定であるならば、賃借人は、より高額の賃料の一部としてあらかじめ支払うべき金額を、敷金からの控除という仕方でも事後的に支払うことになるだけであり、敷引条項は不当とはいえないとコメントされる。また、二重負担論のもう一つのバージョンについて、すなわち、賃料とは別に通常損耗補修費用を賃借人に負担させる条項はそれ自体禁じられるわけではないが、その代償として賃料が低額に抑えられていることを賃貸人が立証しない限り、通常損耗補修費用を二重取りするものとして一〇条に反するとする立場については、賃貸物件につき適正な賃料なるものを観念し、実際の賃料が当該適正賃料から敷引額分だけ安くなっているかを個別に裁判所がチェックするというようなことは、一般的に困難であろうし、当事者の立証責任問題とするのも、立証責任を課された当事者に無理を強いることになりかねないことから、三月判決がこれらの途を選択しなかったことを評価

される。この点に関連して、加えて、通常損耗補修費用を賃料の一部として算定するというルールを強行法とみて、敷引特約を一律に無効視する立場について、立法措置としてならばともかく、通常対価に算入される費用を別条項とすることが、消費者契約法一〇条の解釈として内在的に正当化できるとは思われない、とされる。他方、これまで下級審で敷引特約を無効とする際の理由として考慮されてきた情報不均衡・交渉期待性欠如の問題について、最高裁は、敷引金額が高額に過ぎることが情報の非対称性・交渉力の格差ゆえに一方的に負担を余儀なくされたことの蓋然的な結果と捉えていると理解される。そして、敷引条項の問題性について、通常損耗補修費用を賃借人に負担させること自体にあるのではなく、通常損耗補修費用を賃料から切り離して敷引金として計上することにあるとし、別計上がなぜ問題なのかは、賃料に比べると、敷引条項には契約締結に際しての賃借人の注意が相対的に向きにくくなるという問題があるからであるとされる。他方、敷引条項は、同じく附随条項ではあっても、違約金条項などと異なり、ノーマルな事態の展開に備えた条項であるから、深い法的知識を有しない消費者といえども、条項内容の認識が確保されるならば、賃料とは別に敷引金として通常損耗等の補修費用の負担を課される契約であるという程度のこと、認識・覚悟して契約締結の特質判断をすることは十分期待できると考えられる。敷引条項規制は、対価規制に半歩踏み出す性格を帯びたものであり、三月判決の無効基準が対価規制Ⅱ賃料暴利規制そのものかといえ、それとも少なからず異なるとして、中間条項論を提唱される。すなわち、敷引条項は、対価条項とも、典型的な附随条項とも異なる。対価条項は、一〇条前段に該当せず、一〇条の適用から除外される。しかし、敷引条項は、一〇条前段の要件を満たし、一〇条後段のチェックにさらされるべき条項である。三月判決は、中間条項に対する規制のあり方を示す貴重な事例と位置づけることも不可能ではないと述べられる。以上に加えて、三月判決以後の課題として、高額すぎるとはどの程度のことをいうのか、契約締結

間際になって敷引が突然提示された場合にそのような事情を考慮する余地はないか、敷引条項が通常損耗補修費以外の要素を有するとき消費者契約法一〇条でどのように評価されるか、高額すぎる場合に無効となるのは超過部分か全部か、通常損耗補修費負担条項は一〇条によってどのように評価されるかを挙げられている。

それでは、七月判決についてはどうか。

執行秀幸教授は⁽⁹¹⁾、三月判決は敷引金で通常損耗の補修費用を負担する趣旨を含む敷引特約であるが、七月判決はそうではなく、七月判決の射程は広いことを指摘され、敷引特約が通常損耗を賃借人に負担させる趣旨だとすると、最高裁平成一七年判決によって通常損耗の範囲など明確な合意が必要であるところ、七月判決は敷引金の性質がなんら明示されていないにもかかわらず敷引特約を有効としている点で問題があり、多数意見は、負担する金額が明確であれば合理的な選択ができるとするが、岡部反対意見がいうように、敷引特約の内容が示されなければ、交渉することは困難ではないかなどと批判される。

中川敏宏准教授は⁽⁹²⁾、消費者である賃借人は敷引金の性質を認識することができないまま契約を締結しており、かりに契約書に敷引金の総額が明記されていたとしても、消費者と事業者との力の格差を是正するための十分な情報提供がなされているとはいえないと思われると批判される。

高川勝弁護士は⁽⁹³⁾、三月判決と七月判決とはあきらかに事案が違うのに、七月判決は三月判決の枠組みに安易に乗ってしまい事案の特質を十分に把握していないのではないか、敷引金とか更新料のもつ意味、内容が曖昧なままであれば、その合意は本当の合意といえるだろうか、法的意味も含めた合意が成立しなければ、賃借人と賃貸人との間で一時金の内容をめぐって紛争が起きるであろうと批判される。

長野浩三弁護士は⁽⁹⁴⁾、敷金・保証金問題、更新料問題の解決に弁護士として中心的役割を果たして取り組んでこ

られた弁護士であるが、まず、三月判決に対して、次の五点を批判される。第一に、三月判決は敷引条項につき「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」としているが、何の理由もなく、単なる云いきりである。敷引条項が設定されている事例において、消費者（賃借人）が一般にこのような認識をもっているともいいがたい。第二に、三月判決は敷引条項が設定されている場合には、通常損耗の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補修費用を二重負担するということはできないとするが、これは、最高裁判成一七年判決との抵触を避けるための強引な論理操作である。実務的には「明確な合意」があったと認められることはほとんどないとの評価もあった。第三に、三月判決が「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」とするが、元々負担する必要のない通常損耗等の補修費用を消費者が負担させられることは事業者にとって利益であるだけであり、これを実費とせず一定額としてよいとすることは実際に要する費用以上のものを消費者に負担させることもできるということであり、これも事業者に利益となるだけである。第四に、三月判決は結論として、「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、礼金等其他の一時金の授受の有無及びその額に照らし、敷引金の額が高額にす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、消費者契約法一〇条により無効となる」とするが、消費者にとつて通常損耗の補修費用はどの程度要するか、適正な月額賃料がいくらかは容易に知り得ず、消費者が通常知りえない情報に関連して敷引額が「高額」なときは無効とするものであり、消費者は高額かどうかを判断できず、か

りに消費者がこれらの情報を手でできたとしても敷引条項の無効を主張することは不可能である。第五に、三月判決は、結論として、本件敷引金の額が通常損耗補修費用として通常想定される額を大きく超えるものとは思えないとしたが、三月判決が、本件建物所在場所や通常損耗の補修費用がいくらか程度かかるかを知り得たものとは思えないし、月額賃料九万六〇〇〇円の三・五倍強の敷引金額を高額でないとしている点も一般人の感覚とかけ離れている。他方、七月判決に対して次のように批判される。第一に、七月判決は、敷引条項の合意があった場合に「それは賃貸人、賃借人双方の経済的合理性を有する行為と評価すべきものである」とするが、これは対等当事者を想定した民法における解釈原則であって、消費者契約法の理念とは異なる。消費者契約法では、情報・交渉力の格差から、合意された契約条項が消費者の利益を不当に害している場合には無効とするという不当条項審査が要請されているのである。七月判決のいう「双方の経済的合理性」の中身が厳密に検討されなければならず、これを検討しないまま、他物件と比較して選択できるからとの理由のみで有効とするのは消費者契約法の不当条項審査の理念を没却するものであり、同法が裁判所に与えた不当条項審査の役割を放棄するものである。第二に、三月判決では敷引の性質が何であるかの具体的議論があったが、七月判決ではそれがなく、「当該契約によって自らが負うこととなる金銭的な負担を明確に認識した上、複数の賃貸物件の契約条件を比較検討して、自らにとってより有利な物件を選択することができるものと考えられる」として、敷引条項がどういう金銭支払いの約束なのかまったく明らかにしていない。これは不当条項審査のやり方として雑でいいかげんである。七月判決は、消費者契約法、消費者基本法の基本理念や要請を全く理解していない。第三に、平成一七年以降、敷引条項は消費者契約法一〇条により無効とするのが趨勢であって、実務的には無効な条項と扱われていた。三月判決と七月判決が出たことにより実務的にも混乱することが予想される。

三月判決と七月判決を比較検討しながら、数々の問題点を指摘するのが、大澤彩准教授⁽⁹⁵⁾である。重要な指摘のいくつかをひらつておくと、一つには、従来の判例・学説では、敷引の意味につき、通常損耗の補修費以外にも賃料の前払い、空室損料など様々な性質があるものとされてきたが、三月判決は、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を含むとしたが、仮に敷引金の額が通常損耗補修費用の実額よりも高額である場合には、その他の性質も含まれるのではないかという疑問の余地が残るというもの。二つ目として、七月判決では、三月判決の事例と違って、敷引金が通常損耗等の補修費用に該当する旨の明確な合意がなく、敷引金とは別に原状回復費用が徴収されている。これについて、田原陸夫補足意見は、その法的性質が如何であれ、賃借人は本件契約締結時に、本件建物明渡し後に同金額が返還されないものであることは、明確に認識できること、および、賃貸借契約の締結ないし更新に伴って授受される一時金については各地域ごとの慣行に著しい差異が存することから、敷引特約の性質を一概に論ずることは困難であることを指摘する。しかし、三月判決では、敷引金が通常損耗の補修費にあてられるものであることから賃借人に二重負担とはならないことが条項の有効性の根拠の一つとされている。敷引金が通常損耗等の補修費用である旨の合意がない七月判決では、敷引金の徴収を正当化するための三月判決とは異なる論理構成が必要であるはずなのに、七月判決は三月判決をそのまま踏襲しているというもの。三つ目は、最高裁の考え方は、要するに金額とそれが建物明渡し時に返還されないことが明確になっていればよいというものであるが、そうすると、対価を定める特約が明確に記載されていたか否かという開示規制の問題となり、額の妥当性については裁判官が判断できるものではないという考え方が採用されることにもなりはしないかというもの（この点では山本豊教授の中間条項論が注目に値するとされる）。四つ目として、消費者契約法一〇条の前段要件についての最高裁の考え方として、前段の任意規定は法律上の明

文規定のみを意味するか、判例によって解釈として承認された種々の準則や不文の法理も含むのか対立があったが、三月判決は、具体的にどの任意規定から逸脱しているかを引用しておらず、準則や不文の法理を含む見解にたったものと評価できるとするもの。五つ目は、消費者契約法一〇条の後段要件については、三月判決は、次の二つの理由から、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ないとした。第一は、賃料額・敷引額について賃借人が明確に認識しており、補修費用を敷引金として授受する旨の合意が成立しており、その反面として、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おり、特約の有効性を否定する論理であった二重負担論が否定されている。しかし、補修費が含まれないものとして賃料が合意されているというためには、補修費用を含めた賃料の額よりも、補修費用が含まれていない賃料の額の方が低額でないと、たとえ賃料には補修費が含まれていないとの合意があつたとしても、二重負担を否定できないのでないか。さらにいえば、最高裁の論理は、敷引金は本来賃料でまかなうべき補修費用を賃料から外出しした形で徴収しているにすぎないのであるならば、そもそも賃借人の義務を加重しているのか、消費者契約法一〇条前段の要件を満たすかどうかの問題である。第二は、補修費用に充てるために賃借人が取得する費用を一定額にすることは紛争防止の観点から不合理なものといえない。しかし、七月判決では、趣旨はともかく、敷引金の金額とそれが返還されないことさえ明記されていればよいという考え方であり、三月判決とは異なっている。六つ目として、情報・交渉力の格差について、三月判決は、消費者契約である賃貸借契約において、賃借人は、通常損耗等の補修費用額について十分な情報を有していない上、賃貸人との交渉によって敷引特約を排除することも困難であることを指摘しながらも、あくまでも敷引金の額が敷引特約の趣旨からみて高額にすぎるか否かという客観的要素によって特約の効力を決している。敷引特約が通常損耗の補修費用を家賃から外出ししたにすぎないことから、敷引額が高額でない限り、

交渉力格差を利用して、不当な条項を押し付けていることにはならないと考えている。しかし、第一に、本来であれば賃料に含まれるはずの通常損耗補修費用をわざわざ外出しにしていること自体、情報・交渉力の格差に乗じて賃借人に一見趣旨が不明瞭な特約を課していることにならないか。第二に、敷引額が通常損耗の補修費に相当するものであるならば、通常損耗の補修費用として通常想定される額と比較することが重要であり、なぜ賃料の額などを考慮にいれることになるのか。第三に、敷引特約が二重負担になっていないことの検証は困難であって、実質的な二重取りの危険を否定できないのではないか、と批判される。七つ目として、七月判決の問題点を指摘される。すなわち、敷引金の額やそれが返還されないことが明記されていれば、賃借人は契約締結にあたって当該契約によって自らが負担することになる金銭的負担を明確に認識した上で、複数の賃貸物件を比較して、自らに有利な物件を選択することができるとする。三月判決では、賃貸人との交渉によって敷引特約を排除することも困難であるとして交渉力の格差に触れられていたことと異なる。田原裁判官は、七月判決で、賃借人は更新時に賃料の値下げを了解させていたから決して弱い立場にあったものとは認められないとする。しかし、賃料の減額を実現したから敷引特約についても交渉力を発揮する余地があったということが論理必然的か。特約の有効性判断において、当該事案における個別事情をどこまで考慮することが妥当なのか。八つ目として、岡部裁判官の反対意見である「賃借物件を賃借しようとする者は、当該敷引金がいかなる性質を有するものであるかについて、その具体的内容が明示されてはじめてその内容に応じた検討をする機会が与えられ、賃貸人と交渉することが可能になる」は、「透明性の原則を示したものであり、重要であると指摘される。この考え方からすると、三月判決では、月々の賃料が敷引に応じて低額になっているかどうか検討が可能であるが、七月判決では、敷引の趣旨が不明であるから、そのような検討はできない。はたして消費者の契約締結の自由を実質的に保障している

といえるだろうかと疑問視される。九つ目として、七月判決は、敷引金の額が賃料額に照らして高額かどうかを検討し、三・五ヶ月程度にとどまっており、近傍の敷引金相場に照らしても高額でないとしている。しかし、敷引金が何の対価であるか不明なのに、賃料と比較する意味はどこにあるのか、何倍になれば高額であるのか判断は困難である、と指摘される。

三 学説の概観

それでは、敷引特約に関する学説はどうか。すでに二において、判例の評価と関係していくつかの学説を見てきたところである。三においては、敷引特約について一般的に見解を述べられた論考を取り上げて紹介しておく⁽⁹⁶⁾たい。

まず、生熊長幸教授の見解である⁽⁹⁷⁾。生熊長幸教授は、敷引には、通常損耗補修費としての部分があると考えられる。「民法上、時の経過とともに摩耗や汚損が生じた場合、それを原状に回復するための費用は貸主が負担すべきものと考えられるが（民法六〇六条一項……）、このような費用を借主に負担させる特約も有効と解されているから、敷引部分はこのような意味での原状回復のための費用の要素を有していると解することができよう（……）。前述のように、中国地方では、敷金からこのような費用が現に控除されている。そして、中国地方などと異なり、阪神地方において、敷引の額が定額化されているのは、このような費用の額について、貸主と借主との間に争いが生じることを防止する意味を持つているといえる。」と述べられており、通常損耗補修費に充てるための敷引を必ずしも否定されるものではないように思われる。これに対して、敷引金を空室損料に対する備えと考えることについては否定的である。空室が長く続くとしたらそれは賃貸建物の条件が近隣の賃貸建物の条件

に比べてよくないためであるから、敷引部分に空室損料に対する備えの要素を求めるのは筋が通らないというべきとされる。また、家賃の一部前払いの要素を有しその結果家賃が当該物件の本来家賃より低額になっているの見解に対しては、短期で終了しようと、長期に渡った後に終了しようと、敷引される金額は原則的に変わらないのだから、家賃の一部前払いという要素を敷引部分の独立した要素と考えるのは困難であるように思う、とされている。

次に、半田吉信教授は、阪神淡路大震災を契機として生じた借地借家の問題を扱う論考⁹⁸において、「関西地方では契約終了時に敷金の二〜三割を控除して残額を返還するという契約内容になっていることがほとんどだと云われ、このように控除される金員は敷引と呼ばれる。この慣行は、家主に留保される敷金の一部で家主が入居者の入替えに伴う修復費、すなわち賃借建物を次の賃借人に貸すに際して畳、建具を入れ替えたり、クロスを張り替えたりするための費用や空室損料にあてられるもので、通常は契約終了時に敷引き後の残額が借家人に返還される。このような慣行は、敷金の額が相当で、賃料額が敷引きを顧慮して適正額に押さえられている限り、必ずしも不当とはいえないであろう。」とされる。

他方、千葉恵美子教授は、通常損耗の補修費用を敷引として回収する特約の合理性は原則としてないと考えられる。すなわち、賃貸借契約の本旨に従って賃借人が通常の用法に従って目的物を使用収益している限り、使用収益による賃貸物件の経済的価値の減損分は賃貸人が負担すべきであり、賃貸借契約終了時に賃借人が負担する原状回復義務の範囲に含まれない通常損耗について敷引契約に基づいて賃借人に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ことになるからであり、自然損耗や自然汚損の箇所の原状回復のための費用の財源として敷引できるとする根拠について疑わしいと考えられるからである。もつとも、賃貸人によって賃

料に減価償却費・修繕費などの必要経費が含まれていないために適正家賃より約定賃料が低額であることが主張立証される場合には、通常損耗分を含めて賃借人に修繕費用を負担させる特約について合理性があると解する余地があると考え、例外を否定するものではない。あくまでも、家賃に通常損耗分に係る投下資本の償却期間中の平均的修繕費が含まれており、適正家賃が支払われているのに賃借人に修繕義務や修繕費用を負担させる特約の効力を肯定することが、いわば家賃の二重取りであって、このような特約条項の必要性や合理性を否定することになると考えられている。さらに、千葉教授は、居住用の建物賃貸借の場合に従前の入居期間の長短にかかわらずなく新たな入居者との関係で一定のリフォームをすることが通常であるとして、補修費用は賃借人の利用状況によつて損耗発生の有無や程度が異なるから特約を設けて補修費用を賃借人の負担とし個別に清算する方法は、これを予め一般的に見積もつて賃料に含め徴収する方法と比べて合理的であると判示する判例について批判される。すなわち、退去時実費精算方式が合理的であるかどうかの前提として、そもそも通常損耗分まで含めた原状回復費用を賃借人の負担とすることが合理的かどうかを検討すべきものであり、この種のリフォームは古くなった賃貸物件を蘇らせ、入居率を向上させるために費用を投下しているものと考えられ、この費用を退去する賃借人に負担させるべき合理性は当然にはないはずである。ただし、賃料の一部として通常損耗を請求するときには、賃貸期間が一定期間継続することを前提にして算定することになるから、賃貸人が予定した期間に比べて早期に賃借人が退去した場合、減価償却費・修繕費などの必要経費を賃料の一部として賃借人から回収することができない場合が考えられ、このような場合には通常損耗分であっても退去時の実費精算方式に合理性があるように思われる、と述べられている。

同様に、大木満教授は、⁽¹⁰⁰⁾通常損耗の修復費用のための敷引特約には二重の意味で問題があるとされる。まず、

賃貸借の本質論から外れて自然損耗などの修繕費用を賃借人に転嫁する点で、次に、修繕費用を概括的に算定して一律同じ金額を自動的に差し引く点で（一般に実費よりも多いことから）、不当であるとされる。そして、神戸地判平成一七年七月一四日が自然損耗の修繕費用は賃料に含まれているのでさらに敷引金として取ることは二重の負担を強いるとして敷引特約を無効としたのを評価される。賃料が適正に抑えられているかどうかは素人である賃借人には判断しづらい点を考慮すると、通常の使用による損耗の修繕費用は使用の対価としての賃料に反映させる方がわかりやすく、透明性・明確性からしても、賃借人の金銭的負担としては、適正な額に評価された賃料一本でいくべきとされる。

他方、松本恒雄教授は、民法学の新潮流と民事実務第11回「消費者契約法を語る」⁽¹⁰⁾の鼎談の中で、神戸地判平成一七年七月一四日は、「敷引きの中身、要素としてはさまざまなのが渾然一体となっているが、いずれもその合理性はないということ、結局賃借人に過剰な負担を押しつけているとして、敷引全額の返還を認めました。敷引きというのは大阪地方の特殊な慣習のようでありまして、長期間借りても賃料はかわらないかわりに一定の敷金の中から一定額を引かれた額しか退去のときに戻ってこないということ、早く退去すると損をする、長くいれば逆に得をするかもしれないというようなところもあるものなのですが、この判決では、一〇条適用により全体として無効ということになっております。そうしますと、たとえば一〇年間、あるいは二〇年間一定賃料で住んでいた人が退去するときにやはり敷金を全額返せという主張をした場合にもこの判決の理論が適用されるということになると、経済的には少し不当という評価も可能かと思えます。そういう損得で考えるのではなくて、そもそもこんな契約は短期間で退去する人にとって不当なのだから、たまたま長期間入居していた結果、賃借人が損をすることになってもそれはそんな約定をした賃貸人が悪いのだという判断をしているのだと思いますが、

九条一項の類推的な形で全部無効としないほうが、柔軟な解決になるかもしれないと思っております。」と発言され、敷引の一部無効の考え方を示されている。

同様に、高木健太郎「消費者契約法一〇条の研究(二)〈敷引特約への適用〉」⁽¹⁰²⁾は、敷引特約の消費者契約法一〇条該当性を扱った裁判例を詳細に検討した後、月額賃料を低額に抑えるという機能が認められる場合には、敷引特約に合理性があることを示唆するとし、敷引特約は、長期間の居住であれば賃借人に有利であり、短期間であれば不利に働くもので、絶対不合理というものでなく、その合理性は入居期間の長短と敷引額との相関関係により判断されるべきものである、とされる。そして、賃料を低額におさえるという意味での敷引特約まで否定すれば、賃貸人側は、別名目での金銭の支払いを賃借人に求めるか、あるいは賃料の値上げをするよりほかに、敷引特約の完全否定は、結果的に消費者の不利益となって跳ね返ってくる。したがって、賃貸人側が敷引特約は賃料を低額に抑えるとの立証に成功した場合には、その合理性を肯定すべきである、とされ、賃貸人側が賃料額の算出および妥当な敷引金額の算出根拠を立証できなかった場合には、敷引の一部無効で解決するのが妥当であるとされている。

実務に携わられる鳥飼晃嗣裁判官⁽¹⁰³⁾は、敷引特約を無制約に認めることは難しいが、一定の限度で敷引特約の合理性を否定しない考えである。すなわち、神戸地判平成一七年七月一四日は、敷引の意味として①礼金、②通常損耗の補修費用、③更新料免除の対価、④空室損料、⑤賃料を低額にすることの代償といういずれの意味も否定したが、鳥飼裁判官は、①の礼金としての合理性は、最高裁平成一〇年判決に照らして、全く合理性がないとまではいえない(賃料の一、二ヶ月分まではあり)とされる。これに対して、②の通常損耗補修費として合理性を認めてもよいとする考え方もあるが、最高裁平成一七年判決が、その負担が特別なもので、具体的かつ明確な合

意がされない限り賃借人が負担する旨の合意が成立したとは認められないという判例法理が確立した以上、これを、無条件に敷引特約の要素として考慮することは許されなくなつたといふべきであらうとされる。また、③の更新料免除の対価としての意味は、近年導入された定期借家契約の場合と比較して検討する必要があるとされ、普通借家契約の敷引特約の趣旨として、期間満了後の更新ないし再契約手続きの際の手数料が省けるということ、さらにいえば、定期借家契約と異なり、普通借家契約の場合、更新されることがほぼ確実であるという代りに更新料を前払いするものと考えられることもできるのではないかとされる。④の空室損料については、期間満了による賃貸借契約終了後の空室損料を賃借人に負担させることが不合理であることは明らかであるとしながら、期間中途での解約の場合の空室損料については、期間中途での解約を認める代わりに一定の空室損料を徴収することについては、次の賃借人を募集するのに必要な合理的期間（一―二ヶ月であろうか）の賃料相当分であれば、一種の損害賠償額の予定であり、消費者契約法九条一号がそのような場合を全面的に否定していないことを考えると、一概に不合理とまではいえないとされる。⑤の賃料を低額にすることの代償としての意味については、短期で終了しようと長期にわたつた後に終了しようと、敷引される金額が原則として変わらなければ、敷引金が賃料を低額にすることの代償と考えることはできないことになるが、逆に定期借家契約の場合には、賃料を低額にする代償として敷引特約を締結することはありうることに、普通借家契約の場合にあつても、当初の期間を前提にそのような合意が具体的かつ明確にされることはありうると述べられ、結論的に、賃料を低額にするという意味が敷引特約の根拠として明確に認められ、その旨の合意がされている場合には、その合理性を否定することはできないことにならう、とされる。

同じく実務に携わられる宮永忠明裁判官⁽¹⁴⁾は、最高裁平成一〇年九月三日判決の理解として、契約自由の原則か

らいつて敷引特約の有効性を否定しなければならぬ理由はないが、契約の解釈によって妥当な範囲で適用するようにすべきであり、本判決も敷引特約の解釈により震災により賃貸借契約が終了した場合には適用されないとしたものである、と述べられ、また、最高裁判成一七年一二月六日判決の理解としても、同判決が自然損耗の補修も賃借人の負担とする契約が一律に無効とはいえないことを前提としていることからみて、こうした契約が一律に消費者契約法一〇条に違反するとみることが否定されたと考えられる、とされる。

また、宮崎裕二弁護士は、⁽¹⁰⁵⁾きちんとした仕組みの敷引は肯定する考えを示されていると思われる。すなわち、賃貸借契約終了時の原状回復義務に関する判例、国土交通省の委託を受けた(財)不動産適正取引推進機構の平成一〇年三月のガイドライン、そして消費者契約法の制定というように、司法・行政・立法において賃借人の側に有利な解釈が打ち出されてきている中で、いまだに敷引という方式が関西地方で多用されているのは、当初に確定している敷引分に加えて原状回復費用としてさらに追加して保証金から差し引こうという考えが垣間みられ、そこに裁判所は賃貸人の好ましくない意思を感じ取っているのかもしれないと述べられ、法律上の根拠規定のない保証金とその敷引方式を改めるべきであるとして、取り切りの部分を明確にするために礼金方式を採用すべきであると考える、とされる。

四 若干の考察

本稿では、敷引金の意味を通常損耗補修費と考えることを前提にしてきたことからすれば、まず、賃借人は、通常損耗の補修にかかる費用を賃借人から回収することが許されないものなかどうかを検討しなければならないであろう。

民法上のルールとしては、賃貸借契約終了時、賃借人は賃貸目的物の通常の使用を妨げるものが付着している場合にそれを取去して原状に回復する義務があるが、その原状回復義務とは、賃貸借開始時の状態（原状）に戻す義務ではなく、賃貸借契約により予定された使用しないし社会通念上通常の用法によって目的物を使用収益してきた限り、原則として、返還時の状態で返還すれば足りると解釈され、賃借人に通常損耗についての原状回復義務はないというものである。賃借人が原状回復義務を負わないということは、法的意味としては、その補修費用を賃借人は負担する必要がないということになる。しかしながら、法的レベルでなく、経済的ないしは事業経営的レベルで問題を見てみると、賃貸事業に要した経費を事業者はいずれにしても利用者である賃借人から徴収せざるを得ないであろうと思う。採算を度外視した形で、健康で文化的な生活を営むに足りる住宅を住宅に困窮する低額所得者に対して低廉な家賃で提供する公営住宅事業であればともかく、民間事業としては経営的に成り立たないからである。

したがって、通常損耗補修費用を賃借人から徴収できるかどうかの問題は、賃借人としては、それをあくまでも毎月賃料に含めて回収しなければならぬのか、それとも、たとえば本稿で問題としている敷引金のような形で毎月賃料以外の金銭的負担として回収することが許されるのかの問題として考えるべきであるように思う。¹⁰⁶そして、山本豊教授が説かれるように、通常損耗補修費としての経費が毎月賃料に含めて計上されるのが通常であるとする、通常損耗等補修費の負担を契約中で敷引条項のような形で定めた場合には、契約締結に際して、賃料それ自体に比べれば、賃借人である消費者の注意が相対的に向きにくくなるという問題が考えられるから、賃料合意のような対価の合意とは異なつた形で、内容規制に服すると考えることが妥当であるように思う。

消費者契約法一〇条の前段要件該当性の判断としては、必ずしも明文の任意規定に限ると狭く解するのではな

く、多くの学説が支持し、また最高裁判平成二三年三月二四日判決でも認められたところである、判例等によって一般に承認されている不文の任意法規・一般法理をも考慮に入れうるとする広い解釈を採る見解が適當であると思う。任意規定から逸脱しているかどうかは当該条項が不當であるか否かの一つの判断要素であり、消費者契約法一〇条の中心的意義は後段にあって、できるだけ広く不当条項規制の対象とするのが適當と思われるからである。

以上に対し、消費者契約法一〇条後段の要件充足性の判断、とくに敷引特約の効力を判断する際には、賃貸事業のモデルをも考慮にいれてその不当性の存否を判断すべきではないかと考えている。すなわち、賃貸の事業モデルを、次のように、伝統的タイプのものと新しいタイプのものとに分けて考える必要があるのではないかと思うのである。

伝統的タイプとは、建物への入居時に、畳・襖・壁紙等が新しくされているわけではなく、前の入居者が退去した後の状態で入居し、畳・襖・壁紙等はそれぞれの耐用年数まで使用するという賃貸の仕方である。退去時の補修としては、故意・過失ないしは善管注意義務を怠って賃借人がつけたような毀損や汚損の修復に限るもので、このような賃貸事業の仕方であれば、通常損耗と考えられている畳・襖・壁紙等の取替費用は、それぞれの耐用年数に応じた形で賃料にカウントでき、それは毎月賃料に含めて費用が回収される。したがって、この事業モデルでいわゆる敷引することは、まさしく賃借人に補修費用の二重負担を強いることになって、不当であり認められるものではない。かつて筆者が勤務した大学の学生から、「入居時に畳や襖が張り替えられていたわけではない、退去時には、畳・襖の張替え費用を敷金から控除された。おかしいのではないか。」という相談を幾度か受けた。これは、たしかに、賃貸人の事業の仕方として筋の通らない、おかしいものといわざるを得ない。

それに対して、新しいタイプの賃貸事業形態が見られるようになり、学生マンション等ではそのやり方が今日では普及し、多くなってきたのではないかと思う。すなわち、短期間の居住であろうと長期間の居住であろうと、入居者が入れ替わる度に、畳・襖や壁紙など建物内部を新しくして入居してもらうタイプのもののである。

そして、畳・襖・壁紙の取替費用を賃料とは別に一時金として徴収するものである。もちろん、この場合に、契約を締結する前に賃貸人は賃借人に対して、この事業モデルの特徴、すなわち、入居時に畳・襖・壁紙などを張り替えてあたらしくしたので、退去時にもそのような改装を行うことを前提にしており、その費用については、毎月賃料からでなく、一時金として支払ってもらうことをきちんと説明し納得してもらう必要がある。この新しいタイプと位置づけることができる契約における補修費用ないし新装費用の徴収としての敷引は、敷引という名称が適切かどうかは別として、一定の合理性があつて不当とはいえないのではないかと考えている。以下、敷引特約に否定的な論者が提示してきた議論との関係で、多少敷衍しておきたい。

まず、畳の表替え、襖・壁紙の張り替えは、次の賃借人を確保するための費用であり、本来賃貸人が負担すべきものであつて、賃借人に転嫁する根拠はないなどと議論されることがあつた。しかし、別の見方もできるのである。すなわち、新規入居者が新規入居時の改装に要した費用を払っているとの見方である。賃貸人としては、これから入居しようとするあなたのために改装費用をかけたのであり、新しいタイプの賃貸形式をおこなつていくとして、入居期間の長短にかかわらず、改装費用は一時金で支払ってもらうという形でしか契約しないといふものである。新しいタイプの事業形態では、まだ使えるものを取り替えて廃棄することになり、もったいないと感じる人々からは選択されないタイプかも知れない。そうすると、前居住者の退去後に建物内部を新装しても、賃貸人は、次の入居者を見つけることができず、結果として投下した改装費用を回収できず、損失を被る可

能性もある。その場合に改装費用を回収できないのは賃貸人の負担すべきリスクと考えられ、賃貸人負担であろう。しかし、新しいタイプの契約に納得して入居した賃借人が、退去後にその負担を覆すというのは、賃貸人の負担するリスクだということではできないと思われるし、賃貸人の事業経営の予測可能性を覆してしまうので、このようなタイプの事業モデルが許されないということでない以上、それは認められるべきではないか。私見としては、このような新しいタイプにおける敷引は肯定してもよいのではないかと考えている。⁽¹⁰⁷⁾

以上と関係して、鍵の交換費用についても、退去する賃借人に負担させるべきでないとの議論がある。⁽¹⁰⁸⁾ すなわち、次の賃借人のために交換する費用を従前の賃借人に負担させる根拠はないとするものである。鍵は長期にわたって使用可能であり、損耗するとは考えにくいので、通常損耗補修の範疇に含めることが適当でないのかも知れない。しかし、鍵交換費用の負担は、畳・襖・壁紙の取替費用と同じように考えることができると思う。すなわち、新規に物件を貸し出す前に鍵を交換することで、前の賃借人のもとで合いかぎが作製されていたかもしれない、その合いかぎで部屋に侵入されないかとの不安が、入居者が変わると鍵を交換することで、解消されるのであり、その利益は新しい入居者が受けている。そうすると、その費用は受益者である新入居者がその負担すべきだと考えておかしくはない。そして、鍵交換費用を毎月賃料に含めて徴収するとなれば、新入居者がどれくらいの期間居住するか予想がつかない賃貸人としては、費用の取りはぐれがないように、毎月賃料に上乘せする金額を高く設定せざるをえなくなるであろう。極端に言えば、一〜二か月で出て行かれた場合でも鍵交換費用は回収できるよう、賃料に上乘せしておかないコスト割れを起してしまうことになりかねない。鍵の交換費用は、賃料とは別途に、全額一時金として徴収することが認められてしかるべきように思う。

関連して、次に考察すべきは、二重負担論の問題である。学説には、敷引により毎月賃料が低額化しているこ

とが証明できれば敷引を肯定してよいとするものがある。それができるのであればそれに越したことはないのだが、實際上、そのような証明は難しいように思われる。まず、基準とすべき賃料をどうするか。適正賃料とするなら、適正賃料とは当事者間で合意が成立した賃料をいうとすれば、そこで定まった賃料が低額であるか否かを検証すること自体、無意味という指摘⁽¹⁰⁾があてはまるであろう。近傍同種の建物の賃料相場を基準とする場合は、近傍同種の物件の賃料相場が常に通常損耗補修費を含む賃貸業を行う上での必要な経費をまかないうる金額であるとはいえない点で問題があるように思う。というのも、賃貸物件の供給が過剰なとき、賃貸人としては、少しでも損失を少なくするために、必要経費を回収できない賃料額であっても、物件を賃貸するという選択をすることもあろうからである。仮に、近隣の同種物件の賃料と比べて低くなっても、それは、敷引金を考慮し毎月賃料を低減化するべくして低くなったのか、それとも、賃貸物件の過剰から、必要経費をまかなえないような毎月賃料であつても借り手がつかないよりはましと⁽¹¹⁾いうことで、減額せざるをえなかったために低減化されたのか、判別がつかないことが指摘されている。新規賃料の鑑定評価手法として用いられる積算方式によるならば、敷引部分と毎月賃料で回収する費用項目とを分けて示すことで、賃料の中身が透明化されるので、とりすぎがないことは明らかにできるのではないかとも思えるが、ただ、自由市場で行われている民間の賃貸住宅賃貸契約において、たとえば住宅供給過剰の際にコスト割れで貸し出していたロス⁽¹²⁾を、需要が増加したときに、積算方式で算定された賃料でしか収受してはならないかといえ、ならないと断定的にいうことも躊躇され（たしかに、供給よりも需要が多いときに、高い賃料を払わざるをえない消費者は損をするが、賃貸を業として営むためには、失われたロス⁽¹³⁾をどこかで取り戻すことも認めないと事業が成り立たなくなってしまう）、はたして、個別の契約における賃借人に対して決して損をさせないとの証明が可能なのか疑問に思うからである。比較の基準とすべきは、

新装費用をかりに毎月賃料に含めたとしたら月額いくらの賃料になるかを算定し、それを基準とすべきではないかと思われるが、はたしてその算定が可能なのかどうか定かでないし、かりに算定できるとすれば、それはおのずと毎月賃料が低額になることは明らかであるように思う。抽象的にいうことしかできないが、鍵の例におけるように、新しいタイプの賃貸モデルでは、通常損耗補修に要するコストを毎月の賃料で回収するよりも、敷引金として回収する方が、短期で出て行かれる場合に備えて、通常損耗補修費を毎月賃料に乗せる額を大きくしてしまふしかないものであり、敷引を多くし毎月賃料を低額に見せかけて借り手を勧誘するやり方は論外として、新しいタイプの賃貸経営にも、それなりの合理性があり、まっとうな事業形式であると思われる、そのような事業形態を否定しさつてしまうのは、妥当でないように思うのである。

関連して、さらに述べておきたいことは、通常損耗補修費用の賃借人負担を肯定するとしても、それは、敷引という形で一定額を控除するやり方ではなく、いわゆる実費精算方式が適当であるとの議論についてである。たしかに実費精算方式だと取り過ぎが起こらない点でよいであろう。しかし、これまでの判例にあらわれた退去時の実費精算方式では、賃借人に負担費用の予測がつかず、退去してはじめて高くつく契約であったとわかる点で問題である。ごく少数の判例をあげるにすぎないが、東京地判平成六年八月二日ガイドライン再改訂版七七頁は、原状回復費用として六五万六七八五円を請求された事例であり、【原17】伏見簡判平成七年七月一八日は、敷金一九万八〇〇〇円であったところ原状回復費として四八万二三三〇〇円を求められた事例であり、【原4】東京簡判平成七年八月八日は、敷金三三万四〇〇〇円に対し、原状回復費として五六万五六〇〇円を要したと賃借人が主張した事例であった。預けた敷金額を上回るような原状回復費用の負担を退去時に請求されるというようなことは、賃借人の到底予測できないことであり、退去時の清算額が契約時に予想がつかなければ入居する物件

の取捨選択について適切な判断もできないし、やり方として適切であるとは思われない。

以上に述べてきたように、私見は、敷引特約をまったく認めないというものではない。敷引金をできるだけたくさんとって、月額賃料を見せかけ上低く見せて客を誘うような形での敷引利用は論外として、新しいタイプの賃貸契約において、新規賃借人のために施した新装費用（畳の表替え費用、襖・壁紙の張り替え費用、鍵の交換費用）の実費に相当する金額を契約期間の開始時点で全額徴収する方式は、それを敷引と呼ぶかどうかは別として、認められるべきではないかと考えているが⁽¹¹⁾、しかし、最高裁平成二三年判決が示したように広く認められるべきではないと考えている。

以下、私見をもとに、最高裁の平成二三年判決について、若干コメントしておきたい。

まず、七月判決について。すでに多くの論者が問題視しているところであるが、七月判決は、極端に言えば、どういう意味をもったお金の支払か不明であっても、支払うべき金額について合意がありさえすれば、それで足りるというものである。しかし、意味のわからない金銭支払いを合意したからといって支払わせることは適当でない。敷引を否定的に捉える学説が敷引の不明朗さを問題視したように⁽¹²⁾、金銭支出の費目の明細が厳しく要求される社会となってきたのであり、やはり支払の根拠を明らかにすることがなにより大切であると思うからであり、七月判決の岡部喜代子裁判官が反対意見でいわれるように、何の費用か分からなければ消費者のところでは十分な情報のもとで意思決定することができないであろう。

次に、三月判決について。まず、敷引の金額が高額にすぎなければ認められるとの判断枠組みであるが、私見では、敷引金として控除可能な金額は入居した直前の改装費用の実費に限るとするものであり、この実費を超える敷引は、説明のつかない金銭の支払いを強いるものであって、認められるべきでない。新装に要した費用がい

くらであるかは、賃貸人は、説明しようと思えば、業者に支払った領収書等をもとに具体的に明確に提示できるものであって、それこそが明らかな会計であり、改装実費を超える金銭の徴収は根拠を欠くものとして認められるべきではない。三月判決は、敷引額が月額賃料の三・五倍までにとどまっており過大でないとするが、その根拠が具体的に明らかになっていないといえない。

また、三月判決は、敷引金が高額にすぎる場合でも、毎月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れば、賃借人の利益を一方的に害しないとの判断枠組みを提示するが、近傍同種の賃料相場を基準とするこの意味がどこにあるのであろうか。

そして、三月判決の敷引特約は、居住年月に応じて控除額が変化するタイプの事例であるが、はたして、そのように段階的に決められた根拠は何なのか、どういう費目のために控除額が増加するのか明らかでなく、敷引の中身を十分に説明したものではないと、私見の立場からは言わざるを得ない。

他方、三月判決中の金額を具体的に定めていることは紛争防止の観点から不合理と言えないとの判断は、一般論としては、支持してよいように思う。なぜなら、退出時の補修費用の実費算定方式には、契約締結時に負担する費用が確定せず、予想外に高額な負担となることと相まって適当ではないところ、それを回避できる方法であるといえるからである。

校正の段階で、丸山絵美子・ジュリスト一四四〇号（平成二三年度重要判例解説）六四頁、松田佳久『不動産私法の現代的課題』（プログレス、二〇一二）特に二頁～二〇頁、九五頁～二〇六頁、吉田克己「敷引特約と消費者契約法一〇条」『民事判例IV二〇一一年後期』（日本評論社、二〇一二）一四八頁に接した。

- (1) 必ずしも全国的にみられるものではないが、兵庫や福岡、京都においてはきわめて高い割合で敷引が行われている。国土交通省住宅局「民間賃貸住宅実態調査」（平成一九年六月）二頁の各種一時金や連帯保証人等の賃貸住宅の市場慣行を参照。
- (2) 敷金にかえて、保証金という用語を用い、一定額控除することを償却、控除された金銭を償却金ないし保証金償却金と呼ぶこともある。比佐和枝「権利金、敷金、保証金、建設協力金、更新料」『現代裁判法大系3借地借家』（新日本法規、一九九二）二九九頁。
- (3) たとえば、月岡利男「借家関係と敷金・権利金等」『新借地借家法講座3借家編』（日本評論社、一九九二）二八頁。
- (4) 島川勝「敷金・更新料についての最近の最高裁判決と消費者契約法一〇条」法時八四巻二号一一一頁は、「最判は、現状を維持することにより、返還請求が頻発して社会不安を増大させることを避けたいということもあったのであろうか。研究会では、この判決を契機に逆に賃貸人側からの返還請求がなされているとの指摘もあった」として、いずれの結論をとっても影響力が大きいとされている。
- (5) 執行秀幸・TKC速報判例解説・民法財産法No.88（最判平成二三年七月二二日）。
- (6) 最近のテキストにも、敷引特約の目的について叙述がある。山本敬三『民法講義IV-1』（有斐閣、二〇〇五）四一〇～四一一頁。また、敷引特約を無効とするものとして、近江幸治『民法講義V契約法（第三版）』（成文堂、二〇〇六）一九八頁。
- (7) 横浜地判平成二二年九月三日 Lexis Nexis JP は、敷引の意味を空室損料保証として、特約を有効とした。
- (8) 神戸地判平成一七年七月一四日判時一九〇一号八七頁。京都地判平成二二年七月二三日における貸主も渾然一体となったものと主張している。判時二〇五一号一二二頁以下。
- (9) 鳥飼晃嗣・判タ一二五七号二五頁。

(10) 太田知行・中村哲也編『民事法秩序の生成と展開（広中俊雄先生古稀祝賀）』（創文社、一九九六）三〇三頁以下所収。

(11) 仙台弁護士会編『賃貸住宅紛争の上手な対処法（第三版）』（民事法研究会、平一六）一〇八頁。なお、家近正直「敷金・権利金」塩崎勤編『裁判実務大系11不動産訴訟法』（青林書院、一九八七）三三三頁も、「居住用家屋などでは、契約で敷金の一、二割を差し引いた残額を返還するという特約が多い。この場合、敷金の一部を差し引くのは、家屋の賃貸に伴う通常の損傷に関する原状回復費用に充当する趣旨である」とする。

(12) 居住用建物の場合には、借りる際、物件内部には畳や襖などが備えられており、退去の際に畳表替え、襖張替えなどの補修を行うのが一般的であるのに対して、事業用の物件の場合には、借りる物件の内装はあらかじめ施されておらず、借りる側で必要な内装工事をして退去の際に借主においてそれを撤去するようなパターンであると思われる、通常損耗補修といっても、居住用と事業用とは、ずいぶん違うように思われるからである。

(13) なお、事業用賃貸借契約における敷引（保証金償却）特約については、それを肯定した判例がほとんどであり、次のものがある。まず、金額肯定した事例として、大阪地判昭四四年一月三一日金法五四三三三九頁（権利金とみる）、東京地判昭五〇年一月二九日判時七八五号八九頁、東京地判昭五〇年一〇月二八日判タ三三四号二四七頁、東京高判昭五二年一月二九日判タ三六五号二六一頁（ただし、用途不明）、浦和地判昭五九年一月三二日判時一一二四号二〇二頁（一〇年以内全額、一五年以内半額没収特約有効）、東京地判昭和五九年四月二六日判タ五三三〇号一七三頁、浦和地判昭六〇年一月二二日判タ五七六号七〇頁、東京地判平五年五月一七日判時一四八一号一四四頁、東京地判平成一七年五月一八日 LEX/DB（二年以内の借主都合解約時に五割）、東京簡判平成二〇年一月一九日裁判所日P、東京簡判平成二二年四月一〇日裁判所日P、次に中途解約の場合に按分額で肯定した例として、東京地判昭四五年二月一〇日判時六〇三号六二頁、東京地判昭四九年八月二九日高民集二七卷四号三三一頁判時七五九号三七頁判タ三三六号一九七頁、東京地判昭和六一年七月一八日判時一二三八号一〇三頁、（更新時に保証金償却分を補充する特約が

あるケースでの中途解約)、東京地判平四年七月二三日判時一四五九号一三七頁。

(14) 我妻栄『債権各論中巻一』(岩波書店、一九五七)四六六頁、幾代通・広中俊雄編『新版註釈民法(15)』(有斐閣、一九八九)〔石外克喜〕三〇二頁、広中俊雄『債権各論講義(六版)』(有斐閣、一九九四)一五六頁。

(15) 星野英一『借地・借家法』(有斐閣、一九六九)二〇一頁、幾代通・広中俊雄編『新版註釈民法(15)』(有斐閣、一九八九)〔石外克喜〕三〇二頁。

(16) 標準契約書一条〔明渡し〕一項は、「乙(借主。筆者注記)は、本契約が終了する日までに(……)、本物件を明け渡さなければならない。この場合において、乙は、通常の使用に伴い生じた本物件の損耗を除き、本物件を原状に回復しなければならない。」と定める。この一一一条一項について、「畳やふすまの日焼けによる変色、通常の生活行為による畳の擦り切れなどのように、借主が契約により定められた使用方法に従い、かつ社会通念上通常の使用方法により使用していればそうなたたであるう状態であれば、たとえ使用開始当時の状態よりも悪くなっていたとしても、借主はそれについて原状回復する義務は負わず、そのまま貸主に返還すればよいこととしている。すなわち、このような損耗分の原状回復費用は、一般的には減価償却費として賃料に含まれているものと考えられるからである。」と解説されている(松浦隆康「標準契約書逐条解説」ジュリスト一〇二〇号六一頁、同「賃貸住宅標準契約書の解説(下)」NBL五一八号二五頁)。

(17) この標準契約書の考え方は一般に賛同されていると思われる。たとえば、玉田弘毅監修『賃貸住宅標準契約書の解説』(住宅新報社、一九九三)一五〇頁は、「物件が、契約により定められた使用方法に従い、かつ、社会通念上通常の使用方法により使用していればそうなたたであるう状態であれば、使用開始当時の状態よりも悪くなっていたとしても、そのまま貸主に返還すればよいとすることが適当であると考えられる。すなわち、通常損耗分の原状回復の費用は、減価償却費として一般的に賃料に含まれていると考えられるからである。」とする。

(18) (財)不動産適正取引推進機構編著『改訂版賃貸住宅の原状回復をめぐるトラブル事例とガイドライン』(大成出版

社、二〇〇四）二三頁は、契約の終了に伴う原状回復義務の考え方として、まずは損耗ないし建物価値の減少を次の三つに分けて捉える。

①建物・設備等の自然的な劣化・損耗（自然損耗）

②賃借人の通常の使用により生ずる損耗等（通常損耗）

③賃借人の故意・過失、善管注意義務違反、その他通常の使用を超えるような使用による損耗等

そして、原状回復とは、賃借人の居住、使用により発生した建物価値の減少のうち、賃借人の故意・過失、善管注意義務違反、その他通常の使用を超えるような使用による損耗・毀損を復旧すること、をいうとしている（二四頁）。

(19) 賃貸住宅標準契約書はあくまでも民間住宅の賃貸契約書のモデルとしての性格を有するにすぎないし、また、標準契約書中にも特約条項欄が設けられている（一五条）。賃貸借契約は、契約自由の原則により、借地借家法等の強行法規や公序良俗に反しない限りは当事者間の合意で契約内容を自由に定めることができることが前提であるからである（玉田弘毅監修『賃貸住宅標準契約書の解説』（住宅新報社、一九九三）一七〇頁）。また、ガイドラインでも、「賃貸借契約については、強行法規に反しないものであれば、特約を設けることは契約自由の原則から認められるものであり、一般的な原状回復義務を超えた一定の修繕等の義務を賃借人に負わせることも可能である」とされる（不動産適正取引推進機構編著『再改定版賃貸住宅の原状回復をめぐるトラブル事例とガイドライン』（大成出版社、二〇一一）八頁）。

(20) 横田康祐「敷金返還請求訴訟」岡久幸治ほか編『新・裁判実務大系26簡易裁判所民事手続法』（青林書院、二〇〇五）三三三頁、池本誠司・国民生活研究四四卷三号四五頁。

(21) 池本誠司「賃貸住宅の原状回復特約に関する裁判例の動向」国民生活研究四四卷三号四五頁、横田康祐「敷金返還請求訴訟」岡久幸治ほか編『新・裁判実務大系26簡易裁判所民事手続法』（青林書院、二〇〇五）三三二頁以下所収、工藤純一「賃借人の原状回復義務の範囲についての特約の効力（一）（二）」市民と法四〇号八四頁・四一号六九

頁、野口大作「賃貸住宅の通常損耗と回復費用負担特約」札幌法学一八巻一号二九頁、島田佳子「建物賃貸借契約終了時における賃借人の原状回復義務について」判タ一二一七号五六頁、大山盛義「建物賃貸借契約における原状回復特約と消費者毛約法一〇条」沖繩法政研究一一号六五頁。なお、太田秀也『賃貸住宅管理の法的課題』（大成出版社、二〇一一）七六頁以下には、平成一五年以降の賃貸住宅原状回復裁判例の一覧があり、すべての判決が要約紹介されている。

- (22) 原状回復に関する裁判例として、本文に挙げたもののほかに注目すべきものとして、神戸地尼崎支判平成二一年一月二二日判時二〇五五号七六頁とその控訴審である大阪高判平成二一年六月一二日判時二〇五五号七二頁がある。神戸地尼崎支判は、通常損耗について原状回復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り、その結果として賃借人は特別損耗を除去するために必要かつ相当な範囲で補修を行うことになるが、補修方法が同一であるために、賃借人が賃貸借契約終了時に賃借物件に生じた特別損耗を除去するための補修を行った結果、通常損耗をも回復することとなる場合、当該補修は、本来賃借人において負担すべき通常損耗に対する補修をも含むこととなるから、賃借人は、当該補修によって回復した通常損耗による減価分を通常損耗に対する補修金額として賃借人に請求することができ、補修金額全体から上記減価分を控除した残額のみを負担すると解すべきであるとした。控訴審の大阪高裁でも、民法六〇八条二項の有益費償還請求権を根拠に賃借人は通常損耗に相当する補修金額を請求することができるものと解されることを指摘して、一審の判断を肯定している。
- (23) なお、事業用賃貸借の事例で、特約を解釈で制限したものととして、大阪高判平成六年一月一三日判時一五四〇号五二頁、東京地判平成二七年四月二七日LEX/DBがある。前者では、保証金償却の特約があったところ、通常損耗補修費は保証金償却費中に含まれているから、加えて原状回復費用をとることはできないとしたが、後者では、解約償却金として保証金から賃料二ヶ月分を控除する約定があったが、この償却に加えて一部につき原状回復費用の賃借人負担を認めている。

(24) ただし、本判決は、物件明渡し後の原状回復特約ではなく、建物の修理・取替（畳、フスマ、障子等）は賃借人の負担において行うとの修理特約、あるいは賃借人は故意過失を問わず建物に毀損、滅失、汚損、その他の損害を与えた場合は賃借人に対し損害賠償しなければならないとの賠償特約に基づいて、賃借人が、賃借人の建物退去後に、本件修理特約で義務づけられている修繕を賃借人が怠つていたことを理由に建物の原状回復のために修繕費用の支出を余儀なくされたとして、修繕費用等の支払を求めた事例であり、名古屋地裁は、本件修理特約は一定の小修繕についてこれを賃借人の負担で行う旨を定めるものであると、右特約の趣旨は民法六〇六条による賃借人の修繕義務を定めたものと解すべきであり、積極的に賃借人に修繕義務を課したものと解するには更に特別な事情が存在することを要すると解すべきであるとし、本件では特別な事情の存在を認めるに足りる資料がなく、賃借人が本件建物に入居した際には前の居住者が退去したままの状態が入居した事実は、むしろ本件修理特約が賃借人の修理義務を免除するに留まるものであることを推認させるものであるとしたものである。

(25) 勸不動産適正取引推進機構編著『再改訂版賃貸住宅の原状回復をめぐるトラブル事例とガイドライン』（大成出版社、二〇一〇）を「ガイドライン再改訂版」と略記している。

(26) 本件も、修理取替費用の賃借人負担特約につき、賃貸借契約継続中における賃借人の義務を免除するにとどまり、通常損耗の補修義務を借主が積極的に負っていたとは認められないなどとしたものである。

(27) 京都敷金・保証金弁護団編著『Q&A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕』（ぎょうせい、二〇一〇）を「Q&A敷金・保証金トラブル〔改訂版〕」と略記している。

(28) ただし、事務所として利用していた事例のようだが、実態において居住用の賃貸借と変わらないとし、原状回復費用はガイドラインにそって算定されるべきとしたものである。

(29) ただし、原状回復条項に加え、畳・建具等の取替費用および室内清掃費用は賃借人負担とする旨の条項があった事例で、近年一般に美観・清潔感が重視され、新築未使用物件と同様の姿であることが重要な要素となつていくこと

に鑑みて、通常損耗の回復費用の一部を賃借人負担とする合意もその全部が当然に無効となるものではないとしつつ、契約条項の文言に関する具体的イメーজは賃借人と賃借人とで一致は得られていないとして、社会通念に照らし、両当事者の合理的意図を推認して、結論として、社会通念上相当と認められる額の限度でのみハウスクリーニング代を賃借人負担とする特約があったと解されたものである。

(30) これに対して、豊中簡判平成一〇年二月一日判タ一〇六七号二一〇頁は、原状回復の特約が、民間賃貸住宅標準契約書や住宅金融公庫の指導内容と異なるものであったとしても、直ちに、そのような趣旨で意思解釈を行うべきことにはならないとしている。

(31) 赤松秀岳・アドミニストレーション一〇巻一・二合併号一九七頁は、判例の傾向を、民法の規定する賃貸借の本来的性質から、特約を限定的に解釈したり、明示の特約を求めたりしているとまとめられる。

(32) その他、原状回復特約の解釈として注目すべきは、契約終了時には賃借人は自己の費用を持って遅滞なく原状回復の処置をとり賃借人に明け渡す旨の条項がある場合に、損耗の程度に応じた負担を賃借人に課す判決がある。その例として、たとえば、東京地判平成六年八月二二日判時一五二二号八六頁など。

(33) 池本誠司・国民生活研究四四卷三三四八頁。

(34) なお、事業用賃貸借の事例で、通常損耗補修特約の成立を否定したものとして、大阪高判平成一八年五月二三日裁判所HP、東京簡判平成二一年四月一〇日裁判所HPがある。

(35) 評釈として、生熊長幸・判評五五二号一七二頁。

(36) ただし、ペット飼育による汚損等に伴う室内クリーニング費用を借主が負担することについては特約の成立を認めている。

(37) 財不動産適正取引機構編著『改訂版賃貸住宅の原状回復をめぐるトラブル事例とガイドライン』（大成出版社、二〇〇四）二二頁。

- (38) 池本誠司・国民生活研究四四卷三号四九頁。
- (39) 大阪高判平成一八年五月二三日裁判所HP、東京簡判平成二一年四月一〇日裁判所HP。
- (40) 評釈として、千葉恵美子・判評五六二号二〇一頁、野口大作・法時七八卷八号二二八頁、沖野眞己・消費者法判例百選五六頁がある。
- (41) 千葉恵美子・判評五六二号二〇五頁が、一九八〇年代以降の学説の展開を要約し、注目している。
- (42) 評釈として、橋本恭宏・金判一二一五号六〇頁、執行秀幸・私法判例リマークス三三三号五〇頁、野口恵三・NB L八一七号五五頁、高木健太郎・タートンヌマン八号一三六頁がある。
- (43) たとえば、赤松秀岳・法時七五卷一号一二八頁、生熊長幸・判評五五二号一七七頁、橋本恭宏・金判一二一五号六〇頁、執行秀幸・私法判例リマークス三三三号一二頁、野口恵三・NB L八一七号五五頁、仙台弁護士会編『賃貸住宅紛争の上手な対処法〔第三版〕』（民事法研究会、二〇〇四）一四三頁、横田康祐「敷金返還請求訴訟」『新・裁判実務大系26』（青林書院、二〇〇五）三三四頁。
- (44) なお、事業用賃貸借の事例で、特約を有効としたものとして、大阪高判昭和六三年九月一四日判タ六八三号一五二頁、東京地判平成二二年二月二七日判タ一〇九五号一七六頁、東京簡判平成二〇年一月一九日裁判所HPがある。
- (45) ただし、原状回復に要した費用を賃貸人が請求したのに対し、損耗の程度に応じた賃借人負担を肯定したものである。
- (46) ただし、畳替えの費用のみを肯定したものである。
- (47) 評釈として、赤松秀岳・法時七五卷一号一二五頁。
- (48) 評釈として、千葉恵美子・判評五六二号二〇一頁。
- (49) ただし、ペット飼育に伴う負担についてのみ有効としたものである。

- (50) ただし、畳表、縁、襖紙及び障子紙について通常損耗か否かにかかわらず賃借人に原状回復義務を負わせる条項を有効としたものである。
- (51) ただし、クリーニング費用の負担特約を有効としたものである。
- (52) ただし、賃貸人は転居により空き家となったことから賃貸したもので消費者契約でなく、畳、建具の損耗による取替費用を折半するという特約を有効とした事例である。
- (53) ただし、クリーニング費用の賃借人負担特約を有効としたものである。
- (54) ただし、一七年八か月にわたる長期居住であることをも考慮して、通常損耗補修費用の一部賃借人負担を肯定するものである。
- (55) ただし、ハウスクリーニング費用の賃借人負担を肯定したものである。
- (56) ただし、ハウスクリーニング費用の賃借人負担を肯定したものである。
- (57) ただし、定額補修費と称された預け金からペット飼育による消毒費用分の控除を認めたものである。
- (58) 島田佳子・判タ一二一七号六六頁。七一頁の裁判例一覧表では、通常損耗についての原状回復特約を有効とした営業用の物件に関する賃貸借の事例として、東京地判平成一七年五月一八日と東京地判平成一七年四月二七日があげられている。
- (59) 退去の際に室内の専門業者による清掃費用を賃借人が負担する旨の特約をいう。クリーニング特約については、太田秀也「賃貸住宅の原状回復特約―クリーニング特約―についての一考察」REPIO 八〇号九六頁。
- (60) 判時一九二二号六一頁、判タ一二〇〇号一二七頁、裁判所時報一四〇二号三四頁。
- (61) この辺の状況については、宮澤志穂・判タ一二一〇号五七、五八頁、野口大作「賃貸住宅の通常損耗と回復費用負担特約」札幌法学一八巻一号二九頁などに詳しい。
- (62) 今井功「消費者契約等に関する最近の最高裁判決について」日本大学法科大学院法務研究七号九一頁は、「借家

人に不利な定めの特約について一定の歯止めを設けたもの」としている。

(63) 最高裁判決を評価するものとして、宮澤志穂・判タ一二一〇号五四頁（予期しない負担についての賃借人の予測可能性を確保する点で）、加藤新太郎・市民と法四三三号二五頁（賃借人にとって予期しないリスク負担を可及的に回避するという観点から）、丸山絵美子・法七六一五号一三三頁（透明性の原則にかなうものとして）、中山布紗・北九州市立大学法政論集三六卷三・四合併号四一頁（当該条項は明確・平易であるべきであるという消費者契約法三一条一項にいう「透明性の原則」にかなうものとして）、野口恵三・NB L八三三三六七頁（本来賃借人が支出しなければならぬものを賃借人の負担にすることは一切容認しないとされた点で）、高木健太郎・愛知学院大学院法研会論集二二卷一・二号一〇三頁（本来賃借人が支出すべき費用を賃借人に負担させることを容認しないと態度をとった点で）、武川幸嗣・受験新法二〇〇六年六月号一五頁（負担内容の明確化と説明義務の強化を促す点で）。また、岡本英子・法七六二六号一〇頁は、事件当事者（原告）の訴訟に至った背景事情が窺える。これに対し、若干の疑問を表明するものとして、一つは、最高裁が通常損耗補修費は賃料によって回収されるところから立論し、居住用か事業用かで区別しない点を疑問とするもの（小山泰史・立命館法学三二五号五七頁、吉永一行・産大法学四〇巻一号一〇六頁。なお、和根崎直樹・判タ一二四五号五三頁は、オフィス等営業用物件の賃貸借契約においても本判例の基準が当てはまると解する）、最高裁が特約を無効とせず成立の面で処理したことについて問題視するもの（清水元・銀行法務六七七号七六頁、内田勝一・ジュリスト一三二二二三八七頁）、特約成立に厳格な要件を要求すること自体はよいが、当該事案との関係に照らして、要求の程度が厳しすぎるとするもの（山本弘明・北海学園大学法学研究四二巻三号七一二頁、奈良輝久・法律のひろば二〇〇六年一〇月号七八頁）がある。

(64) 居住用物件の場合には、賃貸当初から畳、襖、壁クロスなど内装が装備されていて、賃借人の方で内装工事をしてなくても家具等家財道具を搬入すればそのまま使用できる状態で貸し出されることが一般的であると考えられるのに対して、事業用の場合、とくにテナントなどでは、内装が施されていない空間がそのまま貸し出され、賃借人の側で内

装工事をしたうえで使用し、賃貸契約終了後、賃借人は施した内装を撤去して退去するという形が一般的であり、居住用とは異なるように思われる。事業用建物賃貸借契約における敷引の問題は、上のような特徴に照らして考える必要があると思われるので、本稿では検討対象外としておきたい。ただ、事業用物件の賃貸借契約における敷引特約に関する判決としては次のものがあり、特約を肯定するものが多い。たとえば、大阪地判昭四四年一月三十一日金法五四三号三九頁（権利金とみて肯定）、東京地判昭五〇年一月二十九日判時七八五号八九頁、東京地判昭五〇年一月二八日判タ三三四号二四七頁、東京高判昭五二年一月二十九日判タ三六五号二六一頁（ただし、用途不明）、浦和地判昭五九年一月三十一日判時一一二四号二〇二頁、東京地判昭和五九年四月二十六日判タ五三一号一七三頁、浦和地判昭六〇年一月一二日判タ五七六号七〇頁、東京地判平五年五月一七日判時一四八一号一四四頁、東京地判平成一七年五月一八日LEX/DB（二年以内借主都合解約時に五割償却特約肯定）、東京簡判平成二〇年一月二十九日裁判所HP、東京簡判平成二二年四月一日裁判所HP。もつとも、期間中途での契約終了の場合に按分する判断を示したものがあ
る。たとえば、東京地判昭四五年二月一日判時六〇三号六二頁、東京地判昭四九年八月二十九日高民集二七巻四号三三一頁判時七五九号三七頁判タ三一六号一九七頁（両当事者の責めに帰すべき理由によらない中途終了の場合）、東京地判昭和六一年七月一八日判時一二三八号一〇三頁（償却金は使用の対価たる意味を持つとして）、東京地判平四年七月二三日判時一四五九号一三七頁。

(65) 火災・地変その他不可抗力により家屋が滅失して賃貸借契約が終了した場合に、賃借人の差し入れた保証金を全額返還する義務なしとの特約は借家法の立法趣旨に反しひいては公序良俗に反して無効としたが、保証金から一定額の金員を控除して差し引き残額を返還する約定は、実質的には権利金であるとして肯定するもので、敷引部分の有効性を認めている。

(66) ただし、震災により建物はいまだ滅失したといえないとして、賃貸借は解約申し入れで終了したとして敷引を肯定したものである。評釈・解説として、野村豊弘・判タ九〇八号四六頁、石外克喜・判評四五二号二七頁、田中敦・

判タ九一三号八二頁がある。

(67) 敷引部分はいわゆる礼金といわれるものと同様のものであつたとも解されるなどとして敷引を肯定したものである。評釈として、野村豊弘・判タ九八〇号四六頁がある。

(68) 契約書上の条項の文言、規定の体裁及び順序からして、天災地変、火災等による建物が損壊の場合には、敷引条項の適用があると解するのが当事者の合理的意図にそうものと解釈し、また、敷引条項は、金額等からみて一方的に賃借人に不利だとか、信義則上許されず、また公序良俗に反するものでない限り、有効であるとして、敷引を肯定したものである。

(69) なお、【敷5】大阪地判平七年二月二七日は、共同住宅の原因不明の火災による焼失事例であつて、阪神淡路大震災に関する事例ではない。評釈・解説として、野村豊弘・判タ九〇八号四六頁、石外克喜・判評四五二号二七頁、井上泰人・判タ九四五号九七頁がある。

(70) 評釈として、石外克喜・判評四五二号一八一頁がある。

(71) 評釈として、田原睦夫・私法判例リマックス一三三五六頁がある。

(72) なお、【敷6】神戸簡判平七年八月九日は、店舗の賃貸借契約で自己都合解約の場合に二八%の償却特約があつたケースで、建物は震災で滅失し契約終了したのであつて自己都合でないとして敷引を否定したものである。また、【敷7】大阪高判平七年二月二〇日は、敷引を結論的に肯定した【敷2】神戸地判平七年八月八日の控訴審であるが、天災等の場合、保証金を全額返還する条項があり、震災による建物滅失で契約が終了したとして敷金全額の返還を肯定したものである。

(73) 解説・評釈として、河邊義典・最高裁判例解説民事篇平成十年度(下)七五八頁、平田健治・判評四八五号三三頁、石黒清子・判タ一〇三六号(平成一一年度主要民事判例解説)八八頁、平井一雄・法教二三三号一〇八頁、野村豊弘・判例セレクト九八年一七頁、野村豊弘・判タ九九五号五二頁、升田純・ジュリスト一一五七号七四頁、升田純・

NBL六六九号五三頁、田原睦夫・リマークス一九号一一頁、渡辺達徳・法七五三三号一〇五頁がある。平井一雄・法教二二三号一〇八頁は、不返還の明瞭な合意があればその効力が全面的に認められるような口振りであるところに疑問を抱き、升田純・ジュリスト一一五七号七四頁は、妥当な判決だとしながらも、当事者の合理的な意思のみを根拠に明文の規定を制限的に解釈しようとする姿勢は、契約自由の原則に対する重大な侵害に至るおそれがあり、軽々に利用すべき理論ではないと釘をさす。

(74) なお、敷引特約と似たものとして定額補修分担金特約というものがある。原状回復特約ないし通常損耗補修費用負担特約が不当なものであるとして裁判例で消極的な扱いがされたのを受けて、不動産管理業者は「敷引」あるいは「定額補修分担金」という名目を編み出し、今まで敷金から原状回復費用という名目で控除していたお金を、今度は敷引、さらには定額補修分担金という名目で、借主に返還しないお金とするもの(『Q&A敷金・保証金トラブル(改訂版)』二五頁)という指摘からは、敷引と同様の機能を有するものといえるかもしれないが、定額補修分担金の場合には、通常損耗の補修費用以外のものも含んでおり(賃借人の過失による損耗も分担金で対応される)、とりあえず本稿の検討対象から外しておき、別稿で扱いたいと考える。定額補修分担金に関する裁判例としては、いずれも特約を無効としたものであるが、次のものがある。京都地判平成二〇年四月三〇日判時二〇五二号八六頁判タ二八一号三二六頁金判一二九号五六頁Q&A敷金・保証金トラブル(改訂版)一五〇頁裁判所HP、京都地判平成二〇年七月二四日京都敷金保証金弁護団HP、大阪高判平成二〇年一月二八日判時二〇五二号九三頁Q&A敷金・保証金トラブル(改訂版)一六二頁京都敷金保証金弁護団HP、大阪高判平成二一年三月一〇日Q&A敷金・保証金トラブル(改訂版)一六七頁京都敷金保証金弁護団HP、京都地判平成二一年九月二五日判時二〇六六号八一頁判タ三一七号二一四頁、京都地判平成二一年九月三〇日判時二〇六八号一三四頁(ただし、定額補修分担金特約の使用差し止めが肯定された事例)、大阪高判平成二二年二月二四日Q&A敷金・保証金トラブル(改訂版)二一九頁京都敷金保証金弁護団HP、大阪高判平成二二年三月一日京都敷金保証金弁護団HP、大阪高判平成二二年三月二六日

- LEX/DB（ただし、定額補修分担金特約の使用差し止めを肯定した事例）。
- (75) ただし、敷引条項の使用差し止めが認められたケースである。
 - (76) 評釈として、牛尾洋也・私法判例リマークス四一四四六頁がある。
 - (77) 最判平成二三年七月二二日の一審である。
 - (78) 最判平成二三年七月二二日の原審である。
 - (79) ただし、敷引合意の成立を否定したものである。
 - (80) 国民生活センター「消費者契約法に関する消費生活相談件数と裁判の概況」平成一七年一〇月六日記者説明会資料五頁。
 - (81) 民集六五卷二号九〇三頁、金判一三七八号二八頁、判時二二二八号三三頁、判タ一三五六号八一頁。調査官解説として、武藤貴明・ジュリスト一四三一号一四三頁。
 - (82) 金判一三七八号二八頁、判時二二二八号三三頁、判タ一三五六号八一頁。
 - (83) 「敷引判決の問題点」消費者法ニュース八八号二二〇頁。
 - (84) 「最判平成二三年三月二四日『敷引特約』解釈への疑念」消費者法ニュース八九号二二二頁。
 - (85) 「建物賃貸借契約における敷引特約と消費者契約法一〇条」TKC速報判例解説Vol.9民法（財産法）No.7（速報判例解説編集委員会編『速報判例解説Vol.9』八七頁以下）。
 - (86) 「通常損耗補修特約が消費者契約一〇条により無効とはされなかった事例」龍谷法学四四卷一号一八一頁。
 - (87) 「敷引特約最高裁判決について」消費者法ニュース八八卷二二八頁。
 - (88) 「敷引特約に関する一考察」最高裁平成二三年三月二四日判決の考察を中心に」RETIO 八二号七三頁。
 - (89) 「賃貸マンションの敷引特約の効力」NBL九五二号一〇頁。
 - (90) 「借家の敷引条項に関する最高裁判決を読み解く」NBL九五四号一三頁。

- (91) 「敷引特約は消費者契約法一〇条により無効となるか」TKC速報判例解説民法(財産法)No.53。
- (92) 「居住用建物賃貸借における敷引特約と消費者契約法一〇条」法七六八三号一二四頁。
- (93) 「敷金・更新料についての最近の最高裁判決と消費者契約法一〇条」法時八四卷二号一〇七頁。
- (94) 「居住用建物賃貸借契約における敷引条項に関する最高裁判決」市民と法七〇号三三頁。
- (95) 「敷引特約の有効性と消費者契約法一〇条」現代消費者法一三号一一〇頁。
- (96) なお、契約法の教科書レベルでも敷引問題が取り扱われている。たとえば、近江幸治『民法講義V契約法(第三版)』(成文堂、二〇〇六)一九八頁は、敷引特約は、何に充当されるのかわからずきわめて不明朗なものであり、それ自体、民法にない義務を負担させるものであるから、消費者契約法一〇条により無効といふべきである、とされる。また、内田貴『民法Ⅱ債権各(第三版)』(東大出版会、二〇一一)一八六頁は、過大な敷金授受や敷引の慣行の合理性は、少なくとも今日では乏しいといふべきである、とされる。
- (97) 「建物賃貸借契約終了時における敷金・保証金・権利金の取扱い」太田知行・中村哲也編『民事法秩序の生成と展開(広中俊雄先生古稀祝賀論集)』(創文社、一九九六)三〇三頁以下所収。
- (98) 「震災と借地借家人の保護」民商一二二卷四・五号六四一頁。
- (99) 「賃貸住宅の修繕・補修費用の負担と敷金特約・敷引特約」『担保制度の現代的展開(伊藤進先生古稀記念論文集)』(日本評論社、二〇〇六)三五八頁以下所収。
- (100) 「敷引特約と消費者契約法一〇条」明治学院大学法律科学研究所年報二三号二一四頁。
- (101) 判タ一二〇六号四頁以下。
- (102) 愛知学院大学大学院法研究会論集二二卷一・二号一頁。
- (103) 「居住用建物賃貸借契約における敷引特約に対する消費者契約法の適用について」判タ一二五七号二五頁。
- (104) 「敷金をめぐる裁判例と問題点」判タ一二九五号四五頁。

- (105) 「借家の敷金・保証金の返還をめぐる諸問題」法時七五巻五号八九頁。
- (106) 山本豊・NB L九五四号一九頁は、「敷引条項の問題性は、そのような通常損耗等補修費用を賃借人に負担させること自体にあるのではなく、通常損耗等補修費用を賃料から切り出して敷引金として定額計上するところにあるとすることができる。」とされる。
- (107) なお、畳表の損耗は賃借人の負担としても不都合ではないと考える者は決して少なくないように思われる。たとえば、新田孝二「不動産賃借人の修繕義務」『現代民法学の諸問題（玉田弘毅先生古稀記念）』（信山社、一九九八）三二七頁（同『危険負担と危険配分』（信山社、一九九八）二八四頁）。
- (108) 仙台弁護士会編『賃貸住宅紛争の上手な対処法（三版）』（民事法研究会、二〇〇四）は、「退去の際には鍵をすべて返還する」という約定だけで、鍵交換費用負担の特約がなければ、賃借人が費用を負担する必要がないが、上記約定に加えて鍵交換費用の借主負担特約があれば賃借人が費用を負担するとする。
- (109) 澤野順彦弁護士は、「更新料特約および敷引特約の効力」NB L九一三号二二頁において、京都地裁平成二一年七月二三日判決が、「本件敷引特約が設定されていることにより賃料が低額にされているかは本件全証拠によっても明らかでない」としたことに對して、賃料が低額である旨の認定は適正な賃料の存在が前提となるところ、新規に賃貸する場合に市場で成立するであろう賃料には、およそ適正な賃料という概念とは親しまないものであつて、立論自体が妥当でない、適正な賃料とは当事者間で合意が成立した賃料であり、そこで定まった賃料が低額であつたか否かを検証すること自体、無意味というほかない、とされる。
- (110) 文脈は異なるが、太田秀也・REITO 八二号八七頁。
- (111) 宮岡孝之「更新料のゆくえ」専修ロージャーナル六号三三三頁（二〇一一）は、更新料の意味を、中途解約によりリフォームせざるをえなくなつた費用の補填ととらえ、効力を肯定しようとする。いわゆるリフォーム費用を月額賃料以外からも徴収を許容する点では、考え方が共通している。ただし、私見では、リフォームは入居者入替え時の

一回と考えており、契約を更新することで、リフォーム費用が大きくなることのイメージをもつことができない。
(112) 近江幸治『民法講義Ⅴ契約法(第三版)』(成文堂、二〇〇六)一九八頁は、「敷引特約は、……何に充当される
のかわからず、きわめて不明朗なもの」であることを無効とする一つの理由にされている。