

# 現代日本の居住権法の一断面（2）

——敷引特約・礼金特約・更新料特約など——

生 熊 長 幸\*

## 目 次

はじめに

### 第1章 敷引特約と消費者契約法10条

#### 1 問題の所在

#### 2 最一小判平成23年3月24日（民集65巻2号903頁）の考え方

##### (1) 事 案

##### (2) 第1審（京都地判平成20年11月26日）の判断

##### (3) 原審（大阪高判平成21年6月19日）の判断

##### (4) 最一小判平成23年3月24日（民集65巻2号903頁）の判断

#### 3 最三小判平成23年7月12日（判時2128号43頁）の考え方

##### (1) 事 案

##### (2) 第1審（京都地判平成21年7月31日）の判断

##### (3) 原審（大阪高判平成21年12月15日）の判断

##### (4) 最三小判平成23年7月12日（判時2128号43頁）の判断

##### (5) 最三小判平成23年7月12日の補足意見および反対意見（以上、368号）

#### 4 学説の対応

##### (1) 最一小判平成23年3月24日（平成23年3月判決）について

##### (2) 最三小判平成23年7月12日（平成23年7月判決）について

#### 5 検 討

##### (1) 敷引特約の成立について

##### (2) 消費者契約法10条前段該当性について

##### (3) 消費者契約法10条後段該当性について

##### (4) 敷引特約の法的性質について

### 第2章 礼金特約と消費者契約法10条

#### 1 問題の所在

---

\* いくま・ながゆき 大阪市立大学名誉教授 岡山大学名誉教授 前立命館大学大学院法務研究科教授

- (1) 礼 金 特 約
- (2) 礼金特約の実情
- (3) 礼金特約と敷引特約との関係

2 判 例

- (1) 敷引特約についての平成23年 3 月判決より前の裁判例
- (2) 敷引特約についての平成23年 3 月判決および平成23年 7 月判決に見られる礼金特約と消費者契約法10条についての考え方

3 学説の対応

4 検 討 (以上, 本号)

第3章 更新料特約と消費者契約法10条など

- 1 問題の所在
- 2 判 例
- 3 学説の対応
- 4 検 討

第4章 通常損耗補修特約・定額補修分担金条項と消費者契約法10条など

- 1 問題の所在
- 2 判 例
- 3 学説の対応
- 4 検 討

第5章 む す び (以上, 372号)

## 4 学説の対応

### (1) 最一小判平成23年 3 月24日 (平成23年 3 月判決) について

平成23年 3 月判決については, それを支持する学説もあるが, 批判的学説が多数である。

#### (a) 敷引特約の成立について

ある条項が当事者を法的に拘束するためには, 当該条項に基づく特約が成立していることが必要であるが, 本判決では, 本件敷引特約の成立は, 上告受理申立ての理由の対象になっておらず, 敷引特約成立を前提として特約の有効性についてのみ判断している。

敷引特約の成立については, 何が必要となるか。

この点につき、山本豊教授は、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についての認識・合意が要求されていると考えるべきだとされる<sup>1)</sup>。そして、教授は、敷引条項の問題性は、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付随条項の形で敷引金として定額計上するところにあるから、特約成立段階のチェックを厳格にし、賃借人の条項内容の認識を確保するというのが、最二小判平成17年12月16日（裁判集民事218号1239頁，判時1921号61頁。以下「平成17年判例」という。この判例については、第4章2(2)(a)で取り上げる。）以降の判例の示す処方箋であり、この処方箋は、問題の所在とその特質に照らして適切なものと評価することができるとされる<sup>2)</sup>。その理由として教授は、敷引条項は、同じく付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は、認識・覚悟して契約締結の得失判断をすることが十分期待される、という点をあげられる。

これに対して潮見佳男教授は、本判決が、「敷引特約＝通常損耗等補修費用賃借人負担特約」ととらえ、そのことについて当事者間で明確な合意がある以上、原則として有効としていることにつき以下のように疑問を呈される<sup>3)</sup>。平成17年判例は、賃貸借契約の枠組みを正しくとらえている、すなわち、賃借物件においては通常損耗の発生は当然に予定されており、それを反映させた内容のものとして、賃貸借期間中の賃料額が決定されているのだから、賃貸借契約が終了したときの原状回復義務の内容には、通常損耗についての補修費用を支払うことは含まれない、そして、賃貸借契

---

1) 山本豊「借家の敷引条項に関する最高裁判決を読み解く——中間条項規制法理の消費者契約法10条への進出」NBL 954号15頁〔2011年〕。

2) 山本・前掲注 1) NBL 954号19頁以下。

3) 潮見佳男「敷引判決の問題点——最判平23・3・24——」消費者法ニュース88号232頁以下〔2011年〕。

約が終了したときに、賃料支払ルールとは別のルールを立てて、通常損耗等補修費用を賃借人に負担させるというのは、賃借人にとっては同一のコストにつき二重の負担を課し、賃貸人にとっては二重の利益を与えることとなり、賃貸借契約の本質に悖る結果となる、それにもかかわらず、敷引金により通常損耗等補修費用を賃借人に負担させようとするれば、その旨の合意が両当事者間で成立していたのかどうかの検証が不可欠となり、その際に単に敷引条項のみをみただけでは足りないものであり、通常損耗等補修の判断に甘さがなかったのかが問われなければならない。

千葉恵美子教授は、本判決は、平成17年判例との関係で、賃貸借契約の特約条項の成立の有無を厳格に判断しているが、それは、特約の成立を抜きに、その効力を判断できないとしているにすぎないのであり、契約締結過程における特約条項の明確で具体的な説明や賃借人の特約条項についての具体的な認識を考慮しているわけではない、とされる<sup>4)</sup>。

島川勝弁護士は、通常損耗等補修費用の賃借人負担特約が成立しているか否かについては、平成17年判例は、賃貸借契約書において負担する損耗の範囲が具体的に明記されているか、または口頭による説明を要件としているが、本判決では敷引額そのものが契約書に記載されていれば特約は成立するとするものであり、敷引金は賃料の一部分、礼金の趣旨、通常損耗等補修費用の賃借人負担など様々な意味合いを含んでおり、通常損耗等補修費用の賃借人負担であれば、そのことの明確な合意が必要であって、本判決は、平成17年判例とは、合意の成立についてのその内容や範囲についての考えに乖離がある、とされる<sup>5)</sup>。

城内明准教授は、本判決は、敷引金の額が契約書に明示されている場合、賃借人の敷引金負担について明確に合意されている旨を認定し、通常

---

4) 千葉恵美子「判批〔平成23年3月判決および平成23年7月判決〕」判評640号〔判時2145号〕159頁〔2012年〕。

5) 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10条」法時84巻2号110頁、112頁〔2012年〕。

損耗等補修費用を授受する旨の合意成立を判断しているが、負担の総額さえ合意していればよいのかとの疑問があり、また、賃借人の経済的負担が明確な合意を得るための要件を明らかにしていない、とされている<sup>6)</sup>。

以上のように、学説の多くは、平成23年3月判決は、敷引額が契約書に記載されていれば、敷引特約は成立するとするが、契約締結過程における特約条項の明確で具体的な説明や賃借人の特約条項についての具体的な認識を要求する平成17年判例と比較して、契約の成立の認定があまりに安易ではないかとする。

(b) 消費者契約法10条前段該当性＝本件敷引特約は、消費者契約法10条前段の「公の秩序に関しない規定」の適用に比し、消費者の義務を加重する等の条項か

消費者契約法10条に該当して無効となるためには、同条前段の「公の秩序に関しない規定」の適用に比し、消費者の義務を加重する等の条項であること、および同条後段の「信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであること」が必要となる。まず、前者についてみていく。

i 消費者契約法10条前段の「公の秩序に関しない規定」の意味

同条前段の「公の秩序に関しない規定」に関しては、この「規定」が法律の明文規定（任意規定）のみを意味するのか、判例によって民商法等の解釈として承認された種々の準則・任意法規範や契約に関する一般法規・不文の法理も含むのかにつき見解が分かれている<sup>7)</sup>。

この点につき、山本豊教授は、本判決は、後者の考えを採用する原審判決と異なり一般的な説示は回避しているが、具体的な条文を挙げることなくしに前段要件該当性を肯定しているから、後者の考えを前提しているよう

---

6) 城内明「平成23年3月判決」速報判例解説9巻89頁〔2011年〕。

7) 多数の学説は後者の見解を採る（山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL 686号22頁〔2000年〕、山本豊「消費者契約法（3）」法教243号62頁〔2000年〕、河上正二・民法総則講義409頁〔2007年〕など）。

に思われ、それは正当であるとされる<sup>8)</sup>。千葉恵美子教授、丸山絵美子教授もこの点は同様に解される<sup>9)</sup>。

ii 10条前段該当性＝本件敷引特約は、消費者契約法10条前段の「公の秩序に関しない規定」の適用に比し、消費者の義務を加重する等の条項か

本判決は、前述(2(4)①)のように、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のであるから、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敷引特約は、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、として、消費者契約法10条前段の「公の秩序に関しない規定」の適用に比し、消費者の義務を加重する等の条項に該当するとした。

この点につき山本豊教授は、本判決のように、前段要件の充足を認めた上で、後段要件について詳細な検討を加えて後段要件の充足の有無を判断する裁判所の態度は正当なものとして評価できる、とされた<sup>10)</sup>。

城内准教授は、本判決は、敷引特約は、通常損耗等補修費用につき賃借人に二重の負担を課すものではないとした上で、敷引特約の前段要件該当性を肯定しており、実質的な負担の有無を基準としない10条前段要件のあり方を示すものとして注目されるとされる<sup>11)</sup>。

(c) 消費者契約法10条後段該当性＝本件敷引特約は、民法1条2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるか

本判決は、先に見たように(2(4)②)、本件敷引特約は、原則として消費者契約法10条後段には該当せず有効であるが、敷引特約は、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、特段の事情のない限り、

---

8) 山本・前掲注 1) NBL 954号16頁。

9) 千葉・前掲注 4) 判評640号158頁、丸山絵美子「判批〔平成23年3月判決〕」平成23年度重判〔ジュリ1440号〕65頁〔2012年〕。

10) 山本・前掲注 1) NBL 954号16頁。

11) 城内・前掲注 6) 速報判例解説 9 卷89頁。

消費者契約法10条により無効となるとするも、本件敷引特約はそれには当たらず有効であるとした。

この点につき、山本豊教授は、本判決は、通常損耗等補修費用額予定条項（敷引特約）の合理性を比較的簡単に認めたが、民法上、損害賠償額の予定が承認されているのと類似の趣旨で、敷引金という形で通常損耗等補修費用の予定も一概に否定されるべきではないと考えてよいであろうとされる<sup>12)</sup>。これとの関係で、教授は、人の生活の基礎に関わる住宅賃貸借契約特有の立法措置（たとえば、借地借家法改正による非恣及的な敷引条項禁止ルールの導入）としてならばともかく、「通常は対価に算入される費用を別条項とすることは、たとえ一般の消費者が負担総額を容易に認識できる場合でも、許容されない」旨のルールを、ありとあらゆる消費者契約に適用されるべき消費者契約法10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述べられ、本判決は、賃料・敷引金等の負担が全体として適正なものかどうかの判断を、基本的には当事者の私的自治的決定に委ねる立場を選択したのであり、賃料一本で契約する場合と、敷引条項を使用して契約する場合とで、後者の方が高くつく結果となっているかどうかも含めて、特約成立を比較的厳格に解する考え方を前提にして、基本的には賃借人のチェックと判断に委ねようというものである、とされている<sup>13)</sup>。

また、教授は、契約条項が、消費者にとって明確で理解しやすいものであるかどうか、消費者に契約条項の基本的内容を知る機会を与えていたかどうか等の具体的事情を無効判断の際の一考慮要因とする手法は、本判決では採用されていないように見える（そうした事情は特約成立レベルで考慮されることになる）、とされている<sup>14)</sup>。

なお、山本教授は、本判決で残された課題として、例えば、本判決は、敷引条項を含む通常損耗等補修費用額予定条項の要素に焦点を当てて立論

---

12) 山本・前掲注 1) NBL 954号18頁。

13) 山本・前掲注 1) NBL 954号17頁。

14) 山本・前掲注 1) NBL 954号18頁以下。

しているが、それ以外の要素が消費者契約法10条適合性判断に当たりどのように評価されるのか、などを指摘されている<sup>15)</sup>。

これに対して、潮見教授は、本件で問題となったのは、消費者が賃借人である不動産賃貸借契約における通常損耗の賃借人負担特約であり、賃貸借不動産にかかる通常損耗補てん義務を賃料以外の方法で賃借人に課してはならないという規範が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てん義務を賃借人に負担させる特約それ自体が、消費者契約においては不当と評価されるべきものであるということになる、とされる<sup>16)</sup>。

千葉恵美子教授は、本判決は、消費者契約法10条前段を無効判断の「対象」となる条項が何かを確定する要件と解しているにとどまり、無効判断はもっぱら同法10条後段の要件を充足するかどうかという観点から判断しており、同法10条の前段・後段の関係をこのように解することは、契約当事者の情報の質及び量並びに交渉力について格差がある消費者契約において、民商法上の強行法規以外に消費者契約法で新たな無効の要件を定めた趣旨、また、10条が8条・9条の不当条項リストに対して不当条項に対する一般条項として位置づけられている点からすると、整合性が乏しいのではないかと、10条前段は、任意法規範から乖離した場合に、契約自由の原則にもとづき特約条項は有効であるということを出発点とすることを承認しているわけではないはずであり、当該条項が10条前段の任意法規範から乖離していれば、消費者の権利を制限し義務を加重したことになるのであるから、10条後段の解釈にあっても、当該条項が消費者の利益を害するものであることを客観的には肯定できるはずであり、その程度が大きい場合に、消費者の利益を「一方的に」害するものとして10条後段は当該条項を無効としていると解すべきである、とされる。

そして、千葉教授は、本判決は、10条後段の要件の意味をどのように解

---

15) 山本・前掲注 1) NBL 954号21頁以下。

16) 潮見・前掲注 3) 消費者法ニュース88号233頁。

しているのかははっきりしないが、賃貸人と賃借人の間の具体的な情報の質及び量並びに交渉力の具体的な格差を無効判断の要素としてはおらず、当該条項を明確に認識した上で契約締結に至ったかを考慮する一方で、敷金の額が高額かどうかを無効判断の要素としている、とされる。

また、教授は、本判決は、賃料の他に敷引金の額が明示され賃借人が明確にこれを認識して合意していると、賃料には通常損耗分の補修費用が含まれないものとして合意されたと認定しているが、なぜそのように認定できるのかは必ずしも明らかではなく、このような立論の仕方には疑問がある、なぜなら、賃貸人は、賃貸借契約の目的に従って、賃貸物件を収益させる義務を負っており、賃貸人による通常損耗分の修繕義務は賃貸物件を使用収益させる義務から派生する義務と解されており、賃借人は、このような賃貸人の使用収益させる義務の対価として賃料支払い義務を負っていることになるのであるから、特約によって、賃借人が支払う賃料債務の対価性の対象を変更できるわけではないはずだからである、とされる<sup>17)</sup>。

丸山絵美子教授は、本判決は、(a) 具体的な額の認識に基づく明確な負担合意の存在、(b) 敷引金授受の合意がある場合、賃料に通常損耗等補修費用は含まれず、二重の負担は生じないこと、(c) 敷引金という形で一定金額の設定は紛争防止に資すること、の3点を理由に10条後段該当性を原則として否定したが、(a)は、特約の合理性に関する積極的論拠と言えず、(b)については、退去する賃借人への給付やその任意規範上の義務と無関係な経営上の経費を賃借人に負担させる特約として、その不当性を直接に問題とすべきである、二重負担論は特約の合理・不合理を語るのに決め手とならないといった批判が可能である、(c)は、通常損耗等補修費用の賃借人への転嫁が許されることを前提に、定額化の合理性を説くものであるが、前提を正当化するものではなく、また敷引金外で賃借人負担とされる

---

17) 以上、千葉・前掲注 4) 判評640号158頁以下。

退去時費用がある場合、紛争の防止にも足りないと言える、とされ、本判決を批判される<sup>18)</sup>。

また、丸山教授は、本判決は、賃借人が敷引金額を含めて総合考慮の下で物件選択を行っていることを重視し、このような場合には、敷金額の高額さゆえに賃借人の行動の経済的合理性を語り得ないような例外事例を除き、信義則に反して一方的に害するという要件は充足されないという解釈を示している可能性は高い、とされた上で、① 市場競争に晒されているという点に対しては、賃貸借という継続的契約において、消費者たる賃借人は解約時期を完全に支配できるわけではなく、物件の良し悪しが入居後に判明することもあり、一時金支払い方式は、給付と金銭的負担との関係の透明性を低減させ、消費者は合理的な選択を十分に行えないことを指摘できる、② そもそも、敷引特約には通常損耗等補修費用の負担を賃借人に転嫁する趣旨があると認定した以上は、賃借人の不利益に均衡する賃借人の合理的目的や消費者である賃借人にも利益となる要素がある場合に限り、特約は有効となるといった枠組みで判断すべきではなかったか、③ 消費者契約法10条前段に該当したことを後段の判断で考慮しないような最高裁の解釈が、本来の同法同条の規制趣旨と合致するのか疑問が残るところである、とされている<sup>19)</sup>。

小野秀誠教授は、① 通常損耗等補修費用が賃料に含まれないときには、敷金から取り得るというのも問題である、ここでは性格の不明なものを許容可能なものとみなすというフィクションがあるだけであり、「敷金」という形式に合致しない補修費用の転嫁や算定方法、礼金そのものが消費者には不利益な構造になり、消費者契約法はこうした不利益に対処するはずのものである、② ドイツにおける敷金規制においては、敷金として賃借人が給付する額は、月額賃料の3か月分を限度とし、また、預かった敷金は、賃貸人は自分の財産と区別して、金融機関に3か月の定期預金に通常

---

18) 丸山・前掲注 9) 平成23年度重判65頁。

19) 丸山・前掲注 9) 平成23年度重判65頁。

の利率で預けなければならないとされている、③ 保証金や敷金の性質を裁判所が解釈を通して決定するということでは、契約上明確とは言えない、④ 最高裁調査官は、敷引特約では、敷引金の額が契約書に明示されていれば、賃借人の負担額が契約締結時に明らかであるとするが、明確性は疑問と言わざるをえない、とされ、本件判決を批判される<sup>20)</sup>。

島川勝弁護士は、本判決を批判され、次のように述べられる<sup>21)</sup>。すなわち、本判決は、敷引金額が高額に過ぎない場合は敷引特約を有効とするが、問題となっているのは情報・交渉力格差があったかどうか、任意法規や借地借家法に反する特約についてどの程度の効力を認めるかである。本判決も情報や交渉力格差について一応は触れているが形式的であり、具体的な内容を検討したと思われる文言は見当たらず、この点についての判断を回避したとも言える。本判決は、敷引金の内容がいかなるものであっても、金額として特定していればいいとの趣旨であり、これでは賃貸人の情報が開示されたとはいいいがたい。敷引金は、様々な意味合いを含んでおり、賃料が二重に計上されているか否かは、賃借人には分からない情報である。

原田剛教授は、① 本判決は、敷引特約を通常損耗等補修費用を賃借人に負担させる趣旨のものであると一般的に解釈したのに対し、最高裁7月判決は、敷引特約の一般的な性質決定をすることなく、敷引の金額にのみ着目するだけであって、最高裁の各小法廷において敷引特約の性質を明確に確定できていないこと、② 本件敷引特約において1年未満の解約の場合、敷引総額の半額以上が控除されるのであるが、これは通常損耗等補修費用の控除といえないこと、③ 本件において存在する負担区分表に掲げられているものには、通常損耗等補修費用といえないものが含まれていること、④ 本判決は、敷引特約の合意が成立している場合には、その反面として通常損耗等補修費用が賃料に含まれていないものとして賃料の額が合意されているとしているが、このような当事者意思の解釈は、公平・合

---

20) 小野秀誠「判批〔平成23年3月判決〕」リマークス45号33頁〔2012年〕。

21) 島川・前掲注5) 法時84巻2号111頁、112頁。

理的なものとはいえないこと、⑤ 結局、本判決、平成23年7月判決、更新料についての最高裁判例を含め、最高裁判決は、名目の如何に関わらず支払うべき額を賃借人が明確に認識していれば、それがどんぶり勘定的金額であり、敷引特約等の性質・内容が極めて曖昧であっても、高額に過ぎない限りは賃借人に不利益はないと考えているのであって、最高裁の判断は、現在の社会状況（良識）とも大きく乖離しており、その反面、事業者としての賃貸人に対して極めて寛容な態度を示していると言わざるを得ない、そしてまたこのことは、消費者契約の解釈（価値判断）基準を示していると考えられる消費者契約法1条との関係で重大な疑念を抱かせるものである、とされている<sup>22)</sup>。

城内准教授は、本判決のように、敷引特約には一定の合理性が認められるとしても、問題は敷引額であり、敷引額が通常損耗等補修費用の実額に比して高額であるとすれば、敷引金の名の下に、実質的に別費用の費用が徴収されていることを意味し、本判決は、敷引金につき、通常損耗等補修費用としての法的性質しか判断していないのだから、別費目については、新たに10条の判断が必要となるはずであり、本判決が賃料額や礼金等の一時金の有無およびその額等を参照することで、実額と乖離した費用徴収が認められるとすれば、最高裁の論理は矛盾を孕むことになる、また、本件敷引金の額が高額に過ぎるとはいえないとした点は到底説得力を有しないのであり、本件敷引特約は、10条により無効と判断すべきであろうとされる<sup>23)</sup>。

谷山智光弁護士は、本判決は、本件契約が更新される場合に1か月分の賃料相当額の更新料の支払義務を負う他には、礼金等の他の一時金を支払う義務を負っていないことを、本件敷引特約が有効であることの理由としているが、更新料や礼金も法律上に根拠を有するものではなく、その有効

---

22) 原田剛「最判平成23年3月24日『敷引特約』解釈への疑念」消費者法ニュース89号130頁以下〔2011年〕。

23) 城内・前掲注6) 速報判例解説9巻89頁以下。

性が問題となっており、それらの有効性について検討を加えることなく、上記のような理由で本件敷引特約が有効であるとするのは妥当ではないとされる<sup>24)</sup>。

平尾嘉晃弁護士は、通常損耗等補修費用の負担は、使用収益させる義務の内容として賃貸人が負うものであり、本判決は、補修費用に充てるために賃貸人が取得する金額を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ないとするが、これは、「不当請求であっても、いくら不当請求されるか判らないより、金額が判れば『紛争防止』になっている。」というだけのものであり、ここにどのような正当性が見いだせるのか極めて疑問である、また、本判決は、敷引特約があれば、その分、通常損耗分は賃料から除外され、その結果、敷引金が賃料の一部を構成するとする理論構成をとるが、使用期間と対応しない形で設定されている敷引金が賃料の一部であるという意味は存在しない、本判決の判断の背景には、契約の主要な目的や価格に関する事項は市場に委ねられるべき事柄として不当条項審査から外すべきかという中心条項・価格条項の議論があるかもしれないが、誰がみても価格であることが明らかである場合に限ってそのように扱うべきであって、敷引特約のように何の対価なのか不明であるものについては、そのように扱うべきではないのではないか、最高裁には、敷引金は「事業者の収益の一部」という側面を重視して、賃料の一部として構成すると考えてもよいという論理があるように思われるが、立場上劣位にある賃借人であり、しかも情報力・交渉力に格差のある消費者であるという、二重の劣位、格差の問題であることを、最高裁にはいま一度認識してもらいたいと思う、とされている<sup>25)</sup>。

---

24) 谷山智光「敷引特約最高裁判決について」消費者法ニュース88号229頁〔2011年〕。

25) 平尾嘉晃「更新料・敷引特約に関する判例の動き」自由と正義2012年7月号38頁以下〔2012年〕。

(2) 最三小判平成23年7月12日（平成23年7月判決）について

平成23年7月判決についても、批判的学説が多数である。

(a) 敷引特約の成立について

執行秀幸教授は、本件敷引特約はそもそも成立していない疑いがあるとされる<sup>26)</sup>。すなわち、敷引特約が賃借人に通常損耗等補修費用を負担させる趣旨だとすると、平成17年判例は、賃借人が負担する通常損耗の条項自体に具体的に明記されている等、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が、本件敷引金の性質の内容は、契約書に何ら明示されていない。多数意見・補足意見もそのことにつき何ら触れていない。そこで、賃借人は返還されない金額は認識できたとしても、それは何の対価かを認識もできない状況下で合意したといえるからである。

島川勝弁護士は、本判決も、特約の成立につき平成23年3月判決の場合と同様、平成17年判例との乖離があるとされている（上記1(a)参照<sup>27)</sup>）。

(b) 消費者契約法10条前段該当性

学説上、これについて特に論じるものは見当たらない。

(c) 消費者契約法10条後段該当性

島川弁護士は、本判決についても、平成23年3月判決の場合と同様の批判をされる（上記1(c)参照<sup>28)</sup>）。

執行教授は、本判決は、敷引特約を明確に認識して契約を締結していれば、合理的選択が可能で、原則として、10条後段要件は満たされないとするが、次のような理由で、これは問題であるとされる<sup>29)</sup>。すなわち、本判

---

26) 執行秀幸「判批（平成23年7月判決）」新・Watch 10巻71頁 [2012]。

27) 島川・前掲注 5) 法時84巻2号110頁。

28) 島川・前掲注 5) 法時84巻2号110頁以下。

29) 執行・前掲注 26) 新・Watch 10巻71頁以下。

決は、敷引特約の消費者契約法10条適用の検討に当たり、本件敷引特約の性質の具体的内容も、その合理性も問題にしていないが、これは妥当ではない。賃料以外に賃借人が金銭的負担を負う場合、それが何の対価であるかが明確でない限り10条後段要件に該当する可能性があるし、敷引特約の合理性も疑わしく、内容も不明確ないし不合理な敷引金の支払特約を有効と解することはできないというべきであろう。また、本判決は、敷引特約による負担を賃借人が明確に認識しているのだから、自らにとって有利な物件を選択できるとするが、居住用建物賃借人が、当該敷引特約の正確な内容を認識するのは困難であり、合理的な物件選択は難しいと言うべきである。さらに、本判決は、敷引金が高額に過ぎる場合は、10条後段要件該当性を肯定するが、その基準も明確かつ合理的とはいえない。

中川敏宏准教授は、本判決の反対意見が指摘するように、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、また、通常損耗補修特約に関する平成17年判例は、その特約が認められるためには、明確な合意が必要としており、本判決が採用する判断基準は、平成17年判例の趣旨とも矛盾するおそれがあるとして、本判決を批判される<sup>30)</sup>。

## 5 検 討

### (1) 敷引特約の成立について

平成23年3月判決も平成23年7月判決も、ともに当該敷引特約が成立したことを前提としている。

すでに4(1)(a)で見たように、山本豊教授は、平成23年3月判決について、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

---

30) 中川敏宏「判批〔平成23年7月判決〕」法学セミナー683号124頁〔2011年〕。

損耗等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は、認識・覚悟して契約締結の得失判断をすることが十分期待されるから、敷引特約は成立しているとされる。これに対して潮見佳男教授は、敷引金により通常損耗等補修費用を賃借人に負担させようとするれば、その旨の合意が両当事者間で成立していたのかどうかの検証が不可欠となり、その際に単に敷引条項のみを見ただけでは足りないものであり、通常損耗等補修の判断に甘さがなかったのかが問われなければならないとされる。このほかにも敷引特約の成立を慎重に認定すべきとする学説が多い。

敷引特約の法的性質は、後述のように、一義的ではなく、また様々な要素を含んでいるのであるから、賃貸人から敷引特約の法的性質の十分な説明を受けないまま、賃借人が当該物件につき賃貸借契約を締結するために、やむをえず敷引特約を伴う敷金契約を締結したときは、敷引特約の成立自体に疑義が生じうる可能性もないわけではなかろう。

## (2) 消費者契約法10条前段該当性について

平成23年3月判決のように、敷引特約が、通常損耗等補修費用賃借人負担の趣旨を含むとすると、平成23年3月判決の述べるように、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、したがって、本件敷引特約は、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、消費者契約法10条前段に該当する。さらに、平成23年3月判決の敷引特約には、通常損耗等補修費用賃借人負担の要素以外の要素を含むことも否定していないのであり、居住用建物賃貸借契約は、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契約であり（民601条）、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のであるから、消費者契約法10条前段に該当することは当然である。

平成23年7月判決は、消費者契約法10条前段該当性につき特に述べてはいない。また、この判決にあつては、本件敷引特約の法律上の性質ないし意味合いが明確にされていない。上述のように、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契約である（民601条）。したがって、本件敷引特約は、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、消費者契約法10条前段に該当することは当然であるといえる。

このように、一般に敷引特約が、消費者契約法10条前段に該当するとするのは、妥当であるといえよう。

### （3）消費者契約法10条後段該当性について

#### （a）平成23年3月判決とその問題点

##### i 平成23年3月判決の理由

平成23年3月判決は、2(4)②で見たように、① 敷引特約が付され、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こと、② この場合、通常損耗等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つて、敷引特約によって賃借人が通常損耗等補修費用を二重に負担するということとはできないこと、③ 通常損耗等の補修費用に充てるために賃借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ないこと、をあげて、敷引特約が、消費者契約法10条にいう、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、④ ただし、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、敷引金の額が高額に過ぎると評価すべきものである場合には、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つ

て、消費者契約法10条により無効となる、とする。

しかしながら、平成23年3月判決のこの部分については、大きな問題があるというべきである。

ii 平成23年3月判決の問題点

ア 通常損耗等修補費用と敷引金額との差額を賃貸人が取得できる根拠は何か 確かに本判決の述べるように、賃借人は、敷引金の額については明確に認識し、賃借人の負担すべき金額については明確に合意されているとはいえるのであるが、賃借人は、敷引金の内容、法的性質については十分な理解をしていない。敷引特約の要素は、様々であって、本件では通常損耗等修補費用に充てられることだけが説明されているにすぎない。敷引金額と通常損耗等修補費用が同じであるという保証は全くなく、差額が生ずる場合その差額を賃貸人が取得できることになるが、その根拠についての説明はない（同旨：城内）。

イ 賃料額から通常損耗等修補費用は控除されているか 本判決は、敷引特約が付され、敷引金の額について契約書に明示されている場合には、通常損耗等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るとするが、賃料額がその分減額されているという保証はないし、賃借人が賃料額が減額されているかを確かめることはできないであろう。

ウ 敷引特約は当事者間の紛争防止に役立っているか 本判決はまた、通常損耗等の補修費用として賃貸人が取得する金員を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ないとするが、現実には、敷引金の返還について多くの訴訟が提起されており、このことは、敷引金制度が紛争防止に寄与しているとはいえないことを示しているし、訴訟の提起が一部の賃借人に留まるからといって、敷引金制度が当事者間の円満解決に寄与しているということにはならない。なぜなら、返還される敷引金額と訴訟を提起した場合の時間や費用等の負担とを衡量して、泣き

寝入りしている賃借人は少なくないと考えられるからである。

エ 敷引金の額が高額に過ぎなければ何故に賃貸人はかかる敷引金全額を取得できるのか 本判決は、本件敷引金の額が、契約の経過年数や本件建物の場所、専有面積等に照らし、本件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を大きく超えるものとまではいえないとするが、イで述べたように、そもそも賃料額から通常損耗等修補費用が控除されているという保証はないうえに、大きく超えなければ、賃貸人は何故にそのような敷引金全額を取得できるのかについての説明は、本判決ではなされていない。

(b) 平成23年7月判決とその問題点

i 平成23年7月判決の理由

平成23年7月判決は、3(4)②③で見たように、敷引特約や礼金特約のように、賃料以外に賃借人が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は、契約書に明記されていれば、賃借人は、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できるのだから、賃借人が敷引特約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、かかる契約締結は、賃貸借契約当事者双方の経済的合理性を有する行為と評価すべきである、したがって、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、消費者契約法10条後段に該当せず有効である、ただし、敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎるなどの事情があれば無効となる、とする。

平成23年7月判決は、要するに、敷引特約や礼金特約が契約書に明記されており、賃借人自らが負担を負うことになる金額を明確に認識した上で、契約を締結した以上、敷引金の法的性質を問うことなく、かかる特約は、敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎるなどの事情のない限り、消費者契約法10条後段には該当しないとするものである。

平成23年7月判決の事案は、第1審および原審において、賃貸人が、本件敷引金の法的性質について、本件敷引金は、本件物件の付加価値（グレード）を取得する対価としての礼金（権利金）としての性質を有する、あるいは全面改装費用・グレードアップ費用としての性質を有する、等の主張をしたが、裁判所はこれらの合意の成立を認めなかったものであり、最高裁が、本件敷引特約を消費者契約法10条後段に該当せず有効であるとする結論を導くためには、敷引金の法的性質を問うことなく、上記のような論理をとるほかなかったのではないと思われる。

ii 平成23年7月判決の問題点

ア 敷引金額が契約書に明記されていれば、賃借人はより有利な物件を選択できるから、敷引特約は、当事者双方の経済的合理性を有する行為であるとする点　ここで取り扱っている賃貸借の目的物は、CD や DVD など動産のレンタルとは異なり、居住用建物であるから、典型的な特定物であり、賃貸物件毎に、専有面積、間取り、日照、築年数、耐震性、交通や買物・公共施設などの利便性、周囲の環境、などが異なることになる。その上に、敷引金、礼金、更新料などが、賃貸物件毎に多様に定められている。

そして、そもそも、多くの場合、賃借人自身、賃貸借契約締結時に、その賃貸物件にどのぐらいの期間住み続けることになるのかは、必ずしもはっきりしない。たとえば、平成23年7月判決の事案は、保証金（敷金の趣旨の保証金）100万円、敷引金60万円という関西地方においては典型的な敷引特約の事例であったが、賃借人が賃貸借を終了させ退去した時期が、賃貸借契約締結後2年を経過した時であっても、10年を経過した時であっても、一律に60万円は敷引金として賃貸人から賃借人に返還されないというものであった。その結果、仮に月額賃料が20万円で10年間変動がなかったとした場合、2年で退居したときは、実質的な月額賃料は22万5000円となり、10年で退居したときは、実質的な月額賃料は20万5000円となる。また、平成23年3月判決の事案のように、賃貸借の経過期間に応じて、敷引

金額が増加していく例もある。

賃借人が賃貸借を終了させ退去する時期が、賃貸借契約締結時には不確定であるから、敷引金額が明示されても、どの賃貸物件を選択することが、賃借人にとって有利となるのかの判断は、極めて難しいといわざるをえない（4(1)(c)で見たように、丸山教授も、敷引金のような一時金支払い方式は、給付と金銭的負担との関係の透明性を低減させ、消費者は合理的な選択を十分に行えないとされる）。平成23年7月判決の述べるように、賃借人は、敷引金という形で自らが負うこととなる金銭的な負担がはつきりしていれば、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は到底言えないというべきであろう（結論同旨：執行）。

イ 敷引金の額が高額に過ぎなければ何故に賃貸人はかかる敷引金全額を取得できるのか 本判決は、敷引金の額が高額に過ぎるなどの事情がなければ賃貸人はかかる敷引金全額を取得できるとするのであるが、その理由として挙げられたのは、上記アである。しかし、上記ア自体、誤解というべきであって、前提が間違っている以上、敷引金の額が高額に過ぎるなどの事情がなければ賃貸人はかかる敷引金全額を取得できるとする結論を導くことはできないと言うべきである。

ウ 契約自由の原則と敷引特約の有効性 平成23年7月判決が明示的に述べているわけではないが、寺田補足意見や田原補足意見に見られるように、この判決は、結局敷引特約につき当事者間で合意がなされた以上、敷引金の額が高額に過ぎない場合には、契約自由の原則により、この合意に当事者が拘束されるのは当然であるという考え方に立っているのではないかと思われる。しかし、平成23年3月判決自体、「消費者契約である賃貸借契約においては、賃借人は、——（中略）——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」とする。そこで、敷引特約は、「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みるべき場合」に当たる可能性が出てくる。そうすると、敷引特約が当事者双方にとって合理

的なものであるかが問題となり、敷引特約の法的性質が明らかにされなければならないことになる。敷引特約の法的性質については、以下の寺田補足意見が述べているが、最後に改めて検討することにする。

### iii 寺田補足意見の問題点

敷引特約の法的性質につき、寺田補足意見は、敷引金のように、居住用建物賃貸借契約に見られる賃借人への返還が予定されない一時金は、賃料との本質的な差はなく、たとえこの部分における賃借人の負担が少なくないとしても、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、多数意見は、基本的に以上のような理解に立っていると考えられる、とする。そして、寺田補足意見は、信義則との関係では、敷引金は、賃料の一部をなすという本質的な性格に鑑み、それが高額あるいは賃料との関係で高率であるということだけで契約条件としての有効性が疑われることはないとしても、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につき、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、本件においては、広く見られる敷引特約の例として、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、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を欠くものとみて、結局、多数意見の結論に落ち着くこととなる、とする。

しかし、寺田補足意見の述べるように、敷引金の法的性質が賃料の一部であるとする（このこと自体は、以下の(4)で述べるように、私も同様に考えるが）、賃借人は何故に賃料という形ではなく、賃料とは別個に敷引金という形で賃料の一部を、賃貸借契約締結時に予め賃借人から受け取ることができるのかについて説明をする必要があるはずであるが、寺田補足意見はこれについて説明をしていない。

これは、第１に、賃借人は、賃貸物を使用・収益することの対価として、賃料を支払う義務を負うが（民601条）、賃料の支払時期は、建物賃貸借の場合、原則として毎月末であるから（民601条。もっとも、１～２か月分位の賃料の前払は許容されよう）、なぜ賃借人は将来生ずる可能性のある賃料の一部を前払いしなければならないのかという問題があるからである。

また、第２に、賃貸借契約締結に当たり賃貸物の使用・収益の対価としての賃料の額を当事者は合意することになるが、賃料の一部を敷引金という形で支払うということになると、賃借人は毎月の賃料が実質的にいくらになるのか分からないまま、賃貸借契約を締結したことになるのであり、これが許されるのかという問題があるからである。これは、賃借人の多くは、賃借人本人や家族の諸事情、当該賃貸建物の住み心地などの関係で、当該賃貸建物にどのぐらいの期間住み続けることになるか十分見通せないため、賃貸借契約締結時に賃貸人に預けた敷引金が退去時に返還されないとする、賃借人としては、前記 ii アで見たように、賃貸借契約締結時には当該賃貸物件の実質的な月額賃料がいくらなのか分からないためである（ほぼ同旨：丸山）。このように、賃貸借契約締結時には実質的な賃料額が分からないまま、賃借人は敷引特約に応じさせられているのが現実であり、寺田補足意見の述べるように、敷引金が相場からみて高額あるいは高率に過ぎるなどの事情がうかがわれない限り、契約自由の原則上、本件敷引契約は消費者契約法10条後段に該当せず、有効であるとするには、大きな疑問を覚えざるを得ない。

この問題は、敷引特約の機能・法的性質の問題と関わってくるから、敷引特約の法定性質につき検討してから、あらためてコメントすることにする（以下の(4)参照）。

#### iv 田原補足意見の問題点

ア 敷引特約の法的性質を一概に論ずることは困難であり、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とする点　これに対して、田原補足意見は、より端的に、敷引特約の法的性質を一概に

論ず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とする。すなわち、田原補足意見は、岡部反対意見を批判し、敷引特約は、通常損耗費の補填の趣旨が含まれているか否かをも含めて必ずしも明確な概念ではなく、また、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とする。ところが田原補足意見は、他方で、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を設定するか、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代わりに、保証金名下の金員の預託を受けて、そのうちの一定額を敷引金とするか等、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とされる。

そうとするならば、賃貸人はそのような個々の費目の内容を当然認識していることになるが、賃借人は個々の費目の内容が賃貸人により開示されなければそれを知りようもない。居住目的の建物賃貸借契約において、賃借人は、賃料支払義務は負うが、それ以外の法律的に説明できない金銭を支払う義務はない。賃貸人が敷引金を取得しようとするならば、その法的性質について賃借人に合理的な説明をし、賃借人の納得を得たうえで賃借人と合意をすべきは当然である。敷引金には、賃借人の納得を得ることができる合理的説明をなしえない要素を含むから、賃貸人はその具体的な内容を明示できないのだといわれても仕方がないであろう。したがって、田原補足意見は、賃貸人に敷引金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とするが、消費者契約法10条が存在するもとでは、説得力を欠くというべきであろう（平成23年7月判決の事案において、賃貸人の

側は、本件第１審および原審において本件敷引特約の趣旨について、寺田補足意見とは異なり、本件物件の付加価値（グレード）を取得する対価としての礼金（権利金）、または、入居時のグレード維持の必要的改装費用・グレードアップ費用の一部であるとの主張を展開しており、賃貸人としては、その趣旨を説明しようと思えば説明できるのであるが〔もっとも、賃借人がその説明に納得して、支払に合意するかは別問題である〕、本件第１審および原審はその趣旨を合理的なものとは理解せず、そのような合意は成立していないと判断した）。

イ 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とする点　また、田原補足意見は、現代のわが国では、極めて多数の住宅が空き家であって、賃貸人は入居者の確保に努力を必要とする状況にあり、他方、賃借人は、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とする。

確かに田原補足意見の述べるように、賃貸物件の賃貸条件の情報を、賃借人は比較的広範に入手することができる。しかしながら、賃貸人は敷引特約にそれなりの意味を込めて賃借人にそれを提示しているはずであるが、賃借人は賃貸人から敷引特約の趣旨の説明を受けず、その意味を十分理解できていないにもかかわらず、提示された敷引特約につき合意しないと、いくつかの賃貸物件のうち相対的に気に入った賃貸建物につき賃貸借契約を締結し得ないことが（この点は、平成23年3月判決も認めている）、まさに賃貸人と消費者としての賃借人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を意味していると言えるのではなからうか。この点は、種類物の賃貸借や種類物の売買などの場合とは全く異なるというべきである。

ウ 敷引特約と契約自由の原則　さらに、田原補足意見は、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、賃貸人の自由であり、契約

自由の原則が適用され、その不当を論じるべきではないとする。

この点については、寺田補足意見につき述べた疑問が妥当するほか、敷引金の法的性質を検討する際に、改めてコメントすることにする（以下の(4)参照）。

v 岡部反対意見

これらの点につき、岡部反対意見は、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貸貸人の信義則上の義務であると考え、としているが、筆者も同様に考える。

(4) 敷引特約の法的性質について

以上、平成23年3月判決も平成23年7月判決もともに、敷引特約には、一定の合理性があることなどを理由に挙げ、敷引金が高額に過ぎない限り消費者契約法10条後段に該当せず、有効としたが、それぞれの判決の理由および平成23年7月判決の補足意見には、問題があり、納得できない旨を指摘した。

賃借人が当該賃貸物件につき賃貸借契約を締結するためには、貸貸人から提示された敷引特約に合意せざるを得ない現実のもとでは、敷引金の法的性質を明らかにし、それが合理性を有し、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものではないことを明らかにしないと、消費者契約法10条のもとでは、契約自由の原則を理由にその有効性を主張できないと考えべきであろう。

そこで次に、敷引金の法的性質につき検討する。

（a）敷引金の法的性質

敷引金の法的性質としては、一般に、賃貸物件の償却費、通常損耗補修費用、空室損料、賃料の補充ないし前払、礼金などがあげられている。

ところで、不動産賃貸経営においては、賃貸不動産の償却費、通常損耗補修費用、大規模修繕費用、不動産仲介業者への仲介料、固定資産税、管理費用などの諸経費や、賃貸物件に入居者がいない間の空室損料などのリスクに備えての諸費用が必要となる。これらの不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる諸経費や様々なリスクに備えての諸費用を、賃貸人は、不動産賃貸経営による収益と合わせて、賃料として賃借人から受け取ることになる。賃料額につき賃貸人と賃借人が合意して賃貸借契約を締結するのであるから、これらを賃料として受け取ることは正当なことで何ら問題はない。

しかし、関西地方などでは、賃貸人は賃貸借契約締結に当たり、賃貸人に対して敷引金を含む敷金の支払いを求める。この敷引金の法的性質は何なのか。敷引金は、本来、賃料の形で受け取るべき不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる諸経費や様々なリスクに備えての諸費用の一部を、賃貸借契約締結時に賃貸人が受領するという法的性質を有していると言ってよいのではないかと考える。その意味では、敷引金は、賃料の一部前払の性質を有していると言うこともできないわけではないが、賃貸借契約締結時には、敷引金の額は確定しているが、定期借家契約でもなければ、通常、当該賃貸借契約の存続期間は確定しているわけではないから、正確には、敷引金は、賃貸借の終了によって初めて確定する実質賃料の一部前払の性質を有していると言うべきであろう。

なお、寺田補足意見は、敷引金の法的性質について、賃料との本質的な差はない、としているが、その限りでは私も同じ見解である。

（b）賃貸人はなぜ敷引金を求めようとするのか

それでは、本来、賃料の形で受け取るべき不動産賃貸経営により賃貸人

に生じうる諸経費や様々なリスクに備えての諸費用の一部を、賃貸人は、何故に敷引金の形でも賃借人に求めるのであろうか。

これはおそらくは、不動産賃貸経営は、必ずしも先を見通せない、リスクを伴う事業であることに起因するのではないかと思われる。第1に、賃貸人にとって、入居する賃借人が、長期にわたり入居するのか、短期で退去するのか、予測することは困難である。第2に、賃借人が退去し、新たな賃借人が入居するまでの空室期間がどのぐらいになるのかも、予測することは困難である。第3に、敷金の額を超えて賃料を未納とする賃借人が出てくる可能性もあるが、これも予測が困難である（もっとも、賃料の取りはぐれについては、賃貸人が、賃借人に賃貸借契約につき、保証人または保証会社を付けさせるということで、現在ではそのリスクはかなりの程度解消されているかと思われる）。

賃借人の大半が賃料の未納もなく長期にわたり賃貸借契約を継続し、また退去後の空室期間が短ければ、賃貸人は、不動産賃貸経営に要する諸経費やリスクに備えての諸費用を賃料でもって賄うことができるが、賃借人が1～2年の短期で賃貸借を終了させて退去し、かつ、その後の空室期間が長くなるときは、これらの諸経費やリスクに備えての諸費用を短い期間の賃借人の賃料でもって賄うことができないことになる。

そこで、賃貸人としては、賃貸借契約締結時に一時金として賃借人から確実に受領できる敷引金と、賃料でもって、これらの諸経費やリスクに備えての諸費用を賄おうとしているのが、敷引特約を利用する不動産賃貸経営の実態ではないかと考えられる。現に、大阪簡裁平成26年10月24日判決（消費者法ニュース102号336頁）において、賃貸人は、原状回復費用、メンテナンス諸費用、賃貸借契約の回転率、空室率、賃料不払いリスク要因を踏まえて、敷引特約を締結している旨主張している。なお、この簡裁の判決は、平成23年3月判決の理論構成に従って判断していると見られるが、敷引金額が月額賃料の約4.3倍に相当する敷引特約を、消費者契約法10条により無効であるとしたものである。

（c）敷引特約の不合理性

敷引金は、本来、賃料の形で受け取るべき不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる諸経費や様々なリスクに備えての費用の一部を、賃貸借契約締結時に賃貸人が受領するというものであり、賃料の一部前払であるという法的性質を有していると理解すると、次のような問題が出てくる。

第１に、寺田補足意見の問題点として指摘したことであるが、賃借人は、賃貸物を使用・収益することの対価として、賃料を支払う義務を負うが（民601条）、なぜ賃借人は将来生ずる可能性のある賃料の一部を前払いしなければならないのかという問題がある。

第２に、これも寺田補足意見の問題点として指摘したことであるが、賃貸借契約締結に当たり賃貸物の使用・収益の対価としての賃料の額を当事者は合意することになるが、賃料の一部を敷引金という形で支払うということになると、多くの賃借人にとって賃貸借を終了させて賃貸物件から退居する時期は、賃貸借契約締結時には予測が困難であるから、賃借人は毎月の賃料が実質的にいくらになるのか分からないまま（前記(3)(b)iiアで検討したが、敷金100万円、敷引金額60万円のように、敷引金額が一律であれば、短期で退去する場合には、合意された月額賃料に比べて、実質賃料はかなり高額になる）、賃貸借契約を締結したことになるのであり（ほぼ同旨：丸山）、これが許されるのかという問題がある。

第３に、不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる諸経費は、ある程度計算できるが、不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる様々なリスクに備えての費用は、計算が困難である。したがって、賃貸人としては、自らが損をすることがないように、これをかなり多めに見積もって敷引金として賃借人に負担させている可能性が高いと考えられる（敷引金とほぼ同様の機能を営むと考えられる礼金は、東京、札幌、仙台などでは通常月額賃料の１か月分である。ただし、東京などではしばしば礼金特約と更新料特約が併せ締結される）。

第４に、不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる諸経費や様々なリスクに備えての費用は、本来、賃料の中に含ませるべきであるから、不動産賃

貸経営により賃貸人に生じうる諸経費や様々なリスクに備えての費用を、賃貸人が、敷引金にも含ませているということになると、賃借人は一部重複して、しかも相当多めにこれらを支払わされている可能性が高いと考えられよう。

もちろん賃貸人が欲張ってこれらの諸経費や様々なリスクに備えての費用を大きく見積もって敷引金の額や賃料額を定めると、賃借人はそのような賃貸物件については賃貸借契約を締結しないことになるから、地域毎にそれなりの相場というもの形成されようが、消費者契約法の適用される賃貸人は、事業としてあるいは事業のために不動産賃貸経営をするのであるから、関西地方における敷引金の相場は、必要以上に高額になっていると考えてよいのではなかろうか。

このように見てくると、敷引特約は、賃貸人にとって一方的に有利で、賃借人にとっては不利なものであって、平成23年3月判決や平成23年7月判決の評価とは異なり、合理性に欠ける特約であると言えよう。

(d) 不動産賃貸経営により生じうる諸経費やリスクに備えての費用は賃料に含ませるべき

以上のように、不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる諸費用や様々なリスクは、予測できないものを含むので、どうしても大きく見積もりすぎてしまうことになろうが、これらをすべて賃料の中に含ませる場合には、賃借人は賃貸物件と賃料額とが見合うと考えて賃貸借契約を締結するのであるから、特段の問題を生じない。

これに対して、不動産賃貸借経営により賃貸人に生じうる諸経費や様々なリスクに備えての費用を、敷引金にも含めた場合は、賃借人は、賃料のほかは、合理的に説明しうる敷金のようなものを除いて金銭を給付する義務を負わないし、消費者と事業者との間には情報の質及び量ならびに交渉力の格差が存在するのであるから、賃貸人としては、賃貸借契約締結時に

敷引金の法的性質につき賃借人に説明し、賃借人の十分な納得を得る必要があるというべきであろう（同旨：平成23年7月判決の岡部反対意見）。しかし実際の賃貸借契約の締結においては、このようなことは行われてはおらず、しかも、田原補足意見が率直に述べていることから推測されるように、賃貸人は賃借人に敷引金の法的性質を説明して、賃借人の十分な納得を得ることは無理だというべきであろう。

したがって、不動産賃貸経営により生じうる諸経費や様々なリスクに備えての費用を、賃貸人が敷引金として受領することは原則として認められないと考えるべきであろう。

ここで、原則として、と述べたのは、敷引金が月額賃料の1か月分位の場合まで無効とする必要はないのではないかと考えたからである。これは、東京、札幌、仙台、広島などの一般的な礼金の額にあたる。このぐらいの額であれば、長期の賃借人にとっても、短期の賃借人にとっても、賃貸借契約におけるいわば諸経費あるいは諸雑費として認容可能なのではないだろうか。この点は、なお今後の課題としたい。

## 第2章 礼金特約と消費者契約法10条

### 1 問題の所在

#### (1) 礼金特約

居住用建物賃貸借において、賃貸借契約が締結される場合、賃借人が賃貸人に対して、礼金という名目で一時金を交付する特約がなされることがある。この礼金は、賃貸借終了後も賃貸人から賃借人に返還されることはないものとして理解されている。敷引特約を伴わない敷金契約と礼金特約は一つの建物賃貸借において併存することが多いが、敷引特約と礼金特約が併存することは殆ど見られないようである（以下の(3)参照）。

居住用建物賃貸借契約における礼金特約の問題については、これを扱った裁判例も学説もあまり多くない。

## (2) 礼金特約の実情

礼金の授受がなされる地域は、全国の都市部に比較的広範囲に見られるようであるが、礼金の額および敷金の額と礼金の額との比率については、地域により大きな違いが見られるようである。

### (a) 礼金：月額賃料の 1 か月分の賃貸物件が多いと考えられる都市

東日本の諸都市では、このような賃貸物件が多いようである。もっとも、礼金：0 といった賃貸物件も相当数ある。

例えば、札幌市では、「敷金：月額賃料の 2 か月分、礼金：月額賃料の 1 か月分」が主流のようであり、仙台市でも、札幌市とほぼ同様のようであるが、「敷金：月額賃料の 2 か月分：礼金：0」といった物件も結構見られる。静岡市でも、ほぼ仙台市などと同様の傾向が見られる。

東京都区部では、「敷金：月額賃料の 2 か月分、礼金：月額賃料の 1 か月分」、または「敷金：月額賃料の 1 か月分、礼金：月額賃料の 1 か月分」が主流のようであるが、「敷金：月額賃料の 2 か月分、礼金：0」あるいは「敷金：月額賃料の 1 か月分、礼金：0」という物件もある。「敷金：月額賃料の 1 か月分、礼金：月額賃料の 2 か月分」といった、礼金額が敷金額の 2 倍といったケースや礼金が月額賃料の 2 か月分といったケースは例外のようである。横浜市もほぼ同様である。

西日本に属するが、広島市では、「敷金：月額賃料の 3 か月分、礼金：月額賃料の 1 か月分」、あるいは「敷金：月額賃料の 2 か月分、礼金：月額賃料の 1 か月分」といった物件が多いようである。岡山市でも、ほぼ同様である。

### (b) 礼金：月額賃料の 2 か月分の賃貸物件が多いが、礼金の額が敷金と同額か敷金の額より小さいと考えられる都市

名古屋市では、「敷金：月額賃料の 2 か月分、礼金：月額賃料の 2 か月分」の物件が多いようであるが、「敷金：月額賃料の 1 か月分、礼金：月

額賃料の1か月分」,「敷金：月額賃料の3か月分, 礼金：0」,「敷金：月額賃料の2か月分, 礼金：0」といった物件も見受けられる。

- (c) 礼金：月額賃料の2か月分の賃貸物件が多いが, 礼金の額が敷金の額と同額か敷金の額よりも多いと考えられる都市

大阪市では,「敷金：月額賃料の1か月分, 礼金：月額賃料の2か月分」という物件が主流であり,「敷金：月額賃料の1か月分, 礼金：月額賃料の3か月分」という物件も見られる。神戸市でも同様の傾向が見られる。

京都市でも,「敷金：月額賃料の1か月分, 礼金：月額賃料の2か月分」という物件が主流であるが,「敷金：月額賃料の1か月分, 礼金：月額賃料の3か月分」,「敷金：月額賃料の1か月分, 礼金：月額賃料の1か月分」という物件も結構多い。「敷金：月額賃料の2か月分, 礼金：月額賃料の2か月分」という物件もそれなりにある。

福岡市では,「敷金：月額賃料の2か月分, 礼金：月額賃料の2か月分」といった物件が多く見受けられ,「敷金：月額賃料の1か月分, 礼金：月額賃料の2か月分」,「敷金：月額賃料の1か月分, 礼金：月額賃料の3か月分」といった物件も結構ある。

- (d) 礼金：月額賃料の3か月分の賃貸物件が多く, しかも敷金額と礼金額との合計額が月額賃料の5か月分ほどになる賃貸物件が多いと考えられる都市

筆者が居住する阪神間の都市やこれに隣接する都市では, 居住用建物賃貸借につき,「敷金：月額賃料の2か月分, 礼金：月額賃料の3か月分」,「敷金：月額賃料の3か月分：礼金：月額賃料の2か月分」,あるいは,「月額賃料：30万円, 敷金：60万円, 礼金：90万円」,「月額賃料：15万円, 敷金：40万円, 礼金：60万円」,「月額賃料：16万円, 敷金：16万円, 礼金：40万円」といった賃貸物件が一般的に見られる。この地域では, 礼金：月額賃料の3か月分ほどの賃貸物件が多く, しかも敷金額と礼金額と

の合計額が月額賃料の 5 か月分ほどになる点に特色があるといえそうである。

(e) 礼金特約の実情のまとめ

上記(a)の都市では、礼金額は月額賃料の 1 か月分ほどで、賃貸人は、月額賃料の 1 ～ 2 か月分の、賃貸借関係において賃借人に生じた債務不履行の担保としての敷金に重点を置いているように思われる。

上記(b)の都市では、礼金額は月額賃料の 2 か月分、敷金額も月額賃料の 2 か月分であり、賃貸人は、礼金にも敷金にも重点を置いているように思われる。

上記(c)の都市では、礼金は月額賃料の 2 か月分の賃貸物件が多く、しかも礼金の額が敷金の額と同額か敷金の額よりも多いのであり、賃貸人は、敷金よりも礼金に重点を置いていると考えられる。

上記(d)の都市では、礼金は月額賃料の 3 か月分の賃貸物件が多く、敷金額がそれに比べて小さいので、賃貸人は、明らかに敷金よりも礼金に重点を置いていると言える。

礼金は、賃貸借契約が終了しても、賃借人に返還されないものとされており、その法的性質をめぐっては様々な見解が存在する。また、関西の都市部などでは、礼金の額は月額賃料の 2 ～ 4 か月分とかなりの額であるため、なぜこのような礼金を支払わなければならないのかについて賃借人側からの不満も大きい。そこで、敷引金特約についてと同様、消費者契約法 10 条に該当して礼金特約は無効とならないのかが争われている。

(3) 礼金特約と敷引特約との関係

賃貸借契約に礼金特約が付されている場合には、敷金契約には敷引特約が存在しないのが一般的である。このことから、礼金特約と敷引特約とは同じような機能、法的性質を有していることが推測される。もっとも、京都市の賃貸借の例では、「月額賃料：18.8 万円、敷金：40 万円、礼金：30

万円、敷引・償却金20万円〔退去時〕,「月額賃料：16.2万円、敷金：30万円、礼金：30万円、敷引・償却金15万円〔退去時〕」といったものも見られる。前者では、敷金から敷引金を控除した実質的な敷金20万円に対して、賃貸人は、礼金と敷引・償却金の合計額50万円を受領することになり、後者では、敷金から敷引金を控除した実質的な敷金15万円に対して、賃貸人は、礼金と敷引・償却金の合計額45万円を受領することになる。

また、賃貸物件につき、地域によって礼金特約が存在する地域と敷引特約が存在する地域とが截然と分かれているかという点と必ずしもそうではなく、同じ地域に礼金特約を使用している賃貸物件と敷引特約を使用している賃貸物件とが、混在していることもある。

## 2 判 例

礼金特約についての裁判例は少ないようである。これは、1で見たように、東京都区部をはじめ東日本の諸都市や広島市・岡山市などにおいては、礼金は月額賃料の1か月分程度で、礼金が月額賃料の2か月分以上といった居住用建物賃貸借は例外のようであるためかと思われる。礼金額が月額賃料の2～4倍といった物件は、主に関西の諸都市、名古屋市、福岡市などで見られ、このように特に礼金額が賃料額に比べて高額なケースについて、礼金の返還を求める訴訟が提起されているのが実情のようである。

### (1) 敷引特約についての平成23年3月判決より前の裁判例

敷引特約についての平成23年3月判決（第1章2）より前の礼金特約と消費者契約法10条についての裁判例として、次のようなものが見られる。

#### (a) 京都地判平成20年9月30日

京都地判平成20年9月30日（裁判所ウェブサイト）の事案は、京都市所在の賃貸マンションについて、月額賃料6万1000円、賃貸借期間約1年、礼

金18万円（月額賃料の約2.95倍）、更新料1年につき月額賃料の2か月分、という約定があり、賃借人は、7か月あまりで賃貸借契約を解約して賃貸物件から退去したところ、礼金全額が返還されなかったため、賃借人が、礼金特約は、消費者契約法10条に違反して無効であるとして、礼金の返還を求めて訴えを提起したというものである。

賃貸人は、これに対して次のような主張をした。i 本件礼金は、賃借権設定の対価および賃料の前払という複合的な法的性質を有し、十分な合理性を有している。ii 礼金の設定は、長きにわたり、慣行として承認されてきた。iii 賃貸人は賃借人に、契約書の記載や重要事項説明により、礼金の額や、礼金は賃貸借契約終了後も還付されないことなど、賃借人の経済的負担について明確にしているから、賃借人が本件賃貸借契約を結ぶか否かを判断するのに必要十分な情報を提供している。iv 賃貸物件の情報は、インターネットや情報雑誌等により巷にあふれており、消費者は瞬時にかつ容易に比較対照できる情報を手に入れることができ、その上で、賃貸物件の選択に当たり、賃料や更新料、礼金といった負担を賃貸物件の使用収益の対価として認識し、どの賃貸物件を選択するのが経済的合理性を有するか判断して、契約の申込みを行っているのであるから、賃貸人と賃借人との間に、法が介入すべき情報の格差は存在しない。v 京都市内では賃貸物件には約20%に空室があり、いわば借り手市場であり、賃貸物件の選択において賃借人の方が賃貸人よりも有利な立場にある。vi 本件賃貸人は、本件賃貸借契約において、礼金や更新料などを含めて全体の収支を計算し、その上で月額賃料を設定している。vii 本件礼金は、賃貸経営の諸経費、生活費などに既に使用されており、仮に本件礼金約定が無効となれば、他の賃貸物件の賃貸借関係にもその影響が波及することになるが、そうすると、本件賃貸人は、賃貸物件の経営において種々のリスクを負っているのに、消費者契約法が施行された平成13年4月1日以降に締結したすべての賃貸借契約について、受け取った礼金を返還しなければならないという不測の損害を被ることになる。

本判決は、次のように判断した。

i 〔本件礼金特約は、消費者契約法10条前段に該当する〕

本件礼金は、少なくとも賃料の前払としての性質を有するものというべきであるから、建物賃貸借において、毎月末を賃料の支払時期と定めている民法614条本文と比べ、賃借人の義務を加重していると考えられるから、本件礼金約定は、消費者契約法10条前段に該当する。

ii 〔本件礼金特約は、消費者契約法10条後段には該当しない〕

①〔礼金は賃料の一部前払としての性質を有する〕 礼金は、賃貸人にとっては、賃貸物件を使用収益させることによる対価として、賃借人にとっては、賃貸物件を使用収益するに当たり必要となる経済的負担として、それぞれ把握されている金員であるから、このような当事者の意思を合理的に解釈すると、礼金は、賃貸人が賃貸物件を賃借人に使用収益させる対価として、賃貸借契約締結時に賃借人から受領する金員、すなわち、賃料の一部前払としての性質を有するというべきである。なお、賃貸人は、本件礼金が賃借権設定の対価であるとも主張しているが、礼金が賃借権設定の対価であるということは、借地借家法による賃借権の保護・強化や賃貸目的物の需要供給関係に基づいて、賃料に加算されるプレミアムにほかならないから、結局のところ、賃料の前払としての性質に包含されるというべきである。

②〔本件礼金の額および礼金が賃貸借契約終了時に返還されないものであることは、賃貸借契約書・重要事項説明において明らかにされている〕 賃借人は、本件礼金約定は、記載及び説明の明確性に欠けると主張するが、本件賃貸借契約の契約書には、礼金の額が18万円であること、賃貸借契約締結後は、礼金が返還されないことが明記されており、賃借人は自己の負担すべき金額を容易に認識し得るから、本件礼金約定を無効とすべき理由はない。また、敷金と異なり、礼金が賃貸借契約終了時に返還されない性質の金員であることは一般的に周知されている事柄である。さらに、本件賃貸借契約の契約書には、賃貸借契約締結後は賃借人に礼金が返還されな

いことが明記されており、また、重要事項説明の際、不動産仲介業者は、賃借人に対し、賃貸借契約終了時に礼金が返還されないことを説明している。したがって、礼金は、何らの根拠もなく、何の対価でもなく、賃借人が一方的に支払を強要されている金員であるという賃借人の主張は理由がない。

③〔本件礼金は賃料の前払の性質を有するのであるから、賃借人は、自由な意思に基づいて、本件礼金特約が付された本件賃貸物件を選択したというべきであり、本件礼金約定を含む本件賃貸借契約の契約内容について賃借人に交渉の余地がなかったことは特段問題とするに足りない〕 また、賃借人は、情報力・交渉力の点において圧倒的優位な立場にある賃貸人は、あらかじめ契約書に礼金条項を組み込ませておくことで、不当に利益を得ることができる一方で、賃借人は、礼金条項も含めて契約全体を承諾して締結するか、これを拒否するか自由しか有していなかったと主張するが、本件礼金は賃料の前払としての性質を有するものであるから、これをあらかじめ契約書に明記して、本件賃貸借契約締結時に徴求したとしても、賃貸人は不当な利益を得ることにはならないし、建物を賃借しようとする者は、立地、間取り、設備、築年数などの賃貸物件の属性や、当該物件を一定期間賃借するに当たり必要となる経済的負担などを比較考慮して、複数の賃貸物件の中から、自己の要望に合致する（又は要望に近い）物件を選択するのであるが、その際、礼金や権利金、更新料が設定されている物件の場合には、月々に賃料という名目で受領する金員だけでなく、礼金などの一時金も含めた上で、経済的負担を算定するのが通常であり、賃借人は、礼金などの一時金も含めた上で算定された経済的負担を負うとしても、当該賃貸物件が、複数の賃貸物件候補の中で、自己の要望に最も合致すると考え、賃貸借契約を締結するのであり、賃借人にしても、これと異なる意思を有していたことを認めるに足る証拠はないから、賃借人は、自由な意思に基づいて、本件礼金約定が付された本件賃貸物件を選択したというべきであり、本件礼金約定を含む本件賃貸借契約の契約内容について賃借

人に交渉の余地がなかったことは特段問題とするに足りない。

したがって、本件礼金特約が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるような事情は認められないから、本件礼金特約が消費者契約法10条に反し無効であるとの賃借人の主張は理由がない。

結局、この京都地判平成20年9月30日は、礼金は、賃料の一部前払としての性質を有するものであるから、賃貸人は不当な利益を得ることにはならず、賃借人は、礼金は返還されない賃借人の負担であることを知り、その他の様々な賃貸条件も検討した上で、礼金特約を締結したものであるから、消費者契約法10条後段に該当しないとしたもののである。

（b）大阪簡判平成23年3月18日

大阪簡判平成23年3月18日（消費者法ニュース88号276頁）は、礼金の法的性質につき、賃料の前払であるが、副次的には賃借権設定の対価や契約締結の謝礼という趣旨も含まれているとしたものである。

事案は、大阪市内にある借家の2階部分の賃貸借につき、賃貸借期間1年、賃料月額3万円、礼金12万円という約定で賃貸借契約が締結され、賃借人は、1か月と8日間で賃貸借契約を解約し、賃貸建物を退去し明け渡したところ、礼金全額の返還がなかったので、賃借人が、礼金の返還を求めて訴えを提起したというものである。

本判決は、次のように判断した。賃貸人は、賃借人から受け取る建物使用収益の対価を、毎月の賃料だけではなく礼金等の一時金をも含めた総額をもって算定し、それを建物賃貸業経営の必要経費に充てているのが通常であり、礼金のこうした経済的機能に鑑みると、礼金は実質的には賃借人に建物を使用収益させる対価（広義の賃料）であるといえる。民法上は建物の使用収益の対価は「賃料」とであるとされている（民601条）が、賃料以外の名目で実質的な建物使用の対価を受領することも許されると解されているし、賃料は月毎の後払い（民614条）が原則であるが、前払いも認められている。礼金の主たる性質は、広義の賃料の前払であるということがで

きるが、その他にもその程度は希薄ではあるものの賃借権設定の対価や契約締結の謝礼という性質をも有している。このように礼金は一定の合理性を有する金銭給付であり、礼金特約を締結すること自体が「民法1条2項に反して消費者の利益を一方的に害するもの」であるとはいえないというべきである。

礼金は、賃料の前払ということになると、期間対応性を持たせなければ実質賃料の支払としての合理性がなくなるのであるから、予定した期間が経過する前に退去した場合は、建物未使用期間に対応する前払賃料を返還すべきである。したがって、賃貸借契約締結の際の当事者間の合意としては、礼金として支払われた金員は返還を予定していないということであるとしても、そのような合意は、契約期間経過前退去の場合に前払分賃料相当額が返還されないとする部分については、消費者の利益を一方的に害するものとして一部無効である（消費者契約法10条）というべきである。

賃借人は、契約期間1年の賃貸借契約で、1か月と8日間しか本件建物を使用せずに退去している。したがって、8日間分を1か月と換算したとしても、前払賃料として礼金12万円から控除できるのは1万円×2か月分＝2万円ということになる。そして、礼金の授受については、一次的な性質は実質賃料の前払であるが、副次的には賃借権設定の対価や契約締結の謝礼という趣旨も含まれていること等の事情をも併せて総合考慮すると、本件の場合、賃貸人が礼金から控除することのできる金額は3万円とするのが相当であり、差額の9万円は賃借人に返還すべきである。

結局、これらの裁判例においては、礼金の法的性質について、礼金は、賃料の一部前払としての性質を有するとし、あるいは、礼金の主たる性質は、広義の賃料の前払であるが、その他にもその程度は希薄ではあるものの賃借権設定の対価や契約締結の謝礼という性質をも有するとされている。なお、これらの裁判例とは異なるが、賃貸人側からの主張としては、礼金（権利金）の性質を、賃貸物件の付加価値（グレード）を取得する対価

とし、敷引金は、この趣旨で授受されたとするものも見られる（これは、敷引特約についての平成23年判決の原審における賃貸人の主張であるが、原審は、第1章3(3)(a)ii①①で見たように、本件物件においてそのような趣旨で敷引金が授受されたと認めることはできないとした）。

（２） 敷引特約についての平成23年3月判決および平成23年7月判決に見られる礼金特約と消費者契約法10条についての考え方

ところで、敷引特約についての平成23年3月判決は、先に見たように、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、原則として、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、と述べた際に、礼金は賃貸借終了時に賃借人に返還を要しないものという前提で礼金について言及したと考えられるが、礼金の法的性質については触れてはいなかった。なお、当該事案においてもそうであったように、同一の賃貸借契約に敷引特約も礼金特約も付けられているケースは、減多に見受けられない（ただし、本章1(3)参照）。

また、同じく敷引特約についての平成23年7月判決は、前述のように、賃貸借契約においては、本件敷引特約のように、賃料のほかに、賃借人が賃貸人に権利金、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、賃貸人は、通常、賃料のほか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が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ものと考えられるから、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高額に過ぎるなどの事情がない以上、これが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ということとはできないとしたのであるが、そうすると、この平成23年7月判決は、礼金特約についても、その法的性質を問題とすることなく、礼金の額および礼金は建物の明渡し後も返還されない旨が契約書に明記されていれば、原則として有効と解する立場に立っているといつてよいであろう。

### 3 学説の対応

礼金と同様、賃貸借終了後も賃借人に返還されることが予定されていない権利金については、その法的性質が多様であり（営業ないし営業上の利益〔造作・のれん・得意先など〕の対価、場所的利益に対する対価、賃料の一部前払、賃借権取得の対価、賃借権に譲渡性を付与した対価など）、主に営業用建物の賃貸借や土地の賃貸借について全国的にかなり広範に授受されていることもあり、これを論じた学説は多いが<sup>31)</sup>、居住用建物賃貸借契約における礼金の問題については、これを論じた学説はあまり見られない<sup>32)</sup>。これは、1で見たように、東京都区部をはじめ多くの大都市においては、礼金の額は月額賃料の1か月分程度であるため、特に問題視されていないからではないかと思われる。

### 4 検 討

居住用建物賃貸借についての裁判例においては、礼金の法的性質として、賃料の一部前払、賃借権設定の対価、賃貸物件の付加価値（グレード）

---

31) 奈良次郎「敷金・権利金・保証金・建設協力金」現代借地借家法講座2 借家法98頁〔1986年〕、本田純一「敷金・権利金・更新料等」借地・借家制度の比較研究272頁〔1987年〕、石外克喜・権利金・更新料の判例総合解説25頁〔2003年〕など。

32) 例えば、奈良・前掲注31)98頁は、権利金の説明において、これを「礼金」と呼ぶこともあるとされているだけである。

を取得する対価、契約締結の謝礼などがあげられているが、いずれも説得力を有しない。

賃料の一部前払という考え方に対しては、当月分賃料前月末日払いなどは合理性を有し、有効であるといつてよいが、月額賃料の２～４か月分にも当たるものを、なぜ礼金という名目で賃借人は前払いしなければならないのかの説明が必要であらう、賃料であれば、月々の賃料の中に織り込んで、賃貸人は支払いを受けるべきではないか（民法上は、614条により建物の賃料は当月末払いが原則である）、賃借権設定の対価という考え方に対しては、居住用建物賃貸借契約においては、月々の賃料の支払が対価なのであって、なぜ礼金という名目で別途それを支払わなければならないのか、賃賃物件の付加価値（グレード）を取得する対価という考え方に対しては、ごく一般的な居住用建物賃貸借において、そのような考え方は成り立ち得ないのではないか、契約締結の謝礼という考え方に対しては、当事者の合意によって成立する賃貸借契約において、なぜ賃借人が賃貸人に契約締結の謝礼を支払わなければならないのか、という批判が直ちになされうる。

すなわち、礼金特約の法的性質については、諸説が存在するが、これまでのところその法的性質は曖昧模糊の状態にあると言わざるを得ない。いみじくも敷引特約についての平成23年7月判決が述べたように、賃貸借契約においては、賃貸人は、通常、賃料のほか、権利金、敷引金、礼金など種々の名目で賃借人から賃貸人に支払われるべき一時金を総合的に考慮して契約条件を定めているというのが現実であろう。したがって、その意味では、平成23年7月判決の田原補足意見が端的に述べたように、礼金をはじめこれらの法的性質を論ずることは困難だと言えなくもない。

しかしながら、これらの点を勘案してよりストレートに言うならば、礼金特約の法的性質は、敷引特約の法的性質と同様、本来、賃料の形で受け取るべき不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる諸経費や様々なリスクに備えての諸費用の一部を、賃貸借契約締結時に賃貸人が受領するものであるということになる。その意味では、礼金は、敷引金と同様、賃料の一部

前払の性質を有していると言うこともできるわけであるが、賃貸借契約締結時には、敷引金と同様、礼金の額は確定しているが、定期借家契約でもなければ、通常、当該賃貸借契約の存続期間は確定しているわけではないから、正確には、礼金は、敷引金と同様、賃貸借の終了によって初めて確定する実質賃料の一部前払の性質を有していると言うべきものとする（以上、第1章5(4)(a)参照）。

そうすると、敷引特約について先に述べたこと（第1章5(4)(b) 賃貸人はなぜ敷引金を求めようとするのか、(c) 敷引特約の不合理性、(d) 不動産賃貸経営により生じうる諸経費やリスクに備えての費用は賃料に含ませるべき）と同じことが礼金特約についても当てはまることになる。したがって、私見によれば、不動産賃貸経営により生じうる諸費用や様々なリスクに備えての費用を、賃貸人が礼金として受領することは、消費者契約法10条に該当し、認められないと考えるべきことになる。なお、一つの居住用賃貸建物について、礼金特約と敷引特約とが付されているケースは、ほとんどない（本章1(3)）ことから、二つの特約が同一の法的性質を有していることが窺える。仮に二つの特約が付されている場合には、いずれもが上記の法的性質を有しているということになる。

もっとも、例外的に、礼金額が月額賃料の1か月分位に限定されている場合まで礼金特約を消費者契約法10条に該当して無効とする必要はないように思われる。これは、東京都区部を初め東日本の大都市や広島市・岡山市などで多く見受けられる礼金の額である。極めて短期で退去する賃借人も例外的には存在するから、そのような場合に賃貸人に生じうる損失をカバーするものとして、それを認めてもよいであろうし、長期の賃借人の場合には、月額賃料のわずかの額の前払という程度ですむ。また、現在のわが国での居住用建物の賃貸借においては、賃借人の側も1か月分の賃料程度であれば、賃料以外の名目のものであっても、賃貸人に支払うことは容認していると見られるからである。もっとも、これを礼金と呼ぶかは一つの問題であり、礼金としてではなく、敷引金と同様、賃貸借契約における

いわば諸経費または諸雑費として賃貸人にその受領を認めてよいのではないかと考える。

なお、礼金特約が付けられている関西の都市部の居住用建物賃貸借において、「賃料：月額６万円，敷金：０円，礼金：２０万円」，「賃料：月額１２万円，敷金：５万円，礼金：４０万円」，「賃料：月額１５万円，敷金：月額賃料の１か月分，礼金：月額賃料の４か月分」といった，敷金の額が月額賃料に比べて非常に少なく，礼金の額が月額賃料に比べて非常に高額であるものも見受けられる。これはおそらくは，賃貸借契約終了時において，賃貸建物の明渡しまでに発生した賃借人の債務不履行に基づく損害賠償額を敷金から控除する場合に生じうる賃貸人と賃借人との争いを回避するために，予め賃貸人が礼金の形で多額の金銭を受領してしまおうという考えが反映されているのではないかと推測される。賃貸人の気持ちは理解できないわけではないが，このような趣旨での礼金特約は，合理性を有せず，消費者契約法１０条に該当して無効とすべきは当然であろう。

わが国における礼金特約は，世界的にも特異なものであり，裁判所は，一時的には混乱を引き起こすことになるが，敷引特約と同様，勇気を持って，賃料月額１か月分を超える礼金特約は，少なくとも１か月分を超える部分については消費者契約法１０条に該当し無効であるとする判決を打ち出すべきものと考ええる。また，仮に月額賃料の１か月分の受領を賃貸人に認めるとする場合でも，礼金という名目ではなく，例えば賃貸借契約に伴う諸経費ないし諸雑費として認めるべきではないかと考える。