

現代日本の居住権法の一断面（3・完）

——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, 371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

- (1) 更新料特約の意義と実情
- (2) 更新料特約の法的性質についての諸説

2 判 例

- (1) 更新料特約に関する大阪高裁の 5 つの裁判例
- (2) 最二小判平成23年 7 月15日 (平成23年 7 月更新料判例)

3 学説の対応

- (1) 更新料の法的性質について
- (2) 消費者契約法10条該当性

4 検 討

- (1) 更新料特約の法的性質
- (2) 消費者契約法10条該当性
- (3) 更新料特約は、借地借家法30条により無効となるか

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

- (1) 通常損耗補修特約が公序良俗違反 (民法90条) に該当するか否かが争われた裁判例
- (2) 通常損耗補修特約の成立を厳格に解する裁判例
- (3) 消費者契約法10条に該当するか否かが争われた裁判例

3 学説の対応

- (1) 通常損耗補修特約と公序良俗違反
- (2) 平成17年判例について
- (3) 消費者契約法10条該当性について

4 検 討

- (1) 通常損耗補修特約の法的性質
- (2) 通常損耗補修特約の不合理性

- (3) 平成17年判例の意義と限界
 - (4) 通常損耗補修特約・定額補修分担金特約と消費者契約法10条該当性
- 第5章 む す び （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

(1) 更新料特約の意義と実情

居住用建物賃貸借契約において、賃貸借の期間を1年あるいは2年などとし、1年あるいは2年などの期間が満了して賃借人が契約の更新を望む場合、賃借人は賃貸人に対して更新料を支払わなければならない旨の特約（更新料特約）が締結されることがある。更新料の額は様々であり、1年後の更新時期に賃料月額 of 1 か月分または2 か月分の更新料を支払うとするもの、あるいは、2年後の更新時期に賃料月額 of 1 か月分または2 か月分の更新料を支払うとするものなどが見られる。

この更新料特約は、東京都区部や京都市などで、比較的多く見られるものであるが、大阪府や兵庫県などでは、あまり見られない。

わが国の居住用建物賃貸借においては、定期借家など（借地借家38条～40条）でない場合には、賃貸人に自己使用の必要性等の正当事由が備わらない限り、賃貸人は賃貸借契約の更新を拒絶することはできないのであるが（同28条）、更新料特約が締結された以上、更新料を支払わないまま賃借人が建物の使用収益を続ける場合、賃貸人は更新料を請求しうるか、更新料特約は消費者契約法10条に該当し、無効とはならないのかが問題となる。

なお、建物賃貸借契約における更新料特約の成立の経緯につき、次のような指摘があることも、留意されるべきであろう。すなわち、更新料制度は、地価高騰が激しかった昭和30年（1955年）代の都市圏において、長期にわたる借家契約の場合は、地価の高騰を賃料に反映させることが事実上難しかったために、新規賃料と継続賃料との差額を埋める方策として始

まったが、平成3年(1991年)以降、地価高騰が収まり、賃料相場の横ばいあるいは下落が目立つようになって、契約更新時に更新料を取得できるという方法に目を付けた賃貸人側が、賃貸借期間を1年ないし2年の短期に設定し、積極的に更新料徴収制度の導入を進め、さらに、不動産賃貸事業のプロとしてのノウハウを蓄積している不動産業者が、賃貸物件の仲介人、管理人として関与するようになり、素人の賃貸人を指導して、賃貸借契約に更新料特約を設けさせ、一部には更新料の一部を不動産業者が更新手数料として徴収できる方法を取り入れ、従前にも増して、積極的に更新料徴収制度の導入を進めてきた。仲介手数料と異なり、更新料制度は、賃貸建物の管理も担当する不動産業者にとって、コストや時間をほとんどかけずに利益を挙げられる極めて旨みのある制度となっている(大阪高裁平成22年5月27日〔以下の2(1)の裁判例④〕)³³⁾。

以下、判例・学説を検討するが、更新料特約については、その法的性質をどのように考えるべきかが大きな問題となっている。そこで、予め法的性質についての議論を概観しておく。

なお、更新料特約が消費者契約法10条に該当するかの検討に当たり、特約がそもそも消費者契約法の対象になるか否かも問題となり、2で検討する最二小判平成23年7月15日(民集65巻5号2269頁。以下「平成23年7月更新料判例」という。)の第1審および原審はこれについても検討し、学説でもこれを検討するものが多いが、平成23年7月更新料判例は、これについては言及せず、消費者契約法の対象となることを当然の前提としているので、この議論については、紙幅の関係上、裁判例は省略し、以下の4(2)(a)で簡単に述べるに留める。

(2) 更新料特約の法的性質についての諸説

④ 更新拒絶権放棄の対価 これは、更新料は、賃貸借の期間満了の際

33) 角田美穂子「賃借人のシルエット——消費者法の視座から」NBL 983号57頁以下〔2012年〕にも同様の指摘が見られる。

に賃貸人が更新を拒絶しないこと（更新拒絶権放棄）の対価としての法的性質を有すると考えるものである。以下の2で取り上げる平成23年7月更新料判例のいう「賃貸借契約を継続するための対価」というのも、同様の趣旨であろう。

⑥ 賃借権強化の対価 賃貸借期間が満了した場合に法定更新が生ずるときは（借地借家26条）、その後の賃貸借の期間は、期間の定めがないものとなるが（同条1項但書）、更新料特約により更新料を支払って賃貸借が更新されたときは（合意更新）、約定の賃貸借期間となるので（通常は従来と同じ期間）、その期間は賃貸借は継続するから、更新料は、賃借権強化の対価としての法的性質を有すると考えるものである。

⑦ 賃料の補充ないし前払 比較的長期の期間の定めのある建物賃貸借の場合、期間満了までに地価の上昇等により建物賃料の相場も上昇することがあるが、賃料値上げの法的手段をとることは容易ではないので、更新料特約により、値上がりした過去の賃料分を補充させたり（後払）、将来の値上がりに備えて賃料の前払をさせることができ、更新料は、賃料の補充（後払）ないし前払の法的性質を有するとするものである。2(2)で見る平成23年7月更新料判例は、更新料は一般に賃料の補充ないし前払の法的性質を有するとする。なお、平成23年7月更新料判例の最高裁調査官解説は、更新料はこのような法的性質を有するとする学説として、星野英一教授と鈴木禄弥教授の見解を挙げる³⁴⁾。もっとも、これらの学説は、借地契約における更新料に関するものであり、星野教授は、借家契約は短期であることから、更新料はあまり合理性がないとされ、合意で更新された場合、賃貸人には更新料の請求権はないと解すべきであるとされる³⁵⁾。

⑧ 使用収益の対価としての賃料の一部 この説は、居住用建物賃貸借

34) 最高裁判例解説〔民事篇〕平成23年度550頁は、星野英一・借地・借家法66頁〔有斐閣〕（1969年）、鈴木禄弥・借地法（上）〔改訂版〕525頁〔青林書院〕（1980年）を引用しているが、これらの学説は、借地契約について、このような見解をとるものである。

35) 星野・前掲注34) 495頁。

の場合、1 年、2 年といった比較的短期の賃貸借期間が定められるので、
㉔のように更新料を賃料の補充や前払としてとらえることは適切ではなく、
使用収益の対価を毎月の賃料のほか、更新料でもって收取していると
みて、更新料は、使用収益の対価としての賃料の一部という法的性質を有
するとする。この趣旨の更新料は、実質的賃料額を小さく見せかける役割
を果たしているといえる。

㉕ 賃借権設定の対価の追加分ないし補充分 この説は、建物賃借権の
設定にも一定の金銭を支払う必要があるという考えを前提とし、賃借権設
定の時点では、賃借権設定の対価として礼金を受領し、その後賃貸借が更
新されたときには、賃借権設定の対価の追加分ないし補充分として更新料
の支払を受けることができ、更新料は、賃借権設定の対価の追加分ないし
補充分としての法的性質を有するとする（後掲 2(1)(a)ii の裁判例②参照）。

㉖ 中途解約権の対価ないし中途解約の場合の空室リスクの対価 期間
の定めのある建物賃貸借の場合、賃借人が賃貸借契約をその途中で解約し
ようとする場合、3 か月前に解約の申入れをする必要があるが（民618条・
617条1項2号）、建物賃貸借契約においては、一般に約定で、賃借人は1
か月前に解約の申入れをすればよいことにしているので、更新料はこの中
途解約権の対価であるとするものである。なお、賃借人による中途解約が
なされた場合、残りの更新期間中の空室リスクが生じるから、更新料は空
室リスクの対価であるとする説もあるが、実質的には中途解約権の対価と
同じとみて差し支えないであろう。

㉗ 一種の贈与ないし謝礼 合理的に更新料の法的性質を説明できない
ため、更新料の法的性質を一種の贈与ないし謝礼とする説である。もっと
も、この説は、更新料特約を必ずしも有効とするわけではない。

2 判 例

(1) 更新料特約に関する大阪高裁の5つの裁判例

更新料特約と消費者契約法10条との関係については、更新料特約は消費

者契約法10条後段に該当せず有効であるとする前掲最二小判平成23年7月15日（平成23年7月更新料判例）が登場する前は、下級審裁判所において、見解が対立し、むしろ消費者契約法10条に該当して無効であるとする見解が優勢であった。2009年（平成21年）から2011年（平成23年）にかけて大阪高裁では、無効説に立つ大阪高判平成21年8月27日（判時2062号40頁。以下「裁判例①」という。月額賃料4万5000円、賃貸借期間1年、礼金6万円、更新料10万円〔月額賃料の2倍強〕の事案）と、有効説に立つ大阪高判平成21年10月29日（判時2064号65頁。以下「裁判例②」という。当初の月額賃料5万2000円、賃貸借期間2年、更新料：月額賃料の2か月分、礼金20万円の事案）が相次いで登場し、その後、いずれも無効説に立つ大阪高判平成22年2月24日（平成23年7月更新料判例の原審判決・金商1372号14頁。以下「裁判例③」という。月額賃料3万8000円、賃貸借期間1年、更新料：月額賃料の2か月分の事案）、大阪高判平成22年5月27日（LEX/DB 2547038。以下「裁判例④」という。賃料月額5万3000円、賃貸借期間2年、更新料月額賃料の2か月分、更新手数料〔管理会社に支払う〕1万5000円の事案）、および大阪高判平成23年4月27日（LEX/DB 25482132。以下「裁判例⑤」という。月額賃料4万8000円、賃貸借期間1年、更新料10万円の事案）が相次ぎ、注目を浴びることとなった（これらの裁判例の第1審裁判所は、裁判例⑤が天津地方裁判所である以外、いずれも京都地方裁判所）。

（a）更新料特約の法的性質

更新料特約の法的性質について、各裁判例は次のように述べた。

i 更新料特約を消費者契約法10条に該当し無効であるとした裁判例

裁判例①③④および⑤は、更新料特約は、更新拒絶権放棄の対価という法的性質（㉑）も、賃借権強化の対価という法的性質（㉒）も、有しているとは言えないとする。その上で、これらの裁判例は、次のようにいう。

裁判例①は、更新料特約は、賃料補充（㉓）の法的性質も有しているとは言えず、本件更新料は、契約更新時に賃貸人が賃借人に定額の金銭支払いを請求できることを約束したものでしかなく、その対価となるべきもの

も定められないままであって、対価性の乏しい給付というほかない、とした。裁判例③〔平成23年7月更新料判例の原審判決〕は、以下の(2)(c)でまた述べるが、更新料特約は、使用収益の対価という法的性質(㉔)も有しているとは言えず、本件の更新料は対価性が認められないか、認められたとしても対価性は乏しい、とした。裁判例④は、本件更新料には、賃料補充(㉕)、および使用収益の対価としての賃料の一部(㉖)、としての性質も認められないとし、本件賃貸借契約についても不動産業者が仲介人、管理業者として関与しており、更新時には、不動産業者は労せずして更新手数料1万5000円を受領できるのであり、本件更新料特約は、全く合理性がないとした(1(1)参照)。裁判例⑤は、本件更新料には、賃料の補充又は前払い(㉗)の法的性質も認められないし、賃借人による期間途中の解約の場合の空室リスク(㉘)についても、本件においては、賃借人が期間途中に同契約を即時に解除するときには、1か月分の賃料等を支払うべきことが定められているから、認められない、また、本件において更新料特約があることによって、その分、賃料が軽減されていることを認めるに足る証拠はない、とした。

ii 更新料特約を消費者契約法10条に該当せず有効であるとした裁判例

他方、裁判例②は、本件更新料の法的性質を賃借権設定の対価の追加分ないし補充分(㉙)であるとした。つまり、この判決は、本件のような共同住宅の賃貸人は、当該賃貸物件の提供に対する収益上可能かつ最適の対価を設定することになるが、上記対価の設定に際しては、賃貸人としては、短期間に異なる賃借人との間で新規の賃貸借契約を繰り返すことによってその都度礼金を取得することの方が経営的に有利であるが、借地借家法28条によって更新拒絶は基本的に認められないことから、その代わりに、賃貸借契約の締結時点において賃借権設定の対価として礼金の支払いを受け、賃貸借契約が更新された場合には賃借権設定の対価の追加分ないし補充分として更新料の支払いを受ける旨を予め賃借人との間で合意しておくとして、このような更新料特約は、賃貸事業の経営において効果的な

投下資本の回収及び利益追求の手段として必要かつ合理的な態度であり、更新料特約は営利事業の方法として一概に社会正義に反するとはいえないとした。

（b）更新料特約の消費者契約法10条該当性

i 更新料特約を消費者契約法10条に該当し無効であるとした裁判例

裁判例①は、本件更新料は、更新時に支払われる対価性の乏しい給付であるから、同条前段に該当する、また、本件更新料は、月額賃料と比較するとかなり高額であり、本件更新料の対価となるべきものを見いだすことはできず、本件更新料約定が維持されるべき積極的、合理的根拠を導き出すことは困難である、賃貸物件の経済的対価として更新時にしか授受されない更新料を併用することにより、法律上の対価である家賃額を一見少なく見せることは、消費者契約法の精神に照らすと許容されることではない、事業者が他の事業者と競争するには、競争条件はできるだけ明確、透明に、また誤認混同が生じないように整えられるべきである、さらに長年にわたり不動産賃貸経営に携わってきた賃貸人と、賃借人との間には、情報収集力に大きな格差があったというべきであり、更新料特約は、情報収集力の乏しい賃借人から、賃貸物件の更新に関する借地借家法の強行規定の存在から目を逸らせる面があると言われてもやむを得ない、本件更新料特約につき賃借人が実質的に対等にまた自由に取引条件の有利、不利を検討したということはできない、等から、本件更新料条項は、同条後段にも該当するとした。平成23年7月更新料判例の原審判決である裁判例③の考えは、以下の(2)(c)に掲げる。裁判例④は、本件更新料条項は、民法601条、借地借家法26条、28条に比して賃借人の義務を加重するものであるから、消費者契約法10条前段に該当する、また、本件更新料条項の合理性は認めることができず、むしろ賃借人の利益を犠牲にし、賃貸人や管理業者（フラット）の利益確保を優先した不合理な制度であること、本件更新料条項は、メリットよりデメリットの方が大きいこと、賃借人の情報力、交渉力

が賃貸人側に比べて著しく劣っていたこと、本件賃貸建物は、更新料額が高額であるのに、賃料額が低額であるとはいえないこと、本件更新料条項は、強行法規である借地借家法26条、28条（法定更新）に抵触するおそれがあること、本件更新料条項が無効と判断されても、賃貸人の不利益が大きいとはいえないこと、などを総合すれば、本件更新料条項は、消費者契約法10条後段にも該当するとした。裁判例⑤は、本件更新料条項は、賃借人に賃料に比較して大きな負担を生じさせるのに、それに見合う対価は見いだせないから、消費者契約法10条前段に該当し、また、更新料が法的根拠を欠くことにつき賃貸人が賃借人に説明したとは認められず、更新料の支払により賃借人の負担（賃料、敷金や敷引の割合など）が軽減されるという補償関係にもないから、本件更新料条項は、同条後段にも該当するとした。

ii 更新料特約を消費者契約法10条に該当せず有効であるとした裁判例

これらの裁判例に対し、裁判例②は、本件更新料条項は、借地借家法28条に比して賃借人の義務を加重するものであるから、消費者契約法10条前段に該当するが、本件更新料は、賃貸人にとって必要かつ合理的な理由のある収益であるとした上で、本件においては礼金（20万円）より2年間の更新料（月額賃料5万2000円の2か月分）は相当程度抑えられており適正な金額に留まっていること、本件更新料が存在しなければ月額賃料は当初から高くなっていた可能性があること、賃借人は仲介業者から多数の仲介物件を紹介された上、自ら当該物件を選択しているので、賃貸人と賃借人との間に、情報力および交渉力において著しい格差があったとは到底認められないこと、賃貸借契約書及び重要事項説明書には、更新料の額および更新料は返還されないものであることが明記され、そのことは賃借人も認識していたと認められるのであり、賃借人が更新料の法的意味について説明を受けていなかったとしても問題はないこと、更新料の支払により賃貸借の期間は、期間の定めのないものではなく2年間ということになり、更新料の対価に相応した利益を確定的に得ていること、などから、本件更新料

特約は、賃借人にとって信義則に反する程度にまで一方的に不利益となるものではないとして、同条後段該当性を否定した。

（2）最二小判平成23年7月15日（平成23年7月更新料判例）

この判例は、第1審判決および原審判決〔裁判例③〕とも、本件更新料特約は、消費者契約法10条に該当して無効であるとしたのに対し、原審判決のこの部分を破棄自判としたものである。

（a）事 案

賃借人は、大学進学に際し、京都市内に居住する必要があるため、平成15年4月1日、不動産管理業、不動産の仲介及び売買、不動産賃貸業等を目的とする株式会社である賃貸人との間で、京都市内の学生用マンション（48室）の一室（以下「本件建物」という。）につき、期間：1年、賃料：月額3万8000円、更新料：賃料の2か月分、定額補修分担金：12万円とする賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結し、同日、本件建物の引渡しを受けた。本件賃貸借の更新については、(1) 賃借人は、期間満了の60日前までに申し出ることにより本件賃貸借契約の更新をすることができる、(2) 賃借人は、本件賃貸借契約を更新するときは、これが法定更新であるか合意更新であるかを問わず、1年経過するごとに賃貸人に対し更新料として賃料の2か月分を支払わなければならない、(3) 賃貸人は、賃借人の入居期間にかかわらず更新料の返還、精算等には応じない、旨の条項がある。なお、賃借人は、本件建物の仲介人A株式会社から、平成15年3月14日、重要事項説明書により、「借賃及び借賃以外に授受される金銭」として、賃料2か月分の更新料、12万円の定額補修分担金があることの説明を受けた。

本件賃貸借契約は、消費者契約法10条の「消費者契約」に当たる。

賃借人は、賃貸人との間で、平成16年から平成18年までの毎年、3回にわたり本件賃貸借契約をそれぞれ1年間更新する旨の合意をし、その都

度、賃貸人に対し更新料として7万6000円を支払った。

賃借人は、平成19年4月1日以降も本件建物の使用を継続したが、その際、更新料7万6000円の支払をしていない。

本件本訴は、居住用建物を賃貸人から賃借した賃借人が、更新料の支払を約する条項（以下、単に「更新料条項」という。）は消費者契約法10条又は借地借家法30条により、定額補修分担金に関する特約は消費者契約法10条によりいずれも無効であると主張して、賃貸人に対し、不当利得返還請求権に基づき支払済みの更新料22万8000円及び定額補修分担金12万円の返還を求める事案である（定額補修分担金特約の部分については、以下略。第4章2(3)(a)参照）。これに対して賃貸人は、賃借人に対し、未払更新料7万6000円の支払を求める反訴を提起した。

（b）第1審（京都地判平成21年9月25日判時2066号95頁）の判断

第1審は、本件更新料条項は、消費者契約法10条に該当することは明らかであり、同条により無効であるとして、賃貸人に対する不当利得返還請求権に基づく支払済みの更新料22万8000円の返還請求を認めた。

すなわち、第1審は、本件更新料条項の法的性質として、更新拒絶権放棄の対価の性質（㉑）、賃借権強化の対価の性質（㉒）、賃料の補充（㉓）又は一部としての性質（㉔）、はいずれも認められないか、かなり希薄なものとしてしか認められないのであって、本件における更新料の金額とは均衡していない、したがって、本件更新料条項は、極めて乏しい対価しかなく、単に更新の際に賃借人が賃貸人に対して支払う金銭という意味合いが強い、趣旨不明瞭な部分の大きいものであって、一種の贈与的な性格（㉕）を有すると評価することもできるとした。

その上で第1審は、本件更新料条項は、消費者契約法10条前段に該当するのみならず、賃借人と賃貸人との間の本件更新料条項に関する情報の質及び交渉力の格差を背景に、その性質について賃借人が一種の誤認状態に置かれた状況で、賃借人に対価性の乏しい相当額の金銭の支払の約束と実

際の支払をさせるという重大な不利益を与え、一方で、賃貸人には何らの不利益も与えていないものであり、信義則に反する程度に、衡平を損なう形で一方的に賃借人の利益を損なったものということができるから、消費者契約法10条後段要件を充足する、としたものである。

そこで、この第1審判決を不服として賃貸人は控訴した。

（c）原審（大阪高判平成22年2月24日〔裁判例③〕）の判断

原審（裁判例③）は、第1審判決同様、本件更新料条項は消費者契約法10条に該当し無効であるとして、賃借人の請求を認容し、賃貸人の請求を棄却した。すなわち、原審判決も、本件更新料条項の法的性質として、更新拒絶権放棄の対価の性質（a）、賃借権強化の対価の性質（b）、目的物の使用収益の対価としての性質（d）はいずれも認められないから、消費者契約法10条前段に該当するとした。その上で、原審判決も、賃借人が本件の更新料条項について十分な知識、理解を有していたと認められないこと、賃貸人と賃借人との間に情報の質の格差が現に存在したことなどを挙げて、本件更新料条項は消費者契約法10条後段要件に該当し、無効であるとしたのである。

そこで、賃貸人は、原審が、本件更新料条項は、消費者契約法10条に該当して無効であるとした部分につき上告受理申立てをした。

（d）最二小判平成23年7月15日（平成23年7月更新料判例）の判断

最高裁は、本件更新料条項を消費者契約法10条により無効とした原審の上記判断は是認することができないとして、この部分について破棄自判とした。以下のような理由を挙げている。

（a）更新料の法的性質〔賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質〕 更新料がいかなる性質を有するかは、賃貸借契約成立前後の当事者双方の事情、更新料条項が成立するに至った経緯その他諸般の事情を総合考量し、具体的事実関係に即して判断される

べきであるが（最二小判昭和59年4月20日民集38巻6号610頁参照），更新料は，賃料と共に賃貸人の事業の収益の一部を構成するのが通常であり，その支払により賃借人は円満に物件の使用を継続することができることからすると，更新料は，一般に，賃料の補充ないし前払（㉔），賃貸借契約を継続するための対価（㉕）等の趣旨を含む複合的な性質を有するものと解するのが相当である。

（β）消費者契約法10条前段該当性　消費者契約法10条は，消費者契約の条項を無効とする要件として，当該条項が，民法等の法律の公の秩序に関しない規定，すなわち任意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ものであることを定めるところ，ここにいう任意規定には，明文の規定のみならず，一般的な法理等も含まれると解するのが相当である。そして，賃貸借契約は，賃貸人が物件を賃借人に使用させることを約し，賃借人がこれに対して賃料を支払うことを約することによって効力を生ずる（民法601条）のであるから，更新料条項は，一般的には賃貸借契約の要素を構成しない債務を特約により賃借人に負わせるという意味において，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に当たるといふべきである。

（γ）消費者契約法10条後段該当性　また，消費者契約法10条は，消費者契約の条項を無効とする要件として，当該条項が，民法1条2項に規定する基本原則，すなわち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をも定めるところ，当該条項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か否かは，消費者契約法の趣旨，目的（同法1条参照）に照らし，当該条項の性質，契約が成立するに至った経緯，消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断されるべきである。

更新料条項についてみると，更新料が，一般に，賃料の補充ないし前払，賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有することは，前記（α）に説示したとおりであり，更新料の支払にはおよそ経済

的合理性がないなどということはできない。また、一定の地域において、期間満了の際、賃借人が賃貸人に対し更新料の支払をする例が少なからず存することは公知であることや、従前、裁判上の和解手続等においても、更新料条項は公序良俗に反するなどとして、これを当然に無効とする取扱いがされてこなかったことは裁判所に顕著であることからすると、更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人と賃貸人との間に更新料の支払に関する明確な合意が成立している場合に、賃借人と賃貸人との間に、更新料条項に関する情報の質及び量並びに交渉力について、看過し得ないほどの格差が存するとみることもできない。

そうすると、賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載された更新料条項は、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り、消費者契約法10条にいう「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」には当たらないと解するのが相当である。

これを本件についてみると、本件条項は本件契約書に一義的かつ明確に記載されているところ、その内容は、更新料の額を賃料の2か月分とし、本件賃貸借契約が更新される期間を1年間とするものであって、上記特段の事情が存するとはいえず、これを消費者契約法10条により無効とすることはできない。また、これまで説示したところによれば、本件条項を、借地借家法30条にいう同法第3章第1節の規定に反する特約で建物の賃借人に不利なものということもできない。

以上によれば、原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな違法があり、論旨はこの趣旨をいうものとして理由がある。

3 学説の対応

学説上は、上記最高裁判例（平成23年7月更新料判例）の考え方に批判的なものが多数であるが、これに親和的な学説も見られる。

(1) 更新料の法的性質について

(a) 平成23年 7 月更新料判例の考え方に批判的な学説

平成23年 7 月更新料判例登場前の学説から見ていく。澤野順彦弁護士は、更新料は、法律上賃借人が負担すべきとする合理的理由はない以上、賃借人は更新料を支払う必要はない、賃借人が特約に基づき更新料を支払うことがあるとすれば、それは自然債務であり、贈与 (g) と考えるほかないとされた³⁶⁾。河上正二教授は、前記の大阪高裁の裁判例①と裁判例②を検討され、更新料は、賃貸人と仲介業者に対するある種の贈与あるいは自然債務的なものとして、事実上否定なく支払われているというのが現状ではないか、そして、当事者間で賃貸借契約の更新・継続を円満に行うために授受されている一種の謝金・礼金 (g) といったヌエの性格のものというほかないのではないか、とされた³⁷⁾。城内明准教授は、いずれの更新料の法的性質 (更新拒絶権放棄の対価 (a), 賃借権強化の対価 (b), 賃料の一部 (d), 賃借権設定の対価 (e)) も、当事者双方の認識としても、合理的意思表示としても認めることができないとされた³⁸⁾。

滝井繁男元最高裁判事は、平成23年 7 月更新料判例につき、更新料が賃料の補充 (c) であれば、賃料の値上げをするのが筋ではないのか、また、借り手が契約を更新する権利はもとと借地借家法で認められているのであるから、それを円滑にする経済的合理性とは何か、という疑問についての答えは示されていない、として批判された³⁹⁾。

36) 澤野順彦「更新料特約および敷引特約の効力」NBL 913号18頁以下〔2009年〕。

37) 河上正二「判批〔大阪高判平成21年 8 月27日・大阪高判平成21年10月29日〕」判評628号〔判時2108号〕177頁以下〔2011年〕。

38) 城内明「建物賃貸借契約における更新料支払特約と消費者契約法10条」国民生活研究50巻3号57頁以下〔2010年〕。

39) 滝井繁男「借家契約」法セミ683号〔巻頭言〕〔2011年〕。なお、平成23年 7 月更新料判例登場前の研究であるが、牛尾洋也教授は、これまでの更新料に関する裁判例を詳細に検討された上で、居住用建物賃貸借契約においては、賃貸人は、必要であるならば予め種々のリスクをも織り込んだ賃料設定を行い、これを明示し合意に至るほかなく、それ以外、法的な意味における対価性の枠外にある様々な一時金の授受の合意に効力を認めること

磯村保教授は、平成23年7月更新料判例は、本件更新料条項がその事実関係に即してどのような法的性質を持ち得たかについて十分な検討を行っていない、本件更新料は、契約更新の「対価」としての性質（㉑）を備えるものである、とされる⁴⁰⁾。

角田美穂子教授は、平成23年7月更新料判例の挙げる更新料の法的性質については疑問が残るとされ、賃貸住宅の8割超を所有するのは個人であって、賃貸住宅の供給過剰時代を迎え賃借人の獲得に苦慮する賃貸人の多くが、管理業務を不動産管理会社に委託し、管理会社が個人の賃貸人を指導し賃貸借契約に更新料の支払条項を設けさせて、賃貸人から、通常管理報酬とは別に更新料の半分ほどを「更新管理料」として受け取っている例が見られることも（1(1), 2(1)(a)iで見たように、裁判例④〔大阪高判平成22年5月27日〕でも指摘されている）、視野に入れる必要があるとされる⁴¹⁾。

松本恒雄教授は、借地借家法28条によって、更新拒絶には正当理由が必要だから、「賃貸借契約を継続するための対価」（㉑）という法的性質にはさほど合理性がなく、むしろ賃料の一部（㉒）、その前払だと断言すれば、有効だと言いやすくなるはずであるが、平成23年7月更新料判例は、この点の歯切れが悪いとされる⁴²⁾。

後藤巻則教授は、次のように述べられる⁴³⁾。更新拒絶権放棄の対価（㉑）については、他人に賃貸する目的で建築された居住用物件の賃貸借契約においては、通常は更新拒絶の正当事由が認められる可能性は少ないことを理由に、賃借権強化の対価（㉒）については、法定更新の場合の期

ㄴには慎重でなければならないとされた（牛尾洋也「更新料・二つの大阪高裁判決」龍谷法学42巻3号41頁〔2010年〕）。

40) 磯村保「判批〔平成23年7月更新料判例〕」平成23年度重判（ジュリ1440号）67頁〔2012年〕。

41) 角田・前掲注33) NBL 983号57頁以下〔2012年〕。

42) 松本恒雄「判批〔平成23年7月更新料判例〕」私法判例リマークス46号37頁〔2013年〕。

43) 後藤巻則「判批〔平成23年7月更新料判例〕」判評644号150頁〔2012年〕、同「判批〔平成23年7月更新料判例〕」新・判例解説 Watch 12号84頁〔2013年〕。

間の定めのない賃貸借であっても、賃貸人からの解約申入れに正当事由が備わる可能性は低いことを理由に、賃料の補充（使用収益の対価（④））については、賃借人は、更新料を更新に際し支払いを要するものとの認識を有しているとしても、賃借人が更新料を使用収益の対価と認識していたことにはならないこと、などを理由に、賃借権設定の対価の追加分ないし補充（⑤）については、賃貸人が賃借権設定の対価を求めること自体に合理性がないことを理由に、中途解約権の対価（⑥）については、中途解約権を認めない賃貸借契約は、賃借人から敬遠される可能性が高いため、賃貸人は特約で賃借人に中途解約権を認めたことを理由に、いずれも否定されるべきである。結局、更新料は、法律的には容易に説明をすることが困難である対価性の乏しい給付であるといわざるを得ない。なお、更新料の支払を贈与（⑧）としてとらえることは、当事者の意思とはかけ離れたものであろう。したがって、平成23年7月更新料判例の挙げる更新料の法的性質については疑問がある。

平尾嘉晃弁護士は、平成23年7月更新料判例は、結局のところ、金額さえ明記していれば何らかの経済的意味があるから更新料特約は有効という判断に傾斜していくであろう、これでは私的自治論への逆戻りであり、消費者契約法の存在意義が没却されることになる、「賃料補充ないし前払」（多分、④）の根拠は、当事者の一方が収益と思っているから賃料というだけであって、契約当事者双方の合理的意思表示になっていない、また、「円満に物件の使用を継続する対価」（③）については、借地借家法上、賃貸人は、正当事由なしに更新拒絶や解約申入れができないという点を完全に無視している、とされる⁴⁴⁾。

(b) 平成23年7月更新料判例に親和的な学説

加藤雅信教授は、賃貸借契約においても、契約自由の原則のもとで、民

44) 平尾嘉晃「更新料返還請求事件」法セミ685号37頁以下〔2012年〕、同「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。

法605条の「賃料」を一時金にすることも定期的に分割払いとすることも、ともに許されるはずであるという前提のもとに、更新料特約に特別の目的が定められていない場合には、更新料は賃料の前払いし賃料の補充としての意味を持つ（多分、④）ことが多い、とされる⁴⁵⁾。

松田佳久教授は、更新料に対価性があるか否かが消費者の利益が一方的に害されていることの必要不可欠の判断要素であるとされ、賃貸人の更新拒絶権放棄の対価（①）、賃借権強化の対価（②）、紛争解決金、および賃借権設定の対価の追加分ないし補充分（③）については、更新料の対価としては認められないから、これらを更新料の法的性質とすることは否定されるべきであるが、更新後の賃貸借期間の賃料前払という法的性質（④）については、賃借人が途中退居した場合には、未経過部分については精算をすることとし、かつ精算規定を契約書に明示することとする、賃貸借契約書に更新期間賃料前払である旨の明示を行い、賃借人に十分認識させる、更新料を取る代わりに月額賃料を低位にした旨明示するとともに、更新料を取らない場合の月額賃料を明示する、法定更新の場合には、更新料支払義務をなくすなどにより、合理性を有することになり、中途解約権の対価という法的性質（⑤）については、賃借人のみが、民法617条1項2号の定める3か月よりも短い予告期間（通常は1か月）で賃貸借契約を終了させることができるときには、中途解約権の対価として合理性を有することになり、また、空室リスクの衝撃緩衝剤としての機能についても、加藤説の述べるように、合理性を見いだすことができる、とされる⁴⁶⁾⁴⁷⁾

45) 加藤雅信「賃貸借契約における更新料特約の機能と効力」法時82巻8号52頁以下〔2010年〕。宮崎裕二「賃貸住宅契約と消費者契約法」法時81巻13号372頁〔2009年〕も、更新料などの一時金支払の特約も対価性を有するから、当事者の自由意思や市場経済システムによって決定されるべきとする。

46) 松田佳久「4つの大阪高裁判決と建物賃貸借契約における更新料条項」法時83巻8号112頁以下〔2011年〕。

47) 大澤彩「建物賃貸借契約における更新料特約の規制法理（上）（下）」NBL 931号23頁

(2) 消費者契約法10条該当性

(a) 平成23年 7 月更新料判例に批判的な学説

学説の多くは、消費者契約法10条前段・後段該当性を肯定する。

澤野弁護士は、更新料特約は、同条前段に該当し、更新料は賃借人の負担すべき合理的な理由がないことを賃貸人が賃借人に具体的かつ明確に説明し、賃借人がその内容を認識した上で合意されたものでない以上、同条後段に該当すると判断されるのは自然の成り行きのように思われるとされた⁴⁸⁾。河上教授は、消費者契約法10条前段および後段という二段階での判断はあまり意味のあることではない、とされた上で、民法601条によると、賃料以外の負担を予定されていない賃借人が、借地借家法28条によって原則として契約を更新できるにもかかわらず、更新料の支払を義務づけられていることは、とりもおさず、消費者の権利を制限し、義務を加重していることになりそうであり、かかる条項が、信義則に反して消費者の利益を一方的に害すると評価される場合には、当該条項は消費者契約法10条により無効となる可能性がある、ここで「一方的に」とは、「不当に不利でなければよい」といった厳格な規制への緩和的意味合いを持つものではないことにも留意すべきである、問題は、更新料という形での費用転嫁の仕組みや条件が、契約における対価的交渉や判断の基礎として「賃料」という形で賃借人の側に了解されているかどうかであることに留意しなければならない、などと述べられて、更新料特約を有効とすることに疑問を呈された⁴⁹⁾。

城内准教授は、更新料の合理性を見いだすことはできず、情報力および

↘ 頁〔2010年〕、NBL 932号63頁〔2010年〕、同「判批〔平成23年 7 月更新料判例〕」民法判例百選Ⅱ〔第 7 版〕131頁〔2015年〕。桑岡和久「判批〔平成23年 7 月更新料判例〕」民商146巻 1 号92頁〔2012年〕、幡野弘樹「判批〔平成23年 7 月更新料判例〕」法協130巻 2 号254頁〔2013年〕、藤田典子「更新料特約の消費者契約法10条該当性」阪大法学63巻 2 号343頁〔2013年〕などは、更新料の法的性質につき判断を留保する。

48) 澤野・前掲注 36) NBL 913号23頁以下。

49) 河上・前掲注 37) 判評628号179頁以下。

交渉力の格差が存在するとされ、消費者契約法10条該当性を肯定される⁵⁰⁾。

磯村教授は、平成23年7月更新料判例が、更新料特約が経済的合理性がないとは言えないとしたことにつき、契約両当事者にとって経済的合理性があるかどうかを吟味すべきであるとされ、一定の地域において更新料を支払うことが少なくないことを挙げたことにつき、ここではまさにこのような慣行の是非が問われているとされ、裁判上の和解手続における更新料支払の約束の効力が否定されていないことを挙げた点については、更新料条項がどのような場面で用いられてきたかを考慮していないとして、批判され、平成23年7月更新料判例に疑問を呈された⁵¹⁾。

角田教授は、賃貸人が個人である場合にも、不動産業者が賃貸借契約の締結および不動産の管理に深く関わっていることを指摘されて、消費者契約法10条後段の解釈において考慮すべき事業者・消費者間の「情報・交渉力の格差」も、賃貸人にのみ着目するのではなく、不動産業者の関与も踏まえる必要があるとされ、賃貸人に対する賃借人の情報・交渉力の劣位性は、従来考えられてきた以上に増幅され、構造化されているのではないかとされている⁵²⁾。

後藤教授は、平成23年7月更新料判例が、当事者の情報力、交渉力の格差につき、看過し得ないほどの格差が存すると見るべきこともできないとしたことにつき、更新料支払いの慣行の是非がまさに問われていること、裁判上の和解に更新料が使われたに過ぎないこと、などを挙げて、疑問を呈され、更新料条項は、法律上の対価である家賃額を一見少なく見せ、賃貸借の更新についての強行法規の存在から目を逸らせる役割を果たしており、賃貸人にこのような意図がある場合には、消費者契約法10条後段該当性を肯定すべきであろうとされている⁵³⁾。

50) 城内・前掲注 38) 国民生活研究50巻3号62頁以下。

51) 磯村・前掲注 40) 平成23年度重判67頁。

52) 角田・前掲注 33) NBL 983号56頁以下。

53) 後藤・前掲注 43) 判評644号153頁以下。

松本教授も、現在の借家市場は、実質的に賃料にあたる部分を別の名目の金銭として、契約締結時、契約更新時あるいは契約終了時に徴収することによって、名目上の賃料額を安く見せかけるという効果を生じさせており、多くの下級審判決が、更新料特約等を無効としていることの背景には、実質賃料額を見えにくくする取引慣行は不適正だという判断があるものと推測される、賃借人の経済的負担を賃料に一本化して明示することが、不動産賃貸市場の透明化を通じた物件の比較を容易にし、市場を活性化することにつながるものと考えたとされている⁵⁴⁾。

大澤教授も、平成23年7月更新料判例が、当事者の情報力、交渉力の格差につき、看過し得ないほどの格差が存すると見るべきこともできないとしたことにつき、後藤教授などと同様の批判をされ、また、更新料条項の賃貸借契約書への一義的かつ具体的な記載が更新料の額と更新期間の明記であるとするならば、これらは条項の成立要件に過ぎず、当事者間の情報・交渉力格差の有無を判断する上で意味ある要件とは思えず、かかる格差を否定するためには更新料条項の法的性質の説明まで要求する見解はあり得るとされた⁵⁵⁾。

平尾弁護士は、更新料特約は、賃料とは別の給付に対する対価のように偽装されていること、更新料特約は、本当は存在しないはずの幻の給付に対する対価に過ぎないこと、そして、借地借家法ルールに対する消費者である賃借人の法律の無知といった情報力・交渉力の格差が存在するのであるから、消費者契約法10条該当性は認められるとされる⁵⁶⁾。

(b) 平成23年7月更新料判例に親和的な学説

これに対して、少数ながら更新料特約は、消費者契約法10条に該当せず、有効であるとする学説も存在する。

54) 松本・前掲注 42) 私法判例リマックス46号37頁。

55) 大澤・前掲注 47) 民法判例百選Ⅱ〔第7版〕131頁。

56) 平尾・前掲注 44) 自由と正義40頁。

加藤教授は、先に見たように、更新料特約に特別の目的が定められていない場合には、更新料は賃料の前払いし賃料の補充（④）としての意味を持つことが多い、とされた上で、礼金であれ更新料であれ、賃料の前払いをさせることに合理性があるのは、賃料を月毎の定期払いにした場合は、1年間あるいは2年間などの賃貸期間中の解約（中途解約）後のリスクは、すべて賃貸人が負担することになるのに対し、月毎の賃料のほか、礼金および更新料を賃貸人が請求できるという方式にした場合には、空室リスクを賃貸人と賃借人の双方が分担することになるからであるとされ、消費者契約法10条該当性について、更新料特約がなかった場合には、その分月額賃料は当初から高くなっていたはずであるから、賃料総額は、更新料特約があってもなくても変わりはないので、更新料特約は、消費者契約法10条前段には該当しないことになる、また、空室リスクは、すべて賃貸人が負担するのが合理的であるともいえないので、更新料特約は、同法10条後段にも該当しないとされる⁵⁷⁾。

松田教授は、不動産賃貸借事業における事業者と消費者間にはかなりの「情報及び交渉力の格差」が存するのが現状であるとされた上で、更新後の賃貸借期間の賃料前払い（④）、中途解約権の対価および中途解約による空室リスクの対価（⑤）という更新料の有する複数の法的性質について、(1)(b)で見た現行の取扱いとは異なる一定の条件を付すことによって、賃貸人と賃借人との間の情報および交渉力の格差が解消され、更新料特約は有効なものとなるとされる⁵⁸⁾。つまり、松田教授の見解は、現在の更新料特約に大きな修正を加え、かつその法的性質を賃借人に確実に認識させるという前提のもとに、更新料特約は消費者契約法10条に該当しないとされているわけで、加藤教授の見解とは大きく異なるといえる。

57) 加藤・前掲注45) 法時82巻8号56頁以下。

58) 松田・前掲注46) 法時83巻8号113頁以下。

4 検 討

以上見てきたように、学説上は、平成23年7月更新料判例には、賛成できないとする見解が多数である。筆者もこの考えに立つものであるが、以下その理由を述べる。

(1) 更新料特約の法的性質

(a) 賃料の補充ないし前払 (c), 賃貸借契約を継続するための対価 (a) としての法的性質

更新料特約の法的性質を考える場合も、結局はその特約の効力が問題となるのだから、法的に一応是認されるものであることが前提になろう。

平成23年7月更新料判例は、更新料は、一般に賃料の補充ないし前払 (c), 賃貸借契約を継続するための対価 (a) 等の趣旨を含む複合的な性質を有するとしたのであるが、この点には大きな問題があるというべきである。

第1に、賃貸借契約を継続するための対価としての性質 (a) であるが、期間の定めのある居住用建物賃貸借において賃貸人が更新を拒絶するためには、賃貸建物につき賃貸人が自己使用を必要とする等の正当事由が必要であって (借地借家28条。同法30条により強行規定)、とりわけ、賃貸目的で建築された居住用建物の賃貸借契約においては、更新拒絶に正当事由が備わることはまず考えられない。すなわち、賃借人は一般に更新料などの支払なしに、賃貸借契約を更新できる。したがって、更新料に賃貸借契約を継続するための対価としての性質 (a) がある、あるいは、更新拒絶権放棄の対価としての性質 (a) があるというべきではない。

第2に、賃料の補充ないし前払としての性質 (c) であるが、1において見たように、これはもともと比較的長期の期間の定めのある建物賃貸借を前提とし、その間に賃料の上昇が想定される場合、賃料値上げの法的手段をとらずに更新料を取ることによってそのような事態に対処しようとし

たものであるから、㉔を更新料の法的性質として持ち出すのは問題である。平成23年7月更新料判例の意図は、むしろ更新料には、「使用収益の対価としての賃料の一部」という法的性質（㉔）があるということではなかろうか。

（b）賃借権強化の対価（㉕）、賃借権設定の対価の追加分ないし補充分（㉖）、または中途解約権の対価（㉗）としての法的性質

更新料にこれらの法的性質が認められない理由については、後藤教授が指摘された通りである（3(1)(a)参照）。なお、㉗の中途解約権の対価について付言すれば、居住用建物賃貸借の実情から、賃貸人は、一般に、1か月以上前の解約の予告（これがなされないときには、それに相応する1か月分の賃料相当額の支払いが必要）と、月の途中で解約となる場合には、さらに当月分の賃料全額を支払うという約定で賃借人に賃貸借の解約を認めている（中途解約権）のだから、更新料を中途解約権の対価として合理化することはできないものとする（2(1)(a) i の裁判例⑤参照）。

（c）一種の贈与ないし謝礼としての法的性質（㉘）

更新料の法的性質につき合理的な説明ができないため、このような説明をするのであるが、そのような説も、更新料特約の効力を否定するのであるし、そもそもそのように解することは、賃貸借契約両当事者の意思に反しており、更新料にこのような法的性質を認めることはできない。

（d）中途解約の場合の空室リスクの対価という法的性質（㉙）

この説は、中途解約権の対価（㉗）と解する説と実質的には違いはないと考えられるが、これについて若干コメントしておく。

加藤教授の主張されるように、居住用建物賃貸借において、賃貸借期間および更新期間が1年あるいは2年などと定められている場合、賃料を月毎の定期払いにしたときは、1年間あるいは2年間などの賃貸期間中の解

約（中途解約）後のリスクは、すべて賃貸人が負担することになるから、更新料特約は、更新後の中途解約による空室リスクを賃貸人と賃借人が負担するという法的性質（㉔）を有し、したがって合理的なものであるといえるだろうか。

ところで、空室リスクというのは、賃借人が退居してから次の賃借人が入居するまでの間の、賃貸人が賃料を收取できないリスクを指しているのであって（賃借人が退居してすぐ新たな賃借人が入居することもあるし、定められた賃貸借期間の満了後も長い間新たな賃借人が入居しないこともある）、加藤教授のように、定められた賃貸借期間や更新期間の満了までを前提にして、賃貸人は空室リスクを考えているわけではない。また、加藤教授は、期間の定めのある賃貸借の場合に、その期間毎の賃借人の使用収益権能と賃料額との均衡を考えておられるようであるが、建物賃貸借において、定期借家契約（借地借家38条）を除くと、1年あるいは2年などの賃貸借期間や更新期間が満了しても、賃貸人が期間満了の1年前から6か月前までの間に賃借人に対して、自己使用の必要性等の正当事由のある更新拒絶通知をなしえない限り、賃借人が賃貸借の更新を希望する以上、賃貸人は賃貸借の更新を拒絶できないのであるから（同法26条・28条）、居住用建物賃貸経営は、これを前提としてなされているというべきである。

そこで、建物賃貸経営を行う賃貸人は、建物賃貸経営により賃貸人に生じうる諸経費や空室リスク初め様々なリスクに備えての諸費用に、利益を加えて、賃料の額を定めることになる。空室リスクについては、賃貸人のこれまでの建物賃貸経営の経験や、不動産業者のアドバイスなどを参考に計算する。したがって、空室リスクは、賃料の中に織り込まれることになるから、賃借人が負担していることになる（これを大きく見積もりすぎると、他の賃貸人の提供する賃貸建物より賃料の額が高くなるから、相場というものは自ずと決まってくる）。ところが当初の想定に反して、賃借人退去後も長期間にわたって新たな賃借人が入居しないでいると、当初の想定を超えた部分は、空室リスクを賃貸人が負担することになる。

したがって、加藤教授は、1年間あるいは2年間などの賃貸期間や更新期間中の解約（中途解約）後のリスクは、すべて賃貸人が負担することになると述べられたが、これは、賃料には、空室リスクは一切含まれないという前提に基づくものであって、誤解であろう。このことは、裁判例④や加藤教授自身、更新料特約がなかった場合には、その分月額賃料は当初から高くなっていたはずである（空室リスクは、賃料の中に織り込まれる）とされていることから明らかであろう。

それ故、更新料の法的性質を、加藤教授の考えられるような意味における空室リスクの対価であると見ることもできない。なお、多くの建物賃貸借契約においては、賃借人が退去する場合、退居の1か月以上前に賃借人が解約の通知をすることを要し、1か月以上前の通知がなされなかったときは、月額賃料の1か月分を賃借人は賃貸人に対して支払うことが約定されている。この約定も空室リスクをできるだけ回避するための方策であるといえるし、これ自体の効力は認めてよいと考える。

（e）更新料の法的性質＝使用収益の対価としての賃料の一部（④）

それでは、賃貸人は、法定更新が通常予定されている賃貸建物につき、何故に更新料特約を結ぼうとするのか。更新料の法的性質は、使用収益の対価としての賃料の一部である（④）ということはあるか。

賃料とは、賃貸建物の使用収益の対価であり、賃貸人は、不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる諸経費（賃貸建物の償却費、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手数料、固定資産税、管理費用〔清掃費用、共用部分の光熱水道料、メンテナンス費用、賃貸人が不動産管理業者に賃貸建物の管理を委託するときの管理委託料など〕など）や様々なリスクに備えての諸費用（火災保険料や地震保険料、賃料不払いリスクや、空室リスクに備えての費用など）に、賃貸人の利益を加えて賃料の額を定めることになる。

そうすると、賃貸人が更新料特約を結ぼうとするのは、本来であれば、毎月の賃料として收取すべきものの一部を賃料としてではなく、更新

料という名目で收取するためであるとするべきであろう（前記1(1)記載の不動産業者が更新料の一部を更新手数料として受領しているケースの場合は、賃貸人が本来賃料から不動産業者に支払うべき管理委託料の一部を不動産業者が更新料から受領しているわけで、賃料の一部を構成する）。したがって、更新料には賃料を構成する種々の要素が含まれていることになる。その意味では、更新料は、賃料と共に賃貸人の事業の収益の一部を構成するのが通常であるとする平成23年7月更新料判例は正当である。その結果、更新料特約は、賃貸人が、通常法定更新が認められるべき賃貸建物においても、あたかも賃貸借の更新には更新料の支払が必要であるかのような錯覚を賃借人に与えることによって、月額賃料を見かけ上小さくするという役割を果たしている面もあるということができる（同旨：後藤、松本など）。

したがって、更新料は、賃料の一部（④）であると言っていることができるが、敷引金と同様、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、更新料は、賃貸借の終了によって初めて確定する実質賃料の一部という法的性質を有していると言ったべきであろう。その意味で、更新料は、敷引金および礼金とほぼ同様の法的性質を有していると考えてよい。

なお、一つの居住用建物賃貸借において、更新料特約と礼金特約とが重複して締結されることが多い。この場合、賃借人は、賃貸借契約締結時に礼金を、賃貸借契約更新時に更新料を支払うことになり、同様の法的性質を有する金員を賃貸人に支払っていることになると言えよう。

(2) 消費者契約法10条該当性

(a) 更新料特約は、消費者契約法10条の検討対象になるか

更新料の法的性質を、私見のように賃料の一部であると解すると、更新料特約は、消費者契約法10条の検討対象にならないとする考えも出てこないとは限らないが、消費者としての賃借人は、更新料を賃料の一部と理解しているのではなく、賃貸借を更新しようと思えば、支払わなければなら

ないものとして、あるいは、更新時にスムーズに賃貸借を更新しようと思えば、支払わなくてはならないものとして、更新料を理解しているとするべきである（後藤など）。したがって、更新料特約は、「契約の主要な目的及び価格」を定める「中心条項」であるとするのも困難であろう。そして、河上教授が指摘されるように、更新料特約の存在によって、実質的な月額賃料が押し上げられ、対価自体についての適切な判断が阻害されていると言えるから、更新料特約は、消費者契約法10条の検討対象になると解すべきである。

（b）消費者契約法10条前段該当性

平成23年7月更新料判例は、前述のように、更新料という名目の金員を賃借人に支払わせるのは、一般的には賃貸借契約の要素を構成しない債務を負わせることになるから、消費者契約法10条前段に該当するとした。私見のように、更新料は賃料の一部と解する立場からしても、更新料の法的性質如何を問わず、毎月末に支払うべき賃料以外の金員を支払わせる特約は、消費者契約法10条前段に該当するということになる。

（c）消費者契約法10条後段該当性

先に見たように（2(2)(d)γ），平成23年7月更新料判例は、①更新料の支払にはおよそ経済的合理性がないということとはできないこと、②一定の地域において、更新料の支払をする例が少なからず存することは公知であること、③従前、裁判上の和解手続等においても、更新料条項を当然に無効とする取扱いがされてこなかったこと、を挙げて、更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人と賃貸人との間に更新料の支払に関する明確な合意が成立している場合に、賃借人と賃貸人との間に、更新料条項に関する情報の質及び量並びに交渉力について、看過し得ないほどの格差が存するとみることもできないから、更新料の額が高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り、消費者契約法10条後段には該当し

ないとしたが、以下に見るように、これは適切な判断とは言えない。

i 更新料特約の不合理性

更新料の法的性質を賃料の一部であると解すると、更新料特約には、敷引特約や礼金特約と同様、次のような不合理性がある。すなわち、更新料を賃料の一部とした場合、① なぜ賃料の一部を更新料という形で、賃借人は半年も1年以上も前に前払いしなければならないのか、② 退居時期の予測は賃借人にとっても必ずしも容易ではないから、賃借人は、賃貸借契約締結時に毎月の実質賃料を把握することが困難である、また、③ 本来賃料の中に含ませて収受すべき、賃貸経営に必要な諸経費や、リスクに備えての諸費用（これは、計算が困難なので、かなり多めに見積もられることが多い）を、賃料にも更新料にも（更新料特約と礼金特約とは、しばしば一つの賃貸借契約に併存しているから、さらには礼金にも）含ませていることになる、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せられている可能性が高い。平成23年更新料判例は、更新料の支払にはおよそ経済的合理性がないなどと言うことはできないとし、また、裁判例②は、更新料は賃貸人にとって必要かつ合理的な理由のある収益であるとしたが（2 (1)(a) ii）、これらはいずれも賃貸建物経営の視点からする一方的な評価に過ぎない。

ii 情報の質および量並びに交渉力の格差

更新料特約がある場合、賃貸人は、賃貸人に自己使用の必要性等の正当事由が認められない限り更新拒絶はなしえないとの知識は有しているから、それを前提として更新料の法的性質を理解しているが、賃借人は、賃貸借期間や更新期間が満了したときに更新料を支払わないと更新が認められないという趣旨で更新料を理解して、誤認状態に置かれたまま更新料特約を結んでいるのが通常であるので、更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人と賃貸人との間に更新料の支払に関する明確な合意が成立しているとしても、更新料特約に関する情報の質および量において、看過し得ないほどの格差があるというべきである（河上・後藤・

松本・平尾なども同旨と見てよいであろう）。

また、仮に賃借人が借地借家法についての一定の知識を有していたため、更新料特約締結には納得がいけないから、更新料特約を排除して毎月 of 賃料のみで使用収益の対価を支払いたいと思っても、賃貸借契約締結において実際に交渉の相手となるのは、通常、賃貸人自身ではなく不動産仲介業者であり、また、近隣の多くの賃貸物件において、更新料特約が設けられており、しかも裁判例④の事実認定や角田教授の研究に見られるように、不動産管理業者に支払うべき報酬が更新料に含ませられているならなおさらのこと、更新料特約の排除については交渉の余地がなく、賃貸人と賃借人との間には、看過し得ないほどの交渉力の格差があるというべきである。

また、平成23年7月更新料判例の挙げた理由（(c)の冒頭参照）のうち、②と③とが理由として不適切であることは、多くの学説（磯村・角田・後藤など）が指摘する通りである（3(2)(b) i）。

このように見てくると、更新料特約は、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7月更新料判例の判断とは異なり、「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」に当たり、無効と解すべきである。

(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

敷引特約の場合に述べたように、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お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、更新料にも（さらには礼金にも）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更新料の法的性質（更新料は、賃料の一部であり、賃貸借の更新とは無関係で、賃貸人の更新拒絶に賃貸人による自己使用の必要性等の正当事由が備わらない限り、更新には金員の支払いを必要としないこと）につき賃借人に説明し、賃借人の納得を得る必要があるというべきであろう。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、仮に、賃貸人が、上記のような方法で更新料の法的性質を説明したとしても、賃借人の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、上記のような手続を取らないで賃貸人が賃借人との間で更新料特約を締結しても、消費者契約法10条に該当し、無効であると解すべきである。

敷引金や礼金の場合（第1章5(4)(d), 第2章4）と異なり、例外を認めるべきではないと考えるのは、他人に賃貸する目的で建築された居住用建物の賃貸借契約においては、賃貸人の更新拒絶には、自己使用の必要性等の正当事由が認められることはまず考えられないのに、更新料特約は、更新料を支払わないと賃貸借の更新ができないような誤解を消費者である賃借人に与えるのであって、強行規定（借地借家30条）である借地借家法28条に対する挑戦といっても過言ではないからである。

(3) 更新料特約は、借地借家法30条により無効となるか

借地借家法30条は、同法28条など同法第3章第1節の規定に反する特約で建物の賃借人に不利なものは、無効とするとするのであるが、平成23年7月更新料判例は、本件更新料特約は、これには当たらないとする。これは、この判例が、更新料の法的性質につき、賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含むとして、更新料支払にはおよそ経済的合理性がないなどということとはできない、と考えるからである。

しかしながら、すでに見たように、借地借家法28条により建物賃貸借契約につき賃貸人が更新を拒絶するためには、賃貸建物につき賃貸人が自己使用を必要とする等の正当事由が必要であって（同法30条により、この規定は強行規定）、賃貸目的で建築された居住用建物の賃貸借契約においては、更新拒絶に正当事由が備わることはまず考えられない。したがって、多くの学説が指摘しているように、平成23年7月更新料判例が、更新料には賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含むとしたのは、不適切であるというべきであるし、もし、この判例の述べるように、更新料が賃貸借契約更新の対価の趣旨を含むとするなら、賃貸借契約更新の対価に当たる部分については、更新料特約は、借地借家法30条に違反して無効というべきであろう⁵⁹⁾。

筆者は、更新料は、賃貸借契約更新の対価の趣旨を含むとは考えないから、このような構成はせず、(1)(2)で述べたことで足りる。

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

居住用建物賃貸借契約において、賃借人が通常の使用収益をすることにより賃貸建物や造作に生ずるいわゆる通常損耗については、賃借人は原状回復義務を負わず、賃貸人が自己の費用でもって修理することになる。したがって、賃貸人は、通常損耗の修理に必要な費用を、賃料の中に含めて賃料額を決定することになり、これが一般的である。

問題は、賃貸人と賃借人との間で通常損耗分の原状回復費用を賃借人が負担する旨の通常損耗補修特約を結んだ場合、この特約はどのような合意があれば成立しているといえるか、成立しているとされるとき、この特約

59) 磯村・前掲注40) 平成23年度重判67頁参照。

は有効かである。通常損耗補修特約が有効である場合には、賃借人は通常損耗についても、退去時に原状回復の義務を負い、一般に賃借人は、賃貸借終了後慌ただしく退居することになるから、賃貸人が補修をし、通常損耗補修費用を賃借人に請求しうることになる（預託された敷金があるケースでは、賃貸人は、この敷金から通常損耗補修費用を控除して敷金を返還することになる〔相殺〕）。

なお、定額補修分担金特約というものもあり（2(3)参照）、これは原状回復費用の一部負担金として定額の補修分担金（例えば、15万円とか20万円）の支払義務を賃借人が負う特約であって、通常は賃貸借契約締結時に、賃借人は賃貸人にこの定額補修分担金を支払うものとされている。また、定額補修分担金特約においては、一般に、分担金の額は、通常損耗補修費用の額より高く設定されているのであるが、差額が生じても賃借人はその返還を請求しえないとされている。

2 判 例

(1) 通常損耗補修特約が公序良俗違反（民法90条）に該当するか否かが争われた裁判例

大阪高判平成16年5月27日（以下の(2)(a)の平成17年判例の原審判決）は、(2)(a)(α)記載の特定優良賃貸住宅の供給の促進に関する法律（以下「特優賃貸法」という。）が適用される賃貸住宅を目的とする賃貸借契約の事案（賃貸人は、大阪府住宅供給公社）についてであるが、およそ次のような理由で、本件通常損耗補修特約は、公序良俗に反して無効ということはできないとした。すなわち、賃貸住宅の賃貸借契約適正化及びこれをめぐる紛争防止のために、修繕費用を賃貸人負担とする内容の標準契約書（建設大臣の諮問を受けた住宅地宅審議会会長の平成5年1月の答申の中で示されたもの）や特優賃貸法に関する運用通達や住宅金融公庫の指導において推奨されている契約書は、紛争を未然に防止する目的で作成されたもので、契約当事者にその使用を強制するものではなく、それと異なる内容の契約がすべて直ち

に賃借人に不当に不利益なものであるとか公序良俗に反するものと解されるわけではない。また、ガイドライン（旧建設省住宅局の委託を受けた財団法人不動産適正取引推進機構が平成10年3月に作成したもの）も、その使用が強制されたり法的拘束力を有したりするものではなく、そこでは「原状回復の内容、方法等については、最終的には契約内容、物件の使用の状況等によって、個別に判断、決定されるべきものである」とされている。これらの事情を考慮すれば、本件特約の内容が賃借人指摘の標準契約書や通達、ガイドライン等で推奨されている契約内容と異なることをもって、直ちに本件特約が賃借人に不当に不利益な負担であるとか公序良俗に反するものと認めることはできない。

これに対して、大阪高判平成16年7月30日（判時1877号81頁。この判決は、賃貸人の上告受理申立に対して、平成17年判例と同日に、最高裁は上告を棄却し、判決は確定したとのことである⁶⁰⁾）は、上記大阪高判平成16年5月27日とほぼ同様な事案（特優賃貸法が適用される賃貸住宅を目的とする賃貸借契約で、賃貸人も、同じく大阪府住宅供給公社）であったが、通常損耗分についてまで原状回復義務を負わせている本件負担特約は、民法並びに地方住宅供給公社法及び特優賃貸法によって形成される公序良俗に違反し無効であるとしたものである。次のような理由を挙げる。

特優賃貸法規則13条は、賃貸人は、毎月その月分の家賃を受領すること及び家賃の3月分を超えない額の敷金を受領することを除くほか、賃借人から権利金、謝金等の金品を受領し、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定めているが、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、特優賃貸法の枠組み、特優賃貸法制定前後の国会審議の状況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、同条の禁止する「不当な負担」に当たると解するのが相当である。そして、通常損耗分の原状回復義務を

60) 岡本英子「最高裁判決2006——弁護士が語る【最高裁での逆転勝訴】」法セミ626号13頁〔2007〕。

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り、現に平成14年6月には大阪府建築都市部の政策課長からの具体的な通知もされているところであるから、公法人であり、住宅の賃貸に関する業務を行うに当たり、住宅を必要とする勤労者の適正な利用が確保され、かつ、賃貸料が適正なものとなるように努めなければならない賃貸人としては、これに沿うように努めることが当然要求されているというべきである。さらに、公営住宅として多くの特優賃貸住宅を供給している賃貸人が、住宅を必要とする勤労者との関係では優越的な地位にあることも明らかである。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補修特約を賃借人に締結させることは、平成14年6月ころには、特優賃貸法の規制を著しく逸脱、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るから、その限度で本件負担特約は公序良俗に違反し無効になるというべきである。

(2) 通常損耗補修特約の成立を厳格に解する裁判例

(a) 最二小判平成17年12月16日(判時1921号61頁。以下「平成17年判例」という)

平成17年判例は、本件通常損耗補修特約は、公序良俗に反するとはいえないとした(1)掲記の大阪高判平成16年5月27日の上告審判決であるが、そもそも本件通常損耗補修特約の合意は不成立としたものである。なお、本件は、消費者契約法が施行されるより前の事案であった。

(α) 事 案 賃貸人Y(大阪府住宅供給公社)は、地方住宅供給公社法に基づき設立された法人であり、本件賃貸借契約の目的である「本件住宅」が属する共同住宅(以下「本件共同住宅」という。)は、特優賃貸法2条の認定を受けた供給計画に基づき建設された特定優良賃貸住宅であり、Yがこれを一括して借り上げ、各住宅部分を賃貸している。

Yの開催した本件共同住宅の入居説明会においては、本件共同住宅の各住宅部分についての賃貸借契約書、補修費用の負担基準等についての説明

が記載された「すまいのしおり」と題する書面等が配布され、Yの担当者から、退去時の補修費用について、賃貸借契約書の別紙「住宅修繕費負担区分表（一）」の「5. 退去跡補修費等負担基準」（以下「本件負担区分表」という。）に基づいて負担することになる旨の説明がされたが、本件負担区分表の個々の項目についての説明はされなかった。

Xは、平成10年2月1日Yとの間で、本件住宅につき賃貸借契約を締結し（賃料月額11万7900円。以下、この契約を「本件契約」、これに係る契約書を「本件契約書」という。）、その引渡しを受ける一方、同日、Yに対し、敷金35万3700円を交付した。Xは、本件契約を締結した際、本件負担区分表の内容を理解している旨を記載した書面を提出した。

本件契約書22条2項は、賃借人が住宅を明け渡すときは、本件負担区分表に基づき補修費用を賃貸人の指示により負担しなければならない旨を定めている（以下、この約定を「本件補修約定」という。）。

本件負担区分表は、補修の対象物を記載する「項目」欄、当該対象物についての補修を要する状況等（以下「要補修状況」という。）を記載する「基準になる状況」欄、補修方法等を記載する「施工方法」欄及び補修費用の負担者を記載する「負担基準」欄から成る一覧表によって補修費用の負担基準を定めている。このうち、「襖紙・障子紙」の項目についての要補修状況は「汚損（手垢の汚れ、タバコの煤けなど生活することによる変色を含む）・汚れ」、 「各種床仕上材」の項目についての要補修状況は「生活することによる変色・汚損・破損と認められるもの」、 「各種壁・天井等仕上材」の項目についての要補修状況は「生活することによる変色・汚損・破損」というものであり、いずれも退去者が補修費用を負担するものとしてゐる。また、本件負担区分表には、「破損」とは「こわれていたむこと。また、こわしていためること。」、「汚損」とは「よごれていること。または、よごして傷つけること。」であるとの説明がされている。

Xは、平成13年4月30日、本件契約を解約し、Yに対し本件住宅を明け渡した。Yは、Xに対し、本件敷金から本件住宅の補修費用として通常損

耗補修費用を含む30万2547円を差し引いた残額 5 万1153円を返還した。そこで、X は、Y に対し、Y に差入れていた本件敷金のうち未返還分30万2547円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めて、本件訴訟を提起した。

以下のことがらが本件訴訟の争点として挙げられる。

(争点 1) 本件契約における本件補修約定は、通常損耗補修費用を賃借人 X が負担する内容のものか。

(争点 2) (争点 1) が肯定される場合、本件補修約定のうち通常損耗に係る補修費用を X が負担することを定める部分は、特優賃貸法 3 条 6 号、特優賃貸法施行規則13条等の趣旨に反して賃借人に不当な負担となる賃貸条件を定めるものとして公序良俗に反する無効なものか。

(争点 3) 本件補修約定に基づき X が負担すべき本件住宅の補修箇所及びその補修費用の額。

(β) 原審(大阪高判平成16年 5 月27日)の判断 原審は、(争点 1) については、i 通常損耗補修特約は、契約自由の原則から認められること、ii 本件補修約定は、通常損耗補修費用の一部について、本件負担区分表に従って賃借人 X が負担することを定めたものであり、X と Y との間には、これを内容とする本件契約が成立していることを理由に、これを肯定し、(争点 2) については、前記(1)掲記のような理由で公序良俗違反に当たらないとし、(争点 3) については、X が負担すべきものとして本件敷金から控除された補修費用に係る補修箇所は、本件負担区分表に定める基準に合致し、その補修費用の額も相当であるとして、X の請求を棄却すべきものとした。

(γ) 平成17年判例の判断 平成17年判例は、(争点 1) に関する原審の判断のうち、通常損耗補修特約の成立を認めた ii は、以下の理由によりは認することができないとして、原判決を破棄差戻しとした。

1 賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払を内容とするものであり、賃借物件の損耗の発生は、賃貸借とい

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

2 本件契約における原状回復に関する約定を定めている本件契約書22条2項自体において通常損耗補修特約の内容が具体的に明記されているということとはできない。また、同項において引用されている本件負担区分表についても、要補修状況を記載した「基準になる状況」欄の文言自体からは、通常損耗を含む趣旨であることが一義的に明白であるとはいえない。したがって、本件契約書には、通常損耗補修特約の成立が認められるために必要なその内容を具体的に明記した条項はないというべきである。Yの行った入居説明会においても、通常損耗補修特約の内容を明らかにする説明はなかったというべきである。そうすると、Xは、本件契約を締結するに当たり、通常損耗補修特約を認識し、これを合意の内容としたものということとはできないから、本件契約において通常損耗補修特約の合意が成立しているということとはできない。

3 以上によれば、原審の上記（争点1）のiiの判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。

(b) 平成17年判例の考えを踏襲し、通常損耗補修特約の成立を否定する裁判例

以下の裁判例は、居住用建物賃貸借に関するものであり、消費者契約法の適用も考えられる事案であった。

東京地判平成25年7月18日（TKC・LEX/DB 25514207）は、退室時の貸主指定の専門業者によるハウスクリーニング代は、借主が負担するものとするとの記載が賃貸借契約書の特約条項にあった事案につき、東京地判平成25年12月19日（LEX/DB インターネット25517099）は、本件居室のクロス張替え、塗装、変色等した備品の交換費用23万1000円につき、東京地判平成27年11月13日（TKC・LEX/DB 25531999）は、賃貸借契約書に、入居中及び明渡時の修繕区分は、別紙負担区分表の通りとするとの記載がある畳表及び襖の張替費用につき、いずれも平成17年判例を引用して、賃借人負担の合意が成立しているとはいえないとした⁶¹⁾。

(3) 消費者契約法10条に該当するか否かが争われた裁判例

消費者契約法が2001年（平成13年）4月1日に施行され、賃貸人が事業者で、賃借人が消費者であるケースについては、通常損耗補修特約が消費者契約法10条に該当して無効となるかも争われるようになった。

(a) 通常損耗補修特約や定額補修分担金特約を消費者契約法10条に該当して無効とした裁判例

下級審裁判例では、このようなものが多い。

大阪高判平成16年12月17日（判時1894号19頁）は、まず、本件において、契約書上、賃料に原状回復費用を含まないことが合意されているだけのこ

61) 営業用建物賃貸借に関して通常損耗補修特約の成立を否定したものとしては、大阪高判平成18年5月23日（裁判所ウェブサイト）、東京簡裁平成21年4月10日（裁判所ウェブサイト）、東京地判平成25年8月19日（LEX/DB インターネット25514604）、東京地判平成27年8月6日（TKC・LEX/DB 25532210）などがある。

とで、実際には賃料に原状回復費用を含まないとの合意に相当する賃料算定がされたわけではないとみるのが相当であるから、賃借人に通常損耗補修費用を二重に負担させるという問題が生ずるため、通常損耗補修特約は不当であるが、公序良俗に反し無効であるとまではいえない、とした上で、本件賃貸借契約締結後に施行された消費者契約法は、施行後に更新された賃貸借契約に適用されるとし、本件通常損耗補修特約は、以下のような理由で、消費者契約法10条に該当し、無効であるとした。すなわち、①〔消費者契約法10条前段該当性〕 民法は、賃貸借契約の終了に際し、通常損耗については、賃借人は原状回復義務を負わないと規定しているといえるのであり、通常損耗補修費用を賃借人に負担させる本件原状回復特約は、民法の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いえる。②〔消費者契約法10条後段該当性〕 自然損耗等についての原状回復費用を賃借人に負担させることは、賃借人の二重の負担の問題が生じ、賃借人に不当な利得を生じさせる一方、賃借人には不利益であり、信義則にも反する。また、居住目的の建物賃貸借契約において、消費者賃借人と事業者賃借人との間では情報力や交渉力に差があるのが通常であり、自然損耗等についての本件原状回復義務負担の合意は、賃借人に必要な情報が与えられず、自己に不利益であることが認識できないままされたものであって、賃借人に一方的に不利益であり、信義則にも反する。よって、本件原状回復特約は、消費者契約法10条に該当し無効である（原審である京都地判平成16年3月16日消費者法ニュース59号60頁も同様）。

また、大阪高判平成20年11月28日（判時2052号93頁）、大阪高判平成21年3月10日（TKC・LEX/DB 25470729）、大阪高判平成22年2月24日（金判1372号14頁〔平成23年7月更新料判例の原審＝裁判例③〕）。この判決に対して、賃借人は上告受理申立てをしたが、理由を記載した書面を提出していなかったため、最高裁〔平成23年7月更新料判例〕は、上告を却下した。）、大阪高判平成22年3月11日（TKC・LEX/DB 25470735）、大阪高判平成22年3月26日（TKC・LEX/DB 25470736）は、いずれも本件定額補修分担金特約は、消費者契約

法10条などにより無効であるとしたものである。例えば、前掲大阪高判平成20年11月28日は、次のような理由を挙げる。①〔消費者契約法10条前段該当性〕 建物の賃貸借において通常損耗は、賃貸人が負担すべきものである。本件では、原状回復費用が分担金を下回る場合や、原状回復費用から通常損耗についての原状回復費用を控除した金額が分担金を下回る場合、あるいは原状回復費用のすべてが通常損耗の範囲内である場合にも、賃借人はその差額等の返還請求をすることはできない趣旨と解され、そうすると、上記の場合本件補修分担金特約は、通常損耗部分の原状回復費用の負担を強いるものであって、消費者契約法10条前段に該当する。②〔消費者契約法10条後段該当性〕 本件賃貸借契約における定額補修分担金の金額は月額賃料の2.5倍を超える16万円であること、本件補修分担金特約は、①記載のように通常損耗部分の原状回復費用の負担を賃借人に強いるものであること、入居期間の長短にかかわらず、定額補修分担金の返還請求ができないこと、本件賃貸借契約5条1項が、「新装状態への回復費用の一部負担金として」定額補修分担金の支払を定めているところからすれば、定額補修分担金には通常損耗の原状回復費用が相当程度含まれていると解されること、賃借人は、賃貸人に対し、定額補修分担金の他に礼金10万円を支払っていることなどの事情を併せ考えれば、本件補修分担金特約は、消費者契約法10条後段に該当するというべきである。

(b) 通常損耗補修特約を消費者契約法10条に該当せず有効とした裁判例

以上の裁判例に対して、東京地判平成26年5月29日(TKC・LEX/DB25519829)は、通常損耗補修特約の成立を認め、また、本件通常損耗補修特約は、消費者契約法10条に該当せず、有効であるとした(賃貸借期間1年。4回更新がなされ、5年半ほどで賃貸借終了の事案)。この裁判例は、平成17年判例を引用した上で、次のように述べた。本件賃貸借契約書には、退去の場合に、畳の表替え及び襖・障子の張替費用、室内清掃費を賃借人の負担とする旨の規定があること、賃借人の担当者であったAは、本件賃貸

借契約締結時には、賃借人に対してその旨の記載のある重要事項説明書を示して各条項について説明をしたこと、賃借人はそのような説明を受けて、賃料とは別にその様な負担を負うことについて不満に思ったがしぶしぶ了解し、本件賃貸借契約書及び本件重要事項説明書に署名押印をしたこと、からすると、本件賃貸借契約書には、賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗及び経年劣化の範囲がその条項自体に「畳の表替え及び襖・障子の張替費用、室内清掃費」という形で具体的に明記されており、賃借人はAの説明を受けてその旨を明確に認識し、それを本件賃貸借契約の合意の内容としたものと認められる。また、賃貸人は、本件物件を賃借人にきれいな状態で賃貸したこと、本件賃貸借契約の賃料は相場に照らして平均的又はそれを下回る価格であること、同契約には礼金やいわゆる敷引の定めもないこと、本件諸費用は11万1300円であり、賃料の2ヶ月分にも満たないことなどの事情に照らすと、本件特約は、民法1条2項の原則（信義誠実の原則）に違反するとまではいえないから、消費者契約法10条に違反しない。

大阪高判平成25年10月17日（消費者法ニュース98号283頁）は、退去時クリーンアップ代賃借人負担の特約について、本件契約書の特約事項欄に賃借人が賃借物件の床面積に応じて定額のクリーンアップ代を支払うことが明示されているのであるから（例えば、30m²～60m²未満は3万1500円、60m²～100m²未満は5万2500円）、賃借人がクリーンアップ代の負担を具体的かつ明確に合意していないということにならないのは明らかである、もっとも、賃貸人と賃借人との情報量及び交渉力の格差に鑑みると、当該クリーンアップ代が通常損耗の回復費用として高額すぎる場合には、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が、本件においては、これが高額すぎるとまでいうことはできない。

3 学説の対応

(1) 通常損耗補修特約と公序良俗違反

2(1)に挙げた大阪高裁の2つの判決については、通常損耗分を賃借人の負担とする部分については、少なくとも無効と解すべきとするものが見られた⁶²⁾。

(2) 平成17年判例について

平成17年判例は、通常損耗補修特約の成立につき極めて厳格な判断をしたと理解されている⁶³⁾。平成17年判例の賃借人側の代理人であった岡本英子弁護士も、賃貸人である公社の使用していた修繕費用の負担区分表は、一般の賃貸物件では見られないほど非常に詳細な内容となっている、それにも関わらず、最高裁は、条項の文言自体から通常損耗を含む趣旨であることが一義的に明白であるとはいえないとしたのだから、一般の賃貸物件で交わされている契約条項では、通常損耗補修費用を賃借人に負担させる効力は持ち得ないと考えられるとされた⁶⁴⁾。

平成17年判例の法律構成につき、学説の多くは概ねこれを支持する。丸山恵美子教授は、事業者が一方的に契約条項を設定するような場合、条項は、明確・平易であるべきという透明性の原則（消費者契約法3条1項参照）にかなうものとして、支持されてよかろうとされる⁶⁵⁾。

62) 千葉恵美子「判批〔大阪高判平成16年5月27日・大阪高判平成16年7月30日〕」判評562号〔判時1906号〕204頁以下〔2005年〕。

63) 沖野真巳「判例批評〔最二小判平成17年12月16日〕」消費者法判例百選〔別冊ジュリ200号〕58頁、吉永一行「判例批評〔最二小判平成17年12月16日〕」産大法学40巻1号106頁〔2006年〕、宮澤志穂「判例批評〔最二小判平成17年12月16日〕」判タ1210号60頁〔2006年〕、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1217号68頁〔2006年〕など。

64) 岡本・前掲注60) 法セミ626号13頁。

65) 丸山絵美子「建物賃貸借契約における通常損耗補修特約の成否」法セミ615号123頁〔2006年〕。野口恵三「判例に学ぶ No.410」NBL 833号67頁〔2006年〕、中山布紗「判批」

もっとも、この判例からすると、特約が明確かつ具体的であれば、特約の成立が認められることになり、賃貸人はそのように対応してくるであろうとの指摘がなされた⁶⁶⁾。そして、内田勝一教授は、このような状況からすると、公序良俗違反あるいは消費者契約法10条該当を理由に通常損耗補修特約を無効と解する裁判例が注目されるとされた⁶⁷⁾。

（3）消費者契約法10条該当性について

通常損耗補修特約を消費者契約法10条に該当して無効であるとした前掲大阪高判平成16年12月17日を、野口恵三弁護士、橋本恭宏教授、および執行秀幸教授は、支持され、また、定額補修分担金特約を消費者契約法10条に該当して無効であるとした京都地判平成20年4月30日（判タ1281号316頁）を、小山泰史教授は、支持された⁶⁸⁾。

4 検 討

（1）通常損耗補修特約の法的性質

平成17年判例の述べるように、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、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる通常損耗に係る投下資本の減価の回収は、通常、賃料の中に含ませてその支払を受けることにより行われている。したがって、賃貸人が賃料とは別個に通常損耗補修費用を、通常損耗補修特約によって賃借人に請求する場合、その法的性質は、やはり賃料の一部と

↘〔平成17年判例〕北九州市立大学法政論集36巻3・4号100頁〔2009年〕も支持される。

66) 丸山・前掲注65) 法セミ615号123頁、内田勝一「判批〔平成17年判例〕」平成17年度重判〔ジュリ1313号〕87頁〔2006年〕。

67) 内田・前掲注66) 平成17年度重判87頁。

68) 野口恵三「判例に学ぶ No.402」NBL 817号58頁以下〔2005年〕、橋本恭宏「判批〔大阪高判平成16年12月17日〕」金判1215号60頁〔2005年〕、執行秀幸「判批〔大阪高判平成16年12月17日〕」リマークス33号52頁〔2006年〕、小山泰史「判批〔平成17年判例〕」立命館法学325号61頁〔2009年〕。

いうべきである。

(2) 通常損耗補修特約の不合理性

賃貸人としては、当該賃貸建物の通常損耗の補修費用をおよそ計算することができ、これを賃料の中に含ませることができる。それにもかかわらず、何故に賃貸人は、通常損耗補修特約を結ぼうとするのか。

第1に考えられる理由は、通常損耗については賃借人は原状回復義務を負わないことを多くの賃借人が認識していないことに乗じて、賃貸人は、通常損耗補修費用を賃料とは別個に賃借人から収受しようとしているのではないかということである（必要な通常損耗補修費用以上に賃借人が負担させられている可能性があるし、賃借人は通常損耗等補修費用を二重に負担させられている可能性もある）。第2に考えられる理由は、建物賃貸借が数か月など1年未満で終了した場合には、通常損耗補修費用をその短期間の賃料では賄い得ないと考えて、賃貸人は通常損耗補修特約を締結させようとしているのではないかということである。

上記第1の点に関しては、賃貸人は、通常損耗補修特約を締結した場合には、通常損耗補修費用は賃料の中に含めておらず、その分賃料額は低くなっていると主張するだろうが、賃借人にはそれが事実であるか否かは分からず、また賃貸人にとってもそれが事実であることの立証は困難である。通常損耗補修特約を有効とした平成17年判例の原審判決は、本件物件について設定された具体的な賃料に、本件負担区分表で賃借人負担とされた通常損耗分に関する修繕費用が含まれているかは明確ではないが、賃借人の二重負担の主張は、立証されていないとする。しかしながら、通常損耗補修費用を、本来の賃料ではなく通常損耗補修特約によって賃借人に負担させようとするのは賃貸人なのであるから、二重負担であることの立証を賃借人にさせるのは筋違いであって、二重負担になっていないことを賃貸人に立証させるべきであり、しかしながらこれを賃貸人が立証することは困難である（前記2(3)(a)の前掲大阪高判平成16年12月17日参照）。また、ク

リーンアップ代賃借人負担特約を、消費者契約法10条後段に該当しないとした前掲大阪高判平成25年10月17日判決は、通常損耗補修費用をクリーンアップ代として賃借人が支払う旨の合意がある場合には、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るとしたが、そのような経験則は認められないというべきであろう。したがって、通常損耗補修特約を有効とすると、賃借人は通常損耗補修費用の一部ないし全部を二重に支払わせられている可能性が高いといえる（前記2(3)(a)の前掲大阪高判平成16年12月17日参照）。

上記第2の点に関しては、賃貸借期間が非常に短かった場合には、通常損耗はわずかであるし、建物賃貸借の期間が1年以上になる場合には、通常損耗は賃料で賄うことができるよう賃料額を設定することができよう。

さらに、通常損耗補修特約が有効であるとした場合、一般に賃借人は賃貸借契約終了後慌ただしく退居することになるから、賃借人が自ら業者に依頼して補修することは難しく、賃貸人が馴染みの業者に補修を依頼して、補修費用を賃貸人に請求してくることになろうが、請求された補修費用が適正な金額であるかも問題になりうる。また、補修費用が定額で定められているときは、その金額が適正かも問題になりうる。

ましてや、定額補修分担金特約のように、通常損耗分を超えて新装状態への原状回復費用の一部を賃借人が負担することとなる特約が問題であることはいうまでもない。

以上のように、通常損耗補修特約は、様々な問題を抱えた不合理なものと言わざるを得ない。

(3) 平成17年判例の意義と限界

平成17年判例は、前記2(2)(a)(α)で見た負担区分表の要修補状況の記載では、通常損耗を含む趣旨が一義的に明白であるとはいえないとしたのであるが、通常解釈からすれば、この記載は、通常損耗を含む趣旨であると

解釈される可能性が高いのではないと思われる⁶⁹⁾。したがって、平成17年判例は、通常損耗補修特約の成立につき極めて厳格な判断をしたといえるが、これは、最高裁第二小法廷の裁判官が、原審とは反対に本件通常損耗補修特約は公序良俗に違反して無効とすることは回避しつつ（賃借人側の代理人は、契約の不成立よりも、公序良俗違反を主戦場と位置づけていたとのことである⁷⁰⁾。もっとも、2(1)で見たように、本件とはほぼ同様な事案につき、通常損耗補修特約を公序良俗違反とした大阪高判平成16年7月30日に対する賃貸人からの上告を最高裁は棄却している）、賃借人に通常損耗の原状回復を認めるべきではないという結論を導こうと考えたためではないと思われる。

通常損耗補修特約の成立につき極めて厳格な判断をし、できるだけその成立を認めないとする平成17年判例の考え方は、通常損耗補修特約は不合理なものだとする私見からすれば、当然支持されるべきである。

しかしながら、平成17年判例の法律構成では、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を賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記するか、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、通常損耗補修特約が明確に合意されていると裁判所により判断されれば、特約の成立が認められ、補修費用が相場と比べて極めて高額でない限り、公序良俗違反により無効とされることはないことになろう（2(3)(b)に挙げた2つの裁判例参照。もっとも、これらの裁判例は、平成17年判例の基準からすれば、通常損耗補修特約の成立を否定することができる事案であったと思われる。）。

そこで、通常損耗補修特約の成立が認められる事案を前提に、その特約の効力を考える必要がある。そして、消費者契約法が施行されている現在では、消費者契約に当たる賃貸借契約における通常損耗補修特約や定額補修分担金特約の消費者契約法10条該当性が問題となる。

69) 奈良輝久「判例批評〔最二小判平成17年12月16日〕」法律のひろば59巻10号79頁〔2006年〕。

70) 岡本・前掲注60) 法セミ626号12頁。

（4）通常損耗補修特約・定額補修分担金特約と消費者契約法10条該当性

通常損耗補修特約・定額補修分担金特約の成立が認められた場合、この特約は、消費者契約法10条に該当して無効ということにならないか。

建物賃貸借における通常損耗の原状回復義務を賃借人は負わないのであるから（民法601条，同法616条により準用される同法594条1項。民法改正〔平29年法44号〕により，このことは明文化されたが〔改正621条〕，任意規定なので，これにより通常損耗補修特約の効力をめぐる問題に大きな変化はない），通常損耗補修特約や定額補修分担金特約は，消費者契約法10条前段に該当するといえる（敷引特約に関する平成23年3月判決。第1章2(4)）。

同法10条後段該当性はどうか。(2)で見たように，通常損耗補修特約は，賃借人にとって不利な不合理な要素を多々含むものである。それにもかかわらず，賃借人は賃貸人の提示した通常損耗補修特約に応じている。

これは，第1に，通常損耗については賃借人は原状回復義務を負わないことを認識していない賃借人が多いことによる。また，第2に，当該建物につき賃貸借契約を締結しようとする賃借人は，賃貸人側から提示された通常損耗補修特約に応じなければ賃貸借契約を締結できないことによる。

つまり，賃貸人と消費者としての賃借人との間には，情報の質及び量並びに交渉力において大きな格差があるといえることができる。

したがって，消費者契約である建物賃貸借契約における通常損耗補修特約は，民法1条2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で，消費者契約法10条に該当し無効と解すべきであろう。

なお，2(3)(b)に挙げた消費者契約法10条該当性を認めなかった前掲東京地判平成26年5月29日は，平成17年判例における基準の当該事案へのあてはめからすれば，特約の成立自体が否定されるべき事案であったし（2(2)(b)の裁判例参照），特約の成立が認められたとしても，この判決における特約は，通常損耗がわずかであっても，畳・襖の張替え費用を賃借人に義務づけるものであって，本件特約は消費者契約法10条に該当し無効とすべき

であったと考える。前掲大阪高判平成25年10月17日についても、同様である。

第5章 む す び

以上、居住用建物賃貸借における敷引特約、礼金特約、更新料特約、および通常損耗補修特約などにつき、わが国における現状、判例・学説の動向などを概観し、それらの特約の法的性質如何、また、消費者契約法10条に該当しないか等について検討を加えた。

大都市部においては、賃借人は、これらの特約により、契約締結時に礼金1～2か月分の支払いを求められ、また、賃貸借期間1年あるいは2年ごとに月額賃料の1～2か月分ほどの更新料の支払いを求められる地域が多く、あるいはまた、契約締結時に数か月分の敷金の預託を求められ、賃貸借終了時には、月額賃料の3か月分ほどの敷引金を敷金から当然に控除される地域も多い。さらに、通常損耗補修特約により、賃借人が、かなりの額の原状回復費用を負担させられる例もある。

これらの特約について、下級審裁判所のレベルでは、実態に踏み込んだ適切な判断をしている裁判例が相当数登場しているが、最高裁においては、特約の成立を極めて厳格に解する平成17年判例など一部に努力が認められるものの、基本的には（近隣の相場等に照らして高額に過ぎないことなどを条件とするものの）、特約の有効性を認め続けており、その結果、大部分の賃借人は、何故にこのような金銭の支払いをしなければならないのか理解できないまま、やむを得ず支払いに応じており、多数の賃借人が納得のいかない状況に置かれているというのが、現代日本の居住用建物賃貸借の実情であるといえよう。

これまでの検討をここでまとめると、次のようにいえるのではないかと思う。敷引特約、礼金特約、更新料特約、および通常損耗補修特約は、それらの金員の受領時期（契約締結時か、更新時期か、建物明渡時か）や、賃料

のうちいかなる要素（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，空室損料などのリスクに備えての諸費用，および賃貸不動産経営による収益など）に主眼をおいているかについて違いはあるものの（前三者は，諸経費や諸費用に主眼を置くのに対して，通常損耗補修特約は，通常損耗補修費用に主眼を置くといえるのではなかろうか），いずれも，本来賃料の形で受け取るべきものの一部を，賃料とは別個に受領することができるようにするためのものであって，敷引金，礼金，更新料および通常損耗補修特約により支払われるべき金員は，いずれも賃貸借契約が終了して初めて確定する実質賃料の一部という法的性質を有しているというべきであろう⁷¹⁾。

したがって，これらの特約は，いずれも消費者契約法10条前段に該当する。

また，これらの特約により支払われる金員分が，賃料から控除されているという保証はなく，賃借人は部分的に賃料を二重に支払われている可能性が高いこと，特約により賃貸人は賃料とは別個に賃借人に金員を支払わせることができるので，賃料だけで支払わせる場合より多くの金員を賃貸人は賃借人に支払わせている可能性があること，賃借人は賃料とは別個に特約により金員を支払うことになり，また，当該賃貸借の終了時が契約締結時には通常不明なので，賃借人にとって実質的な賃料額がはっきりせず，賃貸物件の選択に当たり，他の賃貸物件との優劣の比較が難しくなっていること，賃借人としてはこれらの特約がいかなる法的意味を有するかにつき正確な情報を提供されないまま契約を締結していること，賃借人としては，これらの特約についての情報を提供されてもこれらの特約に納得せず，賃料の支払い1本で契約を締結したいと考えたとしても，賃貸人と

71) 私はかつて阪神淡路大震災による賃貸建物滅失を原因とする賃貸借の終了と敷引金不返還について論じた際に，敷引金および礼金につき述べたが，当時は裁判例や学説が少なかったこともあり，皮相な分析に留まった（生熊長幸「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」広中古希祝賀・民事法秩序の生成と展開309頁以下〔1996年〕）。本稿によりかつての見解を改めさせていただく。

賃借人との間には交渉力の格差があり、賃貸人はこれに応じてくれず、他の賃貸物件においても同様の特約がある地域では、結局特約に応じなければ、賃借人は賃貸物件に入居できないこと、などからすれば、これらの特約は、消費者契約法10条後段にも該当し、無効というべきである。ただし、特約によって支払わなければならない金額が合計で月額賃料の1か月分位であるときは、敷引金特約、礼金特約、更新料特約、あるいは通常損耗補修特約という名目ではなく、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特約を締結するのであれば、特約の効力を認める余地はありそうである。

最高裁判官の多くは、賃借人がこの程度の負担を強いられても大きな問題ではないと考えられているようであるが、居住用建物賃借人の多くは、勤労収入から賃料や特約による敷引金・礼金・更新料等を支払っているものであり、また日本人の平均的な年収は、400万円ほどであるから、賃借人の多くがこのような不合理な特約に悩まされているというのが現状である。これらに関して必ずしも多くの裁判が提起されているわけではないのは、裁判の手續に要する時間や手間、費用を考えてのことに過ぎない。他方で、不動産賃貸経営は、不動産投資の問題であること、また、小規模な賃貸経営をする賃貸人といえども所有する資産の活用として不動産賃貸経営をしていることも、考慮されるべきであろう。

また、最高裁判官の多くは、これらの特約を無効とした場合に、賃貸人に不測の損害が生ずると考えられているのかも知れないが、賃貸人としてはこれまで得ていた、法律的には十分正当化されない利益を得られなくなるだけであり、しかもそれは^{いつとき}一時のことである。

建物賃貸借により居住している多くの賃借人と賃貸人との間の法律関係を合理的で簡明なものとし、不合理な特約をめぐる紛争をなくすためにも、最高裁判官の賢明な判断に期待したい。

〔完〕

※ 消費者契約法は、平成28年法61号により一部改正されたので（施行：平成29年6月3日）改正前の同法10条の条文を掲げておく（傍線部分改正）。

消費者契約法10条 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，民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは，無効とする。