

琉球大学学術リポジトリ

敷引特約の公序良俗違反性について

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2013-10-22 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 比嘉, 正, Higa, Tadashi メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/27816

敷引特約の公序良俗違反性について

比 嘉 正

一. はじめに

建物賃貸借契約において、契約の際に交わされるいわゆる敷引特約に基づいて支払われる敷引金については、その特約自体が消費者契約法 10 条に違反するかどうかが問題となる¹。消費者契約法 10 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って、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」、と規定する。しかし、最高裁判所は、「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。そうすると、賃貸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である賃借人の利益を一端的に害するものということとはできない（最判平成 23 年 3 月 24 日民集 65 巻 2 号 903 頁）」、として

1 この問題は、近年、主に関西地方で訴訟か提起され（例えば、神戸地判 平成 17 年 7 月 14 日 判例時報 1901 号 87 頁、大阪地判 平成 19 年 4 月 29 日 判例タイムズ 1273 号 221 頁等）、最高裁判所判決も、平成 17 年 12 月 16 日 判例時報 192 号 61 頁を皮切りに、平成 23 年 3 月 24 日民集 65 巻 2 号 903 頁、平成 23 年 7 月 12 日判例時報 2128 号 43 頁と相次いで出されている。

敷引特約が消費者契約法 10 条に違反しないとする。すなわち、最高裁判所は、居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約が消費者契約 10 条にいう「消費者契約の条項」に該当することは認めつつ、当該敷引特約については、①賃貸借契約締結時に契約内容が明示されていること、②賃借人が金銭的負担を明確に認識して契約を締結したのであれば、それは契約当事者の経済的合理性を有する行為であること、を理由に敷引特約が消費者契約法 10 条に違反する不当条項に当たらないとする。しかし、他方最高裁判所は、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あれば、同特約は、信義則に反し消費者契約法 10 条に違反することがありうる、とも判示している。そのことは、敷引特約の内容が消費者の利益を一方的に害するものであれば、特約そのものが不当条項となり無効となることを意味する²。

敷引特約については、それ自体が消費者契約法 10 条に違反するかどうかの問題の他に、敷引特約の法的性質の問題等もあるが、本稿においては、当該敷引特約が消費者契約法 10 条に違反するかどうかの問題、とりわけ違反しない場合に公序良俗の問題として捉えてその違法性が認められるかどうかについて検討することとする。その際、そもそも公序良俗規定が消費者契約法 10 条において機能するのかが問題となるが、「消費者契約法においては、威迫の類型が後退することによってこの類型の規制が必要な場面に民法 90 条が一般法として果たす役割が大きくなっており、また、「状況の濫用」の場面においては、事業者に消極的な「つけこみ」しかないことが、直ちに法律行為の有効を意味しない代わりに、そこでは当該取引結果そのものの悪性が加味されて、場合によっては効力が否定されるというタイプの規制を実現するためには、暴利行為論が活用される」、といった見解も見られることから³、当該敷引特約についてもその公序良俗違反性が問題となりうると思われるので、以下において検討する。

2 消費者契約法 10 条参照。

3 森田 修「公序良俗違反の法律行為」新版注釈民法 190 頁参照。なお、消費者契約法制定過程の議論の詳細については、森田前掲 184 頁以下参照。また、消費者契約法制定以前にも、消費者に不利な一方的な契約条項の規制に公序良俗規定を積極的に活用すべきであるとする見解もあった（加藤一郎「免責条項について」来栖三郎先生古希記念論文集・民法学の歴史と課題（昭和 57 年）所収 260～261 頁）。

二. 敷引特約の消費者契約法 10 条違反の判断基準

ここでは、まず当該敷引特約が消費者契約法 10 条に違反するかどうかについての最高裁判所および下級審の判断基準をみたうえて、これに対する学説の状況を概観する。

1. 最高裁判所判決

まず、最高裁判所平成 23 年 3 月 24 日判決から見ることにする。事案はこうである。X は、平成 18 年 8 月 21 日、Y との間でマンションの一室（本件建物）を、賃借期間同日から平成 20 年 8 月 20 日まで、賃料 1 ヶ月 9 万 6000 円の約定で賃借する旨の賃貸借契約を締結し、本件建物の引渡しを受けた。同契約は、消費者契約法 10 条にいう「消費者契約」に当たる。契約書には、①賃借人は、契約締結時に、保証金 40 万円を賃貸人に支払う、②賃貸人は、賃借人が本件建物を明け渡した後、契約経過年数に応じて決められた一定額の金員（本件敷引金）を控除し、その残額を賃借人に返還する旨の特約が記載されていた。なお、契約書には、いわゆる通常損耗や自然損耗の回復費用については本件敷引金で賄う旨の条項があった。同契約は平成 20 年 4 月 30 日に終了し、X は、同日、Y に対し、本件建物を明け渡した。Y は、同年 5 月 13 日、保証金から本件敷引金 21 万円を控除し、その残額 19 万円を X に返還した。X は、本件敷引特約は消費者契約法 10 条により無効であると主張して、本件敷引金の返還等を求める本件訴えを提起した。

1・2 審は、いずれも本件の敷引特約は消費者契約法 10 条により無効とはいえないなどとして X の請求を棄却したので、X が上告受理申立てを行った。

これに対して最高裁判所は、X の上告を棄却して次のように判示した。すなわち、「消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付されたいわゆる敷引特約は、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するものであると直ちにいうことはできないが、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる損耗や経年により自然に生ずる損耗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およ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ときは、当該賃料が近傍同種の建物の賃料相場

に比して大幅に低額であるなど特段の事情のない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであって、消費者契約法10条により無効となる。消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付されたいわゆる敷引特約は、賃貸借契約締結から明渡しまでの経過期間に応じて18万円ないし34万円のいわゆる敷引金を保証金から控除するというもので、上記敷引金の額が賃料月額の2倍弱ないし3.5倍強にとどまっていること、賃借人が、上記賃貸借契約が更新された場合に1ヶ月分の賃料相当額の更新料の支払義務を負うほかには、礼金等の一時金を支払う義務を負っていないことなど判示の事実関係の下では、上記敷引金の額が高額に過ぎると評価することはできず、消費者契約法10条により無効であるということとはできない」と判示した。

つぎに、最高裁判所平成23年7月12日判決の事実の概要はこうである。Xは、平成14年5月23日に、居住用建物を平成16年5月31日までとして、Aからひと月17万5000円の約定で賃借し、契約締結に際し保証金100万円をAに差し入れた。平成16年4月1日、Yが本件契約における賃貸人の地位をAから承継し、その後、Xとの間で本件契約を更新する際、賃料額をひと月17万円とすることに合意した。本件契約は、平成20年5月31日に終了し、Xは、同年6月2日、Yに対して本件建物を明け渡した。Xは、同年6月29日、Yに対して本件保証金100万円を同年7月7日までに返還するよう催告した。Yは、同年7月3日、保証金から60万円を控除した上で、契約に基づきXに対して負担すべき原状回復費用等としてさらに20万8074円を控除し、その残額19万1926円をXに返還した。そこでXは、本件特約は消費者契約法10条により無効であり、Xの負担とされた補修費用は通常損耗であるとして不当利得に基づき80万8074円およびこれに対する保険金返還請求の際に示した支払期限の翌日である平成20年7月8日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払いを求めた。A・X間の契約条項は、I.賃借人は、本件契約締結時に保証金として100万円(預託分40万円、敷引分60万円)を賃貸人に預託する。II.賃借人に賃料その他本件契約に基づく未払債務が生じた場合には、賃貸人は任意に本件保証金をもって賃借人の債務弁済に充てることができる。その場合、賃借人は遅滞なく保証金の不足額を補填しなければならない。

III.本件契約が終了して賃借人が本件建物の明渡しを完了し、かつ、本件に基

づく賃借人の賃貸人に対する債務を完済したときは、賃貸人は本件保証金のうち預託分の40万円を賃借人に返還する、という内容であった。

XのYに対する請求について、第1審（京都地裁平成21年7月30日判決、平成20年（ワ）第3216号）は、本件特約は消費者契約法10条により無効であり、Xが負担すべき補修費用等16万3996円を差し引いた64万円余を返還すべきであるとして、Xの請求を一部認容したので、Yが控訴した。

第2審（大阪高裁平成21年12月15日判決、平成21年（ネ）第2154号、2551号）は、本件特約は消費者契約法10条により無効であり、原判決別紙記載の各損耗箇所は被控訴人ないし実際の入居者であって被控訴人の履行補助者である乙原の故意又は過失による損傷等に係るものと認められるから、被控訴人が原状回復費用として同別紙記載の各損耗箇所に係る金額を負担すべきであるが、控訴人主張のその余の損耗箇所等については被控訴人が補修費用を負担すべきものとはいえず、本件控訴は理由がないものと判断する。また、被控訴人の本件付帯控訴も理由がないと判断する、と判示してYの控訴を棄却した。

Yの上告に対して、最高裁判所は、一部破棄自判、一部棄却して次のように判示した。すなわち、「本件特約は、本件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貸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。そうすると、賃貸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である賃借人の利益を一面的に害するものということとはできない（最高裁平成21年（受）第1679号同23年3月24日第一小法廷判決、民集65巻2号登載予定参照）。

これを本件についてみると、前記事実関係によれば、本件契約書には、1か月の賃料の額のほかに、被上告人が本件保証金100万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60万円は本件建物の明渡し後も被上告人に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、被上告人は、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ものというべきである。そして、本件契約における賃料は、契約当初は月額17万5000円、更新後は17万円であって、本件敷引金の額はその3.5倍程度にとどまっており、高額に過ぎるとはいいい難く、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、信義則に反して被上告人の利益を一面的に害するものということとはできず、消費者契約法10条により無効であるということとはできない。これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は上記の趣旨をいうものとして理由がある。そして、以上説示したところによれば、被上告人の請求は、上告人に対し4万4078円及びこれに対する平成20年7月8日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるから、原判決中、上告人敗訴部分を主文第1項のとおり変更することとする」、と判示してYの主張を容認した。

しかし、この判断については、5名中3名の裁判官の補足意見および反対意見がある。これらの意見のうち寺田逸郎裁判官の補足意見と岡部喜代子裁判官の反対意見は、この問題を論ずるうえで重要であると思われるので紹介しておく。まず、寺田逸郎裁判官の補足意見であるが、寺田判事は、「本件の敷引特約は、賃料の実質を有するものの賃料としてではない形で支払義務を負わせるもので、民法の定める賃貸借の規定から形式的に離れた契約条件であるから、特約の実質的な意義を賃借人が理解していることが明らかであるなど特段の事情がない限りは、消費者契約法10条の「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」の対象として扱って差し支えない」、とされる。

つぎに、岡部喜代子裁判官の反対意見は、「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（なお、消費者契約法3条1項は、契約条項を明確なものとする事業者の義務を努力義務にとどめているが、敷引特約のように、事業者が消費者に対し金銭的負担を求める場合に、かかる負担の対価等の具体的内容を明示する義務を事業者に負わせることは、同項に反するものではない。）。このように解することは、最高裁平成9年（オ）第1446号同10年9月3日第一小法廷判決・民集52巻6号1467頁が、災害により居住用の賃借家屋が滅失して貸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こと、前掲最高裁平成17年12月16日第二小法廷判決が、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ことから明らかなように、当審の判例の趣旨にも沿うものである。

賃借人は賃料以外の金銭的負担を負う義務はない（民法601条）が、本件特約は、本件敷引金の具体的内容を明示しないまま、敷引金支払義務を賃借人に負わせているから、任意規定の適用の場合に比し、消費者たる賃借人の義務を加重するものといえる。また、本件契約を締結するに当たっては、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、改装費用の一部を賃借人に負担させる趣旨で敷引金の合意がなされたとも認められない。したがって、貸貸人は、敷引金の性質について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」、とされる。

以上のように、本判決については当該敷引特約をどのように捉えてその当否を判断するのか最高裁判所内の意見が分かれており、その判断に当たっての苦心の跡が窺える。寺田判事の補足意見は、「当該特約は賃料の実質を有しない形

で賃借人に支払い義務を負わせるもので、賃貸借規定から離れた契約条件なので、賃借人が特約の実質的意義を理解しているなどの特段の事情があればともかく、そうでなければ消費者契約法10条後段の対象となる」とされる。

また、岡部判事の反対意見は、「賃借人は賃料以外の金銭的負担を負う義務はない(民法601条)が、本件特約は敷引金の具体的内容を明示しないまま、敷引金支払い義務を賃借人に負わせているから、任意規定の適用の場合に比し、消費者たる賃借人の義務を加重するものであり、また、契約締結の際に、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や、改装費用の一部を賃借人に負担させる趣旨で敷引金の合意がなされたものでもない。したがって、賃貸人は敷引金の性質の具体的内容を明示する信義則上の義務に反する。」として、当該特約が消費者契約法10条後段に反する、との立場を採られる。

2. 下級審判決

当該敷引特約条項が消費者契約法10条に違反し無効であるかどうかについて、下級審判決は、概ね消費者契約法10条前段の「当該条項は、民法や商法の一般規定と比べて、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する」もので無効である、との判断をしている(例えば、①神戸地判平成17年7月14日判時1901号87頁、②京都地判平成21年7月23日判例時報2051号119頁、③京都地判平成21年7月30日=上記最判平成23年7月12日第1審、④大阪高判平成21年12月15日=上記最判平成23年7月12日原審等)。その主な理由は、①民法上、賃借人が負う金銭的な義務は、賃料以外のものを予定しておらず、敷引金の額が高額であること(①②判決)。②当該敷引金には何ら合理的な理由がないこと(①④判決)。③当該敷引金を授受することが慣習化されていないこと(①③判決)。④当該敷引特約には敷引金を全く返還しない趣旨のものなのかどうかの明瞭な約定がないこと(①②④判決)。⑤賃貸人と賃借人との間には情報や交渉力に格差があること(①③判決)等である。また、これらの判決は、当該特約が上記のような理由によって消費者契約法10条前段に違反するとしたうえで、かかる契約条項は、消費者契約法10条後段(信義則に反して消費者の利益を一方的に害するもの)により、賃借人の利益を一端的に害するものである、と判示する。

もっとも、当該敷引特約については、これを有効とする下級審判決もみられ

る（例えば、神戸地判平成21年1月21日公刊物未搭載、京都地判平成20年11月26日最判平成23年3月24日第1審、大阪高判平成21年6月19日＝最判平成23年3月24日原審等）。その主な理由は、①賃借人が契約の際に敷引特約の存在や内容を認識していたこと（②③判決）、②賃借人と貸貸人との間には、情報収集能力や交渉力において格段の差がないこと（③判決）、③当該敷引金の額が当事者の公平を著しく損なうほど高額なものではないこと（③判決）、④長期間の居住者にとっては、損耗の修繕費等を賃料に含ませるより一定額の敷引金として徴収される方が有利であること（②判決）等である。

3. 敷引金に関する学説

当該敷引特約に関する学説をみると、概ね消費者契約法10条に違反し、無効であるとの立場を採る。その理由としては、①敷引特約が、自然損耗などの修繕費用等を賃借人に負担させる内容になっており、それは賃貸借の本質から外れており不当である¹。②実費より多い修繕費用を概括的に算定して一律に同じ金額を自動的に差し引くのは不当である²。③定額式の敷引金がどのような目的で授受され、賃貸借終了時ないし賃貸物件明渡し時に、貸貸人が一時金としてなぜ敷引金を取得できるのか明らかでない³。④空室損料や賃料を低額にする代償として支払われる敷引金には合理性がない⁴等である。

一方、当該敷引特約を原則有効と解し、敷引金の額が著しく高額である場合には例外的に無効とする説もある⁵。

4. 判例の検討

以下においては、前掲二つの事案について最高裁判所がどのように評価して判断したのかについて検討する。

1 大木満「敷引特約と消費者契約法10条」明治学院大学法律科学研究所年報22号222頁。

2 大木前掲論文222頁。

3 千葉恵美子「判例評論」判例時報2145号160頁。

4 鳥飼兎継嗣「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」佐々木茂美編・民事実務研究Ⅲ382頁。

5 野村豊弘「賃貸借期間の満了前における建物賃貸借の終了と敷金・保証金の返還」判例タイムズ908号51頁、宮崎祐二「賃貸借契約と消費者契約法」法律時報81巻13号369頁等。

前掲最判平成23年3月24日の事案においては、賃借人に通常損耗を負担させる旨の敷引特約で、通常損耗等の費用が明確に合意されている。これに対して、前掲最判平成23年7月12日の事案においてYは、敷引金は通常損耗に対する原状回復を超える維持費用の一部負担の趣旨で合意されたと主張した（原審は、そのような合意があったとは認められないとし、岡部裁判官もその認定を肯定した。しかし、多数意見や補足意見は、当該敷引金の具体的内容については、言及していない。）。これに対してXは、Xの負担とされた補修費用は通常損耗に対してであると主張した。

最高裁判所平成23年7月12日判決は、最高裁判所平成23年3月24日判決と比べて敷引特約を広く解しており、敷引特約の有効性の認定を容易にするような解釈をしているように思われる。最高裁判所平成23年7月12日判決は、敷引特約の法的性質については触れておらず、また、敷引金を賃料とは別に賃借人に要求する以上、何に対する対価なのかを明確にする必要があるが明示されていない。また、その法的性質から要求される成立要件も明確に示す必要があるが、示されていない。

最高裁判所平成23年7月12日判決は、敷引特約を賃借人が明確に認識して契約締結していれば、合理的選択が可能となるため、消費者の利益を一方的に害するものではないとするが、敷引特約の法的性質の具体的内容や合理性が明確に示されていない。また、最高裁判所平成23年7月12日判決においては、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、大幅に高額である場合には、消費者契約法10条に違反する場合があるというが、具体的にどのくらい高額であれば消費者契約法10条に違反するのかが明確に示されていない（本事案では敷引金の相場に比して3.5倍であるが、その程度では大幅に高額とはいえないとする）。

三. 敷引特約の公序良俗違反性

既述のように最高裁判所は、「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」と判断し、当

該敷引特約の消費者契約法 10 条違反性を否定した¹。その理由として、敷引金の額が賃料の額や近傍同種の建物の敷引金に比べて大幅に高額に過ぎないこと等に加え、①賃貸借契約締結時に契約内容が明示されていること、②賃借人が金銭的負担を明確に認識して契約を締結したのであれば、それは契約当事者双方の経済的合理性を有する行為であること、を挙げる。

しかし、最高裁判所の判断基準のうち、「敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎる」場合とは具体的にいかなる場合なのかは明らかでない。前掲最判平成 23 年 3 月 24 日の場合は、敷引金の額がひと月の賃料の 3.5 倍であるが、その程度の額は近傍同種の建物の敷引金に比べて大幅に高額すぎるとまではいい難い、と判断している。

それでは、敷引金の額が賃料の額等に比べて高額に過ぎる場合とはいかなる場合なのか、という具体的な目安が消費者契約法にあるのかといえば、明確な基準はなく、その 10 条が「消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する条項」という抽象的基準を設けているにすぎない。したがって、その判断はそれぞれのケースにおいて個別になされることになる。その際、客観的に敷引金の額と賃料額との間にどの程度の差があれば、敷引金が高額であるといえるのかが重要なメルクマールになる。

また、最高裁判所は、当該敷引特約の内容が賃貸借契約締結時に明示されていることや、賃借人が金銭的負担を明確に認識して契約を締結していることを理由に、当該契約は契約当事者双方の経済的合理性を有するので消費者契約法 10 条に違反しないとす。しかし、敷引金の額が近傍同種の建物の敷引金に比べて大幅に高額すぎず、かつ、契約内容が明示され、それを賃借人が認識している場合には、当該敷引特約は消費者契約法 10 条に違反するとは言えないとする最高裁判所の判断は、見方を変えれば、特定の地域（主に関西地方）においては、かかる契約内容（敷引特約）による建物賃貸借契約が一般的であり、借主は、かかる内容で契約することを余儀なくされることになる。したがって、最高裁判所の言う契約内容が明示され、賃借人はそれを認識して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

1 前掲最判平成 23 年 3 月 24 日参照。

きる、という当該敷引特約の有効性の理由付けについては、疑問を抱かざるを得ない。すなわち、賃借人は、敷引特約付の契約を余儀なくされ、その中で自己に有利な契約内容の選択を迫られるだけなのである。

そのことを公序良俗違反性の判断に当てはめて考えてみると、かかる特約自体が貸主の優越的地位を利用した借主に過剰な負担を強いるものである、ということができよう。

そこで当該特約が公序良俗に違反するかどうかについて検討しなければならないが、その際に、民法90条違反の具体的判断基準の解釈事例が参考になると思われるので、以下においては、民法90条違反類型、なかんずく、暴利行為類型の判断基準について、まず、わが国の裁判実務が暴利行為の判断をするに当たって参考にしたドイツにおける判例の変遷について見たうえで、わが国の代表的な暴利行為に関する判例について概観し、そのうえで、敷引特約の公序良俗違反性について検討する。

1. ドイツにおける判例の変遷

わが国の現行法には暴利行為そのものに関する具体的規定はなく、判例・学説は、古くからこの問題を民法90条の一類型として扱ってきた²。その理由は、「この原理は経済的に不平等なる者の間に於ける形式的契約自由の原則の調節として特殊の意義を有するに至らねばならない」、という考えによる³。そして、その解釈に当たってはドイツ民法(Bürgerlichen Gesetz Buch 以下BGBという)138条2項を参考にしてきた⁴。以下においては、わが国の裁判実務が

1 前掲最判平成23年3月24日参照。

2 高津幸一「公序良俗違反の法律行為」注釈民法(3)78頁、大村敦志・公序良俗と契約正義(有斐閣1995年)20頁、森田修「公序良俗違反の法律行為」新版注釈民法101頁参照。

3 我妻栄「判例よりみたる公の秩序善良の風俗」法学協会雑誌41巻5号940頁。

4 ちなみに、現行ドイツ民法138条2項は、「他人の逼迫状態・経験の乏しさ・判断力の不足または著しい意思薄弱を悪用して、自己または第三者に、ある給付に対してその給付と著しく不均衡な財産的利益を約束させ、または供与せしめる法律行為は無効である」と規定する。なお、1976年改正以前のドイツ民法138条2項は、「他人の窮迫・軽率・無経験に乗じて、自己または第三者にある給付に対して財産的利益を約束または供与せしめる法律行為は、その財産的利益が諸般の事情からみて給付と著しく均衡を失する程度にその給付の価値を超過するときには無効とする」、と規定していた。(西)ドイツにおける1976年の民法改正の詳細については、拙稿「暴利行為の要件について」—西ドイツの議論を中心に—法学研究論集(亜細亜大学)第10号1頁以下参照。なお、最近わ

暴利行為の判断に当たって参考にしたドイツにおける判例の変遷を概観したうえで、わが国の代表的判決についてみることにする。

BGBの立法頭初、ドイツにおいては、暴利行為の判断をもっぱらBGB138条2項のみで行っていた。その際、給付と反対給付との間の著しい不均衡の存否、相手方の窮迫・軽率・無経験の存否という客観的要件と、他人の窮迫・軽率・無経験に乗ずるという主観的要件が必要とされ、そのどちらかが欠けると暴利行為は認定されなかった⁵。

ドイツ大審院（Das Reichsgericht 以下ライヒ裁判所という）は、給付と反対給付との間の著しい不均衡の判断については、「公正な取引における給付に対して通常支払われる客観的な価値」に基づいたが、その後、「個々の事情、たとえば、正当な契約により通常利息を超える貸付を行う信用供与債権者の個別的な損害の危険」をも考慮するに至った⁶。その際、債務者が当該契約から特に利益を得ることができたか、または、それを意図したかは問題とされなかった。しかし、投機行為（Die Spekulationsgeschäft）については、その損益が大きいことを考慮してか、「この種の取引から生ずる利益は、通常取引の基準によっては判断されえず、したがって、そこから生ずる著しい不均衡は、当該行為における給付の客観的確率によってわかった不平等から推量されるべきではなく、その他の経済的な配慮が加わりうる」と判示して、将来儲かる見込みおよびその他の利益も給付に含まれる、と解した⁷。しかし、給付と反対給付との間にどの程度の不均衡があれば著しい不均衡といえるのか、については、「個別具体的な事情によって決せられる」として明確な判断基準を示さなかった⁸。

が国において法務省から公表された民法（債権関係）の改正に関する中間試案によれば、民法90条について、(1) 公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とするものとする。(2) 相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、無効とするものである。上記(注)(2)（いわゆる暴利行為）について、相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じて著しく過大な利益を獲得する法律行為は無効とする旨の規定を設けるという考えがある。また、規定を設けないという考え方があり、とする内容の改正試案が示された。これは、前述した1976年ドイツ民法138条2項改正前後の暴利行為規定を意識したものと思われる。

5 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1979, S. 380.

6 Klaus Rühle, Das Wucherverbot, 1978, S. 29.

7 RG, JW 1909, 215 (Urt. v. 25. 2. 1909)

8 Rühle, a.a.O., S. 30.

つぎに、相手方が窮迫状態にあるかどうかの判断についてライヒ裁判所は、「現に経済的に生存を脅かす危険が差し迫っている場合」であると限定的に解釈したため、経済状態の建て直しのための取引がいかに苛酷な条件の下で行われたとしても当該取引行為の暴利性は否定された⁹。しかし、窮迫状態の判断基準の限定的な解釈は、経済活動の円滑化を妨げる原因となったため¹⁰、窮迫状態の解釈も福祉思想の向上とともに拡大され、特に経済状態に見合った借金を窮迫状態の範疇として捉え、個々人の社会的地位および行状を基に借金が妥当であるか判断されるようになった。

さらに、相手方が軽率であることの意味についてライヒ裁判所は、「自らの行為の効果を無分別または思慮不足のために認識できなかった者」であると解し、また、無経験の意味については、「取引に関する知識の欠如および生活経験の欠如がある場合」であると解した¹¹。

最後に、他人の窮迫・軽率・無経験に乗ずる、という主観的要件については、「暴利行為者が、その相手方の状況および契約自体に著しい不均衡があることを認識し、かつ、著しい財産的利益を上げるために、それらを利用すること」であると解した¹²。その場合の「利用する」という故意は、消極的なもので足りると解されていたが、結局、故意の立証が極めて困難であったため、暴利行為が否定される判決が相当数にのぼることになり、その克服は裁判実務において大きな課題となった¹³。

そのため、ライヒ裁判所は、暴利行為の判断にBGB 138条1項（良俗違反規定）を適用するようになった¹⁴。しかし、ライヒ裁判所は、著しい不均衡だけで反良俗性を推定するのではなく、契約内容や動機および目的を考慮して総合的に判断する解釈をしたため、行為者（債権者）が自らの行為が良俗違反であることを認識していることが必要とされ、相手方はその立証責任を負わされることになったので、課題の克服には至らなかった¹⁵。

9 RG JW 1894,393 (Urt. v. 28.5.1894)

10 Rühle,a.a.O.,S.31.

11 Rühle,a.a.O.,S.32.33.

12 RG JW 1905,366 (Urt. v. 18.4.1905)

13 Rühle,a.a.O.,S.34.

14 ドイツ大審院が暴利行為の判断に民法 138 条 1 項を初めて適用したのは、1909 年 7 月 7 日判決においてであった。Rühle,a.a.O.,S.36.

15 Rühle,a.a.O.,S37.

そこで、ライヒ裁判所は、1936年3月13日に裁判所構成法（Gerichtsverfassungsgesetz）に基づく第5民事部（Der 5 Zivilsenat des Reichsgerichts）の要求に応じて民事大法廷を開き、「給付と反対給付との間に著しい不均衡がある取引の無効を、BGB 138条2項の要件がすべて満たされるか、または、著しい不均衡に他の状況、すなわち、内容・動機および目的が加わったときに客観的および主観的要件の総体から良俗違反性を判断するのか」、「著しい不均衡があることを一方当事者（債権者）が客観的状況から認識しうる場合にBGB 138条1項によって無効とするのか」、いずれの見解を採るのかについて判断を迫られた。ライヒ裁判所大法廷は、「給付と反対給付との間に著しい不均衡は存するが、BGB 138条2項のすべての要件を満たしていない法律行為は、著しい不均衡の他に法外な利益を要求する相手方の意図が明確であれば、契約内容から当該法律行為は動機および目的が健全な国民感情に反し禁止され、BGB 138条1項によって無効となる。このことから、一方当事者（債権者）が悪意であるか、または重過失によってその相手方が自己の不利益な状況から自己に不利な条件に応じたという認識を欠いた場合、当該法律行為を著しい不均衡により無効とすることができる」と判示した¹⁶。この判決は、基本的には従来判例の立場に立ちつつ、「一方当事者（債権者）が悪意であるか、または重過失によってその相手方が自己の不利益な状況から自己に不利な条件に応じたという認識を欠いた場合、当該法律行為を著しい不均衡により無効とすることができる」という新しい解釈方法を示し、暴利行為の要件を緩和した。その場合、暴利者（債権者）は、自らの行為の反良俗性を認識している必要があるが、良俗違反概念については、「健全な国民感情に反する」ことであるとした。

本判決は、基本的には従来判例の立場に立って、主観的要件と客観的要件によって暴利性を判断する解釈方法を探りつつ、BGB 138条1項によっても暴利行為の判断ができることを明示して、その判断基準を示した。しかし、客観的要件だけから良俗違反性の推定ができないかについては、「客観的要件のみから反良俗性を推定し、無効にするとBGB 138条2項の存在意義がなくなってしまう」と判示している。

以来、暴利行為の判断は、BGB 138条1項によってなされ、138条2項は、

16 RG Z 150.1(Urt.v.13.3.1936)

その従属的な役割しか果たさなくなった¹⁷。

第二次世界大戦後、ドイツ連邦通常裁判所(Bundesgerichtshof 以下BGHという)は、信用暴利(Der Kreditwucher)については、BGB 138条1項を適用し、他の暴利行為類型については、取引の安全を保護するために同2項を適用するようになった¹⁸。その際、信用暴利の判断に当たっては、「給付と反対給付との間に著しい不均衡があるか」どうかのポイントとなったが、給付間にどの程度の開きがあれば著しい不均衡に当たるといえるのかについては、「貸付契約締結時の状況によって判断される」¹⁹として、具体的な判断基準は示さなかった。このことは、立法過程においてローマ法以来の「莫大損害(laesio enormis)の制度」を採用せずに、契約自由の原則を基本とて、個別的に個々の契約の有効性を判断する制度を採用したドイツにおいては、当然の帰結であるということができらるであろう。そのため、貸付利率から良俗違反性が認定された個々の事案についても、客観的基準は個々の状況によって異なっている²⁰。

また、BGHは、主観的要件についても大審院の立場を踏襲し、たとえば、会社の設立ないしは維持のための信用供与契約について、「差し迫った経済的存立を脅かすような緊急性がなく、債務者は、困窮状態にはない」と判断したり²¹、また、無経験の判断に当たっては、「平均人にとって高度な取引上の知識および生活経験の欠如がなければ無経験とはいえず、特定の取引内容および効果に関する知識の欠如だけでは足りない」と判示した²²。

一方、BGHのこのような態度とは異なり、下級審においては、暴利行為の要件を広げる解釈を採るものも現れた。たとえば、水害を回避するために、その工事開始直前に請負業者によって示された通常の請負報酬の3.5倍の要求に応じた注文者について、困窮状態にあると認定したり、また、優れた電化製品であるかどうかの判断は、その専門知識を有しない常人ではできず、売主

17 Rühle,a.a.O.,S37.

18 Rühle,a.a.O.,S42.

19 Handbuch des Verbraucherrechts 5.v.8.10.1979.S.24.

20 たとえば、BGH 22.12.1953は、年利率56%の利息について良俗違反と認定し、BGH 19.4.1971は、貸主のリスクを考慮しつつ、年利率40%の利息について、良俗違反と認定している。

21 Rühle,a.a.O.,S48.

22 Rühle,a.a.O.,S46.

の説明に頼るところが大きいので、通常価格の 1.88 倍の売買契約に応じた買主は未経験である、とした判例もある²³。

1976 年の経済犯罪防止のための第一法律（Das 1.Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29.7.1976）の制定とそれに伴う刑法および民法の改正によって、BGB 138 条 2 項の文言も既述のように改められたのであるが、その要点は、客観的要件の改正に主眼が置かれ、主観的要件は従来そのままとなった。

改正後の BGH の代表的判例²⁴をみると、事案はこうである。被告は、原告の前の権利者である信販会社と当時被告の夫であった者との契約による信用供与からすでに夫に生じ、または、これから生じる費用について支払保証した。信販会社と被告の夫との契約内容は、次の通りであった。夫が 1974 年 2 月 19 日に信販会社に自動車購入資金を出してもらい、36 ヶ月の分割払いで返済することとし、借入総額は、6917.20 マルクで、その内訳は、現金で支払う車の代金 5000 マルク、通知や仲介費用 100 マルク、分割払いによる追加金 1 ヶ月 0.95%（ $5100 \times 0.0095 \times 36 = 1742.20$ マルク）、代金取立て報酬 75 マルクであった。また、契約条件には、全ての支払いは、まず、未払い費用、手数料、利息に充当され、それから、未払いの割賦金に充当し、期日後 2 日たっても交換されない手形および 1 週間たっても入金されない割賦金は、直ちに督促手続がとられ、また、期日が守られず、あるいは 1 回の割賦金に満たない支払は、貸主またはその承継人に対して遅延利息または督促手数料が支払われる。1 回の督促手数料は、50 マルクで、手形督促に際しては、15 マルクが必要であった。また、遅延利息として各月の債務額の 1.5%・最低 2 マルク、契約の解除にあたっては、訴訟手続による債権実現の権利がある他、債権の 4% の管理手数料・最低 50 マルクの請求権がある他、特別の処分を必要とするときは、その料金として最低 5 マルクを請求でき、さらに、契約期間が延長され、または、個々の割賦金支払や手形支払が延長された場合には、債務者は毎日の残金の 1.5% の利息を支払い、かつ、処理手数料として 5 マルクの支払い義務を負い、その他に債務者は裁判外または裁判上の訴訟手続費用を負担する。また、信販会社

23 Rühle, a.a.O., S.45.

24 BGH NJW 1979, 805 (Urt v. 9.11.1978)

は、債務者が最低2回の支払の全部または一部を怠った場合には、その余の割賦金の期限の到来の有無を問わず、残金の償還、遅延利息および生ずべき利息の支払を請求する権利を有する、というものであった。被告の夫は、信販会社の督促にも拘らず、支払を怠ったので、信販会社は契約を解除して、すべての残金等の支払を求めた。

原告の前の権利者である信販会社は、1974年9月20日に被告の夫に対する確定した執行命令を入手し、原告は、被告に対してその保証人としての地位に基づいて残金およびその利息18%・合計7116.14マルクの支払を求める訴えを提起した。一審においては、元本5013.94マルクならびに4%の利息が認められ、その余の点については認められなかったので、原告が控訴したが、控訴審においても原告の主張は認められなかったので、原告が上告した。

それについてBGHは、「本件契約自体がBGB138条1項により無効である。貸主の給付と貸主の一方的な契約形成により契約させられた借主の反対給付との間に著しい不均衡があり、かつ、貸主が借主の経済的に弱い立場を契約条件の確定に際して意識的に自己に有利なように利用した場合、また、客観的に反良俗的な行為をする貸主が、借主が自己の弱い状況によって契約に同意したという認識を少なくとも軽率に欠いた場合には良俗違反となり、当該契約は無効である」と判示した。

BGHのこの判決で注目すべき点は、当該行為の良俗違反の認定について、BGHが①「給付間の著しい不均衡」の存在に加えて、②「貸主が借主の経済的に弱い立場を契約条件の確定の際に利用した」こと、および③「借主がその弱い状況によって契約に同意したという認識を貸主が軽率に欠いた場合」である、としたことである。特に③の要件については、契約者当事者の一方（貸主）が弱い立場にある相手方（借主）の状況を軽率に欠いて、自己に有利な契約条件で契約したことを良俗違反の判断に採り入れたことである。そのことによって、従来の「給付間の著しい不均衡」と「相手方の経済的に弱い立場の利用」という要件による良俗違反性の判断よりも、「借主がその弱い状況によって契約に同意したことを貸主が軽率に認識しなかった」という要件を採り入れたために、従来の「相手方の弱い立場の利用」という要件が緩和され、良俗違反の適

用範囲が拡張したことにあるといえよう²⁵。

しかし、BGHのこのような解釈も、基本的には従来の判例の立場を維持する。すなわち、給付と反対給付との間の著しい不均衡が存在するという客観的要件と、他人の逼迫状態・経験の乏しさ・判断力の不足または著しい意思薄弱を悪用するという主観的要件を総合的に評価する、という従来の立場に沿ったものとなっている。

BGHのこのような立場については、主観的要件の立証の困難さ故に単に信用暴利についてだけでなく、その他の暴利行為類型についてもBGB138条1項の適用を認めるべきであるとする見解もある²⁶。

そうした中、裁判実務において主観的要件の立証の困難さを克服するために、客観的要件に重点を置いて、暴利行為の判断をする動きが出てきた²⁷。事案はこうである。被告は、1976年3月、信用仲介者(Kreditvermittler)を通して、原告(銀行)から総額20325.70マルクを借り受けた。ところが、実際の手取り額は12000マルクで、残りの8325.70マルクは仲介手数料、取り扱い手数料等の諸手数料、立替料、残存債務保証料、取立て手数料等の名目で差し引かれた。被告は、本件消費貸借契約を締結するにあたって、自己の給料譲渡(Lohnabtretung)のほか、婚約者およびその両親を連帯保証人とする債務保証を行った。被告は、本件金銭借り受け後、一部を返還したものの遅延したので、原告が被告に対して契約の解約を告知し、残金および遅延損害金等の支払いを求めた。

原審は、被告に対して総額13860マルクの支払いを命じたが、原告はこれを不服として新たに支払猶予手数料、督促手数料、裁判費用、遅延利息、保証払込につき原告が支払った分割払金、払い戻し利息等の支払いを求めた。

これに対してシュトゥットガルト上級裁判所は、「給付と反対給付との間に特に著しい不均衡が存する場合は、非難されるべき心情がなくてもそれだけで当該契約は、BGB138条1項によって無効となる。高利の消費貸借に関する給付と反対給付との間の著しい不均衡の基準は、ドイツ連邦銀行が示した通常銀行利息である。したがって、賦払い銀行(Teilzahlungs Bank)および信用仲介

25 Handbuch des Verbraucherrechts5,1979,S.24.

26 Mayer Maly,Münchener Kommentar BGB,1984.S.1041.

27 OLG Stuttgart,Urt.v.24.4.1979,NJW 1979,S.2409.

者による独自の利息は認められない。消費者信用取引においては、通常銀行利息の2倍を超えると特に著しい不均衡が存するといえる。

つぎに、BGB138条1項の規定は、道徳規範ではなく、ひとつの法規範なのである。したがって、非難されるべき心情というものは特に要求されない。また、双務契約においては、当事者の主観的利益が考慮されるべきである。すなわち、当該契約の締結にあたっていずれかの当事者の主観的利益が契約条件に反映されたことが認められるような場合には、それを給付と反対給付との間の不均衡に入れるべきである。BGB138条1項によって契約の無効を判断する場合は、給付と反対給付との間に特に著しい不均衡が存すれば足りるので、それに非難されるべき心情が加わったときは、BGB138条1項が適用されるのではなく、138条2項によって判断されることは言うまでもない。特に著しい不均衡とは、通常銀行利息の2倍を超える場合を言うので、同様な約定がくり返し行われる信用市場においては、客観的に明確な基準を立法者は設けるべきであるが、立法者がそれに着手しないので裁判所がそれを行ったのである。それによって国民は安心して取引を行えるし、判決の公平および一貫性が保たれるのである。

当裁判所がなぜ特に著しい不均衡の判断基準を通常銀行利息の2倍としたのか、というのには十分な根拠があり、独断的に決定したのではない。すなわち、それを決めるに当たっては、ドイツ法圏の中に位置するオーストリア民法典 (Allgemeine Bürgerliche Gesetz Buch 以下 ABGB という) 934条の規定を参照した²⁸。ドイツ法の立法者は、ローマ法の莫大損害 (laesio enormis) が硬直したものであるとして、それを採用しなかった。彼らは、個々の事件については、それに対応した基準が必要であり、弾力的に対応しなければならないという考え方に基いて BGB138条2項の規定を設けた。しかし、同様な取引が大量に行われる信用取引においては、一定の基準を設けることが合理的である。」と判

28 ローマ法の莫大損害 (laesio enormis) を採り入れたオーストリア民法 (ABGB) は、934条で、「双務契約における一方当事者が、他方当事者に給付したものの通常価格に対して半額に満たないものを給付したときは、本法は被害を受けた当事者に対し、契約の解除権と原状回復請求権とを認める。ただし、他方当事者は損害を通常価格まで補填することにより、契約を維持することができる。価値の不均衡は契約締結時を基準として決定される」と規定する。

示した。

この判決は、大量に行われる信用取引については、画一的な処理が可能なので、主観的要素がなくても特に著しい不均衡が存すれば、それだけで直ちに良俗違反性が認められ、特に著しい不均衡の具体的判断基準は、市場利息との格差の2倍であるとし、その根拠をローマ法の莫大損害制度を取り入れたA B G B 934 条に求めたのである。この判決の大きな特徴は、従来の伝統的な暴利行為判断の基準であった主観的要件と客観的要件のうち、客観的要件だけで暴利性を判断した点にあり、多くの学説の支持を得ている²⁹。

2. わが国における判例の変遷

わが国において、最初にドイツ民法に倣って暴利行為の公序良俗違反性を認めた判例は、大判昭和9年5月1日民集13巻875頁である。その事案はこうである。金融についての知識・経験が欠く農民と保険会社との間の解約返戻金に目をつけた貸金業者が、債務不履行の際は貸金業者が当該解約返戻金を受け取り、その金額が当該貸付金に比し過不足を来たしても互いにその請求をしない旨の約束をして、当該解約返戻金のおよそ半分にあたる金員を短期間の弁済期を定めて農民に貸し付けたというものである。これについて大審院は、「貸主は担保の目的である保険解約返戻金が貸金の倍額になることを知りながら、借主が農夫で無知なと、その窮迫に乗じて特に短期間の弁済期を定め、不履行の場合は保険返戻金が貸金を超過しても借主は支払いを請求しない旨を特約させたのは、民法90条によって無効である」、と判示した。この判例の立場は、その後の学説においても概ね支持されている³⁰。

この判例・学説の解釈は、暴利行為の客観的要件と主観的要件が満たされている場合に、暴利性が認められる、とするものである。これは、B G B 138 条

29 たとえば、Mayer maly, Münchener Kommentar BGB, Bd I, 1984. Eike von Hippel, Verbraucherschutz, 3. Aufl., Friedrich E Harenberg, Sittenwidrige Höhe von Darlehenszinsen, NJW 1980, S215. このように、シュトゥットガルト上級裁判所判決を契機に、(西)ドイツにおいては、暴利行為の判断基準に関する活発な議論が展開され、B G H の判決も多く出されているが、これらについては、紙幅の都合上、次の機会に検討したい。

30 たとえば、我妻栄・新訂民法総則 274 頁、松坂佐一・民法提要総則(第三版) 210 頁、四宮和夫・民法総則新版 208 頁、川島武宣・民法総則(法律学全集) 234 頁等。なお、この判決の前後における学説の詳しい状況については、大村前掲著 20 頁以下参照。

2項が定める客観的要件（給付と反対給付との著しい不均衡）と主観的要件（他人の窮迫・軽率・無経験を悪用する）が満たされた場合に暴利性が認められるとする解釈である。この事案では、客観的に給付と反対給付との間の不均衡が2倍であること、また、農夫が無知で、その窮迫に乗じて特に短期間の弁済期を定め、不履行の場合は保険返戻金が貸金を超過しても借主は支払いを請求しない旨を特約させた、という主観的要素が相俟って暴利性が認められたことになるが、特に主観的要素に重きをおいた判断だったように思われる。この判例理論は、その後の裁判実務においても踏襲されている³¹。

次に、戦後の代表的な判例を紹介する。まず、最判昭和27年11月20日民集6巻10号1012頁であるが、事案はこうである。モルヒネ中毒の帰還兵Xは、Yから借りていた薬代3,000円の弁済のために、Yからさらに5,000円を借り受け、その際、26,000円以上の価値のある土地建物を代物弁済予約した。これについて最高裁判所は、「貸主が借主の窮迫に乗じて短期間の弁済期を定め、借主が弁済しないときには貸金額の数倍の不動産を代物弁済することを約束させるのは、公序良俗に反する、とする原審認定事実を総合して本件契約を公序良俗に反して無効と断定できないものではない」、とした。

更に、最判昭和38年1月18日民集17巻1号25頁であるが、事実はこうである。農業を営むXは、病気（腎臓病）のために医療費や生活費に困窮したため、Yに金銭の貸付を申し込んだが、YにYが求める書類を差し入れないと貸し付けないと言われたので、Xはその通りに書類を差し入れた。その内容は、元本60,000円、利息17,000円の債務について、600,000円の不動産を譲渡担保・代物弁済予約に供するものであった。最高裁判所は、「本件予約は、YがXの困窮につけ込んでなされ、Xに債務額の約8倍の不動産を失わしめる契約であり、本件予約契約は公序良俗に違反し無効である。しかし、譲渡担保契約を無効とすべきか否かは断じがたい」、とした。

この3件の大審院・最高裁判所の判決は、いずれも他人の窮迫・軽率・無経験を利用して、法外な利益を得ようとして暴利性が認定された事案である。その際、第1判決（大判昭和9年5月1日）においては、給付と反対給付との間に

31 た例えば、最判昭和27年11月20日民集6巻10号1015頁、最判昭和38年1月18日民集17巻1号25頁。

客観的に2倍の不均衡があり、また、第2判決（大判昭和27年11月20日）における給付間の客観的不均衡は、約3倍であり、さらに、第3判決（最判昭和38年1月18日）における給付間の客観的不均衡は、約8倍である。このように上記三つの判決は、いずれも暴利性を認定しているが、給付間の不均衡については、2倍～8倍と開きがある。しかし、いずれの事案においてもなぜ暴利性が認定されたのかといえ、いずれの場合も、給付間の不均衡に加え、他人の窮迫・軽率・無経験を利用したという主観的要件が重視された結果であるといえよう。

3. 敷引特約の公序良俗違反性

既述のように、最高裁判所は、当該敷引特約について、「事情を総合考慮すると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うことではできず、消費者契約法10条により無効であるということではできない」、と判示する³²。しかし、かかる事案については、公序良俗違反性の問題も内蔵されているので、以下においては、かかる敷引特約の公序良俗違反性について検討する。

最高裁判所が当該敷引特約の消費者契約法10条違反性を否定した根拠は、
 ①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できたこと ②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することができること ③賃貸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であること ④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である賃借人の利益を一方的に害するものということではできないことにある。

32 最判平成23年3月24日

しかし、仮に貸借人が当該契約条項を認識し、自己に有利な条件を選択できるとしても、それだけで当事者の経済的合理性を裏付ける根拠にはならないように思われる。なぜなら、かかる特約に基づく貸借契約が行われる地域においては、貸借人の選択の幅は著しく制限されており、自己に有利な条件といっても、借主に不利な条件を前提とする当該特約の中で、少しでも負担の軽い条件を選択する余地しか残されていないからである。

また、「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格別、そうでない限り、これが信義則に反して消費者である貸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」、というが、確かに敷引金の額が賃料の額に比して高額に過ぎなければ、貸借人の利益を一方的に害するとはいえないことになるが、当該敷引特約については、敷引金の額そのものが家賃に比べて著しく高額であるかどうかよりも、むしろ敷引特約の内容、すなわち、前払い金として支払われる当該敷引金が、どういう名目(内容)を補填するものなのかが重要ではないかと思われる。なぜなら、貸借契約において契約の際に通常支払われる敷金や権利金は、家賃滞納の際の担保として、あるいは、契約終了時における部屋の損耗(通常損耗)の修繕費用として支払われ、それに費やされた費用以外の部分は、契約終了後に借主に返還されることになっているからである。

しかし、敷引金については、通常損耗ないし自然損耗、空室損料や礼金等の性質が渾然一体となっている場合もあれば、礼金的要素を有せずもっぱら自然損耗や空室損料の性質を有する場合もある。しかも、敷引金の一定割合額は、いかなる場合でも、契約終了時に借主に返還されない旨の条項が明示されているのである。特に礼金的要素を有せずもっぱら自然損耗や空室損料を目的とする敷引金については、法的根拠がなく、経済的弱者たる貸借人に過分の負担を強いるものであり、消費者契約法10条前段に抵触するものであるといわざるをえない。

また、このような条項は、貸借人がその経済的優位性を利用して、自ら負担すべきリスクを経済的弱者たる貸借人に転嫁するものであり、公序良俗違反性が問題となる。公序良俗違反類型を大きく分けると、①財産秩序を乱す行為 ②人倫秩序・性道徳を乱す行為 ③自由・人権を害する行為 ④動機の不法

が挙げられる³³。当該敷引特約は、①類型（財産秩序を乱す行為）に分類され、その中の暴利行為類型あるいは優越的地位の利用類型に該当するものと思われる。当該敷引特約を暴利行為類型として捉えてみると、従来、裁判実務上暴利行為が認定されるためには、給付と反対給付との間に不均衡があるという客観的要件と、他人の窮迫・軽率・無経験に乗じて不当の利益を得ようとするという主観的要件が必要とされた。これを当該敷引特約について当てはめると、単に敷引金の額と家賃の額との差を比較するだけではなく、貸貸人がその優越的地位を利用して経済的弱者たる賃借人に当該特約を認めさせる、という主観的要素を考慮する必要があると思われる。そうすると、前掲最判平成23年7月12日が当該敷引特約は、「敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎるとはいえない（当該事案では3.5倍）」として消費者契約法10条前段の「消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する」条項に当たらない、と判断したのは説得的でないといえよう。むしろ、当該敷引特約については、「貸貸人がその優越的地位を利用して経済的弱者たる賃借人に当該特約を認めさせる」という主観的要素に重きを置いて判断されるべきであると思われる。このように、主観的要素に重きを置いて当該敷引特約を判断すると、明らかに公序良俗違反性が認定されよう³⁴。

四. おわりに

即述のように、最高裁判所は、当該敷引特約について、「事情を総合考慮すると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うことではできず、消費者契約法10条により無効であるということではできない」、と判示する。その根拠は、①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できたこと。②賃借人は、複数の賃貸物件

33 川井健・民法概論1（有斐閣）172頁。

34 千葉恵美子「消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付されたいわゆる敷引特約が消費者契約法10条により無効となる場合」判例時報2145号160頁は、消費者契約法10条の不当条項規制の意義を契約当事者の主観的事情を考慮する点にある、とされて、金額の大小のみで敷引特約の効力の有無を判断した最高裁判所平成23年7月12日判決に疑問を呈される。

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こと。③貸貸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、それは貸貸人、賃借人双方の経済的合理性を有する行為と評価すべきであること。④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こと、である。

しかし、仮に「賃借人が当該契約条項を認識し、自己に有利な条件を選択できる」としても、それだけで当事者の経済的合理性を裏付ける根拠にはならないように思われる。なぜなら、かかる特約に基づく賃貸借契約が行われる地域においては、賃借人の選択の幅は著しく制限されており、自己に有利な条件といっても、借主に不利な条件を前提とする当該特約の中で、少しでも負担の軽い条件を選択する余地しか残されていないからである。

また、「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格別、そうでない限り、これが信義則に反して消費者である賃借人の利益を一端的に害するものということはできない」、というが、敷引金の額が賃料の額に比して高額に過ぎなければ、賃借人の利益を一端的に害するとはいえない、というが、敷引金の額そのものよりも、むしろ敷引特約に含まれる条項、すなわち、前払い金として支払われる当該敷引金が、どういう名目(内容)を補填するものなのかが重要ではないかと思われる。なぜなら、賃貸借契約において契約の際に通常支払われる敷金や権利金は、家賃滞納の際の担保として、あるいは、契約終了時における部屋の損耗(通常損耗)の修繕費用として支払われ、それに費やされた費用以外の部分は、契約終了後に借主に返還されることになっているからである。しかし、敷引金については、通常損耗ないし自然損耗、空室損料や礼金等の性質が渾然一体となっている場合もあれば、礼金の要素を有せずもっぱら自然損耗や空室損料の性質を有する場合もある。しかも、敷引金の一定割合額は、いかなる場合でも、契約終了時に借主に返還されない旨の条項が明示されているのである。特に礼金の要素を有せずもっぱら自然損耗や空室損料を目的とする敷引金については、法的根拠がなく、契約終了時に精算されなけ

ればならないはずである。しかし、実際には、かかる精算は行われず、経済的弱者たる賃借人に過分の負担を強いているのである。そういう内容の特約は、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する条項に該当し、消費者契約法 10 条前段の要件を満たすものであるといえよう。

仮に、最高裁判所が言うように、契約に際して賃借人が契約内容や金銭的な負担を認識し、自らにより有利な物件を選択でき、しかも敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎなければ、それだけで、当該敷引特約が当事者間の経済的合理性を有する行為であると評価できた、としても特に礼金的要素を有せずもっぱら自然損耗や空室損料の性質を有する敷引特約については、本来賃借人が負うべきリスクをその経済的優位性によって経済的弱者たる賃借人に転嫁するものであり、消費者契約法 10 条に違反することはもとより、民法 90 条に違反するといえよう。

また、このような条項は、賃借人がその経済的優位性を利用して、自ら負担すべきリスクを経済的弱者たる賃借人に転嫁するものであり、公序良俗違反性が問題となる。公序良俗違反類型を大きく分けると、①財産秩序を乱す行為 ②人倫秩序・性道徳を乱す行為 ③自由・人権を害する行為 ④動機の不法が挙げられる。当該敷引特約は、①類型（財産秩序を乱す行為）に分類され、その中の暴利行為類型あるいは優越的地位の利用類型に該当するものと思われる。当該敷引特約を暴利行為類型として捉えてみると、従来、裁判実務上暴利行為が認定されるためには、給付と反対給付との間に不均衡があるという客観的要件と、他人の窮迫・軽率・無経験に乗じて不当の利益を得ようとするという主観的要件が必要とされた。これを当該敷引特約について当てはめると、単に敷引金の額と家賃の額との差を比較するだけではなく、賃借人がその優越的地位を利用して経済的弱者たる賃借人に当該特約を認めさせる、という主観的要素を考慮する必要があると思われる。そうすると、前掲最判平成 23 年 7 月 12 日が当該敷引特約は、「敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎるとはいえない（当該事案では 3.5 倍）」として消費者契約法 10 条前段の「消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する」条項に当たらない、と判断したのは説得的でないといえよう。むしろ、当該敷引特約については、「賃借人がその優越的地位を利用して経済的弱者たる賃借人に当該特約を認めさせる」という

主観的要素に重きを置いて判断されるべきであると思われる。

このように、主観的要素に重きを置いて当該敷引特約を判断すると、明らかに公序良俗違反性が認定されうるのである。

以上、敷引特約の消費者契約法 10 条違反性および公序良俗違反性について検討してきたが、当該建物賃貸借契約における敷引特約は、貸貸人がその経済的優位性を利用して経済的弱者たる賃借人に著しく不利益な特約を強いるものであり、消費者契約法 10 条前段（消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する条項）の要件を満たすものであり、無効なものであるといわざるを得ず、また、民法 90 条の公序良俗にも違反することは、明白である。