

不動産取引と消費者契約法10条の 適用をめぐる課題

元総括研究理事 田中 裕司

1 はじめに

消費者契約法が平成13年4月1日に施行され、既に10年余が経過した。この間、消費者契約法が不動産取引にどのような影響を及ぼしたかについては、RETIO80号で概観した。（以降の裁判例については（注1）参照）

その後、平成23年7月15日には更新料について、平成23年7月12日にはいわゆる敷引特約について、消費者契約法の適用に関する最高裁の判断が示され、これらの分野では実務的には一応の決着がついたとは言えるものの、RETIO80号でも指摘したように、消費者契約法10条の適用に当たっての判断基準が不明確であり、依然として取引の当事者としては、消費者契約法10条の適用をめぐる注意が必要である。そこで、本稿では、不動産取引と消費者契約法10条の適用をめぐる課題について考察する。（注2）なお、本稿における見解は、筆者の個人的見解であることをお断りしておきたい。

2 消費者契約法の目的、背景等

消費者契約法は、消費者契約（消費者と事業者との間で締結される契約）について、

- ① 消費者が事業者による不実告知、断定的判断の提供、不利益事実の不告知により誤

認をし、また、不退去、監禁により困惑し、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができること（不当勧誘規制）、

- ② 事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とすること（不当条項規制）

を定めている。

このような消費者契約法の目的、その制定の背景は次のように説明されている。

消費者契約法は、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ（消費者契約法第1条）」、一定の場合に意思表示を取り消すことができることとともに、消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とするルールを新たに導入したものであるとされている。このようなルールを定める理由としては、「消費者と事業者との間に存在する、契約の締結、取引に関する構造的な『情報の質（入手される情報の詳しさ、正確性、整理の度合い）及び量並びに交渉力の格差』に着目し、消費者に自己責任を求めることが適切でない場合」があると説明されている。このような説明の背景には、具体的には、契約締結過程について、「事業者は扱っている商品・権利・役務に関する内容や取引条件についての情報を、消費者よりも多くもっている（情報

の量の格差)」こと、「事業者は当該事業に関し、消費者よりも交渉のノウハウがある（交渉力の格差）」ことが原因となり、「事業者の不適切な動機付けや影響力の行使によって、意思形成が正当になされないままに消費者が契約の申し込みまたは承諾を行うことにより契約が締結される」ことがあり、また、契約条項について、「事業者は、当該事業に関連する法律、商慣習について、一般的に消費者よりも詳しい情報をもっている（情報の質および量の格差）」こと、「当該契約条項についても自らが作成したものであることが通常であるため、ひとつひとつの条項の意義についての知識をもっている（情報の質および量の格差）」こと、「同種の取引を大量に処理するために、事業者によってあらかじめ設定された契約条項を消費者が変更してもらうことはほとんど現実的にありえない（交渉力の格差）」ことが原因となり、「消費者の意思表示に瑕疵がない場合であっても、消費者に著しく重い義務を負ったり本来有する権利を奪われたりする」ことがあるという考え方が示されている。（注3）そのため、消費者契約法の制定により、「十分に理性的な自己決定をなし得る状況の下で、消費者の自由な意思形成がなされるための環境が整備される」ことが期待されているのである。（注4）

3 消費者契約法10条の制定過程における議論

不当条項の規制に関して、消費者契約法は、第2章第二節において無効とする条項を規定している。第8条では「事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効」について、第9条では「消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効」について規定されている。（不当条項リストと呼ばれるものである。）さ

らに、これらに加えて、第8条、第9条に規定する条項以外にも消費者の利益を一方的に害する条項が存在するとして、これらの効力を否定する一般規定として「第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。」を設けている。なお、このような現行消費者契約法における不当条項規制の問題点として、「不当条項リストの数・種類が少ない上に、8条、9条の文言そのものに限定的な文言が存在することから規制の対象となる条項が限られている」と指摘されている。（注5）

次に、不当条項規制の一般規定である10条を理解するため、その制定過程について概観する。（注6）

第16次国民生活審議会消費者政策部会中間報告「消費者契約法の具体的内容について」（平成10年1月21日）においては、次のように取りまとめられている。まず、「不当条項の定義」について、「不当条項とは、信義誠実の要請に反して、消費者に不当に不利益な契約条項をいう。」としている。また、「不当条項の評価の対象」について、市場への過剰介入は好ましくないという理由から、「契約の主要な目的及び提供される物品又は役務の価格若しくは対価とその反対給付たる物品又は役務との均衡性については、不当条項の対象としない。」としている。これに関しては、契約の主要な目的については、契約内容の問題としてではなく、情報提供義務や不意打ち条項（交渉の経緯等から消費者が予測することができないような契約条項（不意打ち条項）は、契約内容とならないという考え方（注7））

の問題として処理すべきであること、価格若しくは対価の高低については判断しないことを理由としている。なお、「供給される物品又は役務の量」、「物品又は役務の提供される期間」については除外されないとしている。また、「消費者と事業者との間で個別に交渉された事項」については、情報や交渉力の面で消費者と事業者の間に大きな格差のある状況では、個別の交渉の存在をもって対象から除外するとするのは不適切であると考えられるとした上で、実際に消費者の側から積極的に提案された内容であったり、十分な交渉の下で納得の上で合意された場合にまで法が介入することは、消費者契約法が理念の一つとする消費者の自己決定の尊重や私的自治の原則からも適当でないことから、不当条項の評価の際には、単なる形式的交渉ではない実質的交渉の有無・程度を考慮すべきであるとしている。さらに、「不当条項の定義は、基本的に信義則等を要件とした抽象的なものとならざるを得ないため、個別事案における結論についての予見可能性が低く、必ずしも安定した法の適用ができないという問題がある」ことから、「不当条項リストを作成」し、その具体化・明確化を図るべきであるとし、リストに掲げるべき不当条項の例を示している。

第16次国民生活審議会消費者政策部会報告「消費者契約法(仮称)の制定に向けて」(平成11年1月28日)においては、次のように取りまとめられている。まず、基本的考え方として、自己決定に基づいて生じた結果について決定者が自己責任を負うという「契約についての自己責任原則」を前提として、事業者の定める契約条項が、消費者の取引の信義則に照らして、消費者に不当に不利益なものと判断される場合には、その効力は否定されるべきであり、このような無効とされるべき契約

条項を具体的に定めるとともに、その要件をできる限り明確にする必要があるとしている。具体的には、「消費者契約に関する民事ルールのある方」について、「民法の特別法である消費者契約法の規定は、民法の関連規定に比べるとはるかに具体的なものとなるべきものであるが、消費者契約をできる限り広く対象とするルールであるため、また、対象となる個別業界や取引の多様な特性に対応して、実務に混乱を起こさない適切な解釈が行われるルールとなるためにも、個別法等に比べると抽象的にならざるを得ない。一方で、消費者、事業者双方の予見可能性を高めることは、民法とは別に消費者契約に即した立法を行う重要な意義の一つである。健全な取引秩序に混乱を起こさず、また、裁判外の紛争解決についての有益な基準を提供するためにも、ルールの内容をできる限り明確なものにする必要がある。」としている。中間報告における「不当条項の定義」については、中間報告における「信義誠実の要請に反して、消費者に不当に不利益な契約条項」という定義を踏まえた上で、不当条項を信義則を要件とした抽象的なものとした場合、個別事案における結論についての予見可能性が低く、必ずしも安定した法の適用ができないという問題を解決することはできないとし、また、このような抽象的な要件では、結局、民法の信義則に反するか否かを判断することと同じになってしまう、契約条項を適正化するための新たな法的措置を講ずる必要性に乏しいと考えられやすいとして、「消費者契約法においては、無効とされるべき不当条項を具体的に定めるとともに、その要件をできる限り明確にする必要がある」としている。また、不当条項を無効とする定めをいくつか置く際には、これらの規定が限定列举と解釈されないような工夫が必要であるとし、定められた不当条

項以外のものはすべて正当な契約事項であって無効とされることはないと解釈されることがないように求めている。「不当条項か否かを判断する基準」については、参考例として、事業者が合理的な理由なくして一方的に法律関係を変動させることを可能とするものであるか、消費者にとって過酷な要求となるもの（当事者の衡平を著しく損ない不当であって信義則に反するもの）であるか、消費者の法的地位を不安定な状態に置くものであるか、消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するもの（たとえば消費者に生じた損害賠償請求権等を免除又は著しく制限すること）であるかを掲げている。「不当条項の評価の対象」については、中間報告と同様、「契約の主要な目的及び商品又は役務の価格若しくはその対価とその反対給付である商品又は役務との均衡性については対象としない」とする一方で、消費者の側から積極的に提案された内容であったり、十分な交渉の下で納得の上で合意された場合を対象外とすることについては不適切であるとし、これらの場合に消費者が契約条項の不当性を主張することは、信義則違反や権利の濫用の考え方により対応されるとしている。そして、「実際に立法する際には、消費者契約法が、事業者にとって事業活動に即してどのような行為をするとどのような効果が生じるのか、また、消費者や紛争解決に携わる消費者生活相談員にとってどのような場合にどのような救済がなされるのか、できる限り明確な規範であることが望まれる。」、「消費者契約法の制定に当たっては、消費者、事業者双方が自己責任に基づいて行動することができる環境整備の一環として公正で予見可能性の高いルールを策定するという観点から検討を深めていく必要がある。」と結んでいる。

第17次国民生活審議会消費者政策部会消費者契約法検討委員会報告「消費者契約法（仮称）の具体的内容について」（平成11年11月30日）においては、次のように取りまとめられている。まず、無効とすべき不当条項について、契約の主要な目的及び価格以外の条項について、トラブルの実態等を踏まえ、およそ消費者契約において効力を認めることが適当でないものを明確な要件によって定型的に定めるとして、事業者の損害賠償の責任を免除する条項及び消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項に関するものを掲げ、これらの条項を一律に無効とすると著しく不合理な結果を招くような消費者の不当な権利主張は、権利濫用禁止の法理等の援用によって排斥されるとしている。不当条項規制の一般規定については、「その他、正当な理由なく、民法、商法その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合よりも、消費者の権利を制限することによって又は消費者に義務を課すことによって、消費者の正当な利益を著しく害する条項」を無効とするとし、このような条項を必要とする理由として、契約締結時のあらゆる事情を考慮して、契約全体を有効としつつこのような個別の条項が民法上の信義則や公序良俗等の一般条項によって無効とされ得ることは、裁判実務上ほぼ定着されており、このことは消費者契約法が制定されても変わらず、いわゆる反対解釈（法に規定された契約条項のみが無効とされ、それ以外は無効とならないという解釈）は誤りであるが、「個別の条項が民法によって無効とされ得るという趣旨を確認する」という意味で、規定を置く意義があると説明している。特に、この点については、一般規定を設けるか否かに議論の多くが費やされたことから、「このような条項を規定し機能される場合には、「正当な理由なく」「正当な利益」「著し

く害する」といった内容を確定するための検討を行う必要があり、その概念が明確にできない場合はこのような条項を規定することは適当でないとの意見があった」と明記されている。この報告内容については、第17次国民生活審議会消費者政策部会（平成11年12月24日）において了承された。

その後、政府部内の検討を経て、消費者契約法案として平成12年3月に国会に提出され、平成12年4月に成立し、公布された。なお、不当条項規制の一般規定については、報告の内容と現行法の規定内容の文言が異なっているが、その理由は明らかにされていないようである。

このように、不当条項規制の一般規定の制定をめぐる議論の過程においては、その明確性が強く求められているとともに、一般規定がどのような場合に適用されるかということについて具体的に議論されていた内容にも留意することが必要である。

なお、消費者契約法施行後も「消費者契約法の評価及び論点の検討」が進められているが、国民生活審議会消費者政策部会消費者契約法評価検討委員会報告（平成19年8月）において、不当条項リストの追加等について「契約条項の状況を調査、分析したうえで、具体的に無効とすべき条項がないかどうか検討すべきである」とされ、内閣府平成19年度消費者契約における不当条項研究会報告（平成20年3月）においては、「現行消費者契約法第8条又は第9条の改正の必要性や、第10条の具体化等、新たな不当条項リストの追加の必要性等について、さらなる検討を行い、具体的なリスト化に向けて精査していくことが求められ」ており、そこに掲げられた条項については、「立法措置を含めて早急かつ具体的に検討すること」が提言されているところであり、平成22年3月30日に閣議決定され

た消費者基本計画（平成23年7月8日一部改定）においては、「消費者契約の不当勧誘・不当条項規制の在り方について、民法（債権関係）改正の議論と連携して検討します。」とされ、具体的には「平成22年度以降、問題点の把握を行う」こととされているところであり、現在内閣府消費者庁において、消費者契約法関連の裁判例の収集・分析や、有識者等からヒアリングを行い、問題点の把握が行われているところである。

4 裁判例に見る不動産取引に関する消費者契約法10条の適用の考え方

裁判例における不動産取引に関する消費者契約法10条の適用事例は、機構において取りまとめたところ、78件であり、同条は不動産取引に係る具体事案においても活用されていると評価できるが、地域と分野において偏りが見られ、関西地区における建物賃貸借に係る事例が大部分である。

消費者契約法10条が実際の事案においてどのように適用されているか、また、どのような判断基準が示されているかについて、更新料条項について有効とした平成23年7月15日最高裁判決、いわゆる敷引特約について有効とした平成23年7月12日最高裁判決、いわゆる敷引特約について有効とした平成23年3月24日最高裁判決の三つの判決を中心に（注8）、少し長くなるが、判決文を引用して検討する。（これらの判決については、RETIO82号 太田秀也「敷引特約に関する一考察」、RETIO 83号 太田秀也「更新料条項に関する一考察」においても考察されているが、本稿の検討は、消費者契約法10条の適用に当たっての判断基準の観点から行っており、また、その見解は必ずしも一致していないことをお断りする。）

まず、更新料条項についての平成23年7月15日最高裁判決は、次のように示している。

消費者契約法10条について、

- ① 民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定とは、「明文の規定のみならず一般的な法理等も含まれる」こと
- ② 消費者の義務を加重するとは、「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消費者（賃借人）に負わせる」ものであること
- ③ 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どうかの判断は、「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」こととし、具体的には、（イ）（更新料の性質を明確にした上で、）更新料の支払には経済的合理性があること（注9）、（ロ）一定の地域において、更新料の支払をすることは公知であること、（ハ）従前、裁判上の和解手続等において、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、からすると、（ニ）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ことから、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ができないとし、さらに、（ホ）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ことを挙げ、信義則に反して消費者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ている。

いわゆる敷引特約についての平成23年7月12日最高裁判決は、次のように示している。

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どうかの判断について、

- ① 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「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、賃貸借契約の締結に至った」こと
- ② 敷引金の額が、賃料に比し「高額に過ぎるとはいい難く」、「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」ことを挙げ、信義則に反して消費者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ている。

いわゆる敷引特約についての平成23年3月24日最高裁判決は、次のように示している。

- ① 消費者の義務を加重するとは、「賃貸借契約の本質上消費者（賃借人）が負わない義務（通常損耗等についての原状回復義務とその補修費用を負担する義務）を特約により消費者（賃借人）に負担させる」こと
- ② 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どうかの判断について、（イ）「賃貸借契約に（敷引）特約が付され、賃貸人が取得することになる金員（いわゆる敷引金）の額について契約書に明示され、賃借人の負担については明確に合意されている」こと
（ロ）敷引金の額が、（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、高額に過ぎない（高額に過ぎると評価すべきものである場合でも、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があれば、信義則に反しない）」

ことを挙げ、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものということはできないとしている。

また、「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どうか」の判断の基準に関する下級審の基本的な考え方を見ると、平成21年8月27日大阪高裁判決（更新料条項無効判決）は、「契約条項の実体的内容、その置かれている趣旨、目的及び根拠はもちろんのことであるが、」「契約当事者の情報収集力等の格差の状況及び程度、消費者が趣旨を含めて契約条項を理解できるものであったかどうか等の契約条項の定め方、契約条項が具体的かつ明確に説明されたかどうか等の契約に至る経緯のほか、消費者が契約条件を検討する上で事業者と実質的に対等な機会を付与され自由にこれを検討していたかどうかなど諸般の事情を総合的に検討」して判断すべきとしており、平成21年2月25日大阪高裁判決（敷引特約無効判決）は（原審の判決を引用し）、「当事者の属性や契約条項の内容、そして、契約条項が具体的かつ明確に説明され、消費者がその条項を理解できるものであったかといった種々の事情を総合考慮して判断すべきである」としており、平成21年10月29日大阪高裁判決（更新料有効判決）は、「消費者にとって不利益な契約条項を定めることによって、消費者が本来有しているはずの権利ないし法的利益を奪ったり、あらかじめ制限するというだけでなく、それによって不利益を免れる事業者と不利益を被る消費者との間に合理性のない不均衡を生じさせるときは、このような契約条項については、消費者にとって信義則に反する程度にまで一方的に不利益な条項いわゆる不当条項として無効にすべきものと解されるが、単に消費者にとって不利益というだけで、事業者の経済的利益を図った契約条項を一切無効とするものでないこ

とは明らかである。他方、消費者契約において、消費者にとって不利益な契約条項が存在する場合、それが契約当初から定められていた（契約書に明記され、その旨説明を受けていた）としても、事業者に比べて経験に乏しく情報力も劣るのが通常である一般的な消費者とすれば、契約の締結段階において、将来的に起こり得る好ましくない事態を想定してまで契約条項の当否を検討することは容易ではなく、具体的な場面において当該契約条項が実際に適用されるまでは、当該契約条項によって自らに生じる不利益の程度を認識することが困難であることも少なくないのであるから、消費者にとって不利益な契約条項が無効と解すべき不当条項であるか否かは、消費者に生じ得る具体的な不利益の程度だけでなく、当該契約条項が発動した場合に生じる事態の予測可能性を併せ考慮して判断する必要があるというべきである」とし、少しわかりにくいのが、いずれもその意味するところは最高裁判決とほぼ同様の考え方と見ることができるのではないかと考える。（注10）

以上これらの判決は、建物賃貸借契約への消費者契約法10条の適用の基本的考え方について、ほぼ同趣旨を述べていると考えられるが、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どうかの具体的判断に当たって、最高裁判決が建物賃貸借契約における賃貸人と賃借人の現実の取引をめぐる諸事情をどのように考量して判断したか、平成23年7月12日最高裁判決における補足意見と反対意見を参考にして、次に検討する。

まず最初に、最高裁判決は、賃貸借契約をめぐる賃貸人と賃借人の関係について、「賃貸借契約においては、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、その結果、「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」という考え方を示している。この点に関して、田原裁判官補足意見は、「現代の我が国の住宅事情は、団塊の世代が借家の確保に難渋した時代と異なり、全住宅のうちの15パーセント近く（700万戸以上）が空き家であって、建物の賃貸人としては、かつての住宅不足の時代と異なり、入居者の確保に努力を必要とする状況にある。そこで、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、そのうちの一定額は明渡し時に返還しない旨の特約（敷引特約）を定めるか等、賃貸人として相当の収入を確保しつつ賃借人を誘引するにつき、どのような費目を設定し、それにどのような金額を割り付けるかについて検討するのである。他方、賃借人も、一般に賃貸借契約の締結に際し、長期の入居を前提とするか入居後比較的早期に転出する予定か、契約締結時に一時金を差し入

れても賃料の低廉な条件か、賃料は若干高くても契約締結時の一時金が少ない条件か等、賃借に当たって自らの諸状況を踏まえて、賃貸人が示す賃貸条件を総合的に検討し、賃借物件を選択することができる状態にあり、賃借人が賃借物件を選択するにつき消費者として情報の格差が存するとは言い難い状況にある。」と居住用の建物賃貸借に係る最近の状況を詳述している。さらに、「本件では、賃貸借契約締結後、最初の更新時に賃借人は賃料値下げを賃貸人に了解させているのであるから、賃借人が賃貸人に比して弱い立場にあったものとは認められない。」とその状況を補足している。

また、いわゆる敷引金の法的性質が問題となっていることに対して、田原裁判官補足意見は、「保証金は、明渡し後も返還されることが契約締結時に明示されているのであるから、その法的性質が如何であれ、賃借人は本件契約締結時に、本件建物明渡し後に同金額が返還されないものであることは、明確に認識できる」とした上で、「建物賃貸借において、如何なる費目の金銭が授受されるかは各地域における慣行に著しい差異が見られるのであって、賃貸借契約における賃料以外の金銭の授受に係る条項の解釈においては、当該地域の実情を十分に認識した上でそれを踏まえて法的判断をする必要がある（なお、このような各地域の実情は、地裁レベルでは裁判所に顕著な事実というべきものである。）」とし、賃借人は地域の実情を踏まえて賃貸借契約の締結に臨んでいるとしていると判断している（平成23年7月15日最高裁判決においても、更新料について「一定の地域において、更新料の支払をすることは公知であること」と判示している。）。

一方、岡部裁判官反対意見は、「賃借人に

自己責任を求めるには、賃借人が十分な情報を与えられていることが前提となる」とした上で、「敷引金は個々の契約ごとに様々な性質を有するものであるのに、消費者たる賃借人がその性質を認識することができないまま賃貸借契約を締結していることが問題なのであり、敷引金の総額を明確に認識していることで足りるものではない。」とし、その理由として、「敷引金は、損耗の修繕費（通常損耗料ないし自然損耗料）、空室損料、賃料の補充ないし前払、礼金等の性質を有するといわれており、その性質は個々の契約ごとに異なり得るものである。そうすると、賃借物件を賃借しようとする者は、当該敷引金がいかなる性質を有するものであるのかについて、その具体的内容が明示されてはじめて、その内容に応じた検討をする機会が与えられ、賃貸人と交渉することが可能となるというべきである。例えば、損耗の修繕費として敷引金が設定されているのであれば、かかる費用は本来賃料の中に含まれるべきものであるから、賃借人は、当該敷引金が上記の性質を有するものであることが明示されてはじめて、当該敷引金の額に対応して月々の賃料がその分相場より低額なものとなっているのか否か検討し交渉することが可能となる。また、敷引金が礼金ないし権利金の性質を有するるのであれば、その旨が明示されてはじめて、賃借人は、それが礼金ないし権利金として相当か否かを検討し交渉することができる。事業者たる賃貸人は、自ら敷引金の額を決定し、賃借人にこれを提示しているのであるから、その具体的内容を示すことは可能であり、容易でもある。それに対して消費者たる賃借人は、賃貸人から明示されない限りは、その具体的内容を知ることもできないのであるから、契約書に敷引金の総額が明記されていたとしても、消費者である賃借人に敷引特約に

応じるか否かを決定するために十分な情報が与えられているとはいえない。」と説明し、「本件敷引金の額は本件契約書に明示されていたものの、これがいかなる性質を有するものであるのかについて、その具体的内容は本件契約書に何ら明示されていないのであり、賃貸人は、本件敷引金の性質についてその具体的内容を明示する信義則上の義務に反しているというべきである。」としている。これに対しては、田原裁判官補足意見は、「敷引特約の法的性質を一概に論じることは困難であり、いわんや賃貸人にその具体的内容を明示することを求めることは相当とは言えない。」と述べている。

また、平成23年3月24日最高裁判決が、「敷引金の額が敷引特約の趣旨からみて高額に過ぎる場合には、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が多いといえる」としていることについては、寺田裁判官補足意見の「信義則との関係では、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、いわゆる相場からみて高額あるいは高率に過ぎるなど内容面での特異な事情がうかがわれるのであれば、これを契約の自由を基礎づける要素にゆがみが生じているおそれの徴表とみて、当該契約条件を付すことが許されるかどうかにつき、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ということになる。」との考え方が参考となる。なお、田原裁判官補足意見は、「敷引特約に基づく敷引金の金額が賃料に比して高額であり、賃貸借契約締結時に当事者が想定していたより短期に賃貸借契約が終了した

ような場合には、敷引特約に定められた敷金（保証金）をその約定どおり差し引くことが信義則上問題となることがあり得るが、それは当該契約当事者間における個別事情の問題であって、敷引特約の有効性とは異なる問題である」とし、このような場合は、消費者契約法上の問題とは異なる問題であるとしている。

次に、これらの議論において引用されることの多い平成17年12月16日最高裁判決について検討する。この判決は、通常損耗についての原状回復費用を賃借人が負担する旨の明確な合意が存しないとしたものであり、消費者契約法10条について判断したものではないが、この判決の考え方とこれらの判決の考え方とはどのように捉えるべきであろうか。本判決は、「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と解するのが相当である。」とした上で、「本件契約における原状回復に関する約定を定めている契約書の条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、負担区分表についても、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わざるを得ない。本件契約を締結する前に、本件共同住宅の入居説明会を行っているが、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わざるを得ない。そうすると、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というべきである。」とし、通常損耗補修特約の締結過程を詳しく検討し合意が成立していないと判示している。

一方、この事案に対して消費者契約法10条を適用する観点から検討すると、寺田裁判官補足意見が示している「消費者契約法の立法趣旨に鑑みると、同条の規定は、契約条件の実質のみならずその形式にも着目し、それによってもたらされる問題をも対象としているのではないかと考えることができるように思われる。民法等に定める典型契約の規定は、パターン化によって契約における権利義務の関係を一般人にも理解しやすくする機能を有するものとなっているところ、典型契約のパターンから形式的に離れた契約条項が定められる場合には、消費者にとって理解が十分でないまま契約に至るなど契約の自由を基礎づ

ける要素にゆがみが生じるおそれが生じやすいとみて、信義則を通して当該条項の合理性につき、より立ち入って審査するという趣旨をみて取るわけである。」「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、上記のような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条の対象として扱って差し支えないと解することが相当であろう。」という考え方を参考にすれば、当該判決と同様に通常損耗補修特約の締結過程を詳しく検討し、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かどうかを判断することとなり、その結果賃借人が理解していないとなれば、誤認による合意であり、合意は存在しないとして同趣旨の結論になると考えられる。

つまり、賃借人は、賃貸借契約の締結に当たっては、契約時の一時金、賃借期間中の賃料や契約終了時の返還金等具体的な金銭負担に眼が行きがちで、見慣れない通常損耗補修特約などの付随的な条項にはあまり注意が行かず、あるいは十分にわかろうとしないことも多いのが普通であり、また、その特約の内容では具体的に発生した損耗が実際に原状回復費用の負担の対象になるかどうか不分明で、賃借人が負担することとなるその総額がどの程度になるか契約締結時に必ずしも明らかではないというような場合には、賃借人が予期しない負担を負う恐れがあり、したがって、このような賃借人の将来の地位を不安定なものにする合意をすることは通常想定されないと考えられることから、このような条項が契約内容となっていれば、現実の取引状況を検討した結果、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、賃借人が誤認し、一方的に不利益な負担を余儀なくされた条項、つまりは不当条項であると判断される可能性が高いということになると考えられる。(注11)

なお、通常損耗についての原状回復費用の負担についても、田原裁判官補足意見のとおり「賃貸人が賃貸借に伴う通常損耗費部分の回収を、賃料に含ませて行うか、権利金、礼金、敷引金等の一時金をもって充てるかは、賃貸人としての賃貸営業における政策判断の問題であって、通常損耗費部分を賃貸借契約において賃貸人が取得することが定められている賃料及びその他の一時金以外に求めるのでない限り、その当不当を論じる意味はない」と考えることが、最高裁判決の賃貸借契約に関する考え方を検討する上で一貫していると考えられる。

5 検討とまとめ

消費者契約法10条は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差を背景に、消費者の権利を制限し、または、消費者の義務を加重し、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものを、無効とするものである。立法過程で示されたように、消費者契約法10条は、「個別の条項が民法によって無効とされ得るという趣旨を確認する」という意味から置かれたものである(注12)が、「消費者の利益を一方的に害する」という文言を規定することにより、民法における信義則の判断に基準を示し、信義則違反の判断を行うことを容易にしているものと考えられ、その基準は、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差を背景」として捉えられていると考えられる。したがって、消費者契約法10条の適用に当たっては、消費

者にとって不当条項であることが一見して明白に明らかであると考えられ、定型的に捉えることが可能である消費者契約法8条（事業者の責任の不当な免除）や9条（消費者による不当に多額の支払い約束）のような場合と異なり、どのような場合に「信義則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」と判断されるかという点が重要になり、また、その判断に当たっては、これまでに見てきた制度をめぐる議論の過程で示されてきた内容についても十分理解して行う必要がある。そして、この点について、共通の理解を得ることが、取引の安定性を確保するために必要である。特に、不当条項規制の一般規定については、その検討過程において、取引の安定性の確保の観点から懸念が示されてきた。しかしながら、どのような場合に消費者契約法10条が適用され、不当条項となるのかについて、適切な指針は依然として示されていないように思われる。（注13）たとえば、先に示した建物の賃貸借契約における更新料条項については、短期間に、同じ裁判所の中で、また、同一の事案について上級審と下級審の間で、相対立する判決内容がくり返し出されているが（注14）、「個別事案における結論についての予見可能性が低く、安定した法の適用ができない」という懸念が現実に表れたものと考えられる。

さて、最高裁判決は、「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」かどうかの判断に当たって、「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」との考え方（注15）を示し、当該各事案について、現

実の取引における賃貸人と賃借人の現実の取引状況等契約締結過程における具体的な諸事情について検討した上で、負担の内容が契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人が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合意されており、負担の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎないことから、消費者契約法10条により無効とすることはできないとした。これは、当該判断に当たって、条項の合理性の評価、条項がもたらす結果に対する評価と併せて、現実の取引状況を踏まえて「不当条項として規制を行う正当な理由があるかどうか」について判断することが必要であるとの考え方を示したものと考えられる。（注16）これは、今まで、更新料やいわゆる敷引特約の条項について消費者契約法により無効の判断を行ってきた下級審判決が、条項の趣旨が不明確で合理性がないと判断し、また、その条項の趣旨が具体的かつ明確に説明されておらず、賃借人がその内容を具体的に認識した上で合意していないとして、情報の質及び量並びに交渉力の格差があると認定し、あるいは、賃借人の利益を一方的に害するとして、無効としてきたことに対し、最高裁判決は、当該条項の法的性質を主として検討し、不当条項であるかどうかを判断するだけでなく（注17）、賃貸人との現実の取引における賃借人の状況等契約締結過程における諸事情について、「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」かどうかを、当該取引状況に即しその全体を「具体的な事実を基に」判断することを求めたものと考えられる。前記の大阪高裁判決が、基本的な考え方はほぼ同じと考えられる中で、それぞれ判断の結果として異にしたのは、主としてこのような点にあるのではないかと考えられる。

また、今回の最高裁判決については、結論

部分に当たる、「契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人が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合意されていること」、「負担の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎないこと」が、更新料等に係る消費者契約法10条の判断基準として示されたことと捉えられることが多いが、これはあくまでも賃貸人と賃借人の現実の取引状況等の検討を踏まえた上のものであり、一般的な判断基準を示したものではないことに注意する必要がある。ましてや、今回の最高裁判決について、契約自由の原則を支持したものであるとか、契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人に対し十分説明していれば消費者契約法10条により無効となることはなく、合意として有効となるとの意見も見られるが、このような場合でも、当該条項が不当条項に該当する場合には消費者契約法により無効となることは変わらないのであり、必ずしもそのような考えではないということは以上からも明らかである。

もとより、当該条項が消費者に不利益であるからといって、当然に、消費者契約法10条が適用され無効となるというわけではない。また、消費者契約法10条の制定の背景ともなっている事業者と消費者との間の格差は、事業者と消費者との関係を定性的に説明しているにすぎないものであり、この事実があるからといって、直ちに「信義則に反して消費者の利益を一方的に害する場合」に該当するということではない。立法過程で議論されているとおり、事業者がこのような格差を利用したことにより、「消費者に自己責任を求めることが適切でない場合」、「消費者の自由な意思形成がなされるための環境が整備されていない場合」が生じ、消費者が「著しく重い義務を負ったり、本来有する権利を奪われたりする」ことがないように、消費者の利益の擁

護を図る必要がある場合に該当しているかどうか、あるいは、当該条項が「事業者が合理的な理由なくして一方的に法律関係を変動させることを可能とするもの」、「消費者にとって過酷な要求となるもの（当事者の衡平を著しく損ない不当であって信義則に反するもの）」、「消費者の法的地位を不安定な状態に置くもの」、「消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するもの（たとえば消費者に生じた損害賠償請求権等を免除又は著しく制限すること）」に該当しているかどうか等、消費者契約法が消費者の利益を擁護する必要があると認める状況にあったのかどうかについて、「具体的に」判断することが必要である。今回の最高裁判決は、このような立場に立って、賃貸借契約をめぐる賃貸人（事業者）と賃借人（消費者）との関係の実態を踏まえて示されたものであると考えられ、今後の消費者契約法10条の適用に当たっての指針となるものと考えられる。したがって、今後の不動産取引に当たっては、現実の取引状況の実態が、消費者契約法が想定している「消費者の利益を擁護する必要があると認める状況」に陥らないように、これまでと同様、関係者は注意していくことが重要である。

また、賃貸借契約をめぐる賃貸人と賃借人との関係について具体的に判断するに当たって、最高裁内部において異なる考え方が示されているが、現実の賃貸借市場における取引状況（注18）から考えると、岡部裁判官反対意見の考え方は論理的であるにしても、現実の賃借人の経済的行動から考えると、このような価格交渉のあり方は論理的に過ぎ、むしろ判決及び田原裁判官補足意見に表された意見の方が、現実の実務に携わっている事業者・賃貸人や賃借人の感覚に近く、一般的にも妥当であり、より実態を反映させていると思われる。

ただし、今回の最高裁判決を評価するに当たっては、判決において、更新料やいわゆる敷引金が「賃料の実質を有するもの」（寺田裁判官補足意見）と見られており、また、先にも述べたように、これら更新料やいわゆる敷引金は、賃借人が通常一般的に利害得失を考慮して負担を決定している事項と考えられること（したがって、このような価格交渉は消費者契約法の規制対象外と考えることもできる（注19））、さらに、当該条項が「事業者が合理的な理由なくして一方的に法律関係を変動させることを可能とするもの」や「消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するもの」のように不当条項に該当することが明白であると考えられるものでもなかったことも、判決の考え方と結論に影響を与えていると考えられることに、留意する必要があると考える。

6 おわりに

言うまでもなく、（賃貸借）契約においては、その内容が事業者（賃貸人）から消費者（賃借人）に対して、具体的かつ明確に説明され、消費者（賃借人）がその内容を認識できるようにした上で合意されることが必要であり、そうでない場合については、基本的には、信義則に反して消費者（賃借人）の利益を一方的に害するものであり、消費者契約法により消費者の利益の擁護を図るべき場合に該当する可能性が高いというべきである。この点において、消費者契約法は、消費者と事業者との間にある情報・交渉力の構造的な格差を是正するための措置として、事業者から消費者への情報の適切な提供や契約における透明性の確保を要請していると理解すべきであり、法3条に規定している事業者の情報提

供努力義務もそのような観点から理解されるべきであることを再確認しておく必要がある。つまり、「私的自治の原則の下では、各人が契約に拘束されるのはそれが各人の意思に基づくからであり、その前提として、各人が自ら自分のために情報を収集し、それにより当該契約が自分の目的に適合するかどうかを知った上で契約を締結することが要請される。これが原則であるが、当事者が有する情報に格差がある場合には、そのままでは情報の劣位者にとって不利な取引が行われる可能性がある。そのため、情報劣位者の自由を実質的に回復させ、自分で決めたと言える状態を作り出すために、信義則上、その相手方に情報提供義務が課せられる」（注20）と考えられているのであり、この点は、今後の裁判例において、消費者契約法10条により無効とすべき場合かどうか、現実の取引状況を踏まえて判断する際に重要な要素となるものと考えられる。そういう意味において、岡部裁判官反対意見に示された「そもそも、消費者契約においては、消費者と事業者との間に情報の質及び量並びに交渉力の格差が存在することが前提となっており、消費者契約関係にある、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。（賃貸借契約における）特約についても、その具体的内容を明示することは、契約締結の自由を実質的に保障するために、情報量等において優位に立つ事業者たる賃貸人の信義則上の義務である」との考え方は、今後の不動産取引に関する裁判例においても尊重されるものと考えられ、不動産取引関係者は、現実の取引状況の実態が、消費者契約法が想定している「消費者の利益を擁護する必要があ

ると認める状況」とならないためにも、この点に十分留意する必要がある。

今後とも、取引当事者の予見可能性を高め、安定した法の適用を図る観点から、消費者契約法第10条と不当条項リストに関して、政府部内における検討と裁判における適用事例について十分注視していく必要がある。

(注1) RETIO80号以降の判決は次のとおりである。

- 京都地裁平成24年2月29日・(未登載)
 - ・ 1年ごとの更新料上限は、判例や地域事情から賃料年額の2割が相当として、超過分の更新料の一部を無効とした事例
- 大阪高裁平成23年9月16日(未登載)
 - ・ 更新料有効判決
- 西宮簡裁平成23年8月2日・消費者法ニュース
 - ・ 敷引特約について、家賃の3倍を超える部分については消費者契約法10条に反し無効とされた事例
- 最高裁平成23年7月15日・裁判所ウェブサイト(原審 大阪高裁平成22年2月24日・京都地裁平成21年9月25日)
 - ・ 更新料の支払を約する条項は消費者契約法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」には当たらないとされた事例
- 最高裁平成23年7月12日・裁判所ウェブサイト(原審 大阪高裁平成21年12月15日・京都地裁平成21年7月30日)
 - ・ 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条により無効ということとはできないとされた事例
- 京都地裁平成23年5月30日(未登載)
 - ・ 居住目的があり、居住用の利用部分が建物の相当部分を占めている事情があったとしても、店舗経営に必要であったため賃貸借契約が締結されたとして、「消費者」に該当しないとされた事例
- 大阪高裁平成23年4月27日(未登載)(原審 京都地裁平成22年10月29日)
 - ・ 更新料無効判決
- 名古屋地裁平成23年4月27日・消費者法ニュース88号208頁
 - ・ 賃料支払いを1回でも滞納した場合に保証委託契約が自動的に解除され、自動的に同一条件で更新されるとの特約は消費者契約法10条により無効とされた事例
- 京都地裁平成23年3月30日
 - ・ 更新料特約は消費者契約法10条により無効とされた事例
- 最高裁平成23年3月24日・裁判所ウェブサイト(原審 大阪高裁平成21年6月19日・京都地裁平成20年11月26日)
 - ・ 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条により無効ということとはできないとされた事例
- 大阪簡裁平成23年3月18日・消費者法ニュース88号276頁
 - ・ 礼金は広義の賃料であり、期間対応性を持たせる必要があるとして、契約期間途中で退去した場合、礼金は未使用期間に応じて返還すべきであり、返還を予定していない合意は、返還されないとする部分について消費者契約法10条により一部無効とされた事例
- 東京地裁平成23年2月24日・ウエストロー・ジャパン
 - ・ 賃貸借契約の礼金支払条項は消費者契約法10条により無効であるが、更新料支払条項は無効ではないとされた事例
- 神戸地裁平成22年11月12日・判例タイムズ1352号186頁
 - ・ 賃貸借契約後10年未満で契約が終了した場合に敷金から40%を差し引くことを定めるいわゆる敷引特約が、消費者契約法10条に反し無効とは言えないとされた事例
- 大阪高裁平成22年8月31日・ウエストロー・ジャパン
 - ・ 高齢者用介護サービス付き賃貸マンションにおける入居金の償却特約が、消費者契約法10条により無効とされた事例
- さいたま地裁平成22年3月18日・ウエストロー・ジャパン
 - ・ 定額補修費の合意は敷金類似の金銭預託契約であり、消費者契約法10条に反しないとされた事例
- 名古屋地裁平成21年12月22日・消費者法ニュース83号223頁

- ・ 当該土地に売却可能性があり売却のため必要であると信じたために測量契約等を締結した事案において、土地の売却可能性が、消費者契約法4条1項1号、4項1号の「用途その他の内容」についての「重要事項」に当たるとされ、取り消すことができるとされた事例

(注2) 本稿の論点について、山本豊「消費者契約法10条の生成と展開」NBL959号10頁以下、山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686号14頁以下参照

(注3) 「逐条解説 消費者契約法【第2版】 消費者庁企画課編」72・73頁。

(注4) 第16次国民生活審議会消費者政策部会報告「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」（平成11年1月）第1・1・(2)

(注5) 大澤彩「消費者契約法における不当条項リストの現状と課題」NBL958号46頁以下。ここでは併せて「不当条項の充実化について」検討されている。

(注6) 消費者契約法の制定過程に関する審議会の報告・議事資料等に関しては、「内閣府消費者の窓」のホームページに掲載されていたが、現在は見ることができない。

(注7) 「不意打ち条項について」（第16次国民生活審議会消費者政策部会報告「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」（平成11年1月28日））

契約の全体については消費者が了解していたが、当該条項が社会通念（当該契約に対し典型的に抱く期待）に照らして異常（異例）であり、かつ、その内容についての事業者からの説明が十分でなかったために、そのような異常な条項の存在を消費者が到底予測できないような場合には契約内容とならない。なお、契約当事者の予見可能性を確保する観点から、消費者の予測能力については、同種の契約に消費者として関与することが想定される消費者の通常の予測を基準にして考え、個々の消費者の認識不足に基づいて不意打ち条項となることはない。

(注8) 最高裁は、平成23年7月15日に3事案について更新料条項を消費者契約法10条により無効とすることはできないと判示し、1事案の判決しか公表していないが、ここでは当該3事案について原審である、平成21年8月27日大阪高裁判決（更新料条項無効判決・判例時報2062号40頁）、平成21年10月29日大阪高裁判決（更新料条項有効判

決・判例時報2064号65頁）、平成22年2月24日大阪高裁判決（更新料条項無効判決・ウエストロー・ジャパン）と平成23年7月12日最高裁判決の原審である平成21年2月25日大阪高裁判決（敷引き特約無効判決・金融・商事判例1378号28頁）により下級審の判決の考え方を検討する。

(注9) 同判決は、更新料を「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、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もの」と解している。

(注10) 平成22年2月24日大阪高裁判決は、原審の判決を引用し、「消費者と事業者との間の情報の質及び量、交渉力の格差を背景として、消費者が誤認又は困惑するような状況に置かれるなどして、消費者の法的に保護されている利益を、信義則に反する程度に、両当事者の衡平を損なう形で侵害することをいう」とし、判断の基準を示していないように思えるが、当該事案については、賃借人が「一種の誤認状態に置かれていたものと評価することができる」としている。

(注11) 平成23年3月24日最高裁判決（前掲）は、同様の考え方から、賃借人が予期しない負担を負う恐れがないとして、（通常損耗等の補修費用に充てるべき金員を敷引金として授受することを内容とする）いわゆる敷引特約は消費者契約法10条により無効ということではできないとしている。

(注12) 「民法で対処できなかったものに対する対処を可能とした」とする考え方もある。この考え方によれば、「消費者契約法8条及び9条は、現行民法上は必ずしも信義則違反や公序良俗違反とはいえない契約条項を無効とするものであり、10条はこれらの条項を包含する一般条項であることから、民法において無効とされないものも10条により無効とされる」とする。10条に係る学説については、大澤彩「不当条項規制の構造と展開」（有斐閣 平成22年）55頁以下など。

(注13) この点の判断に関して、消費者契約法を所管する消費者庁は、5つの条項（①消費者からの解除・解約の権利を制限する条項、②事業者からの解除・解約の要件を緩和する条項、③商品を送りつけられた人がその商品を購入しない旨の通知をしないとその商品を購入したものと見なす条項

のように、消費者の一定の作為または不作為により、消費者の意思表示がなされたものまたはなされなかったものと見なす条項、④事業者の債務不履行責任に関し事業者の「責めに帰すべき事由」を消費者に証明させる条項のように、事業者の証明責任を軽減し、または消費者の証明責任を加重する条項、⑤消費者の権利の行使期間を制限する条項）を例示しつつ、「民法の信義則上許容される限度を超えて」、「信義則に反する程度に両当事者の公平を損なう形で」、あるいは「信義則上両当事者間の権利義務関係に不均衡が存在する程度に」消費者の利益を侵害することを指すとしている（「逐条解説 消費者契約法【第2版】 消費者庁企画課編」219頁以下）が、解説書に示されているに過ぎず、また、どのような場合がこれに当たるかは必ずしもはっきりとせず、判断基準としては十分とは言えない。取引当事者の予見可能性を高め、安定した法の適用を図る観点から、消費者庁等における取り組みに、より一層の努力が求められている。

（注14）太田秀也「賃貸住宅管理の法的課題」（大成出版 平成23年）419頁以下、太田秀也「更新料条項に関する一考察」RETIO83号60頁

（注15）消費者庁は、「当該契約の目的となるもの、対価その他の取引条件、契約類型、公益性や取引の安定といった社会一般の利益の有無等を踏まえながら」判断するとしている。（「逐条解説 消費者契約法【第2版】 消費者庁企画課編」222頁）

（注16）高額に過ぎる場合を無効とする考え方は、消費者契約法9条の規定の趣旨と共通しているとも考えられる。「高額に過ぎる」に関する判断基準が示されていないことは、依然として取引における消費者契約法10条の適用について、不安定さを大きくしている。

（注17）私見によれば、礼金、更新料等の一時金は、賃貸人が提供するサービスの対価として賃借人から収受するもので、賃料との差異は収受する方法の違いに過ぎないものであり（無効を主張する者も賃料として収受することは認めている。）、これらの法的性質について議論することはあまり意味がないように感じられる。（田原裁判官補足意見が、「礼金や権利金についても、必ずしも明確な概念ではなく、また、数引特約の法的性質を一概に論じることは困難であり、いわんや賃貸人にその具体的内容を明示することを求めることは相当

とは言えない。」と述べているのも同旨と思われる。また、「（通常損耗費部分を）賃貸借契約において賃貸人が取得することが定められている賃料及びその他の一時金以外に求めるのでない限り、その当不当を論じる意味はない」とされていることが参考になる。

（注18）現実の賃貸借市場では、需給状況を反映して、いわゆるゼロゼロ物件も表れているところであり、そこには、賃料を維持しつつ、一時金の廃止による総額の減額によって賃借人を誘引する賃貸人の判断が示されていることも、判決の考え方が適切であることを示しているのではないかと。

（注19）このように考えてくると、更新料やいわゆる敷引金に係る条項は、立法過程で不当条項の対象としないと議論された「契約の主要な目的及び提供される物品又は役務の価格若しくは対価とその反対給付たる物品又は役務との均衡性」に係るものとも考えることもできるのではないと思われる。

この点に関して、平成21年8月27日大阪高裁判決を参考。

（注20）後藤巻則「契約締結過程の規律の進展と消費者契約法」NBL958号35頁