

論説

居住用建物賃貸借における 更新料特約の有効性の判断構造

2008年入学

佐藤孝一

I. はじめに＝問題提起

- 1 2つの大阪高裁判決
- 2 問題の所在＝2つの視点から
 - (1) 民法・借地借家法の問題…更新料の法的性質
 - (2) 消費者契約法の問題

II. 一連の裁判例

- 1 裁判例の流れ
- 2 原審（裁判例③及び④）での有効判決
 - (1) 更新料の法的性質
 - (2) 消費者契約法10条後段該当性
- 3 京都地裁の2つの無効判決（裁判例⑤及び⑦）
 - (1) 更新料の法的性質
 - (2) 消費者契約法10条後段該当性
 - ・一種の贈与的性格
 - ・交渉過程での当事者間の情報力の格差
- 4 大阪高裁8月判決（裁判例⑥）＝無効
 - (1) 更新料の法的性質
 - ・ 性質 i について
 - ・ 性質 ii について
 - ・ 性質 iii について
 - (2) 消費者契約法10条後段該当性
 - ・ 契約条項の実体的内容
 - ・ 当該条項の趣旨、目的及び根拠
 - ・ 当事者双方の情報収集力の格差
 - ・ 契約条項の定め方
 - ・ 契約条項の明確性
- 5 大阪高裁10月判決（裁判例⑧）＝有効
 - (1) 更新料の法的性質
 - (2) 消費者契約法10条後段該当性
 - ・ 基準
 - ・ 本件への当てはめ

- (1) 消費者契約法10条後段の解釈をめぐる議論
 - ・ 消費者契約法上の信義則
 - ・ 個別交渉条項への適用の可否
 - ・ 対価・給付条項への適用の可否
- (2) 更新料をめぐる議論
 - ・ 更新料支払合意の法定更新への適用と借地借家法30条
 - ・ 更新料に関する慣習の成否
- 2 8月判決における鑑定意見書
 - (1) 方針
 - (2) 法的性質論の消費者契約法的見地からの考察

IV. 検討

- 1 2つの大阪高判の相違点
- 2 10月判決の問題点
 - (1) 賃借権設定の対価（礼金と同様の性質）という法的性質の合理性
 - (2) 賃借人の更新料に関する認識
- 3 8月判決への評価
 - (1) 結論の妥当性
 - (2) 残された問題点＝賃貸人側の説明及び賃借人の認識
- 4 判断構造に関する一つの考え方
 - (1) 方向性
 - (2) 潮見意見書からの示唆＝消費者契約法解釈への社会法的色彩の導入
 - (3) 負担の不合理性のみから違法無効を導く判断基準
 - (4) 更新料（特約）の場合
- 5 補論＝更新料特約の無効がもたらすもの

V. おわりに

～謝辞～

III. 学説での議論

- 1 一般的議論

I. はじめに＝問題提起

1 2つの大阪高裁判決

近年、居住用建物賃貸借における、いわゆる「更新料」の特約の消費者契約法10条（一般不当条項規制）に基づく有効性の議論につき、下級審レベルで活発な動きが見られる。特に、平成21年8月27日及び10月29日出された大阪高裁判決（下記にいう裁判例⑥及び⑧）をさす。以下では各々「8月判決」及び「10月判決」とする。）が、これを象徴している。すなわち、同じ高裁（裁判体は異なる）が、2つの更新料返還請求事件につき、それぞれ、更新料特約が無効との判断と有効との判断を示したのである（両事件ともに、敗訴側が既に上告受理申立て）。本稿では、この2つの裁判例を中心とした近時の諸裁判例の分析を通じて、その「更新料」がいかなる問題を孕み、それらをいかに律していくべきかを検討することにする¹⁾。

2 問題の所在＝2つの視点から

「更新料」とは、不動産賃貸借契約の期間満了に伴う当該契約の（合意）更新に際して、賃借人から賃貸人に給付される金銭である²⁾。裁判例を見る前に、まずこの「更新料」の支払いを義務づける特約に関する問題の所在について、確認しておこう。更新料に関する問

題点は、次の2つに整理できる。第1は、更新料という給付が契約上いかなる法的性質を有するのか、という問題、第2は、本件のような居住用建物賃貸借が消費者契約法上の「消費者契約」に該当することに鑑み、更新料特約が消費者契約法10条に照らして有効か、という問題である。

(1) 民法・借地借家法の問題…更新料の法的性質

更新料の法的性質については、従来学説及び実務上、ニュアンスの差こそはあれ、次のiないしiiiと捉えられていた³⁾（以下、これらを「3つの法的性質」とする）。このような法的性質が、特に借地借家法（正当事由の制度、借賃増減額請求権の制度）との関係で正当化できるのかが、大きな問題となる。

これらに加えて10月判決では、裁判例①ないし⑦で争われてきたものとは異なる法的性質ivが登場した（この見解自体は、従来から存在していた）。

性質 i 賃料の補充

名目として定められた賃料が、当該賃借物件の使用収益の対価として客観的に算定された額よりも低いことに鑑み、それとの差額を、更新料を収受することで補充する。

性質 ii 更新拒絶権放棄の対価

賃貸借契約の期間満了に際して、賃貸人の賃借人に対する更新拒絶権（借地借家法26条1項、28条）を賃貸人が放棄することの対価として、更新料が観念される。

1) なお、脱稿後、従来検討対象としてきた後述の裁判例⑦-2及び⑦-3の控訴審判決である大阪高判平成22年2月24日公開物未登載（平成21年（ネ）第2690号）（以下、「裁判例⑨」・「2月判決」）及び大阪高判平成22年5月27日公開物未登載（平成21年（ネ）2548号）（以下、「裁判例⑩」・「5月判決」）が登場し、結論は、ともに「無効」である（5月判決については、確定した）。なお、上記両判決は、賃借人側弁護団のHP=<http://www1.ocn.ne.jp/~benagano/shikikin.html> から閲覧可能である（平成22年8月15日最終確認）。

さらに、本稿と同様のテーマを検討対象とする加藤雅信教授の論稿「賃貸借契約における更新料特約の機能と効力—近時の大阪高裁の相反する裁判例の検討を兼ねて」法時82巻8号50頁（2010）、並びに、大澤彩准教授の論稿「建物賃貸借契約における更新料特約の規制法理（上）（下）—消費者契約法10条における「信義則」違反の意義・考慮要素に関する一考察」NBL931号19頁、932号57頁（2010）に触れた。

これら脱稿後の情報については、以下、（本稿の事後検証の意味も含めて）必要に応じて脚注にて言及する。

2) この「更新料」の定義は、一般社会において、いわゆる「更新料」と名目づけられている賃貸借契約上の給付の最大公約数として筆者が示したものであり、実際には、その給付構造につき仔細な分析が必要であることは、後に示すとおりである。ゆえに、この定義には、それほど重き意義をおいていない。なお、更新料の多義性については、IV5の第3参照。

3) 石外克喜『権利金・更新料の判例総合解説』189-215頁（信山社、2003）。

性質 iii 賃借権強化の対価

契約当事者が更新拒絶権を行使せずに契約期間が満了した場合、当該契約は法定更新され（借地借家法 26 条 1 項本文）、その後は期間の定めのない契約になる（同項ただし書）。そうすると当該賃貸借は、貸主からの解約申入れにより終了する可能性がある（27 条 1 項）。これに対し、期間満了に際して合意更新を行うと、そこで定められた契約期間中の賃借権の存続は原則として保障される。これにより賃借権が強化されたとして、その対価として更新料が支払われると捉える。

性質 iv 賃借権そのものに対する対価（礼金・権利金に相当）

賃借権（が設定されること）自体に一定の財産的価値を見出し、それへの対価として更新料を捉えるものである。

(2) 消費者契約法の問題

消費者契約法 10 条は、一般に前段要件と後段要件によって構成されるといわれるが、本稿では、専ら後段要件、すなわち、「民法第 1 条 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方向的に害する」かどうかの判断を問題とする⁴⁾。これにつき本稿では、次の 2 つの視点からの検討を行う⁵⁾。

・更新料による賃借人の負担の合理性の有無及び程度

この問題は、主に、(1)で提起した問題及びその議論が反映される。

・更新料支払合意の形成過程

上述の負担の合理性の検討を前提として、そのような負担を負うに至った合意の形成過程に問題はなかったかを探る。この問題は、更新料特約の締結の実状から、大きな問題がある。

すなわち、居住用の建物賃貸借契約を締結

するために賃貸人（事業者）と交渉に入った賃借人（消費者）は一般に、更新時に更新料を負担しなければならない旨の認識はあり、その旨説明も受ける（宅建業者による重要事項の説明につき、宅建業法 35 条 1 項 7 号参照）。しかし、その更新料がいかなる対価性を有しているか、ひいてはその負担を正当化する事由については、何ら認識していない場合が事件の多くを占める。

このような実状に加え、既に述べた更新料の**性質 i** に関係するが、更新料を受受することにより賃料を安く見せかけることで、消費者を不当に誘引する危険性も孕んでいる。

II. 一連の裁判例**1 裁判例の流れ**

ここで、本稿の素材となる近時の裁判例を概観しよう。従前有効判断が続いていたところ、裁判例⑤を皮切りに無効判決が続く。8 月判決（裁判例⑥）は高裁初の無効判決であり、その影響もあつてか裁判例⑦でも無効判断がなされた。ところが、10 月判決（裁判例⑧）では、一転有効判断がなされた。

裁判例①は、I 2 (1)の**性質 iii** の説明と同様の内容を正当と認めたのみで、そして裁判例②は、賃貸人の主張する 3 つの法的性質を正当と認める旨述べたのみで、有効の結論を出している。そこで以下では、裁判例③以降の事件につき、その判断の要点を紹介する。その際の視点は、「(1) 更新料の法的性質に関する判断」とそれに基づく「(2) 消費者契約法 10 条後段の該当性の判断」に置く。

①東京地判平成 17 年 10 月 26 日公刊物未登載（平成 17 年（レ）149 号）＝有効

4) 前段要件とは、すなわち、任意法規適用の場合に比し、消費者の権利を制限し、又は義務を加重する契約条項であること、である。一般に、いわゆる更新料問題に言う「任意法規」とは、民法 601 条及び 614 条が問題となる。そして本稿でも、この前段要件該当性は、十分検討すべき問題ではあるが、紙幅の制約及び後段要件該当性の重要性との比較に鑑みて、割愛する。なお、そもそも更新料特約の問題が、この前段要件すら充たさないのでないか、という指摘につき、加藤・前掲注 1)56 頁参照。

5) 大澤・前掲注 1) (上) 24 頁は、裁判例の分析において、「金額の相当性」ないし「対価の均衡性という客観的不均衡」と「情報・交渉力の格差の存在と説明の欠如」ないし「主観的不均衡」が、いわゆる後段要件における考慮要素となっている旨、指摘している。

(図表 1)

	①	②	③, ⑥	④, ⑧	⑤	⑦-1	⑦-2, ⑨	⑦-3, ⑩
更新料 (賃料比)	55000 (1)	74000 (2)	100000 (2.2)	104000 (2)	116000 (2)	116000 (2)	76000 (2)	106000 (2)
賃料 (月額)	55000	37000	45000	52000	58000	58000	38000	53000
期間(年)	2	1	1	2	2	1	1	2
更新回数	4	3	5	3	1	1	3	0
礼金 (賃料比)	—	—	60000 (1.3)	200000 (4)	—	—	—	—
結論	有効	有効	③有効 ⑥無効	④有効 ⑧有効	無効	無効	⑦-2 無効 ⑨無効	⑦-3 無効 ⑩無効

- ②明石簡判平成 18 年 8 月 28 日公刊物未登載
(平成 17 年(少コ) 78 号) = 有効
- ③京都地判平成 20 年 1 月 30 日金判 1327
号 45 頁 (⑥の原審) = 有効
- ④大津地判平成 21 年 3 月 27 日公刊物未登載
(平成 20 年(ワ) 525 号/⑧の原審) = 有
効
- ⑤京都地判平成 21 年 7 月 23 日金判 1327
号 54 頁 = 無効
- ⑥大阪高判平成 21 年 8 月 27 日金判 1327
号 26 頁 = 無効
- ⑦京都地判平成 21 年 9 月 25 日判時 2066
号 81 頁⁶⁾ = 無効
- ⑧大阪高判平成 21 年 10 月 29 日判時 2064
号 65 頁 = 有効
各裁判例で問題となった, 契約内容の基礎
情報は図表 1 のとおりである

2 原審(裁判例③及び④)での有効判決

8 月判決の原審である裁判例③及び 10 月判決の原審である裁判例④は, いずれも更新料特約につき, 消費者契約法上有効との判断を示している。

(1) 更新料の法的性質

両裁判例では, 更新料の 3 つの法的性質について, 性質 i については裁判例④では「用語が適切かは疑義が残るが」と, 性質 ii

及び性質 iii の性質については「希薄」と留保しつつも, その正当性を認めた。そして両者とも, 更新料の主たる法的性質は, 性質 i の賃料の補充に求めている。

(2) 消費者契約法 10 条後段該当性

両判決は, 更新料の負担自体は正当なことを前提として, 10 条後段には該当しない旨判断した。

これについての両判決に共通する判断のポイントとなったのは, 賃借人には, そのような更新料の負担を具体的に(負担する金額及び支払時期が明確である。)負うことになるという点での認識はあった旨認定したことである。その上で裁判例③は, 「本件更新料約定が原告(賃借人)に不測の損害あるいは不利益をもたらすものではない」とし, 裁判例④では, 「不当であると考えた場合には, 市場にあらわれた他の賃貸物件を選択することが可能な状況にあった」ことまで認定している。

3 京都地裁の 2 つの無効判決(裁判例⑤及び⑦)

裁判例③及び④の後, 2 つの時期に出された京都地裁判決(裁判例⑤及び⑦)は, いずれも更新料特約に対して無効の判断を下した。ただし, 一方の裁判例⑦は, 8 月判決(無効)の後のものであり, 判示内容からして,

6) 本判決は, 各別 3 事件につき, 同時に同一裁判体から出されたものである。

その影響を強く受けたと推認される。

(1) 更新料の法的性質

両判決は、3つの法的性質のいずれも合理的な理由とは認めず、裁判例⑦では「一種の贈与的な性格」と位置づけた。その理由づけとしては、(裁判例⑦では特に)後述する8月判決とほぼ同じ論理に依拠するものである(ここでの詳述は避ける)。

(2) 消費者契約法 10 条後段該当性⁷⁾

裁判例⑦は、(1)でなされたような、更新料の法的性質の検討をもとに、「更新料をめぐる契約当事者の利益関係」と「交渉過程での当事者間の情報力及び交渉力の格差」という2つの視点で、10条後段該当性を検討し、結論として無効の判断をしている。前者は、I 2(2)で挙げた「負担の合理性」の問題、後者はそこでの「合意の形成過程」の問題と位置づけられる。その判断の中で注目すべきものは、以下のとおりである。

・一種の贈与的な性格

(1)の検討の結果、更新料は、対価性に乏しい「一種の贈与的な性格」を有し、その点で、賃借人は、「一種の誤認状態におかれていた」。このような状態で更新料特約に合意した賃借人は、「法的に保護された利益を害された」ということができる。

・交渉過程での当事者間の情報力の格差

情報力の格差については、「量」の格差と「質」の格差を区別し、後者の「質」の格差、すなわち更新料条項の意義及び更新料の法的性質についての認識につき、賃貸人と賃借人との間での格差が認められると判断した。

4 大阪高裁 8 月判決 (裁判例⑥) = 無効

裁判例③の控訴審である8月判決は、以下のような内容の判示で、原審を覆し、更新料特約を無効とした。

(1) 更新料の法的性質

法的性質論では、以下の通り、3つの法的性質全てにつき、その合理性を否定してい

る。なお、事案如何によって、それらの法的性質が合理的と認められる余地も残している。

・性質 i) について

本判決は、本件更新料が、民法ないし借地借家法が要請する「賃料」の体をなしていない、とする。すなわち、その「賃料」が目的物件の使用収益の対価である以上、「使用収益期間に対応して算定された金銭的負担」である必要があり、具体的には、契約期間満了前に退去した場合に未経過期間分に相当する額の清算、及び契約期間中の増額変更に関する規律を要するところ、本件賃貸借契約での更新料にはそのようなものはない。また、賃借人が「家賃の支払いを完全に履行し続けながら本件更新料を不払いとした場合、法定更新の要件がある限り、…(賃貸人)が催告、解除の手続をしても、本件賃貸借契約自体の債務不履行解除を認めるべき余地はない」。

また、両当事者、少なくとも賃借人の認識としても、「本件更新料は単に契約更新時に支払われる金銭という以上の認識はなかったと推認するほかない」とする。というのも、本件賃貸借契約の締結過程での更新料に関する交渉・説明及び最終的な更新料特約を見ても、更新の際には更新料を支払う義務があることがわかるだけで、「その授受の目的、性質などについて法律的観点からはもちろん事実上の観点からも何らかの説明」がなされたとは認められないからである。

・性質 ii) について

本件物件は、「専ら他人に賃貸する目的で建築された居住用物件」であり、一方で賃借人は、正当事由がないと契約の更新拒絶をすることができない(借地借家法 28 条)。他方、本件のような物件には、「賃貸人の自己使用の必要性は乏しいため、通常は更新拒絶の正当事由は認められない」。ゆえに、「更新料が一般的に賃貸人による更新拒絶権放棄の対価の性質をもつと説明することは、困難である」。

また、借地借家法 26 条 1 項及び 30 条から

7) これにつき裁判例⑥は、(1)で言及したような内容をもって、10条後段の検討としている。

すれば、本件では、賃借人「の得られる更新拒絶権放棄の利益は契約期間の半分であるわずか6カ月しかなく、賃借人にとっての更新拒絶の危険の現実化の確率は極めて小さい。そのような「危険を放棄するという実には些少な利益のために10万円という些少とはいえない対価を支払うこと…はまずあり得ないから、なおさら説明困難」である。

そして、本件賃貸借契約上、賃貸人の更新拒絶権放棄の意思表示は、更新及び更新料支払義務発生の要件ともされておらず、賃借人「が更新料を支払った効果として更新拒絶権放棄が定められてもいない」。

このような事情からすると、賃貸人も、本件賃貸借契約において更新料が更新拒絶権放棄の対価であるとは考えていなかったことを見て取れる。

なお、紛争解決金の性質についても、賃貸人による更新拒絶が認められる可能性は極めて低いことから、これを否定している。

・性質iii)について

「本件賃貸借契約においては、契約期間が1年間という借地借家法上認められる最短期間であって、合意更新により解約申入れが制限されることにより賃借権が強化される程度はほとんど無視してよに近い」。また、本件のような賃貸借物件には、「通常は賃貸人からの解約申入れの正当事由は認められない」のは、更新拒絶と同様である。

(2) 消費者契約法10条後段該当性

(1)で検討された更新料の法的性質の非合理性を前提として、本判決は、消費者契約法10

条後段の判断につき、同法1条に鑑みて、以下5つの観点からの検討を要するとし、結果として、「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面的に害するもの」と判断された。

・契約条項の実体的内容

ここでは、賃借人の更新料による経済的負担の大きさ(1年という短期の契約期間で、10万円という家賃(45000円/月)に比してはかなり高額)を指摘している。

・当該条項の趣旨、目的及び根拠

ここでは、賃貸人の主張する更新料の法的性質はすべて認められないこと、賃料以外に本件物件の使用収益の対価を支払う目的、法的根拠、性質の説明がなされていないこと、及び賃料を安く見せることによる消費者への不当な誘引効果に言及している。

・当事者双方の情報収集力の格差

本件の当事者は、不動産賃貸業を営む賃貸人と単に居住用建物として本件物件を賃借したにとどまる賃借人という関係にある。ゆえに、情報量、法律上の知識ともに賃貸人が優位な立場にあった、といえる⁸⁾。

・契約条項の定め方

本件賃貸借契約書の文言からすると、借地借家法28条による法定更新及び更新拒絶の正当事由についての言及がない。また28条につき、賃貸人は当然知っていたが、賃借人は知っていたとはいえない、と推認できる。そこから、本件における更新料特約も含め契約条項の定め方は、28条の存在から賃借人の目をそらす効果をもたらすとについてもやむ

8) これにつき5月判決は、より個別具体的な事実の認定ないし判断を行っている。すなわち、当該賃借人について、「平成18年2月末から3月初めにかけて、アルバイト先の仕事繁忙が続き休日がほとんどなく多忙を極め、本件ワンルームマンションを決定するに際しても、事前に他の賃貸物件の内容や賃貸条件を調べる時間や余裕がなく、何の予備知識もないまま、勤務先を抜け出して、…不動産屋に飛び込み、賃貸物件の内容や賃貸条件について十分な検討もしないまま、本件ワンルームマンションの賃借を決定している」とし、さらに「居住用物件の賃借人(消費者である一般国民大衆)は、賃貸物件を決めるに際し、事前に時間をかけて賃貸物件情報を調査・検討し、賃貸人側から提示された賃貸物件の内容、賃貸条件について時間をかけて吟味・検討を加え、他の同種の賃貸物件の内容、賃貸条件と比較検討した上で、賃貸物件を決めるものを少ないと思われる。」「賃借人が慎重に時間をかけて賃貸物件を決めるのが望ましいことではあるが、多忙を極める賃借人が、賃貸物件についての十分な調査、比較、検討もせずに、賃貸人側から示される賃貸物件の説明を鵜呑みにして、短時間のうちに、…(当該賃借人)のように賃貸物件を決めている者が多数いるのも実状である」としたうえで、「本件更新料条項を含む賃貸物件について、十分な検討もせずに早々と本件ワンルームマンションの賃借を決定した…(当該賃借人)について、その落ち度を一面的に責めるのは酷である」と結論付けている。

を得ない、とする。

・契約条項の明確性

28条という強行規定の存在を認識していない賃借人としては、法定更新の場合と本件更新料特約に基づく合意更新の場合との自己の負担等につき十分比較考量できたとはいえない。そうすると賃借人は、本件更新料特約の意味につき、実質的に対等にまた自由に取引条件の有利、不利を検討したとはいえない。

5 大阪高裁 10月判決（裁判例⑧）
＝有効

これに対して、10月判決（裁判例④）の控訴審）は、以下の通り、更新料につき合理性ある法的性質を見出し、結論として特約を有効とした。

(1) 更新料の法的性質

本判決では、これまでの3つの法的性質とは異なり、「賃貸借期間の長さに応じた賃借権設定の対価」として、当該賃貸借契約締結時点で授受される「礼金」に加えて、賃貸借契約が更新される毎に、「その対価の追加分ないし補充分」の性質を有する、とした（性質iv）。

またそれは、「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ることは否定できず」、「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。

(2) 消費者契約法 10条後段該当性

・基準

(1)での議論を踏まえ、10条後段該当性の基準が問題となるが、本判決はこの基準の意義を、不利益を免れる事業者と不利益をこうむる消費者との間の不合理な不均衡がある場合に、それをもたらす契約条項を無効とするものと解釈した。

その上で、更新料の負担に伴い賃借人が享受する利益を考えると、一括負担となる礼金の高額化の抑制、賃料の高額化の抑制、賃借人による中途解約の予告期間の短縮化とのギブアンドテイクの関係が挙げられるとしている。

さらに、当該更新料条項が発動した場合に生じる事態の賃借人の予測可能性の有無及び程度につき、更新料だと、契約締結時にはそれほど現実感がなくとも、事前の負担額計算は特段困難といえないとした。

そこで、更新料の支払い義務が礼金支払い義務に比して適正な金額にとどまっていること等個別具体的な事情によっては、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になるものではない、とする。

・本件への当てはめ

第1に、本件において、「礼金」は「賃料」の4カ月分、「更新料」は2カ月分である。そうすると、更新料は相当抑えられており、適正と評価される。

第2に、実質的賃料（更新料と年間の名目賃料の合計を12で除した額）と名目賃料の差は、4333円であり5000円未満であることから、不当な誘引効果があるともいえない。

第3に、賃借人は、複数の仲介業者から複数の物件を紹介され、様々な情報を入手しており、この行動からも、賃借人と貸借人たる事業者との間に、情報力及び交渉力の格差があったともいえない。

第4に、賃借人としても、次のような事情に鑑みて、既に述べたような更新料の法的性質が認識不可能とはいえない。すなわち、契約書・重要事項説明書には、更新時に旧賃料の2カ月分を支払う旨が明記されており、それが礼金と同様、返還の予定されていないものとの認識はあったことが認められる。そして、中途解約による清算がなくても、それを認識して合意しているのなら、事後的にそのような清算の期待を抱いていたかのような主張をするのは、本件賃貸借契約の賃借人の認識と明らかに符合しない。

そして第5に、本件では、3回目の更新を行うに先立ち、賃料減額に伴い、更新料も減額されている。

以上のような事情に鑑みれば、本件更新料特約が、信義則に反する程度にまで一方的に不利益となる不当条項とはいえない、とした。

Ⅲ. 学説での議論

1 一般的議論

以上で一連の裁判例を見てきたが、このような裁判例が扱ってきた更新料の問題に対処するための理論につき、学説ではどのような議論がなされていたか。以下では、上記一連の裁判例で適用が問題となった消費者契約法10条に関する解釈論及び更新料への問題意識について、学説での議論を概観する。

(1) 消費者契約法10条後段の解釈をめぐる議論

・消費者契約法上の信義則

10条後段はその要件として、民法1条2項、すなわち信義則概念を用いている。この信義則概念はいかなる内容をもつものか、すなわち、民法1条2項の確認に過ぎない（確認説）のか、消費者契約法独自の意義が持たされている（創造説）かにつき、議論がある。学説上、創造説が有力と考えられる⁹⁾が、その内容には統一の見解は見られない。

一つには、「自己の利益のみを考えて、相手方が他の利益を配慮しないような態度を許さない」という均衡性・相互性を内実とする見解¹⁰⁾、また一つには、考慮事情として、①情報力・交渉力の格差、②合意への勧誘の有無及び程度、③当該取引は、消費者のほうから特に求めたものかどうか、④条項文言の

明確性・平易性、⑤消費者に当該条項の基本的内容を知る機会が与えられていたか、を挙げ、これらにつき契約締結時の一切の事情を考慮して決するべきとする見解¹¹⁾等がある。

・個別交渉条項への適用の可否

契約当事者間で個別交渉され契約内容となった条項に10条が適用されるかについても、肯定説¹²⁾及び否定説¹³⁾の対立がある。

・対価・給付条項への適用の可否

当該契約の主要目的たるいわゆる対価・給付条項に10条が適用されるかという問題については、これを否定するのが一般的見解とされている¹⁴⁾。

(2) 更新料をめぐる議論

まず、消費者契約法を前提とした更新料の有効性の議論は、このように下級審判決が活性化されるまでは、従来あまりなされていなかった¹⁵⁾。また、更新料特約自体が公序良俗（民法90条）に違反するとの立場も、あまり見られなかった。

そのような中で、従来、本稿に関連する限りでの更新料をめぐる主な議論のテーマは、以下の2つであった。

・更新料支払合意の法定更新への適用と借地借家法30条¹⁶⁾

借地借家法30条は、法定更新制度を定めた26条及び更新拒絶の正当事由の要件を定めた28条を強行規定と定めている。にもかかわらず、法定更新の場合に更新料特約を有

9) 山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686号14頁、21頁（2000）、落合誠一『消費者契約法』150頁（有斐閣、2001）。

10) 山本敬三『民法講義I（第2版）』277頁（有斐閣、2005）。これとはほぼ同旨と考えられるものとして、内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説消費者契約法〔新版〕』203頁（商事法務、2007）。

11) 落合・前掲注9)151頁。

12) 落合・前掲注9)152頁、山本豊「契約の内容規制（その2）—不当条項規制」法教340号117頁、128頁（2009）。なお落合は、これが法制審議会での議論の前提であったと指摘する。

13) 潮見佳男『契約法理の現代化』256頁（有斐閣、2004）。

14) 第17次国民生活審議会消費者政策部会報告15頁、落合・前掲注9)152頁、山本・前掲注12)127頁。なお、この問題につき、裁判例⑦-1及び5月判決においては、更新料の賃料（の補充）としての法的性質の議論と関連して判断がなされている。それについての検討は、大澤・前掲注1)（下）57頁を参照。

15) 消費者契約法を念頭に置いた論考として専門誌に挙げたものは、武田信裕「家屋賃貸借契約における更新料支払条項・敷引特約と消費者契約法」NBL855号30頁（2007）が、最初のように思われる。なお、脱稿後にいくつかの学者の手になる論稿が発表されていることは、前掲注1)参照。

16) 木崎安和「借家契約における特約の効力—特に更新料の効力について」稲葉威雄ほか編『新借地借家法講座・第3巻』171頁（日本評論社、1999）が、これを詳しく分析する。

効とすると、そのような借地借家法の強行的制度を没却せざるを得ない。そこで法定更新における更新料特約の適用の可否が大きな問題となった。

他方、合意更新については、既に述べたような法的性質が中心的に主張され、それにより有効性が認められるといった認識が一般的であったといえる¹⁷⁾18)。

・更新料に関する慣習の成否

慣習を根拠に、更新料の支払義務を肯定し得るかという問題であるが、これは一般に否定されている。更新料の存否及び額は地域間で差があり、また借地借家法との調和の観点からも、適切ではないと評価されるからである¹⁹⁾。

2 8月判決における鑑定意見書

大阪高裁8月判決においては、賃借人及び賃貸人の両者から、法律問題の鑑定意見書が提出されている。ここで取り上げるのは、賃借人側から提出された潮見佳男教授の鑑定意見書（以下、「潮見意見書」）である²⁰⁾。潮見意見書は、他の鑑定意見書では前提としていた更新料の法的性質論を攻撃し、その合理性を民法・借地借家法及び消費者契約法的観点からすべて否定している。

(1) 方針

まず潮見意見書は、本件更新料特約の内容規制の判断に臨む基本的姿勢として、社会法的観点からの賃借人保護の要請が消費者契約法10条の解釈に組み込まれるべき、とする。

本来消費者契約法は、弱者保護目的の社会法的立法（私的自治を排除・制約し、国家が契約内容を形成するもの）としてつくられたものではなく、消費者に自らの行動ないし決定に自己責任を負わせる前提として、その自己決定を支援するための整備基盤が目的である²¹⁾。しかし、本件更新料を考察する上で重要な制度となる借地借家法上の法定更新・正当事由制度の基礎には、建物賃借人保護という社会法的要請がある。そうすると、たとえ消費者契約法が上記の立法趣旨を有していたとしても、その解釈の下敷きになる制度に社会法的色彩が強く現れている以上、消費者契約法自体の解釈に当たっても、社会法的観点からの評価を必要とするのである。

そして、本件事例において、その解釈に社会法的色彩をどれだけ盛り込むかは、当該事例の個別事情に着目した判断を要する、とする。本件で、そのような事情にあたるものとしては以下のようなものがある。すなわち、①建物賃貸借であること、②居住目的であること、③賃借人は「消費者」であり、④賃貸

17) 木崎・前掲注16)187頁、浦野真美子「更新料をめぐる問題」判タ932号135頁、136頁(1997)、佐藤岩夫「判批(①東京高判平成4年9月25日判タ825号258頁・②東京地判平成4年1月8日判タ825号260頁)」判タ838号43頁、48頁(1994)、太田武聖「更新料」判タ695号23頁、29頁(1989)。

18) 借家においては、契約期間が一般に短期であることから、更新料支払の合理性は認められず、全面的に無効であるとするものとして、星野英一『借地・借家法』495頁(有斐閣、1969)。星野は借地の事例で、更新料の法的性質につき、賃料の補充並びに紛争予防及び解決金としての性質を主張する(同書65頁)。

19) 最判昭和51年10月1日判時853号63頁、太田・前掲注17)29頁。また8月判決及び裁判例⑦も、そのような事実たる慣習は存在しないと認定している。なお、5月判決は、負担の合理性を検討するに当たり、従来の諸裁判例及び本稿が行ってきた更新料の法的性質論の検討に加えて、「更新料に対する社会的承認からの検討」という角度からも詳細な判断を行い、結論として、負担に合理性が認められない、としている。すなわち、全国的な更新料の仕組みの実施状況は、有無及びその程度につき一様ではなくばらつきがあること、国土交通省による標準契約書には更新料特約は置かれていないこと、住宅金融支援機構の融資に基づき建築された建物における賃貸条件では更新料特約をおくことは禁じられていること、生活保護費の内訳の一つである住宅扶助のうちの更新料の扶助は、現実問題として更新料が払えず生活の拠点を失いかねない受給者の存在を否定できないことから、このような更新料の慣行を追認せざるを得ないに過ぎず、その扶助が、更新料の仕組みの合理性を認めたことを徴表するものではないこと、を不合理性の理由として挙げている。

なお、後掲注27)も併せて参照。

20) この他、賃借人側からさらに1通、賃貸人側からは1通の他の大学教授による鑑定意見書が提出されている。

21) 潮見佳男『民法総則講義』183頁(有斐閣、2005)。

人は不動産賃貸業者であること、㊸本件物件が賃貸人の収益目的で所有する居住用賃貸マンションの一室（いわゆる1K物件）であること、㊹家賃は月額45000円であったこと、である²²⁾。

(2) 法的性質論の消費者契約法的見地からの考察

以上のような観点を踏まえて、賃貸人側主張の3つの法的性質につき各々検討を加えている。これについてはおおむね大阪高裁の判断と軌を一にする。

なお潮見意見書では、賃料に比した更新料の過大性も、違法無効に働く要素として、カッコ書きで、述べられている。これについては、負担の非合理性を理由とする無効判断の1ファクターであるが、一般化することへの抵抗からか、1トーン下げた主張となっている。

IV. 検討

1 2つの大阪高判の相違点

8月判決と10月判決の相違の第1のポイントは、「更新料の法的性質の合理性の有無」である。I 2で述べた2つの視点でいうと、「(1)」及び「(2)の前者」に関するものである。8月判決では、賃貸人が主張した更新料の3つの法的性質につき、いずれもその合理性が認められなかったのに対し、10月判決では、「賃借権そのものへの対価」という法的性質に合理性があると評価した。

第2のポイントは、「賃借人に要求される更新料の負担に関する認識の程度」である。すなわち、8月判決では、賃借人の認識に関するテストは相当厳しく（いかなる対価性を有するかまでの認識が必要）、反対に10月判決では、そのテストは緩やかになっている

（負担をするということへの認識で足りる）のである。

第3のポイントとして、更新料の負担の合理性の判断における「更新料特約に伴う賃借人への利益の有無」への評価が挙げられる。すなわち、更新料特約を無効とした8月判決では更新料の対価性ないし賃借人の利益をほぼ否定する一方、10月判決では更新料負担がもたらす3つの賃借人の利益を積極的に評価している。

このような相違点を有する2つの大阪高判につき、以下ではその問題点を指摘し、そのうえで、更新料特約の有効性判断につき私見を述べたい。

2 10月判決の問題点

以下では、1で挙げた相違点のうち、第1及び第2のポイントのそれぞれにつき、10月判決が抱える問題点を指摘したい。

(1) 賃借権設定の対価(礼金と同様の性質)という法的性質の合理性

10月判決では、更新料の法的性質につき、賃借権設定そのものに財産的価値を見出し、それが更新料に該当するとの判断をした。

旧来、礼金ないし権利金の法的性質として様々なもの²³⁾が主張されてきたが、賃借権そのものへの対価という法的性質の捉え方に対し、学説は消極説が有力といえる。すなわち、それはまさしく賃料であるとの指摘がなされているのである²⁴⁾。そうすると、結局のところ更新料は賃料の補充の性質(性質i)を有するにすぎないことになる。また、判旨も、更新料による賃借人の利益の判断で「賃料の抑制」を挙げていることから、半ばそのことを自認しているようにも思える。更新料が賃料の補充の性質を有するとの評価は、民法及び借地借家法が想定する賃貸借契約の

22) この点で、同じく更新料特約の問題を扱った最判昭和59年4月20日民集38巻6号610頁は、借地の事件であり、本件とは典型的に区別される。

23) これにつき、山本敬三『民法講義IV-1 契約』420頁（有斐閣、2005）。

24) 星野・前掲注18)271頁、鈴木禄弥『借地法・下巻』928頁（青林書院、1980）、石田穰『民法V（契約法）』229頁（青林書院、1982）、奈良次郎「敷金・権利金・保証金・建設協力金」水本浩＝田尾桃二編『現代借地借家法講座 第2巻』83頁、98頁（日本評論社、1986）。

「賃料」の性質に鑑みて適切でないことは、8月判決が指摘するとおりである（この8月判決の判断は支持できる）。そうである以上、結局のところ賃料の補充の性質を有するにすぎない「礼金」という法的構成は適切でない。さらに、賃借権そのものの対価という主張をそのまま受け入れたとしても、現在いわば『借り手市場』といえる状況において²⁵⁾、居住用建物賃貸借における賃借権及び賃借人の地位にどれだけの財貨的価値が見いだせるのか、はなはだ疑問と言える^{26) 27)}。

(2) 賃借人の更新料に関する認識

10月判決では、賃借人は、「本件賃貸借契約の締結時において、更新時に本件更新料の支払いが義務付けられており、礼金と同様、本件更新料が返還の予定されていないものであることについても認識していた」と事実認定した上で、そこから直接的に、「本件更新料が、賃借人…のために設定された賃借権が本賃貸借契約の更新によって当初の賃貸借期間よりも長期の賃借権になったことに基づき、賃借権の長さに対応して支払われるべき賃借権の設定の対価の追加分ないし補充分であることを理解することが不可能ないし著しく困難であったとは認められない」、とする。

しかし、そもそも賃借権設定の対価と賃料の区別が、特に居住用建物賃貸借においては曖昧なことは、(1)での議論からも明らかであり、また、この区別自体は法的評価の問題である。裁判例⑦が指摘する通り、賃貸人と賃

借人には情報力の「質」の格差²⁸⁾が存する。これに鑑みれば、そのような区別・判断を賃借人に判断させるのは適切でない。この点で、10月判決のような判断はやや短絡的に思える。

さらに、本件では厳密に言うと、更新料負担及び更新料の不返還についての認識で足りると判断したわけではなく、それを認識していれば更新料の法的性質まで認識可能だ（認識したことまでは認定していない）という口ぶりである。そうすると、更新料特約が合意の形成過程の観点から有効と言えるためには、やはり更新料の法的性質までの認識を要し、他方それにつき賃借人に一定の注意義務のようなものを課したようにも読める。これだと法的評価・認識に対する注意義務であるから、先ほどの情報力の質の格差の観点からなおさら問題である。

3 8月判決への評価

(1) 結論の妥当性

8月判決は、3つの法的性質の非合理性を指摘した上で、結論として消費者契約法10条違反による無効の判断をした。これについては、同判決及び潮見意見書が指摘する通り、本件更新料という給付が借地借家法の想定する「あるべき（居住用）建物賃貸借契約の構造」に反するという点で適当であり、支持できる²⁹⁾。

25) これ自体は、8月判決における賃貸人側の主張（10月判決と同じ弁護団が担当している。）にも表れている。

26) 権利金・礼金が、賃貸借契約の『貸し手市場』という経済的背景を基礎とすることにつき、賀集唱編『借地・借家の法律相談』125頁、126頁〔光前幸一〕（青林書院、1996）。戦後の地代家賃価格統制令による規制の潜脱目的が起源である旨指摘するものとして、星野・前掲注18)272頁。

27) 5月判決は、負担の合理性の判断につき、「更新料発生の経緯からの検討」という角度からも判断を行い、負担に合理性が認められない旨結論付けている。すなわち同判決は、更新料の発祥を、昭和30年代末ころの激しい地価高騰による長期借家契約での新規賃料と継続賃料と乖離を解消するため、「脱法的に賃料の値上げを行った」ことに求め、その普及は住宅不足及び当事者間の交渉力の格差に起因するとした。さらに、そのような発端となった原因や住宅不足はもはや解消された現在でも、更新料の慣行が生き続ける理由としては、その仕組みが、賃借人にとっての利益獲得方法として「旨み」があること、当事者間の人間関係が希薄になっていること、不動産賃貸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仲介人、管理人として関与し、その者の利益獲得の目的にもなっていること、を挙げている。

なお、前掲注19)も併せて参照。

28) 10月判決は、情報の「質」と「量」の明確な区別をしていない。

29) これに対し、加藤・前掲注1)は、不動産賃貸借契約の締結というビジネスの場で、そもそも無償給付はあり得ない、という考えを前提として、最終的に更新料の意義を、空室リスクの賃借人への分配のための固定賃料機能に求め、結論として8月判決及び2月判決に批判的な立場を採っている。

(2) 残された問題点＝賃貸人側の説明及び賃借人の認識

しかし、その8月判決にも問題がないではない。既に述べたように8月判決では、更新料特約の有効性の判断に際して、賃借人の更新料負担への認識の内容・程度を問題としている。すなわち、先ず、**「性質 i」**について判断している箇所では、「本件全証拠によっても、…（賃貸人及び仲介業者）が、当初本件賃貸借契約の締結までに、またそれ以降本件更新契約時までにおいても、…（賃借人）に対し、本件更新料について、本件賃貸借の契約更新時に支払われる金銭であることを超えて、その授受の目的、性質などについて法律的観点からはもちろん事実上の観点からも、何らかの説明をしたとは認められない」、及び「本件賃貸借契約の当事者…双方に、特に…（賃借人）には、当初賃貸借契約締結時及び更新契約締結時を通じて、本件更新料は単に契約更新時に支払われる金銭という以上の認識はなかったと推認するほかない」、としている。また、**「性質 ii」**についての判断においては、「少なくとも、本件全証拠を精査しても、賃借人…が…（賃貸人）との間で将来更新拒絶をめぐる紛争が発生することを予見し、そのことを回避することを認識して当初本件賃貸借契約及び本件更新契約に臨んだことは全く認められない」、としている。そして、消費者契約法10条後段該当性の判断に当たっては、その随所に、賃借人の更新料の法的性質に対する認識の不十分さが指摘されている。

このような更新料の内容及び法的性質に関する賃借人の認識及び賃貸人側からの説明の

不十分性を指摘する8月判決の判示からは、裏を返せば、それらにつき賃貸人側から説明がなされ、賃借人が十分に認識すれば、その負担内容に合理性が見いだせなくとも、消費者契約法10条に照らして適法有効になりうることを読み取れる³⁰⁾。また、更新料につき本件賃貸人が主張するような法的性質の特約の説明を受け、それを賃借人が認識すれば、いわゆる「個別交渉条項」として、消費者契約法が適用されない事態をもたらし得る。

これは、後になされるであろう最高裁での判断でも大きなポイントとなろう。ここで、かつて最高裁がなした、建物賃貸借におけるいわゆる「通常損耗補修特約」に関する判断³¹⁾が、一定の参考になるとと思われる。ここでは、次のような判示がなされている。すなわち、問題となった通常損耗への原状回復義務は、「賃借人に予期しない特別の負担を課すことになる」から、「少なくとも、…（契約書での負担の範囲の明記や口頭説明による賃借人の明確な認識など、）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」。この判決の論理は、本来負うべきでない賃借人の負担も、その負担内容が契約上明確に負担者に認識されたうえでの合意が成立しているなら、有効である、というものである。合理性の見いだせない更新料の負担についても、このような法理での処理は十分に想定され、そうすると、賃借人側としては、「試合に勝って勝負に負ける」という結果がもたらされかねない^{32) 33) 34)}。

30) 大澤・前掲注1) (上) 24-25頁・(下) 62頁も、更新料特約の効力に関する結論が裁判例間で分かれたのは、金額の相当性という客観的要素・客観的不均衡よりも、情報・交渉力の格差の存在と説明の欠如という主観的不均衡のほうが、重要なファクターとなっていることを指摘している。

31) 最判平成17年12月16日判時1921号61頁。

32) 一般に、説明義務の履行の実状を見れば、詳細な内容を記載した定型書面を交付し（ときにその概略を口頭で説明され）、それに署名捺印させるものである。それで、合理性のない負担を負わされることが許されるのか、という点で、賃借人側には不満が残ると思われる。

なお、賃借人側弁護団の公表によると（前掲注1)のHP参照）、現在、財団法人日本賃貸住宅管理協会は、「実質賃料表示制度」なるものの導入を進めており、賃借人側弁護団はこれに反対し、更新料特約の撤廃への指導を同協会に申し入れている。この制度は、8月判決が問題にした賃借人の認識に何らかの影響を及ぼしうる。なお、更新料等名目は維持され、借賃増減額請求や清算の仕組みが、更新料にも導入されないままなら、8月判決（それが

4 判断構造に関する一つの考え方

(1) 方向性

以上、更新料特約の有効性をめぐる近時の裁判例を分析してきたが、少なくとも有効・無効の分かれた2つの高裁判決については、いずれにしてもその判断にお問題点が見られる。それに配慮しつつ、更新料特約の有効性の規律の仕方につき、以下私見を述べることにする。

まず、10月判決については、何と云っても更新料の法的性質論につき、疑問があるのは既に述べたとおりである。ゆえに、判断構造としては、8月判決を基礎において検討することが適切と考える。

(2) 潮見意見書からの示唆＝消費者契約法解釈への社会法的色彩の導入

8月判決を前提として想定される問題点は、「更新料につき、たとえその法的合理性が認められなくとも、賃借人が貸借人から説明された意義を認識して負担につき合意すれば、その合意は有効となるのか」というところにある。これについては、一方にはそれをよしとする見解もあろう。消費者契約法が、消費者と事業者の実質的対等関係を確保することで消費者の自己責任を問う前提とするための立法であるのなら、負担内容に合理性がなくとも、それを認識して合意を形成した以上もはやそれは消費者の自己責任である、といった主張が想定される。消費者契約法の一般的理解からすれば、そのような解釈は正当と言える。

しかし、8月判決で提出された潮見意見書では、本件のような居住用建物賃貸借の更新料特約に関する消費者契約法上の判断においては、社会法たる借地借家法を下敷きにした消費者契約法の解釈の必要性がいわれ、一定程度の弱者保護的色彩を解釈指針として認めている。そうであるなら、それをさらに推し進めることで、負担内容の不合理性のみで無効とする余地を認めることは、十分考えられる。なお、これについて潮見意見書は一定の意識をしていると思われる。すなわち、「本件における賃料と相対的に比較したときの本件更新料の額の過大さもまた、こうした無効処理の方向に作用する」と、カッコ書きながらも述べているのである。

(3) 負担の不合理性のみから違法無効を導く判断基準

しかし、そのような消費者契約法の社会法的色彩の導入が認められるのも、消費者契約法の立法趣旨を没却しない限りで、である。したがって、負担の不合理性のみで10条違反を認めるのにも、一定の（消費者の認識面に瑕疵ある場合よりも厳しい）制限が必要である。そこで、その負担の不合理性の程度・内容につき、どのような基準を与えるか、が問題となる。判断の手法としては、当該給付・負担の性質を客観的に考察することに尽きる。そこから、何が読み取れたときに、8月判決も採ったような2要素を判断したのと同じ結果・法的評価を導いてよいか。

ここで筆者は、当該給付・負担の性質を客観的にみて、給付を受ける者による欺瞞的意図が推認できる場合には、消費者の認識を問

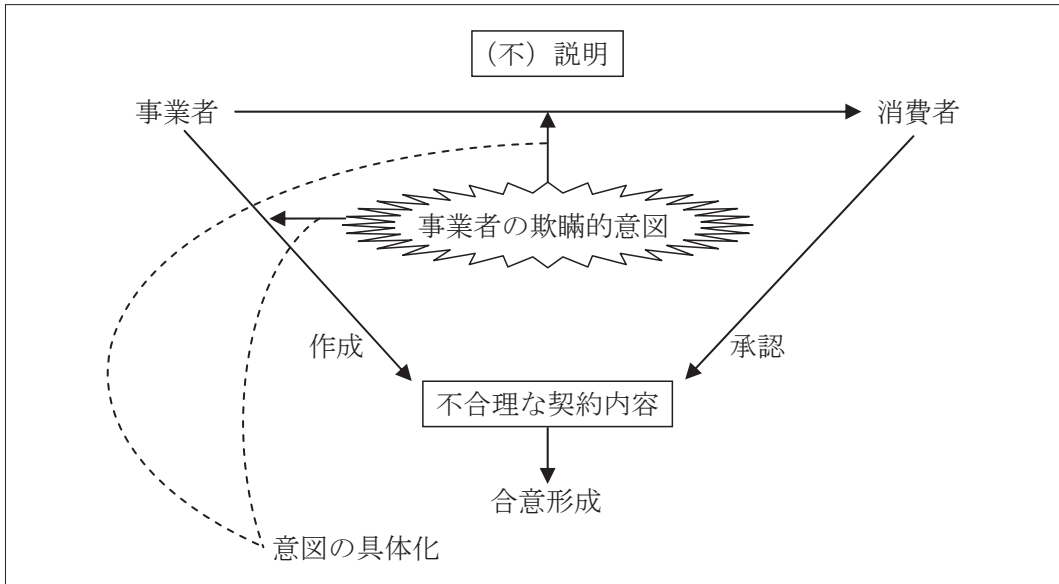
依拠する潮見意見書)の論理からすると、いまだ賃料補充としての負担の合理性を肯定することはできないように思われる。

33) なお、この貸借人の説明及び賃借人の認識につき、潮見意見書では、その執筆対象にはしていない。

34) もちろん、大澤・前掲注1) (下) 61-62頁の指摘するように、だからこそ8月判決、2月判決、5月判決、及び前掲注31)の平成17年判決は、説明内容のレベルを相当高度なものまで引き上げることによって、救済はかかっているのかもしれない。同61頁は、ここから、説明不十分を理由とする特約(の意思合致)の不成立による規制可能性を提示する。しかし、このような判断枠組みは、今度は説明の程度という新たな問題を惹起させ、それは明確な線引きが困難なものであり、これ自体は大澤准教授も認めることと思われる。

また、同62頁も言うように、8月判決、2月判決、5月判決は、結論としては決して特約は不成立と言っていない。大澤准教授はこれを、「特約の合理性に疑義は生じている以上、『説明すれば更新料を徴収することは問題がない』と言う余地を残すものではなく、特約の内容自体にも合理性を欠く要因があることを明示したいという裁判所の判断がある」と分析し、筆者が本文で示した問題意識を、諸裁判例の判断過程から読み取っている。

(図表 2)



題とせず、10条違反を認めるというテストを提案したい。このテストは、そのような負担の仕組みを構築する者、すなわち事業者の意図に着目することによって導出される。

契約内容の構築は、専ら事業者側が主体的に行われ、消費者はこれを承認する形で、契約に必要な合意が形成される。このように構築される契約の（主に給付関係の）内容・仕組みには、当然ながら構築者たる事業者の意図・思惑が練り込まれている。このように、契約内容・仕組みに織り込まれた事業者の意図に、事業者の欺瞞性、すなわち消費者に事業者の本当の目的を認識させないかたちで、それより有利な給付関係を主とする契約上の地位に立とうとする意図がある場合、その契約内容は、消費者による不合理な負担を強いることになりうる。そして、そのような契約内容をもとに事業者と消費者との間で合意（消費者の承認）に向けた交渉が行われる中で、事業者がそのような契約内容・仕組みの

意義につき説明を行わないこともまた、上述の欺瞞的意図の表れと評価できる。すなわち、8月判決が考慮してきた2つの要素は、事業者の欺瞞的意図という不当性の徴憑と捉えられるのである（図表2参照）。そうであるなら、事業者のそのような意図こそ、消費者契約法10条における違法（信義則に反して消費者の利益を一方的に害するもの）であり³⁵⁾、消費者による給付・負担の仕組みを客観的に考察し、そこから事業者の欺瞞的意図が推認できるのなら、そのような意図のもとに、実際に消費者と事業者の認識に齟齬を生じさせる事業者の行為と言える「説明しなかったこと」を認定する以前に、それを認定したときと同等の違法性を認めてしかるべきといえる³⁶⁾。いわば、違法の判断基準時を早めた分、その段階での事業者の意図に、上述の「欺瞞性」という形での不当性（給付に合理的理由がないという、いわば「ゼロ」の状態にとどまらず、「マイナス」の要素）が、

35) III 1(1)で示した、山本教授や立法者解説のいう（引用文献は前掲注10）参照）消費者契約法10条における信義則の意義を参照。

36) 「欺瞞」というワーディングの当否は、問題もあるが、給付を受ける者の積極性の強い意図（害意、背信性、欺罔など）までは要しないという意味合いで、この言葉を採用した。独占禁止法上の違法事由である不当表示に代表される「欺瞞」的顧客誘引（同法2条9項3号（平成21年改正後は6号ハ）、不正な取引方法の一般指定8項）を参考にした。この後に分析する更新料という仕組みと不当表示の問題点に類似するものを感じたのである。

認められるときに限り、それだけで消費者契約法 10 条の違法を認めるのである。

このように、負担の不合理性から推認できる事業者の意図自体に違法を見出すのは、そこに端を発する消費者のこうむる不利益に社会法的救済を、消費者契約法レベルで、認めるからこそなせるものと考えられる。

(4) 更新料（特約）の場合

そこで、本件のような更新料につき、その性質を客観的に考察したときに、貸貸人側の欺瞞的意図が推認できるか、が問題となる。これについては、更新料の性質が法的合理性を有しない（すなわち、ゼロ）だけでなく、（名目）賃料と更新料という二本立ての給付構造に問題があること（すなわち、マイナス）に着目すべきである。すなわち、貸貸人ないし事業者としては当該賃貸借契約から得たいと考える賃料を中心とした実質的利益がある。他方、賃借物件を探している消費者は、その選択・判断において「毎月の負担である賃料が安いこと」を重要視していることは事実である³⁷⁾。このような状況下で、事業者が既に述べたような二本立ての給付構造をとると、一方では名目賃料を安く設定することで、賃借人への不当な誘引効果が生じ、他方

で貸貸人は、賃借人が賃料と認識していない更新料という給付で、賃料と同義の実質的利益を得ることができる³⁸⁾のである。この点は、8月判決の判旨でも、大きく取り上げられている。すなわち、更新料という給付は、「賃借人となろうとする人が…主として月払の賃料の金額に着目する点に乗じ、直ちに賃料を意味しない更新料という用語を用いることにより、賃借人の経済的な出捐が少ないかのような印象を与えて契約締結を誘因（ママ）する役割を果たすものでしかない。「賃貸物件の経済的対価として…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、消費者契約法に照らすと許容されることではない。…（本件賃借人）に限らず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。」「もし、…（本件賃借人）が本件物件の賃貸により本件更新料に相当する金額をも含めた経済的利益を取得しようとするのならば、更新料としてではなく、端的に、その分を上乗せした賃料の設定をして、賃借人になろうとする消費者に明確、透明に示すことが要請されるというべきである³⁹⁾」

37) 賃貸事業者の間でも、とにかく「賃料」を安く設定することが重要であるとの認識がある、とのことである。街中に多く見られる不動産賃貸の仲介店の店頭に掲示されている物件紹介の表示を想起されたい。賃料の表示が最も強調されている。

38) この段階で、理論的には、更新料の賃料としての評価は否定できるかもしれない。すなわち、賃料とは双務契約である賃貸借契約における一方の給付であり、契約当事者にとっては、賃借目的物の使用収益とは「主観的価値把握に基礎をおく等価交換関係」にあるはずである（いささか文脈は異なるが、契約実現に向けた対価関係につき、潮見佳男『基本講義債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得（第2版）』323頁（新世社、2009））。しかし賃借人は、賃料とは、まさに賃借人が設定した月払いの「賃料」と表示されている金銭給付のことであると認識しているはずであり、更新料が目的物の使用収益との主観的価値把握の判断要素に入る余地はない。そうであるなら、更新料に契約の対価たる賃料の意味づけをすることはできないことになる。合意形成された契約内容の解釈から、性質 i を否定することも可能なように思われる。なお、これは、契約内容を主体的に構築する事業者による消費者への「説明」の意義が、「契約内容形成」という民法レベルの機能をも有している（当事者間の構造的格差の是正という目的の下、消費者契約法 3 条及び 4 条に定めた規律の想定する機能にとどまらない）ことも、その理論的補強材料になる。

39) 8月判決では、この判示部分の直前に、「競争の激しい分野でこそ事業者によって不当な取引制限や不公正な取引方法が採用されやすいことも、公知の事実であり」と述べている。「不当な取引制限」及び「不公正な取引方法」とは、独占禁止法上の違法事由として定められているものである（同法 2 条 6 項及び 3 条並びに 2 条 9 項及び 19 条）。独占禁止法に代表される経済法は、競争秩序（事業者間の関係）を規律するものであり、消費者契約における消費者の利益を直接の保護法益とするものではない、とするのが通説である（なお、最判昭和 53 年 3 月 14 日民集 32 卷 2 号 211 頁参照）。

しかし、一般消費者の欲求を反映する経済活動が行われる民主的な経済秩序を形成するためには、市場を競争的に維持して個々の消費者による購入選択の機会と自由を保障するとともに、その前提として、市場に登場する

と判示する。この8月判決がいうところの「消費者契約法」の精神」の具体化として、筆者が提示したテストを読み込むことができると考える。このような、不当な誘引効果及びそれによる賃借人の認識しない実質上・事実上の賃料の収受に加えて、潮見意見書が言及するように、賃料に比した更新料負担の過大性を加味すれば、賃貸人の欺瞞的意図が、更新料特約それ自体から推認されることはありうる、と考える³⁰⁾41)。

5 補論＝更新料特約の無効がもたらすもの

なお、更新料特約の無効がもたらし得る今後の派生的問題についても、3点概説しておく(第2点は、問題提起のみにとどめる)。

第1は、「名目替えによる更新料への規制の潜脱のおそれ」である。これについては、筆者が示したように、負担の合理性のみで消

費者契約法10条に基づく違法の判断を導く余地を認めることで、ある程度防ぐことができる。

第2は、「賃貸人による今後の借賃増額請求」である。賃貸人が更新料を収受できなくなると、その収益は当然現状より低下する。そこで賃貸人は、賃料の増額を考えることになる。ここで、以後の新規契約につき値上げした賃料での交渉がなされることには、何ら問題はない。他方、更新等で契約関係が継続している状態において、借賃増額請求(借地借家法32条1項)を行う場合、賃貸人はいかなる主張をすることになるのであろうか。同項の文言からすると、更新料で収受していた利益を賃料増額で補填する余地は、一見認められない。もちろん、値上げされた賃料での新規契約の拡大により、近傍同種の建物賃貸借の賃料相場が上昇すれば、「近傍同種の建物賃貸借の賃料に比較した不相当」による処理は可能であるが、それには一定の時間を

商品の情報を十分かつ適切に与え消費者に合理的な意思決定が行える環境を確保することが不可欠とし、消費者の利益を経済法の保護法益として全面的に押し出す見解も存在する(根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説(第3版)』33頁(有斐閣、2006))。このような見解をも考慮すれば、独禁法上の違法(発生の可能性)を、消費者契約法解釈に読み込む(それもまた「消費者契約法の精神」である、と解釈する)ことも許される余地があり、それを前提にして8月判決の判断を読めば、筆者の提案したテストによる違法・無効はより導きやすくなる。独禁法上の違法が私法上いかなる効果をもたらすのかは議論のあるところであるが、8月判決の判示は、この点も含めて、示唆的である。

40) 5月判決は、筆者の提示した判断枠組み及び更新料の仕組みの分析につき親和的な言及がなされていると思われる。すなわち、更新料の仕組みについての賃貸人及び賃借人のメリット・デメリットを考量するに際し、次のように判示する。

「しかし、当初の2年間の月額賃料の安さに目を奪われて、2年後の賃貸借契約の更新時には、更新料の支払いは何とかなるだろうと安易に考え、契約更新時の負担について十分な検討をしないままで、更新料支払条項のついた賃貸物件を選択し、2年後に更新料が支払えなくなって、賃貸物件から退去せざるを得ない事態に追い込まれたり、無理して更新料を工面したりすることにより、賃貸人の生活が破綻される事態に追い込まれる可能性があることからすると、居住用物件の賃貸借契約の更新料については、控訴人(賃貸人)が主張するメリット以上にデメリットがあるといえる。」「殊に居住用物件の賃貸借契約の更新料は、賃借人(消費者である一般国民大衆)賃貸物件を選定する際にまず賃料額に着目する点に着目して、賃借人に対し当面必要な賃料については割安な印象を与えて契約を誘引し、結局は割高な賃料を取るのと同じ効果を得ようとする欺瞞的な目的で利用される危険があり(…本件賃貸借契約についても、そのような感じがしないではない)、消費者保護、賃借人の生活の安定という観点からは、更新料はデメリットのほうが大きいといえる。」

41) 前掲注29)に示した加藤教授の批判には、次のように主張したい。すなわち、まず、負担の合理性と賃借人の認識の2要素に基づくテストの場合、賃借人の認識としては、そのような複雑な更新料の意義ないし賃料体系を導入するのなら、賃貸人はそれを認識させるため、十分な説明をすることが求められよう。また、筆者の提示する負担の不合理性のみで特約無効を導くテストにおいても、本当は提示された賃料よりも高い賃料を収受したために、本文で分析したような複雑な給付構造を導入し、賃借人の誤解ないしそれによる不当な誘引効果を導いているのであるから、やはり、賃貸人の欺瞞的意図をそこから推認することは可能と思われるのである。また、更新料の仕組み、並びに居住用建物賃貸借契約の締結慣行及び当事者関係には、一般的なビジネス性の妥当する場合とは異なる(言ってみれば、その場合よりも歪んだ)特徴が見受けられ、それへの消費者契約法的評価は避けられない。それは、特に前掲注8)、19)及び27)で引用した形で5月判決からもうかがえる。

要することが予想され、その間の貸貸人への経済的打撃は大きなものといえる。

第3は、『更新料』と名目づけられている金銭給付の法的決定⁴²⁾である。今後、更新料特約の違法を前提とした更新料返還請求訴訟が活性化することは予想される。そのとき注意すべきは、その居住用建物賃貸借における「更新料」と表わされる金銭給付が、いかなる法的構造を有しているか、本稿で問題にした事例での「更新料」との比較が必要となることである。すなわち、本稿で扱った諸裁判例は、極めて「事例判決」性が強いことを指摘しておかなければならない。更新料にどのような意味を込めるかは、契約当事者間の問題であり、また地域性もあいまって多種多様である。これについては潮見意見書も、判断の冒頭で注意喚起をしている。この点は、8月判決と原審である裁判例③を、更新料の「性質ii」及び「性質iii」の判断につき比較してみても読み取れる。すなわち、一方で8月判決は、被告の主張する更新料の法的性質には合理性はないとしつつも、「なお」書きで、合理性を認める余地を留保し、本件ではそれを基礎づける事実は見当たらないとしている。他方裁判例③は、その合理性を認めつつも、その程度は「希薄」としているのである⁴²⁾。「更新料」と名目づけられているものでも、その契約での具体的性質（その給付自体の性質及び他の給付との関係等）で、合理性ある法的性質が認められる場合もありうるのである。

V. おわりに

更新料特約の問題性は、その内容の不透明さ、そしてその合意形成の前提としての賃借

人側の中途半端な認識にあった。基本的には、その両面から適法性を判断することで問題はない⁴³⁾が、やはり、法的に合理性のない負担は合意形成過程を問題にせずとも、違法無効となる余地を消費者契約法レベルで認めるべきである⁴⁴⁾。それが、消費者問題の典型の一つといえる賃貸借における給付関係を、よりクリアなものにすることに資すると考える。

～謝辞～

本稿を執筆するに当たり、更新料問題に積極的に取り組んでおられる『京都敷金・保証金弁護団』に、平成21年9月及び脱稿後の平成22年8月に取材をさせていただき、そこに所属される野々山宏、長野浩三、木内哲郎、平尾嘉晃、谷山智光各弁護士には、潮見意見書や諸裁判例の判決書をはじめ未公開の貴重な資料を提供していただき、また紛争現場で活躍される弁護士先生方の生の声を聞かせて頂くなど、多大なるご協力をいただきました。

また同じ頃、潮見佳男教授（京都大学大学院法学研究科）には、その鑑定意見書の内容に関するインタビューや筆者の試論への講評に、快く応じていただきました。

そして何より、本学の中田裕康教授には、本稿の端緒であるリサーチペーパーにおいて、指導教授として最初から最後まで手とり足とり論文指導をしていただき、単位認定後も本稿での考察に潜む問題点を厳しくご指摘くださいました。

これら先生方のご協力なくして、本稿は成り立ちません。ここに記して御礼申し上げます。なお、これら先生方のお話を踏まえつつも、本稿の文責は、筆者にすべて帰します。

(さとう・こういち)

42) ただし、本事例は居住用建物賃貸借の典型的特徴を備えたものであることは言えるので、8月判決が「相当広範に当てはまる事例判決」であるとはいえる。

43) 特に、この2つの要素につき、賃借人のおかれた立場・状況や更新料の仕組みを取り巻く事情につき、非常に詳細な（個別具体的な）事実認定を前提とするきめ細かな評価を行うのなら、筆者の提示した問題点は、ある程度解消される。これは、事例判決性の強い更新料問題の持つ性質の一つともいえよう。その例が、前掲注8)、19)及び27)で示したような詳細かつ立ち入った言及を行った5月判決である、といえる。

44) もっとも、以上に示した基準が公序良俗（民法90条）違反である暴利行為とどのように切り分けられるかは、残された問題である。筆者としては別の（そしてやや緩やかな）概念として、上記のテストを用いたい。