

民法分野における法の解釈ということ

生 熊 長 幸

目 次

- 1 観念にとらわれずに事実注目することの重要性
——占有の方法による抵当権実行妨害に関する最高裁判例の解釈論——
- 2 理論的探求および制度のバランスの重要性
——弁済期到来後は、譲渡担保権者は処分権能を取得とする最高裁判例の解釈論——
- 3 社会的経験・社会的常識の重要性
——敷引特約の有効性と消費者契約法10条をめぐる最高裁判例の解釈論——

本日は大変お忙しい中、退職記念講演にお出でいただきありがとうございます。

私はこれまで、東北大学の民法の鈴木禄弥教授の助手として5年、岡山大学では、民事執行法担当として20年、大阪市立大学では、民法担当として14年、そして本学法科大学院においても民法担当として10年間、研究・教育に携わってまいりました。

その間、主として民法財産法の解釈論につき、論文や著書を発表してまいりましたが、その中で感じたこと、考えたことを中心に、若干のお時間を頂戴して、お話しさせていただこうと存じます。

〔判例と学説との力関係〕 さて、私の学生時代は、我妻栄先生の民法講義がスタンダードな教科書でした。我妻先生の時代は、解釈論を展開する場合、必ずしも最高裁判例が多数存在したわけではありませんので、判例を軸に解釈論を展開するというよりも、外国の法制を参考にした解釈論が

多かったように思われます。

しかし、私が助手として研究生生活を踏み出した1968年・昭和43年頃から、最高裁判例が徐々に多くなり始め、最高裁判例を基軸として解釈論を展開せざるを得ない状況になりました。現に最高裁判例解説の民事篇は、1968年・昭和43年から1970年・昭和45年にかけては、毎年大変分厚い上下2冊が公刊されております。当時、私の恩師鈴木禄弥先生も、学部の民法演習で、1年間にわたり、代物弁済予約、現在の仮登記担保ですが、代物弁済予約の判例をテーマとされました。

それからは次第に、民法の教科書も昔とはかなり異なり、最高裁判例についての解説に、多くの分量を割くようになっております。

〔最高裁判例の力〕 これはある意味では当然のことであり、最高裁判例は、実体的規定が存在しない部分についての解釈論、実体的規定が存在している場合でも、その内容に修正を加える解釈論において、ほぼ実体的規定に準ずる効力を有することになるからであります。したがって、それまで下級審裁判所で判断が分かれていたケースにおいても、一度最高裁判例が出されますと、その後は、下級審裁判所としても最高裁判例に従わざるを得ない状態が続き、相当の年月を経て最高裁が自ら判例変更をしない限り、最高裁判例の考えが維持されます。その意味では、最高裁判例は、法律と同等の効力があることとなります。

それほど最高裁判例の力は大きいわけで、最高裁判例の理論的・実際の妥当性につき、研究者としては、研究を深める責任があるといつてよいと思います。

そこで、私がこれまで関心を持ってきたいくつかのテーマにつき、お話しさせていただこうと思います。

1 観念にとらわれずに事実に注目することの重要性 ——占有の方法による抵当権実行妨害に関する 最高裁判例の解釈論——

最初に取り上げさせていただくのは、占有の方法による抵当権実行妨害がある場合、抵当権者は抵当権に対する侵害として、占有者に対して占有の排除を求めることができるかという問題です。

〔設 例〕 例えば、AがB銀行から3000万円の融資を受けて、A所有の甲建物にB銀行のために抵当権を設定し、次いでAがC信用金庫から2000万円の融資を受け、同じ甲建物にC信用金庫のために2番抵当権を設定し、B銀行およびC信用金庫に債務の返済を続けていたわけですが、その後、債務者Aの資力が悪化し、Aが多重債務者として、夜逃げをせざるを得ない状況に追い込まれたとします。

このような場合、街の金融業者等が債務者Aに接近し、例えば街金Dが債務者Aに100万円を提供する見返りに、Dのために甲建物に賃借権を設定させ、Dが甲建物をDと関連のある暴力団あるいはそれに近い若者達に占有させるといことがしばしば起こります。いわゆる「ナニワ金融道」の世界です。不動産価額のより高い東京などでも同様でした。

Dによるこのような占有を抵当権に対する侵害として、抵当権者であるB銀行あるいはC信用金庫が占有の排除を求めることができるかが問題となります。

〔抵当権者は、抵当権実行妨害目的の占有をなぜ排除したいか〕 なぜ抵当権者は、抵当権の目的建物につき競売が行われる前に、これらの占有を排除したいかですが、抵当権者が貸したお金の回収を図るために、抵当権の目的である甲建物を競売にかけ、買受人が現れても、抵当不動産を暴力

団など反社会的勢力が占有している場合、買受人は、スムーズな引渡しを受けることは期待できません。これらの反社会的勢力は、もし競売で買受人が現れた場合には、明渡しに応ずる代償として高額な立ち退き料名義の金銭を買受人から取得することを狙っているからです。高額な立ち退き料の支払いを予定して競売不動産を買い受けるということになりますと、競売におけるその不動産の買受申出価額は低下することになり、抵当権者は債権の十分な回収を図れない可能性が高くなります。もちろん甲建物を買った者としては、このようなケースでは、強制執行の方法で占有者に対して甲建物の明渡しを求めることができるわけですが、競売で買い受けた一般市民あるいは金融機関などとしては、これらの反社会的勢力を相手に明渡しの強制執行をすることはためられますので、従来は、立ち退き料名義の金銭の支払に応じていたわけです。

また、抵当不動産を暴力団など反社会的勢力が占有している場合、しばしば、競売で買受申出をする者は現れず、そのため、裁判所は、何回も競売手続を試みることになり、その都度、最低売却価額、現在では売却基準価額ですが、これが低下していきます。そして、それを狙って、抵当不動産を占有している反社会的勢力が、関係者に極めて安い値段で買い受けさせ、リフォームをして転売し、多額の利益を得るということも出てまいります。この場合も、抵当権者は債権の十分な回収を図れないという事態が生じます。

この問題は、現在では、抵当権者は、抵当権に基づいて抵当権実行妨害の占有者に対して占有の排除を求めることができるということで、すでに解決済みといってよいわけですが、従来は現在とは反対の考えが主流であり、判例もそのような立場に立っておりました。

〔抵当権者は抵当権に対する侵害として、抵当権実行妨害目的の占有を排除しようとする考え方〕しかし、このような考え方に対しては、椿寿夫先生や私などが批判を展開しておりました。

これについての私の最初の論文は、1984年・昭和59年のレジュメ2頁①の論文「本来的建物短期賃借権の保護」¹⁾です。この論文で私は、建物抵当権に後れて設定された建物賃借権については、使用収益を目的とする通常の賃借権、これを当時私は、「本来的建物賃借権」と呼んでおりましたが、通常の賃借権と抵当権実行妨害目的の賃借権とを区別して取り扱うことが重要であり、通常の賃借権の場合は、その存在により抵当不動産の買受申出価額が多少下がることがあっても、抵当権者は賃借人に対して明渡しを求めることはできないが、抵当権実行妨害目的の賃借人による占有については、抵当権者は、抵当権に基づく明渡請求や抵当不動産所有者の有する所有権に基づく明渡請求権の代位行使をなしうると解すべき旨を主張しました。

その後、最高裁平成元年6月5日の判例(民集43巻6号355頁)が、抵当権者が抵当権設定時に自ら建物賃借権の設定も受け、この賃借権により、その後に設定された抵当権実行妨害目的の賃借人による占有を排除しようとしたケースにつき、それを認めなかったのを契機に、レジュメ2頁の②の論文「抵当権併用賃借権の後順位短期賃借権排除効と抵当権に基づく短期賃借人に対する明渡請求権」²⁾を公表し、①の論文で主張したことがより切実になった旨を論じました。

〔平成3年3月22日最高裁判例の考え方〕ところが、私の②の論文が公表されたのと同じ月に、最高裁は、私の考え方と全く反対の考え方を打ち出しました。これが、最高裁平成3年3月22日判決(民集45巻3号268頁)であります。この判決はその理由として、第1に、抵当権は、抵当不動産の占有権原を包含するものではなく、抵当不動産の占有はその所有者にゆ

1) 岡山大学法学会雑誌33巻4号1頁〔1984年3月〕(生熊長幸・執行妨害と短期賃借7頁以下所収)。

2) 岡山大学法学会雑誌40巻3・4号159頁〔1991年3月〕(生熊・前掲・執行妨害と短期賃借109頁以下所収)。

だねられているのであるから、第三者が抵当不動産を無権原で占有している場合においても、抵当権者は抵当不動産の占有関係について干渉し得る余地はなく、第三者が抵当不動産を権原により占有しまたは不法に占有しているというだけでは抵当権が侵害されるわけではないこと、第2に、抵当権実行妨害目的の占有者に対しては、抵当権者にその占有を排除する権原が付与されなくても、競売において抵当不動産を買い受けた者は、民事執行法83条（民執188条による準用）による引渡命令または明渡しの判決に基づきその占有を排除することができるから、つまり、買受人は、強制執行の方法で明渡しを求めることができるから、抵当不動産の担保価値の保存、したがって抵当権者の保護が図られているのであって、抵当権者にとって不都合はないこと、などを挙げたわけです。

たまたま私の②の論文と平成3年3月22日判決が同じ時期に出たこともあり、椿寿夫先生からお声がかかり、法律時報の座談会で議論をさせていただくことになった次第です³⁾。もっともその座談会では、有力な先生方は、平成3年3月22日判例を支持され、私の考えに同調はいただけませんでした。

私の考え方は、確かに法律の建前としては、この平成3年3月22日最高裁判例の述べる通りであるが、わが国の抵当権の実行としての競売の実情を前提とすると、かかる第三者の不法占有は抵当権の侵害に当たるといふべきで、抵当権者はかかる第三者に対して抵当権に基づく妨害排除請求権としての不動産の明渡請求権を行使できるし（物権的請求権の行使）、所有者に代位して明渡しを求めることもできる（債権者代位権の転用・代位請求）と解すべきであるとするものです。

先にも述べましたが、抵当権の目的不動産を反社会的勢力等が占有している場合、競売でこれを買受けた人は、強制執行の方法によりこれらの

3) 生熊長幸＝伊藤進＝甲斐道太郎＝賀集唱＝鎌田薫＝椿寿夫＝堀龍児＝山野日章夫〔〔座談会〕最近の担保判例とその評価——最二小判平3・3・22をめぐって〕法律時報63巻9号54頁〔1991年8月〕。

者による占有を排除し、明渡しを受けることができるわけですが、わが国では、買受人はもちろん買受人の代理人である弁護士の先生方も強制執行による明渡しを望まず、仮に抵当権者である金融機関等がこのような不動産を競売で買い受けた場合には、立ち退き料名義のお金を占有者に支払って立ち退いてもらうという対応をすることが多かったわけです。しかし、これについても反社会的勢力に対する利益供与として世間の目が厳しくなりました。そこで、抵当権実行妨害目的の占有を競売手続がなされる前に如何にして排除すべきかが大きな問題となっていたのです。

そのような中で、抵当権者による抵当権実行妨害目的の占有の排除を認めなかった平成3年3月22日最高裁判例は、金融実務界に大きな衝撃を与えました。

〔最高裁判例と執行実務との乖離〕 もっとも、他方で、執行実務・競売実務を担当する地方裁判所である執行裁判所は、同じ1991年・平成3年頃から、抵当権者の申し立てた民事執行法55条の売却のための保全処分により、抵当権実行妨害目的の占有者に対して、建物からの退去を命ずるようになり、執行実務・競売実務と平成3年3月22日最高裁判例との乖離が大きくなっていったと私は考えています。競売の実務を担当する裁判所の方が、最高裁よりも適切な判断をしていたわけです。

〔平成11年11月24日の最高裁大法廷判決の登場〕 通常裁判所において、平成3年3月22日の最高裁判例の考え方が改められることになったのは、それから8年後の1999年・平成11年11月24日の最高裁大法廷判決(民集53巻8号1899頁)によってでありました。

この判例は、抵当不動産を無権原者が占有しているケースについてのものですが、第1に、第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価値よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の

行使が困難となるような状態があるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない、第2に、抵当権者は、抵当不動産の維持・保存請求権を保全する必要があるときは、民法423条の債権者代位権の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる（代位請求の肯定）、第3に、抵当権者は、抵当不動産所有者のために本件建物を管理することを目的として、建物の無権原占有者に対し、直接抵当権者に本件建物を明け渡すよう求めることができるとしました。

次いで、平成17年3月10日の最高裁判例（民集59巻2号356頁）は、先に〔設例〕としてあげたもののように、無権原占有者ではなく、抵当権に後れて設定を受けた抵当権実行妨害目的の建物賃借人に対する抵当権者による妨害排除請求のケースにつき、① その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、② その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、占有の排除を求めることができるとして、抵当権自体に基づく妨害排除請求権（物権的請求権）の行使としての明渡請求を認めるに至りました。

〔下級審裁判例・執行裁判所による執行実務の重要性〕 この問題は、銀行や信用金庫などの金融機関と抵当権実行妨害目的の占有者との争いですから、もっと早く決着が付けられてもよかったですと思いますが、抵当権は非占有担保であるという考え方に最高裁はいささかとらわれすぎていたのではないかと、思われます。

平成3年最高裁判例の第1審裁判所は、抵当権に基づく妨害排除請求を認め、原審裁判所は、債権者代位権の法意に基づく明渡請求を認めていたものを、最高裁は、これらを覆したものでして、その第1審および原審の判断が日の目を見たのは、平成11年大法廷判決でようやくということにな

ります。その一方で、抵当権実行の現場で執務をする執行裁判所は、平成3年3月22日の判例と矛盾するといえる売却のための保全処分を認めてきていたわけです。

最高裁判所は、もちろん多くの事件において意義ある判決を出しているわけですが、むしろ下級審裁判所や執行裁判所の方が、現実に対応した意味のある判断をしている場合も少なくないことが、このテーマからも見て取れるのではないかと思います。したがって、民法研究者としても、当然のことではありますが、観念にとらわれずに事実注目して解釈論を展開する必要があると思いますし、法曹を志す若い皆さんにも、最高裁判例を鵜呑みにせず、基本を抑えた上で、柔軟な解釈論に心がけていただければと思う次第です。

2 理論的探求および制度のバランスの重要性

——弁済期到来後は、譲渡担保権者は処分権能を 取得するとする最高裁判例の解釈論——

次は、譲渡担保に関する判例の解釈論の1つを取り上げてみます。

(1) 譲渡担保の意義 譲渡担保というのは、主に貸金債権の担保のために、担保の目的となる動産あるいは不動産の所有権などを、譲渡担保権設定時に債権者に移転するのですが、債務を弁済すれば、一旦債権者に移転した所有権が譲渡担保権設定者に戻ってくるものです。

譲渡担保権の設定においては、一般に譲渡担保権の目的物が引き続き設定者のもとに留め置かれ、設定者は目的物を使用収益できますので、譲渡担保は、抵当権と同様、設定者にとっては使い勝手のよい担保ということになります。

譲渡担保については、仮登記担保と異なり、いまだ立法化されていませんので、判例法理により、その効力が決まっています。

（２）譲渡担保権の実行 譲渡担保によって担保されている貸金債権の弁済期が到来しても、債務者が貸金債務を弁済できなければ、譲渡担保権者は、貸金債権を回収するために、譲渡担保権の目的物につき譲渡担保権を実行することになります。

譲渡担保権の実行は、抵当権など民法典に規定のある担保物権と異なり、裁判所による担保目的物の競売の方法をとらずに、譲渡担保権者が目的物の所有権を確定的に取得する方法、あるいは目的物を第三者に譲渡して、売買代金から貸金債権を回収する方法によります。これを国家の執行機関の手を借りないで担保権の実行という意味で、「私的実行」といっております。

また、目的物の価額あるいは目的物の売買代金額が、例えば6000万円で、3000万円の貸金債権の額より大きいときは、その差額3000万円を清算金として譲渡担保権者は譲渡担保権設定者に支払う必要があります。目的物を譲渡担保権者に帰属させて清算する譲渡担保を、「帰属清算型」といい、第三者に売却して清算する譲渡担保を「処分清算型」といっております。

帰属清算型の場合、譲渡担保権者が譲渡担保権を実行して設定者に譲渡担保の目的物の引渡しを請求した場合、設定者が清算金の支払いを受けるのと引換えに目的物を引き渡す旨を主張したときは、清算金の支払いと目的物の引渡しとは同時履行となります（最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁）。このように、設定者が確実に清算金を得られるように目的物の引渡しと目的物の適正な評価額を前提とした清算金支払いとが同時履行とされているため、帰属清算型が、原則的な私的実行の方法と考えられています。

また、譲渡担保権設定者は、貸金債権の弁済期到来により譲渡担保権の目的物の所有権を確定的に失ってしまうのではなく、清算金が生じないときは、譲渡担保権者から清算金のない旨の通知を受けるまで、清算金が生じるときは、適正な額の清算金の支払いまたは提供を受けるまでは、貸金債務と遅延損害金を譲渡担保権者に弁済または提供すれば、目的物の所有権の返還を受けることができる、これを「受戻権」といいますが、目的物

を受け戻すことができるとされています(最判昭和57年1月22日民集36巻1号92頁)。

このように、譲渡担保の判例法理においては、譲渡担保権設定者の保護がかなりの程度図られているといつてよいと思います。

(3) 貸金債権の弁済期到来後は譲渡担保権者は「処分権能」を取得するとする判例法理 ところが、判例は、不動産を目的とする譲渡担保契約において、譲渡担保により担保されている貸金債権、つまり被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者は、譲渡担保契約が帰属清算型である場合でも、目的物を処分する権能を取得するから、譲渡担保の実行手続をとらないまま、すなわち、帰属清算型譲渡担保権の実行において、譲渡担保権者が債務者に清算金を支払うべき場合において清算金を支払わないまま、目的不動産を第三者に譲渡し、第三者が所有権移転登記を備えた以上、債務者は、貸金債務等を譲渡担保権者に弁済または提供しても、もはや受戻権を行使しえないという立場に立っています。

このような考えを打ち出した判例は、昭和62年2月12日の最高裁判決(民集41巻1号67頁)です。この判例を以下、「昭和62年最高裁判例」といいますが、この判例は、その理由として、「弁済期到来後は、譲渡担保権者は目的不動産の処分権能を取得する」ということを述べるのみで、それ以上の理由は挙げておりません。

この昭和62年最高裁判例の調査官解説⁴⁾で、魚住庸夫判事は、譲渡担保の法的構成につき担保権的構成をとる学説の多くが、設定者は、悪意の第三者に対しては、第三者の取得した権利は譲渡担保権を超えるものではないことを主張して、受戻権を行使することができるものとしているが、履行遅滞後の処分についてもこの見解を採用しうるかどうかは甚だ疑問である、とされ、履行遅滞後、譲渡担保権の実行段階にはいると、譲渡担保権

4) 最高裁判例解説〔民事篇〕昭和62年度・47頁〔魚住庸夫〕。

者は、目的不動産の処分権能を取得するのであり、この処分権能に基づく処分がなされた場合、登記の対抗力は第三者の善意・悪意を問わないとする一般論にここでだけ例外を認める根拠に乏しいのではあるまいか、この多数学説によれば、債権者が履行遅滞後に譲渡担保権の実行として目的不動産を自己に帰属させたうえ、清算の必要上これを売却処分し、第三者が、清算金支払い資金の調達目的で処分されることを知ってこれを買受けた場合にも、債務者の受戻権行使を認め、第三者は所有権を取得できないことになるが、かかる結論は、抵当権実行との均衡からいっても、いかにも不当といわざるを得ないと思われる、と述べられています。

この昭和62年最高裁判例の論理は、判例法上、その後も特に検討されることなく、平成6年2月22日最高裁判例（民集48巻2号414頁）、平成18年10月20日最高裁判例（民集60巻8号3098頁）に脈々と受け継がれています。

〔昭和62年最高裁判例の理論的問題点〕 しかしながら、被担保債権の履行遅滞後は、譲渡担保権者は、目的不動産の処分権能を取得するという点については、魚住判事の解説にもかかわらず、その根拠は明らかではないというべきでしょう。なぜなら、被担保債権の弁済期到来により担保権者が取得する権利は、担保権を実行して被担保債権の優先弁済を受けることができる権利であるからです。

すなわち、被担保債権の履行遅滞により、担保権が抵当権であれば、抵当権者は抵当不動産につき抵当権の実行としての競売の申立てをなしうることになりすし、譲渡担保権と同様、民法典に規定のない仮登記担保権であれば、仮登記担保権者は、仮登記担保権の私的実行をなしうることになります。

これらと同じように、譲渡担保権者は、被担保債権の履行遅滞により、先ほど述べましたような譲渡担保権の私的実行に着手することができるわけですが、帰属清算型の譲渡担保の私的実行手続である帰属清算の手続をとって目的不動産を確定的に譲渡担保権者の所有としないまま、被担保債

権の弁済期到来により譲渡担保権者は目的不動産を第三者に自由に処分する権能を取得すると考えることには、論理に飛躍があるというべきです。

〔他の担保物権が実行された場合とのアンバランス〕 また、債権担保のために他の担保物権が設定された場合との比較からも、このような判例の考え方はバランスを失っていると言えます。

すなわち、債務者としては、被担保債権の弁済期到来後も、何とか被担保債権を弁済し、譲渡担保の目的不動産の受け戻しを受けようとして、金策に走り回ることが多いわけですが、判例の考え方によりますと、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行手続をとらないまま目的不動産を第三者に譲渡した場合には、もはや受戻権を行使しえないということになります。

しかし、抵当権の場合は、被担保債権の弁済期到来後、抵当権者が被担保債権の回収を図るためには、抵当権の実行手続が必要となり、競売手続により買受人が抵当不動産を取得するまでには、数か月から1年以上の期間を要します。債務者は、競売手続が開始され、買受申出人が現れても、売却許可決定が確定するまでは、被担保債権を抵当権者に弁済して、民事執行法に定める一定の手続をとれば、競売手続を取り消してもらうことができ⁵⁾、所有権を失う事態を防ぐことができます。また、仮登記担保権の実行の場合は、被担保債権の弁済期到来後、仮登記担保権者は、清算金の見積額を仮登記担保権設定者に通知することを要し、その通知が設定者に到達してから2か月間の清算期間内は、仮登記担保権者は清算金を設定者に提供して仮登記担保の目的不動産を取得すること、すなわち帰属清算の手続をとることはできず、その間は、債務者は債務相当額の金銭を弁済ま

5) 債務者は、被担保債権を弁済して、担保権実行禁止仮処分命令など担保権の実行を一時禁止する裁判の謄本などを提出すれば、競売手続は一時停止され、その間に担保権不存在確認訴訟の勝訴判決など競売手続取消文書を取得して提出することができれば、競売手続を取り消してもらうことができる。

たは供託して、目的不動産を取り戻すことができることにしているのです（仮登記担保2条）。

仮登記担保法は、1978年・昭和53年に立法化されたわけですが、仮登記担保権の実行手続の中に清算期間を創設するというアイデアは、法制審議会における幾代通先生のご提案によるものだとのお話を、同じく法制審議会に出席されていた鈴木禄弥先生から伺ったことがございます。すなわち、幾代先生は、抵当権の実行の場合には、被担保債権の弁済期到来後も、先ほど述べましたように、一定期間は債務者が債務を弁済して競売手続を取り消してもらうことができるのであるから、そのことを、仮登記担保権の実行の場合にも考慮する必要があるのではないか、と述べられたということです。

このように、不動産譲渡担保の場合、判例理論のもとにおいては、他の担保物権とのバランスを著しく失して、設定者にとりかなり酷な事態となっております。

〔背信的悪意者である譲受人にも受戻権行使を認めない最高裁判決の登場〕 さらに、平成6年2月22日の最高裁判例（民集48巻2号414頁）は、被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者は目的不動産の処分権能を取得するとする判例理論を発展させ、このことは、譲渡を受けた第三者がいわゆる背信的悪意者に当たる場合であっても異なるところはないとしております。その理由としてこの判例は、そのように解さないと、権利関係の確定しない状態が続くこと、および、譲受人が背信的悪意者に当たるかどうかを確知し得る立場にあるとは限らない譲渡人である譲渡担保権者に、不測の損害を被らせるおそれを生ずること、を挙げております。

しかし、多くの学説は、この判例を批判しております。

先ほどの平成6年の最高裁判例は、譲受人が背信的悪意者に当たるかどうかを確知し得る立場にあるとは限らない譲渡人と述べておりますが、譲渡担保の目的不動産を譲り受ける者とは、どういう人なのかを考えてみる

必要があります。

一般の不動産の売買であれば、通常、不動産仲介業者を通して不動産を買い受けることになり、売買の目的不動産は売主が占有しており、買主の代金の支払いと売主の目的不動産の引渡しおよび買主への所有権移転登記手続は同時履行となります。

ところが譲渡担保の目的不動産の売買の場合には、目的不動産を譲渡担保権設定者が占有している状態で、譲渡担保権者と譲受人との間で直接行われ、不動産仲介業者を通してこれを買受けるということは通常行われません。また、譲渡担保の目的不動産につき売買契約が締結された場合、買主は代金の支払いと引換えに譲渡担保権者から所有権移転登記を受けることはできますが、設定者が占有している目的不動産の引渡しを受けることはできません。これは、清算金が生ずる場合、譲渡担保権設定者は、清算金の支払いを受けるまでは、留置権に基づいて目的不動産の引渡しを拒むことができるからです。

したがって、譲渡担保の目的不動産を、譲渡担保権者と無関係な第三者がまともな値段で買い受けることは考えにくいということになり、譲渡担保権者の身内や関係者が、当該不動産は譲渡担保の目的不動産でありまだ譲渡担保権の実行手続が終了していないことを知りながら、時価よりはるかに安い価額で買い受けるというのが一般的であると言ってよいと思います。

そうとしますと、結局、先ほどの判例理論は、譲渡人である譲渡担保権者と譲受人とが結託して、譲渡担保権設定者の受戻権の行使の機会を早期に封ずることに寄与していると言わざるを得ないのではないかと思います。ちなみに、平成6年の最高裁判例のケースにおける譲渡担保の目的不動産譲受人は、譲渡担保権者から買い受けた者ではなく、贈与を受けた者でした。

〔学説によるとこの問題はどのように扱われるか〕 それでは、この問題

は、学説によるとどのように扱われることになるのでしょうか。譲渡担保の法的性質に関しまして、現在学説上有力な設定者留保権説によりますと、この問題は次のような形で処理されることになると考えられます。

すなわち、譲渡担保権の設定により、譲渡担保権設定者には、設定者留保権が帰属し、譲渡担保権者には、設定者留保権の負担のある所有権が帰属すると考えます。設定者に帰属する設定者留保権というのは、譲渡担保の目的不動産を使用収益しうる権利と貸金債務を弁済すれば目的不動産の所有権を回復できる権利とってよいかと思います。

そして、譲渡担保権者の有する権利も譲渡担保権設定者の有する設定者留保権も、いずれも物権的な権利と考えています。

譲渡担保権者の有する権利は、通常、譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記によって公示されていることとなります。譲渡担保権者は所有権移転登記を備えることとなりますが、譲渡担保権者が有している権利は、設定者留保権の負担のある所有権ですから、過大な公示を備えていることとなります。

〔設定者留保権説の場合に譲受人の所得する権利〕 設定者留保権説によれば、被担保債権の弁済期到来前であれ、弁済期到来後であれ、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行をしないまま第三者に目的不動産を譲渡したときは、譲受人は、設定者留保権の負担のある所有権を取得します。わが国では、不動産登記には公信力が認められていませんから、譲受人が設定者留保権の負担のない不動産であると信じて取得したとしても、譲受人は設定者留保権の負担のない完全な所有権を取得できません。

〔民法94条2項の類推適用の可否〕 譲受人が設定者留保権の負担のない所有権を取得できるのは、虚偽表示に関する民法94条2項の類推適用が認められる場合に限られます。民法94条2項の類推適用が認められるためには、虚偽の外観の存在につき設定者に責めに帰すべき事由があること、お

よび、譲受人の善意、すなわち譲受人が設定者留保権の負担のない不動産であると信じて取得したことが必要となります。

そこで、譲渡担保権設定者が、譲渡担保権者に譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記を備えさせたとしても、これは譲渡担保権の対抗要件なのですから、譲渡担保権設定者に帰責事由があるとは言えないのではないかと、また、目的不動産を譲渡担保権設定者が占有している状態で譲受人は買い受けるのですから、譲り受けようとする人は、目的不動産を占有している人がどのような権限で占有しているのかを当然調べるべきですので、譲受人は善意、少なくとも善意無過失とは言えないのではないかという問題が出てきます。

そうしますと、設定者留保権説によれば、被担保債権の弁済期到来後、第三者に目的不動産が譲渡されても、判例とは異なり、譲受人は設定者留保権の負担のある所有権しか取得できないことになり、設定者は被担保債権額相当額を弁済することによってなお受け戻すことができるということになります。これは、魚住判事が批判された、昭和62年最高裁判例が出された当時の多数学説とほぼ同じであります。

〔なぜ最高裁判例は脈々と承継されているのか〕この問題につき、かなり多くの学説は、最高裁判例には批判的です。先程来述べておりますように、これらの最高裁判例は、理論的に問題があるだけではなく、抵当権や仮登記担保の実行と著しくバランスを失っていますし、帰属清算型が原則だとしながらそれを蔑ろにしてしまうこととなりますから、結論的にも妥当とは言えません。ちなみに、譲渡担保の場合、集合動産譲渡担保や集合債権譲渡担保は別ですが、譲渡担保をとって貸付けをするのは、銀行や信用金庫などではなく、多くの場合、街の金融業者などです。

それにもかかわらず、昭和62年の判例理論が現在なお脈々と承継されているのはなぜなのでしょう。最高裁調査官は非常に優秀な方々ばかりですが、日々の多忙なお仕事に追われてなかなか従来の最高裁判例の再検討

の時間を十分とれないのではないかとも思われます。

これらの最高裁判例からは、民法分野の解釈論においては、理論的整合性ととともに、現実的妥当性を十分考慮する必要があるということを追導することができるのではないかと思われます⁶⁾。

3 社会的経験・社会的常識の重要性

——敷引特約の有効性と消費者契約法10条をめぐる 最高裁判例の解釈論——

最後に、敷引特約の有効性と消費者契約法10条をめぐる最高裁判例の解釈論を題材に、社会的経験・社会的常識の重要性ということについてお話しさせていただきますと思います。

〔敷引特約の意義・法的性質〕 大阪、京都、兵庫などの関西地方では、居住用の建物賃貸借契約が締結される場合、賃借人が賃貸人に月額賃料の数か月分から10か月分ほどの敷金を預け、賃貸借契約が終了し建物を明け渡したとき、その何割かを敷引金として当然に控除し、——これを「敷引特約」といいますが、——その残額から未払賃料や賃借人の債務不履行による損害金を差し引いたものを、賃貸人が賃借人に返還する旨の敷金契約が締結されることが多いことはご存じの通りかと思えます。例えば、月額賃料20万円の場合で、敷金100万円、敷引金60万円といったものが一般に見られます。

この敷引金と類似したものに礼金というものがあります。これは、全国の都市部においてみられますが、特に関西では、礼金の額が高額である点

6) このテーマについては、生熊長幸「仮登記担保および譲渡担保における弁済期到来後の受戻権の行使」立命館法学333・334号〔2011年〕、生熊長幸「不動産譲渡担保法立法私案」立命館法学363・364号〔2016年〕、生熊長幸・担保物権法297頁以下、313頁以下〔三省堂〔2013年〕〕をご覧くださいければ幸いです。

に特徴があります。例えば、月額賃料20万円の場合で、敷金20万円、礼金60万円といったものが見られます。これに対して、東京などでは、月額賃料20万円の場合で、敷金40万円、礼金20万円などが一般的です。

この礼金と敷引金とは、ほぼ同じ機能を有していると私は考えていますが、本日は、時間の関係上、敷引金を中心にお話しさせていただきます。

この敷引金の法的性質は、必ずしも明らかではありません。したがって、多額の敷引金を支払わせられることに対する賃借人の不満は大きく、最近では、しばしば敷引金の返還を求める訴訟が提起され、敷引特約は消費者契約法10条に違反して無効となるかが争われております。

【消費者契約法制定の趣旨と消費者契約法が適用される敷引特約】 ここでは簡単に消費者契約法についてお話しをさせていただきます。

消費者契約法は、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を考慮して、消費者の利益を不当に害することとなる契約の条項の全部又は一部を無効とすることなどにより、消費者の利益の擁護を図って、国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的として制定されております(消費者契約法1条)。

この消費者契約法は、個人と事業者との間の契約について適用されますが、賃貸人が〇〇不動産などの法人や団体であるほか、事業としてまたは事業のために賃貸人となる個人の場合も適用されます(同法2条)。

【本テーマに関する最高裁判例】 このテーマに関する最高裁判例としましては、平成23年3月24日最高裁判例(民集65巻2号903頁)と、平成23年7月12日最高裁判例(判時2128号43頁)がありますので、これらを題材としてお話ししたいと思います。前者を「平成23年3月判決」、後者を「平成23年7月判決」と呼ぶことに致します。

これらの事案は、いずれも期せずして京都市を舞台としたものであります。

〔**敷引特約が消費者契約法10条により無効となるための要件**〕 消費者契約である敷引特約が、消費者契約法10条により無効となるためには、①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消費者契約の条項であって、②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が必要となります。

そこで、これらの裁判においては、当該敷引特約が、これらの要件を満たすか否かが争われています。

〔**平成23年3月判決の事案**〕 まず、平成23年3月判決ですが、事案は、京都市西京区所在の3LDK・専有面積65㎡ほどのマンションの一室の、期間2年、月額賃料9万6000円の賃貸借契約で、更新料：賃料1か月分、保証金：40万円、賃借人が、1年未満で退去するときは、賃貸人は、そこから18万円を、2年未満で退去するときは、21万円を、——少し省略しますが、5年未満で退去するときは、30万円を、6年以上で退去するときは、34万円を、それぞれ控除して、その残額を賃借人に返還する旨の敷引特約が存在していました。

また、本件賃貸借契約には、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などのいわゆる通常損耗については、本件敷引金により賄い、原状回復費用は、家賃に含まれないものとするという特約が存在していました。

その後、本件賃貸借契約が2年未満で終了したため、賃貸人は、本件保証金から敷引金21万円を控除し、残額19万円を賃借人に返還しました。

そこで、賃借人は、敷引特約は消費者契約法10条により無効であり、賃貸人に対して、賃貸借契約締結時に差し入れた保証金40万円全額が返還されるべきだとして、本件訴訟を提起したというものです。

〔平成23年3月24日判決の最高裁判例の考え方〕 最高裁は、これに対して、本件敷引特約は、消費者契約法10条により無効ということはできないとして、原審の判断を支持したわけですが、おおよそ次のように述べております。

第1に、居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、契約当事者間にその趣旨について別異に解すべき合意等のない限り、通常損耗等の補修費用を賃借人に負担させる趣旨を含むものである、したがって、消費者契約法10条1項にいう、任意規定の適用による場合に比べて、消費者である賃借人の義務を加重するものというべきである、としました。

これは、賃貸人は賃貸物を賃借人に使用収益させる義務を負うことから、賃貸人は賃貸物の修繕義務を負うとされていますので(民法606条)、賃借人の債務不履行に基づかない、通常損耗の補修費用は、賃料の中に含まれていると解されております。そして、民法601条は、賃貸借契約においては、賃貸人から賃貸物の使用収益権限を与えられる対価として、賃借人は、賃料を支払う義務を負うとしていますので、賃借人に通常損耗補修費用を敷引金という形で支払わせるという特約は、任意規定の適用による場合に比べて、賃借人の義務を加重するものとしたと考えられます。

しかし、最高裁は、第2に、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敷引金の額について契約書に明示されている場合には、賃借人は、賃料の額に加え、敷引金の額についても明確に認識した上で契約を締結するのであって、賃借人の負担については明確に合意されており、通常損耗等の補修費用が含まれないものとして賃料の額が合意されているとみるのが相当である、また、通常損耗等の補修費用に充てるために賃貸人が取得する金員を具体的な一定の額とすることは、通常損耗等の補修の要否やその費用の額をめぐる紛争を防止するといった観点から、あながち不合理なものとはいえない、したがって、敷引特約が、消費者契約法10条2項にいう、信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するものであると直ちにいうことはできない、と述べました。

そして、第3に、もっとも、消費者契約である賃貸借契約においては、賃借人は、通常、自らが賃借する物件に生ずる通常損耗等の補修費用の額については十分な情報を有していない上、賃貸人との交渉によって敷引特約を排除することも困難である、それ故、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、したがって、敷引特約は、当該建物に生ずる通常損耗等の補修費用として通常想定される額、賃料の額、礼金等他の一時金の授受の有無及びその額等に照らし、敷引金の額が高額に過ぎると評価すべきものである場合には、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、というものであります。

そして、本件敷引特約については、本件敷引金の額が、本件建物に生ずる通常損耗等の補修費用として通常想定される額を大きく超えるものとまではいえないし、本件敷引金の額は、経過年数に応じて月額賃料額の2倍弱ないし3.5倍強にとどまっていることに加えて、賃借人は、本件契約が更新される場合に1か月分の賃料相当額の更新料の支払義務を負うほかには、礼金等他の一時金を支払う義務を負っていない、したがって、本件敷引金の額が高額に過ぎると評価することはできず、本件特約が消費者契約法10条により無効であるということとはできない、としたのであります。

〔平成23年7月判決〕 この平成23年3月判決から、4か月ほどして現れた平成23年7月判決も、本件敷引特約も消費者契約法10条により無効とはいえないとしたものでしたが、この平成23年7月判決は、原審判決を破棄したものであり、また、補足意見および反対意見が付けられており、興味深い判決です。

〔平成23年7月判決の事案〕 事案は、次のようなものです。すなわち、

賃借人は、大手不動産販売会社を賃貸人とし、京都市左京区所在のマンションの一室——これを、以下「本件建物」といいますが——を賃貸借期間約2年、賃料1か月17万5000円の約定で賃借する旨の賃貸借契約を締結し、賃貸借契約締結時に、賃借人は、保証金として100万円を賃貸人に預託しましたが、そのうち60万円が敷引金となっておりました。

その後、本件契約における賃貸人の地位を第三者が承継し、新たな賃貸人と賃借人との間で本件賃貸借契約が更新され、その際、賃料の額が月額17万円に改訂されました。

本件契約は、6年ほどで終了し、賃借人は賃貸人に本件建物を明け渡しました。本件では、賃借人の債務不履行に基づく損害賠償額を保証金から差し引くという問題もありましたが、その点は省略しますと、賃貸人は、本件保証金100万円から敷引金60万円を控除した上、その残額を賃借人に返還したということになります。

これに対して、賃借人は、賃貸人に対して、本件敷引特約は、消費者契約法10条により無効であるなどと主張して、本件契約の締結時に差し入れた保証金100万円のうち返還を受けていない60万円の支払を求めて訴えを提起したというものです。

〔第1審判決および原審判決〕 第1審判決および原審判決はともに、本件敷引特約は消費者契約法10条に該当して、無効と判断しました。理由は割愛させていただきます。

〔平成23年7月判決の最高裁判例の考え方〕 これに対して、最高裁平成23年7月判決は、本件敷引特約は、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とし、原審判決を破棄自判としたものですが、その理由は、おおよそ次の点にあります。

すなわち、賃貸借契約においては、賃貸人は、通常、賃料のほか敷引

金、権利金、礼金等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、建物の明渡し後の返還の有無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、敷引特約を賃借人が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、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とはできない、とし、

本件においては、本件敷引金額は、月額賃料の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うして、本件敷引特約は、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したのです。

〔これらの最高裁判決における敷引特約の法的性質〕 それでは、これらの最高裁判決において、敷引特約の法的性質は明らかにされているでしょうか。

平成23年3月判決は、本件敷引特約には、通常損耗等補修費用を賃借人が負担する趣旨を含むとし、それ以外の金員も賃借人に負担させうる趣旨の特約であるとしておりますが、敷引金額の方が通常損耗補修費用額よりもはるかに大きい場合が一般的であるにもかかわらず、通常損耗補修費用以外の敷引金の法的性質について何ら明らかにしておりません。

また、平成23年3月判決は、敷引特約が存在する場合、通常損耗等の補

修費用が含まれないものとして賃料の額が合意されているとみるのが相当であるとしておりますが、実際に賃料額がその分減額されているという保証はありませんし、賃貸物件は、典型的な特定物でありますので、賃借人がその点を確認する術はないことになります。

さらに、平成23年7月判決は、本件敷引特約がいかなる法的性質を有するものであるかについて一切明らかにしないまま、敷引金が返還されない一時金であることが契約書に明示されていれば、敷引特約は原則として有効であるとしております。

〔平成23年7月判決の岡部反対意見〕 この平成23年7月判決には、岡部喜代子裁判官の反対意見が存在します。

岡部反対意見は、消費者契約においては、消費者と事業者との間に情報の質及び量並びに交渉力の格差が存在することが前提となっており、消費者契約関係にある、あるいは消費者契約関係に入ろうとする事業者が、消費者に対して金銭的負担を求めるときに、その対価ないし対応する利益の具体的内容を示すことは、消費者の契約締結の自由を実質的に保障するために不可欠である、敷引特約についても、敷引金の具体的内容を明示することは、契約締結の自由を実質的に保障するために、情報量等において優位に立つ事業者たる賃貸人の信義則上の義務であると考え、としています。

先ほど見ましたように、居住目的の建物賃貸借契約において、賃借人は、民法601条により建物使用の対価として賃料支払義務は負いますが、それ以外の法律的に説明できない金銭を支払う義務はありません。したがって、敷引金を取得しようとするならば、賃貸人はその法的性質についてきちんと説明をし、賃借人の納得を得たうえで賃借人と合意すべきは当然であるわけで、その意味でこの岡部反対意見は正当だと思えます。

しかしながら、わが国における不動産賃貸借契約締結においては、不動産仲介業者により示された賃貸借契約書の案に、賃貸借契約締結に当たっ

て賃借人が支払うべき敷金ないし保証金、および敷引金額が示されており、敷引金の趣旨については説明されず、当該物件につき賃貸借契約を締結しようとするれば、賃借人は、示された敷引特約を承認せざるを得ないのであるが実情です。この点は、平成23年3月判決も認めているところです。

ここには、消費者契約法のいう「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」が現れています。

〔平成23年7月判決の田原補足意見〕 平成23年7月判決は、敷引特約の法的性質について一切述べなかったのですが、この点につき、田原睦夫裁判官による補足意見は、敷引特約は、通常損耗費の補填の趣旨が含まれているか否かをも含めて必ずしも明確な概念ではなく、また、賃貸借契約の締結ないし更新に伴って授受される一時金については各地域毎の慣行に著しい差異が存することからすれば、敷引特約の法的性質を一概に論じることは困難であり、いわんや賃借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ます。

その一方で、田原補足意見は、率直に、賃貸人としては、その地域の実情を踏まえて、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、敷引金、礼金、更新料、権利金等のような費目を設定し、それによつてどのような金額を割り付けるかについて検討すると述べています。これが、賃貸人が賃借人に求める敷引金、礼金、更新料の実態であり、極めてアバウトに定められていると言ってよいと思います。

〔敷引金の法的性質〕 敷引金の法的性質として、一般に、賃貸物件の償却費、通常損耗補修費用、空室損料などがあげられています。不動産賃貸経営においては、賃貸不動産の償却費、通常損耗補修費用、大規模修繕費用、不動産仲介業者への仲介料、固定資産税、管理費用など種々の費用や、賃貸物件に入居者がいない間の空室損料などがかかります。これらの費用は、賃貸人の利益とともに、賃料に含めて賃借人から受け取ります。

賃料額につき賃貸人と賃借人が合意して賃貸借契約を締結したのですから、これは正当なことで何ら問題はありませぬ。それにもかかわらず、賃貸人は、これらの諸費用を、何故に敷引金の形で、賃借人に求めるのでしょうか。

これはおそらくは、不動産賃貸経営は、必ずしも先を見通せない、リスクを伴う事業であることに起因するのではないかと思われませぬ。第1に、学生向けの賃貸物件でもなければ、入居する賃借人が、長期にわたり入居するのか、短期で退去するのか、見通すことは困難です。第2に、賃借人が退去し、新たな賃借人が入居するまでの空室期間がどのくらいになるのかも、見通すことが困難です。空室期間は、賃料が入ってきませぬので、空室損料も当然考えておかなければなりません。第3に、敷金の額を超えて賃料を未納とする賃借人が出てくる可能性もあります。

賃借人の大半が賃料の未納もなく長期にわたり賃貸借契約を継続し、また退去後の空室期間が短ければ、賃貸人は、先ほどの不動産賃貸経営に要する諸費用を賃料でもって賄うことができますが、賃借人が1～2年の短期で賃貸借を終了させて退去し、かつ、その後空室期間が長くなるときは、これらの諸費用を短い期間の賃借人の賃料でもって賄うことができないことになりませぬ。そこで、賃貸人としては、賃貸借契約締結時に一時金として賃借人から確実に受領できる敷引金または礼金と賃料でもって、これらの費用を賄おうとしているのが実態であろうと思われませぬ。もっとも、賃料の取りはぐれについては、保証人または保証会社を付けさせるということで、現在ではそのリスクはかなりの程度解消されているかと思われませぬ。

そうとしますと、敷引特約とは、賃料とともに、不動産賃貸経営により賃貸人に生じる諸費用や様々なリスクに備えての費用を賃借人に負担させる趣旨のものである、というべきではないかと思われませぬ。現に、大阪簡裁平成26年10月24日判決(消費者法ニュース102号336頁)において、賃貸人は、原状回復費用、メンテナンス諸費用、賃貸借契約の回転率、空室

率、賃料不払いリスク要因を踏まえて、敷引特約を締結している旨主張しています。なお、この簡裁の判決は、平成23年3月判決の理論構成に従って判断していると見られますが、敷引金額が月額賃料の約4.3倍に相当する敷引特約を、消費者契約法10条により無効であるとしたものです。

このように敷引特約とは、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に備えての費用を賃借人に負担させる趣旨のものであると理解しますと、次のような問題が出てきます。

第1に、不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる諸費用は、ある程度計算できますが、不動産賃貸経営により賃貸人に生じうる様々なリスクに備えての費用は、計算が困難です。したがって、賃貸人としては、自らが損をすることがないように、これをかなり多めに見積もって敷引金として賃借人に負担させている可能性が高いのではないかということです。

第2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に備えての費用は、本来、賃料の中に含ませるべきですので、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に備えての費用を、賃貸人が、敷引金にも含ませているということになりますと、賃借人は一部重複して、しかも相当多めにこれらを支払わされている可能性が高いのではないかということです。

もちろん賃貸人が欲張ってこれらの諸費用や様々なリスクに備えての費用を大きく見積もって敷引金の額や賃料額を定めますと、賃借人はそのような賃貸物件を敬遠しますので、それなりの相場というものは決まってくるでしょうが、大半の賃貸人は、利益を得ようとして不動産賃貸経営をするのですから、関西における敷引金の相場は、必要以上に高額になっているのではないかと思われます。

〔不動産賃貸経営により生じうる諸費用やリスクに備えての費用は賃料に含ませるべき〕 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みますので、どうしても大きく見積もり

すぎてしまうでしょうが、これらをすべて賃料の中に含ませる場合には、先ほど述べましたように、問題を生じません。

これに対して、不動産賃貸借経営により賃貸人に生じうる諸費用や様々なリスクに備えての費用を、敷引金にも含めた場合は、賃借人は、賃料のほかは、合理的に説明しうる敷金のようなものを除いて金銭を給付する義務を負わないわけですし、消費者と事業者との間には情報の質及び量並びに交渉力の格差が存在するのですから、賃貸人としては、賃貸借契約締結時に敷引金の法的性質につき賃借人に説明し、賃借人の納得を得る必要があります。しかし実際の賃貸借契約の締結においては、このようなことは行われてはおらず、しかも、田原補足意見が率直に述べておりますことから分かりますように、賃貸人は賃借人にその法的性質を説明して、賃借人の納得を得ることは無理だということになりましょう。

したがって、不動産賃貸経営により生じうる諸費用や様々なリスクに備えての費用を、賃貸人が敷引金として受領することは、消費者契約法10条に該当し、原則として認められないと考えるべきものと思います。

ここで、原則として、と申し上げましたのは、敷引金が月額賃料の1か月分位の場合まで無効とする必要はないのではないかと考えたからであります。これは、東京、札幌、仙台、広島などの一般的な礼金の額にあたります。このぐらいの額であれば、長期の賃借人にとっても、短期の賃借人にとっても、賃貸借契約におけるいわば諸経費あるいは諸雑費として認容可能なのではないかと思われませんが、いかがでしょうか。

〔最高裁判決の問題点〕 先の最高裁判決は、結局のところ、賃借人となる者は、賃貸借契約の締結に当たって、自らが負うこととなる金銭的な負担を明確に認識しているのであるから、契約自由の原則上、敷引特約に拘束されるのは当然であるとするものですが⁷⁾、消費者契約法10条の存在す

7) 最高裁判例解説〔民事篇〕平成23年度(上)199頁〔武藤貴明〕参照。

るもとでは、そのように解すべきではないことは、今申し上げた通りでございます。

平成23年3月判決は、「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」と述べるわけですが、この判決自体、「消費者契約である賃貸借契約においては、賃借人は、——賃貸人との交渉によって敷引特約を排除することも困難」としています。多数の最高裁判官の判断としては敷引金の額が高額に過ぎない場合でも、賃借人は、賃貸人から提示された敷引特約につき合意しなければ、賃貸借契約を締結できないのが実情ですし、しかも、関西における敷引金の相場は、必要以上に高額になっており、また、敷引金の内容と賃料とでかなりの程度重複している可能性があると考えられます。したがって、敷引金の額が高額に過ぎない場合も、「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」と判断すべきではないかと思われます。そこで、先ほど述べましたように、法的性質につき賃借人に納得のいく説明をなしえない敷引特約は、敷引金の額が高額であるか否かにかかわらず、原則として、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであって、消費者契約法10条により無効であると解すべきでしょう。

また、最高裁は、賃借人となるべき者は、敷引金という形で、自らが負うこととなる金銭的な負担がはっきりしていれば、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、とするのですが、ここで取り扱っている賃貸借の目的物は、CDやDVDなど動産のレンタルとは異なり、居住用建物ですから、典型的な特定物です。賃貸物件毎に、専有面積、間取り、日照、築年数、耐震性、交通や買物などの利便性、周囲の環境、などが異なることになります。その上に、敷引金、礼金、更新料などが、賃貸物件毎に多様に

定められています。そして、そもそも、多くの場合、賃借人自身、賃貸借契約締結時に、その賃貸物件にどのぐらいの期間住み続けることになるのかは、必ずしもはっきりしないわけですから、敷引金額が明示されても、どの賃貸物件を選択することが、自分にとって有利となるのかの判断は、極めて難しいといわざるをえません。したがって、最高裁判決の述べるように、賃借人は、敷引金という形で自らが負うこととなる金銭的な負担がはっきりしていれば、自らにとってより有利な物件を選択することができるとは到底言えないと考えます。

これに対して、賃貸人が不動産賃貸経営により必要となる諸経費やリスクに備えての費用をすべて賃料に含めて賃料額を提示することにすれば、賃料の額は現在より若干上がることになると思いますが、賃借人としては、当該物件がその賃料額に見合うか否かを判断すれば足りることになり、賃貸物件の選択もより容易になるでしょうし、法的性質が説明され得ない敷引金額や礼金についての不満は解消されることになり、賃貸借契約終了後も、賃貸人と賃借人との関係はこれまでより確実に良好なものになり、ひいては消費者契約法1条にいう「国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与する」ことになると、言えなくもないでしょう。

〔敷引金額が高額に過ぎないか〕平成23年3月判決の事案は、月額賃料9万6000円に対して、敷引額は賃貸借終了までの経過年数に応じて月額賃料の2倍弱ないし3倍強であったもの、平成23年7月判決の事案は、月額賃料17万円に対して敷引額はその約3.5倍の60万円であったものです。この点につき、平成23年7月判決の原審裁判所は、高率かつ高額な金額とし、岡部反対意見も、本件敷引金の額は、月額賃料の約3.5倍に達するのであって、これを一時に支払う賃借人の負担は決して軽いものではないと述べております。他方、最高裁は、これらの敷引金額は高額に過ぎるとはいえない、として、本件敷引特約は有効としております。この辺りには、最高裁判官の多くの方々や消費者である多くの賃借人との間の金銭感覚

の違いが現われているように思われます。

〔社会的経験，社会的常識の重要性〕 以上見てきました敷引特約に関する最高裁判例における解釈論から，次のようなことを指摘できるのではないかと思います。

それは，社会的経験，社会的常識の重要性です。今回のテーマである居住用建物賃貸借における敷引特約の実情につき，多くの最高裁裁判官の認識は浅いのではないかと，その点，下級審裁判官の方が，多くの場合，実情をよく認識し，現実に即した判断をなしているのではないかと，という感じが致します。これはある意味では当然のことで，最高裁裁判官は，功成り名を遂げられた方たちばかりですから，敷金・敷引金の不要な官舎暮らしの経験はされていたとしても，民間の居住用建物賃貸借における苦労の経験はまずお持ちではなく，優秀な方々とはいえ，これらの実情に疎いのではないかと，また多くの賃借人と金銭感覚にもズレがあるのではないかと，したがってかかる問題を判断するについての常識のレベルで一般市民との間にズレが生じているのではなかろうかと思われます。ちなみに，私事ではありますが，私は10数年間，敷金・敷引金なしの官舎でお世話になり，数年間は民間の借家にお世話になりました。民間の借家も岡山市・福山市という地方でしたので，賃料も安く，敷金：月額賃料の3か月分，敷引金：月額賃料の1か月分ということで，敷引金にそれほど違和感はありませんでした。その後，阪神・淡路大震災により，借家が滅失したにもかかわらず敷引金の返還を受けられないという事案が出現し，これにつき論文⁸⁾を書いて以降，この問題に関心を持つようになった次第です。

法解釈を展開する上で，社会的経験，社会的常識が極めて重要であることはいまでもありません。ここまで申しますと，いささか言い過ぎかも

8) 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——阪神地方における敷引特約を伴う敷金制度を中心に——」広中俊雄先生古稀祝賀論集『民事法秩序の生成と展開』303頁〔創文社〕〔1996年〕。

知れませんが、幸か不幸か、私は、すべての最高裁裁判官より年長になりましたので、年の功に免じてお許しいただければと思います。

なお、これらの最高裁判決の判決文からは窺い知ることはできないのですが、もし最高裁が、敷引特約や礼金特約を消費者契約法10条に反して無効だ、あるいは一部無効だと判断すると、これらが有効であるという前提で特約を締結してきた賃貸人に、不測の損害を与えることになると最高裁の裁判官が考えられた可能性もあるかもしれません。それはそれで理解できないわけではありません。

しかし、私は、1か月分位の敷引金であれば、賃貸借契約に伴う諸費用あるいは諸雑費として容認してもよいのではないかと考えていますので、賃貸人の不測の損害とまでは言えないと思いますし、敷引特約あるいは礼金特約は、法的性質が曖昧模糊としたもので、賃貸人と借借人との格差を象徴する、極めて悪しき不動産賃貸慣行でありますし、外国人も多数、賃借人として登場する現在の日本にふさわしくないものです。早急に解釈が改められることを期待したいと思っております⁹⁾。

以上、拙い内容でありましたが、退職記念講演とさせていただきます。

お聴きいただきました皆さまに感謝を申し上げますとともに、ハードな勤務で知られる本学における10年間の勤務にもかわらず、ここ3年間の1日1万歩のウォーキングなどにより標準体重を実現し、人間ドックの気になるデータがすべて基準値におさまった状態で退職できることに感謝したいと思います。

ご静聴ありがとうございました。

* 本稿は「生熊長幸教授退職記念講演会」(2017年1月31日)をもとにご本人が原稿を提出されたものです。

9) このテーマについては、生熊長幸「現代日本の居住権法の一断面——敷引特約・礼金特約・更新料特約など——」立命館法学368号〔2016年〕・371号〔2017年(予定)〕・372号〔2017年(予定)〕をご覧ください。幸いです。