



敷引特約の経済的合理性

山本, 顯治

(Citation)

法学論叢, 36(1):221-240

(Issue Date)

2016-03

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81009599>



敷引特約の経済的合理性

山本顯治*

目次

I. はじめに	IV. 賃貸借市場の現況と敷引特約の経済的合理性
II. 概念説明と事件の概要	V. おわりに
III. 「賃貸借市場」という視点の重要性	

I. はじめに

鄭鍾休博士は、御著書『韓国民法典の比較法的研究』において、日本、韓国、中華民国における法典継受、学説継受の系譜を詳細に検討し、東アジア比較私法学の研究水準を飛躍的に高められた¹⁾。同書においては、随所に伝統慣習法と継受法との緊張関係が指摘されており、東アジア各国の慣習法研究は、今後も一層の発展が求められる重要領域である。ところで、近時、日本においては、立法資料に基づく歴史的文献研究のみならず、いわゆる「法と経済学」の研究手法に基づき慣習や慣習法の機能・合理性を明らかにしようとする研究動向が現れつつある。そこで、本稿は、近時の新たな研究動向を意識しつつ、近年、日本において大きな問題となった「敷引特約(敷引条項)」を巡る裁判例を題材に、現代日本の賃貸借市場の構造と、敷引特約の経済的合理性について考察を試みる。

II. 概念説明と事件の概要

1. 概念の説明と問題の所在

日本の賃貸借契約実務において、敷金とは、不動産特に建物の賃貸借契約を締結するにあたり、賃貸物件の返還までに賃借人が負担するすべての債務を担保する目的の下

* 神戸大学大学院法学研究科教授

논문접수일: 2016. 2. 27., 심사개시일: 2016. 3. 14., 게재확정일: 2016. 3. 22.

1) 鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』(創文社・1989)。

に、賃借人から賃貸人に交付される金銭をいう。保証金ということもあり、名目を問わない。敷金は、引渡しまでに賃借人に債務不履行があれば損害額が当然控除された上で、不履行がなければ全額、賃借人に返還される。敷金は、「もともと事実たる慣習から出発したものが不動産仲介業者を媒介として踏襲され、定着するにいたったもの」と言われ、「慣行的に定着したもの」である²⁾。

敷金については、日本民法三一六条や六一九条において敷金が存在することを想定し、その効果につき規定されるのみで、特段の定義規定は存しないが、今般の債権法改正において明文が設けられる予定である³⁾。

敷金を巡ってはこれまで多くの争点が存していたが⁴⁾、近時特に問題となったのが、敷引特約の有効性をめぐる争いである。敷引特約とは、敷金・保証金等の名目で交付される金銭から、賃貸物件の返還の際に一定割合を控除して残額を返還する旨の特約をいう。1995年(平成7年)1月17日の阪神・淡路大震災を契機として、敷金の返還を巡っての紛争が社会問題となったところ⁵⁾、その後、敷金の返還を巡る紛争を避けるという趣旨も含め、賃貸物件の返還時に賃貸期間に応じて一定割合額を差し引き、残額を返還する旨の敷引特約を賃貸借契約に挿入する例が多く見られた。これに対し、賃借人側が、公序良俗違反(民法90条)、さらには消費者契約法(以下「消契法」と呼ぶ。)10条違

2) 池田浩一「敷金・保証金・権利金」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法体系第三巻』(有斐閣・1983)16頁。

3) 民法改正案第622条の2において、敷金は、「いかなる名目によるかを問わず、賃料債務その他の賃貸借に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務を担保する目的で、賃借人が賃貸人に交付する金銭をいう。」と定義されている。

4) 例えば、「敷金の法的性質」、「敷金返還と賃借建物引渡しの同時履行関係の有無」、「未払賃料債務に対する物上代位と敷金による当然充当の優劣」、「賃貸人・賃借人の交代事例における敷金の承継問題」等々。

5) 震災以後、賃借人・賃貸人双方の責に帰すべからざる事由により、賃貸物件が通常の用に供することができなくなったことを理由として賃貸借契約が終了・解約され、その際敷金の返還が争われる事例が頻発した。例えば、神戸地判平成7年8月8日判時1542号94頁(震災を理由とする賃貸借契約の中途解約においても賃貸人は敷引特約に規定された全額を控除しようとした。)、神戸簡判平成7年8月9日判時1542号101頁(地震による賃貸物件滅失という両当事者の責めに帰すべからざる賃貸借契約終了の場合にも本件敷引条項が適用されることにつき賃貸人による立証がないとして敷引金返還請求を認容。)、大阪高判平成7年12月20日判時1567号104頁(天災地変による建物損壊を理由とする賃貸借契約終了の場合には敷金を返還する旨の特約が有効とされた。)、大阪高判平成9年1月29日判時1593号70頁(賃借人らに帰責事由のない本件震災においては、敷金不返還特約は適用がないとして、賃借人による敷金の返還請求を認容。)等参照。その後、最判平成10年9月3日民集42巻6号1467頁により、阪神・淡路大震災のような災害により賃貸目的物が滅失した場合には、その場合にも敷引金を返還しない旨の明確な合意がなされていない限り、敷引特約は不適用とする判断が示された。

反を理由とする敷引特約の無効を主張して、敷引金の返還を求め訴えを提起する例が相次いだ。

敷引特約の適法性について下級審の判断は分かっていたため⁶⁾、最高裁の判断が待たれるところとなっていたが、最判平成17年12月16日において、特約につき明確な合意が欠ける場合には敷引特約は不成立とする判断が示された後⁷⁾、最判平成23年3月24日において敷引特約の有効性について最高裁の判断が初めて示され、続く最判平成23年7月12日においても敷引特約を有効とする判断が示された。

2. 最判平成23年3月24日の概要

1) 事実関係

最判平成23年3月24日の事実関係は以下の通りである⁸⁾。

平成18年8月21日、XはYとの間でマンションの一室を賃借期間同日から平成20年8

6) 裁判例として、大阪高判平成16年5月27日判時1877号73頁(後掲最判平成17年12月16日裁判集民事218号1239頁の原審：本件敷引特約は、賃借期間に照らしても、公序良俗に反するとまでは認められないとした。)、大阪高裁平成16年7月30日判時1877号81頁(本件敷引特約は、特定優良賃貸住宅の供給の促進に関する法律の規制を著しく逸脱し、公序良俗に反するものとして無効とした。)、大阪高判平成16年12月17日判時1894号19頁(自然損耗等の原状回復を賃借人負担とする原状回復特約は消契法10条に反し無効とした。)、神戸地判平成17年7月14日判時1901号87頁(消契法10条違反を認め敷引特約を無効とした。)、大阪地判平成19年3月30日判タ1273号221頁(消契法10条違反を認め敷引金の返還請求を一部認容。)、京都地判平成21年7月23日判タ1316号192頁(マンションの賃貸借契約における敷引特約及び更新料特約を消契法10条に反し無効とした。)等。さらに、2006年の改正消費者契約法における消費者団体訴訟制度の導入後、適格団体による不動産賃貸借等を業とする事業者を相手方とした敷引条項使用差止請求訴訟も提起された。参照、大阪高裁平成21年(ネ)第527号(原審・京都地裁平成20年(ワ)第二498号)。等参照。

7) 最判平成17年12月16日裁判集民事218号1239頁。判旨は以下の通り。「賃借人は、賃貸借契約が終了した場合には、賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する義務があるところ、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入れ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。」

8) 最判平成23年3月24日民集65巻2号903頁。

月20日まで、賃料月額9万6000円で賃借する旨の契約を締結した。契約書には、以下を定める条項が存していた。① XはYに保証金40万円を支払い、この保証金をもって、家賃の支払い、損害賠償その他本件契約から生ずる賃借人Xの債務を担保する。② 契約終了後、賃借人が賃貸人に本件建物を明け渡した場合には、Yは契約締結から明渡しまでの経過年数に応じた額を本件保証金から控除してこれを取得し、その残額をXに返還するが、Xに未納家賃、損害金等の債務がある場合には、上記残額から同債務相当額を控除した残額を返還する。具体的には、1年未満のときは18万円、2年未満は21万円、3年未満は24万円、4年未満は27万円、5年未満は30万円、5年以上は34万円の額を保証金から控除し残額をXに返還する。③ Xは、本件建物をYに明け渡す場合には、これを本件契約開始時の現状に回復しなければならないが、Xが社会通念上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については、本件敷引金により賄い、Xは原状回復を要しない。本件賃貸借契約は平成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ので、Yは、本件保証金から本件敷引金21万円を控除し、残額19万円を返還した。これに対し、Xは、建物の賃貸借において通常損耗等に係る投下資本の減価の回収は、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るのが通常であるところ、賃料に加えて、賃借人に通常損耗等の補修費用を負担させる本件敷引特約は、賃借人に二重の負担を負わせる不合理な特約であって、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ら、消契法10条により無効であると主張し、敷引金21万円の返還およびこれに対する遅延損害金の返還を求め訴えを提起した。

1審および原審ともX敗訴⁹⁾。最高裁は、おおよそ次のように述べXの上告を棄却した(全員一致)。

2) 最高裁の判断

主たる争点は、(1)敷引特約が明確に合意されていたかどうか¹⁰⁾、(2)本件敷引特約は、消契法10条にいう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といえるかどうか、(3)本件敷引特約は、消契法10条にいう民法1条2項に規定する基本原

9) 一審・京都地判平成20年11月26日民集65巻2号920頁、原審・大阪高判平成21年6月19日民集65巻2号932頁。

10) 特約についての「明確な合意」は、最判平成17年12月16日・前掲注(*7)において求められていた。

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といえるかどうかの三点である。

まず、本件敷引特約について、明確な合意が存するかどうかについては、「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いる。」とした¹¹⁾。

次に、本件敷引特約が、民法等の法律の公の秩序に関しない規定、すなわち任意規定の適用による場合に比し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といえるかどうかについては、本件敷引特約は、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と解されるところ、「賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものであるから、賃借人は、特約のない限り、通常損耗等についての原状回復義務を負わず、その補修費用を負担する義務も負わない。そうすると、賃借人に通常損耗等の補修費用を負担させる趣旨を含む本件特約は、任意規定の適用による場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものというべきである。」とした。

さらに、本件敷引特約が、消費者契約の当該条項が民法1条2項に規定する基本原則、すなわち信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものといえるかどうかについては、「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ず、敷引特約が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。」とした。但し、消費者契約である賃貸借契約において、賃借人は、通常損耗等の補修費用額について十分な情報を有さず、また、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ため、「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」く、そうすると、「敷引特約は、当該建物

11) 賃借人の負担について明確な合意が成立していることから、本件賃料には、「補修費用が含まれないものとして額が合意されているとみるのが相当」であり、よって、「敷引特約によって賃借人が補修費用を二重に負担するということはできない。」として、X側が主張した、「賃料に加えて、賃借人に通常損耗等の補修費用を負担させる本件特約は、賃借人に二重の負担を負わせる不合理な特約」であるという「二重の負担論」が退けられた。

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、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と解するのが相当である。」とした。

その上で、本件においては、本敷引特約は、「契約締結から明渡しまでの経過年数に応じて18万円ないし34万円を本件保証金から控除するというものであって、本件敷引金の額が、契約の経過年数や本件建物の場所、専有面積等に照らし、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ははいえない。また、本件契約における賃料は月額9万6000円であって、本件敷引金の額は、上記経過年数に応じて上記金額の2倍弱ないし3.5倍強にとどまっていることに加えて、上告人は、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。」とし、「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。

3. 最判平成23年7月12日の概要

1) 事実の概要

次に、最判平成23年7月12日の事実関係は以下の通りである¹²⁾。

平成14年5月23日、XはAとの間でマンションの一室を賃借期間同日から平成16年5月31日まで、賃料月額17万5000円で賃借する旨の契約を締結した。契約書には、以下を定める条項が存していた。(ア) XはAに契約締結時に保証金100万円(預託分40万円、敷引分60万円)賃貸人に預託する。(イ)賃借人に賃料その他本件賃貸借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。(ウ)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、本件契約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。

12) 最判平成23年7月12日裁判集民事237号215頁。

Yは、平成16年4月1日、Aから賃貸人の地位を承継し、その後、Xとの間で、本件賃貸借契約を更新するに当たり、賃料の額を月額17万円とすることを合意した。

本件賃貸借契約は平成20年5月31日に終了し、Xは、同年6月2日、Yに対し、本件建物を明け渡したので、Yは平成20年7月3日、本件保証金から本件敷引金60万円を控除した上、Xが本件契約に基づきYに対して負担すべき原状回復費用等として更に20万余円を控除し、その残額である19万余円をXに返還した。

これに対し、Xは、本件敷引特約は消契法10条に反し無効であるとして、敷引分60万円と原状回復費用等20万余円の返還を求めて訴えを提起した。一審・原審ともXの請求を一部認容¹³⁾。Yは上告受理申し立て。

2) 最高裁の判断

一部破棄自判・一部上告棄却。主たる争点は、(1)賃貸人・賃借人間の敷引特約を含む賃貸借契約条件に関する情報格差、交渉力格差の有無、(2)Xは、本件特約により自らが負うことに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と断言するか、(3)本件敷引金の額は、賃料の額等に照らし高額に過ぎないか、の三点である。

まず、敷引特約に関する賃貸人・賃借人間の情報格差、交渉力格差については、「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

13) 一審・京都地判平成21年7月30日金判1378号50頁、原審・大阪高判平成21年12月15日金判1378号46頁。一審・原審ともに、本件敷引特約をもって「信義則に反して消費者の利益を一方的に害する」(消契法10条)とした。その主たる根拠は、①賃貸人と賃借人の間には、建物賃貸借に関する具体的な情報(礼金、保証金、更新料等を授受するのが通常かどうか、同種の他の物件と比較して本件契約の諸条件が有利であるか否か)に関し情報格差があり、また、特約につき交渉余地があったか疑問が残ること、②本件敷引金は、本件保証金の60%、月額賃料の約3.5か月分にも相当する額であり、本件契約の賃料の額や本件保証金の額に比して高額かつ高率であること、③Xが、本件特約の法的性質等を具体的かつ明確に認識した上で、これを受け入れたとはいえないこと、である。

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」とした。

次に、金銭的負担についてのXの明確な認識の有無については、「本件契約書には、1か月の賃料の額のほかに、X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X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、X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。」とした。

更に、本件敷引き金が高額に過ぎないかとの点については、「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」、敷引特約は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なりうるが、「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。」とした。

以上より、「本件特約は、信義則に反してX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。」とした¹⁴⁾。

III. 「賃貸借市場」という視点の重要性

敷引特約については、前章の二つの最高裁判決に関する評釈を舞台に、多くの問題が論じられている¹⁵⁾。例えば、(a)敷引特約の法的性質¹⁶⁾、(b)敷引特約についての賃借

14) なお、本判決には、岡部喜代子裁判官の反対意見、田原睦夫裁判官、寺田逸郎裁判官の補足意見が付されている。

15) 多くの研究が公表されているが、ここでは山本豊・NBL954号(2011)17頁以下、千葉恵美子・判時2145号(2012)154頁以下を掲げておく。また、判例・学説についての包括的な検討として、増成牧「居住用建物の賃貸借契約における敷引特約について」神戸学院法学第四1巻3=4号(2012)801頁以下がある。

16) 参照、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」太田知行=中村哲也編『広中俊雄先生古稀祝賀論集民事法秩序の生成と展開』(創文社・1996)312頁以下。また、神戸地判平成17年7月14日・前掲注(*6)は、敷引金の性質につき、①賃貸借契約成立の謝礼、②賃貸目的物の自然損耗の修繕費用、③賃貸借契約更新時の更新料の免除の対価、④賃貸

人の明確な認識の内容¹⁷⁾、(c)敷引特約についての合意の解釈の妥当性¹⁸⁾、(d)消契法10条前段と後段の関係¹⁹⁾、消契法10条前段について、(e)何を基準として賃借人の義務を加重するものとするのか²⁰⁾、(f)消契法10条後段について、「信義則違反」と「消費者の利益を一方的に害する場合」の関係²¹⁾、(g)消契法10条後段に基づく無効判断の要素はなにか²²⁾等々、いずれの問題についても、二つの最高裁判決に対する賛否両論の立場から検討が加えられている。

理論構成や力点の置き所に違いはあるものの、二つの最高裁判決を批判的に評価する立場に共通してみられるのは、貸貸人・賃借人の間における情報格差・交渉力格差の存在を強調し、敷引特約の締結過程における不当性、あるいは、敷引特約の内容的不当性を論ずるといった基本的態度である。通常損耗の補修費用は賃料に含むとするのが民法の基本的立場であるところ、これを敷引金という形で賃料の外に括りだし、実質的な賃料を不明確にすることで、契約締結時点における賃借人の判断を歪めていると批判される。敷引特約を用いることで締結時点における賃借人の判断が歪められているのではないかという疑問は、敷引特約の内容的不当性にも影響を与える。例えば、敷引特

借契約終了後の空室賃料、⑤賃料を低額にすることの代償などの「さまざまな要素を有するものが渾然一体となったものととらえるのが相当」とし、それぞれの性質に照らして敷引特約が正当化されるかを検討する。

- 17) 最判平成17年12月16日・前掲注(*7)、最判平成23年3月24日・前掲注(*8)、最判平成23年7月12日・前掲(*12)は、「敷引金の額」「それが返還されない旨の契約条件」「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」についての「明確な合意」以上のものを要求していない。これに対しては、敷引金の趣旨・具体的内容や法的性質についての契約締結過程における説明や合意が求められるとする下級審判例・学説もある。
- 18) 額について明確な認識と合意があることをもって、賃料に通常損耗の補修費用が含まれないものとして合意されたと解釈できるのかを疑問視する見解もある。
- 19) 10条前段は無効判断の対象を確定する要件であり無効判断の実質は10条後段によると考えるべきか、それとも、任意法からの乖離(10条前段)が充足されることをもって消費者の利益を害するものであることが原則として肯定されるかが論じられている。
- 20) 敷引特約は、賃貸借契約に関する民法の原則から乖離し賃借人の義務を加重する特約であることをもって、10条前段の該当性を肯定する点で学説は概ね一致する。もっとも、最判平成23年7月12日・前掲注(*12)における寺田補足意見を参照しつつ、敷引金が単なる賃料の補充なのであれば、「そもそも10条前段要件を充足しない」とする可能性があるとして指摘するものとして、参照、吉田克己・民事判例4号(2012)148頁、151頁。
- 21) 「信義則違反」は「一方的に」という評価を導くために付されたものにすぎないと考えるべきかが論じられている。参照、千葉・前掲注(*15)159頁。
- 22) 敷引金の額が高額に過ぎるとは如何なる場合をいうのか、また、後段に基づく無効判断要素として、敷引金の額が高額であるかどうかのみが問題とされるのであれば、90条の暴利行為論と区別された消契法10条独自の意義が弱まらないかが問題とされている。参照、千葉・前掲注(*15)159頁。

約は、賃料に含まれているはずの通常損耗補修費用に加算して賃借人に補修費用負担を課すものであり、いわゆる「二重の負担」を賃借人に強いるものであるとされる。さらに、敷引金は単なる通常損耗補修費用にとどまらない性質を有しているとし、この性質や敷引金の内訳は不明確であり不合理であるとい得ること、それにもかかわらず情報格差・交渉力格差の故に、賃借人は敷引特約に合意せざるを得なくなっている等の批判がなされる。

他方、二つの最高裁判決について肯定的な見解は、契約締結時に額が明示されているならば、敷引特約は通常の契約関係の展開に備えた条項であるため、詳しい法的知識を有さない消費者であっても、実質的な負担について認識した上で契約を締結することが期待できるとする²³⁾。契約関係が異常な展開を見せた場合にはじめて問題となる違約罰条項や免責条項(この場合、賃借人は契約の異常な展開を予想せず、契約締結時にこれらの付随条件を十分に検討していないことが通常と思われる。)とは異なり、敷引条項は契約関係の通常の進展を前提として適用が予定されたものである。また、敷引条項は対価について定めた中心条項ではなく付随条項ではあるものの、敷引金はその実質において賃料の一部を「括りだしたもの」という性質を持っており、敷引条項は賃料を定める対価条項(中心条項)と「密接かつ直接的な関連」を有する。よって、中心条項と同様の関心を払い他の選択肢との間で比較検討を行うことが当事者に期待できる。肯定説は、このような当事者の市場における比較検討の対象となる条項を「中間条項」と呼び、中心条項と同じく、条件の明確化と合意要件の厳格化により敷引条項の正当化が図られるとする²⁴⁾。敷引特約の性質・内容についても、敷引特約が用いられなければ賃貸人は敷引金相当額を上乗せした額を提示したと考えるのが「現実的な想定」であり、また、敷引金相当額につき賃料が低額となっていることを賃貸人が立証せねばならないとするならば「無理を強いる」ものであるとされる²⁵⁾。このように、肯定的な立場をとる論者は、中心条項と同じく敷引条項についても当事者の私的自治に委ねることができるだけの条件が存しているとし、敷引特約の付された賃貸借契約を選択するか、賃料に一本化された契約を選択するかを賃借人の選択に委ねることで特約条項の正当

23) 山本・前掲注(*15)20頁。

24) 山本・前掲注(*15)21頁。「中間条項」という考え方は、廣瀬久和「内容規制の諸問題—比較法的考察を中心に—」私法54号(1992)32頁、44頁、45頁により初めて唱えられた。廣瀬は、顧客の最小限の保護を図りつつ、市場における契約当事者が「比較購買」の対象として関心を払っている割合・程度に応じて、中心条項と同様の開示規制を及ぼすか、あるいは付随条項と同様の直接的な内容規制を及ぼすかが決定されるとした。

25) 山本・前掲注(*15)17頁。

性は保障されるとする²⁶⁾。二つの最高裁判例を巡る諸見解の内、本稿にとって興味深いのは次の二点である。第一が、敷引特約は契約関係の通常の進展を前提として適用されるものであり、あるいは、敷引特約は賃料の一部を敷引金という形で「括りだしたもので」あって賃料と密接な関連を有するものであるから、敷引特約には市場的淘汰が及ぶとする「中間条項論」の重要性である。中間条項論の主唱者である廣瀬は、中心条項と付随条項の間に柔軟な対処を導入することができる領域を設けることで、当事者による比較購買を通じた市場による調整を取り入れることができるとする。この場合、問題となる条項を含んだ契約が市場競争の対象とされているか否か、顧客のうちのどのくらいの割合の者が比較購買をなしているかどうかが問われねばならず、ある条項が中心的か付随的かは客観的に決まるものではないという²⁷⁾。市場における顧客の比較購買行動を探知することは困難な作業である。しかし、ここには日本における賃貸借市場の現状を踏まえて特約の合理性は考察されねばならないという重要な指摘を見出すことができる。

第二は、敷引特約が賃貸借市場において果たす「機能」について考察することの必要性である。契約条項の正当性判断に「市場」という観点を取り入れようとするならば、そもそも敷引特約はいかなる機能を賃貸借市場において果たしているのかが問われることになる。これまで、判例・学説は通常損耗の補修費用、賃料を低額にすることの代償等の「法的性質」を掲げ、これに照らして敷引特約が正当化されるか否かを検討してきた。敷引特約に批判的な見解は、これらの性質に照らしても特約を正当化することはできないと論じ、肯定的な見解はこれらの性質が仮に賃借人に不利なものであるとしても、契約締結時における賃借人による比較検討の対象となっていることをもって正当化され得ると論ずる。さらに肯定説が参照する中間条項論についても、「約款は隠蔽効果を持つ。」と指摘し、「不当条項規制からの免脱はできるだけ厳格に考えるべきであり、直接の目的物や対価でない限り、『価格関連条項』や『対価決定のあり方』に対しても、不当条項規制が及び得ることは避けられまい。」と述べる見解もある²⁸⁾。中間条項は、中心条項に近い規制が及ぶものと、付随条項に近い規制が及ぶものがあり、そのことが中間条項という考え方を肯定する論者の間でも敷引特約に対する異なった評価を生む。しかし、敷引特約を中心条項に近いものとして扱うか、それとも付随条項に近いものとして規制を及ぼすかは、廣瀬が指摘していたように、賃貸借契約に関する市

26) 山本・前掲注(*15)17頁、21頁。

27) 参照、廣瀬・前掲注(*24)44頁、50頁・注25。

28) 更新料特約の消契法10条違反を問うという文脈であるが、参照、河上正二・判時2108号(2011)168頁、179頁。

場の構造を踏まえた考察が必要なはずである。さらに、これまでの学説においては、判断基準として任意法の立場を手掛かりに敷引特約は原則として賃借人に不利となると考える点において概ね一致しており、敷引特約に内在する積極的な合理性が提示されないままに立論が展開されている点で違いは見られない。

結局、敷引特約の合理性・適法性に関するこれまでの議論を深化させるためには、日本における賃貸借市場の実情と、賃貸借市場において敷引特約が果たしている機能、特にその経済的機能に対する考察を踏まえた検討が必要であるように思われる。

IV. 賃貸借市場の現況と敷引特約の経済的合理性

1. 賃貸借市場の現況

第一章に見たように、敷金を巡る訴訟は1995年1月17日の阪神・淡路大震災を契機として社会問題化し、その後、敷引特約無効・敷引金返還訴訟の形を取り頻発している。その社会的背景にはいくつかのものが考えられるが、その根底には我が国の賃貸借市場の構造変化が横たわっていると指摘できる。

第一に、賃貸借市場における需給バランスの変化に伴い、相対的に賃借人の交渉力が強くなる状況が生じている。1991年のバブル崩壊による企業のリストラ進行、家賃補助削減、転勤減少、賃借人の収入減少に人口減少も加わり、賃貸物件の需要は減少している。他方、1991年の土地税制の抜本的改革²⁹⁾、たとえば1992年度以降大都市圏の市街化区域内農地に宅地並み課税が実施されたこと等により、節税のため賃貸物件の供給は急増した。総務省統計局の「平成25年住宅・土地統計調査」によれば、平成5(1993)年に空き家の全国総数は448万戸であったところ、平成25(2013)年では820万戸と、20年間で1.8倍に増加し、空き家数は全国住宅の13.5%を占めている³⁰⁾。また、820万戸の空き家の内、賃貸用住宅が430万戸で52.4%を占めている。さらに、空き家となっている賃貸用住宅430万戸の内、共同住宅は375万戸で87.2%を占めている。

第二に、820万戸の全国空き家総数から売却用住宅等を差し引いた、空き家となっている賃貸用共同住宅375万戸、及びその他の住宅(世帯が長期にわたり不在、取り壊し予定住宅等)71万戸(以下、「賃貸用等空き家」という。)の計446万戸の内、民営の空

29) 参照、山田浩之=西村周三他編『都市と土地の経済学』(日本評論社・1995)215頁以下、石弘光『土地税制改革』(東洋経済新報社・1991)176頁以下。

30) 以下の叙述は、総務省統計局「平成25年住宅・土地統計調査特別集計」に依拠する。

き家は360万戸で、その割合は80.7%、民営以外(公営、公社、給与住宅等)の空き家が72万戸で16.3%となっており、民営の空き家が民営以外に比べ5倍と大きな値になっている。民営の賃貸用等空き家の数、および、賃貸用等空き家数に占める民営空き家数の割合は大都市圏を見ても、東京53万6千戸で83.1%、愛知県20万4千戸で75.5%、京都府7万1千戸で79.3%、大阪府35万戸で78.8%、兵庫県14万1千戸で72.5%、福岡県15万2千戸で81.5%である。さらに、日本の民間貸家市場における賃貸人は8割以上が小規模個人経営であり、その内3割近くが10戸未満の所有者であるとの報告もある。第三に、1996年に少額訴訟手続が導入されたことで、賃借人は簡易迅速に敷金返還を求め訴訟を提起できるようになったこと、また、2000年に消費者契約法が制定され、不当条項を無効とする実体法上の手掛かりが明示されたこと等の法制度の拡充も、敷引金返還訴訟が頻発したことの理由と考えることができる³¹⁾。

このように、現代日本における賃貸借市場の実態を踏まえるならば、現在の日本において、賃貸借市場の需給バランスが賃借人に極めて不利なものとなっていることを前提として立論を進めることが果たして妥当といえるか、疑問が呈される状況にある。また、民間賃貸借市場において小規模個人経営の賃貸人が多数を占めていることは、賃貸借契約から発生するリスク、例えば、賃借人による目的物の毀損や賃料不払い、賃借人の転出に伴う賃貸物件の補修・リノベーションに対し、費用負担の耐性が弱い賃貸人が多いことを意味する。さらに、賃貸物件をローンを借り入れて建設したという賃貸人のケースでは、不況により賃貸人の資金繰りが厳しくなり、借り入れたローンの支払いに敷金や礼金を充てざるを得ない状況にあったとの報道もなされており³²⁾、敷引特約を巡る紛争においては、賃貸人側にも切迫した事情が存していることが見て取れる³³⁾。

31) 千葉・前掲(*15)158頁は、「平成13年4月1日の消契法施行前までは、賃貸物件が居住用なのか事業用なのかを区別することなく、借地借家法の強行規定および公序良俗違反とならないかぎり、敷引特約の効力が認められてきたように思われる。」と指摘する。

32) さらに、賃貸物件の供給増加にともない、不動産管理会社・仲介業者の参入が相次ぎ、顧客たる賃貸人獲得競争のなかで、業者が通常損耗補修費用を賃貸人に負担させず、賃借人に請求するケースが相次いだとの報道もなされている。

33) 現在の賃貸借市場における空き家率等の現状を踏まえるならば、賃貸人・賃借人間の交渉力格差について、最判平成23年7月12日・前掲注(*12)が、特約が契約書に明記されていれば、賃借人は、「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」としたことは理由があるように思われる。

2. 敷引特約の経済的合理性

次に、敷引特約の合理性について考えてみよう。敷引特約は批判説が主張するように、賃料の一部を括りだし、実質的な費用負担を隠蔽することで賃借人の合理的判断を歪め、賃貸人に不当な利益を与えるものなのだろうか³⁴⁾。むしろ、敷引特約は、賃貸借市場において重要な役割を果たしているのではないか。ここでは1980年代以降、欧米において急速な展開をみた「情報の経済学」、および「不確実性の経済学」の知見を参照しながら、賃貸借市場において敷引特約が果たしている積極的な役割・機能について考えてみたい。このとき、賃貸借市場における敷引特約の役割・機能を理解するためのキーワードが、賃貸人・賃借人間の「情報の非対称性(asymmetric information)」、および賃貸人の「リスク回避性向(risk-aversedisposition)」である。

第一に、契約締結前に契約当事者間に情報の非対称性が存する場合、貸し控え・借り控えにより、本来成立するはずの契約が不成立となって市場の縮小が生じ得る。これは「逆淘汰(adverseselection)」と呼ばれる問題であり³⁵⁾、これを避けるために当事者は様々な契約上の工夫を凝らして相手方の有する情報を開示させようとする。これを賃貸借契約について見ると、敷引特約は賃貸人・賃借人間の情報の非対称性に対処する賃貸人側の安価な工夫であることに気づく。賃貸目的物の質に着目すれば、賃借人は情報劣位者であり、かかる非対称情報に由来する賃貸借市場の歪み(非効率性)については契約上の工夫、さらには法制度による手当が必要となる。他方、賃貸人が重大な関心を抱く、賃借人の賃料支払い能力、賃貸借開始後の賃借人の使用態様、そして、賃借人の賃借予定期間については、賃貸人が情報劣位者である。敷引特約はこれら賃貸人が情報劣位者となる情報の非対称性に対応する、安価な契約上の工夫として重要な役割を果たす。

この内、賃借人の賃料支払い能力については賃借人が情報優位者であり、賃貸人は情報を有しない。そこで、情報を持たない賃貸人が賃料支払い能力のある優良な賃借人を「スクリーニング(選別:screening)」するための安価な工夫として敷金・敷引特約が用いられる。契約締結時にまとまった敷金を支払うことができ、さらに、敷引特約に合意

34) 70年代まで米国において見られたこのような考え方は、「搾取理論(exploitationtheory)」と呼ばれる。瑕疵担保責任の文脈における搾取理論については、山本顯治「市場法としての契約法と瑕疵担保責任」神戸法学雑誌第63巻1号(2013)1頁、59頁(注53)参照。また、廣瀬・前掲注(*24)43頁も参照。

35) 逆選択とも呼ばれる。この問題については、参照、内野耕太郎=山本顯治「契約の経済学と契約責任論(上)」NBL942号(2010)11頁、12頁以下、山本・前掲注(*34)27頁以下、39頁以下。

できる賃借人は、賃料支払い能力も高いとの推測が働くからである。

また、敷引特約は、長期借入者を安価にスクリーニングする装置としても働く。長期借用の予定は賃借人のみが有する情報である。このとき、通常損耗補修費を賃料に上乘せると長期借用する賃借人ほど不利になるが、敷引特約を用いるならば長期借用するほど有利になる³⁶⁾。そこで、敷引特約の付された契約と付されていない契約という二つのメニューが市場にあるとき、長期借入者を選別したいと考える賃貸人は敷引特約を付した賃貸借契約を市場に提示する。賃借人が敷引特約のある契約を選択するならば、この賃借人は長期借用予定者と推測できる。他方、短期借入者を選別したいと考える賃貸人は、通常損耗補修費を賃料に一本化した賃貸借契約を提示するはずである。そして、このような考え方は、日本における現実の短期賃貸借用の物件には「敷引特約無し」を謳うものが多いことから裏付けられる³⁷⁾。

第二に、敷引特約は、賃貸借契約につき発生するリスクに安価に対処するための工夫でもある。仮に敷引特約を用いず敷金についてのみ約定するならば、賃貸契約終了時に賃貸人は「通常使用による損耗」の範囲・額に関するリスクに直面することになる。「通常使用による損耗」を契約書中に詳細に記載することには限界があり³⁸⁾、また通常損耗か否かを証明することには取引費用(transaction cost)がかかる³⁹⁾。そこで、取引費用を削減し、契約の不完備性に由来するリスクを事前に回避するための安価な工夫として敷引特約は働く。逆に、敷引特約を無効とするならば、賃貸人は敷金返還を巡るリスクに直面する。このとき、特に「リスク回避性向」を有する小規模個人経営の賃貸人は上に凸の形状をした効用関数を持つ。このような効用関数を有する賃貸人が、敷引特約を用いて確実に敷引金を得ることができる場合と同等の効用を得るためには、「リスク・プレミアム(risk premium)」を賃料に上乘せねばならない⁴⁰⁾。つまり、敷引特約を

36) この点を指摘するものとして、最判平成23年3月24日・前掲注(*8)の第一審(民集65巻2号931頁)がある。

37) なお、敷金には、賃借人の「モラル・ハザード(moral hazard)」を防止する機能がある。契約締結後の物件の使用状況は賃借人のみが有する情報であり、ここでも賃貸人は情報劣位者である。そこで、情報を持たない賃貸人が敷金を「人質」として取ることによって、敷金の返還を欲する賃借人に適正に物件を使用する「インセンティブ(incentive)」を付与することができる。

38) このような、効率的结果をもたらすルールを、あらゆる事態を想定し網羅的に規定しているとはいえない契約を「不完備契約(incomplete contract)」という。

39) 財の市場価格以外の費用を取引費用といい、財や相手方の「探索費用」、「交渉・契約書作成費用」、他方当事者の「モニタリング費用」、「紛争処理費用」等をいう。

40) 不確実性とリスク・プレミアムの関係については、山本顯治「投資行動の消費者心理と勧誘行為の違法性評価」新世代法政策学研究第5巻(2010)201頁、211頁以下、特に215頁参照。

無効とし賃料に一本化することは、敷引金以上のリスク・プレミアムが賃料に上乘せされることになり、賃借人にとりかえて不利な結果をもたらす⁴¹⁾。

このように、敷引特約は、賃貸人・賃借人間の情報の非対称性や賃貸人が直面するリスクに対処するための安価な契約上の工夫となっており、また、特にリスク回避性向を有する賃貸人がリスク・プレミアムを賃料に上乘せすることを防ぐことによって、賃料の低減化にも寄与している。また、敷引金を確実に取得できることは、賃貸人にとっての収入・コスト計算を容易なものとし、場合によっては賃貸物件の市場への供給停止という事態を回避することにも繋がらう。日本において多数を占める小規模個人経営の賃貸人にとっては、敷引特約を用いて不当な利益を上げているどころか、せめて固定資産税等の固定費用を回収できれば良いという損益分岐点を下回っている賃貸人さえ存しているのではないかとの疑問も生じるからである。結局、敷引特約は既に契約を締結している賃借人のみならず、これから賃貸借市場において物件を借り入れようとする将来の賃借人の利益にもなっていると見ることができ、敷引特約の効力はこのような経済的合理性を踏まえて判断される必要があると言わねばならない⁴²⁾。

V. おわりに

「敷引特約」に関する近時の最高裁判例に対する多数学説の評価は批判的なものであり、少数ではあるが肯定的見解も示されている。しかし、本稿における検討によれば、確かに争点は多くの問題にわたっているが、他方で、任意法を参照基準とし敷引特約は賃借人に不利になるとの考えが論述の前提に据えられていること、敷引特約が賃貸借市場において果たす積極的な合理性や積極的機能を論じる見解は存しないこと、さらに、現代日本における賃貸借市場の現況を踏まえた立論がなされていないことにおいて相違が見られないことが明らかになった。

これに対し本稿は、敷引特約の適法・違法を論ずるにあたっては、現代日本における

41) もっとも、実際にどの程度の上乗せがなされるかは、賃貸市場における価格弾力性等の諸要因に依存する。価格弾力性については、廣瀬和久「約款規制への一視点(上)-対価との関連性」ジュリ828号(1985)95頁、100頁、山本顯治「市場メカニズムと損害賠償-市場連動型不法行為における損害概念への一試論-」神戸法学雑誌第58巻1号(2008)77頁、154頁参照。

42) かかる観点からは、最判平成23年3月24日・前掲注(*8)が「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。」と述べたことには理由があるといえる。

貸借市場の現況と、市場において敷引特約が果たす積極的機能、その経済的合理性を踏まえた検討が不可欠であると論じた。中間条項の取り扱いや、賃借人のみならず貸借人の現状、貸借人のリスク耐性の程度、さらには貸借人が市場において賃料にコストを転嫁するに当たって重要な意味を持つ価格弾力性の程度等々、いずれも現実の貸借市場を踏まえなければ答えの出ない問題である。現代日本の貸借市場の現状を調べるほど、大きな疑問として現れてくるのは、「強い貸借人と弱い賃借人」の間での正義の実現という民法学の一部に見られる思考様式が生み出す問題である。我が国の現状を踏まえるならば、現代日本における貸借市場が抱える問題は、「弱い貸借人と弱い賃借人」が大量に登場しているというところにあるのではないか。そこでは、これからの貸借市場をどのように構想してゆくかという政策的判断を取り込みつつ、弱い貸借人と弱い賃借人の間の利益をどのように調整するかという難しい法政策的判断が不可欠のものとなっている。現代の貸借法学に求められているのは、「実証に繋がる理論の構築と実証による検証」という研究方法への転換、そして、現代日本における貸借住宅市場政策と連動した貸借政策法学の構築ではないかと思われる。

参 考 文 献

- 鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』(創文社・1989).
- 池田浩一「敷金・保証金・権利金」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法体系 第三卷』(有斐閣・1983).
- 千葉恵美子・判時2145号(2012).
- 山本豊・NBL 954号(2011).
- 吉田克己・民事判例4号(2012).
- 増成牧「居住用建物の賃貸借契約における敷引特約について」神戸学院法学第四1巻3=4号(2012).
- 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」太田知行=中村哲也編『広中俊雄先生古稀祝賀論集 民事法秩序の生成と展開』(創文社・1996).
- 廣瀬久和「内容規制の諸問題 -比較法的考察を中心に-」私法54号(1992).
- 廣瀬和久「約款規制への一視点(上)-対価との関連性」ジュリ828号(1985).
- 河上正二・判時2108号(2011).
- 山田浩之=西村周三他編『都市と土地の経済学』(日本評論社・1995).
- 石弘光『土地税制改革』(東洋経済新報社・1991).
- 総務省統計局「平成25年住宅・土地統計調査 特別集計」.
- 山本顯治「市場法としての契約法と瑕疵担保責任」神戸法学雑誌第63巻1号(2013).
- 山本顯治「投資行動の消費者心理と勧誘行為の違法性評価」新世代法政策学研究第5巻(2010).
- 山本顯治「市場メカニズムと損害賠償 -市場連動型不法行為における損害概念への一試論-」神戸法学雑誌第58巻1号(2008).
- 内野耕太郎=山本顯治「契約の経済学と契約責任論(上)」NBL 942号(2010).

〈摘要〉

敷引特約の経済的合理性

鄭鍾休博士は、御著書『韓国民法典の比較法的研究』において、東アジアにおける法典継受、学説継受の系譜を詳細に検討し、東アジア比較私法学の研究水準を飛躍的に高められた。同書においては、随所に伝統慣習法と継受法との緊張関係が指摘されているが、近時、日本においては「法と経済学」の研究手法に基づき慣習や慣習法の機能・合理性を明らかにしようとする研究動向が現れつつある。本稿は、近年、日本において大きな問題となった「敷引特約(敷引条項)」を巡る裁判例を題材に、現代日本の賃貸借市場の構造と、敷引特約の経済的合理性について考察を試みる。

第一章において、敷引特約の概念を説明し、近時話題を呼んだ二つの最高裁判決(最判平成23年3月24日、最判平成23年7月12日)を紹介する。

第二章では、二つの最高裁判決の評価を巡って立場が二つに分かれている日本民法学説の状況を概観する。その結果、争点は確かに多くの問題にわたっているが、他方で、敷引特約が賃貸借市場において果たす積極的な合理性や積極的機能を論じる見解は存しないこと、また、現代日本における賃貸借市場の現況を踏まえた立論がなされていないことにおいて相違が見られないことが明らかになる。

第三章においては、現代日本の賃貸借市場の現況を概観し、現代の日本においては、従来想定されていたような「強い貸貸人と弱い賃借人」ではなく、「弱い貸貸人と弱い賃借人」が紛争の当事者となっているという状況を明らかにする。続けて、市場構造を踏まえて敷引特約の経済的合理性を検討する。貸貸人・賃借人間の「情報の非対称性」、および貸貸人の「リスク回避性向」を踏まえ、敷引特約は、優良な賃借人、長期賃借人を安価にスクリーニングするための契約上の工夫として機能していること、また、不完備契約に由来するリスクと取引費用を削減するための安価な契約上の工夫としても機能していることを明らかにする。

最後に、現代日本の賃貸借法学に求められているのは、賃貸借住宅市場政策と連動した賃貸借政策法学の構築であることを指摘する。

キーワード：敷引特約, 賃貸借市場, 情報の非対称性, 不完備契約, 取引費用, スクリーニング, 賃貸借政策法学

〈초 록〉

부인(數引)특약의 경제적 합리성

야마모토 켄지*

정중휴 박사는 저서 『한국민법전의 비교법적 연구』에서 동아시아에서의 법전계승, 학설계승의 계보를 상세하게 검토하여, 동아시아 비교사법학의 연구수준을 비약적으로 높였다. 이 책에서는 곳곳에 전통관습법과 계수법의 긴장관계가 지적되어 있는데, 최근 일본에서는 「법과 경제학」의 연구수법에 기초하여 관습이나 관습법의 기능·합리성을 밝히고자 하는 연구동향이 나타나고 있다. 본고는 최근 일본에서 큰 문제가 된 「부인특약(부인조항)」을 둘러싼 판례를 제재로 현대 일본의 임대차시장의 구조와 부인특약의 경제적 합리성에 대해 고찰해본다.

제1장에서 부인특약의 개념을 설명하고 최근 화제가 된 두 가지 최고재 판결(최판 2011년 3월 24일, 최판 2011년 7월 12일)을 소개한다.

제2장에서는 두 가지 최고재 판결의 평가를 둘러싸고 입장이 둘로 나뉜 일본민법학설의 상황을 개관한다. 그 결과, 쟁점은 많은 문제에 걸쳐 있으나 한편으로 부인특약이 임대차시장에서 이루는 적극적 합리성과 적극적 기능을 논하는 견해는 존재하지 않는다는 점, 현대 일본의 임대차시장의 현황을 바탕으로 한 입론이 이루어지지 않았다는 점에서 차이가 없는 것으로 밝혀진다.

제3장에서는 현대 일본의 임대차시장의 현황을 개관하고, 현대 일본에서는 기존에 생각되던 「강한 임대인과 약한 임차인」이 아니라 「약한 임대인과 약한 임차인」이 분쟁의 당사자가 되고 있는 상황을 명백히 한다. 이어서, 시장구조를 바탕으로 부인특약의 경제적 합리성을 검토한다. 임대인, 임차인 간의 「정보의 비대칭성」 및 임대인의 「리스크 회피성향」을 바탕으로 부인특약은 우량한 임차인, 장기임차인을 저렴하게 선별하기 위한 계약상의 방법으로 기능하고 있다는 점, 불완비계약에서 유래하는 리스크와 거래비용을 절감하기 위한 저렴한 계약상의 방법으로서도 기능하고 있다는 점을 명확히 한다.

마지막으로 현대 일본의 임대차법학에 요구되고 있는 것은 임대차주택시장정책과 연동된 임대차정책법학의 구축이라는 것을 지적한다.

주제어 : 부인특약, 임대차시장, 정보의 비대칭성, 불완비계약, 거래비용, 선별, 임대차정책법학

* 고베대학 대학원 법학연구과 교수