

クリスティアン・ヴォルフの履行順序論にもとづく契約の分類とリスク配分

——改正民法における通常損耗補修特約の位置づけを素材として——

出 雲 孝

1 はじめに

人間は、対象の分類を好む。動物、植物、鉱物など、世界にある諸事物を様々に分類し、その分類にもとづいて知識を蓄えている。法学も例外ではない。物権、債権、有体物、無体物のように、際限のない分類が見られる。契約法においても契約類型というものが存在する。有名契約、無名契約、双務契約、片務契約、有償契約、無償契約がその代表例である。

これらの契約類型には、その機能が十分明確であるものと、そうでないものがある。例えば、双務契約には同時履行の抗弁（民533条）が認められる。また、有償契約には、その性質に反しない限り、売買の規定が準用される（民559条）。これに対して、片務契約と無償契約には、これらのような一般的性質は認められていない。少なくとも、片務契約にはこれこれの法的効果があるとか、無償契約にはこれこれの法的効果があるとか、そのような規定は民法典の中には存在していない。

そもそも歴史的に見ると、有償契約や無償契約という分類が、最初から認められていたわけでもない。「自然の法と呼ばれるのは、それらがわれわれの存在の構造のみに由来するからである」⁽¹⁾と述べたのは

フランスのモンテスキューであるが、法学に携わる者は、昔から対象の構造に関心を持つようである。そして、拙稿（2018）で明らかにしたように、ドイツにおいて現代的な意味の有償・無償契約という分類が成立したのは、18世紀前半になってからであり、それ以前には交換的・恩恵的契約という別の分類が用いられていた⁽²⁾。交換的契約と有償契約、恩恵的契約と無償契約は、一見すると似通った分類である。しかし、無利息消費貸借は交換的契約であるが有償契約ではない、という明確な違いがある⁽³⁾。というのも、交換的契約は、双方が対価的な出捐をしているか否かではなく、双方が財産権を移転し合っているか否かによって定義されたからである。つまり、無利息消費貸借は、貸主の貸与に対して、借主が対価を支払っているわけではないため、無償契約であるけれども、貸主が代替物の所有権を移転し、借主も後から代替物の所有権を移転しているので、交換的契約に分類される。

このように、契約類型というものは、歴史の中で新たに発見されたり消滅したり、あるいはその意義がそれほど明瞭でないまま用いられたりしている。すると、法史学の観点からは、次のような問いを立てることができる。契約類型は、現在の民法学が用いているもので、すべてが尽くされているのであろうか。この問いに対しては、否定的に推測する根拠がある。それは、近年になっても依然として新しい契約類型が提案されているという事実である。例えば継続的契約関係という分類は、比較的新しく誕生した類型である⁽⁴⁾。したがって、契約類型論の意義は、既に発見された契約類型を分析することのみならず、どのような分類基準を与えてやれば有用なグループの切り分けができるのかを考察することにも存する。このようにしてうまく切り分けられた類型は、該当する契約の法律要件や法律効果を適切に説明する機能を果たすであろうから、「正しく機能する類型 (well-functioning type)」と呼ぶことができよう。

本稿の目的は、近世ドイツの思想家クリスティアン・ヴォルフ (Christian Wolff, 1679-1754) の契約理論を参照し、正しく機能する類型

の一案を提示することにある。その一案は、拙稿（2019）において示したものであり⁽⁵⁾、履行順序が本質的に決定されている契約と、そうでない契約との区別である。履行順序が本質的に決定されている契約の例は、賃貸借であり、そうでない契約の例は、売買である。拙稿（2019）では、ヴォルフの時間論から説き起こし、彼の哲学的洞察が契約理論に対してどのような関係を有していたのかを明らかにした。そして、現代契約法への示唆にあたっては、建物賃貸借における通常損耗の問題への応用可能性を指摘するにとどめた。本稿では、この課題を引き継ぎ、ヴォルフの契約理論およびそこから導出された前述の契約類型が、建物賃貸借における通常損耗の問題へ実際に応用可能であることを示すことにしたい。

本稿の構成は、以下のようになっている。まず第2章では、履行順序に関するヴォルフの契約理論を概観する。そこでは、履行順序にもとづく契約当事者への帰責論と、それを適用した場合の建物賃貸借における通常損耗の取扱いについても紹介する。次に第3章では、建物賃貸借における通常損耗の問題点を、現代日本法にもとづいて考察しつつ、この問題がヴォルフの契約理論に照らしてどのように整理可能であるのかを分析する。最後に、第4章でまとめを行う。

2 クリスティアン・ヴォルフの契約理論

(1) クリスティアン・ヴォルフ

クリスティアン・ヴォルフは、哲学者ゴットフリート・ヴィルヘルム・ライプニッツ（Gottfried Wilhelm Leibniz, 1646-1716）の系譜に連なる思想家である⁽⁶⁾。ライプニッツの関心が数学、哲学、法学などの多様な領域に及んでいたように、ヴォルフもまたこれらの分野について多くの著作を残した。ヴォルフの思想の特徴は、幾何学的方法によって諸学を統一しようと試みた点にあった⁽⁷⁾。ここで言う幾何学的方法とは、あらゆる学説上の命題を、当時の論理学の形式に落とし込むこと

を意味した⁽⁸⁾。その法学上の成果は『科学的方法で研究された自然法 (*Jus naturae methodo scientifica pertractatum*)』(全8巻、1740-1749) という大部の著作にまとめられた。日本では、特に契約の成立に関する文脈で、同書の研究が行われてきた⁽⁹⁾。

今回紹介するのは、契約の履行順序の分析(以下「履行順序論」という。)という、今日までほとんど顧みられることのなかったテーマである。履行順序論とは、固定された履行順序から生じる構造的なリスク、すなわち目的物の滅失、毀損、劣化(以下「時間リスク」という。)を分析する理論である。この種のリスクとして、ヴォルフは賃借物の自然損耗を挙げている。以下では、この履行順序論の紹介を行う⁽¹⁰⁾。

(2) ヴォルフの履行順序論

履行順序論の核となるのは、ヴォルフの時間論である。彼の時間論の特徴は、現実の時間の経過を出来事の順序として把握することにある。すなわち、時間とは、「連鎖して継起するものごとの順序 (*ordo successivorum in serie continua*)」に他ならない⁽¹¹⁾。

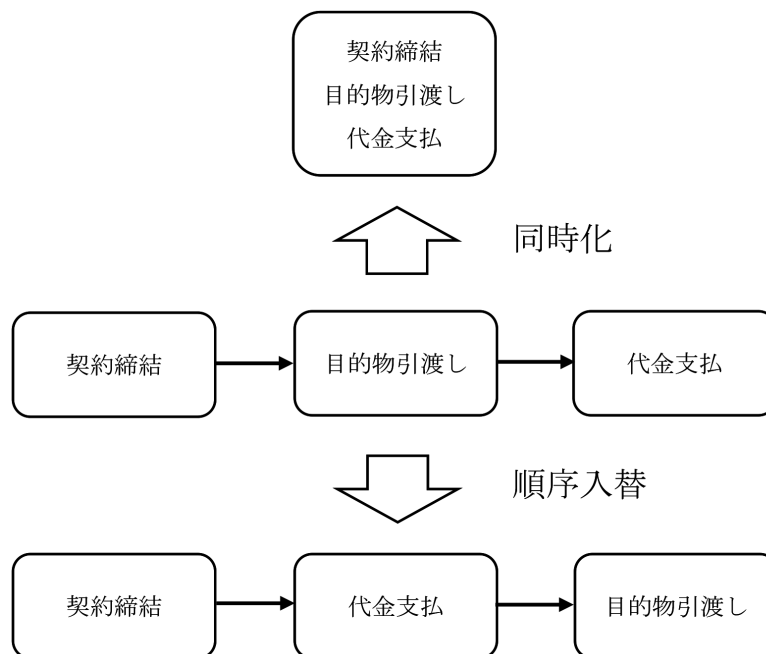
例えば、水瓶の水を考えてみよう。水瓶から水が流れ出るとき、ある水滴と別の水滴との間には、連綿とした順序(先後関係)がある。ヴォルフは、このような先後関係の推移を、現実的な時間の経過と捉えた⁽¹²⁾。これは、現実の時間によって事物の運動が計られるのではなく、事物の運動によって現実の時間が計られると解釈する立場である⁽¹³⁾。したがって、あるものごとが時間的継続性を有しているとは、そのものごとの継起に一定の順序があることを意味する。

これを契約の履行にあてはめると、次のように表現することができる。ある契約関係が一定時間継続するとは、当該契約に履行順序があることを意味する。つまり、契約当事者たちが $A \rightarrow B \rightarrow C \dots$ と履行ステップを順に踏んでいくことによって、時間的継続性が発生する。反対に、ある契約関係が即時に完了するとは、このようなステップがないことを意味する。

例えば、売買には、時間のかからない売買（現実売買）と、時間のかかる売買（物の引渡しや代金の支払が後日に先延ばしされている売買）とがある。もちろん、現実世界において、契約締結、目的物の引渡しおよび代金の支払を、ゼロ時間で即時に行うことはできない。売主と買主がどのように努力しても、そこには数秒の時間差が生じるであろう。しかし、理論上は、売主と買主とが完全な即時履行を行うこと、すなわち履行時間がゼロ秒であることを観念できるので、ここではそのような理想的同時性を想定しよう⁽¹⁴⁾。

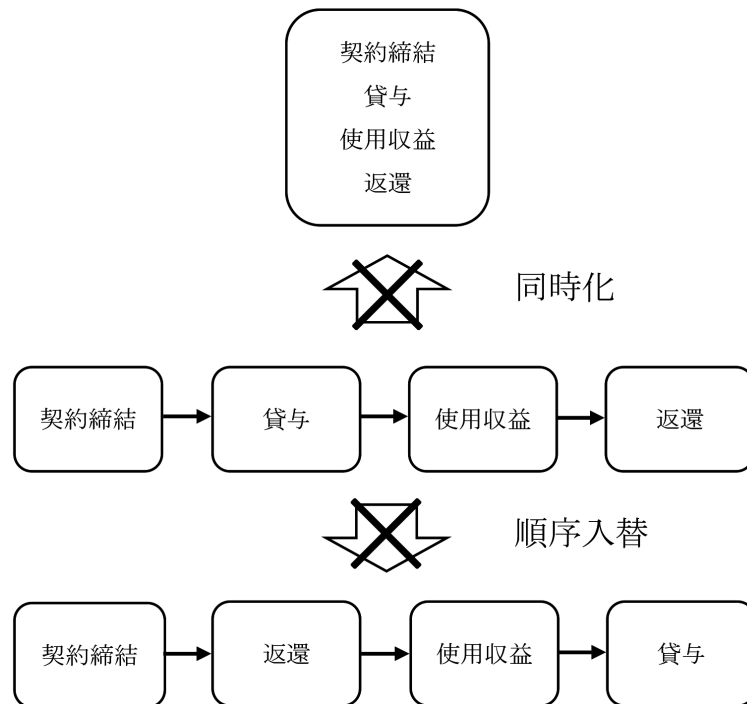
ヴォルフの時間論に照らしてこれを言い換えると、次のように表現することができる。売買は、履行に先後関係があるもの、すなわち契約締結、目的物引渡しおよび代金支払の間に先後関係があるものと、そうでないもの、すなわち（少なくとも理想的には）契約が即時に完了するものとの区別される。そして、時間的継続性を有する売買と有しない売買とのいずれが選択されるのか、また、前者が選択された場合に物の引渡しと代金の支払とのいずれを先に履行するのかは、当事者の合意によって決められる。これを表すと、図1のようになる。

図1 売買における履行順序



これに対して、時間のかからない賃貸借というものは存在しない。すなわち、賃貸借において、契約締結、貸与、使用収益および返還が同時に行われることはありえない。また、賃貸借には、貸与→使用収益→返還という明確な順序があり、これを契約当事者の合意で変更することもできない。これを表すと、図2のようになる。

図2 賃貸借における履行順序



このようなヴォルフの時間＝順序論によれば、履行順序には、当事者の合意によって任意に創設されるものと、契約に（少なくとも部分的に）構造上内在するものとの2種類がある。前者に該当するのは、前掲図1中段の契約締結→目的物引渡し→代金支払の順序、又は下段の契約締結→代金支払→目的物引渡しの順序である。後者に該当するのは、前掲図2中段の貸与→使用収益→返還の順序である。なお、賃料の支払に関しては融通が効くけれども、以下では当該部分構造のみに着目する。

(3) ヴォルフの帰責論

a. 帰責とは何か

ヴォルフは、契約における時間の流れについて、単に両者の事実的な差異を示したわけではない。彼は、この構造の違いから、法的な差異を導出した。それは、リスク負担の変更の可否である。

ヴォルフは、「帰責 (imputatio)」という概念によって、契約当事者のリスク負担を把握した。帰責とは、何らかの善い結果または悪い結果について、ある人の自由意志が当該結果の原因であったと判断することをいう⁽¹⁵⁾。例えば、AがBを殴打して負傷させた場合、Bにもたらされた負傷という害悪の自由な原因、すなわちそれ以上遡れない自由意志に基づく原因は、Aであると判定される。Aは自由意志という概念を通じて当該負傷の究極的な原因となるので、Aが当該負傷について責任を負わなければならない。これが帰責である。端的に表現すれば、ある人がある事象について責任を負うのは、その事象の原因がその人の自由意志であったと判断されるときを言う。

この帰責概念は、対偶のかたちで解釈するならば、ある事象の原因がある人の自由意志であったと判断されないならば、その人はその事象について責任を負わないことを意味する。すなわち、「行為が人間に帰責されるのは、その行為が自由であるときに限られる (actiones homini imputantur, quatenus liberae sunt)」⁽¹⁶⁾。

b. 売買と賃貸借における帰責

以上の時間論および帰責論が、どのような法的帰結を生み出すのかを確認しよう。ヴォルフによれば、売買が完了するまでの不可抗力による目的物の滅失・毀損リスクを、売主と買主は自由に負担してよい⁽¹⁷⁾。この点について、ヴォルフは自由主義的な契約観を有していた。なぜなら、買主が時間リスクを負担しつつ、売主が引渡期日まで収益を続ける合意も認められる、と説いているからである⁽¹⁸⁾。つまり、買主が一方的に損をする合意も許容される。これに対して、賃貸借が完了す

るまでの不可抗力にもとづく時間リスクは、必ず賃貸人が負わなければならないものとされた⁽¹⁹⁾。同様に、賃借物の自然な損耗についても、賃貸人負担とされた⁽²⁰⁾。

この差異を理解する鍵は、前述の時間論および帰責論にある。売買において生じる時間リスクは、売主と買主の合意から生じる偶発的なリスクである。なぜなら、売主と買主が即時履行をしさえすれば、履行完了前に目的物が滅失・毀損するかもしれないリスクは発生しなかったからである。そして、このリスクは当事者の自由な行為によって発生しているので、帰責の対象になる。では売主と買主のどちらに帰責すべきであるのかが問題になるけれども、どちらの都合によって即時履行を断念したのかは諸事情に応じて異なるので、帰責の確定は、その事情を織り込んだ彼らの合意に委ねておけばよい⁽²¹⁾。

これに対して、賃貸借の時間リスクは帰責可能リスクではない。なぜなら、貸主と借主がどのように合意しようとも、期間のない賃貸借というものは創設できないからである。賃貸借が継続的契約関係であることは、貸主または借主の都合で履行を先延ばししたからではなく、契約の構造上必然的である。そして、このような構造的リスクの中には、「それを伴わなければ使用することができない劣化 (deterioratio sine qua usus obtineri nequit)」も含まれる⁽²²⁾。したがって、貸主と借主はこのリスクをお互いに帰責し合うことはできず、法が介入しなければならない⁽²³⁾。

ヴォルフが言及している危険負担と通常損耗のうち、前者は本稿のテーマではないけれども、若干の考察を加えておく。民法536条1項は「当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる」と定めており、いわゆる債務者主義を採用している⁽²⁴⁾。ここで、以下の2つのケースを考える。まず、買主と売主との間で中古車の売買契約が締結され、買主が「引渡しは3ヶ月後にして欲しい」と提案した。この場合、3ヶ月の間に生じうる不可抗力上の滅失リス

クを買主に帰責する合意が締結されたとしても、すなわち民法536条1項の債務者主義ではなく債権者主義を採用する旨の特約が結ばれたとしても、この特約の有効性は、それほど厳格な評価に晒されないであろう。では次に、貸主と借主との間で、中古車のレンタル契約が締結され、貸出期間が3ヶ月とされた場合、類似の特約は有効であろうか。すなわち、もし3ヶ月のレンタル期間中に目的物が滅失し、その原因が貸主の責めにも借主の責めにも帰されないならば、借主は残部の賃料を支払わなければならないとする特約は、有効であろうか。この特約は、同一の期間に関する同一種類（=不可抗力による滅失）のリスク配分であるにもかかわらず、その有効性については先の特約よりも厳しい評価を受けるはずである。

この法感覚がどこに由来するのかを問うことによって、ヴォルフの履行順序論の意義が明らかになる。つまり、「中古車の引渡しを3ヶ月待って欲しい」という買主側の申出は、売買契約に本質的でない時間リスクを生じさせるので、これを申出人へ帰責することにさしたる支障はない。これに対して、「中古車を3ヶ月貸して欲しい」という借主側の申出は、賃貸借契約に本質的な時間リスク、言い換えれば、貸出期間を指定しているだけであり、これを申出人に帰責することは困難である。このように、民法536条1項という同一の条文が、売買契約に対しては純粹な任意規定として、賃貸借契約に対しては指導的な性格を有する規定として機能することになる。そして、この相違は先のように、ヴォルフの履行順序論によってうまく根拠づけられることができる。同様に、改正前民法は売買について債権者主義を採用したが、賃貸借について債権者主義を採用した前例はないこと、また貿易取引の国際規則であるインコタームズ（Incoterms, International Commercial Terms の略称）は、危険負担を船積み時点で輸出者から輸入者へ移すCFR（Cost and Freight）をポピュラーな取引条件としているが、賃貸借について似たようなルールは存在していないことも、売買と賃貸借との本質的な差異を示している。

c. 法定リスク配分

以上の説明は、賃貸借における時間リスクが契約当事者のいずれにも帰責されないことの理由にはなっているけれども、当該リスクが賃貸人負担になることの理由にはなっていない。帰責不能なリスクがなぜ契約当事者の一方に半ば強制的に帰属するのか、言い換えるならば、法定リスク配分の根拠はどこにあるのかが問題になる。ヴォルフは詳細に述べていないけれども、「危険は所有者のものである (periculum est domini)」という原則に立ち返って処理されているのではないかと推測される⁽²⁵⁾。というのも、消費貸借の目的物の滅失および劣化については、代替物の所有権が借主へ移転していることを理由に、借主負担とされているからである⁽²⁶⁾。

なお、無帰責な時間リスクをどちらの当事者に法定負担させるのかは、必ずしも所有権の所在のみによっては決定されない。もうひとつの法定負担の基準として、契約当事者の「都合 (causa)」が挙げられる。ヴォルフはこの基準を使用貸借に適用しており、「使用貸主の都合 (commodantis causa)」で物が貸し出された場合は、原則的に当該貸主が時間リスクを負う⁽²⁷⁾。反対に、「使用借主の都合 (commodatarii causa)」で物が貸し出された場合は、原則的に当該借主が時間リスクを負う⁽²⁸⁾。貸主都合の使用貸借と借主都合の使用貸借のそれぞれの例をヴォルフは挙げていないけれども、日本における債権法改正時の議論が参考になろう。すなわち、使用貸借は「無償契約といっても、親族等の情義的な関係によるものだけではなく、他の取引関係等を背景とする経済合理性のあるものなど様々なものがあるから」⁽²⁹⁾、貸主側の都合で物が貸し出されるパターンの経済合理性も存在すると考えられる。例えば、自己所有の建物を留守にするにあたって、防犯のために親族に依頼して無償で住んでもらった場合、借主が通常損耗の原状回復義務を負うことは、原則的にないであろう。ヴォルフのアイデアは、使用貸借上の通常損耗に関する民法599条3項の解釈に対しても示唆的である⁽³⁰⁾。

(4) 小括

ヴォルフの契約理論においては、本質的に履行順序が定まっている契約（例えば賃貸借）と、そうでないもの（例えば売買）との間に、大きな区別が設けられていた。それは、時間から生じるリスク、すなわち目的物の滅失、毀損、劣化のリスク負担に関する区別である。ヴォルフによれば、売買の場合は売主と買主とが時間リスクを自由に負担してよいけれども、賃貸借の場合は貸主がこれを負担しなければならない。この差異は、次のような哲学的洞察に由来する。時間とは、物事が継起していく順序のことであり、契約には、この順序が固定されているもの（例えば賃貸借）と固定されていないもの（例えば売買）とがある。そして、人間は、自身の自由にならない事柄については責任を負わないので、固定された履行順序から生じるリスクについても責任を負わない。したがって、賃貸借における構造的な時間リスクは、賃借物の所有者である賃貸人がこれを負担しなければならない。このようなリスクの一種として、ヴォルフは自然損耗を挙げた。

3 改正民法における通常損耗補修特約の位置づけ

(1) 前史と論点の整理

不動産賃貸をめぐるトラブルのひとつに、ハウスクリーニング等の原状回復費用に関する特約がある。独立行政法人国民生活センターは、2022年8月26日付の「各種相談の件数や傾向」において、問い合わせが多い相談内容の一項目に「賃貸住宅の敷金・原状回復トラブル」を挙げた⁽³¹⁾。同センターは2011年にも「賃貸住宅の退去時に伴う原状回復に関するトラブル」という報告書を公開しており⁽³²⁾、当該トラブルの常態化がうかがわれる。

建物賃貸借の原状回復費用に関する特約をめぐるトラブルは、早くから行政の懸念事項にもなっていた。最も早い対応をみせたのは旧建設省であり、平成10年3月に「原状回復ガイドライン」（平成23年8月に

国土交通省のもとで改訂)を公表した。本ガイドラインは、「原状回復をめぐるトラブルの未然防止のため、賃貸住宅標準契約書の考え方、裁判例及び取引の実務等を考慮の上、原状回復の費用負担の在り方について、妥当と考えられる一般的な基準」⁽³³⁾をとりまとめたものである。

その後、【1】最判平成17年12月16日集民218号1239頁が、いわゆる通常損耗に関する判断を下した。同判例によれば、「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ることになるから、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」。

本判例の理論構成については、特約の成立自体を否定する趣旨であったのか、それとも原状回復費用に関する特約から通常損耗を除外する制限解釈の趣旨であったのかについて、学説の間で解釈が分かれていた。野口（2013）は前者の解釈に立ち、「最高裁は、賃貸借契約の本質から、特約の合意の成立を否定する手法を採用し、特約の内容に対する評価（必要性・合理性）に入ることなく、特約自体の成立要件を厳格に解したため、結果的に、広く賃貸人に対して厳しい義務を課することになった」と評価する⁽³⁴⁾。これに対して、島田（2006）は後者の解釈に立ち、最高裁は「事件を原審に差し戻しており、負担区分表に基づく補修約定自体の効力は認めているから、本件補修約定を合理的に制限解釈したものと評価するのが相当」であると解する⁽³⁵⁾。

このような状況において、改正民法621条本文は、「賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷（通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年変化を除く。以下この条において同じ。）が

ある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負う」と定め、通常損耗を原状回復義務の対象から除外した。この明文規定の新設は、「国土交通省住宅局の『原状回復をめぐるトラブルとガイドライン』（再改訂版平成23年8月）、各地方自治体のトラブル防止条例（東京都の賃貸住宅トラブル防止ガイドライン〔改訂版平成25年4月〕ほか）で示されたルールを下支えする民事ルール」⁽³⁶⁾であると共に、前掲判例【1】の判例法理を明文化したものであると位置づけられている⁽³⁷⁾。

以上のような背景を踏まえた上で、本稿は以下の2つの点を論じる。第1の論点は、改正民法における通常損耗の具体的意味である。民法621条本文括弧書は「通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年変化を除く」と規定している。これを素直に読むならば、通常損耗とは、通常の使用または収益によって生じた損耗を意味する⁽³⁸⁾。ところが、学説の中には、「賃借人が、故意又は過失によって傷つけたり汚したりしたものではなく、日常生活をする上で生じた汚損、破損」というように、賃借人の無過失と関連づける解釈や⁽³⁹⁾、「修繕が必要な状態であること」という客観的状态に帰着させる解釈が存在しており⁽⁴⁰⁾、必ずしも共通の理解が得られていない。このため、一見自明にみえる「通常損耗」の意味について、再度考察してみることが必要であろう。

第2の論点は、民法621条本文と、通常損耗の原状回復義務を借主に課す特約、すなわち通常損耗補修特約との関係である⁽⁴¹⁾。従来、通常損耗補修特約の有効性は、前掲判例【1】を中心とする厳格な規制に服するものと理解されてきた⁽⁴²⁾。判例法理を合意によって排除することは原則的にできないので⁽⁴³⁾、当該法理は一種の強行性を有していたといえる。ところが、後述するように、現在の民法621条本文は任意規定であると解されている。任意規定は当事者の合意によって排除することができるので（民91条）、民法621条本文と異なる内容の特約は、形式上可能になっているはずである⁽⁴⁴⁾。しかし、仮にこのような特約が

実質的に、かつ無制限に有効であるならば、賃借人の保護は却って後退することになる。そこで、通常損耗補修特約がどのような法律構成によって制限されるべきであるのかを、もう一度整理しておくことが有益である。

以上の論点の解明にあたって、本稿第2章で分析したヴォルフの契約理論を、民法621条本文および通常損耗補修特約の解釈に応用することを試みる。

(2) 改正民法621条の解釈

a. 改正の経緯

まず、民法621条の新設過程について概観する。当初、民法（債権法）改正検討委員会は、消費者保護の性格がより強い提案を行っていた。すなわち、「賃借人は、賃貸借の終了に際して、目的物を原状に復さなければならない。ただし、自然損耗によって、目的物に生じた変化については、この限りではない。賃借人が消費者で、賃貸人が事業者である賃貸借においては、このただし書に反する特約は無効である」（下線は引用者による。）と定められていた⁽⁴⁵⁾。この改正案は、事業者と消費者との間で締結された通常損耗補修特約を、消費者保護の観点から無効とする強行法規である。この提案は、「約款および消費者契約の条項に関しては、当事者がその交渉を通じて内容を形成した契約条項と異なり、一方当事者の利益が不当に害されることのないよう、積極的に内容規制を行う必要がある」としていた基本方針全体の方向と一致する⁽⁴⁶⁾。

これに対して、平成25年に出された中間試案においては、改正前民法616条および598条関係の改正案として、「(2)賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負うものとする。この場合において、その損傷が契約の趣旨に照らして賃借人の責めに帰することができない事由によって生じたものであるときは、賃借人は、その損

傷を原状に復する義務を負わないものとする。(3)賃借人は、賃借物の通常の使用及び収益をしたことにより生じた賃借物の劣化又は価値の減少については、これを原状に復する義務を負わないものとする」という、改正民法621条により近い形での提案がなされた⁽⁴⁷⁾。中間試案補足説明では、通常損耗の除外について前掲判例【1】が挙げられており、今回の改正は、「この判例法理を明文化するものである」と説明されている⁽⁴⁸⁾。

基本方針から中間試案への規律の変化は、消費者保護の観点が民法改正の主眼から外れたことと無縁ではないであろう。事実、最終的に結実した「改正民法621条は、任意規定であり、賃貸借の目的、賃借物の特性・規模・用途、当事者の属性等の事情によって、これと異なる内容の原状回復特約を締結することは可能であり、従来利用されていた原状回復特約は原則として有効である」と理解されている⁽⁴⁹⁾。このことは、今回の債権法改正が「消費者契約ルールを取り込みを消極視した」という後藤(2014)の指摘と一致する⁽⁵⁰⁾。

b. 改正民法621条本文の構造

次に、民法621条本文の構造を概観する。本条文については、条文中の定義が用いられていることに注意しなければならない。いわゆる定義規定とは、「少し特殊な意味を持たせようとする場合、その適用対象を明確にしようとする場合、何も書いていないと解釈上疑義が生じそうな場合などについては、解釈にまかせず、できるだけ法文上明記する」⁽⁵¹⁾ためのものであり、「……を除く」という形式も、定義規定と類似の機能を持つ⁽⁵²⁾。したがって、「通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年劣化を除く」の部分は、権利障害規定ではなく、「損傷」の定義であると解さなければならない。民法621条本文括弧書を条文中の定義とみる解釈は、中間試案の補足説明が、「本文(3)の『通常損耗』は、本文(2)の『損傷』には当たらないことを前提としている」と述べていることによっても根拠づけられる⁽⁵³⁾。言い

換えれば、民法621条が、「賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負う。ただし、その損傷が通常の使用若しくは収益によって生じた賃借物の損耗又は賃借物の経年変化によるものであるときは、この限りでない」という構造になっていない点が重要である。というのも、後者の場合、但書きは単なる定義ではなく、権利障害規定になるからである。

民法621条本文の括弧書が権利障害規定ではなく条文中の定義である以上、賃貸人は、ある損耗が「損傷」であることを証明する段階で、それが通常損耗ではないことも証明しなければならない。したがって、賃貸人は、ある損耗が賃貸借契約期間中に生じた傷や汚れ等であることを証明するだけでなく、それらが通常損耗や自然劣化ではないこと（すなわち「損傷」であること）も証明しなければならない。実際の訴訟においては、賃借人が原告として敷金返還請求権を行使するパターンが多いであろうから、ある損耗が「損傷」である旨の主張は、原告たる賃借人の請求原因としてではなく、被告たる賃貸人の抗弁として引き合いに出されることになる⁽⁵⁴⁾。

c. 通常損耗でない旨の抗弁の意義

では、賃貸人が、ある損耗が通常損耗に該当しない旨の抗弁を行う場合、その正確な文言は何になるであろうか。条文に忠実に考えるならば、当該損耗が通常の使用または収益によって生じたものではないこと、になるであろう。

しかし、要件事実論に関する文献をみると、必ずしも条文の文言は使われておらず、「損耗・汚損が通常損耗の程度を超えること」（以下「大江説」という。）と表現されている⁽⁵⁵⁾。この表現は、通常損耗の範囲が、当該損耗の発生原因（すなわち通常の使用または収益によるものであるか否か）とは無関係に、その客観的程度（すなわちどの程度傷ついたり汚れたりしているか）によって決まることを前提とする。というのも、仮

に前者の因果関係を問題にするならば、「損耗・汚損が通常の使用または収益によって生じたものでないこと」となるはずであり、程度は基準にならないからである。本稿は、条文の文言と一見相違する大江説が、むしろ妥当であることを明らかにする。

まず、日本の裁判例を通じて基礎づける。【2】東京地判平成24年10月31日（判タ1409号377頁）は、賃借人たる原告が敷金15億3413万7552円の返還を請求した事件である。賃貸人たる被告は、「原告関係者の故意又は過失により被告に損害を与えた場合、原告はその損害を賠償する旨の定めがあることから、原告は、原告関係者の故意又は過失による損傷については、通常損耗の範囲に含まれるか否かにかかわらず、原状回復義務を負い、これを更新又は交換する義務を負う旨の主張」をした。これについて、東京地裁は、「賃借人に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、賃借人と賃貸人との間で、その旨の特約が明確に合意されていることを要すると解するのが相当であるところ（上記最高裁平成17年12月16日第二小法廷判決参照）、本件契約書等に上記の各定めがあるからといって、原告と被告との間で、原告は、原告関係者の故意又は過失による損傷につき、通常損耗の範囲に含まれるか否かにかかわらず原状回復義務を負い、これを更新又は交換する義務を負う旨の特約が明確に合意されたとは言えない」と判断した。

本判決は、そのような例として、トコジラミによる FFE（カーペット、ベッド等）の更新および交換費用を挙げる。被告の主張によれば、原告はホテルの客室内にトコジラミが発生していることを確認した後、「当該客室内を徹底的に清掃するのみならず、内装（壁、床、天井等）を撤去して薬剤を散布し、カーペットを交換すべきであったのにこれを怠った」。東京地裁は、原告の故意または過失を問題とすることなく、「FFE については、その損耗はいずれも通常損耗の範囲を超えるものではないというべきである」として、原告の原状回復義務を否定した。

つまり、たとえある傷や汚れ等が賃借人の故意または過失を伴うものであったとしても、それが通常損耗の範囲に収まっているときは、別途、通常損耗補修特約が必要となる。

本判決は、債権法改正前の下級審裁判例ではあるものの、現行の民法621条本文の解釈に対しても、一定の示唆を与えうる。すなわち、本判決が述べるように、賃借人の故意または過失を不問とする通常損耗という概念が成立し、かつ、当該通常損耗の原状回復については特約が必要であるならば、民法621条本文の「通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年劣化を除く」の部分は、賃借人の故意または過失が伴っていたか否かにかかわらず、通常損耗ないし経年劣化の範囲を客観的に超えていないものについては、これを「損傷」から常に除外する趣旨であると解さねばならない⁽⁵⁶⁾。つまり、通常損耗という概念は、ある損耗が賃借人の通常の使用または収益にもとづいて発生した、という因果関係を指しているのではなく、ある損耗の程度が、賃借人の通常の使用および収益にもとづいて合理的に発生するであろうと期待される損耗の範囲に収まっている、という量的な関係を指しているのである⁽⁵⁷⁾。

そして、この量的な関係をヴォルフの考えによって詳細化すると、以下ようになる。ヴォルフの履行順序論によれば、賃貸借から生じる時間リスクは、貸主と借主のいずれにも帰責されない。なぜなら、この時間リスクは、契約当事者の判断や行為とは無関係であり、賃貸借の構造そのものに由来するからである。したがって、当該時間リスクの合理的な範囲は、借主がその発現に寄与したか否かによっては計られず、賃貸借契約の構造分析を通じて客観的に確定される。私見によれば、当該分析の対象となる賃貸借の客観的要素は、①賃借物の性質、②賃貸借契約の趣旨に照らした使用収益の形態、③使用収益期間である（図3を参照）。

図3 通常損耗の3要素

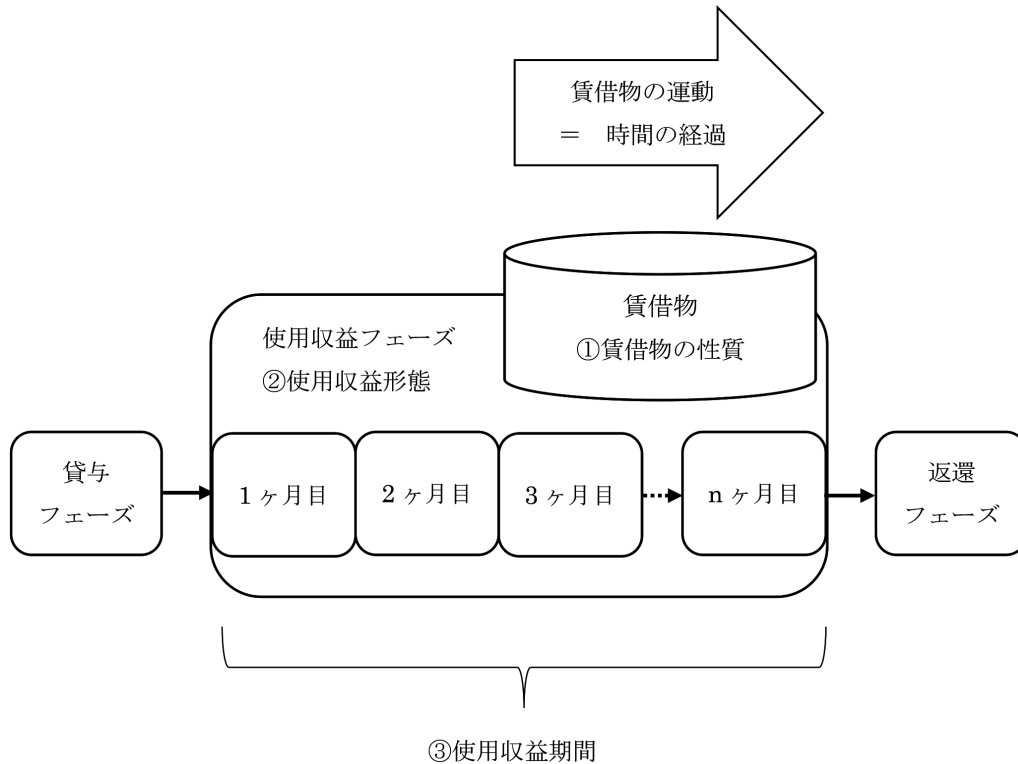


図3は、賃借物が、貸与フェーズから使用収益フェーズに乗り、一定の順序を踏んで返還フェーズに至るまでの構造を描写したものである。①②③から予測・計算された損耗の程度は、人的要素（借主が丁寧に扱うか粗雑に扱うか等）を抜きにした客観的な損耗範囲（上限と下限）を形成する。そして、当該上限以下の損耗は、無帰責リスクは目的物所有者のものであるという原則に従って、すべて賃貸人負担となる。賃貸人は、平均的な賃借人が通常使用収益した場合の損耗を賃料に反映させているのが通例であるから、このリスク配分は賃貸人の予期せぬ損失とはならない。もちろん、賃借人が明白な害意をもって損耗を発生させたときは、原状回復を義務づけることが妥当になるかもしれないけれども、それはあくまでも例外的なケースに留まるであろう。

以上のような通常損耗の理解に照らせば、大江説の「損耗・汚損が通常損耗の程度を超えること」という表現が、「損傷」の解釈について最も妥当である。そして、この「程度」の具体的な意味は、①賃借物

の性質に鑑みたとき、②賃貸借契約の趣旨に照らした通常の使用および収益によって、③賃貸借期間中に生じると合理的に予測される損耗・汚損の程度、と解釈されるべきである。したがって、たとえ賃借人の故意または過失が損耗を惹起したとしても、その程度が前掲3要素にもとづく上限を超えていなければ、通常損耗の扱いとなる。つまり、通常損耗とは、借主は通常期待される使用および収益をしなければならない、という行為指針ではなく、通常の使用および収益から生じると合理的に予測される損耗の程度を超えてはならない、という量的指針である。賃借人の故意または過失を伴う通常損耗という、前掲【2】判決の一見矛盾した概念は、このような理解のもとで整理することができる。

(3) 通常損耗補修特約の位置づけ

a. 通常損耗補修特約の要件の分類

通常損耗補修特約が有効に成立するための要件として、野口（2006）は4つの下級審裁判例（【3】大阪高判平成15年11月21日、【4】大坂高判平成16年5月27日、【5】大坂高判平成16年7月30日、【6】大坂高判平成16年12月17日）と、【3】の上告審である前掲判例【1】を分析しながら、次のように述べる。通常損耗補修特約は、「負担特約を締結する合理的理由の存在と、契約条項自体に本来賃借人が負担する必要のない通常損耗分にあたる各項目を具体的に列挙し、対応する具体的金額を明示するか、または契約条項に代わる程度の詳細な説明によって、賃借人がその内容を認識し、本来負担する必要のない費用をあえて負担することを納得して合意している状況でかつ毎月の賃借料が『明白に』低廉で（明らかに二重取りではない）ある場合にのみ例外的に認めることができる」⁽⁵⁸⁾。

本稿はこの解釈を、通常損耗分の契約条項への明記、または契約条項に代わる詳細な説明（以下「要件【 α 】」という。）、当該負担に対する賃借人の認識および納得（以下「要件【 β 】」という。）、当該負担特約を

締結する合理的理由の存在（以下「要件【 γ 】」という。）、当該負担特約にもとづく負担分が賃料に明らかに含まれていないこと、すなわち賃料の明白な廉価性（以下「要件【 δ 】」という。）の4要件に細分化して検討する。そして、要件【 α 】【 β 】は通常損耗補修特約に固有の要件ではなく、契約成立の一般規則にその根拠を求めるべきであること、また、要件【 γ 】【 δ 】は原則的に消費者契約法の領域で扱うべき問題であることを明らかにした上で、後2者に関しては若干の修正が必要であることを示す。

b. 合意の具体性・明確性と契約の一般的成立要件

まず、要件【 α 】【 β 】が、通常損耗補修特約に関する積極的な規制ではないことを示す。ヴォルフの契約理論によれば、通常損耗が貸主負担になる理由は、賃貸借契約の構造的な時間リスク、すなわち固定された履行順序のリスクに求められた。契約当事者はこの構造を変更することができないので、通常損耗に関する貸主負担のルールは、賃貸借の本質から導き出されるものである。すると、この賃貸借の本質から導き出されるルールを当事者の合意によって変更する場合は、賃貸借契約とは別個の明示的な特約が必要になる。なぜなら、賃貸借の本質から外れる内容を持つ合意の解釈は、賃貸借契約そのものからは導出することができないので、契約当事者の意思表示の内容を確定するためには、単に賃貸借契約を締結したというだけでは不十分だからである。

したがって、通常損耗補修特約にもとづいて債権債務関係が発生するためには、当該特約そのものが具体的かつ明確でなければならない。つまり、通常損耗分の契約条項への明記、または契約条項に代わる詳細な説明（要件【 α 】）は、通常損耗補修特約の独立性、および伝統的な意思表示理論から当然に求められるものである。言い換えれば、要件【 α 】は、一個の非典型的な特約が有効になるためには、申込の内容が具体的かつ明確でなければならない、という効果意思の確定の要

請から導き出されるものである。同様の理由から、賃貸借契約に対する賃借人の合意とは別に、通常損耗補修特約に向けられた特別な承諾も要求される。なぜなら、賃貸借契約と当該特約とは本質的に分離しているため、賃貸借契約に対する承諾が他方に拡張されることはないからである。したがって、借主の十分な認識と納得（要件【β】）も、契約成立の一般規則から求められる。

以上の解釈は、約款論との相違について、前掲判例【1】が「包括的な採用意思を問題としているわけではなく……（中略）……不意打ち条項で言われる『異常性』とも実質的な標準は異なるように見える」とする沖野（2010）の指摘と一致する⁽⁵⁹⁾。すなわち、約款論のような特殊な意思表示を問題とする必要はない⁽⁶⁰⁾。

c. 特約の合理性および二重取りの禁止と消費者契約法10条

これに対して、特約の合理性（要件【γ】）と賃料の明白な廉価性（要件【δ】）とは、契約成立の一般規則からでは説明がつかない。なぜなら、契約内容自由の原則（民521条2項）にもとづいて考える限り、ある特約を付すか否かは、また、それが他の給付額にどの程度影響を与えるか否かも、契約当事者の交渉に委ねられるからである。賃貸人が通常損耗補修特約の内容を具体的かつ明確に説明し、かつ、賃借人が当該説明を十分に理解して納得した場合、契約自由の原則上は、要件【γ】【δ】を追加で検討する余地はない。さらに、ヴォルフの時代には消費者保護という考えは存在しなかったため、ヴォルフの契約理論からこれを分析することもできない。

そこで、要件【γ】【δ】の根拠をどこに求めるのかが問題となる。ここでは、不当条項規制に関する一般条項である消費者契約法10条の適用が考えられる⁽⁶¹⁾。以下、当該条文を用いた場合の要件について、簡単に考察する。

消費者契約法10条は、「消費者の不作为をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項

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消費者契約の条項であって、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする」と定めている。この条文は、2段階での要件設定であると言われる⁽⁶²⁾。第1要件は、ある消費者契約条項が、民法等に比して消費者の権利を制限するものであるか、または消費者の義務を加重するものであることを求める。もしそのような権利制限性または義務加重性が認められるならば、今度は第2要件において、当該契約条項が、信義誠実に反して消費者の権利を一方的に害しているか否かが問われる。これら2つの要件を満たしたとき、その契約条項は無効となる。もし建物の貸主と借主とが個人的な間柄であるならば、通常損耗補修特約は消費者契約には該当しないけれども（消費者契約2条3項）、本稿では、貸主が「法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」（同条2項）であり、借主が「個人」（同条1項）であるケースを想定する。

まず、通常損耗補修特約の権利制限性または義務加重性について考察する。民法では621条本文が、通常損耗の回復義務を否定している。したがって、当該回復義務を課す特約は、民法に比して義務加重的である。次に、当該特約が「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」であるか否かが問題となる。本稿の解釈によれば、野口（2006）が定めた要件【 γ 】【 δ 】は、本要件の判定基準として持ち出されるべきである。なぜなら、通常損耗の原状回復を借主が負担する合理的理由が存在しないか、または賃料の二重取りになっているならば、「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」可能性を検討しうるからである。

もっとも、【 γ 】を消費者契約法10条の第2要件の判定基準とする場合は、賃借人の側からの、規範的評価に関する事実の主張であるから、【 γ 】は独立の要件ではなく、当該第2要件の評価根拠事実である。し

かも、通常損耗補修特約を設ける合理的な理由があることではなく、その合理的な理由がないことと言い換えられなければならない。これが、本稿の提案する第1の修正点である（以下「評価根拠事実【a】」という。）。

さらに、【δ】については、これもまた規範的評価に関する事実である。そして、賃料の明白な廉価性は、二重取りを肯定するものではなく、これを否定するものであるから、【δ】に該当する事実は、消費者契約法10条の第2要件の評価障害事実である（以下「評価障害事実【b】」という。）。これが、本稿の提案する第2の修正点である。

なお、いずれの修正点についても、要件事実論に照らした形式的な補正であり、その実質的な妥当性に関しては、次項dで判例に照らしながら検討する。

d. 判例における各要件の認定基準

以上、通常損耗補修特約に関する（暫定的な）要件【α】【β】および規範的評価事実【a】【b】の理論的整理を終えた。以下では、【7】最判平成23年3月24日民集65巻2号903頁を素材に、具体的なあてはめのプロセスと、各要件および規範的評価事実の妥当性について、簡潔に考察する。

本判例【7】の事実の概要は、以下の通りである。上告人Xは、平成18年8月21日、被上告人Yとの間でマンションの一室（以下「本件建物」という。）を、同日から平成20年8月20日まで、賃料毎月9万6000円で賃借する賃貸借契約（以下「本件契約」という。）を締結し、本件建物の引渡しを受けた。この時、本件契約に係る契約書（以下「本件契約書」という。）には、Xが本件契約と同時に40万円を保証金としてYに支払い（以下「本件保証金」という。）、契約締結から明渡しまでの経過年数に応じて、一定額を本件保証金から控除して、その控除額から本件建物の通常損耗の補修に充てる旨の特約が存在した（以下「本件特約」という。）。Xは、本件建物明渡し後、Yに対して、本件特約が消費者契

約法10条に照らして無効であると主張し、本件保証金のうち未返還であった21万円およびこれに対する遅延損害金の支払を求めた。原審においてXは敗訴し、上告した（以下「本件上告」という。）。

判例【7】は、本件上告を棄却した。その判決理由において、最高裁は、本件契約が消費者契約であることを認めた上で、以下のように説明している。まず、「本件特約は、敷金の性質を有する本件保証金のうち一定額を控除し、これを賃貸人が取得する旨のいわゆる敷引特約であるところ、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というべきで」あり、本件特約の文言からして、「このような趣旨を含むことが明らかである」。したがって、「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」。つまり、本件特約のように、通常損耗補修特約が契約書の中に明記されており、かつ、賃借人がそれを認識した上で合意したのであれば、要件【 α 】と要件【 β 】とは、原則的に充足されたものと認定される。

次に、消費者契約法10条の第1要件について、「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、その該当性を端的に認定している。なお、ここで「任意規定の適用による場合に比し」とあるが、この時点では改正後民法621条は施行されていないので、改正前民法597条1項等および前掲判例【1】にもとづくその解釈による場合に比し、と

読むことになる。

最後に、消費者契約法10条の第2要件について、まず、「通常損耗等の補修費用は、賃料にこれを含ませてその回収が図られているのが通常だとしても、これに充てるべき金員を敷引金として授受する旨の合意が成立している場合には、その反面において、上記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って、敷引特約によって賃借人が上記補修費用を二重に負担するということはできない」（下線は引用者による。）という前提が置かれる。この前提のもとで、「消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、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、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」（下線は引用者による。）という一般的基準が立てられる。本件契約をこれにあてはめた場合、①経過年数に応じて本件保証金から控除される額が、「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ははいえない」こと、また、②本件特約にもとづく控除額が、本件契約の賃料9万6000円の「2倍弱ないし3.5倍強」（1年未満であれば控除額18万円、5年以上であれば控除額34万円）に留まっていること、さらに、③上告人Xは、礼金等他の一時金を支払う義務を負っていなかったことから、最高裁は、「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」と判示した。この説明によれば、賃料の明白な廉価性は、賃借人が敷引金の過度の高額さ（以下「評価根拠事実【c】」という。）を主張立証した際、賃貸人が評価障害事実として主張立証すべきことになる。

本稿の立論に照らせば、最高裁のそれぞれの判断は、以下のように

評価される。まず、本件契約書に敷引金の額が明示され、それに対する合意があったことのみをもって要件【 α 】【 β 】の充足が認定されていることは、妥当である。というのも、本稿が明らかにした通り、要件【 α 】【 β 】は、伝統的な意思表示理論にもとづいて要求されるものに過ぎないので、それらの充足のためには、当事者間で契約が締結されたと通常認定される程度の合意で足りるからである。そもそも、本件保証金のような金銭の授受は、宅地建物取引業法35条1項7号の「代金、交換差金及び借賃以外に授受される金銭の額及び当該金銭の授受の目的」として、通常は宅地建物取引士から説明があるはずである。このことを踏まえれば、要件【 α 】【 β 】を充足させるにあたっての賃借人の保護は、手続の観点からも十分に保障されていると言えよう。

次に、判例【7】の特徴は、敷引金の授受が明確化されている場合、賃借人は賃料の合意にあたって、当該敷引金との合理的な調整を行っていると思定した点にある。この前提が置かれた以上、賃借人は、賃料の二重取りの可能性があることを示唆するだけでは足りず、その存在を明確に証明しなければならない。そして、最高裁がその判断基準として採用しているのが、敷引金の過度の高額さである。最高裁は、この過度の高額さを本件について否定している。その否定の是非に関しては、本件契約の具体的な諸事情を考慮する必要があるので、本稿では深く立ち入らないけれども、先の前提そのものに関しては、次のように言うことができよう。消費者契約法は、特定の契約条項を無効にする規定（同法8条から10条）において、商品の価格を直接的な無効原因と定めていない。また、民法において、価格の高額さを直接的に問題とするのは暴利行為であり、この暴利行為に関しては民法90条が適用されるけれども、実際の適用例は限定的である⁽⁶³⁾。つまり、日本の私法体系に照らせば、消費者保護の観点を入れてもなお、価格は原則的に当事者の自由な評価に委ねられている。法は、適正なプロセスを通じて定められた価格に対しては、特段の事情がない限り、その合理性を否定しない。したがって、判例【7】が置いた前提、すなわち、

通常損耗補修特約を含む敷引金の額と賃料とが確定額で提示された場合、賃借人は両者を総合的に勘案して意思決定をしているはずであるという前提は、妥当である。

すると、前述の評価事実【a】【b】に関しては、以下のように言うことができる。まず、【a】は、通常損耗補修特約を設けることに合理性がないことを、消費者契約法10条の第2要件の評価根拠事実とするけれども、そのような不合理性が立証されることは、原則的に起こらない。なぜなら、判例【7】の枠組みが妥当である限り、通常損耗補修特約を置くことそれ自体は不合理ではなく、むしろ賃料の計算・比較を可能にする点で合理的であるとすら言えるからである。次に、【b】について、判例【7】が述べるところの、通常損耗補修特約の存在そのものが賃料の二重取りを示唆することはないという前提が正しい以上、賃貸人は、賃料の明白な廉価性の主張立証を常に課されるわけではない。一旦成立した通常損耗補修特約を無効とするためには、まず賃借人が、消費者契約法10条の第2要件を充足させるために、敷引金の過度の高額さ（評価根拠事実【c】）を主張立証しなければならない。その際に、賃貸人は、過度の高額さを端的に否定するか、または賃料の明白な廉価性（評価障害事実【b】）を主張立証することになる。

4 まとめ

本稿は、近世自然法論者クリスティアン・ヴォルフの履行順序論を用いて、建物賃貸借における通常損耗補修特約の性質を分析した。最後に、ヴォルフの履行順序論と、本稿第3章(1)で掲げた2つの論点に対する解答とについて、まとめておきたい。

まず、ヴォルフの履行順序論は、時間の経過を本質的に要する契約、すなわち契約構造からして時間リスクが不可避免的に生じる契約と、そうでない契約との区別を導入した。前者の例は賃貸借契約であり、後者の例は売買契約である。時間の経過を本質的に要する契約とは、そ

の履行順序に一定の構造があり、契約当事者によってもその構造を変更することができない場合をいう。賃貸借においては、契約締結後、目的物の貸与、使用収益、返還という順序があり、これらを即時に完了することはできないし、順番を適当に入れ替えることもできない。これに対して、売買においては、契約締結時にすべての履行を済ませることが理論上は可能であり、かつ、目的物の引渡しと代金支払とに順番を設けてもよい。そして、構造から必然的に生じる時間リスクは、契約当事者の意思によって生じたものではないので、いずれの契約当事者にも帰責されず、法定のリスク配分が原則となる。賃貸借において、目的物の貸与から返還までの時間リスクはこれに該当するので、法定リスク配分の対象である。これに対して、契約当事者の合意から生じる時間リスクは、当該契約当事者の意思によって生じたものであるから、その合意にもとづいて彼らに帰責することができる。したがって、売買における時間リスクの帰責は、当事者の合意にもとづくことが原則となる。

次に、本稿第3章(1)で掲げた2つの論点についてまとめる。第1に、改正民法における通常損耗の意味とは何か、という問いについて、通常損耗とは、賃借物の性質、使用収益形態および使用収益期間の3要素から通常期待される客観的な損耗の範囲をいう。損耗の発生に賃借人の故意または過失が伴ったか否かは、原則的に考慮されない。なぜなら、ヴォルフの契約理論から導き出されるように、通常損耗は、賃貸借契約の構造それ自体に、すなわち貸与から返還までの時間リスクが契約構造上必然であることに起因するので、契約当事者の主観を織り込むことは、原則的に不要だからである。したがって、あらかじめ予想された客観的な損耗の程度を超えていないけれども、発生に賃借人の故意または過失が伴っていた、という賃貸人側からの主張は、それ専用の特約がない限り原則的に成立しない。例外があるとすれば、借主が明白な害意をもって目的物を損傷・汚損した場合であり、そのときは通常損耗の範囲内であっても、原状回復義務の生じる余地があ

ろう。

次に、民法621条本文とは異なる内容の特約、すなわち通常損耗補修特約の有効性については、伝統的な意思表示理論から導き出される成立要件と、消費者保護の枠組みから導き出される無効要件とを区別する必要がある。伝統的な意思表示理論から導き出される成立要件は、通常損耗分を契約条項へ明記すること、または契約条項に代わる詳細な説明があることと、当該負担に対する賃借人の認識および納得があることの2点である。ヴォルフの契約理論に照らせば、構造上必然的な時間リスクを賃借人に帰責させることは、賃貸借契約の本質からは正当化されえず、これとは独立した合意を必要とする。そして、それが独立した合意である以上は、新たな申込と承諾が適切に成立しなければならない。したがって、単に民法621条本文を適用しない旨の合意をするだけでは、通常損耗の補修義務を成立させられない。これに対して、消費者保護の枠組みから導き出される無効要件は、消費者契約法10条の第1要件と第2要件である。そして、最判平成23年3月24日民集第65巻2号903頁の分析から明らかになったように、第1要件は通常損耗補修特約の存在それ自体によって充足するものの、第2要件を充足するためには、賃借人は、敷引金の額が過度に高額であることを主張立証しなければならない。もしこのことが証明されてもなお、賃貸人が二重取りを否定したいならば、賃料が明白に廉価であることを主張立証しなければならない。以上のような証明責任の分配は、賃料と敷引金の額とが明確に提示された場合、賃借人は両者を総合的に勘案して合理的に判断を下しているはずである、という本判例の仮定に依拠する。

最後に、ヴォルフの履行順序論の応用領域について、若干俯瞰しておきたい。第1の応用可能性は、継続的契約関係の分類である。継続的契約関係は、時間的継続性を本質とする。ゆえに、ヴォルフの時間論に照らせば、継続的契約とは、その本質からして給付の時間的な順序を有しており、この順序に由来するリスクが当事者のいずれにも帰

責されえないもの、と定義することができる。例えば、特定商取引法上の特定継続的役務提供には7種類があり、一定の期間および金額に該当するエステティック、美容医療、語学教室、家庭教師、学習塾、パソコン教室、結婚相手紹介サービスが挙げられている（特商41条、特定商取引に関する法律施行令12条および別表4の第1欄）。これらはすべて、即時履行を観念することのできない役務、すなわち何らかの履行順序のある役務と解釈することができよう。

第2の応用可能性は、複合契約論における契約連鎖の分析である。複合契約論によれば、「契約が連鎖するタイプの多角取引では、第一契約（AB）と第二契約（BC）とが取引目的の達成のために相互補完性を有している点に特徴があり、相互補完性は強いものから弱いものまで存在する」⁽⁶⁴⁾。このとき、相互補完性の強弱判定の一要素として、相互補完の構造的必然性（すなわち第一契約→第二契約という順序が全体の構造から本質的に固定されたものであるのか、それとも第一契約と第二契約とが連鎖しているのは当事者たちの都合にすぎないのか）を考慮することができるかもしれない⁽⁶⁵⁾。例えば、第一契約で製造する物品が、第二契約での作業に必要なときは、両者の間に構造的に強い結合を認めることができるであろうし、反対に、それが単なる当事者の都合で順序づけられたものであるときは、両者の間には弱い結合しかないことになるろう。

本稿の法史学の観点が、実定法学に対する一助となれば、さいわいである。

- (1) モンテスキュー〔著〕、井上堯裕〔訳〕『法の精神〔再版〕』（中央公論新社、2020年）12頁。
- (2) 拙稿「近世自然法論における有償・無償契約概念の形成史：グロチウスからカントまでにおける消費貸借の位置付けを中心に」朝日法学論集50号25-56頁（朝日大学法学会、2018年）27-32頁。
- (3) 同上28-29頁。
- (4) 継続的契約関係に関する先行研究には枚挙にいとまがないので、ここでは近時の主だった文献のみを挙げておく。中田裕康『継続的契約の規範』（有斐閣、2022年）、同『継続的売買の解消』（有斐閣、1994年）、加藤

新太郎〔編〕『判例 Check 継続的契約の解除・解約〔改訂版〕』（新日本法規、2014年）、新堂幸司＝内田貴〔編〕『継続的契約と商事法務』（商事法務、2006年）。

- (5) 拙稿「近世自然法論における継続的契約概念の萌芽：クリスティアン・ヴォルフの契約理論を中心に」情報学研究28巻17-34頁（朝日大学情報教育研究センター、2019年）。
- (6) ヴォルフの生涯については、勝田有恒＝山内進〔編著〕『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーツィアヌスからカール・シュミットまで—』（ミネルヴァ書房、2008年）211-221頁（担当：柳原正治）および Gerd Kleinheyer und Jan Schröder (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 6. Aufl., Tübingen : Mohr Siebeck, 2017, SS. 476-485を参照。
- (7) Robert Theis und Alexander Aichele (Hrsg.), *Handbuch Christian Wolff*, Wiesbaden : Springer, 2018, SS. 81f.
- (8) 拙稿「近世ドイツの市民法学における数学的方法の試み：ライプニッツ＝ヴォルフ学派の方法論とそれに対する法学者ネットテルプラットの応答を手がかりに」朝日法学論集51号81-127頁（朝日大学法学会、2019年）92-106頁。
- (9) 主だった先行研究に、滝沢昌彦「クリスチャン・ヴォルフの契約理論—「約束」的契約観」法学研究31号81-139頁（一橋大学研究年報編集委員会、1998年）、筏津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編：ヴォルフ・カント・サヴィニー』（昭和堂、2001年）67頁以下がある。
- (10) 本稿は、通常損耗補修特約と関係する範囲でのみ、ヴォルフの履行順序論を取り扱う。継続的契約関係一般との関連性については、拙稿・継続的契約概念（前掲註(5)）を参照されたい。
- (11) Christian Wolff, *Philosophia prima, sive ontologia*, Leipzig : Officina Libraria Rengeriana, 1730, par. 2. sect. 1. cap. 2. §. 573., p. 443.
- (12) Theis et al., a. a. O. (Anm. 7), S. 149.
- (13) カントはヴォルフの時間論を厳しく批判しているけれども、時間と順序との連関自体は否定しなかった。カントは次のように述べている。イマヌエル・カント〔著〕、熊野純彦〔訳〕『純粹理性批判』（作品社、2012年）81頁「時間は、1 なんらかの経験から抜きだされた経験的概念ではない。というのも、同時存在や継起は、時間の表象がア・プリオリに根底に存していなかったとするならば、それじしん知覚として立ちあらわれもしなかつただろうからである。時間の表象を前提としてだけ、いくつかのものが一箇同一の時間に（同時に）存在している、あるいはことなった時間に（継起的に）存在している、と表象することができるのである」（A31/B46）。
- (14) 拙稿・継続的契約概念（前掲註(5)）20頁および23-24頁。

- (15) Christian Wolff, *Philosophia practica universalis*, 2 Aufl., Halle : Officina Libraria Rengeriana, 1744, par. 1. cap. 6. §. 527., p. 394.
- (16) *Ibid.*, par. 1. cap. 6. §. 532., p. 398.
- (17) Christian Wolff, *Jus Naturae: Pars IV (II. Abt. Band 20 Lateinische Schriften)*, Hildesheim : Georg Olms, 2016, par. 4. cap. 4. §. 1126., p. 803.
- (18) *Ibid.*, par. 4. cap. 4. §. 1126., p. 803.
- (19) *Ibid.*, par. 4. cap. 4. §. 1260., p. 887.
- (20) *Ibid.*, par. 4. cap. 4. §. 1255., p. 884.
- (21) 拙稿・継続的契約概念（前掲註(5)）28-29頁。
- (22) Christian Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halle : Officina Libraria Rengeriana, 1774, §. 633., p. 343.
- (23) 拙稿・継続的契約概念（前掲註(5)）29頁。
- (24) 今回の債権法改正による危険負担の位置づけについては、潮見佳男＝千葉恵美子＝片山直也＝山野日章夫〔編〕『詳解 改正民法』（商事法務、2018年）174頁以下（担当：渡邊拓）を参照。
- (25) この表現は『市民法大全（*Corpus juris civilis*）』ではなく近世ドイツの文献に見られる。例えば、Georg Adam Struve, *Syntagma jurisprudentiae*, Jena : Matthae Birckner, 1692, exerc. 25. lib. 19. tit. 3. n. 7., p. 610.; Heinrich von Cocceji, *De assecuratione*, Frankfurt an der Order : Zeitler, 1693, §. 56., p. 28を参照。
- (26) Wolff, a. a. O. (Anm. 22), §. 537., p. 278.
- (27) Wolff, a. a. O. (Anm. 17), par. 4. cap. 3. §. 456., pp. 319-320.
- (28) *Ibid.*, par. 4. cap. 3. §. 447., pp. 312-313.
- (29) 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（2013年4月16日掲載）<<https://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf>>（2022年11月21日閲覧）469頁。
- (30) 民法599条3項は、通常損耗を原状回復の範囲から除外していない。法務省民事局参事官室（前掲註(29)）471頁によれば、「賃料支払義務のない使用貸借においては、無償で借りる以上は借主が通常損耗も全て回復するという趣旨であることもあるし、逆に、無償で貸すということは貸主がそれによって生じた通常損耗も全て甘受するという趣旨であることもあり、個々の使用貸借契約の趣旨によって様々であると考えられることから、合意がない場合を補う任意規定は置かないこととしている」。
- (31) 独立行政法人国民生活センター「賃貸住宅の敷金・原状回復トラブル」（2022年8月26日）<http://www.kokusen.go.jp/soudan_topics/data/chintai.html>（2022年10月19日閲覧）
- (32) 独立行政法人国民生活センター「賃貸住宅の退去時に伴う原状回復に関するトラブル」（2011年3月3日）<<http://www.hata-kouiki.jp/syouhi/trouble/025.pdf>>（2022年10月19日閲覧）

- (33) 升田純『民法改正と賃貸借契約 賃貸管理業者への影響—100年振りの改正—』(大成出版社、2018年) 220-221頁。
- (34) 野口大作「賃貸住宅の通常損耗と敷引特約」札幌法学24巻2号59-131頁(札幌大学法学会、2013年) 66頁。同様に、特約の成立自体を否定するものであると解する立場として、宮澤志穂「賃借建物の原状回復義務」判タ1210号54-60頁(2006年) 54頁および沖野眞已「判批」廣瀬久和=河上正二〔編〕『消費者法判例百選〔初版〕』(有斐閣、2010年) 58頁がある。
- (35) 島田佳子「建物賃貸借契約終了時における賃借人の原状回復義務について」判タ1217号56-72頁(2006年) 68頁註51。
- (36) 大村敦志=道垣内弘人〔編〕『解説 民法(債権法)改正のポイント』(有斐閣、2017年) 425頁。
- (37) 法務省民事局参事官室(前掲註(29)) 465頁。
- (38) 我妻榮=有泉亨=清水誠=田山輝明『我妻・有泉コンメンタール民法総則・物権・債権〔第8版〕』(日本評論社、2022年) 1331頁は、条文の文言を字義通り解釈しているようである。
- (39) 島田(前掲註(35)) 69頁。
- (40) 潮見ほか〔編〕(前掲註(24)) 472頁(担当:吉政知広)。
- (41) 細かい話ではあるが、甲はA(Bを除く。)について義務を負う、という文は、甲のBに関する義務を論理的に排除するわけではない。しかし、ここでは、日本語の慣用として、また民法621条本文が置かれた趣旨からして、同条文は通常損耗の原状回復義務を否定しており、通常損耗補修特約は、同条文の内容とは異なる旨の特約であることを前提とする。
- (42) 宮澤(前掲註(34)) 59頁「賃借人の二重の負担という点を重く見て、このような負担は、特約締結時に、特約の内容について認識を有しない、あるいは有しても希薄な認識しか有しない賃借人にとっては、予期しない特別の損害になるという観点から、賃借人の将来の予測可能性を確保するため、あえて特約締結時点において厳格な規制を行い、加えて、急増する同種事件の処理にあたっての一定の基準を示したものと評価できる」(下線は引用者による)。沖野(前掲註(34)) 58頁および島田(前掲註(35)) 68頁も参照。
- (43) ここで、判例法理を当事者の合意によって排除することができないとは、例えば、令和〇〇年〇〇月〇〇日の最高裁判決で示された解釈は、本契約に適用されない、という旨の特約が原則として無効であるという意味である。
- (44) 本稿では深く立ち入らないけれども、いわゆる判例法理の明文化ないし条文化については、以下のような検討事項が残されているように思われる。民法91条は、当事者の意思表示による任意規定の排除を認めているが、そこでは「法令中の」という限定が付されている。したがって、当事者の意思表示によって排除可能なルールは、法令中のものに限られており、判

例法理は法令の一種ではないので、この規定が及ばないことになる。すると、判例法理を法令中に明文化・条文化することは、それまで91条の適用範囲ではなかったルールをその適用範囲へと持ち込む作業に他ならない。少なくとも、そのような性格が形式的には存在することになる。もしそうであるとすれば、判例法理の明文化ないし条文化そのものの立法論的な特徴が、学術的に精緻な形で解明される必要があるのではないだろうか。なお、この点について興味深いのは、長谷川貞之「委任の解除に関する判例法理の条文化と半強行法規性」日本法学84巻3号253-311頁（日本大学法学会、2018年）291-292頁であり、改正民法651条について、以下のように述べている。「判例法理が条文化されても、従前の解釈がそのまま維持されるとなると、条文化された判例法理が契約内容の基準となり、当事者を拘束して強行法規化する恐れがある。一方、法文を制限的なものとし過ぎると、却って判例法理よりも厳格な規律となる恐れがあるのみならず、条文化が将来の判例による法創造を妨げることになる。その結果、解除を受ける者の契約継続の利益はある程度保護されるが、解除をする者が有する契約からの離脱の自由は相対的に小さいものとならざるを得ない。両者の調和ある整序が求められる」。本稿の検討は、民法621条におけるこのような整序の一端であると言えよう。

- (45) 民法（債権法）改正検討委員会〔編〕『債権法改正の基本方針（別冊 NBL126）』（商事法務、2009年）329頁。
- (46) 民法（債権法）改正検討委員会〔編〕『詳解債権法改正の基本方針 II 契約および債権一般(1)』（商事法務、2009年）105頁。
- (47) 法務省「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（2013年3月11日掲載）<<https://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>>（2022年11月21日閲覧）65頁。
- (48) 法務省民事局参事官室（前掲註(29)）465頁。
- (49) 升田（前掲註(33)）221-222頁。森山浩江「通常損耗や経年劣化による損傷の原状回復義務」法学教室490号30-35頁（有斐閣、2021年）31頁も同様。
- (50) 後藤卷則「民法の契約と消費者契約」瀬川信久〔編著〕『債権法改正の論点とこれからの検討課題（別冊 NBL147）』（商事法務、2014年）70頁。
- (51) 田島信威『最新 法令の読解法〔四訂版〕』（ぎょうせい、2010年）390頁。
- (52) 同上392頁、山本庸幸『実務立法技術』（商事法務、2006年）80-81頁。
- (53) 法務省民事局参事官室（前掲註(29)）465頁。
- (54) 以上の結論部分において、本稿は大江忠『新債権法の要件事実』（司法協会、2016年）92頁と一致する。
- (55) 同上92頁。
- (56) この解釈は、実務的にも重要である。例えば、国土交通省住宅局「原状回復をめぐるトラブルとガイドライン（再改訂版）」（2011年8月）151

頁の解説コメントによれば、「借主の故意・過失、善管注意義務違反等により生じた損耗については、借主に原状回復義務が発生することとなるが、その際の借主が負担すべき費用については、修繕等の費用の全額を借主が当然に負担することにはならず、経年変化・通常損耗が必ず前提となっていることから、建物や設備等の経過年数を考慮し、年数が多いほど負担割合を減少させることとするのが適当と考えられる」。ここで前提となる通常損耗は、賃借物の性質等から通常合理的に期待される損耗の程度を画一的に計算すればよく、個々の損耗について、賃借人が無過失であったか否かを厳密に判定する必要はない。

- (57) この概念規定は、以下のような仮想事例によっても正当化することができる。ある賃借人Yは、賃借したアパートの一室を非常に丁寧に使っていた。このため、アパートの壁紙の損耗は、平均的な賃借人が使用収益する場合よりも軽度であった。ところが、ある日、Yは自分で床に置いた荷物に躓いて転倒し、壁紙にこすった跡をつけてしまった。しかし、この痕跡は、普段Yが室内を丁寧に使用収益していたおかげで、賃借人が通常使用収益したときと同程度のものしか残さなかった。この場合、賃貸人Xは、この跡がYの通常の使用収益にもとづいて発生したものではなく、Yの過失（転倒）によって生じたものであるという理由で、原状回復費用をYに負担させることができるであろうか。もちろん、通常損耗補修特約がない限り、負担させることは妥当ではない。なぜなら、この跡が、期待された通常損耗の範囲に留まっている限り、賃料の設定によってカバーされているはずだからである。
- (58) 野口大作「賃貸住宅の通常損耗と回復費用負担特約」札幌法学18巻1号29-78頁（札幌大学法学会、2006年）73-74頁。
- (59) 沖野（前掲註(34)）58頁。
- (60) もっとも、沖野眞己「判批」河上正二＝沖野眞己〔編〕『消費者法判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2020年）59頁は、消費者契約法3条1項で努力義務とされている透明性の原則の具体化であると理解しており、本稿のように伝統的な意思表示理論から同様の帰結が生じるという立場を採っていない。この点に関しては、より詳細な検討が必要であろう。
- (61) 通常損耗補修特約の有効性を、特に消費者契約法10条の問題として捉える文献として、大江（前掲註(54)）90頁、我妻ほか（前掲註(38)）1331頁がある。
- (62) 消費者庁消費者制度課〔編〕『逐条解説・消費者契約法〔第4版〕』（商事法務、2019年）291頁。
- (63) 賃貸借に関しては、大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995年）322-326頁を参照。
- (64) 長坂純「契約の連鎖と従属的関与者—多角・三角取引の構造把握へ向けた一考察—」法律論叢89巻6号283-308頁（明治大学法律研究所、2017

年) 285頁。

- (65) 長谷川貞之「契約上の地位の譲渡：隠れた“多角・三角”取引と多元的な契約理論への転換の可能性」NBL1080号51-58頁（商事法務、2016年）58頁は、次のように述べる。「**多角的法律関係を構成する各契約上の権利・義務を相互に関連付ける概念が何であるか、それが法的にどのような意味を有するののか**については、今後、取引参加者の法人格の独立性・従属性を基礎に、当該取引の目的、契約の種類などの諸要素を個別具体的に検討することが求められるが、とりわけ当該取引ないし契約に含まれる債務の性質が重要な鍵となるように思われる」（太字は原文ママ）。本稿で検討したところの、構造上本質的な履行順序とそうでない履行順序との区別も、債務の性質を判定するための一指標になるのではないだろうか。

* 本研究は、一般財団法人司法協会「平成30年度研究助成」に基づく研究成果である。

