

敷金清算をめぐるトラブルに、貸主や業者はどう対処すべきか

合理的な内容の敷引き(償却)等特約を策定すべき

(敷金清算につき私見)

不動産取引問題研究所(前職・不動産適正取引推進機構)

三好 弘悦 tel・fax-042-374-9003 携帯 090-6016-0918

はじめに

本稿は、貸家の敷金清算についての私見です。

- 1 敷金清算は、(巷間いわれているような)「原状回復」の問題ではない。「損害賠償」の問題ではないか。
- 2 では、損害賠償の額を正確に算定し得るか。これまた(巷間いわれている)正確に算定し得るとするアプローチに対し、それは「できない」という視点に立っています。
- 3 そうであるとすれば、どう対処すべきかにつき論じたものです。

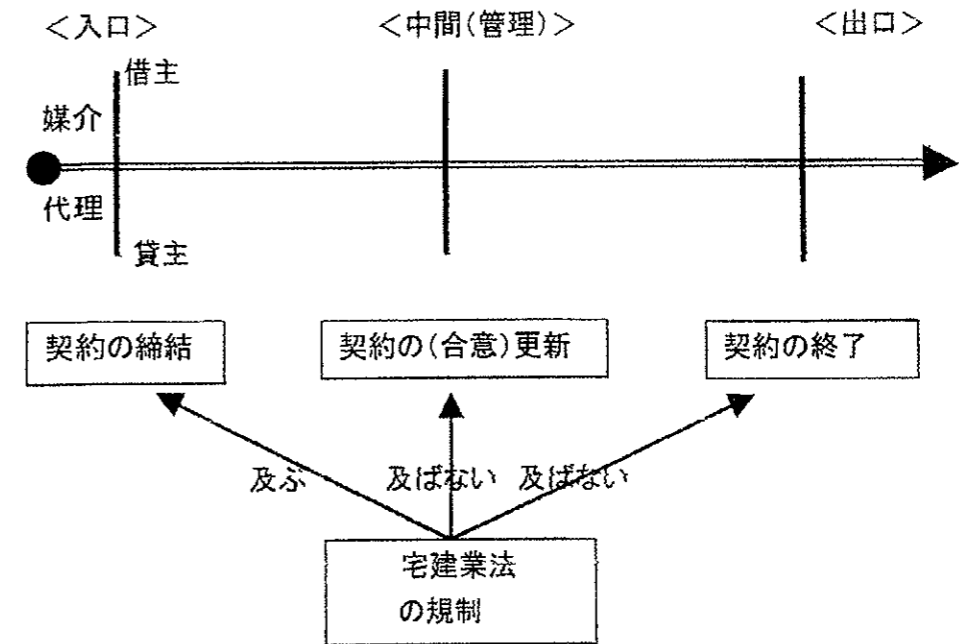
(1)前提として、貸家(賃貸借)契約とは、どのような特性をもつ契約であり、それに対し民法や宅建業法などいかなる法令がどのように適用されるか、さらにそもそも、敷金はいかなる性格のカネで、担保としてはその他どのような制度が考えられるかにつき概観しましょう。

貸家契約は、貸主が借主にアパート等の建物を、居住させるため等で例えば2年間、更新すればさらに2年間と貸し続ける賃貸借契約です。このように賃貸借は継続的な契約関係であることが、そのとき限りの売買(売り逃げ)契約と相違しています。

この貸家契約に対する主な法令の適用をみます。まず①賃料を授受する賃貸借契約ですので民法 601 条以下が適用になります。しかし、民法は貸主と借主を原則として対等の立場としています。そこで、②借主保護の観点から、貸主の都合で借主に明渡しを求めるには、6 か月前の予告と正当事由を要する(27・28 条)といった(一方的)強行規定をもつ借地借家法が制定されています。

このような民事法に対して、③都県等行政による取締法規として宅建業法があります。しかし、宅建業法は、貸主は、アパート経営のように業として営もうと規制されていません(借主も同様規制外、同法 2 条 2 号)。あくまで業法の規制は媒介(仲介)や代理を業として営む場合に限られます(同法 2 条 2 号・12 条 1 項)。それも、入口の契約締結時の媒介や代理に止まることとして扱われています。中間の契約の合意更新や本稿の敷金清算にかかわる出口の合意解約の媒介や代理には、業法の規制は及んではないとされています。もっとも、中間や出口に係る特約について、全く説明をしなかったり誤った説明をして、媒介・代理業者が貸家契約を締結させたときは、入口の問題として業法の規制が及ぶとされています。

ところで、④業法の規制に上乘せする形で後述するように東京都は条例を制定し、都内の居住用貸家の媒介や代理の業務をするに当たって、宅建業者に別途「説明書」による説明を求めています。



(2)さて本題の敷金(保証金)は、広義の一時金の一種でしょう。貸家では、借主から月々支払われる賃料(家賃)とは別に、一時的に、借家権の設定や延長の対価とか賃料の前払いし後払いとして支払われる、入口の契約締結時の礼金や中間の契約更新時の更新料等と一時金としては同種のものでしょう。

しかし礼金・更新料は、貸主からみて、いわば「取りつきり」という対価性をもつものに対し、敷金はあくまで担保のための「預り金」に過ぎません。借主の①賃料の滞納や②(本題である)賃貸物件の破壊・損傷や汚損したときの損害賠償債務の担保のために預託された金員なのです。

このような貸家の担保には、金員を預託してもらう「敷金」の他、一般にはそれとともに(連帯)保証人を、借主からの委託により立ててもらい、貸主は保証人との間に保証契約を結ぶ例が多いのです。保証人の保証契約は、借主である主たる債務者が債務を履行しないときに、代わって履行するという内容を内容とする債務です(民法 446 条)。連帯保証とは、保証人に予め①まず借主に請求しるとの催告の抗弁権(同法 452 条)と②まず借主の財産に強制執行しるとの検索の抗弁権(同法 453 条)といった補充性が排除された保証です。この保証による担保も、個人保証といわれる自然人によるものが通例です。しかし個人保証は、親はともかく親戚などは義理で引き受けているのが実態で、近時は適任者が乏しいきらいがあります。そのうえ借家の保証は、特定の債務を担保するのではなく、借家という継続的な取引から発生する債務を包括的に担保する根保証と呼ばれているもののひとつでしょう。このような事情から、このところ、保証人とともに、あるいは保証人とは別に信販会社など保証を業とする法人など機関による機関保証がみられるようになりました。この保証方式によると、借主が保証料を借家契約時に一括して支払うなり、月々分割して支払うというやり方がとられていたりします。

さて敷金をめぐるトラブルを回避するには、まず、交渉の相手を変えることでしょう。賃貸借について借主を相手にする限りトラブルは避けられません。そこで、この機関による保証方式を採用するのは、確かに機関保証の方が、利害がもろに対立する貸主と借主間の直接交渉を回避するワンクッションを置き得ます。そのうえ保証人に個人的な迷惑をかけることが少なく合理的な面があることも事実です。それに、本題たる借主の賃借中の賃貸物件に対する破壊・損傷や汚損の

損害賠償債務の清算についても、個々の借主との間の敷金清算方式より、機関保証に基づき清算する方法の方がトラブルにはなりにくいはずですが、しかし現在のところ、機関保証による清算方式については、借主や貸主のどちらも利用できる制度としてはどうも確立されているとはいえないところなのです。

ではどうすべきか。次いで考え得ることは、そもそも敷金を預らない、少なくとも敷金名目では預らないことです。敷金の預託があるから、その清算が求められるのです。そのうえ(後述するように)その清算額が正確に出ず、トラブルがつきまとうのです。そこで、敷金名目では預らない方法があり得るのでしょうか。近時の「敷(金)ゼロ(0)・礼(金)ゼロ(0)」とか「ダブル ゼロ」とかいらわれているやり方がその一方法でしょう。しかし、これらの方法も、入会金や年会費と名目を変えただけではないかといった批判もあり、これまた制度として確立されているとはいえない状況のようです。敷金相当分を家賃に組入れる方法は賃料のアップに繋がります。それになにより貸主が敷金の預託のない方式については、同意しないのです。この方式も、サブリース(転貸借)をする転貸業者とか一部のフランチャイズ業者を除いては、一般の業者にとっては現在のところは、将来の課題といえましょう。

(3) そこで現行の敷金預託方式のもとでどうすべきかでしょう。敷金清算については、ご存知の通り貸(借)家をめぐり最大のトラブルになっています。そこで、国交省と(財)不動産適取機構はガイドラインを示し、都庁も退去時の損耗等について特約がある場合は宅建業者に説明義務を課す新ルール(平成16年10月施行)を作りました。それらは、いずれも貸主に従来の敷金の清算のあり方について是正を求めています。裁判にでもなれば、貸主が敗訴する例も少なくありません。確かに、従来の貸主の敷金清算のやり方には、問題がなかったわけではないのです。しかし、貸主としては、いわばここまで押されっぱなしになると、貸室経営は維持し得ないとの悲鳴が聞えます。貸主は宅建業者であっても、宅建業法の規制は受けていません(同法2条2号)。そのうえ、宅建業者のようなプロの貸主もありませんが、アパート等の貸主は、大半が素人です。高齢の方も多いためです。このような貸主の立場も考慮しなくて良いのでしょうか。素人で高齢化していれば、後述するあのややこしい敷金清算業務には耐えられないはずですが、これからは、立場が逆転し弱者ともいえる貸主が増えるはずですが、昔はいざ知らず、現在では、いわば不良借主に泣かされている貸主も少なくないのです。

そこでこのような貸主にとって、敷金清算につき、どう対処し、いかなる方策をとったら良いのでしょうか。裁判に負けない、かつ行政にも叱られない、そのうえ何より借主に納得してもらえる方策はないのでしょうか。本稿はその試案のひとつとして、貸室の管理に携わっている業者の有志の方々と論議を重ねた結果、特にこの敷金の清算については「合理的な敷引き(償却・解約、定率・額引き)特約の策定」が一方策であること等をご紹介します。

(4) 敷金の清算をめぐる現在の状況については、とりわけ都の新ルールなどを加味して考えると、概略次のようにいい得るのではないのでしょうか。

まず①借主は、借りた部屋のいわゆる原状回復義務までは負うものではないし負わせるべきではないと解されているのです。

次いで②しかし、借主が借りている間に不注意等により壊し汚したところがあれば、その損害賠償義務を負うところです。

以上の敷金清算の総論については、民法620条の本文と但書きに基づくもので、これら

の方針で行くしかないでしょう。それも都が条例まで制定しましたので、この方針・方向はいわば「決まり(確定)」といえましょう。しかし、この方針は、要は、借主に原状回復費用をもたせる転化ができないということなので、貸主や媒介等する業者には、どうみてもピンチ(不利)です。そこで、いまは、その先の敷金清算における損害賠償額(敷額)をどう算定するか各論が問題になっているのではないのでしょうか。

ではその各論として、まず③その借主が貸主に対し与えた損害の賠償額はいくらになるのでしょうか。わが国では、損害賠償は金銭をもってするのが原則(民法417条)で、ましてや敷金といった預り金たるカネの清算です。

しかし、④この損害の賠償額を算定することは、相当に困難です。正確に算定することは、不可能とすらいえましょう。(この点、正確に算定し得るはずとの見地をとる適取や都の見解と私見とが明らかに相違するところ)その結果は、この賠償額を巡るトラブルを解決するにつき近時、勧められているのが、少額訴訟などの裁判沙汰です。しかし裁判に訴えるのは、費用対効果の点からするとどうでしょうか。従来からの敷金の清算の方式を踏襲し、その賠償額を巡りトラブルになったら、現在のところ、貸主は損害の請求額につき譲歩(バナナの叩き売り)して和解を図るべきでしょう。

けれども、貸主がトラブルのたびに譲歩を重ねるといっても実は芸のない話です。⑤こんご将来的には、どう対処すべきでしょうか。裁判沙汰は、得策ではない。さらに、損害の賠償額の算定が正確になし得ない。仮にその算定が正確になされたとしても、貸主側による算定には借主が納得しないということであれば、残された方策としては、貸主・借主間当事者で契約時に借主の借家の使い方の悪さにつき(予め)損害の賠償額を予定することではないのでしょうか。このような損害賠償額の予定は、借家では、「敷引き」や「償却」または「定額引き」等とあって、一部地域(主に大阪)などでは、旧来から現在も行われています。しかし、現行のそれら「敷引き」の大半は、償却の割合が過重だったり、その額が過大であったりして、これまた裁判になったりしています。そこで、この敷引き特約を、仮に裁判になったとしても通り得る合理的な割合や額にして、再生するのです(このことにより、敷金の清算のトラブルを回避し、あい変わらずトラブルの渦中にある貸主や他業者との差別化を図り、このピンチをチャンスに変えるのです)。

以上のほか、⑥敷金の清算をめぐる敷引き特約のほか、どのような特約なら合理的なものとして認められ得るのか。これらもこんごの主要な課題となりましょう。

(5) さて、(新)東京ルールについても、あらかじめ多少のコメントをしましょう。

東京都は、東京における貸家の敷金の清算等に係る紛争を防止するため、「東京ルール」と称される都独自の条例・規則を制定しました(平成16年3月)。その施行が平成16年10月なので、所管課の都市整備局住宅政策推進部不動産課は、この条例・規則を適正に施行するため、宅建業者に①宅建業法35条に定める「重要事項説明書」の他、それに併せて②都独自の条例に基づく「説明書」(都作成のモデル等別添参照)による説明を求めています。いわば二本立てとなります(さらに③「重説」のその概要説明(プレ重説)もすることになると三本立てともなりましょう)。そこで、東京ルールについても、あらかじめここで触れておきましょう。

(6) まず、都条例に基づく「説明書」によると、求められる説明事項はどうなっているのでしょうか。入口の貸家契約締結に先立ち、①継続する賃貸借の中間である入居中の貸

家の修繕は、原則として貸主にあることと、②とりわけ問題になっている出口における敷金の清算については、(いい回しには異なるところはありますが) ひとことというならば(本敷金清算の総論がいう)、借主はいわゆる原状回復義務までは負うものではないし負わせるべきではない。しかし、損害賠償義務は負うものであることにつき説明をしるとされています。もっとも、③これらの事項につき「特約」をもって対応することは否定されてはいません。しかしその特約の内容は、要は合理的でなければならないとされています。そのうえ、④修繕の連絡先の説明も求めています。

(7) 次いで、この都条例に基づく「説明書」による説明は、宅建業者が①東京都内の居住用(事業用は除かれています)の貸家の成約(入口)の媒介や代理の業務をするに当たって求められているものです(ただし、中間の合意更新の媒介等については規制外とされています)。この都条例に基づく説明書の説明をする者は、「重説」の場合と相違して、必ずしも取引主任者である必要はないようです。また、②東京都内の居住用貸家の媒介や代理をするのなら、都知事以外の免許業者(大臣や他府県知事)も、この都条例に基づく「説明書」による説明をしなくてはならないのです(条例の属地的適用)。さらに③この都条例は、宅建業者につき規制しているに止まっています。貸主は、アパート経営など貸家を業として営もうと宅建業法の規制を受けないことを配慮して(業法2条2項)、この都条例に基づく「説明書」による説明はしなくてもかまはないとされています。

(8) ところで、当事者とりわけ貸主が都条例に基づく説明にもとる条項を借家契約書に約定したとしたらその効力はどうなるのでしょうか。①都条例の規定や趣旨にもとるところがあるが(この点、媒介等をした業者は取締法規に違反したとして都庁から指導や場合によれば行政処分を受ける余地はあり得ても)、民事法的に許される合理的な内容の約定(特約)ならば民事法上は有効でしょう。それが②都条例に反し、かつ不当条項として消費者契約法や民法上無効とされれば、民事法上も無効とされましょう。結局は約定の内容いかんということでしょう。

(9) このように都は、宅建業法とは別に条例まで制定して(上乘せ・横出し条例)、敷金清算についての貸家をめぐる最大のトラブルに対処しました。その骨子は、敷金の清算につきひとことというならば、①借主はいわゆる原状回復義務までは負うものではないし負わせるべきではない。しかし②借主は他人(貸主)の物を借りているのだから、目的物を壊したり汚したりしたとすればその損害賠償義務は負わなければならないということでしょう。このように都は敷金の清算に当たっての基本的立場を明確にしました。さらに都の(新)トラブル防止ガイドラインは、この基本的立場を踏まえ、具体的に図示などして貸主と借主との間の債務等の分担を明確に色分けしています。これらの点は大きく評価し得るところです。

この都の新ルールは、近隣各県は当然、全国的に影響するところは少なくないはずですが、他県において、都のルールと異なる取扱いがなされたとすると、「東京はこうしている」「東京と取扱いが違うのではないか」といった苦情が寄せられることは、優に予測されます。

(10) しかしそうだとすると、今回の都の対応で敷金清算におけるトラブルは氷解されるのでしょうか。都条例は(従来のガイドラインと同様)、貸主と借主との間の債務等の分担は明らかにしましたが、その先の、特に借主が負担すべき債務(損害賠償)額をどう算定するかについては十分には触れられてはいません。問題は、敷金といったカネの清算です。結局はその控除額や、または不足するとしたら、その額をどうすれば正確に算定し得るか

の問題です。さらにそれが正確に算定しがたいとしたらどう対処すべきかが問題になっているのです。

そのうえ最も問題として残るのは、敷金清算の最大のカギを握り、それでいながら「時代が変わった(貸手から借手の市場へ)」ことを自覚せず、ことば通りの原状回復義務を借主に求めたがる貸主側にどう対処するかについてです。今回のこの都条例は最大の標的たるべき貸主に対しては直接規制を及ぼしていません。そのうえ、媒介業者による都条例に基づく「説明書」による説明についてすら、(本来なら最も必要なはずの)貸主側に対し、説明しておくのが「望ましい」といった対処に止まっているに過ぎないのはいかがなものでしょうか。

I 敷金清算 総論

1 敷金清算は「原状回復」の問題か

否、「損害賠償」の問題ではないか

(1) 貸家は、貸主が目的物件を借主に賃貸したものです。その貸家関係が終了したときは、借主はその目的物件に返還(明渡し)しなくてはならないのは当然です。その際、特定物の引き渡しですから、借主はその引渡すときの「現状にて」引き渡せば足りるはず(民法 483 条)。しかるに、このことに関してトラブルが絶えないのです。その最たるものが敷金の清算です。

この敷金の清算については、巷間もっぱら「原状回復」の問題とされています。ところで「原状回復」といえば、賃貸した当初の状態に戻すことです。しかし、借家においては、どうでしょうか。この「原状回復」という発想と視点を取る限り、敷金清算を巡る借家最大のトラブルはなくなるといわれています。といいますのは、貸主側は、「現状」ではなく「原状」回復といわれているのです。「現状」とは、中古物件売買の「現状有姿」にいうように、現在の状態のことをいいます。それに対し、「原状」とは、元の貸家契約締結(入居)時状態のことを指すのです。その「原状回復」というのですから、貸主は貸家の明渡しに際して、借主側にことば通り貸した当初の状況への「原状回復」を求めたいとするはず(民法)です。リフォームして貸したのだからその代金相当額を、また専門業者のハウスクリーニング代なども当然に、さらにいわゆる電気焼けやらの通常使用に伴うものとか、経年による劣化や自然に損耗した部分を元に戻すための費用等をも敷金から差し引こうとするのです。ところが、この貸主の措置に対して借主が納得しかねているのです。このようなリフォーム等は、貸主が次のテナント(借主)に貸すためのものではないか「それをなぜ、家賃をまっとうに払ってきた前の借主の私が負担しなくてはならないのか」という不満です。

(2) このような敷金の清算の本質を「原状回復」をもとにとらえる考え方に対して、それは「損害賠償」の問題としてとらえ直すべきであるとする考えがあるのです。敷金清算は、従来からの発想と視点を転換し、要は「損害賠償」の問題であるというのです。借主が貸主に対し「損害賠償債務を負っているか否か」、仮に負っているとした場合、「その額はいくらか」の問題であるとするのです。なぜ、敷金清算をこのような「損害賠償」の問題としてとらえられるのでしょうか。

この点、売買契約のような一過性の取引では、契約が解除になると遡及効を持ち「原状回復」が各当事者(売主・買主)に求められます(民法 545 条 1 項本文、契約解除の直接効果説)。

民法 545 条①当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復せしめる義務を負う。
 ②前項の場合に於いて、返還すべき金銭には、その受領の時より利息を附することを要す。
 ③解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げず。

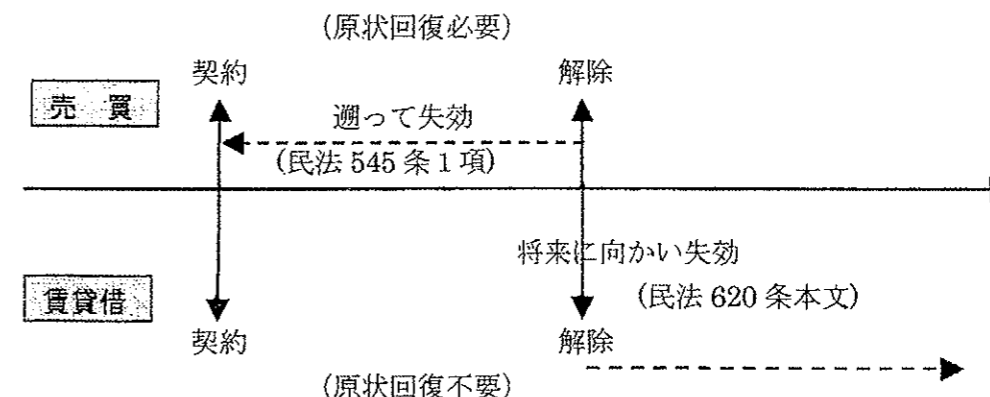
ところが、借家契約のような継続的契約関係では、その契約が解除(または期間満了による終了も同様)されても、その効力は遡及しないとされているのです。将来に向かって契約関係がないことになるに止まるのです。離婚すれば、いわゆるバツイチで、再婚は初婚ではありません。このことは、なにより民法 620 条本文の規定に由来します。そこで、借主は、貸主に対し原状回復義務を負っていないのです。従って、その負担も負いません

民法 620 条 賃貸借を解除した場合においては、その解除は、将来に向ってのみその効力を生ず。

ただし、当事者の一方に過失ありたるときは、これに対する損害賠償の請求を妨げず。

仮に貸家契約のような継続的契約関係において、「原状回復」をことば通り行うこととすると、借主は貸主にリフォーム代等を支払うこととして敷金から控除されるが、他方、貸主に対し支払い済みの賃料に利息を付けて返還しろということになるはず(民法)です。これでは、法律関係が非常に複雑になるので、貸家契約のような継続的契約の解除(終了)には遡及効を持たせず、そもそも「原状回復」することを求められていないのです。その結果、貸家契約も特定物取引ですから、借主はその借りていた部屋などを明渡し時に、そのまま「現状にて」(自然損耗があっても、借主が壊したり汚してあってもそのまま)貸主あて返すことで足りるのが本来なのです(民法 483 条)。

そのうえ、「原状回復」という視点で捉えると、借主が敷金からの控除という形で負担したにもかかわらず、貸主はカネだけとって実際には修復(原状回復)をしていないではないか、という苦情を借主は持ち勝ちです。しかし、「損害賠償」の問題としてとらえると、貸主が借主から取得する賠償金をいつどのように使うかは貸主の自由なはずでしょう。



もともと、賃貸借でも使用貸借の規定を準用し(民法 616 条、598 条)「借主は借用物を原状に復して、これに付属せしめた物を収去することを得」とも定めています。しかし、この規定も貸家では、借主が持ち込んだ家具等の類は、借主において取り外し持ち運び収去せよという趣旨だと解されています。賃貸借がこの規定を準用したからといって、貸家の本体部分について修理してまでの原状回復をしろと規定しているわけではないのです(地上権につき同趣旨を規定する民法 269 条 1 項参照)。

(3) では、借主は借用物を返還するだけで、負担するところはないのでしょうか。それは、必ずしもそうではないのです(民法 620 条 1 項但書き)。借主は、他人(貸主)の部屋などを借りたのです。その借りている間は、善良な管理者の注意を払って使用しなくてはならないのです(民法 400 条)。用法違反や特に借主の故意は当然、過失により、いわゆる善良な管理者の注意義務に違反し、その結果、借用物を壊し(破壊・損傷)、汚し(汚損)したときは、その損害賠償の責めに任じなくてはならないのです。このことは、あたかもレンタカーを借りている間に借主が壊し汚したところがあれば、賠償しなければならないのと同じことです(タイヤの消耗等については、別途の請求はないはず)です。かくて、敷金清算の本質は、「原状回復」の問題ではなく、「損害賠償」の問題としてとらえ直すべきだと

主張されているのです。敷金の清算について数少ない高裁の判断である大阪高判平 12・8・22 も、要は借主は、損害賠償義務を負うが、約定があっても原状回復義務までは負うものではないと判示していると解し得ましょう。都の新ルールもこの路線と同一であるように思われます（都条例 2 条 1 項 1 号）。

（4）さらに、（財）適取機構の「ガイドライン」等でいっていることを良く読んでみても、実は、敷金清算を損害賠償の問題としてとらえているといえるのではないのでしょうか。そこでの結論は「借主の原状回復義務は、原状回復から経年変化（劣化）と通常（自然）損耗を除いたものの復旧義務」としています。であれば、この引き算の答えは、損害賠償義務ということにしかならないはずで

そこではなみに、敷金清算についての見解を要約すると、次ようになります。

- | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> ① 純粋原状回復説（論） ② 修正原状回復説（原状回復説—経年劣化・自然損耗） ③ 損害賠償説 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

そして、この敷金清算の見解が①から②を経て、いまや③が主張され始めたのです。この損害賠償説は、貸家の敷金清算についての特有の問題ではありません。先に引合いに出しましたが、レンタカーが壊されて返された。では、その損害賠償の額はいくらかといった他人に賃貸した物が損傷されて返されたときときの問題のひとつです。このように敷金清算を「損害賠償」の問題としてとらえ直すと、従来からそして現在も続いている原状回復説に基づく混乱、例えば、借家の「原状回復」を定義するのに、「原状回復とは、入居時の状態に戻すことではありません」などといった（国語的には）矛盾した言い方から脱却でき、その後の処理や敷引き特約等も損害賠償説で一貫され明解になり、無理なく説明できるはずで

す。敷金清算に当たっては、現地を査定するに、「借主に原状回復義務があるか否か」ではなく、「借主が壊し汚したか否か」の視点で行われるべきなのです。「原状回復」という発想とことばが使われていることが、敷金清算の問題について、いつまでもあい変わらずの混乱をもたらしているように思われます。

例えば貸家の契約が終了し借主から明け渡されたが、目的物件に壊されたり汚されたりしていたとします。これを貸した当初の状態に戻す「原状回復」という視点で捉えたと、その補修費用を借主に負担してもらうということになり勝ちです。その扱いに対して借主が納得せずトラブルになっているのです。そこで、これを「損害賠償」という視点で捉え直すのです。あくまで貸主が借主に対し請求できるのは、借主側が壊し汚したところに限られると

す。他人（貸主）の物（貸室）を借り、その間に借主側が壊し汚したとしたら、その損害の賠償に任じなければならないということは、債務不履行の損害賠償（民法 415 条）といった大袈裟な理論を振りかざさなくても常識でしょう。このことに異論を唱える借主もまずいません。借主は、この損害賠償の範囲を超え、借主に帰責するところのない、いわゆる原状回復についての負担まで負わされていることにつき納得できないとい

っているのです。巷間「ピン（面紙）の穴は貸主負担・釘穴は借主負担」などといわれ、それにつき争われる余地が残ることからもお分りの通りです。しかし、「損害賠償」という視点で捉え直せば、まず①壊されたり汚されたりしたところがあるか、次いで②それは借主の故意なり過失に基づくものか（帰責性）により決せられることになるのです。ですから、壊れ汚れが経年劣化・自然損耗によるものであるときは、借主に負担させ得ません。このように敷金清算の視点・軸足を損害賠償説に置くと、現在陥っている混迷から脱却できるはずで

す。ちなみに、都の新ルール「賃貸住宅紛争予防条例」自体にも、「原状回復」という用語は使用されてはいません。

（5）もっともこのような損害賠償説も、貸主が貸室を前借主の退去後にリフォーム等して、原状に回復すること自体を否定するものではありません。貸主により原状回復され良質の貸室に戻ることは、貸室経営上も奨励されるべきです。しかし損害賠償説は、その原状回復をするならば、それに要する費用は、あくまで貸主が負担すべきであって借主に転化されるべきものではないと主張しているのです。借主は、借主が壊し汚した部分の損害を負担すれば足りるとするのです。

要するに、敷金清算等について、借主は貸主に対し、善管注意義務違反の債務不履行に基づく「損害賠償義務（債務）」は負っているが、「原状回復義務（債務）」は負っていないということに尽きます。このことは、そもそも民法 620 条本文とその但書きが規定しているところなのです。それが都の条例等により駄目押しされ確定されたということです。そこで今後貸主側としては、原状回復説ではなく損害賠償説の視点と路線で敷金清算に当たるほかなくなるとい

2 全面的(完全)原状回復特約は無効か

では、貸家契約でも特約で約定したら有効なのでしょう。特約すること自体は、契約自由の原則上有効です。本来は、「特約」も約定（契約）の一つに過ぎません。その約定のうち、「特約」とは、当事者間で特別に約束するとしたものに過ぎないのです。しかし、特約として約定したら全て有効なのでしょう。この敷金清算についても、当事者間の「特約」をもって対処しようとされる貸主の方は、今も少なくありません。その典型的な例が、いわゆる「原状回復」特約でしょう。帰責の有無にかかわらずリホームやハウスクリーニングの各代金のその他の原状回復費用の全額を借主に負担させる特約です。このような（前述もしました）「原状回復」ということば通りの原状（成約当初）への回復を求める全面的（完全）原状回復特約もあ

るのです。しかし現在は、その種の特約は、契約書に記載され、当事者が判を押したとしても、それは不当条項として消費者契約法や暴利行為として民法によりその効力が否定される傾向がますます強くなっています（消費者契約法 9・10 条、民法 90 条等、大阪高判平 15・11・21、京都地判平 16・6・11 等）。都の新ルールも「特約はすべて認められる訳ではなく、内容によっては無効とされること」がある旨を明らかにしています（都モデル説明書 A-1,2）。

ずです。

実際にも、この種の不当とされる原状回復特約は、貸主側もいわば「駄目元(もと)」的に入れていくようです。貸主側は、この種の特約を約定させ、素直にその約定通りと認める借主からはそのまま取立て、他方、その約定に苦情等を申し立てる借主には、その請求を引っ込めているのが実態のようです。

II 敷金清算 各論

1 賠償額は正確に算定し得るか

(1) では、ここでは、特約がなされていないか、仮に 特約があっても損害額の算定を要する場合について検討しましょう。前述した敷金清算は「原状回復」というよりも、その本質は「損害賠償」にあるとする本題に戻ります。その考えによると、敷金清算はどうすべきでしょうか。

それは、要するに、まず①借主の貸主に対する**損害賠償義務の有無**、(前述の敷金清算総論)、次いで②それが有りとしたら、その**損害賠償義務(範囲)**を、そのうえで③それを金銭に評価すること(本論の敷金清算各論)にあります。この結果、具体的な賠償額が算定できたら、それを基に敷金で清算するということです。

(2) ところで、損害賠償論(説)のあり方については、民法上は、主に不法行為法を中心に論議されています。そこでは、「損害」とは、(本テーマに即して論ずれば)借主が貸主の物件(貸室等)を損傷しなかったと仮定した場合の利益状況と借主が損傷した現実の利益状況とを具体的に比較しその差を算定とする**差額説**が通説です。判例も、物の滅失の場合の通常損害は、物の交換価格であると判示しています(大判大15・5・22)。

例えば、襖紙を例にとりあげましょう。その1枚を1万円とすると、賠償額は、それを借主が全面的に損傷したならば1万円です。それが経年で劣化し減額(償却)され、当初の半額5千円の価値しかなかったとすれば、5千円かといった具合です。

このように損害賠償説によれば、賠償額は残存している現存の交換価格(5千円)に止まります。これに対し、純粋な原状回復説によれば、元に戻すに要する一切の修理代(1万円ほか)になるはずでしょう。

(3) このような差額説に基づく損害賠償説によりますと、(1)で前述しますように、まず①借主の貸主に対する**損害賠償義務の有無**が問題になります。貸主は借主に対して損害賠償請求権があるか否かの問題です。仮に借主が、借りている間、貸家に対し壊したり汚したりしたところがなかったとすれば、貸主に対する損害賠償義務はないのです。貸主は、この点、借主に何らの請求はできないこととなります。そこで、貸主側としても、入・退去時に、特に借主から物件を明け渡される際に、借主側と破壊・損傷そして汚染の有無があればその状況を確認しあっておくことが一般に求められているのです(入・退居時のチェックリスト参照)。もっとも、借主が不注意な使用で汚したのか、それとも通常の使用だが自然に損耗したものなのかの別は争われるところでしょう。

(4) 次いで、最も問題になるのが、借主の貸主に対する損害賠償義務が有りとしたら、その損害賠償義務(その範囲については、民法417条参照)の金銭への評価すなわち**賠償額の算定**です(民法417条)。

もちろん、この賠償額が正確に算定できるならば、敷金清算はそれを基になされるべきです。そのために、ガイドライン等が作成され、いまもって営々と正確な賠償額を算定すべく努力が重ねられているのです。そのプロたる「診断士」とかいった制度の導入もとり沙汰されています。

ところで、賃貸住宅において敷金清算の算定のための努力を重ねれば、いつかは正確に賠償額を算定できるに至るのでしょうか。私には、問題の大半が中古物件の部位についてであることや算定に当たる者が損保会社のような専門家でない素人集団であること等を勘案すると到底それは無理のように思われます。

例えば講習会の会場などで、この目の前の襖がこれだけ借主に汚されて明け渡された。といって、白紙に10センチ四方の汚れをマジックで描き、それを壁に当て「さあ、このように借主により壁が汚され貸家が返された。この賠償額を具体的に算定して下さい」と問います。その答えは、十人十色といって過言ではありません。それは、どうしてでしょう。それは、賠償額を算定する前提の一つではなく、個々具体的に様々で多様だからです。

例えば、前述は、襖紙の一面の単価を1万円と値踏みしました。しかし、実際の襖紙一面の単価はいくらなのでしょう。本当に1万円ですか、いや5千円ですか、それとも2万円ですか。それは分かったとします。しかし、それが分かったとしても、それは新築時やリフォーム時の価格でしょう。それから何年かたった明渡時現在の残存価格はいくらになっていますか。その現価を算定するための耐用年数は、何年なのでしょう(備品の類は5~6年が多いといわれています)。質の良し悪しにかかわらず耐用年数は同一なのでしょう。耐用年数切れだとしたらどうすべきですか。その場合でも1割の価値は残存するとしているくらいがありますが、本当にそうなのでしょう。そのうえ、賠償すべき範囲は、10センチ四方ですか。腕の良い経師屋等によれば、最小の範囲で修理済みになる場合もあり得ましょう。あるいは1平方メートル四方ですか。それとも一面全体ですか。10センチ四方としても襖一面全体として捉えるのが相当ですか。襖の一面としても、柄違いや色違いを防ぐため他の面の張替えを要するとしたらどうなるのでしょうか。一般には、借主は一面分を負担すべきで足り、それが相当な範囲とされています。しかし、一面の一部の毀損にすぎなくても襖のような対をなす物ですと、一組の全てを張替えるのが相当とされることもあり得ましょう(民法416条に規定する損害賠償の範囲参照)。

このように襖紙ひとつとらえてみても賠償額を算定する前提たる積算単価等が異なれば金額は相違するのが当然です。様々な前提があつての答えですから、その前提が異なれば、答え(算定額)は異なるのです。そのうえ、一般の貸主・借主は当然、その算定にたまたま当たる管理業者も損保会社のような賠償額を算定する専門家ではありません。また、管理を請け負い、それにつき別途報酬も受領し得るならともかく、管理は賃貸の成約の媒介などのサービスとして行っている業者にとっては、入・退去の立会い調査と賠償額の算定は、大変な労務になってはいませんか。このように、とりわけ中古の物件等については、仮に借主に損害賠償義務があるとしても、その賠償額を算定するとなると、それは正確にはできないか、少なくとも困難なのではないでしょうか。

また、仮に裁判により損害賠償を請求したとしても、裁判所の認定した賠償額に納得し兼ねる思いをした経験のある方は多いと思います。このことの対応のためか、裁判所による損害額の認定を容易にさせるべく、民事訴訟法(248条)は「損害が生じたことが認められるばあいにおいて、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、

裁判所は、口頭弁論の全趣旨および証拠調べの結果に基づき、相当な賠償額を認定することができる」と規定しています。損害の金銭的評価は、裁判官の創造的で裁量的な判断に基づく評価作用といわれているのです。このように民訴法も、損害額の認定は、元来幅のある、いわゆる「つかみ」的要素のあるものであることを認めています。ですから、われわれとしても、敷金清算の実務上もこのことを前提に対応すべきです。特に管理業者などが、借主から明け渡された物件につき、その具体的な賠償額を算定するに際しては、電卓を叩けば、誰もが異論の余地のない絶対的に正確無比な金額が算定できるという代物では元来ないのです。

(5) このように、貸家が借主により壊され汚されたところがあるとしても、その賠償額を算定することは、正確にはまず不可能といつてよいのです。正確にぴた一文の違いなく算定することができる考えるのは幻想に過ぎないのではないのでしょうか。それを現行のガイドライン等は、正確に算定することができるはずとの見地に立っているように思われます。このような背景があるものですから、借主・貸主側いずれもが相手による賠償額の算定には納得しないのです。その結果は、貸主も借主も、お互いが突っ張りあってしまうのです。このように、互いにその算定額を固執し譲らなければ、紛争になるのは目に見え、現に紛争は拡大し増加しています。

そのうえ、従来貸手市場であったこともあって、貸主の一部において敷金清算において暴利をむさぼる嫌いもあったかと思われまます。その反動もあって、とりわけ近年の借主は、寝た子が起こされた形で貸主不信をつのらせているのです。われわれ管理（媒介）業者の貸主の回し者とみられています。そこで、仮に賠償額その算定が正確になされたらと仮定しても、借主の納得は得がたく紛争になるのです。

2 賠償の算定額が争われたら

(1) 次に、借主により壊され汚されたところがあったとしたらどうすべきですか。借主により壊され汚された、その結果貸主としては損害を被っている、その損害を借主は支払うべきだという貸主の借主に対する請求については、その請求が否定されるいわれはありません。

問題は、(前述もしましたように) その賠償額なのです。正確に賠償額を算定し得るならば、貸主はそれを算定し借主に請求します。しかし、前述しましたようにその賠償額を算定することは、正確にはまず不可能なのです。だとすれば、あくまで概算額を算定し請求するほかないでしょう。

そもそも、敷金は、ご存知の通り、借主の賃料債務とその他の本テーマである破損損害金などを担保するために貸主に預託された金銭です。算定した概算額をその敷金から控除し、余剰があれば借主に返金し、他方不足するところがあれば、改めて借主に追加請求をします。このようにして、敷金清算を結了させます。

(2) ところで、最もトラブルになっているのは、この貸主が算定した概算額について、借主の納得が得られない点です。そのような場合は、貸主としては、借主により壊され汚されたところがあったので、その損害額を算定し請求している旨を説明し、ご理解を得ることです。しかし、このような説得を試みても(近時とみに増えていますが)ご理解を得られない場合は、貸主側としては、この損害額の算定自体が、そもそも必ずしも完全無欠なものではないということを思い起こして下さい。そして、(感情を押さえ)減額を図り妥協できる点(額)を見つけて下さい。いわば「バナナの叩き売り」に近いことを試みるべきで

しょう。

(3) この妥協点が見付けられないと、どうなるのでしょうか。訴訟による救済を求めて裁判沙汰になる例が少なくないのが現況です。といいますのは、民事裁判は私人間の紛争を公権的に解決する最終的手段だからです。そのうえ一日裁判(一期日審理の原則)の少額訴訟制度の活用が勧められてもいるからです。しかし、①貸主が借主から敷金からの控除後の残余金の返還を求めて裁判に訴えられる(原告・借主)ときは、また②貸主が借主に損害額が敷金では足りなかったと裁判に訴えるとき(原告・貸主)も、いずれも費用対効果の視点からするとどうでしょうか。少額(60万円以下の金銭の支払いを求める)訴訟の費用は、確かに低額です(訴額10万円当たり1千円)。

しかし、たかが請求する額が10万円や20万円程度のカネの問題だとしたら、裁判までして争うのが本当に得策なのでしょうか。少額訴訟は、素人の本人で十分担当できますが、どうしても訴訟代理をとるのであっても、管理会社等による代理は認められないようですし、弁護士では受けてもらっても費用倒れでしょう。簡裁での訴訟代理人になることが認められている司法書士の一部の方にも頼むことになりましょうか。

借主から貸主あて訴えが提起されれば、貸主としては応訴するほかないのです。訴状が着いたのに、答弁もしなければ、貸主側の自白が擬制され、敗訴になるのです。俗に欠席裁判といわれています。もっとも他方、貸主・被告が裁判(口頭弁論)の冒頭で通常の訴訟への切り替えを求めれば、通常訴訟へ移行し得ます。そこで、じっくり相手の主張の根拠(証拠など)を争うことは可能です。借主側には、その主張を裏付ける現場写真や証人等が乏しいのが通例です。また、一方が仮に勝訴したとしても敗訴した側は裁判に負けたと遺恨を持つはずで、さらにまた、敗訴した側が履行しなければ、改めて確定判決を「債務名義」にして強制執行等別途の手続きに及ばざるを得ないのです。そのうえ、そもそもこの種の裁判では、裁判所が判決を下すのは稀です。大半は、「弁論兼和解」といわれているような手続きのうちで、裁判官から足して二で割る類いの(裁判上の)和解を勧められ、貸主側はそれに抗しきれず不承不承和解案を飲まされて決着をつけさせられているのが実情のようです。これらのことを勘案すると、多少の譲歩であれば、結局裁判外で民事上和解をする方が得になる例が多いはずで

3 「敷引き(償却)」は「損害賠償額の予定」として...

(1) かくて既に成約済みの借家については、損害額等につきトラブったら、貸主は借主とまず折り合い(和解)をつけることを図りましょう。しかし、こんご将来的には、敷金清算をめぐるこの問題にどう対処すべきでしょうか。特に貸主として、また媒介や管理を請負う業者としては、どう対処すべきでしょうか。裁判沙汰は、得策ではありません。そのうえ、損害の賠償額の算定が正確になし得ない。仮にその算定が正確になされたとしても、貸主による算定には借主が納得しない・・・というのであれば、その対策としては、居住用貸家を事業用貸家同様スケルトン貸しをするなど様々な方策があり得ましょう。しかし、スケルトン貸しは、家具付き貸家が増加傾向にあるときにはやりがたいでしょう。そこで、簡便に紛争を防止し、一般貸主も使い易い方策となると、貸主・借主間当事者で契約時に借主の貸家の使い方の悪さにつき(予め)損害の賠償額を予定とする方策を策定することではないかと考えます。賃貸借という継続的契約関係の出口の敷金清算に対し、入口の成約時に特約で対応するのです。それも本稿2で前述した合理的な特約で対応するのです。これは、宅建業法38条に規定する業者売主売買におけるいわゆる2割金ともいわれている損害賠償額の予定の賃貸版なのです。都の新ルールにおいても、借主の責めに

帰すべき事由により修繕を必要とするような場合について特約することを禁じてはいないはずですが、このような損害賠償額の予定は、貸家では、「敷引き」特約や「償却」約定として、または、「解約引き」や「定率・額引き」「定額・率清算方式」などと称され一部地域などでは、旧来から現在も行われているのです。しかし、現行のそれら敷引きの大半は、償却の割合が過重だったり、その額が過大であったりして、これまた裁判になったりしています。そこで、この「敷引き（償却）」特約を、仮に裁判になったとしても損害賠償額の予定として認めてもらえる合理的な内容のものにして、再生し直すのです。

もっとも、住宅金融公庫の融資を受けた貸家や特定優良賃貸住宅では、「敷引き」特約ということだけで特約の設定が認められていないようです。そのような場合には、「敷引き」特約ということだけで、一概に禁止するのはいかがかと考えますがこの種の特約は避けておきましょう。

(2) そもそも、「敷引き(償却)」特約とは、貸主が、敷金のうちの一定割合、または一定金額を借主あて返還しない旨を、成約時に予め約定することをいいます(最判平 10・9・3)。このような特約は、どのような法的性格を持つものと考えられるのでしょうか。

このことについては、入口のいわゆる「礼金」に相当するとか、出口の空室損料に当たるなど様々な見解があります。個々の契約ごとに様々な性質を有するものとも判示されています(神戸地判平 7・8・8 等参照)。しかし、このようないわば水と油を混ぜ合わせるようなとらえ方はすべきではないと思われまます。あくまで「損害賠償額の予定(民法 420 条)」に純化してとらえるべきだと考えます。敷引きは、家屋の賃貸において、目的物に対する借主による損傷・汚損といった借主の債務不履行に伴う損害賠償額を予め約定したものと解するのです。このように解することが、敷金が借主の債務不履行に伴う損害賠償の担保であることから、その損害賠償の予定たるものとして、「敷引き」を敷金と結びつけ、その延長の問題として位置づけ得ることになるのです。

(3) この損害賠償額の予定とは、将来債務不履行のあることを予想して、当事者(貸主・借主)間の(貸家)契約において債務者(借主)が、敷金から敷引き(控除)して支払うべき損害賠償額を予め約定しておくことをいいます。

このことにつき民法 420 条は、次のように規定しています。

民法 420 条①当事者は、債務の不履行につき損害賠償の額を予定することを得。
この場合においては、裁判所はその額を増減することを得ず。
②賠償額の予定は、履行または解除の請求を妨げず。
③違約金は、賠償額の予定と推定することを得。

4 損害賠償額の予定とすることの効果・功罪

このような損害賠償額の予定を約定すると、どのようなことになるのでしょうか(効果)。そのことに伴うメリットとデメリット(功罪)は何でしょう。

(1) まず、この損害賠償額予定は、債務者(借主)に債務不履行のあることが前提の要件となっています。そこで、借主が借家している間に、借主が故意は当然、乱暴な使い方等不注意といった過失により、壊したり汚したりしたところがある、というときに適用されるのが前提です(後記 7 (2) 重要事項説明書②本文・同 7 (3) 貸家契約書①参照)。こ

の点で成約した入居時の物件の状況確認が、退去時の確認より重要になりましょう。そのような債務不履行が借主にないとなれば、損害賠償額予定たる「敷引き」特約が契約書で約定されているということだけで、貸主は損害賠償の予定額を請求できるということではありません(後記 7 (2) 重要事項説明書②ただし書き前段・同 7 (3) 貸家契約書①ただし書き前段参照)。従って、成約はしたが、入居する前に貸家契約が解消になったというようなケースでは、損害賠償額の予定の約定があっても、その請求はなし得ません(この点、業者によると、取り易さからか「入会金」などと呼称を変え「敷引き」を前倒しし事前の成約時に控除(償却)している例を見かけます。しかし、このやり方には、債務不履行もないのに控除する点につき、借主の無過失責任特約を認め得るのか否かといった問題がはらみ相当とは思われません)。

(2) 最も損害賠償額の予定を約定することのメリットは、貸主において損害の発生及びその損害賠償額の証明を要しないとされている点です。「敷引き」特約そのものに基づいて損害賠償額を請求できる結果、現場での損害発生の有無についてのみ、すなわち借主による壊し・汚しがあるか否かの確認をするだけで足りる。その先のあの煩わしい正確にはなし難いといわれる賠償額の算定から開放されます。この仕事を担当した業者の従業員は、真面目であればあるほど、貸主と借主との間で板挟みになり、悩み、ノイローゼになり退社にまでいたる例が少なくない聞いています。この点損害賠償額を予定すると、貸主側の算定の負担はずっと軽減されましよう。さらに損害賠償額の証明を要しないことから、敷金から差し引く借主の負担(債務)額の明細を貸主側が明示する必要もないことになりましよう(後記 7 (2) 重要事項説明書②本文・同 7 (3) 貸家契約書①参照)。

(3) もっとも、損害賠償額の予定を約定すると、実際に貸主において生じた損害額が少ないときでも、約定した以上、その約定額は請求し得るとされています。逆に実際に損害額が多いときでも、その約定額を請求し得るに止まるとされています。この**予定損害賠償額の増額や減額は、裁判所もなし得ないと規定されているのです**(後記 7 (2) 重要事項説明書③・同 7 (3) 貸家契約書②参照)。従って、損害賠償額の予定を約定すると、巷間良く見受ける、貸主による修繕費等の「敷引き」とは別途の請求は、原則としては認められないこととなります。

(4) なお、この損害賠償額の予定の約定時に予想した損害を遥かに超える損害が借主によりもたらされたときは、どうなるのでしょうか。例えば、借主の放火や失火により貸家が全焼したようなときです。また、借主が貸主への腹いせに目的物件を取って壊して退去したような場合です。このような例外事象には、損害賠償額の予定の法理は適用にならないとして、交通事故における示談後の後遺症におけるいわゆる別損害説(最判昭 43・8・15 等)のような別の理論で対応することになりましよう(後記 7 (2) 重要事項説明書②ただし書き後段・同 7 (3) 貸家契約書①ただし書き後段参照)。

他方、借主が入居して直ぐに退去したような場合も、借主に債務不履行がないので、損害賠償額の予定の法理は適用されないといった修正が求められるときもあり得ましよう(後記 7 (2) 重要事項説明書②ただし書き前段・同 7 (3) 貸家契約書①ただし書き前段参照)。

5 「平均的賠償額」を探るべし

(1) では、損害賠償額の予定たる「敷引き(償却)」特約はどのように約定されるべきでしょうか。それについては、ひとことでいえば、本稿2で前述したように「合理的」な特約内容でなければならないということです。といたしますのは、不合理な不当な敷引き特約は無効とされているのです。その種の裁判例は、このところとみに増加しています。すなわち、①大阪堺簡判平17・2・17は、敷金60万円のうち50万円(敷金の約83パーセント)の敷引きを無効とし、また②大阪簡判平15・10・16も敷金40万円のうち30万円(敷金の75パーセント)の敷引きを無効と判示しています。このように、「敷引き」特約として約定したとしても、それが過大な額や不相当な割合の約定であれば無効とされ、効力をもたないのです。また契約書で約定し、借主が判を押したとしても、その貸家契約が消費者契約(借主・消費者個人対貸主・事業者間)であり、借主・消費者の利益を一方的に害する条項であるならば同法10条により無効とされているのです。仮に消費者契約法が適用にならないときでも、不当な条項は、民法90条に基づき、暴利行為として全部または一部が無効とされる余地があります。

(2) しかれば、どのような条項(特約)なら有効なのでしょう。それは、消費者契約法9条(消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効)にのっとるべきだと考えます。その1号は、消費者契約の解除についてですが、損害賠償の額を予定すること自体は、(当然のことですが)認めています。しかし、その額が「当該事業者に生ずべき平均的な賠償の額を超えるもの」は、「当該超える部分」を無効としているのです(all or nothing ではないのです)。そこで、要は貸主にとって「平均的な賠償額」すなわち賠償額の平均値はいくらか、その敷金全体に占める割合や額はどれほどかを探ることにあります。

それは、なにより敷金の額の多寡によりましょう。一般的には、敷金の額が多額なら割合としては低く、逆に少額なら割合としては高くなりましょう。そのうえ物件の種類(ワンルームかファミリータイプか)部材の品質・価格・減価の具合、それから予定契約期間の長短、さらには一時金としての礼金や更新料の授受の有無、例えば礼金や更新料を受領している貸家では、「敷引き」の額・割合は低く、他方それらを受領していない貸家では、その額・割合は高くなり勝ちといった諸事情により、個別ケースごとにケースバイケースで異なるはず。地域の慣行であるローカル・ルールも考慮する必要があります。であればそれこそ、関与する媒介業者の腕の振いどころでしょう。同じ消費者契約法9条2号が家賃の滞納に伴う遅延損害金の約定につき、年14・6%を超える部分を無効と明確に数値を示し規定するのに比しやりにくいといえます。しかし、「平均的な賠償額」と抽象的に規定されるに止まっているのですから、貸主と借主が合意し、仮にさらに裁判になったとしても認められ得る線を手探りしながら探しましょう。個別ケースを積み重ねるなかで、次第に一定の基準が見え確立されるでしょう。そして、それも時代により変わるものでしょう。

このように、「平均的な賠償額」は個別・具体的に決めるものです。しかし、同じ不動産取引で、業者売主売買では、契約解除に伴う損害賠償額予定としていわゆる2割金が認められていることからすると(宅建業法38条)、貸家でも売買に倣えば、損害賠償額の予定たる「敷引き」特約としては、最低として「敷金の2割」辺りは、当然認められ得るのではないのでしょうか。それからどの程度引き上げられ得るかが最大の懸案でしょう。その際には、

前掲の大阪簡判平15・10・16が「敷引き」特約の75%(敷金40万円のうちの30万円引き)を無効にした例等を参考にしてください。借主に過大・過重と思われる割合や額は避けましょう。

これらのことを勘案すると、敷引きの割合はあくまで個別・具体的に決められるべきものですが、一応の試案として次のような提案をしましょう。

A 案

借主の物件に対する毀損・汚損等による損害賠償額の予定として、敷金から30パーセント(3割)を償却(1,000円未満の端数切捨て)するものとする。

または、

B 案

(上記につき)

敷金 10万円まで 40パーセント(4割)(1,000円未満の端数切捨て、以下も同様)
10万円を超え20万円まで 30パーセント(3割)
20万円超 20パーセント(2割)

その他、具体の金額(5万円とか)をもって予定する方法もあり得ましょう。

(4) また、この場合滞納賃料等については、いわはカネの問題です。これまで検討したモノ(賃貸物件)の毀損・汚損に係る損害賠償とは、別の問題です。従ってこの「敷引き」特約の適用範囲の外であることを明記しておきましょう。

(5) その他、①賃貸し借主入居期間中(中間)の物件等の修繕義務は、原則としては貸主にあること(民法606条、都条例2条1項2号)。それに関連して、例外としてはいわゆる小修繕に係る費用負担を借主に特約をもって転化することは認められ得るか(後述8参照)。②借主による貸主に対する必要費・有益費の償還請求権(同法608条)、さらに③造作買取請求権(借地借家法33条、買取らない旨の特約が認められることのほか、店舗等の特殊な造作については、判例上はこの造作買取請求権が否定されています)等・それらの問題と敷金の清算とは関連するところが多いのです。

(6) 以上要するに、居住用貸家のあるべき姿としては、どのような形態が考えられるべきでしょうか。礼金や更新料などの一時金は、借家権の設定や延長の対価とか賃料の前払いや後払いとしての位置付けは可能でしょう。しかし、借家では、権利金や更新料の授受が通例の借地に比し期間が短期間であり、何より礼金などと称するこれら一時金の法的性格の本来のあいまいさは拭いようがありません。やはり、これら一時金は取り止める方向に向かうべきでしょう。将来的には賃料の一本化を図るべきでしょう。しかし、担保たる敷金(保証金)については、少なくとも賃料の滞納のおそれは常につきまといまいます。敷金の預託をなくす訳にはゆかないでしょう(賃料と敷金との並存型)。その他のもうひとつの柱である、借主の物件に対する毀損・汚損等による損害賠償については、機関保証等他の制度が整備されていない以上、いまのところ論述しましたような敷金の合理的な「敷引き」特約で対応するというのも選択肢にひとつでしょう。

6 具体的にどのように説明し約定すべきか

(1) では、この「敷引き」特約を、重要事項説明書や貸家契約書の各該当箇所にもどのように表示すべきでしょうか。「敷引き」特約は、特殊な特約ですから、その趣旨や民法等に根拠があることや内容を借主に成約時に「重説」等で十分説明し、契約書においても明確に約定しておきましょう。さもないと、この「敷引き」特約の効力が否定されるおそれがあるのです。都の新ルールも、宅建業法 35 条の「重説」に併せて都条例に基づく「説明書」をもって特に媒介業者に成約に先立つあらかじめの特約の内容の説明を求めています。従来や現在の「敷引き」特約は、この点説明等が不十分な嫌いがあります。

(2) そこで、重要事項説明書（都内の居住用貸家では、都条例に基づく「説明書」にも）や貸家契約書に表記欄があるときには、次のように表示しましょう。

また、都条例に基づく「説明書」には、「宅建業法 35 条に基づく「重説」および同法 37 条に基づく「貸家契約書(案)」に「敷引き特約」として記載される通りの特約がなされま

す。」といった対処の仕方も考えられましよう
なお、埼玉・千葉・神奈川の 3 県は、都のような条例を制定してまでの対応はしていません。宅建業法 35 条 1 項 1 2 号に基づく同法施行規則 16 条の 4 第 7 号で規定する「契約終了（明渡）時における清算金」に関連しての説明や対処を求める通達（平 16・9・10）を業者あてに出されています。

| 敷金 | 賃料の() か月分) 円 |
|-----------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 敷引き(損害賠償額の予定としての償却・定率引き) 特約 | 借主の物件に対する毀損・汚損等による損害賠償額の予定として、敷金から 30 パーセント(3 割)を償却するものとする。 ただし、その他の賃料滞納等についての債務は、これとは別途に敷金から差し引かれるものとする。 |

(2) 重要事項説明書（都内の居住用貸家では、都条例に基づく「説明書」にも）の「敷金の清算等に関する事項」には、次のような説明を加えましょう。

- ① 敷金は、本契約から生じる乙(借主)の債務の担保として甲(貸主)に預け入れる金銭です。
- ② 本契約においては、その敷金につき、乙の物件に対する毀損・汚損等による損害賠償額の予定として、敷金から 30 パーセント(1,000 円未満の端数切捨て)が、損害等の内訳を明示されることなく当然償却(控除)されるものとして約定されます。
ただし、乙が本物件に対し全く毀損・汚損等を与えていない場合には、この限りではなく償却(控除)されるものではありません。他方、乙が本物件に対し故意または重大な過失等それらに類する事由で毀損・汚損等を与えた場合には、この定める償却(控除)によらず、損害を別に賠償しなければなりません。
- ③ この「敷引き(償却)」特約をすると、乙の物件に対する損害賠償額が、この約定より多くてもまた少なくても、その増額または減額はなされないこととなります。
- ④ もっとも、この「敷引き(償却)」特約は、乙の目的物件に対する毀損・汚損等に限り損害賠償額の予定として約定されるものであり、その他の滞納賃料やその遅延損害

金または賃料相当額の損害賠償等についての債務は、これとは別途に敷金から差し引かれるものです。

(3) 貸家契約書においても、上記(2)の重要事項説明書にならない、次のような条項を加え約定しましょう。

- ① 敷金については、甲は、乙の物件に対する毀損・汚損等による損害賠償額の予定として、敷金から 30 パーセント(1,000 円未満の端数切捨て)を、損害等の内訳を明示することなく当然償却(控除)するものとする。
ただし、乙が本物件に対し全く毀損・汚損等を与えていない場合には、この限りではなく償却(控除)されるものではない。他方、乙が本物件に対し故意または重大な過失等それらに類する事由で毀損・汚損等を与えた場合には、この定める償却(控除)によらず、損害を別に賠償しなければならないものとする。
- ② 甲または乙は、敷金についての「敷引き(償却)」特約に基づき、乙の物件に対する損害賠償額が、この特約より多くてもまた少なくても、その増額または減額はなし得ないものとする。
- ③ この「敷引き(償却)」特約は、乙の目的物件に対する毀損・汚損等に限り損害賠償額の予定として特定するものであり、甲は、乙のその他の賃料滞納やその遅延損害金または賃料相当額の損害賠償等についての債務は、これとは別途に敷金から差し引くことができるものとする。

III その他

1、どのような特約なら有効か

(1) さて、以上は敷金清算につき損害賠償額の予定たる「敷引き(償却)」特約を中心に見てきました。ところで、貸家契約ではその他の特約でも約定したら有効なのでしょうか。特約すること自体は、契約自由の原則上一般には有効です。しかし、特約で約定したら全て有効なのでしょうか。当事者間の「特約」をもって対処しようとする貸主の方は、少なくありません。敷金清算については、その典型的な例が、いわゆる「原状回復」特約でしょう。そのうちでも「原状回復」ということば通りの原状(成約当初)への回復を求める全面的(完全)原状回復特約は(既述もしましたように)無効とされましよう。しかし、合理的な損害賠償額の予定たる「敷引き(償却)」特約であれば、有効とされる余地はあり得ましよう。では、その他にどのような特約なら認められるのでしょうか。

(これまた前述もしましたように)特約に関しては契約書に記載され、当事者が判を押したとしても、それは不当条項として消費者契約法や暴利行為として民法によりその効力が否定される傾向がますます強くなっています(消費者契約法 9・10 条、民法 90 条等、大阪高判平 15・11・21、京都地判平 16・6・11 等)。都の新ルールも合理的な内容の特約については認め得るところとしています。

(2) では、有効とされ合理的な「敷引き(償却)」特約のほか、どのような特約なら合理的なものとして有効になるのでしょうか。以下多少の検討を試みましよう。

まず①敷金の清算においても、名実ともに借主に「原状回復」を求める取扱いは、例外的にはもちろんあり得ますし、現に行われてもいます。事業用借家の店舗などは、借主に

より設置される造作等がその店特有のものであり、例えばスナック店は同じ業態の店としか使えず、設置された造作等には汎用性がないのです。そこで、貸店舗などでは、いわゆるスケルトン貸しなどといって、敷金の清算に当たってはことば通りの、造作等の取去といった原状回復が求められる特約が認められることになるのです（民法616条により同598条の準用、東京高判平12・12・27参照）。

また②貸主と借主との間の負担割合を定める特約（「負担割合特約」）も良く見かけます。これなどはどうなのでしょう。負担割合が合理的であれば（従ってその割合が問題なのですが）、認められる余地はあり得ましょう。

しかし、この方式は、損害額を正確に算定できるとする思考に影響されてか負担割合を定める特約が精緻になり過ぎるきらいがあります。その結果は、実際の現場では、使い勝手が悪くなっているのではないのでしょうか。

③借主に小修繕の修繕義務を転化する特約についてはどうでしょうか。

このことにつき、都の新ルールは「貸主の修繕義務を免除するとともに、（借主が）自らの費用負担で行うことができる旨の特約を定めることができる」としています。この趣旨は、電球や水道のパッキンの取替えのような小修繕については、原則として貸主が負っている修繕義務を特約で免除することを可能にしています。では、その反面、小修繕についての修繕義務を借主に課したのでしょうか。東京都の条例のような文言で規定すると、それはそうではなく、貸主と借主のそれぞれの義務の中間の類型をなすものでしょう。借主は（義務としてではなく、緊急を要することや、費用も低額に止まることもあり）自ら直したければ直し得るに止めているものです。

このように、都ルールは借主に修繕義務は課してはいないが、借主が自ら直したければ直し得るとするものです。しかし、これを借主に小修繕の修繕義務を転化する特約として約定することは許されないのでしょうか。小修繕の修繕義務の範囲を拡大し、貸主修繕義務の原則（民法606条）にもとるところがないあくまで小修繕の範囲であれば、以下のような特約も認められ得るのではないのでしょうか。

室内の電球・蛍光灯、給水・排水栓（パッキン）、電池等につき日常の使用により生じた軽微な修繕については、借主が負担して行わなくてはなりません。

そのような特約をした場合で、借主が小修繕につき修繕義務が存するにもかかわらず、修繕をしないで退去したような場合にはどうなるのでしょうか。借主の債務不履行となり、貸主が敷金からその損害を控除することも可能となりましょう。

さらに④犬・猫等のペット共生（飼育可能）住宅のような、同じ居住用貸家でも、特殊な居住の仕方を認める貸家では、部分的な一部原状回復特約は認められる余地はあるのではないのでしょうか。例えば、次のような特約です。

乙は、本物件が（甲の承諾を得たうえで）犬・猫等のペットとの共生が認めていることに鑑み、壁のクロス及び床のカーペットについては、本物件明け渡し後の修繕にかかる費用として〇〇円の負担に必ずするものとする。

借主に対し犬・猫等のペットの飼育を認めると、壁や床に爪痕による引っ掻き傷をつけ汚すことのほか悪臭や蚤等が残存するといわれています。とりわけ残存する悪臭等の復旧には、当該部位の全面的張替えが必要であるとするならば、借主にその費用に限り負担させることについては、合理性が認められるのではないのでしょうか。この特約は部分的な一部原状回復特約にとらえられていますが、どちらかといえば、前述した「損害賠償（額）の予定」のひとつと解されましょう。

(3)以上要するに、全面的（完全）原状回復特約など不合理な特約は無効となる余地が大きいので避けることとしても、合理的な特約であれば、認められ得るものであるということです。こんごは、特約をもって対応するとすれば、その特約がどのような内容やどの程度のものであれば合理性が認められるかを探り策定することです。前述の「敷引き」等を含めどのような特約なら認められ得るかについて検討することが、こんごの貸家をめぐるとしての主要な課題となるのではないのでしょうか。