敷金契約の法的構成および関連する基本的な一、二の問題についての覚え書き(1)

メタデータ	言語: jpn
	出版者:
	公開日: 2018-03-12
	キーワード (Ja):
	キーワード (En):
	作成者: 長谷川, 隆, Hasegawa, Takashi
	メールアドレス:
	所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00050368

敷金契約の法的構成および関連する基本的な一、二の問題についての覚え書き（1）

長谷川　隆

目次

第一章　検討課題の設定
　第一節　「敷金契約」をめぐる問題意識の提示
　第二節　本稿の目的と叙述の順序、予めのお断り
第二章　既存の諸説の内容要約と従来の見解全般に関する疑問点
　第一節　既存の諸説の内容要約
　第二節　従来の見解全般に関する疑問点
第三章　比較法的瞥見
　第一節　アメリカ法
　第二節　フランス法（以上、本号）
　第三節　ドイツ法
　第四節　比較法的概観の要約
第四章　若干の試論とむすび

第一章　検討課題の設定

第一節　「敷金契約」をめぐる問題意識の提示

1　序論

敷金については、本稿執筆着手時である平成二十九年夏期の段階において、既に民法（債権法）改正原案が国会を通過し、設けられた新たな条文は、[1] その他の各種の改正条文も含め、二〇二〇年の一月ないし四月をめどに施行するものとされている。ところで、改正原案の立案における法制審議会での審議の中では、「敷金」については様々な問題があり、検討を加える必要性がある旨の問題意識が同審議に加わった関係者から表明されていた。[2] つまり、これは、筆者が検討の出発点と位置づける、「敷金契約の法的構成をいかに解するべきか」という問題に関して、わが国において、これまで必ずしも十分な研究の蓄積が存在しているとはいいがたいことを意味するといえよう。にもかかわらず、上記法制審議会の審議中でも、この点をめぐって様々に議論が交わされ、問題点の所在に関して何らかの方向性への収斂がなされた、というような事実を―筆者が債権法改正審議の議事録を調べた限りでは―見出し得なかった。

さて、敷金契約とは、不動産の賃貸借契約（以下本稿では、専ら、居住用建物等の賃貸借契約の場合に限定する）の締結と多くの場合同時に行われる（または、賃貸借契約に付随してなされる）、賃借人から賃貸人への金銭、すなわち敷金の交付を内容とする契約であり、しかも、約定された敷金は、賃貸人が賃借人に対して有する未払い賃料債権、賃借人が、賃借目的物を、故意・過失によって損傷させた場合の損害賠償債権などを担保するという賃貸借契約当事者の意識のもとに交付されているといって、誤りはないであろう。[3] 敷金のこのような担保としての意義については、従前から、判例・学説ともに異論なく承認されている。しかしながら、敷金契約の法的構成に

関しては見解が必ずしも一致しているわけではないことは次項に示す通りである。つまり、もっとも基礎的な・敷金の法的構成の問題を論ずる学説においては、近時、幾分かの変化も現れている。そこで、以下の2において、通説・判例の見解と目されるもののほか、比較的最近において提示されている学説を紹介することとする。

2　敷金契約の法的構成に関する見解

(1)　物権的構成

周知の通り、判例[4]および通説[5]はしばしば「停止条件つき返還債務を伴う金銭所有権移転説」と呼ばれる見解を採用している。それは、賃借人から賃貸人へと敷金が交付されれば、交付されたその金銭の所有権は、ひとまず賃借人から賃貸人に移転すると構成する。そして、同説にいう停止条件とは、「賃借人の債務不履行がなかったこと」と捉えるのである。これにより、以後の処理は次のようになる。すなわち、賃貸借終了時に、賃料未払い等の上記のような債務不履行がなければ、停止条件は成就となり、賃貸人が保有していた金銭は賃借人に返還される。しかし、賃借人に債務不履行が生じている場合、停止条件は不成就となり、賃貸人は敷金に対して有する所有権に基づき、債務不履行によって生じた損害を填補するため、敷金から不履行額への充当を行うことができ、その残額のみが、賃借人に返還されることになる。以上が、上記見解の概要であり、現在も多くの支持者を得ている通説的見解といえよう（なお、本稿では便宜のため、上掲の見解を以下において「停止条件つき所有権移転説」と略称して用いる）。

さて、判例、通説である「停止条件つき所有権移転説」は、敷金の機能を担保であることを当然視するものであるが、このことをいっそう明確に前面に出した見解が、敷金契約を譲渡担保設定契約と解する学説であり（以下、本稿では同学説を譲渡担保説と呼ぶ）、同説は、森田弘樹教授[6]や清水恵介教授[7]が最近において主張するものである。このように、敷金契約を物権的に、すなわち、金銭所有権の移転という観点から構成する学説にも、伝統的見

解（＝停止条件つき所有権移転説）からの転換を説く主張が見られるところである。

(2)　寄託契約を基礎とする債権的構成

他方、鳥谷部茂教授は敷金が寄託と優先弁済権の混合であることや賃貸人に分別管理義務があることを、簡潔ながらも説いており[8]、また、荒木新五教授は、敷金契約の法的性質を、「担保目的でする消費寄託契約」であると主張している[9]。また、ほぼ同時期に、加藤雅信教授は、民法の体系書において「この敷金特約は、被担保債権不発生を停止条件とする無利息の金銭消費寄託契約という側面と、被担保債権発生の際の担保供託類似の機能を――供託所ではなく相手方債権者に――金銭寄託をすることで果たすという側面の双方をもつものである」[10]と記述しておられる。これら諸学説の特徴は、上掲の(1)で示した「物権的構成」とは異なり、寄託契約を基礎とする、あるいは、寄託契約的側面を重視するという、いわば「債権的構成」を展開している点にある、といえよう。

以上、(1)、(2)のように、学説は新たな展開を見せており、今日、改めて、敷金契約の法的性質に関する議論を問い直す意味は十分にあるであろう。

3　関連する、検討課題とされるべき問題とその背景

前述の通り、敷金は賃借人から賃貸人に交付されるところ、交付および交付後の敷金の保持の具体的態様としては、大きく分けて、以下の二種類の場合があると整理できよう。

第一は、現在ではその実例数は大きく減少している傾向にあると見られるが[11]、金銭そのものが現実に引渡され、引渡しを受けた賃貸人によって、同金銭は賃貸借終了まで保持される場合である（これを便宜上、第一の場合という）。第二の態様として現在きわめて多くの場合に行われるのは、賃貸人が指定する金融機関（便宜上、以下、これを銀行と総称することがある）の口座（口座の名義人は賃貸人）に、賃借人が金銭を振込むという方法である[12]（これを、同じく、第二の場合という）。そして、この第二の場合が今日において通例ともいうべき状態に至ってい

ることは、敷金契約の法的構成を論じる上で、看過することのできない事象であることを指摘しておかねばならない。

ところで、上記二つの場合に関して、思い浮かぶ問題性を具体例を交えて示しておこう。

(1) 第一の場合の問題性

第一の場合が選択されたとき、賃貸人は、受領した金銭を、例えば、自宅内の手提げ金庫に保管したとしよう。しかし、金銭（現金）はまさに代替性のある・価値の表象物であるから、たとえ、賃貸人自身は敷金（これを仮に金銭甲と呼ぼう）を、その他の自己の有する現金（仮に金銭乙と呼ぼう）と分別する意図で、別途手提げ金庫内に保管したつもりであっても、第三者の目には、金銭甲と金銭乙は、賃貸人の自宅内において混合状態にあると映り、甲と乙の識別が困難であるというほかはない。従って、賃貸人の債権者が、上記手提げ金庫内の金銭に対して差押え・強制執行をしてくることは十分に起こりえることであり、この場合には、担保物である敷金は失われてしまう。もちろん、賃貸人は、敷金と同額の金銭を賃借人に返還すれば、賃借人の、敷金の返還を受け得るという期待が裏切られることはないわけであるが、強制執行まで受けてしまうような賃貸人には、返還資力が全くない場合も十分に予想されうるであろう。

(2) 第二の場合の問題性

ところで、第二の場合において、仄聞するところによれば、賃貸人は、取引銀行において、すでに開設してあるところの、賃貸人自身の預金の残高のある、自己名義の口座を振込先として指定することが少なからず見受けられるとのことである。しかし、このような口座に敷金が振込まれるとすると、いうまでもなく口座内において金銭の混和が生ずる。そして、法的問題が顕在化するのは、同口座を（厳密にいえば、賃貸人の口座内の預金の払戻請求権を）賃貸人の債権者が差押さえた場合である。この場合に、賃貸人・賃借人の利益調整はどのように図られるべ

きか、という問題が生じるであろう。

(3)　検討の対象とすべき問題

以上のように、敷金が賃貸人名義の口座への振込み入金によって行われる、という態様（第二の場合）が、今日における一般的な形態になりつつあると分析できるのであれば、[13] その法的構成やこれに関わる問題点の有無を検討すること、つまり、取引実態に則した考察こそが、本来的に意義のある研究であると思われる。[14] このような理由から、本稿第四章の試論では、より実態に適合的な考察を試みることとしたい。

4　敷金の分別管理義務の存否およびその法的根拠

ア　金銭それ自体のまま（＝現金）としての敷金保管の不都合性

上記（3(1)）のような理由から、賃貸人は、自分の支配領域内において敷金を保持することを避けたいと考えるであろう。また、受領した敷金と同額の金銭を賃借人に返還すれば、とりあえずの法的責任は免れるとしても、金銭そのものが盗難にあったり、焼失などによって滅失してしまうおそれがあることから、現金として敷金を保管することは賃貸人には、リスクの少ない保管方法を講じることが求められ、これは同人に小さくはない負担をもたらすであろう。そうだとすれば、賢明な賃貸人は、このような敷金管理の方法に積極的合理性を見出さないであろう。

イ　別個独立の預金口座を設け、同口座へ振り込み入金させることの合理性

以上のような点を考慮し、賃貸人には、自己財産との分別が外部から認識可能な、専ら敷金の管理という目的のための金融機関の口座を設け、敷金提供者である賃借人に、当初から、上記口座に振り込み入金をするよう要請しておくことが、煩雑さが避けられると同時に敷金の管理という点でも合理的であるという思考が働きうるであろう。とはいえ、すでに述べたような、賃貸人の債権者による上述のような口座への差押えがなされることがあるこ

とを想定しておくことも必要であろう。

ウ　分別管理義務の根拠など

さて、筆者は、賃貸人に上述イのような分別管理義務を課するべきであると考えるのであるが、その際には、その法的根拠にふれておかねばなるまい。この点については、後に第四章で言及したい。

5　賃借人に返還される敷金には利息を付さない、とすることの検討の必要性

現在の判例、学説および実務においては、賃借人に賃料不払い等の債務不履行がなかった場合には、賃貸人は、例えば賃貸借契約終了後、これまで保有していた敷金に利息を付することなく、当初受領していた敷金額をそのまま賃借人に返還すれば足りると解されており、この点にほとんど異論は見出せない。現に、後掲の賃貸借契約書のモデルの傍線箇所（傍線bおよびd）にも、賃貸人は、利息を付さずして敷金を返還すれば足りるとの文言が掲げられている。しかしながら、この「利息を付さない」という取扱いについては、従来その合理的根拠がほとんど示されてこなかったといえよう。[15] この点も、再考に値するように思われるため、比較法的考察などを参考にして、問題提起をしてみたい。

第二節　本稿の目的と叙述の順序、予めのお断り

1　本稿の目的

やや長い問題意識の説明となったが、上述したことを整理し、本稿の目的を示そう。すなわち、本稿は、第一節の2から4にかけて提示した三つの問題には、なお考察すべき余地があるとの認識に基づき、これら問題への筆者なりの試論を示すことを目的とするものである。具体的にいうと、以下に示した三つの課題を取り扱い、同課題について解釈的提案をしたり、なお検討を要する問題点を指摘ないし留保しようとするものである。まず第一の課題

は、敷金契約をどのように法的構成するか、である。そして、第二の課題は、分別管理義務の存否と、同義務を肯定する場合のその義務の具体的内容、さらに、同義務の根拠をどこに求めるか、である。最後に第三の課題として、敷金が返還されるべき場合に、利息を付するべきか否か、を掲げたい。

2　叙述の順序

以下の第二章では、まず、前章第一節2で取り上げた学説のうち、(1)の物権的構成のうちの、譲渡担保説および(2)の債権的構成を補足的に再度紹介したい。後に明らかになるように、本稿はこれら見解を逐一吟味するものではないが、判例・通説とは異なる最近の見解の概要を示しておくことは学問上決して無益ではあるまい。続いて、これら近時の見解をも含めた、従来の敷金の法的構成に関する諸見解全般に対する疑問点を提示することとしたい。さて、第三章では、比較法的瞥見を行う。アメリカ、フランス、ドイツにおける、敷金をめぐる法状況を概観し、先述の課題を日本法において検討する際の手がかりを得ようとする意図に基づくものである。これを踏まえ、第四章において、既述の三つの課題について、試論（解釈的提案）および、なお残された課題の存在を示したいと思う。

3　予めのお断り

以下、五点ほど（以下、(1)から(5)、予めのお断りをしておきたい。

(1)　冒頭に述べたように、改正民法が成立したが、その施行時期はおよそ三年先であり、それまでは現行民法の規定が意味をもつ。また、執筆に着手した現時点で改正民法に関する解説書などの刊行も必ずしも十分ではない。そこで本稿においては、改正民法にはあえて踏み込むことはせず、現行民法の規定や議論を前提に論を進めることにしたい。

(2)　冒頭でもふれたように、賃貸人に交付される敷金をめぐる問題の検討は、賃借人の居住する目的を有する不

動産の賃貸借の場合にその対象を限定したい。事業用不動産の場合は、居住用不動産の賃貸借と異なる利害因子（例えば、賃借人の保護の必要性の違いなどがあり得よう）が関わってくると思われるからである。

(3) 敷金契約の法的性質をめぐっては、従来、例えば相殺予約説や債権質説（賃借人の有する敷金返還請求権上に、賃貸人は質権を取得すると解する説）など、各種見解が存在していた。しかし、本稿では、従来の諸見解を遺漏なく拾い上げ、かつ、これらの諸学説を改めて個別に再検討することは略する。その理由は次章第二節で述べたい。

(4) 後に概観する、欧米の三国における居住用不動産の賃貸借について、アメリカ、フランスの各法に関しては、同国の法状況に通じている研究者や弁護士との私信の交換に基づく考察の結果を示した部分もあるが、比較法研究の結果の多くは、文献に負っている。このことは、外国における実務の実態を必ずしも正確に反映していないおそれを生じさせるが、これは筆者の研究環境上の制約という、やむをえない事情によるものである。

(5) 本稿は、立法論を展開するものではない（もっとも、後述のように、この問題は、いわゆる補充的契約解釈に依拠せざるを得ず、特に、その際に、規範的判断を用いることから、「立法論的解釈論」とでも表現すべき立論をするという側面があることは確かである）。そこには限界があろうが、本稿は、上記諸課題に関する解釈論を試みるものである。

(1) 周知のことであろうが、第七節賃貸借中の第4款に敷金に関する六二二条の二が新設された。同条は二つの条項から構成されている。次のごとくである。

第一項 賃貸人は敷金（いかなる名目によるかを問わず、賃料債権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。以下、この条において同じ。）を受け取っている場合において、次に掲げるときは、賃借人に対し、その受け取った敷金の額から賃貸借に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭の

給付を目的とする債務の額を控除した残額を返還しなければならない。

一　賃貸借が終了し、かつ、賃貸物の返還を受けたとき。

二　賃借人が適法に賃借権を譲り渡したとき。

第二項　賃貸人は、賃借人が賃貸借に基づいて生じた金銭の給付を目的とする債務を履行しないときは、敷金をその債務の弁済に充てることができる。この場合において、賃借人は、賃貸人に対し、敷金をその債務に充てることを請求することができない。

(2)　立法審議に参加した複数の研究者から、断片的に、以下に引用する能見発言と同趣旨の指摘が発せられているが、ここでは、その代表的な発言として、同審議会民法部会委員を務められた能見善久東京大学教授（当時）によるそれを掲げておこう。同教授は、敷金の現代化という観点からの検討の必要性を述べた後、検討すべき問題の例示という趣旨と思われるが、「敷金問題の根本は、今までは賃貸人が受け取った敷金は賃貸人が自由に自分のものとして使ってよいとされてきましたが、本当にそれでよいのだろうか。むしろ、賃貸人としては後で賃借人に返さなくてはいけない担保なんだという観点からすると、現在とは違った規律の仕方があるのではないか」と発言している（商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第二集〈第八巻〉（第五五回会議議事録）』一九頁（二〇一四年））。

(3)　上記の賃貸人の債権を担保するため、賃借人が賃貸人に一定の金銭を交付する契約については、論者により、「敷金設定契約」、「敷金交付契約」などとも呼ばれ、一定していない。本稿では、多くの論稿に見られるように、単に敷金契約ということにしたい。同時に、敷金といわずに、保証金と呼称されている場合も存在するが、本稿では、敷金という用語を統一的に用いたい。

(4)　大判大正一五年七月一五日民集五巻六一六頁がリーディング・ケースといえよう。判旨は、以下のようなものである。すなわち、敷金とは、「賃借人ガ其ノ債務ヲ担保スル目的ヲ以テ金銭ノ所有権ヲ賃貸人ニ移転シ、賃貸借終了ノ際ニ於テ賃借人ノ債務不履行ナキトキハ賃貸人ハ其ノ金額ヲ返還スベク、若シ不履行アリタルトキハ其ノ金額中ヨリ当然弁済ニ充当セラルベキコトヲ約して授受スル金銭ナリ」と述べる。上記判例の見解は、以後の最高裁判例に踏襲されている。その一例として、しばしば最判昭和四八年二月二日民集二七巻一号八〇頁が掲げられることがある。

(5)　例えば、幾代通「敷金」『総合判例研究叢書民法(1)』一五一～一五二頁（一九五六年）、我妻栄『債権各論中巻一』四七二頁（一九五七年）、星野英一『借地・借家法』二六八頁（一九六九年）、幾代通ほか編『新版注釈民法(15)［新版増補版］』三一九頁（一九九六年）［石外克喜］、月岡利男「借家関係と敷金・権利金等」稲葉威雄ほか編『新借地借家法講座・第三巻借家編』二六頁（一九九九年）。近年では、半田吉信『契約法講義』三〇六頁（二〇〇四年）、加賀山茂『契約法講義』四九六頁（二〇〇七年）なども、通説に与するものといえようか。

(6)　森田宏樹「賃借人の地位の移転と敷金の承継」（『債権法改正を深める（副題略）』所収）一五五頁以下（二〇一三年、初出は二〇一一

年）。本稿では、森田教授による所説を近時において主張された最初の譲渡担保説として位置づけたい。というのは、平野裕之『民法総合5契約法（第3版）』五〇三頁（二〇〇七年）がやや早い時期に譲渡担保構成を用いた説明を試みているものの、同教授著『コア・テキスト民法Ⅴ契約法』二一八頁（二〇一一年）の注二七七では、「金銭を目的とした消費質権という構成も考えられる」とも述べられており、同教授の見解がややはっきりしないからである。

（7）　清水恵介「担保化された金銭の担保的考察（副題略）」日本法学八〇巻三号一〇三三頁（二〇一五年）。もっとも、上記論文［以下、清水論文①という］中において同教授の説く譲渡担保説はきわめて簡潔な叙述にとどまっていたが（一〇四五頁以下参照）、日本私法学会における個別報告後に同教授によって執筆された論稿「金銭の担保化の担保的構造」私法七八号一三二頁以下（二〇一六年）［以下、清水論文②という］では、いわゆる所有権的構成に基づく譲渡担保説を再評価する内容がやや具体的に述べられている。なお、私の見るところ、同教授は、論文②において、敷金交付を受けた賃貸人に、後述の、いわゆる分別管理義務を課するという見解には立っていないようである。

（8）　鳥谷部茂「敷金返還請求権の発生時期と分別管理義務」法時七五巻八号六九頁（二〇〇三年）は、従来の停止条件つき所有権移転説への批判の中で、自説を展開している。

（9）　荒木新五「賃貸借契約における敷金（副題略）」野村豊弘先生還暦記念『二一世紀判例契約法の最前線』一五一頁（特に、一六一頁以下）（二〇〇六年）。

（10）　加藤雅信『契約法』三三四頁（二〇〇七年）を参照されたい。

（11）　この段落において、第一の場合、第二の場合として示した取引の実情に関しては、主として、（一財）不動産適正取引推進機構へのヒアリング、（公社）石川県宅地建物取引業協会等からの教示に基づくものである。これについては、第四章第二の(2)で再度ふれることとする。

（12）　なお、本文に示した第二の場合に関連する取引の現実として、最近では、賃貸人が、賃貸借住宅管理会社と管理の委任契約を締結している場合（なお、不動産取引仲介業者がここにいう管理業務をも行っていることも少なくない）が挙げられるので、これに簡単に触れておこう。すなわち、この委任契約の内容には金銭管理が含まれており、具体例を挙げるならば、賃貸人名義の銀行口座への賃料、敷金の振込み入金を賃借人に要請することのみならず、賃料支払いの督促および、賃貸借終了時における賃借人への敷金の清算・返還を、賃貸人からこれらを受任した管理会社が行うこととなっている。この点に関する文献として、とりあえず、千葉喬監修・不動産総合研究会編『プロ必携マニュアル不動産賃貸管理の実務（改訂第四版）』一三八頁以下（二〇一四年）を挙げておきたい。ちなみに、上掲書一三八頁には「入居者の賃料等の入金口座は、通常、貸主名義の口座とされ、…」との記述が見られ、このことも、敷金交付が貸主名義口座への

振込み入金によって行われていることが通例に近いものとなっていることを示唆するものといえよう。

(13)　ここに分類した二つの場合のいわば中間に位置する場合として、賃貸人は敷金を金銭の形で賃借人より受領し、しかる後、賃貸人自身が自己名義の銀行口座に同金銭を預け入れるというケースもあり得るところである。しかし、前出の、筆者の地元の（公社）石川県宅建協会に所属し、その授受の形態を含め数多くの敷金取引に関する知見を有する・協会事務局のO氏によれば（なお、同氏から実名の公開をしないでほしいとの強い要請があったため、このような表記法を用いた）、通常、このような「二段の方法」をあえて踏まねばならない合理的な事由は見当たらず、結局は、賃貸人名義の銀行口座に入金がなされるというという結果が主ずるにすぎないから、このような迂遠な「中間的な場合」の存在割合は、実際上、第一の場合と同様に小さいと思われる、とのことであった。かかる教示に加え、判例・学説上でもこのような場合を対象とした議論は見当たらない。そこで、本稿は、このような「中間的な場合」を独立に取り上げ、論ずることを割愛するものである。

(14)　もとより、かなりの「少数派」になったと推測されるとはいえ、従前の「古典的」な方法（第一の場合）が存在はしているようであり、かつ、学説上の議論が今もこの場合に集中していることに鑑みるならば、筆者はこの場合の敷金契約の法的構成を再検討する意義が皆無であるというつもりはない。ちなみに、上記場合の法的構成に関する現時点の私見は、未だ練り上がっていないことから、本稿ではこれを開陳すること差し控えたい。

(15)　この指摘は、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法（第3版）』一九六頁（二〇〇六年）ですでになされていた。すなわち、近江教授は、契約終了時に賃借人に返還される敷金につき、なぜそれが無利息なのか、説明がつかないのではないか、と鋭い疑問を呈する。

第二章　既存の諸説の内容要約と従来の見解全般に関する疑問点

第一節　既存の諸説の内容要約

1　「物権的構成」に立つ見解―譲渡担保説を中心に

本稿第一章第一節2では、停止条件つき返還債務を伴う金銭所有権移転説の内容にふれたところであるため、同説の概要を再度示すことは略し、ここではまず、譲渡担保説の内容を整理することにしたい。以下、森田宏樹教授

の見解、清水恵介教授の説の順で、その要点とみられる主張を要約しておこう。

(1)　森田説[1]

同教授は、金銭は通常物と異なり、単なる価値そのものであるが、価値は金銭の所在に随伴するので、金銭の所有権はその占有の移転とともに移転するという理解を示し、敷金契約に関する判例の準則（敷金とされた金銭の所有権は移転されうるという準則を指すとみられる―引用者）を肯定したうえで、敷金契約を譲渡担保権設定と捉える。ただし、金銭の譲渡担保権には、特殊性があり、例えば、交付された金銭が分別管理されていない場合には、債権者の一般財産と混同が生じ、その特定性が失われ、設定時から実行時まで特定性が維持されている通常の譲渡担保権とは異なる。しかし、そうだとしても、それが債権者に帰属することに変わりはなく、債務者の他の財産との識別可能性が失われるわけではないから、譲渡担保権の効力には影響しない。このほか、同教授の見解は、譲渡担保権の実行方法、すなわち、いわゆる充当にも及んでいるが、ここではこの辺りで整理を切り上げておこう。

(2)　清水説[2]

清水教授は、譲渡担保的構成として、かつて多くの支持を得ていた信託的所有権譲渡説を再評価し、その内容を、大略次のように説明している。敷金を交付された賃貸人に当該敷金の費消権限を認めず、賃貸人固有の金銭との間で徹底した分別管理を行わせるといった取り扱いが承認されない限り、当該敷金の所有権は債権者に移転するものとみて、譲渡担保契約関係としての構成を志向するのが妥当である。その場合の譲渡担保は、占有＝所有説を重視する限り、設定者と債権者との間で担保目的物の所有権を分属させるのではない、いわゆる所有権的構成が前提となる、と。

2　近時の「債権的構成」に立つ見解

続いて、比較的最近において主張されている「債権的構成」に立つ三人の学者の見解を紹介しよう。

(1)　鳥谷部教授の説[3]

同教授は、次のように説いている。「敷金は寄託と優先弁済権の混合といえる。その結果、預金では受領者が消費することができるが、敷金には消費することができる根拠が含まれていないことになる。……賃貸人に所有権が帰属して分別管理されていないならば、それは賃貸人の財産であり、独立の担保が存在するとはいえない」と。

(2)　荒木教授の説[4]

荒木教授は、敷金契約の法的性質を、「担保目的でする消費寄託契約」であると主張する。同教授の公表した論文から、その主張内容の注目点を摘示するならば、「敷金について、その金銭の『所有権移転』を論じることは、ほとんど無意味である。」「敷金の交付を、（中略）『信託的譲渡』とか『譲渡担保』と解するとすれば、やはりその目的としての、特定された金銭が観念されなければならないであろうが、このような考えを取ることができない（後略）」「結局、敷金自体を一種の物としてその上に担保権（担保物権）を有するとする構成をとることはできない」―このように同教授は、担保物権的構成に対し異議を唱え、敷金交付者と賃貸人の法律関係を、賃貸人の債権を担保することを目的とする金銭の消費寄託である、と論結している。

(3)　加藤教授の見解

同教授の見解は既に第一章で紹介した内容に尽きるため、ここではその紹介を略したい。

第二節　従来の見解全般に関する疑問点

「物権的構成」に立つ見解であれ、「債権的構成」と分類された見解であれ、これまでに掲げてきた諸見解に対しては、払拭しえない疑問を二点感じる。以下、分説しよう。

1　疑問点その1

従来の諸見解は、金銭という特殊な動産の、賃借人から賃貸人への直接的引渡し、かつ、賃貸人の同金銭の保持の場合を専ら検討対象としている点において、敷金取引の現実の態様とあまりにかけ離れた議論に終始しているといえないだろうか。すでに第一章で述べたように、賃貸人は賃借人から現金の形態で敷金を支払われるのではなく、賃貸人の指示する銀行口座への振込みによって敷金の交付がなされるというのが、今日における通常の態様である（この点は第四章で再び言及する）とみて誤りがないとするならば、敷金の性質を検討するに際しては、このような事態に則したものであるべきだといえよう。従来の諸見解は、あまりに「古典的な」敷金の交付およびその保持の形態を前提としている点において、妥当性を欠くとはいえないだろうか。

2　疑問点その2

(1)　従来の諸見解中には、「敷金契約の法律構成はこうであるべきである」という一種の当為に属するアプローチを用いるものが少なからず存在したとはいえないだろうか。[5] 筆者は、むしろ、検討の対象は、端的に、敷金契約の解釈の問題であると明確に意識することが必須であり、しかも、敷金の交付者とその受領者（受領以後は保持者となる）の意思は如何なるものであったか、を現実の金銭交付の態様に則して解釈することこそ求められるべき解釈方法であることを強調したいのである。そこで、筆者の考える、敷金契約の解釈の在り方に関して、以下の(2)、(3)、(4)において敷衍しよう。

(2)　敷金契約の解釈について

さて、敷金契約は、賃貸借契約と同時に行われることが少なくなく、しかも、最近の賃貸借契約は契約書面を作成することがきわめて多くの場合を占めているといわれている。つまり、敷金契約の約定は、賃貸借契約書の中にいわば挿入される形態で置かれているのが実情である。要するに、敷金契約についても契約書（の条項）があるのであるから、次に問題となるのは、契約書が存在する場合の契約解釈の仕方はいかにあるべきか、ということにな

る。

(3)　契約書が存在する場合の契約解釈の仕方

ところで、実際に用いられている契約書の書式・条項については、以下の(4)で紹介することとするが、その前に、一言すべきことがある。それは次の通りである。すなわち、第一に、契約書中に具体的文言があれば、原則的にはその一般的な用法に従って解釈されるべきであるとの理解が、[6]ほぼ異論なく承認されていると見られることである。第二に、契約書中に、具体的文言がないのみならず、契約解釈の何らかの手がかりになる文言が存在しない場合には、そこには契約上の欠缺があるとして、これを補充する作業、すなわち補充的契約解釈が問題となる。そして、当該契約の補充に役立つ取引慣行、任意規定が見出せるのであれば、これらに基づく補充がなされるが、それすらない場合には、信義則や条理に基づいた規範的な判断を行わざるを得ないこととなる。[7]本稿においても、このような規範的判断に依拠する場面がある。なお、筆者は、この信義則や条理の発現形態として、わが国にも当てはまりうる限りにおいて、比較法の状況も補充手段として用いたいと考える。

第三に、信義則、条理というのは、契約外の一般的規範といえる。しかし、最近では、その位置づけについて議論があるとはいえ、当該契約の趣旨によって補充を行い、契約当事者が定めていたとすれば、どのような内容であったのかという、仮定的当事者意思の探求を重視し、これを契約外の規範を用いることよりも優先させようという明快な見解が主張されていることに注意したい。[8]

第四として、補充的解釈とは意義を異にするが、公序良俗等の具体的条文を用いることなく、「契約解釈」によって、契約内容の変更やその効力の否定を行うことが「修正的解釈」の名の下に許されていることを確認しておこう。

それでは、居住目的の建物の賃貸借契約書の例を以下に示すこととする。

(4) 実際の居住用建物等の賃貸借契約書中にしばしば用いられる、敷金に関する契約条項（文言）の実例

以下では、実例を二種紹介しよう。

ア 二種の実例の紹介（賃貸借契約書のひな型から敷金に関する条項のみを抜粋）

① 二〇一二年に改訂・公開された、住宅宅地審議会（国土交通大臣の諮問機関）が作成した契約条項（文言）

（敷金）

第6条　乙（賃借人）は、本契約から生じる債務の担保として、頭書(3)に記載する敷金を甲（賃貸人）に預け入れるものとする。（傍線は筆者による。これを傍線aという）

2　乙は、本物件を明け渡すまでの間、敷金をもって賃料、共益費その他の債務と相殺をすることができない。

3　甲は、本物件の明渡しがあったときは、遅滞なく、敷金の全額を無利息で乙に返還しなければならない。（傍線は筆者が付したものである。これを傍線bという）。ただし、甲は本物件の明渡し時に、賃料の滞納、第一四条に規定する原状回復に関する費用の支払いその他の本契約から生ずる乙の債務の不履行が存在する場合には、当該債務の額を敷金から差し引くことができる。

4　前項ただし書の場合には、甲は、敷金から差し引く債務の額の内訳を乙に明示しなければならない。

② 二〇一二年に作成された、全国宅地建物取引業協会連合会に属する宅建業者らがしばしば用いている契約条項

（敷金）

第6条　乙（賃借人）は、本契約から生じる債務の担保として、頭書(3)に記載する敷金を甲（賃貸人）に預け入れるものとする。（傍線は引用者による。これを傍線cという）

2　乙は、本物件を明け渡すまでの間、敷金をもって賃料、共益費その他の債務と相殺をすることができない。

3　賃料が増額された場合、乙は、頭書(3)に記載する月数相当分の新賃料相当額と旧賃料額の差額を、敷金に補填するものとする。

4　甲は、明渡しまでに生じた本契約から生じる一切の債務を敷金から控除しなお残額がある場合には、本物件の明渡し後、遅滞なく、その残額を無利息で乙に返還しなければならない。（後略）（なお、傍線は筆者が付した。これを傍線dという）

5　前項の規定により乙の債務額を差引くときは、甲は、敷金の返還とあわせて債務の額の内訳を明示しなければならない。

イ　このように、上記①、②に約定されている、敷金に関する契約文言はごく簡単なものであるが、これをどのように解釈すべきかが問題となるのであり、必要に応じて補充的契約解釈などの方法が用いられるべきことになろう。さて、筆者による契約解釈の試論は、第四章で述べることとし、次章では、外国に目を転じて、外国法の状況を一瞥したい。

（1）　森田教授の見解の所在については、第一章（注6）を参照。

（2）　清水教授の説の掲載媒体に関しては、第一章（注7）を参照されたい。

（3）　鳥谷部教授の説は、第一章（注8）に示した出典で知りうる。

（4）　荒木教授の説く見解は、第一章（注9）で掲げた文献に展開されている。

（5）　第一に前掲の「物権的構成」に分類した諸学説についていうならば、通説に属すると見られる、我妻教授、星野教授、石外教授の各記述（前章注（5）に掲げた文献参照）の仕方には、このような特徴が見られるように思われる。また、近年の「譲渡担保説」の叙述にも類似の傾向があるように感じられる。第二に、他方、「債権法的構成」として捉えた学説にも同様な姿勢がうかがえる。その一例として、荒木教授の論稿一六一～一六三頁の「書きぶり」を挙げておこう（荒木論文については前注（4）にその所在を掲げている）。

（6）　このように説く比較的近時の教科書として、例えば、山本敬三『民法Ⅰ総則（第二版）』一二五頁以下（二〇〇五年）、鹿野菜穂子「法律行為（契約）の解釈」奥田昌道ほか編『民法講義・民法Ⅰ総則（第二版）』九一頁（二〇〇七年）など。

（7）　平井宜雄「前注（§§90-98）」川島武宜ほか編『新版注釈民法(3)』七九頁以下（二〇〇三年）の趣旨は、本稿本文のようなものであろう。また、鹿野・前注（6）九四頁以下も参照されたい。なお、存在する取引慣行が当事者の公平の観点から見て明らかに不合理である場合には、これに依拠する必要は乏しく、同場合には、信義則などの規範的な解釈を導入することが認められるべきであろう。

（8）　例えば、鹿野・前注（6）九六頁。また、山本・前注（6）一二七頁も、その立言の基本的文脈は鹿野教授の見解と大きく異ならないと思われる。

第三章　比較法的瞥見

第一節　アメリカ法

第一　序論

1　不動産賃貸借に関する合意一般

(1)　不動産賃貸借に関する合意の種別[1]

ヒル名誉教授（以下では単に、ヒル教授という）によれば、不動産賃貸借についての合意（agreement）は伝統的には四つのカテゴリーに分けられる、とされる。第一は、明確な始期と終期をもつ、数年間にわたる貸借期間を有する場合である。これは、わが国における定期借家権に相当するものといえようか。第二は、時間的制約を伴わない貸借であり、週・月・年単位の占有利用とそれに対する賃料の支払いにより形成される合意に基づく貸借である。[2] これがもっとも一般的に行われている貸借形態であり、貸主・借主の合意により、当初の約定期間終了後も継続して賃貸借が可能となる。第三は、遺言による貸借、第四は、「容認不動産権（tenancy at sufferance）」[3] に基づく貸借である。

(2)　不動産賃貸借の実際における区別

さて、取引実務においては、居住用の戸建て建物またはアパートメントのごとき集合住宅の一区画を対象とし

て、個人間において、同不動産の所有者である貸主が賃料を収受する一方で、借主が同不動産の提供を受けるとする合意は、以下のように区別されている。すなわち、長期の固定的期間（例えば、一年以上）の貸借を前提とする lease agreement と、一、二ヶ月の短期間の貸借を想定している rental agreement の二種類である。[4] ここでは、わが国の居住用不動産の賃貸借に相当する、lease agreement を中心にその基本的な内容に簡略にふれることとしたい。ところで、米国では、rental,lease の両場合において、貸主は landload と呼ばれ、借主は tenant と呼ばれている。従って、lease および tenant における各当事者の法律関係をめぐる法は、一般に、Landload and Tenant Law と呼称されている。[5] そして、重要なことは、landroad と tenant の法律関係、とりわけ、賃料（rent）や本稿の検討課題である敷金（security deposit）に関しては、基本的には、連邦法ではなく、専ら、各州における判例法および制定法である州法（state statute）によって規制や問題処理がなされているということである。[6]

2　通常の賃貸借の合意における基本的条項

ここでは、居住用不動産の賃貸借（Residental lease）における、顕著な「ルール」として合意され、ほとんどの場合、合意書面に記載される条項を、主に前掲のヒル教授の著書と、ポートマン弁護士の著書に依拠して、簡潔に掲げておこう。

(1)　貸主（landload）の負う義務

まず、貸主は当該不動産を実際に占有・使用する権利を与える義務を負担し、ここには、賃貸借開始時における対象不動産の状態（condition）を貸借終了時まで、借主が居住する目的に適した状態（in a condition suitable for residential purpose）に保つ義務が含まれる。従って、例えば、かかる状態の悪化が貸主の過失（fault）に基づく場合は、[7] 借主はそのことにより生じた損害の賠償請求のみならず、賃貸借の合意の解消（terminate the lease）をなし得る。これらの貸主の義務および責任は、ほとんどの場合 lease agreement に定められており、また、各州の州法で

も規定が設けられているが、沿革的に見ると、判例法の蓄積に基づく、居住という目的に適合した状態を維持することについての黙示的な保証（implied warranty）の原理の採用がその背景にあるとされている。[8]

(2) 借主（tenant）の負う義務

まず、いうまでもなく、借主には賃料支払い義務があり、通常取り交わされる賃貸借の合意書には、賃料額、その支払時期、支払い方法が明示されている。[9] なお、きわめて多くの州の判例法ないし州法では、賃料額が明確に定められていない場合、当該不動産に関する適正な賃料の市場価格を、賃料額決定の基準として採用している。また、明白な合意条項がなくても、賃料不払いがあった場合には、貸主には、一般的実務慣行（a common practice）に由来する、賃貸借の合意を終了させる権限（power of termination）が与えられている。次に、日本法にいう用法違反をしてはならない、という義務とほぼ同種の義務が賃借人に課せられている。

第二　敷金

1　総説―敷金の意義と機能

居住用不動産（例えば、建物）に入居する前に、借主は貸主に一定額の金銭を預ける（deposit）ことがきわめて一般的に行われており、米国では、同金銭は security deposit と呼ばれている。これがわが国における敷金に相当するものであり、貸主からなされる security deposit（以下、便宜上、本稿では敷金という）の支払い請求の根拠およびその金額は、基本的に両当事者の合意（agreement）の中に見出される。この敷金は、主として、賃借人による賃料の支払い義務、および、賃借人がなすべき、その他の賃貸借における義務の履行（performance）の実質的実現を担保する（assure）という目的をもち、[10] その金額は、たいていは、一ヶ月分ないし二ヶ月分の賃料額相当であるといわれる。[11]

2　合意された敷金の法的性質[12]

(1)　各州の州裁判所の見解の分岐

かつては（一九四〇年代以前）、コモンローの伝統に従い、賃貸人は賃借人から授受した敷金を、賃貸人自身の財産と混合させて（commingled）いた。具体的には、同金銭を自分がすでに開設していた金融機関の自己名義の口座に入金し、口座内に入金された敷金を利用（use）していた。しかし、このような慣行には批判が存在したため、各州の裁判所は、かかる慣行について異なった三種類の理論的基礎付けを施した。つまり、この三種のアプローチこそが、敷金の法的性質を決定する（characterrize）意味をもつものであった。[13]

ア　第一のアプローチは、信託（trust）と性格づけるものであり、ニューヨーク州の下級裁判所の見解である。しかし、この見解は、賃借人の預けた金銭が賃貸人の財産との混合が生ずるという事実と、賃貸人が同金銭を自己のために利用しうるという事実が、ともに信託では適切に説明できないという批判にさらされ、広く採用されるには至らなかった。

イ　第二の見解は、敷金をして質（plege）と性質づけるものであり、ニュージャージー州やカリフォルニア州の州裁判所が用いたアプローチである。この見解の特徴は、賃貸人には敷金を自己の利益のために投資することや処分することを認めないものの、やはり両当事者の財産の混合を承認するものであった。とはいえ、現在では、この見解は、少なくとも、全米の州法中に見出すことはできない。

ウ　第三の見解の内容はこうである。すなわち、賃貸人に預けられた金銭の権原（title）は、賃貸人への金銭の預託とともに同人に移転し、このことを理由に、同人は敷金を自己の固有財産と混合することができるし、賃貸借期間中は、同人には敷金の利用（use）が許される、というものである。そして、敷金の法的性質としては、それに利息を付する必要のない、金銭の貸付け（loan）であるとするものである。この見解は、その後、多くの州裁判

所の採用するところとなった。

(2) 現在の法状況および州法の立法動向

ア 州裁判所のアプローチへの州法立法者による批判

近時において、少なからぬ州法の立法担当者は、上述した、賃貸人固有の財産と敷金との混合、および、賃貸人による敷金の利用は、賃借人の合理的期待（reasonal expectation）に反していると考えるようになった。[14] このような観点から、州法の中のいくつかにおいては、次のごとき立法的対応が見られるようになった。

イ 第一の立法動向―分別管理

まず、敷金を賃貸人の固有財産から隔離する（segregate）ことが挙げられる。ハワイ、アイオワ、ミシガン、メリーランド、ミネソタなど二〇にも及ぶ州法がこのような規制を導入した。[15] ノーブル・アルギール教授は、隔離＝分別管理を課するという立法によって、いくつかの州法は、敷金の法的性質として、「これまでしばしば語られていた『信託関係（trust relationship）』というラベルをはがす」という効果を導き出すことになった旨の指摘をしている。[16]

ところで、このような分別管理の主たる立法目的は、左記に述べる方法によって、貸主へと交付された敷金が維持されている（kept）ことを借主に知らしめることを通じて、借主による敷金への追求を容易にさせ（the deposit can be easily traced）、同時に、貸主の債権者による敷金への強制執行に対抗する直接的な証拠（immediately evident）としての機能を与えることである。なお、上記の分別管理は、貸主本人の資金が入金されている、金融機関（＝銀行）の預金口座とは全く別個の、通称 trust account という口座への入金によって行われ、不動産の貸主は、賃貸借開始時に、この分別隔離された敷金が預けられた銀行口座についての情報（例えば、口座の所在など）を賃借人に通知・提供しなければならないことが、多くの州法の導入している方法である。[17]

ウ　第二の立法動向―敷金の法的位置づけ（性質論）

次に、これは、前出のヒル教授への私信による質問に対し、同教授からの回答として示されたものであるが、その要点を、若干の補充的解説をも加味して、以下に示そう。ただし、本論（以下②）に入る前に、アメリカにおけるURLTAに関して一言しておこう。

①　アメリカにおけるURLTAについて[18]

同国の統一州法委員会（Commissiones on the Uniform Law）は一九七二年において、「統一的な居住用借家に関する法」（Uniform Residential Landlord and Tenant Act ＝ URLTA）を公表した。同法の目的のうち、主たるものは、賃貸用住宅の質の維持・向上および貸主・借主の権利義務関係を明確化することであるが、すでにふれたように、実際の、賃貸用家屋の法律的な規制は、各州の判例法、およびそれに関する立法を行っている州においては、当該州の州法によって実施あるいは問題処理がなされている。従って、URLTAは、各州に統一的に当てはめられることを目指した・模範的な規範であり、その意味で、合理的な指標群を体系的に整理したものに他ならない、といえるだろう。ところで、URLTAは全部で六章の規定を包含しており、その全貌に立ち入る必要はなかろう。ここでは、第二章（ARTICLE II）の第二条の一〇一に注目したい。同条の一〇一(b)は、次のような定めをおいているからである。すなわち、「（居住用住宅の）貸借関係終了時において、貸主が担保として（as security）保持していた金銭は、未払い賃料の支払いおよび借主が契約に違反した結果、貸主に生じた損害に充当される（applied）。」と。

②　ヒル教授らの指摘[19]

(i)　同教授によれば（上掲(2)のイで示した、分別管理を州法中に義務化した複数の州と重複するが）、現在では、約二〇に達する州が、URLTAの上記の規定の趣旨に従った立法を行っており、その数はますます増加しつつあるという。そして、注目に値するのは、URLTAの上記規定の基礎に置かれているのは、居住用不動産の賃貸借

における security deposit の授受は、Uniform Commercial Code（以下、UCC という）第九編の担保付取引（secured transaction）の適用対象に属するものであり、[20] このような金銭の交付の本質は、合意に基づく担保の提供ということとなる、というヒル教授の指摘である。前出のノーブル・アルギール教授は、このような敷金の法的位置づけ（性質論）に立つ論者は、敷金はあくまで賃借人の財産（property）に留まっており、賃貸人は単に、敷金に対する担保権（security interest）を保持しているにすぎない、と思考していると指摘しており、[21] 同教授自身も、全く同様に、居住用不動産の賃貸借における敷金の授受は、UCC 第九編の担保付取引に該当し、敷金の本質は、担保の提供という取引であるというのが正当な見方であると強調している。[22]

(ii) もっとも、ヒル教授は(i)で指摘したことに対し、次のごとき一定の留保を示している。つまり、しかしながら、上述のような新たな動向に与していない多くの州では、いまだに、敷金を賃借人から賃貸人への無利息の貸付であるとする、従来の州判例の支配的な見解を維持していると推測される、と。

(3) 分別された、敷金がプールされている口座に対して、賃貸人の債権者が差押さえた場合の処理

本節の注（19）に示した、ヒル教授からの e メールの中に、右の(3)の表題として掲げた問題に関して、同教授の見解が述べられていたので、紹介しておこう。それは、要約するならば、以下のア、イを内容とする。

ア すでにふれたように、多くの州は、各州の判例法によって、あるいは、制定法を立法した州では、それに従って、(3)の問題は処理される。多くの州裁判所の判例法が、敷金の法的性質について、未だ金銭貸借（loan）構成に立っていることからすると、敷金提供者は賃貸人に対して、無担保債権者（unsecured creditor）というほかなく、何らかの理由があれば、訴訟によって、差押債権者よりも優位な立場にある、とする判決を得ることはあり得るが、逆に、差押債権者が優位に立つと判断される場合もあり得よう。

イ しかし、敷金提供の性質を、賃貸人の担保権取得に過ぎないという、最近その勢力を増しつつある有力な見

方によるならば、敷金は明らかに賃借人の財産（asset）であり、差押債権者の訴えの対象（subject）にはならない。つまり、賃借人が、差押債権者に優先権（priority）を有する。

以上の通り、ヒル教授の分析ないし見解は、いたずらな偏頗性を含むものではなく、むしろ、冷静な客観性を備えたものであり、アメリカ法の状況を的確に反映させたものとして注目してよいであろう。

3　敷金返還に際して、利息を付することの定着化

(1)　各州の法動向

前記1の(2)で述べた近時の各州における変化を受け、貸主が借主に最終的に返還すべき敷金には利息を付することを州法に明文化した実例が増加し、現時点で、少なくとも全米の三分の一の州がそのことを立法化しており、この割合は増加傾向にあるとされている。

(2)　付利する根拠

ただし、調べた限りでは、利息を付することの根拠を直接明示する文献を見出すことはできなかった。しかし、ポートマン弁護士の述べるところ[23]は、筆者にはきわめて示唆的であった。すなわち、同弁護士の言説を筆者なりに解釈すると、以下のごとくである。貸主は預託された敷金に対する担保権（security interrest）を有しているにすぎず、敷金の権原（title）は借主に留保されているのであるから、借主こそが敷金の本来的帰属者であり、敷金から生ずる果実も借主に帰属するべきこととなる。それゆえに、敷金に利息を付して返還すべきことが妥当視される、と。

（1）　ここでの叙述は、筆者が見出し得た、学者によって執筆された、アメリカ不動産賃貸借に関する、比較的近時に出版されたほとんど唯一というべき次のテキストに多くを負っている。すなわち、D.S.Hill & C.N.Brown, Landlord and Tenant Law,5 th.ed,2011（West Nutshell Series）であり、主著者のヒル教授は、コロラド大学ロースクール名誉教授である。なお、同書は、土地の賃貸借と建物賃貸借をあわせて

解説しているので、本稿では、建物賃貸借に焦点を合わせて、その記述を引用したい。さらに、アメリカでは、敷金に関する研究者が執筆した文献が乏しく、不明な点が少なくなかった。そこで、筆者は、上記のヒル名誉教授に私信を複数回送り、同教授の承諾を得て、その回答を本稿に引用することとした。なお、学者が執筆したやや古い時期の文献として、R.S.Schoshinski, American Law of Landlord and Tenant, 1980 があり（執筆者は、当時、ジョージタウン大学法律センター教授である）、同書には補遺（supplement, 2012）も発行されているが、そこから本稿の課題にとって直接有益となる解説に接することはできなかった。

（2）　ヒル教授は、この形態を、periodic tenancy と呼んでいる。なお、同教授の賃貸借のとらえ方につき一言しておこう。同教授は、賃貸借を lease と表記したり、tenancy と表記したりしており、前注（1）に掲げたテキスト中においても、明確に両者の概念の区別をしている解説箇所は見当たらない。しかも、lease を tenancy を包括するものとして捉えている箇所がある一方で、両者を同義に用いている文脈もあるように思われる。以上のことから、本稿では、lease と tenancy の法概念上の厳密な区別を敢えてこれを避けることとしたい。もっとも、両者の取引実務上の区別は、後述するポートマン弁護士の解説に負うこととしたい。

（3）　無権原占有者（A）からの占有回復を求めることをしないという、当該不動産の権原者（B）の「容認の意思」を裁判所が創設的に認め、その結果、A に与えられるところの不動産権を意味する。この点につき、Hill & Brown, supra note (1)p.20.

（4）　Janet Portman & Marcia Stewart, Every Tenant's Legal Guide, 8 th ed.2015, pp.33 et seq. なお、ポートマン女史はカリフォルニア州で活躍している弁護士であり、不動産賃貸借法のスペシャリストとして著名であり、かつ、高い評価を受けているようである。なお、上記著作物は、やや実務的観点が前面に出ているものの、かえってそのことが居住用住宅の賃貸借取引の現状を知る有意義な資料となり、しかも、上記のことから先の書物の信頼性は高いと思われるため、本稿の叙述に際しても上記書物に負う箇所が多い。

（5）　Hill & Brown による前注（1）のテキストの書名がまさにこれである。

（6）　注意して読んだつもりであったが、Hill & Brown, supra note (1) にも、Portman & Stewart, supra note (4) でも、この点が必ずしも明瞭に語られていないように見受けられた。あるいは、当然のこととして言及していないのかもしれない。そこで確認のため、ヒル教授に私信により尋ねたところ、二〇一三年一月二五日付け e メールにより、ヒル教授から、"The Law relating to landlord and tenant relation has been left to the states." という、本文に示したような返答を得た。

（7）　Portman & Stewart, supra note (4) p134. では、貸付開始時における貸主の設備点検不行き届きにより、お湯が出てこなくなったり、雨漏りが発生したり、といった具体例が挙げられている。

（8）　Hill & Brown, supra note (1), p.80. ; Portman & Stewart, supra note (4) pp134-135.

（9）　Hill & Brown, supra note (1), p.265.

(10) Hill & Brown, supra note (1), p.282 et seq. ; Portman & Stewart, supra note (4) p.78.

(11) Portman & Stewart, supra note (4) p.76 et seq. によれば、多くの州法により、賃貸人が請求できる敷金には、上限額の規制が加えられている。例えば、ハワイ州では一ヶ月分の賃料額、カリフォルニア州では、賃料二ヶ月分が各上限であり、ネバダ州では三ヶ月分に留まるべし、とされている。ちなみに、Portman & Stewart, supra note (4) pp.354-363. では、全米の各州の敷金に関する規制内容が簡潔に表の体裁でまとめられており、有益である。なお、アメリカ法研究においては、敷金を論ずる際に「賃料規制」の問題にも立ち入り、整理・検討を加えることに意義が見出されることは承知しているが、同問題に立ち入ることは、本稿の課題にとって、当面は不可欠であるといえない。それゆえに、本稿では、「賃料規制」の問題には踏み込まず、別稿に譲ることとした。

(12) この問題に関しては、次の報告論文が詳細に解説しており、本稿では、同論文に多くを負って　いる。すなわち、Alice Noble-Allgire, Reseach Memorandum : Statute of Security and Pet Legislation, 2012 である。同論文は、「統一州法起草委員会（URLTA Drafting Committee）」に提出された論文である（なお、URLTA に関しては、後述する）。同論稿は紙媒体としても存在しているようであるが、本稿では、pdf 化され、ウェブ上に掲載されたものを参照した。なお、その URL は http://www.uniformlaws.org/shared/docs/residential %20 landload 20 and %tenant/ urlta_memo_securitydeposit_021212.pdf. である。また、著者（本稿では、同著者を、ノーブル・アルギール教授ということがある）は南イリノイ大学ロースクールの教授を務めている。

(13) 以下で紹介する三つのアプローチについては、A.N-Allgire,supra note (12) pp.3-4. また、これらの三つの分類・整理は、Hill & Brown, supra note (1), p.282 et seq. の記述とほぼ同一である。

(14) これら批判を Portman & Stewart, supra note (4) p.82. が端的に代弁している。その大略は以下のようである。すなわち、昔ならばともかく、現在では、敷金額が 1000 ドルを超えることがしばしばあるから、賃貸人が賃借人から提供を受けた金銭の無制約な利用ができる（available）というのは、あまりに不公平な（extremely unfair）結論である、と。

(15) Portman & Stewart, supra note (4) pp.354 et seq. が示す各州の状況から、かかる事情を知りうる。

(16) A.N-Allgire,supra note (12) pp.4-5.

(17) 分別管理の立法目的、具体的な方法については、その解説が特にわかりやすい Portman & Stewart, supra note (4) p.82. によった。

(18) URLTA に関しては、望月礼二郎「アメリカの『統一・居住用借家関係法』」法学四九巻六号一八四頁（一九八六年）がその全体像を要領よく叙述しており、本稿はこの望月論文から多くの教示を受けている。

(19) 以下(i)、(ii)では、二〇一六年七月二〇日付けの、ヒル教授からの e メールの記述に負うところが多い。

(20) ちなみに、UCC 九編の三一三条(a)は、"a secured party may perfect a security interest in (…) money, (…) by taking possession of the collateral "

という定めを含むものである。

（21）　A.N-Allgire,supra note (12) pp.5-6. はこのような指摘をする。

（22）　A.N-Allgire,ibid.,pp.5-6.

（23）　ポートマン女史の叙述を掲げておこう。Portman & Stewart, supra note (4) p.82 は、次のようにいう。"your landlord should put your deposit into some kind of interest-bearing account and pay you the interest when you move out, After all, it's your money, not the landlord's." なお、敷金返還時に付される利息は概してきわめて低利であるといってよいであろう（州により異なるが、ポートマンらの著書の末尾に置かれた全州の状況一覧に示された各州の動向を概観したところ、平均して年利二％程度であった。他方で、the rate paid on regular savings account とする州法もいくつか見られた）。

第二節　フランス法

第一　総説

1　居住用不動産賃貸借に関する法制度の変遷

(1)　フランス民法における賃貸借契約

フランス民法においては、物の賃貸借契約は bail もしくは louage と呼ばれるが、戸建て建物およびアパルトマンという、いずれの居住用不動産（immobiliers）においても、その賃貸借契約は、通常、「居住賃貸借（bail d'habitation）」と称されている。そして、居住建物の確保が生活の最重要問題の一つであることに鑑み、特に、第二次世界大戦以後、bail d'habitation に関して、国家による立法的介入が継続的に行われている。その流れを以下でごく簡潔に紹介したい。

(2) bail d'habitation に関する特別法の展開[1]

第二次大戦後の最初の立法は、一九四八年九月一日法であり、同法は、賃借人の保護を図るとともに、賃貸人の利益の維持とも調和させようとの試みであった。例えば、前者の例として、賃料決定の手法を強行法規的に定めることなどを内容としていた。しかし、結果的に、同法は不動産所有者をして、不動産を賃貸にまわすという投資意欲を減退させるなどの弊害を生んだ。その後、一九八二年六月二二日法（いわゆるキヨ法［la loi Quilliot］）が制定された。同法では、住居についての権利（droit à l'habitat）が宣言されたほか、家賃（le loyer）改訂の法的枠組み（encadrement de l'évolution）を新たに設けるなどの改革がもたらされた。しかし、キヨ法は短命であってまもなく廃止され、それに代わって一九八六年一二月二三日法（いわゆるメエニュリ法［la loi Méhaignerie］）が制定され、さらに、政権交代を契機として、上記のメエニュリ法の二年半の後、一九八九年七月六日法（いわゆるメルマズ法［la loi Mermaz］）が成立した。この一九八九年七月六日法は、賃貸借当事者間の基本的な権利関係を実質的にメエニュリ法から引き継ぐものではあったが、[2]家賃規制基準の再革新がその特色の一つであるとされている。

2　一九八九年七月六日法に規定された敷金に関する条項

さて、同法は、従来の諸立法にもやや簡略な内容として導入されていた、bail d'habitation における賃借人からの担保の提供（le dépôt de garantie）、すなわち敷金の差し入れに関する条項の趣旨を承継し、以前に比べ幾分か詳細に、これを同法二二条として配置するに至った。同二二条は後に若干の改正を受けることとなるのであるが、フランスにおいては、同法同条が居住賃貸借契約に付随する敷金に関する基本的な条文として位置づけられていることがきわめて重要であるといえよう。そこで、以下では、その条項を紹介したい。[3]

第一項　賃借人（le locataire）が負担する債務の実現（l'exécution）を担保するため、賃貸借契約によって担保の提供（le dépôt de garantie）、すなわち敷金が約定された場合において、敷金額は主たる家賃（le loyer en principal）の二ヶ月分を超えることは許されな

い。

第二項　敷金は、家賃が二ヶ月を超える期間について前払いされる（payable d'avance）ときは、約定され得ない。もっとも、賃借人が本法第七条の適用により賃料の月払いの利益（le bénéfice du paiemant mensuel）を請求する場合においては、賃貸人（le bailleur）の請求が許される。

第三項　敷金は、最長二ヶ月以内に［賃借人に］返還される。この二ヶ月の起算点は賃貸人への賃借人による鍵（des clés）の返還時である。［返還される敷金額は］賃貸人が負担すべき金額や同人が賃借人の代わりに負担することがあった金額が正当であるという留保条件を満たす場合には、これら金額を差し引いた（déduction faite）額である。

第四項　この敷金の金額（le montant）は賃借人のために利息（intérêt）をもたらすものではない。敷金額は、賃貸借契約の履行期間中（durant l'exécution du contrat de location）は、いかなる改訂の対象となるべきではない。

第五項　定められた期間内に（dans le délai prévu）［敷金の］返還がなされなかった場合には、清算後における（après arrêté des comptes）敷金の残額に、賃借人のために法定利息（intérêt au taux legal）を発生させる。

3　その後の立法による、上記二二条の改正点

その後、数回にわたる立法がなされ、これらにより、また直近では、二〇一四年三月二四日法（いわゆるAlur法）により、上記二二条は、結局、第八項にまで拡張することとなった。[4] ここでは、参考までに、その中で重要性を有すると思われる三つの変更点のみを注に掲げておくことにしよう。[5]

第二　敷金契約の性質決定（qualification）

1　総説

居住用不動産の賃借人の負担すべき賃料債務等に関する担保（sûretés）を目的として締結されるところの敷金

（供与）契約の性質については、上述の、居住賃貸借（bail d'habitation）に関する諸立法の中では明示されていない。しかし、専ら、金銭による担保提供ないし金銭を目的とする質権（gage）に関する議論の中で論争がなされてきており、しかもその論争は今も継続されている、というのがフランスにおける現状である。さらに付け加えねばならないのは、議論は、金銭による担保一般やいわゆる信託にも及ぶ、広い範囲にまで拡大している傾向にある、ということである。しかしながら、担保法全体への目配りに十分な配慮を怠らない考察をすればするほど、かえって、本稿の課題から逸れていく恐れが生ずるとも考えられる。そこで、本稿では、より有効と思われる考察方法を採用したい。すなわち、極力、敷金の問題に焦点を絞った問題状況の把握に努めることとし、以下では、それを概説するにとどめたい。

(1)　従来の伝統的学説ないし破毀院の立場

やや古い世代のフランス民法の研究者の多くは、次のように考えていた。すなわち、まず、金銭も有体動産の一つであるから、敷金契約は有体動産を対象とする質権（gage）を設定するものであるという見解を基礎としつつも、しかし、敷金は典型的なgageではなく、変則的な（irrégulier）質であると捉えるものであった（以下では、便宜上、この見解を変則的質権説と呼ぶこととする）[6]。筆者の接し得た文献によると、この変則的ということの意味は二つの方向から根拠づけられているように思われる。

第一の根拠は、変則的寄託（irrégulier dépôt）からの類推である[7]。この変則的寄託とは、受寄者は預かった本来の物それ自体ではなく、それと同種かつ同量の物を、寄託者に返還すれば足りるという特徴をもつものである。そして、フランスにおける敷金に関する実務においても、敷金の提供を受けた賃貸人は、金銭が代替性をもつことから、賃貸借終了後の敷金返還についても、同人は受領していた金銭と同額を賃借人に返還すれば免責されるとの扱いが容認されており、このことは変則的寄託を承認する思考方法から類推される、という立論である。

第二の根拠は、シムレール＝デルベック共著である担保法の教科書が説くところである。その趣旨を手短に述べるならばこうである。破毀院の刑事部判例や税法に関わる判例と異なり、破毀院民事部判決は、「債務者によって金銭を対象とする質権の設定がなされ、その金銭の額が債権の弁済をもたらしうる金額であった場合において、仮に債務者が倒産するに至ったときには直ちに支払期限が到来したものとなる」旨を判示しているが、これは、金銭という担保の提供以後は、債権者は同金銭の所有者になることの承認を意味するものである。そして、これは金銭を質権の対象とすることの「特異性（l'originalité）」に他ならない。もっとも、上述の例のような質権設定者から質権者に金銭所有権が移転することは、いわゆる「信託的譲渡（un transfert fiduciaire）」（後述）とは関わりのないことである、と。[8] いずれにしても、一九八〇年代後半あたりまでは、上記の変則的質権説に対する強い批判はあまり見出せないようである。

(2) 信託的譲渡説の出現

ところで、賃借人から賃貸人へと引渡された敷金については、賃貸人にはそもそもそれを消費しうる地位が与えられているとされていたが、加えて、一方では賃借人に債務不履行があった場合には、賃貸人は同敷金を未弁済の債務に充当しうるし、他方では、賃貸人は、債務不履行がない場合には全く同額の金銭を賃借人に返還すればよいことは、これまでのフランスの判例・学説が承認するところであった。そこで、この点に着目した一部学説は、いわば必然的な思考の流れとして、上掲の変則的質権説に代えて、敷金の提供の性質は「信託的譲渡（une cession fidicier）」と解するべきであるとする理論を唱えるに至った。例えば、九〇年代初頭において、キャブリラック教授は、金銭を対象とする質につき、代替性ある動産の所有権を移転するものであるという構成を展開した。[9] そして、この見解の登場を契機とするものか、ほぼ同時期において、この立場に立って議論を展開する者も複数見られたところである。[10]

2　二〇〇六年になされた民法改正前の敷金をめぐる実務的取り扱い

次項**3**において、敷金の問題に大きな影響をもたらした、民法の担保法分野での改正内容を紹介するが、その前に同改正前の敷金に関する二つの特色ある実務の実際について、イネス教授＝クロック教授執筆による担保法の教科書の解説から抜粋して、その内容を簡略にまとめておこう。(11)

ア　口座凍結

まず、第一点として、敷金たる金銭が入金されている特別口座（un compte spécial）を凍結する（blocage）ことが銀行実務上行われる。ただし、やや詳しく述べるならば、賃借人名義の銀行口座内に蓄積されている預金残高の凍結であり、これによって、敷金に対する第三者による差押さえはできなくなる。このblocageは、賃貸人・賃借人両名の書面による契約に銀行が了解を与えるか、または賃貸人・賃借人・銀行の三者による書面を取り交わした契約によってなされる。

イ　賃貸人に関する銀行の入出金記録簿（le compte bancaire）への登録（inscription）

第一点と異なり、賃貸人は、受領した敷金を自己の取引先銀行の口座（賃貸人名義のそれ）に入金し、そのことを銀行の入出金記録簿に登録をすることがある。これは、いわば、賃借人から賃貸人への金銭の信託的譲渡（une cession fiduciaire）が問題となっているものと捉えられ、上記のinscriptionは、公示手段を備えたことを意味するものといえよう。

3　二〇〇六年の民法改正と、同改正の敷金に関する性質決定論への影響

(1)　担保法改正

すでにわが国でも紹介ないし考察がなされているように、(12)二〇〇六年のオルドナンスにより、フランス民法典中の担保法の領域で注目すべき改正がなされた。特に、本稿の検討課題との関連性をもつ改正点は、有体動産質権に

関わるものであるといえる。そこで、次項においてまずは、関連する重要な三つの新設条文を掲げよう。[13]

(2) 関連する新設された条文

二三四一条　第一項　占有を奪う（avec dépossession）質権が代替可能物（chose fongible）を対象とする場合においては、債権者は自己に属する物とは分離して保存しなければならない（doit … tenir séparés）。これを怠った場合、質権設定者は民法二三四四条第一項［同項についてはすぐ後に掲げる］を援用しうる。

第二項　債権者がこの義務［前項の分離保存義務］を免れるとする合意がある場合には、債権者は質として提供された物の所有権を取得し、同種・同量の物を返還せねばならない。

二三四四条　第一項　債権者が保存義務（obligation de conservation）に違反したときは、質権設定者は損害賠償の請求をすることを妨げられないだけでなく、質権の設定された物の返還を求めうる。

二三四八条　第一項　質権設定時またはその後に、債権者・債務者は次のことを合意しておくことができる。すなわち、担保された債務の履行がなされない場合においては、債権者が質権の対象となっていた財産（bien）の所有者になるということ、を。

(3) 新設された民法二三四一条が前提とする原則および同条の要旨

代替可能性をもつ動産（ここには金銭も含まれる）を質権の対象とした場合を定める、上記二三四一条は、その条文冒頭に表れているように、債権者が質権設定者から、対象財産の占有を奪う（以下、これを「占有移転」と表現することがある）態様の動産質権に関する原則規定である。本稿の後の叙述にも関わることから、便宜のため、同条が前提とする原則および同条の要旨を整理しておこう。

ア　まず、前提原則として、債権者は金銭（例えば、紙幣）のような代替可能物の占有移転を受けるに際して、対象を特定する（individualiser）義務を負う。[14] これについては、債権者が初めから代替可能物の所有者になってしまうことを防止する（empêcher）という意図に基づく、と説かれている。[15]

イ　もっとも、特定することを免除することを当初より特約することは許されており、その場合、債権者は結果的に質入れされた財産の所有者となり得る。しかし、同時に、同人は設定者に同種・同量の物の返還義務を負うこととなる。

ウ　債権者は代替可能物を自己に占有移転することを引き受けるという、本条が基本的に想定する場合においては、占有移転された物を分別管理する（tenir les chose séparées）という義務を課せられるが、上記特約があるときには、分別管理義務は課されない。

エ　以上を補足を交えてまとめると、代替可能物の「占有移転」という形態に基づく質権については、債権者は―本来的には代替性を備えていた物であったとはいえ―、特定された対象物については分別管理義務を負う場合と、特定を基礎づける原因を欠いているがゆえに、分別管理義務を負うことはなく[16]（つまり、消費や処分が可能となり）、ただし、同種・同量の代替物の返還義務を負担するにすぎない場合、以上二つの場合があり得ることが条文によって明示されたということになろう。

4　民法改正後に展開された、動産質権の性質決定論と判例の変化

(1)　前置き

本節3で前述した民法改正を契機に、動産質権（ただし、質権設定者から債権者へ占有が移転する場合の質権）の性質決定に関する学者による議論は様々に展開されるに至った。ここでは、担保法の主だった教科書に著された各種主張を紹介しよう（以下、(2)）。あわせて、具体的な破毀院の判例を紹介するには至っていないものの、一つのテキストが整理している判例の動向を叙述することとしたい（以下、(3)）。

(2)　諸学説とその要旨

ア　二三四一条により、新たな動産質の性質が確立された、と捉える見解

この見解は、代替可能物の「占有移転」を伴う動産質であるという性質とともに、当事者の合意により、等価値・同量の代替物の返還をすれば、債権者は質物の所有権を取得しうるという性質をも合わせもつ、という比較的「素直な受け止め方」に立つ見解といえよう。[17]

イ　すでに提示されていた、信託的譲渡（une cession fiduciaire）と説く見解

すなわち、紙幣としてであれ、いわゆる預金通貨（monnaie scripturale）としてであれ、[18] 債権者への一定額の交付は、同金銭の所有権を債権者へ移転するものである、と解する説であり、イネス＝クロック両教授の見解である。[19] 両教授は、本節2で紹介した、敷金に関する銀行実務であるところの、口座凍結と入出金記録簿への登録が現在も存在していることを、自説を支えるものとして挙げている。

ウ　無体動産（meubles incorporels）に同化・吸収されるべきものとする見解

四人の共著であるところの教科書に著された見解である。著者らは、二三四一条は、占有が移転する有体動産（例えば、紙幣のような金銭）を質権の対象とした場合の、伝統的な通常の動産質権に関する定めを置きつつ、他方で一定の場合には、質物の所有権は質権者に移転するという規定を並列的に置いている、と分析し、しかし、これらのことは、本来は相容れないことである、という。従って、これらのことを同時に満たすためには、民法二三五五条の定める、[20] 無体財産への質権設定として捉えることが許されてよい、と論述する。[21]

エ　有体動産に対する質として一元的に捉える見解

流通している紙幣（これは、「信用通貨（monnaie fiduciaire）」と呼ばれる）などの有体物が質入される場合、債権者が、例えば実際に受領した紙幣を銀行口座に入金することがきわめて頻繁に行われている。そうすると、これは、先にふれた預金通貨に変化することとなることから、紙幣という有体物への質権設定は、結局、預金通貨への質権設定すなわち無体財産への質権設定であるとも考えられる。そして、二三四一条は、信用通貨への質権設定と

預金通貨へのそれ、を区別していないから、金銭という有体物に対する質としてまとめて捉えようとする学説がこれである。[22]

オ　簡単な整理

上掲のように、民法改正後、金銭という代替可能物への質権の性質決定をめぐっては、近時の教科書に限ってみても、実に多様な見解が展開されており、一見したところ、ほとんど一致が見出せないというのが現状のようである。

(3)　破毀院判例に変化が見られたか

民法改正が破毀院の下す判例の傾向に変化を与えたか、という問題に関しては、大いに気になるところであるが、筆者の期待に沿うような、判例の具体的例示を含むまとまった論述を文献中にほとんど見出せなかった。やむをえず、ここでは、レジュエ教授の教科書に示された、破毀院判例に関するやや抽象的な整理を掲げるにとどめよう。それはこうである。[23]

破毀院は、民法改正の前においては、質権設定者が金銭（居住用建物の賃貸借に関していうと、賃料債務等の担保のための敷金）を債権者である賃貸人に支払った場合、債権者は受け取った金銭を処分することが自由であると解していた。そして、この根拠として、当該金銭に対する所有権原（à titre de propriété）の移転であると理由づけする事例も見られた。さて民法改正後においては、所有権原の移転というより、金銭処分が仮に認められるとしても、それは、担保の効果を補強する（renforcer）という目的に立つものである。このように、従来の判例の姿勢にやや転換が見られる、と。

繰り返し述べざるを得ないが、今後の検討課題として重要であることは、姿勢の転換を示す具体的な破毀院判例を探り当て、レジュエ教授の分析の当否を確認することである。

第三　賃貸人の敷金返還において、無利息でよいのか否か

1　問題の所在

居住を目的とした不動産の賃貸借において、賃借人の賃料不払いなどの未履行債務がなお残存するといった問題が全く生じておらず、その契約期間が終了に至った場合、契約の初めに賃貸人が賃借人から受け取っていた金銭、すなわち、敷金が賃借人に返還されることは、未履行債務担保の必要がなくなった以上、当然のことである。ところで、本節第一の1で掲げたとおり、居住用不動産の賃貸借に係る一九八九年七月六日法の第四項は、返還される敷金の金額（le montant）は賃借人のために利息（intérêt）をもたらすものではない、と規定している。よって、右掲の第三の表題が問いかける問題は、「無利息でよい」という結論を生じさせる。

2　立法理由

(1)　ここでは、立法理由に関して、質問者 A.Capet 氏が上記規定を設けた理由を一九九一年において大臣補佐官（le secrétaire d'Etat）に問うており、筆者としては、まずは、それをめぐる質疑応答の検討から、立法理由に迫ることを試みた。しかし、検討した質疑応答の内容はわかりにくいものであった。(24)

(2)　若干の評価と補充

上記の通り、当初行った文献解読では、「無利息でよい」ことが必ずしも十分にわかりやすく伝わってこなかった。そこで、第二の手段として先学の研究成果に負うこととした。すなわち、吉田克己教授の研究によれば、(25) 賃借人は、賃貸人からの敷金引き上げ要求を拒否できる代わりに、賃貸人には、返還に際して、敷金に利息をつけることを免らしめ、両当事者の調整を図る議会の案が採用された、という簡明な指摘を行っている。

3　簡略なまとめ

先に掲げた、返還すべき敷金に付利する必要はないことの理由としては、敷金の性質決定という理論的問題とは

無縁であって、妥協的要素を含む政策的判断から結論が導き出されていた、というのがその理由である、とまとめることができよう。

第四　いわゆる分別管理義務の問題について

この義務については、本節第二の3で紹介したように、改正民法典二三四一条によって立法による根拠の提示がなされている。すなわち、同条は、債権者である賃貸人は、代替可能物の典型である金銭を自己に占有移転することを引き受けている場合には、占有移転された物を分別管理する（tenir les chose séparées）という義務を当然に課せられると明示したのである。そして、この点に関しては、第二の3(3)でふれたように、金銭が代替可能物であるがゆえに、このような義務を負担させることによって賃貸人の占有支配の対象を画定しよう、とする立法者の意図が存在していると分析できるところである。

第五　付言―今後の検討課題

これまで概観してきた通り、フランス法の敷金をめぐっては、法的性質論という理論と実務との関係につき、なおいっそうの整理・分析が必要であるといわねばならない。すなわち、諸学説は性質決定をめぐる問題につき、「金銭の動産質権としての特殊性」を専ら問題にしている一方で、敷金が賃貸人または賃借人の開設した預金口座に入金されることを前提とした実務もまた存在している。これら両問題はどのような関係にあるのか、明快な整理が必要なところ、残念ながら、接し得た文献や同国の銀行取引事情に詳しい関係者からの今回の教示のみによっては、上記の点を解明するには至らなかった。この未解明の問題を今後の検討課題としたい。

（1） bail d'habitation に関する立法の変遷については、A.Bénabent,Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commercials, 9e éd., 2011, N°s596, 597, pp.289-291 ; P.-H.Antonmattei et J.Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux, 7e éd. 2013, N°284, pp.250-252 ; Ph.Malaurie, L.Aynès et P-Y.Gautier, Les contrats spéciaux, 7e éd., 2014, N°603, pp.335-336 が簡潔な記述を行っており、本稿はこれに依拠した点が多い。なお、フランスでは、bail d'habitation の一種類として、低所得階層向けの「適正賃貸借（Habitation à Loyer Modéré=HLM）」があるが、本稿ではこれを取り上げず、専ら、一般法である民法により規制される通常の居住賃貸借を検討対象とする。

（2） 一九八九年七月六日法の内容を的確に整理した邦語文献として、とりあえず、田口仁康「フランス借家法の最近の動向」レファレンス四八二号四〇頁以下（特に六四頁）（一九九一年）を挙げておきたい。

（3） 訳出に際しては、松野友芳「フランス居住用建物賃貸借法（抄訳）」龍谷法学三八巻四号一八〇頁以下（二〇〇六年）を参考にさせていただいた。

（4） 直近における同条文について、次の法令集、すなわち、Baux d'habitation, in "Code des Baux", 26e éd., 2015 (commentaires par N.Damas) で参照することができる。

（5） 以下に三つの変更点を整理して掲げよう。変更点①第一項に関しては、まず、敷金額の上限が家賃の二ヶ月分から、一ヶ月分へと減額されたことが挙げられる。また、敷金は、賃貸借契約書への署名時において、賃借人から（または第三者たる仲介者から）賃貸人へと直接（directement）支払われる（est versé）という法文が追加されたことも注目される。変更点②第三項については、二ヶ月以内という敷金返還の起算点として、賃貸人への鍵の返還時に加え、賃貸人の占有回復（remise en main propre）の時点、などが新たに加えられたことと、退去する（元）賃借人は、（元）賃貸人に対して、賃借していた不動産の鍵の返還とともに新たな住所（domicile）を教えること、が付け加えられたことが目新しいといえよう。変更点③新たに第七項が設けられ、同項は、次の内容を定めた。すなわち、規定された期間内に（元）賃借人への敷金返還がなされない場合は、月次単位ごとに、主たる月額賃料の一〇%が返還額に加算されるという負担を（元）賃貸人に課したことである。もっとも、追加された第八項は、右の第七項の適用の例外を定めている。それは、退去する賃借人が新住所を（元）賃貸人に伝達しておらず、これがために敷金返還が行われなかった場合である。

（6） 敷金という金銭の質（金銭質）につき、フランス法では議論がある旨の指摘および簡潔な言及は、下村信江「フランスにおける動産質(1)」近畿大学法科大学院論集創刊号一九三頁注（三二）（二〇〇五年）ですでになされている。

（7） この点を指摘するのは、M.Cabrilac, Les sûretés conventionelles sur l'argent, Mélanges offerts à J.Derruppé, 1991, N° 8,p.335 である。

（8） Ph.Simler et Ph.Delebecque, sûretés, la publicité foncière, 4e ed., 2004. N°634, pp.528-529. ちなみに、本書の改訂新版（第六版、二〇一二年）においても、同様な立場が基本的に維持されている。

（9）　詳細な論述ではないものの、端的な言明として、M.Cabrilac, op. cit. N°6, p.335.

（10）　例えば、論文・著書に限って挙示するならば、F.Leduc, Le gage translatif de propriéte mythe ou réalite?, Revue trim.de droit civil,1995, N^{os}1-2, pp.307-308 ; P.-G.Marty, Fongibilité et Volonté individuelle, 2004, N°200, pp.177-178. など。

（11）　以下の記述は、L.Aynès et P.Crocq, Les sûretés, la publicité foncière, 7e éd., 2013, N°50 p.234 に負っているところ、不明な点を、岩田合同法律事務所（東京都千代田区丸の内にオフィスがある）のフランス人弁護士である、ロンドリー・ゲドン（Laundry Guesdon）氏および小梁吉章・広島大学名誉教授（同教授は、フランスの銀行取引に相当詳しい）のご教示によって補ったものである。

（12）　特に改正の経緯と、不動産を対象とする担保以外の改正点に関しては、平野裕之「改正経緯および不動産担保以外の主要改正事項」ジュリ一三三五号三六頁以下を参照いただきたい。なお、本稿の課題を含む、幅広い見地から、最近のフランスでの担保法制の改正を概観・整理した論文として、白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在（副題略）」比較法学四六巻二号五三頁（二〇一二年）があり、同論文から示唆を受けた。

（13）　和訳に当たっては、平野裕之＝片山直也「フランス担保法改正オルドナンス（担保に関する二〇〇六年三月二三日のオルドナンス二〇〇六―三四六号）による民法典等の改正及びその報告書」慶応法学八号一六三頁以下（二〇〇七年）を参考とさせていただくとともに、本稿の課題に即して訳出内容を一部簡略化した。また、金銭に関する質に関しては、前出の清水論文①（第一章（注7））一〇三七頁以下をも参照されたい。

（14）　D.Legeais, Gage de bien fongibles, Juris Classeur civil code, 2013, Art.2341 et 2342., N°s 7,8, p.3.（以下ではこの著作物を、レジュエ教授の注釈、と呼称することとしたい）また、間接的表現ながらも同旨を述べるのは、M.Borassin, V.Brémond et M-N.J-Bachellier, Droit des sûrtés, 4e éd. 2014., N°1265, p.360.

（15）　レジュエ教授の注釈のN°7を参照されたい。

（16）　Voir. M.Borassin, V.Brémond et M-N.J-Bachellier, op. cit. p.360.

（17）　Ph.Simler et Ph.Delebecque, sûretés, La publicité foncière, 6e éd., 2012. N°652, pp.582-583.

（18）　預金通貨とは、簡単にいえば、銀行の口座内に残高として存在する金銭額を意味する。例えば、債務者名義の口座内の預金の一部が、債権者への口座に振替入金されるという操作によって、債務弁済手段として機能することとなり、預金が通貨としての意義を有することになるわけである。ヨーロッパでは、銀行預金は経済的のみならず、法的にもほぼ異論なく通貨として分析・承認されているようであり、取引において預金通貨の占める割合がきわめて高いとされている。以上は、牧瀬義博「預金通貨と法律」判タ三三四号五三頁（特に五五頁以下）に多くを負う。

（19） L.Aynès et P.Crocq, Les sûretés, La Publicité foncière, 7e éd. 2013, N°505, pp.234-235.

（20） 民法二三五五条は、全部で五項からなる一つの条を形成しているが、ここでは第一項にのみふれておけば足りるであろう。同項は、債権を担保するため、無体動産もしくは現在または将来発生するその集合体に対して質権は設定されうる、との内容をもつ。

（21） M.Cabrillac, C.Mouly, S.Cabrillac et Ph.Pétel, Droit des sûretés, 9e éd. 2010, N°787, pp.592-593.

（22） D.Legeais, Sûretés et garanties du crédit, 9e éd, 2013, N°457, pp.326.（なお、この文献を、以下では、レジュエ教授の教科書と呼び、引用することとしたい）。

（23） レジュエ教授の教科書の三二七頁を参照。

（24） J.-P.Blatter, Jurisclasseur Civil Code, Art1708 à1762 : fasc.150, 2006, N°39, p.2. がこの質疑応答を取り上げているが、簡明さに欠けるものであった。

（25） 吉田克己「フランスにおける住居賃貸借法制の新展開（副題略）」日仏法学一五号六二頁以下（一九八七年）。

（追記） 原稿提出後、公刊されたばかりの中田裕康『契約法』（二〇一七年九月末日初版第一刷）に接した。同書四一二頁以下は敷金を取り扱ってはいるものの、その法的構成に格別の言及は見当たらない。