

## 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（2・完）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-09-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: Hasegawa, Takashi メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24517/00055387">https://doi.org/10.24517/00055387</a>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



# 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(2・完)

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、六〇卷二号)
  - 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
  - 第一節 序論

## 第二節 解釈的提案の試み

## 第三節 むすび（以上、本号）

## 第三節 ドイツ法

## 第一 前置きおよび総説

## 1 前置き

ドイツ法における居住用建物賃貸借の法状況に関しては、わが国において、やや詳細な先行研究が存在する。例えば、沿革を含む本格的な研究は、藤井俊二教授によりなされており、<sup>①</sup>敷金の規定に焦点を絞った作品として、太田昌志准教授による複数の論文が見出される。<sup>②</sup>本稿は、これら先学の研究成果に負うところが少なくない。しかしながら、本稿は、上記の先行研究とは内容ないし趣旨をいささか異にするものである。その第一点としては近時のドイツにおける定評のあるコンメンタールを中心として検討を加え、より最近のドイツの法状況を瞥見するものであること。第二点としては、本稿冒頭に示した敷金に関する基本問題につき、立法論としてではなく解釈論としてどう考えられ得るか、その基礎資料を提供しようという目的が明瞭なことである。

## 2 総説

(1) 敷金に関するドイツ民法（以下では、BGBという）の規定の沿革

ドイツにおいては、不動産（土地・建物）の賃貸借は、BGBの定める契約類型の一つであるMietvertragによって基礎づけられる（Mietは、用益賃貸借と訳されるPachtとは区別される典型契約である）。ところで、第

二次大戦後の住居不足により、賃貸借契約の貸主＝賃貸人 (Vermieter) によって賃料が著しく高く設定されるなどの社会的弊害が目立ったことから、賃借人 (Mieter) を保護する立法の必要性が議論されるに至り、多少の曲折はあったものの、一九七一年のBGB改正を皮切りに、賃借人の保護を大きく盛り込んだ改正が相次いでなされた(ただし、賃料増額規制のためにはBGBによらず、特別法が設けられた)。そして、本稿の検討対象である敷金 (Mietkaution) に関しては、一九八三年に、BGBに旧五五〇b条が設けられた<sup>3)</sup>。本条およびその改正された条文は、後に、本稿第二で掲げることとしたい。なお、BGBにおける敷金に関する規定は、居住用建物 (Wohnraum) の賃借にのみ適用されるものであることに注意する必要がある<sup>4)</sup>。

(2) 敷金の被担保債権

敷金によって賃貸人のいかなる債権が担保されるか、に関しては、賃貸借契約から通常生ずることのある賃貸人の賃借人に対する債権がそこに含まれるという大まかな理解があるように見受けられる。このことは、裏を返せば、具体的な被担保債権は、両当事者の契約にまかされており、特別の拘束は加えられていないことを意味しているようである<sup>5)</sup>。

(3) 賃貸人の有する賃貸借契約に関わる債権を担保する形態

ところで、上記の賃貸借契約に関わる債権の担保として用いられる物的担保としては、賃借人が自己の名义で開設した銀行口座に一定額の金銭を入金し、同人が有する銀行預金払戻請求権に、賃貸人のために質権 (Pfandrecht) を設定する方法などもしくはしばしば見られるが、これら以上に最も象徴的な担保形態 (wichtigsten Erscheinungsformen) は、あるいは実務上最もひんばんになされるのは、賃借人から賃貸人へ金銭 (現金＝Bargeld) を担保として引渡すというものであり、従って、ドイツにおける居住用建物賃貸借契約に伴う敷金は、通常、Barkautionと呼ばれている。ただし、論者により、賃貸人の指定した銀行口座に、賃借人をして一定額

の金銭を振り込ませることもBalkautionに含まれる、との解説も見られるところである。<sup>(6)</sup>

## 第二 敷金に関するBGBの規定

以下では、旧規定（一九八三年発効の五五〇b条である。現行規定五五一条の前身といえることができる）と現行規定を順に紹介しよう。<sup>(7)</sup>

1 五五〇b条（なお、条文表記に当たっては、原文と異なり、例えば、第一文を①、第二文を②というふうに記述する。以下の2でも同様である）。

上記規定の大きな特徴点は、賃貸人の担保の必要性と賃借人の保護の必要性の調和を図ったものであるとされていることである。さて、条文は以下のごとくである。

第一項 ① 住居の賃貸借関係において、賃借人が自己の義務の履行のため賃貸人に担保を提供せねばならない場合、その

担保は第二項第三文に規定する場合を除き、一月分の賃料の三倍を超えることはできない。

② 別に清算されるべき付随的な費用は考慮しない。

③ 金銭を提供する場合、賃借人は三ヶ月均等の分割給付とすることができる。第一回目の分割給付は、貸借関係の開始時がその弁済期である。

第二項 ① 住居の賃貸借関係において、担保として提供すべき金銭が賃貸人に交付された場合、賃借人はそれを自己に属する財産と分離し、三ヶ月の解約告知期間つきの貯蓄預金に付される通常の利息の利率で、信用機関に預託しなければならぬ。

② その利息は賃借人に帰属する。

③ その利息も担保となる。

第三項 略

第四項 賃借人の不利益となる合意は無効である。

## 2 現行の五五一条

「賃貸借法改正法 (Mietrechtsreformgesetz)」に伴い、五五〇b条は、その基本的趣旨を維持しながらも、改正され、二〇〇一年に五五一条として施行された。条文は以下の通りである。

第一項 ① 賃借人が自己の義務の履行のため賃貸人に担保 (Sicherheit) を提供せねばならない場合、その担保は第三項第四文に規定する場合を除き、最高でも、総額としてあるいは前払いとして示される経営費 (Betriebskosten) 一月分の賃料の三倍を超えることはできない。

第二項 ① 担保として金銭 (Geldsumme) を提供 (bereitstellen) しなければならない場合、賃借人は三ヶ月均等の分割給付とすることができる。

② 第一回目の分割給付は、貸借関係の開始時がその弁済期である。

第三項 ① 賃貸人は、担保として交付を受けたされた金銭を三ヶ月の解約告知期間つきの貯蓄預金 (Spareinlagen) に付される通常の利息 (üblichen Zinssatz) の利率で信用機関 (Kreditinstitut) に預託 (anlegen) せねばならぬ。

② 契約当事者は、これらと内容的に別の預託形式 (Anlageform) を合意することができる。

③ 以上のどちらの場合であっても、預託は賃貸人の固有財産と分離して (getrennt) 行わねばならず、そこから得た収益 (Erträge) は、賃借人に帰属する (zustehen)。

④ その収益は担保となる。 ⑤ 略

第四項 賃借人の不利益となる合意は無効である。

### 第三 Barkautionの法的性質をめぐる議論

Barkaution（本稿では、以下、これを単に敷金という）をめぐることは、その法的性質をいかに解するかをめぐって議論がある。そして、当該敷金の所有権（Eigentum）が賃借人から賃貸人へと移転するか否か、という点において見解が大きく二分されており、（以下の1と2）、このような区別の基準とは異なる少数説も存在する（以下、3）。これらを簡略に記述してみよう。

#### 1 金銭所有権は移転しない、という見解＝真性質権（echtes Pfandrecht）説

第一の考え方の出発点は、賃借人には敷金の所有権が留保されている、と捉えることにある。従って、この見解は、金銭への通常の質権設定（Verpfändung）を肯認する見解と結びつくこととなる。<sup>8)</sup>

#### 2 金銭所有権移転と関連させる見解

他方、金銭所有権移転と関連させて法的性質を説く主張もさらに枝分かれしている。

#### (1) 不真性質権説

##### ア 特徴

この見解は、質権者に、目的物の消費、処分権限を認めるものであり、そのことは、質物の所有権が設定者から移転している、ことを承認するものである。もともと、この見解は、主として判例がかねてより依拠する立場であり、敷金の法的性質を不真性質権（irreguläre Pfandrecht）と把握するものである。そして、同見解は、敷金の法的性質論をめぐる論争においても、支配的見解と見なされている。<sup>9)</sup> さて、この見解の特徴は、確かに金銭の所有権は賃借人から賃貸人に移転しているとはいえるが、賃貸人に強い信託的拘束が課せられている（treuhänderisch gebunden ist）という点に特殊性があるので、単純な所有権移転とは区別されるべきであり、そこに担保目的に奉仕するという目的があることが重要である、とするものである。そして、この金銭所有権の

移転を一応承認する点において、真性質権とは異なると捉えるのである。<sup>10)</sup>

#### イ 近時の代表的判例

学説に言及する前に、敷金の法的性質に関する判例の状況を代表するものとしてしばしば引用される、比較的最近の連邦最高裁判例一件を簡潔に紹介しておこう。それは、BGH1994.9.21;BGHZ127,138,140である。もつともその事案は、居住用でなく営業用建物の賃貸借に関するものであり、また、当事者が格別の合意をしていないケースであつて、金融機関に預託されていた敷金が返還される場合において、同時に返還される利息はどうなるのか、が争点となった事例である。さて、BGHは、判決理由中で、居住用住宅の賃貸借契約にも論及し、その場合の敷金は、irreguläre Pfandrechtの性質を有する、との従来の見解を踏襲する説示を改めて述べている。

#### ウ 学説

##### ① 不真性質権説

学説上、判例が採用している見解を支持する学者としては、しばしばヴィーゲントが挙げられる<sup>11)</sup>。そして、他人の見解の影響力は小さくはなく、同説は、敷金の性質論の「支柱」としてもっとも有力な説としての位置づけを与えられているように推測される。

② 金銭そのものの所有権移転ではなく、金銭の担保権能の移転(Sicherungsübergang des Geld)と解する見解

この見解は、フェアスター、ランメルらの学者の主張である<sup>12)</sup>。しかし、あまり詳細な説明を伴っておらず、また、有力説としての地位を得ていないように思われる。

##### 3 信託的金銭貸借(treuhandersch gebunden Darlehen)と解する見解



この見解は、敷金の所有権ないしその担保権能の移転という視点で問題を捉えるのではなく、信託的拘束を伴う賃貸人への金銭の貸借 (Darlehen) と性格づける立場である。同見解は、賃貸借終了後の、賃借人からの敷金返還請求に対して、賃貸人は相殺の主張ができることを主たる論拠としている<sup>(13)</sup>。有力説である上述の性質権説に比べると、特異な説と扱われているようである。

#### 第四 分別管理義務について

1 BGB 五五一条第三項第三文の立法趣旨―右記条項の前身である、五五〇b条第二項第一文の意図―すでに紹介した通り、五五一条第三項第三文は、賃貸人は賃借人から引渡された敷金を、自己の財産と分離して (getrennt)、信用機関 (銀行など) に預託ないし投資 (Anlage) をせねばならないことを定めている。このような分離 (分別) の意図を知るためには、現行規定の前身である (旧) 五五〇b条第二項第一文の立法理由を知ることが重要である。さて、立法理由を示す文献によれば、立法者は、具体的には、賃貸人の財産から敷金を分離し、それを信託的な特別口座 (ein treuhänderisches Sonderkonto) に預託することを意図していたようである<sup>(14)</sup>。そして、上記口座の名義人は、賃貸人である。しかし、上掲の文献からは、これ以上の説明は知り得なかったため、分別管理義務の意義に関する比較的近時の学説をもって、口座への入金と分別管理の問題を補うこととしたい。

#### 2 分別管理義務を賃貸人に課する意義と分別管理の具体的内容

##### (1) ランメル、ビーバーによる補足的解説

ランメル、ビーバー<sup>(15)</sup>らは、敷金と賃貸人の固有財産が分離されていなければ、賃貸人の債権者が、これら混合した財産に対し差押えを行うことが考えられる。これは、賃貸人の担保目的に支障を来すとともに、賃借人

にとっても不利益を生じさせるから、それらを防止させることが分別管理の大きな意義であると解説している。

(2) 賃貸人の分別管理義務の具体的内容

複数の論者は、賃貸人の分別管理義務の具体的内容に言及している。ほぼ一致して説かれているのは次のとおりである。賃貸人は、敷金の供与を受けたならば、直ちにそれを管理(Verwendung)するため、他人(賃借人)の金銭と信託的に結びつけられた(treuhänderisch gebunden) 特別口座を開設して、同口座に敷金を入金し、同金銭が賃借人の計算(Rechnung)において預け入れられるものであることを、さらに、賃借人の氏名、住所をも、口座を開設ないし入金する際に、当該信用機関に明示的に告げなければならぬ、と。<sup>16)</sup>

(3) 上記特別口座の運用

なお、賃貸人には交付された資金ごとに別々の口座を開設することは要求されず、学説の多数は、提供された敷金全体のための集合的口座(Sammelkonto)が存在すれば足りると解している。<sup>17)</sup>

第五 敷金返還に際して、利息を付すか否か

1 BGB五五一条第三項第一文および第三文の規定

右記規定が、賃貸人に賃借人から引渡された敷金は、三ヶ月の解約告知期間つきの貯蓄預金に付されるところの通常の利息(üblichen Zinssatz)の利率で、銀行などの信用機関などに預託(ないし投資)をせねばならないと定めていることは、既に見たところである。

2 右記規定の沿革

BGB(旧)五五〇b条第二項第一文と第二文は、現行の上記条文の前身であるが、この旧規定がBGBに取り入れられたのは、敷金をめぐる従来からの紛争につき、一九八二年に下されたBGH判決が一定の終結を

もたらず判断を下したことが大きな原動力となったからである。すなわち、同判決は、敷金返還に際し利息を付すべきことを明言したのであった。<sup>18)</sup>

### 3 敷金に利息を付して返還することの根拠―敷金の法的性質論との関連性

#### (1) 不真性質権説の再度の提示

先に概観したように、ドイツ民法において、敷金の法的性質に関して統一的な見解は存しないが、最も有力な見解と目されているのは、判例の採用する不真性質権説であった。同説は、質権者は一方では、設定者から引渡された目的物を自己のために用いることができる(例えば、消費や処分ができる)権限を付与されているのであって、目的物を返還する必要が生じた場合には、同種、同量の物 $\parallel$ 代替物の返還で足りるが故に、当初の目的物の消費・処分が許される、という見解である。<sup>19)</sup>ただし、この説は、質借人から賃貸人へと敷金の所有権が単純に移転すると解するのではなく、問題とされているのは、担保という目的と切り離すことができない特別な所有権移転であるから、賃貸人は同種・同量の物の返還義務を決して免れることはないという、重い信託的拘束を負担することを特徴とするものである。

#### (2) 筆者の評価

ところで、不真性質権説の内容を改めて探ってみると、これは、質物の消費が許されるという特殊性があるとはいえず質権の範疇で問題を捉えているのであるから、同説は、目的物の所有権はあくまで実質的に、質物の提供者に留保されているに等しい、という内実を含むものと分析することも許されるのではあるまいか。このような筆者の評価に誤りがないとするならば、敷金において、元本たる金銭の所有権はその供与者である質借人に留保されているがゆえに、当初に交付された敷金はいかなれば「元本」に相当し、その返還においては、「元本から生ずる利息」が質借人に帰属することは疑いなく認められる、と論結することが容易であり、

かつ、不合理ではなからう。しかしながら、右のような筆者の評価とは異なり、ドイツの支配的見解である不真性質権説は、敷金に利息を付して返還することを肯定するものの、その理由づけとして、敷金は用益質(Nutzungsfund)でもあることを挙げるのであり、そこにドイツ民法における議論の特質を見ることができよう。そこで、次項では、用益質としての敷金という問題にふれておきたい。

#### 4 用益質 (Nutzungsfund) としての敷金

##### (1) 代表的な・不真性質権説を説く論者の示す見解

不真性質権説の理論的支柱ともいえるべき、同説の代表的論者であるヴィーゲントは次のように述べている。すなわち、敷金の性質を不真性質権と捉える、判例が依拠する見解は、敷金は用益質でもあると論ずることを含んでいる。つまり、敷金は用益質という性質をも帶有しているため、質貸人は質借人と特別の合意をしなくても、用益質に関する次の二つの条文から、質借人は利息を受けうる、という解釈が導かれることとなる。つまり、これら条文の全体的趣旨は、敷金は、質借人に利益をもたらすように (zins tragend) 解釈されるべき旨を宣言している、と。<sup>(20)</sup>

##### (2) 用益質に関する BGB の規定

そこで、用益質に関する二つの条文を掲げ、その内容を確認しておこう。

一一二三条 第一項 質権は質権者 (Pfandgläubiger) が質物から生じた収益 (Nutzungen) を收取する (ziehen) 方法をもつ

てこれを設定することができる。

第二項 天然果実を生じさせる性質をもつ物が、質権者に単独に引渡された場合において、疑わしいときには

(im Zweifel)、質権者は果実を收取する権限が与えられている、とみなされる。

一二二四条 第二項 質権者は、収益を取収する権利をもつ場合には、収益の取得 (Gewinnung) に関して注意を払い (sorgen)、収益計算 (Rechnenschaft) をしなければならない。

第二項 収益の純益額 (Reinertrag) は、これを債務の目的である給付に充当 (anrechnen) しなければならない。ただし、費用 (Kosten) および利息 (Zinsen) からまず充当せねばならない。

### 第三項 略

### (3) 簡単な補足と整理

**A** このような用益質質についての条文を用いて、敷金には利息がつけられるべきであるとする論理は、BG B旧五五〇条b第二項第二文(同規定は、敷金から生ずる利息は賃借人に帰属することを明定した)の基となつたBGH1982.7.8も援用しており、現行民法典の五五一条の解釈の基盤となるに至っている。<sup>(22)</sup>

**I** しかしながら、筆者が、近時の最高裁判決である前掲BGH1994.9.21(同判決については、第三2(1)イを参照)を読んで気づいたことがあり、しかも興味深い内容を含んでいるので、それを追加的に述べよう。すなわち、同判決以前においては、確かに金銭である敷金は、一二一三条第一項にいう、当然に収益を生じさせるものとして解されてきたように思われる。しかし、上掲の一九九四年判決は上記の解釈に対して次のような補説を施している。すなわち、天然果実の場合と異なり、金銭は、全く無条件で、いかなる場合においても法定果実たる収益をもたらすとはいえないから、敷金返還において利息を伴うことの根拠として、従来からの理由付けに加えて、少なくとも、質権設定時において、収益を生じさせることについての当事者の黙示の合意が必要である、と。<sup>(22)</sup>このことは、用益質規定の援用というドイツ法の議論特有の問題でもあるため、これ以上立ち入ることは控えるが、近時の連邦最高裁判決の注意点として、あえて一言する次第である。

## 第六 敷金提供者たる賃借人保護の法的処理―第三者異議の訴え

最後に、一点付け加えておこう。前述のように、交付された敷金は、賃貸人により、彼の固有の資金が入金されている金融機関の口座(前者)とは全く別個の口座(後者)に蓄積されるところ、この口座(後者)の名義人は賃貸人であるため、賃貸人の債権者が後者の口座を差押さえるという事態が生じることが考えられる。このような場合、賃借人は第三者異議の訴えにより、上記差押えを排除できるとされている。<sup>23)</sup>

- (1) 特に立法の沿革については、藤井俊二『現代借家法制の新たな展開』(一九九七年) 一一二頁以下が詳細であり、参照価値が高い。もとより、本稿は同書の内容に多くを負っている。
- (2) 例えば、太田昌志「ドイツ敷金制度に関する一考察」法学新報一一九卷一・二号一二七頁(二〇一二年、以下、これを太田論文①という)。なお、太田論文①はドイツ法の詳しい紹介を通じて、日本法の問題点を指摘するという意味で貴重な作品であるが、同論文の目的が必ずしも明瞭とはいえない点を含んでいるように思われる(論文①一三三頁において、同教授は、「ドイツにおける敷金制度の運用の中から、特に利息と賃貸人の破産の場合の扱いに着目し、我が国の敷金制度の運用の助けとしたい」と述べているが、この趣旨は日本法の解釈論、立法論、いずれを志向することを意味しているであろうか。筆者には、前者であるように映るのである)。また、太田准教授は、ドイツを参照しつつ敷金の分別管理の必要性を説く、太田「敷金の分別管理に関する一考察」法学新報一二二卷一・二号一二五頁(二〇一五年)を公にしている。なお、太田「敷金の分別管理とその効果について(副題略)」千葉商大論叢五四卷一七九頁(二〇一六年)は、ドイツ法を離れ、わが国の議論に言及するものである。
- (3) Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, § 551, S. 669, Rn. 1, 2014 [VEmmerich] (以下本稿においては、「ドイツのコンメンタール類」の引用に当たり、末尾に置いた「」内に当該頁の執筆者(Bearbeiter)を示すことにする)。
- (4) Staudingers Kommentar zum BGB, a. O. S. 671, Rn. 4a [VEmmerich].
- (5) Schmidt-Futrer Kommentar, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, S. 1051, Rn. 12, 13 [HBlank]; Staudingers Kommentar zum BGB, a. O. S. 671, Rn. 4a [VEmmerich].
- (6) 一例として Mietekommentar, 4. Aufl., 2014, S. 649 [HBlank] など。

- (7) 訳出に際しては、関西借地借家法研究会による「ドイツ賃貸借改正法新旧対照仮訳(2)」龍谷法学三五卷一号二二六頁以下を参考とした。
- (8) きわめて短い見解の表明ではあるが、例えば「Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 5. Aufl. 2009, S. 2451, Rn. 7 [J. Danrau]」がこの立場を示しており、また「フェンスター博士は、自らの見解を主張しているわけではないが、本文のような理論的可能性を説くべきである。Vgl. M. Foerster, Ein Zinsanspruch des Vermieters bei Nichtleistung der Barkaution, ZMR 2009, 245, 247.
- (9) Staudingers Kommentar zum BGB, a.a.O., § 672, Rn. 5 [V. Emmerich].
- (10) Staudingers Kommentar zum BGB, a.a.O., § 633, Rn. 5 [V. Emmerich].
- (11) Staudingers Kommentar zum BGB, § 1213, S. 90, Rn. 1, 2009 [W. Wiegand] は、敷金の性質論は敷金から生ずる利息の帰属者の問題と関わりなく、右記の問題は BGB § 51 条により決せられているのであるから、不真性質権説が妥当であると述べらる。
- (12) M. Foerster, a.a.O., § 247; S. Lammell, Wohnraummietrecht, 3. Aufl. 2007, S. 186, Rn. 13.
- (13) E. Kiessling, Die Kaution im Miet- und Pachtrecht, JZ 2004, 1146.
- (14) BT-Drucks. 9/2079, S. 10.
- (15) S. Lammell, a.a.O., S. 191, Rn. 51; Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, Bd. 3, § 551, S. 1425, Rn. 23 [P. Bieber].
- (16) S. Lammell, a.a.O., S. 191, Rn. 52, 53; Schmidt-Futrerer, Kommentar, Mietrecht, a.a.O., § 1065, Rn. 65, [H. Blank].
- (17) Vgl. H. Blank, a.a.O.
- (18) BGH 1982, 7, 8; NJW 1982, 2186. がそれであるが、同判決に関しては、前出の太田准教授によりすでに詳細な紹介がなされている(太田・前注(2)の太田論文①の二一九頁、および、同論文の注(4)参照)。それゆえ、同判決を同様に再説することは略し、ここでは同判決の判旨の中で注目されるべき二点を挙げるにとどめたい。第一点は、敷金の法的性質は上掲した不真性質権であり、賃貸人による敷金返還においては、同人は利息を付す義務を負う、という判示。第二点は、敷金から生ずる利息が賃借人に帰属するという説示である。上記判決の重要性は、この二点に尽きるといえよう。このうち、利息の帰属の問題に関しては、後にふれた。
- (19) W. Wiegand, S. 38, Rn. 54-55.
- (20) W. Wiegand, a.a.O.
- (21) 本判決については、前注(18)参照。

(22) BGHZ127,140-141に、指摘したことに関する判旨が展開されている。

(23) Schmidt-Futerer, Kommentar,Mietrecht.a.O.S.1065,Rn71, [H.Blank]は、賃借人は、ドイツ民事訴訟法(ZPO)七七一条の定める第三者異議の訴え(Drittwiderspruchsklage)に基づく介入権(Interventionsrecht)を有すると解説している。

## 第四節 比較法的概観の要約

### 1 序論

アメリカ、フランス、ドイツの各国において共通しているのは、居住用建物の賃貸借に際して、賃借人から賃貸人へと交付される敷金には、いずれも、少なくとも、賃貸人の有する賃料債権ないし損害賠償債権を担保するという目的・機能が与えられているということである。しかし、敷金の法的性質およびこれに関連する法的問題に関しては、国ごとにその実情が異なっている。以下、きわめて大まかではあるが、各国についての状況をまとめておこう。

### 2 アメリカ法

#### (1) これまでの趨勢

同国においては、敷金(security deposit)の扱いは、各州の州裁判所の形成した判例法あるいは特に制定された州法に委ねられているところ、未だ少なくない州においては、敷金の性質を利息を付する必要のない貸付(loan)と捉えているがゆえに、敷金に利息を合わせ返還する義務を賃貸人に課してはいない。

#### (2) 最近の新たな動向

しかしながら、最近において、賃貸人に、敷金を賃貸人の個人財産から分別管理することを課する内容を含



んだ州法を制定する州が少なくとも全州の半数に達し、なお増加しつつある。そして、これと軌を一にするものか、敷金の法的性質を、賃貸人の有する担保権 (security interest) にすぎないとして、敷金に利息を付することを州法上に明文化する傾向が現れ、かつ、この傾向が拡大していることが注目し値するといえよう。

### 3 フランス法

#### (1) 総説

フランスにおいては、敷金の問題は、*le dépôt de garantie* という標題のもとに論じられている。さて、同国では、これまで、居住賃貸借 (*bail d'habitation*) に関する複数の特別法が、それぞれ各種の修正を付属させつつ制定・適用されてきたが、これらの特別法は、敷金の性質決定 (*qualification*) には直接ふれていないこと、さらに、敷金の性質決定に関しては、従来から、動産に対する質権 (*gage*) の問題として議論が蓄積されてきたことが特徴的である。なお、一九八九年七月六日法が敷金に関する基本的な条文を明定したものであると評されていることは重要であるといえよう。ちなみに、同法第四項は、敷金は賃借人のために利息をもたらしえない旨を規定するが、同規定は一種の「妥協の産物」であるといえよう。

#### (2) 敷金の性質決定と最近の状況

ところで、敷金の性質決定をめぐる議論は、これまで、それは典型的な質ではなく、変則的な質 (*irrégulier gage*) であると捉えてきた。これは敷金の提供を受けた賃貸人は、当初受領した金銭と同額を賃借人に返還すれば足りると解する見解であり、同見解は、質の対象である金銭が代替性を有するがゆえに、賃貸人は受領した敷金の消費が許されていることを帰結するものであった（「変則的」とは右のような特殊性を指すものである）。ところで、二〇〇六年にフランス民法典中の担保法の分野で大改正が行われ、質権に関しても、質権者が分別管理義務を負う場合と、当事者間の合意によって、同義務を免れるとする二つの場合がありうる

条文化された。もつとも、敷金について、賃貸人が同金銭の引渡しを受けている場合には、同人は分別管理義務を負うものと解されている。とはいえ、何よりも刮目すべきことは、上記の法改正により、敷金の性質決定をめぐる議論が「四分五裂」というべき状態にあることである。なお、上記議論が特殊な不動産の質権の性質をめぐめるものであることは対照的に、銀行口座内に入金された敷金に担保的機能を果たせしめるという実務が存在し、これら両者の関係については今後の検討が必要である。

#### 4 ドイツ法

##### (1) 総説

ドイツで、実務上、もつともひんばんに行われるのは、敷金としての現金の提供である(なお、賃貸人の指定口座への賃借人による金銭の振り込みもこれと同列に置く分析がある)。これはBarkautionと呼ばれている。さて、敷金に関しては、初めにBGBに五五〇b条が新設・導入され(一九八三年発効)、同条はその後、五五一条に改められた(二〇〇一年発効)。五五一条の規定の中で注目すべきは、同条二項が、賃貸人は敷金を自己財産と分離し、同敷金は銀行などの信用機関に預託(投資)をしなければならないと定め、かつ、そこから生ずる利息は賃借人に帰属すると明示的に規定していることである。

##### (2) 敷金の法的性質論

この問題については、二、三の見解が主張されているが、その中における支配的見解は判例の採用する、不真性質権(irreguläre Pfandrecht)として敷金の法的性質を捉える説である。不真性ということの意味は、質権者は一方において、質権設定者から交付された金銭を消費や処分の対象とすることができるが、他方において、質権の対象物の返還時には、同額の金銭の返還をすれば免責される、ということである。この見解は、筆者の見るところ、フランス法におけるirregulier gageと強い類似性があるように思われる。

## 5 比較法的警見の総合的まとめ

(1) 以上の比較法的概観からは、敷金の法的性質（法的構成）には必ずしも一致は見られないが、ドイツでは賃貸人の分別管理義務の肯定と敷金返還に際して利息をつけることが法定されており、また、アメリカでも、最近では、これと類似した立法動向を見て取る事ができるように思われる。その点で、ドイツ法とアメリカ法には共通点が見出されよう。他方、フランスでは、民法典（特に担保法に関する領域）の改正が、敷金の法的性質をめぐる議論の「活性化・多様化」を生じさせ、その収束にはまだまだ時間を要するものとみられる。

(2) しかし、(1)で分析したことは別に、指摘できそうなことは、上記の三カ国における議論の大勢は、敷金、という金銭が、現実に賃借人から賃貸人へと支払われるという取引実務をその前提としているように見受けられることである。例えば、アメリカにおいては、賃貸人は賃借人から現実に金銭の交付を受け、しかる後、賃貸人は、同金銭を、いかなれば敷金専用の銀行口座に入金し、自身の財産とは分別することが行われていると見られる。これに対して、わが国では、すぐ後に述べるように、実際の敷金交付の態様の大半は、賃貸人が指定した銀行口座への振込み入金であり、外国法の議論が前提とする状況と若干の相違点がある。これは、わが国の問題を論じる際には、留意しなければならない事項といえよう。

## 第四章 若干の試論とむすび

### 第一節 序論

#### 1 なされるべき作業―補充的契約解釈の必要性

それでは、第二章に示した疑義を踏まえて、とりあえずの試論を述べてみたい。本章で行われるべき作業はこうである。すなわち、第二章第二節に掲げた二つの契約条項の実例には、必ずしも詳細かつ具体的には現れていないとはいえ、賃借人から貸借人へと交付された金銭が、賃借人の賃料不払いの場合等における、貸借人の有することのある金銭債権の担保を目的としていることを、敷金の授受の当事者が明示的に(あるいは黙示的に)合意していることは、敷金に関する契約条項(契約書上にその旨の文言が置かれている)および取引の実態から疑いなく解しうるところである。この「担保の合意」の存在はきわめて重要であろう。しかし、約定文言には現れていないとはいえ、敷金に関わる当事者の別の合意が潜在的に存していると推認しうる事項もあれば、存在してはいるが然るべき・関連する別種の合意が全く欠缺していると評さざるを得ない場合もあるであろう。以上を要するに、行われるべき検討作業は、敷金に関する複数の事項ないし問題に関して、当事者の合意を補充することであるといえよう。つまり、これらの広い意味での欠缺補充は、補充的契約解釈によってなされることとなる。

#### 2 補充的契約解釈に当たって考慮されるべきこと

いわゆる補充的契約解釈を行う際に考慮すべき点は、第二章第二節2(3)で、やや簡潔的にはあるが整理したところであり、ここで繰り返し述べるとは略したい。

それでは、以下において、敷金契約に関して補充的契約解釈の作業を試みてみたい。

## 第二節 試論の枠組み

### 第一 枠組みの支柱をなす事項

初めから結論めいたことを提示することとなるが、枠組みの支柱をなす事項（ないし筆者の着想）を以下に列挙しておく。

1 賃借人から賃貸人への敷金の交付の態様の大半は、現在においては、従来の諸見解が暗黙のうちに前提としていた、現実の金銭の払渡しではなく、賃貸人名義の銀行口座への振込みであることを議論の中心に据えなければならぬ。

2 上記の振込みを受けた賃貸人は、口座内に振込まれた敷金相当額の金銭は、自己が有することがありうべき賃借人に対する債権の担保なのであることから、同金銭を担保目的以外の理由で引出したり、あるいは費消したりすることはできない。

3 賃借人からの敷金の振込みがなされる「受け皿」となる銀行口座は、賃貸人（以下では、同人を仮にGと表記する）固有の預金がすでに入金されている口座とは別個のそれであるべきである（ただし、この契約解積は留保付きである。これに関しては後述する）。既にふれたように、同一口座内での金銭の混和を回避するためである。なお、振込先口座は、さしあたり、普通預金口座であることを指定する（この点に関しても、後にふれる）。

4 上記3とも関係するのであるが、この別個独立した銀行口座の名義人Gは、規範的解釈という法技術を

用いて、「敷金管理者」という法的地位に立っている、と解する。

5 振込まれた敷金の出捐者は賃借人(以下では、同人を仮にSと表記する)なのであるから、銀行に対して生ずる敷金相当額の金銭債権(＝預金債権)はSに帰属する、と解する。

6 試論においては、GはSが銀行に対して有する預金債権に質権を有するものと構成することがもつとも無理のない、かつ、当事者意思にも合致しうるものと解するものである。つまり、敷金契約における当事者の合意の核心にあるのは、預金債権への質権設定であると解釈すべきことがもつとも自然であると考えるものである。

以上六点が敷金契約の法的構成に関わる・試論の枠組みの支柱ともいうべき事項である。以下の論述においては、上述の各点で述べたことを、便宜上、「支柱事項」として、表記することとしたい。

## 第二 第一で展開した内容および問題点への補充的説明と克服すべき課題

上記第一では、結論を先取りするような私見を表明した。そこで本項第二では、そこに列挙した試論のうちいくつかに関して、補充的な説明を加えねばならないであろう。

### 1 敷金交付の態様について(支柱事項1に関する)

#### (1) 現行の敷金契約の条項と、その文言解釈

敷金交付の具体的な方法に関して先に述べたことは、わが国の敷金契約の条項には全く現れておらず、むしろ、前掲書式アの第六条第一項および書式イの第六条第一項では(本稿第二章第二節参照)、いずれも、賃借人は賃貸人に敷金を「預け入れる」という文言が使われている(傍線aおよびcを参照されたい)。さて、ここでの問題はこの文言の解釈はいかにあるべきか、であるといえよう。具体的には、第一として、「預け入れる」

という文言を狭義に（字義通りに）解釈するならば、これは「寄託」である、という解釈が成り立ちうるであろう。しかし、第二として、これを広く捉えるならば、「その管理を任せるというニュアンスを含んだ、金銭の交付に特有の表現」として用いているとも考えられる。この問題につき筆者は次のように考える。狭義の解釈は、いずれかというところ、現金としての金銭の現実的引渡しと連結した解釈であると思われる。しかしながら、後述のように、実際の敷金の提供方法が賃貸人名義の銀行口座への振込みによって行われている場合が多数を占めているという事態に照らせば、狭義の解釈を採用するのはやや妥当性を欠く、と。従って、ここで「預け入れる」という文言は広く解釈されるべきである。

## (2) 敷金交付の態様の実態

そこで、度重なる記述となることを承知しつつ、現在における敷金交付の実際的な態様はどのようなものか、という点にふれることとしたい。もとより、この問題についての叙述は、筆者の体験および居住用建物の賃貸借契約の実態に通じている専門家へのヒアリングに基づくものであり、取引実態を反映したものである。そして、その実態はこうである。まず、筆者は、二〇一八年三月まで、石川県金沢市内でマンションの一区画を約五年間賃借していた。そして、振り返ってみると、賃貸借契約締結と同時に、敷金を賃貸人の指示した賃貸人名義の信用金庫の普通預金口座に振込み入金をしたことを明瞭に思い出す。また、一地方だけの事例ないし個人的経験を一般化する誤りを避けるために、二〇一七年三月上旬に、(一財)不動産適正取引推進機構に赴き、この問題に関してヒアリングを行った。その結果、①ごくのどかな田舎での賃貸借契約ならばともかく、ことは居住用の建物の賃貸借であり、重要性が高いことから、賃貸借契約締結のほとんどの場合には、契約書が用いられ、そこには、先に紹介したような簡単な敷金の約定がおかれていること、②敷金についての同機構のお二人の専門家の知見はほぼ一致しており、その内容は要するに次のようなものであった。確かに、かつては、

賃料を現金で支払うことや、それと歩調を合わせ、敷金についても現金による交付が行われるのが通常の方法であったが、現在では、賃料支払いはきわめて多くの場合において賃貸人名義口座への振り込みによってなされておき、それと平仄を合わせて、敷金の交付が、賃貸人名義口座への振込み入金によって行われることが相当多くの場合を占めているように見受けられる、というものであった。<sup>(1)(2)</sup>

2 敷金の振込みがなされる銀行口座は、賃貸人の預金がなされている口座とは別個独立の、敷金専用の口座であるべきこと、について(支柱事項3に関する)

(1) このような試論は、おおまかにいうならば、規範的判断に支えられている。とりわけアメリカ法、ドイツ法の検討・分析の結果、明らかになったごとく、賃貸人名義の同一口座内において、賃貸人に帰属する財産としての預金と賃借人の出捐した金銭とが混和し、それが原因で、返還されるべき敷金が失われるという問題が生じうるため(例えば、同口座内の預金全てに対して賃貸人の債権者が差押えを行った場合などに、この問題が顕在化されることは既に述べたところである)、これを防止するという敷金管理の方法は、賃貸人の担保権確保の必要性を満たすのみならず、賃借人の利益、ひいては同人の意思に合致するであろう。

(2) ところで、わが国において、多くの場合は、賃貸人が敷金の振込先に指定した銀行口座には、賃貸人の固有の金銭も蓄積されていると見られることは否定できない実情といえよう。しかしながら、他方で注目すべきことは、同時に、敷金専用口座を開設している賃貸人も―その数は少ないと見られるが―現に存在していると思われることである。<sup>(3)</sup>このことから、いまだ十分には一般化するに至っておらず、実務上の運用の改善に待たなければならないといえ、筆者が支柱事項3に掲げた契約解釈上の提案は、取引の実態の一部を反映しているといえるであろう。それゆえ、現時点においては、敷金の実務全部に及ぶものではないという留保つきではあるが、別個独立の口座への振込みの合意は、契約解釈上肯定しうる余地がある、と解するものである。そして、



このような解釈は、規範的契約解釈に基づくものである。従って、先述の支柱事項の4から6までは、敷金専用口座が設けられるべきである、という敷金交付方法に関する、3で述べた契約解釈を前提とした立論であることを注記しておきたい。

### 3 Gに「敷金管理者」という地位を認めることについて（支柱事項2、3、4に関する）

#### (1) 敷金管理の意義

ここにいる敷金管理とは、二つの意義を内包するものというべきである。すなわち、第一として、GがSから敷金として交付を受けた金銭を、Gの固有財産との識別が容易にできる状態に置くこと、第二として、敷金はGがSに対して有することがあり得る、賃貸借契約に関わる債権の担保なのであるから、その担保価値を維持する（減少させない）義務を負担すること、以上のように整理することができよう。

#### (2) 敷金管理者Gが担うべき義務

敷金管理の意義を上記のように捉えることに誤りがないとするならば、SからGに敷金が交付された以後においては、敷金管理のための具体的な義務を担うのは、広い意味で、敷金を自己の支配領域においているGということとなろう。そして、同義務の具体的内容について先取りしてふれておくならば、それは分別管理義務ということになる。この分別管理義務については、後に、「第三 債権者の分別管理義務」という項目のもとに、改めて言及することとしたい。

4 賃貸人G名義口座へ振込まれ、銀行に対する預金債権が生じた場合の同預金債権の帰属者（支柱事項5に関する）

#### (1) 序論―確認すべき事項

初めに確認すべきことは、敷金の交付という目的でSによりG名義の口座（ここでは、とりあえず普通預金

口座を想定する)へ振込み入金がなされることにより、同口座の残高を形成するに至った金銭が、銀行に対する預金債権となるに至ることに對しては、おそらく異論は唱えられないであろうということである。<sup>(4)</sup>

(2) 右預金債権の帰属者

次に考究すべきは、振込まれた金銭が預金債権を形成するとして、その帰属者は誰かという点である。選択肢としては、それは口座名義人Gである、とする立場と、振込まれた金銭Ⅱ敷金の出捐者である賃借人Sである、とする見解があり得る。

この問題は、見方を広げれば、預金債権者は誰か、という従来から議論されている一般的问题の一環としても位置づけられるであろう。さて、同問題についての議論は、当初は、判例の取り扱った定期性預金について諸説が展開され、いわゆる客観説(簡潔にいうと、預金の出捐者が同預金の帰属者であるとする見解)が判例の立場であった。他方、学説は分かれてはいたが、定期性預金については、いずれかという、判例に同調する傾向が強かったように思われる。<sup>(5)</sup>ところで、平成一〇年代以降になると、普通預金に関する最高裁判例が複数出現するに至った。<sup>(6)</sup>中でも、弁護士名義の普通預金の帰属者をめぐって、下級裁においてその見解が分かれていた状況を統一する役割を担ったと評されている最判平成一五年六月一二日民集五七卷六号五六三頁が著名であり、商業誌によって本判決を対象とする座談会が組まれるなど、同判決が多くの論者の関心を刺激したことは周知のことといえよう。そこで、以下ではまず、この判決を概観した後、試論と対比してみたい。

(3) 最判平成一五年六月一二日の簡単な紹介

既に多くの評釈等に表れていることであるが、叙述の便宜上、右の判決の簡略な紹介をしておこう。

事案は、X<sub>2</sub>から債務整理事務の委任を受けた弁護士X<sub>1</sub>が、委任事務処理のため、X<sub>2</sub>から受領した金銭五〇〇万円を預け入れ

るために、 $X_1$ 個人の名義で普通預金口座を開設・入金したところ、Y税務署長が同口座にかかる預金債権は $X_2$ に帰属すると主張して、 $X_2$ が滞納した税金の徴収を目的として、右記預金債権を差押さえたものである。争点は、同口座にかかる預金債権の帰属者如何であった。

さて、注目に値するのは次の点である。すなわち、本判決についての複数の評釈等が、最高裁判決の多数意見は、① $X_1$ が $X_2$ から債務整理事務の委任を受けていたこと、②口座開設に当たり預け入れられた金員は $X_2$ から $X_1$ に交付されていた前払費用であること、③ $X_1$ の名義で口座開設がなされたこと、④ $X_1$ が通帳、印鑑を管理し、同人が預金の出し入れを行っていたこと、といった諸事実に着目し、預金債権は $X_1$ に帰属するという結論を導き出した、という分析を行っている点である。換言すれば、最高裁は普通預金債権の帰属者認定基準という一般論を展開したのではなく、その判断は、諸事情の総合判断に依拠しているという有力な解釈・分析が存在している点<sup>(7)</sup>は目を引くといえる<sup>(8)</sup>。

#### (4) 試論と右記最高裁判決との対比

敷金の問題に戻ろう。上掲最判の説示の特質を上述のように理解する立場（つまり、最高裁は一般論を示したのではない、と理解する立場）からであれ、これとは異なる・最高裁は一般論を示したものであると批評する見地からであれ、賃貸人G名義口座へ振込まれ、銀行に対する預金債権が生じた場合の同預金債権の帰属者は、賃貸借契約から生ずることがありうる債務の担保提供を、金銭の振込みという形態で行った、同金銭の出捐者Sである、とする解釈は、なお容認される余地を有しているというべきである。その理由は結局のところ上掲判決の事案と敷金のGの預金口座への入金とは、問題局面を異にすると説明できるからである。つまり、上掲最判の事案を簡略化すれば、いずれは弁護士が取得するであろう金銭が問題となったという特徴を有する

のに比べて、敷金の場合は、銀行口座に入金された金銭は、Sの未履行債務の担保としての意義を有し、GはSが有する・銀行に対する預金債権への担保権を取得しているにすぎないからである。

5 普通預金債権に質権を設定することの有効性について(支柱事項6に関する)

(1) 道垣内弘人教授の論文の評価

道垣内教授は、すでに約一七年前に「普通預金の担保化」と題する論文を公にし、複数の角度からの検討を基礎として、基本的には、普通預金への質権設定という担保方法は有効であると論述している。同論文は近時において論文集に収録されるに至ったが、若干の補注が添えられたものの、その骨子に大きな変化は見られない<sup>⑨</sup>。同教授の論文執筆の契機は、資産担保証券の発行に伴って必要とされる普通預金担保、および、デリバティブ取引に伴って必要とされる普通預金担保を念頭に置き、これらを設定することの有効性を検討することであった。ともかく、論文内容の中心をなす、担保権の対象としての適格性すなわち独立性と特定性などに関する叙述は、論旨の運び方、結論、いずれも明快であり、筆者は同論文から大きな教示を受けた。

(2) 上記論文が前提とする普通預金と本稿で問題とする普通預金との類似点

ところで、同論文が前提とする普通預金は、口座への出入金が日常的に行われる、流動性の高い普通預金ではなく、上記資産取引に特有の、一定の出金制限付きである点において、預金原資が敷金であることから、敷金による未履行債務への充当の場合および敷金の賃借人への返還の場合にのみ口座からの出金が許される、本稿で問題とする普通預金の扱いとの間に、類似性が見出される。

(3) 普通預金債権の構造把握の違い

しかし、道垣内教授は、普通預金債権につき、我妻教授と同様の、あるとき同一の普通預金口座に預金された金額は、既存の残高と合計された一個の債権として取り扱う、と把握する立場を採用しているように見受け

られる<sup>10)</sup>。しかし、筆者が想定している普通預金というのは、これを例を用いて述べるならば、賃貸マンションの賃貸人が同マンションの複数の区画につき賃貸借契約を結び、複数の賃借人から敷金の提供を受ける場合には、賃貸人の口座には、複数の個別債権（個別の預金債権）の集合体、つまり、預金債権の束が存在すると捉えるものである。従って、普通預金債権への質権設定の意味するところは、複数の個別債権に質権が設定されていることとなる。既存残高と一体化された1個の預金債権への質権設定という思考法は―結局は、個々の敷金ごとに未履行債務への充当の必要性の有無が問われなければならないことを考えるならば―質権実行における理論的簡明さをもたらさないのではあるまいか。

転じて、判例の態度はどうかについても言及しておこう。ここでは、相続財産である預貯金が、共同相続人の中で遺産分割の対象となり得るか、という争点について初判断を示した最高裁（大）決定平成二八年一月一九日民集七〇巻八号二二二頁を取り上げたい。さて、同決定は、結論を導き出す理由を述べる中で、普通預金口座に預金された金額は、既存の残高と一体化され、結局は一個の債権と扱われる旨を説示している<sup>11)</sup>。しかしながら、右の最高裁決定は、「一個の債権とすべきか否か」という争点について判断されたものではなく、さらに、問題となった普通預金は流動性を有するもののごとくである。従って、上記決定中の判断には、試論を大きく覆すほどの「強い影響力」はないと考えるものであるが、どうであろうか。

#### (4) 普通預金債権の構造把握についての整理

これまでの普通預金債権の構造把握に関する論点につき、若干の整理を添えておこう。有力説及び判例においてみられる見解は、残高が累積されたところの一個の債権と捉えるものであり、私見は、複数の個別債権の束と把握するものである。ここで、普通預金口座への入出金が頻繁に行われ、残高もそれに応じて頻繁に変化する場合が一般的であることは疑いない。これは普通預金債権の典型的な場合といえよう。しかし、敷金のみ

が口座に入金される場合には、頻繁な出入金は起こりえず、残高の増減は限定的な場合にのみ生ずるといえる。これはいふならば非典型的な場合といえるだろう。このように、普通預金債権の構造を把握するに当たっては、典型と非典型という二つの場合があることに留意する必要がある。

## 6 補論その1—預金約款における預金の譲渡・質入れ禁止特約の存在について

支柱事項6に関して、補論を以下、6と7に掲げておきたい。まず、補論その1から始めよう。

銀行預金債権については、譲渡・質入れを禁止することが約款上に明示されている。ここでは、質入れ≡質権設定が問題となる。

### (1) 譲渡禁止特約が設けられた理由

定評があるとされる、金融取引法に関するある解説書は、主として、譲渡禁止特約の意義として、①多数の預金口座が存在していることから、自由な預金譲渡を認めると、真の預金者を知ることが困難となり、過誤払いが生ずるおそれがある、②これを避けようとする事務手続きの煩雑さを招き、預金者の利便性を損なう、③過誤払い・事務処理の負担を手数料等に転嫁せざるを得なくなり、このことは預金者一般の利益に反する結果を招く、などの理由を挙げている<sup>12</sup>。

### (2) 質入れ禁止特約の運用と仮定的当事者意思

しかし、注目に値するのは、譲渡禁止特約に比べ、質入れ禁止特約の実際上の運用は、「柔軟性」に富んでいると見られることである。具体例として、上記の金融取引法の解説書とは別の解説書は以下のような指摘を行っている。すなわち、「実務上、当該預金からの債権回収の必要性が乏しく、事後的にトラブルにもならないと判断された場合には、個別の案件において、銀行が預金債権の『特に質入れ』を承諾することもある<sup>13</sup>。」と。

以上のように、預金約款における上記質入れ禁止特約の効力は、銀行自身によってかなり柔軟に解されてお

り、上掲の専門書の叙述を根拠として、現実に、定期預金に限らず、普通預金債権を含むところの預金債権への質権設定の実績は、従来、しばしば存在していたとの推測が成り立つといえよう。仮に、このような推測が当たっているとすれば、<sup>14)</sup> 敷金契約における当事者意思を「質権の設定である」と解することは、預金実務の現実にまさに適合しているといえるであろう。従って、担保目的のために敷金を銀行口座に振り込むに際して、当事者間に質権を設定するという仮定的当事者意思を認めることは、実務の取扱いにも合致しており、何ら不合理ではないといえよう。

ところで、銀行が、敷金をその原資とする預金債権から債権回収の必要性があると判断した場合には、質権設定を承諾しないことになりそうである。このような場合は、私見によれば、銀行が預金債権の帰属者≡賃借人に反対債権を有しており、相殺への期待がある場合に限られよう。そうだとすれば、提供を受けた敷金の担保的機能を維持したいと考える賃借人は、当初から、敷金の振込み口座を当該銀行以外の銀行に設ければ済むだけのことでないだろうか。

## 7 補論その2―銀行事務の煩雑化の問題

ここでは、Sに帰属する普通預金債権にGのために質権が設定される場合の、銀行事務の煩雑化という問題を取り上げたい。もとより、預金債権が質入れされる可能性があることが問題検討の前提である。既述のように、試論では賃貸人と賃借人間に、質権設定の仮定的当事者意思があると解釈するものであるが、このような解釈をとった場合に、銀行事務は煩雑になるおそれがある。そこで、以下は、仮に試論に沿って敷金取引の運用が大幅に変革された場合に備え、予備的な考察を試みるものである。

### (1) 煩瑣とされる事務内容

さて、普通預金債権に質権が設定される場合に、銀行が負うべき重要な事務としては、下記のようなものが



考えられる(もつとも、以下の事務手続きに関する叙述には、筆者の見解を含む部分がある)。

銀行としては、まず、①Gのために、成立した普通預金に質権を設定することを承諾する書面(以下、承諾書という)を作成せねばなるまい。ちなみに、その実務上の具体的な根拠としては、しばしば「普通預金規定」と称される約款において、質権設定のためには、銀行の承諾が必要であることが明示されていることが挙げられる。<sup>(15)</sup>次に、②Gが未履行債務への充当のため、もしくは賃貸借契約終了に基づく敷金返還の必要から、質権が設定されていた金銭債権から一定額を払い出す際には、銀行はGに対して次ような書面の提示を要求することとなる。すなわち、第一にはすでに交付していた承諾書、第二として、被担保債権額(Sの未履行債務額)またはGがSへの返還義務を負っている敷金額が明示されている書面である。そして、銀行はこれらを確認した後、名義人G本人へ過誤なく払い出しをしなければならぬであろう。

(2) 銀行による預金からの払い出しに関する若干の付言

ここで若干の付言を施しておこう。

ア 敷金の充当を行う場合

まず、敷金の未履行債務への充当に関しては、民法三六六条一項および二項に従い、Gは質権の目的である債権の直接取立てができることとなる。さて、Gの主張通りに取立てに應ずるべきか否かは、結局のところ銀行の判断に委ねられていると思われる。なぜかといえば、銀行としては、過誤払い防止のため、未履行債務額(被担保債権額)の確認をすることが必要であり、その結果いかなるかは、取立てに應ずるべきではないとの判断に至ることがありうるからである。そして、ここにおいて一般に、銀行は未履行債務額を知らないのであるから、同銀行は質権者であるGに対して、未履行債務額を明記した書面の提示を請求できるといふべきではなからうか。これを質権者の側からいい換えるならば、質権者は未履行債務額を明記した書面を銀行に対して提



示する義務を負う、との解釈をとるべきであろう。なお、このような質権者の義務は、質権者と第三債務者たる銀行間の指名債権質に関する取引から要請されるところの信義則に、その根拠を求めることができよう。ところで、ここで、右の書面の内容が実際の状態を反映しない不正確なものであったときには、これを信じた銀行が過誤払いすることが起こりうるが、この場合には民法四七八条（債権の準占有者への弁済）を類推適用し、銀行を免責する余地を認める解釈を導入することが許されよう。なお、以上は、敷金契約の解釈の問題とは異なり、前述のように、敷金を指名債権と捉えた場合の当事者の一般的な取引上の義務の問題と位置づけられよう。

### イ 未履行債務がないためGがSから振込まれた敷金額をそのままSに返還する場合

理論上は、被担保債権が存しないのであるから、質権は消滅し、Sは銀行に対し、敷金がその原資であった預金債権額に相当する金銭の支払い請求ができることとなる。しかし、私見によれば、通常、SはGから敷金の返還がなされるとの期待を有しているであろうし、他面で、Gは敷金に普通預金金利をもって計算した利息を加算する地位に立つ（この点に関しては、後にふれる）。よって、やや迂遠であるが、Gは銀行に対して、Sにより振込まれた敷金額相当の金銭をGに向けて払い出すことを請求できるといふべきではあるまいか。<sup>16)</sup>

### (3) 承諾書に確定日付を取得する当事者

ところで、Gとすれば、銀行からの承諾を得ることができれば、銀行に対して質権設定を対抗することができる。しかし、一般の第三者に対しては、同承諾は確定日付ある証書によってなされねばならない（民法三六四条）。従って、例えば、銀行の作成した承諾書に、公証人により確定日付をつけてもらうことなどの方法が採られることであろう。この確定日付を得るべく公証人役場に赴き、所定の手数料を支払う当事者は質権者Gである。<sup>17)</sup>

(4) 克服すべき課題

本題に戻ろう。試論は、(1)(2)で掲げたような、銀行ができるだけ避けたいに違いない事務の煩雑化を招来させる、という無視できない課題を抱えることになる点を率直に認めなければならぬ。もともと、事務の煩雑化による負担の増加を、手数料として見積もり、これを、一般預金者ではなく、担保権者に負ってもらう、という手段が考えられないではない。これはあくまでも現時点での着想にすぎないが、試論における質権者<sup>11</sup> 賃貸人は、実際の不動産の賃貸借において、「更新料」だとか「礼金」などの、その收受する権利の正当性について、なお疑いの余地のある利益を手にかけていることが多い<sup>12</sup>。そこで、それとの均衡上、賃貸人に手数料負担を課する、という方法も一方策としてありえないか、考慮中である。つまり、このような対策が、銀行の事務の煩雑化の解消と同等の価値をもつ手段といえるか否か、他方、賃貸人の反発を招かないか、などなお詰めるべき点はあるであろう。ともあれ、事務の煩雑化の問題については、さらに検討してみたい。

第三 債権者の分別管理義務

1 同義務の肯定と叙述の展開の仕方

ところで筆者は、本章においてこれまでに提案したことと深く関わる、賃貸人に分別管理義務を課することを是とする見解を採用するものである。そして、この点につき、複数の根拠を模索してみた。まずは、以下2において、前章の比較法検討から見出した、後述のような価値判断を掲げ、さらに、これを少し敷衍したい。また、以下3では、わが国の取引の現実との適合性を掲げるものである。

2 比較法的検討に基づく根拠づけ

まず、アメリカ法、フランス法、ドイツ法に共通しているのは、担保の対象財産が金銭であることを考慮す

るならば、担保権行使の範囲を確定するのは、債権者⇨貸借人である、とする発想である。このような発想をベースとして、筆者は特にアメリカ法の最近の動向およびフランス法における議論から示唆を受け、以下の点を当面の根拠として掲げたい。すなわち、賃貸人⇨債権者は、賃借人⇨債務者から優先弁済権を与えられるところの担保権者であるから、その権利内容を明確にする（担保の対象を画定する）義務は、まずもって、そこから担保という利益を受ける前者であるべきであり、そして、このような義務は、分別管理という方法を講じることによってもっとも適切に達成しうるものである、と。さらに、このことは、見方を変えれば、賃借人の敷金返還請求権の確保に大いに寄与するという効果を生むものである。結局、分別管理に関わる、この賃貸人が分別管理を行うという債務は、賃貸人のみならず賃借人の利益にも合致することから、二重の目的・機能を担うということになるうか。

### 3 わが国における、取引の实情および分別管理義務を課さない場合の不都合との適合性

以上の一般的な根拠づけの論理をわが国における取引の实情および分別管理義務を課さない場合に生ずる問題と照らし合わせてみよう。第一に、居住用建物の賃貸借契約をめぐる取引の实情を見るならば、賃借人の側が同人名義の銀行口座を開設し、ここに敷金の入金をするということは、まず存在しないと見られ、逆に、ほとんどの場合、賃貸人は賃借人に対して敷金の振込口座（賃貸人名義）の指示を行っているという取引の实情は、上記2で述べたことと適合的である。第二に、賃貸人に分別管理義務を課さない場合の不都合は、分別管理義務を課した場合の裏返し、状況を意味し、このことはすでに何度か述べたところであるので、ここで反復的記述を行うことは避けることとしたい。

以上の2、3に示した理由の实质は、敷金契約における信義則に基づくものといえようが、これらに基づき、試論では、敷金契約においては、分別管理義務が賃貸人に課されるべきであるという合意を包含しているとい

う、規範的判断に基づく解釈をしたい。

#### 第四 敷金返還の際に利息をつけてこれを行わせるべきか

##### 1 利息を付ける必要なし、と論ずるわが国の見解と同説への疑問

まず、付利する必要を認めないことを理論的に説く見解を紹介しよう。

##### (1) 江口正夫弁護士による解説

同弁護士は、前掲の書式(これについては、第二章第二節2(4)参照)中の約定は「無利息として：構わない旨を合意して」いることを意味するので、契約の拘束力が働く、と述べた後、敷金について利息の約定がない場合につき、金銭消費貸借契約の場合を例として根拠づける。すなわち、同弁護士の説明内容を要約すると、次のごとくである。すなわち、金銭消費貸借契約の場合、無利息の約定は許される。貸付金についてすら、利息の約定がない限りは利息が付かないとされているのであるから、賃貸借契約で利息の定めを付していない限り、敷金返還においても無利息ということになる、と。<sup>19)</sup>

##### (2) 疑問点

江口弁護士の説明を本稿が問題としているテーマに当てはめるならば、筆者には、全く疑問が湧かないわけではない。その根幹を述べるならば、次の通りである。すなわち、同弁護士は、敷金契約の法的性質を判例・通説に従って「停止条件つき所有権移転契約」と捉えているものと推察される。しかし、同契約は、一定の範囲内で契約自由の原則が働く金銭消費貸借契約とは異なる、担保に関わる契約であるという点を見逃してはならないであろう。つまり、敷金返還につき無利息とするという特約は、實際上、不動産賃貸借契約書中にその約定が挿入される形をとっていることが多いとはいえ、あくまでも、不動産賃貸借契約とは性質を異にする別

個の担保契約なのである。それゆえに、賃貸借契約が契約自由の原則に基づく特約締結を多く認めているとはいえ、敷金契約はこのことと平行に論じられないというべきであろう。ちなみに、比較法的に見ても、敷金を明確に担保と位置づけるドイツ法および敷金の法的性質を担保と把握する傾向が拡大しているアメリカ法においては、敷金の返還の際には、利息を付けるべし、との立法措置がとられている、ないし、とられつつある。もっとも、これに対して、フランスでは、基本的に付利しないとされているが、これは妥協的性質を伴う政策的理由に基づく措置であることは、すでに見たところである。

### (3) 水本浩教授の説明について

なお、水本教授は、理論ではなく、敷金をめぐる取引の現実を踏まえて、利息をつけないのは、「賃貸人は敷金の運用利益を見込んで賃料を決めるからである」と同教授著の教科書で記述している<sup>②</sup>。しかし、この指摘の出典が示されておらず、加えて、少なくとも居住用不動産の賃貸借に関しては、以下の理由から、かかる指摘は当たっていないというべきであろう。すなわち、筆者の地元である金沢だけでなく大都市圏の状況にも詳しい・不動産鑑定士と宅建取引士の両資格を有する専門家によれば、居住を目的とする建物等の賃料決定の要因に敷金運用利益は該当せず、むしろ、近隣の類似建物の賃料相場を基礎にした、当該建物の価値（築年数、広さ、諸設備の有無などの諸要素に基づく）が重要な決め手であるとされているからである。

### 2 日本法における処理の提案

以上を踏まえると、試論は次の通りとなる。すなわち、敷金は振込みによって、預金債権を形成することとなる。そして、同債権の原資を提供した賃借人に債務不履行等がなければ、敷金の返還において、右の預金債権の帰属者に敷金から生ずる利息も与えられる、と。ここには、交付された敷金から生ずる利息は敷金のもともの帰属者のものとなるという、素朴な論理が当てはまるものといえよう。ただし、この場合に留意すべき

ことがないわけではない。以下の(1)、(2)、(3)、(4)にそれを示そう。

(1) 第一に、本稿はこれまで、敷金が入金されるのは普通預金口座であることを前提にして(想定して)きたのであるが、それでよいのか、が問われるところであろう。この点、ドイツでは、質貸人に、一定の利息を付けた上で質借人に返還する義務がある、と法定されており(条文については、第三章第三節第二2を参照)、アメリカ法においても、多くの州法が二%前後の比較的低利にとどまるものの、付利することを定める傾向にある(第三章第一節第二3参照)。ところで、試論は、普通預金金利でよい、とするものである。その理由は、質借人の都合によって、賃貸借契約が突然解除されることも少なくないことを考えると、質貸人が、銀行によるもつとも速やかな払い戻しが期待できる預金＝普通預金を選ぶことが適当であり、そうである以上、敷金の利息も普通預金に適用される金利であることが妥当である、と考えるからである。

(2) 第二に、敷金に付される利息は、質貸人Gが、同敷金が口座内に存続していた期間に応じて、これに普通預金金利を適用して計算した上で、質貸人自らが負担すべきものであると考える。

(3) 第三に、同一口座に、複数の質借人から受領した敷金を入金するならば、新規に受け入れられた金銭が、既存の預金残高と合体してしまい、預金払い出しの際に支障を来さないか、という疑問が投げかけられるかもしれない。しかし、第二節第二の5で述べたように、筆者は、質貸人の口座には、複数の個別債権の集合体が存在し(すなわち、既存の預金残高との一体性の否定という見方に立つ)、従って、複数の個別債権に質権が設定されていると捉えるものであることから、このような疑問は当たらないといえよう。なお、上述した法的構成に関連するので、次のことをついでに述べておこう。すなわち、右に述べた法律構成はその都度質権の對抗要件具備をする必要があるから、いつそう事務を煩雑化させるとの疑念を生むかもしれない。確かに、敷金の普通預金口座への振込み入金たびごとに、成立した普通預金債権に質権を設定することの承諾をすること

は、銀行にとって煩瑣なことであることは否定しがたいであろう。しかし、対第三者対抗要件に関しては、別異に扱われよう。すなわち、最初に質入れされ、これについて銀行の承諾という対抗要件が具備されたならば、以後次々と敷金が入金されたとしても、これら敷金に対する後続質権についての対第三者対抗要件は、最初に備えられた対第三者対抗要件（例えば、銀行の承諾書に公証人により確定日付がつけられたもの）によって具備されたものと解することができよう。<sup>21)</sup>

(4) 第四の問題に移ろう。上述のように試論では、敷金の返還においては利息を付けて行うべきものと考ええる。そこで、現在頻繁に用いられている賃貸借契約書の当該問題に関する「無利息で」という約定（これについては、本稿第二章第二節2(4)で紹介した、傍線bと傍線dを参照されたい）はこのままの状態で存続させるべきではない。従って、ここでは、修正的解釈という手法に基づき、これを「利息を付して」と解釈することを提案したい。このような修正的解釈を生じさせる大きなインセンティブは、前掲の比較法的現実の中に見出されよう。

#### 第四 むすび

##### 1 本論文の新意

まず、本論文が敷金をめぐる先行研究と異なる点を簡潔に掲げておこう。

(1) 従来の議論は、敷金の担保としての機能を承認するものの、賃借人から賃貸人への敷金（＝金銭）交付の形態を、現実的な引き渡しと捉えるとともに、返還までの間、同金銭は賃貸人により保持されている、という状態を、漠然と前提として議論していたように見られる。これに対し、本論文は、実際の敷金の交付形態の大半は、銀行における賃貸人名義口座への振込みという方法によっているとの、不動産賃貸借の実務に通じて



いる専門家の知見に着目し、取引の実情に適合的な考察を試みた。

(2) なされるべき議論が、敷金契約の解釈に関するものであることを明確に意識すべきことを強調し、その解釈は敷金の交付態様に則したものであるべきことを指摘した。

(3) 振込先の貸借人名義口座は、貸借人の固有財産との混合を避けるため、敷金専用口座とするべし、との分別管理義務を貸借人に課することを提案した。これは、敷金契約に関する規範的解釈として性格づけられよう。

(4) 貸借人から振込まれた敷金は、銀行に対する預金債権として、その出捐者である貸借人に帰属するといふ解釈を基礎として、当初より、敷金契約において、敷金管理者⇨貸借人は、同預金債権に対して質権の設定を受けるものとする、という仮定的当事者意思が存した、との解釈を展開した。これも補充的契約解釈に属する。

(5) 貸借人から敷金が振込まれた口座は、さしあたり普通預金口座ではあるものの、不履行債務への充当の必要がなく、敷金が返還されるに際しては、金利(普通預金金利)が付利されるべきであると主張した。その際には、現実用いられている契約書の条項を失効させる必要がある、このために修正的解釈という方法を用いることを述べた。

## 2 むすび

### (1) 今後なされるべき新たな試み

上述のような試論が妥当性をもつと仮定するならば、本稿の前半で紹介した「敷金契約」のモデルはあまりに不十分であり、私見の趣旨に則した契約のひな型が作成されねばならぬに至るであろう。



## (2) むすび

以上、本稿第二章の問題意識に基づき、比較法の参照、敷金についての知見を有する専門家へのヒアリングを交えながら、従来の議論とは異なった視点から敷金に関する基本的な問題を考察してみた。しかし、検討すべきことが欠けていたり、実務の実際に関する誤解、さらに筆者による偏った思い込みというべき点があるかもしれない、おそらく問題点が散在する論稿にとどまったことであろう。特に、論文中に示したように、銀行事務の煩雑化への対処という問題は、より深い検討を要する課題として筆者に課せられている。本論文の表題を「覚え書き」としたのは、このような本稿の不熟さの自覚に由来するものである。このことから、大方のご教示をいただき、必要に応じて改変ないし修正を行うつもりである。このような筆者の認識を吐露しつつ、本稿を閉じることとしたい。

(1) ヒアリングは、二〇一七年三月一三日(月)の夕刻に、東京都港区虎ノ門にある同機構のオフィスにて、研究調査部所属のお二人に対して行った(面談いただいた方々のご意向に沿い、そのお名前は伏せさせていただきます。仮に、P氏、Q氏とする)。なお、本文に示したヒアリング結果と同旨の実情は、前出の石川県宅地建物取引業協会のO氏からも、すでに教示を受けていたところである。

(2) 「なお、今日において、特に都市部では、賃貸人からの委任に基づき、賃料や敷金の振込みを要請ないし督促等を含む、『金銭管理業務』を専門に行う業者が増加している。また、不動産仲介業者がこのような業務をも合わせ行う場合も多いと思われる。しかし、このような『兼業』をしている業者の割合などは全く不明である。」(ここの注(2)の叙述〔1〕内の記述部分)は、P氏、Q氏の一致して指摘するところを筆者がまとめたものであることを注記しておきたい。ちなみに、上述の「金銭管理業務」については、さしあたり、第一章注(12)の「プロ必携マニュアル不動産賃貸管理の実務」一三八頁以下を参照いただきたい。

(3) 前注(1)に紹介したO氏によれば、敷金は担保として預かっているのだとの確固たる認識のもと、賃貸人の個人財産としての預金が入金されている銀行口座とは別個の口座に敷金を入金している例がないわけではないとのことであり、

- しかも、担保であるが故に、充当の必要がある場合を除き、敷金に「手をつけることはできない」との明確な理解を有している賃貸人もおられる、とのことであった。
- (4) 預金口座への振込みによって預金が成立することについては、格別の異論なく肯定されている。振込みにより預金が成立することを説く文献として、とりあえず、後注(5)の「金融取引法実務体系」一八〇頁「執筆者は明示されていない」、神田秀樹ほか編『金融法概説』二〇二頁「岡本雅弘ほか三名執筆」を例示しておこう。
- (5) 預金の帰属者をめぐる学説は、本文に掲げた客観説のほか、主観説(簡単にその結論を述べるならば、原則として預け入れ行為者を預金者とする)や折衷説に分類されている。この分類に言及する文献は枚挙にいとまがないので、本稿では、この預金者の認定基準に関する学説をきわめて要領よく解説する。金融取引法(金融法)の三冊の概説書に掲げるとどめたい。第一は、峯崎二郎監修・現代金融取引研究会編『金融取引法実務体系』一八二頁以下(二〇一六年)「担当項目」ごとの執筆者は明示されていない、第二は、神田秀樹ほか編『金融法概説』四三頁以下「砂山晃一執筆」(二〇一七年)、第三は神田秀樹ほか編著『金融法講義(新版)』「砂山晃一執筆」四三頁以下(二〇一七年)である。
- (6) 例えば、最判平成一五年二月二一日民集五七卷二九号九五頁(保険代理店名義の普通預金の事案)、最判平成一五年六月一二日民集五七卷六号五六三頁(弁護士が委任者から受領した預り金を自己名義の普通預金口座に入金したケース)がそれである。なお、公共工事前払金専用口座に関して、同口座における預金を信託財産とした、最判平成一四年一月一七日民集五六卷一七号二〇頁があるが、私見によれば、裁判所は、公共工事前払金という制度の特殊性を鑑みた判断を下したものと思われる。
- (7) 前注(5)に掲出した『金融法講義(新版)』四七頁において、かつて金融取引の最前線に立たれ、「文字通りの銀行業務における実務家」でおられた・みずほ銀行元執行役員法務部長の砂山晃一氏が本文に記したことと同趣旨を論述しておられることに共鳴する。
- (8) なお、最判平成一五年六月二二日に関する個々の評釈等の所在については、最高裁判例解説民事篇平成一五年度(上)三二八頁の(後注)「大橋寛明執筆」を参照いただきたい。
- (9) 道垣内弘人「第二章第2節普通預金の担保化の有効性について」道垣内「典型担保法の諸相」一一八頁以下所収(二〇一三年)「なお、同論文の初出は二〇〇〇年であり、『金融取引と民法法理』に収められていたところ、近年において『現代民法研究Ⅰ』として再編・収録されたものである」は、基本的かつ重要論点に周到に論及した、普通預金の担保化という問題分野の先駆をなす業績といえるであろう。

- (10) 道垣内・前注(9)の『典型担保法の諸相』一三三頁。ちなみに、近時の、前注(5)『金融法講義概説(新版)』一六頁以下「砂山晃一執筆」も同旨を述べる。なお、すでに約五〇年前に同旨の見解を唱えていた我妻博士の主張については、我妻栄『民法講義・債権各論中巻二』七四二頁(一九六二年)を参照されたい。
- (11) 民集七〇巻八号二二四〜二二五頁を参照いただきたい。
- (12) 前注(5)『金融法講義(新版)』二八〜二九頁「砂山晃一執筆」。
- (13) 前注(5)に掲げた『金融取引法実務体系』二〇二〜二〇三頁「執筆者の特定表示なし」は、「(これら)特約は銀行の都合で設けられたものであるから」「担保権者から」正当な理由に基づく申出があり、銀行にとってもこれに応じることで特段支障がない場合は、(質入れを)認めることで差し支えない。この場合、特約を解除することになるが、特約の解除は、債務者である銀行の一方的意思表示(承諾)で足り(る)」と記している。また、簡略ながらも、前注(5)の『金融法概説』九六頁「岡本雅弘執筆」も「預金債権を担保化したいというニーズは少なからずあり、…銀行としては譲渡禁止特約を解除して担保化を承諾するかどうかを個別に判断することになる」と記述する。
- (14) とところが、本文で示した推測に影を落とす事実には遭遇した。というのはこうである。筆者は二〇一七年一月四日の午後、全銀協に加盟している某金融機関の本店オフィスを訪問し、金融法務を担当されているお二人(ここでは、両氏の強いご希望に添って匿名とし、仮にT氏、U氏としよう)から、これまで、預金債権に質権設定をすることに承諾を与えた事実の有無をうかがったところ、「承諾を与えた事実を知らない」旨の回答を得た。その理由としては、質権実行に際して何らかの法的トラブルに巻き込まれたくないこと、および、預金債権と貸付債権の相殺への期待、の二点が考えられることであった。しかし、筆者がヒアリングを行ったのは、単に一金融機関にすぎず、むしろ、前注(5)に掲げた複数の書物中においては、概ねすべての読者を想定した(傍点は筆者「質入れを承諾することもあり得る」との一般的姿勢が明確に貫かれている。これらのことから、筆者としては、当面はこれら専門書の叙述するところに依拠したいと思う)。
- (15) 「普通預金規定」および同規定中の、質権設定の場合において銀行が承諾を必要があることの文言の例として、とりあえず、前注(5)『金融法概説』二八八頁以下「巻末資料集」を参照されたい。
- (16) このようなGの請求も、質権者と銀行間の指名債権質に関する取引上要請される信義則にその根拠を求めたい。
- (17) かつて筆者が居住していた金沢市内の公証人役場で確認したところ、筆者に应诉くださった公証人は、大略、次のように解説された。すなわち、確定日付を備えることによって利益を得るのは質権者である。従って、確定日付取得に関

（18） わる手間や手数料支払いという負担は、利益を得る質権者が担うのは至極当然のことである、と。

更新料についての契約条項は、その額が高額にすぎるものでない限り、消費者契約法に抵触せず有効であるとすると判平成二三年七月一五日民集六五卷五号二二六九頁がある。しかし、同判決には、いくつかの疑問が提示されていることも事実である。また、入居の謝礼金として賃借人の支払う一時金（多くの場合、賃料額の一〜二ヶ月分に相当する額）であるとされる礼金の支払いはわが国特有の取引慣行と見られるところ、その取引上の合理性を疑う余地はかなりありそうに思われる。

（19） 江口正夫「賃貸相談Q&A…敷金・保証金の利息」月刊不動産二〇一二年二月号二二頁。

（20） 水本浩『契約法』二二五頁（一九九五年）。

（21） 集合債権の譲渡担保に関する最判平成一三年一月二二日民集五五卷六号ほかの判例法理を参考にすることができるであろう。同判決の関係箇所について、とりあえず、角紀代恵・判解「民法判例百選Ⅰ（第七版）」二〇一頁を参照。なお、念のため付言しておこう。筆者は、銀行の承諾は、質権設定の都度なされなければならないと考えるものである。事情によっては、銀行が承諾しないこともありうるからである。これに対し、第三者に対する対抗要件は、質権者の負担を軽減するために、本文に示したような対処が許されるべきであろう。