

# 賃貸不動産の譲受人の敷金交付請求権と旧賃貸人の相殺権

村山洋介

はじめに

- I. 敷金の法的性質と分別管理制度
- II. 譲受人による担保契約上の権利取得と敷金交付請求権
- III. 敷金交付請求権を目的とする相殺
- IV. 日本法への示唆—まとめと今後の課題に代えて

はじめに

本稿は、賃貸不動産譲渡時における、旧賃貸人の賃貸不動産の譲受人（以下、譲受人という）に対する敷金交付方法を問題とする。

ドイツ法上、賃貸不動産の譲受人は、使用賃貸人に代わり、賃貸借契約関係に関する権利・義務を取得し（BGB566条1項）、かつ旧使用賃貸人と使用賃借人との間で形成された担保契約に基づく権利・義務を取得する（BGB566条a1文）。

したがって、使用賃借人から旧使用賃貸人に対して敷金が交付されていた場合、譲受人は、BGB566条aに基づき、使用賃借人と旧使用賃借人間で形成された敷金契約上の権利を取得し、加えてドイツの判例・通説は、譲受人に、取得した敷金契約上の権利に基づき、旧使用賃貸人に対して使用賃借人から交付された敷金を自己に引き渡すよう求める権利が帰属することを認めている（以下、敷金交付請求権という）。

その際、旧使用賃貸人の敷金交付義務の履行方法に関し、旧使用賃貸人は譲受人に対し、現実に敷金を交付することによって右敷金交付義務を履行すべきか、あるいは賃貸不動産の売買代金債権等との相殺による観念的な履行が認め

られるかどうかを議論している。

ドイツでは、使用貸借人が賃貸借契約上の債務の履行のために交付する敷金について、信託的拘束を伴った財産としての性質を認め、使用貸借人による敷金の分別管理義務を法定するなどし、使用貸借人が賃貸借関係終了後に行使する敷金返還請求権の保護を図っている。使用貸借人交代時における敷金の授受方法に関する上記問題は、かかる敷金の信託的財産としての意義と使用貸借人の敷金返還請求権の実効的な保護手段に関わる問題として議論されている。

近年、我が国においても、抵当権に基づく物上代位権の行使としての賃料債権の差押えに対し、敷金の預託金性質から敷金返還請求権の保護を志向する見解が一定の支持を集めており<sup>\*1</sup>、また、債権法改正論議においても、賃貸人交代時における敷金返還請求権保護の必要性が指摘されている<sup>\*2</sup>。

本稿では、使用貸借人交代時における敷金の授受方法に関するドイツ法の議論を概観し、敷金の信託的財産としての性質に依拠した敷金返還請求権の保護方法について一定の示唆を得たいと思う。

その際、まず、ドイツ法における敷金の法的性質論、敷金分別管理制度及び使用貸借人の交代による敷金を巡る法律関係について整理する。そのうえで、使用貸借人交代時における敷金の授受方法に関する判例および学説の展開を検討し、かかる議論から得られる示唆について若干の言及を行うこととしたい。

## I. 敷金の法的性質と分別管理制度

### (1) 敷金の法的性質

ドイツ法上、賃貸借契約の締結に際し、賃貸借関係から生じる使用貸借人の債権を担保する目的で使用貸借人から使用貸借人に交付された金銭を、一般に敷金（Barkaution）と称している。敷金の法的性質に関しては古くから争いがあり、かつては敷金に対する動産質権設定説、敷金返還請求権に対する債権質

---

\*1 たとえば、鳥谷部茂「賃料債権の物上代位と敷金返還請求権の保護」NBL602号51頁、片岡宏一郎「批判」銀法544号14頁など。

\*2 民法（債権関係）の改正に関する検討事項において、敷金返還債務の承継に関する関連論点として、旧所有者の敷金返還義務に関する継続責任が論じられている（法制審議会民法（債権関係）部会資料<詳細版>「民法（債権関係）の改正に関する検討事項 法制審議会民法（債権関係）部会資料<詳細版>」（民事法研究会）580頁）。

権設定説など、典型担保物権と構成する見解も見られたが、現在では、民法典に規定のない非典型担保の一類型と捉える見解が有力である<sup>\*3</sup>。ただし、敷金の非典型担保としての具体的内容、とりわけ敷金の物権的性質については見解が分かれている。詳細な検討は別稿に譲るが、大別すると敷金契約により当事者に帰属する実体的権利を典型担保物権である質権に即して解明する見解<sup>\*4</sup>とかかる物権的効力を否定し、敷金契約は単に債務法上の消費貸借契約に過ぎないとする見解<sup>\*5</sup>が見られる。前者は、使用賃貸人に交付された敷金所有権は混同により使用賃貸人に帰属するが、敷金と動産質との機能的な同質性を認め、敷金には動産質に関するBGB1204条以下の規定が類推適用されるとしている<sup>\*6</sup>。後者は、使用賃借人は使用賃貸人に対して敷金として交付した金銭と同種・同等の（敷金）返還請求権を取得することに着目し、敷金はこの敷金返還義務を伴う金銭所有権の移転を目的とした消費貸借契約であり、その返還額が敷金による充当後の残額に減額される点で担保的であると解している。

ただし、前者の非典型的な質権 (irreguläre Pfand) 構成に対しては、動産質に関する規定の類推適用を指摘するだけで、当事者の質権設定に向けられた物権的合意の有無や物権法定主義との関係が不明確であり、法的性質論としては不十分であるとの指摘がなされている<sup>\*7</sup>。また、後者の消費貸借構成に対しては、敷金契約を純粋な債務法上の契約と構成するため、使用賃貸人の敷金充当行為が相殺規定により規律される結果、敷金充当行為の第三者効力がBGB406

\*3 敷金の法的性質論に言及する近時の文献として、Dickersbach, Die treuhänderische Bindung der Barkaution, WuM 2006, S. 595.; Derleder, Die Sicherung des Vermieters durch Barkaution, Bürgschaft, Verpfändung, Sicherungsabtretung und Schuldübernahme, NZM 2006, S. 601.; Kießling, Die Kaution im Miet- und Pachtrecht, JZ 2004, 1146. などがある。

\*4 たとえば、Westermann, Sachenrecht, 7. Aufl., 1998, S. 889.; Jauernig/Jauernig, Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 1997, §1204 Rdnr. 2.; Staudinger/Wiegand, Kommentar zum BGB, 13. Bearb., 1997, §1204 Rdnr. 56. など。裁判例として、OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 891.; BGHZ NJW 1994, 3287. がある。

\*5 たとえば、Münchener/Damrau, Kommentar zum BGB, 3. Aufl., 1997, § 1204 Rdnr. 7.; Weber, Kreditsicherheiten, 5. Aufl., 1997, S. 135. など。

\*6 なお、敷金に対するBGB1204条以下の規定の適用を使用賃貸人および使用賃借人の対内的な関係でのみ認める見解として、Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, §55 Rdnr. 5. がある。かかる見解は、敷金契約に物権的効力を生じさせる合意は存在せず、質権設定契約は、単に担保権設定者と担保権者との間の相対的効力を有するに過ぎないとする。

\*7 Kandelhard, Das Schicksal der Mietsicherheit bei Vertragsübernahme - Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der Mietkaution, NZM 2001, S. 698.

条の制限を受けることになり、使用賃貸人保護に欠けるなどの指摘がなされている\*8。さらに、このような指摘を踏まえ、敷金契約を使用賃貸人の敷金返還義務に対する質権設定契約（自己の債務に対する質権の設定）と構成する見解を再評価する動きも見られる\*9。

このうち、非典型的な質権と構成する見解が有力であるとされているが\*10、一方で、敷金所有権の移転の有無に加え、敷金所有権の移転構成においても上記の物権的構成と債務法的構成の対立が見られ、敷金の法的性質については必ずしも統一的な理解が示されていない状況がみられる\*11。

## （２）敷金分別管理制度

BGB551条は、居住賃貸借の使用賃貸人による敷金管理方法を規定する\*12。

BGB551条1項は、交付される敷金額の上限を、原則として「総額としてまたは前払いとして示される経営費を除いた1月分の賃料の3倍以内の額」と定め、同3項は、使用賃貸人は敷金として提供された金員を、「3月の解約告知期間付き貯蓄預金に対する通常の利息で信用機関に預託しなければならない」

---

\*8 BGB406条は、債務者が反対債権取得時に債権譲渡の事実を認識していたとき、またはその債権の弁済期が譲渡を知った後でかつ譲渡された債権の弁済期よりも後に到来するときは、債権譲受人に対する債務者の相殺の主張を禁止している。一方で、連邦通常裁判所は、反対債権の法的基礎が債権譲渡の時点または債務者の債権譲渡の認識時点で存在している場合には、反対債権が後に発生した場合でも相殺の主張を認めており、相殺の第三者効の範囲の拡大傾向がみられる（NJW1971,1270.;NJW1972,1193.）。しかし、Kandelhardは、かかる相殺の第三者効の拡大傾向を踏まえても、賃貸人の敷金充当行為が相殺規制に服すること自体が、敷金からの債権回収を測定できない不確定要素に晒すことになるとしている（Kandelhard,a.a.O(Fn7),S.698.）。

\*9 Kandelhard,a.a.O(Fn7),S.698.ただし、債権質権説に対しては、自己の債務に対する質権は理論的に可能であるものの、敷金の合意には、質権設定に相応する当事者の意思が存在していないとの批判がなされている（Staudinger/Wiegand,a.a.O(Fn4),§1204 Rdnr.55.）

\*10 Vgl.Staudinger/Emmerich,Kommentar zur BGB,Nebengesetzen,2011,§551 Rdnr.5.

\*11 この他、譲渡された目的物に代えて、それと同種および同等の物の返還請求権が生じる一種の非典型的な譲渡担保と構成する見解も見られる（Wieling,Sachenrecht,1990,S.676.）。

\*12 本条に言及するものとして、藤井俊二「ドイツの住居賃貸借関係における金銭の一回給付について」山梨学院大学法学論集24号426頁以下、鳥谷部・前掲注（1）55頁、古積健三郎「敷金に関する一考察」法学新報110巻7・8号135頁などがある。なお、ドイツの敷金制度に関する総合的研究として、太田昌志「ドイツ敷金制度に関する一考察」法学新報119巻1・2号127頁がある。また、BGB551条の条文訳については、関西借地借家法研究会「ドイツ賃貸借改正法新旧対照仮訳（2）」龍法35巻1号8頁を参照した。

とし、この預託形式を取らない場合にも、「預託は、使用使用賃貸人の財産と分離して行わなければならない、その収益は使用賃借人に帰属する」と規定する。

これにより、居住賃貸借において、使用賃貸人が使用賃借人から交付を受けた敷金は、使用賃貸人の一般財産から分離され、使用賃借人が取得する敷金返還請求権は、使用賃貸人の資力悪化による影響を免れる。

BGB551条の敷金分別管理義務の法的性質に関しては議論があるが、有力説とされる非典型質権説は、敷金の質権としての特殊性を、使用賃借人から交付された敷金は混同により使用賃貸人に移転するものの、使用賃貸人は敷金を担保の目的においてのみ使用するという信託的拘束を負う点にあると解している<sup>\*13</sup>。そのため、使用賃借人は、敷金の契約上の譲受に関わらず、単に信託的な管理が委ねられているに過ぎず<sup>\*14</sup>、敷金を信用機関に預託する義務ないしその他の方法で使用賃貸人の財産と分離する義務は、担保合意に内在する他人の財産に関する管理受託義務に起因して発生するとの説明を行うものが多い<sup>\*15</sup>。

## II. 譲受人による担保契約上の権利取得と敷金交付請求権

### (1) 担保契約上の権利取得 (BGB566条a)

BGB566条aは、賃貸不動産の譲渡時における担保関係の帰趨について規定している。同条は、2001年9月1日に施行された賃貸借改正法(Mietrechtsreformgesetz)により、旧BGB572条の改正法として成定された。旧BGB572条1文は、賃貸不動産が譲渡された場合において、「譲渡した土地の使用賃借人が義務の履行について使用賃貸人に担保を供与したときは、譲受人は、これによって生じる権利を取得する」とし、同2文において、譲受人は、「担保の引渡を受け、または返還義務を使用賃貸人に対して引き受けたときに限り、担保を返還する義務を負う」としていた。これに対し、BGB566条a1文は、「譲渡した住居の使

\*13 Staudinger/Emmerich,a.a.O (Fn10),§551 Rdnr.5.

\*14 Vgl.BayObLG NJW1981,994.;OLG Düsseldorf MDR1983,404.したがって、使用賃貸人は、使用賃借人から交付を受けた敷金を担保目的から除外される債権に充当することが禁止される (Vgl.Bamberger/Roth,Kommentar zum BGB,2003,§551 Rdnr.8.;Dickersbach, a.a.O (Fn3),S.595.)

\*15 Schmidt-Futterer,Mietrecht,8.Aufl,2003, § 551 Rdnr.65.;Bamberger/Roth,a.a.O (Fn14), § 551 Rdnr.8.;Dickersbach,a.a.O (Fn3),S.596.など。また、敷金が信託口座に未だ預託されていない場合、敷金は賃貸人に対する個別的な強制執行には服さないと解する裁判例がある (BayObLG, NJW 1988,1796.)。

用賃借人が義務の履行について使用賃貸人に担保を供与したときは、譲受人は、これによって生じる権利及び義務を取得する」とし、譲受人は、担保の取得または返還義務の引受に関わらず、使用賃借人に対し担保目的物の返還義務を負うことになった。また、同条2文において、「使用賃貸借関係の終了において、使用賃借人が譲受人から担保を得ることができないときは、使用賃貸人は、引き続き担保を返還する義務を負う」とされ、旧使用賃貸人の敷金返還義務に関する補充的責任が明文化されている<sup>\*16</sup>。

BGB566条aは、旧BGB572条と同様に「使用賃借人が義務の履行のために使用賃貸人に供与した担保」に対して適用される旨を規定するが、同条の適用範囲については、旧BGB572条下において若干の議論がみられた。

まず、旧BGB571条1項が「使用賃貸人が賃借地を使用賃借人に委ねた後第三者に譲渡したときは、譲受人はその所有権が存続する間使用賃貸人に代わって使用賃貸借関係から生じる権利を有し義務を負う」と規定していたため<sup>\*17</sup>、同条と旧BGB572条との関係が問題とされた。両者の関係について、敷金契約を賃貸借契約の構成要素と捉えた場合、担保契約に対しても旧BGB571条の適用を認め、譲受人は賃貸不動産の譲受により法律上当然に担保契約上の権利義務を取得するとみる余地が生ずる。しかし、担保契約が賃貸借契約上の義務を履行するために締結されたとしても、右担保契約は賃貸借契約とは別個の契約であり、旧BGB571条を適用することはできず、譲受人による担保契約上の権利義務の取得は、旧BGB572条のみが規律すると解されている<sup>\*18</sup>。このことは、BGB566条1項と566条aの関係においても同様である<sup>\*19</sup>。

---

\*16 旧BGB572条2文は、敷金の交付を受けまたは返還義務を引き受けた譲受人の義務を規定するに止まり、使用賃貸人の敷金契約上の義務の帰趨については規定を欠いていた。そのため、旧使用賃貸人の敷金返還義務の有無を巡り争いが生じたが、連邦通常裁判所1999年3月24日判決（NJW1999,1857.）は、債務引受に関する債権者の承諾がない限り、使用賃貸人は、敷金交付後もなお使用賃借人に対して敷金返還義務を負うとした。なお、BGB566条aは、土地及び住居でない場所に関する使用賃貸借について準用される（BGB578条）。

\*17 各条文の条文訳は、関西借地法研究会「ドイツ賃貸借改正法新旧対照訳（5）」龍法35巻4号30頁を参照した。また、旧BGB571条および572条の制定過程については、我妻栄「敷金の附従性」『民法研究VI』（有斐閣、1969年）152頁以下が詳細である。

\*18 BGH NJW 1999, 1857.

\*19 Vgl. Münchener/Häublein, Kommentar zum BGB 6. Aufl., 2012, § 566a Rdnr. 1.; Staudinger/Emmerich, a.a.O (Fn10), § 566a Rdnr. 1.

また、譲受人が旧BGB572条2文の要件を満たさない場合には、旧使用賃貸人のみが担保の返還義務を負うことになるが、このことは、賃貸不動産の譲渡に関与にしない使用賃借人にとって、既に賃貸借契約関係を離脱した旧使用賃貸人を請求の相手方とする不利益を生じさせる。そのため、旧BGB572条2文は、附従性のない担保（nichtakzessorischen Sicherheiten）に対してのみ適用され、保証や質権あるいは敷金のような附従性のある担保契約の権利義務は、旧BGB572条とは無関係に当然に譲受人が取得するとし、敷金契約に対する同条の適用を否定する見解が見られた<sup>\*20</sup>。しかし、BGB566条a1文により、譲受人は、賃貸不動産の譲受に伴い、担保に関する権利に加え義務も取得するとされたため、担保の附従性による上記区別の重要性は失われているとされている<sup>\*21</sup>。

以上から、使用賃借人の義務の履行のために供与された担保には、その附従性の有無に関わらず、BGB566条aが適用され、敷金もBGB566条a1文の「担保」として同条の規律に服する。その結果、賃貸借契約に付随して敷金が交付されていた場合、賃貸不動産の譲受人は、法律上当然に、旧使用賃貸人と使用賃借人との間で形成された敷金契約上の権利義務を取得することになる。

## （2）敷金交付請求権

賃貸不動産が譲渡された場合、上記のとおり、譲受人は使用賃貸人としての権利義務を取得すると共に（BGB566条）、法律上当然に旧使用賃貸人と使用賃借人との間で形成された敷金契約上の権利義務を取得する（BGB566条a1文）。その際、譲受人の旧使用賃貸人に対する敷金の交付請求権および使用賃借人の旧使用賃貸人に対する譲受人への敷金交付請求権の有無が問題とされている。

### 1. 譲受人の敷金交付請求権

BGB566条a1文により取得する譲受人の権利は、担保の内容に基づいて決定される<sup>\*22</sup>。判例および通説は、使用賃借人が使用賃貸人に自由処分を委ねて敷

---

\*20 Vgl. Derleder-Bartels, Der Vermieterwechsel bei Wohnraummiete, JZ1997, S.987ff. 裁判例として、OLG Düsseldorf WuM1997, 264.がある。

\*21 Münchener/Häublein, a.a.O (Fn19), §566a Rdnr.6.

\*22 BGH NJW1985, 2528; BGH NJW1982, 875.たとえば、譲渡担保においては、担保目的で譲渡された物の所有権を取得し、質権においては、質権者としての権利を取得する（Vgl. Staudinger/Emmerich, a.a.O (Fn10), §566a Rdnr.9.）。

金を交付した場合、譲受人には、旧使用賃貸人に対し、使用賃借人から交付を受けた敷金相当額に利息を付した額について、自己への交付を請求できる権利が帰属すると解している<sup>\*23</sup>。ただし、旧使用賃貸人も敷金による担保目的を実現する利益を有するため、旧使用賃貸人の敷金交付義務の範囲は、敷金によって担保される旧使用賃貸人の使用賃借人に対する債権額を控除した額に制限される<sup>\*24</sup>。

これに対し、敷金が信用機関等への預託により使用賃貸人の一般財産から分離されている場合には、賃貸不動産の譲渡により、法律上当然に譲受人に対する口座権限の移行が生じるとされ<sup>\*25</sup>、譲受人は旧使用賃貸人に対し、口座に関連する各種証書の引渡を請求できると解されている<sup>\*26</sup>。

## 2. 使用賃借人の旧使用賃貸人に対する敷金交付請求権

旧BGB572条2文によれば、譲受人は、旧使用賃貸人から担保の引渡を受け、または返還義務を引き受けたときに限り、使用賃借人に対し、敷金の返還義務を負う。したがって、使用賃貸人が譲受人に対して敷金を引渡さない場合、使用賃借人は敷金返還請求権を旧使用賃貸人に対して行使することになるが、旧BGB571条1項により既に契約関係を離脱した旧使用賃貸人を相手方とすることは、使用賃借人にとって債権回収のリスクを生じさせる<sup>\*27</sup>。そこで、判例お

---

\*23 BGB551条の適用がない賃貸借またはBGB551条違反を理由に敷金の分別管理がされていない場合（使用賃貸人の自由処分が委ねられた敷金）、BGB566条aによる敷金所有権の移転は生じないが、同条により、譲受人は自己に敷金を交付する求める権利が帰属すると解されている（Vgl. Roquette, Das Mietrecht des BGB, 1966, § 572, Rdnr 16.）。この他、敷金交付請求権を認めるものとして、RG JW1905,80.; OLG Hamburg MDR1970,1015.; AG Düsseldorf MDR1983,405.; Erman, Handkommentar zum BGB, Bd1, 1999, § 572 Rdnr.2.; Münchener/Häublein, a.a.O (Fn19), § 566a Rdnr.9.; Staudinger/Emmerich, a.a.O (Fn10), §566a Rdnr10. など。利息につき、AG Pinneberg WuM1981,21 参照。なお、この請求権の不履行のリスクは譲受人が負うものとされ、譲受人は旧使用賃貸人から敷金を取得できない場合にも、使用賃借人に対し、再度敷金の交付を請求することはできないと解されている（Vgl. Münchener/Häublein, a.a.O (Fn19), §566a Rdnr.9.）。

\*24 Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR87,786.; Sternel, Mietrecht, 3aufl, 1988 III Rdnr235.; Stückmann, Die Barkaution nach Übertragung des Eigentums, ZMR1972, S.330.

\*25 Kraemer, Kaution und Mietbürgschaft nach der Mietrechtsreform, NZM 2001, S.742.; Münchener/Häublein, a.a.O (Fn19), §566a Rdnr.8.; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., III Rdnr 204.

\*26 Sternel, a.a.O (Fn24) III Rdnr.235.

\*27 OLG Karlsruhe NJW-RR1989,267. 同判決は、旧BGB572条2文により、使用賃借人は、譲受人に対し、譲受人に敷金が交付された場合に初めて敷金の返還を請求することができるが、敷金の交付がない場合には、使用賃借人は、場合によっては、既に賃貸借契約関係が1年前に終了していたとしても、旧使用賃貸人に対して敷金の返還

よび通説は、賃貸借契約当事者間に別段の合意がない限り、使用賃借人は、旧使用賃貸人に対して敷金を譲受人に引渡すよう求める権利を有していると解していた<sup>\*28</sup>。ただし、BGB566条aにおいて、譲受人は、敷金取得の有無に関わらず使用賃借人に対して敷金返還義務を負うこと（同条1文）、旧使用賃貸人は賃貸不動産の譲渡後も継続して敷金返還義務を負うこと（同条2文）が明文化されたため、使用賃借人は、譲受人の敷金取得に関わらず、譲受人および旧使用賃貸人に対し、敷金返還請求権を行使することが可能になった。そのため、現行規定において、使用賃借人の旧使用賃貸人に対する敷金交付請求権を問題とする必要性は低いとの指摘がなされている<sup>\*29</sup>。

### Ⅲ. 敷金交付請求権を目的とする相殺

#### (1) 問題の所在

以上を要約すると、賃貸不動産の譲渡により、譲受人は、旧使用賃貸人と使用賃借人との賃貸借契約関係に関する権利義務を取得し（BGB566条）、かつ賃貸借契約上の義務の履行のために敷金が交付されていた場合には、法律上当然に、旧使用賃貸人と使用賃借人との間で形成された敷金契約上の権利義務を取得する（BGB566条a）。また、賃貸借契約上の義務の履行のために敷金が交付されている場合、譲受人には、旧使用賃貸人の使用賃借人に対する債権を控除した額の範囲において、旧使用賃貸人に対し敷金を自己に交付するよう求める権利が帰属する。

一方で、敷金が担保の目的で使用賃貸人に交付されている以上、使用賃貸人

---

を請求せざるを得なくなり、使用賃借人にとって不利益があるとする。

\*28 Emmerich/Sonnenschein,Miete,3.Aufl., § 572 Rdnr.3.;RGRK,12.Aufl., § 572 Rdnr.1.; Erman,BGB,7.Aufl.,§572 Rdnr.1.なお、使用賃貸人に敷金によって保全されている請求権が存続している場合には、使用賃貸人は、右残存額を敷金から控除した額について、交付義務を負うとされている（OLG Karlsruhe NJW-RR1989,267.）。

\*29 Staudinger/Emmerich,a.a.O(Fn10),§566a Rdnr.12.なお、Stückmannは、使用賃貸人に対して、敷金の処分が委ねられている場合には、使用賃借人は、旧使用賃貸人と譲受人が敷金に関して如何に取り扱うかについて関与できないとし、使用賃借人の旧使用賃貸人に対する譲受人への交付請求を否定している（Stückmann,a.a.O(Fn24),S.328.）。また、旧BGB572条において、旧使用賃貸人の敷金返還に関する共同責任を無制限に肯定するBoeckenは、旧使用賃借人の敷金返還義務が常に肯定される以上、使用賃借人の旧使用賃貸人に対する敷金の交付請求は不要であるとしている（Boecken,Zur Haftung des Veräußerers einer Mietsache auf Rückgewähr der Mietkaution,ZMR1982,S.137.）。

は担保の目的においてのみ敷金を利用するという信託的拘束を負っている。そのため、旧使用賃貸人の敷金交付義務の履行方法に関し、旧使用賃貸人に帰属する賃貸不動産の売買代金債権その他の債権との相殺による履行を認めた場合、譲受人は敷金利用に関する信託的法律関係に加入しながら、一方でその目的物である敷金を現実に保持しない状況を生じさせる。かかる状況は、敷金の信託的財産としての性質と矛盾し、かつ敷金が返還義務者である譲受人に現実に移転しない点で、使用賃借人の敷金返還請求権が危殆化する余地を生じさせる。そこで、ドイツの判例および学説は、旧使用賃貸人の敷金交付義務の履行方法として、譲受人に対する賃貸不動産の売買代金債権その他の債権との相殺による履行が認められるかどうかを問題としている。

## (2) 判例

譲受人の敷金交付請求権と旧使用賃貸人の譲受人に対する債権との相殺の可否に関しては、下級審レベルであるが一定の判例の集積があり、相殺を制限的に認める裁判例と否定する裁判例がみられる。

### 1. 制限的肯定説

OLG Düsseldorf1982年4月29日判決<sup>\*30</sup>では、敷金交付請求権と賃貸不動産の売買代金債権以外の任意の債権との相殺が争われている。同判決は、敷金契約により交付された敷金は、使用賃貸人への契約上の移転とは無関係に、使用賃借人の経済的領域に属し、使用賃貸人は、単に敷金に関する信託的な管理権限を取得するに過ぎないとする。そして、この信託関係に加入する譲受人の敷金交付請求権は、信託的拘束を有する給付対象に向けられた債権であり、かつ担保関係および信託関係の継続に貢献する権利である以上、これを譲受人に対する使用賃貸人の任意の債権による相殺によって消滅させることはできないとした。同判決は、かかる相殺禁止の根拠を、敷金の信託財産としての性質から導かれる信義則上の履行制限ないし当事者間の黙示の相殺禁止合意に求めている。なお、同判決は、判決の射程を敷金交付請求権と旧使用賃貸人の任意の債権を自働債権とする相殺に限定しているが、受託者および業務執行者による獲

---

\*30 MDR1983,405.

得物の返還義務（BGB667条）を受働債権とする相殺を、信託関係または業務執行関係と法律的または経済的に関連する債権を自働債権とする場合に限定する裁判例（BGH1970年7月13日判決<sup>\*31</sup>）を引用しており、敷金交付請求権を目的とする相殺を右BGH判決の範囲において肯定する余地を残している。

これに対し、LG München1985年7月11日判決<sup>\*32</sup>では、譲受人の敷金交付請求権と賃貸不動産の売買代金債権の相殺が、旧BGB572条2文の「担保の引渡」に当たるかどうか争われている。同判決は、譲受人の敷金交付請求権と賃貸不動産の売買代金債権の相殺により譲受人は敷金相当額の経済的利益を受けているとし、同相殺および相殺合意の効力を認め、かつこれにより旧BGB572条2文の引渡しに当たると判示した。AG Wedding1990年5月15日判決<sup>\*33</sup>も、LG München1985年7月11日判決と同様に、譲受人の敷金交付請求権と賃貸不動産の売買代金債権の相殺を認めている。両判決が、敷金交付請求権の相殺を賃貸不動産の売買代金債権との相殺に限定する趣旨かどうか、判決文中から必ずしも判然としない部分があるが、LG Berlin1991年3月12日判決<sup>\*34</sup>は、右3判例を引用しつつ、譲受人の敷金交付請求権を目的とする相殺は、敷金に関する信託関係および業務執行関係と法律的または経済的に関連性を有する債権に限定する旨を判示した。

同判決は、OLG Düsseldorf1982年4月29日判決と同様に、信託者のために獲得した物の引渡請求権を受働債権とする相殺を、信託関係および業務執行関係と法律的または経済的に関連する債権との相殺に限定するBGH1970年7月13日判決を引用し、敷金交付請求権を目的とする相殺もかかる制約を受けるとしている。その理由として、使用賃借人から使用賃貸人に交付された敷金は、使用賃貸人の手中にある信託的拘束を受けた財産であることを指摘しており、敷金交付請求権を目的とする相殺は、敷金交付請求権と法律的または経済的関連性が認められる賃貸不動産の売買代金債権を自働債権とする場合にのみ認められると判示している<sup>\*35</sup>。

\*31 BGH NJW1970,2019.

\*32 WuM1986,320.

\*33 GE1991,153.

\*34 GE1991,991.

\*35 同判決は、かかる相殺により、譲受人は自己の支払義務の減少による事実的かつ経

## 2. 否定説

これに対し、OLG Frankfurt 1991年5月29日判決<sup>\*36</sup>は、敷金交付請求権を目的とする相殺を全面的に否定する裁判例であり、以下のように判示する。

BGB572条1文による敷金交付請求権を受働債権とし、被告が主張する既発生の残売買代金債権を自働債権とする相殺は許されない。当法廷は、敷金交付請求権を受働債権とする相殺の限界は、黙示的な当事者間の合意または信義則から導く必要はなく、既存の法規定の解釈によって導かれるものと解する。

BGB394条1文は、差押禁止債権を受働債権とする相殺を禁止する。ZPO851条1項は、譲渡性のない債権を差押禁止債権としている。本来的な債権者とは異なる者への給付が債権の内容の変更なしに実現しえない債権は、BGB399条により譲渡性のない債権と評価される。したがって、譲渡が禁止された債権は必然的に差押禁止債権となり、これを受働債権とする相殺の禁止が導かれる。

一方で、債権の有する給付目的 (*Leistungszweck einer Forderung*) は、その債権の内容に含まれ、債権が目的的な拘束性を有している場合、その目的に反した利用は給付内容の変更を生じさせ、目的外の譲渡が禁止されることになる。BGB572条1文に基づく敷金交付請求権は、給付受領者に信託的な拘束性を生じさせる債権である。使用賃借人が交付した敷金は、担保の目的で給付されているため、契約による譲渡とは無関係に、その経済的価値は使用賃借人が保持し、同時にその給付目的は、使用賃貸人に信託的な管理権限を付与することにある。このことは、敷金は使用賃貸人の財産とは分離して保管することを定めたBGB550条b2項の規定から証明される。このような使用賃借人と使用賃貸人間の敷金に関して生じた信託関係に、賃貸不動産の譲受人が加入することになる。

法律上発生する使用賃貸人に対する担保の交付請求権は、担保の継続性および使用賃借人との関係で形成された信託関係の継続性に資することになる。譲受人は、担保の保持に基づき使用賃借人への担保の返還義務が発生し、かつ敷

---

済的利益を取得するため、旧BGB571条2文の引渡要件を満たすとしている。

\*36 NJW-RR1991,1416. 事案は、1989年5月18日の公正証書による契約により、被告から家屋土地所有権を取得した原告が、被告に対し7100DMの敷金の交付を請求したが、被告は、7100DMを対当額とする相殺により敷金交付請求権は消滅しているとし、かかる相殺を前提に残売買代金2900DMの支払を請求したものである。

金を保持した後は、一般債権者の介入を防ぐために、これを信託的に預託する義務が生じることになるからである。これらを踏まえて考慮した場合、使用賃貸人が使用賃借人に対して敷金の交付を求める請求権とBGB572条1文に基づく譲受人の敷金交付請求権は、同一の給付対象に向けられており、その限りで、両債権は共に同様の信託的な拘束に服することになる。その結果、BGB572条1文の敷金交付請求権の目的により、当該債権の譲渡および差押えが禁止され、賃貸不動産の売買代金債権を自働債権とし、当該債権を受働債権とする相殺が禁止されることになる。敷金交付請求権と売買代金債権の相殺を無制限に認める通説的な見解および結果的に相殺禁止を譲渡行為と関連性を有しない債権との相殺に制限するOLG Düsseldorf1982年4月29日判決の見解は、共に立法者によって意図されている使用賃借人の保護を考慮していない。BGB550条bの導入により、使用賃借人は、本来的な使用賃貸人の資力の喪失と譲受人の資力の喪失の何れからも保護されなければならず、敷金交付請求権を受働債権とし、売買代金債権を自働債権とする相殺を可能とする限り、かかる法の保護目的を実現しえない。

### 3.判例の分析

制限的肯定説に分類した裁判例は、譲受人の敷金交付請求権を目的とする相殺を、敷金に関する信託関係および業務執行関係と法律的または経済的関連性のある債権を自働債権とする場合に限定し、あるいは旧使用賃貸人の任意の債権を自働債権とする相殺を否定することにより、譲受人の敷金交付請求権を目的とする相殺に一定の制約を加えている。

敷衍すると、受託者および業務執行者は、信託者のために獲得した物の引渡請求権を受働債権として相殺する場合、信託関係および業務執行関係と法的または経済的に関連している債権を自動債権とすることのみが許される(BGH1970年7月13日判決)。敷金の信託的財産としての性質を前提とした場合、敷金引渡請求権を目的とする相殺には、かかる判例法理の射程が及ぶ。その結果、敷金交付請求権と同一の法的基礎(賃貸不動産の売買契約)から発生した賃貸不動産の売買代金債権には、敷金交付請求権と法律的または経済的関連性が認められ、当該債権を自動債権とする相殺が肯定されることになる。(LG Berlin1991年3月12日判決)。一方で、かかる法律的または経済的関連性を欠く

任意の債権については、敷金の信託的財産としての性質から、信義則上の相殺による履行制限ないし黙示的な相殺禁止合意が観念され、敷金交付請求権を受働債権とする相殺が禁止されることになる（OLG Düsseldorf1982年4月29日判決）。

これに対し、OLG Frankfurt1991年5月29日判決は、敷金交付請求権を目的とする相殺を全面的に否定しており、同判決はかかる相殺禁止の根拠を敷金交付請求権の譲渡禁止債権（および差押禁止債権）としての性質に求めている。

同判決の理論構成は、次の通り分析できる。

BGB394条1文は、差押禁止債権を受働債権とする相殺を禁止する。ZPO851条1項は譲渡性のない債権を差押禁止債権に含めるため、BGB394条1文により、譲渡性のない債権を受働債権とする相殺が禁止される。

債権の譲渡性は、債権者と異なる者への給付がその債権内容の変更なしに実現しうるかどうかで判断され（BGB399条）、同時に、債権のもつ給付目的は債権の内容を構成する。使用賃貸人の使用賃借人に対する敷金の引渡請求権は、敷金として受領した金銭を使用賃貸人が受託者として管理することを給付目的としており、使用賃貸人と異なる者への給付は債権内容の変更を生じさせる。BGB571条1文により使用賃貸人と使用賃借人の敷金に関する信託的法律関係に加入した譲受人の敷金交付請求権は、使用賃貸人の使用賃借人に対する敷金引渡請求権と同一目的物の給付を目的とするため、譲受人の敷金交付請求権もまた使用賃貸人の敷金引渡請求権と同様の給付目的を有することになる。したがって、譲受人の敷金交付請求権は、譲渡性のない債権としてBGB394条1文の規律に服し、当該債権を受働債権とする相殺が禁止されることになる。

したがって、同判決の立場に従えば、譲受人は、賃貸不動産の譲受に際し、使用賃貸人と使用賃借人間で形成された敷金に関する権利義務を取得すると共に、常に使用賃貸人の債権を控除した額の範囲で敷金相当額の現実的な交付を受けることになる。同判決は、かかる結論が、敷金に内在する信託的拘束性と法による使用賃借人の敷金返還請求権の保護目的に合致するとしている。

### （3）学説

敷金交付請求権の相殺可能性に関する下級審判例の集積が見られるまで、学

説上、この問題を意識的に論じるものは多くなく、むしろ、敷金交付請求権を目的とする旧使用賃貸人の相殺が有効であることを前提に、かかる相殺が旧BGB572条2文の「担保の引渡」に該当するかどうかを論じている。

例えば、Stückmann<sup>\*37</sup>は、敷金交付請求権と賃貸不動産の売買代金債権との相殺について、旧BGB572条2文の「担保の引渡」に現実的な占有移転が要求されるのは、動産および有価証券等の有体物に対する質権等に限定されるとし、特定の物の返還が問題とならない敷金では、単に敷金額と同価値の返還が問題となる以上、譲受人に現実には敷金額が引渡される必要はないとする。また、引渡要件から相殺を排除する限定解釈は形式的であり、かつ現実の支払取引あるいは経済的取引に合致せず、譲受人が敷金交付請求権を目的とする相殺により敷金相当額の財産的価値を取得した場合には、譲受人に敷金の返還義務が発生するとしている。この他、敷金交付請求権と賃貸不動産の売買代金債権との相殺に言及する学説も、その詳細を示すことなく、担保目的物に対する処分権の取得を理由に相殺を肯定し、右相殺による譲受人の敷金返還義務の有無を論じる傾向がみられる<sup>\*38</sup>。

かかる傾向は、旧BGB572条2文により担保目的物の引渡の有無が使用貸借人の返還請求に関し重要な利害を及ぼすことから、引渡要件に問題関心が向けられていることに起因するものと思われるが、同時に、敷金の信託的性質と相殺の可否の問題が明確に意識されていない状況を看取できる。一方で、同問題に対する下級審判例の集積後は、敷金交付請求権を目的とする相殺の可否は、使用賃貸人の敷金に関する信託的管理権限と信託関係に基づく請求権の相殺制限に関する問題であるとの指摘がされており<sup>\*39</sup>、学説上も、制限肯定判例を支持する見解<sup>\*40</sup>、制限肯定判例を支持しながら、居住賃貸借において、敷金が使用賃貸人の財産から分離されている場合には、売買代金債権を含む旧使用賃貸

\*37 Stückmann, a.a.O (Fn24), S.329.

\*38 たとえば、Palandt/Putzo, Kommentar zum BGB, 50. Aufl., §572 Rdnr.4.; Soergel/Kummer, BGB, 11. Aufl., 1977, §572 Rdnr.8.; Emmerich-Sonnenschein, a.a.O (Fn28), §572 Rdnr.4.; Schopp, Die Kautions in der Geschäftsraummiete und -pacht, ZMR 1969, S.8.; Münchener/Voelskow, Kommentar zum BGB, 2. Aufl., 1984, §572 Rdnr.8.など。

\*39 Staudinger/Emmerich, Kommentar zum BGB, 13. Bearb., 1997, §572 Rdnr.20.

\*40 Münchener/Häublein, a.a.O (Fn19), §566a Rdnr.11.; Studinger/Emmerich, a.a.O (Fn39), §572 Rdnr.20.など。

人の債権を自働債権とする相殺を禁止する見解<sup>\*41</sup>などが見られる。また、OLG Frankfurt1991年5月29日判決に対しては、仮に相殺を認めたとしても、譲受人は敷金額に相当する経済的価値を得ている以上、使用貸借人の敷金返還請求権が事実上危険に晒されることにはならないとの指摘がなされており<sup>\*42</sup>、OLG Frankfurt1991年5月29日判決が採用する相殺否定説が、必ずしも学説による全面的な支持を受けていない状況を看取できる。

#### IV 日本法への示唆—まとめと今後の課題に代えて

敷金は担保目的で交付された金銭であり、使用貸借人はこれを担保の目的でのみ利用するという信託的拘束を負い、同時に敷金の担保目的が達せられた場合、かかる信託的財産である敷金は使用貸借人の資力とは無関係に確実に使用貸借人に返還されなければならない。BGB551条は、この趣旨を徹底するため、居住賃貸における使用貸借人の敷金分別管理義務を法定し、使用貸借人の敷金返還請求権が使用貸借人の資力によって危殆化することがないように配慮している。

敷金交付請求権を目的とする相殺の可否に関する議論は、かかる敷金の信託的財産としての性質およびBGB551条の趣旨から、敷金交付請求権を目的とする相殺が使用貸借人の敷金返還請求権を危殆化させるものかどうかを問題とし、同時にかかる問題は、信託的財産である敷金が没個性的な性質をもった金銭であることの特異性を踏まえつつ、敷金の右信託的財産としての意義を貸借人の交代時の敷金授受の局面において、どこまで貫徹するかという問題であるといえる。

一方で、我が国でも、敷金の法的性質論に関しては古くから議論がされているが<sup>\*43</sup>、かかる議論は専ら敷金返還請求権の発生時期を巡って論じられる傾向

---

\*41 Westermann/Jendrek, Handkommentar zum BGB Bd1, 9. Aufl, 1993, §572 Rdnr.2; Bub-Treier/Scheuer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl, 1999, S.1422. など。敷金の分別管理が行われている場合に相殺を認めると、譲受人は敷金の分別管理義務を履行することなく敷金相当額の経済的利益を取得することになり、BGB551条（旧BGB560条b）の趣旨に反することを理由とする。（Bub-Treier/Scheuer, a.a.O (Fn41), S.1422.）。

\*42 Studinger/Emmerich, a.a.O (Fn39), §572 Rdnr.21.

\*43 敷金の法的性質に関する近時の文献として、荒木新五「賃貸借契約における敷金」『二一世紀判例契約法の最前線』（判例タイムズ社、2007年）151頁がある。

にあり、賃貸人の敷金管理に関する信託的拘束に関する議論は十分に深化していない。特に、敷金の所有権は賃貸人に移転し、賃借人が交付した敷金の返還請求権自体は担保目的の終了時に停止条件的に発生すると解する停止条件付債務を伴う所有権移転説<sup>\*44</sup>は、敷金の所有権につき移転構成を採るため、本来的に賃貸人による敷金の管理義務を觀念することが困難な法律構成となっている。また、賃貸人の変更に伴う敷金関係の承継に関して、我が国の判例・通説は、BGB566条aと同様に賃貸人の変更に伴う敷金関係の当然承継を認めている<sup>\*45</sup>。その際、当然承継の理由として、譲受人が敷金の返還義務を承継することを前提に賃貸不動産の売買価格が設定されているとの指摘がされるなど、相殺による敷金の授受が一般的に肯定されているように思われるが、譲受人の敷金交付請求権の法的性質ないし敷金の信託的財産としての性質を踏まえた敷金の授受方法について、必ずしも十分に意識されていないように思われる<sup>\*46</sup>。

仮に、敷金の金銭としての没個性的な性質を踏まえ、使用賃貸人に対する敷金所有権の移転を認めるとしても、かかる物権的効力と使用賃貸人の敷金管理義務を含めた債権法的な義務は別個に解する余地がある。ドイツ法上の非典型質権説は敷金所有権は使用賃貸人に帰属するとしながら、使用賃貸人に敷金管理義務を生じさせる点に、金銭を担保目的物とする敷金契約の担保としての独自性を見だしている。この点は敷金契約の法的性質論に関わる問題であり、もとより詳細な検討を要するが、我が国でもかかる観点から、賃貸人に対し、信託的法律関係に即した敷金の管理義務を課すことで、相殺による敷金授受により、譲受人が信託的な管理義務を承継しながら現実に目的物を保持しない状態が生じることの妥当性を、敷金の信託的財産としての意義ないし敷金返還請求権保護の観点から問題とする余地はあるといえよう。

敷金は担保目的で交付された金銭である以上、当該交付物は少なくとも目的的な拘束性を有しており、敷金所有権が賃貸人に移転することのみ理由に使用賃貸人による自由処分を肯定することは妥当ではない。ドイツでは、この趣旨

\*44 最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁

\*45 大判昭和2年12月22日民集6巻716頁、大判昭和5年7月9日民集9巻839頁、最判昭和44年7月17日民集23巻8号1610頁、星野英一『借地借家法<法律学全集26>』有斐閣（1969年）262頁、内田貴『民法Ⅱ』東京大学出版（2007年）181頁など

\*46 この点に関する日本法の検討は、別稿で行う。

を徹底し、敷金の分別管理義務を法定することにより、使用貸借人の敷金返還請求権が使用貸借人の資力状況によって危殆化することを阻止している。

我が国の債権法改正論議においても、敷金返還請求権の保護策として、旧賃貸人の敷金返還義務に関する保証責任の導入が検討されているが<sup>\*47</sup>、敷金返還請求権の危殆化は、敷金の賃貸人の一般財産への混入に起因して生じる点を踏まえれば、敷金返還請求権の保護は、敷金分別管理の義務化を含め、敷金の信託的財産としての性質を踏まえて実現されるべきである<sup>\*48</sup>。その際、ドイツにおける敷金交付請求権を目的とする相殺に関する議論は、敷金の法的性質に即した敷金返還請求権の保護を検討するうえで、一定の示唆を与えるものと思われる。

---

\*47 法制審議会民法（債権関係）部会資料・前掲注（2）580頁

\*48 敷金の分別管理義務の立法化に言及するものとして、鳥谷部・前掲注（1）55頁、古積・前掲注（12）135頁などがある。