

タイトル	賃料債権に対する物上代位と敷金返還請求権の帰趨
著者	小林, 資郎
引用	北海学園大学法学研究, 41(4): 827-859
発行日	2006-03-31

賃料債権に対する物上代位と敷金返還請求権の帰趨

小林 資 郎

一 はじめに

最高裁が、平成元年一〇月二七日判決（民集四三卷九号一〇七〇頁）において、それまで学説あるいは下級審判決で争いのあった、「抵当権に基づく物上代位は抵当不動産の賃料債権に及ぶか？」という問題を肯定して以来、抵当権者による賃料債権への物上代位権の行使の事例が急増したことは多くの裁判例から明らかである。一般論として、収益権を設定者に委ねる抵当権にあって、収益の結果たる賃料債権が抵当権者によっていわば横取りされることに對する疑問から、学説はこれに否定的であった。また、下級審裁判例では、積極、消極の判断が拮抗していた中で、これを積極に解するこの最高裁判決が及ぼした影響は極めて大きいものであった。抵当権設定者もまたこれに對抗する

かたちで、賃料債権の包括的譲渡あるいは転貸借契約制度の利用などによって、賃料債権に対して物上代位権が行使されるのを回避しようとする手段がとられるようになり、これらの状況をめぐって活発な議論が展開されてきたことは周知の事実である。

これらの物上代位権の行使を回避しようとする抵当権設定者の努力を判例がどのような評価してきたかについては、少なくとも賃料債権の包括的譲渡については、債権譲渡が第三者に対する対抗要件を具備した後においても、抵当権の登記が先行していれば、抵当権に基づく物上代位が優先するとの判断を示し、(最判平一〇年一月三〇日民集五二卷一号一頁)、転付命令を物上代位に優先させた判例理論(最判平一四年三月一二日民集五六卷三号五五五頁)との整合性の問題はなお議論の余地があるとしても、賃料債権に対する抵当権者の優位性はほぼ確立したといえよう。

ところが、賃貸借契約の成立に際して、あるいはその存続中に、さらにはその終了にあたって賃借人が賃貸人に対してさまざまな種類の債権を取得する例は多い。成立にあたって交付されることのある権利金は、賃借権設定の対価とみられるから、その返還をめぐる権利関係は発生しない(ただし、約定期間の満了前に契約を解除した場合にはこの問題を生ずる余地はある)。その例として保証金、敷金、建設協力金、必要費・有益費などの返還・償還請求権あるいは造作・建物買取請求権などをあげることができる。もちろん、契約当事者間の債権債務関係ではあるが、賃貸借契約とは直接の関連性を有しないもの、たとえば、賃借人の賃貸人に対する売買代金債権、貸金返還債権などもありえよう。

このような状況下で、当該不動産の抵当権者が、物上代位権の行使としてその賃料債権を差し押さえた場合に、第三債務者たる賃借人としては、自己が有する反対債権をもって賃料債務との相殺を主張できるのかという問題を生ずる。この問題が裁判例として現れたのは、大阪地判平成八年一〇月三十一日(判例タイムス九四一号二〇八頁)が初め

てのようであるが、それ以後、多くの下級審判決で取りあげられるようになった。結論は、差押を優先するものと相殺を優先するものに分かれていた。学説も、差押と相殺をめぐる昭和四五年六月二四日の最高裁大法廷判決（民集二四卷六号五八七頁）、あるいは、賃料債権に対する物上代位についていわゆる登記時基準説に立った前掲最判平成一〇年一月三〇日と最判平成一〇年三月二六日（民集五二卷二号四八三頁）との関連性に着目しつつ、多くの議論が展開された^①。そのような中で、最高裁は、平成一三年に、賃借人の賃貸人に対する貸金債権と賃料債権の相殺と物上代位による差押の優劣に関して（最判平成一三年三月二三日民集五五卷二号三六三頁^②）、次いで翌年、敷金返還請求権と物上代位の優劣に関して（最判平成一四年一月一五日民集五六卷三号六八九頁^③）、この問題についての判断を示した。前者は物上代位を優先させ、後者は敷金返還請求権を優先させたのであるが、この二判例を契機としてさらに活発な議論が展開されている。

本稿においては、物上代位と相殺の問題については、上記平成一三年の最高裁判決に至までの議論、さらにはその判例をめぐる多様な議論の整理を試み、さらに、賃借人の有する債権が敷金返還請求権である場合、賃料への当然充当を肯定した上記平成一四年の最高裁判決の結論を支持しつつも、敷金返還請求権の保護としては不十分であり、賃借人の居住権を維持しつつ、すなわち、賃貸借契約の存続を保障しつつ敷金返還請求権の保護を実現するために、相殺予約による解決を主張したい。

二 賃借人の相殺と物上代位に基づく差押

(一) 下級審裁判例の概観

抵当権者による物上代位に基づく賃料債権への差押と賃借人が賃貸人に対して有する債権と賃料債権との相殺の優劣に関する最初の裁判例が、大阪地判平成八年一〇月三十一日（判タ九四一号二〇八頁）であった。この事案における賃借人の反対債権は保証金返還債権であったが、この保証金は敷金としての性質をも有するものとされている。つまりこの保証金については、賃貸借が終了し店舗を明け渡した後一ヶ月以内に、賃借人の賃貸人に対する債務を控除して返還する旨の約定があった。その後抵当権が設定されたが、期限の利益喪失と相殺予約の合意はその登記の後である。期限の利益喪失の事由が生じたので、賃借人はそれ以後毎月、保証金の返還債権を自働債権として各月の賃料債権とその対等額で相殺する旨の意思表示をした。他方で抵当権者は、物上代位権の行使として賃料債権を差し押さえ、賃料の支払を求めたというものである。判決は、一般論として、債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が債務者に対して反対債権を有していたときは、その債権が差押後に取得されたものでない限り、自働債権及び受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後であっても右反対債権を自働債権として相殺しうるしなから、「本件の差押は登記された本件抵当権の物上代位に基づく差押であるところ、物上代位権は担保物権の優先弁済権に由来し抵当権設定登記により公示され第三者に対する対抗要件を具備するもので、物上代位権を行うための差押の趣旨は、差押によって物上代位の目的となる債権の特定性が保持され、これにより物上代位権の効力を保全するとともに、他面右債権の弁済をした第三債務者又は右債権を譲り受け若しくは転付命令を受けた第三者等が不測の

損害を被ることを防止しようとするところにある。他方、相殺についてはその担保的機能は肯定されるものにあくまで事実上の機能であつて公示の方法もなく担保物権に認められているような優先弁済権までは認められない。これらの点を考慮すれば、抵当権の物上代位に基づく差押の効力の発生以前に第三債務者が反対債権を有していたとしても、差押の効力発生前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされない限り、差押の効力発生と相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされたのが同時である場合も含め抵当権の物上代位に基づく差押が相殺に優先するものと解するのが相当である。(認定事実によれば)本件債権と本件保証金の返還請求権が相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされたのはいずれも本件の差押の効力が発生した以後であり、本件の差押が優先することとなる。」と述べたのである。すなわちこの判決は、物上代位権は抵当権設定登記により公示され第三者に対する対抗力を具備するのであり、他方、相殺の担保的機能はあくまでも事実上の機能であり公示方法もなく優先弁済権までは認められていないことを根拠として、相殺が優先するのは、物上代位に基づく差押が効力を生ずる前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされた場合に限られると判断したものである。

次に、相殺を優先させた東京地判平成一〇年六月二五日(金法一五四二号六五頁)をみよう。この事案もA・Y間の建物賃貸借契約に基づく保証金返還債権が賃借人Yの主張する反対債権であったが、その六千万円の保証金については、一〇年間据え置きの後、七〇%を一一年目から一〇年間均等にて分割返済し、三〇%については敷金に振り替える旨の特約があつた。Xが本件賃貸建物につき抵当権設定登記を経由し、その後、Xが抵当権に基づく物上代位権を行使し、賃借人Aの賃借人Yに対する賃料債権の差押命令が発せられ、その命令はAとYに送達された。Yは一一年目にあたる平成九年六月に、第一回分割金四二〇万円を自働債権とし、平成九年七月分から一二月分の賃料債権を受働債権として対等額で相殺する旨の意思表示をし、さらに翌月、平成一〇年一月分の賃料債権を受働債権とする相殺

の意思表示をした。XとYの優劣である。

判決は、民法五一一条の趣旨を、差押と相殺に関する昭和四五年の前掲最大判と同様に解した上で、「(物上代位に基づく差押後においても)第三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、自働債権及び受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなしうるものと解すべき理由、すなわち民法五一一条の文言及び相殺制度の本質からすれば、抵当権の物上代位に基づく差押を、強制執行による差押ひいては滞納処分としての差押などと別異に解すべき理由はない。」とし、Yは、四二〇〇万円の返還請求権を確定期限付で取得しており、Xのために抵当権設定登記が経由されたのはYの右債権取得後であるから信義則等によりYの相殺の効力を制限すべき事案ではないとして相殺の優先性を認めたものである。

このように、これら二つの判決から、物上代位に基づく差押と賃借人による相殺が衝突する場合に、賃借人の反対債権の種類を如何を問わず、一方では登記基準説に立つて物上代位を優先する結論を導くか、他方では相殺への期待を重視して相殺を優先させるかのいずれかであることがわかる。これら以外の裁判例においても、おおむね、このような考え方で結論を導いている。

物上代位に基づく差押を優先した裁判例では、「抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により既に公示されているものとみることができ以上……」(東京地判平成一〇年三月一九日判時一六四九号一三二頁)、「(賃借人による相殺はその効力を生ずるに由ない。)このように解さなければ、物上代位権の行使を不当に妨げ、抵当権設定登記により公示されている抵当権者の利益を害する結果になる。」(東京地判平成一〇年九月二二日金判一〇六二号四九頁)とするが如くである。

相殺を優先した裁判例では、「自働債権が受働債権の差押え以前から発生している場合、第三債務者はその差押えの

後にも相殺ができるのであって、このことは差押えが抵当権の物上代位による差押えの場合でも別異に解する理由はないから、第三債務者は相殺をすることができる⁴と解するのが相当である。」(京都地判平成一〇年一月一六日金法一五八二号五四頁)、「抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により公示されているが、抵当権者は、抵当権設定前の賃貸借に基づく賃料についても、物上代位権を行使できるし、第三債務者は、物上代位による差押がなされるまでは、抵当権設定後も目的物所有者に債務を弁済できるのであって、右公示力を理由に……常に相殺に優先すると解することはできない。」(東京地判平成一二年三月二七日金法一〇九七号三六頁)として、登記の公示力よりも相殺への期待を重視する立場をとっている。

(二) 学説の対応

これらの裁判例をめぐって、活発な議論が展開された⁴。それぞれの事案が、反対債権の内容、反対債権の発生時期と抵当権登記の先後、相殺の意思表示の時期、相殺予約の存否などの点でその類型において幾通りもの組み合わせがあり、議論の展開は極めて複雑であることを否定しえない。

問題を明確化するため、まず、質料債権に対する物上代位に基づく差押と賃借人の賃貸人に対する債権による相殺の優劣という一般論について学説の見解をみよう。

まず相殺を優先すべきだと主張される石田教授は、「担保物権の効力を強化するための優先弁済権能の政策的拡張(物上代位)と、債権対立状態における相殺の期待可能性の保護との競合を体系的整合性の見地からどのように解するかが重要であって、ここでは公示を問題とすべきではない。……差押えと相殺の関係にあつては、それが一般債権者によるものであろうと担保権者によるものであろうと、差押えは差押えであり、その間になんらの逕庭をみないと解

される。さればこそ前掲大法廷判決が、国税債権にもとづく差押えにかかわらず、民法五一一条を適用しえたのである。」とされる⁽⁵⁾。また、片岡氏は、物上代位における差押えの意義を二重弁済の危険防止ととらえ、物上代位による差押えがなされた後においても、「第三債務者の反対債権(保証金)との相殺による回収の期待を保護してもあながち不当ではないと考える。なぜなら、それこそが相殺の担保的機能であり、また物上代位権者の賃料よりの回収の期待がいわば付加的なものであるのに比して、賃借人(第三債務者)の保証金の回収は契約当初から賃料債権との相殺を期待しているものである。そうだとすれば、第三債務者の相殺の期待利益を保護し、差押後であつても相殺適状になりさえすれば、反対債権との相殺の実行(意思表示)をもって、抵当権者の物上代位による差押えに対抗することができると解するのが公平かつ実務に則する解釈であり、前掲最高裁昭和四五年大法廷判決との整合性を維持することになるのではなからうか。」とされる⁽⁶⁾。

これに対し、基本的には物上代位を優先させる高木教授は、民法五一一条は、一般的な債権関係を念頭に置く条文であり物上代位に基づく担保物権付差押の差押えにまで拡張することは肯定できないとし、「第三債務者が、抵当権設定登記時以後に取得した債権(あるいは、第三者から取得した債権)を自働債権として、相殺をもって抵当権者に対抗しえない。ただ、抵当権設定登記前に取得していた債権であれば、抵当権設定登記時に受働債権が発生していなくとも、第三債務者は相殺をもって対抗しうる。」ということに続けて、相殺予約の合意が抵当権設定登記前になされれば、この相殺への期待を保護してもよいだろうとされる。そして、「それでは物上代位が強すぎるのではないかという疑問が当然考えられるが、抵当権設定登記が物上代位の対抗要件となるという最高裁判決を前提とする限りやむをえない結論である。賃料債権の譲渡について、最高裁は、抵当権の物上代位を極限まで優先させた(最判平成一〇・一・三〇)が、相殺との優先関係もこれまで述べてきたように解することによりバランスがとれる。第三債務者にとつ

ては、譲渡を受けることも、相殺することも、自己の債権の回収方法である。相殺だけ抵当権に優先しうるといふのでは、平仄が合わない。」と結論づけている。⁽⁷⁾

(三) 最判平成一三年三月一三日の概要

そのような状況下で最高裁がこの問題に初めて答えたのが、最判平成一三年三月一三日民集五五巻二号三六三頁（以下①判決という。）であった。この事案で賃借人Yが賃料債権との相殺に用いた債権は、賃貸人Aに対する保証金返還債権であったが、これには敷金の要素はない。Aがこの返還債務を履行できなかったため、あらためてA・Y間に、右保証金のうち約四割を賃料をそれぞれ各月の前月末日に対当額で相殺することなどを含む支払方法の合意が成立した。その合意に遅れてXは抵当権に基づく物上代位権の行使として、AのYに対する賃料債権のうち、差押命令送達時以降支払期にあるものについて債権差押命令の申立てをし、それが認められて、その命令の正本がA及びYに送達された。XがYに対し、五月分の賃料の支払を求めて本訴を提起した。第一審はXの請求を認容。Yの控訴も棄却された。最高裁は以下のように述べてYの上告を棄却した。「抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することができないと解するのが相当である。けだし、物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができるところ、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに對する賃貸人の期待を物上代位権の行使により賃料債権

に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきであるからである。そして上記に説示したところによれば、抵当不動産の賃借人が賃貸人に対して有する債権と賃料債権とを対当額で相殺する旨を上記両名があらかじめ合意していた場合においても、賃借人が上記の賃貸人に対する債権を抵当権設定登記の後に取得したものであるときは、物上代位権の行使としての差押えがされた後に発生する賃料債権については、物上代位をした抵当権者に対して相殺合意の効力を対抗することができないと解するのが相当である。」。

この最高裁判決の論理は、物上代位権の行使としての差押えがなされる前は賃借人のする相殺はなんら制限されないとしつつも、右の差押えがなされた後は、抵当権の効力は賃料債権に及び、そのことは、抵当権設定登記によって公示されているので、その登記以後、賃借人の賃貸人に対する債権と賃料債権との相殺への期待を物上代位に優先させる理由はないということである。物上代位と相殺の優劣については、まさしく登記基準説によって決するとの態度を明確にしたといえよう。ただし、賃借人の自働債権が抵当権設定登記以前から存在していれば、物上代位権の行使として賃料債権に対する差押えがなされた後でも、賃借人に未払賃料があれば、相殺が可能であるのだが、未払賃料がないときに、将来の賃料債権との相殺はどうなるのか。理論的問題をはらんでおり、残された問題の一つではある。いずれにせよ、前掲大阪地判平成八年一〇月三十一日以来、結論を異にしていた下級審判決に一応の決着をつけることとなったのであり、いわゆる登記時基準説の流れに沿った展開とみることができる。

(四) ①判決に対する学説の評価

この判決に対する学説の対応は多岐に亘っている。

まず、基本的には賛成の立場をとるものとして、「賃借人と抵当権者とは、抵当不動産の賃料債権というパイの奪い

合いをする競合債権者同士なのであるから、本来、その優劣判断基準は対抗関係に準じて捉えるべきものである。(民法はこの場合の条文を明確には用意していない。)本判決は、抵当権者の抵当権設定登記と賃借人の反対債権取得による債権債務の対向状態発生との間に対向関係に準じた処理を認めるものであり、権利の序列の定め方として穏当な解釈である。⁽⁸⁾、あるいは、「問題の焦点は、賃料債権をめぐる抵当権者と賃借人の優先争いであり、(民法三〇四条一項但書と五十一条のいずれを基本に据えるかということになれば)、前者の処理が簡明で優れている。本判決が、抵当権設定登記時を基準とする前者の処理を選択したことは、基本的に妥当だと思う。⁽⁹⁾」、さらに、「抵当権者のする賃料債権への物上代位を肯定するという前提に立つ限り」この物上代位が一定程度において保護されなければならないことは明らかである。……賃借人が賃貸借契約とは無関係に取得する貸付債権などの回収を図るため賃料債権との相殺を期待することは、格別の法的保護の対象とするに及ばないことは、大きな異論がないであろう。……(この抵当権者と賃借人の利益状況の検討から)、実態上存在する保証金なるものが敷金・貸金いずれの性質を濃厚に有するものであるにせよ、それに係る相殺の合意よりも物上代位が優先するものとする本件判決の具体事案処理は、それとして一定の納得を得ることのできるものである。⁽¹⁰⁾」などがある。

他方、本判決に対して疑問を提示するものもある。まず、抵当不動産本体ではなく、抵当不動産の賃料に対しても、抵当権設定登を基準とすることによって抵当権の対抗力を拡張したことに対する疑問である。すなわち、「第一に、抵当権実行前の使用利益に対する優先的効力を認めることは抵当権の非占有担保性に反すること、第二に、性質等が異なる抵当不動産本体と賃料を同様に扱っていること、第三に、両債権の牽連性および当事者の公平を無視していること、第四に、従来の法定相殺・相殺予約に関する先例と矛盾するおそれがあること」をその理由とするものである。⁽¹¹⁾

さらに、結論には賛成しながらも、物上代位権と相殺の優劣基準は、自働債権取得と抵当権設定登記の先後にかか

わりなく、物上代位権に基づく差押えだけであると解すべきであることから、本判決の論理をおし進めてゆくと、抵当権設定登記前に自働債権が取得された場合には、物上代位権に基づく差押えの有無にかかわらず、第三債務者の相殺権の絶対的優先を認めることになるであろうことに強く反対する説がある。⁽¹²⁾

観点を変えて、判例の整合性についてみよう。

まず、最大判昭和四五年六月二四日との関係である。この判例は、租税債権に基づく差押えと相殺の優劣について、民法五十一条は、第三債務者が債務者に対して有する債権をもって差押債権者に対し相殺をなしうることを当然の前提としたうえ、差押後に発生した債権または差押後に他から取得した債権を自働債権とする相殺のみを例外的に禁止することによって、その限度において、差押債権者と第三債務者の間の利益の調節を図ったものと解するのが相当であるとし、「第三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、自働債権および受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなしうるものと解すべきである(る)。」としたものであり、この論理を本判決に適用すれば、物上代位に基づく差押えの前に取得した債権を自働債権とする相殺は物上代位に優先することになる。そこで、四五年判決との整合性が問題となる。⁽¹³⁾ 一般的には、本判決は四五年判決の射程外であるとの見解が多数を占める。例えば、「(本判決は)民法五十一条が、差押えによる処分禁止効と相殺の可否に関する手続的規定であり、実体法上の特別優先権の行使としての物上代位における被担保債権の優先性と相殺の調整について規定するものとは解されないとの理解、ならびに(昭和四五年判決は)実際、一般債権と租税債権の優劣を論じたものであり、本件のような物権を背後に有する債権と一般債権との優劣を論じたものではないとの理解を前提としているものと思われる。」⁽¹⁴⁾との指摘をあげることができる。また、別の視点から、本判決が昭和四五年判決を問題にしなかった理由を、「三〇四一条一項の「差押」は第三債務者保護のための要件であり、差押

を行った抵当権者と賃料について法的利益を有する第三者との優劣を決する基準ではない。……（ここでの基準は、）
 抵当権という実体法上の担保権が、第三者に対抗できるか否かの問題であり、抵当権設定登記による公示が基準とさ
 れている。これに対して、五一条の「支払ノ差止」とは、一般債権者が行うものであり、差押債権者と被差押債権
 に対して法的利益を有する第三者との優劣は、まさにこの差押を基準として決定されることになる。……従って、本
 件で抵当権に基づく物上代位権の行使としての差押が問題となっているとしても、この差押は、（昭和四五年判決）の
 いう差押とは同視しえない¹⁵。ことに求めているのも同様であろう。

つぎに、最判平成一〇年一月三〇日との関係をみよう。

平成一〇年判決は、三〇四条一項但書の「差押」の意義について第三債務者保護説を採用し、「抵当権者は、物上代
 位の目的債権が他に譲渡され、その譲渡について第三者に対する対抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権
 を差し押さええて物上代位権を行使（できる）」とした。そしてその理由を、抵当権の効力が物上代位の目的債権につ
 いても及ぶことは、抵当権設定登記により公示されているとみることができるといふ。つまり、抵当権の効力は目的
 債権に及んでおり、それについて対抗力も具備しているというのである。ところが本判決は、「物上代位権の行使とし
 ての差押えのされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではない。」としているのであるが、この
 場合に相殺を優先させることは、平成一〇年判決との間に齟齬があるとも見うるのである。しかしこの点については、
 「平成一〇年判決において物上代位権の対抗を受けていたのは債権譲受人、つまり第三者であった。」しかし、本判決
 の事案で問題となっているのは、第三債務者の地位である。第三債務者は、抵当権者が実際に物上代位を行使するた
 めには、目的債権を差し押さえなければならぬところ、その差押え前にした弁済による目的債権の消滅の効果を抵
 当権者にも対抗できないと、第三債務者に酷だからである¹⁶。」とし、事案の違いを明らかにしている。しかし他方で、

「本来、公示による対抗力とは権利変動の優劣を一義的に決定するものであり、その浮動性を語ることで自体が問題であるし、このことを措くとしても、一三年判決は賃料債権の発生時期によって抵当権の優先的効力を区別している点で一〇年判決と異なり、また、この違いを対抗力の浮動性という論理で説明するのは困難である。」¹⁷とし、一〇年判決の考え方は①判決によって事実上修正されているとの指摘もある。

いずれにせよこの①判決により、賃借人の賃貸人に対する債権を自働債権とする賃料債権との相殺は、抵当権者による物上代位に基づく差押えの後には、認められず物上代位が優先するが、賃借人の自働債権が、抵当権設定登記以前に取得されたものである場合には、抵当権者による差押えの後であっても賃料債権との相殺が可能であることが明らかとなった。学説の対応からみても、かなり確度の高いものであるといえよう。

三 敷金返還請求権を自働債権とする相殺と賃料債権に対する物上代位

(一) 敷金をめぐる法律関係——とくにその清算

前項でみた裁判例は、反対債権の内容が敷金返還債権であるか建築協力金返還債権であるかあるいは単なる保証金返還債権であるかをとくに判決理由の中で触れているわけではない。結論は、極論すれば、抵当権登記の公示力か相殺への期待かのいずれかを選択するかによって決せられるが如くである。前掲①判決は、物上代位が優先するとしていたのであるが、それでも、相殺への期待を全く無視するのではなく、抵当権設定登記前に取得した債権を自働債権とする相殺はなお可能であったのである。この考え方は、反対債権が敷金返還請求権である場合にもあてはまるといつてよいかがここでの問題である。そこで、まず敷金をめぐる法律関係をどう見てきたかを整理しよう。

不動産、とくに建物の賃貸借契約においては、契約の成立に際し、賃借人から賃貸人に対して、賃料とは別に一定の金銭が交付されることが多い。その一つに敷金がある。敷金の法的性質については、その担保としての機能から、不規則質説、債権質説、相殺予約説等が対立していたが、現在では、停止条件付返還債務を伴う金銭所有権の移転説が通説とされている。判例においても、最判昭和四八年二月二日民集二七卷一八〇頁が、「賃貸借契約における敷金は、賃貸借存続中の賃料債権のみならず賃貸借終了後家屋明渡義務履行までに生ずる賃料相当損害賠償金の債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することのあるべき一切の債権を担保し、賃貸借終了後、家屋明渡がなされた時において、それまでに生じた右の一切の被担保債権を控除しなお残額があることを条件として、その残額につき敷金返還請求権が発生するものと解すべきであ(る)。」とし、「賃貸借終了後であっても明渡前においては、敷金返還請求権は、その発生および金額の不確定な権利であつて、券面額のある債権にあらず、転付命令の対象となる適格のないものと解するのが相当である。」としたのである。そしてその翌年、最判昭和四九年九月二日民集二八卷六号一一五二頁は、この四八年判決を引用し、敷金契約は賃貸借契約そのものではないから、明渡債務と敷金返還債務は一個の双務契約によって生じた対価的債務の関係にないこと、両債務の間には著しい価値の差があるので、同時履行の関係を認めることは公平の原則に合致しないこと、家屋の明渡までに賃貸人が取得することのある一切の債権を担保することを目的物とする敷金の性質から、「賃貸人は、特別の約定のないかぎり、賃借人から家屋明渡を受けた後に敷金残額を返還すれば足(り)、家屋明渡債務と敷金返還債権とは同時履行の関係にたつものではないと解するのが相当であ(る)。」とした。つまり賃借人としては、目的不動産を明け渡した後でなければ敷金返還請求権を行使することができないことになる。

それでは、賃貸借契約終了そして明渡によって発生する敷金返還請求権の処理、すなわち、敷金関係の清算はどの

ように行われるのであろうか。この点、学説の上では、賃貸借終了時に敷金返還請求権が発生し、敷金によって担保されるべき債権が終了時に存在する場合には当然にかかる債務の弁済に充当されるとの説¹⁸⁾、敷金によって担保される債権——正確に言えば、当然に控除されて、敷金返還債務が生じないことになる債務——の範囲は、延滞賃料及び賃貸借終了後目的物の返還までの賃料相当額の損害賠償債務を最も主要なものとし、右の債務に充当される時期は賃貸借が終了して賃借人が目的物を返還した時であるとする説¹⁹⁾、さらには、敷金返還請求権自体が賃貸借終了時に発生するとしても、その後が発生する損害賠償債務について相殺の意思表示をしなければ差し引かれないとする必然性はない。むしろこれについては当然相殺の契約がなされていると解するほうが当事者の意図にも合し適当であろうとする説があつた²⁰⁾。つまり、ここで想定されていたことは、賃貸借契約終了時あるいは明渡時における当然充当ということであつた。また判例においても、大判大正一五年七月一二日民集五卷六一六頁は、敷金の法律構成をはじめて明らかにしたものといえるが、敷金の精算については、「賃借人ニ於テ先ス延滞賃金ノ支払ヲ為シタル上敷金ノ返還ヲ請求スヘキモノニ非スシテ賃貸借終了ノ場合ニ賃金ノ延滞アルトキハ其ノ賃金ハ弁済期ノ至リタル順序ニ從ヒ当然敷金中ヨリ弁済ニ充当セラレ賃借人ハ不履行ナキコトヲ条件トシテ敷金ノ返還請求権ヲ有スルモノトス故ニ賃借人ノ延滞賃金支払ノ債務ハ弁済期ノ順序ニ依リ敷金額ノ範囲内ニ於テ当然消滅スルモノニシテ賃借人ハ賃借人ヨリ延滞賃金ノ請求ヲ受クルモ敷金返還ノ請求権ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ要セス又之ヲ為スコトヲ得サルモノトス」と判示している。もちろん、以上の議論は、賃料債務に対する抵当権に基づく物上代位による差押えと敷金返還請求権の優劣を意識したものでなかつた。しかし、抵当権に基づく賃料債権への物上代位が肯定されてからは、賃借人の賃借人に対する債権を自働債権とする賃料債権との相殺事例が大きな問題となつたことはこれまでみてきたとおりである。①判決はそのような状況下で、原則として物上代位を優先させたものであつたが、賃借人の自働債権が敷金返還請求権である場合に、

①判決の論理がどこまで適用できるかについて大きな争点となったのである。

(二) 自働債権が敷金返還請求権である場合の議論

物上代位に基づく賃料債権への差押に対し、賃借人が敷金返還請求権を自働債権として賃料債権との相殺を主張した場合にいずれが優先するかという議論は、この問題が裁判例として登場して以来、主としてその判例研究の形で、多くの議論が展開された。もちろん、裁判例において賃借人が主張した自働債権は、貸金債権、建築協力金債権などもみられたが、その多くは敷金返還請求権を自働債権として相殺を主張する事案であった。先述のとおり、相殺に関する無制限説、登記時基準説という二つの対立軸を中心とする議論が一方に存在しつつも、敷金返還請求権については、むしろ賃借人を保護する方向での問題処理を図るべきではないかとの主張が見られた。

まず鳥谷部教授は、抵当権者が、債務者が第三債務者に対して有する賃料債権を物上代位により差し押さえるという事件が増えていることをふまえ、特に、賃借人に賃貸借契約が終了して支払われる敷金が返還されないという事態を回避しようとし、立法的提案と同時に、当面の解決方法として、次のように述べておられる。「敷金の預託によって、賃借人の敷金返還請求権は法律上発生しており、その支払期限が不動産明渡の時点であると解することである。すなわち、敷金返還請求権は不動産の明渡時点を不定期限として敷金預託の時点から発生し、賃貸人および賃借人は、敷金預託の時から相殺の利益（相殺権）を取得し、これを第三者に対抗できる。ただし、現実に相殺権を行使できるのは、明渡が終了し清算金額が確定してからであると解するのである。⁽²¹⁾」。

また松岡教授は、「差押え後であっても賃借人が明け渡せば、相殺あるいは差引計算による賃借人の保護を認めてもよい。」とされ、その理由を、敷金返還請求権の発生時期を預託時とすれば、差押え後に取得した債権ではないので民

法五一一条の制約には反しないこと、明渡しによってもはや賃貸人にとっての担保的機能は失われており、敷金返還請求権は通常の債権と同じになるから、賃借人からの相殺ないし差引計算を認めても賃貸人を害することはないことなどをあげている。そしてさらに、敷金返還請求権と賃料債権について相殺予約や合意相殺がなされている場合には、賃貸人は敷金の担保的機能を放棄しており、明渡しを要せず、その効力を認めてよいとされる。⁽²²⁾

さらに荒木弁護士は、かつて、賃料債権と敷金返還請求権の関係を意識したものではなかったが、「反対債権を有する者は、その弁済の確実性に客観的な不安があるときは、信義則上、たとえ自己の債務の弁済期が到来した場合にも、特段の事情がない限り、将来、相殺する予定であることを理由に自己の債務の弁済を拒むことができるというべきである（いわゆる不安の抗弁権に類するもので、「相殺予定の抗弁権」と呼ぶことができよう。⁽²³⁾」とされたが、物上代位による賃料債権差押えと相殺に関しては、利益衡量の問題として、「目的物自体の競売によっても優先弁済を得ることのできる抵当権者よりも、賃貸人が無資力となったときはほとんど反対債権の弁済を受けることが困難となる賃借人をこそ優先的に保護すべきである。ことに抵当権設定登記よりも先に賃借権の設定を受け、かつ、対抗要件を具備している賃借人の場合は抵当権者の出現によって相殺についての期待を奪うのは酷である。」⁽²⁴⁾とされる。

このような状況下で①判決が、賃借人の賃貸人に対する貸金債権による相殺を抵当権の物上代位に劣後させたのであるが、この①判決の判例研究の多くは、敷金返還請求権に射程距離の問題として敷金返還請求権との関係をとらなければ、この場合には別の考察が必要であるとの指摘がなされていた。

たとえば山野目教授は、自働債権とされるのが敷金返還請求権である場合は、それは「賃借人が偶然に取得する債権ではなく、賃貸借契約と密接に関連する債権であるところは、たしかに貸付債権などとは異なる。しかし、そのことから直ちに相殺への期待が法的に保護される、ということにはならないであろう。いうまでもなく敷金は賃料など

賃借人の債務の担保であり、けっして、その逆ではない。」としながらも、賃借人の資力悪化に遭遇する賃借人の保護という見地から、「賃貸借が終了して敷金返還請求権の弁済期が到来した後に、その時点で未払である賃料との相殺およびその対抗は、認められるべきである。」「また賃貸借が継続しているあいだにあっては、賃借人の資力悪化が明らかになった場合には、賃借人は信義則上、賃料の支払を拒絶することができると言うべきであり（いわゆる相殺予定の抗弁。賃料不払の違法を阻却し、したがって賃借人からの解除をなしうる事由を構成しない。）、このことは、敷金返還請求権の弁済期到来後の相殺に途が開かれることを意味する。」と主張された⁽²⁶⁾。また小林弁護士も、「純粋な敷金の場合には別個の解釈が考えられないわけではない。敷金契約が賃貸借と密接な関連を有することに着目すれば、この場合の相殺への期待は、差押債権たる賃料債権自体が帶有する属性として、差押債権者も甘受すべきだとの論理である。」とされる⁽²⁶⁾。

他方、小磯判事は、善良な賃借人の敷金返還請求権の保護は立法的に図られるべき問題であるとし、「敷金は、賃借人側の担保ではあっても、賃借人側の担保ではないから、賃借人がいずれ賃料と相殺したいとの期待は、十分な法的保護に値するかどうかは疑問であり、少なくとも第三者との利益考量が問題となる場面では、合理的なものとしてそこまで保護しなければならぬとは考えにくい。敷金に関する従前の判例の立場を前提とする限り、敷金返還請求権の弁済期を不安の抗弁などで前倒しする必要があるが、これが容易に認められるとも考えがたく、そのような相殺への期待は保護に値するか疑問である。」と主張された⁽²⁷⁾。

(三) 最判平成一四年三月二八日の概要

そのような中で、最判平成一四年三月二八日民集五六卷三号六八九頁（以下②判決という。）が出された。事案の概

要は以下のとおりである。X銀行は、Aとの間で、本件建物について根抵当権設定契約を締結し、昭和五九年三月一日にその登記を経由した。その後Aは、Bに対して本件建物を賃貸してこれを引き渡した。Bはさらに本件建物の三階部分をYに転貸して引き渡した。この転貸借契約では、賃料月額一〇〇万円、期間は平成五年九月から二年間、保証金は一〇〇〇万円とし、その二〇%を「契約終了金」としてBが取得することとし、B・Y間の転貸借契約が終了し、Yが本件建物を明け渡した後六ヶ月以内に、契約終了金及び未払賃料などを控除した残額を返還すること、BとYは解約を申し入れることができ、その申し入れ後六ヶ月の経過により契約は終了する旨の合意がなされ、Yは右保証金をBに預託した。契約は2回更新され、現在の賃料は月額九〇万円となっている。Yは平成一〇年三月三〇日、Bに対し、同年九月三〇日をもって本件転貸借契約を解約するとの通知をした。Xは本件根抵当権の被担保債権の弁済期が到来したので、BがYに対して有する転貸料債権のうち差押命令の送達日以後に弁済期が到来するものから四億六千万円に満つるまでの部分についてこれを差し押さえる旨の差押命令を得、その命令は平成一〇年六月二九日、Yに送達された。YはXによる同年八月分と九月分の転貸料の取立権の行使に依らず、同年九月三〇日に本件建物から退去した。そこでXはYに対し、この二ヶ月分の転貸料の支払を求めて本訴を提起した。これに対しYは、本件保証金返還請求権を自働債権とする相殺ないし相殺予約の合意により右転貸料債権は消滅したと主張したが、第一審は、本件保証金返還請求権は、Xの差押命令の送達後に発生したものであるから、民法五十一条により、Yはこれを自働債権とする相殺をもってXに対抗できないし、相殺予約の合意の事実も証拠上認められないとしてXの請求を認容した。Yは原審において、差押後に本件転貸借契約が終了し、Yが本件建物から退去したことにより、敷金の性質を有する本件保証金の充当により、転貸料支払債務は当然に消滅したとの主張を追加した。原審は、この主張を容れ、敷金返還請求権は相殺のような当事者の意思表示を必要とすることなく、賃貸借終了明渡時における延滞賃料等の借主の債

務と当然に差引計算がされて、残額について発生するとし、敷金の授受がある場合の賃料債権は、第三者から見れば、将来敷金によって差引計算されて消滅するに至る危険性の伴うものである。それゆえ、賃料債権を差し押さえた場合であっても、債権譲渡の場合と同様に、差押債権者が取立てないし転付命令に基づく弁済を受ける前に賃貸借が終了し、明渡がされたときは、その賃料は当然に敷金から控除される結果、差押えに係る債権は消滅すると解さざるを得ないとしてXの請求を棄却した。最高裁は、原審の判断を支持し、次のように述べてXの上告を棄却した。

「賃貸借契約における敷金契約は、授受された敷金をもって、賃料債権、賃貸借終了後の目的物の明渡しまでに生ずる賃料相当の損害金債権、その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することとなるべき一切の債権を担保することを目的とする賃貸借契約に付随する契約であり、敷金を交付した者の有する敷金返還請求権は、目的物の返還時において、上記の被担保債権を控除し、なお残額があることを条件として、残額につき発生することになる（最高裁昭和四六年(オ)第三五七号同四八年二月二日第二小法廷判決・民集二七卷一号八〇頁参照）。これを賃料債権等の面からみれば、目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅することになる。このような敷金の充当による未払賃料等の消滅は、敷金契約から発生する効果であって、相殺のように当事者の意思表示を必要とするものではないから、民法五十一条によって上記当然消滅の効果が妨げられないことは明らかである。また抵当権者は、物上代位権を行使して賃料債権を差し押さえる前は、原則として抵当不動産の用益関係に介入できないのであるから、抵当不動産の所有者等は、賃貸借契約に付随する契約として敷金契約を締結するか否かを自由に決定することができる。したがって、敷金契約が締結された場合は、賃料債権は敷金の充当を予定した債権になり、このことを抵当権者に主張することができるというべきである。以上によれば、敷金が授受された賃貸借契約に係る賃料債権につき抵当権者が物上代位権を行使してこれを差し押さえた場合においても、当該賃貸借契

約が終了し、目的物が明け渡されたときは、賃料債権は、敷金の充当によりその限度で消滅するというべきである。」

①判決が、物上代位の基づく差押と相殺の優劣に関して登記時基準説を採用したことを前提とすれば、一般論としては、抵当権設定登記以後に賃借人が賃貸人に対して取得した債権がいかなる種類、つまり賃貸借契約との関連性が密接であるか否かを問わず、その債権による賃料債権との相殺は認められないということになるであろう。これに対し、②判決は、反対債権が敷金返還請求権である場合には、敷金返還請求権の法的性質から、相殺の問題ではなく、賃貸目的物からの明渡（退去）により、敷金は未払賃料へ当然に充当され、その結果として賃料債権は消滅するという結論を導いたのである。⁽²⁸⁾

(四) 学説の対応

②判決において明確化されたことは、それまでの下級審判決が、賃借人の主張する債権が敷金返還請求権であるかそれ以外の債権であろうが、相殺と物上代位による差押えとの優劣ととらえていたのに対し、相殺を問題とするのではなく、敷金の賃料債権に対する当然充当によって処理するという点であった。②判決の原審判決が、「敷金返還請求権は、相殺のような当事者の意思表示を必要とすることなく、賃貸借終了後明渡時における延滞賃料等の借主の債務と当然に差引計算がされて、残額について発生する。」と述べたのと実質的には同様の考え方に立ったのである。この原審判決に対していくつかの批評においては、たとえば、「本件のように賃料債権が差し押さえられるなど敷金返還請求権を確保することについての賃借人の期待権が現実化した場合に限り、その後発生する賃料に限定して敷金による充当請求を認め、賃借人の期待権を保護してもよい。」⁽²⁹⁾との見解も見られた。しかし他方では、「保証金の性格から賃料債権についてそのような差押不可能性を導き出すのは無理があると思われる。もしそれが可能であるとする、そ

のような特約をすることにより、自由に差押えができない債権を作り出すことができることになり、妥当でない⁽³⁰⁾とし、判旨に反対する主張もあった。

②判決が出された後も、基本的には、本判決の結論に賛成するものが多数を占めるが、理論構成の上では疑問を提示するものも多い。また、そのこととの関連で、残された問題もいくつか指摘されている。

この中で生熊教授は、②判決に全面的に賛意を表している⁽³¹⁾。すなわち、賃借人はやむをえず敷金を預託せざるをえないこと、担保を提供した賃借人に残されているのは賃貸建物明渡後に行使しうる敷金返還請求権という債権に過ぎないから、賃貸人側の資力の悪化による敷金返還不能という側面も考慮に入れざるをえないことなどを総合的に考えるべきことなどから、賃料債権と敷金との特殊な関係が存在するとし、「このような両者の特殊な関係は建物賃貸借において広く一般的に存在することであるから、第三者に対してもこれを主張しうるというべきであり、一般債権者が賃料債権を差し押さえた場合はもとより、賃貸借契約および敷金契約締結時以前から賃貸不動産につき抵当権設定を受け設定登記を経由していた抵当権者が賃料債権を物上代位により差し押さえた場合にも、これらの差押債権者に対して建物明渡後賃借人は敷金による未払賃料債務の充当を主張しうるというべきである。」とされ「本判例は、賃貸借終了・建物明渡後の賃借人の抵当権者に対する敷金充当による賃料債権消滅の主張につき、以上のような未払賃料債務と敷金との関係を踏まえて、きちんとした法律構成により妥当な判断を下したものととして高く評価したい。」と結論づけている。

しかし、理論構成に対する疑問として荒木弁護士は、敷金の担保的性質から、「敷金は賃料債権等の担保として賃借人に預託されたものであり、賃借人の賃料不払い等の債務不履行が発生したときに、賃貸人がこの担保権を実行して未払い賃料債権等の被担保債権に敷金を充当（ないし、賃料債権と敷金返還請求権との相殺）をするか、担保権を実

行しないまま履行（未払賃料等の支払い）を請求するか、はたまた、賃借人の債務不履行を理由に賃貸借を解除するかは、その時期の如何を問わず、賃借人の自由といふべきである。未払賃料等が「敷金の充当により当然に消滅する」とすることは、このような担保の性質に反し、当事者の一般的な契約意思に合致しないであろう。⁽³²⁾と主張され、また、松岡教授は、「その結論は、正常な賃借人が敷金返還請求に対して有する期待が保護されるべきだとの利益衡量を背景に置くものと思われ、歓迎すべきである。」としながらも、「同じ紛争において、相殺の主張であれば認められぬが、差引計算という構成なら認められる、という点は釈然としぬものが残る。」とされ、逆説的ではあるが、「(2)判決の論理では、目的物の明渡しは不可欠の要件ではないということになり、差押え前の相殺予約や合意相殺の對抗を否定した平成一三年判決の射程は敷金返還請求権が反対債権になっている場合には及ばない、というに等しい。」⁽³³⁾とされている。

四 敷金返還請求権の物上代位に基づく賃料債権差押えからの保護

(一) 敷金返還請求権の特殊性

②判決の理論構成に疑問を呈しながらもその結論に賛成する指摘が多いのは、賃借人の賃借人に対する債権が敷金返還請求権である場合には、敷金返還請求権の特殊性から賃借人の保護することが妥当であるとの評価がその背景にあったと推測しうる。その特殊性としては、まず第一に、賃貸借契約終了時における敷金関係の清算についての判例・通説の当然充当との理解である。すなわち、前掲大正一五年判決は、延滞賃料がある場合には当然に敷金中から弁済に充当され、相殺の意思表示を要しないとしていたし、学説にも、当然に延滞賃料に充当される、あるいは当然相殺

の契約があると解すべきであると考えられていた。⁽³⁴⁾ 第二には、質料債権と敷金との特殊な関係である。⁽³⁵⁾ この点はたしかに、敷金は質料債権その他の賃借人が負担すべき債務の担保であるとの側面は否定しえないが、そのような債務が存在しないときには、賃借人は敷金の返還を受けることができる地位にあるのであり、この点において、賃借人が賃借人に対して取得することあるべき他の債権とは明らかに異なっている。この特殊性は、何よりも、賃借人の敷金返還請求権の確保の必要性に結びつくことになる。この点、松岡教授は、②判決が出される以前に、賃貸借契約存続中は敷金返還請求権によって相殺することはできないが、質料債権差押え後であっても、「明渡後は」相殺あるいは差引計算による保護を認めてよいのではないかとされ、その理由について、敷金返還請求権の発生時期を預託時からとすれば、差押え後に取得した債権ではないから、民法五一一条の制約には反しないこと、敷金返還請求権が保障されなければ抵当権の付いた賃貸物件には借手がつかなくなるおそれがあること、明渡しによって敷金返還請求権は通常の債権と同じになるから、相殺ないし差引計算を認めても賃貸人を害さないことなどをあげ、法律構成としては、さしあたり、「質料債権は、賃貸借終了時の差引計算を考慮すれば敷金を限度に賃貸人の責任財産からいわば別除されており、⁽³⁶⁾ 抵当権者の物上代位の対象とならない。」と主張されていた。

②判決は、(1)敷金返還請求権の発生時期は明渡時である。(2)返還時(明渡時)に残存する質料債権等は敷金の充当により当然に消滅し、この消滅の効果は敷金契約から発生するものであり、相殺のように当事者の意思表示を必要としない。(3)抵当権者は物上代位権の行使として質料債権を差し押える前は抵当不動産の利益関係には介入できないから、⁽³⁷⁾ 抵当不動産の所有者等は、賃貸借契約に付随する契約として敷金契約を締結するか否かを自由に決定できる。したがって、敷金契約が締結された場合は、質料債権は敷金の充当を予定した債権になり、このことを抵当権者に主張できるといふべきであるとし、その上で、「敷金が授受された賃貸借契約に係る質料債権につき抵当権者が物上代位権

を行使してこれを差し押さえた場合に置いて、当該賃貸借契約が終了し、目的物が明け渡されたときは、賃料債権は、敷金の充当によりその限度で消滅する。」とし、明渡時における未払賃料への当然充当の論理で敷金返還債権を保護したものであるが、はたして、これで敷金返還債権の保護として十分であろうか。

やはり、「明渡」が当然充当の前提であるという点を問題としなければならぬ⁽³⁷⁾。賃料債権が抵当権者によつて差し押さえられた場合に、賃借人が、敷金返還債権を確保するために賃貸借契約を終了させ、明け渡したとしても、当然充当されるのは、誠実な賃借人を念頭におけば、せいぜい一ヶ月分の賃料相当額である。敷金として交付されていたのが一ヶ月分の賃料相当額であれば賃借人に不利益はないが、一般的には、三ヶ月分以上であるのが通例であるといわれている。敷金の金額的妥当性が問題となった裁判例によれば、敷金は賃料の三ヶ月ないし一〇ヶ月分が金額的に妥当であると判断されているようであり⁽³⁸⁾、さらに、事業用の建物賃貸借の敷金の相場が、居住用のそれと異なり、比較的高額であるとの指摘もある⁽³⁹⁾。経済的に危殆状態に陥った賃貸人に、充当による残存敷金の返還能力があるかといえど大きな疑問符がつけられよう。しかも以上のことは、賃借人による賃貸借契約の解消そして明渡が前提である。賃借人が敷金返還債権を確保しようとすれば、賃貸借契約を終了させた上で明け渡さなければならぬというのは極めて奇異なことである。賃料債権を差し押さえられたのは賃貸人の責任であつて賃借人のそれではない。賃料債権が差し押さえられても、賃借人の目的物利用には何ら制約はないのである。しかし、敷金の法的効果として、賃貸借契約の存続中は、賃借人の未払賃料と敷金の間に当然充当が生じる余地はないというのが判例・通説であることは既に述べた。ただ、この考え方は、必ずしも賃料債権が差し押さえられた場合を念頭においているものではなかつたといえるのであり、賃貸借契約を存続させつつ、賃借人の敷金返還請求権の確保の可能性を考察してみたい。

(二) 敷金返還請求権の確保の可能性

明渡による当然充当の論理は、右に述べたことから敷金返還請求権の保護には不十分である。したがって、この場合にはなお賃借人による相殺の主張を認めることによって妥当な解決を図るべきであると考えられる。その場合には相殺敵状、および民法五一一条の制約が障碍となる余地があるが、この点において、まず敷金返還債権の発生時期が検討されなければならない。

②判決は、敷金返還請求権は目的物の返還時において、敷金によって担保される債権を控除し、残額について発生するとして前掲昭和四八年の最高裁判決を引用している。通説もそのように理解していることは前述した。したがって、賃料債権が差し押さえられる以前において敷金返還請求権の弁済期は到来せず、相殺適状を生ずることはない。さらに、明渡前に賃料債権の差押えがなされてしまえば、その後の相殺については民法五一一条の制約を受けることになる。しかし、そのように解する必然性があるだろうか。賃借人の敷金返還請求権に対する期待を無視すべきではない。

その一つの解決方法が、敷金返還請求権は敷金を預託した時に発生し、その弁済期が賃借人による建物の明渡時であると解し、賃借人は、建物明渡後、敷金に相当する未払賃料と相殺することができるとの前述した鳥谷部教授の処案である。⁽⁴⁰⁾この説は、その後、「敷金が現実に預託されているのに敷金返還請求権が影も形も存在しないというのは常識的な感覚に反するし、現に、その差押えは可能とされており、場合によっては敷金返還請求権の確認請求も可能である。」⁽⁴¹⁾「(敷金返還請求権の発生時期を預託時からとすれば、差押え後に取得した債権ではないので民法五一一条の制約には反しない。」⁽⁴²⁾との主張などにより、支持されている。

しかし、これらの説も理論構成としては明快ではあるが、やはり「明渡」がなされた場合という限定がつけられていて、「明渡」を前提とする限り、先述したと同様に、敷金返還請求権の保護としては十分ではない。

つぎに、賃料債権と敷金返還請求権との相殺合意・相殺予約の効力とその差押債権者たる抵当権者への対抗の問題を検討する。①判決は、賃借人が賃貸人に対して有する債権と賃料債権とを対等額で相殺する旨をあらかじめ合意していた場合でも、賃借人が上記の賃貸人に対する債権を抵当権設定登記の後に取得したものであるときは、物上代位権の行使として差押えがされた後に発生する賃料債権については、物上代位をして抵当権者に対して相殺合意の効力を対抗することができないとしたのであるが、②判決は、抵当権者は、物上代位により賃料債権を差し押さえる前は、原則として抵当不動産の用益関係に介入できないのだから、抵当権設定者は賃貸借契約に付随する契約として敷金契約を自由に設定できる。ゆえに、敷金契約が締結されれば、賃料債権は敷金の充当を予定した債権となり、これを抵当権者に対抗できると解したのである。つまり、敷金返還請求権とそれ以外の債権では、扱いが異なる可能性を示唆しているのである。一方では、「相殺予約の自働債権である敷金返還請求権は敷金の性質を失っており、物上代位の対象となつている賃料債権との関係ではいわば一般債権である⁽⁴³⁾」との指摘があるが、他方では、①判決の射程は敷金返還請求権が反対債権になつている場合には及ばないと⁽⁴⁴⁾の理解、あるいは、「当然控除を敷金契約によつて根拠づけるときは、相殺予約による控除をも契約によつて根拠づけうることにな⁽⁴⁵⁾」との理解がある。

私も、敷金契約における相殺予約の効力を抵当権者の物上代位権の行使に対抗できるとすることによつて敷金返還債権の保護を図るとの考え方に賛成したい。すなわち、敷金を差し入れるに際して、つまり敷金契約締結時に、賃料債権に対する差押えがなされた場合には、賃料債権の弁済期ごとに敷金返還請求権と賃料債権の相殺により当期の賃料債権は消滅するとの合意の効力を抵当権者に対抗できると考えるのである。つまり相殺は、明渡が前提となるので

はない。これにより、賃借人にとって賃貸借契約の存続が保障されることになる。抵当権設定登記後に、賃貸借契約が成立して相殺予約を含む敷金契約が締結された場合も同様である。この場合には、抵当権者としては、そもそも、質料債権などは想定していないからである。敷金が差し入れられていない場合に、質料債権に対する物上代位が否定されないことはいうまでもない。このように考えることによつて、賃借人の敷金返還請求権の確保が可能となる。もちろん、このような構成は、保護に値する賃借人を念頭においているのはいうまでもない。

なお立法的提案として、鳥谷部教授は、賃借人の債権者からの差押えや賃貸人の破産の場合にも影響が及ばないような仕組みとすべきだとされ⁽⁴⁶⁾、古積助教授もドイツ法における議論をふまえて、敷金分離措置の可能性を詳細に検討している⁽⁴⁷⁾。

五 あとがきにかえて

本稿の基本的視点は、賃借人の敷金返還請求権を質料債権に対する物上代位権の行使としての差押えからいかにして保護するかということにあった。そしてその論拠を、質料債権と敷金の特殊な関係から、敷金返還請求権に対する賃借人の期待を重視すべきであるとの点に求めたものである。その場合に、②判決が採用した明渡時における当然充当の論理は、事案の解決としては結論的に妥当だとしても、敷金返還請求権の保護としては不十分である。また、敷金返還請求権の発生時期を預託時とする構成も、同様である。立法的解決はともかくとして、抵当権の物上代位による差押えと敷金返還請求権との関係は、やはり賃借人に相殺の主張を大幅に認めることが必要である。そしてその手段としては、敷金契約時における相殺予約によることが妥当であると考えられる。②判決による解決方法は、場合によつてはなお変動する余地のあることを指摘して本稿を終えたい。

註

(1) これらの下級審判決の解説・批評、あるいはこの問題に関する論稿(最判平成一三年三月一三日以前のもの)に次のものがある。

大阪地判平成八年一〇月三十一日に対する批評として石田 銀行法務21五四二号四頁・片岡 銀行法務21五四四号一四頁・吉田 判タ九六五号三三頁、東京地判平成一〇年三月一九日に対する批評として菅原 銀行法務21五五八号三二頁、東京地判平成一〇年六月二十五日と東京地判平成一〇年七月三〇日に対する批評として荒木 判タ九九五号四四頁、東京地判平成一一年五月一〇日に対する批評として小磯 銀行法務21五七〇号五八頁、東京高判平成一二年二月二八日に対する批評として河野 銀行法務21五七七号五八頁・池田 銀行法務21五八二号五〇頁・荒木 判タ一〇三九号五〇頁、鳥谷部「質料債権の物上代位と敷金返還請求権の保護」NBL六〇二号五一頁、高木「抵当権の物上代位と相殺」銀行法務21五六四号三〇頁、小林||稲葉「抵当権の物上代位と賃借人からの相殺」銀行法務21五六七号七三頁、清水「質料債権への物上代位と相殺」判タ一〇一一号三五頁、丹羽「抵当権の物上代位に基づく質料債権の差押えと第三債務者による相殺の優劣」金法一五六九号九四頁、藤田「抵当権による物上代位に基づく質料差押えと第三債務者による相殺の優劣」判タ一〇二二号二九頁、塩崎ほか「〈座談会〉「差押えと相殺」の現在」銀行法務21五七九号一一頁、秦「抵当権の物上代位と「相殺」」銀行法務21五七九号四七頁、松岡「質料債権に対する抵当権の物上代位と賃借人の相殺の優劣(1)(2)(3)」金法一五九四号六〇頁・一五九五号三三頁・一五九六号六六頁、山本「抵当権に基づく物上代位と相殺」法曹時報五三卷八号一頁(なおこれは、平成一三年判決が立てた一般論に対する疑問という形で問題提起をしたものである。)

(2) この判例研究・解説として次のものがある。小林・鳥谷部・松岡・三上・金法一六〇七号六頁、前澤・小林・石田・銀行法務21五九〇号五六頁、山野目・NBL七一三三号六頁・七一四号二八頁、同・平成一三年度重要判例解説(別冊ジュリスト)七〇頁、清原・銀行法務21五九二号七六頁、田高・法セミ四六卷七号一〇九頁、道垣内・金法一六二〇号三三頁、岡内・銀行法務21五九三三号六五頁、清水・判タ一〇六六号七六頁、荒木・判タ一〇六八号八六頁、占部・法学教室二五四号一一五頁、下村・阪大法学五一卷五号一三五頁、小磯・金法一六三三三三号五八頁、能登・法律時報七四卷二二〇一頁、鳥谷部・私法判例リマックス二四号三〇頁、松岡・法学教室二五八号別冊一七頁、杉原・ジュリスト一二二〇号九九頁、同・法曹時報五四卷八号二四五頁、森・判タ一〇九六号四八頁、富田・成城法学六九号三二三頁、角・民商一二八卷二二五五頁、藤澤・法協一二二卷一〇号二二四頁

(3) この判例研究・解説として次のものがある。関沢・金法一六四四号四頁、下村・法学教室二六五号一四〇頁、同・私法判例リマックス二六号二二頁、高橋・金法一六五六号六頁、古積・法セミ四七卷一〇号一〇四頁、荒木・判タ一〇九九号八一頁、中村・ジュリスト一二三五号八〇頁、同・法曹時報五五卷九号一九七頁、中山・判例評論五二八号一七八頁、吉岡・金法一六六九号四〇頁、清水・

- 判タ一一一三号四五頁同一一四号一一頁、道垣内・平成一四年度重要判例解説（別冊ジュリスト）六五頁、安永・金法一六八四号三七頁、生熊・民商一三〇卷三号五三〇頁
- (4) これらの議論の概要については、註(1)の松岡論文、山本論文が詳しい。
- (5) 石田 註(1) 一〇頁
- (6) 片岡 註(1) 二一頁
- (7) 高木 註(1) 三二頁以下
- (8) 小林 註(2) 金法一六〇七号六頁
- (9) 松岡 註(2) 金法一六〇七号九頁
- (10) 山野目 註(2) NBL七一一三三九頁以下
- (11) 鳥谷部 註(2) 金法一六〇七号七頁、なお、登記基準説に対する視点からの反対説として、荒木 註(2) 八七頁、能登 註(2) 一〇四頁
- (12) 清原 註(2) 七九頁以下
- (13) この問題は、本判決以前の下級審裁判例の判例研究の中でもとりあげられている。
- (14) 小磯 註(2) 五八頁、同様の指摘として、山本 註(1) 一五頁、杉原 註(2) 法曹時報五四卷八号二二六頁
- (15) 藤澤 註(2) 二二二頁以下
- (16) 道垣内 註(2) 三五頁、下村 註(2) 一五二頁も同旨
- (17) 古積「抵当権の質料債権に対する物上代位と差押え——判例の整合性——」みんけん五五九号三頁
- (18) 幾代 総合判例研究叢書民法(1) 一九九頁
- (19) 我妻 債権各論中巻一・四七三頁
- (20) 星野 借地・借家法二六五頁
- (21) 鳥谷部 註(1) 五一頁、片岡 註(1) 一八頁はこの説に賛成し、あわせて、「質借人・質貸人の公平の観点あるいは信義則から導かれる事情変更の原則の適用の場合として、質借人はいわゆる「不安の抗弁権」（敷金の返還が受けられなくなるのではないかと不安）をもって、相殺権を行使できるのではないかと思料する。」と述べる。
- (22) 松岡 註(1) 金法一五九六頁六八頁

- (23) 荒木 「相殺予約と差押え」ジュリスト一一二二号一四〇頁
- (24) 荒木 註(1) 四六頁
- (25) 山野目 註(2) 七一三九頁以下
- (26) 小林 註(2) 金法一六〇七号六頁
- (27) 小磯 註(2) 六三頁
- (28) ②判決は、転貸料債権に対する物上代位権の行使であり、このこと自体、原則として転貸料債権に物上代位を認めない判例(最判H12・4・14)との関係が一つの問題となりうるが、ここではこれについては触れない。
- (29) 河野註(1) 六〇頁以下
- (30) 秦 註(1) 五二頁
- (31) 生熊 註(3) 五四九頁以下
- (32) 荒木 註(3) 八三頁
- (33) 松岡 「物上代位に関する最近の判例の転換(下) みんけん五四四号一三頁以下
- (34) 註(18) (19) (20)
- (35) 註(26) (31)
- (36) 松岡 註(1) 金法一九五六号六八頁以下
- (37) この点については、明渡は不可欠の要件ではないとの理解もあるが、一応こう理解して進める。 松岡 註(33)
- (38) 吉岡 註(3) 四八頁
- (39) 清水 「敷金の範囲に関する一考察」判タ一〇四〇号三三頁
- (40) 鳥谷部 註(21)
- (41) 清水 註(1) 三九頁
- (42) 松岡 註(1) 金法一五九六号六八頁
- (43) 中村 註(3) 法曹時報五五卷九号一八一頁(注24)
- (44) 松岡 註(33) 一四頁
- (45) 高橋 註(3) 一二頁

- (46) 鳥谷部 註(1) 五五頁
- (47) 古積「敷金に関する一考察——充当と承継の問題——」法学新法二一〇卷五・六号一三三頁以下