

# 改正貸借法における敷金の扱いについての一考察

太田昌志

## はじめに

2013年3月11日の貸借法改正法によって、敷金を滞納した場合に特別な解約事由が認められるとして、BGB 第569条2 a項が導入された。

そもそも、この2013年3月の貸借法改正は、我が国における東日本大震災、ならびにその後の原子力発電所事故を受けて、世界的に機運が高まっている、省エネルギー政策にかかわるものであった。また、賃貸住居市場の活性化を念頭に置いた、明渡請求の簡素化を狙ったものでもあった。近年、貸借法改正は、社会法的には退化していると評価されている。戦後の住宅難から脱却し、居住を巡る問題は質の向上という別の課題を与えられている。そのような流れの中で、今回のドイツ貸借法改正において、敷金の滞納ならびに不払いは、解約事由のひとつとして扱われることになった。その意味するところは何かを問うのがこの論文の目的である。

敷金を巡っては、我が国においては、その扱いのほとんどが、不動産実務の慣習に委ねられており、その根拠となる法条すら存在しないのが現状である。このような状況では、法的根拠が不明確で、果たして債務不履行の原因と主張できるであろうか、と疑問が呈されるであろう。その一方で、ドイツにおいてはBGB 第551条において、敷金授受の具体的な方式を規定している。このBGB 第551条は、戦後の貸借法改正の中で判例と解釈の積み重ねによって作り上げられた産物である。今回の改正によって、敷金の不払いは無催告の即時解約（中途解約）の対象とされた。この扱いについてどのように理解すべきか。これは、敷金の預託が賃貸借の分野において重要視されて、その扱いが契約の本旨に係るような附随的債務のひとつに数え上げられるに至ったと評価できるのではないだろうか。ただ、このような考え方が、省エネルギー化や明渡手続の簡素化という流れの中で、どのような意義を持って登場したのかを再検討する余地があるように思われる。

まずは、今回の2013年貸借法改正法がどのような目的を有し、どのような改正を行ったのか、その概略を観察するところから検討を開始したいと思う。

## 一、2013年ドイツ貸借法改正法の概略

2013年のドイツ貸借法改正は、『賃貸住居の省エネルギー化ならびに明渡手続の簡素化に関する法律草案, BT-Drucks. 17/10485』によってもたらされた。この改正においては、以下の三点について注目すべきである。第一は、環境保護の名目のもとで賃借人に受忍義務を求めたという点である。第二は、賃貸人が賃借人に対して明渡請求をする際の手続き

が大幅に簡略化された点である。第三が、敷金の扱いで長年にわたって争いが生じていた事象に解答を与えた点である。

## 1. 改正の背景

この改正の背景は、賃貸借法の現代化であると言える。第二次世界大戦や太平洋戦争からおおよそ70年の月日が経ち、東西冷戦も終結してはや20年近く、世界は戦後の構造から脱却をして、新たな局面を迎えている。そのような中で、戦時中の国民の住居を確保する事を目的とし、戦後の住宅難に対応してきた借地借家法の存在意義が、改めて問われている。我が国においても、借地借家法に所定の賃借人の保護を今後どのように発展させて行くのか議論が交わされている。我が国以上に、国民の居住が賃貸住居に依存しているドイツにおいては、その議論は極めて重要な意義を有している。ドイツでは、おおよそ4000万戸の住居が存在しており、その中で賃貸住居はおおよそ2400万戸である。半分以上が賃貸住居という事であり、ドイツ人の大半は居住という生活の根拠を自己所有の持ち家ではなく、賃貸借契約に基づいて、確保していることになる。賃貸借契約および賃貸住居が、社会的にも経済的にも大きな意義を有している事が窺い知れる。我が国においても、おおよそ4700万戸の住宅総数のうち、1700万戸が賃貸住居であり、ドイツほどではないが、割合としては高い。このような生活の根拠たる賃貸住居を司る借地借家法、賃貸借法については、基本的には社会法という位置づけを貫いていて、その社会的信用度は高い。しかしながら、近時、自由化の流れが賃貸借法の分野にも押し寄せてきている。ドイツにおいては、戦後今に至るまで、賃貸借法は自由化と社会化の波に大きく揺られてきた。もともと、戦後の住宅難をどうにか乗り切るための施策として行われた数々の法令が、社会法の必要性という議論と相俟って、現在の社会法たる賃貸借法を形成しているという事実を見れば、住宅難の解消とともにこれらの諸制度を撤廃するという議論がなされるのは必然であろう。だが、自由化を進めると必ず、賃貸人が賃料の不当な値上げをもくろんだ解約告知を行う事案が発生し、それが社会問題と捉えられるという事実もある<sup>(1)</sup>。よって、社会法たる賃貸借法を完全な自由に委ねるわけにはいかないという暗黙の了解が存在する。しかし、弱者保護たる住宅政策は国家の福祉的役割であって、これを民間の賃貸住居を業とする者に委ねてよいのかという反論も根強く、今ではこの考え方が優勢と見受けられる。というのも、賃料相場が相当と思われ、また、質の面でも優良と評価されるような良好な賃貸住居は、民間の賃貸住居によってまかなわれているのが事実だからである。このような民間の賃貸人ともいえる、賃貸住居の所有者たちにとって、自らの財産である建物を経済的に有効活用できるかどうか、賃貸住居の選択肢を増やすためには重要な鍵となる。このような観点から観察すると、社会法たる賃貸借法といえども、賃貸人にとっては所有の対価としての価値を実現しており、同時に賃借人に対しては社会的な居住の安定を与えていると評価されている。しかし、今回の改正では、このようななかでも依然として、賃貸人が行動を起こしにくいと思われる、住居の建替えなど現代化と、明渡手続に対して改正が加えられ、結果として、さらにより多くの優良な賃貸住居が市場に出ることが期待されている。

---

(1) Sonnenschein, J., Geschichte des Wohnraummietrecht seit 1917, PiG Bd.49, S.21.

## 2. 環境保護への配慮

今回の賃貸借法改正の中で、重要な話題として扱われているのは、省エネ化への対応である。特に、ドイツにおいては、資源の枯渇への対応と持続可能な社会の構築のための配慮として、住居を省エネ化していく様々な運動を支援することになっている。2010年秋には、連邦エネルギー大綱が作成され（2010年9月28日の環境保護のために許容されるエネルギー消費量に関する大綱）、温暖化防止と持続可能な社会の構築が高らかに宣言された。この流れは、我が国における東日本大震災とそれに伴う福島第一原子力発電所事故を受けて、さらに加速され、2011年には、ドイツは原子力に頼らない、再生可能エネルギーの活用を行う大規模なエネルギー政策の転換を行っている（2011年6月6日エネルギー政策に関する連邦政府覚書）。とくに我が国の原子力発電所事故以降のエネルギー政策の転換は素早く、劇的に進められ、そのような大義名分を前にして、賃貸借法の、とりわけ賃借人の受忍義務に係るような諸規定は、エネルギー政策や環境保護を阻害していると評価されている。今回の改正で、この点にかなりの対策が施され、環境保護をより推進しやすくなったと評価されている。

## 3. 明渡手続きの簡素化の必要性

賃貸借法の用意している賃借人保護の規定は、先にも述べた通り、戦後の住宅難に対応することが目的であった。そして、緩和と規制の冷温交互浴に晒されつつもその本質を維持してきたのは、賃貸人と賃借人の間に起こりうる様々な問題を解決する方策を提示してきたと評価されているからである。しかしながら、現代、エネルギー政策と環境保護という新しい命題に対しては、一步も二歩も後退している事が見受けられる。

我が国においても、借地借家法が今後求められる役割についての議論がされている。その中で、住居は人のライフステージであるという、成熟した社会特有の物の考え方が、法学の分野にも大きく進出してきている現状がある。賃貸借関係から生ずる様々な義務、とりわけ賃料の支払い義務に応じない賃借人をどう扱うのかという議論が改めてここで取り上げられるわけである。現代の様々な社会状況は、このような賃借人を許容し、また賃貸借法もこれらを保護する事は、効率を欠くという事を認識している。いかに社会保護立法たる賃貸借法であっても、無制限な保護は正当化できるものではない。特にドイツでは計画的に賃料支払を滞る賃借人の存在が問題視されている。このような賃借人により確信的な債務不履行を零細賃貸人が受け皿となって、被害を甘受しているという現実が取り沙汰されている。「賃貸住居流浪人」と言われる存在である。ドイツにおける明渡手続きの典型とも言われる、いわゆるミュンヘンモデルの限界がここに来ているという指摘がなされている。解約を行う際に賃貸人が自己必要に基づいて住居の返還を求めたり、賃貸住居を賃貸人自身が持ち家として利用する場合の賃貸借法上の妥当な解決策は不十分であり、このような混乱が、賃借人にとっての魅力的な住環境を崩してしまう危険性も指摘されている。

## 二、敷金の扱いに関する分析

以上のような、環境に対する配慮、ならびに明渡手続の簡素化の流れの中に、敷金に関する改正が位置づけられる。これは、一見すると、賃貸借関係の開始時に既に財産状況が

芳しくない賃借人との契約を中途解約し、賃貸人にとってさらに有利な賃借人を探させるための改正であると評価され、賃貸人にとって有益な改正と考慮される。しかしながら、敷金は賃貸借関係の基礎をなす重要な制度であるというドイツ法の「主義」を改めて確認したと言い得るようにも思われる。というのも、この改正に伴い、例えば、敷金の支払時期はいつになるのか、そして、敷金の滞納とは具体的に分割払い方式で行われる場合、どの程度の滞納をもって、即時解約（中途解約）の根拠とされるのか、いままで、解釈が分かれていた点に、明確な解を与えている。敷金をより明確に運用できるように、条文を整備したと見ることができるのではないだろうか。これは、賃借人にとっては、「何をすると解約されてしまうのか？」という疑問に明確な解答を与えたように見受けられる。賃貸借関係は継続的契約関係である。一時的契約関係と違い、長期に続くからこそ、一つの些細な事実のみをもって直ちに解約されるとはならない。そこに、賃借人保護という社会法的要請が重なり、実際、賃貸借契約における解除は、膨大な判例が培ってきた、難しい判断の産物であると言える。実務においては、つねに何が解除原因とされるのか、疑問がつきまとっている。そのような状況を明確化し、当事者に予見可能性を与えようとする努力が、この敷金に関する改正において見受けられる。これは、賃借人にとっても歓迎されることなのではないだろうか。また、我が国においては、敷金を授受すること無く、家賃を一ヶ月滞納すると直ちに解除される、敷金ゼロ物件が問題視されている。ドイツにおいては、敷金の重要性を改めて確認しつつ、その運用にあたって生ずる疑義を少なくさせ、当事者にとって、信頼できる担保とする努力が見られる。とりわけ、賃借人にこれと言った資産が存在しない借家関係においては、敷金によって賃料支払いを担保しないことには、当事者間の信頼関係すらおぼつかないのが現状ではないだろうか。そういった意味で、敷金を重視して、その内容を整備する姿勢は、やはり、賃貸借関係において何が重要であるかという問いかけに、十分応えているように見受けられる。以上の観点から、今回の敷金に関する諸改正を詳細に検討したい。

### 1. 新 BGB 第569条における重大な理由に基づく即時解約（中途解約）

そもそも、いままでの法規に基づいて、賃借人が約定通りの賃料担保に関する義務を履行しなかった場合、即時解約（中途解約）が認められるのか疑問視されていた。また、即時解約（中途解約）が認められるとして、どのような具体的な要件を求めるのかについて、旧法典では争いがないわけではなかった。連邦最高裁は、業務用賃貸借関係においては、賃貸人は賃借人によって敷金が預託されない場合、BGB 第543条第1項第2文にもとづいて即時解約（中途解約）でき、その際には催告は不要であると判示した<sup>(2)</sup>。本来、BGB 第543条第3項第1文によると、このような事例では催告が必要とされる。学説においてもこの判例は住居賃貸借関係にも準用可能であり、賃料一ヶ月分を越えるような敷金の滞納があれば即時解約（中途解約）に十分であると通説は語っている<sup>(3)</sup>。しかしながら、通説は、催告を求めている。いままでの法律状況では、催告を必要とする中途解約という扱いであった。

そこで、新たに創設された新 BGB 第569条第2 a 項は、もっぱら住居賃貸借の分野で

(2) BGH, Urteil vom 12. 3. 2007, NZM, 2007, S.400.

(3) Schmidt-Futter/Blank, Mietrecht, 9. Auflage, §543, Rn.179.

の敷金不払いについて、明文で無催告の即時解約（中途解約）を定めるに至った。住居を賃貸している賃貸人は、賃料二ヶ月分相当額の敷金を賃借人が預託せずに遅滞に陥ったならば、前もって催告することなく即時解約（中途解約）を認められる。同項によって、賃貸人には、既に賃貸借関係の始まりから自らの契約上の支払義務を履行せずに逃れようとする契約の相手方よりも、より良い契約の相手方を選ぶ機会を与えられることになる。この規定の制度趣旨は、賃貸人の相手方選択の自由を確保しようという点にある。その制度趣旨によれば、新しい解約理由は当初の契約開始時の担保給付請求権にのみ適用され、その後の敷金再預託請求権には適用されることはない。ここで、催告が不要であるか否かという点が争われているが、重大な債務不履行であるならば、催告を要せず直ちに解除される。すなわち、催告が不要であるということは、敷金の不払い、滞納が重大な債務不履行であると定義づけることにつながる。この点について、連邦最高裁は慎重な姿勢を保っていた。今回の改正で、改めて敷金の不払い、滞納が重大な債務不履行に該当することが確認された。なぜ催告が不要であると規定するのかというと、そもそも契約の開始時から約定通りの担保を供しない賃借人に催告を認め、居住の機会を与える必要性が認められないからである。

新 BGB 第569a 条を詳細に観察すると、第一文は、BGB 第543条第2項第1文第3号の即時解約（中途解約）の規定をもとに、賃料二ヶ月分相当の敷金を滞納したことを理由として、新たに解約理由を創設するに至った。第三文は、催告が不要であるということを明文で定め、その限りで BGB 第543条第2項第1文第3号と対称的である。第四文は BGB 第569条第3項の意義を踏まえた上での適用を命じており、それによると、敷金の不払いを理由とする即時解約（中途解約）は、賃貸人が遅くとも明渡請求の係争後、訴えを提起することなく二ヶ月経過してしまった場合、または、公的機関が賃借人に代わって弁済を義務付けられた場合に、無効とされる。BGB 第569条第3項第2号第2文の準用は認められない。なぜなら、担保預託は通常一度のみ行われるので、賃貸人が給付を受けた場合、担保預託の遅滞、敷金不払いは再三行い得るものではないからである。そのほかに BGB 第543条第2項第2文の準用が命ぜられる。そこでは、解約は賃貸人が前もって給付を受けていた場合に排除される。さらに、この限りで、BGB 第543条第2項第1文第3号に基づいた賃料不払いを理由とする解約と対称的に扱われることになる。

この敷金不払いを理由とする解約を行うに際して、催告や事前の告知が必要であるか、かなり慎重な議論が交わされたが、結果として即時解約（中途解約）で、催告は不要である旨を決定するに至った。この扱いは連邦最高裁が業務用賃貸借関係における敷金不払いを理由とする解約を認めた事例<sup>(4)</sup>を踏襲しているわけであるが、確かに同判決によれば、催告は不要であるという。その扱いをそのまま、新规定として導入し、結果として賃貸人は、約定通りの敷金が給付されない場合、催告なく解約を求める権限を与えられた。そもそも BGB 第543条によれば、賃貸人は業務用賃貸借関係において、敷金滞納をした賃借人に対して、告知期間を設定することも、催告をすることも求められておらず、先述の判例はそれに忠実にしたがっており、その流れの中で、今回の新规定が作成された。かなり大胆な扱いであるのではないか。業務用賃貸借関係と居住用賃貸借関係は、後者は前者に

---

(4) BGH, a. a. O. (2)

比して、賃借人に手厚い保護を与えるべきであるという考え方の影響が残る中で、両者を同等に扱った点、解約手続の簡素化と同調して、賃貸人に大きな利益を与えるように思われる。一方で、賃借人には酷な結果も起こりうる。このような扱いは実際の法律問題が生じた後に、解釈にて対応し、とりわけ、賃借人の困窮事由の認定に注意を払うという手法で対応することになる。ドイツの賃貸借法は、困窮事由についてはBGB第574条に依拠しており、その要件に変わりはなく、賃借人保護はその影響力を弱めているわけではない。よって、賃借人保護の本質を揺るがすような事態には発展しないように見受けられる。その上で、実際の賃貸人の賃貸借関係への利害を適正に理解しようとしているように思われる。

### (1) 新 BGB 第569条第2 a項における「滞納」概念の特定

新 BGB 第569条第2 a項は、敷金滞納の事例について、BGB 第569条所定の重大な事由のひとつに加え、要件を明確化し、特別解約事由に該当する旨を新たに規定した。新たに加えられた第2 a項は第1文で、賃借人がBGB 第551条所定の担保給付を、月払い賃料二ヶ月分相当額滞納した場合、BGB 第543条第1項の意義での重大な事由と認められると規定している。第2文では、経費について分割払い、あるいは前払いの約定がなされている場合、第1文の月払い賃料の中には算入せず、顧慮すべきではないと、敷金の計算方法にあった、経費の扱いに関する疑問点に答えることになった。またこれに応じて、BGB 第551条第2項第3文は、明文で分割払い敷金の二期以降の残余分の支払時期について規定することとなった。このように敷金に関する扱いの中で、今まで議論の余地があると見なされていた経費の計算方法と、分割払い敷金の第二期以降の支払い時期はいつかという疑問に対して、明確な方策が打ち出されたことが、今回の改正で注目すべき点のひとつとして強調されるべきである。これは、敷金に関する諸議論が、まさに成熟し、帰結として、その滞納が重大な事由にあたりと評価されるに至ったからだと考えうる。そのため、この敷金滞納の場合の特別な解約事由は、BGB 第543条第2項第1文第3号所定の賃料不払いの場合における特別な解約事由の扱いに依拠して、法規が整備されている。敷金と賃料がともに賃貸借関係において重要な地位にあるという事実の確認ができるのではないだろうか。

いずれにせよ、敷金滞納はそもそも、信頼関係が重視される賃貸借関係において、まさにその信頼関係を担保する重要な行為を怠るという、契約開始時から、契約の当事者が不信感に苛まされる事態を生む。敷金と賃料を同列に扱うことが、賃貸人にとって、賃貸借関係開始時に、既に契約上の支払義務を免れようと画策する当事者ではなくて、より良好な経済力を有する、優良と評価される賃借人と契約締結をする機会を与えることになるであろう。今回の賃貸借法改正は、主に賃貸人にとって有利となる内容を多く含んでいるが、それは戦後の住居難時代を越えて、賃貸借関係が新たな局面に入ったことを意味している。基本となる賃借人保護を没却することは望ましくはない。だが、社会問題と言われていたような「賃貸住居流浪人」の問題に真っ向から対処しようという姿勢を見て取ることができる。

### (2) 新 BGB 第569条第2 a項の適用範囲について

続いて、新 BGB 第569条第2 a項の適用範囲について議論したい。

この新规定については移行措置や適用の開始時期に関しては、問題が生じないと思われる。これだけ賃貸借関係の中で貸貸人を一方的に優遇する制度であるから、その適用は慎重を期さねばならないと思われるが、2013年5月1日の賃貸借法改正法の施行と同時に新BGB第569条第2 a項は発効する。それ以前の賃貸借関係には適用されないが、そもそも、契約の開始時に敷金不払いを行い、その累積が月払い賃料二ヶ月分に及んだ場合に重大な事由として解約の対象となるわけであるから、基本的に契約締結時に同条の適用が認められるわけである。今現在存在している賃貸借関係には適用の余地はほぼないと見なされる。よって適用開始時期の議論はそれほど問題を含んでいない。

次に、適用領域に係る議論である。新BGB第569条第2 a項は、住居賃貸借関係にのみ適用される。新BGB第578条第2項第1文によると、業務用賃貸借関係には新BGB第569条第2 a項は適用されない。業務用賃貸借関係における敷金滞納を理由とする即時解約（中途解約）は、BGB第543条第1項第2文が適用されることになる。

居住用賃貸借関係と業務用賃貸借関係の法的状況の相違点については、様々な議論がなされている。我が国においては、借地借家法は、借地と借家の扱いは異にするが、主体的な点での区別は行っていない。さまざまな問題が起きる中で、主体の差異を見越さなければならない段階にあるように思われる。ドイツにおいては、様々な点で、賃借人保護が希薄化してきた結果、今では業務用賃貸借関係の賃借人は居住用賃貸借関係の賃借人よりも手厚い保護を受けていると評価されることもある<sup>(5)</sup>。この新BGB第569条第2 a項でも、業務用賃貸借関係と比べて、居住用賃貸借関係の賃借人は不利な状況におかれてしまっている。同条第3文によると、敷金滞納を理由とする即時解約（中途解約）にあたっては、告知期間や催告が不要とされている。これは、BGB第543条第1項第2文に基づいた、賃借人および賃借人双方の利益衡量を行う必要がないことを意味している。賃借人にとっては、自らの事情を訴える余地がない扱いであり、かなり差し迫った状況が予想される。そもそも、旧法下においては、敷金滞納を理由として即時解約（中途解約）が認められなかったわけであるから、賃借人は賃貸借関係に臨むにあたって、慎重さを強いられることになり、その点で不利益が生ずる。催告を要さず、また利益衡量も不要であるとされる点について、敷金滞納という事実が法的にどのような意味を持つのか。そもそも、敷金は貸貸人の正当な利益のひとつ、担保利益にかかわるものであり、賃料支払いに関する保証がなされるか否かについて、貸貸人は正当な利害を有している。このような正当な利害ある敷金について不払いをすることは、重大な契約違反に該当する。連邦最高裁も第12民事部において同じ判断を下している。この先例とされた判例は、業務用賃貸借関係の問題に対応するものであったが、居住用賃貸借関係にも同じように準用される。そもそも、出発点は、業務用賃貸借関係における判断であったが、居住用賃貸借関係にも影響ある判断であり、賃貸借関係全体を通じた通則的な考え方を示した判例と評価できる。結果として今回の改正では、居住用賃貸借関係にのみ、新规定による規制が加えられることになった。これは、賃借人保護の重厚さ故に生じている、「賃貸住居流浪人」の問題に対処するという立法理由が述べるところであるが、賃借人保護の負の側面を払拭しようという狙いがある。居住

(5) NZM, 2012, S.76. さらにBT-Drucks, 313/1/12, Das bedeutet, dass die Gesetzeslage bei der Wohnraummiete gegenüber der Gesetzeslage in der Gewerberaumiete zulasten des Mieters verschärft wird, was systemwidrig ist. Satz 3 sollte deshalb gestrichen werden.

用および業務用のそれぞれの賃借人の処遇についての議論は、おそらく敷金というひとつの事象を取り上げて、判断できるような簡明なものではないだろう。ただ、議論の過程で、今現在は保護の度合いについて逆転現象が起きている点も、指摘する必要がある。賃借人保護をこのまま貫徹すべきか否かという議論の流れにこの新 BGB 第569条第2 a 項を置くことができる。しかしながら、やはり、敷金滞納という事象に限って言えば、確かに扱いは異にすることに疑問がないわけではないが、そもそも、敷金の滞納という問題自体が、決して見過ごすことのできない重大な問題であり、それは重大な契約違反にあたるという評価は誤りのないものであるように見受けられる。新 BGB 第569条第2 a 項が賃借人にどのような影響を与えるのか、以前の BGB 第543条第1 項第2 文に基づいた解約との扱いの差を比較検証する必要がある。

いずれにせよ、適用範囲について、適用の開始時期の問題はEGBGB 第229款第29条第2 項の定めによって、原則通りとすべきである。しかし、適用主体については、業務用賃貸借関係と居住用賃貸借関係の賃借人に差異が生じ、比較検証の必要が認められる。

## 2. 敷金滞納の定義について

敷金滞納に基づく即時解約（中途解約）について、いったい滞納額がどの程度まで達したら解約の対象となるのか。この点については、月払いの純賃料額で二ヶ月相当分を滞納すると、解約の対象となると規定された。賃料不払いを理由とする解約を認める際には、一ヶ月分の月払い賃料を滞納すると解約の対象とされている。いずれにせよ、賃料一ヶ月分か二ヶ月分かという額の多寡が議論となるのではなく<sup>(6)</sup>、解約事由にあたるか否かという判断をするにあたっては、明確な基準が必要となり、その実務上の要請に応える形で、結果として BGB 第543条第1 項第2 文の規定の解釈から、敷金を分割払いした場合に、その二期分を支払わなかった時に滞納となると要件が定められた<sup>(7)</sup>。結果として分割払い敷金の二期分の額に達した時に、滞納した事になる。多くの場合に月払い賃料の二ヶ月分に相当するこの二期分滞納が、即時解約（中途解約）という効果に照らして相当であるのか否かの判断は、実務においては、概ね相当であるとされており、それが改めて明文化されたように見受けられる<sup>(8)</sup>。より積極的に主張するならば、二期分相当額の滞納をもって、解約事由に該当するという扱いは、実務上確立していると言っても過言ではなく<sup>(9)</sup>、このような規定は法的安定性に資するものと見受けられる。また、一般的な観念に則した扱いを明文化したことによって、賃借人は、敷金滞納を理由とする解約を回避したいならば、累積で分割払い敷金の二期分に達することがないように、少額でも敷金の預託を行い、一部支払によって解約を回避できることになる<sup>(10)</sup>。賃借人は解約の可否を予見できるので、利点があるとも言うる。

(6) Hinz, ZMR, 2012, S.161.

(7) Blank, Investitionspflicht und Investitionshemmnisse, PiG Bd.88, S.31ff. Blank, a. a. O. (3), §543 Rn.184.

(8) Börstinghaus, U., NZM, 2012, S.702.

(9) BT-Drucks, 17/10485, S.45

(10) Wiek, K. F., WuM, 2013, S.196.

### (1) 催告が不要である点について

新 BGB 第569条第2 a 項は、解除にあたって催告も告知も不要である旨を規定する。BGB 第543条第3 項第1 文によれば、催告をせずに即時解約（中途解約）を行うことは、賃借人に多大な負担を与えうると読み取ることができる<sup>(11)</sup>。しかしながら、今回の立法作業にあたっては、賃借人の保護という点については配慮がなされなかった。それほど重大な帰結をもたらすわけではないと立法者は判断したようである。催告や告知が、迫り来る解約から賃借人を保護する機能を有しているのは確かであるが、敷金滞納という事例にあたっては、催告や告知が賃借人にとっての保護となる度合いは少ない。契約の締結時に既に提示され、賃貸借関係を担保する重要な意義を持つ敷金を滞納することは、明らかな債務不履行である<sup>(12)</sup>。そもそも、契約開始時に供さねばならない金銭が用意できないのであるから、催告したとしても、その後契約関係が良好に築かれるという予測が立たないと考えられるのである。敷金が月払い賃料額三ヶ月分ではなく、当事者の合意でそれ以下の額で約定されていた場合、解約の要件を満たす月払い賃料額二ヶ月相当額はいくらなのか、改めて評価が必要となる。いくら滞納したなら債務不履行とされるのかという議論は慎重に行うべきであるが、催告や告知の有無をもって解約の要件とはしないという姿勢がはっきりと示された。

新 BGB 第569条第2 a 項第3 文は、BGB 第543条第3 項第2 文第3 号に対応している。同条同項同号によれば、賃借人が賃料の支払いについて、第2 文第3 号所定の程度の賃料不払いが認められ、遅滞に陥った場合、催告や告知は不可欠というわけではないと読むこともできる。2001年の賃貸借法改正によって導入された BGB 第543条第3 項第2 文第3 号は、賃料滞納を理由とする即時解約（中途解約）は、基本的に催告を要件としないという旧 BGB 第554条に関する判例に立ち返ったものであった<sup>(13)</sup>。この判例の趣旨は、賃貸人の解約権と賃借人の賃料滞納を別に扱うというもので、履行遅滞に関する BGB 第286条第1 項第1 文に基づく催告や、賃料滞納のとき基本的に考慮される BGB 第286条第2 項並びに BGB 第556 b 条第1 項に基づいて求められる催告とは別の方策を求めるものであった<sup>(14)</sup>。

敷金を現金にて授受する旨の約定をした場合、賃借人は敷金を三ヶ月に分けて分納する権限を与えられる。BGB 第551条第2 項第1 文にその規定がある。同条同項第2 文によると、分割払い敷金の第一の支払期は、賃貸借関係の開始時に到来することになる。それ以降二期三期の支払い時期はそれぞれ、同条同項第3 文によると、それ以降の賃料支払い時期に到来することになる。故に賃貸借関係が開始して、二ヶ月目三ヶ月目の賃料支払い時期が、残りの分割払い敷金の支払時期ということになる。この点、今まで、争いがあったのであるが、今回の改正に合わせて、規定が整備される結果となった。このような解釈の

(11) Soelgel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl. §543 Rn.38.

(12) Wiek, a. a. O. (10), S.196.敷金支払義務は賃貸借契約を主たる債務と考察すると、附随的債務にあたるといわれてきたが、この記述にも見られるように、主たる債務と考察されるようになってきたと考えられる。明らかな債務不履行であるならば、契約の本旨に係るわけであり、我が国の敷金を巡る法的議論もさらに精度を高めて、賃料支払い義務に準ずる地位に押し上げていく必要があるのではないだろうか。

(13) BGH vom 24. 2. 1958, NJW, 1958, S.749.

(14) Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 543 Rn.55.

明確化を経て、新 BGB 第569条第2 a 項は解約権を確定し規定するに至った。故に、賃料支払い時期に関する BGB 第556 b 条との関係もあって、賃料支払い時期は暦日に従い決するという考え方から、第二、第三の支払時期に賃借人によって敷金が滞納されたなら、直ちに履行期の定めのある債務の不履行、BGB 第286条第2項第1号にもとづいて、催告なく解約することができるかと解する<sup>(15)</sup>。

しかしながら、このような扱いは第一期の支払を過ぎたからといってたちどころに適用されるようなものではない。その支払時期については、BGB 第556 b 条に基づいて決せられるわけではない。BGB 第551条第2項第2文によると、賃貸借関係の開始時期とは、住居が約定通り引渡された時を指すと考えられている<sup>(16)</sup>。月初、月中、月末にそれぞれ約定して設定することができる。敷金を分割払いにて特約した場合には、その支払時期について履行期は賃料支払い時期と同じくすることができる<sup>(17)</sup>。BGB 第551条第2項第2文は、第一期の分割払い敷金は暦日に基づいた規定をしているが、当事者の約定に委ねることも認められる。標準賃貸借約款にも支払時期に関する規定が存在している。このように規定にあるものの、当事者の約定に委ねられている部分が多いので、解釈上様々な議論が錯綜しているのが現実である。しかしながら、敷金の支払時期がいつになるか、かつては敷金の不払いに関して明文にて定めがなかったのだが、今回の新 BGB 第569条第2 a 項によって、即時解約（中途解約）の対象となるので、慎重な扱いが求められる。ただ、ひとつ確実に言い得ることがあるとすれば、BGB 第551条第4項によれば、個々人の特約や標準賃貸借約款は、賃借人に一方的に不利となる範囲で無効である。よって、様々な状況を総合的に判断するなら、分割払い敷金の第一の支払時期については、賃貸借関係の開始時となるのが、妥当であると見受けられる。

第一期の分割払い敷金の支払時期を特定日に約定した場合、BGB 第569条第2 a 項に基づいた即時解約（中途解約）は、催告やこれに類する告知なく行いうる。この即時解約（中途解約）のための要件は、第二期の賃料支払い時期に、分割払い敷金を支払わなかった時に発生する。いずれにせよ、一度敷金を支払わないだけで、直ちに解約とはならない配慮がなされている。

敷金滞納を理由とする解約の場合に、敷金の支払いと合わせて、賃借人は賃料の支払い時期を意識することになる。敷金と賃料の地位が同列化しつつある現れと理解出来るのではないだろうか。いずれにせよドイツにおいては、我が国の敷金の扱いと異なって、その重要性を認め、判例および解釈の蓄積を待って、法制度上充実した規定を整備しつつある点が改めて見受けられる。とにかく、敷金に関する法律上の様々な扱いを整備することで、賃借人は時宜を得た支払をしなければならないという自身の立場を認識し、そう認識することが義務となるという事態も正当化できる<sup>(18)</sup>。賃借人が敷金や賃料などを滞納し、その義務を明確化することは、賃借人の支払に関する自覚を促し、その注意喚起のために厳格に規定されねばならない<sup>(19)</sup>。敷金が賃料に同列化されるほどの重要性を帯びてきたことは

(15) Hinz, W., NZM, 2012, S.788.

(16) BT-Drucks, 9/2079.

(17) Blank, a. a. O. (3), §551, Rn.61.

(18) Schlaeger, ZMR, 1991, S.45.

(19) AK-BGB/Derleder, 1979, § §553-554b, Rn.1.

認められるのであるが、一方で、そのような同列化を批判する見解もある<sup>(20)</sup>。賃料を滞納することは、敷金を滞納することよりもやはり賃貸借関係の本質に係る重大で深刻な問題をはらむからである。さらに、賃貸借関係の開始時にそもそも敷金の納付をそこまで厳格に求める必要性があるのかという根強い批判も存在している。このような議論を考察すると、敷金の法的地位が、特に賃料との位置関係を踏まえて、より明確に理解出来るのではないだろうか。敷金はそもそも、賃貸借関係における賃貸人・賃借人双方の信頼関係を担保するという重要な機能を有している。その機能は確かに、契約締結時もしくは、賃貸借関係の始期にはそれほど大きな影響力を有していると評価されるわけではない。しかしながら、この信頼というキーワードに着目するならば、新BGB第569条第2 a項における、敷金の滞納に関する厳格な規定は、契約当初から支払義務に問題を抱えている賃借人との賃貸借関係に直面してしまった賃貸人を守り、適正な賃貸借関係を構築できるような配慮をしていると評価でき、それを念頭に置いた立法理由は十分に正当化できる<sup>(21)</sup>。賃料と比較して同列化するだけで、その役割を担い得るのではなく、賃料などの賃貸借関係上に存在するさまざまな制度との対比から、敷金の本質にさらに迫ったと評価できる。敷金はどのような意義を有しているのかという議論をさらに深めたと思われる。

賃貸借契約上に第一の分割敷金支払期日に関する約定がなされていない場合、賃借人の敷金滞納はBGB第286条第1項第1文に基づいて、賃貸人が第一期の分割敷金支払について賃借人に催告した時がいつかによって決せられることになる。このような場合には、賃借人は何らかの告知のあと、賃料月額二ヶ月分以上の敷金滞納をするまで解約されない。BGB第569条第2 a項に反して、催告や告知が必要となる事例であるが、その催告自体の有効性、相当な期間を付したか否かの判断が非常に緩やかに解されることになる<sup>(22)</sup>。

## (2) 利益衡量が不要である点について

BGB第569条第2 a項に基づく即時解約（中途解約）の場合は、BGB第543条やBGB第569条の解約要件と異なり、利益衡量が行われずに解約されてしまうことになる。この利益衡量は具体的にすでにいくつかの類型に分けられ、整備されつつあるのだが、賃貸人にとって契約継続を期待しうるか否かを要素とする衡量である。BGB第543条第1項第2文は、解約における一般条項と目されており、具体的な状況に基づいて、契約継続を当事者に期待しえない個別事由の顧慮にあたって、重大な事由を前提として賃貸人・賃借人双方の事情を包括的に利益衡量することを求めている。BGB第543条第2項やBGB第569条の特別な解約事由は、法律上定められた重大な事由の具体例と考えられている。これらの解約事由は、法律で定められた受忍限度を超えている典型である。上述の重大な根拠の例示について、BGB第569条第2項の例外と考えられている賃貸住居経営の障害や、BGB第543条第1項第2文に構成されていて、賃貸借契約の継続を当事者に期待することができない具体例は、利益衡量を不要とする分かりやすい例である。

利益衡量が築いてきた様々な解釈は、当事者が行いうる債務不履行の中で、信頼関係が破壊されたと評価されうるものはどのようなものか、という問いかけへの解答である。ド

(20) DMB, Stellungnahme zum Referentenentwurf Mietrechtsänderungsrecht, S.28f.

(21) RegE., S.25. (BT-Drucks, 17/10485)

(22) Wiek, a. a. O. (10), S.197.

イツにおいては、賃貸人と賃借人の双方の事情を利益衡量し、解約が認められるべきか否かの判断を下すのである。ここで、重視されるべきは、当事者にとっての予見可能性と明確な根拠付けである。この予見可能性と明確な根拠付けから検討すると、特別な解約要件について、新 BGB 第569条第2 a 項所定の要件は、ここでは月払い賃料額二ヶ月分相当の敷金を滞納したことであるから、これだけ明確な要件を法律で特別に定めた以上、さらに当事者双方の事情を、賃貸借関係の継続を期待しうるか否かという事象に基づいて衡量することは必要ないと見受けられる。新 BGB 第569条第2 a 項の所定の敷金滞納における解約は、利益衡量の必要がある一般的な解約の扱いに対する例外とされ、その要件は具体的に明確に定められている。よって重大な事由が構成されているのである<sup>(23)</sup>。

確かに敷金滞納の事案に対して、以前のように BGB 第543条第1 項並びに同条第2 項を適用すると、利益衡量を行うことになるのだが、ここでは、賃料不払いの事案における利益衡量とは全く意味が異なる点を意識しなければならない。解約のための根拠付けとして主要であるとみなされるものは、ここでは支払意思の欠如や支払不能を意味している<sup>(24)</sup>。賃料についてこのような事態が認められるならば、それは賃貸人にとって大きな損失につながる。よって、賃料の支払いを認められないほどの賃料滞納がなされれば、利益衡量の結果、賃貸人の利益が重視されて解約が認められる。しかし、軽微な賃料滞納であれば、賃借人に賃料の支払い能力と支払う意思が認められるので、賃借人の居住に関する利益が重視され、解約は認められない。賃料と敷金はともに賃貸人に重大な利害ある事象ではあるが、敷金はあくまで賃貸借関係における信頼を担保するもので、賃料支払いの場合に見受けられるような特別な保護の考え方とは別物であると考えられる。敷金は、賃料の支払いを支える意味を持ち、賃料不払いの場合を担保することがその役割がある。一方で、賃料不払いにあたっては、利益衡量は初期から行うことができ、当事者双方の事情を考察できる。敷金滞納に即時解約（中途解約）を認めた制度趣旨は、経済的に支払い能力が不足しがちな不安定な賃借人に対して、賃貸人は早い段階で見切りを付け、新たに安定的に支払いを行いうる賃借人を見つける機会を提供することにある。賃貸人にとっての直接の利害を扱っているわけでないという点を把握すべきである。よって、BGB 第543条第1 項第2 文の想定している利益衡量の対象としては、その意義が異なる印象を有する。確かに賃借人にとっては、敷金の滞納が直ちに解約につながらず、一度利益衡量を経ることで一定の弾力的な運用が期待でき、その点で利益があると理解出来るかもしれない。しかしながら、BGB 第569条第2 a 項において、敷金の滞納は直ちに解約を認められるに至った。それは、敷金滞納額が月払い賃料の一ヶ月以上を越えるような事態が生じたなら、BGB 第543条第1 項第2 文所定の利益衡量を待つまでもなく、賃借人の支払いの意思に対する信頼や、支払い能力について賃貸人が不信を惹起し、当事者双方の信頼関係が土台より崩れてしまったと評価される。結果として、賃料支払いの土台を支える信頼が毀損されてしまい、それ以上、賃借人の人格に係る状況を加味すること無く、契約継続を当事者に期待できない。よって、利益衡量は不要とされるのである<sup>(25)</sup>。

(23) BGH vom 26. 3. 1969., WM, 1969, S.625.

(24) Blank, a. a. O. (3), § 543, Rn.184.

(25) Muennchener-Kommentar. BGB/Bieber, § 543, Rn.12.

### (3) 追完権について

賃借人が敷金滞納をした場合、BGB 第543条第1項第2文に基づいた解約が適用されるのではなく、BGB 第569条第2 a項第4文、同条第3項第2号第1文、BGB 第543条第2項第2文に基づいた即時解約（中途解約）が適用されるため、賃借人には追完権が認められる余地がある<sup>(26)</sup>。敷金滞納を理由とする解約は、BGB 第569条第2 a項第4文、同条第3項第2号第1文によると、賃貸人が遅くとも明渡請求が提起される二ヶ月前までに敷金の預託を行い、または敷金預託のための供託が行われると、無効とされる<sup>(27)</sup>。この追完権は、賃貸借関係の開始時に一時的に支払い困難となった賃借人を救うことが期待されている。前述の通り、敷金の預託をする意思が全く認められない賃借人との賃貸借関係から賃貸人を解放することが立法の趣旨であるから、妥当な解決策の一つと言えるのではない。ただし、賃借人の資産状態が悪い状況が継続するならば、追完権は援用できない。賃借人が支払い能力に不安を抱えているような事態で、この追完権を援用した場合、賃貸人にはBGB 第543条第2項第1文第3号にもとづいて、賃借人による重大な支払いの遅延があったことを主張させるべきである<sup>(28)</sup>。

### 3. 現金払い敷金の特殊性

ドイツにおいては、様々な種類の賃料担保方法が考察されるが、新BGB 第569条第2 a項は現金払い敷金を念頭に置いている。これは、現金によって敷金を預ける方法が最も一般的になったということを示している。その他の賃料担保方法としては、保証人を付す、銀行などの機関保証を利用する、賃借人の所有物に担保を設定するなど、また、賃借人が通帳を預ける方法なども考慮される。これらの場合には、敷金不払いにもとづく債務不履行を具体的に証明できない。どの程度の敷金滞納が重大と評価されるかという問いかけに、そもそも応えられないわけである。よって、何らかの形で現金を授受する方式での賃料担保のみが、新BGB 第569条第2 a項の規定の射程に収められる。よって新BGB 第569条第2 a項所定の扱いは、賃借人が敷金相当額を賃貸人に現金で譲渡した、または、賃貸人の口座に振り込んだ場合、さらに賃借人名義の銀行口座の通帳に賃借人が敷金に供する専用の口座であることを銘打って交付した場合や<sup>(29)</sup>、実務上は少ないが、敷金相当額を供託所である区裁に供託した場合も、それぞれ、性質の上では現金によるやりとりが見受けられるので、現金払い敷金に準じた扱いをすることになる<sup>(30)</sup>。

仮に現金払いによる敷金以外の担保給付が約定された場合でも、すなわち、賃料二ヶ月分相当額の人的保証がなされた場合など、賃借人はBGB 第286条第1項第1文、同条第2項にもとづいて、相当な期間を付した催告や、履行期日を定められた時はその履行時に、履行が適正になされなければ、履行遅滞に陥ることになる。しかしながら、このような履行遅滞の場合に新BGB 第569条第2 a項は適用されない。新BGB 第569条第2 a項の現金払い敷金を扱う場合の新たな規制は、新しい解約の要件とその目的の体系的な役割分担

(26) Hinz, a. a. O (15), S.788.

(27) RegE., S.26. (BT-Drucks, 17/10485) .

(28) Wiek, a. a. O. (10), S.198.

(29) BGH vom 25. 6. 2003, WuM, 2003, S.495.

(30) BT-Drucks, 9/2079, S.13.

の帰結であると見受けられる。現金払いの方式による敷金とそれ以外の方式による敷金はそれぞれ、賃貸人にとって意義が異なるのであろう。現金払いによる敷金以外の方法は、それぞれ、保証人を付すなど、最終的に賃借人の経済状態に対する懸念が他に分散する可能性を有している。しかしながら、現金払い敷金は、賃貸人の支払い能力のみに依拠しており、そこからみても、特別な配慮を必要としているのではないだろうか。

また、このような現金を授受する扱いが優勢となる理由の一つに、賃貸人が賃借人の支払い状況を契約開始時にあらかじめ窺い知る機会を与える必要性があることも事実である。担保給付として金銭を供する場合に、賃借人の資力が推し量られることにつながる。すなわち、賃借人が所定の敷金を支払うことができないような事態が生じたなら、賃貸人は賃貸借関係開始時に既に契約上の諸義務を行使しなくてよいことになる<sup>(31)</sup>。ドイツで問題となっている「賃貸住居流浪人」を強く意識している。賃料担保という金銭の給付から、賃借人の状況を把握して、より安定した賃借人を得る機会を与えられている。賃借人は社会法たる賃貸借法により絶対的な保護を受けているという事態が、ついに崩されたと言っているのではないだろうか。戦後の混乱期と今現在では賃貸借法をめぐる社会事情は大きく異なっている。その点に注目した改正であると評価できる。

#### 4. 解約権の排除と失権

最後に観察すべきは、新BGB第569条第2 a項が排除され、即時解約権（中途解約権）が排除される要件である。賃借人が中途解約権の成立を阻止しようとした場合、どのような行態が必要とされるのかという議論である。

##### (1) 解約権の排除

新BGB第569条第2 a項は、さらにBGB第543条第2項第2文を準用する。同条によると、賃貸人が前もって担保の納付を受けた場合、敷金滞納を理由とする解約は排除される。賃借人は滞納している敷金額と相殺できる。また、解約権は、解約の申し入れがなされる前に滞納された敷金が、全額賃貸人に納付されることによって失われることになる<sup>(32)</sup>。賃貸人が敷金を受け取り、担保利益が充たされるためである。利息を考慮する必要はない。月払い賃料二ヶ月分以上におよぶような解約の要件となり得る滞納があつて、賃借人がその一部を納付した場合でも、一部払いが行われたあとから賃貸人は解約をすることができる。解約は最低でも月払い賃料二ヶ月分相当額の滞納の事実があれば、それがどのように対処されたか、解約の申し入れ時に現に滞納されているかなどの事情を抜きに求めることができ、このような不完全な追完行為は顧慮されることは無い<sup>(33)</sup>。

賃借人が分割敷金支払時期に月払い賃料の二ヶ月分相当額を納付しなかったが、第三期に約定通りの敷金額を納付した場合も解約権は消滅する。第三期になってはじめて分割払い敷金を滞納した場合は、新BGB第569条第2 a項の解約要件にはあたらない。あくまで滞納敷金額が月払い賃料の二ヶ月分を超過しなければ要件を満たさないからである。しかしながら、賃借人が第一期、第二期の分割敷金支払時期到来後さらに第三期も敷金滞納

(31) BT-Drucks, 17/10485, S.25.

(32) BGH vom 14. 7. 1970, ZMR, 1971, S.27f. BGH vom 23. 9. 1987, WuM, 1988, S.125f.

(33) Blank, a. a. O. (3). § 543 Rn.125.

をし、そして、第三期になって分割払い敷金二期分相当額の滞納額に達した場合、解約要件を満たすが、解約の申し入れが行われる前に全ての滞納分を賃借人が支払えば、解約権を排除することができる<sup>(34)</sup>。これらは、賃借人が賃貸借契約を継続する意思を表示した場面と理解出来る。賃借人は賃貸借関係を即時解約（中途解約）されないように行動するためには何をすべきか、そしていつまでに敷金滞納分を支払えばよいか、明確な規準を提供している。当事者の細かい疑問に応える姿勢は、ドイツ法の長所であるように見受けられる。

## (2) 追完権

賃料滞納を理由とする即時解約（中途解約）の場合、BGB 第569条第3項第2号第2文にもとづいて、賃借人に追完権が認められる。この賃料滞納分に対する追完権と、敷金滞納分に対する追完権の関係を観察し、敷金滞納という事象を立法者がどのように評価したのかを考察してみたい。

賃料滞納分に対して、追完権が行使される際には、賃貸人は支払時期の到来した賃料と、確定している損害賠償額についてBGB 第546 a 条第1項にもとづいて、全ての請求が充実に消滅したならば、解約権は排除されることになる。一度滞納した賃料を後から支払うことで有効な弁済を行ったと構成するには、その時まで存在している滞納分を全額支払い、解約の申し入れ後に新たに滞納が生じたならそれも含めて全額の弁済を行い、完全な履行を行った場合にのみ、解約の申し入れを無効とすることができる<sup>(35)</sup>。利息は考慮に入れない。

新BGB 第569条第2 a 項は、同条第3項第2号第1文に規定されている賃料滞納の場合における追完権を準用するので、追完権行使に際して考慮される全賃料の支払いという文言と分割払い敷金の納付という両者の関係を観察する必要がある。履行期の到来した賃料と同じく、支払時期の到来した分割払い敷金がちょうど並列の関係になる。賃料の場合も敷金の場合も、それぞれ即時解約（中途解約）の要件に該当しうる二ヶ月分相当の滞納があったとしても、後から適正な方法で納付が行われれば、解約は無効になる。この際にはBGB 第546条第1 a 項に基づく損害賠償は、敷金には適用しないことになる。敷金滞納は、賃借人の経済事情に対する懸念を顕在化させただけであって、具体的な損害が生じているわけではないからである。敷金滞納をめぐる解約にあたっては、賃料よりも具体的な損害がまだ生じていないためこのような帰結となる。分割敷金支払時期の第二期目または第三期目に支払うべき敷金の一部が支払われず、敷金の全額または一部の額を滞納したことを理由に解約の申し入れがなされた場合、特に第三期の滞納が原因で解約が申し入れられたなら、あとから賃借人が滞納額を支払えば解約を無効にすることができる。

賃料滞納の場合の追完権の行使と敷金滞納の場合の追完権の行使の要件の差異から、両者の異同を論じると、敷金は将来生じうる損害を担保する目的で供されるので、敷金滞納の扱いのほうが柔軟であるように見受けられる。ここから賃料滞納と比して、敷金滞納の被害が少ないと評価されていると考えられる。では、そのように「無害」と評価されたが、賃料滞納と比して、敷金滞納のどのような点が即時解約（中途解約）の根拠と評価されたのか、追完権を巡る扱いから観察したい。賃借人は賃料滞納分に対して追完権を行使する

(34) Wiek, a. a. O. (10), S. 200.

(35) BGH vom 26. 7. 2004, WuM, 2005, S. 547.

ことで、BGB 第569条第2項第2号第1文に基づき、賃料滞納を理由とする即時解約（中途解約）の申し入れを無効とすると同時に、敷金充当によって賃料滞納を調整する手段を放棄することになる。賃料滞納分への追完は、敷金による充当を妨げる関係となる。賃料滞納分への追完は、賃貸借関係の継続と敷金の温存の二つの意味がある。その一方で、敷金滞納分への追完は、賃貸借関係の継続の意思表示をするだけである。つまり、賃料滞納においても、敷金滞納においても、追完権の行使は賃貸借関係の継続の意思表示という点で一致しているのである。このように追完権の行使は、賃料滞納と敷金滞納を分離させ、相互に調整補完するような関係に置くという意味ではない。両者は元々の存在意義を同一にするのである。敷金滞納を理由とする即時解約（中途解約）に対して追完権を行使することは、賃料滞納を理由とする即時解約（中途解約）に対抗するBGB 第569条第3項第2号第2文に対抗手段として用意されている追完権を行使させるものではない。また、賃料滞納分に対する追完権の行使は敷金を温存する効果も生じさせるが、これは、やはり当事者間の信頼関係を具体的に現した担保を保持することで、賃貸借関係を継続させる意義を有している。そして、敷金そのものを後から追完する行為も、同じように当事者間の信頼関係を構築する意義を有しており、そのような追完における意味合いが、敷金滞納を重大な債務不履行と評価するに至った動機であると見受けられる。

敷金は賃貸人が充当の意思表示をすることで賃料滞納分に充当されるのであって、賃借人からの充当の意思表示は認められないという制限があることに注意する必要がある。そこから、敷金滞納に基づく即時解約（中途解約）の場合に、BGB 第569条第3項第2号第1文を準用するにあたっては、敷金の納付という履行の性質から生ずる制限がある。賃料滞納の場合に際して、賃借人は敷金との充当や賃借目的物の瑕疵担保の問題など、賃貸人に対して有する反対債権との相殺を主張できる。このような扱いは、敷金には認められていない。敷金の授受に関する約定の性質上、賃借人からの充当・相殺の主張は認められていないからである<sup>(36)</sup>。

### (3) 解約の適法性

新 BGB 第569条第2 a 項は、告知期間を伴った通常の解約告知については扱っていない。継続的契約関係を重大な理由に基づいて解約するには、解約権者が解約理由にあたる事実を知った後で、相当な期間を伴った解約告知を行い、その期間が経過した後解約ができると規定するBGB 第314条第3項が存在する。この規定の意味するところは、合理的な理由なく期間が徒過してしまった場合の解約権行使の除斥期間にあたるという。BGB 第569条第2 a 項が、独自の要件で即時解約（中途解約）を認めているので、両規定の関係が問題となる。立法理由書には新 BGB 第569条第2 a 項の解釈にあたって、BGB 第314条第3項との関係を考慮する旨は一切触れられておらず、問題として扱っている形跡もない。

## 5. BGB 第314条第3項は賃貸借関係に適用すべきか

債務法総則上の継続的契約関係を解約するための通則規定であるBGB 第314条第3項を、賃貸借関係に適用すべきか否かについて争いがある。BGB 第543条やBGB 第569条の

(36) Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. III 160.

ように、賃料滞納を理由として個別的な継続的契約関係について、重大な理由に基づく解約の特別な規定が存在し、それらが優先的に適用されることになる。そのような中で、BGB 第314条の置かれている状況はどのようなものかと言えば、同条は特別な規定による留保は一切行われず、適用される<sup>(37)</sup>。賃貸借関係においては、BGB 第543条およびBGB 第569条に基づいて、BGB 第314条第1項ならびに同条第2項の適用は排除されている。BGB 第543条ならびにBGB 第569条は、重大な理由と、告知期間、催告などについて固有の規定を用意している。除斥期間については、BGB 第543条ならびにBGB 第569条は明文では規定していない。これらの規定の中には、BGB 第314条第3項をも排除しうる特別な規定が構築されていて、他方でBGB 第314条第3項の適用は、賃貸借関係にもおよぶ余地があることを示している。

連邦最高裁の第7民事部法廷は、2007年3月21日判決において、敷金滞納を理由とするBGB 第543条第1項第2文に基づく解約を認める際に、BGB 第314条第3項の適用があることを認めた<sup>(38)</sup>。第8民事部法廷は、BGB 第543条ならびにBGB 第569条の適用が問題となったそのほかの事例において、準用の可能性を示唆している<sup>(39)</sup>。賃貸借法におけるBGB 第314条第3項の適用に関する諸学説を見る限りでは、賃料や敷金の滞納など個別具体的な解約事例では、BGB 第543条第2項第1文第3号に基づくなど、BGB 第314条第3項は制限的に適用されることになる。結果として、賃貸人は滞納が長期に及ぶにもかかわらず、いつ解約権を行使できるに至ったかの評価が分かれる中で、一瞬のためらいをもって解約権を失うという事態は避けることができるようになっていく<sup>(40)</sup>。これらの諸事情を総合的に判断すると、BGB 第314条第3項は慎重に適用すべきものと考えうる。特に相当な期間の内に解約の申し入れをすべきとあるが、その相当性の判断については緩く考慮する必要がある。さらに、BGB 第314条第3項はBGB 第543条第2項との関わりで、後者を特別法と考察すると完全に排除されるということも考えうる。

### (1) 継続的な債務不履行の事実

現金で納付されるべき敷金が滞納されているという理由での解約について、BGB 第314条第3項が適用される限りで、いつからその除斥期間が起算されるのかという問題も考えなければならない。BGB 第314条第3項は、解約理由について認識した時から起算するとされる。解約理由は一度の事実や義務違反が恒常的に続くといった継続的要件が必要である。滞納を解約理由とするとき、複数にわたって事実が続くわけであるから、その限界は議論の余地があるものである。敷金の不払いを理由とするBGB 第543条第1項第2文にもとづいて、賃貸人が解約を行う場合、ベルリン州最高裁は賃借人が敷金を調達しない限りは、支払いの完了の障害となっているという期間が徒過した根拠を認めている<sup>(41)</sup>。これに対して、連邦最高裁第7民事部法廷の見解によると、債務不履行が継続性を有する場合、解約権者が解約権の根拠を完全に認識すると除斥期間が起算すると解す

(37) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S.748.

(38) BGH vom 21. 3. 2007. XII 255/04. GuT, 2007, S.128.

(39) BGH vom 11. 3. 2008. WuM, 2009, S.231. BGH vom 13. 4. 2010. WuM, 2010, S.352.

(40) Staudinger/Emmerich, § 543. Rn.89.

(41) KG vom 20. 12. 2004. GE, 2005, S.236.

る<sup>(42)</sup>。すなわち、もう敷金が支払われることは無いと確信に至った時に除斥期間が起算するというのである。この考え方によれば、新BGB第569条第2 a項に基づいて解約権に除斥期間を付す場合、賃貸人が月払い賃料二ヶ月分相当額の滞納を認識したとき、除斥期間が起算することになる。このような扱いについては、さらに、除斥期間としてどの程度の期間が相当であるのかという更なる問題も議論しなければならない。連邦最高裁第7民事部法廷は、およそ四ヶ月程度が妥当であろうという見解を述べている。すると解約は十ヵ月程度遅れて行われることになるかもしれない<sup>(43)</sup>。

## (2) 失権

新たに導入されるBGB第314条によると、既存の法的状況は何一つ変更されることは無い。賃貸借関係における即時解約（中途解約）が法的に時宜を得ているかについては、さらに個別具体事例において、具体的事象である期待可能性が必要であるか否か、すなわち、解約事由を認識してから解約権の行使までにあまりにも長い期間を経過した場合、それを理由として、解約権を失わせることができるのか。賃借人側からの反証事象として、法律上類型化された解約事由に関する期待不能性が認められ、それを理由に解約権の失権が生じる<sup>(44)</sup>。

新BGB第569条第2 a項にもとづく解約権の失権については、他の権利の失権のように、期間と状況という要素を要件として認められる。ある一定の期間内に契約当事者の無為を理由として、客観的考察から、他方当事者に自らの権利をこれ以上主張せず、それを理由として、遅滞が信義誠実にもとる権利行使と認められると理解され、または、理解された場合、この権利は失権することになる。敷金滞納を理由とする即時解約（中途解約）は、特に賃貸借関係におけるいわゆる「うそ」を拒否することを目的にしている。立法手続の公聴会では、新BGB第569条第2 a項にもとづく解約権は、期間的な制限が加えられる場合にのみ可能とすべきであるとされた。なぜなら、それ以外の遅滞と関わりが無い良好な賃貸借関係においては、賃貸人が長期間の経過後、担保に対して過剰に需要を強調すると、権利濫用とみなされる。他方で解約の事由とならない根拠によって賃貸借関係が終了してしまうことになるからである<sup>(45)</sup>。

解約権の失権という観点からいうと、確かに敷金滞納が継続的な債務不履行にあたり、そしてまた、敷金は契約の開始時にその重要性が認識されるわけではなく、賃貸借関係が継続している時に、賃貸人の正当な担保利益を満足させることに意義のある制度であるということを経験しなくてはならない。新BGB第569条第2 a項の立法目的は、立法理由書によれば、賃貸借関係における賃借人の詐欺的な振る舞いに賃貸人が対抗するための手段とその法的根拠を与えることにあるばかりでなく、新たに導入された解約事由は、以前のBGB第543条第1項第2文にもとづく即時解約（中途解約）にあたって既にその射程に入っているわけであるから、さらに一歩進んで、賃借人による敷金滞納と関連づけて、「賃貸住居流浪人」を認めず、賃料をも期限厳守で支払うように賃借人に間接的に促すことも

(42) BGH vom 21. 3. 2007., NJW, 2007, S.3723.

(43) OLG Koblenz GuT, 2011, 391.

(44) Wiek, in: DMT-Bilanz 2011, S.285ff.

(45) Stellungnahme des Justiministeriums Baden-Wurtttemberg vom 30. 1. 2012. S.9f.

視野に入れている。

それ故に、敷金滞納を理由とする解約権の失権は、例外的な場合にのみ顧慮されるべきである。すなわち、賃貸人は賃借人による敷金滞納において即時解約（中途解約）を一切主張できなくなるような自らの行態を認識しつつ、それを放置していたような特段の事情がある場合に限るべきである。具体的には、長期にわたって賃貸人が敷金滞納を黙示で甘受していたような事情や、敷金の納付が危殆化している事実がないにもかかわらず、再三にわたって支払い請求をしていたことなど、このような事情のみを以て、敷金滞納を理由とする即時解約（中途解約）権が失権するというのは不当である。例えこのような事態が、数ヶ月にわたって続いていたとしても、それをもって解約権の失権という扱いをするのは不適切だと言わざるを得ない。これらの行態によっても、賃貸人が解約権を放棄したと賃借人が主張する際に、信義則上やむを得ない事情があると評価することはできない<sup>(46)</sup>。

確かに、即時解約（中途解約）の場合に、債務法総論のBGB第242条は考慮に入れるべきではない。賃借人は、賃貸人による先行する行態をもって不当に履行を急かされ求められているわけではないからである。賃貸人のもとで、債務不履行の外観が明らかに認められた場合、すなわち、賃貸人が継続的な義務違反を許容するような態度を取り続けたが、もはや許容範囲を越えたと評価し得る場合、賃借人に注意を喚起し、なんらかの警告を発して、解約権を行使することになるのが実情である。具体的には、賃貸人が、敷金滞納の場合に、賃借人に対して、敷金の納付に猶予するような言動を与えたことが客観的に明らかの場合に、解約権を失権させる特別な理由が認められる。さらに、賃貸人が敷金滞納に対して数ヶ月間沈黙し続けたという事情も、賃借人のもとで、賃貸人が解約権を行使しないであろうという期待を抱かせるような事情が認められるなら、とりわけ、そのような期待が生じたという個別具体的な事例が認められるなら、解約権の失権につながりうる。賃貸人が解約を急いでいないということを賃借人が正当に信頼するに至るような事態が起きた場合、賃貸人はそれにもかかわらず解約するならば、合理的と思われる期間が経過した後初めて解約権の行使が認められる。そのような合理的な期間の経過を待たずに行った解約は無効とされる。この合理的期間については、賃借人が、新たな転居先を確保できるような時間を念頭に置いて、妥当な長さが求められる。滞納事例一般において、支払期間よりも短期に設定されることが多く、通常、二週間程度であることが多い<sup>(47)</sup>。

BGB第314条を敷金滞納の事案に適用することは、以上のように、更なる解釈を積み重ねる必要性を生じさせる。抽象的な通則規定を適用するのであるから当然であると思われるのだが、そもそも、新BGB第569条第2a項の導入にあたっては、具体的に当事者の予見可能性に十分配慮した考察が加えられ、さらに、いままで解釈に委ねられ、議論のあった扱いを明確に規定している。そのような立法者の努力を見ると、あえて、このような通則規定の適用を考察して、解釈の幅を広げる必要があるのか疑問に思われた。

## まとめ

本稿においては、改正された敷金に関する規定を詳細に観察してきた。ドイツでは、敷

(46) Lorenz, ZMR, 2013, S.202.

(47) Lorenz, a. a. O.(46), S.202.

金の規定を整備するべく、1983年の規定の明文化以降も、判例の積み重ねを反映させ、法の欠陥を補う努力をすすめてきた。今回の改正は今まで空白となっていた箇所を新たに補う重要な改正であったと評価できよう。敷金の滞納は重大な義務違反であり、即時解約（中途解約）の原因となる。そして、その解約にあたっては、催告も利益衡量も行われぬ。この視点のみをもってすれば、賃貸人に一方的に有利となる改正であると評価されよう。しかしながら、敷金をめぐる解釈に更なる明確性を与えている点を良く検討しなければならない。2000年頃より続いている、民法の現代化の中で、要件効果を明確化する動きは一定の評価に値するのではないだろうか。その流れの中に、今回の改正を位置づけるならば、賃借人にとっても、即時解約（中途解約）の要件が明確に理解され、敷金の運用にあたって不透明な扱いが払拭された点、決して不利益ばかりではないと考えられる。

今回の、新 BGB 第569条第2 a 項が導入された結果、敷金の不払いは重大な債務不履行であり、即時解約（中途解約）の要件となることが明示された。それに加えて、敷金の不払いとは、分割払いを採用した際に、二期分の敷金を滞納したことを指すと、不払いの程度も明確に示された。そして、第二期、第三期の分割敷金の支払時期はそれぞれ、賃料の支払い時期と同じであると、分割敷金の支払い時期についても明確な規準が提示された。この結果、賃借人はいつまでにいくらの敷金を支払うことが必要か理解できるようになり、その行動をもって、賃貸借関係を継続させる意思表示を行うことができるようになった。敷金の不払いは重大な債務不履行であり、即時解約（中途解約）の原因となると規定することは、一見すると賃貸人にとって有利となる扱いを認めたように見受けられるが、重大な債務不履行と評価されるには、信頼関係の破壊、もしくは背信的行為といった、賃貸借関係において長く言い表されている解釈の延長に存在している。ただ一つの事実をもって、重大な債務不履行とはされないわけである。この重大な債務不履行の要件を具体的に示す中で、敷金の法的意義の再確認と、さらには、これらの信頼関係や背信的行為といった解釈が実際どのように固まりつつあるかを同時に見ることができる。いずれにせよ、当事者が賃貸借関係を継続する意思があるか否か、賃貸借関係の継続性を予見できるか否かという点に向けられて、今後も規定の整備が進められると考察できる。今回の2013年の賃貸借法改正は、環境保護や明渡手続きの簡素化など、賃貸借法の現代的意義が問われた改正であった。その中で、敷金についても、現代的な意義が問われ、その結果、当事者の予見可能性に資するような改正が行われた。現代化を既存の保護の撤廃とひとくくりに批判するのではなく、丁寧に扱い、現代化の中で当事者はどのように行動すべきか、熟考すべきであろう。

(受理日：平成26年7月28日)

(校了日：平成26年9月10日)

## 〔抄 録〕

2013年のドイツ賃貸借法改正において、環境保護のための賃借人の受忍義務および賃貸住居明渡請求の簡素化とならんで、敷金の不払いが重大な債務不履行にあると明文化された。一見すると、賃貸人の利益となる改正であるように見受けられるが、賃貸借法が現代化の流れの中で、変貌を遂げている中、この敷金の扱いに関する新 BGB 第569条第2 a 項は、賃貸借契約の当事者に予見可能性を与える重要な改正であると評価できる。1983年の旧 BGB 第550 b 条の制定以降、敷金に関する規定の整備に多くの労力が費やされ、様々な判例学説が、敷金制度の適正な運用のために力を尽くしてきた。その集大成ともいえる今回の改正は、賃借人にとっても、何をもって重大な債務不履行と評価されるかを明確に示す重要な規準を与えた。敷金の不払い、滞納額が敷金全体の三分の二をもって重大な債務不履行にあたる、という規準は、信頼関係の破壊に至る当事者の行態に明確な規準を提供している。今回の改正を通じて、敷金をめぐる紛争がさらに迅速に解決されるようになることが予想される。

