

# 明治二六年の敷金慣習調査について

——「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」の紹介をかねて——

岡 孝

## 一 はじめに——いくつかの慣習調査報告

明治二十三年（一八九〇年）<sup>①</sup>に公布された旧民法について、法典論争が起きた。公布の前後から批判が起こった。内容に問題があるから修正のため施行を延期せよという延期派と予定通り明治二六年から施行せよという断行派との間の論争である。後述する梅謙次郎は断行派の中心人物として活躍した。延期派はもっぱら旧民法が日本の慣習に依拠していないことを激しく批判した。明治二十五年五月と六月に帝国議会で延期派が圧勝した。その後松方内閣が倒れ、第二次内閣を組閣した伊藤博文は、民法商法施行取調委員会を設置した。延期派、断行派の主だったものが各六名選

任され、西園寺公望議長のもとで改めて施行の是非を議論し、最終的に延期と決まった。そして、同年十一月二四日に民法商法施行延期法律が公布された。第四回帝国議会が始まる前日のことであった。

欧米との不平等条約(治外法権、関税自主権がないなど)の撤廃を悲願とした明治政府は明治二六年三月に法典調査会を設置し、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎を起草委員に任命して、旧民法の修正作業を行わせた。法典調査会は二年三か月の審議の末、総則・物権・債権について明治二八年一二月末に審議が終了した。この旧民法修正案は翌年第九回帝国議会で審議・可決され、「明治二十九年法律第八十九号」として公布された。また、残りの親族・相続も明治三十一年六月に帝国議会の議を経て「明治三十一年法律第九号」として公布され、全五編が同年七月一六日に施行された。

法典調査会は、明治二六年の設置当初は主査会と委員総会の二元構成になっていた(翌年法典調査会に一本化する)。そのうち主査会の審議の冒頭で、延期派の批判に応えるためであろう、修正作業に際しては慣習尊重の点を確認している(乙号議案第一号四、五参照)。法典調査会での修正作業には時間的制約があったが、その限られた時間内でも、「民事慣例類集」などの文献による調査も当然として、さらには行政組織を利用して各地の慣習を調査している。

後に述べる法政大学図書館所蔵の「梅文書」には、四つの慣習調査報告(照会に対する回答)がある。<sup>2)</sup>①「入会権ニ関スル報告」(明治二七年六月付末松謙澄による民法三起草委員宛報告書。『法政大学図書館所蔵梅謙次郎文書目録』「法政大学ポアソナード記念現代法研究所、二〇〇〇年」の番号等を引用しておく、「八 民法起草材料二」八番「目録四一頁」。以下では「目録」と略称する。調査項目は一二三ある。これについては、民法成立過程研究会編『明治民法と穂積文書』(一九五六年)四四頁以下「のちに福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』「信山社、一九八九年」所収」参照)、および、そのうちの二つの項

目に関する各府県からの回答の写し（三件。同五番〜七番「目録四〇頁〜四二頁」）、②「山林貸借二関スル取調書」<sup>③</sup>（明治二八年八月から一月にかけて各地から出された農商務省宛回答の写し。（三六件。「二〇 民法起草材料四」一番と二番「目録四五頁〜四八頁」）、③「相隣地所有者ノ権利ニ関スル慣習」の取調べ回答の写し<sup>④</sup>（二三件。「二〇 民法起草材料四」三番「目録四八頁〜五一頁」）、④「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」（四七府県からの回答の写し。「二三 土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」という独立の冊子となっている）一番「目録七六頁〜八一頁」）である。

さて、現行民法には、第三編債権第七節貸借において黙示の更新の箇所、前貸借で設定されていた担保は消滅するものの敷金は（更新後の契約に）引き継がれるという条文がある（六一九条二項<sup>⑤</sup>）。しかし、敷金についてはこれだけが規定されるにとどまり<sup>⑥</sup>（そのほか動産先取特権についての三一六条参照）、その性質はどのようなものなのか、その返還債務の発生時期はいつなのか（賃借物の明け渡しをしなければ賃借人は返還請求ができないのか）、契約終了段階で賃借人が賃料支払いを遅滞したり、義務違反により賃借人に損害を与えたりして賃借人が賃借人に対して負う金銭債務の額は敷金から当然に控除されるのか（控除後に剰余金が出たときには賃借人に返還するのか）といったことなどについては、なんら規定がない。

ところで、近年債権法改正の議論が起き<sup>⑦</sup>、法務省内の法制審議会で数年の議論を経て平成二六年（二〇一四年）八月末に「債権法改正要綱仮案」が公表された。この要綱仮案の「第三三賃借・七敷金」<sup>⑧</sup>では、上記の問題などについて明文の規定を置くとしている<sup>⑨</sup>。そもそも明治民法起草過程において、起草者らは敷金についての慣習などをどのような資料に基づいて検討したのであろうか。おそらくはその重要な資料の一つが上記④であろう。そこで、本稿ではこの④について紹介したが若干の検討を試みることにする。

その前に、民法起草者の一人である梅謙次郎について簡単な略歴をまとめておこう。

## 二 梅謙次郎の略歴

梅謙次郎<sup>10</sup>は、万延元年六月七日(一八六〇年七月二四日)、松江藩(島根県松江市)の藩医の二男として生まれた。藩校で学んだ後、明治七年(一八七四年)秋、両親とともに新天地を求めて上京した。「士族の商法」で一家はどんだの生活を送ることになる。明治八年東京外国語学校仏語科に入学、一三年二月に首席で卒業。同月司法省法学校第二期生の中途募集に応じ、入学した。この法学校二期生は明治九年に募集があり、一度梅は受験している。筆記試験には合格したが、健康な体格でないとして最終的には不合格とされてしまったのである。

さて、司法省法学校は八年制教育で、最初の四年間はフランス語を教え(普通課程)、次の四年間でフランス法を教えた(専門課程)。梅はフランス語の勉強は終えており、法学校の仲間と同じスタートラインについてフランス法教育を受けた。

明治一七年(一八八四年)七月、梅は一番で卒業した。平素拔群の成績を収めながら、実は司法省法学校の卒業試験は腸チフスにかかり受験できなかつた。おそらくは担任のアペールの強い指導・助言があつたのだろうが、受験していないにもかかわらず、従来の試験・態度などを総合勘案して首席卒業となつたと思われる。そして、このことが梅の人生、さらにはその後の日本の民法制定に大きな影響を与えることになつたのである。<sup>11</sup>すなわち、法学校は梅を直ちに教員に採用した。この頃の日本の政治体制はまだ定まらず、たびたび改革を余儀なくされた。司法省法学校の管轄も司法省から文部省に変わっていった。それに伴い、梅も文部省御用掛となつていくのである。法学校二期生

の二番以下の卒業生の多くは司法省勤務となり、その後判事、検事となっていく。私立法律学校の非常勤講師を勤めることはあっても、それは公務外の余暇を使つての片手間なことであつた。梅だけが母校に残り、教育者・研究者の道を歩むことが許されたのである。司法省法学校は東京法学校（これは官立であり、法政大学の前身の東京法学校とは全く関係がない）と名称を変え、明治一八年一〇月に東京大学に吸収されていった。梅の身分もそれに応じて東京大学法学部教員となつた。一人梅のみが幸運であつた。というのも、法学校ではフランス法が教育されたのに、司法省に勤務し始めた梅の同級生たちは、改めて（司法省内部で主流になりつつあつた）ドイツ語を学び直し、ドイツに留学していくのである。梅だけが学校教育の中で学んだフランス語・フランス法を生かすことができた。

梅は、明治一八年一二月文部省留学生としてフランス・リヨン大学に留学した。三年半の研鑽後、明治二二年七月首席で博士号<sup>12</sup>を取得した。ここでも梅は強運の持ち主であつた。ちょうどこの前後にリヨン市では、優秀な博士論文に対してヴェルメイユ賞を授与していた（一八八五年〜一八九〇年）。梅はこれを受賞している（この年はフランス人学生も首席で、同時に受賞している<sup>13</sup>）。リヨン大学にとつても忘れがたい学生であつたのである。当時の法学部の公式記録にも梅の名前が出てくる。この博士論文は非常な評判を呼び、ドイツの書評誌にも紹介されたほどであつた<sup>14</sup>。

それからベルリン大学に移つて、約七ヶ月間ドイツ法の講義を聴講する<sup>15</sup>。明治二三年（一八九〇年）夏に帰国し、直ちに帝国大学法科大学教授となる。そのかたわら私立の和仏法律学校（現在の法政大学）でも教鞭をとり、後に校長、明治三六年和仏法律学校法政大学となつた時の初代総理（現在の総長）として活躍する（東大教授と兼任）。

さて、梅謙次郎は、民法起草者の中であつた一人商法起草者にもなり、岡野敬次郎、田部芳とともに旧商法の修正作業を行った。そして、明治三二年三月九日に新商法（明治三二年商法）が公布された（六月一六日施行。ただし、この新

商法には破産編はなく、旧商法中第三編破産が「明治二六年に修正されたもの」が施行された。

梅謙次郎は、学者として以上のような法典編纂に関与するだけでなく、法制局長官兼内閣恩給局長、文部省総務長官などの行政職も歴任した。明治三九年からは東大教授のかたわら、韓国の法整備事業に従事した。その志半ばの明治四三年八月二五日ソウルで病死した。享年五〇歳であった。

### 三 「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」について

#### (一) 梅文書とは

法政大学図書館には、梅謙次郎の司法省法学校時代、リヨン・ベルリン留学時代の講義ノート、リヨン大学に提出した博士論文の原稿ノートの合計四二冊のほか、民法・商法の起草材料、著書・論文の原稿などが和綴じされた七〇冊の冊子体がある。この七〇冊の冊子体に収められているものを「梅文書」と称する。梅の没後、同僚、弟子たちが中心となって募金活動を行い、それで遺族から梅の蔵書・資料等を譲り受けた。その後、これらの蔵書などは東京帝國大学、法政大学、松江図書館（現在は島根県立図書館に引き継がれている）に寄付された。遺族から東大に寄贈された法典起草に関する資料は、穂積陳重、重遠父子が九八冊二七帙に製本・整理して法科大学列品室に保管したとなっている。これは、「梅博士遺事録（第十四回）」法律新聞八五四号（大正二年）二〇頁に掲載された写真で全体像がみられる。しかし、東大のこれらの資料・蔵書は関東大震災で焼失してしまった、といわれている。<sup>16</sup>

関東大震災、戦災という二度の災禍をくぐり抜けて生き延びた法政大学所蔵の梅文書は、もともと梅自身が分類したのではなく、梅の没後、身近で書類の整理にたけた者がまとめたものと思われる。法律家の助言を受けず、また

時間的な制約があったためか、各冊子の題簽に書かれた表題がその冊子の内容を的確に表していないものが多くある。梅文書については正式な目録がなかったので、筆者は東北大学名誉教授広中俊雄氏の指導・助言を受けつつ、中村哲也氏（新潟大学名誉教授）、山川次郎氏（元法政大学図書館職員）とともに目録を作成し、二〇〇〇年三月に梅文書研究会編『法政大学図書館所蔵梅謙次郎文書目録』（法政大学ポアソナード記念現代法研究所）を刊行した。<sup>17</sup>

## （2）「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」の紹介

さて、この梅文書には（目録二三番。七六頁以下）、「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」の冊子がある。各地の道府県（四七箇所）からの回答の分と、裁判例（二八判決）の写しの分に分かれている。前者について簡単に説明しておく、明治二六年六月二九日付甲第五号により内務大臣から各府県に土地建物貸借の敷金についての慣習調査を依頼した。ここでの貸借とは賃貸借のことである。その調査結果（取調書の写し）がまず同年九月一六日付で内務大臣から法典調査会総裁宛に送付された（東京をはじめとする四二府県分。ちなみに奈良県はいずれの慣例もないというわけではない回答をしている）。次に一〇月一日付で内務書記官から法典調査会宛に四件の回答の写し（長野県、島根県、香川県、広島県）が送られ、さらに一〇月二八日付で一件の回答の写し（北海道の分）が送られている。調査項目は六点到わたっている（目録八四頁参照）。一問ごとに回答を整理する。本来ならば、四七道府県の回答を逐一検討して全体像を示すべきであるが、崩し字で判読できない表現が多く（若干のものについては日本近世史専攻の大学院生の助力を得たが、筆者の能力不足のために肝心の箇所が読み取れない回答箇所があった）、詳細な全体像の解明は今回は断念した。以下では、各問ごとに都市部の代表として東京、大阪、京都の回答を取り上げ、その他の地域は特色がある場合に言及するにと

どめる。

### 第一問 不動産ノ貸借ニ借主ヨリ貸主ニ敷金ヲ入レルノ慣例アリヤ

まず東京では、市内では家屋の貸借については慣例があるが、土地貸借については特殊のもの（具体的な例示はない）を除いてはない。町村部では慣例はないが、商業地などではまれに家屋の場合に敷金を入れることがある、という。大阪では、大阪市、それに近接する西成郡、東成郡の町村、堺市の一部に（大阪の回答はこの地域に限定されている。以下の問につき同じ）、不動産一般について敷金を入れる慣習があるという。岩手県では、（慣例とはいわずに）主として貸主の意思に基づき契約によって借主が支払うのだという。

熊本県では、主として家屋貸借の場合に敷金を入れるが、借主に信用があれば敷金を徴さないことがあるという。京都の郡部の中には敷金を差し入れる慣例がない地域がある。

北海道は新開地のため、不動産の貸借は頻繁ではない。敷金差し入れの慣例も近時始まったばかりだが、主に札幌、空知、厚田、函館、宗谷、根室、浦河、岩内、室蘭、紗那の十郡で行われているという。

出雲国（島根県）飯石郡の一部では、A所有の土地建物をBが借り受け、これをCに「書入れ」る場合には（賃借している土地建物を「書入れ」という趣旨にしか読めないが、一種の権利質と理解すべきか）、BがAに若干の金を差し入れるという（この差入れ金は「場置金」と称する）。また、同郡の別のところでは、BがCから無抵当で金穀を借り、Aが保証人となるときは、Bは金銭を差し入れたたり、あるいは土地建物を「書入れ」て、Aの損害を予防する慣例があるという。



広島県御調郡三原町では、敷金の慣例はないものの、俗に「前年貢」「前家賃」と称して、前年の一年分の小作料ならびに借地料（家賃とか賃料という表現ではなく、明確に「借地料」と書かれていて、「前家賃」という表現に対応していない）を借主が貸主に支払う慣例があるという。さらに、耕作地においては、他人が借りているのを解約させて同じ土地を借りる場合には、俗に「棄金」と称して、前の借主に対して後の借主が金銭を支払う慣例がある。そして、両者でいったん金銭の授受が行われた後は、「如何ナル事故アルトモ」旧借主は新借主に返還することはないという。借主が新旧交代した場合に貸主がそれを認めるかどうかなどの貸主との関係には言及がない。右の回答中いかなる事由があろうともという表現からは、地主の承諾を得られないために、新借主が土地を利用できなくなることを想定しているようにも読める。

なお、青森県の回答では、地方によって特約を書面に記載する慣例があるとして、貸借の特約の例が挙がっている。興味深い内容であり、以下に紹介しておく。

- ・ 貸人は借人が支払った敷金から生ずる利子金で宅地建物の収利金（修理費用の意味であろう）とする。
- ・ 貸人が敷金を受領した以上は、契約期間中いかなる事由があっても途中で契約を変更することはない。
- ・ 貸人は宅地に関する地租金などを負担する。
- ・ 貸人は建物・屋根まわりの修繕、宅地境塀・生垣の手入れの費用を負担する。
- ・ 借受人は、建屋にかかる賦課金、宅地内掃除、悪水溝掃除費、当村慣習の「夜番金」、その他公に付加される金銭を負担する。

・ 借受人の都合で建家模様替えをしたり、造作をする場合には貸人の承諾を受けてから着手する。模様替え・造作料

は借受人の負担とする。

・借受人が模様替え・造作をする場合でも、契約満期終了で建物を返却するときは、そのまま貸人に引き渡す。

・建家が他から類焼したときは、その損失は貸主の負担とする。この場合には、貸人は敷金を借受人に返却する。

・建家が借受人の「怪火ノ為メ」焼失したときは、敷金を建築金に充てる。貸借の権利義務は消滅し、この契約は

「反古トスルモノトス」る。

・この契約は、借受人の都合で期間満了前に出ていく場合には、敷金の二割を「年限違約金」として没収し、残額を借受人に返却する。

以上の特約は中津軽郡の例である。これらと異なる例もある（その場所は明示されていない）。すなわち、

・借主の都合で家屋の構造を適宜変更したり、または増築するなど自由だが、期間満了時には、当初の原状に戻す。

・家屋貸借の期間中に「水火風震」などの災害によって建物がなくなってしまう場合でも、契約期間満了までは敷金を返還しない。

## 第二問 敷金ハ家屋貸借ノ場合ニ限ルモノナルヤ耕作地建築地等ノ貸借ニモ敷金ヲ入レルノ慣例アリヤ

東京は第一問で回答済みとしている。つまり、東京では市内も町村部も土地については原則として敷金を差し入れる慣例はない。京都市では、多くは建築地の賃貸借の場合に敷金を入れるが、郡部の中には、耕作地、建築地ともに敷金を入れる慣例が多い地区がある。大阪では、家屋賃貸借に限るという。

岩手県では、家屋が主であるが、まれには川岸地、停車場、温泉場で、さらには、家屋・倉庫・納屋など建築のた

めの敷地の貸借の場合も敷金を差し入れる例があるという。さらに、山岳地帯で耕地面積の少ない郡では耕地貸借にも敷金の例があるという。

北海道では、多くは家屋貸借の場合だが、耕作地・建築地にも差し入れる慣例はある。札幌郡では耕作地に、岩内郡では建築地にその例がある。厚田、岩内、紗那では、漁場・海産干場で敷金の例がある。

愛媛県野間郡波止浜村では、ただ塩田貸借の場合に限るという。

さて、愛媛県宇摩郡金生村では興味深い回答が出されている（家屋貸借の場合には敷金を差し入れる慣例はないとしている）。耕地・宅地ともに借主が後に借りる意味がなくなったために、あるいは便宜の上から第三者に貸借権を譲渡することが多々あるという（貸借権の譲渡）。この場合、当初借主が差し入れた金額とは関係なく、貸借権の譲渡当事者の協議によって、相当の金額を譲受人が譲渡人に支払う慣例があるという。これを「掛替金」という。そして、このように貸借権が転々譲渡されるときは、みなこの慣例に従っているという。地主に対しては、ただ借受人（賃借人）の変更を申し出て、「名義ノ代替」を請うだけだという。ちなみに、地主との関係で、貸借権の譲渡が当然に対抗できるのか、それとも地主の承諾を前提とするのかについての言及はない。最終的に貸借が終了した場合には、借主は地主に対して敷金の返還を請求するのか、それとも掛替金の返還を前貸借権の譲渡人に請求するのか。この点についての回答や説明はない。

なお、北海道の回答の末尾には地所借用証書（借地）と借用証書（借家）のひな型が添付されている。まず借地契約で注目すべきは、借地権の譲渡、土地の譲渡の場合についての特約がなされていることである。第四条では、契約期間中に借地人の事由で土地から去る場合とか地上家屋を他に譲渡する場合には、その月から一か月間の地代を添え

て土地を返還するとなっている。このうち後者の場合、家屋の譲受人は地主との関係でどのような地位に立つのかは不明である。改めて地主と借地契約を結ぶことが前提になっているのだろうか。第六条は借地権の無断転貸はできない旨の規定になっている。第五条では、地主が土地を他に譲渡する場合には、借地期間にかかわらずその譲渡時が土地の明け渡し期限とし、遅くとも二〇日以内に土地の返却をしなければならないとなっている。この場合に、借地人本人が旅行などで不在のときには保証人が（土地の返却の）責任を負うという。地上建物は撤去するのかどうかははっきりしない。第七条では、土地返却の際無償で地主に引き渡すものとして借地人が自ら設置した堰縁その他石垣等を挙げているところからすると、建物自体は取り壊して撤去することが前提だとも読める。さらに、第八条では、火災による建物の焼失等の場合には、契約期間内であっても土地の返還をすることになっている。そして、最後に、九ヶ条の契約条項の末尾に借地料に関する約束違反の場合にはただちに保証人の責任となることを明示している（要するにこの保証人は連帯保証人だという趣旨である）。

さらに、借家契約書で（「借用証書」となっているが）注目すべきは、無断転貸借禁止のほか、家主が家屋を売却した場合には借主は速やかに家屋を明け渡さなければならないが、家主は二〇日前にその旨通知をすることとなっていることである。

### 第三問 敷金ノ預り主ハ其利子ヲ払フノ慣例アリヤ

東京、京都ではその慣例はない。大阪でも利子は支払わないが、預かり主（賃貸人）は、貸借満期の際に敷金の一部ないし三割を控除して預け主（賃借人）に返還する慣習があるという。

岩手県でも利子は支払わないが、利子の割合に応じて家賃を減額したり、あるいは、その利子を家賃に替える慣例があるという。北海道の回答では（利子の支払いの有無は契約によるが、おおむね利子は支払わない慣例になっているという）具体例が挙げられている。すなわち普通の家賃が月一〇円で、五〇円の敷金を支払う場合には、家賃は月八円五〇銭などとするというのである。さらに、岩手県の中には、敷金の全部または一部を家賃にあてる例もある。これを方言で「クサリ」という。例えば、敷金が五〇円で一〇年間家賃を借り入れたとする。「クサリ」契約を結んだ場合、満期にその金額の一部の返済を受ける場合もあれば、全く返済されない場合もあるという。耕地についてはこのような例はない。

青森県西津軽郡では、多額の敷金の場合だけ、利子を支払う慣例があるという。

福井県坂井郡三国町では、土地・建物貸借においては貸借年月の間利子を払うのが当然で（足羽郡も同様）、三年あるいは五年を限度とする（この期間は土地・建物貸借の期間を意味するのであろう）。しかし、「利子ト貸賃ト適当ナルトキハ」利子を付するかどうかは当事者の契約いかんによる。利子を払うときは相当の賃料を定め、利子を支払わないときは賃料の五パーセントないし六パーセントを減ずる。それ以外の慣例はないという。遠敷郡では、利子は原則として払わないが、契約の際、利子を見込んで賃料を減額する場合があるという。さらに多額の敷金を差し入れる場合には、利子をもつて賃料に替え、別途賃料はとらないという慣例がある。

沖縄県では利子を払うのが慣例だが、特約で支払わないとすることもあるという。

#### 第四問 敷金ヲ入ルル目的如何

東京では、敷金は賃料不払いの場合の補償の目的だという。それ以外の賃借人の義務違反の場合の貸主に対する損失の保全ということには触れていないが、例えば福岡県（県内の多くの地域）では損失保全という目的にも言及している。さらに、福岡県の回答で注目されるのは、「賃借期間濫リニ変約セサル為メ之ヲ確保スルノ目的ニ出テタルモノナリ」という点である。京都では、不払いを防ぎ、契約を履行させるための保証のようなものだという。大阪では、賃料不払いの場合の担保のほか、造作物の損害（通常損害を除く）の補償に充てるという。

福島県では、福岡県と同様だが、さらに貸主側では営業などの資本として利用でき（北海道でもこのような利用のしかたがあるとしながらも、それは小資本の貸主に限るというコメントが添えられている）、借主側では「賃料ノ低廉ヲ」欲するなどが考えられるという。

福井県坂井郡三国町では、賃料不払いに対処することのほかに、賃料を多少減額する目的もあるとしている。

兵庫県津名郡の佐野村・仁井村では、耕作地の貸借の場合、地主に小作替えをさせないために借主の希望により五年ないし一〇年間敷金を入れることもあるとしている。

愛媛県宇摩郡金生村では、耕作地・宅地を借り受けたいという希望者が多く、敷金を差し入れなければ容易に借受ができないために、敷金の慣例が生じたのだという。この金生村の回答は、続けてこういう。これは「確乎不拔ノ法」とはいえない。結局敷金の授受は一片の契約証の授受である。徳義上約束を履行するものにすぎない。例えば、三〇年前にAがBに土地を貸しておきながら（Bは依然として使用している）、当該土地を売却し、転々流通して今はCが所有者となっているとしよう（回答ではAが借主のように書かれているが、それでは意味が通じない）。この場合、Cは敷

金を手にしてないことを理由に、「不徳義ニモ」敷金を返還しないばかりか、土地の返還を要求することもありえる。Bは迷惑をこうむり、敷金の返還を請求したいが、「権力微弱ニシテ能ハス」。このようなことが行われているのが現実だ、というのである。

島根県の島根・秋鹿・意宇の三郡内のある村では、賃貸借期間中借主が約束違反をしたときには敷金は借主の損失に帰し、貸主の違約のときには敷金の二倍を返還する慣例があるという。これは手付を連想させる。二倍の敷金を返還するのはいつか（契約終了時か）などの言及はない。

福井県三方郡では、貸主違約の場合、敷金額をいくぶん増額することによって、いわゆる「違約保証金」の役割を担っており、貸主借主相互の契約を確実にする目的があるとしている。

滋賀県はかなり詳細な回答をしている。敷金の目的は、①契約を確実にすること、②公費不納の場合に代納に充てること、③「家税又ハ地料不払ノ場合」に充てることなどであり、さらに④「契約期限」を違えた場合に違約金として没収し、返還をしないこともあるとしている。そして、ある町村では、③の場合、敷金が尽きてしまった場合には契約期間中であつても貸借は当然に消滅したとする例もあるという。

#### 第五問 貸主ハ敷金若クハ其利子ヲ以テ借賃ノ不払其他損失ノ補償等ニ当ツルコトヲ得ルヤ

東京では、賃料不払いの場合の補償に充てるのが普通だが、特約により、その他の損失の補償とすることもあるという。京都では、賃料不払い、損失等の補償に充てるという。大阪、福岡なども同じである。大分県の中には補償に当てる契約をするというところもある（日田郡）。同じ大分でも、不払い等に当てることはないというところもある

(西国東郡玉津村)。長野県の回答としては、不払いの場合に充当するのが慣例だが、其の他の損失補償に当てるのは契約によるという。

北海道は、賃料延滞の場合には借主は敷金からの減殺を承認せざるをえないとしたうえで、借主の不注意により生ずる損害に対して敷金で補償するという慣例になっていると回答している。

福井県足羽郡では、月々借主に利子の清算をする。賃料支払いの遅滞があれば、この利子で補償するという。

#### 第六問 貸借満期ニ至リ借主未タ其義務ノ弁済ヲ了ヘサルモ貸主ハ敷金ヲ返還スルノ例ナルヤ

東京では、賃借人が義務を履行しなければ、敷金を返還しないのが慣例だという。大阪では、賃借人が義務を履行しなければ賃貸人は敷金を返還しない(北海道、佐賀県、沖縄県も同じ)。福岡県では、義務の履行がなされなければ敷金を返還しない慣例があるが、他方で、貸主が差し引き計算をして未払いの賃料等に充当し(大分県西国東郡河内村も同じ。ただし、残金がある場合の処理については回答なし)、残額があればそれを借主に返却することになっているとして(大分県玖珠郡も同じ)、東京などの回答よりは明確になっている。鹿児島県では、原則として返還しないが、借主が義務の弁済を終えれば貸主が敷金を返還する慣例あるという。ただし、いつまでに義務の履行をすればいいのかという点については言及がない。

兵庫県でも大阪のような扱いになっているところが多いが、神戸市のほか美囊郡別所村などいくつかの村では、差し引いて剰余金があればこれを返還する慣例があるという。差し引いて不足となった場合はどうするのか。これに応えているのは静岡県で、借主に追徴するという。



なお、岐阜県の回答には家屋貸借の場合の「敷金預り証書」のひな型が添付されている。敷金の返済については、証書の末尾に「付テハ約定ノ通り家賃納済満期ノ上ハ該金速ニ御返戻可申候」と書かれているが、返還時期（家屋明け渡しと同時に否か）について明確にはなっていない。岩手県の回答では、「敷金返還授受ヲ期トシテ立去ルハ一般ノ例ニシテ」とあり、あたかも敷金返還と明渡しは同時履行の関係にあるかのような書きぶりである（一方で、借主が義務を履行しない限り敷金返還の例はないとしている）。青森県（西津軽郡）の家屋賃貸借契約のひな型では、より明確に、「敷金ハ明治何年何月何日満期ニ至リ返還シ同時ニ家屋受渡ノ事」となっている。

#### 四 まとめ

三で、梅文書中の敷金の慣習調査結果のいくつかを整理した。この調査は、法典調査会での逐条審議がなされる二か月前、しかも賃貸借の審議が始まる二年前の明治二六年六月末に、内務省から各道府県に対して依頼されている。山林賃貸借の調査（前記②）の依頼は賃貸借の審議が終った（第九八回法典調査会「明治二八年六月二八日」冒頭で賃貸借の審議は終了した）後になされている（明治二八年七月八日付。目録四五頁一番備考参照。ここでは敷金は調査項目に入っていない。目録五三頁の「参考1 農商務省からの取調べ依頼の質問項目」参照）。この敷金調査は梅文書の慣習調査の中でも一番早く行われているが、その理由ははっきりしない。財産法の分野で慣習といえは敷金が一番明確に意識されたからなのだろうか。

さて、多くの県では、少なくとも借家の場合に敷金の授受はあったようである。また、敷金の利息は支払わないとするのが多数派である。その授受の目的は、最小限度賃料不払いに対処すること（担保）である。それ以外に賃借人

の義務違反による損害賠償にも充てる場合もあるが、それは契約に基づいて充当するとしている回答が目立っている。さらに、期間満了時に賃借人が賃料不払いなどのように義務を履行していないときには、敷金を返還しない場合と当然に敷金で充当するという二つのタイプがある。

土地・建物賃貸借においては、賃借人の交代（賃借権の譲渡）、賃貸人の交代の際に敷金返還請求権者なり返還義務者が誰になるかが一つの論点になるが、そのような事態を明言して慣習調査を依頼していないので、回答の多くはこのような事態を想定していない。その中でも若干の回答例の中にはそのような場合の処理について、明確ではないものの示唆を与えるような回答（第一問についての島根県飯石郡、第二問についての愛媛県宇摩郡金生村の「掛替金」など）もあったのが注目される。

本稿で紹介した敷金の慣習調査結果が民法起草にどの程度反映されたかの検証までは、今回はできなかった。さらに、法典調査会における（旧民法）修正原案の逐条審議に先立って、いち早く敷金について慣習調査がなされた理由の解明も必要であろう。これらは今後の課題としたい。

- (1) 本稿では元号を使うこととし、必要に応じて西暦年を付け加えることにする。
- (2) なお、梅謙次郎の慣習に対する考え方については、岡「民法典論争と梅謙次郎」松山大学法学部松大GP推進委員会編『シンポジウム「民法典論争資料集」(復刻増補版)の現代的意義』(松山大学、二〇一三年)五六頁以下参照。
- (3) 調査項目は、山林賃貸借の期間、借賃支払の時期、譲渡・転賃の可能性、期間の定めのない場合の解約申入れの可否など一三点にわたっている。目録五三頁参照。
- (4) 法典調査会で相隣関係の規定の審議において、乙第一七号「他人ノ所有地ニ対スル觀望及ヒ明取窓ニ関スル規定ハ之ヲ設

ケサルコト」が提案された（明治二七年六月八日第一九回法典調査会）。梅謙次郎は、従来の日本にはこれについて慣習はなかったと思うし、外国の例でも、ザクセン民法、チューリヒ民法、ドイツ民法草案などドイツ法系のものには規定がないと説明している。日本に慣習はないという点について、議長の西園寺などから反論が出され、結局規定を設けることになった。梅は、慣習調査の余裕はなかったと弁明したうえで、「東京トカ其他少シ大キナ所ノ都会ノ県庁ヘデモ問合セテ調べた。これに関する調査結果が本文の③である。これは、明治二七年一月六日付の照会に対して東京府の区・郡役所から提出されたものである。この回答書には日付のあるものが少ないが、明治二七年一月八日付と一月一四日付のものが各一件ある。調査対象は相隣関係全般にわたり、四二項目にのぼっている。この質問項目については目録五三頁～五四頁に掲載している。明かり窓は第三五問である。

この慣習調査について少々疑問なのは、その調査の時期である。法典調査会での相隣関係の審議は第二〇回（明治二七年六月一二日）から第二六回（同年七月六日）になされており、調査結果が起草なり法典調査会での審議に直接反映されたわけではなく、そうだとすると、規定が確定してから四カ月後になぜ調査したのだろうか。後に慣習調査結果を基にして再考したり、整理会で再度検討することなどを予想して、そのための資料となるように慣習調査をさせたのかもしれない。このように考えるのは、手付の審議に関連してヒントがあるからである。簡単に説明しておこう。起草者は手付の性質について各地の慣習を調べる必要を感じ、各商業会議所に照会している。第八二回法典調査会（明治二八年四月三〇日）で手付に関する原案（現行法と同じ五五七条）を梅が出す一か月前になされている。その時は栃木県からだけ回答が来たが、法典調査会で、梅は内容を検討する余裕がないと述べた。法典調査会では、多数の商業会議所の回答がこれと異なればまた別に検討を要することを前提に、現行法どおりの内容が仮議決された。その後第一一九回法典調査会で（明治二八年一〇月二日）、第五章不法行為の審議の前に、他の商業会議所からの回答は仮議決された通りの内容であった旨の書面に基づいて議長が説明した。その時の書面と思われる「手付ニ関スル報告」（コンニャク版）が梅文書にはある（「三〇 民法中修正案」一九番。目録一二三頁参照）。

(5) もともと起草者らの原案には現行六一九条（法典調査会に提出された修正原案では六二四条）二項ただし書はなく、法典調査会（明治二八年六月二五日の第九七回）における長谷川喬委員の指摘で、梅がそれを取り込んで原案とした。

(6) 第九七回法典調査会に出された原案では、賃借権の第三者効(現行六〇五条)の規定には「但敷金又ハ借賃ノ前払ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ス」があつたが、議論の末削除された。さらに、適法な転賃借(現行六一三条一項後段。法典調査会に出された原案では六一六条)の場合に賃料の前払いは對抗できないとなつていて敷金には言及がないが、それでいいかと議長(箕作麟祥)が尋ねたところ、梅は、性質上転借人は對抗できないと答えている(明治二八年六月二一日の第九六回法典調査会)。

(7) ちなみに、筆者は現在でもこの改正事業には反対である。今大幅な改正をする必要性も改正の理念もないと思うからである。これについては岡「近時の民法(債権法)改正事業の問題点」『債権法の近未来像』(下森定先生傘寿記念論文集、酒井書店、二〇一〇年)二五九頁以下参照。

(8) 要綱仮案では、敷金の定義規定を置く(最近の立法例を踏襲)ことにしている。「いかなる名義をもつてするかを問わず、賃料債務その他の賃貸借に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する金銭債務を担保する目的で、賃借人が賃貸人に交付する金銭」のことだという。

(9) 平成二五年の「民法(債権)の改正に関する中間試案」では、契約終了段階で賃料債務など未払いの債務があれば、敷金は当該債務の弁済に当然充当されるとなつていた(剰余金の場合の処理については明示的な言及はない)。要綱仮案では「敷金の額から賃貸借に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭債務の額を控除した残額を返還しなければならない」とされるに至っている。

(10) 梅謙次郎については、東川徳治『博士梅謙次郎』(法政大学/有斐閣、一九一七年)、「梅博士遺事録(第一回)」(第三十三回)「法律新聞八三六号(一九一三年)〜九一六号(一九一四年)参照。梅研究の集大成の一つとして、『梅謙次郎著作全集CD版』(五枚セット、丸善、二〇〇三年)を編集・刊行した。この中には、江戸恵子氏作成の年譜と「目次」の形をとつた著作目録も収録されている。また、梅に関する近時の論文としては、岡「民法典編纂についての梅謙次郎の考え」法律時報八二卷一〇号(二〇一〇年)四二頁以下参照。

(11) 大久保泰甫「岐路となつた若き日の二つのでき事」法律時報七〇卷七号(一九九八年)四五頁以下参照。

- (12) 博士論文は『和解論』(De la Transaction, comparé avec le code civil italien et le projet de code civil japonais, 1889) である。
- (13) これについては、岡「梅謙次郎—和仏法律学校の支柱」法政大学史資料委員会編『法律学の夜明けと法政大学』(法政大学、一九九三年)三二—八頁以下参照。同三一—九頁には、ヴェルメイユ賞受賞の新聞記事の写真が掲載されている。
- (14) Vgl. Burkhard, Centralblatt für Rechtswissenschaft, Bd.10 (1891), Heft 6, S.207f. これについては、岡「明治民法と梅謙次郎」法学志林八八巻四号(一九九一年)三四頁注(8)参照。
- (15) 聴講した科目等については、岡・前注(14)四六頁注(12)参照。
- (16) ただし、蔵書の一部は現在も東大法学部研究室図書室に残っている。岡「日本民法典の編纂」法曹時報五一巻四号(一九九九年)四頁参照。
- (17) 目録作成の経緯、目録編成方針と梅文書の範囲、法政大学が梅文書を所蔵するに至った経緯については、同書冒頭の岡「解題」v頁以下参照。