

災害により賃貸建物が滅失した場合の 「敷引特約」の適用の可否

田中嗣久

目次

- 一、はじめに
- 二、敷引特約の適用の可否について
 - 1、肯定説
 - 2、否定説
 - 3、個別的性質決定説
- 三、天災事変時における敷金全額返還もしくは無返還特約について
- 四、私見

一、はじめに

建物の賃貸借契約に際しては、賃借人の債務を担保する等の理由から、賃借人が賃貸人に敷金（保証金）を交付することが、関東、関西を問わず、全国的に行われている。

この場合関西では、敷金のうちの一定金額（または一定割合）を返還しない旨の特約、たとえば、「本件建物の明渡しに際しては敷金の二割引きした金額を返還する」といった特約がなされることが多い。これが「敷引特約」である。

敷引特約については、賃貸借契約に付随する契約であり、賃貸借契約そのものではないから、借地借家法の強行規定の適用はなく、公序良俗や権利の濫用、信義則等の一般法理による制約を受けない限り、原則として有効であると解されている。⁽¹⁾

ところで、未曾有の大災害をもたらした阪神大震災により阪神地区においては二〇万戸を超える建物が被災し、結果として、多くの賃貸借契約が終了したが、このような災害により建物が滅失し賃貸借契約が終了した場合にも敷引特約が適用され、賃貸人は敷金のうち一定金額（または一定割合）を返還しないことできるかが問題になった。なぜなら、敷引特約は、通常、解約の申し入れあるいは期間の満了により賃貸借契約が終了することを想定しての特約であり、災害で建物が滅失したことによる賃貸借契約の終了までも想定したものではなかったからである。

この問題は、最終的には、両当事者の不可抗力によって生じた損害をどのように配分するのが妥当かつ公平かという点に帰結するものと考えられるが、敷引特約と並列して締結されることが多い天災事変時における敷金の無返還もしくは返還の特約（天災事変によって建物賃貸借契約が終了したときは敷金を全額返還する旨の特約、もしくは全額返還しない旨の特約）との関係も問題を複雑化している。

そこで本稿では、これまで裁判例に登場した事案の検討を通じ、災害により賃貸建物が滅失した場合における敷引特約の適用可否の問題を、天災事変時における敷金無返還（返還）特約の有効性の問題と絡め、検討してみたいと考

える。

一、敷引特約の適用の可否について

1、肯定説

災害により建物が滅失し賃貸借契約が終了した場合にも敷引特約の適用を肯定する考え方は、敷引部分を権利金や礼金そのものと捉えるか、⁽³⁾あるいは、礼金・低額賃料の代償・修繕費・空室損料等様々な性質が渾然一体となったものであり、修繕や空室損料としては敷引がなくても、礼金としての意味からは返還が不要であるとして、いずれにせよ、礼金もしくは権利金の性質を強調することで敷引特約の適用の可能性を肯定する。⁽⁴⁾

裁判例では、神戸地判平成七年八月八日（判時一五四二号九七頁、後述の「表」の②）…マンションの賃貸借契約をするに当たり、賃借人が賃貸借終了の際には三〇万円を控除して残金を返還する旨の、また、天災地変によって賃貸借契約が終了したときは保証金全額を返還する旨の特約をして保証金一〇〇万円を交付されたが、その七か月後に発生した阪神大震災により建物が滅失し、賃貸借契約が終了したとして、賃借人が保証金の全額を返還請求した事案）が、「神戸市をはじめとする広い地域において、慣習として、賃借権の譲渡及び転貸借の禁止されている居住用建物の賃貸借契約の中で、月額賃料の一〇倍を超える敷金又は保証金の授受が行われることが多いこと、右敷金又は保証金は無利息で貸主が預かるとされていること、この場合、契約更新にあたっては更新料の授受は行われないこと、賃貸借契約終了の時に、未払賃料等借主の貸主に対する債務を控除する他に、当然に、右敷金又は保証金の三割前後の

金員を控除すると定められることが多い」として被災地における敷金の授受の慣行ならびに敷引特約の存在を認定した上で、敷引される金額については、「賃貸借契約成立の謝礼、賃料を相対的に低額にすることの代償、契約更新時の更新料、借主の通常の使用に伴う建物の修繕に要する費用、空室損料等、さまざまな性質を有するものが渾然一体になったもの」との前提にたち、公序良俗違反等の特段の事情がない限り、敷引特約の合理性を認めて有効とする考え方を示した（大阪高判平成九年五月七日（後述の「表」⑧の控訴審）も同様の考え方を示す⁽⁵⁾）。

また、大阪地判平成七年一〇月二五日（判時一五五九号九四頁、後述の「表」の⑤：マンションの賃貸借契約をするに当たり、賃貸借契約が終了して建物明渡し完了し債務を完済したときは二割差し引いて保証金を返還する旨の、また、天災地変によって賃貸借契約が終了したときは保証金全額を返還しない旨の特約をして保証金二五〇万円が借人から賃貸人に交付されたが、その一二年後に発生した阪神大震災により建物が滅失し、賃貸借契約が終了したとして、借人が保証金の全額を返還請求した事案）も、保証金の性質について、本件賃貸借契約によれば、契約が終了して借人が本件建物部分の明渡しを完了し、同契約に基づく負担債務を完済したときは、二割を差し引いて保証金を返還すると記載され、本件建物部分の賃借権の譲渡、転貸が禁止されているという事実から、「本件保証金は、借人に債務不履行がないことを停止条件として賃借人が返還債務を負う金銭所有権の移転であるいわゆる敷金と同じ性質」のものであるとした上で、敷引特約の有効性について、敷引きの目的は「少なくとも本件建物の通常の損傷修繕費として予定」されたものであり、「右敷引き予定の二割部分は、既に修繕費として使用された」可能性も否定できないこと、さらには、二割の金額は「賃料の二・五か月分に相当」するから、賃借人が修繕を行ったか否か、修繕の日時、内容、金額を賃借人に説明する必要はなく、単純に賃貸人が二割を控除して残余を賃借人に返還することを

合意していたものであり、その実質的性質は「いわゆる礼金」であることを理由に、本件敷引特約を有効と判断している。

2、否定説

一方、敷引特約の適用の否定説は、敷引部分に関する礼金性もしくは権利金性を認めず、入居者の入れ替えに伴う修復のための費用、賃借人の債務不履行の担保、空室損料であると捉え、建物が滅失した場合はこのような費用が発生しないので、敷引特約の適用を否定するものである。⁽⁶⁾

大阪地判平成七年二月二七日（判時一五四二号一〇四頁、後述の「表」の①：共同住宅の賃貸借契約をするに当たり、賃貸借契約が終了して建物明渡しが完了し債務を完済したときは一定金額差し引いて敷金を返還する旨の、また、天災地変によって賃貸借契約が終了したときは敷金全額を返還しない旨の特約をして敷金が交付されたが、その後発生した火災により建物が滅失し、賃貸借契約が終了したとして、賃借人が敷金の全額を返還請求した事案）は、敷引特約の有効性について、「賃借人の債務不履行の担保という敷金の性質からすれば、契約当事者間の合理的意思としては、各敷引の金額は、延滞賃料等賃借人の債務不履行による損害や家屋の賃貸に伴う損傷に関する修繕費用といった賃貸人に生じたであろう損害等をあらかじめ概括的に算定したものと認めることができ」、本件の場合、賃借人に延滞賃料や他の債務不履行はないから、敷引特約の適用はないものとした。

また、神戸地尼崎支判平成八年六月二八日（判タ九二九号二一七頁、後述の「表」の⑥：マンションの賃貸借契約をするに当たり、賃貸借契約が終了して建物明渡し完了し債務を完済したときは二割差し引いて保証金を返還する旨の特約をして保証金一〇〇万円〜二〇〇万円が賃借人から賃貸人に交付されたが、その後発生した阪神大震災に

より建物が滅失し、賃貸借契約が終了したとして、賃借人が保証金の全額を返還請求した事案)も、敷引特約の有効性について、一般に保証金は、「もっぱら、賃借人の滞納する賃料や賃貸借契約終了後明渡しまでの賃料相当額をてん補する目的をもつてなされるものと解される」が、本件保証金についても、「賃料のおおむね一〇倍程度」であり、また、「本件賃貸借契約においては賃貸借契約が存続している間には、賃借人からの保証金返還請求権と滞納賃料との相殺を禁止する旨の条項があり、これは、賃貸借契約終了時における保証金の実質的なたん補の右の目的を阻害しないために設けられたものとも解されるから、これに反する事情も認められない本件においては、いずれも、滞納賃料及び賃料相当損害金のでん補を予定して授受されたものと認められる」とし、「このような保証金の敷引については、従前の賃借人が退去した後の内装等の補修費用や新規賃借人の募集に伴う費用やいわゆる空室損料をてん補する目的でなされるのが通常であり、一般的には、その効力を認めるのが相当である」から、目的物が滅失したときは敷引特約を適用する実質的根拠を失い敷引きはできないと判示した(⑥の控訴審である大阪高判平成九年一月二十九日(判タ九五四号一六五頁、後述の「表」の⑦)も同様の結論を示す)。

そして、最一判平成一〇年九月三日(判時一六五三号九六頁、後述の「表」の⑧)も、賃貸借終了の際には二割(二〇万円)を控除して残金を返還する旨の特約をして保証金一〇〇万円を交付して一戸建を賃借した賃借人が、その一八年後に発生した阪神大震災により建物が滅失し、賃貸借契約が終了したとして、保証金の全額を返還請求した事案について、敷引特約の有効性について、「いわゆる礼金として合意された場合のように当事者間に明確な合意が存する場合とは別として、一般に、賃貸借契約が火災、震災、風水害その他の災害により当事者が予期していない時期に終了した場合についてまで敷引金を返還しないとの合意が成立していたとすることはできないが、他に敷引金の不返還

を相当とするに足りる特段の事情がない限り、これを賃貸人に返還すべきものである」と判示した。

賃貸人が立証責任を負うべきであるのにその立証がないことを理由に敷引きの効力を否定した神戸簡判平成七年八月九日（判時一五四二号一〇一頁、後述の「表」の③）も、同様の立場といえるであろう。これは、賃借人の都合による解約申入れをしたときは二八%差し引いて保証金を返還する旨の特約をして敷金三〇〇万円を交付し、雑居テナントビル（飲食店舗）を賃借していたが、賃借した一二年後に発生した阪神大震災により建物が滅失し、賃貸借契約が終了したとして、賃借人が敷金の全額を返還請求した事案である。敷引は退去の際の建物の内装等の補修費用や退去後の新規賃借人の募集やいわゆる空室損料を填補する目的でなされたものだとする賃借人の主張については、「本件賃貸借物件は填補用であつて、一般の居住用建物の賃貸借と異なり、賃借人が自己の気に入るように造作を施して入居し、退去の際は賃借人が原状回復をして明け渡すものと認められ、退去の際の内装等の補修費用は問題とならない」と判示する一方、賃貸人が、本件賃貸借ビル二階はいわゆる雑居テナントビルの中で飲食店・スナック等が複数入居する部分であるという通常の居住用建物賃貸借とは異なった性格から、賃貸借契約期間中に、その維持管理に関して、不定期に生じる賃料に組み入れられない必要諸経費に充当するため敷引がなされるのであるから、敷引金額は賃貸借契約締結時に当事者間で当然控除されたものと主張に対しては、「これらの費用については、不定期とはいえ、ビル賃貸借に関してはその発生が、ある程度予想される性質のものであつて、家賃・管理費等の形で賃借人に負担を求めることが通常である」こと、また、そうであるなら「賃貸借期間が長期間になればなるほど額が大きくなるはず」であるし「期間を決めて敷引分を償却して新たに差し入れることが約されるべき」であるが、本件賃貸借契約にはそのようなことがなされていないこと、さらに、本件賃貸借契約書には賃料には共益費が含まれている旨の

条項があること等からして、これらの費用を賃借人に負担させる趣旨であると考えざるべきではないとして賃借人の主張も取り上げず、結果として、立証責任のある賃貸人が立証をしていないとして敷引の効力を否定した。

3、個別的性質決定説

その他、事例ごとに敷引特約の性質を認定し、補修費・空室損料としての性質を有すると認定されれば震災により家屋が滅失したときは敷引する理由が存在しないとして敷引特約の適用を否定し、礼金・権利金としての性質を有すると認定されれば肯定の立場をとる考え方（個別的性質決定説）も存在する。⁽⁷⁾

二、天災事変時における敷金全額返還もしくは無返還特約について

建物の賃貸借契約において敷金が授受される場合は、敷引特約のほか、天災事変によって建物賃貸借契約が終了したときは敷金を全額返還する旨の特約、もしくは全額返還しない旨の特約が締結されることが多い。

1、全額返還特約

前掲②は、賃貸借契約終了にあたっては、保証金一〇〇万円のうち三〇万円を控除して残金七〇万円を返還する旨の敷引特約の約定とともに、天災地変によって賃貸借契約が終了したときは、保証金全額を返還する旨の約定が存在する事案であったが、本件賃貸借契約は、建物の滅失により当然に終了したのではなく賃借人からの解約申入れにより終了したものととして敷引特約の適用を肯定している。

また、②の控訴審である大阪高判平成七年十二月二〇日（判時一五六七号一〇四頁、後述の「表」の④）：賃貸借契

約書の四条二項には、「賃貸借契約が終了し、借主が目的物件を明け渡し、借主が契約上の債務の履行を完了した後、一か月以内に、保証金一〇〇万円から退去時控除額三〇万円を差し引いた残額を返還する」旨の、また、一二条二項には、「貸主は借主に対して保証金全額を返還するが、借主に債務不履行があるときは、その損害額を保証金から控除することができる」旨が定められていた。は、「本件居室は阪神・淡路大震災により損壊し賃貸借契約は終了したから、同契約一二条二項により…他に債務不履行により控除される金額がない限り、保証金全額である一〇〇万円の返還請求権を取得したことになる」として、全額返還特約の有効性を認定した（なお、敷引特約についての判断は避けている。）。

2、全額無返還特約

一方⑤は、天災、事変その他非常の際により賃貸室が使用できなくなったときは、この契約は当然終了し、賃貸人は保証金を賃借人に返還しなくてもよい旨の特約が存在する事案であったが、以下のような理由でその合理性を否定し無効と結論づけた。⁽⁸⁾

(1) 予期できない地震のような天災によって建物の使用ができなくなり、一時に多数の賃借人から保証金の返還を求められることにより、賃借人が保証金の返還に応じることが困難になる場合もありうるが、それは、あくまでも賃借人の与かり知らぬ賃貸人側の事情に過ぎないこと。

(2) 賃借人保護のため片面的強行法性を定めた借家法六条の趣旨、本件賃貸借契約の期間が二年毎に更新され、保証金額が賃料の一二・五か月分(約一年分)に相当することを考え合わせると、このような特約では実質的には高額賃料となり賃借人の受ける不利益が賃貸人の受ける不利益に比べてあまりに大きく、賃借人がこれらの目的や結果を

説

認識して特約したとはいい難いこと。

また、①も、天災、事変その他非常の際により賃貸室が使用できなくなったときは、この契約は当然終了し、賃借人は保証金を賃借人に返還しなくてもよい旨の特約が存在したが、以下のような理由で単なる例文であり無効とした。

論

(1) 不動文字として印刷され、しかも、賃借人側でかねて作成印刷したものであること。

(2) 一般的に賃借人は賃借人に比べ経済的に優位な力関係にあり、賃借人は賃貸借契約書中に自己に不利な条項が記載されていても賃借人にこれを訂正するよう要求するのが難しいこと。

(3) 敷金は、元来、賃貸借契約が終了した場合に賃借人の延滞した賃料や賃料相当金額その他賃借人が故意または過失により賃借物を毀損して賃借人に損害を被らせた場合の損害賠償義務の支払いを担保するものであって、それ以外の賃借人の被った損害を填補するものではないこと。

(4) 賃貸借物件が、天災・地震や原因不明の火災等賃借人の責に帰すべからざる事由により滅失し、そのため賃借人が損害を被ったとしても、賃借人に何ら法律上の賠償義務はないこと。

(5) 実質的に法律上何らの責任もない賃借人の損失において、賃借人の被った損害の填補を図ることになり、経済的に大きな損害を受けた賃借人にとって著しく過酷な結果になること。

(6) 一般に賃借人は賃貸借物件である建物については火災保険により損害を填補することができるが、賃借人がそのような保険に入っていることは希であること。

なお、⑦も、⑤あるいは①判決と同様の理由から、賃借人に帰責事由のない震災のような場合においては、合理的解釈として適用がないものとしている。

災害により賃貸建物が滅失した場合の「敷引特約」の適用の可否

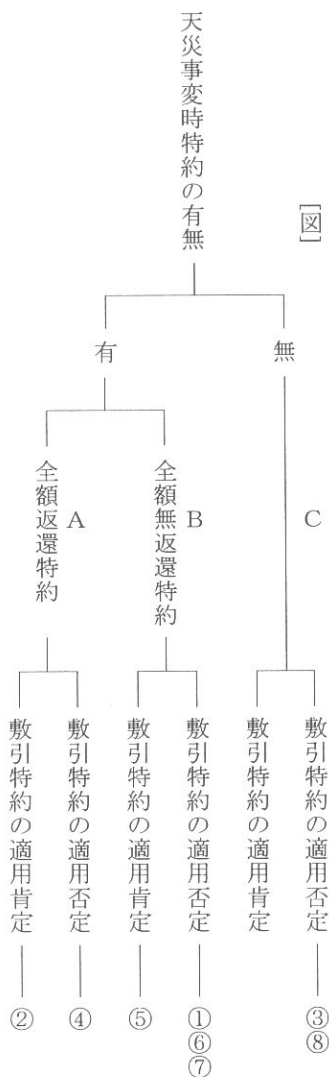
〔表〕

		内 容			結論とその根拠	
		減失までの期間	建物の種類	対賃料費	敷引特約の割合	天災事変時特約と有効無効
①大阪地判 H七・二・二七	二ヵ月 二九年	賃貸共同住宅	五〇九 ヵ月	約五〇%	全額無返還特約 ↓例文、無効	否定説
②神戸地判 H七・八・八	七ヵ月	賃貸マンション の居室	一二・五 ヵ月	三〇%	全額返還特約 ↓解約申入で消滅ゆえ適用なし	肯定説。ただし、そもそも建物非滅失
③神戸簡判 H七・八・九	一二年	雑居テナントビル の一部の飲食店舗	?	二八%	なし	否定説
④大阪高判 H七・一一・二〇 (②の控訴審)	七ヵ月	賃貸マンション の居室	一二・五 ヵ月	三〇%	全額返還特約 ↓有効	否定説。ただし、敷引特約の効力自体の判断はなし
⑤大阪地判 H七・一〇・二五	一二年	賃貸マンション の居室	一二・五 ヵ月	二〇%	全額無返還特約 ↓不合理、無効	肯定説
⑥神戸地尼崎支判 H八・六・二八	約九年	賃貸マンション の居室	一一〇 一六 ヵ月	二〇%	全額無返還特約 ↓判断なし	否定説
⑦大阪高判 H九・一・二九 (⑥の控訴審)	右同	右同	右同	右同	全額無返還特約 ↓本件には適用なし	否定説
⑧最一判 H一〇・九・三	一八年	一戸建借家	一八ヵ月	二〇%	なし	否定説

四、私見

⑧の最高裁判決により、今後は、災害により賃借家屋が滅失し賃貸借契約が終了した場合に、敷引特約は原則として適用されないことになるであろうと予想される⁽⁹⁾。

しかし、天災事変時における敷金の返還については、敷引特約と天災事変時特約（天災事変時に敷金の全額返還もしくは無返還の特約）は返還すべき額において差があるに過ぎない（つまり、二〇～三〇％の返還か、全額の返還もしくは無返還かということ）とも考えられるので、敷引特約の適用の可否は、天災事変時特約と無関係に論じられるものではなく、両者の関係を総合して捉え、当事者の合理的意思を決定する必要がある（[図]参照）。



結局のところ、この問題は賃貸建物をめぐる賃借人と賃貸人の利害の合理的調整の問題に帰すべきものと考えられるが、そこには、真の意味における弱者保護と契約文言の尊重の精神からの合目的な判断が必要とされる。

とするならば、敷金全額返還の天災事変時特約が存在する場合（A）については、全額返還は賃貸人に不利な内容であるにもかかわらず、あえてそのような契約書を用意する以上（契約書は、賃貸人が用意するのが通常である。）、その内容は賃貸人の真意に基づいたものとみることが可能であり、敷引特約のさらに特約と捉え、敷引特約は適用されないものと断定することに比較的問題は少ない（従って、相反する②と④を比較した場合、④の結論が妥当である。）。

それに対し、敷金全額無返還の天災事変時特約（B）の有効性に関しては、①、⑤、⑦判決のように、さまざまな問題点が指摘され得る（三参照）。

たしかに、⑤のように賃貸借契約の期間が二年毎に更新され保証金額が賃料の一二・五か月分約一年分）に相当するケースでこのような特約を肯定すると、実質的には高額賃料となり賃借人の受ける不利益が賃貸人の受ける不利益に比べてあまりに大きくなるし（⑤の（2））、また、①のように不動文字として印刷され、しかも、賃貸人側でかねて作成印刷したものであること（①の（1））等から判断するならば、天災事変時における敷金全額無返還特約自体の有効性は認め難い⁽¹⁰⁾。

しかし、⑤が、「予期できない地震のような天災によって建物の使用ができなくなり、一時に多数の賃借人から保証金の返還を求められることにより、賃借人が保証金の返還に応じることが困難になる場合もありうるが、それは、あくまでも賃借人の与かり知らぬ賃貸人側の事情に過ぎない」とする点（⑤の（1））や、①が、「敷金は、二元来、

賃貸借契約が終了した場合に賃借人の延滞した賃料や賃料相当金額その他賃借人が故意または過失により賃借物を毀損して賃借人に損害を被らせた場合の損害賠償義務の支払いを担保するものであって、それ以外の賃借人の被った損害を填補するものではない」(①の(3))、「賃貸借物件が、天災・地震や原因不明の火災等賃借人の責に帰すべからざる事由により滅失し、そのため賃借人が損害を被ったとしても、賃借人に何ら法律上の賠償義務はない」(①の(4))、「実質的に法律上何らの責任もない賃借人の損失において、賃貸人の被った損害の填補を図ることになり、経済的に大きな損害を受けた賃借人にとって著しく過酷な結果になる」などとする点(①の(5))に関しては、賃借人と賃借人の両方の責めに帰すべからざる事由によつて生じた損害の公平なる分担という観点からすると疑問なしとしない。

また、一般的に賃借人は賃借人に比べ経済的に優位な力関係にあり、賃借人は賃貸借契約書中に自己に不利な条項が記載されていても賃借人にこれを訂正するよう要求するのが難しいとの点(①の(2))に関しても、バブル期ならいざ知らず、地価が下落し宅建業者が在庫賃貸物件を数多く抱えている現状においては、必ずしも当を得たものとは言えない。

私は、敷金全額無返還の天災事変時特約自体の有効性は認められないにしても、「無効行為の転換」理論の考え方で、この特約により敷金の性質に礼金あるいは権利金としての性質が加味されたと考え、少なくとも敷金全額無返還の天災事変時特約が併存する場合は、原則として、敷引特約の適用を肯定することが妥当ではないかと考える。

天災事変時においては、敷金から賃借人の損失を手当しようとする両当事者の意思が特約において確認されている以上、全額での手当は認め得ないとしても、それ自体の合理性は認定されている敷引特約の割合の範囲内であるなら

ば、敷引を認めることが合理的だと思われるからである（その点からして、⑤判決は妥当であるが①⑥⑦の結論には問題があるように思われる。）。

さらに進めて言うならば、敷金返還に関する天災事変時特約が存在しない場合（C）であっても、裁判例はすべて敷引特約の適用否定事例であるが（③、⑧）、決して適用否定の結論に結びつく必然性が存在するものではない。

この問題は、両当事者の責めに帰すべからざる事由により生じた損害を、賃貸人と賃借人のいずれの負担とするのが公平かつ妥当かの問題、言いかえれば、賃貸人と賃借人のいずれが保護に値するかの問題である。そして、従来は、「賃借人⇨経済的弱者、賃貸人⇨経済的強者」の公式の下、とかく賃借人保護の結論が多勢を占めていたように思われるが（最高裁の⑧判決を筆頭に、多くの判決が否定の結論を下しているところからもそれは歴然としている。）、定期借地権や定期借家権の創設にみられるごとく、「賃借人⇨経済的弱者、賃貸人⇨経済的強者」と安易に断定することには反省が迫られ、行き過ぎた賃借人擁護の姿勢には軌道修正が施されつつある。本問を考えるに当たっても、賃借人保護という先入観念にとられ過ぎることなく、客観的に賃貸人と賃借人という対等の二当事者において、いずれを保護することが真の意味における公平かつ妥当な結論になるのかの冷静な判断が要求されている。

少なくとも中小ビルのオーナーに関して言うならば、彼らは常に経済的強者ではなく、当該建物を唯一の財産として生計を立てている者も多々あり、地震保険に加入していたケース等は別として、建物の滅失は甚大なダメージをもたらしている。一方、賃借人は、不本意とはいえ、敷引を当初より覚悟して敷金を交付し契約関係に入った者である。

「表」からも判るように、敷引額は、年間賃料の二〇%から三〇%であるが、借手市場の現状における賃借人と天災事変で建物を失った賃貸人の関係を検討するなら、敷引特約に基づき賃借人にその程度の負担を認めても、必ずし

も不公平な選択とは決め付けられないであろう。

敷引特約下における賃貸人は、当初から敷引部分に関しては、建設資金償還等への充當を予定しているケースも多く、この期待を裏切り、全賃借人の敷引部分の償還を突然迫ることは予期せぬ過酷な負担を強いることになる反面、敷引特約により敷引部分を当初から諦めていた賃借人にとっては意外な利益を付与する結果にもなる。

たしかに、敷引特約時には、阪神大震災のような大災害を想定していたものとは考えにくい。敷引部分を端的に礼金もしくは権利金と考え、その額が、実質上賃料を不当に高額なものとするのでない限り、敷引特約の適用を肯定するのが契約の文言に忠実な解釈である。

一方、事例ごとに敷引特約の性質を認定し、補修費・空室損料としての性質を有すると認定されれば震災により家屋が滅失したときは敷引する理由が存在しないとして敷引特約の適用を否定し、礼金としての性質を有すると認定されれば肯定の立場をとる個別的性質決定説は、一見合理的なようにも思われる。しかし、当該敷引部分が、礼金か空室損料のいずれに該当するかは判断は容易にしようるものではなく、個別的性質決定説では、結果の公平性に関する疑問を払拭しえない。

判例事案に出てくるような年間賃料の二〇％～三〇％程度の敷引特約については、天災事変時における敷金全額返還特約がない限り、災害による建物滅失に伴う賃貸借契約終了の場合にもその適用は肯定されるとの統一的理解を示し、曖昧模糊とした敷引特約の明確化を図ることが、敷金をめぐる紛争解決に必要なものと思われる。

- (1) 升田純「居住用の賃貸建物が災害により滅失し、賃貸借契約が終了した場合において敷金の一部を返還しない旨の特約（いわゆる敷引特約）が適用されるか」NBL六六九号五六頁、池田浩一『現代契約法』「敷金・保証金・権利金」二一八頁、半田信「震災と借地借家人の保護」民商一一二巻四一五号一〇九頁。なお、裁判例においても敷引特約の有効性を否定したものは存在しない。
- (2) 借家建物が滅失した場合は、借家関係は消滅するものと解されている（最三判昭和三二年二月三日民集一一巻一三号二〇一八頁、最一判昭和四二年六月二日民集二二巻六号一四六八頁、最二判昭和四三年二月二〇日民集二二巻一三号三〇三三頁等）
- (3) 零細な賃貸人の場合は、契約時賃借人から預かった敷金を建物の建築費用の返済に費消している場合が多く、敷金を返済しても次の賃借人からまた預かることができるから、それを回していけばよいと考え使ってしまったのが通常であるため、天災で滅失したときに何人もの賃借人から一時に敷金の返還を請求されると準備することができないとされる（国府泰道「借地借家の法律問題」法セ一五頁参照）。
- (4) 中本敏嗣「震災関係調停・罹災都市借地借家臨時処理法による訴訟事件の実状と問題点」判タ八七九号九頁、田原睦夫「判批」判例リマークス一五号五六頁等参照
- (5) なお、②は大阪高判平成九年二月二〇日（⑦：判時一五六七号一〇四頁）の原審であるが、⑦とは逆に、建物滅失の有無に関して、「賃貸借契約の目的物たる建物が滅失したときは、当該建物の賃貸借契約は当然終了する」が、「物が滅失したかどうかの判断」にあたっては、物理的に滅失した場合だけではなく、社会的・経済的に建物全体がその効用を失った場合も含み、その判断には物理的に建物の主要な部分が消失したかどうかだけではなく、消失した部分の修復が通常の費用では不可能と認められるかどうかも考慮して決せられるべきものと解されている（最三判昭和三二年一月二三日、最一判昭和三二年一月二三日、最二判昭和四三年二月二〇日）とし、本件の場合、「建物の主要な部分は、一階の躯体部分

の一部を除いて消失」してないこと、「消失部分の修復も、建物全体を取壊す費用及び建物全体を建て替える費用とを比較した場合、通常の費用で可能と認められる」ことを理由に建物の滅失を否定している。

(6) 注(3) 国府・一四頁参照

(7) 判時一六五三号九八頁参照

(8) この点に関しては、大阪地判明四三(レ)一七三号は、このような特約を有効と解したが、大阪地判明四五(ワ)八〇号は、賃貸借契約中に借家人の故意過失による損害賠償規定が存在することその他を援用して、借家人に責任がある場合以外は無効としている。学説も、無留保に有効説をとるものはなく、賃借人保護の観点から当然無効と解する立場が現時の有力説とされる(判時八八四号八八頁)。

(9) 判時一六五三号九八頁参照

(10) なお、東京地判昭和五〇年一月二十九日は、「右不返還特約は、一定の時期以前に賃貸人側の帰責事実によらず賃借人の都合で賃貸借契約が解約された場合に生ずべき賃貸人の損害を担保するとともに、その損害額を敷金から控除した残額を没収する旨の一種の損害賠償の予定であると解せられ、そしてさらに、本件賃貸借の約定期間が一〇年であるのに対し、右特約の効力を有する期間が賃借人において本件建物を使用収益しうる時から三年に限られていること、その期間中の解約によって賃借人が失うであろう敷金額が賃料の六か月分に該当し不当に高額とは必ずしもいえないこと等の事情も加えて考えると、右特約が借家法六条に直接違反しないことはむしろのこと実質的にも反しないし、また借家法の精神に反するともいまだ解することはできない」として敷金を返還しない旨の特約を有効とし、敷金の返還を否定した(判時七八五号八九頁)。