

# 借家権の相続

——「終身借家権」の可能性をめぐる——

草野元己

## 目次

- I 序論——問題の提起——
- II 借家権の相続性に関する従来の議論及び立法論
  - 一 相続性を肯定する根拠
  - 二 相続人への借家権の承継を否定する判例・学説・改正案
- III 借家権の相続性を否定する解釈の可能性に関する検討
  - 一 はじめに
  - 二 民法八九六条との関連
  - 三 高齢者居住安定確保法との関連
  - 四 終身借家契約（不確定期限付借家契約）と借地借家法との関係
- IV 結び——終身借家権確立のために——
  - 一 高齢者居住安定確保法の類推
  - 二 介護サービス等が付随する場合

## I 序論——問題の提起——

一 一般に、人間の生活は衣・食・住に分けられるとされるが、われわれが生活を送る上で住環境が重要なことは言うまでもない。近時わが国でもホームレスが大きな社会問題となっているが、住生活の条件が充たされたと見えるためには、通常、われわれは何らかの建物に居住する必要がある。そして、問題となるのは各自が家屋に居住する際の法律関係であるが、その家屋を自分自身が所有していない場合は、家屋の所有者からその家屋を賃借して居住するという場合が多い。

ところで、平成一二年の国勢調査では、六五歳以上の高齢者の単独世帯、及び夫婦の一方もしくは双方が高齢者である夫婦のみの世帯は併せて約七〇〇万九〇〇〇世帯と一般世帯総数の一五・〇パーセントにあたり、人口の高齢化が急速に進展するわが国では、この割合はますます増加すると推測される。また、同じく平成一二年の国勢調査によれば、高齢夫婦世帯（夫六五歳以上、妻六〇歳以上の夫婦のみの世帯）及び高齢単身世帯（六五歳以上の高齢者の単独世帯）の総数約六六六万一〇〇〇世帯のうち、民営の借家に住む世帯は約九二万五〇〇〇世帯で、全体の一三・九パーセントを占めている。<sup>(2)</sup>

このように、高齢者が単独でまたは夫婦だけで家を借りて居住する場合は今後ますます増えていくことが予想されるが、その場合、加齢により身体や精神の衰えの進む高齢者がそれに適した生活を送るためには、高齢者向けの設備あるいはサービスが施された借家が大量に供給されることが望ましいのは論をまたない。そして、この場合、高齢者向けの借家を供給する側の立場から言えば、借家人である高齢者が死亡した場合は借家の返

還を受け、新たに他の高齢者に貸すことを望むのが普通であろう。また、高齢者向けの設備・サービスが付帯した借家の目的から言っても、高齢者以外の者がそこに居住することはあまり好ましいことではない。

ところが、従来の民法・借地借家法の解釈では、借家人の家族を保護する見地から借家権の相続は当然視され、借家人の終身限りの借家契約などというものは、ほとんど顧慮されてこなかったというのが実情である。しかし、高齢者の死亡後その借家権が相続人に相続されるとすれば、右記のような高齢者向けの借家の供給には大きな障害となり、今後の高齢者向け借家の増大もそれほど期待できないことになるであろう。

二(1) 一方、わが国では、高度経済成長が始まった昭和四〇年代頃から、高齢者が入居して食事や日常生活の援助が受けられる有料老人ホーム(老人福祉法一九条参照)が増加してきたが、<sup>(3)</sup>その中でも特に注目を浴びているのが、介護付終身利用型有料老人ホームである。そして、この介護付終身利用型有料老人ホームの入居者が有する権利であるが、従来、この権利は、居住と生活支援・介護がワンセットとなった終身施設利用権であり、借地借家法が適用される住居賃借権とは異なるという解釈が一般に行われていた。<sup>(4)</sup>従って、このような見地からすると、ホーム利用権の相続性の否認も特に問題とすべきことがらではなかったのである。

ところが、平成一二年、介護保険法の施行とともに、どの事業者から介護サービスを受けるかは被保険者が任意に選択できるところとなり、たとえホーム入居者であっても、そのホーム以外の事業者のサービスを利用することが可能となった。そして、このことにより、ホーム入居者の権利について、居住と生活支援・介護が一体不可分となった権利であると説明することが困難となり、有料老人ホームの利用権は、住居賃借権と介護・生活支援給付請求権というそれぞれ独立した権利が並立した複合的な権利であると理解せざるを得なくなっ

た。

また、今日バブル経済の崩壊とともに、有料老人ホームの経営行詰りによる倒産・売却等の報道もしばしば見られるようになったが、その場合、入居者がホームの譲受人に居住を対抗できなければ、入居者は「終の住みか」として購入したホームから泣く泣く退所せざるを得ない事態も生ずることになる。そして、このような事態を防ぐためにはむしろ、老人ホームの利用権を借地借家法が適用される住居賃借権として積極的に認めるほうが望ましいことになろう（借地借家三一条参照<sup>(5)</sup>）。

(2) しかし、以上のように、有料老人ホームの利用権を住居賃借権と介護・生活支援給付請求権というそれぞれ独立した権利の複合体と捉えた場合、やはりここでも大きな問題となるのが、現行借地借家法の下で入居者一代限りの借家権（建物賃借権）は認められるのか、換言すれば、相続性のない借家権は肯定できるのか、という点である。前述のように、借家権の相続性をほとんど疑問の余地のないものと考えてきた従来の議論の流れからいくと、賃借人の死亡によって賃貸借を終了させて相続を否定する終身借家契約については、その適法性の点で疑念を抱かれる可能性が多分にあると言えよう。

三 さて、先述したように、高齢化が進むわが国では、高齢者の居住環境整備のための法制定は焦眉の課題であったところ、平成一三年、「高齢者の居住の安定確保に関する法律」（以下、「高齢者居住安定確保法」と略称する）が制定・施行された。そして、同法五六条・六一条<sup>(6)</sup>は、一定の要件の下、制定法上初めて、明文で終身建物賃貸借を認めただが、これは逆に言えば、同法の要件を充たさない建物賃貸借については、賃借人死亡の場合の相続を肯定する前提に立つものと一応考えられる。

だが、同法が定める要件はかなり厳格なものであり、その要件を充たさない限り終身建物賃貸借が認められないとすれば、公社・公団等によるものならともかく、民間による高齢者向け賃貸住宅の建設は進展せず、また、有料老人ホームの運営にも支障をきたすことになるであろう。

四 以上、高齢者の居住と賃借権の相続性という問題との関係を述べてきたが、上述のところからは、この問題を考えることなしで、今後の高齢者の住生活の安定を図ることは困難であることが示唆されたと思われる。そこで、以下、本稿では、まず第一に、これまでの判例・学説において賃借権の相続性が当然視されたのはなぜかという点から検討を始め、次いで、第二に、高齢者の居住を目的とした建物賃貸借において、賃借権の相続性を否定する解釈は、たとえ高齢者居住安定確保法の要件を充たしていなくても解釈論的に可能か、という方向へ考察を進めていくことにしたい。<sup>(7)</sup>

注

- (1) 因みに、平成一二年の国勢調査における高齢者人口(六五歳以上人口)は約二、二〇四万人で、総人口に占める割合は一七・四パーセントであったのに対し、平成一五年九月一五日現在における高齢者人口は推計で約二、四三一万人、総人口に占める割合は一九・〇パーセントに達し、平成二七年には、高齢者人口約三、二七七万人、二六・〇パーセントの割合になると予想される(総務省統計局ホームページの統計トピックスNo.5「65歳以上人口は過去最高の2431万人―敬老の日―にちなんで―」〔平成15年9月14日〕の1「高齢者人口の現状と将来」〔<http://www.stat.go.jp/data/topics/topics051.htm>〕中、表2「高齢者人口の推移」による)。
- (2) 以上、総務省統計局ホームページの02/9/14付「統計局インフォメーション(No.175)「統計からみた我が国の高齢者―敬

老の日』にちなんで」のⅢ「高齢者の暮らし」(http://www.stat.go.jp/data/topics/info1753.htm) 参照。

(3) シニアライフ情報センター編『終の住まいの探し方』(岩波ブックレットNo.581) 四頁以下(岩波書店、二〇〇二) 参照。

(4) 山口純夫「有料老人ホーム契約——その実態と問題点」判タ六三三三号六五頁(一九八七)、後藤清「有料老人ホームに関する若干の考察」民商一〇四巻四号一頁(一九九二)、篠原みち子「老人ホームの利用関係」稲葉威雄ほか編『新借地借家法講座 第3巻借家編』四四七頁(日本評論社、一九九九)、玉田弘毅「有料老人ホーム入居契約の法的性質と入居者の権利——特に介護付終身利用型有料老人ホームを中心として——」清和法学研究六巻一号二四頁以下(一九九九)等。

(5) なお、借地借家法三一条によって建物賃借人が対抗できるのは、賃借人が建物の引渡しを受けた後で「その建物について物を取得した者」である。よって、有料老人ホームの建物に抵当権が設定され、それが登記された後で入居した者は、その者を建物賃借人と解釈したとしても、抵当権が実行された場合、同条によっては保護されないことになる。しかし、従来は、抵当権の登記後に登記または占有を開始(大判昭一二・七・一〇民集一六巻一二〇九頁参照)した借家人であっても、借家期間が三年以内(民六〇二条三号参照)であったならば、民法三九五条によって、短期賃借人として、抵当権者に対抗することができた。そして、期間の定めのない借家は同条が定める短期賃貸借にあたるというのが判例(最判昭三九・六・一九民集一八巻五号七九五頁)であるから、もし終身利用型有料老人ホームの居住契約の部分を「期間の定めのない借家契約」と解釈することができるならば(後述第Ⅲ節四の(1)参照)、入居者は、当該ホームの抵当権が実行された場合も一定の範囲で保護されえた(契約の時から三年間は解約されない(最判昭四三・九・二七民集二二巻九号二〇七四頁等参照))。

ところが、今回、「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」(平成一五年八月一日法律第一三四号)により、同条は、次のように改められた。

一項 抵当権者ニ対抗スルコトヲ得ザル賃貸借ニ因リ抵当権ノ目的タル建物ノ使用又ハ収益ヲ為ス者ニシテ左ニ掲ゲタルモノ(以下建物使用者ト称ス)ハ其建物ノ競売ノ場合ニ於テ買受人ノ買受ノ時ヨリ六箇月ヲ経過スルマデハ其建物ヲ買受人ニ引渡スコトヲ要セズ

- 一 競売手続ノ開始前ヨリ使用又ハ収益ヲ為ス者
  - 二 強制管理又ハ担保不動産収益執行ノ管理人ガ競売手続ノ開始後ニ為シタル賃貸借ニ因リ使用又ハ収益ヲ為ス者
- (二項略)

すなわち、この改正法によって短期賃貸借の保護は廃止され、抵当権に劣後する借家人は、買受人による競売建物の買受けの時から六ヵ月経過後には、当該借家を引き渡さなければならなくなったわけである。従って、改正法が施行されれば、抵当権付ホームの居住契約を「期間の定めのない賃貸借」と解したとしても、抵当権が実行された場合、借地借家法二七条と同程度の保護しか受けられず、この面では、入居者にはほとんどメリットがないことになった。

だが、ホーム入居者を建物賃借人と構成すれば、入居者は、借地借家法三一条によって、少なくとも通常の売買契約による買主や、入居後のホーム建物に対する一般債権者の差押えには対抗できるのであるから、右記のような改正がなされても、入居者を建物賃借人と解することに全くメリットがなくなるわけではない。

- (6) 両条の条文については、後掲(第III節三の(1))。
- (7) なお、本稿は、二〇〇三年三月一〇日の高齢者居住・介護・生活支援法制研究会での報告を基礎としている。

## II 借家権の相続性に関する従来の議論及び立法論

### 一 相続性を肯定する根拠

明治民法の制定以来、今日まで、借家権の相続性に関する議論をたどると、第二次大戦前は、借家権が相続

されることについて、特にそれほどの議論もなく当然視されていたものと看取される。<sup>(8)</sup>ところが、戦後、非常な住宅難の下で、借家人の相続人以外の同居者の居住を保障する必要性が喫緊の課題となり、借家権の相続性については、これを契機として盛んに議論されるようになってきた。<sup>(9)</sup>

そこで、以下では、最初に、従来の判例・通説がいったいどのような根拠から借家権の相続性を肯定していたか、という点から検討していきたい。

### (1) 借家権の財産権性

第一に、民法八九六条本文は、「相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する」と規定し、財産権が相続の対象であることを認めている。では、借家権はどうであるか。加藤一郎教授等の論述によると、次のようである。

すなわち、借家人は、単なる居住利益のみならず、借家契約終了時には敷金の返還や立退料などを請求できるといふ財産的利益を潜在的に有している。従って、借家契約継続中に借家人が死亡すれば、相続人はこの潜在的利益を承継できる。また、多くの場合、相当の権利金を出さなければ新たに同程度の内容の借家権を取得することができないという点からも、安定した借家を持つことが大きな財産的利益になることは明らかである。<sup>(10)</sup>以上の点を考慮すると、借家権が相続可能な財産権であることは否定しがたいことになる。

### (2) 借家権の譲渡性

第二に、民法八九六条但書は、「但し、被相続人の一身に専属したものは、この限りでない」として、たとえ



財産権であっても、それが一身専属権であるならば相続性が否定されることを認める。従って、もし借家権が一身専属権に含まれるとするならば、相続性を否定することができないわけでもない。

しかし、この点について、判例は、次のように論ずる。すなわち、「賃借権ハ賃貸人ノ承諾ヲ得ルニ於テハ他人ニ譲渡シ得ヘキモノニシテ之ヲ以テ賃借人ノ一身ニ専属セル権利ト謂フヲ得サレハ賃借人ノ死亡ニ因リ其ノ有セシ賃貸借上ノ権利義務ハ場合ニ従ヒ家督相続人又ハ遺産相続人ニ於テ承継スヘキコトハ他ノ権利義務ヲ承継スヘキコトト異ナルコトナシ」(大判大一三・三・一三新聞二二四七号二二頁)、と。また、戦後の判決では、下級審ではあるが、東京高判昭二七・一一・二六下民三卷一一号一六五六頁が次のように述べる。すなわち、「およそ相続人は被相続人の一身に専属したものを除き、相続開始の時から被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継するものであり、家屋の賃借権の如きものも、被相続人の一身に専属するものでないことは明らかであるから、相続人は相続の限定承認若しくは拋棄をなさざる限り、相続に因り賃借権を承継し、賃借人たる地位を取得すべきものと解するを相当とする」と。

要するに、大審院の判例は、賃借権の譲渡性を根拠に一身専属性を否定し、その結果として相続性を肯定するものであり、昭和二七年東京高判も、明文で譲渡性について触れているわけではないが、恐らくは、この大審院の論理に従ったものと考えてよいであろう。また、学説は、譲渡性を根拠に賃借権の財産権性を肯定し、そこからその相続性を認める論理を展開しているが、<sup>(11)</sup>これも賃借権は民法八九六条但書の一身専属権でないことが、暗黙の前提にされていると思われる。

## (3) 使用貸借との対比

第三に、使用貸借との対比が問題となる。すなわち、民法五九九条は「使用貸借ハ借主ノ死亡ニ因リテ其効力ヲ失フ」と定め、使用借権の相続性を明確に否定している。一方、民法六一六条・六二二条は、使用貸借の条文のうち、民法五九四条一項・五九七条一項・五九八条・六〇〇条が賃貸借に準用されることを規定しているが、五九九条については、賃貸借に準用する規定がない。従って、この五九九条を反対解釈すれば、賃借権については原則として相続性が肯定されることになる。

そこで、その実質的根拠について、ここで民法起草者の見解を探ってみると、まず五九九条の起草担当者と考えられる富井政章博士は、同条の趣旨について、法典調査会において、次のように述べる。すなわち、「使用貸借ヲ為ス当事者ノ目的ハ相手方ニ対シテ何カ特別ノ事情ガアツテ貸スノデアリマス其相続人ニマデ権利ガ及ブト云フ意思ハ先ヅ通常ナイモノト思ヒマス<sup>(12)</sup>」。と。また、同じく起草委員である梅謙次郎博士は、その著書『民法要義卷之三』において、「使用貸借ハ常ニ無償ニシテ特ニ借主一身ノ利益ノ為メニ之ヲ為スモノトセサルヘカラス<sup>(13)</sup>」、と論ずる。以上を要するに、起草者らの説明によると、使用貸借は特に借主個人の利益を凶る必要があるという何か特別の関係がある場合に無償でなされるものであるという理由から、使用借権の相続性を否定する五九九条が設けられた、というのである。とすれば、賃貸借の場合は通常そのような特殊な事情はないわけであるから、賃借権の相続性が肯定されるのは当然ということになるであろう。<sup>(14)</sup>

## (4) 借地借家法三六条

最後に、借地借家法三六条(旧借家法七条ノ二)があげられる。すなわち、同条一項本文は、「居住の用に供す

る建物の賃借人が相続人なしに死亡した場合において、その当時婚姻又は縁組の届出をしていないが、建物の賃借人と事実上夫婦又は養親子と同様の関係にあった同居者があるときは、その同居者は、建物の賃借人の権利義務を承継する」と規定する<sup>(15)</sup>。この規定は、借家人が死亡した場合の内縁の妻などの居住の保護を目的とするものであるが、同条の文理からも自明のように、同条は、借家人に全く相続人がいなかった場合にその保護を図ろうとするものであり、要するに、借家権が相続人に承継されることが大前提となっているのである<sup>(16)</sup>。

## 二 相続人への借家権の承継を否定する判例・学説・改正案

以上、従来の判例・通説が借家権の相続性を肯定するその論拠を検討してきた。しかし、従来においても、借家権が相続人へ承継されることを否定した判例・学説が全くなかったわけではない。よって、次には、そのような判例・学説を紹介し、さらに、それに加えて、相続性を否定しようとした借家法の改正案についても検討したい。但し、これらの判例・学説や改正案が借家権の相続性を否定しようとしたのは、以下で詳述するうちに、賃借人が死亡した場合における内縁の妻など同居非相続人の居住の利益を保護せんがためであって、検討するにあたっては、この点に留意する必要がある。

### (1) 判例

そこで、最初に、借家権の相続性を否定した判決から紹介すると、下級審の判例として、大阪地判昭二六・一〇・五下民二卷一〇号一一六三頁があり、以下のような判示をしている。

すなわち、「一般に家屋の賃借権は財産権であることは肯定しなければならぬから、被相続人の賃借権は相

続人に於いて相続することも一応肯定しなければならぬ。然し乍ら、住宅用家屋の賃借権については、それが常に相続の客体たり得るか否かは別の考察を加える必要がある。凡そ住宅用家屋の賃借権は賃借人及び之と共同生活をなす者が当該家屋を占有居住し得ることを内容とするものであつて、それはあくまで家屋の現実の利用関係を離れては考えられない権利である。従つて若し賃借人の相続人が相続當時に於て別の家屋に居住し被相続人たる賃借人並にその共同生活者等と生活上何等の関係もなく、当該家屋に同居の必要も利益もなく、又当該家屋の賃借権と一体となつた財産的利益（例えば營業的權益）もないような場合には家屋賃借権は相続の客体とならないものと謂わねばならない」と。要するに、同判決は、住宅用家屋の賃借権は家屋の現実の利用関係を離れては考えられない権利であることを理由に、非同居の相続人には住居賃借権が相続されないといふのである。

ところで、同判決の事案は、死亡した借家人の事実上の妻であつた者に対して賃貸家屋の買主から行われた明渡請求に関するものであるが、判決は、非同居の相続人の借家権の相続を否定するとともに、借家人死亡後における事実上の妻の居住権を肯定し、買主の明渡請求を棄却した。しかし、同判決以外の多くの判決は、借家人死亡後において、内縁の妻等同居非相続人は相続人が承継した借家権を援用できるといふ論理で、これらの者の保護を図つており、<sup>117)</sup>同判決のように、果たして借家権の相続性を否定するまでの必要があつたかについては疑問なしとしない。また、同判決が借家権の相続を否定したのはあくまでも相続人が同居していない場合であつて、相続人が同居している場合は借家権の相続が認められるのであるから、本稿が検討している終身借家権の問題には、あまり資するところのない論理といえよう。

(2) 学説

次に、相続人への借家権の承継を否定する学説としては、以下に述べるように、居住権論と家団論がある。

(a) 居住権論

(イ) 甲斐説

そこで、まず居住権論から検討すると、居住権論の第一にあげられるのは、甲斐道太郎教授の説である。

甲斐教授によれば、居住権とは「居住を継続することを認められるべき法的な地位」を言い、借家人の同居家族は生存権の一種として居住権が認められる、とされる。そして、「内縁の妻等の同居家族は、……その居住が正当性を有する限り、居住権を認められ、居住権の効果として、……相続人に対して借家権の譲渡または転貸を請求し得、相手方はこれを拒みえない（賃貸人も承諾なき譲渡または転貸として解約し得ない）ものと」<sup>(18)</sup>される。

(ロ) 鈴木説

第二に、居住権論を展開する学説としては、鈴木祿弥教授の説があげられる。

すなわち、教授によれば、居住権とは、居住者の生存の基盤たる居住を確保せしめる権利とされる。<sup>(19)</sup>そして、教授は、「借家人死亡に際して、同居者中に相続人がいないとき、すなわち相続人が同居者でないとき、または、相続人が不存在のときは、……同居者は従来合法的にそこに住んでいて、その合法性が借家人の死亡という偶然の事情により失われたのにすぎないのだから、この同居者の居住は保護に値するものと見られ、……かれの居住権の合法性を基礎づける家主との賃貸借関係が、法によって与えられる。この点は明文の規定がないけれ

ども、民法上の賃貸借関係消滅後も借家人の居住権に合法性を与える法定賃貸借関係を創設する趣旨とみられる借家法一条ノ二（現行借地借家法二八条——引用者注）の規定（……）が、類推適用されるべきである<sup>(20)</sup>、と論ずる。また、このように考えると、「相続人に承継された約定賃貸借関係と同居者について発生した法定賃貸借関係との関係が問題となる」が、教授によれば、借家人の相続人に對する家主の賃貸債務は、「家主の責に帰すべからざる原因によって……履行不能となり消滅するものとされる<sup>(21)</sup>」。

#### (イ) 検討

以上、居住権論について紹介してきたが、そのうち甲斐説は、居住権の効果として、相続人から同居非相続人への賃借権の譲渡・転貸を承認するものであり、鈴木説は、法定賃貸借関係の発生による相続人の借家権の消滅を肯定しようとするものである。しかし、ここで注意すべきは、これら居住権論は必ずしも借家権の相続性を否定するものではなく、正確に言えば、非同居相続人の賃借権に對する同居非相続人の居住権の優越を認めるものに過ぎない、という点である。従って、居住権論も、相続性を全面的に否定せんとする終身借家権の問題にとっては、ほとんど益するところのない理論といえよう。

#### (b) 家団論

相続人への借家権の承継を否定する学説として次いであげられるのは、家団論である。よって、以下では、主として、その家団論の代表的見解として古山説を紹介し、その上で、家団論を検討することにした。

#### (イ) 内容

そこで、古山説によって代表される家団論についてであるが、同説によれば、借家においては、賃借人とそ

の家族の生活共同体が借家を占有し、賃貸人もこの生活共同体を念頭において契約を結ぶのであるから、「家屋賃貸借契約の実体は、賃貸人、賃借人間の個人契約の外観を備えるに拘らず、賃貸人と賃借人所属の家団との間に成立するものと解するのが」妥当である、とされる。そして、「このような見解に立てば、契約面に現れる賃借人は単に家団の代表者たる資格を有するに過ぎないものと解し得るのであつて、従つて代表者たる賃借人の死亡は、家団の同一性に変更なきものと認められる限り、賃貸借契約の存続になんらの影響」もなく、「かく考えるとき、家屋賃貸借権はむしろ相続に適しないと断言するも過言ではない」、とされる。<sup>(22)</sup>

なお、星野英一教授は、「家庭共同体が借家権の主体であり、契約名義人はその代表者であるという実体を有するから、それを反映するような解釈をできる限り」すべきであると主張し、この家団論(但し、教授は「家庭共同体説」と言う)に賛成する。<sup>(23)</sup>

#### (ロ) 検討

以上が家団論(ないしは家庭共同体説)の内容であるが、高齢者向けの借家ないしは有料老人ホームについてこの家団論を適用すると、高齢者が単身または夫婦のみで生活共同体、すなわち「家団」をつくっていることとなり、別世帯を構えている子供などはそれらの者の相続人ではあつても、「家団」の一員には入らないことになる。それゆえ、借家の主体は「家団」という共同体であり、借家権は相続に適さないという家団論の論理は、高齢者向け借家等における終身借家権の説明には適合的なものと言えよう。

しかし、現代の法体系の下では、権利・義務の主体は個人か法人であるが、「家団」(「家庭共同体」)はそのどちらにもあたらない。<sup>(24)</sup>なるほど今日の判例・学説は、団体の一類型である「権利能力なき社団」に一種の法主体性を与えているが、この場合は、構成員の財産と切り離された社団固有の責任財産の存在を不可欠とする。<sup>(25)</sup>

ところが、「家団」には家団固有の責任財産などというものは存在しないのであるから、「家団」が権利能力なき社団と同じく団体の一種だとしても、それと同列に論ずることは困難と思われる。<sup>(26)(27)</sup>

### (3) 改正案

さて、前述のように、第二次大戦後、当時の住宅難を背景に、借家人死亡後における内縁の妻等の居住を保護することが大きな課題となったのであるが、この問題を根本的に解決する方法として、これまでに、立法的施策（借家法の改正）が幾度か試みられた。ついては、第II節二の最後に、当時から今日までの間に何度か出された借家法の改正案をたどり、それら改正案と借家権の相続性との関連を検討してみることにする。

#### (a) 昭三四・一二「借地借家法改正要綱試案」

そこで、まず取り上げられるのは、昭和三四年一二月に法務省の借地借家法改正準備会によって公表された「借地借家法改正要綱試案」であるが、要綱の第四十二では、賃借人の死亡による賃貸借の承継について、以下のように規定されている。<sup>(28)</sup>

第四十二 居住の用に供されている建物の賃借人が死亡した場合において、その死亡の当時その建物に賃借人の配偶者又は二親等内の親族（賃借人との内縁によりこれらの者と同様の関係にある者を含む。）が同居していたときは、その同居人（その建物が居住以外の用にも供されているものであるときは、その同居人及び賃借人の相続人。以下「同居人等」という。）は、共同して賃借人の有していた権利義務（死亡前の借賃及び敷金に関する権利義務を含む。）



を承継するものとする。

2 前項の同居人等がないときは、賃貸借は、賃借人死亡のときに消滅し、賃借人の死亡前の借賃及び敷金に関する権利義務は、相続財産に属するものとする。

すなわち、この案は、居住用建物の賃借人が死亡した場合、その賃借権は内縁関係にあった者も含めた一定範囲内の同居人に承継され、そのような同居人がいない場合は消滅するというものであるが、このことは居住用建物の賃借権は相続の対象にはならないということを意味するものであり、この点で、極めて画期的な内容のものと言えよう。<sup>(29)</sup>そして、右記「試案」を叩き台に昭和三五年七月、「借地借家法改正要綱案」がまとめられたが、住居賃借権の承継に関する右第四十二の規定は、同要綱案でもそのまま採用された。<sup>(30)</sup>

#### (b) 借家法七条ノ二

しかし、上述の「借地借家法改正要綱案」は結局のところ、借家法の改正には結びつかず、同法は従来そのまま経過したが、その後、昭和三九年二月、法制審議会で「借地法等の一部を改正する法律案要綱」<sup>(31)</sup>が採択され、これを基に、昭和四一年六月、借家法の改正が行われた（同年七月施行）。そして、居住用建物の賃借人が死亡した場合について、七条ノ二が追加されたが、同条の一項本文は、以下のように規定された。

七条ノ二第一項本文 居住ノ用ニ供スル建物ノ賃借人が相続人ナクシテ死亡シタル場合ニ於テ其ノ当時婚姻又ハ縁組ノ届出ヲ為サザルモ賃借人ト事実上夫婦又ハ養親子ト同様ノ関係ニ在リタル同居者アルトキハ其ノ者ハ賃借人ノ

## 權利義務ヲ承継ス

すなわち、前掲の借地借家法改正要綱試案第四十二が居住用建物の賃借権を相続財産から除外したのに対し、昭和四一年追加の借家法七条ノ二は、居住用建物においても賃借権の相続を否定せず、その前提の下に、相続人不在の場合に限定して、内縁の妻等の同居非相続人の保護を図ったものと言える。従って、同法七条ノ二は、昭和三四年の「改正要綱試案」から見れば、同居非相続人の保護という点でも、また、現実の利用関係に即した処理という点でも、かなり後戻りした内容のものになったと考えられよう。<sup>(32)</sup>

## (c) 平元・三「借地法・借家法改正要綱試案」

右述のように、旧借家法の七条ノ二は、住居賃借権の承継について妥協的態度をとったが、借地法・借家法の改正はその後も検討され、平成元年三月には、法務省民事局参事官室から「借地法・借家法改正要綱試案」が公表された。そして、同試案では、建物賃借権の承継について、次のような規定が提案された。<sup>(33)</sup>

第二部第四一(一)本文 居住の用に供する建物の賃借人が死亡した場合において、賃借人の二親等内の親族(配偶者を含む。以下同じ。)又は届出をしていないが賃借人と事実上二親等内の親族と同様の関係にある者でその死亡の当時その建物に同居していたものがあるときは、その者は、賃借人の権利義務を承継するものとする。

このように、右規定は、昭和三四年の試案とほぼ同じ内容なのであるが、本試案で注目すべきは、以下のよ

うな注記がある点である。

(注一) (一)の承継(同居人による承継——引用者注)がある場合には、相続による承継は行われぬ。(一)の承継がない場合には、通常の相続による承継となる。

そして、この注記に関して、平成元年の試案に添えて公表された『借地法・借家法改正要綱試案』の説明では、以下のような説明がなされている。

試案では、死亡した賃借人に相続人がいる場合に、建物賃借人の権利義務も相続の対象であるとの前提は崩さず、配偶者に限らず一定の同居の親族等に優先的に建物賃借権を承継させる構成が採用されている(第四の1(一)、(注一))。建物賃借人の権利義務を相続の対象から除外しなかつたのは、都市部の借家では立退料が支払われることが期待されているものが多いなど、建物賃借権が財産的価値を有すると認められることがあることを否定しがたい現状において、これを全面的に相続の対象から外すことは適当ではないこと、居住が賃借権に基づく場合ではなく、死者が建物を所有していたことによるものである場合との均衡を欠くことを考慮したからである。<sup>84)</sup>

すなわち、右「説明」を参考に昭和三四年の試案と平成元年の試案とを比較すると、両試案は借家人の同居家族を優先的に保護するという点では共通しているが、同居家族の承継がない場合、昭和三四年試案では借家権の相続が全く否定されているのに対し、平成元年試案では非同居の相続人に相続されるということになり、

この点に大きな差異があるということが明らかとなる。<sup>(85)</sup>従って、借家権の相続性を全面的に否定する昭和三四年試案が終身借家権に極めて親和的であるのに対し、平成元年試案は、借家権も相続財産に包含されるという枠内に留まっていると云わざるを得ない。

しかし、いずれにせよ、「賃借人たる地位の承継自体の経済的価値をも問題とし、これを承継した同居人と承継しなかった相続人との経済的な不均衡を調整するための措置を検討する必要」等の問題があり、<sup>(86)</sup>右平成元年の試案に基づく改正は見合わされた。<sup>(87)</sup>そして、現行借地借家法の制定に際しても、居住用建物の賃貸借の承継に関する三六条は、旧借家法七条ノ二を口語化しただけで、その内容はそのまま引き継がれた。

#### (d) まとめ

以上、第二次大戦後から今日まで、借家権の承継に関して様々な改正試案等が出された経過を概観したが、以上の経過は、借家権の相続性が全く動かしえない原理というわけではなく、立法によれば借家権の相続性を否定することも可能であることを示唆していると言えよう。

しかし、今日まで、そのような改正が実現しなかったということは、逆に言えば、現行借地借家法の下では、どのような場合でも借家権の相続性は認めざるを得ない、というように考えられないわけではない。よって、以下では、さらにこの点を追及していくことにしたい。

#### 注

(8) 加藤一郎「家屋賃借権の相続」古山宏ほか『総合判例研究叢書民法(1)』二〇五頁(有斐閣、一九五六)、甲斐道太郎「借家権

- の相続」甲南論集五卷四号二六頁注(1)(一九五八)、谷口知平「判批」民商四九卷三号九九頁(一九六三)、泉久雄「相続財産」同『総合判例研究叢書民法(26)』二五四頁以下(有斐閣、一九六五)、岡本詔治「借家権の相続」星野英一編集代表『民法講座5契約』三八七頁(有斐閣、一九八五)、谷口知平『久貴忠彦編』新版注釈民法(27)相続(2)』六七頁「右近健男」(有斐閣、一九八九)等参照。
- (9) 甲斐・前掲注(8)二六頁、太田武男『家族法研究——婚約・内縁・離婚・離縁——』六〇頁以下(有斐閣、一九六一)、久留都茂子「賃借権の相続」松坂佐一先生ほか還暦記念『契約法大系III賃貸借・消費貸借』一九〇頁(有斐閣、一九六二)、泉・前掲注(8)二五六頁、高翔龍「借家権の承継(一)」法協九六卷三号六頁(一九七九)、人見康子「借家権の相続」ジュリ増刊『民法の争点I』(法律学の争点シリーズ3-1)二三八頁(一九八五)、岡本・前掲注(8)三八九頁以下、小野幸二「内縁の妻らの居住権」水本浩『田尾桃二編』現代借地借家法講座2借家法』一四三頁(日本評論社、一九八六)、谷口『久貴編』前掲注(8)六七頁「右近」、副田隆重「建物賃借人の死亡・離婚等と同居人の居住の保護」稲葉ほか編『新借地借家法講座第3巻』二二二頁、加藤・前掲注(8)二〇五頁、谷口・前掲注(8)「判批」九九頁、星野「借地・借家法」(法律学全集26)五八一頁(有斐閣、一九六九)等。
- (10) 加藤・前掲注(8)二二五頁以下、岡本・前掲注(8)三八五頁、小野・前掲注(9)一六九頁以下、泉・前掲注(8)二七一頁等。
- (11) 岡本・前掲注(8)三八五頁、加藤・前掲注(8)二二五頁。
- (12) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録四』(日本近代立法資料叢書4)三〇一頁(富井政章委員説明)(商事法務研究会、一九八四)。
- (13) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』六二三頁(有斐閣、大正元年版完全復刻版、一九八四)。
- (14) 岡本・前掲注(8)三八七頁、甲斐・前掲注(8)二六頁注(1)、中川淳「特別同居者の借家権の承継」法時三八卷一〇号四八頁(一九六六)、小野・前掲注(9)一四三頁以下等参照。
- (15) 旧借家法七条ノ二の条文(そのうちの一項本文)については、後の本節二(3)(b)に掲記。同条文と現行借地借家法三六条一項本文とはほぼ同じ内容であるが、その辺のごく簡単な経緯については、本節二(3)(c)参照。

- (16) 「第五一回国会参議院法務委員会會議録第二七号」(昭和四一年六月二三日開催の委員会會議録)一一頁〔稻葉誠一委員と新谷正夫政府委員の質疑〕(<http://kokkai.ndl.go.jp/>より検索)、高・前掲注(9)(四・完)法協一〇一卷八号一〇六頁以下(一九八四)、我妻栄ほか「座談会」借地・借家法改正案要綱をめぐって」ジュリ二九五号二七頁〔我妻発言〕(一九六四)、泉「相続人がいる場合の借家権の承継はどのように構成するのが妥当か。」奥田昌道ほか編『民法学5』一七九頁(有斐閣、一九七六)、岡本・前掲注(8)四一八頁、小野・前掲注(9)一四五頁等参照。
- (17) 最判昭三七・一二・二五民集一六卷一二号二四五頁(事実上の養子に関する事案)、最判昭四二・二・二二民集二一卷一号一五五頁(内縁の妻に関する事案)、最判昭四二・四・二八民集二一卷三号七八〇頁(内縁の夫に関する事案)等。
- (18) 甲斐・前掲注(8)三四頁以下。
- (19) 鈴木祿弥『居住権論〔新版〕』六三頁(有斐閣、一九八一)。
- (20) 鈴木・前掲注(19)七二頁以下。
- (21) 鈴木・前掲注(19)七三頁。
- (22) 古山宏「家屋賃借権の相続について」判タ一号一九頁(一九五〇)、同『最近における借地借家の諸問題』司法研究報告書六輯二号一五頁以下(一九五三)等。同旨——藤井幸「内縁の妻と家屋の賃借権——家屋賃借の特異性——」自由と正義二卷二号一〇頁以下(一九五一)、来栖三郎||高橋康之・判民昭二五年度二七事件評釈(有斐閣、一九六二)。
- (23) 星野・前掲注(9)五九二頁以下。なお、家庭共同体を「いわゆる社会法の領域における居住保護の対象としての法主体」と再構成する説として、高・前掲注(9)(四・完)法協一〇一卷八号一四三頁以下。
- (24) 鈴木・前掲注(19)八六頁、谷口||久貴編・前掲注(8)七〇頁〔右近〕、泉・前掲注(8)二六九頁、岡本・前掲注(8)四〇二頁参照。
- (25) 星野「いわゆる『権利能力なき社団』について」同『民法論集第一卷』二七〇頁以下、二八一頁以下(有斐閣、一九七〇)、同・前掲注(9)五九四頁参照。
- (26) 星野・前掲注(9)五九五頁によれば、「家主も、……賃料債務の実際上の担保として、名義はともあれ家庭共同体用の財産が念頭にあるのではなからうか」とされるが、この文脈のみに従うと、そこでいう「家庭共同体用の財産」とは、構成員の個人財

産から切り離されたものを指しているように取れないわけではない。しかし、すぐその後の括弧書きの中で、日常家事債務に対する配偶者の連帯責任を定めた民法七六一一条が、家庭共同体用の財産が賃料債務の担保になる一つの根拠とされている点を見れば、星野教授自身、構成員個人の財産から分離された「家庭共同体用の財産」の存在を認めているわけではないことが看取される。

そうすると、星野教授の「家庭共同体説」は、各家族構成員の個人財産が賃料債務の担保とされ、極論すれば、たとえ意思能力のない乳幼児であっても賃料を支払う責任を負うということになるが、このような結果が導き出されることなどを考慮すれば、同説の理論構成にはやはり疑念を抱かざるを得ない。そして、右の点については、「賃貸人は賃借人の財産を一般担保として——『家団』の他の構成員（……）の財産を一般担保としてではなく——契約を締結しているのである」（川島武宜「判批」法協八一巻六号一〇五頁〔一九六五〕）と考えるほうが、賃貸借契約における当事者の意思の解釈としては妥当ではないかと思われる。

- (27) 家団論（ないしは家庭共同体説）に対するその他の批判として、加藤・前掲注(8)二二四頁以下、山崎賢一「判批」明治大学法制研究所紀要創刊号一七三頁以下（一九五八）、太田・前掲注(9)八〇頁、久留・前掲注(9)一九六頁以下、川島・前掲注(26)一〇四頁以下、鈴木・前掲注(19)八六頁以下（特に、構成員が変動した場合における家団の同一性・継続性に関する批判〔八八頁以下〕が注目される）、高・前掲注(9)（四・完）法協一〇一巻八号一三六頁以下、岡本・前掲注(8)四〇二頁、小野・前掲注(9)一七〇頁、谷口久貴編・前掲注(8)七〇頁以下〔右近〕等参照。なお、これらの批判に対する反論として、星野・前掲注(9)五九三頁以下参照。

- (28) 借地借家法改正準備会「資料 借地借家法改正要綱試案」ジュリ一九六号六六頁（一九六〇）より引用。

- (29) 柚木馨「借家法の改正について——『借地借家法改正要綱試案』を評す——」民商四二巻六号一七頁（一九六〇）、我妻ほか「座談会」借地借家法改正要綱試案をめぐって」ジュリ一九七号三七頁〔我妻発言〕（一九六〇）、岡本・前掲注(8)四一七頁参照。

- (30) 但し、同居人等なしで賃借人が死亡した場合における転借人の保護に関する規定が、第三項として付け加えられた。借地借

- 家法改正要綱案第四十二の規定については、借地借家法改正準備会「借地借家法改正要綱案」法務省民事局参事官室編『借地・借家法改正要綱試案』（別冊NBL二二二号）二〇七頁（一九九〇）参照。なお、岡本・前掲注(8)四一七頁参照。
- (31) 借家権の承継に関する昭三九「法律案要綱」の規定（第二の二）については、我妻ほか・前掲注(16)「座談会」二六頁参照。
- (32) 小野・前掲注(9)一四五頁参照。
- (33) 法務省民事局参事官室「借地法・借家法改正要綱試案」同編『借地・借家法改正要綱試案』一七頁より引用。
- (34) 法務省民事局参事官室「借地法・借家法改正要綱試案」の説明」同編『借地・借家法改正要綱試案』五四頁。
- (35) なお、吉田克己「借家法改正の問題点」法時六一卷七号五一頁（一九八九）参照。
- (36) 寺田逸郎「借地・借家法の改正について」民月四七卷一号一三五頁以下（一九九二）。
- (37) 副田・前掲注(9)二二五頁参照。

### III 借家権の相続性を否定する解釈の可能性に関する検討

#### 一 はじめに

そこで、始めに、民法のレベルから言及すると、民法上は、契約自由の原則からして、賃借人の死亡を終期として相続を認めない住居賃借権は当然認められることになる。しかし、借地借家法の次元で考えると、現行借地借家法は契約自由の原則を制限しているわけであるから（借地借家三〇条参照）、第II節でも検討したように、住居賃借権一般については、相続性を否定することは困難ではないかと思われる。



それでは、高齢者の居住を目的とした（いわゆる「終の住みか」としての）建物賃貸借に限っていえば、果たして相続を否定する解釈は可能なのであろうか。以下、様々な側面からこの点の考察を行っていくことにする。

## 二 民法八九六条との関連

### (1) 「終身借家権」の財産性——八九六条本文との関連——

まず、高齢者の居住を目的として、契約で借家人の終身間を借家期間と定めた場合の借家権、または、有料老人ホームの終身利用権のうちの住居賃借権の部分を、ここでは特に「終身借家権」と呼ぶことにすると、最初に問題となるのが、民法八九六条本文（「相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する」との関連で、そのような「終身借家権」の財産性を否定できるか、という点である。そして、今日の借家権一般について言えば、借家人は敷金返還請求権や立退料請求権を有しているため、借家権の財産性を否定できないとされるといふ点は前述したところである。

これに対し、右述のような「終身借家権」の場合はどうかという点と、「終身借家権」には敷金返還請求権や立退料請求権がない場合でも、入居時に支払った入居金（入居一時金）や一時払家賃の返還請求権はあるのが通常である。また、「終身借家」への入居者は、自分の持家を売却した代金等で入居金や一時払家賃を払い入居権を買い取ったとも言える（持家等の代償的性格がある）のであるから、この点から見ても財産性を否定することはできない。さらに、もし現在入居中の「終身借家」を退去した場合、それと同程度の借家を得るためにはかなりの財産的負担が必要となる。従って、この点からも財産性が肯定されよう。<sup>(88)</sup>

## (2) 「終身借家権」の一身専属性——類似の権利との比較——

では、「終身借家権」が民法八九六条の規定する財産権であることは否定できないとしても、同条但書（「但し、被相続人の一身に専属したもの、この限りでない」）が定める一身専属権にあたるかどうかは定かでないであろうか。以下、この点について、類似の権利との比較を通じて検討してみたい。

## (a) 公営住宅の使用権

そこで、第一に、公営住宅の使用権と比較してみると、公営住宅の使用権に関しては、最高裁平成二年一月一八日判決（民集四四卷七号一〇二二頁）が存在する。そして、同判決は、公営住宅の入居者が死亡した場合における相続人による公営住宅使用権の承継の是非について、次のように判示する。

すなわち、「公営住宅法は、住宅に困窮する低額所得者に対して低廉な家賃で住宅を賃貸することにより、国民生活の安定と社会福祉の増進に寄与することを目的とするものであって（一条）、そのために、公営住宅の入居者を一定の条件を具備するものに限定し（一七条）、政令の定める選考基準に従い、条例で定めるところにより、公正な方法で選考して、入居者を決定しなければならないものとした」。「以上のような公営住宅法の規定の趣旨にかんがみれば、入居者が死亡した場合には、その相続人が公営住宅を使用する権利を当然に承継すると解する余地はないというべきである」と。要するに、同判決は、低額所得の住宅困窮者に住宅を保障するという公営住宅法の法意（つまり、法の規定）に基づいて、公営住宅の使用権の一身専属性を認めたものと評価できよう。

(b) ゴルフクラブ会員権

第二に、ゴルフクラブ会員権との比較を試みると、ゴルフクラブ会員権の相続の是非に関しては、三つの最高裁判決が見出される。

そのうち、まず最高裁昭和五三年六月一六日判決（判時八九七号六二頁）は、「（会則に）会員が死亡したときはその資格を失う旨の規定が存することが認められるから、被上告クラブの会員たる地位は一身専属的なものであって、相続の対象となりえないものと解するのが相当である」と判示し、会則（契約条項）を根拠に、ゴルフクラブ会員権の一身専属性を認めた。

これに対して、最高裁平成九年三月二五日判決（民集五一卷三号一六〇九頁）は、預託金会員制ゴルフクラブにおいて、会則等に会員としての地位の相続に関する定めがなくても、同地位の譲渡に関する定めがある場合は、会員の死亡によりその相続人は同地位の譲渡に準ずる手続を踏んで（理事会の承認を停止条件として）、これを取得することができるという趣旨の判示を行い、会員としての地位の譲渡に関する契約条項（会則等）を類推して、一身専属性を否定した。また、最高裁平成九年五月二七日判決（家月四九卷一〇号一二七頁）は、預託金会員制ゴルフクラブの規則に、会員の死亡後六ヵ月以内に届出をした相続人は会員の地位を承継しうるなどの定めがある場合、同届出期間は遺産分割協議が成立した時から起算すべきであるとの趣旨を判示した判決であるが、右定めは会員権の相続可能性を前提としたものにはかならず、本判決も、契約条項に基づいて会員権の相続性（一身専属性の否定）を認めた判決の一つと言えよう。

## (c) 検 討

以上、「終身借家権」と類似性を有する権利の一身専属性に関する判例を紹介したが、これら判例に従えば、一身専属性の存否は、法の規定（公営住宅の使用権）または契約内容（ゴルフクラブ会員権）に基づいて決められることになる。それでは、契約で定めさえすれば、一身専属性を有する借家権（終身借家権）を自由に設定することは可能なのであろうか。

しかし、ゴルフクラブ会員契約の場合とは異なり、借家の場合には、契約内容を制限する強行法規が厳然と存在するため、それに反する内容の特約を定めることはできない（借地借家三〇条）。そこで、問題となるのが、「終身借家契約」というものと借地借家法及び高齢者居住安定確保法との関係であり、次には、これら法律との関係を、まず高齢者居住安定確保法、次いで借地借家法の順に検討したい。

## 三 高齢者居住安定確保法との関連

## (1) 高齢者居住安定確保法における「終身建物賃貸借」の内容

前述のように、高齢化が急速に進み、超高齢社会の到来も間近いわが国では、高齢者の安定的な居住環境を確保するための法整備が急務とされてきたが、これに対応する法律として、平成一三年、高齢者居住安定確保法が制定され（同年四月六日公布）、同年八月五日から施行された。

同法は全九章、九四条からなる法律であるが、そのうち、「終身建物賃貸借」について定めるのが第五章（五六条〜七五条）である。そこで、以下、本稿に関連する主要条文を摘記する。

(事業の認可及び借地借家法の特例)

五六条 自ら居住するため住宅を必要とする高齢者(六十歳以上の者であつて、賃借人となる者以外に同居する者がいないもの又は同居する者が配偶者若しくは六十歳以上の親族(配偶者を除く。以下この章において同じ。)であるものに限る。以下この章において同じ。)又は当該高齢者と同居するその配偶者を賃借人とし、当該賃借人の終身にわたつて住宅を賃貸する事業を行おうとする者(以下「終身賃貸事業者」という。)は、当該事業について都道府県知事(公団又は都道府県が終身賃貸事業者である場合にあつては、国土交通大臣。以下この章において同じ。)の認可を受けた場合においては、公正証書による等書面によつて契約をするときに限り、借地借家法第三十条の規定にかかわらず、当該事業に係る建物の賃貸借(一戸の賃貸住宅の賃借人が二人以上であるときは、それぞれの賃借人に係る建物の賃貸借)について、賃借人が死亡した時に終了する旨を定めることができる。

(認可の基準)

五八条 都道府県知事は、前条(五七条——引用者注)第一項の認可の申請があつた場合において、当該申請に係る事業が次に掲げる基準に適合すると認めるときは、事業の認可をすることができる。

一 終身賃貸事業者が、当該事業の遂行に必要な資力及び信用並びにこれを的確に遂行するために必要なその他の能力が十分な者であること。

二 賃貸住宅が、次に掲げる基準に適合するものであること。

イ 賃貸住宅の規模及び設備(加齢対応構造等を除く。)が、国土交通省令で定める基準に適合するものであること。

ロ 賃貸住宅の加齢対応構造等が、段差のない床、浴室等の手すり、介助用の車いすで移動できる幅の廊下その他の加齢に伴って生ずる高齢者の身体の機能の低下を補い高齢者が日常生活を支障なく営むために必要な構造及び設備の基準として国土交通省令で定める基準に適合するものであること。

(中略)

六 賃貸住宅の賃貸の条件が、権利金その他の借家権の設定の対価を受領しないものであることその他国土交通省令で定める基準に従い適正に定められるものであること。

七 終身にわたって受領すべき家賃の全部又は一部を前払金として一括して受領する場合にあっては、当該前払家賃の算定の基礎が書面で明示されるものであり、かつ、当該前払家賃について終身賃貸事業者が返還債務を負うこととなる場合に備えて国土交通省令で定めるところにより必要な保全措置が講じられるものであること。

(以下略)

(期間付死亡時終了建物賃貸借)

六一条 認可事業者は、事業の認可に係る賃貸住宅(以下「認可住宅」という。)において、……賃借人となろうとする者(一戸の認可住宅の賃借人となろうとする者が二人以上であるときは、当該賃借人となろうとする者のすべて)から特に申出があった場合においては、公正証書による等書面によって契約をする建物の賃貸借(一戸の認可住宅の賃借人が二人以上であるときは、それぞれの賃借人に係る建物の賃貸借)であって借地借家法第三十八条第一項の規定により契約の更新がないこととする旨が定められた期間の定めがあり、かつ、賃借人が死亡した時に終了するもの(以下「期間付死亡時終了建物賃貸借」という。)をすることができる。

## (2) 検討

以上が、高齢者居住安定確保法における「終身建物賃貸借」に関する主要条文であるが、同法の立法者らの見解によれば、この法律が制定されたことよって初めて、賃借人死亡時に終了して相続を認めない一身専属的な建物賃貸借が可能となった、とされる<sup>(40)</sup>。従って、この見解によれば、同法第五章の規定する終身建物賃貸借の要件を充たさない借家については、全く相続性は否定できないということになろう。

しかし、右に掲げた条文などからは、同法がかなり厳しい要件の下で「終身建物賃貸借」を認めていることが読み取れ、この要件をクリアしなければ絶対に終身借家を認めることができないか、また、終身利用型有料老人ホーム等と同法との関係はどうなるのか、これらの点で決して疑問がないわけではない。この点、同法第五章の要件は国の予算的措置を伴う行政的バックアップ<sup>(42)</sup>がなされるために必要な要件なのであって、同要件にあてはまらない終身借家も存在するという解釈もありえないわけではないが、同法五六条に「借地借家法第三十条の規定にかかわらず」という明文があることとの関係を考えれば、このような解釈を採ることにはかなりの困難が伴うのではないか、と思われる。

## 四 終身借家契約（不確定期限付借家契約）と借地借家法との関係

では、終身借家契約（不確定期限付借家契約）と借地借家法との関係はどのように考えたらよいであろうか。

この点について、まずは借地借家法の条文等を見てみると、借地借家法は期間の定めがある建物賃貸借（借地借家二六条・三八条）と期間の定めがない建物賃貸借（民六一七条一項、借地借家二七条）とを規定している。そして、一般に、前者の「期間の定めがある建物賃貸借」とは、確定期限（終期）付きの借家契約を意味し、不確定

期限付借家契約は含まれないと考えられている。<sup>(43)</sup>

そうすると、次に問題となるのが、終身借家契約（不確定期限付借家契約）はいったいどのような類型に属するのかという点であるが、これについては、次の二通りの解釈が可能である。

(1) 民法・借地借家法上の「期間の定めのない賃貸借」に含まれるという解釈

第一に、終身借家契約（不確定期限付借家契約）は民法六一七条・借地借家法二七条が規定する「期間の定めのない賃貸借」に含まれるという解釈が考えられる。<sup>(44)</sup>そして、この解釈に従うならば、終身借家契約の入居者の死亡によって契約が終了するという特約は、期限付合意解約の特約と解されることになるであろう。

しかし、このような特約は、借地借家法二八条の脱法行為となる可能性がある。<sup>(45)</sup>従って、この特約に同条の定める正当事由がなく、入居者に不利な内容であったならば、それは無効な特約ということになる（借地借家三〇条）。

但し、右の叙述は、終身借家契約が「期間の定めのない賃貸借」にあたるという前提で論じたものであるが、本来からすれば、終身借家契約をそのように構成することの妥当性がまずもって検討されなければならぬはずである。この点、借地借家法二七条一項は、期間の定めのない賃貸借について、賃貸人の解約の申入れがあった場合、その後六ヶ月が経過して終了することを規定するが、このような規定は、何ら期限を定めてない賃貸借契約で解約申入れをする場合に適合的な規定であって、予め不確定期限を定めた賃貸借とは到底整合性を保つことはできない、と思われる。そして、このように考えれば、終身借家契約のような不確定期限付借家契約は、民法・借地借家法の「期間の定めのない賃貸借」の概念から外れるということも、一応は言えるか



もしれない。<sup>(47)</sup>

(2) 不確定期限付建物賃貸借は借地借家法の直接定める類型ではないという解釈

そこで、第二に、不確定期限付建物賃貸借は借地借家法の直接定める類型ではないという解釈が考えられるが、この解釈はさらに次の二つに分けることができる。

(a) すなわち、その一として、借地借家法は同法規定の類型に借家類型を限定し、それ以外の類型を一切否定するものであるという解釈があげられる。そして、この解釈に従うならば、不確定期限付建物賃貸借はそれがどのような内容のものであれ無効であるということになるが、このような解釈はあまりにも形式論に終始した解釈ではないか、と思われる。

(b) 次に、その二としては、これとは反対に、借地借家法は必ずしも同法規定の類型に借家類型を限定する趣旨のものではないという解釈があげられる。そして、この解釈の下で、さらに、以下のような解釈、すなわち、借地借家法二八条・三〇条によって拘束されるのは確定期限(終期)付の借家契約と何ら期限が定められていない借家契約とであって、当事者はそれ以外の借家類型を契約自由の原則に基づいて自由に創設できるという解釈を採ることが可能ならば、終身借家契約は借地借家法の規定にかかわらず有効に成立し、借家権の一身専属性が認められることになる。

しかし、当事者は借地借家法が規定する類型以外の借家契約を結ぶこともできるかもしれないが、そのことによって、借家人の保護を趣旨とする借地借家法二八条・三〇条を潜脱することは、許されないとと思われる。ところで、終身借家契約は、不確定期限付明渡特約のついた契約とも解することができる。そこで、この不

確定期限(ないしは条件)付明渡特約の有効性について学説が述べているところを見ると、まず、期限の到来(ないしは条件の成就)がもつばら賃貸人側の事情にかかる場合、この特約は、賃借人に不利なものとして無効となるとされる。<sup>(48)</sup> また、もつばら賃借人側の事情にかかる場合でも、借地借家法の趣旨に反し賃借人に不利な特約であるときは無効になるとされる。<sup>(49)(50)</sup>

(ロ) それでは、以上の視点から、終身借家の特約の有効性を考えてみると、この期限の到来は、もつばら借家人側の事情(借家人の死亡)にかかるものと言えるため、このような特約が実質的に借家人に不利なものであるかどうか問題となる。そして、この点については、高齢者向けの借家の場合、借家人である高齢者は、自己の生存中安心して生活できる住居の確保を目的として契約したわけであるから、借家人の側にとって必ずしも不利にはならないという解釈の余地もある。

しかし、ここで考えてみなければならないのは、終身借家の特約によって借家人自身に不利益が生じない場合でも、借家人の相続人に不利益が生ずる可能性はあるのではないか、という点である。例えば、入居金または一時払家賃の返還額がゼロまたは少額の場合は、相続人が当該住居に居住したほうが有利なこともありうる。また、同居相続人に借家人の死後も居住を認める条項のない終身借家契約の場合は、以後同居相続人が居住できなくなる危険性がある。従って、以上のような点を勘案すれば、終身借家契約が借家人の側(借家人の相続人)に不利になる場合も十分にあるということが理解されるであろう。

(ハ) このように、終身借家契約は借家人の側に不利になる可能性が大いにある。もつとも、たとえそれが借家人側に不利であったとしても、入居者の死亡によって契約を終了させることに「正当の事由」があると考えれば、そのような特約も有効と考えることができよう(借地借家二八条参照)。

そこで、次には、この正当事由の有無について検討してみると、まず、高齢者向けの建物賃貸借でないにもかかわらず終身借家の特約をした場合は、正当性が否定されてその特約は無効となると思われる。換言すれば、高齢者向けの建物賃貸借であることが、終身借家契約が有効であるための最小限の要件と考えるべきであろう。そうすると、どのような設備・構造ないしはサービス等があったら高齢者向けの借家と言えるのか、その判断基準が非常に重要になるのは言うまでもない。

ところで、この問題を検討するために参考となるのが、例えば結婚したら立ち退くという特約のついた借家契約である。従来、借家契約にこのような特約をつけることはよく見られたようであるが、その効力について、森泉章教授の説を引用すると、教授は以下のように論ずる。<sup>61)</sup>すなわち、「結婚したら立ち退くという特約は、賃借家屋ないし住宅の構造はもちろんその条件・環境等が客観的にみて家庭生活・夫婦共同生活を営むに適していないような場合には(たとえば、独身アパートのように住宅構造が家庭生活を営むに適しないような場合)、<sup>62)</sup>その特約を有効と解し、逆に住宅構造や条件、またその環境等が夫婦共同生活・家庭生活を営みうる状態でありながら、特約がもっぱら賃貸人の一方的事情や恣意にのみかからしめられているときは(たとえば、建物・建具類が破損するというような)、……無効と解すべきであろう」と。

もちろん、その借家が独身者向けか否かという判断と高齢者向けかどうかという判断とは、判断基準に大きな違いがあることは予想される。しかし、森泉教授が借家の構造その他諸々の条件の差異に特約の効力の有無を関わらせている点は、参照されてしかるべきであろう。

(二) では、さらに次の問題として、仮にその借家が「高齢者向けの借家」であると認められた場合でも、借家人の相続人も高齢者であったとしたら、貸主は更新を拒絶できず、相続人の入居を認めざるを得ないこと

になろうか。

しかし、高齢者から高齢者への相続が続く限り契約を終了できないとすれば、事業者側に投下資本を回収できなくなる危険性が生ずることは大いに予測できる。従って、この点も「正当事由」の認否を判断するについて考慮することができざる事柄なのか、一応は問題となるであろう。

けれども、借地借家法二八条が正当事由の有無の判断要素について、「建物の賃貸人及び賃借人(……)が建物の使用を必要とする事情のほか、建物の賃貸借に関する従前の経過、建物の利用状況及び建物の現況」などといった文言で規定している点を見ると、投下資本の回収といった賃貸人の経済状況までもそれに含めるのはかなり困難ではないか、とも思量される。<sup>(38)</sup> そうすると、たとえ相続人が高齢者であっても終身借家の特約が有効であると言うためには、「正当事由」の要件を充たすさらに別の要素を見出すことが必要になるであろう。

## 注

(38) 加藤・前掲注(8)二二五頁参照。

(39) 一般に、総人口に占める六五歳以上の人口の割合が二一パーセント以上の社会を超高齢社会というようであるが、総務省統計局ホームページ・前掲注(1)の表2によれば、平成二二年にはその割合が二二・五パーセントになると推測されており、従って、これより何年か前に超高齢社会が現実化していることになる。

(40) 藤井賢一「高齢者が安心して生活できる居住環境づくり」時の法令一六四六号一三頁(二〇〇一)、犬塚浩二「高齢者居住法研究会編著『Q&A高齢者居住法』六八頁(ぎょうせい、二〇〇一)、丸山英気「終身建物賃貸借の位置づけ」住宅五〇巻六号七頁以下(二〇〇一)、本田純一「高齢社会と終身借家制度の導入」日本不動産学会誌一六巻一号八八頁(二〇〇二)等。

(41) ほかに、後掲する高齢者の居住の安定確保に関する法律施行規則六一条・六二条。

- (42) 高齢者向け有料賃貸住宅の整備費用・家賃減額費用に対する国及び地方公共団体による補助（高齢者居住安定確保法四一条・四三条）、高齢者向け有料賃貸住宅に改良するための既存住宅購入資金への住宅金融公庫による貸付け（同法四四条）など。
- (43) 本田・前掲注(40)八八頁によれば、民法上の「期間」は到来時期が不確定な不確定期限を想定していないから、「死亡に至るまで」という終身借家契約を「期間の定めのある借家契約」と言うことはできない、とされる。なお、本田教授は、このことを「定期借家との関係」という項目で論じているが、以上のことは、更新されるのが通常ではあるものの（借地借家二六条・二八条参照）、「期間の定めのある借家契約」全般との関係で言うことができよう。
- (44) 星野・前掲注(9)五五四頁参照。
- (45) 木崎安和「借家契約における特約の効力」稲葉ほか編『新借地借家法講座第3巻』一七五頁参照。
- (46) 星野・前掲注(9)五五四頁参照。
- (47) なお、本田・前掲注(40)八八頁参照。
- (48) 木崎・前掲注(45)一七四頁、伊東孝彦「特約の効力」水本・田尾編『現代借地借家法講座2借家法』三〇〇頁、幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(15)「増補版」』七八八頁（森泉章）（有斐閣、一九九六）。判例としては、下級審であるが、名古屋地判昭二五・五・四下民一卷五号六七八頁（弟が復員するまで家屋を賃貸する旨の特約）、札幌地判昭四四・九・二判時五八七号六九頁（賃貸人が建物所在地へ転勤した際は三ヵ月以内に賃借家屋を明渡す旨の特約）等。
- (49) 木崎・前掲注(45)一七四頁。
- (50) なお、以上の問題について、新垣進教授は、「不確定期限や解除条件付契約をもって、借家期間を約した場合は、その期限や条件が賃借人の都合により設定されたものならばそれでよいが、賃貸人の意図によるならば正当事由に該当するほどの必要性があり、かつ賃借人もそれを了解し最低の明渡し猶予期間として六ヶ月を設定しているならば有効と解してよいであろう」と論ずる（甲斐道太郎・石田喜久夫『借地借家法』二二六頁以下〔新垣〕〔青林書院、一九九六〕）。
- (51) 幾代・広中編・前掲注(40)七九二頁〔森泉〕。
- (52) 水本浩・遠藤浩編『基本法コンメンタール〔第二版〕新借地借家法』（別冊法セミ）三〇一頁〔森泉章・菅野耕毅〕は、この

ほかの例として、「間貸で台所も便所も家主と共同だとか」いった場合をあげる。

(53) なお、丸山・前掲注(40)八頁は、借家の相続ではなく、譲渡・転貸についてであるが、高齢者居住安定確保法六八条(「認可住宅の賃借人は、その借家権を譲渡し、又は賃貸してはならない。」)が高齢者に対しても終身借家権の譲渡または転貸ができない」としている理由として、「高齢者に譲渡・転貸されると残存余命などの点で賃貸人の利益を害する可能性があるからである」とする。そして、このことは、恐らく、同法五六条以下で規定する終身借家の非相続性の理由の一つとしてもあげることができらるものである。

しかし、このような理由が新たに制定された法律の立法理由とされるのはもったものであるが、それをさらに進めて、借地借家法二八条の「正当事由」にもあたるといふ解釈を採るのは、筆者としては、やはり二の足を踏まざるを得ない。

#### IV 結び——終身借家権確立のために——

以上、終身借家契約の有効性(借家権の一身専属性)は、借地借家法二八条の「正当の事由」の存否で判断せざるを得ないことを論じてきた。そこで、最後に、現行法制の下で、どのような要件を備えたら「正当事由」を充足し、終身借家権が認められることになるのか、この点を以下の二面から模索し、これをもって結びとしたい。

## 一 高齢者居住安定確保法の類推

そうすると、まず第一に考えなければならないのは、高齢者居住安定確保法との関係である。すなわち、前述のように、同法の立法者らの見解によれば、高齢者居住安定確保法によって初めて終身建物賃貸借が認められたのであるから、同法の要件に該当しない借家については、一身専属性は一切認められないとされる。

しかし、シニア住宅や高齢者向けケア付分譲マンション、あるいは有料老人ホームなどでは、高齢者居住安定確保法が規定する高齢者向け優良賃貸住宅と同程度あるいはそれ以上の設備等を備えるものも数多く存在する。従って、これらのものについては、同法の定める諸要件と同等の要件が充たされているならば、借地借家法二八条の「正当事由」があるとして、相続を否定する終身借家（終身利用）の特約を有効とする可能性もないわけではなからう。

そこで、正当事由ありと認められるためにクリアすべき要件の内容であるが、住居の規模・設備・加齢対応構造が高齢者居住安定確保法五八条二号（並びに、高齢者の居住の安定確保に関する法律施行規則〔平成一三年八月三日国土交通省令第一一五号〕六一条・六二条<sup>(54)</sup>）の定める基準と同程度以上であることは、恐らく最低限の要件として必要なものではなからうか。また、同法六六条<sup>(55)</sup>が定める同居配偶者等の継続居住の保護なども必要な要件と考えられよう。さらに、同法五八条七号<sup>(56)</sup>は賃貸人に、前払い家賃を返還する場合に備えた保全措置を講ずることを要求しているが、他の住居の一時払い家賃や入居一時金においても、銀行等による債務保証によって返還債務の保全が図られていることが必要とされる、と思われる（右記規則六四条<sup>(57)</sup>参照）。

問題は、高齢者居住安定確保法によれば、終身借家の賃貸人には誰でもなれるのではなく、同法五八条が掲げる要件を充たして都道府県知事等の認可を受けた終身賃貸事業者に限定される（高齢者居住安定確保法五六

条)、という点である。確かに、高齢者がその入居した住居で継続的に安心して生活できるためには、前述の設備等のほかに、事業者の資力や信用も重要であり(同法五八条一号参照)、従って、このような認可を要件とするのも必要なことかもしれない。

だが、高齢者居住安定確保法に基づく終身借家以外については、未だこのような認可制度は法定されていないのが現実である。そこで、シニア住宅や有料老人ホームなど高齢者居住安定確保法に基づかないものについては、これに代わる公的機関または団体の自主的な認定がある事業者の賃貸借に限定してその有効性を肯定すべきとも考えられるが、この点については、今後のさらなる検討にゆだねていきたい。

## 二 介護サービス等が付随する場合

第二に、序論で述べたように、有料老人ホームの利用権などは、介護保険法の制定を機縁として、住居賃借権と介護等の給付請求権とに分けて考えざるを得なくなり、その施設の行う介護サービスを受けることをホーム等に入居するための条件とするとはできなくなった。従って、有料老人ホーム等の入居者は、自分が入居しているホーム等のサービスを受けずに、他の事業者のサービスを受けることも可能になったのである。

しかし、有料老人ホーム等に入居しようとする場合、入居者の多くは、そのホーム等から介護等のサービスを受けられることを期待し、自己(または自分たち夫婦ら)の今後の介護必要度などを考慮して、自己(自分たち)に適した施設を選択する。また、有料老人ホーム等の施設・サービスが入居の申込みをしようとする高齢者に適合していなければ、有料老人ホーム等の側でも、入居契約を結ばないことが多いであろう。

このように、介護等のサービスが付随しうる場合は、まさに入居者の年齢、身体・精神状況などの個性が重



視されて契約が結ばれるのであるが、そのような前提で考えるならば、有料老人ホーム等の居住権が住居賃借権と構成されるとしても、それを終身借家権と捉え、借地借家法二八条の定める「正当の事由」があると認められることも、必ずしも不可能というわけではないかもしれない。しかし、右の一にあげた問題と同様、やはりこの点も、今後、十分に検討していくことが必要な問題と言わざるを得ない。

注

(54) (規模及び設備の基準)

六一条 法第五十八条第二号イの国土交通省令で定める規模及び設備の基準は、次のとおりとする。

- 一 各戸が床面積二十五平方メートル(共同利用の場合にあっては、十八平方メートル)以上であること。
- 二 原則として、各戸が台所等を備えたものであること。ただし、同等以上の居住環境が確保される場合にあっては、各戸が台所、収納設備又は浴室を備えたものであることを要しないものとすることができる。

(法五八条二号ロの国土交通省令で定める加齢対応構造等の基準)

六二条 法第五十八条第二号ロの国土交通省令で定める基準は、次に掲げるものとする。

- 一 床は、原則として段差のない構造のものであること。
- 二 主たる廊下の幅は、七十八センチメートル(柱の存する部分にあっては、七十五センチメートル)以上であること。
- 三 主たる居室の出入口の幅は七十五センチメートル以上とし、浴室の出入口の幅は六十センチメートル以上であること。
- 四 浴室の短辺は百三十センチメートル(二戸建ての住宅以外の住宅の用途に供する建築物内の住宅の浴室にあっては、百二十センチメートル)以上とし、その面積は二平方メートル(一戸建ての住宅以外の住宅の用途に供する建築物内の住宅の浴室にあっては、一・八平方メートル)以上であること。

五 住戸内の階段の各部の寸法は、次の各式に適合するものであること。

(略)

六 主たる共用の階段の各部の寸法は、次の各式に適合するものであること。

(略)

七 便所、浴室及び住戸内の階段には、手すりを設けること。

八 階数が三以上である共同住宅の用途に供する建築物には、原則として当該建築物の出入口のある階に停止するエレベーターを設置すること。

九 その他国土交通大臣の定める基準に適合すること。

(第二項略)

(55) (同居配偶者等の継続居住の保護)

六六条 終身建物賃貸借の賃借人の死亡があつた場合において、当該認可住宅に当該賃借人(一戸の認可住宅に賃借人が二人以上いたときは、当該賃借人のいずれか)と同居していたその配偶者又は六十歳以上の親族(当該建物の賃貸借の賃借人である者を除く。以下この条において「同居配偶者等」という。)が、当該賃借人の死亡があつたことを知った日から一月を経過する日までの間に認可事業者に対し認可住宅に引き続き居住する旨の申出を行ったときは、認可事業者は、当該同居配偶者等と終身建物賃貸借の契約をしなければならない。ただし、当該申出に併せて第六十一条の規定による申出があつたときは、当該同居配偶者等と期間付死亡時終了建物賃貸借の契約をしなければならない。

2 期間付死亡時終了建物賃貸借において定められた期間が満了する前に当該期間付死亡時終了建物賃貸借の賃借人の死亡があつた場合において、同居配偶者等が、当該賃借人の死亡があつたことを知った日から一月を経過する日までの間に認可事業者に対し認可住宅に引き続き居住する旨の申出を行ったときは、認可事業者は、当該同居配偶者等と当該期間が満了する時まで存続する期間付死亡時終了建物賃貸借の契約をしなければならない。

- 3 前二項に定めるもののほか、前二項の規定により契約する建物の賃貸借の条件については、従前の建物の賃貸借と同一のもの（前払家賃の額については、その算定の基礎が従前の前払家賃と同一であるもの）とする。
- (56) 第III節三の(1)に前掲。

(57) (必要な保全措置)

六四条 法第五十八条第七号の必要な保全措置は、銀行の前払家賃に係る債務の保証その他の国土交通大臣が定める措置とする。

〔追記〕筆者は昨年、三和一博先生の退職記念論文集に寄稿の機会を与えられたが、筆者の不徳の致すところ、御寄稿申し上げることができなかった。その後、先生におかれては本年五月二〇日に急逝され、先生の御生存中、何の御恩返しもできなかったことに悔やんでも悔やみきれない思いで一杯である。ついては、遅ればせながら、本拙稿を御霊前に手向け、先生の御冥福を心よりお祈り申し上げたいと存じます〔二〇〇三年一月一〇日〕。

なお、脱稿後、丸山英気編『高齢者居住法』（信山社、二〇〇三）が発行された。