

# 震災復興と民事法制(上)

〈Regular〉

早稲田大学教授

**鎌田 薫**

かまた・かおる

法務省民事局長

**寺田 逸郎**

てらだ・いつろう

京都大学教授

**松岡 久和**

まつおか・ひさかず

法務省民事局民事法制管理官

**始 関 正 光**

しせき・まさみつ

東京大学教授

**道垣内 弘人**

どうがうち・ひろと

神戸大学教授 (司会)

**安永 正 昭**

やすなが・まさあき

早稲田大学教授

**山野 目 章 夫**

やまのめ・あきお

〈Guest〉

明治学院大学教授・弁護士

**戎 正 晴**

えびす・まさはる

獨協大学教授

**小柳 春 一 郎**

こやなぎ・しゅんいちろう

## I 震災から11年を経て

安永 今回の「震災復興と民事法制」というテーマで座談会を行います。ゲストとして、この問題についてご研究をされ、『震災と借地借家』(成文堂、2003年)という著書を著していらっしゃる小柳春一郎さんと、前回に引き続きであります。この関係の実務にお詳しい弁護士の戎正晴さんにお越しいただいております。一言ご挨拶をお願いいたします。

小柳 獨協大学法学部の小柳です。私の専門は、日本近代法史でありまして、これまでは、ポアソナードや日本民法典の編纂を中心に研究してまいりました。このような最先端の研

究者のいらっしゃる席は慣れておりませんので、よろしく願います。

他方で、稲本洋之助東京大学名誉教授を中心とした都市的土地利用研究会という研究団体に入っておりました。平成7年の阪神・淡路大震災の後、山野目さんとも一緒に何回か神戸に参り、戎さんの事務所に伺ったりして、お話を聞きました。

私は歴史を勉強しているものですから、震災とその後の法律問題について、直接役に立てないというもどかしさがありました。そうした中で、山野目さんが、罹災法という法律はどうしてこうなのか、どうやってできたのか、研究がないから是非やってみたらどうかという話をされたのです。昼間の神戸調査の

後の中華料理店での夕食の席でしたが、そこで私は研究課題を与えられたことになります(笑)。

罹災都市借地借家臨時処理法、以下では「罹災法」と呼びますが、その研究に手をつけてみると大正時代の関東大震災でも相当の議論があり、法の源流が生まれていることもわかりました。大規模な災害の後に、借地人や借家人に対してどのような法的地位を与えるかは近代日本の民事法や都市法の歴史の中でも重要な問題です。私は、司法省の法律制定時の議会想定問答集や情報公開での法務省民事局資料、更には我妻文書などの検討を経て、本をまとめることができました(『震災と借地借家』)が、本日は、皆様から私の検討の不十分なところについてご指摘を受けるのではないかと恐れております。

#### ◆戦後まもない頃の本誌での議論

小柳 もう1つ付け加えると、今回の不動産法セミナーは大きな企画であって、第1回の鎌田さん、安永さん、寺田さんによる企画趣旨(「連載開始に当たって」ジュリ1289号132頁)を読みますと、有泉亨・我妻栄博士を中心に1950年代にあった「不動産セミナー」の現代版という意味があることがわかります。前回の不動産セミナーは、1953年の『ジュリスト』41号からです。第1回は、更地の売買を取り上げていますが、その回の質疑の最後に、罹災法について議論があります。今回の不動産法セミナーが現代社会の中での罹災法を論ずるのも適切な企画だと思います。

最後に、阪神・淡路大震災の後に非常に多くの本が出版されましたが、最近はそうではなくなりました。私は、どうやら罹災法は基礎法学プロパーの問題になったのかなと思っていましたら、平成16年に中越地震があって、平成17年にこれに対して罹災法適用がありました。罹災法は、今後も何かあったら適用される法律だと思います。勉強する意味があるのではないかと感じている次第です。

戎 神戸から参りました戎です。前回に引き続きお邪魔いたします。私は、阪神・淡路大震

## 目次

- I 震災から11年を経て
  - ◆戦後まもない頃の本誌での議論
  - ◆課題全体の見取り
- II 建物の賃貸借をめぐる諸問題
  - 1 賃貸借当事者間の権利義務関係
    - ◆建物滅失の認定と敷引きの問題
    - ◆修繕義務の射程
    - ◆借賃減額請求との関係
    - ◆そもそも何をもって滅失とみるか
  - 2 罹災法適用の政令による決定
    - ◆罹災法の制定経過
    - ◆戦後の適用例
- 3 罹災法の内容と問題点
  - ◆優先借家権——その趣旨
  - ◆優先借家権の実態
  - ◆優先借家権は放棄可能か
  - ◆優先借家権制度の評価
  - ◆優先借地権——その概要
  - ◆優先借地権の沿革と趣旨
  - ◆正当事由の考え方
  - ◆優先借地権の機能
  - ◆借地権の設定と譲渡とで状況が異なるか
  - ◆昭和30年代の議論
  - ◆どのように2条を評価するか
  - ◆借地借家法との整合性
  - ◆罹災法改正の要否
  - ◆罹災法のその他の論点
  - ◆非訟と訴訟の関係
  - ◆罹災地借地権
  - ◆罹災法事件の民法研究史への寄与
  - ◆罹災法の全体的評価
- 4 建物区分所有と罹災法
  - ◆滅失専有部分の賃借人の保護
  - ◆建替え・再建と専有部分の賃借人
  - ◆専有部分の滅失と建物区分所有の考え方
  - ◆マンション建替え円滑化法との関係
- III 全部滅失した区分所有建物の再建
- IV その他の不動産法制上の問題
  - ◆都市計画上の特例の制度
  - ◆土地の境界の水平移動
- V 全体の論議を顧みて

(以上、本号)

災のときにも神戸で弁護士をやっていました。震災後の住宅復興における問題といえば、何といってもマンションと借地借家の2つが大きな問題でした。借地借家法制は必ずしも専門ではありませんが、こういうテーマで、しかも震災当時よくご相談させていただいた山

野目さんや小柳さんが一緒ですと、何か11年前に時間が戻ったような気がいたします。すでに忘れてしまっている部分もありますけれども、よろしく願いいたします。

安永 本日のテーマについては、山野目さんにご準備をいただきましたので、まず山野目さんから「震災復興と民事法制」という課題全体の見取図をお願いいたします。

◆課題全体の見取図

山野目 本日は、「震災復興と民事法制」という課題でご議論をお願いすることとさせていただきます。我が国は地震をはじめとする災害の多い国ですから、いろいろな災害があります。しかしながら、本日は主に平成7年1月17日に神戸を中心とする一帯で発生した震災を念頭に置きながら、そのときのことを振り返って今後に備えるという観点からどう議論ができるのか、ということでご議論をお願いしたいと思います。

先ほど、小柳さんからご紹介がありましたとおり、神戸で震災が起きた後、東京の研究者グループが神戸を訪ねました。私が訪ねたのは平成7年3月17日の直前である3月14日、それから15日の両日でした。当時、陸路で神戸に入ることが難しくなっていて、天保山の港から海路を通して神戸港に入ったことを覚えております。

地震発生から2カ月後の3月17日を目前にした時期であったこととなりますが、神戸市役所を訪ねますと、1階には被災をして毛布にくるまって避難している方々がいたり、市役所の周辺は当時行われようとしていた都市計画決定に反対するデモ行進が取り巻いて騒然としていたりするといった状況でした。2カ月後の3月17日というのは、この座談会の最後のほうで触れますが、建築基準法84条の適用上、法律的にも重要な意味を持っている日付です。

地震というと、しばしば防災ということが議論されてまいりました。しかしながら、この座談会をお願いする機会に私が強調して申し上げたいのは、防災も大事だけれども、復

興も大切ではないか。その復興を考えたときに、更に税制優遇や公的補助による支援もよいことですし、なければいけないことなのですが、それ以上に復興の場面で重要であることは、財産の帰属関係の基盤については、様々な混乱が生ずるわけであります。それに対する手当てが民事法制において調えられなければならない。これは、復興を進める上で重要な課題なのではないかと思えます。

このセミナーの考察対象である不動産法制との関係でいえば、住宅の倒壊・損傷ということに伴って生ずる一群の法律問題があるでしょう。そのうちの区分所有建物の建替えの問題は前回取り上げられました。今回は、罹災都市借地借家臨時処理法の適用関係をはじめとする、建物の賃貸借の問題を中心にご議論をお願いしたいと思います。

小柳さんもおっしゃったように、このあとは罹災法といいますが、それが適用されたのは、神戸の震災に限らず、それ以前では酒田の大火などに適用されたことがあります。その後も近時では中越地震に適用されました。そういうものに及んでいただいても結構ですが、申し上げましたように主に神戸の震災のときの実情などを素材としながらご議論をお願いできればと思います。

さらに最後のほうでは、不動産法制上の問題として、それ以外の事柄も若干あり、全部が滅失したマンションの再建、地震によって生じた土地の境界の変動の問題、都市計画との関連の問題のようなことも考えてみたいと思います。さらには、必ずしも不動産ということに限りませんが、震災復興という局面に遭遇したときに、関連法制をどのような形で組み立てて運用していくのがよいのかといった少し大きめの視点から考えたときに、神戸の場合を振り返ってみると、当時は破産宣告と呼ばれていたものの猶予の制度であるとか、当時高い金額で定められていた、会社の最低資本金の問題であるとかといったことについての法制上の処置もなされたわけであります。そのようなことも含めながら、震災復興関連

法制のあり方に及んでいただくということもあってよろしいと思います。簡単ですが、震災復興と民事法制という課題の全体の見取図について申し上げます。

## II 建物の賃貸借をめぐる諸問題

安永 それでは、順次問題点を取り上げていきます。まず、賃貸借契約に基づく基本的な権利義務関係の帰趨について取り上げます。「罹災都市借地借家臨時処理法」も話題になることになるとは思います。適宜「罹災法」という略称を用いていただいても結構です。

山野目 ご指摘の罹災法の適用関係であるとか、区分所有との関係であるとか、いろいろ複雑な問題がありますけれども、一番プリミティブな場面を考えたときに、地震によって建物が損傷した、さらには倒壊したという場面で、賃貸人と賃借人との間の関係はどうなるか、という問題の局面があると思います。

### 1 賃貸借当事者間の権利義務関係

山野目 建物が損傷した場合、大きな修繕は賃貸人の義務なのではないかというのが民法の一般的な解釈です。しばしば、修繕義務は賃借人が負うという特約がなされることがありますが、判例の状況などを見ますと、やはり大修繕については、そういう特約があったとしても賃貸人の義務だと言っているようなものがあるように見受けられます。さらには、そういう修繕が問題となったときの、修繕がなされない段階での賃借人の賃料支払の拒絶といったようなことも論点になるでしょう。

さらに問題が進行して建物が倒壊したという場合を考えると、伝統的な民法の解釈論で、そのような局面はどのように扱うかといえば、これは、当事者の責めに帰することができない事由による後発的全部履行不能による賃貸借の終了が生ずるのであると考えられていて、賃貸借が終了することになるのであろうと思われれます。その場合の付随的な問題処理として、賃貸人に差し入れていた敷金はどうなる



こやなぎ・しゅんいちろう氏

かといったことも現実の問題となってくるのではないのでしょうか。

とりわけ神戸の震災の場合で申しますと、関西地方特有の慣行として、「敷引き」と呼ばれる慣行があり、関東ないし全国水準から考えると高額な敷金が差し入れられているという場合に、賃貸人も被災者ですから、賃貸人が必ずしも敷金を容易に返還することができないという問題も指摘されたところです。以上のような問題があると感じておりますけれども、さらに実情としてどのような問題点があったかなどを教えてくださいと考えております。

戒 基本的な考え方は今山野目さんがおっしゃったとおりで、そのような考え方に基づいて実務も運用されていたわけですね。こういう場合の借家紛争で実務的にまず問題になるのは、「滅失」かどうかです。滅失かどうかでその後の権利関係が大きく変わりますのでこの点が紛争の入り口になります。

#### ◆建物滅失の認定と敷引きの問題

戒 滅失の定義ですが、決して物理的な意味だけの滅失ではなくて、効用喪失といいますか、経済的な観点からの滅失もあるというのが一般的な解釈だったと思います。しかし、

物理的に一見して滅失だとわかる程度に壊れていればいいのですが、多くはぱっと見て常に即断できるわけではない。メチャメチャになっていても住もうと思えば入り込んで住めるという建物がたくさんありましたから、争いになっていくということが実態としてあったと思います。

いわゆる敷引き特約は、関西ではごく一般的なのですけれども、これについてはご承知のように、平成10年9月3日の最高裁判決(民集52巻6号1467頁)があります。災害による滅失で終了するような場合には敷引き特約は働かないのだという結論が示されていますから、今後同じような災害が発生した場合には基本的に敷引きは許されなくなったわけです。ただ、同判例は、「特段の事情」があれば敷引きが有効になるといっていますので、その「特段の事情」にどのような事情が該当するかという問題はなお残ります。返さないという趣旨を明示しているような場合は特段の事情があるようにも読めるので今後の問題だと思います。

安永 2つの問題をお話いただきましたが、それに限らず小柳さんお願いいたします。

小柳 まず、一番最初におっしゃられた滅失の問題です。これは、罹災法の性格にも関係すると思います。罹災法を制定した時は、建物の滅失ということは、それほど困難な問題ではなかったと思いますが、現在では法律制定時と異なり、これが大きな問題になってきていると思います。そもそも日本の伝統的な都市は非常に燃えやすい都市でありました。江戸時代の振り袖火事の例がありますように、木造建物が密集した日本の都市は、1度火事が起こりますと非常に広範囲に火災が広がり、都市大火が起きました。ご存じの失火責任法もこのような日本都市の特徴と関連しています。罹災法は、その法文からも明らかなように、本来は戦災復興の法律ですが、戦災の場合でも日本の都市では空襲による丸焼け型戦災が非常に多かったわけです。罹災法が制定された当時は、滅失かどうかということは自

明のことに近かったのではないかと思います。

罹災法は、その後の改正によって、大規模な都市災害があった場合に、昭和22年改正からは法律により、昭和31年改正からは政令により適用を受けることになりました。罹災法の性格は、戦災対策立法から災害対策立法に変化したわけですね。ところで、戦後においても都市大火が頻発しています。昭和40年ぐらいまで、建物が木造を中心にしていて、しかも消防力が十分でないために都市大火に遭遇しやすかったわけです。そのため、広い範囲で都市が焼けてしまって個々の建物が滅失かは自明であるという例が多かったと思うのです。ところが、最近は、耐火という面での都市防災が進み、さらに建物自体も耐火性能が向上してきています。震災のあり方についても、老朽化した木造賃貸アパートが密集した防災まちづくりが必要な地区もあり、そこではなお延焼・丸焼け型の災害も予想されますが、しかし、それ以上に建物倒壊型といえますか、個別の建物によって運命が随分違うものが出てきました。その場合は、滅失かどうかの判定が難しくなるわけです。そもそも論でいえば、個別建物の滅失を前提として罹災法を適用するという考え方も、現在では再検討の余地があると思います。立法論にまで進んでよければ、優先借家権については、一定の地域と一定の期間を指定してこの地域の建物については、滅失かどうかを問わず、建物再建については、優先借家権が成立するなどの立法も考えられると思います。

もう1つの論点は、敷金返還請求です。関西のほうでは、私が伺ったところによると、敷引き慣習があり、また敷金の額も非常に高額であると聞いています。1棟10戸のアパートであって、月5万円の賃料で貸していても、敷金は10カ月で、それが10戸とするとたちまち家主が預かっている敷金総額が500万円という金額になってしまいます。建物が倒壊してしまうと、多額の敷金を1度に返すことは、実際問題としては難しいと聞いたのです。

それから、私の方でお伺いしたいことです

が、賃料減額請求事例はなかったのでしょうか。理屈からいえば、少なくとも民法の中に手がかりになる条文が2つあると思うのです。1つは611条です。「賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失したとき」に当たる又はその類推適用ができるとして、賃借人がその滅失した部分の割合に応じて、賃料の減額を請求するものです。もう1つは危険負担の債務者主義又はその類推が条文上の根拠になるのではないかと思います。

611条は、「賃料の減額を請求する」という条文ですので、形成権ということになるとされ、相手方に減額請求する必要があるのですが、危険負担の債務者主義類推による場合には、形成権ということではなくして、当然減額ということになると思います。天災による壊滅状態が発生した場合に、賃料の支払義務を逃れる、あるいは減額するという問題について議論はどうだったのでしょうか。

戒 借地・借家料の減額の話ですけれども、滅失しているかどうかはともかくとして、基本的に住めないような状態になっている場合、その評価として滅失なのか、また復旧可能な場合は別として、そういうときの根拠は先ほどの危険負担の条文ということになるのでしょうかけれども、100%使えるからその100%の賃料だと考えれば、0%しか使えていない場合にはおそらく賃料を請求していたこと自体があまりなかったと思います。住めないような状態の場合ですね。私自身は、賃料減額請求はあまり経験しませんでした。

小柳 住めないという理由については、電気、ガス、水道などのインフラが来ないというのものもあると思うのですが、どうでしょうか。

戒 小柳さんのおっしゃるとおりです。震災からしばらく時間が経って、家主が「それなりに修繕をして住めるようにはなった、だから賃料を払ってくれ」と言ったときに、「いや、住めるんだけれども、ガス、電気、水道が来ていないよ」という話になると、「ライフラインは私のせいじゃない。住めるようにしたのだから家賃は払って下さいよ」というような

争いになるんですね。

#### ◆修繕義務の射程

道垣内 前提として伺いたいことがあるのです。それは、滅失のときには賃貸借契約が終了するが、損傷のときには修繕義務が発生するという論理は、法的にはどのように正当化されるのでしょうか。

つまり、危険負担の条文は、滅失も損傷も全部一連の流れの中で捉えているわけですね。そして、双方に責めに帰すべき事由がないときにはこうするという形になっているわけです。にもかかわらず、賃貸借契約に関連して、滅失に至ったときだけ危険負担の条文を根拠に消滅という理屈を立て、他方で、滅失に至らないときには修繕義務が発生するというのを民法606条から導くというのは、危険負担の条文の適用の仕方として恣意的なのではないかという気がするのです。これは、異論のないところなのですか。

山野目 異論がないというよりも、いまのところがそんなに詰められて議論されてきたものではないということではないでしょうか。確かに滅失のところだけ終了事由だと考えて、両当事者の責めに帰すべからざる損傷をまあねく606条の修繕義務でカバーするという議論は、今おっしゃったように、よくよく考えると、そこはちょっと考えてみる必要があるのかもしれない。

安永 滅失というのは、目的物がないということだから、終了せざるを得ないのではないのでしょうか。危険負担という問題からそういう結論を出すのではなくて。

道垣内 しかし、危険負担の条文は、特定物についても、両当事者の責めに帰すべからざる損傷があったならば、その部分は不能になるという考え方に立っているわけでしょう。その点では、賃貸借契約でも同様ではないですか。

安永 ここは賃貸借契約だから、貸すという義務が履行できるかどうか危険負担の内容になる。

松岡 一般的には、売主には物の修繕義務は

なく、賃貸人には修繕義務があるというのは、同じ特定物債務者ですけれども、売買と賃貸借の契約内容及び危険負担に自ずから違いがあると理解していますが、そうですね。

山野目 大筋の理屈としてはそうだと思うのです。ただ、滅失の一步手前のところまで損壊しましたというときに、それでも修繕義務ありですか、というところはちょっと検討してみてもよいような気がします。

松岡 それは、結局、修繕義務の限界であり、履行不能としてどこで切るかという問題でしょう。

山野目 ええ、ですから、道垣内さんがおっしゃったのは、修繕義務の限界にかかわる問題であって、それを先ほど出されたのだと思うのです。

始関 今の問題は別の言い方をすると、先ほどもちょっと出ていましたけれども、修繕が論理的には可能なだけけれども、経済的には建て替えたほうが安く付くというようなときには、滅失なのではないか。つまり、滅失と修繕の境はどこかという話が冒頭に山野目さんから出たわけです。そういう問題と同じ問題を別の言い方をされているということではないのですか。

鎌田 理論上は、どんな理由で損傷が生じたにしろ、修繕義務が課されていると、債務の履行は可能だから、危険負担の問題になりません。これに対し、債務者の責めに帰すことのできない事由によって目的物が滅失してしまうと、利用をさせる義務が不能により消滅するから、その対価関係にある賃料支払義務は存続するかという危険負担の問題が出てきます。ただ、目的物が毀損して修繕が未了の間は、その期間中も使用収益をさせる義務はあったのに、その一部が履行できなかったから、その履行できなかった部分の対価としての賃料については危険負担の考え方に従って賃料の減額を請求できるという制度(民611条)を設けたのだと説明することができると思います。

その限りでは、損傷の場合には修繕義務があるということと、滅失の場合には危険負担

の考え方に従って契約が終了するということとの間には、道垣内さんが言うような意味での矛盾はないのではないかと思います。

松岡 先ほどの修繕ないしは減額の話で、建物自体は滅失しておらず、建物自体は使えるように復旧したが、電気・ガスがまだ復旧していない場合に、貸主は、確かに、自分が電気やガスが使えるようにすることはできませんから、復旧して使えるようにする義務までを負うわけではありません。だから、責めに帰すべき修繕義務ないし使用収益させる義務の不履行ということにはなりません。

しかしながら、借主からいえば、「電気やガスが使える建物を借りている」と構成することは可能でしょう。ちょっと話が飛んで恐縮ですが、磯村哲編『注釈民法(12)』(有斐閣、1970年)に磯村哲先生がお書きになっている話(28~29頁)で、祝祭の行列を見るために部屋を借りたところ、その行列が中止になってしまった場合、物理的にはその部屋を借りることはできますが、契約の目的が達成できないことで、貸主の履行不能だと構成できるとあります。今回の問題は、それと似ていて、不便ながら住めるというのと、例えばレストランなどの商売ができないというのは、契約の目的次第で、それが達成できない度合が違ってくるから、減額率も異なってくるでしょうけれども、インフラも含めて貸していると考えられなくもない、と思うのです。

道垣内 なぜ修繕義務の限界が気になったのか、について一言させて下さい。随分前に、私は、最高裁昭和29年7月9日判決(民集8巻7号1338頁)の評釈をしたことがあるのです(法協100巻11号2141頁)。借家の大修繕の必要があるということが、更新拒絶の正当事由になるかという問題でして、これを肯定した事例です。つまり、借家人に退去してもらわなければ必要な大修繕ができないというときには、そもそも賃貸借契約を終了させることができるというのが判例法理なのですね。そうすると、民法606条で「修繕」と言っているというのは、借家人が住み続けたままで

きるような修繕を念頭に置いていると解釈するのが当該判例法理との関係ではコンシステントなのではないかと思うのです。これは、なんとなくそういう方向になりそうだというだけであって、上記の判決が更新拒絶に関するものであることも相まって、確実な論理的な推論ではないわけですが、それらの判例法理との間の整合性も考えなければいけないことは指摘しておきたいと思います。

#### ◆借賃減額請求との関係

**松岡** 未公判裁判例ですが、私が毎日新聞からコメントを求められた平成10年の神戸地裁の判決があります（神戸地判平成10・9・24毎日新聞平成10年9月25日大阪版朝刊30頁）。この判決は、最初の2カ月分は7割、次の1カ月分は5割、減額して、それから後インフラが復旧するまでの間は2割の家賃減額を認めています。公刊されていませんのであまり注目されていなかったのですが、考え方としては成り立つと思います。

**始関** 今の松岡さんの問題意識自体は多くの点で賛成です。しかしながら、法律構成としては、賃貸人の義務不履行というような問題ではなくて、事情変更による賃料の増減額請求という借地借家法の問題なのではないでしょうか。

**寺田** 契約内容自体の問題と考えるべきなのでしょう。行列の例を持ち出すまでもなく、家具付きで家を賃したのに、家具がなければ履行していないことになるので、それと同じように、水道、ガス付きという内容で貸せば不履行だけれども、そうでなければ概念的には不履行ではないということでしょう。ただ、実際はその認定が難しいということではないですか。

**始関** しかし、近隣一帯ガスが供給されていない状況であって、家を所有している人は我慢して住んでいるわけです。それにもかかわらず、賃貸借契約の場合には、賃貸人はそれを供給できないという評価をするのでしょうか。もちろん不可抗力であって自分の責任ではないわけです。それを、債務不履行を理由とす

る賃料減額という形で引き受けなくてはいけないのでしょうか。

**松岡** 貸主が全面的に100%引き受けなければいけないかどうかは、また別の議論だと思います。

**始関** だから、借主が契約さえすればライフラインが供給されるという物件として賃したにもかかわらず、そうでなくなったわけですから、いわば賃貸物件である借家の価値が下落したと。その下落したのが賃料にも反映されるべきだと考えれば、賃料増減額、ここでは減額請求ですけれども、これを借地借家法上請求し、それが認められる場合があるという法律構成になるのではないのでしょうか。

**小柳** 借地借家法32条の定める借賃増減請求権というのは、その要件として経済事情の変動が重要だと思います。条文でも、「租税その他の負担の増減により、土地若しくは建物の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動」というのがまずあって、それに続けて「近傍同種の建物の借賃に比較して不相当となったとき」と書いてあります。とすると、インフラの一時的な不具合まで減額の要件になるのかという疑問があります。またインフラが戻ったら、家主は増額請求を同じような理屈ですることになるのでしょうか。

そもそも借地借家法の規定する借賃増減請求というのは、客観的な経済事情を主として問題にしている制度と私は今までは思っていたものですから、十分な使用収益ができるかできないかというレベルとは少し違った規定ではないかというのが、私の今までの受け取り方でした。その点はいかがでしょうか。

**始関** 典型的には小柳さんのおっしゃるとおりだと思うのですが、条文でいいますと、借地借家法の32条1項ですけれども、「建物の価格の……低下」というのが1つ例として挙がっていて、まさにライフラインが供給されないような建物になったということは、「建物の価格の……低下」に当たるので、論理上は借地借家法の借賃減額請求ができる場合にピッタリ当たりそうな感じがするのです。

寺田 私は、基本的に小柳さんに賛成です。借地借家法の借地であれ借家であれ、これはかなり長期的にというか、恒常的にその事情が変わってしまったというときの対応なのであって、今のようなやがて正常に戻るだろうが、それまでの期間どうするかという問題は、せいぜい契約の一部の不履行が一定の間だけ起きているということではないですか。

松岡 民法611条の滅失の中に含めるのは難しいかもしれませんが、結局その契約で前提としていた効用ないし利益が一部なくなった場合、611条の一部の滅失と同じ性質を持つのだというので611条類推で処理することを考えたのです。

始関 611条類推にせよ、私が言う借地借家法32条の増減請求にせよどちらにしても、請求することによって一定の額が減額されるという構造は同じですね。

小柳 そうです。

始関 寺田さんがおっしゃられた、借地借家法上の賃料増減請求というのはある程度恒常的なものだ、というのはそうかなと思う一方で、しかし民法のほうでいくというのは、ガスや電気といったライフラインの供給というのは、ガス会社や電気会社がやることであって、賃貸人のほうではいかんともしがたい事柄なのに、それを賃貸人の義務の中にも含めるようなことはちょっと飛躍があるのではないかという気がするのです。

寺田 それは、ケース次第でしょう。その特定の賃貸借をとってみれば、ガス会社、電気会社、他のサービスでも何でもいいのですけれども、全部契約に組み込んだときに、それを賃貸人側の履行補助者として契約を構成するかどうかです。そうすればそうなるだけであって、ただ普通日本ではそこまではしないのではないかと思います。

戒 ライフライン関係の経費(光熱費)を賃料とは別の名目で支払っている契約もありますよね。そのようなケースではライフラインが整備されていなくても賃料自体の支払はしなければしょうがないとも思うのですが、光熱

費は支払う必要がないという気もするのです。実務ではそんなことで話をつけたようなことも結構あったと思います。借賃の額の調整ですが。

道垣内 借地借家法32条という説と民法611条という説があるわけですが、実際に広範囲に地震が発生すると、この2つの条文が反対方向に働くこともあるのだと思うのです。つまり、建物自体の数がすごく減ってしまって、近隣の賃料は上がっている。しかしながら、賃料20万円と決めた時点では、水道もガスも来ていたのに、それが壊れてしまった。そうすると、民法611条の観点から見ると下がるはずなのだけれども、借地借家法32条の観点からすると上がるはずであるということになりそうです。そうすると、どちらでもいいとは簡単には言えない気がします。

山野目 当時の、被災現地の現実的な解決としては、ライフラインが復旧するまで賃料の請求を實際上しないとか、額の調整をするということが行われたのだと思います。今振り返ってみると、建物が損傷したと認められる場合の法律構成としては、危険負担との関係というお話もありましたが、やはり借地借家法32条の適用ないし類推、あるいは民法611条の適用ないし類推、さらに民法上の一般的な事情変更の原則の適用というのも大いにあり得るような気もするのですが、そのような諸々の法的構成が考えられるので、今後研究していくべきではないかというお話でしょうか。

安永 うまくまとめていただきました。

◆そもそも何をもって滅失とみるか

寺田 最初に出された滅失の点ですが、私たちの立場からも、このときに建物の滅失をどう認定するかは別の意味で非常に難しかったのです。10万棟ほど滅失とみられそうな建物があって、所有者の方々は、皆さん新築をしたいのです。新築するには、前の建物を滅失登記しなければいけないのですけれども、それを自分で全部やるのは大変だという話になって、当局が職権で全部調査して滅失登記をや

ろうということが、震災の復興計画の一環として企画されました。

現実に土地家屋調査士の方々の協力をいただいてそれをやりました。現場へ行くと、このときには地震にも支払われる保険はあまりなかったのですが、それでも所有者としては早く壊して建てたい人もいます。ところが、賃貸借の対象になっていると、滅失と認定しないで下さいと言って頑張ってくる人もいました。客観的にはどちらかに決まっているのですけれども、それでもめると「これは滅失はやめておきましょうか。当事者で話し合いがつくまでは我々が手を出さないようにしましょう」という解決にならざるを得ないことがありました。

最終的な判定は、登記のほうで滅失とされてしまっただけで壊れてしまえば、それはそうならざるを得ないのだらうと思うのです。現実に裁判所に持ち込まれたものが多かったとは思えませんが、どう認定されたのかというのをもしご存じなら教えて下さい。

戒 争う人がいるかどうかにもよりますし、ケース・バイ・ケースです。

最終的にはかなりの件数が話し合いや調停・和解による解決です。訴訟外、訴訟内、あるいは調停という解決が阪神・淡路大震災のときには非常に多かったです。いい意味で、お互い被災者ではないかという、一定の麗しき関係みたいなのが維持されている間は、意外にもどちらもが譲歩しながらということが結構多かったのだと思います。関東大震災の後、膨大な借地借家紛争が発生するだらうということで、臨時に調停制度をつくったと思うのですが、それに倣って阪神・淡路大震災のときも裁判所が敷地の中にプレハブを建てて臨時の調停室をつくり調停員を増員してということをやったのですが、意に反して件数はそれほど伸びませんでした。地元の弁護士や司法書士にいわせると、それは自分たちが法律相談を頑張って処理したからだということになるのですが。そういうことで先例としての数は多くないのです。もう1点付け加えます

と、滅失と見るかどうかという問題は公法との関係でも生じます。滅失だということになると容積率既存不適格や接道義務を果たせないような土地だと再築できないので、まだ滅失していないと見て修復の方法でいきたいということがあるのです。私法的には再築可能なのに公法上は不可能だという土地がかなり発生するのですが、そういう問題は私法だけではどうしようもない。

安永 先ほどおっしゃった、話し合いで解決するというその話し合いの内容はどういうものですか。

戒 様々です。

安永 つまり、罹災法の適用を申請しないような形で解決する、という話し合いなわけですか。  
戒 滅失を前提として罹災法上の権利を放棄する代わりに一定の対価を支払うというのが一番多かったですね。もちろん逆に滅失していないという前提で解約申入れの正当事由を立退料で補完するという処理もありました。

## 2 罹災法適用の政令による決定

安永 既に話が出ていましたが、賃貸借をめぐる問題として、次に「罹災都市借地借家臨時処理法」を取り上げます。第1に、その適用関係といますか、法制の概要の確認と運用上の論点を、第2に、その法律自体についての問題点を取り上げたいと思います。最初に、適用関係について議論したいと思います。

山野目 建物が全部滅失した場合は賃貸借が終了するという自体については、ご議論をいただいたように、法律解釈上争いがありません。ただし、被災現地において次に問われることは、そのようにして賃貸借が終了した後の、そこにいた被災者たちの「住」、住まいの問題をどうするかということです。

このこととの関係で、罹災法を適用するかどうかということが問題になりました。被災現地においては、これの適用の当否それ自体について論議がありましたし、振り返ってみても今でも評価の分かれる問題ではあります。しかしながら政府は、平成7年政令第16号を

もって、罹災法を阪神・淡路大震災に適用し、適用地区として大阪府の一部及び兵庫県の一部を定める、ということを決意いたしました。

震災復興に対処するための法制の適用関係というのは、法制的にもう少し一般的に観察してみますと、おおむね3つほどの類型があります。1つは、阪神・淡路大震災にこの法律を適用するというふうに、それだけを狙い撃ちして法律が制定された例があります。破産宣告の猶予はそのような扱いです。

それから、被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法の場合には、政令でどの災害に適用するかということを決めます。適用地区については定めません。あの場合には阪神・淡路大震災を指定するというふうに政令で決めました。

それに対して罹災法の場合には、申し上げましたように、災害と適用地区を政令で定め、個別にその当該の災害に適用するかどうかを定めるという仕組みになっております。こういう仕組みになっていること自体の当否ということも、あるいは議論されてもよいのかもしれませんが、とにかくにも神戸の震災のときにはそれが適用されることになりました。

この政令が施行されたのは、平成7年2月6日で、法律の規定の中でいくつかの場合において、「政令施行の日から2年以内に一定の申出をなすべきもの」となっておりますから、被災現地においては平成7年2月6日から2年以内ということが非常に重要なカレンダーとしての役割を持ちました。

具体的には、罹災法2条・3条の規定に基づいて、借地権の設定を受けたり、借地権の譲渡を受けたりする余地があります。14条の規定により、建物賃貸借の権利の創設を申出によって請求することができることになっております。これらの個別の論点について、これからご議論いただきたいと思います。

共通する細かな論点として、1つあらかじめ指摘させていただきますと、これらの申出をする資格があるか否かという、申出をする側の問題については、建物滅失時を基準として

定めるべきものとされ、また申出をする相手方は申出をする時点を基準として定まるべきものであると解されております。

戎 確かに、阪神・淡路大震災での適用は2月6日だったのです。そうすると、1月17日からしばらくは経っています。弁護士の立場から言わせていただくと、法律相談の需要は震災の翌日からあるのです。すぐに電話による法律相談なども始まります。しかしその時点では罹災法の適用があるかないかわからないですから、ないものとして回答し、かつ処理せざるを得ないのです。電話相談では適用されたらこうだけ適用されなければこうだなどという複雑な回答はできません。しかし、すぐに適用されていたら違った回答も処理もできたわけです。適用するなら迅速にしていただかないと現場は困ることになるだろうと思います。

寺田 遅れて申し訳なかったのですが、これが、省令ならば法務省が決めれば決まるわけです。しかし、この場合は政府全体で、一体この震災に対してどこまで対策をとるかという総論的な議論になってしまいます。具体的にも、一体現地でどこからどこまで本当に被害があるのだと、例えば、大阪府の豊中とか淡路とか、それを現地へ行って確定しなければいけないという作業があります。私どもからすると、最初の1週間ぐらひは全くそういう把握ができませんでした。現実には2月6日に公布され、即施行されていますけれども、1月末ぐらひに、これならこの地区は適用できて、それ以外は適用しなくても大丈夫だという確信ができたという感じでした。もともと昭和54年から1回も適用されたことがなかったのですから、立ち上がりがかかったという全体の問題は反省点としてはあると思います。

小柳 罹災法の話ですが、そもそも論としまして、適用される前では、神戸の弁護士の先生方でもこの法律についてご存じの方はそんなに多くなかったと聞いているのですが、それでよろしいのでしょうか。現在は、神戸での経験から、罹災法の大体の特徴について一応

は知られるようになっていっていると思うのですが。戎 名のみ知るといふ弁護士がほとんどだったと思います。

小柳 そうですね。しかも、その中身が通常の民法の考え方とは随分違っている。特に、後で議論になるように、借家人又は罹災建物の借主が土地の賃借人になり得るといふ法律ですから、普通の民法の考え方とは違っているところがあるといふので、適用について議論があったのではないかと思います。

#### ◆罹災法の制定経過

小柳 もう1つの問題は、罹災法は、制定当時は、戦災対策の法律でしたので、非常にわかりにくい言葉が使われております。現代の法律家が条文を読んだときにこの法律で紛争処理して大丈夫なのか、今の世の中に適合しているのかということが、条文の体裁や文言からも不安になるといふ法律だったと思います。

少し罹災法の歴史について補足させて下さい。大都市における災害と借地借家に関する特別法である罹災法は、その源流をたどると、大正12年の関東大震災後の大正13年に制定された借地借家臨時処理法にさかのぼります。関東大震災の後では借地借家の紛争が大変多かったです。当時は、とりわけ都市において大規模な地主制が発達していました。東京市の住民の90%は借家人であると言われていましたほどに、土地所有が特定の人に偏っていたということもあり、借地も多かったし借家も多かったということです。

そこで、関東大震災があつて、建物が相当程度失われたので、旧借家人がバラックをどんどん建ててしまいました。これに対して、地主がこのバラック撤去の請求をするといふことで、焼け跡バラック問題が起きました。先ほど来、建物が滅失すれば不動産賃貸借は終了するのだといふことを前提に議論がありましたけれども、当時、社会運動に熱心であった布施辰治弁護士は、建物滅失でも借家契約は終了しないといふ説すら唱えました。その根拠は、借家であつても場所によって家賃

が違う。そうだとすれば、借家契約であつても、その中心となるのは土地だ、土地の値段で家賃が決まるという考え方でありました。土地が主たる目的であるから、賃貸人は建物を再築してまた貸す義務がある。賃貸人が義務を履行しないのであれば借家人が事務管理で建物を建築できるといふような形で議論を展開しました。もっとも、これは主流ではありませんでした。また、鳩山秀夫博士は、焼け跡バラックに対する地主の撤去請求について権利濫用になる場合があるといふ議論を展開しています。また、焼け跡の借地権について建物滅失のために当時の建物保護法で与えられていた対抗力がなくなるという問題がありました。この結果、震災翌年に借地借家臨時処理法といふ法律ができて、罹災借地権の対抗力や再建建物優先借家権が規定されました。

その後第2次世界大戦があつて、また大規模な被災があり、この罹災法が制定されました。終戦直後は、例えば農地改革があつたように、土地所有権自体に対して一種の革命的な変化を認めるなど、今とは考え方が随分違ったのではないかと思います。それから、いろいろ特別な法律ができております。例えば、住宅緊急措置令といふのは余裕住宅、焼け跡の中でも女中部屋などがあつて広い家がある方は家を貸しなさい、強制的に貸しつけるといふことを規定しています。臨時建築制限令といふのがあり、床面積50㎡を超える住宅・店舗を建てることは原則として禁止だとか、今では考えられないような法律がたくさんあるのですが、そうした一種の緊急状態の一環としてこの罹災法が制定されました。

#### ◆戦後の適用例

小柳 こうした緊急対応の法律は、戦後の混乱が終わるとともに廃止されたのですが、この罹災法のみ残ったわけです。何故かといふと、先ほども申し上げたように、戦争の後も都市大火が多かったからです。

借地法・借家法の昭和41年改正は、昭和31年から作業が始まったのですが、日外アソシエーツ編集部編『昭和災害史年表事典(2)』

(日本アソシエーツ、1992年)という本を見ると、昭和31年の1年間でも100戸以上罹災の都市火災だけで8件あり、最悪は1755戸の罹災です。4件の都市大火に罹災法が適用されています。

都市不燃化は、日本都市計画の成果の1つだと思うのですが、これが実現したのは高度経済成長があったためだと思います。日外アソシエーツ編集部編『昭和災害史事典(5)』(日本アソシエーツ、1995年)では、例えば昭和56年から63年までの8年間で見ると、100戸以上の都市火災の記事はありませんし、10戸以上の火災記事ですら全部で4件しかなく、最大17戸の火災です。罹災法適用もこの間1件もありません。また、法律制度では、「借地条件の変更」などのための借地非訟の制度が充実してきたことも重要です。借地法・借家法昭和41年改正のときには、法務省に対し、当時の建設省から要求が出ています。これは、都市計画で防火地域等を指定しても、増改築制限特約がある借地の上の建物については、耐火性能を備えた堅固な構造の建物への改築が難しく、都市防災性能向上の障害になっているため適当な制度を設けてほしいということでした。これを受けた借地非訟制度の導入は、都市の耐火化に貢献したと思います。罹災法適用は、昭和51年の酒田大火(1017戸罹災、これは最後の都市大火です)の次は、昭和54年の富山県福光町火災(57戸罹災)を最後とし、その後は阪神・淡路大震災です。

今日では、問題になる都市災害は、実際上は震災です。罹災法は、最初は戦災対策の法律で、昭和22年からは都市大火、都市で大きな火事があったときの法律になり、その後最近では地震対策の法律に変わったと思います。都市災害のあり方や社会状況の変化に法律が十分対応できているかが問題です。

最後は今度の中越地震ですが、平成17年4月15日に罹災法適用がありました。日弁連からも要望があったわけですが(平成17年1月11日付日弁連「罹災都市借地借家臨時処理法」及び「特定非常災害の被害者の権利利益の保全等を

図るための特別措置に関する法律」の適用申入れ)、これについて新潟県弁護士会の方にお伺いしたところ、支援のために新潟を訪れた神戸の弁護士の方々から、この法律はなかなか使いにくいところがあると言われ、現地はそれほど借地借家が多くないということで、適用申入れにはためらいもあったが、調停費用免除のための被災者権利保全特別措置法の適用を受けるには、罹災法適用があったほうがいいということで申入れをした、とのお返事をいただきました。とすると、罹災法は、調停費用免除のために適用される法律という、また新しい性格付けが与えられたと思います。その点を含めて、今度の中越地震の適用について教えていただければと思います。

寺田 中越地震の場合、おっしゃったことは、私の承知している範囲ではそのとおりです。もともと、この地区で借家で現地で再建して、臨時的な権利関係を延長する、そのようなニーズは本当にあるのでしょうか、という声が最初は圧倒的だったのです。

その後要望を出されたのですが、いろいろ調節があって少し時間がかかりました。

ニーズの大きさはともかく、地震の規模からいったら適用しても少しもおかしくないことでした。先ほどおっしゃったように、ほかの法律関係の適用とパッケージにしたほうが妥当だという判断もあって、法務省と国土交通省で協議をして適用関係を決めたという経緯です。

(つづく)