

震災復興と民事法制(中)

〈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

3 罹災法の内容と問題点

安永 次に各論点ごとにお話をいただければと思います。

山野目 これからあと特に断らない限りは、Aが所有する建物を借りていたBがおり、その建物が滅失したという場合を想定してご議論をお願いしたいと思います。

◆優先借家権——その趣旨

山野目 はじめに〔論点1〕ですが、そのような場合において、Aによって建物の再建がなされたときに、Bは罹災法14条に従い、Aに対し建物のBへの賃貸を申し出ることができ、Aは、正当の事由がない限り、これを拒み得ない、ということが定められています。これ

は先ほどの小柳さんのお話の中に出てきた布施弁護士のお話、つまり滅失しても消滅しない、というお話が、解釈論として採用可能かどうかはともかくとして、エスプリとしてそういうものを立法上反映していると見ることもできます。

ですから、この14条というのは、立法の発想として十分にあり得るだろうと思います。ただし、運用上、例えば申出をなすという賃借人の権利が放棄できるものなのかどうか。一般には放棄できると解釈されていますけれども、しかし被災現地が混乱しているとき、放棄があったかなかったかということはいろいろ難しいのではないかと。

あるいは、14条によって賃貸借の権利が成

立すること自体はよろしいかもしれませんが、当事者にとって関心というか利害関係が大きいのは、いくらで借りることができるのかということで、そのことについて、法制上は15条で「裁判所が定める」と定められているのですが、当事者及び裁判所にとってのご苦労がおりだったのではないかと思いますし、そういった点を含めてお教えいただければと思います。

小柳 優先借家権、あるいは新築家屋優先賃借権とも称すべき権利だと思います。これは先ほど紹介した「震災と借地借家の法」の歴史の中では、1番最初に出てくる制度の1つです。関東大震災の後、当時の「借地借家臨時処理法」という法律でこの法律制度を導入しました。考え方は先ほど山野目さんがおっしゃったようなところです。

当時の議論を見ると、これを主導したのが末弘徹太郎博士です。末弘博士は、震災があって復興すると土地の所有者は以前と同じであり、借地権も、対抗力は問題が残りますが、借地権それ自体は建物滅失では消滅はしない、ところが、借家権のみなくなってしまう、復興というからには、都市繁栄に重要な役割を果たしていた借家権も復興せしめなければならない、と発言しました。末弘博士が当時の政府の審議会で活躍し、この制度が法に取り入れられました。

当時は災害後の東京で、都市環境改善のために、大規模な土地区画整理を実施していました。土地区画整理のためには、借家人のバラックへの執着が障害になっていたのです。借家人がバラックで頑張るのは、そこにないと営業の利益等がなくなってしまうからでした。そこで優先借家権は、借家人はバラックを退くけれども、新しい家に入れますよということで、バラック撤去による都市改善を狙った権利でもありました。ですから、末弘博士によれば、優先借家権は、都市計画ともリンクした制度でした。もっとも、実際上、この制度に関する裁判例はほとんどないので、

〔論点表第一〕

- 論点1 優先的な建物賃貸借の権利の附与
- 論点2 優先的な借地権の設定
- 論点3 優先的な借地権の譲渡
- 論点4 罹災都市借地借家臨時処理法と紛争処理

あまり役に立たなかったのではないかとも思います。

戦後に罹災法が制定された時の司法省の帝国議会想定問答集は、未曾有の住宅難・資材難という状況下で他人に貸すような家を建てることはあまり期待できないが、前の法律にあったので規定を設けたと述べています。さらに、当時は地代家賃統制令もありました。とはいえ、この制度は、エスプリとしては大変素晴らしい制度ですし、外国にも類似の制度があります。フランスでの第2次世界大戦後の1948年9月1日借家法に同様の規定(70条)があることをシムレール教授というストラスブール大学の先生から教えていただいたことがあります。日本との違いは、建物の滅失を要件とせず、再築建物に借家権が移行するとしたことです。

阪神・淡路大震災での適用例を見ると、建物がどういうものになるかがわからないというのが第1の問題点です。借家人にとって使い勝手の良い建物になるかどうかわからない。他方、第2の問題は家賃がどうなるかわからない。賃借条件が白紙のまま、借家権が設定されるというのもなかなか難しい権利だなということがあります。

戒 優先借家権は最初取っ付きにくいというか、正直なところよくわかりませんでした。文献もなく、当時既に絶版になっていた中川淳編『判例コンメンタール借地借家法』(三省堂、1978年)を引っ張り出してきて、どう考えたらいいのだろうと弁護士仲間でさんざん議論したことを思い出します。

この権利の特色ですが、第1に、従前の家主に対して発生する権利ではないという点で

す。つまり、家主に対して請求するというのではなく、借家があった土地に最初に建つ建物を誰(借家人以外の)が建てても、その建てた者に対して請求することができることになっています。それまでの賃貸借関係の延長ではないということです。第三者がいきなり、元借家人から優先借家権を主張されることもあるわけです。土地の譲渡をした場合に、土地の購入者が最初にその土地に建物を建てようとする、その者に対して請求がなされるということがあり、後でまた出てくると思いますが、このことが被災地の復興街づくりの支障になってしまうのです。

第2に、先ほどおっしゃっていましたが、まず、どのような建物を建てるべきかについて借家人が何も言えないという点です。元と同じ建物を建てなければいけないという縛りは全くないわけです。店舗の借家人がいてその建物が滅失した場合でも次に建てる建物は住宅でも構わないということです。結局、建物を建てれば基本的にいいのであって、それが元借家人側の意に添わないような建物であっても別にかまわない。

第3に借家条件です。滅失によって借家関係は終了してしまうのであって、それが復活するわけでは決してないということになると、家賃の設定1つ取っても従前の家賃の継続賃料のような考え方にはならない。原則は新規家賃ということになるでしょうし、前と違った建物になるという意味でも、また新規家賃ということになるのだらうと思います。そうすると、元借家人がこの権利を主張したとしても、一体どういう建物が建てられるのかもまだわからない上に、どういう条件で入れるのかもわからないということになります。

実は、優先的借家権を行使して自分の住宅を確保できた元借家人というのは多くないのです。倒壊した借家は古い木造賃貸住宅が多かったものですから、それこそ地代家賃統制令の世界のような低額な家賃で入居していた借家人がかなりいました。そうすると従前家

賃よりほんのちょっと上がっただけでももう支払えないということになります。そういうわけで、罹災法の目的は住宅の確保にあるわけですが、実際には罹災法によって元借家人の住宅が確保されたケースは少なく、罹災法上の権利の放棄と引換えに生活再建のための資金を家主などに支払わせることによって住居を確保していたケースが多かったのです。現実には優先借家権により住居を確保するという法の目的は達成されませんでした。だから、この権利を廃止しようとなるか、優先借家権の内容に制約があり過ぎて使えないからもっと借家権の取得を容易にすべきだとなるか、2つの方向が考えられると思いますが、現行法のままだと目的は達成できないと思います。

安永 権利の売買というか、商売するようになってしまう危険性があるわけですね。

戒 先ほどちょっと言いかけたことですが、街づくりの現場で問題が出てくるのは、例えば行政が土地を買収して、そこにいわゆる恒久公営住宅を建てようとした場合に、それが滅失した借家がある土地であれば、行政に対して優先借家権が行使されることになります。しかし、行政の公平性の観点から特定の人を入居させるということはなかなかできない。元借家人のために公営住宅を建設するという話になってしまいますので。ですから買収をする前に売主に対して罹災法上の権利を放棄させておいて下さいというように言うわけです。これは別に公共による買収だけではなく、普通の土地、一般の取引でもそうですが、買う側は優先借家権を行使されると自分が有効利用しようと思ってもそれを阻害することになりますから、必ず放棄させて下さいということで、放棄書を付けないと買いませんよという話になるということです。だからこそ、先ほど申し上げたように、放棄と引替えにお金を払うという話になっていくのです。

小柳 この優先借家権は、前回の1953年10月のジュリスト43号(「不動産セミナー」11頁

以下) の中でも論じられています。そこでは、申出の期間に制限がない点が問題にされています。有泉博士は、「戦災後何年もたってから焼けたあとへうちが建つ、ひとつおれが借りようというのは少し強慾だろう。……この条文は立法論としては欠陥がある」と述べています。さらに、更地と思って買って家を建てたら「おれが先に借りる権利があるのだという者が現われる可能性はある」とも指摘し、更地売買では買主側に注意が必要だとしています。

ただ、我妻博士は、罹災借家人が優先借地権を行使せずに放っておいてその後、土地所有者が家を建てたとすれば、その場合の優先借家申出に対して家主は「多くの場合には、正当な事由で拒絶できる」とも言っています。既に1950年代でも議論はありました。

戒 遠くの仮設住宅などに移っている場合には建物の完成前の申出というのは案外難しいものです。

元家主から相談を受けたら「借家人にわからない間に建ててしまえ」という回答になります。元借家人から相談を受けたら「建物を建てられたらまずいから、住む気があろうがなかろうがとにかく内容証明で請求しておけ」というのが回答になります。

道垣内 もともと借家があった場所に再び建物が建てられたときには、また借家にするための建物を建てた例が多いのですか。それとも、自分の建物もなくなってしまって、自分の居住目的で建てたという例が多いのでしょうか。戒 統計的に把握しているわけではありませんが様々だと思います。ただ、いわゆる貸家のオーナーもまた被災をしている。いわゆる木造賃貸住宅ではオーナーが細々とわずかな家賃だけで食べていらっしやる高齢者である場合も多いのです。被災しながら自分の家でも借家でももう1度再建できるという人は恵まれた人です。

◆優先借家権の実態

小柳 公刊された裁判例等(ここで、「公刊され

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
 - ◆課題全体の見取図
- 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

(以上, 1314号)

- 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

(以上, 本号)

- 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

た」というのは神戸弁護士会〔現兵庫県弁護士会〕がまとめられた『罹災都市借地借家臨時処理法非訟事件決定例集〕〔神戸弁護士会, 1999年〕も含む)を見ると、クリーニング業やマージャン店、ショッピングセンター内の店舗など、営業用のものが争われた事例が目立つと思

ます。場所柄も含めて、居住用というよりはもともと営業賃貸借、営業用の建物であった。それをまた建て直すときに、一種の場所的な利益というか、のれんみたいなものを反映させたいという借手側の意向があったのではないかと思います。

それは、関東大震災のときからそうだったのです。関東大震災のときでも、焼け跡をめぐって借家人と地主が争うという例が新聞で報道されていますが、とりわけ激烈なのは営業借家の事例なのです。実際上罹災した場所で再び借家人となることに利益があるのは、まずもって営業のための権利だろうと思います。居住用借家であれば、現在、居住のためのいろいろな施策というのは公的な支援で相当程度可能ではないかと思えます。

戒 そういう場所での事例が多いというのは、1つにはオーナーに資力があるからです。優先借家権は誰かに建ててもらわないと駄目なわけです。元の家主にしろ土地の購入者にしろ建てる側に資力がなければこの権利は実現はしませんが、そういう場所の貸家の元オーナーというのはそれなりの資力を持っているということです。

それに借家人の側も、建てないのなら罹災法2条で自分が借地して自分が建てるぞというぐらいお金のある元借家人もいます。ということは、オーナーとしては自分で建てて貸さないと取られてしまうかもしれないということです。

道垣内 もう1点だけ伺います。戦前には東京でも借家が多かったというのは小柳さんの本にも書いてありますし、小説などにもよく出てくる話です。しかし、それはおそらく、一軒家の借家ですよ。ところが、現在は2階建て、3階建てのアパートなどがいくらかもあるわけです。そういうものに14条・15条がどのような形で適用されるのかという議論はないのでしょうか。つまり、20戸のアパートが壊れて、新たに10戸建てられますと、20人のうちの10人しか権利行使できないわけですが、

その優先劣後関係をどのようにして決めるのか。

戒 複数の借家人からの申出があった場合ですね。

山野目 16条の割当ての裁判をするのではないですか。

戒 結局、前より数が少ないのでみんなが1つの住居にというか、1つのところに申し込むことになりますから。

道垣内 一応はそうなわけですが。

山野目 一応、枠組みは準備されているのですが、現実にはそうなったときには難儀ですし、それを全部裁判所が非訟的にやってくれという色彩がこの法律全体で濃厚なわけです。だから、ご指摘になったことは、仕組みは一応用意されていたとしても、問題であるのは間違いないと思います。

戒 あとでまた、紛争の解決のところで出てくると思います。

小柳 今のお話ですが、関東大震災後、すぐにできた借地借家臨時処理法でも実は割当ての規定はあるのです。当時は、長屋が結構多いものですから、複数の賃借の申入れが競合することを考えておく必要があったわけです。この旧法は、もちろん、それ以外に種々の事情を斟酌するのですが、それがうまくいかないとき最後は抽選の方法をもって割当てをなすという規定があります。こうした割当ては実際にはワークしにくい制度であり、法律としても問題を残すものであるということはそのことから明らかだと思います。

始関 今の点、法律上は割当てという形で整理がされているようですけども、実際、阪神・淡路大震災のとき、割当てが行われた例というのはあるのでしょうか。先ほど、小柳さんがご指摘になられた、実際に問題になるのは営業用の借家であるというお話とも絡んで、そういう疑問を感じました。第2次世界大戦直後の状況とは大きく異なり、阪神・淡路大震災の時は、居住用の住宅が全壊してしまつて住めない人のためには、国なり地方公

共同体が力を入れて、とにかくどこか寝る場所を確保してあげて、その後に、仮設住宅をいっぱい建てたわけです。長屋とか、いわゆる文化住宅が倒壊した例もたくさんあったと思いますが、そのような家屋に住んでいて震災に遭われた方は、行政の援助を受けて避難用の仮設住宅に大体お入りになっている。だから、長屋なり文化住宅の土地上に新しい建物が建ったとしても、そこへみんながこぞって、またもう1回住まわせてくれという請求はしなかったのではないかと。勝手な推測なのですが、それに基づいて質問しています。

戒 多くはありませんでしたが全然なかったわけでは決してありません。要するに、大規模な災害が発生してたくさんの住宅が1度に壊れた際の被災者の住宅をどうやって確保・供給するかという話ですが、おっしゃったように、当初は災害救助の一環として避難所を用意し、その後に応急仮設住宅を建設して住居を確保します。ただ神戸でもそうだったのですが郊外にしか土地が余ってなくて仮設住宅が中心市街地から離れた不便なところに建設されたのですね。中心市街地の元借家人であればあるほど元住んでいた便利な場所に帰りたいたいという希望が強いので、借家があった土地に今度新しく賃貸アパートが建つというような話を聞きつけると優先借家権を行使する。仮設住宅の後に建設される恒久公営住宅についても同じです。もっとも新たな借家条件に適應できる借家人に限られますが。

安永 公的な援助によりとりあえずの住まいを確保できるという意味では、昔と現在とでは全然状況が違うと思います。したがって、この14条が今日どのような意味を持ち得るかというのは1つの問題です。

狙いとしては、元の場所で暮らす、あるいは元の場所で営業することをバックアップするという意味ではこの条文は今日なお存在理由があると思います。もちろん、同じ場所で営業しなくては行けないという必要があることが前提です。また、住まいに関し、阪神・

淡路の震災復興の過程で議論になったのは、高齢者も含めて、その場所でみんなと一緒に暮らしていたコミュニティを復活したい、そういう中でもとの生活を取り戻したいという要求がありました。それはたぶん、あまり上手には満たされなかったとは思いますが、それが重要なことだということは、復興の過程で随分強く意識されたと思います。

そうすると、この14条というのは、そのような意味で1つの機能を果たすことができるのではないかと考えられます。14条はかなり通常の法制と違う仕組みにはなっているわけですが、そういうところになお今日的な意味を見出すことができるのではないかと考えます。

◆優先借家権は放棄可能か

鎌田 借家人による優先賃借の申出について「完成前」という不確定な終期しか決まっていないことの問題点が指摘されました。ただ、例えば罹災法適用決定後2カ月というように決めると、建物の再築が2カ月の期間が過ぎた頃に集中して行って、制度の実効性が損なわれるおそれもあるので、終期を確定期限にしないで、正当事由で当事者間の利害を調整するという現行制度も、立法の在り方としては、それなりに合理性があると思います。

また、再築に当たって、従前より堅固で良質な建物にしていくと、居住の安定やコミュニティの維持という観点からは、實際上従前の家賃水準を期待していた借家人は新建物に入れないという状況を作り出してしまうという問題が起きてしまうわけです。しかし、震災前より強い町並みを造るという観点からは、特に木質アパート密集地などについて、事前に優先借家権を放棄させて、グレードの高い建物を建てていくことが選択できないといけなというジレンマがあります。最初の山野目さんの問題提起の中で、権利の放棄については慎重に考えなければいけないのではないかという趣旨のご発言がありましたが、その辺りのところと関連するようにも感じました

ので、少し補足していただければと思います。
山野目 権利の放棄自体、それに否定的ということではありません。被災現地が何分にも混乱していましたから、権利の放棄ができるという法律ルール自体はよろしいとしても、ただ、果たして放棄の意思表示があったのかどうかについては、認定の上で慎重さが要求されるのではないかとということを申し上げました。

戒 元家主との間で罹災法上の権利を放棄しますという文書を交わす。その後、土地の譲渡を受けた新しい土地所有者が建物を建てようとする際に新所有者に対してもう1度罹災法上の権利を請求したときは、一旦放棄したから駄目だということでもいいのでしょうかね。

山野目 それはよいと思います。相手方のある単独行為ですから、それがきちんと真意でなされたということになれば有効であって、放棄がなされたということになるでしょう。

戒 そういう解釈で別によろしいのですよね。あなたに対して放棄したわけではないということという人もおりますので。

山野目 いや、それはないのではないですか。やはり、一旦、放棄があれば相対的ではなくて確定的に効力が生じ、しかし、そうであるからこそ認定を慎重にお願いしたいということです。

戒 認定を慎重にすべきだという点は全くそのとおりだと思います。それから借家条件についてですが、条文上は「相当な借家条件」ですね。この相当な条件の解釈いかんではやはり借家権を取得できないという話になりますので、相当な条件とは何かが問題になります。従前の条件とは違う。しかし、完全に新規条件でいいのかということところが被災地でも問題になりました。貸す側からすると、当然、新規家賃が入ってくるという前提で事業計画を立てる。家賃収入で回るということで借入れもして建物を建築するわけです。それが新規家賃ではなかったとなると事業計画が大きく狂ってしまう。

他方、完全な新規家賃だということになると借りられない借家人が出る。決定例や裁判例では、新規家賃でも従前の継続家賃でもないその中間ぐらいでというような決定もあったと思います。

◆優先借家権制度の評価

戒 罹災法14条で元借家人の住居を確保するというのは現実には非常に難しい。実際に入居できる元借家人は少ないということです。住宅政策とも絡むと思うのですが、こういう災害時の住宅の供給をどういう方法でやるかがまず問題だと思います。神戸の例だと、公共による直接供給中心だったわけです。自分で恒久住宅を建てて、そこに入ってもらう。しかし、そうではなくて、借家をどんどん建てて下さい。一定のグレードの借家をそこに建ててもらったら建設費その他もいろいろ補助もしましょうというような間接供給が見直されるべきではないでしょうか。そこに罹災証明を持った人が罹災借家人として入るのであれば、家主に対しては家賃補助をすることによって当初の計画どおりの家賃が入るようにする。一方、借家人に対しては、家賃補助をすることによって少ない負担で入れるようにする。間接的に被災地での住宅の供給をするというように転換できれば、罹災法上の権利が生きてくるのではないかと思います。しかも、元の場所に戻れるということまである程度実現できる。

小柳 公的な家賃補助付きの民間建築の住宅と言うと、今ある仕組みだと特定優良賃貸住宅いわゆる「特優良」(「特定優良賃貸住宅の供給の促進に関する法律」)が非常に近いです。特優良は、入居者負担額がその収入等に応じて変わる仕組みになっているわけです。公営住宅は基本的には公的主体が建設、管理をしますが、特優良ではそこまでの公的関与はしない。特優良は、地主さんが建物を建築するが、入居者負担額は収入に応じて公共が一部補助するという公共住宅の制度だと思うのですが、そういうものは、当時はまだ十分には

展開していなかったのでしょうか。

戎 特優賃とか特目賃（特定目的賃貸住宅制度）ですか。

特優賃や特目賃、民借賃（民間借上賃貸住宅）もありました。基準に達した賃貸住宅を建ててもらったら、公共が全室借り上げるのです。借り上げて被災者らを借家人として入れてもらい、家賃補助をすることによって回していくという仕組みです。

ただ、これは非常に問題があります。20年ぐらいの期間で借り上げてやります、ということからスタートするのですが、1つの問題点は、さらっと建てて、さらっと貸すことができない。本格的なものを建てないといけないということがある。とにかく何年か住めるような、最低限安全なものであればいいということであればもっと使われるのだと思います。だから結局建設費がかかる。そのようなものを建てて、もし、何かのときに空家ばかりになったらどうしてくれるのかということになる。実際徐々に空家になっていきます。建てた時は周りに賃貸住宅があまりありませんが、3年とか5年になりますと賃貸住宅も増えますからどんどん歯抜け状態になっていきます。そこで何が起こるかという、例えば20年借り上げるという約束はあったけれども事情変更だから解約しますということで、言葉は悪いですけどブチ切られていくのです。困るのは、住宅を建てたオーナーです。家賃収入がなくなると建築費に充てた借入金返せない。

松岡 オフィス・ビルのサブリース契約の場合と、問題状況は、共通していますね。

戎 おっしゃるとおりです。結局、泣く泣くそのまま建物ごと誰かに安く売ったというような話も結構あります。ですから、特優賃などの制度があっても、それだけでは間接供給としては不十分です。

◆優先借地権——その概要

山野目 ここまでがいわばオードブルでございましたが、これからが難しい議論をお願いしなければいけません。すなわち〔論点2〕です

が、今度は建物の所有者であって賃貸人であったAが、自身でその敷地の所有者でもあったという場合において、賃借人であったBは罹災法2条に従って、Bへの土地の賃貸を申し出ることができ、Aは正当な事由がない限り、これを拒み得ないという制度がございませぬ。この申出により成立する賃借権たる借地権の存続期間は、10年を本則として罹災法5条によって定まることになっております。

この制度は私の見るところ非常に奇怪な制度でして、従来建物賃借人であった者が、借地人に、何というのかわからないのですが、昇格をすることになる制度で、果たしてこういう制度が、とりわけ今日的な感覚で受け入れられるのかということをご議論いただきたいと思ひますし、また、そういう制度の本旨だけではなく細かく見ていくときにも、不思議なことがいろいろあるのです。例えば罹災法5条で10年の存続期間というのは決まるのですが、10年が終わったときにどうなるのか、ということに関しては、これは判例があり、定期借地権のように更新がなく終了するのではなくて、正当の事由があるかどうかということ論じ、更新請求をしていく可能性があるという解釈になっております。

それはそれとしてわかるのですが、更新されると何年になるのか、という問題を考えたときに、正当事由の問題は借地借家法5条・6条の例によって運用されるのでしようけれども、更新の期間が借地借家法4条の規定によって決まるのだろうか。4条の本則である10年が適用されるのであれば、10年、10年、10年となっていくので、まだわかるのですが、最初は10年で始まったものが括弧書の規定で20年になるというのが何かしっくりしない部分もありまして、そういうことについては罹災法には規定が置かれていません。そういった細かな点も含め、全体として非常に私は奇異な印象を受ける制度です。現地での運用がどうだったかとか、従来どういう経過で設けられた制度なのか、その辺りをお教えいただ

きたいと思います。

併せて〔論点3〕についても申し上げますが、今度は建物賃貸人だったAが、土地については借地権者であったという場合において、賃借人であったBが、罹災法3条に従って、借地権のBへの譲渡を請求することができ、正当な事由がない限り、これを借地権を有する者は拒むことができないという制度もござい

ます。

◆優先借地権の沿革と趣旨
小柳 優先的な土地賃借権の設定に関する規定について、多少沿革を紹介したいと思います。これは関東大震災の後に設けられた借地借家臨時処理法にはなかった規定です。関東大震災の後にできた借地借家臨時処理法では、優先借家権はあったけれども、優先的な土地賃借権は規定されなかったわけです。では震災の後の罹災法でなぜ規定されたかということなのですが、それは昭和20年に戦時罹災土地物件令というものがあり、その後始末として優先借地権が必要になったわけです。戦時罹災土地物件令は、昭和20年の空襲継続中に制定されました。空襲がずっと続いていたときに、本格建築をするのは適当ではありませんでした。再び空襲に遭うことが予想され、折角建てた家が焼けてしまう可能性があるためです。そこで、戦時罹災土地物件令は、本格的建築は適当ではないとしつつ、焼け出された借家人等に、土地を臨時に使用してバラックを建てる権利を与えたわけです。

この戦時罹災土地物件令は、昭和20年6月の戦時緊急措置法という法律に基づき、昭和20年7月12日から施行されました。終戦後は、この物件令に基づき、バラックを建てようと思えば建てられることになり、旧借家人がバラックを建てたわけです。ところが、今度は物件令の根拠になっていた戦時緊急措置法が廃止されることになり、建てたバラックの底がなくなるというのでしょうか、土地利用の権原がなくなるおそれが出てきました。当時は大変な住宅不足、資材不足でしたから、

バラックも貴重でした。そこで、罹災法が制定され、今バラックを建てている人は土地を借りることができる、あるいは借地権の上のバラックであれば、借地権を優先的に譲り受けることができるとして優先借地権・借地権優先譲受権を設けたわけです。繰り返しますと、バラックがある所で、バラックに権原を与える、底を付けるという権利というのが優先借地権だったのです。

終戦直後は材木等が非常に払底しておりますので、どんなバラックであっても大事であったと思われるのです。ところが、その後は、現在も含めて、更地をめぐる土地の支配を争うという状況に変化をしてきました。現在のいろいろな経済社会状況の中で、優先借地権が適当な制度かというのが問題だと思います。

先ほどから「借家人」という言葉が出ていますが、法律の条文では「建物の借主」となっており、より正確に言えば、その場合には使用貸借による借主も含まれるという最高裁判決もありますので(最判昭和32・11・1民集11巻12号1842頁)、昇格の程度というのは使用貸借の借主から土地の賃借人とする、随分距離があるということになります。もちろんそれは地主の拒絶の正当事由という制度で調整するのだという解釈があり、たしかにそれは可能ですが、それは地主から拒絶があった場合に限られます。拒絶がなくて、申出をして3週間して権利が成立したらどうなのかというもあります。

戒 優先的借地権というのは当時非常に問題になったというか、我々もよくわからなかった条文の1つです。何がわからないかというと、山野目さんのおっしゃったように、まずはすごく奇異なものを感じるのです。特に当時、震災後の焼け太りはいけないという議論がありましたが、その延長でいうと借家人が借地人に成り上がるというような、そういうイメージでこの条文が考えられていた節があります。また升田純参事官(当時)のご著書の

中で、14条はいいとしても2条・3条というのは積極的に認めるのではなくて、どちらかという、あまり認めないような方向で解釈すべきなのではないか、というようなニュアンスで書かれていたもの（『大規模災害と被災建物をめぐる諸問題』〔法曹会、1996年〕167頁）が被災地にも回ってきまして、裁判所にもご講演に来られてということもあり、被災地全体としてもそれほど積極的に活用することはないのではないかと。つまり正当事由をできるだけ広めに解釈するというような方向が一般的な捉え方ではなかったかと思えます。

◆正当事由の考え方

戎 問題となっていたのは、借地権というような重大な権利が設定されてしまうにもかかわらず、拒絶するための時間がわずか3週間しかないという点です。3週間以内に拒絶の意思表示がないと、もう承諾したものとみなすということになりますから、家主からすると非常に危ない話なのです。あの当時、非常に問題になったことで、法律相談の数も多かったように記憶しています。

正当事由が一体何なのかということですが、自分で使うのだというようなこと、あるいは建築上の許可などです。それと付け加えますと、抵当権が設定されている土地も多かったもので、結局この規定によって成立するところの借地権と、それより前に設定されている抵当権等との優劣の話。優劣の話とはまた別に、今度はこの規定によって土地利用権を得た借地人が建物を建てたというときに、次の段階で法定地上権の成否ということも問題になるかとは思っています。抵当権との優劣については問題がありました。結局優先といってもそれよりも前にある権利に優先するという意味ではないだろうということで、結局抵当権がそれ以前にあれば負けてしまうということもありまして、そういう解釈であるときはやっていたと思います。そのことがどうかという議論はあるのかもしれませんが、とりあえず以上です。

小柳 阪神・淡路大震災では、当時の升田参事官の見解が非常に大きな役割を果たしたというご指摘があったと思うのです。私も阪神・淡路大震災後の裁判例を見ましても、やはりそのように思います。阪神・淡路大震災の後に罹災法について多数の論文が出た中で、升田参事官は、現在の社会状況ではこのように考えるべきだ、ということを一歩強く指摘されたと思います。

升田参事官の解釈論の特徴は、2点あったと思います。その1つは、正当事由の判断基準であり、第2は判断時期です。これらについては、阪神・淡路大震災の前の段階で最高裁の判例がありました。最高裁昭和29年4月30日判決（民集8巻4号873頁）は、「罹災都市借地借家臨時処理法第2条第3項にいわゆる『正当な事由』があるか否かは、土地所有者及び賃借申出人がそれぞれその土地の使用を必要とする程度如何は勿論、双方の側に存するその他の諸般の事情をも総合して判定すべきものである」として、双方必要度比較説を採用しています。制定時の帝国議会での質疑でも同様の説明が政府側からありました。

また、正当事由の存否の標準時については、最高裁昭和41年4月1日判決（集民83号1頁）があります。この事件は、御堂筋という大阪屈指の場所でバラック的な建物の存続を許すべきかそれとも地主の拒絶に正当事由があるかが争われたものです。土地所有者側は、上告理由で、本件口頭弁論終結時は賃借申出時から約18年を経過しており、それゆえ、社会経済事情に重大な変化があり、更に土地有効利用の必要性が増大している、これらの要素は、拒絶の正当事由を強めると主張し、「原判決が正当事由を判断するに当り賃借申出当時を標準として爾後の社会的経済的事情の変遷を無視し、利害均衡の対象の埒外としたことは、合理性を欠く」と論じました。しかし、最高裁は、「正当事由の存否については、右賃借申出の時（したがって右拒絶の意思表示の時）を標準として決すべきであって、所論の

ように事実審の口頭弁論終結時を標準とすべきものではないことは、前記法条の解釈上疑いを容れる余地」はないと判示しました。

これに対して、升田参事官は、正当事由の判断基準については、罹災建物借主の保護は優先借家権が中心であって、優先借地権は例外的な場合に考えるべきである、罹災借家人の保護としては、借家権の取得が原則的な方法である、と論じたわけです。その理由は、もし優先借地権を認めると、罹災前に有していた権利を超える内容の権利を取得することになるから、それだけの合理的な理由、根拠が必要であるというわけです。特段の事情がない限り、土地所有者にその土地の利用を認める方向で正当事由を運用することが妥当であるという点、これが第1点目です。

第2の、正当事由判断の標準時です。地主は申出から3週間内に正当事由を備えて拒絶しないといけないということですから、素直な解釈は、前記最高裁判決のように、申出後3週間の間に、正当事由を備えることが必要だ、その後に正当事由を備えても考慮に入れることはできないというものだろうと思います。

ところが、升田参事官は最終的に優先借地権の成否をめぐる裁判の審理が終結する時点まで存在し、あるいは予見できる事情を正当事由に関して考慮することができるかと解することがより合理的であると積極的な解釈をされたわけです。借り手が申し出て、3週間以内に地主のほうで建築計画みたいなものを備えるということは実際問題としては大変難しいので、そこはとにかく裁判で争っておいて、審理の中で地主の計画が具体化していきなり、代替家屋の提供があるなどの点があれば、それを考慮に入れて判断すればいいというわけです。

そして阪神・淡路大震災後の公刊決定例等を見ると、升田参事官の見解・文言そのものを採用したものは見当たらないのですが、それに配慮したものが多くのように思われます。

第1の判断基準については、拒絶時に土地所有者が具体的な建築計画を有していない場合であっても、代替建物提供などをすれば正当事由が認められた場合が多いのです(大阪高決平成8・4・2前掲非訟事件決定例集82頁等)。終戦後の時期では、土地所有者が建築請負契約の締結等何らかの具体的行動をとらなければ、拒絶に正当事由がないとされていたものが多いのですが、それに比べて阪神・淡路大震災時の裁判例は土地所有者有利になっています。

第2の判断時期については、「借地権設定申出後3週間内に一応事由を示した拒絶の意思表示がなされた場合、後に拒絶事由が変更になっても、当初示された拒絶事由が全く理由のないもので、変更の経緯も信義則に反するようなものであれば格別、そうでない限り、右変更後の拒絶事由について、そこに示されている事情やそれまでに存した事情及び審理終了時までには判明した事情等諸般の事情を広く総合的に斟酌して、客観的にみて正当事由があると認められれば足りると解するのが相当である」という大阪高裁の決定があります(大阪高決平成8・5・27前掲非訟事件決定例集40頁)。ですから、新解釈の影響は大きかったと思います。こうした決定例と従来の最高裁判例法理との適合性が問題になるのですが、当時は「最高裁判所の判例……と相反する判断がある場合」についての許可抗告の制度(民訴337条)はなかったのですか。

山野目 民事訴訟法の改正の前ですからね。

小柳 改正の前ですね。当時は、決定について最高裁に上訴するには、憲法違反の特別抗告しかなかった。ですから高裁決定について判例違反で上訴になることはなかったのかもしれませんが。とにかくそういうような次第で、阪神・淡路大震災後では、実質的に地主優位説、判断時期についてずっと後まで引き延ばすということで、これも地主に有利にカウントする考え方を裁判所は採用しました。

最後に、それからもう1つ判例上重要な問

題があります。それは、罹災法とは別の民法一般についての新判例です。先ほど紹介にあった土地建物共同抵当の場合について、平成9年に、最高裁は、法定地上権に関する全体価値考慮説を採用しました（最判平成9・2・14民集51巻2号375頁）。もしも、個別価値考慮説だと、地主が土地建物を所有していて、共同抵当の場合に、建物だけが滅失して、旧借家人が建物を建築すると、優先借地権自体は抵当権に対抗し得なくとも、新しく建築された建物について法定地上権が成立する余地が相当にありました。個別価値考慮説は、この場合に関する限り、建物存続の意味があったわけです。ところが、全体価値考慮説ではこういう場合には原則として法定地上権は成立しないこととなります。

以上のように、升田参事官の新解釈2つと共同抵当についての全体価値考慮説、この3つで、ほぼ優先借地権は成立する可能性は少なくなったのではないかと、成立するかどうか、意味を持つ可能性は少なくなったのではないかと思っているのです。

◆優先借地権の機能

道垣内 立法過程上は借家人の保護というのが中心的な目的だったのですか、それともいわゆる国富を増やす、つまり建物を建てる能力を持った人に、それが賃借人であっても、戦災復興等のために建ててもらったほうが、社会経済上望ましいという考え方が強かったのでしょうか。

小柳 私がお答えしてよければ、たぶん立法時の考え方は、とにかく誰でも建てられる人は建ててくれというような、災害後の復興というのでしょうか、活力ある都市の再建みたいなものが中心で、災害前の権利関係とのバランスというのはそれほど重視していなかったのではないかと、昭和30年代の借地借家法改正作業の中で、我妻博士もおっしゃっているわけで、そういう傾向はあったのではないかと。誰かが建物を建てるのだったら立派だから、その人は建てさせたらいいので

はないかということだと思います。ただ、それは現在の世の中で、とにかく誰でもいいから建物を建てられる人は保護すべきだといえるかは難しいところだと思います。

鎌田 その昭和30年代と、罹災法の制定された昭和20年代とでは、さらに状況は違うと思うのです。もともと本法が制定されたときには、そんなに立派な建物を建てるというよりも、とにかく雨露をしのげるようなものを作ってやらなければいけないというところから始まっているので、それこそ10年もつかもたないかのバラックでいいのだという発想だったのだと思うのです。そうになると、国富的観点というのがどこまであったのか少し疑問わしいですし、今日的にはこれを使ってバラックを建てようなどという人は基本的に考えられないという状況の下で、この制度をどう運用するかということを考えると、本来、立法的対処をすべきなのではよいけれども、その余裕がないという状況の中で、升田参事官が先ほどから指摘されているような形で一定の方向付けをしようとしたのも、わからないわけではないと思います。

小柳 おっしゃるとおりだと思います。

戎 雰囲気としまして14条はまだしも、2条になるとあまり弱者たる借家人保護というイメージはないのです。というのは、高額の権利金を払って借地権を設定して、かつ自分で建物を建てられるという、かなり資力のある元借家人以外は権利行使できませんし、そうすると借家人といっても株式会社だったりお金持ちの商売人だったりするのが普通なのです。成立範囲を拡大するとか弱者を救済しなければいけないというような考慮があまり働いていなかったというのはそういうことではなかったかと思えます。

小柳 あと、阪神・淡路大震災の直後の神戸の研究會では法定地上権の成否について相当熱い議論が交わされていましたよね。

戎 ええ。先ほど小柳さんからご紹介のあったとおりです。

◆借地権の設定と譲渡とで状況が異なるか
山野目 この優先借地権の設定の話と譲受けの話とは、何か問題状況が違うところはあるのですか。大体ほぼ似たようなものだと考えて、両方とも今日的には疑問だというように総括してしまっているのか、何か区別すべき点があるのか、いかがでしょうか。

小柳 3条の譲受けについての規定ですが、その考え方自体は、2条の土地賃借権設定と同じように罹災建物の借主の保護を目的としています。しかし、阪神・淡路大震災後の裁判例を見ると、今借地権を持っている人が譲り渡したくないという正当事由紛争よりも、譲渡そのものは争点ではなく、むしろ借地権譲渡の対価が問題になっているというものが多かったように思います。その理由は、土地賃借権単独の譲渡の困難性です。土地賃借人が建物を建てていたとして、建物が滅失しますと、民法612条が規定していますように、土地の所有者、賃貸人の承諾が得られないとすると土地賃借権単独の譲渡は難しい。借地借家法19条の建物の譲渡に伴う土地賃借権譲渡に対する賃貸人の承諾に代わる裁判所の許可の制度は、建物が滅失してしまっているので使えません。そうすると、罹災借地人にとっては、ある意味で助かるのは、旧借家人が土地の賃借権を譲って下さいという借地権優先譲受権を行使することです。この場合、借地権を金銭に換えることができるというわけです。というわけで、あとは譲渡の対価がいくらかという紛争が多かったように思います。罹災法2条の土地賃借権設定とは状況が随分違うと思いました。立法論的には、単にこのような場合には、もっと誰彼構わずに譲渡できるという制度がいいということも提言されています。この提言では、罹災建物借主保護というよりも罹災借地権の保護に重点が置かれることになります。

戒 おっしゃるとおりです。借地人自身が居住している場合に建物が滅失してしまうと再築する力のない借地人が借地権を換金するのは

絶望的に困難です。地主が譲渡を承諾するはずはないし、借地非訟の代諾許可も建物と一緒に借地権を譲渡する場合でなければ使えません。しかし、借地人は地代は払わなければならない。払わなければ地代不払いによる解除が待っていますし、再築できないまま期間満了を迎えると法定更新もない。ところが、たまたま借地人が借家人に貸していれば、この3条を使うことによって地主の承諾があったとみなされますから地主の承諾を自ら得る必要はない。そのうえ建物がなくても換金が可能であるということになります。ですから、そういう意味で再築の力のない借地人の保護のための制度としてはこれは活きる制度になったわけです。たまたま建物を貸していたのは運が良かったとなるわけです。

安永 制度本来の趣旨はそこにはないのではないのでしょうか。

戒 本来の趣旨とは違うかもしれませんが実際はそういうように機能します。

松岡 それと先ほど小柳さんがご指摘になりましたように、借家人相手に対してだけ譲渡できるという限定が、必ずしも合理的ではないわけですね。

戒 借家人に譲渡する場合だけ地主の承諾は要らない、そういう意味ですよ。

松岡 その意味で、かろうじて狙ったとおり機能しているということですかね。

鎌田 だからといって、誰でもいいというふうにできるかという、それも難しいですね。

安永 本来、やはり借家人を保護しようという趣旨で、つまり2条と同趣旨で設けられた規定なわけですから、借地人を保護しようという趣旨ではないわけです。そうしますと結果的に借地人が保護されるということはあっても、誰にでもいいから譲渡できるという権利を与えるというのは、法の趣旨からはおよそ離れてくると思います。

山野目 ですから2条と3条は問題状況が共通しているところと、必ずしも同じでないところと両方あるのだと見ておりました。今の議

論ですと、やはり一番問題が大きいのは2条の優先借地権の設定で、14条の優先借家権はいろいろ問題はあるにしても、全部取っ払ってしまうということは、もう少し慎重に考えたほうがよいということかもしれません。3条の規定は、あるいは場合によっては民法612条とか借地借家法の19条・20条などとの関係での特則としての位置付けも見出しながら、またリフレッシュを考えていくということかもしれませんし、いずれにしても立法的には何らかの検討が必要だというご議論になっていくのでしょうか。

安永 それでは、罹災法2条についてももう少し議論して下さい。

◆昭和30年代の議論

始関 立法論の話になってきたわけですが、小柳さんの『震災と借地借家』という本を読ませていただいて、この罹災都市借地借家臨時処理法についても、当時の借地法と借家法と合わせて、我妻博士を中心に昭和30年代、31年から39年までという非常に長い期間をかけて議論がされていて、詳細がどういふものであったかということ、この本で勉強させていただきました。それを見ますと、優先借地権については、一方で、冒頭に山野目さんからお話があったように、借家人が借地人になるという、いわば震災を奇貨としてそんなふうになるのがいいのかという問題意識があった反面、他方で、優先借家権だけでは家主が新たな家屋を建ててくれないとニッチもサッチもいかないという問題もこれありで、そこで当時の検討でもいろいろな案がいわば何段階にもわたって出されています。優先借地はやめて、まず優先借家を前提に建てて貸せというような請求権の形にしてはどうかということが議論されたこともあったけれども、その案については、またそれはそれで非常にいろいろな問題があるということが明らかになって、また戻って優先借地を残さざるを得ないというようなグルグル回りをさんざんした挙げ句、議論がまとまらなかったというこ

とで、昭和39年の法制審議会で問題を先送りしよう、罹災都市借地借家臨時処理法について改正するのはやめようということになったという、ごく簡単に言うとそういう経緯だったということをもっと詳しく書いていただいでいて、非常に興味深く読ませていただきました。

優先借地権については借家人が借地になっていいのかという問題は確かにありますが、しかし、そうかといって、2条・3条を削ってしまっただけに優先借家権だけにしてしまうと、ほとんど何の意味もないに近いことにもなりかねないので、優先借地権をやめるとすれば、何か代替措置を考えなければならないのですが、いい代替措置があるのかということ、昭和30年代にさんざん検討されたけれども、なかなか難しいということが明らかになっていることを踏まえて、どうすればいいのか。

ただ、昭和30年代における改正の検討も、後半になってくると、優先借地権なるものは認めながらも、ちょうど升田参事官が解釈で示されたようなことの立法論的解決といいましか、土地所有者の正当事由がもっと広く認められるようにするということや、正当事由の判断の基準時期をもう少し緩やかに考えるというような、そういうことを立法的に取り入れようという検討がされたようです。だから、優先借地権を残しつつも、例えば裁判例でもその後出ていますが、代替建物を提供すれば優先借地の申立てに対する正当事由になるとか、そういうような形で、優先借地が認められる範囲を、升田参事官の解釈で提唱されたような形で狭くしていくというのが、やるとすれば現実的な立法なのではなからうかと、この小柳さんのご著書を読ませていただいでいて、そんなふうにしたのですが、いかがなものでしょうか。

◆どのように2条を評価するか
戒 この権利を行使されると、とにかく自分で建てないと土地をとられてしまうという感覚になります。そういう意味で元家主に再築を

促すという効果がまずあるのです。ですから、実際には権利金まで出して、しかも自分で建物を建てるような資力のない借家人でも内容証明郵便でこの権利を行使するわけです。そのことによって、14条で借家を確保するという方向へ誘導するというような機能を果たしたと思います。

山野目 ですから、2条は何らかの見直しが必要なのでしょうけれども、2条の見直しをするときに、わりと大きな規模の抜本的な見直しと、2条の小幅なりフレッシュと両方アイデアとしてはあるだろうと思うのです。小幅なりフレッシュというのは、お話があった3週間を見直すとか、正当事由の扱い方を升田参事官流のようなものを参考にして、見直していくという、先ほど始関さんがおっしゃったのがあるでしょうし、もう1つはおっしゃるように、14条だけ孤立させていたのでは実効性がないという問題との関係ということでしょうか。14条の補完の材料が必要だというときに、昭和30年代の日本はその補完の役割を2条に期待したのでしょうかけれども、もう少し現代的な住宅法制とか都市計画法制を念頭に置きながら、14条の実効化が別の手段で図られるならば、2条をもっと大きく見直すということがあるでしょうし、その辺りはこれから両方の可能性をにらみながら検討していく必要があります。

戒 正当事由の関係で「代替家屋の提供」というのは14条のところでも2条のところでもある程度出てくるのですが、ただ感覚的に言いますと、大規模災害の場合にはその周辺に住宅が基本的にないのです。代替家屋の提供ということ自体、不可能を強いるようなところが無きにも非ずです。

安永 2条の趣旨そのものがあまり明確ではないですね。立法の時の背景、趣旨は先ほど既にお話をいただいたのですが、立法の時の一定の社会状況を背景とした2条の趣旨が現在においてそのまま当てはまるかという、ほとんど当てはまらないのではないかという気

がします。つまり、例えば借家人の住居等を確保するという趣旨は、おそらく阪神・淡路大震災の経験でいえば、公の形で一応の住まいなり建物が用意されることで満たされたわけであったし、もう1つの趣旨、つまりお金のある人が建物を建てて都市を復興するのだという趣旨が仮に付随的にあったとしても、秩序なしに建物を建ててもいいかということ、それはたぶん望まれてはいないわけで、災害に強い街づくりをしなければいけないわけですから、都市の復興という趣旨も、当てはまらないのではないかと思うのです。

だから、もともとの2条が狙った趣旨が、現在そのまま当てはまるかということ、当てはまらなくなっているのではないのでしょうか。今日強いて合理的に2条に意味を与えようとするのであれば、借家人がその場所でないと営業ができないというような、つまりその場所に帰りたい人ということであり、加えて、地主のほうがおよそ建物を建てて借家として提供する力が現在ないということであるなど、いろいろ条件を絞っていかないと妥当な規定とは言えないのではないかという気がするのです。

ですから、仮にその2条を今後維持するとしても、要件面でかなり絞っていかないと、何でこういう特別な権利を認めているのだということの説明がつかなくなるのではないかと私は考えます。

始関 それはおっしゃるとおりだと思います。私がちょっと言い足りなかったと思うのですが、我妻博士の時代の検討においても、借家人が優先借地の申立てをすることができる場合については、営業を継続するなど、特別の必要がある場合に限定するという。それから所有者側の正当事由については、先ほど代替建物の提供ということを申し上げたのですが、それだけではなくて、いわば14条の逆というか、相当な建物を地主のほうで建てて、それを貸してやるからといえば、それはそれで正当事由が成り立って、優先借地権は成立

しないとか、あるいは土地を買い取ってくれという請求を土地所有者から逆にできるとか、そういうようなことも合わせて提言がされていたようですので、これは小柳さんの『震災と借地借家』325頁にまとめていただいていることなのですが、そういうような形で特別立法としての太平洋戦争直後の状況と今とは全く違うことは事実ですので、相当限定して考えないといけないのだと思います。

しかし、そういう限定を加える形で、なお優先借地権を残すという可能性はあるのかなと。もちろんその場合の都市計画とか、土地区画整理とか、そういう震災をいわば利用して良い街づくりをしようという、そういうインセンティブもあるわけですから、それと整合させられるような立法を考えないといけないのでしょうかけれども、終戦直後とは状況が変わったから、直ちにこの制度を全部やめてしまうという括りには、短絡的にはいかないのではないだろうかということも申し上げたかったのです。

◆借地借家法との整合性

安永 あともう1点は効果です。つまり現行の借地借家法との整合性はおよそ考慮されないままで生き残っているわけですから、従前の借地法を前提とした規定だと理解すれば、現在の借地借家法との整合性はやはり考えなくてはいけないということは、合わせて指摘すべきだと思うのです。

道垣内 改正論議なのか、現在の処理法の解釈なのかわかりませんが、罹災借家人が建物を建てなかったらどうなるのですか。

戎 7条があるのです。

寺田 先ほど言われた借地借家法との整合性がないというのは、借地借家法4条の括弧の中のことですね。

この期間についてだけ言えば、実はこの括弧書は議員修正で加えられたので、もともとは罹災法とも整合性が付いているつもりだったのですが、この修正があったので、延長部分の20年が不整合な感じになったのです。こ

れは適用がないという解釈が素直かなと、私は思います。

山野目 括弧書は寺田さんがご指摘のとおり、内閣提出の原案にはなくて、議員修正で入ったのですが、しかし入ったのは事実なので、だから、おそらく私も寺田さんの解釈のようなのが素直だと思うのですが、ただ、そのことは罹災法には書かれていないですから、そういう問題について、なお理屈としては疑義が残ります。あと、成立する優先借地権が定期借地権ではあり得ない、というのが今の一般的な解釈であると理解していますが、そういう論点も、見直しをするのであれば、おそらく考えてもよいことだろうと思います。

寺田 それは定期借地権であったほうがいい場合があるという趣旨ですか。

山野目 はい。

寺田 それは裁判所の判断にかからしめるということでしょうか。

山野目 裁判所の判断にするかどうかというのは、また立法の議論が必要かもしれません。

寺田 今の解釈論としては、原則が定期借地権でない一般の普通借地権なので、普通借地権にならざるを得ないかなと私は思います。

安永 普通借地権以外ではあり得ないと思いますが、ただ、将来的にもしこの法律を存続させるのであれば、定期借地という制度を含む借地借家法との整合性を考える必要があるのではないかと思います。

寺田 それは正当事由をどこまで状況にマッチさせて解釈するかということと関連する問題ではありますね。

鎌田 最初に立法したときは、存続期間関係については法定更新等も含めて借地法の適用を排除しようとしたわけではないのですか。

小柳 そうではなかったみたいです。

鎌田 最初の期間は10年に制限するけれども、それ以上の特例を定めているわけではないということですか。

小柳 そうですね、罹災法立法当時の帝国議

会における奥野健一司法省民事局長の説明によれば次のとおりです。現在建築されている建物を見てみると非常に簡単な建物が多く、長期の存続は考えにくいので借地権の存続期間は10年が適当である。しかし中には良い建物があり、そういうものは10年を超えて存続可能であるから、更新については通常の借地法の適用を受けることになるということです。立法趣旨は、借地権の更新を認めないということではなかったのです。

鎌田 10年の期間が満了する前に建物が朽廃したときには賃借権が消滅するという趣旨のただし書がありますが、そんな建物だけを念頭に置いていたわけではなくて、しっかりした建物を作ってもいいということですね。

小柳 罹災法2条で建物を建てるについては、仮建築でなければいけない、しっかりしたものを作ってはいけないとは書いていません。

鎌田 そうなると、最初の存続期間は10年だけれども、あとは普通に借地借家法を、4条括弧書を含めて、適用したっておかしくないという解釈も十分成り立つと思います。ただし、現行借地借家法が朽廃による借地権の消滅を認めていない点は気になります。

山野目 今ご議論のあったところは罹災法の字面だけを見ると、理屈からいうと左翼から右翼までいろいろ考えられて、10年で終わりだよという解釈が否定されているわけでもないのですね。それから延びていくときが最初は20年、10年、10年になっていくというものもあり得るし、寺田さんがおっしゃるように括弧書が外されて10年、10年かもしれない。いずれにしても明確に書かれていないので疑義が残ります。更新請求が可能であるというのは判例(最判昭和36・3・24民集15巻3号572頁)があるからそれ以降そういう解釈になっていますけれども、あそこを見直すための立法論を考えましょうという議論だってあるはずで、いずれにしても被災という大変な場面に直面した人たちが、テキストとして見るのには、その辺のところはどうなっているかが全

く書かれていなくて、不親切な立法だと思うのです。

◆罹災法改正の要否
道垣内 立法論としては、仮の建物を建てる権利というふうに仕組むこともあり得ると思います。

山野目 先ほど左翼から右翼までと申し上げましたとおり、あり得ると思います。ですから、それは鎌田さんがちょっと前におっしゃったように、どんな建物が建つとイメージをするかが、当時と今では違うし、今のイメージをそもそもみんなが共有していますかということがあるし、それらを議論するところから、今の議論が決まってくるような気がします。

寺田 この法律は改正しようとする、先ほどのような部分的な手直しではなくて、相当大がかりにならざるを得ないと思います。そもそも、もう少し都市計画全体の公法的な規制との兼ね合いで考えないといけないと思いますし、仮に私法の枠内で考えるにしても、おっしゃるように現代においていきなり借家が借地に切り換わるということまでするのではなく、何かもう少しマイルドな解決、事務管理的要素もあるでしょうし、そういうことがいろいろ議論になるでしょうから、当然相当大がかりな改正だと思います。

安永 それはおそらく後で議論することになると思いますが、集合賃貸住宅の場合に、やはり同様に適用できるわけですね。その場合についての調整というのは、極めて難しい話になってくるわけで、それも含めるとなおさらこのままでは、次に大きな震災が起きたとして、混乱を招くだけではないかという気がします。

山野目 集合賃貸住宅というよりは、いわば集合所有住宅のほうが問題なのです。集合賃貸は、少し前に道垣内さんがおっしゃったように、難しい問題はあるのですが、一応16条の割当ての裁判で対処できるのですが、区分所有になっているところの一部が壊れたときの優先借地とか優先借家がどうなのですかとい

う、これはパズルみたいにいろいろな説が成り立って、法律家の議論としては楽しいのですが、そんな議論をしていていいのかという問題があります。

つまり、賃貸アパートの1棟全体を同じ人が所有していてそれが壊れるときに、再建した場合にたくさんの人から申し出られて困りますね、というのは問題としてはあるのですが、それは16条の割当ての裁判の問題です。

ところが、1棟あるときの301号室、302号室、303号室とみんな所有者が異なります、という状態のときの全部又は一部が滅失したときの罹災法の適用関係になると、これがよくわかりません。

◆罹災法のその他の論点

山野目 それで罹災法のおおよそのところはご議論いただきましたが、なお若干残っているものを拾っておきますと、今度は〔論点4〕として、罹災地借地権と言われているものです。震災のときに借地人であったのが、借地上建物として所有している建物が壊れたという場合に、当事者間の関係の問題としてそもそも借地を続ける意思があるのかどうかということや12条で催告をして確かめるとか、存続期間が残り少ないときに11条で手当てをするとか、あるいはさらに第三者に対する対抗力や10条で特則が設けられているという問題があります。この辺りは何かご議論があれば結構ですが、ご指摘があればおっしゃっていただきたいと思います。

◆非訟と訴訟の関係

山野目 さらに、もう少し大きなことで全体を振り返って申し上げますと、優先借地権にせよ、優先借家権にせよ、罹災法は非訟手続による処理を予定しているのですが、同時に判例によりますと、訴訟手続によって例えば優先借地権の存在確認請求の訴えを扱うという処理も許容しています。

そうすると、〔論点5〕ということで問題提起をさせていただきますが、少なくとも理論上は権利の存否について非訟手続と訴訟手続が

競合するという実際上の問題が起きたり、権利の存否について非訟手続によるべきではないという憲法32条・82条にかかる従来判例法理との関係などが問われてきたりするであろうと思います。

実務上も当時は民事訴訟制度の改革の前でしたので、非訟でいったときには最高裁判所の判断を仰ぐ余地が非常に狭かった。現在は許可抗告の制度が設けられましたから、事情が若干変わっていますが、本質的にそういう論点はあると思います。

小柳 ここは罹災法の判例法理の中で、一番問題だと思えます。

罹災法は、その紛争解決手続について優先借権等の賃借条件のみならず、その存否を争う正当事由紛争についてまで非訟手続での審理を認めています(15条・18条)。そこでの決定に既判力を与え、後に訴訟手続で蒸し返すことはできないという仕組みとするとそれで合憲かという問題です。そもそも罹災法は、憲法制定前の立法ですから簡単ではありません。一応最高裁による合憲判決(最大判昭和33・3・5民集12巻3号381頁)があるのですが、これは評判のいい判決ではなかったと思います。そもそもその時の少数意見は、「借地権の存否自体の争い即ち本来訴訟事件たる性質を有する権利関係の重大な紛争までも、非訟事件にとり入れて憲法上の裁判を受くる権利を奪う如き、応急立法をしたとは考えられない。」と説得力ある指摘をしています。その後で、最高裁は、大法廷昭和35年7月6日判決(民集14巻9号1657頁)で、戦時民事特別法19条2項、金銭債務臨時調停法7条に従いなされた調停に代わる裁判は違憲であると判示しています。そこでの法廷意見は、先の少数意見のような考え方を採用し、「若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によってな

されないとするならば、それは憲法 82 条に違反すると共に、同 32 条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却する」と述べています。借地権の存否は、純然たる訴訟事件だとする議論には説得力がありますので、先の罹災法についての昭和 33 年判決での判例法理の維持は、その後の昭和 35 年判決を見ると、現在では難しいと思います。

神戸の弁護士会の先生方にお聞きしたときも、戎さんをはじめ権利の存否について非訟で決めるというのは違和感があるというお話がありました。

◆罹災地借地権

戎 前半の罹災借地の方ですが、再建する力のない借地人の保護には役立たないです。先ほども申し上げたように、建てられなくても建てる権利はあるわけです。建てられなくても地代は払わなければいけない。払えなかったら解除が待っているし、期間満了時に建てなかったら法定更新はしませんし、借地権だけをお金に換えようと思っても非訟は建物と一緒にないと借地非訟は使えないということになります。それに買い取って下さいという買取請求権があるわけでもないから、地主にいやだと言われれば、それまでということで、地主としては借地人が音をあげるまでずっと待ってればいいということなのです。あるいは安く買い叩くという話で、災害を契機に借地権を消せるようになっているのです。

また、12 条の公示送達でいわゆる催告ができるのですが、これも震災などがありますと、結構どこにいるかわからないということがあり、この公示があまり安易に使われると、知らない間に借地権が消えてしまうということになりかねないということもあります。

後段の非訟か訴訟かという点に関してですけど、優先的借地権があるかないかというような争いになっているときには、どちらかという判決で確定しておきたいです。もちろん条文上は設定とありますから、非訟でもその点は判断されるのでしょけれども、やは

り判決できちんと確認をしたいというのが実務的な発想だと思いますし、上訴の点などは当時は本当にもし上訴で争いたいときに、それができないとなると困るということで、どちらかという権利の存在そのものが争われるときには、やはり訴訟でやったということがありました。

しかし、実際には非訟でも訴訟でも、ほぼ和解的な進行になることも多かったですね。そういう意味では、実際テーブルに乗せてしまうと現実の進行はさほど非訟だとか訴訟だとかで変わらなかったなという印象です。

安永 対抗力の問題については何かご議論はありませんか。何もしなくても 5 年間は対抗できるという規定で、これはおおよそ取引に障害になるように思うのですが、それについては阪神・淡路大震災の時には特に何も問題はなかったのでしょうか。

戎 この規定があるから地主は売れないわけですね。だから先ほど言ったように、相手に再建の力がないなと思えば、待つということなのです。

松岡 たぶん先ほどご指摘になったように、借地人は、必ずしも資力があるわけではない場合が多いですから、この制度は、使い勝手が悪いわけですが、使われた事例が全くなかったのでしょうか。

戎 無きにしも非ずです。特に震災当初は再築する権利はまだ期間が残っている以上はあるのですが、ただ再築のための建物代金の融資を受けようと思ったときに、住宅金融公庫が地主の承諾を持ってこいと最初は言っていたのです。ところが、地主はそれを出さないわけですね。そうすると、再築する権利はあっても、ローンを組んで再築することができないではないかということで、権利があるのだから地主のそういう承諾は要らないはずだということで、兵庫県弁護士会から抗議を申し入れて、その結果地主の承諾が要らなくなったのです。それからこの規定によって、力のあ

る借地人は再築をすることができたということで、実際にはないわけではないです。

松岡 そのような場合、借地借家法10条ですと、現地に公示する必要があります。これに対して、優先借地権の場合には、そういう公示が必要ではない。しかし、第三取得者が登場すると、借地人は、法律上の理屈では第三取得者に勝てますが、トラブルが生じる可能性が非常に大きいでしょう。建物が滅失しているときに、優先借地権を公示するため、実際に立札を立てるなどによって、第三取得者に警告するという意味での対応策が取られたということはないのでしょうか。

戎 被災地を離れることも多いのです。ですから、「〇〇不動産(株)管理地」の看板ではないですが、借地がありますというような立札を立てていたというケースはもちろんあります。事前に紛争を予防しようということですが。

山野目 今の松岡さんのは立法論も含むのですか。

松岡 そうです、あくまで立法論ですが、優先借地権の場合にも、全く公示がなくても良いとするのではなく、借地借家法10条と少なくとも符節を合わせるような形で、少しは公示のことについても考慮をしたほうがいいのではないかと思います。

山野目 そうですよ。同じ10条でも借地借家法の10条と罹災法の10条で、かなり乖離があって、片方は立札を立てて2年で、片方は立てなくても5年ですからね。

安永 期間5年の保障が本当に必要なのかというのも、考慮する必要があるように思いますけど、いずれにしろ借地権があることを主張するためには、借地人は5年間賃料を払い続けていないといけないわけですね。あるいは理論的な問題かもしれませんが、借地人の側から契約を離脱できるというか、そういう手立てを作っておく必要はないのですか。つまり、黙っていたら地代だけはずっと払い続けるという義務だけは発生します。

戎 立法論的には借地権の買取請求のようなものを考えることになりますか。

安永 そうでないと、借地料だけはずっと払うということになるでしょう。

戎 地代の支払義務だけが残り続けるということですね。

安永 権利は要らない、と考える借地人をどうするか、ということですか。

始関 借地契約を終了させる申入れの権利を考えると立法論でしょうか。

鎌田 借地借家法8条は更新後の建物滅失の場合でないと使えないですね。

戎 万一の場合には、大きな事情の変化があったということで解約申入権はあるのではないのですか。

安永 すぐに借地を終了させることができるということになりますか。

山野目 当然には解約申入権は生じないのではないですか。

安永 期間が定められている場合には、そうですね。

寺田 民法の規定により解約権を特約で留保しておけば、どうですか。

山野目 解約権を留保する合意をしていた場合には、それに則って解約ができると思うのですが、していなかった場合が問題です。

罹災法12条の催告を地主がしてくれればいいのですが、安永さんがおっしゃるのは、借り手の側からのイニシアティブで、これと同じ処理にもっていきたいのですよね。

戎 ただ、借地人からわざわざ解約というのは、結局何の対価もなく出るということですからあまり考えられないのではないのでしょうか。

安永 それは普通はないし、先ほど申し上げたように理論的な問題かもしれませんが、理屈の上では契約が続く限り賃料の支払義務はずっと続くわけです。建物が倒れてしまったからということであって放っておいたら、後でドカッと請求がくる可能性もあるわけですから。

戎 解除される可能性がありますね。

安永 解除されれば、それはそれで終わるわけ

ですけれども。

寺田 しかし、通常は、「やめます」と言えば地主さんは「わかりました」ではないですか。

戒 タダで返ってくるわけですから、それを拒否する地主はたぶんいないですね。

道垣内 拒否する地主はいないということにはならないと思います。お互いに建物を建てる資力はないという事態において、地代だけが入ってくるという状況が続くわけですから。

松岡 しかし、そのような状況だったら、地主は土地を売りますよ。

道垣内 借地権をどうやって消滅させるのですか。

戒 12条で催告するんですか。

松岡 12条によって、借地権を存続させる意思があるかないかを申し出るように、地主は借地人に催告してもいいですし、今議論されている設定のように、借地人が借地契約を解消したいと言ってきていますとしますと、拒否する地主がいるとは思えません。借地人の申出に対して、承諾をすれば、借地契約は合意解除されて借地権が消滅しますから、地主は、更地にして売れることになりませんか。

◆罹災法事件の民法研究史への寄与

小柳 この罹災借地権の対抗力なのですが、大学での民法の授業みたいになるのですが、土地賃借権に基づく妨害排除についての最高裁判例法理は、罹災法の所産というところがあります。

考えてみますと、優先借地権にしる、罹災借地権にしる、建物が建っていないと外からは見えないのです。普通は建物があって、建物の登記で公示されているし、事実上も建物が公示の役割を果たしている。これに対して、罹災法事件では、見えない借地権が、その後に土地の賃借権を取得した人に建物を壊させるということができることになりました(最判昭和28・12・18民集7巻12号1515頁等)。債権である土地の賃借権に基づく妨害排除請求というのは民法の講義で論点になるところですが、これは罹災法事件がきっかけに

なって判例上確立してきた問題ですので、罹災法は民法理論には大きな貢献をしたのではないかと思っております。

実際問題としては、普通、建物があれば二重賃借事件が起きることはあまりないと思います。ところが、罹災法事件では、更地があって、そこに対抗力がある土地の賃借権があって、その後で第2賃借人が建物を建ててしまう場合があります。この場合には占有訴権は使いがたいですし、賃借人が第2賃借権を設定しているため、第1賃借人は賃借人の妨害排除請求権を代位行使することもできません。となると、賃借権そのものに基づく妨害排除請求が必要になります。罹災法は、こういう紛争事例と法理を提供したというわけです。余談でしたが申し上げます。

道垣内 その余談からは授業に対する反省が生まれますね。つまり、賃借権の妨害者に対する賃借人の賃借権に基づく妨害排除という、悪い人に対する妨害排除というイメージが出てきます。ところが、実際には、判決は10条関連で出てきていることになると、妨害者がかわいそうだった事件も結構あるのかもしれないと思ひまして、この点をきちんと講義をしなければならぬなあ、と反省してしまったのです。このように捉え方も2通りできるような気がします。

小柳 なるほど。

◆罹災法の全体的評価

安永 罹災法についていろいろご議論いただきましたが、全体について、あるいは罹災法を将来改正するような問題も含めて、何かご発言があればお願いします。

寺田 先ほども申し上げたように、阪神大震災のときに罹災法を適用していいかどうかということを議論したときに、升田参事官の話も出ましたが、民事局の中でも、この規定をそのまま適用することがいいのかという疑問があったことも事実です。これは、私法の枠内でやらざるを得ないというときにこうならざるを得ないなという感じの規定なので、それ

はそれなりの生い立ちもあるし理由もあるのですが、これからを考えると、もう少し国家自体の社会福祉的な側面も組み入れて考えなければいけないのではないかと。現に、神戸の街中の再開発とこの法律との齟齬ということで実務の方は相当悩まれたらと思うますし、極端なことを言えば、ある一角は指定してしまって、そこはこういう法律の適用ではなくて、全然別のやり方で居住なり新しい街づくりをするということも今後は視野に入れて法律体系全体の見直しをしなければいけないのではないかと気がいたします。

小柳 私は歴史を勉強しているものだから、この罹災法を勉強しまして、日本の民法学者といえますか、民法にかかわっている人は苦労して社会問題にアイデアを出してきたことを感じました。その結果が、この法律になっているのではないかと思います。関東大震災の後でも、末弘博士が優先借家権をつくったらどうか、それと都市計画とリンクさせて今あるバラックをきれいにしていくようにやったらどうかと言い、戦争が終わった後は、奥野健一氏などが資材不足状況に対応した現在の罹災法とその判例法理をつくったわけです。

その後は、罹災法が災害適用立法になったのは、武藤運十郎議員という方が活躍するのですが、武藤議員は、若いうちは社会運動に熱心な弁護士として布施辰治の事務所で働いていたという方で、都市災害に必要なとして議員立法による罹災法改正をいたしました。昭和30年代には我妻博士を中心に当時の社会状況の変化に対応した改正をやろうとしました。平成時代は升田参事官が大胆な新しい解釈を打ち出して、少なくとも、戦後当時そのままの判例法理を採用すべきではないというふうに議論を展開してきているわけです。今残っている罹災法がそのままいいかということは別としまして、日本の民法にかかわる人々が、大きな社会問題があったときに従来の法律の枠を一步進めて考える勇氣がある

ということを、罹災法の歴史は示していると思うのです。

法律というのは、基本的には国家がつくって適用していくものなのですが、それがうまくいかないという社会問題があったときに新しい考え方が展開していったのではないかと思います。今後も、こういう民法にかかわる方々は、勇氣を持って新しい問題に挑戦していただきたいと思っています。私は歴史を学ぶ者ですから、そうした観点から付け加えました。

(つづく)

