

# 震災復興と民事法制(下)

〈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

〔論点表第二〕

- 論点 1 専有部分が損傷したが修繕が可能な場合
- 論点 2 区分所有建物が全体としては一部滅失にとどまったものの、賃借専有部分は全壊した、という場合において、まず区分所有者が専有部分を復旧したとき
- 論点 3 同じく一部滅失の場合において賃借専有部分の復旧がなされないときの取扱
- 論点 4 区分所有建物が一部の滅失にとどまる場合において建替の決議がされた場合
- 論点 5 全部滅失した区分所有建物が再建された場合の法律関係
- 論点 6 区分所有建物が全部滅失し、しかも建物の再建がなされない場合

## 4 建物区分所有と罹災法

山野目 いろいろご指摘をありがとうございます。引き続き、今まで主に戸建てで建っているような単純な住宅のケースをイメージしながら罹災法の適用関係を議論していただきましたが、実は、神戸の被災現地におきましては、罹災法定時には想定していなかった建物区分所有の普及ということがありまして、それとの関係でいくつか難しい問題が出ておりました。併せて6つの論点をご提示申し上げますが、それぞれについてかいつまんで申し上げたいと思います。まず〔論点1〕ですが、専有部分が損傷したけれども修繕が可能である場合は通常の非区分の建物が損傷し

た場合の賃貸借当事者間の関係の平行移動で問題が解決できると思いますから、さほど問題はありません。〔論点2〕といたしまして、1棟の建物、区分所有建物が全体としては一部滅失でしたが賃貸借の目的になっている専有部分は全壊したという場合に、仮にその区分所有者が専有部分を復旧したときには、復旧した部分について罹災法14条の優先借家権の適用があるということについても異論はないところであろうと思います。

問題は〔論点3〕ですが、1棟の建物全体としては一部滅失だったのですが、賃貸借の目的になっていた専有部分が全壊していて、その復旧がなされないということも理屈としてはあり得るわけです。被災現地でこれにピッタリ当たる例がどれほどあったかわかりませんが、仮にそういう事態が起こったとしたときの法律関係の処理といたしまして、一方には厳然と罹災法があって2条の規定があるわけで、先ほどご議論があったように廃止してしまえば別なのですが、少なくとも、それが建物区分所有の適用を明文で除外していないからには、この場面での適用関係がどうなるのかということをご議論しなければいけません。ただ、あまり予想されていなかったであろう問題であるために、どういう結果になるかがよくわからないところがあって、その専有部分の賃借人が申出をすると、その1棟の建物の敷地全体について借地権を取得することになるのかというと、それは実際問題として不便でありましょう。なおかつ、罹災法2条の1項但書の「他に利用している者がいるときには優先借地権が成立しない」という規定との抵触もありますから、それは考えられないのではないかと。

私などは単純な頭ですから、むしろ、賃借人が再建しないのならば賃借人がこの土地の敷地にかかる共有持分と建物に関して有している権利の譲渡を受けて、それで自分でいろいろ復旧などに参加していけばいいのではないかと思うのです。ただ、そのような単純な

## 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, 1315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
- (以上, 本号)

処理は、実務上工夫をすれば別かもしれませんが、罹災法2条の解釈からは出てまいりません。おそらくは、2条の適用があると考えたと、申出があったときに他の区分所有者とともに有する自己借地権が成立するという解釈はあり得ないことはないのではないかと思います

ます。ただ、話がここまできると、いかにもこれは法律家がテクニカルにロジックの遊戯をしているような印象すら受けるわけであって、そういう解釈論自体についてもご議論いただきたいと思うのですが、このように建物区分所有の普及を想定していなくて、それとの間で疑義が多く残る法制でよいのかということまでご議論が及んでいただければ更に幸いだと感じております。なお、「建物の区分所有等に関する法律」は、適宜「区分所有法」と略称していただくことを妨げません。

**始関** 質問なのですが、今言われたほかの区分所有者とともに有する自己借地権という構成なのですが、どうしてそういう理論構成ができるのかということをご説明いただけるとありがたいです。

**山野目** 罹災法2条の場合には、一般的には借主ですけれども、今まで建物賃借人であった者が申出をしていくわけですが、その申出がなされるまではその土地は借地権の存在していない土地でした。土地所有者がその上に自分の所有する建物を建て、それが賃借されていた。ですから、そこで、申出があるとすると、それまで借家人だった人が借地権者に昇格することになる。2条の基本的な法律構成は、もしこの〔論点3〕の場面に適用があるとすればそういうことになるのではないかと。今まで借地権がなかった所に借地権が生じて、今まで建物賃借人だった人が借地権者になるということです。ただ、たった1人の借地権者になるというのはおかしいのであって、他の区分所有者とともに借地権を準共有する状態になるということが1つの法的構成として考えられるのではないかと。それが理論的にいかどうかとか、実際的にそれでワークするのかという辺りは全く知りませんが、無理に考えようとするとうようなものを捻り出すことになるであろうか、というお話です。

**戒** 専有部分の借家人が2条の権利を申し出ようとしたときに、それが土地全体に対する借地権の申出になるのか、それとも当該専有

部分の敷地利用権に対するということになるのかがまず問題ですが、これは条文上「その土地」を賃借すると書かれていまして、この土地というのはおそらく物理的な存在と考えるべきであろうと思います。もし、当該専有部分にかかる敷地利用権つまり敷地持分に対する借地権の申出ということになると、その物理的な土地ではなくて持分に対する借地権の設定という話になるのですよね。しかし、持分に対する借地権の設定というのも変ですし、もしそれを認めると他の区分所有者の敷地利用権は所有権で、その当該専有部分の敷地利用権のみは借地権であるということも非常に変ですから、それが拒否できるかどうかは別として、全体に対する借地権の設定ということにならざるを得ないのではないかと思うんです。そうすると、それは自己借地も含めた全体が借地権という形、すべての敷地利用権が借地権に変わるということの意味するのでしょうか。

**鎌田** 等価交換で建てた借地権付き分譲マンションなど、区分所有者の間に土地所有者と借地権者が混在する例は実際にも見られるので、法的に不可能なことを強いる規定になっているとまでは思いませんが、その場合の様々な問題を処理するために借地借家法は準共有自己借地権を認めることにしたわけですから、できるだけそれに応じた法律関係を結果するような解釈が望ましいだろうと思います。しかし、区分所有建物の中の1つ専有部分の借家人が優先借地権の申出をすると、自動的に全区分所有建物の敷地利用権が借地権に入れ替わるとまで言うには、法的根拠が足りない気がする。他方で、申出をした罹災借家人だけが土地全体に当然に借地権を取得するとなると、建物の全壊の場合には過大な権利を持つことになってしまうし、一部倒壊の場合には、先ほど山野目さんがおっしゃったように、2条1項但書の「その土地を、権原により現に建物所有の目的で使用している者がいるとき」に該当して、そもそも2条が適用できないとい

う堂々めぐりに陥ってしまうということですね。

戒 ええ。ただ、確か澤野順彦先生などは持分への借地権を認めていたと思うのです。

山野目 それはあり得るのですが、理屈からいってたぶん難しいのです。いずれにしても、この2条と区分所有の関係は、先ほど鎌田さんがおっしゃったように堂々めぐりになります。堂々めぐりを離脱する道筋は、いずれにしても法文の平明な解釈にはならず、どこかごちないものが残ると思うのですが、1つは先ほどの自己借地権であり、もう1つはこの場合は2条は適用されないのだ、というのがあり得て、そのぐらいなのだと思うのです。持分について賃借権が成立するというのはおかしい。

鎌田 伝統的に、共有持分上に賃借権は成立しないとされてきているのですが、理論的に絶対に駄目だと言わなければならないかについてはなお検討の余地があると思いますし、共同相続財産の利用関係など、場面によっては持分上の賃借権の存在を前提にしないと妥当な解決のできない例も皆無ではありません。ただ、正面きって持分上の賃借権の成立を認めるのは、なかなか難しいだろうと思います。

安永 何の目的でそういう議論をするかというところ、結局は、壊れてしまって、滅失してしまって、当該区分建物の所有者がそこを修復しないので、その建物賃借人が自分で修復してそこに住みたいということですよ。だから、その目的のためだけに観念的に土地の持分に対する賃借権という議論をすることはあり得るかとは思いますが。しかし、この場合、もう1つ越えなければいけない問題点は、区分建物の所有者と土地の持分権者が異なります。そこは土地の持分に対する賃借権があるからいいのでしょうか。何か、非常に関係がややこしくなりませんか。

山野目 ややこしくなるとは思います。

安永 土地の持分権者が元の専有部分の所有者であって、その土地の持分の賃借権と新築

した区分建物部分の所有権とが元の区分建物の賃借人に帰属するという関係ですよ。後の2つがセットになるということで、何か、非常に奇異な感じがする。

山野目 あるいは自己借地権の議論に対しても奇異であるというご批判があるかもしれませんが、自己借地権というのはもともとそういう奇異なものなのだというのが、まず一方にあると思うのです。ただ、そういうものをわざわざつくり出すような解釈をここで無理してすることの当否とか、無理して建物区分所有との整合を図る必要があるのかということは解釈論として議論されてよいですし、立法論としてはそこのところはもっと明快にしましょうということになる。

道垣内 前提としてわからないことがあるのです。区分所有建物の一部が滅失して建物を再築するというのは、一部壊れている建物を修理するという行為ですよ。それは借地権の成立を認めるだけで可能なのか。それとも、当該建物を所有している人に、民法242条但書か何かわかりませんが、あなたの建物に一定の工事を施して自分が専有する部分を付け加えさせて下さいという申出をし、承諾が得られなければならないような気がするのです。そして、罹災法2条はそのことは一切定めていないのであって、現行法の解釈論としては、借地に関して自己借地とか持分に対する借地とかという技巧を凝らしても回避できない問題があるように思います。

#### ◆滅失専有部分の賃借人の保護

山野目 区分所有建物、つまり1棟の建物の一部が滅失したときに、そこをどうするかという問題は建物区分所有法制上は復旧の問題です。大規模滅失なのか小規模滅失なのかによって決議の要件も異なってきますが、今問題になっている専有部分の単なる建物賃借人だった人に、少し技巧をしてでも2条を適用するという考え方は、言葉を言い替えて言えば、その復旧に議決権などを行使して参加する余地を開いてあげましょうという方向です。

そうではなくて、2条はこの場合はワークしないのだという考え方は、この建物区分所有という特殊な局面で、復旧に議決権行使のような形でわざわざ建物賃借人だった人を参加させるということは考えないで、別な関与の仕方を考えてもらいましょうと、そういう立法政策の議論になる、そういうことなのだと思います。

**鎌田** 罹災法2条の適用についてやや困難な問題がありましたよね。それに加えて、専有部分の罹災借家人に借地権をわりやり与えてやっても、その人を復旧に関する区分所有法61条における区分所有者とは言えないという障害もあるので、解釈論的には、いずれについても消極と言うほうが素直ではないかという気がするのです。

**松岡** 債権者代位権の転用で、復旧のための決議を代位行使するというのはあり得ないですか。

**山野目** 議決権を代位行使するわけですか。保全されるべき権利は何ですか。

**松岡** 従前の借家権を被保全権利とすると考えたのですが。

**山野目** それはなくなっているわけです。

**松岡** なるほど、建物が滅失してしまうと、借地権は消滅していて被保全権利とはできないのですね。

**山野目** そうなのです。先ほどの布施弁護士理論で、まだ続いているのだというのがあるのならば話は異なりますが。

**寺田** 山野目理論では、罹災法の2条の権利の保全、という構成になるのではないですか。

**山野目** それはあるかもしれませんが。ただ、罹災法2条の権利というものが被保全権利になるのですか。あまり考えたことがありませんでした。

**寺田** 先ほどはそうおっしゃっているのかと思っていましたが、そうではないのですか。

**山野目** 先ほど申し上げたのはそれとは少し違っています。

**道垣内** もう少し直接的ですね。

**山野目** もう少し直接的です。そこを、松岡さんは、お前のは直接にやり過ぎだから、もっとバイパスはないのかということを考えていただいたのでしょうか。

**松岡** はい、そういう趣旨で申し上げました。

**山野目** だから、結局、そこで袋小路に行くので、そうなるのならばそこまで無理をしてする話ですかということは、確かに問題です。ただ、区分所有になった途端に、建物賃借人は一般的には14条とか、あるいは問題があるにしても2条などで保護しているのに、ここに来たらなぜ保護がゼロになるのですかという不権衡を一方で感ずるわけなので、ここは少し立法論次元も含めて議論したいという気持ちを私は抱きます。

**始関** 立法論とって、どういう解決の方法があるのか。それと、区分所有といっても、我々が頭に描くのはマンションなのですが、区分所有建物はマンションとは限らなくて長屋型のものもあるわけです。山野目さんが問題提起された一部滅失というのはマンション型だと考えにくいような感じがして、長屋型の場合なのではないか。長屋型を念頭に置いて物事を考えたほうがリアリティがあるのかなと。そうすると、長屋型の場合であれば、敷地利用権は共有持分とは限りませんから、それぞれの区分所有部分の下は重なり合わないわけですから、そうすると罹災法2条の適用があり得る可能性があるのかなと思ったりして。また、マンション型の場合は、鎌田さんがおっしゃられたように、解釈論としても立法論としてもニッチもサッチもいかないのではないかというのが第一感なのです。

**山野目** もちろん、建物区分所有と申し上げているのはマンションに限定する話ではなくて、長屋型も含めて一般的なものを念頭に置いています。今具体的な立法論は持ち合わせませんが、何らかの形で復旧、建替えの議論に参加するような余地を建物賃借人に認めてあげような法技術があるのなら、それが考えられてよいのではないかという話です。それは、

おっしゃるように、長屋型で、敷地が分離されている場合に一番似つかわしいかもしれないけれども、敷地が共有されている場合でも一般的には課題としてあるはずですよ。

戎 蒸し返しみたいなのですが、2条で取得できるのはあくまで借地権だけですよ。これを行使したからといって区分所有権を取得している状態にはならないわけですよ。専有部分の復旧権というのは区分所有者だからこそできるので、2条で優先的借地権があるから直ちにそこに建物を建てるのと同じような意味で専有部分の復旧権があるのかなという気がしてしょうがないのです。

安永 区分所有者ではなくなっているというご趣旨ですよ。

戎 もともと区分所有者でもありません。だから、誰にも復旧権がない。

安永 しかし、土地の共有持分は残っていますよね。

戎 しかし、土地の共有持分で議決するわけではないので。

鎌田 罹災法2条の敷地優先賃借権の制度が現代社会に適合的なのかという根本的な疑問があるのだとしたら、借家人の存在した区分所有建物の一画を復旧させるために、それをわざわざ使えるようにする必要が果たしてあるのでしょうか。借家人がそれだけの資本を投下してまで復旧工事をして、そこを利用したいというニーズがどれぐらいあるのかということが1つ問題だろうと思うのです。あり得るとしたら、大規模な区分所有建物の1階に張り出しでスーパーみたいなものがあって、そこが壊れてしまった。上に何も建っていないので、そこだけを再建するのは容易だけれども、しかしそこが区分所有建物の一部になっていて、区分所有者の間に、テナントであったスーパーが自分の資金で倒壊部分を建て直すことに反対する者がいる。こういう事例では、今おっしゃられたような解釈技術を駆使することが必要になってくるかもしれないけれども、一般的に広く使われる可能性のあ

る議論ではないのではないかと感じました。

山野目 [論点3]については、今ご指摘があったように、もともと罹災法2条それ自体のリフレッシュから考えていくことが事柄の順序であって、そこについて主に非区分の建物を純粹型として念頭に置いて適切なあり方を見出した上で、それと整合ある仕方で建物区分所有の特殊性を考慮してまた考えていくという順番で今後検討が進められるべきではないかと思えます。

#### ◆建替え・再建と専有部分の賃借人

山野目 次に[論点4]ですが、区分所有建物の一部が滅失したにとどまる場合であっても、建替えの決議がなされるということがあります。建替えの決議がなされれば、その従後建物について罹災法14条の適用によって優先借家権の設定を請求することができるであろうというのは、その14条自体についていろいろ問題があるにしても、おそらくそういうことになるのだろうと考えます。もちろん、そのときに従後建物と従前建物は必ずしもサイズが同じではありませんから、ほかの区分所有者から借りていた者との利用関係の競合が生じ得ますし、これは正当事由制度の運用や16条の割当ての裁判によって処置していただくというのが解釈論であろうと思いますが、なお議論いただきたいと思えます。

それから、[論点5]として、全部滅失した場合に再建決議がなされて再建がされた場合の法律関係も同じだと思います。少し難しいのが[論点6]であり、区分所有建物が全部滅失したのだけれども再建がなされないという場合については、また罹災法2条の適用があるかという問題が出てきます。1つの解釈としては、またあなたは自己借地権を言うのかと言われそうなのですが(笑)、それはもしかしたら検討の俎上に乗るかもしれないという問題の構図になっていると思えます。

鎌田 [論点4]と[論点5]にはあまり問題がないのだろうと思えますが、[論点6]について、誰も再建に着手していないときに、借家人が

1人だけ優先借地権の申出をすると単独で全体の借地権者となるというのが素直な解釈ですか。

山野目 その辺がよくわかりません。

安永 もともと、区分建物全体ではなくて一部の借家人ですから、申し出て全部というわけにいかないのではないのでしょうか。

鎌田 建物を建てようという意思を持っている人がほかに誰もいないときには、優先借地権の申出をした借家人が単独で建物を建てない限り、彼の借地権は生きないですね。

安永 ただ、2条の文言からすると当てはまらないですね。

山野目 ですから、〔論点3〕のご議論の蒸し返しみたいになります。この場合にも、ほかの区分所有者とともに有する準共有の借地権になるとしますと、そのことの実質的意味は、〔論点3〕の場合は復旧に参加する権利の確保だったのが、この場合には再建に参加する足場を提供してあげるだけで、単独で再建するという話にはなりにくいでしょう。ただ、そこも、そうまでしてこの局面に罹災法2条を登場させる必要があるかという、先ほどの〔論点3〕と、やや似た構造の議論になってくるのだろうとは思いますが。

始関 確かに、〔論点6〕は〔論点3〕と似ていて、復旧か建替えかというだけの違いだと思います。ただ、先ほども少し出しましたが、もともと、区分所有法というのは区分所有者の決議で物事を決めるということになっていて、各専有部分について借家人がいたとしても、それは復旧決議や建替決議には何ら関与しないという形になっているわけですね。それを、たまたま、罹災だという場合にだけ借家人が出張ってこれられるというのも何かおかしい感じがする。そうかといって、区分所有法の規律の仕方を全く変えて、一般的な場合にも借家人も入らなければいけないということにしたなら、それこそ、復旧決議も建替決議もできなくなってしまうのではないかと思うので、そうすると、解釈論としても立法論とし

ても、建替えとか復旧という場面になったら借家人は出る幕はないと言うよりほかはないのではないのでしょうか。

寺田 ただ、区分所有建物が100戸あって、その100戸を全部同じ人が借りている。そのときに何も手が出せないというのは気持ち悪いですね。

始関 そういう極めて例外的な場合は、それはそれで特別な理屈か何かを考えるのかもしれないのですが、普通は1部屋ずつ別な人が借りているという前提で考えるのではないのでしょうか。

寺田 やむを得ないのでしょうか、先ほど山野目さんが言われたように、この局面に入ってくると急に権利がゼロになるというのは何とかしてあげたい気持ちがしますね。

安永 これは全体が賃貸マンションの形だったら、例えば10戸あるうちの1戸を借りている人も、倒れた後は2条が当然適用されるわけですね。たまたま、共有型マンションの区分建物1戸の賃借人であるという場合にはおよそ2条とは関係ないということでバランスがとれるかという問題もあり得ますね。

山野目 そういう問題もありますし、確かに、先ほど始関さんがおっしゃったように、建物区分所有という事態に、2条自体の合理性に疑いがあるのに無理してそれを適用することの当否という問題もあります。ですから、その2条自体をもう1度見直さなければいけません。仮に、何らか、2条的なほうが一般的に残るとしたときに、建物区分所有になった瞬間に保護がゼロになるとすると、寺田さんのおっしゃったように、その不権衡には応えないといけません。全部賃借しているというのは極端かもしれませんが、かなり大きな床面積を賃借人が賃借することはあり得るわけですね。10階建てのうち1階の全フロアは賃借人が借りています、しかし壊れたらその人は何も言えないのです、ということになるのはおかしいので、それは意見陳述権になるのか議決権になるのかよくわかりませんが、

その辺は検討しておかないと気持ちが悪いという気はいたします。

鎌田 どっちの問題になるのでしょうか。災害による場合でなくても、そういう借家人は建替え、復旧の場合にどの程度の発言権があるのかというのは一般的に存在する問題ですよな。

◆専有部分の滅失と建物区分所有の考え方

寺田 区分所有の建替えのときに一部壊れていると、その部分は区分所有ではないから区分所有者ではないという論理に疑問の余地はないのかと私は前から思っていて、建替えとの関係では区分建物がそのまま残っているとみなしてしなければいけないのではないかと、少なくとも、立法論としてはそういう考えがあり得たのではないかと思うのですが、いずれにせよ、そこは区分所有法の問題として解決すべき余地があるような感じですね。

鎌田 区分所有の残映は、残っているものとして処理しないと、全壊のときには、区分所有者がいないから、区分所有者による建替決議はできませんということになってしまうので、それは残るという前提で話をすべきなのでしょう。

山野目 区分所有法の法文でも、区分所有者でなくなっているけれども土地と建物について権利を有する者は議決権を行使するという前提の法文がありますから、そこはよいのだと思うのです。

寺田 だけど、その法律構成が所有者がそういう形で議決権があるという即物的な規定になってしまっているから、賃借人になると権利が一切ないという解釈になってしまうわけです。建物の関係が前と同じように残っているとみなせばもう少しましかも知れない。

山野目 先ほどの松岡さんの発想は、現行法の解釈論だと少し難があるかもしれないけれども、それを立法論的にリフレッシュすることは考えられます。

鎌田 ただ、罹災法2条の趣旨を現代社会の中でどれだけどう活かしていくかという議論

に戻るのだけれども、もともと2条ができたのはそんなに立派な建物を前提にしていなのだとすると、そもそも区分所有建物に2条の適用ができなくても2条の趣旨に反する解釈論とは言えない、と割り切ってしまうのも1つの方法だと思うのです。

松岡 しかし、そこは、先ほど山野目さんもおっしゃったし、2条の議論のときに出てきたように、優先賃借権の14条との兼ね合いで2条がそれなりの意義を持っているのだとすると、14条の実効性がなくなってしまうわけです。それは問題ではないでしょうか。

鎌田 ただ、100戸もある大きなマンションが倒れて、その中の1ルームを借りていた人からの請求があったからといって、そのために建物全体を建て直さなければいけないと考えるのが本当に妥当かということ……。

小柳 その100戸のマンションが全壊したとして、その借家人はその全部の敷地について賃借権の申出をする必要はないわけで、一番良さそうな所を選んで自分の一戸建てをつくることのできる程度、100㎡程度についてでも申出可能です。そういうのは、たぶん、借地権を後で買い取ってくれということになると思います。

山野目 いろいろいただいたご指摘はいずれもごもっともで、ですから、建物区分所有の復旧とか再建の場面に、2条があるから何が何でもここでも2条を使うのだ、というアプローチで行ったのでは生産的な議論になりません。半面で、思考を停止していいかということでもなくて、寺田さんが整理されたように、建物区分所有で復旧、建替え、再建が問題になる場合の建物専有部分占有者、建物質借人の関与というものをもう1回見直しましょう、ということは論点になるし、その一環として、災害の場面でもう1つ保護を加えるとしたらそれは何でしょう、という、今明快な代案を持っているわけではないですが、そういうアプローチになるのだろうかという感じを抱きました。

**始関** そこは同じ意見なのです。だから、先ほど申し上げたように、区分所有法の問題として、今は借家人に復旧や建替えに関与させないという形になっているのですが、関与させたほうがいいのかどうかという問題になると思うのです。戎さん、それについて実際に建替えなどにかかわっておられる立場としてどうお考えでしょう。

**戎** 神戸では幸運にもマンションと罹災法との問題が生じませんでした。というのは、マンションの借家人は他へ移ってすぐ生活できるだけのグレードの高い借家人だったようですから、現実に悪夢のような事態が生ずることはなかったのです。ただ、今おっしゃったとおりで、私は、建替えや復旧は区分所有権の行使だと思うのです。だから、借地権が取得できたからといって、その権利に基づいてそれに参加させるというのは何かピンとこないという感じが常に残ります。

それで、少し違うのですが1点だけ確認したいのは、先ほど、専有部分が一部消滅したとしても、それで区分所有権が消滅していないと見ることができないかという話でしたよね。消滅しているのだけれども議決権行使はできるということだと、消滅してないのだというのはまた違うと思うのです。もし消滅しないのだということになりますと、2条は借家権だけではなくて建物所有権も消滅している場合ですよ。ところが、専有部分の場合には区分所有権はなお消滅していないとなったら、そういう場合には2条はもう関係ないという解釈がとれるのかということも考えたりもしたのですが、やはり無理でしょうね。

**鎌田** それは、建替え、復旧との関係においてのみ存続しているものと取り扱うということですから、議決権を行使できるだけだと言うのと実質においては変わらないと思います。

**山野目** 法概念の相対性ということでしょう。

◆マンション建替え円滑化法との関係

**戎** あと、「マンションの建替えの円滑化等に関する法律」との関係でも問題になるという

ことですね。事業計画の同意や権利変換への同意を借家人が同意しないとできない仕組みになっていて、権利変換の登記までに存在していた借家人がその同意対象の借家人になりますけれども、申出があった状態の借家人を同意対象の借家人として扱っていいのかという辺りですが、円滑化法の中でどう扱われるかということのも1度考えてみる必要はあるのではないかと考えています。

**山野目** 「マンションの建替えの円滑化等に関する法律」は、これからあと「円滑化法」と略称していただくこととしましょうか。その円滑化法は区分所有法制の延長ですから、先ほどのご議論のような仕方で、区分所有法などをもう1回立法論的に見直して解決が見出されたものの平行移動で円滑化法の解釈、理解も決めるという順番になっていくのでしょうか。

### III 全部滅失した区分所有建物の再建

**安永** それから、冒頭の山野目さんの話にも少し出ていましたが、マンションの再建をするための特別措置法も震災の際に制定されました。この法律の趣旨や背景などを説明してもらえますか。

**山野目** ご指摘の「被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法」(平成7年法律第43号)は、大きな災害により滅失した区分所有建物をめぐる私法的法律関係の特例を定めることにより、被災地の復興を促進する趣旨の法律です。区分所有法は1棟の建物が一部滅失した場合の復旧や建替えのことしか扱っていませんが、神戸では区分所有建物が全部滅失した場合のことも問題になりました。その場合には、建物区分所有の法律関係が終了し、特別の事情がない限りは、単純な敷地の共有又は敷地利用権の準共有の状態となり、それは、法律に特例の定めがない限り、民法249条以下の適用又は同法264条によるそれらの

準用に服するということになります。そのことからもたらされる主要な問題として、再び建物を築くことが、普通、民法 251 条により共有者の全員同意が求められる共有物の変更に当たるといふことがあります。民法起草者は、「田畑ヲ宅地トスル」ことを共有物変更の例に挙げており（山野目章夫『建物区分所有の構造と動態——被災マンションの復興』〔日本評論社、1999 年〕83 頁注 1 とその対応本文）、更地となった土地に建物を築いて宅地とすることや、あるいは、それ以外の地目の土地として用いることなどは、いずれも基本的に共有物の変更に当たることになります。土地の一隅に小さな建物を設ける程度のことは共有物の変更に当たらないと解する余地もありますが、普通堅固で相当規模のものになる区分所有建物の建築をこれと同じに見ることに無理があるのではないのでしょうか。そして、そうであるとしますと、建物の再築には共有者の全員一致を要することになり、反対者がいるにもかかわらず再築を進めるのには、實際上、反対者の有する共有持分又は準共有持分を買収しなければなりません。それには、価格交渉などにおいて実務上の困難な課題があるほか、本質的な問題として、意思自治の原則に照らし、反対者の意思に反して持分等の移転をなし得ないという問題を伴います。もちろん共有物分割請求において、いわゆる全面的価格賠償の方法を通じ実質的に反対者の離脱を求める方法も考えられなくはありませんが、自ずと限界がありますね。そこで特別措置法は、全部が滅失した区分所有建物の再建を敷地共有者等の多数決により行うことができる（2 条・3 条、なお 6 条）、また、このような多数決による意思形成を可能とするために敷地共有者等の共有物分割請求を一定期間のあいだ禁止すること（4 条）としています。なお、全部滅失の場合の話ではありませんが、一部が滅失した区分所有建物の復興の方針が定まらない場合の区分所有者の買取請求（建物区分 61 条 12 項）をすることができることと

なる時期を普通の場合よりも遅らせること（5 条）も定められています。

安永 今、山野目さんがご説明されたような理由によって特例法が作られたわけですが、この法律は、阪神・淡路大震災では、どの程度活用されたのでしょうか。これからあと、「被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法」は、適宜「再建特別措置法」と略称していただいて結構です。

戎 私は統計的な数字を把握しているわけではありませんが、「建替え」に比べて「再建」がそれほど多くはなかったということはいえます。公費解体という特別の措置があったこともあって、ともかく全員同意で解体してしまってから再建を考えたマンションも結構ありましたが、それでも多くはありません。ほとんどは区分所有法の建替決議です。ただ、この法律がなければ共有物分割請求が避けられませんし、多数決で決定できるという仕組みがあることによって合意形成が進んだことは確かです。

安永 この法律の適用について、実務的な問題は何かあるのでしょうか。

戎 全部滅失に対処することがこの法律の基本趣旨ですが、実は実務上は、その区分所有建物の「全部滅失」とは、一体、どのような状態をいうか、ということ自体が問題です。借家のそれと同じでよいのでしょうか、ということ。最近では技術的には復旧できない建物はないといわれていますが、決議で復旧しようにも、全部滅失だとすると区分所有法 61 条の適用がありませんから復旧決議ができず、敷地共有者等の議決権の 5 分の 4 以上の多数の決議による再建しかできないことになります。また、いわゆる下駄履きマンションなどでは、住宅部分の販売価格を抑えるため、店舗部分の区分所有者が極端に多くの敷地持分をもっていることが多くて、その場合、一部滅失ですと頭数と議決権の双方での議決となりますが、再建特別措置法だと土地持分の大きさだけですから、住宅区分所有者と店舗

区分所有者のどちらが建替え計画立案のイニシアティブをとるかが、全部滅失か一部滅失までの状態かで分かれることになり、紛争が生じます。それから、政令指定災害による全部滅失にしか適用がありませんから、耐震偽装物件のように人為的に解体した場合には敷地の共有関係だけが残ることになり全員一致でなければ建て替えられません。耐震偽装物件では、近隣への危険があるため建替決議がまとまらないようであれば解体を先行させたいというのが自治体の本音です。震災の場合とは背景が異なりますし、災害立法という法の性格からして仕方のないこととも言えるかもしれませんが、実務上は悩まされます。

山野目 お悩みの点はよくわかります。再建特別措置法の適用があるのは、政令指定災害「により」滅失した建物でということですよ(2条1項・4条・5条)。地震に伴って生起する火災は、経験上定型的な事象であって「震災」の概念に包摂されるでしょうから、これによる建物滅失に適用があることは、疑いありません。それと、地震に伴い起きた火災が鎮まらず、かえって翌日に延焼して隣地上の区分所有建物を焼失させたときというようなときも、適用があると考えてよいでしょう。それから、事例があったかどうか存じませんが、災害復旧ではなく、消火活動の一環として取り壊される場合も、可と考えたいところです。いわば罹災法の疎開建物のような発想ですね。消防法29条2項に掲げる諸事情から合理的に判断して延焼のおそれがあったと認められる区分所有建物の除却は、再建特別措置法にいう災害による滅失に含まれると考えたいです。

しかし、解釈論で奮闘可能なのは、この辺りまででしょうか。再建特別措置法の趣旨及び文言に照らせば、地震後の復旧作業の過程における公法上・私法上の事由による建物の除却・取壊しは、残念ながら、と言いますか、法にいう滅失には当たらない、ということになるかもしれません。そのようにして建物の除却又は取壊しのなされた敷地の爾後の利用

関係の決定を民法上の全員一致原則により処することの不便は、それを除去することが1つの立法論上の課題として残るということになりそうです。

始関 法律上の理屈については山野目さんのおっしゃるとおりかと思うのですが、政令指定災害「により」滅失したのか、それとも、その後の公法上・私法上の事由により滅失したのかは、戎さんが言われたように、災害自体によって全部滅失したのか、災害自体では一部滅失しかしていなかったのに後で人工的に取り壊したのかという判断の問題が絡みますので、実務上は、なかなか厄介かもしれません。

全壊か半壊かというのは、阪神・淡路大震災の際には、一戸建ての家屋についても随分と問題になったという記憶があります。建物として倒壊までには至っていなくても、社会的にみて、全部滅失と評価すべき場合があると思いますが、それがどういう場合かが問題ですよ。

阪神・淡路大震災では、7~8階建てのマンションの1階部分が地震によって斜めに潰れて、マンション全体がピサの斜塔のように大きく斜めに傾いたが、倒壊までには至らずに、傾いた状態のまま立っていたという事例がありましたね。あのマンションの場合は、1階の潰れた部分はもとより、2階以上も、そのままでは床が大きく傾斜しているため、とても住めないだけでなく、確か、倒壊の危険があるということで立入り自体も禁止されたんじゃないかと記憶しているのですが、それだけで直ちに全部滅失と評価できるのでしょうか。技術的に取り壊すほかないということであれば、斜めに建っている状態のままでも全部滅失ということになるのでしょうか、マンションを持ち上げて1階部分の折れた柱を修復して真っ直ぐ立つように戻すことが技術的に可能だとすれば、そのような工事をするのにかかる経費が、マンションを取り壊して立て直すよりも高くなるかどうかで決まると考

えればよいのでしょうか。

戎 マンションの場合、いわゆる応急危険度判定の「危険・注意・確認済み（安全）」と罹災証明書の「全壊・半壊・一部損壊」という判断に加え、「全部滅失・一部大規模滅失・一部小規模滅失」という判断があり、各々判断基準が異なりますので現場では始関さんのおっしゃるとおり認定が難しいのです。全部滅失に話を戻しますと、升田参事官が「災害との因果関係がある全部滅失」という解釈を示されていたと記憶しています。阪神・淡路では、先にもお話ししたように公費解体という特例があった関係で、地震自体で全部滅失した場合だけではなく大規模な災害に見舞われて被災状態が相当程度に達している場合に全員合意で人為的に解体してしまったマンションも全部滅失と考えて処理していました。

山野目 お話を伺っていると、いろいろ現実には悩ましいですね。民事法制上、全部滅失と一部滅失とでは、理論的には建物区分所有を觀念することができるかどうかという決定的な差異が生じますが、現実世界では、これは連続した事象であるということでしょうか。

戎 私は当時、1階部分が挫滅したものや横転したもの、全焼して焼けた躯体のみが残されているようなものなど物理的に見て明白に全部滅失と言えるような場合以外はできるだけ区分所有建物として扱うと決めていました。その理由ですが、第1に、全部滅失だということになると復興のためにそれまでの管理組合の組織が使えなくなるからです。区分所有法3条の団体が無いわけですから団体の組織としての「集会」は開催できず、「再建の集会」だけしかできません。管理規約も無効になっていますからそれまでのように管理者たる理事長が招集することもかないません。第2に、復旧決議ができませんから復興の選択肢が再建のみに限られるからです。第3に、全部滅失となると優先借地権の行使がなされた場合に罹災法上の難問が生ずると思ったからです。現在であればこれらに加えて、再建決

議を実行するために円滑化法が使えないということがあげられると思います。

最後の点について更に申し上げますと、私は円滑化法を使った建替えの手法が再建特別措置法上の再建手法に利用できないことには疑問を感じます。全部滅失すれば「マンション」ではないからというのは余りに形式論理すぎますし、建物が存在しないから権利変換の仕組みにうまく乗らないというのも適用を排除する根拠にまではなり得ないでしょう。円滑化法は、合意された建替え事業を安定した法的枠組みの中で実施できるようにした事業法ですが、事業法により事業の安定化を図るという必要性は全部滅失マンションの再建決議の場合も全く同じなのですから法改正が必要な部分だと思います。

始関 全部滅失として被災マンション法を適用するよりも、できる限り一部滅失として区分所有法を適用した方がよいということについて、戎さんが挙げられた3点の論拠は、いずれもごもっともな根拠だと思いますので、戎さんのような解釈によって運用することが合理的なのではないでしょうか。

戎 それからまた、団地内の一部の棟が全部滅失した場合の処理も困りものです。というのは、その場合、その棟の元区分所有者の持分の5分の4で再建が可能になるとふうに再建特別措置法を読むことには無理があります。他の棟の区分所有者も含めた敷地共有持分権者の5分の4以上が賛成しないと再建することができないのではないかと、という問題ですね。区分所有法69条のような制度が全部滅失マンションの再建にもあればいいのに、と感じたりします。

始関 平成14年の区分所有法の一部改正の際には、再建特別措置法についても、再建建物は旧建物の敷地と他の土地の双方を敷地とするものであってもよいとか、主たる使用目的を同一とする必要がない等の、区分所有法の改正に平仄を合わせた整備が附則改正の形で行われていますが、団地内建物の建替え承認

決議を新設した区分所有法 69 条に対応するような改正は行われていません。その理由は承知しておりませんが、区分所有法の場合には、マンションの区分所有者による建替決議と、敷地の共有者による承認決議の 2 本立ての決議を行うことが可能なのに対して、再建特別措置法の場合には、マンションは全部滅失と評価される状態になっていて、もはや区分所有者は存在せず、敷地の共有者しか存在しないため、2 本立ての決議という区分所有法 69 条のような構造の規定を設けることができなかつたためではなからうかと思えます。

同条と多少似たような規定としては、例えば、元区分所有者及びその議決権の 5 分の 4 の賛成と、敷地の共有持分の 4 分の 3 の賛成があれば、マンションの再建ができるという規定を設けることが考えられるのかもしれませんが、建て替えるべき建物が存在しなくなっているのに、滅失したマンションの元区分所有者だけが 5 分の 4 の要件で、それ以外の敷地の共有者は 4 分の 3 というような差を設けることの合理性が論証できるかといった問題があるように思われます。

山野目 確かに、顧みてみますと、団地の建替えに細目的な規律を整備した区分所有法の改正は震災から随分経ってからです。その制度設計思想は、再建特別措置法には必ずしも反映されていない憾みがありますね。こうして見てみますと、震災直後に迅速に再建特別措置法を立案した方々やスピード可決をした立法府の努力に敬服すると共に、今後、同法について、研究すべき課題も多いようです。ご存じのように再建特別措置法は、決して神戸の場合のみ適用されるものではなく、今後も政府が政令指定した災害に適用されるという意味で、まがうかたなき“現行法”であることを考えれば、なおさらでしょう。学界の更なる関心も求められるところです。

## IV その他の不動産法制上の問題

安永 では、その他の不動産法制上の問題ということで、残った問題をここで一括してご議論いただきましょうか。

山野目 罹災法や再建特措置法に関していろいろご議論いただきましたけれども、顧みますと、震災復興の際に問題になった不動産法制上の問題としては、そのほかに若干のものがあります。かいつまんで 2 つを取り上げさせていただけたいと思いますが、1 つは土地の境界の問題があります。神戸の被災現地におきまして、国土地理院の測量によりますと、場所によって違いますが、数 cm から数 10 cm の三角点の水平移動がありました。この水平移動があったとしても、多くの場合には現地の生活関係は変わりません。

地球の外殻、マントルの外側の所の地殻がグルッと動いただけですから、人工衛星から見たときの位置はずれているのですが、現地では、こっちのものがこっちに移って、隣のものもこっちに移ったという状態になっているだけです。ただ、衛星から見たら動いたではないかということのリジッドに考えると、いちいち数 cm から数 10 cm の所について分筆の登記と合筆の登記を繰り返さなければいけないといったことも危惧されました。

しかし、この点については平成 7 年 3 月 29 日に法務省民事局長の回答がありました。すなわち、兵庫県南部地震による土地の水平地殻変動等の登記の取扱いについて、法務省民三第 2589 号の通達がありまして、地震による地殻変動が広範囲にわたるものであって、その場合に地表面が水平移動したときには土地の筆界も相対的に移動するものとする、という見解が示されて、現地による問題処理がなされました。これについては、当時ご苦労があったと伺っております。現在は民事局長でいらっしゃる寺田さんのお話を伺いたいと思います。

#### ◆都市計画上の特例の制度

山野目 もう1つ問題提起をさせていただきたいこととして、今日はあまり議論する時間がありませんでしたが、都市計画との関係があります。震災が起きたときの現地の街づくりを考えると、どういう街をつくっていったらよいかということをいろいろ将来に向けて考えていくことは大事なのですが、なによりもその前提として被災現地が混乱しているところに勝手に建物をばらばらと造られたのでは街づくりが成り立たないわけなのでありまして、現地をフリーズすることが都市計画法法制上、非常に重要です。

丁寧な言葉で言いますと、盛土、切土などの土地の形質変更、建築物の新築、改築、増築を勝手にやっていただいているのは困る、ということで、この認識は被災現地の皆さんの間で共有されていたのですが、現地の動きと中央政府の対応に少しずれがありました。現地では、建築基準法 84 条という前からあった規定を用いて、被災後 2 カ月は建築行為等が制限されるという規定を使って対処しました。ということは、非常に忙しいわけで、カレンダーが 2 カ月で区切られますから、私がたまたまそのときに神戸市役所を訪れたという話を冒頭にしましたが、3 月 17 日までに都市計画決定をすることによって何とかこれを凌いだというのが現地での対応でした。

しかし、当時の建設省は別なことを考えていて、被災市街地復興特別措置法という法律を制定して、被災市街地復興推進地域に指定された範囲では、最大 2 年まで、都市計画が定める日まで建築行為を制限することができるという法制をつくって、この法律自体は今でも生きています。ただ、あのときに適用されなかったのが、今までこれが実効的に機能した場面がないという状態になっています。この辺り、現地で見ている戎さんから何かコメントがあったら伺いたいという問題意識を抱いております。

戎 確かに、折角の新法を使わなかったという

ことでいろいろ言われているのですが、なぜそうなったのかというのは、正直な話、私はよくわかりません。ただ、そのこと故に、特に罹災法との関係で建築許可が問題になりました。建築制限が絶対のものであったらまだ混乱はしないのですが、都市計画の決定であろうが新法による制限があろうが、木造で 2 階建てまでぐらいは許可が要らないという解釈だったものですから、そうなると、その範囲だったら構わないという話になりまして、広い土地の真ん中にボンと木造の建物ができて、全体としての街づくりに支障を来したというようなことはありました。

#### ◆土地の境界の水平移動

寺田 阪神大震災が起きたときに、建物の関係では先ほど申し上げた減失が大量に生じて、これにどう対処しようかということがあったのですが、土地の関係では境界線がグチャグチャになったのではないかと危惧を持ちました。私はその責任者だったものですから、最初に、その復旧に際してブルドーザーが動き回って境界石をとり去ってしまうという懸念があったので、それを避けてくれということで対策をとりました。しかし、神戸にはそんなに多く境界石を埋めるという慣習がなかったようなので、それが効果的だったかどうかわからなかったのですが、他方、当初に危惧したほど境界はグチャグチャではなかったようです。港の近辺では前後左右に動いてよくわからなくなった所がかなりあったのですが、全体としては平行移動していたものですから、その意味での現実的な困難さというのは思ったほど大きくなかったのです。

ただ、今度は理屈の問題として、全体的に平行移動したことをどう理解するかということがあって、私どものほうの専門家は、この時点では既に座標軸ですべて境界をとらえるという実務が行きわたっていたものですから、どうしても境界が全部動いたと見がちだったのです。ただ、私は、その人たちに対しては、大体日本列島は毎年少しずつ動いているのに

そんなことを言ってもしょうがない、もう少し現実的に考えよう、ということで、平行移動したときは観念的にはそのまま動かないものと扱って構わないのだという現実的な対処にいたしました(前掲民事局長回答)。

その前に、実は、当局としては有珠山の噴火のときに境界が相当乱れた経験があったのですが、大都会の真ん中でこれが起きたのは初めての経験だったものですから、戸惑いもあったのですが、土地家屋調査士の皆さんもその趣旨を理解していただいてこれで対処されたので、大きな問題にならなかったのよかったですと思います。ただ、個別的にはなお境界の問題は残っていたと思います。

そのときの経験で、境界がグチャグチャになるという以前に、そもそも、あまり境界線の確定自体がきちり行われていなかったという反省もありましたし、もめ事が多く起きたときにどう対処しようかということもあって、境界の確定についてももう少しきちりした手続をつくらなければならないということ強く思いました。その後、後任の担当課長らが頑張ってくれて、10年かかりましたが、つい最近、境界確定手続が筆界特定という制度として不動産登記法に登場したわけです。

## V 全体の論議を顧みて

鎌田 最後の話題に関連してなのですが、後藤新平の帝都復興計画案に見られるように、大災害というのは長期的な展望に立った大規模な都市計画を実現する稀有な機会であることは確かなので、その点についてのきちんとした担保が必要だと思います。その一方で、罹災法のように、私人間での権利調整について一定の特別ルールを作ることで、私人でできるところは個別に私人がどんどん緊急対応をしていけるようにする法制度も必要かつ有益だろうと思います。しかし、この両者は違う方向を目指していますので、この辺の摺り合わせをどうやって行くのか、全法体系として

の整合性を保ち、かつ、現実的・機能的であるのかという点が重要だろうと考えています。特例の適用期間や緊急避難的に成立が認められた特別の権利の存続期間といったような時間的な観点、都市計画的観点の優先される区域と私的利用に任される区域の区分といったような空間的な観点、建物の構造や所有形態などの質的な観点などの組み合わせによるものと思われませんが、本日のご議論を通じていろいろと貴重なお教えを受けましたので、それらを踏まえて改めて考えていきたいと思えます。

小柳 本日この機会を与えていただきましてありがとうございます。阪神・淡路大震災の後、マンション関係は法律が随分改正されたと思うのですが、不動産賃貸借のほうはあまり変化がなかったわけで、私は、どうしてなのかと疑問をもっていたのですが、今日改めて問題の難しさを感じた次第です。制度の由来、問題点については、既に述べましたので、今後の検討課題を指摘させて下さい。

罹災法14条の優先借家権について建物滅失を要件とせず地域指定で再建建物について申出を認めることで滅失に関する紛争を防ぐこと、他方申出年限を限ることができればと思います。また、2条の優先借地権について、設定される借地権を定期借地権とすることが必要だと思っています。特に、事業用定期借地権が、営業の確保を実現でき、また、地主の負担も長期にならないため適当な制度だと思うのです。また、罹災借家人は、その土地において営業を継続する必要がある場合その他自ら建物を使用することを必要とする特別の事由がある場合に限り、借地権を取得できるという制度も検討に値します。また、3条の借地権優先譲受権については、災害後に土地賃借権者による譲渡を幅広く認めることが有益だと思っています。また、紛争解決ですが、これについては、やはり現在の判例法理に従った見直しが必要だと思います。例えば、各種優先権について、申立てに基づき裁判所が設定す

るという制度の検討も有効だと思います。

最後に、歴史研究の効用を指摘させていただきました。先ほど始関さんにご指摘いただきましたが、戦後の重要民事法改正の際には相当な議論が行われています。罹災法に限らず、こうした点を追跡することは、今後のよりよい民事立法のためにも有益だと思います。情報公開制度によって資料への公的アクセスも確保されましたので、研究成果も期待されます。

**山野目** 今日のご議論を伺っていて、罹災法にいろいろな難しい問題があると同時に、それを一言で、見直すべきであるとか改正すべきであるとかと簡単に言いますが、実際に行おうとすると多くの労苦を伴う作業になるであろうという見通しが与えられましたから、これはなかなか大変だなという気持ちを抱きました。しかしながら、最後に冗談のような話をしますが、この法律は言葉遣いが古くて、大体、例えば疎開建物の疎開というのは、私などの若い世代ですと、人が動くことは疎開と称すると思うけれども、物を壊すのも疎開と言うものであるというのは、単に私が国語が不勉強なだけかもしれませんが、どうでしょうか。こういう新しい世代にはわからない言葉が盛り込まれている。たぶん、それは今日の席で言うと、寺田さん、安永さんと鎌田さんの世代ならばいざ知らず(笑)、それ以外の人たちには少し難しいのではないですか。しかも、私などは非常に不幸せな世代だと思うのは、そうこう申しているうちに少し老眼が進行してきて、罹災法の条文がチカチカして読めません。被災地という難儀な場所で、準用とかと読替とかがあって、また、読みにくい言葉、難しい言葉が並んでいる法律は、法制のあり方としていかがなものか。確かに、あのときに法務省の担当参事官の非常な活躍で、解釈も斬新なご見解をお出しになったし、読替を読みやすくした本も、やはり同じ当時の参事官の主導で緊急出版をなさったというご努力もありました。ただ、そういう努力でいつまでも克服していくべきテーマではない

はずなのであって、いろいろ難しい内容的な問題はあと思っていますが、是非、私自身の勉強を更に研ぎすますことももちろんのこととして含めつつ、立法の見直しも考えていくことについて、皆様にも考えていただきたいと、このような感想を抱きました。

**戎** 大変勉強させていただきました。ありがとうございました。まだまだ考えなければいけない問題はたくさんあると思います。2点ほど申し上げますが、現場でこういう災害時の住宅復興の仕事をやっていると、どうしても公法との衝突を意識せざるを得ません。実際、私法上の権利があるかないかだけでは解決せず、権利があったとしても公法上建物が建築できないような所はたくさんあります。容積率既存不適格マンションの建替えなども同様です。借地借家だけではありません。そういう意味での公法上の問題も大きな課題だと思います。もう1つは、借家問題は復興もさることながら住宅被害そのものをなくす防災・減災を目指した街づくりの中で考える必要があるということです。古い木造賃貸集合住宅の問題などは罹災法の前に密集市街地整備促進法等の面的な整備の中で事前に解決しておくべき問題だろうと思います。

**始関** 震災立法ということで今回は阪神・淡路大震災を踏まえてのご議論をいただいたわけですが、実は、私は実家が神戸でありまして、母と祖母が震災に遭ったわけです。幸いに、断層からは離れた所に実家があったので、マンションでしたから修繕だけで済んだのですが、母が簞笥の下敷きになって多少怪我したということ思い出したわけです。

また、私は修習地も神戸でして、阪神・淡路大震災が起きた時に神戸弁護士会の会長をされた田辺重徳先生に弁護修習でのご指導をいただいたのですが、その田辺先生から、平成8年に、震災立法の改正を考えるようにとのご趣旨で、先生が中心になって編集され、戎さんも執筆者のお1人となっておられる神戸弁護士会震災復興対策本部編『実務ガイド

ブック・震災復興のまちづくりと法』(三省堂, 1996年)をお送りいただいたのに, 改正作業に着手することなく今日まで来てしまったことを忸怩たる気持ちで思い出し, この本にも, もう1度目を通してみた次第です。

今回, 小柳さんのご著書も事前に読ませていただいた上で, 今日のご議論に参加させていただいたのですが, このご著書のお陰で, 昭和30年代にもものすごい改正論議がされたことを知ることができました。その時に英知を尽くしてさんざん議論したけれども, 結局, いい解決方法が出なくて残っている大問題なのだということを知り, 今日のご議論に参加させていただいて, また勉強をさせていただいた次第です。近々また関東大震災があるかもしれないし, また東海大地震はいつ来てもおかしくないと言われている状況の中で, 震災立法の充実ということは避けては通れない問題なのだと思います。

阪神大震災が終わって少し落ち着いた時期に, 阪神大震災のためだけに一旦立法されたものをまとめて今後のほかの大震災にも対処できるようにするための立法がされたわけですが, その際, 罹災法についてもこのままでは駄目なので改正すべきではないかという議論, 先ほど山野目さんが言われた, 本来空襲の規定から始まっているのはおかしいではないか, という議論も含めて, 改正すべしという議論はあったわけですが, その後, 日本経済全体がバブル崩壊で震災にあったような状態になって, 日本経済の復興のための立法をしなければいけない状態がずっと続いてきましたので, この震災立法には手をつけられなかった。また, 先ほど寺田さんがおっしゃったように, これは単に私法だけの問題だけではなくて, 都市計画や都市の整備という大きな問題ともつながっている大問題であるということもあって, なかなか手をつけられなかったのですが, このまま放置しておくことのできない問題であるということをご今日改めて勉強させていただいたわけですから, 改

正について何か考えていかなければいけないのではないかと改めて思いました。どうもありがとうございました。

寺田 冒頭で戎さんからお叱りを受けたのですが, 法律の適用がすぐには決まらなかった事情の中には, この法律自体の問題もあり, 我々の体制の問題もあったわけです。平成7年はこの阪神大震災だけではなくてオウム事件もあり, 日本社会の危機管理の面での転換点であったと思うのです。実情を申し上げますと, 先ほどの問題も含めて, 起こった時に, すぐ, 関東大震災の記録はないのかと言って探して, 実は東京法務局にあったのですが, そういうものを見ながらの誠にお粗末な対応だったと反省せざるを得なかった。

当局側もそういう泥縄式の対応になっていたわけで, それがその後少し反省されて, 先ほどの整備につながったと思います。この時は, 法制局におられた大森政輔次長に「法制局でイニシアティブをとられるほかありません」とけしかけたら, 本当にやってしまわれました。前例にとらわれない次長の目立たない功績だと思います。

ただ, 小柳さんからもお話がありましたとおり, 関東大震災の時の記録を見ていて思いましたが, その後の借地非訟事件を始めとした裁判の非訟化とか, あるいは調停が盛んになって, それが日本的に定着していくということもあったり, 様々な立法の端緒がこういう非常時に出てきているのです。だから, 法律家の実力がこういうときに試されるとおっしゃいましたが, まさにそうなので, 火事場の馬鹿力みたいな印象をその当時非常に強く受けました。それからすると, マンションの問題とそのほかの問題のいくつかは, この時にも一生懸命考えないわけではなかったのですが, この借地借家は, 少し火事場の馬鹿力が出なかった部分かなと思います。本来なら, 先ほど始関さんも触れましたが, このときにもう少し公法と私法の壁を突き崩すぐらいの馬鹿力が出ていてもよかったのかとも思うぐ

らいです。平時に馬鹿力が出せると一番いいのですが、それもなかなか難しく。でも、そういう整理が進むといいと思います。

そういうわけで、借地借家の臨時処理法については、先ほど升田参事官の話も出ましたが、運用で、それこそ臨時処理した面があって、本当は正々堂々とやるべきところ、立法として解決すべきところがあることは全くそのとおりだと思います。

安永 私は神戸の人間で、戎さんもそうだと思いますが、この中では阪神・淡路の地震の揺れを体感した数少ない人間だと思います。そういう意味で、震災関連法についてはずっと関心を持ち続けております。『ジュリスト』という影響力のある法律雑誌の座談会として、こういう震災関連の法律問題、とりわけ私法の問題ですが、取り上げて座談会が催されたということは非常に意義深いことだと思います。時が経つに従ってこういう問題を忘れてしまうということがあり得ますので、こういう機会にこの問題が改めて議論されたことは非常によかったと思います。

当時、私は地元の人間としてこういう法律問題について何らかの手助けをしなくてはいけないという意識で、古い本も図書館から引っ張り出していろいろ勉強いたしました。市内、大学内でいろいろな研究会がありまして、そういう所でも意見を交換した記憶があります。落ち着いた後は、とりわけ罹災法ですが、この法律がそのままの形でなお現行法として生き続けることでいいのかという強い問題関心を持ちまして、科研費をもらって共同研究をしたり、あるいは法務省民事局の当時の参事官の方とご一緒に1年ぐらい研究会をした記憶があります。報告書も作ったので民事局をどこか探していただければあると思うのですが、私自身は、そういう研究を通して罹災法は時代におよそ合わないものであるという確信を持ちまして、一定の改正をすべきだという見解に到達していたわけです。

ここには民事局長がいらっしゃいますので

申し上げておきたいと思いますが、次に問題が起きてからでは遅いので、罹災法については、是非とも改正の方向に議論を進めていただければと考えております。そういう改正の議論をするに当たっては、本日の座談会の議論は大変参考になると思います。本日はいろいろ勉強させていただきましてありがとうございました。

## ジュリスト前号

7月1日号(No.1315)

(定価 1850 円)

### 特集・会社法規則の制定

- 新会社法の性格と法務省令……………上村達男
- 会社の計算……………尾崎安央
- 法務省令の問題点——組織再編に関連して……………稲葉威雄

- 株式・新株予約権……………久保田安彦
  - 2005年会社法と会社の機関……………鳥山恭一
  - 株式会社の監査と内部統制……………中東正文
- ### 特集・行政不服審査制度改正に向けて

- 〔座談会〕「行政不服審査制度研究報告書」について……………高橋 滋(司会)◎前田雅子◎  
島村 健◎大橋真由美
- 行政不服審査制度研究報告書——その背景と経緯……………小早川光郎
- 資料 行政不服審査制度研究報告書

### 〔論文等〕

- 共同研究「医療と法の最先端を考える」……………林 道晴／熊代雅音／畑中綾子／大澤 彩
- デラウェアの影(上)——日本における敵対的企業買収の興隆……………カーティス・J・ミルハウプト／伊藤靖史(訳)

### 〔連載〕

- 探究・労働法の現代的課題⑩
- 不動産法セミナー⑬
- 新破産法の基本構造と実務⑬