

●
借家編—14

災害と借家

●
木内道祥

●

I 災害にあった借家に適用される法律

借家人と家主の間の借家関係に適用される法律は、一般的には民法および借地借家法であり、借地借家法の施行（1992〔平成4〕年8月1日）前にされた建物の賃貸借では、更新拒絶および解約の申し入れについては、旧借家法が適用される（借地借家付則12条）。

借家が災害にあった場合にも、特別の法律としては、罹災都市借地借家臨時処理法（昭和21年法律第13号、以下「罹災都市法」と略称する）が用意されているほかは、この一般の場合と同様である。

1997年に制定された「密集市街地における防災街区の整備の促進に関する法律」（平成9年法律49号）は、地震が発生した場合に、主要構造に著しい被害を受けるおそれがあったり、延焼防止上危険であったりする老朽木造建築物で行政庁の除却勧告を受けたものについて、さらに種々の要件を備えた上ではあるが、借家契約の更新拒絶ないし解約申し入れについて借地借家法26条2項・27条2項・28条は適用しない旨を定めている（同法24条）。これは、災害時の例外ではないが、地震に対する防災対策の上で、借家契約の更新・解約についての例外を設けるものである。ただ、借地借家法を適用しないとはいえ、除却勧告を受けた老朽木造建築物（住宅専用の賃貸建物に限る）の所有者が居住安定計画を作成して市町村長の認定を受けることが必要であり、その計画では、居住者への代替住宅が確保されていなければならないこと、居住者に代替住宅に対する意見を聞くこと、移転料を支払わなければならないことなども定められている。更新拒否・解約申し入れについて借地借家法を適用しない、といっても、正当事由を要しないというのではなく、正当事由の具備に該当する事項を居住安定計画の立案と認可で代替する構想といえよう。

II 災害と借家——民法、借地借家法のもとで

1 災害による借家関係の存続・終了

賃貸借の目的である建物が滅失した場合には、借家関係は当然に終了する。¹⁾²⁾

建物の滅失により、家主は、建物を使用収益させる義務、修繕する義務はなくなり、借家人は、賃料を支払う義務がなくなるのであるから、借家関係を存続させる必要はなく、当然終了と解することで問題はない。借家関係の終了に伴い、敷金の返還、有益費の償還、建物の滅失が当事者いずれかの責任であった場合の損害賠償などの問題が生ずる。

罹災都市法が適用される災害では、滅失した建物の借家権を有していたことに法的効果が与えられるが、もとの借家関係が消滅することが前提であり、もとの借家権が優先借地権や優先借家権に「変身」するのではない。

2 災害による建物の滅失

(1) 滅失の判断基準

建物の滅失の判断基準としては、賃貸借の目的となっている主要な部分が消失して賃貸借の目的が達成されない程度に達したか否かで判断される。その際、修復が通常費用では不可能か否かが斟酌され、物理的に滅失した場合だけでなく、社会的経済的に建物が全体として効用を失った場合においても建物が滅失したといえる³⁾とされており、抽象的な意味では、これが基準として確定している。

しかし、具体的な適用の場面では、滅失の判定は容易ではない。

従来の判例では木造建物の事例が多いが、阪神・淡路大震災のような最近の都市部の災害を考えると、むしろ、鉄筋コンクリートや鉄筋鉄骨造の中高層建物について「滅失」の判断を行わなければならないことが多い。

既に物理的に崩壊した建物、あるいは物理的に崩壊する危険が差し迫っている建物が滅失とされることに問題はない。そこまでの損傷には至らない建物では、必要とされる修復の費用によって社会的経済的に建物が効用を失ったか否か、滅失に該当するか否かを判断するということになるが、その費用の算定が必ずしも容易ではない。建物の新築費用は、建物の構造と規模（端的には床面積）によってほぼ定型的な見積りが可能であるのに対して、補修工事は、行うべき工事内容、工事の規模についての見極めが難しく、どの程度の稼働人員・日数が必要なのか算出しがたいからである。

例えば、鉄筋コンクリート造4階建ての建物で、柱、壁に外見上も損傷があ

り修復を要するが、その建物が1980(昭和55)年の新耐震設計法の導入前の建築であって、もともとの耐震性が著しく劣るため、建物の全体について補強工事をするのであれば耐震性が確保できないところ、そのための構造計算をするには建物の状態、特に、鉄筋の状態を全面的に非破壊検査を行って把握する必要がある、検査自体に多額の費用を要する。すると、修復の費用としては、建物全体についての非破壊検査の費用、構造計算・設計の費用、修繕の工事費用が必要となり、どの程度の金額で収まるか見積りが困難であるものの、新築費用を超える可能性が高いという事例が存した。これは、筆者が阪神・淡路大震災で経験したケースであるが、このように中高層建物では、どの程度の修復工事を行う必要があるかは、建築基準法等の定める法的規制、検査・補修技術との関係が大きく影響し、それによって必要費用も格段に違ってくる。

やはり阪神・淡路大震災で鉄筋コンクリート造4階建ての共同住宅の滅失の有無が問題となった事例でも、一審判決が滅失していないとしたが、控訴審判決が、逆に、滅失した、と判断したものがある⁴⁾。

補修工事の費用は3000万円から3350万円程度であり工事必要期間は75日であるのに対して、取り壊し費用は1600万円、新築費用が2億円であるから、建物が滅失したとはいえないとした一審判決に対し、控訴審判決は「補修費用は設備工事なども含めて再度本件建物を賃貸に供し得る状態まで復旧する工事全体のためには3000万円をはるかに超えることは明らかであるが、それ以上どの程度の額になるかは直ちに予測できない」と認定し、取壊費用が公費負担であること、補修をなしうる業者の繁忙のため補修工事を1995(平成7)年内に行うこと自体困難であることなども考慮して、滅失したと判断したものである。

このように、中高層の建物では、補修費用の算定には様々な要素が関連して予測が難しく、滅失か否かの判断も困難な場合がしばしばみられる。

(2) 建物の危険度判定システムの必要性

阪神・淡路大震災では、各市が建物の被害の程度に応じて「危険(赤色)」「要注意(黄色)」「調査済み(緑色)」の表示を建物に行い、各建物の損壊度を「全壊」「半壊」などに分類した被災証明を発行した。これは建築物の応急的な危険度判定であり、厳密なものとはとても言えないものであったが、現場では相当に大きな影響力を持った。厳密の意味での損傷程度(建物の危険度)

の判定が上記のように容易なものではないために、唯一、目安として存在した行政の応急判定が影響力を持ったといえることができる。

建物の危険度の判定は、解体するのか応急修理をするのかを決定するために早急に必要であり、建物の滅失の有無は、借家権の消滅、罹災都市法の適用の有無を分ける要件であることはもちろん、被災程度に応じた行政上の保護措置を実施するにも重要な要素であり、被災者の利害に密接に関連することになる。とはいえ、大規模な災害時に被災者が自ら専門家に検査を依頼して建物の損傷程度の判定を受けるのを期待することは無理であり、これについては、行政機関による判定基準の整備およびそれに則って判定を行う専門家集団の育成が不可欠である。

阪神・淡路大震災では、建物を解体した後で多額の費用を要しないで補修可能であったとわかった例が多数存在したと言われている。通常費用で補修可能である以上、補修を行うことが家主・借家人の双方にとって、また、社会的にも有利なはずであるが、前記の大阪高裁が逆転して滅失を認定した事例のように、補修に必要な稼働人員・日数を算定するのが難しく、面倒で不慣れた工事施工であって「相当高額であるが、いくらかかるかわからない」という結論しか得られないために、公費解体に申請期限があり、日々、建物の痛み具合も進んでいくという状況の中では、滅失と認定するほかなかったというものも見られる。

この点は、司法判断レベルでの滅失の判定の基準に苦心してもどうしようもないことであり、補修(検査を含む)のための技術・ノウハウ・人員の整備が、無駄な解体(本来の滅失ならざる滅失)の防止のために必要である。

(3) 建物の解体と借家人の同意

建物が著しい損傷を受け、滅失に該当する状態であっても、なお借家人が居住を続ける、あるいは動産類を置いて使用を継続しているのに対して、家主が、建物を解体するために明け渡しを求めることがある。滅失に該当すれば賃貸借契約は終了し、明け渡し請求が認められるので、滅失の有無が争われることとなる。

阪神・淡路大震災でも、滅失を理由とする明け渡し請求の事件が多数申し立てられたが、それ以外に、借家人が損傷建物から退去はしているが建物の解体に

同意しないため、解体同意を求めるといふ調停ないし仮処分が相当数見られた。これは、損傷建物の解体が、廃棄物処理の扱いで公費により行われることになったが、借家人が現に居住していない場合にも、その同意が公費解体の要件とされたからである。借家人以外にも、近隣建物所有者の同意が要件とされた。これは、建物解体に伴い、建物内の動産類が棄損し、近隣建物にも損傷を及ぼす可能性があるため、その場合に解体を行う行政の責任を追求しないという趣旨で同意が求められたのであるが、公費解体の申請期限が設けられたこととの関係もあって、1995(平成7)年には、明渡請求と解体同意請求をあわせると裁判所への申立件数は相当数にのぼり、翌年以降は激減した⁵⁾。

公費解体という行政上の措置が新たな法的紛争を登場させたものであるが、災害時の対策では、それによる新たな紛争の発生、その紛争の解決の難度も含めて、メリット・デメリットを測定する必要があるという一例である。

3 修繕をめぐる法律問題

建物が損傷を受けたが滅失にはいたらなかったというとき、修繕をめぐる様々な法律問題が発生する。

(1) 修繕を要することと解約の正当事由

建物の修繕に多額の費用を要する場合、家主はそれだけの費用を掛けて修繕しても採算が合わないため、借家契約を解約して借家人に退去を求めることが考えられる。

修繕費用があまりに高額であれば、経済的な意味で「滅失」に該当するとして退去を求めることも考えられるが、修繕に多額の費用を要することが解約申入れは「正当事由」を具備するか否かの問題として取り上げる方が合理的である。

家主が滅失を主張するにしても、解約の正当事由を主張するにしても、借家人の退去、したがって借家関係の終了を認めるのが妥当か否か、という争点は共通であり、オールオアナッシングの判断しか採りえない「滅失」の判定よりも、立退料による補強もありうる「正当事由」の方が柔軟妥当な解決が得られるからである。

(2) 修繕を要することと家賃支払義務

家賃は目的物である建物を使用収益する対価であり、修繕をしないと使用できない場合には、家賃支払義務は発生しない。使用収益が不十分な場合にも、その使用できない割合に応じて賃料は当然に減額される。請求による減額、損害賠償請求権による相殺などの考え方もあるが、当然の減額ないし不発生という考え方が簡明であり、これに賛成する。

使用収益が不十分な場合の具体的な減額割合の算定は、具体的なメルクマールは困難であり、衡平の観点から事案ごとに決定するほかない。

阪神・淡路大震災では、被災地の多くの地域で、電気、ガス、水道の供給がストップした。電気がまず復旧し、水道もそれに続いたが、ガスは相当長期間に渡って供給されず、炊事・洗濯・トイレの使用はできても、風呂に入れないという事態が改善されなかった。

電気、ガス、水道の供給がすべてストップしたままで建物を使用している状態を、雨露を凌ぐ場所として現に利用しているからといって、どの程度の使用収益と評価するべきであろうか。電気、ガス、水道の供給がストップしてはとても住めないからと他に避難した借家人が、家賃支払義務を負うとは思えない。それと対比すると、雨露を凌ぐ場所だけの使用は、対価を要する程度の使用収益ではないといってよいと思われる。

順次、電気、水道、ガスと復旧していけば、当然、一定割合の使用収益の対価は支払うべきであるが、段階ごとにどの程度の使用収益割合といえるかは微妙な問題である。

なお、地域全体への電気、ガス、水道等の供給停止は、家主の責任ではなく家主の所有する設備の損傷でもないが、借家人の責任でもないことは当然であり、借家人が使用収益できない割合に応じて対価である賃料を支払う必要がないことは、賃借建物の設備の損傷の場合と同様である。

(3) 家主の修繕義務、一時立退き請求権、借家人の修繕権など

家主は借家人が使用収益できるように修繕義務を負うのが原則である(民606条)。また、修繕を要する原因が天災地変であっても、家主に修繕義務がある、というのが判例・通説である。反対説もあるが、後述のとおり、あまりの多額の修繕費用を要する場合には修繕義務がないとされているので、損傷の原

因が天災地変である場合に家主の修繕義務がないとする必要はない。

家主が目的物の保存に必要な行為をしようとするときには、借家人はこれを拒むことはできない(民606条2項)。したがって、家主には修繕のために借家人の一時立ち退きを求める権利がある⁷⁾。使用収益に必要な修繕ないし保存行為は、もともと、家主の義務とされているものであり、それを家主が行わないときには、借家人が自ら行ってその費用の償還を請求できるとされている(民608条1項)のであるから、借家人は、必要費用償還請求権が生ずる範囲での修繕は自ら権利として行うことができる⁸⁾。

以上は原則であるが、借家契約では、長期間にわたって継続し、修繕の実施についても相当の歴史を経ていることがしばしばある。また、借家契約上で、修繕義務の特約が盛り込まれることも多い。

従来の修繕の経過は、一応円満に修繕が行われてきている以上、当事者の合意内容の重要なメルクマールとなる。修繕特約も合意内容を示すものであるが、印刷された例文的な条項であることも多く、やはり従前の経過と併せて、合意内容を押し量る必要がある。

損傷の程度がひどく、修繕が不可能な場合には、家主の修繕義務がない。修繕が不可能とは、物理的・技術的に不可能というだけでなく、経済的観点、取引上の観点からみて不可能な場合も含まれると解されている⁹⁾。例えば、借家の老朽化ないし損傷の程度が著しく、修繕に多額の費用を要する場合には、家主に修繕義務がないというがごとくである。これを不能だから修繕義務がない¹⁰⁾というか、経済的公平の見地から修繕義務がないとするかは別として、建物の修繕には多額の費用がかかることもあるので、その費用額のいかににかかわらず、民法ないし特約で定められた一方の修繕義務者に全面的に修繕義務を迫らせることは無理なことが多い。

借家関係が継続的關係であることと修繕の範囲が幅広いことから、具体的事案の修繕義務者の判定、修繕義務範囲の判定は、一律に決めたいことがしばしばあることからすれば、結局、経済的公平の見地をメルクマールとするのが妥当と思われる。

4 敷引特約・敷金不返還特約の効力

敷引特約とは、建物の賃貸借における敷金^{しきびき}について、契約終了時にその一部(一定金額あるいは一定割合)を返還しない旨の特約である。

敷引きの金額ないし割合を、契約終了理由(例えば、借家人都合による終了の場合には3割を控除する、とするなど)や賃貸借の継続年数により異なるものとする例もあり、終了理由のいかんを問わず、とする例もある。

阪神・淡路大震災では多数の借家が滅失したが、敷金返還の問題、特に、災害による建物滅失の場合の敷引特約の適用の有無をめぐる紛争は、最も多く発生した類型の一つであり、多くの判例が出され、高裁レベルでも、判断が分かれていた(次の最高裁判決についての判例時報のコメントにそれまでの下級審の裁判例が整理されている)。

最判平10・9・3(判時1653号96頁)は、この問題についての最初の最高裁判決であり「居住用の家屋の賃貸借における敷金につき……敷引特約がなされた場合において、災害により賃借家屋が滅失し、賃貸借契約が終了したときは、特段の事情がない限り、敷引特約を適用することはできず、賃借人は賃借人に対し敷引金を返還すべきものと解するのが相当である。」とし、不適用説をとった。この判決が、その理由として「敷引金は個々の契約ごとに様々な性質を有するものであるが、いわゆる礼金として合意された場合のように当事者間に明確な合意が存する場合は別として、一般に、賃貸借契約が火災、震災、風水害その他の災害により当事者が予期していない時期に終了した場合についてまで敷引金を返還しないとの合意が成立していたと解することはできないから、他に敷引金の不返還を相当とするに足りる特段の事情がない限り、これを賃借人に返還すべきものであるからである。」とのべるように、契約当事者の合理的意思の解釈として、敷引特約が災害による賃貸借終了の時にまで適用されるとの合意が成立していないとしたものである。

この最高裁判決により、今後は、賃貸借契約において敷引特約を定めるについては、それが災害による滅失の際にも適用されるか否かが明示されることになるとと思われるが、その場合には、控除される金額等から見て、一方的に賃借人に不利益であるとか、信義則上許されず、また、公序良俗に反するというも

のでなければ、有効と解されることとなろう。

敷金不返還特約とは、一定の場合に敷金を返還しない旨の特約であるが、ここでは、災害による建物滅失の場合に敷金を返還しないという特約の問題である。このような不返還特約の効力については、借家人に不利益にすぎ、借家法の趣旨に反するから無効であるという判例がある¹¹⁾。これに原則として賛成するが、結局は、敷引特約でも、不返還特約でも、その特約が実際に合意されたのか否か、およびその特約が合理性を有するかによって適用を決められるべきものであり、個別事例において、その趣旨の合意が存することが認定でき、その合意に合理性があれば、敷引特約だけでなく不返還特約でも、効力を認めてもよいこともありうる。

家主と借家人がそれぞれ敷金額、賃料などについて採算性の検討を行って契約を行ったという場合、例えば、災害による滅失にも敷引特約を適用するが賃料が低い契約案と、適用しないが賃料が高い契約案の二種が用意されている、あるいは、災害時の敷金不返還特約の有無により賃料に高低がある二種類の契約案が用意されており、借家人が特約のある契約を選択したというケースでは、適用を認めても差し支えないと思われる。

今回の最高裁判例は、居住用の借家の敷引特約に限定して判示しており、営業用の建物の敷金特約については言及していないが、営業用の建物については、敷金ないし敷引きの趣旨が居住用以上に多様であり、この判例をそのまま営業用の建物について及ぼすのではなく、個別的に合意内容を判断するべきであろう。

5 災害による借家関係の終了と権利金の返還

権利金の性質については、①営業上の利益（のれんなど）、②賃料の一部の一括前払、③借家権の対価、④場所的利益に対する対価、⑤賃借権に譲渡性を賦与した対価などがあると言われる。⑤は別として、賃貸借において借家人が支払うものは、結局は、賃借建物の使用収益に対する対価であり、①ないし④とも、賃借物を、ある程度の期間、使用収益をするからこそ支払うものである。そして、使用収益の対価は、原則として賃料である。したがって、⑤の趣旨の権利金であると判定できるものは別として、権利金は、原則とし

て、賃料の前払であるとみるべきである¹²⁾。

そこで、災害によって予期しない時期に賃貸借が終了した場合には、残存期間に応じた金額は返還するべきであることになり、その旨の下級審裁判例も多い。

実際の問題点は「残存期間に応じた金額」をどのように算定するか、である。

借家契約では期間を定めない契約があり、(2年程度の)期間が決められることが多いが、通常、更新を前提としている。当事者間で一定期間を存続期間と意識して合意することは、営業用建物の賃貸借ではありうるが、非常に稀であり、残存期間といっても一義的には決められない。予定よりも短い期間で賃貸借が終了したということが返還の前提となるのであるが、どの程度短いのかについて当事者双方の意識が違っているのが通例であるから、返還されるべき「予定はずれの期間」は、権利金の金額、使用目的、開始からの継続期間等を考慮して、当事者の公平上の観点から判定するという他ない。

Ⅲ 罹災都市法と借家人

1 罹災都市法の趣旨と概要

罹災都市法の趣旨と概要を、現時点の災害に適用される場合として理解すると、次のとおりになる¹³⁾。

災害によって建物が被害を受けても、滅失に至らず修復可能であれば、借家契約が存続する借家人は、借家契約上の権利を持続できる。しかし、借家が滅失すると、借家契約は当然に消滅し、借家権は消滅する。元の借家人は、滅失により住居や店舗という重要な生活の本拠地を失うが、その場所に建物を建てることのできないことはもとより、その土地に建物が新築されても、それを借りる権利もない。

そこで、罹災都市法は、災害により住居等を失った借家人を保護し、借家人の入居すべき建物の復興を図る見地から、滅失建物の借家人であった者について、次のような規定をおいた。

①滅失建物の借家人が、施行の日から2年以内に、土地所有者に対して土地の賃借を申し出て、他の者に優先して、相当な条件で借地権を取得でき

る途が認められている(2条)。

②既にその土地に借地人がいる場合には、滅失建物の借家人が、施行の日2年以内に、借地人に対して借地権の譲渡を申し出て、他の者に優先して、相当な対価で借地権を取得できる途が認められている(3条)。

③滅失建物の借家人が、滅失後最初にその敷地に建築された建物について、その完成前に賃借を申し出し、他の者に優先して、相当な借家条件で借家権を取得できる(14条)。

①・②が優先借地権、③が優先借家権である。

2 優先借地権と優先借家権

災害により借家を喪失した借家人の保護の法規は、まず、関東大震災に対処するための借地借家臨時処理法(大正13年法律第16号)が登場し、次に、太平洋戦争による空襲、疎開等の事態に対処するための戦時罹災土地物件令(昭和20年勅令第411号)が続いた。そこでは、優先借家権に該当するものは設けられていたが、土地使用権としては一時的なものしか存在せず、1946(昭和21)年の罹災都市法によって優先借地権が登場した。

1946(昭和21)年当時の問題としては、滅失した建物の敷地にすでにバラックを建てているもとの建物の居住者の保護が最も緊要であり、それに併せて(まだバラックを建てていない)旧借家人による建築の促進が図られたので¹⁴⁾¹⁵⁾ある。

優先借地権は、被災前に有していた借家権に基づいて、より大きい権利である借地権を取得しようという法的な仕組みであることと、現在では借地権の高額化等、1946年当時とは大きく社会情勢が変わっていることから、阪神・淡路大震災において、罹災都市法を適用して優先借地権を生ぜしめるには、異論があったところである。

罹災都市法は、罹災借家人が優先借地権と優先借家権を自由に選択しようものとしていることは明らかであり、ことさらに優先借地権の取得を制限するための解釈運用をするべきではないが、借家人と地主、借地人の利害調整を考えるならば、罹災借家人は借家権の確保を図ることができれば原則として十分であり、借地権の取得が認められるのは、罹災借家人が借地権を取得して建築を

行うのに十分な資力を有している反面、地主・借地人が土地を使用する意思・計画を有していないという例外的な場合にならざるをえない。

3 借家人が借地権を取得する二つのルート

罹災都市法は、借家人が借地権を取得する方法として2条と3条を設けた。借家人が申出をしようとする時点で、借地人がいないという場合には、土地所有者に対して借地権設定の申出をするというのが2条であり、その時点で既に借地人がいるという場合には、借地権者に対して、借地権譲渡の申出をするというのが3条である。つまり、借地権を手に入れる相手方が誰かいうときに、土地所有者が相手方となるのが2条、借地権者となるのが3条と分かれているのである。そして、罹災都市法2条4項は、借地権が存在しても、対抗力のないもの、一時使用のためのものであれば、借地権でないものとみなすとしている。譲渡を受けるべき借地権が対抗力のないものであったり、一時使用のものであっては、譲渡を受ける意味がないので、その場合には存在しないものとして、2条により地主に設定要求をするとしているのである。

4 借地権の取得の申出・譲渡の申出をできる者の範囲

(1) 罹災建物の滅失当時の借主

罹災都市法2条・3条で借地権の取得(ないし譲渡)の申出ができるのは「罹災建物の滅失当時の借主」であり、罹災後の入居者、罹災当時の借家権の譲受人はこれに該当しない。

申出に対する拒絶の正当事由という調整項目があるので、申出をなしうる者の範囲を限定的に解する必要はなく、賃借権だけでなく使用貸借も含まれ、¹⁶⁾一時使用の者、承諾をえた転借人、共同賃借人も含まれるという従来の解釈で差し支えない。ただ、適法な使用権者でなければならず、無断転借人や土地使用権限がなく建てている建物の借主は含まない。

(2) 敷金の受領と取得申出の可否

阪神・淡路大震災の際には、敷金の返還を受けたり、それに伴い「合意解約書」が作成されると、罹災都市法による優先借地権の申出ができなくなるの可否かが問題とされた。

建物が滅失すると、従前の借家関係は当然に終了する以上、敷金の返還などの契約終了に伴う清算処理は速やかに行われるのが当然であり、借家契約終了に伴う清算処理が行われることと罹災都市法の適用は、別問題である。罹災都市法によって申出をできるか否かは同法2条1項で定められた要件が備わっているか否かで決定されるのであり、敷金の返還¹⁷⁾をうけたからといって、罹災都市法の申出権がないことにはならない。

罹災都市法による優先借地の申出権や優先借家の申出権の放棄は可能であり、家主との間で、罹災都市法による権利を放棄する旨の合意がされていれば申出をすることはできない。問題は、敷金の受領とか「合意解約」が、申出権の放棄の合意と解されるか否かである。罹災都市法による申出権を認識していない当事者間で、申出権の放棄の合意がなされることはありえず、当事者の一方だけにその認識があっても放棄の合意とはいえない。すでに終了した契約の合意解約はありえないからといって、「合意解約」に建物滅失による契約関係の終了の確認という趣旨を超えて罹災都市法上の権利の放棄という趣旨を推認することはできない。「今後、借地借家の申出をしない」のように放棄の趣旨が明示されていれば問題ないが、敷金の全額が敷引特約にもかかわらず返還されたとしても、敷引特約が災害による滅失に適用されないという認識も相当に行き渡っていたのであるから、そのことだけで申出権の放棄がなされたと解することはできない。

5 借地権の取得を申し出ることのできる土地の範囲

被災建物の敷地が、借地の取得を申し出ることのできる範囲である（罹災都市2条）。

複数の借家人の一人でも2条の「借主」に該当する以上、申出としては敷地全部について可能である。敷地全部の申出をして土地所有者が承諾し、あるいは3週間以内に拒絶回答がなかった場合には、みなし承諾により借地契約が成立するので、拒絶回答がない場合に、敷地全部の契約が成立していないとすることはできず、逆に言うと、敷地全部についての申出ができる、と解さざるを得ない。

ただし、土地所有者が拒絶した場合には、全部の土地を申出者が使用するこ

との相当性が正当事由の有無の判断において考慮されるので、敷地全部について借地権設定を申出ができるといっても、実際に敷地全部の賃借が認められるとは限らない。また広い敷地の借地権設定を受けると、借地権設定の対価として支払う必要のある権利金もそれだけ高額になるので、その意味でも、資金的な裏付けなしに敷地全部の借地申出をすることは難しい。

逆に、敷地の一部について借地権設定の申出をすることもできる。

ただし、この場合にも、土地所有者の拒絶があった場合には、その一部が全体の中でどういう位置を占めているのか、残りの土地を利用するのに障害にならないか、という点が、正当事由の存否の判断において考慮されるので、好きなような形状で部分的な借地申し出をしても認められるという訳ではない。

6 罹災都市法2条による優先借地権設定の申出の有効要件

借家人が罹災都市法2条の借地権設定の申出をして借地権を取得するためには、以下の要件が必要である。

- ① 申出ができる者は、罹災建物の滅失当時の借主であること
- ② 申出が、政令施行の日から2年以内になされること
- ③ 土地を権限により現に建物所有の目的で使用する者がいないこと
- ④ その土地上の建物の建築に許可を要する場合には、その許可を得ていること
- ⑤ 地主から3週間以内に拒絶の返事がないか、拒絶の返事があっても、拒絶に「正当事由」が認められないこと

①ないし④は、申出の有効要件であり、これが備わっていなければ申出として効力がない。⑤の「正当事由」とは、有効な申出があった場合に地主がそれを拒否するための要件である。

7 借地権設定申出の相手方

罹災都市法2条の借地権設定の申出の相手方は、申出の時点の土地所有者であり、被災後に所有者が代わっていれば、新所有者である。申出をした後で所有者が代わっても改めて申出をする必要はなく、申出の効力はそのまま存続し、それによって借地権の設定が生ずれば、そのまま新所有者に引き継がれる。

所有者が共有の場合には、共有者全員に申出をすることが必要である。

8 借地権設定の申出の方式

施行の日から2年以内に建物所有の目的で賃借する旨を申し出ることが必要である。申出は書面である必要はないが、いつ申出をしたかが問題となるので、内容証明のような書面が望ましいことはいうまでもない。

申出に対して相手方が3週間以内に拒絶の返事をしないと承諾とみなされるのであるから、申出の内容は、相手方が、罹災都市法2条による賃借の申出であると認識できる程度に明確な意思表示であることが必要である。当該土地上に建物を立てて住んでいるのを罹災都市法施行前の時点で相手方が知っている¹⁸⁾というのでは足りない。

借地条件を申出の中に示すことは必要ではなく、借地条件を付して申出しても、希望条件にすぎない。拒絶がなく、あるいは拒絶に正当事由なしとされて承諾とみなされる場合にも、それは借地権設定についてだけの承諾であり、借地条件についての承諾とみなされるのではない¹⁹⁾。

9 先使用により申出ができない場合

罹災都市法2条1項ただし書前段は「その土地を権限により現に建物使用の目的で使用する者」があるときは、申出をすることができないとし、3条は借地権の譲渡申出の場合にもこれを準用している。現に建築を開始した権限者を排除してまで従前の滅失建物の借家人を保護するのは行き過ぎだから、この場合には、借家人側の事情を問わず借地申出を許さないとしたものである。建築される建物に対する借家の申出(14条)が可能なのはもちろんである。

(1) 先使用の判定時点

使用している者がいるか否かの判定は、申出をした時点で行う。申出の後で使用しはじめた者がいても、申出は有効である。もっとも、申出としては有効でも、土地所有者の拒否に正当事由があれば借地権は取得できず、土地所有者が近く建築を行うことが確実であれば、後述のとおり、原則として、申出拒否に正当事由ありとされるのであるから、申出後3週間経過までの間に土地所有者が建築をはじめた場合には、借地権を取得できないことが多いと思われる。

(2) 使用する権限

使用しているのは「権限」を持つものであることを要する。具体的には、土地の所有者、賃借人、転借人、使用貸借人を含み、対抗要件を備えたものである必要はないが、不法占拠者は該当しない。滅失建物の借家人が申出権者として存在することへの善意悪意は問題とはならない。

(3) 建物所有の目的の使用

建物所有の目的で使用しているとは、建物の完成は必要ないが、建築工事に着手していることは必要である。具体的には、建物所有の目的での使用であることが客観的にも判明する程度、つまり、地ならしをして、基礎を掘るとか、土台を並べる程度のことをしていることは必要であり、建築用地の立札を立てた程度では、現に使用とはいえない²⁰⁾。

建物の構造等に限定はないので、簡易プレハブ程度の建物でも「建物所有目的の使用」ではないとはいえない。しかし、恒常的な使用でなければ、借家人からの借地申出を許さないまでの事由にはならないから、短期間の撤去が予め予定されている応急仮設建物(建築基準85条)では、建物所有目的の使用とはいえない。応急仮設建物は該当しないといっても、先使用ありとして申出権なしとはならない、というだけであって、地主の拒否の正当事由によって優先借地権の成否が決まることは当然である。

10 建築許可を要する場合の許可の具備

(1) 建築許可とは何か

借地権の申出をするには、土地に建物を築造するについて許可を必要とする場合には許可を得ていなければならない(罹災都市2条1項但書後段)。

「許可を必要とする場合」とは、一定の土地の区域内における建築が一般的に禁止されており、その許可があるときのみ特にその建築が許される場合をいう²¹⁾。建築基準法による建築確認を要することは、一定区域での建築の禁止ではないのでこれに該当しないが、建築基準法84条の建築制限、都市計画法53条による建築制限等はこれに該当する。

(2) 建築許可に該当する例

一定区域について一定の要件のもとに一般的に建築を禁止し、個別の許可が

なければ建築できないとするものを例示すると、以下のとおりである。

- ① 都市計画法 52 条の 2 市街地開発事業等予定区域に関する都市計画で定められた区域内での建築は知事の許可を要する。
- ② 都市計画法 53 条 都市計画施設または市街地再開発事業の施行区域内での建築は知事の許可を要する。
- ③ 都市計画法 65 条 事業認可の告示のあった都市計画事業区域での建築物の建築等は知事の許可を要する。
- ④ 土地区画整理法 76 条 事業施行の認可・組合設立の認可・自治体の区画整理事業の決定などの公告後、建築物の建築等は知事または建設大臣の許可を要する。
- ⑤ 建築基準法 85 条 災害のあった市街地で、都市計画または区画整理事業のため必要があるとき、特定行政庁は、区域を指定し、災害発生から 1 か月以内の期間を限り、建築物の建築を制限、禁止できる。
- ⑥ 都市再開発法 7 条の 4 市街地再開発促進区域での建築基準法 59 条 1 項 1 号の建物（2 階建て以下の容易に移転除去できる建物）の建築には知事の許可を要する。
- ⑦ 都市再開発法 66 条 第一種市街地再開発事業の事業計画の確定の公告があった後、施行地区内の建築行為等は知事の許可を要する。
- ⑧ 大都市地域における住宅地等の供給の促進に関する特別措置法 7 条 土地区画経整理促進区域内における建築等は知事の許可を要する。
- ⑨ 住宅地区改良法 9 条 改良地区内で、事業計画の認可の告示後は、建築等は知事の許可を要する。

(3) 阪神・淡路大震災の場合

実際には、災害後新たに建築制限が行われ、また、制限の態様に変化が生ずることがあるので具体的にはなかなか複雑である。阪神・淡路大震災では、震災後早い段階で建築基準法 84 条の建築制限がなされたが、具体的な措置では、木造、鉄骨造、コンクリートブロック造などの 2 階建てまでの建物は、制限の範囲外とされた。したがって、この段階では、被災借家人は、木造 2 階建ての建物を建築しようとするのであれば、事前に許可等を要することなく、臨時処理法による借地申出をすることができる。その後、その区域で区画整理が行わ

れ、都市計画決定の告示の段階となると、都市計画法 53 条により建築物の建築には許可が必要となるので、この段階では、許可を得た上でないと臨時処理法の借地申出ができない。同時に、都市計画法 54 条は、2 階建て以下で地階のない木造、鉄骨造、コンクリートブロック造の建物の建築には、原則として許可をしなければならない、としているので、木造 2 階建ての建物を建てるといふのであれば、都市計画法 53 条による許可申請をすれば原則として許可がなされるはずであり、その許可を得た上で、借地申出をすればよいことになる。

さらに手続が進んで、区画整理の事業計画決定がなされた段階になると、建築制限は、土地区画整理法 76 条による許可制となり、この建築制限では、一定の建物についての原則的許可という規定は設けられていない。

(4) 許可と申出の期限

罹災都市法 2 条・3 条の申出は、施行 2 年以内に行わなければならない、かつ、許可を得なければ申出をできないので、この期間内に許可がえられなければ借地申出はできないと解さざるをえない。未許可の段階で申出をしたが許可を得られないまま 2 年を経過したという場合も同様であり、2 年経過後に許可を得られても、申出としては効力がないうちに終わる。その後でも、建築された建物に対する借家の申出（14 条）は、期間制限がないので（建物完成前に申出をすれば）借家権の取得が可能である。

2 年経過前に許可が得られれば、申出ができることはもちろんであるが、未許可の段階で借地申出を行い、その後、2 年以内に許可を得た場合に、改めて借地の申出を要するか否かという問題がある。

未許可の段階の借地申出を許可を得ることを条件とした借地申出と解するとしても、その後に許可が得られたことは土地所有者に通知される仕組みにはなっていないから、改めて申出人から土地所有者に、いついつに行った借地申出が建築の許可を得たので効力を生じた旨の通知をしなければ、3 週間という拒絶回答期限を適用することはできない。そうであれば、未許可の段階の借地申出は無効であり、許可を得た段階²²⁾で改めて借地申出を行わなければならないと解するのが簡明であり妥当である。

11 借地申出を拒絶できる「正当な事由」

(1) 「正当な事由」という要件の役割

罹災都市法2条・3条でいう「正当な事由」は、土地所有者（借地人）、賃借申出人それぞれの土地を使用する程度、その他双方の側の事情を考慮して判断²³⁾する。

正当事由の存否の判断によって、土地所有者（借地人）、賃借申出人の利害の調整をはかる趣旨であり、それが「正当な事由」という抽象的な規定をおいた機能である。

もともと、土地所有者が既に建築に着手していれば申出人側の事情は考慮せずに申出はできないとされているので、借家人が土地賃借申出をできるのは土地所有者が建築をしようとしなない場合である。土地所有者が近く建築を行うことが確実であれば、借家人の保護は、その建築された建物に優先的に借家権を取得して入居する途が14条で用意されていることに止まる。「正当な事由」として罹災都市法2条3項が「建物所有の目的で自ら使用することを必要とする場合」を例示しているのは、このような趣旨と解される。

したがって、土地所有者が、自己使用、賃貸用を問わず、建物建築の意思を有し、相当の準備をしており、近く建築を行うことが確実であれば、原則として、申出拒否に正当事由ありと考えられる。

ただし、その建築予定の建物の規模・構造・用途が従前の建物と大きく異なるときには、従前の借家人が利用できず優先借家権が与えられているといっても、借家人にとって無意味である可能性がある。とはいえ、建築するには資金事情、土地の有効利用の観点があり、常に建物の規模・構造・用途がほぼ従前とおりであることを求めることはできない。このような建物の規模・構造・用途を含めた双方の事情を総合的に考慮して、「正当事由」の存否によって、土地所有者と賃借申出人の利害を調整することが期待されているのである。

(2) 正当事由を構成する諸事情

借家人が既に居住場所を確保しているという事情は、土地所有者が申出を拒否した場合の「正当事由」の存否の判断では、申出人側の必要性が低いという事情になる。ただし、居住場所といっても、それが仮設住宅であるとか、知人

の好意で一時的に同居させてもらっているというのであれば恒久的に利用できるものではないからマイナス要素とするべきではないが、他の場所に借家を確保しているというのであれば、何かの事情で明け渡す必要があるとか、狭小で一時凌ぎにすぎないというのでなければ、申出人側に大きなマイナス要素となるのは間違いない。

借地申出に対して、土地所有者がその土地に建築はしないが他の場所の建物の賃貸に応じるという事情は、正当事由が認められる方向の要素であるが、それがどのような借家であるのかによっても、どの程度の比重があるか違ってくるであろう。

借地権設定の申出をした時点では、建築に許可を得る必要はなかったが申出の後に建築に許可を要することとなりまだ許可を得られないという事情は、申出者に帰責事由はないものの土地所有者の責任でもなく、建築できない場合にまで借家人に借地権の取得を認める必要はないので、許可の可能性にもよるが、正当事由ありの方向に働く要素である。

12 優先借地権の取得時期

罹災都市法2条の借家人の申出権は、法的には請求権であり、申出によって直ちに賃貸借が成立するのではなく、承諾があるか承諾とみなされるときに初めて借家人と土地所有者との間に賃貸借契約が成立すると解されてお²⁴⁾り、3条の譲渡申出による借地権の取得も同様である。そこで、借地権の取得時期は次のようになる。

罹災都市法2条の借地権設定の申出、同法3条の借地権譲渡の申出があった場合に、相手方が承諾すれば、申出人は、その時点で借地権を取得する。

相手方が申出の到達後3週間以内に拒絶の意思表示をしなければ、3週間を経過した時点で借地権を取得する。

相手方が3週間以内に拒絶の意思表示をしてきても正当事由が認められない場合は、拒絶の意思表示は効力がないので、やはり、3週間を経過した時点で借地権を取得する。

13 優先借地権の存続期間、更新の有無

罹災都市法2条の借地権の存続期間は10年と定められている。当事者がもっと長い期間を決めることはできるが、10年より短い期間を決めても10年となる（同法5条）。

同法3条の譲渡申出により取得した借地権では当該借地権の残存期間が存続期間であるが、同法11条により、施行時点で存する借地権の残存期間が10年未満のときは10年に延長されているので、少なくとも10年は存続する。

罹災都市法が2条で借地権を成立させる趣旨は、それを法定存続期間10年で必ず終了させるものとしたものではないので、期間満了時の更新については、通常の借地権と同様に借地に適用されるべき更新の規定が適用される²⁵⁾。

その場合に適用される法律は、現時点以後の災害について言えば、罹災都市法2条による借地権の成立が借地借家法施行後であるから借地借家法5条6条となるが、正当事由がなければ土地所有者は更新を拒否できないことは借地法と同様であり、更新期間についても10年ではなく、借地借家法により20年（その後の更新では10年）となる。

なお、罹災都市法2条による借地権の期間が10年であるので、10年経過後の再築は更新後の再築となり、借地借家法18条により地主の許可が必要である。借地借家法上の通常の借地権が設定後30年の存続期間を経た後でなければ再築制限を受けないのと比較すると、20年早く更新後の再築制限を受けることとなるのであり、この点は、同法18条のやむを得ない事情の判定について斟酌されるべきである。

14 優先借地権の対抗力

罹災都市法2条が「他の者に優先して」賃借することができるというのは、他の賃借申出者に対して優先するという趣旨と解されないでもないが、判例は²⁶⁾、対抗要件（建物登記か賃借権の登記）を具備しなくても第三者に対抗できるとしている。したがって、優先借地権の成立後に登場した新所有者、賃借権者、抵当権者らに対して、優先借地権を主張することができる。

借地法・建物保護法のもとでは、優先借地権を取得したとしても、対抗要件

を備えるためには賃借権の登記か建物の登記が必要であり、前者は土地所有者の協力がなければならず、後者は建物が完成するまでできないから、災害後に土地所有者が新たな処分行為をするのに対抗要件の具備が間に合わないおそれが高い。したがって、前記の判例のとおり、対抗要件なしに成立と同時に対抗力を有すると解する必要がある。借地借家法の施行により、建物が滅失している間でも一定事項を土地に掲示しておけば、滅失後2年間は借地権を対抗することができる（同10条1・2項）。この規定は、借地借家法の施行前に設定された借地権についても建物の滅失が同法施行前でない限り適用される（同法付則8条）ので、現時点の借地権については、そのすべてに適用される。ただし、これを前提としても、災害の程度によっては速やかに土地に掲示することすら難しいこと、災害による滅失後ただちに建築に着手することが難しく建物を完成して登記することが滅失後2年以内にできるとは限らないので、借地借家法の施行後であっても、やはり、成立と同時に対抗力を認めるべきである。

この対抗力の存続期間は、罹災都市法10条を類推して5年間であるのか、同法5条の定める優先借地権の存続期間である10年間認められるのか、また、優先借地権の更新後にも存続するのか、という問題があるが、判例では、この対抗力は「設定されたときから10年間」存続すると解されている²⁷⁾。この判例を更新後には対抗力は持続しないと解するとしても傍論であるが、10年経過後にも、対抗要件なしの対抗力を認める必要は認めがたいので、更新後には対抗力は持続しないと解する。

したがって、10年経過するまでに建物の登記をすれば対抗力をその後も維持することができる。

借地法3条による譲受借地権が対抗要件を備えないままで対抗力を有し、その存続期間が施行の日から5年間であることは、罹災都市法10条が明示している。

15 優先借地権の内容

(1) 優先借地権者が権利を行使できる時期

罹災都市法2条による借地権は、具体的な内容の協議が成立しなくても存続期間が10年であることは決められているが、賃料、権利金などの借地条件、

建物の構造、規模、用途については（調停を経ることも含め）協議が成立しないと、罹災都市法 15 条による裁判で決めるほかない。

借地条件の中でも、いかなる建物を建てるかは、重要なものであり、それにより賃料、権利金、借地の範囲等にも影響する。賃借土地の使用方法は「契約または目的物の性質によりて定まる用法に従い」行うべきとされている（民 616 条・594 条）からといって、借地そのものの性質によりいかなる建物を建てるべきかが決定するという事はできない。建築できる建物の種類構造が決まっていない上に、賃料および一時金（権利金）の額も定まらず、もちろん、その支払も生じない。

罹災都市法 3 条により譲り受けた借地権でも、借地権の譲渡の対価については、（調停を経ることも含め）協議が成立しないと、罹災都市法 15 条による裁判で決めるほかない。

通常の借地契約が成立した場合でも、契約で定められた権利金の支払前に引渡しは請求できないはずであるから、罹災都市法 2 条・3 条の優先借地権は、具体的に借地条件ないし借地権譲渡の対価（支払方法等を含む）が決まるまでは、原則として、土地の引渡しを求め、建築工事を始めることはできないと解される。

ただ、優先借地権の成立（譲渡）を前提とする限り、地主（もとの借地権者）としても、その土地を利用することはできないのであるから、応急・臨時的な建築とか建築準備を行うために引渡しが必要であり、かつ、それによって地主（もとの借地権者）の利益を害しないという例外的な場合には、借地条件の決定前でも引渡しを請求することを認めることができる。

(2) 優先借地権者の地代支払義務と存続期間の起算点

地代の支払義務が発生するのは、土地の引渡しを受けた時点、使用収益が可能となった時点である。借地権が成立し、借地条件が決定されたにしても、使用収益ができない以上、地代の支払義務は発生しない。

罹災法 2 条の借地権の存続期間として同法 5 条が定める 10 年の起算点については、借地権の成立時点と引渡し時期（使用収益が可能となった時期）の二つが考えられるが、成立時点とすると、存続期間が 10 年と比較的短いにもかかわらず土地所有者が引渡しを長期間拒否すれば、土地を使用できる期間がそれだ

け短くなるのは妥当でなく、引渡し時期を起算点とするべきである。

賃料を含む借地条件が未定であっても、使用収益を開始し、あるいはそれが可能な状態になれば、その時点から賃料を支払う必要がある。賃料が決まっていなくて、借地人が相当と考える金額を支払い、裁判で金額が決まった段階で、発生時からの合計額と既払額の差額を清算すればよい。

全く支払をしない、あるいは、誰からみても不相当に低い金額（例えば、公租公課の額にも足りない）しか支払わないというときには、信頼関係の破壊に至る債務不履行として借地契約の解除が認められる可能性があるが、そうでない限り、借地人が相当と考える金額を支払っておけば、その金額が後に裁判で決まった金額より低くても、解除が認められるとは考えられない。

(3) 優先借地権としての定期借地権の成否

罹災都市法 2 条による優先借地権は、借地期間が 10 年である他は普通の借地権であると解される。他方、定期借地権には書面によらなければならないとの成立要件が定められており、裁判所による借地条件の決定に当たって、これを定期借地権とすることは解釈上認めがたい。ただ、申出人と土地所有者の間の協議で定期借地権の合意をし、定期借地権に必要な特約を結んだ場合に、その定期借地権に優先借地権の効力を認めるか否かという問題がある。優先借地権としての定期借地権を認めるとすると、普通借地権を定期借地権に変更する特約の効力を認めることになること、申出人と土地所有者の間に円満に定期借地権を設定する旨の合意が成立する場合を前提としており、さらに罹災都市法上の優先借地権の効力を援用する必要があるとは思われないことから、消極に解する。罹災都市法上の優先借地権とは無関係に、被災借家人と土地所有者の間で定期借地権の設定をなすうことはもちろんである。

16 借地権取得に伴って必要とされる資金

借地権を取得するにあたっての負担（権利金、地代など）がどの程度か、ということは、当事者間で協議を行い、それがまとまらないと罹災都市法 15 条による裁判で決まることになる。

阪神地区での借地権価格は、幅があっても、更地価格の 5 割ないしそれ以上であることが多く、借地権を取得する以上、一時金（権利金）として支払うか、

毎期の地代に反映させるかの選択は可能としても、相当の対価の支払を要することになる。

実際に建築を行うには、地主に支払う一時金に加えて、建築のための資金が必要である。建築に着手できない時には、1年を経過すると土地所有者から借地契約を解除される（罹災都市7条）のであるから、建築資金も含めて用意できないという見込みがないと、同法2条の申出によって借地権を取得することができないことになる。そのため、阪神・淡路大震災では、優先借地権は被災借家人にとって絵に描いた餅にすぎないという意見が多く表明された。

阪神・淡路大震災では、罹災都市法による申立てが多数行われたが、先例もなく最も注目された事項の一つが優先借地権の取得に伴う一時金（権利金）の算定基準であった。今回なされた決定例でみる限り、すべてが、一時金の額は借地権価格から被災借家人に帰属する経済的利益を控除したものとし、その経済的利益の額は借家権価格相当分の2分の1としている。そして、借家権価格は借地権価格の40%とするものが多い。^{28) 29)}

全例ではないが、代表的な算定方法は、更地価格×借地権割合－借家権価格÷2＝一時金とし、借地権割合は路線価表の借地権割合、借家権価格は借地権価格×0.4とするものである。

不動産鑑定理論からいえば、借家権価格がこれほどに評価できるか疑問を呈する意見が多く、この算定方法が理論的にどの程度根拠を持つといえるかには問題があるが、地主と借家人の利害調停を借家権価格を半分ずつ負担としたことは妥当であろうし、一時金の算定方法として利用しやすい目安が存在することが災害後の優先借地権をめぐる紛争の発生を防止すると思われるので、概ねこのような算定方法をもって妥当とするほかないと思われる。³⁰⁾

17 優先借地権と法定地上権

罹災都市法2条で取得した借地権は、対抗力を成立と同時に備えているものの、その成立よりも前に登記された抵当権には対抗できない。

しかし、借地権の対象となった土地に存した滅失建物は地主の所有であったのであるから、その建物が土地の抵当権の設定当時に存していたのであれば（言い換えると、その土地の抵当権が更地に設定されたものでなければ）、その土地に借地

権を取得した者が建物を再築した場合にも、民法388条により法定地上権が成立し、再築建物はその効力によって維持できる、つまり、抵当権の実行により登場した土地の新所有者に借地権者は法定地上権の主張ができるというのが従来通説・判例であった。

しかし、同一所有者に属する土地と建物が同時に共同抵当の対象とされた場合には、滅失後の再築建物について法定地上権が成立しないという「全体価値考慮説」にたつ裁判例が登場し、最高裁でも、三つの小法廷ともその見解を採用するに至った。³¹⁾

これらの最高裁判例での建物の滅失は、災害によるものではなく取壊しによる滅失であるが、法定地上権の成立が否定される理由が、抵当権者の把握した価値が抵当権者が関与しない事柄のために損なわれるべきではないということにあるので、災害による滅失であっても同じ結論が採られると思われる。

すると、罹災都市法2条により優先借地権を取得しようとする場合、対象となる土地に抵当権を付されていなければ問題がないが、滅失した建物との共同抵当として既に抵当権が設定されていれば、地主が抵当権者への支払を怠り土地が競売に付されることになると、再築建物を撤去しなければならないことを覚悟していなければならないことになる。

都市部の宅地では抵当権が設定されていることが多い。抵当権が設定されていれば、それは建物との共同抵当であることがむしろ通常であるので、競売になると失われる優先借地権を、大きな負担をして取得することは断念せざるをえないことになり、優先借地権の利用が大きく制約されることになる。

18 既存借地権の譲渡をうけるための要件

借家人が罹災都市法3条の借地権譲渡の申出をして借地権を取得するためには、以下の要件が必要である。

- ① 申出ができる者は、罹災建物の滅失当時の借主である必要がある他、申出権者の範囲は、2条の場合と同様である。
- ② 申出の方法
施行の日から2年以内に借地権の譲渡の申出を、借地権者（転借地権者がいる場合には、その転借地権者）にすることが必要であり、具体的な方

法は2条の場合と同様である。

- ③ 土地を権限により現に建物所有の目的で使用する者がいないこと。
- ④ その土地上の建物の建築に許可を要する場合には、その許可を得ていないと申し出はできない。
- ⑤ 借地権者から3週間以内に拒絶の返事がないか、拒絶の返事があっても拒絶に「正当事由」が認められないこと。
- ③ないし⑤具体的な意味も、2条の場合と同様である。

19 罹災都市法3条の借地権の譲渡を申し出る相手方

(1) 滅失建物の敷地の申出時現在の借地権者

借地権譲渡の申出の相手方は、滅失建物の敷地の申出時現在の借地権者である。

滅失当時に借地権者がいなくてその後新たに借地権が設定された場合にも、對抗要件を備えたものである以上、本条により、その借地権者に対して譲渡申出をするべきである。

ただし、對抗要件を備えていない借地権者、一時使用の借地権者は無視される(2条4項)ので、この場合の申出は2条の借地権取得の申出となり、相手方は土地所有者である。

對抗要件を備えた借地権者とは、建物が滅失しているのに、被災当時から借地権者(10条により借地権あり)が該当するのはもちろん、従来借地人がいない土地に罹災後に土地所有者が設定した借地権で登記されているもの(建物登記までされていると既に建築のための使用が始まっているので3条の申出はできない)も該当する。

(2) 未登記の建物の借家人からの借地権取得申出の相手方

被災当時の借地権者であっても賃借権の登記も建物の登記をしていなかった場合、その建物の借家人の借地権行使の申出は、罹災都市法2条によるべきか3条によるべきかという問題がある。

借地権者が賃借権の登記も建物の登記もしていない場合には、借地権に対抗力はなく、借家人は臨時処理法2条³²⁾によって土地所有者に借地権設定の申出をするのが当然となりそうであるが、判例は、建物登記をしていなかった借地人

も罹災都市法10条の適用を受け、5年間は対効力があるとしている。したがって、対抗力のある借地権として3条による譲渡申出によるべきであるとも考えられる。

罹災都市法2条による借地申出は、それによって借地権が成立しても、地主に対する関係で旧来の借地権者の借地権が消滅することではなく、旧来の借地権者と地主の関係をどう清算するのか、という問題が残る。むしろ、借地権に対抗力ありとして借家人が同法3条による借地権の譲渡申出を行うことにすれば、借家人と旧来の借地権者との間の利害調整は(地主との関係も考慮して)その手続内で行われる。地主が借地人の交替を受忍せざるをえず、承諾料の支払も要しないことは、罹災都市法4条が予定しているのであるから、それにより一回的な紛争解決が可能となる。

したがって、このケースでは、従来から建物登記、賃借権登記をしていなかった借地権についても罹災都市法10条による対抗力を認め、同法3条による借地権の譲渡申出を行うとするのが妥当である。

(3) 2条による借地権者に対する3条の申出の可否

もう一つの問題は、同じ敷地の滅失建物に複数の借家人がいて、順次申出がなされる場合である。2条で一人の借家人が借地権を取得すると、その借地権は登記がなくても対抗力があるから「罹災建物の敷地に借地権が存する場合」(3条)に該当することになる。その借地権に対して3条による譲渡の申出ができる³³⁾とすると、3条で譲渡をうけたその借家人も、他の借家人からさらに3条の譲渡申出を受けうることになる。

これを認めるのか、認めない、つまり、罹災都市法2条・3条により借地権を得た者に対しては、その他の申出権者は、申出ができないとするのか、という問題であるが、複数の借家人から借地申出が競合する場合との関係で、認めるのが妥当であると解する。理由の詳細は後述する(後掲25)。

20 罹災都市法3条の借地権の譲渡における対価・借地条件

罹災都市法3条は借地権の譲渡であり、地代や建物の構造などの借地条件は、従前の借地契約で定められたものを引き継ぐ。

残存期間は、11条により、10年未満であれば10年に延長される。

譲渡価格は、当事者間で協議をしなければ決められないが、協議が成立しない時は、同法15条の裁判によって決めることになる。

同法3条による借地権の譲渡については、賃貸人の承諾があったものとみなす(同法4条)とされているので、地主の承諾が必要ないことは明らかである。同法4条を承諾が擬制された場合に地主に承諾料請求権を与えた規定とは解釈できないので、承諾料も必要はない。申出人から譲渡を受けたことを直ちに地主に通知しなければならないだけである。ただし、この通知をしなかった場合でも、借地権譲渡の効力には影響がないと解されている³³⁾。

承諾料の要否は、借地権の相当な対価の算定に承諾料相当分をどう処理するか、としても問題となるが、承諾料が不要であることによるメリットを譲渡人が取得する理由はないから、不要である承諾料相当額を譲渡価格に加算すべきではない³⁴⁾。

21 借地権譲渡の場合の地代の支払開始時期と譲渡代金の支払時期

罹災都市法3条による譲渡の成立した後は、譲受人が地代を支払う義務を負い、その金額は従前の額を継承する。

譲渡人が土地を引き渡さない、あるいは申出人の土地利用を妨害している場合も、地代を支払うべき相手は土地所有者であり、土地所有者が使用を妨害している訳ではないので、支払わざるをえない。引渡しの前後で支払義務者が変更すると解する場合、土地所有者がいつからいずれに請求すればよいのか判明しなくなる恐れがある。譲渡を受けることを選択したのは申出人であり、土地所有者は4条で承諾を強制されているので、申出人と譲渡人とのトラブルによる負担を土地所有者に負わせるべきではないからである。ただ、地主は、現実に使用収益を続ける譲渡人に対しても賃料相当の損害金の請求をなしうる。

22 借地権の不行使による消滅

罹災都市法2条・3条で借地権を取得した借家人が、取得後1年以内に土地の使用を開始しなければ、2条では地主が借地契約を解除することができ、3条では、譲渡人が借地権譲渡契約を解除することができる(同法7条)。

その土地の使用とは「建物所有の目的」の使用でなければならないから、資

材置場としての使用等では該当しない。建物所有の目的での使用であることが客観的にも判明する程度に進まなければ「使用を開始」とは言えない。39坪の土地にバラック式1坪内外の小屋を無届で建築したのみでは、土地の使用を始めたといえないという判例³⁵⁾、「単に土地建物上の構築物としての一応の外観形式を有するだけのものでは足りず、それぞれの場合に応じ、住居用、営業用貯蔵用等建物が一般に利用せられるそれぞれの目的にかなう程度の構造および設備を有し、かつ、かかる目的のために現実に利用せられるか又はかかる目的のために築造せられたるものでなければならない」という判例³⁶⁾がある。

1年しても使用を開始しないことに正当事由がある場合には解除できない。その正当事由とは、使用を始めないことが客観的に正当視されることであるから、第三者による使用妨害があるとか、建築に必要な許可を獲得するのに日時を要する(申出時点には許可不要だったがその後には許可を要することとなると、申出により借地権を取得したがその後には建築許可を得られないことが起こりうる)場合は該当するが、単に、建築資金を用意できないというのは正当事由と認めることはできない。

使用しないまま1年を経過しても自動的に借地権が消滅するものではないので、解除の時点までに、使用を開始していれば、もはや解除することはできない(7条1項但書)。

2条・3条による借地権の取得について、裁判(15条)や調停が行われている場合には、その裁判が確定した時、調停が成立した時から1年を起算する(7条1項)。借地権が争われている状態で建築を強いることはできないからである。

立法論としては、1年間の不使用による消滅の制度よりも、優先借地権の申出をするのかしないのかを地主ないし借地権者が催告し、一定期間内に申出がなければ申出権が消滅するという制度が必要である。施行後2年間はいつでも申出ができるため、地主ないし借地権者としては、自分が建築のための使用を開始しないかぎり、2年間待たないと申出がないことを確定できないことになるからである。

23 賃料、譲渡対価などを支払わない場合の対策

罹災都市法8条は、一定の債権について、2条・3条による借地権者が建て

た建物に先取特権を有するとしている。ただ、被担保債権には、借賃と借地権の譲渡の対価しか上げられておらず、2条で借地権設定の対価（権利金）が定められた場合のその債権は含まれていない。

さらに、先に登記した抵当権等に劣後するので、先取特権の登記をしないと実際上意味がないが、登記を相手方が承知しないと訴訟をする必要があり、実際にはこの先取特権が利用されることは非常に稀ではないかと思われる。

もちろん、これが問題となるのは賃料等の不払の場合なので、それを理由として借地契約ないし借地権譲渡契約を解除することは可能である。

24 複数の借家人からの借地申出の競合

これについては様々な考えがありうる。

(1) まず、2条により一人の借家人が借家権を取得しても、それは2条でいう「借地権の存しない場合」には該当しないと解し、先後を問わず、借家人は誰もが2条の申出をできるとする考えである。

この考えでは、期限内（法適用後2年という期限と建築目的の使用が始められるまでという2つの期限がある）の借家人の申出はすべて有効であり、申し出た者全員と土地所有者が協議し、協議が成立しないと16条によって裁判所が割当をすることになる。

この考えの難点は、協議して、あるいは裁判所が決めるといっても、期限内は新規の借地申出があると、それも加えて割当ての再検討が必要になる結果、割当ての決定は、2年の期限を経過するまで実際上難しいことである。

裁判所が決定しても、まだ申出期間内だと、決定後の2条の申出を割当済みであると拒否できるかが疑問なのと、それを肯定しても、決定がなされる前に申出と追加的な裁判申出があると、併合して審理せざるをえないであろうから、結局2年を経過するまで決定できないことになる。

(2) 最初に申出をして借地権を取得した借家人が優先する、という考えもありうる。正確に言えば、申出が最初であるというより、2条の申出による借地権の取得を最初にした借家人が、他の申出人全員に優先して、その借家人だけが借地権を取得するというものである。

この考え方は、借地権が成立すると2条の申出ができなくなるという意味で

は、2条の文言（「借地権者の存在しない場合には」）にはほぼ合致する。実際の承諾がなくて3週間が経過したことによるみなし承諾により借地権が成立する場合には、一番先に申出をした借家人が借地権を獲得することになる。実際の承諾による借地権の成立であれば、後から申し出た借家人で承諾をもらった者が先に取得することもありうる。

この説の難点は、早く申出をしたものが優先するので申出の先陣争いになることが予測されるが、早く申出を行ったものを優先させる実質的な理由がないこと、および、土地所有者が2条の借地権の成立を実際上阻止したいと考えてダミー的な一人の借家人に申出をさせて承諾して借地権を成立させ、他の借家人からの借家申出を一切遮断することを可能にすることである。最初の申出を受けてからでも、その申出による借地権が成立するのは3週間後であるから、その後からダミー的な借家人に申出をさせてすぐ承諾すれば、先に借地権が成立し、最初の申出人は排除されることになる。

そうして、ダミー的な借家人は（建築すると14条により借家申出があるので）いつまで経っても建築せず、土地所有者は7条の解除権も行使しないで他の借家人とがまんくらべをする、という事態を許することになる。

さらに、この考えでは、16条の裁判所による割当てが行われるのは、申出が同時、あるいは借地権の成立が同時であるという希有の場合に限定され、誰が借地権を取得すべきか、という問題を、裁判所による割当てではなく、申出の先後という偶然的な要素にまかせることになる。

(3) 文言に忠実に解釈すれば、2条は「借地権者の存在しない場合には」申出をすることができる、としているのだから、一人の借家人の申出に対して、土地所有者が承諾し、あるいは3週間が経過して承諾とみなされた時点で借地権が成立すると、その後は、その土地は対抗要件を備えた借地権者が存在するので、他の借家人は2条の申出をすることはできないが、それまでの間であれば最初の申出人に遅れてでも、2条の申出をすることができる、という考えもありうる。

2条の申出の有効要件としての「借地権者の存在しない場合」か否かは、その申出の時点で決まるのだから、既に申出があっても、その申出による借地権が成立するまでの間は「借地権者の存在しない場合」であり、申出が可能

である、と解するものである。

この考え方では、実際の承諾による借地権成立を別にすると、最初の申出から3週間内に申出をしておけば、最初の申出人に優先されることはなく、16条による裁判所の割当てになるので、申出の先陣争いに借地権の取得者を委ねることにはならない。

ダミー的な借家人に申出をさせて即刻承諾してその後の申出を遮断するという方法を取ることができるという難点は(2)と同様であるが、これに対しては、3条も文言どおりに解し、2条で成立した借地権も3条の借地権譲渡申出の対象として認めるとして、他の借家人が借地権の関係に加わる途を開いておくことが対策となる。

私見としては、(3)が最も妥当であり文言にも忠実であるので、これを支持したい。

2条により取得した借地権も、3条による借地権譲渡の申出の対象となるか否かという問題はこれに関連する。

2条による借地権を3条による借地権譲渡の申出の対象とすると、土地所有者と借家人との間の2条の借地権の取得の問題が片づいたのに、まだその借家人と他の借家人の争いがつづき、借地権の決着がいつまでもつかないことになりそうである。しかし、この考えを採っても、最初に成立した借地権者に対して他の借家人が譲渡申出をした場合、最初の借地権者が実際に建築を行うのであれば、譲渡拒絶の正当事由を認めてその者を借地権者と確定し、最初の借地権者がダミーで実際に建築を行う気がなく譲渡申出人に建築を行う準備があるのであれば、譲渡拒否の正当事由を認めないで、譲渡申出人を借地権者とするという決定をすることで、地主のダミーへの対策として機能しつつ、際限のない争いとならず、最も意欲と能力のある借地権者に借地権を認める裁判で決着をつけることが可能であると思われるので、肯定説を採ることとする。

25 借地権申出が複数競合した場合の裁判所の割当方法

100坪の土地に2戸1棟の建物があり、そこに二世帯の借家人が住んでいるという場合ならば、土地を二つに分けてそれぞれを割り当てるのが容易である。しかし、中高層の共同住宅のように1棟の建物に多数の住居等があるとい

う場合、多数から借地権設定の申出があっても、一人一人に土地を分割して割り当てることは不可能である。

土地を分割してそれぞれの土地上に勝手に建築するというなら別として、1棟の中高層建物を立てるとなると、裁判で争っている者同士に権利割合だけきめて一緒に土地を利用して建築せよという決定をしても、無意味である。申出人全員に借地権を共有で割り当てても、その共有の借地権によって建築するには全員の合意が必要であり、全員が合意できるのであれば裁判所による決定は必要ないはずである。

関係者間に合意が成立せず、裁判所が決定で決めざるを得ない場合を考えれば、一人の申出者に割り当てるほかないと思われる。もちろん、複数の申出者がジョイントで建築するというのならその複数に割り当てることで差し支えない。

裁判所が借地権の割当てを決定するのは、建築のためなのであるから、誰に借地権を割り当てるかというのは、すなわち、誰にどういう建物を立てさせるのか、ということである。そこで、裁判所としては、あたかも裁判所主催の建築のコンペティションであるかのごとく、まず、その土地にどういう建物を立てるのが最も適切かを考え、申出人の中で誰がそれに相応しい計画を持ち、準備を整えているかを問題とすることになる。

借地権を取得するといっても、相当の対価を支払う必要があり、建築した建物には借家人からの優先借家権もあるのであるから、借地権の割当てを受けなかったからといって経済的損失を被るとは限らないが、16条2項を利用して公平のために割当てをうけた者から受けない者に金銭的支払をさせることは可能である。

それでも、熱心な申出者から優秀な建築案(敷地利用案)が複数出されるといふ事態では、どちらかに決めるといっても難しいと思われる。雇災都市法の裁判所の決定事項の中で、借地条件の設定と変更については鑑定委員会という専門家の意見を聞くこととしながら(15条・17条)、16条の割当てには鑑定委員会の意見を聞く必要はないとしているのは、「割当の問題は、裁判所の常識によって決定さるべきで、専門的知識を要しないから、割当については鑑定委員会の意見を徴すべきではない。」³⁷⁾からというのであるが、現在の時点では信

じられない感がする。

この問題こそ、一人に建てさせざるをえないといっても建物の利用関係は必ず共同になるのであるから、裁判で誰に割り当てるかという一刀両断の決定は不適当な分野である。土地利用、建物建築について、参加の意欲と能力のある借家人全員と土地所有者が参加してプランを練り上げて再築を実現するのが最も望ましい形態である。

26 優先借家権を取得するための要件

借家人が14条の借家権設定の申出をして借地権を取得するためには、以下の要件が必要である。

①から②は、申出の有効要件であり、これが備わっていないと申出としての効力はない。④の「正当事由」とは、有効な申出があった場合に、土地所有者がそれを拒否するための要件であり、正当事由ありとされると借家権は取得できない。

- ① 申出ができる者は、罹災建物の滅失当時の借主である必要がある（2条3条の借地権の申出と同じ）。
- ② 申出ができる期限
建物が完成するまでが期限であり、法施行から何年間とか、何年何月何日までという制限はない。³⁸⁾
- ③ 建物は、滅失した建物の敷地に滅失後最初に建築されるものであること。土地所有者は同じでも、もとの敷地と違う場所に立つ建物は対象外であり、再築後もう一度滅失したので建て直される建物も対象外である。
- ④ 建物建築主から3週間以内に拒絶の返事がないか、拒絶の返事があったとしても、拒絶に「正当事由」が認められないこと。

なお、14条で「罹災建物が滅失した後、その借主以外の者により、その敷地に建物が築造された場合におけるその建物の最後の借主でないときは、その敷地の換地に築造された建物については、この申出をすることができない。」という規定は非常にわかりにくいだが、滅失した建物の敷地に一度建物を建て、次にその換地にもう一度建物を建てたという場合に、もとの滅失建物の借主は、敷地上に再築された建物の最後の借主にも該当し

ない限り、換地上に2度目に築造された建物に14条の借家申出をすることができない、という意味である。

27 罹災都市法14条の借家申出の相手方

滅失した建物の敷地上（換地になった場合はその換地も含む）に最初に建てられる建物である以上、建築主はだれでもあっても借家申出の相手方となる。14条は「その借主以外の者」としているが、申出をする借主以外の者という意味である。だれが建てる建物でも申出の対象となり、土地が転々と譲渡された上で、何代目かの所有者が建築するという場合にも、その建物に14条で借家の申出をすることができる。

同じ滅失建物の借家人が2条・3条で借地権を取得して建築した建物に対しても、他の借家人は14条で借家申出をすることができる。

28 優先借家権を申し出る対象建物

14条で借家申出をする対象建物は、自分が借りていて滅失した建物の敷地上に再築される建物に限定され、同じ家主が建てる場合でも、前の建物の敷地以外の場所には建てたというときには、その建物に14条の申出をすることはできない。

逆に、滅失建物の敷地に建つ以上は、再築建物が中高層建物であったとして、どの区画に対して申し出るかは自由であり、建物全部を借りるという借家申出も可能である。建築主がそれを承諾するか3週間以内に拒絶の回答をしてこなければ、申出したとおりの範囲について借家権が成立する。

ただし、建築主から拒絶があった場合、一切貸さないというならともかく、この区画の方にしてくれとか、この区画だけならいい、という拒絶であれば、どちらの利用方法が合理的であるかを考え、建築主がいう区画に特に不合理な点がなければ、拒絶の正当事由は認められると解される。この場合も、申出できることと、正当事由の有無の判定で借家権の取得が認められるか否かは別なのである。

29 優先借家権の拒絶の正当事由

再築建物の建築主が、優先借家権の申出を拒否するには、罹災都市法 14 条も 2 条 3 項を準用しているのだから「自ら使用することを必要とする場合その他正当事由」が必要である。

建築主から拒絶があった場合、申し出た借家人の利用の必要性和建築主側の利用の必要性を比較考量して拒絶の正当事由の有無が決められる。

従前が賃貸用共同住宅であり、再築された建物も賃貸用共同住宅であるという場合には、その全部を建築主である地主（ないし借地権者）が使用することは考えられず、元来賃貸用なのであるから、拒絶の正当事由が肯定されることは考えにくい。従前が賃貸用共同住宅であったが、再築された建物が一世帯用の住宅であり、そこを地主の自宅と予定しているという場合には、地主には別に住居があり再築建物を使用する必要性がないのなら別として、住居として必要であり、一世帯用の住宅しか建っていないのであれば、拒絶に正当事由ありとせざるをえない。

30 借家条件の決定方法

罹災都市法 14 条による借家権は「相当な借家条件」のものとして成立する。その借家条件は、まず建物所有者との協議で決まるが、協議が成立しない場合は裁判所が「鑑定委員会の意見を聴き、従前の賃貸借の条件、土地又は建物の状況その他一切の事情を斟酌して」決定する（15 条）。

問題は相当な借家条件とは何か、ということになるが、再築建物は滅失した従前建物と同じような構造・規模・用途であるとは限らないから、敷金、家賃が前と同じであるのが相当な借家条件であるということとはできない。やはり判定の基礎になるのは、再築された実際に賃借する建物がどのようなものであるのか、ということである。再築建物を第三者に新規に貸し出す場合の条件と全く同じなのか、というと、15 条は「従前の賃貸借の条件」も斟酌すべき一切の事情の一つとして例示しているので、全く同一ではなく、再築建物の新規賃貸の条件に、従前の賃貸借の事情も加味して「相当な条件」が決められることになる。

31 優先借家権の申出の競合

優先借家権の申出が競合した場合、当事者間で協議し、協議が成立しなければ裁判所に申し立てることになる。厳密には、建物所有者と 14 条の借家申出者の調整は 15 条による借家権設定の成否であり、借家申出者相互間の調停は 16 条による割当てになるが、実際には、それが複合し一括して決めざるをえないこともあると思われる。

建物の割当てなので、共同使用として割り当てることはなく、区画ごとにここは誰ここは誰という割当てとなると思われる。

優先借地権の申出の競合同様、どういう場合が競合として裁判所の割当ての対象となるかについては、問題がある。

14 条の借家権の場合には 2 条と違って「借地権者が存在しない場合には」という規定はないが、完成前の申出が条件であり、申出時点でいえば、引渡しをうけた借家権者は存在しないことを前提としている。他方、申出権の行使の期限は建物完成までという以外にはない。したがって、建物完成までの時点の申出者を集めて、完成後に 16 条で割当てをするというのはいかにも迂遠であり、それぞれの申出の際に決めて行く、つまり、申出に対する承諾なりみなし承諾なりで借家権が決まったところはそれで決定とし、重複した部分も当事者の協議ないし 16 条の割当てがあれば決定とし、決定した部分には、他の申出を認めないと解するべきであろう。

優先借地権の競合で問題としたダミー的な借家人のことはあるものの、借地の場合と違って、中高層ビルの全部を一人が賃借するというのは、それを架空でなく実行することは難しく、また、既に申出・承諾のあった区画でも、完成直前に重複申出があると 16 条の割当てが行われるというのでは、完成後にならないとビルの賃借人の利用区画が決まらず、ビルの利用に著しい支障が生じる。

対抗力ある借家権が成立すれば、それに対する借家申出はできないと解すれば、申出後承諾があればその時まで、みなし承諾なら 3 週間の間に同じ区画に重複したものは割当てを受けるので、重複者同士で協議し最終的には 16 条によって決める、その後は他からの申出はできないという理解でよいと思われる。

32 優先借家権の対抗力

罹災都市法 14 条で借家権を取得したが、建物所有者が既に他の者に賃貸して引渡ししている場合、14 条が「他の者に優先して」としているのは、対抗要件（引渡し）を具備しないままでも、第三者に対して賃借権を主張できる、引渡しを請求できる趣旨と解されている³⁹⁾。申出は完成前でなければならないし、建物所有者が借家申出を拒絶する場合には、完成後でも引渡しは任意に受けられないと予想されるので、もともと申出者が対抗要件（引渡し）を備えることは難しい。建物の所有権移転を借家人が制約することはできず、第三者への引渡しも実際上阻止できないから、引渡しなしで対抗力があり、誰に対しても引渡しを求められると解しないと、14 条による借家権の取得は実効性がなくなってしまうのである。

33 罹災都市法をめぐる紛争の解決方法

(1) 罹災都市法による裁判所の決定事項

罹災都市法が裁判所に申立てをして決定を求めることができるとしている事項は次のとおりであり、管轄裁判所は借地・借家が所在する場所の地方裁判所である。

- ① 2 条による申出があった場合の借地権の成否 (15 条)
- ② 2 条による申出があった場合の借地権の賃料、敷金、権利金その他の借地条件の決定 (15 条)
- ③ 3 条による申出があった場合の借地権譲渡の成否 (15 条)
- ④ 3 条により成立した借地権譲渡の対価の額および支払時期の決定 (15 条)
- ⑤ 7 条（優先借地権者の不使用）の場合の借地権契約解除の成否 (15 条)
- ⑥ 14 条による借家権の成否 (15 条)
- ⑦ 14 条による借家権の賃料、敷金、権利金その他の借家条件の決定 (15 条)
- ⑧ 2 条の借地申出、3 条の借地権譲渡の申出、14 条の借家申出をしたものが複数ある場合の割当て (16 条)
- ⑨ 賃料、敷金その他の借地借家条件が著しく不当な場合の変更 (17 条)。この事項は、他と異なり、建物の滅失か否かを問わず、罹災都市法の適用

区域内の借地借家のすべてに適用がある。

(2) 阪神・淡路大震災での実情

阪神・淡路大震災に際しては、神戸地方裁判所本庁と神戸簡易裁判所にまたがって 1995 (平成 7) 年 4 月に震災事件処理対策センター（震災センター）が設けられた。震災センターが受理した罹災法非訟事件の申立ては、平成 7 年から平成 10 年 6 月末までで 155 件であり、平成 7 年が 58 件、平成 8 年が 53 件、平成 9 年が 40 件であったが、平成 10 年になると 6 月末までで 4 件と激減している⁴⁰⁾。

罹災法非訟事件は地裁の管轄であるから、この数字は、神戸地方裁判所本庁の受理数ということになるが、法曹時報 (48 巻 11 号 48 頁) によると平成 7 年の全国の罹災法非訟事件の申立て件数は 97 件であるので、本庁以外の神戸地裁の各支部などにも相当数の申立てがなされたと思われる。

地方裁判所への罹災都市法による申立てに限らず、罹災都市法の問題は宅地建物の利用についての紛争であるので、土地建物の所在地の簡易裁判所に民事調停（宅地建物調停）の申立てをすることができ、罹災都市法の非訟事件の申立てをした場合にも、裁判所が調停に付することがある（罹災都市 23 条）。阪神・淡路大震災に際しては「阪神・淡路大震災に伴う民事調停法による調停の申立の手数料の特例に関する法律」が制定され、罹災都市法の適用される範囲に住居、営業所等を有していた者が、阪神・淡路大震災に起因する紛争について 1997 (平成 9) 年 3 月 31 日までに民事調停を申し立てる場合には、手数料は無料とされ、また、弁護士会の法律相談や法律扶助の特例も設けられ、弁護士に相談・依頼するための費用も、無料あるいは立替えが幅広く認められた。

前記の震災センターが 1995 (平成 7) 年 4 月以降平成 9 年末までの間に受理した震災調停事件は 2245 件であり、年別の受理数では、平成 7 年が 1316 件、平成 8 年が 756 件、平成 9 年が 173 件であり、年月の経過とともに件数は激減している。調停の種類は、民事調停法上の分類（一般調停、商事調停、宅地建物調停、交通調停、公害調停）でいえば、宅地建物調停が 2245 件中 1316 件と圧倒的な割合を占めている⁴¹⁾。この数字は神戸簡易裁判所だけの受理件数であり、それ以外の簡易裁判所も含めると相当増加すると思われるが、震災直後に想定された調停件数よりは低かったというのが関係者の感想であった。

今後、同様な災害が生じた場合に備えて、「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」(平成8年6月14日法律85号)が制定され、災害が発生した場合、政府は政令によって、その災害を特定非常災害とするか否か、特定非常災害とする場合にはこの法律のどの条項を適用するか、適用する条項によって必要な諸事項を定める。同法6条が民事調停の申立手数料を無料とする旨の規定であり、この条項が適用されると政令により定められる場合には、同時に、適用する地区、適用期間が政令で定められ、適用地区に住所、居所、営業所または事務所を有していた者が、その災害に起因する民事に関する紛争について、適用期間内に民事調停の申立てをする場合には、申立手数料を収める必要はない。

- 1) 最判昭和32・12・3民集11巻13号2018頁等。
- 2) 星野英一『借地・借家法』(有斐閣、1969)606頁。
- 3) 最判昭和42・6・22民集21巻6号1468頁参照。なお、星野・前掲注(2)607頁。
- 4) 神戸地判平成7・8・8判時1542号94頁およびその控訴審である大阪高判平7・12・20判時1567号104頁。
- 5) 最上侃二ほか「震災事件処理センター(震災センター)の実務」判タ981号4頁。
- 6) 星野・前掲注(2)219頁以下。
- 7) 横浜地判昭33・11・27下民9巻11号2332頁、星野・前掲注(2)617頁、渡辺洋三・原田純孝『新版・注釈民法(5)』【幾代通ほか編】231頁。
- 8) 東京高判昭56・9・22判時1021号106頁。星野・前掲注(2)613頁。
- 9) 大阪地判昭29・12・21下民5巻12号2078頁、東京高判昭56・2・12判時1003号98頁など。
- 10) 星野・前掲注(2)621頁。
- 11) 大阪地判昭52・11・19判時884号88頁、大阪高判平9・1・29判時1593号70頁、大阪地判平7・2・27判時1542号94頁。
- 12) 星野・前掲注(2)269頁以下。
- 13) 罹災都市法の概要、制定の経過、適用事例などについては、本講座第2巻〔借地編—30〕の拙稿「災害と借地」294頁以下で述べた。
- 14) 有泉亨「罹災都市借地借家臨時処理法」法時18巻11号(1946年11月号)12頁は「建物が罹災した後、すぐその敷地に正当にバラックを建てた者や、焼跡に建物を復興するについて一番関心を持ち又多くの場合にその能力を持っている罹災当時の借家人に、焼跡地の借地権を与え、これらの者の自主的活動によって罹災都市の復興を促進しようと言うのがこの法律の主たる眼目である。」とし、また、奥野健一「罹災都市借地借家臨時処理法の解説(上)」法律タイムズ第1号(1947年2月1日発行)36頁も同旨である。
- 15) 罹災都市法が前注記載のように「焼跡に建物を復興するについて一番関心を持ち又多くの場合にその能力を持っている……者の自主的活動によって罹災都市の復興を促進しよ

う」とした方向性は、阪神・淡路大震災を経験した現時点でいっても正しいといえる。

阪神・淡路大震災では、行政上の支援が建物が滅失した被災者に対して厚くなされ、建物の補修技術・ノウハウの不備もあり、損傷建物の解体に大きく流れが向き、次々と解体が行われ、解体→居住地を離れた場所の仮設住宅への入居が主流となった。そのために地域に人が戻らないという傷を今も癒していない。生活再建・復興まちづくり促進を図るためには、被災者を被災地区の外に分散させてしまうのではなく被災地の近傍に被災者が暫定的に居を構えることが必要である、という認識は、阪神・神戸大震災の反省である。焼け跡にバラックを作って従来の居住者が住む、という罹災都市法の考え方は、その時期としては、被災者を分散させないという方針に適合したものであったのである。

大都市における災害で大規模な建物損壊が生じた場合に対処するために東京都が1997(平9)年5月に作成した都市復興マニュアルでは「応急修理により利用可能な建築物は、最大限暫定的な利用に努める」「被災住宅の応急修理にかかわる支援は都が実施」等を含む仮設市街地づくりを掲げている。震災時の対策を「修理できる家には住んでもらう。仮設住宅をなるべく少なく」を基本としたのである(朝日新聞1999年1月17日)。

災害により借地借家に発生した紛争の解決は、地主(ないし借地権者)と借家人の間の利害調整だけでは不可能であり、公的な支援と組み合わせることが不可欠であることは阪神・淡路大震災で痛感されたことであるが、その公的な支援の方向は、解体→仮設という従来の居住関係の解消に向かうのではなく、補修を支援し借家関係を維持することによって借家人を保護することをまず第一にもっと重視するべきである。

罹災都市法についても、公的支援と組み合わせること、建物滅失の場合だけでなく損傷した建物を修繕するについて借家人と地主の間で必要な利害調整についても簡易迅速に行いするような枠組みを盛り込むことが改正の方向性として必要であると思われる。

- 16) 最判昭32・11・1民集11巻12号1842頁。
- 17) 最判昭54・3・15判時924巻52号は、罹災借家人が敷金の返還を受けて別の建物を賃借しながら滅失建物の敷地の2倍を越える土地を事実上占有した上で事後承諾的に申し出をしたという事案について、土地所有者の申し出拒否に正当事由ありとしており、敷金の返還を受けても申出権があると判断したことになる。
- 18) 最判昭46・6・24民集25巻4号619頁。
- 19) 奥野・前掲注(14)38頁。
- 20) 鈴木祿弥『借地法(上)』(青林書院新社、1971)310頁。
- 21) 最判昭29・7・5民集8巻7号1329頁。
- 22) 鈴木・前掲注(20)293頁および引用の裁判例はこれに反対。
- 23) 最判昭29・4・30民集8巻4号873頁。
- 24) 最判昭24・2・8民集3巻2号31頁。
- 25) 最判昭36・3・24民集15巻3号572頁。
- 26) 最判昭30・2・18民集9巻2号195頁。
- 27) 最判昭和30・10・18民集9巻11号1633頁。
- 28) 最上ほか・前掲注(5)47頁。
- 29) 筆者を含む大阪弁護士会阪神大震災問題対策協議会において、神戸地裁本庁で取扱われた罹災法非訟事件(シ号事件)の担当弁護士名を調べ、これら担当弁護士に個別に照会して、和解例・決定例を併せ事件数で合計27件の事例を収集した。そのうち、平成7年

シ号事件が23件、平成8年シ号事件が4件である。これに、その時点の唯一の公刊物掲載事例である平成7年(シ)第14号事件(神戸地決平8・2・5判時1559号117頁)を加えて、合計28件を対象として検討した。平成7年の全国の罹災法非訟事件の新受事件数は97件である(法曹時報48巻11号48頁)ので、平成7年のシ号事件の収集事例24件は、全体の約4分の1ということになる。

この28件のうち、一時金の算定基準を示した決定例の結論も本文のとおりである。ただ、借地権を路線表の割合が60%である2例で、1例は50%、1例は40%としている。借地権価格の更地価格に対する割合において鑑定委員会の意見を修正した結論をとった決定も2例存在した。詳細な報告は、木内道祥・国府泰道・竹内富康「阪神大震災における罹災都市借地借家臨時処理法の適用事例について」近弁連・大阪弁護士会・神戸弁護士会共同発行『阪神・淡路大震災と弁護士会の取組の第2集』14頁以下に掲載されている。

- 30) 阪神・淡路大震災では、一時金の目安が存在しなかったため、優先借地権の申出がなされるものの、それ以後、何の進展もなく紛争が解決しないまま沈滞してしまう事例が多数存在した。
- 31) 最判三小平9・2・14民集51巻2号375頁、最判一小平9・6・5民集51巻5号2116頁、最判二小平10・7・3判時1652号68頁。
- 32) 最判昭32・1・31民集11巻1号150頁。この最高裁判決には、星野・前掲注(2)418頁、鈴木・前掲注(20)992頁など反対説が多いが、私見は賛成である(拙稿、本講座第2巻「災害と借地」221頁)。
- 33) 東高判昭29・9・4高民7巻10号737頁
- 34) 澤野順彦『震災復興の法律相談』(住宅新報社、1995)53頁。
- 35) 東地判昭25・2・14下民1巻2号195頁。
- 36) 東地判昭35・12・21判タ114号56頁。
- 37) 奥野健一「罹災都市借地借家臨時処理法の解説(下)」法律タイムズ3号(1947年4月1日発行)42頁。
- 38) 立法論としては、借家人に対して優先借家権を行使するか否かの催告をして、申出がなければ失権させる制度が必要である。建物が完成するまで、いつまでも優先借家権の行使ができ誰が優先借家権を行使するのかわからない、というのは、実際に建築する上で大きな支障となる。
- 39) 最判昭25・1・17民集4巻1号1頁。
- 40) 前掲注(5)判タ981号44頁。
- 41) 前注19頁。

(きうち・みちよし 弁護士・大阪弁護士会所属)

●編者紹介 (50音順)

稲葉 威雄 (いなば・たけお) 名古屋地方裁判所長
 内田 勝一 (うちだ・かついち) 早稲田大学教授
 澤野 順彦 (さわの・ゆきひこ) 弁護士・不動産鑑定士
 田尾 桃二 (たお・とうじ) 帝京大学教授
 寺田 逸郎 (てらだ・いつろう) 法務大臣官房秘書課長
 水本 浩 (みずもと・ひろし) 立教大学名誉教授

●新|借地借家法講座 全3巻構成

- 第1巻 総論・借地編1
 第2巻 紛争解決手続・借地編2
 第3巻 借家編

新|借地借家法講座・第3巻 借家編

編者 稲葉威雄・内田勝一・澤野順彦
 田尾桃二・寺田逸郎・水本 浩
 発行者 大石 進
 発行所 株式会社 日本評論社
 〒170-8474 東京都豊島区南大塚3-12-4 振替 00100-3-16
 電話 03-3987-8621 (販売:FAX-8590)
 03-3987-8631 (編集:FAX-8596)

印刷所 株式会社平文社

製本所 松岳社

© T. Inaba, K. Utida, Y. Sawano, T. Tao, I. Terada, H. Mizumoto 1999

本書の全部あるいは一部を無断で複写・複製(コピー)または電子媒体に入力することは、法律で定められた場合を除き、著者および出版者の権利の侵害となります。そのような場合には、あらかじめ小社あて許諾を求めてください。

1999年3月20日 第1版第1刷発行

装幀/駒井佑二

ISBN4-535-05316-2

Printed in Japan