

## 《論文》 災害復興理念を生かした罹災法のあり方

津久井 進\*

### 要約

罹災都市借地借家臨時処理法は、被災地の借地借家関係の処理にかかわる特別法であり、復興のあり方を考える上で重要な法制度であるが、もともと戦災復興を想定した法律で、現代の都市の復興にそぐわない点も多く、以前から改正が叫ばれている。しかし、現在も改正されないまま放置されている。そこで、罹災法の趣旨である「早く元の場所に戻って暮らしを再建する」という復興思想を尊重しつつ、現代の復興理念にかなった改正の方向性を検討する。

具体的には、優先借地権をはじめとする特殊な権利を廃止し、新たに仮設借地権を創設するとともに、既存の優先借家権を充実させ、この2本柱を軸として早期の復興を後押しする。そして、マンションや都市計画地区への適用除外を明記するとともに、隣接する借地借家法等との整合性を図り、司法手続（訴訟・非訟・調停）の調整規定も整備することによって、罹災法の制度を現代化する。そして、罹災法を単なる私法にとどめず、公の社会法的な役割も担わせることによって、災害復興の支援制度の一環に位置づける方向で改正の検討がなされるべきである。

### はじめに

阪神淡路大震災では、罹災都市借地借家臨時処理法（以下「罹災法」という）が適用された<sup>1)</sup>。この聞き慣れない法律が、被災地における借地借家関係の処理に、大きな役割を果たした。

罹災法は、もともと第2次世界大戦の戦災復興にあたって制定された法律である。第1条の文言にも「罹災建物とは、空襲その他今次の戦争に因る災害のため滅失した建物をいい、疎開建物とは、今次の戦争に際し防空上の必要により除却された建物」をいう、と明記されている。あくまで、罹災法は、焼け野原になった国土と敗戦による極端な国家的窮乏を社会的背景に、居住者が

早く元の場所に戻って暮らしを再建できるように必要な権限を与える「臨時」の法システムに過ぎなかった。

ところが、罹災法の「早く元の場所に戻って暮らしを再建する」という復興思想は、その後の災害の被災地にも妥当した。結果、36件に及ぶ多くの震災や風水害、火災の被災地にも適用された〔小柳 2003 : p.193, p.199〕。さらに、近時では阪神淡路大震災への適用に続いて、新潟県中越地震でも適用され、現在、大規模災害に適用される特別法として位置付けられている。罹災法は、災害後の復興を設計する上で、考慮すべき重要な法制度の一つとなっている。

しかし、阪神淡路大震災の際には、罹災法に関して、数多くの問題点が指摘された。法律自体の

\*兵庫県弁護士会 弁護士  
 弁護士法人芦屋西宮市民法律事務所  
 関西学院大学災害復興制度研究所客員研究員

廃止も含め、様々な改正提言がなされた。しかるに、十数年経った今も未だ何らの改善措置も取られていない。そもそも、罹災法の基本理念が、現代の都市の復興にふさわしいものとなっているのか。マンションをはじめとする土地の高度利用や、現代的な都市計画の仕組みと整合性が取れているのか。この十数年の間に充実してきた復興に関する諸制度との関係はどうなっているのか。これら検討作業は長らく放置されている。

本稿では、罹災法の法制度の内容と同法をめぐる一連の経過を概観した上で、これまで指摘されてきた問題点と課題を簡単に整理してみる。そして、多分野にわたって横断的に議論されてきた災害復興の全体像や、憲法も含めた大局的な復興理念をも念頭に置きながら、罹災法の改正の方向性について検討をしてみたいと思う。

## 1 罹災法の概要

### 1-1 罹災法の立法趣旨

罹災法は、罹災建物で暮らしていた人や営業の本拠としていた人が、元の場所に戻って行う自主的な再建を法的に支援することを立法趣旨としている。すなわち、立法者は、第二次大戦後の焼け野原となった土地について、以前その場所で生活・営業していた借家人、借地人に特別な私法上の権利を付与することによって、従前の生活の速やかな再建を後押しするとともに、その者たちによる建物再築を期待・推進することで罹災都市の応急的な復興を図ろうと考えたのである。

罹災法は、この目的を達成するため、民法原理を大きく修正した。罹災法によって与えられる特別な権利は、平時の民法原理である私的自治原則や契約自由原則から導かれず、災害復興の目的によってはじめて正当化される。ここでいう災害復興目的というのは、「早く元の場所に戻って暮らしを自主的に再建する」という、ある意味では素朴で単純な発想である。ただし、長期的・計画的な視野に立った復興志向ではなく、応急的・仮設的な復興を想定したものである点にも留意が必要である。

罹災法は、私法の特別法である。立法趣旨を実

現するため、私人と私人の間の権利調整の場面で、再建の力を持つ者に優先権等を与えるという形で制度を設計している。もっとも、災害復興という目的は、濃厚な社会性、公共性の色彩を帯びている。立法趣旨に社会法や公法的な要素が多分に含まれているのに、制度の仕組みは純然たる私法であるというところに、独自の特徴があり、また、罹災法の限界も見出される。

### 1-2 罹災法の内容

罹災法は全35箇条（附則含む）にわたって規定を置いているが、大きく分けると、①借家人保護のための制度、②借地人保護のための制度、③紛争処理手続の制度、の3つに分類することができる。

#### ①借家人保護のための制度

借家人保護のための諸制度が、罹災法の独自性を象徴する中核的な部分であり、私法の基本である民法原理を大きく修正するものである。民法解釈によれば、賃貸借契約の目的物である建物が消滅すると、契約そのものも当然に終了することになる。つまり、借家人は、住む家を失うだけでなく、住む「権利」も当然に失うことになるのである。そこで、罹災法は、このような借家人を保護するために3つの特別な権利を付与している。

第1は、優先借地権である。借家人は、居住・利用していた建物が滅失した場合、土地の所有者に対し、2年以内に申し出ることによって、優先的に敷地を賃借できるとするものである（罹災法2条<sup>2)</sup>）。

第2は、借地権優先譲受権である。借家人は、居住・利用していた建物が滅失し、既にその敷地に借地権が設定されていたときは、その借地権者に対し、2年以内に申し出ることによって、優先的に借地権を譲り受けることができるとするものである（罹災法3条<sup>3)</sup>）。

この優先借地権と借地権優先譲受権は、再建の意欲のある住民の「その場所に戻って再建したい」という思いを保護するもので、被災者の願いに素直である。また、元の場所での住宅等の再建を促すという意味で、復興の原点に忠実であると

もいえる。しかし、これら優先権は、借家人が、土地の借地権を取得できるようにするもので、借家権に過ぎなかった利用権限を借地権に大きく格上げするものである。借家権と借地権の法的性質や目的物の違い、経済的価値の差異等に着目すると、少なからず違和感を覚える。また、借家権から借地権に昇格するということは、それだけ土地所有者に大きな負担を強いることにもなる。そこで、権利行使の受け手となる所有者（借地権優先譲受権の場合は借地権者）には「正当な事由」による拒絶という対抗手段を用意している。また、相互の利益均衡をはじめ諸要素を調整するため、借地権の取得について「相当な借地条件」または「相当な対価」を借地権確保の条件としている。

第3は、優先借家権である。借家人は、借家が滅失した後、その敷地に最初に建築される建物について、建物完成前に申し出ることによって優先的に賃借できるというものである（罹災法14条）<sup>4)</sup>。ただし、優先借家権についても、受け手に「正当事由」による拒絶権があり、「相当な借家条件」がある。

## ②借地人保護のための制度

借地人保護のための制度については、借家人保護の制度に比べると、それほどドラスティックなものではない。民法解釈によれば、借地権は、借地上の建物が滅失して無くなってしまったとしても、権利そのものは消滅しない。したがって、借家権と異なり、借地権自体を直接的に保護する必要はない。しかし、罹災によって借地権の存続を危うくする状況が発生するのも事実であるから、罹災法は、かかる不利益を回避するために2つの補足的な措置を設けている。

第1に対抗力の保全である。借地権は、借地権の登記がなくても、借地借家法10条または建物保護法1条により、借地上の建物の登記さえあれば、対抗力ありとされる。しかし、建物が滅失したまま放置しておく、借地権の対抗力も失われてしまう。そこで、同法適用後5年以内は、何らの公示がなくても、対抗力が存続するものとしている（罹災法10条）<sup>5)</sup>。

第2に、借地権の期間延長である。借地権は、

契約期限が来たときに建物が存在せず更地のままだと、更新を求めることができない（借地法4条、借地借家法5条）。そこで、借地人に建物再建の機会を与えるために、残存期間が10年未満の借地権については、残存期間を10年に延長するものとしている（罹災法11条）<sup>6)</sup>。

## ③紛争処理手続の制度

紛争処理手続の制度は、罹災法によって付与される優先借地権、借地権優先譲受権、優先借家権等の成否や、その条件等について、利害関係者の実情に即した調整ができるように、特別の手続を設けたものである。

まず、裁判所は、優先借地権または優先借家権に関する法律関係の紛争について、鑑定委員会の意見を聞いて、一切の事情を斟酌して条件等を定めることができるとし、裁判所に幅広く柔軟な調整権限を与えている（罹災法15条）<sup>7)</sup>。また、優先権が複数ある場合の割り当てや、条件が不当な場合の変更などもできるものとし、契約自由の原則で律し切れない事柄について、調整権限を与えている（罹災法16条、17条）。そして、これら手続は、公開の裁判で行う訴訟手続ではなく、非訟事件手続によって行われるものとしている（罹災法18条）。

## 2 罹災法の経緯<sup>8)</sup>

### 2-1 旧臨時処理法

大正12年9月1日の関東大震災の後、政府は仮設建築物を供給した。しかし、質・量ともに極めて不十分であったことから、私人による仮設建築物（バラック）を容認すべく、バラックについて建築制限の適用除外等を内容とする大正12年9月15日勅令（いわゆる「バラック勅令」）を公布した。ところが、借家人が建てたバラックについては、敷地の使用権原について疑義があり、当時、法律家も含めて大議論があった。その議論の末に、大正13年7月22日に借地借家臨時処理法（以下「旧臨時処理法」という）が公布され、優先借家権などを制度の中心とする法システムが設けられた。ただし、結局、優先借地権のように

敷地利用を可能とする権利の付与は制度化されなかった。

## 2-2 戦時罹災土地物件令

その後、第2次世界大戦に突入し、昭和20年6月22日に戦時緊急措置法が公布され、同年7月12日、同法に基づいて戦時罹災土地物件令（以下「物件令」という）が発令された。物件令では、空襲等により建物が滅失しても借地権が失われることのないように期間進行等を停止させ、他方、借地権の対抗力を付与するという制度を用意した。さらに、更地となった土地を放置したままにしておくのは適当でないということで、その居住者らに仮設建築物や菜園の利用のため敷地の使用権を付与するなどの制度も盛り込んだ。

ところが、まもなく終戦となり、戦時緊急措置法が廃止されることとなった。そこで、物件令の後処理を担う立法が必要とされ、その流れを承継する法律として、昭和21年8月27日、罹災法が制定・公布された。

このとき、政府は、帝国議会において罹災法の法案提出趣旨を次のように説明していた。「只今上程になりました罹災都市借地借家臨時処理法案の提案理由を御説明申し上げます。今次の戦争に際しまして、空襲その他の災害に依りまして、被害を蒙りました罹災戸数は全国において約240万、その外建物疎開に依るもの約60万戸、このおびただしい多数の国民が一時にして住居の安定を失いまして、今なお困苦を極めていることは各位の御承知の通りであります。政府はこれがために戦時中において戦時罹災土地物件令を制定致しまして、罹災者の住宅確保と罹災地の借地関係の調整を図って参ったのであります。この戦時罹災土地物件令は、戦時中における臨時応急の立法であるばかりでなく、その根拠法であります戦時緊急措置法は、先の議会におきまして廃止せられたのでありますから、これに伴う善後措置を講ずるの必要があるのであります。なお、又現下の住宅難その他の急迫せる事態に対処しますには、更に新たなる観点に立ちまして、罹災者及び建物疎開者の保護、罹災都市の復興の促進ならびに土地建物に関する法律関係の整理調整を図るた

め応急の措置を講ぜねばならないのであります。是が政府におきまして本法案を提出した理由であります」<sup>9)</sup>。

## 2-3 罹災法の災害への転用

このように、罹災法は戦災復興特例法に過ぎなかった。ところが、戦後に大規模自然災害が相次いだこともあって、昭和22年12月10日、罹災法が昭和南海地震（昭和21年12月21日）などの被災地の復興にも適用されることとなった。

この後、罹災法は、伊勢湾台風、福井地震や新潟地震をはじめ36の災害に適用された。ただし、そのうち約3分の2にあたる22の災害は大火災であり、罹災法は、主として火災の後の焼け野原の復興に適用されるものとして定着していた。しかし、都市と建物の耐火化が飛躍的に進み、大火災が克服されるようになって、昭和54年4月11日の富山県での火災への適用を最後に、約20年弱にわたり罹災法の適用は見られなくなった。

罹災法の適用例が増えた時期には、罹災法に関連する紛争も起き、判例も確立されるようになった。罹災法の優先借地権が地主の財産権（憲法29条）を侵害するとして、その合憲性が問題となった事件も見られるが、最高裁は合憲判断を下している<sup>10)</sup>。優先借地権等の設定の可否をめぐる紛争が多いが、現在に比べると、総じて優先借地権の設定など借家人保護に積極的な傾向がうかがわれる。

## 2-4 罹災法改正の試み

この間に、罹災法の改正が本格的に試みられたことがある。法務省は、昭和31年から39年にかけて、我妻栄特別顧問らが中心となって借地法・借家法の改正に取り組み、その中で昭和34年に公表した要綱試案において罹災法改正案も提示されていた。

具体的には、①大災害に限定せず一軒だけ滅失した場合にも適用すること、②使用借人は適用外とし賃借人のみを権利主体とすること、③優先借地権、借地権優先譲受権は維持するが、営業継続

など特別の事情がある場合に限ること、④所有者らの土地の自己使用等のほか、土地の売渡し申出、賃貸用土地・建物の提供をしたときには、優先借地が成立しないとしたこと、⑤裁判所への調停申立てを条件とすること、⑥優先借地申立は2カ月間とすること等の内容であり、阪神淡路大震災を経た現在においても大いに示唆に富む内容であった。しかし、結局改正には結びつかなかった。

## 2-5 阪神淡路大震災への適用

平成7年1月17日に発生した阪神淡路大震災で、弁護士会その他の法律相談に寄せられた法律問題のうち、借地借家問題が約6割を占めた。罹災法は、平成7年2月6日、大阪府下をあわせて22市11町に適用された。罹災法が時代にそぐわないことは当初から分かっていたことなので、適用すべきかどうか議論があったが、従来の解釈を大幅に変更し、現代に適合する形で運用することにより、諸問題を克服しようという前提で適用に踏み切った〔升田1996：p.67〕。

罹災法の適用の影響は大きく、後述するような様々な課題も噴出したが、法律実務家の間では、借家人を中心とする被災者に「元の場所に戻れる」という安心感を与え、地震売買等の借地借家をめぐる無秩序状態の惹起を抑えたという点で罹災法適用は有意義だったという評価が多い。司法統計年報によれば、裁判所に持ち込まれた罹災非訟新受件数は、平成7年97件、平成8年83件、平成9年53件、平成10年6件と、4年間に239件にのぼる。近弁連罹災都市臨時示談斡旋仲裁センターに持ち込まれた新受件数は385件に及ぶ<sup>11)</sup>。いくつか判例も集積し、従来の罹災法の解釈を大きく転換する解釈と運用も打ち立てられた。その中で、様々な改正の提言などが主張された。

## 2-6 現在の状況

阪神淡路大震災の教訓として、様々な立法不備が指摘され、その多くは改善された。被災区分所有建物の対処についてマンション関係諸法の改正、新設がなされたり、被災者への公的支援を実

現した被災者生活再建支援法の制定、災害対策基本法、建築基準法の改正など、災害を想定した法体系はかなり様変わりした。ところが、罹災法は、改正の必要性が強く叫ばれたにもかかわらず、放置されたままとなっている。

平成16年10月23日に発生した新潟県中越地震では、罹災法に問題が多いことを承知しながら、調停費用免除のための被災者権利保全特別措置法を適用する目的で、両法がパッケージして適用された。このパッケージングの趣旨はよく分からないが、現代においても、大規模災害への罹災法の適用が実務上定着した運用であることは間違いない。

さらなる大規模自然災害が予想される中、罹災法の改正は急務である。

## 3 罹災法の課題

### 3-1 「滅失」を適用要件とすることの当否

罹災法の適用は、建物が「滅失」したときに限られる。賃貸借の目的物が「滅失」、つまり消えて無くなってしまった場合に、権利者を保護するための制度であるから、その制定趣旨からすれば当然ともいえる。建物の一部滅失に過ぎない場合には、賃貸借契約等は存続するから、罹災法は適用されない。

しかし、この「滅失」という概念は、司法の場における私法の法的概念としては通有・定着しているものの、社会的にはあまり知られていない。他方、現代の自然災害の被災地においては「災害に係る住家の被害認定」（「全壊」・「大規模半壊」・「半壊」・「一部損壊」の4段階で被害度合いを区別する）が知られており、この被害程度にリンクして、被災者救済の諸システムが運用されている<sup>12)</sup>。このダブルスタンダードが、果たして適当かどうか、という問題がある。

そもそも、「滅失」の判断基準も多義的である。戦後の焼け野原に象徴されるように建物が全焼したり、見た目にも完全に壊れ切っている場合は、「滅失」であることにさほど疑問はないが、「滅失」かどうかは、このような物理的損壊だけでは決まらない。居住するのに過分の費用がかか

るケースのような経済的滅失なども含むものとされている。判例では、「地震、火災、風水害等による建物の消失または人為的な取り壊し等物理的な原因により建物が消滅する一切の場合」をいうとされていたが<sup>13)</sup>、建物の賃貸借契約の終了原因としての滅失については「主要な部分が消失して賃貸借の趣旨が達成されない程度に達したか否かによって決めるべきであり、それには消失した部分の修復が通常の費用では不可能と認められるかどうかも斟酌すべき」とされている<sup>14)</sup>。さらに、阪神淡路大震災の際には、住居としての機能の効用喪失や、今後の安全性の確保の可能性など、様々な要素を取り入れて「滅失」かどうかを判断するものとしている。ただでさえ社会的に馴染みの薄い概念である上、法律の適用の可否を決する入り口部分である「滅失」の有無が決まりにくいということになると、復興のスタートが切りにくくなる。

### 3-2 優先借地権と権利性のバランス

罹災法への最も強い批判は、罹災前に借家権に過ぎなかった権利が、罹災することによって、借地権に「昇格」という仕組みに対する強い違和感である。

現代社会において、借地権は、利用価値はもちろん、高額な経済的価値を有しており、この権利の昇格について「焼け太り」と批判する見解もある。罹災法が制定された戦後直後の経済状況に照らすと、借地権の価値はさほど高いものではなく、むしろ極端な住宅難や建築資材不足などがあって、バラックも含めた建物価格の方がよほど高価であったが、それは当時の特殊事情であり、現代には全く適合しない。おそらく、この社会事情の差異についての認識について異論はないであろう。これは、土地所有者にとって、重大な権利制限を強いるものである。

罹災法が私法であることからすると、このような権利の劇的な質的变化を正当化するだけの合理的理由が見出せるかどうか議論とならざるを得ない。

### 3-3 優先借地権の実現性

優先借地権の申出を拒絶する正当事由は、阪神淡路大震災では、相当に広く認める解釈・運用がなされた。大まかな傾向として、地主側に建物再建の具体的な計画があってその準備作業を行っていれば、それが再度借家を予定したものでなくても、また、借家人側に相応の事情があっても、正当事由を認めるという運用がなされた。罹災法適用後もなく被災地で解釈方針を示した法務省の升田純参事官も「正当事由の有無は、具体的な事案ごとに判断するほかないが、罹災土地の所有者が建物を建築する意思を有し、現に具体的な計画、準備をしている場合には、他に特段の事情がない限り、正当事由を肯定すべきである」と発言し、それに沿った解釈がなされたということであろう〔升田2003:p.201〕。その結果、被災地では、優先借地権が認められるケースは極端に少なかった。

ここで、重要な解釈傾向は、地主等が建築する建物が、借家人らの再居住を予定したものでなくても正当事由が認められるということである。たとえば、居住用長屋だったところにテナントビルを建てたり、店舗付建物だったところに1戸建住宅を建てるような形で、事実上、従前居住者を排除するような計画であっても、優先借地権の成立が否定されるということである。判例は、従来の解釈を変更してこのような立場に立ったが、こうすると優先借地権が限定されることになるだけでなく、優先借家権が実現する余地さえも失われることになり、「その場所に戻って暮らす」という期待が必要以上に損なわれることになりかねない。

また、相当条件についても、地価高騰に比例して、かなり高額な権利金の支払いが要求された。具体的な決定例を見ると、更地価格の5割前後の借地権価格を算定した上で、従前の借家権相当額を家主と借主が折半するという考えに立って、その2分の1相当額を借地権から差し引いたものを対価とする、という手法が大勢であった〔神戸弁護士会1999:p.2〕。したがって、居住者等が元の場所に戻るには、高額な財産的負担が余儀なくされた。さらに、ここに建物を建てる建築コストも

加算されることになる。自ずと、優先借地権の利益を享受する者は経済的余裕のある借家人に限定される。その場所に営業本拠を置く必要に迫られた者などを除けば、優先借地権の選択者がかなり少なくなるのも当然の帰結であり、多くの借家人にとっては画餅に帰する制度だと評された。

ところで、優先借地権が成立するとしても、土地に抵当権が設定されている場合は、その抵当権に劣後する立場とならざるを得ない。優先借地権に、法定地上権と同じ効果を認めるという見解もあったが、取り壊し後に再築された建物には法定地上権は成立しないとする現在の解釈を前提とすると（全体価値考慮説）<sup>15)</sup>、やはり優先借地権よりも抵当権が優位するという結論を採らざるを得ない。そうすると、せっかく優先借地権が成立したとしても、抵当権の実行により排除される脆弱な権利でしかないことになる。

このように、阪神淡路大震災後の優先借地権をめぐる一連の解釈、運用を率直に直視する限り、優先借地権は実現可能性においても疑問があると言わざるを得ない。

### 3-4 優先借家権の実効性

優先借家権は、優先借地権のような権利の性質転換を伴うものではなく、「これまで住んでいた場所に、引き続き住むことができる」という権利を保障するものであるから、それ自体を問題視する議論は少ない。むしろ、これを制度の中心とすべきという主張も目立つ。しかし、優先借地権の制度設計そのものが、借家人にとっても、家主にとっても非常に不整備であるところが問題である。

まず、借家人としては、その土地に新しく建つ建物に優先的に借家を申し出る権利があるというもの、そこに建てられる建物について何らのリクエストもできない。たとえば、罹災前は店舗を経営していた自営業者にとって、新たに計画される建物が住居専用建物だと、もはや優先借家権は意味をなさなくなる。また、新たな借家契約について、相当な条件で決められることになるが、建築費用の還元を考えると、新しい賃料等の条件は高額になりやすい。神戸弁護士会の「罹災都市借

地借家臨時処理法非訟事件決定例集」にあらわれた4事案でも、新築建物の建築コストを基に算定した正常賃料をベースに賃料が決定されている。阪神淡路大震災で罹災した被災者には、家賃統制令下で低額の賃料水準だった借家人が多く、彼らにとって何ら公的支援のない民間の賃貸借契約における新賃料水準は、とても耐えられるものではなく、やはり画餅に帰する結果となった例が多かった。

他方、建物を建てる側からしても、優先借家権は建物の完成までに申出をすればよいこととされていることから、一体いつ申出がなされるのか建物完成まで分からないという不安定な立場に置かれる。申出を受けるのは、土地所有者等に限られておらず、「その土地で新たに建物を建てる者」であるから、従前の事情を知らない第三者が建物を建てようとする場合には、この不安はより一層強くなる。逆に、従前居住者に配慮して優先借家権の受入れを予定して建物を建てたとしても、見込んでいた収益が還元されなければ、経済的不利益は建築主がかぶることになる。これら不安を解消するための、従来の借家人に対して権利行使の申出を催告する制度（申出がない場合に権利を消滅させる制度）もない。このような不安が、被災地の建物建築を躊躇させることとなれば、復興を鈍らせることにもなりかねない。

こうしてみると、優先借家権については、関係者のニーズへの配慮がラインナップされていない法制度であると言うべきである。

### 3-5 借地人保護制度の必要の程度

罹災法が借地人保護のために用意している制度は、借地期限の延長と、建物滅失後の対抗力の付与の2つである。このうち前者については、期間間近の賃貸借契約の期限を一律10年に延長するというもので、制度の内容も明確であるし、10年という期間も借地人が建物を再築するには必要十分な期間であった。そのため、さほどの問題点は指摘されていない。

一方、対抗力の付与については、どうだろうか。借地権に従前どおりの対抗力を認めることによって、建物滅失による対抗力消滅を奇貨として

地主が土地を転売してしまう「地震売買」を防止するのに役立つと評価されており、その必要性については肯定できる。しかし、登記が無く、また、当該土地には何らの公示もされていない状態のまま、5年間も対抗力を擬制しておくのは、著しく取引の安全を害するという批判もある。この点、罹災法制定後に成立した借地借家法10条2項では、建物滅失後も、土地上に再築予定などを明記した看板等を掲示したときは2年間に限定して対抗力を認めている。この平時の2年という期間と、災害時の5年という期間の差を合理的に説明できるかどうかの問題である。

### 3-6 罹災法の目的と実際の用途の乖離

以上に指摘したような罹災法の具体的制度に対する個別的な評価はさておき、そもそもの罹災法の制度目的にかなった適用・運用のされ方しているかどうかを見ておきたい。罹災法は、戦火や災害によって広範囲にわたる被災地において、これまで暮らしていた場所で、そこで暮らしていた人々による再建を促し、被災地の早期の復興を実現しようというのが目的であった。しかし、戦後直後や、戦後間もないころの適用例は別として、阪神淡路大震災での適用のされ方を見る限り、この本来の制度目的に合った状況ではなかった。

優先借地権については、判例は、地主による拒絶の「正当事由」をできる限り広く認めその成立を極めて限定的に解釈した。そうした政策的な運用もあって、優先借地権が成立した例はかなり少なかった。優先借家権は、これを実現する具体的制度が保障されず、また、罹災借家人が居住可能な条件も調わなかったため、これも有効に機能したとは評価されていない。結局、罹災法が保障した権利は、予定したとおりの形では行使されなかったということである。

では、被災地ではこれら権利がどのように機能したのか。優先借地権や優先借家権は、建物滅失による賃貸借契約の当然終了を防ぐとともに、当事者間で契約の合意解除する際に対価を得るために放棄する権利として、すなわち、権利放棄の対価を得るための道具として役立つと受け止められている。当事者間の示談交渉、裁判所における

和解、罹災法紛争解決センター等のADRでの解決事例でも、優先借地権等の権利放棄事例が多数報告されている。このような解決事例を通じて、借家人らが生活再建に向けての金銭確保がなされたというところは大きい。義援金が少なく、被災者生活再建支援法等の公的支援が乏しかった阪神淡路大震災のケースでは、これは特筆すべき効果とも言えるだろう。

ただし、いずれにしても、罹災法が本来の目的どおりの効果を発揮できていないことは率直に受け止めておくべきことである。

### 3-7 マンションと罹災法の不整合

罹災法制定当時は、区分所有建物は存在していなかった。罹災法がマンションを想定していないのも当然である。罹災法には特段の除外規定が無く、他方で、区分所有法や被災マンション法<sup>16)</sup>にも罹災時における借家権の取り扱いについて規定はない。結果として、マンションが滅失した場合にも、罹災法の適用が認められることになる。

しかし、実際に被災マンションに罹災法が適用された場合の具体的な法律関係は非常に複雑であり、罹災法も、区分所有法も想定していない場面が生じる。例えば、罹災法の適用要件である「滅失」は、借家人が賃借して居住していた専有部分のみの滅失で足りるのか、それとも一棟の区分所有建物の全部滅失を意味しているのか、そもそも入口の問題からして想定外である。また、仮にマンション全体が滅失したとして、一室を借りていただけの借家人が敷地全体について優先借地権を主張することが許されるのかどうか、その現実的妥当性の問題もある。優先借地権が成立するとしても、それによって全壊被災マンションの再建組合に権利者として参加できるのかどうかは別問題であり、この点はマンション再建の困難性を一層深める要素となる。いずれにしても、マンションに罹災法のストレートな適用を認めると、かえって被災土地上に建物の早期再建を促すことを目的とする罹災法の趣旨に反する結果を招くことになる。



### 3-8 都市計画、区画整理事業との不整合

罹災法2条では、1項但書後段で「他の法令により、その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、その許可がないときは、その申出をすることができない」と定めている。これは、罹災法制定時に、都市計画法等によって建物の建築について許可を要する場合には、優先借地権の成立を認めないとしたものである。現代の法律では、建築基準法84条の建築制限、都市計画法53条の建築制限、土地区画整理法76条の建築制限などがその例である。個々の優先借地権の成否を、これら都市計画諸法の許可にかからしめることによって、公法と私法の調整を図ろうとしているのである。

しかし、個別の私権の復興を主たる目的とする罹災法の考え方と、公法的な発想に立って面的に復興まちづくりを実現しようとする都市法等の考え方は、必ずしもリンクをしていない。そもそも罹災法は、焼け野原に無秩序に林立するバラック等の保護を図るところから出発している。これを、現代の密集住宅地にそのまま適用すると、細切れの借地と狭小建物が乱立し、災害に強いまちづくりの要請に反することにもなりかねない。計画的な都市整備を目的とする都市計画諸法の発想とは、ときに相容れない場面もあり得るであろう。狭小土地における共同建替の事業を行うにあたって、敷地の一部に優先借地権等が成立すると、事業自体が頓挫することにもなりかねない。単に許可の有無にかからしめるのではなく、都市計画区域内で包括的に罹災法を不適用とすることが許されるかどうかが問題となる。

### 3-9 復興のための諸制度との整合性

罹災法が成立してから約1年経過した後、昭和22年10月18日、災害救助法が制定され、自然災害に対しては、行政の責任において避難所や仮設住宅を整備することとなった。さらに、昭和36年11月15日には災害対策基本法も制定され、災害直後の救助体制については、より一層の制度の充実を見た。災害発生毎に、仮設住宅等の供給体制の拡充に努めている。罹災法は、罹災直後の

私的な仮設建物の建設を重要な立法事実としていたから、その前提に大きな変化が認められたといえる。

また、住宅政策としても、昭和26年6月4日に公営住宅法が制定され被災者の居住ニーズに即した復興公営住宅の建設が可能となった。さらに、阪神淡路大震災の時には、平成5年5月21日に制定された特定優良賃貸住宅の供給の促進に関する法律に基づく特優良住宅も、被災者の入居先として活用された。私人間の権利関係を調整し、一方の側の権利を制限することによって居住ニーズを確保しようという罹災法の描く復興プログラムは、必然的に退行を余儀なくされることとなる。

被災者個人に対しては、昭和48年9月18日制定の災害弔慰金の支給等に関する法律による現金支給が認められた。そして、平成10年に成立した被災者生活再建支援法は、平成19年11月16日に大改正され、全壊した住宅の再建のために最大300万円の公的資金が支給されることとなった。これに先立って、雲仙普賢岳噴火災害での義援金の配分や復興基金の活用、鳥取県西部地震における住宅再建支援制度、その他自治体による住宅再建支援条例などによって、住宅の再建を支援する制度の充実が図られた。また、保険会社の地震保険や農協の建物更生共済等の普及や、兵庫県の住宅再建共済制度の創設など、住宅の再建を支援する制度が、この10余年の間に飛躍的に充実してきた。東京都では、予想される首都圏災害を想定し、仮設市街地構想等を取り入れた復興まちづくりプログラムを策定している〔東京都2003〕。

こうした状況を前提にしてみると、罹災法を適用する際に、これら諸々の支援制度をより能率的、合理的に活用できる形に制度設計しておく必要性が強く感じられる。

### 3-10 紛争処理手続の違憲性

罹災法は、優先借地権、優先借家権等の設定や相当条件の内容非訟手続によるものとしている(罹災法18条)。非訟手続というのは、訴訟事件と異なり、公開の法廷で審理は行われず、当事者

の主張立証に縛られず、裁判所が職権で資料を収集し裁量権を行使して判断を下すというところの特徴がある。非訟手続は、合目的な裁量によって決すべき事柄を取り扱うもので（たとえば賃料の額など）、はっきりと白黒を付けるべき事柄（たとえば権利の有無など）は、訴訟事件に依るべきものとされている。この点、罹災法においては、相当条件の確定など非訟手続に相応しい事項もあるけれども、優先借地権の設定の有無など、本来であれば訴訟事件とするべきものも、全てひっくるめて非訟手続で行うべきものとされている。これは、被災地において簡易迅速な紛争解決を図る必要があることから、あえて非訟手続によるものとしたのがその趣旨である。

しかし、本来、訴訟手続によるべき案件を非訟手続で行うことは、憲法で保障された公開の裁判を受ける権利を侵害するのではないかという指摘がある。そのため、権利の有無に関する争訟については、非訟手続ではなく民事訴訟手続も利用できるものとされ、実際、多くの民事訴訟が行われている<sup>17)</sup>。このように民事訴訟で争える余地を残したのは、そのように解しないと、憲法違反となる可能性があるからである。

判例でも、最高裁昭和33年3月5日判決では、優先借地権の確認を求めた事件について非訟手続に依るとしても憲法32条、82条には違反しないと一旦判断されたものの、その後の最高裁昭和35年7月6日判決では、金銭債務臨時調停法に基づく別件ではあるが「若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかん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ものといわねばならない」と判示して、判例変更した。この判例の指摘を素直に捉えれば、罹災法の定める非訟手続についても違憲の可能性が払拭できない。

## 4 罹災法の改訂方針

### 4-1 罹災法自体の改廃

以上見てきたような問題点が指摘されていることから、罹災法の廃止自体を主張する見解もある[阿部1995:p.319]。優先借地権は現代都市や都市計画、マンション等に不適合で紛争をもたらすし、優先借家権は家主の建築意欲を失わせ借家供給の阻害要因になるなどとして、端的に法律自体の廃止を求めようというのである。確かに、多数の借地借家が存在し、地価も高騰している首都圏等において大災害が発生し、現在の法システムのまま罹災法が適用されたとしたら、かえって紛争を招きかねず、その混乱は阪神淡路大震災の比ではないとも懸念される。したがって、このままの状態に置いておくわけにはいかない。

しかし、他方で、阪神淡路大震災で罹災法が適用されたことに一定の評価をする見解も少なくない。とりわけ、罹災借家人が優先借地権や優先借家権が保障されているという安心感から、元に戻って暮らせるという期待を持つことができ、それが避難所、仮設住宅への円滑な移住を可能にし、その後の復興に注力することができたとか、借地人にとっては地震売買が防げたという効果があったという指摘は、被災地の実務家の感覚にマッチする。実際に、借地権の期限延長や対抗力の付与は役立ったことは間違いないし、罹災法により賃貸借契約の当然消滅が防げたことから、金銭解決も含めた円満な契約解消協議に誘導でき、円滑な復興プロセスに寄与した効果も大きい。

もっとも、罹災法の適用を決めた法務省は、関東大震災に起源を持ち過去の大災害にも適用された罹災法を、阪神淡路大震災に適用しないのは公平を失すとの見解を示しながら、他方で、いろいろと指摘される諸問題について、大胆な解釈の変更方針を示し、結果的には、優先借地権等の成立の余地を極めて限定的にして不適用とほぼ同様の結論に導いた。

こうしてみると、罹災法の適用は、災害による被災者に対し安心感や法的安定を与えることにより復興に資する心理的効果が大きく、また現存する権利の保存にも有意な役割を果たしたと言え

る。他方で、復興ステージにおける新たな法的関係の創設には寄与が少なかったともいえる。だとすると、罹災法自体を十把一絡げに廃止するというのは短絡に過ぎ、良いところは残し悪いところは改めること、すなわち、阪神淡路大震災の教訓を踏まえ、有用な制度は存置しつつ問題点を修正し、現代社会において効果が期待できない制度については廃止または別個制度に改めるのが妥当である。

#### 4-2 罹災法の適用対象に「全壊」の住宅も含める

罹災法は基本的に私法であり、民法原理に基づき、目的物の「滅失」によって契約が当然終了してしまうのを回避し、契約を修正することを内容としている。したがって、「滅失」を適用要件とするのは論理必然である。しかし、「滅失」の判断は難しい。経済的効用喪失等も吟味する必要がある上、現代では、耐震化が進み、見た目にも地震でペチャンコになる建物は少なくなってきていることから、「滅失」の有無をめぐる紛争は避け難い。「滅失」という概念自体も社会的に認知されていない。

そこで、罹災法の適用は、「滅失」のみならず、災害に係る住家の被害認定による「全壊」の場合も加えるのが相当と考える。理論的には、「全壊」であっても、修復が可能で「滅失」とは言えないケースもあり得るだろうが、しかし、実際には「滅失」かどうかの判定に、経済的・機能的観点からの効用喪失を含めることとされたことから、その内実がかなり規範化されている。他方、「全壊」等の判定は、度重なる災害を経て、行政において数値化、明確化、科学化が試みられ、次第に精度が高まってきている。現時点においては、「滅失」と「全壊」の区別は、単なる理論上の区別に過ぎず、社会実態として両者の区別はほとんど無意味になっているのが実情であろう。今後も、「災害に係る住家の被害認定」の基準については、精度の向上が望めること、「全壊」判定は罹災後の早い時期に行われること、被災者救済の諸制度は「災害に係る住家の被害認定」と直接的にリンクしていること、被災者に

とって分かりやすく明確な基準づくりは災害復興の強い要請でありダブルスタンダードはできる限り避けるべきであること、罹災法も災害復興のための社会立法としての性格もあること等を考慮すると、その適用は「滅失または全壊した建物」とするのが妥当である。

なお、このように「全壊」の判定が、直接的に私法的効果をもたらすことになれば、行政による「災害に係る住家の被害認定」の重要度は、より一層高まることになる。現在、同認定については、処分行為とはみなされず、不服を申立てる制度も担保されていない。そのこと自体は問題であるから、被害認定に対する不服申立制度も併せて創設する必要があるだろう。

#### 4-3 不適用の範囲を明示する(マンション、都市計画区域内など)

阪神淡路大震災では、罹災法が適用されたものの、現実には全く機能しなかった場面がいくつか存する。たとえば、マンションにおいては、理論的には罹災法の適用は可能であるというものの、現実の適用場面では前述のような数多くの解釈の困難が生じた。マンションの敷地に優先借地権を認めることは妥当でないし、優先借家権についても再建マンションの竣工間際に申出がなされることとなれば再建事業に及ぼす影響は甚大である。そのため、これらの場合には拒絶の正当事由が認められ、優先権が成立しないであろうから、マンションに罹災法を適用する実益自体がさほど認められない。罹災法の実益があるとすれば、敷地権が借地権の場合に、借地権期間延長や対抗力付与の効果程度であろう。

また、都市計画区域内における罹災法の適用については、優先借地権の成否は2条1項但書により許可の有無にかかることになっているが、木造二階建住宅であれば許可無しで建てられるから、実際には、あまり意味のない調整規定となっている。逆に、同区域内で優先借地権の申出をしたとしても、当該計画の存在と内容が、正当事由の大きな一要素となることから優先借地権の成否が計画内容に左右され、当事者にとっても地域にとっても非常に不安定となる。

このような現実を直視すれば、罹災法の適用範囲として、区分所有建物、都市計画区域等は定型的に除外し（具体的には、正当事由の列举例示として明確にこれらを挙げるのが適当であろう）、借地権者保護や修正後の優先借家権に限って個別適用を認めるのが妥当であり、そのことにより復興過程での無用の混乱を防止し法的安定を保持できるものと思われる。

#### 4-4 優先借地権の廃止

優先借地権については、問題が大きいことから、このまま存置すべしという意見は見当たらない。しかし、廃止すべきという意見と、その制定趣旨や権利保護を重く見て制度改善をすべきという意見があり、改善方策も様々である。昭和30年代の法務省要綱試案では営業継続などの特別の必要があるときに限定して優先借地権の存置を認めるとともに土地所有者の正当事由を広く認めるという提案がなされた。

この点、罹災法が、その場所における借家人の生活・営業の再建を促して復興の後押しをするという趣旨に基づくものだとすれば、その趣旨に直接的に合った制度を中心に考えるのが適当だと思う。とすれば、罹災法による保護は、優先借家権を中心に展開されるべきであり、その制度充実を第一に検討すべきであると考えている。優先借地権の、これまで指摘したような現代社会における災害への適用は、社会的にも法解釈面でも無用な混乱を招き、地域復興にも生活復興にもマイナスがあまりに大きい。阪神淡路大震災での適用状況を見ても、実際に優先借地権が成立したケースは極少数であり、優先借地権をめぐる紛争が生ずるとしたら、かえって罹災法の趣旨を損なうことにもなりかねない。実際の効果として、優先借地権放棄の対価が借家人の生活支援に寄与したとの指摘もあるが、地主の経済的犠牲の下で金銭的な支援が図られるのは、お互いに被災者であることからすれば適当でなく、借家人の生活支援は公的支援に依るべきで、被災者生活再建支援法が改正され借家人に一定の支援金が給付されるようになった現在、このような副次的効果は強調されるべきではない。要綱試案で指摘された営業者の利益保

護は、極めて重要な要素であるが、これらの要請は優先借家権の拡充において検討されるのが適当であり、優先借家権の正当事由の判断をする際の選択肢の一つとして任意の借地権設定を認めれば足りると思われる。

以上の点から、優先借地権は端的に廃止することとすべきである。

#### 4-5 借地権優先譲受権の廃止

借地権優先譲受権も、借家権を借地権に昇格させる制度であるという意味では、優先借地権と同様の性格の権利である。優先借地権を廃止することとなれば、借地権優先譲受権も同様に廃止されるべきであることとなる。

もともと、借地権優先譲受権の場合は、優先借地権のように借家人と土地所有者という二者関係ではなく、その間に借地人が介在する三者関係になることから、借地人の権利保護の観点からの考慮が必要である。阪神淡路大震災の際には、借家人と地主も経済的弱者であったが、借地人も同様に、経済的に零細者であることが多かった。借地権優先譲受権が存すれば、借地人は、借地権を借家権者に有償で譲渡することができ、借地権の有効な処分をなし得た。借地借家法19条では、建物が存する場合に限って、譲渡の承諾許可請求が認められることとなっているが、建物が滅失した場合はそれもできず、もし借地権優先譲受権がなかったら、借地人は換価処分さえできない。そのような状態を放置すれば、借地人は自力建築ができず、地主も借地権の延長期間10年の経過をひたすら待つて法律関係の解消を待つことになる。それは、早期の復興の妨げにもなる。

そこで、借地権優先譲受権による借地人のいわば反射的な経済的利益を保護し、借地権の有効な活用を期待する目的で、借地借家法19条の建物譲渡承諾許可請求の例外として、建物が災害により滅失または全壊した場合に建物再築を目的とする借地権譲渡を2年間に限定して認める規定を設けるべきである。対して、借地権優先譲受権は廃止すべきである。

#### 4-6 仮設借地権の創設

借家人による優先借地権等を廃止すると、借家人が土地利用する可能性が閉ざされることになるが、それが果たして復興に資するかどうかという視点は重要であり、慎重に検討すべきである。後述する優先借家権の実質化が最優先課題であるとしても、一刻も早くその場所で生活、営業を再建したいとする居住者を保護するために、何らかの土地利用を認めることが、有益な場合がある。

たとえば、阪神淡路大震災では、仮設住宅の建設場所を選定する際に、土地利用権限に関する私法上の権利関係の不明確さや、将来の明渡し履行の不安などから、私有地の借り上げは見送られ、その結果、遠く離れた郊外の公有地にたくさんの仮設住宅が建築された。これがコミュニティ崩壊を招き、ひいては地域復興促進の障害になったという反省がある。首都圏では、余裕地がほとんど無いことから、被災時には、仮設住宅の建設候補地に私有地を含めて考える他ないだろう。首都圏では、良好な地域復興を図るために、まず地域内に仮設市街地を形成し、その地域での暮らしとコミュニティを保全しながら、段階的に復興まちづくりを進めようという仮設市街地構想が提唱され、現実化するための研究と検討が進められている〔仮設市街地研究会 2008〕。この構想を実現するためには、私有地での借地関係の成立が不可欠である。

優先借地権等は、ひとたびこれが設定されると借地借家法の適用を受け、更新後は普通借地権となってしまうことから、土地所有者等に過大な負担が生じるということで、様々な問題を抱えることとなってしまった。しかし、一時使用目的の借地契約であれば、借地借家法による借地権保護規定の大半が適用されないから（借地借家法 25 条）、地主等の負担も限定的となり、また、土地利用者の取得する権利も強大なものではないから、支払うべき対価も限定的となる。優先借地権等における多くの問題が発生しないと思われる。一時使用目的の典型例の一つは、仮設店舗や仮設建物であるから、災害後の仮設住宅や仮設市街地の建設地について、借地借家法 25 条が適用されるケースを定型化しておくことが有益と思われ

る。

そこで、仮設建築物目的の定期的な借地権（以下「仮設借地権」と言う）の設定を創設すべきである。具体的には、災害救助法に基づく応急仮設住宅の建設のほか、自力で私的な仮設住宅を建てる場合、さらには仮設市街地を形成する場合に、これら一時使用の目的による仮設借地権の申出権を認めることとし、仮設借地権の期間を借地権延長規定とのバランスから 10 年以内と区切って、延長を認めない定期借地とすべきである（なお、応急仮設住宅は建築基準法上 2 年で取り壊しをすることになっているから、自ずと借地期間は 2 年となるが、現実問題として仮設住宅の延長はあり得るし、その後に仮設市街地が形成される可能性もあるから、10 年以内に限った延長は認めてもよいだろう<sup>18)</sup>）。仮設借地権の申出権者は、罹災地で居住、営業していた借家人のほか、借家人の同意がある場合は災害救助法に基づき仮設住宅を建築する自治体、あるいは、仮設市街地を建築する組合等の各種法人にも拡張することとし、相当な借地条件については、あくまで一時使用であることを考慮するものとする。自力で仮設住宅が建築できる者は、相当な対価を支払って直接に仮設建物を建築すればよいし、自力で建設できない者は自治体や仮設市街地開設者の援助を得て仮設建物に居住する途が開かれることとなる。申出期間は、所有者自ら建物を建築する場合に優先借家権を選択する場合もあり得ることから、均衡上 2 年とする。法的安定性と確実性を担保するため、手続としては、裁判所に対する請求（調停申立）を必要とすべきである。なお、仮設借地権の対抗力については、借地借家法 25 条、10 条により、仮設建物に登記をすれば借地権に対抗力が認められるから、特段の規定を設ける必要はない。

あくまで仮設建物に限った借地権を認めるものであるが、そもそも罹災法が保護対象として想定していた建物はバラックを中心とする仮設建物であったことからすれば、罹災法の制定趣旨に沿うものと言えるし、現在における様々な復興課題を支援することにもなるから、検討の価値があると思われる。

#### 4-7 優先借家権の実質化と実用性の向上

優先借家権は、関東大震災後の旧臨時処理法で創設された歴史の長い制度である。かつては、災害後の中心的な権利として位置付けられていた。罹災法が優先借地権を制度の中心においた体系を用意しているにもかかわらず、阪神淡路大震災の後の検証や検討においては、今後、罹災法の中心として位置付けるべきとする意見は少なくなかった。神戸弁護士会の震災復興対策本部でも、借家人が罹災法に基づき現実的に実現可能な権利は優先借家権であり、罹災法の解釈姿勢においても、借家人に認められた権利として優先借地権よりも優先借家権を重視すべきであると指摘している〔神戸市弁護士会震災復興対策本部 1996:p.226〕。確かに、優先借地権において指摘された、権利の変質・格上げという問題はないし、罹災前に存在していた借家権の存続・復旧を図るのが優先借家権の本質であることから当事者に過度の利益や負担を課するものでもない。したがって、優先借家権にはもう一度スポットが当てられるべきである。

しかし、優先借家権には、地主や家主に再建を促すような規定が無いことから、優先借家権を実質的に保障する形にはなっていない。また、仮に優先借家権が行使できたとしても家賃が大幅に増加するという問題があり、現実的な生活再建には役立たないとの指摘もある。家賃の増加を、地主・家主の負担と犠牲の下に抑えることとなれば、やはり再建は躊躇されることとなる。そもそも、地主や家主に再建の資力がなければ（罹災法が制定された戦後直後の国家的窮乏状況も同じである）、優先借家権は前提を欠き、絵に描いた餅で終わることとなる。優先借家権を実質的に保障するためには、再建を可能とする支援制度と、再建に役立つ実用的な制度を盛り込む必要がある。

具体的には、特定優良賃貸住宅制度を改善し、優先借家権を受け入れた賃貸住宅の建設を行う場合には、当該部分に対応した戸数に応じた補助率の向上を行うなど、罹災法と特定優良賃貸住宅の供給の促進に関する法律を有機的に関連付けるべきである。家主のインセンティブを高めるために、優先借家権を受け入れる建物の建築と不動産

収入について税制上の優遇措置を講じることも有効である。更地のままにせず建築誘導するために、土地の固定資産税を加重し、逆に建物の固定資産税を軽減するという方法も考えられる。他方で、優先借家権を行使する借家人に対して、従前賃料との差額について一定の割合の家賃補助を行う支援制度を設けるのも有効である。被災者生活再建支援法では、全壊家屋の借家人に最大300万円の支援金の支給をすることとなったが、この支援金の用途の一つとして当面の家賃も含まれるであろう。例えば兵庫県の住宅再建共済は、借家人は加入資格対象外とされているが、優先借家権行使を前提に加入資格者に含めるなどするのも有効な施策と思われる。

阪神・淡路まちづくり支援機構付属研究会は、建物公的再建制度（仮称）の創設を提唱し、借家人が家主等に対して一定の期間を定めて建物再建を催告した場合は家主に建物再建の義務が生じ、家主が義務履行しない場合は、市町村や住宅供給公社等の公的機関が家主に代わって建物を再築し、適当価格で家主に買い取らせる（代金については分割払いを認め、家主は賃料をもって弁済できる）または公的機関が敷地を買い上げる、という制度を提案している〔阪神・淡路まちづくり支援機構 1999:p.111〕。単に私法の領域だけで硬直的に検討するのではなく、復興支援の公的支援制度と関連させて考えれば、相当に柔軟で現実的な発想を行い得るということを示す一例である。既に区分所有権等の新しい私法上の権利については、マンション建替円滑化法などを好例とする第三者施行者も予定した柔軟な事業法も用意している。優先借家権の行使にあたっては、第三者的な再建者も予定して制度設計する余地がある。

現制度に見られる支障・不備も改められなければならない。

優先借家権の申出の期間が定まっていないことから、再築される建物の完成まで申出の有無が分からない状況に置かれる。そのことが、再築を躊躇させる要因となっている。借家人に意思決定の期限を区切らせることは、被災地の復興の観点から必ずしも不利益ではないので、他の諸制度に見られる期間との均衡から、優先借家権の申出期間を2年内とすべきである。また、再建を志そうと

する家主、地主らの建築計画を阻害することのないように、建築予定者から借家人に対する申出の催告も制度化すべきである。具体的には、催告を受けてから相当期間（3カ月以内が適当と思われる）に優先借家権の申出がなければ、優先借家権は確定的に消滅するものとすべきである。

正当事由の内容について、優先借家権の場合に検討される要素は、優先借地権に比べてかなり相対的である。優先借地権の成否を決する正当事由の判断において、あまりにその内容が不明確だと被災地に混乱を招くし、優先借家権の実質化を図るためには正当事由は限定的に解釈されるべきであるから（その意味で、優先借地権の正当事由とは対照的である）、ある程度の内容は例示列挙しておくのが望ましい。たとえば、双方当事者の使用の必要性や、従前の賃貸借の経過など、借地借家法28条とほぼ同様の内容の正当事由の定め方とすべきである。さらに加えて、阪神淡路大震災の被災地で、権利放棄の対価として金銭授受された多くの事例の社会的価値を積極的に肯定して、やはり借地借家法28条の立退料申出と同様に「借家権放棄と引換えに借家人に財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出」（権利放棄料の申出）も、正当事由の一要素として加えるべきである。さらに、地主・家主に資力がなく建物再築は不可能であるが借家人には資力があって建物建築が可能な場合（すなわち、罹災法の優先借地権が、有効に機能するような場合）には、形成権としての優先借地権は廃止としたものの、双方の任意の借地権設定についてまで徹底排除する必要もないことから、優先借家権申出の拒絶の正当事由の一つとして「双方の間で任意にその敷地について賃貸借契約を新たに締結することになった場合の同契約の存在」も含めて考える価値はあると考える。

なお、土地所有者以外の者が建物を再築する場合は、土地に抵当権が設定されている場合に、その権原が抵当権に劣後することとなり、現実の再建が阻まれることとなる。そうすると、抵当権の存在と、再築予定建物の権原との関係も、正当事由の一つとして考慮されるものと考えられるが、この問題については担保制度と災害復興制度のあり方の調整に関わる部分であり、別の考慮が必要

であろう。

優先借家権については、申出をただけでは内容が決まらず、相当条件について協議をする必要がある。これについて、罹災法では非訟手続によることとされているが、前述したように、非訟手続だけにかからしめることは、憲法上の人権・規定に反する可能性もある。しかし、被災地において紛争を早期解決する必要があることは言うまでもなく、また、裁判所に合目的な調整が期待されることも事実である。そこで、正当事由の判断も相当条件の決定も含め、調停前置とした上で、訴訟手続への移行を原則とし、相当条件をめぐる紛争のみに限られる場合は非訟手続も選択できるという形にするのが妥当である。

#### 4-8 隣接私法との整合性等

借地人の保護制度として、建物滅失後の對抗要件の付与制度があるが、借地借家法第10条2項でも滅失後の対抗力付与の制度があり、これを超えて保護を与える必要がどれだけあるのか疑問である。罹災法10条は廃止するのが妥当である。

また、借地権期間が延長されるとしても、再延長されるとき要件が明記されていない。借地借家法5条の適用を明確に認めるべきである。さらに、罹災法による借地権の延長期間は10年であるが、存続期間10年を超える建物が再築された場合の期間延長についても規定がない。この点、借地借家法では、建物滅失後の再築が、更新前になされたか更新後になされたかどうかによって対応を分けており、更新前であれば地主の承諾を条件に再築後の延長期間を20年とし（借地借家法7条）、他方、更新後に滅失した場合には地主に解約権を与えることとしている（借地借家法8条）。旧借地法では、このような区別は全くなかったところであるが、借地借家法では、当該借地権が更新前かどうかによって取り扱いを大きく変え、また、地主に異議権や解約権を保障することによって、当事者相互の利益調整を行う仕組みを設けているのである。そして、更新後のケースでは、地震などやむを得ない事情があるにもかかわらず地主が再築を承諾しないときは、借地人が、裁判所に再築の承諾許可を求める制度も用意

されている（借地借家法18条）。これら規定は、借地契約の細やかな利益衡量を図ることを目的に設けられた規定であるから、基本的に被災時にも適用されるべきものであるが、旧借地法が適用されるケースとの取り扱いの差が著しいことから、被災地でダブルスタンダードによる混乱が生じることが懸念される。罹災法では、前述の仮設借地権による存続期間10年程度の仮設建築物を保護しつつ、この期間を超える恒久的な建物再築については、借地借家法で規定する仕組みをベースに、関連する私法の相互の整合性が図られるべきである。

#### 4-9 災害復興の支援制度の一環に位置付ける

罹災法は、災害復興に関する諸法制度の枠外に置かれているのが実情である。たとえば、国内の防災・復旧・復興の中核を担う内閣府（防災担当）では、そのホームページで「災害対策関係法律」を一覧列挙しているが<sup>19)</sup>、どういうわけか、その中に罹災法は挙げられていない。これは、単に失念しているわけではなく、罹災法が現在の災害復興諸制度と全く関連をしておらず独自の世界を形作っているからであろう。もともと、私法と公法の間には、硬直的な断絶があり、縦割り行政がその傾向を助長している。しかし、災害復興の場面は、多分野にわたる未知の問題が常にあらわれ、横断的かつ柔軟な対応が不可欠となる。罹災法を真に災害復興に役立つ制度として位置付けるには、借地借家法や区分所有法等の私法との整合性はもちろん、その他の諸制度との連携を意識し、相互に補完し合う形に再構成しなければならない。

たとえば、優先借家権を実質化するためには、借家人側の経済的支援のための既存の制度（被災者生活再建支援法）をさらに拡充する必要もあろうし、また、貸主となる建築主に対する経済的支援制度を設ける必要がある。現在、被災者生活再建支援法は、居住者に支援金を支給する制度であり、借家における建物の所有者や地主に支援金を与える制度となっていない。現在、被災地の中小零細事業者等に対する支援制度の薄弱さが問題視

され、その充実が叫ばれているが、建物所有者が零細家主の場合などは、それと同一の利益状況にあり、被災事業者向けの支援制度を設計する際には、優先借家権の受け手側も対象に含めるべきである。兵庫県の住宅再建共済は、建物所有者を対象とする支援制度であるが、貸家の再建資金としては必ずしも十分でなく、これと同様の保険・共済制度が充実することも必要である。罹災法の優先借家権の受け皿となる建物の建築をサポートする低利の公的融資が、特優賃制度と両輪となって拡充されるべきである。

また、被害認定制度と罹災法の適用場面がバラバラではなく統一的に機能するように「全壊」と「滅失」の整合性を調整することや、復興都市計画において、罹災借家人の優先借家権を実質的にサポートする住宅供給計画の創設を制度的に保障することで、被災者の不安や被災地の混乱を回避することができる。

もともと罹災法は「その場所で生活すること」の権利性を強く承認し、「早く元の場所に戻ることを保障する仕組みであり、法律が目指す方向性は、素朴で率直な復興感に満ちていた。阪神淡路大震災で強く批判された、コミュニティ崩壊を誘発した大規模復興都市計画や、郊外地への移住を余儀なくされた単線型の復興住宅政策などの復興イメージの対極にある復興思想である。近時、自力仮設住宅が「その場所での復興」に有効であることが注目され、自力仮設住宅の支援の必要性が主張されている[塩崎2007]。この点、罹災法はもともとバラック仮設建築物の根拠法であり、当時の社会的要請を実現したものであるから、我が国における災害史の連続性を示すものとも言える。現在、首都圏の被災を想定して検討されている仮設市街地構想（余裕地の少ない首都圏で復興を実現するために、従前の場所で生活、営業を続けながらじっくりまちづくりを検討できるように仮設の市街地を構成しようというもの[仮設市街地研究会2008]）は、罹災法の発想と通ずるものがある。仮設市街地構想を基礎付ける法的根拠として、都市計画に関する公法の整備だけでなく、罹災法を中心に私法の整備も不可欠である。



#### 4-10 改正方針私案のまとめ

以上を罹災法の条文の順序に沿ってまとめると、次のとおりである。

まず、罹災法は、災害により建物が滅失または全壊した場合に適用されるものとすべきである（第1条関係）。優先借地権は廃止し、代わりに仮設借地権を認めるべきである（第2条関係）。借地権優先譲受権も廃止し、代わりに借地借家法19条の建物譲渡承諾許可請求を、被災建物にも2年間に限定して認めるべきである（第3条関係）。建物滅失後の借地権の対抗力付与は、借地借家法第10条2項に依ることとし、罹災法による保護は廃止すべきである（第10条関係）。借地権の期間延長後の更新について借地借家法5条以下（7条を除く）の適用を明記すべきである（第11条関係）。優先借家権は、建物の滅失・全壊後2年間に限り申出ができるものとし、土地所有者らは3カ月の期間を定めた申出の催告をすることができるものと定めるべきである。優先借家権を積極的に保護するために、拒絶の正当事由を限定的に例示列挙するほか、現実的な解決事例に即して、権利放棄の対価の授受や、任意の借地権設定契約の可能性なども含めて柔軟な協議ができる余地を設けるべきである（第14条関係）。正当事由の有無の判定や相当条件の決定も含めた手続は、調停前置として、その後の手続については訴訟と非訟の両手続を準備すべきである（第15条関係）。罹災法全体を通じて、災害復興理念を的確に反映し、災害対策に関する諸法制度との整合性や連携が十分に図られ、罹災法を実質化するための公的な支援制度の充実が予定されるべきである。

#### おわりに

罹災法は、災害関連諸法の中で最も古い法律である。昭和36年に制定された災害対策基本法が災害が起こる度に教訓を反映して改正が繰り返されているのと対照的である。罹災法を改める必要は昭和30年代から意識されていたが、未だ実現をしていない。改正案がまとまらないのは、優先借地権を筆頭とする私法の世界では“異質”な権

利の取り扱いをもてあましていようにも見えるし、現代社会における法体系とのギャップが大きすぎ対案について意見百出しているからとも思える。どうせ改正作業を行わなければならないのであれば、何らかの叩き台が必要だろうと考えて、整理を試みたのが本稿である。そのため、内容は諸先輩方の見解の寄せ集めと思いつきの羅列に過ぎない。

ただ一つだけ特に意識した点があるとすれば、何とか復興理念を反映した改正ができないかということである。もともと、罹災法は、災害前の場所に戻って生活や営業を再建することを支援する復興思想が原点となっている。これは、人間復興を標榜する現代の復興思想にオーバーラップしているように思える。しかし、その立法姿勢が、私権の制限を必然的に伴う現代的な都市計画諸法や、そのミニサイズ版とも言えるマンション再建法理と相容れない部分があるのも無理はないようにも思える（小柳教授は、罹災法の持つこのバランス感覚について「罹災前の権利の復興という私的な側面と、罹災地の迅速な復興と社会の安定という公益的な側面」という2つの座標軸で的確に表現している）。

罹災法が施行（昭和21年8月27日）されてからまもなく、日本国憲法が公布された（昭和21年11月3日）。憲法では、財産権を含む一人ひとりの個人の人権保障と、まちづくりも含めた公共性の調整原理が確立されている。災害復興理念は、憲法理念の実現にはほかならないというのが筆者の主張するところであり、憲法の調整原理に基づいて罹災法の再構成を試みたいと考えた。過去、罹災法の合憲性が問われた事案もあったが、現代の災害復興実務において、復興理念に適合的な罹災借地借家制度の形はどのようなものであろうかということを念頭に置いた。取り組んでみると、なかなかすっきりまとまらず消化不良の感も強く、厳しいご批判を仰ぎたい。

一つ強調すべき点があるとしたら、私法である罹災法と、公法ないし社会法が多くを占める災害復興に関する公的支援制度との有機的な関連付け（ドッキング）を是非実現すべきということである。ここは、まさに個人的私権と公共利益が向かい合う接点でもあり、わが国の立法機能の調整力が試されるところでもある。

## 注

- 1) 昭和21年8月27日法律第13号。阪神淡路大震災への適用は平成7年2月6日政令第16号。
- 2) 2条本文「罹災建物が滅失した当時におけるその建物の借主は、その建物の敷地又はその換地に借地権の存しない場合には、その土地の所有者に対し、この法律施行の日から2箇年以内に建物所有の目的で賃借の申出をすることによって、他の者に優先して、相当な借地条件で、その土地を賃借することができる。」
- 3) 3条本文「前条第1項の借主は、罹災建物の敷地又はその換地に借地権の存する場合には、その借地権者（借地権者が更に借地権を設定した場合には、その借地権の設定を受けた者）に対し、同項の期間内にその者の有する借地権の譲渡の申出をすることによって、他の者に優先して、相当な対価で、その借地権の譲渡を受けることができる。」
- 4) 14条本文「罹災建物が滅失し、又は疎開建物が除却された当時におけるその建物の借主は、その建物の敷地又はその換地に、その建物が滅失し、又は除却された後、その借主以外の者により、最初に築造された建物について、その完成前賃借の申出をすることによって、他の者に優先して、相当な借家条件で、その建物を賃借することができる。」
- 5) 10条「罹災建物が滅失し、又は疎開建物が除却された当時から、引き続き、その建物の敷地又はその換地に借地権を有する者は、その借地権の登記及びその土地にある建物の登記がなくとも、これを以て、昭和21年7月1日から5箇年以内に、その土地について権利を取得した第三者に、対抗することができる。」
- 6) 11条「この法律施行の際現に罹災建物又は疎開建物の敷地にある借地権（臨時設備その他一時使用のために設定されたことの明かな借地権を除く。）の残存期間が、10年未満のときは、これを10年とする。」
- 7) 15条「第2条（第9条及び第32条第1項において準用する場合を含む。）若しくは前条の規定による賃借権の設定又は第3条（第9条及び第32条第1項において準用する場合を含む。）の規定による借地権の譲渡に関する法律関係について、当事者間に、争があり、又は協議が調はないときは、申立により、裁判所は、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、これを定めることができる。」
- 8) 罹災法をめぐるとの法制史については、小柳春一郎「震災と借地借家～都市災害における賃借人の地位」（成文堂、2003年）が詳細に検討をしている。
- 9) 帝国議会議院本会議第22号昭和21年7月30日議事録より。なお原文の仮名遣いを現代仮名遣いに改めて引用した。
- 10) 最判昭和35年6月15日、民集14巻8号1376号。
- 11) 近畿弁護士会連合会「罹災都市臨時示談斡旋仲裁センター最終報告書」、2002年。
- 12) 「全壊」の概念を法適用の条件とするものとして、たとえば、被災者生活再建支援法では、「被災世帯」

の概念を「当該自然災害によりその居住する住宅が全壊した世帯」（同法2条2号イ）などがある。

- 13) 最判昭和38年5月21日。
- 14) 最判昭和42年6月22日。
- 15) 最判平成9年2月14日。
- 16) 区分所有法は「建物の区分所有等に関する法律」、被災マンション法は「被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法」の略称である。
- 17) 東京地判昭和26年9月27日、東京高判昭和27年3月29日、東京高判昭和31年8月13日、大阪高判昭和29年3月27日ほか
- 18) 村田博史「大震災時における借地・借家関係」法律時報69巻12号28頁は10年の定期借地を提案する。また、小柳春一郎「震災と借地借家」407頁は、要綱試案と同様の限定の下に優先借地権を認めつつ裁判所の関与を要件とし事業用定期借地の設定も認めるべきとする。
- 19) 内閣府ホームページ「平成15年版 防災白書」（[http://www.bousai.go.jp/hakusho/h15/BOUSAI\\_2003/html/honmon/hml20000.htm](http://www.bousai.go.jp/hakusho/h15/BOUSAI_2003/html/honmon/hml20000.htm), 2008年11月28日閲覧）。

## 参考文献

- 阿部泰隆「大震災の法と法学——阪神・淡路大震災に学ぶ政策法学」日本評論社、1995年。
- 戎正晴「住宅復興と私法上の課題」神戸都市問題研究所『都市政策論集第18集 震災復興住宅の理論と実践』、勁草書房、pp.160-175、1998年。
- 甲斐道太郎編著『大震災と法』同文館、2000年。
- 亀井尚也「居住権保障の法政策と罹災都市法の果たすべき役割」日本土地法学会『土地問題双書 震災と法』有斐閣、pp.25-48、1997年。
- 亀井尚也「罹災都市借地借家臨時処理法をめぐるとの諸問題」『都市政策』（104）、pp.30-44、2001年。
- 仮設市街地研究会『提言！ 仮設市街地—大地震に備えて—』学芸出版社、2008年。
- 関東弁護士会連合会「Q & A 災害時の法律実務ハンドブック」新日本法規、2006年。
- 近畿弁護士会連合会「地震に伴う法律問題 Q & A」商事法務研究会、1995年。
- 近畿弁護士会連合会「罹災都市臨時示談斡旋仲裁センター最終報告書」、2002年。
- 神戸弁護士会「神戸弁護士会震災復興対策本部法制度専門部会 借地借家法および罹災都市借地借家臨時処理法関係小委員会 検討の結果」、1996年。
- 神戸弁護士会「神戸弁護士会震災復興対策本部法制度専門部会 第1小委員会審査関連事件検討の結果」、1997年。
- 神戸弁護士会「罹災都市借地借家臨時処理法非訟事件決定例集」、1999年。
- 小柳春一郎「震災と借地借家～都市災害における賃借人の地位」成文堂、2003年。
- 塩崎賢明『民間自力活用とコミュニティ保全による震災住宅復興のあり方に関する研究（自費出版）』、2007年。

- 東京都「東京都震災復興マニュアル復興プロセス編」、2003年。
- 西原道夫監修・震災復興都市づくり研究会編「罹災法の実務Q & A」法律文化社、1996年。
- 阪神・淡路まちづくり支援機構付属研究会「提言 大震災に学ぶ住宅とまちづくり」東方出版、1999年。
- 兵庫県弁護士会・財団法人法律扶助協会兵庫県支部「被災地弁護士会の活動の軌跡」、2000年。
- 法務省民事局参事官室「大規模災害と借地借家Q & A」商事法務研究会、1995年。
- 升田純「大規模災害と被災建物をめぐる諸問題」法曹会、1996年。
- 村田博史「大震災時における借地・借家関係」法律時報69(12)、p. 28、1997年。
- 安永正昭、山野日章夫、戒正晴、小柳春一郎ほか「震災復興と民事法制(上)(中)(下)」「ジュリスト」1314号p. 116、1315号p. 114、1316号p. 148『不動産法セミナー第15～17回』、2006年。
- 安永正昭「大震災に伴う借地・借家の法律関係」ジュリスト臨時増刊1070号『阪神・淡路大震災－法と政策』、pp. 152-158、1995年。
- 山内康雄「神戸地裁を中心とした罹災都市法の運用状況とその問題点」日本土地法学会『土地問題双書 震災と法』有斐閣、pp. 2-24、1997年。

# Toward Revising the Disaster Law on the Basis of New Post-Disaster Reconstruction Ideas

Susumu TSUKUI

## Abstract

The Law for Temporary Measures Concerning Land Lease and House Lease in Stricken Cities is a special law on the handling of leased land and rented housing in areas affected by a natural disaster. In considering how to carry out post-disaster reconstruction, it is a very important law. As this law was created to meet the needs of reconstruction following the war devastation of World War II, however, in many ways it is not suited to restoration or rebuilding of cities today. Voices calling for revision have long been raised, but the law remains in force and unamended. While respecting the law's core concept of helping disaster-stricken people restore their lives in the places they originally lived as early as possible, this paper examines how to revise the law in ways that make the most of ideas about reconstruction today.

Specifically, this paper proposes abolition of such special rights as preferential lease, arguing that a "temporary land lease" system that would allow tenants to temporarily acquire land-lease rights at a low price should be newly adopted and that the existing practice of preferential rights to rent housing should be improved. With the new lease system and the improved right to rent as two main pillars, a revised law would back up early post-disaster restoration. Exemptions under the law for condominiums and city planning areas should be spelled out, and steps must also be made to render the disaster law compatible with the Land Lease and House Lease Law and other contingent laws, and to amend adjustment regulations pertaining to legal procedures (litigation, non-litigation, and court mediation). The disaster law should thereby be tailored to suit the times. Efforts should be made to revise the law in such a way that it will go beyond a mere private law to also take on a public role as a social law that will be part of the system for supporting post-disaster reconstruction.