

●  
借地編—30

災害と借地

●  
木内道祥

●

## I 借地と罹災都市法

### 1 災害との関係でいう「借地」と罹災都市法の対象範囲

借地とは、広くいえば、他人所有の土地を「借りて」利用することである。土地の「貸し借り」に該当する当事者（貸主と借主）間の法律関係として、民法典は、賃貸借、使用貸借、地上権、永小作権、地役権を規定している。

その「貸し借り」の対象となった土地が災害に遭遇した場合の貸主と借主の法律関係についての特別法として、唯一、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）が存在する。

しかし、罹災都市法は、すべての土地の「貸し借り」を対象としているのではなく、「借地権」、すなわち「建物の所有を目的とする地上権及び賃借権」（同法1条）だけを対象としている。

水害、地震、噴火等の災害により、土地を借りて営んでいる農地に大規模被害が生じること、また、土地を借りて露天で（建物内に収容する必要のない）巨大な機械設備を設置して操業していた事業者（例えば、屋外設置のプラント設備、露天掘りの採鉱場とか採石場など）に、大きな被害が生ずることは、過去にもあり今後も起こりうることであるが、これらの場合は「借地権」を対象とする罹災都市法の対象外である。

農地については、農地法を主とする強力な規制法規があり、それによって災害対策を実現すること、巨大な機械設備の設置を目的とする（建物所有を伴わない）借地では、借主と貸主の経済的な対等性が想定されており、あらかじめ借地契約の中に災害対策条項が盛り込まれ、それによって対策を講じることができるから、これらについては必要性がないという立論がありうると思われるが、雲仙、奥尻、阪神・淡路という災害をここ数年間に経験した上で今後に備えるという視点からは、災害に遭遇した（広義の）借地に対する法制として「借地権」（建物の所有を目的とする地上権および賃借権）を対象とするだけでよいのかという疑問がある。

ただ、大規模災害に対処すべき総合的な災害対策としては、被災者に対して迅速な公的支援を行い、被災地復興のための適切な行政施策を実行すること

が不可欠である。そのような公的措置との組み合わせがなければ、借地の貸主と借主の間の法律関係の調整という私法的な領域が、それだけで果たしうる役割はごく限定されたものにしかないことは、阪神・淡路大震災において実感されたことである。農地ないし大規模設備の借地など、建物所有を目的とする「借地権」以外の土地の「貸し借り」を含めての災害対策という場合には、より一層、公的措置との組み合わせが必要とされると思われる。

### 2 罹災都市法の概要

災害と借地についての特別法として、唯一、制定されているのが、前記のとおり罹災都市法である。

罹災都市法が対象とするのは、災害により地上建物が滅失した借地権者（建物所有を目的とする地上権および賃借権を有するもの）と災害により滅失した建物の借家権者であり、次の4項目が主な内容である。

(1) 借地権は、建物が滅失すると対抗力がなくなるのが原則であるが、罹災都市法は、5年間は対抗力を付与した。したがって、滅失後5年間は、土地が処分されても新所有者に借地権を主張することができる。

(2) 借地権の期間終了時期に建物が存在しないと更新されないのが原則であるが、罹災都市法は、借地権の残存期間を最短でも10年に延長した。したがって、更新時期の到来は最短でも10年後であり、それが、更新に備えて建物の再築をするべき余裕期間となる。

(3) 滅失した建物の借家人は、優先借家権の申し出ができる。すなわち、その土地に再築された建物に借家権の設定を申し出て、他の者に優先して、借家権を取得できる。誰が建築しようと、同じ敷地に立つ建物を自分に貸してほしいと申し出ることができる。

(4) 滅失した建物の借家人は、優先借地権の申し出ができる。すなわち、建物敷地への借地権の設定を申し出て優先的に借地権を取得することができる。既に借地人がある場合には、その借地権の譲渡を申し出ることができる。したがって、土地所有者が建物を立てようとしなくても、自分が土地を借りて自分が建物を立てることができる。

(1)・(2)は、災害時点（建物滅失時）の借地権者を保護しようというもので

あり、(3)・(4)は、災害時点（建物滅失時）の借家権者を保護しようというものである。

### 3 罹災都市法の制定の経過

罹災都市法の発端は、関東大震災である。1923(大正12)年9月1日の関東大震災による多数の建物の倒壊・焼失に対処するために借地借家臨時処理法(大正13年法律第16号)が制定された。続いて、太平洋戦争による空襲、疎開等の事態に対処するために制定された戦時罹災土地物件令(昭和20年勅令第411号)があり、これらの法律を引き継ぐものとして、1946(昭和21)年に罹災都市法が同年法律第13号として制定された。

1923年の法律では、罹災都市法の優先借家権に該当するものは存在したが、同法の優先借地権に該当するものは規定されておらず、1945年の勅令でも、罹災都市法の優先借地権に該当するものは一時使用的なものとしてだけ認められていた。1946年の罹災都市法によって、優先借地権の規定が新設されたのである。

1946年の罹災都市法の制定当時は、太平洋戦争による災害のために滅失した建物と疎開建物を対象とし、適用地区も勅令で指定するという時限立法的なものであったが、1956(昭和31)年の改正(法律第110号)によって、火災、風水害等の大規模な災害について、政令で災害および地区を指定して適用されることとなった(同法25条の2・27条2項)。1995(平成7)年1月17日の阪神・淡路大震災に適用されたように、政令で適用が決まれば、どの災害地についても適用される借地借家の特別法となったのである。

### 4 罹災都市法の適用事例

1946年の制定以来、この法律が適用された例は、阪神・淡路大震災への適用を含めて、26例ある〔表1〕<sup>1)</sup>。

阪神・淡路大震災については、1995(平成7)年2月6日公布政令16号により、同日に適用されることとなった。

〔表1〕のうち、1956(昭和31)年の改正前に個別の法律によって適用された事例が1947(昭和22)年12月10日法律106号から1956(昭和31)年4月13日

〔表1〕 罹災都市借地借家臨時処理法の適用例

罹年 月日	適用地区	公布年月日	災害の種類	罹災戸数		
個別の法律による適用	1945. 8. 27	宮崎県延岡市	風水害	3,157		
	9. 17	宮崎県都城市、延岡市		8,879		
	1946. 12. 21	和歌山県新宮市 高知県高知市ほか1町	昭22.12.10法160号	震災	3,998 5,532	
	1947. 4. 20	長野県飯田市		火災	4,114	
	4. 29	茨城県那珂郡那珂湊町	昭23.12.6法227号	〃	1,186	
	1948. 6. 28	福井県福井市ほか34町村		震災	58,312	
	7. 24	福井県福井市ほか2村		風水害	3,051	
	9. 16	岩手県一関市、宮古市	昭24.5.7法51号	火災	2,184	
	1949. 2. 20	秋田県能代市			1,698	
	政令の指定による適用	1950. 4. 3 4. 13	静岡県熱海市	昭25.5.4法146号	〃	796
		5. 13	長野県西筑摩郡上松町		〃	592
		6. 1	秋田県秋田郡鷹巣町	昭25.7.31法224号	〃	661
		1951. 12. 16	三重県松阪市		〃	1,014
		1952. 4. 17	鳥取県鳥取市	昭27.5.13法139号	〃	5,228
1955. 10. 1		新潟県新潟市	昭30.12.14法181号	〃	912	
10. 14 12. 3		鹿児島県名瀬市	昭30.12.19法192号	〃	84 1,246	
1956. 3. 20		秋田県能代市		〃	1,475	
政令の指定による適用		1956. 4. 23	福井県坂井郡芦原町	昭31.6.4政165号	〃	736
		8. 18	秋田県大館市		〃	1,312
		9. 10	富山県魚津市		〃	1,580
		1958. 12. 27	鹿児島県大島郡瀬戸内町	昭34.1.12政2号	〃	1,547
	1959. 9. 26	名古屋市ほか23市町村	昭34.10.19政324号	風水害	15,700	
		大垣市ほか30市町	昭34.12.10政352号			
	1960. 5. 24	岩手県大船渡市ほか1町	昭35.6.20政164号	津波	3,724	
		11. 17	静岡県榛原郡川根町	昭35.12.5政295号	火災	123
	1961. 5. 29	青森県八戸市	昭36.6.27政213号	〃	606	
		9. 16		大阪府堺市ほか8市町	風水害	13,231
		10. 23		北海道茅部郡森町	火災	422
	1964. 6. 16	新潟市ほか3市町村	昭39.7.6政237号	震災	7,760	
	1965. 1. 11	東京都大島町	昭40.2.5政13号	火災	574	
1967. 7. 9	兵庫県神戸市	昭42.7.31政218号	風水害	318		
	広島県呉市			8,038		
1976. 10. 29	山形県酒田市	昭51.11.24政292号	火災	1,017		
1979. 4. 11	富山県西砺波郡福光町	昭54.5.22政146号	〃	57		
1995. 2. 6	兵庫県の10市11町、大阪府の12市	平7.2.6政16号	震災	100,823棟		

法律70号まで10件であり、改正後に政令の指定より適用された事例が1956(昭和31)年6月4日政令164号から1995(平成7)年2月6日政令16号まで16件である。阪神・淡路大震災の前で最も近い時点の適用例は、1979年4月11日の富山県福光町の火災に適用されたものである。

1946年の制定時の戦災に適用された後の適用災害は、どれも大都市部ではなく、大都市で借家借地が多数存在する区域に適用されたのは、今回の阪神・淡路大震災が、戦災時以来初めてのことであった。

### 5 今後の災害に対する罹災都市法の適用

罹災都市法は、政令で適用することが決まれば、どの災害についても、どの災害地についても適用されるが、必ずしもすべての災害に適用されるものではないことはもとより、災害の規模が大きければ必ず適用されるとも限らない。

阪神・淡路大震災について、同法を適用するか否かを所轄庁で検討するについて、同法制定当時と比較して格段に高額化した地価を前提とすると罹災借家人が一定の要件の下に優先借地権を取得できるということは借家人に過大な権利を与えるものではないか、マンション等の中高層集合住宅についての優先借地権の妥当性に疑問がある、同法の適用によって震災後の被災地における都市再開発の実施に支障が生ずるおそれがあるのではないかなど、各種の消極意見が出されたといわれている<sup>2)</sup>。

阪神・淡路大震災ほどの大規模災害についても、このように同法の適用が一定程度疑問視されたのであるから、今後の災害についても、特に、借地借家問題が多数生ずるはずの大都市部においては、同法が適用されるとは限らないのである。同法の適用の有無は、当該災害において、同法を適用することが適切か否かという、最終的には全体的な災害対策上の観点からの内閣の行政判断により決定されるというほかない。

借地借家関係について、当事者の複数化、建物の中高層化などにより複雑な権利・義務関係が一般的となっている情勢に1946年制定の罹災都市法が必ずしも適合していないのではないかなど、との指摘もあり、民法上の観点から法制度を検討するための資料を提供するため、法務省民事局に1995(平成7)年6月から「震災問題研究会」が設置され、罹災都市法を中心に借地借家に関する問題

の検討が行われているが、一定規模以上の災害については必ず適用される借地借家特別法規が制定されるか否か、また、それが可能か否かは不明といわざるをえない。<sup>3)</sup>

## II 罹災都市法が適用されない場合の災害と借地

### 1 民法、借地借家法(旧法を含む)の下での災害と借地

災害が発生したとしても、また、その災害が大規模であったとしても、罹災都市法が適用されるとは限らないことは前記のとおりである。

したがって、災害に遭遇した借地の法律関係という場合、罹災都市法が適用されないとき、すなわち、民法、借地借家法(旧法が適用される範囲では、借地法、建物保護法)の範囲内における借地関係を検討する必要がある。

### 2 建物の滅失

災害が借地関係に影響するのは、災害を原因として建物が滅失した場合である。建物が災害によってある程度損傷して修繕を要することとなったとしても、滅失に至らない場合には、災害は、原則として、従前の借地関係に影響を及ぼすことはない。

また、災害を原因とすることなく、あるいは、災害で一定の損傷があり修繕も可能であるが建物を取り壊して再築するという場合も、再築一般の問題であり、災害は従前の借地関係に影響を及ぼすことはない。

したがって、災害によって建物が滅失した場合、というのが、災害が借地の法律関係に関連する前提である。なお、罹災都市法が適用される場合でも、まず第一の要件として、建物の滅失が挙げられており、滅失がなければ同法の具体的な適用もないのである。

#### (1) 建物の滅失と借地権の消長

借地権は建物所有を目的とすることが必要要件であるが、建物の存在は存続要件とはされていない。したがって、建物が滅失したからといって、借地権が消滅することはない。

このことは、旧借地法でも借地借家法でも同じである。

1992(平成4)年8月1日に借地借家法が施行され、同時に、建物保護法、借地法、借家法が廃止され、従前の借地借家についても、借地借家法が原則として遡及適用されるが、従前から存在する借地権については、更新、再築等の重要事項は、同法の附則により旧法が適用されることとなった。そのため、現時点でいえば、借地権としては、旧借地法上の普通借地権、借地借家法上の普通借地権、一般定期借地権(借地借家22条)、建物譲渡特約付借地権(同23条)、事業用借地権(同24条)、一時使用目的の借地権(旧借地9条、借地借家25条)の6種類が存在することになるが、そのすべてについて、建物の滅失によって借地権が消滅することはない。

また、当事者間の特約によって、建物の滅失によって借地権が証明することを定めても、その効力は認めることはできない。旧借地法、借地借家法とも、同法の定めよりも借地権者に不利な特約は無効とする強行法規であり(旧借地11条、借地借家9条・16条・21条)、定期借地権等についても、同様に片面的な強行法である(借地借家30条)であるからである。

ただし、一時使用目的の借地権については、滅失を終了事由とする特約も有効であると解される。借地借家法25条は、一時使用目的の借地権について、借地借家法の内の一一定条項を適用しないと定めており、その不適用条項の中には、片面的強行法である旨の条項(借地借家9条・16条・21条・30条)は含まれていないが、存続期間の制限、期間満了による終了事由の制限、再築による期間延長などがいずれも適用除外とされているのであるから、結局、滅失を終了事由とする特約も有効であると解される<sup>4)</sup>。

## (2) 建物の朽廃と借地権の消長

旧借地法による借地権は、契約で存続期間を定めなかった場合、堅固建物所有を目的とするものは60年、非堅固建物所有を目的とするものは30年が法定存続期間であるが、その期間中に建物が「朽廃」したときには借地権は消滅する(旧借地2条1項但書)。合意更新ないし法定更新により法定期間(堅固建物所有を目的とするものは30年、非堅固建物所有を目的とするものは20年)が更新後の存続期間となったときにも、同様にその期間中に建物が「朽廃」したときには借地権は消滅する(旧借地5条1項・6条1項)。

借地借家法は、建物の朽廃は借地権の消滅に関わりないものとしたが、借地

借家法付則5条は、借地借家法の施行(1992[平成4]年8月1日)より前に設定された借地権について、建物の朽廃による消滅に関しては従前の例によるので、現在でも、旧借地法による借地権については朽廃による消滅が問題となるのである。

朽廃とは、「自然の推移に因り腐朽頽廢してその効用を失却」することとされているが<sup>5)</sup>、地震、火事、風水害、空襲等による滅失は含まない<sup>6)</sup>。火事、空襲はともかく、地震、風水害はほぼ例外なく自然の作用であるから、地震、風水害による建物損傷を原因とする滅失もまた「自然の推移による腐朽頽廢」に含まれるのではないかと、言葉の上だけからはいえそうであるが、旧借地法が、朽廃と滅失を異なるものとして規定した趣旨からいえば、もともと、地震、火事、風水害、空襲等による滅失、人為的取壊しによる滅失は、朽廃には含まれないのである。

逆にいえば、「朽廃」に該当する建物の消滅は、旧借地法にいう「滅失」には該当せず、同時に、罹災都市法にいう「滅失」にも該当しないことになる(なお、借地借家法は、朽廃という概念を入れず、建物の消滅一般を「滅失」としているので、借地借家法にいう滅失には、旧借地法の朽廃も含まれている)。

建物が災害によって直接的に崩壊するとか、致命的な損傷を受けたという場合が朽廃に該当しないことは明らかであるが、災害が建物に一定程度の損傷を与え、それにその後の老朽化が加わって、効用を失うに至ったという場合に、朽廃なのか滅失なのか微妙なこともある。ただし、朽廃が、通常加えられるべき修繕を加えても、なお朽廃すべき時期を指すというのが大審院以来の判例であり、大修繕が加えられた場合でも、下級審判決では、改築にいたらない限り、現実に建物が朽廃していなければ、借地権は消滅しないとするものが多<sup>7)</sup>い。このことを前提とすると、修繕を行って現実の効用喪失にいたっていなければ、修繕が必要な原因が、災害による損傷なのか、単なる老朽化なのかを問題とするまでもなく、朽廃による借地権消滅は生じていない、ということになり、災害との関係で「朽廃」が問題となるケースは希有ではないか、と思われる。

### 3 建物の再築

(1) 建物の再築とは、建物の滅失後の築造である。より正確には、借地権の存続期間の満了前に建物が滅失した場合に建物を築造することをいう。これは、借地借家法7条は、旧借地法7条とも同様である。

震災等の災害を原因とする建物の消滅が、滅失に該当することは当然であり、災害による建物滅失後の再築は、当該借地権の設定時期により、それが借地借家法施行以後であれば借地借家法7条の、施行前であれば旧借地法7条の適用を受ける（借地借家附則7条）。

#### (2) 再築に対する制約

建物の滅失によって借地権が消滅しないことは、その借地権の設定時点が借地借家法施行の前後を問わず共通であることは前記のとおりである。したがって、借地権者は建物所有のための土地利用権を有しており、建物を再築することができる。

とはいえ、どのような建物でも再築できる訳ではない。

借地権が所有権とは異なって永久のものではなく存続期間という限定がある以上、再築ができるといっても、存続期間との関係での制約が生ずる。

また、借地権には、建物所有という目的以外にも、増改築制限の特約を初めとする土地の利用方法に関する特約がなされることが多く、それは原則として有効であり、それに伴う再築<sup>8)</sup>についての制約が生じる。借地借家法17条1項が、旧借地法8条の2第2項が定めていた増改築制限の借地条件のほかに「建物の種類、構造、規模又は用途を制約する借地条件」の変更申立を認めているのは、そのような特約の有効性を前提としており、この規定は、借地借家法施行前に設定された借地権にも適用される（借地借家附則10条。施行前に旧借地法による借地条件変更の申立てがなされていたものだけが適用されない）。

#### (3) 再築禁止特約の効力

建物が滅失した時点の借地権の残存期間内だけしか存続しない建物を再築することは、存続期間との関係でいえば、もともとの権利の範囲を越えるものではなく、制約を受けない。借地権の残存期間を超えて存続すべき建物を再築することについても、建物滅失後の再築について適用される借地借家法7条、

旧借地法7条は、いずれも、残存期間を超えて存続する建物の再築ができることを前提として、それが行われた場合の法律関係を定めている。したがって、一般的に滅失後の再築を禁止する特約は、強行法規違反として無効である（借地借家9条、旧借地11条）<sup>9)</sup>ことに異論はない。

#### (4) 災害による滅失後の応急的建物の再築

災害により建物が滅失すると、居住・営業等のための空間を一挙に喪失するのであるから、早急に建物を再築することが必要とされる。そのために応急的な建物を建て、そこで従前の居住・営業等の利用を継続するという場合、利用関係（用途）は従前の継続であり、建物の種類、構造、規模においても、滅失した建物と比較して、より簡易、小規模なものであることが通常であり、「建物の種類、構造、規模又は用途を制約する借地条件」が特約として存したとしても、それに違反していないことがほとんどであろうし、違反がみられるといふときにも、原則として、それが信頼関係を破壊するといえないであろう。

むしろ、存続期間との関係が問題である。最近では、応急的建物とはいえ、板とトタンの寄せ集めのような建物ではなく、それなりの耐用年数を有する。借地権の存続期間が数年という場合には、応急的なものでも借地権の存続期間を超えて存続する建物に該当することは大いにありうるのである。当該借地権が借地借家法施行以後に設定され、かつ、更新を経たものである場合<sup>10)</sup>、借地借家法8条により、土地所有者の承諾なしに「残存期間を超えて存続すべき建物」を築造すると、借地権を解約されることとなる。同法18条により「やむを得ない事情」があるとして、承諾に代わる許可を裁判所に求めることはできるが、災害によって住めないし営業所を突如失った借地権者が、とりあえず応急的建物を建てようというときに、その許可申請を行い、許可後でなければ建築をしてはならないというのは、あまりに難きを強いるものである。

応急的建物それ自体の耐用年数にかかわらず、借地権者がその建物を借地権の残存期間内に撤去する意思であれば「残存期間を超えて存続すべき建物」の築造に該当しないと解すべきである。そう解すれば、応急的建物を建てた後、本格的建物の再築のために借地借家法18条の許可申請を行うこととなる。

また、残存期間内の撤去が予定されていなくても、災害による滅失後の応急的建物の再築であり、事前に裁判所への許可申請という手続を取らなかったと

しても、それをもって当事者間の信頼関係を破壊するとはいえないから、再築後の許可申立が認められると解すべきである<sup>11)</sup>。つまり、災害による建物滅失の場合には、土地所有者の承諾のない応急的建物の再築の後であっても、その再築についての許可申立がなされている限り、同法8条2項・3項による土地所有者からの解約申入れの効力は発生せず、許可申立に対する裁判によって借地権の消長が定められる、と解すべきである。

借地権の残存期間を10年に延長するとの罹災都市法11条は、このような必要性に応えるものである。現在の罹災都市法では、ある災害について、同法の条項のうちのある条項だけを適用することは不可能であるが、立法論としていえば、災害対策法制の内の複数の別法典とすることによって、災害に応じた適用上の組み合わせも可能である。

(5) 再築建物が「建物の種類、構造、規模又は用途を制約する借地条件」を変更する場合

「建物の種類、構造、規模又は用途を制約する借地条件」の特約が有効であることは、前述のとおりである。借地権者が再築するについては、滅失した建物は木造であったが、今度は耐震性に配慮した鉄筋コンクリート造としたい、また、より高層化したいというケースがしばしばみられる。建物の用途も大きく違ってくることが考えられる。それについて土地所有者の承諾がえられないとしても、借地権者は借地法17条により裁判所による条件変更ないし増改築許可を求めることができる。災害による滅失・再築であることは、申立てにかかる条件変更の合理性ないしそれに伴う付随条件の決定について十分斟酌されるべきであることは当然として、その手続による解決が可能である。また、同条は借地借家法施行前に設定された借地権でも、旧法のころに既に借地条件変更の申立てがなされていない限り適用される(借地借家附則10条)。

(6) 災害後の再築建物が借地権の残存期間を超える場合(本格的建物の再築)

応急的建物であれば別として、本格的建物の再築である以上、原則として、借地権の残存期間を超えて存続すると思われるが、それを前提として、借地権の種類別に論ずる。

(a) 借地借家法施行前に設定された借地権

借地借家法施行前に設定された借地権であれば、再築建物が存続期間を超え

ることになっても大きな問題はない。

同法附則7条により旧借地法7条が適用されるので、存続期間を超える建物の再築に対して土地所有者の「遅滞なき異議」がなければ借地権の存続期間が非堅固建物では滅失後20年に、堅固建物では滅失後30年延長され、再築に対する異議が述べられたとしても、それは、期間満了時の更新拒否の正当事由の一要素であるに留まる。

(b) 借地借家法施行以後に設定され更新を経ない(普通)借地権

借地借家法では、更新を経ない(普通)借地権では、滅失後の再築によって存続期間が延長される(延長期間は承諾の日または再築の日の早い方から20年)には、単に土地所有者の「遅滞なき異議」がないことではなく、積極的に承諾が得られたこと、あるいは、再築を通知した後2か月以内に土地所有者が異議を述べなかった、ということが必要要件としている(借地借家7条)。

土地所有者が異議を述べなかったことに争いが無い場合には、旧借地法7条、借地借家法7条ともほぼ同じ結果となるが、紛争が生じた場合を想定すると、個々の要件の証明責任において、旧法と新法とでは相当の違いが生ずる。紛争の顕在化が再築の数年後であるとすれば、旧借地法7条では、土地所有者が当該借地から遠隔地に居住するときは別として、再築はほどなく分かったはずであるという推定が働く一方、それに対して、いつこうして異議を述べたことは、具体的な証拠がないと立証できないということが、實際上、しばしば生ずる。借地借家法7条では、借地権者が土地所有者の承諾を立証するか、再築の通知をしたことを立証する必要がある。再築の通知の立証がなければ、土地所有者は、異議を述べたことを立証する必要はない。

土地所有者が再築の通知は受けなかったにしても、再築を了知しておりながら長年にわたって異議を述べなかったときに、「黙示の承諾」が認定されることもある<sup>12)</sup>。ただ、災害後の再築を前提として考えるとしても、応急的な建物が借地権の残存期間を超えることになるというときは別として、本格的建物の再築である以上、再築の通知およびそれに対する2か月以内の異議という手順を定めることによって法律関係を明確化しようという借地借家法の趣旨からは、再築通知の懈怠が救済されて当然ということではできない。

なお、再築による借地権存続期間の延長がない場合でも、もともとの契約の

期間満了時の借地借家法5条・6条による更新の成否が、土地所有者の更新拒絶の正当事由の有無によって判定されるが、土地所有者の承諾のない再築という事実は、その際の判断要素の一つであり、必ずしも借地権者に決定的に不利に働くものではない。

災害による滅失後の再築では、災害により本来の耐用期限の経過前に建物が滅失し、再築すればやむなく借地権の残存期間を超えることになるというのが通例であり、再築が更新拒絶の正当事由に組み込まれるのは合理的ではない。

#### (c) 借地借家法施行以後に設定され更新を経た(普通)借地権<sup>10)</sup>

借地借家法が更新後の再築について厳しい制限を設けたため、災害による滅失後の再築については、これが大きな問題として登場する。1946年制定の罹災都市法は、当然のことながら、これについての特別規定を用意していない。

借地借家法8条・18条では、更新後に建物が滅失し、借地権の残存期間を超えて存続すべき建物を築造するについて、土地所有者の承諾が得られない場合、裁判所の許可を得ない限り、土地所有者の解約申入れにより借地権は消滅することになる。

借地借家法の更新後の再築制限の趣旨が「最初の存続期間中に建物が滅失した場合と異なり、もはや借地関係を終了させても不合理ではない<sup>13)</sup>」といわれている。改築すなわち借地権者の判断による建て直しであれば、それを行うか否か、それについて土地所有者の承諾を得るについての負担と改築によるメリットとの衡量を行うことができる。更新後の再築が権利として保障されていないといっても、契約当事者として、今後の選択肢についての交渉ができるのである。しかし、災害による滅失は、予期せざる滅失であり、予期せざる時期に再築を余儀なくされる。残存期間に耐用年数を終える建物の再築を行おうとしても、今は、もはや不可能な時代である。あえてそのような低レベルの建築をしたとしても、生活ないし営業に通常要求される効用を充たすものにはならないし、効用の低さほど建築コストが少なく済むものでもない。災害による滅失後の再築については、借地借家法18条にいう「残存期間を超えて存続すべき建物を新たに築造することにつきやむを得ない事情」が、原則として肯定されると解するべきである。

#### (d) 建物譲渡特約付借地権

建物譲渡特約付借地権(借地借家23条)は、普通借地権あるいは一般定期借地権に建物譲渡特約が付されたものであるため、滅失・再築との関係は、元になった借地権におけるものと同じである。

#### (e) 一般定期借地権、事業用借地権

一般定期借地権(借地借家22条)、事業用借地権(同24条)は、更新・再築の規定の適用除外の特約が有効に存する借地権であるから、建物が滅失しても借地権が消滅しないのは当然として、再築しても、借地権の期間が延長されることもなく、滅失・再築の有無にかかわらず当初の契約による期間満了時に借地権が確定的に消滅することになる。

### 4 借地権の更新と建物の滅失

普通借地権では、その設定が借地借家法施行の前か後かによって、更新については旧借地法ないし借地借家法が適用され、正当事由がなければ更新を拒絶できない(借地借家附則6条、借地借家6条、旧借地4条)。最初の更新だけでなく、その後の更新についても正当事由が必要なことは同様であり、普通借地権は原則として更新される、という制度になっているのであるが、旧法・新法を問わず、更新時(借地権の存続期間満了時)に建物が存在することが、更新請求あるいは法定更新の要件とされている(借地借家5条、旧借地4条・6条)。

したがって、借地権の残存期間がわずかしかない時点で災害が発生し建物が滅失すると、再築する暇がないまま存続期間の満了時点を迎え、合意更新以外の更新はありえないこととなる。罹災都市法11条が残存期間10年未満の借地権の存続期間を10年と延長しているのは、このような事態に備えるためであるが、更新時までの再築の期間的余裕を与えるための借地権の残存期間を延長する旨の立法は、災害の大小を問わず必要と思われる。

### 5 借地権の譲渡と建物の滅失

借地権の譲渡に土地所有者の承諾が得られない場合、承諾に代わる裁判所の許可を得ることができる(借地借家19条。この規定は、同法施行前に設定された借地権にも適用される)が、建物が滅失した状態で、その申立てをすることはできない。



同条は借地権の譲渡ではなく「建物を第三者に譲渡しようとする場合」としており、この点は旧借地法9条の2も同様であり、学説上も異論がない。

ただ、災害による滅失の場合についていうと、再築資金の調達その他の事情でその場所での再築が難しく借地権を譲渡して別の場所で生活を再建しようケースでは、土地所有者が承諾しないと借地権の譲渡が不可能となってしまう。

借地上の老朽化した建物を第三者が改築を前提として買い受けることはしばしばみられるが、この場合、土地所有者が承諾しなければ、建物の譲渡の許可申立と改築の許可申立がなされることとなる。譲渡許可の審理にあたっては、譲受人の利用計画つまり再築が当然問題になるし、譲受人としても、譲渡の条件決定だけでなく、改築の条件決定も同時に問題とするであろう。そうであれば、この二つの事項の審理を、一つの手続で行うことの方が合理的である。そして、建物が現存しない状態での譲渡代諾許可の制度も、譲渡後の改築を前提とする上記のケースと比較すれば、いずれ滅失する建物が現時点で存在するか否かだけの違いであり、現行制度の枠組と異質なものとはいえないし、十分に合理的な必要性がある。災害による滅失<sup>14)</sup>に対する立法的手当を行うについては、これも盛り込まれるべきである。

## 6 借地権の対抗力

借地権は登記がなくても、土地上に登記された建物を所有していれば、第三者に対抗することができるし、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(借地借家法10条1項・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(同附則8条)ので、現時点の借地権については、實際上、そのすべてに適用されるということができる。

旧法の下では、災害により建物が滅失し、直ちに再築を実行することが難しい場合に、再築までの間の土地所有権移転により借地権が対抗しえなくなることが憂慮されたのであるが、借地借家法10条2項が掲示により対抗力を備える方法を新設したため、滅失後2年以内に再築すれば、対抗力をずっと保持することが可能となったのである。

## 7 災害による土地の損傷と借地権

借地権の目的である土地が、水没等で「滅失」した場合には、目的物の消滅により、履行不能となり、借地契約は終了する。これは、借家契約において建物が滅失した場合と同様である<sup>15)</sup>。

土地の損傷は一般的には稀なものであるとはいえ、阪神淡路大震災等の災害時には、造成地の擁壁の崩壊、土地の液状化、土石流による埋没などが相当数見られた。文字どおりの土地の滅失でなくも、使用可能な状態に復旧することに余りに多大な費用を要する場合には(建物の滅失におけるのと同様)滅失に該当することもある。

土地の滅失に至らなくても、土地の賃貸借関係では、賃料の支払は土地利用の対価であるから、土地を全く利用できない間の賃料を支払う必要はなく、土地の利用が一部妨げられている場合には、その割合に応じて賃料の減額を請求することができる(民611条1項)。

とはいえ、賃料の減額の程度の判定は難しいことが多いであろう。例えば、土地が傾斜し、建物も傾斜しているが存続しており居住を続けているというケースでは、傾斜した建物に居住していることによる支障の程度を評価して賃料を減額することになるが、その支障の程度の評価は容易ではない。

なお、土地所有者は土地の貸主として、修繕義務を負担しており(民606条)、損傷の原因が天災地変等の不可抗力であっても修繕義務を負うと解されている<sup>16)</sup>が、他方、修繕が物理的に不能なときはもちろん、修繕に要する費用との関係で「経済的に不能」なときも、修繕義務は負担しないと解されているから、前記のケースでも、土地の利用が継続されている以上、借地関係は継続している<sup>17)</sup>ものの、土地の傾斜の修繕が不可能なことを前提とすると、賃料の減額しか当事者間の利害関係の調整手段がないことになるのである。

## III 罹災都市法が適用される場合の災害と借地

### 1 既存の借地権に対する罹災都市法の規定

既存の借地権について、罹災都市法は5年間の無条件の対抗力の付与(同法

10条)と、最低10年間への残存期間の延長(同法11条)という二つの規定を設けた。

前者は、登記した建物が存することによって維持されている借地権の対抗力が、建物が滅失するとその時点から失われることを補うための規定であり、後者は、借地権の残存期間が短いため再築できないまま期間満了を迎え、更新請求あるいは法定更新を受けることができない(借地借家5条、旧借地4条・6条)という事態を避けるためである。

借地権の消滅については、罹災都市法12条が催告による消滅を定めている。

## 2 罹災都市法10条による対抗力

### (1) 10条の適用される借地権

罹災建物、すなわち罹災都市法適用の理由となった災害のために滅失した建物の敷地に存する借地権であり、建物の滅失当時から引続き保有されているものであることを要する。建物滅失後に新規に設定されたり、借地権を罹災後に譲り受けられた借地権は含まないが、一時使用の借地権を含む。罹災都市法10条が一時使用のものを除外しておらず、旧建物保護法、借地借家法とも、一時使用の借地権であっても、対抗力の規定は適用を排除していないし、対抗問題と一時使用という期間限定の問題は別なので、適用することが妥当である。

借地借家法で登場した定期借地権、事業用借地権等の更新がされない借地権についても、同趣旨で罹災都市法10条が適用されるべきであり、同法10条の文言上、適用するについての支障もない。

### (2) 公示を必要としない対抗力

土地上の登記された建物、あるいは、滅失時の掲示という公示方法(借地借家10条)を必要とせず、なんらの公示なしに、滅失後5年間は、罹災都市法10条により、借地権の対抗力が認められる。

登記ある建物により備わっていた対抗力も滅失により失われることへの対策として、借地借家法により、掲示による2年間の対抗力が新設されたが、災害時には、避難生活を余儀なくされるなど、掲示を行うことも難しい状況がありうるし、一旦行った掲示が失われることも考えられるので、やはり公示なしの対抗力を認めることが必要である。

### (3) 対抗力の存続期間

罹災都市法10条による対抗力は、罹災都市法適用の時点に発生し、その後、5年間である。

5年という期間について、再築は第二次大戦直後のように困難ではないから、立法論としてはより短縮すべきであるとの意見もある<sup>18)</sup>が、阪神淡路大震災で、区画整理等の町造り事業との関係で、本格的な再築が現在も着工されていない区域が相当存することを考慮すると、大規模災害では、やはり、5年程度の期間は必要であると思われる。

罹災都市法10条を前提としても、建物滅失から罹災都市法適用までの間(阪神淡路大震災では1995年1月17日から同年2月6日までの20日間であった)は、借地借家法の10条2項の掲示を行わない限り、借地権の対抗力が失われていることになるが、その間に土地の権利移転が行われたとしても、権利の濫用ないし背信的悪意者の理論により、土地の新所有者に対する対抗が認められることが多いと考えられる。

### (4) 滅失した建物が未登記であった場合の対抗力

借地上の滅失した建物が未登記であっても罹災都市法10条が適用され、法施行後は対抗力が生ずるとするのが最高裁判例である<sup>19)</sup>。土地取引の安全との調和の上からも、もともと対抗力を有していなかった借地権者に被災の故に前よりも強い権利が与えられる必要はないという有力な反対意見があるが、被災後5年の期間中に現地を見ず地上建物の存否を確認しないで行われる土地取引の安全保護の必要性が高いとはいえないから、10条を適用して借地権者を保護するのが妥当である。

## 3 罹災都市法11条による残存期間の延長

### (1) 11条の適用される借地権の要件

罹災建物、すなわち罹災都市法適用の理由となった災害のために滅失した建物の敷地に存する借地権であって、法施行の際に現存することを必要とする。一時使用の借地権は明文で除外されている。罹災都市法11条は、借地権が更新されうることを前提として、災害による滅失で更新に支障がでることを補うための規定であるから、一時使用の借地権同様、定期借地権、事業用借地権等

の更新のない借地権については、同法 11 条は適用されないと解するべきである。<sup>21)</sup>

法施行の際に借地権が現存することを要するので、災害による滅失後、法施行までの間に存続期間の満了を迎えた借地権は、その時点で建物が存在しないために、合意更新以外には更新されず消滅し、罹災都市法 11 条の適用を受けることができない。適用範囲を、滅失時点に現存する借地権とすればこのような事態をさけることができ、それによって特段の弊害が生ずることも考えられないから、立法論としては、滅失時点の現存で足りるとするべきである。

### (2) 11 条により 10 年に延長された借地権の始期

罹災都市法 11 条は、借地権の残存期間が 10 年未満であれば 10 年に延長するとしているが、その 10 年の起算点は明示していない。起算点として考えられるのは、滅失時、法施行時点、土地利用可能時であるが、法施行時点であり土地利用が可能となった時点ではないというのが判例である。<sup>22)</sup> 利用可能時点を起算点とすると、その 10 年後である期間満了時期がいつになるかが明確ではなく、法定更新に対する異議が遅滞なく述べられたか否かを巡る紛争を生ぜしめることとなる。同法 11 条により延長された借地権の期間満了時点でも、法定更新の規定が適用され、更新拒否に正当事由が必要であることを前提とすると、10 年が起算された後も土地利用がなかなか可能とならなかったとしても、その事情は更新拒否の正当事由において斟酌されるから、法適用時点から起算することで差支えはない。

### (3) 11 条により延長された借地権の再築による期間延長

罹災都市法 11 条で残存期間が 10 年に延長された借地権についても、その更新には旧借地法 4 条・6 条の適用があり、土地所有者は正当事由がなければ更新を拒絶できないとするのが判例である。<sup>23)</sup>

10 年経過時点での更新に、借地借家法 5 条・6 条（旧借地 4 条・6 条）の適用がないとすれば、借地権者は再築建物を 10 年後には撤去することを覚悟しないと再築できないこととなり、借地権者による再築を著しく阻害する。法文上の支障もないのであり、前記の更新規定の適用が是認されるべきである。

なお、罹災都市法 3 条により譲渡をうけた借地権も、滅失建物の敷地の借地権であり法施行時点で現存するものであるから同法 11 条の借地権に該当し、その残存期間が 10 年未満であれば 10 年に延長されており、その期間満了時の

更新については（当初の設定の時期により）借地法 5 条・6 条ないし旧借地法 4 条・6 条が適用される。

### (4) 残存期間が延長される場合の再築に対する異議ないし承諾の効力

罹災都市法 11 条により残存期間が 10 年に延長された借地権について、旧借地法 7 条の適用はないというのが判例であり、<sup>24)</sup> これに賛成する意見もある。<sup>25)</sup> 下級審判例が理由としているのは（罹災都市法 11 条は借地法 4 条・6 条・7 条に対する特別規定であり、特別規定は一般規定に優先して適用されるから、借地法 7 条による更新の余地はない）<sup>26)</sup> というものである。

しかし、上記最高裁判例の事案では、旧借地法 7 条の適用がないという判旨は結論には不必要な傍論である。この事案は、延長された残存期間中に再築してまもなく地上権確認請求訴訟を借地人が提訴したのに対して、土地所有者が応訴した。その訴訟の係属中に、延長された残存期間が満了し、借地権者はそのまま使用を継続していた、というものである。原審は、土地所有者の応訴（の継続）は、再築に対する異議であるとともに、延長された残存期間の満了後の使用の継続に対する異議と解する一方、使用の継続に対する異議には旧借地法 6 条・4 条の正当事由が必要であるが、その立証がないと判断して、借地人勝訴とした。上告理由は、原判決が借地権消滅前の再築に対する異議としての応訴を確定しており、これは同法 7 条の異議であってこの異議は正当事由を必要としないはずであるのに、同法 6 条の異議として扱ったのは誤っている、というものである。これに対して前記最高裁判決は、同法 7 条の適用は排除され同法 6 条が適用されると判示したのであるが、この事案では、再築に対する同法 7 条の異議が述べられているのであるから、同法 7 条・6 条が共に適用されると解しても、結局、同法 6 条・4 条の正当事由の存否によって結論が決まってくるのである。

したがって、上告理由そのものが論理的に成り立たず、判旨の内で「6 条を適用すべき」は、結論に必要な理由であるが「7 条の適用はこれを排した趣旨と解すべきである」というのは、傍論である。

再築による借地権の期間延長は借地借家法 7 条、旧借地法 7 条で定められているが、借地権者の再築に対して、土地所有者は承諾を義務付けられているのではなく、再築後の借地条件をどういうものにするかという折衝を行い、折

衝が不首尾に終われば、不承諾（ないし遅滞なき異議）として、既定の存続期間の満了時点の更新の是非の問題となり、再築後の借地条件の折衝が妥結した場合が、承諾（ないし遅滞なき異議の欠缺）として借地借家法7条、旧借地法7条による期間延長となる。旧借地法と借地借家法では、異議がなければ延長という規定から、承諾を得る、あるいは再築の通知に対して2か月以内の異議がなければ承諾とみなして延長という規定に変更されたが、それは、いわば立証責任上の変更である。建物が再築される場合には、再築に先立って当事者間で協議が行われ、権利の総合的な調整がされるのが通例であり<sup>27)</sup>、再築による存続期間の延長とは、再築後の借地条件の合意がなされたときに生ずるのが原則であるという点に着目すれば、災害による滅失の場合に、再築による期間延長の規定の適用を除外する理由は存在しない。したがって、罹災都市法11条により残存期間が10年に延長された借地権についても、借地借家法7条（旧借地7条）は適用されるべきである<sup>28)</sup>。

#### 4 既存の借地権の罹災都市法による消滅

借地権は建物の滅失によって消滅することはないが、罹災都市法12条は、借地権者が建物の滅失後も再築しようとせずに放置することを防止するため、土地所有者からの催告によって消滅させる方法を定めている。

土地所有者が、罹災当時からの借地権者に対して、罹災都市法適用日2年以内に、1か月以上の期間を定めて借地権を存続させる意思があるかどうかを催告し、その期間満了までに、存続させる意思があることを申し出ない場合には、期間満了時に借地権は消滅する。

ただ、この催告を受けた借地権者が、借地権の消滅を免れるために行わなければならないことは、借地権を存続させる意思がある旨の申し出だけであり、それ以外に、再築の着手などが必要な訳ではない。

したがって、この規定により借地権が消滅するのは、實際上、借地権者の行方不明により、催告が公示によりなされる場合である（催告が公示によることができ、それは民事訴訟法の公示送達の手続によることは罹災都市法12条2～5項が定めている）。借地権者が行方不明であれば、通常、賃料も不払となっているから、それを理由として借地契約を催告の上で解除することが可能であり、催告および解除の

意思表示は、民法97条の2の公示によることができる。

そうすると、罹災都市法12条の意味は、公示の手続を民法97条の2によることなく、民事訴訟法の公示送達の手続でも差し支えないことを定めたことにあることになるが、民事訴訟法の改正（平成8年6月26日公布、同10年1月1日施行）により、所在の知れない相手方に対する意思表示は、訴訟上の送達書類に記載のある限り、民訴法上の公示送達があれば相手方に到達したとみなされる（民訴113条）こととなったので、その意味も消滅しており、今後、実際に活用されることはないと思われる。

- 1) 升田純『大規模災害と被災建物をめぐる諸問題』（法曹会、1997）3頁、69頁をもとに一部修正。
- 2) 升田・前注67頁。
- 3) 佐藤哲治「震災関連法制の再検討」NBL584号（1996）25頁。
- 4) 升田・前掲注(1)81頁。
- 5) 大判昭和9・10・15民集13巻1901頁。
- 6) 大判昭和11・3・10新聞3968号11頁、関東大震災によって発生した火災による焼失の事例。
- 7) 星野英一『借地・借家法』（有斐閣、1969）51頁。
- 8) 星野・前注174頁。
- 9) 最判昭和33・1・23民集12巻1号72頁、星野・前掲注(7)190頁。
- 10) 更新について借地借家法の適用を受ける借地権で更新を経たものは、同法施行の平成4年8月1日に設定がなされたとしても、その30年後、すなわち平成34年8月1日以後でなければ登場しないが、現行法制である限り、その時点には、確実にそういう事態が発生する。また、罹災都市法2条による借地権の存続期間が10年であるので、阪神淡路大震災に対する罹災都市法の適用により成立した同法2条の借地権が更新後のものとなるのは、早ければ平成17年である。
- 11) 石外克喜『基本法コンメンタール新借地借家法』水本浩・遠藤浩編（日本評論社、1993）55頁。
- 12) 寺田逸郎「新借地借家法の解説(9)」NBL489号（1992）44頁。
- 13) 法務省民事局参事官室・借地借家法改正要綱試案50頁。
- 14) 片山登志子「被災地における借地借家関係」震災救済法研究会編『詳しい震災と借地借家の法律相談』（日本評論社、1995）55頁。
- 15) 星野・前掲注(7)606頁。
- 16) 星野・前掲注(7)200頁、620頁。
- 17) 星野・前掲注(7)619頁。
- 18) 鈴木祿弥『借地法(下)』（青林書院新社、1971）993頁。
- 19) 最判昭和32・1・31民集11巻1号150頁。
- 20) 鈴木・前掲注(8)992頁、星野・前掲注(7)418頁。

借地編●30

- 21) 升田・前掲注(1)118頁。
- 22) 最判昭和37・8・14民集16巻8号1765頁。
- 23) 最判昭和36・2・14民集15巻2号231頁。
- 24) 前掲注(23)の最判。
- 25) 鈴木祿弥『借地法(上)(改訂版)』(青林書院新社、1980)367頁、星野・前掲注(7)99頁。
- 26) 東京地判昭和34・8・17下民10巻8号1680頁。
- 27) 寺田・前掲注(12)44頁。
- 28) 中田邦博「建物が滅失して再築する場合に残存期間はどうか」前掲注(14)26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2巻 紛争解決手続・借地編2

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、著作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2月20日 第1版第1刷発行

装幀/駒井佑二

ISBN4-535-05315-4

Printed in Japan