
大規模災害における被災建物をめぐる問題に についての民事法的研究

課題番号:08620034

平成8年度～平成9年度科学研究費補助金(基盤研究(C)(2))研究成果報告書

平成10年3月

研究代表者 安永正昭
(神戸大学法学部教授)



大規模災害における被災建物をめぐる問題についての民事法的研究

研究組織

研究代表者 安永正昭(神戸大学法学部教授)

研究分担者 山田誠一(神戸大学法学部教授)

研究経費

平成8年度 1,400千円

平成9年度 700千円

研究発表

安永正昭＝山田誠一「罹災都市借地借家臨時処理法の検討」神戸法学雑誌48巻(1998年)(発表予定)

研究成果

(目次)

I 大震災に伴う借地・借家の法律問題－罹災都市借地借家臨時処理法2条を中心に(安永正昭)

一 はじめに

二 借家関係における問題の状況

1 問題状況

2 賃貸借契約が存続する場合

3 建物滅失の場合の基本的法律関係

三 罹災都市借地借家臨時処理法の適用

1 問題状況

2 罹災都市借地借家臨時処理法の内容・趣旨(借家関係)

3 罹災都市借地借家臨時処理法適用の意義(借家関係)

四 罹災都市借地借家臨時処理法2条の検討

1 罹災法2条を現代社会に適用することの問題点

(1) 借地権設定契約成立を強制する法的根拠－立法時と現在の比較において－

(2) 賃貸借契約の成否とその内容の分離

(3) 集合賃貸住宅・ビルの場合についての処理枠組みが明確でない

2 罹災法2条について－廃止か改善か

(1) 廃止すべきであるとの考え

神戸大学人社系図



00098033305

(2) 限定的な範囲で、かつ厳格な手続の下で、借地権の成立を認めるとの制度変更

(3) 集合賃貸住宅・ビルの場合についての処理枠組み

五 結語

Ⅱ 罹災都市借地借家臨時処理法による優先借地権・優先借家権についての検討－抵当権との関係を視野に入れつつ(山田誠一)

一 検討の方法

二 デフォルト・ルール

1 基本的な法律関係

2 建物に設定された抵当権をめぐる法律関係

3 土地に設定された抵当権をめぐる法律関係

三 罹災都市借地借家臨時処理法

1 基本的な法律関係

2 建物に設定された抵当権をめぐる法律関係

3 土地に設定された抵当権をめぐる法律関係

四 考察

(1)優先借家権について

(2)優先借地権について

(3)優先借地権が成立した場合において土地の抵当権が実行されたときの法律関係

五 補論－最高裁平成9年2月14日判決の検討

1 問題の所在

2 本件の事案

3 本判決の内容

4 本判決が法定地上権の成立を否定した法律構成

5 本判決と最近の東京地裁の考え方との関係

6 法定地上権の成立を否定する理由

I 大震災に伴う借地・借家の法律問題－罹災都市借地借家臨時処理法2条を中心に(安永正昭)

一 はじめに

阪神淡路大震災は、1995(平成7)年1月17日に発生し、神戸市等を中心とする地域に大きな被害をもたらした。建物の全半壊(全半焼含む)の被害が兵庫県内のみの数字でも20万棟、41万5000戸に上り(朝日新聞1995年4月25日朝刊)、土地の地

割れ、崖崩れ等の被害も多数存在する。その結果、このような不動産をめぐって関係当事者間で調整し解決すべき多数の私法上の法律問題が生じた。例えば、隣地の所有者間で、土砂崩れの予防、建物倒壊の予防、あるいは、倒れかかった建物の撤去の請求、及びそれらの費用負担をめぐる問題、又は、ありうる損害賠償請求の問題。区分所有建物(マンションなど)の損壊から生ずる修理・復旧・建替えについてその手続、費用負担をめぐる問題。被災した土地又は建物が、借地している土地、あるいは、借地上の建物又は借家の建物である場合、賃貸借の当事者間で生ずる契約関係をめぐるいろいろな問題、例えば、契約関係は終了するのかどうか、修理の費用は誰が負担するのか、建物の再建を誰がすることができるのかなどである。

以下では、借地・借家の契約関係(特に借家)を取り上げて、問題の広がり、その解決指針、解決が困難な問題が残るかなどについて検討する。とりわけ、罹災都市借地借家臨時処理法が適用されることになったが、この法の現在的な意味について分析検討し、若干の提言をしたい。

二 借家関係における問題の状況

1 問題状況

今回損壊した建物が賃貸借契約の対象となっている例はかなり多数に上っていたと見られる。賃貸借の対象は一棟の建物である場合もあるし、賃貸ビル・マンションにおいては独立した一区分であることもある。いずれにしろ、この場合、所有者である家主とそれを借りている借家人との契約関係が存続するのか終了するのかがまず問題となる。終了する場合には、それに伴う事後処理をどうするか、さらには、それまでその場所で住んでいたあるいは営業をしていた借家人が再びその場所で生活したいという場合その希望を叶える法的方法があるのかが問題となる。他方、終了しないという場合、壊れた建物の修理は家主がするのか借家人がするのか、費用の負担はどちらかという問題があり、高額な費用がかかる場合にはとりわけ深刻である。

賃貸借契約が終了するかどうかは、借りていた家、ビルが「滅失」(全部損壊、又は全焼)したかどうかによって決まる。滅失している場合には、借りていた対象物である「家」「ビル」が存在しないので、契約関係は終了せざるをえない。滅失の判定基準は、物理的に損壊又は焼失し建物としての効用を失ったかどうかである(神戸地判平成7年8月8日判例時報1542号94頁参照)。なお、物理的には修理可能であっても、新築に匹敵するような不相当に高額な費用がかかるという場合には滅失と判定されよう。具体的なケースにおいては、滅失にあたるのかそうではない一部の滅失なのかの区別がかなり難しいことであろう。後で述べるように、罹災都市借地借家臨時処理法の適用の有無を含め、全壊＝賃貸借契約終了後の当事者の権利義務関係と、一部の損壊＝契約関係の存続の場合の当事者の権利義務関係とでかなり大きな差があり、家主及び借家人がいずれの方が自己に有利であるのかを考えながら全壊かどうかを主張する関係から、その判定について双方で見解が分れることもある。賃貸ビルについ

て、上層階は滅失したが、賃借部分である一階が無事であるという場合に、その部分も滅失したと扱うべきかが問題とされたケースがあった。かりに上層階のみ切り離し下層階はそのまま建物として維持するとでもいうのであれば別であるが、一般にはビル棟全体としては滅失と評価されれば一階部分も滅失したとして賃貸借契約は終了の扱いとならざるを得ない。

2 賃貸借契約が存続する場合

建物一部滅失、損傷の場合には賃貸借関係は存続する。この場合に最も問題となるのはやはり修繕義務、その費用の負担である。これは、民法上、原則として、貸主が負担することになっている(民法六〇六条)。賃料をとって建物を貸すのであるから、それに値いする状態で提供しなくてはならないという考え方である(従って、修繕の程度も契約によって定まった使用目的等に従って決まることになる)。地震のような不可抗力が原因となって修繕をしなくてはならない状態が発生したとしても、家主が修繕すべきことには変わりはない。家主が修繕しない場合は、借家人が代って修繕し、その費用は、必要費として家主に請求できる(民法六〇八条一項)。

ところで、今回、かなり多額の修繕費の支出を余儀なくされる例も少なくないであろう。話し合いで、その一部を借家人が負担するとの合意が成立すればそれはそれで一つの解決である。また、通常予想される修繕費を超える負担については、家主は、賃料の増額というかたちで一定程度借家人に転嫁することが許されるのではない(借家七条、借地借家三二条)。

なお、場合によっては、家主側の選択として、その建物を修繕するのではなく、取り壊す、あるいは取り壊して新築することを考えることもあろう。この場合には、滅失の場合と異なり、現在の借家人との契約が解約されることが前提となる。解約の合意ができればよいが、そうでなければ、解約の申出に「正当事由」があると認められる場合にのみ解約ができる。その際、建物修繕に多額の費用が必要であるとの事情は、「正当事由」があるという方向での要素として働く(借家一条ノ二、借地借家二八条)。

なお、修繕費を借家人が負担する旨の事前の特約があれば、それは考慮されなくてはならない。ただ、かかる特約が、今回のような地震不可抗力による損壊に伴う修繕費についても無制限に効力をもつとは考えられない。特約を結んだ当事者の意図がどうであったかに関わるが、一般的には、通常想定される修繕費用を超えてまで借家人の負担とする趣旨のものではないと解すべきであろう。

3 建物滅失の場合の基本的法律関係

建物滅失の場合賃貸借関係は終了し、借家人は家賃の支払義務がなくなり、当事者双方に原状回復の義務が生ずる。借りた建物は滅失しており借家人はそれを返還することができないけれども、滅失が不可抗力によるものであったのでその責任(価格を賠償する義務)を負わない。借家人は取り出し可能な家財道具につきそれを搬出

する権利を有しかつ義務を負う。家主による滅失建物の処理につき障害となる場合、家財道具をいつまでもそこに置いておくことは許されず、客観的に搬出が期待可能な状態となった以降は、搬出しなくてはならない。

家主は、敷金等を返還しなくてはならない。敷金は不払家賃等の借家人の債務を担保する目的で授受されるから、その性質上不払家賃を差し引いて返還される。なお、権利金・礼金名目で授受された金銭がある場合、それは賃料の前払い、あるいは権利設定の対価という意味付けがなされ、正常な終了においては返還を要しないものであるが、期間満了前に地震滅失により終了する場合は、原則として、期間に案分して返還すべきであろう。神戸では終了時に敷金の一定割合を家主が差し引いて返還するいわゆる「敷引き」の合意がなされていることが多いが、今回の様な期間途中で、しかも建物滅失に起因する終了についても敷引きできるのかが問題となった。結局何の目的で家主の手元に敷引きによる金銭を留保させるのか、つまり合意の趣旨により、今回敷引きができるかどうか、その範囲いかに決められることになる(震災後の参考裁判例として、神戸地判平成7年8月8日判例時報1542号94頁、神戸簡裁平成7年8月9日判例時報1542号94頁、大阪地裁平成7年2月27日判例時報1542号94頁)。通常は礼金と同趣旨のものとみられ、期間で案分して返還するとするのが公平に合致するのではないかと考える。

なお、敷金の返還は賃貸借関係が客観的な事由により消滅したのを受けてなされる当然の処理であるから、それを受領したからといって後述の罹災都市借地借家臨時処理法上認められた借家人の敷地賃借権の優先的取得等の権利を奪うものではない。

三 罹災都市借地借家臨時処理法の適用

1 問題状況

建物の滅失による賃貸借契約の終了は、借家人にとって、それまでその建物を中心として居住し、又は、営業をしていた生活関係の終了を意味する。これらの借家人のうち他に居住・営業の場を求めて移っていく者もあろうが、できることならその場所で再びしかも早期に生活を再建したいと考える者も少なくないであろう。とりわけ地域に密着して商売をしていた者などはそうであろう。また、家主に再築の資力がない場合等では、許されるならばその場所に自分で建物を建てて営業を再開したいと考える場合もあろう。しかし、法の原則的思考方からは、このような希望の実現は当然には保障されていない。元の家主との間の話し合いでこれに添った合意が形成されればともかく、そうでなければ、建物を再築するかどうか、いかなる種類の建物を建てるか、再築建物を貸すかどうか、貸すとして誰に貸すかなどということは、元の家主が自由に決定できる事柄だからである。しかし、この原則的思考の貫徹は、大規模な災害によって地域一帯が被害を受けた場合に、そこで生活していた人達の活力によってその地域の復興を円滑に進めようとする観点からは適當ではないとされてきた。

このような事情に対応できる法律として「罹災都市借地借家臨時処理法」(以下「罹災法」と呼ぶ)という特別法がある。関東大震災後の借地借家関係の混乱に対応する臨時立法に起源をもつものであり、現在の法律は、第二次大戦時の空襲により焼野原となった都市における、罹災者の保護、権利関係の調整、都市の復興を後押しする臨時処理法として1946年に制定されたものである。この法律は、その後、大規模な震災、火災、風水害の際にも適用しうるものとされ今日に至っている。この法律が、1995年2月6日に公布・施行された政令第16号により、今回の震災にも適用されることとなった(罹災法25条の2)。適用範囲は、「平成七年の兵庫県南部地震に係る震災及びこれに伴って起こった火災」のために指定された地区内で「滅失した建物」についてであり、注意を要する点は「滅失」といえない場合については適用されないことである。罹災法は、もちろん、借地関係にも特例的措置を定めているが、ここでは、借家関係について検討する。

2 罹災都市借地借家臨時処理法の内容・趣旨(借家関係)

罹災法により、上記の原則を修正する三つの特例的権利が元の借家人に付与される。

①敷地の賃借権の優先的取得(罹災法2条)。典型例としては、元の家主が滅失建物及びその敷地の所有権を有している場合に、元の借家人が、自ら建物を建てる目的でその土地(又はその換地)の賃借を申し出る場合であり、土地所有者は正当な理由があるなどの他は、この申出を断れない。もちろん、土地の賃貸借であるから、取引に相応の権利金、賃料などの対価の支払が必要であり、借ろうとする側にそれなりの資金が用意できなければ現実に賃借の申出は困難である。

②敷地の借地権の優先的譲受(罹災法3条)。典型例は、元の家主が建物の敷地に関し借地権を有する場合に、元の借家人が自ら建物を建てる目的でその借地権を相当な対価で優先的に譲り受けることができるというものである。

③新建物の賃借権の優先的取得(罹災法14条)。典型例としては、元の家主(又はその他敷地に関する権利者)が、元の敷地(又はその換地)上に新建物を建築する場合に、元の借家人がその完成前に賃借の申出をすることであり、新建物の所有者は正当な事由がなければこれを拒絶できない。もちろん、新たな建物についての新たな賃貸借契約であるから、賃料等の条件は新たに合意で決められる。

当時の立法担当者の解説によると、①②の敷地の借地権を取得させる趣旨は、資力のある元の借家人にはこの権利に基づいて「自力により建物を築造することを得しめ、従前の場所に再び住居と営業を与えて、これらの者を保護すると共に罹災都市の応急的復興を図」ることであり、③の新建物に優先的賃借権を取得させようとする趣旨は、①②により借地権を取得して自力で建物を築造する資力のない元の借家人について、「再び従前の場所に住居と営業を与えて保護」することであるとされている。

3 罹災都市借地借家臨時処理法適用の意義(借家関係)

以上のように、罹災法は元の借家人に対し、一般私法の通常の見方からするとかなり異例な極めて強力な権利を一方的に付与することで、その保護を図っている。また、借地権の優先取得を認めることで、そこに居住・営業をしていた者達の私的な活力を利用して罹災地の応急的復興をも企図している。

たしかに、この手法はこの法律ができた時代においては有用なものであったろう。

戦後、焼け跡で元の借家人がすでにバラックを建てて住んでいる、それについて土地の所有者(元の家主等)との間でもめごとがある。元の借家人に敷地についての緊急的な権利(10年の期間とされる)を認め、その間の権利関係の調整をし、応急的復興を助ける。あるいは、公的な住宅の乏しい中で、住宅困窮の元の借家人を、その場所に建物が建てられたなら優先的に借家できるというかたちで保護する、と。

しかし、今日、借地の関係や借家の関係をめぐる社会的経済的環境は当時と比較すると大きく変化しているし(平成3年に法が改正された(「借地借家法」)のもその一つの現れである)、また、復興についても多様な公的な援助、計画が用意されている。確かに元の借家人がその場所で生活を再建するという利益、とりわけ地域密着型の商売をしていた人の利益は今日においても保護に値することは間違いない。しかし、単なる住宅に困っている借家人は、とりあえず仮設住宅に、その後は公的住宅にという保護が考えられるし、被災地の復興についても、応急的復興ではなく、土地区画整理等を伴った災害に強い堅固な街作りが望まれているのである。自由な契約関係形成の世界におかず、敷地の所有者や新建物の所有者の契約締結の自由を極めて強く制限してまでも、借家人を保護しなくてはならないその必要性が今日もあるのかないのか、あるとしてどの程度までなのかなどが改めて検討されなくてはならない時期にきていると考えられる。

なお、罹災法を援用した当事者の具体的な数字は分からない。利害対立があり、裁判所にその解決が委ねられたケースも少なくないはずである(震災後1年間で、震災関係(全部)の調停事件数が神戸地裁関係管内で2300件程度、神戸地裁本庁で1500件程度、非訟事件が同管内101件、本庁64件であったそうである(平成8年2月23日神戸大学阪神淡路大震災特定研究プロジェクト研究集会での神戸地裁小島正夫判事の報告レジュメ参照)(なお、震災直後の紹介文献として、神戸地裁尼崎支部判事・中本敏嗣「震災関係調停・罹災都市借地借家臨時処理法による非訟事件の実情と問題点」判例タイムズ879号6頁(1995年8月15日号)がある)。

罹災都市借地借家臨時処理法2条の優先借地の申出に対する拒絶の正当事由の存否等の判断について、神戸地決平成8年2月5日判例時報1559号117頁及びその記事が参考になる。以下簡単に紹介し、問題点を指摘しておく。これは、優先的借地権の申出が認められた神戸地裁の初めての決定である(否定例が多いようである)。いろいろな点が議論されている。事案は、借家人である姉弟2名が、土地を貸して欲しいと申し出たものである。優先的借地の申出がなされたのみで、すぐに争いになっ

ているわけですから、裁判官が判断すべき事項はかなり多岐にわたります。このケースでは、「申出ることができる借家人とはだれか・そこに地震の時点で住んでいない者でも申し出る権利があるか」「従来居住用の平屋であったが、2階建てで1階は店舗2階は住居用の建物建築を目的としてもよいか」「地主の側が申出を拒絶できる正当事由の存否」「一時金として、権利金の支払を義務付けることができるか」「権利金の決定に際して、消滅してはいるが借家人に帰属していた借家権価格を考慮して、その分を控除することができるか」「それらの額の算定をどうするか」「賃料の額の決定をどうするか」などである。本来、当事者の合意で決められるべき重要な事項も、鑑定委員会の意見を聴取して、裁判所により決定されているということになる。奇妙な感じがする。

地裁の決定内容につき3点指摘しておく。第一に、申出が認められるかどうかの鍵である、「正当事由」の判断について、申出者と土地所有者の双方の土地使用の必要性などを比較衡量して、それをなしていること、第二に、かなりひろく優先借地の成立を認めていると言うこと、第三に、権利金の支払を義務付けることができるとした一方、借家の権利、これは既に消滅しているのですが、この権利相当額をある程度反映させないと、地主が特をするという理由で、その半額を控除したことを指摘することができる。

第一の点について、土地所有者は姫路に住んでおり、言い分は「マンションの建築を計画していた」ということですが、今まで、そこに住んでいた賃借人の必要性の方が高いとして、拒絶の正当事由を否定しています。なお、一般化して少し議論すると、かりに、マンション建設の計画が実現性の高いものであれば、賃借人は、優先的借家の申出をすることでこれまでの状態を確保することができ、そちらの方を選択させるべく、借地の申出については、拒絶に「正当事由」ありと判断することもありうるということが検討されるべきである。本件の借地の申出は、裁判所の手続中の6月とされているが、一般には、土地所有者も、被災者で、震災のショックの続く時期に、すぐに次の土地利用計画を策定しないと、申出(単なる申出でよい)に負けてしまうという条文の構造には、いささか疑問を感じる。

第二点の、かなりひろく優先借地の成立を認めていると感想は、第一に、弟はその家に住んではいなかったのですが、彼にも優先借地の申出を認めたこと、第二に、震災前と異なる種類の建物を建てても差し支えないとしたことからくるものである。

以上、罹災法の優先借地を認めた趣旨をどう理解するかと関わって難しい議論になりますが、そうでよいのか、なお、検討しなくてはならない点だと思います。

四 罹災都市借地借家臨時処理法2条の検討

1 罹災法2条を現代社会に適用することの問題点

(1) 借地権設定契約成立を強制する法的根拠

(イ) 罹災法2条は「正当な事由」のない限り、土地の所有者は、「罹災建物が滅失した当時におけるその建物の借主」(「罹災借家人」と呼ぶ)の借地権設定契約の「申

出」を拒絶できない。すなわち、その意に反しても契約締結を強いられる。これは、契約の自由の制限、私的自治的自己決定(権)の侵害となる。

このような契約自由の制約については、それを正当化できる根拠が必要である。一般に、そのようなものとして、公益的理由(医師等)、又は、事業の独占を保障することと引き換えに契約の締結を義務付ける(ガス、電気の供給)ということがある。この他に、社会法的理由もある。労働法、借地借家法にその例がある。この領域では、しかし、内容上の制約、簡単には関係が終了しない保障等がその中心であり、契約成立を強制するかたちのものではない。

(ロ) では、罹災法では根拠をどこに求めているのか。立法担当者(だと思われる者)の解説によると、「罹災建物の旧借主は、罹災によりその住居と営業を奪われ、現在も不安定な生活状態にある者が多数あり、この旧借主に再び従前の場所に住居と営業とを与えて、その生活を安定させることが肝要であるが、現下の資金、資材等の制約の下においては、旧貸家人である土地所有者又は借地権者が再び建物を築造して、これを旧借主に貸与して呉れることを期待することはほとんど不可能であり、又旧借主が自力で建物を築造するために借地権を取得しようとしても、土地所有者又は借地権者が容易にこれに応じないので、建物築造の資力あり且つ積極的にその意図を有する罹災建物の旧借主のため、罹災建物の敷地又はその換地に第3条と相まって借地権取得の途を拓いたのである。かくて多くの場合罹災者である旧借主の保護を図ると共にかかる措置により彼等の建物築造を促進し、延いては、罹災都市復興の一助たらしめんとしたものである」というものである(原＝青木＝豊水「罹災都市借地借家臨時処理法解説」17頁)。

これを、整理すると、

- ①第一は、「罹災」「住居と営業を奪われた旧借主」「再び住居と営業をあたえて生活を安定」ということである。すなわち、とりもなおさず、罹災借家人の保護である。
- ②第二は、但し、これは、「建物築造の資力と意図を有する」という場合に限定される。
- ③第三は、「現下の資金、資材等の制約の下においては、旧貸家人である土地所有者又は借地権者が再び建物を築造して、これを旧借主に貸与して呉れることを期待することはほとんど不可能」ということであるから、土地所有者が土地利用をしない、できない、その場合土地を遊ばせるほかない、しかし、それよりは罹災借家人に利用させる方が良い、ということである。しかもこれは、土地所有者の意に反しても実現させる価値がある、もつとも、相当な契約条件でなされなくてはならない。
- ④第四は、旧借家人が建物を建築することを通して、罹災都市復興の一助とする、という経済社会政策である。

(ハ) 以上の立法者の判断に対して、判例はこれを、合憲と判断している(最大判昭和35年6月15日民集14巻8号1376頁)。

(二) 上の根拠が、今日の経済社会状況のなかで考えて、そのまま妥当するか。

①については、次のような事情が、立法時と異なる点である。すなわち、罹災者一般（借家人を含む）に対する公的な救済措置が用意されている。すなわち、住居を失った者には、まず、仮設住宅が用意され、次いで、仮設住宅から自力で再建できなかった者に対しては、公的住宅が用意される。従って、その場所と営業とが結びついていて、その場所に帰ることが重要であるようなそのような罹災借家人の保護の問題が主として残る。

③について、立法時と異なる点は、土地所有者の側も被災者であることが少なくなく、従って、直ちに家を建てることができないこともある。しかし、建築資金、資材が必ずしも常にないというわけではない。とりわけ、2条3項の要件「③土地所有者は、建物所有の目的で自ら使用することを必要とする場合その他正当な事由があるのでなければ、第一項の申出を拒絶することができない。」の解釈にもかかわるが、罹災わずか数週間後に法が施行され、すぐに2条の申出があって、「正当事由」の存否を判断されるということでは、土地所有者側に、資金計画、建築計画を検討する時間的余裕を与えないという意味で、不意打ちで気の毒な面がある。

④についてであるが、今日においては、旧借家人の建物建築により罹災都市復興の一助とする、という経済社会政策はあまり意味がない。復興は、別の方法で行うことができる。また、罹災建物のなかで借家とされている者の割合が大であるという状況でもないから、優先的借地権を与えることで「都市復興」というのは大げさである。規範の意味としては、私的な権利関係の調整の域をでることはないのではないか。

以上を総合して考えるに、前提たる事情が変化し、立法時の説明が今日においてそのまま妥当するという状況ではなく、契約締結の強制につき説得的な根拠とは言えなくなっているのではないか、ということである。

(2) 賃貸借契約の成否とその内容の分離

罹災借家人は、「申出」(申込とは異なる概念)のなかで、「建物所有の目的で罹災建物の建っていたあなたの所有地を賃借したい」旨述べれば足る。すなわち、申出の段階では、罹災借家人の側は、申出の内容として、借地条件(借地の場所的範囲、権利金、賃料、建物の種類など)を明示する必要はない。2条1項で、「申出」により「相当な借地条件で」借地権の設定ができると規定されており、内容決定は、後での当事者の合意か、又は裁判所の決定(一五条)に委ねているからである(但し、期間についてのみは最低一〇年は保証している(五条一項))。

他方で、土地所有者の側が、この「申出」(簡単な)を拒絶するには、「正当事由」(いろいろ拒絶の事情を述べなくてはならない)が必要であるとされる(二条三項)。しかも、政令施行日が地震から20日くらいしか経っていないときであるから、震災の傷がまだ癒えていない時に、正当事由を明示しなくてはならないケースも少なくない。(借地権

の対抗の関係では、早い施行が望ましいが、こちらとの関係では、あまり早いのはかえって問題がある)。

抽象的権利設定に急で、内容については二の次で具体化していなくとも成立しているとしている。そんなにあせる必要はないのではないか。契約を強制されるという意味のみでなく、その設定手続においても、申出人の側にかなり有利なものとなっている。この点に問題があるということができる。

(3) 集合賃貸住宅・ビルの場合についての処理枠組みが明確でない

本法は現代の(大規模)賃貸集合住宅・ビルに全く対応できない。立法時にも複数借家人のケースを無視してはいないが、せいぜい、賃借人が数人の棟割形式のものであったろう。とりわけ、多数いる借家人がバラバラと二条の優先的借地(しかも土地の一部について)の申出をしてきたとき、早い者勝ちなのか、みんなの申出を待って調整するのか、それを処理するルールはないに等しい。そして、それに関する紛争、すなわち、賃借権の成否、その内容(借地の位置、権利金、賃料など)、複数者間の割当ては裁判所に委ねられている(一五条、一六条)。しかし、この規定のみでは、裁判所も対応できるのか、かなり疑問である。

これに関する一事例を紹介する(1996年6月3日付毎日新聞夕刊)。大きな賃貸ビル(神戸国際会館)の再建に関する事例である。優先的借家権の申出をめぐる争いが、裁判所に出された。震災前8階建てのこの建物は、全壊した。22階の高層ビル建設の計画が進行中である。争いの当事者は、震災前に地下1階部分1300㎡を賃借していた、映画館の「につかつ」、これが優先借家の申出人で、新ビルの建築主が相手。申出を拒否して争っているのではない。条件が合わない。建築主は11階部分の400㎡を割当てる計画で、下の方は、商業スペースにする計画である。「につかつ」は、お客を集める都合から、地下1階から地上2階の間で、830㎡をくれと要求。この争いが、決着しないと、建築が始められない。映画館というのは特殊な構造。場所が決まらなければ、設計図が完成しない。そこで、裁判所に持ち込まれたということである。法は、申出の権利は保障しているが、内容については、「相当な借家条件で」とするだけで、第一には当事者の話し合いに任せ、第二に、裁判所に、決定を委ねた。すなわち、「裁判所は、鑑定委員会の意見を聴き、従前の借家の条件、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」(15条)という。しかし、裁判所も、困ると思う。大きなビルの内部の配置計画を、勝手に決めるわけにもいかない。

以上の例で分かるように、罹災法のなかで大きな問題点は、賃貸集合住宅・ビルの場合に対応するルールが極めて不十分であるということである。立法当時には、そのような建物は数も知れており、あまり真剣に検討していないからです。この不十分さが、表面化したという性質の事件だと受け止めることができる。

2 罹災法2条について一廃止か改善か

(1) 廃止すべきであるとの考え方もありうる。

上で分析したように、本条の権利設定を支える具体的事情が、立法時と今日では大きく変化しており、現時点で考えてみて、私的財産権保障(憲法的観点)をまげる契約の強制的締結を支える、根拠がいま一つ明確ではないので廃止する。その判断を強化する事情として、さらに、次の点を指摘できる。第一は、借地権の意味が変化したということである。

すなわち、人口増、土地の不足等の事情で、土地に対する需要が高まったことから、土地の値段は今日極めて高くなっている。他方、借地権の保障が強いこともあって、土地の値段に占める借地権の価格割合が高くなっているという事情がある。このように借地権の経済的、社会的価値が高まっているので、土地所有者の立場としては、借地権を設定することが土地所有権の大いなる制約と受け止められることとなる。

第二は、経済的、技術的理由から、頑丈な構造の建物を建てることのできるということである。借地による所有権の制約の期間的な面から考えると、戦後の建物の物理的事情から見て、5条の10年の存続期間は文字どおり多くは10年であったであろう(むしろ、朽廃終了の適用もありえたであろう)。しかし、今日の建物の事情からみて、直ちに通常の強度の建物を建築することのできるので、10年で終了することの方がむしろ例外となる。従って、期間的負担も長くなるおそれが高い。

この立場にたった場合、14条の「優先的借家の申出」についてはどうか。これは、借家人の側から見て、あるいは、客観的に見て、災害がなければ存在したであろう法律関係の復元にとどまっており、これも契約の強制的締結を伴うが、なお、一定の合理性を認めることができると考えられ、罹災借家人の保護はこちらでなすべきである。

(2) 限定的な範囲で、かつ厳格な手続の下で、借地権の成立を認めるとの制度変更

(イ) 成立要件面での厳格化

すなわち、一方で、罹災借家人が、元の場所で営業、生活を再開するにつき強い利益を有し(コミュニティの復活も)、かつ自らそれをなす資力があり、他方、土地所有者が、経済的理由等でその土地に建物を建てての利用を全く開始しないという状況がある場合、双方の事情を考慮して、それをそのまま放置しておいてよいかという価値判断もある。このような事情が認められる場合に限って、借地権の強制的設定を認めてもよいのではないかというわけである。

要件設定にあたっては、したがって、以下の様な点の配慮を必要とする。

すなわち、罹災借家人の側に、借地をして、その場所で生活、営業を再開する必要性が高いという事情を要求する。

また、罹災借家人の申出のなかに、客観的具體性をもたせるために、土地の利用に関する主要項目(建物の概要、借地の主要条件等)を含ませるべきである。

土地所有者の側の再利用に関する計画立案、資金工面のための時間的余裕を考慮する。その建築計画が近々のうちには不可能であることをむしろ要件とすべきではないか。

また、所有者に、一定時期までに建つとの建築計画があるのであれば、その時期までの、一時使用(プレハブ建築)としての土地賃貸借の成立を罹災借家人に許すこと等が現実的ではないか(14条の関係では、最初に築造した建物とはみない)。

(ロ) 具体的には

①借地の申出期間 これを、政令施行の日(遅くとも6ヶ月以内には政令施行を確保する)からではなく、例えば、「災害により建物が滅失した日から6ヶ月経過した日から」「1箇年以内」とする。なお、「1箇年以内」というのは、次の②の意味での必要性が高いのであれば、早期に決着が付くはずで、2箇年もの長期にわたって、申出期間を与えておく必要はないのではないかという趣旨である。

②罹災借家人の「申出」には、元の場所で生活・営業をすべき必要性の高さを明記させる。借地をする「敷地の範囲」「借地権設定の対価(権利金、借地料)の概算」「借地の期間」「建物の概要」を掲げる。

③土地所有者の側は、「申出を受けた日から四週間以内に、拒絶の意思を表示しないときは、その期間満了の時、その申出を承諾したものとみなす」とする。現行の、罹災という状況化では、3週間は短かすぎるのではないか。次に、「(具体的計画を示しつつ)、建物所有の目的で自ら使用することを必要とする場合その他正当な事由がある」というのであれば、拒絶できる。この正当事由の存否は拒絶の時点を基準時とすることになる。もちろん、「権原により現に建物所有の目的で使用を開始」している場合、罹災借家人はもはや申出はできない。

なお、その間に、この者の間で、任意の借地の合意があればそれによる。

(ハ) 成立する権利の内容を限定するとの方向

要件の面ではなく、成立する借地権の面で、平成3年の改正借地借家法と整合的な制度とするという方向が考えられる。成立要件の制限と併用することももちろん可能である。現行は、10年の借地権の成立、及び、更新制度による借家人の保護というスキームである。旧借地法下での制度設計である。しかし、借地については、定期借地という新しい制度が認められており、それも視野に入れて、成立する借地権を考案することが許される。

まず第一は、50年という普通の定期借地を基礎とする制度設計である。合意による形成でないことを考慮し期間をこれよりは、短縮するという方向が考えられよう。しかしいずれにしろ期間満了時に返還をしその後の借地人の当該場所での活動の法的保障はなくなる。第二は、建物譲渡特約付きの定期借地権の設定である。所有者は、現在は、資力等がなく借家を再建できず、他方、借家人は、上記の要件が満たされる状

況にあり、元の場所への復帰が希望である。そこで、建物は、借家人が借地人として建設するが、一定の期間後に、建物の所有権を土地所有者に譲渡し、自らは、再び元の借家人に復帰するというスキームがこれによると可能になる。なお、法の予定する期間は30年以上であるが、任意の合意によるものではないので、最短期の定めを短くすることもあり得ようか。この第二の方法は、双方の希望、利害がうまく調整できる方法ということができるかも知れない。

(3) 集合賃貸住宅・ビルの場合についての処理枠組み

複数者の申出の場合の一括処理を可能とする意味で、申出期間の満了時点(=「1年」とする)まで待って(あるいは、他の可能性を有する全員の意思の表明(申出をしないとの意思の表明を含め)が出そろえばその時点で)、借地の成否、及び申出者間での利害を調整することとする。正当事由も、締切時点後になされる拒絶の意思表示の時点で判断する。なお、優先借家の申出の場合も、複数者の申出の場合の一括処理を可能とする意味で、同様に建物完成時点まで待って、権利関係を調整確定させることとする。

借家人の全員で(1つの)借地の申出をするという「方法」も認める。ここでは、1対1の場合のルールで成否判断をする。もっといえば、罹災借家人全員の一定の多数決で(1つの)借地の申出をするという制度を構築することも考えられる。

五 結語

以上、罹災都市借地借家臨時処理法2条を中心に、大震災に伴う借家の法律問題を検討した。いずれにしる、同条文に関しては現行法の維持は困難である。今後、阪神淡路大震災と同様の都市直下型の地震に、日本の他の地域が襲われないという保障はない。その際に、法の見直しを現実化させておかないと、やはり今回と同様の法の適用をめぐる困難な状況が生起することは目に見えている。今回の研究がその一助となれば幸いである。

第二部 罹災都市借地借家臨時処理法による優先借地権・優先借家権についての検討(山田誠一)

一 検討の方法

まず、借家、借地において、落雷・突風などで、1棟の建物が滅失した場合の法律関係はどのようなものか(デフォルト・ルール)を検討する(二)。関係当事者のいずれにも、帰責事由のない場合である。

次に、借家、借地において、地震・火山噴火・洪水・津波などで、一定地域内において、相当多数の建物が滅失した場合に、現行の罹災都市借地借家臨時処理法の適

用によって、どのような規律が行なわれるかを検討する(三)。

続けて、罹災都市借地借家臨時処理法の適用による規律が妥当なものであるかどうかを、考察する(四)。

最後に補論として、最高裁平成9年2月14日判決の検討を行なう(五)。

二 デフォルト・ルール

1 基本的な法律関係

(1)建物が滅失した場合の建物賃貸借関係の帰趨

借家において、賃貸借目的建物が滅失すれば、建物賃貸借関係は終了する。

(2)滅失した建物の所有者が土地の所有者である場合

(a)土地所有者の地位

土地所有者は、自ら建物を再築するかどうか、自由に選択をすることができる。

(b)土地所有者が自ら建物を再築した場合

土地所有者(=建物所有者)は、旧借家人との間で、賃貸借契約を新規に締結するかどうかについて、自由に選択することができる。したがって、第三者との間で、建物賃貸借契約を締結することが、自由にできる。また、土地所有者は、自ら建物を再築した後で、土地の利用権を第三者に対して設定し、建物をその者に譲渡することができる。その場合、建物の譲受人である第三者は、なんらの負担のない建物所有権を取得する。さらに、土地所有者は、自ら建物を再築した後で、第三者に土地と建物を譲渡することができる。その場合、土地と建物の譲受人である第三者は、なんらの負担のない土地所有権と建物所有権を取得する。

(c)土地所有者が建物を再築しない場合

土地所有者は、旧借家人との間になんらの法律関係もない。土地所有者は、第三者に、土地を譲渡することができる。その場合、土地の譲受人である第三者は、なんらの負担のない土地所有権を取得する。

(3)滅失した建物の所有者が土地の所有者ではなく土地利用権者である場合

(a)土地利用に関する法律関係

土地利用権が賃借権または地上権であれば、土地利用に関する法律関係は、賃貸借目的建物の滅失にかかわらず、従前の内容で継続する(ただし、借地借家法7条、8条参照)。

(b)土地利用権者の地位

土地利用権者は、自ら建物を再築するかどうか、自由に選択をすることができる。

(c) 土地利用権者が建物を再築した場合

土地利用権者(=建物所有者)は、旧借家人との間で、賃貸借契約を新規に締結するかどうかについて、自由に選択することができる。したがって、第三者との間で、建物賃貸借契約を締結することが、自由にできる。また、土地利用権者は、自ら建物を再築した後で、第三者に土地の利用権と建物を譲渡することができる(土地の利用権が賃借権である場合は、民法612条の要件をみたさなければならない)。その場合、土地の利用権と建物の譲受人である第三者は、特別の負担のない土地の利用権となんらの負担のない建物所有権を取得する。

(d) 土地の利用権者が建物を再築しない場合

土地の利用権者は、旧借家人との間になんらの法律関係もない。土地の利用権者は、第三者に、土地の利用権を譲渡することができる(土地の利用権が賃借権である場合は、民法612条の要件をみたさなければならない)。その場合、土地の譲受人である第三者は、特別の負担のない土地の利用権を取得する。

2 建物に設定された抵当権をめぐる法律関係

(1) 建物が滅失した場合の建物に設定されていた抵当権の帰趨

建物が滅失すると、建物に設定されていた抵当権は、消滅する。

(2) 滅失した建物の所有者が土地の所有者である場合

建物に設定されていた抵当権は、土地とは無関係であったため、建物の滅失によって、土地に関する法律関係に特別の変更は生じない。土地所有者が建物を再築した場合、土地所有者(=建物所有者)は、その建物に旧抵当権者のために抵当権を設定するかどうか、自由に選択をすることができる。

(3) 滅失した建物の所有者が土地の所有者ではなく土地利用権者である場合

土地利用権が賃借権である場合は、建物に設定されていた抵当権は、土地利用権にも及んでいたが、建物の滅失により、建物に設定されていた抵当権が消滅した結果、土地利用権は、抵当権の負担から免れる。土地利用権者が建物を再築した場合、土地利用権者(=建物所有者)は、その建物に旧抵当権者のために抵当権を設定するかどうか、自由に選択をすることができる。

3 土地に設定された抵当権をめぐる法律関係

(1) 建物が滅失した場合の土地に設定されていた抵当権の帰趨

建物が滅失しても、土地に設定されていた抵当権は、従前の内容で継続する。ただし、法定地上権に関する問題があり、法定地上権の成否が、抵当権の内容にかかわ

る。

(2)滅失した建物の所有者が土地の所有者である場合

土地上に建物があり、土地と建物の所有者が同一であり、土地にのみ抵当権が設定された場合、抵当権の実行によって、土地と建物の所有者が異なることになると、建物のために法定地上権が成立する(民法388条)。したがって、このような場合、土地の抵当権の内容は、法定地上権の負担によって縮減しているといえることができる。

建物滅失によって、法定地上権の負担は消滅し、その結果、土地の抵当権の内容は、回復する。しかし、建物滅失後、建物を再築すると、再築建物のために、滅失建物についての法定地上権と同一内容の法定地上権が成立する(大判昭和10年8月10日民集14巻17号1549頁)。したがって、建物滅失前と、建物再築後とでは、土地の抵当権の内容には、変更がないといえることができる。

これに対して、土地上に建物があり、土地と建物の所有者が同一であり、土地と建物に抵当権が設定され、それらが共同抵当である場合、一般に、土地と建物とについて同時に抵当権が実行され、土地と建物の所有者が異なることにならないものの、土地の抵当権のみの実行によって、土地と建物の所有者が異なることになると、建物のために法定地上権が成立する。したがって、このような場合も、土地の抵当権の内容は、法定地上権の負担によって縮減しているといえることができるが、縮減した抵当権の内容に相当する価値は建物の所有者に帰属するため、結局、同一人に帰属していることになる。建物滅失によって、法定地上権の負担は消滅し、土地の抵当権の内容は回復する。そして、建物滅失後、建物を再築すると、再築建物のために、法定地上権は成立しないと解するべきである(最判平成9年2月14日民集51巻2号375号。下記「五 補論」参照)。したがって、建物滅失前と、建物再築後とでは、土地の抵当権の内容には、変更があるといえることができる。

(3)滅失した建物の所有者が土地の所有者ではなく土地利用権者である場合

土地の利用権と抵当権の優先劣後の関係には、建物の滅失または建物の再築によって、変更がない。

三 罹災都市借地借家臨時処理法

1 基本的な法律関係

(1)建物が滅失した場合の建物賃貸借関係の帰趨

借家において、賃貸借目的建物が滅失すれば、建物賃貸借関係は終了する。デフォルト・ルールと同じである。

(2)滅失した建物の所有者が土地の所有者である場合

(a)土地所有者の地位

土地所有者は、自ら建物を再築するかどうか、自由を選択することができる。しかし、再築をした場合には、旧借家人の優先借家権の成立の可能性が、再築をしない場合には、旧借家人の優先借地権の成立の可能性がある。その具体的な内容は、以下の通りである。

(b)土地所有者が自ら建物を再築した場合

土地所有者(=建物所有者)は、旧借家人との間で、賃貸借契約を新規に締結するかどうかについて、自由を選択することができない。旧借家人の優先借家権が成立する可能性があるからである(罹災都市借地借家臨時処理法14条)。したがって、第三者との間で、建物賃貸借契約を締結することは、自由にはできない。デフォルト・ルールと異なる。

(c)土地所有者が建物を再築しない場合

土地所有者に対して、旧借家人の優先借地権が成立する可能性がある(罹災都市借地借家臨時処理法2条)。土地の所有者は、第三者に土地を譲渡することができる。しかし、その場合、土地の譲受人である第三者に対して、旧借家人の優先借家権が成立する可能性がある(罹災都市借地借家臨時処理法2条)。したがって、土地の所有者が、第三者に土地を譲渡することは、事実上制約される。デフォルト・ルールと異なる。

(3)建物所有者が土地所有者ではなく土地利用権者である場合

(a)土地の利用に関する法律関係

土地利用権が賃借権または地上権であれば、土地利用に関する法律関係は、賃貸借目的建物の滅失にかかわらず、従前の内容で継続する。デフォルト・ルールと同じである。

(b)土地利用権者の地位

土地利用権者は、自ら建物を再築するかどうか、自由を選択することができる。しかし、再築をした場合には、旧借家人の優先借家権の成立の可能性が、再築をしない場合には、旧借家人の借地権優先譲受権の成立の可能性がある。その具体的な内容は、以下の通りである。

(c)土地利用権者が建物を再築した場合

土地利用権者(=建物所有者)は、旧借家人との間で、賃貸借契約を新規に締結するかどうかについて、自由を選択することができない。旧借家人の優先借家権が成立する可能性があるからである(罹災都市借地借家臨時処理法14条)。したがって、第三者との間で、建物賃貸借契約を締結することは、自由にはできない。デフォルト・

ルールと異なる。

(d) 土地利用権者が建物を再築しない場合

土地利用権者に対して、旧借家人の借地権優先譲受権が成立する可能性がある（罹災都市借地借家臨時処理法3条）。したがって、土地の利用権者が、第三者に土地の利用権を譲渡することは、自由にはできない。デフォルト・ルールと異なる。

2 建物に設定された抵当権をめぐる法律関係

(1) 建物が滅失した場合の建物に設定されていた抵当権の帰趨

建物が滅失すると、建物に設定されていた抵当権は、消滅する。デフォルト・ルールと同じである。

(2) 滅失した建物の所有者が土地の所有者である場合

建物に設定されていた抵当権は、土地とは無関係であったため、建物の滅失によって、土地に関する法律関係に特別の変更は生じない。土地所有者が建物を再築した場合、土地所有者（＝建物所有者）は、その建物に旧抵当権者のために抵当権を設定するかどうか、自由に選択をすることができる。デフォルト・ルールと同じである。

(3) 滅失した建物の所有者が土地所有者ではなく土地利用権者である場合

土地利用権が賃借権である場合は、建物に設定されていた抵当権は、土地利用権にも及んでいたが、建物の滅失により、建物に設定されていた抵当権が消滅した結果、土地利用権は、抵当権の負担から免れる。土地利用権者が建物を再築した場合、土地利用権者（＝建物所有者）は、その建物に旧抵当権者のために抵当権を設定するかどうか、自由に選択をすることができる。デフォルト・ルールと同じである。

3 土地に設定された抵当権をめぐる法律関係

(1) 建物が滅失した場合の土地に設定されていた抵当権の帰趨

建物が滅失しても、土地に設定されていた抵当権は、従前の内容で継続する。ただし、法定地上権に関する問題があり、法定地上権の成否が、抵当権の内容にかかわる。

(2) 滅失した建物の所有者が土地の所有者である場合

土地の上に建物があり、土地と建物の所有者が同一であり、土地にのみ抵当権が設定された場合、抵当権の実行によって、土地と建物の所有者が異なることになると、建物のために法定地上権が成立する（民法388条）。建物滅失によって、法定地上権の負担は消滅し、建物滅失後、建物を再築すると、再築建物のために、滅失建物についての法定地上権と同一内容の法定地上権が成立する（大判昭和10年8月10日民

集14巻17号1549頁)。デフォルト・ルールと同じである。

これに対して、土地上に建物があり、土地と建物の所有者が同一であり、土地と建物に抵当権が設定され、それらが共同抵当である場合、建物滅失後、建物を再築すると、再築建物のために、法定地上権は成立しないと解するべきである(最判平成9年2月14日民集51巻2号375号)。デフォルト・ルールと同じである。

(3)滅失した建物の所有者が土地の所有者ではなく土地利用権者である場合

土地の利用権と抵当権の優先劣後の関係には、建物の滅失または建物の再築によって、変更がない。デフォルト・ルールと同じである。

四 考察

(1)優先借家権について

滅失した建物の所有者が土地の所有者である場合で、土地所有者が自ら建物を再築した場合は、罹災都市借地借家臨時処理法によると、土地所有者(=建物所有者)は、旧借家人との間で、賃貸借契約を新規に締結するかどうかについて、自由に選択することができない。旧借家人の優先借家権が成立する可能性があるからである(罹災都市借地借家臨時処理法14条)。したがって、第三者との間で、建物賃貸借契約を締結することは、自由にはできない。デフォルト・ルールと異なる(二1(2)(b)と三1(2)(b)の比較)

復興の観点からは、介入する必要はないように思われる。借家人保護の観点からは正当化は可能である。しかし、借地借家法を超える介入は合理的かどうか、検討を要するところである。

(2)優先借地権について

滅失した建物の所有者が土地の所有者である場合で、土地所有者が建物を再築しない場合は、罹災都市借地借家臨時処理法によると、土地所有者に対して、旧借家人の優先借地権が成立する可能性がある(2条)。土地の所有者は、第三者に土地を譲渡することができる。しかし、その場合、土地の譲受人である第三者に対して、旧借家人の優先借家権が成立する可能性がある(罹災都市借地借家臨時処理法2条)。したがって、土地の所有者が、第三者に土地を譲渡することは、事実上制約される。デフォルト・ルールと異なる(二1(2)(c)と三1(2)(c)の比較)。

土地の所有者が、建物を再築せずにそのまま土地を更地としておくことを制約する必要があるのかという点、土地の所有者と第三者との自由な取引に介入しなければならないのかという点を考える必要がある。土地所有者が経済的に合理的に行動しない場合を想定するのか、土地所有者が経済的に合理的に行動する場合を想定するのかというポイントもある。さらに、借家人が借地権を取得する契約の締結強制は、土地所有者の不利益が大き過ぎないかという問題が残る。

土地の所有者が、建物を再築せずにそのまま土地を更地としておくことを制約する必要があるのかという点については、たしかに、土地の所有者が、建物を再築せずにそのまま土地を更地としておくことは、地域の復興を阻害することとなると考えることができる。しかし、復興を促進するためには、民間分野と公共分野の両者に、復興促進の仕組みを設けるべきである。民間分野における復興促進の仕組みは、土地所有者が、更地としておかずに、再築または処分するよう誘導するものであり、優先借地権制度は、再築は誘導するが、処分を阻害し、かつ、再築を誘導するものとして、適当かどうか疑問が残る。

土地の所有者と第三者との自由な取引に介入しなければならないのかという点については、たしかに、自由に取引をすると、旧借地人が従来の位置で居住・営業をすることができなくなる可能性があると考えられる。しかし、旧借地人が従来の位置で居住・営業をする利益の現実の内容は、地理的に同一位置における居住・営業の継続か、従来の借家関係に存在した利用と対価である賃料の不均衡の維持が考えられる。仮に前者であれば、隣接地域における居住・営業は、現実的に困難ではなく、同一位置の利益を保護する必要性は小さく、後者であれば、「一定地域内における相当多数の建物の滅失」によって、デフォルトルールを修正する必要性は乏しい。

土地所有者が経済的に合理的に行動しない場合を想定するのか、経済的に合理的に行動する場合を想定するのかというポイントについては、前者の想定は、ミクロレベルでは、現実存在するだろうが、マクロ的には、全体として合理的に行動すると想定できるし、想定すべきである。なんらかの制度的障害によって、マクロ的にも、土地所有者が経済的に合理的に行動しない場合は、その制度的障害自体を問題とすべきである。したがって、後者の想定を前提とすべきであって、その場合には、復興の主体は、旧借家人である必然性はない。

借家人が借地権を取得する契約の締結強制は、土地所有者の不利益が大き過ぎると思われ、したがって、先買権、先借権を借家人に与えるという特別法の基本思想の転換ができないかと考える。

(3)優先借地権が成立した場合において土地の抵当権が実行されたときの法律関係

土地に抵当権が設定されている場合、土地上の借家が滅失した場合の多くは、土地上に建物があり、土地と建物の所有者が同一であり、土地と建物に抵当権が設定され、それらが共同抵当である場合であると考えられる。その場合、建物滅失後、建物を再築すると、再築建物のために、法定地上権は成立しない。デフォルト・ルールと同じである(二3(2)と三3(2)の比較)。

その結果、優先借地権が成立しても、その優先借地権は抵当権の実行により消滅し、しかも、再築建物のために法定地上権は成立しないことになる。したがって、土地に抵当権が設定されている場合の多くについては、旧借家人は、優先借地権の成立を実際には、断念するものと考えられる。そうすると、旧借家人の側において事情が異なら

ないにもかかわらず、土地に抵当権が設定されていない場合は、旧借家人のために優先借地権が成立し、土地に抵当権が設定されている場合は、事実上、旧借家人の他ための優先借地権が成立しないという不均衡が生ずる。このことは、優先借地権というスキームの不合理性を示しているものといえることができる。

五 補論－最高裁平成9年2月14日判決の検討

1 問題の所在

(1)判例は、①Aが土地およびその土地上の旧建物を所有していて、Aが土地にBのために抵当権を設定した後、旧建物が取り壊され新建物が再築されて、右の抵当権が実行された結果、土地と新建物の所有者が異なることになった場合について、新建物の所有者のために、法定地上権の成立を認め(大判昭10・8・10民集14巻17号1549頁。ただし、成立する地上権の内容は、旧建物を基準とする。我妻栄『新訂担保物権法』353頁(昭43)、高木多喜男『担保物権法(新版)』200頁(平5)、川井健『民法概論2(物権)』425頁(平9)も参照)、また、②Aが土地およびその土地上の建物を所有していて、Aが土地と建物にBのために抵当権(共同抵当)を設定し、土地の抵当権か建物の抵当権のいずれか一方のみが実行された結果、土地と建物の所有者が異なることになった場合について、建物所有者のために、法定地上権の成立を認めている(大判明38・9・22民録11輯1197頁。最高裁判決としては、最三小判昭37・9・4民集16巻9号1854頁がある。我妻・前掲363頁、高木・前掲202頁、川井・前掲435頁も参照)。

(2)さらに、判例は、③Aが土地およびその土地上の旧建物を所有していて、Aが土地と旧建物にBのために抵当権(共同抵当)を設定した後、旧建物が取り壊され新建物が再築されて、土地の抵当権が実行された結果、土地と新建物の所有者が異なることになった場合について、「土地及建物カ同一ノ所有者ニ属スル場合ニ於テ其ノ土地及建物ヲ併セテ抵当ト為シタルモ後日土地又ハ建物ノミニ付競売アリタル場合」に三八八条の適用があると(②)、続けて、前掲・大判昭10・8・10を引用しつつ、土地およびその土地上の建物が同一所有者に属する場合に、「土地ノミヲ抵当ト為シタルトキ其ノ上ノ建物カ朽廃ニ因ルニ非スシテ滅失スルコトアルモ抵当権設定者ニ於テ再築ノ上該土地ノ利用ヲ継続スルトキハ土地競売ノ場合ニ付抵当権設定者ハ猶旧建物カ存続シタルト同一内容ノ地上権ヲ設定シタルモノト看做スヘキ」であるとして(①)、新建物の所有者のために、地上権の成立を認めていた(大判昭13・5・25民集17巻12号1200頁)。

(3)本判決は、右の大判昭13・5・25と同様の事案について、地上権の成立を認めなかったものである。

2 本件の事案

(1)Y1(被告、控訴人、上告人)は、本件土地と本件土地上の本件旧建物とを所有し

ていたが、昭和50年7月9日、本件土地と本件旧建物に、抵当権者を訴外Aとする共同根抵当権(本件根抵当権)を設定した。その後、Y1 は、Aの承諾を得て、本件旧建物を取り壊し、Aは、本件土地について更地として担保価値の再評価をし、平成元年から平成3年の間に、四回にわたって根抵当権の極度額を増額変更した。

平成3年11月20日、Y1はY2(被告、控訴人、上告人)に対して、本件土地を賃貸し(本件賃貸借)、賃借権設定仮登記を経由し、平成4年10月16日、Y2 は、本件土地上に、本件新建物を建築した。

他方、同年9月18日、Aの申立てにより、本件根抵当権の実行として、本件土地の差押えが行なわれ、同月30日、AからX(原告、被控訴人、被上告人)に、本件根抵当権とその被担保債権(債務者は、Y1)が譲渡された。

(2)Xが、本件訴えを提起し、Y1 および Y2 に対し、民法395条にもとづき、本件賃貸借の解除を求め、賃借権設定仮登記の抹消登記手続を求めた。これに対し、Yらは、本件土地上の本件新建物のために法定地上権が成立する場合であるから、本件賃貸借は、Xに損害を及ぼすものではないと主張した。第一審判決は、Xの請求を認容し、原判決も、Yらの控訴を棄却した(以上、金法1481号28頁の本判決「コメント」による)。Yらが上告した。本判決は、Yらの上告を棄却した。

3 本判決の内容

「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しないと解するのが相当である。」

「これを本件について見ると、原審が適法に確定したところによれば、Y1 は、Xに対し、Y1 所有の本件土地及び地上の本件旧建物に共同根抵当権を設定したところ、その後、旧建物は取り壊され、本件土地を賃借した Y2 が本件土地上に本件新建物を建築したというのであるから、本件新建物のために法定地上権が成立しないことは明らかである。のみならず、本件旧建物が取り壊された後、Y1 及びXは、本件土地を更地として四度にわたって再評価をして被担保債権の極度額を変更してきたから、新建物のために法定地上権の設定があったとする当事者の意思を推定することができず、したがって、その後に Y2 が Y1 から本件土地を賃借して建築した本件新建物のために法定地上権の成立を認めるべきものではない」。

4 本判決が法定地上権の成立を否定した法律構成

(1)本判決は、所有者が土地とその土地上の旧建物に共同抵当権を設定した後、旧建物が取り壊され、右土地上に新建物が建築された場合には、原則として、新建物のための法定地上権は成立しないと、ただし、例外として、新建物の所有者が土地の

所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた場合のような特段の事情がある場合は、法定地上権は成立するという見解を示した。そして、本判決は、本件事案について、例外にあたる特段の事情を認めず、さらに、本件土地を更地として四度にわたって再評価をして被担保債権の極度額を変更してきた事情にもとづいて、新建物のために法定地上権の設定があったとする当事者の意思を推定することができないと判断しつつ、原則通り、新建物のための法定地上権は成立しないという結論を導いたものである(本件事案では、新建物の所有者が土地の所有者と異なるが、仮に新建物の所有者が土地の所有者と同一であっても、新建物についての土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定という要件がみたされない限り、原則通りとなる)。

(2)本件事案について、このような結論を導く法律構成としては、以下のように、複数のものを考えることができる。第一は、建物再築の場合の法定地上権の成立を否定する方法(①の変更)、第二は、共同抵当の場合の法定地上権の成立を否定する方法(②の変更)、第三は、建物再築の場合の法定地上権の成立と、共同抵当の場合の法定地上権の成立は否定せず、共同抵当で建物再築の場合に限って、法定地上権の成立を否定する方法(①②は維持し、③のみを変更する)、第四は、共同抵当で建物再築の場合の法定地上権の成立を原則として否定せず、濫用と認められる一定の場合、例外として、法定地上権の成立を否定する方法(原則として③を維持し、例外を設ける)である(この点については、山本和彦「法定地上権の濫用について」民事研修403号19頁(平2)を参考にした)。

本判決は、判決理由の中で、建物再築の場合について、①を維持すること、および、共同抵当で建物再築がない場合について、前掲・最判昭37・9・4を引用しつつ、②を維持することを明らかにしたうえで、共同抵当で建物再築の場合について、原則として法定地上権の成立を否定した。したがって、本判決が、前掲・大判昭13・5・25(③)を、本判決と抵触する限度で変更すべきであると述べているのは、本判決が、右の第三の方法を採ったという趣旨と、理解すべきであろう。

5 本判決と最近の東京地裁の考え方との関係

(1)最近の東京地裁(第21部)では、従来の判例(前掲・大判昭13・5・25)と抵触する考え方が示されていた(浅生重機＝今井隆一「建物の建替えと法定地上権」金法1326号7－8頁(平4)参照)。

すなわち、共同抵当で建物再築の場合に、抵当権者の申立てにもとづき開始された土地の競売の売却条件を定める物件明細書において、土地には「売却により設定されたものとみなされる地上権」はないとしたものがある(東京地裁執行処分平4・6・8金法1324号36頁)。その理由は、「土地及びその上に存在する建物(旧建物)について、共同抵当権の設定を受けた者がいる場合に、その後旧建物が滅失して同じ土

地上に新たな建物(新建物)が建築された場合、旧建物に法定地上権が成立する要件があったときでも、その法定地上権は新建物には成立せず、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定登記を受けたとき、または土地の抵当権者がそのような抵当権の設定を受ける権利を放棄したときには、新建物についての法定地上権が成立する」というものである。

さらに、共同抵当で建物再築の場合に、抵当権者の申立てにもとづき競売が開始された後、抵当権者の申立てにもとづいて、新建物について、民法389条による一括競売開始決定をしたものがある(東京地決平5・1・18金法1352号77頁)。その理由は、「抵当権設定者が土地との共同担保の対象であった旧建物を競売の前に取り壊し、その後新建物を再築した場合」には、「抵当権者が土地と同順位の共同抵当権の設定登記を受けたときや、抵当権者がそのような抵当権の設定を受ける利益を放棄したときを除き、法定地上権は成立しない」というものである。右の執行処分と共通する考え方である。

(2)共同抵当で建物再築の場合には、原則として、法定地上権の成立は否定され、例外的に、法定地上権が成立する場合があるとする東京地裁の考え方の基本的な枠組みは、本判決の見解と一致する。また、東京地裁の考え方によれば、例外にあたる新建物の所有者と土地の所有者が同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた場合を、本判決は、法定地上権が成立しうる特段の事情の具体例として挙げている。

したがって、本判決は、右のような東京地裁の考え方を、基本的に支持したものと位置づけることができる。

(3)それとともに、従来の判例を踏襲しつつも、建物の再築者がする法定地上権の主張が信義則に反し許されないかどうかを判断すべきであるとする考え方(東京地判平5・10・27金法1378号137頁(第24部)参照)を、本判決は、しりぞけたものであるといえることができる。

また、土地とその土地上の建物に共同抵当権が設定され、土地と建物についての抵当権の実行手続中に、建物が滅失し、土地所有者が建物を再築しようとした場合に、抵当権者の申立てにもとづいて、売却のための保全処分(民事執行法55条1項)として、再築の禁止を命じたもの(東京地決平4・3・10金法1320号72頁(第21部))がある。差押前に再築された場合には、法定地上権の成立を認めつつも、差押後に再築された場合には、差押の処分禁止効により法定地上権は成立しないという考え方にもとづくが、本判決の見解にしたがえば、差押の処分禁止効を援用する必要がなくなることになる。

6 法定地上権の成立を否定する理由

(1)本判決は、共同抵当で建物再築の場合について、原則として法定地上権の成立

を否定する理由として、次のように述べている。「土地及び地上建物の共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思であり、抵当権が設定されない新建物のために法定地上権の成立を認めるとすれば、抵当権者は、当初は土地全体の価値を把握していたのに、その担保価値が法定地上権の価額相当の価値だけ減少した土地の価値に限定されることになって、不測の損害を被る結果になり、抵当権当事者の合理的な意思に反するからである。なお、このように解すると、建物を保護するという公益的要請に反する結果となることもあり得るが、抵当権設定当事者の合理的意思に反してまでも、右公益的要請を重視すべきであるとはいえない」。

この要点は、第一に、土地とその土地上の建物の共同抵当の場合、抵当権者は土地と建物の全体の担保価値を把握していること、第二に、その場合、抵当権設定者（土地と建物の所有者）と抵当権者の合理的な意思は、旧建物取壊し後は更地としての土地の担保価値を把握しようとするものであること、第三に、したがって、新建物が再築され、新建物に抵当権が設定されない場合に、新建物のための法定地上権が成立するとすると、抵当権者は不測の損害を被り、抵当権当事者の合理的な意思に反することになることにある（第二と第三は、前掲・東京地裁執行処分平4・6・8および前掲・東京地決平5・1・18においても、述べられていた）。

(2)土地のみに抵当権を設定した場合、旧建物がある段階（Ⅰ）では、土地の抵当権は底地の価値（更地としての価値から法定地上権の価値を差し引いたもの）を担保として把握している。旧建物取壊しの段階（Ⅱ）では、土地の抵当権は更地としての価値を担保として把握する。新建物再築の段階（Ⅲ）では、土地の抵当権が、底地の価値のみを把握する。したがって、Ⅲ段階では、Ⅰ段階と同一の状態となる。

これに対し、共同抵当の場合、旧建物がある段階（Ⅰ）では、土地の抵当権は底地の価値を、建物の抵当権は建物と法定地上権の価値を、担保として把握している。旧建物取壊しの段階（Ⅱ）では、土地の抵当権は更地としての価値を担保として把握する。そして、新建物再築の段階（Ⅲ）で、土地の抵当権が、底地の価値のみを把握するとの考え方（従来の判例）と、更地としての価値を把握するとの考え方（本判決）とに分れることになる。

たしかに、土地の抵当権が把握している価値に着目すると、共同抵当の場合も、Ⅲ段階がⅠ段階と同一の状態となる点で、底地の価値のみを把握するとの考え方が、土地のみに抵当権を設定した場合の規律と整合的である（Ⅲ段階ではⅠ段階の「状態に復元する」ため、Ⅱ段階は「暫定的な状態」であったとする高木多喜男「共同抵当における最近の諸問題」金法1349号14頁（平5）参照）。しかし、共同抵当の場合は、抵当権者がどのような価値を把握しているかが重要である。そこで、抵当権者が

把握している価値に着目すると、共同抵当の場合は、Ⅰ段階では、土地の抵当権と建物の抵当権とを併せて、更地としての価値を把握しているため、Ⅲ段階でも、更地としての価値を把握するとの考え方が、土地のみ抵当権を設定した場合の規律と整合的である。したがって、本判決の見解は、妥当なものというべきであり、また、本判決が述べる理由のなかでは、「土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握している」ことこそ、強調されなければならないと考える。

以上