

## 罹災都市借地借家臨時処理法改正研究会 第3回 議事要旨

1. 日 時 平成23年12月28日（水） 自 13時30分  
至 17時00分

2. 場 所 社団法人商事法務研究会会議室

3. 議事概要

(1) 研究会資料2

ア 成立する権利

優先借家請求により成立する法律関係について、現行法のように、目的物も賃料も定まっていない段階で賃貸借契約が成立すると考えることは困難ではないかという意見が出された。

その上で、請求の始期について、建物の完成前に請求を認めるものとする甲案や乙案を採用する場合には、①法が認めた特殊な賃貸借関係が成立すると考える見解（特殊賃貸借関係説）と②優先借家請求後、建物が建てられた場合には、先借権のような関係が成立すると考える見解（先借権関係説）が出された。

また、請求の始期について、建物の完成以後に請求を認めるものとする丙案を採用する場合には、特殊賃貸借関係説や先借権関係説のような特別な法律関係を検討するまでの必要は無く、基本的には通常の賃貸借契約と同様に考えられるのではなかとの意見が出された。

この点に関する討議の要旨は、以下のとおり。

○ 現行法における根本的な問題として、優先借家権が行使されると、行使した者とされた相手方との間にどのような法律関係が成立するのかということがよく分からない。建物が建っていない段階で優先借家権が行使される場合が典型であるが、建物が建った後であっても同様の問題がある。

現行法の解釈としては、建物の完成と借家条件の設定を停止条件とする賃貸借契約が成立するなどと説明されているが、さほど説得力のある議論が展開されてきたものではないと思う。賃料と目的物は建物の賃貸借契約の要素であって、民法第601条の冒頭規定が求めている事柄であるから、これらが決まっていなくてもかかわらず停止条件付きの賃貸借契約が成立するというのは、たとえ話をすれば、代金と目的物が決まることを停止条件とした売買契約というのと同じように考え難い。

したがって、優先借家権の制度を存置するのであれば、この問題について整理しておく必要がある。

- 悩ましい問題だ。目的物も賃料も決定されていないにもかかわらず賃貸借契約が成立していると考えることが可能かということだが、立法によって特別の賃貸借を成立させたものであるという以上に、適切な説明はできないのではないか。
- ニックネームをつけて議論をしやすくすると、法が特別に認める特殊な賃貸借ということで、特殊賃貸借関係説というところか。
- 特殊賃貸借関係説によると、損害賠償や仮処分はどうなるのか。
- 特殊賃貸借関係説を採ったからといって、当然に結論が変わるわけではないが、基本的には賃貸借の法制一般と同様に考えるということになる。
- 例えば、建物を故意に築造しなかったり、築造を困難にする行為がされたりした場合には損害賠償請求権が発生するし、築造を困難にする行為がされようとする場合には差止請求権が発生することもあるということか。
- その場合の損害とは何か。慰謝料などの精神的な損害か。
- 基本的には想定できない。慰謝料などのレベルではないか。
- そうすると、かなり重い権利ということになりそう。現行法の構成を維持するかどうかは分からないが、仮に維持するものとする、優先借家の申出がされ、これに対し、承諾し又は承諾したものとみなされた場合には、特殊な賃貸借関係が始まり、それに基づく義務の拘束を受ける。土地を売却処分し、あるいは、建物を建てないでいると、どの程度の賠償が認められるかは別として、場合によっては、損害賠償責任が生じ得、建てないで放置することは許されないということか。
- 特殊賃貸借関係説による場合、極論を言えば建物を建てればよく、家族がいる人に対してワンルームであっても良いのか。従前の賃借人が望まない建物が建てられた場合でも契約が成立し、賃料請求権が発生するのか。賃料を支払わなければ債務不履行ということになるのか。
- 再考する余地が出てきたと思う。通常の建物を建てた場合には従前の賃借人のニーズに合わなくとも債務不履行にはならないだろうが、あえて賃借人の状況を分かりつつワンルームを建てたというような著しい義務違反であれば、賃貸人側が債務不履行責任を負うということになるのではないか。
- 従前の賃借人に家族がいることは分かっていたために3LDKの家を建てたが、

賃料は20万円となるような場合について、従前の賃借人がそのような高額な賃料では支払えないというときにはどうするのか。

- 私は、建物が建ったときに、賃借人から当該建物を貸すよう請求があった場合には断ることはできないというのが、優先借家権のこれから考えるべき中身にすべきだと考える。今後も不動産経営を続けたいと考えるような場合には、従前の借家人の希望、意向、予定等を聞くこともあるだろうが、建物を建てるかどうか、どのような建物を建てるかについては、完全に従前の賃貸人の自由と考えるべきではないか。したがって、仮に早い段階から優先借家請求を認めるものとする場合には、その段階で建物の賃貸借契約が成立するのではなく、建物が建った後にもう一度申出が必要と考えるべきであり、その場合に他の者に貸した場合には債務不履行になると考えるべきではないか。
- 先借権のようなものか。
- そうかもしれないが、そうすると先借権とは何なのかという議論をしなければならぬ。
- 優先借家請求をして、拒絶の正当事由が認められないと契約が成立するとするならば、この契約は、先借権を発生させる契約ということになるだろう。そうであれば無名契約かもしれない。
- 先借権のようなものと考えれば、建物が建つまでは給付請求権や差止請求権は実体上存在しないし、それらを保全するための仮処分をすることも考えられないということになる。
- なぜ先借権を発生させるために契約を成立させなければならないのか。最初から法律で先借権を与えればよいとも考えられることを指摘したい。
- それは正当事由が認められるかどうかについて、従前の賃貸人と賃借人との間でコミュニケーションをとる基盤として必然的に契約である必要はないが、何かがあった方がよいからではないか。
- 建物が建つ前から交渉をすべき強い要請があるとそうだが、建物が建つまでは事実上の交渉で足りるとするならば、先借権を発生させるための契約というのは回りくどい気がする。
- 先借権契約とはいわずに、先借権関係説といえは良いのではないか。特殊賃貸借関係説と先借権関係説では、効果の面でも違いが出てきそう。特殊賃貸借関係説によれば、建物が建つ前に損害賠償責任が生じることは無いということにな

るし、保全処分も考えられない。先借権関係説では、損害賠償責任が生じる余地があり、保全処分も可能ということになりそうだ。

- 先借権関係説を採った場合、優先借家請求をし、拒絶の正当事由が認められないこととなって、先借権を有する地位が確定した賃借人は、建物完成後にもう一度申込みか何かをする必要があるのか。また、その申込みの際には、再度、正当事由が必要となるのか。
- 先借権発生後は、正当事由等の実体要件無く、当然に成立するというものになると思う。
- そうすると、最初の申出の段階では、どのような建物が建つか分からない状態で正当事由判断がされることになるが、完成した建物のどこに入居することができるかという交渉はどうするのか。部屋は、先借権を持っている地位にある者が自由に指定することができ、賃貸人側は拒むことができないということか。
- 先借権関係説は、建物が建つ前の状況を明確に説明したことについて意義があるが、建物が建った後どうなるのかという問題についてはもう少し検討する必要がある。建物が建ったと同時に当然に賃貸借契約が成立すると考えれば、使用収益させる義務と賃料を支払う義務が自動的に発生して、賃料を支払わなければ債務不履行になるが、そうではなくて、建物完成後にもう一度賃借人が意思表示をしたときにそこから賃貸借が成立するのかについては、委員も、もう少し考えたいということではないか。この理解に立った場合には、建物完成後の法律関係を立法でどうしていくかということについて論点が1つ増えるのだろう。
- 契約の内容は、当事者が決めなければ非訟手続で決めるのではないか。先借権という形成権を行使した後に行うことだろう。
- 建物の完成後に、先借権を行使した場合、賃貸借契約の内容は、当事者の協議によることとなり、協議が調わなければ非訟手続で決めるということか。
- 集合建物が建ったときについては、形式的には債務不履行になるが、他の優先借家人に貸すということであれば、帰責事由が無いということになるだろうか。誰に貸すかということは、貸主が決めてもいいような気がするが、なお検討する必要がある。
- 歴史的な経過からすると、先借権関係説のようなスキームではなかったかと思う。阪神・淡路大震災当時の申出は、非常に乱暴なもので、建物が建たなければ優先借地権を行使し、建った場合には優先借家権を行使するという内容証明を多

数出していた。そのような段階で賃貸借契約が成立することとするとよく分からないことになる。もし当時の意思表示を正当化するのであれば、先借権的な効果しかなく、法定の優先権の宣言のようなものでしかなかったと思う。実例は把握していないが、例えば、仮処分をした場合に、被保全権利が無いとして却下されても当時は異論は無かったのではないかと想像する。債務不履行等の関係でいうと、元々の申出が曖昧であったこともあり、地主がどのような処分をするかは自由であり、建物を建てなかったから制裁を加えられる、損害賠償責任が発生するということは夢にも思わないだろうし、その程度の申出しか借家人側はしていない。

- 議論の見取り図としては、法的な性質としては、特殊賃貸借関係説は、特殊な賃貸借契約の本体が成立したとする指向性を持っているし、先借権関係説は、契約というよりも、貸すことを求める法的な地位を与えているという対比があった。また、効果の面で、先借権関係説は悪い意味ではなく弱い優先借家権の効果を考えているし、特殊賃貸借関係説は、それに比べれば強い優先借家権の効果を考えているように感じる。
- いずれの説を採用するにせよ、今後の立法に当たっては、損害賠償責任の問題等について、解釈に任せるのではなく、明確化することが良いかもしれない。
- 先取的になるが、請求の始期について建物完成後に請求を認めるということとする場合には、今のような特殊な考え方というのは必ずしも必要ないのではないかと考えられる。ただ、割当てなどの複雑な問題もあるので、普通の賃貸借と完全に同じに考えて良いかは自信が無いところもある。恐らく請求の始期について建物完成後とする考え方は、他の説と比べてある程度理論的に明確であるということも踏まえてそのような考え方を採っているのではないかと考えている。

#### イ 表・新しい優先借家権制度の考え方の例

権利内容を明確にする等の観点からモデルEを推す意見と、建物が完成する前の時点から請求を認めるべきである等の観点からモデルA等を推す意見とがあった。現時点ではいずれかに決することは困難であり、モデルE及びモデルAその他として、なお検討していくこととなった。この点に関する討議の要旨は、以下のとおり。

- これに制約される趣旨ではないということは十分に理解したつもりであるが、他方で、あり得る5つを提示して頂いたものだと思う。対抗力に着目すると、Eだけが甲案で、それ以外は乙案となっている。特別の対抗力を与えようとする

この一つにレンジが狭まるということか。

- 対抗力の特例を設けるべきという委員の考えは、Eのような考えではないかと推測した。請求の始期について甲案を採用した上で、対抗力についても甲案を採用するということもあり得ないわけではないと思うが、対抗力の特例まで認める以上は、客観的に明確な基準が必要ではないか。
- 基本的に私はEが良いのではないかと考えている。その趣旨は、優先借家権を現代的に考えるとき、自己の所有物を他者に賃貸に出していた者が、不測の事態で賃貸借契約が終了したという場合に、たまたま同じように賃貸できる建物を建てたのであれば、従前の賃借人との間で何らかの交渉があつてしかるべきであると思う。ある種の再交渉義務のような信義則上の義務が家主側にあるのではないか。他方で、この義務の外延を曖昧にすべきではなく、目鼻立ちのはっきりした権利にしたいということも言ってきた。建物がたまたま建った場合には、従前の賃借人に連絡をして優先借家権の行使をするか申出をせまる。そのような限定された場合においては、対抗力の特例を設けてもいいのではないか。そうすると射程はあまり広くない権利であるが、そういう形ではっきりした権利を作っていくことが良いのではないか。

幾つか補足だが、問題点として指摘されている賃貸募集をかけることが困難というのは、賃貸募集をかけてはいけないにもかかわらず賃貸募集をかけた賃貸人が悪いということではないか。新しい借家人なり新所有者との間で債権的な賠償関係が生じるのは家主が対応するべきであるし、それが嫌であれば、賃貸募集をかけないということを命じている制度ではないかと思う。その上で、恐らく一番問題になるのは、どれか一つに部屋を特定しなければならないけれども、一つには決められないようなケースであり、テクニカルに難しいと思う。この点について法技術的にどのような対応が可能なのかという点については、もう少し議論していただきたいが、私は、優先借家権の現代的形態としてはEが良いのではないかと考えている。

- 冒頭の議論において違和感があつたので確認をしたい。建物が完成したときに請求を認めるとした上で、その前に何らかの法律関係がなければならぬという前提があつたように思うが、請求によって優先借家権が成立した時点で賃貸借契約が成立し、それまでは法律的には何らの関係も無いという選択もあり得るように思う。先借権のような技巧的な構成を組み込むことの狙いが分からない。

- 請求の始期について丙案を採用した場合には、本日の冒頭の議論は必要無くなるだろう。
- 更に補足するならば、請求の始期について丙案を採用し、部屋の特定期も必要として、更に予備的請求を許さないこととすれば、よりクリアになるのではないか。予備的請求を許すこととすると、どの部分について賃貸借が成立したか分からないという権利の曖昧性が残ることになるだろう。
- 予備的請求を許さないというのは理論的にはあり得るが、実際上は困難ではないか。
- 優先借家権の申出をし、承諾可能期間が過ぎたときに、形成力を認めるということも議論されていた。予備的請求を認めることとすると、どのような権利関係になるのかがよく分からない。
- Eを採ると、先借権という必要性は相当程度低減して、最初から賃貸借契約が成立する。ただ、賃料その他の目的物以外の条件、契約内容については改めて協議をする必要があり、協議が調わなければ非訟で決めることとなろうか。
- Eを採った場合には、特殊な賃貸借という必要はなく、普通の賃貸借なのではないか。
- 非訟手続によって補われるというところでは特殊性はあるかもしれない。
- 土地の所有者としては、土地をどのように利用しようかと考えたときに、建物を建てるとすればどのくらいの人が優先借家権を行使するかを把握する必要がある。Eでは事実上自分で調査するというところで割り切るという理解でよいか。
- 割り切るという理解になるのではないか。割り切ることができないと考える人はE以外のモデルを選択するのではないか。
- 私もEで良いのではないかと考えてきた。ただ、Eの場合、請求の終期はいつか。請求前までに別の人に建物を貸した場合には請求ができなくなるのか。
- そこが心配であるとするれば、Eの※にあるような対抗力を認めるということになるのではないか。Eの※を採ることはあり得ない考えであると思うが、どうしても先に募集をかけて入った者に対しても優先借家権を勝たせたいということであれば、究極的にはEの※のように考えることになる。ただ、Eを採る委員もこれには消極であったと思う。
- 完成時から請求できるとすると完成までずっと見ていなければいけないことになるのか。

- それはEの特色であり、この点に致命的な問題があると考えられる場合には、別のモデルを採ることとなる。
- 私は、建物完成前に賃貸借契約が成立するような構成は避けたいと考えていたので、Eでも構わない。ただ、Eを採った場合でも、一般法で優先する借家人が出てくる可能性がある。そうすると、締約強制で成立した優先借家権は債務不履行になるということか。
- 空いているところにだけ請求できるという考え方もあり得る。
- Eを採った場合には債務不履行になるのではないか。債務不履行にするからこそEを採る委員もいるのではないか。
- 二つの債権関係が併存して、確かに即日引渡しの方が勝つことになるが、従前の賃借人も優先借家権が認められなかったというものではないので、債務不履行になる。それが嫌であれば即日引渡しなどしないようにという制度なのだろうと思う。
- Eは、建物の完成以後に請求ができることに違和感がある。実際に住んでいた土地を離れていることも多いと思う。大きな集合住宅であれば別だが、ある程度コンパクトな一軒家等であれば、数か月あれば建つだろう。建物が完成する時期を把握するために、2週間あるいは月に1回見に行けというのは違和感がある。ただ、今までの議論を聞いていると、請求の始期について甲案や乙案を採ると、建物が建つ前の権利関係について明確な説明ができない。Eに積極的に賛成することには違和感があるが、他方で、他のモデルを採りつつ論理的な説明ができるわけではないので、議論の終着点としては、最終的にEとなってもやむを得ないと思う。実務上、本当に戻りたい人に対しては、現地を見て従前の賃貸人と連絡すべきだということを周知徹底するしかないことかもしれない。
- 他の者に貸した後に優先借家請求をした場合であっても、債務不履行責任が生じるということであれば、それを嫌って家主が従前の賃借人に対して交渉をすることになるだろう。このように考えられれば、従前の賃借人が現地を離れている場合の問題点は、多少はクリアできるかもしれない。
- 私は、対抗力を優先借家権の設定時から認めるとするのは物権の秩序からいって、一番問題があるという気がする。催告に応じた人に対して損害賠償請求というくらいはあるかもしれないが。現地を離れた者についての対応だけのために対抗力の特例を認めるとするのは大ナタを振るいすぎるように思う。



- 私は、定見はないが、建物完成の前に請求するというニーズが現場ではあるのではないかとということであったので、そうであれば、あえて建物完成以後に限る意味があるのか。現場でそれが必要であるとすれば、それでもいいのではないか。理論的にAが困難というのは、Aを採ると、損害賠償請求権が発生するか否かという問題に直面するが、そこに問題があるということか。構成はどうとでもなるのではないか。債務不履行責任が生じることが良くないというお考えか。
- 確かに、構成のところで論理が乗り越えられないというのは問題とはならないのではないか。現行法について十分な説明となっておらず、整理がされていないというのが問題であり、特殊賃貸関係説や先借権関係説のように法律に書き込むのであれば、その点は致命傷にはならないのではないか。
- 条文上明示すれば明確にはなるが、どういうものをどうやって条文上明示するかというところが難しい。
- 私は、損害賠償については、そもそも建物再築請求権がない以上は、そういう利益は保護されないという前提に立っているので、損害賠償が認められるはずはなく、精神的損害賠償くらいかと思っている。モデルのAについて、精神的損害賠償を認めることも問題があるので、モデルのEを採るべきということになるのか。この点がそこまで重要なポイントなのかと思う。
- 私も元々Aであったが、Eでも良いとも言った。しかし、実際に建物を建てる場合には、建築開始の時点でどのような建物となるかは決まっていて、不動産会社で募集をかけることになる。引渡しは完成後に行われるものの、賃貸借契約自体は建物完成前に成立するという方が普通だ。そうすると、Eまで時期をずらさなくても、Cでも十分現実的にはあり得ると思う。Aの場合の先借権という話があったが、曖昧であり、建物も無いのに空中戦のようになってしまっているのではないか。
- Eを採ると、不動産会社に行けば半年前から入居募集があるにもかかわらず、完成まで請求ができないというのは違和感がある。
- 私は、Eが非常に分かりやすく良いと思っているが、Eを採ると建物が建つ前に賃貸募集をかける必要性がどのくらいあるのかという問題や、政令が施行されたことにより優先的な権利があると思った賃借人の期待や早期安心感はどうなるのかといった問題が気にかかる。建物が建てられるまでは居住先を探さずに待つことになるのかといった、ニーズ的なものがどのくらいあるものなのか分か

らない。A等のモデルは論理的に詰められていないという意見もあったが、こういう権利にすると決めれば何とか論理は付くのではないかと思っているところもある。構成的にはEが良いと思うし、裁判をするときにもクリアであるとは思いますが、現実に裁判において様々な事情を考えようとしたときに、現時点においてEに固めてしまってよいのかについては迷っている。

- 恐らくEを採るとするのは、建物が完成するまでは新しい優先借家権の性格が不確かであるので、いっそのこと、建物の完成後に請求できるようにするという考えではないかと思う。実態を検討すると、賃貸人の募集が建物の完成前に始まり、かつ、優先という言葉の意味が、一般の方との競合において優先するというものだとする、建物完成以後に遅らせてしまうというのは優先という趣旨からすると外れてしまうという気がした。

また、請求の始期の乙案というのは現実として採りづらいのではないか。建築を開始するところを捉えるというのは請求を行う側からすれば難しい。常にウォッチしていなければいけない。そうすると、遡って政令施行後ということになる。そういう意味ではEに固めるというよりはAという余地も残して良いように思う。

- 今日あまり議論はなかったが、請求の始期についての乙案は、民法学者や法律家からするとあり得るように思えてしまうが、実態を考えると要件として曖昧であるように思う。これが法制としてワークするのかということについては心配なところがある。
- 誤解されているような気もすることから一言だけいいたい。モデルのEは、建物完成までに事実上の交渉があってはいけないということは言うておらず、それが円滑に進むように、将来どのような権利が成り立ち得るかを明確にしておくことによって、当事者の自主的な交渉のインセンティブになるのではないかという発想である。

#### ウ 優先借家権の存廃について

現代においては仮設住宅や公営住宅等の制度が整備されており、活用される場面は限定されると考えられるものの、なお優先借家権には意義があるものとして存続を推す意見と、ニーズが少ない一方で現時点での議論はそのようなニーズを超えた広範囲な議論となっているように思われること、不当な金銭授受の材料となり得るといったデメリットもあることなどから廃止も検討すべきであるとする意見との両論が出された。この点に関する討議の概要は、以下のとおり。

- 私は存続を主張する。理論的な問題点等については、研究会資料に記載された点にさほど異論はない。ただ、阪神・淡路大震災において使えなかった理由として、もう少しワークするような使いやすい仕組みは考えられないかという声はあっても、この権利が不要だからとは余り語られていなかったと思う。現実にもその後どうなったかという研究はされていないものの、従前の賃借人が保護されており、元の場所に戻ることができるということが、罹災都市法が適用されたときに喜ばれた一番の理由であった。公営住宅や仮設住宅が必要なこともそのとおりであるが、一方で万能ではないと思う。実際に、現在、東北において敷地が見当たらずに、なかなか公営住宅・仮設住宅が建っていない。もし津波の被害で無かったならば、元に戻って生活したいと考える方々はいたはずで、例えば、東京を中心とする市街地が過密したところでは元に戻りたいという気持ちは強いだろうと想像する。そのときに私法上、何の手当てもないというのはどうなのか。優先借家権の抱える諸問題は色々な新しい仕組み、要件の組み替えで何とかかなると思う。全く無くしてしまうというのは極論ではないか。
- 私は、若い人の住居というよりは、商店街などでメリットがあるのではないかと思う。比較的復興が早い地域において、特に商店街などにおいては復興の鍵を握ると思っている。ただ、実際問題として、中越地震などにおいてどこまでニーズがあったかというところ、そもそも賃貸物件があまり無かったのではないかとこのところがある。ニーズが無いために、かえって問題となるという問題点も確かにある。したがって、私は、権利は権利として残しつつ、今回の東日本大震災のように、適用するか否かは、被災地がどこにあるのかも踏まえて、場合によっては適用する余地を残しておくという立場である。
- どういう権利とするかについて明確な意見はないが、廃止しなくてもよいのではないかと思う。集合賃貸建物の割当て問題について困難な問題があるが、それなりの意味もある制度ではないかと思う。
- 今までの議論においては、従前の建物が事業用建物であったとしても、従前の賃貸人は、事業用の建物を建てる義務はないし、レイアウトなども、賃借人のニーズに合わせるような義務もないということであった。そうであれば、商店街を復活させるために、優先借家権を認める実益がどの程度あるのか疑問がある。
- 私は、この優先借家権を存続させるとしても恩恵的なものであると思っている。元の場所に従前の賃貸人が建物を建ててくれて、ちょうどそこに入りたいと

いう条件が合ったときに、他の人よりも優先して入ることができる権利であると思う。従前の賃貸人の側に従前と同じような建物を建てろというまでの義務は課せない。ニーズにあったようなものが建てられ、従前の賃借人が希望するのであれば、優先して入ることができるというくらいのことは認めた方が、地域全体の活性化に資するし、従前の賃貸人に対する制約としても許容できるのではないかとというくらいのニュアンスでこの権利を捉えている。ただ、そうするとなぜ廃止ではいけないのかということにはなる。

- 私も、積極的にこれがなければ復興が成り立たないというものではなく、選択肢の一つとして残すことでどうかと思う。確かに当初の立法から比べると時代が変わってきているので、公的な住宅その他で賄えるのが大部分であるとは思いますが、それに漏れる部分、あるいは、うまい具合に賃貸人と賃借人とのニーズが合致する場合、賃貸人の側でも従前のように借地経営をしたいというときに、一つの選択肢として残す方が良いのではないか。こういう制度がなければ交渉ができないわけではないが、あった方がそういった交渉を促進するだろう。今日においては、国あるいは地方公共団体が積極的に災害復興を推し進めていくのだろうが、せつかくこういう制度があるのだから、直ちに今後はこの制度を廃止するという必要はないのではないか。優先借家権制度をうまく育てることができれば、活用される場面は少ないかもしれないが、復興に一面では資する制度といえるように思う。
- 廃止論にも片足を置いているということを示し上げたい。商店街等には、実質的なニーズはあるとも思う。また、これまでは政令が施行されなければ権利は与えられないものの、大災害があれば権利が与えられていたところが、廃止をすると権利を取り上げてしまうことになり、もう片足が廃止論に乗らないところである。

ただ、現在の議論においては、優先借家権制度の対象を事業用の建物には限っておらず、居住用も含むこととして議論をしてきている。実質的な要請と今考えているものでは、随分広い網をかけているような印象を持つ。もう一つは、阪神・淡路大震災のときに和解金、示談金の支払いが相当広範囲に行われたという指摘があり、それは私権である以上起こり得るものではあるが、やはりその前提となっている法制度に不具合があるのではないかと思う。色々な事情の変化、違いはあるけれども、阪神・淡路大震災の規模をしのぐ関東大震災以来の大規模な

震災があったが、東日本大震災には罹災都市法を適用しなかったという判断があり、政府の判断が非難されているのではなく、広く受け入れられている。このことは廃止論を考える際に積極的な要因として考えるべきではないかと思う。大震災が起きる前にこのことを議論した際には、廃止論には踏み込まないように終わったと思うが、従前の賃貸借関係を基礎として新しい賃貸借関係を作ろうというのは借地権であれ借家権であれ、相当例外的である。なぜ大規模災害ではそれが可能で、一戸だけいん石が落ちてきた場合や、竜巻で潰れた場合にはそうでないのかが私としては理解ができない。被災地の復興に役に立つということが重要なポイントであり、ピンポイントの需要があることはそのとおりだが、現在の議論の対象はなかなかそうになっていない。

- 今回の震災の被災地においては借家は少ない。今回の震災で政令が指定されていないかどうかということは余り参考にならないのではないか。むしろ、東京等の大都市で同じような災害が生じた場合に、阪神・淡路大震災と同じような震災が起きたときにどうかという議論をすべきだ。

仮設住宅や公営住宅、復興公営住宅が整備されたことはそのとおりであり、非常に重要な成果だと思う。しかし、従前の敷地自体に戻れなくとも従前の地域に戻ることができれば良いという議論もしているが、その地域に復興公営住宅が建てる敷地が本当に用意されているのかどうか疑問がある。数として復興公営住宅が建ってその人たちを処遇できるというレベルではこの議論にはそのまま適用できないのではないかと思う。

- 今般の被災地は、いずれも借家率がおおむね1割あるかどうか、多くて2割という自治体であった。自治体の方に聞いても、まず、ほとんど借地人や借家人がいないというところから話が始まった。今回の例が今後普遍性があるかという点と必ずしもそうでないと思う。しかも、今回は津波被害であったために現地に戻れないというかえって極めて特殊なケースであったことは申し上げなければならない。阪神・淡路大震災は、神戸も西宮も借家率が50パーセント近くであったので、今回のケースとは異なる。

この法律自体は、住宅であろうが営業用であろうが適用されるということは申し上げつつも、この制度が適用される時、まずは自治体の方が考えるのは住まいである。そうしたときに、まず住民を一日も野ざらしにできないというのがあって、避難所を確保し、仮設住宅を作り、更に公営住宅となるので、なかなか自

力救済、現地再建という方に考えが及ばなかったというのは一方であると思う。  
後者についていうと、大都市でも共通のことであろうと思う。

## (2) 研究会資料3

被災地に特有の土地利用に関する需要について、行政が建築する集合仮設店舗や私人が建築する自力仮設店舗等のための土地利用権として、仮設建物を建てることを目的とする短期の借地権といったものが想定できるのではないかと、等の意見が出された。また、復興借地権制度については、確定的に短期間で終了することが担保されているものとするべきである、現行法の優先借地権と同様、被災借家人に締約強制効を有する申出を認め、当該借地権については、譲渡について裁判所の代諾許可の制度を用意すべきである、等の意見が出されたが、他方、被災地に特有の借地権を創設するに当たっては、目的による限定をするか否かといった権利の内容によっては、普通借地権を原則とする借地借家法の構造について、根本的な発想の転換を迫られることになるのではないかと、との懸念も示された。

これらを踏まえ、復興借地権制度について、制度の要否も含め更に検討を進めることとし、次回の研究会においては、制度の具体的な内容について検討することが確認された。

この点に関する討議の要旨は、以下のとおり。

- 従前の研究会において、優先借地権をできるだけ軽い権利にしようという観点から、罹災一時使用権というものを提案した。具体的には、期間を5年、自動更新を認めない、双方合意による延長や転換は可能だけれども、その限りの権利にする、建物買取請求権は認めず、あくまでも一時使用目的のものに限る、こういった軽量化を予定する反面、対抗力は付与する、行政や、例えば地域で作る組合等に譲渡することも認めるといった権利にすべきではないか、という提案をした。
- 被災地における土地利用に対する需要について、東日本大震災で注目すべき例として、集合仮設店舗というものがある。これは、独立行政法人中小企業基盤整備機構が行っている仮設施設整備事業というもので、被災地では、かなりニーズの高い制度といわれている。この事業のための用地確保に関して、岩手県では民有地が活用されているようであるが、宮城県や福島県では、原則公有地とされている。応急仮設住宅についても、原則公有地を使うようにマニュアルでは書かれているが、もっと、私有地が利用されるべきではないか。もし、土地利用権限の使い勝手が良くないということであれば、私法においてももう少しいろいろな権利の提供をすべき

ではないか。

- 2つ目の問題意識としては、自力仮設住宅というものに、もう少しスポットを当てられないだろうかというもの。この点については、神戸大で都市計画を研究されている塩崎賢明先生が書かれた本がある。その本によれば、①阪神・淡路大震災においては、中小零細事業者の保護が不十分であったこと、②自力仮設住宅は、元の土地に建てるのでコミュニティは保全される、恒久住宅にできれば、資金・資源の面でも無駄がない、再建も早くできる、人口回復にも貢献する、活性化も促せるなど、応急仮設住宅と比べて、ほとんどの点で優れていること、③自力仮設住宅を建設した人のうちおよそ8割の人が所有権や借地権といったしっかりした居住基盤を持っており、そうでない人は、自力仮設住宅が建てられなかったこと、といった指摘がされている。また、この自力仮設住宅を作る人は、商工業者が多いとのことであり、店舗・工場等の再開を動機として建築されていると指摘されている。
- 首都直下地震では、公有地不足は明らかである一方で、コミュニティ保全の必要性も高く、私有地の利用というものを抜きに語るができない。東京都の「東京都震災復興マニュアル復興プロセス編」においても、民有地を一定期間借地できるような仕組みが大事だということが、既に10年前に策定されており、用地の一時使用貸借契約の支援として、いろんな専門家を派遣して一時使用を促すようにする旨の記載がある。また、仮設市街地研究会の「提言！仮設市街地—大震災に備えて—」においても、公有地だけでなく民有地も使わざるを得ない、という指摘がされており、新長田の仮設店舗パラールの例では、協議会が用地探しを始めた際に、土地所有者から一時使用の承諾を得るとというのが協議会にとって最も大変な作業であったというレポートもされている。以上から、何らかの、土地を利用できる権利なり仕組みなりというものが、ニーズとしてあるのではないかと考えている。
- 今、聞いた話からは、復興借地権を積極的に検討すると良いと思う。仮設の建物を建てるための借地権、期間は短くて更新保護はないけれども、その間は、どういう要件を満たせば、借地権として認められるかということがはっきりしているものにする。段階的にまちが出来上がっていくということに対しては、こういう借地権があると良いのではないか。具体的には、「臨時設備の設置その他一時使用のために借地権を設定したことが明らかな場合」、これに当たるかどうかということを念頭に置いている。被災地で利用される借地権が「臨時設備の設置その他一時使用のための借地権」なのかどうかというのは、安定した解釈はなく、当事者は、25条

で借地権を設定したつもりでも、裁判所が、それは臨時設備とは言わないと判断すると、25条が適用されず、存続保護が働いてしまう。そんな、不安定で危なっかしいものを、被災地で使わせるのは望ましくない。

- 従来の借地借家法の考え方というのは、普通借地権という類型を強制して、例外として一定の場合に緩和するという構造を採っている。それに対して、原則と例外という形ではなくて、どちらを選んでも良いという制度を新たに付け加えるとする、従来の借地借家法の構造について、基本の発想を変更することを迫られるのではないか。例えば、復興借地権が適用されると、もう誰も普通借地権というのは設定しようとしなくなるのではないか。
- どちらも選べるから30年の方は選ばないだろう、というのはそうなのかもしれないが、新規の賃借権というのが一般的にどれくらいの頻度で設定されているのか、という観点からすると、それは余り大きな意味を持たないように思う。事業目的に限定する必要はないように思うが、中心的に考えているのは事業を始めようという人であって、意欲と資金と能力のある人が、存続保護については確かに欠けるけれども、それでも、まずはそこで事業を始めようという人に対して、サポートして良いのではないか。
- 仮設店舗、仮設住宅を設けるための用地をどう確保するかという話は、行政法の役割のように思える。特に、締約強制効まで考えるのであれば、土地の所有者を犠牲にしてまで何らかの行政目的を達しなくてはならないということになり、民事法の役割を超えているのではないか。
- 締約強制までするという点については、違和感がある。活用のための実務的なマニュアルを用意すれば、現行の借地借家法の一時使用でいけるのではないか、という気もする。それから、新しい制度を作ることであれば、ちょっと大掛かりなことになるが、定期借地の災害版という方向もあるのではないか。
- 復興借地権について、仮設という言葉だと難しいのかもしれないが、一定の目的のための借地権であるという例外的なもの、つまり、事業目的の借地権と同じように例外のレベルで新たに付け加えるのか、そもそも一般のレベルで付け加えるのかによって、かなり持ち得るインパクト、射程、それから目的との整合性というのは変わってくるのではないか。