

## 罹災都市借地借家臨時処理法改正研究会第4回 議事要旨

1. 日 時 平成24年1月10日(火) 自 17時30分  
至 20時30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3

前回の検討を受けて、被災地における短期の借地権制度を設けるものとした場合における制度の具体的な内容について、借地借家法の一時的使用目的の借地権、定期借地権を参考に、討議が行われた。

### ア 締約強制の有無について

新たに設けられる制度については、優先借地権制度について認められている締約強制効は認めないものとするとして、特段の異論はなかった。

### イ 借地権の目的について

事業用目的による限定をしないという考え方を支持する意見が多数であったが、他方、短期の借地権を認めることによる弊害を限定するという観点からは事業用に限ることが考えられるのではないかと、との意見もあった。

また、借地借家法第25条「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」という要件のように、土地に設置される建物の性質による限定を設けるかどうかについては、借地借家法上の一時使用目的の借地権は、一時使用と認定されるかどうかについて明確な解釈が定まっておらず、後に裁判上の紛争となったときに一時使用目的を否定されて普通借地権等として扱われる可能性があるなどの不安定性があるところ、被災地においてはこのような不安定な要素を取り除くべきであるという観点から、建物の性質による限定を設ける必要はないという意見と、暫定的な土地の利用権であることを法律上明確に位置づけるという観点から、仮設建築物の建築を目的とするものとするなどの限定を付すべきであるとの意見があった。後者の意見に対しては、借地上に設置される建物の性質によって規律の適用範囲を画することとする以上、裁判所の事後的な判断によって普通借地権と認定される余地は残らざるを得ないのではないかと、との意見があった。また、前者の意見に対しては、借地権の性質としては飽くまで一時使用目的であることをベースに考えるべきであって、借地借家法上の定期借地権とは性質が異なる点につ

いて留意すべきである旨の意見があった。

また、被災地に限って短期の借地権を認めることになるとすれば、借地権について存続保障を図っている借地借家法の趣旨との関係で十分な説明が必要であり、このような借地権に対する需要の有無について慎重な見極めが必要であるとの意見があった。

この点に関する討議の要旨は、以下のとおり。

- もし、行政上の手当てとしては仮設住宅だけで、事業用の、仮設店舗の手当てが特にないということであれば、「専ら事業の用に供するための建物の所有」に限定することには、非常に意味があることになるということになる。しかし、東日本大震災への対応を見ると、必ずしもそうではない。行政的な措置が特に居住用に限定されていないということであれば、復興借地権については、事業用に限定するといった限定を付さない方が、その限りでは説明が付くのではないか。
- 復興借地権の目的との関係で、仮設住宅をこの法律の対象にするのかという問題がある。公営住宅も借地借家法が適用される。居住用に使われる以上は、借地借家法上、「事業用」として扱われないということで、公営住宅に復興借地権が利用できないことになると、非常に問題である。
- 復興借地権の目的については、専ら事業の用に供する建物には限定しないということと考えたらどうか。実質的な狙いは、仮設建物にある。それが住宅であっても、店舗であっても、事業所であっても、仮設建物。大規模な被災を受けているところでは、復興に時間が掛かる。そして、復興するまでは、最初から恒久的な建物はなかなか建てられない。そうすると、その間ずっと、更地にしておくのがベストなのかというと、そういう場合もあるだろうが、そうでない場合もある。土地所有者が自力で建物を建てるだけの資力、意欲がない場合に、その土地を借りて使用する資力、意欲がある人に、暫定的な土地の使用を認めてはどうか。私のイメージとしては、一時使用目的借地権に近い。ただ、なぜ一時使用目的借地権が使われていないかということ、一時使用目的借地権に何らかの障害があるからで、貸す側から考えると、ちゃんと返ってくるかどうか分からないという不確実性がある、それならばやめてしまおう、ということが大きいのではないか。借りる方は、そこでずっといるつもりはなくて、仮設建物を建てるだけという人たちもいるだろう。そこは、もう少し事実を調査する必要があるが、そこが固められるならば、そういうニーズにあった形の借地権を、大規模災害プラス地域指

定という形で絞って、認めることができないかと思っている。

- 一時使用目的借地権に問題があるという考え方は良く分かった。例えば、借地借家法25条の「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」という要件について特例を設けることや、被災地における特別の定期借地権を設けることが考えられるが、この点について、どのような感触を持っているか。
- 技術的にはいずれもあり得ると思う。ただ、定期借地権のイメージからは遠い。実質は、一時使用目的借地権のイメージに近い。
- 報告をかねてだが、実際に建てられている仮設住宅なり仮設建物というのは2種類ある。公的主体が作る応急仮設と、自力仮設住宅といわれるもので、本人たちが勝手に建ててしまうもの。まず、公的な仮設住宅というのは、高級な仮設住宅というものがある。今回は、木造の仮設住宅も、福島県では4000戸くらい建てられていて、一部では戸建ての仮設住宅などもある。それはもう、基礎があるかないかの違いだけで、勝手に基礎を作ってしまうと、恒久住宅と外観上何も変わりがなくなる。登記なども勝手にできる。そうすると、当初の契約内容が曖昧だと、もうわからなくなるだろう。仮設住宅というのは、我々がイメージしているよりも、結構頑丈である。一方、民間の方は、規制外なので、あらゆるものがあるので、当初の契約内容が大事になってくる。これは余談だが、東京都の震災復興マニュアルには、一時使用目的であるということやうたった契約書のひな形を準備して、それを利用することを推奨しているようである。逆に言うと、そういうものがないと不安だ、ということだろう。
- 仮設建物のための借地権が一時使用目的の借地権として認定されるかどうかについては、誰も断定できない。一般に、仮設建物であれば通常一時使用目的の借地権として認定される、という認識は共有されていないのではないか。東京都が、次の震災に向けて、仮設住宅のための借地については一時使用目的で契約しなさいと助言しているというところに、実質的に私と同じ考えがあることはわかった。ただ、それだけで、将来に向けて大丈夫だ、といえるかどうか。もう少し、ここまでやっておけば大丈夫だろうというものができれば良い。
- 一時使用目的借地権の要件を何か改良していこうという考え方は、今おっしゃったように、これが持っている不安定性を可及的に改善していくことができるかもしれないけれど、極限の考え方みたいなもので、現地では1の安定性が欲しい

のに、0.999…というところまではできるけれども、絶対的な安定性を法制的に仕組むというのは、多分、不可能ではないか。

- それはそうだろう。ただ、それは、0.3を0.8とか0.9にできれば大成功だということだと思う。
- 完全に熟してはいないが、事業用目的に限定しないということで良いだろうと思っている。当初は、どちらかというところと現行制度を修正しつつ復興借地権の内容を確定していこうとするときに、始めは一時使用目的ということで考えていた。しかし、今、色々と意見をうかがうと、何をもちいて一時使用というのは、なかなか外延を埋めることは難しいのではないかと。そうすると、どちらかというところ、特別の短期の定期借地という形で明確化したほうが良い。私も、ちょっと「定期借地」という単なるイメージのアレルギーを除けば、ということだが、復興目的ということで内容を明確化するということで、定期というか短期とした方が、後々の紛争を防止するにはより妥当な制度なのかな、と思っている。
- 定期借地権から考える場合と一時使用目的の借地権から考える場合とで違うのは、要式性の有り無しではないか。一時使用目的というものの不安定さを克服するために、例えば要式性を要求したらどうかということも考えられるが、そうすると、ほぼ定期借地になってしまう。仮設というのは本来的には一時使用になじむので、一時使用をベースに考えるのが素直な発想だとは思いますが、要式行為にしたとしても、後で裁判所がひっくり返す権利は留保されるので、一時使用目的借地権というものの不安定さは克服しづらい。
- 一時使用借地権をベースに考えると、個別事例について裁判所の事後的な、個別具体的な判断の余地が留保されている、という意味での不安定さはゼロにはならない。他方、定期借地権を出発点とする考え方は、専ら期間に着目して、定型的に、当事者の設定行為による意図の実現を図るものだから、当事者の想像外の借地権として扱われる可能性は排除されるというイメージ。
- 定期借地権の新しい類型にしてしまえば良いのかもしれないが、定期借地権とはちょっとイメージが違う。短い期間であっても、借りた人が建物を建てて期間どおり契約が終わってもペイをするということが22条、23条の前提にあるから、借地借家法上、22条、23条が容認されてきたのだと思う。復興借地権については、それを支えるような同種の事実というのは見当たらない。22条や23条のように合理的に計算すると成り立つ、というようなものがなくても、復興

借地権という形で、短期のものを認めるのが良いだろう。裁判所による裁量的な判断の余地を残さないということだけのために、定期借地権としては異種なものを設けて良いのか、というところに抵抗感がある。

- 目的等による限定をしないとすると、実際には、そうでない条件のもとでは通常の借地権が設定されるはずであった事例であっても、事実上、復興借地権しか設定できないような状況が出てくるということがあり得るのではないか。仮にそうであったとしても、一時使用目的借地を認めることによるメリット、それだと安くなって、土地を借りて住める人が増える、ということが大事だと考えれば、目的による限定を付さないということもあり得るけれども、ちょっとそこは懸念がある、ということだとすると、事業用目的に限定するという考え方もあり得るのではないか。
- いつこの契約を結ぶかということにもよるが、震災直後であれば、借りる方も貸す方も、その段階では生活設計が立たない。そうすると、当面の期間だけ貸したい、又は借りたいという自由をお互いに持たせた方が、現実合致する。お互いに普通借地権を選ぶことも可能であるので、それを排除するのであれば、災害時に限った、定期借地とか期間を明確に区切った短期の借地権というものは、非常にニーズに合うのではないかと思う。
- 何となく、私たちは、復興借地権の需要というものが本当にあるというように思ってしまうがちだが、考えてみると、そこが良く確認されていない部分がある。ここにいる委員は、それぞれ専門の分野を持つスペシャリストの集団ではあるが、ここにいるメンバーだけで復興借地権は需要があるから立法しようというのも、いささか不安定な話になる。まだ大都市圏における災害が起きていないので、現実的需要と言っても、現地に行って本当に需要ありますかと聴く意味での調査はできないけれども、精通者意向調査をすることなどによって、復興借地権といわれているものの被災地における現実的需要の見極めについて客観性を高めるということが必要なのではないか。復興借地権制度の導入の可否、関連して需要の有無の見極めについては、そのような手順を引き続き採っていくこととし、現段階で決め付けないということをご提案させていただきたい。
- 借地借家法の原則との、体系との整合性というか、原則と例外が逆転してしまうのではないかという趣旨の御意見があったかと思うが、復興借地権を作った方が良いのではないか、というお考えをお持ちの方は、その辺についてどのような

説明が可能と考えられているのか。

- 更に言えば、そもそも、現行借地借家法は、短期の需要があるとしても認めない、という態度決定をしている。にもかかわらず、それを覆す、違うルールを作るということで、ルールのレベルでも、原則と例外を逆転するという趣旨。実態として、どっちが多くなるか少なくなるかということの問題にしているのではなくて、法制度の組み方として、かなり根本から覆しかねない。災害時だからそれでいいのだ、という判断も十分あり得ると思うが、かなり持ち得るインパクトは大きいと思う。
- 今までは、罹災都市借地借家臨時処理法が、借地借家法の更に特別法的な位置づけとして成り立っていた。それを、今回の大震災をきっかけに、借地借家法とは違う流れの、新たな災害時における借地借家法にするというイメージ。考え方としては、借地借家法の原則をなおすのではなくて、災害時においてどのような借地借家法体系にしておいた方が一番望ましいのかということからすると、別のものとして再出発をする方が、すっと入る。
- 現行法は、成立の順番からして、民法があり、借地法、借家法があり、更にその後には罹災都市法ができていますので、そういう面では、この罹災都市法というのは、民法で修正された借地法、借家法の更なる修正という位置づけだろう。
- 災害時における借地借家の特例を設けるということは、災害復興という政策目的がないと正当化できないのではないかと。そういった場面を限った法制であるということを強調して始めて、復興借地権の制度が正当化される。そういった意味では、原則と例外の区別は曖昧にしない方が良い。一時使用目的借地権の要件はない方が良いと思っているが、定期借地権の新しいバージョンを作るというよりは、飽くまでも限定的な私法上の権利ということになる。
- 原則に対する例外を作ろうとしているというところは異論がないと思うが、原則に対する例外を作ったことが原則に与える影響であるとか、例外を作ることの必然性については、今、幾つかの指摘があったような問題、いずれも注意しなければならないと思う。結局のところ、リアルな復興借地権のニーズが差し迫ったものとしてあるということになれば、きちっと例外であることを明確にして制度を設けることも説得力を持ってくるだろうし、そうでなければ、法制的に危ないものを作っただけだという評価を免れないかもしれない。やはり最後はそこに行き着くのだろうというように感じるから、そのことの見極めの作業が前提となっ

た上でないと少し観念的な議論になってしまうのではないか。

- 例外を作ることはニーズによってあり得ると思うが、一番気に掛かるのは、大量に復興借地権が設定されて、例えば3年くらいだとして3年たったとしたときに、そこで移り住むところがなければ、事実として、進んで出て行ってくれるということにはならないのではないか。そうすると、借地権をめぐるたくさんの紛争が裁判所に持ち込まれるということになると思う。その際、制度の理念からすれば、復興借地権であった以上、出て行けということになるが、それで、復興全体のプロセスとして、それが円滑な復興のプロセスになるのか、という色々な見方があり得るのではないか。

#### ウ 権利の内容について

新たに設けられる借地権の権利の内容について、借地借家法第1節及び第2節の規定などを参考に、討議が行われた。

契約の存続期間に関しては、5年程度から7年程度とする意見があった。更新については、更新を認めるべきであるという意見もあったが、これに対しては、存続期間の変更の合意を認めることとすれば足りるのではないかと指摘があった。

また、対抗力に関しては、優先借地権とは異なり、特別の措置を講じなくとも第三者に対抗できるような優先的な効力を認めるべきではないとの点で意見が一致した。

さらに、新たに設けられる借地権を設定できる期間についても、政令の施行の日から一定の期間に限定すべきであろうとの意見があった。

おって、建物買取請求権に関する規律については、不要であるとの点で意見が一致した。

この点に関する討議の要旨は、以下のとおり。

- 存続期間については、5年程度だろうと思う。ただ、5年で切ってしまうと短いケースが出てくるだろう。したがって、5を標準にして、少し伸ばして7。下限については、賃借人からの解約申入れが限定されることになるのであれば、設けない方がよい。しかし、復興借地権のイメージを具体化するという観点から、1年とか2年の下限を設けてどういう性質の借地権なのかということを示せるとよいのではないか。更新は、特別の規律を設けない。建物買取請求権も建物譲渡特約に関する規律も設けない。復興借地権を当事者の合意で定期借地にしたときに、借地借家法制の原則的な規律を適用にするに際して、復興借地権の契約期間

を定期借地権の存続期間の内数に入れていいのかどうかという問題があるが、そこはどちらでも良い。そのような転換を認める場合であっても、重要なのは、抵当権者が優先するべきということ。

- 更新について、復興借地権の一つの使い方を自治体による仮設住宅の敷地の利用を想定したい。阪神・淡路のときには、最大で5年間だったが、最初から5年というわけではなくて、2年目からは毎年毎年の更新ということで、最終的にそうなった。もし、更新を認めないということになって、当初から2年という復興借地権設定をすると、そこから後は、普通借地権なり従来の一時的な使用目的の借地権としていかなければならないということになると、ちょっと疑問に感じる。5年を上限としてその間は更新ができるというような考え方というものもあるのではないか。借地権の転換については、抵当権が劣後することになると、フレキシブルな軽い権利の設定が地主にできなくなってしまうと思う。
- 更新に関しては、例えば、2年で設定された復興借地権の存続期間を、5年とか6年に変更することは可能だと思うが、それは更新といわないのではないか。今の事業用借地権でも、20年で設定されたものを25年に変更するときには、存続期間の変更の合意であって、更新といわないだろう。そうすると、更新を認めなくても良いように思うが、どうか。
- 良いと思う。
- 抵当権者との関係だが、抵当権者が同意をしたら優先の効果に浴することを放棄するという地位を認めることは考えられるのではないか。
- そのときに、そういうオプションを認めないとどうなるのか。抵当権者は、そのときはそれで良いと思ったが、しかしその後、気が変わるのを許してしまうということになるのか。その場合は融資条件を変えることになるのではないか。そのところはよくわからないが。一般論としてはあり得ると思うが、何年まで借地権が終わるから、その後に借地されたとしても、抵当権は借地に対して優先するというので評価して貸付けをするわけだから、その後に借地権に対抗できない抵当権になってしまえば、買受人が借地権の負担を負わなければならないとすると、そのときの不動産市場によるのかもしれないが、100年くらい続いた日本の慣行からすると、値段が下がる。
- むしろ、抵当権者としては、融資条件を変えなくても同意することに意義が認められるときに、同意するのではないか。例えば、土地を借りた百貨店が、始め

はそんなに長く営業するつもりではなくて、しかし、そこにそれなりにきちっとした建物を建てた。当初は7年の予定であったが、そこはまだ使えるし、お客の入りもいいし、街並みもそれなりに復興してきたから、もっと使いたいということで、例えば、事業用定期借地権に転換することにした。地主としても、そこに百貨店が入っていて地代が潤沢に入ってくるのが、地主の資力を支えて、結局、抵当権者等への弁済も円滑になされるということが見込める。そういうときに、抵当権を振りかざしてひっくり返すのではなくて、同意してもいいから、どうぞお進めください。というようなネゴシエーションをしたいというときに、妨げる必要はないのではないかという気もする。

- 要するに、転換を促すわけか。より収益を上げる方法は、転換をする方法だというとき、被担保債権の回収が一番最大化できるというか、最短化できるというときには、そうかもしれない。その場合には、登記するということになるのだろう。
- 政令指定の方法にも関わるが、復興借地権をどういうところに認めるかという点、復興の必要性があるか、若しくはその状態がまだ続いているからだと考えるならば、政令指定の効力が続いている限りは、更新というのか、新たな設定というのかはともかく、復興借地権の効力を認める。若しくは、復興特措法が終わった後には、復興借地権は設定できなくするというようにすれば良いのではないか。この地域はまだ復興が終わっておらず復興借地権を認めるべき状態であるというところと、これはもう通常の借地借家法を適用すれば十分ではないかということ、分けたほうが良いのではないか。運用に当たって非常に複雑化するので、余り好ましくはないのかもしれないが。
- 存続期間について、事業用借地権でカバーできない範囲ということで10年未満、と考えるのでは長すぎると思う。一時使用ベースで、というところにつながるのだと思うが、ここは思い切って5年くらいにする。商業用でも小規模な店舗が新たな事業展開することや、居住用の場合に定期借地なり普通借地なりに転換することを想定しても良いが、存続期間としてはできるだけ短いのが良いだろう。ただ、できるだけといっても、それなりの生活のめどが立って、別のステップといった意味では、2年や3年では短すぎる。
- 期間のイメージは、何年と法律に書き込まなくてはいけないかという点、災害によって様々だと思う。国民の権利義務に関わることだから、100%内閣に包

括委任するわけにはいかないが、7年を超えない範囲で政令で定める期間を上限とするという決め方はあるのかもしれない。ただ、余り複雑なものを作っても、わかりにくくなるので、そこはバランス。

- 復興借地権を設定できるのは、施行の日から何年間とするということも必要だろう。

#### エ 設定場面の限定、要式性について

新たに設けられる借地権について、設定場面を限定すべきか否か、借地権設定の要式性を認めるべきかどうかについて討議が行われた。

設定場面の限定については、政令で定める地区に限って設定することができるという地理的限定と、政令で定める一定の期間内に限って設定することができるという時的限定を付す必要があるとの点で意見が一致した。

また、要式性を要求するかどうかについては、何らかの書面を要求すべきであるという意見が多数を占め、公正証書までは必要ないのではないか、という点が多数を占めた。

この点に関する討議の要旨は、以下のとおり。

- 設定できる地域は、政令で定めることになるのだろう。設定できる時期も被災後一定期間に限定するのだろう。それから、要式行為にするか否かという論点もあるが、やはり、何らかの書面はいるのではないか。その上で書面にするか公正証書にするかは、意見をうかがいたい。
- 政令で定める地区において、また、政令施行日から一定期間に限って、設定を認めるべきだと思う。要式性については、理屈から出てくることではないと思う。柔軟に機動的に設定ができるような借地権にする必要が一方である。ただ、この賃貸借契約が、一体何であったのかという法性決定において、紛れはできるだけ小さくするというためにはどうするか。その2つのバランスをどうするかということではないかと思う。
- 復興借地権の設定地区として、ある意味で、非常事態として政令で指定した以上、しかも期間を限った以上、借地権の原則形態は、復興借地権に変わるのではないか。逆に、原則が復興借地権に変わるので、普通借地権を設定する場合には書面が必要だとすることも考えられるのではないか。
- どんな非常事態であっても、土地の貸し借りに書面を要求すること自体はそんなに変なことではないような気がする。そこから更に、公正証書まで要求するか

というところは、議論が分かれるのだろう。

- 復興借地権を作るという態度決定をしたのなら、それを合理的に活かす道を探すのが現実的であって、書面で足りるとする方が現実的ではないかと思う。
- 被災地の状況で、公正証書の作成が負担になるのか、あるいはコスト・ベネフィットで考えるしかないのではないか。

## (2) 研究会資料4

### ア 借地権の対抗力について

借地上の登記された建物が災害により滅失した場合に、借地権の対抗力の特例を設けることについては、期間をもう少し長くすべきではないかとの意見が出されたが、おおむね特段の異論はなかった。

一方、上記以外の場合にも借地権の対抗力の特例を適用すべきか否かについては、広く認めるべきであるという意見、不要であるという意見の両方が出された。

この点に関する討議の要旨は、以下のとおり。

- 当事者間の賃借権は一定の期間あるにもかかわらず、対抗力が何ら帰責されるべき事情がないのに失われてしまうのはよくないが、何もなくても対抗力を認めるというのは、取引の安全等、第三者に対して与える負担が大きすぎるだろう。無理なくできることをすれば借地権の対抗力は保護されるという考え方を採るべきではないか。(1)の掲示を要せず対抗力が認められる期間は、3か月より6か月が望ましく、6か月あれば一度は現地に行けるだろうと思う。(2)は、資力の問題と業者を確保できるかという問題を3年で大多数の借地人がそろえられるかと考えると、1年たつてようやく動き始め、業者を確保する資金を用意するには時間もかかると思う。したがって、5年も考えてほしい。
- 現行の罹災都市法でも政令の施行日との関係で空白期間が生じることになっている。10条では「昭和21年7月1日から5箇年以内」という規定になっており、施行日である9月15日より前だが、当時の状況では、このように遡らせて対抗力を認めるということがあまり問題視されていなかったが、その後それは難しいだろうということによって現在のようになつたということか。それとも、現在でも施行日から遡らせて認めてしまうというオプションはあり得るのか。
- 遡及適用となると、その間に登場した第三者をどうするかとか、権利関係が複雑になると思う。だから、なるべく早く施行すべきと思っている。
- 対抗要件の具備が否定される場合でも、背信的悪意者と権利濫用法理による保

護は機能するのだろう。主張立証責任が転換されて、背信的悪意・権利濫用の評価根拠事実を借地権者側が主張立証しなくてはいけなくなるので、ちょっと重くなるが、保護の可能性がないわけではない。

- (1)について、一般的には6か月と思うが、災害時には色々な場合が考えられ、3か月くらいあれば十分という場合もあれば、現地に行くのが難しい、非常に危険、立入禁止ということもある。上限を設けてもいいが、政令で定める期間としてフレキシブルにすることもあり得るかとも思う。
- ①借地契約が締結され、建築を開始したが、災害により完成前の建物が滅失した場合と②建物は完成したが、登記がされていない状況で災害により建物が滅失した場合は、登記をしようと思ってもできない状態になってしまうから、建物の保存登記が行われているのと同様に認めるべきである。③災害の発生以前に登記された建物が滅失しており、借地借家法第10条第2項の掲示をしていなかった状況で、災害が発生した場合、④災害の発生以前に登記された建物が滅失しており、借地借家法第10条第2項の掲示をしていたが、災害により掲示が滅失した場合及び⑤災害の発生以前に登記された建物が滅失しており、借地借家法第10条第2項の掲示をしており、その掲示が存続している場合は、同等の保護を与えなくてもいい要素もあるようにも思うが、区別する理由は強くないかと思う。
- 掲示により対抗力を認めているのは、掲示を元に閉鎖登記簿を確認すれば、対抗力があつたことが確認できるという前提であり、登記がされていないと確認ができなくなる。
- 現行法の最高裁の解釈を覆し、滅失前に登記をしていない借地人については保護しないという判断はどのような価値判断に基づいているのか。
- 罹災都市法を出発点にせず、借地借家法の保護がなくなる場合に特例を設けることを考えている。元々あつた対抗力の残像として認めるという借地借家法10条2項を前提に考えると、元々なかつたものが生まれるわけではなく、元々あつたものを認めるということである。
- 借地借家法10条2項の引き続き残映という思想を捨て、被災地の混乱という状況に鑑み、政策的に救済しようという発想で、これを採用するときは、それを規律として①～⑤までをきちんと明示するということか。
- 登記できるのにしなかつた人は不利益を受けても仕方ないという帰責性に着目する人もいれば、第三者の信頼保護に重きを置く人もいて、後者の場合には、本

件のように政令が発動されるならば、第三者は被災地ということが分かるのだから、対抗力を認めてもいいということになると思う。

- 建物が建つ前だけでなく、建物が建った後でも、対抗力がなければ収去させざるを得ないのか。民法第635条の請負と同じ発想なのだが、災害復旧でとにかく建物が欲しいときに、建物を建てさせておいて、それを壊していいのか、というのが、法律論ではないが、素朴な疑問。
- 第三者から収去請求される場合のことと思うが、それは、権利濫用と扱われるのではないか。被災地だから収去請求することができないという気持ちは分かるが、それを率直に私法の規範に書くのは難しいだろう。建築確認も含めた立派な建物ではないかということも含めて裁判所が権利濫用で収去を阻むという一つの要素として考えてもらえないか。
- ①は現行法でも認められていないが、これを認め始めたら完成直前ではなく、借地契約をした瞬間まで遡る。
- ①は、特例を認めないなら、借地権の登記をしてくださいということが筋なのだろう。地主が拒んだらできないが、平時もそうなる。
- 契約だけで対抗できるとすることは、民法第176条とか、第177条とか、不動産では、ある程度外形的なものを要求しているのと違う。地震があったから、それは外から見えるというのも分かるが。星野先生が昭和32年の判例について、罹災前に建物の登記がなかったために対抗力がなかった借地人に罹災によって対抗力を与えるのは特別恩恵であって、それを認める必要はない、罹災前に建物の登記があったが罹災という不慮の事故のために対抗力を失った、その借地権だけを保護すれば十分であり、②を認める最高裁の判例はおかしいということを議論している。②は星野説、①も不合格。
- 災害の直撃で対抗力を不可抗力で奪われたのだから、④は救っていいと思う。  
④と⑤は法文を書くことは可能であり、理屈から言って通らないわけではない。
- ④の場合は、理論的説明はつくと思うが、揭示していたかどうかの水掛け論になる。現地を見てもわからないという事例が頻発するおそれがあるので、そういうのを認め出すと濫用的な主張がされ、かえって混乱するのではないか。
- 平時だって揭示していたかどうかで水掛け論になり得る。揭示があったこと的主張立証責任は借地権者にあり、主張立証に失敗したら負けるということで水掛け論の決着がつけばいいという政策判断と理屈からいうと、④と⑤は保護される

べきとの考えも成立可能か。

- 放置していたことが事実としては重要かもしれないが、いつでもできたのにできなくなったことが意見のポイント。今までサボっていたことの不利益として、したくてもできなくなってしまう。売却が行われたら今までサボっていたことを責められても仕方ないと思うが、売却の前に震災が起き、それまでサボっていたことを責めるに十分な理由かと考えると、どうかと思う。
- 繰り返しになるが、平時はしたくてもできなかった人は救われぬ。何らかの理由で建物が滅失した人については登記していなければ救われぬこととのバランスをどう説明するのかを問題にされているのだと思う。
- 被災時というものをどれくらい政策的に見るかということか。「借地上の登記された建物が災害により滅失した」場合について特例を考えることには異論はないと思う。外延的な①～⑤をどうするかについては3説あり、全部合格として、そのことを反映させる規律を明示で設けるべきという見解、全部不合格として問題が起きる場面は背信的悪意者又は権利濫用法理で処理する、中間説として④・⑤は理屈からいっても救うことができるのではないか、その場合に救われぬ①～③は背信的悪意者又は権利濫用法理で処理されるというものに分かれて、それぞれ理論的・政策的に根拠はあったと思うので、引き続き整理されたい。(1)(2)の期間については、いずれも長めにすべきとの意見があったので、それに留意する。

—了—