

罹災法廃止をめぐる被災借地権者の問題



神戸大学大学院国際協力研究科・都市安全研究センター兼務

教授 金子 由芳

要約：東日本大震災の経験を経た 2013 年、災害対策基本法の改正、東日本大震災復興特区法の枠組みを踏襲した大規模災害復興法の成立、その他一連の法制度改革が注目を集めたが、同時に行われた罹災都市借地借家臨時処理法の廃止、またこれに代わって登場した大規模災害被災地借地借家特別措置法は、十分な議論の対象とはされて来なかった。本稿では、罹災法廃止論が、阪神・淡路大震災の経験を論拠に優先借地権制度の弊害を誇張する傾向があったこと、また東日本大震災後の罹災法の廃止はいわゆる「地震売買」を初めとする弊害を生じ、被災者の権利行使を阻害する問題を指摘する。罹災法廃止は、不動産取引促進型の財産法改革の潮流に与し、被災者の生活再建基盤の保全を後退させた点で禍根を残し、復興理念の再論を迫っていると考えられる。

1. はじめに

「罹災都市借地借家臨時処理法」（以下「罹災法」という）は、戦後間もない 1946 年に制定され、借地権・借家権を生活基盤とする世帯の多い日本社会の現実を反映し、家屋・生業を喪失した被災者が生活再建を遂げる基盤として重要な機能を果たしてきたと考えられる。歴史的沿革としては、関東大震災当時の 1923 年「借地借家臨時処理法」に発し、戦時中の「戦時罹災都市土地物件令」を経て、1946 年に罹災法制定、翌年 1947 年には戦災のみならず災害全般に罹災法の適用が拡張された（25 条の 2 追加、27 条改正）。1957 年改正ではさらに、個々の立法を要するまでもなく政令レベルで罹災法の適用を決定しうるしくみとされ、罹災法はこれにより恒久法として確立した。阪神・淡路大震災や中越地震を含む過去 29 の災害で罹災法の適用実績があった。

その骨子は、まず借家権者の保護制度として、地主・家主が再建をなさない状況で借家権者みずからが借地を申し出て住宅・営業基盤を再建する優先借地権制度（2 条）、同じ趣旨で、既存の借地権者が建物をただちに再建しない状況で借家権者が借地権を譲り受けてみずから再建を行う借地権優先譲受制度（3 条）、また地主等が建物を再建した際に借家権者が優先して入居できる優先借家権（14 条）があった。一

方、借地権者の保護として、建物が滅失した間に地主が土地を売り払ってしまう「地震売買」を避ける趣旨で、5 年間の第三者対応要件の特例制度（10 条）、また借地権の存続期間が 10 年未満の際に一律 10 年間に延長する制度（11 条）、他があった。

しかし 1995 年の阪神・淡路大震災当時、法務省・建設省の協議において、木造一戸建の被災を想定する罹災法は中高層化した都市部には不適合であり、大都市神戸では借地権・借家権が高額化し被災者に過大な保護を与えかねない等の否定的議論が行われたとされる（升田 1995, p.6）。ただ当面、適用を否定する理論的説明が未だ不十分であること、また不動産登記所の復旧に伴い「地震売買」が起こりかねない状況で借地権者・借家権者に安心感を与える必要等が考慮され、阪神・淡路大震災への罹災法の適用を見た（升田前掲 p.7）。当時、未登記賃借権に物権的な保護を与えてきた 1920 年「借地法」「借家法」を廃し、新自由主義的な土地取引促進を志向する新「借地借家法」が 1992 年に施行したばかりであり、罹災法廃止論もそうした規制緩和志向の流れを汲むものであったと考えられる。

東日本大震災の発生に先立って、日本弁護士連合会は罹災法改正論を主唱していたが（日本弁護士連合会 2010）、震災後に改めて罹災法適用阻止の提案を行い

(日本弁護士連合会 2011)、政府はこうしたロビイングに応じて東日本大震災における罹災法適用を見送った。さらに法務省は法制審議会に諮問して罹災法見直し作業を進め(法務省民事局参事官室 2012)、パブリック・コメントを経たのち、罹災法はついに 2013 年廃止された。代わって登場した「大規模災害被災地借地借家特別措置法」は、罹災法における優先借地権等の借家権保護制度を廃止したにとどまらず、借地権保護制度を大幅に後退させたのである。

これら一連の罹災法適用停止・廃止論は、主に借家権保護制度が過剰であることを論拠としていたが、それに伴い借地権保護制度までも後退させたことは果たして妥当であったのか。法務省の審議員として関与した某教授は、筆者との議論において、「罹災法廃止の意図は優先借地権制度の廃止による復興の推進にあり、この大きなメリットに比べれば、借地権保護の後退による弊害はマイナーな問題だ」と断定する。そこにいう「復興」とは、被災者個々の生活再建(人間の復興)を省みるより以前に、経済復興・日本再生論に向けられている。たとえ経済復興が国是であるにせよ、しかしそれが震災前から被災者の現有する私権を侵害しつつ進むならば、憲法 29 条違反のそしりを免れまい。

復興 5 年、防災集団移転・区画整理等の復興事業の目に見える進捗の裏面で、悪質な「地震売買」が観察され、結果、今日なお地方部に住む人々の生活基盤として重要な役割を果たしてきた借地権が実質的に失われゆく現象は、看過することができない。2015 年初時点で神戸大学・東北大学・岩手大学の被災三大学連携で実施した復興 5 年評価アンケート(神戸大学震災復興支援プラットフォーム 2016)においては、一部の地域で回答者の 2 割余が借地権を有すると回答しており、借地権がけっして「マイナーな問題」ではないことをうかがわせる。かかる借地権世帯では、復興 5 年の生活状況の悪化率がとくに 70%と著しく、土地所有世帯の 63%、借家権世帯の 49%、との対比で最も顕著に表れたことは注目に値する。

罹災法廃止に伴い、果たして借地権に何が起こった

のか。関東大震災以来、百年近くにわたって被災者の生活保障に向けられてきた保護法制が、東日本大震災ではあまりにも安易に廃止された。そのことの妥当性を改めて問い直したい。以下本稿は、2.でまずは罹災法廃止論者の主要論拠となった優先借地権廃止論を再点検し、3.で罹災法廃止に伴う東日本被災地における借地権者の実情を観察し、4.で今後の制度対応への提言を含む総括を行う。

2. 借家権者保護—優先借地権の廃止論

罹災法廃止論の主たる根拠は、借家権保護制度である優先借地権等が時代遅れであるとする批判であり、それに伴って借地権保護制度も後退に追い込まれた経緯がある。そこで本節では、まずはこの優先借地権廃止をめぐる議論の当否を検討したい。公開資料によるかぎり、優先借地権の廃止論の論拠は、主に以下の諸点である(法務省担当者素案第一(1)イ; 日弁連 2010, 第二 3; 小柳 2014, p.110 他) :

- ① 借家権者に借地権を賦与する措置は、私的財産権秩序への過度な国家介入である。とくに借地権価値が安価であった戦後バラック時代と異なり借地権価値が高騰する現代の事情の下では、保護の手段として過剰であり均衡を失っている。
- ② 区分所有建物・集合賃貸建物が多い現在の社会事情のもとでは、優先借地権は権利関係を過度に複雑化させる。
- ③ 法適用指定のある大規模災害と、指定のない災害とで保護の均衡を欠く。
- ④ 権利金が高額だが 10 年の権利しか得られず、借家権者にとっても利用価値が低いため、阪神・淡路大震災で優先借地権等の現実の行使はわずかであった。むしろ優先借地権等の権利放棄料としての金銭要求を目的とする紛争原因となり、復興を妨げた。
- ⑤ 被災者の居住の安定は公的制度により実施すべき法政策であり、所有権者等の私法上の主体に犠牲を強いることはかえって復興の妨げとなる。

しかしこれらの廃止論拠は事実を誇張・歪曲するきらいがあり、以下個別に検討する。

第一に、上記①の借家権者が高額な借地権を手にする制度が保護の手段として均衡を失しているとする点は、裁判例の読解を誤っている。神戸弁護士会の調査では（神戸弁護士会 1999）、阪神・淡路大震災後に優先借地権が問題となった裁判例 21 件を収集しているが、このうち優先借地権が終局的に認容されたケースは 3 件しかない。しかもこれらの認容例は、あくまで厳しい借地料（地価の 5～6 割相当の借地権価格から借家権相当額×1/2 を差し引いた地価 4 割程度）の支払いを条件とし、また地主側の正当理由（再建計画の具体性等）の有無のみならず、借家権者側に長期に及ぶ職住一体の商圈形成などの必要不可欠な生活基盤としての権利性が見いだされる特殊事情（数十年にわたってうどん屋や菓子屋などの零細な生業を営みつつ親の介護を行うなど）が存在するⁱ。逆にこのような借家権者側の特殊事情が見いだせないケース（元地再建が必須とは言えない個人タクシー業や公務員）は、抗告審で取り消されているⁱⁱ。このように優先借地権を生活基盤としての特殊な要請の強い例外的状況で認容してきた判例傾向に鑑みれば、借家権者の保護が過剰で均衡を失するとする批判は論拠薄弱である。

第二に、上記②の都市部の区分所有・集合賃貸建物にとって優先借地権が不適合だとする議論はもっともだが、逆にいえば、地方部で今日なお木造戸建てが一般的であることに鑑みれば、東日本大震災の沿岸被災地に罹災法を適用しなかった根拠とはならないのである。

第三に、上記③にいう法適用指定のある災害とない災害での格差については、政令指定の基準を大規模災害か否かの点に置かず（罹災法 25 条の 2 の文言は大規模災害か否かを何ら問うていない）、罹災法の本来の立法趣旨に該当する木造戸建住宅地域であるか否かの判断に従って行っていくことにより、解消できるのであり、罹災法を廃止する理由にはならない。

第四に、上記④の阪神・淡路大震災で優先借地権放

棄料として金銭要求目的の紛争が多発したとする議論（法務省担当者素案第一(1)イ③他）は、当時、近畿一円の延べ 276 名の弁護士が 8 か所の臨時センターで担当した示談斡旋仲裁活動の記録（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運営委員会 2002）を紐解くかぎり、事実無根である。同報告書掲載 326 件のうち、罹災法関係の事例は 22 件であるが、このうち優先借地権・借地権優先譲渡を純然たる目的としたケースは 5 件程度であるのに対し、15 件は家屋解体に伴う借家明渡しをめぐる争いが紛争の本質であってⁱⁱⁱ、後日のトラブルを防ぐための同意書中に念のため優先借地権の放棄条項が追加されたものである。これらの多くで解決金の授受を伴っているが、その性格はあくまで借家明渡しに伴う立退料であって、優先借地権の放棄を主目的として合意された金銭ではない。当事者が当初から優先借地権を主張した例は 6 件程度あるが、これら事例においても借家人側の真意は現実の居住継続にあり、そのための交渉材料として、弁護士等の助言によって優先借地権に言及したに過ぎない傾向が伺われる（前掲 p.17 IV²③）。このように、優先借地権放棄料を当てとする要求が多発したとする指摘は事実無根と考えられる。悪しき金銭要求という意味ではむしろ、地主側が借地権者の再建・修理に対して承諾料を要求するケースのほうが 12 件（うち 9 件で承諾料発生）と目立っている。

第五に、⑤の借地借家権保護は公共政策の問題であるとする批判に対しては、借家権者一般の救済として災害公営住宅を供給する公法的文脈とは別に、私法的紛争の文脈を否定することはできない。優先借地権は上記の阪神・淡路大震災当時の判例傾向に見るように、単なる居住のみならず生業基盤として不可欠な権利性が見いだされる状況で認定される傾向に鑑みれば、公費解体に便乗して借地権を否定し再開発せんとする地主・家主の資本主義的利益と、借地権者の生業基盤としての権利性との価値考量は、私法の文脈で判断されるべき法政策である。他方で、優先借地権が復興を阻害する云々の議論は、「復興」を経済振興と定義するか「人間の復興」と捉えるかで結論が分かれるレ

トリックの問題であり、法的議論とは言えない。

以上に鑑みれば、「法務省担当者素案補足説明」他が強調した優先借地権廃止論は、罹災法廃止を唱える論拠として不十分であったと言わざるを得ない。

3. 借地権の対抗要件—東日本被災地調査から

つぎに災害時における借地権の対抗要件の保護について、罹災法廃止論者は一定の保護制度が必要だとしつつも、罹災法（10条）の借地権保護は過剰であると批判していた。罹災法は、災害前の借地権登記や建物登記の有無を問わず借地権一般について、何らの公示要件も問わず、5年間の対抗要件保護を提供してきた。罹災法廃止論者はこれを保護過剰とし、むしろ1992年「借地借家法」（10条2項）が、滅失前に借地権登記ないし建物登記による対抗力のあった借地権にかぎって、かつ滅失後に再建計画を明示した看板等による公示を条件として2年間の対抗要件保護を提供する態度に倣うべきだとしていた（法務省担当者素案第三1(1)；日弁連2010,第二5；小柳2014, p.110）。東日本大震災後、これらの議論を受けて罹災法は廃止され、代わって2013年制定の「大規模災害被災地借地借家特別措置法」は、上記1992年「借地借家法」に倣って滅失前に対抗力のあった借地権に限り、公示なき対抗要件保護を6か月、また再建計画の掲示を条件とする3年間の対抗要件保護を規定した（4条）^{iv}。同法はこのほか罹災法（11条）の一律10年間の契約更新保護制度を廃止したが、「借地借家法」（7条）の滅失建物の再建における地主のみなし承諾制度他で手当てされるとされている（法務省担当者素案第三2）。一方、借地権の流動化を促す借地権譲渡・転貸特例が新設されている（5条）。

このような一連の変更は、借地権が底地所有権から切り離された独自の取引対象として流通し、6割～8割ともいう借地権割合で評価される大都市部の経済現象を想定したものと考えられる。しかし地方部の現実においては、借地権が居住・生業の基盤である伝統的土地利用が今なお存続しているのであり、罹災法はその生活基盤を保障していた。とくに日本社会の実態

として、地主の登記協力を欠くために未登記借地権が常態化し、のみならず地主は土地上の建物登記による借地権の対抗制度（1909年「建物保護法」に由来する「借地借家法」10条1項）を回避すべく借地権者の建物登記すら認めない例が散見されるなか、災害による建物滅失を奇貨として地主が第三者に土地を売却し借地権者が対抗できない「地震売買」が容易に生じやすい現実があるのであり、罹災法が、災害前の対抗要件具備の有無を問わずに借地権の保護を提供してきたゆえんと考えられる。「法務省担当者素案」（第三1(2)ウ）は、災害前に対抗力を欠いていた借地権の救済については個別の訴訟において背信的悪意者法理や権利濫用法理で対応すれば済むとの主張により、保護廃止を正当化しているが、日本の地方部の司法過疎の実態のもとで、被災し疲弊しきった借地権者が訴訟提起に踏み切ることはおよそ現実的ではない。通常の想像力を有する者には、未登記借地権者のおのずと泣き寝入りに終わる結末は目に見えているであろう。

以下にみるように、「地震売買」の現象は東日本大震災被災地における筆者の継続的調査に基づくかぎり、現に生起しているものであり、制度廃止の合理性を疑わせる^v。以下では、自主再建地域、区画整理対象地域、防災集団移転対象地域、の3つの場合分けに沿って、借地権者の直面する問題状況を検討する：

（1） 自主再建地域における借地権

第一に、自主再建地域における借地権の帰趨である。岩手県宮古市愛宕地区における筆者の継続的調査では、被災200世帯余りの大半が未登記借地権（建物登記あり・なしが混在）であったが、このうち震災後の帰趨は、借地権を放棄転出した世帯、半壊住宅の再建に向かった世帯、全壊・半壊解体住宅の再建を目指し区内の仮設住宅に入居した世帯、に分かれた。このうち第三のタイプは約40世帯であった。一帯の大地主は不動産業等を経営する地元の名家であり、震災直後、借地権者を一軒ずつ回り借地料の免除を通知した。多くの借地権者はこれを当面の地代猶予と理解し

たが、地主側によれば解約通知の含みであり、あるいは地代引上げによる契約更改の意図をそれとなく伝えた趣旨であったという^{vi}。現に少なからぬ借地権者はこの時点（2011年3月～5月）で解約に応じ、基礎撤去のうえ建物滅失登記を経ているが、この背後に悪質な工事業者が当時入り込み、基礎撤去や建物抹消登記は借地権者の慣習上の義務であるというそそのかしもあったという。登記建物滅失時にも借地権が存続するという借地借家法や罹災法の知識は、地主側は承知していたが、住民は必ずしも正確な知識を有していなかった。

一方、震災3カ月時点で生活再建支援金基礎給付の支給が開始したが、その受給要件として半壊住宅の解体が必要であり、また公費による解体の期限も設けられたことから、混乱した住民世帯の半数ほどは、半壊住宅の解体を急いだという。

これと前後して行政指導による建築規制がかかり、これは建築基準法39条による災害危険区域の居住規制を正式な条例制定を介さず行政指導で運用するものであったが^{vii}、住民はこれが防災集団移転事業による高台移転のための事前準備だとする市職員の説明を聞いており、そのため長期待機に甘んじ、借地権の対抗要件喪失にことさら関心を向けなかった。

この待機期間中も、建物登記を維持し、また住宅基礎を残したまま毎日敷地内で草むしり等に励み、何とか借地権の外観を確保しようとする被災世帯の姿がみられていた。しかし震災2年目の2013年3月、被災者のあずかり知らぬ中、法務局の職権による滅失建物抹消登記がこの地区で実施された。盛岡地方法務局宮古支部および岩手県土地家屋調査士協会への筆者の聴取りによれば^{viii}、かかる職権抹消登記は法務省民事局の指示に従い、平成24～25年度にかけて岩手県全域の滅失建物18,000件について機械的に実施されている。法務局から土地家屋調査士へ提供された土地登記資料には表題部の情報のみしかなく、権利部の内容は確認できず、また建物登記資料には権利部もあったため建物抵当権に関心を払ったものの、借地権の対抗力についての配慮は意識されていなかったという。

住民を震撼させた動きは、震災2年の節目に前後して、地主が一帯で開発事業を開始した行動である。上記の法務局の職権抹消登記を受けて、また「借地借家法」による2年間の借地権対抗要件保護が終了するタイミングであった。震災1年目～2年目の筆者聴き取りではほとんどの借地権世帯が元地再建を企図していたが、地主の開発行為を目にしてのちは、あきらめムードが漂ったという。震災5年の2016年8月現在、40世帯中30世帯が地区外の災害公営住宅等へ転出、10世帯がなおも戸建住宅の再建を希望して仮設住宅に残留しており（退去期限は平成30年度）、これら残留世帯は借地権の帰趨をめぐって地主との確執を内心抱えている。

この地区の事例から、(i)地主の申出が地代猶予を形成したのか解約通知であったのか、(ii)公費解体・補助金受給要件が半壊住宅の解体を促したことが借地権に影響したか、(iii)行政指導による建築基準法39条の建築規制ゆえに「借地借家法」(10条2項)にいう新築計画の掲示要件を満たせなかった事情をどう考えるか、(iv)建物登記による借地権の対抗要件が法務局の職権抹消登記によって失われた問題をどう考えるか、などの複数の事情が錯綜する状況が見いだされる。地主の開発行為に危機感を抱いた住民の一部は、仮設住宅集会所で開催された弁護士の法律相談会で相談を持ちかけたこともあったが、踏み込んだ助言は得られなかったという。罹災法が適用されていたならば、こうした複雑な事情に拘わらず一律5年の対抗要件保護(10条)や一律10年の保護期間(11条)が効いていた局面である。

(2) 区画整理事業の対象地域における借地権

つぎに区画整理事業の対象地域における借地権の帰趨である。岩手県宮古市鉾ヶ崎地区は、江戸時代に遡る歴史の古い漁港であり、数世代遡る漁師や商店等の自営業世帯を含む住宅800世帯余が被災した。神戸大学・東北大学・岩手大学の三大学連携の上記「未来まちづくりアンケート」では、2015年1月実施時点で鉾ヶ崎周辺の仮設団地に居住する全340世帯に

質問票を配布し、120 回答を得たが、このうち 20.8% が借地権者であると回答した。

銚ヶ崎地区の復興計画では、防潮堤や幅員 17 メートルの産業道路・水産加工団地の建設計画と連結する土地区画整理事業の採用が決定された。区画整理事業請負主体である UR 都市機構現地事務所への 2016 年 8 月時点の聴取りによれば、区画整理事業過程で未登記借地権の「申告」（土地区画整理法 19 条・85 条）はわずか 1 件しかなされず、また申告がなくとも最終的な換地上に当然に借地権の随伴が起こるわけであるが（同 99 条 1 項）ix、そのような事例は 1 件（一筆の換地上に 4 軒の借地権者が随伴した事例）しか聞いておらず、その他の借地権の問題は関知していないという。

上記アンケート結果に表れた震災前の多数の借地権が、区画整理事業を経てわずか数件に減少せねばならないとすれば、その背景にいかなる問題が作用しているのだろうか。銚ヶ崎地区の不動産取引に詳しい某不動産業者への聴取りによれば、震災前の借地権の多くは崖際の不便地に張り付くようにして木造家屋が立ち並ぶ、月額地代坪 100 円水準の「恩恵・社会福祉」であったといい、家屋流失に際して地主が地代坪 300 円水準への契約更改を持ちかけ、これを受け入れない借地権者は地域慣習に従い基礎撤去のうえ流出していったという。たとえ残った借地権者も、区画整理に伴う公有地先行取得や、減歩による狭小宅地として居住不能地と認定された時点で、解約・流出していったであろうという。

しかし前述の愛宕地区同様、2016 年 8 月現在なお災害公営住宅への入居を選ばず、仮設住宅に居住を続ける借地権者は少なからず存在する。地主側がいかに「恩恵」としての借地権の終了を期待しようとも、法的権利として存続している以上は（区画整理法 99 条 1 項）、事業完了後の換地上に借地権が主張されるのであり、確執は避けられない。地主側は、区画整理事業中の地代が支払われておらず、賃料不払いにより解約が成立したと主張するかもしれない。しかし工期中で土地が使用収益できない間（仮換地指定から使用

開始時まで)の地代は区画整理事業施工主である市側により損失補償が支払われるべきであり（区画整理法 101 条 1 項・114 条、下出 p.172）、未払いは直ちに解約の理由とはなるまい。上記 UR への聴き取りによればしかし、区画整理事業による借地権者への損失補償は一切行われていない。また少なからぬ地主は区画整理実施前の先行取得により既に市側に土地を売却していることから、借地権者は新所有者である市を相手どった権利主張に労力を払わねばならない。罹災法が維持されていればこのような困難は回避できたはずである。

(3) 防災集団移転事業の対象地域における借地権つぎに防災集団移転対象地域における借地権の帰趨である。震災前から巨大防潮堤を有する津波防災の町として著名であった岩手県宮古市田老では、X 字状に延びる防潮堤に囲まれた内側に古くから借地権が多数存在した。未登記借地権であるが、建物登記によって対抗要件が供えられていた。津波による防潮堤の無残な崩壊によって家屋流失後、被災世帯は数キロ内陸のグリーンピア三陸宮古に避難し、そのまま一団地の仮設住宅に入居し、被災地の様子を見に戻ることも稀であったという。ある借地権者の事例においては、田老で別件事業を営んでいた地主が震災後に遠隔地に避難して音信不通となり、借地権者側からの連絡手段を欠いたまま地代の支払いが停止した。2012 年 4 月、田老では大がかりな防災集団移転事業と土地区画整理事業を併用する復興計画が開示され、住民説明会の議論はまちづくりの全体構想に向かい、個別の借地権の問題が表だって論じられることはなかった。しかし震災 2 年を経た 2013 年 3 月、住民のあずかり知らぬ間に法務局の職権による一斉の建物滅失登記がなされた。そののち借地権の存在した元地に突如として復興公共工事の土砂が累々と積まれる事態となり、借地権者に対しては市からも地主からも何らの通報はなく、市に問い合わせたがぬらりくらの対応に留まったという。登記簿を確認したところ、2014 年 1 月付で、元地主から宮古市に対し売買を原因とする所有

権移転が行われていたことがわかった。

震災5年を経た2016年3月時点、ようやく防災集団移転による高台土地取得が可能な段階となり、借地権者としては、①地主に高台土地を購入してもらい随伴するか、②元地の借地権対価を原資として自ら高台土地を購入する道が考えられた。①は新地主たる市側のぬらりくらの対応により困難であり、また②の高台土地購入を市に申請したが、具体的な資金計画を伴う建築計画が不在であるとの理由により土地売買契約が成立しないという。

この状況で、借地権者はすでに法務局の職権建物滅失登記により対抗要件を失っているが、宮古市に対して借地権を対抗することは、権利濫用論や背信的悪意者論によって可能であると考えられる。なぜなら宮古市が当該地を復興公共工事に利用してきたことが借地権者の対抗要件の確保を妨げたのであり、その宮古市が対抗要件の不備を主張するならば禁反言的な意味で権利濫用である。また宮古市は防災集団移転促進事業財政特別措置法(1条)における住民の居住の安全を確保する政策目的を担う主体として、用地買収時点で未登記借地権者の存在を確かめる高度な注意義務があり、その懈怠により、高台居住の意図を欠く不在地主から土地を買い上げる一方、現に被災地に居住してきた借地権者の居住を阻害する「地震売買」の当事者に自ら墮したことは、防災集団移転の法意また復興計画の目的に反し、過失・違法行為による損害を被った借地権者から損害賠償が提起されてよい局面である。そのような主体は、借地権者の対抗要件不備を援用することのできない背信的悪意者と考えられるであろう。しかしこのような解釈法理は、市側との直接交渉において主張しても一蹴されることが容易に想像でき、訴訟を提起して初めて適用余地が期待できるのであるが、一被災者が市側を相手どって訴訟提起を行うことは現実的ではない。対行政の対決姿勢は補助金受給等のさまざまな側面でしっぺ返しを惹起するだけであることが、被災者には目に見えている。このような現実の複雑性からして、やはり一律に5年間の対抗要件保護を提供する罹災法(10条)が活きて

いたならば、解決の余地がありえたはずであった。

4. 検討

(1) 罹災法の担った私権調整機能

災害復興は「復旧」ではなく「よりよい復興」(Build Back Better)であらねばならないとの掛け声の背景で、私権の「復旧」すらままならない被災者の状況が看過されがちである。震災後、借地権の行使がことさら困難に直面する実情が、以上の事例から伺われた。罹災法廃止論者は「罹災法は私権関係への国家の過剰な介入である」「罹災法の廃止により借地権を失ったわけではない」とうそぶくが、法文の字面の如何に拘わらず、権利行使の余地が塞がれていれば消滅も同然である。罹災法は被災者の権利行使を取り巻く困難を予想し、その健全な行使を助ける私権調整機能を果たしていた。その廃止によって、権利行使を阻まれに至った被災者の現実は、直視されねばならない。罹災法が借地権の5年間の無条件の対抗、10年間の存続を規定していた卓見は、災害復興過程における人間社会の混乱が収束し住宅再建のスタートラインに立つまでに最低5年、さらに人々の暮らしが災害前水準へ復旧するまでに最低10年を要するという洞察に依拠し、それまでの時間的猶予を借地権者に保障する現実的要請にねざしていたと考えられる。東日本大震災クラスの巨大災害においては、防災集団移転や区画整理が数千ヘクタールの広大な面積で展開し、多くの被災者の再建活動が復興5年のいまなお待機を余儀なくされている。このような復興過程の長期化は、罹災法立法者が既に見通していた帰結であった。罹災法廃止論は、そのような先人の経験を軽視し、新自由主義的な開発利害を満たすべく優先借地権のデメリットを誇張した現代化論を唱え、他方で借地権保護の廃止によるデメリットを十分検討せぬまま、罹災法適用阻止・廃止へと進んだ。野放図な私的自治に委ねるかぎり、弱肉強食の搾取の原理が働くことは災害復興の常であろう。結果、東日本被災地において「地震売買」の跋扈する悪しき災害資本主義のパンドラの箱を開けてしまったといえよう。

(2) 復興格差の拡大—持家文化の喪失

筆者は、罹災法が私権の原状復旧を保障する重要な制度基盤の一つであり、その安易な廃止が復興格差を拡大したという疑義を抱く。東日本大震災において震災前と復興後の土地利用を写真上で比較してみるならば、変化は一目瞭然である。震災前は、地盤・建物の権利が所有権・借地権・借家権のいずれであるかを問わず、等し並みの木造戸建てが多数広がっていた。復興後は、防災集団移転や区画整理の完成箇所には再建住宅が点在するかわら、災害公営住宅が顕著なランドマークとなっている。各種の住宅再建補助金の受給資格として資金調達力を証明せねばならず、結果として有資産層が住宅再建を果たす反面、住宅再建を断念した世帯が災害公営住宅を選んだ。高層住宅化の進んだ都市部と異なり、所得・所有の階層を問わず慎ましいながらも我が家を守る、「持家文化」ともいうべき居住秩序が日本の地方部の暮らしの魅力であったとすれば、復興後はそこに顕著な二分化（有資産層は土地持ち・戸建て、低所得層は集合住宅の賃貸）をもたらそうとしている。「災害公営住宅ではご先祖様に申し訳がない」「子供がいじめられるのではないか」との声すら随所で聞く。木造戸建ての街並みに代えて、一目瞭然の復興格差の街並みがもたらされようとしているのである。

罹災法の借地権保護が維持されていたなら、復興5年、ようやく開始しつつある防集団地や土地区画整理の換地引き渡しに際して、少なからぬ借地権者が、わずかにせよ借地権割合分の価額清算を受けて防災集団移転用地を入手し、あるいは新たな借地条件を合意して区画整理の換地上に随伴し、住宅再建を遂げ、復興格差はより相対化していたと考えられる。

(3) 復興規範の再論

罹災法廃止をめぐる問題状況は、単に私権関係への公的介入のありかたにとどまらず、復興における公助理念一般の再論を迫っていると考えられる。東日本大震災後の国家介入は、防潮堤・防災集団移転等の安全対策に留まらず、住宅再建支援から中小企業グループ

補助金におよぶ多様な補助金措置の提供が特色をなし、全体としてみればきわめて国家介入色が強い復興政策の事例となったといえる。問題はこれらの介入措置が、持てる者（資金調達力のある住宅再建世帯や地域振興の要となる優良企業）に支援を集中し、持たざる者への支援を相対的に後退させる政策志向を示した点であろう。罹災法廃止もまた、借地権・借家権といった経済的弱者の権利保障を後退させた点で、格差拡大型の国家介入姿勢に連なるものとなった。

外国の対応事例との比較では、2005年の米国ハリケーン・カトリーナ復興において宅地所有者に15万ドルに及ぶ補助金が支給された反面、被災者の5割を占めたともいう借家権者に何らの救済が提供されず、むしろ災害前の低所得者向け公営住宅を解体した跡地で高所得層向けの都市再開発を行った、新自由主義的な支援格差方針が知られている。東日本大震災後の日本政府の対応方針は、このような米国の災害復興における持てる者・持たざる者の二元的待遇をモデルとするものであったのかもしれない。

しかし借地借家権保護に関するかぎり、米国を踏襲すべきではなかった。広大な国土を有する米国では（大陸法系の要素を有するルイジアナ州法においても）、日本のような土地と建物の所有権の二元性を前提とする「借地権」に相当する概念がなく、地盤の権利が自由保有権であれ定期保有権であれ、保有権者が建物所有者として借家を行う土地建物一体的な土地利用が前提とされているため、そもそも日本におけるような借地権保護制度を論じる素地がない。また借家権についても家主の一方的解約権にかかり、裁判所が契約解釈介入を避ける保守的な判例傾向が知られており（Lovett 2008, p.24-7）、所有権者の正当理由を要求する日本の判例傾向とは隔絶している点からも、モデルとすることは相当でない。

しかし2004年スマトラ津波のアチェでは、土地が水没した所有権者と同様に、住居を失った借家権者に対して高台移転が実施され、国有地地上権（十年後に所有権転換の予定）が一律提供されたことは注目される。災害前の財産権の態様を問わず、住居を喪失した

被災者を復興過程で一律に扱うという、公助の一つの理念が示されている。またイタリアの2009年ラカイア地震では、長期の復興過程を見据えて居住性の高い堅固な仮設住宅を建設し、やはり被災世帯に一律に提供されている。最終的な本格再建を被災者の自助の問題と前提しながらも、そこに至る復興待機過程の支援ニーズを長期的に捉える公助観が示唆に富んでいる。

このような国際比較の視点からすれば、日本の災害復興における公助は、被災者の自助の領域である本格再建に巨額の補助金措置等を通じて踏み込み復興格差を作り出すくらいがあるいっぽう、本格的な生活再建に至る以前の復興待機期間中の支援では予算節約行動が目立つこと、また義務的に行うべき損失補償が不全であるなど、矛盾が散見される。復興理念の体系的な形成が弱いために、経済復興・日本再生を旗頭とする産業支援に流れやすいと考えられる。罹災法廃止論も、被災者の生活再建のための私権行使を支える本来の制度理念を見失い、不動産取引促進型の制度改革の潮流に取り込まれた例であったと考えられる。

5. 総括

災害大国を自負し、海外で防災政策支援を展開する日本は、自らの災害対応における制度課題をつねに厳しく問い直す自己点検の義務がある。東日本大震災の経験を経た2013年、災害対策基本法の改正、大規模災害復興法の成立その他一連の法制度改革が注目を集めたが、それらに勝るとも劣らない制度転換が、罹災法の廃止と、これに代替する大規模災害被災地借地借家特別措置法の成立であったと筆者は考える。罹災法廃止論者は、罹災法が、地主の犠牲のもとに被災者に特殊な権利を賦与していたかの印象を与えてきた。しかし罹災法の本質は、既存の借地権や借家権を行使せしめるための枠組みであった。借地借家権は居住・生計の基盤として今日なお日本各地において不可欠の私権でありながら、災害において脆弱な立場に置かれ権利行使が虐げられやすい現実を直視し、その権利主張を後押しする圧力装置として罹災法は重要な意義を有してきたと考えられる。罹災法の廃止は、単に

立法の条文のみならず、関東大震災以来の歴史的経験の中で形成された緻密な判例集積をも一挙に丸ごと葬り去ったのであり、一国会の専権としてはあまりに安易な判断であったと考えられる。

その影響として、被災地行政が借地権を度外視し、本来なすべき損失補償を行わず復興事業を推し進める態度、また地元不動産業界が「恩恵としての借地権保護は国家の福祉政策に委ねよう」と不在地主の耳元でささやき地震売買や新規開発を促す態度を、現実に生起している。私権行使を阻まれ、行き場を失った被災世帯は、震災5年を経てなお仮設住宅の居住を余儀なくされているが、地元行政はそうした世帯に対し、「いつまでも被災者だと思ふな」「平成29年度中に退去しなければ代執行する」などの言葉を投げかける例も聞かれ、背信性は際立つ。

「より良い復興」とは、被災者のより安全な生活再建を意味したのではなかったろうか。いつしかそれが、地元行政にとっては「特区」方式による国費全額負担の公共インフラ整備の好機、業界にとっては復興便乗型の経済振興のチャンスと化したかのようである。しかし少なくとも、それら「より良い復興」は、被災者の既存の私権を害する形で行われてはならない。憲法29条が私的財産権保障を謳う先進国日本において、原状回復ないしは損失補償が、復興の大原則である。被災者の私権行使を支える一つの枠組みであった罹災法が廃止されるや、堰を切ったように、災害復興における公的また私的な私権侵害が生起し、違憲状態が定常化する人間社会の醜い現実、改めて制度介入の必要性を問いかけていると言えよう。

参考文献：

- 1) 金子由芳： 災害復興における国家と私権のゆくえ—東日本大震災とアジア、小柳春一郎編、災害と法、国際書院、2014.
- 2) 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運営委員会： 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
- 3) 神戸大学震災復興支援プラットフォーム： 未来に活かす安全と暮らしのまちづくりアンケート報告書I、2016

- 4) 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
- 5) 下出義明: 換地処分の研究 (改訂版)、酒井書店, 1997
- 6) 升田純 (1995) 「罹災都市借地借家臨時処理法をめぐる諸問題と裁判例」判例時報 No.1532~1541.
- 7) Lovett, J.A.: Property and radical Change: Observation on Property Relationships from Post-Katrina New Orleans, in Malloy, eds., *Law and Recovery From Disaster: Hurricane Katrina*, Ashgate, 2008

-
- i 神戸地裁平成 8 年 2 月 5 日決定、神戸地裁平成 8 年 8 月 19 日決定、神戸地裁平成 8 年 11 月 29 日決定。
 - ii 神戸地裁平成 8 年 2 月 5 日決定、神戸地裁平成 8 年 2 月 5 日決定。
 - iii 神戸市による被災建物の公費解体措置を契機として、地主・家主が半壊家屋の解体を意図し、借家権者が逆に修復による使用継続を求め対立したケースがほとんどである。
 - iv 前出「法務省担当者素案」第三(1)イでは 2 年間の対抗要件保護とされていたが、法では 3 年間とされた。
 - v 法務省担当者補足意見 (p.2) では、東日本大震災後に「関係市町村から罹災都市法の適用を求めないとの回答が示された」としている。しかし、複数の被災自治体への筆者聴き取りによれば、震災後に法務省から自治体へ照会があり、自治体側は応急・復興対応に追われるなか照会趣旨が十分理解できないまま、単に「異議なし」とする回答を漫然と返したという。
 - vi 2013 年 8 月時点の筆者聴き取り、また 2016 年 8 月時点の聴き取りでも再確認した。
 - vii 市外の民間建築主事による建築確認を受け行政指導を免れる道があったが、一般的には市役所による建築確認の指導に服したという (現地の土地家屋調査士談)。
 - viii 2016 年 8 月 2 日・3 日時点。
 - ix 下出 1997, p.360 参照。判例として仙台地裁昭和 31 年 4 月 9 日判決、下級民集 7 卷 4 号 936 頁。