

《論 說》

関東大震災と借地借家臨時処理法

(大正一三年法律第一六号)(上)

小 柳 春 一 郎

はじめに

本稿は、罹災都市借地借家臨時処理法(昭和二一年法律第一三号)の原形である借地借家臨時処理法(大正一三年法律第一六号)の立法過程について検討するものである。平成七年一月一七日における阪神・淡路大震災は、多くの被害を与えた。現在、復興のための真剣な努力がなされているが、法律学としてもこれに何らかの寄与が求められている。ところで、阪神・淡路大震災がもたらした多くの法律問題の中で、量的にもっとも多いのは、借地・借家の問題である。例えば、神戸弁護士会の電話相談において、約六〇％が借地・借家をめぐる法律問題であった。これについて、政府の側でも、平成七年政令第一六号により、罹災都市借地借家臨時処理法(以下「罹災処理法」と略称する。)を適用することに決定した。罹災処理法は、第二次大戦敗戦後の戦災復興に際して制定された

ものである。その規定は、多岐にわたるが、何よりも注目されるのは、借家人（法文は「借主」であるが、「借家人」について以下では論ずる）に優先借家権、優先借地権、借地権の優先譲受権を付与することである。

優先借家権とは、罹災借家人が、借家が滅失した後、他の者がその敷地に最初に建築した建物について、建物が完成する前に、他の者に優先して、相当な借家条件でその建物の賃借を申出ることができるというものである（罹災処理法一四条）。建物所有者は、正当な事由があれば申出を受けた日から三週間以内に申出を拒絶することができるが（一四条、二条三項）、正当な事由があるか否かについては、当事者は裁判所に裁判を求めることができる（一五条）。

優先借地権とは、罹災借家人が、政令施行の日から二年以内に、他の者に優先して、相当な借地条件で、土地所有者に対して、罹災建物の敷地の賃借を申出ることができるというものである（二条）。土地所有者等土地を使用する権原がある者が建物の建築工事を開始している等、現にその土地を建物所有の目的で使用している場合には、この申出をすることができない。また、都市計画法等の法令により、土地に建物を建築するために許可が必要な場合には、その許可を得ていないと申出をなすことができない（二条一項）。土地所有者は、正当な事由があれば申出を受けた日から三週間以内に申出を拒絶することができる（二条三項）、正当な事由があるか否かは、当事者は裁判所に裁判を求めることができる（一五条）。罹災借家人が取得する借地権は、借地借家法上認められる普通の借地権であり、一時使用のための借地権や定期借地権ではない。その存続期間は一〇年であり、当事者は、一〇年より長い期間を定めることができるが、一〇年末満の期間を約定しても一〇年とされる（五条）。一〇年の存続期間が満了するときは、更新に関する借地借家法の規定が適用され、賃貸人が更新拒絶をするには、建物がある限り、正当な事由が必要である。

借地権の優先譲受権とは、罹災借家人が借地の申出をしたときに、土地に借地権が設定されていた場合には、罹災借家人は、借地権者に対して、政令施行の日から二年以内に、借地権の譲渡を申出ることによって、他の者に優先して、相当の対価で、借地権を譲り受け、借地権を取得するものである（三条）。

ところで、この罹災処理法の適用については、とくに、先の優先借家権、優先借地権、借地権の優先譲受権に関連して現在議論がある。例えば、安永正昭教授は、次のような疑問を指摘する。^① ①優先借家権については、旧借家人は建物の性質が変更（例えば居住用から事務所用に変更）しても賃借できる趣旨なのか、それとも同種のものに限るのか。優先借家権の放棄の合意はどこまで有効か。市街地再開発地区では、再開発ビルに優先借家権を主張できるか。②優先借地権については、本法の適用がなければ消滅した借家権が、本法の適用により借地権に「昇格」するのは「寝耳に水」の話である。対象土地に抵当権が設定されているときは、借地権がこれに對抗力を有するかが疑問であり、有しないとすると優先借地権は実効性を欠くことになる。申出により相当な借地条件で借地権の設定ができるというが、内容について全くの白紙である点が疑問である。被災地内の一定の地域に於ては土地区画整理事業、市街地再開発事業が予定され、都市計画決定がなされているが、この地区内における借地の申出をどのように扱うかが明確でない。

更に、筆者は都市的土地利用研究会・日本不動産学会研究分科会による神戸弁護士会有志との勉強会に於ても多くの教示を得た（以下は、いずれも筆者の責任によるまとめである）。①現地に於ては、罹災借家人の優先借家権と優先借地権が非常に有名になっているが、実際のところ、正確な内容が知られているわけでない。とくに優先借地権については、借家人が借地人になる可能性を開くものとして受け止められている。ところが、地主に対する嫌がらせ的な借地の申出がなされる例があるようで、そうでないものとを区別する必要がある。

②地主がみずから建物を建築し、貸家にし、その貸家が震災により滅失した場合、地主に資力があれば再築が可能であるが、高齢等の理由により土地売却を希望する例がある。ところが、当該土地については、優先借家権と優先借地権の成立が考えられる。このため、第一に信用ある仲介業者は、この土地を一種の瑕疵物件扱いして、媒介を引き受けない。というのも、当該事項は、宅地建物取引業者が売買の媒介業務を行うにあたって説明義務を負う重要事項（宅地建物取引業法三五条）に該当するのかが一見するところ明らかでない。第二に、買主としても不測の事態を恐れて、このような土地には手を出さない。なお、優先借地権と優先借家権は、今後の復興に必要な公共団体による土地の買取についても問題をひきおこす可能性がある。

③例えば、土地売却に際しては、一定の金銭の授受と引き換えに借家人から優先借地権、優先借家権を主張しない旨の念書を得て土地売却を行う場合があるが、その念書の有効性は、事情によっては錯誤、詐欺等により問われかねないとの疑問がある。

個人的な筆者の感想を述べることが許されれば、震災処理法の適用がない場合にはとりわけ借家人の地位が無に帰することになるため、現地としても震災処理法の適用に一定の意義を認めつつ、通常の私法原理とは大きく異なる点のある震災処理法に困惑しているという印象があった。また、震災処理法は、適用範囲が限られた立法であり、従来の研究が必ずしも十分でないことも関連していよう。

そもそも、震災処理法が成立した終戦直後には、住宅に関連して、現在の目から見ると考えられないほど強力な内容の法令を幾つも見ることができる。⁽²⁾例えば、住宅緊急措置令（昭和二〇年勅令第六四一号）は、知事等が必要があるときは、住宅として利用できる工作物で使用上余裕があるものについて公共団体のために使用権を設定できると規定する。更に、昭和二十一年勅令二九八号の改正により、使用上著しく余裕がある「余裕住宅」について、知

事等がその一部を戦災被災者に貸し付けることを勧奨又は命令できるようにする。臨時建築制限令（昭和二一年勅令第二八八号）は、料理店、劇場、映画館、五〇平方メートルを超える住宅の新築、増改築を禁止する。また、都会地転入抑制緊急措置令（昭和二一年勅令第一二九号）は、都会における人口の過度の集中による弊害を防止するために、東京、大阪等の大都市への転入を原則として禁止する。罹災処理法は、借家人に借地人への「昇格」の可能性を認めるのであるが、底流に於てこうした一連の法令と同様の、非常時における緊急避難のための法としての性格を有する。しかし、罹災処理法以外の前述の法令は、戦後の混乱の終了と共に廃止されたのに対し、罹災処理法のみ恒久法になって生き残り、折々の災害に適用され、阪神・淡路大震災に際しても適用されることになったのである。

いずれにせよ、これだけの議論がある罹災処理法については、できる限り正確な情報の提供と意義の把握が必要である。とくにその優先借家権の意義や優先借地権の意義をどのように考えるべきかは、成立過程にさかのぼった検討が必要である。このことは、今後、罹災処理法の適用に当たって生じうる種々の問題の解決にも有益なことが期待される。また、将来の立法にも有益であろう。というのも、罹災処理法について、いつまでも戦後の復興立法をそのまま適用すべきでなく、抜本的な改正が必要であるということは、多くの論者が指摘するからである。こうした観点から、本稿は、罹災処理法の原型である借地借家臨時処理法の成立過程を明らかにする試みである。

現在の罹災処理法と大正一三年の借地借家臨時処理法（以下、罹災処理法と区別するために、「大正処理法」と略する。）の重要な相違は、大正処理法は優先借家権について規定するものの、優先借地権や借地権優先譲受権については、規定していないことである。罹災処理法の優先借地権は、戦時罹災土地物件令（昭和二〇年勅令第四一号）に由来する。同令四条は、次のように、規定する。

「①建物ノ滅失シタ当時其ノ建物ニ居住シタル者ハ前条第一項ノ停止期間中本建築物ノ所有以外ノ目的ノ為当該建物ノ敷地ヲ使用スルコトヲ得但第四項ニ依ル使用ヲ為ス者アル場合ニ於テハ此ノ限りニ在ラス②前項ノ場合ニ於テハ当該建物ニ居住シタル者が使用ヲ始メタル時新タニ其ノ土地ニ付賃貸借アリタルモノト看做ス」

「前条第一項ノ停止期間」とは、戦争終了後命令で定める期間であり、また、「本建築物」とは、仮設建築物にあらざる建物のこと（第三条一項）である。なお、四条第四項は、第一項に規定する者が建物滅失後二か月を過ぎても同項に依る使用をなさざる場合には、土地所有者は、前条第一項ノ停止期間中に限り本建築以外の目的で土地を使用できるといふものである。本建築をなしえないのは、防空の要請から本建築を禁止又は制限する必要がある、更に、再び空襲に依る罹災が起れば、資源の無駄になることを考えたからである。⁽³⁾

以上の戦時罹災土地物件令における建物使用者の土地賃借権は、法文を一見するだけでも、戦時の緊急措置という色彩の強いものであり、罹災処理法が規定する優先借地権の前身とはいふものの必ずしも同一視できない点がある。こうして、現在の罹災処理法が罹災借家人に与える権利の意義を正確に理解するには、立法時の議論にさかのぼった検討が必要である。本稿は、そのために、まず優先借家権の沿革を検討するものである。罹災借家人に優先借家権を与え、保護したのは、如何なる趣旨に基づくものか、それはどこまでの保護を予定したものか、を検討する。

従来も大正処理法に関する業績は存在する。⁽⁴⁾しかし、本稿は、①大正処理法の原型を作った帝国経済会議での議論と末広の活躍を資料に基づいて紹介する、②帝国議会における議論を紹介する、③当時の多様な論者の議論の中で同法を位置付けるといふ点で、意義を主張できるのであろう。

注

- (1) 安永正昭「大地震に伴う借地・借家の法律関係」ジュリスト臨時増刊一〇七〇号『阪神・淡路大震災 法と対策』（平成七年）。なお、本稿は、罹災処理法そのものを検討するものではないため、罹災処理法と今回の適用に関する解説としては、同論文一五二頁注三掲示の文献を参照願う。それ以外には、さしあたり、澤野順彦「震災復興の法律相談」（住宅新報社、平成七年）、法務省民事局参事官室編『大規模災害と借地借家Q&A』（商事法務研究会、平成七年）。また、丸山健「罹災都市借地借家臨時処理法」『法律のひろば』四八巻七号（平成七年）は、「臨時処理法（罹災処理法のこと。臨時処理法の略称が一般的であるが、本稿が検討する大正処理法も、借地借家臨時処理法という題名であるため、これと区別するため、本稿は、昭和二年の罹災都市借地借家臨時処理法を罹災処理法と呼ぶ。・・・小柳注）は、その要件が抽象的であったり、利害関係者の利害を微妙に調整しているものである以上、その実際の運用の経験を有する実務法律家が極めて少ないだけに、臨時処理法を実際の事案に適用し、紛争を解決するには種々の困難が生ずる場合が少なくないと予想される。・・・今回の罹災地に於ては、臨時処理法の適切な運用に対する期待が大きいと思われるが、借地人、借家人だけでなく、土地の所有者、建物の所有者等も被災しているところに今回の震災の大きな特徴があるから、従来と異なる大都市における被害の実態に臨時処理法の立法趣旨を的確に反映させて、個々の事案ごとに当事者双方に公平な利害を調整し、適切な解決を図ることがとくに必要である。」と述べる（二七頁）。なお、阿部泰隆教授は、罹災処理法の適用に消極的で、「この法律を今から廃止できるかが課題になる」とすら論ずる（『阪神・淡路大震災の提起した法政策問題』法律時報六七巻六号（一九九五年五月号）五頁）。なお、升田純「罹災都市における借地借家関係等について」（『司法書士』二八〇、二八一号、平成七年）も有益な指摘に富む。
- (2) さしあたり、『建設省三〇年史』（財団法人建設広報協議会、昭和五三年）四頁以下参照。
- (3) 高島良一『借地・借家法』（弘文堂、昭和三十六年）二六頁。
- (4) 本間義信「関東大震災と借地借家紛争の処理」静岡大学法経研究三三巻一号（昭和五九年）、後藤新八郎「関東大震災における対私権応急措置について」『法制史研究』三二二号（昭和五七年）。また、澤野順彦「罹災都市借地借家臨時処理法の実務上の諸問題」塩崎勤・澤野順彦編『裁判実務体系23借地借家訴訟法』（平成七年、青林書院）は、大正処理法の意義と、罹災処理法との関連について、極めて示唆に富む指摘を行う。更に、大正処理法の制定時に近い研究として、茶谷勇

吉『借地借家の現行法規に関する若干の考察』司法研究一七輯(昭和八年)二四六頁以下があり、焼け跡バラック問題(後述)についての諸見解を詳細に紹介している。

一 関東大震災と借地借家問題

1 政府の震災対応

はじめに、大正一二年九月一日の関東大震災の被害状況と政府の対策について、概観しておく。これは、当時の議論の背景を知るために重要だからである。『内務省史』に従って、整理すると次のようになる。⁽¹⁾ 東京市に於ては、総面積二四〇〇万坪に対して、焼失面積は一〇〇万坪で総面積の四六%にあたる。東京市の総人口の六三%にあたる一五四万人が住居を失った。横浜市では、総面積一二〇〇万坪に対し、焼失面積二八二万坪で総面積の二四%、住居を失ったのは、全人口の六四%に当たる二七万八千人であった。

政府は、九月二日に臨時震災救護事務局を設置し、次のような活動方針を定めた。①治安の維持は、陸海軍、警察が協力してこれに当たること、②罹災民の直接救護炊き出しは、府県の罹災救助基金を以てこれに当て、不足は国費を支出すること、③食料品、小屋掛け材料等は、地方長官がこれを徴発し、市町村長より罹災民に配給すること、④自動車、ガソリン、荷車等は、できるかぎり徴発して、物資輸送にあてること、⑤罹災民の地方への移動には、鉄道省で無償輸送すること、⑥食料その他の暴利を取り締まること、⑦政府に於て新聞を発行し、人心の動揺を防ぐことなど。

更に、政府の住宅への処置では、東京に七万三千坪分のバラックを建設し、六万六千人を収容した。また、バラックでは、衛生、風紀等の点で問題があるため、東京府及び神奈川県に五千戸の小住宅を建設し、同潤会により八千戸の住宅を建設させた。以上がいわゆる応急的対策である。

政府の本格的復興事業の中心は、区画整理事業であった。九月二十七日には、帝都復興院が設置され、一二月には帝都復興のために特別都市計画法が公布された（大正一二年法律五三三号）。特別都市計画法の骨子は、焼け跡地域での区画整理事業の実施にある。

これ以前の都市の基盤整備事業は、東京市区改正条例（明治二十一年勅令六二二号）を中心に、道路、広場、運河等の用地を買収又は土地収用し、この用地に於て事業を施行する方式であった。しかし、この方式では、買収された部分に道路等が整備されるというだけで、それ以外の部分は未整備に終わり、いわば線的な整備にしかない。また、用地買収された土地以外の土地には、基盤整備による開発利益が一方的に帰属するという問題がある。これに対し、区画整理は道路予定地以外の土地も整備を行うことができ、開発利益の帰属についても道路予定地とそれ以外の土地とで不公平にはならない。更に、区画整理によれば、道路等の公共用地を地権者の減歩により供出でき、この限りで用地費が節減できるという利点もある。大震災後の都市計画のように、根本から街区を作り替え、面的な整備を行うには、区画整理が適当であると考えられた。

既に、大正八年に制定された都市計画法（大正八年法律三六号）は、都市基盤整備の手法として、区画整理を規定していた。その方式は、原則として区画整理組合で施行するものであった（一三条）。しかし、復興事業は、急速に実施する必要がある、区画整理組合のような自治に委ねるのでは、間に合わない恐れがあった。このため、特別都市計画法は、行政庁又は公共団体が区画整理を実施しうるものとし、かつ建物のある宅地の強制編入を認めた

(三条)⁽²⁾。更に、区画整理組合における組合総会に代わる機関として、土地区画整理委員会を組織し、地区内の土地所有者及借地権者から各々別に選挙される土地区画整理委員を以てこれを組織し、換地設計、換地処分、補償金等について、これに諮問した上で決定する(五条)。

この特別都市計画法前は、郊外地の農地の耕地整理が殆どであって、建物が建築されている市街地に実施する上で多くの困難があった。特別都市計画法では、土地区画整理事業の施行に必要な場合には、換地予定地を指定して、土地区画整理事業施行地区内に存する建物その他の工作物の所有者に対し、その移転を命令することができ、所有者や占有者がこの移転によって損害を受けるときは、通常受ける損害について補償を行う(六条)。結局、東京市の焼失面積一一〇〇万坪のうち、九二〇万坪を六五地区に分けて区画整理を実施した。その施行面積内の筆数は約四万六千筆、所有権者は一四四〇〇人、借地権者は一〇万六千人であった。

区画整理を実施したのは、東京市の総面積の二四〇〇万坪の三八%に相当する⁽³⁾。換言すれば、東京市の三八%をわずかに一万四千人強の土地所有者が所有していたのであるから、戦前に於ていかに大土地所有が成立していたかを知ることができる。大正初期の東京に於ては二万人の地主が土地の大半を所有していたという指摘があるが⁽⁴⁾、そうした傾向は、区画整理実施の地域に於ても妥当する。また、借地権者の数が多いことは、戦前が「借地の王国」であったことを物語る。

2 バラック問題

大震災の後、政府は、明治神宮外苑等一〇か所を超える場所にバラック的な仮設建築物を供給したが、これは、

三〇万を超える被災家屋数から見れば十分なものではなかった。当時は、資材価格が上昇し、又、人手も極端に不足したことから、本建築が難しかった。政府は、大正一二年勅令四一四号（いわゆるブラック勅令）により、大正一三年二月末迄に建築に着手し、大正一七年八月末迄に除却する仮設建築物について、市街地建築物法第二条乃至第一条、第一三条乃至第一五条を適用しないと規定して、仮設建物（ブラック）の建築を認めた。この場合の仮設建築物は、階数二を超えることができないとされた（大正一二年内務省令三三三号）。なお、後に、大正一三年勅令一九号により大正一三年八月三十一日迄に建築に着手したブラック（除却日時の延長はない。）の建築について同様の市街地建築物法の適用除外を定めた。^⑤

市街地建築物法（大正八年法律第三七号）は、大正八年都市計画法と一体となって成立したもので、現在の建築基準法（昭和二五年法律第二〇一号）の前身となる法である。^⑥市街地建築物法は、地域制（一条以下）、建築線（七条）、高さ及空地制限（一一條）、一般建築物の構造、設備規制（一二条）、防火地区（一三条）、特殊建築物の位置、構造等の規制（一四條）、美観地区（二五條）等の点について規定し、都市の建築物のあり方について規制を行うものである。これ以前には、そのような規制を行うことがほとんどなかったのであるから、画期的な法である。

市街地建築物法に於て、新築、増改築、移転、大修繕、大変更等の建築行為をなそうとするときは、その建築物が、①学校、旅館、工場、劇場、集会場等の建築物であるときか、②防火地区、美観地区内の建築物であるときか、③地方長官（知事、東京では警視総監）が指定する建築物であるときは、地方長官の許可を得なければならぬ（市街地建築物法施行規則（大正九年内務省令三七号）一四三条）。それ以外の場合は、地方長官への届出であつた（同一四四條）。ブラック勅令は、仮設建築物についてこのような許可や届出を不要とする。^⑦

バラック勅令により適用除外がなされた規定は、住居地域には住居の安寧を害する用途の建築物を建築できないという規定(二条)、商業地域には商業の安寧を害する用途の建築物を建築できないという規定(三条)、工場等で規模が大きかったり衛生上有害なものは工業地域でなければ建築できないという規定(四条)、規制される建築物の種類は勅令で定めるという規定(五条)、既存の建築物の用途変更は新築とみなすという規定(六条)、道路敷地を以て建築線とする規定(七条)、建築物の敷地は建築線に接していなければならないという規定(八条)、建築物は建築線に突出してはならないという規定(九条)、行政官庁は壁面線を規定できるという規定(一〇条)、建築物の高さ等は勅令で定める規制を守らなければならないという規定(一一条)、主務大臣は防火地区を指定し防火構造に必要な規制を設けることができるという規定(一二条)、主務大臣は学校、集会場、劇場等の特殊建築物について構造、敷地等について規制できるという規定(一四条)、主務大臣は美観地区を指定してその地区内の建築物の構造、設備、美観について規制できるという規定(一五条)という極めて広範なものである。簡単に言えば、市街地建築物法は、バラックに関して一時的に適用が停止されたのである。

これにより土地所有者がバラックを建築するのであれば、大きな問題はない。また、借地人がバラックを建築するのは、大震災による建物滅失では、借地法二条一項但書により借地権が消滅しない以上、当然可能である。ところが、①建物滅失により借地権が消滅したと理解(誤解)する地主が多かったこと、②当時利用されていた印刷の借地証文では借地上の建物が滅失したときは、契約は解除するという文言があったことにより地主が借地権の消滅を主張する例がしばしばであった。①は誤解であり、②の約定は借地法二条一項に反するため無効であるが、調停に於ても借地権消滅の主張が相当存在した。ところが、借家人がバラックを建築する場合は、借家権自体は建物の滅失により消滅しているから、紛争の元になった。⁽⁹⁾

バラック紛争は、まず、警察に持ち込まれた。大正一二年九月一九日の東京日々新聞は、次のように述べる。

「火事場跡に仮小屋を建てる建てさせぬで地主と借地人、家主と借家人の間に面倒な問題が起こって警視庁本部を初め各区警察署人事相談所へ調停方を持ち込むのが毎日の様に五〇件にも及び本庁の如きは百五十件に上る始末でさらぬだに人手の足りない時とて係員は全く忙殺されている。根が地上権や営業権の欲得に絡んだ問題で目抜き通りなどで営業していた商店は以前には造作権利だけでも何千円と評価されていたものがいまでは跡形もなく焼失したので因業な家主は法を盾にこれを機会に体よく敷金を返して自分がその場所を乗取ろうという魂胆があるのと、一方借家人側は永年住み込んで作り上げた営業上の権利をこんな場合にただで取上げられてたまるものかと無理にも以前の焼け跡の場所に仮小屋を建てようとして火事場跡に焼け棒杭を持って家主と店子が大立ち廻りを演ずるといふ始末。日本橋、京橋等の大店どころでは余り見受けられないが、深川、本所、下谷、浅草、神田方面の小商人の建て込んでいる場所ではさうした紛糾が日に増しふえつゝある。法としては家屋が焼失した以上、従前借家人が有した権利は消滅したわけであるが、このまゝに放擲しては紛糾を益々大ならしめるので、警察側では大いに憂慮しこの際双方の徳義心に訴えて円満な妥協を進めてゐるが、それとてもたんに調停の勞をとるに止まらぬで法として積極的に解決せることが出来ないため何とか適当な法令を出してもらいたいと希望している向きが少なくない」（なお、同趣旨は、九月一五日読売新聞等にもある。）

ここで、バラック紛争として特に営業用の借家人と地主との対立が指摘されている。営業用の借家人の場合には、営業上の権利が重要な価値を有するのに、火事による借家の滅失でそれが消滅することには非常なる抵抗感があることを示す。このことは、特に注意して良いことである。

その後、裁判所が、巡回調停を開始し（大正一二年九月二六日東京朝日新聞）、問題の解決に当たることになる。

表 1 罹災者の居住状況

	戸数	人数
焼け跡復帰	168,788	792,063
縁故を頼り普通民家に避難	58,162	221,988
公設バラック収容	18,165	72,465
バラック以外の建物内に集団で避難	698	2,283
単に雨露を凌ぐ場所に避難	237	851

出典：震災後市内罹災地域ニ於ル居住事情概況（警視庁保安部ノ調査ニ依ル）
（帝国経済会議社会部提出資料）

3 政府の居住状況調査

震災後の罹災者の居住状況に関して、政府も調査を行っている。「震災後市内罹災地域ニ於ル居住状況」（大正一三年三月末現在での警視庁保安部の調査）は、上掲の表1のような内容である。¹⁰⁾

焼け跡復帰者について、次のような叙述がある。

「焼失地域七百万坪中罹災建物坪数ハ約五百万坪ナリシカ其ノ中今日マテニ約二百万坪ハ仮建築ノ行ハレタル坪数ト見ルコトヲ得即チ前記復帰者約一万六千戸（一六万戸の誤りであろう・・・小柳注）七十九万人カ二百万坪ニ居住セルナリ建物坪数ハ仮建築ニ付テハ警察許可ヲ要セサル結果正確ナル数字不明ナリ」

こうしてみれば、被災者の大半が仮設建築物に居住していることが分かる。しかも、震災前の建坪数と比較すれば、その四割に相当する仮設建築がなされている。震災の後わずか半年を経て、焼け野原の状況は既になくなったのである。「いわゆるバラック勅令が出され、これによって応急的な建物が続々建てられましたから、土地区画整理事業を行う頃には、ほとんど家が立ち並ぶ既成市街地になっていました。」⁽¹¹⁾という指摘どりの状況であった。

さらに、これに関連して、同資料は、次のように、地代家賃の状況について述べる。

「 二 地代家賃ノ状況

一 震災後昨年末マテハ震災地ハ一般ニ震災前ヨリモ地価低落シタルモ一月頃ヨリ地代ハ一般ニ騰貴シ殊ニ築地ニ中央卸売市場ノ位置決定スルヤ付近（小田原町木挽町二丁目等）ノ土地ニハ地代以外ノ一時金借地料一坪百八十円或ハ二百円ヲ呼フニ至レリ

一 今日震災地ニ仮建築ヲ為セルハ多クハ借家人ナリ即チ元來借地権ヲ有セスシテ建築セルモノナルカ巡回裁判調停委員等ノ手ニ依リ事後ニ借地契約ヲ締結シタルモノ多シ概シテ仮建築期間即チ大正一七年マデ向フ五カ年ヲ以テ借地期間ト為セリ

一 地主家主借家人中地主ハ土地消失セス即チ此ノ点ヨリスレハ何等損失ナク却テ復興局ノ五億円ノ経費ハ其ノ土地設備完成ノ為ニ投セラル、モノトモ觀察スルヲ得ヘク（其ノ坪当リ五十円）之カ為ニ自ラ地価騰貴シ、寧ロ震災後利益ヲ増加シタル傾向アリ

一 本所原庭署管下ニハ仮建築ノ家賃敷金等高額ノ為メ却ッテ空家多ク又外神田署管下ニテハ地主カ地代等ニツキ暴利ヲ貪ル事例ノ報告アリ

三 震災地域外ノ住宅

一 山手郡府ノ家賃ハ震災後ハ概シテ二割方ノ騰貴ナリ然レトモ震災地仮建築ノ完成トトモニ復帰スル者多ク其ノ後甚シキ住宅不足ヲ生ゼズ

一 山手郡府ニモ住宅貸家ノ建築著シク殊ニ岐阜栃木等他ノ府県人カ五戸十戸ト貸家ヲ建築スル者アルハ震災後ノ新現象ナリ」

ここで興味深いのは、①バラック建築が極めて盛んに行われたこと、②その結果、一時的に二割ほど騰貴した郊外の家賃が震災前に復するほどであったこと、③震災後一時的に地代は低下したが、むしろその後は上昇に向かったこと、④区画整理等の都市の基盤整備に政府から巨額の費用が投下されることを見れば、地価は上昇するという意識があること、⑤数の多い、借家人によるバラック建築については、調停委員により、期間が五年の借地権（期間はバラック撤去期限に配慮）の設定が行われるのが多かったことである。

最後の⑤の点について、この借地権は、普通借地権であるか、一時使用の借地権（借地法九条）であるかが問題になる。資料は、そのことについて、明言していないが、バラックのための一時使用の借地権が設定されたものと考えられる。というのも、既に東京でも横浜でも大正一〇年借地法が適用されるようになり、借地権の最短存続期間が非堅固の建物（バラックは堅固建物ではない。）でも二〇年であったこと（借地法二条）、それ故、五年の期間を普通借地権として考えれば、その約定は最短存続期間を下回り無効になること（借地法一条）、調停委員がそのような知識がないとは考えられないこと、バラックはいずれ撤去されることが勅令でも規定されているのであるから、一時使用に適すること等がその理由である。

(1) 『内務省史』第三卷（大霞会、昭和四十六年）六二五頁以下。なお、当時の東京市は、麴町、神田、日本橋、京橋、芝、麻布、赤坂、四谷、牛込、小石川、本郷、下谷、浅草、本所、深川の一五区からなる。現在の東京二三区よりも相当に小さい。品川町、渋谷町、大久保町、巢鴨町、日暮里町、南千住町、亀戸町、大島町等は、当時於ては、東京市に隣接するが、いずれも市外であった。東京市が拡大するのは、昭和七年の大東京市の成立である。その後、南多摩郡砧村、千歳村等が合併し、現在の二三区に相当する市域になる。

(2) 岩見良太郎『土地区画整理の研究』（自治体研究社、昭和五三年）一七五頁、石田頼房『日本近代都市計画の百年』（自

- (2) 治体研究社、昭和六二年）一四五頁以下、越沢明『東京の都市計画』（岩波書店、平成三年）三四頁以下。
- (3) 『内務省史』第三卷六五六頁。
- (4) 長谷川徳之輔『東京の宅地形成史——「山の手」の西進』（住いの図書館出版局、昭和六三年）八三頁。なお、岩見良太郎『土地区画整理の研究』によっても、区画整理の実施のためのある地区では、四万坪をわずかに二六人の地主が所有する例が紹介されている。
- (5) 「焼跡の仮建築許可期限八月頃迄許されよう」『法律新聞』二二一七号（大正一三年二月一三日）。
- (6) 石田頼房『日本近代都市計画の百年』一三三頁。大橋雄二『日本建築構造基準変遷史』七七頁（日本建築センター、平成五年）。なお、市街地建築物法の規定のその後の変遷については、大河原春雄『都市発展に対応する建築法令——改正の理由とその根拠』（鹿島出版会、平成三年）三七頁以下参照。
- (7) 第四七回帝国議会帝都復興計画法案衆議院委員会における大正一二年一月一六日議事における池田宏政府委員（内務省社会局長官兼帝都復興院理事）の説明参照。
- (8) なお、建物の滅失に関する法理は、当時でも現在の借地借家法とはほぼ同様である。即ち、滅失後借地人が残存期間を超えて存続すべき建物を築造したときに賃貸人が遅滞なく異議を述べなかった場合は、借地権は建物滅失の日より起算し、堅固の建物については三〇年、その他の建物については二〇年間存置する（七条一項）。遅滞なく異議を述べたときは、本来の期間に借地権の期間が満了する。現在との大きな違いは、期間満了の際に賃貸人が更新拒絶するには正当事由による制約がないことである。このため、更新拒絶があれば、借地は終了し、借地人は、建物買取請求権を行使することになる（四条二項）。震災後の場合に則して言えば、借地人がバラックを建築するときは、バラックは残存期間を超えて存続すべき建物ではないことが通常であるから、その限りでは問題がない。本建築をする場合には、先の賃貸人の異議が問題になる。
- (9) 穂積重遠「大震災火災と借地借家調停法」『法学協会雑誌』四二巻五号（大正一三年）一七四頁。
- (10) 帝国経済会議社会部会・住宅制度ニ関スル資料（国立公文書館所蔵、配架番号2A36委342）。この資料は、本稿が紹介する帝国経済会議における大正処理法の基本方針策定に関連して提出されたものである。
- (11) 石田頼房『日本近代都市計画の百年』一五五頁。

二 借地借家権についての諸説

1 末広巖太郎

大震災後の九月一五日、雑誌『改造』で著名であった改造社社員は、末広に大学の復興救護事務所において面会し、論文を依頼する。末広は、学生と共に極度の多忙と疲労の中にあったが、同日と翌日殆ど徹夜で「帝都復興と借地借家権の保護」と題する論文を書きあげた。この論文は、末広の基本的態度を明らかにするという意味で重要である。それは、末広が有力な法律学者であるという点だけでない。というのも、後に帝国経済会議における審議の資料に基づいて紹介するように、末広こそが大正処理法の制定にもっとも深く関与した存在だからである。いわば、本「帝都復興と借地借家権の保護」論文は、大正処理法の基本思想を明らかにするものとすら考えられる⁽¹⁾。

論文に於て末広は、帝都復興について、財源、都市計画、如何なる都市を如何なる手続で建設すべきか等の問題があると指摘しつつ、法律家の立場として、「従来の旧東京に於て市民が土地ないし建物の上に有したる権利は將に建設せらるべき新東京に於ては如何に之を取扱ふべきか」という本論文の主題を提示する。これについて、末広は、建設されるべき新東京は、形態や構造に於て旧東京とは面目が一新されたものでなければならぬ、しかし、同時に、従来市民が旧東京の土地建物について有した権利はすべからずこれを保護しなければならない、と指摘する。

末広は、新東京の市街地を市有、国有用という議論は、實際的でないと指摘する。というのも、「事は單なる

『復興』であつて『革命』ではないからである。」補償という問題を考えざるをえないこと、現実の利用を考えれば旧権利者に土地所有権に近い権利を与えることになり、実際上は土地所有権を付与したのと大差ない結果になることからである。末広は、かくして、旧東京の土地建物に付属した権利はそのままこれを保護しつつ、新東京は、旧東京の復活であつてはならないと指摘する。

「此の一見矛盾したる二個の要求は如何にして之を調和せしむべきか？其の唯一の方法は、従来の権利々益の保護を其の『形』に於てせずして、単に其の『量』に於てすることである。即ち、従来の権利々益を分量的に評価して総権利者の各自に享有する割合を確定したる上、新東京の土地建物に付いて市民に賦与し得べき権利々益の総額を右の確定したる割合に応じて旧権利者たる各市民に割り充つることである。」

このために、末広は、耕地整理法による換地を紹介し、いわば全東京に於てこれを実行する必要があると指摘する。これは、罹災地に大規模な区画整理事業を実施した特別都市計画法を先取りした議論と考えられる。

これに續けて、末広は、従来の諸権利を確定する必要があると指摘する。そして、従来の土地建物についての諸権利として、所有権のみを考えるのは、不適切であり、借地人の権利、借家人の権利を考えねばならないと指摘して、次のように述べる。

「借地権、借家権は、現行法上まだ充分に保護されて居らぬ。けれども、従来東京に於ける此等の権利が法律上はともかく社会上實際上立派に認められた『権利』であつたことは極めて顯著な事実である。借地権が『地上権』『権利』其他の名義を以て一坪何十円何百円乃至は何千円を以て盛んに売買せられ、又借家権が或は『造作』其他の名義を以て売買せられ、又或は家主が借家人を立ち退かせる場合には『引越料』なる名義の下に借家権を買ひ取るべく余儀なくされつつあつたのは実に明白に其の實際を物語るものである。」

これについて、末広は、借地借家調停法について言及し、実際に調停適用事件の大多数は「引越料請求事件」であること、調停は裁判所の認めない引越料を認めることを指摘する。かくして、末広は、次のように述べる。

「旧東京に於て土地所有権を有した者に向かつては——耕地整理の場合と類似の思想を以て——新東京に於ても亦同一分量の土地所有権を与えねばならぬ。それならば、之れと全く同じ理由に依って旧東京における土地ないし家屋の上に賃借権を有したる者に向かつては、新東京に付いて従来と同一分量の権利保護が与えられねばならぬ。然らざる限り、土地所有権だけが不当に厚く保護されて、社会上経済上実際に重大な価値を持っていた借地権借家権が全然無視されることになって其の結果は決して公平なりと云ふを得ない。」

以上のように、末広は、区画整理事業の必要と大震災後の借地権借家権保護の重要性を指摘する。ところで、借地権は建物滅失により直ちに消滅するものではないのに対し、借家権は、通常の民法理論によれば、建物の不可抗力による滅失により消滅しているのである。とすれば、以上の末広の議論は、震災前の借家権についてそのままのかたちでないにせよ新東京に於ても反映させることの必要性を指摘するものである。ここで、注意しなければならぬが、大正一二年当時の借家法は、賃貸人による賃貸借契約の更新拒絶、解約申入れについて、賃貸人が正当事由を備えることを要件としてはいない。というのも、当時の借家法（大正一〇年法律五〇号）の内容は、借家権の対抗力（一条）、期間満了後に賃借人が使用を継続するときについて、黙示の更新があるとみなすこと（二条）、解約申入れは六月以前になすこと（三条）、解約申入れにより終了すべき転貸借があるとき、賃貸人に通知義務を課すこと（四条）、造作買取請求権（五条）、片面的強行規定（六条）、賃料増減額請求権（七条）、一時使用のための賃貸借（八条）というものである。正当事由制度の導入は、昭和一六年の借家法改正による。しかし、末広の叙述から、存続保護について正当事由制度がない大正時代であっても、借家権が売買され、あるいは、立退料支払いの

必要があったことを知りうる。もっとも、「借家権が或は『造作』其他の名義を以て売買せられ」るのは、実際には営業用の借家権であると考えられる。

以上の末広の見解は、通常の民法理論を前提とすれば既に消滅してしまった借家権が「新東京」にも「同一分量」で権利保護されなければならないというものである。もっとも、末広の以上の根本理念は、いかなる具体的権利関係により実現されるかはいまだ明らかでない。これは、後に帝国経済会議に於て末広が大正処理法の優先借家権を提唱することにより明らかになるのである。

2 岩田宙造（弁護士）

関東大震災の後、とりわけ具体的に議論されたのは、焼け跡ブラック問題であった。これは、借家人が罹災建物跡地にブラックを建築するのにたいして、土地所有者等が妨害排除の請求をするというものである。借家人は、借地上の建物の借家人であることも、また土地所有者の所有する建物の借家人であったこともある。震災後の借地借家調停に関する統計を分析した、穂積重遠の紹介によれば、大正一二年末迄の調停事件数が全部で三〇一四件であるうち、①土地所有家主と借家人との紛争が一三九〇件、②借地家主と借家人との紛争が一〇一九件である。穂積は、この統計から、「家主が同時に地主であるものと、自己が更に借地人であるものとがあることを知り、前者が少し多いのを見るが、日本橋区等は却って後者の方が著しく多い様に思ふ」と述べる²。そして、①と②の紛争は焼け跡ブラックに関する紛争が多かった。それ以外の敷金返還等に関する紛争や、地主借地人間の紛争に比べて非常に多いのが特徴である。

弁護士岩田宙造は、焼け跡ブラック問題に付いて次のように述べる⁽³⁾。

「借家権は、借家契約の目的物である家屋を使用する権利であるから、その目的物である家屋が消失すれば、借家権が滅失することはやむを得ない。借家人が家屋を使用するために必要な付属の土地を使用するのは当然のことだが、これは借家権に付従した権利であるから、借家権と共に消滅する。」

なお、借家人は焼失地で焼け残った自己の所有物を引き取るために焼け跡に立ち入ることや又その保管のために相当の期間焼け跡を使用することができ、一般に焼け跡を使用することは「問題外」である。「現行法の解釈としては、借家権は借家の消失と共に消失し、借家人は焼け跡の土地を使用したりブラックを建築する権利はない。法律の解釈は如何なる場合も最も冷静公平を要する。」ただし、今回のような非常特別の場合には、解決を法律上の手段にのみ訴えるのは不適切であり、地主の「徳義」に訴え借家人に便宜を与えることは極めて必要と思う。「吾人はこの種の解決を切望する。」

以上の岩田の議論は、解釈論としては、既に確定した通常の法理を述べただけであり、特別に注目すべきことはない。但し、その通常時の解釈を大震災後でも維持する点が特徴である。通常時の解釈では、実際に問題があるという点は認めつつ、実際上の問題解決を地主の徳義に委ねるのである。しかし、地主が徳義を欠く場合には、借家人に過酷な結果が訪れることになる。岩田の議論では、これに対する対策を欠いている。

3 今村恭太郎（東京地方裁判所所長）

当時の東京地方裁判所所長今村恭太郎は、次のように論じたことが新聞報道された⁽⁴⁾。

「焼け跡に残された物は、地主のものではなければ借地人のものでもあるまい、いはんやとくに今度の如き範囲の広い火災の場合は、他に適当な避難場所が見当たらないから元の場所に戻るのは当然である。これに対して地主や借地人が抗議を申し込むことは出来ない、殊更かうした場合に限らず平常でも土台のない仮小屋は民法上からも家屋とは見てをらぬ、しかし建築届けを区役所が受理した以上は裁判所では実際を見ぬことであるから例へ三年間と雖も登記は許可する。ただ区役所に届出るときは地主の承諾を経ねばならぬがこの問題は起こるまい、といって三年四年もブラックに頑張られたのでは地主が困ってしまうからである。期間を経たなら何とか解決をしなければならぬ。期間はまあ常識で考える外はあるまい」

以上のように、今村は、焼け跡の動産を保存する必要があるという観点から、極めて短期間に限ってブラック建築を認める趣旨である。今村がブラック建築を認めるのは、借家人は自己の物を保存するためと大震災であり避難場所がないという点である。それ故、今村は、ブラック建設をした借家人に期間を限って好意的なようである。

なお、これに関連して、今村は、若干の注意をしている。というのも、今村が認めたのは、残り物の整理のために仮小屋を立てることであり、適当な場所へ立ち退きができるようになったら、仮小屋を撤去して立ち退くのが適当である。「斯様のことは新に借地権を得たと云ふ訳でもなく又家屋の借家権が家屋消滅後まで存続すると云ふのではない、・・・半永久的の完全なるブラック式の家を建てて永く其処に止まることが出来る様に新聞に記載し誤り伝えられたるは私の話を誤解したのである。」このように見ると、今村の見解は、ほんの一次的な・残り物管理のための議論であることがわかる。⁽⁵⁾なお、建築届云々という点は、ブラック勅令に照らせば誤解である。

もっとも、今村は、その後、大正一三年一〇月には、調停等の経験から、次のような指摘も行う。①借地法、借家法が最近制定されたが、「法律が借家人の利益を保護することは、借地権を保護するに比して極めて薄いと信ず

る」②「我法律の認容する借家権は此期限を定めてないものでありますれば、六か月の猶予期間を以て解除ができる」と云ふ弱い権利である。如何に保護しても、自分が家を建てて永く住むと云ふ保護を与へらるべき解決の途がない。③「焼失地に家を建築したもの或は区画整理により前の家屋を取毀ちまして、新築を致した時に借家人に何らかの利益請求権を与ふる規定を設けて貰ひたい、との意見を(司法大臣に・・・小柳注)提出しました。・・・或は住居権其他の議論を以て借家権の存続性を認めんとする議論(後述の牧野説・・・小柳注)もございませぬ、然し乍ら我借家法は、曩にも申し上げたように極めて薄弱なる権利しか認めて居りませぬ故、仮令存続性を認めたとところが、長期の存続性を認むることは断じて出来ないに相違ない」。

以上のように、今村は、大正一〇年借家法に依る借家権の存続保護が不十分で、借家権は「弱い権利」であることを指摘する。このため、借家人に永続的な権利を認めることは出来ないというのである。その反面、今村は、③のように、借家人に再築建物への権利を認めるべきことを指摘するが、その理由としては、このままでは地主が何らの不利益を受けることなく、借家人のみ損失を受けることになり、バランスが取れないからだと述べる。

以上のように、今村の議論は、重要な指摘に富む。大正一〇年借家法が借家権の保護に於て十分でなく、期間の定めのない借家権は六か月前の解約申入れで終了させられることを指摘しつつ、このような非永続的な権利をもとにして、永続的な土地利用権を認めるのは適切でないことを主張している。また、災害があったからといって、通常時よりも借家人の権利を増大させることは難しいが、しかし、借家人の権利のみが失われるというのでは、バランスが取れないことも指摘する。この結果、一時的には焼け跡管理のためのバラックを認め、その後は、バラックを撤去させ、その代わりに再築建物への請求権を立法で認めるべきことを主張する。もっとも、今村の見解のうちで、著名になったのは、罹災借家人は焼け跡に残り物管理のためにバラックを建築しようという部分であり、これ

が他の論者による批判の対象になる。

4 牧野英一

牧野英一は、一〇月二日付東京日々新聞と『法学志林』において「焼跡の仮小屋問題」と題する論文を発表する。⁽⁷⁾ 牧野は、賃借建物の焼失により賃借権が消滅するため仮小屋建築は違法であるという見解（岩田説）については、「伝統的な説明」としつつ、大震災という「特別な事実」を無視するもので形式的、抽象的であり、「形式的な抽象的な範囲に於ては議論上誤っていないと思ふものであるけれども、しかし、実生活を余りに簡單視し、いはゆる具體的妥当性の原則をかへり見ない点ではかに同意することができない」と指摘する。

また、焼け跡に残った所有物を管理するため土地を利用する権利があるという今村説については、「概念的に単に賃貸借といふことをもってしなかったことに敬服」しつつ、問題を借家人の財産上の権利即ち焼け跡の有体物に対する権利として理解することに不満を示す。牧野は、「もっと根本的に、生存権の問題としてこれを考へて見ねばならぬ」として次のように指摘する。

「わたくしは、率直に結論から述べてかからう。わたくしの解するところでは、借家人が仮小屋を立てるのは違法でない。さうしてその仮小屋において従来の営業の継続をすといふのもまた違法でない。賃貸借が家屋をその目的物としていうことはその家屋に関連して住居権乃至営業権ともいふべきものが問題として考へられねばならぬことを意味する。さうして、賃貸借の消滅があまりに当然であるといふことに加へてその消滅原因たる災厄があまりに大きく、あまりに広きにわたっているといふことはその住居権なり営業権なりが、賃貸借の消

滅の如く当然に無視されてはならぬことの理由になると思ふのである。わたくしは、借家人の住居権なり営業権なりがこの際妥当に保持されるに相当なる期間、それに妥当な程度に於て仮小屋を建設することは、地主なり家主なりにおいて認容せねばならぬところであると考えるのである。」

牧野は、ここに主張する住居権なり営業権が法律上明文の根拠を欠いているという問題について、「借地法及借家法の精神」が根拠になりうると論ずる。牧野は、民法の規定を大審院が率直に適用した結果は、却って借地、借家の関係を混乱せしめ、このために借地法、借家法が成立したと述べ、「近時の変動は吾人をして所有権及び契約の自由の上に実に吾人の人格と生存を考へしむることになった。借地法及借家法は、この人格的な生活上権利を認めるところに大いにその意味を持つ。」と指摘する。

そもそも、牧野は、焼け跡バラックの建築について「元氣」という観点から肯定的な評価をする。

「災厄のしかし大なりしにかかはらず、一般人士は、仮小屋を經營してその營業の維持と継続とを図るに元氣がいい。この元氣はまさしく復興の基本的動力と考へねばならぬところである。・・・私は、復興問題の此の際に於て、この元氣——生存権の現はれたるこの人格的努力——が法律の運用上とくに重要視されねばならぬと思ふ。」

牧野のこの場合の生存権とは、復興の原動力である「元氣」の背後にあるものであった。その議論は、生存権↓元氣↓復興と結び付くものであった。

なお、牧野の以上の議論に対し、鳩山から地主の権利を無視するものだという批判がある(後述)が、これに対し、①自分は、地主、家主が遅滞なく仮小屋を立てない場合について議論しているのであり、「地主なり、家主なりやが遅滞なく仮小屋を建設せんとするに方って、借家人が敢てそれを拒み自己の仮小屋建設権を主張するものでは

ない」②自分は、「さし当たりの問題としてのみ借家人の権利を考へる」のであり、「わたくしは、借家人の権利は、其の建設が仮小屋なるの故を以て、是認されるのであると考える。借家人は本建築をして永久的に其の住居営業を継続せんことを主張することはできない」③「復興の大方針として、地主の権利が如何に処置せらるべきかといふことは、暫く別論にしたい」④仮小屋建設を無償で認めよとは主張していない、⑤地主の権利の濫用という法理（鳩山説）では、消極的であり、弱者の地位を認める積極的な態度が今回のような大災害にはふさわしいと論ずる⑥。こうすると、牧野が罹災借家人のバラック建築を認めるといっても、一時的な使用に限っていることが明らかになる。換言すれば、牧野説は、借家人の居住権、営業権、生存権によりバラック建築を目的とする一時使用のための借地権を根拠付けようという議論である。

5 鳩山秀夫

著名な民法学者である鳩山もまたこの問題について「大災後の私法問題」と題する論文を発表している⑦。

鳩山は、まず、岩田説について、理論は正当であると指摘しつつ「正当なる理論によって生ずる結果を調節するに道義道德のみによらんとする点において不満を感じざるを得ず」と述べる。

また、今村説について、不当な結果を調節するために道理だけでなく法律論を使うと評価しつつ、①この見解で救済されるのは、比較的重要な動産が残った場合に限られ、實際上の効果が薄い、②法律論としても、残存の動産は持ち去れるというにとどまり、バラックを建築できるといふのは無理であると指摘する。

牧野説については、借家人の生活を重視し、且つ実生活に則して法律論を立てるといふ点で評価をするが、①地

主の財産権を考えないのは問題を残す、②生存権、営業権、住居権は直接の法律解釈の標準とはなりえず、間接に解釈の基調をなすにとどまると批判する。

鳩山は、以上の検討の後に、この問題は、「現代の法律における安全弁」である「権利の濫用」の法理により解決すべきであると指摘する。鳩山は、権利の濫用について民法に規定はないと認めつつ、大審院判決（大正六年一月二日（民録二三輯一四頁）、大正八年三月三日（民録二五輯三五六頁）信玄公旗掛松事件）が権利の行使が濫用になるときに損害賠償責任を認めたことを指摘する。更に、権利の濫用の基準について、信玄公旗掛松事件の判決を引用しつつ、「判例は、権利行使のために損害を受ける者が、その損害を忍んで受けねばならぬ程度のものであるかどうかを社会一般の観念から決定し、これを標準として権利行使の適法なりや違法なりやを決定せんとするのである。」と理解する。鳩山は、信玄公旗掛松事件の判決を権利行使者の個人的動機という主観的事情から被害者の受ける損害の公平なる評価という客観的な事実と権利濫用の判断の標準を移した点で高く評価する。鳩山は、そこから次のように述べる。

「私はそれに更に一步を進むべきものと信ずる。それはこの標準に更に社会的要素を加ふることである。被害者がどのような損害を受けるか、それが認容すべきものと認むべき程度のものであるかといふ外に、その権利の行使が社会一般にどういふ利害、影響を与えるかといふことを加ふべきものと考へるのである。」

鳩山は、焼け跡バラック問題は権利と権利の衝突ではないと述べる。というのも、借家人の権利は既に建物の焼失により消滅しているからである。鳩山は、営業権も借家権の消滅と共に消滅すると指摘する。それ故、この問題は、権利の衝突ではなく、地主の主張が権利の濫用に該当するか否かということである。鳩山は、その濫用の判断基準としては、前述の客観的利益考量と社会的影響の配慮を挙げていた。かくして鳩山は、次のように述

べる。

「私は、この際特別の理由なくして仮小屋建設を禁止し、其撤去を請求しその一時的營業を禁止することは権利の濫用となると考えるのであるが、特別の事情ある場合には権利の適法なる行使たるものと考ふるのである。」

鳩山が特別の事情としてあげるのは、借家人が堅牢なるバラックを建築するときや地主の利害を顧みずバラックを建築するときである。また、地主がその土地を特に必要とするときにも特別の事情が成立する。なお、地主の撤去請求が権利の濫用になる場合でもバラックを建築した借家人は地主に対して「相当なる地代」を支払うことを要する。

なお、以上は、土地所有者が建物貸主になる場合であるが、借地上の建物を貸家に行っている場合がある。この場合は、土地所有者、借地人、借家人の三者が登場するから複雑である。これについては、借小屋の撤去については、借地人が借家人に請求するについても権利の濫用が問題になり、濫用か否かの標準は借家人が借地人に土地の使用料を提供するか否かが標準になると指摘する。その理由は、借地人は本来その土地を利用できるのであるから、借家人が何らの対価を提供せずに土地を使用するのは不当だからである。

以上の鳩山の議論は、きめ細かい議論である。しかも、判例とも関連を持たせてあり、解釈論として優れた内容である。地主から借家人建設のバラックの撤去請求が出たときには、鳩山説に従えば、裁判所が地主の請求を権利の濫用として退けることが十分可能であるように感じられる。全体として、鳩山得意の権利の濫用論を具体的に生かすものとなっている。

6 布施辰治 (弁護士)

階級的弁護士として著名であった布施は、多くの論文で、焼け跡ブラック問題について借家人に非常に好意的な見解を発表する。その内容は、論文ごとに重複があるが、先に紹介した論者の見解をも批評した論文「借家権の内容」によってまとめれば、次のようになる。^①

まず、岩田説については、「あまりに空疎すぎる」として簡単に批判する（別の論文では「弱い借家人等の焼け出された罹災者を苦しめて強い地主家主をして旧権利金のただ取りと新賃貸借の暴利に目を暗まして多くの者の不幸に泣く震災の悲惨時を喜ばしむ」として反省を求める程である）。^②

今村説については、「焼け残った動産其他の物件保護に藉りて、借家人の借家所在地上に対する借家権の内容に及んでない」として、批判する。

牧野説については、「借家人の営業権を根拠とする借家住宅と人間生活の密接な関係は、素よりのことであるが夫れは借家人の内部関係であって、家主に対する外部関係の主張としてはあまりに強みが薄い。」と指摘する。更に、借家人の土地使用支配について十分な検討がないと論ずる。

鳩山説については、解決の標準を設けず、総てを具体的な事情によるとしているが、実際には、地主が自分勝手な事情を並び立てブラックを撤去する口実を与えているとして批判する。要するに抽象的にはブラック肯定説のように見えながら、実際にはブラック撤去に結び付く見解であるというのである。

これに対し、布施は、既に九月一〇日に焼け跡ブラックの建築を提唱し、罹災借家人が移転先を知らせるために

焼け跡に立てる立札に某々所へ「立退」と書く家主に借家権消滅の口実となるおそれがあるとして、某々所へ「避難」と書くことを指導している。布施は、復興気分がバラック建設の度合いで測定されるようになったのを「甚だ愉快」と感ずるほどである。布施は、次のように述べる。

「土地と家屋とは、素より別物であるけれども、借家契約の内容としては、之を区別することが出来ない。一体不可分の関係にあると見て宜しい。そして借家所在の土地に対する借家契約の使用支配は、その借家家屋に対する使用支配よりも、より密接にして、第一義的である。」

布施によれば、同じ大きさの家でも土地により家賃が異なる。これは、借家契約が家のみを目的としないためである。それどころか、「借家権の内容を徹底的に考察したら、借家使用の値は、結局土地使用の値である」と述べる。かくして、①借家契約は土地使用の権利を含み、むしろそちらが主たる権利となる。

また、②借家権が建物の焼失により消滅するというのは、誤りである。

「今回の如き家屋焼失の場合に於て、先づ家主は借家人の生活居住に必要な最低限度のバラックを建設して、借家人を居住に迷わしめないのが其の義務である。私は、法律の精神が正に其処にある事を信じて疑はないと、同時に、家主がそうした義務を尽すに怠慢であるか、事実上不能である場合には、借家人自ら家主の契約に伴ふバラック建設義務の履行を事務管理として之を建設するに何の差し支へも無い筈である。」

布施がバラック建築を可能とする理由は、無論、借家人の必要ということであるが、同時に「高い権利金を出した新居や売れば高い権利金のとれる迄に売り込んだ老舗の借家が焼かれたからと云ふて、手も足も出ないなど云ふ様な筈は絶対にない。」と述べて、権利金慣行にも根拠を求めている。

布施は、借家の焼失により借家権が消滅するという法理が実際上も不当な結果を招くとして、次のような実例を

紹介する。新宿に於て、家主が三〇〇〇円で大正六年に建てた間口三間奥行五間二階建二三坪の店を権利金一〇〇〇円、造作代三〇〇円、敷金二〇〇円、家賃五〇円という条件で賃貸したが、大正一〇年の新宿大火で店が焼けた。家主は、三五〇〇円の火災保険金（地震による火災ではないから、地震約款は問題にならない。・・・小柳註）を取って前同様の家を建てて、権利金と造作代は借家人の焼け損として敷金だけ返還した。

「新たに建築した家屋に借家人が這入らうとすれば、再び千五百円の権利金と五百円の造作代と二百円の敷金を取り、更めて家賃を七十円で無ければ貸さないと云ふて、トウトウ夫れ丈けの権利金造作代を取ったものである。・・・此の事態をどう見る——誰か家主の不正利得と強欲な態度に憤らずに居られよふ。」

ここでも、営業用の借家での継続の重要性が見られる。

以上の、布施の議論は、①、②共に通常の民法解釈論と著しく異なる。②については、借家人のバラック建築が事務管理になるというのは、通常の理解から言えば成り立ちにくい。というのも、事務管理の場合は、管理者は本人の意思を知るときや知りうべかりしときは、その意思に従って管理をなすことを要するからである（民法六九七条二項）。本人である土地所有者がバラック建築を望んでいない以上、およそ事務管理は成立しないものと考えられる。全体として布施の議論は、裁判所が容易に受け入れるものにはならないと考えられる。しかし、借家権の保護の重要性を指摘する点で、意義がある。

7 穂積重遠

穂積重遠は、大震災の後、借地借家調停に努力した。震災後に「大震災火災と借地借家調停法」と題する報告をし

ている。⁽¹³⁾

穂積は、冒頭で、今回の震災は、エポックメイキングであると指摘する。その理由は、震災前は、日比谷の一角に立てこもっていた裁判所が、街頭に乗り出したことである。四谷と麻布を除いた東京一三区に東京区裁判所の出張所ができて、裁判上の和解等の区裁判所本来の事務を取り扱うと共に、借地借家争議の調停を行う。むしろ、借地借家争争の処理が中心になっている。自分は、借地借家争争を調停で解決するのは、結構なことと思っている。その紛争の中でもっとも多いのは、借家人によるバラックの建築とこれに対する撤去要求である。これについて、穂積は、次のように論ずる。

「諸説中借家人の権利を最も強く認めるもの、即ち生存権としての住居権及営業権によって借家人はバラックを建設し得るとする説（牧野の見解を念頭に置くのであらう・・・小柳注）も、差当りの緊急状態を救ふに力強い代りにそれだけ永続的經常的關係を設定するには却って弱い様な感じがする。・・・調停の基礎としては、家は焼けても賃貸借關係は続くと云ふ觀念から出発したい様な気がする。家主の義務は単に家屋の供給ではなく住居の供給である、家屋が破損したら家主はそれを修繕せねばならぬ。家屋が倒壊したら家主がそれを引き起さねばならぬのではあるまいか。而して家屋が焼失したら——家主は家屋を新築して従来の借家人に貸与すべきではあるまいか。先ず斯ふ云ふ風に話を進めたいのである。勿論それには甚だしい論理の跳躍があつて、法律論としては不完全に相連ないが、調停者の論法としてはこれが相当に自然で且効果が多い様に思ふ。現にさう云ふ趣旨で調停が成立した例が少なくない。」

以上のように、穂積は、借家権は建物の焼失により消滅しない、家主は家を再築して借家人に賃貸する義務があるという見解を披露する。家主の再築義務と罹災借家人への賃貸義務を主張するのである。これは、末広の見解と

通ずるものがある。もっとも、穂積は、正面から法律解釈としてこれを主張するのではない。ただし、実際の調停の方針としては、このようなものが一番結果がよいというのである。

その結果、穂積が調停で、一番穏当な解決というのは、家主が焼け跡にバラックを建て相当な家賃で借家人に貸すというものである。仮に、借家人がバラックを建築している場合には、越冬が難しいほど粗末なものであればこれを取り壊して家主が「モツとましな」ものを建築して借家人に貸す。「相当」のものを借家人が建てていれば、家主がそれを買収して借家人に貸す。家主の買収が難しいときは、借家人のバラック建築を一時的に認めさせ、若干の土地使用料を納めさせる。この穂積の見解は、要するに、借家人に一時使用のための借地権を認めるという趣旨であろう。但し、この場合に問題は、家主が借地権者であって、地主、家主兼借地人、借家人という三者の關係があるときである。この場合には、一番穏当なのは、借家人のバラックの建築を家主である借地人が承認することである。しかし、このとき、地主が借地権の無断転貸であるとして、借地権の解除をすることがある。そこで、調停委員は、地主が借地権の譲渡、転貸を承諾するように周旋し、又、転貸については、一年乃至三年の期限をつけ、その間にバラックを取り壊すことを約束させる。この場合のバラック建築をした借家人が取得する転借地権は、一時使用の転借地権と考えられる。穂積は、「地主借地人家主の三角関係の場合には概してことがむづかしく、時には借地人が地主と馴合ひの返地をして借家人を追拂はうとしたり、借家人が地主に直接交渉して借地権を横取りしやうとすると云ふ様な悶着もあつた」と述べる。¹⁹⁾

以上の穂積の議論は、借家人がバラックを建築することを、必ずしも積極的に承認しない。むしろ、家主が建物を再築して借家人に賃貸するのが一番穏当であるというのである。これは、末広の議論に通ずるものがある。また、借家人がバラックを建築するにしても、一時使用の借地権しか認めないことが重要である。最後に、借地上の

関東大震災と借地借家臨時処理法（小柳）

表2 バラックについての借地借家調停の内容（大正一二年末迄に解決の分）

①家主がバラックを買取り、借家人に貸付	260	430 件	22.7%
②借家人がバラックを撤去し家主が建設貸付	148		
③借家人がバラック撤去し家主が他に建設を有料承諾	22		
④家主がバラックを買取り、借家人撤退	84	443 件	23.4%
⑤借家人は撤退し、家主は移転料支払い	31		
⑥借家人短期間にバラック撤去	328		
⑦借家人のバラック建設を一時無料承諾	44	1021 件	51.9%
⑧借家人のバラック建設を一時有料承諾	756		
⑨借家人に短期建設承諾家主は追って建設貸付	40		
⑩借家人バラックを本建築迄存置することで有料承諾	151		
⑪借家人バラック一部変更	4		
⑫借家人のバラック一部撤去、一部建設を有料承諾	14		
⑬借家人たる家主借地権を借家人に譲渡	12		
家主から借家人のバラック撤去請求総数	1984件		100%

出典：穂積重遠「大震災と借地借家調停法」『法協』42巻 5号 165頁の数値より作成

建物の借家人のバラック建築について、地主の借地権解除がなされないようにすることが必要であると指摘する。なお、これと関連して、当時の借地借家調停のうち家主からの借家人バラック撤去請求の結果は、前頁の表2のようなものである。

全体としてみれば、家主がバラックを買い取るとか、家主自らが建設するとかして、借家人にその敷地での建物使用を認めるか、別の場所での借家を認めるのが、①～③で総数四三〇件、全体に対する割合では二二・七%である。有償にせよ、無償にせよ、賃借人が撤退したのは、④～⑥で、総数四四三件、全体に対する割合では二三・四%である。借家人建築のバラックが何らかの形で存続したものが、⑦～⑬までで、総計一〇二一件であり、全体に対する割合では五三・九%になる。

こうしてみると、賃借人が撤退したのは、約四分の一程である。バラックを買い取るなり賃貸人が建設するなりして旧借家人に借家人としての地位を継続させるのが約四分の一であった。また、賃借人のバラック建設、所有、使用を認めるのが約半数で、これがもっとも多い。しかし、その殆どは、一時的又は本建築迄の存続である。実際には、家主がバラックを買取することも難しい場合が相当多かったことを知りうる。

8 亀山要 (弁護士)

大震災直後の『法律新聞』二一六五号(大正一二年一〇月三日)に弁護士の亀山要は、「借家問題に関し緊急勅令の発布を望む」と題する論文を発表している。¹⁵⁾

亀山は、地震後の借地、借家について問題があると指摘する。第一は、借地であるが、地震により建物が滅失し

たとしても、借地法により借地権は消滅しないのであり、「此方面に対しては問題なしと信ず」。第二は、借家である。民法の規定を適用して借家が滅失すれば借家権は消滅するという法理を貫けば、「数年若くは数十年一定の家屋を借住し一定の業務に従事せる者を無残に逐払い賃借人をして路頭に彷徨せしむる如き処置を為す可らず」というのでは人道正義に反する。それ故、次のような勅令を發布することが必要である。「家主は大正一七年八月末限り取拂いを条件とし大正一二年九月一日以前の借家人に対し旧敷地に相当の借賃を定め仮建築を為して旧借家人に賃貸するか又は相当の借地料を定め賃借人に於て自費を以て仮建築を為すことを承認すへし」。龜山は、家主がバラック建築を認めるか、或は、みずからバラックを建築して旧借家人に優先借家権を認めるのが適切であり、そのような内容の勅令が必要であると主張する。既にいちちやく問題の核心をついたものと考えられる。

9 坂芳市（弁護士）

弁護士の坂芳市もまた、「仮小屋問題に就て」と題する論文を『法律新聞』二一九八号（大正一二年二月二日）に発表して、借家人のバラック建築を認める¹⁸。坂は、賃貸借契約において目的物の滅失により賃借権は消滅するという法理を認容する。「けれども、都会地に於て、借家人の土地使用関係を軽視する説にはどうしても与することが出来ない」と述べる。その理由は、都会の繁栄は、借家人の活動の賜物だからである。また、権利金慣行にも、言及する。「権利金迄支払つて、其の土地で商売させて貰ふべく契約した借家人が、全く予期しなかった家屋の滅失に依り、其の土地の使用権をも失ふとはあまりにも酷なる見方ではあるまいか」。ここでは、再び、営業用の借家権の消滅の問題性を指摘する。坂は、更に、家賃が土地の値段が含まれていることを指摘する。かくして、

坂は、都会の借家人には土地の使用権があり、それが消滅していない以上、家屋滅失後も賃借権の存続を認める。同時に、坂は、次のように述べる。

「私は、借家人の土地使用権を以て、借地法に所謂借地権と同一のものであるとは考へない。それは家屋と共に使用する権利であつて、自から家屋を占有し、使用する目的の範囲内に限られねばならぬし、借家権の一部を為しているに過ぎないから、六か月前の解約申入れに因て解約出来るものと解する。従つて、借家人は自ら仮小屋を建築する権利が当然あるとは謂へないが、乍併、少なくとも再び其の土地に家屋を建築して、借家人に貸し与へよといふことを家主に請求する権利があると思ふ。また、家主が既に家屋を建築し居る場合には、優先して其の家屋を借入ることを交渉し得る権利があると思ふ。此の場合家賃は前のと同一物ではないから、家賃の改訂等の問題が起こるが、若し、借家人が、此れが為めに借家の目的を達し得ぬとすれば解約すれば宜しく、当然に賃貸借関係が消滅したと見る必要はない。家屋を建築して、再びそれを借家人に貸し与へよと請求する権利が借家人にありとすれば、借家人は家主が其の義務を履行しなかつた場合、又は履行することの出来ない場合、借家人は緊急の行為として、自ら焼跡に仮小屋を建築する権利があるとせぬばならぬ。」

以上、坂の論ずるところは、多岐にわたり、要点をつかみにくいところがあるが、①借家人は土地使用権はあるが、それは借地権ではなく、借家権の一部であること、②家屋の滅失によつても土地使用権は消滅しないのである、借家人は家主に再築を請求しうるか再築建物への優先的借受権を主張しうること、③家主が建築をしないときにはバラックを建築しうることを主張する。もっとも、坂に依れば、これは都会に限られた理論であり、「権利売買の現象を見ることのできぬ地方小都会にまで此の解釈を及ぼさうとするのではない」。ここでは、借家人のバラック建築を肯定する理論の前提としてではあるが、再築建物への優先賃借権が主張されている。

10 まとめ

以上の議論について、特徴を指摘するとすれば、次のようになるであろう。まず、伝統的、正統的な理解から、借家人のブラック建築権を正面から否定するのが岩田である。実際上の必要を主な背景に、借家権は土地に及ぶのであり、借家の焼失により終了しないとして借家人のブラック建築権を正面から認めるのが、布施である。これに対し、鳩山の議論の特徴は、地主のブラック撤去の請求を権利濫用になりうると指摘することであり、しかも、その議論は相当に詳細で、且つ利益較量という発想が見られる。また、牧野は、借家人の生存権という考え方から比較的に演繹的に問題に接近し、借家人のブラック建築権を認める。これらの論者の議論は、借家権の目的、借家権の存続如何という法理と実際上の要請とが矛盾する問題を正面から取り上げ、検討する。以上の議論は、大正時代の民法学の一事例としても興味深いものがある。

これに対し、末広と穂積の議論は、少し傾向が異なる。末弘と穂積の重点は、借家人がブラック建築をなしうるかという問題よりも、広い観点からの検討にある。末広の場合には、借家権が復興された東京に於ても存続することが必要であるという指摘がある。その理由は、既に借家権が財産権としても重要になっているからである。更に、末広の議論には土地区画整理による都市の復興という視点との関連がある。もっとも、末広の議論では、旧借家権を復興した「新東京」に反映させるといっても、具体的にはどうするかが明確でない。この点は、後に帝国経済会議に於て再築建物への優先借家権という形に結実するのである。

穂積の場合には、借地借家調停の経験を語るといって観点から必ずしも法理そのものを明らかにしていない。しか

し、借家人に再築建物への借家権を認めるのが穏当な解決であるという指摘は重要である。

そもそも、大正一〇年借家法の規定によれば、借家権の存続保証は十分なものではない。賃貸人の解約申入れや更新拒絶には正当事由は必要でなく、自由にこれをなしたのである。このような借家権であれば、永続的な土地使用権を根拠付けることは難しいと考えられる。しかし、そのような借家権であれ、暖簾のような形で重要な財産権になっている場合もあった。その借家権が震災火災による借家の滅失で一気にしかも大量に失われるのは、問題に感じられる。末広の議論や穂積の議論には、立法論に結び付くものがある。

借家人のブラック建築を認めることと復興は、筆者の考えによれば、必ずしも同一ではない。牧野はブラック建築に「復興」のための「元氣」を見出したが、それだけでは十分ではない。というのも、ブラックが殆ど市街地建築物法の適用除外であることから分かるように、ブラック建築によっては復興や復旧どころか、都市環境の劣悪化が起きている。仮にブラック建築が五年間の期限つきであっても、その間の事態は問題があるし、また、ブラック建築が撤去された後、どうなるかが明らかでない。むしろ、末広のように、復興は復旧であってはならないという視点こそ重要なように筆者は考える。また、穂積は、調停の経験から、再築建物借家権の重要性を指摘する。その後の、大正処理法の根本的精神になるのは、これらの論者の見解である。

注

- (1) 末広敬太郎「帝都復興と借地借家権の保護」(同『法窓閑話』(大正一四年、改造社)所収)。末広の法学の特質について、後藤卷則「民法学の方法——末広民法学までの素描」『獨協法学』四〇号(平成七年)一六四頁以下。
- (2) 穂積重遠「大震災火災と借地借家調停法」法学協会雑誌四二巻五号(大正一三年)一六三頁。
- (3) 岩田宙造「焼跡建設問題」『法律新聞』二二六五号(大正一二年一〇月三日)九頁、更に、東京朝日新聞一〇月三日。

なお、この見解は、布施辰治監修借家人同盟編輯『法律上から見た焼跡借地借家権』（自然社、大正一三年）に収録されている。この元になったのは、大正一二年九月一九日の東京朝日新聞における岩田の「震災善後の法律相談」である。これは、極めて端的に借家人のブラック建築の違法性を指摘する。岩田は、一流企業の顧問として名声のあった弁護士で、第二次大戦敗戦後は、東久邇宮内閣と幣原内閣の司法大臣に就任している（守屋典郎「岩田宙造」潮見俊隆編『法学セミナー増刊・日本の弁護士』（日本評論社、昭和四七年））。

（４）『法律上から見た焼跡借地借家権』が以上の議論について、紹介する。

（５）今村恭太郎「焼跡の仮小屋に就て」法律新聞二二六六号（大正一二年一〇月五日）八頁、なお、同「震災後の私権保護に関する善後策」法律新聞二二六六号（大正一二年一〇月五日）一〇頁も同旨。

（６）今村恭太郎「震災後の借地借家調停の結果と新借地借家臨時処理法実施に就て」『法律新聞』二二一六号（大正一三年一〇月二〇日）。

（７）牧野英一「焼跡の仮小屋問題」（『法学志林』二五卷一〇号（大正一二年））なお、同論文も『法律上から見た焼跡借地借家権』（収録）。牧野も、京橋区担当の借地借家調停委員として、震災後の紛争処理にあたっている。ちなみに、穂積は、日本橋区担当、末広は、下谷区担当である（『法律新聞』二二六六号（大正一二年一〇月五日）一二頁）。

（８）「生存権の觀念の法律的構成に就て」（『法学志林』二五卷二一號（大正一二年））。

（９）鳩山秀夫「大災後の私法問題」（『東京日日新聞』大正一二年一〇月二八日、なお、同論文も『法律上から見た焼跡借地借家権』（収録）。鳩山法学における権利濫用論の意義については、水本浩「民法学の転回と新展開（１）——大正一〇年と昭和二〇年の民法学史」（『獨協法学』四〇号（平成七年）二一九頁）。

（１０）土地明渡訴訟の強制執行として、他人が抵当権を有する建物を乱暴な方法で倒壊せしめ、普通の解体撤去であれば二五〇〇円の価値を有する材料を七四五円の瓦礫にしてしまった債権者に対し、建物所有者の損害賠償請求を認めた判例。

「權利ノ行使ハ法律ニ於テ認ムル範圍内ニ於テ適當ノ方法ヲ以テスヘキコト勿論ナレハ權利行使ノ場合ト雖モ故意又ハ過失ニ因リ其範圍ヲ超過シテ失当ナル方法ヲ行ヒタルカメニ他人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ侵害ノ程度ニ於テ不法行為タルモノト為ササルヘ可ラス」との判示がある。

（１１）布施辰治「借家権の内容——ブラック問題に就て鳩山博士に与え、今村所長、牧野、岩田二博士の一読を望む（上）、

下)『法律新聞』二二八六号(大正一二年一月二五日)、二二八八号(大正一二年一月三〇日)。なお、同論文は、「借家権の内容は借家の使用支配より土地の使用支配に及ぶ」と題して『法律上から見た焼跡借地借家権』に収録されている。布施辰治については、岡林辰雄「布施辰治」潮見俊隆編『法学セミナー増刊・日本の弁護士』。

- (12) 布施辰治「焼け跡のバラック建設問題に就いて東京朝日と法学博士岩田宙造氏に与ふ」(『法律上から見た焼跡借地借家権』一一頁)。

- (13) 穂積重遠「大震災火災と借地借家調停法」法学協会雑誌四二巻五号(大正一三年)。なお、穂積重遠「大震災火災と借地借家調停」(『法律上から見た焼跡借地借家権』所収)では、「私は、借家の焼失によって借家関係が当然には消滅せぬといふ議論をして見たいと思っている。借家契約といふのは単に『家屋』を貸す契約ではない、『住居』を供給する契約である。それ故、家屋が破損すれば家主がこれを修繕して借家人の住居に適する様にする義務があることは疑ひないが、それを押し擴めて行くと、借家が倒壊したら家主がそれを引き起して借家人がはいれる様にする義務があり、借家が焼失したら家主がバラックを建てて借家人に貸す義務があるといふことにならないだろうか。この議論は法律論としてはまだ甚だ練れて居ないのであって、裁判所にこの論法を用いて貰ふのは一寸むづかしいと思ふが、調停はこの方針で行くのが一番好結果な様である。尤も初めからこの方針を立てて調停にとりかかった訳ではない。調停は別して一事件一事件を具体的に取扱ふべきで、抽象的な予断をしてかかるのは避くべきことだが、寧ろ約二か月實際関係して見た結果かういふ方針が立つて来たのである。」と述べる。

- (14) なお、本稿の主題とは直接関係しないが、借地人が建物を建築している場合には、借地人はいかなる法理によりバラックの撤去請求をなしうるかという問題があるが、穂積も又鳩山も論じていない。この点について、現在では、不動産賃借権は、對抗要件を具備するか、又は法の認める優先的効力を有する場合に排他的な効力を有し、妨害排除をなしうるといふ判例がある(例えば、星野英一『借地・借家法』(有斐閣、昭和四四年)四三五頁、高島良一『借地・借家法』一六六頁)。しかし、これは戦後の判例法理であり、大正の当時では賃借権に基づく妨害排除請求を否定する大審院判決があり(大審院大正一〇年二月一七日判決、民録二七輯三二六頁)、占有回収の訴えか賃貸人である土地所有者の妨害排除請求権を代位行使する方法によった(鈴木喜三郎「土地の賃借人は他人が賃借地上に不法に建てたるバラック其他の建設物の収去を求むることを得るか」『法律新聞』二二三三三号(大正一三年二月二八日))。震災後のバラックにつき、代位権の行使

により借地人の妨害排除請求を認めたものとして、大審院昭和四年二月一六日判決（民集八卷四四頁、神田の事例）があり、賃借権それ自体による妨害排除請求権を否定するものとして、大審院昭和五年七月二六日（『法律新聞』三一六七号、横浜の例）がある。

(15) 亀山要（弁護士）「借家問題に関し緊急勅令の発布を望む」『法律新聞』二一六五号（大正十二年一〇月三日）。

(16) 坂芳市「仮小屋問題に就て」『法律新聞』二一九八号（大正十二年二月二五日）。

三 帝国経済会議の議論

1 帝国経済会議における議論の経過

帝国経済会議は、大正一三年に清浦内閣により設置された経済審議機関である（大正一三年勅令七〇号）。金融部、貿易部、農学部、工業部、拓殖部、交通部、社会部に分れて当時の重要政策について審議と答申を行い、加藤高明内閣のもと、大正一三年勅令二八〇号によって廃止された。広く言えば、経済調査会（大正五年設置、大正六年廃止）、臨時国民経済調査会（大正七年設置、大正八年廃止）、臨時財政経済調査会（大正八年設置、大正一三年廃止）等大正期に設置された経済関係の審議会、調査会の一つである。^①

住宅問題を担当したのは、社会部であった。諮問事項は、「住宅ノ供給及改善ニ関スル方策如何」である。これには、次のような説明が付加されていた。^②

「説明

住宅ノ問題ハ量及質ノ二方面ヨリ考察セサル可カラス現ニ全国ニ互リ一年七〇万人ノ人口増加ニ対シ少クトモ

年々一万五千戸ノ住宅不足ヲ来タシツ、アルノ状況ナルニ加ヘテ客年九月ノ大震災災ニ因リ七府県下ニ於テ滅失シタル住家ハ四十六万四千四十八戸ヲ算シ内十四万戸ハ小住宅ニシテ之カ復旧ハ特別ナル助成ニ依ルニ非サレハ不可能ナルノ状態ニ在リ仍テ住宅難ヲ緩和シ衛生経済両面ノ要求ニ基ク住宅様式ノ改善ヲ庶幾スルカ為適當ノ方策ヲ講スルノ緊要ナルヲ認メ茲ニ本案ヲ提出シ之ニ対スル意見ヲ求ム」

以上のように、諮問事項は、直接に震災対策立法を求めるものではない。むしろ、小住宅対策一般のことがらが諮問されている。とはいえ、「説明」は、大震災が住宅事情を悪化させていることにも言及しており、震災対策を排除する内容でもない。

議論の経過を、借地借家臨時処理法の要綱の成立過程に焦点を絞って整理すれば、次のようなものである。大正一三年五月六日に、首相官邸舞踏室において第一回の社会部会を開催した。多くの実業家の他、北里柴三郎(細菌学者、一八五二〜一九三一)、末広厳太郎(民法学者、一八八八〜一九五一)、桑田熊蔵(社会政策学者、一八六八〜一九三二)、福田徳三(社会政策学者、一八七四〜一九三〇)が経済会議の議員になっている。注目すべきは、賀川豊彦(牧師、社会事業家、一八八八〜一九六〇)が議員として参加したことである。また、各省大臣、各省の次官、局長等が関係官として多数出席した。社会部会の議長には、内藤久寛(実業家、日本石油創始者、一八五九〜一九四五)が選任された。

ここでは、賀川議員から住宅問題について検討するのか、それとも震災罹災地についてのみ検討するのかという質問があり、井上内務大臣から全国について検討してほしいが、震災地にも考慮が欲しいという返事があった。更に、末広から、住宅問題について立法的に検討すべきかという質問があり、立法的にも検討してほしいという返答があった。その後、特別委員会を設置して少人数で議論を尽くすべきであるという提案があり、議長の指名

により、北里柴三郎、内藤久寛、渡辺鐵蔵（実業家、東宝社長、一八八四～一九八〇）、末広、大橋新太郎（実業家、博文館社長、一八六三～一九四四）、磯村豊太郎（実業家、日本製鋼所会長、一八六八～一九三九）、賀川豊彦、塚本清治、福田徳三の九名が特別委員に選出された。

第一回社会部特別部会は、五月一二日に首相官邸ベランダで開催された。懇談の結果、審議方針としては、社会政策の見地から小住宅の供給策の検討を先にし、これと平行して法律問題を研究し、後に住宅改善の問題を議論することにした。司法省の池田寅二郎民事局長から、借地借家法実施の結果、震災地における同法活用状況について説明があり、更に、法律問題検討の資料として、ドイツにおける住宅及移住制度、ドイツ調停法草案、ドイツにおける暴利取締法及活動の状況、フランスの借家借地法等の資料が提供された。更に、司法省から、法律問題として審査を希望する要点について説明があった。

第二回社会部特別部会は、五月一九日に首相官邸ベランダで開催された。末広委員は、法律の調査の結果報告を次回にすると説明した。その結果、第二回会議は、復興のための金融支援、建築支援等の震災復興のための諸政策の検討になった。これは、大変興味深い内容だが、臨時処理法の立法過程を検討する本稿では、十分な紹介ができない。

第三回社会部特別部会は、五月二四日に首相官邸ベランダで開催された。ここで、末広は、司法省と相談した後、必要とされる立法の「要綱」を提案し、説明を行った。これが、修正を経て社会部の答申になり、更に借地借家臨時処理法になるものである。

第四回社会部特別部会は、五月二七日に首相官邸小食堂で開催された。ここで、末広の提出した要綱案を修正、可決した（なお、第五回社会部特別部会は、以上の要綱案が社会部総会で議決された後、六月六日に首相官邸小食

堂で開催され、震災地への住宅供給について議論したが、答申のかたちではまともなかつた。)

その後、第二回社会部会が五月二十九日に首相官邸舞踏室で開催された。ここで、特別委員会の議決に基づき、審議がなされた。五月三〇日に、社会部総会が首相官邸舞踏室で開催され、最終的に住宅問題の立法事項に関する一部答申を決議した。

答申内容は、次のようなものである。

「諮問第十二号住宅ノ供給及改善ニ関スル方策如何ニ対スル一部答申

住宅ノ供給改善ノ問題ハ夙ニ本会ノ調査研究ヲ重ネツ、アル所ナルカ之ト関連シテ借地借家ノ関係ヲ適切衡平ニ規定スルハ元ヨリ肝要ノコトナリ特ニ昨年ノ大震災ノ結果トシテ多数ノ家屋一時ニ滅失シ之カ恢復ノ急ヲ告クルノ秋ニ当リ一面家屋払底ノ為震災地ニ於ル借地借家ノ関係ニ急激ナル動揺ヲ来シ (一) 地代家賃ノ暴騰ニ加フルニ數金権利金等ノ名義ノ下ニ借地人借家人ノ負担激増スルノ傾向ヲ来シ往々此ノ急迫ナル事情ヲ利用シテ不平等ノ要求ヲ為ス者ヲ生シ (二) 借地上ノ建物滅失シタル為登記ナキ幾多ノ借地権ハ土地ノ売買ニ因リ消滅スルノ危険ニ瀕シ之ニ乗シテ土地売買ノ行ハル、傾向ヲ生シ (三) 滅失シタル多数建物ノ借家人ハ家屋新築セラル、モ当然新家屋ヲ賃借スルノ権利ヲ有セサルヲ以テ一朝ニシテ其ノ地点ヲ抛棄セサルヘカサルノ窮状ニ在リ而テ其ノ結果ハ一面ニ於テ震災當時ノ借家人ヲシテ現ニ仮建築ヲ建築シ之ニ居住スル者カ将来家主ニヨリ新築セラルヘキ家屋ヲ賃借シ得サルヲ慮リ容易ニ明渡ヲ肯セス延テ震災都市ノ復興ニ支障ヲ生セサルヤヲ憂慮スヘキ状態ヲ馴致シ (四) 震災地從來ノ借家人カ従前ノ家屋ノ敷地ニ自ラ家屋ヲ築造シテ居住スル者頗ル多数ニ上リ地主及家主トノ間ニ幾多ノ紛争ヲ惹起シタリ又一方ニ於テ (五) 借地借家ノ明渡強要ニ関スル法律ノ手続充分ナラサルモノアリ之ニ乗シ借地人借家人ニシテ往々法律上条理上何等恕スヘキ理由ナキニ拘ラス不法ニ他人ノ土地

家屋ヲ占拠シテ明渡ヲ拒ムモノナキニ非ス是亦借地借家ノ關係ヲ惡化セシムル一原因ヲ為セリ 以上ノ諸点ハ目下焦眉ノ問題トシテ速ニ之カ救治ノ策ヲ講スルノ必要アリ依テ大体別案ノ趣旨ヲ斟酌シテ速ニ適當ノ立法其ノ他ノ手段ヲ執ラシムルコトヲ希望ス

要綱

- 一 地代家賃敷金其ノ他賃貸借ノ条件カ明ニ不相当ナルトキハ其ノ条件ノ変更ヲ命スルコトヲ得ルモノトスルコト
- 二 借地借家ノ爭議ニ関シテハ特別ノ智識經驗アル者其ノ他ノ適任者ヲ以テ組織スル委員会ヲ設置シ裁判所カ前項ノ裁判ヲ為スニ付其ノ意見ヲ求ムルヲ得ヘキモノトスルコト
- 三 借地権者ハ其ノ土地ノ上ニ存スル建物震災ニ因リ滅失シタルモ仍一定ノ期間内ハ建物保護ニ関スル法律（明治四十二年法律第四十号）ニ依ル保護ヲ受ケ得ヘキモノトスルコト
- 四 地主又ハ借地人カ震災ニ因リ滅失シタル自己ノ建物ノ敷地（土地區画整理ニ因ル換地ヲ含ム）ニ更ニ建物ヲ建築シタル場合ニ於テ震災當時ノ借家人カ新建物ノ完成前其ノ建物賃貸借ノ申込ヲ為シタルトキハ地主又ハ借地人ハ正当ノ事由ナクシテ其ノ承諾ヲ拒ムコトヲ得サルモノトスルコト
- 五 震災地ノ借地人カ調停委員会ニ於テ震災當時其ノ土地ノ上ニ存在セル自己ノ建物ノ借家人ニ仮建築物存置ノ為其ノ敷地ノ一時使用ヲ承認シタルトキハ地主ハ自己ノ承諾ヲ得サルノ故ヲ以テハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得サルモノトスルコト
- 六 不当ニ土地建物ノ明渡ヲ拒ム者ニ對シテハ先ノ方法ニ依リ其ノ手續ノ簡捷ヲ図ルコト

甲 調停事件ニ付当事者ハ調停委員会ニ出頭スヘキ義務ヲ負フモノトスルコト
乙 借地借家ノ訴訟ガ係属シタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ事件ヲ調停ニ付シ得ルモノトスルコト
丙 故ナク建物明渡ノ強制執行ヲ妨ケタル者ニ対シ刑事上ノ制裁ヲ科スルコト
七 借地借家ニ関スル司法並調停ノ手續ヲ民衆的ナラシメ其ノ処分ヲ簡易敏活ニシテ且實際ノ經濟事情ニ適セシムル為裁判所出張所ノ設置其ノ他適當ノ方法ヲ講スルコト
八 適當ノ方法ニ依リ一般民衆ヲシテ借地借家ニ関スル立法ノ精神ヲ善解セシメ地主家主ニ於テ不安ノ念ヲ懷キ為ニ土地家屋ノ賃貸並ニ貸家ノ新築ニ躊躇スルコトナカラシムルニ努ムルコト」
以上の要綱に従つて立法されたのが、大正処理法である。以上の経過だけでも、末広が、大正処理法の成立にいかん深く関与したかが明らかになる。⁽³⁾以下では、議論の内容につき、詳細に紹介する。

注

(1) 利谷信義「本間重紀「天皇制国家機構・法体制の再編——一九一〇—一九二〇年代における一断面」(『大系日本国家史5近代Ⅱ』(東大出版会、昭和五一年)二三五頁)。

(2) 「帝國經濟會議・社会部会要録」(国立公文書館所蔵、配架番号2A36委352)。

(3) これと関連して、当時の建築規制について述べると、つぎのようになる。震災發生当初、仮設建築物以外の建築を禁止する緊急勅令案が検討された。しかし、これは、緊急勅令に関する明治憲法八条の要件に適合しないとの考えから、仮設建築物について、ブラック勅令(勅令四一四号)が公布された。これは、前述のように、大正一三年二月末までに建築に着手し、大正一七年八月末までに除却する仮設建築物については、市街地建築物法の適用を大幅に除外するものである。それ故、仮設建築物は、無届けで建築が可能になる。この段階では、本建築については、特に規制がないのであるから、通常の通り、特殊建築物などは建築許可が必要であるが、それ以外では、届出により建築をすることが可能である。ただ

し、当時の状況では本建築は實際上困難であったと考えられる。その後、特別都市計画法により大正一三年三月二七日に内務省告示一三二一号が公布され、土地区画整理施行地区の告示を行った。土地区画整理の実際の根拠法である耕地整理法（明治四二年法律三〇号）二九条一項に拠れば、土地区画整理施行地区内の工作物の新築について監督官庁の許可を必要とする。都市計画法施行令一条によっても、区画整理施行地区内における工作物の新築、改築、除却には地方長官の許可を必要とする（なお、都市計画法施行令二一条参照）。かくして、土地区画整理施行地区の告示後は、仮設建築物であっても、地方長官（東京では警視總監）の許可が必要になったのである。大正一四年一月一七日には、仮設建築物に関する築造願い処理方針が決定されている。仮設については、その後約五万六千件の許可願いに対し、約四万三千五百件の許可を出している。本建築の許可は、数が少なかったとされている（以上、東京市復興事務局『帝都復興事業誌土地区画整理編』（昭和六年）二九二頁、同『帝都復興区画整理誌第二編』（昭和六年）六二六頁）。