

平成16年新潟県中越地震において予想される法律問題（改訂版）

司法書士 伊 藤 浩 平

本書は、平成16年11月23日、全国青年司法書士協議会の主催により行われた「新潟県中越地震の法律相談対策研修会」において配布して解説した資料に加筆するとともに、相談（およびその準備）にあたって利用しやすいように、目次や資料の説明などを加えたものです。なお、1－1イ（改訂前後とも符号は同じ）に明らかな誤りがあったので訂正しています。また、意見にわたる部分は、あくまで私の私見です。

本書は、新潟県中越地震に利用する目的であって、かつ利益をあげることを目的としない場合には、加除することをはじめ、どのように利用しようとも、あらかじめの許諾も必要なく、一切制限いたしません。本書の内容等に疑義・誤り等がある場合は、私のメールアドレス（gfb01733@nifty.com）に連絡いただければ非常にありがたく思います。

最後に、中越地震に関する法律相談での紛争の相手方もまた、被災者である場合が多いことと想像します。そうした場合に、法的解釈や相談者の権利義務を伝えるのみならず、可能な範囲で円満な解決方法を示唆することも重要と考えます。

目 次

1 妨害排除および妨害予防	
1－1 所有権に基づく妨害排除請求および妨害予防請求	3
1－2 緊急避難・正当防衛・緊急事務管理	4
1－3 災害対策基本法に基づく措置	4
2 区分所有建物	
2－1 共用部分の変更	5
2－2 復旧	5
2－2－1 小規模（建物の価格の2分の1以下に相当する部分の）一部滅失	5
2－2－2 大規模（建物の価格の2分の1を超過する部分の）一部滅失	6
2－3 建替え	6
3 売 買	
3－1 危険負担	6
3－2 瑕疵担保責任	6
3－3 事情変更	8
4 借地借家	
4－1 借地	8
4－1－1 借地上建物の滅失と契約の終了	8
4－1－2 借地上建物の滅失と再築	9

4-1-3	建物再築と借地条件	10
4-1-4	対抗要件	11
4-1-5	存続期間満了と借地上建物の存否	12
4-1-6	借地上建物の修理・修繕禁止特約	12
4-1-7	借地上建物の損壊と賃料の減額	12
4-1-8	借地の修繕義務	13
4-2	借家	13
4-2-1	借家の滅失と契約の終了	13
4-2-2	借家契約の終了と敷金	15
4-2-3	借家契約の終了と借家明渡義務	15
4-2-4	借家の（一部）滅失と賃料	16
4-2-5	借家を使用収益させる義務	16
4-2-6	借家の修繕義務	16
4-2-7	借家権の転貸	17
4-3	罹災都市借地借家臨時処理法	18
4-3-1	概説	18
4-3-2	各論	19
5	雇 用	
5-1	解雇	20
5-2	一時休業	20
6	請 負	
6-1	危険負担	21
6-2	瑕疵担保責任	22
6-3	事情変更	22
7	不法行為	
7-1	不法行為	22
7-2	土地工作物責任	23
7-3	国家賠償責任	27
7-3-1	国家賠償法1条	27
7-3-2	国家賠償法2条	28
8	その他	
8-1	死亡と震災との因果関係	30
資料（被災地近辺図含む）		（省略）

【前注1】平成16年新潟県中越地震による被災状況は、以下のとおりである（新潟県中越地震災害対策本部発表。11月21日9時00現在）。人的被害は死者40名、重軽傷者2,859名である。避難勧告等を受けた地域の対象者は6,783名（山古志村は全域が対象となっている。）、避難者は7,100名にのぼる。物的被害のうち、住家被害は全壊2,511棟、大規模半壊423棟、半壊4,454棟、一部損壊43,779棟、非住家被害は12,123棟である（ただし、被害認定が終わっていない。進捗率は、長岡市50%、小千谷市90%、栃尾市50%、見附市90%、旧堀之内町（魚沼市）60%、十日町市30%、川口町100%、越路町20%、小国町20%、山古志村0%である。）。その他の被害として、道路6,062箇所、河川229箇所、崖崩れ等442箇所がある。

【前注2】中越地震の本震および余震の各地域における震度、新潟県の過去の地震は、31頁以下の資料のとおりである【省略】（新潟地方気象台発表。地図もあわせて参照【省略】）。なお、中越地震のデータは10月のみであって、11月にも、20日までの間に震度5強の地震が2回、5弱の地震が1回記録されている。本資料は、震災に起因する紛争において、紛争地の震度が問題となる場合、過去の地震の発生状況が問題となる場合があることから掲載したものである。なお、中越地震の特徴として、比較的大きな余震が、長期間にわたって多発していることがあげられる。

1 妨害排除および妨害予防

【前注】被災地では余震が続いていたこともあって、倒壊建物等の撤去や崩落地および損壊道路等の修復が進まないうえ、降雨や今後の降雪などの影響により、この問題は今後も引き続き発生する可能性が高いと考える。

1-1 所有権に基づく妨害排除請求および妨害予防請求

ア 他人所有建物等の隣接地への倒壊、他人所有地の崩落等による隣接地への土砂の侵入等により、自己所有物が倒壊・毀損等した場合、またはその危険性が高い場合、所有権に基づく妨害排除請求権または妨害予防請求権を行使することができる。

イ 妨害排除および妨害予防とも、相手の故意、過失その他責めに帰すべき事由が存在しなくともよい。妨害排除については、相手の費用負担で妨害を除去することができるというのが、通説判例である。妨害予防については、妨害を生ずるおそれのある物の所有者の費用で予防工事をなすべきである（大判昭和12.11.19民集16.1881）としている。

ウ 傾斜地にある自己所有地とその上方の隣地との境界に設置された擁壁が崩壊する危険性が極めて高いとして、妨害予防請求権に基づいて壁の築直し工事を求めたのに対し、判決は、崩壊する危険性が極めて高いとはいえないとして請求を棄却した（東京高判平成1.1.31判タ748.157）。

エ 低地の所有者が高地の所有者に対して、両土地の境界線に沿って高地側に設置されている高地所有者所有の擁壁が、崩落等により低地に損害を与えるおそれがあるとして、妨害予防請求権に基づく擁壁の改修を請求したところ、判決は、崩落等の危険性を認めたが、改修工事費用について、低地と高地が相隣関係にあり、高地の崩落を予防することは低地にとっても等しく利益になり、その予防工事に莫大な費用を要することが明らかであるから、当事者が共同の費用をもって設置すべきものと解するのが相当であるとして、低地所有者3分の1、高地所有者3分の2の費用負担をもってする限り予防請求は認められる（横浜地判昭和61.2.21判タ638.174）とした。

オ また、妨害排除請求権または妨害予防請求権を被保全権利とする仮処分も可能である。求め

る仮処分として、「債務者は、この決定の日から○日以内に、別紙物件目録の土地上にある○○を収去（撤去・除去）せよ。債務者が右期間内に右物件を収去（撤去・除去）しないときは、債権者は、○○地方裁判所執行官に債務者の費用で右物件を収去（撤去・除去）させることができる。」などが考えられる。

1－2 緊急避難・正当防衛・緊急事務管理

ア 倒壊した他人所有建物等を隣接地所有者等が除去しても、緊急避難の要件が満たされれば、違法性が阻却され、損害賠償責任を負わない（民720条2項）。緊急避難の要件は、(1)他人の物より生じる危険があること、(2)急迫の危険を避けるためであること、(3)危険の原因であるその物を毀損したこと、である。これらに加え、その物を毀損する以外に適切な防衛手段がないこと、および防衛される利益とその物を毀損することによって生じる損害との間に、ある程度の均衡が保たれることを要件とするものもある（注釈民法(19)334）。(3)の要件に関して、危険を避けるため、第三者（の物）に損害を加えた場合は緊急避難は成立しない。したがって、洪水による部落の危険を取り除くため、県道兼用の堤防を決壊した事例において、刑法上は緊急避難として責任を問われない（刑37条）が、民事上は賠償義務を免れないとした判例（大判大正3.10.2刑録20.1764。なお(1)の要件も満たしていない。）がある。

イ 同じような事例で、正当防衛が成立する余地もある（民720条1項）。正当防衛の要件は、(1)他人の不法行為が存在すること、(2)自己または第三者の権利を防衛する行為をすること、(3)やむことを得ずして行った行為であること、である。(1)について、他人に故意過失がなくともよく、その行為がもっぱら客観的に違法な場合であればよく、(3)について、他人の不法行為に対して自らも加害行為をする以外に適切な方法のなかったこと、防衛する利益と防衛行為によって相手に与える損害との間には、社会通念上ある程度まで均衡が保たれることを要件としている（注釈民法(19)331）。

ウ また、緊急事務管理（民698条）を適用して除去することが、可能な場合がある。緊急事務管理とは、管理者が、本人の財産等に対する急迫の危害を免れるために事務の管理をする場合をいう。たとえばA所有建物のB所有地への倒壊等により、AがBに対する土地工作物責任などの損害賠償債務（7－2参照）を負う可能性が現にさしせまっている場合において、BによるA所有建物の除去等（管理行為）について、悪意または重大なる過失がなければ、管理行為により本人（A）に損害を与えても管理者（B）は賠償責任を負わないというものである。「本人の財産等」とは、本人の履行すべき義務でもよく、速やかに履行すべく社会的に要請されているものであればよいとする。緊急事務管理は、本人の意思や利益に関係なく、たとえ本人に損害を与えても、事務管理として適法に成立する。なお、民法699条に定める通知義務はこの場合も必要であるが、同条の「遅滞なく」とは、本人の急迫危害が消滅してからでよい。また、本人に対して費用償還請求ができる（民702条）。前掲大判大正3.10.2の事例について、現在では、後述のとおり災害対策基本法62条により、市町村長は応急措置を講じる義務があるので、住民が、その義務を緊急事務として講じれば、悪意または重過失がない限り、それを講じた住民が損害賠償責任を問われることはない（新版注釈民法(18)245）とする。

1－3 災害対策基本法に基づく措置

ア 災害対策基本法62条1項では、「市町村長は、当該市町村の地域に係る災害が発生し、又はまさに発生しようとしているときは、・・・その他災害の発生を防禦し、又は災害の拡大を防止するために必要な応急措置をすみやかに実施しなければならない。」と定めている。さらに、

同法64条1、2項では、「市町村長は、当該市町村の地域に係る災害が発生し、又はまさに発生しようとしている場合において、応急措置を実施するため緊急の必要があると認めるときは、・・・当該市町村の区域内の他人の土地、建物その他の工作物を一時使用し、又は土石、竹木その他の物件を使用し、若しくは収用することができる。市町村長は、当該当該市町村の地域に係る災害が発生し、又はまさに発生しようとしている場合において、応急措置を実施するため緊急の必要があると認めるときは、現場の災害を受けた工作物は又は物件で当該応急措置の実施の支障となるものの除去その他必要な措置を取ることができる。」と定めている。したがって、これらの応急措置等の実施を求めることも一手段として考えられる。

2 区分所有建物

【前注1】被災地において、いわゆるマンションの損壊例は聞かれないようであるが、棟割り長屋にも適用されることを考慮して掲載している。

【前注2】平成15年6月1日施行の区分所有法の一部改正により、建替えの要件等が改正されたが、これらは、同日以前に建築された区分建物についても、原則として適用される。なお、居住用区分建物における建替え決議後の建替え事業については、「マンションの建替えの円滑化等に関する法律」に規定されている。

【前注3】阪神・淡路大震災を契機として、区分建物が滅失した場合の再建手続を定めた「被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法」が施行されたが、この法律が適用されるためには、同法2条1項に定める政令において、適用すべき災害を指定しなければならない。

2-1 共用部分の変更（区分所有17条）

ア 共用部分の変更は、その形状または効用の著しい変更を伴うものに限り、区分所有者および議決権の各4分の3以上の決議が必要である（区分所有17条1項）。したがって、上記に該当しない大規模な修繕工事は、普通決議（区分所有者と議決権の各過半数以上）による（区分所有18条1、2項）。なお、平成15年に改正されるまでの同法17条1項の要件は、「著しく多額の費用を要する行為」であって、大規模な修繕工事は含まれるものと解されていた。

2-2 復旧（区分所有61条）

2-2-1 小規模（建物の価格の2分の1以下に相当する部分の）一部滅失

ア 建物の価格の2分の1以下に相当する部分の一部滅失とは、一部滅失の時を基準として、滅失の程度が、滅失前の状態における建物全体の価格の2分の1以下である場合である。

イ 専有部分は、建物全体の滅失の程度を問わず、当該専有部分の所有者が、自己の負担で復旧することができる。

ウ 各区分所有者は滅失した共用部分を独自で復旧することができる。ただし、後述する共用部分を復旧する旨の集会決議または建替え決議（団地建物一括建替え決議を含む。）がなされていない場合に限られる。なおこの場合の復旧費用は、他の区分所有者に対して償還請求することができる（区分所有61条1項）。

エ 共用部分について、集会の普通決議で復旧する旨の決議ができる（区分所有61条3項）。

オ 規約で、上記イ～エと異なる定めができる（区分所有61条4項）。

カ 共用部分の復旧費用は、原則として、区分所有者全員がその有する専有部分の床面積の割合において負担する（区分所有19条、14条1項）。

2-2-2 大規模（建物の価格の2分の1を超過する部分の）一部滅失

ア 区分所有者および議決権の各4分の3以上の多数で、一部滅失した共用部分を復旧する旨の決議ができる（区分所有61条5項）。

イ 決議に賛成した区分所有者以外の区分所有者は、賛成した区分所有者に対し、建物およびその敷地に関する権利を、時価で買い取るべきことを請求することができる（形成権）。賛成した区分所有者は、買い取ることができる者をあらかじめ指定することができる（区分所有61条7、8項）。

2-3 建替え（区分所有62条）

ア 集会において、区分所有者および議決権の各5分の4以上の多数で、建物を取り壊し、同建物の敷地の全部もしくは一部またはそれらを含む土地に、区分建物を新たに建築する旨の決議をすることができる。かつて、建替え決議の要件としていた「老朽、損傷、一部の滅失その他の事由により、建物の価額その他の事情に照らし、建物がその効用を維持し、又は回復するのに過分の費用を要するにいたったとき」、「建物の敷地に」、「主たる使用目的を同一とする建物」は、平成15年の一部改正により、緩和・撤廃されている。

イ その一方で、建替え決議の招集通知は集会開催2か月以上前に発する、建替えの要否を判断するために必要な情報を招集通知とともに送付する、集会開催1か月以上前に説明会を開催する、などの要件が新たに加えられている。

ウ 建替え決議に賛成した区分所有者等は、建替えに参加しない区分所有者に対し、建物およびその敷地の権利を、時価で売り渡すべきことを請求することができる（形成権。区分所有63条）。

3 売 買

3-1 危険負担

ア 売買契約締結後、引渡前に不動産等の特定物が当事者双方の責めに帰すべからざる事由により滅失・毀損しても代金債権は消滅しない（債権者主義。民534条1項）。すなわち、売主は、特定物が滅失すれば給付義務を免れ、毀損の場合には毀損した物を給付すれば債務の履行となるのに対し、買主は売買代金全額の給付義務を負う。ただし、これと異なる定めは有効であり、実際には、この特約を定めている場合が多い。

イ 特約により債務者の危険負担となっている場合（民536条1項）において、一部不能の場合、原則的には、売主はその状態で買主に給付し、買主の支払うべき売買代金も減縮されると解されている。ただし、一部不能であっても、その一部不能が取引の通念や契約のなされた目的からみて、給付全体の価値を失わせる性質のものであれば全部不能となり、売買代金支払義務も消滅する（新版注釈民法(13)587）。

3-2 瑕疵担保責任

ア 売買の目的物に隠れたる瑕疵があり、契約の目的を達することができない場合は契約解除を、その他の場合には損害賠償を請求できる。買主はその事実を知りたる時から1年以内に行使しなければならない（民570、566条）。なお、売主の過失は要件とされていないが、買主については、過失なくして瑕疵の存在を知らなかったことを要する。瑕疵担保責任を負わない特約をすることもできる（民572条）。商人間の売買には特則がある（商526条）。

イ 建物の売買契約で、設計・施工上の欠陥による雨漏り等の隠れた瑕疵があるとして、契約解

除が認められた事例（東京地判平成4. 9. 16判時1458. 87）がある。建築後5年以上を経た中古建物について、建物の基礎や軸組部分に欠陥があることは認めたものの、買主が求めた解体・再築費用について、民法570条による瑕疵担保責任に基づく損害賠償は、買主が瑕疵がないと信じたことによって被った損害の賠償（いわゆる信頼利益の賠償）であると解すべきところ、原告の主張する損害は、瑕疵のない履行がなされたならば買主が得たであろう利益（いわゆる履行利益）についてのものであって、瑕疵担保責任を根拠として認めることはできないとした。ただし、被告の前売主から依頼を受けて建物の新築工事をした施工業者については、施工業者の従業員である本件建物の設計・施工監理者の不法行為が存在するとして、使用者責任（民715条）を認めて、補修費用等の損害賠償請求を一部認容した（大阪地判平成3. 6. 28判タ774. 225）。

ウ 宅地の売買契約では、宅地の崩落事故につき、宅地の売主が施工した擁壁の施工上の欠陥が隠れた瑕疵に当たるとして、売主の瑕疵担保責任を認めた事例（神戸地明石支判昭和54. 10. 29判時961. 107）、地盤沈下により建売住宅が傾斜したことについて、売主の瑕疵担保責任および造成した建築業者の不法行為責任が認められた事例（横浜地判昭和60. 2. 27判タ554. 238）がある。

エ 昭和53年の宮城県沖地震に関する事例として、購入した宅地が陥没するなどしたために、買主が売主に対して、耐震性の面からの瑕疵担保責任による損害賠償等を求めたところ、判決は、売買の目的物が宅地である場合に、隠れた瑕疵があるときは、地盤軟弱、地表下の空洞の存在、盛土の不完全、周囲擁壁の脆弱等の欠陥があるために、建物を建築しても、その重力あるいは他からの振動により、建物が傾斜し倒壊する危険があるとか、大雨、長雨のために地盤が流出、崩落し、あるいは隣地からの土砂流出、崩落により埋没する危険があるなどの物理的欠陥があり、かつ買主が注意してもその欠陥を容易に発見することができない場合であるとした。そして、本件での耐震性の点からの瑕疵の存否は、従来発生した地震の回数、頻度、規模、程度のほか、時代ごとに法令上要求される地上地下構築物の所在場所、地質、地形、強度等の諸要素を考慮し、一般的常識的見地から、少なくとも震度5程度の地震に対する安全性の有無を基準として判断するのが相当であるとして、過去50年間に起こった4回の地震での震度は5であるのに対して、本件地震の震度は実質6とするのが妥当であるところ、これまで本件宅地に格別の異常がなく、過去の地震による被害も報告されておらず、宮城県沖地震調査委員会の、本件土地一帯で発生した被害の多くは宅地造成規制法の技術基準に準拠していても防止できなかった可能性があるとの指摘などから、本件土地に隠れたる瑕疵があったと判断できないとした。また、県および市が宅地造成規制法16条に基づく改善命令を発しなかったことが違法であるとして、国家賠償法1条による損害賠償（7-3-1参照）を求めていたが、これについても、巡回点検を実施するなどして適切に行使していたことから、改善命令を行わなかったことに違法性はない（仙台地判平成4. 4. 8判タ792. 105）とした。

オ 宮城県沖地震の事例として、宅地分譲した市に対して、多数の亀裂や地盤沈下などが発生したのは宅地造成工事の欠陥であるとして、瑕疵担保責任に基づく損害賠償を求めたものがある。判決は、まず宅地造成工事の瑕疵の判断基準として、(1) その地域でこれまで発生した地震の回数、頻度、震度等からみて、将来その地域で通常発生する可能性が経験的に予測される規模の地震に対する耐震性を具備していたか、(2) 造成当時、予測される規模を超える規模の地震に対する耐震性を具備する宅地の造成を目的とする地盤条件の調査および調査結果に基づく工法についての基準または一般的な経験則がある場合に、これに適合する工事がなされていたか、(3)

造成当時、(2)の基準または一般的な経験則が存在していなくとも、その当時の通常の技術水準に適合すれば予測される規模を超える規模の地震に対する耐震性を具備する宅地を造成することが可能な場合に、技術水準に適合する工事がなされていたか、をあげ、(1)(3)の要件は満たしており、(2)については明確な基準や一般的な経験則はなかったとして、本件宅地造成工事は上記3基準に適合するものであって瑕疵があったと認められない（仙台地判平成8.6.11判タ931.248）とした。

3-3 事情変更

ア 事情変更とは、契約成立後、契約の基礎となっている事情について、当事者の当初予見しえなかった著しい変化が生じ、元の契約内容をそのまま履行させることが当事者間の衡平を損ない信義に反する結果、契約の改定または解除が認められるというものである。適用の要件としては、(1)契約成立当時その基礎となっていた事情（それなしでは契約を考えることができない部分）が変更したこと、(2)当事者の予見したまたは予見しうるものではないこと、(3)当事者の責めに帰することのできない事由によって生じたこと、(4)当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められることなどである。

イ 判例は、家屋の売買において、売主の居宅が震災によって焼失し、売ろうとしていた家屋が居住のために必要になったというだけでは、事情変更による解除は許されない（最判昭和29.1.28民集8.1.234）としている。

4 借地借家

【前注1】平成4年8月1日に借地借家法が施行された。同法附則2条において、借地法、借家法、建物保護二関スル法律の廃止を、附則4条において、借地借家法施行前に締結された契約について、旧借地法等により生じた効力を妨げない旨と、特別の定め（附則5条～14条）がある場合には旧借地法等の適用がある旨を定めている。平成4年8月1日以降に締結された契約は、全て借地借家法が適用される。

【前注2】ライフラインの復旧状況について、電気は、小千谷市、山古志村の一部を除いて復旧している。都市ガスは、川口町は全域復旧しておらず、長岡市、越路町、見附市、小千谷市は一部を除いて復旧している。なお、山古志村などはLPガスを使用している。上水道は、山古志村は全域復旧せず、長岡市、栃尾市、小千谷市、川口町、旧堀之内町（魚沼市）、旧広神村（魚沼市）、十日町市は一部を除いて復旧している（新潟県発表。11月21日11時00分現在）。ライフラインの復旧状況は、借家契約の賃料の支払義務等に大きな影響をおよぼす場合がある。

【前注3】新潟地方では、預かった敷金全額を、借家契約終了後に返還する約定の借家契約が多数を占めるようである。

【前注4】阪神・淡路大震災において適用された罹災都市借地借家臨時処理法について、今回の中越地震にも適用すべきとする意見が政党等から出されているようである。同法は、これまで滅失建物戸数が100戸以下の天災にも適用されたことがあり、新潟県においても、昭和39年の新潟地震の際に適用されているので、その動向に注意が必要である。

4-1 借地

4-1-1 借地上建物の滅失と契約の終了

ア 平成4年7月31日以前に締結された借地契約の場合は、借地借家法附則5条の規定により、旧借地法2条1項但書の「建物の朽廃による借地権の消滅」の規定の適用がある。この場合の

朽廃とは、自然の推移により腐朽たい廃しその効用を失却することをいい（大判昭和9. 10. 15民集13. 1901）、風水害や火災による建物の滅失は朽廃にあたらないため、旧借地法2条によって借地権が消滅することはない（大判昭和11. 3. 10新聞3968. 11）。

イ 平成4年8月1日以降に締結された借地契約については、適用される借地借家法に朽廃による借地権消滅の規定はないため、建物が朽廃したとしても借地契約は終了しない。

ウ 建物が焼失したときは借地権も消滅する旨の特約は、借地人にとって本条（旧借地法2条）よりも不利な契約条件であって、本法（旧借地法）11条によって無効である（東京地判大正11. 9. 25 新聞2052. 17）とする。借地借家法下の契約では、同様に借地借家法9条により無効と解される。

4-1-2 借地上建物の滅失と再築

ア 平成4年7月31日以前に締結された借地契約において、存続期間終了前に借地上の建物が滅失し、残存期間を超えて存続すべき建物を借地人が再築する場合において、貸地人は異議を述べることができる。異議を述べない場合は、原則として、再築される建物に応じて、30年または20年の存続期間の更新が認められる（借地借家附則7条1項、借地7条）。

イ この場合の異議とは、残存借地期間を超える耐用年数をもった建物の築造に反対する旨の意思表示であり、遅滞なく述べることを要する。遅滞なくとは、貸地人は土地の現状を常に把握する状況にあるとは限らないことなどを理由として、貸地人が建物の再築を知った後遅滞なくという意味であると解するのが一般的である（星野英一・借地借家法100）。なお、異議を述べるについて理由は必要ではなく、特別の方式もない（星野英一・借地借家法100）。異議を述べたことの立証責任は貸地人にある（水本浩他・新借地借家法155）。ただし、貸地人の有効な異議があったからといって、借地人は建物の築造ができないわけではない（新版注釈民法（15）456）。

ウ 異議を述べない場合は、原則として再築される建物に応じて、30年または20年の存続期間の更新が認められる。それまでいずれの所有を目的としていたかによるものではない（東京地判昭和45. 3. 31判時606. 52）。更新されるべき期間の起算点は、建物滅失の日である。異議を述べた場合は従来どおりの期間存続する。

エ 貸地人の異議は、期間満了時の更新請求に対する異議（借地4条1項但書）および期間満了後の土地使用継続に対する異議（借地6条2項）における正当事由や建物買取請求権の行使（借地4条2項）において、有利な要因として斟酌される。なお、更新の有無に関係なく、借地権の存続期間満了時に契約の更新がないと、借地人に貸地人に対する建物買取請求権が生じることには変わりはない（星野英一・借地借家法208）。

オ 平成4年8月1日以降に締結された契約においては、存続期間満了前に建物の滅失があった場合に、借地人が残存期間を超えて存続すべき建物を再築したときは、貸地人の承諾もしくは承諾の擬制があったときに限り、存続期間が延長される（借地借家7条）。

カ 貸地人の承諾（承諾擬制含む。）は期間延長の要件であって再築の要件ではないから、借地人は貸地人の承諾なくとも、原則として存続期間内は自由に再築できる。同条2項に規定する通知の有無および承諾または承諾擬制の有無は、期間満了時の更新請求に対する異議（借地借家5条1項）や期間満了後の土地使用継続に対する異議（借地借家5条2項）における正当事由や、建物買取請求権の行使（借地借家13条）において斟酌される。

キ 承諾には特別の方式はなく、一般に建物を建てること自体に対する承諾が7条の承諾として

評価される（西村宏一他・現代借地借家の法律実務1-90）。

ク 応急仮設建物の建築の場合は、存続期間を超えて存続する建物といえない場合が多いと考えられるから、この場合には、貸地人の承諾を得る必要もないし、また、建物再築によって存続期間が更新されることもない。

4-1-3 建物再築と借地条件

ア 建物を再築する場合において、再築建物と滅失建物と比較して、規模、構造、種類等が同程度であれば、原則的に貸地人の異議または承諾の有無を問わず問題ない。ところで、借地の用法等の制限として、借地上の建物を非堅固建物に限定する場合、借地上建物の種類や規模（高さ、階数、床面積等）を制限する場合、建物の用途を制限する場合などがある。これらの特約については、原則として、借地借家法9条に該当せず有効と解されている。

イ 旧借地法下における借地契約について、同法3条で、建物の種類および構造を定めざるときは、借地権は堅固な建物以外の建物の所有を目的とするものとみなすと規定している。この規定により、非堅固建物所有を目的とみなされた借地契約の効力は、現在も維持されている（借地借家附則4条但書）。

ウ 旧借地法下で設定された借地権について、堅固建物を目的としていないのに借地人が堅固建物を建築した場合は、原則として用途違反となり、しかも一般的にかなり著しい背信行為性があることから契約解除の原因となる（星野英一・借地借家法130）。非堅固建物と堅固建物とでは借地期間に大幅な相違があり、堅固建物の場合は朽廃による借地権の消滅という地主の期待もほとんど実現する見込みはなく、堅固建物と非堅固建物とでは権利金や地代なども異なると考えるからである。

エ 堅固な建物か否かについて、鉄筋コンクリート造、煉瓦造、ブロック造などの建物が堅固建物であることに問題はないが、鉄骨造の建物については、建物の構造、基礎工事や鉄骨の接合方法などから、建物の耐久性、堅牢性、収去の難易性なども様々であり、これらを基に個別に判断するしかない。判例も堅固性を否定したもの（宇都宮地判昭和37.11.7下民集13.11.2244、最判昭和48.10.5民集27.9.1081、東京高判昭和59.12.27判時1158.203）と堅固性を肯定したもの（東京地判昭和40.1.28判時412.51、東京高判昭和41.8.8東高民時報17.8.176）がある。また、軽量鉄骨造の建物は堅固な建物にあたらない（宇都宮地判昭和37.11.7下民集13.11.2244）とするものもある。

オ 借地借家法では、堅固建物と非堅固建物の区別は廃止され、借地権の存続期間は、普通の借地権は建物の種類を問わず30年とされている。そこで、新法下で借地権設定があり、非堅固建物所有の特約があるのに、借地人が地主の承諾または借地非訟手続を経ることなく堅固建物を建築したときは、旧法下のように直ちに重大な背信性を帯び、解除が認められるとまではいえず、新法下においてそのような借地上建物を非堅固建物に限定することの必要性和合理性、堅固建物を建てるのが土地の通常の利用上相当といえるか、地主の受ける影響などを考慮のうえ、そのような特約違反が対貸地人との信頼関係を破壊するか否かが個別的に判断されることになる（西村宏一他・現代借地借家の法律実務1-147）。

カ 借地借家法17条1項では、建物の種類、構造、規模または用途を制限する旨の借地条件がある場合において、付近の土地の利用状況等の変化その他の事情の変更等により、その借地条件と異なる建物の所有を目的とすることが相当と認める場合には、裁判所は借地条件を変更できると規定している。この規定は旧借地法時に設定された借地関係についても適用され、その借

地条件が借地借家法施行前に付されたものであり、あるいは付近の土地の利用状況等の変化その他の事情の変更が借地借家法施行前に生じたものであっても、その借地条件の変更の申立をすることは可能である。

キ よって、再築予定建物が借地条件に違反するおそれのある場合は、建物再築前に、貸地人の承諾を求め、承諾を得られない場合には借地借家法17条に定める借地条件変更の許可を求めるべきである。なお、旧借地法下の借地契約に関して、貸地人が建物再築に対する異議を述べない場合には、更新によって借地契約は、滅失建物とは規模、構造の異なる再築建物所有もしくは堅固建物所有を目的とするものに性質が変更されるから、貸地人はもはや用法違背の効果（解除、建物撤去）を主張できない（東京地判45. 3. 31判時606. 52）とする。これは、借地借家法下における契約における承諾（承諾擬制含む。）があった場合にも、同様の考え方をとることができるものと思われる。

ク 建物所有目的の借地の全部または一部を駐車場とすることが用途違反になるかどうかについては、そのような借地の利用が土地の利用上相当といえるか、貸地人に与える影響などを考慮のうえ、対貸地人に対する信頼関係破壊のおそれがあるかどうかにより判断すべきである。駐車場としての使用が建物建築までの暫定的なものと認められるときや、その規模、態様から近隣などの平穏、安全などに特に影響を与えないときなどは、空き地としての利用に類似する面があるから、いかに借地契約の目的が建物所有となっていたとしても、駐車場としての使用はそもそも用法違反とならないとされる場合が多いであろう。結局、用法違反性が認められる場合というのは、駐車場としての使用が、騒音、排気ガス、風紀、交通上の危険などの面で貸地人に顕著な損害を及ぼす場合、あるいは借地上に建物を建てることが借地契約締結の動機等から積極的な意義を有すると認められる場合で、駐車場としての利用が借地契約の目的上相当な土地利用とはいえないと判断される場合などである（西村宏一他・現代借地借家の法律実務1-149）。判例では、建物所有目的の借地を駐車場として利用したことが用途違反あるいは無断転貸になるとして解除が認められた事例（東京高判昭和48. 10. 30判時728. 52、東京地判昭和50. 6. 30判タ327. 233、東京地判平成5. 3. 29判タ871. 252）と、解除を否定した事例（東京地判昭和48. 3. 20判時724. 50、東京地判昭和50. 7. 28判時807. 61、東京高判平成2. 4. 26判時1351. 59、東京地判平成4. 7. 16判時1459. 133）がある。

4-1-4 対抗要件

ア 借地上の登記された建物が滅失した場合に、建物を再築して当該建物の登記を行なうまでに所有権が譲渡されると、新所有者が背信的悪意者でない限り、その新所有者に対抗できない。

イ 借地上の建物が滅失したが、その滅失建物の登記があった場合には、借地借家法10条2項に規定する掲示を行うことによって、滅失後2年以内は対抗力を有する。掲示によって対抗力を維持する要件は、滅失した建物について登記がされていたこと、有効な掲示がされていたことである。掲示における「建物を特定するに必要な事項」とは、第三者が掲示を見ることにより、登記所で閉鎖登記簿を閲覧し、建物の存在を確認することができる程度の事項（建物の所在や家屋番号など）を指すものと解される。

ウ 掲示は借地上の建物の登記に代わる対抗要件であるから、建物滅失後掲示をする前に利害関係を有することとなった第三者には借地権を対抗することはできない。また、掲示が撤去された場合に、その後に利害関係を有することとなった第三者に対抗することはできない。そして、2年経過前に借地人が建物を再築してその登記を経ていないと、上記期間経過後に利害関係を

取得した第三者に対して借地権を対抗できないだけでなく、掲示がされた後上記期間が経過するまでの間に利害関係を有することとなった第三者に対しても、借地権を対抗することができない。

エ 再築建物の登記名義人について、借地人自らの名義で建物の登記をすることが必要であり（最判昭和41. 4. 27民集20. 4. 870）、親族等の名義では対抗力を有しない。

4-1-5 存続期間満了と借地上建物の存否

ア 存続期間が満了する場合において、借地人が更新の請求をしたときは、建物がある場合に限って、契約を更新したと見做される。ただし、遅滞なく貸地人が異議を述べ、自ら土地を使用する等の正当事由が存する場合を除く（借地借家5条、借地借家附則6条、借地4条）。この規定は、小市民的借地人の保護を主眼としたもので、存続期間が満了しても、借地人の生活の本拠を奪うことを極力防止しようとする制度である。

イ 更新請求権の成立のために、建物の存在が絶対的必要条件であるかどうかについて、借地上建物が火災で滅失したので借地人が再築しようとしたところ、貸地人が建築禁止通告・土地明渡調停を行なったため再築できなかったという事例において、貸地人が地上建物の不存在を理由として借地法4条に基づく更新請求権がないと主張して争うことは、信義則上許されないとした（最判昭和52. 3. 15判時852. 60）。

ウ 旧借地法下においては、契約の法定更新は建物がなくてもありえるが、建物がない場合には貸地人からの使用継続に対する異議を述べることによって借地権は消滅し、しかも、その場合の異議には正当事由を有しない（借地6条1、2項）。借地借家法では、契約の更新請求の場合との均衡を考慮して、建物が存在しないときは契約の法定更新自体があり得ないとの構成をとっている（借地借家5条2項）。したがって、法定更新されない場合には、当事者の合意により更新するしかない。

4-1-6 借地上建物の修理・修繕禁止特約

ア 修理修繕を制限する特約にも様々なものがあるから、その有効性の判断は個別の契約ごとに判断する必要がある。修理修繕を禁止した特約が、強行規定違反で無効であるとした判例（東京地判昭和47. 5. 31判時681. 55）があるが、大修理・修繕を禁止する特約を一応有効とした判例（名古屋高判昭和54. 6. 27判時943. 68）もある。もっとも、この名古屋高裁判決も、賃借人が火災で一部を残してほぼ焼失した建物を建て替えたことについて、賃借人のこの行為は大修繕に該当し特約違反となるが、信頼関係は破壊されていないとして、賃貸人による上記特約違反を理由とする解除の効力は否定している。

イ 大改修・大修繕が禁止されている場合には、「増改築」に含まれるとして、大修繕のための増改築の許可の裁判を申し立てることも肯定に解してよい（新版注釈民法(15)496、借地借家17条2項）。

4-1-7 借地上建物の損壊と賃料の減額

ア 借地上の建物が不可抗力により損壊した場合においても、当然には賃料の減額請求が認められない。

イ 賃料増減額請求を定めた借地借家法11条（旧借地法下の契約にも適用される。）には、増減額事由の一つとして「土地の価格の上昇もしくは低下その他の経済事情の変動」があるが、「その他の経済事情の変動」は、借地法12条で定めていた増減額事由に新たに加わえられた文言である。これについて、借地法改正に関する国会審議の中で、法務省民事局長は現行法（旧

借地法)との違いはない旨を回答している。したがって、借地上建物の損壊を原因とする同条に基づく減額請求は、認められない可能性が高い。

4-1-8 借地の修繕義務

ア 賃貸人は、賃貸物の使用収益に必要な修繕義務を負担している（民606条1項）。一般的には、台風・洪水・地震などによる土崩れなどの場合に、これを使用収益に適するように回復する義務は賃貸人にあると解される（星野英一・借地借家法200）。

イ 崖となっている借地の北側の擁壁が台風による雨水により沈下傾斜し、崖が崩れそうになったことから、賃借人が賃貸人に擁壁の改修補強等を要求したが、聞き入れられず、やむなく借地上の建物を取り壊して転居した事例において、賃貸人の使用収益義務および修繕義務の債務不履行であるとして、建物および借地権相当額等の損害賠償が認められている（東京地判昭和61.7.28判タ624.186）。

ウ 自然現象により地盤沈下した事例において、修繕義務の内容、程度は、契約の目的および賃料の額との関連等によって定まるものというべきところ、宅地は一般に賃貸借の存続期間中に修補を必要とするような変動を生じないものであり、殊に建物を築造した後において、地盛り等の修補をするには当該建物の移動ないし取壊しをしなければならないので、当事者は賃貸人が地盛り等の修補をすることを予定せず、したがって賃料の額を定めるにも修繕費用を斟酌しないのを一般としており、特段の事情がない限り、宅地の賃貸借においては、自然現象としての地盤沈下の場合には、賃貸人が修繕義務を負わない趣旨と解するのが相当である（東京地判昭和40.6.19判時420.39）とするものもある。

4-2 借家

4-2-1 借家の滅失と契約の終了

ア 旧借家法および借地借家法下において締結された契約とも、借家が滅失した場合には、借家契約は当然に終了する。

イ 滅失かどうかは、賃貸借の目的となっている主要な部分が焼失して賃貸借の趣旨が達成されない程度に達したか否か、通常のコストでの修復の可否も斟酌して判断すべきである（最判昭和42.6.22民集21.1468）。焼失かどうかは、残存の程度、形状のいかんにより（大判明治38.5.10民録11.1690）、家屋の使用目的に照らして（大阪地判昭和29.2.15下民集5.2.177）、決せられる。

ウ 滅失と判断した事例として、地下1階地上3階の木造家屋の地上部分が焼失し、その使用目的が住宅兼店舗である場合（前掲大阪地判昭和29.2.15）、2階が床を除きほとんど全焼し、階下も壁が落ちている場合（東京高判昭和27.6.30判タ26.45）、1階店舗、2階アパートの建物で、2階は全焼し、1階も85%焼け当該賃借人の両隣も全焼したが、当該賃借人の借りている部分の柱壁が残っていたので改築したが、消防署は全焼と認め、保険も全額支払われている場合（東京地判昭和38.2.20判タ142.117）、2階建の階上は屋根とともになくなり、階下は奥の3畳と物入れの他は比較的残っているが汚損がひどく、消防署も全焼と判断した場合（大阪地判昭和38.3.30判時338.34）がある。また、前掲最判昭和42.6.22も、保険会社が約9割の被害と認めて保険金30万円のうち27万円を支払っていることも滅失を理由づける事実の一つとしている。

エ 滅失を否定した事例として、鉄筋コンクリートの建物が焼け、その外部だけを残したような場合（建物としての主体が存して修繕可能であるから社会観念上建物というべきであると判示。東京高判昭和29.2.26高民集7.1.118）や、2階のほとんどを焼失したが、階下については天井が残り、2人の借家人が約10万円をかけて修復した場合（東京地判昭和35.9.8判タ112.59）、2

階は全焼したが、階下は壁が焼け焦げただけでほとんど残存し、天井も残っているのに、借家人が修復した場合（大阪高判昭和39. 8. 5判時394. 68）などがある。

オ 阪神・淡路大震災の事例において、損壊が本件賃貸契約の終了原因として定められていることに照らし、損壊とは、損傷により建物としての社会経済上の効用を喪失し、賃貸契約を存続させることが社会通念に照らし相当でないと判断される場合をいい、建物の主要な部分が物理的に消失した場合はもちろんであるが、損傷した部分の修復が通常のコストによって可能な場合であっても、地震等により付近一帯の建物が損傷した等の事情により修復に時間を要するような場合には、当該建物の被災状況のみならず、地震に直接間接に関係した地域全体の被災状況や置かれた状況等の諸般の事情を総合考慮し、賃貸契約を存続させることを相当とするような期間内に修復が可能か否か等の事情を加味して判断すべきであるとし、本件賃貸契約は、存続させることが社会通念に照らし相当でなくなったと判断すべきである（大阪高判平成7. 12. 20判時1567. 104）とした。

カ 阪神・淡路大震災により損壊した建物について、概ね修理費は、新築する場合の費用の約74%にあたり、建築専門家は、ビルを恒久的に使用すると考えた場合再使用は勧められないとするのであって、その鑑定内容は妥当なものと認容できること等から、物理的には修理が可能であるとしても、修理に莫大な費用を要するうえ、恒久的な建物として使用されることを考慮すると、本件建物は経済的に判断して滅失したものとみなすのが相当である（大阪地判平成8. 11. 11判タ925. 258）としている。

キ 阪神・淡路大震災により、建物の1階部分の柱が建物内部で折れ曲がり傾いた状態になったにもかかわらず、2階ないし4階は建物の躯体部分にほとんど被害を生じていないこと、本件建物は既に取り壊されてしまったところ右取壊費用に約1600万円を要したこと、あらためて本件建物と同じような規模の建物を建てようとするに2億円以上要すること、本件建物の1階部分のみの解体および修復も技術的には可能であって、複数の業者から3000万円ないし3350万円とする見積書が出されていたこと、右修復工事に要する工期は約75日間であると予定されていたことが認められる。これらの事実によると、本件建物の主要な部分は1階の躯体部分を除いては未だ消失しておらず、右消失部分の修復も建物全体を取り壊す費用および建物全体を建て替える費用と比較した場合、通常のコストで可能と認められるから、本件建物は阪神・淡路大震災により滅失したとはいえないと解するのが相当である（神戸地判平成7. 8. 8判タ896. 168）とした。

ク 中越地震の被災地の市町村では、建物に損害を受けた者に対し、被災証明書を発行し、または発行しようとしている。被災の基準として、昭和43年6月14日結審第115号・内閣総理大臣官房審議室長通知「災害の被害認定の基準の統一について」が設けられていたが、平成13年6月28日府政防第518号内閣府政策統括官（防災担当）通知「災害の被害認定基準について」により改正された。改正後の基準によれば、「全壊（全焼・全流出）とは、住家がその居住のための基本的機能を喪失したもの、すなわち、住家全部が倒壊、流出、埋没、焼失したもの、または住家の損壊が甚だしく、補修により元通りに再使用することが困難なもので、具体的には、住家の損壊、焼失若しくは流出した部分の床面積がその住家の延床面積の70%以上に達した程度のもの、または住家の主要な構成要素の経済的被害を住家全体に占める損害割合で表し、その住家の損害割合が50%以上に達した程度のものとする。」としている。そして、「半壊（半焼）とは、住家がその居住のための基本的機能の一部を喪失したもの、すなわち、住家の損壊が甚

だしいが、補修すれば元どおりに再使用できる程度のもので、具体的には、損壊部分はその住家の延床面積の20%以上70%未満のもの、または住家の主要な構成要素の経済的被害を住家全体に占める損害割合で表し、その住家の損害割合が20%以上50%未満のものとする。」としている。なお、現在では、全壊と半壊の間に大規模半壊というランクがある。これは、被災者生活再建支援法の改正により、支援金の交付対象世帯を、全壊世帯のみから「大規模半壊」世帯にも広げたことによる。同法での大規模半壊世帯の基準は、同法施行令2条3号に定められており、住宅が半壊し、構造耐力上主要な部分の補修を含む大規模な補修を行わなければ、当該住宅に居住することが困難であると認められる世帯としている。

これらからすれば、上記基準に基づき、正確に調査して厳格な判断をした場合には、滅失か否かの判断材料の一つになりえるものと考えるが、実際には、その調査方法が外部からの目視のみによるものであったり、建物所有者からの苦情により簡単に変更している事例も少なくないことなどから、判定結果の正確性には疑問を付さざるを得ないと思われる。

ケ また、被災地では、応急危険判定士と認定された者による被災建築物応急危険度判定がなされ、その判定結果は、危険（赤紙）、要注意（黄紙）、調査済（緑紙）の3種類の判定ステッカーのいずれかを調査した建物外部に貼付して示している。この制度は、被災した建物の余震などによる倒壊・部材の落下などから住民の安全を確保するため、応急的に建物の安全性をチェックするものであり、建物の被害の程度を示したものではない（この制度の説明文にも同様の説明がある。）。したがって、この調査結果を元に滅失か否かを判断することは避けるべきであると考ええる。

4-2-2 借家契約の終了と敷金

ア 敷金の法的構成につき、判例学説は、賃貸借終了時あるいは賃借物明渡時に債務不履行がなければ全額を、不履行があれば延滞賃料・損害金を控除した残額を返還する約定の下に、敷金の所有権を賃借人から賃貸人に移転するものであるとしている。よって、敷金返還について約定が全くない場合は上記に従う。

イ 関西地方においては、契約終了時に敷金のうち一定額を返還しないいわゆる敷引特約が付されている場合が多いが、阪神・淡路大震災において滅失した建物の賃貸契約において、この敷引特約の適用について多数の紛争が生じた。下級審判決は、敷引金は、自然損耗料（賃借物の通常の使用による損傷部分の補修費）や空き室損料の性質を有するなどとして、いずれも敷引特約自体は有効としたが、震災による滅失の場合に敷引特約が適用されるか否か判断が分かれた。最高裁は、一般に、賃貸借契約が火災、震災、風水害その他の災害により当事者が予期していない時期に終了した場合についてまで、敷引金を返還しないとの合意が成立していたと解することはできないから、他に敷引金の不返還を相当とするに足りる特段の事情がない限り、震災による滅失の場合には敷引特約を適用することができない（最判平成10.9.3判タ985.131）とした。

4-2-3 借家契約の終了と借家明渡義務

ア 借家契約が終了した場合には、借家人は、家財道具を搬出し、借家を明け渡す義務があると解されている。しかし、建物の危険性の程度によっては、建物への立ち入りや搬出が不可能あるいはきわめて困難な場合もあり、この場合には、家財道具を直ちに搬出しくとも債務不履行にはならないと思われる。避難勧告や道路の損壊等による搬出困難の場合も同様のことがいえると思われる。

4-2-4 借家の（一部）滅失と賃料

- ア 建物の一部が賃借人の過失なくして滅失した場合には、本来ならば危険負担の問題となり、当然に滅失部分の賃料債務は消滅する（民536条1項）。しかし、賃貸借契約においては、当然に減額されず、賃借人は、家賃の減額請求（形成権と解されている。）により減額される。この請求権が行使されると、滅失のときまで遡及する。なお、残存部分のみでは賃貸借の目的を達することができない場合は、契約を解除することができる（民611条1、2項）。
- イ ただし、借地借家法32条（旧借家法下の契約にも適用される。）による賃料減額請求は、建物の一部滅失を申立の要件としていないので、同条によることはむしろかしいと思われる。
- ウ 阪神・淡路大震災により、借家が滅失に至らないまでも損壊されて修繕されず、使用収益が制限されて客観的に賃貸借契約を締結した目的を達成できない状態となったことから、賃貸借契約が解約された場合は、賃貸人の修繕義務が履行されず、賃借人が賃借物を使用収益できないまま契約が終了したのであるから、公平の見地から、民法536条1項を類推適用して、賃借人は賃借物を使用収益できなくなったときから、賃料の支払義務を負わない（大阪高判平成9.12.4判タ992.129）とした。
- エ 避難勧告・避難指示（災害対策基本法60条1項）により借家を使用できない場合、民法536条1項により、賃借人が賃借物を使用収益できなくなった間については、賃料の支払義務はないと思われる。

4-2-5 借家を使用収益させる義務

- ア 賃貸人は賃借人に対し、借家を使用収益させる義務がある。よって、使用収益させるための設備を提供する義務も負担していることになる。電気・ガス・水道の配管・配線等は上記設備に該当するため、借家内のそれらの設備が地震等によって破損・焼失したことにより、電気・ガス・水が供給できない場合には、賃料の一部（あるいは全部）の支払を拒絶することができる。なお、借家内の配管・配線等に破損等がなく、それに至るまでの配管・配線の破損による場合や供給自体が停止されている場合においても、賃料は、これらライフラインが健在であることを前提として決められていることから、減額請求が認められるべきである（甲斐道太郎・詳しい震災と借地借家の法律相談79）とするものがあるが、反対に、借家人に全額の支払義務がある（近弁連・地震に伴う法律問題Q&A24）とするものもある。

4-2-6 借家の修繕義務

- ア 賃貸人の修繕義務（民606条1項）は、修繕が必要な場合でかつ修繕が可能な場合に発生する（通説）。借家の破損が不可抗力による場合でも負うと解されている。
- イ 修繕の必要な場合とは、賃貸物を修繕しなければ、賃借人が契約の定める目的に従って使用収益することができない状態をいう。賃貸物について支障が生じたとしても、それが賃借人の使用収益を妨げるほどのものでない場合には、賃貸人の修繕義務はない（通説）。
- ウ 賃貸物の破損腐朽等により、修繕の必要性が認められても、修繕が不能な場合には修繕義務は発生しない。修繕が可能か否かは、物理的ないし技術的に不能な場合だけでなく、経済的ないし取引上の観点からも不能かどうかを決すべきであり、これが不能な場合には修繕義務はないとする。判例も、主要な構造部分の損傷が激しく、建物が老朽化していて耐用年数が尽きかけているときは、家主に修繕義務を負わせ賃貸借を継続することは酷であるから、大修繕の必要性はない（最判昭和35.4.26 民集14.6.1091）としている。修繕が不可能な場合は賃貸借契約は終了し、賃貸人は賃借人に使用収益させる義務を免れる。

エ 賃借人は、修繕を必要とする場合には賃貸人に通知する義務がある（民615条）。

オ 賃貸人の修繕義務不履行の場合には、賃借人は債務不履行の一般原則にしたがって、履行の請求、修繕義務不履行を理由とする損害賠償または賃貸借契約の解除をすることができる。また、賃借人は自ら修繕し、その修繕費を必要費として賃貸人に償還請求することもできる（民608条1項）。なお、賃借人の費用償還債権と賃貸人の賃料債権を、対当額で相殺することも可能である（通説判例）。

カ また、修繕義務不履行が続く間、賃借人は賃料の支払を拒絶できる。しかし、目的物の使用収益がすべて妨げられたのではなく、支障があるもなお継続して使用収益できる場合には、賃借人は賃料の支払を全額拒絶することはできず、その一部の支払を拒むことができるにすぎない。その限度外の拒絶は債務不履行を構成する。判例も、当該建物を現実に居住の用に供している賃借人が、雨漏りや壁・畳の破損等が修繕されないことを理由として、賃料全額の支払を拒絶しようと解するのは妥当性を欠く（大判大正5. 5. 22民録22. 1011）としている。

キ 家賃の額が不相当に低いため、賃貸人に修繕義務を負わせることが経済上公平でないと解される場合がある。判例は、賃料の額と欠陥の程度、賃借人が被る不便の程度との衡量によって決せられ、その修繕に不相当に多額の費用、すなわち、賃料額に照らし採算のとれないような費用の支出を要する場合には、賃貸人は修繕義務を負わない（東京高判昭和56. 2. 12判時1003. 98）とする。

ク 賃貸人は特約によって修繕義務を免れることができる（通説判例）。その範囲が明示されていない場合には、通常賃借人が負担する修繕の範囲は、小修繕ないし通常生ずべき破損の修繕の範囲内に限られると解すべきである。修繕は全て賃借人の負担とする旨の特約は、契約当事者の予想しうるべき程度の破損に関する特約であって、何人も予想しなかったような天災による大破損の大修理まで含むものと解することはできない（大判昭和15. 3. 6新聞4551. 12）と制限している。

ケ 賃貸人の修繕が賃貸物の保存に必要な行為に該当する場合は、賃借人はその修繕工事のために使用収益に障害を生じても、これを拒むことはできず、受忍する義務がある（民606条2項）。賃借人が賃貸人から一時立ち退き先を提供されたのに応じなかったので、修繕の受忍義務違反を理由とする契約解除を認めた判例（横浜地判昭和33. 11. 27下民集9. 11. 2332）がある。

コ 賃貸借契約では賃貸人に修繕義務があるから、修繕費がかかったというだけでは、原則として賃料増額の理由にならない。これに反し、歴史的な台風や水害など全く予期できない不可抗力で修繕が必要になったときには、その修繕費はある程度賃料に転嫁することが可能である（新版注釈民法（15）800）とする考え方がある。

4-2-7 借家権の転貸

ア 賃借権を譲渡・転貸する場合には、賃貸人の承諾が必要であり、承諾を得ないで第三者に使用収益させた場合は契約解除できる（民612条）。

イ 転貸とは、転借人に独立の使用収益権が与えられているものと解されるので、賃借人が自己以外の者に賃借物の全部または一部を使用させても、その者が独立の使用権を与えられていない場合には、民法612条2項による契約解除の問題とならないと解すべきことが多い。なお、問題となった場合には、最終的には「背信的行為」か否かによって処理される。

ウ 賃借住居の一部を知人等に間貸しする場合において、間借人が独立して使用する場合には転貸にあたる（最判昭和28. 1. 30民集7. 1. 116）。譲渡・転貸が背信的行為にあたるか否かについて

は、間借人と借家人との身分関係や転貸期間、転貸賃料の有無およびその額（中間利得の有無）、転借人が住宅困窮者であるなど宥恕すべき事情があるかなどを総合して判断される（東京地判昭和25.3.24下民集1.3.387）。その当時の社会において道徳的に非難されるようなもので、多額の中間利得を得ている場合には、背信的行為にあたる（最判昭和26.10.19民集5.11.619）とされている。

4-3 罹災都市借地借家臨時処理法

【前注】本部分の解説は、罹災都市借地借家臨時処理法が適用されるか否か判明しない時点におけるものであって、同法の紹介の意味合いが強い。実際に適用されることとなった場合は、直接条文にあたるとともに文献等を見る必要があることを申し添えておく。なお、同法の解説書は、阪神・淡路大震災を契機に多数発刊されている。また、阪神・淡路大震災関連での多数の判例もあるので、これらにも目をとおしておく必要がある。

4-3-1 概説

ア 罹災都市借地借家臨時処理法（以下、罹災都市法という。）は、太平洋戦争において多くの建物が滅失あるいは除却され、一挙に多数の借地人や借家人が生活の根拠を失い、借地借家関係が民法・建物保護二関スル法律・借家法等では処理しきれないため、昭和21年に制定された応急的かつ時限的な法律であったが、昭和22年の改正によって、火災・震災などの災害などで滅失した建物がある場合にも同法の規定の一部を準用することができるようになった。

イ 罹災都市法を準用する場合には、罹災都市法25条の2に定める政令により適用される災害（たとえば「平成16年新潟県中越地震」）を定め、同法27条2項に定める政令において、罹災都市法25条の2の規定を適用する地区（たとえば「新潟県長岡市、小千谷市、・・・（と具体的に市町村名で特定する。）」）を定め、上記適用地区内で上記適用災害により滅失した建物がある場合に限り、罹災都市法の規定の一部が準用される。ただし、同法17条は上記の場合以外にも準用される。

ウ 適用される災害で滅失した建物がある場合でも、適用地区以外は罹災都市法の準用はなく、同法17条以外は、適用地区内でも適用される災害によるもの以外の原因による建物の滅失の場合には準用されない。また、どのような原因であれ建物が一部滅失の場合にも、同法17条を除き準用されない。なお、同法25条の2の規定により準用されるのは、2～8条、10～25条および35条の規定である。

エ 罹災都市法では、法律施行日等を基準にしている規定が多い。この場合は、同法25条の2において、法律施行日あるいは施行の際とあるのを、同法25条の2の政令施行日あるいは施行の際と、法律施行日（昭和21年7月1日）とあるのを、同法25条の2の政令施行日と読み替える規定している。そこで、以下の解説においては、単に、政令施行日あるいは施行の際と表し、判例等においても理解しやすいように読み替えて表示する。

オ 罹災都市法において準用するための「災害のため滅失した建物」という要件は、災害と建物の全部滅失との間に相当因果関係が認められることを要し、かつ足りるものであって、実際に建物が全部滅失する過程に人為的な要素（たとえば取壊しや建物の建築の際の瑕疵・欠陥工事）が含まれていても、この相当因果関係が認められる限り、災害のために滅失したということができる。

カ 罹災都市法には、滅失した建物の借家人の保護するための規定として、2、3、14条が、滅失した建物を所有していた借地人を保護するための規定として、10、11条が設けられている。

4-3-2 各論

- ア 罹災都市法2条では、罹災建物（政令に定める災害により滅失した建物をいう。滅失の定義は借地法7条等と同じである。以下同じ。）が滅失した当時におけるその建物の借主は、その建物の敷地に借地権が存在しない場合（存在すれば3条による。）には、その土地の所有者に対し、政令施行日から2年以内に建物所有の目的で賃借の申出をすることによって、他の者に優先して、相当な借地条件でその土地を賃借することができると規定している。優先借地権取得の申出などによばれている。
- イ 罹災都市法3条では、同法2条1項の借主は、罹災建物の敷地に借地権の存する場合には、その借地権者に対し、同項の期間内にその者の有する借地権の譲渡の申出をすることによって、他の者に優先して、相当な対価でその借地権の譲渡を受けることができると規定している。優先借地権譲渡の申出などによばれている。そして、同法4条において、同法3条の規定により借地権が譲渡された場合には、その譲渡について貸地人の承諾があったものとみなすと規定している。
- ウ 罹災都市法5条では、同法2条の規定により設定された借地権の存続期間は、借地借家法3条の規定にかかわらず、10年とすると規定している。
- エ 罹災都市法10条では、罹災建物が滅失した当時から引き続き、その敷地に借地権を有する者は、その借地権の登記およびその土地にある建物の登記がなくても、政令施行日から5年以内に、その土地について権利を取得した第三者に対抗することができると規定している。
- オ 罹災都市法11条では、政令施行の際、現に罹災建物の敷地にある借地権（臨時設備その他一時使用のために設定されたことが明らかな借地権を除く。）の残存期間が10年未満のときは、これを10年とすると規定している。
- カ 罹災都市法14条では、罹災建物が滅失した当時におけるその建物の借主は、その建物の敷地に、その建物が滅失した後、その借主以外の者により最初に築造された建物について、その完成前に賃借の申出をすることによって、他の者に優先して相当な借家条件でその建物を賃借できると規定している。優先借家権取得の申出などによばれている。
- キ 罹災都市法16条では、2条もしくは14条の規定による賃借の申出、または3条の規定による借地権の譲渡の申出をした者が数人ある場合に、賃借しようとする土地もしくは建物、または譲渡を受けようとする借地権の目的である土地の割当について、当事者間に協議が整わないときは、裁判所は申立により、土地または建物の状況、借主または譲受人の職業その他一切の事情を斟酌してその割当をすることができると規定している。
- ク 罹災都市法17条では、地代、借賃、敷金その他の借地借家の条件が著しく不当なときは、当事者の申立により、裁判所は鑑定委員会の意見を聴き、借地借家関係を衡平にするためにその条件の変更を命ずることができ、この場合に、裁判所は、敷金その他の財産上の給付の返還を命じ、またはその給付を地代もしくは借賃の前払とみなし、その他相当な処分を命ずることができると規定している。なお、本条は、適用地区で適用災害により建物が滅失し、2、3、14条により創設、譲渡された借地借家関係は当然のことながら、適用区域内で、現に存続しているいわゆる一般の借地借家関係にも適用される。

5 雇 用

【前注1】新聞報道によれば、新潟労働局の調べで、11月17日現在、中越地震が原因で解雇された

人が、50社で420人にのぼっている。

【前注2】事業所の倒産により、給料・退職金の未払がある場合は、独立行政法人労働者健康福祉機構において立替払を受けることができる。

【前注3】厚生労働省では、災害救助法の適用を受ける市町村（11月9日現在54市町村）に所在する事業所に雇用されていた者で、事業所が災害を受け、やむを得ず休業することとなったため、一時的に離職を余儀なくされ、離職前の事業主に再雇用されることが予定されている者を、雇用保険上の失業者とみなして、雇用保険失業給付の支給を受ける特例措置を設けている。

【前注4】急激な事業活動の縮小を迫られた事業主が、被用者に対して解雇以外の手段（休業・教育訓練）を取った場合に、休業手当等の一部に相当する雇用調整助成金を支給する制度がある。阪神・淡路大震災では、助成率を高めた特例制度が設けられた。

5-1 解雇

ア 労働基準法20条1、3項において、使用者は労働者を解雇する場合には少なくとも30日前に予告するか30日分の平均賃金（解雇予告手当とよばれる。）を支払わなければならないが、天災事変その他やむを得ない事由のために事業の継続が不可能となった場合は、その事由について行政官庁の認定を受ければ、解雇予告および解雇予告手当は不要とすると定めている。なお、行政官庁（労働基準監督署）の認定自体は即時解雇の有効要件ではない。

イ 多数の判例は、使用者の解雇権の行使も、それが客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当として是認できない場合には、権利の濫用として無効になる（最判昭和50.4.25民集29.4.456他）としている。

ウ 行政解釈は、同条の「天災事変その他やむを得ない事由のために事業の継続が不可能となった場合」について、「やむを得ない事由」とは、経営者が社会通念上採るべき措置をとっても通常いかなともしがたいような状況をいい、「事業の継続が不可能」になるとは、事業の主たる部分を保持して継続しうる場合や近く再開復旧の見込みが明らかである場合は含まない（昭和63.3.14基発150号）としている。

エ 解雇には、労働者側の理由によるもの（労働者の精神的・肉体的資質や契約違反）と使用者側の理由によるものがある。使用者側の理由によるものを、通常、整理解雇とよんでいる。整理解雇とは「使用者が、経営不振などのために従業員数を縮減する必要に迫られたという理由により、一定数の労働者を余剰人員として解雇すること」と定義づけられている。整理解雇の要件として、(1) 人員を整理縮小する必要があるか、(2) 解雇を回避する努力をつくしたか、(3) 被解雇者の選定に合理性があるか、(4) 整理解雇の実施に際して労働組合および労働者との誠実な協議がなされたか、の4要件があり、このうち一つでも満たしていないと、解雇権濫用として無効になるとするのが通説判例である。

オ 昭和39年の新潟地震により、多大な損失を被ったことを理由とした会社の整理解雇につき、判決は、企業存立維持のためにはやむを得なかったものと認められるが、整理の一環として希望退職を募ってこれを円滑に遂行することもなく、また解雇基準が著しく合理性を欠くなどその対象者の選定に著しく客観性を欠くもので、権利の濫用として本件解雇権の行使は無効である（新潟地判昭和44.10.7労民集20.5.1257）とした。

5-2 一時休業

ア 一時休業について、それが不可抗力による場合は、民法536条1項により、労働者の賃金請求権は認められない。債権者の責めに帰すべき事由による場合は、賃金を請求しまたは損害賠償

を請求できる（民536条2項、413条）。一方、労働基準法は、使用者の責めに帰すべき事由による休業の場合においては、使用者は休業期間中の賃金の100分の60の休業手当を支払わなければならないと規定している（同法26条）。労働基準法26条にいう「使用者の責めに帰すべき事由」とは、取引における一般原則たる過失責任主義とは異なる観点をも踏まえた概念というべきであって、民法536条2項にいう「債権者の責めに帰すべき事由」よりも広く、使用者側に起因する経営・管理上の障害を含むものと解するのが相当である（最判昭和62.7.17民集41.5.1283）としている。

6 請 負

6-1 危険負担

ア 仕事完成前に物の滅失・毀損を生じた場合、請負人は、その義務が履行不能とならない限り仕事を完成すべき義務を負う。物の滅失・毀損がいかなる理由であっても変わらない。仕事完成前に履行不能が生じた場合（修理の請負で目的物が滅失したような物理的不能の場合のみならず、特殊な材料を用いての建物建築の請負においてその材料が滅失したため、取引通念上不能とみることが妥当な場合も含まれる。）には、仕事完成義務は免れる（新版注釈民法(16)128）。

イ 注文者が受領遅滞にある場合を除いて、引渡前において当事者の責めに帰すべからざる事由により履行不能を生じた場合には、民法536条1項により請負人が危険を負担する。注文者が受領遅滞にある場合には、注文者が危険を負担する。請負人が危険を負担する場合には、請負人の報酬請求権はなく、支出済の費用の償還請求権もない。よって、既に請負人が請負代金（の一部）を受領している場合には返還義務が生じる。

ウ 判例も、仕事の目的物の引渡を要する請負については、仕事完成后引渡前にいずれの当事者の責めに帰すべからざる事由により物の滅失・毀損を生じた場合には、（特約で別段の定めがない限り）請負人が危険を負担し、引渡後は注文者の負担となる（大判大正3.12.26民録20.1208）としている。

エ 危険負担に関する特約を定めることができる。建設業法19条には、建設工事の請負契約の当事者は、天災その他不可抗力による工期の変更または損害の負担およびそれらの額の算定方法に関する事項を記載した書面を作成しなければならない旨の規定がある。これらの特約により、全額あるいは大部分を注文者の負担としている場合が多い。

オ 阪神・淡路大震災における震度7の激震地域にあって、建築中で7割ほど完成した鉄骨造の4階建ビルが震災により倒壊した。そこで注文主が、倒壊の原因は、設計図書に定めた柱脚を変更したり溶接を簡易にしたことによって構造耐力が減少したためであるとして損害賠償を求めたのに対して、請負人は、震度6に対する耐震構造を持っているため過失がない、仮に設計どおり建てたとしても倒壊しているから因果関係はないと反論するとともに、倒壊は不可抗力によるとして、危険負担特約に基づく出来高報酬の支払を求める反訴を提起した。判決は、過失の点について、構造耐力に欠陥があり震度6の地震によっても倒壊する可能性は否定できないから、過失を否定することはできないとし、因果関係の点については、本件建物の西側には倒壊しなかった建物があり、柱脚が同じ工法の建物で倒壊したのは256棟中2棟しかなく、しかも倒壊した建物は隅肉溶接であったと推測されていることなどから、設計どおりの溶接であれば倒壊しなかった可能性が高いとして施工と倒壊の因果関係を認め、反訴については請負人に

過失があるため、危険負担の問題とはならないとして、注文主の損害賠償請求のみを認めた（神戸地判平成12.1.26判タ1045.181）。

6-2 瑕疵担保責任

ア 仕事の目的物に瑕疵あるときは、注文者は請負人に対し、相当な期間を定めて、瑕疵の修補（瑕疵が重要でなく過分の費用を要する場合を除く。）の請求もしくは損害賠償請求、または修補および損害賠償の請求をすることができる（民634条）。この担保責任は無過失責任であり、隠れた瑕疵であることを必要としない。

イ 仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約の目的を達することができない場合には、契約の解除ができる。ただし、土地の工作物については解除できない（民635条）。

ウ 瑕疵の修補・損害賠償・契約解除は、目的物の引渡を受けてから1年以内に行使しなければならない（民637条）。なお、土地の工作物または地盤の瑕疵については引渡後5年以内、石造・土造・煉瓦造・金属造の工作物については10年以内とし、その期間内に土地の工作物が滅失・毀損した場合は、その時より1年以内とする特則がある（民638条）。しかしながら、民法640条により、民法635条但書の規定を除き、（知りて告げざりし事実を除いて）瑕疵担保責任を排除することは可能である。請負契約標準約款では、木造の建物の場合は1年、コンクリート造の場合は2年に短縮するとともに、瑕疵が故意または重大な過失による場合のみ10年に延長されると定めている。

エ 請負人の瑕疵担保責任は、請負人の責めに帰すべき事由によっても生じることがあるので、その場合には債務不履行（不完全履行）責任が問題となりうる。通説判例は、不完全履行と請負契約における瑕疵担保責任の関連について、民法634条以下の瑕疵担保責任は、単に民法561条以下の特則であるのみならず、不完全履行の特則でもある（大阪地判昭和42.4.4判時495.72他）とする。

オ 瑕疵の有無は、原則的には、契約、設計図、仕様書などに定められた内容どおり施工されているかどうかで判断される。これらが作成されていなかったり、内容が不明確であるような場合には、一般的には、社会通念上通常有する品質、効用を備え、法律上の制限に違反していないこと、法律の基準に適合した工事であること、を期待しているのが普通であるから、この期待が基準となる。

カ 鉄骨造4階建建物が不等沈下により傾斜した事例につき、上記建物の基礎構造の欠陥、鉄骨構造体の部材溶接の不良、鉄骨軸組架構体の歪みおよび耐火・防火構造上の欠陥などの瑕疵が存するとして、再築費用に相当する損害賠償を認めたもの（大阪地判昭和62.2.18判タ646.165）がある。

6-3 事情変更（3-3参照）

ア 造船請負契約の場合に、地震および津波によって、工場の損傷、建造途中の船舶の資材等の流出、労賃および資材の急騰等があった場合には、事情変更の原則によって、請負人は、履行期の延長や請負代金の増額等を、妥当な範囲で申入れることができるとし、注文主がそれを拒否したことによる契約解除を認めた（高松高判昭和35.10.24下民集11.10.2286）。

7 不法行為

7-1 不法行為

ア 不法行為の成立要件は、(1)故意または過失があること、(2)他人の権利を違法に侵害したこ

と、(3) 権利侵害行為によって損害が発生したこと、(4) 加害者に責任能力があること、とされている。過失について、通説判例は、一般通常の平均的な人の能力（結果予見・回避の能力）を基準として立てられた行為義務に違反することで、その行為者の能力をもっては如何ともしがたいという場合でも、通常の平均人であれば、結果を回避しえたという場合ならば、その行為者に過失があるとされる。

イ 行政上の目的から、一定の行為を禁止したり、行為をする場合にはどのようにすべきかを定める法律を取締法規と呼んでいるが、この法規に定める行為義務に違反すれば、過失があると考えられる場合が多い。

ウ 隣接する甲地乙地には高低差があり、高所の甲地からの地崩れを防止するため、境界線付近に甲地所有者の擁壁が設置されていた。甲地において建っていた体育館を解体し、地下のコンクリート基礎を掘り起こして地ならしする工事を行ったところ、その11日後に、この擁壁が雨水や土砂とともに乙地に崩れ落ち、乙地上の建物を損壊した。乙地所有者はこの工事の請負業者に対して、上記工事により体育館跡地の地盤がゆるくなったところに大量の雨が流れ込み、擁壁の損壊等をもたらしたとして損害賠償を求めた。判決は、解体後の土地に雨が降った場合には、隣接する土地に土砂や雨水が流出したり、擁壁が崩落する危険が予見しえたにもかかわらず、このようなことを防止するための排水路などを設置する義務を怠ったとして、不法行為責任を認めた。また、甲地所有者に対して、土地工作物責任による損害賠償も求めていたところ、コンクリート基礎を掘り起こし埋め戻したという人工的作業を施した土地であるから、土地の工作物に該当するとしてその請求を認めた（東京地判昭和58. 5. 27判タ508. 143）。

エ 土木工事等の請負を業とする者が、山林（傾斜地）を宅地造成するにあたり、建築基準法の適用がある擁壁を築造するときは、その裏面の排水をよくするために水抜け穴を設けるなどして、自重・土圧および水圧に対して安全で崩壊の危険のない構造のものとしなければならない義務があったのに、これを怠ったとして不法行為責任を認めた。また、県知事に対して、宅地造成工事によって設置された擁壁がきわめて不完全な状態にあり、遅くとも事故当時には崩壊するおそれが著しく、もし崩壊すれば擁壁下の住宅地の家屋やその居住者の生命にも危害および危険のあることが明らかであったから、擁壁所有者に対して宅地造成等規制法16条の改善命令をする権限を行使しなかったことは、その自由裁量が著しく合理性を欠き違法であり、国家賠償法1条による損害賠償（7－3－1参照）は免れない（大阪地判昭和49. 4. 19判タ318. 284）とした。

オ 阪神・淡路大震災により、倉庫内にあった化学薬品の入ったドラム缶が転倒して漏出し、他の貨物から流出した水分と化合して発火した火災により貨物が焼失した事故において、倉庫会社は、転倒防止について通常想定される事態に対応できる程度の措置を講じていたことが認められるうえに、震度7という未曾有の阪神・淡路大震災規模の地震の発生について予見可能性がないから、結果回避義務違反の過失が認められない（東京地判平成11. 6. 22判タ1008. 288）とした。

7－2 土地工作物責任

ア 土地の工作物の設置または保存に瑕疵があり、それによって他人に損害が生じた場合に工作物の占有者（借地人、借家人等が考えられる。）は損害賠償義務を負う。ただし、占有者が損害の発生を防止するに必要な注意をなしたる時は免責され、所有者がその義務を負う。義務を履行した場合に、他に損害の原因につきその責任を負うべき者（例えば不完全な工事をした

請負人)がある時は、占有者または所有者はその者に対して求償することができる(民717条1、2項)。竹木の栽植または支持に瑕疵がある場合も同様である。

イ 土地の工作物とは、土地に接着して人工的作業を加えることによって成立したものをいう。

判例で土地の工作物とされたものとして、建物、崖の擁壁、石垣、造成地、コンクリート基礎を掘り起こし埋め戻した土地(前掲東京地判昭和58.5.27)、電柱等の資材置き場(東京地判昭和50.7.23判時809.68)などがある。

ウ 瑕疵というのは、その物が本来備えているべき性能や設備を欠く場合をいう。瑕疵は客観的に存在すれば足り、それについて占有者または所有者の故意過失を問わない。設置の瑕疵とは、工作物の築造当時から存する瑕疵をいい、保存の瑕疵とは維持管理されている間に生じた瑕疵をいう。

エ 占有者は、損害の発生を防止するに必要な注意をなしたる時は免責されるが、所有者(占有者と同一人の場合も含む。)は無過失責任である。工作物の崩壊等が、強風や豪雨とともに生じることがあるが、工作物に瑕疵がある限り、所有者は責任を免れない。ただし、損害が瑕疵の有無に関係なく発生したと思われる場合、特に不可抗力によって発生した場合には免責は認められる(7-3-2参照)。

オ 土地の工作物の倒壊等について、設置または保存に瑕疵がなかったとしても、修復、撤去等の工事が可能となったにもかかわらず、そのまま放置している場合には、放置していることが保存の瑕疵または不法行為として評価されることもありえると思われる。

カ 午後5時30分、ダンプカーの不注意により電話柱が折れ、県道上に30度の角度で傾斜する事故(第一事故)が発生した。その約1時間後、県道を自動二輪を運転していた者が電話柱に衝突して即死した(第二事故)。第一事故の一報が電話会社に午後6時に届き、応急措置のために担当者が現場に向けて出発したのが6時25分頃であったが、現場に到着したのは第二事故発生の後であった。そこで死亡した者の遺族が電話会社に対して、土地工作物責任に基づく損害賠償を求めたところ、電話会社は、第一事故の原因者には道路交通法規に基づく事故報告の義務があり、その義務を尽くしていれば第二事故は防げたこと、第二事故は死亡者の重大な過失により生じたものであることなどを理由に、電話柱保存の瑕疵と第二事故の因果関係を争ったが、判決は、たとえ第一事故に原因するものであっても、電話会社の保存にかかる電話柱の保存状態に危険な状態が現出してその危険防止のために適切な手段(所轄警察署に第二事故防止の措置依頼をするなど)が存し、その措置を取ることが可能であるのにその措置を懈怠した結果第二事故が生じたものである以上は、工作物保存の瑕疵と事故との間に因果関係があることを否定できないとし、死亡者に過失が存したかどうかは損害賠償の額を定めるにあたりそれを斟酌すべきかどうかの問題であり、因果関係を否定すべき事由とはならない(仙台高判昭和60.4.24判タ567.195)とした。

キ 台風で飛散落下したA所有建物の屋根瓦が隣家のB所有建物を損傷したとして、BがAに土地工作物責任を追求した事例において、第1審判決は、台風の最大瞬間風速が毎秒38メートルあったこと、A所有建物は、新築後8年半経過しているが本件台風まで屋根瓦に異常がなかったことなどから、A所有建物の屋根瓦の瑕疵は推認されないとしてBの請求を棄却した。控訴審判決は、A建物の屋根瓦は秒速14.5メートルのときに既に飛散し始めていたこと、台風によるA所有建物の屋根瓦の被害状況が近隣建物のそれと比較して大きいことなどから、屋根瓦を止め金で固定するとか、漆喰で固定するとか、瓦の固定について建物所有者の保護範囲に属する本来の

備えが不十分であったと推認でき、ひいては上記屋根の設置または保存に瑕疵があったというべきであるとした。なお、損害については、他にも屋根瓦が飛散した建物が若干あり、風向きも変わったりしていたことなどから、A所有建物の瓦がB所有建物に損傷を与えた程度がどの程度であったのか認めるべき証拠はないが、少なくとも損害の3分の1はA所有建物の保存に瑕疵があったことによるものと認めるのが相当である（福岡高判昭和55.7.31判タ429.130）とした。

ク A所有地とその隣接地であるB所有地は、A所有の高さ約7メートル幅約20メートルの石垣で区画されているが、降雨の際に、地盤の緩みによってA所有地が全面的に崩壊し、大量の土砂がB所有地に崩れ落ちてB所有地が土砂に埋まり、同地上の建物が損壊した。そこでBがAに対して石垣の設置または保存に瑕疵があったとして損害賠償を求めたところ、Aは、通常の量の遙かに超える降雨（2日間で256ミリメートル）により発生したもので不可抗力であるなどと反論した。判決は、本件石垣は戦前に築造されたもので、高さや勾配からみて崩壊しやすい形状であったこと、本件石垣は築造後特段の補修はなされず、昭和58年頃には亀裂や膨らみが複数発生していたことが認められること、平成5年にBの要望により市職員が本件石垣を見分した際、複数の亀裂や膨らみが認められたが、特段の補修はされなかったこと、本件石垣崩壊は多量の降雨にも原因していると認められるが、崩壊直前の降雨量は数十年に一度はありうべき程度のものであって、不可抗力にあたるということとはできないことなどを理由として、本件石垣はその保存について通常有すべき安全性を欠いていたと認められる（広島地呉支判平成10.2.19判タ987.217）とした。

ケ 宮城県沖地震により、個人所有のブロック塀が道路上に倒壊して通行人が死亡した。そこでその遺族が、土地工作物責任に基づく損害賠償を求めたが、判決は、以下のとおり判示して請求を棄却した。ブロック塀の設置または管理に瑕疵があるとは、ブロック塀が安全性を欠いていることをいうものであるが、その要求される安全性はいかなる事態が発生しても安全であるという絶対的な安全性ではなく、当該工作物の通常備えるべきいわゆる相対的な安全性をいうものと解すべきである。そうすると本件では、通常発生することが予測される地震動に耐え得る安全性を有していたか否かということになり、これまで仙台で震度6以上の地震の観測例がないことなどから、震度5程度の地震が通常発生することが予測可能な最大級の地震であると考えるのが相当であるが、本件ブロック塀が本来備えるべき震度5の地震に耐え得る安全性を欠いていたことを肯定し得る証拠がなく、瑕疵について立証がないものといわなければならない。また、本件ブロック塀設置後に建築基準法施行令が改正されてブロック塀の構造基準が新たに設けられ、本件ブロック塀にはこの基準に適合しない点が存したことは明らかであるが、旧来のものは極めて危険であるとして、すべて新規の技術にしたがって在来ブロック塀を補修ないし改造することが法令によって要求されるか、あるいはそうでなくともその指摘がなされてそれが一般的に行われていたような特別な事情があればともかく、そうでない以上、設置当時瑕疵のなかった建築物につき、その後何ら異常がない場合には、新たな法規に適合すべき補修ないし改造することも一般に期待できないところであるから、これを怠ったからといって保存について瑕疵があるとはいえない（仙台地判昭和56.5.8判タ446.48）。

コ 7階建ホテルの一部が、阪神・淡路大震災により崩落し、その崩落部分に泊まっていた宿泊客が下敷きになって死亡した。崩落した一部とは、離れて建てられていた2つの建物（ホテル）の間をつなぐように増築されていた部分で、独自の柱で支持されることなく、アンカーで

2つの建物と接合していたため、地震の際には異なる揺れをする2つの建物が増築部分でつながりとめられ、接合部に地震による外力が集中して接合部が破壊されるという構造的な危険性を有していたことから、地震に耐えて崩落倒壊を免れ、もって建物内を安全な居住空間として保つという通常要求される強度を保持していないことは明らかであり、その設置に瑕疵があるといわざるを得ないとした。なお、ホテル側は不可抗力を主張したが、増築部分以外の2棟は倒壊を免れ、近隣の古い木造家屋も多数倒壊を免れていることなどから、その主張は認められない（神戸地判平成10.6.16判タ1009.207）とした。

サ 阪神・淡路大震災の震度7地域にあった賃貸マンションの1階部分が倒壊して1階部分の賃借人が死傷した事例において、判決は、本件建物には設計および施工上の不備による設置の瑕疵があったことを認定したうえで、仮に建築当時の設計震度による最低限の耐震性を有していたとしても本件建物は倒壊していたと推認できるし、逆に、本件地震が建築当時想定されていた震度程度の揺れの地震であったとしても倒壊していたと推認できるが、仮に建築当時の基準により通常有すべき安全性を備えていれば、その倒壊状況は実際の倒壊状況と同様であったとまで推定できず、実際の施工の不備の点を考慮すると、大いに異なるものとなっていたと考えるのが自然であって、本件賃借人の死傷の原因となった1階部分が完全に押しつぶされる形での倒壊に至らなかった可能性もあるから、不可抗力によるものとはいえず、本件建物自体の設置の瑕疵と想定外の揺れの本件地震とが競合してその原因となっているものと認めるのが相当であるとして、震災の寄与度を5割認め、損害の5割の限度で土地工作物責任に基づく損害賠償を認めた（神戸地判平成11.9.20判時1716.105）。

シ 神社の境内にある銀杏の大木の枝が折からの強風で切断落下して、5.45メートル離れた市道上にいた人を死亡させた事例において、判決は、竹木の栽植または支持についていかなる場合に瑕疵があるかは、その土地または竹木の置かれた環境と相対的に判断されるべきものであり、その竹木の下または付近を人が通常通行する場所においては、大枝の落下等により通行人に危害を及ぼすおそれのある環境に竹木が存在するということができるから、大枝が腐朽する等して客観的にみて通常吹くことがあり得る程度の風によって、これが切断落下する蓋然性のある状態に至ったときは、通常竹木が有すべき安全性を欠き、その栽植または支持に瑕疵がある場合に該当すると解すべきであるとし、本件においては、枝および幹部分に枯死部分はなく生木であり、切断した枝の折れ口には何らの異常も認められなかったこと、本件現場には秒速18メートルを超える突風が吹いた可能性を否定できないこと、銀杏は場所等の制約がない限り自然のままの生育にまかせ剪定を行わないのが一般的であること、本件事故現場には落下した生木はこれ以外になく、本件事故以前に生木の落下による事故は知られていなかったことなどから、竹木の栽植または支持に瑕疵があったことを認めるに足る証拠はない（東京高判昭和56.9.30判時1020.45）としている。

ス 中越地震の被災地では、墓石の倒壊による損傷をめぐる相談が寄せられている。墓石の規格や設置について規制する法律は存在しないようである。ただし、市町村で設けた霊園などについては、墓石の高さなどを条例で規制しているところがある。墓石は土地の工作物に該当することから、墓石の倒壊等により他人の墓石を損傷した場合には、墓石の設置または管理に瑕疵があるかどうか問題となる。その点について、まず考慮すべきは前述の規制であり、墓石の高さや安定性などの倒壊のおそれの程度、墓石の高さや隣の墓石との間隔などの墓石が倒壊した場合における他人の墓石の破損のおそれの程度も問題となろう。これらとともに、当該地域

の震度、同じ墓地内の墓石が倒れている割合などを総合して瑕疵の有無を判断すべきと考える。

セ 中越地震の被災地の山間部では、山の斜面に沿って擁壁や石垣を築き数段にわたって建物が建てられていたことから、高地の建物の敷地が崩落し、その低地の建物等を押つぶしてさらにその敷地の土砂とともに崩落し、さらにその低地の建物を押つぶすという現象もめずらしくないようである。仮に高地から低地に向かってA B Cの各人が建物を所有している場合に、A所有地の土砂などがB所有地に崩落した場合の工作物責任は、これまで述べたところと変わるところはない。次に、A所有地のB所有地への崩落が原因となって、C所有地に崩落した場合はどのような法律関係となるのであろうか。C所有地への崩落について、(1) A所有建物等の保存または設置の瑕疵およびB所有建物等の保存または設置の瑕疵とも存在しないと判断される場合は、A Bとも免責されるものとする。 (2) A所有建物等の保存または設置に瑕疵があるが、B所有建物等の保存または設置に瑕疵がないと判断される場合は、Bは免責されAのみが責任を負うことになるであろう。 (3) AおよびB所有建物等の双方に保存または設置の瑕疵がある場合は、AおよびBが、土砂の崩落量、瑕疵の大小やCに損害を与えた程度などを元に算定したそれぞれの寄与度に応じて損害賠償を負うことになる。仮に、A所有地の崩落がなければB所有地は崩落しなかったとしても、B所有建物等の保存または設置に瑕疵がある以上同様の結果になると思われる（寄与度で斟酌する）。そして、B所有建物等の保存または設置の瑕疵の有無は、崩落するまでのB所有地の敷地、擁壁や石垣の状況、B所有地に崩落したA所有地の土砂の量やその衝撃の強さなどを元に判断することになると思われる。

7-3 国家賠償責任

ア 国家賠償法は、憲法17条に基づき定められたものである。多数説は、国家賠償法は民法の特別法であるとしている。

7-3-1 国家賠償法1条

ア 国家賠償法1条1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて故意又は過失によって違法に他人に損害を与えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と定めている。民法715条に規定する使用者責任では、被用者の選任監督について、相当の注意を尽くしたときは免責されるが、本条にはそのような免責要件はない。

イ 公務員の加害行為が違法であることが必要となるが、違法行為の一つとして、規制権限不行使がある。これは国または公共団体が、規制権限を適法に行使していれば国民に損害が発生拡大することを防止できたにもかかわらず、その行使を怠ったために国民に損害が生じた場合の責任をいう。

ウ 集中豪雨により山林が崩落して死亡した者の遺族が、市と県に国家賠償法1条に基づく損害賠償を求めた。判決は、県知事は「急傾斜地の崩壊による災害防止に関する法律」に基づき崩壊危険区域指定の権限と崩壊防止工事施工の権限を有し、市長は、災害対策基本法に基づき災害発生危険性が切迫している地域の住民に対し、その危険性を知らしめて十分な警戒を促す権限を有するとしたうえ、右権限について、これを行行使するか否か、行行使するとした場合の時期、方法等の選択についての判断は、原則として当該行政庁の公務員の自由裁量に委ねられているが、(1) 住民の生命、身体および財産に対する法益侵害の具体的な危険が切迫し、かつ、公務員においてこれを予見することが可能であること、(2) 公務員が当該権限を行行使することが可能であり、かつ、その権限の行使によって法益侵害の発生を防止することができること、(3) 住

民にとって自らが法益侵害の発生を防止することが困難であり、公務員の権限の行使を期待せざるを得ない事情にあること、の各要件が充足されているにもかかわらず、公務員が当該権限を行使しないときは、裁量権につき著しい不合理があるものとして違法の評価を免れず、もって他人に損害を加えたときは国家賠償法による損害賠償責任があるとした。そして、本件に関して、県および市は、本件災害前に住民らに対し、本件崩落地の具体的危険性を知らしめて十分な警戒を促す権限を行使すべき義務があったのに、過失によりこれを怠ったものであるとし、災害は不可抗力であるとする県および市の主張についても、本件崩落地の危険性を知らしめて、十分な警戒を促す権限を行使していたとすれば、たとえ不可抗力な集中豪雨があったとしても損害は回避されていたと考えられるし、そもそも集中豪雨自体、予知予測できなかったものとはいえない（高知地判昭和59. 3. 19判タ524. 170）とした。

7-3-2 国家賠償法2条

ア 国家賠償法2条1項では、「道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があったために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる。」と規定している。民法717条の土地工作物責任と趣旨を同じくする。したがって、公の営造物の設置または管理にあたる公務員の故意過失の有無は問題とならず、客観的に営造物に瑕疵が存在すればいい。

イ 公の営造物とは、民法でいう土地の工作物より広い概念である。河川や湖沼等は自然の状態で公共の用に供する自然公物であるが、自然公物も営造物に属すると解されている（通説）。公の営造物とは、公の目的に供されるものをいうから、国有林野（長野地松本支判昭和54. 3. 1判時941. 89）、保安林（青森地弘前支判平成1. 5. 25訟月37. 2. 209）は公の営造物ではないとする。道路予定地は、供用開始の告示がされておらず、事実上も通行されていない場合には公の営造物とはいえない（民法717条の土地の工作物に該当すると判示。大阪地判昭和60. 10. 3判タ599. 58）とする。

ウ 設置または管理とは、民法717条の設置または保存と同じ意味である。瑕疵とは、本来営造物が備えるべき安全性を欠いている状態をいう。過失の存在を要件としない。瑕疵の生じた原因が自然力であるか人為によるかを問わない。営造物は通常発生する外力（例として豪雨、地震、津波等）による事故に対して安全性を備えておらねばならず、これを欠くときは瑕疵があることになる。

エ 営造物に瑕疵がなくても損害が発生した場合には、瑕疵と損害との間に因果関係がないから、営造物責任は負わない。予期を全く超えた外力による災害については、不可抗力であるとして免責される。

オ 伊勢湾台風により堤防が決壊して激流にのまれて死亡した者の遺族が、決壊した堤防には、高さ、構造などに設置の瑕疵や補修補強しなかった管理の瑕疵がある、決壊したこと自体が瑕疵であるなどとして、国家賠償法2条に基づく損害賠償を求めたが、堤防の高さその他堤防の設計は妥当であり、設計どおり堤防が築造され、かつその後の補修等の管理も欠けるところがなく、堤防は通常備うべき安全性を有していたというべきであって、築造当時予見され得なかった高潮等により決壊することがあっても、それは不可抗力による災害と認めざるを得ず、堤防の設置または管理に瑕疵があったということはできない（名古屋地判昭和37. 10. 12下民集13. 10. 2059）とした。

カ 異常な外力による災害であっても、営造物に瑕疵があったために損害が拡大したときには、

その拡大した損害に対して営造物責任を負わなければならない。

キ 営造物責任を問う訴訟において、財政的な制約を免責事由として主張されることがあるが、道路に関して、地方公共団体が予算の範囲内で道路を管理すれば、道路に瑕疵があっても、道路の管理に瑕疵があるとはいえないとの所論は採用できない（最判昭和40. 4. 16判時405. 9）とするものや、本件道路に（落石などからの）防護柵を設置するとした場合、その費用が多額にのぼり、予算措置に困却するであろうことは推察できるが、それにより直ちに道路の管理の瑕疵によって生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えすることはできない（最判昭和45. 8. 20民集24. 9. 1268）とする。

ク 河川については、大東水害訴訟（河川法の適用を受ける1級河川が問題となった。）において、本来自然発生的な公共用物であって、管理者による公用開始のための特別の行為を要することなく、自然の状態において公共の用に供される物であるから、通常は当初から人工的に安全性を備えた物として設置され、管理者の公用開始行為によって公共の用に供される道路その他の営造物とは性質を異にし、もともと洪水等の自然的原因による災害をもたらす危険性を内包しているものであるとし、当該河川の管理についての瑕疵は、財政的、技術的および社会的諸制約の下での同種・同規模の河川の管理の一般水準および社会通念に照らして、是認しうる安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきである（最判昭和59. 1. 26民集38. 2. 53）とし、このことは、河川法の適用を受けないいわゆる普通河川の管理についての瑕疵の有無の判断にも当てはまる（最判平成8. 7. 12判タ921. 75）とした。

ケ 道路の設置または管理に瑕疵があるとは、道路が通常有すべき安全性に欠けていることをいうと解するのが相当であるから、当該道路において通常予測される自然現象（外力）に対し安全性を具備していなければならず、このような危険性を有する国道の設置または管理に当たる官署としては、その当時における科学技術の最高水準に拠って、適切妥当な措置をとることを要し、これを欠いた場合には設置管理に瑕疵がある（名古屋高判昭和49. 11. 20高民集27. 6. 395）。

コ 道路が通常有すべき安全性を欠如するに至った原因が、不可抗力の災害に基づくものであったとしても、その災害の発生を事前に予測することが可能であって、通行者の生命、身体、財産への危害の波及を防止するため必要な措置が講じられ得たにもかかわらず、それがなされなかったとすれば、その不作為をもって、道路管理上の瑕疵があったというを妨げない（札幌高判47. 2. 18高民集25. 1. 95）としている。

サ 集中豪雨により県道が崩壊し、崖下にあった民家が倒壊した事例で、道路が具備すべき安全性とは、単に当該道路における交通の安全の確保のみならず、道路の崩壊等により当該道路の近くに居住する住民の生命、身体、財産を侵害しないようその安全性をも確保しなければならないとしたうえで、本件災害発生の予測が可能でありながら、災害発生防止措置を講じていなかったとして道路管理の瑕疵が肯定された事例（鹿児島地判昭和51. 3. 31判時828. 74、同趣旨：津地判昭和52. 3. 24訟月23. 3. 460、長崎地佐世保支判昭和61. 3. 31判タ592. 38）がある。

シ 自然力と営造物の瑕疵が競合して事故が発生した場合には、賠償すべき損害の範囲について問題となる。前掲長崎地佐世保支判昭和61. 3. 31では、市道崩壊の原因として、未曾有の集中豪雨の寄与度は35%であるとして、65%の額を市に対する損害賠償として認容した。

ス 阪神・淡路大震災により、阪神高速道路の橋脚が倒壊し地上に転落して死亡した者の遺族が道路公団に対して、橋脚の物理的な瑕疵や、供用開始後の知見に基づく緊要な耐震補強の欠如

という管理瑕疵によって橋脚が倒壊したとして損害賠償を求めたところ、判決は、橋脚の施工に具体的な瑕疵があったと認めるに足る証拠はなく、当時の施工水準に従った施工瑕疵の存在も推認することができないとし、管理瑕疵の点でも認めることができないとして請求を棄却した（神戸地尼崎支判平成15. 1. 28判タ1140. 110）。

8 その他

8-1 死亡と震災との因果関係

ア 入院して集中治療室にて治療を受けていた患者が、阪神・淡路大震災の発生する前年12月末に昏睡状態となり、翌年1月11日には危篤状態にあると医師が告げていたところ、同月17日午前5時46分、阪神・淡路大震災の発生により停電となり、人工呼吸器、自動輸液注入ポンプ、心電図モニターなどが停止した。当直医が午前6時30分に様子を見たところ、自然呼吸が弱まっていたので心臓マッサージを試みたが、心電図モニターが停止していたためまもなく中止した。午前7時に電気が回復したが死亡が確認された。そこで遺族が市長に災害給付金の請求をしたところ、死亡と震災との間に因果関係がないとして不支給決定をした。そこで不支給決定の取消を求めて提訴したところ、第1審判決は、震災当時、いつ死亡してもおかしくない状況にあり、震災がなくても数時間または数日のうちに死亡していたことは確実と認められることから、震災があったために死亡したということはできず、相当因果関係を認めることができないとして請求を棄却したため控訴した。控訴審判決は、震災がなければ死亡という結果が生じていなかったと認められれば、その者の死期が迫っていたか否かは相当因果関係の存否を左右するものではないとしたうえで、震災による停電により、人工呼吸器や自動輸液注入ポンプが停止したこと、投薬ができずに血圧の急激な下降等が生じたこと、医師による心臓マッサージも、心電図モニターの停止により効果的に行うことができなかったことから、震災がなければなお延命の可能性があったとして、相当因果関係を認め、不支給決定を取り消した（大阪高判平成10. 4. 28判タ1004. 123）。