

平成18年(才)第1219号

平成18年(ネ才)第346号 建物収去土地明渡請求上告事件

上告人(控訴人) [REDACTED]

被上告人(被控訴人) [REDACTED]

上 告 理 由 書

平成18年7月24日

最高裁判所 御中

上記上告人(控訴人) 訴訟代理人 弁護士 [REDACTED]

同 [REDACTED]

同 [REDACTED]

<上告理由の要旨及びその背景として>

- 1 本件は、旧借地法4条1項が憲法29条の財産権を侵害するとの訴えに対して、御庁昭和37年6月6日大法廷判決が合憲として摘示したその根拠は、既に社会情勢の急激な変動により喪失したにも拘わらず、その後の司法裁量、借地権鑑定においても、この合憲判断が盲目的に適用され、その結果として上告人を含めた土地所有者の財産権が侵害されていると主張したにも拘わらず、原審はそれに対して適正な判断を行わなかったことから、上告のやむなしに至ったものである。
- 2 そもそも、本件は上告人が銀座三丁目の銀座通り [REDACTED] 正面の街区中心部に、本件土地を含めた一団の土地(総面積1,343.89㎡ 406.53坪/甲第21号証の1他)を対象とする再開発計画を具体化する為に、その一区画の借地人である被上告人らに対して、その明け渡しを求めたものである。

- 3 この再開発の目的は、その対象敷地が上告人の建物敷地(69.19坪)を除く15区画を合計13人の借地人らに対して戦後の混乱期に狭小の間口面積で貸付けたことに因して、その利用効率が極めて歪な外形となっていることや、殆どの建物が築30年以上を経ていることから、現況を将来に引き摺ることは3丁目街区の発展に支障を来すことを否定できないとともに、上告人はこれを傍観することは出来ないことを主張したが、原審はこの点についても極めて短視的な視点にとどまっている。
- 4 特に本件の場合、被上告人らが再々に売却意思を表してきた事実を踏まえると、旧借地法4条1項による保護に止まるのではなく、投下資本の回収を目的とした保障の方法を斟酌されるべきであったにも拘わらず、その裁量的判断に関して経験則違反、判例違反、御庁民事局監修の執務資料や借地権評価に対する混同を含めた、借地権の多様性の不知が散見されている。
- 5 本件のように多数当事者の借地権を対象とする再開発に関する事案においては、従来の1対1の正当事由の解釈適用では限界があることを踏まえ、憲法が所有権の制限を説いた公共の福祉について土地所有権または建物所有権が保護されることと、その他方に反面的な義務が課されることとの何れが公共の福祉に資するかの視点で比較衡量が行われるべきである。
- 6 旧借地法や罹災都市借地借家臨時処理法は、一定の土地所有者の財産権に対する制約であるにもかかわらず、補償については必要性すら説かれていないことから財産権の内在的制約の問題であるとされていると解される。
- それにも拘わらず、借地権消滅時の正当事由を補完する立退料について「権利金」さえも得ていない土地所有者が、借地人に対する補償額の具体的な提示を求められることは、これは土地所有者に対して二重の資本投下を求めることに外ならず、過度の制約であると言わざるを得ない。
- 7 斯かる諸点を踏まえると、旧借地法4条1項は、同29条の財産権につ

いてもこれを受忍出来得ないほどに侵害していることを否定できないことから、これは明らかな憲法違反として御庁の判断を求めるものである。

<上告理由の目次>

第1 旧借地法4条1項の違憲性1として

- 1 原審判決について
- 2 旧借地法4条1項の正当事由と基本的人権との関係について

第2 旧借地法4条1項の違憲性2として

- 1 借地権に関する司法裁量及び鑑定手法との関係について
- 2 借地権に関する鑑定手法の問題点について
- 3 公共の福祉と財産権との関係について

第3 旧借地法4条1項の違憲性3として

- 1 銀座と上告人との関係について
- 2 借地権と投下資本との関係について
- 3 投下資本としての権利金について
- 4 権利金と継続地代との関係について

第4 旧借地法4条1項の違憲性4として

- 1 使用収益権に関する土地と建物との関係性について
- 2 旧借地法における元本と果実の関係について

第5 上告理由の第5点「憲法13条、14条の違反」として

第6 上告理由の纏めとして

第1 旧借地法4条1項の違憲性1として

1 原審判決について

- (1) 原審判決は、上告人（控訴人）が、「本件では住宅用途で賃貸借が開始されたわけではないことや社会的弱者保護の理由とされた宅地不足が解消さ

れたことからすると、土地所有者が自ら土地を使用することを必要とする場合、土地の使用を継続するにつき借地権者側がもつ必要性とを比較衡量するには、その何れが公共の福祉に合致するか否かを検証しなければならず、それをしないまま正当事由の有無を判断することは一方当事者（賃貸人）の財産権の侵害である。」と主張したのに対して、原審判決は、「仮に控訴人の自己使用の計画が具体的であり、また、公共の福祉に合致すると仮定したものであるとしても、控訴人の自己使用の必要性と比較して、立退料の補強条件無く当然に正当事由があることが明らかであるような特殊事情があるとまで認めることはできない。」と述べているのみである。

(2) 原審判決は、この点に限らず上告人が第1審段階より主張してきた借地権に関わる重要事項に関して、実質的な審理がなされていない審理不尽が認められると同時に、その判断についても明確には述べていないものの、旧借地法4条1項が憲法に違反していないことを前提にしているものと思われる。

しかし、上告人は、旧借地法4条1項は財産権の不可侵を定めている憲法29条に違反していると主張してきているが、原審による正当事由の解釈についてはその本質が理解されないままに、漫然とした従前の例をなぞったと批判せざるを得ない点が多々散見されるので、以下、この点に関してその理由を詳細に述べる。

2 旧借地法4条1項の正当事由と基本的人権との関係について

(1) 旧借地法第4条第1項に関する賃貸人側の判断に関しては、原審判決も引用した「昭和37年6月6日・最高裁大法廷判決・事件番号(昭和34年(オ)第502号・民集第16巻7号1265頁)」（最高裁HP）(以下、「判例1」という)を踏まえて、上告人も控訴理由書の24頁以下で本件についてはこの判例を踏まえた再検証の必要があると主張してきたが、原審判決は単に従前の例をなぞった判断にとどまっていることから、改めて

判例1が摘示した主要な判断基準を以下の通り抽出した上で、この正当事由制度につき再検証する。

- ①借地法は、建物の所有を目的とする土地の借地権者の利益を保護するため、土地所有者の所有権に対し種々の制限を規定している
- ②借地法の右規定は、借地権消滅に際し、土地所有者がその所有権の本来の権能を回復することにつき有する利益と、借地権者が一度獲得した土地使用の権能をさらに保持することにつき有する利益の調節を図ることを内容とする
- ③借地法四条の現行規定は、昭和一六年法律第五五号による改正に係るものであり、右改正前の規定によれば、借地権消滅の場合において、借地権者は契約の更新を請求することはできるが、この請求に応ずるかどうかは土地所有者の自由であり、ただ、更新が拒絶された場合においては、借地権者は土地所有者に対し建物の買取請求をすることを得るに過ぎなかつたのである
- ④財産権、とくに所有権は尊重されなければならないが、今日において所有権といえども絶対的なものではなく、その内容は公共の福祉に適合するように法律によつて定められるべきことは憲法の要請するところであり、
- ⑤民法も、所有者の権能は法令の制限に服することを明らかにし、また、私権、したがつて所有権も公共の福祉に遵うものとしている
- ⑥他人の土地を宅地として使用する必要のある者がなお圧倒的に多く、しかも宅地の不足が甚だしい現状において、借地権者を保護するため、
- ⑦借地法四条一項の規定により、土地所有者の権能に制限を加えることは、公共の福祉の観点から是認されるべきであり、

(2) この判例1が摘示したのは、旧借地法の正当事由制度や、罹災土地借地借家臨時処理法等の何れもが、当時の社会状況が⑥他人の土地を宅地として使用する必要のある者がなお圧倒的に多く、しかも宅地の不足が甚だしい現状において、①建物の所有を目的とする土地の借地権者の利益を保護するため、⑦土地所有者の権能に制限を加えることは、公共の福祉の観点から是認されるべきであるとしたことにある。

これは土地所有者がその所有権能の主体となる「使用収益権」を、既に第三者に貸与している場合の契約解除権の行使や、又は第三者がその借り受けを申し出た場合の拒否権行使の制限やその後の履行に関して、民法では「権利能力平等の原則、私的所有権絶対の原則、私的自治の原則」が三大原則であるにもかかわらず、一部の権能に関して、これを適用除外とすることを規定し、かつ、拘束したことを示したものである。

しかしながら、原審判決はその第3の判断の2で「権利金750万円の合意は、昭和47年当時の他の銀座における承諾料の事例と比較して低額であるとする資料があるとしても、対等な契約当事者間において合意により定められたものであり、不合理であるとはいえないこと」としたが、これは正当事由が拘束した本質を全く理解していないことを暴露したことに外ならない。

すなわち、判例1が摘示したのは、専ら公共の福祉の観点から、賃借人を保護する為に賃貸人の権利行使が制限されることがあっても是認されるべきであるとしたものである。

しかし、昭和47年の堅固建物への条件変更は、「対等な契約当事者間における合意」が不可能な、つまり上告人に限らず借地の賃貸人については正当事由制度により「契約自由の原則」を放棄させられていること、また、本件の場合には上告人がその条件変更を拒絶しても正当事由のない限り非訟事件となることは明らかであったこと等の事情から、更に、確かに、

それを踏まえて止むを得ないとの判断により当事者間でその金額を協議して合意された事実は認めるとしても、これが決して「対等な契約当事者の関係」（契約自由の原則）の下で協議し合意されたものとは言えないのであり、原審の判断は論外であると言わざるを得ない。

(3) 旧借地法を含めたあらゆる法令(判例)の効力は条文中の用語の定義を以て解すべきであり、それを踏まえると判例1が摘示した正当事由制度を合憲とした判断の根拠であった⑥のような当時の社会状況は、戦後の急激な経済発展により既にその根拠を喪失していることは明らかであり、かつ、これはその根拠について上告人の立証が必要とされるような事項ではない。

ア 平成3年の借地借家法の制定に関して、この正当事由制度の「根拠」が既に喪失したにも拘わらず、加えて戦後50年を経てその保護下において生じた借地権も当初の目的をほぼ達成し得ていたにも拘わらず、また、その清算規定を設けることは可能であったにも拘わらず、立法府は、既得権者保護の継続を前提として、一方の賃貸人がこの制度により被ってきた権利の侵害についても然るべき救済処置すら講じなかった。

この借地借家法は、昭和60年から審議会での審議が開始され、それを踏まえて「借地借家法の改正に関する問題点」の公表により、各界からの意見を取り入れた上で従来の建物保護法、借地法、借家法を統合して施行されたものである。

つまりこの改正の当初の目的は、正当事由制度を典型的な例として賃貸人の契約自由の原則が拘束されてきたことにより、土地の有効利用が著しく阻害されていた現状に対する解決策を求めたものであったにも拘わらず、結果として旧借地法の借地権については依然として契約自由の原則が奪われたままに、これを新法として制定されるにとどまったものである。

イ しかしながら、旧借地法の借地権については本件土地に限らず、法の

適用において国民が有する人権に論理的、かつ、必然的に内在されていると考えられる「人権相互の矛盾や衝突を調整するための実質的公平の原理」の視点を欠いたままに、その運用がなされることは許されないことであり、これが立法府の不作為であることを踏まえると、その救済処置は司法に委ねられた責任であったはずである。

しかも、後段で述べる個別事情を踏まえると、本件は過去の司法裁量や鑑定評価等が内包してきた典型的な矛盾を顕在化し得る事例であり、かつ、その解決策に一定の規範を構築することが可能とされる事案でもあった。

それにも拘わらず、原審判決はこの点について何らの問題認識を有することなく、かつ、詳細の審理をしないままに、これが専ら旧借地法4条1項の適用あることを述べたにとどまり、結果として本件のような場合でも依然として同規定に拘束されるとしたことに外ならないことから、そのことは同規定が以下に述べる憲法29条の財産権の違憲とされる以前に、憲法13条、14条に規定されている上告人の基本的な権利が侵害されたことになるとして、これを批判せざるを得ない。

第2 旧借地法4条1項の違憲性2として

1 借地権に関する司法裁量及び鑑定手法の問題点について

- (1) 借地権に関する、非訟事件を含めた司法裁量の事例を検証すると、旧借地法が「居住用」と「事業用」とを区別しておらず、また、その「使用収益権」の考え方に関しても、契約当初の個別内容(権利金等の有無)を問われることなく、半ば全ての借地権が同一のものとして論じられていることを原因として、本件のように借地権解除に伴う清算を難しくしていることは否定できない。

本件に限らず、上記②の「借地権消滅に際し、借地権者が一度獲得した

土地使用の権能をさらに保持することにつき有する利益の調節を図ること」が、「それに替わる土地を確保すること」であるとした司法判断が散見されように、借地権者が有する「使用収益権」について一切の保護を必要とするかの如き視点で論じられていることが、そもそも借地紛争の問題解決に著しい障害となっている。

つまり、賃借人の有する「使用収益権」を時間的、かつ、経済的な側面において何処までの範囲を保護し、かつ、それを排するには如何なる補償を必要とするのかの検証と同時に、その保護を継続することに一方の賃貸人の権利の侵害が受忍出来得る範囲に止まるのか等々を踏まえて、判例1が摘示した「公共の福祉」の観点に関する再検証は絶対的に必要なものであったにも拘わらず、原審はこの点については何ら斟酌していない。

(2) 判例1が摘示した②「土地所有者がその所有権の本来の権能を回復することにつき有する利益」とは賃貸人が有する「期待権」であり、また、「借地権者が一度獲得した土地使用の権能をさらに保持することにつき有する利益」とは賃借人が有する「期待権」とも言えるが（その何れの「期待権」も正当事由制度やその拘束外で可能な賃貸人の異議権行使を踏まえると、これらの「期待権」は不確定的条件付きであるものの）、借地紛争は双方が有するその「期待権」の衝突に外ならないことから、以下にその問題点を述べる。

ア 本件のように、当事者が有する「期待権」の衝突状態の調整を図ろうとする場合に、主たる障害となるのは双方が有する「期待権」のギャップにあることは、第1審の専門調停で被上告人が提示した総額15億円の立退料の要求が、それを如実に示している。

そのギャップが生じるに至った主たる要因が、不動産鑑定士（調停委員）を含めた専門家の殆どが、恰も決したかの如き従前の例（判例や、拘束性のない非訟事件の決定事例や鑑定事例、税法上の評価手法との混

同、等々)を判断基準として漫然と援用し、その個別事案毎の詳細な検証すらなされないままの鑑定手法が多用され、かつ、これを司法が盲目的に追認してきたことの結果である。

イ このような不作為が見逃されてきたことのそもそもの原因は、前述したように正当事由制度が拘束しているのは賃貸人の契約解除権に過ぎないにも拘わらず、賃借人が正当事由制度の保護下で継続保有してきた使用収益権の範囲を峻別しないままに、専ら一方的に賃借人を保護してきたことにあると思われる。

つまり、日本経済の急激な発展により正当事由制度が導入された当初段階では予測すらされなかった「地価上昇」の結果として、その対象土地の「収益価値」が増大したことから、これと正当事由で「保護」されている賃借人が有する「使用収益権」の「価値」とを、契約当初の個別性や前述したような従前の例の拘束力の有無すら一切斟酌しないままに、恰も全ての借地権が同一であるかの如き次元で判断されてきたのである。

2 借地権に関する鑑定手法の問題点について

(1) 上告人が、これまでの準備書面や控訴理由書において今日の借地権に関する不動産鑑定評価手法については多大な問題点があるとしたのは、相続税評価の際に用いる路線価図に記載された地区毎の借地権割合による簡易算定が多用されてきたことや、裁判官がその鑑定手法を徒に盲信し、かつ、追認してきたことに対する批判と警鐘にあった。

今日の鑑定手法が問題点を含むことについては、控訴理由書の33頁以下で(社)日本不動産鑑定協会(以下、鑑定協会という)による不動産鑑定実務論の151頁(添付資料4)を引用した上で、「これは今日において多用されている鑑定手法が、その経済的な価値の前提が①契約当事者、②契約締結の経緯、③契約内容等により様々であるとしながら、鑑定業界自ら

が⑦当事者間の個別的な契約内容より専ら④底地人の権利意識が強い地域、⑤借地人の権利意識が強い地域の区別を簡易的な地域毎の借地権割合で差別化する手法が用いられ、その事例を踏まえて更なる鑑定事例の集積と称するに至っている。」ことを批判したものである。

(2) それに加えて「不動産鑑定評価基準」(甲第15号証)においても39頁

「3. 借地権及び底地 ③ 借地権取引の態様」とした項に於いて、

ア 借地権が一般に有償で創設され、又は継承される地域であるか否か。

オ 一時金の授受が慣行化している地域であるか否か。

として、その基準が示されているが、ここにも問題点を含んでいる。

つまり、このような考え方や評価基準の問題点は、この「地域毎の借地権割合」や「有償で創設され、又は承継される地域」の概念が、既に「慣習法」として成立し得ているのか、仮に慣習法として成立し得ている場合には、上告人のように「権利金等の一時金」を受領していない「賃貸人」を拘束する法的効力があるのかということである。

特に、「借地権が有償で創設され」としていることは、これは地域毎の判断基準の前提として創設借地権に関する具体的な権利金事例が存するとしたことに外ならないことから、それなくして斯かる基準が設けられることは許されない。

しかしながら、上告人が鑑定協会や国税当局及び所轄京橋税務署に対して具体的な権利金等の事例開示を求めたところ、残念ながらその存否についてすら明確な回答を得られていないが、これは斯かる批判に耐えうるような権利金事例がないことを露呈したものである。

(3) 上告人が提起してきた鑑定手法の問題点については、東京都収用委員会による収用決定額の是非を争った裁判例でも同様の判断が下されているが、これは借地権評価に関する一定の基準と裁判所の見識が示された事例と考

えられる。

「昭和58年2月16日・東京地方裁判所・損失補償請求事件 昭和53年
(行ウ)第16号」

判決文中の理由1の(三)の(4)より抜粋

「これに対し、原告は、本件土地の借地権割合について八〇パーセントが相当であると主張する。そして、B鑑定は、本件土地の借地権割合について、請求原因3の(一)の(5)記載のとおり鑑定評価をしている。

しかしながら、B鑑定は、一定の地域には一定の借地権割合が存することを前提とし、借地権の一取引事例を主たる根拠として本件土地付近の借地権割合を八〇パーセントとするものであるところ、一定の地域に通常存在する慣行的な借地権割合は、あくまでも標準的、平均的なものにすぎず、借地権は、土地所有者と借地権者との間の個別的な借地契約によつて設定されるもので、契約内容、契約締結の経緯等により相当に個別性の強いものであるから、たとえ同一地域に存する借地権であつても、当該借地権に係る借地権割合は当然に個々の契約の内容等によつて異なりうるものである。そして、借地権取引事例から鑑定対象地の借地権割合を適正に評価するためには、できるだけ多数の取引事例を収集し、かつ、取引事例地と対象地の借地権に関する個別的要因等の比較検討をすることが必要であり、これをしないで一取引事例の借地権割合から直ちに対象地の借地権割合を導き出すことは相当でなく、また借地権買取事例からは七五パーセントをもつて本件土地付近の平均的な借地権割合であると判断されること前記のとおりである。更に、相続税財産評価上の借地権割合は、相続税の適正な課税のために課税実務上の便法と

して定められたものであり、当然のことながら個々の借地権の個別的要因等は考慮されておらず、本件のような借地権価格の鑑定評価においては、一参考資料となりうるものではあるが、直ちに対象地の借地権価格を算出するための借地権割合として採用することは相当でない。したがって、原告がその主張の根拠とするB鑑定は、採用できない。」

この判断基準を前提とすると、原審判決が「このような従前の借地権については、従前の評価手法を前提として税制上も評価されているのであるから、本件賃貸借契約における個別事情を立退料算定時に考慮することがあるとしても、これと大きく異なる鑑定手法とか借地借家法の適用のある借地権の例を前提とする鑑定手法とかを採用することが相当でないことは多言を要しないところというべきである。」とした判断は基本的な知識の欠落を否定できないことから、裁判所の判断そのものに問題があると批判せざるを得ない。

- (4) 借地権鑑定の問題点に関しては、先般編纂された(社)日本不動産鑑定協会による「借地権割合と底地割合」で横須賀博会長により第1頁頭書で以下のような指摘がなされている。

「借地関係をめぐる借地人と地主の当事者間の関係は、きわめて多面的、かつ複雑です。こうした複雑な借地人と地主の関係を一言で表現すれば、借地権割合（又はその裏返しである底地割合）といった借地人又は地主がそれぞれ相手方に対して主張し得る権利の割合として言い表すこともできるかも知れません。

借地関係において借地権割合が当事者間で問題とされるとき、そこには必ず、相反する利害関係があります。ここにおける割合は、一方の増が他方の減につながる割合だからです。一般的には、この

利害は、借地をめぐるこれまでの慣行等が参考とされ、当事者間で平穩裡に処理される場合が多いようですが、利害の衝突が紛争を招いたり、当事者間の合意によって解決される場合であっても、解決に向かう過程で利害関係が鮮明に表れる局面で顕在化するのが、借地権割合（又は底地割合）です。

こうした場合の具体的な例をあげれば、借地をめぐる紛争、争訟、交換、補償、土地収用、税務、相続、土地区画整理事業、都市再開発事業はいうまでもなく、地代をめぐる紛争、訴訟等があります。これらの局面においては、借地権割合についての判断が当事者間の合意に到るまでの鍵をにぎるものとして重要であることが分かります。それにも拘わらず、この問題について、これまで借地権の沿革、法律、経済、税制という多面的側面から本質に迫る検討がなされたとはいえません。」

これは、つまり借地権鑑定に携わってきた鑑定協会の会長自らが「本質に迫る検討がなされていない」ことの実態を吐露したものと言えるが、それでも本書の検証が税法上の借地権評価や、土地収用等の場合との評価の前提が全く異なるにも拘わらず、つまり基本的な条件が混同されたままの検証にとどまっていることについては、これを批判せざるを得ない。

この鑑定手法を問題として提起しているのは、この鑑定手法が、そもそも「権利金」を含めた一時金の有無を問わないままの「借地権価格」や「立退料」の評価は、一方の賃貸人の有する「財産権」の侵害に繋がるとの視点を欠いていると思われるからであるが、それは以下の事情に発したものと考えられる。

- (5) すなわち、正当事由制度が導入されたのは戦時下であったこと、あるいは罹災都市借地借家臨時処理法の施行に際しても戦後復興、つまり当時の

社会情勢の下での「公共の福祉」を大命題としていたが為、
「賃借人の有する賃借権の保護」を優先するあまりに、一方の「貸貸人の財産権の保護」としての、つまり私法関係にある当事者間の「私権調整」の視点を全く欠いたままに立法に付され、かつ、施行されたこと、また、その当時の関係者においても上告人がそうであったように、自ら率先して戦後復興を最優先していたこと等から、正当事由制度が今日のような紛争に至るまでの予測を誰もしていなかったことは否定できない。

しかしながら、今日に至るまでの経済発展による土地価格の上昇にも拘わらず、つまり立法趣旨とは大きく異なる基本的な面での「事情変更」を生じているにも拘わらず、前述した裁判官を含めた関係専門家がこの正当事由に囚われて、つまり権利金等の有無に対する具体的な検証のないままに、立法趣旨の視点にのみ引き摺られるままに盲目的、かつ、安易な前例踏襲が繰り返されてきたことの結果として、上告人のような借地供給者の財産権が看過出来得ない程に侵害されていることに未だに何れの専門家も気がついてさえいないと思われることは問題である。

3 公共の福祉と財産権との関係について

(1) 正当事由制度や罹災都市借地借家臨時処理法が「公共の福祉」を目的として、貸貸人の契約自由の原則を拘束してきたことはこれまで述べてきたが、この「公共の福祉」を総務省の法令データベース提供システムで用語検索すると民法、憲法を含めて合計99件の法令が確認できる。

それ以外にも旧借地法、借地借家法、罹災都市借地借家臨時処理法、農地法、その他の条文中に公共の福祉の用語を含まない法令が存し、これらを含めたあらゆる法令が憲法の実質的公平の原理たる「公共の福祉」の達成を目的としていることは言うまでもない。

同様に「公共の福祉」の用語で裁判所の判例ホームページを総合検索す

ると合計234件の事件数が確認され、この裁判例の何れもが「公共の福祉」を目的とした法令の解釈適用の是非判断を問われた事件であると考えられる。

これら「公共の福祉」の目的で制定された法令の内、土地の利用に関わる法令として土地基本法、国土利用計画法、都市再開発法、都市計画法、土地地区画整理法、土地収用法、建築基準法等々が存しているが、これらの関係諸法は前述した農地法を含めて、その殆どが公法的な目的を有していること、つまり私権行使の方法等に制限を設けたものではあるが、基本的には「私法関係」に置かれた当事者間の行為規範を規定したものではない。

(2) つまり、これら関係諸法が「公共の福祉」を目的としていても、旧借地法や借地借家法、罹災都市借地借家臨時処理法のように「私的自治」の当事者間の私権行使を拘束した法令ではないことから、その拘束が「財産権」に及ぼす影響についても別の観点による然るべき検証を要したはずである。

それにも拘わらず、前述した不動産鑑定協会の編纂資料等を検証しても、この点につき、その権利の貨幣価値を評価し、かつ、これを負担する当事者の違いに関して、その区別すらないままに同一次元での鑑定が行われていることに対して、何らの問題提起すらなされていない。

ア 憲法29条は、財産権に関して次のように規定している。

(一)「財産権は、これを侵してはならない。」

(二)「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」

(三)「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」

つまり前述した農地法や土地収用法を典型的な例とすると、これらの法令の適用対象となり私権行使が制限されることとなっても、それが財

産権に内在する制約で補償を要しない場合かまたは、特定人に対する特別の犠牲であっても(三)により「正当な補償」がなされる限りは(補償額に対する異議権の行使は許されていても)、法の効力を拒否することは出来ない。

また、この場合に正当な補償を行う当事者は、農地法の場合は国であり、土地収用法の場合にはその事業者である。

イ 一方に於いて、旧借地法や正当事由制度については、これが農地法や土地収用法と同様に実質的に(二)の公共の福祉に適合されるように規定されているにも拘わらず、これは財産権に内在する制約であるとして正当な補償は必要ないとして、立法に付され、かつ、今日に至るまで解釈適用(つまりは運用)が行われてきたとしか考えられない。

ウ 旧借地法や正当事由制度及び罹災都市借地借家臨時処理法が借地供給者としての財産権の制限に対して同条(二)項を以て、その正当性が論じられ、かつ、判じられたことの事例は過去においても散見される。

しかしながら、この場合でも旧借地法や正当事由制度及び罹災都市借地借家臨時処理法による制約が、特定の個人に特別な犠牲を加えたものであり、同条(三)項の「補償」が必要だったのではないかという視点については殆ど無視または考慮外に置かれ、過去において一部の法学者や政治家においてその是非を論じられることはあっても、今日に至るまで具体的な処方箋が構築されることなく司法の現場においてすらそれが如何なる問題に繋がるのかの検証すらなされないままに今日に至っている。

前述した農地法や土地収用法等が施行又は適用される場合には、その正当な補償を行う当事者は国や事業者であり、この場合は当事者との関係に於いて「私法関係」が成立する訳ではないが、旧借地法により「私法関係」としての賃貸借契約が設定された場合、「所有権」の拘束を受けるのは借地の供給者たる賃貸人であり、それに対して反面的な利益を

享受するのは「賃借人」となる。

エ そうすると、賃貸借契約の設定に際して然るべき「権利金」等の一時金を授受している場合には、これを一種の補償として解釈することは出来るが、本件に限らず権利金等の授受がなされていない場合には、然るべき補償がなされたことにはならないことになる。

但し、この権利金の有無は通常の賃貸借契約においては、私法関係にある当事者の私的自治の問題であることを前提とすると、本件が通常の賃貸借契約だったのであれば、上告人に限らず賃借人がその補償を求めなかったに過ぎないとも言えるが、罹災都市借地借家臨時処理法や地代家賃統制令が地代以外の金員の徴求を禁じていたことから考えれば、本件は、私法関係においても「公共の福祉」の観点からその補償を求めることが許されていなかった場合ということに外ならない。

オ もっとも、この当時に於いて日本経済の発展により「地価」がこれ程までに上昇することになるろうとは想定もしていなかったであろうし、それ故にこそ旧借地法は「借地権」の履行に対する規定を設けてはいても、それが内在する「財産権」の帰趨に関しては一切の規定を設けていないことを踏まえると、これは偏に当事者自治と司法裁量にその解決を委ねられていたと解する以外にない。

カ 上告人が準備書面や控訴理由書等において、借地権評価の手法とその判断に多大な問題点があると主張してきたのも、立法当時に予測すらされていなかった「地価上昇」を踏まえると、私法関係における一種「補償」ともいえるような権利金の有無すら全く考慮されないままに正当事由や立退料等につき斟酌されることは賃借人の財産権の侵害を来すと同時に、その反射効として賃借人に対する不当利得とも言えるような「補償」を、しかもこれは賃貸借開始期に賃借人より一切の「補償」すら得ていない賃借人がその相当額の提示を自ら求められること等を斟酌する

と、少なくとも上告人が検証する限りにおいてはこの矛盾について整合的な理解に至れないことから、この問題点についての警鐘として発したものである。

- (3) そもそも判例1は、この旧借地法4条1項が「賃借人の保護の必要」から「賃借人の解除権行使の制限は公共の福祉」の観点から合憲とし、「財産権」についても「④財産権、とくに所有権は尊重されなければならないが、今日において所有権といえども絶対的なものではなく、その内容は公共の福祉に適合するように法律によつて定められるべきことは憲法の要請するところである」として憲法違反ではないと摘示している。

ア この判断が更に問題となるのは、その後の社会状況の激変により以下の判例(裁判所HPより。以下、順に「判例2」, 「判例3」という。)が示した財産権の侵害に関する判断基準とを検証すると、大きな矛盾を来す事態が生じていることにある。

「判例2」

「平成14年2月13日・大法廷判決・平成12年(オ)第1965号・同年(受)第1703号・民集56巻2号331頁。」

「財産権は、それ自体に内在する制約がある外、その性質上社会全体の利益を図るために立法府によって加えられる規制により制約を受けるものである。財産権の種類、性質等は多種多様であり、また、財産権に対する規制を必要とする社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策に基づくものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等を図るものまで多岐にわたるため、財産権に対する規制は、種々の態様のものがあり得る。このことからすれば、財産権に対する規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべき

ものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである。」

「判例3」

「昭和57年2月5日・最高裁第二小法廷・昭和55年(オ)1185号・民集36巻2号127頁)」

「公共のためにする財産権の制限が一般的に当然受忍すべきものとされる制限の範囲をこえず、特定人に対し特別の犠牲を課したものでない場合には、憲法二九条三項を根拠として損失補償を請求することができないことは、当裁判所大法廷判例の趣旨とするところである（昭和三六年（あ）第二六二三号同三八年六月二六日判決・刑集一七巻五号五二一頁、昭和三七年（あ）第二九二二号同四三年十一月二七日判決・刑集二二巻一二号一四〇二頁）。

ところで、鉱業法六四条の定める制限は、鉄道、河川、公園、学校、病院、図書館等の公共施設及び建物の管理運営上支障ある事態の発生を未然に防止するため、これらの近傍において鉱物を掘採する場合には管理庁又は管理人の承諾を得ることが必要であることを定めたものにすぎず、この種の制限は、公共の福祉のためにする一般的な最小限度の制限であり、何人もこれをやむを得ないものとして当然受忍しなければならないものであつて、特定の人に対し特別の財産上の犠牲を強いるものとはいえないから、同条の規定によつて損失を被つたとしても、憲法二九条三項を根拠にして補償請求をすることができないものと解するのが相当である（前記四三年十一月二七日大法廷判決参照）。」

イ 判例2は「財産権に対する規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較衡量して判断すべきものである。」としていることや、判例3が摘示した「特定の人に対し特別の財産上の犠牲を強いるものとはいえない」とした判断に至るような場合でないからこそ、この正当事由に関しても「この種の制限は、公共の福祉のためにする一般的な最小限度の制限であり、何人もこれをやむを得ないものとして当然受忍しなければならないものであつて」とした判断に至っているはずである。

ウ しかしながら、原審判決が「所有権者に対する財産権侵害となるとまで主張するが、同条の規定するとおり、借地借家法施行前に設定された借地権に係る契約の更新に関しては、なお従前の例によるとされ、」としたこの判断については単に従前の例をなぞったもの（これが法文解釈の不知を含むことは後段で述べる）、つまり判例1の判断に追従したままに判例2及び判例3が示した財産権侵害の基準は斟酌しなかったことに外ならず、これは司法が負うべき基本的な責任を放棄したことになり許されない。

この「特別の財産上の犠牲」については、「権利金」の有無が多大な影響を及ぼすものであり、その点について次項以下で詳細を検証する。

エ 旧借地法の適用ある賃貸借契約に関して、その設定時における賃借人の投下資本である「権利金」は、その「使用収益権」の取得に対して投下した資本とも言えるが、この「投下資本」を考慮しないままに、借地権の是非を斟酌することは多大な問題を生じることになる。

この問題点については、上告人も準備書面や控訴理由書で「昭和24年5月23日付の参議院議員来馬琢道氏の質問主意書(甲第16号証)及び同年5月30日付の内閣総理大臣吉田茂氏の答弁書(甲第17号証)」の一部を引用して、その問題点を提起している。(控訴理由書5頁より)

「特に、その答弁書は第一点として『罹災都市借地借家臨時処理法第三条の「相当の対価」と地代家賃統制令第一二条の二の「借地権利金」とはその根本に於いて同様の性質を有するものであって借地人が交替する場合即ち、新借地人が前借地人に対して「権利金」を支払うことは禁止しておりません。』とされ、その第二点に対して『借地権設定の場合と借地権譲渡の場合と均衡を失する憾みがあります』との答弁が為されている。

この権利金の有無が問題となるのは、単に罹災都市借地借家臨時処理法にのみ発した借地権に止まらず、創設契約と見なせない全ての借地権の評価に多大な問題点を来たすものであったにも拘わらず、その後の司法解釈においてはその峻別が斟酌された痕跡すら見いだすことは出来ない。」

オ ここで論じられている問題は、罹災都市借地借家臨時処理法(権利金の授受は認められていない)で権利を取得した賃借人が、一銭の権利金をも賃貸人に支払っていないにも拘わらず、つまり「資本を投下」していないにも拘わらず、第三者への譲渡に際して、その土地の場所的利益となる「使用収益権」の譲渡代金につき、賃貸人に対する承諾料として僅か「1割」程度の「補償」しかないままに、莫大な「差額代金」を受益して賃貸借契約より脱出することの問題である。

この点について答弁書は「借地権設定の場合と借地権譲渡の場合と均衡を失する憾みがあります」としており、つまり時の立法府に繋がる内閣が「均衡を失する憾みがある」と認めていながら、その後も然るべき是正処置すら講じられないままに至った結果として、司法の判断に際してもその必要性を論じられることすらない状況である。

カ 更には、借地権譲渡に伴う非訟事件の代諾許可に関する決定事例を検証しても、賃貸人が介入権を行使した場合にも前述したように承諾料として「1割」相当額程度を控除した評価額を「限定価格」として、その買い取りを求められている。

この点についても、上告人は控訴理由書35頁以下で「借地非訟事件決定例の分析と検討（下）」（添付資料5）として、水本浩教授が多数の事例を検証された中で提起された以下の問題点を転記した。

「たとえば、IV, ⑨についてみれば、借地人は昭和四一年一月一日に借地権を取得したが、設定権利金は少しも支払っていないにもかかわらず、借地権価格は更地価格の五割、還元配分額は借地権価格の二割と決定されたので、借地権が設定されてから一年数カ月後に、借地人はまるまる更地価格の四割、金額にして六八五万五〇〇〇円を手に入れたことになる。この不合理をどのように理解すべきか、私は苦しむものである。あるいは、賃貸人の無能を笑うべきであろうか。そうではあるまい。裁判所は、借地権設定時における更地価格と設定権利金との比率、したがってそれと関連する底地価格と上地価格（借地権価格）との比率を見逃しているのである。」

この主張に対して、被上告人らは平成18年1月23日付の準備書面で以下のような反論をしている。

「その事例の事案内容を離れて、それが、一般論としての同教授の意見であるとするのは正当な引用ではない。同教授の論文には、「借地法10条に基づく建物買取請求権の際に認められた『場所的利益』も参酌すべし」という判例理論（最判昭和35年12・20民

集14巻14号3130頁……)との整合性をどのように解したらよいのであろうか。」と問題を提示され、加えて「『場所的利益』の根拠ないし実態については、右諸判決の内容上は不明確であるし、学説も必ずしも一致しているとはいいがたい……が、社会的に考えて、つぎのとおりであろう」とされて、「借地権者が、その土地に建物を築造し、所有し、居住ないし営業していたこともあずかって力があつたというべきであるから、土地価格の値上がり分は、土地所有者が独占すべきものではなく、借地権者にも還元すべきである。」と述べておられ、「借地権の価値の膨張分を賃貸人がそのまま吸収することは不当というべく、その一部は借地権者に還元配分されるべきである。」と指摘されていることを留意されるべきなのである。」

キ 被上告人の主張は、「水本浩教授の事例を一般論として引用することは正当でない」としたものであるが、上告人が第1審段階から主張してきたのは、これとは全く逆にこの事例で提起されているような本質的な問題を看過したままに「借地権を一般論で論じる」ことは許されないとしたものである。

加えて、「借地権の価値の膨張分を賃貸人がそのまま吸収することは不当というべく、その一部は借地権者に還元配分されるべきである。」としたことについても、借地権消滅時の「立退料」の算定や、第三者への譲渡に際して賃借人の寄与による「借地権の価値の膨張分」を然るべき検証のないままに賃借人が総取りするような（専門調停時の15億円提示）ことは問題であるとしたものである。

ク また、後段で述べるが被上告人らの「借地権の価値の膨張分の一部は借地権者に還元配分されるべき」としたことについても、その寄与分

はむしろ被上告人らより建物賃借人に依存すること大なるものがある可能性もある。

従って、上告人としてもその「相当額」が適正に評価される限りは、「立退料」として提供する意思があることは第1審の訴状段階から再々に亘って述べてきた。

これに関して、被上告人らは同準備書面で引用した部分の当初部分で以下のように主張している。

(1) 控訴人は、水本浩教授の評論の指摘を援用して、「借地権者が、土地価格の90%の割合の財産的権利を持つには、その権利金として時価の90%の権利金を土地所有者に支払った者でなければ不公平である。」とし、権利金を払わずに90%の借地権の財産的主張をするのは、不合理であるとしている。しかし、この事由は、「僅か1年数ヶ月で土地の価格の5割に相当する借地権の価格を借地人に認めるのは権利の評価として不合理である。」という水本浩教授の評論の指摘に基づく主張構成であると思われるが、

上告人が、第1審段階から主張してきたのもこの「僅か1年数ヶ月」が問題であるとして、その一方では60年余を経過したことにより税法上の借地権割合を以て安直に財産的価値が論じられていることの、そこに横たわる時間との関係につき整合性を見出すことは出来ないことになった。

これは、水本浩教授が「借地権者が、その土地に建物を築造し、所有し、居住ないし営業していたこともあずかって力があつたというべきであるから、土地価格の値上がり分は、土地所有者が独占すべきものでは

なく」とした解釈に関しても、権利金との関連性を含めて被上告人らと同様に正確な把握がなされていないこととして看過できない問題点を内包している。

第3 旧借地法4条1項の違憲性3として

1 銀座と上告人の関係について

(1) 土地に対する投下資本と所有権に関して、被上告人らは以下のように主張したが、その判断意図は不明であるものの原審も敢えて拾っていることもあり、これは上告人の財産権にも密接に関連するので以下で検証する。

「仮に、300年前の江戸時代に当時の控訴人の委託者らの先祖が現在の本件土地のある場所で営業していた事実があったものと仮定してみても、その当時の先祖が江戸幕府の土地・人民支配の知行制度の下で、現行憲法下と同一内容の所有権を有していたという主張自体は、歴史的通説の観点から言っても明らかに支持されない失当な立論である。そして、また、明治維新後の地租改正処分土地所有権を取得し、」

この点につき、「日本の土地法・歴史と現状／稲本洋之助他・成文堂」の2頁より、以下を転記してこの主張の是非を検証する。

1 江戸時代の土地所有秩序

(1) 所持と知行

江戸時代の土地所有秩序のあり方は、近代的土地所有秩序を受け入れる前提になっていた。その最大の特徴は、政治的・公法的な土地支配権である「知行」と私法的土地支配権である「所持」と

が区別されていたことである。

．．．．中段省略．．．．

重層的「職の体系」を最終的・決定的に解体させたのが太閤検地であった。太閤検地により農民は検地帳に登録され、土地の「所持」を保障されたが、その年貢納入の責任を負うことになった。太閤検地を受けて、江戸時代では大名や大名家の有力武士は土地支配権を有し、土地「知行」をなしうるとされたが、知行は一定領域について政治的支配権を行使し、租税を賦課する権限を中心としていた。この知行に関する権限は、明治維新後は秩禄処分などにより政治的に解体された。日本の固有法の発展は、近代的土地所有権受容の前提を整備することを可能にした。江戸時代の農民や商人が土地に対して有していた「所持」の権利は、売買・質入れなどの対象であり、相続ができ、「所持」人はその土地を貸すことができた。また、幕府等の権力がその「所持」を取り上げるときには、一定の代償を交付した。この意味では、「所持」は、近代法における土地所有権に近いものであった。

(2) 江戸時代に上告人が「所持」していた本件土地を含めた所有土地の実態については「中央区沿革図集・京橋編」の76頁の「延享(寛保)時代1744～1748」の「沽券図」に「 ， 」が2区画の地主とする記録が存し、その取得額は銀座通両側の総坪数と沽券金高より計算すると、これは「坪当り7両」となる。

また、明治初期の地租改正の段階では、町人地に関しては前述した「沽券」に替わる「地券」の交付により納税義務者として確定され、それを以て我が国の土地法制として始めて土地私有制度が導入されたものである。

その課税価格についても、その後の賃貸価格調査等の曲折を経て路線価

に改められ、今日の課税システムに至っていることは、これらは公知された土地法制史であり、この法制史は公地公民の時代より現在に至るまで続いてきた租税史でもある。

従って、被上告人らがこれを以て如何なる主張に繋げたかったのかは不明であるが、上告人がこれまで「現行憲法と同一の所有権を有していた」とした事実はないと同時に、この当時は戦後の混乱期とは異なり例え賃借権であっても「投下資本」なく「使用収益権」を取得することは出来なかったことは、「沽券に関わる」の語彙を解していれば自明のことであったにも拘わらず、然るべき検証なく被上告人らが「決めつけた」理由は上告人には到底理解出来ない。

また、『また、幕府等の権力がその「所持」を取り上げるときには、一定の代償を交付した。』とした当時の法権力の政策運用は、近代法が正当事由制度等の導入やその後の運用に際して、然るべき「補償」の必要性すら検討されないままに今日に至っている現状を考えると、近代法として制定された正当事由制度との違いに哑然とせざるを得ないのである。

(3) 上告人(その先祖)と銀座との関係は、前述した江戸時代以降においても、その時代毎の局面で本件土地を含めた銀座の発展(場所的利益)の為に、代々に亘って如何なる意思を持って関与(寄与)してきたかは、本件に関する財産権を斟酌する上でも重要なファクターとなる。

先般編纂された(1)「銀座・土地と建物が語る街の歴史」(岡本哲志著/財団法人法政大学出版局)で膨大な調査により検証されている中から抜粋して、そのことの立証の1つとする。

同書40頁

「一方、XXXXXXXXXXの場合はどうだったのか。彼の店は、元禄一三(一七〇〇)年が創業と言われ、銀座で代々薬・化粧品の販売を

行なってきた。創業は古いが、恵比寿屋のように江戸時代代表舞台に立つことはなかった。明治五年時点で所有する銀座の土地は、銀座三丁目と三十間堀沿いの二つだけであり、彼が土地所有者として本格的に頭角を現わすのは煉瓦街が建設された以降である。明治末頃には、銀座三丁目、四丁目を中心に一〇〇〇坪を越える土地を所有する銀座の大地主となる。幕府や新政府と関係することなく、彼は新しい時代の銀座に目を向け、土地所有の新たな動きに敏感に対応できた銀座人の一人となっていたのである。」

同書131頁

「銀座の風景を大きく変貌させた数寄屋橋一带からこの通りの延長線上、銀座四丁目には銀座の象徴となる服部時計店が日劇と同じ渡辺仁の設計で昭和七年に建てられていた。彼は銀座のきわめて重要な都市空間に二つの建物を建てたことになる。服部時計店が建つこの土地の所有者は■■■■であった。■■■■の倒産を受けて彼が煉瓦街建設中に手に入れたものである。銀座の核となりつつある銀座四丁目の土地を銀座以外の不在地主ではなく、この地元の大地主である彼が所有したことで、単なる借地・借家経営に終わらず、銀座全体の街や建築のあり方を考えることのできる土壌がそこにできていたことに大きな意味を持つ。昭和八年には、銀座四丁目のA・レーモンドが設計した■■■■のビルが竣工し、銀座通りは近代的なビルが街並みを構成しはじめる。この土地も■■■■が所有していた。土地を所有することが銀座の発展に活かすことのできる重要な要因であることを、彼は少なからず感じていたはずである。そうでなければ、どうして彼が所有していた土地に銀座を象徴する建物がこのように複数建てられたのであろうか。」

2 借地権と投下資本との関係について

(1) 土地所有権は、その「土地」を取得したものが所有権者となり、その取得に伴う「投下資本」の多寡は、特に商業地の場合は、その土地の「場所的利益」つまり「使用収益権」に対する期待値で「地価」が形成される。

借地権は、その「土地」の所有権の本旨ともいえる「使用収益権」を、底地権と分離して賃借人に貸与されたものをいい、従って「収益価値」もその土地の「場所的利益」に左右されることとなることは、固定資産税や相続財産評価(必ずしも実際の収益性とは正比例してはいないが)に如実に反映されている。

(2) その「場所的利益」についても、前述のように被上告人が主張した「借地権の価値の膨張分の一部は借地権者に還元配分されるべきである」としたことについては、上告人もこれが正当に斟酌される限りは異論のないところではあるが、問題は借地権鑑定において「価値の膨張分」に対する「寄与分」をGDPで一律に論じる等の場所別の個別区分すらないままの評価がなされていることにある。

本件土地に限らず「地価」、とくに商業地の「地価」は「ゼロ」で始まった訳ではなく、本件賃貸借契約の段階で既に国内の商業地の中でも群を抜いた「高地価」であった。

つまり賃借人が貸与された「銀座」の土地はもともと「高地価」の場所であり、その収益価値は謂わば上告人(受益者兼株主)の先祖である代々の■■■■が「投下した資本」と、■■■■を含めた銀座有志らが継続的な資本投下による弛まぬ努力の積み重ねにより形成されたものである。

(3) 借地権の価値とは「使用収益権」そのものであり、その収益価値はその場所により大きく左右されることは立証するまでもない。

そうすると罹災都市借地借家臨時処理法の施行により「権利金」の徴求

を禁止したのは、その場所を問わずして無償で賃借人に「使用収益権」を貸与することを求めたことになり、つまりこの段階で単に「居住用途」ではなく日本最高の商業地である本件土地の「果実収受権」を、被上告人らに対して投下資本なくして「借地権」として取得せしめたことになり、これは「立法府」の配慮により「無償贈与」されたことに外ならない。

また、このような法の拘束下で「無償」つまり「補償」なくして賃貸借契約が開始された借地権の場合に、前各項で述べてきた「従前の例」をなぞった鑑定手法により借地権評価が算出され、それを基準にして「立退料」、つまり賃借人に対する「補償額」の算定基準とされることについて、これを負担するのが賃貸人であるにも拘わらず、今日まで何らの問題提起もなされていない。

- (4) これは賃貸人が一切の「補償」を受けることなく、その「使用収益権」を賃借人に貸与したにもかかわらず、その投下資本等の峻別がなされないままに賃借人に対する「補償」を求められることに外ならず、しかも原審同様に過去の判例もこれを自ら具体的に提示することを強制している。

つまり、旧借地法は、賃貸人の所有権能を制限し、かつ、私法関係における一種の補償処置ともいえる権利金の徴求すら禁じたその一方で、その消滅に伴う「使用収益権」の「清算」に際しては、賃借人に対して「投下資本」となる権利金や建物の建築費を遙かに超える「地価上昇益」の大半を「公共の福祉」の法益者として受益せしめることを賃貸人に代わって許可し、かつ、これを賃貸人に強制していることに外ならないのである。

3 投下資本としての権利金について

- (1) 「投下資本」については、借家法の造作買取請求権や、旧借地法の建物買取請求権、その期間満了に伴う法定更新時の契約期間の是非に大きな影響を及ぼすファクターであるにも拘わらず、その個別区分が必ずしも正確

な把握のないままに立法化され又は判断がなされていることは、大きな問題点を提起せざるを得ないことから、その点につき以下に詳述する。

借地契約に際して、権利金はその土地の「使用収益権」を取得するための「投下資本」であり、本件のように堅固建物建替に伴う「承諾料」もそれと同一の、つまり「権利金」の追加と考えることが出来る。

そう解すると、原審判決が「権利金750万円の合意は、昭和47年当時の他の銀座における承諾料の事例と比較して低額であるとする資料があるとしても、対等な契約当事者間において合意により定められたものであり、不合理であるとはいえないこと」とした判断には、基本的な比較衡量の過誤が含まれる。

つまりこれは単に金額の多寡が問題なのではなく、その一時金の目的が承諾料であれ更新料であれ、その時点の「土地価格」に対する「割合」に対する判断がなされないと、その本旨を見失うことは必定である。

(2) 本件の場合、被上告人らが負担した承諾料「750万円」と本件土地の「価格」との「割合」は、上告人が準備書面(3)で以下の検証値より換算すると $750万円 \div 19300万円 = 3.9\%$ となる。

つまり税法上及び鑑定手法上、「権利金90%で創設される地域」とされている銀座において、本件土地の場合には契約当初より確認できる権利金と地価との割合は僅か3.9%に過ぎない借地権となる。

①公示価標準地番号 中央5-1(所在・中央区銀座5丁目6番2号)

②標準地公示価格 昭和47年 2,450,000円/m²

③本件土地批准価格 ②×契約面積78.81m² ≒ 壹億九千叁百万円

④条件変更等承諾料 ③×平均値10% ≒ 壹千九百叁拾万円

(3) 更には、本件借地権が建物建替により条件変更された昭和47年前後においても、銀座通側の店舗賃貸借契約の敷金又は保証金については既に坪当たり100万円を超える事例が散見され、これは昭和48年の被上告人ら

建物の地下1階乃至地上3階のテナント契約だけで確認すると、敷金建設協力金の総額6800万円を契約面積約70坪で換算すると坪約97万円、建物建築費を述床約180坪、坪単価60万円（当時の平均建築単価は坪当35万円・注参照）で換算した総額は約1億800万円となる。

注・経済企画庁調査局編・経済要覧(平成11年版121頁より)

昭和50年 ①鉄骨鉄筋コンクリート床面積 48,711,000㎡

②工事費予定額 507,000,000万円

③工事費単価 ②÷①=10.4万円/㎡ ÷35万円/坪

(4) つまり、被上告人らは賃貸人に対する承諾料750万円と敷金56万円を賃貸人に対する「投下資本」として本件土地の「使用収益権」を更新し、その収益権の費用となる「建物建築費」として総額1億800万円を資本投下した後に、一部の建物借家人だけでも6800万円を回収し得たことになる。

極論すると、旧借地法の保護を受けた被上告人らは、例えその後の相続税が賦課されたとしても、少なくともこの時点での「投下資本」はこれだけに過ぎないと同時に、これを踏まえると借地人建物が貸しビル用途である場合の地価上昇の寄与度は、むしろ借地権者ではなくその建物賃借人に大きく依存していることの明らかな証左ともなる。

(5) 原審判決は、この投下資本に関する判断で「建築に際して相当の資本投下をしているのであり、当該建物についての賃料収入を得るについても建物の借主（テナント）との契約や交渉等の努力を行い、」としたことや「相続税」に触れている。

借地契約の場合、権利金はその土地の「使用収益権」を取得するための「投下資本」であり、本件のように堅固建物建替に伴う「承諾料」もそれ

と同一の、つまり「権利金」の追加と考えることが出来る。

その一方、建物建築費はその「使用収益権」を具体的に受益する為の「費用」（減価償却資産）であり、「相続税」も「使用収益権」に対して課される「費用」と言えるし、賃料収入を得る為の労務については、これは貸しビル経営に関する基本的、かつ、当然に必要とされるものである。

これを踏まえると、原審の判断はこの「投下資本」に対する比較衡量においても、然るべき方程式すら把握しえないままに羅列しているとした判断出来ないものである。

4 権利金と継続地代との関係について

(1) この「使用収益権」の「投下資本」となる「権利金」の有無と、その「費用」となる「継続地代」との関係性についても、鑑定手法や司法裁量に際して以下の重要事項につき、一切考慮されていないことも多大な矛盾を孕んでいる。

特に、その借地権の鑑定評価に際して「借地権が有償で創設される地域」としていることは、その地域に具体的な権利金事例が存しているとしたことに外ならないが、仮にその具体的な事例が存しているとしても、決して一律では無いはずであるにも拘わらず、あるいは本件のように些少の権利金しか投下されていない事例においても、継続地代の評価に際して権利金の多寡や有無が全く斟酌されないままの鑑定が行われていることに問題がある。

権利金の性格に関して権利取得対価、前払賃料、その他種々の議論がなされているとしても、少なくとも前述したように鑑定業界自らがその地域毎に権利金事例が存すること、かつ、それを前提として借地権の市場交換価格が決定されるとしていること、つまり鑑定が物や権利を貨幣との交換価値を評価することを役務としている限り、継続地代の評価においてもこ

の権利金の多寡は重要なファクターとなるにも拘わらず、殆ど斟酌されていないことになるのである。

- (2) その一方で、その借地権価格の評価に際して正常地代(近隣相場として)と実際支払地代との差額が「借地権価格」を構成するとされているが、これは当事者間協議により近隣相場に準じた継続地代を履行してきた借地人が有する借地権には経済的価値は生じないとしたことに外ならない。

しかしながら、この差額還元の手法は税法上の相当地代制度や、土地収用等の場合に近隣賃料との差額を移転の補償とする鑑定事例等を、疑問のないままに、そもそもこの場合は当事者が異なる(私法関係ではない)にも拘わらず、純然たる私法関係においても同様の鑑定手法を採用してきたことに、これまで何らの問題提起すら行われていないことは専門家としての見識を疑わざるを得ない。

- (3) これは、単に鑑定業界だけの問題に止まらず、本件の場合も過去30年以上に亘って概ね商業地における相場とされていた公租公課の倍額を前提として増額請求(これは正常賃料を負担している他の賃借人に対する信義則上の必要でもある)を行ってきたが、被上告人らを含めた関係賃借人らの理解を得られないままに、その都度に調停に委ねざるを得なかった。

その調停においても、継続地代が専ら賃借人の負担能力を考慮して抑制的に誘導されることはまだ理解出来るにしても、少なくとも調停調書等において賃借人に対する近隣相場である目標値を摘示することは裁判所の義務であると考えていたにもかかわらず、斯かる視点を有する司法の担当者は今日にいたるまで皆無であった。

- (4) また、税務上(経済的にも同様)の視点を踏まえると、この近隣相場を然るべき市場の「正価」とすると、それとの差額が存するということは本来の債務負担となる正価との差額分の負担を免除(法人税の場合には受贈益として資産計上を求められる)されていることになる。

つまり、被上告人らに限らず正価との差額が生じている賃借人は、経常的にその差額分の債務を免除益として受益しながら、借地権評価に際しても免除分の差額が資本還元されることとなり、これは経済原則に反して二重の利得を賃借人に対して享受せしめることに外ならない。

これでは、円満な私法関係を維持する観点から正常地代の履行に努めてきた賃借人は「権利の上に眠る当事者」として不利益を被ることとなりかねない一方、被上告人らのように地代改定の都度に徹底的な対抗を重ねてきた賃借人が二重利得を得ることを、しかもこれが調停という司法裁量による結果産物であることを踏まえると、法が私法関係における安定秩序（これも公共の福祉）をその目的としているとすることからしても、何れの私法関係が安定的な関係と言えるのだろうか、これまで司法担当者はこの矛盾を如何なる論法を以て正解し得てきたのであろうか。

(5) この矛盾については、改めて司法の役割を問わざるを得ないと同時に、これは専門家としての知見を有していなくても、論理的な検証能力を有していれば十分に認識出来得たはずである。

これも旧借地法の運用に際して、司法担当者が専ら鑑定士に過大に依存し、その集積を以て、つまり然るべき検証がなされないままに裁量的判断を繰り返してきた結果であると同時に、その不利益は上告人に限らず偏に土地供給者が一方的に被っていることに外ならず、是正されなければならないことは明らかである。

第4 旧借地法4条1項の違憲性4として

1 使用収益権に関する土地と建物との関係性について

(1) 前述してきたように、借地権は、その「土地」の所有権の本旨ともいえる「使用収益権」を、底地権と分離して賃借人に貸与されたものをいい、

その「収益価値」は当然に、その消滅に伴う「場所的利益」についても地価膨張に対する寄与分の「清算額」も、その土地の存する場所に大きく左右されることは否定できないところである。

一方、賃借人が借地権取得時の投下資本となる「権利金」については、その土地の「地価」との「割合」を以て比較衡量されるべきであることと、建物建築費や相続税等はその使用収益権を実現する為の投下資本であり、土地に対する「投下資本」との関係でいえば「費用」となることを確認してきた。

更には、借地権としての「使用収益価値」や、その清算時の「場所的利益」としての「清算額」や、継続地代についても、その土地の存する場所に大きく依存し、かつ、左右されるにも拘わらず、司法や鑑定評価の実務において、「使用収益権」の取得に伴う「投下資本」としての「権利金」の有無や、その土地の地価との関係性についても殆ど斟酌されることなく裁量的判断が行われている。

つまり、借地権の本質が「使用収益権」であること、その収益価値もその場所に左右されるにも拘わらず、賃借人が「使用収益権」を取得する際の賃貸人に対する補償ともいえる投下資本（権利金）を考慮されることのないままに鑑定評価が行われ、かつ、それを盲目的に追認して司法の裁量的判断がなされてきたことは、そもそも土地と建物との関係についての論理的な組み立てを間違えていることにあると考えているので、その点について次項で再検証する。

- (2) 「民法学説百年史」（三省堂）は、その247頁以下で社会法学を専門とされていた渡辺洋三氏がその著「土地・建物の法律制度」（1960年・東京大学出版）において、土地と建物の関係に関して以下のように解説されているとした記載がなされている。（丸数字下線は当方加筆）

(1) 渡辺理論は、土地と建物の性質につき次のように認識している。「資本主義社会における建物所有権は、①その建物をつくるために資本を投下した者の利益を法的に保障するものでなければならぬ。②建物所有者はかならず私的資本の投下者（中略）であり、その所有権は、いわばその資本投下とひきかえにえられた法律上の保障である。（中略）

土地について事情が異なることは明らかであろう。なぜなら、③土地それ自体は—ちょうど路傍の石のごとく—人間の行為と関係なく自然に存在する物であり、その物自体としては人間にとって無用、無価値なものである。土地それ自体が有用なのではなく、④土地のうえに生育する作物や立木や、土地のうえに建てられる建物等々が、人間にとって直接に有用であり価値あるものなのである。土地所有権が独立の財産権として法的価値をみとめられるということは、それ自体封建的なことなのであり、⑤資本主義経済したがって資本所有は、かかる土地所有の克服のうえに成立する。（中略）本質的には、土地所有は資本所有の法則に服してのみ、そのわく内でのみ、その存在をみとめられる。」

ア 渡辺氏のこの著作は、日本国憲法が制定された後の1960年（昭和35年）、つまり判例1の2年前に出版されている。

上告人としても、判例1が立法と見紛うような、つまり一般条項的な解釈に止まり、つまり斯かる摘示が判例法として然るべき拘束性が生じることが当然のことであつたにも拘わらず、司法本来の役割たる事案の個別性（居住用、事業用等の用途別、契約内容、時間軸等々）に対する一切の配慮がなされていないことに多大な疑問を有していた。

この渡辺氏の説が、立法関係者や司法担当者等の法の内縁に在する法

曹に如何なる影響を及ぼしたかを検証することは不可能であるとしても、少なくとも上告人が一審段階から主張してきた鑑定手法や司法裁量に対する疑問が、渡辺氏と同様の考え方に何らの疑問を抱くことのないままの経験をもって、盲目的になぞっていることにある。

イ 渡辺氏が、「③土地それ自体は一ちょうど路傍の石のごとく一人間の行為と関係なく自然に存在する物であり、その物自体としては人間にとって無用、無価値なものである」とされていることについては、これは凡そ人類の文明が如何なる変遷を辿って形成されてきたかを、全く無視されたに等しい説となっていることに驚愕を禁じ得ない。

そもそも原始時代から、人類はその土地の自然環境により生存し得てきたものであり、その後の農耕による集団としての自給自足が可能となった場所に文明が発祥したことは説明を要しない歴史であり、その集団化は必然的に土地に関する需要と供給の関係の始まりでもある。

ウ つまり、渡辺氏の説が根本的に間違っているのは、人類は文明発祥の当初より、その土地が何処に存するかによって、つまり④土地のうえに生育する作物や立木やの生育し得ていない土地はそもそも価値を生じなかったし、土地そのものに価値の無い場所に建物を建てても直接に有用であり価値あるものとはならなかったと同時に、そもそもそのような場所に建物を建てる愚か者はいなかったことは小学生でも解せることであった。

にも拘わらず、否なるものを同列に並べて論証されたことは、同氏に限らず、あらゆる専門家が専門家であるが故に陥る「結論への無意識の誘導」、つまり結論ありきの賜と言わざるを得ない。

エ 渡辺氏の説を前提とするならば、極論すれば被上告人らが北海道であれ銀座であれその土地に建物を建てたとすると、その建物はその土地相当の価値を生み出すであろうことは否定しないが、建物の存しない土地

は価値がないとしたことは法学者としては余りにも拙劣である。

同氏の説は封建主義に対する批判的な思想性故のことであるのかは判然としないが、前述したように封建主義のまっただ中の江戸時代であっても、土地そのものが有する「価値」が取引の対象とされ、時代毎の為政者からも手厚く保護されてきた歴史を無視していることに問題がある。

加えて、「②建物所有者はかならず私的資本の投下者（中略）であり、その所有権は、いわばその資本投下とひきかえにえられた法律上の保障である。」としながら、土地に対する私的資本の投下者の所有権は法律上の保障により保護される必要性は無いと断じたに等しい論法となるが、これは民法の所有権規定に反することは明らかである。

オ 渡辺氏が、論理的な間違いを来したと思われるのは、土地と使用収益権との関係に関して、つまり土地を「元本」とすると、その元本を離れた「果実」はあり得ず、かつ、その果実の多寡も、土地の元本価値に大きく左右されることを全く考慮外において論証したことにある。

加えて、「建物」がその土地の果実を収受する手段であるとしても、建物が存しない場合でもその元本としての「価値」が減じられる訳ではないし、旧借地法や借家法が生み出したのは「建物」や「賃借人」が存することにより、その土地の元本としての価値が減じられるに至っている。

つまり、同氏の説とは逆に、この銀座に限らず商業地においていはむしろ建物の存しない更地が、資本投下の対象価値を高めていることは言うまでもないし、それは資本主義が生み出したものではなく文明が発祥した時代より始まった「需要と供給」の産物でもあると同時に、これも旧借地法や旧借家法が生み出した大きな矛盾であり課題でもある。

2 旧借地法における元本と果実の関係について

(1) 前述した渡辺氏の説が問題であるとしても、このような論法が同氏や東大の内縁に止まる限りは、何ら問題を来すことは無かったと言えるし、上告人も本件に対する司法的判断を求める必要性すら無かったかもしれない。

しかしながら、前各項で述べてきた司法的判断や鑑定手法の問題点を述べてきたのは、司法担当者、法学者、弁護士、鑑定士、税理士、その他の専門家が、同氏と同様の矛盾を内包するに止まらず、かつ、それに対する問題提起に対してすら正解しようとしないうこと、つまりは端的に言えば気づいてさえいないと思われることにある。

(2) 土地を「元本」とすると、その「果実」としての「使用収益権」についても、その元本たる土地を離れては存立し得ないし、その「収益価値」も「元本価値」とは不即不離の関係となることは言うまでもない。

ところが、この基本原則が旧借地法による借地権においては、その関係性を切り離して評価され、かつ、論じられている。

従って、その設定契約に際して投下資本となる「権利金」は、その土地の「元本」が有する「果実収受権」、つまり「使用収益権」の一部を借り受ける「対価」となり、それ故にこそ公有財産規則等においても「土地価」に対する「権利金の割合」が規定されたものであり、鑑定基準書が「借地権が一般に有償で創設され、又は継承される地域であるか否か。」を、評価の規範としていることから明らかである。

しかしながら、鑑定基準書はその一方で不動産鑑定が個々の「土地」の価値を貨幣価値に置き換えるに際して「事例値」より比準することを基本としながら、この借地権については「権利金事例」との比準を説かず専ら地域概念に委ねていることは、これが「財産権」の侵害をもたらすことを想像すらしていないことになる。

(3) 判例1が旧借地法の合憲性の理由として説いたのは、「借地法は、建物の所有を目的とする土地の借地権者の利益を保護するため、土地所有者の

所有権に対し種々の制限を規定しているが、同法四条一項が、借地権が消滅した場合においても、借地権者が契約の更新を請求したときは、建物が存在するかぎり、前契約と同一の条件をもつて更に借地権を設定したものとみなすことを建前とし」としているように、私法関係の権利行使に対する制限規定であることを摘示したものである。

つまり、そもそも借地法が「土地所有者」の「契約自由の原則」を謂わば剥奪してまで「公共の福祉」を目的として「保護」しようとしたのは、「借地権」たる「使用収益権」ではなく、その権利を有する「借地人」であるはずであったにも拘わらず、その後の司法裁量は明らかにこれを混同している。

前述した「借地権譲渡」に関する非訟事件の裁量においても、賃借人がその権利取得時に「資本投下」した「権利金」に対しては「土地」の「元本価値との割合」を以て地価上昇分に対する「寄与分」、かつ、「場所的利益」として配当し、「建物資本」については「再建築価格に対する残価」、 「相続税」についても「契約期間に対する残存期間との割合」による「清算」がなされれば、少なくとも賃借人が投じた投下資本を超えた相当額を以て「補償」されるのであり、それを維持することに対する将来の「期待値」までもも内包したままに代諾許可を与えることは、結果として「不当利得」ともなりかねない賃借人の「財産形成」を保護することに外ならず、これは借地法の規定した範囲を逸脱している。

しかも、この場合に「賃借人が交代しても借地権の本質は変わらない」として、その代諾許可の正当性を摘示していることは、旧借地法本来の目的を遺脱していることは明らかである。

- (4) 正当事由制度が保護してきたのは「使用収益権」を有する「借地人」であり、本件の場合のように被上告人らが再々に亘って第三者に対する譲渡意思を表したことは、これは最早「保護」を必要としないとしたことに外

ならず、その既得権利の清算に際しては然るべき補償を要することは当然としても、それはあくまでも投下資本を踏まえた手続の問題であり、このような場合においてまで「保護」を必要とすることに「公共の福祉」の目的に資するのであろうか。

にも拘わらず、「権利金」の有無すら問われずに、専ら借地権価格に対する承諾料のみで残余の額の收受権を賃借人に与えることは、その土地に資本投下した賃貸人の元本、つまり所有権が侵害されることに外ならないし、これは「立退料」の算定においても同様となる。

従って、元本に対する「投下資本」のない賃借人に、元本と付随的な関係にある借地権として「使用収益権」の「評価額」を以て、補償を与えることとなる司法裁量は「公共の福祉」とは何の関係性をも見い出せないと同時に、これは明らかに賃貸人の財産権を侵害することとなる。

(5) これを、資本投下した当事者がその権利行使に原則として何らの拘束の無い「株式」の場合と比較検証すると、「株主」となるのは「取得」に際して資本投下した者であり、その「値上益」は「売却」により「株価」に見合った「売却益」を享受することが可能となる。

つまり、この場合に当事者の「財産価値」は「株価」そのものであり、それを享受することが可能となるのは「株主」となる段階で「投下資本」を投じたことの結果である。

ところが、借地権の場合には、その「権利」を有する借地権者を離れて、その土地の「元本価値」を含めた「使用収益権」の「価値」を評価し、それを参酌して「立退料」が決定される等の司法裁量が多々散見されている。

従って、その借地権の清算に際しては、その理由が如何なるものであるとしても、その土地の「借地権評価」を前提として、借地権者が投じた投下資本を斟酌した上で「立退料」の算定がなされない限りは、これは「株主」でない者に「売却益」を付与することと同義となる。

従って、原審が「立退料」の具体的な提示のないことを以て本件請求を棄却したことは、しかも「鑑定申立」を排したことをも踏まえると、憲法が保証している上告人の立証機会を奪ったと同時に、それなくして自らの「侵害額」に対する提示を強いたに等しく、これは憲法が保障した基本的な人権を著しく侵害したことに外ならない。

第5 上告理由の第5点「憲法13条、14条の違反」として

1 本件は、そもそも平成14年11月7日付の「平成14年(ワ)第2422号」として提訴し、被上告人らの当事者適格に対する異議を踏まえた翌15年3月4日付けの当事者変更による前訴取下・再提訴の後、平成17年8月23日の口頭弁論終結に至る迄の間に於いて、専門調停に付された調停部裁判官を含めて計5名の裁判官(控訴理由書添付資料1)が携わることとなった。

同様に、上告人は本件に先立ち甲第21号証1乃至同2の区画⑩の賃借人である■■■■■(以下、■■■■■という)に対して「建物収去土地明渡請求事件・東地平成12年(ワ)第1244号」として提訴し、その棄却判決を踏まえた控訴に至る一審段階(専門調停を目的とした調停部を含めて)で、都合4名の裁判官が関与している。

更には、これらと同時並行的に甲第21号証の1乃至同2の区画②の賃借人である■■■■■(以下、■■■■■という)に対する同様請求「東地平成16年(ワ)第12362号」の訴訟追行中であるが、この事件についても既に裁判官が交代されている。

2 上告人としては、本件を含めて前述した訴外事案の調停や原審を含めると、裁判官だけでも都合17名を数え、それに加えて調停委員及び鑑定士等より調停、口頭弁論、弁論準備、進行協議等々に際してその都度に発せられた意見の諸々を一種の心証開示として理解してきたが、一部の例外は存するとし

ても、その殆どが「予め結論ありき」、又は漫然とした「経験」に発している
るとしか判断できないような対応を目の当たりにしてきた。

斯かる「経験」が、前各項で述べたように旧借地法が適用される借地権紛
争の本質に対する問題認識のないままに、つまり事案の個別性に対して然る
べき斟酌すらなされないまま(同様事件の判例や鑑定事例等に対する既判力
につき詳細検証の必要すら語られないまま)に、恰も、かつ、既に確定した
かの如き前例踏襲により構築され、それは法曹を含めた関係専門家において
も同様であることは否定できない事実と言える。

そのことが、被上告人らを含めた関係賃借人(一般的な賃借人も同様)らの
借地権に対する財産的価値への「期待」を「堅固」にし、それが結果として
調停段階に於ける被上告人らの「15億円」の買取要求に繋がり、それが上
告人の権利を不当に侵害することに外ならないことに一切の認識のないまま
に、「当然の権利」として主張されるに至っている。

- 3 そもそも上告人が、本件を含めた一連の訴外事件に関して提訴した目的は、
上告人の「期待権」に発した所有権本来の相当性の回復や、正当事由として
提起している再開発計画実現に際して被上告人らを含めた関係賃借人ら(甲
第21号証の1乃至同2の⑮⑯区画を除く全賃借人)との権利変換計画を具
体化する上でも、旧法借地権については漫然とした経験則の解釈適用ではな
く、あくまでも個別事案としての取り扱いは当然に、その終期を踏まえた総
合的比較衡量の必要を提起したものである。

加えて、それなくしては被上告人らを含めた関係賃借人らが有する「期
待」の一部については「幻想」に過ぎないこと、長期的な時間軸を踏まえる
と「将来リスク」を含むこと、つまりその「期待権」の実体を再検証しない
限りは上告人との権利調整は不可能であるに止まらず、既に予告している將
来における上告人の異議を司法手続きに於いて排する保証(これは被上告人

ら代理人の認識如何に大きく左右される)の無いままに、現在の権利を継続的に保有し続けることは不可能となることの警鐘を求めた第一歩でもある。

- 4 上告人が発した警鐘の結果の一つとして、前述した■■■■■については原審に於ける和解勧告により区画⑩(甲第21号証の1他)の借地権買戻の実現に至り、これは本件と同様に再開発計画の実現に向けた具体的な権利変換の実現に外ならないが、この和解が実現するに至った理由は、単に上告人の主張に止まらず、原審の受命裁判官による相手方賃借人に対し、同人の有する「将来リスク」に関する粘り強い説得が行われたことであつた。

更には、訴訟を経ない当事者間協議により区画⑨の賃借人■■■■■との間の借地権付建物売買契約を完了したが、■■■■■がその決断に至った理由も上告人が提起した再開発計画や「将来リスク」に対する警鐘のアナウンス効果にあることは否定出来ない事実である。

- 5 一般的に司法担当者たる裁判官は、その職責遂行に際して「自由心証」に依ることが権能として付与され、その心証形成の規範として「経験則」に基づくことが許されているのは、その裁判官自らが「不知の知」に対する注意義務としての絶えざる検証能力を有する者のみに与えられたものであることからして当然のことと考えられるし、また、そうで無ければならない。

しかしながら、原審判決が摘示した以下のような判断は、上告人としても目を疑うような内容となっていることに哑然とする思いであつた。

原審判決 12頁の3の一部抜粋 (注・丸数字及び下線は加筆)

「控訴人は、原審において①予備的請求として相当額の立退料を提供することを主張するが、具体的な金額の提示をしておらず、その理由として従前の借地権の評価手法や借地非訟手続への批判を述べ

るものであるが、②本件の正当事由の判断について旧借地法の適用のあること（借地借家法附則6条）からすると、正当事由の補強条件の主張としては、主張自体失当であり、・・・・省略・・・・同条の規定するとおり、③借地借家法施行前に設定された借地権に係る契約の更新に関しては、なお従前の例によるとされ、④このような従前の借地権については、従前の評価手法を前提として⑤税制上も評価されているのであるから、⑥本件賃貸借契約における個別事情を立退料算定時に考慮することがあるとしても、これと大きく異なる鑑定手法とか借地借家法の適用のある借地権の例を前提とする鑑定手法とかを採用することが相当でないことは多言を要しないところというべきである。）

そうしてみると、⑦控訴人の当審における予備的請求は、理由がないから棄却を免れないものといわなければならない。

(1) 原審が下した判断の②③に関しては、これを根拠として上告人の主張を失当として退けているが、借地借家法(以下、新法と言う)の附則第6条の「従前の例」は、旧法借地権の契約更新後の契約期間については新法が適用されないことを規定したに過ぎない。

又、更新拒絶における正当事由については、新法が適用されることは「借地借家関係事件執務資料／最高裁判所事務総局民事局監修・司法協会」の4頁に於いて、以下のように規定されている。

(2) 「正当事由」の明確化

借地・借家関係の解消の要件である正当事由について、借地法及び借家法は、「貸主が自ら使用する必要がある場合その他正当の事由がある場合」

と規定するのみで、どのような事由が正当事由の有無の判断にあたって考慮されるのかは、条文上は明確ではなかった。そこで、新法では、正当事由の有無の判断に際して借地法及び借家法の下での裁判実務において考慮されていた要素のうち代表的なものを規定に掲げることとされた（6条，28条）。したがって、正当事由の有無の判断の実質は、基本的には借地法，借家法の下での扱いと異なることとなる。

(2) この規定は当然に受命裁判官を拘束するものであり、原審はこれと異なる判断を下したことに外ならないが、裁判官として「不知の知」を怠る、つまりミスを犯すことはあり得ないことではないとしても、単独制ならいざ知らず合議制を採る原審で「不知」が見逃されたことは論外となる。

尚、新法改正に関する「第121回国会 法務委員会 第5号」の議事録を検証すると、最高裁判所長官代理者より以下の説明がなされている。

平成三年九月二十六日（木曜日）午前十時開会 注・記事録抜粋

最高裁判所長官代理者 最高裁判所事務総局民事局長 兼最高裁判所事務総局行政局長 今井 功君

○北村哲男君 もう一点だけ。

○最高裁判所長官代理者（今井功君） 具体的な法律の解釈、適用の問題でございますので、必ずしも私ども事務当局からお答えをするということはあるいは適切でないのかもしれませんが、私ども前には地方裁判所でも裁判をしておりまして、そのようなことを踏まえて申し上げたいと思います。法律の解釈、適用の問題でございますが、これは申すまでもなく、この文理といいましょか、が一番重視されるというのが原則であることは言うまでもないことで

ございます。今回、この法案におきまして、六条、二十八条で、正当事由に関する考慮要素というものがいろいろ規定されたわけでございます。これにつきましては、これまでの裁判例において正当事由の判断に際し考慮されてきた要素を法文において明記したものであるというような説明がされております。これによりますと、今回の改正によりまして判例が正当事由を従来より拡大して解釈することはないというふうに考えるわけでございます。従前の判例の帰結、結論をそのまま条文に書いたというような説明でございます。

また、法律の解釈に当たりましては、当然のことではございますが、立法者意思というものも非常に重視されるわけでございます。立法者意思、つまり立法機関である国会の方で、これがどのようなものであるということで法律を制定されたかということでございます。具体的には、国会におけるいろいろな御議論あるいは御論議というようなもの、これが非常に参考になるわけございまして、このような国会における審議の経過というものも、私ども事務当局としましては各裁判所、裁判官にいろいろな機会に周知をするという
ような努力もしたいというふうに考えておるわけでございます。

(3) 更には、その判断の④⑤⑥に関しても、原審裁判官全員での検証がなされないままに発されていることも上告人の理解を超えるものである。

先ず、評価手法についての原審の判断は上告人の「弁論の全趣旨」に対する読解力に発した問題であることに加えて、これが不動産鑑定評価基準の改正を踏まえたものであるとすれば、これも論外である。

不動産鑑定評価基準については、旧借地法の借地権についても適用あるものであり、これは当該基準書の「各論 第1章 第1節 3、借地権及

び底地の(3)の①借地権の価格」で「借地権の価格は、借地借家法(廃止前の旧借地法を含む)に基づき・以下省略」と規定されているが、旧借地法借地権に関する鑑定評価基準は基本的には変更されていない。

上告人が主張したのは、前述しているように一般的な借地権鑑定(訴訟鑑定を含めて)が評価基準を遺脱していることに対して疑義を提起したに過ぎないものであり、原審判決はそれを正解しないままに「従前の評価手法」が基準書を遺脱していても問題がない、つまり無定見に専門鑑定を前提として司法判断をしてもかまわないとしたことに外ならず、これは前述した収用判例「昭和58年2月16日・東京地方裁判所・損失補償請求事件昭和53年(行ウ)第16号」で摘示された判断基準を踏まえると、そもそも借地権鑑定に対する経験知の欠落に外ならないとして、これを批判せざるを得ない。

「一定の地域に通常存在する慣行的な借地権割合は、あくまでも標準的、平均的なものにすぎず、借地権は、土地所有者と借地権者との間の個別的な借地契約によつて設定されるもので、契約内容、契約締結の経緯等により相当に個別性の強いものであるから、たとえ同一地域に存する借地権であつても、当該借地権に係る借地権割合は当然に個々の契約の内容等によつて異なりうるものである。」

「相続税財産評価上の借地権割合は、相続税の適正な課税のために課税実務上の便法として定められたものであり、当然のことながら個々の借地権の個別的要因等は考慮されておらず、本件のような借地権価格の鑑定評価においては、一参考資料となりうるものではあるが、直ちに対象地の借地権価格を算出するための借地権割合として採用することは相当でない。」

上告人が、借地権鑑定に際して鑑定士が税務上の借地権割合を極めて安直に適用していることにつき、せめて司法手続きに於いては一方の当事者が異議を述べ、かつ、その異議に然るべき根拠を認められる場合には、その異議は正当に審理斟酌されるべきであることを述べたものであることを踏まえると、原審の摘示した判断は上告人による弁論の全趣旨の把握がなされていないことを露呈したものである。

- 6 原審は、上告人が「請求の趣旨変更申立書」による予備的請求の前5項①のように立退料の算定を目的とした「不動産鑑定評価申請」を排したことに關して、同項⑥をその理由とすることに加えて以下の理由を摘示し、その上で同項⑦の結論に至る理由としている。

(2) 予備的請求について

控訴人の主張する補完事由としての立退料の申出は、平成3年の借地借家法6条の適用を主張するものであり、主張自体、失当である。本件賃貸借契約では、旧借地法4条1項ただし書き、6条2項が適用されるのであるから、抽象的金額の立退料の提示で正当事由を補完することはできない。

- (1) この判断は、前項で引用した「借地借家関係事件執務資料／最高裁判所事務総局民事局監修」の説明を踏まえると、明らかな理由齟齬となる。

原審と同様の主張は被上告人ら代理人も準備書面で再々に亘って、本件の更新は旧借地法が適用されることを述べているが、何れの者であれこのような「決めつけ」をする場合には、少なくともそれ以前の注意義務としての自己検証は絶対的なものであった。

更には、原審が「不動産鑑定評価申請」を採用しないとしたことは、単に附則等の不知に止まらず、そもそも民訴法が司法担当者に対して自由心証主義によることを認めているとしても、弁論主義の違法は絶対的に許されないことを前提としたものであり、以下の下級審判例が摘示した基本的な手続裁量に関して明らかな違法を、しかも上級審が犯している。(裁判所HPより)

「平成16年3月17日 東京地方裁判所 民事第28部

損害賠償請求 平成10(ワ)14844」

- b 民事訴訟手続においては、事実と証拠の収集を当事者の権能と責任に委ねる弁論主義が取られていることから、当事者の判断で必要な攻撃防御方法を取ることができるのが原則である。この原則からすると、被告が必要と判断して行う主張立証について、関連性・必要性の点から制限を受けることを除いてこれを許さないということとはできない。]
- c 一般的に証拠能力に制限がなく、自由心証主義を取る民事訴訟手続においては、どのような証拠を認定に供するか、証明力の有無、程度は、すべて裁判官の自由な判断に委ねられている。したがって、当該証拠について予め排除したり、認定に供したりしないこととはこれに反しており、採用できない。」

加えて、上告人の予備的請求及び「不動産鑑定評価申請」は、本件借地権の消滅に対する「立退料」の立証に繋げる目的で申し立てたものであり、原審は弁論終結宣言と同時にこれを却下したが、原審判決で述べられている理由は、以下に引用する判例を含めた幾多の判例を踏まえると、これは上告人の証拠申立が「関連性・必要性」が無いとする理由とはなり得ず、

その限りにおいては「制限」したことに合法性を認めることは出来ない。

その上で「原審において予備的請求として相当額の立退料を提供することを主張するが、具体的な金額の提示をしておらず」と決めつけたことは、これは弁論主義違反に加えて司法担当者として絶対に許されない信義則違背と言える明らかな「不意打ち」である。

(2) 更には、原審判決はその第3の「当裁判所の判断」として10頁下段以下で、「仮に控訴人の自己使用の計画が具体的であり、また公共の福祉に合致すると仮定したものであるとしても、控訴人の自己使用の必要性と比較して、立退料の補強条件なく当然に正当事由のあることが明らかであるような特殊事情があるとまで認めることはできないというべきである。」としたことについては、上告人が1審段階の準備書面(10)で以下のような主張を行っているが、これを陳述証拠として採用するに至れない「理由」すら述べられないままに、独断的な判断を下したことは弁論主義の意義を損なったと同時に、これを単に審理不尽として解することは真の問題解決に繋がらないことは明らかである。

「第3 立退料について

原告は、正当事由の補完として必要な場合には、被告らに対し、相当額の立退料を支払う意思があることは訴状でも述べている通りである。ただ、その金額については、本件賃貸借が権利金等の授受を行った等の事情がないことから、しかるべく減額されるべきである。

この点、原告代表者の尋問(尋問19頁)で述べられたように、調停段階で原告側が提出した鑑定書は、上記の借地権の金額は、権利金等の授受を行った等の事情を考慮していないにも拘わらず、金5億5000万円、もしくは金8億5000万円だったのであり、

これらの金額は立退料の算定においても当然斟酌されるべきである。

尚、この立退料に関しても殆どの鑑定士が何らの疑問を有しないままに借地権について物権的な評価を行う事例が多々散見されているが、元々土地所有者である賃貸人がこの立退料を物権的な評価に基づいて負担を求められるとすると、所有権絶対を前提とする民法の原則にそぐわないことは必定である。つまり土地取得費の二重負担を避けるためにも、立ち退き料は借地権者が有する予測可能な利用期間中の収益額を現価還元して算出して先買いするものであり、この原則は仮に両方の手法に基づく評価額が同額で有ったとしてもこれを同一に論じてはならないことは言うまでもない。

その限りに於いては、少なくとも本件のような賃借権の場合には被告らが賃借人として本件土地に有する建物所有目的としての期間（法定更新に至った段階では契約期間を直接的に意味しない）を前提とした評価が為されるべきである。その限りに於いては原告が正当事由を完全に具備するに至った場合とその可能性とそれに要する期間、借地権の消滅事由としても建物の物理的な朽廃に止まるのでは無く、寧ろ陳腐化を先取りする等の供給者としての見識が要求される銀座であること、金融市場に於いては如何なる鑑定や非訟事件等に於ける許可が為されようとも土地所有者の承諾の無い借地権は担保能力を有さないこと（融資を受けられない）、その他諸々のリスク負担を織り込んだ上で、統計的且つ工学的な手法を踏まえた鑑定が求められる時代に至っていること、つまり普通借地権は緩やかな消滅に向かっていることは既に否定出来ない事実と言える。」

この立退料については、被上告人らも1審の準備書面（4）の第1の後段において、以下のような反論を行っている。

「 2) よって、借地法第 4 条 1 項に基づき原被告間の本契約は更新されたので、本件建物収去土地明渡請求は失当である（なお、原告らは更新拒絶の正当事由として立退料による補完を主張しているが、その具体的金額も示さずに、第三者である建物の賃借人らの存在を無視して、本建物の収去を求めているのであるから、その請求自体が失当なものであるといわなければならない）。」

本件に限らず、訴訟追行における当事者の弁論攻防は、その主張内容が一方の当事者に対する対抗上、必ずしも本意が述べられていないことはままたることであり、被上告人が専門調停に付された段階で「15 億円」の提示を上告人が承諾出来なかった経緯等を踏まえると、斯かる主張は法定更新を主張する一方で具体的な金額提示を求めたと解することも出来得たものであり、受命裁判官が調停段階からの当事者の対応を把握し得ていたのであれば、これは釈明権の行使がなされても然るべき状況にあったと言わざるを得ない。

(3) 旧借地法借地権の消滅に関わる立退料の取り扱いについては、「平成 6 年 10 月 25 日 最高裁第三小法廷 建物収去土地明渡等 平成 2 年(オ) 326」が、以下のような判断基準を摘示され、併せて裁判官可部恒雄氏による補足意見が述べられているが、これは今日の旧借地法の司法裁量の方角性を明確に摘示したものと考えられると同時に、原審が裁量した結果とを比較検証すると、その判断の格差に啞然となる。

「土地所有者が借地法六条二項所定の異議を述べた場合これに同法四条一項にいう正当の事由が有るか否かは、右異議が遅滞なく述べられたことは当然の前提として、その異議が申し出られた時を基準

として判断すべきであるが、右正当の事由を補完する立退料等金員の提供ないしその増額の申出は、土地所有者が意図的にその申出の時期を遅らせるなど信義に反するような事情がない限り、事実審の口頭弁論終結時までにはされたものについては、原則としてこれを考慮することができるものと解するのが相当である。けだし、右金員の提供等の申出は、異議申出時において他に正当の事由の内容を構成する事実が存在することを前提に、土地の明渡しに伴う当事者双方の利害を調整し、右事由を補完するものとして考慮されるのであって、その申出がどの時点でされたかによって、右の点の判断が大きく左右されることはなく、土地の明渡しに当たり一定の金員が現実に支払われることによって、双方の利害が調整されることに意味があるからである。このように解しないと、実務上の観点からも、種々の不合理が生ずる。すなわち、金員の提供等の申出により正当の事由が補完されるかどうか、その金額としてどの程度の額が相当であるかは、訴訟における審理を通じて客観的に明らかになるのが通常であり、当事者としても異議申出時においてこれを的確に判断するのは困難であることが少なくない。また、金員の提供の申出をするまでもなく正当事由が具備されているものと考えている土地所有者に対し、異議申出時までには一定の金員の提供等の申出を要求するのは、難きを強いることになるだけでなく、異議の申出より遅れてされた金員の提供等の申出を考慮しないこととすれば、借地契約の更新が容認される結果、土地所有者は、なお補完を要するとはいえ、他に正当の事由の内容を構成する事実がありながら、更新時から少なくとも二〇年間土地の明渡しを得られないこととなる。」

．．．．．中段省略．．．．．

裁判官可部恒雄の補足意見は、次のとおりである。

「三 ここで登場するのが、正当事由の補完事由としての立退料の提供
ないしその増額の申出と正当事由具備の判断の基準時との関係であ
る。立退料の提供は、戦後、借地法の解釈適用に関する実務の運用
上、借地契約の更新を求める借地権者と更新を拒絶する土地所有者
との間の利害の調整を図るべく、いわば実際の必要に基づいて実務
の中から生み出されたものであるが、立退料の提供により正当事由
が補完されるか否か、特にその金額として幾許が相当であるかは、
訴訟での審理を通じて初めて明らかになるのが通常であることは、
法廷意見の指摘するとおりであるのみならず、当事者の立場にある
ことから、それぞれに主観的事情の伴うことも避け難いところであ
る。したがって、前記のように、正当事由具備の判断の基準時は異
議申出時をもって原則とすべきであるとはいっても、「遅滞なく」
異議を述べるべきその時点において、立退料の提供、しかも後に受
訴裁判所において相当として許容されるべき金額の申出をすること
を要するというのは、土地所有者と借地権者との間の土地使用関係
の解消に伴う紛争の実態に合致せず、立退料のもつ本来の補完的性
質にも反し、実務の産物であるその実際の機能を著しく減殺し、遂
には殆ど無に帰せしめる結果ともなろう。

そこで、異議申出の時点を原則とするとの見地に立ちつつ、立退
料などいわゆる正当事由の補強条件の申出が事後になされたとして
も、客観的な事実の変遷とは性質を異にすることに着目し、遅すぎ
る補強条件の申出として法的安定性を害するおそれのない限り、こ
れを加味して判断すべきであるとか、基準時（異議申出時）におい
て予想し得たものである場合、又は基準時における正当事由の存否
の徴憑たり得るものである場合には、これを補完的に考慮すべきで
あるとか、の解釈上の努力（注）が裁判例に現れることとなるので

ある。

・・・・・・・・・・ 中段省略・・・・・・・・・・

七 借地と借家との別は以上のとおりとして、ここで改めて検討を要するのは、正当事由の補完事由としての立退料の提供ないしその増額の申出は、自己使用その他、正当事由の内容を構成し、原被告間においてその存否が争われる「事実」であるのか、という論点である。立退料の提供ないしその増額の申出は、訴訟上、受訴裁判所の関与の下に、訴訟当事者である土地所有者から借地権者に対してなされるもので、土地所有者の自己使用の必要とか、借地権者の地上建物に対する生活上の依存度というような、基準時における「事実」として、当事者間においてその存否が争われる余地はなく、立退料の提供の申出は、基準時において正当事由がなお充足されず、土地所有者の側からする一定額の金員の提供によって初めて正当事由が補完され得るという事案において、受訴裁判所をして右金員の支払と引換えに（その支払は執行開始の要件である）借地権者に土地明渡しを命ずる判決をすることを可能ならしめるものであり、この点においてのみ法律上の意味を有するものにほかならない。受訴裁判所は、たとい一定額の金員の支払により正当事由が補完され得ると判断した場合においても、原告たる土地所有者からその旨の申出がない限り、前記の引換給付の判決をすることはできず、また、原告が明確に上限を画して一定額以下の金員の提供を申し出た場合に、その上限を超えて引換給付の判決をすることは許されない。「裁判所ハ当事者ノ申立テサル事項ニ付判決ヲ為スコトヲ得ス」（民訴法一八六条）とする点の拘束は、その意味で絶対的であるといつてよい。

立退料の提供の申出のもつ法律上の意味は以上のとおりであり、そして、それ以外の意味をもたない。正当事由の補完事由とされる

とはいえ、それは正当事由の内容を構成するものとしてその存否が争われる「事実」ではない。にもかかわらず、それが正当事由の補完事由とされるが故に、正当事由具備の判断の基準時との関係で実務処理上の困難に出遭い、下級審裁判例において様々の解釈上の努力が積み重ねられて来たことは、さきに見たとおりである。思うに、判例形成の責任が最上級審にあることはもとよりであるが、さきに注記した裁判例に見るような、実務上の困難に対処するための苦渋に満ちた解釈上の努力から、もはや脱却すべき時機が到来したことに、実務上の注意を喚起しておきたい。本判決の意義はそこにあると考える。」 中段省略

「なお、本判決に従い、補完事由としての立退料の提供ないし増額の申出が事実審の口頭弁論終結に至るまで許されるとして、次に、土地所有者の申し出た立退料の額の相当性を判断すべき金額評価の時点は何時か、の問題がある。土地所有者による立退料の支払が借地権者に対する収去明渡しの執行と引換えになされるもので、引換給付の時点における借地権者の不利益を緩和ないし補償すべき性格をもつところからすれば、その時点に最も近接する事実審の口頭弁論の終結時において、土地所有者の申出にかかる金額が相当なりや否やを判断するほかなく、この論点は、本判決の示す結論の延長線上にあるものと考え。」

- (4) 判例の拘束性に関する上級審と下級審との関係を踏まえると、原審が立退料の算定を目的とした不動産鑑定評価請求を却下したことは、手続裁量以前にその経験則の是非を問われるような違法性を帯びている。

原審の訴訟運営の在り方は、前述した法務委員会における民事局長の「私ども事務当局としましては各裁判所、裁判官にいろいろな機会に周

知をするというような努力もしたいというふうに考えておるわけでございます。」とされたことが、日常的に膨大な事件審理を担っている最前線の裁判官に対して新旧借地法の関連性や判例法、鑑定手法等を含めて問題点を周知せしめることが如何に困難であるかを如実に示したものであると同時に、この過誤を徒に現場の受命裁判官の資質や責任に矮小化されることに墮してはならないし許されない。

加えて、これは単に民訴法312条第2項6の違反に止まるものではなく、憲法同13条、同14条で基本的人権として保障されている上告人の権利が侵害されたとさえも言い得ることは明らかである。

その意味でも、裁判官可部恒雄氏が補足意見として「思うに、判例形成の責任が最上級審にあることはもとよりであるが、さきに注記した裁判例に見るような、実務上の困難に対処するための苦渋に満ちた解釈上の努力から、もはや脱却すべき時機が到来したことに、実務上の注意を喚起しておきたい。本判決の意義はそこにあると考える。」と述べられた内容は、旧借地法紛争の双方当事者やその仲裁機能を担う司法担当者に対する職責遂行の方向性として、極めて重要な視点が示されたものと受け止めたい。

上告人としても、先述した本件を含めた訴訟追行に際して多数の裁判官と接する機会が増えるにつれて、本件のような借地訴訟は極めて複雑な審理を要することを踏まえると、これは建築、医療、知財等の「専門訴訟」と同様に、あるいは少なくともこれに準じた訴訟運営の必要を感じているが、それを含めた「民事局」の責任は大なるところがあり、本件上告が如何に終結するにせよ、単なる批判に終わらせてはならないと同時に、本件上告はその為の第一歩と考えている。

第6 上告理由の纏めとして

1 社会情勢の変化と借地法4条1項の目的について

(1) 前述したように、判例1は借地法4条1項が財産権の侵害に当たらないとして摘示したが、仮に旧借地法の改正の目的が形式的には、この判例の述べるとおりであるとしても、その改正は戦時立法であり、実質的には臨時的な目的でなされていたものである。

即ち、旧借地法の改正された昭和16年は、その2年前の昭和14年には地代家賃統制令が制定され、地代・家賃等を低く抑え込まれてしまった賃貸人は、地代家賃統制令を免れるために、期間満了時に明渡しを請求し、返還された物件を再度賃貸する際に、増額した賃料を新たに設定するということが多く行われた。

そこで、戦時の社会体制の安定の目的で、昭和16年の借地法及び借家法の改正により正当事由制度が創設され、期間満了時等においても賃貸人が自由に契約を終了させられない制度にされたのである。

更に、その後の終戦時以降は戦災等から極端な住宅難になり、産業復興優先政策から、緊急避難的に借地・借家人は保護され、実質的に「一度貸したら永久に還って来ない。」と揶揄されるような借地・借家制度へと著しく不整合な形態に変貌して今日に至っている。

しかしながら、これも前述したように「正当事由制度」を盲目的に踏襲してきた司法の不作為の結果であるとして、これを批判せざるを得ない。

(2) それにも拘わらず、従来判例の集積により、正当事由の判断に賃貸人側の自己使用の事情のみならず、賃借人側の事情を参酌することとし、一律に借地権者保護を偏重している我が国の正当事由制度は、地主の土地所有権を単なる賃料収受権に貶めているものであると言わざるを得ない。

更に、その賃料の収受についても、賃貸人が賃料の増額請求をする際には、賃料の粘着性から従前の賃料から著しく乖離した賃料の増額は認められないという継続賃料抑制主義により、賃料の増額さえも低い水準でしか認められないことはある意味常識となっており、ますます地主側の権利は

弱体化させられているのである。

2 法定更新制度の問題点について

正当事由制度については、旧借家法1条の2においても同様の制度により借家人保護が図られているが、借家権では更新拒絶がなされた場合に正当事由がないとして法定更新になった場合には、期間の定めのない借家契約となり、その後賃貸人側に正当事由が具備された時点で、新たに解約の申入れができることとして規定されている。

しかしながら、借地権の場合は一度正当事由がないとされた場合には、たとえ地主側が正当事由を具備してもその後長期に渡って、土地の明渡しを求めることはできなくなってしまう点で、借地の方が制約がはるかに大きいのである。

しかも、これが投下資本との相関的な関係で設けられた経緯を踏まえると、この法定更新制度そのものも「投下資本」を基準として斟酌されるべきであるにも拘わらず、現行の規定はその峻別なく同一の規範とされていることは、これも明らかな憲法違反として今後司法の判断を求めたい。

3 以上のような事情、特に社会事情・経済事情の変化からすると、現行の旧借地法4条1項の正当事由制度が、土地所有者の権利を実質的に剥奪するものであることが更に明らかになったと考えるべきである。

また、正当事由の適用解釈に際しては、それ以前の問題として上告人と被上告人の各々の所有権に付随する義務とを比較衡量した上で、その何れの義務が「公共の福祉」に値するかの視点を第一義的に斟酌されるべきであり、これが銀座である限りにおいては単なる私権に止まることは許されない。

原審による、旧借地法4条1項の正当事由制度に関するその解釈は、依然として従前の例をなぞったに止まりその判断が同規定に基づくとしたことは、

結果としてこれは土地賃貸人の財産権を剥奪するものとして、違憲である。

4 本件では、原審判決でも認定しているように、本件土地は、戦時下の昭和20年7月12日公布施行された「戦時罹災土地物件令」により従前の借家契約を踏まえて暫定、かつ、応急的な仮設建物の利用目的で土地の使用が開始され、その後昭和21年9月の「罹災都市借地借家臨時処理法」の施行を受けて、改めて借地権とされたものであり、その際、被上告人らの先代と■■■■■■■■■■との間で権利金の授受が行われてはおらず、その後の昭和47年に本件契約が堅固建物の所有目的に変更になった際の権利金も750万円と他の銀座における承諾料の事例と比較して低額であること等の事情があるのであって、しかも、そのような賃貸借が、借地契約となった時点からして約60年、昭和47年からしても30年以上続いていることから、被上告人らの投下資本等の回収等には十分な期間が経過していると考えらるべきである。

上告人としても、然るべき鑑定評価を以て、被上告人らが有する「使用収益権」に対する「残存期間相当額」につき「立退料」を以て補償する意思は、その当初より主張してきたものであり、それを以てすれば被上告人らの正当な権利が不当に侵害される恐れは無い。

5 被上告人が社会的弱者と言にくいことは、原審判決も「直ちにいわゆる社会的弱者としてその居住権や営業権を保護すべき事案と即断し難いわけではないものの、」としてある程度は認めているものの、結局は「(被上告人が)借地上の建物を維持し、賃料収入をもって生計の糧その他のかけがえない収入源としているから、借地権者が本件建物を住居とし、あるいは、本件建物で自ら営業活動をしていないという一事で自己使用の必要性がないと認めることは相当ではない」とした視点にとどまっていることに外ならず、これは被上告人ら自らが金銭的な補償に代えうることを、これまでも再々

述べていたことを踏まえると、この正当事由の適用に先立つ双方による弁論の全趣旨を把握されていないことを露呈したものである。

以上のような事情から、原審判決が、本件のような「資本家的借地人」事例に借地法4条1項の正当事由制度を認めようとしていることは、適用違憲であると言うべきである。

前述したことを踏まえた上で、判例1が摘示した昭和37年当時の社会情勢の変化等を勘案するとその根拠となる背景事情を失い、本件のような契約開始期から相当期間を経過し、しかも単に営業用の必要性を主張し、かつ、これが金銭に換えうるものが可能となっている当事者に対してまで、旧借地法4条1項の正当事由制度を適用することは、これは土地賃貸人の所有権を過度に制約するものとして、違憲である。

又、原審が犯した手続裁量の違反は、憲法13条、14条に規定した基本的な人権保護の規定に抵触するものであり、加えてその判断は明らかに憲法29条違反となる。

以 上