

平成24年(ネオ)第796号 建物取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24年11月 9日

最高裁判所 御中

上告人訴訟代理人支配人 [REDACTED]

<はじめに・・借地物語・・・>

「今から30年程前に銀座3丁目中央通り [REDACTED] の正面に二区画の空き地が在り、甲はその内の一区画を代金1億円で取得し、その取得費と建物建築費を含めた事業資金を銀行からの借り入れにより商店経営を始めた。

甲の友人であった乙は、残る一区画の土地の地主に懇願して権利金なしで借地契約を設定し、その土地を担保に差し入れて銀行から建築資金を借り入れ、甲と同様に商店経営を始めた。その経営は、甲・乙とも場所柄もあり頗る順調に軌道に乗り、子供らの学業資金や自宅取得資金等々の資産形成が実現できた。

それから30年を過ぎた頃、高齢となった甲は取得額約1億円の営業用の土地建物を取得時の10倍相当の約10億円で売却し、家業を閉じて引退することにした。

一方の乙も、契約期間30年の満期が到来し、地主から隣接地を含めた貸付地を一体化して再開発を予定しているので、契約を更新する意思はない旨の通知を受けた為、弁護士に相談して法定更新の請求を行った。その後、地主と協議したが折り合えずに訴訟となった。その訴訟に際して、担当裁判官から双方に対して和解の打診がなされ、その為に立退料を算出する目的で訴訟鑑定が行われ、権利金等一時金を一銭も払っていないにも拘わらず、その借地権価格は自用地の評価額10億円に対して借地権割合から10%を控除した約80%相当額約8億円となり、

地主はこの評価は不当だと反発した。しかしながら地主が裁判所の強烈な説得を受け入れた結果、鑑定額と同額の立退料と引替えに営業用の土地・建物を地主に譲り渡すことで和解が成立することとなった。この経緯を聞いた甲からは不公平だと散々に非難されたが、乙は「地価上昇益に対する寄与分の配当」との裁判官の説明をしたところ、甲は「それが寄与だとすれば、俺も一緒だぞ」として、その後もこれを納得できないとして複数の専門家に聞いたが未だに納得できるような説明を得られていないと零し続けている。」

「目次」

第1 裁判所が軽んじた土地所有権者の財産権（主として権利金の誤認識）

1. 借地権の設定と譲渡との混同とその迷走と財産権侵害
2. 権利金授受の実態
3. 土地所有権と借地権の経済的価値の本質

第2 本件事案の概要及び原審の判断

1. 本件事案の概要
2. 一審・原審が示した判決の骨子
3. 原審が怠った立法事実に対する裁判所の職責

第3 借地法に関する最高裁の迷走（土地所有権能に対する冤罪）

1. 立法趣旨（国会会議録等）の確認を怠った大法廷
2. 財産権制限の憲法適合性に関する審査基準
3. 公共の福祉と公益、私的な資産形成の保護と制限の憲法適合性
4. 土地所有者が制限される資産形成行為の受忍限度

第4 憲法 29 条 2 項と同 29 条 3 項に対する大法廷の解釈

1. 憲法適合性と相当な対価
2. 罹災法と借地法の正当事由に関する裁判規範

第5 まとめとして

第1 裁判所が軽んじた土地所有権者の財産権（主として権利金の誤認識）

1. 借地権の設定と譲渡との混同とその迷走と財産権侵害

冒頭で認めた実態は、商業地に限らず住宅地も同様であり、この外形をなぞる限りは一般の勤労者・国民と比較すると借地権者の利得は労働対価と比べても明らかに不公平であり矛盾を否定出来ないところではある。

しかも、甲のケースは、罹災都市借地借家臨時処理法第2条・3条や借地法9条の2等の適用を受けて権利金等を払って借地契約を設定したか、或いは旧借地人（乙の立ち位置でもある）から借地権を買い取った借地人と共通の立ち位置にもあたる。また、乙のケースにおける地主は、例えこれが立退料であっても旧借地人の第三者に対する借地権譲渡の買い主と殆ど代わらない対価で、自己所有地を買い戻すことに等しい外形ともなる。これは、裁判所が借地訴訟において多用している和解欲試は、土地所有者に対して土地取得の為の二重の資本投下を強制することにも繋がることに、殆どの裁判官も、或いは法務省・最高裁（借地非訟制度の運営実態において確認出来る事実）の両民事局もその問題点を覚知し得てもいない。この点については、詳細は後述するが昭和25年5月の参議院における質問主意書・答弁書における問題認識が、その後の立法府や最高裁審理等において一切が捨象されたことの結果として、借地法に関わる権利金に関して設定対価なのか、譲渡対価なのかを混同したままの判断が多々散見されていることの例証でもある。

2. 権利金授受の実態

公開質問書「其の四土地所有権と借地権、その経済価値の本質」（甲125）の46頁以下でも検証したが、第51回国会衆議院法務委員会会議録32号（質問書添付資料9）で、新谷法務省民事局長は次のように答弁されている。

「昭和三十八年度の建設省でつくりました「宅地調査結果報告書」これの抜粋が資料として載せてございます。この中に権利金の有無等につきまし

て調査いたしました建設省の資料が載せてございますが、これによりますと、東京と大阪の二つの例をここにあげてございます。東京のほうから申し上げますと、東京におきましては三千七百七十三件調査いたしましたようでございますが、そのうちの三百六十九件が権利金の授受がつく、こういう結果になっております。これは一番左の計の欄に載っております。パーセンテージで申しますと九・八%が権利金の授受がある。それから大阪におきましては千九十二件のうちの二百十五件が権利金の授受がありまして、その下の欄に一九・七%ということになっておるわけであります。これは大正年間あるいはそれ以前のものから昭和三十七年に至りますまでの調査の結果の集計でございます。」

新谷局長が確認されているのは、大正年間から昭和37年までの、つまり昭和37年最判例が旧法4条1項の立法事実を拡大した以前の、東京都における権利金授受の実態が僅か9.8%しか存していないことの実態である。

これと同様に、「昭和41(行ツ)44 所得金額等審査請求棄却決定取消請求 昭和45年10月23日 最高裁判所第二小法廷 判決 破棄差戻し」において、次のような論旨で権利金に言及している。

「第二次大戦以前においては、土地賃貸借にあたって権利金が授受される例は少なく、また、その額も比較的 low で、これを地代の一部と解しても不合理ではないようなものであったし、土地賃貸借権の売買もそれほど広く行なわれてはいなかつた、そして、昭和二五年法律第七一号による旧所得税法の改正によって、再度、不動産所得という所得類型が定められた当時も、立法上特別の考慮を促すほどには権利金授受の慣行は一般化していなかつた、ところが、比較的近時において、土地賃貸借における権利金授受の慣行は広く一般化し、その額も次第に高額となり、借地法等による借地人の保護とあいまつて土地所有者の地位は相対的に弱体化し、多くの場合、

借地権の譲渡の承認や期間の更新を事実上拒み得ず、土地賃借権の価格も著しく高額となった、そして、借地権の設定にあたり借地権の価格に相当するものが権利金として授受されるという慣行が、東京近辺の都市において特に多く見られ、その額も、土地所有権の価格の半額を上廻る場合が少なくない、というのである。

この判断は、裁判所自らが「土地所有者の地位の弱体化」した張本人であるにも関わらず、ここでも非科学的な論旨を連ねている。また、「比較的近時において」としたが、この昭和45年代は第三者に対する高額な借地権の譲渡例は、最高裁判所事務総局編纂「借地非訟事件における財産給付額等算定事例集」(財団法人法曹会発行)では確認できる、新規の借地権設定に関して「特に多く見られ」としたよう事実は確認し得ていない。そうすると、同判例のこの判断は、建設省報告の昭和37年代以降において新規借地権の設定が急激に増えたことになるが、仮にそうだとすると借地借家法の改正に踏み切られさせた根本的な理由が、昭和30年代後半から借地供給が滞ったことに対する供給促進策の目的であった(第121回国国会議録で確認できる)こととは、真っ向から衝突・矛盾する判断となる。

3. 土地所有権と借地権との経済的価値の本質

(1)借地法に関する最大の問題点は、法務省・最高裁・法学会・鑑定業界を含めた専門家の殆どが、土地所有者と借地人との「財産権」の実質的内容に関する無知と無関心にある。そもそも罹災都市借地借家臨時処理法第2条・3条の借地権設定・譲渡等の申し込みや、旧法4条1項に基づく明け渡し請求訴訟は、土地所有権の財産権制限の是非と、それを含めた建物財産権との衝突事件でもある。完全所有権の場合(自用地)の財産的価値は、最有效使用を前提とした自用建物を含めた収益価格であり、収益還元法等に基づき算出されることとなる。一方、借地人所有建物の収益価格(賃貸価格)も同様であ

り、自用地と異なるのは借地上建物の収益価格(財産的価値)は土地の収益額より支払地代を控除した残余の額となる。その収益価値は、所在地により左右されることは「昭和 34(オ)730 建物買取代金請求 昭和 35 年 12 月 20 日 最高裁判所 第三小法廷」の裁判要旨「借地法第一〇条の買取請求の目的となった建物の時価は、(中略)敷地の借地権の価格は加算すべきでないが、その建物の存在する場所的環境は参酌して算定すべきものである。」からも明らかである。

(2)そもそも、土地の所有者とは、それが何時の時代であれその土地の利用価値に見合った対価(資本)を投下した権利取得者をいう。ところが、前述したように大正期以前から昭和 37 年に至る間の東京都における権利金授受の実例は僅か 9.8%しか存していないことが確認されている。そうすると、借地法(立法以前も含めて)や罹災法等の適用を受けて、借地権設定時に権利金等一時金を負担していないことは、その土地の収益価値相応の資本投下をせずに、僅かな地代負担はあるとしても、その土地の果実に関する収受権を独占的且つ無償で、つまりは「ただ乗り」している外形となる。尤も、時代的背景から地主としても店子に貸し付けるに際して、前掲「昭和 41(行ツ)44」が判じたように「所有権の権能の一部を譲渡した対価としての性質をもつもの」となるような高額な権利金を徴求し得るような関係では無かった。

しかも、大正 10 年の借地法制定後においても、土地所有者は借地契約設定に際して、期限が来たら建物買取請求権を行使して貸付地を取り戻すことが可能であることを前提として貸し付けたものである。その後の昭和 16 年の旧法 4 条 1 項の改正においても、建物買取請求権が借地人の形成権に変更されたものの、更新拒絶に対する正当事由は土地所有者の財産権を侵害するものでは無かった。この立法時の枠組みを、昭和 37 年最判は立法趣旨の基本的な確認を怠ったままに、しかも借家法判例に安直に依存して立法目的やその手段を一方的に変更・拡大した。同最判例が侵した違法・過ちは、立法趣旨の確

認を怠ったことの杜撰さは当然として、そもそもこの請求事案がこの時点に至る間の旧法4条1項の運用において「比較衡量」が多用されている実態に対して、これを財産権の侵害に当たるとして憲法適合性を問うたものであるにも関わらず、期間2・3年の短期契約の更新を繰り返す借家契約と、最短でも30年の長期間に亘る借地契約とを同列に並べる等の、財産権の本質を完全に見誤り、立法事実の顕出における過誤を含めた杜撰な審査を行っている。

しかも、同大法廷では権利金と財産権との関係については完全に捨象され、その後も今日に至るまで立法者や裁判所においても本質的な理解をしていないし、その探求の必要すら覚知されていない。その根本的な原因が、近代的土地所有権論に至る土地と建物の関係検証における誤謬があると考えていることから、「借地法制に関する公開質問書」(甲125)で検証したので、ここでは詳細には触れない。

第2 本件事案の概要及び原審の判断

1. 本件事案の概要

上告人の本件請求は、上告人等の先代[REDACTED]所有建物の借家人であつた被上告人らの先々代故[REDACTED]との間で、罹災都市借地借家臨時処理法の適用を受けて開始されたものであり、その際に地代家賃統制令の拘束下に置かれていたが為に権利金等一時金は存していない。その後、平成9年10月末の地代調停において現在の堅固建物への建替時に遡及して賃貸借契約に至ったものである。上告人の本件請求は、その前訴とも云える後述の[REDACTED]上告事案を含めた三件の上告事案と同様に、上告人が所有する隣接する貸付地の返還を受けて敷地を一体化した上で、再開発計画により現在の不効率な利用外形を更新し銀座3丁目街区の活性化を図る為の一環である。

それを含めて、被上告人らの本件賃貸借の当初の目的は既に十分に達成されており、その明け渡しに伴い被る損害についても相当額の立退料により

補いうるものであること。それに加えて、既に昭和37年最判が定立した立法事実は喪失していること、仮に被上告人らが継続的な保護を必要とする場合は、一方で上告人が被る財産権の損害が受忍限度に在ること等を含めた立証を要するとしたものである。それなくしては、同最判が立法趣旨と離れて定立した裁判規範を適用することは憲法適合性を有しないし、その為の立法事実の顕出は裁判所の責任であり、それを欠くことは違憲となることを繰り返してきた。

2. 一審・原審が示した判決の骨子

(1)一審は「借地法4条の立法事実はもはや存在しない」とした上告人の主張事実を認定しながら、その判断では「借地法4条1項が立法事実を欠いていると主張するものの、同項自体が憲法29条に反しないことは認めたと、これを本件賃貸借契約に適用することが同条に違反するというものであるから、結局のところ、本件の事実関係において、原告の更新拒絶には正当事由があると主張しているにすぎない。」と判じた。

それ以前に、第121回国国会会議録から法務省永井官房審議官の旧法4条1項に関する「貸し主の側に使用の必要性があれば、借り主の側の事情を考慮することなく立ち退きを求めることができるというのが絶対的な条件になっていた」との答弁を抽出して証拠として提示した以上は、同規定を憲法違反とする主張は論外である。そもそも、証拠採否は裁判官の自由で有るとしてもこれは立法趣旨に関わる事項、つまりは当事者の主張の巧拙を問わずして、も裁判所の職権調査を要する事項でもあることから、この点に関する事実誤認の違法は如何なる方便を以てしても修復は不可能である。しかも、準備書面等で累計122回もの「立法事実」の用語を以て主張を展開し、立法事実の顕出による憲法適合性を求めたにもかかわらず、あろうことかこれを事実認定にすり替えて上告人の請求を退けた。

(2)一方、原審は、上告人の口頭弁論再開に対する判断を棚上げしたままに、都合8ヶ月間にも亘って双方の和解拒絶を無視して和解を強要し、判決日決定の期日において、上告人が「控訴人は憲法適合性の審査と、それに対する法的見解を賜りたい」とした問いに対して、裁判長は「それを含めて一切の判断は判決で示します。」とした。それを受けた原審判決は、「昭和37年判決は、旧借地法4条1項ただし書の正当事由の解釈について、賃借人側の使用の必要性も比較考量すべきであると判示しているが、この判示の根拠となった立法事実は、現下において消滅しているものである。したがって、昭和37年最判の摘示する基準で正当事由の有無を判断することは、憲法29条に違反し、同判決が示した旧借地法4条1項に関する裁判規範は、公共の福祉に関する合理的裁量の範囲を超えたものとなっているから、その適用は違憲というべきである。」とした立法事実の有無に言及した上告人主張の事実は認定している。

(3)これに続けて、「正当事由の有無を判断するに当たっては、賃借人側の使用の必要性だけでなく、賃借人側の使用の必要性を比較考量すべきものであることは当然である。控訴人は、正当事由の解釈について、土地所有者(賃借人)側の事情を中心に判断すべきであると主張するが、借地法あるいは借地借家法の解釈としては採用できない見解であり、賃借人側の使用の必要性と賃借人側の使用の必要性を比較考量することについて、控訴人のいう違憲の問題は生じないというべきである。」を一審判決に加えるとしたに止まった。つまり、この判示内容は、如何なる読解力を以てしても立法事実の顕出やそれに基づく憲法適合性を求められた争点に対する判断ではない。

また、本件請求の前訴ともいえる平成18年(オ)第1219号(■■■■事案)も、「借地法4条1項の規定が憲法29条に違反するものでないことは、当裁判所の判例(最高裁昭和34年(オ)第502号同37年6月6日大法廷判決・民集16巻7号1265頁)とするところである。この点をいう論旨は採用することができない。」とした理由で、請求を棄却した。上告人は、この事案においても同最判

例が根拠とした「宅地不足」の実態は既に存していないこと、社会的弱者でもない借地人に法的保護を必要とする法的根拠が見当たらないこと、一方で上告人が被る財産権の侵害が社会通念上の受忍限度を超えていること等々を主張し、同最判例に代わる理由を示す必要があるとした。

これに対する最高裁の回答は、昭和37年大法廷の杜撰さと何らの変わりはないし、それ以降の上告事案においては「単なる法令違反」とした定型を以て門前払いを繰り返したが、一審・原審もこの前例を一步も出していないし、寧ろ「火中の栗を拾うことの愚をさけるために」これを先例として倣ったとも云えるような実態が在る。

3. 原審が怠った立法事実に対する裁判所の職責

「立法事實は、法律効果の発生・変更・消滅という、法律効果を規定する法令の構成要件に該当する事実としての主要事実ではない。立法事實は、法律が合憲であるという一般的規範命題に関わるものであるから、これについての判断は裁判官の専権に属し、立法事実に関する直接の立証責任は、原理的には、訴訟当事者間では問題にならない。立法事実の顕出は裁判所の役割であり、司法的確知によることになる。これは、このような原理的問題の他に、実際上も、法律の合憲性判断は法律問題であり、立法事実を当事者が十分に顕出したか否かにより、この結論が異なるのは不当であること、法律の合憲性は普遍性のある問題であるため、訴訟のように当事者の対立構造をとり、多元的な利害関係の調整の上で決せられることに適していないこと、訴訟における証拠調べの方法は、本来、裁決的事実の顕出のために考案されたもので、当事者の訴訟戦略により証拠調べが進行することになるから、現在における立法事実の顕出には必ずしも適当でないこと、などが挙げられる。」(早稲田法学会誌第四十二巻(一九九二)の172頁より転載)としたこの解釈は、一審・原審を含めた前述した■■■■上告事案を含めた累計11裁判体、これは実質11審級の司法審査には適用されない概念なのであろうか。或いは、他の民事訴訟事案とは異なり借地法

事案であるが為に、原子力ムラと同様に「寝た子を起こすな」との同調圧力や予定調和の例に倣って、これは捨象・無視されることが許されているであろうか。本件上告は、まさしくこれを問うた12審級目でもある。

第3 借地法に関する最高裁の迷走（土地所有権能に対する冤罪）

1. 立法趣旨（国会会議録等）の確認を怠った大法廷

借地・借家・車両や建設機械設備等リース・金銭消費貸借等に代表されるように私法関係下の債権的利用貸借等の契約は、貸主から借受けた有形・無形の資産を、借主が自らの生活拠点や資産形成に供することを目的としたものである。これらの私法関係に関わる諸法は、権利義務の発生・消滅・移転等に関して当事者間で約した私的自治の法的安定性を担保する目的で制定されたものである。これらの私的自治の殆どは、契約期間が到来した場合には当事者が望まない限りは当然に終了・消滅し、当事者双方が資産の返還を含めた権利義務の精算を負うことになる。一方、旧法4条1項の立法趣旨については、昭和16年第76回国会会議録等を踏まえて「其故法文には「自ら使用することを必要とする場合其他」云々と書いてあって、当初は「自ら使用する」場合は絶対理由と解されて居たのである」（昭和23(オ)162 家屋明渡請求 昭和25年02月14日 最高裁判所第三小法廷判決・以下「昭和25年最判」という）として、最高裁自らが検証した事実が確認できる。その以前に、これは立法時点の会議録等（上告受理申立理由書・添付資料1乃至4）を確認すれば自明のことであつたし、少なくとも法令の憲法適合性の審査が求められている事案の場合は、法源となる立法趣旨の確認は基本でもあろう。

ところが、同規定の憲法適合性を判じた昭和37年6月6日大法廷判例（以下「昭和37年最判」という）は、あろう事か司法審査の基本とも云える立法趣旨や昭和25年最判等が終戦後の未曾有の住宅難に対する対策として講じた借家法判例等の判示内容の詳細確認を怠ったままに、「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

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ものであり」として、目的と手段に関する改竄・拡大を含めた裁判規範を定立したが、これは実質的な立法行為となる違法を行ったことになる。

その上で、同最判例は「借地法四条一項、六条による賃貸借の更新拒絶には、賃貸人賃借人双方の事情をしんしゃくして正当事由の有無を決すべきである。」とした判例解説に纏められ、爾後、同最判例射程の再測定の必要が論じられることなく、恰もこの概念が立法趣旨に織り込まれていたかの如き外形で欺罔され爾後半世紀にも亘って裁判規範として当て嵌められてきた。

2. 財産権制限の憲法適合性に関する審査基準

同最判例の旧法4条1項の立法趣旨に関する変更の是非は、「右の変更が公共の福祉に適合するようにされたものであるかどうかは、いつたん定められた法律に基づく財産権の性質、その内容を変更する程度、及びこれを変更することによって保護される公益の性質などを総合的に勘案し、その変更が当該財産権に対する合理的な制約として容認されるべきものであるかどうかによって、判断すべきである。」(昭和48(行ツ)24 国有財産買受申込拒否処分取消 昭和53年07月12日 最高裁判所大法廷判決)とした裁判規範に沿うか否かにあると考えざるを得ない。

この点につき、前述した「一度獲得した権能を更に保持することに有する利益」の概念は、土地所有権者の任意性を強制的に封じても社会通念上の受忍限度内にあり憲法29条に反しないのは、例え借地権者の私的な資産形成に必要な占有継続の保護であるとしても、それは「公益の性質」に資するとしたことと同義となる。これを、借地法とは別の私法契約に当て嵌めると、仮に1億円の価値を有する資産を賃貸契約により借主が資産形成に供することを前提として貸付けた貸主は、借主から契約満了期に更新請求権を行使された場合には、その資産形成に関する利害得失に関して借主との優先劣後を比

較衡量され、貸主の正当事由が認められない場合には、資産の返還・弁済を受けられないことになるが、これも公益となるのであろうか。

つまり、昭和 37 年最判は借地権の保護が法定更新にも及ぶとし、その手段としての土地所有権能の制限は公共の福祉に資するとしたが、この判断は借地契約が基本的には私法契約であることが捨象されている。

3、公共の福祉と公益、私的な資産形成の保護と制限の憲法適合性

昨年の東日本大震災復興事業費の交付においては、被災者が被った私的資産の損害に対する公的助成は「原状回復の必要費」を原則とされ、被災者個人の「資産形成に資するものには使わない」ことが交付基準とされている。

つまり、かつてない未曾有の大震災や原発事故の罹災者に対しても、私的な資産形成に繋がるような費用については公的負担は禁じられている。

これを踏まえると、被災者とは程遠い被上告人らのような借地権者の私的資産の形成の為に占有継続を保護する必要がある、しかも借家と異なり最短 20 年・30 年の長期間に亘って土地所有権本来の権能回復を制限することになるとしても、それは憲法 29 条 2 項の「公共の福祉」に適うとして違憲ではないとした昭和 37 年最判は、公益と私益とを峻別していたのであろうか。

そもそも、冒頭でも述べたように私法契約（私的自治）の保護を目的とした関係諸法の効力が及ぶ範囲は、契約期間満了に伴う精算手続き等の履行が遺漏無く完了する迄に限られるはずである。それを踏まえると、期間満了後の私法契約の継続に関して当事者の一方の任意性を強制的に縛る等の行為は、資産形成の自由を奪（財産権の侵害）うことにほかならず、憲法 29 条 2 項に反する違法の以前に基本的人権の侵害ともなることは論じるまでもない。

にも拘わらず、同大法廷はこの点に関しても全く真逆の判断を示して、これが憲法適合性を有するとしたことになる。

4、土地所有者が制限される資産形成行為の受忍限度

(1)被上人らとの本件賃貸借契約が消滅した場合は、建物買取請求による買取代金の負担を要するとしても、理論的には借地借家法に基づく新規の借地契約が、しかも期間を限定した定期借家契約の設定が可能となる。しかも、定期契約の場合は、旧法借地権とは異なり将来の返還を必要とするが土地評価額50%前後の保証金の預託を受けることになり、契約期間中はその用途も自由となる。それ以前に、権利金を貰ってもいない借地人に対して高額な立退料を支払わざるを得ない旧法借地権と比べて、その契約期間の長短によっては建物の買取を排除する契約も可能となる。つまり、同最判例が定立した法定更新に関する裁判規範は、このような土地所有権者の資産形成の手段を強制的に禁止したと同義であり、借地人がほぼ無償で長期の私的な資産形成に対する権利が「保障」されることの一方で、土地所有権者が被る不利益が「公共の福祉」を顕現する為の社会通念に照らしても受忍限度内に在るか否かは論じる以前の問題であったと考えざるを得ない。

(2)この受忍限度に関連して、同大法廷は「昭和36(ク)101 破産者の免責決定に対する抗告についてなした棄却決定に対する再抗告 昭和36年12月13日」で、「結局両者の利益を衡平に考慮して、債権者に与える不利益がこの程度のものであれば、公共の福祉のうえから、止むを得ない制限として容認すべきであると言えるからである。」とした。この事案は「破産法の免責規定が憲法第二十九条に違反するか否か」が問われた事案で在り、私法契約の債権は弁済資力を喪失した債務者からは回収出来ないのだから・・・とした論旨に尽きている。問題は、借地法のようにその制限が「長期」に亘る場合に比して破産処理は瞬間的とも云いうることから、昭和37年最判の公共の福祉の安直な当て嵌め方を含めた論旨からは、すくなくとも借地法においては「この程度のものであれば」とした事案と同列に論じてはならないことの注意義務が尽くされたと解することは不可能である。

第4 憲法29条2項と同29条3項に対する大法廷の解釈

1, 憲法適合性と相当な対価

(1)財産権に関して「昭和29(オ)232 土地明渡、損害賠償請求 昭和35年06月15日 最高裁判所大法廷 判決」は、その裁判要旨で「罹災都市借地借家臨時処理法第二条、第三条は憲法第二十九条に違反しない。」と纏めている。

この結論に至った理由として「右両条は、憲法二九条二項にいわゆる公共の福祉の要請に依りて定められたものに外ならない。」として、続けて「又、法定期間内に拒絶の意思を表示しないで申出を承諾したものとみなされる場合及び拒絶しても正当な事由があると認められない場合においても、いずれも、相当な借地条件又は対価で敷地の借地権が設定又は譲渡される（二条一項、三条各本文、一五条、一六条）ものとしているのであるから、憲法二九条三項にいわゆる正当な補償なくして財産権を侵害するものとは認められない。」とした。ところが、この当時は地代家賃統制令において法定地代以外の金員の遣り取りは禁止されていた。

そもそも、地代家賃統制令は地主と借地人との金員の遣り取りを規制・拘束するものであり、当然に罹災法による地主と新規借地人との設定契約においては「相当な対価」の授受は禁止されていた。ところが、借地人が借地上建物の借家人や第三者に借地権を譲渡する場合には「相当な対価」の授受は禁止されてはいない。この場合、冒頭の物語の甲の例が自用地ではなく借地権を取得したものと仮定すると、その売り主は、つまり乙と同様に権利金等一時金を一切支払ってもいない借地人が、更地価格に等しい高額な譲渡対価（地主に対する1割程度の承諾料は必要）を手にすることが可能となる。

(2)これが問題であることについては、吉田内閣当時の質問主意書(甲23の1)・答弁書(甲23の2)でも取り上げられた事実があるが、以下のような質問・答弁にも拘わらずその後何らの対策も講じられていない。この答弁書作成については、内閣法制局が関与したと思えるが、少なくとも法務省・最高裁の両

民事局はこれに関して関連情報として把握し関係部門に対する通知義務は無かったのでしょうか。

「質問主意書の一部転記」

『第一、①地代家賃統制令には「貸主は如何なる名義であっても借地権利金又は借家権利金を受領することはできない」と規定してあるが罹災都市借地借家臨時処理法には「相当の対価」という文字を以て②借地人が罹災建物が滅失した当時におけるその建物の借主に借地権の譲渡の代償を受領することができるように規定してある、この相当の対価というのは前に挙げた権利金と同じ性質のものと思うが政府の解釈如何

第二、前項の権利者(罹災当時の建物の借主)がその取得したる借地を他の者に譲渡する時には相当の対価を受取ることになる、然るに最近の情勢では都市の罹災者が疎開先の農村より都市に帰還を望む結果その対価が非常に多額に上るのが実際である、即ちその③土地の賃貸価格がそれだけ騰貴したのである、この場合貸主は何等利益の分配を受ける事ができない、時に若干の利益を提供せんとする借主があっても貸主は同法第十八条の体刑及び罰金刑を恐れて之を受領することができない、これは社会通念からいって所謂④中間の利益の搾取者を保護するに急にして、権原により利益を享くべき所有者に何等の恩恵を与えない片手落ちの処置である、政府は斯る現状が国民をして善良なる政治を謳歌せしむる道なりと思うのであるか』

「答弁書の一部転記」

『第一点につきましては、⑤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十二条の二「借地権利金」とはその根本においては同様の性質を有するものであります。但し⑥地代家賃統制令は貸主と借主との関係を規定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はおりません。

第二点につきましては、⑦統制令の『権利金』は、地主と借地人間の問題であり、処理法の「相当な対価」は借地人と罹災建物の借主間の問題でありまして、⑧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ことに誠に御指摘の通りかと考えられます。⑨「権利金」については充分再検討をいたしたいと存じます。」

(3)冒頭の展開に関しても、法曹が一読する限りは「何だ、これは！」と眉をかめる内容として受け取られることも想定してはいる。しかしながら、我が国の借地法に関する立法・司法を含めた当局者や専門家等の迷走に至った源流のそもそもは、正にこの質問・答弁に集約されており、当局が「充分再検討を」とした答弁が単なる口約束で止まったことから、その全てが始まっている。

昭和37年最判が立法趣旨の確認を怠ったと同様に、罹災法判決においても地代家賃制令等の禁止事項を確認することなく、罹災法が財産権を侵害するものではないとした不作為判決を発したことになる。

それに加えて、最も重要な問題点は「拒絶しても正当な事由があると認められない場合」でも、「相当な借地条件又は対価で敷地の借地権が設定」されるのだから、「憲法二九条三項にいわゆる正当な補償なくして財産権を侵害するものとは認められない。」と結んだことにある。

ところが、その前段で罹災法の2条・3条に関して「憲法二九条二項にいわゆる公共の福祉の要請に応じて定められたものに外ならない。」としたことを踏まえると、一般的には憲法29条2項の解釈は「公共の福祉」に適う限りは、その法令の適用に伴う財産権の制限は違憲ではない、つまりその侵害に「補償」を必要とする場合には憲法29条3項の規定下におかれることになるはずである。また、罹災法も旧法4条1項も旧帝国憲法下の議会で制定されたものであり、借地権の設定・譲渡においても、土地所有者の異議に対しては相当の対価

での補償を必要とし、更新においても土地所有者が異議を唱える場合にはこれを尊重する内容となっていた。昭和 37 最判の問題点は、司法審査の初歩ともいえる立法趣旨の確認を怠ったことの違法は云うまでもないとして、借地人の法定更新の請求を保護する必要と、その手段として最短 30 年以上もの永きに亘り土地所有権本来の権能回復がとざされても、これは憲法 29 条 2 項の公共の福祉に資するとした判断は理解し難いものがある。

しかも、法定更新が期限の定めのない借家と、最短 30 年もの借地とは、刑事事件に例えれば、財産権行使を禁固 1～2 年と、禁固 30 年とが同列であるとした愚かさがある。

2. 罹災法と借地法の正当事由に関する裁判規範

(1) 昭和 37 年最判が拡大・変更した裁判規範は、立法趣旨とは異なり契約期間満了時点の地主の意思を拘束・制限するものであり、一方の罹災法は新規借地権の設定や譲渡等の希望者に対する地主の意思を拘束・制限するものである。しかしながら、その何れも地主の自由意思を公権的（強制的）に退ける、つまり土地所有本来の権能を制限されることに違いはない。

ところが、両大法廷は旧法 4 条 1 項の法定更新においては一切の対価が存しないにも拘わらず、これは「公共の福祉」の観点から憲法 29 条 2 項を侵害しないとした判断を示し、一方の罹災法の場合はその条文規定に関して同様の憲法適合性判断をしめしながら、「相当な対価で設定」されるのだから憲法 29 条 3 項に反しないと、首を傾げざるをえないような二重規範とも云える判断を示している。しかも、両大法廷の裁判官は藤田八郎、河村又介、入江俊郎、池田克、垂水克己、河村大助、下飯坂潤夫、奥野健一、高木常七、石坂修一の 10 名が関与されていることから、実質的に同一とも云いうる裁判体が、発したこの矛盾を正解することは不可能である。

(2) 尚、罹災法判例の憲法 29 条 3 項に関する判断は、借地借家法第三節の借地条

件の変更や、譲渡に関する非訟制度の憲法適合性を根底から覆すような解釈である。加えて、公開質問書（甲 125）や準備書面（14）でも検証したが「昭和 48(ク)105 増改築許可申立事件の申立許可決定に対する抗告の棄却決定に対する抗告 昭和 49 年 09 月 26 日 最高裁判所第一小法廷決定」が借地非訟制度の合憲性の裏付けとして、引用した判例の殆どが家事審判判例（他の抗告判例も同様）である。ところが、借地法の場合は双方が約した権利・義務の履行に関する私的自治の枠組みを、契約期間中にも拘わらず公権力を以て一方的に介入し、しかも一方の借地人の私的な資産形成を最短 30 年以上も保護するものであり、家事審判が既に形成された私的資産の分配方法の紛争に止まることを踏まえると、最高裁のこの抗告判例は明らかに審理不尽の違法を侵している。この公権力の行使は、旧法 4 条 1 項の憲法適合性とも同一軸となるものであることから、敢えて付言しておきたい。

(3)前項で述べたように、そもそも借地人の更新の請求は、一方の土地所有者との合意による私的な資産形成活動を更に継続する為の目的で在る。その請求を受けて、正当事由の有無により法定更新の保護を図ることは、例え私的な資産形成を目的としたものであっても借地法に限っては公共の福祉に資するとしたとしか解せない同最判例の判断は、明らかに憲法 29 条 2 項の立法趣旨に反するし、罹災法判例の憲法 29 条 3 項の判断とは相容れない。

同最判例に限らず、そもそも憲法 29 条 2 項が射程下においた公共の福祉に適う財産権の制限は、それがあくまでも「公益」を目的とした利用に限られたものである。一方、憲法 29 条 3 項の射程は、それが「公益」であっても財産権の制限が受忍限度を超える場合には、その損害相当額の「補償」を必要とすることを趣旨としたものである。ところが、この借地法に関しては憲法 29 条 2 項と・同 3 項の立法趣旨を区別することなく、恰も借地権に供した土地所有者の財産権の侵害については、建築基準法や都市計画法等の建築制限等を含めた公益目的と同様に解され、土地収用法等の補償を必要とするような「特別の

犠牲」にあたらなかった解釈を何の疑問もなく繰り返してきた。

その源流が昭和 37 年最判であり、同最判が定立した裁判規範の違法性は、前述したように罹災法事案を判じた大法廷自らが証明したに等しいし、同時に原審判決が憲法適合性を有しないことの法的根拠はここにある。

第5 まとめとして

1. 昭和 37 年最判を発した同大法廷は、その 1 年後に「昭和 34(オ)780 レコード使用禁止等請求 昭和 38 年 12 月 25 日 最高裁判所大法廷 判決」で、同最判例他を引用して憲法適合性の根拠として結びつけ、その「裁判要旨：著作権法第三〇条第一項第八号の規定は、憲法第二九条に違背しない。」として纏めた。ところが、この場合は著作権者(オリジネーター)の著作物、つまり私的な資産形成を保護する為に、ユーザーの私的利用の範囲を超えた「複製行為」、つまりは資産形成活動としての興業利用の制限に対する憲法適合性の判断を示したものである。この判示を、旧法 4 条 1 項に例えようと、オリジネーターたる土地所有者の資産形成の活動を保護する為に、借地人の私的な資産形成を目的として土地の利用を許した契約期間の範囲を超えることは許されないとしたと同義と解する外にない。しかも、それ以外の引用判例も公法の「公益」と、私法における「私益」との区別を必要とすることについては、完全に捨象されている。

それ以前の問題として、同最判例は、その冒頭で憲法 29 条 2 項の「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように法律でこれを定める」とした解釈を紐解きながら、昭和 37 年最判における旧法 4 条 1 項と著作権法における公共の福祉とを同列に並べたことに関しては、軽率の極みと批判せざるを得ないし、一人の国民としての視点からもこれが大法廷判例かと目を覆いたくなるような杜撰さがある。

2, 「平成 19(行ツ)164 国籍確認請求事件 平成 20 年 06 月 04 日 最高裁判所大法廷 判決 破棄自判」で, 最高裁民事局長今井功判示は, 次のような違憲立法審査権に関する補足意見を示されている。

「2 裁判所に違憲立法審査権が与えられた趣旨は, 違憲の法律を無効とすることによって, 国民の権利利益を擁護すること, すなわち, 違憲の法律によりその権利利益を侵害されている者の救済を図ることにある。無効とされる法律の規定が, 国民に刑罰を科し, あるいは国民の権利利益をはく奪するものである場合には, 基本的に, その規定の効力がないものとして, これを適用しないというだけであるから, 特段の問題はない。

問題となるのは, 本件のようにその法律の規定が国民に権利利益を与える場合である。この場合には, その規定全体を無効とすると, 権利利益を与える根拠がなくなって, 問題となっている権利利益を与えられないことになる。」

同判事のこの解釈の限りは, 昭和 37 年最判例は旧法 4 条 1 項の規定が借地人の法定更新の法的権利を侵害していると判断し, その救済を図る必要があると認めた場合でも, 本来は違憲立法審査権を行使して法令違憲とした判決を下すべきであった。ところが, 同最判例は自ら立法目的とその手段を含めた立法事実を違法に変更・拡大して, 立法趣旨とは程遠い借地人の権利利益(私的な資産形成の継続)を公権的に保護する目的で, 新たな裁判規範を定立したことになる。

3, 財産権制限に関する「目的と手段」に関する司法審査の基準に関して, 上告人は準備書面(10)で「(平成 12(オ)1965 短期売買益返還請求事件平成 14 年 02 月 13 日大法廷」「昭和 59(オ)805 共有物分割等昭和 62 年 04 月 22 日大法廷」を引用して, 「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」に関して兩判例が示した審査基準の中から、次の3点を抽出して本件請求に対する審査を欠いてはならないとした。且つ、 上告事案他の裁判体もこれを無視した事実と、同最判は本件のような借地事案には射程外かと問うた。

①社会公共の便宜の促進、②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、③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

この目的に対する手段として、「その規制が憲法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」の判断に関して、以下のような審査基準を示している。

④規制の目的、⑤必要性、⑥内容、⑦その規制によって制限される程度等を比較衡量して判断すべきものである。

しかしながら、前述したように一審も原審もこの最判例に関しては完全に無視したが、同最判例が定立した裁判規範は全ての司法審査において遵守を要すると考えると、この点に限っても判例違反となる。

以上、原審判決は財産権の制限に対する憲法適合性に関して、立法事実の顕出を含めた基本的な審査規範を怠った結果、その判決は違法判決として棄却されなければならない。

以上