

平成22年(ネ)第7208号 建物収去土地明渡請求控訴事件

控訴人(原告) 銀座丸八株式会社

被控訴人(被告) 島田シメコ 外4名



## 控訴理由書

平成22年12月6日

東京高等裁判所第9民事部 御中

控訴人(原告) 代表取締役 松 澤 繁 子



控訴人(原告) 代表取締役 松 澤 八 右 衛 門



控訴人(原告) 支配人 野 間 英 彰



「はじめに」

1, 控訴人は、本件請求において借地法4条1項(以下「旧法4条1項」という)の適用は憲法29条2項が規定する財産権を侵害し、その侵害は社会通念上の受忍限度を超えることは必定であることから、本件請求を棄却する場合には具体的・合理的な理由が示される必要があると主張した。

加えて、昭和37年6月6日付の最高裁大法廷判例(以下「昭和37年最判例」という・巻末引用判例資料等の目録1)が創設的に修正した立法事実は、その当時の社会的・経済的事情下故の極めて限定的なものであることから、本件請求に対して同最判例は射程外であり、これを先例として適用することは違憲となることも主張した。

2, 該最判例は、旧法4条1項について目録1「カ）もつとも、右借地法四条一項但書には「土地所有者カ自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合其ノ他正当ノ事由アル場合」とあり、単なる文理解釈にしたがえば、所論のごとく、土地所有者が自ら使用することを必要とする場合は、そのこと自体が正当の事由に該当すると論ずる余地もないではないが」とした解釈を示している。

同様に、巻末目録3の1及び2で「第121回国会・衆参法務委員会」において、永井紀昭政府委員(法務大臣官房審議官)は「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」とされ、「これは社会的正義に反するのではないか」という判例の動きによりまして、これは双方の事情を勘案しなさいというふうに実務の取り扱いが変更になった」と答弁されているように、該最判例が前述した当時の社会的・経済的状況を踏まえて旧法4条1項の取り扱いを修正・変更し、その後の訴訟実務においては専らこれを先例として運用されてきている。

しかしながら、本件請求に限らず、事案に対して法令や判例を適用する場合には、その適用を支える立法事実ともなる射程範囲の再測量を欠いてはならないことや、その立法事実についても法制定時や判例時点の事情ではなく、現在事情を踏まえた再検証を必要とすることは論じる以前の問題でもある。

3, また、控訴人は裁判所に対して財産権制限の是非判断の審査基準や、憲法問題に関わる司法審査の在り方を摘示した最高裁判例や東京高裁判例等を引用して、本件審理における注意義務の必要についても警鐘を鳴らしてきた。

にも拘わらず、原審判決は立法事実の検証を棚上げし、昭和37年最判例の引用を避けながら、これに代わる合憲的根拠を示すことなく木田判決を先例としたかのような理解しがたい理由を以て、控訴人の請求を棄却した。

さらには、事実認定においても「私見」と看做さざるを得ないような、極めて独断的な判断基準に照らして「正当事由」が認められないとした。

原審判決が示した「判断」の何れに関しても、控訴人の事実上・法律上の主張

に対する釈明権が一切行使されないままの、不意打ちともなるものである。

加えて、後述するように建物保護法が社会法的観点から賃貸借契約の「法的安定性」を目的として創設されたにも拘わらず、昭和37年最判例や法務省民事局及び最高裁事務総局民事局、当然に関根判決・木田判決・原審判決等に関与した最前線の裁判官においても、これに対する検証の必要性を確知していない。

4、加えて、控訴人の本件請求は旧法4条1項の但書を踏まえた「異議権行使」に基づくものであり、同様に被控訴人らも同規定前段を踏まえた「更新請求権行使」に基づくものであることから、これは双方が行使した「形成権」の衝突事案でもある。また、控訴人の訴訟提起は、行使した「形成権」を法的に有効とする司法的手段であるから、これに対する主体的な主張・立証を要することは当然としても、被控訴人らも「形成権」の行使者であることから事実上・法律上の主張・立証を必要とすることも当然のこととなる。ところが、被控訴人らは控訴人に対する反論として単に本件再開発計画が正当事由として認められないとか、自らの占有継続の必要性を主張するに止まり、形成権行使者が本来負うべき主張・立証はなされていない。にも拘わらず、原審はその主張・立証を課していないことから、この分配責任の必要についても一切確知され得ないといわざるを得ない(関根事案を含めた一連の訴訟事案も同様)。

さらには、原審の判決裁判官は控訴人の法律上の主張に対して一切の釈明権を行使していないことも加わり、結果として原審判決は民訴法が保証する「当事者主義」を著しく損なったことに加えて、立法事実の顕出等を含めた司法審査を怠っていることについては、司法裁量者の基本的職責である「法的義務」を過怠した、審理不尽に因した明らかな違憲判決となっていることから、その諸々について以下で詳細の理由を述べる。

第1、原審判決が争点1で示した判断の問題点として

1, 原審判決は、「2 争点1について」(23頁5行目)で以下のような判断を示した。(英文字カッコ及び下線は控訴人加筆)

「(6) 原告は、本件について旧借地法6条2項, A) 4条1項ただし書を適用して原告の土地所有権能を制限することは、原告の財産権(憲法29条)を侵害するものであって、その侵害は社会通念上の受忍限度を遙かに超えているから、本件に上記規定を適用することは違憲となる旨主張する。

しかし、B) 旧借地法6条2項につき、借地人が賃借する土地を住居として利用する場合にのみ適用すべきものと解することはできないし、C)原告の主張するところは、要は、本件異議に正当事由があるとはいえないとして本件賃貸借契約の終了を認めないのは不当であると述べるにすぎないものであって、本件異議に正当事由が認められないのは前記判断のとおりであるから、D)原告の前記主張は理由がない。」

控訴人が求めた上記A)の適用違憲の主張については、本件請求の以前に提訴した甲7の1の区画⑤の借地人・関根富壽外2名に対する別訴事件(乙7の1乃至3、以下「関根判決」または「関根事案」という)や、区画⑩の借地人・木田明利外2名に対する別訴事件(一審判決甲88・控訴審判決乙10。以下「木田判決」または「木田事案」という)においても一貫してその審査を求めてきたものであり、これは一連の請求事案の中核をなすものである。

尚、同B)については、判決中の(原告の主張)においても確認されていないし、控訴人の弁論の全趣旨を再確認しても、このような主張を行った事実は存していない。これは、同C)・D)の結論を左右する要件ではないとしても、これは明らかな弁論主義違反である。

2, 控訴人は準備書面(13)で木田判決(甲88)を踏まえた上で、その判断には司法審査の在り方に多大な問題があるとして、その主張においても所謂「独

自の見解に過ぎない」とした批判を避ける為に、後述する最高裁判例等を引用して事前に警鐘を鳴らした。にも拘わらず、原審判決は木田判決と同様の誤りを犯している。木田判決は、控訴人が上記A)と同様の主張を確知した上で「旧借地法4条1項自体が憲法29条に反しないことは原告も認めるところであり、」を前提に置いて、C)・D)と同様の「原告の上記主張は、結局のところ、本件において、本件土地の使用継続に対する原告の異議について正当事由があると主張しているにすぎないというべきである。」(甲88の25頁中段)と結論付けた。

続けて、A)と同様の適用違憲の主張に対しても「原告の適用違憲の主張の根拠となる各事情も踏まえた上で正当事由の有無を判断している以上、上記主張を正当事由の有無の判断と別個に論ずる意義は認められない。」として、さらに一步を踏み込んだ判断を示した。

しかしながら、控訴人が関根事案や木田事案と同様に本件請求において、A)の「適用違憲」となる恐れがあったとしたのも、現下の社会的・経済的事情を踏まえるとD)の「正当事由」(原審は、ここでは本件再開発計画の具体性を否定することに汲々としている)の適用を支える「立法事実」は既に存しないとした判断にあった。それが為に、その「適用」により控訴人の土地所有権能の制限を合憲とするには、つまりは本件請求を棄却する場合には「立法事実の顕出」による具体的・合理的な理由が示される必要があるとの主張を繰り返してきた。従って、原審判決がA)の控訴人の主張に対して示したC)・D)の判断は、立法事実の顕出を怠った以前に論理法則上においても明らかな食い違いの違法を犯している。

さらには、控訴人が準備書面(13)等で木田判決の問題点を指摘したにも拘わらず、判決裁判官は控訴人の適用違憲に対する主張に対して一度たりとも釈明権を行使していないことから、原審のこの判断は不意打ちに等しい。

これを踏まえると「原審がこのような措置に出ることなく、漫然証拠がないとして被控訴人の前記請求を排斥したのは、釈明権の行使を怠り、審理不尽の違法を

犯したものである」というのほかになく」(昭和 37(オ)567 損害賠償並びに土地所有権確認請求 昭和 39 年 06 月 26 日 最高裁判所第二小法廷 集民第 66 号 723 頁)の判示に準じると、釈明権不行使や財産権審査等の最高裁判例等を証拠として提出したにも拘わらず、上記 C)・D) のように「理由がない」とした判断は審理不尽となる。

加えて、この適用違憲については本件請求の中核であることを踏まえると、原審判決が控訴人の主張・立証に正対していないことは明らかであり、これは弁論主義を冒瀆したに等しい違法がある。

3、原審判決は、木田判決と同様に旧法 4 条 1 項の適用に関して、関根判決(乙 7 の 1・2)の事実認定の一部の判断を引用しながら、その上告棄却判決(乙 7 の 3)が引用した昭和 37 年最判例の引用を避けた。そうすると、原審判決は同規定の適用が憲法に抵触しない、つまり現下の立法事実の顕出を要せずに昭和 16 年当時の立法事実を以て合憲性を担保し得ると判断したとしか解せない。関根事案の上告棄却判決(乙 7 の 3)は、「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 卷 7 号 1265 頁)とすところである。この点をいう論旨は採用することができない。」との理由で、控訴人が求めた適用違憲の審査を行うことなく控訴人の請求を退けた。

しかしながら、控訴人は本件請求を含めて関根事案や木田事案においても、同規定が「憲法 29 条に違反する」と主張した事実は存していない。

これについては、あらゆる法令や判例等における用語の使用について厳格性が求められることに鑑みると、これもその食い違いの違法性を含めた弁論主義違反となる。

4、仮に、関根判決が控訴人の「適用違憲」の主張を「法令違憲」と読み誤ったとしても、「規定」が「違憲」ではないので「適用」も「違憲」とはならないと解したことになる。そうすると、関根上告棄却判決は旧法 4 条 1 項の

「規定」や「適用」を支える現下の社会的・経済的情勢を踏まえた「立法事実」の「裏付け」を伴わない限りは違憲判決となることは否定できない。

前述したように、控訴人が本件請求を含めた一連の訴訟事案において昭和37年最判例は射程外であり、旧法4条1項の適用は違憲となる恐れがあるとして、司法審査判例や財産権判例を引用して司法審査の在り方等についても再々の警鐘を繰り返していた。それにも拘わらず、原審判決を含めて裁判所が示した一連の判示内容は、そもそも「法令違憲」と「適用違憲」に関する司法審査の初歩的な概念を混同したとしか考えられない。

それ以前の問題として、旧法4条1項に関して昭和37年最判例の詳細の検証なくして、その合憲性を維持でき得るとしたに等しい原審判決の問題点に関しては、次項でさらに詳論する。

## 第2、旧法4条1項と昭和37年最判例の問題点について

1、昭和37年最判例は、旧法4条1項に関して昭和16年創設時の立法事実を事後法的に創設・修正し、同年の「最高裁判所判例解説」に判決要旨「借地法第四条第一項は、憲法第二九条に違反しない」との記載が行われ、その後は恰も旧借地法に関わる訴訟事案の全てがこの判例の射程範囲に含まれるかのような外形で、これを先例とした適用が繰り返されてきた。

控訴人としても、懸かる実態を踏まえた上で一連の訴訟事案においても、該最判例は本件借地権のように旧借地法が創設・改正される以前から存在し継続してきた事案に対しては射程外であることを主張してきた。

訴訟実務においては、例え大法院判決といえども事案に対する判断根拠として先例を適用する場合には、その判例の射程範囲ともなる「立法事実」の再検証が不可欠となることは、原則であり異論を挟む余地はないはずである。

また、本件に限らず、法の解釈・適用における合憲性を争っているような事案の場合には、その立法事実は法制定時の過去の事実ではなく、裁判時の事情・事実が法の適用を支えられるか否かにあることは異論を挟む余地のな

い大原則でもある。

加えて、一般的な訴訟事件に関しては、刑事・民事を問わず当事者が主張の裏付けとして「判例」を引用する場合にも、判例事案の詳細を検証することなく安直に「裁判要旨」に依存することについては、従来から裁判所自らが当事者やその代理人を強く戒めてきたことはいうまでもない。

これを踏まえると、関根事案の上告棄却判決が「立法事実の顕出」を過怠した以前に、この判例事案の詳細を検証することなく「裁判要旨」に依存したとしか判断できないことは、最高裁自らが「法的義務」の著しい違反を侵していることは否定できない。

2、原審判決(木田判決も同様)は、関根事案の上告棄却判決を確知しながら、その判断において昭和37年最判例の引用を避けた。仮に、原審判決及び木田判決はこの最判例が示した立法事実は妥当と解せないと判断したとすると、昭和16年の旧法4条1項改正時の立法事実を以て同規定適用の合憲性を維持し得ると判断したとしか解せないこととなる。しかしながら、この判断が問題となるのは、原審判決が11頁「ウ 適用違憲」で控訴人がこの最判例を射程外としたことを確知しながら、その判示の詳細確認を怠ったことにある。そもそも、控訴人が同規定の法令違憲を主張していない理由の1は、本件再開発計画の対象地である甲7の1の本件画地を含めた①～⑭の全ての借地権が明治期に始まり、明治42年の「建物保護法に関する法律」(以下「建物保護法」という)、大正10年の「借地法」、昭和16年の「正当事由制度」、昭和41年の「借地非訟制度」等々の事後法による「拘束」が課されたことの結果として、その後の権利承継に関しても「契約自由の原則」の規定外に置かれていたことにある。これについては、原審判決は明治期以降の法制定・改正が土地所有者の権能制限に及ぼした影響については、昭和37年最判例と同様に、その司法審査・審理において視野にすら置いていない。



3, 昭和37年最判例が創設・修正した「立法事実」は、目録1のキ)「依然たる宅地不足で借地権者を保護しなければならない現下の実情にかんがみるとき」、ケ)「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」としているように、この事案の弁論終結時点の社会的事情を踏まえた判断が示されているに過ぎない。問題は、この最判例が大法廷判決であることを踏まえると、それ以降の下級審に「先例」として少なからぬ「影響」を及ぼすであろうことについては、当然に予見でき得たはずであるし、その視点の欠落は許されない。

また、巻末目録2の昭和41年6月9日付の第51回国会・参議院法務委員会会議録25号で、当時の法務省民事局長新谷正夫氏がその冒頭で「借地借家法等の改正につきましては、終戦後のわが国の借地事情あるいは借家事情にかんがみましていろいろ問題が出てまいったわけでございます。」「昭和三十二年の五月に「借地借家法改正に関する意見」というものがまとまりまして、各方面の意見の照会をいたしたわけであります。それに基づきましてさらに「試案」というふうな形に取りまとめましたものが三十四年の十二月二十一日にでき上がりました。」「当時の民法部会におきましてどうしたらいいかということを審議していただいたわけでございます。その際に、もちろんこの「借地借家法改正要綱試案」というものをその材料に提供いたしましたわけでございます。」とした答弁を確認できる。

この最判例の事案が大法廷に委ねられた重みを踏まえると、最高裁民事局(大法廷は当然に)はこの「要綱試案」を「確知」し得ていたはずであり、その不確知はあり得ない。また、この試案が「終戦後の借地事情の変動」から派生した「社会的問題」に対して、立法者が政策的方向性を示したのもであったことを踏まえると、それが「現下の実情」が将来的に「変動」することについても、然るべき注意義務の必要があったことも否定できない。

4, さらには、当初の契約期間満了後の「更新」に際しても、或いは契約当初

の目的を相当程度に達成し得たと認められるような場合においても、借地人保護の為に「土地所有権能の制限」の継続が「公共の福祉」に資するか否かについても視野に置くべき必要があったことは否めない。この判例を、控訴人が射程外としたのも、この判例が修正した「立法事実」は極めて「限定的な実情」に止まるものであり、ましてや昭和41年の借地非訟制度がそれ以前の事案に及ぼした影響についても、この時点では当然に視野外であった。

この最判例が、「**現下の実情**」とした社会的・経済的事情の変動に関しては、控訴人が口頭弁論再開申立書において引用した「昭和48年(行ツ)24 国有財産買受申込拒否処分取消請求事件 昭和53年7月12日 最高裁大法廷判決・民集第32巻5号946頁」が「ところで、農地法施行後における社会的・経済的事情の変化は当初の予想をはるかに超えるものがあり、特に地価の騰貴、なかんずく都市及びその周辺におけるそれが著しいことは公知の事実である。」としたように、昭和30年代中期以降の急激な変動は公知されていた事実でもある。

従って、その射程を図ることなくこの最判例を「先例」として盲目的に引用・機能することの問題点について、司法は当然に確知し得なければならなかったと同時に、仮に該最判例を引用しなかったとしても「内容審査」の必要に関する不確知は必然的に法的義務の過怠となる。

5、後述するように建物保護法が社会法的観点から、土地賃貸借契約の「法的安定性」を目的としていたことは論じるまでもないことである。控訴人としても、同最判例がこの当時故の社会情勢を踏まえて旧法4条1項の適用射程を拡充したことについては、その限りにおいて「法的安定性」の更なる維持を必要としたことについても十分に理解し得るところではある。

しかしながら、同最判例は土地所有者による更新拒絶・占有異議による本訴請求事案であることを踏まえると、この事案の場合には契約期間更新により最短30年・最長60年もの期間、土地所有権能行使が制限されることになる。そうすると、この最判例の判断は社会法的観点からの「法的安定性」

についても、その本来の目的を達した事案についても継続的保護を必要としたことに外ならないが、その点については判示内容を詳細に検証しても司法審査が加えられた痕跡を確認することはできない。つまり、同最判例の最大の問題点は、後世においてこれを先例として適用される同様事案に関して、「法的安定性」に対する審査の必要についての「注意書」すら付されていないことにある。それが為に、原審判決を含めた関根事案・木田事案も、この「法的安定性」に関する再検証の必要については、一切確知されていない。

以上の諸点を含めて、同最判例は大法廷としての注意義務を著しく怠っていることを踏まえると、この最判例は所謂「先例」としての「重み」を有しないし、これを引用・追認した関根棄却判決は司法審査における基本的要件が欠落している。原審判決及び木田判決の問題は、この最判例を引用せずに旧法4条1項の適用を合憲とする場合には、同最判例に代わる「立法事実を顕出」する必要があることに尽きている。その為にも、従来の司法裁量において「先例」として機能せしめてきた同最判例の「判示内容」の詳細についての徹底的な再検証を要したことはいうまでもない。

- 6、冒頭でも述べたように昭和37年最判例は、旧法4条1項について目録1「カ）もつとも、右借地法 四条一項但書には「土地所有者カ自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合其ノ他正当ノ事由アル場合」とあり、単なる文理解釈にしたがえば、所論のごとく、土地所有者が自ら使用することを必要とする場合は、そのこと自体が正当の事由に該当すると論ずる余地もないではないが」とした解釈を示している。これと同様に巻末目録3の1及び2で「第121回国会・衆参法務委員会」において、永井紀昭政府委員(法務大臣官房審議官)は「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」とされ、「これは社会的正義に反するのではないかという判例の動きによりまして、これは双方の事情を勘案しなさいというふうに実務の取り扱いが変更になった」と答弁されている。

従って、この最判例や政府委員の解釈・答弁による限りは「控訴人が土地を使用する必要」があれば、それは認容されなければならないことになる。

しかしながら、原審判決は旧法4条1項の適用に関して、何らの具体的・合理的な合憲的根拠を示さないままに、控訴人の請求を棄却した。

この実態は、前述した先例引用の問題点と同様に、刑事・民事を問わずして当事者はその主張に関して立証義務を課されるように、裁判所が事案に対して法や判例等の先例を適用する場合の「解釈」(射程)に関しても、当然に然るべき根拠を要することは法的義務でもあることはいうまでもない。

「実務上の取り扱いを変更した判例」として、代表的なものがこの昭和37年最判例であることに鑑みると、原審判決に限らず木田判決においても同最判例を引用しなくても同最判例が創設・修正した「立法事実」の再検証は絶対的が必要があったし、それを怠ったままの判決は決して妥当とはならない。

### 第3、旧法4条1項の適用の在り方に関して

1、旧法4条1項に関して、平成3年の借地借家法(以下「新法」という)制定時の「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」(4頁中段部)において、以下のような解説がなされている。

#### 「(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。」

この解説の問題点は、「正当事由の有無の判断」が借地法と異ならないとしても、新法における正当事由の適用はあくまでも「新法制定後」の「契約自由の原則下」における「新規賃貸借契約」の事案に適用されるものである。

また、旧法4条1項の「適用」についても、対象事案が「契約自由の原則下」、つまり「法の不知」が昭和37年最判例等の判例を対象とするか否かは兎も角としても、司法審査においては戦後以降の法改正を確知した上で締結された「時期」の違いは、訴訟事案毎の「個別事情」となることから、その「仕分け」の必要は絶対的な要件でもあるはずである。しかしながら、原審判決を含めた従来の同様訴訟については、この契約始期と法改正との関連性については、皆無といえるほどに殆ど斟酌され得ていない。

従って、「司法審査」における「取り扱い上の注意の必要」に関しても、「法的安定性」と「正当事由」の関係について一片の「注意書」さえ付されていないことは、これが最前線の裁判官を対象とした執務資料であることを踏まえると、最高裁民事局が欠いた「注意義務」は決して軽微なものではない。

2, 前述した昭和34年の法務省民事局による「借地借家法改正要綱試案」が賛否両論により改正断念に追い込まれたことや（これを叩き台として昭和41年の改正法に至る）、平成3年の新法においても借地法への遡及が断念の止むなきに至ったのも、立法起案者である法務省民事局が政治的な妥協を強いられた結果でもある。それが為かは別として、控訴人が準備書面(12)の60頁末段以下で法務省民事局の総合規制改革会議宛の「資料等提出依頼について(回答)」(甲86)において、以下のような回答がなされていることを示したが、それを以下に再録する。(下線は原告加筆)

「1. 貴会議御指摘の建物の老朽化に伴う建替えの必要性等の事情については、最近の裁判例においても、実際に正当事由を判断する際の考慮要素に加えられ、立退料の支払を条件に正当事由が備わっていると判断されて、明渡しが認められ

ている事案も相当数にのぼっている。

しかし、一方で、建物の老朽化が相当程度進んでおり、現在の借家関係を維持したのではわずかな収益しかあがらないなど、賃貸人に酷な事情が認められる事案であっても、結論として、正当事由を備えていないとして、賃貸人からの明渡しの請求を退けた事案もある。個別事案においては、賃借人側の事情等も考慮に入れなければならないため、その判断の当否に言及することはできないが、現行法の規定では、当事者双方の「建物使用の必要性」の比較が、あたかも正当事由の主な考慮要素であるかのように掲げられ、一方で「建替えの必要性」等の要素が明示されてないため、建物の老朽化に伴う建替えや土地の有効利用のための建替を計画しているような場合でも、それを考慮要素に加えていないか、加えていたとしても重要な考慮要素と扱われず、適切な評価が加えられていない場合もあるのではないかという問題意識を持っているところである。

この回答は、旧借家法事案に関するものではあるが、昭和37年最判例が目録1のク)で「借地法四条一項但書の規定につき借家法一条ノ二の場合と異った解釈を採り、借地の場合には、借地権者側の事情をなんら参酌する要がないとの所論は、これを肯認し難い。」としたように、この正当事由の適用基準は借地借家に共通するものであり、これは司法審査の方向性を示したものである。

と同時に、これは法務省民事局が新法制定に際して当初予定していた旧法に対する遡及効が政治的妥協により断念せざるを得なかったことを踏まえた、旧法訴訟事案に対する出口戦略を示したものでもあると考えられる。

3、前項の法務省民事局の回答と同様に、この正当事由について控訴人は準備書面(12)の53頁や同準備書面(8)で引用した昭和41年・借地法一部改正時(非訟制度創設)の法務委員会会議録31号(発言者番号5/11)で、新谷正夫政府委員(法務省民事局長)の以下の答弁を再録・引用した。

「①わが国の狭い国土の中でこの土地を最高度に利用しなければなら  
ないということも、これは当然のことでございます。お説のとおり  
私権ではありますけれども、やはりそのときどきの社会情勢にこれ  
がマッチするものでなければなりませんので、そういう意味で土地を  
合理的に利用するという目的のために、いろいろの措置を講じた次第  
でございます。」

同氏は、前述した目録2の第51回国会参議院法務委員会会議録25  
号末段でも、借地非訟制度創設の為の法改正の目的として、以下のような答  
弁をされている。

「現在の借地借家法制のもとにおきまして、訴訟その他の関係で非常に法律関係  
が紛糾して、土地あるいは建物の合理的利用が阻害されるという面が多々ござ  
いますために」

この法改正を受けて、「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・集民 第112号735頁」（以下「抗告判例①」という）は、「裁判要旨 借地法  
八条ノ二第二項の借地条件変更に関する裁判は、憲法三二条、八二条に違反しない。」  
とした理由につき、以下のように判じている。

「抗告代理人盛川康、同横谷瑞穂の抗告理由一について。

借地法八条ノ二第二項に規定する借地条件の変更の裁判は、増改築を制限す  
る旨の借地条件が存する場合において、土地の通常の利用上相当とすべき増改  
築につき当事者間に協議が調わなかつたときに、裁判所が借地権者の申立によ  
りその増改築についての土地所有者又は賃貸人の承諾に代わる許可を与える  
ものであり、裁判所は、借地権の残存期間、土地の状況、借地に関する従前の

経過その他一切の事情を考慮して、当事者の意思に拘束されることなく、土地の合理的な利用のため、後見的立場から合目的に裁量権を行使して裁判し、当事者間の利益の衡平を図るため必要があるときは、借地条件の変更、財産上の給付、その他相当な処分を命ずるものであつて、その性質は本質的に非訟事件であるから、公開の法廷における対審及び判決によつてする必要はない。このことは、当裁判所昭和三六年（ク）第四一九号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九卷四号一〇八九頁、昭和三七年（ク）第二四三号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九卷四号一一一四頁、昭和三九年（ク）第一一四号同四一年三月二日大法廷決定・民集二〇卷三号三六〇頁の趣旨に照らして明らかである。従つて、公開の法廷における口頭弁論に基づかないでなされた原決定に憲法三二条、八二条違反の違法はない。その余の点に関する所論は、原決定の違憲を主張するものではないから、適法な抗告理由にあたらぬ。それゆゑ、論旨は採用することができない。」

この判例の要点は、「借地法八条ノ二第二項に規定する借地条件の変更の裁判は、」「土地の通常の利用上相当とすべき増改築につき」、「裁判所は、借地権の残存期間、土地の状況、借地に関する従前の経過その他一切の事情を考慮して、当事者の意思に拘束されることなく、土地の合理的な利用のため、後見的立場から合目的に裁量権を行使して裁判し」とした判断を示していることにある。

つまり、「土地の通常の利用上」や「土地の合理的利用の為に」は、非訟事件として公権的に土地所有者の異議を退けることは違法ではないとした。

4、この借地非訟制度に関連して、控訴人は前述したように準備書面(10)の10頁の第2の1で清水湛政府委員の以下の答弁を引用・再録した。

「ア）正当事由についての従来の判例理論というものを詳細に検討いたしますと、やはり基本的な流れは当事者間における諸般の事情を考慮する、



イ) それ以外の客観的な土地の高度利用とか有効利用というような公共政策と  
いうようなものは、これは当事者間の契約をベースとする借地・借家関係と  
いうものには直接の関係はないんだと、こういうのが正当事由についての基  
本的な流れであるというふうに思うわけでございます。」

準備書面(11)でも述べたが、昭和41年の新谷正夫氏も平成3年の清水湛氏も法務省民事局長であることは、これが立法事実ともなるにも拘わらず借地法の所管庁である法務省が、二重の二重基準を侵していることになる。

まず、清水湛氏のア)の答弁については、上記の「抗告判例」は借地人が「土地の通常の利用上相当とすべき」、「土地の合理的な利用のため」の建物建て替えを計画している場合に、土地所有者の異議権から「保護」する為の「非訟事件」の事例であり「従来判例理論」としては妥当ではない。従って、仮に土地所有権者が同様の既存建物建替等を目的とした再開発計画を図ったとしても、この判例は射程外でありその適用は許されないとしたに等しい。

また、借地非訟制度創設に伴う第51回国会における法改正に際しては「土地を最高度に利用しなければならない」、「そのときどきの社会情勢にこれがマッチするものでなければなりません」、「土地を合理的に利用するという目的のために」としながら、新法制定時の第121回国会では「客観的な土地の高度利用とか有効利用というような公共政策」は、「借地・借家関係というものには直接の関係はない」としている。

これは、本来の立法者でもある国会における法案決議の実態が法務委員会決議を追認するに等しいことに鑑みると、この借地法の所管庁でもある法務省民事局長の一連の答弁は実質的に立法者意思そのものでもあることから、これは当局による明らかな二重基準であるに止まらず土地所有権(者)に対する著しい背信でもある。

5, この借地非訟制度の問題点については、控訴人が準備書面(12)で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」の検証資料(甲77)により、これは公権力による土地所有者の「財産権侵害」となることを指摘したが、前述した二重基準はこの制度が憲法違反ともなる根拠でもある。立法者意思と司法との関係については目録4の「第121回国会平成3年9月26日 参議院法務委員会 会議録5号」で、今井功最高裁判所長官代理(最高裁判所事務総局民事局長)が、以下のように答弁されている。

「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によって法律を制定されたかということでございます。」

この答弁を踏まえると、立法者による二重基準の問題点については前述したように、実質的にも立法者意思となる法務委員会における政府委員等答弁を引用して指摘していたにも拘わらず、原審判決は審理に際してこれを一切斟酌していないことは明らかな弁論主義違反となる。本件に関する事実認定の問題点については後段で詳述するが、原審判決や関根判決・木田判決が本件再開発計画を「私益に過ぎない」とか、「具体性が認められない」とかの理由で控訴人の請求を「棄却」した。これは、単に立法者意思の再検証を怠ったことに加えて、「抗告判例①」が示した借地人保護の正当事由は控訴人の本件再開発計画に関しては適用されないとしたに等しく、結果として裁判所自らが背信的な二重基準を侵したことになる。

#### 第4, 土地所有権に対する二重の財産権制限となった借地非訟制度について

##### 1, 借地非訟事件の付随裁判決定に対する抗告請求事件とその引用判例

前述した抗告判例①の裁判要旨は「借地法八条ノ二第二項の借地条件変更に関

する裁判は、憲法三二条、八二条に違反しない。」と判じた。この借地非訟制度の存在は、結果として旧法4条1項の適用を著しく歪め、それが為に本件の二度の和解勧試においても被控訴人らが頑なな対応に終始した根底には、将来における「既存建物の建替」や「第三者に対する譲渡」に関しても、その代理人弁護士を含めてこの制度により「保護」されることを盲目的に期待したことにあると判断せざるを得ない。その期待が妥当か否かは別としても、当該事案の司法審査においては単に当該時点の当事者事情のみに依拠した形式的な法の適用・判断に止まることは、事案の終局的出口に向けた解決には決して繋がらないと考えざるを得ない。控訴人としては、この借地非訟制度は土地所有権に対する過度の権利侵害であり、その運用が旧法4条1項の解釈・適用に及ぼした悪影響は大なるものといわざるを得ないことから、その点につき以下で詳細を検証する。

2、抗告判例①と同様の抗告判例は、その手続きの合憲判断の根拠として家事審判としての抗告判例を先例とした引用が繰り返されている。

これは、前述した昭和37年最判例の盲目的な先例適用と同様の、最高裁における司法審査の在り方としては看過できない問題点を内包していることから、以下でその問題点を含めた判断の妥当性を検証する(何れも巻末目録5より引用、下線は控訴人加筆)。

(1)「抗告判例①」「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」が引用した判例と、該判例が引用した判例。

「抗告判例②」「昭和36(ク)419 夫婦同居申立事件の審判」

補足意見 「抗告判例⑤」「昭和26(ク)109 調停に代わる裁判に対する抗告」

「抗告判例③」「昭和37(ク)243 生活費請求事件の審判」

「抗告判例⑤」「昭和26(ク)109 調停に代わる裁判に対する抗告」

補足意見 「抗告判例②」 「昭和36(ク)419 夫婦同居申立事件の審判」  
「抗告判例④」 「昭和39(ク)114 遺産分割審判」

「抗告判例②」 「昭和36(ク)419 夫婦同居申立事件の審判」

「抗告判例③」 「昭和37(ク)243 生活費請求事件の審判」

(2)「抗告判例⑥」 「昭和56(ク)69 賃借権譲渡許可決定に対する抗告棄却決定に対する抗告」が引用した判例と、該判例が引用した判例。

「借地判例1」 「昭和29(オ)232 土地明渡、損害賠償請求」

「借地判例2」 「昭和34(オ)502 建物収去土地明渡請求」の引用判例

「借家判例1」 「昭和24(オ)203 家屋明渡請求」

「借家判例2」 「昭和24(オ)274 家屋明渡請求」

引用判例 「借家判例3」 「昭和24(オ)96 家屋明渡請求」

「借家判例4」 「昭和27(オ)446 家屋明渡請求」

「抗告判例②」 「昭和36(ク)419 夫婦同居申立事件の審判」

「抗告判例③」 「昭和37(ク)243 生活費請求事件の審判」

「抗告判例④」 「昭和39(ク)114 遺産分割審判」

(3)「抗告判例⑦」 「昭和 53(ク)483 増改築許可申立事件の決定に対してした抗告棄却の決定に対する抗告」が引用した判例と、該判例が引用した判例。

「借地判例3」 「昭和31(オ)326 土地賃貸借契約等無効確認請求」

「抗告判例⑧」 「昭和50(ク)36 建物の構造に関する借地条件変更申立事件」

「抗告判例②」 「昭和36(ク)419 夫婦同居申立事件の審判」

「抗告判例③」 「昭和37(ク)243 生活費請求事件の審判」

「抗告判例④」 「昭和39(ク)114 遺産分割審判」

「借地判例1」 「昭和29(オ)232 土地明渡、損害賠償請求」

(4)「抗告判例⑨」「昭和49(ク)236 競売に伴う土地賃借権譲受許可申立棄却の決定に対する抗告」が引用した判例。

「抗告判例④」「昭和39(ク)114 遺産分割審判」

(5)「抗告判例⑩」「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」が引用した判例。

「抗告判例②」「昭和36(ク)419 夫婦同居申立事件の審判」

「抗告判例③」「昭和37(ク)243 生活費請求事件の審判」

「抗告判例④」「昭和39(ク)114 遺産分割審判」

(6)「抗告判例⑪」「昭和44(ク)419 建物の構造に関する借地条件変更決定に対する即時抗告棄却決定に対する抗告」が引用した判例。

「抗告判例④」「昭和39(ク)114 遺産分割審判」

3、借地非訟制度が憲法32条、82条に違反しないとした抗告判例の問題点

(1)借地非訟事件に関する抗告判例①⑥⑦⑧⑨⑩⑪(以下、これを「借地非訟判例」という)は、何れも借地非訟制度が憲法32条(裁判を受ける権利)や同82条(公開裁判)の規定に違反しないとし、その根拠として抗告判例②③④⑤(以下これを「家事審判判例」という)の直接間接の引用が繰り返されている。

一連の借地非訟判例が、借地非訟事件の手続は「憲法に違反しない」としたのは、抗告判例⑨の判示に代表される「非訟事件手続においてした右前提事項に関する判断には既判力が生じないから、これを争う当事者は、別に民事訴訟を提起して賃借権の存否の確定を求めることを妨げられるものではなく」とした判断を

踏まえたものであり、これは全ての抗告判例が示した合憲的根拠でもある。

しかしながら、借地非訟判例が引用した家事審判判例は、何れも戸籍法の拘束下におかれた家族間争議に対する審判事例であり、そもそも借地法等の「賃貸借契約」により第三者との間で相互拘束下に置かれている当事者とは、その根底が異なることはいうまでもない。

この当事者の違いは、先ず家事審判の場合はその決定を不服として抗告本訴を提起するか否かを一切問わずに、「相続財産」や扶養義務としての「生計費」等の請求対象となる「財産」については原則的には「家族間に内在」するものであり、少なくとも決定・判決により終局するまでは第三者に流出・移転されることはないし、仮に家族外に流出したとしてもその分配・負担等の義務を免れる訳ではない。また、家事審判の場合は民法が規定する相続人間の相続財産の分配や、同法の婚姻関係下の法定財産の分配や扶養義務としての生計費等の負担に関しても、戸籍法規定下の当事者が負うべき当然の権利・義務であり、審判決定においてその増減はあるとしても新たな権利が発生したり制限が加えられる訳ではない。

(2)しかしながら、抗告判例①⑦⑧⑩⑪の「借地法八条ノ二第二項の借地条件変更許可」は、その決定・判決により借地人との契約期間が更に延長されることになる。そうすると、これは昭和37年最判例が「ケ)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」としたように、この非訟制度は借地人の権利に対する追加的保護であり、一方の土地所有者にとっては旧法4条1項の規定に新たな制限が加わることに外ならないことから、借地非訟判例を示した最高裁はこの規定の適用が「公共の福祉」に資するか否か、つまりは「法的安定性」の審査を要したことはいうまでもない。

同様に、抗告判例⑥⑨の「借地法九条の二第一項の譲渡・譲受許可」に関しても、その借地権が第三者に移転されることになる。しかも、この決定には契約期間の延長も加わる判断が示されていることもあり、これは単に当該

借地権がAからB（しかも、経済的にもBはAより勝る等の判断が多用されている）に移転するだけであり承諾料や地代増額も加わることから、土地所有権者が実質的に被る不利益はないとした判断が多用されている。

このような判断の問題点は、後述するように土地所有権者の財産権に及ぼす影響と、土地使用収益権の取得に際して権利金等一時金の資本投下のない借地人に対して、その地価上昇益の大半を不当利得させる等の実態について一切の斟酌がなされていないことにある。権利金については、控訴人準備書面(8)の第2や、同準備書面(12)の15頁以下で、その運用実態に関して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。以下「事例集」という)の第3集に掲載されている申立事件を一括した検証資料No.1乃至No.4(甲77の1乃至4)に基づき、これが借地訴訟や訴訟鑑定に及ぼした影響を検証してきた。しかしながら、借地非訟判例を検証する限りにおいては、この制度の運用実態と、その決定に伴う借地権鑑定の手法が先例・慣習として援用されてきたことの問題点について、司法は視野にすら置いていないし、殆どの裁判官の経験則がその運用実態の集積により形成されてきたことも否定できない。

(3)前述したように、この借地非訟制度は当事者間の財産権に及ぼす影響に関しても、家事審判とはその根底において異なることはいうまでもない。

しかも付随裁判の決定に対する不服として当事者が抗告提訴したにも拘わらず、これを家事審判の判例を盲目的に引用して退けていることは、司法審査における法的義務を著しく過怠したことに外ならない。

家事審判の抗告判例②は「法律上の実体的権利義務自体につき争があり、これを確定するには、公開の法廷における対審及び判決によるべきものと解する。」とし、抗告判例③は「性質上純然たる訴訟事件につき当事者の意思かんに拘らず、終局的に事実を確定し、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によつて

なされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するものといわねばならない。」とした。

この判示を踏まえると、前述したように借地非訟制度は土地所有者の権能に対する新たな制限であることから、これは「実体的権利義務」となることは否めない。また、抗告判例⑤は非訟事件手続きに関する「事案」に関して以下のように判じている。

「よつて、前述した憲法八二条、三二条の法意に照らし、右金銭債務臨時調停法七条の法意を考へてみるに、同条の調停に代わる裁判は、単に既存の債務関係について、利息、期限等を形式的に変更することに関するもの、即ち性質上非訟事件に関するものに限られ、純然たる訴訟事件につき、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する裁判のごときは、これに包含されていないものと解するを相当とするのであつて、同法八条が、右の裁判は「非訟事件手続法ニ依リ之ヲ為ス」と規定したのも、その趣旨にほかならない。」

「本件訴は、その請求の趣旨及び原因が第一審決定の摘示するとおりで、家屋明渡及び占有回収に関する純然たる訴訟事件であることは明瞭である。しかるに、このような本件訴に対し、東京地方裁判所及び東京高等裁判所は、いずれも金銭債務臨時調停法七条による調停に代わる裁判をすることを正当としてるのであつて、右各裁判所の判断は、同法に違反するものであるばかりでなく、同時に憲法八二条、三二条に照らし、違憲たるを免れないことは、上來說示したところにより明らかというべく、論旨はこの点において理由あるに帰する。」

この判例は、「純然たる訴訟事件につき、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する裁判のごときは、これに包含されていないものと解するを相当とする」とし、借地非訟事件は抗告判例⑩が「土地の通常の相当とすべき増改築につき当事者間に協議が調わなかつたときに」としたように、土地所有権者の「異議権」を受けた借地権者の申立によるものである。



また、「家屋明渡及び占有回収に関する純然たる訴訟事件であることは明瞭である」としたことについても、非訟手続きによる決定は事後に抗告本訴が閉ざされている訳ではない。しかしながら、その結果が借地非訟判例であることを踏まえると、これは「形骸化」の典型であり一連の判例が示した「理由」を妥当と看做すことはできない。加えて、非訟事件事案の土地所有権者は「明け渡しや占有回収」の機会を、将来（最低30年・最長60年間）に先送りされることの問題点についても、一切の比較衡量すら行われていない。

また、抗告判例⑥は「右規定に基づく借地権譲渡の許可の裁判は、その性質上本質的に非訟事件の裁判であるから」とし、その根拠として抗告判例①と同様に家事審判に関する抗告判例②③④を引用した。

しかしながら、前述したように土地所有者が権利として行使した「異議」については、そもそも非訟手続に委ねられる事案ではないことから、「憲法八二条、三二条に照らし、違憲たるを免れない」ことになる。

従って、被控訴人らが有する「借地権」については、将来の建て替えや第三者に対する譲渡等の期待を実現することは、前述した控訴人の主張を翻せない限りは不可能であることを再確認しておきたい。と同時に、被控訴人らの「借地権」の経済的価値の最大値は常に現在時点にあり、これについては裁判所も確知する必要があることはいうまでもない。原審における前任裁判官や判決裁判官が試みた二度の和解が不調に終わった理由も、この視点の不確知にあったことは否定できない。

#### 4. 借地非訟判例が憲法29条の違憲ではないとした判断の問題点

(1)この借地非訟制度は、前述したように第51回国会において「借地法等の一部を改正する法律」に関する「法律第九三号」として、昭和41年6月30日に公布され翌7月1日付で施行されている。また、その非訟手続きについ

ては「第一四条ノ三 特別ノ定アル場合ヲ除キ前条ノ事件ニ関シテハ非訟事件手続法(明治三十一年法律第十四号)第一編ノ規定ヲ準用ス但シ同法第六條、第七條、第十五條及第三十二條ノ規定ハ此ノ限ニ在ラズ本法ニ定ムルモノノ外前条ノ事件ニ関シ必要ナル事項ハ最高裁判所之ヲ定ムヲ定ム」と規定されている。これを踏まえて、「昭和四二年一月二六日最高裁判所規則第一号」として「借地非訟事件手続規則」が発せられている。

この借地非訟と財産権との関係に関して、抗告判例⑥は「借地法九条の二第一項の規定が憲法二九条に違反しないことは」とし、その根拠として借地判例1(昭和二九年(オ)第二三二)を引用している。この借地判例1を引用したのは、その裁判要旨が「罹災都市借地借家臨時処理法第二條、第三條は憲法第二九條に違反しない。」とし、その理由中で「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(二條一項、三條各本文、一五條、一六條)ものとしているのであるから、憲法二九條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。」とした判断に依拠したものと考えられなくもない。しかしながら、控訴人は準備書面(8)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65)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66)を引用して、罹災都市借地借家臨時処理法(以下「臨時処理法」という)の運用には少なからぬ問題があることを主張したが、その遣り取りの一部を以下に転記する。

「質問主意書(甲65)の一部」(下線は控訴人加筆)

「第一、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と規定してある、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中間の利益の搾取者を保護するに急に於て、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（甲 6 6）の一部」（下線は控訴人加筆）

「第一点につきましては、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つ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、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、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。「権利金」については充分再検討をいたしたいと存じます。」

この「地代家賃統制令」は、昭和14年の国家総動員法に基づいて制定されたものであり、これにより「昭和13年8月4日現在」の地代・家賃を超える地代・家賃を定めることが禁止されている。また、終戦後の昭和21年

に国家総動員法は廃止されたが「ポツダム勅令」によりあらためて地代家賃統制令が制定され、昭和23年には「いかなる名義を問わず」に地主が借地人から受領する「借地権利金」の授受が禁止されている。しかしながら、借地権譲渡時に新借地人が旧借地人に支払う「権利金」は、地代家賃統制令の規制範囲外とされ、新旧借地人間で自由な設定が許されていた。

つまり、借地権の設定に際しては地代家賃統制令により「権利金」の授受は認められていなかったが、旧借地人と新借地人との間の譲渡代金としての「権利金」の授受は違法ではなかった。しかも、旧借地人が借地権設定に際して土地所有者に対して「権利金等一時金」を支払っていないにも拘わらず、譲渡時の「権利金」を受け取ることは「不当利得」ともなるものでもあったし、借地非訟事件の事例においても同様の実態が存していることは前述した通りであり、最高裁民事局はこの問題点については確知すらし得ていない。

従って、この答弁書の「相当な対価」と「権利金」の下りを踏まえると、抗告判例⑥が恰も土地所有者が「相当な借地条件又は対価」を収受できるのだから「違憲」ではないとした判断については、明らかな誤りである。

また、この答弁書が「権利金」に関して「均衡を失する」として「充分再検討」としたにも拘わらず、立法者において今日に至るまで「再検討」された事実は存しないし、この遣り取りについては確知され得てもいない。

と同時に、これは最高裁（民事局）や鑑定業界、日弁連傘下の法曹においても同様であり、その不確知の儘に盲目的な先例踏襲が繰り返されている。

この権利金に関して、木田判決は24頁中断で以下の判断を示した。

「他方、前提事実(3)イのとおり、契約期間中に権利金等の授受がないことは認められるが、賃貸借契約締結時は別としても、昭和39年の堅固建物建築時等に権利金等の支払を求めることは可能であったと考えられるところ、これを求めなかったのは当時の本件土地の所有者であった8代目松澤八右衛門の判断である。」

この判断は、前述した抗告判例⑥と同様に、臨時処理法や地代家賃統制令が借地法による相互拘束下の賃貸借契約当事者の履行に及ぼした影響の実態を、全く視野においていなかったことを露呈したものである。

しかもこの地代家賃統制令が廃止されたのは昭和61年のことであり、両判例に限らず、判決裁判官が上記のような「断定的判断」を下すには、せめてその関連法令やその運用実態等の再検証の必要は論じる以前の問題であり、これも司法裁量者に課された基本的な「法的義務」でもある。

(2)臨時処理法の場合には、借地権譲渡を伴う借地人の交代や借家人の承継は、土地所有者の「正当の事由」に基づく異議権行使により対抗することが可能であった。また、同規定の適用に伴う当事者間の争議に関しては大正11年に制定された「借地借家調停法」や「訴訟」に委ねざるを得なかったとしても、少なくとも「非訟」ではなかったことから、抗告判例⑥が借地判例1の臨時処理法判例を引用したことは妥当とはいえない。

また、この判例と同様に抗告判例⑦も昭和37年最判例（借地判例2）を引用しているが、この判例は旧法4条1項が憲法29条2項を侵害しないことを判じたものであり、借地法9条2項の譲渡を判じたものではない。

そもそも昭和41年に施行された借地非訟制度の合法性に関して、それ以前の判例を引用したことや、しかもこれが財産権に拘わる問題であることに鑑みると司法審査の在り方としては理解し難いところがある。それ以前に、この判断はこの非訟制度が大正10年の借地法創設時に規定されたものとして、読み誤ったと看做せる節もないではない。

しかしながら、仮にそうだとした場合でもこの非訟制度は前述したように土地所有権能を制限した旧法4条1項の強行規定（足枷）に、その異議権を実質的に封じる新たな制限（手枷）を加えた規定であることから、引用判例の裁判要旨や判示内容の詳細すら未確認のままに下された判断については、これを妥当と解することは不可能である。

(3)借地・借家に影響を与えた、明治期以降に講じられた「法政策」としては、  
主なものでも以下のような経緯を辿っている。

1. 明治 17 年 地租条例(同年太政官布告第 7 号)
2. 明治 34 年 永代借地権ニ関スル法律(法律第 39 号)
3. 明治 41 年 明治三十四年法律第三十九号(永代借地権ニ関スル件)  
改正法律(同年法律第 62 号)
4. 大正 8 年 都市計画法(同年法律第 36 号)  
市街地建築物法(同年法律第 37 号)
5. 大正 11 年 借地借家調停法(同年法律第 41 号)
6. 大正 13 年 借地借家臨時処理法(同年法律第 16 号)
7. 昭和 2 年 防火地区内借地権処理法(同年法律第 40 号)
8. 昭和 4 年 借地借家臨時処理法中改正法律(法律第 7 号)
9. 昭和 6 年 地租法(同年法律第 28 号)
10. 昭和 14 年 地代家賃統制令(同年勅令第 704 号)  
借地借家臨時処理法中改正法律(同年法律第 12 号)
11. 昭和 16 年 借地法中改正法律(4 条 1 項他)(法律第 5 号)
12. 昭和 20 年 戦時罹災土地物件令(同年勅令第 411 号)  
住宅緊急措置令(同年勅令第 641 号)
13. 昭和 21 年 罹災都市借地借家臨時処理法(同年法律第 13 号)  
特別都市計画法(同年法律第 19 号)  
物価統制令(同年勅令第 118 号)
14. 昭和 25 年 首都建設法(同年法律第 219 号)
15. 昭和 26 年 土地収用法(同年法律第 219 号)
16. 昭和 31 年 接収不動産に関する借地借家臨時処理法(同年法律第 138 号)
17. 昭和 41 年 借地法等の一部を改正する法律(同年法律第 93 号)

## 18. 平成 元年 土地基本法(同年法律第84号)

前述した明治42年の建物保護法は、俗にいわれた「地震売買」(地上権または土地の賃借権が登記されていない場合に、地主が地代値上げの目的で建物のある土地を仮装的に売買すること。日露戦争後の地価の暴騰の際に盛んに行われた。地震のように借地上の建物の存立の基盤を危うくするところから言われた)の横行からの借地人保護にあった。これに限らず、一連の法政策は時代毎の社会的・経済的状況を踏まえて講じられたことはいうまでもない。

加えて、明治27年の日清戦争や同37年の日露戦争の以降から昭和20年の終戦に至るこの間、我が国は列強諸国に対抗する為に常時の戦時体制下であり、極めて脆弱な社会的・経済的状況下におかれていたことから、一連の施策が単に社会的弱者保護に止まらない、居住・経済活動の安定を目的としていたことはいうまでもない。

しかしながら、昭和35年の池田内閣が外貨獲得や、完全雇用による所得格差の是正、農業及び中小企業の近代化、後進地域の工業分散による開発の促進等々を目的として「所得倍增計画」を策定し、この計画策定から7年後の昭和42年には国民一人当たりの実質国民所得は倍增するに至り、経済成長率に至っては翌36年に倍增を達成していることは公知の事実である。

これは、抗告判例①を含めた借地非訟判例の「土地の合理的利用」を判断根拠としたことや、前述した借地非訟制度創設時の新谷正夫政府委員(法務省民事局長)が「土地を最高度に利用しなければならない」「そのときどきの社会情勢にこれがマッチするものでなければなりません」とした答弁は、この間の社会情勢の急激な変動を裏付けるものでもある。

また、戦後のベビーブーム世代(団塊の世代)の集中的な定年退職が企業活動に及ぼす影響を危惧して、これを「2007年問題」と称されたと同様に、この借地非訟制度はこれと同軸をなすものでもあった。

昭和41年の非訟制度は、戦後20年を経過したことから大量の契約更新期を迎えることや、商業地域内の既存普通建物が「社会情勢にマッチ」しないこと、防災面に置いても堅固建物による機能更新を図る必要があったが故に、その対策としての法改正に繋がったものでもある。

前述したように、旧法4条1項に関して司法がその効力・射程を拡充してきたのも、終戦後の不安定な社会状況に依拠したものであったことは控訴人としても当然に理解し得るところである。つまり、司法はその時代毎の社会的・経済的状况を踏まえた上で、法の適用の是非を判断してきたことは否定できない事実でもあり、これこそが司法本来に課された職責でもある。

しかしながら、一連の借地非訟判例は社会的状況の変動に関しても、専ら借地人保護の視点に止まり、それが土地所有権能に対する新たな規制・制限となることや、その手続の違法性や財産権制限の合憲的根拠に関しても引用判例の詳細を検証することなく、「合憲」との判断を繰り返していることについては、到底理解し得るところではない。

しかも、その判断根拠に「土地の合理的利用」の必要を挙げていることを踏まえると、本件控訴審は原審判決が示した判断の妥当性に関して、この点の検証を欠いてはならないことはいうまでもない。

## 第5、「法令違憲」「適用違憲」に関する司法審査について

- 1、「法令違憲」と「適用違憲」については、法務省司法試験委員会HPにおいて「平成20年新司法試験の採点実感等に関する意見（憲法）」の2頁後段で、公法系科目第1問「フィルタリング・ソフト法」に関して以下のように解説されている。

### 3 改めて学んでほしいこと

#### (1) 法令違憲，適用（処分）違憲

ア被告（当事者）としては法令違憲の主張をまず行い、それが認められない場



合でも本事件に関して適用違憲（処分違憲）が成り立つことを主張する方法が、まず検討されるべきである。

今回の設問も、法令違憲と適用違憲（処分違憲）とを区別して論ずるべきであるが、法令違憲と適用違憲（処分違憲）の違いを意識して論じている答案は少なかった。一応区別しているが内容的に適切でないものなど、違憲判断の方法に関する学習が不十分と思われるものが多かった。

この法曹養成の第一歩ともいえる司法試験において、「適用違憲」に関わる問題が出題されている事実を踏まえると、これが司法審査の原点であることから原審判決を含めた関根判決及び木田判決の判断については論じる以前の問題でもある。同時に、控訴人としてもこの解説を踏まえると旧法4条1項を法令違憲とした請求の変更が、司法審査を求めるには適切であると解せなくもない。しかしながら、前述した旧法4条1項に対する昭和37年最判例や政府委員等の解釈・答弁を踏まえると、これは同規定を法令違憲とする必要すらない、司法審査の問題であると判断したことに尽きている。

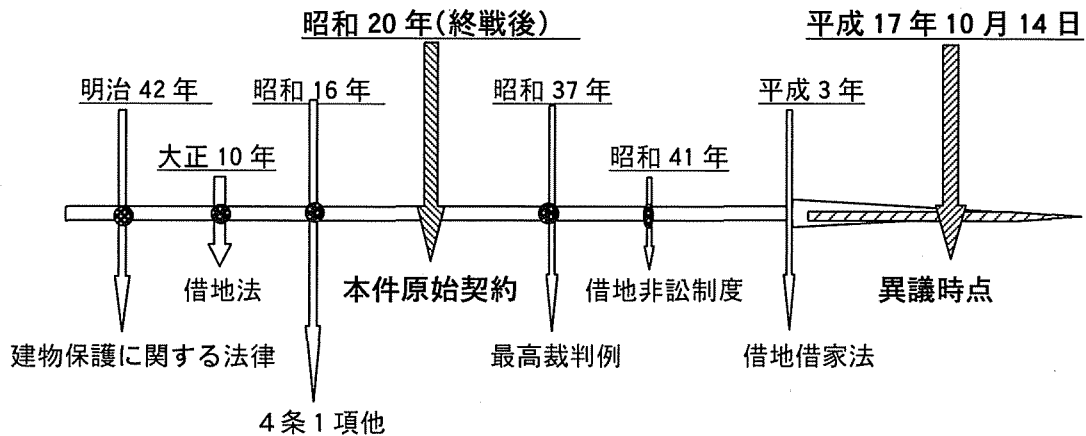
控訴人は、後述するような和解等の経緯を踏まえると、前任裁判官と判決裁判官の訴訟運営に関して一貫性を認められないことや、法律上の主張に対する釈明権不行使の違法や、証拠(甲103)についても極めて形式的な要件を当て嵌めて「時機に後れた攻撃防御方法」として退けたこと、等々に対する異議として「口頭弁論再開申立書」を提出した。その申立理由において「昭和61年9月29日付・東京高等裁判所・酒税法違反被告事件／昭和61年(う)第660号(高裁刑事判例集第39巻4号357頁)」(以下「東京高裁判例」という)、「昭和25年2月1日付最高裁大法廷判決・食料管理法違反事件・昭和23年(れ)第141(刑集第4巻2号73頁)」(以下「食管法判例」という)、「昭和44年6月24日付・最高裁判所第三小法廷判決・農地所有権確認等請求事件・昭和43年(オ)第1267号(判例集第23巻7号1156頁)」(以下「農地法判例」という)等を(以下「司法審査判例」という)引用して、控訴人の法律上の主張

に対する司法審査の在り方について基本的要件等の再確認を求めた。それ以前にも、控訴人は準備書面(13)で「法令違憲」と「適用違憲」等の司法審査に関する、衆議院憲法調査会事務局の「衆憲資」を含めた文献資料や、財産権等の制限に伴う「目的」と「手段」に対する司法審査の在り方を摘示した「平成14年2月13日付・最高裁大法廷判決・平成12年(オ)1965号・短期売買利益返還請求事件」(以下「平成14年最判例」という)、「昭和62年4月22日付・最高裁大法廷判決・昭和59年(オ)805号・共有物分割等請求事件」(以下「昭和62年最判例」という)等、(以下両判例を「財産権判例」という)を引用して司法的確認の必要を求めた。

控訴人としても弁論再開は裁判所の専決事項であることは理解するとしても、その理由書中で引用した司法審査判例や弁論終結以前の財産権判例等の不確知(そもそも司法的事実としての判決は、当事者の法律上の主張を含めた弁論の全趣旨に基づく判断が前提)や回避は許されないはずである。

2, また、控訴人が準備書面(11)の10頁で「第121回国会・平成3年9月19日・参議院法務委員会会議録4号」(甲72)で、当時の法務省民事局長・清水湛氏の答弁を引用したが、同氏は「ウ)裁判所が具体的な事案、この具体的な事案というのはさまざまな要素を持っているわけでございまして、一つとして同じようなものはない。当事者が違えば必ず借地・借家をめぐり事情というのは違いますし、従前の経過とか利用状況というものもそれぞれすべて違う。」と答弁されているが、これは借地訴訟事案に限らずあらゆる訴訟事案に該当する基本的な概念でもある。そうすると、前述したように「契約始期」と「通算期間」は、その間の法改正等や社会的・経済的事情の変動は借地権保護の「目的」と「手段」としての「土地所有権能の制限」を妥当とするか否かの判断に、大きな影響を及ぼすものでもある。

【図1・借地に関わる法改正及び本件借地権等の経緯】



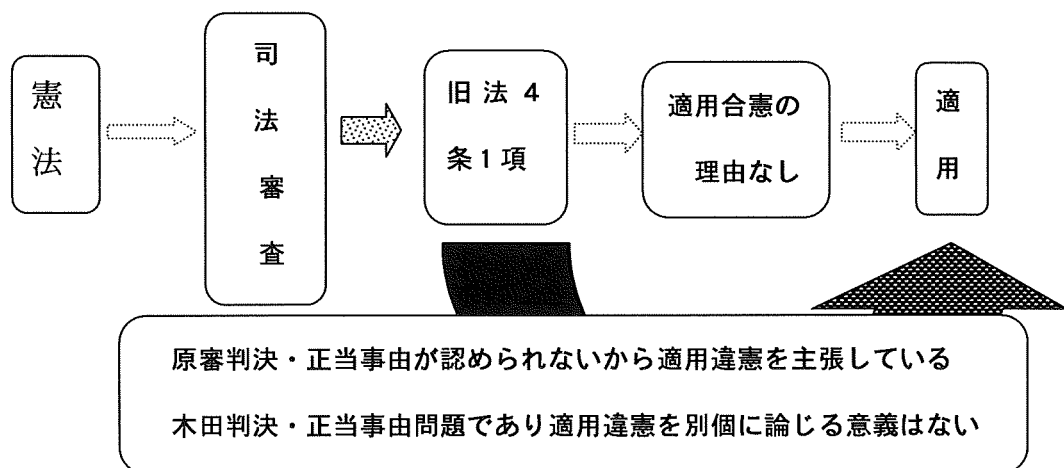
つまり、原始契約の始期も事案毎に異なることに加えて、その時期の違いは双方当事者の法の認識を含めた契約意思に影響を及ぼしていることから、これも個別事情としての斟酌を要する基本的な要件でもある。

原審判決は本件土地賃貸借についても、堅固建物の建て替え後の現行契約につき、あたかもこれが新規契約であるかのような判断（関根判決も同様）に止まり、双方が認めている戦後の混乱期に始まった原始契約の事情については一切を斟酌していない。少なくとも、借地法が専ら借地権者の保護の為に土地所有者の「権能の制限の合法化」を目的としてきたことを踏まえると、原審判決は対象事案が法改正により如何なる影響を受けてきたのかについても、個別事情としての審査を要することは否定出来ない。また、この図が示すように被控訴人らが60年間も本件土地を占有してきたことと、それを更に継続的保護を与えることは控訴人の土地所有権能を更に制限するに外ならず、そうすると「保護」と「制限」の何れもが「公共の福祉に資する」ことの「理由・根拠」を必要とすることは絶対的な要件であり、その視点の欠落は許されない。また、控訴人が引用した関連判例については本件請求を含めた一連の訴訟事案の審査の射程内にあることに鑑みると、原審判決が示したC)及びD)の判断については著しい弁論主義の違反を含めて、裁判所に課されている法的義務の著しい過怠となる。

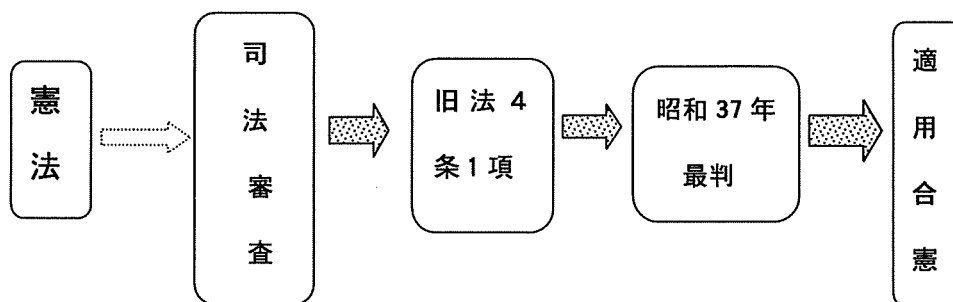
3、控訴人は、前述したように「口頭弁論再開申立書」を提出して、それまでの立法事実に関する立証資料や憲法判断等に関わる東京高裁及び最高裁判例等を引用し、その「第4まとめ」において「立法事実の存在に対する被告ら(被控訴人ら)の反論が皆無であることや、原告(控訴人)の法律上の主張に対しても、これまで釈明権が一切行使されていないこと」を摘示した上で、「原告に限らず被告らに対する釈明権の行使により主張・立証を尽くさせるべきである。」として「民事訴訟における手続的正義の観点」から弁論の再開を求めたにも拘わらず、判決裁判官はこれを退けた。

この経緯を踏まえると判決裁判官が同規定の適用に際して「立法事実の顕出・審査」を必要とした控訴人の主張を確知しなかったとするには多大な疑問が生じる。加えて、三審制度においては「法令の解釈適用の統一」に関して最高裁が最終職責を担っているとしても、下級審がその職責を免除されている訳ではない。そうすると、原審は昭和37年最判例の引用を避けたとしても、旧法4条1項の適用は違憲となるとした控訴人の法律上の主張に関する審査・審理を欠いてはならないはずであった。ところが、原審判決はこれを一顧だにしていないことは、そもそも司法審査の在り方に関して固定観念・既成概念に囚われているとしか思えない。これは、関根事案・木田事案も同様であると判断せざるを得ないことから、その審査の実態を以下の図で概略する。

【図2・原審判決及び木田事案の司法審査の実態図】

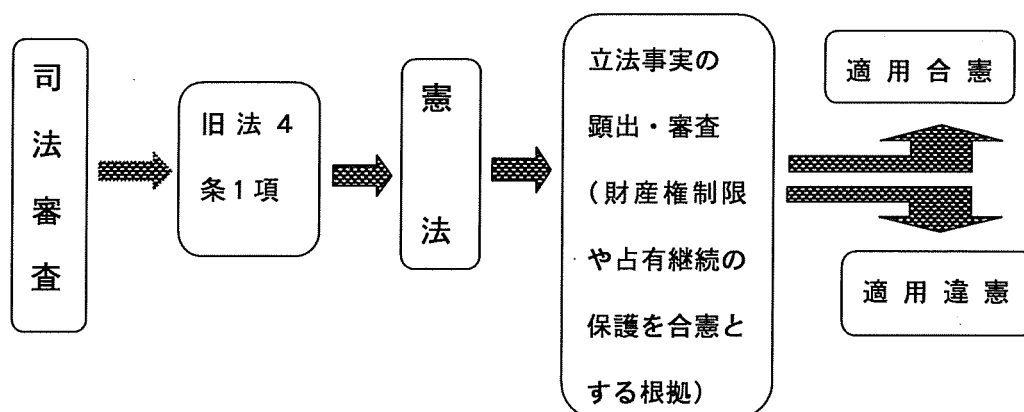


【図3・関根事案の司法審査の実態図】



この図2及び図3は、原審判決や木田判決・関根判決の審査は、「憲法」を「法壇」の後ろに置いて審理しているとした判断出来ない実態を示したものである。また、民事・刑事に限らず訴訟事案に対する法の適用については、その射程範囲を測ることは基本的な要件であり、それには当然に図1の期間経過における社会的事情の変動や、それが対象賃貸借契約の双方当事人に及ぼした利害得失等を踏まえた上で、以下の図4のように憲法との適合の有無を測ることも含まれるはずであり、それを欠いてはならないはずである。

【図4・立法事実の検出を含めた基本的司法審査の在り方の図】



4、図2及び図3の審理実態や判決理由は、恰も裁判所が借地人の保護者としての法的責任を負っているのかと見紛うような外形でもある。

これについては、昭和31年5月30日付の「接收不動産に関する借地借家臨時処置法案」に関する衆議院法務委員会・会議録第38号の発言者番号

(13/302)で、参考人・小関敏正東京地裁判事の以下の答弁を確認できる。

「最高裁判所の判例は、御承知のように判例として最も権威のあるものでありますので、最高裁判所がこの判決を変えない限りは、下級裁判所もこれに従って判決を下さなければならない。」

同判事は続けて、同会議録の(25/302)で以下の答弁をされている。

「裁判所は借地人、借家人の権利をできるだけ保護する態度をとっていることは、判決をごらんになれば明らかではないかと思います。私の個人的な見解を申せば、借地法の規定はまだ借地人の保護について十分でない場合があるというくらいに感ずる次第であります。それで、御指摘の最高裁判所の判例、それから東京地方裁判所の判例は、むしろ借地人を保護しようという立場から判決をしているのでありまして、接収によって借地権がなくなってしまうという逆の解釈を下せば、これはもう借地人は権利はそれでなくなってしまう。むしろそれがなくなると言っておることは借地人を保護している判例なのであります。東京地方裁判所の判決も同様でございまして、期間が満了によって消滅してしまうのだということになれば、もう借地人の権利はそれでおしまいなんだ。そうではないのだ、借地人はそれでもまだ権利があるのだと言っておるのでありまして、これは借地人を保護した判決だと思っております。」

この小関判事の同委員会への参考人出席は、当然に一個人ではなく最高裁判民事局の承認を得たものであろう。また、その答弁内容の前段については下級審が最高裁判例に拘束されることの一般論を解説したと解せるし、下段項の下線前段部についても前述した巻末目録3の1の永井紀昭政府委員の「判例の動きによりまして、これは双方の事情を勘案しなさいというふうの実務の取り扱いが変更になった」との答弁に沿ったものであり、その限りにおいては問題

とはならない。しかしながら、これが昭和37年最判例による保護が拡充されたことに加えて、前述したように昭和41年の借地非訟制度創設の以降も、旧法4条1項の適用に際してこの最判例を何らの検証なく盲目的に「先例」としたり、その合憲的裏付けの必要すら不確知のままの原審判決・関根判決・木田判決の司法審査の実態を踏まえると、現下においても裁判所が「借地人を保護する態度を採っている」としか考えられない。さらには、「期間が満了によって消滅してしまうのだということになれば、もう借地人の権利はそれでおしまいなんだ」との解釈については、借地権が基本的に債権的利用権であることから、一定の目的を達した借地権に対しても継続的な「保護」を必要とするのか否か、その保護と「法的安定性」との関係性については旧法4条1項は規定していないし、昭和37年最判例においてもその「保護」が「公共の福祉に適合する」と判じてもいない。さらには、同最判例は「ケ)しこうして、財産権、とくに所有権は尊重されなければならないが、今日においては、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って定められるべきことは憲法の要請するところであり」とした。

そうすると、借地権者の財産権も借地上建物の所有権であることを踏まえると、司法がこの「公共の福祉」による制限を受ける「所有権」は、経過期間の如何に拘わらず「土地所有権」に限られると解しているとする、これは明らかに憲法29条2項や同14条1項の違反ともなる。

5、加えて、「借地権」の「消滅」は「占有権」の「喪失」ではあるとしても事案の借地人が借地権の消滅によって直ちに「社会的弱者」となるような、つまりは借地人の「財産権」が何らの補償なくして「0」に帰するかのよう司法裁量はなされてもいないはずである。

これと同様に、借地権の消滅が土地所有者による地価上昇益の「独り占め」となるかの如き「抽象的」な判断も散見されるが、これは最高裁が判じた借地権消滅に伴い「買取請求権」が行使された場合の「建物価格」は「場所的価

値」を含むとした「昭和 34(オ)730 建物買収代金請求 昭和 35 年 12 月 20 日 最高裁判所第三小法廷」「昭和 43(オ)341 建物買収代金請求 昭和 47 年 5 月 23 日 最高裁判所第三小法廷」等の判例すら無視したに等しい。

仮に、立退料等一銭の補償なくして明け渡しを命じた事例が存するとしても、それは裁判所が双方当事者の事情を比較衡量して借地人の経済的実情を斟酌した上での判断であろう。にも拘わらず、幾多の判例では正当事由の「比較衡量」において借地権の消滅は、恰も借地人が「社会的弱者」となるかの如き判断が示されていることも否定できない事実でもある。それ以前の問題として、前述した契約期間の経過や、その間の社会状況の変動等により当事者の実情も変動することは当然のことである。これは、例えるならば保護者を必要とするのは社会的弱者である「未成年者」の期間であり、「成年」に達した以降も「継続的な保護」を必要とするかの如き司法裁量の実態は、寧ろ裁判所が土地所有権者の財産権を侵害しているに等しいし、懸かる実態は「国賠請求事案」ともなりかねない。それ以前に、現下の社会的・経済的状況においては、「裁判所が借地人の保護者」である必要は存していないと同時に、そもそも裁判所に課された本来の職責は法の適用において「公平・公正」な審判者であることが求められていることはいうまでもない。

また、原審判決を含めた今日の司法裁量の問題点は、旧法 4 条 1 項や、その拡充を図った昭和 37 年最判例が、そもそも何を保護の目的としたのか、その手段としての「土地所有権能の制限」や、それを「正当化」する根拠とした「公共の福祉」、つまりは「法的安定性」に関しても、司法はこれを恰も「ブラックボックス的」に捉えて再検証の必要すら確知していないことにある。この「目的」と「手段」については、次項で更に詳細検証する。

## 第 6、旧法 4 条 1 項による保護目的と「法的安定性」及びその「手段」について

### 1、借地権保護を必要とした「法的安定性」について

(1)昭和 37 年最判例は、旧法 4 条 1 項の借地人保護の要件を拡充したことは前



述した通りであるが、その判示内容においても「ア）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」キ）前述のごとき立法の傾向ならびに依然たる宅地不足で借地権者を保護しなければならない現下の実情にかんがみるとき」（目録1より）と示したに止まり、その「保護」を必要とした具体的内容については、これ以外は一切示されてもいない。しかしながら、前述した建物保護法に代表されるように、土地所有者（借家所有者）との関係に於いて弱者でもある借地人（借家人）の賃借権を、賃貸人による解約・解除等の権利濫用からの保護を目的としていたことは公知の事実でもある。

この建物保護法の目的は、第三者への対抗要件の必要から、土地所有者の承諾がなくても借地上の「建物登記」を可能とすることにあつたが、これは単に社会的弱者の保護というよりは、社会的秩序の観点からの賃貸借契約の「法的安定性」にあつたし、これが借地権の保護を必要とした第1の「目的」でもある。つまり、第三者に対する対抗要件としての建物登記は、借地人が借地権設定契約において土地所有者に支払った権利金等一時金と、借地上の建物に対する「投下資本」としての建設費等の回収期間の保護の必要から、その期間中における賃貸人の権利の濫用から「契約期間の保護」を必要としたことも然りである。この点に関して、大正10年の借地法の第2条が「堅固ノ建物の所有ヲ目的トスルモノニ付テハ60年、其ノ他ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ30年トス」として、投下資本回収の為の最長期間を以て保護したことになる。また、昭和16年改正前の第4条後段では「土地所有者カ契約ノ更新ヲ欲セザルトキハ時價ヲ以テ建物其ノ他借地権者カ権原ニ因リテ土地ニ附属セシメタル物ヲ買取ルヘキコトヲ請求スルコトヲ得」として、契約期間満了に際しても投下資本回収を目的として借地人に建物買取請求権を付与した。つまり、この規定を設けたことにより賃貸借契約に関する法的安定性の内の、少なくとも借地人の投下資本に対する保護の必要については、その目的を達せられるはずであつた。

(2)借地契約における「投下資本」としては、主に借地権設定時の「権利金等一時金」(敷金、保証金等の一切を含む)と「建物建築費」(事業用の場合の内装設備費等の一切を含む)がある。

権利金授受の実態については、控訴人準備書面(8)の12頁以下で同会議録32号発言者番号(59/92)で法務省民事局長新谷正夫氏の答弁を引用したが、同氏は以下のような答弁をされている。

「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。」

「一番新しいところは昭和三十七年になっております。三十七年の例を見ますと、東京におきましては二〇%権利金の授受が行なわれておるのに対しまして」

この答弁による限りは、昭和37年以降においてどの程度増えたかは別としても、少なくとも借地契約の「4/5」弱は権利金授受の実態はないことになる。また、本件の場合には前述したように「罹災都市借地借家臨時処理法」によるものであり、「権利金」の授受は許されていなかったことから、当然にその事実もない。同様に、甲5の借地人らとの賃貸借に関しても、関根事案が堅固建物建替時に承諾料が授受された以外は、権利金等一時金の授受は一切存していない。そうすると、本件事案を含めた関係借地人らの借地権については、「土地使用収益権」の移転に伴う「投下資本」の回収期間でもある「契約期間」を超えた保護の必要はないことから、少なくとも「契約期間満了後」の継続保護を必要とするような理由はないことになる。

(3)残るのは、「契約期間満了後」も「建物建築費」の回収を保護する必要があるか否かとなるが、従来 of 司法裁量の最大の問題点もこの点にある。

そもそも、事業用の「建物」は「償却資産」であり、その「建築費」は個

人であれ法人であれ、税法上も「減価償却費用」として「投下資本回収」に対する「保護措置」が講じられている。

ところが、関根事案の控訴審判決は「建築に際して相当の資本投下をしているのであり」と判じたが、これは「建築費につき、今だ未回収がある」としたならまだしも、恰も当初の「建物建築費」の保護が必要であるかのような判断を示した。これは、単に関根判決に限らず幾多の判例においても散見されているが、そもそも司法においては「建物建築費」に対する「投下資本」については「償却資産」であることすら確知されていない。

と同時に、一般の個人・法人の事業用「償却資産」に対する「投下資本」については、借地権の場合の「立退料」のように、税法上の措置を超えてその「回収」は保護されてもいない。加えて、一般の個人・法人、事業用・居住用の別を問わずして、当該建物が朽廃に至った場合も、その再建築費は自己責任であり一切の保護はない。加えて、一般の居住用・事業用については、憲法29条3項の補償を受けられるような「収用事業」等の対象とならない限りは、何十年に亘って居住・営業していようが、その「生計」や「営業権」の維持が保護されることもない、つまりこれも自己責任となる。

原告としては、本件を含めた関係借地人らとの事案に対しては、「占有」を失うことによる「生計費」や「営業権」に関して相当額の「補償」は必要であるとして「立退料」を提示したが、これについても「比較衡量」において「劣後」するとの判断が示されている。

(4)島田判決は20頁で「上記認定のとおり、被告らにとって本件建物3,4からの賃料は重要な収入となっており」とし、木田判決は25頁で「本件土地を明け渡した後に本件土地と同等の立地条件の物件を確保することができるとは認められないことなどからすると、」としたが、これは「憲法29条3項」の補償を必要としたに等しい。両判決に限らず、これと同様の判断を示した判例は多々存している。しかしながら、本件賃貸借を含めた関係借地人らとの賃貸借契約

については、「契約期間満了に至り」、しかも「権利金授受はない」「建物建築費も回収済み」であることを踏まえると、その「法的安定性」を必要とした目的は達せられたことになり、継続的な保護を必要とする理由はないことになる。本件の場合に、仮に被控訴人らの「生計維持」や「貸ビル賃料収入」の保護を必要とする場合でも、前述したように一般国民と比較しても均衡を失することのない「合憲的根拠」を必要とすることは当然となる。

また、その保護の「手段」としては、原告の土地所有権能を更に制限する必要があるが、これについても「根拠」を必要とすることはいうまでもない。

## 2. 原審判決の旧法4条1項但書適用の「判断基準」について

(1)原審判決は、「本件再開発計画の内容や実現可能性が必ずしも具体化していない事実も考慮すれば」としたが、これは関根判決も木田判決も同様である。

控訴人としても、裁判所が求めた「具体化」に対する「判断基準」については理解しかねるところがある。そもそも控訴人は、本件請求と同様に対象土地明渡しを受けることを前提として本件再開発計画を策定したものであり、それを可能とするには「裁判所」の判断における「請求の認容」如何に関わっている。また、旧法4条1項については前述の第121回国会時の永井紀昭政府委員(法務大臣官房審議官)の答弁が「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」とされていたことを踏まえると、既に控訴人の「正当事由」は具備するに至っている。問題は、同氏も確認されたように同規定を拡充した昭和37年最判例は、事後法的に「土地所有権能」に対して「足枷」を架したに等しく、その「足枷」をはずす「鍵」が裁判所の手中にあることである。そうすると、裁判所は自ら「鍵」を有しながら、つまり異議権に対する「生殺与奪」の行使権能を有しながら、本件土地を含めた再開発計画対象地の明渡しの実現性は具体的でないとしたことになる。

(2)また、昭和37年最判例も永井審議官と同様の解釈(ウ)を示した一方で、「コ)

借地法の右規定を前述のごとくに解しても、土地所有者は、正当の事由ある場合には更新を拒絶して土地を回復することができるのであるから」としたが、これは明らかに論理法則上の違反であり、原審判決もこれと同様の愚を犯している。

しかも、原審判決は控訴人がその「鍵」を手中にする為に、規定や判例の射程について審査の必要があることを再々主張・立証したにも拘わらず、本来の法的義務でもある審査を怠っていながら、それを棚に上げて「具体性」がないとしたことは本末転倒の極みでもある。

また、控訴人の本件再開発計画は、抗告判例①が判じた「土地の通常の利用上相当とすべき増改築」、「土地の合理的な利用のため」であり、新谷正夫法務省民事局長の「そのときどきの社会情勢にこれがマッチするものでなければなりません」とした答弁と同軸をなすものでもある。さらに、同氏が「土地あるいは建物の合理的利用が阻害されるという面が多々ございます」とされたように、その阻害要因たる関係借地人らの「借地権の解消」を目的として、本件請求に及んでいるものである。又、被控訴人らを含めた再開発計画対象地内の既存建物は既に「地域にマッチ」していないと同時に、「合理的利用を阻害」する存在となっている。加えて、地区計画としての「銀座の新しいルール」は経年劣化が進行している既存建物の機能更新の必要を踏まえて策定されたものであり、その目的は「公共の福祉」の最たるものでもある。

(3)原審判決は、「関根訴訟において、具体的な再開発計画の内容を主張立証したとは認められない。むしろ、上記各証拠によれば、関根訴訟の第1審判決は、原告が主張するような大規模の共同建物の建築に対する需要が現に存するかどうか等の必要性を基礎付ける事情や共同建物の規模、構造について具体的な主張立証がなく、原告が主張する再開発計画には、およそ具体性や現実性が乏しい旨、その理由の中で述べていること、」として、わざわざ関根判決を引用した。

この「需要」に関して立証を必要とした点についても、前述の「具体化」

と同様の理解し難い点がある。まず、本件土地が、新聞や電波メディア等により毎年度定期的に報道される公示価格、路線価格、基準地価や、固定資産税等の算定においても、我が国の商業地の最高位に位置し、他の地域の高度商業地に比較して極めて「高価格指数」となっていることは公知の事実であり、その不確知は許されない。また、これらの指数の評価は、全て需要と供給の関係において算定されるものであるが、これは経済学や財政学の基本でもある。また、固定資産税は「地方税」の主要な税収源であり、この銀座地区の中核ともいえる3丁目の中央通りに面する再開発計画建物が「需要」の立証を必要とするような「潜在的に不安定な地域」であるとする、現在のよう「高地価」「高負担」はおよそあり得ないであろう。

また、本件再開発予定建物と同様に、1丁目から8丁目の中央通りの両サイドに10年余りの間に建てられた再開発建物や今後の予定建物等については、甲52の1の「出店続々 変わる銀座」と題した新聞記事や、甲52の2の「銀座再開発 3年で4棟」と題した新聞記事を提出したが、これについても一顧だにしていないことを露呈している。そもそも、この銀座地区の商業実態については、外資ブランドや国内ブランドの新規出店の都度に大きくメディア報道されていることはいうまでもない。さらには、一般紙や経済誌等においても「貸しビル空室率」や、「百貨店売上高」が定期的に報道されるのは、「株価」と同様に、その増減推移が国内経済の好況感の指数であるからである。原審判決が「需要」の立証を必要と判じたことは、前述した「地価」に関する公的指数や固定資産税等が、「何故」に「高い」のか、銀座が何故に繁栄し続けているのか等の「立証」を必要としたに等しい愚がある。また、「需要」と「供給」は、物々交換の時代から「人」の「生活」や「生産活動」を維持する上での基本的要件でもあるから、原審判決のような「断定的判断」を示すのであれば、自らその「検証」をする必要があったはずである。

(4)加えて、原審判決は、「資金調達方法」についても具体的な立証がないとしたが、本件再開発対象土地の「資産価値」ともなる公示地価や固定資産税評価額の指数は「資金調達力」の裏付けでもあり、その指数は「金融機関」から「融資」を受ける際の「担保力」の「評価基準」ともなるものである。

この場合も、仮に控訴人に所有土地の「担保価値」では補い得ない莫大な「債務」を抱えているとしたら、原審判決が「資金調達方法」の具体的立証を必要としたことは理解できなくもない。しかしながら、そのような「債務」が存在しないことは、原告提出の甲1・2号証の本件土地登記事項証明書の記載から、該証明書に所有権外の権利者(債権者等)の存在が表記される「乙区」が存していないことにより確認できたはずである。加えて、この「資金調達」に際して金融機関からの「融資」を受ける場合には単に所有土地の「担保価値」のみの審査ではなく、それが本件再開発計画のような「事業資金」の場合には、当然のこととして「該事業計画」が「返済能力」を有するか否かは厳密に審査されることとなる。この場合にも、金融機関が事業者の投下資本として「供給」する「貸付金」の「返済」に見合うだけの、「需要」としての「テナント家賃」や「売上」が見込めるか否かが、融資に伴う審査基準となる。つまり、このバランスが崩れた「商業地」は存在価値を失うことは必定であり、銀座地区が「高度商業地」として指定されているが故に、前述した甲52の新聞記事が示すような旺盛な進出ラッシュに繋がっていることの実態は、「高収益」を顕現できる「地域」であることの例証でもある。この「資金調達」については、被控訴人らや関根、木田の何れも同様の主張をしているが、裁判官は兎も角としても、この銀座に60年以上も「商売」を続けていながら、つまり銀座から多大な恩恵を受けながらかかる主張がなされたことについては首を傾げざるを得ないところがある。少なくとも、被控訴人らを含めた関係借地人が権利金等一時金の「投下資本」を負担した事実が存していないことは、「高収益価値」を生み出す「土地」を「ただで借りた」ことになることは、否定できない厳然たる事実である。

(5)また、原審判決が「共同建物の規模、構造について具体的な主張立証がなく」と判じた点も、原告が準備書面で本件再開発計画を示していたにも拘わらず、それを見落としたままに、このような断定的判断を示したことについては首を傾げざるを得ない。この点について、控訴人は「松澤銀座3丁目ビル計画」(甲32)を提出しており、その2枚目の「敷地概要」において計画建物の基本的要件ともなる「建築面積、容積対象面積、延床面積、建物階数、鉄骨造、地上11階、地下5階、駐車台数92台」とした記載が確認できるはずである。この記載事項は、「借地条件変更申立書」(最高裁HP)の「第2申立の趣旨」に規定された必要事項に準じたものであるが、借地非訟申立においては甲32の建物意匠図や甲53のイメージ・パース図等の提出は要件とされていない。さらには、その争点1の(1)のイ(18頁)で、大成建設との協定書(甲83)の締結に関して、甲77の9枚目の工程計画を踏まえて以下のような判断を示した。

「また、前記認定のとおり、原告は平成19年11月に至って大成建設との間で本件協定書(甲54)を交わしたものであり、その内容に照らせば、それ以前から本件再開発計画が存在したことは認められるものの、この時点で、ようやく原告と大成建設との間で、本件再開発計画に係る概括的な協定が締結されたということが出来る。」

さらに、平成19年12月に作成された本件再開発計画資料(甲31)の一部である別紙工程計画によれば、平成18年6月に、原告の臨時株主総会において、本件再開発計画に関して決議がされ、同年9月30日、本件土地等に関し原告との間で本件信託契約を締結した委託者兼受託者の団体である「松澤小松連」の臨時総会で、本件再開発計画の基本的な方向性について再確認されたとされている。また、建築の企画・基本計画は平成19年前半から開始されることとなっている。そうすると、原告が被告らに本件異議を通知した平成17年12月29日の時点



では、いまだ原告としても本件再開発計画について正式に決議をして方針を決定してはならず、建築計画も何ら具体化されていなかったことになる。」

この判断は、信託法が規定する信託委託者(受益者)と受託者との関係における、信託業務執行上の基本的要件が確知されていないことを意味する。

本件再開発計画については、関根事案、木田事案、それ以前の甲7の1の区画⑩の確実不動産との訴訟(高裁の和解勧告にて、対象地借地権を買い受けた)においても、大成建設以外の設計業者(建物規模の関係から、東京都や中央区等の建築指導課等関係部署との事前調整等を依頼)による基本計画図を提出していた。そもそも、計画図を含めた再開発計画の具体的内容(規模・構造等)を伴わずして、訴訟追行を維持することは不可能であり、それなくして確実不動産事案のように裁判所の和解勧告が発せられることもあり得ない。

この大成建設との協定書は、当該社と受託者である原告との間で締結したものであるが、これに基づく業務執行費用の全ては受益者の信託収入に対する信託費用となり、税務上は本件再開発計画に伴う計画図面等の作成費用ですら原告会社の損金計上は一切許されていない。それが為に、従前の設計業者から大成建設への変更に伴う「協定書」の締結に関しても、受益者団体である松澤小松連の承認決議を欠くことは、委任者である原告は当然に受任者の側においてもコンプライアンス(法令遵守規定)違反となる。

これは、一般的な不動産取引においても同様であり、特に企業間取引の場合は買受企業から、売主企業に対して不動産売却に関する「取締役会議事録」の提示を求めることは基本的要件であり、これを欠くこと自体がコンプライアンス違反(移転登記を受任する司法書士においても、個人が売主の場合でも本人との対面確認が要件となる)となり、これが実務上の基本的要件でもある。従って、判決裁判官の判断は、この協定書締結に伴うコンプライアンス等の無理解にある。また、甲31乃至32は本件再開発計画に関する概要書として提出したものであるにも拘わらず、甲32の建物規模構造等の記載に

については見落としした一方で、甲31の工程計画からは小松連総会決議の記載を見逃さなかったことになる。

しかも、この何れの事実に関しても一切の釈明権が行使されることなく、このような判断を示すに際して「自らの事実誤認の可能性」すら念頭に置かないままに、しかも「控訴人の法律上の主張」に対する判決理由を探しあぐねた挙げ句に、専ら控訴人の請求を退ける理由を探索した結果と看做さざるを得ないことから、これは明らかな且つ背信的な不意打ちである。この背信性は、その目的や判断根拠検証の法的義務を過怠した違法、公平・公正な職責を怠った等も加わり「当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする。」(昭和53(オ)69 損害賠償 昭和57年03月12日 最高裁判所第二小法廷判決 民集第36巻3号329頁)が示した、裁判官国賠事件の適用要件ともなりかねない。

## 第7、「債務不履行解除」と「法的安定性」の関係性について

### 1、被控訴人らの債務不履行について

(1)被控訴人らは、その先代が甲5の区画⑫の貸付地上建物1を原告に無断で法人名義による保存登記を行い、同様に同区画⑬の貸付地上建物2の所有権についても、先代が実母名義から法人名義に無断で移転していたことが事後に判明していた。

そして、平成7年の地代増額調停(甲38)において調停委員や双方代理人の尽力により平成9年10月に賃貸借契約書の作成に至ったが、この際に、過去の一連の無断行為に関して当該借地権の権利者は、建物名義上の法人ではなく契約書に記載された相続人ら個人であることを保証する為に、被控訴人ら連名の「確認書」を控訴人に対して差し入れていた。

この点に関して、原審判決は「第3 当裁判所の判断」の2の(3)で「本件建物が被告島田ビルの所有名義にて登記され、格別の紛争もなく現在に至った事情

に鑑み、賃借人と建物所有名義が異なっている事態について異議を述べない」として、契約書の特約を確認している。

ところが、訴訟追行の初期段階で被控訴人らの先代の手によると思料される「文書」(乙3/昭和33年・乙4/昭和38年・住所/氏名はゴム印)を提出し、これを根拠として法人名義の登記は原告の先8代目八右衛門の承諾を得たものであり、借地人は「法人」であるとの主張がなされた。当該文書は、堅固建物等の事後的な書込がなされ、その訂正印もなく、所在地番等の誤記を含めて、区画②の黄震発らとの訴訟(昭和45年(ワ)第3105号・甲38)に際して、被控訴人ら先代が提出した証拠文書(甲21の1、2。何れも訂正箇所なし)とも記載が異なっていることや、同様に区画②の借地人石川の先代宛の文書(甲59/昭和39年・住所・氏名は手書)では文書中訂正印がある等の、明らかに「真正」とはいえない「偽造」されたものであった。

これに対して控訴人は、被控訴人らの本件訴訟追行上における主張は、借地権が個人にあるとの「確認書」まで差し入れて「作成」された「契約書の賃借人名義」すら無視・反故にしたものであり、この主張は個人から法人に所有権移転されたとしたと同義であると批判した。この控訴人の反論を受けて、前任裁判官から「権利者」に対する確認を求められ、被控訴人らは前言を翻してその主張を撤回したが、これは訴訟上の信義則に反する禁反言ともなるものであった。ところが、判決裁判官は前述した契約書の特約に続けて「同契約締結時の賃借人であった被告島田シメコ、被告島田世津子、被告石井及び島田澄代に対して確認していることが認められる。」として確認書に触れた上で「この事実を照らせば、上記共有者らと本件信託契約を締結した原告が、同bの事由(無断で法人への移転登記、法人名義での保存登記がなされた事実)により原告と被告らの信頼関係が破壊されたと主張することはできないというべきである。」として、被控訴人らの訴訟上の信義則違背の事実関係については一切を無視した判断を下した。

(2)これと同様に、被控訴人らは現行建物の建築当初から、共用通路上に張り出すような無断増床(甲24の1)や、両建物の屋上部の違法建築物(甲28)を無断で施工していたが、その内の貸付地⑬の建物屋上の建築物を、平成18年2月頃に控訴人に何らの通知のないままに無断撤去工事を行った。しかも、控訴人は、それ以前の平成17年12月の「異議の通知書」(甲11の1・6項以下)で「無断増改築の禁止」について予め警告をしていたにも拘わらず、当該撤去工事に際しては一切の通知は行われていない。

被控訴人らは、当初からこの撤去に関しては「登記上の建物面積と異なっているから撤去して欲しい」とした「原告代表者」からの指示を受けたものであるとして、これは「無断増改築」ではないとの主張を繰り返していた。

これに対して控訴人は、この「指示」はあり得ないこと、その理由は貸付地⑭の建物屋上部にも同様の違法建築物があること、加えて他の借地人らにおいても同様の違法建築物が設置されていることから、被控訴人らの一部建物のみにもこのような指示をすることはあり得ないこと、この建物は被控訴人らが主張するように家族の住居として使用され、その必要がなくなったことから撤去したものであること、さらには過去から地代改定の都度ことごとく控訴人に抵抗してきた経緯(甲56)を踏まえると、この撤去には高額な費用を要することもあり、この「撤去」に関してのみ「原告の指示」に諾々と従ったとする被控訴人らの主張は詭弁に過ぎないとして批判した。加えて、被控訴人らが「原告の指示」としたのは、無断増改築との批判を回避する為に「捏造」されたものであるとして、控訴人はこの無断増改築や、前述した借地権の無断譲渡等の経緯を含めて信頼関係の破綻による債務不履行解除の主張を行った。

(3)この一連の遣り取りを経て、前任裁判官から「債務不履行解除の場合の解決金として、どれぐらいを考えていますか」とした問いかけがあり、これに対して控訴人は「金9460万円」を、訴訟上の主張として提示した。

これを受けて前任裁判官より、「一般的な借地権価格」を確認しておきたいとの申し出があり、控訴人は「訴訟鑑定申立」を行い、評価額「4億3181万3000円」の鑑定書が提出された。そもそも、「一般的な借地権価格」は、土地所有者の異議と関係なく評価されるものであるが、それ以前に「鑑定評価額」とは、市場における「貨幣」との「交換価格」として算出されるものであり、本件のように異議訴訟が提起されている場合には本件借地権が売買されることはおよそ想定できず、その評価額が市場において顕現される可能性は皆無(この問題点については、殆どの訴訟実務において裁判官や訴訟鑑定士においても全く確知され得ていない)である。

その直後に、前任裁判官より双方に対して和解協議の指導が行われ、それを受けて被控訴人らが提示した和解解決金は「5億9100万円」もの、訴訟鑑定額すら大幅に上回るものであったことから、和解は不調に終わった。

それを受けて、控訴人は前述した無断増改築工事に関して、被控訴人らが「原告の指示」を受けたとした「当事者」に対して「呼出し証人尋問証拠申立」を行った。ところが、この段階で判決裁判官への交代が行われ、この申立てについては「必要がない」として退けられた。その後、双方に対して一連の主張に対する「骨子に限定した要約書」の提出が求められ、これを最終準備書面として弁論終結の宣告が行われた。控訴人としては、前任裁判官と判決裁判官の訴訟指揮に対して、一貫性が認められないこと、憲法問題に関わる法律上の主張に対しても一切の釈明権が行使されていないこと、当然に被控訴人らからも然るべき反論、主張・立証が一切存していないこと等々に加えて、前述した司法審査の在り方を摘示した最高裁判例や東京高裁判例等を示して、「口頭弁論再開申立」を提出したが、これも一顧だにされず問答無用として退けられた。

- (4)少なくとも原審における前任裁判官の対応は、原告の債務不履行解除に期待を持たせるものであったのに対し、それを全く無視した判決裁判官の事後の

訴訟指揮については、理解し難い点が多々存している。

それ以前に、原審判決は、原告が提示した財産権判例や司法審査判例等については一切言及しないままに、つまりこれを棚上げしながら、他方において債務不履行解除に関わる被控訴人らの背信行為についても、過去からの一連の行為を総括する必要があったにも拘わらず、しかも「禁反言」や「原告の指示」として捏造された事実の解明を求めた原告の請求を忌避しながら、これら諸々の事象を個別に、分断して捉えたに止まっている。この無断増改築について、原審判決は「第3 当裁判所の判断」の1の(3)で以下の判断を示した。

「また、上記増築部分の撤去については、これが本件賃貸借契約7条で禁止された「改築」及び「大修繕」に該当しないことは後記4(1)記載のとおりであるが、そもそもこの撤去工事は、平成18年2月20日から実施されたということであるから、本件異議の通知の後の事情であって、これをもって本件異議に正当事由があることにはならない。」

この判断の問題点は、被控訴人らが「更新請求権」を行使した以上、賃貸借契約の本旨ともなる信義則を遵守する必要があることは当然のことのほずであり、有効な権原に基づき対象貸付地を占有継続している限りは、異議の前後を問わずその遵守が求められるべきことは、論じる以前の問題である。

## 2、「信頼関係の破綻」と「法的安定性」との関係について

(1)上記の問題は、被控訴人らの一連の行為が「信頼関係の破綻」に該当するかどうかであり、原審判決は前項でも引用した「第3 当裁判所の判断」の1の(3)で、前述した特約の確認に続けて以下のような判断を示した。

「この事実に照らせば、上記共有者らと本件信託契約を締結した原告が、同bの

事由により原告と被告らの信頼関係が破壊されたと主張することはできないと  
いうべきである。」

前述したように過去の無断増改築や控訴人が異議権を行使した後の無断撤  
去工事に関しても、これと同様の判断が繰り返されている。これ等の判断の  
最大の問題点は、被控訴人ら(主として先代)の過去の一連の背信的行為を仮  
に「イエローカード」とすると、その過去時点でそれに基づく「レッドカー  
ド」(契約解除権行使)を行使して訴訟提起した場合に、それが認容される「可  
能性」が認められたか否かにある。

(2)賃貸借契約における信頼関係に関して、「昭和 29(オ)642 建物収去土地明渡  
請求 昭和 31 年 06 月 26 日 最高裁判所第三小法廷 判決 棄却 東京高等裁判所  
民集 第 10 卷 6 号 730 頁」は、以下のような判断を示している。

「賃貸借は、当事者相互の信頼関係を基礎とする継続的契約であるから、賃貸借  
の継続中に当事者の一方にその義務に違反し信頼関係を裏切つて賃貸借関係の  
継続を著しく困難ならしめるような不信行為のあつた場合には、相手方は民法  
五四一条所定の催告を要せず賃貸借を将来に向つて解除することができるもの  
と解すべきであることは、すでに当裁判所の判示したとおりである(昭和二四  
年(オ)一四三号同二七年四月二五日第二小法廷判決)」

この判例は、賃貸借契約に基づく債務の本旨としての、信頼関係の原則を  
示したものである。ところが、この判決時点から 13 年を経た「昭和 43(オ)7  
49 建物収去土地明渡請求 昭和 44 年 01 月 31 日 最高裁判所第二小法廷 判決 棄却  
東京高等裁判所 集民第 94 号 143 頁」は、以下のように運用上の原則を変更し  
た。

「賃借人が賃貸人の承諾を得ないで賃借権を譲渡もしくは賃借物を転貸した場合においても、賃貸人と賃借人との間の信頼関係を破壊するに足りない特段の事情があると認められるときには、賃貸人は、民法六一二条に基づいて賃貸借契約を解除することができないものと解すべきである。

そして、この理は、土地の賃貸借契約において、賃借人が賃借権もしくは賃借地上の建物を譲渡し、賃借物を転貸しまたは右建物に担保権を設定しようとするときには賃貸人の承諾を得ることを要し、賃借人がこれに違反したときは賃貸人において賃貸借契約を解除することができる旨の特約がされている場合においても、異なるものと解するのが相当である。」

これと同様の判例は多々存しているが、この判示はイエローカードに該当する「無断譲渡・転貸」の事実が存する場合でも、「信頼関係を破壊するに足りない特段の事情があると認められるとき」は、「特約の有無」に関わらずレッドカードを行使しても認められないとして、上記判例を変更したことになる。

これは、前述したように明治42年の建物保護法が借地人の「法的安定性」、つまり「投下資本回収期間」ともなる「契約期間」中の土地所有権者による解除権行使に関して、「司法」がその運用として極めて限定的な条件を設けて拘束した典型判例でもある。従って、この判例が「法的安定性」の必要から「契約期間中」の事案において限定的に適用されることについては、控訴人も理解し得るし何らの異議はない。しかしながら、原審判決は過去の無断譲渡・転貸や、無断増床・違法建築物の無断設置の事実、つまりこれらのイエローカードは、行為時点から30年以上を経過した後に作成された賃貸借契約の「特約」によって解消されたと同様の判断を示したことにある。

しかしながら、被控訴人らが「特約」を担保する為に「確認書」を差し入れたのも、控訴人の被控訴人らに対する不信感に対する処置であったことは確知し得たはずである。当然に、この処置に依って被控訴人らに対する控訴人の不信感が消滅した訳でも、信頼関係が回復されたものでもない。加えて、



被控訴人らによる訴訟追行上の「禁反言」や、5階・6階部分の無断撤去を「原告の指示」としたことや、それが事実無根であることを証する為の原告の「呼出し人証証拠申立」を判決裁判官自らが退けながら、何れもイエローカードに該当しないとした判断が示されている。しかも、被控訴人らの賃貸借契約書作成後の一連の行為は、何れも過去の先代当時のイエローカードと同質の背信的行為でもある。つまり、控訴人の債務不履行解除は、同被告らの過去から本件訴訟追行の間の信義則違反に関するイエローカードの累積を踏まえて、レッドカードを行使したものであるにも拘わらず、判決裁判官はこれを個別に分断して控訴人の訴訟上の形成権行使を退けた。

- (3)また、借地(借家)賃貸借契約と同様に、社会法的観点による「法的安定性」の必要から、契約解除権が制限されている双務契約のケースとして、企業と労働者との雇用契約がある。雇用契約の場合は、労働者の「法的安定性」に関しては労働三法に基づく就業規則等により「退職・定年」まで保護され、その義務として服務規程の遵守が求められることとなる。

それが為に、「正当の事由」に基づかない企業からの一方的な「解雇」については、「権利の濫用」として禁止されていることは当然のことでもある。

一方において、賃貸借契約の手厚い保護とは異なり、服務規程の違反が重大且つ背信的な場合には労働者は一切保護されない。と同時に、雇用契約の場合の「法的安定性」は、「退職・定年」までの雇用契約期間や、労働者の財産権ともなる「給与・退職金支払」（その多寡は、労働者の企業に対する寄与分・貢献度において左右される）や、労働者自らが積み立てた「企業年金」の支払いに限られ、ましてや労働者の「定年後」に法定相続人である「子息・子女」の雇用は法的にも「保護」されてはいない。

加えて、企業が倒産した場合には、雇用は当然にその財産権に関しては他の債権者に優先するとしても、破産財産の支弁能力を超える法的な保護は一切受けられない。しかも、雇用の喪失は「経済的困窮者」、つまりは「社会

的弱者」となる可能性が高いことから、それが為に今日においても「雇用対策」は景気浮揚策としても重要な政策的課題とされている。

(4)借地の場合の「法的安定性」の保護は、社会的弱者である否かを問わずに対象とされたが、そもそも借地権の場合は借家権とは異なり、少なくとも「投下資本」としての「借地上建物の建築費」を必要としたことから、前述した社会的に不安定な時代においても、一般の国民と比して決して「社会的弱者」ではなかった。しかも、前述したように借地権の消滅により直ちに「経済的困窮者」となる訳ではないことは論じるまでもない。

つまり、被控訴人らの場合も、「法的安定性」を継続的に保護する必要は少なくとも社会法的な観点においては存していないし、仮に継続的保護を必要とすると、前述した雇用契約下の労働者保護と「均衡を失しない」ような「社会法的根拠」を必要することは当然のことでもある。

従って、本件請求に関しては上記判例「昭和 29(オ)642」が示した賃貸借契約本来の判断基準を適用すべきであり、その判断に際しても過去の経緯を分断することは許されないことは当然に、上記判例「昭和 43(オ)749」が示した判断基準を盲目的に適用することも許されない。

## 第8、「法令違反」と「その前提」と「違憲判決」について

1、控訴人の木田判決に対する上告申立については、最高裁は「本件上告理由は、違憲及び理由の不備・食違いをいうが、その実質は単なる法令違反を主張するもの又はその前提を欠くものであって」(11月30日付)として、棄却を決定した。

控訴人は、「判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があることを理由として」、「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」とした昭和37年最判例が示した「立法事実」は既に根拠を失っているので、それに代わる「立法事実の顕出」の必要があること、その司法審査に関して巻末目録6の財産権判例1乃至2から、以下の判断基準を引用転記した。

「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、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、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。」

2, また、控訴人の法律上の主張に対する司法審査上の取り扱いに関して、「昭和61年(う)第660号・酒税法違反被告事件・昭和61年9月29日付・東京高等裁判所・高裁刑事判例集第39巻4号357頁」が、以下のように摘示していることを引用して、その注意を促した(本件では口頭弁論再開申立に引用)。

「弁護人の控訴趣意第二点(訴訟手続の法令違反の主張)について(前段部省略)

そこで記録を調査して検討するに、問題となる立法や法条についての憲法判断は、その憲法判断の素材となる事実を基礎として、それに憲法的価値判断を加えることによりなされるのであるが、この過程は全体として法律的判断・法律解釈であり、憲法判断の基礎となる立法事実は、社会一般の現象として生起し、あるいは発生の蓋然性ある事実であつて、公訴事実や特定の事件の中で現実に起つた特定の事実で証拠により認定される司法的事実とは異なり、性質上証拠調手続によつて確定することを要する事実ではない。憲法判断の素材となる立法事実を認定する資料については、法律的判断・法解釈の責務を負っている裁判所が自ら調査、収集し、検討すべきものであるところ、当事者においても、これを法廷に顕出し、あるいはこれに反駁を加えて裁判所の憲法判断に資することができるが、その方法は必ずしも証拠調手続によらなければ法廷に顕出できないものではな

く、適宜の方法により、裁判所及び相手方当事者に、これを明らかにすれば足りるのであつて、すでに公刊・公表されていて直ちに利用できる資料についてはその所在なり出典なりを明らかにすれば足りるし、また専門家作成の意見書や関係機関等の報告書、照会に対する回答書を求めてこれを法廷に顕出することによつてもなし得るのである。

3, これに加えて、「昭和 23 年(れ)第 141 食料管理法違反事件 昭和 25 年 2 月 1 日最高裁大法廷判決 刑集第 4 巻 2 号 73 頁」の、以下の判示を引用した。

「同第二点について。

憲法は国の最高法規であつてその条規に反する法律命令等はその効力を有せず、裁判官は憲法及び法律に拘束せられ、また憲法を尊重し擁護する義務を負うことは憲法の明定するところである。従つて、裁判官が、具体的訴訟事件に法令を適用して裁判するに当り、その法令が憲法に適合するか否かを判断することは、憲法によつて裁判官に課せられた職務と職権であつて、このことは最高裁判所の裁判官であると下級裁判所の裁判官であることを問はない。憲法八一条は、最高裁判所が違憲審査権を有する終審裁判所であることを明らかにした規定であつて、下級裁判所が違憲審査権を有することを否定する趣旨をもつてゐるものではない。それ故、原審が所論の憲法適否の判断をしたことはもとより適法であるのみでなく、原審は憲法適否の判断を受くるために最高裁判所に移送すべきであるとの所論は、全く独断と言うの外はない。論旨は、理由なきものである。」

これ等の判例や法務委員会会議録その他の公的資料は、「単なる法令違反」、「所論の違法をいうに過ぎない」「独自の見解」とした「批判」を避ける為に、その「前提・根拠」としたものであることを踏まえると、最高裁の「その前提を欠くもの」とした「棄却決定の理由」に関しては理解し難い点がある。

4, 財産権判例1は、「金融商品取引法」(金商法)が規定する「企業」と「株主」との関係において、同法による「財産権制限」が憲法29条に違反するか否かが争われた事案である。つまり、この事案の請求者は「株主」であり「金商法」の管掌下に置かれる「取引」への「参加・脱退」は「自由」であり、その「拘束期間」も「株の所有期間」に限定され、借地法のように当事者が「長期継続的」な「拘束下」に置かれる事案ではない。

同様に、財産権判例2も「森林取引法」(森林法)管掌下におかれた共有者(相続・又は特定承継)間で、共有物の分割制限に関する是非が争われたものである、これも借地法の当事者関係とは根本的に異なる。

また、財産権判例2は、「立法府は公共の福祉に適合する限り財産権について規制を加えることができる、としているのである。」と示したが、旧法4条1項の射程・効力を拡充したのは「司法」であり「立法府」ではない。

従って、金商法や森林法とは異なり、「長期継続的」に「土地所有者」の財産権の制限を必要とする借地法の場合の「財産権の制限」については、財産権判例以上の慎重な「司法審査」を必要とすることは当然のこととなるはずであった。ところが、前述した借地非訟判例が、当事者関係や制限財産が根本的に異なるような家事審判判例を盲目的に引用したように、原審判決や木田上告棄却判決においてはこの当事者関係の「仕分け」の必要性、つまりはその「法的義務」についても一切が確知されていない。

この財産権判例については、控訴人がこれに準じた「司法審査の必要」を警鐘する為に引用したものであり、少なくとも該判例に関しては原審判決裁判官も木田判決裁判官(上告審も含めて)も、その「不確知」は許されない。

そうすると、控訴人の請求棄却は財産権判例2が「公共の福祉に適合する限り」において妥当となることからも、原審判決や木田判決が控訴人の請求を退けるには具体的・合理的な理由を示す必要はあった。にも拘わらず、木田判決(最高裁)はこれを「欠いた判決」を「違憲判決」ではないとした。

つまり、原審の判決裁判官や木田最高裁棄却決定の裁判官は、控訴人より「基本的な司法審査」に対して、予め「注意義務の必要」を再々に警鐘されていたにも拘わらず、その「法的義務」を怠ったことは否定できない。

控訴人としても、木田事案については「裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認めうるような特別の事情」に該当するかどうかを、再審申立と並行して争わざるを得ないこととなった。

一方、原審判決の過誤については、本件控訴審により修復可能性があることから、改めて前述した「法的義務」を再警鐘しておきたい。

5、原審判決や木田判決が怠ったのは、控訴人の法律上の主張に対して一切の釈明権を行使していないことに最大の原因がある。この釈明に関して「昭和45(オ)52 売掛代金請求 昭和45年06月11日 最高裁判所第一小法廷 判決 棄却 東京高等裁判所 民集 第24巻6号516頁」は、以下の原則を示している。

「釈明の制度は、弁論主義の形式的な適用による不合理を修正し、訴訟関係を明らかにし、できるだけ事案の真相をきわめることによつて、当事者間における紛争の真の解決をはかることを目的として設けられたものであるから、原告の申立に対応する請求原因として主張された事実関係とこれに基づく法律構成が、それ自体正当ではあるが、証拠資料によつて認定される事実関係との間に喰い違いがあつて、その請求を認容することができないと判断される場合においても、その訴訟の経過やすでに明らかになつた訴訟資料、証拠資料からみて、別個の法律構成に基づく事実関係が主張されるならば、原告の請求を認容することができ、当事者間における紛争の根本的な解決が期待できるにかかわらず、原告においてそのような主張をせず、かつ、そのような主張をしないことが明らかに原告の誤解または不注意と認められるようなときは、その釈明の内容が別個の請求原因にわたる結果となる場合でも、事実審裁判所としては、その権能として、原告に対しその主張の趣旨とするところを釈明することが許されるものと解すべきであり、

場合によつては、発問の形式によつて具体的な法律構成を示唆してその真意を確かめることが適当である場合も存するのである。

つまり、原審判決も木田判決も、上記した司法審査判例等についても、これを射程においた審査を怠ることは「違憲」となるとした控訴人の主張について、仮にこれを必ずしもその「前提とは解せない」とした場合でも適宜に釈明権を行使して「その真意を確かめる」ことの必要があった。それ以前に、「裁判所はあらゆる法律上、事実上の問題点が出尽すよう配慮すべきである」ことに鑑みると、原審の判決裁判官がその配慮を欠いたことは否定できない。

また、釈明権不行使は「裁判官がその付与された権限の趣旨に明かに背いてこれを行行使した」と同義であり、それが為に原審判決は「審理不尽の違法を犯したものと」いうほかない。

## 第9、まとめとして

1、前述したように、その時代故の社会的事情を踏まえた社会法的観点からも賃借権に対する「法的安定性」の保護・維持を図る必要があったことは、控訴人としても異論はない。しかしながら、従来の訴訟実務の実態は、そもそもの「法的安定性」の内容審査すら怠ったままに、前例・先例を盲目的に追認したに等しい判断が散見されている。加えて、控訴人が一貫して「借地非訟制度」の問題点を指摘してきたのも、この運用事例の実態が反射効やハロー効果として借地法下の双務契約当事者に及ぼした影響や問題点について、最高裁はおろか最前線の裁判官においても一切確知されていないことにある。

また、前述した諸点や木田事案の上告理由書等で主張した内容や、それに伴う判例等の検証は何れも、謂わば関根判決をはじめとした一連の判決が示した判断を反面教師としたものであり、それなくしては控訴人もこの段階には至れていなかったであろうことも否定できない。加えて、前述したように「独自の見解」、「論旨は理由がない」とした批判を避ける為に、判例等の

引用により極力「主観的」な主張は控えたと同時に、現段階においても「主張を尽くしきれた」とまでは考えていない。

2、昭和37最判例が「ケ）しこうして、財産権、とくに所有権は尊重されなければならないが、今日においては、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」としたように、借地訴訟は土地所有権と建物所有権との衝突事案である。そうすると、前述した抗告判例①が示した「土地の合理的利用」としての本件再開発計画に関して、その「具体性」を否定した関根判決を含めた判断については、この判例の不確知があるとしても、そもそも最高裁は旧法4条1項の「適用」に関して最前線の裁判官に対する「統一基準」を示す必要性すら確知し得ていないと判断せざるを得ない。

3、加えて、冒頭でも述べたが控訴人の本件請求は旧法4条1項の但書を踏まえた「異議権行使」に基づくものであり、被控訴人らも同規定前段を踏まえた「更新請求権行使」に基づくものであることから、これは双方が行使した「形成権」の衝突事案でもある。また、控訴人の本件請求の提起は行使した「形成権」を法的に有効とする司法的手段であるから主体的な主張・立証を要することは当然としても、被行為訴人らも「形成権」の行使者であることから事実上・法律上の主張・立証を必要とすることも当然のこととなる。

ところが、本件や関根事案を含めた一連の訴訟事案の場合には、控訴人に対する反論として単に本件再開発計画が正当事由として認められないとか、自らの占有継続の必要性を主張するに止まり、形成権行使者が本来負うべき主張・立証はなされていないに止まらず、裁判所においても主張立証の分配責任の必要について一切確知され得ていないといわざるを得ないし、これは被控訴人らも同様である。以上の諸点を踏まえた上で、控訴人としては更新請求権行使者である被行為訴人らに対して、その保護を必要とする法律上の



根拠についても、控訴人の主張に対する反論に止まらない主張・立証を求めるものである。

4、また、適用違憲についても、婚外子(非嫡出子)に対する民法規定に関しては、永年に亘って「合憲」の先例引用が繰り返されてきた。しかしながら、東京高裁の適用違憲判決「平成17年(ネ)1828・3247」に対する上告事案「平成22(ネオ)199・同(ネ受)209」は、既に最高裁に事件が移審しているとのことである。

この事例を踏まえると、過去に適用違憲の判例は少ないとしても、少なくとも控訴人が適用違憲を主張している以上は、「立法事実の顕出」を含めた司法審査を欠いてはならないことはいうまでもない。問題は、前述した借地非訟判例と同様に、或いはこの制度創設から40年以上の永きに亘って、盲目的な先例・前例の踏襲が繰り返されてきた実態等を踏まえると、立法事実の顕出が裁判所本来の職責であるとしても、その困難さも当然に予測し得ることや、控訴人の主張と裁判官の経験則とが衝突することもまた然りである。

原審判決や関根判決・木田判決が犯した誤りは、財産権判例等を確知しながらその司法審査を棚上げし、先例の盲目的適用や、最高裁への丸投げ、棄却理由の探索に汲々としたことにあり、謂わば「火中の栗」を拾うのを避けるが為の所為であったと判断せざるを得ないところもある。

しかしながら、当事者双方の主張に正対し不十分な主張に対しても釈明権行使により、徹底した主張を尽くさせる限りにおいては、少なくとも弁論主義の違法とはならないはずである。また、是々非々の釈明権行使は、寧ろ訴訟進行に資することも否定できないことから、本件審理に際しても当事者主義の徹底をお願いしたいことに尽きている。

以 上

## 【引用判例資料等目録】 (裁判所HPより転記)

備考・文中のカナ文字カッコ及び下線は控訴人加筆

### 目録1 平成37年6月6日付・最高裁大法廷判決・昭和34年(オ)502号・建物収去土地明渡

請求事件(本文中では「昭和37年最判例」と表記)

「上告代理人長野潔、同長野法夫の上告理由第一点について。

原判決中所論に関する事実の摘示ならびに判断は、やや簡に失したきらいはあるが、借地法四条一項但書に関する原審の判断は、当裁判所が後に判示するところに照し、結局正当であると認められるので、原判決に判断遺脱又は理由不備の違法ありとする論旨は採用し難い。

同第二点について。

- ア) 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(同項本文)、ただ、正当の事由ある場合において土地所有者が遅滞なく異議を述べたときにかぎり契約は更新されないものとしている(同項但書)のも、その一にほかならない。
- イ) すなわち、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ものであり、右利益調節の基準を土地所有者が更新を拒絶するにつき正当の事由があるかどうかにおいて置いているものと解される。
- ウ) そもそも、右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が、

- エ) 右改正後の規定によれば、前示のごとく、土地所有者が更新を拒絶するには、実体的には正当の事由あることを要し、手続的には遅滞なく異議を述べることを要するものとされるに至つたのであつて、右法律改正の目的が、宅地不足の甚だしい当時の実情にかんがみ、借地権者の利益を保護するに在つたことは、多言を要しないところである。
- オ) 以上をもつてみれば、土地所有者が更新を拒絶するために必要とされる正当の事由ないしその事由の正当性を判断するには、単に土地所有者側の事情ばかりでなく、借地権者側の事情をも参酌することを要し、たとえば、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においても、土地の使用を継続することにつき借地権者側がもつ必要性をも参酌した上、土地所有者の更新拒絶の主張の正当性を判定しなければならないものと解するのを相当とする。
- カ) もつとも、右借地法四条一項但書には「土地所有者カ自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合其ノ他正当ノ事由アル場合」とあり、単なる文理解釈にしたがえば、所論のごとく、土地所有者が自ら使用することを必要とする場合は、そのこと自体が正当の事由に該当すると論ずる余地もないではないが、
- キ) 前述のごとき立法の傾向ならびに依然たる宅地不足で借地権者を保護しなければならない現下の実情にかんがみるときは、右法条の真の意義は、土地所有者が自ら使用することを必要とする場合においても、借地権者側の必要性をも比較考量の上、土地所有者の更新拒絶の適否を決定するに在ると解するのが相当である。
- ク) しかも、同様の見解は、借地法の右改正と同時に昭和一六年法律第五六号により行われた借家法の改正にかかる同法一条ノ二の新設規定において、建物の賃貸人による賃貸借の更新の拒絶又は解約の申入についての要件として規定されている「自ラ使用スルコトヲ必要トスル場合其ノ他正当ノ事由アル場合」なる文言の解釈につき、当裁判所が採用しているところであり（昭和二四年（オ）第二〇三号同二五年六月一六日第二小法廷判決判例集四卷六号二二七頁、昭和二四年（オ）第二七四号同二七年一月二五日第一小法廷判決判例集六卷一十二号一二六三頁、昭和二七年（オ）第四四六号同二九年一月二二日第二小法廷判決判例集八卷一号二〇七頁参照）借家法一条ノ二に関する右解釈はなお

正当であると思われるので、同時に行われた法律改正により同様の文言で規定されている借地法四条一項但書につき前述のごとき解釈を採用することは、当裁判所の右判例の趣旨にも副うものといわなければならない。もつとも、借地の場合と借家の場合とでは、所論のごとく事情を異にする面もあることを認めなければならないが、借地の場合に特有な事情は、更新拒絶の事由の正当性の判定につき当事者双方の必要性を具体的に比較考量するに際し参酌されれば足るものと解されるので、借地と借家との間に事情を異にする面もあるため、借地法四条一項但書の規定につき借家法一条ノ二の場合と異つた解釈を採り、借地の場合には、借地権者側の事情をなんら参酌する要がないとの所論は、これを肯認し難い。

- ケ) しこうして、財産権、とくに所有権は尊重されなければならないが、今日においては、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、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ことにかんがみれば、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前述のごとくに解せられる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、
- コ) また、借地法の右規定を前述のごとくに解しても、土地所有者は、正当の事由ある場合には更新を拒絶して土地を回復することができるのであるから、所論のごとく、所有権を単なる地代徴収権と化し又はその内容を空虚にするものと言うことを得ない。

所論は、ひっきよう、独自の見解の下に、原判決に憲法その他の法令の解釈を誤った違法ありとするものであり、採用することを得ない。」

以下は、省略

目録2 第51回国会 昭和41年6月9日 参議院法務委員会 会議録25号

新谷正夫政府委員(法務省民事局長)の答弁 発言者番号89/145

○政府委員（新谷正夫君） 借地借家法等の改正につきましては、終戦後のわが国の借地事情あるいは借家事情にかんがみましていろいろ問題が出てまいったわけでございます。そこで、一応現在の借地借家関係の法制をあらためて検討してみる必要はないかということになってまいりまして、先ほどお話しした借地借家法改正準備会というものができるといったわけでございます。ただ、この借地借家法改正準備会と申しますのは、正規の法務省の機関としてできたものではございません。昭和三十年前後からこの検討を始めたということから、法務省民事局の関係の担当官、さらに民法関係の学者の方々が相寄りまして非公式のそういった研究会を設けまして、そこで一応それなりの考え方をまとめてみたらどうであろうかということからこの準備会ができたわけでございます。したがって、その準備会そのものの出しました結論が直ちに法務省の案ということになるわけでもございません。また、民事局の案というわけでもないわけでございます。そういった関係者の考え方を一応取りまとめて、借地借家法制というものをつくとすればどういう形になるだろうかという一つの試みとして出発したわけでございます。

昭和三十三年の五月に「借地借家法改正に関する意見」というものがまとまりまして、各方面の意見の照会をいたしたわけで断ります。それに基づきましてさらに「試案」というふうな形に取りまとめたものが三十四年の十二月二十一日にでき上がりまして、これが大体法律案の、要綱のような体裁になったわけでございますが、これをさらに裁判所、あるいは弁護士会、あるいは経済界、あるいは関係団体方面に出しまして広く意見を求めたわけでございまして、これにつきましては賛否両論あることは当然でございますが、なかなか現在のわが国の借地借家の実情から考えましてその要綱のような点に一挙にいくことはいかがであらうかという批判的な意見がかなり強く出たわけでございます。

そこで、法務省といたしましては、この「要綱試案」というものを直ちに公の公式の意見として取り上げるわけにももちろんまいらないわけでございますが、慎重にこれは検討する必要があるということから、当時の民法部会におきましてどうしたらいいかということを審議していただいたわけでございます。その際に、もちろんこの「借地借家法改正要綱試案」というものをその材料に提供いたしましたわけでございます。いろいろ御意見がございました

が、その「要綱試案」の骨子になりました点を一応簡単でございますが申し上げてみたいと思います。 . . . . .以下中段部は省略

こういった点が「要綱試案」の中に、織り込まれたわけではありますが、これに寄せられました各方面の意見は、賛成意見あり、反対意見あり、これはもう非常にさまざまでございます。ごく大ざっぱに申し上げますと、賛成意見もないではございませんけれども、一言にして申し上げますと時期尚早という趣旨の反対意見が非常に多いわけでございます。裁判所の関係におきましても、必ずしも賛成されない向きもございますし、また、日本弁護士連合会におきましても、ただいま申し上げましたような「試案」の形式による改正はこの際すべきではないというふうな消極意見もこまかく出されてまいりました。そのほか、各種の団体から、賛成意見、反対意見、いろいろと入りまぜて、それぞれまた言われるところもわかるところがございます。概して申し上げますと、いまにわかにはその「要綱試案」で改正案をつくるということについて、国民全体の感じといたしまして少し機が熟していないのではないかとこのうな感じの結果になっておるわけであります。

こういった雰囲気のもとにおきまして、法制審議会におきましていろいろ審議されまして、反対意見はございましょうとも、現在の借地借家法制のもとにおきまして、訴訟その他の関係で非常に法律関係が紛糾して、土地あるいは建物の合理的利用が阻害されるという面が多々ございますために、そういった点を中心にして必要最小限度の措置だけでもとる必要があるのではないかということになりまして、法制審議会といたしましていろいろ審議されました結果、昭和三十九年の二月十七日に「借地法等の一部を改正する法律案要綱」というものができ上がったわけでございます。その要綱の趣旨は今回提案いたしました法律案と大体同じでございます、むしろ法律案のほうがこれを若干ふえんいたしまして、こまかいところをつけ加えまして今回の法律案といたした次第でございます。

○永井政府委員 現行法におきます正当事由の書き方は、先ほど鈴木委員の御質問にもお答えいたしましたとおり、例えば借地法でございますと、現行借地法第四条で「土地所有者カ自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合其ノ他正当ノ事由アル場合」という規定の仕方をしております。この規定の仕方は、この昭和十六年当時は、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わけでございます。それでもう一つ、「正当ノ事由」というところで、いろいろな事情を考えて、貸し主の使用の必要だけでなくほかの事情がある場合もいわば立ち退きを求めることができますよ、こういう規定ぶりになっているわけでございます。この規定ぶりをそのまま解釈いたしますと、要するに借りている側の事情は本来考えなくてもいい、そういう解釈が従来されていたわけです。しかし戦後の判例によりまして、これは社会的正義に反するのではないかという判例の動きによりまして、これは双方の事情を勘案しなさいというふうの実務の取り扱いが変更になったわけでございます。

それで、これだけ長年の間の判例が定着しておりますから、これを改正しなくてもこれはこれでいいのではないかという考え方も確かにあるわけでございます。しかし、長年の判例の集積の結果をどのように表現するか、また、平仮名、口語の条文に改めていく場合には、できるだけその基準というものは裁判所に対する裁判規範としてもやはり拘束性を持たせた方がいいのではないかと、こういう考え方から、できるだけその要素をはっきりさせる、とりわけ双方が土地の使用を必要とする事情ということを明確に第一義的に出した方がいい、こういう考え方でございます。したがって、現行法のもとでも実は判例では、このように現在の借地借家法の第六条に提案しておりますような考え方で判例が運用されております。しかし、その判例の運用を担保する意味で、ある意味ではこういうふうな明確な規定ぶりにした方がいいのではないかと、こういう考え方で規定をしておるわけございまして、中身は全く同じであるというふうにご考えております。

目録3の2 第121回国会 平成3年9月19日 参議院法務委員会 会議録4号

永井紀昭政府委員(法務大臣官房審議官)の答弁 発言者番号41/230

○政府委員（永井紀昭君） 先ほど局長からも答弁申し上げましたとおり、例えば現行の借地法ですと第四条でございますが、ここに書かれております条文の文言、すなわち文理解釈と現在の裁判所における運用とといいますか、判例との間にギャップが生じている、乖離が生じているということを申し上げたと思います。現在の時点でこれを条文として書きますときには、現実に今のような条文のままですとかえって貸し主側の事情を優先するような形になってしまうという、そういうことになっております。

すなわち、今の借地法の正当事由と申しますのは二つ要件があるわけございまして、一つは貸し主がみずから使用することというのと、もう一つは正当の事由という、こういう二つがあると思っていただければいいと思います。これは文理解釈上そうなっております。はっきり言いますと、みずから使用するというその部分は落としましょう、要するに正当の事由ということで一本化しよう、それが現在の実務に合っているという、そういう考え方でございまして、「自ラ」だけ落とすとかなんとかというものではなくなっているわけでございます。これは第六条でも正当事由の内容をむしろ明確にしてその要素をはっきりさせるといふこと、そういうところでこういう双方が「使用を必要とする事情のほかこととして、ほかの付随的事情も挙げている、こういう文体と申しますか、こういう条文の構造になっているわけでございます。

**目録 4** 第121回国会 平成3年9月26日 参議院法務委員会 会議録5号 今井功最高裁判所  
長官代理(最高裁判所事務総局民事局長)の答弁 発言者番号30/168

○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、この文理と申しましうか、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という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でございまして、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。

## 目録5 **抗告判例①**及び其の他の借地非訟抗告判例が引用した判例として

**抗告判例②** 「昭和 36(ク)419 夫婦同居申立事件の審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告昭和 40 年 06 月 30 日 最高裁判所大法廷 決定 棄却 福岡高等裁判所 民集 第 19 卷 4 号 1089 頁」

裁判要旨 「一 家事審判法第九条第一項乙類第一号の夫婦の同居その他夫婦間の協力扶助に関する処分の審判についての規定は、憲法第三二条、第八二条に違反しない。

二 夫婦の同居義務等を前提とする審判が確定した場合でも右同居義務等自体については、別に訴を提起することを妨げるものではない。」

「憲法八二条は「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ」旨規定する。

そして如何なる事項を公開の法廷における対審及び判決によつて裁判すべきかについて、憲法は何ら規定を設けていない。しかし、法律上の実体的権利義務自体につき争があり、こ

れを確定するには、公開の法廷における対審及び判決によるべきものと解する。けだし、法律上の実体的権利義務自体を確定することが固有の司法権の主たる作用であり、かかる争訟を非訟事件手続または審判事件手続により、決定の形式を以て裁判することは、前記憲法の規定を回避することになり、立法を以てしても許されざるところであると解すべきであるからである。・・・中段部省略・・・以下は判決2頁の末行業より・・・

然りとすれば、審判確定後は、審判の形成的効力については争いえないところであるが、その前提たる同居義務等自体については公開の法廷における対審及び判決を求める途が閉ざされているわけではない。」

**抗告判例③** 「昭和 37(ク)243 生活費請求事件の審判に対する抗告棄却決定に対する

特別抗告 昭和 40 年 06 月 30 日 最高裁判所大法廷 決定 棄却 東京高等裁判所 民集 第 19 卷 4 号 1114 頁」

「憲法は三二条において、何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われないと規定し、八二条において、裁判の対審及び判決は、公開の法廷でこれを行う旨を定めている。すなわち、憲法は基本的人権として裁判請求権を認めると同時に法律上の実体的権利義務自体を確定する純然たる訴訟事件の裁判については公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたものであつて、これにより近代民主社会における人権の保障が全うされるのである。従つて、性質上純然たる訴訟事件につき当事者の意思いかんに拘らず、終局的に事実を確定し、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によつてなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するものと いわねばならない（昭和二六年（ク）第一〇九号同三五年七月六日大法廷決定 民集第一四卷第九号一六五七頁以下参照）。」

**抗告判例④** 「昭和 39(ク)114 遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する抗告

昭和 41 年 03 月 02 日 最高裁判所大法廷 決定 棄却 大阪高等裁判所

「家事審判法九条一項乙類一〇号に規定する遺産の分割に関する処分の審判は、民法九〇七条二、三項を承けて、各共同相続人の請求により、家庭裁判所が民法九〇六条に則り、遺産に属する物または権利の種類および性質、各相続人の職業その他一切の事情を考慮して、当事者の意思に拘束されることなく、後見的立場から合目的的に裁量権を行使して具体的に分割を形成決定し、その結果必要な金銭の支払、物の引渡、登記義務の履行その他の給付を付随的に命じ、あるいは、一定期間遺産の全部または一部の分割を禁止する等の処分をなす裁判であつて、その性質は本質的に非訴事件であるから、公開法廷における対審および判決によつてする必要なく、したがつて、右審判は憲法三二条、八二条に違反するものではない（最高裁昭和三六年（ク）第四一九号同四〇年六月三〇日大法廷決定、民集一九卷四号一〇八九頁、同昭和三七年（ク）第二四三三号同四〇年六月三〇日大法廷決定、民集一九卷四号一一四頁参照）。

ところで、右遺産分割の請求、したがつて、これに関する審判は、相続権、相続財産等の存在を前提としてなされるものであり、それらはいずれも実体法上の権利関係であるから、その存否を終局的に確定するには、訴訟事項として対審公開の判決手続によらなければならない。しかし、それであるからといつて、家庭裁判所は、かかる前提たる法律関係につき当事者間に争があるときは、常に民事訴訟による判決の確定をまつてはじめて遺産分割の審判をなすべきものであるというのではなく、審判手続において右前提事項の存否を審理判断したうで分割の処分を行うことは少しも差支えないというべきである。けだし、審判手続においてした右前提事項に関する判断には既判力が生じないから、これを争う当事者は、別に民事訴訟を提起して右前提たる権利関係の確定を求めることをなんら妨げられるものではなく、そして、その結果、判決によつて右前提たる権利の存在が否定されれば、分割の審判もその限度において効力を失うに至るものと解されるからである。このように、右前提事項の存否を審判手続によつて決定しても、そのことは民事訴訟による通常の裁判を受ける途を閉すことを意味しないから、憲法三二条、八二条に違反するのではない。」

**抗告判例⑤**

「昭和 26(ク)109 調停に代わる裁判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 35 年 07 月 06 日 最高裁判所大法廷 決定 破棄差

戻し東京高等裁判所 民集 第 14 卷 9 号 1657 頁」

「憲法は三二条において、何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われないと規定し、八二条において、裁判の対審及び判決は、対審についての同条二項の例外の場合を除き、公開の法廷でこれを行う旨を定めている。即ち、憲法は一方において、基本的人権として裁判請求権を認め、何人も裁判所に対し裁判を請求して司法権による権利、利益の救済を求めることができることとすると共に、他方において、純然たる訴訟事件の裁判については、前記のごとき公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたのであつて、これにより、近代民主社会における人権の保障が全うされるのである。従つて、若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかんに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によつてなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に、同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するものといわねばならない。

ところで、金銭債務臨時調停法七条一項は、同条所定の場合に、裁判所が一切の事情を斟酌して、調停に代え、利息、期限その他債務関係の変更を命ずる裁判をすることができ、また、その裁判においては、債務の履行その他財産上の給付を命ずることができる旨を定め、同八条は、その裁判の手續は、非訟事件手續法による旨を定めており、そしてこれらの規定は戦時民事特別法一九条二項により借地借家調停法による調停に準用されていた。しかし、右戦時民事特別法により準用された金銭債務臨時調停法には現行民事調停法一八条（異議の申立）、一九条（調停不成立等の場合の訴の提起）のような規定を欠き、また、右戦時民事特別法により準用された金銭債務臨時調停法一〇条は、同七条の調停に代わる「裁判確定シタルトキハ其ノ裁判ハ裁判上ノ和解ト同一ノ効力ヲ有ス」ることを規定し、民訴二〇三条は、「和解……ヲ調書ニ記載シタルトキハ其ノ記載ハ確定判決ト同一ノ効力ヲ有ス」る旨を定めているのである。

しからば、金銭債務臨時調停法七条の調停に代わる裁判は、これに対し即時抗告の途が認

められていたにせよ、その裁判が確定した上は、確定判決と同一の効力をもつこととなるのであつて、結局当事者の意思いかんに拘わらず終局的になされる裁判といわざるを得ず、そしてその裁判は、公開の法廷における対審及び判決によつてなされるものではないのである。

よつて、前述した憲法八二条、三二条の法意に照らし、右金銭債務臨時調停法七条の法意を考へてみるに、同条の調停に代わる裁判は、単に既存の債務関係について、利息、期限等を形成的に変更することに関するもの、即ち性質上非訟事件に関するものに限られ、純然たる訴訟事件につき、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する裁判のごときは、これに包含されていないものと解するを相当とするのであつて、同法八条が、右の裁判は「非訟事件手続法ニ依リ之ヲ為ス」と規定したのも、その趣旨にほかならない。

これを本件について見るに、本件は、相手方Dが、抗告人E及びFに対して東京区裁判所に昭和二一年一〇月七日提起した同裁判所昭和二一年（ハ）第三八三号家屋明渡請求事件（Fに対する訴は後に有効に取り下げられている。）及び抗告人Eが相手方G、同H、同Iに対して同裁判所に昭和二一年一一月一二日提起した同裁判所昭和二一年（ハ）第四七八号占有回収請求事件（いずれも後に東京地方裁判所に引き継がれた）の各係属中に、東京地方裁判所は職権をもつて各別に戦時民事特別法により、自ら調停により処理する旨を決定したが、右調停が不調となるや、昭和二三年四月二八日同法一八条、金銭債務臨時調停法七条一項、八条の規定により、右両事件を併合して調停に代わる決定をなしたところ、Eは右決定に対し抗告を申し立て、同裁判所が昭和二五年九月六日右決定の一部を変更の上抗告を棄却するに及び、更に東京高等裁判所に再抗告を申し立て、同裁判所が昭和二六年六月五日該抗告を棄却し、これに対し抗告人Eは当裁判所に特別抗告を申し立てたものであることが記録上明らかであり、本件訴は、その請求の趣旨及び原因が第一審決定の摘示するとおりで、家屋明渡及び占有回収に関する純然たる訴訟事件であることは明瞭である。しかるに、このよ  
うな本件訴に対し、東京地方裁判所及び東京高等裁判所は、いずれも金銭債務臨時調停法七条による調停に代わる裁判をすることを正当としているのであつて、右各裁判所の判断は、  
同法に違反するものであるばかりでなく、同時に憲法八二条、三二条に照らし、違憲たるを

免れないことは、上來說示したところにより明らかというべく、論旨はこの点において理由あるに帰する。従つて、昭和二四年（ク）第五二号事件につき、同三一年一〇月三日になされた大法廷の決定（民集一〇卷一〇号一三五五頁以下）は、本決定の限度において変更されたものである。」

**抗告判例⑥** 「昭和 56(ク)69 賃借権譲渡許可決定に対する抗告棄却決定に対する抗告

昭和 56 年 03 月 26 日 最高裁判所第一小法廷 決定 棄却 東京高等裁判所  
集民 第 132 号 363 頁」

裁判要旨 「借地法九条の二第一項の規定は憲法二九条に違反せず、また、借地法九条の二第一項、一四条の二、一四条の三の各規定は、憲法三二条、八二条に違反しない。」

「借地法九条の二第一項の規定が憲法二九条に違反しないことは、当裁判所の判例（昭和三九年（オ）第二三二号同三五年六月一五日大法廷判決・民集一四卷八号一三七六頁、昭和三四年（オ）第五〇二号同三七年六月六日大法廷判決・民集一六卷七号一二六五頁）の趣旨に照らして明らかである。また、右規定に基づく借地権譲渡の許可の裁判は、その性質上本質的に非訟事件の裁判であるから、右裁判に関する借地法九条の二第一項、一四条の二、一四条の三の規定が憲法三二条、八二条に違反しないことは、当裁判所の判例（昭和三六年（ク）第四一九号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九卷四号一〇八九頁、昭和三七年（ク）第二四三三号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九卷四号一一一四頁、昭和三九年（ク）第一一四号同四一年三月二日大法廷決定・民集二〇卷三号三六〇頁）の趣旨に照らして明らかである。論旨は、採用することができない。」

**借地判例 1** 「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 その他 東京高等裁判所 民集 第 14 卷 8 号 1376 頁」

裁判要旨「罹災都市借地借家臨時処理法第二条、第三条は憲法第二九条に違反しない。」

「それ故、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応じて定められたも

のに外ならない。そして右両条は、前記申出を任意に承諾した場合においても、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、

**借地判例 2** 「昭和34(オ)502 建物収去土地明渡請求 昭和37年06月06日 最高裁判所  
大法廷判決」・・・「昭和37年最判例」

**借家判例 1** 「昭和24(オ)203 家屋明渡請求 昭和25年06月16日 最高裁判所第二小法廷  
判決 棄却 大阪高等裁判所 民集第4巻6号227頁」

裁判要旨「借家法第一条ノ二に規定する建物賃貸借解約申入の「正当の事由」とは、賃貸借の当事者双方の利害関係その他諸般の事情を考慮し、社会通念に照し妥当と認むべき理由をいうのである。」

**借家判例 2** 「昭和24(オ)274 家屋明渡請求 昭和27年12月25日 最高裁判所第一  
小法廷 判決 棄却 大阪高等裁判所 民集 第6巻12号1263頁」

「借家法第一条ノ二にいわゆる自ら使用することの必要性は今日の社会情勢の下においては、単に個人的、主観的な見地から観察するだけではならず、社会的、客観的な立場から諸般の事情を考慮総合して考察することを要することは、すでに当裁判所の判例とするところである」

**借家判例 3** 「昭和24(オ)96 家屋明渡請求 昭和25年07月20日 最高裁判所第一小法廷  
判決 棄却 大阪高等裁判所 集民 第3号597頁」

「所論は、本件のごとく「自ら使用することを目的とする場合」には借家法一条の二にいわゆる「正当の事由ある場合」に該当するから、原判決が被上告人の利害が上告会社のそれよりも大なりとの理由をもつて上告会社の明渡申入を正当の理由に基かざるものと判示したのは、同条の明文を無視して不当な制限を加えた違法があると主張するのである。

しかしながら、同条は、所論のように「自ら使用することを目的とする場合」を当然「正当の事由ある場合」としたのではなく、「自ら使用することを必要とする場合其の他正当の事由ある場合」に解約の申入をすることを得せしめているのである。それ故、その自ら使用することの必要性は、もはや今日の社会情勢の下においては、単に個人的・主観的な見地から観察するだけでは足りないのであつて、社会的・客観的立場から考察することを要する課題となつている。従つて、その自ら使用する必要性が結局社会的・客観的な正当性によつて制約をうくべきこととなる。」

**借家判例 4** 「昭和27(オ)446 家屋明渡請求 昭和29年01月22日 最高裁判所第二小法廷  
判決 棄却 東京高等裁判所 民集 第8巻1号207頁」

「借家法第一条の二にいわゆる「正当の事由」とは、賃貸借当事者双方の利害関係その他諸般の事情を考慮し、社会通念に照し妥当と認むべき理由をいうのであつて、所論のように賃貸人が自ら使用することを必要とするとの一事を以て、直ちに右「正当の事由」に該当するものと解することのできないことは既に当裁判所判例の示すところである。その他論旨は「最高裁判所における民事上告事件の審判の特例に関する法律」（昭和二五年五月四日法律一三八号）一号乃至三号のいずれにも該当せず、又同法にいわゆる「法令の解釈に関する重要な主張を含む」ものと認められない。

**抗告判例⑦** 「昭和 53(ク)483 増改築許可申立事件の決定に対してした抗告棄却の決定に  
対する抗告 昭和 54 年 02 月 16 日 最高裁判所第二小法廷 決定 棄却 東京  
高等裁判所 集民 第 126 号 101 頁」

裁判要旨 「借地法八条の二は、憲法一四条、二九条に違反しない。」

「借地法八条ノ二の規定が憲法一四条に違反しないことは、当裁判所昭和三一年（オ）第三二六号同三五年二月一〇日大法廷判決・民集一四巻二号一三七頁の趣旨に照らして明らかであり、また、右規定が憲法二九条に違反しないことは、当裁判所の判例とするところである（当裁判所昭和五〇年（ク）第三六号同年七月一一日第二小法廷決定・裁判集民事



一一五号三七五頁。なお、当裁判所昭和二九年（オ）第二三二号同三五年六月一五日大法院判決・民集一四卷八号一三七六頁、昭和三四年（オ）第五〇二号同三七年六月六日大法院判決・民集一六卷七号一二六五頁参照）。したがって、借地法八条ノ二の規定が憲法一四条、二九条に違反する旨の所論は失当である。

**借地判例③** 「昭和 31(オ)326 土地賃貸借契約等無効確認請求 昭和 35 年 02 月 10 日  
最高裁判所大法院 判決 棄却 東京高等裁判所 民集 第 14 卷 2 号  
137 頁」

裁判要旨 一 農地法第二〇条は、憲法第一四条、第二九条に違背しない。  
二 ある法規（例えば農地法第二〇条）の適用される法律関係（例えば同条第一項の知事の不許可処分）の違憲を主張するのに、その法規の属する法律中当該法律関係と直接関係のない法規（例えば同法第三条）またはその法律全体（例えば農地法）の違憲性を理由とすることは、上告理由として許されない。

**抗告判例⑧** 「昭和 50(ク)36 建物の構造に関する借地条件変更申立事件の決定に対する抗告の棄却決定に対する抗告 昭和 50 年 07 月 11 日 最高裁判所第二小法院 決定 棄却 仙台高等裁判所 集民 第 115 号 375 頁」

裁判要旨 「借地法八条ノ二は、憲法二九条に違反しない。」

「抗告代理人松坂清の抗告理由第一について

借地法八条ノ二第一項に規定する借地条件の変更の裁判は、その性質が非訟事件の裁判であるから、公開の法廷における対審及び判決によつてなすことを要しないものと解される。

このことは、当裁判所昭和三六年（ク）第四一九号同四〇年六月三〇日大法院決定・民集一九卷四号一〇八九頁、昭和三七年（ク）第二四三号同四〇年六月三〇日大法院決定・民集一九卷四号一一一四頁、昭和三九年（ク）第一一四号同四一年三月二日大法院決定・民集二〇卷三号三六〇頁の趣旨に照らして明らかである。それゆえ、借地法八条ノ二第一項、同法

一四條ノ三第一項の規定が憲法三二條、八二條一項に違反するものとはいえず、これに従つてなした原決定にも違憲の虞はない。論旨は、採用することができない。

同第二について

借地法八條ノ二の規定が憲法二九條に違反しないことは、当裁判所昭和二九年（オ）第二三二號同三五年六月一五日大法院判決・民集一四卷八號一三七六頁、昭和三四年（オ）第五〇二號同三七年六月六日大法院判決・民集一六卷七號一二六五頁の趣旨に照らして明らかである。論旨は、採用することができない。」

**抗告判例⑨**「昭和 49(ク)236 競売に伴う土地賃借権譲受許可申立棄却の決定に対する

抗告の棄却決定に対する抗告 昭和 49 年 09 月 27 日 最高裁判所第三小法廷  
決定 棄却 東京高等裁判所 集民 第 112 号 755 頁」

裁判要旨 「借地法九條ノ三第一項による競落建物の敷地賃借権譲渡許可の裁判において

賃借権の存否を判断しても、右裁判は、憲法三二條、八二條に違反しない。」

「借地法九條ノ三第一項による競落建物の敷地賃借権譲渡許可の裁判は、賃借権の存在することを前提とするものであり、賃借権の存否は、訴訟事項として、対審公開の判決手続によつてのみ、終局的に確定される。しかし、右規定による非訟事件の裁判をする裁判所は、かかる前提たる法律関係につき当事者間に争いがあるときは常にこれについて民事訴訟による判決の確定をまたなければ賃借権譲渡許可の申立を認容する裁判をすることができないといふべきものではなく、その手続において賃借権の存否を判断したうえで右裁判をすることは許されるものであり、かつ、このように右前提事項の存否を非訟事件手続によつて定めても、憲法三二條、八二條に違反するものではないと解するのが相当であつて、このように解すべきことは、すでに当裁判所の判例（昭和三九年（ク）第一一四號同四一年三月二日大法院決定・民集二〇卷三號三六〇頁）の趣旨とするところに照らし、明らかである。けだし、借地非訟事件手続においてした右前提事項に関する判断には既判力が生じないから、これを争う当事者は、別に民事訴訟を提起して賃借権の存否の確定を求めることを妨げられるものではなく、そして、その結果、判決において賃借権の存在が否定されれば、賃借権譲渡許可の裁

判もその限度において効力を失うものと解されるのであつて、前提事項の存否を非訟事件手続において決定することは、民事訴訟による通常の裁判を受ける途を閉ざすことを意味するものではないからである。したがつて、原決定に右違憲のかしはなく、この点に関する論旨は、理由がない。」

**抗告判例⑩** 「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 棄却  
東京高等裁判所 集民 第 112 号 735 頁」

裁判要旨「借地法八条ノ二第二項の借地条件変更に関する裁判は、憲法三二条、八二条に違反しない。」

「借地法八条ノ二第二項に規定する借地条件の変更の裁判は、増改築を制限する旨の借地条件が存する場合において、土地の通常の利用上相当とすべき増改築につき当事者間に協議が調わなかつたときに、裁判所が借地権者の申立によりその増改築についての土地所有者又は賃貸人の承諾に代わる許可を与えるものであり、裁判所は、借地権の残存期間、土地の状況、借地に関する従前の経過その他一切の事情を考慮して、当事者の意思に拘束されることなく、土地の合理的な利用のため、後見的立場から合目的に裁量権を行使して裁判し、当事者間の利益の衡平を図るため必要があるときは、借地条件の変更、財産上の給付、その他相当な処分を命ずるものであつて、その性質は本質的に非訟事件であるから、公開の法廷における対審及び判決によつてする必要はない。このことは、当裁判所昭和三六年(ク)第四一九号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九卷四号一〇八九頁、昭和三七年(ク)第二四三号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民衆一九卷四号一一一四頁、昭和三九年(ク)第一一四号同四一年三月二日大法廷決定・民集二〇卷三号三六〇頁の趣旨に照らして明らかである。従つて、公開の法廷における口頭弁論に基づかないでなされた原決定に憲法三二条、八二条違反の違法はない。その余の点に関する所論は、原決定の違憲を主張するものではないから、適法な抗告理由にあたらぬ。それゆゑ、論旨は採用することができない。

**抗告判例①**「昭和 44(ク)419 建物の構造に関する借地条件変更決定に対する即時抗告棄

却決定に対する抗告 昭和 45 年 05 月 19 日 最高裁判所第三小法廷 決定

棄却 高松高等裁判所 民集 第 24 卷 5 号 377 頁」

「借地法八条ノ二第一項による借地条件変更の裁判は、借地権の存在することを前提とするものであり、借地権の存否は、訴訟事項として、対審公開の判決手続によつてのみ、終局的に確定される。しかし、右規定による非訟事件の裁判をする裁判所は、かかる前提たる法律関係につき当事者間に争いがあるときは、常にこれについて民事訴訟による判決の確定をまたなければ借地条件変更の申立を認容する裁判をすることができないというべきものではなく、その手続において借地権の存否を判断したうえで右裁判をすることは許されるものであり、かつ、このように右前提事項の存否を非訟事件手続によつて定めても、憲法三二条、八二条に違反するものではないと解するのが相当であつて、このように解すべきことは、すでに当裁判所の判例（昭和三九年（ク）第一一四号同四一年三月二日大法廷決定、民集二〇卷三号三六〇頁）の趣旨とするところに照らして明らかである。けだし、借地非訟事件手続においてした右前提事項に関する判断には既判力が生じないから、これを争う当事者は、別に民事訴訟を提起して借地権の存否の確定を求めることを妨げられるものではなく、そして、その結果、判決において借地権の存在が否定されれば、借地条件変更の裁判もその限度において効力を失うものと解されるのであつて、前提事項の存否を非訟事件手続において決定することは、民事訴訟による通常の裁判を受ける途を閉すことを意味するものではないからである。したがつて、論旨は採用することができない。

同第二点について。

論旨は、憲法二九条違反をいうが、その実質は、原決定における裁量の不当ないし法令違背を主張するにすぎないものであつて、民訴法四一九条ノ二第一項所定の適法な抗告理由にあたらぬ。」

## 目録6 「控訴人準備書面(13)の11項で引用した判例」

### 財産権判例1 「平成12(オ)1965 短期売買利益返還請求事件 平成14年02月13日

最高裁判所大法廷判決 棄却 東京高等裁判所民集第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、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、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。」

### 財産権判例2 「昭和59(オ)805 共有物分割等 昭和62年04月22日 最高裁判所大法廷

判決 破棄差戻し 東京高等裁判所 民集 第41巻3号408頁」

「一 憲法二九条は、一項において「財産権は、これを侵してはならない。」と規定し、二項において「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。」と規定し、私有財産制度を保障しているのみでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するとともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至つたため、立法府は公共の福祉に適合する限り財産権について規制を加えることができる、としているのである。

二 財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、右のとおり立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求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上の積極的なものから、社会

生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうるのである。したがって、財産権に対して加えられる規制が憲法二九条二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、その規制によつ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決すべきものであるが、裁判所としては、⑧立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして⑨公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであっても⑩規制手段が右目的を達成するための手段として必要であって、⑪そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができるものと解するのが相当である（最高裁昭和四三年（行ツ）第一二〇号同五〇年四月三〇日大法院判決・民集二九卷四号五七二頁参照）。