

平成25年(ネ)第3574号 建物取去土地等明渡請求控訴事件

控訴人 銀座丸八株式会社

被控訴人 株式会社伊東屋

控 訴 理 由 書

平成25年 7月18日

東京高等裁判所第17民事部 ロイ係 御中

控訴人訴訟代理人弁護士 濱 口 善 紀

控訴人訴訟代理人支配人 野 間 英 彰



<はじめに>

1, 終戦直後の住宅難に直面した裁判所は旧借家法の正当事由の解釈・適用に際して、終戦直後の未曾有の住宅難から生じる社会的混乱を回避する目的で、いわば緊急避難的な処置として本来の立法趣旨とは大きく異なる裁判規範を定立した。これに対して、住宅難も解消された昭和20年代の後期から始まった経済成長途上にあった昭和30年代中頃において、緊急避難的に定立された借家に関する正当事由の規範が借地関係にも安直に援用されていた。そのことに対する異議として憲法適合性の審査を求めた事案において、「昭和34年(オ)502・昭和37年6月6日・大法廷判決」(以下「昭和37年最判例」という)は、その裁判要旨で「借地法第四条第一項は、憲法第二十九条に違反しない。」とした。

しかしながら、同最判例は後述するように借家判例に大きく依存して、つま

り借地と借家との基本的な（法律学の初歩としての「法定更新」の拘束期間等）の違いについても一切斟酌していない。しかも同規定の立法趣旨についても、昭和16年改正時の国会会議録等を検証・再確認（これも司法審査の初歩）することなく前述した判断を示した。さらには、同大法廷が犯した違法は、本来の立法趣旨とは大きく異なる裁判規範を新たに定立しながら、あたかもこれが立法趣旨に内包されていたかのごとき裁判要旨に纏めたことにある。この外形は、食品等の生産履歴や消費期限等の偽装や、所謂アドレス偽装事件と同様の違法性を孕んでいる。それが為に、その後半世紀に亘って最高裁における同最判例の憲法適合性が問われることのないままに、つまり下級審においても同最判例の判示内容の詳細すら一読されることもなく、専らこの裁判要旨に大きく依存した事実認定が繰り返されてきたが、原審判決はそれを証する典型例となっている。

2、詳細は後述するが、仮に昭和16年の旧法4条1項改正時の立法趣旨を「A」とすると、同大法廷はこの「A」に「 $\pm\alpha$ 」（プラス・マイナス/アルファ）を加えて射程範囲を拡大したことになる。この外形を、刑事裁判におけるDNA鑑定に例えると、同大法廷は自ら「 $\pm\alpha$ 」の新たな検体を加えながら、これを昭和16年の立法趣旨と同一だとしたDNA鑑定に「すり替え」を計ったと同様の違法行為を犯したことになる。そもそも昭和37年最判例に限らず、大法廷判例は対象法令に関する請求事案の全てを拘束することから、同判例を変更しない限りはこの大法廷判例を離れて憲法適合性を判じることは出来ないはずである。それが為に、控訴人は第一上告事案「平成18年(オ)第1219号」(以下「関根事案」という)において、昭和37年最判例が定立した裁判規範の法的効力は既に失効していることから、改めて同最判例の憲法適合性の再審査を求めた。ところが、関根事案の判決では「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。」として、控訴人の請求を棄却した。同判決は、旧法4条1項の文言解釈や立法趣旨「A」に基づく限りは、明らかに違法判決（詳細は後述）であるにも拘わらず、その判示内容は完全に真逆となっている。また、昭和37年最判例に依存するのであれば、当事者の主張の巧拙をさておいても職権による射程範囲の再測量（司法審査の初歩的な必要要件でもある）を欠くことは許されないはずであるにも拘わらず、最高裁はこれを怠った。

3、さらには、控訴人はその後の上告事案においても一貫して昭和37年最判例に代わる新たな裁判規範の定立が必要であり、そのためにも立法事実の再検出が必要であることを再々に亘って訴えてきた。ところが、その後の一連事案においても何れの下級審も控訴人が求めた憲法適合性に対する法的見解は一切言及することなく、つまりは法律審の入り口としての権能を発動させることはなかった。結果として、何れの下級審も憲法適合性を維持し得ない事実認定を繰り返し、その後の都合3件の上告審においても下級審判決に対する憲法適合性を審査することなく、控訴人の主張を「単なる法令違反」として決定で退けた。

しかしながら、前述したように法令と大法廷判例との関係を、日本銀行券とそれに描かれたホログラム（真券証明）との関係に例えると、控訴人の一連の上告事案に対する最高裁（下級審も同様）の判決は何れもホログラム（憲法適合性の証明）が付されていないことになる。原審や最高裁を含めた一連訴訟事案の裁判実務における問題点は、憲法適合性に関する職権調査を怠った、つまりはホログラムによる真券証明のない「偽札」（これが司法研修所等の演習課題であるとする）が、判決書として法的効力を付与されていることにある。

4、同様に、原審においても控訴人が訴状・準備書面等において「憲法適合性」について計23回、「立法事実」につき8回も言及して昭和37年最判例に代わる裁判規範の定立の必要を訴えたが、原審判決ではこれを争点とも認識せずに、

つまりは民事訴訟の基本ともいえる弁論主義・当事者主義に対して真っ向から背を向けている。しかも、控訴人が僅か2回(この訴訟指揮も当事者を置き去りにした管理型裁判の典型)の弁論期日に「昭和37年最判例の憲法適合性に対する法的見解の開示」を求めたが、これについても裁判長は何ら釈明することなく「判決で示す」と述べた。にも拘わらず、原審判決は事実認定に関する憲法適合性を示していないし、それ以前に原審に限らず下級審には法律審としての審理が禁止されているのかと見紛うよう対応に終始している実態がある。特に、合議体の機能不全と見なせるような審理内容は司法システムの破綻といわざるを得ないような惨状を呈している。また、昭和37年最判例以降の不作为の連鎖は国民の司法システムに対する期待と信頼を裏切るものであり、先ずは戦後の借家判例等を含めた運用実態を再検証した上で審級を問わずして裁判所自らが違法性の修復に着手しない限りは、司法の信頼を回復することは難しいと思われる。また、「法令とか処分の憲法適合性の有無が下級裁判所で争われるときは、その点については常に最高裁判所への上訴が許されなくてはならない。」(第90回国会・昭和54年12月11日・衆議院法務委員会会議録2号(46/143)西山最高裁判所長官代理の答弁)との発言に照らすと、少なくとも当事者が立法行為の違法を犯した大法廷判例に対する憲法適合性の審査を求めている以上は、立法府の制定法令に対する違憲立法審査とは次元の異なる審査を要したはずであり、そもそも下級審がその審査を回避することは許されないはずである。その点を含めて、後段において原審判決の違法性を含めて、旧借地法に関する最高裁の迷走や、裁判要旨等の取り纏めにおける理解し難い杜撰な実態を詳細に検証する。

第1 旧法4条1項の立法趣旨をすり替えた昭和37年最判例の違法

1, 旧法4条1項の立法趣旨に関する再確認

同規定については、昭和16年の第76回帝国議会における「借地法中改正法律・法律第五十五号」の改正時の立法趣旨等に関する政府委員の説明(甲

10の1～3)や、同国会時の貴族院・議事速記録第13号(甲13)、平成3年の第121回国会時の衆議院法務委員会における法務大臣官房審議官永井氏の答弁(甲11の1・2)、「昭和23(オ)162家屋明度請求事件・昭和25年02月14日最高裁判所第三小法廷判決」と同様に、「昭和25(オ)148家屋明渡請求事件・昭和29年04月20日最高裁判所第三小法廷判決」が「借家法の制定された当時は家主の貪欲から所謂地震売買が頻繁に行われ借家人の居住の安全が不当に脅かされる事件が頻繁に生じたので、これを阻止せんとしたのが借家法第一条ノ二制定の主たる理由である。それ故、自ら使用せんとする場合は絶対的理由と解されて居たのである。」が判じた通りであり、この下線部が立法趣旨に関するDNA鑑定「A」であった。つまり、立法者や法務当局に止まらず、最高裁自らも認めているように、昭和37年最判例が解したような趣旨は一切含まれていないことは、前述した「証拠」からも明らかである。

2、昭和37年最判例が違法に拡大・改竄した立法趣旨の再検証として

(1)前項で再確認したように、旧法4条1項の立法趣旨「A」に対して、同大法廷は「 $\pm\alpha$ 」を加えて射程範囲を拡大した。まず、「 $+\alpha$ 」は「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」(つまりは、借地権者の権利を保護)を図るには、「 $-\alpha$ 」は「土地所有者がその所有権本来の権能を回復することにつき有する利益の制限」(つまりは義務の強制)が必要となる。その上で、双方の「 $\pm\alpha$ 」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は置いているものと解される。」とした。ところが、前述したように立法当局者や法務省、あるいは最高裁自らも、このような解釈が立法趣旨に内包されていたとは一言も言及していない。結果、同大法廷は旧帝国憲法下の昭和16年の対米戦必至の社会状況下における法改正に際しても侵害されてはいなかった私的自治の原則や、法の不遡及の原則を

破壊したことになる。そもそも、土地所有権者と借地人との間の権利・義務や、その相互拘束の期間（契約期間）を含めた私的自治は、双方が契約自由の原則下で始めたものであり、旧法4条1項が契約満了期においては同規定に基づく形成権を行使しない限り何れの当事者も自らの権利は保護されることはないと規定したことは至極当然のことであり、その概念を無定見に破壊した大法廷判例は改めて理解し難いものがある。

(2)そもそも、借地法に限らず私法制定の本来の目的は契約期間中における当事者間の権利・義務の履行を法的に担保・保護することにあり、明治42年期の建物保護法（投下資本回収の保護、第三者に対する対抗力の付与）や、大正10年の借地法（長期の契約期間）等の制定の経緯も、それを射程としたものであり、その精神が公共の福祉に適うことはいうまでもないし何ら異論を挟むものではない。また、一昨年（2011年）の東日本大震災における被災者に対する仮設住宅の利用期間や、二重ローンに対する救済処置、復興給付金等の「公的助成」についても、その境界線は「原状回復」が限度であり、「私的な資産形成」に対する公的助成が行われることはない。本件土地のように原始契約の当初から被控訴人の私的資産形成を目的とし、かつ、新規供給のない需給関係が「地価」や「収益」を左右する土地についての賃貸借については、昭和37年最判例が「依然たる宅地不足下で借地権者を保護しなければならない」とした「宅地不足」とは何の関係もない。それ以前に、本件に限らず旧法4条1項に関わる請求事案の殆どは（特に、被控訴人のように事業用借地権は）、その後の社会的・経済的事情の変動を経た今日においては、単に双方の私的資産形成活動の衝突であるに過ぎない。加えて、従来から経済力や情報力・交渉力等の格差から借家人・借地人の全てがあたかも社会的弱者であるかの如き概念は、本件賃貸借については射程外である。

(3)裁判所が対象法令の裁判規範を定立する場合でも、憲法を正確に解釈・適

用することが求められていると同時に、裁判官が同最判例のようにそもそもの立法趣旨を離れた立法者紛いの「法創造機能」を行使することは原則的には禁止されているはずである。他方、訴状 12 頁でも言及したが罹災都市借地借家臨時処理法(以下「罹災法」という)に関して「最高裁判所大法廷昭和 35 年 06 月 15 日判決(昭和 29(オ) 232・民集 14 卷 8 号 1376 頁。土地明渡損害賠償請求事件)(以下「罹災法判例」という)は、同法の憲法適合性に対する判断を示している。罹災法は 10 年経過後は借地法の拘束下に移行し、その移行に伴う双方の権利行使については旧法 4 条 1 項が適用されることになる。また、罹災法の適用を拒否したい土地所有者については旧法 4 条 1 項の「自ら使用スルコトヲ必要トスル場合」に代わる「建物所有の目的で自ら使用することを必要とする場合」が正当事由として定義されている。同判例が昭和 37 年最判例と対照的なのは、罹災法の制定については憲法 29 条 2 項の「公共の福祉」に資するとした上で、「そして右兩条は、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、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。」とした判断を示している点である。

- (4)昭和 37 年最判例は、この罹災法判例が示した正当事由と憲法 29 条 3 項との関係については、その視野にも置いていないが、そもそも公共の福祉が適用される法令については、建築基準法、都市計画法、税法、その他の公法の対象となる場合は私権の制限を伴う不利益は避けられないとしても、その目的はあくまでも「公益」である。従って、公共の福祉に適うべく制定された「私法」に基づき締約された私的自治の枠組みを超えて且つ一方の当事者の任意性を無視して、権利の拡大や、義務の強制を目的とした法令に、公共の福祉

が適用されることはあり得ないし、あってはならないはずである。この点に関して、「平成 19(行ツ)260 財産管理を怠る事実の違法確認請求事件 平成 22 年 01 月 20 日 最高裁判所大法廷判決」は、「信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとして、憲法 89 条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法 20 条 1 項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当すると解するのが相当である。」としている。

つまり、一借地人よりは対象射程が広いはずの宗教法人に対する公有財産の提供や特権の付与等の行為は、何れも憲法に抵触すると判断している。

この判示に照らすと、昭和 37 年最判例は、借地人に対する「 $+\alpha$ 」の特権を付与する為の手段として土地所有権者の私有財産に対して「 $-\alpha$ 」としての制限を課しても「公有財産の提供ではない」ので違憲とはならない、との判断を示したと解せるような矛盾が生じる。

(5) 前述した罹災法判例は、私法関係下に置かれた当事者の一方が法令の規定において「契約自由の原則」が適用されない場合には、相手方が私的資産形成権を取得するに相応の対価を以て、つまりは憲法 29 条 3 項の「補償」が行われる限りは憲法適合性が損なわれることはないとした判断を示している。同判例からは、憲法 29 条 2 項の公共の福祉の適用はあくまでも公益であるとした判断を再確認出来る。また、同 3 項についても収用法等の対象となる場合と同様に、例え「公共の為」であっても私権が損害を被る場合には、然るべき補償を必要としたことにあるが、そもそもこれが憲法解釈の基本であり、昭和 37 年最判例がこの認識を欠いたことは理解し難い。罹災法判例を含めて、昭和 37 年最判例も純然とした私法関係における権利・義務の変更に関する法令及びその裁判規範に対する憲法適合性が争われた事案であるにも拘わらず、憲法 29 条 2 項・3 項に関するその判断には統一感が完全に欠落している。また、本件と同様に借地契約に供出した土地については、昭和 37 最判例

が射程を広げた裁判規範に事後法的に拘束され、その結果として土地所有権本来の権能（処分の自由の保障であり「自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合」の条件が付されるものではない）の回復が、更に30年もの長きに亘って不可能となることは自明のことである。つまり、「 $+\alpha$ 」となる借地人の権利は本来の契約期間満期後も更に30年間も保護を必要とされ、その一方で土地所有権者は自らの自由意志を制限され「 $-\alpha$ 」となる義務を更に30年間も強制されることになる。この権利義務の変更が、「宅地不足」なる事実上存在してもいない「現下の実情」に大きく依拠して、私法関係に当てはめてはならないはずの「公共の福祉」を当てはめたとした判断については、今更に理解し難いものがある。

(6)さらには、昭和37年最判例のいう「依然とした宅地不足」についてであるが、そもそも我が国における公的な住宅政策や土地政策は、勤労者の持ち家促進を目的としたものであることはいうまでもない。それが為に、若年世代は多大な費用を必要としない借家により住宅購入資金の頭金等を蓄え、あるいは事業目的の店舗や事務所等の借家であっても、そこからの収益を自用地取得資金として蓄える等の期待に始まったことも否定できないところである。特に借地の場合には、莫大な土地に対する資本投下を必要とせずに、その土地が生み出す果実（収益）の独占が可能となる。逆説的に論じると、土地が生み出す収益の見込めない場所に建物を建てても、その投下資本を回収することは難しいことはいうまでもない。そして、建物の収益の多寡は「地価」に大きく左右され、土地の取得には当然のこととして「地価」に相応の投下資本を要し、その投下資本は土地所有権の登記等により保護されることになる。我が国の借地法制に関する立法政策や司法判断の問題点は、莫大な資本を投じて自用地を取得した地主と、権利金等の土地に対する投下資本を負担していない借地権者を峻別することなく、地価増益に対する寄与配分とした立退料支払を命じたり、借地非訟制度についても一般の勤労者や自用地

所有者と比しても著しく均衡を欠いているにも拘わらず、立法・司法に携わる当局者は誰一人として、この点に対する再検証の必要を認識してもない、ということである。

(7)昭和37年最判例は、「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。」と判示した。しかしながら、前述したように旧法4条1項の改正は、借家・借地の私法契約による相互拘束の関係下にある当事者が、その法定更新や契約消滅を顕現する手段としては、自らが形成権行使の必要があることを定義したに過ぎない。ところが、同最判例は自らこの立法趣旨とは大きく異なる当事者間の私的自治における権利・義務の強制的変更を定立しながら、「同様の文言で規定されている」と安易に解しており、そもそも法律学のイロハをも逸脱した初歩的な誤りがある。これについても、事後半世紀もの間において、裁判官や日弁連傘下の弁護士、法曹育成に携わる法律学部の学者を含めた専門家の誰一人として、この文脈の無定見さに気がついた者はいないし、同最判例について判例研究はされていないに等しい。

(8)加えて、借家の場合の賃料額については近隣の相場により形成されるが、その主体は土地評価額に対する資本還元額によるところが大であり、これも逆説的にいうと土地の資本還元額の評価に至らない場所においては、建物だけの資本還元額では賃料相場は形成され得ない。さらには、借家の場合は殆どが「借家用途」の建物が主であり、居住用・事業用の別なくその大半が2年乃至は3年間の短期契約による任意による更新（更新料等の負担）の継続が殆どである。それが為に、借家法一条ノ二については戦後の住宅難下において定立された立法趣旨とは異なる裁判規範についての賃貸人側の被る不利益

は甚大ではない。ところが、借地の場合には借家とは異なり、まず地代については土地評価額に対する資本還元額は一切含まれてもいない。また、戦前乃至は終戦直後に始まった旧法借地権の大半が権利金等一時金授受の実態のない契約（大正期から昭和37年における権利金授受例は僅か9.8%／第51回国会衆議院法務委員会会議録32号、法務省新谷民事局長）が殆どであり、借家契約とは異なり借地権消滅による所有権本来権能の処分の自由の回復が更に30年間も制限されることになる。斯かる観点を踏まえても、前述したように同大法廷が「同様の文言で規定されている」と解して、借家と借地を同列に論じたことは、統一性や等質性等に関して司法に求められる期待や信頼を最高裁自らが破壊したに等しい。

(9)なお、念の為に以下の統計指数を以て、昭和37年最判例が怠った基本的な検証を再確認しておきたい。何れも、経済要覧(平成12年版・経済企画庁調査局編)から引用したものである。

全国市街地価格指数(全用途平均／10頁)

	指数	変動率
昭和16年	1.29	1.00
昭和29年	286.00	221.71
昭和30年	1.73	1.00
昭和37年	9.01	5.21
平成11年	77.10	44.57

戦前からの名目国民総支出(10億円／5頁)

昭和16年	45	0.02
昭和23年	2,666	1.00
昭和35年	15,998	6.00
平成11年	500,855	187.87

平成9年度 国土利用状況 (万ha／36頁)

国土利用状況	合計	3,778
国土利用状況	宅地	174

戦前からの名目国民総支出(10億円／5頁)

	指数	変動率
昭和16年	45	0.02
昭和23年	2,666	1.00
昭和35年	15,998	6.00
平成11年	500,855	187.87

これらの統計値からも、地価の高騰により土地政策が翻弄され続けてきた歴史を垣間見ることが出来る。それが為に、宅地化して供給し得る土地は潤沢にありながら、宅地開発計画における投下資本の限界に官民を問わず直面せざるを得なかった時代が続いてきたことも事実であり一般常識でもある。ましてや、昭和30年代中頃における「依然とした宅地不足」(裁判所HPの判例検索では、同最判例以外には「宅地不足」の使用例は確認出来ない)については、今更にどこから引っ張り出してきたのか再確認したい感がある。

特に、同最判例が定立した公共の福祉を当てはめて土地所有権制限の正当性が、この「宅地不足」に大きく依拠していることは否めない。そうすると、いうまでもないことながら、一連の訴訟事案において控訴人の請求を棄却す

るには、あるいは同最判例の憲法適合性を裏付けるには、今日現在においても「宅地不足」にあることの証明を要したはずであったが、どの審級においてさえ審査の必要すら射程外に置いている。何れにしても、上記統計値は司法が正対すべき立法事実の再検出にも大きく影響を及ぼす指数でもある。

加えて、35年に至る経済変動を踏まえても、昭和37年最判例が何故に終戦直後の緊急避難的な借家判例に憲法適合性の根拠を依存したのかについては、杜撰というより牽強附会と言うべきである。何れにしても、現下の裁判所はその審級を問わずして、これら統計値を含めた立法事実の再検出が不可避の職責であり、それなくして控訴人の請求を封じることに対する憲法適合性を示すことは不可能である。

第2 最高裁判例、特に裁判要旨の取り纏め方法に対する問題点

1. 終戦直後の借家判例が判じた社会状況について

前述した「昭和23(オ)162家屋明度請求事件・昭和25年02月14日最高裁判所第三小法廷判決」は、立法本来の趣旨を確認した上で続けて「其故本件において原審が認定した様な被上告人の明渡請求事由は被上告人の側だけについて考へれば正当の事由といい得べきこと勿論である、これに対し考へるべき上告人等側の事情は第一に住宅難であり、容易に移転し行くべき家が得られないということである、目下の住宅難は顕著な事実であるから其事は上告人において証明することを要しない、しかしそれだからといって絶対に住宅が得られないというわけではない。」とした。これを踏まえる限りは、昭和37年最判例が「依然とした宅地不足」としたことについて、「証明を要しないほどの顕著な事実」と言い得る一切の根拠が示されているとは言えない。

この点については、原審も当然に関根事案以降の一連訴訟についても同様であり、その証明がない限りは当然に理由不備を含めた審理不尽となる。

2. 最高裁判例にみる裁判要旨の問題点

前述したように昭和 37 年の裁判要旨は、大法廷自ら「 $\pm \alpha$ 」を以て射程範囲を拡張したにも拘わらず、その裁判要旨は「借地法第四条第一項は、憲法第二十九条に違反しない。」とされている。また、前述した「昭和 23 (オ)162 家屋明度請求事件」の場合も、その裁判要旨はそもそもの立法趣旨や、住宅難は証明を要しない顕著な事実とした点に一切言及することなく「借家法第一条ノ二にいわゆる「正当ノ事由」の有無は、貸家人の事情だけでなく、借家人の事情をも考慮し、双方必要の程度を比較考慮して決しなければならない。」とされている。この点に関しても、医薬品等における「使用上の注意をよく読んで」とか、「用法・用量を正しく守って」とか、「服用期限」等に関する注意書きと比べても、控訴人の一連の訴訟事案、特に関根事案のように最高裁であっても、事後審に携わる裁判体は裁判要旨に大きく依存した判断をなしたに止まり、判決内容の詳細を一読した痕跡すら窺えない。つまり、両判例ともに、立法時や判決時の社会状況の変化は当然に予見出来得るにも拘わらず、その裁判要旨は恰も未来永劫普遍であるかの如く解し兼ねない危うさを孕み、現にその後の裁判例は、この裁判要旨のみを鵜呑みにして金太郎飴のような裁判例を脈々と繰り返してきたと言っても過言ではない。そもそも、立法や判例等に関する射程範囲の再測量は、現下における立法事実の検出であり、過去に遡及するものではない。再々繰り返すが、この立法事実の検出はそもそも裁判所が担うべき本来の職責であり、それを欠いたままでは、事案の判決に対する憲法適合性を維持することは不可能である。控訴人の主張に真摯に耳を傾けて戴きたいことを切に願うところである。

第3 原審判決の違法性に関する検証として

1. 控訴人が求めた争点の取り違いと理由不備・審理不尽について

(1)控訴人が訴状及び準備書面で都合 24 回も「昭和 37 年最判例」に言及して、その違法性と憲法適合性に対する審査を求めたにも拘わらず、原審判決は、

「原告の主張」においてさえ一片も触れてもいない。加えて、その立法趣旨についても同大法廷が解釈した他内容とは齟齬があることを再々言及したにも拘わらず、同様に一切を無視した上で憲法適合性についても正対を避けたとしか思えない判断に終始している。その点を含めて、原審判決が「第4 当裁判所の判断」において判じた問題点につき、以下で詳細に検証する。

(2)原審は、「1 争点1（本件更新拒絶には借地法4条1項所定の正当事由があるか）」としたが、前項で言及したように控訴人が主たる争点としたのは昭和37年最判例の憲法適合性の審査であり、前述したようにそれを怠ったままの如何なる判断もホログラムを欠いた違法判決となる。

また、その(1)の「原告は・・・正当事由の要件は完成している・・・旨主張する」については、その主幹は訴状の8頁後段で引用転記した「昭和23(オ)162」の「第九点について」の判断や、転記した部分の後段で「立法本来の趣旨は前記の様なものである、其故本件において原審が認定した様な被上告人の明渡請求事由は被上告人の側だけについて考へれば正当の事由といい得べきこと勿論である」を踏まえたものであり、控訴人の主観的主張ではない。さらには、「被告において・・・主張立証が必要となる旨主張する。」に関しても、被控訴人が「+ α 」となる年間2億円を超える賃料収益の継続的保護を必要とするには、それを是とする根拠と、その為に控訴人が被る「- α 」としての不利益が社会通念上においても受忍限度内にあること等に関して釈明を求めることは民事訴訟の定石でもある。ところが、原審は被控訴人に対する釈明を促すべきであったにも拘わらず、そのような釈明権を行使することなく、一方的に被控訴人の代弁としか見なせないような判断を羅列している。

(3)さらには、「しかしながら、借地法4条1項は、借地権消滅に際し・・・，

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。(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頁参照)。したがって、原告の主張する借地法4条1項の解釈は採用できない。」として、昭和37年最判例の判示をそのまま丸写しにしている。ところが、原審は「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」とした判示部分を見事に読み飛ばしている。特に、「右借地法四条の現行規定は」については同大法廷自らが新たに定立した裁判規範であり、そもそもの立法趣旨とは異なることは前述した法務委員会等の政府委員答弁や、「昭和23(オ)162」に加えて「昭和24(オ)137」も「当初は賃貸人自ら使用する必要ある場合はそれだけで当然正当の理由あるものと解されて居たのである」としたことからも否定しようのない事実である。この点についても、控訴人が判例を含めた諸々の根拠を示したにも拘わらず、原審はこれを見事に無視している。

(4)加えて、同大法廷が「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」とか、「私権、したがっ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」としたことについても、公益・公法と私権との調整の必要に基づく公共の福祉の精神を述べているに過ぎない。にも拘わらず、同大法廷はこの精神を純然たる私法関係に適用することの是非については確たる根拠を示し得ていない。また、その必要性についても「宅地の不足」に大きく依拠したに止まり、それを原因として一方の当事者の財産権が制限されることについては、殆ど斟酌してもいない。加えて、「宅地の不足」は、同大法廷が立法趣旨を拡大した「 $+α$ 」の目的や、その手段となる「 $-α$ 」の憲法適合性を支える唯一の立法事実である。それが為に、原審が同最判例が定立した裁判規範に依拠する限りは、今日現在の社会的・経

済的な事情下においても、「目下の住宅難は顕著な事実であるから其事は上告人において証明することを要しない」（昭和 23(オ)162）、「現在のような家屋の極度にない時代とは、一般的に顕著な事実というべきであるから、特に立証をまつまでもないことである」（昭和 24(オ)96）、「住宅緊急措置令施行当時の精神及び住宅難の現実に徴し最も時宜に適した公正妥当な解釈である」（昭和 28(オ)755）としたような終戦直後と同様の「住宅不足」や「宅地の不足」にあるか否か等々の判断は、原審に課された本来の職責（控訴人が求めた主たる争点）であったにも拘わらず、これについても全く判断をしていない。

(5)以上の諸点を改めて整理すると、控訴人が昭和 37 最判例が解した旧法 4 条 1 項の立法趣旨はその根底が異なることを立法時の会議録や政府委員等の答弁や借家判例等を引用して立証したにも拘わらず、原判決はその事実の一切を棚上げしている。さらに極めて理解に苦しむのは、昭和 37 年最判例が立法趣旨とは異なる裁判規範を定立したことに對して憲法適合性の再審査を求めたにも拘わらず、それに対する判断の殆どを当該判例の判示内容をそのまま引用しただけであり、お粗末さを通り越して「開いた口が塞がらない」。この判断が、原審裁判長が「判決で示す」ことを約した「憲法適合性」に対する「法の見解」なのだろうか。

2. 正当事由に関する事実認定について

(1)原審判決は「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」とした。一方、戦前の「大審院判例昭和 19 年 9 月 18 日」は、「自己使用の必要に正当性があるかどうかの判断には、賃貸人及び賃借人双方の利害得失の比較考察のほか、公益上、社会上そのほか各般の事情も斟酌し

なければならない」とされている。これを踏まえる限りは、原審判決が示した正当事由に関しては、その正当性に関して「公益上、社会上そのほか各般の事情」が斟酌された痕跡は見いだせない。

(2)また、被控訴人は本件賃貸借契約において昭和46年9月から平成24年12月までの通算496ヶ月に限っても所有建物の一括借家人である松屋からの収受賃料から控訴人に対する支払地代を控除した総額75億円(準備書面14頁/訴訟資料1乃至2/甲14の3乃至4)もの純賃料収入を得ていたことになる。これについては、その経緯は別としても控訴人との賃貸借契約に基づく権利として被控訴人が収受し得たものであり、今更にこれに対する異議を述べる意志はない。さらには、現時点においても松屋より月額3千万円、年間3億6千万円の賃料を収受し、控訴人に対する月額約1,020万円、年間1億2,244万円の支払地代を控除すると、年間約2億3,756万円の純賃料を利得し続けることになる。これについては、被控訴人が契約更新を期待するとしても、控訴人としてはその期待に対する「義務」を継続する意志はない。昭和37年最判例が定立した「 $+\alpha$ 」としての「一度獲得した土地使用の権能」とは、この被控訴人の私的な資産形成活動としての「約2億3,756万円」を継続的に保護する必要があるとしたことになる。また、当然のこととして、一方の「 $-\alpha$ 」は旧法4条1項に基づく限りは本件賃貸借契約の消滅により所有権本来の権能回復により控訴人が収受すべき利益収受権に対する侵害且つ損害となる。このような事実認定においても、控訴人に比して被控訴人の継続利用の保護が必要だとするのであれば、それが「公共の福祉」に資するとするためには、裁判所自らがその「証明」を要するはずである。昭和37最判例は、この「 $\pm\alpha$ 」が如何なる理由により「公共の福祉」に資するのかの「理由」を示し得ていない、つまりその不備を内包した違法判決である。と同時に、原審判決は斯かる控訴人の立証にも拘わらず、被控訴人の既得権を保護する必要とに関しては、「賃

貸人及び賃借人双方の利害得失の比較考察」における重要な要件であるにも拘わらず、法的妥当性について何らの判示もない。

3. 原審を含めた関根事案以降の裁判所が怠った「宅地不足」の検証として

(1)昭和37年最判例が「± α 」を含めて定立した裁判規範は、「宅地の不足」に大きく依存したものであることは前述した通りである。

これに関連して、「平成22(受)676 保証金返還請求事件平成23年07月12日最高裁判所第三小法廷判決」で、田原陸夫裁判長は補足意見において「3 現代の我が国の住宅事情は、団塊の世代が借家の確保に難渋した時代と異なり、全住宅のうちの15パーセント近く（700万戸以上）が空き家であって、建物の賃貸人としては、かつての住宅不足の時代と異なり、入居者の確保に努力を必要とする状況にある。」とした見解を示されている。尚、この第三小法廷判決には、那須弘平判事、岡部喜代子判事、大谷剛彦判事、寺田逸郎判事も関与されている。

(2)田原判事は、関根事案「平成18年(オ)第1219号他 第三小法廷」の審理に構成員として関わっているが、同上告審は昭和37年最判例の裁判要旨に依拠して控訴人の請求を退けた。この判決を直訳する限り、同大法廷が定立した裁判規範については、その根拠とした「宅地不足」を含めて現下においても「依然として有効」であるとしたに等しい。問題は、田原判事が補足意見で示された住宅事情を踏まえると、例え両最高裁事案が約4年の乖離があるとしても、少なくとも「宅地不足」の状況下でないことについては異論の余地はないはずであり、これは過去4年を遡っても同様である。とすると、関根事案の判決に関する憲法適合性については、同第三小法廷自らが示した判示に一貫性を欠いていることから、その根拠が喪失したことになる。

(3)同第三小法廷は「平成 22 年(オ)第 1466 号他」(木田事案)に関しても、前述した「平成 22(受)676」に関わった寺田逸郎判事を除く田原裁判長を含めた 4 名が審理に関わっている。さらには、同第三小法廷が担当した直近の「平成 24 年(オ)第 2167 号他」(松島事案)においても岡部判事、大谷判事が審理に関わっている。前項で述べた一貫性を欠いた判示事項については、単に第三小法廷に限らず類似事案に関する司法審査の全てにいえることである。と同時に、再々繰り返すが「宅地不足」の有無は立法事実の顕出そのものであり、これは審級を問わずして裁判所に課された本来の職責であり、これを欠いた判決は違法となる。

第 4 研究者・専門家にみる正当事由の位置づけ

1, 「借地借家法の現代的展開 澤野順彦 1990. 9.28 住宅新報社・16 頁より」の論旨と問題点

(1)論旨「このたび法制審議会民法部会財産法小委員会は、借地法・借家法の改正問題について審議を開始することを決定した。大正一〇年に制定された借地法・借家法は、昭和一六年に更新拒絶、解約申入れに正当事由を必要とする改正がなされ、その後昭和四一年には借地非訟事件制度を取り入れるなどの改正がなされたが、借地・借家法を抜本的に見直すものではなかった」。

(2)問題点「同氏も、今日の正当事由に関する裁判規範が昭和 37 年最判例が定立したものであることや、同最判例が果たした役割を検証に至ることなく、つまりは昭和 16 年の法改正が同最判例が定立した正当事由の内容と同様であるとの理解しかしていない。専門家としては研究不足。」

2, 「新・借地借家法講座 第1巻」(むらたひろし・京都産業大学教授/4頁) 論旨と問題点

(1)論旨「この後、戦時住宅難に対処するため、1939(昭和14)年に地代家賃統制令が制定され、1941(昭和16)年には、借地法、借家法が修正され、「正当事由」制度が導入された。戦中戦後の極度の住宅難の中で、判例は「正当事由」制度に比較衡量の原則を適用し、実質的な法改正を進めた。1966(昭和41)年には、両法の手直しの改正が行われた。」

(2)問題点「判例が比較考量の原則を適用したことの違法性が検証されていない。と同時に、私法契約の権利・義務の変更に関して、裁判所が実質的な法改正、つまりは立法行為が許されるか否かについても検証することなく合点している。」

3, 「新・借地借家法講座 第1巻 借地編/「借地契約の更新と更新料」(澤野順彦/230頁)」の論旨と問題点

(1)論旨「地主は契約の更新を拒絶しても、再び何人かに借地権を設定するのが常であるから、更新を拒絶する理由はすこぶる薄弱である。この点を改めるために改正するのであるが、これは一見地主に不利益のようにも考えられるが、建物のある場合に限るのであるから、さほど大した変更ではない。どこまでも、債務不履行がないにかかわらず、単に期間が満了したために土地の明渡しを求められる場合を調整し、無用な争いを避けようとするものである。」

(2)問題点「地主は更新拒絶して、再び借地権を設定するのが常であるからとしたことについては、同氏が鑑定士でもあることを踏まえると、これは単

なる私見であり「工学」ではない。この論旨が妥当であれば昭和30年代以降も借地の供給が減衰することや、新法改正の必要もなかったのではないか。さらには、建物ある場合に限るのであるから大した変更ではないとした点についても、昭和41年の借地非訟制度は建物朽廃による借地権消滅の可能性をも事実上において防ぐ目的で制定されたものである。また、契約期間満了に伴う土地明け渡しの請求は、少なくとも旧借地法が土地所有権に及ぼした不利益を認識しているとする、これを「単に」などとの表現は軽率に過ぎる。」

4、「不動産の評価・権利調整と税務」（鶴野和夫・成文社500頁）」の論旨と問題点

(1)論旨「なお、この条項について、改正法施行当時の裁判所の解釈は、「自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合」であれば、ほぼ土地所有者の更新拒絶を認めていたが、第二次大戦中の空襲による建物の焼失と戦後の住宅難を背景として「自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合」であっても、その土地を使用する必要性が土地所有者と借地権者とでは、どちらが強いのかということと比較衡量して定められるようになり、現状を変更する判決を嫌う裁判官の心情と相まって、よほどの場合でなければ、土地所有者の正当事由が認められず、その結果、借地権は建物が朽廃しない限り存続するという事になっている。」

(2)問題点「戦後の住宅難、つまりは緊急事態下に定立された裁判規範が、社会状況が変化した場合における工学的な観点からの見直しの必要について一切言及されていないことに不可思議さ。加えて、現状を変更する判決を嫌う裁判官の心情に関しても、そもそも私法関係に立法趣旨とは異なる正当事由の導入に対する憲法適合性の検証の必要は視野にも置いていないことを

露呈した論旨に墮している。戦後の借家判例等に対する検証不足。」

5, 「震災と借地借家 都市災害における賃借人の地位」(小柳春一郎/144頁)の論旨と問題点」

(1) 論旨「終戦直後の土地法制状況 ア借地法借家法改正・地代家賃統制令昭和16(1941)年に行われた借地法及び借家法改正の特徴は、よく知られているように、正当事由制度の導入である。この正当事由制度の導入とその後の判例法理の展開により、借地権及び借家権については、地主又は家主の一方的事情による解約申入れ又は更新拒絶が不可能になった。」

(2) 問題点「私法契約における解約申入や更新拒絶が不可能になるとは、賃借人が私法契約期間中の義務を、契約期間満了後も強制されることに外ならないことにつき、憲法適合性等に関する一切の懐疑がない。」

6, 「借地・借家法の研究Ⅱ」(鈴木祿弥/160頁)の論旨と問題点

(1) 論旨「しかも、借地についての「正当ノ事由」は、抽象的には、借家の場合と同一に考えられるにしても、具体的に戦時の借地・借家立法は、その具備は容易には考えられない。すなわち、問題は、借地上に借地人が建物を所有している場合であり、かかる状態で、地主が借地権を消滅させ、建物を買取り、これを取毀して(そのこと自体、戦時経済においては、多くの場合、資源の浪費と見られる)、あらたに自分で土地を使用する必要がある場合というのは、あまり考えられないからである。」

(2) 問題点「著名な借地・借家法の権威である同氏においても、借地と借家の正当事由を同一に論じる点や、戦時下の事情が今日に至るまで「正当事

由」を拘束することに対する懐疑が一切伺えない。同様に戦時下と異なる今日においては償却資産たる建物の建て替え等については、GDP指数に対する経済活性化要因であることが視野に置かれてもいない。さらには、自分で土地を使用する必要がある場合についても、法律家としては私見に過ぎている。控訴人に限らず借地に土地を供した土地所有者の殆どが所有権の回復を切望していたが為に、新規供給が殆ど皆無に近かった理由でもある。その主たる原因が、昭和37年最判例が定立した不可解且つ違法な正当事由制度に発したものである。」

7. 法律学が機能していない旧借地法の世界

(1) 前各項で引用したように、その道の権威といえる専門家においてすら、旧法4条1項の解釈・適用に大きく影響を与えた昭和37年最判例については殆どか視野外においているか、それを法律学の観点から検証せずに同最判例と同様に比較考量の趣旨が旧法4条1項の立法趣旨であったかの如き認識で論旨を展開している。

(2)さらには、ある時代の社会状況下において定立された裁判規範が、恰も普遍的に効力を有するかの如く解されている。仮に、それが判例に止まらず立法であったとしても、その規範そのものに対する射程範囲の再測定の必要については誰一人として俎上に挙げてもない。これについては前掲した各氏に限らず殆どの専門家も同様である。さらには、旧法借地権に関する土地所有者と借地人との財産権の本質に関連して、司法も学説も的外れともいえるような迷走・混乱を来していることの母源ともいい得る学説として、渡辺洋三東京大学助教授が1960年（昭和35年）の「土地・建物の法律制度」（東京大学出版）で、要約すると次のような論旨を展開されている。同氏のこの学説に対して、学界の誰一人としてその矛盾を論破していないことにもある。

「資本主義社会における建物所有権は、その建物をつくるために資本を投下した者の利益を法律的に保障するものでなければならない。建物所有者はかならず私的資本の投下者であり——譲渡ある場合には、建物をつくりだすために投下された資本が等価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、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。」

同氏のこの学説が荒唐無稽と言っているのは、建物保護法や借地法の制定が第三者に対する対抗力の付与や、長期の法定期間を規定したそもそもが建物投下資本の回収を法的に担保する必要に発したものである。しかしながら、建物投下資本の回収に繋がる収益は、その建物の敷地そのものの収益力に大きく左右されことは言うまでもない。また、あらゆる建物はその土地が生み出す収益を回収するための設備であり、建物にどんなに贅を注いでも土地本来の収益力の裏付けのない限りは、市場における建物の交換価値は無いに等しい。さらには、土地所有権とはその収益力に見合った地価（交換価格）相当額の資本投下者であることを保証するものでもある。

つまり渡辺氏が言われるように、土地が「路傍の石と同じように無用・無価値」であるとする説を正論とするには、建物をどこに建てようとも投下資本の回収が可能となることの証明を要することになるが、同氏はこの逆説を検証されていないし、学会においても同様である。この土地と建物との財産的關係については、地代や、借地権、立退料等の論議に際して、土地所有権者がその土地に投じた資本の分担とも言う権利金等一時金との関係性について、工学的な観点からの考察が完全に欠落していることに旧法借地権に関する本質的な問題がある。

第5 まとめとして

控訴人としても、本件提訴の直前まで旧法4条1項の立法趣旨については会議録等を検証することなく、昭和37年最判例が説いたと同様の理解に止まっていた。また、前述した「 $\pm\alpha$ 」を含めた同最判例の判示事項についても、その内容を一読すれば今日現在においては、その憲法適合性を維持し得ないことは正に一目同然であるにも拘わらず、ここに至る累計60名以上の裁判官が控訴人の主張に一切正対しないのは、この正当事由制度に対する「思い込み」に起因したものであろうと解していた。しかしながら、前掲した専門家の著作物等を検証するにつけ、同様の内容の研究著作物等を「教科書」としてきた経緯を踏まえると、それは「刷り込み」に近いものがある。

また、i p s細胞に関して2012年に山中伸弥教授がノーベル賞を受賞された理由は「成熟した細胞を、多能性を持つ状態に初期化できることの発見、つまりは「初期化」とは細胞の過去をいったん消失し、さまざまな細胞に育つ受精卵のような状態に戻すこと」とされている。そして、その初期化が不十分な場合は、再生細胞がガン化する可能性があるといわれている。この論理に基づき昭和37年最判例を検証すると、まず冒頭から論じてきたように同最判例は司法審査の基本でもある昭和16年の会議録等の再確認による立法趣旨の再確認を怠った。しかも、あろう事か終戦直後の未曾有の住宅難下の借家判例に大きく依存して、借家と借地と峻別の必要すら検討することもなく、つまりは「初期化」の要諦を悉く踏み外したまに、立法者紛いに新たな裁判規範を定立した。それが故に、事後の類似訴訟における裁判官の認識においても、沿革にある専門家においても昭和37年最判例の憲法適合性が見直しが俎上に上ることなく半世紀もの間増幅され、つまりは「ガン化」が進行してきた。しかしながら、この初期化は法令・判例の射程範囲の再測量と同様の作業であり、それには法曹の階段を上る課程で「刷り込まれた知識」や、自ら継続的に形成してきた経験知についても、一旦は「初期化」の必要があることはいうまでもない。また、

それ以前の問題として同大法廷判例が未だに本件事案に対する既判力を有する
としたら、原審判決のような理解不可能な理由ではなく、少なくとも客観性の
認められる「法的見解」の開示をお願いしたいことにつきている。

以上