

軍事基地用地の「賃貸借」と民法規範：とくに最高裁「板付」判決を中心として

原島, 重義
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1507>

出版情報：法政研究. 32 (2/6上), pp.179-216, 1966-03-15. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

軍事基地用地の

「賃貸借」と民法規範

——とくに最高裁「板付」判決を中心として——

原 島 重 義

説 論

- 一 視点の設定（判例研究の方法論）
 - (一) 本稿の意図
 - (二) 通常の判例研究方法
 - (三) とくに「経験科学」的判例研究方法論の問題点
 - (四) 現実の憲法構造における民事裁判の位置
 - (五) 「合理的裁判・経験的裁判」の図式の限界性
 - (六) 行政処分的民事裁判の析出
- 二 最高裁「板付」判決の具体的検討
 - (一) 「板付」判決の経過と背景
 - (二) 最高裁判決の骨組み
 - (三) 占領の終了と土地使用関係の変化
 - (四) 民法規範の空洞化と変質
 - (五) 基地用地の「借地権」的構成

一 視点の設定（判例研究の方法論）

(一) 本稿の意図

わたくしは本稿で、最高裁の板付基地事件に関する判決（最高判昭和四〇・三・九民集一九卷二
号二三三頁、判例時報四〇二号二五頁）を主たる対象として、そこで定立された「民法規範」の性格を検討し、それを通じて現代法思想の一面に触れようとするものである。

(二) 通常の判例研究方法

本件最高裁板付判決は、判例研究上も重大な意味をもつものとして、これまでそれほど多くの法律学者によって取り上げられた、とはいえない。^(一) それには、それなりの理由があるように思われる。この事件を、通常の民事判例研究の観点から見るときは、まず第一に、そこで定立された民法規範の論理構成に、関心が注がれる。たとえば、「現在、学説は、権利濫用の標識として、主観的要件よりも、むしろ、客観的要件にウエイトをおくに至っているが、右判決は、かような学説の傾向を反映するものである。と同時に、民法一条の私権の社会性・公共性とはなにか、というアボリスにつながる判決であり、考えさせられるものがある」というのが、^(二) まず普通の取り上げ方であろう。この場合第二に、判決の中に具体化された規範を確認するためには、もちろん「事実関係」の検討がなされる。しかしその「事実」とは、判決書の表現、それじたいでは必ずしも自明のものとなっていない規範を、法律学者じしんが正確に論理的に命題化するために、なかんずく法律効果の前提となる法律要件事実（権利濫用における主観的要素と
か客観的要素と）を抽象し確定する限りで検討するのである。そのさい第三に、裁判所によって「事実関係」の中のどの事実が無視され、また取り上げられたかが検討され、その限りでは、その選択をなすに当って基準となつたもの、つまり裁判所による法的判断の価値基準が問

題にされない訳ではない。しかし通常の民法解釈学の立場からは、その問題のしかたは、たとえば権利濫用に関して、制定法の条文のかたちであれ、慣習法であれ、また裁判の先例のかたちであれ、すでにある規範命題を前提とした上で、検討の対象となっている当該裁判所の法的価値判断がすでにある前提命題の中に含まれる法的価値判断と同じタイプのものであるかどうか、つまり、問題の価値判断が裁判所を拘束すべき法として前提されている命題に当てはまるように命題化（＝「論理構成」）されているかどうか、という観点からのみ見られる。このことは、判例研究をする以上当然になさるべき作業である。しかしこのようにもっぱら裁判所の「論理構成」を検討するという地点にとどまるかぎり、裁判所の判断行為を広く社会的総過程の一契機としてみる、という観点にまではなかなか出られない。したがって、そこで争われた利益紛争の社会的な性格、すなわち本件でいうならば、基地移転促進ないし基地反対運動そのものに特別の考慮が払われるとは限らない。さらにまた、この紛争を処理する司法権の政治的な性格を客観的に分析把握して、判決の結論を評価することまでは、通常行なわれないことになろう。この意味で、本件判決なども、権利濫用に関する法規範の一適用事例ないし特殊事例という以上には、格別の注目を浴びないのも、それなりの理由がある。しかしこれでは、裁判によって定立された具体的裁判規範の実体を把握できるとは思われない。

(三) とくに「経験科学」的判例研究方法論の問題点

右のことは、判例の研究方法を明確に方法論的に自覚して、「経験科学」的に裁判を予見しようとする立場に即して考えてみると、一層明らかになるように思われる。予見法学における「予見」の社会的機能は、資本が「資本計算」のために自己の権利義務の予見可能性（Berechenbarkeit）を必要とすることに答える点にあるとされ、予見が可能となる理由は、資本制社会の経済的諸現象が類似した型態で生起し、しかもその一つについて裁判が呈示した具体的裁判規範が他の類似の事件についても原理的には「適用」されることを要請されている点にある。^(四)これは社会

説的には、法に対する市民社会的な態度(とくに資本制的生産の秩序)が原則としてそのまま国家法の平面で承認され尊重されることである。すなわち第一に、権利関係が裁判所の保護を確実にかつ一義的に受ける保障、第二に、政治権力と市民(とくに企業)との間に「権利関係」が成立し、市民相互間と同様に裁判所で法にしたがって裁判されるという保障が確立することである。これは法制度的には、司法権の優越と裁判先例の拘束性の原理とに現実化されていなければならない。^(五)そして、このような与件のもとに成り立つ予見法学の判例研究の作業は、何よりも先ず、具体的裁判規範の構造の究明を、裁判の「正当化」の手段としての「解釈」から切り離して、^(六)数多くの判例から、裁判の結論にとって意味のある事実(すなわち「定型的事実」)を抽象化し、これと裁判の個別的具体的な結論(すなわち「定型的結論」)との相関結合において、判例の内容、すなわち、将来を予見するための判断わく組みとしての仮説を構成することである。^(七)その場合に強調されることは、定型的事実の抽象にあたって、どのような裁判が好ましいかについての研究者の価値判断が介入してはならない、^(八)ということと、もう一つは、定型的結論の抽出は、「土地明渡請求は認容されない」・「金何円を支払え」というような具体的結論の抽出であって、権利濫用になるか信義誠実の原則に反するか、^(九)というような規範命題の「概念および論理の構成」という作業と区別されねばならないことである。こうして、一つ一つの規範(II 仮説)を既存の先例規範(ないし仮説)のシステムの中に位置ずけて、その論理的関係を明確にしてゆくことは、その新たな規範そのものの意味だけでなく、既存の規範のシステムにとっての意味も明確となり、将来の裁判の予見の可能性も広げられてゆく。このような作業こそが、法秩序の「解釈」上あるべき姿ではなく、法秩序全体の現実の姿を明らかにするものである、^(一〇)とされる。

以上が「経験科学」的な予見法学の主張の骨子である。このような主張が、従来の教義学的な法解釈学がもっていた性格、すなわち、形而上学的な前提からの演繹的推論の方法・法律の無欠缺性という信念・立法に対する疎遠さ

・他の社会諸科学からの孤立、などの状況を克服しようとする点で積極的な意義をもっていることは否定できない^(一)。ことに、わが国の概念法学的法解釈学が、とくに敗戦前のように行政権の司法権に対する相対的独立性が維持された案件の下では、なかなづく行政の「正当化」のための技術、すなわち官僚的法学であったのに対し、予見法学が裁判の予見において市民に行動の指針を与えようと目指す点では、これを市民的実用法学とよぶこともできよう^(二)。しかし、具体的な裁判規範を認識しようとするに当って、これを、すでに述べた「経験科学」的な作業と「解釈」の意味論的な考察とに分解し、主として前者のみによって法秩序の現実の姿が明らかとなりうるだろうか。右のような作業（経験科学の仮説の構成）は、少くとも現実の法の姿を認識するために欠くことのできない予備的な作業であるとしても、そこからのようにして裁判所に対し依拠すべき「法」を指示する契機が出て来るのであろうか。従来の概念法学的法解釈学が、個々の裁判に対して自らの価値判断とその正当化のための論理の構成をすぐに対応させるという構造をもっていたのであり、その意味では、価値判断と客観的な事実認識とを区別すべきことを強調する必要があるとしても、法律学者が具体的な個々の裁判について自己の見解を表明することは、たんに「言論の自由」の問題にすぎないものであろうか。法律学者の裁判批判が自己の主観的な価値判断でなく、客観的な事実認識に支えられねばならない場合、右のような経験科学的な仮説の構成のほかにさらに進んでどのような事実認識の方法があるのだろうか。さらにまた、右のような経験科学的な作業によって「判例の内容」を究明することこそが科学者のしごとであって、法の「解釈」は価値判断をいかにうまく「正当化」し説得するか^(三)の技術的な問題であるから、それを実務家にまかせてよい、と樂觀してもよいだろうか^(四)。

(四) 現実の憲法構造における民事裁判の位置

経験科学的な予見法学が市民的実用法学でありうるためには、すでに述べたように、司法権の優越と裁判の先例拘束

性の原理の確立を法制度的な基礎として、市民相互間であれ、国家と市民との間であれ、裁判所による一義的かつ客観的な権利の保障、いわば客観的ルールともいふべき裁判規範の成立が前提されている。しかし、すでにわが国にこのような社会的与件が実在し裁判規範が客観的ルールとして機能しているだろうか、かりにこのような社会的与件があるとしてもすでに新たな変化を遂げ裁判規範もまたそれによって新たな変質をうけているのではないか、ということがまさ問題なのである。^(一五)たしかに司法権の優越は、行政権に対する関係で、裁判所が一切の法律上の争訟を裁判する権限をもつことによつて^(憲法七六条、裁判所法三条)、また、立法権に対しても、違憲立法審査権をもつことによつて、^(憲法八一〇条一號)いちおう確立したといえる。しかし現実には、今日の司法裁判所が国家と市民との間のすべての紛争について、一義的な終局的決定を与えているとはいえないし、またそれらの紛争を、制定法や先例との関係で客観的に決定しているともいえない。ドイツ法の影響をうけたわが国の今日支配的な「行政法」理論によれば、公法関係は行政に固有なものとして「行政行為」によつて法の創造がなされることを承認するのであつて、行政権に固有な裁量権が強調される点では行政権は司法権と等置されるのである。このような行政権による法形成作用(裁量権行使)が、あたかも行政権一般の固有の性格であるかのように把握されることによつて、そこにすでに、行政行為が人民代表意思の問題と切り離される契機が存在している。つまり、国家と市民との間を律する公法上の権利義務関係はすべて国会制定法にもとづいて成立するのであり、行政行為はたんにこれを具体化する事実行為的法規執行行為である、とする見解は今日も支配的であるとはいえないのである。^(一六)これに加えて、国家が経済秩序そのものに積極的に介入する段階では、行政権に対する裁量権の賦与は不可避となる。^(一七)いわゆる「福祉国家」の原理によつて、市民的法治国家の原理であつた市民の自由と財産の保障、したがつてまたこれを支える法律による行政の原理、および司法的保障の原理が修正を受けることとなるのは当然である、と主張されるに至る。^(一八)このようにして、わが国には現実、「法律に基づかな

い行政」がかなりの範囲で存在している。^(二九)

法律に基づかない行政に関連する紛争を、市民が司法裁判所へ訴えることができても、裁判所の審査権は直接にはこれに及ばないのであって、判決があっても、行政権の裁量に属する部分については実質的には空白の判決といってもよい。この意味では、判決は当該紛争に関する一義的な、*eindeutig*な終局的決定であるとはいえないし、国会制定法そのものを基準にして行政行為の合法性を判断することはできないのであるから、その判決は、制定法や先例との関係で客観的に決定される、ともいえない。判例の集積によって明らかになるのは、いかなる行政行為が行政機関の裁量に委ねられて直接的な裁判所の審査の及ばないものであるか、ということと、^(三〇)いかなる場合に行政機関がその裁量の限界をこえたといえるか^(行政事件訴訟法三〇条)、の二つの事項になるだろう。

さらにまた、国家と市民との間の公法上の権利義務関係がすべて国会制定法にもとづいて成立し行政行為はたんにこれを具体化する事実行為的法規執行行為である、とする市民国家の公法概念が貫かれるとすれば、市民と国家との間の紛争は通常の民事訴訟によって解決さるべきである、との見解も成り立つ。^(三一)しかしわが国においては、一切の法律上の争訟が司法裁判所の管轄に統一されたとしても、たとえ「法律にもとづく行政」に関するものであってもその行政行為の効力を争うためには、民事訴訟法によってではなく行政事件訴訟法による特別の手續に従わねばならない。行政行為の違法が重大且つ明白なものである場合の外は法律上当然無効とはならないのであって^(最高判昭和三一・七・一八大法廷、民集一〇卷七号八九〇頁)、通常の民事訴訟上の本案請求^(たとえば納付した租税の返還を求め、不当利得返還請求や、租税滞り)の先決問題として行政行為の効力を争うことは許されず、先ず行政処分^(たえば納付した租税の返還を求め、不当利得返還請求や、租税滞り)の取消を求める行政争訟手續によらねばならない。いわゆる行政行為の「公定力」の理論や、行政事件訴訟をたんに民事訴訟の一種と考える従来の行政事件訴訟特例法を廃止し、民事訴訟と異なる行政事件訴訟の統一的な一般法という性格を強めた行政事件訴訟法の規定、すなわち、

説 部分的ではあるが訴願の前置(同法八条)・出訴期間制限(同法四一条)・職権証拠調べ(同法二二一条)・仮処分の排除(同法四四一条)と独自の執行停止方法(同法二二一条)・執行停止に対する行政権の異議権(同法二二一条)などにより、行政権の判断の尊重と裁判所の直接的介入の排除が講じられている。(三三)このかぎりでは、今も「行政事件」は存在する。これまでも、行政処分取消による公法上の不当利得に関して、また、公営住宅の家賃徴収に関してなど、行政上の法律関係一般を私法的観念の下に把握し、一般法としての私法に対する特別法と見ようとする見解がある。(三四)これは市民的國家の法を一元的に把握しようとする姿勢をもつが、この見解がまだ支配的なものとなりえないのは、(三五)大きな理由として「行政事件」の現存という実定法上の制約があるからではないだろうか。

(五) 「合理的裁判・經驗的裁判」の図式の限界性

以上見てきたように、わが国に特殊な「行政法」理論の存在と、新たないわゆる「福祉行政」の展開によって、二重の意味で「法律に基づかない行政」が現存すること。さらにこれに加えて、法律に基づく行政(侵害行政ないし干渉行政といわれる分野)をも含め一般的に、それに対する司法裁判所の直接的介入を抑制する独自の行政訴訟手続があること。これらの理由からも、現在のわが国に、市民相互間であれ、國家と市民の間であれ、すべての法律関係が司法裁判所によって市民法的な権利義務関係として一義的にかつ客觀的に保障される社会的与件がそなわっている、とはいえないであろう。いわばこのような現実の憲法的構造の下では、当然に、たんに公法の分野のみならず私法の分野でも、司法裁判所の裁判は複雑な性格をもつことになる、と考えられる。

なるほど一応、裁判の方法、裁判のかたちの上からは、M・ウェーバーにしたがって、これを、制定法中の上位の形式的な概念から演繹された合理的な「判決理由」による「合理的裁判」の型に対して、類推によって、つまり具體的な「判例」に依拠しこれを解釈することによる「經驗的裁判」の型とを対置することができよう。(三五)そして一応一般

的には、前者の「判決理由」が純粹な概念を基礎とし客観的な論理の操作を行なっているように見えながら、じつはそれが判決の結論をシャステイファイするための手段でしかない場合を生じやすく、後者が、具体的な「重要事実」(material facts)と法律的な構成を含め「結論」(conclusion)だけに拘束されることによって、誰がやっても同じような客観的な判断を保障しうる傾向をもつ、といえよう。その意味で、前者は権威主義的な、または現実遊離の可能性(＝官僚的・概念法学的傾向)をもち、後者は確実で予測可能な市民的・実用法学的傾向をもつ、といってもよい。前者は市民社会が完全に国家を規定することができず、したがって市民層から遊離し独立した官僚による裁判であり、後者は市民層の一員である名望家層(Honoratiorenstand)による裁判である、と理解してもよい。ところでわが国の民事裁判は、制定法の解釈・適用を裁判の方法としながらも、さかんに判決理由中に先例を引用し先例との関係を示しながら裁判するようになりつつある。この故に、わが国の民事裁判が次第に「合理的裁判」から「経験的裁判」へ推移し、官僚的・概念法学的傾向を清算して市民的・実用法学的傾向を強めつつある、といつてよいだろうか。このような図式だけでは今日の裁判を測ることができないところに、重要な問題がある、と思う。

すでに司法の行政に対する関係について述べたように、法律によらざる行政の存在、民事訴訟に対して独自の行政訴訟の存続などは、たんに市民的國家としての完成度だけでなく、加うるに、むしろそのような完成をはばむいゆる「福祉行政」の新たな展開という複合的、な要因をもったものである。同様に民事裁判にも、「合理的裁判」から「経験的裁判」へ、官僚的・概念法学的傾向から市民的・実用法学的傾向への推移が一方にあると同時に、他方では、この型通りの展開をかえって阻み、現象的には、「合理的裁判」や官僚的・概念法学的傾向を復活させるように見える新たな要因がある、と思われ^(三六)る。言い換えるならば、それは、たとえイデオロク・ティーピッシュな「経験的裁判」であっても、市民的・実用法学的傾向の裁判であっても、直面せざるをえず、それに規定される新たな要因である。このような要因に

説よって規定される裁判を、とりあえず、行政処分的な裁判、もしくは便宜主義的・目的技術的な裁判とよんでおこ論う。もともと「経験的裁判」の基本的な特徴は「先例拘束の法理」(doctrine of stare decisis)にあるが、他方、

裁判官による法の創造 (Judge's lawmaking) を同時に認める。もし拘束さるべき先例 (ratio decidendi) を、文字通りに、先例判決裁判官が重要だとして選択したままのままの具体的な個々の事実 (particular facts) と、判決の結論だとするならば、のちの裁判による法の創造は不可能になってしまうだろう。法の創造が可能であるためには、先例の要素である「重要事実」(material facts) を、のちの裁判官がある程度「一般化」(generalisation) することが不可避となる。このようにして「先例拘束の法理」によって成り立つ「経験的裁判」も、法の絶えざる変化、したがって個々の裁判官が行なう主体的決断の問題を避けて通ることはできない^(三七)。「一般化」の程度いかんによっては、先例の拘束する範囲は狭くなり、どれだけでも法創造の余地が広がる。ここに、たとえ「経験的裁判」の型であっても、わたくしのいう便宜主義的・目的技術的な裁判になってしまうことに対して絶対的な抵抗力・免疫性をもっているといえない根拠がある。

(六) 行政処分的民事裁判の析出

民事裁判が、市民相互間であれ、国家と市民間であれ、その権利義務関係を一義的かつ客観的に保障するということは、裁判所を拘束する裁判規範ないし裁判所が新たに定立する裁判規範が次の性格をもっていることである。裁判が流動する社会に対応するためには、もちろん、従来予定されていた事実関係と異なる新しい事実関係に対応して、新しい裁判規範を「創造」しなければならない^(いわゆる法的安定性に対する具体的妥当性の問題)。しかし、それでも民事裁判が同質性を失わず論理一貫性を保ちうるのは、裁判所があくまでも市民的取引の中に客観的に存在するルールを発見すること、換言すれば、裁判所は市民的取引を外側から消極的・受動的に担保するにすぎない点では変るところがないからであ

る（したがって、法の流動性を承認し、具体的妥当性を重んずる。民事裁判が、ただちに「行政処分」型の裁判とはならない。裁判所は、所有の秩序に介入しない。大きな経済的・社会的影響力をもつ資本家的な生産手段の所有も、そうではない小生産者の生産手段所有も、「所有権」である以上一切同じ取扱いをする。裁判所自身、判断により所有の種類を区分けし、ある所有には侵害による救済を与え、別の所有には与えない、というような所有秩序への介入をしない。商品交換過程についても同様である。裁判所の外に客観的に存在する当事者間の合意（≡「契約」）を究極の基準として紛争を処理するのであって、裁判所自身、判断によって締約を強制したり、契約内容の改訂を命じたりすることはない。ここに、一定の紛争に対して一定の法的解決を予測しうる根拠があるし、裁判規範の総体が、制定法の解釈によって定立されるにせよ、また先例からの類推によって定立されるにもせよ、このような目的に役立つように技術的に配分され整序された概念装置（もしくは法的構成物とよんでもよい）となりうる根拠がある（市民法の「形式的合理性」、この点につき、註（一五）参照）。

ところが国家は、所有と商品交提過程の秩序に対し直接的・積極的に介入するようになる（介入の社会・経済的な意味は、個別機能資本による地主的土地所有の制限（借地法）であったり、社会総資本の立場からする個別資本をも含む土地所有の制限（土地収用法）など、区別されるべきである。しかしここでは、それら介入がわが國の民事裁判で現実にはどのようなかたちで現われるかという現象形式から見よ）。ある所有のために他の所有をぎせいにすることを認めたり（たとえば土地収用法）、ある所有に対して締約を強制したり（たとえば、借地法四条一項の更新拒り（絶対限や借家法一条ノ二の解約制限）、内容の改訂を命ずる（たとえば、借地法二条一項の存）。公法関係に属する紛争では、その裁判は「行政訴訟」となって、すでに述べたように裁判所は行政機関の「裁量」の内容そのものの審理を抑制するよう求められる。のみならず、私法関係に属する紛争であっても、多かれ少かれ裁判所じしんの「裁量」が予定されることになるのであって（たとえば、借地法四条一項や借家法一条一）、裁判は市民法的な客観的ルールが発見ではなく、裁判所が、当事者間の法律関係を新らしく設定するところの、いわば一種の行政処分的な裁判が生れる。しか

し今挙げた事例は、法律によって裁判所が介入する目的(たとえば借地権の保護、借家権の保護)を明らかにし、かつ介入する対象としての法律関係(たとえば借地関係)を限定した上で、国会制定法による裁判所への授權があった場合である。にもかかわらず裁判所は、法律によるこのような授權がないのに、したがってまた国民、主権の憲法原理による規制(国会制定法)なしに、なおかつ行政処分的な裁判を行なっていると思われる場合がある(本件最高裁「板付」判。決もその典型的な事例)。このような裁判は、かたちの上では制定法の解釈・類推適用の方法をとったり、既存の裁判規範(先例)の引用をしたりするけれども、実際の裁判の基準は、私法実体法規範ないしそれを具体化した裁判規範がないのであるから、もっぱら、個別的な事件ごとに、そこで衝突している当事者双方の利益を比較して、そのいずれを優先させるべきかを論ずるなまのまの「具体的利益衡量」論以外にはないのである。実質的に、当事者の利益を、既存の裁判規範に内在する統一的・体系的な価値基準の中に位置づけるのではないから、その判決理由は、裁判所じしんがカズイッシュに考えた「やむをえない事情」とか、「必要性が大である」とかの、きわめて弁明論的(apologetisch)なものとならざるをえない。その「利益衡量」は、あたかも官僚的・概念法学的傾向を脱却したかのごとく見えながら、じつはそうではなく、なまの「利益衡量」が必ず、「公共の福祉」や「私権の公共性・社会性」などの内容不明確な言葉で補強され、これを伴うものであって、その実体は、便宜主義的目的技術による裁判と呼ぶにふさわしいものとなっている。(二九)

最高裁「板付」判決の現実の姿は、右のようなものであることを、これから論証しよう。

(一) 本件第二審判決について、中尾英俊「駐留軍基地の明渡請求と権利の濫用」(佐賀大学法経論集八巻一号)、最高裁判決について、田中永司「土地明渡請求と権利濫用」(ジュリスト三二二号)、畑穂「板付事件最高裁判決をめぐって」(法律時報三七巻七号)、などがあるに過ぎない。ただし、北富士演習場問題に関して、渡辺洋三「新安保条約と土地賃貸借契約」(法律時報三二巻一一号五三頁以下)がある。しかし、これは、本件と事実関係が異なるし、判例研究として取り上げられたもの

ではない。

- (二) 玉田弘毅「判例回顧——民法」（法律時報三七卷一三号）五九頁。
- (三) 川島武宜「判例研究の方法」（『科学としての法律学』所収）一七六頁。(四) 同上・一七八頁。(五) 川島「市民の実用法学の方法と課題」（『科学としての法律学』所収）一四〇頁以下。(六) 川島、前掲「判例研究の方法」一九三頁以下。(七) 同上・二一九頁以下。(八) 同上・二三五頁。(九) 同上・二二七頁以下。(一〇) 同上・二三六頁以下、二三九頁。
- (一一) 川島「市民の実用法学の方法と課題」一一二頁以下。(一二) 同上・一七五頁以下、一八〇頁以下。(一三) 川島「判例研究の方法」二三六頁。なお、甲斐道太郎「民事判例研究の意義と方法」（甲南法学三卷一・二合併号）一一二頁も、「ただ専ら『経験科学』的な予見法学の主張は、法律学の重要な使命である『裁判』への批判を見失う危険があることをおそれる」と指摘している。(一四) 川島同上・一八一頁以下。
- (一五) わたくしは、制定法と判例法を含めて、古典的民法の民法規範に内在する疎外の契機と、にもかかわらずそれが客観的ルールたりうる根拠を、「形式的合理性」として指摘し、形式的合理性の崩壊、すなわち疎外態の一その拡大と客観的ルールたる実質の喪失の過程を追求する試みをしたことがある。原島重義「民法規範の抽象的性格について」（法政研究二九卷一—三合併号）さいきん、芦部信喜「現代における立法」（『現代法』3）二六頁以下は、法律の一般性（generality, Allgemeinheit）の市民法的意義についてのF・ノイマンの所説を紹介している。（F, Neumann, *The Democratic and the Authoritarian State*, 1957, p. 165—これは、ノイマンの死後マルクーゼが編集したものである）(1) 法律の一般性の道徳的機能として、人と状況を抽象的に処理することにより、人および状況を平等なものとし、ある特定人を差別しないこと、また司法権も法律の一般性が認められてはじめて独立しうる。(2) 一般的法律の経済的機能として、形式的合理性の最高の形式としての一般的法律の上に、はじめて予見可能性が成立する。(3) 一般的法律の政治的機能として、法が支配し人が支配しないというスローガンは、人が他の人を支配するという事実を隠蔽する。ノイマンによる以上三つの指摘は、わたくしのそれと一致している部分である。これに対し芦部教授は、この三つの機能は今日でも本質的に変わりがなく、「とくに(1)の機能は、経済的・政治的環境を超越し、市民法体系に固有の法的価値として、その現代的意義を十分に認めることができる」（傍点原島）と評価する（二八頁）。そして、現代における法律の一般性の変容にふれ、立法とく

に行政権により個別的・具体的事件を処理することから生ずるいわゆる処分的法律 (Massnahmengesetz) の問題を指摘する。教授の所説は、とくに前述法律の一般性に対する評価につき明確でないように思われる。わたくしは、(1)と(2)の機能は現代において低下し、(3)の機能はさらに露骨にデマゴギー化してゆく側面をもっていることを、指摘したし、本稿でも論証しようとして試みている。

(二六) 高柳信一「市民國家の行政法の問題(一)」(思想四九三号)とくに一九頁以下参照。なお、英米には公法はあってもこのような意味での特殊な「行政法」はない、ことが指摘される。同上、一〇頁。(一七)同上・一八頁。

(二八) 田中二郎「行政法総論」(法律学全集)一九二頁。

(二九) 塩野 宏「法律による行政の原理——法律の留保を主とする——」(ジュリスト三〇〇号)七三頁参照。田中・前掲書二五頁以下、とくに三〇頁は、「法律による行政」の問題を、法理論的意義と制度的意義とに区別すべきであるとし、後者において、さらに、具体的な行政作用の根拠を与え、かつこれを規制する行政規範を必要とするかどうかの問題として提起すべきだ、という。そして「……現行制度の下で、行政が完全な法律の支配下であり、明示の法律の根拠なしには、何らの行政も行なわれ得ないという建前がとられているということはできず、一切の行政が法律の具体化又は執行としての性質をもつということもできない」とした。

(二〇) 最近の判例としてたとえば、最高判昭和三二・五・一〇民集一一卷五号六九九頁(学生の懲戒処分に関する)、最高判昭和三五・七・一民集一二卷一一号一六一二頁(温泉掘さくの許可基準に関する)、最高判昭和三五・九・一〇民集一二卷一三三一九六九頁(旅券発給に関する)など。裁判所は、行政の自律性、専門技術性、政策的考量などを理由に自己の審査を控えて行政機関の裁量にゆだねている。

(二一) 高柳・前掲論文一八頁以下参照。

(二二) 田中・前掲書三三四頁以下は、この故に、少くとも無効の行政行為については、旧特例法の全面的適用から除外することこそ、訴訟事項について概括主義を認め広く救済の手段を与えようとした現行憲法及び裁判所法の根本精神に合致する、と主張する。また、雄川一郎「行政訴訟の動向」(岩波講座「現代法」5所収)一三〇頁以下は、行政事件を含め一切の「法律上の争訟」が司法裁判所の管轄するところとなったからといって、ヨーロッパ大陸型の「行政國家」から英米的な「司法國家」ないし「法の支配」の体制へ、真の意味で完全に転換したことになる、と指摘する。そして明治以来の行

政、法、理、論が定着していることが行政訴訟制度の前提を形成していること、行政訴訟制度の前提は第一に、行政権の作用につき、私法と異なった法原理、すなわち公法の觀念が妥当すること、そしてまた新しい公法的規律が多く出現しつつあること第二に、行政行為に公定力など特殊な効力を認め、行政上の法律關係は行政権によって第一次的に形成されること、の二つである、と指摘する。

(二三) 今村成和「行政法上の不当利得」(民商法雑誌三六卷二号)二四頁、渡辺洋三「公法と私法——契約を中心として」(民商法雑誌三八卷三号)とくに四四頁以下、など。

(二四) 荒 秀「公法と私法との關係」(シュリスト三〇〇号七六頁以下)参照。

(二五) Max Weber, *Bürokratie (Wirtschaft und Gesellschaft, 1921—1922, Dritter Teil)* (阿閉吉男・脇圭平訳「官僚制」三八頁以下)

(二六) たとえば、矢崎光圀「法実証主義」(岩波「現代法」13所収)とくに九九頁以下は、戦後(占領中)の裁判にも戦前と同じ權威主義的・法律万能主義があることを、具体的に指摘している。もっとも、そこでは従来の概念法学的法実証主義とわたくしの指摘しようとする新しい法思想との区別がなされているわけではない。

(二七) 望月礼二郎「イギリスにおける判例理論の傾向・一」(法律時報三八卷一号四七頁以下)は、A. L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case, in Essays in Jurisprudence and the Common Law, 1931* の判例理論を中心に、これに対する J. Stone, *The Ratio of the Ratio Decidendi*; 22 M. L. R. 597—620 (1959) などの批判を紹介し、本文のような問題点の所在を指摘する。なお、同様に、予見法学の定型的事実と定型の結論の結合による「先例」確定の理論も、定型的事実をどのくらい抽象化し、「一般化」して抽出するかの問題を生ずる、と考える。

(二八) ここでわたくしのいう「行政処分的裁判」は、第一に、「国家が端的に私人間の生活關係に介入するために命令処分する」(兼子一「民事訴訟法体系」四〇頁以下)点では、非訟事件に似ている面がある。ここに、さいきん、借家法改正に関連して、借地借家關係事件の非訟事件化が言われたりする一半の理由があると思われる。しかし非訟事件の処理手続では、「行政処分的裁判」とは異なって対審構造・審理の公開・判決による裁判というような訴訟形式は要求されないし、その裁判は既存の法律關係や法律要件について既判力をもたない、と解される点で、行政処分的ではあっても民事訴訟による裁判ではない。また第二に、わたくしのいう「行政処分的裁判」は、当事者間の利益を具体的に調整するために「生活現象たる紛争自体を、

直接（民事訴訟のように当事者間の法的構成物を対象とし、実体法を判断基準として、その法的構成物の存否を判断する、というような間接的な方法ではない）かつ全体的に（民事訴訟のように法的構成物 \wedge 権利あるい法律関係 \vee の存否の判断に関係なき事実関係がすべて捨象されてしまう、というような部分的な取り上げ方ではない）対象とし、条理を判断基準に解決する」点で（佐々木吉男・喜多川篤典「調停制度仲裁制度の現状」「現代法」5二二四頁以下）、調停に類似した側面がないでもない。その意味で一種の「強制調停」とよんでもよさそうにみえる。しかし調停が「条理」を基準としながらその解決が公正であるためには、ひとえに当事者の合意が必須のものとなるのであって（佐々木・喜多川・前掲論文二二六頁）、強制調停というのはナンセンスである。さらに第三に、「行政処分的裁判」は行政機関による行政処分そのものによって代替されることもありうる、という意味でも「行政処分的」である。たとえば農地賃貸借にあっては、契約の解除・解約申入・合意解約・更新拒絶の通知につき都道府県知事の許可を要求する（農地法二〇条一項）。行政機関たる知事は、当事者の契約関係に介入して、小作人の信義違反行為の存在・農地を農地以外のものにすることを相当とする場合・賃借人の生計と賃借人の経営能力等を考慮して賃借人の自作を相当とする場合・その他正当の事由あるとき、に限って許可の処分をする。このような知事の判断行為と「行政処分的裁判」のそれとは、共通するものがある。さらに第四に、たとえば幾代通「『権利濫用』について」（名大法政論集一卷二号）一六一頁は、「……『権利濫用』禁止を成文化することは、法の解釈（とくに裁判）に対して場合によっては広範な立法権を委譲することを、立法者自身が確認することを意味する」という。しかし裁判所による「立法」が白紙委任された訳ではなく、問題は教授も強調するように、この「立法」、わたくしのいう「裁量」の性格をどのように分析し、規定するかである。

(二九) わたくしは、ここで次のような事実を想起せずにはおれない。「国民社会主義（ナチズム）のイデオロギーには内的な美しさがまったく欠如している。その現在活躍している作家たちの文章は全くひどいもので、その構成は混乱し論旨の一貫性が全くない。どの発言も目前の情勢から出たものであり、情勢が変化すれば直ちにそれは放棄される。国民社会主義教説と現実との間のこの直接的かつ便宜主義的なつながりは、このイデオロギーの本質に関する細目研究の一つをなす。」（傍点原島）F. Neumann, Behemoth—The Structure and Practice of National Socialism, 1942（岡田・小野・加藤共訳「ビヒモス」四〇頁）

二 最高裁「板付」判決の具体的検討

(一) 「板付」判決の経過と背景

最高裁は、昭和四〇年三月九日、いわゆる板付事件について判決を下し、原告三名（以下、A、B、Cと略記する）が、講和発効によって賃貸借が終了したことを理由に国に対して板付基地内にある所有土地の明渡を求めた請求を、斥けた（最高判昭和四〇・三・九民集一九卷二二号二三三頁、判例時報四〇二号二五頁）。この訴は、昭和二七年に講和が成立してから二年後の、昭和二九年七月に提起されたものであって、それから一〇年八カ月を経て、ようやく確定をみたものである。

この訴が提起される昭和二九年前後の状態は次の通りであった。昭和二七年は、講和成立にもかかわらず依然として各地に存続する軍事基地に対し、全国の反対運動がはうはいとして起って来る時期であって、翌二八年には、全国の反対勢力が石川県内灘に結集することになる。福岡市でも、昭和二五年朝鮮戦争の際板付基地が第一線基地の役割をもったことによって、戦乱の脅威に直接さらされた市民の間に、板付基地に対する反対の声が党派や階層を問わず広がり、福岡市議会が「板付飛行場の軍事基地撤退並びに国際空港指定についての決議」（昭和二七年一月二三日）を採択したのを始めとして、各種の反対運動が起こりそれが今日まで続けられることになる。そして昭和三〇年六月には、市会議長を会長とする「板付基地移転促進協議会」（副会長に商工会議所会頭・全校区代表、常任委員に九州大学総長・PTA連合会の役員・教育長などを含む）が結成されて、運動の母体となった。^(二)

第一審判決（福岡地判昭和三一・二・一三）で原告側が勝訴したのは、その翌年のことであり、ちょうど砂川斗争（昭和三年から三二年）のまっ最中のことであった。第一審判決によれば、第一に、占領軍による土地接収に伴なう国と原告らとの土地に関する「契約」の性質につき、その必要とする期間（占領軍であれ、占領終了後の駐留軍であれ、その使用に供するため必要な期間）に賃貸する旨

の合意が成立したことを「基本たる賃貸借」を否定し、むしろ、国の一方的決定で使用権限をもった点を強調した（しかし、賃貸借であるとする）。ただし、その後「一年ごとの契約書」がとりかわされたことにより、当事者の真意を解釈して、賃貸借の存続期間は一年間だけでなく、占領軍による占領が継続する間は賃貸借を継続する旨の合意を認定した（したがって、その日である昭和二十七年七月二七日）。しかし第二に、契約当初において、占領終結後も外国軍隊が駐留すること、まして本件土地が引続きその駐留軍によって使用されることは予測できなかったものであり、占領軍ないし駐留軍の使用のための「基本たる賃貸借契約」の存在が否定される以上、賃貸借契約も占領状態終了とともに満了する。以後改めて新たな使用関係を設定する必要がある。第三に、原告らの中、Aは昭和二十七年七月二十八日附契約書があるが、その期間は昭和二十八年三月三十一日までで満了、Bは右と同じ契約書があるが無権代理によるもの、Cには何らの契約書もない。したがってA、B、Cとも勝訴。

しかし第二審（福岡高判昭和三五・三・五下）は、第一審判決から四年後、最高裁大法廷の砂川判決（昭和三四・一・二・一六）から四カ月後、逆に被告である国側を勝たせた。この時はまた、安保斗争のさなかであって、第二審判決の二カ月後には、国会で強行単独採決による新安保条約の承認が行なわれたのであった（昭和三五年五月一九日）。第二審判決は、第一審判決の前述第一点について同じ判断を、第二点についても一応同様の見解をとる（ただし、のちに述べる）。しかし第三点については、Aは占領終了後、文言上一年期限の契約書で契約を締結している以上、賃貸借期間は、駐留軍の使用が継続する期間と解するのが相当（一年という期間の記載が予算の関係からする形式的なもの、）として原判決を改ため、B、Cについては、原審同様国は使用権を取得していないとした。しかし、前述第二点に関連して、空軍基地の有機的一体性、基地に四〇〇億円以上の費用が投ぜられたこと、本件土地がガソリン地下貯蔵庫に使用されていること、を挙げて、「右土地を明渡すためには、更に多額の費用を要し、且つ基地としての使用には甚大な不便と困難を来すこと

必定であり、控訴人〔被告〕が明渡義務を履行するについて蒙る損害と被控訴人等〔原告〕が明渡によって得る利得とを比較検討するとき、被控訴人等兩名の本訴請求は権利の濫用として到底認容することを得ないものといわねばならない〔傍点（原島）〕とした。また、安保条約・行政協定・賃貸借契約の違憲審査について、ほぼ砂川判決と同じ理由〔安保条約の高度の政治性、政府・国会・国民に対（する）司法裁判所の自己抑制、司法の政治的中立性〕から、審査を「回避」した〔実質的には（合憲判断）〕。

最高裁は第二審判決を支持した。最高裁が重要だ（material）と考えた事実（facts）は次の五つとみてよい。

- (1) 土地は安保条約にもとづく義務履行として国が駐留軍に提供している土地である。(2) 土地所有者が占領終了後もなお土地明渡を求めないことになっても当初（占領後接收当時なのか、占領終了直前の「一年」）の予期に著しく反していない。(3) 本件土地の駐留軍による使用の必要性は大である。(4) 土地明渡によって国の蒙る損害は、土地明渡によって土地所有者のうける利益より大である。(5) にもかかわらず、土地所有者は現状回復を求めている（不法行為やもとづく請求）。
- そして判決の結論は、土地明渡を認めない、ということであり、その理由づけ（論理構成）は、借地法四条一項（更新拒絶）の類推解釈・「権利濫用」・「私権の本質である社会性・公共性の無視」である。
- 本件判決は、国と市民との争いを民法規範を基準に処理したようなかたちをとっている。しかしそこでの「民法規範」はどんな実体をもってしているか。そして裁判に現われた法思想の性格はどのようなものであろうか。本稿一で確認した視点から、さらに分析してみよう。

(二) 最高裁判決の骨組み

前述「重要事実」中の(1)は、論理上当然に安保条約合憲を前提にしている。上告理由は、砂川判決が日本政府に指揮監督権なき軍隊は憲法九条の禁ずる「戦力」にあらず、と判示したのを承けて、周到な違憲論を展開したのであった。すなわち、第一点、憲法前文と九条の関係は、敗戦前日本政府が国民の政治的コントロールの圏外にあったため

説に、国民の意思に反して戦争が開始された事実にかんがみ、国民主権を宣言し、あわせて憲法九条を設けたものであ
論る。しかるに旧安保条約一条によれば、日本国内で内乱・騒じょうが発生した場合を除き、日本国の明示の要請がな
くても、在日米軍は行動を開始して、戦争状態に入ることができ(二)る。このように日本政府さえ「管理支配」できない
軍隊は、日本国民が全くコントロールすることのできない軍隊である。他国と戦争状態に入るといっても、重大な国
家意思の決定が、わが国民の意思とは無関係に、米国に白紙委任されたことは、憲法の国民主権主義に反する。国民の
コントロールが可能である筈の「日本政府の管理支配する戦力」(砂川判決)さえ憲法がその保持を禁止している以上、日本
政府の管理支配できない外国軍隊を日本国土に駐留せしめることを禁ずるのは、もちろんのことである。第二点、安
保条約はわが国に軍隊の創設と漸増義務を課している(旧安保前文(これは改訂安保三条)に相当)日米相互防衛援助協定前文)。第三点、わが国が米軍に提
供している人的・物的・法的諸手段は、米軍戦力の不可分の構成要素であって、このような米軍は、その指揮命令権
の有無にかかわらず、憲法上は日本の「戦力」である。

これに対し最高裁は「砂川判決と異なる見解であるから採用に値しない」とした。みずからあらためて憲法を解釈す
るのでなく、先例を引用するに止めた(だからといって、官僚的・概念法学的方法でなく市民的・実用)。砂川判決からす
で五年を経過し、とくにヴェトナム問題の推移を通じて、旧安保条約一条・改訂安保条約六条のいう「極東における
国際の平和及び安全の維持に寄与するため」という命題が、じつはヴェトナムの民族解放斗争に対するアメリカの帝国
主義的な抑圧に間接的に加担する役割を果しているのではないか、かりにそれをここではしばらく措くとしても、い
わゆる安保体制は「日本国の安全に寄与」(旧安保一条、改訂安保六条)せず、かえって脅威をもたらすのではないかが経験的事実によ
って明らかとなつて来た筈であるのに、それは最高裁にとつて先例再検討の理由とはなっていない(三)(四)。このような最高
裁の判断を規定するものは何であろうか(五)。第一に、砂川判決ならびに本件判決の半面をなす違憲審査の回避は、それ

が日本国憲法にほんらい合致するか否かは別にして、現実に行政的な事件に対し裁判所の介入を抑制するいわば事実上の憲法的な構造が前提となり制約となっておりとみてよいだろう（前述一）⁽⁴⁾。違憲審査の対象となる「立法」は実際には国会の多数党すなわち行政権（内閣）の意思を現わすものであるからである。第二に、他の半面である安保合憲の判断の根底には、「条約があるから」・「条約がある以上は」理由が何であろうと守る、という法思想があるとうかがわれる。しかもそれは、「法律は法律だ」（Law is Law, Gesetz ist Gesetz）という法実証主義（Rechtspositivismus）ではあっても、決して前近代的・恣意的な権力の干渉に対する抗議的・自主的な市民主義の法実証主義ではなく、法がある以上、理由は何であれ異端を排して正統をまもり盲目的な順守を要求する正統主義的・絶対主義的な法実証主義に属するものである^(六)。したがってこのような法実証主義は、「条約を結びさえすれば」・「法律を作りさえすれば」よい（＝「既成事実」をつくりさえすればよい）、という官憲的立法の悪慣習に容易に転換しうるものである^(七)。第三に、現にわが国に二〇年来ひき続いて米軍が駐留し、全国各地に広大な軍事基地があり、そのことが有形無形にわが国の社会的・政治的なあり方を大きく規定している、という既成の「事実」（Faktum）が与える重圧である。そして、このような経験的意識のままに、この事実だけに密着して他の事実を見ず、その事実がただあるというだけで肯定してしまう思考型が指摘される^{(後述三)および(四)を参照)}。その事実を社会的な総過程（ヘーゲルの用語を借りれば、Totalität）として位置づけ、その結果によってはその事実を否定的なモメントとしてみることを、全くしない思考の方向がここにある。既成のもの・そこにあるもの（Positivität）は既成性（V）もしくは（実定性）（V）だけを肯定する、という意味で、これは思想としての実証主義（Positivismus）である^(八)。以上の結果として第四に、「日本政府に指揮監督権なき米駐留軍は憲法九条の禁ずる戦力にあらず」という論理構成に見られるように、論理の厳密さを欠き、その場だけの弁明のための弁明（Apologetik）にすぎない觀念形態が生れて来る。

このようにして、ただ「既成のもの」^九「実定性」(Positivität)にのみ身をゆだねてしまうと、その姿勢こそがいわゆる「疎外」(Entfremdung)であり、この姿勢から生れる思惟形態ないし「論理構成」は、現実によって押しつめられ進退きわまった時の純粹にイデオロギー的な反射にすぎなくなり、思想水準の低下と思想内容の内在的(immanent)かたちでの展開が必然的に停止してしまふことになる。^(一〇)

(三) 占領の終了と土地使用関係の変化

最高裁は、つぎに、「安保体制は日本国憲法に合致する」という命題から、本件判決全体を規定する大前提を立てる。すなわち、国に安保条約にもとづく米軍への土地提供義務がある以上、「……関係土地所有者らも、直接間接、この国の義務履行に協力すべき立場に置かれているものといふべきである」(傍点)といふのである。たとえ国に条約上の義務があつても、特別措置法(昭和二十七年法律一四〇号「日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三條に基づく行政協定の実施に伴う土地等の使用等に關する特別措置法」)による強制収用か、国と市民との契約によるのでなければ、国内法上市民には直接にも間接にも土地提供義務はない。だから最高裁は「立場」といつたのである(前述、最高裁が取り上げた重要事実⁽¹⁾)。

この点で最高裁判決が、一審ならびに二審判決の態度といちじるしく異なっているのを見逃がすことができない。すなわち、第一審判決は、原告(A、B、C)と国との土地賃貸借が、占領中と講和発効後とは、その性質を異にすることをはっきり認めた(前述(一)参照)。だから、講和発効と同時に、当事者間であつたため、土地の賃貸借契約が成立したのでない限り、国は土地明渡しに應じなければならぬ、としたのであつた。第二審も、一応それを承認したが、故に、講和発効後に賃貸借契約を結んでいないと認定したBとCについては、その土地明渡請求を斥けるため民法規範適用のかたちで「権利濫用」を持ち出さざるをえなかつたのである。しかし最高裁によれば、もともとBとCをも含めて、「国の土地提供義務に協力すべき立場」にあることになる(これが土地所有者らの「権利濫用」を導き出す伏線になる)。

ここから具体的に次のような違いが出て来る。すなわち、第一審判決はこう認定した。占領開始の下での契約当初において、占領終結後も外国軍隊が駐留すること、まして本件土地が引続きその駐留軍によって使用されることまでは予測できなかったことである。したがって、事実上その後も合衆国軍隊による使用継続、政府の土地提供義務の存続という点で変化をみなかったとしても、当初の契約中に「占領終了後も尚外国軍隊が駐留する場合は、その駐留軍の必要とする期間は賃貸借を継続する」趣旨まで含まれていたと解することは困難である、ということになる。^(一三)まさに連合国による日本の占領は、ポツダム宣言の実施であって、「日本の軍国主義の駆逐、平和・安全・正義の新秩序の建設、戦争遂行能力の破砕の確証があるまで」占領するのであり^(ポ宣言七項)、その目的を達したとき「連合国の占領軍は、直に日本国より撤収せらるべし」^(二項)となっていたのであり、また当時の政府も占領軍の早期撤収を期する声明をしていたのであって、^(一三)第一審の推定は正しいといわねばならない。これに対して最高裁によれば、「接収以来、現在に至るまで、本件土地を含む広範な土地が占領軍ないし駐留軍により空軍基地として使用されて来た事情及び……等に鑑みると、本件上告人ら〔C・A・B〕を含む関係土地所有者らとしては、当初の契約期間満了（占領の終了）の後も、引き続き、空軍基地としての使用（駐留軍による使用）が必要とされる間は、その土地の明渡を求め得ないこととなっても、著しく予期に反するものではない筈であり……」^(傍点)（原島）ということになる^(前述の「重要事」)。つまり最高裁は、第一に、占領によって土地が強制的に接収され、事実上それを拒否することができない状態において、それが空軍基地として使用されれば、接収された人達は、たとえ占領が終つても、土地明渡を請求できないことを当然に予測した、ないし予測すべきであった、と契約の解釈をする。これはまったく経験則に反する事実の創作であるし、占領下のいわゆる「賃貸借」の実体を無視したものといつてよからう。第二に、最高裁は、講和発効後占領の終結という「事実」に何らの意味をも認めない。本件に関する限り、最高裁にとって、占領終結は「日本の独立」という事實は

説 まったく無関係(irrelevant)なものである。論理的に推論すると、はしなくも最高裁は、講和成立後のいわゆる安保体制が占領状態と連続するもの、同質のものであることを認め、かつこれを積極的に肯定したことになる。したがって第三に最高裁によれば、日本国のポツダム宣言受諾にもとづく連合国の占領軍による土地使用と、占領終結後新たに安保条約を締結して始めて駐留^(一四)しうる米軍とは、まったく法律的に同一主体ということになり、両者の土地使用の性格も同じものになってしまう。その故に、占領によって、土地所有者の意思にかかわらず一方的に土地を取り上げたところの形だけの賃貸借を、占領終了に伴って実質的な内容を伴った賃貸借に切り替えねばならない、という契機はどこからも出て来るわけがない。安保条約締結後(いわゆる安保体制)も、本件に関する限り、占領状態の継続である

とみられるが故に、国は土地所有者の意思を介して土地使用権を取得する必要がなく、何らの法律的手続をも経ない事実上の強制収用が肯定される。^(一五)これが本件最高裁判決全体を支える骨格をなしている。

(四) 民法規範の空洞化と変質

以上みたように、最高裁は、一番および原審とことなつて、第一に、「占領以来ひき続いて米軍が本件土地を使用している」という事実だけを重視して、占領終結(II講和成立)に伴う使用主体(占領連合軍から駐留米軍へ)の更替と土地使用の性格・目的の変更(宣言実施のための占領状態としての基地使用)という事実をまったく無視する(ここに前述(一)で指摘したをまかせた「疎外」の姿)。しかも第二に、占領中の土地使用関係を文字通りに「賃貸借」と解するが故に、原告らの土地明渡請求は、占領終結に伴う接收解除によるものとしてではなく、占領開始以来成立・存続していた「賃貸借契約」の期間満了による返還請求とみなされ、^(一六)そこでまったく抽象化された利用権者の「使用の必要性」が重要な意味をもたされることになる(前述重要事(3)実中の(3))。こうして本件ははじめから純然たる不動産利用関係をめぐる紛争であつて、当

然に民法規範を基準に処理することができるとの前提がつけられる（国と市民との紛争が民事訴訟により民法規範にちて市民的國家の原理が貫徹されたこと）。その立場を補強するために援用される「民法規範」が、そのほんらいの社会にはならない。前述一の(5)(6)参照。その立場を補強するために援用される「民法規範」が、そのほんらいの社会的な意味・内容を捨てて（空洞化）、まったく別の内容を恣意的に盛り込まれる（変質）こととなるのは、当然の成り行きである。

すでに述べたように、一審および原審は、土地使用関係の占領終結による質的な変化を認めしたが故に、占領下の「賃貸借」の性質につきそれ以上深くは検討しなかつた。^(一七) 占領軍の対日不動産方針 (20 Oct. 1949 SCAP. GHQ circular 27) にもとづく政府の統一した「賃貸借契約書」の内容はほぼ次の通りであった。^(一八)

① 国の一方的な更新（本件では、この条項を欠く。註(一一)参照。なお占領終結後の新たな契約書では「協議の上」となっている。）
 ② 賃貸人の同意を要しない物件の変更（本件でも「資料集」によれば、承諾なくして譲渡したときに本契約を賃貸人の所有権移転等の処分禁止（譲受人をして承継せしめる義務を課しているから、実質的に差異なし）
 ③ 国の一方的な解約権留保（本件でも）など。これは占領軍の命令に従うための一方的・片務的な形だけの「賃貸借」である。このような契約を締結するかしないかの自由も、契約内容についての交渉の自由も土地所有者にはなかつた。かたちは賃貸借契約であっても、これを事実上の強制収用という行政処分そのもの（行政）たる点で、占領下の特殊状態ではじめて可能とみることがもつとも実体に合致すると考えられる。何故なら、いわゆる公法上の契約、たとえば公用負担契約（たとえば、国が市民の合意を得て、市）は、設定さるべき法律関係の内容につき、その大部分は法律によって規制されて（この土地の上に営造物を設置する場合）は、設定さるべき法律関係の内容につき、その大部分は法律によって規制されても（この故に公法関）なお契約自由の原則に従って決定さるべき範囲がある。また、公法上の契約かどうかについて争いのある限界事例でも（たとえば、公務員の任命、公企業の特許、公物使用の特許など）、設定される法律関係の内容が法律の定めるところに従って行政庁により一方的に決定され、市民の同意（ないし）はそれに対する概括的な同意に止まるとしても、同意をするか否かは、まったく市民の自由である。^(一九) しかし占領下の「賃貸借」は、いわゆる管理的行政ないし生活配慮行政ではなく、

説 まさに干渉行政そのものであったにもかかわらず、概括的同意を与えるか与えないかの自由すらなかった。その故に
論 こそ、占領終了後行政協定三条にもとづく「特別措置法」の附則第二項が、これらの土地使用を、使用継続につき協

議が成立しないときは、安保条約発効後の六月間に限定し、第七項がこの期間満了後「遅滞なく」返還すべきことを規定した理由があった(したがって、駐留軍による土地使用の必要性がいかに大であろうと、なま)。
(の)のままの事実としては無視さるべきことになる。前述重要事実(3)参照。

にもかかわらず原審は、一応土地使用関係の講和発効による質的变化を認めながら、他方で新たな契約締結に応じない原告らの土地明渡請求を「権利濫用」であるとして斥けた。右手で与えて左手で奪えば、結果として占領終了に伴う変化はどこに現われるというのであろう。原審判決のこの自己矛盾は、「権利濫用」がいかなる法律関係においてなされたのか、賃貸借契約終了後に貸主が借主に対してか、それとも土地所有者がまったくの不法占拠者に対してか、を明らかにしえないところに現われている(前述一の(六)参照)。原告らの「権利行使」が具体的・客観的な法律関係の中で限定されない以上、その「濫用」を断定する判断基準が一義的に明確なものとなりえないのも当然だといわねばならない。上告理由は原審の利益衡量(前述一)が具体性を欠くことを指摘する。第一に、土地明渡のため国が負担すべき費用が明確でない。基地全体の建設に四〇〇億円以上を要したとしても、明渡に伴う費用は、本件土地の下にあるガソリン貯蔵庫の移転費に限定した上で比較衡量すべきである。第二に、基地使用上の甚大な不便と困難をもたらすというが、疑わしい。本件土地を含むいわゆる山間部は六四万坪あるが、その中の四四万坪には何らの施設もない部分である。本件土地を明渡して貯蔵庫を右の余裕部分に移転することによって、いかなる基地使用上の「甚大な不便と困難」をもたらすか、明示すべきである。第三に、このようにあいまいな国の蒙るべき「損害」と比較衡量される筈の土地所有者の利益が考えられていない。その利益はたんに土地の使用・収益より生ずる財産上の利益に限られず、板付基地の移転をのぞむ福岡市民全体の利益につながるものである。(三〇)

これに対し最高裁は「……損害の比較についての原審認定は、具体性を欠く、きらいがないではないが、被上告人のこうむる損害がより大であるという趣旨の箇用では、記録上これを首肯しえないわけではない」（傍点）と答えた（前述、重要事）（実中の4）。わたくしには最高裁のいう「記録」がいかなるものかわからない。それでも、最高裁が原審の利益衡量を「具体性を欠く」としながら、なお「国の損害が大」であるとの判断は首肯できるとした限りでは、土地明渡に伴う土地所有者の利益と比較される国の「損害」とは、貯蔵庫の空地への移転に要する費用やそれに伴う不便ではなく、つまり国の財産上の損害や基地の物理的機能というような具体的なものではなく、原審が「基地としての使用に来す甚大な不便と困難」という言葉でもっと抽象的に指示したもの、すなわち、土地明渡の認容によって当然にもたらされる基地反対運動の勝利という社会的・政治的な意義が、今後の米軍による軍事基地使用に及ぼす有形無形の影響であった、と推断することができよう（これがまた、「私権の本質である社会性・公共性の無視」ということの実質的な内容であろう。後述（四参照））。そうだとするとここで用いられた「権利濫用理論」は、それがほんらい論じらるべきいかなる具体的な法律関係からも引き離され、裸のままで一人歩きすることによって、しかも実際には、司法の政治的中立性を強調するが故に安保条約の違憲審査をしないと言明した筈の原審（ないし最高裁）によって、軍事基地（＝安保体制）の維持という高度に政策的な・なまのままの「利益衡量」を盛り込むための弁明論的（apologetisch）な「理論」（＝便宜主義的目的技術）になっている、といっておく。

（五）基地用地の「借地権」的構成

原審が、占領終結による土地使用関係の変化を認めながら、結局原告らの土地明渡請求を斥けたことにより、自己矛盾に落ち入ったことは、すでに明らかにした。上告理由は、原審が「権利濫用」を適用した法律関係が不明なために、鉄道会社の線路ふせつのための無断埋立工事事件（大判昭和二三・一〇・二六）のように、全く権限のない者に対す

説るほんらい正当な物権的請求権の行使が権利濫用として斥けられた先例を予想し、これを攻撃した。これに対して最高裁は、借地法四条一項の「正当事由」による更新拒絶の制限規定を援用して、まさに純然たる土地賃貸借契約の期間満了の問題であることを明らかにし、原審の自己矛盾を回避しようとした（これが、事実をさらにまげるものとなることについては、既述（四）参照）。すなわち、米軍の「使用の必要性が大であるかぎり、むしろこれを存続させることを相当とすことは、借地権が存続期間の満了等の事由により消滅した場合においても、建物があるときは、土地所有者において、正当な事由がないかぎり、借地権者からの更新の請求を拒絶しえないものとする借地法四条一項の精神に照らすも、肯認するに難くないところである」とした。

本件国の土地使用を借地権的に構成することは、制定法の解釈ないし先例に照らして、どのような性格の「論理構成」であろうか。

第一に、本件では、借地法の類推適用がなされる前提として、最少限度要求されてよい法律関係、すなわち通常、土地賃貸借契約がない。すでに繰り返し強調したように、占領中の土地使用は、事実上の強制収用ともいうべき行政処分によって取得された、と見ることが実体に合致する。第二に、かりに通常の賃貸借を前提するとしても、本件の土地使用は、借地法の予想する「宅地」の賃貸借ではない。建物の「所有ヲ目的トスル」とは、借地の主たる目的が建物の所有であることを意味する（たとえば、造船用に土地を借りたときは、事務所が借地上に建てられていても、借地法の適用がない。大判昭和一五・一一・二七民集二二一〇頁）。借地法が借地権を保護することにより、借地上の機能資本（たとえばその建物で営業・貯蔵などが行なわれる）を保護する役割を果すとしても、軍事基地は市民法の予想する機能資本や取引主体ではない。第三に、かりに軍事基地のための借地に借地法の適用を認めるにしても、借地権保護のための制度としては、存続期間の保障（借地法二条）と「正当事由」による更新拒絶の制限（借地法四条一項但書、六条二項）とがあり、両者は区別して理解される。大正一〇年制定当時の借地法には、更新拒絶の制限規定はなく、昭和一

六年の改正によって、借家法一条ノ二と同時に設けられたものである。借地上の機能資本が投下したものの回収は、相当な長さの一定期間（これは、社会的平均的に一おう）の借地使用を保障すること、つまり存続期間の保障（借地法二条）で十分である（軍事基地に投下された費用の回収期間は、社会的平均的に資本計）。投下資本の回収が済んだあとは（存続期は後）、他の土地で資本の活動が行なわれるか、もしくは従来の借地上で行なわれるかはすべて当事者の契約の自由、にまかせられてよい（ほんらい更新拒絶を制限）。自由意思によって従来の借地契約が更新されたときは、ふたたび存続期間の保障の必要があるにすぎない（借地法五条）。昭和一六年改正による更新拒絶の制限は、投下資本の回収期間と関わりのない宅地不足の状況下での借地人の居住の安定を計るためであった、と解される（「正当事由」に関する唯一の最高七号一二六五頁も、まさにこのよ）。軍事基地のための借地がこのような小市民的借地に類するものと見ることができらうか。第四に、かりに「正当事由」の有無によって更新拒絶の制限問題が決められるとしても、本件のように貯蔵庫移転のための余裕地がある以上、「正当事由」ありとされるのが自然である（東京地判昭和三二・三・二九下級民地であるにもかかわらず、一一三坪中のあき地二五）。また、借地人が居住の安定を計るべき小市民でない限り、原則として更新拒絶の「正当事由」があり、特殊事情があるときのみ、例外的に「正当事由」なしと解するのが合理的であるからである。このようにすでにある制定法の解釈論ないし先例との論理的関係を見てゆくと、最高裁の借地法四条一項の類推適用の「論理構成」は、どのような裁判規範を基準にしたのかまったく不明であって、客観的に存在する取引上のルールを発見するものでもなく、また法律による授権と限定のもとに当事者間に新しい法律関係を設定するものともいえない。まったく裸の「裁量」による処分と見る外はない。行政権による裁量権の範囲逸脱や濫用は、これが実際にありうることを予想して、制度的には司法裁判所によってチェックされる可能性が与えられているが（行政事件訴訟法三〇条）、民事裁判におけるそれは、かえって、「法律の解釈・適用における具体的利益衡量」という外見のもとに見逃がされ

説 明 してしまふ可能性が大きい。

論

第五に最高裁は原審と異なつて、「権利濫用」という言葉を使わず、しかも賃貸借関係という特別の法的関係に入つていた原告らの権利行使を問題にするのであるから、信義則違反としてとらえているのであるか。^(三三)ほんらい信義

則は「債務者が取引慣行 (Verkehrssitte) を顧慮して信義誠実 (Treu und Glauben) の要求に従つて給付しなければならぬ」^(ドイツ法民二四二条)ものとして理解してよからう。本件原告らがもはや債務者でないことは別にしても、占

領下にあつて国と土地所有者間に取引といふべきものがあつた訳でもないし、取引慣行もない^(前述四)。したがつて

占領終了とともに土地の返還を要求することが取引慣行にもとる不誠実 (Unredlichkeit) である、ということもできな

ない。また信義則の拡張による権利濫用理論に則してみても、権利行使の制限 (exceptio doli generalis) がみと

められる事例は、取引関係の高度化に伴う具体的な利益調整の必要に應ずるものであり、たとえば解除権行使の制限

(もちろん契約の存在を前提する) は、権利者がもはや権利を行使しないであろうという期待ないし信頼を相手方がくみとつて差支えな

い特殊事情があるとき、相手方のこのような信頼を保護するもの (Vertrauensschutz) と解されている。^(三四) 本件の

原告らと国の間にはこのような取引関係における特殊事情がないこと、ひるがえつてわが国の先例

で、土地賃貸借関係における信義則違反ないし権利濫用とされた事例をみても、その多くが、対抗力を具えない借地

権者に対する土地譲受人の土地明渡請求、ないし賃借権の無断譲渡または無断転借人に対する土地明渡請求であつ

て、とくに留意すべきは、昭和一六年借地法改以正前に更新拒絶を制限した事例がない、ということである。^{(借地法一正}

当事由) に関する判例も戦後にみられるのであつて、今日まで計一三件、その中「正当事由」あり、とされている。^(三五)

以上の考察によつて、ふたたび、借地法の類推適用の方法しかないこと、同時にまた、最高裁が原審判決と趣きを異にして、「権利濫用」もしくは「信義則違反」という言葉を明示的に使わず、むしろ借地法四條一項の類推適用だ

けを理由としたようにも受取れることの意味がわかる。しかもそれが、すでに見たように抽象的な命題だけを民法規範の实体と切り離して援用されるとすれば、理由づけは、判決の結論（土地明渡を拒否して、いかなる理由がある）と直接的かつ便宜主義的なつながり以外に何の内容もない言葉をもう一つ引用し、それによって補強する以外にはなくすることも理解できる。すなわち最高裁は、「特別措置法」に準拠して国が土地の使用または収用の手続きをとらなかつたことを、明らかな国の落度であると認めながら、なおかつ「……現状回復を求める本訴のような請求は、私権の本質である社会性、公共性を無視し、過大な請求をなすものとして、認容しがたい」（傍点）^{（原島）}といっている。カズイステイッシュな「具体的利益衡量論」と弁明論的な官僚的・概念法学的傾向との共存、これがこの裁判を支配している、といっているのではなからうか。

（一）その板付基地移転促進協議会によって作成された「板付基地問題資料集」（昭和三五年）^{（八月刊行）}は、基地をめぐる諸問題を集録しており、本件の弁護活動にも活用された、ように思われる。

（二）改訂安保条約では、条約第六条の実施に関する交換公文（昭三五・一）^{（一九）}により、「事前協議」の制約が加えられた。しかし、実際には日本から直接、外国を攻撃するのではない限り、事前協議の対象とすべきものとなっていない。後出註（四）参照。

（三）砂川判決以後、裁判所の態度は「駐留軍合憲」に決したかにみえ、あとは「自衛隊合憲」の線に進むだけかのようにみえる。昭和三八年三月七日、札幌地裁に起訴された自衛隊違反被告事件（いわゆる恵庭事件）の帰すうが注目される。

（四）ヴェトナム情勢の急迫に関連して、とくにわれわれの記憶に新たな昭和四〇年夏頃以後のトピックだけを挙げてみると、七月二八日、グアム島から板付に来た戦略爆撃機（原爆塔載）^{（可能）} B52が沖繩へ移り、沖繩からヴェトナムを爆撃。そのほかこの時期から以後、大型輸送機C130が板付に度々飛来。ヴェトナム向け米軍輸送船LSTに一一〇〇人の日本人船員が働き、犠牲者も出た。第七艦隊に所属しヴェトナム水域で戦斗配置についているとみられるスレッシャー型原子力潜水艦パーミット号（核爆雷サブロッグ積載）が佐世保港に入る。（これを含めて昭和三九年一月から四一年一月まで、原子力潜水艦は

八回にわたり佐世保に入港し、昭和四一年一月一二日第七艦隊司令長官は「近いうち原子力空母エンタープライズ号、原子力フリゲート艦ベイブリッジ号を中心とする原子力艦隊を、横須賀か佐世保に寄港させたい」と語っている。八月三〇日、参議院決算委員会で、松野防衛庁長官は岩間議員の質問に対し次のように答弁した。(1)ヴェトナム爆撃の帰途B52が日本基地に不時着することは、日本の基地からの直接戦闘行為ではないから、事前協議の対象にならない。(2)ヴェトナム爆撃に加わったB52が日本の基地に帰投する際、かりに相手側の戦闘機がこれを追跡して日本領空内に入れば、迎撃する。八月三一日、ソヴェト外務省は、昭和三九年一〇月、四〇年三月にひきつづき、日本政府に三回目の申入れを行ない、米軍の日本国土の使用により日本は米国の行動の共犯者となるものである、と警告。このような不穏な状況下に、一〇月一三日、福岡県議会は、自民党、社会党を含め超党派の立場で、「戦争目的のための米軍機の板付基地使用に反対する決議」を採択した。

(五) なお、砂川判決は、安保条約のように高度の政治性をもつ条約は、「一見きわめて明白に違憲無効であると認められないかぎりには、……」裁判所の司法審査の範囲外であるとしている。いわゆる「明白の原理」ないし司法の自己抑制 (Judicial self-restraint) を一般的に論ずることは、わたくしの能力をこえている。その分析とわが国の観念に対する批判については、たとえば、芦部信喜「立法の裁判的統制」(現代法3)とくに三一五頁以下参照。わたくしは、本件判決ないし行政処分的民事裁判を規定するものを析出する目的のかぎりでは、ふれるにとどめる。

(六) 矢崎光圀「法実証主義」(日本評論新社)とくに四頁以下に、法実証主義のこの二面性を指摘する。

(七) 矢崎、前掲論文(岩波「現代法」)一〇三頁以下の、占領終結後における立法と裁判の「法令きりかえの論理」参照。これはまた、現在の国会の多数党を支配する思想でもある、といつてよからう。

(八) G. Lukács, *Der Junge Hegel*, 1948.(出口勇蔵編訳「経済学と弁証法」三九頁、よくに五九頁以下参照) H. Marcuse, *Reason and Revolution*, 1954.(梶田・中島・向來共訳「理性と革命」二九、一二四、三五九頁以下参照) なお、違憲条約の廃棄につき、入江啓四郎「新条約の改廃問題と国際法」(法律時報三二巻一一号)五頁以下は、原則的に、違憲を理由とする一方的な条約の廃棄・条約上の義務違反は国際法上違法であるが、一国の権限ある機関、とくに最高裁が条約を違憲と断定すれば、その条約は国内法上実施不能となり、この新たな要因を理由とする相手国に対する条約の改廃要求は合理的なものとなり、相手国が応じない場合は、その段階で、合法的かつ一方的に廃棄することができよう、となす。

- (九) 出口・前掲書、またたとえば、宮本十蔵「『精神現象学』における〈疎外〉と〈外化〉」（思想四九八号四一頁以下、とくに四四頁以下）参照。
- (一〇) J. F. Neuhoff, *Der Mythos vom dritten Reich: — Zur Geistesgeschichte des Nationalsozialismus*, 1957.
(山崎・村田共訳) 「第三帝国の神話」とくに三一頁以下) ノイローは、ナチズムの思想的創始者メラ・ヴァン・デン・ブルック以来一貫して共通する特徴を、現実の歴史の批判的な研究がなく、政治的・社会的現象の真の根拠を探ろうとする努力を行わず、ただ現実に押しつめられての純粹にイデオロギー的な反射があるだけ、と要約する。しかも、その極限状況では、こうした精神的姿勢を弁明するどころかむしろ誇り、実証的な「体験的に実感できる」素朴な真理を否定して、自己の「プラグマティック」な態度を対置する（「神話Mythos が歴史に代わる」）、という。ナチズムの思想形態に對するこのような規定は、後述のルカッチや前述のF・ノイマンにはば共通する。
- (一一) G. Lukács, *Die Zerstörung der Vernunft*, 1962 (G. Lukács Werke, Bd. 9), s. 14ff. ルカッチは、彼のいう非合理主義 (Irrationalismus) の哲学の共通傾向として強調する。
- (一二) 原審認定の事実によれば、本件土地の中、飛行場用地は昭和二〇年一月一日に占領軍に「徵発」され、昭和二二年三月になつてはじめて徵発以来の「借上料」を一括して支払い、昭和二三年一〇月一日付で福岡調達局と原告（実際は代理人たる組合）との間に一年間の賃貸借契約書が作成されている。この当初の契約書には賃貸期間の更新につき何等の定めもない。また山間地区の土地は、昭和二四年四月に占領軍によつて「徵発」され、同年一二月三日付で一年間の期間の賃貸借契約書が作成された。これにも期間の更新について定めがない。これはむしろ接收の期間不明と暫定性、と同時に占領が続くかぎりでの因による一方的更新を予期してのことであつた、と解釈するのが合理的であろう。
- (一三) 戒能通孝ほか座談会「新地位協定の問題点」（法律時報三二卷一一号）の星野安三郎発言（四〇頁）参照。
- (一四) 原審認定事実によれば、占領下に当事者間でとりかわされた文書にも、「土地借上契約書」なる文言がつかわれたり、「接收された土地……を連合軍の使用に供するため」という目的のみが記載されていた。原審によつて占領終了後Aが因と締結したと認定された文書には、前文に「日本国ニ駐留スルアメリカ合衆国軍隊（以下駐留軍トイフ）ノ用ニ供スル目的」と記載されている。なお、東富士演習問題の一つは、土地所有農民が安保条約改訂を契機に同意を經ていない賃貸借の解除

を國に申入れ、土地明渡と土地立入を要求した点にある(他の一つは)入会の問題)。その主な理由として、旧条約下と新条約下での契約上の使用主体が変ったこと、及び使用態様の變化、を挙げて(他に契約期)の間の問題、國が無断で新条約下の米軍に使用させたのは無断転貸(民法六六)・用法義務違反(民法六一六、)に当り、信賴關係を破壊した、とする(その詳細については、前掲渡辺論文参照)。しかし最高裁「板付」判決は、旧安保から新安保への轉換どころか、占領状態から旧安保への轉換さえ否定する。

(一五) 占領結終後、國が土地使用権取得のために何らの手もつた訳ではない。前掲「板付基地問題資料集」一二六頁以下によれば、本件山間地区(地下ガソリン置)の賃借の申入れをしたが(昭和二八年一〇月二日)、本件原告三名の拒否にあうや「特別措置法」にもとづく土地収用にかかり、総理大臣の使用認定を経て(昭和二九年四月三日)、福岡県土地収用委員会へ裁決の申請をした(昭和二九年七月二十九日)。そこで本件の原告らも東京地裁へ収用認定処分取消の訴を提起した(昭和二九年九月十四日)。ところが収用委員会の審議を何回も重ねたのちに、いかなる理由によるものか國は収用裁決申請を取下げた(昭和三十一年一月二日)か、もしくは昭和三十一年一月七日(二二頁)か「資料集」の記述は不明確、したがって前記の原告らの訴も取下げられた(ただし収用委員会は、これを下げに伴う右三名の損害補償を審理している、という)。他方本件訴が提起されて(昭和二九年七月一日)、第一審原告勝訴判決が出ると、國はまた土地収用にかかり、総理大臣の使用認定(昭和三十一年六月二日)・裁決申請(昭和三十一年二月十四日)を経て、土地収用委員会の審理が重ねられ(委員会は事件とよんで)、最高裁判決待ちの状態であった。いわゆる旧事件と新事件との關係など、前掲「資料集」ではこれ以上には明確詳細に指摘されていない。

(一六) 田中永司・前掲論文二八頁は「本件における國の占有使用は、……適法な賃貸借の期間が満了した後における無権原占有であるから、当初より不法占有である純然たる無権原者の場合に関する、それ故に權利濫用理論の濫用の危険性が指摘された、さきの大審院判例昭和一三・一〇・二六〔鉄道会社の線路ふせつのため無断埋立工事事件〕とは、全く事案を異にする(傍点)という。しかし問題の核心は、占領中の土地使用が不法占有であったかにかかっていたかにあるのではない。

(一七) 一審は、「被告〔國〕は……右土地を右用途に供するため継続的に使用するについての何等かの権限を取得したものと

認めることができ、その権限が果して純然たる意味での賃借権であるかどうかは、契約内容が全く被告側の一方的決定に委ねられていたこと：等から見て疑問の余地なしとはしないのであるが尚これを以て一種の賃借権であると見ることは可能である」^{（傍点）}（原島）と述べた。原審は、「右使用権設定契約の性質について考えるに、……等を考えると、右契約は私法上の契約のみの性質を有するものとすることはできず、公法上の規整作用の及ぼされる余地の存することは否めないであろう。しかしなお、右契約をもって一種の賃貸借と解することに差支えは存しない」^{（傍点）}（原島）とした。

（一八）畑・前掲論文五〇頁参照。

（一九）公法上の契約につき、たとえば、田中二郎「行政法総論」二四九頁以下参照。なお、同書二五〇頁は、この限界事例を公法上の契約から区別して「相手方の同意を要件とする特殊の（sui generis）行政行為」とする。

（二〇）上告理由はこれを裏付けるため、飛行機墜落などによる直接事故、騒音などによる住民の被害状況を統計的に示し、前述「板付基地移転促進協議会」の結成に至る自治団体・地域住民などの反対運動を詳細に述べている。その中には、前記「旧事件」に関して^{（前記註）}（一）、昭和二九年五月一九日、福岡調達局が土地収用法三六条四項にもとづく土地調書作成のため、その立会を福岡市長に要請したのに対し、市長がこれを拒否した事実などが指摘されている。

（二一）鈴木祿弥「借地法における地主の更新拒絶権の制限と更新後の借地権存続期間の保障」^{（民商法雑誌五一巻六号三頁以下）}
 ・同「借地法における正当事由と借地人の類型」^{（判例評論七七号一〇頁以下）}参照。

（二二）鈴木・前掲（判例評論）一三頁参照。

（二三）田中永司・前掲論文七二八頁は、註（一六）の記述にひき続き、次のように理解している。「疑いもなく、ここには、本判決が借地法四条一項の精神を借用しているのにあらわれているように、不動産利用関係における、利用関係維持に向けて私権を制限するものとしての社会的利益や、信義則の観念を容易に導入する素地を有するものといえる」^{（傍点）}（原島）

（二四）磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展」^{（末川先生古稀記念、権利の濫用上）}とくに八〇頁以下参照。また、所有に基づく物権的請求権の行使は「悪意の抗弁」の對抗を受けない、とするのがドイツ判例の態度、とされている^{（同・八九頁）}。とくに本件では、現に存在する契約の消滅請求（解約）の制限ではなく、行政処分失効後のあらたな締約強制の問題であることに注意。

（二五）これらの先例については、たとえば、舟橋諄一「所有権の濫用」^{（末川記念「権利の濫用」中）}一五頁以下参照。借地

法の「正当事由」に関する判例分析については、鈴木・前掲（判例評論）参照。

三 結 び

以上の考察を通じて、裁判によって定立された具体的裁判規範の実体を把握することの「困難」を感じないわけにはゆかない。その「困難」は、裁判によって裁判規範という觀念形態の形成される過程が、論理的命題の構成作業の過程でありながら、そのような思惟過程だけを追求しても、具体的・現実的なものとして把握できないということに帰著するように思われる。ほんらい裁判は、それじたい一つの社会的な過程でありながら、つねに現実の社会過程からの独立を、その意味で「純粹」で「客観的」な思惟過程そのものであることを、標榜する。これに加えて、裁判が社会的な過程としての合理性を失うようになると、先行する規範命題（制定法の解釈や、先例からの類推）の何を、どれを前提としてあらたな命題をひき出して来るのか、それさえも論理的に明示されなくなり、むしろ明示することが不可能になって来る。このような意味でそれじたい論理的でなくなった裁判の思惟過程を、法律学者がもう一度再構成しなければならないこと、ここに困難があるのである。それはつまり、裁判規範のイデオロギー的性格を明らかにすることの困難にほかならない。この場合にとくに必要なことは、法規範内容の経済的・社会的関係による規定、すなわち法規範の具体的な物質的内容の解明、あるいは、このような規定関係のもとでの法的制度の歴史的発展の解明、要するに法規範のゲネシス（Genesis）の問題だけではない。それだけでは、裁判規範の内面の構造を究明する法律学固有の領域に入っただことにならない。さらに進んで、それじたいでは抽象的で、かつ非論理的な判決の思惟過程をあくまでも対象としながら、一定の社会的な実体と歴史的な意味をもった觀念形態の形態変化として、論理的に分析把握してゆくことが必要であろう。（註）それはたとえば、「民主主義法学」が対決するものは国家独占資本主義の法である、といっても、さ

らに進んでそれが対決しようとする対象がどのような法規範としてあらわれ、どのような法思想を固有なものとして内在しているかが明らかにされる必要があるのと同様である。

（註）エンゲルスは、政治的・法律的な観念の内容、側面を主としたために、形式的な面、つまりこれらの観念がいかにして生まれるか、という問題を等閑に付してきた。と述べたことがある（メーリング宛の手紙）。加古祐二郎「社会定型としての法的主体に就て」（「理論法学の諸問題」所収）八一頁以下は、法のイデオロギーの一般的性格（ゲネシスの問題）と特殊の性格（法的形態、*Rechtsgestalt*、あるいは法的定型 *Rechtstypus* そのものの問題）の区別をとくに強調している。

△追記▽本稿を印刷にまわしたあとで、末川博「所有権に基づく土地明渡請求が権利の濫用であるとされた事例」△最高裁「板付」事件の判批▽（民商法雑誌五三巻四号六二七頁）を統むことができた。末川批評は、本件判旨を「権利の濫用という言葉の濫用である」と結論し、本判決の問題が多岐多面に及ぶだけでなく、司法権の独立にまでもつながり、ここには「今日軽視してはならない深刻なものが潜んでいる」こと、それ故に本判決の論評は「広い視野に立って大所高所からするものでなければ、後日歴史の批判に耐えうるような的確を期することはむずかしい」として、とくに「若い研究者諸君」の検討を促がしている。この指摘に、わたくしもふかい感銘をもって同意する。