

Title	〔最高裁民訴事例研究六七〕上告審判決の破棄理由とした法律上の判断の拘束力が及ばないとされた事例 所有権確認等請求事件(昭和四三年三月一九日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	梅, 善夫(Toga, Yoshio) 石川, 明( Ishikawa, Akira) 民事訴訟法研究会( Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1969
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.42, No.8 (1969. 8) ,p.107- 114
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19690815-0107">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19690815-0107</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

しかもそれに該当する事実が存した場合でもその内容が解雇権をもつて臨むに相応しいものであるときのみ解雇権の発動が正当化されると解するのが相当であつて、単に生産計画に伴う過剰人員排除

の必要性という一般的事由のみで労働者は解雇しえないと判断しております、正当であるといわなければならぬ。

以上要するに、判旨に賛成である。 (宮本安美)

## 〔最高裁判民訴事例研究 六七〕

### 昭四三一六 (最高民集二二卷)

上告審判決の破棄理由とした法律上の判断の拘束力が及ばないとされた事例

#### 所有権確認等請求事件 (昭四三・三・一九第三小法廷判決)

本件は、同一訴訟における第一回上告事件(最高裁昭和三二年一〇月三一卷一〇号一)、第二回上告事件(最高裁昭和三七年九月一四日第一小法廷判決、民集一六卷九号一九三五頁)に続く三回目の上告事件であり、第二回上告審判決の破棄差戻しの判断に、差戻後の控訴審判決が違反しているか否かが問題となつたものである。

X (原告・控訴人・上告人) は、Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>Y<sub>3</sub> (被告・被控訴人・被上告人) に對して、宅地九七坪についての所有権確認を、また、Y<sub>1</sub> に對しては所有権移転登記を、Y<sub>2</sub>Y<sub>3</sub> に對しては登記抹消を請求。その原因とするところは以下の通りである。すなわち、本件土地が登記簿上売買によつてCからAに、Aの死亡によりAの家督相続人Y<sub>1</sub>からY<sub>2</sub>、更にY<sub>2</sub>からY<sub>3</sub>に移転しているが、眞実は、XがAをその代理人

としてCの先代Bから買ひ受けた所有権を取得していたのである。また、仮りにそうでないとしても、Xはその所有権を時効取得したとの主張である。第一審・第一次控訴審ともにXの請求および控訴を棄却。

第一次上告審では、土地所有権がXに帰属していることが認定せらるかも知れない書證を、何ら首肯するに足る理由を示すこともなく、ただ漫然とこれを採用できないとしたのは審理不尽であつて、理由不備の欠陥を織するものと考えざるを得ない、として破棄差戻(この点は本件において関係ない)。

第二次控訴審は、XがAを代理人としてBから本件土地を買ひ受けた契約を締結し、その所有権を取得したものと認め、第一審判決を取消、Xの請求を認容(この時、Y等はX A間に虚偽表示ありとして、Y<sub>2</sub>Y<sub>3</sub>は善意の第三者として民法九四条一項の主張があつたが、排斥された)。

第二次上告審は、原審の右認定事実によれば、「Xの意思に基づきA

名義に所有権移転登記をなさしめたものであつて、実質的にはあつたかもXが、Aと通謀してA名義に虚偽仮装の所有権移転登記をなした場合とえらぶところはなく、民法九四条二項の法意に照し、XはAが本件土地の所有権を取得しなかつたことをもつて善意の第三者に対抗しえないと解するのが相当である。」かかるに「Y<sub>2</sub>およびY<sub>3</sub>が右にいわゆる善意の第三者に該るか否かを審理判断することなく、右以外のY等の前記抗弁を排斥した原判決には法令の解釈適用の誤り、審理不全・理由不備の違法があると、以上のように判示してY等の上告を容れ破棄差戻（なお、この判決には、前記確定の事実のもとでは民法一〇〇条本文、一七七条の適用によりXは所有権取得をY等に対抗しえないとする後記三次控訴審の法律判断と同趣旨の二裁判官の意見が付されている）。

第三次控訴審は、「Aは、Xとの関係においてはXの代理人としてBから本件土地を買い受けたのであるが、本人たるXのためにすることを示さないでみずから買主として売買契約を締結したものと認められるから、民法一〇〇条本文により、Aは正当に本件土地の所有権を取得し、これを委任者たるXに移転すべき義務を負つていたものである。しかるにAおよびその相続人Y<sub>1</sub>はXに所有権移転登記をすることなく、Y<sub>2</sub>に売り渡し所有権移転登記をしたのであるから、あたかも二重売買の売主が第二の買主に所有権移転登記をした場合と同一の法理に基づき、Xは所有権の取得をY<sub>2</sub>に对抗しえない」と判断し、Y等の虚偽表示の主張には判断を示さないでXの控訴を棄却した。

第三回目である今回の上告におけるXの上告理由は以下の通りである。「差戻を受けた原審裁判所は、再び審理判断するについて、上告裁判所が破棄理由としたところの本件移転登記手続行為につき民

法第九四条を適用し、更にY<sub>2</sub>及びY<sub>3</sub>が同条第二項のいわゆる善意の第三者に該るか否かを審理判断しなければならないことを意味するものであるのに、右事項について全く審理することなく、右以外の理由で判断した原判決は違法であると言わねばならない。仮りに、破棄判決の拘束力が、破棄理由として原判決の判断を不可とする消極的な面で生ずるにすぎず、差戻を受けた裁判所が再び審理判断するについて、破棄の理由として示された誤った見解を避けさえすれば、他の見解で判断してもよいと解するならば、第一に、我が国の破棄判決の制度趣旨に反するといわねばならない。」

これに対し本判決は、「右上告審判決の判断が差戻を受けた原裁判所を拘束する効力は、右の破棄の理由となつた範囲でのみ、すなわち、同一の確定事実を前提とするかぎり、Y<sub>2</sub>およびY<sub>3</sub>が善意であることが認められるならば、民法九四条二項の類推適用を否定することは許されない」という限度でのみ、生ずるものと解すべきである。したがつて、差戻後の原裁判所は、差戻前の審理に引続いてなお事件全般にわたつて事実の審理をなしうることは当然であるが、上告審判決が破棄理由の基礎として用いた確定事実関係についても、その事実の確定自体の当否は上告審の判断を経ているものではなく、また、訴の本案たる事実に関する判断が民訴法四〇七条二項但書にいう「事実上の判断」に含まれるものともいえないため、何をも、その事実の確定自体の当否は上告審の判断を経ているものではなく、また、訴の本案たる事実に関する判断が民訴法四〇七条二項但書にいう「事実上の判断」に含まれるものともいえないため、何をも、その事実の確定自体の当否は上告審の判断を経ているものではなく、その場合には、上告審の破棄理由たる判断と異なる法規の適用を行なう結果となつても、違法とされるものではない。さらに、右のとおり、上告審の破棄理由たる判断は、同一確定事実については民法九四条二項の類推適用を否定しえないという限度でのみ

拘束力を有するのであるから、差戻前の原判決と同一の認定事実を前提としても、右法条の適用のほかに、別個の法律的見解が成り立つる場合には、差戻後の原審が、右法条の適用を主張する前示被上告人の抗弁について判断を示すことなく、他の法律上の見解に立つて、上告人の請求を棄却することも許されるものと解するのが相当である。したがつて、右抗弁について判断せず、前記のような判断によつて結局上告人の請求を棄却した原判決の措置が、上告審判決の右拘束力に違反したものとはいえない。」と判示し、Xの上告を棄却。

判旨に賛成する。

一、上級審において原判決の破棄（又は取消）・差戻（又は移送）の裁判がなされた場合、差戻を受けた下級審は破棄の理由となつた法律上および事実上の判断に拘束されるが、この差戻判決の拘束力に関して、その目的・法的性質・範囲などについて争いがある。すなわち、破棄差戻の判決が下級審を拘束する理由は、審級制の本質からか（通説）、あるいは上告の特殊性から説明されるのか、また、差戻判決の拘束力の法的性質は、中間判決の拘束力説・既判力説・特殊効力説・訴訟資料制限説などのいずれが正しいのか（この他にも権束力説があるが、現在わが国ではこの立場に立つ説はみられない）、また更に、上級審が甲法規の適用を不当として乙法規を適用すべきことを示した場合、下級審は甲法規の適用を避けさえすれば良いのであるか、あるいは必ず乙法規を適用しなければならないのかといふ問題である。しかし、わが国では裁判所法四条・民訴法四〇七条

二項但書の明文の規定があるため、目的の問題をはじめとして、ドイツにおけるような激しい対立はない。加えて本件で問題となつてゐる拘束力の範囲については、右の法的性質のいずれの説によつても大差はない（小室・後掲）。したがつて、ここでは拘束力の目的・法的性質については省略する（差戻判決の拘束力に関する文献として、兼子「上級審の裁判の拘束力」民事法研究二卷八一頁以下、高島義郎「上級審の裁判の拘束力に関する一考察」法學論集七卷一号三八頁以下、小島直人「上級審の拘束力」上訴制度の研究二二一頁以下、小島武司「差戻判決の拘束力」別冊ジャーリスト・総論、昭和二二八頁がある。展望二二八頁がある。）

二、拘束力の範囲について通説は、「拘束力は、上級裁判所に下級裁判所に対する積極的な指導権限を与える趣旨ではなく、ただ下級審に破棄の原因となつた同一の処置や判断をくり返させないためのものであるから、専ら直接の否定的な面だけに限られるのである。したがつて、その否定を裏付ける肯定的・積極的な理由は、破棄に対しては縁由的な関係に立つに過ぎないから、拘束力は認められない。」と説明する（兼子・前掲）。正当である。この点から同一事実関係について別個の法律的見解のある場合、差戻しを受けた下級審は、指示された法律的見解に従うか別個の法律的見解に従うかは自由であると解される。すなわち、上級審が甲法規の適用を不当として乙法規の適用すべきことを示したとしても、この乙法規を適用せよという点には法律上の拘束力は生ぜず、下級審は全く別の丙法規を適用して裁判をしても差し支えないのである。

本件判旨が、「上告審の破棄理由たる判断は、同一確定事実については民法九四条二項の類推適用を否定しないという限度でのみ拘束力を有するのであるから、差戻前の原判決と同一の認定事実を

前提としても、右法条の適用のほかに、別個の法律的見解が成り立つる場合には、差戻後の原審が、右法条の適用を主張する前示被上告人らの抗弁について判断を示すことなく、他の法律上の見解に立つて、上告人の請求を棄却することも許されるものと解するのが相当である。」としているのは、まさに通説の立場に立つたものといえる。この判旨そのものに異論はあるまい。ただ A, C 間に訴訟があり A が所有者であるとの確定判決があつたりして幾分複雑になつた事件であつたが、本来単なる審理不尽の事件であつたのではないという気がしないでもない（差戻前の控訴審と差戻後の控訴審の認定した事実関係は異なるのではないかの疑問がある）。

三、ところで、差戻判決の拘束力という問題をみると、その前段階として、原判決破棄ということの意味が問題となる。すなわち、原判決を破棄するという破棄の意味は、全体をゼロにもどすのであるか、または、破棄の対象となつた部分だけに限定されるのであるかということである。全体をゼロにもどすとは、ともかくも一度その事件全体について審理をしなおせということである。これに対し破棄の対象となつた部分に限定されるということは、本件であるならば、Y<sub>2</sub>, Y<sub>3</sub> が善意の第三者であるか否かの判断だけをせよということである。それ以外の判断は禁止される。破棄の意味をその対象となつた部分に限定してしまふから、差戻しされた下級審は最早それがと関係のない事実の調べ直しはできない。この点が、全体をゼロとすると考えた上で積極的な面にも拘束力を認めて、Y<sub>2</sub>, Y<sub>3</sub> が善意の第三者であるか否かを審理させる考え方と似ていながら異なるところ

である。すなわち、全体をゼロとする見解では、同一の事実関係の場合に、甲法規の適用が不当であるとされ、乙法規を適用すべしとされるのであるから、前提となる事実関係が変わつてくれば上級審の判断に拘束されない。

本判旨において、最高裁は、原判決破棄の意味を全体をゼロとするものと解することを前提としていること明らかである。したがつて、新事実がでてくれば、これを採用することができ、下級審の事実審たる任務を充分果しうるのであり、この原判決破棄の意味について最も最高裁の見解に賛意を表する。そしてこれを前提として、事実関係が異なれば勿論のこと、たとえ同一事実関係の下でも上級審の拘束力の範囲は、否定的・消極的な面においてのみ限られるのであつて、積極的である Y<sub>2</sub>, Y<sub>3</sub> が善意の第三者であるか否かを審理せよとの点には、拘束力が及ばないとする本件判旨は、同一の処置や判断につき上級審・下級審間の往復というくり返えしをさせないために拘束力が認められているのであるという理由から、一般論として完全に正しい。

なお本件については、内田教授の評釈（判例評論一六号）、高島教授の批評（民商六〇巻一号）と野田調査官の解説（法曹時報二〇巻六）がある。

（梅 善夫）

（梅 善夫）

昭四三17（最高民集二二卷）

裁判上の和解による賃貸借と借地法一一条

請求異議損害金等請求事件（昭四三・三・二八第一小法廷判決）  
本件土地所有者Y（被告・被控訴人・被上告人）は、X（原告・控訴人・上告人）に対し、Xの不法占拠を理由に建物取去・土地明渡の訴を提起した。昭和三一年四月二〇日X・Y間に左記の訴訟上の和解が成立した。(1)YはXに対し、本件土地を昭和三一年四月一日以降昭和四一年四月三〇日まで、右土地上に存する建物所有の目的のもとに、賃料一ヶ月六千円として賃貸する。(2)XはYに対し、前項の賃貸借期間満了と同時に建物を取去し土地を明渡すこと。(3)以下略。Xは右賃貸借契約期間満了前の昭和四一年四月三〇日契約更新を請求し、右和解条項(2)の建物取去・土地明渡の記載は、(a)單に賃貸借期限満了についての例文にすぎない。(b)仮にそうでないとしても、借地法一一条に違反するから定めなきものとみなすべきである、として、右和解調書の執行力排除を求めて請求異議の訴を提起した。これが本件訴である。

一・二審とも以下の理由からXの請求を排斥した。「私人が一時使用のためでない宅地の賃貸借契約を結ぶ場合に、その存続期間を借地法第一条の規定よりも短く定めて、右期間経過と同時に宅地を直ちに明渡す旨を特約すれば、その特約は、借地権者に不利益なものとして、同法第一条により、無効となることはもちろんであるが、右と同旨の特約が、裁判上の和解の一条項として成立した場合には、これを右私人の場合と同様に解することはできない。けだし、裁判上の和解は、当事者の和解条項の合意に、当事者双方の事情を十分に斟酌考慮した裁判所が関与して、その成立をみるので、その内容は、單に当事者だけの間で約束されたものとは、同一に論じえないものがあるからである。すなわち、宅地賃貸借契約が当事者だけの間で成立する場合には、同法第一条が借地権者を保護す

るために作用するのであるが、右契約が裁判上の和解として成立する場合には、その和解成立に関与する裁判所が、これと同様の作用をなすものであつて、借地法の指向する借地権者の保護は、裁判所により十分考慮され且保障される……。したがつて、本件和解条項第二項の特約は有効であつて、本件につき、宅地賃貸借契約の更新に関する借地法の規定は、排除されるものと解すべきである。」と。これに対してXの上告理由要旨は以下のとくである。裁判上の和解は、私法上の和解契約と、その有効なことを前提とする訴訟終了の合意であるが、事件の審理を十分果さない訴訟の段階においても、当事者が希望すれば、裁判上の和解が成立するのであるから、裁判上の和解につき、裁判所が常に内容に立入り、法の規定するところよりの借地権者保護を果しているものとは断定しえない。しかも借地法第一条は、借地権者のため、借地権の存続ないし建物の存続を保護する規定であるのに對し、裁判上の和解について、裁判所が関与した事実をもつて、「同一の保護作用を果す」と認めることは、裁判所の和解関与をもつて、右強行法規に反する定めをなしうるとするものであつて、判決に影響を及ぼすべき法令違反がある、とする。

上告棄却。その理由は以下のとくである。「原審は、本件賃貸借は裁判上の和解によつて成立したものであるから、それによつて定められた一〇年の賃借期間は、借地法一一条の規定に違反するものでないと判断している。しかしながら、賃貸借契約が裁判上の和解により成立した事をもつて、右契約に同条の適用がないとするのは相当ではなく、裁判上の和解により成立した賃貸借についても、その目的とされた土地の利用目的、地上建物の種類、設備、構造、賃貸期間等、諸般の事情を考慮し、賃貸借当事者間に短期間にかぎり

賃貸借に該当するものと解すべく、かかる賃貸借については、同法

一条の適用はないと解するのが相当である。けだし、裁判上の和

解による賃貸借の場合には、それが裁判所の面前で成立するところから、単なる私法上の契約の場合に比し、双方の利害が尊重され当事者の真意にそう合意の成立をみる場合が多い、あるうが、この場合

合同条の適用がないと解するならば、契約当事者特に一般に経済上優位にある賃貸人が、形式上、裁判上の和解の手続をふむことに

よつて、前記のような客観的条件の存否にかかわりなく、借地法の規定する制約から解放されることになり、借地人の保護を主たる目的とする同法の趣旨にそわない結果を招来するにいたるからである。

したがつて、右の見地に立つて考察するときは、原審が、前記

理由のもとに、本件賃貸借に借地法一条の適用がないとしたことは、違法たるを免れない。しかしながら、原審の認定するところによれば、本件賃貸借はYのXに対する建物取去土地明渡請求事件についての裁判上の和解において成立したというのであり、また、右賃貸借において期間が一〇年と定められたのは、Yが右期間内に限り右土地を賃貸し、Xがその期間内に限り、右土地を賃借し、その期間経過とともに地上建物を取去して土地を明渡すことを約したに基づくということを認めるに難くなく、右の事実、および本件賃貸借成立にいたる経緯に照らせば、本件和解当事者であるXとYは、

期間の点につき借地法の規定の適用を受くべき契約を締結する意思

がなかつたものと認め得るのである。しかば、本件賃貸借は一時

使用のものであつたといふ、したがつて、原審が裁判上の和解

を理由として、本件賃貸借に借地法一条の適用がないとしたのは

違法であるが、その違法は判決の結果に影響を及ぼすものでない。」

上告棄却の結論には賛成するが、判旨の理由に疑問を感じる。

一、判旨は、裁判上の和解により成立した土地賃貸借についても、土地の利用目的、地上建物の種類、設備、構造、賃貸期間等諸る合意が成立したと認められる場合には、右賃貸借は、借地法九条にいう一時使用の賃貸借に該当し、同法第一条の適用をうけない、とする。

私は、裁判上の和解・調停による借地契約についても原則的に借地法二条・一条の適用を肯定するという点に関しては問題がある。右のとくに、なるほど借地法二条・第一条等は強行規定である。しかし、借地法第二条・第一条が強行法規としてその適用があるのは、当該土地の利用権について法的紛争を前提としない通常の状態において借地契約が締結乃至更新された場合についてである。紛争を前提としてその解決のために調停乃至和解において借地契約が新たに締結乃至更新される場合には、第二条並びに第一条の適用はない。和解や調停は互譲によつて成立する。互譲の内容が著しく一方の当事者にとり不利益である場合裁判上の和解や調停の成立は認められないであろう。裁判所や調停委員会が和解や調停の成立を認めたということは、互譲の内容が一方当事者にとつて著しく不利益なものではないことを認めたことである。借地法第二条は結局は借地人保護の考え方方にその根拠を有することを考えれば、二条の期間の譲歩をも含めて全体としての互譲が両当事者のいづれにとつてもさほど著しく不利益でない限り、期間の譲歩を否定する必

要はないようと思われる。

(岐阜地裁昭和四〇年三月八日判例時報四〇六号六五頁)

この点について

高島氏は、裁判上の和解・調停は一般私人間の契約と異り、その内容の決定につき、実質的正義の立場からの合理的裁量が加えられているとみるべきことを理由に、和解又は調停の条項にその趣旨に従つた効力を認めて、借地法の原理に違背することにはならない、とされるのも同趣旨であろう。(借地借家法九三・四頁及び)。互讓が両当事者のいすれか一方にとつて著しく不利益にならない、換言すれば両当事者にとつて全体として調和がとれていることを前提として和解や調停が成立し、その条項の一つとして借地法二条の期間の短縮がなされているのであるから、それにもかかわらず同法第二条を强行法として適用すれば、互讓のバランスがくずれて、和解や調停は要素に錯誤ありとして無効と考えられることになろう。(和解や調停に

既判力を否定する立場に立つて、東高昭和三年五月六日判例時報三五五頁、東地・地代・賃貸借各論、

四九六頁、判例時報三三・四二号二八六頁)。我妻教授も、裁判上の和解・調停により存続期間を限定した場合、むしろ裁判上の和解・調停の効力として、借地法の適用を排斥すると解するのが適当である、とされてい

(借地借家法一卷一號二五)

日判決、昭和三七年一月二二日下級民集一卷一號二五)

三頁、東地・地代・賃貸借各論、

四九六頁)。実際上、借地法一一条の適用を排除しないと、本件の

ごとき場合互讓による紛争の解決は殆んど不可能ということになる。

それまでして借地法一一条の厳格な適用をつらぬく必要が一

七頁などがあり、借家法に關して、大判昭和二年二月二日民集一六卷二〇頁参照)。

一二、そこでつぎに、裁判上の和解・調停により成立する賃貸借を

一時使用の賃貸借と認めうるであろうか。この点についても見解が

対立する。判例は、裁判上の和解・調停により成立した借地契約についても、それが一般的に一時賃貸借となるのではなく、他の場合

と同様に、その経緯、内容などを詳細に検討して一時賃貸借か否かを

決定しているといえよう

(本件判

決、

大判昭和二年六月三日評議二九卷民訴

八頁、最判昭和三年一月二七日民集一卷一號二九七)

すなわち、

裁判上の和解・調停による借地契約が一時賃貸借であるか否かは、

裁判上の和解・調停それ自身の効力の問題ではなく、それによつて

成立した借地契約の内容が借地法の觀点から一時賃貸借とみられる

べきか否かといふ問題であるとするとある。

(約法大系三三二八頁)

そしてこの立場は学説によつてもほぼ是認されているとされる(廣

大六・二四頁、関口、前掲三三八頁)

しかしながら、諸般の事情を考慮して、裁判上の和解や調停によ

り成立した賃貸借が一時使用の賃貸借ではないと判断する余地が、

当該賃貸借が借地法二条より短い期間で成立している場合に、一

体

ありうるであろうか。かような場合借地法二・一一条の適用を否定

するのが妥当であろうことはすでにのべたとおりである。適用否定の理由はどこに求められるべきであろうか。換言すれば、それが借

地法九条の一時使用の賃貸借であると解すべきだからであろうか。

裁判上の和解・調停により、借地法二条より短い期間について締

結された借地契約を一般的に一時賃貸借と呼ぶことは適切ではない

かもしれない。立法者の意図にはかなわない呼び方かもしれない。

立法者はおそらく、一時賃貸借として、たとえば、パック建設の

ための借地

(東京控訴院昭和二六年三月三日下級民集一卷三三六頁、

東京地裁昭和四年(大判昭和二年三月三日不明新聞三四七九号八頁、

東京控訴院昭和二六年三月三日下級民集一卷三三六頁、

東京地裁昭和二六年三月三日不明新聞三四七九号八頁、

東京控訴院昭和二六年三月三日下級民集一卷三三六頁、

卷諸法一八〇頁  
七年三月二四日下級民集三卷三号三九六頁、大阪地判昭和二九年六月二六日下級民集五卷六号九五三頁など

地上建物の取扱または移転の猶予に伴う借地関係（大判昭和六年一月二日法学一卷上五二頁、福岡也判昭和二五年二月二日、同上）

八日下級民集第一卷二号二九三頁  
賃貸人の土地使用計画実施に至るまでの  
の借地関係 (東京地判昭和二六年六月和二七年五月二八日第一下級民集二号大坂地判昭和二五年九月一高地判二九三頁)

級民集一巻九号(五一三頁)、名古屋高判昭和二九年三月三日判時二、八号一三頁、最判昭和三年七月三〇日民集二巻七号(一三八六頁など)、区画整理審

施時までの借地関係  
（大昭和五年一月一月九日八月一日下級民法集  
卷上二四六頁神戸地判昭和二年一月一月八日  
卷一一号一八一六頁最判昭和二年一月一月八日  
三三年二月二七日民集）

る。たしかに、それらが一時使用の借地契約の典型であることはことは

れを認めるにしても、一時使用の賃貸借を広く一般に借地法二条・

一一条の適用除外例と考えることができる。そこで既述の通り、借

地法二条・一  
一条が強行法規として適用されるのは、紛争を予定する二となく、ノーマルな状態で新たに借地契約を締結する場合に限

定されると考えるならば、裁判上の和解・調停による借地関係も

時賃貸借と解することができよう。一時賃貸借の概念をどう概念相

定するか問題であるが、逆に典型的な場合に限定してこれを狭く考

て昔地法二条・一条の適用除外例となるのではなく、むしろ既述  
えるならば、裁判上の和解や調停による借地関係は一時賃貸借と

の通り両条が強行規定として適用さるべきノーマルな場合ではない。

ことを理由に適用除外例としてみとめなければならぬことになる。

のである。たとえば前掲岐阜地判昭和四〇年三月八日判時四〇六

号六五頁は、借地法一一条の適用否定を導くにづいて、一かような論述がある。

たは期限付合意解約と構成する努力が試みられているが、当裁判所は前述の通り判断するとして一時使用の賃貸借として構成する必要を否定している。いずれの見解をとろうと、裁判上の和解・調停による賃貸借が両条の適用除外例であることには変りがなく、したがつて、一時賃貸借をどう概念規定するかは結局言葉の問題である。

三、裁判上の和解・調停に既判力があるか否か一つの問題であることは周知の通りである。私は既判力否定説をとる（石川「訴訟上の和解の研究一二六頁」）。

仮りに既判力肯定説をとると、裁判上の和解・調停の既判力の効果として、借地法二・一一条に違反して約定された期間を両当事者は争い得なくなる。裁判上の和解・調停による借地契約に借地法二・一一条の適用ありとしても、ひとたび裁判上の和解・調停が有効に成立した以上右の帰結に到達せざるを得ない。

裁判上の和解・調停による借地契約にも借地法二条・一一条の適用ありとの前提をとった場合、二条より短い期間の借地契約を創設する裁判上の和解・調停は、法の認めない権利関係を設定したといふ意味で無効と解する余地はないであろうか。仮りに右の前提を肯定するとしても、一時賃貸借が認められるという点からも、また、二条・一一条の適用をうける借地契約が一旦有効に成立後時の経過により借地期間が短縮する点から考えても、右の意味で当該和解・調停が無効であると解することはできないであろう。

なお本件については、栗山忍・法曹時報二〇巻六号一八五頁以下に解説が、高島良一・民商五九巻五号一三〇頁以下に批評がある。