

控訴審の機能に関する小考

小 野 寺 忍

- 1 はじめに
- 2 続審制の存在意義
- 3 続審制の貫徹
- 4 おわりに……控訴審の形骸化を回避するために

1 はじめに

民事紛争の多様化・複雑化は時代とともに変化し錯雑化を極めつつある。ことに情報化が進展したことにより、紛争当事者双方ともに気づくことのなかった知識の獲得により、それまでの訴訟では持ち出されることのなかった言い分や資料の収集・提出となつて、たやすく解決していた紛争までも労力と時間と費用をかけて争われている実態がある。この種の事案では、とかく感情的対立が前面に押し出されて、裁判所の判断であってもなかなか受け入れ難い状況のまま、裁判所不信・人間不信に陥るといった悪影響を及ぼすことが多いように思われる。本人訴訟がかなりの割合を占めるわが国の現状にあっては、「裁判官は、自分の言い分を全く聞いてくれない」とか、「証人申請をしてもどうせだめだ」とか、「杓子定規で、おれの気持ちとは全くわかっていない」といった不満が残るのは否めないところである¹。このことは、第一審事件に限らず控訴事件にあっても同様で、控訴審の有様によっては裁判所に対する不信感が増幅する場合さえ考えられる²。

1 この点については、2006年以降、「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書」として、「裁判の迅速化」の裏返しの実情が公表されている。

紛争解決のための最終的手段としての民事訴訟は、実は、そのような不満にこそ応えるべきものと思われる。すなわち、発生した紛争解決の困難さを可能な限りやさしく説明し、説明は細部にわたって丁寧に行い、理解を深めさせる配慮をし、導かれた結論が安心を与えることが民事訴訟の真髓のはずだからである。しかも、そこで得られたことこそが「真実」として当事者双方に受け入れられるからである。

民事紛争解決にかかわる裁判所および裁判官の果たすべき役割について、近藤完爾元判事は、

「裁判所が混在する積極、消極の資料に基いて心証を形成するに当っては、特定の見地のみに立って判断資料を整理分類し評価するだけでなく、反対の見地にも立ってこれを行うことを必須とし、更に第三のいわゆる中立的見地の角度から（換言すれば前二者のいずれにも批判的姿勢をとって）独自の評価を施さなくては成らない。もしも前二者の見地が対立する両当事者の見解として提供されていなければ、裁判所はみずからこの二種の見地を想定して評価を試み、しかる後に独自の見地に立って心証を形成せざるを得ない。これは、かつてプロイセンAGO下の裁判官の役割についてなされた批判に似て、一つの肩の上に三つの頭を載せた奇怪な裁判官像を意味すると言っても差支えなく、その心証形成作業は想像以上の時間と労力とを要することであって、これに比較すれば前述の弁論を経ることをむしろ勝れりとすべく、何よりも判断内容の確実性はより高いと考えられる。

整理のための一覧表の作成についても同様のことが考えられる。これを作成するにはかなりの手数を要し（従ってすべての事件に是非とも必要と

2 実際に、控訴事件を担当した代理人弁護士は、「控訴審は原則として証人尋問をせず、書面審理だ。迅速化の名のもとに、民事では、すでに3審制は形骸化している。」として、控訴審の実情を述べ、三審制の完全実現を要望している（「新聞時評」毎日新聞朝刊2008年11月25日付）。

いうわけではない)、殊にこれが役立つほどの複雑な事案においては一方ならぬ煩わしさを覚える。しかし、法の期待する周到な訴訟運営と適正な判断をするためには、いつか一度は前述の事実関係の解明とその準備とをしなければならないし、終結後の整理はむしろ遅きに失するとさえいえる。訴訟進行中適時にこの一覧表が作られれば、以後は審理の進展に伴って新たな事項、資料を追加し適宜補正すれば足り、その都度全記録をくりかえし精読調査する必要は原則としてない。合議体裁判所が訴訟指揮と合議とを文字どおり適法に行うには、構成員全員が事案の詳細に通じていなければならない、従って全員の記録精読を不可欠とするが、一覧表が用意されているといわないとでは雲泥の差を生ずる。当事者が審理を進める方針（ことに証人尋問の準備）を樹て、また最終弁論を準備するときも、右と同様であることは言うまでもない。」

と解説している^{3, 4}。

以上のことから、民事訴訟手続にあつては、それが第一審であるか第二審であるかを問わず、事実審裁判官であれば、当事者の言い分に十分に耳を傾け、当事者の審理に対する態度を見極めるための最大限の努力を払うべきであり、かつ、形式的な判断のみによる審理とすべきではないことを強調したものであることを感得できる。

わが国の民事訴訟手続にあつては、元来、近藤元判事の説くような帰結を担保するための方策として三審制を採用しているのであり、それが制度

3 近藤完爾・民事訴訟論考（第三卷）274頁。

4 筆者は、AGO (Allgemeine Gerichtsordnung für preussischen Staaten) 以降の民事訴訟手続が、いかにして職権主義から当事者主義へ、同時提出主義から随時提出主義へと変貌を遂げたかについて、直接、近藤元判事の講義をうけたことがあるが、「審理の迅速化」を基調とする現代民事訴訟制度のなかに、当時説明をうけたAGO下の「真実の迅速探求」と「形骸化された口頭弁論」という観点が伏在しはじめ、特に控訴審手続において時折顔を出すようなことになっているのではないかと改めて考えさせられたところである。AGOの分析等については、近藤完爾・民事訴訟論考（第二卷）1～278頁所収の各論文。

としての目的を到達することで、国民の民事司法に対する信頼感が確立するところとなる。その意味では、事実審の終審となる控訴審は民事紛争解決の実効性をもたらしうるものとして重要な使命を有することに異存ないものと思われる⁵。

ところが、最近、民事司法は、三審制を活用した、当事者双方を納得させての解決を図るべく手続制度をないがしろにする方向を歩みはじめているのではないかといった指摘がなされるようになってきている⁶。民事訴訟の実際には、法や規則の定めにもそわないことも「実務の知恵」（実務慣行）として行われてきていることも永年の実務経験として報告されている⁷。わが国では続審主義を採用している以上、控訴審に顕われる「事後審的審理」もそれらの範疇に入るものと思われる。しかしながら、この「事後審的審理」をそのまま許容することについては問題と思われる。控訴審が事実審である以上、当事者の主張の漏れたところについて適法性を限度としてすくいあげる手続として機能すべきと考えるからである。

そこで、本稿では、控訴率（同年における控訴審新受件数の第一審判決数に対する比率）【図1、3】および控訴棄却率（同年における控訴棄却判

【図1】第一審通常事件の判決に対する控訴率の推移

年	簡裁事件	地裁事件
1990	2.99%	24.73%
1991	2.67%	24.51%
1992	2.15%	22.82%
1993	1.91%	21.84%
1994	1.43%	21.45%
1995	1.41%	21.31%
1996	1.56%	21.75%
1997	1.58%	21.16%
1998	1.51%	18.52%
1999	1.83%	20.34%
2000	2.06%	24.73%
2001	2.16%	24.51%
2002	2.04%	21.78%
2003	1.96%	21.16%
2004	1.99%	18.52%
2005	2.06%	20.34%
2006	1.92%	24.83%
2007	2.22%	24.55%
2008	2.39%	24.37%
2009	2.59%	22.45%

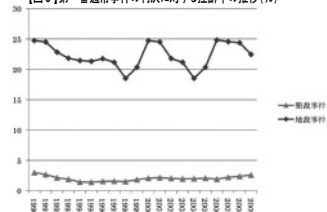
（司法資料統計参照のうえ算出）

【図2】控訴審における控訴棄却率の推移

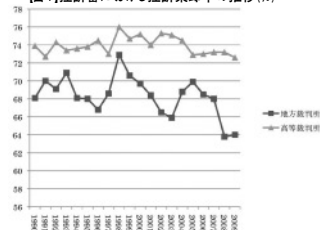
年	地方裁判所	高等裁判所
1990	68.1%	73.9%
1991	70.0%	72.7%
1992	69.1%	74.3%
1993	70.9%	73.4%
1994	68.1%	73.6%
1995	68.0%	73.8%
1996	66.8%	74.5%
1997	68.6%	73.0%
1998	72.9%	76.0%
1999	70.6%	74.7%
2000	69.7%	75.2%
2001	68.4%	74.0%
2002	66.5%	75.3%
2003	65.9%	75.1%
2004	68.8%	74.5%
2005	69.9%	72.9%
2006	68.5%	73.0%
2007	68.0%	73.2%
2008	63.8%	73.2%
2009	64.0%	72.6%

（司法資料統計参照のうえ算出）

【図3】第一審通常事件の判決に対する控訴率の推移（%）



【図4】控訴審における控訴棄却率の推移（%）



決数の控訴審判数に対する比率)【図2, 4】を基に, おもに裁判官の事案解明のための手法としての「引用判決」を考察したうえで, 「事後審的審理」許容の可否に触れながら控訴審の機能について検討したい。

2 続審制の存在意義

控訴審は, 原審判断の事実及び法適用の当否を批判吟味する性格を有する事実審である。したがって, 原審が判断に用いた積極的資料と消極的資料の総体を検討する必要がある, その限りで事件の再審理をすることに意義がある。このことは, 原審の審理を度外視して最初からやり直すのではなく, 原審の審理を土台として審理を続行し, 新たな資料を補充し, 原判決がなお維持できるものであるか否かの判断を決することであり, 控訴審の審理構造として続審制が採用された所以である。続審主義は, ドイツ法を経由したもので, ドイツ民訴法の改正の影響をつよく受けながら存続している⁸。

5 ドイツと日本における控訴審手続の比較法的考察および史の変遷については, 佐瀬裕史准教授が「民事控訴審の構造に関する一考察(1)・(2)・(3)——ドイツと日本における控訴審の誕生と展開を追って——」(法学協会雑誌125巻9号1頁以下・126巻11号34頁, 126巻1頁以下)と題して研究に取り組んでおられる。わが国の控訴審手続の充実に寄与するものとなることを期待するものであり, その完結をまちたい。

6 前掲・毎日新聞記事。また, 梅本吉彦教授は, 「控訴審第一回口頭弁論期日における結審」が, 当事者にとって不意打ち審理になる恐れのあることを指摘し, 「迅速な審理」に傾斜しすぎることは, 控訴審裁判所が続審主義を誤解したことになると警鐘を鳴らしている(梅本吉彦・民事訴訟法(第4版)(2009年)1050頁)。

7 田尾桃二「いわゆる『実務の知恵』について」判例タイムズ781号4頁。

8 ドイツでは, 2001年の民訴改正により続審制が後退したものと評価されている。その詳細については, 勅使川原和彦「2001-2002ドイツ民事訴訟法改正について」早稲田法学77巻3号207頁以下, 同「ドイツ上訴法改革の現状と課題」比較法学42巻1号187頁以下, ヘルベルト・ローテ「改正されたドイツの上訴法」(三上威彦訳)(民事訴訟雑誌53号85頁)が詳しい。

続審制と似て非なる建前として事後審制があるが、これは、原審判断の事実及び法適用を前提として控訴事件の審理をするものであり、そこでの事実認定については原審の判断が肯定的に把握可能である以上、控訴審でも同一の結果が得られるとの蓋然性がある限り、積極的に事実認定をし直すことは要しないものとする建前である。仮にこの建前が採用されたとすると、事実審は一度だけというに等しいことになり、民事訴訟の構造が事実上の二審制に帰することとなる。ただ、事後審を事実審として捉える限りにおいては、原審の事実認定に対する疑義があれば控訴審自らが事実審理できる余地が残され、なお三審制を維持できる。この点が、後述する続審制を維持しながらの事後審的審理を可能にする切り所となっていることになる。

これまで、続審制の採用化で問題にされてきた最大のものは、いわゆる弁論の更新権である⁹。弁論の更新権とは、続審主義を採ることにより、当事者は控訴審において、原審の口頭弁論終結により提出の機会を失った攻撃防御方法を再び与えることである。この更新権を無制限に認めるものとするならば、当事者は原審において弁論を尽くす努力を怠りがちになり、訴訟活動の中心が控訴審となり、第一審軽視になることはもとより、時間的かつ空間的な観点からの訴訟遅延がもたらされ、事案解明そのものが困難となるのであり、したがって、弁論の更新権にはおのずと何らかの合理的な制約を許容することで、事実審理の重点を第一審に措き、控訴審はその限りで補充的なものとして位置づけた続審制を念頭においたのである。民訴法における三審制もこの原理に基づいていることになる。旧来は、弁論の更新が無制約に行われ、そのために濫控訴が生じる実態さえあったことから、民事訴訟法の全面改正に際しては弁論更新のための要件を明確化

9 兼子一・新修民事訴訟法体系（酒井書店、1962年）448頁以下、高橋宏志・重点講義民事訴訟法講義下〈補正第2版〉508頁以下、伊藤眞・民事訴訟法〔第3版4訂版〕657頁以下。

することが急務とさえなっていたのである¹⁰。現行法下における弁論の更新権には、第一審における事実審理の原則に手が加わることで、重大な過失なくして第一審で提出できなかったものと認められる攻撃防御方法を控訴審における提出要件とすることにより、第一審の審理を疎かにすることのないように、また、訴訟の引き延ばしを図ることのないようにするため、控訴審において第一審の手続経過を踏まえた制限が加えられたことになる¹¹。

控訴審における弁論更新のための要件が明確にされたことにより、逆に事後審的審理に接近する傾向が生じているように思われる。その主な原因としては、実際に、控訴審裁判官が第一審の判断にいかなる態度でアプローチするか、すなわち、控訴審裁判官自身の積極的確信（第一審において顕出された資料の限定に傾斜した判断）に基づいて原審の事実認定をすることに積極的であるか否かにあることになる。

また、現代の裁判官は、第一審、控訴審を問わず、その事実審理において、人証調べに謙抑的であることが指摘されている¹²。とくに控訴審の人証調べについて、「訴訟の勝敗は多くの場合証拠評価に係るので、控訴審において人証の申請は殆どの事件でなされるが、人証の調べはそのために多くの時間を必要とするばかりでなく、一方の申請の人証を採用して調べると、その後しばしば他方の申請の人証を採用して調べざるを得なくなり、一步誤ると不当な訴訟遅延を招く危険がある」として、弁論の更新権の中心をなす攻撃防御方法の提出時機をめぐる問題よりも人証調べの必要性の判断に重点がおかれているとしながら、裁判実務の現状としては、控訴審の事実審理における人証調べには必ずしも積極的ではないことを示唆している。これは、当事者の納得のためにのみ人証調べを実施することが必ず

10 三月月章・民事訴訟法第2版（弘文堂，1985年）537－538頁。

11 梅本吉彦・民事訴訟法（第4版）（2009年）1049頁以下。

12 東孝行「民事控訴審の構造論と実務」判例タイムズ819号12頁以下。

しも弁論を尽くすことと整合性を有するものではないとするところにあるように思われる。

しかしながら、民事訴訟制度はその過程全体について、当事者の納得を前提とすべきはずであり、裁判官としては可能な限りそれが実現できるように努めるべきである。その限りでは、訴訟制度に対する「当事者の納得」を想起することなく、原審の判断が肯定的に把握可能である以上、控訴審でも同一の結果が得られる蓋然性があるとして、積極的に事実認定をし直すことは要しないと判断することにはやや問題があることになる。すなわち、控訴審の多くの場合に棄却判決となって現れることになるが、そのほとんどは「当事者の納得」とは乖離する形での判決となるのであり、しかも一定の型式に則したものとして作成されるからである¹³。

控訴審判決には、その型式として、原判決の出来がよくそれを維持する控訴棄却判決（全面的引用と限定的引用）、原審判決を全面的に書直してする控訴棄却判決¹⁴のほか、原審判決を取り消す判決（取消判決）、原審判決の結論部分だけを変更する判決（変更判決）とに大別することができ、

13 【図1, 3】および【図2, 4】では、地裁事件でおよそ20数%の控訴率であり、その約70%が控訴棄却になっていることが推計できることから、通常事件について控訴されたうちの6%程度が控訴審としての本来的な機能を果たしたことになるともいえる。

14 大阪高判平成18年12月22日。控訴棄却判決では、原審判決を引用しないものもあるが、多くは原審判決を引用しており、その引用の手法も異なっている。とくに部分引用を羅列する手法は、引用部分が多岐にわたるほどわかりにくい判決文になることは否めない。そうしたことから、専門誌においても原審判決を合わせて紹介することが多い。

15 ゴシック体太字判決では、概ね【以下、原判決「事実及び理由」中の「第2 事案の概要」及び「第3 当裁判所の判断」の部分引用した上で（ただし、***に関係する部分を除く。）、当審において、内容的に付加訂正した主要な箇所をゴシック体太字で記載し、それ以外の字句の訂正、部分的加除については、特に指摘しない。】（大阪高判平成18年5月17日判例タイムズ1237号277頁）というように表現される。

とくに後二者においては引用判決とゴシック体太字判決¹⁵という形で原審判決が流用されていることが紹介されている¹⁶。しかも控訴審判決の場合においては引用判決としてのスタイルが定型化されつつあるが、それらは裁判官の判決技法でもあり、統一モデルとして確立されているわけではないことから、引用判決の詳細な実態はなかなか把握できない状況にあるといえる¹⁷。それでも、原審判決の一定部分を全体的に引用して、控訴審の判決の中で補足ないし付加して説明する手法〔全体引用型〕と原審判決の項目ごとに控訴審の判決に必要な限度で部分的に引用した事項を羅列する手法〔部分引用型〕とに大別することができる¹⁸。

たとえば、スキューバダイビングの講習会に参加した者が、スキューバダイビング中にエアエンボリズムに罹患して死亡した事故につき、講習会の主催者の債務不履行責任及び使用者責任、指導者の不法行為責任が、いずれも認められなかった事例¹⁹では、

『 主 文

- 1 本件各控訴をいずれも棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。

事実及び理由

16 小池一利「民事控訴事件の実務上の留意点」判例タイムズ1270号25頁。

17 控訴棄却判決をもって、当事者がそれ以上に争うことを断念した場合の裁判例は、専門誌上に紹介されることがほとんどといえる。ちなみに、たとえば判例タイムズに紹介された控訴棄却判決は、2009年の一年間をみると、43件にすぎない。これは、実質的に争いない事件として処理されたものが多いとされる事情によるものと思われる。

18 控訴審における取消判決および変更判決については、引用判決にしないことを原則とすることが報告されている（雛形要松＝井上繁規＝佐村浩之＝松田亨「民事控訴審における心理の充実に関する研究」司法研究報告書第56輯201頁以下）。しかし、実際には、2009年一年間の専門誌上に公表された裁判例をみる限り、むしろ多くの場合に引用判決となっている実態がある。

19 東京高判平成13年3月28日判例タイムズ1068号174頁。

第1 当事者の求めた裁判

.....〈略〉.....

第2 事案の概要

当事者双方の主張を含むその余の本件事案の概要は、原判決「事実及び理由」の「第2 事案の概要」欄記載のとおりであるから、これを引用する（ただし、原判決五頁四行目の***を***と、七頁二行目の***を***と、同四行目から五行目までの***を***と、一四頁一行目から三行目までの***を***と、一六頁六行目から七行目までの***を***といずれも改める。）。

.....〈略〉.....

第3 当裁判所の判断

当裁判所も、控訴人らの被控訴人らに対する本件各請求はいずれも理由がないものと判断する。その理由は、以下に主要争点に関し付加、補足するほか、原判決「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」欄記載のとおりであるから、これを引用する（ただし***をいずれも***と読み替える。）。

.....〈略〉.....

第4 結論

以上によれば、控訴人らの本件各控訴はいずれも理由がない。

よって、主文のとおり判決する。』

というような表現になり、[全体引用型]の典型といえよう。

また、先履行すべき売買契約上の債務が履行遅滞に陥り、債権者から債務者に対する催告により解除権が発生した場合には、その後に債権者が債務者に対して負う後に履行すべき反対債務の期限が到来した結果、両債務が同時履行の関係に立つ場合の解除権の帰趨が問題とされた事例²⁰では、

20 東京高判平成19年9月5日判例タイムズ1292号207頁。

『 主 文

1 控訴人の本件控訴に基づき，原判決中，被控訴人に関する部分を次のとおり変更する。

2 被控訴人の本件付帯控訴を棄却する

3 控訴費用は，第1，2審とも，被控訴人の負担とする。

事実及び理由

第1 当事者の申立て

.....〈略〉.....

第2 事案の概要

次に付加訂正するほかは，原判決の「事実及び理由」の「第2 事案の概要」の1に記載のとおりであるからこれを引用する。

〈付加訂正〉.....〈略〉.....

原判決の「事実及び理由」の「第2 事案の概要」の2(1)及び(4)の「原告の主張」(原判決7頁13行目から8頁10行目まで及び11頁1行目から13行目まで)に記載のとおりであるからこれを引用する。

〈付加〉.....〈略〉.....

当事者双方の主張は，原判決の「事実及び理由」の「第2 事案の概要」の2(3)(原判決9頁17行目から10頁11行目まで)に記載のとおりであるからこれを引用する。

.....〈略〉.....

当事者双方の主張は，原判決の「事実及び理由」の「第2 事案の概要」の2(5)(原判決11頁15行目から12頁6行目まで)に記載のとおりであるからこれを引用する。

.....〈略〉.....

原判決の「事実及び理由」の「第2 事案の概要」の2(7)の「(原告の主張)」(原判決12頁21行目から13頁8行目まで)に記載のとおりであるからこれを引用する。

.....〈略〉.....

原判決の「事実及び理由」の「第2 事案の概要」の2（7）の「(被告**の主張)」(原判決13頁9行目から13行目まで)に記載のとおりであるからこれを引用する。

.....〈略〉.....

第3 当裁判所の判断

原判決の「事実及び理由」の「第3 争点に対する判断」の1に記載のとおりであるからこれを引用する(ただし、原判決14頁末行の「本件不動産の」の次に「当時の」を加え、16頁11行目の「担保権付で」を「担保権に関する登記の抹消をしない状態で」に改める。)

.....〈略〉.....

その理由は、次に付加するほかは、原判決の「事実及び理由」の「第3 争点に対する判断」の2に記載のとおりであるからこれを引用する(ただし、原判決18頁6行目の「シ」を「サ」に、21行目の「平成16年」を「平成17年」に、19頁2行目の「抵当権の負担付」及び20頁14行目の「担保権付で」をいずれも「抵当権設定登記を抹消をしない状態で」にそれぞれ改め、22頁19行目の「平成17年3月23日付け」の次に「で同月24日に差し出し、そのころ到達したと認められる」を加え、25行目の「7日」を「9日」に改める。

.....〈略〉.....

その理由は、原判決の「事実及び理由」の「第3 争点に対する判断」の5に記載のとおりであるからこれを引用する。

.....〈略〉.....

前記引用に係る原判決認定の事実(訂正後のもの、以下同じ。)及び弁論の全趣旨によれば…… 〈略〉

.....〈略〉.....

前記引用に係る原判決認定の事実によれば…… 〈略〉

……………〈略〉……………
 前記引用に係る原判決認定の事実によれば…… 〈略〉
 ……………〈略〉……………
 前記引用に係る原判決認定のとおりである。
 ……………〈略〉……………

第4 結論

以上によれば、……控訴人の本訴請求は、……とする限度で理由がある……、被控訴人の反訴請求及び附帯控訴に係る請求はいずれも理由がない。

よって、これと結論を異にする原判決を変更し、附帯控訴を棄却することとして、主文のとおり判決する。』

というような表現になるのが「部分引用型」の典型といえる。

以上のような形で引用が施されることは、棄却判決、取消・自判および変更判決のいずれにおいても許容されていることではあるが、前記のように専門誌上で2009年にとりあげられた控訴審判決全体の中では、棄却判決で10件、取消・自判で11件、変更判決で7件にいろいろな形でみられ、原審判決を引用していないものは13件となっている。

これらのような引用判決において問題にしなければならないことは、原審判決の部分的引用が過ぎるために、ひとつの判決文としてその内容を理解しがたいものになってしまう可能性のあることである。続審制という観点からすれば、原審判決と控訴審判決で1つの判決を形成するものではなく、継続した審理過程を経て醸成され連関する内容をもった別々の判決であるべきであり、その結果としてそれぞれともに紛争の当事者たる原被両造が判決内容を理解できるように形成される必要がある。あらかじめの結論を前提とした観念に基づいた安易な原審判決の引用は多くの危険を孕んでい

21 雛形要松＝井上繁規＝佐村浩之＝松田亨「民事控訴審における心理の充実に関する研究」司法研究報告書第56輯202頁以下。

ることを想起すべきである²¹。そこで、ここに、原審判決の安易な部分的引用をしたことにより却って事実関係を見失い、その結果誤った判断に立ち至った事例を紹介することとする。事例自体の問題の核心は、登記に表示された所在地番及び床面積が実際と異なる建物が借地借家法10条1項にいう「登記されている建物」に当たるか否かにあったものであるが、本稿では続審制の維持にかかわる事実問題の取扱いおよび控訴審における原審判決の引用の手法が重要な要素となることから、判決全文を掲記することをお許し願いたい。

第一審判決²²『主 文

- 1 被告株式会社オツデザイン工芸は、原告に対し、別紙物件目録記載4の建物を収去して、同物件目録記載1の土地のうち同物件目録記載2の土地部分を明け渡せ。
- 2 被告株式会社オツデザイン工芸は、原告に対し、平成15年10月28日から上記明渡済みまで1か月1万3700円の割合による金員を支払え。
- 3 被告乙本夏子は、原告に対し、別紙物件目録記載4の建物を退去して同物件目録記載1の土地のうち同物件目録記載2の土地部分を明け渡せ。
- 4 被告甲田花子は、原告に対し、別紙物件目録記載5の建物を収去して、同物件目録記載3の土地部分を明け渡せ。
- 5 被告甲田花子は、原告に対し、平成15年10月28日から前項の明渡済みまで1か月1万6200円の割合による金員を支払え。
- 6 訴訟費用は被告らの負担とする。
- 7 主文第2、第5項は仮に執行することができる。

事実及び理由

22 松山地判平成16年4月22日判例タイムズ1205号138頁。

第1 請求の趣旨

主文と同旨の判決及び仮執行宣言

第2 当事者の主張

1 請求原因

(1) 別紙物件目録記載1の土地（以下「本件土地」という。）は、もとHが所有していたところ、原告は、平成15年10月28日、競売によりこれを買受け、同月29日初有権移転登記を了した。

(2) 被告株式会社オツデザイン工芸（以下「被告会社」という。）は、本件土地のうち別紙物件目録記載2の土地部分（以下「西側土地部分」という。）上に同物件目録記載4の建物（以下「本件建物1」という。）を所有して西側土地部分（103平方メートル）を占有している。

(3) 被告乙本夏子は、本件建物1に居住して本件土地のうち西側土地部分を占有している。

(4) 平成15年10月28日からの本件土地のうち西側土地部分の賃料相当額は、1か月1万3700円を下らない。

(5) 被告甲田花子は、本件土地のうち別紙物件目録記載3の土地部分（以下「東側土地部分」という。）上に同目録記載5の建物（以下「本件建物2」という。）を所有して東側土地部分（121.66平方メートル）を占有している。

(6) 平成15年10月28日からの東側土地部分の賃料相当額は、1か月1万6200円を下らない。

(7) よって、原告は、所有権に基づき、主文第1、第3、第4項の裁判を、不法行為による損害賠償請求権に基づき、主文第2、第5項の裁判を求める。

2 請求原因に対する認否

(1) 被告会社

ア 請求原因(1)のうち、Hがもと本件土地を所有していたことは認め、

その余は知らない。

イ 同（２）は認める。

ウ 同（４）は否認する。

（２）被告乙本夏子

ア 請求原因（１）のうち、H がもと本件土地を所有していたことは認め、その余は知らない。

イ 同（３）は認める。

（３）被告甲田花子

ア 請求原因（１）は認める。

イ 同（５）は否認する。被告甲田花子は原告主張の建物に居住しているが、その所有者は同被告の長男甲田一郎と二男甲田二郎である。また、その建物は未登記ではなく、下記の建物（以下「65番の２の建物」という。）として表示・保存登記されているものである。本件建物２と65番の２の建物は、同一の建物である。

記

a 市 b 町 1 丁目 65 番地

家屋番号 65 番の 2

居宅 木造瓦葺平家建 26.44 平方メートル

名義人 甲田春代（甲田一郎と甲田二郎の被相続人）

ウ 同（６）は否認する。原告主張の占有面積には、他人が入居している本件建物１のための通路部分が存在している。

３ 抗弁

（１）被告会社及び被告乙本夏子

ア 建物保護法 1 条の抗弁

（ア）H の父と被告会社の代表取締役であった乙本秋夫の父乙本冬彦とは、昭和 19 年ころ、西側土地部分に関し、建物所有の目的で賃貸借契約（以下

「本件賃貸借契約」という。)を締結し、乙本冬彦は、同地上に建物(以下「旧建物」という。)を建築し、居住した。

(イ) 乙本秋夫と被告乙本夏子は、昭和27年8月22日婚姻し、旧建物において乙本冬彦とともに生活を開始した。

(ウ) 旧建物は、昭和47年ころ取り壊され、H又はその父の承諾の下、同年12月ころ、西側土地部分に本件建物1が建築され、被告会社の名義で所有権保存登記がなされ、乙本冬彦、乙本秋夫及び被告乙本夏子が本件建物1において生活を開始した。なお、被告会社から乙本冬彦に対する本件土地1についての賃料の支払はなされていないようであり、乙本冬彦と被告会社の西側土地部分に関する契約は、使用貸借であると考えられる。

(エ) 乙本冬彦は、昭和59年5月7日死亡し、乙本秋夫が本件賃貸借契約の賃借人たる地位を相続した。

(オ) 乙本秋夫は、平成8年4月20日死亡し、被告乙本夏子が本件賃貸借契約の賃借人たる地位を相続した。

(カ) 乙本冬彦、乙本秋夫及び被告乙本夏子は、H及びその父に対し、本件賃貸借契約の締結後、毎年賃料を支払っている。

(キ) 被告会社は上記のとおり、土地所有権者の承諾ある適法な西側土地部分の転借人であり、建物保護法1条により、本件建物1の登記をもって原告に対抗することができる。

また、被告乙本夏子は上記のとおり西側土地部分の賃借人であり、転借人たる被告会社の本件建物1の登記を援用し、賃借権をもって原告に対抗することができるのと解するのが建物保護法1条の趣旨にかなうというべきである。

イ 権利濫用又は背信的悪意者の抗弁

原告は、〔1〕西側土地部分には被告乙本夏子の賃借権が存在し、同土地部分に本件建物1が建築され、被告乙本夏子が居住していることを知りながら、〔2〕著しく低廉な借地権付評価額で西側土地部分を取得し、〔3〕

被告乙本夏子の賃借権の対抗力の欠如を奇貨とし、〔4〕被告乙本夏子の生活上の多大な損失を意に介せず、〔5〕不当の利益を収めようとして、被告会社及び被告乙本夏子に対し本件訴訟を提起していることは明らかである。これによれば、原告の本件請求は権利の濫用というべきであるし、また、原告は背信的悪意者と認めるのが相当である。

（2）被告甲田花子

被告甲田花子は、2（3）イのとおり、甲田春代名義の65番の2の建物（現在の所有者は甲田春代の代襲相続人甲田一郎と甲田二郎）に居住しているところ、東側土地部分の所有者と甲田春代及びその相続人との間では、建物所有を目的とする賃貸借契約が少なくとも甲田春代が上記建物を取得した昭和34年以来継続しており、建物保護法1条により、原告に対する対抗力を有している。

4 抗弁に対する認否

抗弁はいずれも否認し、法律上の主張は争う。

第3 当裁判所の判断

1 請求原因について

（1）請求原因（1）は甲1により認められる（原告と被告甲田花子との間では争いがない。）。

（2）請求原因（2）、（3）は当事者間に争いがない。

（3）証拠（甲4、8、9）及び弁論の全趣旨によれば、請求原因（4）が認められ、この認定に反する証拠はない。

（4）請求原因（5）につき検討する。

ア 証拠（甲2、3の1・2、7、11）及び弁論の全趣旨によれば、請求原因（5）が認められ、この認定に反する証拠はない。

イ 被告甲田花子は、同人が居住しているのは甲田春代名義の65番の2の建物（現在の所有者は甲田春代の代襲相続人甲田一郎と甲田二郎）であり、これは本件建物2と同一であると主張する。

しかし、証拠（甲 3 の 1・2，乙 1）によれば、本件建物 2 の床面積（増築部分約 9.64 平方メートルを含み、約 64.64 平方メートル）と 65 番の 2 の建物の床面積（26.44 平方メートル）とは大きな差があること、被告甲田花子は、現況調査のため訪れた松山地方裁判所執行官に対し、本件建物 2 は同被告の所有である旨説明していたこと、同執行官の現況調査報告書（甲 3 の 1）、再現況調査報告書（甲 3 の 2）には本件建物 2 は未登記である旨記載されていることが認められる。これらに照らせば、本件建物 2 は 65 番の 2 の建物とは別の未登記建物であり、被告甲田花子の所有にかかるものと認めるのが相当である。

（5）ア 証拠（甲 4，8，9）及び弁論の全趣旨によれば、請求原因（6）が認められ、この認定に反する証拠はない。

イ 被告甲田花子は、東側土地部分の面積 121.66 平方メートルには本件建物 1 のための通路部分が存在しているから、その部分は被告甲田花子の占有面積から控除すべきであると主張する。確かに、証拠（甲 3 の 1・2）及び弁論の全趣旨によれば、東側土地部分には本件建物 1 の居住者（被告乙本夏子）が通行するための通路となっている部分があることが窺われるが、証拠（甲 3 の 1・2）により認められる関係人の執行官への説明内容、本件建物 1，2 の位置関係に照らすと、東側土地部分は本件建物 2 のための敷地として、西側土地部分は本件建物 1 のための敷地として旧所有者との間で利用権が設定された（ただし、それが第三者に対する対抗力を有するものと認められないことは、後記のとおりである。）と認められるから、上記通路となっている部分についても、被告甲田花子の占有は否定されないというべきである。

2 抗弁について

（1）被告会社及び被告乙本夏子の抗弁について

ア（ア）被告会社は、土地所有権者の承諾ある適法な西側土地部分の転借人であり、建物保護法 1 条により、本件建物 1 の登記をもって原告に対抗

することができる」と主張する。

しかし、被告会社への転貸人である乙本冬彦、乙本秋夫及び被告乙本夏子の西側土地部分に対する賃借権が対抗要件を具備していると認めるに足りる証拠はないし、また、乙本冬彦と被告会社の西側土地部分に関する契約は使用貸借であることを被告会社及び被告乙本夏子自身認めている（抗弁（１）ア（ウ））のであるから、建物保護法１条が適用される余地はなく、上記主張は失当といわざるを得ない。

（イ）被告乙本夏子は、西側土地部分の賃借人として、転借人たる被告会社の本件建物１の登記を援用し、賃借権をもって原告に対抗することができる」と主張する。

しかし、前記のとおり、被告乙本夏子の賃借権が対抗要件を具備していると認めるに足りる証拠はないし、被告会社の西側土地部分に関する権利は使用借権であるから、被告乙本夏子はその賃借権をもって原告に対抗することはできないというべきである。

イ 被告会社及び被告乙本夏子は、抗弁（１）イのとおり、原告が被告乙本夏子の対抗力の欠如を奇貨とし、不当の利益を収めようとして本件訴訟を提起しているなどとして、原告の請求は権利濫用であり、また、原告は背信的悪意者に当たると主張する。しかし、本件全証拠をもってしても、上記事情の存在を認めることはできず、原告の請求が権利濫用であるとも、原告が背信的悪意者であるともいうことはできないから、被告会社及び被告乙本夏子の主張は失当である。

（２）被告甲田花子の抗弁について

被告甲田花子は、同人が居住しているのは甲田一郎と甲田二郎所有の65番の２の建物であり、東側土地部分の所有者と甲田一郎及び甲田二郎との間では、建物所有を目的とする賃貸借契約が継続しており、建物保護法１条により、原告に対する対抗力を有していると主張する。

しかし、被告甲田花子が居住しているのは未登記の本件建物２であると

認むべきことは1（4）で説示したとおりであるから、上記主張は前提を欠き失当である。

第4 結論

以上によれば、原告の本件請求はいずれも理由があるから認容し、主文のとおり判決する。なお、主文第1、第3、第4項についての仮執行宣言は相当でないから付さないこととする。』

控訴審判決²³『主 文

- 1 本件控訴をいずれも棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。

事実及び理由

第1 控訴の趣旨

1 控訴人株式会社オツデデザイン工芸及び同乙本夏子

- (1) 原判決中控訴人株式会社オツデデザイン工芸及び同乙本夏子に関する部分を取り消す。
- (2) 被控訴人の控訴人株式会社オツデデザイン工芸及び同乙本夏子に対する請求をいずれも棄却する。

2 控訴人甲田花子

- (1) 原判決中控訴人甲田花子に関する部分を取り消す。
- (2) 被控訴人の控訴人甲田花子に対する請求を棄却する。

第2 当事者の主張

原判決の「事実及び理由」中、「第2 当事者の主張」記載のとおりであるから、これを引用する。ただし、原判決5頁15行目の「明らかである。」の次に、次のとおり加える。

「また、控訴人乙本夏子は、現在76歳と高齢の年金生活者で、本件建物

23 高松高判平成16年4月22日判例タイムズ1205号138頁。

1 以外に住むところはなく、頼るべき親戚もおらず、同人の賃借権の対抗力の欠如につき特段責められる事情はない一方、被控訴人は、不動産競売ブローカーであり、本件のように現在の居住者が建物保護法等により保護されていないことを物件明細書等で把握するや市場価格よりかなり低額で落札し、すぐさま明渡訴訟を提起している。」

第3 当裁判所の判断

次のとおり補正するほかは、原判決の「事実及び理由」中、「第3 当裁判所の判断」記載のとおりであるから、これを引用する。

1 原判決6頁14行目冒頭から23行目末尾までを、次のとおり改める。
「確かに、証拠（甲1, 3, 乙1ないし8, 10, 11, 13ないし17。枝番を含む。）及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。65番の2の建物は、現在のa市b町一丁目24番地1の場所（東側土地部分）に、昭和22年に住宅営団によって新築された。同年8月に訴外K（以下、「訴外K」という。）に売却され、昭和24年8月に住宅営団により床面積8坪（後に26.44平方メートルと書替）として保存登記がなされた後に、同年11月に訴外Kに所有権移転登記がなされた。その後訴外Kは同建物を約13.32平方メートル増築し、床面積は約39.76平方メートルになった。昭和34年4月に、控訴人甲田花子の夫の母である訴外亡甲田春代（以下、「訴外春代」という。）が、同建物を買い受け、同月に所有権移転登記がなされた。その後昭和43年ころに、訴外春代が同建物を約16.18平方メートル増築するとともに、昭和44年ころに、同建物に隣接して約4.06平方メートルの物置（本件建物2のうち、浴室とされる付属建物約3.96平方メートルを指すと思われる。）を新築した。平成2年6月に、訴外春代は死亡し、その孫であり控訴人甲田花子の子である訴外甲田一郎及び二郎（以下、「訴外一郎ら」という。）が同建物を代襲相続し、平成15年ころに、訴外一郎らが、同建物に8.45平方メートルを増築した（本件建物2のうち増築部分約9.64平方メートルとほぼ重なると思われる。）。こうして、上記建物は増

築部分と新築された物置の部分を含めて、現在の本件建物2とほぼ同じ姿となった。この間、同建物の所在地は、昭和39年に地番変更となり、さらに昭和61年に分筆により変更となったが、地番についても床面積についても更正登記はなされないまま、平成15年に本件土地は競落された。そこで本件控訴後の平成16年6月に、訴外一郎らは、65番の2の建物は、地番変更や増築などを経て本件建物2となったとして、所在地を『a市b町一丁目24番地1』、主たる建物の床面積を64.39平方メートル、附属建物の床面積を4.06平方メートル、平成2年6月に訴外一郎らが相続したとして、65番の2の建物につき表示変更・表示更正登記を申請し、その旨の登記がなされた。

ところで、建物保護法1条は、建物の所有を目的とする土地の借地権者がその土地の上に登記した建物を有するときは、当該借地権の登記がなくても、その借地権を第三者に対抗することができることによって、借地権者を保護しようとするものである。この立法趣旨に照らせば、賃借権の設定された土地の上の建物についてなされた登記が、錯誤又は遺漏により、建物所在地番の表示において実際と相違していても、建物の種類、構造、床面積等の記載とあいまち、その登記の表示全体において、当該建物の同一性を認識できる程度の軽微な相違である場合には、その土地を買受けようとする第三者は現地を検分して賃借権の有無を知ることができるのであるから、建物保護法1条1項にいう『登記シタル建物ヲ有スル』場合にあたると解すべきである。しかしながら、本件においては、以上に認定したとおり、被控訴人が本件土地を競落した当時、65番の2の建物登記の所在地番は『a市b町一丁目65番地』であって、本来の所在地番である『a市b町一丁目24番地1』とは大きく異なっている上に、上記登記上に表示された建物も、昭和22年に新築された当時の26.44平方メートルの部分しか示しておらず、本件建物2のうちの大部分は上記登記に反映されていない。また、そのため、松山地方裁判所執行官の現況調査報告書（甲3

の1)及び再現況調査報告書(甲3の2)にも本件建物2は未登記である旨記載されており、このような場合にまで賃借人を保護するときには、その土地を買い受けようとする第三者を不当に害することになりかねない。したがって、上記の地番や床面積の相違は、建物の同一性を認識するのに支障がない程度に軽微であるとは認められず、65番の2の建物の登記をもって、控訴人甲田花子が建物保護法1条にいう登記した建物を有しているとはいえない。また、上記の事情のもとでは、後に現在の本件建物2を表示するものとして更正登記ができたとしても、かかる登記の効力は遡及しないと解すべきである。控訴人甲田花子の主張は、失当というほかない。」

2 原判決7頁25行目冒頭から8頁5行目末尾までを、次のとおり改める。
「(イ)控訴人乙本夏子は、土地の借主(転貸人)と転借人との間の契約が使用貸借であったとしても、それが地主の承諾ある適法な転貸借であり、転借人名義の建物登記がある場合には、借主(転貸人)は転借人の建物登記を援用して建物保護法1条による対抗力を第三者に対して主張できると解すべきであると主張する。

しかしながら、(ア)で判示したように、使用貸借に基づく転借人はそもそも使用借権を第三者に対抗できないのであるから、借主(転貸人)の賃借権に同法1条を適用するにあたり、同条にいう『登記シタル建物』にも、使用貸借に基づく転借人名義の建物登記は含まれないと解するのが相当であって、控訴人乙本夏子の主張は、独自の見解と言わざるを得ない。控訴人乙本夏子の賃借権は対抗要件を具備しているとは認められない。」

3 原判決8頁9行目の「しかし」から12行目末尾までを、改行の上、次のとおり改める。

「確かに、被控訴人は、不動産業者であって、本件土地につき控訴人らの賃借権が対抗要件を具備していないとする物件明細書(甲10)に基づき競売手続によりその所有権を取得している以上は、控訴人乙本夏子の賃借権が対抗要件を具備していないことにつき悪意であったと推認される。し

かしながら、被控訴人が本件土地を競落した際の評価書（甲11）によれば、本件土地の最低売却価格は、控訴人らの借地権が対抗要件を備えていないことを前提として、別々の所有者の建物が2棟あることから、それらの収去に時間がかかることなどの状況を斟酌し、借地権割合（50パーセント）にさらに50パーセントをかけた25パーセントを、本件土地上にある建物に付着する場所的利益として控除した上で、本件土地の最低売却価格が定められていると認められる。そして、そのように、本件土地の最低売却価格が、控訴人らの借地権が対抗要件を備えていないことを前提に決められている以上は、抵当権設定時より特殊の意図を持っていた抵当権者が自己競落した場合など特段の事情がない限りは、権利濫用にあたることも背信的悪意者にあたることも言えないと解すべきである。本件においては、買受人である被控訴人は、控訴人乙本夏子にとって全くの第三者であって、たとえ控訴人乙本夏子が本件建物1以外に直ちに住むべきところがないなど、同人が主張するような事情があったとしても、それをもって被控訴人の請求が権利濫用であるとも、被控訴人が背信的悪意者にあたることも認められない。」

第4 結論

よって、被控訴人の請求はいずれも理由があるので、これらを認容した原判決は相当である。本件控訴はいずれも理由がない。』（下線は筆者による）

最高裁は、本件建物の所有者が控訴人甲田花子の子である訴外甲田一郎及び二郎であると認定しながら、他方で本件建物を控訴人甲田花子が所有しているとの第一審判決の説示をそのまま引用し、控訴人甲田花子に対し建物収去土地明渡を命じた第一審判決をそのまま維持したため、建物収去を命じる部分についての理由に食違いが生じているとして、原判決のうち上告人に関する部分を破棄し、原審に差し戻した²⁴。

この判決の中で、泉元最高裁判事は、控訴審の引用判決について、「原判決は、「当裁判所の判断」として、「次のとおり補正するほかは、原判決の『事実及び理由』中、『当裁判所の判断』記載のとおりであるから、これを引用する。」と記載し、第1審判決書の理由のうち「上告人が東側土地部分上に本件建物等を所有して東側土地部分を占有している」との部分引用箇所として残したまま、独自に「上告人らの子であるCらが代襲相続によって本件建物等の所有権を取得した」との判断を付加し、相矛盾する事実の認定をすることになった。

原判決は、控訴審の判決書における事実及び理由の記載は第1審の判決書を引用してすることができるとの民訴規則184条の規定に基づき、第1審判決書の「当事者の主張」の記載を引用すると表示しつつ、これに追加の主張を1箇所付加し、また、第1審判決書の「当裁判所の判断」の記載を引用すると表示しつつ、そのうちの3箇所の部分を原審独自の判断と差し替えている。

民訴規則184条の規定に基づく第1審判決書の引用は、第1審判決書の記載そのままを引用することを要するものではなく、これに付加し又は訂正し、あるいは削除して引用することも妨げるものではない（略）。しかしながら、原判決の上記のような継ぎはぎ的引用には、往々にして、矛盾した認定、論理的構成の中の一部要件の欠落、時系列的流れの中の一部期間の空白などを招くおそれに伴う。原判決は、そのおそれが顕在化した1事例である。この点において、継ぎはぎ的な引用はできるだけ避けるのが賢明である。

また、第1審判決書の記載を大きなまとまりをもって引用する場合はと

24 最判平成18年1月19日（裁判集民事219号49頁判例タイムズ1205号138頁）。本稿では、判決の引用に関する事例としている。本判例を解説したものとしては、塩崎勤・平成18年度主要民事判例解説（判例タイムズ1245号54頁）。

もかく、継ぎはぎ的に引用する場合は、控訴審判決書だけを読んでもその趣旨を理解することができず、訴訟関係者に対し、控訴審判決書に第1審判決書の記載の引用部分を書き込んだ上で読むことを強いるものである。継ぎはぎ的引用の判決書は、国民にわかりやすい裁判の実現という観点からして、決して望ましいものではない。

さらに、民訴規則184条は、第1審判決書の引用を認めて、迅速な判決の言渡しができるようにするための規定であるが、当該事件が上告された場合には、上告審の訴訟関係者や裁判官等は、控訴審判決書に第1審判決書の記載の引用部分を書き込むという機械的作業のために少なからざる時間を奪われることになり、全体的に見れば、第1審判決書の引用は、決して裁判の迅速化に資するものではない。

判決書の作成にコンピュータの利用が導入された現在では、第1審判決書の引用部分をコンピュータで取り込んで、完結した形の控訴審の判決書を作成することが極めて容易になった。現に、「以下、原判決『事実及び理由』中の『事案の概要』及び『当裁判所の判断』の部分引用した上で、当審において、内容的に付加訂正を加えた主要な箇所をゴシック体太字で記載し、それ以外の字句の訂正、部分的削除については、特に指摘しない。」、あるいは「以下、控訴人を『原告』、被控訴人を『被告』という。なお、原判決と異なる部分（ただし、細かな表現についての訂正等を除く。）については、ゴシック体で表記する。」等の断り書きを付して、控訴審判決書の中に引用部分をとけ込ませ、自己完結的な控訴審判決書を作成している裁判体もある。このような自己完結型の控訴審判決書が、国民にわかりやすい裁判の実現、裁判の迅速化という観点において、継ぎはぎ的な引用判決よりもはるかに優れていることは、多言を要しないところである。本件の原審がこのような自己完結型の判決書を作成しておれば、前記のような誤りを容易に防ぐことができたものと考えられる。」との補足意見を述べ、安易に過ぎる判決の引用に警鐘を鳴らしたのである。

元来、裁判官は判決するにあたっては、「その良心に従ひ独立してその職権を行ひ」（憲法76条3項）、かつ、「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により」（民訴法247条）、事実判断をなすこととされており、裁判官独自の手法を加えながら判決書が作成されてきた経緯がある。とくに第一審手続については、倉田卓次元判事が、判決を書く前提としての裁判実務に関する臨床技術論として「手控の技法（民事通常事件について）」を著されている²⁵。現代においても裁判官は、手控の活用をされているに違いないものと推測するが、倉田元判事の現役時代とはかなりの質的な違いがあるのではないだろうか。当時の倉田元判事は、事件ごとの期日前に記録を精読する困難さを克服するために、「訴訟指揮上、記録に代りうる、しかも記録よりずっとハンディな手控を作っておいて法廷に臨むしかない」として、「簡単な手控」ではない「細かい手控」の必要性を説いたうえで、高裁の陪席をするときにはとくに証拠内容についての「手控」が必要であったことを付け加えている。

現代の「手控」の実状については、今後さらなる検討の材料としていく必要があるものと考えられるが、現時点において、現行民事訴訟法にのっとった訴訟手続が、訴状段階、口頭弁論段階、証拠調べ段階においてある種の定式化がなされ、しかも提出される訴状および準備書面等が電子文書化された現状にあつては、記録の精読が容易になり「手控」は簡単に済ますというタイプの裁判官が多数になった状況にあるのではないかと想像する。大胆な推測をすると、その結果として、控訴審においては原審判決を重要視することから、判決の引用を多用することになるのではなかろうか。

判決の引用に関しては、旧民事訴訟法391条で「判決ニ事実及理由ヲ記載スルニハ第一審判決ヲ引用スルコトヲ得」と規定されていたものが、現在は、民事訴訟規則184条に「控訴審の判決書又は判決書に代わる調書に

25 判例タイムズ311号42頁（1973年12月）以下。

における事実及び理由の記載は、第一審の判決書又は判決書に代わる調書を引用してすることができる。」と規則化されて運用されている。これは、現行民事訴訟法253条が定める判決書の記載事項を前提として、これを記載する際の具体的な方法について定めるものであることから、判決書作成の細目に関する事項を定める規定として規則化されたものである。これは、控訴審が続審である以上、第一審の口頭弁論の結果は控訴審において必ず陳述され、控訴審における判決書の記載と第一審の判決書の記載とに重複する部分が必ず生ずることから、そのような重複する部分について第一審判決の引用を認めて、迅速な判決の言渡しができるようにするための規定とされ、当事者も上告裁判所も、控訴裁判所の認定判断の理解をすることに支障はないとされている²⁶。

これまで、引用判決の手法を概観したように、判決書の重複記載回避や迅速な判決の言渡しを含めた「手続の迅速化」という理念は、裁判実務の運用上は大きな利点があることを認めなければならないが、民訴規則184条が、第一審判決の引用の仕方について何らの限定をしていない点は問題にしておかなければならない。つまり、引用の仕方次第では、「手続の迅速化」には大きく貢献するものの、当事者の理解＝当事者の納得ということとは乖離することになるからである²⁷。民事判決書は、紛争当事者た

26 最高裁判所事務総局民事局監修・条解民事訴訟規則380頁（司法協会、平成9年2月）

27 実際に、引用判決によるメリットとして挙げられているのは、①判決内容理解の容易性、②繰返しの省略化③裁判官の負担軽減化、④控訴審判決内容の明確化である。これらは、いずれも裁判実務上の観点からのもので、当事者の満足という観点を必ずしも重視したものとはなっていないように思われる。むしろ、引用判決は読みづらく、第一審判決書と控訴審判決書を対照したとしても内容的理解が煩わしいばかりか、控訴審判決書のみでは控訴審判決の内容を理解することは困難な場合が多く、しかも控訴審独自の判断が示されていないことさえ多い（雛形要松＝井上繁規＝佐村浩之＝松田亨「民事控訴審における心理の充実に関する研究」司法研究報告書第56輯201頁）。

る訴訟当事者の理解＝納得を得てはじめてその使命を全うするものでなければならない。その意味では、泉元最高裁判事が詳細に指摘したように、第一審判決書の引用の仕方については、部分的な引用は回避すべきであるし、引用したことによって当事者にとって分かりにくくなることのない判決書になるように努めるべきことになる。

さらに、例証として掲げたのは、引用判決のティピカルなものであるが、このようにタイプ化された控訴審判決において、原審判決を妥当とする場合のほとんどは人証調べが実施されないまま判決に至るケースが圧倒的であることが控訴棄却率の高さからも窺われるところであり、そのことが控訴審手続の形骸化をもたらすことになり、「当事者の納得」を得られない要因となると考えられる。そして、そのこと以上に問題と思われるのは、当事者に裁判所の考えが理解できる程度の内容として示すべき判決文が、原審において採用された証拠のみを取り上げて辻褄合わせをした「一丁上がり」式のものとして指摘できることである。その全文を掲記した控訴審判決などはその典型といえるだろう。

判決の様式として、旧様式から新様式に変化し定着したものと思われる現在において、諸々の原因から、過去におけるよりも進んだかたちでいわゆる「ストーリー論」²⁸が裁判官の仕事に浸透しはじめていてのではないか、このことも控訴審において事後審的審理を容易にさせているのではないと思われる²⁹。

そして、上記のような判決は、近藤元判事が、「裁判所が混在する積極、消極の資料に基いて心証を形成するに当たっては、特定の見地のみに立って

28 ストーリー論には、原告（訴訟代理人）のストーリー論、被告（訴訟代理人）のストーリー論そして裁判官のストーリー論があるといわれている。筆者としては、裁判官による予めの（口頭弁論終結前の）ストーリー論は、それに都合のよいように資料が集められ判断材料にされていくことから、もっとも戒めるべき裁判官の行為としたい。

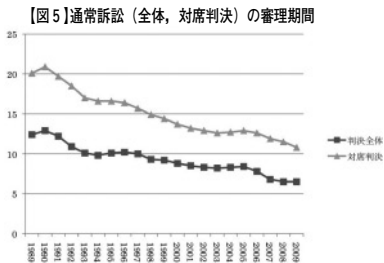
29 判例タイムズ1286号26頁〔高橋宏志教授発言〕。

判断資料を整理分類し評価するだけでなく、反対の見地にも立ってこれを行うことを必須とし、更に第三のいわゆる中立的見地の角度」から「独自の評価」を施すべきことを強調されているが、そうした裁判官のもっとも大事な仕事を放擲したことを意味することになろう。このことこそが民事訴訟制度を利用した当事者からの理解＝納得が得られない最大の原因ではないだろうか。

3 続審制の貫徹

控訴審判決の定型化は、審理手続にも大きな影響を与え、その結果、続審主義を維持したままに事後審制を指向するという木に竹を接いだ感のある審理方式をあみだす元になっていると考えられる。前述したように、控訴審が事実審である以上、当事者の主張の漏れたところについて適法性を限度としてすくいあげる手続として機能しなければならないのであり、訴訟当事者を可能な限り理解＝納得させるためには、控訴審は事実審の終審として第一審以上に慎重な事実認定をすべきこととなるはずのものであるといえる。

そのことは、事後審的審理方式によれば、「事実認定の誤りを主張する控訴（控訴審は事実審であり、第一審の事実認定の誤りの是正が大きな役



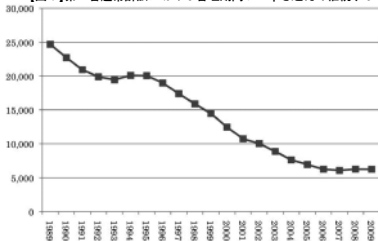
割であるにもかかわらず）が裁判官の主観的な判断により、しかも第一回口頭弁論期日に結審され、控訴審の手続がこの裁判官の主観的な判断を争う機会を当事者に与えずに終了してしまう」ことが指摘³⁰されている。

30 松本博之「控訴審における『事後審的審理』の問題性」青山善充先生古稀祝賀論文集459頁以下。

ることとも平仄が合致する。

一方では、現行民事訴訟法の控訴審は、第一審において得られた資料からみて第一審判決の当否を検討するものとする事後審制と第一審判決を無視し改めて審理をやりなおすものとする覆審制の折衷として機能する中間形態としての続審制であるともいわれている。すなわち、控訴審の判断が判決主文において第一審判断と異なる場合にのみ第一審判決が取り消されるという点で事後審的であり、控訴審が第一審の資料と新たに提出された資料を併せたうえで心証を形成し判決に至るという点で覆審的であるとする。その上で、控訴審において、時機に後れた攻撃防御方法の却下（民訴157条）を積極的に活用されることになればなお事後審制に傾斜したものになると指摘する³¹。しかしながら、控訴審が事実審である以上、適法性を限度としての事実の主張および証拠の提出は許されるべきものであり、その意味では第一審裁判所の確定した事実拘束されるわけではないといえる³²。また、控訴審において提出される資料が第一審の口頭弁論終結後のものに限られているわけでもない（民訴法297条）。したがって、攻撃防

【図6】第一審通常訴訟における審理期間が2年を超えて継続する事件数



御方法の提出が適時である場合あるいは攻撃防御方法の提出が時機に後れたことの理由について説明できる場合には何ら制限されるべきではない理になる。このことこそが、控訴審を第二の事実審として機能させる

31 高橋宏志・重点講義民事訴訟法講義下〈補正第2版〉（2010年）508頁以下。

32 ドイツでは、控訴審を「法コントロール審」と構成し直したことから、第二の事実審としての機能を失ったとされる（井上繁樹・民事控訴審の判決と法理395頁）。ただ、ドイツの控訴審における第一審判決の引用については、その規定の仕方に変更はあるものの、内容的な変更はない（旧ZPO543条1項とZPO540条1項を比較参照）。

べき所以であり、手続の迅速化をもってしても放棄すべきではない控訴審の重要な機能といえる。

元来、民事紛争は、その当事者間における小さな歴史なのであり、しかも双方ともになかなか客観視できない状態に陥った物語でもあることから、民事訴訟にあつては裁判官を通じて双方ともに客観視できる物語として判決に描き出されることを原被両造ともにそれぞれの立場で期待するものといえる。その意味では、歴史学の世界では、公式の歴史は権力を握った側に都合のいい資料に基づく記録であるとするようであるが、民事訴訟の世界では、裁判官は当事者双方から得られた訴訟資料をもとに紛争当事者のための物語を描く必要があるものであり、いずれかの当事者にだけ依った判断や、裁判官自身の着想のみに依った判断は、あらゆる努力をして回避しなければならないものといえる。

上記の点に関連する限りにおいて、控訴審判決の定型化は、「訴訟手続の迅速化」ということとも密接な関係がありそうである。それは、早い判決を急ぐあまり、物語の作成を急ぐことにあると思われる。旧民事訴訟法の時代（一応1947年～1989年頃まで）から、裁判官は訴訟当事者が提出する訴訟資料をもとに紛争解決のための物語（判決）を提供すべく努力が続けられているが、この時代は、民事紛争が私的なものであったことから、長い間まるで放任するかのように訴訟当事者任せの訴訟運営を続けたといわれ、結果として漂流型審理にならざるを得なかったとされる。この間、裁判官の間では、訴訟審理の「迅速化」という語を用いることさえタブー視されたということであるが、その後、訴訟事件数の厩大化、訴訟事件の長期化が進む中で、訴訟審理上の工夫としての「和解兼弁論」や「争点中心型審理」が試行され、さらにその後の司法制度改革の最重点として民事訴訟法の全面改正（1996年）が行われたのである³³。

以上のような背景の中で、控訴審手続も改善がなされてきたことになるが、民事訴訟手続自体としての最重点は手続の迅速化におかれたといつて

も過言ではなく、旧民訴時代の反省もあって、猛烈な「迅速化」にさらされたことになる。本稿の論点に直接関係する観点としては、この手続の迅速化は、ワードプロセッサの活用とその普及そしてその後のパーソナルコンピュータの発展普及によってもたらされたところ大という点であろう。裁判所にワードプロセッサが導入し始めるのは1992年ごろといわれ、その後のパーソナルコンピュータ導入により、手続全体の迅速化と相まって判決書作成は大いにスピード化したことになる。そうした中で引用判決の問題が改めて注目すべき問題になったことになる。

手続の迅速化というテーマが、現代の訴訟手続における要素であることを否定するものではないが、控訴審は事実審であり、それ以上でもそれ以下でもないことから、事実審として採用すべきとされる諸原則は控訴審においてもすべて採用されることが前提とされるべきである³⁴。

4 おわりに……控訴審の形骸化を回避するために

民事訴訟の目的が紛争の解決にあることに疑いないところであるが、ここには同時に「当事者の納得」を要するものとする。それは、具体的な事案の解明と真相究明に「当事者の納得」が加わることで実体的真実が発見できたことになるからである。

33 民事第一審通常訴訟における審理期間の推移を概観しただけでも、審理の「迅速化」にはめざましいものがあることは明確である。殊に、審理期間が2年を超えて係属する事件数の激減は象徴的である。審理期間が2年を超えて係属する事件数は、昭和47年の32,088件を最高として毎年減少し、【図6】に見られるように、その後も減少し続けて、現在はピーク時の約6分の1に当たる6,241件となっている。こうした傾向は、【図5】のように、通常事件の審理期間についても同様で、全体の平均審理期間は、ピーク時の約2分の1に当たる6.5カ月となっている（図は、最高裁判所・裁判所データブック2010に基づいて作成）。

34 松本博之「控訴審における『事後審の審理』の問題性」青山善充先生古稀祝賀論文集489頁以下。

元来、控訴審は第一審の審理を基盤とした手続であり、その意味では口頭弁論は必須であるはずであり、弁論の更新もその第一回期日において行われる筋合いのものであろう。そこでは、第一審判決を不服とする当事者が申し立てた範囲に限定した口頭弁論が行われ、更新された資料を基礎とし、かつ、控訴審において新たに顕出された資料を加えて、控訴審の口頭弁論終結時を基準として、不服申立ての当否について審判することになる。このことこそが統審主義の本体である。その意味では、第一審判決とそれに対する不服申立てを形式的に比較することによる判断だけでは当事者の納得を得るためには到底足りないものとなるのであり、たとえ審理の迅速性を担保できたとしても、それは統審主義とは乖離したものとなろう³⁵。

本稿では、控訴審の形骸化の原因の一つが、実は訴訟審理の「迅速化」が底流となって統審制放棄の波が起こり、その波及的な影響としての原審判決の引用という裁判官の判決書の作成技法にあるのではないかということを描いたことになる³⁶。

統審主義を採らない刑事訴訟においては、ややもすると控訴審では第一審の証拠調べ以上のことはしないまま事実審理は終わり、そのことが結果として冤罪事件につながる場合もあることが指摘されている³⁷。民事事件は、刑事事件とはおよそ異なる性質を有するものであることは理解できるが、それでも訴訟手続である限りでは一定の関係があり、刑事訴訟手続上問題となることがらについては、いく分神経質であってもいいと思われる。ことに真相究明という観点については両訴訟手続において大差があるわけ

35 梅本吉彦・民事訴訟法〈第4版〉(2009年) 1049頁。

36 実際に、現行民事訴訟法の成立過程において、控訴審の見直しに関して、統審制を見直すべきとする意見に加えて、控訴審の判決書についても、原判決の判決理由の引用を許さないようにすべきであるとする意見が寄せられていた(法務省民事局参事官室編・民事訴訟手続に関する改正試案『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要) 別冊 NBL27号67頁)。

37 押田茂實・法医学現場の真相(祥伝社新書) 36頁以下。

ではない。ただ、民事事件の場合は、紛争当事者たる訴訟当事者は、訴訟手続終了後も社会生活上何らかの一定の関係（社会的関係・経済的关系などを総体とする人間関係）を保ち続けていかなければならないことが多い点で、裁判官は「当事者の納得」を前提とした事案解明に神経を注ぐ必要が大といえよう。民事裁判を通じての人間関係の修復作業は、担当する裁判官が、事実審たる第一審・控訴審を通じて、事実関係全体をどこまで把握できるかであり、紛争の当事者たる訴訟当事者にその結果としての判断をどこまで理解＝納得させるかにある。そのことは、判決の引用の際にも反映されるべきであり、最大限の工夫が凝らされるべきと考える³⁸。

以上のような見地からすると、控訴審の使命は重大であり、第一審判決を基としたストーリーどおりの審理によって生じることになるとされる控訴審の形骸化は可能な限り回避されなければならないと考える。

38 現代の裁判実務においてパソコンの活用が一般化された以上、引用部分を省略する形ではなく、むしろ引用部分をそのまま埋め込んだ形での判決書を作成した方が、訴訟当事者には理解しやすいと思われるし、泉元最高裁判事も主張しているように、裁判官にとってもそれほど負担になることはないと思われる。そこで本文中の控訴審判決を引用埋込型で作成することを試みて資料とした（資料参照）。

資料／引用埋込判決（控訴審判決）

『主 文』

- 1 本件控訴をいずれも棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。

事実及び理由

第1 控訴の趣旨

- 1 控訴人株式会社オツデザイン工芸及び同乙本夏子
 - (1) 原判決中控訴人株式会社オツデザイン工芸及び同乙本夏子に関する部分を取り消す。
 - (2) 被控訴人の控訴人株式会社オツデザイン工芸及び同乙本夏子に対する請求をいずれも棄却する。
- 2 控訴人甲田花子
 - (1) 原判決中控訴人甲田花子に関する部分を取り消す。
 - (2) 被控訴人の控訴人甲田花子に対する請求を棄却する。

第2 当事者の主張

原判決の「事実及び理由」中、「第2 当事者の主張」記載のとおりであるから、これを引用するほか、下線を施した部分を加える。(ただし、引用部分にある原告は被控訴人、被告は控訴人とそれぞれ読みかえるものとする。)

1 請求原因

- (1) 別紙物件目録記載1の土地（以下「本件土地」という。）は、もとHが所有していたところ、原告は、平成15年10月28日、競売によりこれを買受け、同月29日初有権移転登記を了した。
- (2) 被告株式会社オツデザイン工芸（以下「被告会社」という。）は、本件土地のうち別紙物件目録記載2の土地部分（以下「西側土地部分」という。）上に同物件目録記載4の建物（以下「本件建物1」という。）を所有して西側土地部分（103平方メートル）を占有している。
- (3) 被告乙本夏子は、本件建物1に居住して本件土地のうち西側土地部分を占有している。
- (4) 平成15年10月28日からの本件土地のうち西側土地部分の賃料相当額は、1か月1万3700円を下らない。
- (5) 被告甲田花子は、本件土地のうち別紙物件目録記載3の土地部分（以下「東側土地部分」という。）上に同目録記載5の建物（以下「本件建物2」という。）を所有して東側土地部分（121.66平方メートル）を占有している。
- (6) 平成15年10月28日からの東側土地部分の賃料相当額は、1か月1万6200円を下らない。
- (7) よって、原告は、所有権に基づき、主文第1、第3、第4項の裁判を、不法行為

による損害賠償請求権に基づき、主文第2、第5項の裁判を求める。

2 請求原因に対する認否

(1) 被告会社

ア 請求原因(1)のうち、Hがもと本件土地を所有していたことは認め、その余は知らない。

イ 同(2)は認める。

ウ 同(4)は否認する。

(2) 被告乙本夏子

ア 請求原因(1)のうち、Hがもと本件土地を所有していたことは認め、その余は知らない。

イ 同(3)は認める。

(3) 被告甲田花子

ア 請求原因(1)は認める。

イ 同(5)は否認する。被告甲田花子は原告主張の建物に居住しているが、その所有者は同被告の長男甲田一郎と二男甲田二郎である。また、その建物は未登記ではなく、下記の建物(以下「65番の2の建物」という。)として表示・保存登記されているものである。本件建物2と65番の2の建物は、同一の建物である。

記

a市b町1丁目65番地

家屋番号 65番の2

居宅 木造瓦葺平家建 26.44平方メートル

名義人 甲田春代(甲田一郎と甲田二郎の被相続人)

ウ 同(6)は否認する。原告主張の占有面積には、他人が入居している本件建物1のための通路部分が存在している。

3 抗弁

(1) 被告会社及び被告乙本夏子

ア 建物保護法1条の抗弁

(ア) Hの父と被告会社の代表取締役であった乙本秋夫の父乙本冬彦とは、昭和19年ころ、西側土地部分に関し、建物所有の目的で賃貸借契約(以下「本件賃貸借契約」という。)を締結し、乙本冬彦は、同地上に建物(以下「旧建物」という。)を建築し、居住した。

(イ) 乙本秋夫と被告乙本夏子は、昭和27年8月22日婚姻し、旧建物において乙本冬彦とともに生活を開始した。

(ウ) 旧建物は、昭和47年ころ取り壊され、H又はその父の承諾の下、同年12月ころ、西側土地部分に本件建物1が建築され、被告会社の名義で所有権保存登記がなされ、乙本冬彦、乙本秋夫及び被告乙本夏子が本件建物1において生活を開始した。なお、

被告会社から乙本冬彦に対する本件土地1についての賃料の支払はなされていないようであり、乙本冬彦と被告会社の西側土地部分に関する契約は、使用貸借であると考えられる。

(エ) 乙本冬彦は、昭和59年5月7日死亡し、乙本秋夫が本件賃貸借契約の賃借人たる地位を相続した。

(オ) 乙本秋夫は、平成8年4月20日死亡し、被告乙本夏子が本件賃貸借契約の賃借人たる地位を相続した。

(カ) 乙本冬彦、乙本秋夫及び被告乙本夏子は、H及びその父に対し、本件賃貸借契約の締結後、毎年賃料を支払っている。

(キ) 被告会社は上記のとおり、土地所有権者の承諾ある適法な西側土地部分の転借人であり、建物保護法1条により、本件建物1の登記をもって原告に対抗することができる。

また、被告乙本夏子は上記のとおり西側土地部分の賃借人であり、転借人たる被告会社の建物1の登記を援用し、賃借権をもって原告に対抗できると解するのが建物保護法1条の趣旨にかなうというべきである。

イ 権利濫用又は背信的悪意者の抗弁

原告は、〔1〕西側土地部分には被告乙本夏子の賃借権が存在し、同土地部分に本件建物1が建築され、被告乙本夏子が居住していることを知りながら、〔2〕著しく低廉な借地権付評価額で西側土地部分を取得し、〔3〕被告乙本夏子の賃借権の対抗力の欠如を奇貨とし、〔4〕被告乙本夏子の生活上の多大な損失を意に介せず、〔5〕不当の利益を収めようとして、被告会社及び被告乙本夏子に対し本件訴訟を提起していることは明らかである。また、控訴人乙本夏子は、現在76歳と高齢の年金生活者で、本件建物1以外に住むところはなく、頼るべき親戚もおらず、同人の賃借権の対抗力の欠如につき特段責められる事情はない一方、被控訴人は、不動産競売ブローカーであり、本件のように現在の居住者が建物保護法等により保護されていないことを物件明細書等で把握するや市場価格よりかなり低額で落札し、すぐさま明渡訴訟を提起している。これによれば、原告の本件請求は権利の濫用というべきであるし、また、原告は背信的悪意者と認めるのが相当である。

(2) 被告甲田花子

被告甲田花子は、2(3)イのとおり、甲田春代名義の65番の2の建物(現在の所有者は甲田春代の代襲相続人甲田一郎と甲田二郎)に居住しているところ、東側土地部分の所有者と甲田春代及びその相続人との間では、建物所有を目的とする賃貸借契約が少なくとも甲田春代が上記建物を取得した昭和34年以来継続しており、建物保護法1条により、原告に対する対抗力を有している。

4 抗弁に対する認否

抗弁はいずれも否認し、法律上の主張は争う。

第3 当裁判所の判断

次のとおり下線を施して原判決を補正し、網掛けをした部分について原判決を改めるほかは、原判決の「事実及び理由」中、「第3 当裁判所の判断」記載のとおりであるから、これを引用する。

1 請求原因について

(1) 請求原因 (1) は甲1により認められる (原告と被告甲田花子との間では争いがない。)

(2) 請求原因 (2), (3) は当事者間に争いがない。

(3) 証拠 (甲4, 8, 9) 及び弁論の全趣旨によれば、請求原因 (4) が認められ、この認定に反する証拠はない。

(4) 請求原因 (5) につき検討する。

ア 証拠 (甲2, 3の1・2, 7, 11) 及び弁論の全趣旨によれば、請求原因 (5) が認められ、この認定に反する証拠はない。

イ 確かに、証拠 (甲1, 3, 乙1ないし8, 10, 11, 13ないし17。枝番を含む。) 及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。65番の2の建物は、現在のa市b町一丁目24番地1の場所 (東側土地部分) に、昭和22年に住宅営団によって新築された。同年8月に訴外K (以下、「訴外K」という。) に売却され、昭和24年8月に住宅営団により床面積8坪 (後に26.44平方メートルと書替) として保存登記がなされた後に、同年11月に訴外Kに所有権移転登記がなされた。その後訴外Kは同建物を約13.32平方メートル増築し、床面積は約39.76平方メートルになった。昭和34年4月に、控訴人甲田花子の夫の母である訴外亡甲田春代 (以下、「訴外春代」という。) が、同建物を買い受け、同月に所有権移転登記がなされた。その後昭和43年ころに、訴外春代が同建物を約16.18平方メートル増築するとともに、昭和44年ころに、同建物に隣接して約4.06平方メートルの物置 (本件建物2のうち、浴室とされる付属建物約3.96平方メートルを指すと思われる。) を新築した。平成2年6月に、訴外春代は死亡し、その孫であり控訴人甲田花子の子である訴外甲田一郎及び二郎 (以下、「訴外一郎ら」という。) が同建物を代襲相続し、平成15年ころに、訴外一郎らが、同建物に8.45平方メートルを増築した (本件建物2のうち増築部分約9.64平方メートルとほぼ重なると思われる。)。こうして、上記建物は増築部分と新築された物置の部分を含めて、現在の本件建物2とほぼ同じ姿となった。この間、同建物の所在地は、昭和39年に地番変更となり、さらに昭和61年に分筆により変更となったが、地番についても床面積についても更正登記はなされないまま、平成15年に本件土地は競落された。そこで本件控訴後の平成16年6月に、訴外一郎らは、65番の2の建物は、地番変更や増築などを経て本件建物2となったとして、所在地を『a市b町一丁目24番地1』、主たる建物の床面積を64.39平方メートル、附属建物の床面積を4.06平方メートル、平成2年6月に訴外一郎らが相続したとして、65番の2の建物につき表示変更・表示更正登記を申請し、その旨の登記がなされた。

ところで、建物保護法1条は、建物の所有を目的とする土地の借地権者がその土地

の上に登記した建物を有するときは、当該借地権の登記がなくても、その借地権を第三者に対抗することができるということによって、借地権者を保護しようとするものである。この立法趣旨に照らせば、賃借権の設定された土地の上の建物についてなされた登記が、錯誤又は遺漏により、建物所在地番の表示において実際と相違していても、建物の種類、構造、床面積等の記載とあいまち、その登記の表示全体において、当該建物の同一性を認識できる程度の軽微な相違である場合には、その土地を買受けようとする第三者は現地を検分して賃借権の有無を知ることができるのであるから、建物保護法1条1項にいう『登記シタル建物ヲ有スル』場合にあたると解すべきである。しかしながら、本件においては、以上に認定したとおり、被控訴人が本件土地を競落した当時、65番の2の建物登記の所在地番は『a市b町一丁目65番地』であって、本来の所在地番である『a市b町一丁目24番地1』とは大きく異なっている上に、上記登記上に表示された建物も、昭和22年に新築された当時の26.44平方メートルの部分しか示しておらず、本件建物2のうちの大部分は上記登記に反映されていない。また、そのため、松山地方裁判所執行官の現況調査報告書（甲3の1）及び再現況調査報告書（甲3の2）にも本件建物2は未登記である旨記載されており、このような場合にまで賃借人を保護するときには、その土地を買受けようとする第三者を不当に害することになりかねない。したがって、上記の地番や床面積の相違は、建物の同一性を認識するのに支障がない程度に軽微であるとは認められず、65番の2の建物の登記をもって、控訴人甲田花子が建物保護法1条にいう登記した建物を有しているとはいえない。また、上記の事情のもとでは、後に現在の本件建物2を表示するものとして更正登記ができたとしても、かかる登記の効力は遡及しないと解すべきである。控訴人甲田花子の主張は、失当というほかない。

（5）ア 証拠（甲4、8、9）及び弁論の全趣旨によれば、請求原因（6）が認められ、この認定に反する証拠はない。

イ 被告甲田花子は、東側土地部分の面積121.66平方メートルには本件建物1のための通路部分が存在しているから、その部分は被告甲田花子の占有面積から控除すべきであると主張する。確かに、証拠（甲3の1・2）及び弁論の全趣旨によれば、東側土地部分には本件建物1の居住者（被告乙本夏子）が通行するための通路となっている部分があることが窺われるが、証拠（甲3の1・2）により認められる関係人の執行官への説明内容、本件建物1、2の位置関係に照らすと、東側土地部分は本件建物2のための敷地として、西側土地部分は本件建物1のための敷地として旧所有者との間で利用権が設定された（ただし、それが第三者に対する対抗力を有するものと認められないことは、後記のとおりである。）と認められるから、上記通路となっている部分についても、被告甲田花子の占有は否定されないというべきである。

2 抗弁について

（1）被告会社及び被告乙本夏子の抗弁について

ア（ア）被告会社は、土地所有権者の承諾ある適法な西側土地部分の転借人であり、

建物保護法1条により、本件建物1の登記をもって原告に対抗することができる主張する。

しかし、被告会社への転貸人である乙本冬彦、乙本秋夫及び被告乙本夏子の西側土地部分に対する賃借権が対抗要件を具備していると認めるに足る証拠はないし、また、乙本冬彦と被告会社の西側土地部分に関する契約は使用貸借であることを被告会社及び被告乙本夏子自身認めている（抗弁（1）ア（ウ））のであるから、建物保護法1条が適用される余地はなく、上記主張は失当といわざるを得ない。

（イ）控訴人乙本夏子は、土地の借主（転貸人）と転借人との間の契約が使用貸借であったとしても、それが地主の承諾ある適法な転貸借であり、転借人名義の建物登記がある場合には、借主（転貸人）は転借人の建物登記を援用して建物保護法1条による対抗力を第三者に対して主張できると解すべきであると主張する。

しかしながら、（ア）で判示したように、使用貸借に基づく転借人はそもそも使用賃借権を第三者に対抗できないのであるから、借主（転貸人）の賃借権に同法1条を適用するにあたり、同条にいう『登記シタル建物』にも、使用貸借に基づく転借人名義の建物登記は含まれないと解するのが相当であって、控訴人乙本夏子の主張は、独自の見解と言わざるを得ない。控訴人乙本夏子の賃借権は対抗要件を具備しているとは認められない。

イ 被告会社及び被告乙本夏子は、抗弁（1）イのとおり、原告が被告乙本夏子の対抗力の欠如を奇貨とし、不当の利益を収めようとして本件訴訟を提起しているなどとして、原告の請求は権利濫用であり、また、原告は背信的悪意者に当たると主張する。

確かに、被控訴人は、不動産業者であって、本件土地につき控訴人らの賃借権が対抗要件を具備していないとする物件明細書（甲10）に基づき競売手続によりその所有権を取得している以上は、控訴人乙本夏子の賃借権が対抗要件を具備していないことにつき悪意であったと推認される。しかしながら、被控訴人が本件土地を競落した際の評価書（甲11）によれば、本件土地の最低売却価格は、控訴人らの借地権が対抗要件を備えていないことを前提として、別々の所有者の建物が2棟あることから、それらの取去に時間がかかることなどの状況を斟酌し、借地権割合（50パーセント）にさらに50パーセントをかけた25パーセントを、本件土地上にある建物に付着する場所的利益として控除した上で、本件土地の最低売却価格が定められていると認められる。そして、そのように、本件土地の最低売却価格が、控訴人らの借地権が対抗要件を備えていないことを前提に決められている以上は、抵当権設定時より特殊の意図を持っていた抵当権者が自己競落した場合など特段の事情がない限りは、権利濫用にあたるとも背信的悪意者にあたるとも言えないと解すべきである。本件においては、買受人である被控訴人は、控訴人乙本夏子にとって全くの第三者であって、たとえ控訴人乙本夏子が本件建物1以外に直ちに住むべきところがないなど、同人が主張するような事情があったとしても、それをもって被控訴人の請求が権利濫用であるとも、被控訴人が背信的悪意者にあたるとも認められない。

(2) 被告甲田花子の抗弁について

被告甲田花子は、同人が居住しているのは甲田一郎と甲田二郎所有の65番の2の建物であり、東側土地部分の所有者と甲田一郎及び甲田二郎との間では、建物所有を目的とする賃貸借契約が継続しており、建物保護法1条により、原告に対する対抗力を有していると主張する。

しかし、被告甲田花子が居住しているのは未登記の本件建物2であると認むべきことは1(4)で説示したとおりであるから、上記主張は前提を欠き失当である。

第4 結論

よって、被控訴人の請求はいずれも理由があるので、これらを認容した原判決は相当である。本件控訴はいずれも理由がない。