

平成22年(ネ)第120号 建物収去土地明渡等請求控訴事件

控訴人(一審原告) 銀座■■■■株式会社

被控訴人(一審被告) ■■■■ 外2名

控 訴 理 由 補 充 書

平成22年4月5日

東京高等裁判所第20民事部 御中

上記控訴人訴訟代理人 弁護士 ■■■■

平成22年2月1日付で提出した控訴理由書に、以下の主張を補充し、同書面中の誤記について末尾記載のとおり訂正する。

第7 権利金及び契約自由制度との関係について

1, 原審は、「第3 当裁判所の判断」の「2 争点」の「オ 本件賃貸借の経緯」において、「権利金」に関して以下の判断を示した。

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

原審は、被控訴人らの先代が行った堅固建物への建て替えを承諾する際の交換条件として、前掲した東京都公有財産規則別表(甲86)等に準じた借

地権割合90%相当の「権利金」を、控訴人の八代目が請求すれば恰もその授受が可能であったかのような判断を示した。

しかしながら、これは契約の自由が保障された新規賃貸借契約であれば考えられるとしても、既存契約の条件変更に際して、「権利金」について相当額への改定・補填の為の法的手続きを経たとしても、これが認められる可能性は殆どなかった。

これについては、控訴人が準備書面(10)の第2の(3)で検証した昭和41年に創設された旧借地法第8条の2に基づく堅固建物建替えに伴う借地条件変更申立事件の場合の処分事例(ア)では、裁判所がその代諾許可に伴う付随的処分として決定した金銭給付額は更地価格の12%とされている。

この事例を含めて、借地条件等変更時の平均的金銭給付額が借地権評価額の10%前後に止まっていることは、少なくとも控訴人が提出した検証資料(甲74の1乃至4)及び「借地非訟事件における財産給付額等算定事例集」(最高裁事務総局民事局編纂)を詳細に検証すれば確知し得たはずである。

また、昭和41年の旧借地法改正時の平成41年5月6日付の51回国会・衆議院法務委員会会議録33号では、政府委員・新谷正夫氏(法務省民事局長)は、借地非訟事件において決定される金銭的給付と権利金との関係について、以下のような答弁が行われている。(下線は控訴人加筆)

○新谷政府委員 それは十二条の二の規定でございます。これは「貸主は、如何なる名義があつても、借主から借地権利金又は借家権利金を受領することはできない。」こういう規定でございます。これは地代家賃統制令の原則的な規定でございますが、二十三条に適用除外の規定が設けてございます。二十三条の中に、先ほどもちょっと申し上げたことでございますけれども、住宅につきまして、昭和二十五年の七月十日以前の三十坪以下の住宅については、地代家賃統制令の適用があるわけでございます。そういう場合には、この十二条の二の

規定が当然かぶってまいるわけでありませけれども、それ以外のもの、言いかえますと、二十五年七月十一日以後に建築された建物につきましては、この十二条の二の規定も適用が排除されるわけでございます。したがいまして、すべての場合に権利金の授受ができないというのではございませぬ。二十三条の規定によって適用除外がされておりますものについては、十二条の二の規定は適用がないわけでありませ。今回の借地法の八条ノ二の第三項の規定によりまして、「財産上ノ給付ヲ命ジ」といいますのは、これは権利金という意味で書いたのではございませぬ。巷間伝えられるところによりませと、地代の七〇%あるいは六〇%が権利金だと仮定いたしましても、ここで命じます財産上の給付がはたして六〇%のものかどうかということは、保証の限りではないわけございまして、裁判所が適当と認むる金額を給付することによって、両者の利益の公平をはかるわけでありませるので、あるいは地代の一〇%ぐらいのものに相当する金銭の給付を命ずることもございましよう。しかし、それは結果的に見てもそのパーセンテージというものが出るわけございまして、特にその地区に行なわれておる慣行に従って六〇%あるいは七〇%の権利金を払えという趣旨で書いたのではないわけございます。

控訴人が借地非訟事件の事例を集計した甲 7 4 の 1 乃至 4 の全ての事例が、地代家賃統制令第 1 2 条の適用除外となる「昭和 2 5 年 7 月 1 1 日以後」に建設されたか、建設予定であることを踏まえると、その殆どの事例が権利金を徴収できる事案であるにも拘わらず、公権的に決定された金銭給付額の割合は「権利金」とはほど遠いものであることは明らかである。

加えて、被控訴人らの昭和 3 9 年の建物建て替え時点では、この借地非訟制度は適用されないとしても、この制度がそれ以前の判例等を踏まえて創設されていることから、少なくともこの法改正の経緯や運用実態を全く斟酌しないままに、「契約自由の原則下」における借地権設定契約の場合と同様に

権利金徴収が可能であったかのような、原審のこの判断を妥当と解することはできない。

2, 前項を含めて原審が示した諸々の判断の問題点は、理由書第2の2の(2)においても述べているように最高裁事務総局民事局監修の「借地借家関係事件執務資料」より引用した、「エ) 正当事由の有無の判断の実質は、基本的には借地法、借家法の下での扱いと異なることとなる。」に関する解釈の如何に帰するといわざるを得ない。

旧借地法4条1項の立法事実は、昭和37年最判等を含めた司法判断により修正されたものであることは前述したが、明治42年の「建物保護に関する法律」、大正10年の借地法、昭和16年の法改正による正当事由制度創設等々の何れもが、本件契約後の事後法として制定されたものである。

同様に、控訴人が予定している本件再開発計画対象地内(甲5の1の区画①乃至⑭)の借地人組合借地人らが有する借地権の殆どが、前述したような法制定の以前から既に既得権として存続していたものであり、その後の相続・譲渡等により今日まで権利移転・承継されてきたものである。

また、借地人組合借地人らが有する借地権については、前借地人を含めた契約始期を確認し得る資料は残されていないが、少なくとも昭和16年の旧借地法4条1項のように事後的に創設された土地所有権能の強制的拘束下において使用が開始されたものでないことは明らかである。

加えて、借地権の取り扱いや対象土地の公課負担や利用方法等に関しては、前述した法改正や創設に先行・並行して以下の関係諸法・勅令等が制定・発令されているが、これら諸法令は本件を含めた旧借地法借地権に関する当事者間の履行に直接的・間接的に大きな影響を与えることとなっている。

従って、旧借地法借地権に対する正当事由の適用に関しても、これらの事情・経緯等に関する斟酌の必要を一切示さないままに、最高裁が執務資料で示した旧法借地権と契約自由原則下の新法の正当事由とはエ)「異なる」

とした判断には多大な疑問を呈せざるを得ない。

- 明治 17年 地租条例(同年太政官布告第7号)
- 大正 8年 都市計画法(同年法律第36号)
 - 市街地建築物法(同年法律第37号)
- 大正 11年 借地借家調停法(同年法律第41号)
- 大正 13年 借地借家臨時処理法(同年法律第16号)
- 昭和 2年 防火地区内借地権処理法(同年法律第40号)
- 昭和 6年 地租法(同年法律第28号)
- 昭和 14年 地代家賃統制令(同年勅令第704号)
- 昭和 20年 戦時罹災土地物件令(同年勅令第411号)
 - 住宅緊急措置令(同年勅令第641号)
- 昭和 21年 罹災都市借地借家臨時処理法(同年法律第13号)
 - 特別都市計画法(同年法律第19号)
 - 物価統制令(同年勅令第118号)
- 昭和 25年 首都建設法(同年法律第219号)
- 昭和 26年 土地収用法(同年法律第219号)
- 平成 元年 土地基本法(同年法律第84号)

上記の関係諸法令に加えて、終戦後においても昭和20年12月30日付で閣議決定された「戦災地復興計画基本方針」を踏まえて、内閣公示第30号により対象都市が指定され、復興計画着手の大号令が発せられている。

しかしながら、当時の東京都においては財政難からその財政支出は不十分となり、それ以前に当時の都知事が都民の住宅確保を最優先したこともあり、名古屋市や仙台市に代表されるような都市計画の実行には至らなかった。

それが為に、銀座地区においても商業地再興を最優先課題としたことから、

特に本件再開発計画対象地の大半が応急的なバラック仕様の仮設建築物に止まったが為に、この時点の敷地外形を今日に至るまで引き摺ることとなった。

尚、控訴人の先代も戦後から置き去りにされてきた地域内街区の不効率的な利用外形を整備する為の「再開発」を目指して、昭和36年には被控訴人らの先代を含めた関係借地人らに働きかけて「仮称・■■■■協同建築促進委員会」を設置し(甲91・業務日誌)、被告らの先代を含めた数名の世話人を選任・委嘱した上で借地人間の権利調整を求めたが、何れの借地人らも自らの既得権に拘泥したが為に集団として纏められないままに、この計画の実現には至れなかった。控訴人が本件再開発計画を提起した理由やその手段に関しても、前述した過去の経緯を踏まえたものであり、特に被控訴人らを含めた借地人らは理由書の第6の1の(2)で述べたように先代亡き後の40年以上もの間、控訴人の平準的な地代増額請求に対しても借地人組合を結成して徹底して抵抗してきたことを踏まえると、当事者間の信頼関係を再構築することは不可能と考えた上で本件を含めた一連の司法手続に着手したものである。

つまり、控訴人が提起している本件再開発計画は、単に自己使用としての正当事由に止まらず過去の借地人らとの諸経緯を踏まえた上で、八代目■■■■が果たせなかった「再開発」の再度の実現を図ったものであり、これは原審も認めるように対象街区の商業活性化や既存建物の機能更新に繋がることは、当時も現在も同様であることは論じる以前の問題である。

従って、過去の「再開発」が被控訴人らを含めた借地人組合の借地人らが自らの権利に拘泥したことにより頓挫した経緯を踏まえると、原審がG)「賃借人に対し共同で再開発を行うことを提案したが拒否されたなど」とした判断についても、安直な一般論であり単なる机上の空論と批判せざるを得ない。

第8 正当事由の「補完」となる立退料について

1, 一般的には、土地所有者が異議権を行使した際に、正当事由を認容し得る事情が皆無である場合は土地所有者が「立退料」の提供を申し出ても、つまり「正当事由の補完」ではなく「正当事由に代える立退料」の提供を申し出たとしても、これが斟酌されることはないことを踏まえると、原審判決は控訴人が理由書で指摘したように「補完」の解釈において根本的な誤りがある。

さらには、土地賃貸人が提供意思を示した「立退料」については、それを以て「借地人が同等の立地条件の物件を確保できると認められない限り」、対象土地の明渡しは不可能であるとしか解せない判断は、事後法としての法4条1項の創設の必要性を否定したことになりかねない。

借地・借家の立退料については、以下の最高裁判例においても一定の判断基準が示されているが、借地と借家が異なるのは「法定更新」となった場合の契約期間だけであり、正当事由の判断に関しては借地と借家には基本的な違いはない。(文中の丸数字、下線は原告加筆)

(1) 昭和46年11月25日・最高裁第一小法廷判決・昭和41年(オ)1005号店舗明渡請求事件

「所論は右金額が過少であるというが、右金員の提供は、そのみで正当事由の根拠となるものではなく、他の諸般の事情と総合考慮され、相互に補充しあつて正当事由の判断の基礎となるものであるから、解約の申入が金員の提供を伴うことによりはじめて正当事由を有することになるものと判断される場合であつても、①右金員が、明渡によつて借家人の被るべき損失のすべてを補償するに足りるものでなければならない理由はないし、また、それがいかにして損失を補償しうるかを具体的に説示しなければならないものでもない。」

(2) 平成3年3月22日・最高裁第二小法廷判決・平成2年(オ)216号家屋明渡等請求事件

「立退料等の金員は、②解約申入時における賃貸人及び貸借人双方の事情を比較衡量した結果、建物の明渡しに伴う利害得失を調整するために支払われるものである上、賃貸人は、解約の申入れをするに当たって、無条件に明渡しを求め得るものと考えている場合も少なくないこと、右金員の提供を申し出る場合にも、その額を具体的に判断して申し出ること困難であること、裁判所が相当とする額の金員の支払により正当事由が具備されるならばこれを提供する用意がある旨の申出も認められていること、立退料等の金員として相当な額が具体的に判明するのは建物明渡請求訴訟の審理を通じてであること、さらに、右金員によって建物の明渡しに伴う賃貸人及び貸借人双方の利害得失が実際に調整されるのは、賃貸人が右金員の提供を申し出た時ではなく、建物の明渡しと引換に賃借人が右金員の支払を受ける時であることなどにかんがみれば、解約申入後にされた立退料等の金員の提供又は増額の申出であっても、これを当初の解約の申入れの正当事由を判断するに当たって参酌するのが合理的であるからである。」

(3) 平成6年10月25日・最高裁第三小法廷判決・平成2年(オ)326号建物収去土地明渡等請求事件

「けだし、右金員の提供等の申出は、異議申出時において他に正当の事由の内容を構成する事実が存在することを前提に、土地の明渡しに伴う当事者双方の利害を調整し、右事由を補完するものとして考慮されるのであって、その申出がどの時点でされたかによって、右の点の判断が大きく左右されることはなく、土地の明渡しに当たり一定の金員が現実に支払われることによって、双方の利害が調整されることに意味があるからである。このように解しないと、実務上の観点からも、種々の不合理が生ずる。③すなわち、金員の提供等の申出により正当の事由が補完されるかどうか、その金額としてどの程度の額が相当であるかは、訴訟における審理を通じて客観的に明らかになるのが通常であり、当事者としても異議申出時においてこれを的確に判断するのは困難であることが少

なくない。また、金員の提供の申出をするまでもなく正当事由が具備されているものと考えている土地所有者に対し、異議申出時まで一定の金員の提供等の申出を要求するのは、難きを強いることになるだけでなく、異議の申出より遅れてされた金員の提供等の申出を考慮しないこととすれば、借地契約の更新が容認される結果、④土地所有者は、なお補完を要するとはいえ、他に正当の事由の内容を構成する事実がありながら、更新時から少なくとも二〇年間土地の明渡しを得られないこととなる。」

上記判例が摘示した①②③は、「公共用地の取得に伴う損失補償基準」に規定されている「補償」と、「法4条1項」の「補完」となる「立退料」とが、同一であるとした原審判決が誤りであることを示すものである。

と同時に、④の「法定更新制度」については土地所有者の財産権等侵害となるか否かには、斟酌を要する重要事項でもある。

2、 なお、正当事由の適用のあり方や立退料の問題に関しては、東京地裁判事西口元氏（当時、現在は東京高裁判事）は判例タイムズ1020号58頁で、「《問題の所在》 二 居住用賃貸借と業務用賃貸借」（甲92）において以下のように論じられている。（丸数字、下線は原告加筆）

「居住用建物の所有を目的とする土地賃貸借においては、借地人は、当該土地に居住すること自体が目的であるから、立退料等の財産的給付を受けても、不利益を填補することができない。これに対し、営業用建物の所有を目的とする土地賃貸借においては、借地人は、利益を上げることが目的であるから、損失を填補することができる程度の立退料等の財産的給付を受ければ、それで十分であると考えられる。また、借地人は、利益を上げることができる期間を念頭に借地期間を定めたものと考えられるから、賃借期間が満了した以上、投下資本を十分回収することができたものとして、原則として土地賃貸借を終了させてもよいといえよ

う。このように考えてくると、居住用賃貸借と業務用賃貸借とを区別して、業務用賃貸借については、正当事由を要求することなく、期間満了によって賃貸借契約が終了するとするか、業務用賃貸借の更新拒絶においても正当事由の具備を要求するとしても、他の事由を考慮することなく立退料の提供により正当事由を具備したものとして取り扱うことも可能となってくる。」

西口判事が示したこの考え方は、本件の正当事由及び立退料等を斟酌する上でも非常に重要な視点である。と同時に、この考え方は債権的利用権である「借地権解消」時の「出口戦略」としても妥当な解釈であると考えられると同時に、これは控訴人の一連の主張が単なる主観的なものではないことを裏付けるものでもある。

第9 権利金と立退料、法定更新を含めた本件紛争の出口戦略について

1, 本件については、合議体に付された直後に裁判長より控訴人に対して「控訴人の再開発計画については、訴訟で争っているばかりでは、その実現は難しいのでは？」との主旨で、被控訴人らを含めた借地人組合借地人らとの包括的な和解を打診された。控訴人としても、一連の別訴事件の訴訟経験から、この裁判長の判断には適用違憲と旧借地法4条1項の異議権行使の混同が疑われたことや、被控訴人らが有する幻想ともいえるような財産的期待の増長に繋がり兼ねないような危惧を抱かせるものでもあった。

しかしながら、控訴人としても過去の経緯に拘泥するが余りに、抜本的な紛争解決の可能性を摘むことだけは避けたいとの判断で、被控訴人らを含めた借地人組合借地人らに対して横須賀鑑定(甲54)に準じた明け渡しに伴う和解条件を提示した上で、応諾出来るか否かは別としても関係借地人らに対しても具体的な希望額を含めた条件の提示を求めた。

これに対して、被控訴人らからは具体的な条件提示がなされないままに、

控訴人が提示した金銭的条件が低額に過ぎるとして和解は不調となった。

一方、本件と並行して被控訴人らと代理人を同じくする甲5の1の区画⑫⑬の借地人■■■■氏らとの訴訟も進行していたが、この事案においては控訴人が債務不履行解除を主張していたこともあり、担当裁判官よりかなり強い和解の指導が行われていた。この■■■■事案においても、控訴人は本件と同様に横須賀鑑定及び田原鑑定を提出していたが、裁判官より一般的な借地権評価を確認したいとの意向が示され、それを受けて訴訟鑑定の申し立てを行い、報告されたその鑑定評価額は「約4億3181万円」であった。控訴人としては、この訴訟鑑定の手法には二画地を一画地として評価する等の「不当鑑定」にも繋がりがねない多大な過誤・疑問が散見されたことから、その点に関して鑑定事項を詳細に検証して異議の主張を行った。その後、裁判官より相手方代理人に対して当事者出頭の申し入れが行われ、裁判所と相手方当事者との協議を踏まえて相手方代理人より和解応諾条件として提示されたのは、訴訟鑑定額を大幅に上回る「5億9100万円」ともなる法外な条件であった。

この条件提示に際しては、相手方代理人を介して、その算定方式が「地積×路線価×借地権割合90%」であること、これについては借地人組合借地人らの協議により全員が一致して連帯することが通告された。

これを踏まえると、例え間接的ではあるとしても被控訴人らが希望する和解金額も「地積76.20㎡×平成21年度路線価6,140千円/㎡×90%≒約4億2100万円」となる。これは控訴人が既に提出した一般的な評価手法に準じた横須賀鑑定(甲54)の「底地所有者が借地権付建物を買受ける場合の適正価格2億3260万円」をも大幅に上回るものである。

また、■■■■事案の訴訟鑑定や横須賀鑑定の何れも、田原鑑定(甲67)とは異なり権利金等一時金の授受が存しないにも拘わらず、借地非訟事件事例や公共事業等の場合と同様の評価手法を援用したものである。その点に関して

も、控訴人がこれまでに主張してきた鑑定手法等の問題点を踏まえると、被控訴人らが間接的に提示した条件を受け入れることは到底出来ない。

と同時に、この経緯は被控訴人らを含めた借地人組合借地人らにおいても、金銭的条件の如何によっては借地権を返還することが可能であることの意味が示されたことに外ならない。しかしながら、問題は借地人組合借地人らの期待する和解金の妥当性にあり、この妥当性が明らかにされない限りは本件の本質的な解決にはほど遠いことになる。

2、被控訴人らを含めた借地人組合借地人らのこのような法外な金額提示は、前述してきたように借地非訟事件で多用されている借地権割合や、再開発計画に伴う権利変換計画、公共事業等の損失補償の事例等が、権利金等一時金の有無を一切斟酌せずに評価されているにも拘わらず、これに盲目的に依存したものであり、これは裁判所においても同様である。

加えて、本件と同様の借地明渡訴訟を担当する裁判官は、一般的な訴訟事案に和解が多用されていることや取扱事件数の問題も絡んで、旧借地法の訴訟事案の出口戦略に関しても、当事者間の詳細経緯・個別事情に関する交通整理が未了の状態でも、専ら和解を視野に置いた訴訟の運用が行われている。

その和解に際しても、土地所有者に対する和解金等の上積みを求めることはあっても、借地人らが期待する経済的条件・評価が高望みであることや借地権消滅のリスク等が説諭されることが少ないことは否めない。

控訴人としては、本件以前の(5)事案・(10)事案等々を含めた過去10年来の訴訟追行の経験を踏まえると、旧借地法に関する訴訟運用に関しては、極めて広範囲の関係諸法との関連性や経済的評価に拘わる複雑な検証を要することから、医療過誤紛争・建築紛争・知財紛争等々と同様の専門訴訟としての位置づけが必要であると考え、その主張も行ってきた。

これに関して、昭和41年の旧借地法改正に際して、最高裁判所長官代理

菅野啓蔵氏(最高裁事務総局民事局長)は、前掲した昭和41年5月6日付の第51回国会・衆議院法務委員会会議録33号(甲93)で、法改正後の運用の在り方に関して以下のような答弁をされている。(下線は控訴人加筆)

○菅野最高裁判所長官代理者 裁判所といたしますれば、要するに法に従って裁判をするわけでございます。今度法が変わることになりますれば、その法の趣旨はどういうところにあるかというところを裁判所は裁判をするときに十分考えるだろう。そのためには先ほど申しましたように、相当この事件というものは裁量の幅のあるむずかしい事件だろうと思いますので、法律の知識だけでなく、十分常識にたけた、いわゆる練達の裁判官をもってこの事件に当たってもらいたいというふうに考えておるわけでございまして、なお法律はそのほかに鑑定委員という制度を設けて、そうしてそういう専門家の意見を聞いた上で裁判をしろということになっておりますので、この法律の趣旨に従いまして、十分熟達した裁判官が鑑定委員の意見を、専門家の意見を聞いて、そうして妥当な裁判をするであろうというふうに確信をいたしております。

この答弁で、「練達の裁判官」とされたことは当然としても、控訴人が検証したように借地非訟制度運用の実態は、裁判所の判断が余りにも大きく鑑定委員会に依存したと考える以前に、ともすれば鑑定委員会の意見を盲目的に追認したとも評せざるを得ないものが少なからず存在する。それ以前の問題として、これまでも述べてきたように借地非訟制度が土地所有者の財産権を侵害する可能性については、既に立法段階で論じられた事実が確認できているが、理由書で前掲している平成14年最判や、昭和62年最判が示した財産権侵害に関する検証や、立法事実の顕出については、そもそも鑑定委員が任じるべき責任・役割ではない。

この点に関しても、前掲した衆議院法務委員会会議録33号に引き続き、

第51回国会・参議院法務委員会会議録28号(甲94)で、菅野氏は以下のような答弁をされている。

○最高裁判所長官代理者(菅野啓蔵君) さようでございます。直接には関係はございません。鑑定士の知識というものが今度の事件において役に立つであろうということは言えますけれども、しかし、鑑定そのものがすぐ今度の事件の意見となるというわけではないわけでございますが、直接に関係があるということとは言えないかと思えます。

この答弁は、これまで述べてきたような政治的バイアスに直面した妥協の産物ではないことから、この借地非訟制度に関しても立法段階と実際の運用における鑑定委員会の位置づけが全く異なっていることを、最高裁自らが編纂した事例集が奇しくも裏付けることとなっている。

これ等を踏まえると、これまで縷々述べてきたように過去の判例や一般的な再開発事例、公共事業等の事例等についても、何ら職権的調査・検証・確知のないままの、安直な当て嵌めは控訴人の財産権を侵害することは必定であることを改めて再確認しておきたい。

3、控訴人としても本件再開発計画を異議権行使の根拠の一とし、その実現の為に我が国でも前例の少ない「信託契約」に移行したものであり、今後において如何なる事情が生じたとしてもこれを撤回することはない。

また、法4条1項前段の「法定更新制度」については、俗に言うところの「時はカネなり」の概念に照らす迄もなく、控訴人の土地所有権能を更に「30年間」も拘束することから被る財産的な不利益については、慎重な斟酌を必要とする重要事項でもある。特に、本件の場合には昭和7年の原契約時点から「約80年」相当を経過し、これは旧借地法が規定する「最長期間」を

超えるものである。また、現行契約に限っても被控訴人らは優に40年以上に亘って本件土地の使用収益権を専横的に享受し、これを以て被控訴人らの祖父や先代及びその相続人である被控訴人らの生計・学業費を維持し得てきたに止まらず、同人らの個人資産（相続財産・自宅等）の形成や、当然に建物建築費等の投下資本回収も完了している等々の事実を踏まえると、祖父の時代に始まった本件賃貸借契約の本来の目的については既に十分に達成され得ていると看做さざるを得ない。

そうすると、控訴人の本件請求を棄却することにより本件土地賃貸借契約が「法定更新」に付される場合には、被控訴人らの「使用収益権」が更に「30年間」保護されることになる。問題は、この規定の適用の合憲性を裏付ける、つまりこの適用に伴う控訴人の財産権等の侵害についても社会通念上の妥当性を損なわない(受忍限度内にある)ことの「合理的理由」が必要となる。

4、また、控訴理由書第6でも触れたが、原審が「本件土地と同等の立地条件の物件を確保すること」としたように、過去から「代替物件の提供を必要」とした判例が少なからず存していることも事実である。しかしながら、その考え方の根本的な問題点が、借地権が「債権的利用権」であるにも拘わらず、地上権等の「物権的利用権」との混同に在ると考えざるを得ない。

また、この点については過去においても借家の場合の「代替物件」と、借地の場合の「代替物件」の提供とを同一に論じた判例が少なからず散見されている。しかしながら、本件の場合の被控訴人らのように仮に生業的利用権（ ）に近いものであるとしても、理由書でも述べたように移転による営業収益の増減は考えられるとしても借家契約による「代替店舗」の確保は可能である。また、その「代替店舗」の移転費用等の全てを土地所有者が負担する必要があるか否かは、詳細審理を必要とすることは当然のこととなるとしても、借地の場合であっても「借家」への移行によって従来の使用収益

を維持することは十分に可能であることは言うまでもない。

そうすると、本件のように法が想定・規定した相当期間を経た後の、つまり契約当初の目的を十分に達成した借地契約に関してまで、法4条1項により保護の必要があるとした場合、その保護の目的があくまでもその土地における「使用収益権」にあるのか、その土地上の建物において継続維持してきた「営業収益権」にあるのかが問われることとなるが、原審はこの点に関しても一切の検証を行っていないことは残念でならない。

と同時に、原審と同様の判例については、借地権評価や立退料等の算定に際して不動産鑑定評価基準に規定されている「権利金等一時金」の有無が斟酌されていないか、或いは殆ど軽視されてきたことに起因したものであり、これらの事例は土地所有者に対して過大且つ不当な負担を強いたに等しく、結果としてこれは司法による財産権侵害の典型でもある。

- 5、仮に、本件に限らず別訴事件においても控訴人の請求が退けられ且つこれが終局した場合でも、控訴人としては「法定更新」の制度自体の適用を違憲と考えていることもあり、別訴事案の進捗状況によっては再提訴する予定である。これを含めて、控訴人が本件再開発計画を撤回する可能性がないとした場合、第三者に対する譲渡や現行建物の建替えに関しても借地非訟事件申立て控訴人の異議・即時抗告等を退けて代諾許可が得られるか否か、仮に平行している別訴事案において控訴人勝訴乃至は和解が成立した場合にはどうなるか。借地人ら所有建物の経年劣化による維持管理費や地代の負担増・それを踏まえても現行純収益の維持・向上が可能となるのか否か。或いは相続発生に伴う相続税負担等々についても、これは出口戦略として和解による紛争解決を視野に置く限りは、つまりは被控訴人らの法的安定性を維持することが可能か否かを含めて、何れは被控訴人らを含めた借地人組合借地人らが直面せざるを得ない重要な要件でもある。

この点を含めて、控訴人が別訴事件においても常に指摘してきたのは相手方借地人らが有する借地権を経済的に換価する場合の最大値は常に当該時点にあり、将来への先送りは経済的にも右肩下がりとなることは避けられない。

しかしながら、原審のようにその仲裁者たる裁判官が前述したような関係事項を混同したままに、ましてや借地人の将来リスクすら考慮せずに訴訟運用がなされているとすると、被控訴人らやその代理人においても正確な現在位置を確知し得ないままに、徒に幻想ともいえるような期待に依存し続けることは、旧借地法に基づく本件借地権に関する紛争解決の出口をますます遠くし、それは被控訴人らの本来の利益すら損なうことは必定であるといわざるを得ない。特に、被控訴人らを含めた借地人組合借地人らの昭和40年代以降において繰り返されてきた対応は、明らかに控訴人との対決を辞さないとしたものであり、斯かる対応の源が専ら「正当事由が認められることはない」とした幻想に大きく依存していることは否定できない。

しかしながら、現時点で被控訴人らが正対しなければならないのは、前述したように今後直面する諸々の法的リスクであり、しかもその所有建物についても経年劣化を考慮すると建替え以前の問題として、建物寿命の延命に繋がり兼ねない店舗リニューアルを目的とした増改築等一切の建物改良工事に対しては、控訴人としても異議権行使を放棄することはできない。

その場合を含めて、今後における控訴人の異議権行使を如何なる法的手段を以てすれば可能となるのかは、被控訴人らは当然としても代理人が追うべき責務であることを改めて再確認しておきたい。と同時に、これについては控訴人が求めた紛争解決の方法に任じる裁判所は当然としても、被控訴人ら代理人がこの視点や検証のないままに当事者の主張や期待を先導すると、それは必ずしも真の利益に繋がらない可能性があることは否定できない。

これについては「立法事実の審査」や「適用違憲」の審理・判断以前の問題であり、この視点や洞察なくして旧借地法借地権の出口を見出すことは不

可能であることを再確認しておきたい。

加えて、縷々述べてきたように旧借地法4条1項の立法事実のうち、住宅・土地等の不足は既にその根拠を失っていることや、そもそも本件対象土地は原始契約の当初から商業地であることは、その収益価値も受給関係のアンバランスに大きく左右されることから、土地不足については本件借地権には直接の関係はない。また、我が国の最高度の商業地でもある本件土地の使用収益権を、土地に対する権利金等一時金の資本投下のないままに、80年近くにも亘って被控訴人ら代々が「独占的」に享受してきた。さらに、原審も認めるように被控訴人らが建物に投じた資本についても、既に回収済みであることは明らかである。

そうすると、法4条1項を適用して被控訴人らの使用収益権に対する継続的保護の必要性と、控訴人の本件再開発計画や土地所有権能の拘束が継続されることの、何れが「公共の福祉」に資するか、或いはその保護や拘束が社会通念上においても「妥当」といえるかについては、裁判所による「合憲的理由」、つまり本件に限った「立法事実」が示される必要があると考えざるを得ない。

第10 纏めとして

一般的な民事訴訟に関しては、当事者の一方が相手方に対して「法の保護」を与える必要が認められないと主張する場合には、その相手方は「法の保護」を受けべき要件を満たしているとの反論がなされるべきであり、これは当事者主義の基本でもある。

しかしながら、本件の場合も控訴人が財産権を侵害されることは否定できないことから、これは適用違憲であると主張したことに対しても、原審は被控訴人らに対する積極的な反論・反証すら求めないままに、恰も被控訴人らの代弁者であるかのような判断を下した。

控訴人としては、従来の司法運用が恰も借地人の庇護者に見紛うような外形で、その「法」の適用においても前例規範の盲目的な当て嵌めによる運用が繰り返されてきたことが、旧借地法借地権の司法裁量における最大の問題点であることを主張してきたものである。

これまで述べてきたように旧法借地権に関しては、立法事実の背景ともなる社会的経済的事情の変遷や、関係諸法・鑑定手法等を含めて検証を必要とする事項は複雑多岐に関わることはいうまでもない。また、原審判決の問題点については縷々指摘してきたが、そもそも現在の東京地裁民事部の裁判官が抱えている担当事件数を考慮すると、これだけの複雑な事案を例え合議体と言えども担当裁判官個々の責任とすることには控訴人としても逡巡するところがある。

それ等の事情に鑑みると、民事訴訟の運用が基本的に当事者主義により維持されていることを踏まえると、立法事実の顕出が本来の司法の役割・責務であることは当然としても、それと並行して寧ろ司法が釈明権を積極的に行使して双方に対する主張の補充・立証・反論・反証を促すべきであると考えざるを得ない。

第 1 1 控訴理由書の訂正

理由書中、8頁下から11行目の「区画⑧」を「区画⑩」に、27頁下から5行目の「H」を「G」に、33頁下から7行目の「甲93」を「甲90」に、35頁12行目の「平成21年12月」を「平成19年4月」に、36頁下から4行目の「第1の5」を「第1の2の(5)」に、37頁下から3行目、同9行目の各「甲86」を各「甲87」に、訂正する。

以上