

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(原告) 銀座丸八株式会社

被控訴人(被告) 木田明利 外2名

控 訴 理 由 書

平成22年2月1日

東京高等裁判所 第20民事部 御中

控訴人(原告)訴訟代理人 弁護士 鷺 尾

誠



第1 はじめに

1, 控訴人(原告)は、本件のような経緯を辿っているような事案に対してまで、旧借地法4条1項を適用して被控訴人ら(被告ら)の借地権継続に保護を与えることは、憲法29条2項が保障する控訴人の財産権を侵害することから、その適用は違憲となると主張した。これに対して、原審は後段で述べるような極めて不可解な判断を以て、その主張を退けた。これについては、旧借地法に基づく法が規定する相当期間を経過するに至った借地人の保護と、所謂住宅困窮者等に対するセーフティネットを目的とした住生活基本法等の要件とを混同しているに止まらず、生業的利用権としての当事者の生計維持の為に、土地所有権者が地代抑制主義等の下で過去から被ってきた財産権の侵害実態を確知することなく、これを法定更新制度により更に長期間に亘って制限される等についても検証の必要性すら認識されていないことは明らかである。加えて、原審の判断は控訴人が求めた立法事実の再検証は当然に、適用違憲としての主張を退ける際の基本的要件を欠いていると考えざるを得ないことから、これを理由不備、審理不尽として批判せざるを得ない。



2, 更には、原審は控訴人が土地所有権を回復する為の自己使用の目的とした本件再開発計画に対しても、その実現性等に関して都市再開発法に言及する等によりその主張を退けた。しかしながら、これについても、控訴人が旧借地法に基づく異議権の行使とした本件訴訟と、市街地再開発事業を含めた一般的な再開発事業、公共事業、それに伴う権利変換方法や損失補償等の算定が準じている土地収用法等との峻別がなされないままの、明らかな思いこみと判断せざるを得ないような混同が認められることから、これについても審理不尽、理由齟齬として批判せざるを得ない。

3, 前述した諸点については、原審に限らず借地訴訟の審理に携わる殆どの裁判官、借地非訟事件の運用の監督者でもある最高裁事務総局民事局、不動産鑑定業界及び鑑定士、各弁護士会及び弁護士等々に於いても、同様の混同により今日までその職務が遂行されていると考えざるを得ない。そればかりか、借地非訟制度や、公共事業等における移転補償制度は、今日までその対象土地等の所有者から適切な異議が述べられていないことも加わって、謂わば関係諸法等の適用の結果として、土地所有者の財産権が片務的に侵害され、その一方の借地人に対しては不当利得にも繋がるような側面が存し、この外形は他の関係諸法の適用による権利者との関係において公序良俗を害するといわざるを得ない程の著しい不均衡をもたらしていることを否定できない。

と同時に、これら公共事業や再開発計画に伴う損失補償や権利変換等の概念が、何ら疑問のないままに旧借地法に基づく異議権行使の訴訟においても盲目的に援用され、それが為に旧借地法借地権の取扱いに多大な混乱をもたらしていることも否定できない。

4, 控訴人としても、後段で述べるように現行の旧借地法4条1項の運用規範

ともなる「立法事実」が立法者により規定されたものではなく、戦後の社会経済情勢を踏まえた司法判断の集積において規定されたことが、最前線に置かれている個々の裁判官に確知され得ていないことが、「適用違憲」に関する控訴人の主張が審理されなかった最大の原因であると考えざるを得ない。

これは単に原審に限らずこれまでに示されている司法判断においても同様の傾向が窺われるが、このことはその運用規範を司法自らが規定しながら、立法担当者(法務省)ですら認めるその後の急激な社会経済状況の変化にも拘わらず、それに正対且つ検証すらなさないままに過去の「立法事実」に硬直的に拘束されていることを否定できない。

控訴人としては、これらの一連の問題点を本件控訴において可能な限り詳らかにするとともに、これに関しては本件審理において然るべき職権調査を含めた徹底的な再検証をお願いするものである。

第2 適用違憲の主張に対する原審判決の審理不尽について

1, 原審は、「第3 裁判所の判断」の2の(3)において、以下の判断により控訴人の適用違憲とした主張を退けた。(頭書の英文字カッコは控訴人加筆)

(3) 適用違憲との主張について

- A) 原告は、本件について正当事由がないとして被告らを保護することは、原告の財産権の侵害であり、憲法29条に違反し適用違憲となる旨主張する。
- B) しかしながら、旧借地法4条1項自体が憲法29条に反しないことは原告も認めるところであり、
- C) そうすると、原告の上記主張は、結局のところ、本件において、本件土地の使用継続に対する原告の異議について正当事由があると主張しているにすぎないというべきである。

D) そして、前記のとおり、原告の適用違憲の主張の根拠となる各事情も踏まえた上で正当事由の有無を判断している以上、上記主張を正当事由の有無の判断と別個に論ずる意義は認められない。

原審は、控訴人によるA)の「適用違憲」に対しては専ら同B)の主張に依拠した上で、同C)で「**正当事由があると主張しているにすぎないというべきである。**」と結んでいる。そもそも、控訴人の前掲A)の主張は旧借地法4条1項に関する「立法事実の変遷」の検証を踏まえたものである。

この主張に関して原審は同D)で「**適用違憲の主張の根拠となる各事情も踏まえた上で正当事由の有無を判断している以上**」としたが、これについては判決文では10頁末尾「(3)適用違憲」で控訴人主張を僅かに概略したに止まっている。また、控訴人としては「立法事実の審査」の必要を再々に亘って主張したにも拘わらず、それが審理に付された痕跡を確認できない。

これに加えて、法の適用が合憲であることの「立法事実の審査」と、その適用を前提とした「個別事情」に関する比較衡量については、本来は区分した上で職権的調査・検証・確知の必要があるにも拘わらず、同D)で「**別個に論ずる意義は認められない。**」としたことについては、そもそもこれは司法権能の放棄であるに止まらず控訴人に対する「不意打ち」に等しい。

仮に、原審がこのような終局的判断に帰する心証を得ていた場合には、少なくとも控訴人に対して然るべき釈明権が行使されるべきであったと考えざるを得ない。結果として、原審は「適用違憲」に関しても一切の釈明義務をつくさないままに、「法令違憲」ではないとの解釈を以て控訴人の主張を一方向的に排したが、この判断については以下の解釈を踏まえると明らかな理由齟齬・審理不尽といわざるを得ない。

2, 刑事・民事を問わず一般的な訴訟の運用においては、「合憲性推定の原則」(憲法41条)に基づいて「法」が適用され、その際には「法」の合憲的適用の裏付けとなる「立法事実」が審査(憲法81条)されることはまれである。

これは、法の解釈・適用の規範ともなる「立法事実」が、その法が制定された段階で立法者により規定されていることから、「憲法判断回避の準則」として「**裁判所は必要以上に政治部門の判断に介入すべきでないことが挙げられる。**」(衆憲資第4号「憲法訴訟に関連する用語等の解説」の17頁・衆議院憲法調査会事務局)とされているように、裁判所における法の運用においては政治部門の立法裁量権に対する介入を極力抑制することが求められることに繋がっていることにある。

しかしながら、旧借地法4条1項に関する「立法事実」は、法の制定者たる立法者(立法府)が定義付けたものではなく、その運用における司法判断により修正・定義付けがなされたものであることは、以下の論文及び法務委員会答弁が示している。

(1)旧借地法4条1項に関して、平成3年9月24日付の参議院法務委員会公聴会会議録1号(甲81)において、公述人・星野英一氏(千葉大学法経学部教授)が法制定時の立法事実に関して、以下のように公述されている。

(文中のカナッコ下線は控訴人加筆)

次に、その後の社会事情の変化を申し上げますと、これも一口で申し上げますと、既に言われておりますとおり、借地・借家関係、広く申し上げますと土地・建物の利用関係の多様化ということでございます。**ア)借地・借家の終了につきまして正当事由というものを要件といたしましたのは、戦時中の住宅難に対処するための昭和十六年の借地法、借家法の改正であります。この要件は、戦後**

の住宅難に直面いたしました判例によって、立法者の考えていたのとは異なっ
て借地人、借家人の事情その他一切の事情を考慮すべきものとされまして、
さらにこれと、とりわけ借地法における借地期間のかなりの長期の保護という
ものが相まちまして、その後の事情の変化に対し、両法がやや硬直化してまい
りまして、社会の多様な要請に応じられないという結果を生ずるに至りまし
た。

より具体的に申しますと、イ)昭和十六年の改正は、借地人、借家人をいわ
ば弱者としてこれを保護しようとするものであり、今日におきましてもそのよ
うな事例は少なくないことは明らかでございます。しかし、必ずしもそうとは
言えない場合もまたかなり存在するようになってまいりました。例えば住宅・
都市整備公団が借地人になるというような場合などがそれであります。いずれ
にいたしましても、地主が土地を借地に出すことが著しく減ってきていること
は統計的に明らかなようでございます。

このア)「判例によって、立法者の考えていたのとは異なっ
て借地人、借家人の事情その他一切の事情を考慮すべきものとされまして」の公述は、立法当初の
イ)に基づく「立法事実」が司法判断により修正されたことを確認したものであり、その盲目的適用がもたらした現下の問題認識を示したものである。

(2)同様の経緯については、最高裁判所事務総局民事局監修の「借地借家関係
事件執務資料／司法協会」(甲69)の4頁において、以下の通り最高裁自
らも認めていると同時に、それを踏まえた借地借家法(以下「新法」という)
に基づく正当事由適用の方向性を示したものである。

「(2)「正当事由」の明確化

借地・借家関係の解消の要件である正当事由について、借地法及び借家法は、ウ) 「貸主が自ら使用する必要がある場合その他正当の事由がある場合」と規定するのみで、どのような事由が正当事由の有無の判断にあたって考慮されるのかは、条文上は明確ではなかった。そこで、新法では、正当事由の有無の判断に際して借地法及び借家法の下での裁判実務において考慮されていた要素のうち代表的なものを規定に掲げることとされた(6条, 28条)。したがって、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。」

このエ)の答弁は、契約自由の原則下で新法に基づいた賃貸借契約に適用されるものであり、旧借地法の場合は大正10年制定後の「事後法」として設けられたものであることを踏まえると、その適用の是非判断に関しては根本的に異なるものといわざるを得ない。

司法が修正した旧借地法4条1項の適用に伴う規範・基準ともなる「立法事実」については、控訴人が昭和37年最判を準備書面でも再確認したように『①借地権者の利益を保護する目的で土地所有権の制限を規定し、②「借地権者の継続的保護と、土地所有者の更新拒絶との利益調節の基準としたもの」、③「改正前の更新拒絶は土地所有者の自由であった」、④「財産権・所有権の制限、つまり私権も公共の福祉に遵うもの」、⑤「宅地不足が著しい現状において借地権者を保護する為に土地所有権能の制限は是認されるべき」⑥「土地所有者の権能は正当事由により回復できる。」として、「立法事実」の修正により「正当事由」の規範・基準を摘示し、これ以降の同様事案についてもこの判示事項に基づいて適用が行われてきている。

現行の旧借地法4条1項の「立法事実」については、前述したように法制定時の立法者意思を離れて、その運用における司法判断により修正・定

義されたものであるにも拘わらず、今日に至る司法は「憲法判断回避の準則」を遵守するが余りに極めて硬直的な対応に終始してきている。

また、法の適用の合憲性の基準となる「立法事実」については、実質的には立法者ともいえる国会法務委員会等において「急激な社会経済情勢の変化」が法改正の背景として多々論じられていることは、これまでに控訴人が主張の裏付けとして引用した会議録等の政府委員答弁の通りである。

にも拘わらず、司法は今日に至るまでこれに対して真正面から向き合うことなく、旧借地法4条1項適用の合憲性を裏付ける「立法事実」の審査・再修正が行われることは無かった。結果として、原審判決においてもこの点に関する審理の必要性すら検証・確知されることなく、C)・D)のように原告の主張を同一の「正当事由」を主張しているに過ぎないとし、しかもこれを個別に論ずる意義を認められないとまで断じた。

3, 法令違憲と適用違憲の判断基準について

控訴人は、本件提訴に先立つ別訴事案等(甲5の1の区画⑤の関根事件／平成18年(オ)第1219号・乙6の3、同区画⑧确实不動産事件／平成17年(ネ)第4983号・甲12)においても、この判例が示した「立法事実」は今日においては既に喪失したことを繰り返してきた。

その上で、今日に至る「急激な社会的経済的情勢の変遷」を踏まえると、本件のような既に法が想定した最長期間60年以上を経過した事案に対してまで、旧借地法4条1項を盲目的に適用することは明らかに控訴人の財産権を侵害することから、これは適用違憲であるとしてきたところである。

この適用違憲に関しては、木原正夫氏(現大東文化大学法学部教授)は、早稲田法学会誌42号(1992年)で「立法裁量論に関する一考察」(以下「木原論文」という)の174頁(甲82の2)において、以下のような解釈を展開されている。(カナカッ・下線は控訴人加筆)

(3) 裁判所が下す違憲判断の方法に関する問題

わが国の違憲審査制が付随的違憲審査制であることを前提とすれば、たとえ法律の違憲性が争われている事案であっても、当該法律を違憲とせず、事件を処理することが可能であるならば、それによるべきことになる。

才) 即ち、法律の違憲性が問われている場合には、まず、憲法解釈を回避することが可能か否か、また、憲法解釈が不可避であるとしても、法律が「基本的人権の侵害にあたる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分が合憲的な制限、禁止の範囲に属するようなものである場合には、当該規定自体を全面的に無効とすることなく、できるかぎり解釈によって規定内容を合憲の範囲にとどめる方法（合憲的制限解釈）、またはこれが困難な場合には、具体的な場合における当該法規の適用を憲法に違反するものとして拒否する方法（適用違憲）によってことを処理するのが妥当な措置というべき」である。そして、立法裁量論は、本来は、以上の違憲判断の方法が全て困難である場合にのみ問題となり、その場合には、立法裁量論が適用されるか又は適用されずに法令違憲となるはずである。

このような違憲判断の方法の根拠は、民主主義の原理の下では、法律は、一般に、合憲と推定されるべきものであること、法律は、憲法を頂点とする国内法秩序の統一性を維持するために、本来的に、憲法に適合するように解釈されるべきであること、法律を安易に違憲・無効とすれば無用の法的混乱を招くこと、主観訴訟を前提とする限り、訴訟当事者の権利・利益の救済すれば足りるから、原則として、具体的に形成された法関係を争わせれば十分であること、などが挙げられる。

この木原正夫氏の才)の解釈と同様に、衆議院憲法調査会事務局より発された平成12年5月の「憲法訴訟に関連する用語等の解説」（衆憲資第4号

・衆議院憲法調査会事務局HPより)の19頁の(3)では、以下のような定義がなされている。

(3) 法令違憲と適用違憲

違憲判断には、法令の規定それ自体を違憲とする方法(法令違憲)と、法令の規定が当該事件に適用される限りにおいて違憲とする方法(適用違憲)とがある。適用違憲は、法令を全面的かつ明瞭に違憲とする判断を避けることにより、裁判所が立法府に対する干渉を最小限にとどめようとするものである。

この両解釈は、前述した「合憲性推定の原則」や「憲法判断回避の準則」を踏まえたものでもあり、控訴人としても別訴事件である関根事件・确实不動産事件の訴訟追行に際して旧借地法4条1項を「法令違憲」として主張することは、この条項が「公共の福祉」を目的として創設され運用されてきた今日に至る歴史的経緯を鑑みると、今日の社会経済情勢下においても本件訴訟当事者以外の幅広い第三者に対する影響をも考慮すると、それは控訴人が負うべき課題ではないと考えた上で「適用違憲」の主張に止めたものである。

つまり、本件のような事案の場合には合憲限定解釈を維持しながらも、その適用に際しては事案毎の個別・具体的事情を踏まえた解釈・運用がなされるべきであり、これは本件に限らず関根事件の場合にも十分に可能であった。

ましてや、本件の場合には被控訴人等の用途が例え生業的利用権であるとしても事業用であることを踏まえると、居住用・事業用の区別すら埒外に置いて、本来の立法事実の検証・審査を行わないままに盲目的な前例規範を当て嵌めることは控訴人の財産権等を侵害することは避けられない。

これ等を踏まえた上で、控訴人としては一般的な訴訟当事者の処分権行使

に伴う異議の要件ともなる「正当事由」として「立法事実の変遷」を踏まえて「適用違憲」を主張したものであり、旧借地法4条1項の「正当事由」、つまり自己使用としての本件再開発計画とは別個の「正当事由」の審査を求めたにも拘わらず、これに対して原審は一切の審理を行っていない。

それ以前の問題として、そもそも原審は控訴人が前掲B)のように旧借地法4条1項を違憲としてはいないとしたことを捉えて、この判断に帰結せしめる根拠としたことについては到底これを妥当と解することはできない。

我が国における民事訴訟事件の総数と比すると、適用違憲が認められた事例や、それ以前の立法事実の審査事例等が極めて少ないことは理解できるとしても、前掲したような司法本来のあり方についての基本的な解釈を考慮すると、原審のこの判断に関しては多大な疑問を呈せざるを得ない。

4、「適用違憲」となる「財産権侵害」の審査のあり方について

(1) 前述したように控訴人の主張は、旧借地法4条1項の盲目的な適用は土地所有者である原告の財産権を侵害するとしたことに集約されているが、財産権の規制に関しては以下の判例においてもその判断基準が示されている。(文中の丸数字・下線は原告加筆)

1) 平成14年2月13日付・最高裁大法廷判決・平成12年(オ)1965号・短期売買利益返還請求事件(以下「平成14年最判」という)

財産権は、それ自体に内在する制約がある外、その性質上社会全体の利益を図るために立法府によって加えられる規制により制約を受けるものである。

財産権の種類、性質等は多種多様であり、また、財産権に対する規制を必要とする社会的理由ないし目的も、①社会公共の便宜の促進、②経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策に基づくものから、③社会生活における安全の保障や秩序の維持等を図るものまで多岐にわたるため、財産権に対する規制は、

種々の態様のものがあり得る。このことからすれば、財産権に対する規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、④規制の目的、⑤必要性、⑥内容、⑦その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである。

2) 昭和62年4月22日付・最高裁大法廷判決・昭和59年(オ)805号・共有物分割等(以下「昭和62年最判」という)

裁判所としては、⑧立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たといえないものとして⑨公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであつても⑩規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、⑪そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができるものと解するのが相当である(最高裁昭和四三年(行ツ)第一二〇号同五〇年四月三〇日大法廷判決・民集二九卷四号五七二頁参照)。

平成14年最判が示した①②③は「法」に関する「立法事実」の目的を摘示したものであり、④⑤⑥⑦はその「立法事実」が合憲的であるか否かの審査基準を示したものである。

同様に、昭和62年最判の⑧は前述した「合憲性推定の原則」や「憲法判断回避の準則」を摘示したものである。

本件や関根事件・确实不動産事件に限らず、殆どの訴訟事件の審理においては、その事案毎に「個別事情」が異なり、本来は「一つとして同じものは無い」(後段法務省民事局長答弁・甲64)ことから、「法」を適用するに際

して何れか一方の当事者が財産権の行使を制限され、その際の財産権侵害が受忍限度を超える可能性が疑われるような場合は、⑨⑩⑪に関する審査を要することは否定できない。

つまり、前掲した昭和37年最判が司法が修正した「立法事実」に関しては、本件や関根事件においては職権的調査・検証が必要であったと考えざるを得ないが、両判決書からはこれが審理に付された痕跡が一切窺えない。

尚、确实不動産事件については、控訴審段階で控訴人の主張を踏まえて、第1回期日において和解勧告を受けて、陪席裁判官の指揮下で借地権の返還(甲12/和解調書)に至ったものである。

(2) 前掲した両最判例は、法の適用が財産権侵害に繋がる可能性を検証する上での判断基準や、「立法事実の審査」のあり方を摘示したものである。しかしながら、この判示事項に関しては司法実務にあたる裁判官は当然に確知し得ているはずであり、これは前掲した木原論文がその172頁(甲82の1)で展開された以下の論旨も同様であると考えられることから、原審の判断に関しては多大な疑問を抱かざるを得ない。(文中の下線は原告加筆)

(2) 訴訟の中で当該法律の違憲性を立証する際に生じる問題

法律は立法事実に基づくものであるから、法律の違憲性を争おうとする者は、主として、国会の立法事実に関する認定又は評価に過誤があることを攻撃することになる。

ところで、立法事実とは、法律効果の発生・変更・消滅という、法律効果を規定する法令の構成要件に該当する事実としての主要事実ではない。立法事実とは、法律が合憲であるという一般的規範命題に関わるものであるから、これについての判断は裁判官の専権に属し、立法事実に関する直接の立証責任は、原理的には、訴訟当事者間では問題にならない。

立法事実の顕出は裁判所の役割であり、司法的確知によることになる。これは、このような原理的問題の他に、実際上も、法律の合憲性判断は法律問題であり、立法事実を当事者が十分に顕出したか否かにより、この結論が異なるのは不当であること、法律の合憲性は普遍性のある問題であるため、訴訟のように当事者の対立構造をとり、多元的な利害関係の調整の上で決せられることに適していないこと、訴訟における証拠調べの方法は、本来、裁決的事実の顕出のために考案されたもので、当事者の訴訟戦略により証拠調べが進行することになるから、現在における立法事実の顕出には必ずしも適当でないこと、などが挙げられる。

前述してきたように現行の正当事由制度に関する「立法事実」は立法者たる国会で定義されたものではなく、司法自らの判例により修正され、それに基づく運用を重ねて蓄積されてきたことは最高裁判所事務総局民事局自らが認めるところでもあり、この不知は少なくとも裁判官に関しては許されない。

そうすると、上記の「立法事実の顕出は裁判所の役割であり、司法的確知によることになる。」とされていることを踏まえると、且つこの指摘が司法実務における司法の役割・責任であるとする、控訴人が次項以下で述べるように「適用違憲」の根拠として主張した「立法事実の変遷」に関しても、原審が職権的確知の為の調査・審査すら行なわないままに、これをD)「別個に論ずる意義は認められない。」とまで断じたことについては、本件控訴審において再検証の上で詳細の審理を要する重要な要件でもある。

第3 司法が修正した「立法事実」と、その後の変遷について

- 1, 原審は、控訴人が「適用違憲」の根拠として主張した「立法事実の変遷」に関しては、僅かに10頁末段で「(3)適用違憲」として引用し、それに対する被控訴人の反論に関して14頁末段で以下のように纏めている。(文中

の英文字カッコ、下線は控訴人)

(6) 適用違憲との主張について

E) ア 原告は、旧借地法の正当事由と憲法29条の関係について縷々主張するが、結局のところ、正当事由の解釈の問題であり、法律解釈の問題にすぎない。

F) イ 仮に憲法上の問題とするとしても、東京都などの大都市圏における現在の土地需給動向は、バブル時と比較して緩和してきたとしても、昭和37年当時との比較においても「住宅の供給不足の事態がなくなり、大幅な供給過剰となった」と言えるのでなければ、原告の主張には理由がない。

昭和37年判例は、少なくとも宅地供給不足という当時の社会状況の結果生み出された多数の借地人を保護するために、土地所有権者に対する制限としての旧借地法4条を公共の福祉の観点から是認したものである。どの程度の供給不足が判決当時の社会状況と同様であるかの問題は別としても、少なくとも本件土地の借地権は、まさに上記判決当時の社会状況のもとで生み出されたものであり、被告らはこの土地上において、煉瓦亭を営業することで今日までの糧を得てきたものである。したがって、被告らの借地権の要保護性は、上記判決当時と何ら変わるものではない。

なお、原告の指摘するように、小市民的借地人と資本家的借地人とを区別して、正当事由の判断の尺度を区別しようとする見解が存在するが、両者を明確に峻別することは困難であり、各々の借地人の土地使用継続の切実さ、必要性という事情を個別に正当事由の判断において斟酌すれば足りる。

このE)については、前述したように司法が職権的確知を求められる立法事実拘わる事項であり、単に正当事由の解釈の問題ではない。

しかしながら、F)の「住宅の供給不足の事態がなくなり、大幅な供給過

剩となった」と言えるのでなければ、原告の主張には理由がない。」としたことについては、これが「立法事実」の審査に関わる重要事項であるにも拘わらず、原審はこれに関しても何ら言及すらしていないので、その点に関して以下で改めて検証する。

2、「住宅の供給不足」については、平成18年6月8日付で公布された「住生活基本法」に関して、国土交通省住宅局住宅政策課の監修、住宅法令研究会の編集により「(株)ぎょうせい」より出版された「逐条解説・住生活基本法」の「発刊によせて」として、国土交通省住宅局長名で以下の解説(甲83)が認められる。

我が国の住宅政策は、終戦直後の420万戸という深刻な住宅不足を背景に住宅金融公庫、公営住宅制度及び日本住宅公団等を政策の柱として、昭和41年に制定された住宅建設計画法に基づく住宅建設計画五箇年計画のもと、住宅の量の確保のため新規供給の支援を基本としてまいりました。

昭和40年代後半、住宅の量の充足(一世帯一住宅の達成)が図られた後においては、住宅建設計画法の枠組みの中で、住宅床面積についての居住水準の目標を定めるなど、時代のニーズに応じて、住宅及び居住環境の質の向上に関する施策の推進に努めてきたところであります。

これは、我が国の住宅政策の目標が「供給量の確保」から「質の向上」に転換されたことを、明確に確認されたものである。

同様に、この供給量については平成18年5月30日付の第164回国会・参議院国土交通委員会会議録第20号(甲84)で、淵上貞雄委員により以下のような指摘がなされている

総務省住宅・土地統計調査、住宅ストック数の状況によりますと、一九七三年には住宅戸数が世帯数を上回って、以来既に三十余年が経過をしておりますが、この間、年間百万戸以上の住宅供給がなされており、二〇〇三年には住宅ストック数の約五千四百万戸に対して総世帯数が四千七百万戸と一四%多くと。これは先ほども質問があつておつたようでございますが、量的には充足をしている状況でございます。二〇〇三年の空き家率は一〇%を超えていると言われておりますが、このような状況からしまして、量から質への転換と言われても、量的供給を追求するスキームを現在まで維持してきましたことを考えますと、今回の方針は遅きに失したと言えるのではないかと思うんですが、いかがでございましょうか。

これ等を踏まえると、前掲した星野公述のア)「戦後の住宅難に直面いたしました判例によって」や、イ)「弱者としてこれを保護する必要がある」、これらを裏付ける昭和37年最判が示した「立法事実」は、少なくとも居住用に限るとその根拠・根底事情が喪失したと考えられる。

それ以前に、そもそも我が国の国内総生産指数(GDP)においては新築住宅着工戸数が含まれているように、その供給戸数に関しても基本的には需要見込みに大きく依存することから、控訴人等が主張したようにF)「大幅な供給過剰」は資本主義経済である限りあり得ない。

3、更に、平成18年6月8日付で公布・施行された住生活基本法は旧来の住宅政策関連法が取り纏められたものであるが、その施行に際して「転換期にある住宅政策」(セーフティネットとしての公営住宅を中心として)において、国土交通調査主任・専門調査員/八木寿明氏(甲85・以下「八

木調査」という)は、戦後から講じられてきた諸々の住宅政策に関して以下のように解説されている。

終戦直後の応急対策を経て、わが国の住宅政策については、住宅金融公庫、日本住宅公団、公営住宅制度を三本柱として、それぞれが一定の所得階層を対象とする枠組みの下で、住宅供給に関する実施体制が構築された。

すなわち、昭和25年に住宅金融公庫が、「国民大衆が健康で文化的な生活を営むに足る住宅の建設及び購入に必要な資金(4)」を融通することを目的として、昭和30年には日本住宅公団が、「住宅不足の地域において、住宅に困窮する勤労者のために耐火性能を有する構造の集合住宅及び宅地の大規模な供給(5)」を行うことを目的としてそれぞれ設立された。他方、昭和26年には「公営住宅法」(昭和26年法律第193号)が、「国及び地方公共団体が協力して、健康で文化的な生活を営むに足りる住宅を建設し、これを住宅に困窮する低額所得者に対して低廉な家賃で賃貸することにより、国民生活の安定と社会福祉の増進に寄与」(同法第1条)することを目的として制定された。

この八木調査でも確認できるように、「正当事由制度」は当時の住宅供給量の圧倒的な不足に対する対処策として創設されたものであったが、少なくともこの点については戦後から講じられてきた諸政策において解決されるに至ったことが再確認できる。

加えて、この住生活基本法においては高齢者、障害者、子育て世帯、一人親世帯、社会的弱者、一時的住宅困窮者等の住宅確保を図るための「住宅セーフティネット」の構築を含めた種々の政策目標も掲げられている。

このように居住用住宅の供給不足問題は既に解消していることや、住宅困窮者等に対しても諸々の政策が講じられていることに鑑みると、旧借地法4条1項の「立法事実」ともなる社会的経済的事情の一端は明らかに喪

失したことになる。

控訴人としては、前述したような「立法事実の変遷」を踏まえた上で、「適用違憲」との主張を行ったものであるが、これについて原審は一切の審理すら行うことなく、控訴人の主張を**C)「本件において、本件土地の使用継続に対する原告の異議について正当事由があると主張しているにすぎない」として、旧借地法4条1項の異議と同一であるとして排した。**

以上を踏まえると、本件に関して控訴人の土地利用の必要性としての「正当事由」の有無を判断する以前に、前述した「立法事実の審査」により旧借地法4条1項を控訴人に適用することが「違憲」となるか否かの審査は絶対的に必要となるといわざるを得ない。

第4 「正当事由」に関する立法者の二重基準と司法実務の運用について

- 1, 控訴人は準備書面(7)等で、昭和41年の「借地非訟制度」の創設に伴う借地法改正時点の改正理由と、平成3年の「借地借家法」の立法過程における「正当事由」の明文規定の取り扱いに関して、法務委員会における政府委員の答弁は明らかな二重基準であることを国会法務委員会議事録(甲59乃至64)を引用して主張した。

しかしながら、原審はこの点に関しても一切の審理を行った痕跡が窺えないことから、改めてこれに関して旧借地法と借地借家法の関係条文を抜粋した上で、控訴人が準備書面(7)の第3及び準備書面(9)の第2の4等において、国会法務委員会会議録を引用した立法処置上の問題点について、これまでの主張を改めて再確認する。(文中の下線は控訴人加筆)

**第8条ノ2 防火地域ノ指定、附近ノ土地ノ利用状況ノ変化其ノ他ノ事情ノ変更
ニ因リ現ニ借地権ヲ設定スルニ於テハ堅固ノ建物ノ所有ヲ目的トスルコトヲ**

相当トスルニ至リタル場合ニ於テ堅固ノ建物以外ノ建物ヲ所有スル旨ノ借地条件ノ変更ニ付当事者間ニ協議調ハサルトキハ裁判所ハ当事者ノ申立ニ因リ其ノ借地条件ヲ変更スルコトヲ得

第六条 前条の異議は、借地権設定者及び借地権者（転借地権者を含む。以下この条において同じ。）が土地の使用を必要とする事情のほか、借地に関する従前の経過及び土地の利用状況並びに借地権設定者が土地の明渡しの条件として又は土地の明渡しと引換えに借地権者に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して正当の事由があると認められる場合でなければ、述べることができない。

まず、旧借地法8条の2の「附近ノ土地ノ利用状況ノ変化」に関しては、第51回国会・衆議院法務委員会議事録第31号（甲59）・同32号（甲60）で新谷政府委員（法務省民事局長）により以下のような答弁が行われ、それを踏まえて改正法案の決議に至っていることを摘示した。（行頭の英小文字は控訴人加筆）

- a) 「わが国の狭い国土の中でこの土地を最高度に利用しなければならない」
- b) 「私権である所有権、その他の物権といえども、やはり公共の福祉と申しますか、そういった観点からの調整を受けることも、これはまたある程度やむを得ない」
- c) 「一方では土地の最高度の利用ということも必要でございます」
- d) 「私権ではありますけれども、やはりそのときどきの社会情勢にこれがマッチするものでなければなりません」
- e) 「そういう意味で土地を合理的に利用するという目的のために、いろいろの措置を講じた次第でございます」

f) 「商業地域になりまして、その地帯一帯に鉄筋のりっぱな建物が並んだというふうな場合に、ただひとり特定の建物のみが旧態依然たる木造の建物で残っておるというのも、いろいろの面から見まして歓迎すべきことでもございません」

g) そういう場合に、この法律の8条ノ2が働くわけでございます。

一方、第121回国会・衆議院法務委員会会議録第3号(甲63の4頁)や、同4号(甲64)で、当時の法務省民事局長清水湛氏は以下のように答弁されている。(行頭の英小文字は控訴人加筆)

h) 「借地借家法というのは土地の高度利用とか有効利用ということを目的とするものではない、」

i) 「つまり、東京のいわば下町に低層の木造の住宅が仮にある、そういうものを取り壊して高度利用する、あるいは有効利用するというのは土地政策なり住宅政策の問題でございまして、借地借家法は直接そういうことを目的とするものではない、」

j) 「それ以外の客観的な土地の高度利用とか有効利用というような公共政策というようなものは、これは当事者間の契約をベースとする借地・借家関係というものには直接の関係はないんだ」

k) 「正当事由条項をどういふふうに定めるかというような議論の過程で、これもまた後ほど議論になろうかと思いますが、当該借地なりそういうものが存在する土地の利用の状況だけじゃなくて、周辺の土地の利用状況というものを考えて正当事由というものを考えるべきだという議論があったわけでございますけれども、」

l) 「そういうものを入れますと、やはり土地の有効利用、高度利用というところにつながってくるおそれがございますので、そういうものは正当事由条項

から落とされた」。

つまり、借地・借家法の二度の改正経緯を検証すると、法の起案者でもある法務省民事局長は昭和41年の旧借地法8条の2の「**附近ノ土地ノ利用状況ノ変化**」とした明文規定を設ける目的として、**a)・c)・e)**「**土地を最高度に利用、合理的に利用する、旧態依然たる建物が残っているのも歓迎すべきではない**」ことから、借地人による防火仕様建物等への建て替えとなる「再開発計画」の実行を保護・担保する必要から、土地所有者の異議権に対しても**b)・d)**「**私権も、公共の福祉の観点から調整を受けることもやむを得ない。社会情勢にマッチするものでなければならない。**」との観点から、**g)**のように非訟手続きにより裁判所による代諾許可の制度を創設したと答弁されている。

一方、平成3年の借地借家法の制定に際しては、同じく法務省民事局長による**h)・i)・j)**の答弁は、前掲した**a)・c)・e)**の答弁を真つ向から否定するような答弁となっている。この事実は一貫性を求められるはずの法務行政の、しかも借地・借家法の直接の立法起案者が、明かな二重基準において法の改正を司ったことが否定できないこととなる。

また、昭和31年(1956年)に法制審議会民法部会財産法小委員会の一部からなる借地借家法改正準備会は、「この法が、もはや社会事情に適合せず、紛争解決には不十分であることや、土地建物の高度利用に関する規定の整備が必要なこと等」を指摘し、同35年(1960年)に「借地借家法改正要綱案」を発表したにも拘わらず法案化に至らなかった。この事実に限らず、立法者(起案者)はその折々の時代背景に依拠した政治的バイアスに向き合わざるを得ず、それが為に前掲の**k)**「**周辺の土地の利用状況**」は、**l)**「**正当事由条項から落とされた**」とした答弁や、結果として新法の施行において旧借地

法・借家法への遡及効が見送られたことも含めて、過去から少なからぬ妥協を強いられてきたことも否定できない現実でもある。

しかしながら、この法改正は何れも借地・借家人の「私権」のみを限定して保護する目的で施行されたものであり、これについてはb)・d)の「私権」の取り扱いに関する答弁や、控訴人が第51回国会・衆議院法務委員会会議録第34号(甲62の2頁)の答弁「借り主を保護しなければならぬと同時に、貸し主もまた保護しなければならぬという事態が起きた」、「貸すほうの側の利益をめちゃくちゃにいいかげんにすることは当然できないことあります」を踏まえると、旧借地法4条1項や昭和37年最判等を本件に対して盲目的に当て嵌めた適用・運用は、これは明らかに憲法14条1項の規定を逸脱し、憲法29条2項が補償した控訴人の財産権侵害に繋がることは否定できない。

2, 前述したように平成3年の新法制定に際して、法務省は旧借地法8条の2の「附近ノ」と同義ともなるk)「**周辺の土地の利用状況**」の明文化については、政治的な妥協により放棄せざるを得ない立場に置かれたばかりか、旧借地法・借家法への遡及効も見送られることとなった。

その上で、当時の民事局長清水湛氏は前掲した同会議録第4号(甲64の14頁)で以下のような答弁を行われているが、これは旧借地法の借地権が抱える種々の課題・問題点の解決に関しては立法手段における解決が困難となったことを踏まえた上で、それらを含めた旧借地法の包括的な出口戦略については全面的に司法に委ねたと解さざるを得ない。

「裁判所が具体的な事案、この具体的な事案というのはさまざまな要素を持っているわけでございまして、一つとして同じようなものはない。当事者が違えば必ず借地・借家をめぐる事情というのは違いますし、従前の経過とか利用状況とい

うものもそれぞれすべて違う。こういう状況の中で、裁判所がここに掲げるような要件を考慮いたしまして適切な判断を今まで正当事由についてされてきた」,

「このような従来裁判所の判例に示された基本的な考え方というものは、これは私どもは正当であるということで、その思想をそのまま素直に第6条の中に書き込んでいる」,

「今後ともこの条文を根拠に裁判所におかれて、これは最終的には紛争の段階における裁判所の判断ということになるわけですが、裁判所におかれて両当事者の利害を適切にかつ公平に調整する見地から正当事由の判断をされるというふうを考えている」

「このような従来裁判所の判例に示された基本的な考え方というものは、これは私どもは正当であるということで、その思想をそのまま素直に第6条の中に書き込んでいる」,

「今後ともこの条文を根拠に裁判所におかれて、これは最終的には紛争の段階における裁判所の判断ということになるわけですが、裁判所におかれて両当事者の利害を適切にかつ公平に調整する見地から正当事由の判断をされるというふうを考えている」

尚、法文の文言解釈においても、借地借家法の6条の「土地の利用状況」に関しては、借地であれ借家であれその対象建物が陸の孤島に在する場合は別としても、単にその土地単独の利用状況のみで斟酌し得るものではない。

この点、例え明文規定から落とされたとしても原審が判じた被控訴人らの生計維持の為の「収益」は、「周辺」の環境において左右されることは否めないことを踏まえると、あらゆる土地の利用状況が「周辺」との関係性において位置づけられることは当然のこととなる。そうすると、前掲した答弁が「従来の裁判所の判例に示された基本的な考え方というものは、・・・その思想をそのまま素直に第6条の中に書き込んでいる」としたことは、本件に関しても

旧借地法 8 条の 2 が借地人保護の目的で規定した「附近ノ土地ノ利用状況ノ変化」については、控訴人の本件再開発計画の必要性に関する是非判断の背景的要件でもある。これを含めて、借地人である被控訴人と土地所有者である控訴人各々の「私権」に関する公平な観点からの比較衡量の必要があり、それが故にこれについても何れが「公共の福祉」に資するかは裁判所による職権的検証・確知を必要とすることは否定できない。

これに関連して、控訴人は準備書面(10)の第6でも詳述したが、その4で平成15年12月12日付で法務省より発された「規制改革会議宛」の「資料提出依頼について(回答)」(甲80)において、以下のような回答が行われていることを再確認する。(下線は控訴人加筆)

1. 貴会議御指摘の建物の老朽化に伴う建替えの必要性等の事情については、最近の裁判例においても、実際に正当事由を判断する際の考慮要素に加えられ、立退料の支払を条件に正当事由が備わっていると判断されて、明渡しが認められている事案も相当数にのぼっている。

しかし、一方で、建物の老朽化が相当程度進んでおり、現在の借家関係を維持したのではわずかな収益しかあがらないなど、賃貸人に酷な事情が認められる事案であっても、結論として、正当事由を備えていないとして、賃貸人からの明渡しの請求を退けた事案もある。個別事案においては、賃借人側の事情等も考慮に入れなければならないため、その判断の当否に言及することはできないが、現行法の規定では、当事者双方の「建物使用の必要性」の比較が、あたかも正当事由の主な考慮要素であるかのように掲げられ、一方で「建替えの必要性」等の要素が明示されてないため、建物の老朽化に伴う建替えや土地の有効利用のための建替えを計画しているような場合でも、それを考慮要素に加えていないか、加えていたとしても重要な考慮要素と扱われず、適切な評価が加えられていない場合もあるのではないかという問題意識を持っているところで

ある。

法務省としては、以上のような傾向について、最近の裁判例に更なる分析を加えた上、正当事由の客観化に資する具体的な措置、例えば、「建替えの必要性」等が正当事由を判断する際の重要な考慮要素になっていることを条文上も明らかにすることの要否等について慎重に検討していきたいと考えている。

この回答は、主として借家契約の解消に伴う正当事由の司法運用に関するものではあるが、正当事由については借地契約についても同一の基準となるものであり、ここで「建物の老朽化に伴う建替えや土地の有効利用のための建替えを計画しているような場合でも、それを考慮要素に加えていないか、加えていたとしても重要な考慮要素と扱われず、適切な評価が加えられていない場合もあるのではないかという問題意識を持っている」とされたことについては、これも司法が斟酌を要する重要な要件であることは否定できないはずであった。

しかしながら、原審はこの指摘に関しても双方の利用の必要性の比較衡量に拘る余りに、しかもその判断に関しても極めて不可解な理由により、控訴人の本件再開発計画の実現可能性を否定しているので、この点についても次項で詳細に検証する。

第5 原審が誤った異議権の行使と一般的な再開発手法との混同について

- 1, 原審判決は「第3 当裁判所の判断」の「2 争点(本件土地の使用継続に対する原告の異議に正当事由があるか否か)について」の「(1)のイ 原告による本件建物の使用の必要性及び再開発の必要性」の(イ) の中段部で以下の判断を示した。(文中の英文字カコ・下線は控訴人加筆)

G) しかし、賃貸借契約が継続されたとしても、都市再開発法による市街地再開発事業によっても、本件再開発計画で建築が予定される建物と同様の建

物を建築することは不可能ではない。そうであるとすれば、賃借人が再開発を行うこと自体に反対したり、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、

H) 賃貸借関係を解消しなければ土地の高度利用が不可能であるなどの事情のない限りは、原告による本件土地使用の必要性や正当事由の有無の判断に当たり、土地の高度利用の社会的必要性を過度に重視することは相当ではない。

控訴人の本件「建物収去土地明渡請求」は、前掲した昭和37年最判において再確認したように⑥「土地所有者の権能は正当事由により回復できる。」として摘示された「正当事由」の一として、「本件再開発計画」により土地所有権能の回復を目的として異議権を行使したものである。

従って、原審が本件再開発計画の実現性に関してG)「賃貸借契約が継続されたとしても」とか、H)「賃貸借関係を解消しなければ」としたことについては、これは恰も控訴人の異議権行使が権利濫用且つ不当であるかの如き判断を示したに等しい。と同時に、これは原審が控訴人に対して本件再開発計画を実現するには、異議権行使は適切では無く、一般的な再開発手法に準じた権利変換計画を提示してその協力を求める必要があるとしたに等しいこととなるが、控訴人の財産権侵害についての主張を誤解したものと評せざるを得ない。

2. 原審の判断の根底には、奇しくもH)「都市再開発法による市街地再開発事業によっても」としたように、多くの裁判官や、鑑定士、弁護士等が以下で述べるような誤った認識を経験則としていることにあり、その経験則には看過でき得ない重大な問題点及び論理的な欠陥・欠缺がある。

原審が言及した都市再開発法等に基づく一般的な再開発計画においては、

その計画対象敷地内に借地人・借家人が権利を有する場合には、その権利変換計画として各々の借地権・借家権の鑑定評価等を踏まえて、再開発建物内の権利還元床の割当配分を受けるか、権利還元床の買取が行われる。

これに関連して、控訴人は準備書面(5)の第4の2で「土地利用に関連し、憲法29条2, 3項の具体化とされる法令には、農地法, 土地基本法, 国土利用計画法, 都市再開発法, 都市計画法, 土地区画整理法, 土地収用法, 建築基準法等が存在するが、これらの法令はその殆どが公法的な目的の下に私権行使の方法等に制限を設けたものである。すなわち、これらの法令の適用対象となり私権行使が制限されることとなっても、それが財産権に内在する制約で補償を要しない場合か、又は、特定人に対する特別の犠牲であっても「正当な補償」がなされる限りは(補償額に対する異議権の行使は許されていても)、法の効力を拒否することはできない。」とした。ここで摘示した関係諸法に基づく公共事業等の場合も、前述した一般的再開発計画と同様に、事業計画対象地内の個々の権利者に対しては「公共用地の取得に伴う損失補償基準」や「同基準細則」、「損失補償算定標準書」により用地買収額や代替物件の取得・移転に伴う損失補償額が算定される。

この処置は、憲法29条3項に基づき「その財産権を公共の用に供する場合の正当な補償」となるものであり、これは同条1項の概念に基づき同2項により財産権の制限を受けることとなる権利者に対する救済処置となる。

問題は、これが借地の場合であっても、その補償額の算定には、残存契約期間や、その終了に伴う土地所有者の異議権行使の可能性や、権利金の有無等々についても斟酌されることのないままに、つまり債権的利用権であるにも拘わらず、対象借地権に対する税法上の「借地権割合」を安直に援用した恰も物権であるかの如き評価により補償額等が算定されることにある。

3, これに関連して、「東京地裁昭和58年2月16付判決・昭和53年(行

ウ)第16号・損失補償請求事件」では、以下のような判断が示されている。

1 借地権消滅に対する補償について

(2)本件土地の相続税財産評価上の借地権割合は八〇パーセントとされており（このことは当事者間に争いが無い。）、東京都公有財産規則によれば、一平方メートル当たり土地価格が八五万円以上一〇〇万円未満では借地権率が八〇パーセントとされている。

(3)東京都内の商業地の慣行的な借地権割合は七〇ないし九〇パーセント、本件土地付近の商業地の慣行的な借地権割合は七五ないし八〇パーセントであるが、借地権割合は一定地域内においても一定不変のものではなく、借地権設定の場合の事情、借地権設定の対価の有無及び額、借地権の種類、借地契約の態様、残存契約年数、地上建物の残存耐用年数、更新料及び名義書換料等の一時金の有無及び額、土地所有者と借地権者との間の力関係等によつて差があるものである。

この判例は、東京都公有財産規則（甲25）で規定された借地権割合に言及しているが、同規則第47条（価格または料金の決定）の2項で以下のように規定された、借地権設定時に徴求する権利金の額を算定するための別表（規則第47条関係）「借地権利金算定表」（甲86）に関するものであり、これは単に借地権割合を定めたものではない。

第四十七条

2 第三十六条第一項（同条第四項において準用する場合を含む。）

に規定する権利金の予定価格は、貸し付ける土地の適正な時価に別に定める当該土地の適正な借地権割合を乗じて得た額とする。

この判例の問題点は、その後段で「**借地権割合は一定地域内においても一定不変のものではなく、・・・借地権設定の対価の有無及び額、・・・**」として詳細の個別事情により左右されるとしながら、借地権設定時に権利金授受のない事案に対しても、権利金算定に伴う東京都の資料を借地権割合を示したものと混同したり、税務上の借地権割合に言及していることの矛盾にある。

借地権割合については、控訴人が準備書面(10)の第3の1の(1)で「**社団法人日本不動産鑑定協会・法務鑑定委員会編**」より2006年に出版された「**借地権割合と底地割合**」(甲79の1～8)から引用した下記下線部分の説明からも、上記判例が借地権割合と権利金の関係を見誤ったことは明らかである。

と同時に、これは上記判例に止まらず、借地訴訟に携わる裁判官・弁護士・鑑定士等においても、この点の誤認解釈が多々散見されている。

(1) 税制上の割合について、報告書の18頁(甲79の1)の後段の図表4の「**路線価の割合の特徴**」で、「●他に参照できるものが無いために、**税制上の割合が、借地権設定権利金、取引価格決定の基準とされることがある**」との説明に加えて、同19頁(甲79の2)前段部で「**①税制上の割合ではあるものの、社会的に周知され、制度的なものとしての権威が取引等においてこの「割合」の利用を促すことがある。すなわち、**路線価の割合が、借地権設定権利金、取引価格決定の基準とされることが多い****」

4, 前項の問題点は、単に前項の判例に止まるものではなく、借地非訟事件の評価や、再開発計画に伴う権利変換、公共事業等の損失補償等々に於ける殆どの鑑定評価に於いても同様の援用が多用・乱用されている。

と同時に、この権利変換や損失補償は事業者である第三者が負担者であり、

当然のこととして借地権等の対象土地所有者に対しても、底地権としての権利変換や損失補償額が算定されることとなるが、この場合には相互拘束下にある土地所有者と借地人との直接的な利害の衝突は無い。

つまり、この外形を概括すると原審が言及した一般的な再開発法に基づく再開発計画や公共事業等においては、対象借地権の契約内容ともなる契約期間、契約時の権利金等の一時金の有無、継続地代の実態等々を含めた詳細経緯や、土地所有者との関係も殆ど斟酌されることなくして、その権利変換計画や損失補償等の処置が講じられることになる。

その結果として、その対象借地権は税務上の借地権割合等(商業地の場合、70%から90%)に基づき債権的利用権から物権的所有権に変換されることとなる。しかしながら、この権利変換により土地所有者の対象地借地権返還を目的とした将来の異議権行使を不可能とすることから、その異議権行使が是認され得る可能性がある場合(借地権解消後の建物買取請求権を行使した場合の場所的利益は、対象地の20%から30%・昭和47年5月23日最高裁第三小法廷判決他)には、土地所有者の財産権が40%から70%相当の割合で著しく侵害・毀損されることになる。

この問題点については、土地収用法を含めた関係諸法の立法段階は当然に、その運用においても殆ど確知され得ていない。と同様に、これは控訴人が準備書面(10)の第2で検証した借地非訟事件事例の評価手法も同様である。

控訴人が検証したように最高裁民事総局民事局に於いて取り纏められた「借地非訟事件における財産給付額等算定事例集」の評価手法に関しても、権利金等の有無を殆ど斟酌されないままの極めて安直な借地権評価が行われていることが確認できるが、結果として借地非訟事件においても公権的な手続きにより土地所有者の財産権が侵害されていることを否定出来ない。

特に、前項で引用した不動産鑑定協会説明の下線部分「**借地権設定権利金、取引価格決定の基準とされることがある**」が、契約自由の市場下において評価

の基準とされることには当事者の処分権に帰することから何ら問題は無い。

しかしながら、これが借地非訟事件の評価に安直に援用されることは、本来は土地所有者に帰属する財産権が第三者や権利金等一時金を一切負担していない借地人に譲渡益として不当に移転することになり、しかもこの処分が公権的な手続きにおいてなされることが最大の問題となる。

加えて、仮に借地非訟事件、再開発計画、公共事業等の対象とされた土地所有者が、借地権者の第三者に対する譲渡の代諾許可、権利変換計画、損失補償額に対する異議を主張したとしても、その審理に携わる裁判官や、事業者、代理人弁護士、鑑定士等の専門家においても、この問題点が認識され得ていない限りは本質的な解決は望めない。

控訴人が、再々に亘って権利金と借地権評価の問題点を検証・主張してきたのも、「立退料額」(解決金)は借地権の評価に大きく影響を及ぼすことから、この権利金と借地権評価の関係を正確に認識し得ていない限りは、裁判所が和解を進言し指導する際にも公正・公平な仲裁者・裁量者となり得ないことに対して警鐘を發したのものである。

5、借地非訟事件の代諾許可に伴う評価手法や、再開発計画時の権利変換計画、公共事業に伴う損失補償が、結果として債権的利用権としての借地権を物権的所有権に変換することに外ならないことは、前各項で述べた通りである。

この権利変換に伴う最大の問題点は、旧借地法4条1項の制定が「正当事由制度」と、その拘束による「継続賃料抑制主義」による借地人・借家人の保護を目的としていたことにある。それが為に、その運用の結果として対象借地人が取得することとなる借地権譲渡対価や、権利還元床、損失補償金等々の財産的給付が、一般の勤労者、事業者の財産権との比較に於いて以下で述べるような著しく均衡を欠いた不当利得ともいえるような外形が存することにある。

これは、原告が準備書面で引用した吉田内閣当時の質問主意書（甲23）及び答弁書（甲24）で「**権利金等一時金の一切を支払っていないにも拘わらず、その対象土地の地価増益部分の過半を超える譲渡代金を取得することが、借地権設定の場合と借地権譲渡の場合均衡を失する極みがあります**」との遣り取りを踏まえると、この時点においては少なくとも何が問題点であるかの確知はされていたことになる。しかしながら、これを含めた旧借地法借地権に関わる関連諸法の処理において生じる不均衡や、その反面で生じる土地所有者の財産権侵害については、最高裁判所や法務省民事局においても全く確知すらされていないし、これは当然に司法裁量者たる裁判官や弁護士・鑑定士ら専門家も同様である。この不均衡は、立法政策の一貫性の欠落により生じたものであり、その不均衡が司法運用においても確知されてこなかったことの結果として、幻想ともいえるような借地人が有する財産的期待の裏付けに繋がっていることは否定できない。

6、一般的に東京都心部の商業地の継続地代は平成10年以前までは、日本不動産鑑定士会による「継続地代の実態調べ」によると公租公課の2倍程度が平準的な相場とされていた（なお、同書によると現在は3倍から4倍程度とされている）。同様に、東京都内商業地の継続地代については、借地借家人組合HP（甲93）でも「2倍前後」とされている。

これは、最高裁判所事務総局の平成3年12月「民事裁判資料集第198号」の409～410頁で以下のように摘示されていることから、これを裏付けることができる。

（イ）最終合意賃料の公租公課との倍率（地代について）

最終合意賃料が公租公課（当面では、固定資産税及び都市計画税）

の2～3倍に収まっているときは、加減要素としては考慮しない。

これを踏まえて、仮に借地人の継続的な地代負担が2倍であったとすると、土地に課される公租公課（固定資産税＋都市計画税）は課税標準額の「1.7%」となることから、土地所有者が収受する純賃料は「1.7%」となる。これは本件の被控訴人らと同様に、借地権設定時に権利金等一時金の授受が無い場合には、この純賃料は借地人が対象土地を継続的に使用収益してきた履行期間中の実質的な負担でもある。

一方、一般の勤労者や事業者が住宅用地や事業用地を取得する場合には、その取得元本を借入金による場合には利息の負担を要することとなる。

なお、その土地の経済的評価においては取得元本が自己資金であれ借入金であれ、資本還元益の算出には利息相当額の計上を要すると同時に、建物費の投下資本については、借地権であれ自己所有地であれ同様の負担を要する。

更に、勤労者や事業者が自用地を取得した以降は、その取得に伴う金利負担に加えて継続保有に伴う公租公課の負担を要することとなる。

更には、自用地として取得する場合には公租公課の課税標準額では無く時価となるが、仮にこれを公示価格とすると固定資産税の評価価格は公示価格の70%相当額とされていることから、これは必ずしも課税標準額では無いとしても、借地権者の実質的な負担となる地価に対する純賃料は「 $1.7\% \times 70\% = 1.2\%$ 」となる。この借地権者が実質的に負担する純賃料ともなる「1.2%」は、その利率の多寡は別として一般の勤労者や事業者が自用地を取得する場合の金利負担と同様に考えることが出来る。

そうすると、勤労者・事業者が自用地として取得し保有している住宅地または事業地が、再開発計画や公共事業等の対象地となった場合には、権利還元床や代替地取得・移転等に伴う損失補償金等を取得することになるが、この場合の権利評価額は自用地の100%の評価となる。

ところが、これが借地権の場合にも、特に商業地においては前述したよう

に税務上の借地権割合70%から90%を援用した評価手法により権利還元床や損失補償等により、債権的利用権から物権的利用権に変換されている。

この場合、仮に勤労者の住宅ローンや事業者の借入事業資金等の金利が、百歩譲って前述した「1.2%」と同率であるとしても、僅かそれだけの負担で借地権設定時に権利金等一時金(つまりは土地取得費)を負担していない借地人に対して自用地評価額の過半を移転・取得させることになり、これは一般の勤労者や事業者の財産権に対する取り扱いと比較しても明らかに均衡を失することは否めない。

と同時に、これに見合う土地値上益に対する借地人の寄与が認められない限りは、これは土地所有者の財産権を不当に借地人に移転することに外ならず、これは財産権の侵害以外のなにものでも無い。

因みに、被控訴人らの昭和45年2月から平成21年12月迄の通算履行地代と公租公課との倍率は「1.87倍」(通算地代集計表/甲87)となるが、この場合の純賃料率「0.87倍」を上記換算方法と同様に「金利」に修正すると「 $1.7\% * 0.87\text{倍} * 70\% = 1.04\%$ 」となる。

つまり被控訴人らが権利金等一時金の負担の無い、これは一般的事業者であれば当然に必要な土地投下資本の負担のないままに、僅か「1.04%」の金利しか負担していないにも拘わらず、その占有解除の為に控訴人は「1億9700万円」もの多額な立退料の提供を申し出ない限りは、異議権の行使すらできない状況に置かれているものである。

前述した不均衡については、今日に至るまでこの運用実態に関して、その渦中に置かれた土地所有者からの異議権行使や問題提起が行われてこなかったのは、当該の土地所有者や、その相談を受ける鑑定士、弁護士等においても、この不均衡の実態が確知され得ていないことに尽きている。

ましてや、本件は旧借地法に基づく異議権を行使したものであり、しかも控訴人が再々に亘って諸々の問題点を指摘したにも拘らず、その検証すらな

さないままに原審が一般的な都市再開発等に言及したことは、審理不尽として批判される以前の問題があるといわざるを得ない。

第6 原審が侵した事実誤認について

1, 「地代抑制主義」と地代調停について

(1)原審は、第3の2の「**オ 本件賃貸借の経緯**」で、地代改定の経緯に関して以下のような判断を示した。(下線は控訴人加筆)

しかしながら、本件において、本件賃貸借契約が、8代目松澤八右衛門と木田孝一との間の人的関係に基づき締結されたものであること、契約期間中を通じて地代が常時近隣相場に比して著しく低い金額であったこと、昭和48年から昭和50年及び平成5年から平成7年の期間は、収受地代より支払固定資産税が大きいという逆ザヤ状態まで生じていたこと、地代改定が常に地代増額訴訟や調停によらなければならなかったことを認めるに足りる証拠はない。

仮に、これらの事実が認められるとしても、賃料が低額であるのは当事者双方の合意に基づくものであるし、逆ザヤが生じたことについても、その責任が被告らにあるとはいい難い。そして、地代改定が、訴訟や調停によらなければ実現できなかったとしても、そのことが直ちに被告らにとって不利益な事情ということもできない。

ここで原審が拾った控訴人の主張は主として準備書面(1)で述べたものであり、これに対して被控訴人らは第2準備書面の第1の5で、以下のような認否を行った。(下線は控訴人加筆)

5「**地代改定の経緯**」(その2)の事実の内、地主側が平成7年になって地代増額調停を申し立てたことについては認め、その余は否認または不知。

原告は、公租公課が急激な右肩上がりで上昇している事実を知っていたにも拘わらず、自ら相当地代として一定金額の上乗せをして支払う等の配慮すらなさないままに、地主を経済的に疲弊させる意図で低額の地代の支払いを行つた（6頁4段落目）と、主張する。

公租公課の上昇は、地価の高騰によるものであり、被告ら借地人の責任ではない。借地人が約定の地代を支払っているにもかかわらず、公租公課の上昇に応じて地代を自主的に増額しなかったことをもつて、「地主を経済的に疲弊させる意図」であったとするのは、曲解である。

(2) 上記原審の判断は、控訴人の主張に対して被控訴人らは「否認または不知」に止まり、その後も否認理由の補充はなされていない。継続地代の履行は本件に限らず借地訴訟の大きな争点でも有ること等々を踏まえると、何ら具体的な否認理由が示されないままに、控訴人の主張を一方向的に退けたのは妥当とは思われない。

被控訴人らが反論したように、「公租公課の上昇は、・・被告ら借地人の責任ではない。」は当然であり、その責任を被控訴人らに問うた事実はない。

しかしながら、「約定の地代を支払っているにもかかわらず」としたことには、多大なる無理がある。特に、甲86で確認できるように昭和48年1月から昭和50年7月、平成4年1月から平成7年10月の地代増額調停申立前の支払地代に関する公租公課倍率は「下限0.7倍から上限1.07倍」に止まっている。控訴人としてもこの事態に際して、手を拱いていた訳ではなくその都度に公租公課額の上昇を踏まえた地代の増額改定を申し入れていた。

それを踏まえると、この時点で被控訴人らは公租公課を下回ることを知りながら、つまり甲86でも確認できるように少なくとも上記した期間内においては逆ザヤ乃至はそれと同様と看做せるような極めて低額な地代を、「相当と認める地代」として履行していたことになるが、これは明らかな債務不

履行であり本来ならばこれは解除されても仕方の無かった対応である。

加えて、先8代目八右衛門が存命中は、借地人との間で「八松会」という親睦団体が結成され、関係者で旅行に出かけたりするなどの友好的な関係であったが、その先代が亡くなった後は、借地人らは、手の平を返したような対応を繰り返していたのである。特に、昭和47年の地代増額の訴訟段階で借地人らは、「松澤家は、何れはバラバラになる。その際に底地を安く買い取る為にも、地代増額の請求に対しては今後もまとまって徹底して対抗してゆこう。」との信じられないような謀議を行ったことが、控訴人会社の故青山元社長の記録(甲88)として残されているが、これについては確実不動産事件の代表者大住氏も、平成10年の控訴人関係者の詰問に対して認めている。

これを契機として被控訴人らを含めた都合15人にも上る借地人らの団結により「借地人組合」が結成され、その後に櫛の歯が抜けるように過半の脱退者が出たものの、その連帯は今日においても本件再開発対象地の借地人らにより維持されてきている。つまり、先8代目八右衛門が昭和39年に没した後の昭和40年代中期以降の地代改定の全てが調停(甲89)を踏まえざるを得なかったこと等については、被控訴人らが否定できない事実でもある。

(3)問題は、原審が「逆ザヤ」や「調停」について事実たる根拠が無いとし、しかもこれに一切の釈明義務が尽くされないままに「仮に、これらの事実が認められるとしても、賃料が低額であるのは当事者双方の合意に基づくものである」としたことについては、司法実務の本質が見極められていない傍観者の論といわざるを得ない。継続地代の改定に関して「調停前置」とされたのは、当事者間で「合意」に至れない場合を予め想定したものである。

前掲したように「民事裁判資料集第198号」で「最終合意賃料が公租公課（当面では、固定資産税及び都市計画税）の2～3倍に収まっているときは、加減要素としては考慮しない。」としたような基準が示されていることを踏まえ

ると、被控訴人らの通算履行地代の実態(甲87)が調停を踏まえたにも拘わらず「2倍」にも満たないことは、「継続賃料抑制主義」を忠実になぞってきたことの実証例でもある。

そうすると、その運用において控訴人に限らず土地所有者が調停委員より提示された地代額を、民々間の交渉と同様に積極的に「合意」として受け入れる訳ではなく、これは妥協の産物でも有る。

この地代調停の外形は、旧借地法4条1項の存在が単に借地権の保護に止まっている訳ではなく、継続地代の負担においても多大な恩恵を受けていることになる。特に、昭和45年2月から平成19年4月迄の被控訴人らの期間内履行地代(甲87)の公租公課倍率が「1.87倍」となっていることは、これも調停前置主義がもたらした現実でもある。

と同時に、法の運用において被控訴人らが享受し得て来た財産権上の恩恵については、借地訴訟において殆ど考慮されることが無いことを、奇しくも原審の判断が如実に示したことになる。加えて、前述した地代調停の実態等については、少なくとも裁判官は認識していなければならないことはいうまでもないが、その不知のままに「合意」としたことは論外となる。

2. 立退料の提供と移転先物件の確保について

(1)原審は、「カ 小括」の「(2)立退料の提供」で「被告らが本件土地を明け渡した後に本件土地と同等の立地条件の物件を確保することができる」とは認められないことなどからすると、立退料の提供によって正当事由が補完されるものということとはできない。」とした。

これについては、立退料が異議権行使としての正当事由の補完的なものであるとしても、「本件土地と同等の立地条件の物件を確保すること」としたことは、これを賃借店舗として検討すると現在の銀座地区においては、本件土地の立地に比肩する、或いはそれを上回る立地を確保することは控訴人が提示

した立退料でも十分に可能であるが、原審はこれについても控訴人に対して
釈明権の行使すら行っていない。

更には、原審は同項の前段部で「**権利金等一時金の授受がないことなど、原告に有利な事情は認められるものの、本件において、これらの事実がそれほど重要であるとも考え難い。**」としたが、これは債権的利用権に対する「建物収去土地明渡請求」においても、権利金等一時金の有無を問わずに前述したような一般的な再開発計画や公共事業等と同様の物件的な補償として「**本件土地と同等の立地条件**」の土地を確保することが要件であるとしたことになる。

しかしながら、被控訴人らの過去からの生計は本件土地の「占有」により維持されている訳ではなく、例え当事者が実質的に同一であるとしても「煉瓦亭」としての営業店舗の収益により維持されてきたことは否定出来ない。

尚、被告木田延夫に関しては、「煉瓦亭」の出資者であるとした場合の株主配当や、借家賃料又は転貸地代等の授受は有り得るとしても、また本件借地権の「持分割合」についても判然としないが、少なくとも「煉瓦亭」の収益が主たる生計手段ではないことについても、原審がこれを斟酌しないままに被控訴人らの生計維持を一括りにしたことは事実誤認となる。

(2)尤も、それ以前の問題として控訴人らの所有建物は本件借地権に依拠したものであり、そもそも今日の銀座においては本件土地と同等の「借地権」や「同等の経年を経た建物」を確保することは不可能であることから、原審の判断に関しては多大な疑問を呈せざるを得ない。

また、被控訴人らが自ら主張しているように永年の営業継続により形成された老舗としての「煉瓦亭」のブランド力に鑑みると、寧ろ現在地以上の賃借店舗への移転による営業継続が可能となることは否定出来ない。

特に、近年の銀座地区の再開発ラッシュは、その再開発建物の集客力を高める為にも「煉瓦亭」のような老舗ブランドのテナント導入は歓迎されるこ

とは必定である。

これに関して、原審は「第3判断」の「2争点の(1)のアの(ウ)で「飲食店にとって、店舗の立地条件がその経営を行う上で極めて重要な事項であり、店舗の立地条件の変化により営業の継続が不可能となることも十分考えられ、このことは煉瓦亭のように頻繁にマスコミで紹介されるような店であっても異なることはないと考えられる。そうすると、原告の主張するように、煉瓦亭が他の場所に移転したとしても営業が継続可能ということとはできない。」とした。

これについても、店舗の移転によって寧ろ売上増の可能性があることは前述したが、移転により「営業が継続可能ということとはできない」と断定したことについては暴論といわざるを得ない。これは、仮に再開発法や土地収用法等により事業計画対象地内の「小売業、飲酒業、その他サービス業」は、銀座に限らず旧所在地からの移転は存続が難しいとして「移転拒否の根拠」ともなる判示事項になりかねない。しかも、原審は同(1)のイの(イ)で「**本件区画が、銀座という日本有数の商業地域に存在し、前記1(1)のとおり、本件区画の周辺地域において大規模な再開発が進行している現状**」と確知しているが、この再開発建物には業種の如何を問わず本店又は拠点から移転して入居したテナントは存在しないとでも判断したので有ろうか。それ以前に、この銀座地区はあらゆる業種・業態の出店意欲が旺盛であることにより、或いは進出した店舗が経営を維持でき得ていることから、世界に冠たる最高度商業地としての地位を得ていることは控訴人も主張したが、この点については立証すら要しない周知された事実でもある。

少なくとも、「移転する場所に依っては、現在の売上が減少する可能性は否定できない」とするならばまだしも、原審の判断は社会通念上の妥当性を著しく欠くものであり、これは私見としても許されないが、特にこれが合議体の判断であることは残念の極みでもある。

尚、煉瓦亭の移転に伴う新規店舗賃借の保証金や、当初の売上高の減少は、

控訴人が提示している立退料でも十分に補填できうるものであると同時に、被控訴人らの今日に至る高収益は前述したように極めて低廉な履行地代から顕現されてきたものであることは付言しておきたい。

3. 原審が示した本件再開発計画の「公益」と「私益」の関係について

(1)原審は本件再開発計画に関して、争点の(1)のイの(イ)で「**社会経済的観点から見ても望ましいということができる。**」としたが、これは単に控訴人の「私益」に止まるものではなく「公益」、つまり平成14年最判が示した①の「**社会公共の便宜の促進**」や、昭和62年最判の⑨「**公共の福祉に合致**」するとの判断が示されたと解することができる。

一方、原審は前段部の(ア)で「**結局のところ、原告の主張する自己使用の必要性とは、本件区画を一体として使用し、収益性の高い建物を建築することによって、高収益をあげることにほかならない。**」とした。これは、控訴人が「企図する計画・行為」は①⑨に資することとして是認できるが、その「動機」は「私益」であり⑨「**公共の福祉に合致しないことが明らかである**」として是認できないとしたこととなるが、これは論理的整合性を見出せない矛盾となる解釈である。

この点について検証すると、この銀座地区においては終戦直後に小規模商店主や事業者の生活再建・復興を優先して、狭小な間口や敷地面積に応急的処置として建てられた仮設建築物の外形が、その後の建て替え等に際しても既得権として引きずられてきたことから、それが今日においても点在するペンシルビルが体現するように極めて不効率な利用状況にあり、本件再開発計画の対象地はその典型でもある。

そもそも地区計画としての「新しい銀座のルール」も、このような極めて不効率な利用状況下にある建物や、経年劣化・老朽化が進行している建物、現行の耐震・防火等の基準に満たない建物等の状況を確認した上で、一定の敷地規模を満たす再開発計画に対しては「容積率の割り増し」を導入して、

民間資本による「土地の有効利用・商業の活性化・機能更新」に資する目的で制定されたものである。

(2)前掲したように原審が「**本件区画が、銀座という日本有数の商業地域に存在し、前記1(1)のとおり、本件区画の周辺地域において大規模な再開発が進行している現状**」とした状況も、「容積率の割り増し」による収益性の向上を「動機」として施行されたことは当然のことでもある。加えて、寧ろこの「動機」の積極的な誘導を図る為に地区計画が制定されたそもそもの目的でもある。同時にこの地区計画は、平成14年最判が示した①②③を目的として、④⑤⑥⑦についても東京都・国土庁との調整を重ねて⑧である中央区が制定したものである。また、戦後の我が国の経済発展が如何なる「動機」で達成されたのかについても、そもそも経済発展や地域の活性化を担ってきたのは基本的には民であり、その資本や知恵の投下を活力として形成・達成されたものでもある。問題は、その「動機」が投資と収益との関係において「利益」をもたらすことは当然として、これは単に「私益」だけを目的としたものではない。

加えて、一般の企業活動においても「勤労者の雇用確保」と「企業収益」とは相反的な関係下に有るが、それは企業が公器としての役割の一環として「雇用の確保」の責任と義務を担っていることに外ならない。

このことは、この銀座地区においても古くは明治初期の国策としての煉瓦街事業が失敗したにも拘わらず、その修復に奔走したのは控訴人の先々代を含めた地域内の有志でもあったことは、控訴人が準備書面(1)で引用した「銀座・土地と建物が語る街の歴史」(甲20)においても検証されている。

この地域内の有志の尽力により、今日に至る高度商業地としての銀座の基礎が築かれたものであり、その有志が中心となって銀座通連合会が結成され、政府が掲げた戦後復興に率先して協力したのも先8代目八右衛門を含めた銀座通連合会の有志でもあった。これは単に銀座に限ったことではなく地域の

発展無くして、或いは日本経済の発展無くして「私益」のみの発展・維持は有り得ず、それが為には個人であれ企業であれその行動規範の根底には社会的責任・義務としての「ノブレス・オブリージュ」の精神が流れている。

更には、これは1776年にアダム・スミスが著した「国富論」の概念ともいわれる「見えざる手」（人々の欲求と窮乏の追求は、無意識的に国の繁栄に資する）にも繋がるものでもある。今日に至るまで、この精神を踏まえて率先垂範した有志が存していたことは否定できない、と同時にそれ無くして今日の日本経済の発展はあり得なかったし、この精神は時代が変わった今日でも同様である。従って、この視点無くして本件再開発計画の位置づけを理解することは不可能であり、それが為に原審が控訴人の「計画」を「公益」に資するとした一方で、「高収益」を目的とした「私益」が動機であるとしたことに整合性を見出せない矛盾を来した判断に繋がったことは当然のことである。

そもそも、後段で述べるように被控訴人らを含めた借地人組合の関係借地人らが望む高額な解決金（立退料）を負担するのは控訴人であり、恰もそれを負担しても「高収益」が可能であるとした判断には、事実誤認や審理不尽以前に基本的な要件に対する検証力や洞察力の欠落を禁じ得ない。

特に、裁判所に対しては控訴人が本件再開発計画を実現する為に、例え被控訴人らを含めた借地人組合借地人らの期待額が半減されたとしても、依然として高額となる「立退料」の負担無くしては本件を含めた再開発対象地内の借地権解消は不可能であることを踏まえると、それでも「高収益」が可能となる具体的な「理由」を求めたい。

(3)原審は前掲したように「第3判断」の「2争点の(1)のアの(ウ)で「**木田明利にとって、煉瓦亭の営業継続は生活に直結する事柄である。**」として、被控訴人らの財産権の保護の必要が勝るとした。問題は、原審が同項で「**投下資本も回収できていると考えられる**」としながら、引き続き被控訴人らの「財産権」

である本件借地権の保護が必要とした判断は、平成14年最判の①②③の何れを根拠として是認されたのか、その一方で控訴人の財産権の行使が制限されることに対して、同判例の④⑤⑥についても如何なる理由により⑦「**比較衡量**」されたのか等々については、それら一切が審理・審査に付された痕跡は窺えない。更に、控訴人としては前述した原審も認める被控訴人等の現状を踏まえると、被控訴人の財産権の保護と、一方の控訴人の財産権行使の制限・侵害の何れも昭和62年最判の⑨「**公共の福祉に合致しないことが明らか**」であり、これは同⑩に照らすと⑪が摘示した憲法29条2項に違背することは否定できない。従って、この両最判が摘示したように裁判所は控訴人が主張した諸々の主旨を踏まえた職権調査・検証により「**立法事実の審査**」を必要とすることは、いうまでもないことである。

以上