

主文
原判決を左のとおり変更する。
被控訴人らは控訴人に対しそれぞれ金六一二、八五〇円を支払え。
控訴人のその余の請求は棄却する。
訴訟費用は第一・二審を通じこれを三分し、その二を被控訴人らの負担とし、その余を控訴人の負担とする。

事実
控訴人は「原判決を取り消す。被控訴人らは控訴人に対しそれぞれ金九六万円を支払え。訴訟費用は第一・二審とも被控訴人らの負担とする。」との判決を求め、被控訴人ら代理人は控訴棄却の判決を求めた。

第一 控訴人の請求の原因および主張

一 控訴人は昭和一〇年一月二日被控訴人ら先代Aよりその所有の千葉県柏市a字b番のd宅地一六五、二八平方メートル（五〇坪）を並通建物所有の目的で、期間三ケ年、賃料一ヶ月金五円五〇銭毎年六月二五日および一月二五日に各六ヶ月分後払の約で賃借して地上に木造建物を建築所有し、その後賃料額は数次の改訂により昭和三〇年一月から金七五〇円となり、また支払期は後に毎月末払となつた。

二 そして右期間満了後も民法第六一九条第一項により引き続き同一の条件をもつて期間の定めのない賃貸借として継続してきたところ、昭和一六年三月一〇日柏市に借地法が施行されて同法第一七条によりその存続期間はすでに経過した期間を算入して二〇年となり、昭和三〇年一月二日をもつて満了したが、控訴人は引き続き本件土地の使用を継続し、これに対し被控訴人ら先代が遅滞なく異議を述べなかつたので、借地法第六條、第五條により法定更新されてその存続期間は昭和五〇年一月二日一八日までとなつた。

三 しかるところ、本件借地上の建物は昭和三〇年一月二五日柏市の大火により類焼滅失したが、借地権は引き続き存続するので、控訴人は焼跡に建物の再建築にとりかかつたところ、被控訴人ら先代は昭和三一年一月七日千葉地方裁判所松戸支部に本件土地の原状不変更ならびに占有移転禁止の仮処分を申請し、同月一〇日その旨の決定をえて翌一日これが執行をした。そのため控訴人は建物を建築しえなくなつた間、被控訴人ら先代は控訴人の本件土地に対する占有権を無視して事実上これを占有し、秘かに訴外Bに建築の準備を容認しつつ同年二月一四日本件土地を同人に売却したうえ、翌一五日右仮処分の執行を解いてこれを引き渡し、右Bは同日直ちに本件土地上に建物を建築し始めたのである。

かくして本件土地に建物を建築しえなくなつた控訴人は自己の借地権をもつて右土地を買い受けたBに対し対抗しえなくなり、ここに被控訴人ら先代の控訴人に対する賃貸義務は被控訴人ら先代の責に帰すべき事由により履行不能となつたのであつて、同人はこれにより控訴人の被つた損害を賠償すべき義務を負うに至つた。

四 被控訴人ら先代は昭和三九年四月二八日死亡し被控訴人らがその子としてこれを相続したが、控訴人は昭和四〇年一月二六日念のため被控訴人らに対し書面をもつてその到達の日から二週間内に本件土地を引き渡すべきことを催告するとともにこれに応じないときは本件賃貸借契約は当然解除される旨の意思表示をし、同書面は翌二七日被控訴人らに到達したにもかかわらず、右期間内に引渡しがなかつたので、本件賃貸借契約は同年二月一〇日をもつて解除された。

五 よつて被控訴人らは控訴人に対し右解除の昭和四〇年二月一〇日における本件借地権の時価相当額を賠償すべきところ、その当時の時価は少くとも昭和三一年二月一四日当時の時価金一九二万円を下らないものであるから、控訴人は被控訴人らに対しそれぞれその二分の一たる金九六万円の支払を求める。

六 被控訴人らの主張について

(1) 第二の五の事実を争う。

(2) 第二の六の事実中被控訴人ら先代から昭和三一年一月八日賃貸借契約解除の意思表示を受けたことは認めるがその他は否認する。

右Bは本件土地上の控訴人所有建物の一部を焼失前に賃借していたが、その焼失後控訴人の同意をえないで焼跡に応急バラックを仮設したのであつて、控訴人において同人に対し借地権の譲渡または転賃をしたことはない。

かりにそうでないとしても、借家人たるBが大火により年の暮も迫つて焼け出されたのであるから、控訴人が同人に応急バラックの仮設を容認したとしても、これはやむをえない措置であつて、被控訴人ら先代がこれをとがめて賃貸借契約を解除するのは権利の濫用として許さるべきではない。

(3) 第二の七の事実を争う。

(4) 第二の八および九の事実も争う。本件借地上の建物が大火により焼失後、柏市の復興対策委員会の斡旋により本件土地の表側にBおよび訴外Cにおいてそれぞれ応急バラックによる臨時店舗を仮設したが、その際借地関係はもちろん、建物の所有関係も明確にされず、右委員会としては三ヶ月以内に借地関係を調整のうえ応急バラックを取り毀して本建築することを勧奨していたのである。そして被控訴人ら先代は本件土地をBに売却し仮処分の解放後直ちに同人をして本件土地中裏側空地に建物を築造せしめたのであるから、控訴人において土地の使用を回復する余地はなく、また応急バラックについては所有権の帰属すら明らかでなかつたのであるから、これにつき控訴人が保存登記をしなかつたからといつて、自己の権利の保全を怠つたものといわれるべき筋合ではない。さらに右事実の下で被控訴人ら先代が控訴人において借地権の譲渡または転貸をしたと考えたとすれば軽率のそしりを免れない。

(5) 第二の一〇および一一の事実は争う。

第二 被控訴人らの答弁および主張

一 控訴人は当審において初めて従前の不法行為による損害賠償の請求を債務不履行によるそれに変更したが、かかる新たな主張は故意または重大な過失による時機に後れた攻撃方法であつて、これがため訴訟の完結を遅延せしめるものであるから、却下されるべきである。

二 控訴人は一審における金五〇万円の請求を当審において金一九二万円の請求に拡張しているが、控訴審における請求の拡張は許さるべきではない。けだし、相手方の訴訟上の利益を考慮すべきであり、また控訴審において請求の拡張を許すと、訴状に貼用する印紙額を免脱せしめる結果となるからである。

三 控訴人主張の請求の原因について

(1) 第一の一の事実は認める。

(2) 第二の二の事実中昭和三〇年一二月一八日の期間満了後控訴人が土地の使用を継続し被控訴人ら先代が異議を述べなかつたため賃貸借期間が昭和五〇年一二月一八日まで延長されたことは争うが、その他は認める。

(3) 第一の三の事実中昭和三〇年一二月二五日柏市の大火により本件土地上の建物が焼失したこと、被控訴人ら先代が控訴人主張のとおり仮処分の申請をしその決定をえて執行したこと、被控訴人ら先代が昭和三十一年二月一四日本件土地を訴外Bに売却し、翌一五日仮処分の執行を解いたことはいずれも認めるが、その他は否認する。

(4) 第一の四の事実中被控訴人ら先代が昭和三十九年四月二八日死亡した被控訴人らがその子として相続したこと、控訴人よりその主張の日時その主張の書面が到達したことは認めるが、その他は争う。

(5) 第一の五の事実は否認する。

四 借地法第六条の規定する借地の使用継続は相当期間にわたることが必要であるところ、控訴人の土地使用の継続は期間満了の昭和三〇年一二月一八日以後建物焼失の同月二五日までの七日間にすぎないから、同法条にいう使用の継続には当たらない。また、かりにそうでないとしても、被控訴人ら先代は後記六のごとく昭和三十一年一月八日控訴人に対し賃貸借契約を解除して土地の明渡しを求めているのであるから、遅滞なく異議を述べたことになるのである。したがつて本件借地権は法定更新されることなく昭和三〇年一二月一八日期間満了により消滅している。

五 かりにそうでないとしても、本件土地上の控訴人所有の建物は昭和九年八月以前の建築にかかる木造建物であつて焼失当時の昭和三〇年一二月二五日にはすでに朽廃していたのであるから、控訴人の借地権はその頃消滅したものである。

六 かりにそうでないとしても、控訴人は右火災後昭和三〇年一二月二七日頃Bに応急バラックを建築せしめて無断で右Bまたは有限会社D呉服店に賃借権を譲渡または転貸したので、被控訴人ら先代は民法第六一二条に基づき控訴人に対し昭和三十一年一月八日賃貸借契約解除の意思表示をし、これによつて本件借地権は消滅した。

七 かりに借地権が消滅していなかつたとしても、被控訴人ら先代がBに本件土地を譲渡するに当つては、同人との間にもし控訴人の借地権が存続する場合にはBにおいて賃貸人たる地位を承継する旨を約定していたのであるから、その後控訴人が本件土地の占有を失つたとしても賃貸借承継以後のことであつて、なんら被控訴人ら先代がその責を負うべきいわれはない。

八 火災後に建築された応急バラックが控訴人の所有とすれば、控訴人はその建築後直ちに保存登記をして借地権につき対抗要件を具備することができたにもかか

わらず、これを怠り、本件土地の譲渡後たる昭和三一年五月一〇日にいたつて初めて保存登記をしたのであるから、その借地権の喪失は自ら招いた結果であつて、被控訴人ら先代の責を問ふことはできない。

また被控訴人ら先代はBに本件土地を売却する一ヶ月前から控訴人に対しこれを売却したい旨の意向を表明していたのであるから、控訴人としてはその間十分に自己の権利を確保できたはずである。

九 かりに控訴人がBに借地権の譲渡または転貸をしていなかったとしても、焼失前の建物の一部を賃借していたBが焼失二日後に年末売出しの営業目的のため応急バラックを建築し控訴人はこれを許容していたのであるから、かかる状況の下で被控訴人ら先代が無断借地権の譲渡または転貸を理由とする解除により借地権が消滅したものと信じて本件土地を他に売却したとしても、被控訴人ら先代にはなんら責むべき事由はないというべきである。しかも他人に賃貸中の土地を売却することは適法な行為であつて、その結果借地人がその権利を失つたとしてもやむをえないことである。

一〇 かりに被控訴人ら先代が履行不能による損害の賠償責任を負つたとしても、その損害の算定期間は履行不能となつた時における価格を基礎とすべきであるから、被控訴人ら先代がBに本件土地を譲渡することにより履行不能の確定した昭和三一年二月一四日当時の借地権価格によるべきである。

一一 かりにそうでなく、また控訴人の焼失建物が焼失当時に朽廃していなかつたとしても、昭和三一年一二月または遅くとも昭和三二年一二月には朽廃すべかりしものであつて、そのため本件借地権はその頃には消滅したものである。したがつて、損害額の算定は右日時頃における借地権価格を基礎とすべきである。またその頃借地権はすでに消滅に帰しているのであるから、控訴人による昭和四〇年一月二七日の解除の意思表示はなんらの効果なく、その時期を基準として損害額が算定されるべきではない。

一二 かりに被控訴人ら先代に債務不履行の責任があるとしても、控訴人は本件土地上の建物が焼失した後Bに応急バラックの建築を許容するか、またはその建築を放任し、被控訴人ら先代に借地権の譲渡または転貸がなされたと誤解されても致し方ない行為をし、よつて被控訴人ら先代に解除、仮処分、土地の売却等をする原因を与えたのであるから、控訴人にも過失があるものというべく、賠償責任およびその金額を定めるにつき斟酌されるべきである。

第三 立証関係（省略）

理 由

一 まず、被控訴人らは控訴人が当審において従前の不法行為を理由とする主張に代えて債務不履行を理由とする主張をするのは時機に後れた攻撃方法で却下されるべき旨主張するが、控訴人の右両主張はその基礎となる事実関係においてさほどの差異はなく訴訟の完結を遅延せしめるものではないから、採用の限りでない。また被控訴人らは控訴審における請求の拡張は詐さるべきでないと主張するが、訴變更の要件を具備している限り、そのように解すべき理由はなく、貼用印紙もそれに相応する所定の額を追貼すべきものであるから、右の主張も採用することはできない。

二 控訴人の本訴請求の原因として主張する第一の一の事実と同二のうち本件借地権の期間が昭和三〇年一二月一八日をもつて満了することとなつた事實は当事者間に争いのないところである。

よつてまず、右借地権が期間満了後法定更新されたかどうかについて検討することとする。被控訴人らは右期間満了後控訴人において土地の使用を継続していないと主張する。そして本件土地上の控訴人所有の建物が同月二五日に柏市の大火により焼失したことは当事者間に争いがなく、それまでの間控訴人が本件土地を使用していたことはいふまでもないところである。しかして右火災後に焼失建物の各一部の旧借家人たる訴外Bおよび同Cが本件土地の一部に一時応急的にそれぞれバラックを築造したことは後記認定のとおりであるが、原審証人E、同F、同G、同H、原審および当審における控訴人本人の各供述によれば、控訴人としては火災後本件土地に建物を再築すべく計画してその手配をしていたことが明らかであつて、その後被控訴人ら先代において翌三一年一月一〇日本件土地の原状不変更等の仮処分決定をえて翌一日その執行がなされたことは当事者間に争いがなく、これにより控訴人はその再建築を妨げられたことはいふまでもないところであるから、火災後においても控訴人は土地の使用を廃止することなく引き続きその使用を継続していたものと解すべきである。被控訴人らの右主張は失当というほかはない。次に、被控

訴人らは昭和三十一年一月八日控訴人に対し土地の使用継続につき異議を述べたと主張し、同日被控訴人ら先代が控訴人に対し本件賃貸借契約を解除する旨の通告をし、たことは当事者間に争いがない。そして成立に争いがない乙第二号証の一、二によること、右通告の書面では解除の理由につきなんら触れるところがないことが明らかなのである。しかし成立に争いのない甲第八号証、同第一四号証の二および原審における控訴人本人の供述によると、控訴人ら先代は当時借地上の建物の焼失は借地権の消滅ないし解除の事由となるものと解し右の通告をしたことが窺えるし、また本訴訟においては被控訴人らは火災後控訴人が無断借地権の譲渡または転貸をしたことを理由として右解除に及んだと主張しているのであつて、いずれにしても右の通告は期間満了後に生じた事由に基づき土地の明渡しを求めているにとどまるものであり、しかも被控訴人らは当審において当初被控訴人ら先代が異議を述べなかつたとを認めて本件借地権の法定更新は争つていないかつたのにその後最終の準備書面においてこれを撤回して争うにいたつた経過を勘案すると、右解除の通告は期間満了後も引き続き借地権が存続することとを前提としてその後生じた新たな事由に基づいて本件土地の明渡しを求めたものというほかはない。したがつてかかる事情の下になされた明渡しの要求はこれをもつて直ちに期間満了後における土地の使用の継続に対する異議の趣旨をも包含するものと速断することは相当でないといわなければならない。

しかのみならず、右の通告をもつてかような異議と解するとしても、後記のような特殊な事情のある本件においては、それをもつて遅滞なき異議と認めることは到底許されないとある。すなわち、成立に争いがない甲第四ないし第六号証、原審証人C、原審および当審における証人Bおよび控訴人本人の各供述によれば、昭和三十一年一月二五日の柏市の大火により同市の重要商店が焼失したため同市は直ちに復興対策委員会を設け、罹災商店をいち早く復興させるべく応急建物の建築を呼びかける一方、建築業者をして組合を結成させてその建築を斡旋していたところ、本件焼失建物の各一部を賃借して営業していたBは同月二七日本件土地中表道路に面する個所に六坪（一九・八三平方米）の応急バラックを築造し、さらに同様の借家人Cも同日右バラックに接着して二坪（六・六一平方米）の応急バラックを建築したこと、右バラックの築造については被控訴人ら先代側において借地人でないBによりなされたものでないかと疑い控訴人に対しBが築造したものであれば控訴人に土地の使用は許さないと申し入れてこれを質した結果、同一二月末頃控訴人はやむなく便宜、Bに控訴人の建築に係るものと証明書を書かせて被控訴人ら先代方に持参して弁解したが容易に了解がえられなかつたことが認められまたその間控訴人は本件土地に建物を再築すべく手配中であつたことは前記認定のとおりである。このような事実からも明らかなように、罹災後その跡地の借地権関係の帰趨は罹災者たる借地人らにとり重大な関心事であつて、その権利関係が早急に明確にされて再建の計画やその準備に支障なくしめられることは借地人らの強く期待するところであることは察するに難くはなく、したがつて借地期間満了後の土地所有者からの異議は通常の場合と異なり特に急速になさるべきものであることは当然の符合といわなければならない。しかるに被控訴人ら先代が控訴人に対し異議を述べたのは翌三十一年一月八日というのであるから、それは火災後二週間、借地期間満了の日から起算して三週間の日時を経過しており、この日時を経た後になされた異議は前記認定のような特殊な状況と経過の下においては遅きに失し、これをもつて遅滞なく述べられた異議と解することはできないといわざるをえない。よつて、以上いずれの点よりしても、被控訴人らの右主張は相当でなく、本件借地権は借地法第六条により法定更新されてその後も存続するものというべきである。

次に被控訴人らは本件土地上の建物は焼失当時すでに朽廃していたからこれにより借地権は消滅したと主張する。原審における控訴人本人の供述によると、右建物が昭和八、九年頃の建築にかかるものであることは明らかであるが、焼失当時すでに朽廃に達していたことはこれを認めるに足る証拠はなく、かえつて原審および当審における控訴人本人の供述によればかかる状況ではなかつたことが認められるから、被控訴人らの右主張も失当というほかはない。

さらに被控訴人らは控訴人がBまたは有限会社D呉服店に無断で借地権の譲渡または転貸をしたからこれを理由に昭和三十一年一月八日本件賃貸借契約を解除したと主張する。右Bが本件土地の一部に昭和三十一年一月二七日応急バラックを建築したことは前記認定のとおりであるが、前示甲第四ないし第六号証、原審および当審証人Bの供述によると、Bが右応急バラックを建築したのは、前記のとおり柏市の復興対策委員会の斡旋もあり、同人としては、折から年末の大売出しを控えていた

関係上、たとえ短期間でも営業ができればよいと考えて、地主たる被控訴人ら先代はもちろん、借地人たる控訴人にもなんら相談せず、その了解をえないまま、自己名義をもつて右委員会に緊急バラツクの建築方を申し込んで築造したものであること、したがって当時控訴人としては右Bまたはその経営にかかると認める有限会社D呉服店に本件土地の借地権を譲渡したまたはこれに転貸したものでないことが認められ、他にこれを左右するに足る証拠はないから、被控訴人らの右主張も採用することはできない。

三 ところが、被控訴人ら先代が昭和三十一年一月一〇日本件土地の原状不変ならびに占有移転禁止の仮処分決定をえて翌日これが執行をし、その後同年二月一四日右土地をBに売却したうえ、翌一五日仮処分の執行を解いたことは当事者間に争いがなく、成立に争いのない甲第一二号証によると同月一五日被控訴人ら先代から有限会社D呉服店に所有権移転登記がなされたことが明らかであつて、前示甲第四号証および成立に争いのない甲第七号証、乙第八号証の四によると、Bは本件土地を買い受けた後直ちに本建築にとりかかりその地上に既存のバラツクをも合体して建坪二八坪七合五勺（九九・〇四平方メートル）の建物を完成したことが認められる。そして控訴人の本件借地権は従前保存登記のあつた地上建物が火災により滅失した以上、第三者に対する対抗要件を欠くにいたつたのであるから、特段の事情のない限り、控訴人は本件土地が第三者たる右Bに売却されその旨の所有権移転登記も経由されることによりこれを使用収益しえなくなり、被控訴人ら先代の控訴人に対する賃貸借契約上の債務は履行不能となつたものというべきである。

被控訴人らはこれにつき、Bとの間に同人が控訴人に対する賃貸人たる地位を承継する旨の約定をしたと主張する。しかし成立に争いのない乙第六号証（被控訴人ら先代とBとの間の売買契約書）の条項第四条の記載もこれをもつて被控訴人ら主張の趣旨の約定と解することはできず、他にこれを肯認するに足る証拠はなく、かえつて成立に争いのない甲第一四号証の一および前示同号証の二によればかかる約定はなされていなかったことが明らかであるから、被控訴人らの右主張も採用に由ないところである。

次に、被控訴人らは控訴人においてその借地権につき対抗要件を得る等権利保全の措置を怠つたのであるから自らの責に帰すべき事由により履行不能となつた旨主張する。しかし本件土地にBが築造した前記応急バラツクはBの所有に属するものであることは、前記事実と前示甲第四ないし第七号証、乙第八号証の四、原審および当審証人Bの供述により明らかであるから、右バラツクにつき所有者でない控訴人がたとえ保存登記をしても、その借地権につき対抗要件を具備することとなるわけのものではない。成立に争いのない乙第三号証によると、控訴人はその後昭和三十一年五月一〇日八坪（二六・四四平方メートル）の建物につき保存登記をしたことが認められるが、それは控訴人の不当な措置であつて、これによつて右の認定が左右されるものではない。また、控訴人は前記認定のうに火災後本件土地に再建築の手配をしていたものの、その後Bへの売却にいたるまでの間被控訴人ら先代申請の現状不変更の仮処分により建築に着手することができなかつたのであるから、本件土地に自ら建物を築造したうえでその保存登記をすることも事実上不可能であつたといわざるをえない。さらに前示甲第四ないし第六号証、原審および当審証人B、当審における被控訴人Iの各供述によれば、被控訴人ら先代側においては仮処分中の昭和三十一年一月中旬旧借家人等関係者を集め、本件土地を売却したいから買受希望者は申し出られたい、希望者がなければ他に売り渡すと勧誘した際、控訴人は同席していたが、なんら発言せず、その後買受の申込みもしないまま、Bがこれに応じて買い受けるにいたつたことが認められるが、かような事実があつたからといつて、これをもつて直ちに控訴人が自らの権利保全の措置を怠つたものというべきでもない。よつて被控訴人らの右主張も失当として排斥すべきである。

なおまた、被控訴人らは火災後Bが本件土地に緊急バラツクを築造したことにより被控訴人ら先代が無断借地権の譲渡または転貸があつたものと信じて控訴人との契約を解除したらえ他に売却したのであるから被控訴人ら先代にはなんら責むべき事由はないと主張するが、年末を控え大火により焼失した商店街に旧借家人が一時応急バラツクを建築したことをとらえて直ちに右の解除事由が生じたものと誤信することは、他に特段の事情の認められない本件においては、そのことのため土地所有者たる被控訴人ら先代に過失がなかつたものといふ筋合のものではなく、また土地の売却はその所有者の自由であるとしても、借地上の建物の焼失により対抗要件を欠くにいたつた借地権のある土地を他に売却することによつてその借地権を事実上消滅に帰せしめることは土地所有者の責に帰すべき債務不履行であるといわ

ざるをえない。

四 以上の次第で、被控訴人ら先代はその責に帰すべき履行不能により控訴人に
対し被らしめた借地権喪失に〈要旨〉による損害を賠償すべき義務があるものであつ
て、その損害額の算定については、特別の事情のない限り、履〈要旨〉行不能の生じ
た当時における借地権の時価相当額によるべきであると解すべきところ、当審にお
ける鑑定人Jの鑑定の結果によると右履行不能の生じた昭和三十一年二月十五日当時
における本件土地の借地権の価額は金一、二二五、七〇〇円と認めるのが相当であ
るから、被控訴人ら先代は控訴人に対し右金額の損害賠償義務を負つたものといわ
なければならない。ところが、控訴人は本件賃貸借契約を解除した昭和四〇年二月
一〇日当時の借地権価額を基準としてその損害の賠償を求めるので検討するに、本
件借地権は賃貸人の責に帰すべき履行不能によりすでに事実上消滅に帰し契約の解
除をまたずに借地人は填補賠償請求権を取得しているものであつて、その後契約を解
除するといつても、この場合、土地の使用収益ができない以上借地人としてはその
対価たる賃料の支払義務を負担するものではなく、したがつて借地人においては解
除により免れるべき反対給付義務等の拘束を事実上負っていないのであるから、そ
の解除は右の拘束から離脱するという意味すら持つておらず、したがつてかような
解除に重きに置いてこれを基準に損害額を算定しようとするとは合理的根拠を欠
くものというべきであり、しかも借地人は任意の時期を選んで解除しうるのである
から（本件では履行不能に基づく填補賠償請求訴訟が当審に係属中履行不能になつ
てから一〇年も後に解除の意思表示がなされている。）、これを基準とすることは
当事者間の衡平を期する所以ではない。したがつて本件の場合、控訴人の主張す
るよう解除時の借地権価額により損害を算定することは妥当でないといわざるを
えない（最高裁昭和三十七年七月二〇日判決民集一六卷一五八三頁は事案を異にし本
件には適切でない。）

そして賃借権の喪失による損害は通常借地人が自ら当該土地を使用収益しえなくな
つたことによる損害であつて、他にこれを処分して取得する対価がえられなくな
つたことによる損害ではないのであるから、その後地価騰貴の趨勢につれ賃借権の
評価額が上昇することとなつたとしてもこれにより確実な利益を取得したであろう
という特別の事情が認められない限り、その上昇額をもつて借地権喪失による損害
ということも相当でない。よつて控訴人の右主張は採用の限りでない。

次に被控訴人らの過失相殺の主張につき判断するに、Bが火災後急バラツクを
建築したのは控訴人に相談することなく行つたものであること前記認定のとおりで
あるから、控訴人がこれを許容したことを前提とする被控訴人らの主張は失当であ
り、また旧借家人がその店舗焼失後営業のため一時急バラツクを建築したのを借
地人において直ちに撤去せしめなかつたからといつて、これをもつてあながち替む
べき過失ある行為とはいへないばかりでなく、本来このようなことは本件の履行
不能による損害とは通常関係のない事柄であるから、被控訴人らの右主張は排斥の
ほかはない。

五 そして被控訴人ら先代が昭和三十九年四月二十八日死亡しそのしたる被控訴人両
名がその相続をしたことは当事者間に争いがないところであるから、被控訴人らは
それぞれ控訴人に対し前記賠償金額一、二二五、七〇〇円の二分の一たる金六一
二、八五〇円を支払う義務を負担するにいたつたものというべく、これが支払を求
める控訴人の請求は正当であるがその余は失当というべきである。

ところが、原審における控訴人の不法行為に基づく請求は当審において債務不履
行に基づく請求に交換的に変更されることによつて取り下げられ、本件弁論の全趣
旨によれば被控訴人らはこれに同意したものと認められるので、旧請求につき触れ
る必要はなく新請求につき判断すれば足りるわけである。

よつて原判決の主文を変更し、控訴人の新請求中前記の限度においてこれを認容
し、その余は棄却すべく訴訟費用の負担につき民事訴訟法第九六条、第九二条、第
九三条を適用して主文のとおり判決する

（裁判長裁判官 青木義人 裁判官 高津環 裁判官 浜秀和）