

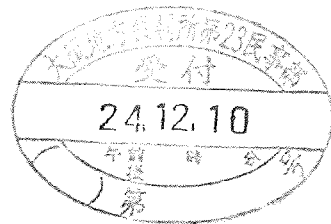


別紙添付②

平成24年（ワ）第6907号建物収去土地明渡等請求事件

原告 大洋リアルエステート株式会社

被告 御堂筋共同ビル開発特定目的会社外1名



第3準備書面

平成24年12月10日

大阪地方裁判所第23民事部合議係 御中

原告 大洋リアルエステート株式会社
代表者代表取締役 堀内正雄



上記原告訴訟代理人

弁護士 辻 公 雄



弁護士 大 西 克 彦



弁護士 白 川 謙 三



原告は被告鹿島建設準備書面1（平成24年10月23日付）に対し、下記のとおり弁論を準備する。以下、略語は、本書面で新たに用いるもののほか、訴状の記載に従う。

記

第1 本件建物の商事留置権の不成立について

本件においては、次に述べるとおり、被告鹿島建設の本件建物に対する商事留置権は成立しないというべきである。

1 工事請負契約書（甲4）の約定

被告TMKと被告鹿島建設との間の工事請負契約書（甲4）では、以下のとおり約定されている。

ア 請負代金の額（工事請負契約書第4項）

金4,977,000,000円也

内訳 工事価格 金4,740,000,000円

消費税額 金 237,000,000円

イ 請負代金の支払（工事請負契約書第5項）

第1回 平成20年10月末に契約金額の20%を現金払い。

[金 995,400,000円]

内訳 工事価格 金948,000,000円

消費税額 金 47,400,000円

第2回 竣工翌々月末日に契約金額の80%を現金払い。

[金 3,981,600,000円]

内訳 工事価格 金3,792,000,000円

消費税額 金 189,600,000円

ウ 特約条項④

請負者は、本請負契約の対象である建築予定建物（以下「建築予定建物」という。）が竣工した場合には請負契約残代金の支払に先立ち竣工後速やかに建築予定建物の引渡しを行う。請負者は、請負契約残代金債権は、発注者の締結する金銭消費貸借契約に基づく貸付債権（以下「本件貸付債権」という。）の支払に劣後し、請負契約残代金は、その時点において支払期日の到来した本件貸付債権が完済されることを条件として支払いがなされることに同意する。

エ 特約条項⑤

請負者は、本件貸付債権が残存している限り、留置権、商事留置権及

び不動産工事の先取特権を放棄するものとし、これらの権利を行使しないことを予め承諾する。

オ 特約条項⑥

請負者は、自己の債権の満足のために発注者またはその財産について強制執行又は保全処分を行わず、かつ、かかる強制執行及び保全命令を申立てる権利を予め放棄する。

- 2 上記工事請負契約書の約定によれば、被告TMKの第2回目の請負代金残代金の支払期日が本件建物の竣工翌々月末日であるのに対し、被告鹿島建設は本件建物の竣工後速やかに本件建物の引渡を行うものとされており、被告鹿島建設は、工事請負残代金の支払に先立ち、本件建物を引き渡す先履行義務を負うことが明確に規定されている。さらに、被告鹿島建設は、強制執行や保全処分の権利も予め放棄しているものである。

よって、被告TMKの第2回目の請負代金残代金の支払期日においては、被告鹿島建設の本件建物の引渡義務は既に履行遅滞に陥っており、被告鹿島建設による本件建物の占有は占有権原のない不法占有となる。

- 3 そして、留置権は、占有が不法行為によって始まった場合には成立しない（民法295条2項）。この要件は商事留置権にもあてはまる。

上記の例として、窃盗が盗品のために必要費を支払った場合に留置権が成立しないというものである。そして、判例では、賃借人が賃貸借終了後になって目的物に必要費を加えたように、占有のはじめに不法行為でなくても、その占有が不法となった場合においては、その占有物について留置権は成立しない（最判41年3月3日民集20巻386号）とし、さらに賃貸借契約において、占有が権原に基づかないことを疑わなかったことに過失がある場合には、留置権の主張は許されないと判断を示している（最判昭和51年6月17日民集30巻616号）。

即ち、物の占有取得行為自体が不法行為である場合だけでなく、被担保債

権の弁済期において、物の占有権原が失われ不法占有に至っている場合にも、留置権が成立しないというのが判例である。

- 4 これを本件についてみると、被担保債権である被告TMKの第2回目の請負代金残代金の支払期日においては、被告鹿島建設の本件建物の引渡義務は既に履行遅滞に陥っており、被告鹿島建設による本件建物の占有は占有権原のない不法占有に至っている。

よって、被告鹿島建設には本件建物に対する商事留置権は成立しないというべきである。

第2 原告による本件建物の無償譲渡申入れによっても、原告が本件建物の所有権を取得していないことについて

- 1 被告鹿島建設は、「原告は、本件借地権契約第15条3項に基づき本件建物を無償で譲渡するよう請求し（以下、「本件無償譲渡申入れ」という。）、本件建物の所有権を確定的に取得した。」旨を主張するが（被告鹿島建設準備書面1の3頁）、原告による本件建物の所有権取得には法的根拠が認められず、強く否認する。

確かに、原告は被告TMK管財人に対し、破産手続中の平成23年11月22日、本件建物の無償譲渡を申し入れる通知書を発送したものであるが（乙5）、①本件無償譲渡申入れは本件借地権設定契約第15条3項の要件を充たさない申入れであり、同条項の適用がないこと、②同条項の無償譲渡請求権の法的性質は債権的請求権であり、破産手続においては個別的権利行使が禁止されること、③被告TMKの破産手続では、本件建物の所有権が被告TMKに帰属することを前提として手続が進行し、原告も本件無償譲渡申入れを撤回したこと、④本件無償譲渡申入れは条件付きの申入れにすぎず、条件が成就していない以上、法的効果が発生しないこと、⑤本件無償譲渡申入れには動機の錯誤があり、原告は錯誤無効を主張すること、⑥被告鹿島建設に

よる原告の本件建物の所有権取得の主張が権利濫用であることから、本件無償譲渡申入れにより原告が本件建物の所有権を取得することはないというべきである。以下、理由を述べる。

- 2 ①本件無償譲渡申入れは本件借地権設定契約第15条3項の要件を充たさない申入れであり、同条項の適用がないこと

本件借地権設定契約第15条3項は、同16条に規定する被告TMKの明渡義務を前提として、「本件建物の各テナントが同建物の賃借を継続できる場合である等、乙（被告TMK）がその故意又は過失によると否とにかかわらず本件土地を第16条に従い甲（原告）に明渡し返還することができない場合」の救済規定として、原告に建物無償譲渡請求を認めたものである（甲2, 3）。

即ち、本件無償譲渡請求権は、本件建物へのテナントの入居により、被告TMKが本件建物を法律上明け渡すことができない場合に、原告への救済規定として本件建物の無償譲渡請求権を認めたものである。よって、本件のように、テナントが入居しておらず、被告TMKが本件建物を法律上明け渡すことが可能である場合には、本件借地権設定契約第16条の明渡義務が履行されるべきであり、救済規定である同法第15条3項の適用要件を充たさないものと考えられる。

加えて、同15条3項は、「かかる譲渡による本件建物の所有権移転登記に要する費用は乙（被告TMK）が負担する。」として、被告TMKによる登記費用の負担も適用要件としているところ、本件においては、被告TMKが破産決定により登記費用を負担できないことから、やはり本条項の適用はない。

よって、原告の本件無償譲渡申入れは本件借地権設定契約第15条3項の要件を充たさず、同条項は適用されないというべきである。

- 3 ②本件借地権設定契約第15条3項の無償譲渡請求権の法的性質は債権的

請求権であり、破産手続においては個別的権利行使が禁止されること（破産法第100条1項）

仮に、本件無償譲渡申入れが本件借地権設定契約第15条3項の無償譲渡請求であるとしても、同請求権の法的性質は債権的請求権であり、破産手続においては個別的権利行使が禁止される。

即ち、破産手続においては、破産債権の届出をし、債権調査及び確定手続を経た上で、確定した破産債権に基づき配当を受けるのであって、かかる破産手続によらなければ、個別の債権を行使することはできない（破産法第100条1項）。よって、本件借地権設定契約第15条3項の無償譲渡請求によっても、個別的権利行使が禁止される以上、原告に本件建物の所有権が移転する効果が発生することはない。

- 4 ③被告TMKの破産手続では、本件建物の所有権が被告TMKに帰属することを前提として手続が進行し、原告においても本件無償譲渡申入れを撤回したこと

被告TMK管財人は、原告による本件無償譲渡申入れに対し、平成23年12月5日付け連絡文書（甲27）により同申入れを拒否する旨の回答をしている。また、原告は被告TMK管財人に対し、本件土地の賃借権設定登記の抹消登記申請を要請していたところ、被告TMK管財人は、本件建物が被告TMKの所有であることを前提として、その敷地利用権を確保するために賃借権設定登記の抹消に応じなかった。即ち、被告TMK管財人は、破産手続中、首尾一貫して、本件建物が被告TMKの所有物であることを前提に行動していた。

被告TMK管財人の平成24年3月23日付け報告書（甲28）によれば、本件建物の財団放棄申請に当たり、全届出債権者に意見聴取を行ったところ、「これに対して意見を述べないと電話連絡があった債権者1名も含め10名から回答がなされたところ、破産財団から放棄することへの賛成は零、（積

極的に賛成できないという意見も含め) 反対は4名、裁判所の進行に委ねるとした債権者は5名であった。」とのことであり(甲28の2頁)、破産債権者も本件建物が被告TMKの所有であることを前提として、財団放棄の賛否について意見を述べている。尚、被告鹿島建設が、被告TMK管財人の意見聴取に対し、本件建物の所有権が原告に移転している旨の意見を述べた形跡もない。

さらに、被告TMK管財人の答弁書によれば、「平成24年7月13日に開催された債権者集会において、本件訴訟で収去対象とされている建物を破産裁判所の許可を受けて破産財団から放棄した。」とのことであり、破産裁判所も本件建物が被告TMKの所有であることを前提として、破産財団からの放棄許可決定をしている。

即ち、被告TMKの破産手続においては、被告TMK管財人、破産債権者、破産裁判所等の関係者全員において、本件建物が被告TMKの所有であることを前提に行動していたものであり、本件無償譲渡申入れにより本件建物の所有権が原告に移転するとは誰も考えていなかった。

原告自身も、被告TMK管財人が本件無償譲渡申入れを拒否したことを受け、それを了解し、本件無償譲渡申入れを撤回したものである。

- 5 ④本件無償譲渡申入れは条件付きの申入れにすぎず、条件未成就のため無効であること

原告は、本件無償譲渡申入れにおいて、①原告の一切の損害について賠償金が支払われ、かつ、②被告鹿島建設の商事留置権が不成立又は消滅しているか、若しくは商事留置権を消滅させることについて三菱地所が対処することを条件として、事実上の申入れを行ったものにすぎない。そして、本件においては、原告には1円の損害賠償金も支払われておらず、被告鹿島建設の除去や商事留置権を消滅させることについても三菱地所が何らの対処もしていない以上、本件無償譲渡申入れの前提条件が成就しておらず、同申入れに

よる法的効果が発生することはないというべきである。

原告が敢えて被告鹿島建設の商事留置権が付着したまま本件建物の所有権を取得するという不利な申入れを行うことはあり得ず、本件無償譲渡申入れの合理的な意思解釈として、当然に上記の条件成就が前提になっていることは明らかである。現に、本件調停の調停期日調書（乙6）においても、「相手方大洋社から、①本件土地の借地契約に基づき、破産管財人から本件建物の無償譲渡を受けること、②申立人（三菱地所）からは損害賠償を受けること、③相手方鹿島との関係については申立人（三菱地所）がすべて対処することが解決の条件である旨初めて具体的な提示がなされた」旨の記載があり、原告はこれらの条件成就を前提に本件無償譲渡申入れを行っている。

よって、本件無償譲渡申入れは条件未成就のため法的効果が発生せず、原告に本件建物の所有権が移転することはない。

6 ⑤原告による本件無償譲渡申入れには動機の錯誤があること

原告は本件無償申入れをした平成23年11月22日当時、弁護士を代理人に付けておらず、法的知識が不十分なまま、本件無償譲渡申入れを行った。即ち、原告は、被告鹿島建設の商事留置権が不成立又は消滅しているか、若しくは本件無償譲渡申入れにより被告鹿島建設の商事留置権は消滅するものと考え、本件無償譲渡申入れを行ったものである。

よって、本件建物に対する被告鹿島建設の商事留置権が成立する場合、原告による本件無償譲渡申入れは、本件建物に対する被告鹿島建設の商事留置権が不成立又は消滅するものと考えていた動機の錯誤があり、かつ、その動機は被告TMK管財人らにも表示されていた。よって、原告は、本書をもって本件無償譲渡申入れの錯誤無効を主張する。

7 ⑥被告鹿島建設の本件無償譲渡申入れの主張が権利濫用であること

被告鹿島建設は、三菱地所から「決して迷惑を掛けないので、竣工に向けて予定通り工事を進めて欲しい」と本件工事代金の支払約束を受けて、本件

建物を完成させたものである（被告鹿島建設答弁書6頁）。即ち、被告鹿島建設としては、三菱地所に対し本件工事代金の支払を請求すべきであり、本件工事代金の保全のため、原告への本件建物の所有権の移転や商事留置権の効力を主張することは筋違いである。

また、被告鹿島建設と被告TMKとの間の本件工事請負契約（甲4）においては、被告鹿島建設の商事留置権は不成立であり、仮に、商事留置権が成立するとしても、被告鹿島建設は、三菱地所を信頼して、商事留置権の強制競売権を予め放棄している（本件工事請負契約特約条項⑥項）。よって、被告鹿島建設の商事留置権の成立範囲や効力は被告TMKとの関係でも極めて限定されたものであるところ、被告鹿島建設が、何らの帰責性もない原告に対し商事留置権を主張し、原告から本件工事代金の回収を図ろうとすることは被告鹿島建設に過剰な利益を与えるものである。

さらに、日本を代表する大手ゼネコンである被告鹿島建設が、法的知識が乏しく、商事留置権の成否や効力を十分に理解しないままに行った原告の本件無償譲渡申入れを奇貨として、原告への本件建物の所有権の移転や商事留置権の効力を主張することは違法、不当である。

よって、被告鹿島建設による、原告の本件建物の所有権取得の主張や商事留置権の主張は権利濫用に当たるといふべきである。

- 8 以上より、原告による本件無償譲渡申入れによっても、原告が本件建物の所有権を取得することはない。

第3 原告の本訴請求が権利濫用になり得ないこと

- 1 被告鹿島建設は、①原告が本件事業の遂行において中核的・主体的地位にあったこと、②原告は資金調達について法的な責任があったこと、③原告は本件事業の破綻の原因を自ら作出したこと、④被告鹿島建設には本件事業の破綻の責任がないことを根拠として、原告の本訴請求が権利濫用である旨を

主張する（被告鹿島建設準備書面1の第3）。

2 しかし、かかる被告鹿島建設の主張が暴論であることは、原告第1準備書面、同第2準備書面で主張したとおりである。

被告鹿島建設の主張に対する反論は従前主張しているとおりであるが、念のため要点だけを述べれば、以下のとおりである。

上記①については、原告の関与は被告TMKに対する49%の優先出資者（三菱地所は51%）であることと本件土地を定期借地権として提供するという点だけである。資産の流動化に関する法律（以下、「法」という。）の第27条4項及び被告TMKの定款（甲12）第12条によれば、優先出資者（原告）には法に別段の定めがある場合を除きTMKの社員総会における議決権を有しない。即ち、原告は被告TMKの経営や本件事業の進行について何らの決定権も有していない。他方、三菱地所は、開発及び特定資産管理処分受託者（甲14、法200条）として中核的・主体的に活動し、本件事業は三菱地所自体の事業として進められたものである。よって、原告が本件事業において中核的・主体的な地位にないことは明白な事実である。

また、②については、優先出資者には出資義務があるだけで、それ以上の義務は何もない。基本合意書（甲11）及び覚書（甲16）に、原告に資金調達「義務」や「責任」を明示したものは一切ない。原告に資金調達義務がないことは明らかである。

③については、原告が被告TMKの預金債権の差押えや本件借地権契約を解除して本件事業を破綻に追い込んだというが、原告は被告TMKから保証金20億円の支払いがないので平成22年2月に被告TMKの預金債権9億円余を差押え、その後同年6月に本件土地の地代等の不払いにより本件借地権契約を解除したものであって、この正当な権利行使が問題になることはおよそあり得ないことである。

④については、本件事業の破綻の責任は三菱地所と被告鹿島建設にある。

三菱地所は、資金調達義務の不履行及び資金目処がない状態での本件建物工事の着工により被告TMKを行き詰まらせたものである。また被告鹿島建設は、被告TMKに資金調達の目処がないことを知りながら本件請負工事を着工し、しかも「決して迷惑をかけない」と言って自らの責任を認める三菱地所に対し、工事請負代金（損害賠償）を請求しない。被告鹿島建設は、適切な債権保全の対応を取らず本件工事に着工したものであり、仮に被告鹿島建設が損害を受けたとしても、それは同社の経営判断の結果であって、原告には何らの責任もない。

- 3 よって、原告の本訴請求が権利濫用となることはあり得ないというべきである。

第4 被告鹿島建設の不法占有による損害賠償責任について

- 1 被告鹿島建設は、「被告鹿島建設による本件建物の占有と原告が本件土地を使用できないこととの間には相当因果関係がなく、かつ、相当因果関係を肯定し得る特段の事情も存在しないから、原告の請求には理由がない」と主張する（被告鹿島建設準備書面1の12頁）。

しかし、被告鹿島建設は本件建物の占有を通じて本件土地を不法に占有しており、原告に対し、地代相当損害金の支払債務を負担するというべきである。

- 2 最判平成16年10月29日は、「他人の所有する土地に権原なく建物を所有する者から建物を賃借して占有使用する者がある場合において、その者の当該建物の占有使用と所有者がその土地を使用できないこととの間には、特段の事情が存在しない限り、相当因果関係はないと解すべきである。」と判示する（金法1752号50頁参照）。

そして、最判昭和31年10月23日は、この特段の事情について、「本件建物の収去土地の明渡をしようする場合に、その他の上告人ら（建物賃借

人)が故らに退去せずこれを妨害する等」の事情がこれに該当すると判示する(民集10巻10号1275頁、判例時報93号8頁参照)。

3 本件での特段の事情の存在

(1) 被告鹿島建設に本件建物の占有権原がないこと

被告鹿島建設には本件建物の商事留置権が成立せず、本件土地だけではなく、本件建物の占有権原すらも認められない。よって、建物の占有権原が認められる建物賃借人の占有が不法行為を構成するかを判示した上記各判例と異なり、被告鹿島建設による本件建物及び本件土地の占有には強い違法性が認められ、原告の損害との相当因果関係を肯定できる特段の事情が認められるというべきである。

(2) 被告鹿島建設に対する本件建物からの退去及び撤去を求める通告

原告は、被告鹿島建設に対し、平成22年6月10日到達の内容証明郵便にて(甲25)、本件借地権契約の解除に伴い、本件建物からの退去及び同建物の撤去を求めた。それ故、被告鹿島建設は、少なくとも原告との関係では、本件建物を占有できる根拠がなく、退去を求められていることを十分に認識していたにも関わらず、直ちに本件建物から退去しなかった。そして、被告鹿島建設は、上記内容証明郵便(甲25)が同社に到達したとき(平成22年6月10日到達)には、本件建物は未完成であったにも関わらず、その後も工事を続けて本件建物を完成させたものである(同年6月30日完成)。さらに、被告鹿島建設は、三菱地所から本件工事請負代金を回収できるにも関わらず、ことさらに商事留置権を主張して本件建物の占有を継続している。

このように、被告鹿島建設は、原告が本件借地権契約を解除したことを通告し、本件建物からの退去及び同建物の撤去を請求しているにも関わらず、本件建物の占有権原がなく、かつ、本件借地権契約の解除により原告に対抗できない地位にあることを認識しながら、ことさらに本件建物の不

法占有を継続し、原告の土地利用を妨害し、原告に損害を与えているのである。

(3) 被告鹿島建設は本件土地を直接占有していること

被告鹿島建設は、原告による退去請求の通告後も本件土地の周囲をフェンス（甲6）で囲み、本件建物に留まらず、本件土地を直接に占有している。

被告鹿島建設は、本件建物の完成後、工事期間中のフェンスを一旦撤去したが、平成22年12月頃、本件土地の周囲に現状のフェンスを再度設置した（甲6）。

そして、原告は被告鹿島建設に対し、平成22年12月27日付けのEメールで、原告の了解なく本件土地の周囲に設置されたフェンスが設置されたことを非難し、同フェンスの設置経緯について説明を求め、平成23年1月8日付けのEメールでは、不法に設置したフェンスの撤去を請求している（甲29、31）。これに対し、被告鹿島建設は、平成23年12月27日付け及び平成23年1月17日付けのEメールで、原告によるフェンスの撤去請求を拒否する回答をしている（甲30、32）。原告は、平成23年1月21日付けのEメールで、本件土地を不法に占拠しているフェンスの撤去を再度請求したが（甲33）、被告鹿島建設は、同月28日付けのEメールで、「土地の不法占拠をしている状況にはない」として、原告の撤去請求を重ねて拒否した（甲34）。原告は平成23年2月1日付けのEメールでも再度撤去を要求したが（甲35）、現在に至るも、被告鹿島建設は本件建物及び本件土地周囲のフェンスを撤去しない。

このように、被告鹿島建設は、単なる建物賃借人とは異なり、本件建物に留まらず、本件土地を直接占有し、原告による土地周囲のフェンスの撤去請求に応じないという違法な態度を取り続けている。

(4) 以上の諸事情に鑑みれば、被告鹿島建設の本件建物の占有使用と原告に

よる本件土地の使用不能の間には、相当因果関係を肯定し得る特段の事情が認められるというべきである。

4 まとめ

よって、被告鹿島建設は本件建物の占有を通じて本件土地を不法に占有しており、原告に対し、地代相当損害金の支払債務を負担する。

以上