

副 本

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 鹿島建設株式会社 外1名

準備書面 3

平成25年2月15日

大阪地方裁判所第23民事部1係 御中

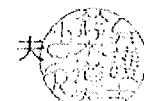
被告訴訟代理人弁護士

藤 原



同

鈴木 道夫



同

芳 賀 成之



同

河 野 申 二 郎



被告鹿島建設は、原告の平成24年12月10日付け第3準備書面（以下「原告第3準備書面」という。）に対し、以下のとおり弁論を準備する。

略語等は、本書面で新たに用いるもののほか、従前の例による。

第1 商事留置権について

1 被告鹿島建設による本件建物の占有は不法占有でないこと

原告は、請負残代金の支払期日である平成22年3月末日において、被告鹿島建設の本件工事請負契約に基づく建物引渡債務はすでに履行遅滞に陥っていたとして、民法295条2項類推適用により、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主張する。

しかしながら、本件において被告鹿島建設の建物引渡債務は履行遅滞に陥っておらず、原告の主張にはその前提において誤りがある。

すなわち、被告鹿島建設は、平成21年11月19日、三菱地所から、被告TMKにおいて請負代金の支払原資となる金融機関からの借入れが未だ実現できていない上、優先出資者である三菱地所と原告との間で借入れに向けた協議すら行えない状況になっているとの報告を受けた。そこで、被告鹿島建設は、同年12月25日、被告TMKに対し、ローンの調達状況を報告するよう書面で要求したが(乙1)、被告TMKからは一切回答がなされなかった。これにより、被告TMKに対する著しい信用不安が生じ、請負残代金の支払を受けられないおそれが高まったことから、被告鹿島建設は、平成22年1月13日、被告TMKに対し、請負残代金の支払に対する懸念が解消するまで本件建物の引渡しを拒絶するとの意思表示をしたのである(乙2)。被告鹿島建設はその後、本件建物の外壁の問題に関する調査及び補修工事を実施したが、これについてはすべて発注者である被告TMKはもちろん、共同事業者である三菱地所や原告も認識・了解していた。

以上のとおり、被告鹿島建設は、被告TMKに生じた信用不安及びそれが解消されるまで本件建物の引渡しを拒絶する旨の意思表示によって先履行の義務を免れたのであるから、被告鹿島建設の建物引渡債務は履行遅滞に陥っていない。そうである以上、被告TMKから一度も請負代金の履行の提供がなされていない本件において、被告鹿島建設による本件建物の占有が本件工事請負契約の発注者である被告TMKとの関係で「不法占有」となっていないことは明らかである。

したがって、被告鹿島建設の本件建物に対する商事留置権は有効に成立しており、原告の主張には理由がない。

2 被告鹿島建設の商事留置権は本件土地に対しても効力が及ぶこと

本件においては、以下に述べるとおり、本件建物について成立した被告鹿島建設の商事留置権の効力は本件土地にも及んでいるから、被告鹿島建設は、未払の

請負残代金 3 億 8 千 1 百 6 0 万円及び本件建物の維持管理にかかる必要費等が全額支払われるまで、本件建物及び本件土地を留置する。

- (1) 商法 5 2 1 条は「物」と規定して不動産を除外していないこと、土地上に建物が存在する場合には、建物所有者は当該土地を事実上支配し、これを占有しているといえること、商事留置権の成立要件である物の占有については、権原を要求されるものではなく、占有の趣旨や目的、占有を取得するに至った経緯も問題にされないことなどからすれば、建物建築請負人の商事留置権は敷地に対しても成立する（東京高決平成 6 年 2 月 7 日金法 1 4 3 8 号 3 8 頁など）。
- (2) この点、敷地に対する商事留置権を否定する裁判例も存在するが、商事留置権の成立を肯定した前掲東京高裁等の決定は、いずれも建物が完成ないしほぼ完成した事案であるのに対し、商事留置権の成立を否定した決定（東京高決平成 6 年 1 2 月 1 9 日金法 1 4 3 8 号 3 8 頁など）は、いずれも建物が未だ完成していない事案のものである（東京地方裁判所民事執行センター（民事第 2 1 部）も、かかる理解の下に、建物がほぼ完成している事案については、原則として敷地に対する商事留置権が成立することを前提にした処理を行っている。「建物建築工事請負人の建物の敷地に対する商事留置権の成否」金法 1 9 1 2 号 8 1 頁）。

本件についてみると、請負残代金の支払期日である平成 2 2 年 3 月末日時点では、被告鹿島建設において本件建物の外壁について調査中であったものの、本件建物自体は完成しており、本件土地に商事留置権の効力を及ぼす基礎が存在していたといえる。

また、商事留置権の成立を否定した裁判例の中には、土地に抵当権を設定した債権者が存在する場合は、その後に建物を建築した請負人が商事留置権に基づく敷地の占有を抵当権者ないし抵当権実行による買受人に対抗し得るとすると、抵当権設定ときに留置権の発生を予測することができない抵当権者等との関係で公平を欠く結果となることを理由とするものもあるが（大阪高判平成 9

年6月13日金法1508号80頁，大阪高判平成10年4月28日金判1052号25頁など)，本件においては，土地抵当権者等の利害関係人は存在せず，不動産流動化スキームの中で本件建物が建築されることが当初から予定され，関係当事者すべてがそのことを承知していたのであるから，上記裁判例とは事案を異にする。

(3) なお，本件土地の所有者たる原告は，形式的には本件工事請負契約の「債務者」（商法521条）ではないが，原告は，49%の優先出資を行って三菱地所とともに被告TMKを組成した共同事業者であり，本件事業のスキームとして，被告TMKをして本件土地上に本件建物を建設することを当然に承知し容認していたこと，原告も認めるとおり，資産流動化スキームにおいて特定目的会社は事業遂行のために形式的に作られる「器」にすぎず，本件においても，被告TMKの実質的な事業の決定はすべて共同事業者である原告と三菱地所によって行われていたこと，本件建物の発注者である被告TMKの資金調達について原告は三菱地所とともに責任を負うべき立場にあったこと，そうであるにもかかわらず，原告は，三菱地所との間の必要な協議を拒絶して被告TMKの資金調達の途を閉ざした上，被告TMKの唯一の財産を差し押さえて本件事業を破綻に追い込んだこと，他方で，原告ら共同事業者間の内紛によって被告TMKに必要な資金が調達されなかった結果，被告TMKから約40億円もの工事請負代金の支払を受けられない状況に陥った被告鹿島建設にとって，請負代金を確保する手段は本件建物の留置以外なく，かかる留置の実効性を確保する必要性は極めて高いことなどの事情からすれば，被告鹿島建設との関係において，原告は実質的に「債務者」である被告TMKと同視できるというべきであり，原告が，被告TMKと形式的に法人格が異なることをもって，本件土地に被告鹿島建設の商事留置権の効力が及ぶのを否定することは，留置権の根拠たる公平性を著しく欠くものであり，信義則に反するものである。

(4) したがって，本件建物について成立した被告鹿島建設の商事留置権の効力は

本件土地にも及ぶというべきであるから、原告がかかる被告鹿島建設の本件土地に対する商事留置権の効力を否定して建物退去土地明渡請求をすることは、到底認められない。

第2 本件無償譲渡請求について

原告は、原告第3準備書面の第2（4頁以下）において、原告が被告TMKの管財人に対して行った本件無償譲渡請求の効力を自ら否定すべく、種々主張を試みるが、以下に述べるとおり、いずれの主張も失当である。

1 本件無償譲渡請求は本件借地権設定契約15条3項の要件を充たさないとの主張について

(1) 原告は、本件無償譲渡請求について、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、原告への救済手段として認められたものであるから、テナントが入居していない本件においては、本件借地権設定契約15条3項の要件を充たさないと主張する。

(2) この点、被告TMKには、その所有に属する「本件建物」を「明け渡す」義務はなく、原告が言わんとするのは、「本件建物を収去出来ない結果、本件土地を更地にして明け渡すことが事実上できない場合」であると思われるが、これは以下に述べるとおり、被告鹿島建設の主張に沿うものである。

すなわち、本件無償譲渡請求の要件は、「乙がその故意又は過失によると否にかかわらず、本件土地を第16条に従い甲に明け渡し返還することができない」（傍点は被告訴訟代理人。以下同じ。）ことである。また、本件借地権契約16条に従って本件土地を明け渡すことができない場合とは、同条が定める「契約の解除により本契約が終了する場合」に、被告TMKが「本件土地を更地の状態」にした上で、「本契約終了後直ちに」明け渡すことができない場合である。

本件についてみると、被告TMKは、本件工事請負契約に基づく請負代金債務の履行を怠り、本件建物を商事留置権に基づき占有する被告鹿島建設に対し

て、法律上本件建物の明渡しを求めることができない立場にあったことに加え、原告に唯一の資産である預金債権のすべてを差し押さえられたことにより資金（破産財団）を失った結果、本件建物を収去して本件土地を原告に返還することが事実上できない状況にあった。

したがって、原告による本件無償譲渡請求当時、被告TMKは「本件土地を第16条に従い甲に明け渡し返還することができない」状態に陥っており、原告において本件無償譲渡請求の要件を満たしていたことは明らかである。原告も、これと同じ理解の下に、「破産財団の状況に照らし、上記契約書第16条に従って建物を撤去し土地を明け渡すことは事実上不可能であることは明白であります。」(乙5)として本件無償譲渡請求を行っている。

- (3) なお、本件借地権契約15条3項の「第1項による本契約解除後も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」とは、「等」という文言からも明らかなように、「本件土地を第16条に従い甲に明け渡し返還することができない場合」の一例として、本件事業が予定通り進んで本件建物のテナントが入居したが、その後本件借地権契約が解除された場合において、建物賃借契約の解除事由がないために各テナントに対して明渡しを請求することができない結果、被告TMKが自ら本件建物を収去して本件土地を明け渡すことが事実上できない場合を挙げているにすぎない。

また、原告は、同契約15条3項は被告TMKによる登記費用の負担を適用要件としているとも主張するが、これは、本件無償譲渡請求の効果として本件建物の所有権が原告に移転し、被告TMKが所有権移転登記手続義務を負担した場合の費用負担を定めたものにすぎず、本件無償譲渡請求の発生要件ではない。

- (4) 以上のとおり、本件無償譲渡請求は本件借地権設定契約第15条3項の要件を充たさないとの原告の主張は、いずれも失当である。
- 2 本件無償譲渡請求の法的性質は債権的請求権であるとの主張について

原告は、本件無償譲渡請求の法的性質は債権的請求権であり、破産手続において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は発生しないと主張する。

しかし、準備書面1でも述べたとおり、破産手続開始後における破産財団に属する財産の権利取得は、「破産手続の関係において」効力を否定されるにすぎないから（破産法48条1項）、破産手続が異時廃止によって終了している本件において、原告に本件建物の所有権が移転する効果は発生しないとの原告の主張には理由がない。

3 被告TMKの破産手続において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請求を撤回したとの主張について

(1) 原告は、被告TMKの破産手続において本件建物が財団放棄され、また破産債権者が財団放棄の賛否について意見を述べたことをもって、破産管財人を含む関係当事者は本件建物が被告TMKの所有であることを前提に行動していたと主張する。

この点、原告の主張の趣旨は必ずしも定かでないが、財団放棄（破産法78条2項12号）とは、対象物件を破産財団から除外して破産者等の利害関係人の自由処分に委ねる旨の意思表示にすぎず、対象物件の所有権の帰属を確定するものではない。また、原告の主張は、関係者らの認識如何によってなぜ原告の本件無償譲渡請求の効力が左右されることになるのか、理論的根拠も不明である。

したがって、原告の上記主張は失当である。なお、被告鹿島建設は、被告TMKの管財人からの照会に対し、原告が本件無償譲渡請求を行使したことに触れた上で、被告TMKの管財人と原告との間で本件建物の所有権の帰属をめぐる対立関係が生じており、かかる問題を解決することなく財団放棄することができるかは疑問である旨の回答を行っていたことを付言しておく（乙9）。

(2) また、原告は、本件無償譲渡請求を撤回した旨主張するが、準備書面2でも指摘したとおり、本件において原告が本件無償譲渡請求を撤回したことを示す証拠は存在しないし、仮に、原告が本件無償譲渡請求を撤回する旨の意思表示を行ったとしても、本件無償譲渡請求の効力はその意思表示が被告TMKの管財人に到達した時点で確定的に発生し、原告がその効力を一方的に覆すことはできないから、この点に関する原告の主張も失当である。

4 本件無償譲渡請求は条件付きの申入れにすぎないとの主張について

原告は、本件無償譲渡請求は、原告の損害が賠償されること及び被告鹿島建設の商事留置権について三菱地所が対処することを条件に、事実上申し入れたものにすぎないと主張し、その根拠として本件調停の経過を挙げるようである。

しかしながら、原告は、平成23年11月22日付け通知書(乙5)において、本件無償譲渡請求について何ら条件など付していない上、本件調停で原告が解決条件を提示したのは、本件無償譲渡請求を行った後の平成24年1月16日(第6回調停期日)のことであるから(乙6)、原告の主張は事実と反する。

なお、本件調停における原告提示の解決条件をみても、「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」との申入れは、「②申立人(三菱地所)からは損害賠償を受けること」及び「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」の各申入れと並列的になされており、②及び③の実現が①の停止条件となっているわけではない。

5 本件無償譲渡請求には動機の錯誤があるとの主張について

原告は、本件無償譲渡請求は、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点で動機の錯誤があり、かつ、その動機は被告TMKの管財人らにも表示されていたのであるから、無効であると主張する。

この点、原告のかかる動機の存在は不知であるが、本件無償譲渡請求を行った平成23年11月22日付け通知書(乙5)には原告が主張するような動機は一切表示されていないから、上記動機の有無にかかわらず、錯誤無効の主張は失当

である。

6 被告鹿島建設の主張が権利濫用であるとの主張について

原告は、被告鹿島建設が本件無償譲渡請求による原告の所有権取得を主張することは権利の濫用に当たるなどと主張する。

しかしながら、原告が論拠とする、三菱地所に対して本件工事代金の支払を請求すべきであるとか、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か、あるいは、法的知識が乏しいまま原告が行った本件無償譲渡請求を奇貨として原告の本件建物所有権の取得を主張するのは違法、不当であるなどといった主張は、いずれも趣旨不明であり、あるいは前提としている事実そのものが存在しないから、失当である。

むしろ、本件無償譲渡請求を行使して本件建物の所有権帰属を繰り返し主張していた原告が、自己に都合の良い論拠を後付けかつ一方的に展開して自らの行為の効果を否定し、本件建物の所有権が被告TMKに帰属することを前提とした建物退去土地明渡しを請求すること自体が権利の濫用である。

7 小括

以上のとおり、本件無償譲渡請求は無効であるとの原告の主張は、いずれも理由がない。

第3 権利濫用について

- 1 準備書面2で詳述したとおり、本件において、原告が、商事留置権に基づいて本件建物を占有する被告鹿島建設に対して、本件建物の解体撤去のために退去を求めることは、権利の濫用にあたり許されない。この点、原告は、原告第3準備書面において従前の主張を繰り返すのみで、新たな反論を行っていない。
- 2 原告は、資産の流動化に関する法律（以下「法」という。）27条4項及び被告TMKの定款12条を根拠に、原告は被告TMKの社員総会における議決権を有しておらず、したがって被告TMKの経営や本件事業の進行について何らの決定

権も有していなかったと主張する。

しかしながら、優先出資社員も「法律に別段の定め」がある事項、すなわち「有議決権事項」（法51条1項4号）については議決権を有しているところ、有議決権事項のうち、優先出資社員が法の定めにより議決権を有する事項（法定有議決権事項）は、①流動化スキームの根幹に係る「資産流動化計画の変更」（152条3項）の他、②優先出資社員の経済的利益に直接的に影響を及ぼす事項として優先出資の有利発行や優先出資金の減少等（法39条3項、109条3項。その他、法131条4項、139条5項、159条3項）や③解散・清算に関する事項（法161条1項、167条2項、168条2項、176条2項、177条4項、179条2項）など多数存在する。

したがって、被告TMKの優先出資者である原告は、三菱地所とともに、特定目的借入れ（金融機関からの資金調達）や特定資産（本件建物及び借地権）といった本件事業の根幹に関わる事項について、資産流動化計画の変更を通じてその内容を決定・変更し得る重要な権限を有していたのであるから（なお、資産流動化計画の変更に係る決議は特別決議事項である。法60条3項7号。）、正しく本件事業における中核的・主体的地位にあったといえる。被告TMKも、このことを前提に、本件事業の厳しい状況を打破するために、優先出資者である三菱地所と原告に対し、流動化事業継続等に向けての協議を繰り返し要請していたのである（乙10）。

しかるに、原告は、被告TMKの唯一の資産である預金債権を差し押さえた上、本件事業の継続に向けた三菱地所との協議も拒絶し続け、その結果被告TMK及び本件事業を破綻に追いやったのであるから、自らには何らの決定権もなかったとか、本件事業はすべて三菱地所の事業として進められたなどと言うのは、何らの理由もない単なる責任逃れの主張である。そして、かかる原告が、自らの責任を棚に上げて、共同事業者間の内紛によって約40億円もの工事請負代金の不払いという不利益を被っている被告鹿島建設に対して、本件建物からの退去を求め

ることは、到底許されないというべきである。

- 3 なお、原告は、資金調達に関し、平成19年4月から7月ころにかけて三井住友銀行から提示された融資条件（甲18, 19, 20の2）が本件基本合意書に反する、あるいはこれとかけ離れた内容のものであったためこれを拒否したが、三菱地所はその後、新たな資金調達を行わず、故意に被告TMKの事業資金を行き詰まらせたなどと主張する。

しかしながら、本件基本合意書第2条1項(2)には、「資金調達」については原告と三菱地所が「合意」の上「その詳細を決定する」とのみ記載され、具体的な条件は何ら記載されていない。したがって、三井住友銀行から提示された融資条件が本件基本合意書に反するとか、これとかけ離れた内容であるという原告の主張は、全く理由がない。

また、原告は、三菱地所の当初の提案書である「東映会館跡地開発についてのご提案」（甲10）に「三菱地所のクレジットを利用して、金融機関から低金利での資金調達が可能です。」との記載がある点を強調するが、当該記載を常識的に読めば、本件事業が日本有数のデベロッパーである三菱地所が出資するプロジェクトであることに鑑み、本件事業そのものの信頼性が高まり、それによって金融機関との融資条件に関する交渉が有利に働く可能性があるという意味にすぎず、これによって三菱地所が資金調達のすべての責任を負担すると捉えるのは、原告独自の解釈である。仮に原告主張のとおり、上記提案書によって三菱地所が資金調達に関するすべての義務を負う旨の合意がなされていたとすれば、当然、本件基本合意書にもその点が明記されていたはずである。しかるに、原告は、本件基本合意書において、三菱地所との間で、資金調達については原告と三菱地所が協議し、合意の上その詳細を決定すると積極的に合意したのであるから、これにより原告には三菱地所と誠実に協議を行い、資金調達を決定・実現する義務があったことは明らかである。そして、資金調達との関係といえば、原告は三菱地所と同じ立場にあるから、三菱地所が本件工事代金の支払義務を負うべきであるという

のであれば、原告も同様の責任を負うべきである。

以上のとおりであるから、資金調達に関する責任をすべて三菱地所に押しつけ、自らには何らの責任もないとする原告の主張には全く理由がないのである。

第4 不法行為に基づく損害賠償請求の主張について

原告の被告鹿島建設に対する建物退去土地明渡請求が認められないことは、これまで述べたとおりであり、そうである以上、原告の不法行為に基づく損害賠償請求も認められるものではない。

なお、被告鹿島建設は、準備書面2において、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と主張した。

これに対し、原告は、上記「特段の事情」について、「(例えば本件建物の収去土地の明渡をしようとする場合にその他の上告人らが故らに退去せずこれを妨害する等)」と判示した最判昭和31年10月23日(民集10巻10号1275頁)を引用して、本件においては特段の事情が存在すると主張する(原告第3準備書面・11頁以下)。

しかし、前掲最高裁昭和31年判決が述べる「特段の事情」とは、土地上の建物の所有者が建物を収去し、土地所有者に対して当該土地を明け渡す意思があり、かつ、その現実的可能性があるにもかかわらず、建物占有者がこれを妨害する目的で殊更に建物の不法占有を継続するような場合をいうところ、本件無償譲渡請求が行われる以前において、建物所有者である被告TMKには、本件建物を収去して本件土地を返還する意思もその現実的可能性もなかったこと、被告鹿島建設は商事留置権に基づいて正当に本件建物を占有し、その間本件建物の維持管理に努めるなどしており、被告TMKの建物収去土地明渡しを妨害する目的で徒に占有を継続していたものではないことなどからすれば、本件において「特段の事情」が存在しないことは明らかである。

第5 結語

以上述べたとおり，被告鹿島建設は，本件建物を商事留置権に基づいて正当に占有しており，その商事留置権の効力は本件土地に及んでいること，本件無償譲渡請求によって本件建物の所有権は原告に移転していること，本件事業の破綻の原因を作出し，その責任を負担すべき原告が，正当な占有権原を有する被告鹿島建設に対して本件建物の退去土地明渡しを求めることは，権利の濫用にあたり許されないことから，原告の本件請求は理由を欠くものであり，速やかに棄却されるべきである。

以上