

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5準備書面

平成25年2月19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3（平成25年2月15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

- 1 原告第3準備書面第1で主張のとおり、本件工事請負契約の約定によれば、被告鹿島建設は、第2回目の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（甲4、本件工事請負契約書第4項、特約条項④）。

しかるに、被告鹿島建設は、本件建物の竣工予定日である平成22年1月15日の経過後はおろか、本件建物の外壁の一部の手抜き工事は是正が同年6月30日までに完了した後も、本件建物を被告TMKに引き渡していない。よって、被告鹿島建設は先履行義務である本件建物の引渡義務を果たさず、履行遅滞に陥っており、同社の本件建物の占有は占有権原のない不法占有となる。

これに対し、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」と主張するが（被告鹿島建設準備書面3の2頁）、被告鹿島建設の一方的意思表示により本件建物の引渡しの先履行義務を免れる法的根拠はなく、被告鹿島建設の主張は失当である。

よって、被告鹿島建設の本件建物の占有は不法占有であることから、民法295条2項に基づき、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。

2 さらに、被告鹿島建設に本件建物の商事留置権が成立しないことについて、次のとおり主張を追加する。

商人間の留置権は、継続的な取引関係にある商人間において、流動する商品等について個別に質権を設定する煩雑と相手方に対する不信表明を避けつつ、債権担保の目的を達成することにより、商人間の信用取引の安全と迅速性を確保することをその制度趣旨とするものである。このような商法第521条の制度趣旨、及び競売法（明治31年法律第15号）では、民事留置権に基づいては不動産も競売を申し立てることが可能であるのに、商事留置権では動産の競売の申立てのみが可能であったこと（同法3条、22条）等の制度の沿革、立法の経緯等からすると、不動産は商法第521条所定の商事

留置権の対象にはならないと解すべきである（東京高決平成22年7月26日金法1906号75頁）。

よって、不動産である本件建物についても、被告鹿島建設の商事留置権が成立することはない。

第2 本件土地の商事留置権の不成立について

- 1 被告鹿島建設は、本件建物について成立した同社の商事留置権の効力が本件土地にも及んでいると主張する。

しかしながら、商法第521条所定の商事留置権は、「自己（債権者）の占有に属した『債務者の所有する物』」に成立するのであって、債務者以外の第三者の所有物に商事留置権が成立する余地はない。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については、肯定説、否定説はあるものの、仮に肯定説に立つ判例によっても、債務者（工事発注者）が土地所有者であることが当然の前提となっており、債務者以外の第三者の所有土地について商事留置権が成立することは凡そあり得ない。

よって、被告鹿島建設の本件土地に対する商事留置権の主張は失当であることは明らかである。

- 2 尚、念のため、建物建築工事請負人の建物の敷地に対する商事留置権について述べるに、前述のとおり不動産は商事留置権の対象にはならないこと、建物建築工事請負人の敷地の使用は建築工事施工という債務の履行のための立入り使用であって、敷地について独立の占有を有しておらず、占有補助者の地位を有するにすぎないことから、敷地に対する商事留置権は認められないというべきである（東京高決平成22年7月26日金法1906号75頁、東京高決平成22年9月9日金法1912号95頁）。これら近時の下級審判例を見ても、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については、否定説が実務の趨勢であると考えられる。

- 3 よって、被告鹿島建設には、本件土地に対する商事留置権が成立する余地はない。

第3 本件無償譲渡申入れについて

- 1 本件借地権契約第15条3項の要件を充たさないこと

被告鹿島建設は、①被告TMKが、商事留置権を主張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かつたこと、②被告TMKが資金を失った結果、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ことから、本件借地権契約第15条3項の「本件土地を第16条に従い甲に明渡し返還することができない場合」の要件を充足する旨を主張する。

しかし、本件無償譲渡請求権は、本件建物へのテナントの入居を前提に、被告TMKが本件建物の各テナントに法律上明渡しを請求できない結果、本件建物を収去できない場合に、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が本件建物を収去することが法律上可能である場合には、本件借地権契約第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。

被告鹿島建設は、本件建物への商事留置権を根拠に、本件借地権契約第15条3項の要件充足を主張するが、上記のとおり被告鹿島建設には本件建物への商事留置権が認められないことに加え、本件借地権契約第15条3項は本件建物へのテナントの入居を前提に、原告が本件建物のテナントの賃料収入を取得して損害填補を図ることも予定した規定であり、テナントが入居していないが本件建物への商事留置権が成立するという場合は同条項の想定範囲外であり、その適用要件を充たさないというべきである。また、被告TMKが資金不足のため、事実上本件建物を収去できない場合も同条項の要件

を充たさないと考えられる。

よって、原告の本件無償譲渡申入れは、本件借地権契約第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。

2 本件借地権契約第15条3項の無償譲渡請求権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こと

仮に、本件無償譲渡申入れが本件借地権契約第15条3項の無償譲渡請求権であるとしても、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（破産法第100条）。

これに対し、被告鹿島建設は、破産法第48条1項を根拠に、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は、本件無償譲渡申入れにより原告に本件建物の所有権が移転する旨を主張するが、その法的根拠が不明である。

破産法第48条1項は、破産手続開始決定後に、第三者が財団財産についての権利を取得した場合も、その効力を破産管財人に対抗することができないことを定めた規定である。本件無償譲渡申入れは、同条項の「権利の取得」に当たらず、同条項はそもそも適用されないと考えられる。また、同条項の反対解釈として、異時廃止後は本件建物の所有権が移転するという根拠も不明である。

よって、本件借地権契約第15条3項の無償譲渡請求権は、単なる債権であって、破産手続上個別的権利行使が禁止されることは明白である。

3 被告TMKの破産手続における本件建物の所有権の帰属について

原告第3準備書面第2の4記載のとおり、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ものである。

尚、被告鹿島建設は、財団放棄（破産法第78条2項12号）は、対象物件の所有権の帰属を確定するものではない旨を主張するが、破産財団に帰属

し破産管財人の管理処分権が及ぶことを前提として財団放棄がなされるのであり、本件建物についても、被告TMKの所有物として破産管財人の管理処分権が及んでいたことから、財団放棄申請がなされ、破産裁判所も破産財団からの放棄許可決定をしたものである。

よって、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、関係者全員がそれを前提として行動していたものである。

4 本件無償譲渡申入れの意思表示について

原告第3準備書面第2の5記載のとおり、本件無償譲渡申入れは、①原告の損害が賠償されること、及び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ず、条件未成就により無効である。

また、原告の無償譲渡申入れには、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る。原告は調停手続等を通じて、無償譲渡申入れに至った動機を被告TMK管財人らに表示しており、被告TMK管財人らは原告の動機を認識していた。また、被告鹿島建設の商事留置権が付着したまま本件建物を取得することは原告にとって不利益であることは明らかであり、被告TMK管財人は商事留置権が消滅するという原告の動機を当然に認識し得たものである。

5 以上より、原告の本件無償譲渡申入れは無効であり、また、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は、原告の予期しない商事留置権の負担の下に被告鹿島建設を不当に利するというものであり、権利濫用であることは明らかであるから、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。

第4 本件の建物収去（退去）土地明渡請求が正当な権利行使であること

1 原告の本件建物収去（退去）土地明渡請求が正当な権利行使であることは、原告第2準備書面で主張のとおりである。

2 これに対して、被告鹿島建設は、資産流動化に関する法律（以下、「法」という。）において、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）が多数存在することから、優先出資社員である原告が本件事業における中核的・主体的地位にあったとして、原告の本訴請求を権利濫用と主張するようである。

しかし、特定目的会社の優先出資社員は、会社経営の参画ではなく、資産流動化計画に従って機械的に分配されるキャッシュフローを享受するために投資を行うものであることから、優先出資社員は、法律又は定款に別段の定めがある場合を除き、社員総会において議決権を有しないものとされる（法第27条4項）。被告TMKの定款第12条にも「優先出資社員は、法に別段の定めがある場合を除き、社員総会における議決権を有しないものとする。」と規定され、優先出資社員は被告TMKの経営や本件事業の進行について決定権を有していないことが原則となる。

そして、優先出資社員が議決権を有する法定有議決権事項は優先出資社員に影響を与える極めて例外的場合にのみ、法が議決権を与えるものに過ぎない。尚、法定有議決権事項についても、被告TMKに対する原告と三菱地所の出資比率が49対51であることから、三菱地所が最終的な決定権を有することは明らかである。

よって、法定有議決権事項の議決権があることをもって、原告が本件事業における中核的・主体的地位にあったとする被告鹿島建設の主張には何らの根拠もないというべきである。

3 次に、被告鹿島建設は、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と主張するが、原告がこれまで主張する

とおり、原告には本件事業において資金調達を決定・実現する義務はない。三菱地所が原告に交付した提案書（甲10）には、資金調達について、「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資金調達が可能です。」と明記されている。そして、基本合意書第2条1項（2）においては、本件事業の資金調達について、「TMKが本件事業を遂行するための資金を自ら発行する優先出資（以下「本優先出資」という。）、特定社債及び金融機関からの借入れにより調達することを確認する。」と規定されている（甲11）。

基本合意書は提案書の上に成り立っているものであるから、基本合意書で提案書の内容を変更していない限り、三菱地所は提案書の記載内容を遵守すべき義務がある。そして、提案書は、資金調達について「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資金調達が可能」と明記しているところ、資金調達は原告にとって最も重要な項目の1つであり、原告はこの提案を是としたからこそ基本合意書を締結したことから、基本合意書第2条1項（2）の「金融機関からの借入れ」とは「三菱地所のクレジットを利用した低金利での借入れ」を前提とするものというべきである。

そして、基本合意書第2条1項（2）においては、本件事業の優先出資を除く資金調達については、「原告・三菱地所合意の上その詳細を決定する」とされるが、原告は、「三菱地所と誠実に協議を重ね、かつ三菱地所の主張に客観的な合理性が認められる場合には、三菱地所の提案を拒否又は留保しないものとする。」と規定されており（第2条3項（5））、資金調達の方針についての最終的な決定権は三菱地所が有する旨が規定されている。原告には提案権は認められていない。

よって、本件事業においては、三菱地所が金融機関から融資金を調達する義務を負担するものであり、原告には、基本合意書その他の契約上、優先出資を除き、金融機関から資金調達を決定・実現する義務は一切認めら

れない。

- 4 以上より、原告の本訴請求が権利濫用に当たるとする被告鹿島建設の主張には全く理由がない。

第5 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 建物占有者に土地の不法占有が認められる「特段の事情」

- (1) 被告鹿島建設は、最判昭和31年10月23日が、建物占有者に土地の不法占有が認められる「特段の事情」の例示として、「例えば上告会社が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（建物賃借人）が故らに退去せずこれを妨害する等」と例示しているところ、この例示を「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拠を継続するような場合をいう」と限定解釈するようである。

- (2) しかし、この限定解釈は誤解を与え、土地所有者の同土地上の建物占有者に対する損害賠償請求を不当に制限するものであり、不適切である。

土地所有者にとっては、建物占有者が退去せず、建物を収去できない結果、土地の占有使用が奪われることが本質的問題であって、建物所有者の明渡意思やその実現可能性は建物占有者の不法行為責任を判断する上で本質的問題ではないというべきである。

それ故、「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」と限定的に解釈することは誤りである。

よって、建物占有者に土地の不法占有が認められる「特段の事情」は、「建物占有者が故らに退去せずこれを妨害する等」に重点を置いて解釈すべきである

2 被告鹿島建設は「故らに退去せずこれを妨害」していたこと

被告鹿島建設は、「特段の事情」について、「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たものではない」などと主張し、建物占有者である被告鹿島建設に本件土地の占有について不法行為責任が認められる「特段の事情」は存在しないと主張する。

しかし、原告がこれまで主張するとおり、被告鹿島建設には本件建物に対する商事留置権は成立せず、同建物に対する占有権原は何もない。また、被告鹿島建設は、原告が本件借地権契約の解除に伴い、本件建物の撤去を請求しているにも関わらず、本件建物及び土地の占有を不法に継続している。被告鹿島建設は、本件借地権契約の解除日翌日である平成22年6月11日以降、建物建築工事請負人の建築工事施工という債務の履行のための立入り使用の範囲を逸脱し、本件建物から故らに退去せず本件土地の明渡しを妨害しているものであり、本件土地について独自の不法占有を始めたものというべきである。

よって、被告鹿島建設は平成22年6月11日以降、本件建物及び土地の占有について不法行為責任を負担するものである。

以上