

## 別紙添付②

副本

平成26年(ネ)第1343号 建物収去土地明渡請求等控訴事件

控訴人 大洋リアルエステート株式会社

被控訴人 御堂筋共同ビル開発特定目的会社 外1名

答弁書

平成26年8月18日

大阪高等裁判所第8民事部イ係 御中

〒104-0061 東京都中央区銀座6丁目13番16号

銀座ウォールビル9階

橋元綜合法律事務所(送達場所)

電話 03(5565)1830/FAX 03(5565)1870

被控訴人鹿島建設株式会社訴訟代理人

弁護士

藤原

浩



同

鈴木道夫

夫



同

芳賀成之

之



同

河野申二郎

申二郎



## 第1 控訴の趣旨に対する答弁

- 1 本件控訴を棄却する
- 2 控訴費用は控訴人の負担する  
との判決を求める。

## 第2 控訴の理由に対する答弁

### 1 はじめに

被控訴人鹿島建設株式会社（以下「被控訴人鹿島建設」という。）は、原審において、控訴人の建物退去土地明渡請求に対し、①控訴人が平成23年11月22日付け通知書（乙5）において行った本件借地権契約15条3項に基づく建物の無償譲渡請求により、本件建物の所有権は被控訴人御堂筋共同ビル開発特定目的会社（以下「被控訴人TMK」という。）から本件土地の所有者である控訴人に移転した結果、被控訴人TMKにおいて建物収去土地明渡義務を負わなくなった以上、被控訴人鹿島建設も建物退去土地明渡義務を負わないこと、②被控訴人鹿島建設は、本件建物について、被控訴人TMKに対する請負残代金債権を被担保債権とする商事留置権を有しております、この商事留置権の効力は本件土地にも及ぶこと、③本件一連の事実関係に照らせば、控訴人の被控訴人鹿島建設に対する本件請求は権利の濫用にあたること、をそれぞれ主張した。また、不法占有に基づく賃料相当損害金の損害賠償請求に対しては、④被控訴人鹿島建設による本件建物の占有と、控訴人が本件土地の使用収益をできないこととの間には、相当因果関係がないことを主張した。

原判決は、①及び④の主張をほぼそのとおり認定し、被控訴人鹿島建設に対する請求をすべて棄却したが、その内容は極めて正当なものである。控訴人の控訴理由は、そのほとんどが原審における主張の繰り返しか、あるいは、法的根拠のない独自の見解をもって原判決を論難するものであり、いずれも失当である。

②及び③の主張については、原審においてすでに詳細に主張したとおりであるので、重ねては論じないこととし、以下、①及び④に関する控訴人の控訴理由に対し、特に反論を明示していない部分についてもすべて争う趣旨として、必要な範囲で反論を加える。

### 2 本件無償譲渡請求権に関する主張について

#### (1) 本件無償譲渡請求権の要件について

控訴人は、本件無償譲渡請求権の要件について、本件建物にテナントが入居

しているか否かを問わず、①土地賃借人が、本件借地権契約の解除後に、土地賃貸人に対し、本件土地を同契約16条に従って（更地の状態にして）返還することができないこと、②土地賃貸人が、土地賃借人に対し、本件建物を無償で譲渡するよう請求する旨の意思表示をしたこと（原判決46頁）だけでは不十分であり、さらに土地賃借人において本件建物の引渡しが現実に可能であることが必要であるとして、本件においては、被控訴人鹿島建設が本件建物を占有し、控訴人は被控訴人TMKから現実に本件建物の引渡しを受けられないのであるから、所有権移転の効果は生じないと主張する（控訴理由書16頁）。

しかし、本件建物の引渡しの可否は、控訴人が、本件無償譲渡請求権の行使によって本件建物の所有権を取得したことを前提に生ずる問題であって、本件無償譲渡請求権の効力発生要件ではない。本件借地権契約15条3項の文言上も、本件建物の引渡しが可能であることは何ら要求されておらず、むしろ、同条項の「甲に明渡し返還することができない場合」には、土地賃借人である被控訴人TMKが自ら本件建物を占有せず、あるいは、その占有を回復できない結果、本件建物を現実に引き渡すことができない場合も当然に含まれるというべきである。

したがって、控訴人の上記主張には、何ら理由がない。そして、本件において、控訴人が本件無償譲渡請求権を行使した時点で前記①、②の要件が充足していたことは当事者間に争いがないから、控訴人の本件無償譲渡請求により、本件建物の所有権が控訴人に移転したことは明らかである。

## (2) 本件無償譲渡請求権の法的性質（効果）について

原判決は、被控訴人鹿島建設の主張と同様に、本件無償譲渡請求権の法的性質は、同請求権を行使することにより、控訴人と被控訴人TMK間で贈与契約があったのと同一の効果が生じ、本件建物の所有権が当然に控訴人に移転することを内容とする形成権であると判示する（原判決48頁以下）。

これに対し、控訴人は、本件無償譲渡請求権が形成権であることを否定した上で、「土地賃貸人の賃貸借契約の終了に基づく土地明渡請求権、原状回復請求

権に代わり、引渡と一体とした所有権移転を求める債権的請求権」であると主張する(控訴理由書13頁以下)。この主張の論旨は必ずしも明らかではないが、要するに、本件無償譲渡請求権を行使しても本件建物の所有権は直ちに移転せず、別途被控訴人TMKの所有権移転のための意思表示ないし行為(物権行為)が必要であると主張するようである。

しかし、本件無償譲渡請求権の目的が、本件借地権契約が解除された場合において、土地賃借人が本件建物を収去して本件土地を返還できないときに、これに代わって本件建物の所有権を土地賃貸人である控訴人に移転させることにあること、被控訴人TMKは、本件借地権契約を締結した時点ですでに、前記(1)の①、②の要件が充足すれば本件建物の所有権が無償で控訴人に移転することに合意していることからすれば、本件無償譲渡請求権が実際に行使された場合の効果については、端的に本件建物の所有権が控訴人に移転するとすれば足りるのであって、所有権を移転させるために、さらに被控訴人TMK自身の意思表示ないし行為(物権行為)を要するというのは、不自然かつ不合理な解釈である。

加えて、本件借地権契約15条3項も、本件無償譲渡請求を行使した場合、「かかる譲渡による本件建物の所有権移転登記に関する費用は乙(被控訴人TMK)が負担する」と規定し、本件無償譲渡請求権の行使によって直ちに被控訴人TMKに所有権移転登記手続義務が発生すること、言い換えれば、本件無償譲渡請求権を行使すれば、その時点で本件建物の所有権が控訴人に移転することを前提にしている。また、控訴人自身、本件無償譲渡請求権を行使すると同時に、被控訴人TMKに対して所有権移転登記手続を求めるなど(乙5)、本件無償譲渡請求権の効果が、控訴人の一方的な意思表示により、本件建物の所有権を確定的に控訴人に移転させるものであることを明確に認識しており、被控訴人TMKの行為を別途要するとはおよそ想ていなかつたのである。このように、契約当事者の意思としても、本件無償譲渡請求権の法的性質が、本件建物の所有権を当然に控訴人に移転させることを内容とする形成権であったこ

とは明らかである。

以上のとおり、本件無償譲渡請求権の法的性質は、所有権の移転という物権的効果を伴う形成権であることに疑いの余地はないから、控訴人の主張には理由がない。

### (3) 本件無償譲渡請求の撤回に関する主張について

ア 控訴人は、原審から引き続き、本件無償譲渡請求を撤回したと繰々主張するが、基本的に従前の主張の繰り返しにすぎず、①本件において控訴人が本件無償譲渡請求を撤回する旨の意思表示をしたとは認められない、②本件無償譲渡請求権は形成権であり、控訴人の一方的な意思表示により確定的にその効果が生ずることから、その後に控訴人が撤回したとしても、その効果を覆せない、とした原判決の判断に何ら影響を与えるものではない。

イ この点、控訴人は、本件建物の収去・退去を求める本件訴訟の提起によって、本件無償譲渡請求が撤回されたと主張する（控訴理由書10頁）。

しかし、本件訴訟の提起が控訴人による本件無償譲渡請求の効果と整合しないとしても、それは単に控訴人が自らの行為を棚に上げて、自己に都合良く場当たり的な行動をしたものにほかならず、これをもって本件無償譲渡請求を撤回したことにはならない。このことは、控訴人が、訴状の段階では何ら本件無償譲渡請求には言及せず、被控訴人鹿島建設が答弁書においてその旨の主張をして初めて、その効果を否定するに至ったことをみても明らかである。

ウ また、控訴人は、被控訴人TMKの破産管財人が本件無償譲渡請求権の撤回を「実質的に承諾（事前の承諾）」したので、撤回の効力が認められるなどと主張する（控訴理由書9頁）。

しかし、すでに繰り返し述べるとおり、控訴人が本件無償譲渡請求権を撤回した事実は存在しない。また、被控訴人TMKの破産管財人は、平成23年12月5日付け「ご連絡」において、本件借地権契約15条3項の有効性には「やや疑問がある」と述べ、あるいは、本件無償譲渡請求自体が権利の

濫用にあたる旨の主張をしているが、これをもって同破産管財人が、本件無償譲渡請求権の撤回を承諾したことにはならない。そもそも、破産管財人が本件無償譲渡請求権の効果を直ちに承服しなかったのは、破産法48条1項との関係からも当然であるし、破産手続外における控訴人・被控訴人TMK間の法律関係について言及したものでもないから（そもそも破産管財人にそのような権限はない），控訴人の主張は失当である。

エ さらに、控訴人は、「仮に本件無償譲渡請求権が形成権であり、請求権行使の結果、贈与契約があったのと同一の効果が生じているとしても」と前置きした上で、破産手続中は破産者である被控訴人TMK自身は本件建物の管理処分権を有せず、「管理処分権のないものの行った処分行為によって所有権移転等の権利変動が生ずることはない」以上、本件無償譲渡請求権に基づく所有権移転の効果は確定的に生じていないと主張する（控訴理由書11～12頁）。

しかし、形成権とは、相手方の行為を要せず、権利者の方的な意思表示によって効果を発生するものである以上、本件無償譲渡請求権の行使にあたって、そもそも被控訴人TMKの「処分行為」なるものは観念できないから、控訴人の主張はその前提において誤りである。

そして、原判決も述べるとおり、破産手続開始後に破産財団に属する財産に関して「破産者の法律行為によらないで」権利を取得した場合には、その権利の取得は、「破産手続の関係において」その効力を主張することができないにすぎず（破産法48条1項）、破産手続外においては確定的にその効果が生じているのであるから、この点でも控訴人の主張は失当である。

オ 以上のとおり、本件無償譲渡請求権は撤回されているとの控訴人の主張は、いずれも失当である。

なお、本件無償譲渡請求権とその適用場面や条文構造を同じくする借地借家法13条1項の建物買取請求権も、「形成権であり、権利者の方的な意思表示により効力を生ずるから、事後、権利者が一方的にこれを撤回すること

はできない」とされていることを念のため付言する（鈴木祿弥・生熊長幸「新版注釈民法(15)」590頁）。

#### (4) 「無償譲渡契約」の解除の主張について

控訴人は、本件無償譲渡請求によって、贈与契約があったのと同一の効力が当然に生じているのであれば、「効果が生じている贈与について、その履行がなされなければ、当然解除は認められるはず」であり、被控訴人TMKが本件建物の引渡し債務を履行できない以上、本件無償譲渡請求により成立したとされる贈与契約の債務不履行解除は認められるべきであるなどと主張するが（控訴理由書18頁以下），この点も論旨不明である。

そもそも、原判決が述べる「贈与契約があったのと同一の効力が当然に生じる」という意味は、形成権である本件無償譲渡請求権の行使により、本件建物の所有権が無償で控訴人に移転することから、同じく無償で財貨が移転する民法上の贈与契約があったのと同一の効力が認められると説明しているにすぎず、これと当事者の合意に基づく贈与契約が成立することとは、法的に全く次元の異なる問題である。

原判決も判示するとおり、本件無償譲渡請求権の行使により、直ちに本件建物の所有権が控訴人に移転することからすれば、その性質上解除する余地はないのである。

したがって、控訴人の上記主張は、法的根拠に基づかない独自の見解であって、到底認められるものではない。

#### (5) 小括

以上要するに、控訴人は、平成23年11月22日付け通知書（乙5）において、形成権である本件無償譲渡請求権を行使したことにより、被控訴人TMKから確定的に本件建物の所有権を取得したものであり、事後に自らの意思表示を撤回したり解除したりしてその効果を否定する余地はないというべきである。したがって、控訴人は本件建物の所有権を取得したものであって、被控訴人TMKに対する本件建物取去土地明渡請求は認められない以上、これを前提

とする被控訴人鹿島建設に対する建物退去土地明渡請求もまた認められない。

### 3 不法占有に基づく損害賠償請求の主張について

控訴人は、控訴理由書において、本件建物について被控訴人鹿島建設の商事留置権は発生しておらず、本件建物の占有は占有権原に基づかない違法なものであるとした上で（控訴理由書21頁以下）、そうである以上、被控訴人鹿島建設には、本件建物の占有権原の反射的効果として本件土地を占有する権原がなく、また、本件土地の周囲にフェンスを設置することで本件土地を直接に不法占有しているから、被控訴人鹿島建設は本件土地の所有権を侵害しているものとして、本件土地の賃料相当損害金にかかる損害賠償義務を負うと主張する（控訴理由書27頁以下）。

しかし、以下に述べるとおり、被控訴人鹿島建設は、本件破産手続終了後においても、商事留置権及び民事留置権に基づき本件建物を適法に占有している。また、原判決も認定するとおり、被控訴人鹿島建設による本件建物の占有と、控訴人において本件土地の使用収益ができないこととの間には相当因果関係がないから、控訴人の主張はいずれも失当である。

#### (1) 被控訴人鹿島建設の占有権原（主に商事留置権）について

##### ア 不動産も商事留置権の対象となること

控訴人は、不動産は商事留置権の対象にはならないとして、被控訴人鹿島建設の本件建物に対する商事留置権の成立を否定する（控訴理由書21頁以下）。

しかし、商事留置権について定めた商法521条の「物」に不動産が含まれないとは文言上解釈できること、民事の留置権における他人の「物」には、土地も含まれるところ（最判昭和38年2月19日集民64号473頁）、商事留置権についてこれと異に解すべき理由はないことから、不動産も商事留置権の対象となると言うべきである（東京高判平成22年9月9日金法1912号95頁、大阪高判平成23年6月7日金法1931号93頁）。

したがって、控訴人の上記主張には理由がない。

#### イ 本件建物の占有は不法行為によって始まっていること

控訴人は、本件工事請負契約（甲4）の約定によれば、被控訴人鹿島建設の本件建物の引渡しは被控訴人TMKの第2回目の請負残代金の支払との関係で先履行となっているところ、被控訴人鹿島建設は約定の引渡期日である平成22年1月15日に本件建物の引渡しを遅滞し、これにより「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」から、占有が不法行為によって始まった場合には成立しないとする民法295条2項に照らし、被控訴人鹿島建設は本件建物に対する商事留置権を取得しないと主張する（控訴理由書25頁以下）。

しかし、原審すでに述べたとおり、本件において、被控訴人鹿島建設は、本件建物の引渡しについて先履行義務を免れているから、履行遅滞には陥つておらず、控訴人の主張にはその前提において誤りがある。

すなわち、被控訴人鹿島建設は、平成21年11月19日、三菱地所から、被控訴人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控訴人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、被控訴人鹿島建設は、同年12月25日、被控訴人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）、被控訴人TMKからは一切回答がなされなかった。これにより、被控訴人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つたことから、被控訴人鹿島建設は、平成22年1月13日、被控訴人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）。

このように、被控訴人鹿島建設は、平成21年12月末から平成22年1月にかけて被控訴人TMKに生じた信用不安（本件事業の共同事業者である控訴人と三菱地所の内紛により、被控訴人TMKは、その後も資金を調達できず、また、控訴人がした預金債権の差押えによって資金繰りが完全に破綻

し、結局破産に至った。) 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、被控訴人鹿島建設の建物引渡債務は履行遅滞に陥っていない。

したがって、被控訴人鹿島建設の占有が不法行為によって始まったとする控訴人の主張には理由がない。

#### ウ 破産手続開始決定によっても留置的効力は失われないこと

(ア) 控訴人は、東京高決平成10年11月27日金商1059号32頁の判旨を引用して、被控訴人の本件建物に対する商事留置権の留置的効力は、被控訴人TMKについて破産手続開始決定により失われ、また、本件建物が財団放棄されてもその効力は回復しないとして、被控訴人鹿島建設の占有権原を否定する(控訴理由書23頁以下)。

しかし、手形の事案ではあるが、最高裁は、破産手続開始決定後の商事留置権の留置的効力を認めている(最判平成10年7月14日民集52巻5号1261頁)。また、前掲東京高決平成10年11月27日は、旧法下の事案であるところ、その後の破産法改正で新設された商事留置権消滅請求(破産法192条)は、破産手続において留置的効力が存することを当然の前提とした規定であるとされており(伊藤眞「破産法・民事再生法(第2版)」334頁、東京弁護士会編「入門新破産法」283頁)、その意味でも上記裁判例の射程は及ばないというべきである。

したがって、破産手続開始決定によっても、商事留置権の留置的効力が失われることはないから、控訴人の主張には理由がない。

(イ) また、仮に、破産手続開始決定後に留置的効力が失われるとしても、商事留置権が特別の先取特権とみなされるのは、あくまで「破産財団に対して」(破産法66条1項)であるから、商事留置権の目的物の換価を終えことなく破産手続が終了したときは、商事留置権に与えられていた特別の先取特権としての権能は失われ、元の商事留置権の権能、すなわち留置的効力が復活する(伊藤眞ほか編「条解破産法」499頁)。

この点、前掲東京高決平成10年11月27日は、商事留置権が特別の先取特権とみなされた後に目的物件が破産財団から権利放棄されたとしても、商事留置権が回復することないと判断する根拠として、「特別の先取特権の実行開始あるいは破産における中間配当等により、またほかの先取特権者との関係で新たな権利関係が形成された後になって、破産財団からの権利放棄により商事留置権が回復し、それまで先取特権であることを前提として形成された法律関係が覆滅するとしたのでは、破産手続上の手続及び権利関係を不安定なものとするばかりか破産手続の遂行にも支障を生じる結果となる。」、「破産財団からの権利放棄により商事留置権が回復し、商事留置権者が商事留置権を享有するほか破産手続において被担保債権の全額について破産債権を行使できるとすることは、商事留置権者を不当に利する結果となる」と述べている。

そうであるとすれば、破産手続においても商事留置権が特別の先取特権であることを前提とした新たな権利関係が形成されず、商事留置権者が引き続き目的物件の占有を継続しても何ら破産手続上の手続及び権利関係を不安定なものとしない場合や、商事留置権者に目的物件についての商事留置権の存続を認めても商事留置権者を不当に利することにはならないばかりか、かえってこれを認めなければ商事留置権者が不当に不利益な立場に置かれるような場合には、目的物件が破産財団から放棄され、あるいは、当該破産手続が配当手続に至ることなく異時廃止等によって終了したことに伴い、商事留置権の留置的効力が回復すると考えるべきである。

本件についてみると、本件破産手続は、平成24年7月13日に異時廃止により終了し、併せて、本件建物も破産財団から放棄されているところ、本件建物には被控訴人鹿島建設のほかに別除権者や他の先取特権者は存在しないし、本件建物について競売手続や中間配当等がなされたわけでもないから、被控訴人鹿島建設の商事留置権が特別の先取特権であることを前提とした新たな権利関係は何ら形成されていない。また、本件破産手続

は、債権の認否が保留されたまま異時廃止に至っており、被控訴人鹿島建設には約40億円もの破産債権を現実に行使する機会が与えられなかつたのであるから、このような場合にまで、被控訴人鹿島建設の商事留置権に係る留置的効力だけが一方的に消滅し、破産終了後も復活しないというのは、被控訴人鹿島建設に著しく不当な結果となることは明らかである。

(イ) 以上のとおり、被控訴人鹿島建設の商事留置権に基づく留置的効力は、現在も存続しているから、控訴人の主張には理由がない。

## エ 本件建物については民事留置権も成立していること

被控訴人鹿島建設の被控訴人TMKに対する工事請負代金債権は、本件建物に關して生じた債権であるから（牽連性）、本件建物については民法295条1項に基づく民事留置権も成立している。

そして、民事留置権は、破産手続開始決定がなされた場合、「破産財団に對してはその効力を失う」（破産法66条3項）ものの、民事留置権者が目的財産を破産管財人に引き渡すなど、その留置権を喪失するまでに破産手続が終了するに至ったときは、当該留置権は、破産手続開始前と同様、その効力を有するとされている（伊藤眞ほか編「条解破産法」500頁）。

本件において、被控訴人鹿島建設は、これまで本件建物の占有を間断なく繼續しているから、本件破産手続が異時廃止により終了したことにより民事留置権は復活している。したがって、被告鹿島建設が、現在も、本件建物について民事留置権を有していることは明らかである。

## オ 小括

以上述べたとおり、被控訴人は、商事留置権及び民事留置権に基づき本件建物を適法に占有しているから、控訴人の主張は失当である。

## (2) 本件建物の占有と本件土地が使用収益できることとの間には相当因果關係がないこと

ア 控訴人は、最判平成16年10月29日金法1752号50頁及び最判昭和31年10月23日民集10巻10号1275頁が、借地上の建物の賃借

人は原則として土地所有者に対して不法行為責任を負わないと判断したことについて、「これは建物賃借人の建物の占有権原の反射的効果として土地を占有する権原が認められることが前提となっている」と述べた上で、本件建物の占有権原を有しない被控訴人鹿島建設が本件建物を占有すると同時に、本件土地を占有していると評価できる場合には、本件土地の占有に違法性が認められ、控訴人の損害との相当因果関係が認められると主張する。そして、被控訴人鹿島建設は、本件建物の占有権原を有しておらず、本件土地の周囲にフェンスを設置していることにより本件土地を直接に不法占有していると主張する。

イ しかし、第1に、前述のとおり、被控訴人は、商事留置権及び民事留置権に基づき、本件建物の占有権原を有しているから、控訴人の主張はそもそも誤りである。

第2に、控訴人の主張は、前記最高裁判例の論旨を正解しない独自の見解にすぎない。

すなわち、前掲最高裁判昭和31年10月23日は、土地所有者が当該土地を使用収益できないのは、当該土地上に建物が存在するためであり、建物賃借人が建物を占有使用することに起因するものではないから、原則として建物賃借人による占有と土地所有者が当該土地を使用収益できないこととの間には相当因果関係がないと述べた上で、そうであるとしても、建物の所有者が建物を取去して土地の明渡しをしようとする場合に、建物賃借人が故意に退去せずこれを妨害するような場合は、土地所有者が使用収益できないのは、もはや単に建物が存在するからではなく、建物賃借人が不当に建物を占有することで、建物を取去できない状態にしているからにほかならないのであるから、このような場合には、例外的に相当因果関係が肯定される旨判示しているのである。

加えて、そもそも、建物の占有者は、たとえ当該建物の占有権原を有していたとしても、建物自体が土地に対する利用権を欠くときは、原則として土

地所有者に自らの建物占有権原を対抗できないのであるから、「建物賃借人の建物の占有権原の反射的効果として土地を占有する権原が認められる」という控訴人の主張は明確な誤りである。

第3に、被控訴人鹿島建設によるフェンスの設置は、甲第6号証の写真のとおり、本件建物の留置に必要な合理的範囲における最低限の措置であり、被控訴人鹿島建設が本件建物の占有とは別に、本件土地を独立に占有しているものではない。なお、フェンスを設置した理由は、当初はカラーコーンやバー等で囲っていたところ、カラーコーン等を勝手に移動してバイクや自転車等を駐輪されることが頻発したことを受け、近隣自治会から対応を要請されたことに基づくものである（甲30）。

ウ 以上のとおり、控訴人の主張には何ら理由がなく、被控訴人鹿島建設が控訴人に対して本件土地の占有に係る損害賠償義務を負わないとした原判決は、極めて正当である。

### 第3 結語

以上述べたとおり、控訴人の控訴理由書における主張は、いずれも理由がないから、本件控訴は直ちに棄却されるべきである。

以上

平成26年(ネ)第1343号 建物収去土地明渡等請求控訴事件

控訴人 大洋リアルエステート株式会社

被控訴人 御堂筋共同ビル開発特定目的会社 外1名

## 答弁書

平成26年7月28日

大阪高等裁判所 第8民事部 御中

〒530-0047

大阪市北区西天満4丁目1番4号第三大阪弁護士ビル1階

岡本・豊永法律事務所（送達場所）

電話 06-6131-1055

FAX 06-6131-1056

被控訴人 御堂筋共同ビル開発特定目的会社

特別代理人 弁護士 豊永泰雄



### 第1 控訴の趣旨に対する答弁

- 1 本件控訴を棄却する。
  - 2 控訴費用は、控訴人の負担とする。
- との判決を求める。

### 第2 控訴の理由に対する答弁

- 1 本件無償譲渡請求権の法的性質～本件無償譲渡請求権は物権的效果を伴うか？
  - (1) 原判決48頁は、本件無償譲渡請求権の法的性質について、「同請求権を行使することにより、原告と被告TMKとの間で贈与契約があったのと同一の効果が生じ、本件建物の所有権が当然に原告に移転することを内容

とする形成権である」と判示した。

この点、控訴理由書 13 頁は、本件無償譲渡請求権を形成権ではなく、債権的請求権であると主張する。

(2) しかしながら、まず、控訴人の主張する「形成権」か「債権的請求権」かとの区別は正確さに欠ける。

本件無償譲渡請求権の終局の目的が本件建物の所有権の控訴人への移転であることには争いがないので、問題は、端的に切り結めれば、本件無償譲渡請求権の行使が物権的效果を伴うか、それとも同請求権の行使とは別に被控訴人 TMK において本件建物の所有権を控訴人に移転する旨の新たな意思表示（物権行為）を要するか、ということである（その意味では、控訴人のいう「債権的請求権」と解しても、本件無償譲渡請求権の行使によって被告 TMK に対し物権行為を行うように義務づける効果が一方的な意思表示で生じるのであれば、それは「形成権」である。）。

(3) 次に、原判決 41 頁は、本件無償譲渡請求権の趣旨について、次の通り、認定した。

「オ 原告と三菱地所の間では、本件無償譲渡請求権の趣旨は、悪意の賃借人が登場した場合であっても、本件借地権契約の賃借人の違約条項が弱いことを逆手に取られることのないようにすること（賃借人が故意に借地料の支払を怠りながら、本件建物の所有者としてテナントから賃料を收受し続ける状況を防ぐことを意味すると解される。）、及び仮に賃借人の違約により本件借地権契約が解除された場合でも、賃貸人に十分な利得が生じるようにすることにあると確認されている。

また、上記ウのとおり、原告と三菱地所の間では、本件無償譲渡請求権の条項につき、原告が本件建物を無償で譲り受けられること自体、原告にとって有利なものであると解されていた。」

この点について、控訴人の反論はない。

そして、かかる趣旨を踏まえて、原判決 48 頁は、次の通り、判断した。

「本件無償譲渡請求権の趣旨に照らせば、その要件を満たす場合は被告 TMK には本件無償譲渡請求権に対する拒否権はなく、原告の一方的

な意思表示により当然に本件建物の所有権が移転するという法律効果が発生すると解すべきこと、本件借地権契約第15条3項の適用場面や条文構造が、形成権である借地借家法第13条1項の建物買取請求権（「借地権の存続期間が満了した場合において、契約の更新がないときは、借地権者は、借地権設定者に対し、建物その他借地権者が権原により土地に附属させた物を時価で買い取るべきことを請求することができる。」）に類似することに照らせば、本件無償譲渡請求権の法的性質は、同請求権を行使することにより、原告と被告TMKの間で贈与契約があったのと同一の効果が生じ、本件建物の所有権が当然に原告に移転することを内容とする形成権であると解される。」

すなわち、原判決は、本件無償譲渡請求権の趣旨からすれば、別途被告TMKにおいて新たに物権行為は必要でないと判断したのである。

この点、本件無償譲渡請求権が行使された当時、控訴人自身も本件建物の所有権移転につき被告TMKによる新たな物権行為を必要としないと考えていたことは、証拠上明らかである。

すなわち、平成23年11月22日付通知書（乙5）2枚目以下において、控訴人は、次の通り、述べていた。

「したがいまして、弊社と致しましては、上記第15条3項に基づき、御堂筋フロントタワービルを無償で弊社に譲渡するよう申し入れます。

つきましては、速やかに御堂筋フロントタワーの保存登記をされたうえ、弊社に対し所有権移転登記手続を履行されるよう催告致します。」

つまり、控訴人は、平成23年11月22日付通知書を発信した当時、本件無償譲渡請求権の行使の後、控訴人と被告TMK（破産管財人）との間で別途の物権行為（契約）を要することなく、直ちに「所有権移転登記手続」が行われるものと考えていた。

この当時、控訴人代表者の本件無償譲渡請求権に関する理解は極めて明晰で、本件無償譲渡請求権を物権的効果を伴う形成権と解していた。

(4) 第3に、控訴人は、「本件建物に抵当権や商事留置権が付着している場

合には、それらの担保物権等の負担を消滅させた上で本件建物の所有権を移転させる請求権（債権）を解すべきものである。」と述べるが、本件借地権契約15条3項は、そのような留保付き権利と解釈する余地はない。

また、控訴人のいう「所有権を移転させる請求権（債権）」の趣旨が被告TMKに対し物権行為を請求する権利であるという意味であれば、既に述べた平成23年11月22日付通知書を発信した当時の控訴人代表者の認識にも反している。

(5) 第4に、原判決48頁は、本件借地権契約15条3項の適用場面や条文構造が、形成権である借地借家法13条1項の建物買取請求権に類似することを指摘する。

この点、借地借家法13条1項に基づく買取請求権は、借地権消滅の際、借地人が自己が借地上に所有する建物等を貸地人に買い取らせることができる制度であり、借地権が消滅したにもかかわらず建物所有者と土地所有者が異なるという事態において、建物所有者と土地所有者との間の利害を調節するために、買取請求権の行使に対して目的物に関する時価による売買契約が請求者（売手）と相手方（買手）との間に締結されたのと類似の効果を与えたものである。

本件においても本件借地権契約15条3項の適用場面は、借地権が消滅したにもかかわらず、建物の所有は借地人にあり、しかも、明け渡し返還する能力が借地人にはないような紛争状況であり、そのような対立状況において、紛争を解決するため、予め双方の合意により貸地人に無償譲渡請求権を与え、しかも、その行使に対し本件建物に関する無償譲渡契約が請求者と相手方との間に締結されたのと類似の効果を認め、借地借家法13条1項と同様に、別途の物権行為を必要としない解決法を選択したことは、合理的であり、借地借家法13条1項の文言と比較しても、無理ではなく自然な解釈である。

しかも、既に述べたとおり、控訴人は、平成23年11月22日付通知書を発信した当時、本件無償譲渡請求権の行使の後、控訴人と被告TMK（破産管財人）との間で別途物権行為（契約）を要することなく、直ちに「所有権移転登記手続」が行われるものと考えていたのであって、本件無

償譲渡請求権の行使の効果が物権的効果を伴うものであったことは契約当事者の意識に合致する。

- (6) 最後に、本件無償譲渡請求権が行使された場合、本件借地権契約15条3項「第16条の規定によることなく」として、被控訴人TMKにおいては、同契約第16条の「明渡義務」が免除される。

加えて、本件借地権契約17条の損害金等支払義務は、同契約16条の明渡義務違反を前提とした規定であることから（「乙が前条に従い更地化して本件土地を明け渡さない場合」）、本件土地の明渡し完了までの、本件土地に関する本件借地権契約17条の損害金等支払義務も免除される。

これらの規定は、本件無償譲渡請求権の行使によって、本件建物の所有権が被控訴人TMKから控訴人に移転した以上、本件建物の収去義務や本件建物の所有を通じた本件土地の占有等も被控訴人TMKにはなくなるということを前提としていると解するのが自然である。

- (7) 以上の通りであって、本件無償譲渡請求権の法的性質が被控訴人TMKから控訴人への本件建物の所有権の移転という物権的効果を伴う形成権であることは明らかである。

## 2 本件無償譲渡請求権行使と破産手続との関係

原判決48頁は、本件無償譲渡請求権行使と破産手続との関係について述べる。

すなわち、本件無償譲渡請求権は、破産債権に該当せず、また、破産法48条1項の適用も、破産管財人が本件建物を放棄した場合には、問題にならないというものである。

もっとも、被控訴人TMKは、本件無償譲渡請求権は、破産法62条の取戻権の基礎となる権利であると解しており、破産管財人との関係では、対抗関係に過ぎないと考え、その旨主張していたが（被告TMK答弁書5頁）、いずれにせよ原判決と結論は変わらない。

この点に関する控訴人の主張は、本件無償譲渡請求権が債権的請求権（物権的効果が生じるためには、別途の意思表示（被控訴人TMK）の行為が必要）であるということに尽きるが、既に述べたとおり、本件無償譲渡請求権

を債権的請求権と解することは、当時の控訴人代表者の認識にも明らかに反している。

### 3 本件無償譲渡請求権の要件

控訴人は、定期借地権設定契約書15条3項は、本件建物の引渡がなされることを前提としていると述べ、引渡が不可能であるにもかかわらず、譲渡の効果が生じることはあり得ないと主張する（控訴理由書16頁）。

しかしながら、定期借地権設定契約書15条3項は、本件建物の所有権移転の効果を生ずるのみで、被控訴人TMKが本件建物を占有していることが要件となっているわけではない。定期借地権設定契約書15条3項にいう「明け渡し返還することができない場合」とは、論理的には、本件建物が被控訴人の占有下にないために「明け渡し返還することができない場合」を含んでいる。

以上のとおりであり、控訴人の解釈は誤りである。

### 4 錯誤無効

控訴人は、本件無償譲渡請求権の行使につき、控訴人に要素の錯誤あったと述べる（控訴理由書16頁以下）。

しかしながら、被控訴人TMKが本件建物を所有していること、本件無償譲渡請求権の行使によって本件建物の所有権が控訴人に移転することは、控訴人も認識していたのであるから、本件無償譲渡請求権の行使の意思表示において、そもそも表示上の効果意思と内心的効果意思と間に錯誤は、存在しない。

被控訴人鹿島建設の商事留置権が成立していないことが控訴人による意思表示の動機（縁由）であったとしても、その動機は表示されていないので、そもそも民法95条の錯誤には該当しない（乙5）。

この点、仮に控訴人の動機が表示がなされており、被控訴人鹿島建設の商事留置権の成否に関する錯誤（法律または法律状態の錯誤）が法律行為の要素の錯誤に当たるとしても、控訴人は、被控訴人鹿島建設の商事留置権発生の根拠となるべき事実を認識しており、そのうえで、あえて本件無償譲渡請

求権を行使しているのであるから、控訴人には商事留置権に関する錯誤はないか、あつたとしても、錯誤に陥ったことにつき重大な過失があつたことは明らかである。

以上の通りであり、本件無償譲渡請求権の行使につき、民法95条適用の余地はない。

## 5 債務不履行解除について

(1) 控訴人は、被控訴人TMKが本件建物を控訴人に対し引き渡せないこと及び本件建物につき所有権移転登記手続を履行できないことを理由に、原審の平成25年12月19日付第10準備書面10頁において、本件無償譲渡申し入れにより成立する本件建物の無償譲渡契約を解除したと主張する（控訴理由書18頁）。

ここで控訴人の主張する解除とは、民法上の法定解除権（民法541条、同543条）を指すものと解される。

(2) しかしながら、まず、本件無償譲渡請求権の行使は、法律行為の中でも、契約（双方の意思表示の合致）ではなく、単独行為であつて、契約について規定されている民法上の法定解除権が当然に適用されるものではない。

ところで、原判決は、本件無償譲渡請求権の行使につき、贈与契約があつたのと同一の効果が生じると述べる。

通常の贈与契約においても民法上の法定解除権（民法541条、同543条）の適用はあるものと解されるが、本件無償譲渡請求権が範としている借地借家法13条1項の買取請求権の行使は、撤回不可とされていることからも明らかだとおり（新版注釈民法（15）590頁「買取請求権は形成権で、権利者の方的意志表示により効力を生ずるから、事後、権利者が一方的にこれを撤回することはできない。」），形成権については撤回不可とされており、それとの權衡からも、本件無償譲渡請求権につき、民法上の法定解除権（民法541条、同543条）の準用ないし類推適用は否定されるべきである。

(3) 次に、本件無償譲渡請求権行使後、被控訴人TMKにおける建物引渡義務及び所有権移転登記義務があるとしても、本件無償譲渡請求権が本件借

地権契約 16 条の本件土地の明渡義務を被控訴人 TMK が履行できないことを要件としていることからすれば、本件無償譲渡請求権は、被控訴人 TMK における建物引渡義務及び所有権移転登記義務が履行できないような場合が多分にあることを想定したうえで、貸地人に付与された権利であることは明らかである。

本件においても本件借地権契約 15 条 3 項の適用場面は、借地権が消滅したにもかかわらず、建物の所有は借地人にあり、しかも、明け渡し返還する能力が借地人にはないような紛争状況であり、そのような対立状況において、紛争を解決するため、予め双方の合意により貸地人に無償譲渡請求権を与えたものである。

それにもかかわらず、貸地人による解除が許されるのであれば、法的安定性に欠けるうえ、借地人は極めて不安定な立場におかれる。

従って、本件無償譲渡請求権の解除は、本請求権の趣旨からも許されないと解する。

## 6 本件無償譲渡請求権の撤回について

- (1) 本件無償譲渡請求権が範としている借地借家法 13 条 1 項の買取請求権の行使は、撤回不可とされている（新版注釈民法（15）590 頁「買取請求権は形成権で、権利者の方的意思表示により効力を生ずるから、事後、権利者が一方的にこれを撤回することはできない。」）。同じく形成権たる性質を有する本件無償譲渡請求権については、撤回は認められない。
- (2) この点、控訴人は、本件訴訟提起前に控訴人及び被控訴人ら全ての関係者が無償譲渡の効力は生じていないものと考えていたと述べる（控訴理由書 2 頁）。

しかしながら、甲第 27 号証「ご連絡」においても、被控訴人 TMK 破産管財人（以下「TMK 破産管財人」という。）は、破産手続との関係で、本件無償譲渡請求権の行使の効果を否定したに過ぎず、被控訴人 TMK との関係での効果について論じているわけではない。わずかに「借地権設定契約解除後に無償譲渡を強いられること、とくに原状回復義務を免れる利益と本件建物を失う不利益の著しい不均衡の観点からして同条項の有効性

にはやや疑問があるといわざるを得ません。」と条項そのものに若干の疑問を呈しているに過ぎない。

従って、TMK破産管財人が本件建物の所有権を平成24年7月13日に破産財団から放棄するまで（丙1「債権者集会等期日調書」）、TMK破産管財人が本件建物所有権が自己にあることを前提に控訴人に臨み、その他の関係者がTMK破産管財人の主張に準じて行動したことは自然な成り行きである。

(3) 既に述べたとおり、本件無償譲渡請求権の行使の撤回は許されない以上、控訴人と被控訴人TMKとの間に撤回合意がなければその効果を無効とすることはできない。もちろん、そのような合意は存在しないし、上記のTMK破産管財人の主張等において、本件無償譲渡請求権の効果を解消することを控訴人に対し承諾する旨の意思表示を読み取ることはできない。そもそも、TMK破産管財人は、破産手続との関係で控訴人との法律関係につき言及すればよいのであって、被控訴人TMKと控訴人との法律関係について言及し、法律行為を行う立場ではない。

また、被控訴人鹿島建設において、なるほど「TMKが本件建物の所有者であることは事実である」との答弁があるが、その下で、本件無償譲渡請求権の行使について言及していることからすれば、単に法的見解について言及したに過ぎない。

言うまでもなく、いわゆる権利自白については、自白の成立は否定されている。

(4) また、控訴人の主張する撤回行為とは、平成23年12月15日付回答書（乙19）と本件訴訟提起を指すと思われるが、これらの行為は、事実としても、撤回行為と認めるることはできない。

乙第19号において、控訴人は、「弊社の無償譲渡請求もまた権利濫用というのであれば」と述べているが、TMK破産管財人の無効主張を指摘しているに過ぎず、自らの無償譲渡請求権の行使を撤回するという内容ではない。

また、訴訟提起が原告の従前の行為の法的効果と整合しない内容であったとしても、当然に従前の行為を取り消す意思表示であると解釈すること

はできない。

### 第3 被控訴人TMK敗訴部分（主文1）について

原判決は、本件借地権契約17条に基づき平成23年4月28日から同年11月22日までの間の損害金合計3億8382万5367円につき被控訴人TMKに支払義務を認めている。

しかしながら、原審における被控訴人TMK答弁書4頁において述べたとおり、控訴人がTMK破産管財人に對しかかる財団債権を有していたとしても、平成24年7月13日の異時破産手続廃止後、被控訴人TMKが財団債権の弁済責任を継承することには疑問の余地がある（竹下守夫ほか編「大コンメンタール破産法」602頁）。

この問題は、自然人の破産につき論じられてきた問題であり、破産者が法人である場合は、「破産手続の終了により法人が消滅してしまうので、その後の弁済責任が問題となる余地はない。」（同上）と考えられてきた。

本件において、原判決は、法人においても、破産手続廃止後、財団債権の弁済責任が承継されるという立場を取っているように思われる。

しかしながら、被告TMKと竹下守夫ほか編「大コンメンタール破産法」は、自然人について、原則、否定説を取っている。

そもそも本件借地権契約17条に基づく義務は、本件土地の占有を原因とするものであり、少なくとも破産手続開始後本件建物に関する管理処分権限は、被控訴人TMKにはなかったのであるからTMK破産管財人による放棄によって財団債権の弁済責任を被控訴人TMKが当然に承継するというのは不合理である。従って、被控訴人TMKは、弁済責任を承継しないと考える。

被控訴人TMK敗訴部分（主文1）は、控訴審の対象に含まれておらず、付帯控訴によって控訴審の対象に含めることもできないが、原審から争っている部分ではあるので、念のため申し添える。

以上