

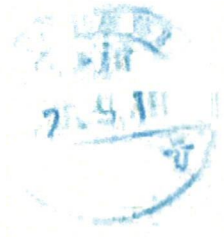


## 別紙添付⑤

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



### 第1 準備書面

平成26年9月19日

大阪高等裁判所 第8民事部 御中

控訴人 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

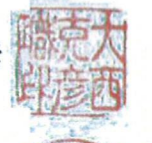


上記控訴人訴訟代理人

弁護士 榎本 峰 夫



弁護士 大西 克 彦



弁護士 白川 謙 三



第1 被控訴人TMKの平成26年7月28日付答弁書（以下「TMK答弁書」という。）及び被控訴人鹿島建設の平成26年8月18日付答弁書（以下「鹿島答弁書」という。）第2、1、2に対する反論

1 本件無償譲渡申入れの撤回について

(1) 被控訴人鹿島建設は、控訴人の主張する本件無償譲渡申入れの撤回の主

張について、①撤回する旨の意思表示をしたとは認められない、②形成権であるから、撤回してもその効果を覆せないと反論するが、いずれにしても形式論に過ぎず、何ら反論となっておらず、更に、「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、それは単なる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の行動をしたものにほかならず」撤回したことにならないと主張するが（鹿島答弁書5頁）、それもまた何ら反論にもならない意味不明の反論であり、また、「控訴人は訴状の段階では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見ても明らかである。」と主張するが（同5頁）、何ら明らかではなく、結局被控訴人鹿島建設の反論はいずれも全く誤った認識に基づく、誤った反論であり、かつ、その内容も実体を見誤った単なる形式的な主張のみであり、何ら反論となっていないものである。

そもそも、控訴人は、TMK破産管財人から無償譲渡申入れを拒否されたことにより、無償譲渡の効力は生じていないと認識していたと主張しているのである。このように、無償譲渡の効力は生じていないと認識していたのであるから、訴状の段階では本件無償譲渡請求に言及しなかったのは当然のことであり、その行為は一貫したものである。そして、TMK破産管財人も被控訴人鹿島建設も、本件建物が控訴人の所有となったとの認識はなかったものであり、正に、それが本件における実体である。このように、TMK破産管財人らは本件訴訟になるまでは控訴人の所有であることは認めず、逆に、本件訴訟となってから、被控訴人鹿島建設らは、各当事者の認識に反して、突如過去の無償譲渡申入れを理由として、控訴人の所有権であると主張し出したものであり、訴訟になってから自己に都合良く場当たりの行動をしたのは、被控訴人らの方である。

(2) また、被控訴人鹿島建設は、控訴人が撤回する旨の意思表示をしたとは

認められないと主張するが、形式的に「撤回」という表示をしていないというのみで、本件訴訟の提起は、正に無償譲渡と相容れない矛盾した主張であるから、当然「撤回」といえるものであり、何故このような行為が撤回と認められないのか、被控訴人鹿島建設からは何ら合理的な反論がなされていないのである。また、被控訴人TMKも「訴訟提起が原告の従前の行為の法的効果と整合しないものであったとしても、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。」（TMK答弁書5頁）というのみで、何故撤回と解釈できないのか、何ら説明されていないのである。

撤回と認められることについては、後の（5）（7）（8）において更に再反論を行うが、次では、撤回に対するTMK破産管財人の事前の承認に対する反論についての再反論を行う。

- （3）被控訴人鹿島建設は、TMK破産管財人からの平成23年12月5日付け「ご連絡」は、撤回の事前承諾をしたことにはならないとし、「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はそのような権限はない）、控訴人の主張は失当である。」と主張するが（鹿島答弁書6頁）、何ら反論となっていないばかりか、「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」とか「破産管財人にはそのような権限はない」などという主張自体明らかな誤りである。そもそも何を主張したいのかその趣旨が不明であるが、仮に、被控訴人らが主張し、原判決が認定するように本件無償譲渡申入れが形成権であり、しかも、その行使によって控訴人に対する無償譲渡の効果が生じているということであるとすれば、破産管財人は引渡や登記等しなければならぬのであり、破産管財人はそのような義務又は権限を有するので

あり、更に、その後に控訴人が譲渡請求を撤回すれば、それを承諾する権限も破産管財人は有しているはずである。また、破産法48条1項との関係から、TMK破産管財人が、上記書面で、破産手続との関係では効力が生じないということを主張しているのであれば、TMK破産管財人は、破産法48条1項により控訴人の無償譲渡申入れの効力が認められないことを主張しているのであり、そうであれば、既に控訴人が主張したように、そもそも無償譲渡申入れの効力が生じておらず、かつ、破産手続が継続している間に本件訴訟を提起して、効力の生じていない意思表示を撤回しているのであるから、撤回は有効であり、そのことは何ら問題ないことになるのである。

- (4) また、控訴人が「被控訴人TMK自身は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生じていない」と主張したことに対して、被控訴人鹿島建設は、そもそも、形成権は被控訴人TMKの処分行為なるものは観念できないから、控訴人の主張は誤りであると主張する（鹿島答弁書6頁）。しかし、被控訴人鹿島建設の上記反論こそ、控訴人の主張を曲解して主張するものであり、かつ、明らかに誤った主張である。控訴人は、破産法48条1項の規定との関係で上記主張をしているものであり、その内容は、控訴人の行った本件無償譲渡申入れが仮に形成権であるとしても、破産法48条1項によれば、「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ても、その権利の取得は、破産手続の関係においては、その効力を主張することができない。」とされており、同条は、破産法47条第1項と同様に相対的無効を定めたものとされ（条解破産法368頁）、当該行為はTMK破産管財人に対しては無効とされているのである。また、破産法48条1項については、「本条は（47条と同様）破産手続開始決定による管理処分権の

喪失という効果を前提とする規定」であるとされているのである（大コンメンタール破産法194頁）。このように、破産者が法律行為を行う場合のみならず、法律行為を行わない場合も破産法48条1項の規定により同様とされているということは、「処分行為なるものは観念できない」場合であっても、破産法47条第1項と同様に相対的無効を定めたものとされているのである。

そして、仮に、原判決が認定するように、破産者である被控訴人TMK自身に対しては有効とされるとしても、被控訴人TMK自身には破産財団に属する財産に対する管理処分権がないのであるから、破産者と相手方との間で債権関係としては有効であったとしても、破産手続中は所有権移転の効果は生じていないということなのである。破産の場合は、破産者は管理処分権を失い、破産管財人が管理処分権を有するのであるから、管理処分権のない者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のである。それが破産法47条1項の趣旨であり、そして、破産法48条1項において「破産者の法律行為によらないで権利を取得」した場合も47条1項同様その効果を主張できないとされているから、仮に、無償譲渡の申入れが破産者である被控訴人TMKとの関係では有効とされても、TMK破産管財人にとの関係では無効であるから、破産手続が廃止され、破産財団から放棄された後に効力が生ずるという意味において有効とされるに過ぎないものである。

そして、控訴人は、控訴理由書11頁において、以下のとおり、破産法48条1項の関係においても、確定的に効力が生じているという原判決の認定が誤っていることを述べたのである。すなわち、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じ効果が生じているとしても、そもそも被控訴人TMKには本件建物の管理処分権はないのであるから、手続外においても確定的に被控訴人TMKから控訴人に所有

権移転することはありません。破産手続中は、被控訴人TMK自身は本件建物の管理処分権は有しないのであるから、例え、無償譲渡請求権を形成権と解しても、破産終了後は別として、破産手続中は所有権移転の確定的に効力は生じていないのである。形成権であっても、管理処分権を有しないものから手続外といえども権利（所有権）が確定的に移転するなどということはあり得ないということと同様のことである。従って、確定的効果が生じているとの認定自体が明らかな誤りなのである。

そして、そのような確定的な効力が生じていない間になされた、訴訟提起による本件無償譲渡の申入れの撤回は有効なのである。

また、TMK破産管財人自身も、無償譲渡の効果が生じていないから、破産廃止まで、無償譲渡請求を承認せず、財団の資産として認識しており、かつ、最終的に破産財団からの放棄をするなど、破産財団の資産として処理をしているのである（丙1）。

(5) 被控訴人TMKは、形成権は権利者が一方的に撤回することはできないと主張して文献を引用し（TMK答弁書8頁）、また、被控訴人鹿島建設も、同じ文献を引用して撤回できないと主張するが（鹿島答弁書6～7頁）、同文献は形成権についての一般論を記載しているに過ぎず、そもそも控訴人は、一般的に撤回できるなどとは全く主張しておらず、被控訴人らの主張は何ら反論となっていない。

控訴理由書8頁で述べたように、意思表示の撤回を制限する趣旨はいずれも、新たな法律関係が生じたことで相手方に不測の不利益が発生することを防ぐためである。そうだとすると、新たな法律効果が発生するまでは相手方に不測の損害を蒙ることはないので、意思表示の撤回を制限する理由はなく、撤回は認められるのである。また、既に引用した判例によっても、相手方の承諾がある場合は撤回できるとされており（東京地判昭和45年10月31日判例タイムズ259号255頁、東京地判平成14年3月14日金融法務

事情1655号45頁)、本件においては、本件建物について管理処分権を有するTMK破産管財人からの実質的に承諾(事前の承諾)はなされているのである。

また、被控訴人TMKは、TMK破産管財人からの甲第27号証の書面は、「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との関係での効果を論じているわけではない。」と主張するが(TMK答弁書8頁)、「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」ということは、前述したように、正に破産法48条1項で破産手続中は効力が生じていないということであり、その間になされた撤回は当然有効である。また、被控訴人TMKは、上記書面の一部分を引用して、TMK破産管財人は条項そのものに若干の疑問を呈しているに過ぎないと主張するが(同8~9頁)、甲第27号証の書面は、その後の文章で、「貴社からの請求に応ずることはできませんので本書面をもって回答いたします。」と記載しているように、疑問を呈しているのではなく、明確に無償譲渡を拒否しているのである。

(6) 被控訴人TMKは、財団から放棄するまで、TMK破産管財人は本件建物所有権が自己にある(正しくは管理処分権が自己にあるということである。)ことを前提に控訴人に臨み、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の成り行きであると主張するが(TMK答弁書9頁)、「自然の成り行き」という意味が不明であるが、TMK破産管財人がそのような行動をしたのは、そもそも無償譲渡の効力は生じておらず、かつ、TMK破産管財人自身もそのように認識していたから、本件建物は当然破産財団に帰属するとして行動していたのである。

(7) 被控訴人TMKは、撤回の合意がなければ効果を無効にできないと主張し、本件ではその合意がないと主張し、更に、TMK破産管財人は、被控訴人TMKとの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

と主張するが（TMK答弁書9頁（3））、本件建物はそもそも財団に属する財産であり、仮に、本件無償譲渡申入れにより法律的に財団に属さなくなる可能性があるのであれば、TMK破産管財人としては、その効力について言及し、必要な行為を行うことは当然であり、被控訴人TMKの主張は明らかに誤った主張である。また、撤回合意がないというが、控訴人は、撤回についての事前の承認があると主張しているであり、仮に、無償譲渡申入れに対して、TMK破産管財人が「貴社からの請求に応ずることはできませんので本書面をもって回答いたします。」と拒否をした直後に、控訴人から応じられないのであれば申入れは撤回すると回答していれば、当然撤回は認められるはずであり、本件では「撤回」の時期が遅くなったに過ぎないのである。

（8）被控訴人TMKは、本件訴訟提起により撤回したとの控訴人の主張に対して、「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。」とのみ反論するが（TMK答弁書9頁）、何故解釈できないのか、その根拠は何ら示されていない。

控訴理由書において引用した東京地判昭和45年10月31日（判例タイムズ259号255頁）では、訴訟内において建物買取請求を行ったが、その後、同じ訴訟において、建物を収去して明渡すという内容の和解が成立した場合に、意思表示を受けた相手方の承諾があれば（訴訟上異議がない場合は）撤回はできるとした上、和解の成立時に意思表示により生じた建物所有権移転の効果は初めに遡って消滅したとしている。また、同じく東京地判平成14年3月14日（金融法務事情1655号45頁）は、相殺した債権を訂正した事例で、相手方が訂正後の相殺に従って処理がなされた場合に、訂正を最初の相殺の意思表示の撤回と認め、新たな意思表示による相殺を黙示的に承認したとした。

本件訴訟の提起も、被控訴人TMKに本件建物所有権が帰属することを前提として、同社に対し建物収去土地明渡を求めたものであり、本件建物の所



有権が控訴人に移転するという本件無償譲渡申入れの法律効果とは矛盾することは疑問の余地がないことであるから、控訴人は、本件無償譲渡申入れの効果と抵触する内容の本件訴訟提起により、本件無償譲渡申入れを撤回したのである。

また、前述したように、破産法48条1項により、破産廃止に至るまで、無償譲渡申入れの効力は生じていない段階であるから、その点からも、本件訴訟提起による撤回は当然有効である。

## 2 本件無償譲渡請求が形成権かどうかについて

形成権かどうかについての被控訴人らの反論は、従前の主張の繰り返しであり、既に、控訴理由書13頁以下において主張したとおりであるので、それ以上繰り返さない。

仮に、本件無償譲渡申入れを形成権と解しても、既に述べたように、破産法48条1項により、破産手続中は、その効力は生じていないのであるから、破産手続中に撤回したことにより、また、TMK破産管財人の事前の承諾により、その効力は消滅しているのである。

尚、被控訴人TMKは、所有権移転登記手続が行われると考えていたことをもって物権的効果を伴うものであったというのが契約当事者の意識であったとするが（TMK答弁書5頁）、明らかに誤りである。控訴理由書3～4頁、及び14頁で述べたように、すべての関係者は、TMK破産管財人が応じることによって、その効果が生じると考えていたのであり、TMK破産管財人によって拒否されたことにより、効果が生じていないものと認識していたことが、本件においては明確になっているのである。

## 3 本件無償譲渡申入れと破産手続との関係について

被控訴人TMKは、「本件無償譲渡請求権は、破産債権には該当せず、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。」と主張するが（TMK答弁書5頁）、

破産管財人が本件建物を財団から放棄した場合には、破産法48条1項の意味はなくなるが、放棄するまでは、同規定の適用があり、その間は無償譲渡請求の効力は生じないのであるから、被控訴人TMKの主張によっても、破産手続中は本件無償譲渡申入れの撤回することは可能なのである。

また、破産法62条の取戻権の基礎となる権利であると解しているとの主張もなされているが（同5頁）、取戻権の基礎となるということであれば、TMK破産管財人は控訴人の所有権を認めればよいことであり、本件建物の所有権を財団から放棄すべきことではない。TMK破産管財人も、少なくとも、破産法48条1項の関係では、無償譲渡申入れの効力はないものとの認識であったのである。

このように、被控訴人TMKの主張は何ら反論となっていないものである。

#### 4 本件無償譲渡請求の要件

被控訴人TMKは、本件無償譲渡請求権の要件として、定期借地権設定契約書15条3項にいう「明け渡し返還ができない場合」とは、被控訴人TMKの占有下にないために「明け渡し返還ができない場合」を含んでいると主張する（TMK答弁書6頁）。また、被控訴人鹿島建設も、被控訴人TMKが自ら占有せず、或いは、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含まれると主張するが（鹿島答弁書3頁）、いずれも明らかに誤りである。

控訴理由書16頁で述べたように、定期借地権設定契約書15条3項によれば、契約違反による解除の場合において、本件建物のテナントが賃借を継続できる場合である等、本件土地を同契約書第16条に従い控訴人に明渡し返還することができない場合には、第16条の規定によることなく控訴人は被控訴人TMKに対して本件建物を無償にて控訴人に譲渡するよう請求することができるのであり、また、被控訴人TMKが引用する原判決の認定においても「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とられることのないようにすること（賃借人が故意に賃借料の支払を怠りながら本件建物所有者としてテナントから賃料を収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ずるようにすることにあると確認されている。」としているように（TMK答弁書2頁、原判決41頁）、本条の趣旨は賃貸人の利益を考慮して規定されているとしていることからしても、賃料等を収受できないだけでなく、引渡すら受けられず何ら利用もできない状態を含むものではないことは明らかである。従って、本件建物のテナントが「賃借を継続できる場合である等と」の規定は例示規定であるとしても、上記規定はあくまで本件建物の引渡がなされることを前提としているのであり、請負業者から引き渡されないため、控訴人への引渡が不可能であるにもかかわらず、譲渡の効果が生ずることはあり得ないことである。

#### 5 錯誤無効

被控訴人TMKは、単に、本件は錯誤に該当しない、また、錯誤にあたるとしても重過失があると主張するものであるが（TMK答弁書6頁）、その主張する内容は控訴人の主張に対する何ら反論となっていない。控訴人の主張しているところは、控訴理由書17頁で述べたところの繰り返しになるが、被控訴人鹿島建設が商事留置権を主張し、仮に、商事留置権が認められれば引渡を受けられず、また、商事留置権が認められない場合においても、被控訴人鹿島建設が現実に本件建物を占拠しているため、控訴人は被控訴人TMKから本件建物の引渡が現実には受けられず、移転登記もできないということであるから、控訴人の行った無償譲渡申入れの意思表示には、その要素に錯誤があったものである。また、仮に、控訴人が商事留置権発生の根拠となるべき事実を認識していたとしても、法的にも商事留置権が認められるかど

うかについては判断の分かれるところであり、また、現実の引渡が受けられないことなど認識し得ないことであるから、控訴人が、被控訴人TMKの借地権は消滅し、被控訴人TMKは本件土地を不法占拠しているのであるから、被控訴人鹿島建設が本件建物を占拠し、本件土地を占拠することはできないと判断したことについて、重大な過失は何らないのである。

## 6 解除

被控訴人TMKは、本件無償譲渡請求権の行使は、契約ではなく、単独行為であるから、「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適用されるものではない」と主張し（TMK答弁書7頁）、また、被控訴人鹿島建設も、控訴人の主張を論旨不明であるとか、「当事者の合意に基づく贈与契約が成立することとは、法的に次元の異なる問題である」というが（鹿島答弁書7頁）、いずれも理解不足に基づく全く誤った主張である。

借地法上の建物買取請求権は売買と同一の効果が生じるが形成権であり双務契約ではないが、控訴理由書で引用した大阪高判昭和26年12月22日（下民集2巻12号1494頁）において、「買取請求権行使の結果、原告と被告との間には、本件建物につき売買契約（双務契約）が成立したのと同様の効果があるものであるから、控訴人の場合双務契約について定められた民法534条第1項の適用のあるべきはもちろん」であるとしているのである。このことから、「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適用されるものではない」とか「当事者の合意に基づく贈与契約が成立することとは、法的に次元の異なる問題である」との被控訴人らの主張が誤っていることは明らかである。

また、最判昭和42年9月14日（民集21巻7号1791頁）も、建物買取請求権を行使した時は、「その時に右建物につき売買契約が成立し、同時に所有権移転の効果を生ずるとともに両当事者は互に同時履行の抗弁権を有すると解すべきである。」としているのであり、形成権であっても、双務

契約における民法の適用があることは当然のことである。

また、被控訴人TMKは、「形成権については撤回不可とされており、それとの権衡からも、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。」と主張するが（TMK答弁書7頁）、これも何ら理由とならない反論である。撤回は何ら契約関係を解消すべき事由がない場合であるから原則として撤回は認められないとされるのであり、そのような撤回と、債務を履行できない事由に基づき解消する法定解除の場合とは、明らかに異なるのであり、両者の権衡を図る必要は全くない。

また、「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置かれる。」と主張するが（TMK答弁書8頁）、そもそも債務不履行をしなければよいのであるから、解除を認めたとしても、何ら法的安定性に欠けることにはならないし、不安定な立場に置かれることもない。逆に、形成権であるからといって、法律上認められている権利が否定されることは、本件建物の引渡しも所有権移転登記も受けられないのに、所有権だけ控訴人に移転し、固定資産税等の費用の負担のみしなければならぬにもかかわらず、控訴人が本件無償譲渡申入れの拘束力から絶対に逃れられないという結果となり、そのことこそ明らかに不当である。よって、被控訴人TMKが本件建物の引渡債務や所有権移転登記義務を履行していない場合には、本件無償譲渡申入れの拘束力から解放されるため、控訴人には解除権（或いは撤回権）が認められることは当然である。

## 第2 被控訴人鹿島建設は、本件土地の不法占有に基づく損害賠償義務を負担すること

### 1 被控訴人鹿島建設の主張が誤っていること

被控訴人鹿島建設は、商事留置権及び民事留置権に基づき本件建物を適法

に占有しており、同社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として、本件土地の不法占有に基づく損害賠償義務を否定する。しかしながら、被控訴人鹿島建設は、本件建物の占有に留まらず、本件土地を不法に占有し、土地所有者である控訴人による本件土地の使用収益を妨害しているものであるから、控訴人に対し、本件土地の不法占有に基づく損害賠償義務を負担することは当然である。以下では、①被控訴人鹿島建設は本件土地を占有していること、②同社による本件土地の占有は違法であること、③控訴人が本件土地の使用収益を妨害されるという損害との間に相当因果関係が認められることについて、順に理由を述べる。

## 2 被控訴人鹿島建設は本件土地を直接占有していること

被控訴人鹿島建設は本件建物の占有を認めつつ、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として、同社による本件土地の占有を否認するようである（鹿島答弁書14頁）。

しかしながら、建物は、その敷地を離れて存在し得ないのであるから、建物を占有使用する者は、おのづからこれを通じてその敷地をも占有するものと解すべきである（最判昭和34年4月15日最高裁判所裁判集民事36号61頁）。よって、被控訴人鹿島建設が、本件建物を占有使用する以上、その敷地である本件土地を占有していることは明らかである。

殊に、本件の被控訴人鹿島建設による本件土地及び建物の占有は、建物内の一部を占有するテナント賃借人による占有使用の態様とは質的に異なり、本件建物の全体を占有し、かつ、本件建物の敷地である本件土地の周囲にフェンスを設置して、被控訴人鹿島建設以外のものは立ち入れなくしており（甲6）、被控訴人鹿島建設が本件建物に留まらず、本件土地の全体を直接占有していることは社会通念上も明らかである。

よって、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

はないとする被控訴人の主張は明白な誤りである。

3 被控訴人鹿島建設には本件建物の占有権原がなく、建物占有に伴う敷地の占有も違法であること

(1) 最判昭和44年11月6日(判例時報579号52頁)は、借地上にある家屋の賃借人が借家契約のみにもとづきその敷地部分を占有しうる権原は、もっぱら家屋の所有者が借地の所有者との間に締結した借地契約にもとづきその借地を適法に占有しうる権原に依存しているのであるから、その借地契約が借地人の賃料不払を理由として有効に解除され、借地人が借地を適法に占有する権原を喪失するに至った場合には、家屋の賃借人は、家屋ないしその敷地部分の占有について何ら非難されるべき落度がなかったとしても、その敷地部分を適法に占有しうる権原を当然に喪失し、借地の所有者に対して、その家屋から退去してその敷地部分を明け渡すべき義務を負うと判示し、また、家屋の賃借人は、本件土地のうち本件家屋の敷地部分を不法に占有して借地の所有者の敷地部分についての使用収益を妨げ、もって、その敷地部分の賃料額に相当する損害を被らせているものであるから、家屋の賃借人はその損害を賠償する義務があるとしている。即ち、建物占有者に賃借権等の占有権原がある場合であっても、建物自体が土地に対する利用権を欠くときは、建物の占有権原を土地所有者に対抗できない関係となるから、当然その敷地部分の占有は違法となる。従って、仮に、本件において被控訴人鹿島建設が本件建物に対して留置権を有するとしても、本件借地契約が解除され、敷地を占有しうる権原は喪失したのであるから、本件建物から退去してその敷地部分を明け渡すべき義務を負うのは当然であり、また、損害を賠償する義務もある。

なお、建物の一部のみを占有している場合でも、建物占有者による占有使用の態様等について特段の事情が存するときは、建物占有者による当該建物の占有使用と土地所有者がその土地を使用収益できない損害との間の相当因

果関係も認められ、建物占有者は土地の不法占有について損害賠償義務を負担する（最判昭和31年10月23日民集10巻10号1275頁、最判平成16年10月29日金法1752号50頁、尚、本件においてこの特段の事情が認められることについては、4項にて後述する）。

そして、建物占有者に建物賃借権等の占有権原すらない場合には、建物占有に伴う敷地の占有はより顕著に違法となり、土地所有者による土地の使用収益を殊更に妨害しているものと評価できる特段の事情が存在し、土地所有者がその土地を使用収益できない損害との間の相当因果関係も明白に認められると解される。以下に述べるとおり、被控訴人鹿島建設には、本件建物の占有権原すら存在せず、同社による本件土地及び建物の占有は明らかに違法である。

(2) 被控訴人鹿島建設には、民法第295条2項により本件建物の留置権は成立せず、本件建物の占有権原が認められないこと

ア 従前主張するとおり、被控訴人TMKと被控訴人鹿島建設の間の工事請負契約書（甲4）では、特約条項④において、「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。」と定められ、工事請負代金の支払債務の履行に先立ち、竣工後の本件建物の引渡債務の先履行義務が明確に定められている。

ところが、被控訴人鹿島建設は、先履行義務に違反して、本件建物の引渡期日である平成22年1月15日に至っても、本件建物を被控訴人TMKに引き渡すことなく、引渡期日を徒過したものであるから、同期日後の被控訴人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。

イ 留置権は、「占有が不法行為によって始まった場合」には成立しないのであり（民法第295条2項）、この要件は民事留置権及び商事留置権に共通する。そして、「占有が不法行為によって始まった場合」とは、占有取得行



為自体が占有の侵奪や詐欺、脅迫などによる場合に限られず、物に対する占有権原がなく、これを知り又は過失により知らずして占有を始めた場合も含まれる（最判昭和41年3月3日民集20巻3号386頁、最判昭和51年6月17日民集30巻6号616頁、東京高判昭和30年3月11日高等裁判所民事判例集8巻2号155号）。

本件工事請負契約においては、被担保債権である被控訴人TMKの第2回目の請負代金残代金の支払期日は竣工後翌々月末日であり、竣工が平成22年1月5日であることから（乙14）、同月15日には引渡をしなければならず（甲4、工事請負契約書第3項）、そして、工事請負残代金の支払期日は平成22年3月末日である（甲4、同契約書第5項）。この時点において、被控訴人鹿島建設の本件建物の引渡債務は既に履行遅滞に陥っており、被控訴人鹿島建設による本件建物の占有は不法占有に至っている。さらに、被控訴人鹿島建設が先履行義務である本件建物の引渡債務を履行しない以上、そもそも留置権の被担保債権である工事請負残代金の支払請求権も発生しない。

よって、被控訴人鹿島建設には、留置権の被担保債権である工事請負残代金の支払請求権が発生していないから、本件建物に対する商事留置権又は民事留置権が成立する余地はない。そして、仮に、平成22年3月末日に被控訴人鹿島建設の工事請負残代金の支払請求権が発生したと考えたとしても、同債権の発生時において、被控訴人鹿島建設には本件建物の占有権原が、「占有が不法行為によって始まった場合」であり、不法占有に至っていることから、民法第295条2項に基づき、本件建物に対する商事留置権又は民事留置権が成立する余地は全くない。

ウ これに対して、被控訴人鹿島建設は、被控訴人TMKに対する著しい信用不安が生じたことから、本件建物の引渡しについて先履行義務を免れ、履行遅滞には陥っていない旨を主張する（鹿島答弁書9頁）。

しかしながら、本件工事請負契約上、被控訴人TMKの信用状況の如何に

より被控訴人鹿島建設が本件建物の引渡しについて先履行義務を免れる根拠はどこにもない。むしろ、本件工事請負契約（甲4）においては、被控訴人鹿島建設は、三菱地所の信用力に絶対の信頼を置き、「開発及び特定資産管理処分委託契約」を締結した三菱地所が被控訴人鹿島建設に指示を行うことを承諾し（本件工事請負契約特約条項②）、発注者である被控訴人TMK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し（同特約条項⑥）、被控訴人TMKについて、破産手続開始、民事再生手続開始、特別清算開始又はこれに類する倒産手続開始について申立てを行わないことを約し（同特約条項⑦）、本件建物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。」として、本件建物の引渡しについて無条件の先履行義務を負担しているものである（同特約条項④）。このように、本件工事請負契約においては、そもそも被控訴人TMKの財産や信用状態を前提として本件請負契約が締結されたものではなく、被控訴人鹿島建設は、三菱地所を信頼して、工事請負人として当然に有する権利を敢えて放棄し、本件建物の引渡しについて無条件の先履行義務を負担している以上、被控訴人TMKの信用不安などという不明確な理由により建物引渡しの先履行義務を免れる余地は全くない。

エ 加えて、本件建物の引渡期日である平成22年1月15日において、本件工事請負残代金の支払について信用不安は存在せず、被控訴人鹿島建設も信用不安はないものとして、工事を続行し、本件建物を竣工させたものである。即ち、被控訴人鹿島建設は、平成21年11月19日、三菱地所との協議において、未だローンの手立てがたっていないこと、控訴人との協議が進んでいないことの説明がなされた上、「被控訴人鹿島建設には決して迷惑はかけないので、竣工に向けて予定通り工事を進めて欲しい」と説明を受け、三菱地所を信用して、工事を続行し本件建物を竣工させたものである（被控訴人

鹿島建設原審答弁書6頁、同原審準備書面2の2頁、成清有示陳述書（乙18）の4頁）。このように本件工事請負残代金については、本件事業主体として全権を有し、開発及び特定資産管理処分受託者である三菱地所がその支払を実質的に保証しており、被控訴人鹿島建設も三菱地所の信用力や資金力を信頼して工事を続行した以上、そもそも本件建物の引渡期日である平成22年1月15日において、信用不安は存在しなかったものである。

従って、被控訴人鹿島建設が、平成22年1月13日付内容証明郵便にて、同月15日の本件建物の引渡を拒否する旨の通知をし（乙2）、その後現に引渡を拒否し、占有を継続したことは明らかな義務違反であり、不法行為による占有の開始である。

オ よって、被控訴人TMKの信用状況の如何は被控訴人鹿島建設が本件建物の引渡しについて先履行義務を免れる根拠となる余地はない上、そもそも本件工事請負残代金の支払について信用不安も存在しなかったのであるから、被控訴人鹿島建設は本件建物の引渡債務について履行遅滞に陥っており、同社による本件建物の占有は不法占有に至っている。よって、被控訴人鹿島建設には、民法第295条2項に基づき、本件建物に対する商事留置権又は民事留置権が成立する余地はない。

(3) 不動産に商事留置権は成立せず、破産手続開始決定により民事留置権は留置権能を喪失すること

ア 商事留置権の不成立

仮に、被控訴人鹿島建設による本件建物の占有について、民法第295条2項の適用がないとしても、控訴理由書第6の1に記載のとおり、不動産は商法第521条所定の商人間の留置権の対象となることはなく、このことは多くの判例が判示しているところである（東京高決平成22年7月26日金融法務事情1906号75頁、東京高決平成10年12月11日金融・商事判例1059号32頁、東京高判平成8年5月28日判例時報1570号1

18頁、東京地判平成11年6月7日金融・商事判例1101号58頁）。

なお、仮に不動産について商事留置権が成立するとしても、被控訴人TMKの破産手続開始決定により、本件建物に対する商事留置権の留置的効力は消滅する。この点につき、被控訴人鹿島建設は、手形の事案である最高裁判例（最判平成10年7月14日民集52巻5号1261号）が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こと、及び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在することを当然の前提とした規定であることを挙げて、被控訴人TMKの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と主張する。しかし、控訴人が控訴理由書で引用した東京高決平成10年11月27日（金商1059号32頁）は、本件と同様に目的物が不動産の場合には、特別の先取特権を実行するために目的物の留置が必要となる場合とは異なるため、上記最高裁判決を引用しながらも商事留置権の留置的効力は消滅すると判断し、また、前掲最判平成10年7月14日の最高裁調査官解説においても、上記最高裁判決の射程について、目的物が不動産の場合は射程外であるとの意見を述べている（田中昌利・最高裁判例解説民事編平成10年度（下）682頁）。それゆえ、目的物が不動産である本件は上記最高裁判決の射程外である。また、商事留置権消滅請求（破産法192条）の規定も、留置的効力の有無に関わらない規定であり、同規定の新設により留置的効力の存続が認められたとは到底考えられない。よって、不動産に商事留置権は成立せず、また、仮に商事留置権が成立するとしても、破産手続開始決定により留置的効力は消滅する。

#### イ 民事留置権の留置権能の喪失

仮に、民法第295条2項の適用がなく、被控訴人鹿島建設に本件建物に対する民事留置権が成立するとしても、被控訴人TMKの破産手続開始決定により、民事留置権の留置権能は失われる（破産法第66条3項）。

(4) 財団放棄や破産手続の異時廃止によっても、留置権の留置的効力は復活しないこと

被告鹿島建設は、本件建物の財団放棄又は被控訴人の破産手続の異時廃止により、同社の本件建物に対する商事留置権及び民事留置権の留置的効力が復活する旨を主張する。

しかしながら、破産手続開始決定により一旦失われた留置権の留置権能が、破産財団からの権利放棄や破産手続の異時廃止により復活し、破産手続中に形成された権利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。そして、被控訴人鹿島建設が主張するように、個別の事案に応じて、財団放棄又は異時廃止により商事留置権の復活を認めることは第三者の権利関係や法的安定性を著しく阻害することになるから、財団放棄や異時廃止によっても、一律に留置権の留置権能は復活しないのである。尚、前掲東京高決平成10年11月27日も、破産宣告により商事留置権者の目的物に対する留置権能及び使用収益権能は失われるとした上で、その後、同目的物が破産財団から権利放棄されたとしても、商事留置権が復活することはないことを明確に判示しており、個別の事案に応じた留置権の留置権能の復活を認めるものではない。

よって、本件建物の財団放棄や被控訴人TMKの破産手続の異時廃止によっても、被控訴人鹿島建設の留置権の留置的効力が認められる余地はない。

(5) 被控訴人鹿島建設は不法に本件土地及び建物を占有するものであること

以上より、被控訴人鹿島建設には、本件建物の留置権が認められず、同社による本件土地及び建物の占有はいずれも占有権原のない不法占有となることは明らかである。

4 仮に、被控訴人鹿島建設に本件建物に対する留置権が認められるとしても、同社による本件土地の占有は違法であり、控訴人による本件土地の使用収益を

妨害しているものであること

(1) 被控訴人鹿島建設は、前掲最判昭和31年10月23日の論旨として、原則として建物賃借人による占有と土地占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旨を主張する（鹿島答弁書13頁）。

しかしながら、前述のとおり、建物占有者に賃借権等の占有権原がある場合であっても、建物自体が土地に対する利用権を欠くときは、建物の占有権原を土地所有者に対抗できない関係となるから、敷地の占有は違法となり、建物占有者は建物から退去してその敷地部分を明け渡すべき義務を負うのである（前記最判昭和44年11月6日）。そして、本件は、建物内の一部を占有するテナント賃借人による占有使用とは異なり、被控訴人鹿島建設の占有のように一棟の建物全体を占有し、建物の占有を通じて敷地全部を占有する場合には、かかる占有態様自体が特段の事情となるから、建物占有者の占有使用と土地所有者がその土地を使用収益できない損害との間には当然に相当因果関係が認められる。

この点、前掲最判昭和31年10月23日の事案は、複数の建物占有者が各々建物の一部を占有していた事案であり、本件のように一棟の建物全体を占有し、建物の占有を通じて敷地全部を占有する場合とは事案が異なる。尚、最判昭和34年6月25日判例時報192号17頁は、建物占有者が建物全部を占有することにより土地全部を占有していた事案について、土地の不法占有に基づく損害賠償義務を認めており、前掲最判昭和44年11月6日も、建物占有者による土地の不法占有に基づく損害賠償義務を認めている。

よって、被控訴人鹿島建設による本件土地及び建物の占有と控訴人が本件土地を使用収益できない損害との間には当然に相当因果関係が認められる。

(2) 加えて、本件においては、控訴人が再三に亘り本件建物からの退去を要求しているにも関わらず、被控訴人鹿島建設が不誠実な対応を続けている

ことから、控訴人による本件土地の使用収益を妨害しているものと評価できる特段の事情も認められる。

即ち、控訴人は被控訴人TMKに対し、本件借地権契約の解除を通知する旨の平成22年6月9日付け契約解除通知書を発送し、同通知書は同月10日、被控訴人TMKに到達した（甲8の1、2）。これにより本件借地権契約は終了し、仮に被控訴人鹿島建設に本件建物の留置権が認められるとしても、これを土地所有者である控訴人に対抗できない関係となる（前掲最判昭和44年11月6日）。それにも関わらず、被控訴人鹿島建設は、控訴人の再三に亘る退去要求を無視し、頑なに本件土地及び建物から退去しようとしなかった。

また、控訴人は被控訴人鹿島建設に対し、平成22年12月27日付けEメール、平成23年1月8日付けのEメール（甲29、31）、及び平成23年1月21日付けのEメール（甲29、31、33）で、本件土地を不法に占拠しているフェンスの撤去を再三請求したが（甲29、31、33）、被控訴人鹿島建設は、平成23年1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」と開き直り、控訴人の撤去請求を重ねて拒否した（甲34）。控訴人は平成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、被控訴人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、被控訴人鹿島建設は、故らに本件建物から退去せず、控訴人による本件土地の使用収益を妨害するものである。

よって、被控訴人鹿島建設による本件土地の占有は違法であり、控訴人による本件土地の使用収益を妨害しているものと評価できる特段の事情も認められることから、被控訴人鹿島建設は控訴人に対し、本件土地の不法占有に基づく損害賠償責任を負担する。

以上