

別紙添付⑥

平成26年(ネ)第1343号 建物取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

準備書面 1

平成26年9月30日

大阪高等裁判所第8民事部イ係 御中

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



同 芳 賀 成 之



同 河 野 申 二 郎



被控訴人鹿島建設は、本書面において、控訴人の平成26年9月19日付け第1準備書面（以下「控訴人第1準備書面」という。）に対し、実質的に従前の主張を繰り返すだけの部分についてはあえて触れず、以下、必要な範囲に絞って反論を加える。

なお、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 本件無償譲渡請求に関する原告の主張の誤り

1 本件無償譲渡請求の撤回について

- (1) 原判決も説示するとおり、本件無償譲渡請求権は、その行使により、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ものであるから、そもそも撤回によってその効果を覆すことはできない。

- (2) この点、控訴人は、新たな法律効果が発生するまでは相手方が不測の損害を被ることはないので、形成権といえども撤回が認められるとした上で、破産手続中、被控訴人TMKは本件建物の管理処分権を有しないから、破産手続が廃止し、あるいは、本件建物が破産財団から放棄されるまでは、破産手続外においても所有権移転の効果は生じておらず、したがって本件無償譲渡請求を撤回することも許されると主張する。

しかし、破産法48条1項の「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」とは、権利を取得した者が当該行為の効果破産財団の管理処分権を有する破産管財人に対抗することができない（相対的無効）という意味であって、破産手続外の権利の取得者と破産者との関係においても効果が生じない（絶対的無効）ということではない。このことは、破産手続が異時廃止等によって終了し、又は当該財産が財団から放棄されて、破産者に再び管理処分権が戻った場合に、破産手続中に財産を取得した者が、その権利を主張するにあたって、改めて破産者に対する権利行使を要しないことから明らかである。

以上のとおり、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、破産手続外においては確定的にその効果が生じているから、控訴人の主張は破産法48条1項の解釈を誤ったものである。したがって、本件破産手続の異時廃止又は本件建物の破産財団からの放棄より前であっても、本件無償譲渡請求権を撤回することは許されない。

- (3) また、控訴人は、形成権といえども、相手方の承諾がある場合には撤回し得るとした上で、被控訴人TMKの破産管財人が、平成23年12月5日付け「ご連絡」と題する書面（甲27）において、控訴人のした本件無償譲渡請求には応じられないと回答したことは、控訴人による本件無償譲渡請求の撤回を事前に承諾したものであり、控訴人はその後、実際に本件無償譲渡請求の内容と相

矛盾する本件訴訟を提起してこれを撤回したのであるから、本件建物の所有権移転の効果は認められないと主張する。しかし、控訴人の主張は、以下に述べるとおり、いずれも理由がない。

ア 第1に、民法1023条が、前の遺言と抵触する後の遺言や生前処分がなされた場合は、前の遺言を取り消したものとみなす旨（法定撤回）をあえて明文で規定していることから明らかなように、撤回する旨の明確な意思表示がない場合には、自己の先行行為と矛盾抵触する行為をしたからといって、それが当然に先行行為の撤回とみなされるわけではない。

この点、控訴人の訴状をみても、本件無償譲渡請求を撤回するとの明確な意思表示は何ら見受けられないばかりか、そもそも同請求権を行使した事実すら一切記載されておらず、果たして控訴人が本件無償譲渡請求を撤回する趣旨なのか、それとも自己に不利益な内容であるとして本件無償譲渡請求の事実を明らかにしなかつただけなのか（さらにはその記載を失念していただけなのか）が判然としない内容になっている。

したがって、控訴人の本件訴訟提起をもって、本件無償譲渡請求を撤回したものはおよそ評価できない。

イ 第2に、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」(甲27)において、本件無償譲渡請求を規定した本件借地権契約15条3項の有効性に「やや疑問がある」と述べ、あるいは、控訴人が被控訴人TMKの唯一の預金債権を差押えた上で本件借地権契約を解除したという経緯に照らせば、本件無償譲渡請求は「権利の濫用にあたる可能性がある」と述べているにとどまり、控訴人が将来するかもしれない本件無償譲渡請求の撤回行為をあらかじめ承諾しているわけではない。実際、本件訴訟において、被控訴人TMKの破産管財人は、控訴人の本件請求を棄却する旨の答弁をしているし(平成24年7月27日付け答弁書)、被控訴人TMKも、本件無償譲渡請求の撤回を承諾するどころか、むしろ、本件無償譲渡請求によって本件建物の所有権が控訴人に移転した旨の主張を一貫して展開している。

(4) 以上のとおり、形成権である本件無償譲渡請求の撤回はそもそも許されないことに加え、本件訴訟の提起が本件無償譲渡請求の撤回と評価することはできず、被控訴人TMK（及び被控訴人TMKの破産管財人）の事前又は事後の承諾もないから、控訴人の主張にはいずれも理由がない。

2 本件無償譲渡請求の解除について

(1) 原判決も述べるとおり、本件無償譲渡請求権は、その一方的な意思表示によって、控訴人と被控訴人TMKの間に贈与契約があったのと同じの効力、すなわち、本件建物の所有権移転という効果を当然に生じさせるものであり、本件建物の贈与契約を別途成立させるものではないから、その性質上控訴人が解除する余地はない。

(2) 控訴人は、この点に関し、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なくなるのは不当であると主張する。

しかし、控訴人は、被控訴人TMKに対して本件建物収去土地明渡を求めると、留置権の負担付きで本件建物の所有権を取得するかを選択権が与えられている中、本件破産手続が開始され、また、被控訴人鹿島建設が本件建物を留置権に基づき占有していることを認識して自ら本件建物の所有権の取得を選択したのである。加えて、被控訴人TMKが被控訴人鹿島建設に対する請負代金債務の支払が不可能となり、その後破産に至った責任は、本件事業の共同事業者という立場にありながら、三菱地所と共同して資金を調達するという義務を果たさず、被控訴人TMKの唯一の財産である預金債権を差し押さえて同社の資金繰りを破たんさせた控訴人自身にあるから、かかる控訴人に、自ら行った本件無償譲渡請求の効果を否定すべき正当な理由など皆無である。

(3) 以上のとおり、本件無償譲渡請求により成立する本件建物の無償譲渡契約を解除する旨の控訴人の主張は、失当である。

第2 不法占有に基づく損害賠償請求に関する原告の主張の誤り

1 総論

本件建物の不法占有を理由とする損害賠償請求について、控訴人が本件無償譲渡請求を行った後は、控訴人は、本件建物の所有者として、もはや被控訴人TMKに対して本件建物の収去及び本件土地の明渡しを求める地位に立たず、その結果、被控訴人鹿島建設に対して建物退去土地明渡しを求めることもできなくなるから、被控訴人鹿島建設が本件土地の不法占有に基づき控訴人に対して損害賠償義務を負うことはあり得ない。この点は何ら異論を待たないところである。

また、控訴人が本件借地権契約を解除した後から本件無償譲渡請求を行う前までの間についても、被控訴人鹿島建設が原審で主張したとおり、本件の経緯に照らせば、控訴人が本件借地権契約を解除し、被控訴人TMK及び被控訴人鹿島建設に対して本件建物の収去及び退去を求めることは、そもそも権利の濫用に当たり許されないものであるから（被控訴人鹿島建設の平成25年4月12日付け準備書面4参照）、被控訴人鹿島建設が建物退去土地明渡し義務を負わないことはもちろん、不法占有に基づく損害賠償義務を負うこともない。

この点を措いても、すでに述べたとおり、被控訴人鹿島建設の本件建物の占有と、控訴人が本件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く、本件においてこれを認めるべき特段の事情も存しないから（最判平成16年10月29日金法1752号50頁、最判昭和31年10月23日民集10巻10号1275頁）、いずれにしても被控訴人鹿島建設が不法占有に基づく損害賠償義務を負うことはないのである。

この点、控訴人は、種々の判例を挙げて反論を試みるが、その主張は、以下に述べるとおり、個々の判例の事案を無視し、あるいは、判決の趣意を正解しないで不当にその内容を曲解するものであり、いずれも失当である。

2 建物自体が土地に対する利用権を欠くときは、建物占有者は当然に不法占有に基づく損害賠償義務を負うことになるという主張の誤り

(1) 控訴人は、最判昭和44年11月6日判時579号52頁（以下「最高裁昭

和44年判決」という。)の論旨について、借地上の建物自体が土地に対する利用権を喪失した場合は、当該建物を占有する建物賃借人は当然に土地所有者に対して不法占有に基づく損害賠償義務を負うことになると解釈した上で、被控訴人鹿島建設も、本件借地権契約が解除された以上、控訴人に対して当然に損害賠償義務を負うと主張する。

しかし、控訴人は、上記判例の趣意を全く正解しておらず、独自の解釈を展開しているにすぎない。

- (2) すなわち、最高裁昭和44年判決は、建物賃借人が土地所有者に対して損害賠償義務を負うとした原判決（福岡高判昭和43年12月16日）の判断が正当であるとしてこれを是認しているところ、かかる原判決が引用した第一審判決（福岡地判昭和42年2月8日）は、建物賃借人の土地所有者に対する損害賠償義務について、「原告（土地所有者）が本件土地を使用収益できないのは、訴外林誓（建物所有者）所有の本件家屋が存在するからであって、被告等（建物賃借人）が原告の右訴外人に対する建物収去土地明渡請求をことさら妨げる等の特別の事情がないかぎり、被告らが家屋の前示部分を専有使用していることと原告の本件土地を使用収益できないこととの間には損害賠償請求の関係では相当因果関係はないと解するを相当と考える（最高裁判所昭和31年10月23日判決、民集10巻10号1275頁参照）。」と判示し、被控訴人鹿島建設がその主張の根拠として挙げる上記最判昭和31年10月23日（以下「最高裁昭和31年判決」という。）の論旨をそのまま踏襲している。そして、原判決（福岡高判昭和43年12月16日）は、「特段の事情」について、別訴で建物所有者の土地所有者に対する建物収去土地明渡義務を肯定した高裁判決が上告棄却によって「裁判上確定」し、土地所有者がいつでも建物所有者に対して強制執行に着手し得る状態になった以上、現在これを妨げているのは、建物賃借人が建物を占有している事実のみであるとした上で、建物賃借人は、遅くとも上記建物収去土地明渡請求事件の上告審の判決審が弁論期日に証拠として提出された日には、建物所有者の土地所有者に対する上記義務の存在を知ったと

いえるから、同日以降の占有は故意又は過失に基づくものとして土地所有者の使用収益を妨害したことになる旨判示しているのである。

以上要するに、最高裁昭和44年判決は、「特段の事情」があるとの事実認定の下で、建物占有者の土地所有者に対する損害賠償義務を認めたにすぎず、建物自体が土地の利用権を欠いたことによって、直ちに建物占有者が土地所有者に対して不法占有に基づく損害賠償義務を負うものとは判示していない。かかる判断内容は、むしろ被控訴人鹿島建設の主張に沿うものである。

そして、最高裁昭和44年判決の事案に照らせば、控訴人が、本件借地権契約を解除する旨の意思表示をし、単に被控訴人TMK及び被控訴人鹿島建設に対して本件建物の収去及び退去を求めただけでは、「特段の事情」があったものとは到底認められない。

- (3) したがって、被控訴人鹿島建設は、本件借地権契約が解除された以上、控訴人に対して当然に損害賠償義務を負うとの控訴人の主張は、自ら挙げた判例に沿わないものであり、失当である。

3 本件建物の全部を占有していることは「特段の事情」には該当しないこと

- (1) 控訴人は、最高裁昭和31年判決、最判昭和34年6月25日判時192号17頁及び最高裁昭和44年判決を挙げ、建物占有者が当該建物の一部しか占有していない場合と、その全部を占有する場合とを区別し、被控訴人鹿島建設のように、一棟の建物全体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り、建物の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当然に相当因果関係が認められると主張するようである（原告第1準備書面・22頁）。

しかし、かかる控訴人の主張もまた、判例の趣意を正解しない控訴人独自の理屈であり、到底認められるものではない。

- (2) すなわち、最高裁昭和31年判決は、借地上の建物について20名の賃借人が数坪ずつ賃借してこれを店舗として占有使用しているという事案において、各建物賃借人の占有はそれぞれ独立し、賃借人全員が共同して建物全部を占有

しているわけではないから、賃借人らが連帯して当該土地全部についての賃料相当損害金を支払うものではないと判示し、建物賃借人の占有の範囲が賠償すべき損害額に影響することを示唆しているが、他方で、相当因果関係における「特段の事情」自体については、「例えば上告会社（借地人、建物所有者）が本件建物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（建物占有者）が故らに退去せずこれを妨害する等」と判示しており、当該建物に対する占有の範囲を相当因果関係の有無に係らしめていない。

また、前掲最判昭和34年6月25日は、家屋の所有者がその敷地を占有する権原のない場合に、同所有者を代表者とする会社がその家屋を借り受けて占有していたという事案において、上記会社は、敷地の所有者に対し、敷地の不法占有に基づき、敷地全部についての賃料相当損害金を支払う義務があると判示したものである。同判例は、家屋の占有者たる会社の代表者が家屋の所有者であり、実質的には家屋の占有者と所有者とが一体となって敷地を不法占有して敷地所有者の使用収益を妨害しているという事情は、「特段の事情」にあたるということを前提に、家屋占有者の損害賠償義務を肯定したものにすぎず、最高裁昭和31年判決の論旨と同じく、建物の一部占有たると全部占有たるとを問わず、原則として建物の占有と敷地の使用収益妨害との因果関係は否定されることを前提にしているのである（なお、同事件についての最高裁判所判例解説も、同様の見解を示している。）。

さらに、最高裁昭和44年判決も、前記のとおり、建物所有者の建物収去土地明渡義務が裁判上確定したことを知った日以降の占有継続は「特段の事情」にあたるとした原判決を是認したにすぎず、占有が建物の全部に及ぶかどうかで「特段の事情」を判断したものではないのである。

- (3) 以上のとおり、一棟の建物全体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り、建物の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当然に相当因果関係が認められるという控訴人の主張は、独自の見解にすぎず、何ら理由がないものである。

4 被控訴人鹿島建設は本件建物の占有権原を有していること

- (1) 控訴人は、「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」と述べた上で、被控訴人鹿島建設には本件建物の占有権原が認められないと縷々主張する（控訴人第1準備書面・16頁以下）。
- (2) しかし、被控訴人鹿島建設が、被控訴人TMKに対する請負代金債権を被担保債権とする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ことは、控訴答弁書においてすでに述べたとおりである。これに対する控訴人の反論は、ほぼ従前の主張の繰り返しにすぎず、再反論に値しない。
- (3) 被控訴人TMKの信用不安が惹起されたことから、本件請負契約において先履行とされていた被控訴人鹿島建設の建物引渡義務は債務不履行となっていないという点について、控訴人は、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のであるから、被控訴人TMKの信用不安は生じておらず、先履行義務は免れないと主張する。

しかし、繰り返し述べるとおり、被控訴人鹿島建設は、三菱地所から、資金調達の見込が立っていない旨の報告を受け、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、被控訴人TMKから何らの回答もなされなかったため、請負残代金の支払に対する懸念を抱き、これ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ものである。そして、共同事業者たる三菱地所と控訴人がその後も一向に建設的な協議を進めなかった結果、被控訴人TMKは資金を調達できないまま破産に至った。

以上の事実からすれば、被控訴人TMKに信用不安が生じ、これ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たことは明らかである。三菱地所が請負代金の支払を実質的に保証していたなどという主張は、

控訴人の一方的な憶測にすぎず、反論を要しないが、すべての責任を三菱地所に転嫁する控訴人の態度が本件事業の破綻を招いたことは、控訴人のこのような主張からも改めて明らかとなっている。

- (4) また、控訴人は、破産手続の開始によって留置権の留置的効力は消滅し、個別の事案に応じて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と主張する(控訴人第1準備書面・21頁)。

しかし、控訴答弁書でも述べたとおり、破産手続が開始してもそもそも留置的効力が消滅することはないし、仮に消滅するとしても、それはあくまで破産財団との関係においてであるから、商事留置権の目的物の換価を終えることなく破産手続が終了したときは、元の商事留置権の権能、すなわち留置的効力が戻るのである(伊藤眞ほか「条解破産法」499頁)。

控訴人が挙げる東京高決平成10年11月27日は、「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」のことを論じたものであり、破産手続において新たな権利関係が形成されておらず、他に利害を調整すべき担保権者等も存在しない本件とは、事案を全く異にするものである。そして、本件のように、破産手続上の手続及び権利関係はもちろん、第三者の権利関係にも何ら影響を及ぼさない場合にまで一律に留置的効力の回復を認めないとの結論は、明らかに不当であって、「第三者の権利関係や法的安定性を著しく阻害する」などという抽象的な理屈でこれを否定する控訴人の主張は、到底認められるものではない。

- (5) したがって、被控訴人鹿島建設の本件建物に対する占有権原は認められないとする控訴人の主張には、何ら理由がない。

5 小括

以上のとおり、控訴人による本件無償譲渡請求権の行使後はもちろん、それ以前においても、被控訴人鹿島建設が控訴人に対して本件土地の不法占有に基づく損害賠償義務を負うことなどあり得ない。

第3 結語

以上述べたとおり、控訴人の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。

原判決は、予備的主張として被控訴人鹿島建設がした権利濫用の主張については何ら判示していないが、実質的にはかかる主張こそが本件事案の本質そのものである。本控訴審においては、本件無償譲渡請求に関する個々の論点だけでなく、本件事業における控訴人の地位や、控訴人が行ってきた一連の態度・行動等、「本件の背景事情」を十分に斟酌の上、本件建物退去土地明渡請求の不当性を判断されたい。

以上