



別紙添付①

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2準備書面

平成26年11月10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 代



弁護士 大西克彦



弁護士 白川謙三



被控訴人鹿島建設の平成26年9月30日付準備書面1に対して、次のとおり反論をする。

1 無償譲渡の申入れの撤回について

被控訴人鹿島建設は、控訴人の撤回の主張に対して、「撤回する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。」と主張す

るが、既に引用した、東京地判昭和45年10月31日（判例タイムズ259号255頁）及び東京地判平成14年3月14日（金融法務事情1655号45頁）においても、「撤回」と明示がなされていないが撤回を認めているのである。従って、訴状に「撤回」と明示しなかったとしても撤回は当然認められるのである。

また、そもそも控訴人は、効力は生じていないと認識していたのであるから、訴状に「撤回」と記載せず、控訴人が、本件建物が被控訴人TMKの所有であるとの前提で本件建物の撤去を求めたのは当然であり、そして「撤回」と記載して撤去を求めるのと、記載しないまま撤去を求めることで、その結論が異なることはあり得ないことである。尚、TMK破産管財人も「本件建物を無償で処分することについて許可を得るのは現実的ではありません。」と述べていることから（甲27）、破産管財人も処分（破産管財人の承諾）が必要と認識していたものである。

2 撤回の事前承認について

更に、被控訴人鹿島建設は、TMK破産管財人から控訴人宛の「ご連絡」（甲27）と題する書面は、撤回行為をあらかじめ承諾しているものではないと主張し、更に、被控訴人TMKが請求棄却の答弁をなし、かつ、本件建物所有権が控訴人に移転した旨の主張をしているとするが（3頁）、控訴人の撤回行為（訴訟の提起）に対して、事前の承諾といえるかという問題であって、訴訟提起後の被控訴人TMKの答弁等は何ら意味のないものである。本件訴訟提起以前、TMK破産管財人は、本件建物が破産財団に属するものとして事務処理をしており、また、管理処分権限のあるTMK破産管財人が訴訟提起後においても、破産財団の所有として処理（財団放棄）をしたのである。なお、上記書面が事前の承諾といえることは、同書面においてTMK破産管財人は「本件建物を無償で処分することについて許可を得るのは現実的ではありません。よって、貴社からの請求に応じることはできませんので

本書面を持って回答いたします。」と、明確に、処分（無償譲渡請求に対する承諾）はせず、無償譲渡申入れを拒否する内容の回答をしており、その後も一貫して本件無償譲渡を認めることはなかった。そして、TMK破産管財人は、本件訴訟提起（撤回行為）後においても、本件建物の所有権が控訴人に移転していないことを前提として破産手続を進めたものである。このようなTMK破産管財人の破産手続における態度を鑑みれば、TMK破産管財人は、控訴人の本件無償譲渡の申入れを一貫して承諾しないとしているものであるから、控訴人の無償譲渡申入れの撤回は、TMK破産管財人の意思と合致するものであり、TMK破産管財人の上記拒否は、控訴人の撤回についての事前の合意といえるものである。

3 無償譲渡の解除について

- (1) 被控訴人鹿島建設は、控訴人が解除する余地はないと主張するが（4頁）、既に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）及び最判昭和42年9月14日（民集21巻7号1791頁）の判例からして、解除が認められることは当然のことである。
- (2) また、被控訴人鹿島建設は、何ら根拠もないまま、被控訴人TMKが破産に至った責任について、「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」と主張し（4頁）、更には、「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改めて明らかとなっている。」としているが（10頁）、何ら根拠のない、誤った主張である。更に、被控訴人鹿島建設は、被控訴人鹿島建設が主張していた、権利濫用の主張が、本件事案の本質であり、「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の不当性を判断されたい。」と主張するが、控訴人と三菱地所とのやり取りについて、

被控訴人鹿島建設は直接の関わりがなく、何ら本質を知らないにもかかわらず、勝手な主張をしているに過ぎず、その主張こそ本件事案の本質を見誤っているだけでなく、明らかに誤りなのである。そして、そのことを理由に、控訴人の解除が認められないと主張するようであるが（４頁）、全般的外れの反論である。

(3) 「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」については、控訴人から三菱地所に対する別件訴訟において正に控訴人の正当性を主張してきたのである。三菱地所は、別件訴訟における答弁書（甲５７）４６頁から５２頁において控訴人の非を主張しているが、それに対して、控訴人から別件訴訟における第３準備書面（甲５８）において、控訴人が不合理に融資を拒絶したものではなく、三菱地所が融資義務に違反したこと（同書面１５頁～１８頁）、また、リーマンショックを理由として三菱地所が不当な地代の値下等を要求し、その後撤回したこと（同２０～２２頁）、控訴人は誠実に対応してきたにもかかわらず、三菱地所が不誠実な対応をしてきたこと、控訴人による差押と借地契約解除の経緯及びそれらに正当性があることを主張した（同２６～３０頁）。当該各主張を見れば、契約違反及び不誠実な行為を行ったのは三菱地所であることは明らかである。これに対して、三菱地所から反論の準備書面（３）が出されたが（甲５９）、何ら反論がなされておらず、その後の準備書面においても何らの反論もなされていない。

このように、被控訴人鹿島建設は、何ら本質を知らず、かつ、何ら根拠なくして「本件の背景事情」についての誤った主張をしているので、更に、別件訴訟において三菱地所の提出した時系列表（甲６０）及びそれに反論等も加えた控訴人の提出した時系列表（甲６１）も提出する。

４ 昭和４４年最高裁判決についての主張の誤り

(1) 最高裁昭和４４年１１月６日判決において重要なことは、同判決が、「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、建物から退去して敷地部分を明渡さなければならないとしていることである。従って、解除された後は建物の賃借人は建物を退去し、敷地を明渡さなければならない。そして、建物に対する費用償還請求権は、何ら借地自体に関して生じた債権でも、借地の所有者に対して生じた債権でもないから、有効に解除された後、敷地部分を留置する権利は認められないとしているのである。

従って、本件においても、損害賠償義務の有無とは関わりなく、借地契約解除後は、被控訴人鹿島建設は控訴人に対して留置権を主張できず、従って、被控訴人鹿島建設には何ら占有権限はなく、本件建物から退去して本件土地を明渡さなければならないのである。

(2) そして、同最高裁判決は、損害賠償請求については、借地人の明渡義務が、土地所有者と借地人との間で争われていたことから、明渡義務が最高裁による上告棄却により裁判が確定した時とされているが、同最高裁の認定は、損害賠償請求の発生時期については、家屋の賃借人からの上告であるから、上記上告棄却の判決書が出された平成42年6月13日に「遅くとも」故意または過失があったとした原判決は正当であるとしているに過ぎないものである。上記判断は、損害賠償請求権の発生について、特段の事情を認定したということではなく、事実関係を見てみると、逆に、損害賠償請求の発生を遅らせる特段の事情を認めたものといえるのである。そして、上記最高裁の判決は、原判決の認

定を是認するだけであるから、本来原判決に違法はないとすれば足りるのに、あえて上記のような認定をしたのは、原則として損害賠償が発生することを述べたものといえるのである。

(3) また、仮に、損害賠償請求には特段の事情を要するとしたとしても、既に述べたように、本件において、被控訴人鹿島建設は、被控訴人TMKに対する引渡義務に違反して占有をしているものであり、そもそも不法な占有であるから「特段の事情」となることは当然のことである。

(4) また、本件においては、被控訴人鹿島建設が唯一明渡しを妨害しているものである。すなわち、確かに被控訴人TMKは明渡義務を争っているが、それは、被控訴人TMKの利用権限の存否ではなく、被控訴人TMKに本件建物の所有権はないということであり、更に、TMK破産管財人も、控訴人による借地契約の解除に対しては争っておらず（甲27前記書面3頁4項）、かつ、控訴人の所有権であると主張しているものでもなく、TMK破産管財人自身は明渡義務を否定しているものではなく、被控訴人鹿島建設が一方的に明渡しを争っているに過ぎないのである。尚、被控訴人鹿島建設は違法にも留置権を主張しているが、前記最高裁判決も指摘するように、そもそも留置権を控訴人に主張できないのである。いずれにしても、借地契約解除当初から本件土地利用を妨げているのは被控訴人鹿島建設のみである。そして、本件建物が被控訴人TMKの所有ということが認められれば、解除時点から当然損害賠償義務は生ずるものである。また、仮に、本件建物が控訴人の所有となれば、建物の不法占有となるものであるから別の損害賠償請求の対象となり、いずれにしても被控訴人鹿島建設が唯一妨害している事実には変わりないのである。

また、本件において、その他の特段の事情が存在することについては、既に述べたとおりである。

5 被控訴人鹿島建設の引渡拒否の不当性

被控訴人鹿島建設は、不法占拠ではない理由として、被控訴人TMKに対

してローンの調達状況を報告するように要求したが、被控訴人TMKから何らの回答もなされなかったから、本件建物の引渡を拒絶したとするが（9頁）、そもそも被控訴人TMKには全く資金調達能力がないことは判っていることであり、報告を求めるなら三菱地所に対して行うべきことである。被控訴人TMKに資金調達について説明できる能力もなければ、立場にないことを被控訴人鹿島建設は理解していたのである。そのような認識であったから、平成21年11月19日に、被控訴人鹿島建設は三菱地所から資金調達の説明を受け、三菱地所から工事続行の依頼と、支払は確約をしてもらっているのである。従って、確認するのであれば当然三菱地所に対してでなければならず、被控訴人TMKに確認しても何ら意味のないことである。それをせずに、被控訴人TMKから報告がないからと、引渡を拒絶するなどということ自体が明らかに不自然であり、許されない対応である。

6 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

(1) 被控訴人鹿島建設による本件建物の引渡期日は平成22年1月15日であり（甲4、工事請負契約書第3項）、同期日を徒過して本件建物の引渡しを履行していない以上、被担保債権である工事請負残代金債権が発生する平成22年3月末日時点（同契約書第5項）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、同社による本件建物の占有は不法占有に至っている。加えて、被控訴人鹿島建設は、本件建物が竣工した場合には、「請負代金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おり（本件工事請負契約特約条項④）、被控訴人鹿島建設による先履行の引渡債務が履行されない以上、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。尚、TMK（発注者）、被控訴人鹿島建設（請負者）、三菱地所設計（管理者）間の御堂筋フロントタワー新築工事請負契約書添付

「見積要綱書」15項（8頁（甲62））によれば、「竣工・引渡時は発注者が建物表示登記をするために必要な書類を請負者より取得し発注者名義にて本件建物表示登記を完了していることを条件とする。」とされているが、表示登記に関しては何ら拒否する理由がないにもかかわらず、被控訴人鹿島建設はその義務の履行も怠っている。

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債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債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。

(2) これに対して、被控訴人鹿島建設は、「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。」と主張するが（被控訴人鹿島建設準備書面1の9頁）、なぜ無条件の先履行義務を免れるのか全く不明である。控訴人第1準備書面（17頁ウから19頁オ）で主張するとおり、被控訴人TMKの信用不安を裏付ける根拠は存在しない上、被控訴人鹿島建設は、信用不安により先履行義務である本件建物の引渡債務を免れる法律上の根拠については、その適用条項さえも何一つ論証しようとししない。そして、被控訴人鹿島建設は、あろうことか「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になっている。」（被控訴人鹿島建設準備書面1の10頁）などと本件事業の破綻について、被控訴人鹿島建設は直接の関与をしておらず、何ら知識も根拠もないまま、一方的に控訴人に責任があるかの如き主張をして、本件建物引渡しの先履行義務を免れる根拠とするようであるが、本件事業において、

約束違反を行い、かつ不誠実な対応をしてきたのは、前述したように三菱地所であり、本件事業の破綻の最大の被害者は控訴人であることは明らかである。そして、被控訴人鹿島建設の主張は、現在も被害を蒙り続けているという現実を全く無視するものであり、極めて不当である上、被控訴人鹿島建設の建物引渡しの先履行義務とは何らの関係もない主張であり、かかる主張が成り立たないことも明らかである。

(3) よって、被控訴人鹿島建設には、民法第295条2項に基づき、本件建物の商事留置権又は民事留置権が成立する余地はない。

7 破産手続開始決定により留置権は留置権能を喪失し、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

(1) また、そもそも不動産については商事留置権が成立せず（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118頁、東京地判平成11年6月7日金融・商事判例1101号58頁）、また、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）。

即ち、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される。

(2) 仮に、不動産に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（東京高決平成10年11月27日金商1059号32頁）。

即ち、破産法第66条1項(旧破産法第93条1項)の趣旨は、商事留置権を特別の先取特権とみなすことにより、商事留置権の担保的機能を維持しつつ破産管財人による当該物件の管理及び換価を容易ならしめ、もって破産手続の円滑な遂行を図ることにあり、また商事留置権者が法律で定められた方法により特別の先取特権を実行するについては、特に目的物を留置している必要はないことからすれば、破産手続開始決定後において商事留置権者が当該物件を留置していなければならない合理的理由はなく、したがって、原則として破産手続開始決定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解するのが相当である。

(3)そして、破産手続開始決定によって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放棄されたとしても、商事留置権は回復することはない（前掲東京高決平成10年11月27日）。

この点、被控訴人鹿島建設は、同東京高決平成10年11月27日について「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。」として、同決定を前提としても、本件においては被控訴人鹿島建設の商事留置権の留置的効力が回復する旨を主張する（被控訴人鹿島建設準備書面1の10頁）。

しかしながら、前掲東京高決平成10年11月27日は、目的物件が破産財団から放棄されたとしても、商事留置権が特別の先取特権とみなされた結果、商事留置権者は、破産手続によらずして、商事留置権が転化した特別の先取特権を行使できるほか、その行使により弁済を受けることができない債権額については、所定の要件のもとに破産債権を行使できるとして、一般的に商事留置権の復活の必要性を否定し、目的物件が破産財団から放棄された後の商事留置権の復活を否定するものである。そして、前掲東京高決平成10年11月27

日はさらに、商事留置権が復活した場合に生じる不都合の具体的例示として、

「(商事留置権者の) 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にするばかりか、破産手続の遂行にも支障を生じる結果となる。」と判示しているが、同判例の判示からすれば、この具体的例示に該当する場合にのみ、商事留置権の復活を否定するものではなく、目的物件の破産財団からの放棄後においては、一般的に商事留置権の復活を否定する趣旨であることは明らかである。

(4)以上より、仮に、不動産に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、被控訴人鹿島建設の本件建物に対する商事留置権の留置的効力は消滅し、その後、本件建物が破産財団から放棄されたとしても、被控訴人鹿島建設の商事留置権は回復する余地はない。

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



証拠説明書 8

平成26年11月10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



控訴人訴訟代理人弁護士 榎本峰夫



記

| 甲号証 | 標目 | 原本・写し | 作成日 | 作成者 | 立証趣旨 |
|-----|-------------|-------|----------|---------|---|
| 57 | 答弁書(46~52頁) | 写し | H25.8.16 | 三菱地所(株) | 訴外三菱地所が、別件訴訟において、本件事業における控訴人の態度・行動に非があると主張している内容 |
| 58 | 第3準備書面 | 写し | H26.3.6 | 控訴人 | 訴外三菱地所の答弁書(甲57)における主張に対し控訴人は逐次詳細に反論しており、控訴人の態度・行動に非はなく、むしろ訴外三菱地所に契約違反及び不誠実な行為があったことが事実であること |
| 59 | 準備書面(3) | 写し | H25.5.2 | 三菱地所(株) | 訴外三菱地所が、別件訴訟における控訴人の第3準備書面(甲58)に対し何ら反論できていないこと |

| | | | | | |
|----|--|----|-----------|--|---|
| 60 | 時系列表 | 写し | H26.10 | 三菱地所(株) | 訴外三菱地所が別件訴訟において主張する本件事業の経緯を記した時系列表 |
| 61 | 時系列表 | 写し | H26.11.10 | 控訴人 | 控訴人が、訴外三菱地所の時系列表(甲60)に反論等を加えた時系列表 |
| 62 | 御堂筋フロント タワー新築工 事請負契約書 添付「見積要 綱書」(抜粋) | 写し | | 被控訴人TM K 被控訴人鹿 島建設 (株)三菱地所 設計 | 「見積要綱書」15項(8頁)には「竣工・引渡時は発注者が建物表示登記をするために必要な書類を請負者より取得し発注者名義にて本件建物表示登記を完了していることを条件とする。」との記載があり、表示登記に関しては何ら拒否する理由がないにもかかわらず、被控訴人鹿島建設はその義務を怠っていること |

以上