

別紙添付③

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

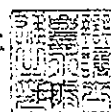
準備書面(1)

平成26年11月4日

大阪高等裁判所 第8民事部 御中

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 本件無償譲渡請求権と破産手続との関係

1 被控訴人TMKの法律上の主張

(1) 取戻権

被控訴人TMKは、原審答弁書において、次のとおり述べた。

「本件無償譲渡請求権は、本件建物の所有権の控訴人への移転という物権的効果を目的とする形成権であり、人的請求権（伊藤眞「破産法（第4版補訂版）」186頁）でもなく、破産法62条の取戻権の基礎となる権利であると解される。」

被控訴人TMKは、被控訴人鹿島建設が主張し原判決も支持する破産法48条の適用を否定するものではないが、本件無償譲渡請求権について言えば、これを取戻権の基礎となる権利と解することが簡明かつ適切であり、結論として、当該権利の行使は破産法100条1項の適用は受けないと考える。

(2) 売買の予約完結権の場合

ア 売買の一方の予約の法律的性質は、完結の意思表示を停止条件とする売買であり、完結の意思表示をする権利は形成権である（我妻榮著「債

権各論」中巻一（民法講義V2））。

イ 売買一方の予約に関して会社更生手続開始前にされた仮登記がある場合においてその手続開始後に有すべき予約完結権の性質について、東京高判昭和44年4月1日（判例タイムズ239号271頁）は、予約完結権を物権的取得権として会社更生法上の取戻権ないしはこれに準じるものとしてのとして取り扱い、更生手続外での予約完結権の行使を是認している。

ウ この理は、破産法においても通用すると解される。

すなわち、大コンメンタール「破産法」竹下守夫ほか編（以下「コンメンタール」という。）260頁は、「例えば、売買予約に基づく仮登記のような不動産登記法105条2号の仮登記の場合については見解が分かれているが、2号仮登記といえども、順位保全の効力を通じて仮登記された権利に物権的保護を与えるのであるから、この点で1号仮登記と区別する必要がなはなく、2号仮登記によっても物権的な地位が取得されているとみることができる。従って、53条は適用されず、2号仮登記権利者も、本登記請求のため実体的要件を具備した場合には取戻権を有する。」と述べている。

ところで、コンメンタールにおいて、取戻権の例としてあげられている売買の予約完結権は、破産手続開始前の原因に基づき破産手続開始前に仮登記がなされていた場合についてのものである。

しかしながら、ある権利が取戻権ないしその基礎とされる権利であるか否かとそれが破産管財人に対し対抗力を有するか否かは論理的に異なる次元の問題であるので、上記コンメンタールにおいても、仮登記のない売買の予約完結権についてそれが破産法上の取戻権の基礎となる権利と扱うことを否定するものではないと解する。むしろ、仮登記の有無は、次に述べる対抗問題として位置づけられよう。

エ すなわち、取戻権の基礎となる権利であるとしても、「それが自己に帰属することを主張するために対抗要件が必要な権利については、49条1項ただし書の例外に該当する場合を除き、破産手続開始前にそれが具備されていることを要する（大判昭8・7・22新聞3591号14

頁。なお、民467条2項につき、最判昭58・3・22判時1134号75頁)。破産財団、破産管財人ないし破産債権者は、破産者の一般承継人ではなく、破産債権者の満足に充当せられるべき財産についての独立の管理機構として(中田・116頁)、あるいは、独立の利益をもつ者として(山木戸・145頁、竹下守夫「取戻権の意義と種類」斎藤=伊東編・演習318頁)、民法177条・178条にいう第三者の地位にあるからである。」(コンメンタール260頁)。

(3) 本件無償譲渡請求権の場合

ア 本件無償譲渡請求権は、破産手続開始前(被控訴人TMKの主張では、平成22年6月10日(本件借地権契約解除時。甲8の1, 2))に原告が取得した権利である。

売買の予約完結権に引きつけて説明するとすれば、当該請求権行使の意思表示を停止条件とする贈与であり、当該請求権行使の意思表示をする権利は形成権である。

従って、本件無償譲渡請求権は、破産手続における予約完結権と同様に取戻権の基礎となる権利であり、破産手続外で行使できると考えるべきである。

イ 取戻権は、破産財団所属の財産に関するものであるから、破産管財人を相手方として行使される(伊藤眞著「破産法」第4版補訂版310頁)。

本件においても、控訴人は、TMK管財人に対し、平成23年11月22日ころ、本件無償譲渡請求権を行使するとの意思表示をした(乙5)。

ウ ところが、本件無償譲渡請求権が取戻権の基礎となる権利であるとしても、本件無償譲渡請求権の取得につき対抗要件が具備されていない以上、控訴人は、その後に開始した破産手続における破産管財人に対し本件無償譲渡請求権の取得を対抗できない。

この点、TMK管財人が本件借地権設定契約15条3項の要件充足を認める一方でその履行を拒んだのは、正当である(甲27)。

エ 一方、被控訴人TMKは、物権変動の当事者であり、控訴人は、本件無償譲渡請求権の取得及びその行使を被控訴人TMKに対し対抗しうる。

その結果、控訴人は、TMK管財人には、本件建物の取得を対抗できないが、破産法人としての被控訴人TMKには、本件建物の取得を対抗できるという状況になった。

この点、本件建物の帰属に関する破産法人と控訴人との関係は、一般の破産手続においてはほとんど問題とならないものである。しかしながら、本件のように一旦破産財団に帰属した財産が放棄されるという場合もありうることは否定できない。

とりわけ、本件は、本件建物の財団放棄が常に現実的な可能性として考えられていた事案であり、実際にもそうなっている。物権変動を、控訴人、TMK管財人、破産法人としての被控訴人TMKの間で相対的に捉えることは、単なる観念的な議論に止まらない現実的な意味を有していた。

すなわち、本件訴訟前の調停においても控訴人は、TMK管財人からの本件建物の無償譲渡に意欲を示していたところ（乙6「調停期日調書」3頁）、その後、控訴人は本件建物の敷地の所有者として本件訴訟を提起し、結果、TMK管財人は本件建物を放棄せざるを得ない状況に陥り、実際に本件建物を放棄した（丙1・2枚目）。

これはTMK管財人をして本件建物の無償譲渡を認めさせたのと同様の結果といえる。

このように、控訴人による本件無償譲渡請求権の行使は、観念的な問題ではなくて、当事者間の利益状況の中では現実的な請求権であった。

オ 以上のとおりであって、本件無償譲渡請求権は、取戻権の基礎となる権利であって、破産手続外で行使することにつき破産法100条1項の制限は適用されない。

以上