



別紙添付④



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3準備書面

平成26年11月28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



弁護士 大西克彦



弁護士 白川謙三



第1 本件無償譲渡申入れに対する破産法48条1項の適用について

- 1 控訴人は、控訴人の被控訴人TMKに対する本件建物の本件無償譲渡申入れについては破産法48条1項が適用され、破産手続との関係において同申入れは当然に無効になる。

以下で詳述するとおり、破産法48条1項の文理解釈やその制度趣旨等に照らし、本件無償譲渡申入れには同条の適用があることは明白である。

2 本件無償譲渡申入れは破産法48条の文理解釈に合致すること

破産法48条1項は、「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としても、その権利の取得は、破産手続との関係においては、その効力を主張することはできない。」と規定する。

本件建物は、被控訴人TMKの所有に属することから「破産手続開始決定後に破産財団に属する財産」であることは明らかであり、本件無償譲渡申入れも被控訴人TMK（破産者）の行為によらないで本件建物の所有権を取得しようとするものであるから「破産者の行為によらないで権利を取得」しようとしたものであり、控訴人による本件建物の本件無償譲渡申入れは、正に破産法48条1項の適用要件に文言上合致することは明白である。

したがって、本件無償譲渡申入れについて、破産法48条1項の適用を否定する理由は何らない。

3 破産法48条の制度趣旨や理論的根拠からも本件無償譲渡申入れには同条が適用されること

(1) 破産法48条の趣旨は、破産手続開始後に、破産者の行為によらないで、つまり破産者以外の第三者の行為等によって、第三者が破産財団に属する財産についての権利を取得した場合も、破産債権者を害するおそれがあることには変わりはないことから、前条（破産法47条）と同じく、破産手続の関係においては、その効力を主張することはできないとし、もって破産財団の毀損を防ぐものである。

この点、本件無償譲渡申入れにより破産財団に属する本件建物の所有権が控訴人に確定的に移転するとすれば、破産債権者の共同的満足を目的とする責任財産である破産財団が破産者以外の第三者の行為によって減損することを防止するという破産法48条1項の趣旨に反することは明白である。破産法48条1項は、正に本件無償譲渡申入れの如き破産者以外の第三者の行為

により、破産財団から財産が流出することを防止するため、かかる行為の相対的無効を定めるものであり、本件無償譲渡申入れは、破産手続との関係においては当然に無効となるものである。

(2) また、破産法48条1項は(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(大コンメンタル破産法初版194頁)。そして、本件においても、破産手続開始決定後は、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。それは破産法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ものである。

よって、後述のとおり本件無償譲渡申入れは被控訴人TMKが本件建物の管理処分権を有することを前提とする権利であるところ、破産手続開始決定によって被控訴人TMKの管理処分権の喪失という効果が生じることの帰結として、本件無償譲渡申入れには破産法48条1項が適用され、本件無償譲渡申入れは、破産手続との関係においては当然に無効となるものである。

4 破産法48条1項の適用範囲について

破産法48条1項の適用範囲については、学説も変遷しているが、現在の通説では、同条が破産法47条と同様に破産手続開始決定による破産者の管理処分権の喪失という効果を前提とする規定であって、「相手方が何びとであるか

にかかわらない（いいかえれば、破産者の管理処分権の有無にもともと関係なく成立する）権利取得方式には適用されない」と解している。その結果、時効取得、附合による取得、破産者以外の者からの動産の即時取得などには、破産者の管理処分権の有無にもともと関係なく成立する権利取得方式であるから、破産法４８条１項の適用はないとされる（大コンメンタール破産法初版１９４頁）。

即ち、時効取得、附合による取得、即時取得等は、取引の安全や社会経済的損失を防ぐという観点から、法律上の効果として所有権の原始取得を認めるものであり、原所有者である破産者の管理処分権の有無に関わらず、法定の効果として所有権の原始取得が認められるものであるから、破産法４８条１項が適用されることはない。他方で、本件無償譲渡請求権の行使による本件建物の所有権の移転は、被控訴人TMKに本件建物の管理処分権があることを前提として、本件借地権契約に基づく権利を行使して、本件建物の所有権を承継取得しようとするものであるから、破産手続中は被控訴人TMKに本件建物の管理処分権がなく、破産管財人が本件建物の管理処分権を有する以上、破産手続中の本件無償譲渡申入れには破産法４８条１項が適用され、破産手続との関係においては無効となることが当然の帰結である。正に本件のような場合において本条項が適用されるのである。

- 5 以上より、破産法４８条１項の文理解釈やその制度趣旨、さらには同条の適用範囲に関する解釈においても、本件無償譲渡申入れに同条の適用があることは明白である。

第２ 被控訴人鹿島建設の平成２６年１１月４日付準備書面２に対する反論

1 被控訴人鹿島建設の主張

被控訴人鹿島建設は、最判昭和５４年１月２５日民集３３巻１号１頁を引用して、第三者が破産財団に属する財産に関して権利を取得した場合でも、

それに伴って当該財産の交換価値が消滅ないし減少せず、破産財団に財産的な不利益を及ぼさないときは、破産法48条1項の適用はないと主張する。そして、本件においては、控訴人からの本件無償譲渡請求により、本件建物の所有権が対価を伴わずに控訴人に移転したとしても、破産財団に格別不利益となるものではなく、むしろ被控訴人TMKは、本件建物の収去義務を免れ、その後の賃料相当損害金の負担も免れることになるから、破産財団の減損を阻止するという点で利益となり、破産法48条1項の適用がない旨を主張する。

しかし、かかる被控訴人の鹿島建設の主張は、破産法48条1項の解釈や判例の適用範囲を誤ったものであり、到底採用されるべきではない。

- 2 即ち、前掲判例は、「破産宣告当時破産者所有の不動産につき対抗力ある賃借権の負担が存在する場合において」、かつ、同賃貸借契約において、賃借権の譲渡転貸を認める旨の特約がある場合において、「破産宣告後に右不動産が転貸されたとしても、特段の事情のない限り、転借人の転借権取得は破産法54条1項（現破産法48条1項）所定の破産者の法律行為によらない権利の取得には該当しないと解するのが相当である。」と判示したものであって、本件による建物無償譲渡申入れによる本件建物の取得とは全く事案が異なる。

破産法48条1項の趣旨は、破産債権者の共同的満足を目的とする責任財産である破産財団が破産者以外の第三者の行為によって減損することを防止するという点にあるところ、本件無償譲渡申入れにより本件建物の所有権が被控訴人TMKに移転するとすれば、本件建物が破産財団から流出し、破産財団の減損をもたらすことは明らかであり、破産財団の確保のために、本件無償譲渡申入れが破産法48条1項により破産手続との関係において無効とされるべきことは明らかである。この点、被控訴人鹿島建設は、被控訴人TMKは、本件建物の収去義務を免れ、その後の賃料相当損害金の負担も免れ

ることになるから、破産財団の減損が生じない旨を主張するようであるが、破産法48条1項は被控訴人鹿島建設の主張するような当事者間の利益衡量を予定したものとは考えられず、破産財団に属する本件建物の所有権を移転させることを目的とする第三者の法律行為については、一般的に破産法48条1項が適用され、本件無償譲渡申入れも当然に破産手続との関係では無効になると考えられる。また、工事請負契約上の総工費が金49億7700万円（甲4）に及ぶ本件建物が本件無償譲渡請求により破産財団から流出することは破産債権者の共同的満足を目的とする責任財産の減損をもたらすことは明らかであり、仮に、被控訴人TMKが本件建物の収去義務を免れ、その後の賃料相当損害金の負担も免れ得るとしても、破産財団から本件建物が流出する損失とは比較対象となるものではない。尚、TMK破産管財人自身も、控訴人に対して、本件建物を失う不利益は著しい旨回答している（甲27）。破産手続中においても本件無償譲渡申入れによる所有権移転を認めることは被控訴人TMKの破産財団の不当な減損をもたらし、責任財産の確保を目的とする破産法48条1項に違反することは明らかである。

よって、被控訴人鹿島建設の主張には理由がなく、本件無償譲渡申入れには破産法48条1項が当然に適用され、破産手続との関係において、同申入れは当然に無効になるものである。

第3 被控訴人TMKの平成26年11月4日付準備書面（1）に対する反論

- 1 被控訴人TMKは、本件無償譲渡請求権の行使について破産法48条1項の適用を否定するものではないとしつつ、本件無償譲渡請求権について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る旨を主張する。

破産法48条1項と取戻権との関係について被控訴人TMKの主張は必ずしも明らかではないが、以下に述べるとおり本件無償譲渡申入れが取戻権又は取戻権の基礎となる権利に当たることはあり得ず、被控訴人TMKの主張

は失当である。

- 2 取戻権とは、①「破産者に属しない財産」を②「破産財団から取り戻す権利」をいう（破産法第62条）。

この点、本件建物は破産手続開始決定時において被控訴人TMKの所有に属しており、破産財団に属しており、そもそも①の要件を満たすものではない。

- 3 次に、被控訴人TMKは、②の要件について「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。」、「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次元の異なる問題である」として、対抗要件を備えていない本件無償譲渡請求権も取戻権と考えるようである。

しかしながら、売買の予約完結権は、単なる債権的合意では取戻権に当たるものではなく、「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・・・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はなく、2号仮登記によっても物権的な地位を取得されているとみることができ。従って、53条（現破産法47条）は適用されず、2号仮登記権者も、本登記請求のための実体的要件を具備した場合には取戻権を有する」とされている（大コンメンタール破産法初版260頁）。即ち、ある権利が取戻権に該当するか否かの判断に当たっては、権利の性質と対抗要件具備による物権的効果の取得を一体的に判断すべきであり、売買の予約完結権については、仮登記によって物権的保護が与えられる場合に、破産法上の取戻権としての効力が認められるのであって、仮登記を備えていない債権的合意に留まる売買の予約完結権については取戻権としての効力が認められることはない。

よって、本件無償譲渡申入れの法的性質については、債権的請求権である

のか、形成権であるのか諸々の考え方があるとしても、控訴人は本件建物の所有権について対抗要件を具備していない以上、控訴人が破産手続中に本件無償譲渡申入れをしたとしても破産法48条1項の適用により破産管財人に対抗できず、控訴人には物権的保護が与えられないことから、破産法62条の取戻権に当たることもあり得ない。

- 4 尚、債権的請求権も一定の場合には取戻権の基礎となり得るが、本件無償譲渡申入れの法的性質が債権的請求権と考えた場合、取戻権となり得ない。即ち、債権的請求権が取戻権の基礎となるのは、「破産者に属しない財産」（破産法62条）の給付を求める債権的請求権についてである。例えば、転貸人が、転貸借契約が終了したことを理由に、破産者たる転借人の破産管財人に対して有する目的物返還請求権は取戻権の基礎となる。これに対して、破産手続前に破産者から物を買取った者の有する目的物の引渡請求権のように、「破産者に属する物」に対する債権的な引渡請求権は、破産債権となるにすぎない（大コンメンタール破産法初版259頁）。

本件においては、本件建物は破産手続開始決定時において被控訴人TMKの所有に属しており、「破産者に属する物」であることは明らかであり、債権的請求権である本件無償譲渡請求権が取戻権の基礎なると考える余地は全くない。

- 5 以上より、被控訴人TMKの主張には理由がなく、破産手続中の本件無償譲渡申入れには、当然に破産法48条1項が適用され、破産手続との関係において、同申入れは当然に無効になる。
- 6 更に、原判決は、本件無償譲渡請求権の法的性質について、借地借家法13条1項の建物買取請求権に類似することに照らして、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じ効果が生じ、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しており（原判決48頁）、被控訴人TMKも、原判決の認定を肯定し

(被控訴人TMK答弁書4～5頁)、かつ、被控訴人TMKは、被控訴人鹿島建設が主張し原判決も指示する破産法48条の適用を否定するものではないとし、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ると主張する(被控訴人TMK準備書面(1)1頁)。そして、被控訴人TMKは、本件無償譲渡請求を、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が形成権であると主張し、本件無償譲渡請求権の取得つき対抗要件が具備されていない以上、控訴人は、その後を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と、対抗要件の問題として主張しているが(同3頁)、前述したように、本件無償譲渡申入れは取戻権の対象となるものではないだけでなく、当該請求権行使の意思表示を停止条件とする贈与とか、贈与の予約などという主張自体明らかに誤りである。

仮に、本件無償譲渡申入れが、相手方の合意を要する請求権ではなく、原判決の認定するように、借地借家法13条1項の建物買取請求権に類似することに照らして、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じ効果が生じ、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ったとすれば、本件無償譲渡請求権は贈与の予約契約でも停止条件付の贈与契約でもない。

また、被控訴人TMKは、破産法48条の適用を肯定するにもかかわらず、本件無償譲渡申入れをTMK破産管財人との関係では対抗要件としてとらえているが、明らかに誤りである。破産法48条1項は、その文言から明らかのように、「破産者の法律行為によらないで権利を取得しても、その権利取得は、破産手続との関係において、その効力を主張することができない。」とされているのであり、そして、既に主張したように、その趣旨は破産法47条と同様「相対的無効」を定めたものであるとされているのである(条解破産法368頁)。そして、破産法47条1項の「相対的無効」について、

「破産管財人は、無権代理行為の本人による追認と同様に、管理処分権を有しない破産者の行為を管理処分権の主体として有効なものとして扱うこともできる。この意味で本条の対象となる法律行為は相対的無効であるということが出来る。」とされているのである（条解破産法366頁）。単なる対抗ができないということではなく、管理処分権を有しないことから、相対的ではあるが「無効」なのである。そして、本件無償譲渡申入れが原判決認定のとおり、原告と被告TMKの間で贈与契約があったのと同じ効果が生じ、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しても、正に、前述したように、本件無償譲渡申入れは、破産法48条1項の「破産者の法律行為によらないで権利を取得」する行為そのものであり、正に、本件の場合に48条1項は適用される規定である。

従って、破産手続との関係においては、本件無償譲渡請求の効力は生じておらず（無効）、従って、その間になされた本件訴訟提起による本件無償譲渡申入れの撤回は有効である。

以上