

別紙添付⑥

平成27年3月5日判決言渡 同日原本交付 裁判所書記官

平成26年(ネ)第1343号 建物収去土地明渡等請求控訴事件

(原審・大阪地方裁判所平成24年(ワ)第6907号)

口頭弁論終結日 平成26年12月24日

判 決

大阪市中央区北浜三丁目1番22号あいおい損保淀屋橋ビル

控訴人(一審原告)	大洋リアルエステート株式会社
同代表者代表取締役	堀 内 正 雄
同訴訟代理人弁護士	榎 本 峰 夫
同	大 西 克 彦
同	白 川 謙 三

東京都中央区日本橋本町一丁目9番13号

被控訴人(一審被告)	御堂筋共同ビル開発特定目的会社
同特別代理人	豊 永 泰 雄

東京都港区元赤坂一丁目3番1号

被控訴人(一審被告)	鹿島建設株式会社
同代表者代表取締役	中 村 満 義
同訴訟代理人弁護士	藤 原 浩
同	鈴 木 道 夫
同	芳 賀 成 之
同	河 野 申 二 郎

主 文

- 1 本件控訴をいずれも棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決中控訴人敗訴部分を取り消す。
- 2 被控訴人御堂筋共同ビル開発特定目的会社（以下「被控訴人TMK」という。）は、控訴人に対し、原判決別紙物件目録記載2の建物を収去して同目録記載1の土地を明け渡せ。
- 3 被控訴人TMKは、控訴人に対し、3億5199万5947円及びこれに対する平成24年7月6日から支払済みまで年14.6パーセントの割合による金員を支払え。
- 4 被控訴人TMKは、控訴人に対し、平成24年6月1日から第2項の土地明渡済みまで1か月5616万9566円の割合による金員を支払え。
- 5 被控訴人鹿島建設株式会社（以下「被控訴人鹿島建設」という。）は、控訴人に対し、原判決別紙物件目録記載2の建物を退去して同目録記載1の土地を明け渡せ。
- 6 被控訴人鹿島建設は、控訴人に対し、6億6467万3197円及びこれに対する平成24年7月6日から支払済みまで年5パーセントの割合による金員を支払え。
- 7 被控訴人鹿島建設は、控訴人に対し、平成24年6月1日から第5項の土地明渡済みまで1か月2808万4783円の割合による金員を支払え。
- 8 訴訟費用は、第1, 2審とも被控訴人らの負担とする。
- 9 仮執行宣言

第2 事案の概要

（以下、略称は原判決のものによる。）

1 事案の要旨

- (1) 控訴人は、三菱地所からの提案を受け、同社との間で、特定目的会社である被控訴人TMKを共同で出資して設立し、控訴人が所有する原判決別紙物件目録記載1の土地（本件土地）を被控訴人TMKに賃貸し、同土地上に原判決別紙物件目録記載2の建物（本件建物）を建築して、被控訴人TMKを

して、本件建物を用いたオフィスビルの賃貸事業（本件事業）を行う計画を立案した。

そして、上記計画に従って、被控訴人TMKが設立され、控訴人と被控訴人TMKとの間で本件土地につき定期借地権設定契約（本件借地権契約）が締結され、被控訴人TMKが被控訴人鹿島建設に対して本件土地上への本件建物の建築を発注し、被控訴人鹿島建設はこれを進めた。そして、本件建物の完成間近になって、控訴人は、被控訴人TMKの賃料不払を理由に本件借地権契約を解除した。本件建物は、当審の口頭弁論終結時まで、被控訴人鹿島建設が占有管理している。

- (2) 本件は、本件土地の所有者である控訴人が、(1)控訴人から本件土地を賃借し、本件土地上の本件建物を所有する被控訴人TMKに対し、本件借地権契約の終了及び本件土地の所有権に基づき、①本件建物を収去して本件土地を明け渡すこと、②被控訴人TMKの破産手続開始決定日の翌日である平成23年4月28日から平成24年5月31日までの約定賃料相当損害金合計7億3582万1314円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成24年7月6日から支払済みまで年14.6パーセントの割合による遅延損害金を支払うこと、③平成24年6月1日から本件土地明渡済みまで1か月5616万9566円の割合による約定賃料相当損害金を支払うこと、④本件土地につき賃借権設定登記の抹消登記手続をすることをそれぞれ求めるとともに、(2)本件建物を占有している被控訴人鹿島建設に対し、本件土地の所有権及び民法709条に基づき、⑤本件建物から退去して本件土地を明け渡すこと、⑥本件借地権契約を解除した日の翌日である平成22年6月11日から平成24年5月31日までの賃料相当損害金合計6億6467万3197円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成24年7月6日から支払済みまで民法所定の年5パーセントの割合による遅延損害金を支払うこと、⑦平成24年6月1日から本件土地の明渡済みまで1か月2808万478

3円の割合による賃料相当損害金を支払うことをそれぞれ求めた事案である。

なお、控訴人は、被控訴人鹿島建設に対し、上記のように本件土地所有権に基づく建物退去土地明渡しを請求しているため、本件建物所有権に基づく本件建物の明渡しは請求していない。

(3) 原判決は、本件借地権契約において定められていた、本件借地権契約が解除された場合において、被控訴人TMKが本件土地を更地にして返還することができないときには、本件建物を被控訴人TMKから控訴人に対して無償で譲渡するよう請求することができる権利（本件無償譲渡請求権）を、控訴人が行使したことにより、本件建物の所有権は被控訴人TMKから控訴人に移転したとして、(1)被控訴人TMKに対する請求のうち、①の建物収去土地明渡し請求を棄却し、②及び③の約定賃料相当損害金請求のうち控訴人が本件無償譲渡請求権を行使した日までの期間に係る分のみを認容し、④の賃借権設定登記抹消登記手続請求を認容し、(2)被控訴人鹿島建設に対する請求については、本件建物を占有することによって控訴人の本件土地の所有権を侵害したとはいえないとして、いずれの請求も棄却した。

そこで、控訴人が敗訴部分を不服として控訴した。

2 争点、前提事実及び争点に関する当事者の主張は、3のとおり当審における当事者の補足主張を加えるほかは、原判決の「事実及び理由」の第2の2ないし4記載のとおりであるから、これを引用する。

3 当審における当事者の補足主張

【控訴人の主張】

(1) 控訴人の本件無償譲渡請求権の行使により、本件建物の所有権が被控訴人TMKから控訴人に移転したか（争点(1)）について

ア 控訴人は、被控訴人TMKの本件破産手続中の平成23年11月22日の「通知書」により、被控訴人TMK管財人に対して本件無償譲渡申入れをした。

イ しかし、本件無償譲渡請求権は、その行使によって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はなく、請求権である。すなわち、本件借地権契約15条3項が「無償にて」の本件建物の譲渡を定めていることからすると、本件建物に抵当権や商事留置権が付着している場合には、それらを消滅させた上で本件建物の所有権を移転させる債権的請求権を規定しているものと解するべきである。また、本件無償譲渡請求権が、本件借地権契約16条に基づく土地明渡請求権及び原状回復請求権に代わるものとして定められたことからすると、少なくとも引渡しと一体として本件建物の所有権を移転するよう請求できる債権的権利と解するべきである。このことは、本件借地権契約の契約当事者の合理的意思としてもそうである。

したがって、本件無償譲渡請求権は破産債権となるから、被控訴人TMKの本件破産手続中にこれを個別に行使しても本件建物の所有権は被控訴人TMKから控訴人に移転しない。

ウ 本件無償譲渡請求権の要件については、原判決の争点(1)に関する控訴人の主張のとおりであるが、仮にそうでないとしても、本件借地権契約15条3項が、本件建物のテナントが「賃借を継続できる場合である等」の場合の無償譲渡請求権を定めているのは、少なくとも建物の引渡しを受けられることを前提としており、そうでない場合にまで本件無償譲渡請求権が発生するものではない。

したがって、本件建物を被控訴人鹿島建設が占有して控訴人が被控訴人TMKからその引渡しを受けられない状態である以上、控訴人による本件無償譲渡請求権の行使は効力を有さず、本件建物の所有権は控訴人に移転しない。

エ 控訴人による本件無償譲渡申入れは、被控訴人鹿島建設が本件建物に対して有効に商事留置権を主張することができず、立退きを求めることがで

きると認識してしたもので、その要素に錯誤があり、かつ、法的判断に関わるものであるから重過失があるともいえない。

したがって、本件無償譲渡申入れは錯誤により無効であり、本件建物の所有権は控訴人に移転しない。

オ(ア) 控訴人は、被控訴人TMKの本件破産手続中の平成23年11月22日の「通知書」により、被控訴人TMK管財人に対して本件無償譲渡申入れをしたが、これに対して被控訴人TMK管財人は、同年12月5日付け書面で、同申入れを拒否した。このため、控訴人は、被控訴人TMK管財人に対して、本件無償譲渡申入れが権利濫用だといふのであれば本件建物の収去をするよう求めており、これにより本件無償譲渡の申入れを撤回した。そして、被控訴人TMK管財人も、被控訴人鹿島建設も、無償譲渡の効力が有効に生じているとの認識はなかったものであり、三菱地所が申し立てた調停手続において本件建物を控訴人が無償で譲り受けることを含む調停案の提案をしたのもその前提であり、実質的に本件無償譲渡申入れを撤回している。そして、被控訴人ら及び三菱地所はいずれもこの提案を拒否した。これらのとおり、控訴人は、本件無償譲渡申入れを撤回した。

仮にそうでないとしても、控訴人は、平成23年6月27日、本件訴訟を提起して、本件建物の収去と本件土地の明渡しを請求することにより、本件無償譲渡申入れを撤回した。

(イ) 法律行為の撤回は、当該法律行為の効果が生じた後は行えないとされているが、本件においては、平成24年7月13日に被控訴人TMK管財人が本件建物を破産財団から放棄し、異時廃止がされるまでは、破産法48条1項により、いまだその効力が確定的に生じているとはいえない。また、破産手続外の被控訴人TMKとの関係でも、同被控訴人に本件建物の管理処分権はないのであるから、所有権移転の効力は生じない。

したがって、(ア)の撤回は有効である。なお、本件無償譲渡申入れに対する破産法48条の適用の有無については、①「破産者の行為によらないで権利を取得」しようとした点で同条の文言に合致すること、②同条の適用を認めることが破産者以外の第三者の行為によって破産財団が減損することを防止するという同条の趣旨に合致すること、③同条は破産者が破産手続開始によって管理処分権を喪失したことを前提とする規定であるが、本件でも破産者である被控訴人TMKが管理処分権を喪失していたことから、同条の適用を認めるべきである。

また、相手方の承諾がある場合も撤回は有効であるが、本件では(ア)のとおり被控訴人TMK管財人は本件無償譲渡申入れを拒否しており、これは撤回の事前同意といえるものであるから、この点でも(ア)の撤回は有効である。

意思表示の撤回が制限される趣旨は、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のを防ぐためであるが、本件では、上記のとおりそのような事情はなく、関係者の利益を害してもいないから、(ア)の撤回は有効である。

カ 控訴人は、予備的に原審での平成25年12月19日付け第10準備書面によって、本件無償譲渡請求権の行使により成立した無償譲渡契約に係る本件建物の引渡義務及び所有権移転登記手続義務の不履行を理由に、同契約を解除する旨の意思表示をしたから、仮に本件無償譲渡請求権の行使によって本件建物の所有権が控訴人に移転したとしても、その効果は遡及的に消滅した。

本件無償譲渡請求権の行使によって贈与契約があったのと同じ効力が生じるとするならば、債務不履行解除も認められるはずである。現に、借地借家法上の建物買取請求権が行使された場合には、借地上建物の売買契約が締結されたのと類似の効果が発生し、建物の代金支払請求権と引渡請

求権については、同時履行や危険負担のほか、民法577条の適用が認められている。

(2) 被控訴人鹿島建設に対する請求関係について

ア 被控訴人鹿島建設に商事留置権が発生しないことは、原判決の争点(3)に関する控訴人の主張のとおりである。

イ 確かに判例は、建物賃借人について土地の不法占有を原則的に否定するが、これは建物賃借人の建物の占有権原の反射的效果として土地を占有する権原が認められることが前提となっていると考えられる。被控訴人鹿島建設には本件建物の占有権原の反射的效果として本件土地を占有する権原を認める余地はなく、本件土地の周囲に現状のフェンスを再度設置することで本件土地を直接に不法占有していることから、被控訴人鹿島建設は本件土地の所有権を侵害しているものとして、賃料相当損害金の支払請求が認められるべきである。

【被控訴人TMKの主張】

原判決における被控訴人TMKの主張のとおりであり、控訴人の主張はいずれも争う。

本件無償譲渡請求権の行使に破産法48条が適用されるかについては、本件無償譲渡請求権は、いわ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、本件建物の所有権の控訴人への移転という物権的效果を目的とする形成権であり、人的請求権でもなく、破産法62条の取戻権の基礎となる権利であるから、当該権利の行使は、破産法100条1項の適用を受けず、破産手続外で行使し得ると考えるべきである。もっとも、このような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。他方、控訴人は、破産法人としての被控訴人TMKには本件無償譲渡請求権の取得及び行使を対抗できるから、両者の間では行使の効

果が生じ、被控訴人TMKに対しては本件建物の取得を対抗することができる状態となった。

【被控訴人鹿島建設の主張】

原判決における被控訴人鹿島建設の主張のとおりであり、控訴人の主張はいずれも争う。

本件無償譲渡請求権の行使に破産法48条が適用されるかについては、同条の趣旨は、破産者以外の第三者の行為によって破産財団が減損することを防止する点にあるところ、本件借地権契約は、賃貸人である控訴人による本件借地権契約の解除通知により、又は借地人である被控訴人TMKの破産手続開始により終了し、被控訴人TMKはその収去義務を負うことになったが、被控訴人TMKが本件建物収去義務を履行することは不可能な状況にあったから、本件建物は、控訴人に対する賃料相当損害金という財団債権を日々発生させるだけのものとなっていた。したがって、本件無償譲渡申入れ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いから、破産法48条1項の適用はないというべきである。したがって、控訴人による本件無償譲渡請求権の行使は、破産財団との関係においても確定的に有効であったから、控訴人が撤回することはできない。

第3 当裁判所の判断

1 認定事実

原判決「事実及び理由」の第3の2記載のとおりであるから、これを引用する。

2 控訴人の本件無償譲渡申入れによる本件建物の所有権の移転について（争点(1)）

当裁判所も、控訴人が本件無償譲渡請求権を行使したことにより、本件建物の所有権が被控訴人TMKから控訴人に移転したと判断する。その理由は、(1)のとおり原判決を補正し、(2)のとおり控訴人の当審における補充主張に対する

判断を加えるほかは、原判決「事実及び理由」の第3の3記載のとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決の補正

ア 原判決48頁10行目の「，本件借地権契約」から14行目の「類似すること」までを削除し，16行目の「原告と」から18行目までを，「本件建物の所有権が当然に控訴人に移転するという物権変動を直接生じさせる形成権であると解するのが相当である。」と改める。

イ 原判決48頁22行目から49頁3行目までを次のとおり改める。

「イ ところで，破産管財人が破産者の一般承継人たる地位に立つことからすると，破産手続開始前に破産者が有していた管理処分権に基づいて法律行為の成立に関する基本的行為が完了している場合には，他に特段の規定がない限り，法律行為の相手方は，破産手続開始後においても，その行為によって法律行為の効力を破産管財人に対しても有効に生じさせることができると解するのが相当であり，この場合には，破産者が破産財団に属する財産の管理処分権を失うことの反映である破産法48条1項の適用はないと解される。このことは契約について破産手続開始前に発生した解除権や取消権を破産手続開始後に行使する場合と同様である。

これを本件について見ると，被控訴人TMKは，その破産手続開始前において，その処分権に基づいて本件借地権契約を締結し，控訴人に対して形成権たる本件無償譲渡請求権を付与し，その上で，控訴人が本件借地権契約を賃料不払により解除しており，また，解除に至る経緯から見て被控訴人TMKは本件建物を収去して本件土地を明け渡すことができない状況にあったと認められるから，控訴人は，破産手続開始後に，建物収去土地明渡請求権の行使に代えて，予め付与されていた本件無償譲渡請求権を破産手続外で有効に行使することができ

る。

ウ もともと、この場合でも、物権変動の対抗要件に関する民法177条の適用の関係では、破産管財人が差押債権者と同じく同条の「第三者」に当たると解されることからすると、控訴人が本件無償譲渡請求権を行使したことによって生じた所有権移転は、これを被控訴人TMK管財人に対抗することができないというべきである。

この点について、控訴人は、このことから、控訴人がした本件無償譲渡請求権の行使は無効であると主張するが、物権変動を目的とする法律行為がされた場合に、その物権変動を第三者に対抗できないからといって、当該法律行為が直ちに無効となるものではないから、控訴人の同主張は採用できない。

もともと、控訴人の上記主張は、控訴人が本件無償譲渡請求権の行使による所有権移転を被控訴人TMK管財人に対抗できない結果、控訴人は本件建物の所有権を確定的に取得しないこととなるとの趣旨とも解される。しかし、破産管財人が破産財団に属する財産について有する管理処分権は、破産手続において同財産を換価するために破産法上与えられるものであり、通常の譲受人のように目的財産を自ら使用収益処分することを目的とするものではないから、その管理処分権は、破産手続の遂行上、換価手続を有効に行う限度で与えられれば足りる。そして、破産手続において当該財産の換価処分を有効に行うためには、当該財産の買受人が取得する所有権に破産手続開始時からの対抗力を付与する必要があることから、破産管財人が民法177条の「第三者」に当たると解されるのである。そうすると、破産管財人が民法177条の「第三者」に当たるとしても、破産管財人が破産手続開始によって直ちに確定的に所有権を取得するものではなく、破産手続において換価処分がされ、買受人が対抗要件を具備したときに当該買受人

が確定的に所有権を取得し、その反面として、対抗要件を具備しない物権取得者はその権利を確定的に失うに至ると解するのが相当である。したがって、控訴人の上記主張は採用できない。

そして、破産手続が開始されたが、換価処分がされないまま破産手続が廃止された場合や、対象となる財産が破産財団から放棄された場合には、当該財産に対する破産管財人の管理処分権が失われる結果、対抗関係が消滅することになるから、それ以前に対抗要件を具備しない物権を取得していた者も、物権変動の前主からその物権を有効に取得した状態になると解される。

そうすると、本件においては、控訴人が本件無償譲渡申入れをした後に、被控訴人TMKの破産手続が廃止され、また、本件建物が破産財団から放棄されているのであるから、本件無償譲渡申入れにより、本件建物の所有権が平成23年11月22日に被控訴人TMKから控訴人に移転したとの効果は、有効に発生している。」

ウ 原判決50頁20行目の「すなわち」から24行目末尾までを、「すなわち、前記のとおり、控訴人による本件無償譲渡請求権の行使は有効にされ、その効果も所有者である被控訴人TMKとの間では生じているのであるから、その物権変動を被控訴人TMK管財人に対抗することができないとしても、不動産の二重譲渡において一方の譲受人が他方の譲受人に所有権取得を対抗できない場合に譲受けを自由に撤回できないのと同様、本件無償譲渡請求権の行使を自由に撤回することはできない。」と改める。

エ 原判決51頁18行目から19行目にかけての「贈与契約があったのと同様の効力が当然に生じるのであって、両者の間で」を削除する。

オ 原判決52頁7行目の「また」から9行目末尾までを次のとおり改める。
「また、所有権に基づく返還請求権は、占有によって目的物の所有権の実現が妨げられている場合にその妨害を除去することを目的とするもの

であるが、土地上に建物が存する場合には、その敷地に関する限り、土地の占有使用を妨げているのは建物の存在であり、建物の占有者は直接土地の使用収益を妨げているものではない。したがって、建物の占有者は、建物所有者が建物収去義務を負い、その建物の収去を実現するために必要な場合でない限り、建物退去土地明渡義務を負わないと解するのが相当である。」

(2) 控訴人の当審における補充主張に対する判断

ア 控訴人は、本件無償譲渡請求権は形成権ではなく債権的請求権であると主張する。

しかし、先に1で引用した原判決記載の認定事実における本件借地権契約15条3項を設けた経過及びその内容からすると、その趣旨は、控訴人が被控訴人TMKの意思いかんにかかわらず無償で本件建物の所有権を取得し得るようにする点にあったということができ、そのためには、本件無償譲渡請求権は、被控訴人TMKの何らの履行行為を経ずして、控訴人の意思表示のみにより当然に本件建物の所有権を移転させる形成権であると認めるのが最も合理的であり、当事者の合理的意思にも沿うというべきである。

この点について控訴人は、本件無償譲渡請求権は、本件建物に抵当権や商事留置権が付着している場合にはそれらを消滅させることも内容とするから、債権的請求権であるとの趣旨の主張をする。しかし、本件借地権契約15条3項が、本件契約終了に伴う本件建物の各テナントへの通知や各テナントの本件建物からの退去を被控訴人TMKの負担・費用をもって遂行する旨を定めた同16条の適用を排除していることからすると、同15条3項は、それらの負担を控訴人の負担・費用で行うことを前提にしていると認められる。このように、本件建物に付着した負担を控訴人が負うものとされていることに加え、原判決が認定するとおり、本件借地権契約に

同条項を設ける過程においては、控訴人が本件建物を無償で譲り受けられること自体が控訴人に有利なものであると解されていたことを併せ考慮すると、本件無償譲渡請求権が、本件建物に抵当権や商事留置権が付着している場合にそれらを消滅させることも内容とするものであると認めることはできない。

また、控訴人は、本件無償譲渡請求権は、引渡しと一体として本件建物の所有権を移転することを内容とするから債権的請求権であるとの趣旨の主張をする。しかし、本件無償譲渡請求権をもって所有権移転を直接生じさせる形成権であると解したとしても、所有権移転の効果として引渡義務が発生することになるから、被控訴人TMKに引渡義務が生じるからといって、本件無償譲渡請求権を債権的請求権と解すべき理由となるものではない。

したがって、控訴人の主張は採用できない。

イ 控訴人は、控訴人が建物の引渡しを受けられない場合にまで本件無償譲渡請求権が発生するものではないと主張する。

しかし、本件借地権契約15条3項が、各テナントの本件建物からの退去を控訴人の負担・費用をもって行うことを前提としていると解されることは前記アで述べたとおりである。したがって、同条項は、本件建物に直接占有者がいる場合には、現状のままで控訴人に観念的に引き渡せば足りる趣旨であると解するのが相当であり、控訴人の上記主張は採用できない。

ウ 控訴人は、控訴人による本件無償譲渡申入れは、被控訴人鹿島建設が本件建物に対して有効に商事留置権を主張することができず、立退きを求めることができると認識してしたもので、その要素に錯誤があると主張する。

しかし、先に1で引用した原判決の認定事実のとおり、控訴人が本件無償譲渡申入れを行った平成23年11月22日より前の時点で、被控訴人鹿島建設は、控訴人に対して、請負残代金の未払を理由に本件建物を留置

していることを主張していたのであるから、控訴人は、そのリスクを承知で本件無償譲渡申入れをしたという以外にない。したがって、仮に被控訴人鹿島建設が本件土地について商事留置権を有するとしても、控訴人が認識していたリスクが現実化したにすぎないから、要素の錯誤に当たるとはいえない。控訴人の上記主張は採用できない。

エ 控訴人は、被控訴人TMK管財人から本件無償譲渡申入れが拒否されたことから、同申入れを撤回したと主張するが、控訴人が撤回したとは認められないことは、原判決50頁7行目から13行目までの記載のとおりである。確かに、被控訴人TMK管財人からの回答（甲27）を受けた通知（乙19）では、「弊社の無償譲渡請求もまた権利濫用というのであれば、速やかに建物の収去を履行されたい。」との記載もあるが、これは、その直前の「弊社としては、建物収去土地明け渡しの判決を得て取り壊したうえ、撤去費用を破産財団に請求することになるが、破産財団にそのような資産がないことは承知しているので、代替措置として、定期借地権設定契約書に基き建物の無償譲渡を要求しているものである。」とあるのを裏から言い換えたものにすぎず、通知全体として見れば無償譲渡の承認を求め続けていることに変わりはないと認められるから、控訴人の上記主張は採用できない。

また、控訴人は、本件訴訟の提起によって本件無償譲渡申入れを撤回したと主張する。しかし、仮にそうであるとしても、先に述べたとおり、控訴人による本件無償譲渡請求権の行使は有効にされており、ただ所有権移転を被控訴人TMK管財人に対抗できないにとどまるものであるから、自由に撤回できないと解するべきことは先に述べたとおりである。

なお、控訴人は、上記の撤回について被控訴人らの同意があったとも主張するが、そのことを認めるに足りる証拠はない。

したがって、控訴人の上記主張は採用できない。

オ 控訴人は、予備的に、本件無償譲渡申入れを解除したから、本件建物の所有権移転という効果は遡及的に消滅したと主張する。

しかし、法定解除は、契約についてなし得るものであり、形成権の行使は解除の対象とはならない。また、本件無償譲渡申入れは、本件建物の所有権を移転することのみを目的とするものであるから、あえて債権的な贈与契約が成立したものと扱う必要はなく、所有権移転が直接生じる一種の物権行為であると把握するのが最も端的である。被控訴人TMKが負う引渡義務や所有権移転登記手続義務も所有権移転の効果として発生すると解すれば足りる。したがって、控訴人の上記主張は採用できない。

この点について、控訴人は、建物買取請求権を行使した場合には、同時履行、危険負担、民法577条の適用があると指摘する。しかし、建物買取請求権の行使の場合には、借地契約の当事者双方が負う義務の対価的均衡や牽連性を図る必要があることから、その趣旨を図るための条項が適用ないし類推適用される必要があるにすぎないから、建物買取請求権行使の場合にそれらの条項の適用があるからといって、形成権である本件無償譲渡権行使が法定解除の対象となるとはいえない。

3 被控訴人TMKに対する損害賠償請求について（争点(4)）

原判決「事実及び理由」の第3の4記載のとおりであるから、これを引用する。

4 被控訴人鹿島建設に対する損害賠償請求について（争点(5)）

(1) (2)のとおり控訴人の当審における補充主張に対する判断を加えるほかは、原判決「事実及び理由」第3の5記載のとおりであるから、これを引用する。

ただし、原判決53頁4行目の「建物占有者」から8行目の「べきではなく」までを、「先に述べたとおり、建物の占有者の存在は、それによって直ちに土地の使用収益を妨害するとはいえず、たとえ建物所有者が建物収去義務を負う場合であっても、所有者の使用収益が現実に妨害された原因は、建

物所有者が同義務に違反して任意に建物を収去しようとしないうことにあり、建物の占有者が存在することにあるわけではない。このことに照らせば」と改める。

(2) 控訴人の当審での補足主張に対する判断

ア 控訴人は、建物占有者について土地の不法占有が否定されるのは、建物占有者が有する建物の占有権原の反射的効果として土地を占有する権原が認められることが前提となっており、建物の占有権原のない建物占有者には土地の不法占有が認められるべきであるとの趣旨の主張をする。

しかし、先に述べたとおり、建物占有者について土地の不法占有が否定されるのは、土地上に建物が存する場合に土地所有者の使用収益が現実に妨害されている原因は、建物所有者が建物を収去しないことにあり、建物の占有者が存在することにあるわけではない点にあるから、建物占有者が建物の占有権原を有しているか否かは影響を及ぼすものではない。

イ 控訴人は、被控訴人鹿島建設は本件土地の周囲に現状のフェンスを再度設置することで本件土地を直接に不法占有していると主張する。

しかし、弁論の全趣旨によれば、被控訴人鹿島建設がフェンスを設置しているのは、本件建物の敷地の範囲内であると認められるから、なお被控訴人鹿島建設は、本件建物の占有と離れて本件土地を直接占有しているとは認められない。

5 以上によれば、控訴人の請求は原判決が認容した限度でこれを認めるのが相当であり、本件控訴は理由がないから、本件控訴をいずれも棄却することとし、主文のとおり判決する。

大阪高等裁判所第8民事部

裁判長裁判官 山 田 知 司

裁判官 寺 本 佳 子

裁判官高松宏之は，転補のため署名押印できない。

裁判長裁判官 山 田 知 司

これは正本である。

平成 27 年 3 月 5 日

大阪高等裁判所第8民事部

裁判所書記官 是兼伸弘