

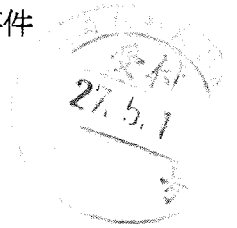


別紙添付③

平成27年（ネ受）第118号 建物収去土地明渡等請求上告受理申立事件

申立人 大洋リアルエステート株式会社

相手方 御堂筋共同ビル開発特定目的会社外1名



上告受理申立理由書

平成27年5月13日

最高裁判所 御中

申立人 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



上記申立人訴訟代理人

弁護士 榎 本 峰



弁護士 大 西 克



弁護士 白 川 謙



申立人は、下記のとおり上告受理申立ての理由を提出する。

記

原判決は、申立人が本件無償譲渡申入れにより本件建物の所有権を取得したと認定し、控訴を棄却するものであるが、原判決は理由不備及び判決に影響を及ぼすべき重要な法令の解釈・適用の誤りを含むものであるから、破棄されなければならない。

原判決中の引用にあたって、「控訴人」を「申立人」、「被控訴人」を「相手方」とするほか、本理由書の略語等は、新たに用いるもののほか、従前の例による。

目 次

理由要旨	4
上告受理申立の理由	
第1 破産手続開始後になされた本件無償譲渡申入れの効力について原判決の法令の解釈及び適用の誤り及び理由の不備	
1 原判決の判示	9
2 破産法48条1項の解釈の誤りと理由不備	10
3 対抗関係とする誤り	16
4 財団放棄により有効に所有権取得の効力が生じているとの誤り	18
5 二重譲渡として撤回ができないとする誤り	19
6 破産法48条1項の解釈及び趣旨	20
第2 本件無償譲渡申入れの撤回が有効であること	
1 原判決の判示	23
2 破産法48条の解釈の誤りと本件無償譲渡申入れの撤回の理由不備	24
3 本件無償譲渡申入れの撤回に関する証拠評価及び事実認定の経験則違反と理由不備	24
4 本件無償譲渡申入れの撤回に対する相手方TMK破産管財人の同意に関する証拠評価及び事実認定の経験則違反と理由不備	25
5 本件無償譲渡申入れの撤回の有効性について	25
6 申立人の本件無償譲渡申入れの撤回の意思表示の存在	28
(1) 申立人による本件無償譲渡申入れの撤回は当然に認められること	28
(2) 訴訟提起による撤回の意思表示	30
7 本件無償譲渡申入れの撤回が第三者の利益を害するものではないこと	31
8 本件無償譲渡申入れの意思表示の相手方である相手方TMKの破産管財人が本件無償譲渡申入れの撤回に明示又は黙示に承諾しているか、又は、本件無償譲渡申入れの効力そのものを争っていること	31
9 本件無償譲渡申入れにより申立人が本件建物の所有権を取得することはないこと	32
第3 本件無償譲渡請求権の法的性質について	
1 原判決の判示	33
2 本件無償譲渡請求権の法的性質を誤った経験則違反	34
3 本件借地権契約15条3項は、本件建物に付着する抵当権や商事留置権等の負担を消滅させた上で本件建物を移転させる請求権(債権)を規定したものであること	35

4	原判決は本件借地権契約の当事者の合理的意思に反し、賃貸人たる相手方の権利・利益を軽視するものであること	36
5	契約当事者の意思解釈から本件無償譲渡請求権は当然に債権であること	38
6	破産手続中における本件無償譲渡請求権（債権）の個別的権利行使の禁止	38
第4	解除	
1	原判決の判示	39
2	本件無償譲渡請求権が贈与契約と同一の効力であった場合に債務不履行解除が認められること	39
3	本件無償譲渡申入れの解除権（民法541条類推適用）が認められること	40
4	原判決は、本件無償譲渡申入れの法的性質、民法上の解除権に関する規定（民法541条）の解釈・適用を誤ったものであり、建物買取請求権行使の効果に関する最高裁判所の先例にも反すること	41
第5	本件無償譲渡請求権の要件を満たしていないこと	
1	原判決の判示	41
2	本件借地権契約書15条3項は、本件建物の各テナントの賃貸の承継を前提とすること	41
3	本件借地権契約15条3項は本件建物の現実の引渡を前提としていること	42
4	相手方TMKから申立人に対する観念的な占有移転も認められないこと	42
5	本件借地権契約の解釈・適用を誤った経験則違反と理由不備	42
第6	錯誤無効	
1	原判決の判示	43
2	「要素の錯誤」（民法95条）の解釈・適用を誤ったものであること	43
3	申立人に錯誤があること	43
4	「要素の錯誤」（民法95条）の解釈・適用を誤った法令違反	44
第7	相手方鹿島建設に対する損害賠償請求及び相手方鹿島建設の明渡義務について	
1	原判決は、建物占有者による土地の不法占有に関する最高裁判決に違反すること	44
2	相手方鹿島建設の本件建物の占有には占有権原がないこと	45
	（1）不動産に商事留置権は成立しないこと	45
	（2）破産による留置権能の消失	46
	（3）工事請負契約書による商事留置権の不成立	47
	（4）借地契約解除による占有権原の消滅	47
3	相手方鹿島建設に本件建物からの退去及び撤去を求める通告の事実	48
4	建物占有者による土地の不法占有に関する最高裁判決に反すること	50

理 由 要 旨

第1 原判決は、破産法48条1項の解釈の誤り及び理由不備がある。

- 1 破産法48条1項は、民事再生法44条1項および会社更生法55条1項が、「再生債権、更生債権につき」という限定が付いているのと異なり、その範囲は広く解されており、破産法48条1項は、破産債権者が破産者の所有する動産あるいは有価証券の占有を破産手続開始後取得した場合の商事留置権の取得について、その商事留置権の取得は破産管財人に対して主張し得ないとされ、また、破産手続開始前に破産者が債権譲渡した場合の破産手続開始後の第三債務者による承諾による対抗要件の具備がされても、譲受人は破産管財人に対して債権譲渡の効力を主張できないと解されている。また、破産手続開始前に破産者が、第三者のために借地権を設定し、その第三者が建物を建築し、破産手続開始後その第三者が当該建物について所有権保存登記をした場合にも適用されると解されている。このように、破産手続開始後の破産者の法律行為によらないところの権利取得要件や対抗要件の具備という行為があっても、商事留置権の取得、譲渡債権の取得、及び借地権の取得を、破産手続においてその効力を主張しえないとしているものである。ところが、原判決は、何ら根拠無く本条の適用を否定して、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、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ると、一方で、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、申立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、これを相手方TMK管財人に対抗できないというべきであるとするが、明らかに破産法48条1項の解釈を誤ったものであり、そもそも破産手続開始後に申立人が破産管財人に対して本件無償譲渡申入れをしても、破産法48条1項により、破産手続においてその効力は生ぜず、対抗関係とはならないのである。

従って、破産手続き開始後に本件無償譲渡申入れを行った申立人とその申入れを受けた破産管財人との関係を二重譲渡とするのは明らかに誤りであり、また、本件無償譲渡申入れは破産手続きにおいてその効力が生じていないから、その間になされた撤回は当然有効となるのである。

第2 本件無償譲渡申入れの撤回が有効であること

原判決は、本件無償譲渡申入れを自由に撤回することはできないと判示した上、本件無償譲渡申入れを撤回したとする申立人の主張は採用できず、また、同撤回について相手方の同意があったことを認めるに足りる証拠はないとして、本件無償譲渡申入れの撤回が認められない旨を判示する。

しかしながら、本件無償譲渡申入れの撤回については、(i)本件無償譲渡申入れが破産手続き開始後になされ、破産法48条1項により破産手続きとの関係において当然に無効であること、(ii)本件無償譲渡申入れが破産手続きとの関係において無効である時点において(破産手続中において)、申立人による同申入れの撤回の意思表示がなされたこと、(iii)本件無償譲渡申入れの撤回については、後述のとおり意思表示の相手方である相手方TMK破産管財人の明示又は黙示の承諾が存在するものであることから、撤回は有効になされたものである。

よって、原判決には、破産法48条1項の解釈・適用を誤り、本件無償譲渡申入れの撤回の可能性及び有効性について判断を誤るものであり、本件無償譲渡申入れを撤回できない理由について、理由不備の違法がある。また、本件の事実経過に照らせば、申立人が本件無償譲渡申入れを撤回している事実、及び、同申入れの意思表示の相手方である相手方TMK破産管財人が明示又は黙示にこれを承諾していた事実は優に認められ、本件無償譲渡申入れの撤回を認めない原判決の判示は、本件の事実経過に関する証拠評価及び事実認定について経験則に違反し、理由不備の違法がある。

第3 本件無償譲渡請求権の法的性質について

原判決は、本件無償譲渡請求権を「申立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」と判示する。

しかし、本件借地権契約の当事者の合理的意思解釈としては、本件無償譲渡請求権の行使により、①担保物権等の負担のない無償の状態（少なくとも対価なく引渡が受けられる状態）で本件建物の所有権移転を請求できること、②本件建物の引渡請求権、③所有権移転登記請求権を取得するということである。

よって、本件無償譲渡請求権の法的性質は、土地賃貸人の賃貸借契約の終了に基づく土地明渡請求権、原状回復請求権に代わり、引渡と一体とした所有権移転を求める債権的請求権であると考えべきであり、同権利を申立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する原判決は、経験則に違反して本件借地権契約の解釈・適用を誤り、本件無償譲渡請求権の法的性質を見誤るものであり、理由不備の違法があるから、破棄を免れない。

そして、本件無償譲渡請求権は債権的請求権であり、相手方TMKの破産手続中は、破産債権の個別的権利行使が禁止されていることから（破産法第100条）、相手方TMKの破産手続中に、破産債権である本件無償譲渡請求権を個別に行使したとしても、本件建物の所有権が申立人に移転することはない。

第4 解除

原判決は、本件無償譲渡申入れについて、解除の可能性・有効性を否定するが、本件無償譲渡申入れにより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、所有権だけ申立人に移転し、申立人が本件無償譲渡申入れの拘束力から絶対に逃れられないという結果は明らかに不当である。相手方TMKが本件建物の引渡債務や所有権移転登記義務を履行していない場合には、本件無償譲渡申入れの拘束力から解放されるため、民法上の解除権に関する規定（民法541条以下）に基づき、申立人には本件無償譲渡申入れの解除権（或いは撤回権）が認められるべき

であって、原判決は、経験則に違反して本件無償譲渡申入れの法的性質を誤り、民法上の解除権に関する規定(民法541条以下)の解釈・適用を誤ったものであり、破棄を免れない。

第5 本件無償譲渡請求権の要件を満たしていないこと

原判決は、本件借地権契約15条3項は、本件建物に直接占有者がいる場合には、現状のままで申立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るとして、本件無償譲渡申入れの効果を認める。

しかしながら、本件借地権契約15条3項は、各テナントの退去を直ちに求めるものではないにしても、土地賃貸人である申立人が賃借人である相手方TMKから本件建物全体について現実の引渡しを受けることを当然の前提としていると考えべきであり、相手方鹿島建設が本件建物を違法に留置するために、申立人が同建物の現実の引渡しを受けることができない上、相手方TMKから申立人に対する占有改定や指図による占有移転などの本件建物についての観念的な占有移転も認められない本件の事実関係の下では、本件無償譲渡申入れは本件借地権契約15条3項の要件を満たさず、その効果が発生しないものというべきである。

従って、本件借地権契約15条3項は、本件建物に直接占有者がいる場合には、現状のままで申立人に観念的に引き渡せば足りる趣旨であるとする原判決は、経験則に違反して本件借地権契約の解釈・適用を誤るものであり、理由不備の違法があるから、破棄を免れない。

第6 錯誤無効

原判決は、本件無償譲渡申入れについて要素の錯誤が認められない旨を判示するが、申立人は相手方鹿島建設に本件建物の商事留置権が認められず、立退きを求められるものと認識し、同申入れを行ったものである。相手方鹿島建設が商事留置権を主張し、仮に、商事留置権が認められれば引渡しを受けられず、また、商事留置権

が認められない場合においても、相手方鹿島建設が現実に本件建物を占拠しているため、申立人は相手方TMKから本件建物の引渡が現実に受けられないことから、申立人の行った本件無償譲渡申入れの意思表示には、その要素に錯誤があったものというべきである。法律の錯誤も要素の錯誤として無効原因になり得ることから（大審院判例昭和10年2月4日）、本件において相手方鹿島建設に本件建物の商事留置権（占有権原）がないと誤信してなされた申立人の本件無償譲渡申入れには、要素の錯誤として無効原因が認められるものである。よって、申立人の錯誤を要素の錯誤に当たらないとした原判決は民法95条の解釈・適用を誤ったものであり、破棄を免れない。

第7 相手方鹿島建設に対する損害賠償請求及び同鹿島建設の明渡義務について

原判決は、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と判示し、相手方鹿島建設の不法占有を否定する（原判決16頁下3行目）。

しかしながら、占有権原を有せず建物を占有し続ける者には土地の占有に対する違法性が認められるところ、相手方鹿島建設には、本件建物に対する商事留置権は成立せず、同鹿島建設の本件建物の占有には占有権原がないことは明白である。よって、相手方鹿島建設は本件土地及び建物を不法に占有するものである。

したがって、原判決は、相手方鹿島建設の本件建物の占有権原の有無や商事留置権の成否について法令の解釈及び適用に誤りがあり、かつ、建物占有者による土地の不法占有に関する最高裁判所の判決（最判平成16年10月29日金融法務事情1752号50頁、最高裁昭和44年11月6日判決判例時報579号52頁、最判昭和31年10月23日民集10巻10号1275頁判例時報93号8頁）にも違反するものであり、破棄を免れない。

上告受理申立の理由

第1 破産手続開始後になされた本件無償譲渡申入れの効力について原判決の法令の解釈及び適用の誤り及び理由の不備

1 原判決の判示

原判決は、本件無償譲渡申入れにより、本件建物の所有権が申立人に移転する理由として次のとおり判示する（原判決10頁～12頁）。

①「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、・・・申立人は、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。」

②「もっとも、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、申立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、これを相手方TMK管財人に対抗できないというべきである。」

「この点について、申立人は、このことから、申立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、申立人の同主張は採用できない。」

③「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、申立人の上記主張は採用できない。」

④「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、本件については、申立人が本件無償譲渡申入れをした後に、相手方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日に相手方TMKから申立人に移転したとの効果は、有効に発生している。」

⑤「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。」

2 破産法48条1項の解釈の誤り及び理由不備について（上記原判決①について）

(1) 原判決は、以下のとおり破産法48条1項の解釈・適用を誤り、かつ、理由不備である。

原判決は、上記①「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。」として独自の解釈を判示する。

まず、何故破産法48条1項が適用されないと解するのが相当であるのか、何ら論理的説明がなされておらず、法令の解釈及び適用の誤りのみならず、明らかに理由不備である。

原判決は、「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、「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」であるとして、破産法48条1項の適用はないとするが、何故破産法48条1項の適用がないのか、何ら合理的理由は述べられておらず、また、「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」とは何か、その意味が不明であり、かつ、何故「基本的行為」なのか、かかる解釈の根拠が全く不明である上、その適用範囲も極めて不明確であり、破産管財人の管理処分権を徒に弱体化させることになる。

(2) 更に、「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」「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」であるとするが、この意味も不明であり、破産管財人(破産者ではなく)に対して「法律行為の効力を有効に生じさせることができる」ということは、管理処分権を有する破産管財人に対する本件無償譲渡申入れにより、申立人の所有権取得を有効に生じさせることができるということになり、そうすると破産管財人に移転登記義務及び引渡義務が生ずるという

ことにならなければならない。ところが、原判決は、上記②で「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、申立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、これを相手方TMK管財人に対抗できないというべきである。」として、破産管財人に対して有効としながら、所有権取得を同じ破産管財人に対して対抗できないとするが、後に述べるように論理の破綻をきたしている。

(3) また、原判決は、上記①後段で、「申立人は、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。」としているが、破産手続外で有効に行使できるかどうかではなく、破産手続開始後に破産管財人に対して行った本件無償譲渡申入れが、破産手続においてその効力を主張できるのか、できないのかが議論されているのであり、原判決が論ずる内容は全く意味のないことである。破産手続において、破産管財人に対して申立人の行った本件無償譲渡申入れは、破産手続においてその効力を主張できない、すなわち、破産管財人に対しては無効（相対的無効）なのである。

(4) 破産管財人に対する本件無償譲渡申入れは、後に詳述するが、正に破産手続開始後に、破産者の法律行為によらないで、破産財団に属する財産に関してなされた行為そのものであり、破産法48条1項の文理解釈からも本条文趣旨からも当然に同条の適用要件を満たすものである。従って、原判決は、何故破産法48条1項が適用されないのか理由を述べなければならない。しかし、原判決は、ただ単に、本件無償譲渡申入れについて破産法48条1項の適用を回避するため、何ら合理的根拠を示さず、破産手続開始前に「基本的行為が完了」した場合に、破産手続開始後に法律行為の効力を破産管財人に対して有効に生じさせることができるなどとして、無理矢理に破産法48条1項の適用を否定するものである。

破産法48条1項は、民事再生法44条1項および会社更生法55条1項が、「再生債権、更生債権につき」という限定が付いているのと異なり、そのような限定が

付いていないので、その範囲は広く解されている。

そして、破産法48条1項の適用対象として争いがないものとして、「破産債権者が破産者の所有する動産あるいは有価証券の占有を破産手続開始後取得した場合の商事留置権（商法31条、521条、会社法20条）の取得であり、その商事留置権の取得は破産管財人に対して主張し得ない。」とされ、また、「破産手続開始前に破産者が債権譲渡した場合の破産手続開始後の第三債務者による承諾による対抗要件の具備（譲受人は破産管財人に対して債権譲渡の効力を主張できない）」の場合に適用されると解されている（条解破産法「第2版」391～392頁）。また、破産手続開始前に破産者が、第三者のために借地権を設定し、その第三者が建物を建築し、破産手続開始後その第三者が当該建物について所有権保存登記をした場合（借地借家法10条1項）にも適用されると解されている（尚、破産法49条1項の規定は、破産法47条1項により登記申請に効力が生じないとされる場合に、善意者を保護するためのものであるとし、破産者が登記義務者となる場合に適用されるので（条解破産法「第2版」394頁）、借地権者が行う建物保存登記には当該規定は及ばない。）。

このように、破産者の行為によらないで権利取得の要件又は対抗要件を備えても、破産法48条1項が適用され、破産管財人に対して、その効力を主張できないとされているのであるから、法律行為は完了して、有効に成立していても、対抗要件等が満たされていない段階では、対抗できないことは当然として、それ以前の問題として、破産法48条1項の規定は、対抗要件を具備しても、そもそも破産管財人に対しては、その効力の発生自体を主張できないとされるのである（相対的無効とされるのである）。

上記の破産法48条1項が適用される3つケースで考えてみると、いずれも法律行為又は基本的行為は完了しているものであり、破産手続開始後に破産者の行為によらないで対抗要件等を具備しても破産法48条1項により、破産手続においては当該権利取得の効力を主張できないとされるのである。

一方、原判決の認定は、「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」とするものであるから、前記動産等の占有の取得や債権譲渡の場合における第三債務者の承諾、また借地上の建物の保存登記の場合も、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であるから、商事留置権の取得も債権譲渡も借地権の取得も、原判決に従えば破産管財人に対しても有効とされなければならない。そこで、原判決は、上記②で「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、申立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、これを相手方TMK管財人に対抗できないというべきである。」として、対抗関係を持ち出して処理するが、前述の3つのケースは占有の取得、第三債務者による承認や保存登記により、いずれも対抗要件を具備しているのであるから、原判決のように対抗関係で処理するのであれば、いずれのケースとも破産管財人に対抗できることになるはずである。そうすると、原判決は破産法48条1項の規定を全く無視したことになり、明らかに法令違反となる。

(5) このように、上記の破産法48条1項が適用される3つのケースは、いずれも基本的行為の完了しているものであるが、破産手続開始後の破産者の法律行為によらないところの権利取得要件や対抗要件の具備という行為があっても、商事留置権の取得、譲渡債権の取得、及び借地権の取得を、破産手続においてその効力を主張しえないとしているものである（相対的無効ということになる）。従って、本件においては、無償譲渡申入れ自体が破産管財人に対してなされたものであるから、対抗要件の有無を論ずるまでもなく、当然破産法48条1項の規定によって権利取得自体を破産管財人に対して主張できないということになる。

このように原判決の認定では明らかに法令違反及び理由不備があり、その判示す

る内容は論理的に矛盾した結果となるだけでなく、論理的に破たんしており、明らかに破棄されるべきものである。

(6) さらに、原判決は、本件無償譲渡申入れが有効であることの根拠として、「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。」と判示する。

しかし、解除権や取消権の行使は、そもそも破産法48条1項が予定している、破産者の管理処分権の喪失と何ら関係ないものであり、契約当事者や意思表示の表意者の保護の規定であり、その適用要件は、それぞれの第三者保護規定によるべきことである。解除後又は取消後の破産手続の開始の場合には、破産管財人と解除権又は取消権を行使したものとは破産管財人の関係は民法177条の関係となるが、破産手続開始後の解除権や取消権の行使は対抗関係ではないのである。本件無償譲渡申入れの場合も、破産手続の開始前になされたのであれば、破産管財人の関係は民法177条の関係となるが、破産手続開始後になされてものであるから、対抗関係ではないのである。

すなわち、解除権や取消権を破産手続開始後に行使する場合には、破産管財人は第三者保護の規定（民法545条1項但書、民法96条3項）の適用により保護され、結果として、解除権等を行行使した相手方が給付した物が破産財団中に存在しても、相手方はその物の所有権（取戻権）を取得することはない。「破産手続の開始による財産の管理処分権の破産管財人への専属は、債権者への個別執行等の禁止（破産法42条）と同時に行われる、実質的な包括差押えであり、個別執行等をしたならば差し押さえることができた財産は、破産財団に取り込まれるというべきである。この意味で、破産管財人は『差押債権者類似の地位』を有するというべきであり、実体法が差押債権者を第三者として保護している場合には、その趣旨に照らして、破産管財人（実質的には総債権者）を当該第三者にあたるとして保護すべきである」（条解破産法「第2版」577頁、578頁参照）とされている。このように、破産手続開始後に解除権等が行使された場合にも、破産手続の開始によって財

産の管理処分権が破産管財人に専属していることから、破産管財人は「第三者」（民法545条1項但書、民法96条3項）として保護され、解除権等を行行使した相手方は給付した物の所有権（取戻権）を取得することができないのである。本件のように、新たな権利取得を目的とした無償譲渡申入れとは全く異なるものである。

3 対抗関係とする誤りについて（上記原判決②③について）

（1）次に、原判決は、前述したように、「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」としたうえで、上記②において「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、申立人が本件無償譲渡請求権を行行使したことによって生じた所有権移転は、これを相手方TMK管財人に対抗できないというべきである。」と判示し、また、「申立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」として、本件無償譲渡申入れを有効とした上で、対抗要件で権利主張を認めないとするものであるが、明らかに論理矛盾した判断である。

原判決は、「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」というが、申立人はそのようなことは述べておらず、原判決の論理が逆なのである。そもそも、当該法律行為が無効であれば対抗要件の有無を論ずる意味も必要性もないのである。法律行為の効力の問題は、まず前提として、破産管財人に対する無償譲渡申入れの有効性が議論され、それが有効であるとされた場合に、対抗できるかということが議論されるのである。そして、そもそも無償譲渡申入れの効力がない（破産管財人に対して無効）とされれば、対抗要件の問題とはならないのである。従って、その後に対抗要件を備えても無効なものは無効である。先ほどの3つケース場合も対抗要件ではなく、破産手続きにおける効力の問題としているのである。また、仮に、「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」から「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」、すなわち破産管財人に対する本件無償譲渡申入れが有効というのであれば、対抗関係ではなく、破産管財人は移転登記及び引渡義務を負うことになるはずである。また、破産手続開始前に申立人が相手方TMKに対して無償譲渡の申入れをして無償譲渡の効力が生じている場合には、正に破産管財人と申立人の関係は二重譲渡の場合の対抗関係となるが、本件のように、破産管財人に対して行った無償譲渡申入れは、先ず、無償譲渡申入れが有効か無効か、すなわち破産法48条1項によりその効力を主張できないことになるのか、有効に効力が生じるかが問題となるのである。そして、無効とされる場合には対抗要件の問題は生じないのである。原判決は、対抗要件として考える場合と破産法48条1項の適用の場合について誤った理解をし、明らかに論理矛盾をしているものである。

確かに、「(旧)破産法に関する判例・通説も、破産者から破産手続開始前に不動産に関する物権の変動(所有権移転、担保権設定など)を受けたにもかかわらず、その登記をしていなかった者は、破産手続開始後に破産管財人に対しその物権変動を対抗することができない(登記請求権を行使できない)と解している。」(条解破産法「第2版」580頁、最判昭和38年7月30日最高裁判所裁判集民事67号175頁、最判昭和46年7月16日最高裁判所民事判例集25巻5号779頁参照)が、破産者に対して有効に効力が生じているから、破産手続開始後の破産管財人との関係が対抗関係となるのである。このような対抗要件が問題となる場面は、先ほど述べたように破産手続開始前に無償譲渡申入れをした場合である。他方において、本件のように、破産手続開始後に物権変動の原因となる権利行使をした第三者については、対抗要件が問題となるのではなく、破産法48条1項の適用により、その権利取得が破産管財人に対して無効となるから、破産管財人との関係で対抗問題を生じることとはなく、民法177条は適用されないのである。

よって、破産手続開始後になされた本件無償譲渡申入れは、破産法48条1項の適用により、破産手続との関係においては当然に無効となり、本件無償譲渡申入れについて民法177条が適用されることはない。

(2) 原判決は、上記③で「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件取得者はその権利を確定的に失う」とするが、原判決の解釈に従えば、前記3つのケースの場合、権利の取得者が第三債務者の承諾や保存登記等により対抗要件を備えた場合には、債権の譲受人や借地人はその権利を有効に主張できるということになり、前述したように、明らかに破産法48条1項の存在自体を否定するものであり、破産法48条1項の解釈を明らかに誤る結果となっているものである。

4 財団放棄によって有効に取得した状態となるとする誤りについて(上記原判決④について)

原判決は、そのような誤った論理の前提に立った上、更に、上記④で「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、本件については、申立人が本件無償譲渡申入れをした後に、相手方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日に相手方TMKから申立人に移転したとの効果は、有効に発生している。」と判示する。

しかしながら、前述したように、本件無償譲渡申入れに民法177条を適用する前提そのものが誤りであるし、本件無償譲渡申入れは破産法48条1項により、破産管財人に対する関係では無効(相対的)なのである。原判決③の言うように破産管財人も確定的に所有権を取得するものではないとしても、このように破産管財人に対して申立人のなした本件無償譲渡の申入れは、破産管財人に対して効力が生じ

ていないから、破産管財人は管理処分権に基づいて本件建物を任意に処分することが可能であったことは疑う余地はない。また、それ故にこそ破産管財人は本件建物を破産財団から放棄しているのである。従って、このように破産管財人が本件建物を処分可能な時点において、申立人にも同建物の所有権が確定的に移転するなどあり得ず、破産管財人に対して効力は生じていないのである。そして後述するとおり、破産管財人に対して、本件無償譲渡申入れの効力が生じていないのであるから、そのように効力が生じていない時に、無償譲渡申入れ自体を申立人が破産管財人に対して撤回したことにより、その申入れの効力も消滅しているのである。なお、本件における撤回の有効性及び撤回についての原判決の判断の誤りについては、後に詳述する。

そして、「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日に相手方TMKから申立人に移転したとの効果は、有効に発生している」との原判決の判示は破産法48条1項や民法177条の解釈・適用を誤ったものである。本件のように破産手続開始後になされた無償譲渡申入れは、破産法48条1項の適用により、破産手続との関係においては当然に無効となり、かつ、申立人による本件無償譲渡申入れの撤回等が認められることから、申立人が本件建物の所有権を取得することはない。

従って、申立人の撤回後に、破産管財人が財団から放棄しても、破産者の関係でも何ら有効となるものではない。

5 二重譲渡として撤回ができないとする誤りについて（上記原判決⑤について）

原判決は、「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。」（原判決12頁）と判示するが、前述したように、二重譲渡という誤った認識を前提として、本件無償譲渡請求権行使を自由に撤回できないとするものであり、従って、このように申立人と破産管財人とを対抗関係にとらえ、二重譲渡の場合に譲受けを自由に撤回できないのと同様、撤回が

できないとする原判決の判断も誤りである。無償譲渡申入れを破産管財人に対して行ったとしても、破産法48条1項により破産管財人に対してはその効力を主張できないのである。そして、申立人と破産管財人とはそもそも二重譲渡の関係ではないのである。よって、破産管財人がその管理処分権限に基づき、申立人の無償譲渡申入れに応じない限り、無償譲渡請求の効力は生じておらず、破産管財人が拒否をしたことにより、効力が生じないままの状態であった。そのように、申立人の無償譲渡申入れは破産管財人に対して効力が生じていない状態であるから、効力が生じていない間に撤回することは可能である。そして、本件訴訟の提起により、無償譲渡申入れは撤回されているのである。

6 破産法48条1項の解釈及び趣旨について

以上述べたように、本件無償譲渡申入れに破産法48条1項の適用されるものであり、破産法48条1項の規定の解釈について更に詳述する。

(1) 申立人の相手方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。そして、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1項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、相手方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相手方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」する行為であり、申立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ものであり、従って、「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。」ことは明白である。

(3)破産法48条1項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

ア 破産法48条1項の趣旨は、前述した3つのケースのように、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1項)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ず、もって破産財団の毀損を防ぐものである。

この点、破産手続開始後の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申立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。

イ また、破産法48条1項は(47条1項と同様)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(大コンメンタール破産法初版194頁)。そして、本件においても、破産手続開始決定後は、相手方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、本件無償譲渡申入れは相手方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相手方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。

また、破産法48条1項が適用されるとする前述した3つのケースをみても、破産管財人の管理処分権を失わすような権利取得や対抗要件取得行為については、いずれもその法律行為の効力を主張できないとされていることから、破産手続開始後になされた本件無償譲渡申入れも当然破産法48条1項が適用されるものである。

(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1項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）。その意味で、前述したように、解除権や取消権の行使も同様に破産法48条1項の適用はないのである。

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、相手方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、破産手続中は相手方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、破産手続開始後に破産管財人に対してなされた無償譲渡申入れの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 本件無償譲渡申入れの撤回が有効であること

1 原判決の判示

原判決は、本件無償譲渡申入れの撤回が認められないとして、その理由として次のとおり判示する（原判決12頁、15頁）。

- ①「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。」（原判決12頁）。
- ②「申立人は、（本件無償譲渡）申入れを撤回したと主張するが、・・・相手方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

借地権設定契約に基き建物の無償譲渡を要求しているものである。」と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、申立人の上記主張は採用できない。」(原判決15頁)。

- ③「申立人は、上記の撤回について相手方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。」(原判決15頁)。

2 原判決の法令解釈・適用の誤り(上記①に対して)

原判決は、申立人は本件無償譲渡申入れを撤回できない理由として、「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。」などと不動産の二重譲渡の例と本件無償譲渡申入れが恰も類似しているかのような指摘をする。しかし、前述したように、本件無償譲渡申入れは二重譲渡ではなく、破産管財人に対しては無効なのである。

そして、本件無償譲渡申入れの撤回については、(i)本件無償譲渡申入れが破産手続開始後になされ、破産法48条1項により破産手続との関係において当然に無効であること、(ii)本件無償譲渡申入れが破産手続との関係において無効である時点において(破産手続中において)、申立人による同申入れの撤回の意思表示がなされたこと、(iii)本件無償譲渡申入れの撤回については、後述のとおり意思表示の相手方である相手方TMK破産管財人の明示又は黙示の承諾が存在するものであることから、不動産の二重譲渡における一方の譲受人が一方的に自らの譲受けを自由に撤回できないこととは事実関係が全く異なるものである。

原判決は、破産法48条1項の解釈・適用を誤り、本件無償譲渡申入れの撤回の可能性及び有効性について判断を誤るものであり、本件無償譲渡申入れを撤回できない理由について、理由不備の違法がある。

3 原判決の法令解釈・適用の誤り(上記②に対して)

原判決は、上記②のとおり申立人が本件無償譲渡申入れを撤回した事実が認め

られない旨を判示するが、後述のとおり本件の事実経過に照らせば、申立人が本件無償譲渡申入れを撤回している事実は優に認められ、本件無償譲渡申入れの撤回を認めない原判決の判示は、本件の事実経過に関する証拠評価及び事実認定について経験則に違反し、理由不備の違法がある。

4 原判決の法令解釈・適用の誤り（上記③に対して）

原判決は、上記③のとおり本件無償譲渡申入れの撤回について相手方らの同意があった事実も認められない旨を判示するが、この点についても、本件の事実経過に照らせば、本件無償譲渡申入れの意思表示の相手方である相手方TMK破産管財人の明示又は黙示の承諾が存在する事実は優に認められ、これを否定する原判決の判示は、やはり証拠評価及び事実認定に関する経験則に違反し、理由不備の違法が認められるというべきである。

5 本件無償譲渡申入れの撤回の有効性について

(1) 仮に、原判決が判示するように、本件無償譲渡申入れが申立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しても、本件無償譲渡申入れは破産手続開始後になされたもので破産法48条1項によりその効力が生じていないものであり、そのように効力が生じていない間に本件無償譲渡申入れは有効に撤回されており、従って、申立人は本件建物の所有権を取得していない。

(2) 意思表示の撤回は、意思表示が相手方に到達するまでは可能であるが、それ以降は行えないと解されている（民法97条1項）。それは、意思表示が相手方に到達した時点でその効力が生じるため、その後に撤回を認めると相手方に不測の損害を与える恐れがあるからである。

また、民法上撤回が制限されている規定があり（民法407条2項、540条2項）、民法407条2項において撤回を制限する趣旨は、一度選択されると債権の目的物が特定し、相手方がこれを信頼するに至るから、その後において勝手に変更することを認めると、相手方に不測の損害をこうむらせるおそれがあるからとされ（我妻・有泉コンメンタール民法第2版追補版712頁）、また、民法540条2

項において撤回を制限するのは、解除権は一つの形成権であって、これを行わせることによって新たな法律関係が生じるものであり、これを任意に撤回することを許すときは、相手方に不当な不利益をこうむらせるおそれがあるからであるとされている（我妻・有泉コンメンタール民法第2版追補版1013頁）。

上記意思表示の撤回を制限する趣旨はいずれも、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ことを防ぐためである。そうすると、意思表示の撤回を制限した個別の規定から考えると、新たな法律効果が発生するまでは相手方に不測の損害を蒙ることはないので、意思表示の撤回を制限する理由はなく、撤回は認められるのである。

本件においては、相手方TMKの破産管財人は申立人の無償譲渡申入れを拒否しており、また、破産法48条1項の規定により、破産手続上においては譲渡の効力は生じていないのであり、破産者である相手方TMKとの関係では有効とされても、破産手続が廃止された後に効力が生ずるという意味において有効とされるに過ぎないものであるから、破産手続中において、相手方TMKの破産管財人に対してなされた撤回は有効である。

また、仮に、原判決が認定するように、本件無償譲渡申入れにより、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しても、申立人に確定的に所有権が移転したものではなく、かつ、前述したように、財団からの放棄をするなど管理処分権者としての行為を行っていることから、申立人が確定的に所有権を取得していないことは明らかであり、かつ、破産管財人は申立人による無償譲渡申入れを拒否していることから、無償譲渡申入れの撤回によって破産管財人が不測の損害を蒙ることはないので、意思表示の撤回を制限する理由はなく、破産管財人に対する撤回は当然認められるのである。

(3) このように、申立人の本件無償譲渡申入れは、破産法48条1項により破産手続との関係では当然に無効であり、破産管財人に対して効力が生じていない間には、申立人において撤回することが可能であるが、さらに、本件においては、意思表示

の相手方である相手方TMKの破産管財人が撤回について承諾していることを根拠としても、撤回の有効性が当然に認められる。

この点、判例においても、意思表示の相手方の承諾がある場合は形成権行使の意思表示を撤回できるとされている（東京地判昭和45年10月31日判例タイムズ259号255頁、東京地判平成14年3月14日金融法務事情1655号45頁）。

東京地判昭和45年10月31日判例タイムズ259号255頁は、土地賃借人の土地賃貸人に対する、借地上建物の建物買取請求権行使の意思表示について、「形成権行使の意思表示はそれが訴訟上陳述された場合には、原則として撤回の自由はないが、意思表示をうけた相手方の承諾があれば（訴訟上異議のない場合）撤回もできる。」として、訴訟上の和解によって建物買取請求権行使の意思表示が撤回された場合には、「和解の成立時に右意思表示により生じた建物所有権の移転という効果が遡って消滅したものである。」として、建物買取請求権行使の意思表示の撤回を認めている。

また、東京地判平成14年3月14日金融法務事情1655号45頁は、「相殺は、その自働債権を有する者によってなされる単独行為であり、その意思表示が相手方に到達すれば即時に一定の範囲で債務が消滅するという法律効果を生じるものであるから、軽々にその撤回を認めることは、法律関係を不安定にし、相手方に不測の損害を蒙らせることにもなりかえないから、これを当然に有効とすることはできない。しかし、他方で、相殺の意思表示の撤回について相手が承諾し、後の意思表示による法律効果を容認する場合においてはこれを認めても何ら弊害がないばかりか、むしろ当事者の意思によりその処分し得る財産上の法律関係を決するという私的自治の原則にも副うので、相殺の意思表示の撤回を認めて差し支えないというべきである。」と判示した上で、相殺の意思表示の相手方（再生債務者）が、民事再生手続において、相殺の意思表示をした債権者が届け出た訂正後の相殺処理に基づいた残債権を全額認め、これに対し何らの異議をとどめずに右残債権を前提にした

再生計画に基づく一部弁済をしていることをもって、相手方（再生債務者）は、債権者の相殺の意思表示の撤回及び新たな意思表示による相殺を黙示的に承諾したと認定している。

(4) また、学説においても、形成権行使の撤回可能性の検討に当たって、「一つは、相手方が撤回に合意する場合でも、これについて第三者が利害を有する場合があること、一つは、相手方が撤回に合意しない場合で、撤回の許容は、いわば、相手方の新たな法的地位の強制収容「Enteignung」を意味することになるという点である。第一の点については、第三者の利害に関しない限り、合意による撤回を認めてよいとする。・・・第二の点については、相手方が撤回の合意に応じない場合であっても、そもそも、相手方自身が、形成に対して理由なき介入であると主張している場合、すなわち、形成の許容そのものを争っている場合には、この基礎は失われ、撤回を許容するのが妥当であろうという。」と指摘する（「形成権理論の展開（一）」永田真三郎著、関西大学法学論集第二六巻第二号37頁）。

(5) これらの判例・学説からは、本件無償譲渡申入れの合意による撤回の有効性については、(a) 申立人が本件無償譲渡申入れを撤回する意思表示をしていること、(b) 同申入れの撤回が第三者の利益を害するものではないこと、(c) 意思表示の相手方である相手方TMKの破産管財人が本件無償譲渡申入れの撤回に明示又は黙示に承諾しているか、又は、本件無償譲渡申入れの効力そのものを争っていることという要件を満たす場合には、本件無償譲渡申入れの撤回は有効であるというべきである。

6 申立人の本件無償譲渡申入れの撤回の意思表示の存在

(1) 申立人による本件無償譲渡申入れの撤回は当然に認められること

ア 申立人は、本件借地権契約書15条3項の無償譲渡申入れについて、相手方TMKの破産管財人から本件無償譲渡申入れを拒否されたことにより、その効力は無くなったものと認識してきた。

すなわち、申立人の上記無償譲渡申入れに対して、相手方TMKの破産管財人は、

平成23年12月5日付書面（甲27）で、「こうした解釈の分かれる法律論とは離れても、現在の状況では貴社の譲渡請求に応ずるのは困難といわざるをえません。すなわち仮に貴社の請求に応ずるとしても現在の破産財団では本件建物の表示登記にあたって必要となる概算で700万円強の登録免許税すら負担できませんし、登記にあたっては破産裁判所の許可が必要となるところ、数十億円かけて建設され、不動産所得税（取得税の誤り）だけでも一億円近く課せられる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。」と明確に無償譲渡申入れを拒否する回答をしており、申立人は、TMK破産管財人の拒否により、無償譲渡申入れは効力がないものと認識したのである。また、無償譲渡申入れは、破産法48条1項により破産管財人に対して効力が生じていない状態となっていたのである。

従って、その後の申立人からの書面（乙19）においても、無償譲渡申入れをした理由を説明し、無償譲渡請求が権利濫用というのであれば、建物の収去をするよう求めているものであり、これは、本件無償譲渡申入れの法的効果は別として、あくまでTMK破産管財人が承諾しない限り無償譲渡申入れの効力は生じないものとの考えから、無償譲渡申入れを承諾してもらえないのであれば、無償譲渡申入れは認めなくても良い（撤回する）から、その代わりに本件建物を収去するように申し入れたのである。このように、申立人の意思は、黙示的にはあるが、当初なされた無償譲渡申入れを実質的に撤回しているものである。

イ 更に、相手方鹿島建設も、無償譲渡の効力が既に生じているとの認識は全くなく、また、申立人と相手方TMKとの間では有効に効力が生じているなどという認識もなく、かつ、TMK破産管財人が本件建物を破産財団から放棄し、破産廃止をすれば、当然申立人の所有となるなどという認識も全くなく、TMK破産管財人が拒否したことにより、本件建物の所有権の帰属に争いが生じているとの認識程度であった（乙9）。また、本件訴訟提起後の相手方鹿島建設の答弁書においても、申

立人が本件無償譲渡申入れを行ったことを前提とした上で、「TMKが本件建物の所有者であることは事実である。」(答弁書3頁)と相手方TMKの所有権を認めており、少なくとも、本件建物のTMK破産管財人よる財団からの放棄及び破産廃止により、本件建物所有権が申立人に帰属するなどとの認識はなかったことは明らかである。従って、相手方鹿島建設に対しても、破産管財人に対する無償譲渡申入れの撤回は何らの影響も与えないものである。

ウ また、訴外三菱地所の申立てた調停(相手方鹿島建設及びTMK破産管財人も調停手続に参加)において、三菱地所が調停委員会の提案した調停勧告書を拒否したことにより、調停委員から申立人に対して和解案を提示するよう求められたため、申立人は、調停委員会に対して、三菱地所ら3社に対する和解案を提案した。そして、その和解案の中に、申立人は三菱地所から損害賠償を受けること、相手方鹿島建設の関係は全て三菱地所が対処することのほかに、本件建物を申立人が無償で譲り受けることの提案を行ったが、三菱地所、相手方鹿島建設、TMK破産管財人らはいずれも同提案を拒否したものである。このような提案を行ったということは、平成23年11月22日に行った無償譲渡申入れは効力がないとの前提で行われているものであり、実質的に以前の無償譲渡申入れは撤回しているのである。しかも、三菱地所らも申立人の提案した上記和解案を拒否しているのである。従って、その他の第三者に対しても、破産管財人に対する無償譲渡申入れの撤回は何らの影響も与えないものである。

エ 以上より、本件の事実経過から、申立人による本件無償譲渡申入れの撤回の意思表示は当然に認められる。

(2) 訴訟提起による撤回の意思表示

仮に、上記いずれの行為とも、無償譲渡申入れの撤回と認められないとしても、平成23年6月27日、申立人が相手方TMK破産管財人に対し、本件建物収去土地明渡請求訴訟(以下、「本件訴訟」という。)を提起したことは、無償譲渡申入れとは相いれない意思表示であり、以前になされた無償譲渡申入れについての撤回と

なることは明らかである。

本件訴訟は、相手方TMKに本件所有権が帰属することを前提として、同社に対し建物収去土地明渡を求めたものであり、本件建物の所有権が申立人に移転するという本件無償譲渡申入れの法律効果とは矛盾することは疑問の余地がないことである。例えば、前の遺言が後の遺言と抵触するときは、その抵触する部分については、後の遺言で前の遺言を撤回したものとみなす（民法1023条1項）との規定があり、相矛盾する意思表示がなされた場合には、前の意思表示は撤回するものと解するのが当事者の合理的な意思解釈であり、このような当事者の合理的な意思解釈を認める趣旨からして、本件訴訟提起をもって本件無償譲渡申入れを撤回する意思表示と捉えることは当然のことである。このように、申立人は、本件無償譲渡申入れの効果と抵触する内容の本件訴訟提起により、本件無償譲渡申入れを撤回したのである。

また、第一審判決も「原告が本件訴訟の提起により本件無償譲渡申入れを撤回したりしても」（第一審判決50頁）と述べているように、本件訴訟の提起は撤回と認めることには肯定的判断をしているのである。

(3) 以上より、申立人による本件無償譲渡申入れの撤回の意思表示は当然に認められるものであり、これを否定する原判決は、経験則に違反し、理由不備の違法がある。

7 本件無償譲渡申入れの撤回が第三者の利益を害するものではないこと

本件においては、前述したとおり、申立人の無償譲渡申入れは、意思表示の相手方である相手方TMKの破産手続中になされたものであり、破産法48条1項の規定により、破産手続の関係においては譲渡の効力は生じていないものである。

よって、破産手続中においては、本件無償譲渡申入れが有効であるとして、利害関係を取得する第三者も存在せず、本件無償譲渡申入れの撤回を認めたとしても、第三者の利益を害する余地は全くない。

8 本件無償譲渡申入れの意思表示の相手方である相手方TMKの破産管財人が本

件無償譲渡申入れの撤回に明示又は黙示に承諾しているか、又は、本件無償譲渡申入れの効力そのものを争っていること

前述したように、TMK破産管財人は、申立人の本件無償譲渡申入れを拒絶し(甲27)、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。TMK破産管財人は、本件建物の所有権が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、申立人の本件無償譲渡の申入れを一貫して否定しているものであるから、申立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、申立人の撤回についての事前の承諾をしているといえるものである。

このように、申立人がTMK破産管財人に対し本件無償譲渡申入れを行ったときに、TMK破産管財人は無償譲渡申入れを拒否し、申立人が無償譲渡を受けることを否定しているのであるから(甲27)、その後の本件訴訟提起による、無償譲渡申入れの撤回については事前に同意があるものと評価できる。

よって、本件無償譲渡申入れの意思表示の相手方である相手方TMKの破産管財人は本件無償譲渡申入れの撤回に明示又は黙示に承諾しており、又は、本件無償譲渡申入れの効力そのものを争っていることに照らせば、これを否定する原判決の判示は、証拠評価及び事実認定に関する経験則に違反し、理由不備の違法が認められるというべきである。

9 以上より、申立人の本件無償譲渡申入れは、破産法48条1項により破産手続との関係では当然に無効であり、破産手続中になされた申立人の同申入れの撤回の意思表示は有効である。さらに、本件においては、意思表示の相手方である相手方TMKの破産管財人が本件無償譲渡申入れの撤回について事前の承諾をしているといえることから、撤回の有効性が当然に認められる。

よって、本件無償譲渡申入れにより申立人が本件建物の所有権を取得することはない。

第3 本件無償譲渡請求権の法的性質について

1 原判決の判示

原判決は、本件無償譲渡請求権を「申立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」として、その理由を次のとおり判示する（原判決13頁～14頁）。

- ①「(本件借地権契約15条3項の)趣旨は、申立人が相手方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、相手方TMKの何らの履行行為を経ずして、申立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。」
- ②「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相手方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、それらの負担を申立人の負担・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申立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、申立人が本件建物を無償で譲り受けられること自体が申立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(債権的請求権)であると認めることはできない。」
- ③「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、相手方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ない。」

2 原判決の法令解釈・適用の誤り―上記①に対する反論―

本件無償譲渡請求権の法的性質は債権的請求権であり、これを形成権とする原判決は本件無償譲渡請求権の法的性質を誤ったものであり、経験則に違反して法令の解釈・適用を誤ったものであり、到底認められない。まず、上記①に対する反論は次のとおりである。

原判決は、①のとおり「(本件借地権契約15条3項の)趣旨は、申立人が相手方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、相手方TMKの何らの履行行為を経ずして、申立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」権利であるとして、本件無償譲渡請求権を形成権であると判示する。

しかし、本件無償譲渡請求権を形成権ではなく、本件借地権契約上の合意に基づく債権であると考えても、申立人が同請求権を行使したときは、相手方TMKの意思いかんにかかわらず、また、相手方TMKの何らの履行行為を経ずして、申立人の権利行使の意思表示のみによって本件建物の所有権を移転させる効果が発生すると考えることができるから、本件無償譲渡請求権を契約上の債権的請求権ではなく、形成権であると構成する必然性は全くない。債権契約である売買契約の成立により、当然に売買目的物の所有権が売主から買主に移転することと同様である。本件無償譲渡請求権を債権的請求権と考えても、その権利行使について形成権である場合と同じく、本件建物の所有権移転の効果が発生するにも関わらず、敢えて本件無償譲渡請求権を形成権であると考えてすることは本件借地権契約の当事者である申立人と相手方TMKの合理的意思に合致しないことは明らかである。

よって、申立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効果を生じさせることを捉えて、本件無償譲渡請求権を形成権であるとする原判決の解釈は何ら合理的な根拠がないものであり、経験則に違反して法令の解釈・適用を誤ったものであり、破棄を免れない。

3 原判決の法令解釈・適用の誤り（上記②に対して）

次に、原判決は、「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相手方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、それらの負担を申立人の負担・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申立人が負うものとされていること・・・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（債権的請求権）であると認めることはできない。」と判示する。

本件借地権契約15条3項の「第16条の規定によることなく」の趣旨は、賃借人である相手方TMKの明渡義務を定めた同契約16条の適用を排除することを直接の目的としたものではなく、契約解除により本契約が終了した場合に、賃貸人である申立人の救済手段として、相手方TMKに本件建物収去・土地明渡を求めるか、本件無償譲渡請求権を行使するかの選択権を与えたというものである。よって、本件借地権契約15条3項の「第16条の規定によることなく」とは、本件建物の無償譲渡請求権を行使するので、本件建物の収去・土地明渡を求めないということを示したものにすぎない。即ち、同15条3項は、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相手方TMKの負担・費用をもって遂行する旨を定めた同16条の適用を積極的に排除するものではなく、申立人が本件無償譲渡請求権を行使した場合には、本件建物の各テナントが同建物の賃借を継続しているため、事実上各テナントに本件建物からの退去を求める必要がなくなるというにすぎないものである。本件借地権契約15条3項は、賃貸人である申立人の権利救済を目的としているにも関わらず、同条項の適用について、同16条の適用を排除し、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申立人の負担・費用で行うことを前提にしているとする原判決は、本件借地権契約15条3項の解釈を曲解して適用しているものと言わざるを得ない。さ

らに、本件借地権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誰の負担・費用で行うのかという問題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それらを誰が消滅させるべきか否かという問題は全く次元の異なる問題であり、前者の問題について申立人の負担・費用で行うべきとの認識から、後者の問題についても本件建物に抵当権や商事留置権が付着している場合に相手方TMKはそれらを消滅させる必要がないとの原判決の解釈は論理に著しい飛躍があるという他ない。

本件借地権契約15条3項は、単に所有権の移転を求めるに留まらず、「無償にて」本件建物の譲渡を請求できることを規定していることからすれば、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、相手方TMKにおいて、それらの担保物権等の負担を消滅させた上で本件建物の所有権を移転させることを予定していると解すべきことは契約当事者である申立人と相手方TMKの合理的意思に合致する。

よって、本件借地権契約15条3項は、申立人から相手方TMKに対する、本件建物に付着している抵当権や商事留置権等の負担を消滅させた上で本件建物の所有権を移転させる請求権（債権）を規定しているものと解すべきである。

4 原判決の法令解釈・適用の誤り（上記③に対して）

(1) 次に、原判決は「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、相手方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ない。」と判示する。

(2) しかしながら、原判決の解釈によれば、本件建物の引渡請求や所有権移転登記請求は当事者間の約束には含まれていないことになり、債権的請求権ではなく、本件建物の所有権移転後の物権的請求権として認められるに留まることになるが、そのような考え方は本件借地権契約の当事者の合理的意思に合致しないことは明らかである。本件借地権契約の当事者である申立人及び相手方TMKは、本件建物の

所有権移転に留まらず、債権的請求権として本件建物の引渡及び所有権移転登記を請求できることを予定して、本件借地権契約第15条3項を定めたものと考えてるのが契約当事者の合理的意思に合致する。本件無償譲渡請求権は、土地明渡及び原状回復に代わるものであるから、少なくとも本件建物の引渡及び所有権移転登記がなされることは当然の前提であり、引渡債務及び所有権移転登記義務と一体として本件建物の所有権移転するよう請求できる債権的請求権であると考えべきである。

尚、本件借地権契約書第15条3項は、「かかる譲渡による本件建物の所有権移転登記に要する費用は相手方TMK（乙）が負担する。」と規定し、本件無償譲渡請求権の行使により相手方TMKが所有権移転登記義務を負担することを前提としており、申立人及び相手方TMKが本件無償譲渡請求権に関し債権債務関係に立つことを前提としている。

(3) さらに、本件無償譲渡請求権に基づく相手方TMKの本件建物の引渡債務や所有権移転登記義務を本件借地権契約上の債務と捉えることによって、引渡債務等の不履行は債務不履行責任となることから、①引渡債務の不履行による損害賠償請求権の消滅時効は5年となり（商法522条）、②引渡債務の不履行に基づく損害賠償請求（本件建物の使用利益の損害賠償請求）をするに当たっては、本件借地権契約第9条の遅延損害金利率（年率14.6%）が適用されることになり、申立人の保護に資することになる。他方で、原判決のように、本件無償譲渡請求権を申立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考えた場合、本件建物の引渡しを得られないことによる損害賠償請求権は不法行為責任となり、①損害賠償請求権の消滅時効は原則として3年となり（民法724条）、②損害賠償請求権の遅延損害金利率も民事法定利率（年率5%）に留まることになり（民法404条）、本件借地権契約に基づく申立人の保護を徒に弱める結果となる。

(4) よって、本件無償譲渡請求権を申立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し、所有権移転の効果として相手方TMK

の引渡義務が発生するという原判決の解釈は、本件借地権契約の当事者の合理的
意思に反し、貸貸人たる申立人の権利・利益を軽視するものであり、不当であるこ
とは明らかである。

5 契約当事者の意思解釈から本件無償譲渡請求権は当然に債権であること

(1) 本件無償譲渡請求権は、法律上の権利ではなく、本件借地権契約に基づく契約
上の権利であることからすれば、その権利の法的内容は契約当事者の合理的意思解
釈により当然決定されることになる。

本件借地権契約の当事者の合理的意思解釈としては、本件無償譲渡請求権の行
使により、①担保物権等の負担のない無償の状態（少なくとも対価なく引渡が受け
られる状態）で本件建物の所有権移転を請求できること、②本件建物の引渡請求
権、③所有権移転登記請求権を取得するということである。

(2) 本件借地権契約第15条3項は、「相手方TMK（乙）が・・・本件土地を第1
6条に従い申立人（甲）に明渡し返還することができない場合」に、本件無償譲渡
請求権の成立を認める。即ち、本件無償譲渡請求権は、本件借地権契約第16条に
基づく申立人の土地明渡請求権、原状回復請求権を前提として、これらの債権が履
行されない場合の救済規定として、本件無償譲渡請求権の成立を認めるものであ
り、同権利の法的性質は、土地貸貸人の貸貸借契約の終了に基づく土地明渡請求
権、原状回復請求権に代わり、引渡と一体とした所有権移転を求める債権的請求権
である。

よって、本件無償譲渡請求権を申立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する原判決は、経験則に違反して本件借地権
契約の解釈・適用を誤り、本件無償譲渡請求権の法的性質を見誤るものであり、理
由不備の違法があるから、破棄を免れない。

6 破産手続中における本件無償譲渡請求権（債権）の個別的権利行使の禁止

以上のように、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ころ、相手方TMKの破産手続中は、破産債権の個別的権利行使が禁止されている（破

産法第100条)。即ち、破産手続においては、破産債権の届出をし、債権調査及び確定手続を経た上で、確定した破産債権に基づき配当を受けるのであって、かかる破産手続によらなければ、債権を個別に行使することはできない。そして、本件の無償譲渡請求権などの非金銭債権等については、破産手続開始時における評価額をもって破産債権の額とされ（破産法第103条2項）、その評価額を算定して破産債権の届出をし、これにつき破産債権の調査、確定手続を経る必要がある。破産手続によらない破産債権の行使は禁止される結果、そもそも権利行使自体が不存在・無効となることになるから、権利行使の効果である相対的有効・無効（破産法第48条）の問題も生じない。

よって、相手方TMKの破産手続中に、破産債権である本件無償譲渡請求権を個別に行使したとしても、本件建物の所有権が申立人に移転することはない。

7 なお、仮に、形成権としても、破産法48条1項により、前述したように、破産手続きにおいてはその効力を主張できないから、撤回は可能である。

従って、いずれにしても原判決の判断は、法令の解釈を誤ったものであり破棄を免れない。

第4 解除

1 原判決の判示

原判決は、「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。相手方TMKが負う引渡義務や所有権移転登記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。」として、本件無償譲渡請求の解除を否定している（原判決16頁）。

2 しかしながら、仮に、第一審判決のように、本件無償譲渡請求権は、その行使

により本件建物の贈与契約があったのと同じの効力が当然に生じさせる形成権であると考えるときは、その性質に反しない限り、贈与契約が成立した場合と同一の法律効果の発生を認めるべきであり、相手方TMKが本件建物の引渡債務を履行できない場合には、本件無償譲渡申入れにより成立したとされる贈与契約の債務不履行解除は当然に認められるべきであり、これを否定する理由は全くない。

この点、形成権の行使により、契約成立と類似の効果が発生する権利として、借地借家法上の建物買取請求権があるが、建物買取請求権の行使により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、請求者は相手方に対し、代金支払請求権を取得し、相手方は請求者に対し、建物の引渡及び移転登記請求権を取得することになる。そして、当事者双方の権利義務の牽連性から、建物の代金支払請求権と引渡請求権は同時履行の関係に立ち（最判昭和42年9月14日民集21巻7号1791頁）、買取請求後に目的物が滅失した場合には、民法第534条1項の危険負担が適用される（大阪高判昭和26年12月22日下民集2巻12号1494頁）。また、買取請求の目的たる建物が抵当権付き建物である場合には、民法第577条の抵当権消滅請求権（旧・滌除）の適用があり（最判昭和39年2月4日民集18巻2号233頁）、買主（土地賃貸人）は、抵当権消滅請求の手続が終わるまで、代金の支払を拒絶することができることとされている。

- 3 また、申立人が主張するとおり、本件無償譲渡請求権を本件借地権契約上に基づく本件建物の引渡債務と一体とした所有権移転を求める債権的請求権であるとした場合、或いは、原判決のように、本件建物の所有権を移転することのみを目的とする形成権であると考えにしても、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、所有権だけ申立人に移転し、申立人が本件無償譲渡申入れの拘束力から絶対に逃れられないという結果は明らかに不当である。よって、相手方TMKが本件建物の引渡債務や所有権移転登記義務を履行していない場合には、本件無償譲渡申入れの拘束力から解放されるため、民法上の解除権に関する規定（民法541条以下）の類推適用により、申立人には本件無償譲渡申入れの解除権（或いは撤回

権)が認められるべきである。

申立人は、第一審の平成25年12月19日付け第10準備書面10頁において、相手方TMKに対し、同社の債務不履行に基づき、同準備書面の送達をもって本件無償譲渡申入れにより成立する本件建物の無償譲渡契約を解除する意思表示をしたものであり、本件無償譲渡申入れの法的性質をどのように解するかに関わらず、解除の効果の発生が認められるべきである。

以上のように、相手方TMKの引渡義務の不履行があるため、申立人の解除により、本件無償譲渡申入れによる所有権移転の効果は遡及的に消滅するので、申立人は本件建物の所有権を有していない。

- 4 従って、原判決は、経験則に違反して本件無償譲渡申入れの法的性質を誤り、民法上の解除権に関する規定(民法541条以下)の解釈・適用を誤ったものである。また、建物買取請求権行使の効果に関する最高裁判所の先例にも違反するものであり、破棄を免れない。

第5 本件無償譲渡請求権の要件を満たしていないこと

1 原判決の判示

原判決は、本件建物の引渡しを受けられない場合においては本件無償譲渡請求権の要件を満たしていないとの申立人の主張に対し、「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申立人の負担・費用をもって行うことを前提としていると解される……。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、現状のままで申立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、申立人の上記主張は採用できない。」と判示する(原判決14頁)。

- 2 しかしながら、原判決の判断は、本件借地権契約書15条3項の解釈、適用を誤ったものである。

すなわち、本件借地権契約書15条3項は「本件建物の各テナントが同建物の賃借を継続できる場合である等」と規定されているとおり、本件建物の各テナントの

賃借を承継することを前提とするものであって、各テナントの本件建物からの退去を求めることを前提とするものではない。

3 本件借地権契約書15条3項によれば、本件建物のテナントが賃借を継続できる場合である等、本件土地を同契約書第16条に従い申立人に明渡し返還することができない場合には、第16条の規定によることなく申立人は相手方TMKに対して本件建物を無償にて申立人に譲渡するよう請求することができるのであり、本件建物のテナントが「賃借を継続できる場合である等」との規定は例示規定であるとしても、本件建物の引渡がなされない場合までも含むものではなく、上記規定はあくまで本件建物の引渡がなされることを前提としているのであり、引渡が不可能であるにもかかわらず、譲渡の効果が生ずることはあり得ないことである。

4 この点、原判決は、「本件建物に直接占有者がいる場合には、現状のままで申立人に観念的に引き渡せば足りる趣旨である」とするが、本件借地権契約15条3項は、各テナントの退去を直ちに求めるものではないにしても、本件建物全体について現実の引渡しを受けることが前提となっているのであり、さらに本件においては、相手方TMKから申立人に対する占有改定や指図による占有移転などの本件建物についての観念的な占有移転も認められない。

よって、本件借地権契約書15条3項は本件建物の現実の引渡しがなされることを前提とするものであって、相手方鹿島建設が違法に留置するために本件建物の引渡しが受けられない現状においては、本件無償譲渡請求権の効果は発生しないのである。

5 以上のとおり、本件借地権契約15条3項は、本件建物に直接占有者がいる場合には、現状のままで申立人に観念的に引き渡せば足りる趣旨であるとする原判決は、経験則に違反して本件借地権契約の解釈・適用を誤るものであり、理由不備の違法があるから、破棄を免れない。

第6 錯誤無効

1 原判決の判示

原判決は、「申立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、相手方鹿島建設は、申立人に対し、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ものであるから、申立人は、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、仮に相手方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、申立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。」と判示する（原判決14頁、15頁）。

- 2 しかしながら、原判決の判断は「要素の錯誤」の解釈・適用を誤ったものである。すなわち、要素の錯誤とは、表意者が意思表示の内容の主要な部分とし、この点について錯誤がなかったら、表意者は意思表示をしなかったであろうし、かつ、意思表示をしないことが一般取引の通念に照らして至当と認められるものを指す。そして、要素の錯誤は表意者の認識をもとに判断することになる。

また、法律の錯誤も要素の錯誤として無効原因になりうることは判例（大審院判例昭和10年2月4日）であるから、申立人が事実を認識していたとしてもその判断を誤れば要素の錯誤として無効原因になりうるのである。よって、申立人の錯誤を要素の錯誤に当たらないとした原判決は民法95条の解釈・適用を誤ったものであり、違法である。

- 3 申立人は、相手方鹿島建設に対して（CCで相手方TMKにも送信）、平成22年6月9日付通知書（甲25の1）において、相手方TMKの借地権が消滅したので、相手方鹿島建設は立ち退くこと要求し、平成23年1月8日付メール（甲31）においては、相手方TMKに相手方鹿島建設に対して未収金があり、相手方鹿島建設が本件建物を「留置していると言明しておられますが、かかる不法行為は日本では通用しない事をご承知の筈です。」と記載し、同月21日付メール（甲33）においては、「貴社は本建物を留置中と勝手に主張しておられますが、貴社も十分ご

承知の通り、貴社も三菱地所も当社の土地に対していかなる権利も有しておりません。」と記載し、同年2月1日付メール（甲35）においては、「TMKに借地権がないものを貴社が不法占拠するのは不可能な事は、当然お分かりのはずです。」と記載しているように、相手方鹿島建設に留置権が認められないと認識し、その旨を主張していたのであり、申立人は、相手方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はできず、立退きを求められるものと考えていたのである。従って、相手方鹿島建設が商事留置権を主張し、仮に、商事留置権が認められれば引渡を受けられず、また、商事留置権が認められない場合においても、相手方鹿島建設が現実には本件建物を占拠しているため、申立人は相手方TMKから本件建物の引渡が現実には受けられないということであるから、申立人の行った無償譲渡申入れの意思表示には、その要素に錯誤があったものである。

また、仮に、申立人が商事留置権発生の根拠となるべき事実を認識していたとしても、法的にも商事留置権が認められるかどうかについては判断の分かれるところであるから、申立人が、相手方TMKの借地権は消滅し、相手方TMKは本件土地を不法占拠しているのであるから、相手方鹿島建設が本件建物を占拠し、本件土地を占拠することはできないと申立人が判断したことについて、申立人には重大な過失はない。よって、申立人による本件無償譲渡申入れは錯誤により無効である。

- 4 従って、原判決は民法95条の解釈及び適用を誤り、申立人による本件無償譲渡申入れの要素の錯誤を否定するものであり、破棄されなければならない。

第7 相手方鹿島建設に対する損害賠償請求及び相手方鹿島建設の明渡義務について

1 原判決の法令の解釈・適用の誤り

原判決は、土地の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は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と判示する（原判決16頁下3行目）。

しかし、この原判決の判示は、法令の解釈・適用の誤ったものであり、最判平成

16年10月29日（金融法務事情1752号50頁）及び最判昭和31年10月23日（民集10巻10号1275頁、判例時報93号8頁参照）に反する違法なものである。

すなわち、上記最判平成16年10月29日（金融法務事情1752号50頁）は、「他人の所有する土地に権原なく建物を所有する者から建物を賃借して占有使用する者がある場合において、その者の当該建物の占有使用と所有者がその土地を使用できないこととの間には、特段の事情が存在しない限り、相当因果関係はないと解すべきである。」と判示する。そして、最判昭和31年10月23日（民集10巻10号1275頁、判例時報93号8頁参照）は、この特段の事情について、「本件建物の収去土地の明渡をしようする場合に、その他の申立人ら（建物賃借人）が故らに退去せずこれを妨害する等」の事情がこれに該当すると判示する。このように判例は、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のである。占有権原を有せず建物を占有し続ける者は建物を収去しないことに加担しているのと同様である。それゆえ、建物の占有権原すら存在しない場合には土地の占有に対する違法性が認められるのである。

2 相手方鹿島建設の本件建物の占有には占有権原がないこと

（1）不動産に商事留置権は成立しないこと

本件建物に対して相手方鹿島建設の商事留置権が成立することはない。

不動産は商法521条所定の商人間の留置権の対象とならず、判例もそのように判示している（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）。商法521条記載の商人間の留置権は、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。立法の沿革、旧競売法などの立法経緯、不動産に関しては継続的な取引があるとしても債権者がその都度債務者の所有不動産を占有することは通常考え難いことから、不動産は商法521条所定の商人間の留置権の対象とならないと解されるのである（上記東京高決平成22年7月26日）。上記のとおり、不動産は商事留置権の対象とならないため、本件建物に相手方鹿島建設の商事留置権が成立することはない。

（2）破産による留置権能の消失

ア 仮に不動産に対し商事留置権が成立するとしても、相手方鹿島建設の本件建物に対する商事留置権は、相手方TMKの破産宣告により、その留置権能は失われる。また、相手方TMK管財人が本件建物を財団放棄したが、これにより本件建物に対する被告訴人鹿島建設の留置権能が回復することはない（東京高決平成10年11月27日金融・商事判例1059号32頁）。破産手続きの開始により商事留置権は、破産財団に対しては特別の先取特権とみなされる（破産法66条1項）。その結果として商事留置権者の目的物件に対する留置権能が失われるか否かについては、破産宣告によって商事留置権者の留置権能を消滅させる旨の明文の規定はないが、留置権能は失われるものと解される（上記東京高決平成10年11月27日）。

また、破産宣告により商事留置権者の目的物に対する留置権能は失われるが、目的物が破産管財人によって財団放棄された場合に商事留置権者の目的物に対する留置権能が回復することになるのか明文規定はないが、留置権能は回復しないと解される（上記東京高決平成10年11月27日）。破産財団からの権利放棄により商事留置権が回復し、それまで特別の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とするばかりか、破産手続の遂行にも支障を生じる結果となることから、商事留置権が回復することはないのである。

イ 相手方鹿島建設の留置権能は消滅していること

平成23年4月27日に相手方TMKの破産宣告がなされたことで、相手方鹿島建設の本件建物に対する商事留置権はその留置権能を失った。そして、相手方TMK管財人は、平成24年7月13日に、本件建物の財団放棄を行ったが、上記のとおり、相手方鹿島建設の本件建物に対する留置権能が回復することはない。したがって、相手方鹿島建設の本件建物に対する留置権能は認められないのである。

(3) 工事請負契約書による商事留置権の不成立について

相手方TMKと相手方鹿島建設との間の工事請負契約書(甲4)の約定によれば、相手方TMKの第2回目の請負代金残代金の支払期日が本件建物の竣工翌々月末日であるのに対し、相手方鹿島建設は本件建物の竣工後速やかに本件建物の引渡を行うものとされており、相手方鹿島建設は、工事請負残代金の支払に先立ち、本件建物を引き渡す先履行義務を負うことが明確に規定されている。さらに、相手方鹿島建設は、強制執行や保全処分権利も予め放棄しているものである。よって、相手方TMKの第2回目の請負代金残代金の支払期日においては、相手方鹿島建設の本件建物の引渡義務は既に履行遅滞に陥っており、相手方鹿島建設による本件建物の占有は占有権原のない不法占有となる。そして、留置権は占有が不法行為によって始まった場合には成立しないのであり(民法295条2項)、この要件は商事留置権にもあてはまる。それゆえ、被担保債権である相手方TMKの第2回目の請負代金残代金の支払期日においては、相手方鹿島建設の本件建物の引渡義務は既に履行遅滞に陥っており、相手方鹿島建設による本件建物の占有は占有権原のない不法占有に至っている。

(4) 借地契約解除による占有権原の消滅

最高裁昭和44年11月6日判決(判例時報579号52頁)は、「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ぬとしているのである。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ぬ。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。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昭和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。本件においては、相手方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、確かに相手方TMKは明渡義務を争っているが、それは、相手方TMKの利用権限の存否ではなく、相手方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、申立人による借地契約の解除に対しては争っておらず（甲27、3頁4項）、かつ、申立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もない。従って、相手方鹿島建設は、前記最高裁判決も指摘するように、そもそも留置権を申立人に主張できないのである。

上記のとおり、相手方鹿島建設には本件建物に対する商事留置権は成立せず、相手方鹿島建設は本件建物に対し何らの占有権原も有しない。

3 相手方鹿島建設に対する本件建物からの退去及び撤去を求める通告

(1) 申立人は、相手方鹿島建設に対し、平成22年6月10日到達の内容証明郵便

にて（甲25）、本件借地権契約の解除に伴い、本件建物からの退去及び同建物の撤去を求めた。しかしながら、相手方鹿島建設は、本件建物を占有できる権原がなく、退去を求められていることを十分に認識していたにもかかわらず、直ちに本件建物から退去しなかった。

そして、相手方鹿島建設は、上記内容証明郵便（甲25）が同社に到達したとき（平成22年6月10日到達）には、本件建物は未完成であったにもかかわらず、その後も工事を続けて本件建物を完成させたものである（同年6月30日完成）。さらに、三菱地所は本件工事代金の支払について「決して迷惑をかけない」と相手方鹿島建設に約束しており（相手方鹿島建設第一審答弁書6頁）、三菱地所が本件工事請負代金の支払について実質的に保証しているのであるから、相手方鹿島建設は三菱地所に対して本件工事請負代金を請求すべきであるのにもかかわらず、殊更に商事留置権を主張して本件建物の占有を継続しているものである。このように、相手方鹿島建設は、申立人が本件借地権契約を解除したことを通告し、本件建物からの退去及び同建物の撤去を請求しているにもかかわらず、本件建物の占有権原がなく、かつ、本件借地権契約の解除により申立人に対抗できない地位にあることを認識しながら、殊更に本件土地及び建物の不法占有を継続しているものであり、相手方鹿島建設の本件土地及び建物の不法占有には強い違法性が認められる。

(2) 相手方鹿島建設は、申立人による退去請求の通告後も本件土地の周囲をフェンス（甲6）で囲み、本件建物に留まらず、本件土地を直接に不法占有している。相手方鹿島建設は、本件建物の完成後、工事期間中のフェンスを一旦撤去したが、平成22年12月頃、本件土地の周囲に現状のフェンスを再度設置した（甲6）。そして、申立人は相手方鹿島建設に対し、平成22年12月27日付けのEメールで、申立人の了解なく本件土地の周囲に設置されたフェンスが設置されたことを非難し、同フェンスの設置経緯について説明を求め、平成23年1月8日付けのEメールでは、不法に設置したフェンスの撤去を請求している（甲29, 31）。これに対し、相手方鹿島建設は、平成23年12月27日付け及び平成23年1月17日

付けのEメールで、申立人によるフェンスの撤去請求を拒否する回答をしている（甲30、32）。申立人は、平成23年1月21日付けのEメールで、本件土地を不法に占拠しているフェンスの撤去を再度請求したが（甲33）、相手方鹿島建設は、同月28日付けのEメールで、「土地の不法占拠をしている状況にはない」と開き直り、申立人の撤去請求を重ねて拒否した（甲34）。申立人は平成23年2月1日付けのEメールでも再度撤去を要求したが（甲35）、現在に至るも、相手方鹿島建設は本件建物及び本件土地周囲のフェンスを撤去しない。このように、相手方鹿島建設は、建物について占有権原のある建物賃借人とは異なり、本件土地及び建物に何らの占有権原がないにも関わらず、本件土地及び建物を直接に不法占有し、申立人による土地周囲のフェンスの撤去請求に応じないという違法な態度を取り続けている。

- 4 以上の諸事情に鑑みれば、相手方鹿島建設は本件土地及び建物を不法に占有し続けており、申立人に対し、本件土地の賃料相当損害金の支払債務を負担することは明らかである。

従って、原判決は、相手方鹿島建設の本件建物の占有権原の有無や商事留置権の成否について法令の解釈及び適用に誤りがあり、かつ、建物占有者による土地の不法占有に関する最高裁判所の判決にも違反するものであり、破棄を免れない。

以上