

# 別紙添付①

控

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



## 控訴理由書

平成26年5月30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

弁護士 辻 公 雄

夫

弁護士 大 西 克 彦

彦

弁護士 白 川 謙 三

三

控訴人は、下記のとおり控訴理由を提出する。

記

原判決が、控訴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たことは以下の通り誤りであり、取り消されなければならない。

### 第1 撤回が有効になされていること

- 1 原判決は、控訴人から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。）に対する平成23年11月22日の無償譲渡申入れにより、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認定し、被控訴人TMKに対する明渡及び平成23年11月22日以降の遅延損害金、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。）に対する請求のすべてを棄却したが、平成23年11月22日の無償譲渡申入れにより、本件建物の所有権を、被控訴人TMKから控訴人が取得したとの認定は明らかに誤りである。
- 2 原判決が無償譲渡申入れの効力が生じていると認めた誤りについて
  - (1) 平成23年11月22日「通知書」（乙5）において控訴人の行った無償譲渡申入れについて、控訴人及び被控訴人ら全ての関係者が、無償譲渡の効力は生じていないものと考えていたにもかかわらず、本件訴訟提起後、被控訴人らが、突如上記無償譲渡申入れに基づき、本件建物に対する控訴人の所有権取得を主張したことに対して、原判決も、上記無償譲渡申入れを根拠に、控訴人に本件建物の所有権が帰属するとの判断をしたものであるが、明らかに実体を無視した誤った判断である。
  - (2) 上記無償譲渡申入れについては、破産者御堂筋共同ビル開発特定目的会社破産管財人（以下「TMK破産管財人」という。）からの書面（甲29）により全面的に拒否された結果、本件関係者全員が、無償譲渡申入れの効力が生じていないものと考えていたにもかかわらず、上記のように、本件訴訟になって、被控訴人らから、上記無償譲渡申入れを根拠に本件建物の所有権は控訴人TMKに帰属するとの主張がなされたことにより、突如無償譲渡申入れの効力が甦

り、原判決において、控訴人は、上記無償譲渡申入れを行った平成23年11月22日に、本件建物の所有権を取得したと判断したものであり、明らかに誤った判断である。

(3) 仮に、本件において、控訴人が、TMK破産管財人から無償譲渡申入れを拒否する旨の通知がなされた直後に、無償譲渡申入れを明示的に撤回していれば、原審においても、撤回を認め、控訴人の所有権の取得を認定しなかったはずであろうし、また、撤回を明示しなかったとしても、拒否の通知後直ちに、TMK破産管財人に対して本件建物取去土地明渡請求訴訟を提起していれば、同じく有効に撤回したものと判断されていたはずである。なお、後に述べるように、原判決も本件訴訟提起をもって無償譲渡申入れの撤回と見ること自体は肯定的に判断している。本件では、控訴人自身の法的理義が不十分であったため、明示的な撤回の意思表示はなされず、また、本件訴訟提起は1年7カ月ほどたってからなされたが、以下述べるように、本件訴訟の提起は撤回行為そのものであり、かつ、本件訴訟の提起による撤回は破産手続中になされたものであるから、撤回自体有効であり、控訴人は本件建物の所有権を取得していない。

### 3 控訴人の無償譲渡申入れの撤回

(1) そもそも、控訴人は、定期借地権設定契約書15条3項の無償譲渡申入れによって、当然贈与契約があったのと同一の効果が生じるなどという認識は全くなく、被控訴人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、その効力は無くなつたものと認識してきた。

すなわち、控訴人の上記無償譲渡申入れに対して、TMK破産管財人から、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ても現在の破産財団では本件建物の表示登記にあたつ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、登記にあたつ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、控訴人は、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。

従って、その後の控訴人からの書面（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考えていたから、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、控訴人の意思は、黙示的にではあるが、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。

(2) これに対して、TMK破産管財人も、同人が、上記のように控訴人の無償譲渡申入れを拒否したことにより、当然、譲渡の効力が生じているとは考えておらず、また、破産者である被控訴人TMKと控訴人との間において贈与契約があったのと同一の効果が生じているなどという認識もしていなかったのである。

(3) 更に、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。）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、控訴人と被控訴人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、当然控訴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つ

た（乙9）。また、本件訴訟提起後の被控訴人鹿島建設の答弁書においても、控訴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）と被控訴人TMKの所有権を認めており、少なくとも、TMK本件建物の破産管財人による財団からの放棄及び破産廃止により、本件建物所有権が控訴人に帰属するなどの認識はなかったことは明らかである。

(4) また、訴外三菱地所株式会社（以下単に「三菱地所」という。）の申立てた調停（被控訴人鹿島建設及び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、調停委員から控訴人に対して和解案を提示するよう求められたため、控訴人は、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、控訴人は三菱地所から損害賠償を受けること、被控訴人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、本件建物を控訴人が無償で譲り受けることの提案を行ったが、三菱地所、被控訴人鹿島建設、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、三菱地所らも控訴人の提案した上記和解案を拒否しているのである。

(5) 原判決は、「原告は、被告TMK管財人らから本件無償譲渡申入れを拒否されたと理解して、同申入れを撤回したと主張するが、前記認定事実（3）ウ及びエのとおり、原告はその後にも、被告TMK管財人に対し、本件建物の無償譲渡を求める旨の通知を（乙19）を送付して本件建物の無償譲渡を求めたほか、本件調停においても本件建物の無償譲渡を解決策として提案していることに照らせば、原告が本件無償譲渡申入れを撤回する旨の意思表示をしたとは認められない。」（原判決50頁）として、控訴人の上記撤回の意思表示を否定す

る。

しかし、前述したように、控訴人の上記通知（乙19）は、無償譲渡申入れが認められないであれば、本件建物を撤去するよう求めていることから、TMK破産管財人が認めなければ、無償譲渡申入れはないものとして撤去を求めているのであって、無償譲渡申入れを認めなければ、撤回して当初のとおりということを主張しているものである。

また、上記調停において、控訴人が和解案として無償譲渡を求めたのは、和解条件の一つとして、本件建物を無償で譲渡することを求めたものであり、新たな提案として提示したものであり、無償譲渡申入れのみの単独の請求として認められるものではないばかりか、平成23年11月22日に行った無償譲渡請求は効力がないものとして、新たな和解案の提案として行ったものである。従って、控訴人の意思は、以前の無償譲渡申入れは撤回したものと認識して行われた提案である。

(6) 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、本件建物収去土地明渡請求訴訟をTMK破産管財人に対して提起したことは、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。このように、控訴人が本件明渡請求訴訟を提起したということは、無償譲渡申入れを撤回したことであり、原判決も「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」（原判決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には肯定的判断をしているのである。

#### 4 本件撤回の有効性について

(1) 原判決は、「本件無償譲渡請求権の法的性質は、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一の効果が生じ、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解される。」とし、更に、「破産手続開始後には、破産財団に即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ても、その権利の取得は、破産手続の関係においては、その効力を主張することができない（破産法48条1項）。

しかし、同条項の趣旨が、破産手続において破産債権者の引き当てとなる破産財団に属する財産の流出の防止にあることに照らせば、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、上記権利取得は破産手続の関係でも効力が主張できなくなるということはなくなる。そうすると、本件においては、原告が本件無償譲渡申入れをした後に、被告TMKの破産手続が廃止され、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1月22日に被告TMKから原告に移転したとの効果は、確定している。」とし（原判決48頁～49頁）、更に、「被告TMK管財人がこれを拒否する旨の通知をしたり、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、その効果を覆すことはできない。」また、「破産手続開始後に、破産財団に属する財産について破産者の法律行為によらないで権利を取得した場合には、その権利の取得は、破産手続の関係においてその効力を主張することができないにすぎず、破産手続外においては確定的にその効力が生じているから、前同様にその効果を覆すことはできない。」とする（原判決50頁）。

本件の「無償譲渡請求」は、形成権ではなく請求権であることについては、後に主張するが、仮に形成権であるとしても、原判決の、無償譲渡申入れを撤回したりしても、その効果を覆すことはできず、また、破産手続外においては確定的にその効力が生じているとの認定は明らかに誤りである。

(2) 仮に、原判決の認定のように、無償譲渡申入れが形成権であり、無償譲渡申入れを行ったことにより、贈与契約があったのと同一の効果が生じているとしても、上記無償譲渡申入れは有効に撤回されており、従って、控訴人は本件建物の所有権を取得していない。

法律行為の撤回は、当該法律行為の効力が生じた後は行えないとされている

が、本件においては、破産法48条1項により、未だその効力は生じているとはいえないでの、撤回は可能である。また、相手方の承諾がある場合は撤回できるとされており（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）、本件においては、本件建物について管理処分権を有するTMK破産管財人からの実質的に承諾（事前の承諾）はなされているのである。

### （3）意思表示の撤回が制限される理由及び本件における撤回の意思表示

ア 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、これを行ふ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、前述したとおり、TMK破産管財人は控訴人の無償譲渡申入れを拒否しており、また、原判決の認定のように考えても、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、破産者である被控訴人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、TMK破産管財人に対してなされた撤回は有効である。

#### イ 意思表示の相手方であるTMK破産管財人の事前の承諾の存在

前述したように、TMK破産管財人は、控訴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、控訴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、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。

このように、控訴人が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、控訴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のである。

ウ 更に、控訴人の撤回を認めた場合、それによる不利益を被るものは全く存在しない。本件無償譲渡請申入れは、管理処分権を有するTMK破産管財人は無償譲渡を拒否しており、その他の利害関係が生じる第三者は全く存在しないのである。それ故、控訴人の撤回を認めたとしても、第三者に不利益を与えることも何らないのである。

以上のことからも、本件訴訟提起をもって行った撤回は有効である。

## エ 訴訟提起による撤回の意思表示

本件訴訟は、被控訴人TMKに本件所有権が帰属することを前提として、同社に対し建物收去土地明渡を求めたものであり、本件建物の所有権が控訴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、控訴人は、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、前述したように、原判決も「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」（原判決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。

本件無償譲渡申入れの撤回は、原判決認定の前提に立ったとしても、TMK破産管財人が本件建物を財団放棄するときまでは可能であるから、TMK破産管財人に対する本件訴訟の提起により、無償譲渡申入れは有効に撤回されたのである。

(4) ア 控訴人の行った本件無償譲渡申入れが仮に形成権であるとしても、破産法48条1項によれば、「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ても、その権利の取得は、破産手続の関係においては、その効力を主張することができない。」とされており、同条は、破産法47条第1項と同様に相対的無効を定めたものとされ（条解破産法368頁）、当該行為はTMK破産管財人に対しては無効とされているのである。また、破産法48条1項についても、「本条は（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」であるとされているのである（大コンメンタール破産法194頁）。

そして、原判決の認定するように、破産者である被控訴人TMK自身に対しては有効とされるとしても、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るが、破産手続中は所有権移転の効果は生じていないのである。このことは、他人の物の売買において、契約当事者間では無効ではないが、眞の権利者に対する関係では無効であるから（民法560条）、所有権移転等の権利変動は生じないと同様のことである。また、無権代理人の行った行為も、権利者に対する関係では無効であり、所有権移転等の権利変動は生じないと同様のことである。

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、管理処分権のないものの行った处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。このように、破産者である被控訴人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。

そして、仮に本件無償譲渡請求権が形成権であり、請求権行使の結果、贈与契約があったのと同一の効果が生じているとしても、そもそも被控訴人TMKには本件建物の管理処分権はないのであるから、手続外においても確定的に被控訴人TMKから控訴人に所有権移転することはあり得ないのである。すなわち、他人の物の贈与においても契約は有効であっても（他人物の贈与も契約として有効であることについては最高裁昭和44年1月31日判決（判例時報552号50頁）参照）、破産者には管理処分権がないから、所有権移転の効果は生ずることはあり得ないのである。

このように、破産手続中は、被控訴人TMK自身は本件建物の管理処分権は有しないのであるから、例え、無償譲渡請求権を形成権と解しても、破産手続

中は所有権移転の効力は生じていないのである。管理処分権を有しないものから手続外といえども権利（所有権）が移転するなどということはあり得ないことであり、控訴人の行った無償譲渡申入れによる所有権取得の効力は、その意思表示だけでは、破産手続外においても原判決のいうような確定的な効果は生じていないのである。

イ 更に、破産法48条1項により、TMK破産管財人に対しては、無償譲渡申入れは無効とされているため何らの権利義務の関係が生じておらず、かつ、本件建物について管理処分権を有するTMK破産管財人が本件無償譲渡申入れを拒否して、無償譲渡は認めないとしているのであり、また、その他の関係者にも何ら権利関係について変化や影響を与えているものでもなく、かつ、無償譲渡請求を撤回したことにより影響を受けるものも全くないのである。従って、TMK破産管財人が本件建物の財団放棄をして、破産廃止となるまでは、無償譲渡申入れの撤回は有効に行えるのである。

ウ その上、前述したように、本件建物について管理処分権を有するTMK破産管財人自身が控訴人の無償譲渡申入れを拒否しているのであるから、TMK破産管財人は無償譲渡申入れについて撤回することの事前の承諾を与えているものと評価できるのであり、控訴人が、本件建物の財団放棄及び破産廃止前に行ったTMK破産管財人に対する本件訴訟の提起により、無償譲渡申入れは撤回されたのであり、当該撤回の効力は有効である。

エ 以上のように、本件無償譲渡申入れによって、本件建物の所有権については確定的な効果は生じておらず、また、TMK破産管財人が本件建物の管理処分権を有しているのであるから、TMK破産管財人に対してなされた本件訴訟の提起による無償譲渡申入れの撤回は有効である。

従って、原判決の、平成23年1月22日に被控訴人TMKから控訴人に本件建物の所有権が移転したとの認定は、その認定の全てにおいて明らかに誤りである。

## 第2 本件無償譲渡請求権は形成権ではなく請求権であること

1 原判決は、「本件無償譲渡請求権の法的性質は、同請求権を行使することにより、控訴人と被控訴人TMKの間で贈与契約があったのと同一の効果が生じ、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ある」と判示する（原判決48頁）。しかし、本件無償譲渡請求権を形成権とする根拠はなく、以下に述べるように、本件無償譲渡請求権の法的性質は債権的請求権である。

### 2 形成権とする原判決の誤り

(1) 原判決は、「①本件無償譲渡請求権の趣旨に照らせば、その要件を満たす場合は被控訴人TMKには本件無償譲渡請求権に対する拒否権はなく、原告（控訴人）の一方的な意思表示により当然に本件建物の所有権が移転するという法律効果が発生すると解すべきこと、②本件借地権契約15条3項の適用場面や条文構造が、形成権である借地借家法13条1項の建物買取請求権に類似することに照らせば、本件無償譲渡請求権の法的性質は、同請求権を行使することにより、原告（控訴人）と被告（被控訴人）TMKの間で贈与契約があったのと同一の効果が生じ、本件建物の所有権が当然に原告（控訴人）に移転することを内容とする形成権であると解される。」と判示する（原判決48頁）。

(2) しかしながら、①については、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、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請求権（債権）を規定しているものと解すべきものである。仮に、「無償」とは、単に対価を支払わないということであるとしても、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がなされることは当然の前提であり、引渡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権利と解される。

(3) 次に、②については、本件借地権契約第15条3項が、形成権である借地借家法第13条1項の建物買取請求権に類似するとするが、本件借地権契約を作成した控訴人及び被控訴人TMKの担当者が借地借家法第13条1項の建物買取請求権を意識して本件借地権契約第15条3項を定めた経緯は全くなく、原判決の論理は、本件借地権契約の作成経緯や契約当事者の意思とかけ離れた根拠のない推論という他なものである。法律上借地人保護のために設けられた規定と、本件のような当事者間において一定の事由が存する場合に任意的に無償で譲渡請求を認める旨の契約上の合意とは、その本質において異なるものである。

### 3 契約当事者の意思解釈

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。

本件無償譲渡請求権の規定を提案したとしている控訴人の意思は、無償譲渡申入れにより、当然贈与の効力が生じるとの意思ではなく、被控訴人TMKから無償で譲り受ける権利を取得するとの認識であった。

即ち、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。

4 本件借地権契約第15条3項は、「被控訴人TMK（乙）が・・・本件土地を第16条に従い控訴人（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条に基づく控訴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。

5 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、被控訴人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、被控訴人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控訴人に移転することはない。

### 第3 本件においては無償譲渡請求権の要件を満たしていないこと

1 原判決は、本件借地権契約15条3項の無償譲渡請求権の要件について、「本件建物にテナントが入居しているか否かを問わず、①土地賃借人が、本件借地権契約の解除後に、土地賃貸人に対し、本件土地を同契約16条に従って（更地の状態にして）返還することができないこと、②土地賃貸人が、土地賃借人に対し、本件建物を無償で譲渡するよう請求する旨の意思表示したこと」であると判示し（原判決46頁）、また、本件無償譲渡請求権の「無償」性について、「本件所有権を移転させる形成権であるから、その行使によって本件建物に付着する本件担保権等も随伴して移転することが当然予定されており、原告に何らの費用や負担が生じないことは想定し難い。」とし、「控訴人が被控訴人T

MKに対して何ら対価を支払うことなく本件建物の所有権を取得できることを意味すると解するのが自然であり、建物賃貸人としての地位を承継する以外に何らの費用や責任を負わないことまで意味するものではない」と判示する（原判決47頁）。

2 仮に、本件無償譲渡請求権の要件について原判決が認定するように考えるとしても、本件においては、被控訴人鹿島建設は、本件建物に対して商事留置権が存在すると主張して、現実に本件建物を現実的に占拠しているものであり、被控訴人TMKから控訴人は本件建物の引渡を受けられない状態である。しかし、本件借地権契約15条3項の無償譲渡請求権は、建物の引渡自体が受けられない場合までも含まれるものではない。

すなわち、定期借地権設定契約書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条に従い控訴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控訴人は被控訴人TMKに対して本件建物を無償にて控訴人に譲渡するよう請求することができるとしているのであり、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、引渡し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。

#### 第4 錯誤無効

1 原判決は、「原告は、被告鹿島建設の被告TMKに対する請負残代金が未払いであることや、被告鹿島建設が同残代金が未払いであることを理由として本件建物を占有していることなど、被告鹿島建設の商事留置権発生の根拠となるべき事実を認識していたことに照らせば」商事留置権が成立するものとしても、控訴人には、商事留置権が成立に関する錯誤はないか、あったとしても重大な

過失があったとする（原判決49～50頁）。

2 しかし、根拠となる事実を認識していたとしても、控訴人は、被控訴人鹿島建設に対して（CCで被控訴人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、被控訴人TMKの借地権が消滅したので、被控訴人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、被控訴人TMKに被控訴人鹿島建設に対して未収金があり、被控訴人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か、かかる不法行為は日本では通用しない事はご承知の筈です。」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もかかる権利も有しております。」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、被控訴人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、控訴人は、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、被控訴人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、被控訴人鹿島建設が現実に本件建物を占拠しているため、控訴人は被控訴人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、控訴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、控訴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、控訴人が、被控訴人TMKの借地権は消滅し、被控訴人TMKは本件土地を不法占拠しているのであるから、被控訴人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控訴人が判断したこと

について、控訴人には重大な過失はない。

## 第5 解除

1 仮に、原判決が認定するように、破産廃止及び本件建物の財団からの放棄により、被控訴人TMKが本件建物の管理処分権を取得し、控訴人が所有権を取得したとしても、控訴人は、予備的に、原審の平成25年12月19日付け第10準備書面10頁において、被控訴人TMKに対し、被控訴人TMK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ので、控訴人の本件建物についての所有権取得は遡って消滅した。

### 2 契約関係が存在すること

(1) 原判決は、「本件無償譲渡請求権の行使により、控訴人と被控訴人の間に贈与契約があったのと同一の効力が当然に生じるのであって、両者の間で贈与契約の締結があったわけではないから、その性質上解除する余地もない。」と判示し、また、「このことは、前記のとおり、本件無償譲渡請求権の行使は、もともと本件建物に占有者がおり、その占有者に本件建物の明渡しをさせる場合であっても、控訴人の負担において行うことを前提としている（本件借地権契約16条の適用は排除されている。）ことからも裏付けられる。」として、控訴人による贈与契約（又は無償譲渡契約）の債務不履行解除の主張を失当であると判示する（原判決51頁）。

しかしながら、原判決は、「贈与契約があったのと同一の効力が当然に生じる」としながら、「贈与契約の締結があったわけではないから」解除ができないというのは明らかに誤りである。贈与契約があったのと同一の効力が当然に生じているのであれば、効果が生じている贈与について、その履行がなされなければ、当然解除は認められるはずであり、現実の契約締結行為がないことは、解除を認めない根拠とは何らならない。

(2) 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ついては、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1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としている。

(3) 原判決は、本件無償譲渡請求権の行使により贈与契約があったのと同一の効力が当然に生じるとしているのであるから、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、被控訴人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。

3 また、原判決は、「本件無償譲渡請求権の行使は、もともと本件建物に占有者がおり、その占有者に本件建物の明渡しをさせる場合であっても、控訴人の負担において行うことを前提としている」ことを根拠に、本件建物の引渡債務の不履行を理由とする解除を否定するようであるが、その根拠は明らかに誤っているものである。本件建物の明渡をさせる場合であっても、控訴人の負担において行うことを前提としているとしても、それは、被控訴人TMKが建物収去土地明渡義務を負わないということであり、被控訴人TMKが本件建物の引渡

義務を負担しないということでは何らないのである。前述したように、定期借地権設定契約書 15 条 3 項によれば、本件建物のテナントが賃借を継続している場合等、本件土地を同契約書第 16 条に従い控訴人に建物を明渡して返還することができない場合には、無償譲渡申入れができるということであり、無償譲渡申入れにより贈与があったのと同一の効力が生じているとすれば、当然本件建物の引渡し義務や所有権移転登記義務は発生しているのである。仮に、被控訴人 TMK が入居者等の明渡し義務を履行できず、そのことは本件無償譲渡契約（贈与契約）の効果に影響がないとしても、被控訴人 TMK の本件建物の引渡し義務や移転登記義務がなくなるものではない。また、所有権移転登記義務についても、被控訴人 TMK において保存登記 자체ができないため、所有権移転登記義務の履行も不可能な状態なのである。

原判決の判示するとおり、本件無償譲渡請求権の行使により贈与契約があつたのと同一の効力が当然に生じるとするのであれば、被控訴人 TMK が控訴人に対し本件建物の引渡し債務を負担することは明らかであり、その不履行がある以上、控訴人から被控訴人 TMK に対する損害賠償請求や債務不履行解除は当然に認められるものである。

4 更に、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、所有権だけ控訴人に移転し、控訴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、被控訴人 TMK が本件建物の引渡し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、控訴人には解除権（或いは撤回権）が認められることは当然である。

控訴人は、原審の平成 25 年 12 月 19 日付け第 10 準備書面 10 頁において、被控訴人 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、契約解除の効果の発生が当然認められる。尚、

同解除の意思表示は、本件無償譲渡請求により成立する契約が贈与契約であると判断される場合には、同贈与契約（無償譲渡契約）の解除の意思表示を含むものである。

以上のように、被控訴人TMKの引渡義務の不履行があるため、上記控訴人の解除により、本件無償譲渡契約（贈与契約）による所有権移転の効果は遡及的に消滅するので、控訴人は本件建物の所有権を有していない。

## 第6 被控訴人鹿島建設の商事留置権は発生しておらず、被控訴人鹿島建設の本件建物の占有は不法占有であること

### 1 不動産に商事留置権は成立しないこと

(1) 本件建物に対して、被控訴人鹿島建設の商事留置権は成立しておらず、被控訴人鹿島建設は本件建物から退去しなければならない。

以下述べるように、本件建物の所有権がTMK帰属するか、控訴人に帰属するかに関わらず、被控訴人鹿島建設には商事留置権は成立せず、従って、被控訴人鹿島建設は本件建物を占有する何らの権利もないにもかかわらず、本件建物を不法占拠し、かつ、本件土地をフェンスで囲って、本件土地全部を不法に占拠しているものである。

(2) 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日金融商事法務1906号75頁、東京高決平成10年12月11日金融・商事判例、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日判決金融・商事判例1101号58頁）。

(3) 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。

そして、以下の理由から、商事留置権が不動産を目的として成立することはないのである。

①商人間の留置権の対象となるのは有体動産に限られていたドイツ旧商法を模範として我が国の旧商法が立案されたり、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521条所定の商人間の留置権の対象となることを予定していなかったものである（上記東京高判平成8年5月28日）。

②また、民事留置権の制度がある中で商人間に物との牽連関係を要件としない商事留置権が設けられたのは、商人間で継続的取引が行われ、債権者が債務者の所有物の占有を開始する前に、既に占有を離れた物に関する債権等を有していることが念頭に置かれたと考えられ、当該所有物に関する債権については、民事留置権により担保されていることから、殊更商事留置権を設ける実益に乏しいのである。

③上記①②に加え、債務者が破産した場合、民事留置権は破産財団に対してその効力を失うのに、商事留置権は、特別の先取特権とみなされること（破産法66条1項、3項）を考慮すると、商事留置権は、債権者が債務者の所有物を占有していることを要件とした一種の浮動担保と理解することが可能であり、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といえる。

このように、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、本件建物に被控

訴人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

(1) 仮に不動産に対し商事留置権が成立するとしても、被控訴人鹿島建設の本件建物に対する商事留置権は、被控訴人TMKの破産宣告により、その留置権能は失われる。また、被控訴人被告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）。

(2) 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である。

「破産法93条1項（現破産法66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、破産宣告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、原則として破産宣告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。この場合でも、商事留置権が特別の先取特権とみなされた結果として特別の先取特権自体の実行が困難となることまで法が予定しているものとは考えられないから、破産法93条1項（現破産法66条1項）の規定は、商事留置権者が法律に定める方法によらずして目的物を処分する権限を有する場合に、その目的の範囲内で目的物を留置し続けることまで否定する趣旨ではないと解される（最高裁判所平成10年7月14日第三小法廷判決・裁判所時報122

3号参照)が、この場合であっても、破産裁判所は、破産管財人の申立てにより特別の先取特権者が目的物を処分すべき期間を定めることができる(同法204条、現185条)。」と判示している(上記東京高決平成10年11月27日)。

このように、原則として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、商事留置権者が目的物を任意に処分する権限を有する場合にその範囲のみ留置権能が認められると考えるべきである。

### (3) 消滅した留置権能は回復しないこと

上記のとおり、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。

破産法66条1項により「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(破産法95条、現65条)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することができる。このように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。したがって、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権利放棄されたとしても、商事留置権が回復することはないというべきである。のみならず、破産財団からの権利放棄により商事留置権が回復し、商事留置権者が商事留置権を享有するほか破産手続において被担保債権の全額について破産債権を行使できるとすることは、

「商事留置権者を不当に利する結果となる」としている（上記東京高決平成10年11月27日）。

このように、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。

### （3）被控訴人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日に被控訴人TMKの破産宣告がなされたことで、被控訴人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、被控訴人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、被控訴人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、被控訴人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。

なお、被控訴人鹿島建設の被控訴人TMKに対する本件請負工事代金は、破産債権にあたるところ、平成24年7月13日に被控訴人TMKの破産手続廃止決定がなされたことからこれに伴って破産債権は消滅したので、被控訴人鹿島建設の被控訴人TMKに対する本件請負工事代金債権は消滅している。

## 3 工事請負契約書による商事留置権の不成立について

### （1）工事請負契約書（甲4）の約定

被控訴人TMKと被控訴人鹿島建設との間の工事請負契約書（甲4）では、以下のとおり約定されている。

#### ア 請負代金の支払（工事請負契約書第5項）

第2回目（竣工後）の請負代金の支払について、「竣工翌々月末日に契約金額の80%を現金払い。」とされている。

#### イ 特約条項④

請負者は、本請負契約の対象である建築予定建物（以下「建築予定建物」という。）が竣工した場合には請負契約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。

#### ウ 特約条項⑥

請負者は、自己の債権の満足のために発注者またはその財産について強制執行又は保全処分を行わず、かつ、かかる強制執行及び保全命令を申立てる権利を予め放棄する。

(2) 上記工事請負契約書の約定によれば、被控訴人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、被控訴人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、被控訴人鹿島建設は、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、被控訴人鹿島建設は、強制執行や保全処分の権利も予め放棄しているものである。

よって、被控訴人TMKの第2回目の請負代金残代金の支払期日においては、被控訴人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、被控訴人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。

3 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（民法295条2項）のであり、この要件は商事留置権にもあてはまる。

上記の例として、窃盗が盗品のために必要費を支払った場合に留置権が成立しないというものである。そして、判例では、賃借人が賃貸借終了後になって目的物に必要費を加えたように、占有のはじめに不法行為でなくとも、その占有が不法となった場合においては、その占有物について留置権は成立しない（最判昭和41年3月3日民集20巻3号386頁）とし、さらに賃貸借契約において、占有が権原に基づかないことを疑わなかつたことに過失がある場合には、留置権の主張は許されないと判断を示している（最判昭和51年6月17日民集30巻6号616頁）。

即ち、物の占有取得行為自体が不法行為である場合だけでなく、被担保債権の弁済期において、物の占有権原が失われ不法占有に至っている場合にも、留置権が成立しないというのが判例である。

(4) これを本件についてみると、被担保債権である被控訴人TMKの第2回目の請負代金残代金の支払期日においては、被控訴人鹿島建設の本件建物の引渡し義務は既に履行遅滞に陥っており、被控訴人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 被控訴人鹿島建設は、本件建物の所有権が誰に帰属するかに関わらず、被控訴人鹿島建設には、本件建物に対する何らの占有権限はなく、また、本件建物の不法占有を行うとともに、本件敷地にフェンスを設置して、被控訴人鹿島建設以外のものは立ち入れなくなってしまっており、被控訴人鹿島建設は本件建物及び本件土地を不法に占有しているものであり、被控訴人鹿島建設には本件建物に対する商事留置権は成立しない。

このように、被控訴人鹿島建設は、何ら権限なく本件建物を占有し、かつ、本件土地にフェンスを設置して、本件土地全体を何ら権限なく占有しているものであるから、本件建物から退去して、本件土地を明渡す義務がある。

## 第7 被控訴人鹿島建設の不法占有による損害賠償責任について

1 原判決は、建物占有者は、原則として底地たる土地を占有しているとは認められないとして、被控訴人鹿島建設が本件土地の所有権を侵害しているとはいえない、本件土地の賃料相当損害金は発生しないと判示する（原判決53頁）。しかしながら、被控訴人鹿島建設には、本件建物の商事留置権が認められず、本件建物の占有権原の反射的効果として本件土地を占有する権原を認める余地はないこと、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、本件土地の賃料相当損害金の発生が認められるも

のである。

2 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、その他の上告人ら（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いると考えられる。被控訴人鹿島建設のように、商事留置権が認められず、そもそも建物の占有権原すら存在しない場合には、建物占有に付隨した土地占有を適法とする理由はなく、被控訴人鹿島建設が本件建物を占有すると同時に、本件土地を占有していると評価できる場合には、本件土地の占有には違法性が認められ、控訴人の損害との相当因果関係も当然に認められるものである。

### 3 被控訴人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

控訴人は、被控訴人鹿島建設に対し、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、被控訴人鹿島建設は、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関わらず、直ちに本件建物から退去しなかった。

そして、被控訴人鹿島建設は、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関

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」と被控訴人鹿島建設に約束しており（被控訴人鹿島建設原審答弁書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、被控訴人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、ことさら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、被控訴人鹿島建設は、控訴人が本件借地権契約を解除したこと通告し、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関わらず、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控訴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、被控訴人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。

4 被控訴人鹿島建設は、控訴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。被控訴人鹿島建設は、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、控訴人は被控訴人鹿島建設に対し、平成22年12月27日付けのEメールで、控訴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、被控訴人鹿島建設は、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、控訴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）。控訴人は、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）、被控訴人鹿島建設は、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、控訴人の撤去請求を重ねて拒否した（甲34）。控訴人は平成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、被控訴人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、被控訴人鹿島建設は、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、控訴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。

5 以上の諸事情に鑑みれば、被控訴人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、控訴人に対し、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。

以上