



別紙添付①

平成24年(ワ)第6907号 建物収去土地明渡等請求事件

原告 大洋リアルエステート株式会社

被告 破産者御堂筋共同ビル開発特定目的会社破産管財人三原崇功 外1名

準備書面 1

平成24年10月23日

大阪地方裁判所第23民事部1係 御中

被告訴訟代理人弁護士 藤 原 浩



同 鈴木 道 夫



同 芳 賀 成 之



同 河 野 申 二 郎



被告鹿島建設は、主に原告の平成24年9月18日付け第1準備書面（以下「原告第1準備書面」という。）に対し、以下のとおり弁論を準備する。

なお、略語等は、本書面で新たに用いるもののほか、従前の例による。

第1 原告の建物退去土地明渡請求には理由がないこと

本件において、原告は、本件土地の所有権に基づき、TMK（被告TMK管財人）に対して建物収去土地明渡しを、本件建物を占有する被告鹿島建設に対して建物退去土地明渡しをそれぞれ求めている。

しかし、以下に述べるとおり、被告鹿島建設は、商事留置権（商法521条）

に基づき本件建物を適法に占有している。加えて、原告は、無償譲渡請求によりTMKから本件建物の所有権を取得した以上、本件建物の収去を求めることはできず、その結果、被告鹿島建設に対して建物退去土地明渡しを求めることもできないから、原告の本件請求には理由がない。

1 被告鹿島建設の占有正権原（本件建物の商事留置権）

(1) 被告鹿島建設は、平成20年12月、TMKとの間で本件工事請負契約を締結し、本件土地上において本件建物の建設工事に着手した。

被告鹿島建設は、本件建物がほぼ完成した平成21年11月19日、三菱地所から、請負代金の支払原資となる金融機関からの借入れが未だ実現できていないとの報告を受けたため、同年12月25日、TMKに対し、ローンの調達状況を報告するよう書面で要求したが（乙1）、TMKからは一切回答がなされなかった。そこで、被告鹿島建設は、平成22年1月13日、TMKに対し、請負残代金の支払に対する懸念が解消するまで、本件建物の引渡しを拒絶するとの意思表示をした（乙2）。

これと並行して、完成させた本件建物の外壁の一部の仕様が耐火構造認定の条件と異なっていることが判明したことから、被告鹿島建設は、直ちに関係各社に連絡の上是正工事の準備に着手した。その後、同年5月25日に是正工事着手の承諾を得て、同年6月30日までに是正工事をすべて完了させた（乙7）。

しかし、TMKからは依然として請負残代金について履行の提供がなされず、かつ、その見込みもなかったことから、被告鹿島建設は、平成22年7月6日、TMKに対し、本件建物の引渡しを拒絶することを通知し（乙4）、以後現在に至るまで本件建物の占有を継続している。

(2) 以上のとおり、被告鹿島建設は、商事留置権（商法521条）に基づき本件建物を適法に占有しているものであり、未払の請負残代金39億8160万円及びその後の本件建物の維持管理にかかる必要費等が全額支払われるまで、本件建物を留置する。

2 原告による本件建物の無償譲渡請求

- (1) 土地上に建物が存在し、当該建物を占有する者がある場合において、土地所有者が、土地所有権に基づく返還請求権として、建物占有者に対して建物退去土地明渡しを求めるためには、その前提として、当該建物について収去義務が認められることが必要である。すなわち、原告の請求は、所有権に基づく返還請求権としての土地明渡し請求権を訴訟物とするものであるが、被告鹿島建設に対する建物退去は、建物収去の受忍義務としての建物退去をいうものであり、建物所有者の建物収去義務が存在することを前提とするものである（浅生重機「建物の占有と土地の占有」判例タイムズ1321号20頁参照）。
- (2) 本件土地の所有者である原告は、平成23年11月22日、当時本件建物の管理処分権を有していた被告TMK管財人に対し、本件借地権契約第15条3項に基づき本件建物を無償で譲渡するよう請求し（乙5。以下「本件無償譲渡請求」という。）、本件建物の所有権を確定的に取得した。これにより本件建物と本件土地は同一人の所有に帰属し、本件建物は本件土地との関係で収去義務を負わないものとなった。したがって、原告は、TMKに対して、TMKの本件建物所有を前提とした建物収去土地明渡しを求めることができず、そうである以上、本件建物の留置権者である被告鹿島建設に対しても、建物収去義務を前提とする建物退去土地明渡しを求めることはできない。
- (3) この点に関して、原告は、本件無償譲渡請求の効力を自ら否定するために反論を試みるが、以下に述べるとおり、いずれも失当である。

第1に、原告は、本件無償譲渡請求について、「TMKの破産手続開始後は個別的権利行使が禁止される」と主張する。

しかし、破産手続開始後における破産財団に属する財産の権利取得は、「破産手続の関係において」効力を否定されるにすぎない（破産法48条1項）。したがって、破産手続が異時廃止によって終了している本件においては、原告の上記主張は失当である。また、自ら本件建物の所有権の取得を主張しておきなが

ら、後になってその効力を否定し、TMKに建物所有権が存在することを前提とした主張を行うのは背理であり、禁反言にも反する不当な主張である。

第2に、原告は、本件無償譲渡請求は「事実上の申入れ」を行ったものにはすぎないと主張する。

しかし、原告のTMKに対する一方的な意思表示によって、本件建物の所有権が原告に移転し、TMKが所有権移転登記手続義務を負担する効果が発生するのは、本件借地権契約第15条3項の規定上明らかである(甲2, 甲3)。したがって、これを単なる「事実上の申入れ」とする原告の主張は、何らの根拠もないものである。

第3に、原告は、建物の無償譲渡を受けるに当たって、原告の損害が賠償され、被告鹿島建設の商事留置権を消滅させることを前提条件と考えていたと主張する。

しかし、本件無償譲渡請求に関する原告の被告TMK管財人に対する通知書(乙5)には、「弊社と致しましては、上記(被告訴訟代理人注:本件借地権契約)第15条3項に基づき、御堂筋フロントタワービルを無償で弊社に譲渡するよう申し入れます。つきましては、速やかに御堂筋フロントタワーの保存登記をされたうえ、弊社に対し所有権移転登記手続を履行されるよう催告致します。」と明確に記載されており、原告が主張するような前提条件など何ら付されていない。したがって、この点に関する原告の主張も理由がない。

第4に、被告TMK管財人が原告の申入れを拒否したので原告としても同申入れを「撤回した」と主張する。

しかし、原告が本件無償譲渡請求を撤回したことを示す証拠はなく、原告の主張は失当である。また、仮に、原告が本件無償譲渡請求を撤回する旨の意思表示をしていたとしても、本件借地権契約第15条3項に基づく本件無償譲渡請求の効力は、その意思表示が被告TMK管財人に到達した時点で確定的に発生しており、原告においてこれを一方的に覆すことはできないから、いずれに

しても原告の主張には理由がない。

第3 原告の請求は権利の濫用であること

以上述べたとおり、原告の被告鹿島建設に対する建物退去土地明渡請求は、その前提である建物の収去義務が認められず、理由がない。

また、原告は、本件事業において、共同事業者兼土地所有者という中核的・主体的な地位にある者として、三菱地所と共同して資金を調達し、本件事業を適切に遂行すべき義務があったにもかかわらず、三菱地所との協議を頑なに拒否して資金調達の途を頓挫させた上、専ら自らの利益を確保する目的でTMKの預金債権を差し押さえ、また、本件借地権契約を解除して本件事業を破綻に追い込んだ。

このような本件の実態に鑑みれば、原告が、TMKを通じて被告鹿島建設に発注した本件建物について、被告鹿島建設を退去させた上でその解体撤去を求めることは権利の濫用（民法1条3項）に当たり、到底認められるものではない。

原告は、本件事業の破綻の原因はすべて三菱地所や被告鹿島建設にあり、三菱地所から勧誘を受けたにすぎない原告こそが本件の被害者であるなどと主張するが、いずれも理由がないものになっている。以下、この点につき詳述する。

- 1 原告は本件事業の遂行において中核的・主体的な地位にあったこと
 - (1) 本件事業は、原告と三菱地所が平成19年4月2日に対等な立場で締結した本件基本合意書（甲11）の第2条1項(1)、同2項(1)及び第3条1項に定められたとおり、資産流動化法上の特定目的会社であるTMKが、原告所有の本件土地の定期借地権を取得して本件建物を建築し、これを一定期間第三者にオフィスとして賃貸するとともに、これを売却させることを計画した事業である。このように、本件事業の成立には本件土地及び本件土地に対する借地権の存在が必要不可欠であり、本件土地の所有者である原告は、本件事業の遂行において極めて中核的な地位を占めていた。
 - (2) 本件基本合意書の第2条1項(2)は、本件事業を遂行するための資金について、

原告と三菱地所は自ら負担する「優先出資」のほか、「特定社債」及び「金融機関からの借入れ」によって調達することとし、後二者については、原告と三菱地所が「合意の上その詳細を決定する」と定めている。

また、原告、三菱地所及びTMKの平成20年3月24日付け覚書（甲16。以下「本件覚書」という。）の第1条2項は、上記本件基本合意書の第2条1項(2)を一部変更したものであるが、本件事業を遂行するための資金の調達は「優先出資」と「金融機関からの借入れ」の2つの方法によって行うことを規定している（「特定社債」による資金調達が削除された。）。

このように、原告は、本件事業の遂行に必要な不可欠な資金の調達についてその詳細を「決定」する権限を有しており、本件事業において極めて重要かつ主体的な地位にあったことは明らかである（なお、原告が資金調達義務をも有していたことは、後記2で述べる。）。

(3) 本件基本合意書は、以上のほか、三菱地所がTMKとの間で本件事業の特定資産管理処分委託契約及び開発業務委託契約を締結し、これに基づく業務を受託することについて原告の「承諾」が必要であること（第2条2項(4)）、本件建物の発注先の選定及び発注金額について、三菱地所は原告と「十分に協議」の上、その「事前の承諾」を得る必要があること（第3条(1)）、完成した本件建物をTMKに売却させる場合の条件や売却時期等の詳細については原告の「合意」が必要であること（第3条1項）などを規定し、原告に対して、本件事業の遂行に関する重要事項について積極的に関与し、その意思を反映する権限を付与していた。

(4) 以上述べたとおり、原告は、本件土地の所有者として、また、本件事業における実質的な意思決定主体として、三菱地所とともに本件事業の運営に直接関与していたものであり、その遂行について中核的・主体的な地位にあったことは明らかである。

(5) これに対し、原告は、三菱地所から本件事業の勧誘を受けた経緯（甲10）

からすれば、本件事業はあくまでも三菱地所自体の事業として進められ、原告は同社から勧誘を受けた出資者と単なる地主にすぎないなどと主張する。

しかし、三菱地所からの勧誘は、原告が本件事業を開始したきっかけであり、本件事業に参画した動機にすぎない。原告は、その後、本件基本合意書の内容を了解し、三菱地所と対等な立場でこれを締結して本件事業を開始し、三菱地所と共同で組成したTMKとの間で本件借地権契約を締結するなど本件事業の根幹部分に関わる手続に主体的に関与していたのであるから、原告の前記主張には理由がない。

また、原告は、「乙（三菱地所を指し、以下同じ。）と誠実に協議を重ね、かつ乙の主張に客観的な合理性が認められる場合には、拒否又は留保しないものとする。」という本件基本合意書の第2条3項(5)をもって、資金調達等の決定権はすべて三菱地所にあり、原告には提案権すら認められていなかったと主張する。

しかし、上記規定を見ても、原告の提案権を否定する内容にはなっていない。実際にも、原告自身、原告グループからの融資の提案を行ったと言うのであるから（原告第1準備書面7頁）、原告の主張は誤りである。加えて、原告は、三菱地所の主張に「客観的な合理性」が認められるか否かを検証し、万が一不合理な点があれば当該主張を拒否し得る権利を有しているところ、現に、その権利に基づき、三菱地所を通じてなされた三井住友銀行からの融資の提案を繰り返し拒否したのであるから（原告第1準備書面8～9頁）、原告の主張は自ら述べる事実とも整合せず失当である。

なお、原告は、本件基本合意書でも共同事業との表現は一切なく、「本件事業」と記載されているなどと主張するが（原告第1準備書面5頁）、すでに述べたように、本件事業が原告と三菱地所との共同事業であることには疑いの余地がない。さらに、原告が全面的に信用したとする三菱地所からの提案書（甲10）には、「三菱地所と共同で事業をしていただくメリット」（甲10の赤字部分。

傍点は被告訴訟代理人)との文言が強調され、繰り返し記載されていることを付言しておく。

2 原告は資金調達について法的な責任を負っていたこと

- (1) 本件事業は、「総事業費100億円の約30%」を原告と三菱地所によるエクイティ出資、残りの「約70%」を金融機関よりローンで調達する計画であり、被告鹿島建設に対する請負代金や本件土地の賃料・保証金等の事業資金の大部分を外部資金によって賄う構造であった(甲10「1. 開発について」)。そして、外部資金の調達については、TMK自体は対象資産(本件建物)を取得・保有し、将来のキャッシュフローを生み出す形式的な存在(「器」)にすぎないことから、実質的には、本件事業を実質的に遂行する優先出資者である原告と三菱地所において金融機関との折衝等を行うことが当然に予定されていた。
- (2) 以上のことを前提に、本件基本合意書第2条1項(2)(甲11)及び本件覚書第1条2項(甲16)は、原告及び三菱地所は、「TMKが本件事業を遂行するための資金」として、「優先出資」及び「金融機関からの借入れ」により調達することを確認し、「優先出資」の場合には、三菱地所及び原告がそれぞれ51対49の割合になるように取得するものとし、「その他の資金調達」すなわち「金融機関からの借入れ」については、三菱地所と原告が「合意の上その詳細を決定する」と規定している。
- (3) このように、TMKを実質的に差配する原告と三菱地所は、優先出資又は金融機関からの借入れのいずれかの手段によって「資金」を「調達」し、「本件事業を遂行」すべき義務を負うのであり、仮に、金融機関からの借入れが困難又は不十分であれば、追加出資を含む他の調達手段をとるなどしてこれに対処すべき責任があることは当然である。とりわけ、本件工事請負契約のように、本件事業の遂行に関連して、共同事業者の内部関係とは別個の新たな法律関係が形成された場合は、第三者である被告鹿島建設が事業者の都合で一方的に損害

を被ることのないよう資金を確実に調達し、本件事業を遂行しなければならないのである。そして、以上のことは、本件基本合意書第2条1項(2)及び本件覚書第1条2項が、金融機関からの借入れに関して原告と三菱地所が合意すべきは、借入れを「行うか否か」ではなく、借り入れることを前提とした「その詳細」である旨定めていること、資産流動化計画(乙8)の末尾に添付された「スキーム図」の「<本件開発予定建物建設期間中>」及び「<建物竣工時>」等にも、「優先出資の追加発行が行われる場合」と記載されていることから明らかである。

(4) これに対し、原告は、本件基本合意書第2条1項(2)の「金融機関からの借入れ」とは、「三菱地所のクレジットを利用した低金利の借入れ」が前提となっているなどと主張して資金調達義務を否定するが、本件基本合意書や本件覚書には、借入先や借入れの方法等は何ら定められていないから、原告の主張は失当である。

3 原告は本件事業の破綻の原因を自ら作出したこと

(1) 以上のとおり、原告は、一方で本件土地の所有者及び本件借地権契約の貸主として本件事業の重要な基盤を提供するとともに、他方でTMKに対する優先出資者として、三菱地所とともに、資金調達等をはじめとする本件事業遂行のための重大な権限かつ責務を負っていた。

これはすなわち、原告らが資金を調達しなければ、TMKは原告に対する本件借地権契約上の債務を履行できず、その結果本件事業の遂行が不可能となることを意味し、本件事業の成立のためには、原告らが誠意をもって協議を重ね、本件事業に必要とされる各決定事項を適切に合意して処理することが必要不可欠とされていた。

(2) しかるに、原告は、平成21年6月ころから、三菱地所、三菱地所設計及び被告鹿島建設の三者が、詐欺により工事費を不当に増額したなどと根拠のない誹謗を繰り返した上、本件事業の責任はすべて三菱地所にあると主張して、三

菱地所の負担で今後の処理をするよう求めた。そして、三菱地所からの追加出資を含む新たな資金調達のプロ案に対しても、もし原告に何らかの負担を求めるのであれば詐欺についての非を認めて謝罪、損害賠償をせよと主張し、本件事業の遂行に必要な協議を一切拒絶し、TMKの資金調達を頓挫させた。

その結果、TMKは、平成22年1月末日時点で約9.4億円の手元資金しか確保することができず、同月29日が預託期日の原告に対する20億円の保証金預託債務を遅滞した。これに対し、原告は、TMKがすでに支払不能の状態に陥っていることを十分に認識しながら、同年2月9日、本件借地権契約公正証書の執行受諾文言（甲3）に基づきTMKの唯一の財産である預金債権（9億4328万6234円）を差し押さえ、上記保証金債務はもちろん、月々の賃料債務（平成22年2月末日までは1590万7000円、以降は2291万6000円）の支払すらできない状況を作出した。その上で、原告は、TMKの債務不履行を理由として、本件事業の根幹である本件借地権契約を解除し、本件事業を完全に破綻させた。

4 被告鹿島建設には本件事業の破綻の責任がないこと

(1) これに対し、被告鹿島建設は、本件工事請負契約に基づき本件建物を完成させ、外壁の一部に生じた問題についても迅速かつ誠実に対応して是正工事を完了させた。また、本件建物の留置を開始した後も、現在に至るまで本件建物の管理を継続し、その価値を維持している。

したがって、被告鹿島建設には、本件事業の破綻に関する責任など一切なく、むしろ、39億8160万円という多大な工事請負代金の支払を受けられないまま、一方的に建物からの退去を求められるという極めて不合理な状況にさらされているのである。

(2) この点、原告は、被告鹿島建設は本件工事請負代金が金融機関からのローンで支払われる予定であるにもかかわらず融資が確定していないことや、金融機関からのローンが実行されない場合には本件土地の定期借地権が解約されるリ

スクは予測できたにもかかわらず本件工事に着工したから自業自得であるなどと主張する。

しかし、すでに述べたとおり、本件においては、資金調達義務を負う原告と三菱地所の内紛によって資金の調達が頓挫し、原告がTMKの唯一の財産を差し押さえたことなどに破綻の原因があるのであって、このようリスクを第三者である被告鹿島建設に転嫁する原告の主張は、極めて不当である。

ちなみに、被告鹿島建設は、本件工事請負契約を締結する際、留置権や不動産工事の先取特権を無条件で放棄するよう求められたが、金融機関からの借入れが万が一実現しない場合に備えて、本件工事請負契約の特約条項⑤に「本貸付債権が残存している限り」という文言を追記するよう交渉し、金融機関からのローン債権が存在しない場合には留置権を主張できるようリスク対応していた。

- (3) 原告は、その他、被告鹿島建設が三菱地所に対して損害賠償等を請求しないのは不自然であり、本気で工事請負代金債権の回収を図る意図があるとは思えないとか、何らかの協定が存在するのではないかなどと縷々主張するが、いずれも根拠のない憶測にすぎず、反論に値しない。むしろ、被告鹿島建設との関係においては、原告と三菱地所は全く同じ立場にあるのであって、三菱地所に責任があるということは、取りも直さず原告自身にも責任があることを自認することにほかならない。

なお、原告は、「被告鹿島建設は、三菱地所が当初予定していた三井住友銀行よりのノンリコースローンを断られたことを知」っていたと主張するが、被告鹿島建設は、かかる情報を告げられたことなどなく、平成21年11月末になって初めて、原告と三菱地所の出資者内部の争いによりローンすら調達できていないことを知るに至ったものである。

5 小括

以上述べたとおり、原告は、三菱地所とともに追加出資を含む資金調達を実現

し、あるいは、本件土地の所有者として本件借地権契約の条件変更を柔軟に検討するなど、本件事業を適切に遂行すべき義務があったにもかかわらず、本件事業がうまくいかなくなるとその原因をすべて三菱地所に一方的に押しつけた。その上で、原告は、資金調達の詳細等に関する三菱地所との協議（本件基本合意書第2条1項(2)、本件覚書第1条2項）を拒否して本件事業を頓挫させ、不当にも自らの利益のみを確保するためにTMKの唯一の財産であった預金債権を差し押え、TMKの資金繰りを完全に破綻させた。加えて、原告は、自ら作出したTMKの資金破綻を根拠に、本件事業の遂行に必要な不可欠な本件借地権契約を解除し、本件事業を決定的に破綻させたものである。

以上述べた本件の一連の経緯に鑑みれば、原告が、商事留置権に基づき本件建物を占有する被告鹿島建設に対し、本件建物の解体撤去のために退去を求めることは、権利の濫用にほかならず、到底許されるものではない。

第4 不法行為に基づく損害賠償請求は認められないこと

本件において、原告は、被告鹿島建設に対し、本件借地権契約の解除日の翌日から現在に至るまで本件土地の賃料相当損害金として1ヶ月2808万4783円の損害賠償を求めている。

しかし、本件においては、少なくとも原告が無償譲渡請求を行った平成23年11月22日までは、TMKが本件建物を所有することによって本件土地を占有していたのであるから、被告鹿島建設による本件建物の占有と原告が本件土地を使用できないこととの間には相当因果関係がなく、かつ、相当因果関係を肯定し得る特段の事情も存在しないから、原告の請求には理由がない（最判平成16年10月29日金法1752号50頁参照）。また、本件無償譲渡請求がなされた以降についても、被告鹿島建設は建物退去土地明渡義務を負わない以上、本件建物の占有が原告に対する不法行為にあたらぬことは言うまでもない。

第5 結語

以上述べたとおり，原告が本件土地の所有権に基づいて，TMKに対して建物
収去土地明渡しを求め，また，建物の収去を前提として被告鹿島建設に対して本
件建物からの退去を求めることは，いずれも理由がないから，速やかに棄却され
るべきである。

以上