

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 御堂筋共同ビル開発特定目的会社外1名



第 10 準 備 書 面

平成25年12月19日

大阪地方裁判所第23民事部合議係 御中

原告 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



上記原告訴訟代理人

弁護士 辻 公 雄



弁護士 大 西 克 彦



弁護士 白 川 謙 三



原告は、下記のとおり弁論を準備する。以下、略語は、本書面で新たに用いるもののほか、訴状の記載に従う。

記

第1 本件無償譲渡申入れが有効であると解することの不当性

1 本件無償譲渡申入れの無効

原告の本件無償譲渡申入れは無効であり、原告が本件建物の所有権を取得

することはない。

その根拠は、原告が従前主張するとおり、①本件無償譲渡申入れは、地主である原告の損害填補と利得の取得を図る本件借地権契約第15条3項の制度趣旨に合致せず、テナントの入居や無償性等の同条項の要件を充たさないこと、②無償譲渡請求権は債権的請求権であり、破産手続において個別的権利行使が禁止されること、③本件無償譲渡申入れは商事留置権の負担がないこと等を条件とする条件付申入れであり、条件未成就の本件無償譲渡申入れは無効であること、④本件無償譲渡申入れは、仮に本件建物に被告鹿島建設の商事留置権が成立するとした場合、動機の錯誤により無効であること、⑤被告TMK管財人の拒否の意思表示により本件無償譲渡申入れの無効は確定し、新たな意思表示がなされなければ、原告に本件建物の所有権が移転することはないこと、⑥原告による本件無償譲渡申入れは、その後の調停等の経過や本件建物が被告TMKの所有に属することを前提に建物収去を求める本訴が提起されたことにより撤回の意思表示がなされたものであることが挙げられる。

さらに、本件の事実関係や関係者間の利益状況から、本件無償譲渡申入れを有効とすることは著しく不当であり、原告による本件無償譲渡請求の撤回は当然に認められる。

## 2 本件無償譲渡申入れを有効とすることが著しく不当であること

(1) 本件無償譲渡申入れが被告TMKの破産手続中になされたとしても、本件建物の財団放棄がなされ、破産異時廃止がなされた以上、本件無償譲渡申入れは有効であると考えすることは余りにも短絡的であり、原告の甚大な損害を軽視し、著しく不当である。

(2) 原告が本件建物を取得した場合、原告は甚大な損害を蒙ること

原告は、被告TMKの破産により優先出資13億2300万円が無に帰し同額の損害を蒙った。また、被告TMKは平成22年3月分以降の賃料（及び賃料相当損害金）を遅滞しており、月額賃料相当額が金2808万4783円であることからすれば、平成22年3月分から平成25年12月分までの既発生 of 損害額は約12億9190万円に及び、さらに本件建物が撤去されるまでは月々金2808万4783円の損害は拡大することになる（尚、本件借地権契約上の約定賃料相当損害金は月額賃料の倍額である月額5616万9566円に及ぶ）。また、原告が本件建物を取得した場合、本件土地のみならず本件建物の固定資産税や不動産取得税を負担することになる。また、仮に本件建物に被告鹿島建設の商事留置権が成立するとした場合、被告鹿島建設から本件建物の明渡しを受けるには、未払いの工事請負代金39億8160万円を原告が負担せざるを得ないことにもなる。さらに、本件建物の賃貸事業はAM（アセットマネージャー）兼開発及び特定資産管理処分受託者である三菱地所により行われることが予定されていたものであり、原告には本件建物の賃貸事業を行う十分なノウハウはないことから、テナントの入居もままならず、テナント賃料により原告の損害填補を図ることも著しく困難である。結果として、原告が本件建物を取得しても、収益性のない不良資産を取得するものに他ならず、それにより本件土地の有効利用が阻害されるという損害が発生し続けることになる。

他方、本件建物の撤去による社会経済的損失もあるが、本件建物取得による原告の損害に比べれば、本件建物の撤去費用等も低廉であり、本件土地の再利用による利益も発生するのであり、本件建物の撤去による社会経済的損失を過大に評価する必要はない。むしろ、本件借地権契約の不履行の被害者である原告が、本件無償譲渡申入れによりさらに甚大な損害を蒙り、被告T

MKや三菱地所が何らの責任も負担せず、被告鹿島建設に対する工事残代金の支払も原告が負担するなどという結末は非常識かつ不合理であり、正義に反し、著しく不当であることは明らかである。

よって、本件無償譲渡申入れにより原告が本件建物を取得すると考えることは原告の甚大な損害を不当に軽視するものであり、到底認められるべきではない。

## 第2 原告による本件無償譲渡申入れの撤回が当然に認められること

### 1 原告に本件無償譲渡申入れの撤回権が認められること

原告は、被告TMKの破産手続中に、同社に対し本件建物の無償譲渡申入れをしたものであるから、原告は本件建物の取得を被告TMK管財人に対抗できないものである。また、仮に本件無償譲渡申入れに破産法第48条1項が適用されるとした場合、本件無償譲渡申入れは、「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」。尚、かかる解釈では、本件無償譲渡申入れは破産手続との関係では（相対的）無効となるが、本件建物の財団放棄又は破産手続の異時廃止後においては、本件無償譲渡請求は有効になるとすれば、その結論は不当である。

かかる対抗問題又は相対的無効の考え方は、破産手続との関係では、破産財団が破産債権者の共同の満足に供せられるという責任財産の確保を趣旨とし、破産手続での財団放棄又は異時廃止後は、責任財産確保の必要がなくなり、破産者に対して権利行使した第三者の利益を実現するために、同権利行使が有効になるとするものである。とすれば、権利行使をした第三者が、その権利行使の効果が未だ（相対的）無効で不確定である状況下においても（破産手続中においても）、同権利行使を絶対に撤回できないと考えることは余りにも頑なであり、第三者が権利行使は利益にならないと再考して撤回

することを否定する理由はなく、撤回により権利行使（本件無償譲渡申入れ）は確定的に無効になると認められる。本件においても、原告が三菱地所の損害賠償義務の履行や被告TMKの財団形成の可能性を考慮して、一旦は本件無償譲渡申入れをしたとしても、その後の破産管財人の拒否の態度や三菱地所らの不誠実な対応から本件無償譲渡による解決を撤回することは当然あり得ることであり、本件無償譲渡申入れの効力が生じていない破産手続中においても、絶対に原告の撤回は認められないと頑なに考える理由はない。また、原告が本件無償譲渡申入れをしたとしても、被告TMKが本件建物の引渡債務や所有権登記移転義務を履行していない場合は、本件無償譲渡申入れの拘束力から解放されるため、原告には撤回権（及び後述の解除権）が認められることは当然である。本件建物の引渡しも所有権登記の移転も受けられないのに、所有権だけが移転し、本件無償譲渡申入れの拘束力を絶対に撤回できないとすることは法律論として強い違和感を覚えるに留まらず、社会常識に照らしても不当であることは明らかである。

よって、原告には、本件無償譲渡申入れの撤回権が当然に認められる。

## 2 本件無償譲渡申入れ後の調停等の経過から撤回が認められること

本件においては、被告TMK管財人が原告による本件無償譲渡申入れを平成23年12月5日付け連絡文書（甲27）により拒否したことにより、原告はそれを了解し、本件無償譲渡申入れを撤回したものである。

原告は被告TMK管財人による平成23年12月5日付け連絡文書を受けた以降、本件無償譲渡申入れが拒否されたものと理解し、その後、同管財人との間で本件建物の譲渡の可否や具体的な手続について一切協議していない。また、御庁第10民事部での民事調停においても、主として、三菱地所が本件土地及び建物を取得することや第三者に本件土地及び建物を譲渡

する案が協議されたものであり、本件無償譲渡申入れが有効であることを前提とする協議はなされていない。尚、同調停には、三菱地所、原告、被告鹿島建設のみならず、被告TMK管財人も利害関係人として出席し、協議に参加していたものである（乙6「出頭した当事者等」ご参照）。

第6回調停期日（平成24年1月16日）においては、原告は平成23年11月22日付け通知書（乙5）での申入れを撤回したことを前提に、原告が三菱地所から損害賠償を受けること、被告鹿島建設との関係においては三菱地所がすべて対処することを解決の条件として、原告が本件建物の無償譲渡を受けることを改めて提案している（乙6）。そして、同調停期日での提案は事実上の調停案の提案にすぎず、具体的な権利行使ではないことは明らかである。

原告の本件建物の無償譲渡の提案は、原告が被告鹿島建設による商事留置権に対処する必要がなく、無償にて本件建物の引渡しを受けることを前提とした提案であることは明らかである。原告が一貫して被告鹿島建設の商事留置権に対処する必要がないと理解していたことは上記調停期日調書（乙6）や原告の被告TMK管財人に対する平成23年11月11日付け通知書（乙12）に「(原告が) 定期借地権設定契約書に基づく法律上のあらゆる処置を取らざるを得なくなると共に、三菱地所には合理的な巨額の損害賠償請求を行うでしょう。その時は、鹿島建設の留置権や税金等当社以外のTMKに対する債権者は、一銭の回収も出来ないと信じます。」との記載があることから明らかである。

このように、調停においては、原告を含め三菱地所、被告鹿島建設、被告TMK管財人全員が本件無償譲渡申入れの撤回を前提として、三菱地所が本件土地及び建物を取得することや第三者に本件土地及び建物を譲渡する調

停案が協議されていたにも関わらず、その後に、本件建物の財団放棄や破産  
手続の異時廃止により、本件無償譲渡申入れが突如として有効になると考え  
ることは当事者全員の意思に反するばかりか、原告に対する不意打ちであり、  
著しく不当である。

よって、本件無償譲渡申入れ後の調停等の協議や経過から、当然に同申入  
れの撤回が認められる。

### 3 本訴提起により本件無償譲渡申入れの撤回が認められること

原告は、本件建物が被告TMKの所有に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る本訴を提起したものであり、同訴訟提起によ  
り、被告TMK管財人に対し本件無償譲渡申入れを撤回する明示の意思表示  
をしたものである。そして、原告は、被告TMK管財人による本件建物の財  
団放棄（平成24年7月13日）よりも前に、即ち、本件無償譲渡申入れの  
効力が生じていない破産手続中において、本件訴訟提起（平成24年6月2  
7日）及び本件訴状の被告TMK管財人に対する送達（平成24年7月5日）  
により本件無償譲渡申入れを撤回する明示の意思表示をしたものである。よ  
って、本訴提起により本件無償譲渡申入れの無効が確定し、その後の財団放  
棄によっても本件建物の所有権が被告TMKから原告に移転することはない。

尚、被告TMKらに対する本訴の提起をもって本件無償譲渡申入れを撤回  
する明示の意思表示と捉えることは、例えば、所有権に基づく登記手続請求  
訴訟において、被告が自己の所有権を主張し請求棄却判決を求める答弁書を  
陳述した場合、裁判上の請求に準ずるものとして民法147条1号の規定に  
より原告の主張する20年の取得時効を中断する効力を生じる旨判示した  
判例（最高裁昭和43年11月13日判決、判例タイムズ230号156頁）

や被告が留置権の抗弁を提出した場合、その被担保債権の時効は、裁判上の催告として中断される旨判示した判例（最高裁昭和38年10月30日判決、民集17巻9号1252頁）との対比においても合理性を有するものである。これらの判例は裁判上の主張を形式的に捉えるのではなく、合理的な意思解釈により時効中断の法的効果の発生を認めるものである。本訴提起は、本件建物が被告TMKの所有に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るものであること、調停が不成立となり（乙6）、近日中に被告TMKの破産異時廃止が見込まれる状況下で、原告が一方で財団放棄又は破産異時廃止により本件無償譲渡申入れが有効となり本件建物を取得することを予定して、他方で被告TMKに対し建物収去土地明渡を求める本訴を提起するという矛盾した行動を取ることは絶対あり得ないことから、本訴提起をもって本件無償譲渡申入れを撤回する明示の意思表示をしたものと捉えることは十分に合理性を有するものである。

よって、本訴提起により本件無償譲渡申入れの撤回が認められることから、原告が本件建物の所有権を取得することはない。

### 第3 本件無償譲渡申入れに関する原告の予備的主張

- 1 原告は、従前主張するとおり本件借地権契約第15条3項の本件無償譲渡請求権は債権的請求権であり、破産法第100条により個別的権利行使が禁止されると考える。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。

よって、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「存在しない」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、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原告に移転することはない。

- 2 他方、被告TMK特別代理人は、本件無償譲渡請求権を形成権と主張する。判例上も講学上も形成権とする根拠はなくその主張は失当であるが、仮に、万が一、本件無償譲渡請求権が形成権であると判断される場合に備えて、次のとおり予備的主張を行う。

- 3 本件無償譲渡請求権が形成権である場合の法律効果

本件無償譲渡請求権は、形成権である借地借家法13条の建物買取請求権と規定が類似しており、建物買取請求権の行使は借地上建物の時価での売買契約を成立させるものであることから、本件無償譲渡請求権の行使によっても当事者間で一定の契約が成立するものとする。また、「譲渡」は「譲受」を前提とした用語であることから、譲渡人（土地賃借人）と譲受人（土地賃貸人）間の契約が当然に予定されている。また、本件無償譲渡請求権の行使により、土地賃貸人（原告）は本件建物を無償で取得するが、土地賃借人（被告TMK）は本件借地権契約第16条の土地明渡義務を免れ、本件建物の無償取得と本件土地の明渡義務の消滅は対価関係に立つ。尚、本件建物を「無償」で取得するとの意味は、土地賃貸人である原告は本件建物の時価での売買代金債務を負わず、かつ、滞納賃料等の債務消滅の効果も発生しないとの意味であると捉えることができる。

よって、本件無償譲渡請求権の行使により、原告（土地賃貸人）と被告T

MK（土地賃借人）の間で、本件建物の所有権移転や土地明渡義務の消滅の効果を発生させる無償譲渡契約が成立する。この無償譲渡契約は、本件建物の代物弁済により被告TMKの土地明渡義務を消滅させる代物弁済契約類似の無名契約と考えられ、又は、本件無償譲渡請求権を代物弁済予約の予約完結権であると捉えることも可能である。

本件無償譲渡契約が要物契約であれば、本件建物の引渡し完了していない以上、そもそも契約成立に至っておらず、諾成契約であれば、被告TMKは原告に対し、本件建物の引渡債務、及び所有権移転登記手続を行う債務を負担する。尚、本件借地権契約第15条3項も、被告TMKの所有権登記移転義務を前提に「譲渡による本件建物の所有権移転登記に要する費用は乙（被告TMK）が負担する。」としている。

#### 4 本件無償譲渡請求権の行使による成立する無償譲渡契約の解除

本件建物は被告鹿島建設に留置されていることに加え、被告TMKの破産手続は異時廃止となったことから、被告TMKが本件建物の引渡債務、及び所有権移転登記手続を行う債務を履行することは不能である。

よって、原告は被告TMKに対し、同社の債務不履行に基づき、本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との意思表示をなす。

よって、無償譲渡契約による本件建物の所有権移転の効果も遡及的に消滅するものであり、原告が本件建物の所有権を取得することはない。

### 第4 原告の本訴請求が権利濫用となり得ないこと

- 1 原告の建物収去（退去）土地明渡請求は、本件の事実経過に照らし権利濫用となり得ない。原告が本件借地権契約を解除し、建物収去（退去）土地明渡請求に至ったのは、三菱地所及び被告TMKが提案書（甲10）や基本合

意書（甲11）による合意内容を反故にし、資金調達義務や事業中止義務に違反して本件事業を破綻させたことから、原告はやむを得ずこれ以上の損害の拡大を防ぐために、本件借地権契約を解除し、建物収去（退去）土地明渡請求に至ったものである。即ち、原告による本件借地権契約の解除や本訴請求は正当な権利行使であって、権利濫用になり得るわけではない。

原告は、本件事業により甚大な損害を蒙った被害者そのものであり、本訴提起による損害拡大の防止に至らざるを得なかった経緯について述べる。

## 2 三菱地所の勧誘から基本合意書締結に至るまでの経緯

### (1) 三菱地所からの勧誘

原告は本件土地上のテナントビル建築による不動産賃貸事業については、三菱地所以外に東急不動産からも提案を受けており、東急不動産とは先行して協議していた。そして、平成18年11月7日、三菱地所の担当者と三井住友銀行の担当者が原告を訪問し、本件土地上のテナントビル開発事業を東急不動産ではなく、三菱地所と行えないかとの勧誘をされ、その際、三菱地所から、以前に三菱地所が手がけた大崎フロントタワーの話（甲47）と今回原告と行う事業についての「定期借地スキームについて」との書面に基づいて説明がなされた（甲48）。その時の説明でも、「借地料支払の優先順位はSPCのエクイティ配当、ローン返済、管理業務費よりも高く設定」等の条件が示され、ローンは三井住友銀行が行うとの説明がなされた。

### (2) 書面で具体的条件を示した提案

そして、その10日ほど後の平成18年11月17日には、「東映会館跡地開発に係るご提案」と題する書面（甲49）が三菱地所から提出され、「以下のとおり希望する条件をまとめましたので」協議したいとの申出の下、4条件が示され、「想定事業費は大凡10,000百万円」「総事業費の70%程

度をノンリコースローンにて調達」と記載され、その後の11月29日付けの「東映会館跡地開発についてのご提案」(甲10)において、金融機関からのローンにつき、70億円については「三菱地所のクレジットを利用して、金融機関から低金利での資金調達が可能」とのさらに具体的な条件が示され、その他、「借地料支払の優先順位はSPCのエクイティ配当、ローン返済、管理業務費負担よりも高順位に設定」との条件も繰り返し示された。

### (3) 51パーセントの出資比率と支配権の確立要求

平成18年11月17日の提案(甲49)の中には「事業シェアについてはメジャーシェアを確保することを条件とする必要があるため、弊社の出資比率を51%とさせていただきます。」と記載されており(尚、東急不動産との条件では出資比率は50対50ということであった)、三菱地所は過半数を確保することの重要性を認識し、それを条件としていた。原告は当初、出資の比率やSPCの運営業務等全てのフィー収入は50対50を希望したが、三菱地所が資金調達もリーシングも含めて安心して任せて欲しいという書面による強い要請があったため、平成18年12月、原告49%、三菱地所51%を承諾し、全ての業務は三菱地所に一任との方向で、三菱地所と本格交渉することを社内で決定した。開発及び特定資産管理処分受託者とAM(アセットマネージャー)並びに51%の出資を持つことは基本的に事業の全面的支配を持つことであり、優先的決定の条件と共にあらゆることは三菱地所の権限と意向で決まるということである。被告鹿島建設による、原告と三菱地所が同等の権利を有するかのような主張は明らかに本件事業の実体を見誤ったものである。

原告は、三菱地所がそのような絶対的な支配権を持つことになる51%のマジョリティーを確保することになるが、被告三菱地所が、同社の「クレジ

ットを利用して、金融機関から低金利での資金調達が可能」であること、「借地料支払いの優先順位はSPCのローン返済よりも高順位に設定すること」等を約束したので、三菱地所の提案を受け入れ、平成19年1月25日に三菱地所を本件事業の相手として選定した。その結果三菱地所は、今回は、賃料と保証金を思い切って出す代わりに事業は三菱地所が主導で決定するとして、三菱地所の主導で作業が進められた。例えば、本件建物の建築設計も原告は日建設計とすることを要請したが認められず、せめてJVでもと懇願したがこれすら認められず三菱地所設計とされた。

#### (4) 基本合意書の締結と事業の基本事項の決定

原告は、三菱地所との協議を経て、平成19年3月23日、同年4月2日付基本合意書（甲11）を締結した。基本合意書では、三菱地所と原告は51対49の割合で被告TMKに優先出資すること、被告TMKが原告所有の本件土地に期間50年の定期借地権を取得すること、被告TMKが本件土地上に本件建築予定建物の建築工事を発注し、オフィス賃貸事業を行うこと、三菱地所が、本件事業に関し開発及び特定資産管理処分受託者として全ての業務を行うことなど本件事業の基本的事項が定められた。そして、基本合意書には、本件事業における原告の負担として、被告TMKの優先出資をすること、本件土地に定期借地権を設定すること、被告TMKの原告に対する保証金返還請求権を被担保債権として本件土地に抵当権を設定することが定められているが、その後に三井住友銀行らから提案されてきた、被告TMKが負担するノンリコースローンの担保のために原告が連帯債務を負担したり、当初の優先出資を超える追加出資義務を負担したり、被告TMKの預託する保証金返還請求権がノンリコースローンのために担保提供され、原告の被告TMKに対する借地料等の債権よりもノンリコースローンへの支払充当が優

先するという定めはなく、かつ、そのような約束も一切存在していなかった。原告は、基本合意書に定められた以外の債務や責任を負担することはなく、「借地料支払の優先順位はS P Cのエクイティ配当、ローン返済、管理業務費負担よりも高順位に設定」するとの条件を信じて、基本合意書の締結に応じたものである。

### 3 原告・三菱地所間の合意の内容が拘束力を有し、三菱地所が融資調達義務に違反したこと

三菱地所の原告に対する本件事業の勧誘の内容やその経過から、原告と三菱地所は、①三菱地所と原告は総事業費（約100億円）の約30%を優先出資し、両社の出資割合は51対49とすること、②総事業費の約70%について、三菱地所のクレジットを利用して、金融機関から低金利での資金調達を実行すること、③原告が受領する本件土地の借地料支払の優先順位はS P Cのエクイティ配当、ローン返済、管理業務費負担よりも高順位に設定することを合意したものであり、その合意内容には当然に拘束力が認められる。原告はその所有土地を提供してTMK（S P C）に定期借地権を設定するのであるから、借地料の支払に重大な利害と関心を有しており、当初より示されていた「借地料支払の優先順位はS P Cのエクイティ配当、ローン返済、管理業務費負担よりも高順位に設定」するという約束がなければ、三菱地所と合意することはなかった。また、総事業費が約100億円に及ぶ本件事業において、原告が事業資金の内訳やその調達について重大な利害と関心を有することは当然であり、「三菱地所のクレジットを利用して、金融機関から低金利での資金調達（を行うこと）」との約束がなければ、原告が三菱地所と本件事業を合意することもあり得なかったものである。

よって、これらの合意内容については、原告・三菱地所間の合意事項とし

て拘束力が認められるものであり、三菱地所は本件事業の融資交渉・融資調達義務を負うものである。しかし、三菱地所は、原告に対しては提案書（甲10）による合意内容に反する一方的な担保負担を要求する一方、最後まで自らの融資調達義務を実現することではなく、本件事業を破綻させたものである。

#### 4 合意に違反したノンリコースローン条件や覚書等の拒否の正当性

##### (1) ノンリコースローン提案書が送付された経緯

三菱地所は原告に対して、「借地料支払いの優先順位はSPCのエクイティ配当、ローン返済、管理業務費負担よりも高順位に設定」することを約束していた。

しかし、三菱地所が原告に送付して来た三井住友銀行からの平成19年4月27日付け「ノンリコースローン提案書」（甲18）では、三井住友銀行を貸付人、貸付総額56億5000万円とし、その他の条件として、「大洋（原告）と借入人（被告TMK）が『借入人がローン契約において期限の利益を喪失した場合には、同時に借地契約も終了する』旨の規定を含む貸付人の満足する内容の借地契約を締結すること。」「借入人が大洋（原告）に対して有する上記借地契約に基づく保証金20億円の返還請求権への第1順位根質権設定（定期借地契約及び保証金受領書の原本を質物として差入れ、大洋（原告）の異議なき承諾を得た上で確定日付を取得することを要する。）」「貸付実行時の保証金残高を超える金額について、スポンサーリコースが可能な手当てがなされていること。」「地所、大洋（原告）が開発プロジェクトの債務について、連帯して負担する旨が規定されたプロジェクト契約が締結されていること。」などが明記されていた。

上記融資条件に従えば、「ローン返済」が滞って期限の利益を喪失した場合

には、借地契約が終了することになり、被告TMKに原告に対する保証金の返還請求権が発生し、保証金の返還請求権については三井住友銀行に対して第1順位根質権が設定されるとのことから、「借地料支払いの優先順位はSPCのローン返済よりも高順位に設定」するとの約束に明らかに反するものであった。さらにその他の条件も、「貸付実行時の保証金残高を超える金額について、スポンサーリコースが可能な手当てがなされていること。」など、実質的に「借地料支払いの優先順位はSPCのローン返済よりも高順位に設定」ということに反する条件であった。また、そもそも原告は自己所有土地に定期借地権を設定することと優先出資する以外の義務を負担しないという前提であるが、そのことも否定する内容が記載されていた。そのため、原告は三菱地所に対して、このままの内容では応じられない旨の回答をした。

その後、平成19年7月6日、再度三菱地所経由で、三井住友銀行から平成19年7月3日付の修正した「ノンリコースローン提案書」が提出された（甲19）。それによれば、貸付総額62億3000万円とされており、その他若干表現が異なる箇所はあるが、前回同様のものではあった。

さらに、平成19年7月25日、三井住友銀行が修正した平成19年7月20日付け「ノンリコースローン提案書」が三菱地所を宛先としたEメールで送信（原告にはCCとして送信）された（甲20の1, 2 7月3日の3を20に修正したもの）。その内容は従前の内容とほぼ同様であり、原告として到底受け入れられない内容であった。

## （2）原告はノンリコースローン提案は撤回されたと判断したこと

ノンリコースローン提案の一方で、翌日平成19年7月26日には、基本合意書に沿った定期借地権設定契約書の案が大和証券より送付されてきた。原告は、この定期借地権設定契約書案の中には、「大洋（原告）と借入人（被



告TMK)が『借入人がローン契約において期限の利益を喪失した場合には、同時に借地契約も終了する』旨の規定を含む貸付人の満足する内容の借地契約を締結すること。」とされていた「ノンリコースローン提案書」に沿う規定がないこと、また、定期借地権設定契約書の案に三菱地所、三井住友銀行らも賛成していることから、前日25日に三井住友銀行より送られた「ノンリコースローン提案書」は再度撤回されたものと判断していた。

#### (3) 定期借地権設定後の不意打ち的な覚書等の送付と不当な内容

平成19年8月3日、第1回目の定期借地権設定契約書を締結したが、驚いたことに、その直後に、関係者間契約書(甲21)及び定期借地権設定契約書に関わる覚書(甲22)が大和証券を通じて三井住友銀行から送付されてきた。

関係者間契約書第3条(甲21)においては、優先出資社員に対し、被告TMKが預託した保証金額及び本件建物の請負代金額の合計額を上限として追加出資義務を負担させる内容となっており、また、定期借地権設定契約書に関わる覚書第1条1項(甲22)においても、原告は、本借地契約に基づいて生じた賃借人(被告TMK)の債務で未払いのものがあつたとしても、「かかる未払債務と保証金返還債務とを相殺してはならない。」と規定するなど、明らかに被告TMKのローン返済よりも地代が優先するとの合意に反する内容となっていた。従って、平成19年8月8日、原告は、三菱地所外に対して、応じられない旨の回答をした(甲51)。三菱地所は何ら理由がないのに原告の借地料請求権を一方的に弱体化させ、原告に損失を転嫁するという不合理かつ合意に反する内容の契約書や覚書を送付させたものである。

#### (4) 提案拒否の正当性

以上のとおり、三菱地所は低金利での資金調達を行うことと、「借地料支払

いの優先順位はSPCのエクイティ配当、ローン返済、管理業務費負担よりも高順位に設定」ということが合意なされていたのであり、従って、合意違反の融資提案を原告が拒否したことは正当である。また、ノンリコースローン提案書の内容は、原告の優先出資13億2300万円を遙かに超える担保負担を要求するものであり、何らの説明もなく突如としてかかる担保負担を要求することが不当な対応であることは明らかである。

よって、三菱地所には、本件事業の資金調達について原告との合意（約束）に違反する行為が認められることは明らかであり、原告が三井住友銀行のスキームを拒否したことは当然である。当初の約束通りのノンリコースローンであれば、また三菱地所と三井住友銀行が実行する気であれば、原告には拒否する権利はない。

## 5 三菱地所及び被告鹿島建設による本件建物の建築工事の強行の責任

### (1) 三菱地所の事業中止義務

三菱地所は、基本合意書及び本件特管委託契約に基づき、本件事業の開発及び特定資産管理処分受託者の地位にあることが予定され、さらにアセットマネジメント業務、プロパティマネジメント業務及びリーシングマネジメント業務を受託することが予定されている（甲11「基本合意書」第2条2項（4）号及び（5）号、第2条3項（1）号乃至（4）号、甲14「本件特管委託契約」第1条）。

即ち、三菱地所は、基本合意書やその他の契約に基づく本件事業スキームにおいて、本件事業全般を統括管理する善管注意義務を負担することが予定されており、その義務は被告TMKとの関係で負担するに留まらず、基本合意書上、本件事業に重大な利害関係を有する原告との関係においても善管注意義務を負担している。

そして、三菱地所は、善管注意義務の一環として、本件事業の具体的な資

金計画や資金の確保が確定していない場合には、本件建物の建築・開発計画の進行を中止し、原告の損害を拡大させることを回避すべき事業中止義務を負担する。

即ち、基本合意書（甲11）においては、本件事業のマスタースケジュールについて、「甲（原告）及び乙（三菱地所）は、本件事業の早期かつ円滑な実現に向け、別紙3記載のスケジュール表を基本として、本件事業を推進する。」と定められ（第6条）、基本合意書添付の「（仮）御堂筋共同ビル／マスタースケジュール」では、資金調達について、平成19年3月から5月の間に「TMK設立・ローン条件協議」、同年6月に「第1回出資・ローン」、平成20年1月に「第2回出資・ローン」が確保され、その後、定期借地権設定契約の開始や本件建物の本体工事（準備工事を含む）を発注・施工することが予定されている。よって、本件事業の資金調達が確保された上で建物建築の工事発注・施工がなされることが当然に予定されており、また、他のSPC事案においても資金調達が確定することなく建物建築に至ることはあり得ないことである。

そして、三菱地所は、資金調達義務を履行できず資金調達が確定されないのであれば、その旨を原告に説明し、その段階で、当然に本件建物の建築工事の発注をすることなく事業を中止すべきであり、資金調達が確定できないにも関わらず本件建物の建築工事を強行した場合には、建物建築による事業中止義務違反が認められる。

## （2）資金未確定での建築発注による事業中止義務違反

三菱地所は、本件事業の資金調達義務を履行せず、具体的な資金計画や資金の確保が確定していなかったにも関わらず、開発及び特定資産管理処分受託者として、被告TMKをして被告鹿島建設に対し本件建物の建築工事を発注させ、平成20年7月15日、本件工事請負契約（甲4及び5）を締結せしめたものであり、事業中止義務違反が認められる。

そして、事業資金が確定していないにも関わらず、三菱地所及び被告TMKが被告鹿島建設に対し本件建物の建築工事発注を強行したことにより、被

告TMKは資金不足に陥って、工事請負残代金約39億8160万円が遅滞に陥り、本件事業が破綻するに至ったものである。

(4) 本件建築工事を強行した被告鹿島建設は保護に値しないこと

被告鹿島建設は、平成20年7月15日、被告TMKとの間で本件工事請負契約を締結した際に、本件事業の開発及び特定資産管理処分受託者（甲14）である三菱地所から、資金調達についてはエクイティが30%、金融機関からのローンによる調達が70%であることの説明を受けていた。また、被告鹿島建設は、基本合意書（甲11）にあるように、原告が本件請負工事について優先出資義務以外に何らの追加出資義務も負わないこと、即ち、本件工事請負代金について、原告から優先出資以外の資金拠出がなされないことを明確に認識していたと考えられる。さらに、被告鹿島建設は、TMKの金融機関からの融資が三井住友銀行より前年の平成19年8月に断られていることを承知しており、工事請負代金の資金繰りは立っていない状況を認識しながら、三菱地所を信頼して本件請負契約に着工したものである。

被告鹿島建設は、被告TMKが資金不足となり、本件土地の借地料の不払により定期借地権契約が解除される可能性があることも当然に予見し、また予見できたものである。それ故、被告鹿島建設は将来定期借地権契約が解約され、かつ、本件工事請負代金の支払が不履行になるリスクがあることを十分に認識しながら、自らそのリスクを負担して本件工事を進めたものであるから、何らの保護にも値しないものである。

6 本件借地権契約の解除

(1) 被告TMKの保証金の未払い

被告TMKが原告に対し、20億円の保証金を支払うことは平成19年4月2日付け基本合意書の締結時から合意されていた（甲11、第4条（3））。また、当初の平成19年7月31日付け一回目の定期借地権設定契約書では、保証金は平成19年9月20日までに半額10億円を支払い、残り2分の1は賃貸借期間開始の日である平成20年2月1日までに

支払うことになっていたが、その資金手当てが付かなかつたため、平成19年10月4日付けの本件借地権契約書において保証金20億円の支払時期を原告の厚意で違約金利(14.6%)も取らず被告TMKを支援するため平成22年1月29日に延期変更したものである(甲2、3)。

しかしながら、保証金の支払時期を大幅に延期したにも関わらず、被告TMK及び三菱地所は、資金調達を受けることもなく、保証金の支払をしなかった。

## (2) 被告TMKの預金差押え

被告TMKは、本件借地契約に基づく保証金20億円を平成22年1月29日の期限までに支払わなかった。そのため、同年2月9日、原告は、同保証金を請求債権として、被告TMKの預金債権9億4409万1584円を差押えた。被告TMKは支払期日も来ていない被告鹿島建設に繰上げ支払いをするような気配があったからである。被告鹿島建設への支払いより原告への延期した保証金の支払いの方がはるかに重要である。なぜなら定期借地権設定契約の解除に発展していく恐れがあるからである。

被告TMK及び三菱地所は、資金調達を確定せず本件建物の工事を発注した。本件借地権の保証金を支払う意思もまったく感じられなかった。

そのため、原告は、被告TMKの預金を原告への支払いを放置しながら東銀リース等の手数料や被告鹿島建設に優先的に支払われるのではないかと危惧し、やむを得なく上記差押えを行ったのである。

## (3) 本件借地権契約の解除

被告TMKは、平成22年3月分以降の本件借地料及び保証金残額を支払わないことから、平成22年6月9日、原告はやむを得ず、被告TMKとの本件借地権契約を解除した(甲8の1)。原告は、被告TMKから延滞解消について何ら連絡なく、三菱地所からも具体的実現可能性のある提

案がなされなかったため、原告はこれ以上の損害を避けるために本件借地契約を解除するしかなかった。その後においても、被告TMKは本件借地料の支払いは一切行っていない。

なお、当時被告鹿島建設はK Oパネルの改修工事を行っていたところ、原告は、本件借地契約の解除により被告鹿島建設に対し工事を中止して現場より立ち去るように要求したが、被告鹿島建設は三菱地所の承認を得たとして原告の土地の周囲に柵を張り巡らし、原告が立ち入ることが出来ないように鍵を掛け、現在も不法占拠を続けている（甲25）。

## 7 民事調停

本件借地権解除後においても、原告は、本件事業の解決に向けて三菱地所と協議を続けてきた。しかし三菱地所は、権限ある責任者が対応せず、担当者とした約束を上司の決裁が採れなかったと理由で反故にすることがあったので、原告は権限のある代表者との協議を再三要求したが、これに答えることはなかった（甲36）。原告は協議に応じる意思を示していたが、三菱地所とは本件事業の解決に向けた真摯な協議は行えなかった。

そのような中で、三菱地所は、平成23年1月31日、原告及び被告鹿島建設を相手方として、大阪地方裁判所の民事調停を申し立てた。

しかし、この民事調停においても三菱地所の姿勢は変わらず、自らが開発及び特定資産管理処分受託者及びAM（アセットマネージャー）として被告TMKの全ての業務を行ってきた立場にあるのに、本件事業の責任を認めることはなかった。

また、三菱地所は、調停委員会が提示した調停勧告書を拒否した。調停期日調書（乙6）3頁7行目以下から明らかなおり、申立人（三菱地所）と

相手方（原告）が本件建物及び土地の有効利用に向けて実質的な協議をすることを求めるべく、調停委員会は調停勧告書の文案を確定し、申立人（三菱地所）に提示したが、申立人（三菱地所）はこれを拒否したのであった。原告はこの調停勧告書の内容を見ていないが、三菱地所は自ら調停申立をしておきながら、仲裁役である調停委員会の調停案さえも拒否し、本件の解決を不能に至らしめたものである。

## 8 被告TMKの破産

三菱地所は、平成23年4月20日、原告に破産申立に至る事情について適切な説明や協議をすることは一切なく、一方的に被告TMKを使って破産申立をさせた。大口債権者が3社（そのうち2社は優先出資者）であり、話し合いでの解決の余地は十分にあったのに本件破産は原告には極秘で行われた。上記民事調停の第1回調停期日である平成23年4月27日の1週間前にすでにTMKは破産手続き開始の申立書を提出していたのであった。

これにより被告TMKは破産手続き開始決定を受け、任意に本件建物を撤去して本件土地を明け渡すことが不可能となり、また、原告が支出した優先出資13億2300万円が無に帰すなど、原告は多大な損害を被ることになったのである。

## 9 小括

原告は、日本の代表的な不動産会社である三菱地所を絶対的に信頼し、三菱地所が提示した提案書（甲10）のとおり本件事業が進められるものと考え、本件事業の中核業務である開発及び特定資産管理处分受託者やAM（アセットマネジメント）、PM（プロパティマネジメント）の地位をすべて三菱地所及びそのグループ会社で行い、三菱地所の主体のもとで本件事業を進める一方、原告は、本件土地の借地権設定者と被告TMKに対する49%の優先出資者の立場に留まることに同意し、基本合意書（甲11）を締結したの

である。そして、原告は、優先出資金を期限よりも前倒しで出資するなどして被告TMKを支援し、基本合意書で定められた義務以上に誠実に履行してきたのである。三菱地所は何の協力もせず、むしろ被告TMKを行詰らせようとした。

ところが、三菱地所は、提案書（甲10）及び基本合意書（甲11）の約束に反するノンリコースローンを原告に認めさせようとしたり、資金調達義務を履行しなかったりと、提案書及び基本合意書での約束を反故する不誠実な態度に終始した。

このような三菱地所の対応のため、被告TMKは本件借地権の保証金や賃料を滞納することになり、原告は被告TMKの預金債権を差押え、本件借地権契約を解除せざるを得なくなったのである。原告は本件借地権契約の解除後においても本件事業の解決のため三菱地所と真摯に話し合いに応じてきたが、三菱地所は本件事業を主体的に行ってきた責任を一切認めることなく、それどころか一方的に被告TMKを破産させたのであった。

このような経緯において、現在も本件建物により本件土地の利用が阻害され、日々損害が拡大し続けている現状を原告が受忍しなければならない謂われはなく、原告の本件借地権契約の解除や本件建物収去土地明渡請求権が権利濫用を評価されることはあり得ないことである。

## 第5 本件違法建築とKOパネルの問題について

原告は、本件土地所有権に基づき、被告TMK所有の本件建物の収去を求めているものであるから、本件建物の瑕疵について現時点ではこれ以上の主張はしない。ただし、被告鹿島建設の本件工事には看過しがたい違法があることから、以下でKOパネルの問題について指摘する。



- 1 被告鹿島建設及び被告TMKは、本件建物のKOパネルの改善工事を平成22年6月30日に完了したと関係者に報告しているが、原告が平成25年8月22日大阪市の情報公開条例によって入手した被告鹿島建設が完了届と一緒に提出した証拠写真によれば、国土交通省の「認定書」に基づいて作成された是正工事施工計画書通りにKOパネルの是正工事が施工されていない疑いが強い。
- 2 是正工事施工計画によれば、断熱材のマキベイを全面に張るとされているが、是正工事において全面張ったことは疑わしい。その他にも疑わしいところが多々あるが、この確認は、現地に立ち入りパネルの一部をはがす等の検査を行わなければ、真実は解明できない。
- 3 本件建物は平成21年12月24日竣工（完了）検査が終了し、法的にはいつでも被告鹿島建設は被告TMKに引渡せる状況にあり、被告TMKと被告鹿島建設の工事請負契約書（甲4）の引渡時期である平成22年1月15日に被告TMKに対する引渡義務を履行する必要があるが、被告鹿島建設は被告TMKに資金の見通しが無いとして引渡を拒否した。被告鹿島建設には引渡しの先履行義務があったが、その後も現在に至っても引渡をせず、原告の本件土地を不法占拠し続けている。被告鹿島建設には先履行義務があるから、被告TMKには被告鹿島建設への支払義務は発生せず、当然商事留置権も発生しておらず、被告鹿島建設による本件土地の不法占拠により原告の損害は日々増額しているのである。

以上