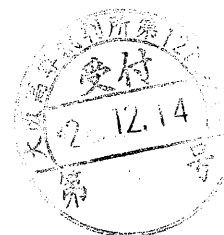


別紙添付③

平成28年（ネ受）第459号

上告受理申立人 大洋リアルエステート株式会社

相手方 三菱地所株式会社 ほか2名



上告受理申立理由書

平成28年12月14日

最高裁判所御中

上告受理申立人訴訟代理人

弁護士

同

記

頭書事件の上告受理申立理由は、下記のとおりである。

第1 相手方株式会社三菱地所について

- 1 相手方株式会社三菱地所（以下、三菱地所という）の上告受理申立人（以下、申立人という）に対する損害賠償責任を否定した原判決は、事実認定及び判断において、本件の核心ともいべき点について、大規模建物建設工事の事業遂行・金融実務についての経験則や一般常識に反する重大な誤りがあり、これは、民事訴訟法第318条1項の「法令の解釈に関する重要な事項を含むもの」といえるので、本件を上告審として受理することを求めるものである。

2 本件の概要について

本件の事案の概要については、原判決3頁以下でも記載されているが、申立人が所有している大阪市の中心部（大阪市北区曽根崎新地一丁目6番4）に位置し、御堂筋に面する商業地として極めて立地条件がよい土地（1審判決別紙物件目録記載1、以下、本件土地という）上に、申立人と相手方三菱地所とが共同で出資して建物（1審判決別紙物件目録記載2、以下、本件建物という）を建設して商

業ビルの賃貸事業を行おうというものであった。

この事業計画は三井住友銀行の勧めによるものであったが、その手法として、三菱地所との共同優先出資でおこなうこと、資産の流動化に関する法律（以下、資産流動化法という）に基づく特定目的会社である御堂筋共同ビル開発特定目的会社（以下、本件TMKという）を利用するものであった。

ところが、原判決認定のとおり、「本件TMKは本件事業に必要な資金を調達することができず、東京地方裁判所に対して破産の申立てをし、本件事業は破綻するに至った。」のである。

3 本件の核心的な問題は何か

本件事業が破綻したのは、上記のとおり「事業資金の調達不能」によるものであった。

本件事業に必要な総事業資金の調達方法については、総額100億円と見込まれる事業資金のうち、30億円については、申立人が49%、三菱地所が支配権を確保できる51%の各割合で出資し、残余の約70億円は三菱地所の信用で三井住友銀行からの融資を受けることとされていた。

申立人と三菱地所はいずれも負担すべき出資をおこなっており、事業資金の調達不能というのは三井住友銀行及びその他の金融機関から70億円の資金調達ができなかったことにほかならない。

事業資金の調達ができない、あるいは、それが見込めなくなった場合には、その事業計画は当然中止されなければならないことは自明である。

しかも、本件においては、金融機関から調達すべき資金資額は70億円という巨額なものであったのだから、なおさら、そうである。

ところが、本件では、資金調達ができておらず、調達の見込みもないまま、本件TMKと鹿島建設との間で工事請負契約が締結され、しかも、工事着工後に、工事停止など「損害を拡大させない」ための方策もとられなかったのである。

資金調達計画の実現性のない事業が破綻することは火を見るより明らかなこと

であり、案の定、本件TMKは破綻したのである。

このような「馬鹿げた」としか言いようのないことが何故、起きてしまったのか、そして、その責任はどこにあるのかという問題に原判決は頼かむりし、かつ、こうした「馬鹿げた」事態を申立人も認容していたとまで言っているに等しい判断をしたが、このような判断は経験則に明らかに反するもので、一般常識からも受け入れがたいものである。

4 原判決判断（2項の争点1について）の経験則違反

- ① 「当座の資金繰りさえつけば、工事完成後、本件建物を担保に提供することで事業資金の借入れを受け得るという見込みの下で本件事業が継続されていた（ことは認定事実のとおり）」（25頁）とする点について

ア まず、認定事實は、原判決が引用する1審判決の「被告三菱地所は、本件建物が完成すれば、本件建物に担保権を設定することで比較的容易に融資を受けることが可能であり、現に金融機関のうち、将来そのような融資申出があれば前向きに検討するとの意向を示していたところもあったことから、本件建物完成までの資金を手当てできれば、なお本件事業を遂行することが可能であると考えていた。」（1審判決43頁）というものである。

申立人は、この1審判決の誤りについて、原審における控訴理由書（11～14頁）で指摘しているところであるので、その部分を引用する。

要するに、上記認定は、1審における三菱地所担当者の証言と陳述書のみにもとづくものであるが、「前向きに検討するとの意向」とは言うものの、具体性は何もないものであった。

- イ 上記のとおり、多額の費用を要する事業計画を遂行するうえで、資金計画・資金調達が大前提となることは当然である。

この点、原判決は、必要資金について、「工事完成後、本件建物を担保に提供することで事業資金の借入れを受け得るという見込みの下で本件事業が継続されていた」としているが、実は、事実反するだけでなく、論点のすり替え

をおこなうものである。

つまり、本件では、「融資を受けうる確実な見込みがあった」のかどうか、また、三菱地所がそのように認識する合理的根拠があったのかどうかということの検討が必要であるが、原判決（1審判決も同様であるが）は、意図的かどうか、これらの検討を回避しているのである。

控訴理由書の上記部分で指摘したとおり、本件の証拠によっても、三菱地所が、どの金融機関からも工事完成後に本件建物を担保に融資するという約束を得た事実がないことは言うに及ばず、その他「融資を受けうる確実な見込みがあった」ことを窺わせるに足る事実も認められず、また、三菱地所がそのように認識する根拠も合理性も認められないのである。

- ② 「工事完成後、本件建物を担保に提供することで事業資金の借入れを受け得るという見込み」との点について

ア 通常、建物建設工事の融資は、請負契約締結と軌を一にして締結される。

金融機関からの融資金によって工事代金を賄う施主にとって、融資を受けられるかどうか、請負契約締結の可否に直結するからである。

そして、実際の融資は、工事代金の支払時期に相応する形で実行される。それは融資金が確実に建設工事代金に充てられることを担保すると同時に、金利負担をする施主側にとっても合理的だからである。

融資の可否が不明なまま工事契約を締結するのは、あまりにリスクが大きく、到底ありえない。

実際、本件の三井住友銀行の融資提案書（甲8，9，10の2）でも、「竣工後の本件建物に対する第1順位根抵当権設定契約の締結」が条件とされており、建物が完成した後に担保設定をしてからでなければ融資できないということは、絶対にありえないことである。

融資を受けるのは本件TMKであるが、わが国有数のディベロッパーである三菱地所が過半の出資をしており、本件TMKは十分な信用力を有しているものと

いえ、さらに、建設工事はこれまたわが国有数の建設業者である鹿島建設が請負っており、建物竣工についてのリスクは殆ど考えられない。

このような案件で、そもそも建物が完成しなければ融資の実行が受けられないということじたい到底考えがたいのである。

原判決は、「今（建物完成前）は融資を受けられないが、建物完成後に融資を受けられる確実な見込」があったとしているが、意図的かどうかはともかく、前段の「今（建物完成前）は融資を受けられない」という問題を欠落させている。

本件において、発注者の事実上の主体ともいえる三菱地所と施工業者の信用力をもってして、なぜ、工事契約締結前よりもより、工事着工に入った後にも融資契約を締結することができなかつたのか、あるいは、なぜ、せめて金融機関から融資の内諾さえ得られなかつたのかという重要問題について一切触れられていない。

上記のとおり、発注者と施工業者は信用力十分であるにもかかわらず、建物完成前に融資の実行ができないということは、金融機関において、建物完成いかににかかわらず融資ができないと判断していたからにはほかならない。したがって、建物が完成しても、それは、金融機関の融資判断に影響を及ぼす材料にはならず、融資が受けられることはありえないのである。

にもかかわらず、「建物完成後に融資を受けられる見込」があったという、三菱地所担当者らの単なる希望的観測をあたかも事実であったかのように言い繕った原判決の判断は経験則に明らかに反するものである。

イ 仮に、何らかの事情で融資契約に先だつて建物建設工事契約を締結しなければならない事情があったとしても、「融資を受けられる見込」は単に主観的なものではなく、客観的に裏付けられたものでなければならない。

本件では、かかる客観的裏付けはまったく存在しない。

③ 申立人も「これらの状況を認識した上で事業計画を意図していたことからすれば」、申立人としても、「新たな融資契約の締結について確実な見通しがな

い中で、本件請負工事契約を締結することについて、同意していたものと推認できる。」（25頁）とする点について

ア はじめに指摘しておかなければならないことは、原判決が「新たな融資契約の締結について確実な見通しが無い中で」の申立人の「同意の推認」をしていることは、原判決も実は、（三井住友銀行からの融資が頓挫した後）「新たな融資契約の締結について確実な見通しが無い」状況であったことを認めていることにほかならないということである。

そして、「新たな融資契約の締結について確実な見通しが無い」状況であったのであれば、当然、本件事業遂行の可否についての検討がなされるべきであるが、かかる検討がなされず、そのため、申立人の損害が拡大する結果になったのである。

イ 次に、かかる状況下で、申立人が、本件請負工事契約を締結することについて、「同意していたものと推認できる。」との部分であるが、このような推認は明らかに経験則に反するものである。

繰り返し述べているとおり、自己資金ではなく、事業計画に要する資金を金融機関からの融資によっておこなう事業については、資金調達計画が事業遂行の大前提であることはいうまでもなく、資金調達が不可能であればどんな事業計画であっても、それを実行することはできないのである。

本件の工程表（甲7の別紙3）からも明らかなように、本来、工事請負契約締結に先立って、融資契約が締結されるべきである。たしかに、工事請負契約締結時においては、融資契約が締結されてはいなかったが、申立人は融資の実務を担当していた三菱地所において、同社の信用力も一つの背景として「確実に融資を受けることができる」と認識して、工事請負契約が締結されたことを知った後に異議を述べなかった（申立人の原審における控訴理由書8、9頁で詳述したとおり、申立人が工事請負契約締結時に同意した事実はない）だけのことである。

前記のとおり、「新たな融資契約の締結について確実な見通しが無い」状況で

あったのならば、「建物完成後には融資を受け得る」ということは絶対にありえないことであった。

申立人が異議を述べなかつたのは、まさか、三菱地所が破綻と絶望に向かって突き進むとはまったく考えていなかったからにはほかならない。

ウ 建設資金についての融資契約を締結せず、さらに、融資を受け得る確実な見込みもない状況下で、建物建設工事契約を締結することなど通常考えがたいことであり、それについての「同意の推認」をするのであれば、申立人側の特段の事情その他推認できるに足る事情についての合理的な説明が必要であるが、原判決にはかかる説明はなされておらず、したがって、この点についての原判決の判断も経験則に反するものである。

エ 申立人の認識について

申立人は、金融機関との間で融資契約が締結されないまま工事請負契約が締結されたことは認識していたが、それは、三菱地所において融資先（工事請負契約締結時点では三菱東京UFJ銀行）が確保できるものと判断していたからである。

もし、金融機関から融資を受けることが困難ということであれば、当然三菱地所から申立人に連絡があるはずであるが、そのような連絡はまったくなかった。

申立人が、三菱地所から「金融機関からの融資は建物完成までは無理だが、建物完成後は建物を担保提供することによって融資を受けることが可能である。」といった説明を受けたこともない。このような非常識な話がされるはずもないのである。

さらに、三井住友銀行からの融資を受けないことが確定した後である、平成19年8月11日ころ、申立人が三菱地所に対して、申立人の関係先が本件TMKに融資する旨提案したが、三菱地所は、同月17日、税制上のメリットを享受できないこと等を理由にこれを国際電話で簡単に拒絶した経緯があった（申立人側からの融資では無理ということであれば、優先出資という形式をとれば税制上のメリットを享受できたのであるが、申立人側の出資割合が高くなれば、三菱地所

は本件TMKの支配権を確保できなくなるため、資金調達の見通しが無いのに申立人の申し出を簡単に断ったのである)。

平成20年2月25日、申立人は三菱地所から三菱東京UFJ銀行からの融資を受けるためとして必要書類の提出を求められ、申立人はこれに応じて提出したが、その後、三菱地所から申立人に対して、同行からの融資が受けられないとの連絡は一切なかった(甲65, 甲74の18頁, 21頁)。

このような経緯から、申立人としては、三菱地所において、その信用を利用して金融機関(上記書類提出後は三菱東京UFJ銀行)からの融資が間違いなく実現できるものと確信していたのである。

もし、仮に、申立人が融資実現不可であることを認識しえたならば、損害の拡大を回避するため、建設工事の停止等を求めるという行動をとったはずであるが、三菱地所から何の説明もなされなかったため、このような判断・行動をとることができず、損害が一層拡大する結果となったのである。

5 原判決判断(5項, 争点4について)の理由齟齬について

- ① 三菱地所と相手方株式会社三菱地所設計(以下、三菱地所設計という)が鹿島建設から平成22年1月15日に本件建物の引渡を受けることができたのに、これをしなかったことが申立人に対する関係で共同不法行為を構成することは原審における控訴理由書2で詳述したとおりである。

そこでも述べたとおり、その背景として、三菱地所が、平成21年11月19日におこなわれた鹿島建設との協議において、未だ工事代金支払いのための融資の手立てが立っていないことを説明したうえ、鹿島建設には迷惑をかけないので、竣工に向けて予定どおり工事を進めて欲しいという要請をし、鹿島建設はこれを信用して工事を続行し、本件建物を竣工させた経緯がある。

- ② 原判決は、鹿島建設が、引渡予定日の前である平成22年1月13日付本件TMK宛通知書で、工事代金についての資金調達ができていないことを理由に引渡しを拒絶していたから引渡しを受けることが困難であった、とか、相手方

両社が敢えて引渡を遅れさせる必要はなかったなどとしている。

しかし、本件TMKから鹿島建設に対する工事残代金は、建物竣工の翌々月末日となっており（甲20）、本件TMKとして、工事残代金を支払うことなく1月15日に引渡しを求めることができ、鹿島建設はそれを拒絶できない関係にあった。

原判決の「本件建物が完成すれば、本件建物に担保権を設定することで比較的容易に融資を受けることが可能である」という立場からは、鹿島建設の拒絶理由は杞憂にすぎないということになる。

にもかかわらず、鹿島建設の上記主張を「そもそも、鹿島建設から本件建物引渡しを受けることが困難であった」ことの理由とするのは、明らかに理由相互間に齟齬があるといえる。

また、上記①の三菱地所と鹿島建設の協議の経過からすれば、経験則上、三菱地所が鹿島建設のために引渡しを遅らせる必要があったといえるのであり、これに反する原審判断も経験則に違反するものである。

さらに、原判決は、申立人じしんも、KOパネル改善工事の必要性を認め、申立人の三菱地所に対する「平成22年2月6日付内容証明郵便にて、鹿島建設が是正改善工事を行い国土交通省の検査を受けて合格を受けるまでは本件建物の引渡しを受けてはならない旨の意向を表明していること」も判断理由の一つとしている。

しかし、申立人は三菱地所に対する平成22年1月6日付書面（内容証明郵便）（甲41）で本件建物引渡しを求め、保存登記をするよう要請するなど、一貫して1月15日の引渡しを求めていた。

上記内容証明郵便（乙B8）は、三菱地所が鹿島建設に対して本件建物の引渡しを求めず、かつ、鹿島建設も引渡しをしないということが事実上確定した後のもので、同書面は、申立人が三菱地所に対して、「引渡し遅延による損害賠償金」を鹿島建設に請求することを促し、それによって速やかな引渡しを実現する

ところに主眼があったことは明らかである。

原判決は、この点に関する部分の認定事実を付加したものであるが（原判決23頁）、三菱地所が引渡しを受けないという違法行為をおこなった後に発信した申立人の上記趣旨の書面をもって、三菱地所の違法性を否定するのは、つまみ食いの判断ともいうべきもので、明らかに採証法則に違反するものである。

第2 相手方東銀リース株式会社の責任について

- 1 原判決は、本件基本合意が申立人と三菱地所との関係を規律するものであり、本件基本合意の当事者ではない本件TMKが本件基本合意に直接拘束されるわけではなく、本件TMKとの事務代行契約により事務を代行する立場に過ぎない相手方東銀リース株式会社（以下、東銀リースという）においては、申立人に対する関係で、本件基本合意を遵守すべき法的義務があるとまでは認められないとして、申立人の請求を棄却したが、これは特定目的会社を用いて資産の流動化を行う制度を確立すること等を目的とする資産流動化法の趣旨を理解せず、その解釈を誤ったものである。
- 2 特定目的会社は、特定の資産を裏付けとした有価証券を発行するためだけに設立された法人であり、不動産の証券化などのために活用される一種のペーパーカンパニーである。

形式的存在ともいうべき本件TMKの実質は優先出資者である申立人と三菱地所にほかならず（なお、本件TMKの特定社員となる有限責任中間法人に対する出資比率も本件TMKのそれと同様、申立人49%、三菱地所51%であった）、基本合意締結当事者である両社が拘束されることはもとより、両社の合意により設立され、かつ、上記のような実質である本件TMKが両社間の基本合意に拘束されないことなどありえないのである。

原判決は「『直接』拘束されるわけではない」と曖昧な表現で一種の逃げをうっているが、少なくとも事実上拘束されるべきことは否定できない。

したがって、「本件基本合意の当事者ではない本件T M Kが本件基本合意に直接拘束されるわけではない」とする原判決は誤った形式論というほかなく、特定目的会社の意義、すなわち、資産の流動化に関する法律（以下、資産流動化法という）の解釈を誤ったものであり、破棄されるべきである。

- 3 原判決は、東銀リースについて、「本件T M Kとの事務代行契約により事務を代行する立場に過ぎない」としているが、委託者である本件T M Kは形式的存在（器）でしかなく、資産流動化業務をおこなうにあたって主体的な意思決定をおこなうものではないので、東銀リースが事務代行契約にもとづく業務を遂行するには、主体的判断をおこなう優先出資者である申立人と三菱地所との合意内容を確認しておこなうべき義務があるといえる。しかも、受託者たる東銀リースは、各種物件のリース・割賦、貸付業務及び事務受託等を目的とする株式会社であるが、本件T M Kの発起人となり、本件T M Kに取締役並びに監査役を派遣したこと、資産流動化法についての専門的知見を有しているだけでなく、建物リース事業においては顧客の建物建設並びに資金計画をサポートするなどしており、本件事業と本件基本合意の内容を十分理解しており、それにしたがった業務を遂行すべき義務があったと解するしかない。

東銀リースと本件T M Kとの事務代行契約書（甲26）で、東銀リースが本件T M Kに取締役及び監査役を派遣すべきこととされており、東銀リースの従業員を派遣したのであるから、その役員が本件T M Kの業務遂行に際して、その業務が基本合意書に沿ったものであるかどうか、仮に、疑問が生じれば実質的当事者である優先出資者に確認すべき義務があるところ、事業計画の要であり、「イロハのイ」ともいうべき工事代金の資金調達に関して何らの確認をすることなく、漫然と三菱地所の指示に従い鹿島建設との工事請負契約を締結させたものであり、本件T M Kの役員としての注意義務をおこたったものといえる。

東銀リースは本件T M Kに派遣した従業員（東銀リースから給与を受け、本件T M Kからの報酬は受けていない）過失による申立人の損害について民法715

条にもとづく責任を負うべきであるところ、これを否定した原判決は同条の解釈・適用を誤った違法がある。

第3 相手方株式会社三菱地所設計について

1 上記のとおり、三菱地所と相手方株式会社三菱地所設計（以下、三菱地所設計という）が鹿島建設から平成22年1月15日に本件建物の引渡を受けることができたのに、これをしなかったことが申立人に対する関係で共同不法行為を構成することは原審における控訴理由書2で詳述したとおりである。

そして、平成22年1月15日に本件建物の引渡しを受けなかったことの違法性については、上記第1の5項で述べたとおりである。

三菱地所設計は、同社の平成22年1月14日付三菱地所宛書面（乙E9）からも明らかなように、1月15日に本件建物の引渡しを受けることについて何の支障もないことを認識しながら、三菱地所の意を受けて、それに加担して、その背景として、三菱地所が、平成21年11月19日におこなわれた鹿島建設との協議において、未だ工事代金支払いのための融資の手立てが立っていないことを説明したうえ、鹿島建設には迷惑をかけないので、竣工に向けて予定どおり工事を進めて欲しいという要請をし、鹿島建設はこれを信用して工事を続行し、本件建物を竣工させた経緯がある。

三菱地所設計の加担がなければ、平成22年1月15日に本件建物の引渡しを受けえた可能性は十分あり、この点で、三菱地所設計は三菱地所と共同不法行為責任が成立するのであり、これを否定した原判決は民法719条1項の解釈・適用を誤ったものである。

2 その他の点については、上記第1の5項で述べたとおりである。

第4 以上述べたとおり、原判決には民事訴訟法第318条1項の「法令の解釈に関する重要な事項」についての誤った判断があるので、本件を上告審として受理さ

れるよう求める次第である。

同時に、本件TMKの破綻による損害、申立人が公租公課の負担をしながらも、現在においても未だその所有にかかる本件土地を使用できないでいることの損害を申立人にのみ甘受させ、他の関係当事者は一切の責任を負わないというのは、まったくもって間尺に合わないものであり、法の正義に反するものであることを理解していただくことを切に求める次第である。

以上