

# 建物譲渡特約付借地権 について



齋藤 理

長島・大野・常松法律事務所  
弁護士

## 1. はじめに

借地借家法第24条の建物譲渡特約付借地権については、これまで実務上あまり活用されておらず、その存在自体広く認知されているとは言い難いところであるが、近時、有料老人ホーム、サービス付き高齢者向け住宅等のヘルスケアアセットの開発・保有に係るストラクチャーを検討する際にかかる建物譲渡特約付借地権をひとつの選択肢とする事例が見受けられる。また、借地を含む開発ストラクチャーを検討する際に、建物譲渡特約付借地権に係る制度との関係が問題となるケースも存する。もっとも、建物譲渡特約付借地権についてはその位置づけが分かりにくく、また、実例が少ないため議論が深まっておらず、不明確な点も少なくない。

本稿では、建物譲渡特約付借地権についてその概要を説明すると共に、制度の位置づけについて検

討することとする。なお、本稿における意見にわたる部分は筆者の個人的な見解であり、筆者の所属する団体の見解ではないことに御留意頂きたい。

## 2. 制度の位置づけ（その1）

建物譲渡特約付借地権は、借地借家法第22条に定める一般定期借地権、借地借家法第23条第2項に定める事業用借地権<sup>注1</sup>とともに、平成4年の借地借家法の施行により創設されたものである。その内容は、借地権を設定する場合において、借地権を消滅させるため、その設定後30年以上を経過した日に借地上の建物を借地権設定者に相当の対価で譲渡する旨の特約を定めることができるというものである。かかる建物譲渡特約に基づいて建物が譲渡された場合、借地権は消滅する<sup>注2</sup>。

かかる建物譲渡特約については、普通借地権の

### 注1

事業用借地権については、その後、平成20年1月1日に施行された借地借家法の改正により拡充されている。以下、借地借家法第23条第1項に定める借地権を「事業用定期借地権」といい、同条第2項に定める借地権を「事業用借地権」といい、これらを併せて「事業用定期借地権等」という。

みならず、一般定期借地権及び借地借家法第23条第1項の事業用定期借地権に付すことも可能である<sup>注3</sup>。そのため、建物譲渡特約付借地権は、一般定期借地権、事業用定期借地権等と並ぶ第3の類型と捉えるよりは、普通借地権、一般定期借地権、事業用定期借地権のいずれにも適用可能な建物譲渡特約の有効要件(借地借家法第9条により無効とされないための要件)を定めたものと捉えた方が、その位置づけが明確になるものと思われる。

### 3. 要式

建物譲渡特約付借地権の設定を目的とする契約については、事業用定期借地権等とは異なり(借地借家法第23条第3項参照)、公正証書による必要はない。法文上は書面すら必要とされていないが、実務上は契約書を作成することが想定される。

また、建物譲渡特約付借地権を設定するにあたり、借地権及び建物譲渡特約について登記をすることも必要ではない(そもそも、建物譲渡特約について

は登記事項とはされていない。不動産登記法第81条参照。)。もっとも、建物譲渡特約の対象となる借地上の建物については、建物所有権移転請求権保全の仮登記(不動産登記法第105条第2号)をすることが可能であり、建物譲渡特約付借地権を設定する際にはかかる仮登記をするのが一般的である。

### 4. 建物譲渡特約の時期

借地借家法第24条第1項の「借地権を設定する場合・・・においては、[建物譲渡特約を]定めることができる。」との文言の解釈として、借地権の設定と同一機会に建物譲渡特約の合意をする必要があると解されている<sup>注4</sup>。

かかる解釈を前提とすると、借地権の設定後、一定期間を経過した後に、建物譲渡特約の合意をした場合、当該建物譲渡特約は借地借家法第9条により無効となり得るものと考えられる<sup>注5</sup>。

#### 注2

借地権が消滅する理屈については、①借地権の存続期間満了時に建物を譲渡する場合には、存続期間満了時に借地権者所有の建物が存在しない(建物の所有権が借地権設定者に移転している)ことから、借地借家法第5条の法定更新が生じないため借地権は消滅し、また、②存続期間満了前に建物を譲渡する場合には、借地権設定者が、建物と共にその従たる権利である借地権を取得することにより、借地権が混同(民法第179条、第520条)によって消滅するものと説明されている(寺田逸郎「借地・借家法の改正について」民事月報第47巻第1号(1992年)(以下「寺田文献」という。))97頁、吉田克己「定期借地権」ジュリストNo.1006(1992年)(以下「吉田文献」という。))54頁)。なお、以下では、借地権が土地の賃借権である場合を前提として論じ、借地権が地上権である場合についての議論は割愛する。

#### 注3

借地借家法第23条第2項の事業用借地権については、その期間が30年未満であるため、建物譲渡特約付借地権の対象とはならない(借地借家法第24条第1項)。もっとも、事業用借地権の存続期間満了時に借地上の建物を譲渡する旨の特約を付すことは可能と解される(稲本洋之助・澤野順彦編「コンメンタール借地借家法(第3版)」(日本評論社、2010年)(以下「コンメンタール」という。))181頁(山本豊執筆部分)。

#### 注4

この点については、借地権設定時には特約の概要のみを定め、建物の内容が明らかになってから建物を特定した譲渡契約が完成するという方式も許容されるとの説明がなされている(寺田文献100頁)。

#### 注5

借地権の設定後において、借地権者と借地権設定者が合意により借地権設定契約を解約する際に、借地権者が借地権設定者に借地上の建物を譲渡することは可能と考えられるところであり、上記のように無効となり得るのは、借地権の存続を前提としつつ、将来において借地上の建物の譲渡により借地権を終了させる旨の合意と考えられる。コンメンタール182頁は「合意解約と建物譲渡契約の組み合わせを期限付きで、あるいは予約の形で行うことは、そのような合意をすることに客観的に合理的な理由があると認められる場合に限って、きわめて例外的にのみ許容されるべきである。」とする。

## 5. 建物譲渡特約の内容

建物譲渡特約の内容については、①建物譲渡の時期、②建物譲渡の契約形態及び③相当の対価の3点が主として問題となることから以下で順に述べる。

### (1) 建物譲渡の時期

建物譲渡の時期については、「その設定後30年以上を経過した日」とされているが(借地借家法第24条第1項)、かかる日は確定日である必要はなく、設定後30年以上を経過した日である限りは、不確定の日とすることも可能と解されている。下記(2)に記載のとおり、売買予約の形式も認められており、設定後30年以上を経過した日以降において借地権設定者が予約完結権を行使した日といった定め方も可能と考えられる。

また、建物譲渡の時期と借地権の存続期間の満了時期は必ずしも一致する必要はない。借地権の存続期間の満了時を建物譲渡の時期と定めることも可能であるし、30年を超える借地権の存続期間を設定した上で、存続期間中に建物譲渡を行うことも可能である。

### (2) 建物譲渡の契約形態

建物譲渡の契約形態については特段の制限はなく、期限の到来により当然に建物の譲渡が生じる形の期限付売買と、いずれか又は双方の当事者が予約完結権を持つ売買予約のいずれも可能である<sup>注6</sup>。

### (3) 相当の対価

建物譲渡特約については、建物を「相当の対価」で譲渡することが要件とされている。かかる要件については、30年以上先における相当の対価を予め確定することは困難であり、この点が建物譲渡特約付借地権が普及しないひとつの要因として指摘されているところである。

この相当の対価の意義については、借地借家法第13条及び第14条の建物買取請求権における建物の「時価」と基本的には共通の考え方で捉えられるべきものであるが、時価よりも幅のある概念であると説明されている<sup>注7</sup>。

具体的な相当の対価の定め方としては、不動産鑑定士の鑑定評価を利用するか、簿価や固定資産税評価額等を参照するといった形で、算定方法を確定しておく方法が例として挙げられる。

予め対価を確定額で定める方法については、当該確定額が30年以上先の建物の譲渡時において「相当の対価」とは認められない可能性が比較的高いものと指摘されている。借地権設定者と借地権者が合意していた対価が「相当の対価」とは認められない場合の効果については、法文上は明記されていないが、建物譲渡特約自体が無効となるのではなく、客観的に相当な対価で譲渡する旨の合意があったとして、建物譲渡の効力は生じるとする見解が有力である<sup>注8</sup>。

#### 注6

これらのほかに、代物弁済、交換なども許容されている(比佐和枝「建物譲渡の種類」塩崎勤・澤野順彦編「裁判実務大系第23巻借地借家訴訟法」(青林書院、1995年)258頁参照)。

#### 注7

寺田文献99頁。「相当の対価」に関する議論の状況につき田山輝明・澤野順彦・野澤正充編「別冊法学セミナー no.230 新基本法コンメンタール借地借家法」(日本評論社、2014年)(以下「新基本法コンメンタール」という。)145頁(多田利隆執筆部分)参照。

#### 注8

吉田文献54頁。

「相当の対価」又は時価とのみ定めて、具体的な算定方法を確定しないことも考えられるが<sup>注9</sup>、実務上は、譲渡価格が一義的に定まるような形で契約上規定を置くことが望ましく、不動産鑑定を利用する場合には、鑑定士の選任方法等についても明確な規定を置き、後の紛争を可及的に防止すべきところである。

また、「相当の対価」の要件との関係では、建物を無償で譲渡することの可否も問題となる。無償の場合は当然に「相当の対価」の要件を満たさず建物譲渡特約自体が無効となるとする見解も存するが<sup>注10</sup>、30年以上という期間を考慮すると、建物が老朽化することにより、譲渡時における建物の価値が、想定される解体撤去費用を下回るケースもあり得るところである。無償とすることに経済合理性が認められるのであれば、無償であってもなお「相当の対価」の要件を満たすとする余地もあり得るように思われる<sup>注11注12</sup>。

## 6. 法定賃借権

建物譲渡特約に基づく建物の譲渡により借地権が消滅した場合において、借地権者又は建物の賃借人で建物の使用を継続しているものが請求をしたときは、法定の賃借権が成立する(借地借家法第24条第2項)<sup>注13</sup>。

かかる法定賃借権の存続期間については、原則として期間の定めのない賃貸借となり、借地権の残存期間があるときは、当該残存期間が法定賃借権の存続期間となる。いずれにせよ、かかる建物の法定賃借権について賃貸人(借地権設定者)が解約の申し入れ又は更新拒絶をするには正当事由が必要となる(借地借家法第28条)。また、法定賃借権の賃料については、当事者の請求により裁判所が定めるものとされている<sup>注14</sup>。

もともと、別途借地権者又は建物の賃借人と借地権設定者との間で借地借家法第38条第1項の定期建物賃貸借契約を締結した場合は、当該契約の定

### 注9

売買の一方の予約(民法第556条)において、時価で買うとの約定も有効と解されている(大判大正10年3月11日、柚木馨・高木多喜男編「新版注釈民法(14)債権(5)」(有斐閣、1993年)155頁(柚木馨・生熊長幸執筆部分))。

### 注10

吉田文献54頁。

### 注11

水本浩・遠藤浩・田山輝明編「別冊法学セミナー no.199 基本法コンメンタール第二版補訂版借地借家法」(日本評論社、2009年)87頁(澤野順彦執筆部分)。

### 注12

なお、建物譲渡特約付借地権における建物譲渡が実際に行われるのは借地借家法の施行から30年が経過する平成34年(2022年)以降となることから、本項に記載する論点を含む建物譲渡特約付借地権に係る論点についての裁判例の蓄積もそれ以降のこととなる。

### 注13

かかる法定賃借権が認められる建物の賃借人は借地権設定者に借家権を対抗できない賃借人に限定されるものと解されている(吉田文献62頁)。また、コンメンタール188頁は、建物の転借人がいる場合には転借人についてのみ法定賃借権が認められるものと解すべきとしている。そのため、建物譲渡特約付借地権を有料老人ホームやサービス付き高齢者向け住宅において活用する場合、法定賃借権がどの範囲で成立するのかが問題となり得る。なお、有料老人ホームにおける入居契約の法的性質についての議論につき拙稿「有料老人ホーム・高齢者住宅に関連する法制度と不動産流動化・証券化」本誌Vol.28(2010 November-December)94頁参照。

### 注14

法定賃借権は従前の建物賃貸借契約が承継されるものではないため、別段の合意がない限り、従前の建物賃貸借契約に基づく敷金は建物譲渡の段階で一旦清算され、借地権設定者には承継されないと解されている(澤野順彦「借地借家法Q&A」(総合法令、1992年)155頁、コンメンタール188頁)。

めに従うものとされている<sup>注15注16</sup>。

## 7. 制度の位置づけ (その2)

以上で述べた制度概要を前提に、建物譲渡特約付借地権の制度の位置づけについて改めて検討してみたい。

### (1) 誰のための制度か(借地権設定者のメリット)

建物譲渡特約付借地権については、そもそも誰にどのようなメリットがあるのかという点が分かりにくいところである。

建物譲渡特約付借地権は、借地権者に不利な特約を無効とする借地借家法第9条の例外の要件を定めているものであるから、建物を買取ることにより借地権を消滅させることができるという点で、第一次的には借地権設定者にメリットを与える制度であると捉えるべきであろう。

もっとも、借地権の消滅により不利益を受ける借地権者及び建物の賃貸人の利益を保護するために法定賃借権を認めた結果、借地権設定者としては、借地権を消滅させることはできても、対象となる土地及び建物を自ら直接に使用し、又は建物を取り壊して新たな用途に利用することができるとは限らないこととなった。その結果、建物譲渡特約を付すことによる借地権設定者のメリットは、土地の所有者兼土地の賃貸人としての立場から、土地建物

の所有者兼建物の賃貸人としての立場に移行することに縮減され、かつ、かかる移行にあたっては「相当の対価」を支払う必要があるため、建物譲渡特約を付すことに実質的なメリットがあるのかが不明確になったものといえる。借地権設定者にとってのメリットが不明確であれば、借地権設定者のメリットに対応した経済的なメリット(例えば地代の減額)を借地人に付与しにくいということも指摘できよう。

### (2) 借地権者に不利益のない建物譲渡特約の取扱い

他方で、建物譲渡特約付借地権の借地権者にとってのメリットは、借地権の終了にあたり、建物建設に要した投下資本を回収しつつ、法定賃借権によって建物利用権限を確保することができる点にあり<sup>注17</sup>、比較的理解しやすいところである。

かかる借地権者のメリットに関連して、借地権者に特段の不利益がない建物譲渡特約の借地借家法上の取扱いが問題となるように思われる。例えば、借地権者のみが予約完結権(売却オプション)を持つ場合、借地借家法第24条第1項の定める各要件(設定後30年以上という要件、相当の価格の要件等)を満たす必要があるのであろうか。

この点、建物譲渡特約付借地権の制度が借地権者に不利な特約を無効とする借地借家法第9条の例外の要件を定めているものであることからすれば、借地権者に特段の不利益がない建物譲渡特約

#### 注 15

かかる定期建物賃貸借契約をいつの時点で締結すべきかについては議論がある(新基本法コンメンタール 149 頁参照)。

#### 注 16

以上のほか、建物譲渡特約付借地権の典型論点として、建物が滅失した場合及び建物が再築された場合の処理について議論があるが本稿では割愛する。

#### 注 17

有料老人ホームについては、厚生労働省の定める設置運営標準指導指針において、借地の場合につき、「入居者との入居契約の契約期間の定めがない場合には・・・当初契約の借地契約の期間は30年以上であることとし、自動更新条項が契約に入っていること」と定められている(同指針第4項第3号一八)。一般定期借地権及び事業用定期借地権等については、かかる規定に照らして望ましくないものと考えられるが、建物譲渡特約付借地権については、法定賃借権の存在も考慮すると、借地権者による有料老人ホームの運営事業の継続性は確保されることから、同指針の趣旨には必ずしも抵触するものではないとする余地がある。

については、借地借家法第24条第1項の要件を満たさなくとも有効となり得るものというべきではないかと考えられる<sup>注18</sup>。

かように考えることで、建物譲渡特約付借地権の制度の位置づけが、より明確になるものと思われる。

---

**注 18**

借地権者のみが予約完結権を持つ場合のほか、一般定期借地権又は事業用定期借地権の存続期間満了時に建物を有償又は無償で譲渡する旨の特約についても、一般定期借地権及び事業用定期借地権の場合には借地権設定者が原則として建物取去義務を負担していることからすると、基本的に借地権設定者に有利な特約というべきではないかと考えられる（かかる特約の有効性を認めるものとして寺田文献 93 頁、稲本洋之助・山岸洋・山野目章夫編著、建設省建設経済局宅地課宅地企画調査室監修「定期借地住宅の契約実務」（ダイヤモンド社、1995 年）100 頁、澤野順彦編「実務解説借地借家法〔改訂版〕」（青林書院、2013 年）96 頁、111 頁（吉田修平執筆部分））。

**さいとう まこと**

1999 年東京大学法学部卒業、2000 年長島・大野・常松法律事務所入所、2006 年 University of Michigan Law School 卒業。ヘルスケア施設、ホテル等を対象とする不動産流動化・証券化、メガソーラー等インフラ案件を多数取り扱うほか、ファイナンス、コーポレート等、企業法務全般にわたりリーガルサービスを提供している。