

# 借地上の建物の建替・再築(前編)



齋藤 理

長島・大野・常松法律事務所  
弁護士



池田 直樹

長島・大野・常松法律事務所  
弁護士

## 1. はじめに

不動産に関連する権利関係を複雑化させる要因のひとつとして借地の存在が挙げられる。不動産証券化・流動化取引において、対象となる建物の敷地の全部又は一部が借地である場合には、当該借地に関連する権利関係及び契約関係がデュー・ディリジェンスにおける重要な検討項目となるところである<sup>注1</sup>。

借地については多様な法律問題が存するところであるが、借地上の建物について竣工後相当の期間が経過している場合、将来における建替又は再築（以下「建替等」という。）の可否の検討が必要となることが少なくない。また、老朽化した建物や耐震性に問題がある建物の場合は、建替等が喫緊の課題となるところである。本稿では、かかる借地上の建物の建替等について論じることとする。

なお、本稿のうち意見に亘る部分は、筆者らの個人的見解であり、筆者らの所属する法律事務所の見解を述べたものではないことに御留意頂きたい。

## 2. 借地法と借地借家法の適用関係

借地については、借地借家法（平成3年法律第90号）ではなく借地法（大正10年法律第49号）が適用されるものが依然として残っており、しかも、建替等に関する規律は、借地法と借地借家法で相当に異なっていることが、この建替等に関する理解を難しくしているところである。借地法と借地借家法の適用関係については、借地借家法附則が個別の項目毎に経過措置を定めており、借地上の建物の建替等に関連する事項については、借地借家法の施行（平成4年8月1日）前に設定された借地権については、後述する借地非訟の点を除き、借地法の規定を適用するものとされている（借地借家法附則第7条、第

### 注1

借地権の設定された土地（底地）を不動産証券化・流動化の対象とする取引も存するところである。

9条、第11条)。

以下では、借地法上の取扱いについて論じ、次号において借地借家法上の取扱いについて論じる。

### 3. 借地法上の取扱い

#### (1) 借地法第7条の概要

借地上の建物の建替等に関する借地法上の規定としては、借地法第7条を挙げることができる。同条本文は、借地権の消滅前に建物が滅失した場合において、残存期間を超えて存続するような建物の築造に対し土地所有者が遅滞なく異議を述べなかつたときは、原則として、借地権は建物滅失の日から起算して、堅固建物については30年間、その他の建物については20年間存続する旨を規定している。

#### (2) 借地法第7条の位置づけ①

##### 借地法第2条但書との関係

かかる借地法第7条の位置づけについては、まず、借地法第2条但書との関係が問題となる。借地

法第2条但書は、建物が借地契約における存続期間満了前に朽廃したときは、借地権は消滅する旨を規定している。「朽廃」の定義については、建物が時の経過によって自然的に建物としての効用を失うこととされ<sup>注2</sup>、借地法第7条に定める「滅失」と対をなす概念と説明されている<sup>注3</sup>。

そのため、条文の適用関係としては、借地上の建物が「滅失」した場合には、「朽廃」を理由として借地権が消滅することはなく、借地権者は建物の建替等を行うことができると解されている<sup>注4注5</sup>。

#### (3) 借地法第7条の位置づけ②

##### 滅失の意義

そこで、借地法第7条に定める建物の「滅失」の意味、特に建替等のための任意の取壊が同条の「滅失」に含まれるかという点が問題となるが、この点については、自然災害等による滅失のみならず、建替等のための任意の取壊も含まれるものと解されている<sup>注6注7</sup>。なお、借地借家法においては、任意の取壊についても「滅失」に含まれることが明文で規定されている(借地借家法第7条第1項)<sup>注8注9</sup>。

---

#### 注2

鈴木禄弥『借地法 上巻 [改訂版]』(青林書院新社、1980年)351頁、寺田逸郎「新借地借家法の解説(2)」NBL489号(1992年)42頁、幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(15)債権(6) [増補版]』(有斐閣、1996年)378頁〔望月礼二郎=水本浩〕等。

#### 注3

星野英一『借地・借家法』(有斐閣、1969年)49頁、鈴木・前掲351頁。

#### 注4

星野・前掲49、96頁、鈴木・前掲364頁以下。

#### 注5

なお、借地上の建物の朽廃による借地権の消滅に係る規定については、朽廃の概念が明確ではなく、実際に建物が朽廃したと認定することには困難が伴うこと等の理由から、借地借家法では廃止されている(寺田・前掲42頁)。

#### 注6

最判昭和38年5月21日民集17巻4号545頁。学説としては、我妻榮『債権各論中巻一』(岩波書店、1957年)493頁、星野・前掲97頁以下、鈴木・前掲366頁等。反対説として廣瀬武文『借地借家法』(日本評論社、1950年)95頁が挙げられるが、廣瀬博士は、後に任意の取壊は「滅失」に含まれると改説されている(同『借地借家法の課題』(日本評論社、1964年)287頁)。

#### 注7

建物が滅失した場合には、建物について登記をしていたことによる借地借家法第10条第1項の借地権の対抗力を喪失することに留意する必要がある(借地借家法附則第4条により、借地借家法の施行前に設定された借地権についても借地借家法第10条第1項は適用される。)。この場合、同条第2項に従って、借地権者はその建物を特定するために必要な事項、その滅失があった日及び建物を新たに築造する旨を土地の上の見やすい場所に掲示することにより、建物の滅失から2年間に限り、対抗力を存続させることができる。

#### (4) 異議の有無とその効果

以上のとおり、借地権者が借地上の建物の建替等を行う場合については、借地法第7条の適用の可否が問題となる。以下では、同条に定める土地所有者の異議がない場合とある場合のそれぞれの取扱いについて場合分けして論じる。

##### ①異議がなかった場合

建替等について土地所有者が遅滞なく異議を述べなかった場合については、借地法第7条が明文で定めており、原則として、建物の滅失の日から、堅固建物については30年、その他の建物については20年間借地権が存続することになる<sup>注10</sup>。この場合の借地契約の内容は、原則として、存続期間の点を除き、従来の借地契約の内容と同一であると解されている<sup>注11</sup>。

##### ②異議があった場合(要件)

これに対し、土地所有者が遅滞なく異議を述べた場合の取扱いについては、借地法上必ずしも明確

に規定されていない。

この点まず、どのような場合であれば遅滞なく異議を述べたといえるかが問題となる。抽象論としては、土地所有者が建替等の事実を知り又は知り得べき時から相当の期間内に述べた場合には遅滞なく異議を述べたといえると解されているが<sup>注12</sup>、最終的には具体的事情を総合的に考慮して決することになる。

なお、異議を述べるにあたっては、特に理由は必要ないと解されている<sup>注13</sup>。

##### ③異議があった場合(効果)

遅滞なく異議が述べられた場合、借地法第7条に基づく存続期間の延長の効果は発生しない。もっとも、以下の2点に留意する必要がある。

まず第1点として、土地所有者が異議を述べたことにより、建替等が制限されるものではないと解さ

#### 注 8

建物の同一性を失う程度の大規模修繕を行う場合が同条の「滅失」に該当するかという点については議論があり、同一性を失う程度の修繕であれば新築と同視できるとして同条の適用があるとする見解（我妻・前掲 487 頁、鈴木・前掲 367 頁。札幌高判昭和 39 年 6 月 19 日高民 17 卷 5 号 287 頁は、借地法第 7 条の法意を類推し、土地所有者が遅滞なく異議を述べなかった場合には、修繕がなかった場合の建物の朽廃すべき時期における借地権消滅の効果を主張することはできないとしている。）と、同一性喪失の判断は容易でないことから法的安定性を維持するために適用を否定する見解（星野・前掲 98 頁）が存する（田山輝明ほか編『新基本法コンメンタール 借地借家法』（日本評論社、2014 年）304 頁〔田高寛貴〕も参照）。

#### 注 9

建物の「築造」については、借地権の存続中に着手されていることを要するが、借地権の存続中に工事を完了する必要はないと解されている（廣瀬・前掲「借地借家法」96 頁、鈴木・前掲 369 頁、幾代=広中・前掲 449 頁〔鈴木禄弥=生熊長幸〕、田山ほか・前掲 304 頁〔田高〕等）。

#### 注 10

借地権の残存期間がこれらの期間より長いときは残存期間によるものとされている（借地法第 7 条但書）。

#### 注 11

鈴木・前掲 371 頁、幾代=広中・前掲 452 頁〔鈴木=生熊〕等。

#### 注 12

後藤清『借地・借家（借地篇）』（青林書院、1956 年）182 頁、星野・前掲 100 頁、田山ほか・前掲 304 頁〔田高〕等。裁判例として、東京地判昭和 15 年 5 月 17 日新聞 4584 号 10 頁。これに対し、鈴木・前掲 370 頁、幾代=広中・前掲 450 頁〔鈴木=生熊〕は、建替等の事実を知った時から相当期間内に異議を述べた場合に限定すべきであるとする。なお、借地借家法第 7 条第 2 項は、借地権設定者が通知を受けた後 2 ヶ月以内に異議を述べなかったときは、建物の築造について承諾があったものとみなすとしている。

#### 注 13

鈴木・前掲 370 頁、幾代=広中・前掲 451 頁〔鈴木=生熊〕、田山ほか・前掲 304 頁〔田高〕等。なお、合理的な理由のある場合に限るべきであるとする見解として廣瀬・前掲「課題」287 頁以下。

れている。借地法上、借地権の存続期間中における建替等を制限する規定はなく、借地法第7条も異議がない場合における存続期間の延長について定めているに過ぎず、土地所有者が異議を述べた場合においても、建替等そのものを行うことができなくなる訳ではない<sup>注14</sup>。

第2点として、土地所有者が異議を述べたとしても、直ちに借地権が消滅するものではなく、借地権は存続し、借地人は存続期間満了時において更新請求を行うことが可能であり(同法第4条第1項本文)、土地所有者が更新を拒絶するには正当事由が必要とされることになる(同項但書)。即ち、仮に土地所有者が建物の建替等について異議を述べたとしても、借地契約の期間満了時において更新拒絶についての正当事由が認められなければ、(借地法第7条に基づく更新は認められないとしても)結局は同法第4条に基づく存続期間の延長が認められることになる。また、存続期間満了後も土地の使用を継続する場合において土地所有者が遅滞なく異議を述べなかったときは、同法第6条第1項に基づく更新も認められると解されており、土地所有者が(同法第6条第1項に基づき)遅滞なく異議を述べたとしても正当事由が認められなければ借地契約は更新されることになる(同法第6条第2項、第4条第1項但書)<sup>注15</sup>。

#### ④異議と正当事由

上記のとおり、土地所有者が借地法第7条に基づく異議を述べた場合には、その後の契約期間満了時において更新拒絶について正当事由が認められるかという点が借地権の存続を左右することになるため、異議が述べられたにもかかわらず建替等を行ったという事実を正当事由の判断においてどのように考慮すべきかが問題となる。

この点について、土地所有者が異議を述べたにもかかわらず建替等を行った場合には、正当事由が認められる場合が多いと考える見解も存するが<sup>注16</sup>、当該事実はあくまでも正当事由の判断における考慮事由の一つにすぎず、借地権者と土地所有者の双方の事情一切(たとえば、建替等の必要性の有無・程度、建替等を実施した時期、承諾料の支払又は支払の提供の有無、異議を述べたことの合理性等)を考慮して判断すべきと解し、土地所有者が異議を述べたにもかかわらず建替等を行ったという事実を正当事由を認めるための決定的な事情とは捉えない見解が多いところである<sup>注17</sup>。

#### ⑤契約が更新されずに終了する場合

##### (建物買取請求権)

仮に正当事由が認められた場合には、契約期間の満了によって借地権は消滅することになる。この場合において、借地権者は建物買取請求権を行使

#### 注 14

建物滅失の場合に残存期間を超えて存続すべき建物を建築することを制限する特約を無効とする裁判例として最判昭和33年1月23日民集12巻1号72頁、東京地判昭和35年5月28日判時226号27頁、東京地判昭和38年6月18日判時342号20頁、東京高判昭和40年4月13日東高時報16巻4号71頁、名古屋高判昭和51年9月16日判タ346号211頁。横浜地判昭和48年12月17日判タ310号227頁は、建物が火災により滅失した場合において、新築を禁ずべき正当の事由がない限り上記特約は無効であるとしている。

#### 注 15

最判昭和47年2月22日民集26巻1号101頁。

#### 注 16

廣瀬・前掲「借地借家法」97頁、後藤・前掲185頁。

#### 注 17

我妻・前掲494頁、星野・前掲102頁、鈴木・前掲375頁、幾代=広中・前掲456頁〔鈴木=生熊〕、田山ほか・前掲305頁〔田高〕等。名古屋高判昭和51年9月16日判タ346号211頁及び同昭和54年6月27日判時943号68頁は、火災により建物が滅失した後に建替等を行った事案において、土地所有者が遅滞なく異議を述べたにもかかわらず建替等を行った事実を考慮してもなお正当事由は認められないとしている。

することができるかという点が問題になるが(借地法第4条第2項<sup>注18</sup>)、これを肯定する見解が通説的である<sup>注19</sup>。

また、建物買取請求権を行使できるとした場合における対価の定め方についても議論がある。この点について、旧建物が存在したならば有したであろう時価によるべきであるとする見解<sup>注20</sup>が存在するが、このように解すると新建物をあまりにも廉価で取得できることになり不当であるとして、新建物の時価を基準とした上で、民法第608条第2項の類推適用により、新旧建物の時価の差額の範囲について、裁判所が土地所有者に支払猶予の期限を与えることができるとする見解<sup>注21</sup>が有力である。なお、借地借家法においては、買取額は新建物の時価とした上で、裁判所は借地権設定者の請求により、代金の全部又は一部について相当の期限を付与することができるとしており(借地借家法第13条第2項)、後者の見解に近い立場が採られている<sup>注22</sup>。

## ⑥ 増改築の許可(借地非訟)との関係

借地借家法第17条第2項は、建物の増改築を制限する旨の借地条件(いわゆる増改築禁止特約)がある場合において、土地の通常の利用上相当とすべき増改築につき当事者間に協議が調わないときは、裁判所は、借地権者の申立によりその増改築についての借地権設定者の承諾に代わる許可を与えることができるとしており、当該裁判を行う場合において、当事者間の利益の公平を図るために必要があるときは、他の借地条件を変更し、財産上の給付を命じ、その他相当の処分をすることができるとしている(同条第3項)。かかる借地借家法第17条第2項については、借地借家法の施行前に設定された借地権についても適用され(借地借家法附則第4条)、かつ、ここでいう「増改築」には建替等も含まれると解されていることから<sup>注23</sup>、増改築禁止特約がある場合には、借地権者は、裁判所に対して、建替等についての承諾に代わる許可を求めることができる。

### 注 18

借地借家法附則第9条第1項により、借地法第7条が適用される場合には、後述する借地借家法第13条第2項は適用されないこととされている。

### 注 19

幾代=広中・前掲 457 頁〔鈴木=生熊〕参照。

### 注 20

戒能通孝『借地借家法』(日本評論社、1937年)85頁、後藤・前掲 186 頁以下、広橋次郎「借地人の建物買取請求権」『契約法大系Ⅲ賃貸借・消費貸借』(有斐閣、1962年)15頁等。

### 注 21

星野・前掲 209 頁、鈴木・前掲 376 頁、幾代=広中・前掲 457 頁〔鈴木=生熊〕等。

### 注 22

建物買取請求権については、一棟の建物の敷地の一部のみが借地の場合における行使の可否が問題となる。最判昭和42年9月29日民集21巻7号2010頁及び同昭和50年3月25日金法753号31頁は、建物買取請求権の客体は、区分所有権の対象となりうるような独立性を有していなければならない、当該借地の上に存する建物部分が区分所有の要件を充足する状態になってはじめて建物買取請求権を行使できるとしている。学説上は、当該要件を充足しない場合であっても、当該建物全体について建物買取請求権の行使を認める見解が有力であるが、権利行使後の法律関係について、当該建物の共有とする見解(廣瀬・前掲「借地借家法」69、111頁、我妻・前掲 505 頁)と単独所有とする見解(後藤・前掲 478 頁以下)に分かれている(議論の状況については、星野・前掲 359 頁以下、幾代=広中・前掲 427 頁以下〔鈴木=生熊〕参照。)

### 注 23

稲本洋之助=澤野順彦『コンメンタール借地借家法〔第3版〕』(日本評論社、2010年)124頁〔鎌野邦樹〕、田原ほか前掲 101 頁〔荒木新五〕等。なお、脚注14に記載のとおり建替等を制限する特約についてはこれを無効とする裁判例があることに留意する必要がある。

かかる許可の位置づけについては、裁判所の許可を得た場合においても、土地所有者が借地法第7条

に基づく異議を述べることができるか否かについて議論のあるところである<sup>注24注25</sup>。

#### 注 24

異議権を認める見解として、澤野順彦『論点借地借家法』（青林書院、2013年）115頁、田山ほか・前掲103頁〔荒木〕等、裁判例として、東京地判昭和45年11月5日判タ259号270頁、東京高決昭和50年5月29日判時788号52頁等。これに対し、異議権を否定する見解として、鈴木祿弥『借地法 下巻〔改訂版〕』（青林書院、1980年）769頁、裁判例として、東京地決昭和43年2月8日判タ216号101頁等。なお、当該裁判において、借地条件の変更として、期間延長の附随裁判がなされる場合には（借地借家法第17条第3項）、両説に大きな違いは生じないこととなるが、かかる点については、異議権を喪失しないとの立場を前提に、増改築禁止特約を付した土地所有者が増改築許可の裁判により異議権を喪失するのは不合理であるとして、附随処分として存続期間の延長を行うことは相当ではないとの指摘がなされている（植垣勝裕編『借地非訟の実務』（新日本法規出版、2015年）286頁参照。石井忠雄=太田武望「借地非訟事件手続について—東京地裁における事件処理の実情—」公証89号（1989年）38頁以下も参照。）。

#### 注 25

承諾に代わる許可における財産上の給付について、東京地裁本庁においては、建替等の場合には、通常、更地価格の3パーセントを基準とし、これに建替等による床面積の増加の程度や賃貸物件の建築等による収益の増加等の土地利用効率の増大等を加味して、5パーセント程度までの間で決定するのが通常とされている（植垣・前掲282頁以下）。

#### 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。

#### いけだ なおき

2013年慶應義塾大学法学部法律学科卒業、2015年慶應義塾大学法科大学院修了、2016年長島・大野・常松法律事務所入所。プロジェクト・ファイナンス、不動産流動化・証券化をはじめとするファイナンス分野のほか、コーポレート、訴訟等、多分野にわたりリーガルサービスを提供している。