

第1号様式

## 法令適用事前確認手続（照会書）

平成28年10月26日

国土交通省 土地・建設産業局 不動産市場課長 殿

照会者名 TMI 総合法律事務所 弁護士 山口 芳泰  
山下 翔

住 所 〒106-6123 東京都港区六本木 6-10-1  
六本木ヒルズ森タワー23階 TMI 総合法律事務所

下記について、照会します。

なお、照会及び回答内容（照会に係る法令の条項の性質上照会者名を公にすることが回答に当たって必要とされる場合にあつては、照会及び回答内容並びに照会者名）が公表されることに同意します。

### 記

#### 1. 法令名及び条項

不動産特定共同事業法第2条第3項（不動産特定共同事業契約）及び第4項（不動産特定共同事業）並びに第3条第1項（不動産特定共同事業の許可）

#### 2. 将来自らが行おうとする行為に係る個別具体的な事実

##### （1）本件取引の目的

X社とX社の役員及び従業員（以下総称して「従業員」といいます。）との間の取引（以下「本件取引」といいます。）は、X社が自社プロジェクトとして推進している再開発事業（以下「本件プロジェクト」といい、本件プロジェクトに基づき建設されることとなる建物（当該建物に必要な敷地利用権（所有権・借地権等権利形態を問わない。）を含む。）を、総称して以下「本件建物」といいます。）について、当該事業の業績に応じて額が変動する金銭

的な恩恵を従業員に与えることで、当該事業の成功及び X 社での勤続についてのインセンティブを付与し、また、従業員の福利厚生を図ることを目的とするものです。

## (2) 本件取引の概要

### ア. オプション権設定契約の締結

X社は、従業員との間で、以下のとおり、オプション権設定契約を締結いたします。

#### (ア) オプション権設定契約の締結時期

本件建物の竣工前の任意の時期とします。

#### (イ) オプション権設定契約の概要

大要、以下のとおりのオプション権設定契約を締結することを予定します。

#### ①オプション権の内容

X社は、従業員に対し、従業員が当該権利を行使した場合には、X社を売主とし、従業員を買主とする、本件建物の特定の床(※)(以下「本件対象床」といいます。)を対象とする売買契約を締結することができる地位を取得することを内容とする、オプション権(以下「本件オプション権」といいます。)を付与します(なお、本件オプション権の行使により、当然に売買契約が締結されるものではなく、売買契約自体は、本件オプション権の行使後に、改めて、行う必要があるということになります。すなわち、本件オプション権の付与は売買の一方の予約に係る予約権の付与ではありません。)

(※) 本件建物のうち、権利行使日(以下④で定義します。)の前日(以下「指定日」といいます。)の時点で、X社が所有する土地付区分建物(以下総称して「X社所有床」といいます。)のうち、X社が指定した特定の土地付区分建物の一定の共有持分権(約0.5坪相当を予定)をいいます。

#### ②本件オプション権の対価

従業員は、本件オプション権の対価として、オプション権設定契約の締結日又は別途X社が定める日までに、所定の金額を支払う必要があります(以下「本件対価」といいます。)。本件対価は原則として返還しないものとします(本件対価の取扱いの詳細は、以下イで述べます。)

#### ③本件オプション権の行使によって、締結されることとなる売買契約の内容

本件オプション権が行使された場合には、X社と従業員は、本件対象床を対象とする売買契約(以下「本件売買契約」といいます。)を締結することができることとなりますが、本件売買契約の主要な条件については、オプション権設定契約の締結時において、あらかじめ

め、定めておくこととします。

具体的には、(i)本件対象床の売買価格、(ii)本件対価の取扱い及び(iii)本件売買契約を締結する場合の反対売買契約の締結に関し、以下のとおり定めることを予定しております。

(i)本件対象床の売買価格

本件対象床の売買価格について、以下のとおり定めることとします。

指定日におけるX社所有床の帳簿価格相当額＋X社が指定日までに分譲した本件建物の売却原価相当額の合計額に、本件対象床の床面積／（指定日におけるX社所有床の床面積＋X社が指定日までに分譲した本件建物の床面積の合計床面積）を乗じて得られた金額相当額

(ii)本件対価の売買代金額への充当

本件売買契約が成立した場合においては、本件対価は、本件対象床の売買代金に当然に充当されるものとします。

(iii)反対売買契約の締結

本件売買契約の締結の条件として、本件対象床についての、従業員からX社への反対売買を内容とする反対売買契約（以下「反対売買契約」といいます。）の締結を定めることとします。

反対売買契約における本件対象床の売買価格（すなわち、X社による、本件対象床の買戻価格です。）は、以下のとおりとします。

（指定日におけるX社所有床の時価＋X社が指定日までに分譲した本件建物の売却価格相当額の合計額に、本件対象床の床面積／（指定日におけるX社所有床の床面積＋X社が指定日までに分譲した本件建物の床面積の合計床面積）を乗じて得られた金額）－本件対価相当額

なお、X社の試算によれば、本件対象床の買戻価格から、上記(i)の本件対象床の売買価格を控除した額、すなわち従業員の収支は、市況等にもよるものの、必ずプラスになるものではなく、マイナスとなることもあり得る水準となる見込みです。

④本件オプション権の行使日

本件プロジェクトの完成から3年を経過した日（以下「権利行使日」といいます。）とします。

⑤本件オプション権の行使条件

以下⑥で定めるX社の買戻権が指定日までに行使されておらず、かつ、指定日までに買戻

権を行使しない旨をX社が従業員に書面により通知したことを、本件オプション権の行使条件として、定めることとします。

#### ⑥本件オプション権の買戻特約

本件オプション権設定契約においては、X社による、本件オプション権の買戻しについて、定めることとします。すなわち、X社は、その任意の判断において、買戻権を行使することにより、本件オプション権設定契約の締結日から指定日までの間、以下の買戻価格をもって、従業員から、本件オプション権を買い戻すことができることとします。

(本件オプション権の買戻権行使時におけるX社所有床の時価－本件オプション権の買戻権行使時におけるX社所有床の帳簿価格) + X社が本件オプション権の買戻権行使時までに本件建物の分譲により得た利益相当額の合計額に、本件対象床の床面積 / (本件オプション権の買戻権行使時におけるX社所有床の床面積 + X社が本件オプション権の買戻権行使時までに分譲した本件建物の床面積の合計床面積) を乗じて得られた金額

なお、X社の試算によれば、本件オプションの買戻価格から後述の本件対価を控除した額、すなわち従業員の収支は、市況等にもよるものの、必ずプラスになるものではなく、マイナスとなることもあり得る水準となる見込みです。

#### イ. 従業員による本件対価の支払

上記(ア)(イ)②のとおり、従業員は、本件オプション権設定契約の定めに従い、本件オプション権取得の対価として、本件対価を支払う必要があります。

なお、本件取引の目的が従業員に対するインセンティブの付与及び福利厚生にあることから、従業員が取得することができる本件オプション権の口数はそれまでのX社に対する貢献度、すなわち従業員の等級に応じて設定することを予定しております(例えば、入社数年目まで3口、管理職以外5口、役員以外の管理職8口、役員10口等)。そして、本件対価の額については、現時点で、1口あたり20万円から40万円程度を予定しております。本件対価の用途及び管理方法については、以下の(ア)①～③又は(イ)①②のいずれかとするを想定しております。

#### (ア) X社名義の専用口座にて管理

本件対価は、本件取引の専用口座にて管理されます。

本件対価は原則として返還されず、X社は、以下の用途に限定して本件対価を使用することとします。

#### ①X社が本件オプション権を従業員から買い戻す場合の、従業員に対する対価の支払い

②従業員が本件オプション権を行使し、X社と従業員との間で本件売買契約が成立した場合の、本件対象床に係る売買代金への充当

③X社が反対売買契約に基づき本件対象床を買い戻す場合の対価の支払

上記に従い使用される場合を除き、本件対価は、本件取引のために開設されたX社名義の預金口座（専用口座）に留保されるものとし、本件建物の建築費を含む、本件プロジェクトのための費用としては、一切使用されないこととします。

（イ）汎用口座にて管理

本件取引のための専用口座は開設せず、X社名義の汎用口座において、保管します。この場合でも、当該汎用口座内に、本件取引用の積立勘定を設けるか否かで、さらに、次の①又は②のパターンのいずれかとすることを、検討しております。

①本件取引用の専用積立勘定を設ける場合

②本件取引用の専用積立勘定を設けない場合

専用積立勘定は設けず、上記（ア）①～③の用途に充てる金銭は、当該汎用口座又は別にX社が有する口座から、X社がその都度支出することとします。

ウ．X社による買戻権の行使

上記ア（イ）⑥のとおり、X社は、本件オプション権を買い戻す権利を有しております。そして、特段の事情のない限りは、X社は、指定日までに、当該買戻権を行使し、従業員に付与した本件オプション権を全て買い戻すことを予定しております。

本件オプション権の買戻価格は、上記ア（イ）⑥の計算式によることを、本件オプション権設定契約の中で予め定めるため、従業員としては、本件プロジェクトを成功させた場合には、本件オプション権をX社が高額で買い戻す結果となり、本件プロジェクトの成功へのインセンティブが生じることになります。

エ．本件オプション権の行使による本件売買契約の締結及び反対売買契約の締結

上記ウで述べたとおり、原則として、指定日までに、X社が本件オプション権を全て買い戻すことを想定しておりますが、何らかの事情で、X社が買戻権を行使せず、結果として、従業員が本件オプション権を行使するに至った場合には、X社及び従業員間で、本件売買契約を締結することとなります。

但し、上記ア（イ）③(iii)で述べたとおり、本件売買契約締結の条件として、本件対象床に係る反対売買契約を締結する必要があるため、結局のところ、本件対象床は、X社に帰属することが予定されております。

本件売買契約に基づく従業員からX社への売買代金の支払いと、反対売買契約に基づく、X社から従業員への売買代金の支払いを相殺した場合、従業員に最終的に帰属する利益（支払われることとなる金額）は、X社が本件オプション権の買戻しを行った場合と同様となります。

### 3. 当該法令の条項の適用に関する照会者の見解及びその根拠

#### (1) 見解

2の事実関係の下では、本件取引は不動産特定共同事業法（以下「不特法」といいます。）に定める「不動産特定共同事業契約」（不特法第2条第3項）に該当せず、X社は「不動産特定共同事業」（不特法第2条第4項）を営むものではないため、不動産特定共同事業の許可（不特法第3条1項）は不要である。

#### (2) 根拠

本件取引では、(i)従業員による一定の金銭の支払が予定されていること（本件対価の支払）及び(ii)本件オプション権の買戻価格、あるいは、本件対象床の反対売買契約に基づく買戻価格が、本件プロジェクトによる収益等を指標として定められていることから、オプション権設定契約は不動産特定共同事業契約に該当し、本件取引は不動産特定共同事業に該当するとみなされるおそれがあると思われるところ、照会者は、次の理由から、本件取引は、民法上の組合契約及び商法上の匿名組合契約のいずれにも該当せず、したがって、不特法第2条第3項第1号及び第2号に掲げるいずれの種類の不動産特定共同事業契約に該当せず、また、不動産特定共同事業に該当しないと史料いたします。

#### ア. 不特法上の不動産特定共同事業契約について

本件オプション権設定契約及びこれに付随して締結されることとなる諸契約（本件売買契約及び反対売買契約）が不動産特定共同事業契約に該当する場合、不特法第2条第3項第1号（組混合型）又は第2号（匿名組混合型）の不動産特定共同事業契約該当性が問題になるものと思料いたします。

しかしながら、本件においては、①従業員による出資、②出資された財産による不動産取引の実施及び③不動産取引から生ずる利益の分配がいずれも認められず、したがって、組混合型・匿名組混合型のいずれの種類の不動産特定共同事業契約にも該当しないと考えます。詳細は以下のとおりです。

#### (ア) 不動産特定共同事業契約の定義について

不特法第2条第3項第1号の組混合型の不動産特定共同事業契約の定義及び不特法第2条第3項第2号の匿名組混合型の不動産特定共同事業契約の定義は、それぞれ、次のとおりです。

(組合理型)

「①各当事者が、出資を行い、②その出資による共同の事業として、そのうちの一人又は数人の者にその業務の執行を委任して不動産取引を営み、③当該不動産取引から生ずる収益の分配を行うことを約する契約」

(匿名組合理型)

「①当事者の一方が相手方の行う不動産取引のため出資を行い、②相手方がその出資された財産により不動産取引を営み、③当該不動産取引から生ずる利益の分配を約する契約」

ここで、「不動産取引」とは、「不動産の売買、交換又は賃貸借」(不特法第2条第2項)をいい、「出資」とは、一般に、ある事業のために財産を拠出することで、当該財産が、その目的とする事業の成功を図るために用いられるものをいい、また、元本が保証されないという性質を有します。

不動産取引が共同の事業として営まれるか否かという点で、組合理型と匿名組合理型とで差異がありますが、(i)各当事者による「出資」が必要となる点、(ii)出資された財産により不動産取引を営むという点及び(iii)不動産取引から生ずる利益の分配が予定されている点において、両類型は共通していると言えます。

#### イ. 本件取引へのあてはめ

(ア) 各当事者による出資について(不動産特定共同事業契約の要件の①及び②について)本件取引では、従業員がX社に対し、本件オプション権の対価として、本件対価を拠出したします。

しかしながら、本件対価は、X社の行う本件プロジェクトへの出資ではなく、本件オプション権取得のための対価であり、本件対価が、X社の行う「不動産取引」に充てられることは予定されておりません(\*)。このことは、X社の行う本件プロジェクトの規模が、通常、数千億円程度であるのに対し、本件対価の総額が想定で10億円程度と僅少であることから明らかであるといえます。本件プロジェクトは、X社の本件対価以外の自己資金又は借入金をもって遂行されることが予定されております。

(\*) 上記2(2)イ(ア)の場合は、X社は、本件対価をその専用口座で留保することを予定しており、①～③で述べた一定の場合に限り、これを使用することを予定しております。したがって、本件対価を本件プロジェクトに使用することは予定しておりません。上記2(2)イ(イ)①の場合は、X社は、本件対価をその汎用口座で留保するため、汎用口座に入金後の本件対価が、本件プロジェクト又は他のX社の事業に充てられることはあり得ますが、本件取引用の専用積立勘定を設けることから、少なくとも計算上は、本件

対価相当額が留保されることとなります。

上記2(2)イ(イ)②の場合は、X社は、本件対価をその汎用口座で留保し、かつ、同口座内に専用積立勘定を設けることはいたしません。よって、汎用口座に入金後の本件対価が、本件プロジェクト又は他のX社の事業に充てられることがあり得るということになります。しかし、前述のとおり、本件対価の資金使途は上記(ア)①～③に限定されており、本件プロジェクトは、X社の本件対価以外の自己資金又は借入金をもって遂行されるため、本件対価を本件プロジェクトに充てたと評価されることはないと考えます。

以上より、組合型であるか匿名組合型であるかの別を問わず、不動産特定共同事業契約の要件のうちの①及び②は、いずれも、本件取引には当てはまらなないと考えます。

(イ) 不動産取引から生ずる利益の分配の有無について(不動産特定共同事業契約の要件の③について)

次に、本件取引では、本件オプション権の買戻代金又は反対売買契約に基づく本件対象床の買戻代金として、X社が、一定の計算式に基づく金銭を、従業員に支払うことが予定されております。そして、当該金銭(買戻代金)は、本件建物の時価、あるいは収益を一定の指標として計算されるものではありませんが、それ以上の意味はありません。

すなわち、X社が従業員に支払う金銭の原資を、本件建物から現実に生じた利益とすることは予定しておらず、買戻代金の支払原資は、専用口座内の金銭、汎用口座内に留保された本件対価に相当する金銭又はその他のX社の自己資金に限られます。

以上より、組合型であるか匿名組合型であるかの別を問わず、不動産特定共同事業契約の要件のうちの③を充足しないと考えます。

#### 4. 公表の延期の希望(希望する場合のみ)

希望しません。

#### 5. 連絡先

〒 106-6123 東京都港区六本木 6-10-1

六本木ヒルズ森タワー23階 TMI 総合法律事務所

弁護士 山下翔

Tel : 03-6438-4515 (直通)

FAX : 03-6438-5522

以上