

【寄稿 2】

マンションの建替えについて

－ 阪神淡路大震災の経験と区分所有法等の問題点 －

鎌野 邦樹

目次
一 はじめに
二 法律の状況・被災の判定
三 数棟の区分所有建物がある場合
四 建替えに関する区分所有法の規定
五 建替えの事業執行
六 公的支援等

一 はじめに

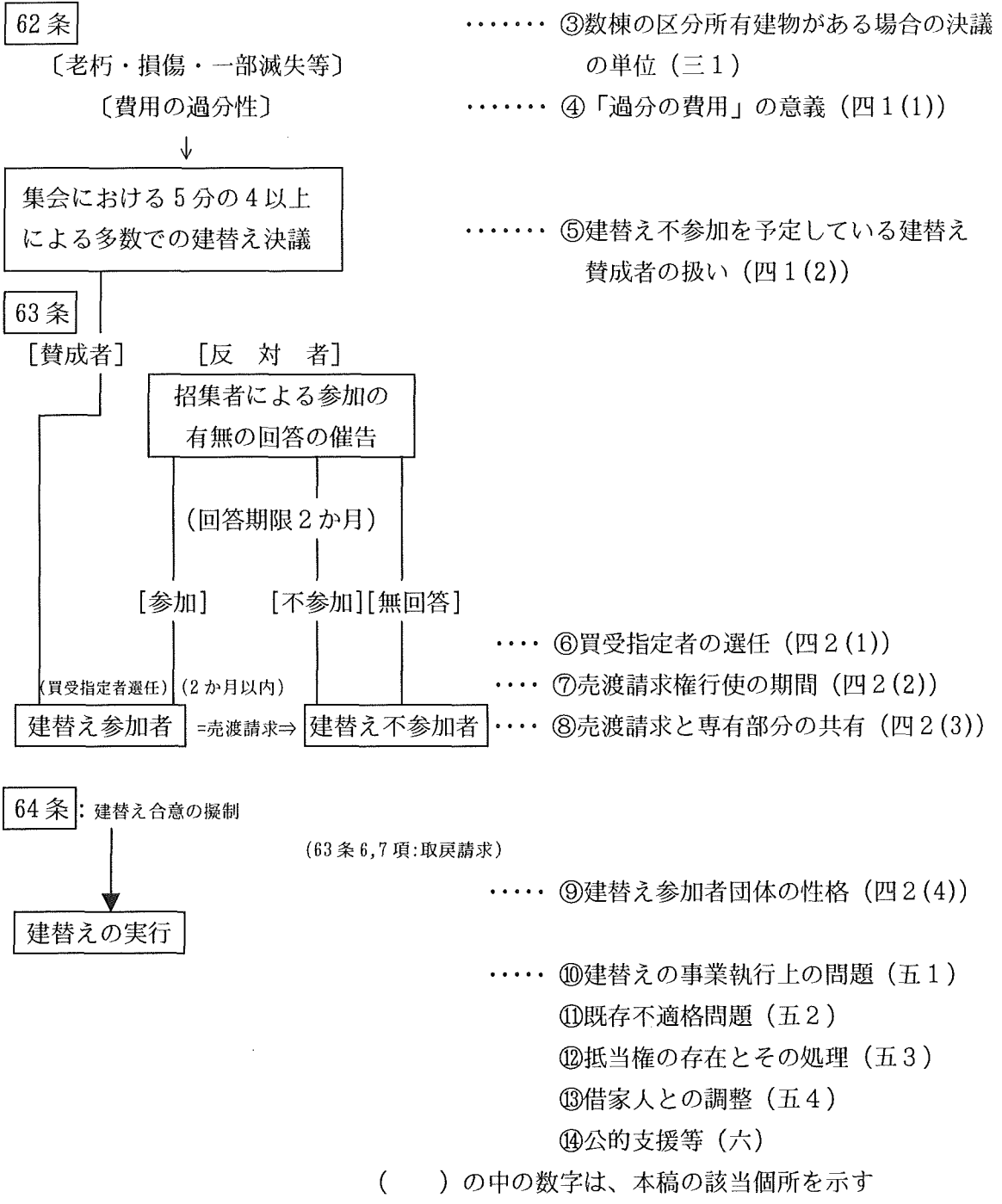
阪神・淡路大震災により被災した兵庫県下のマンション 544 棟のうち（同県の全マンションは 5261 棟）、102 棟については建替え・再建がなされたり、また近くなされるという（1997 年 12 月時点での東京カンテイの調査（Kantei eye 14 号 6 頁以下[1998.1]））。これまでわが国では、区分所有法上の特別多数決議によるマンションの建替えをした事例は皆無に等しく、今般の震災におけるマンションの建替えは、平時の老朽化に伴うマンションの建替え、または、将来も起こることが予想される震災によるマンション復興にとって極めて多くの教訓を残した。

そこで、本稿では、震災後この約 3 年半の間においてマンション建替えに関し、法的観点から主としてどのようなことが指摘され議論されたかについて整理することを試みた。ところで、筆者は、既に「被災マンション建替えに関する研究動向」（『阪神・淡路大震災の住宅復興等に関する調査研究（その 3）』都市的土地利用研究会・財団法人日本開発構想研究所、1998 年 3 月所収）において、震災後この約 3 年半の間においてマンションの建替えに関する法的観点からの論述についてある程度網羅的に紹介したが、本稿では、右で紹介した論点・問題点のうち主要なものに絞って取り上げ、また、先には紹介しなかった最近の文献をも考慮に入れて、筆者のコメントを加えることとした（本稿で取り上げた問題点の一覧については、「建替え手続きのフローチャートと問題点」参照）。なお、本稿で取り上げた事項等に関するより詳細な検討および私見の提示については、別稿「マンション建替え論序説（一）」（『千葉大学法学論集』13 巻 2 号掲載予定）等に譲りたい。

建替え手続きのフローチャートと問題点

フローチャート

問題点



二 法律の状況・被災の判定

1 再建措置法の制定

震災の約2か月後に「被災区分所有建物の再建等に関する法律」が制定された（平成七年三月二四日法律四七号、以下「再建措置法」という）。従来の法制度の下では、区分所有建物の全部が滅失（全壊）した場合には、区分所有建物が存在しない以上区分所有者もその団体も存在しないことから区分所有法は適用されず、したがって、多数決による建物の再建が不可能とされていた（区分所有建物管理問題研究会『区分所有建物の管理と法律』174頁、商事法務研究会、1981年〔加藤一郎教授発言〕参照。ただし、区分所有法の適用を肯定し再建は可能とする学説も存在した〔学説の紹介については、稲本洋之助・鎌野邦樹著『コンメンタール マンション区分所有法』325頁、日本評論社、1997年3月参照〕）。今般の大震災のような場合には従来の法制度は妥当ではないと考えられ、被災建物の再建を容易にするために同法が制定された。

(1) 論者の指摘・見解

吉田真澄教授は、「特別措置法（＝再建措置法：筆者注）で手当がされなかったとしても、建替えの規定を再建に準用ないし類推適用することが可能であった」と述べた上（丸山英気教授も同旨（「阪神大震災と滅失論（2）—都市学の現場から3—」不動産鑑定32巻9号54頁、1995年9月）、「再建は、なにも今回の大震災に固有の問題ではなく、今後、区分所有の一般の問題になることはいうまでもないので、今回の特別措置は、とりあえずの措置としてはやむを得ないものであったとしても、将来的には、区分所有法中に『朽廃、全部焼失に至ったときは、建替え決議に準じて再建の決議をすることができる』旨を定めるべきであろう」と述べる（「被災区分所有建物の再建・復旧等」ジュリスト1070号163頁、1995年6月）。

(2) コメント

上の吉田教授の提案に対して、筆者は、さし当たり次のように思う。「朽廃」の場合も含めて全部滅失の場合一般について多数決議（特別多数決議）で再建を立法的に可能とすることは、理論的にも（全部滅失の場合は理論的には土地のみの共有関係（民法上の共有）になると考えられるのではないか）、また、実質的にも（土地の分割請求ないし一括売却の方法ではなく、基本的になぜ再建の方法を是とするのか）、なお検討を要しよう。さらに、仮に特別多数決議を是とするとしても、再建措置法のように土地の分割請求の余地を残す（同法四条）のか、それとも、これを全く認めないのか（吉田教授は、「建替え決議に準じて」とされていることからこの立場に立たれるのか？）について、十分な議論をする必要がある。

2 被災程度の判定

法は、被災の程度を「損傷」と「滅失」に分け、さらに「滅失」を「小規模一部滅失」

「大規模一部滅失」「全部滅失」に分けて、そのいずれに該当するかで法の適用関係を区別している。

(1) 論者の指摘・見解

(ア) 戒正晴・井口寛司両弁護士は、このような被災の程度に関する法律上の概念に関して、「抽象的な定義はともかく、実際にはその区別は容易ではなく、被災直後から、法条の適用を決定する建物の客観的な被災状態の認定という難問が発生した」と述べ、例えば、団地において被災棟が「損傷」であれば団地全体で決議をするが、「一部滅失」であれば復旧手続を棟単位の決議で行うことになる、という点を指摘する（「被災マンションの復興をめぐる諸問題（上）―復興の現場からの報告」NBL 586号18頁、1996年2月）。

(イ) 稲本洋之助教授は、「①被災の程度が決まれば、②復興の方針が決まり、③どれほどの同意を集めればよいかが決まり、④費用負担の原則も決まるという仕組みになっているように見えるが、・・・必要なことは、できるだけ多数の人が同意し得る復興方針を現実の条件に照らして探求し、その多数によって決議し得る範囲に収まるように復興の態様を調整し、それが被災の程度等にかかわる客観的要件に明白に反していないかを確認することである」と述べ、震災復興にあたっては、法律の規定から一義的に事が決まるのではないことを十分に認識すべきことを説く（「被災区分所有建物の復旧・建替え・再建（1）阪神・淡路大震災にかかわる法律相談のメモランダムから」法律時報67巻8号65頁、1995年7月）。

(ウ) 丸山英気教授は、「全部滅失、一部滅失（大規模滅失、小規模滅失）の概念が量的概念である以上、相当の根拠をもって区分所有者たちが集会で決議した場合はその結論は尊重されてしかるべきではなかろうか」と述べ、集会での一定の決議の後に、決議に反対する区分所有者が決議の前提とした被災の程度につき異議を唱え決議の無効を裁判所で争った場合には、このような決議の前提に関する訴えは棄却すべきであると主張する。そして、「ここでいう相当なる根拠とは、コンサルタントや不動産鑑定士などによる鑑定などをいう。必ずしも正式なものでなくてもよい。いくつかの鑑定などが出され、そのひとつを根拠に集会の決議がなされても相当なる根拠があるというべきである」と述べられる（前掲57頁、また、後記三1(1)(ア)参照）。

(2) コメント

「損傷」か「滅失」か、さらに、「滅失」の場合でも、「小規模一部滅失」か「大規模一部滅失」か、あるいは「全部滅失」かは、少なくないケースにおいて、区分所有者が直ちに判定することができない困難な問題である。上記の稲本教授の指摘は、特に震災復興の場面では、この問題を演繹的ではなく帰納的に考えるべきであるとする的確なものである。また、丸山教授の見解は、この問題に対する法制度上の具体的提案（将来の立法的な提案とも受け取れるが、現行法の下での解釈論的提案でもあろう）であり傾聴に値するものであるが、この問題の対処の方法としては、立法論としてではあるが、復興工事着手後は、

被災等の程度につき異議を唱え決議の無効を争えないとする考え方（例えば、被災の程度が「大規模一部滅失」と考え区分所有法に基づいて建替え決議が成立し再建工事に着手した後になって、「全部滅失」であるとして決議の無効を主張し訴訟を提起することはできないとする考え方）も考慮する必要があるだろう。なお、後述（四1(1)(ウ)）の阪神・淡路まちづくり支援機構附属研究会の主張は、「滅失の程度」について公的に判断する機関を創設すべきことを提案する。

三 数棟の区分所有建物がある場合

今般の震災の初期の段階では、数棟の区分所有建物がある場合において、団体的関係が成立する範囲、すなわち復旧・建替え・再建等の復興の決議とそれに基づいて費用の負担をする単位が被災現場では重要な問題となった。以下、連棟と団地の場合とに分けて概略を示す。

1 連棟の場合

団地（区分所有法 65 条参照）ではないが、数棟のマンションが渡り廊下やジョイントエキスパンションなどによって接合されている場合に、建替え決議の人的・物的要件をどのような範囲において満たすかという問題が生じた。この点に関して区分所有法上明確な規定は存在しない。被災現場では、例えばA、B、C棟のうちC棟のみが全壊（A、B棟は損傷）したような場合において、いち早くA、B、C棟全体で決議をしたために混乱が生じた事例がある。

(1) 論者の指摘・見解

(ア) 管理組合の一体性や登記簿上の一体性、また、復旧・建替え・再建後の管理という点などから、A、B、C棟全体で一棟とみるべきであるという意見も主張された（ただし、論攷の形での主張は見あたらない）が、これに対して、費用負担を考慮して被災が軽微である棟からの賛成が得られない場合も想定されることから、区分所有法の団地の場合に準じて復旧・建替え・再建については各棟ごとに決議すべきであるとの見解も示された（都市的土地利用研究会編『マンションの復旧・建替え・再建に関する法律相談ハンドブック』20 頁 [鎌野邦樹] 1995 年 6 月, 稲本・前掲 67 頁以下、戎=井口・前掲 22 頁以下。また、一棟の認定等においては右の3者とは異なるが基本的に同様の立場に立つものとして丸山英気「連棟式マンションでの再生手続—都市学の現場から4」不動産鑑定 32 巻 10 号 59 頁以下、1995 年 10 月がある。なお、同書は、このような一棟性の判断等について区分所有者が一定の前提にたつて決議をいったん成立させた場合には、この点に関しては後日裁判で争うことができないようなしくみを立法上早急に講ずる必要である、と述べる）。

(イ) 戒・井口両弁護士は、後者の見解を理論的には支持しながらも、被災現場での弁護士としての支援実務の観点から、「実務上は、この点に関する争いが顕在化していないかぎりでは従来の管理の一体性を重視して全体で決定するのが望ましいことはいうまでもなく、争いが生じた場合であっても、費用負担面等を柔軟に考え、衡平なる合意形成を心掛けることによりその顕在化を未然に防止することが必要である。われわれ自身、被災マンションへの支援にあたっては、できうるかぎり多数による合意形成が望ましいとの見地から、右のような合意形成を進めるよう心がけているところである。」(前掲 23 頁) と述べる。

(ウ) 松岡直武家屋調査士は、一棟の範囲と有事の場合の費用負担をケースによって分けて考えるべきだと主張する。すなわち、不動産登記上の一体性、管理組合の一体性、設計上の考えなどから、一棟の範囲はできるだけ広く認めるが、復旧・建替え・再建にあたっての費用負担の割合には差を設け、予め規約に定めておくことを説く。そして、ここにおいては、現行法上はかなり限定されたものではあるが一部共用部分の概念を活用すべきであるという(「棟を越える合意形成—連坦棟・団地(特集/マンションの建替え)」法律時報 70 巻 3 号 117 頁、1998 年 3 月)。

(2) コメント

今後の課題は、連坦棟について、その前提を明らかにした上で(「連坦棟」とは何かという定義の確立)、各棟単位説(各棟を復旧・建替え・再建の合意形成の単位と考える説[上記(ア)])と全棟単位説(連坦棟の全部を復旧・建替え・再建の合意形成の単位と考える説)のそれぞれについて、そのメリット、デメリットを洗い出し、復旧・建替え・再建後の連坦棟の管理をも視野に入れて、望ましい解釈論ないし立法論を考察すべき点にある。

2 団地の場合

団地の場合に、被災棟の復旧・建替え・再建については、当該被災棟だけで決議し、その費用を負担することは区分所有法上明確である。しかし、一団地内の数棟のうち一部の棟のみ建替える場合に、その棟について行われる建替えの法律上・事実上の影響が他の棟(団地全体)に及ぶことが多々あることから、この点に関し数々の問題点が指摘された(鎌野邦樹「団地における被災マンションの復旧・建替え」『日本マンション学会・第5回大会(京都)研究報告集』64 頁以下[1996 年 4 月]は、団地管理組合の管理費・修繕積立金の使用の可否、敷地の管理・共有関係、敷地共有持分の割合、建替えに伴う公法上の建築規制等について述べる。また、大西誠「老朽マンションの建替え事業(特集/マンションの建替え)」法律時報 70 巻 3 号 113 頁以下[1998 年 3 月]および同「マンション建替えにおける面的整備の課題」『日本マンション学会・第7回大会(神戸)研究報告集』180 頁以下[1998 年 4 月]は数々の問題点を指摘している)。

四 建替えに関する区分所有法の規定

1 62条関連

(1)建替えの客観的要件（費用の過分性の要件）

(ア) 法解釈をめぐる見解 区分所有法 62 条 1 項は、区分所有者の多数決による建替えについては、「老朽、損傷、一部の滅失その他の事由により、建物の価額その他の事情に照らし、建物がその効用を維持し、又は回復するのに過分の費用を要するに至ったとき」に初めて可能であると規定している。阪神・淡路大震災後の被災マンションの復興にあたっては、建替え決議がなされたマンション中、4つのマンションにおいて、建替えよりも復旧を是とする区分所有者が建替え決議の無効を主張して訴訟が提起されたという。ここでは、62 条 1 項の「費用の過分性」要件が最大の争点とされているという（被災マンションとは別に現在、建替えの客観的要件としての「老朽」化が争点のひとつとなっているものとして新千里桜ヶ丘住宅（1966 年分譲）建替え決議無効確認事件（1996 年 12 月提訴）がある。なお、不動産鑑定理論を踏まえて「費用の過分性」要件を考察したものとして、浜田哲司「区分所有建物建替え決議における実質的要件の判定に関する一考察」『日本不動産学会・平成 9 年度秋季全国大会（学術講演会）梗概集 13』61 頁以下がある）。

「費用の過分性」に関しては、次に示すように、学説上、その存否の判断にあたって、5分の4以上の区分所有者の賛成により建替え決議が成立していることと関連させてこの判断をなすべきか否か、また、建替えの必要性についての総合的な判断を考慮してこの判断をなすべきか否か、について理論上の対立があると思われる。

- ①独立判断説 「費用の過分性」は、基本的には建替え決議とは無関係に客観的に判断されるべきであるとする見解（濱崎恭生『建物区分所有法の改正』377 頁以下、法務省民事局参事官室編『新しいマンション法』332 頁以下）
- ②相関判断説 「費用の過分性」は、基本的には区分所有者が総合的見地から判断すべきであり、過分性の判断は、決議がなされたこととの関連において相対的になされるべきであるとする見解（丸山英気「建替えの客観的要件 一都市学の現場から 5 一」不動産鑑定 32 卷 11 号 30 頁、青山正明編「注釈不動産法(5) 区分所有法」 350 頁〔上野健二郎＝田中公人〕等）
- ③総合判断説 「費用の過分性」は、建物の効用や費用および建替えの必要性などを総合的に検討して判断されるべきであるとする見解（吉田真澄「マンションの建替え」丸山英気編『マンション読本』 209 頁等）

(イ) 被災地の状況についての指摘 戒＝井口両弁護士・前掲 55 頁が指摘するところによると、「費用の過分性」という客観的要件を度外視して、「被災地では一時、『5分の4以上』という数字が独り歩きしていた感があり、公費解体や優良建築物等整備事業の補

助率の引上げ等の建替に対する支援策が、建物の被災程度や修復の可能性を十分に検討することなく『この機会に建替えを』という傾向を促進した」という。また、被災現場では「費用の過分性」の基準がわかりにくいところから、「問題をさらに単純化して、復旧費用と建替え費用とを比較して、そのうえで区分所有者間の合意形成を促すという対応がとられている。被災程度の大きいマンションでは、修復した場合と建て替えた場合とでどれほど費用的に差があるかは、区分所有者の最大の関心事であり、修復か建替えかを決する重要なポイントとなるため、かなりの説得力をもつのである。」という。

(ウ) 立法上の提案 「費用の過分性」要件が極めて曖昧な概念であることから、この点に関して、次に示すようないくつかの立法的な提案がなされた。

①高木佳子弁護士は、抽象的な概念である「過分性」「老朽」等の客観的要件の規定を建築家等の専門家の力を借りてできるだけ客観的、明瞭なものとし、また、この判断に争いがある場合には仲裁裁定によって解決が図られるように仲裁鑑定機関を設けるべきだとする。さらに、「建替えの客観的要件と判断方法（仲裁鑑定による）を規約（できれば分譲時からの原始的規約）に取り込むことによって、管理組合による自治的解決が可能となるのが望ましいと考えられる。」（「建替えの要件としての『過分』の判定に関するメモ」『日本マンション学会・第五回大会（京都）研究報告集』53頁、1996年4月）と述べる。

②玉田弘毅教授は、被災マンションの復旧・再建に関わる問題の解決について、そのための非訟事件手続制度が用意されることを提案する（「災害被災地におけるマンションの建て替え(6)」書齋の窓 451号37頁、1996年1月）。

③阪神・淡路まちづくり支援機構付属研究会は、「過分性」等の判断を行う公的機関を設立することを提案し、そこでは、被災マンションに関しては居住の安全性および「滅失の程度」「費用の過分性」について公的な判断がなされるべきであるという（『震災3年・復興まちづくりへの提言』50頁1998年1月）。

④丸山英気教授は、平時の建替えについて、例えば建築後30年といった一定の期間が経過すれば、「費用の過分性」を問題とせず5分の4以上といった特別多数決議のみで建替えを認めるべきであるという（「法制面からみたマンションの建替え」すまいろん 41号、16頁、1997年1月）。

(E) コメント

筆者は、62条1項の「費用の過分性」についての解釈論としては、文理上および同規定の立法の経緯からして独立判断説が基本的に妥当と考える。ただし、「費用が過分」であるかどうかは、一義的に明らかなものではなく結局は社会通念によって決めざるを得ないところ、司法上の判断においては、当該マンションにおいて建替えの決議があった以上その事実は尊重されるべきであり、当該マンションについて物理的効用の減退が明らかに認められないにもかかわらず決議がなされたといった事情がない限りは、「費用の過分性」が認められるものと解すべきである。その意味で、筆者の見解は、相関判断説にかな

り接近しており、相対的独立判断説とでも言うべきものである。なお、実際の具体的場面での判断においては、上のいずれの見解をとっても、結論はほとんど異ならないであろう。

「費用の過分性」要件に関する立法的提案については、次の 1)~8)の点を覚書きとして記しておきたい。

その記述の前に、区分所有法の昭和 58 年改正の際に法務省民事局参事官室により提出された「要項試案」をみておこう。要綱試案(第八・一・1)の本文は、「建物の建築後堅固な建物にあっては 60 年その他の建物にあっては 30 年の経過、建物のき損若しくは建物の一部の滅失その他の事情により、建物の価格に比較して過分の修繕、復旧若しくは管理の費用を要するに至ったとき、」(以下「過分性」要件という)、「又は付近の土地の利用状況の変化その他の事情により、建物の建替えをすればこれに要する費用に比較して著しくその効用を増すこととなるに至ったとき」(以下「効用増」要件という)は、5分の4以上の賛成による決議(「以下「4/5 決議」という)によって建替えをすることができるものとしていたが、これには、注記において様々な対案が付されていた。建替えのための要件について、本文に示された案とこれの対案を略記すると次のようになる(周知のように、このうち、対案 4 も有力であったが、最終的には、対案 1 が政府提案の法律案(ただし、「建物の建築後堅固な建物にあっては 60 年その他の建物にあっては 30 年の経過」の部分は「老朽」と修正された)となり現行規定となった)。

- ・本文案：「過分性」又は「効用増」 → 「4/5 決議」
- ・対案 1：「過分性」 → 「4/5 決議」
- ・対案 2：「過分性」又は「効用増(さらに緩和)」 → 「4/5 決議」
- ・対案 3：決議の効力を裁判所の許可にかからせる。
- ・対案 4：「過分性」「効用増」要件を不要として、「9/10 決議」とする。
- ・対案 5：「過分性」(・「効用増」)要件を維持して、「9/10 決議」とする。
- ・対案 6：上記の客観要件及び決議要件を規約で定めることを許容する(ただし、決議要件を緩和するについては全員一致の集会決議を要する)。

1) 以上から明らかなように、今般の上記①~④の立法的提案は、昭和 58 年の改正時においてほぼ全て検討案として掲げられていた。すなわち、①は、対案 3(ただし仲裁裁定機関の創設)及び対案 6 にほぼ対応し、②、③は、対案 3 にほぼ対応し(ただし③は、「公的(判断)機関」の創設)、④は、対案 4 にほぼ対応する(ただし「4/5 決議」)。

2) 今般の震災復興にあたって、建替えのための「過分性」要件が一義的でなく曖昧なために現場の混乱ないし紛争を招いたことから、これを回避するために、上記のような提案がなされた。この曖昧性回避の方向性としては、次の 4 つが考えられる。第一は、現行の客観的要件をより一義的に明確なものとするもの、第二は、これを現行制度のように最

終的には訴訟という形で裁判所が判断するのではなく、別の形で公的機関が判断するとするもの、第三は、建替えの要件を規約で定めることを許容とするもの、第四は、客観的要件を外し決議要件のみとするものである。

3) 第一の方向性については、望ましいものではあるが、そもそも明文上そのような明確化が可能かどうかといった疑問がある。

4) 第二の方向性については、今日における政策全体の状況（行政改革）はひとまずおくとしても、適切な判断基準をどのようにするかといった技術的問題のほか、そもそも当該マンションに関する事項については基本的に当該マンションの区分所有者の自治に委ねるべきであるといった考え方とどのような形で調整をはかるかが問題となろう。

5) 第三の方向性については、實際上、合理的で、かつ、紛争を回避できるような規約とはどのようなものかといった問題があるほか、各区分所有者がそれぞれ当該マンションの区分所有権を取得する際に建替えに関する一定の条件（制約）について実質的に合意した上で区分所有者となった場合ならともかく、そもそも「3/4 決議」の規約でもって「4/5 決議」の重みのある建替えに関する事項を決定できるのかといった問題もあろう。

6) 第四の方向性については、4/5 決議で足りるとするのか、それとも 9/10 決議を必要とするのかという問題もあるが、昭和 58 年改正の際の議論（このために最終的には採用には至らなかった議論）を今日どのように考えるかといった問題がある。すなわち、少数反対者の私権の保護は、区分所有権等の売買代金（時価）の補償ということのみではかられるのか、あるいは、区分所有の内在的制約ということのみではかられるのか、といった点が問題となろう（この点につき、折田泰宏「区分所有法とマンションの現実との乖離—区分所有法改正に向けてのメモ—」『日本マンション学会・第 7 回大会（神戸）研究報告集』178 頁 [1998 年 4 月] 参照）。また、今日的な問題として、仮に 4/5 決議ではなく 9/10 決議が必要であるという立場を是とした場合には、既存不適格建物が多いという現状（従前の大きさの建物が再建できないという状況）において、再建建物についての「同一敷地」要件がより深刻なものとなり、この問題も併せて考える必要があろう。

7) 通常時の区分所有者の建替え動機ないし建替え要求においては、建築後 30 年程度を経たマンションにあっては、「社会的老朽化」（住戸面積拡充の要求、給排気量の関係から最近のガス設備が取り付けられない、衛生放送のための専用アンテナやインターネット専用の電話回線の敷設のための工事費が割高であること等）を理由とする建替えの志向があるように思われる。現行区分所有法でいう「老朽」「費用の過分性」の要件に照らすと、建物（の基礎ないし構造）についてこれらの要件を満たさない場合に、もっぱら「社会的老朽化」のみを理由とする、あるいはこの点を加味した多数決議による建替えは困難であると考えられる。この点は、現行法の立場、すなわち客観的要件をなお維持すべきであるとする立場に基本的に立った場合には、考慮する問題であろう。

8) さいごに、今後の建替え制度を考えるにあたって考慮すべき指摘として 3 つの見解

を紹介しておく。第一は、地域の不良ストックの解消等の観点から、復旧または再建の決議が成立しないようなマンションについては区分所有者に形成権としての取壊し請求権を認めるべきであるというものである（玉田弘毅「災害被災地におけるマンションの建て替え(1)」書齋の窓 444号 17頁[1995年6月]、「同(6)」同 451号 36頁[1996年1=2月]）。

第二は、建替え制度の解釈や立法にあたって建替えを安易化する方向をとることは、マンションの耐用年数を短くする方向に働き、住宅政策や環境政策上から問題となりかねないというものである（梶浦恒男「区分所有法 62条の建替え要件についての考察」『日本マンション学会・第7回大会（神戸）研究報告集』 186頁以下 [1998年4月]）。

第三は、マンション建替えは、資金、容積率、合意形成というところがからんでいるが、何といても各人が費用負担できる条件をつくらなければならないとし、「建て替え費用は現在 90パーセントのマンションで制度化されている修繕積立金制度を広げて、建て替え積立金制度をつくり、準備してはどうか」との提案である（梶浦恒男「日本におけるマンション建て替え問題」すまいろん 41号 4頁[1997年1月]）。

(2)建替え決議（建替え不参加を予定している建替え賛成者の扱い）

今般の震災における建替え決議では、建替え不参加を予定している建替え賛成者（「消極的賛成者」、「中間的賛成者」とも言われる）が問題となった。すなわち、建替え決議において、建替えには参加する意思はないがその決議には賛成するとして賛成票を投じた者が存在したという。このような者は、自らの資金不足や転出の予定があることなどから、建替えには反対しないが、建替えには参加せずに自らの区分所有権等を決議後に（売渡請求によるのではなく）任意に売却することを予定している。このような者は、賛成票にはカウントされないのか、そして、賛成しなかった区分所有者として 63条 1項の催告を受けるべき者と考えらるべきなのか、それとも、積極的賛成者として建替えへの参加が義務づけられることになるのか、が問題となる。

(ア) 論者の指摘・見解

①稲本洋之助教授は、「被災建物がいわゆる『既存不適格建物』である場合に、区分所有者の一部が建替えに参加しないことを予定して決議することができるか」という問題設定をした上で、「区分所有法は、建替え決議に賛成する者は建替えに参加する者であると単純に割り切っており、その例外を認めていない。賛成した特定の区分所有者がのちに個別に建替えの事業から離脱することは妨げないが、建替えに参加しない者が建替えに賛成することは許していないのである。」という（「被災区分所有建物の復旧・建替え・再建（2）阪神・淡路大震災にかかわる法律相談のメモランダムから」法律時報 67巻 8号 90頁 [1995年8月]）。そして、同教授は、「建替え不参加者が建替え決議に賛成することが法律上閉ざされていることは妥当か」との問いを発して、「立法の趣旨を推測すれば、建替え決議に賛成して決議を成立させ建替え反対者の権利を（売渡請求権によって）消滅させるに至

る者は、建替えに参加する義務を反対者に対して負うと考えたようである。しかし、建替えに参加しないが建替えに協力するという選択（消極的賛成）が現実の一つの選択肢たりうることは明らかであり、さらに全員合意による建替えを最良とする（日本的な）慣行においてはそのような選択を認める効用は一層大きい。これに対して、賛成者と反対者を二分して一方の権利（売渡請求権）に義務（建替えの遂行）を伴わせる（西欧的な）構成は、建替え事業を困難にしかねない。」と述べる（「マンションの復興と建替え制度（特集／マンションの建替え）」法律時報70巻3号102頁[1998年3月]）。

②戒正晴弁護士は、このような転出を前提とした賛成票の取り扱いについて、「決議後に気が変わって区分所有権等を第三者に譲渡して転出することは何ら禁止されていないこととの対比からも、法がそこまで決議時の内心的な意思を問題にしていると解することはかえって多数決建替えを認めた法の趣旨を没却することになろう。・・・賛成者の真意がどうであれ、そのような一種の心裡留保は決議の効力に何ら影響を及ぼさないと解すべきである」と述べる（「被災マンションの建替え事業（特集／マンションの建替え）」法律時報70巻3号107頁[1998年3月]）。

③丸山英気教授は、このような中間的立場の区分所有者は賛成票として扱うことを前提として、「このような区分所有者の存在は、建替え推進派にとって重要である。建替えの法定議決要件を満たすことができるし、スムーズに明渡してもらえるからである。のみならず、建替え推進派が中間的立場の区分所有権、敷地利用権を時価と比較して若干でも高く買い取ってくれるとなると、これらの者にとってもありがたいといえる。区分所有法での売渡請求権での価格は、時価以外は認めないからである。また、既存不適格ですべての区分所有者が建替えに参加できない場合は、この方法による調整が有用である。」と説く（「区分所有法者の合意—都市学の現場から15—」不動産鑑定33巻9号31頁[1996年9月]）。

(イ) コメント

上記の各論者とも、このような消極的賛成者についてはこれを賛成票にカウントされてしかるべきである、という点では一致している。ただし、これが現行規定の解釈論としても一致しうるのか否かは微妙である。いずれにしても立法上解決を要する問題であろう。また、現行規定の解釈論としては、建替え決議において建替えには参加する意思はないが決議には賛成するとして賛成票を投じた者が結果として生じた場合と、そうではなく、決議に際して建替え賛成者の中に建替え不参加者も含まれることをあらかじめ予定して決議がなされた場合の両者を区別して論ずるべきかどうか、議論の余地があるところであろう。

2 63条関連

(1) 買取指定者

(ア) 論者の指摘・見解

玉田教授は、「実際に、被災マンションの復旧・建て替え・再建が容易に進捗するようにするためには、復旧・建て替え・再建に賛成（参加）しない区分所有者の区分所有権の買取り・売渡し制度をうまく機能させればよいわけで、それには買受指定者制度の活性化を図るしかない。・・・より抜本的には買受指定者を、復旧・建替え・再建事業推進の中核として位置づけ、買取指定者が、復旧・建て替え・再建に賛成（参加）しない区分所有者の区分所有権の引取りだけでなく、復旧・建て替え・再建に賛成（参加）する区分所有者の区分所有権も信託的に引き取り、いわば事業受託者として復旧・建て替え・再建事業を完成させることが考えられるべきである。以上は、現行法制の解釈運用レベルでも十分可能なはずであるが、しかし、そのような視点からの法制度的見直しがなされるのであれば、それに越したことはない。」という（「災害被災地におけるマンションの建て替え（4）」書齋の窓 447号 38頁）。今般の震災復興においては、実際にここでの指摘のように買取指定者が事業遂行の中核的役割を果たした事例が多く見られる（後記五1参照）。

なお、山野目章夫教授は、買取指定者の制度についていくつかの解釈上の問題が生ずるとした上で、買取指定者を定める合意の撤回、買取指定者の解任、買取指定者選任の時期等に関して論じている（「区分単位の合意形成（特集／マンションの建替え）」法律時報 70巻 3号 122頁以下）。

（イ）コメント

現行法上は、催告の回答期間経過後、買受指定者（実際にはディベロッパー）を2か月の間に全員の合意により決定しなければならない。売渡請求権を行使しうるだけの資力（売渡代金の支払い）の有無を考えれば、實際上売渡請求権の行使が可能である者は一般的には買受指定者に限定されると考えられる。このような者の選定およびその後の交渉等（ディベロッパーとしては収益が期待できない場合には引き受けない）の現実の場面を考えると、区分所有者にとってはこのことは容易ではなく、2か月という期間（この点については次述（2））および「全員合意による」指定という現行規定（63条4項）は立法上検討の余地があろう。

（2）売渡請求権行使の期間

（ア）論者の指摘・見解

戒弁護士は、実務の観点から、催告回答期間の満了の日から2か月以内という売渡請求権行使期間について、「実務の感覚ではあまりにも短い期間であるといわざるをえない。催告や売渡請求通知をしようにも非賛成者の協力は期待できないから、相手方の区分所有権等が共有であって、共有者の一人が不明であるなど相手方の住所の特定等に手間取ることも多い。また、いわゆる買受指定者の選定に関しては、全員合意が要件とされているため売渡請求権の行使期限までに選定手続きが完了しないことも起こりうる。」という（「被災マンションの建替え事業（特集／マンションの建替え）」法律時報 70巻 3号 108頁）。

(イ) コメント

この点についての立法上の手当としては、①2か月より長期の期間を具体的に定める（例えば3か月、あるいは4か月とする）、②63条1項の催告期間のように、具体的期間を定めずに「遅滞なく」あるいは「相当の期間内に」等と定める、③63条6項のように、本文では期間を具体的に定めておいて（例えば現行どおり2か月）、但書等で、正当の理由があるときにはその具体的期間経過後もなお売渡請求権の行使を認めることとする、といった方法等が考えられる。この点につき今後検討を要しよう。

(3) 売渡請求と専有部分の共有

(ア) 論者の指摘・見解

山野目教授は、専有部分が共有の場合には複雑な法律上の問題が生ずるとした上でいくつかの個別の問題を論じる。例えば、建替え参加区分所有者の側が共有の場合に、売渡請求はその全員からしなければならないかが問題となるが、同教授は、63条4項の「建替え決議に賛成した各区分所有者」という文言は、議決権行使の一体性（40条）を前提とすると、共有者の総体を指示するものであって共有持分権者にすぎない共有者一人一人を指示するものではないと解され、したがって、売渡請求はその全員からしなければならない、と説く（ただし、建替えを推進する見地から共有者の単独の売渡請求を認めてもよいという意見も存在するという。前掲120頁以下。なお、同書は、売渡請求にともなう売買の成立についても論及している）。

(イ) コメント

建替え参加区分所有者の側が共有の場合に、第一に、対価を支払って区分所有権を取得するという内容からして売渡請求権の行使は共有物の変更と考えられるから共有者全員の合意を要すると考えられ（民法251条）、第二に、区分所有法上、区分所有者間の権利関係は基本的に一つの区分所有権を単位としていると考えられているから、山野目説を支持したい。この問題も含めて、専有部分が共有の場合に関する諸問題については、立法上解決を要する問題というよりも、解釈上解決すべき問題であると思われる。

(4) 建替え参加者の団体（論者の見解・指摘とコメント）

(ア) 従前の団体との関係

売渡請求権の行使により建替え不参加者が排除されると、建替えに関しては従前の区分所有者の団体（3条の団体）は消滅する。ただし、建物の取壊しまでの期間は、現存建物の管理（ないし処理）に関して従前の区分所有者の団体はなお存続し建替え参加者の団体と法理上並存することになる（稲本＝鎌野・前掲106頁。なお、湖海信成弁護士も、基本的には同様の立場をとるが、この稲本＝鎌野の見解について、その主張を従前の区分所有者の団体は消滅するという点のみを述べているものと誤解して批判をしている（「敷地共

有者と建物区分所有者が分離している場合の議決権」『日本マンション学会・第五回大会（京都）研究報告集』74頁）。

従前の区分所有者の団体と建替え参加者の団体とを区別する上のような見解に対して、丸山教授は、次のように批判する。「このような説き方は、素人集団である区分所有者団体にとまどいを与える。一般には、管理組合に建替え検討委員会を設置し、区分所有者の意向調査をしつつ、建替えの検討する体制をとっているからである。そこで、建替え団体は従前の団体と異なるといっても、ただとまどいを与えるだけである」とした上で、「可能な限り従前の区分所有者の延長戦で建替え団体をとらえる必要があるのではなかろうか。たとえば、建替え団体の構成員が確定するまで、従前の区分所有者団体での管理費などを建替えのための費用に支出することを認めることができるであろう。」と述べる。そして、上のような見解（稲本=鎌野の見解）に従うと、「建替えに関する事項は建替えの費用をもって行うべしということになり、従前の区分所有者団体が建替えに関して区分所有者の意向を調査する費用、試みのための設計費用（長期修繕を繰り返していった場合と建て替えた場合のコスト計算をするための設計を含む）などを管理費、修繕積立金から支出することが難しくなる（これがこの説の実務的問題点である）」という（「建替え団体の法律上の性格—都市学の現場から11—」不動産鑑定33巻5号42頁）。

最後の点に関しては、稲本=鎌野の見解にたっても、従前の区分所有者団体がこれらの「建替え決議の準備」のために費用を管理費や修繕積立金から支出することは区分所有法自体が予定していることでもあり、可能であると解される（62条2項。ただし、特に修繕積立金については規約等の変更をすることなく支出することはできないと解され、当然に可能となるわけではない）。「建替え決議の準備」のために費用ではなく、建替え決議後の「建替えに係る費用」を従前の団体の管理費や修繕積立金から支出することは困難であろう。

（イ）建替え参加者の団体の法的性格

建替え参加者の団体の法的性格は、基本的には組合ないし組合類似のものと考えられる（ただし、稲本教授は、権利能力なき社団として認められうる場合があると言い（「被災区分所有建物の復旧・建替え・再建（2） 阪神・淡路大震災にかかわる法律相談のメモランダムから」法律時報67巻8号92頁、丸山教授は、従来の団体が権利能力なき社団と組合の性格の両方の性格を帯有しているのでその団体の延長線上で考えるべきであるとすると述べる（前掲43頁以下）。また、田中峯子弁護士は、組合と位置づける必要はなく権利能力なき社団として実態に即した定款をつくるべきであると述べる（「建替え決議とその後の管理組合及び参加者団体（再建団体）について」『日本マンション学会・第五回大会（京都）研究報告集』82頁）。その法的性格はともかく、いずれにしろ法人格のない法的な基盤を欠いた極めて脆弱な団体であり、建替え事業の主体としてはまことに心細い、といわれている（戒・前掲108頁は、この点が事業執行にあたっての手法の選択に関連す

るという（後述五1参照）。

何らかの立法的手当が必要であろう。

(ウ) 建替え決議後の現存建物の管理

実務的な観点から、「建替え決議後にほとんどの住民が退去した後、どこまで管理レベルを下げるのが許されるか（エレベーター等のサービスの供給停止）等の問題が未解明のままである」との指摘がある（戒・前掲 108 頁）。特に、被災マンションにおいて専有部分の被害に差があり（被災の少ない専有部分においては居住可能である）、また、建替え決議に反対している者が訴訟を提起するなどして事実上建替え工事に着工できず建物がおおむねの間存在する場合に特に問題となろう。

五 建替えの事業執行

建替えの事業執行に関しては、今般の震災後何人かの論者によってなされた事実の紹介と問題点の指摘を主として掲げ、筆者のコメントは最小限とする。

1 建替えの事業手法

(1) 事業手法の類型

今般の震災後においてマンションの建替え・再建について様々な事業方式が考案されたが、それらはおおよそ次のようなものであるという（戒・井口・前掲 23 頁、また、大西誠「被災マンション建替えの事業手法」都市住宅学 12 号 23 頁以下参照）。

- (ア) 自主再建方式：再建団体等参加者団体が直接建設者と請負契約を締結して再建事業を行う方式。
- (イ) 事業代行方式：参加者団体から委託を受けたディベロッパーが再建事業を行う方式。さらに、次の(a)(b)に分かれる。
 - (a) 建設型事業代行方式：ディベロッパーが建設者と請負契約を締結する方式。この方式でも、ディベロッパーが地上権等の権原を取得する場合（権原型）と権原がない場合（窓口型）とがある。
 - (b) 購入型事業代行方式：参加者全員がディベロッパーに敷地持分権を一旦譲渡し、再築後ディベロッパーから再度分譲を受ける方式。

東京カンテイの調査（前掲）によると、建替え・再建について調査した有効サンプル 79 棟のうち、(イ)(b)が 48%、(ア)が 23%、(イ)(a)の窓口型が 18%、同権限型が 11%（地上権が 8%、賃借権が 3%）である、という。

(2) 震災後の事業手法

戒・井口両弁護士は、このような手法のうち「再建団体の団体としての脆弱性を補充し、

一区分所有者について生じた相続、破産等の事業への実際的影響を排除しつつ安定した体制のもとでの事業執行が可能となる購入型事業代行方式が、公団・公社・大手ディベロッパーにより採用され被災地では主流となつた（前掲 23 頁）と述べる。

区分所有法が想定したであろう建替え事業手法は、(ア)自主再建方式（自己建替え方式）であろうが、今般の震災後のマンション建替え・再建において、この方式があまり採用されなかった理由について、丸山教授も次のように述べる。「自己建替え方式は、建替え組合の性格が民法上の組合にすぎないため、建築会社は個々の建替え参加者との間で建物建設のための請負契約を締結せざるをえない・・・そのため、建替え参加者の一人が破産などで請負代金を支払えなくなったときは、その者に連帯保証人がいるなど特殊な場合を除いて、建設会社はその危険を甘受せざるをえない。したがって、建設会社はこのような相手方と請負契約をすることを躊躇することになろう。区分所有法は区分所有者相互の利害関係をうまく調整してはいるが、建物建設という『事業』には配慮していないといえる。・・・このことは、今後の通常のマンション建替えに問題を投げかけている。」（「建替えの事業手法一都市学の現場から 20 一」不動産鑑定 34 号 2 号 24 頁）。

右で指摘された点から (ア)の方式が採用できないため (イ)の方式が採用されることになる。そこでは、ディベロッパーが建設工事を発注して建設工事資金を負担し、建設された建物を一旦取得した上で建替え・再建参加者に販売するという方式をとる。ただし、(イ)(a)の方式をとった場合には、建替え・再建参加者が建物の譲受人とならなかつたり、なれなかつたりする事態が生じうる。このような事態になった場合に、ディベロッパーが建物を第三者に譲渡することになろうが、これには敷地利用権が伴って譲渡されることを必要とするが（ディベロッパーはあらかじめこのような措置を講じておく必要がある）、それが所有権ではなく賃借権等のときには実際上買い手が見つからない可能性が大きい。そこで、ディベロッパー側からすれば、(イ)(b)の方式を基本とせざるを得ない（大西・前掲 23 頁以下、丸山・前掲 24 頁以下参照）。なお、事業手法の採用にあたって、抵当権の処理の問題が深く関わるが、この点については、後に述べる（3）。

(3)購入型事業代行方式の問題点・検討課題

購入型事業代行方式（(イ)(b)）は、また、残債務のある区分所有者が存在してもディベロッパーから支払われる敷地持分権の譲渡代金をもって残債務の弁済に当て抵当権を抹消できるメリットがあるが、次のような問題点も指摘されている。

(ア) 我弁護士は、「全部譲渡方式を採用した場合、各区分所有者は土地共有持分をディベロッパーに譲渡することになるが、譲渡金額が納得いかないとして譲渡を拒絶するなど非協力的な態度に出る者がいる。決議への反対者であれば売渡請求権という形成権をもって強制的に取得する手段があるが、決議賛成者への法律上の対処は用意されていない。」という（「被災マンションの建替え事業（特集／マンションの建替え）」法律時報 70 巻 3

号 109 頁)。この点について、稲本教授は、「決議賛成者といえども自己の権利を譲渡する以上その対価や条件について交渉する権限があることは当然であって、譲渡の拒否もそのような交渉の手段としては認められてしかるべきであろう。ここで問題なのは、本来の建替え反対者が決議に賛成して建替えに参加し建替えを不首尾に終わらせることを制度上阻止できないことである。」と述べる（「マンションの復興と建替え制度（特集／マンションの建替え）」法律時報 70 巻 3 号 102 頁）。なお、近年の神戸地裁の判決（現時点では判例集未登載）は、決議に賛成しておきながら自己の区分所有権の譲渡を拒絶するなど非協力的な態度に出た者に対して、実質的な反対者と認定しこの者に対する売渡請求権の行使を認めた、という。

(イ) 丸山教授は、購入型事業代行方式について、「しかしこの方式も、問題がないわけではない。建替え参加者がその所有する土地を事業者に譲渡してしまうので、事業者の倒産その他の危険状態になると事業者の一般債権者から建替え参加者の土地が差し押さえられることもある。また事業者が第三者に譲渡してしまう危険もある。この点につき、建替え参加者がその所有土地に仮登記をつけておくことも考えられる。もっとも、事業者は建設資金の捻出のために金融機関から融資を受け、この土地に抵当権を設定することもありうるであろう。そして、このような融資もあながち否定できないとすれば、あらかじめ仮登記の設定はむしろかきいである。」（前掲 26 頁）と述べる。

2 既存不適格問題（容積率等の建築規制）

今般の震災により被災を受けたマンションでは容積率や日影規制等に関して既存不適格になっているものが数多く存在した。団地や連棟棟の中の被災を受けた一部棟の再建・建替えにあたり同様の問題が生ずるものも存在した。そのため、神戸市等の関連自治体は、建設省の通達を受けて「総合設計制度」を活用して容積率の割増しを可能とし建替えにあたって従前の床面積を確保できる道を開いた（都市的土地利用研究会・前掲 29 頁以下参照）。新聞報道によると、これにより既存不適格分譲マンション等 88 棟のうち 78 棟については同一規模での再建が可能となるという（平成 7 年 4 月 13 日の日経新聞等夕刊各紙）。

このような今般の措置についてはやむを得ないとしながらも、このような措置を既存不適格マンションについて一般化したり、さらに、例えば余剰容積を持たない適格マンションについても余剰床の換価・分譲を可能とさせて建替えを容易にするために容積率を緩和するなどして建築規制を緩和することに対しては問題視する見解が多い。

例えば、戎弁護士は、「被災現場では建替えを容易にするこれらの措置（＝上記「総合設計制度」の活用：筆者注）は歓迎されているが、他方で、高層化に伴う周辺住民との軋轢や都市計画そのものに対する悪影響などの新たな問題を生みだしている」と指摘し（「区分所有建物の復興をめぐる法律上の問題」自由と正義 46 巻 11 号 58 頁）、また、吉田教授は、「容積率緩和という方法は、数字を動かすだけで特に財政上の処置などをしなくても、

区分所有者が自分達でそれを利用すればよいというものであるから、経済的ではあるが、周辺や街全体の住環境等に多大の影響を及ぼすため、慎重に検討しなければならないことはいうまでもない」と述べる（前掲 165 頁。その他、玉田、梶浦、大西の各氏も同旨）。

今後の平時のマンション建替えでは、既存不適格により一部区分所有者の既存敷地外の転出が必要となる場面が想定されることから、62 条の建替えの要件としての「敷地の同一性」の制約の是非が今後、立法上の問題となろう。

3 抵当権の存在とその処理

今般の震災により被災したマンションの建替え・再建にあたりその事業遂行を難航させたもののひとつとして、区分所有者に住宅ローン等の残債務があるために抵当権が存在していたことがあげられる。抵当権が残存するマンションでは、その建替え・再建にあたり、建物の解体から再築建物に対する抵当権の設定の場面に至るすべての過程においてこのような既存の抵当権の処理、すなわち抵当権者との関係が問題となる。

(1) 事業執行と抵当権登記の抹消

今般の震災において建替え事業の執行にあたり抵当権の処理が実際上多く問題となったのは、建物についてのそれではなく敷地利用権についてのそれである（戒＝井口・前掲 21 頁以下参照）。

敷地利用権に抵当権がついたままの状態では、建替え参加者等が建替え工事を受注する請負人を得るのが事実上困難となることが多い。すなわち、抵当権がついたままの状態では、残債務を抱えている区分所有者が債務不履行に陥った場合に敷地利用権の抵当権が実行され再築建物の収去等が求められることが法的には否定できないことから、請負人が建設工事の受注を躊躇すると考えられるからである。そこで、建替え事業を具体的に進めるためには、抵当権登記の抹消が問題となる。

被災地の建替え等の事業の主流をなす購入型事業代行方式においては、ディベロッパーへの譲渡に際して敷地共有持分権に設定された抵当権登記を抹消することが不可欠の要件とされ、これができない限り、実際上ディベロッパーがこの方式で事業参画することはない、という。したがって、抵当権の一時抹消ができない場合には、購入型事業代行方式ではなく建設型事業代行方式を採ることが多くなろうが、この場合でも、抵当権を抹消しない限り、上記の理由から建築工事を受注する請負人を得ることはむずかしい。ただし、抵当権が付いた状態で建築工事を受注する請負人を得ることを可能とする方法として、再築後の建物への抵当権設定の予約と引き換えに再築に対する抵当権者の承諾を得ておく方法があり、この方法により承諾を得られた場合には（しかし、現実にはこれが不可能な場合もあろう）、抵当権者から再築差止めを請求されることは実際上考えられない、という（戒＝井口・前掲 23 頁以下参照）。

(2) 抵当権登記抹消の方法

抵当権登記を抹消する方法には、①債務の一部の返済や保証人の追加等によって抵当権者の合意を得て抵当権登記を一時的に抹消する方法と、②売渡請求や任意の売買等で区分所有者等の権利が譲渡された後の買受指定者等第三取得者からの代価弁済（民法 377 条）や滌除（同法 378 条）による抹消の方法が考えられるが、後に述べる理由から、今般の震災においては①の方法が採られた。

(3) 合意による抵当権登記の抹消

被災地では早くから銀行等の金融機関に対して、建替え・再建期間中に限り抵当権登記を一時的に抹消するように求められていたところ、震災から約1年後の平成8年1月になって都市銀行在阪三行（さくら、住友、三和）が敷地共有持分権等の譲渡代金等が住宅ローン等の残債務額に満たない場合であっても、購入型事業代行方式に限り、債務者の債務の返済能力、担保価値、ディベロッパーの信用力等を総合的に勘案したうえで個別判断において抵当権登記の抹消に応ずるものとし、また、同年2月には住宅金融公庫も、敷地共有持分等の譲渡代金等を現実に債務の弁済に当てるとの条件をさらに付加して（この点在阪三行の場合と異なる）、在阪三行にならった（戒＝井口・前掲 24 頁）。

金融機関がとったこれらの措置は建替え・再建事業の促進に大いに寄与したが、あくまでも、①今般のような大震災の状況において一部の金融機関のいわば善意ないし譲歩に支えられてなされた例外的な措置であったこと、その上、②一定の要件を満たす場合にのみ認められる措置であったことから、これらの措置によっても抵当権登記が抹消できないケースが多く発生した（戒＝井口・前掲 24 頁）。

(4) 滌除

滌除の方法によれば、抵当権者の合意が困難な場合においても法的には抵当権登記の抹消は可能であるが、第三取得者たるディベロッパーが滌除を申し出るとは實際上金融機関との間に敵対的関係を生じさせることになり、この方法はほとんど採られなかった（戒＝井口・前掲 24 頁）。このような実務上の経験を踏まえ、戒・井口両弁護士は、次のような提案をする。「今後、滌除の申し出が活用されるとすれば、その前提条件として被災マンションの救済策としての滌除という良好なイメージの定着をはかるとともに、金融機関の建替え・再建事業への協力を求めるために、滌除の申し出にあたり少なくとも不動産鑑定士による正式の鑑定書を添付するなどの工夫が必要であろうし、公共的性格を有する申し出であることを強調するために、公団・公社等の公的ディベロッパーからの申し出の形式をとる工夫がなされるべきであろう。」（前掲 24 頁。なお、この提案に対しては、丸山英気「マンション建替えと抵当権—都市学の現場から6—」不動産鑑定 33 卷 12 号 39 頁参照）。

(5) 立法的提言と若干のコメント

玉田教授は、「現行法制下では、・・・抵当権の効力の一時的停止制限措置は実務上処理できないのではないかとすると、そのための特例措置が立法的に用意されなければならないし、また、實際上その必要は大きいといえる」との提言をしている（「災害被災地におけるマンションの建て替え（5）」書齋の窓 450 号 36 頁）。思うに、この問題について特例措置を立法的に用意するといっても、乗り越えるべき課題が余りに大きく簡単には立法的措置は講じられないであろう。今後の平時の建替えにおいては、この問題が實際上最も厄介な問題となろう。

4 借家人との調整

(1) 罹災都市借地借家臨時処理法

今般の震災について罹災都市借地借家臨時処理法の適用が認められたことから、被災マンションの専有部分たる住戸が賃借されていた場合には複雑でやっかいな問題が起こることが法律家の間で懸念されていた（同法 2 条。この点に関し、稲本洋之助「被災区分所有建物の復旧・建替え・再建（3） 阪神・淡路大震災にかかわる法律相談のメモランダムから」法律時報 67 卷 9 号 36 頁以下参照）。しかし、今般の震災では幸いにもこの点に関する大きな問題は現実には生じなかったようである。

(2) 建替え決議と借家人

建替え決議は借家人に対し効力を及ぼさず、当然には解約申入れの正当事由とはならない。被災現場では立退料の提供により合意解約した事例が多いという。戎弁護士は、「被災マンションの場合には、当該マンションの被災状況等によっては建替え決議の存在自体が正当事由を構成する場合もあると思われる」と述べる（「被災マンションの建替え事業（特集／マンションの建替え）」法律時報 70 卷 3 号 109 頁）。

六 公的支援等

1 阪神・淡路大震災でなされた公的支援

今般の震災による被災マンションの復興にあたっては、自治体による相談やコンサルタント派遣のような人的支援のほか、①震災復興型総合設計制度、②公費解体、③優良建築物等整備事業における要件緩和・補助率引き上げ、④災害復興融資等の公的融資、⑤復興基金からの利子補給、⑥公社等の事業参加、の公的支援がなされた（このうちマンションに特有なものは、①、③、⑥である）。これらの支援なしには復興が進展しなかったであろう（それぞれの制度の概略については、戎正張「被災マンションの建替え事業（特集／マンションの建替え）」法律時報 70 卷 3 号[1998 年 3 月]105 頁および 109 頁の注(2)～

(6)参照)。

2 公的支援の根拠およびあり方

今般の震災における被災マンション復興では、公的支援の不可欠性が強く認識された。今後、通常時のマンション建替えにおける公的支援の必要性、根拠およびあり方が大いに議論されようが、今般の震災においてなされた公的支援については一定の評価がなされているようである(支援をより強化・拡充すべきだという意見・見解は多く存在したと思われるが、これを縮小ないし控えるべきであるという意見・見解はなかったと思われる)。次に、この点に関するいくつかの見解を掲げよう。

(ア) 玉田教授は、公的支援の根拠について、いくつかの報道記事を通じてのマスコミの立場を次のように要約し、この立場を支持している。「外部(公的)支援を必要とする理由根拠であるが、これについては、都市ではマンション居住が必然であるが、分譲集合住宅であるマンションは所有や管理の関係が複雑であって、今回のような大地震による被災の場合、その当事者である区分所有者らが自分たちの力だけで被災マンションの復旧・再建をするには無理があるからということが挙げられている。そして、被災マンションの復旧・再建については、その共用部分に公的な助成をすとか、補助金を出すようにすることが必要であるとされ、その理由として、①マンションにおけるエレベーターや階段などの共用部分は道路と同視されるものであること、②共用部分をしっかりとった住みやすいマンションは社会の優良な資産として残っていくことなどが挙げられている。」(前掲(2)21頁)。これに続けて、次のような指摘をしている。「マンションにおける区分所有権は、戸建て持ち家における所有権と、個人資産である点では同じであるが、権利の在りようが、法的にも、実際的にも格段に違っていて、戸建て持ち家の所有権と同列に扱うことが適当でない点がある以上、被災マンションの復旧・再建について、戸建て持ち家の復旧・再建とは、外部(公的)支援に差異があり、その結果、一見、前者に傾斜した支援内容になることがあっても、それは外見だけのことであり、したがって、そのことをとらえて不都合というのは当たらないといえよう。」(前掲24頁)

(イ) 梶浦教授は、「マンション建て替えの公的支援を考える場合、その公共性について明快にすべきだ。・・・公的支援も含めて外部支援は、この共用・共有部分に対して行なう場合に公共性がある。・・・補助対象である共用部分のあり方について、防災面などについて公共側から注文をつけてもいいのではないかと感じた。」と述べた後に、「最後に、公共がマンションにかかわる場合、なぜ建て替えなのか、補修やリハビリテーションでは何ゆえだめなのか、その点の理屈、建て替えを選択する基準を明確にすべきだということを付け加えておきたい。」という(梶浦恒男「日本におけるマンション建て替え問題」すまいるん41号7頁)。

(ウ) 吉田教授は、被災マンションについての資金面の支援のひとつとして、建替え・再

建工事期間中の仮住居として（仮設住宅や公的住宅の空部屋のほか）民間住宅を利用しなければならないとすれば、その費用支援も検討する必要があると述べる（前掲 165 頁）。

3 結びにかえて

最初に掲げた東京カンテイの調査によると、1997年12月時点での復興の方針が定まらない被災マンションは6棟であり（このうち4棟は一度は建替え決議をしたものの、区分所有法の所定の要件を満たしていないとして決議無効を求めて提訴され現在係争中である）、これは、被災マンション全体の約1%である。おそらくこのような復興状況は、震災直後の識者の予想と比べてきわめて順調なものであったと言えるであろう。数々の問題点（前記フローチャート参照）があったにもかかわらず、このように全体として順調に進んだ理由は、上で掲げた公的支援のほか、行政や専門家（弁護士、建築コンサルタント等）の協力・支援および金融機関やディベロッパーの理解・協力等があり、これらのうちどれ一つを欠いても復興は進まなかったものと思われる。しかし、私は、今回の復興の最大の推進力は、「被災」からの再建・再生という、区分所有者の復興への「意欲」であったように思われる。このことゆえに、各区分所有者が何とか復興のための資金を捻出し、また、積極的に合意形成をはかったものと思われる。その意味では、区分所有者の団体がゲマインシャフト（共同社会）化し、個々の区分所有者がその構成員として行動したように思われる。今後の通常時の建替え（主として老朽化を理由とする建替え）等は、一般にゲゼルシャフト（利益社会）としての区分所有者の団体の下でなされると考えられることから（また、マンションを取り巻く社会自体も、被災時において被災マンションを支援しようというゲマインシャフト的なものではなく、ゲゼルシャフト的なものとなる）、克服しなければならない課題は一層大きいものと思われる。いずれにせよ、本稿において示してきたように、阪神淡路大震災の復興過程を通じての多くの区分所有法等の問題点・課題が明らかになったことから、今後は、その一つ一つを、ゲマインシャフトのみならずゲゼルシャフトの下においても通用するように、法律研究者および法律実務家は、なおいっそう解釈論および立法論を展開していく必要があるだろう。

〔かまのくにき〕

〔千葉大学法経学部 教授〕