

区分所有法の改正に関する意見書

2000（平成12）年6月16日

日本弁護士連合会

目 次

第 1	はじめに	
第 2	専有部分と共用部分について	1 頁
1	共用部分の登記について	
2	規約による例外条項について	
3	共用部分の管理に関する変更決議について	
第 3	敷地利用権について	3 頁
1	専有部分と敷地利用権の分離処分の特例について	
2	敷地利用権の割合に関する例外規定の改正について	
第 4	規約について	6 頁
1	原始規約の問題について	
2	不公正な分譲方法に対する禁止条項の新設について	
第 5	敷地の同一性確保について	10 頁
第 6	マンションの管理について	11 頁
1	分譲後管理組合の理事長選任までの管理体制について	
2	管理組合の法人化要件について	
3	管理会社の規制について	
4	管理者業の規制について	
5	管理組合の法制度化について	
6	管理組合の当事者適格について	
第 7	復旧・建替えについて	18 頁
1	復旧について	
1)	買取請求の相手方	
2)	買取請求権行使の期限	
3)	「時価」の算出方法	
2	建替えについて	
1)	建替え決議の要件	
2)	建替え手続に協力的でない決議賛成者に対する対応	
3)	決議無効の提訴期限	
4)	建替え決議後の区分所有者の地位	
5)	区分所有法の適用範囲	
第 8	最後に まとめにかえて	24 頁

第1 はじめに

阪神淡路大震災は私たちの記憶に新しいところであるが、大震災後の復興の過程において、被災マンションの復旧ないし再築の困難さが浮き彫りにされた。

ところで、建物の区分所有等に関する法律（以下「区分所有法」という。なお条文の引用については「法〇条」と表記する。）は昭和37年に制定された法律であるが、そのことは日本にマンションが出現するようになって未だ歴史が浅いものであることを端的に物語っている。

その後、区分所有法は昭和58年に改正を経て現在に至っている。

この間都市部を中心としてマンションが急増した。建設省の推計によれば、2000年においてわが国のマンションの個数は382万戸に達するという。

他方、マンションの増加に伴いマンションを巡って、例えば建物の欠陥に関する紛争や居住者間の紛争、さらにはマンションの管理をめぐる紛争等の種々多様な内容の争いが増加している。

マンションに関する具体的な紛争のなかには、マンションの管理組合が管理費等を管理会社に委託していたところ、管理費等の銀行預金が管理会社の債権者から差押えられ、預金の帰属について訴訟となり、管理組合が敗訴した裁判例や、分譲当初からマンション敷地の駐車場部分に専用使用権が設定されており、分譲業者が使用権を売却し紛争となった事案など、いずれも、深刻かつ解決の困難なものが多い。

もちろん区分所有法等の解釈によって解決の図られるものもあるが、法の不備や欠缺などにより立法的解決が求められていることも否定できない。

前記駐車場の専用使用権に関する最高裁判所の判決は、「マンションの分譲に際し分譲業者が専用使用権を分譲して対価を取得する取引形態は、好ましいものとはいえないが」としながら業者に対価が帰属することを容認している（最高裁平成10年10月22日1小法廷判決）。

前記昭和58年の区分所有法の改正は、管理に関する改正部分もあるものの、主に、建物と敷地の一体化を含め登記の合理化に主眼がおかれたものであり、居住者保護の視点が欠けており、その後の紛争の急増に対応するものとはいえない。

また、初期の頃に建設されたマンションがそろそろ老朽化し、建替え等をめぐる紛争が現実問題となりつつある。

近時、建設省以外でも、東京都をはじめ地方公共団体等において積極的にマンションの問題に取り組む姿勢が見受けられ、また、国会議員の中にも区分所有法の改正について議論として取り上げる動きがあるという。

日本弁護士連合会は、日頃日常の活動を通じて、マンションに関する紛争または問題に関わってきた立場から、この機会に、特に改正すべき問題点を中心に、区分所有法をはじめ関連する法律の改正または制定等について提言をおこなうものである。

第2 専有部分と共用部分について

1 共用部分の登記について

〈結論〉

共用部分については登記書類に各階平面図など図面を添付させるなどの方策を採り、区分所有者らに専有部分と共用部分を明確に区分けして認識できるようにすることによって、分譲後の共用部分の維持、管理の範囲を明確にする。

〈理由〉

(1) 問題点の指摘 共用部分の専有部分化の弊害

共用部分に関しては、「数個の専有部分に通ずる廊下又は階段室その他構造上区分所有者の全員又は一部の共用に供されるべき建物の部分は、区分所有権の目的とならないものとする」(法4条1項)とされているほか、全員の共有(法11条)、共用部分の持分割合は専有部分の床面積割合(法14条)、共用部分の処分附従性(法15条)、共用部分の変更(法17条)、共用部分の管理の決議方法(法18条)、共用部分の管理費の負担の平等(法19条)などの規定があるものの、積極的な定義規定はない。

共用部分は独立して取引の客体となることが予定されていないため、権利の登記の前提である表示の登記すらなされず、消極的にしか登記に反映されない。すなわち延べ床面積マイナス専有部分床面積としてしか公示されていない(そう認識するほかはない)。また規約共用部分も登記をしなければ第三者に対抗することができない。

そのため、本来、共用部分とされるべき管理人室、屋内駐車場、トランクルームなどは勿論、ピロティ部分を分譲後、駐車場や店舗に改造して分譲業者またはその子会社の管理会社が所有する形態にして分譲業者が利益を残存させたり、当然に共用部分と解されるべき廊下ですら隠密裡に専有部分として登記されたために管理組合で認識することが大幅に遅れるなどの係争例が多発し、トラブルの元となっている。

また給排水管の本管(縦管)と支管(横管)のうち、後者が専有部分か共用部分かについては理論と実用の両面を考えると、直ちに結論を出すことは困難だとも思われる。

(2) 結論に至る理由 共用部分の明確化

共用部分とされるべき部分の専有部分化による分譲後の紛争を避け、区分所有者による平等で平易な管理を可能とするため、①法定共用部分、性質上の共用部分を問わず、共用部分については、登記申請書類に各階平面図など図面を添付させることにより、共用部分と専有部分を明確に区分けして認識できるようにする必要がある。これは現行の登記法上も問題はない。②規約共用部分についても同様である。

2 規約による例外条項について

〈結論〉

共用部分の割合、処分、管理の決議、管理費について、規約で別段の定めができることから生じる弊害については是正措置を講じることを検討事項とすべきである。

〈理由〉

(1) 問題点の指摘 規約による例外設定条項の弊害

共用部分の持分の割合（法11条）、共用部分の処分（法15条）、共用部分の管理費の負担の平等（法19条）に関しては規約による例外設定条項が設けられている。

そのため、等価交換方式で建設されたマンションには、旧地主の管理費を半額と安価に設定するなど極めて不平等な例が多い。

(2) 結論に至る理由 規約による例外設定条項の撤廃

共用部分の持分の割合（法11条）、共用部分の処分（法15条）、共用部分の管理費の負担の平等（法19条）に関する規約による例外設定条項は、特に店舗併用型のマンションにおける合理的で機動性のある管理などのために規定されたものであるが、実際には、等価交換方式による地主の優遇や分譲業者への利益の残存など脱法的利用だけが目につく状況にある。

したがって、これらの規約による例外設定条項はより限定することが妥当であり、例えば建替決議に関する法62条3項にいう「各区分所有者の衡平を害しないように」に類する規定や「社会的相当の範囲内で」などの限定条項の形式にすべきである。

3 共用部分の変更に関する決議要件について

〈結論〉

共用部分の管理の変更決議について、不合理な反対に代わる許可の裁判の導入、ないしは現行の4分の3を3分の2に減少させることについても検討事項とすべきである。

〈理由〉

(1) 問題点の指摘 共用部分の管理の変更決議要件

共用部分の管理の変更については、改良を目的とし著しく多額の費用を要しないものについては2分の1以上の過半数決議、その他の変更は4分の3以上の特別多数決議が必要とされている。

そのため、老朽化に伴う大規模修繕工事が必要であるが、戸数が多いか、または不

在区分所有者が多いか、もしくは一部の者が4分の1以上の区分所有権を有している場合などのマンションでは、特別多数決議が制約となって工事計画が全く進まないという例も見られる。

なお「改良を目的とし著しく多額の費用を要しないもの」の基準も一義的ではなく争いを生じる場合が少なくない。

(2) 結論に至る理由 共用部分の管理の変更決議の緩和

共用部分の管理の変更決議については、売れ残りや不在区分所有者が多いマンションで、頭数としては少数であるとか、現に居住していない区分所有者が現に居住をしている区分所有者の現実的かつ合理的な大規模修繕計画に反対する場合、その現実的かつ合理的な大規模修繕計画を機動的に実施できるようにするために、反対に代わる許可の裁判を早期に得られるような非訟手続を導入すべきである（なお、特別多数の決議要件を少なくとも3分の2に減じるという方向も考えられるが、この点は規約の設定・変更に関する特別多数の決議要件も減じる方向で統一的に解さなければならぬであろうから、検討を要する。）。

なお「改良を目的とし著しく多額の費用を要しないもの」の基準に該当するか否かに関しても非訟手続を採用することや、費用の多寡で統一するなど分かりやすい基準に改正することも検討事項とすべきであろう。

第3 敷地利用権について

1 専有部分と敷地利用権との分離処分禁止の例外規定の改正について

〈結論〉

専有部分と敷地利用権との分離処分禁止の原則に関する例外規定（22条1項ただし書、規約に別段の定めがあるときは、この限りではない。）については、必要と認められる例外事由を、例えば、下記のように限定列挙する方法に、改正されるべきである。

限定列挙の事由

- ① 棟割長屋等の区分所有建物において、一棟の建物の敷地を専有部分の底地ごとに別筆としているとき。
- ② 共有地上の小規模区分所有建物

〈理由〉

(1) 分離処分禁止の原則とその例外規定の立法趣旨

現行法の専有部分と敷地利用権との分離処分禁止の原則（法22条1項本文、以下「分離処分禁止の原則」または「本原則」という。）は、昭和58年の改正によって認

められたものである。

これにより、原則として、取引面・管理面・登記面において、専有部分と敷地利用権の一体性が確保されたのであり、その意味において、有益な改正であった。

ところで、法22条1項ただし書（以下「1項ただし書」という。）は、「規約に別段の定めがあるときは、この限りでない。」と定め（以下「本原則の例外規定」という。）、分離処分禁止の原則を、規約によって排除することを認めている。

上記改正当時の立法担当者は、本原則の例外規定を設けた理由（以下「本例外規定の立法趣旨」という。）について、次の点を挙げている。

①棟割長屋等の区分所有建物の場合には、敷地を各専有部分の底地部分ごとに別筆とし、その上の専有部分の所有者が所有権又は地上権、賃借権などを単独で有するという形になっていることが多いこと（法務省民事局参事官室編・新しいマンション法122頁～124頁、以下「①の理由」という。）。

②小規模の区分所有建物の区分所有者は、専有部分と敷地利用権の一体性の原則の適用を望まないことが多いし、敷地の登記簿上の混乱という問題も生じないと思われること（同書127頁、以下「②の理由」という。）。

上記立法趣旨に記載されている棟割長屋や小規模区分所有建物の例に関しては、上記例外規定の立法趣旨が妥当と思われるので、實際上どの程度実例があるのか不明ではあるが、この点についてはあまり異論はない。

(2) しかし、本来、区分所有建物については、取引面・管理面・登記面において、原則として、専有部分と敷地利用権の一体性が確保されることが望ましいのである。

現行法のように、すべての区分所有建物について、規約の定めによって、専有部分と敷地利用権とを分離して処分することを容認すると、例えば、分譲業者が、分譲用マンションの分譲前に、原始規約において、敷地利用権については分譲業者その他少数の者が有する旨を定めた場合、専有部分と敷地利用権との関係が不明確になるとともに、取引面・管理面・登記面における両者の一体性を確保することができない。

従って、本例外規定の立法趣旨が、上記棟割長屋や小規模区分所有建物に妥当するからといって、すべての区分所有建物について、規約によって、分離処分禁止の原則を排除することができることを認めるのは、適切ではない。

それ故、上記①の理由や②の理由が妥当する上記棟割長屋や小規模区分所有建物についてのみ例外的に、規約によって、分離処分禁止の原則を排除できるように、本原則の例外規定を改正すべきである。

2 敷地利用権の割合に関する例外規定について

（区分所有者が数個の専有部分を所有する場合における各専有部分の敷地利用権の割合に関する例外規定の改正について）

〈結論〉

区分所有者が数個の専有部分を所有する場合における各専有部分の敷地利用権の割合（区画の内側線で囲まれた専有部分の床面積の割合）に関する例外規定（22条2項ただし書、規約で異なる割合が定められているときは、その割合による。）は、専有部分の床面積割合の複雑な数値を避け、わかり易い割合を定めるため、買受人の不利益・不公平感を招かない程度の端数処理をする場合にのみ適用される旨、改正されるべきである。

〈理由〉

（1）専有部分の敷地利用権の割合とその例外規定の立法趣旨

区分所有者が数個の専有部分を所有する場合における各専有部分に係る敷地利用権の割合は、14条1項から3項までに定める割合（区画の内側線で囲まれた専有部分の床面積の割合、以下「法定割合」という。）による旨の規定（22条2項本文）も、昭和58年の改正によって設けられたものである。

区分所有者が数個の専有部分を有している場合、そのうちの一個の専有部分について、譲渡したり担保権を設定するときに備えて、各専有部分に対応する敷地利用権の割合を明らかにしておく必要がある。上記の法定割合は、このような場合における各専有部分の敷地利用権の割合を定めたものであり、妥当な立法である。

ところで、22条2項ただし書（以下「2項ただし書」という。）は、規約でこの割合と異なる割合が定められているときは、その割合（以下「規約割合」という。）によると規定（以下「本例外規定」という。）している。

当時の立法担当者は、本例外規定の立法趣旨について、法定割合によると、正確に計算する限り、分母の数がきわめて大きい複雑な数値となるので、分譲マンションにあっては、分譲前に、規約によって、買受人の不利益、不公平感を招かない程度において端数処理したできるだけわかり易い割合（以下「端数処理のための衡平な割合」という。）を定めておくのが適当である旨、説明している（法務省民事局参事官室編・新しいマンション法130頁～131頁）。

（2）規約割合の濫用の危険性

すべての規約割合が、立法者の想定しているような「端数処理のための衡平な割合」として定められるのであれば別段問題はない。

しかし、本例外規定には、「端数処理のための衡平な割合」という制限は付いていない。従って、例えば、分譲マンションについて、分譲業者が、分譲前に、本例外規定を濫用して、原始規約において、自己に有利な規約割合を定めても、法的には通用することになる。

このような不合理な規約割合が定められるのを防止するため、規約割合は、「端数処理のための衡平な割合」を定めた場合にのみ、有効となる旨、改正されるべきである。

第4 規約について

1 原始規約の問題

〈結論〉

- (1) 原始規約について、行政庁による審査手続きを新設し、行政庁に不公正条項について改正命令ないしは改正勧告権限を与える。
- (2) 分譲業者や等価交換方式の元地主に対して特別な利益を与えるような不平等条項については無効とする規定を設ける。
- (3) 分譲業者や等価交換方式の元地主作成の原始規約に限っては過半数決議で改正することができることとし、この場合には「特別の影響」の規定は適用しないものとする。

〈理由〉

(1) 問題点の指摘

現在マンション分譲の実際では、分譲業者の手によって一方的に規約案が作成され、これに購入者から個別に同意を取り付けることによって、現行区分所有法45条の書面決議があったものとみなして運用されており、かかる規約を原始規約と呼んでいる。

しかしながら原始規約については、分譲業者ないしはその子会社、あるいは等価交換方式における元地主を特に優遇する内容で作成され、後に紛争となる例が後を絶たない。具体的には、分譲業者ないしはその子会社を管理者に指定する、その所有専有部分の管理費、修繕積立金を特に低廉にする、敷地上に無償の専用使用権を留保する、等の例である。

しかしながら、いったん成立したと看做される原始規約は、そもそも4分3以上の者の賛成が得られないと改正は不可能であり（法31条1項）、また仮に決議要件を満たしていても「特別の影響」（同項）が問題となることが多く、判例的にみても結論は個々に分かれて（高島平マンション第一次訴訟事件・平成6年3月24日東京地判・判時1522-85、平成8年2月20日東京高判・判タ909-176、平成10年11月20日最高判、高島平マンション第二次訴訟・昭和58年8月24日東京地判・判時1109-99、昭和59年11月29日東京高判・判時1139-44、シャルマンコーポ博多事件・平成6年7月26日福岡地判、平成7年10月27日福岡高判・判時1557-95、判タ909-182、平成10年10月30日最高判等）、混乱した状況下であり、立法的な手当が必要とされている。

(2) 結論に至る理由等

そもそも規約は、区分所有者間の共用部分を管理するためのルールを定めるもので

あるから、現実の集会において団体的に設定され、改正されるものである。

これに対して原始規約は、法45条の定める書面決議があったものとして有効視されてきたが、所詮決議があったものとして扱う法的な擬制に過ぎず、実体は分譲業者によって一方的に作成されたものである。

旧区分所有法においても、34条1項において同様の規定がありその問題性が指摘されていたが、現行法の改正審議の際の法制審議会民法部会財産法小委員会における論議においても、当時からクーリング・オフ制度の導入等何らかの制約の必要性が論議されている。しかしマンション分譲業者側の唱える必要性から「原始規約の設定に関する限り、実務的には是認せざるを得ない」（濱崎恭生「建物区分所有法の改正」45頁）として制度的に残置され、他方で何らの制約も置かれないまま現行法に至ったものである。

しかしながらその後も原始規約をめぐる紛争は、前掲判例等にもるように減少するどころか益々増え、例えば高島平マンション事件のように21年にももの長きにわたって、原始規約の改正の可否について争い続けている例も現れている。このような事例における原始規約の不正性、不公平性は余りにも明らかである。

他方で建設省は、『中高層共同住宅標準管理規約』を設けて、これに沿って原始規約を作成するよう行政指導（『中高層共同住宅（マンション）に係る管理の適正化及び取引の公正の確保について』（平成4年12月25日建設省経動発第106号・建設省住管発第5号）業界団体あて通達等）しているが、1棟だけ分譲しただけで消滅するような分譲業者も後を絶たず、必ずしも行政指導の実効をあげているとは言い難い。

この日の弁連司法制度調査会における論議、関係諸団体からのヒアリングにおいては、分譲後あるいは区分所有者団体が実働するに至った一定期間（例えば1年間）後に、その承諾を得ない限り失効する、というクーリング・オフ類似の制度の提案もあったが、失効するのみでは無規約状態となって、管理の現場の混乱が危惧された。

従って、分譲業者や等価交換方式の元地主に対して特別な利益を与えるような不平等条項についてのみこれを無効とする規定を新設するとの意見に止めた。

他方で、原始規約の発効について行政機関を関与しせしめ、手続的に不平等条項を排除する方法については、多くの賛同があった。具体的な行政機関としては、区分所有建物の表示登記を行う法務局、完了検査を行う建築主事などにおいて、申請に際して原始規約の提出と認可を表示登記ないしは完了検査の条件とすることが考えられ、これらの事務を行政機関に負担せしめても、さしたる事務量の増加をもたらすものでなく、過大な負担を強いるものとは言えない。

さらにまた管理組合の内部手続的には、そもそも4分3以上の特別多数決議「特別の影響」（法31条1項）が最大の桎梏となってるため、原始規約に限ってこれらの要件を除外するという方策も現実的な解決策たり得るため、併せて提言することとした。

よって、標記の通りの意見を提出する次第である。

2 不公正な分譲方法に対する禁止条項の新設

〈結論〉

駐車場専用使用権の分譲、留保、無償の広告塔や袖看板などの不公正な分譲方法について、これを禁止する強行規定を新設すべきである。

〈理由〉

(1) 問題点の指摘

敷地上の駐車場としての利用権（これを「駐車場専用使用権」と呼んでいる）が分譲されたり、あるいは分譲業者あるいは等価交換方式における元地主によって留保され、他の区分所有者や管理組合との間で紛争となる例は、これまでのマンション紛争の中で最も多い紛争形態の一つである（①大阪地判昭53・11・29判タ375・105、②大阪高判昭55・4・25判時979・66、③最高判昭56・1・30判時996・66（以上メガロコープ平野事件1）、④大阪地裁昭53・2・28NB L163・33、⑤大阪高判昭55・7・9判時987・53（以上メガロコープ平野事件2）、⑥大阪地判昭56・4・27判タ454・126（桃山台マンション事件）、⑦東京地判昭56・6・29判タ450・126、⑧神戸地尼崎支部判平元・12・22判例集未掲載、⑨大阪高判平3・3・28判タ759・229（ハイツ大和事件）、⑩京都地決平3・8・9判例集未掲載（メガロコープ西陣事件）、⑪東京地判平4・8・27判タ823・203（ハインズ野方事件）、⑫京都地判平4・10・22判例集未掲載（コープ鴨川事件）、⑬福岡地判平6・7・26判例集未掲載、⑭福岡高判平7・10・27判時1557・95、判タ909・182（以上シャルマンコーポ博多事件）、⑮福岡地小倉支判平6・2・1判時1521・107、⑯福岡高判平8・4・25判時1582・44（以上ミリ・シャル事件）、⑰東京地判平6・3・24判時1522・85、⑱東京高判平8・2・20判タ909・176（以上高島平マンション事件）、⑲神戸地判平3・6・28（鶴甲コーポ事件）、⑳横浜地判平5・9・16（横浜山手ガーデニア事件）、浦和地判平5・11・19判時1495・120（武蔵野マーテルヒルズ事件）。

経過としてみれば、旧法下で公序良俗違反無効とはいえないとする昭和56年最高裁判決が業界を鼓舞した側面もあって、中小業者や一部地方では頻繁に行われて紛争が多発していた。その後駐車場専用使用権分譲は無効、あるいは分譲代金は管理組合に帰属するという下級審レベルの判決が相次いだことによって（平成6年2月1日福岡地小倉支部判、福岡高判平7・10・27、平成8年4月25日福岡高判）いったん終息したかに見えたが、好ましくないが完全に有効であり分譲代金は分譲業者に帰属するという最高裁判決（平成10年10月22日最高判、シャルム田町事件同月3

0日最高判)によって、またも駐車場専用使用権の分譲が再燃し始めているという情報が寄せられている。

(2) 結論に至る理由等

そもそも駐車場専用使用権については、58年法改正審議の際の法制審議会民法部会財産法小委員会においても「分譲業者や旧地主等が右のような専用使用権を留保することを規制することの当否、区分所有建物の分譲に際して設定された専用使用権について区分所有者による取消権を認めるような立法の可否」が検討されているが、結果的に昭和58年2月16日の「区分所有法改正案要綱」においては、「新しいマンションの分譲に当っては、このような問題点が広く意識されるようになり、前記のような取扱いは次第に行われなくなっている」として取り上げるに至らなかったものである(濱崎恭生著「建物区分所有法の改正」40頁以下)。

しかも、それ以前から下記の通り建設省の行政通達が出され、その後も行政指導が行われ続けている問題である(昭和55年12月1日建設省計動発第105号建設省計画局不動産課長から各都道府県主管部長あて通達、等)。

記

- (1)『民間分譲中高層共同住宅(分譲マンション)に係わる施工管理等の徹底、取引の公正の確保及び管理の適正化について』(昭和54年12月15日、建設省計動発第116号・建設省住指発第257号)

「行政管理庁の行政監察結果によると、民間分譲中高層共同住宅(分譲マンション)についていまだ適正を欠く取引等があるので、貴団体加盟の業者又は建築士に対し、局長通知等の趣旨を更に徹底されるとともに、特に、下記事項について周知徹底及び指導を行なわれたい。」

「第1 宅地建物取引業者等において講ずべき措置

1 宅地建物取引業者において講ずべき措置

二 取引の公正の確保について

(二) 共有敷地等における使用収益関係等の明確化

共有敷地及び建物の共有部分の権利関係、使用収益関係をめぐって紛争が生ずる事例が多いことにかんがみ、取引段階においてこれらの点を明確にすること。特に、分譲業者が共有敷地等に専用使用権を設定してその使用料を得る等の例は、現在少なくなっているが、取引の形態としては好ましくないので、原則として、このような方法は避けること。また、専用使用権の設定に当たっては、存続期間、使用料等について公正かつ妥当なものとし、これらを管理規約等において明定するとともに、これから生ずる収益等については、修繕積立金への繰入れにより区分所有者の共有財産に帰属される等公正な処理を行なうこと。」

従ってその不公正さは明らかであるが、昨年の平成10年10月22日最高裁判決

も「好ましいとはいえないが、このことのゆえに右契約の私法上の効力を否定することはできない」と述べて、立法的解決の必要性を示唆している。

よって、社会的に不公正な分譲方法を禁止する条項の必要性は急務であり、標記の通りの意見を提出する次第である。

第5 敷地の同一性の確保について

(建築確認敷地と登記敷地との同一性確保)

〈結論〉

建築確認上敷地として表示された敷地と区分所有建物登記上の敷地が同一であることを確保する制度を設けるべきである。

〈理由〉

(1) 問題点の指摘

建築基準法は、容積率規制(法5 2条)、建蔽率規制(法5 3条)等の集団規定を設け、その実効性確保手続として建築確認手続(法6条)を設けている。

しかしながら、旧法下では敷地に対する規制が全く存在しなかったことから、建築確認上の敷地と、現実に区分所有者らに敷地共有持分として移転される敷地とが齟齬し、紛争となる例が後を絶たなかった(小金井桜町コーポラス事件・平成2年2月27日東京地判・判時1 3 6 5-7 9、コープ北野事件・大阪高判平成2年6月26日・判タ7 3 6-1 8 3、最高判平成7年7月1 8日等)。

元々マンションの敷地は、①通常の戸建住宅と較べると比較にならないほど広大であるから、面積の数字的表示だけでは購入者個人においてその過不足、境界等を視認することは不可能であること、②購入者の関心は専有部分にばかり注がれ、敷地には殆ど注がれていないこと、③登記上も敷地は建物登記簿に一体化されて独自の登記は行われないこと、などの事情から独自の取引対象としての意味が変質しつつある。

現行法下においても、分離処分禁止の原則(法2 2条1項)が適用されるのは法定敷地(法2条5項)に限られていて、規約敷地(法5条1項)には適用されないことから、建築確認後分譲前に分筆さえすれば、確認敷地の一部を残置する分譲方法は容易であり、建築確認時には当該区分所有建物の敷地とされていたものが、分譲業者あるいは等価交換方式の元地主の元に留保され、後にこれが処分されて、当該区分所有建物は建築基準法違反の建物となり、紛争となる例が後を絶たない。

これら建築確認敷地と登記敷地が齟齬したマンションでは、建築基準法の定める容積率規制や建蔽率規制などの集団規定に違反した既存不適格建築物として、同一の大きさでは建替られないという問題が将来的には発生する。

そして老朽マンションの大量出現と建替問題は目前に迫っている。

従って建築確認敷地と合致した登記敷地を、実体的にも確保するための手続規定を設ける必要性がある。

(2) 結論に至る理由等

建築基準法の定める諸規制の実効性確保手続には、建築主事による建築確認手続（法6条）と完了検査手続（法7条）とがある。

他方で、分譲マンションは分譲前に区分所有建物の表示登記が行われ、表示登記に際して敷地についても建物表示登記に一体のものとして表示される（建物登記簿表題部への敷地権の表示（不登法91条2項4号）、土地登記簿への敷地権たる旨の登記（不登法93条の41項））。

そこで建築確認敷地と登記敷地との同一性確保方策として、行政機関を関与させることによってかなりの成果が期待できることで意見の一致をみたが、具体的な行政機関としては、区分所有建物の表示登記を行う法務局、完了検査を行う建築主事などにおいて、申請に際して建築確認関係書類又は表示登記関係書類の提出を表示登記ないしは完了検査の条件とすることが考えられ、これらの事務を行政機関に負担せしめても、さしたる事務量の増加をもたらすものでなく、過大な負担を強いるものとは言えない。

よって、標記の通りの意見を提出する次第である。

第6 マンションの管理について

1 分譲後管理組合の理事長選任までの管理体制について

〈結論〉

分譲後管理組合の設立までの管理体制については、分譲業者に責任を持たせる制度を確立すべきである。

〈理由〉

(1) 現在の問題点

現在のマンション分譲の実態は、分譲契約時に、購入者が管理会社との間で個々に管理業務を委託すること、管理会社を管理者とすることの同意を取り付け、管理組合の最初の総会が開催され理事長が選任されたときに管理組合と管理会社との間で管理委託契約を締結することになっているのが一般である。

したがって、この期間は管理委託業務の内容及び履行状況について、区分所有者の側では何らのチェック手段がなく、管理会社の意のままに運営されることとなり、また、この期限についても何らの制限もないところから、管理組合が設立されないまま

長期間経過しているマンションも存在する。

また、分譲契約時には書面による決議により管理規約が成立していることになっているから、上記合意内容が管理規約に明記されていない場合は規約に違反した内容を合意していることとなる。さらに、個々の区分所有者が敷地・共用部分の管理について業務委託を依頼できるか否か、この期間中は自己契約で管理委託契約が締結されているのではないかというという法律上の問題がある。

(2) 分譲業者の責任による管理体制の法制化

分譲時点から管理組合の第一回総会までの間は、現行法の下では管理の責任については空白期間である。しかし、日々の管理は誰かがしなくてはならない。

そこで、管理組合が設立されるまでは分譲業者が責任をもつことが道義的に当然であること、現実にも当初の管理会社は分譲業者が依頼し、区分所有者にその承諾を取り付けている実態からすると、実際は分譲業者が管理会社に管理を委託しているといっても良い。従って、法的にも、この間は分譲会社にマンションの管理の責任を負わせることとしても問題はないと考える。ただし、費用の負担については、区分所有者が負担することになる（分譲業者が負担することも考えられるが、その分は販売価格に上乗せされることとなるから結局は同じである。）。

しかし、この期間は管理組合が設立されるまでの一定期間に限定すべきであり、また管理組合が設立されなくても一定期間の限定をしなくてはならない。また、業務の内容についても保存的な行為に限定しなくてはならない。

この制度については韓国の住宅管理令が参考となる。同管理令では、建設事業主体に分譲共同住宅の入居開始時から1年間管理をしなくてはならない義務を課している。しかし、竣工日から8ヶ月以内に入居予定者の過半数が入居しなかった場合は、過半数が入居した日から数えて4ヶ月が経過した時点までとするとされている。

入居予定者の過半数が入居を完了したときには、入居者にこの事実を通知して共同住宅管理方法を定めることが義務付けられている。義務管理期間終了前でも、入居者が自治管理機構を設立し、共同住宅の管理業務の引き継ぎを要求すると管理業務を引き継がなければならない。入居者が義務管理期間の終了までに住宅管理方法を定めることをしない場合には、管理業者に委託するか、監督官庁の認定する正当な理由がある場合には、引き続き分譲業者が管理を継続する。

この韓国の例を参考にして、具体的には宅地建物取引業法の改正あるいは特別法により、マンション販売業者の責任として以下の制度を導入する必要がある。

- ・ 入居開始時から1年間は分譲業者が管理責任を負わせることを原則とする。
- ・ 入居予定者の過半数が入居を完了したときには、ただちに第一回総会を開催する義務を負わせ、理事長が選任されたときに管理の責任を管理組合に引き継ぐ。
- ・ 過半数に達しない場合でも、区分所有者が第一回総会を開催して理事長を選任し、分譲業者以外の議決権の過半数の決議によって管理業務の移行を求める決議

をしたときにも管理責任は管理組合に引き継がれる。

- ・ 1年経過後も過半数に達することなく、管理組合も管理責任の移行を求めない場合は 監督官庁の承認の下に管理の継続をなすものとする。

2 管理組合の法人化要件について

〈結論〉

区分所有法47条の法人化の要件のうち区分所有者の数（30人以上）の要件は撤廃する。

〈理由〉

（1）現行法の問題点

現行法は管理組合の法人化について区分所有者が30人以上のマンションであることを要件としている。

管理組合の法人化は、区分所有者が建物等の管理のために共同して第三者との間で契約等の取引をする場合に団体に法人格を認めることによって権利義務の帰属主体を明確になること、共同の財産を取得し保管する場合に団体の財産と個人財産との区別が明確になるというところに意味があるとされている。実務的には、管理組合が不動産を取得した場合に、管理組合の名前で不動産登記が出来ること、裁判の提起をする際に「権利能力なき社団」の証明をすることなく、容易に管理組合が当事者になることができるところに利点があり、徐々に法人格を取得する管理組合が増加している。

しかしながら、区分所有者が30人に満たないマンションにおいては上記の必要があっても法人格を取得できない。

（2）改正の理由

区分所有法の改正の時点で、30人という要件を課したのは、区分所有者の数が少ない団体については法人格のメリットがないか、非常に少ないということからであった。また、法務局の事務処理能力も懸念されたとのことである。

しかし、法人格の必要性はマンションの規模と関係なく、また法人格の取得について立法者が法務局の事務処理能力を懸念するほど多数の登記申請がなされている訳ではないから、区分所有者の数を要件とする理由は見当たらないと言うべきである。

我が国のマンションがその規模の多少を問わず、管理組合団体が組織され、団体として運営がなされている実情を考えると区分所有者の数の要件を撤廃することが相当である。

3 管理会社の規制について

〈結論〉

分譲マンションの管理会社について免許制度による業法を立法化すべきである。

〈理由〉

(1) 現在の問題点

現在分譲マンションの管理会社についてはその設立について何らの法的規制は存在せず、高層住宅管理業協会による自主規制と建設省の中高層分譲共同住宅管理業者登録制度（昭和60年8月5日実施）と登録業者に対する中高層分譲共同住宅管理業務処理準則が存在するだけである。

これらに強制力はまったくなく、全国に多数の管理会社が跋扈しており、管理組合との間に、預かり金の使い込み、預金口座が管理組合名義になされていないこと、契約違反、一括再委託、過剰補修等多くの紛争が発生している。平成11年11月16日には行政監察結果に基づき監察局長から管理業者業務の適正化が通知されている。

管理会社は管理費、修繕積立金の徴収業務をなし、一時的であるにしても預信業務を行う立場であり、管理会社によっては長期的に金銭を預かることもあるが、管理組合は、管理会社の能力、信頼性について何らの判断する情報を得ることができず、登録業者であったとしても建設省まで行かなければその情報が得られないという状況である。

(2) 業法の立法化

これまでの自主規制、行政指導による規制が限界に来ていることは明白であり、何らかの法的規制が必要とされる段階に来ている。

規制の在り方としては宅地建物取引業法による免許制度が参考となる。

すなわち、

- a 分譲マンションの管理業を営もうとするものは建設大臣あるいは知事の免許を受けなければならない。
- b 免許付与の要件として一定の財産的基礎又は金銭的信用を有することを要件とする。管理会社の業務の内容に鑑み、一定の装備、技術能力も要件とすることが考えられる。
- c 管理業者は事務所に仮称「分譲マンション管理業務主任者」を置かなければならない。「分譲マンション管理業務主任者」は分譲マンションの管理業に関して必要な知識を有するものとし資格試験に合格したものとする。
- d 建設大臣又は知事による監督制度を設け、業法違反者は業務停止、免許取消等の制裁を課する。

なお、これらの制度について、韓国の共同住宅管理令の定める管理会社（住宅管理人）の免許要件が参考となる。

- a ランクを設ける。

甲種 すべての共同住宅の受注管理が可能

乙種 昇降機の施設がない共同住宅又は中央集中式の暖房方式がない共同住宅のみ

- b 業務地域の限定がある。
- c 1000所帯以上の共同住宅を管理する場合は二人以上の住宅管理人又は建設業法による免許を受けた建設業者の連帯保証を必要とする。
- d 資本金の額により管理できる共同住宅の規模が限定される（例・2万所帯以上の共同住宅については甲種で5億ウオン、乙種で1億5000万ウオン以上の資本金が要求される。）
- e 一定の装備、技術能力が必要とされる。

3 管理者業の規制について

〈結論〉

分譲マンションの管理者について免許制度による業法を立法化すべきである。

〈理由〉

(1) 現在の問題点

現行区分所有法は管理者による管理方式を前提としている。しかしながら、多くのマンションでは理事会による管理方式が採用されている。標準管理規約も理事会管理方式である。

しかしながら、区分所有者がマンション管理に不熱心であるところや、賃借人が大多数を占める投資型マンション、リゾートマンションにおいては理事会を構成することが困難であり、仮に理事会を構成したとしても形骸化しているところが多々見られる。このようなマンションでは区分所有法の原則に戻り管理者方式による管理が行われることが望ましい場合がある。

ところが、現在我が国では区分所有権を代理してマンションを管理すべき「管理者」を業とする専門職が存在しない。また、分譲後のマンションにおいては管理会社が管理組合が実態的に成立するまでの一時的に「管理者」とされていることが多く、区分所有者の利益として動くことが期待されている管理者と管理会社から発注を受ける管理会社とが同一であるという不合理な状況が一般化し、多くの弊害を招いている。

(2) 改正すべき点

「管理者」を業とする制度を確立し、かつ、区分所有者の信用を得るために保証金の預託を伴う免許制にすべきである。

この資格は、教育、経験、品行の面で適格性を有し、かつ、区分所有者の金員を預かる業務であるから、現実に業務を引き受けるには一定の保証金の預託を義務づける

必要がある。また、管理者の資格は自然人に与えられるものとするが、管理者を派遣することを業とする法人が出現する可能性も考えられるので、このような法人に対する規制も必要である。

また、管理者が自己の利益のために取引をすることは制限しておく必要がある。したがって、現在当然のように行われている管理業者の管理者就任は許されなくなる。

この制度の参考となるのはフランスの制度である。フランスでは管理者の資格要件として50万フラン（約800万円）以上の保証金が要求され、かつ管理費等の区分所有者から預託を受けている残高より常に上回っていなければならない。

アメリカでは管理者の制度はなく理事会管理方式で管理されているが、管理の専門家であるマネージャーが職業として成立し、多くの管理組合が委任している。このマネージャーについては公的資格制度はないが、CAIという民間団体が、一定の管理経験と研修を受けた者に対して「不動産管理専門家」(AMS)、「不動産管理専門職」(PCAM)という資格を与えている。

我が国においても、大規模な団地管理組合の場合などは、理事会管理方式を維持しながら、理事会の労力負担を軽減するために管理者資格を有する者を管理組合の事務局の責任者として委任するところも出て来るのではないかと思われる。

4 管理組合の法制度化について

〈結論〉

区分所有法において、法人格のない管理組合についても理事会方式による管理方式を明文化すべきである。

〈理由〉

(1) 現在の問題点

現行区分所有法は管理者による管理方式を前提としている。しかしながら、多くのマンションでは管理規約による理事会による管理方式を採用しており、法と現実の乖離が著しい。

そのため、区分所有者は区分所有法の適用について理解に困難が生じており、また分譲時においては管理規約では理事者制度が設けられていながら、管理会社が「管理者」に就任することが多いために、管理組合が実体化し理事者が選任された場合に、管理会社との間で紛争が生じることがある。また、通常管理規約では「理事長は管理者とする。」との規定を置くことによりその解決を図っているが、理事者と管理者が併存する恐れもないではない。

(2) 改正の方向

以上のような混乱を防止するには、我が国で行われているマンションの理事会方式

によるマンション管理の制度を区分所有法に取り込み制度化することが望ましい。ただし、管理者方式を廃する必要はなく、どちらの方式を取るかは区分所有者の選択に任せることとする。

例えば、投資目的のワンルームマンション、リゾートマンション等では区分所有者が不在であり、理事会を構成することすら困難であることが多く、このようなところでは管理者に管理業務を任せの方が合理的であると考えられる。

理事会方式による管理方式の規定は、現行区分所有法の管理組合法人の諸規定（第6節）をほぼそのまま定めることとなる。従って、現行区分所有法においては、まず、非法人の管理組合について規定し、次にこれが法人となった場合の法人管理組合について規定し、その次に管理者方式の選択に関する手続き規定及び管理者方式を選択した場合の諸規定を規定するという順序となる。

5 管理組合の当事者適格について

〈結論〉

建物の共用部分、敷地の維持、管理に関する訴訟について、管理組合が当事者適格を有することを法律で定めるべきである。

〈理由〉

(1) 現在の問題点

建物共用部分、敷地の欠陥について分譲業者に瑕疵担保責任として損害賠償を求める訴訟において、現在の裁判所の考え方は、損害賠償請求権は各区分所有者の権限に属するもので管理組合に当事者適格はないとしている。理論的には瑕疵修補請求の場合も同様であろう（民法では売買契約の瑕疵担保責任において瑕疵修補が請求できないが、昨年成立した住宅品質確保法によりこれが可能となった（なお、住宅品質確保法では区分所有者の一人でも共用部分全体の修補請求ができると解されている。）。）

しかし、現実に共用部分の瑕疵の補修を実施する責任があり、実施するのは管理組合であり、分譲業者から得られた賠償金によって管理組合が瑕疵補修をするについて、これを請求できるのが個々の区分所有者で、しかも個々の額は専有面積割合の額でしかないとすれば、瑕疵補修に必要な全額を得られることは困難であり、しかも必ずしも個々の区分所有者が取得した賠償金を管理組合に交付するとは限らない。従って、現実の問題として管理組合が補修を実行することは極めて困難ということとなる。

マンションが第三者の行為により損壊を受けた（例えば飛行機の墜落、自動車の衝突等）場合の不法行為による損害賠償請求の場合も同様の問題がある。

(2) 当事者適格の承認

共用部分についての損害保険契約に関する区分所有法18条4項、26条2項、4

項と同様に、建物共用部分、敷地に関して各区分所有者において発生する請求権は、管理者が区分所有者を代理して請求することができ、訴訟における当事者適格を有するように立法化する。

なお、この場合、各区分所有者が、その権利を行使することは妨げられない。また専有部分に関する請求権は含まれないことは当然である。

さらに、売買契約に基づく瑕疵担保請求の行使については、契約当時の区分所有者しか請求できないという問題を解決するために、建物共用部分、敷地に関する請求権は区分所有権の売買において区分所有権とともに当然付随的に債権譲渡されたものとみなされるものとするを立法化しておく必要がある。

第7 復旧・建替えについて

1 復旧について

1) 買取請求の相手方（61条7項）

〈結論〉

買取請求を受ける側の区分所有者が一定の者に集中しないように限定すべきである。

〈理由〉

- ① 現行法では買取請求の相手方は制限されていないため、非賛成者から特定の賛成区分所有者に買取請求が集中する危険性がある（阪神大震災による補修に関し1人の賛成者に16人からの買取請求が集中した例がある）。このような場合には支払能力などの点で適正な対応ができないことが予想される。

同条9項により代金支払時期の猶予を求めることは可能であり、また、買取請求を受けた立場の譲渡などの方法も可能と考えられるが、それだけでは十分とはいえない。

- ② 改正の方向としては、買取請求の相手方は復旧賛成者の団体が指定した者及び承継人とし、買取代金の支払義務は賛成した区分所有者全員の連帯保証責任とすべきであろう。

2) 買取請求権行使の期限（61条7項）

〈結論〉

買取請求のなしうる期限を設けるべきである。

〈理由〉

買取請求権を行使しうる期限が定められていないため、権利関係の安定を欠くことになる。

買取請求は補修決議に賛成できない区分所有者が復旧工事から離脱するために設けられ、その結果、賛成者のみによる団体（組合）を構成して補修工事をスムーズに実現していくことを目指すのが制度目的である。

しかし、買取請求権を行使しうる期限が定められていないため、極端には、補修工事終了後も買取請求権を行使できることになるが、復旧工事等の手続の安定性を欠き、法の予定しないところと考えられる。

改正の方向としては、法63条4項と同様に、復旧賛成者から非賛成者に対して一定期間内に催告すべきこと、及び買取請求権も一定期間内に行使すべきとするのが望ましいと考える。

3) 「時価」の算定方法（61条7項、同条8項、63条4項）

〈結論〉

算定基準や算定方法を定めるべきである。

法61条8項は削除する方向で検討されるべきである。

〈理由〉

条文には「時価」との文言が用いられているが、その概念が曖昧であり、現場に混乱をもたらす原因となっている。

例えば、61条7項に関し、被災事例で、買取請求時を基本とし被災しなかったものとした場合の価格から復旧工事費など被災による減価分を差引いた額との考え方（大阪地判H10, 8, 25）や、被災しなかったとしての建物価格から本来のあるべき復旧費用を差引いた額との考えや、或いは、時価評価の基準時を買取請求時でなく例えば口頭弁論終結時とすべしとの考え方などが示されている。現場での混乱を避けるためにも、考え方に差の生じないことが望まれる。

また、「時価」に関する争いを阻止するために、「時価」を算定する公共機関を設けるなどの方法も検討されるべきである。

改正の方向としては、時価の算定方法、或いは少なくとも算定の基礎となる要素等の特定が望ましい。

また、61条8項は余りにも観念的であって、必要性及び実効性等に関しては疑問である。

2 建替えについて

1) 建替え決議の要件（62条1項）

〈結論〉

下記の要件を明確にする表現に改めるべきである。

- ア. 「建物の価額その他の事情」
- イ. 「効用を維持し、又は回復する」
- ウ. 「過分の費用」

〈理由〉

一般市民が集会を開いて決議をしていくうえで、要件の定め方が余りにも抽象的すぎるため、現場に不要の混乱が生ずる原因となっている。裁判の積み重ね等により具体化されることは期待しえようが、概念が曖昧なために、せっかく定められた要件が結局は無視されることになりかねない。

例えば、被災事例において、「建物の価格」についての考え方が、被災前建物価格、被災後建物価格、復旧後建物価格などと一定しておらず、「効用維持・回復」の内容も更に不明確である。過分の意味も甚だ曖昧である。

現場では、復旧に要する費用と再築に要する費用との比較や、復旧後の建物価格と再築した建物価格の比較が、復旧か建替えかを選択する大きな要因となっているが、法ではこの視点が十分ではないと思われる。例えば、アメリカでは復旧費用と再築費用を比較して前者が後者の50%以上の場合でなければ再築は認められないとされている制度があるのは参考となる。

改正の方向としては、「建物の価格」を定めるべき基準時や算定方法を明確にし、比較対照すべき事項を具体化し、また、「過分」に替えて、より具体的な割合を示す表現に改めるのが望ましい。

2) 建替え手続に協力的でない決議賛成者への対処方法

〈結論〉

建替え決議賛成者の建物明渡義務を明確にすべきである。

〈理由〉

建替え決議に賛成しながら明渡しをしないで当該住戸に居座り続ける区分所有者等に対し、どのような方法で強制退去を求めることができるか不明である。具体的な規定がなければ、賛成した区分所有者（及びその占有者）に明渡義務が生ずるのは所有権を失うときであり、それは取壊時としか考えられないが、それでは、結局、取壊しが実行できなくなるのではないか。

改正の方向としては、建替え決議賛成者の明渡義務は決議成立の際に発生し、明渡請求は建替え賛成者の団体が指定した決議賛成者及びその承継人が行使しうるものとし、明渡の時期は再建組合の集会で決定されるとしてはどうか。

3) 決議無効の提訴期限

〈結論〉

決議無効確認訴訟の提訴に期限を設けるべきである。

〈理由〉

復旧決議或いは建替え決議に関する決議無効の訴の利益については消極的な考え方も示されており、また、決議無効に関する提訴に期限がないため、復旧或いは建替えの決議が長期間不安定な状態に置かれることとなる。復旧や建替えは、いずれもマンションの区分所有権や日常生活に著しい影響を与えるのであるから、法的安定性、生活の安定などを考えれば、当然に期間制限を設けるべきではないか。更に、補修工事が完了した後や、建替えのために旧マンションが取り壊された後までも、復旧或いは建替え決議無効の訴が起こしえるのも実情を考えると疑問である。

改正の方向としては、決議無効の確認の利益の存在することを明確にするとともに、決議無効確認の訴は売渡し或いは買取請求期限の終期から一定期間内（例えば決議から最長で5ヶ月以内）に提起すべしとするのはどうであろうか。

4) 建替え決議後の区分所有者の地位

〈結論〉

建替え決議後の区分所有者の地位について、法律で明確にすべきである（条文の新設）。

その場合、建替え事業を目的とする団体（再建団体又は再建組合）の規定を置くとともに、大規模マンションの場合には再建組合の法人化の道を考慮すべきであり、あわせて再建組合員の権利の譲渡及びその承継人の義務の範囲等に関する関連規定も整備することが望ましい。

〈理由〉

(1) 問題の所在

区分所有法では、区分所有者を「区分所有権を有する者」と定義し（法2条2項）、区分所有権については「一棟の建物に構造上区分された数個の部分で独立して住居、店舗、事務所又は倉庫その他建物としての用途に供することができるものを目的とす

る所有権をいう」と規定されている（法2条1項、同1条）。

従って、区分所有権の対象となる物件が存在しなければ区分所有権は存在せず、区分所有権が存在しなければ区分所有者も存在しないことになる。

ところで、建替え決議が行われ、その決議に基づいて建物が取り壊された場合は、区分所有権の対象となる物件が存在しないことになり、区分所有権も存在しないことになる。すなわち、建物の取り壊しにより区分所有者は消滅し、残るのは土地の共有持分者たる地位だけであり、先の建替え決議が誰に承継されるのか不明であり、更には改めて土地の上に建物を建てるかどうかを、土地の共有者の協議（民法の共有の規定で処理）することができるのが問題となる。

なお、区分所有者の団体は、売渡請求権の行使（法63条）によって建替えに参加しない区分所有者を排除したときに消滅するとする見解もあり（稲本洋之助、鎌野邦樹「コンメンタールマンション・区分所有法」352頁）、その場合は取り壊しまでの建物及び敷地の管理は建替の合意に反しない限り区分所有法及び従前の規約の定めによると解している。この見解に立つてもなお再建を目的とした再建団体の法的性質をどのように理解するかの問題が残ることになる。

このように考えると建替え決議までは区分所有者による決議で決められるが、売渡請求権の行使（法63条）によって建替えに参加しない区分所有者が排除され区分所有者の団体が消滅したとき、もしくは一旦建物が取り壊されたために区分所有者の団体が消滅したときは、後に残る法的主体としては土地の共有者の団体のみが考えられる。そうすると、建替え工事を請け負った者は、建物が存在するうちは区分所有（管理組合）を相手方とし、区分所有者の団体が消滅した後（建物が取り壊された段階又は建替えに参加しない区分所有者を排除されたとき）は、再建団体の全員を相手方とするのかそれとも誰か代表者を相手方とすべきかが問題となる。

（2）被災マンション法との比較

被災マンションについては、被災区分所有建物再建等特別措置法（以下「被災マンション法」という。）が平成7年3月24日に公布、即日施行された。この法律では、区分所有建物が全部滅失した場合、敷地共有持分等を所有する者は再建の決議のための集会を開くことができると規定し（被災マンション法第2条）、敷地共有者等の団体の存在を前提としている。しかもこの団体は再建の決議を敷地共有者等の5分の4で決議できるとして、それ以外の一般的な議決も過半数でできるとし（被災マンション法第2条第4項）、民法の共有の規定を排除する特別規定を置いている。従って、敷地共有者等の団体は民法の共有者の規律ではなく、被災マンション法による団体を構成することになる。すなわち、被災マンション法は、区分所有建物が滅失したことによって区分所有者の団体が消滅した後も、一定の期間を限定して敷地共有者等の間に建物の再建を目的とした団体的関係が存在することを擬制しているのである。

被災マンション法による区分所有者の団体の名称は、区分所有者の場合は一般「管

理組合」といわれていることから「再建組合」と呼称する事ができる。

区分所有者の団体が消滅した後の再建団体もまた、区分所有建物の再建を目的として存在するのであるから、やはり「再建組合」ということができる。

(3) 結論

建替え決議が行われ、その決議に基づく建替え事業は建替え参加者の集団によって実施されるが、この集団は従前の建物の区分所有者団体とは次元を異にする別個の存在である（稲本洋之助、鎌野邦樹「コンメンタールマンション・区分所有法」352頁）。すなわち、この団体は「建替え事業を進める」という義務を負った集団であり、その法的性質は「建替という共同事業を目的とする組合契約に類似した契約」といわれており、組合契約の一種と見るべきとされている（稲本洋之助、鎌野邦樹「コンメンタールマンション・区分所有法」355頁）。

建替え（再建）を目的とする団体、すなわち「再建組合」がもし組合契約の一種であるなら、以下の通り民法の組合の規定が類推されるべきことになる（稲本洋之助、鎌野邦樹「コンメンタールマンション・区分所有法」355頁）。

① 業務執行

業務執行につき、各建替え参加者が執行する場合と各建替え参加者全員の委任を受けた業務執行者が執行する場合とが考えられ、各建替え参加者が執行する場合にはその意思決定は構成員の過半数によって行われる（民法670条第1項）。また、建替え決議の内容変更又は追加は全員の合意が必要と解される。その他の業務執行については民法の組合の規定が適用されると解される。

② 再建組合からの脱退

法務省立法担当者は、組合員の脱退、除名に関する民法の規定の類推適用はないとしている（濱崎恭生「建物区分所有法の改正」410頁）。しかし構成員の破産、除名を脱退事由と解すべきとする見解もある（稲本洋之助、鎌野邦樹「コンメンタールマンション・区分所有法」356頁）。

③ 再建組合への加入

各建替え参加者全員の合意があれば可能と解されている（濱崎恭生「建物区分所有法の改正」411頁）。

④ 再建組合の解散

建替え事業の成功又はその成功の不能が確定したときは、再建組合は解散する（民法第682条）。その他解散については民法の組合の規定が類推適用されると解される。

このように、建替え団体である再建組合の法的規律につき、民法の組合の規定を類推するとしても、その解釈が確定しているわけではない。また、大規模マンションの場合には法人化を認めて業務執行の円滑化を考慮する必要も考えられる。さらには、再建組合員が区分所有権及び敷地利用権を譲渡した場合の承継人の義務の範囲をどうするか等の問題についても明確化しておくのが望ましい。このように考えると、民法

の組合の規定の類推という不確定要素を排除し、再建組合の目的である建替え事業の推進に適した明文を規定するのが適切と思慮される。具体的には下記事項を検討することになる。

- ① 業務執行方法に関する規定
- ② 再建組合からの脱退事由の明確化
- ③ 再建組合への加入事由の明確化
- ④ 再建組合の解散事由と解散手続の明確化とその手続規定の整備
- ⑤ 区分所有関係消滅後建替え迄の間の専有部分と敷地利用権の分離処分の可否に関する規定の整備
- ⑥ 再建組合員が区分所有権及び敷地利用権を譲渡した場合のその承継人の義務の範囲に関する規定の整備

2 区分所有法の適用範囲について

〈結論〉

老朽化と地震等による損壊の場合は別に規定すべきである。

〈理由〉

地震などにより損壊した場合には、緊急性や区分所有者の分散などの原因により、現行法に定められた復興手続は実態に則しておらず、甚だ使いにくい規定が少くない。

現行区分所有法の建替え手続等は老朽化の場合に適用されるものとし、地震や事故による損壊の場合は迅速処理などが可能な特別規定を設ける必要がある。

被災マンション法は参考になる。

第8 最後に まとめにかえて

これまで、現行の区分所有法に関し、改正すべき点について具体的な検討を加えてきたが、他にも同法の改正について考慮すべき問題点がある。

かかる問題点について具体的な提言をするまでに議論を詰め切れていないため、以下にその問題点のみを指摘するに留める。

- 1 現行の区分所有法は、第二章において「団地」に関する規定を設けている。しかしながら、その多くは第一章の「建物の区分所有」の規定を準用（読み替え）するものであり、かならずしも現実に即応しているとは言えず、実効性に乏しいと言わざるを

得ない。

- 2 現行の区分所有法は、区分所有建物を一元的にとらえ、一律に規定を適用することをその前提としている。

しかしながら、現実の区分所有建物は、もっぱら居住用としての使用を前提とするいわゆる分譲型マンションや、たとえば数者の企業が共同出資して建築する事業用ビル、さらには居住用マンションと営業店舗等の混在する複合型マンション等非常に多岐にわたっている。

このように多様な区分所有建物に対し、区分所有法を一律に適用することは無理がある、のみならず、現実には合致しない場合がある。

したがって、区分所有建物の形態ごとに、場面に応じ個別的な規定を設ける必要がある。

- 3 現行の区分所有法は、いわば民法の特別法として立法化されたものと位置付けることができよう。

ところで、たとえば分譲型マンションの場合で言えば、マンションの建築、販売、管理、補修そして建替えと、それぞれの場面において数々の問題があり、また紛争が発生している。これらの問題ないし紛争に、実定法としての現行区分所有法の規定のみでは十分に対処しきれていない。

もっと時間的、動態的視点に立った規定にする必要がある。とくにマンション等の復旧、建替え等についてはかかる視点が是非とも必要であろう。

また、区分所有者のみをその対象とするのではなく、その場面に応じマンションに関係する、たとえば分譲業者や管理会社等の関係者をも対象とする、法律の規定が必要であろう。区分所有法と一体のものとするか否かはともかく、宅建業法のような、いわば一種の業法も必要と考える。

- 4 マンションに関する種々の紛争解決のために、もしくは紛争の発生を防止するために、たとえば、非訟事件手続を新設するなどして、裁判所等の機関による後見的制度を確立すべきである。