

第37回 住宅・土地TF議事概要

日時：平成20年1月10日(木) 16:30~18:30

会場：永田町合同庁舎2階 第2共用会議室

議題：有識者からのヒアリング及び意見交換

マンション建替えの現場から見た建替え法制の課題について

出席者：○規制改革会議

福井主査

○ウェルブライト法律事務所

村辻 義信 弁護士

○戎・太田法律事務所

戎 正晴 弁護士

○国土交通省

住宅局市街地建築課 課長 橋本 公博 氏 (オブザーバー)

○福井主査 本日は大変お忙しい中、しかも遠方からおいでいただきまして誠にありがとうございました。本日は、マンション建替え問題に関する極めて高い御見識をお持ちの村辻先生と戎先生においでいただきまして、「マンション建替えの現場から見た建替え法制の課題」ということで、御自由に忌憚のない、特に法制度面の御意見を賜ることができればという趣旨でございます。

それでは、早速お話を伺いたいと存じますが、順序としては村辻先生から、意見陳述は15分くらいずつで当初30分程度お話をいただきまして、その後、両先生にいろいろ御質問させていただいたり、御経験を伺うということで質疑応答にさせていただきたいと存じます。では、村辻先生からどうぞよろしく願いいたします。

○村辻弁護士 村辻でございます。今日はこういう機会をお与えいただきまして誠にありがとうございます。つたない経験しか持ち合わせておりませんので、どれほどお役に立てるか不安でございますが、よろしく願いいたします。

まず、冒頭でおわびをしなければならないのは、先ほど新幹線の中で改めて御案内状を拝見しまして、冒頭でプレゼンテーションを15分から20分くらいということで、これは大変だと、プレゼンの資料を用意しておりませんでした。大変申し訳ございません。

○福井主査 結構でございます。頭の中に入っていらっしゃるいろいろな御経験をいただけましたら十分です。

○村辻弁護士 戎先生は恐らく的確な資料をお持ちだろうということで震えながらやって参りましたら、戎先生も御用意でなかったということで、弁護士というのはこういうものなどとさっき言っていたのですが、申し訳ございません。

私ども、日常、マンションの建替えの方にそこそこ関わらせていただいているわけでございますけれども、今日は規制改革の視点からとお聞きしておりますので、それに関して日ごろ思いますこ

とを申し述べさせていただければと思います。

まず区分所有法の62条の方でございますけれども、5分の4決議です。今、国土交通省さんの方でアンケート等をされておられると思いますが、その5分の4要件がどうだというのがそもそも一つの問題にはなっていると思います。ただ、私自身は区分所有法の中のほかの規定との関係でいくと、62条の5分の4要件を更に緩和するというのは、マンション建替えの現場にいる人間としてはやりやすくなってありがたいことではありますけれども、そんなに簡単でもないのかなというような気がしております。

それは、特に規約改正が4分の3ということになってございますので、それとの絡みでいくと規約改正が4分の3必要だ。そうだとすると、建替え決議は処分行為そのものではないですけれども、将来の処分を前提とするものでございますので、本来共有物で全員の合意でしか処分できないものを多数決でやる。そうなりますと、やはり5分の4というのは一つの合理性があるのかなというような気もいたします。

ただ、そんな中で1つ日常よく困りますのは団地の一括建替えでございます。これは、先生方も御承知のように、全体の5分の4だけではなくて各棟要件で3分の2が必要です。3分の2については、例えばこれが憲法違反なんだとおっしゃっている先生方は3分の2もおかしいということだと思っておりますが、各棟要件が実務でどういう場合に問題になるかといいますと、そこそこの規模の団地なんだけれども、その棟の中に10戸くらいしかない小さな棟がたくさん点在するようなケースがある。例えば、1つの棟で10戸しかない。これで3分の2でございますので、7戸の議決権の賛成が要る。

たやすいことではないかと一見は見えるのですが、古い老朽化マンションについては1つの棟で複数の住戸を持っておられる方がいらっしゃる。同じ棟で2戸持っている、3戸持っているという方が結構いらっしゃいまして、例えば10戸しかない棟でお2人の方がそれぞれ2戸持っているところで、その2人の方が反対だと。複数の住戸を持っている人の方が一般的にはいろいろな御意見をおっしゃいますので、私ども現場におりますと、高齢者とかいわゆる弱者の方が建替えに反対というよりも、むしろ資金力をお持ちの強者の方が反対というケースが多うございます。

そういう方々は等価交換あるいは権利変換で、還元率100%で自己負担は基本的になしでやろうという考え方が間違っている、皆それぞれ1,000万や2,000万ずつぐらい負担をして、余り高さも高くない、いい建物にしようじゃないかとおっしゃる方がよくいらっしゃいます。そういう方がたまたま10戸しかないところで、お2人が2戸ずつ持っている方がいるということになると、団地全体としては九十何%、100%近い合意になっても、その方々のために全くできない。建替え承認決議につきましては恐らく今のところまだ例がないと思いますが、非常に使いづらい内容にもなっている。

○福井主査 その棟だけ置いておいて、ほかの棟は全部建替えるということはやりにくいんですか。

○村辻弁護士 はい。土地全体が共有になってございますので、やろうとすると建替え承認決議ということになってくる。それが、なかなか建替え承認決議はそういう状況であると成立しない、成立し難い状況になります。

○福井主査 建替え承認決議の要件はどういうことですか。

○村辻弁護士 土地持分の4分の3です。ただ、建替え承認決議はそこだけを置いてやるということになると、今度はその棟のほかの人が納得しないということになりますし。

○福井主査 その棟のほかの方は、議決権としては4分の3の中に入り得る人たちですか。

○村辻弁護士 自分の棟が結局変わらないわけでございますね。そういう中で置き去りにしてできるのかという問題がありますし、仮に議決権ベースでいけたとしても、団地のど真ん中にそういうところがあって、古いものをそのままにして周りだけやるということは現実問題としては非常に困難かと思えます。

○福井主査 端の方だと、取り残してやるということはできなくはないですね。

○村辻弁護士 建替え承認決議が成立してということであれば、不可能ではないということにはなります。ただ、実際はそういうことで団地全体の九十何%でOKなんだけれども、たまたまその棟で2戸持っている人が2人反対したら、もうそれで一括建替え決議はおしまいというような事態になる。それを恐れて、なかなか建替え決議の方に踏み切れないというケースはよくあると思えます。

○福井主査 建替え承認決議は土地の持分の4分の3だけでよろしいんですか。人数はよろしいわけですね。その4分の3で、1棟だけ反対者が多いところも巻き添えにして建替えをするという承認決議をすれば、それは有効なわけですか。

○村辻弁護士 はい。ただ、建替え承認というのは周りをやるということになりますので、その棟が残ってしまうので。

○福井主査 その棟を道連れにすることはできない。それは、さっきの棟ごとの3分の2が絶対的にかかってくるということですか。

○村辻弁護士 はい。ですから、その棟と一緒にやろうというのは、まさしく70条の団地一括建替え決議でございますので、それをするためには3分の2が絶対的に要る。そうすると、極端に言うところの棟は全員賛成であっても、たった1つの棟で2戸持っているお2方が反対ということになると、一括建替え決議ができない。仮にその棟だけ残してということができたとしても、現実問題としてデベロッパーはそういう状態ではとても事業協力者ということにはなってくれません。

○福井主査 その団地の一連の5分の4、3分の2、4分の3というのはいつできた制度でしょうか。

○村辻弁護士 これは平成14年の区分所有法の改正でございます。

○福井主査 14年ということは、過分費用要件を取り払ったときと同じでしたか。

○村辻弁護士 そうです。そのときです。

○福井主査 そのときには、今のような1棟だけ置き去りになると実質的には止まってしまうという問題点の議論はされなかったんですか。

○村辻弁護士 私はそのときの立法過程には関わっておりませんので、現実に議論がどこまでなされたのかはわかりませんが、そもそも一括建替え決議という制度自体がなくて、それまでは62条だけでございました。それを一步踏み出してということなので、置き去りにしてどうということろまでは到底いけなかったということではないでしょうか。

○福井主査 今のようなケースですと、団地一括建替て決議の条文がないところは、とにかく全体で面積と人数の5分の4さえ取ればできたわけですか。

○村辻弁護士 それはできなかつたんです。全体ではだめなので、実は私は平成8年に日本で最初の建替え決議を、現在私が住んでいるところでもあるのですが、千里の桜ヶ丘住宅というところでやりました。それは、建替て決議自体が初めてでございましたし、当然団地建替えとしても初めてでございました。

そのときに、では一体どうするかということで考えましたのは、それぞれの棟で5分の4を同じ内容の、もう少し申しますとそこは12棟で272戸ございました。それを7棟構成の新しいものにしなせうと。ですから、土地の利用関係等が全く異なってしまいますので2つ議論がございまして、そういう形でやる場合には従来の建物と同じようなものを同じ場所に建てるということであれば、それぞれの棟で62条決議をすればできないわけではないだろう。しかしながら、12棟を7棟にするとか、土地の利用関係が全く変わってしまうということになると、民法の共有理論からいくと全員合意でないといけないのではないかという議論が1つございました。

ただ、私どもが考えましたのは、それぞれの棟で同時に62条決議が成立すれば、それに対して反対の人はそれぞれの棟で売渡し請求権を持っていると排除できるわけですから、それぞれの棟で同じ内容の建替え決議を62条でやればいけるということでした。その当時、相当勉強したつもりだったんですけども、我々というか、私のメンバー全員で考えてそういうことでやりました。

その後、更に勉強を進めましたところ、元裁判官の濱崎判事が、いみじくも、かなり前にそういう論文を書いていらつしゃった。それぞれの棟で62条決議をやればいけるのではないかということ論を論文で書いていらつしゃいました。だから当時、平成14年の区分所有法の改正で団地一括建替え決議の制度ができる前はそういうことで、各棟ごとに5分の4は必要だった。それでいきますと、今の団地の場合に複数の反対者がいると、到底5分の4はおろか3分の2もだめですから、結局一括建替え決議が適用できないということになると62条で各棟ごとにやることもできませんので、団地全体が建替えをすることができない。

○福井主査 その前には、棟ごとだというのは明文上明らかだったんですか。

○村辻弁護士 ありませんでした。

○戎弁護士 「棟ごと」という明文はありませんが、66条での準用がないので棟ごとだという解釈だったのです。

○村辻弁護士 区分所有法の団地の規定は単棟型のマンションの規定を準用していますけれども、その準用条文の中に62条が準用されていないので、団地全体での62条決議というのはできませんという反対解釈です。

○福井主査 14年以前もそういう解釈ですか。

○戎弁護士 14年以前がそうだったんです。

○福井主査 14年以前がまさにそうですか。その弊害をなくすために、緩める意味で5分の4を3分の2に引き下げたのが14年解釈ですか。

○村辻弁護士 各棟ごとですね。全体では5分の4だけでも。

○福井主査 棟の要件は緩めたということですね。

○村辻弁護士 はい。それが平成14年の改正になる。

○福井主査 とはいえ、いずれにせよ団地型ですとある棟で1戸でも何か反対があるとほかも皆、道連れになるということは改正前後を通じて変わっていないということでございますね。

○村辻弁護士 要するに、それまではそれぞれの棟で5分の4の建替え決議をしなければならなかった。ところが、改正区分所有法の下ではそれぞれの棟での建替え決議は要らなくなって、全体の団地の決議で5分の4があれば基本的にいいです。ただし、その決議のときのカウント内容で各棟ごとのカウントもしなさい。各棟ごとに3分の2をクリアしていないとだめですよ。

○福井主査 全体の5分の4決議の内訳を見てみて、各棟ごとに面積、人数の3分の2を満たしている両方の条件が満たされたときに限って全体の建替えができるということでございますか。

○村辻弁護士 はい。正確に言うと、面積、人数というよりも、各棟ごとの議決権は規約で割と自由にできます。要するに、人数と議決権の3分の2をクリアしていればということです。

○福井主査 議決権の3分の2ということですか。頭数と持分権と両方ですか。5分の4の全体の方は、土地の面積と土地所有者の人数と両方ということですか。

○村辻弁護士 区分所有者の頭数と議決権で、全体の方は、その議決権が土地持分割合でいくということですよ。

○福井主査 土地の持分権の方は、人数要件はないんですか。というのは、5分の4の人数要件は団地の場合には……。

○村辻弁護士 通常の62条の場合には、そのマンションの区分所有者の頭数の5分の4、プラス頭数だけではなくて議決権の5分の4です。議決権については、特に規約で別段の定めがなければ、先生がおっしゃる面積ですね。床面積比の割合、この2つをミックスしてということになってございます。

一方で、では団地の方はどうかというと、基本的に考え方は一緒で、区分所有者の頭数の5分の4と議決権の5分の4、これは変わらない。ただし、それは全体でございます。そのときに、この議決権が建物の床面積比ではなくて、土地の共有持分の割合の5分の4というふうに変容されています。

○福井主査 団地の場合は区分所有面積ではなくて、土地共有持分権で議決権を数える。その違いでございますね。

○村辻弁護士 はい。議決権の基準が違うというだけです。そういう中で、全体の5分の4だけではなくて、各棟ごとに3分の2をクリアしていないとだめだ。ところが、さっき申しましたように小さな棟があります。

○福井主査 小さいところだと、大数の法則は成り立ちませんからね。

○村辻弁護士 はい。そうしますと、そこでたまたま反対者が複数住戸持っているということになると、3分の2の要件を満たさない。

○福井主査 確かに非常に深刻な問題ですね。

○村辻弁護士 それで、実は私なりのあれなんですけれども、3分の2というのは残念ながら結構

実務ではそういうことで、たった10戸しかないとか、8戸しかないというところは、昭和42年、43年の公社公団の分譲物件には結構ございますので、実務上はかなりそういう障害が出てくる。

そこで、3分の2ではなくてこれを5分の3、つまり3分の2ということになりますと66.666と67%、結局は7割の賛成が要るということになりますね。そこを5分の3にすると6割になる。そこまで緩和していただけないだろうかというふうな思いは日常ずっと抱いております。

○福井主査 団地全体で5分の4に変えるとか、仮に5分の4が変われば3分の2に変えるとかだとまずいんですか。要するに、ある棟は全員反対かもしれないけれども、ほかの棟の区分所有者で議決権と人数の両方の要件をクリアしていれば、団地全体で道連れにする。それは何か支障がございませうか。

○村辻弁護士 棟別要件を取り払ってしまうというのも、それはそれで一つの考え方だとは思いますが。考えだとは思いますがけれども、団地の中の区分所有建物はそれぞれどうなっているかという、独立した区分所有建物なので、本来例えば2棟、団地の中にA棟とB棟があるとすると、B棟の建物に関しては本来A棟の人は全く権利を持っていない。土地だけを持っている。その全く権利を持っていない人たちが自分の権利のない建物についてそういう決議ができるのかという問題はあろうかと思えます。

その辺りを考慮して、14年の改正のときには各棟の要件を無視するわけにはいかななくて、団地全体は62条と同じ5分の4でいいでしょう。でも、各棟ごとにやはり一定の多数は要るよね。では、それをどう見るか。3分の2くらいでいいんじゃないですかというのが落ち着きだったかと思えます。

○福井主査 まさにその場合、おっしゃるように事業のど真ん中にある反対者の棟があるような場合は、公共事業における1坪地主反対運動みたいな絶対的な交渉力を必ず持ってしまいますね。ということは、いかにほかの利益が大きくても、ある特定少数の方が絶対的な拒否権を持ってしまって天文学的な交渉力を保持する。それは不合理ですね。

○村辻弁護士 そうですね。

○福井主査 わかりました。勉強になります。

○村辻弁護士 それから、実は一括建替え決議をいたします前提としては、土地と建物を1つの団地管理組合が管理するといった団地管理規約の存在が70条で絶対的な要件にされています。

ここについてなんですけれども、現行の区分所有法では団地管理規約はどういうふうに設定するかと申しますと、土地については団地全体の土地持ち分割合をベースにする議決権の4分の3でOKです。ところが、個々の建物についてはどうかというと、個々の区分所有建物は個々の区分所有建物ごとに集会をして、その4分の3の特別決議、これは規約の設定改変が単棟型のマンションで4分の3だと区分所有法がしていることとそのまま同じことが求められているわけです。

そうだとすると、さっきのようなケースで古い団地には団地管理規約が実はないというケースが非常に多々ございます。そうすると、建替え決議をする前にまず団地管理規約を設定する必要があります。それで、全体では容易にできますけれども、その棟では今度は4分の3と更に建替えの場合よりもハードルが高い。4分の3ですから、75%です。そうすると、10戸しかないということになる

と8議決権の賛成が必要だ。2人反対をするのはまだしも、3人反対したらおしまいという状況になるので、非常に厳しい状況になってしまいます。

○福井主査 それは、管理規約が各棟ごとにすべてそろわないと全体の建替えはあり得ないと考えてよろしいわけですか。

○村辻弁護士 管理規約は全体の団地管理規約ですけれども、その全体の団地管理規約を設定するに当たって、建物については個々の建物ごとに集会で4分の3以上の特別多数で設定をする必要がある。

○福井主査 管理規約を個々の建物ごとに変えてはいけないんですか。

○村辻弁護士 個々の建物ごとの棟の管理規約は設けられますけれども、それがあっても区分所有法の70条は団地管理規約全体の一括の規約を要求していますので、それを設定するためには各棟ごとに、つまり区分所有建物は全部別だというふうに区分所有法は考えているので、各棟ごとに4分の3で設定の決議をなさないと。

○福井主査 団地管理規約は別に棟ごとではなくて、まさに棟の共通する利害に基づく部分を決めるわけですね。にもかかわらず、なぜ個別の棟ごとに必要だとされているのでしょうか。

○村辻弁護士 それは、区分所有建物はそれぞれ独立なので、本来その建物の管理というのはそこに権利を持っている区分所有者がその自治で決める。それをそうではなくて、団地管理規約の一括管理に服させるということは、自分たちではなくて全体の意思決定に服させしめようということなので、それをやるためにはまず自分たちで、その全体の方に帰属させましょうというか、管理処分権をゆだねましょうというためには4分の3は不可欠である。

なぜかという、1つの棟の中で規約を設定するには4分の3要りますので、規約を改正するにも4分の3要る。そうすると、全体に管理処分権をという団地管理規約の効力を受けようというためには、当然その4分の3が要るということになります。

○福井主査 とにかく意見が分かれたときには、4分の3を満たさない限りにおいては少数者の意思が常に優先されるということですね。

○村辻弁護士 そういうことにはなってしまうということですね。

○福井主査 新たに設定するときのそういう問題は余りないんですか。

○戎弁護士 68条という条文を満たさないにつくれないことが問題です。

○村辻弁護士 実は、今申し上げたのは、新たに設定するときのことです。

○福井主査 それは新築マンションでも同じ問題があり得るわけですか。

○村辻弁護士 新築マンションの場合は原始契約をつくって、それをOKしない人には売らないということにしますが、皆OKをしますので容易にできると。

○福井主査 原始規約を改正するときには、常にある棟が満たさない場合に全体の大多数の意思と衝突することは起こり得るということになるわけですか。

○村辻弁護士 改正の場合には団地全体の4分の3でよろしいんです。

○福井主査 ない場合の設定ですね。

○村辻弁護士 そうなんです。昔の58年改正前の状態はどうなっていたかという、規約を設定す

るのは全員合意ということになってございました。そういう問題もあるので、あるいは余り認識はされていなくて、団地については2つのパターンがございます。

団地管理規約というふうな名称が付いていない単棟型の管理規約で、実は団地の土地全体と団地の中の区分所有建物全部を一つの管理組合が管理するというタイプの規約がまず1つあります。それは、言葉上は単棟型であっても、実際は団地管理規約になっている。したがって、その設定について団地全体のOKがあれば、つまり昭和58年改正よりは前は全員合意でございましたから、全員合意が立証さえできれば、実は団地管理規約は当初からあった。では、それを改正しましょう。何か不備があるから改正しましょうということであれば、団地全体の4分の3で済む。

ところが、そういう規約ではなくて、土地については団地の管理組合が管理するけれども、それぞれの棟はそれぞれの棟で管理というふうに明記してあるケースが非常に多うございます。それは、土地についての団地管理規約はあるんだけど、建物については団地管理規約はない。とすると、これは改正ではなくて全く新たに建物部分については団地管理規約を設定することになる。それについてはそれぞれの棟の4分の3が必要になってまいります。

そうすると、結局さっきのようなケースでいくと反対者、つまり10戸しかないところで3名の方が反対すると団地管理規約が設定できない。団地管理規約が設定できないということになりますと、70条の一括建替え決議制度は使えませんので、結局建替えができない。

○福井主査 団地管理規約の統合と設定要件が問題になったのも、14年改正以降なんですか。それ以前からあった問題ですか。

○戒弁護士 問題としてはそれ以前から存在していたのですが…。

○村辻弁護士 そうなんです、議論というか、実務上問題になっているのは最近のことで、70条ができてからです。

○福井主査 それまではそもそもできなかったからということもあるんでしょうね。

○村辻弁護士 はい。70条が団地管理規約の存在を要求しているのです。

○福井主査 実際に58年以前のもは、そういう個別棟についての団地管理規約が存在しないとみなさざるを得ないケースが多いということですか。

○村辻弁護士 日本全体ではどうかかわからないですけども、かなり多いのは間違いないです。

○福井主査 団地のときに全体で土地共有という形の団地型にするというのは、逆にいつそのこと棟ごとに敷地も分離してやっておけばそれぞれの棟ごとの完全な自治になるわけですが、そういうふうにしたことの反省が最近の新築マンションで表れているとか、あるいはどちらの方が合理的なのかという辺りはどうお考えでございませうか。もちろん大きな敷地のど真ん中に邪魔になるようなものができて、そこが自治管理だとかえって支障があるということがあるかもしれませんが、一定のロットごとに独立した区分所有建物としておけば、よそを道連れにしないで小集団の中で自治的にいろいろできますね。

昔は団地で公団などだと一括でやっていたのが、むしろ支障があったという反省があってそういう分権的な方向にいつているのか。それとも、そうでもないのか。あるいは、どちらを合理的とお考えになるかというのはいかがでしょうか。

○村辻弁護士 確かに余りにも巨大化すると、その全体で運命共同体みたいになっちゃいますから、適当なところで区切る必要はあるんだと思います。しかしながら、それが逆に今度は余りにも小さいと、スケールメリットがないのでそもそも建替えが今度はできないということなので。

○福井主査 大き過ぎても小さ過ぎてもいろいろ問題が生じるということですね。

○村辻弁護士 そういう気はいたします。私が思っていますのは、例えば規約の設定そのものは一般的に設定変更は4分の3でいいとしても、団地の中の団地管理規約の設定についての各棟要件というのは、例えばこれも4分の3ではなくて5分の3くらいに緩和するとか、そういう形でできないかなど。そうすると、団地の建替えは、よりやりやすくなるかなという思いは持っております。

○福井主査 棟ごとの管理規約の問題は、団地のときにだけ発生すると考えればよろしいですか。實際上、単体のマンションでは余り問題にならないと考えてよろしいですか。

○村辻弁護士 はい。

○福井主査 例えば5分の4議決をクリアしても、何らかの形で規約改正が一般的に必要なというわけではないわけですか。団地管理規約の不存在の場合にだけ問題になるというふうに考えればよろしいですか。

○村辻弁護士 そうです。団地管理規約としてのものがない。法的に団地管理規約と評価することができないという規約しかない場合にだけ問題になる。区分所有法のところで、規制緩和の視点からというふうに私が日常よく思いますのはそんなところがございます。

あとは円滑化法のところでございますけれども、これは3つほど日ごろよく思います。1つは、そもそも円滑化法の在り方とか、その辺りに関係するんですが、建替え決議が成立しました。そうすると、事業のやり方としては等価交換契約でやっていく方法と、円滑化法の適用を受けて権利変換でやっていく方法がございます。それで、円滑化法はやはり強制的な権利変換を認めるものなので手続きがきっちりしておりますし、相当ボリュームのある内容になっている。

実務についている人間からすると、等価交換契約の方が簡単なわけがございますね。等価交換契約ですと、デベロッパーと地権者との間で等価交換契約さえすれば、一たんそれで権利がすべてデベロッパーにいくので自由にできる。そして、区分所有者は逆に言うと契約をして明け渡したら、あとはもう気楽で何もしなくていいという状況になるので、皆さんがそういう方向でスムーズに等価交換契約をしてくれるというケースについては、むしろ等価交換方式でやる方が楽ということになります。

ところが、等価交換方式でやったときに、例えば全体で100人いる。建替え決議には皆、賛成した。あるいは、反対の人は売渡し請求で場外に行っていた。あとは建替え賛成者だけ、建替え参加者だけとなっても、そこでたった1人の人が等価交換契約を締結しないということになると、これは契約の締結を強制することができないですから、区分所有法の64条に、建替え決議が成立すればその決議の内容に従って建替えをやりましょうねという合意をしたものとみなすという規定はございますけれども、かと言って現実に等価交換をやるためには契約が必要で、区分所有法はその等価交換まで合意ができたんだ、等価交換契約ができたんだというみなしまではしていません。そうすると、たった1人の方が反対するともうできないという状況になってしまう。非常にリスク

一な状況になります。

そういうリスクをヘッジしたいということであれば、これは円滑化法の適用でいくしかない。ところが、円滑化法の適用を受けるということになりますと非常にボリュームがあって、なおかつ本来多くの地権者は自分が主役になって何でもかんでもやりたいというのではなくて、できるだけ楽にやりたい。本音を言うと、そういうところがございます。

そういう中で、この厳格な円滑化法の適用というのは、実務上は負担になることはなる。でも、強制的な権利変換ということになるとやはり一定の厳格性は必要になってくるので、円滑化法の制定過程ではそういうことを御配慮になって今のものができていると思いますので、そこをどうするか。

私どもからしますと、マンション建替えは社会的な有用性というものを私は非常に感じておりますので日常やっているわけですが、しよせんと言ったらあれですけども、民の中の小さな部分社会のことである。そうすると、強制的な権利変換と言っても、もう少し円滑化法の内容と、それから実際の運用と双方を緩和できないか。例えば、組合の設立認可一つでも縦覧期間を設けて関係者に意見陳述の機会を設けるという形がある。これが再開発というのであれば公共性が高いのでそういう必要もあろうかと思うんですが、それが団地にせよ、民間のマンションの部分社会の中のことなのに、縦覧とか、関係者の意見陳述の機会とか、そこまで保障する必要があるのかどうか。それから、定款あるいは事業計画の中身も、現行の円滑化法ほどに厳しい内容にしておく必要があるのだろうかというところは、多少どうなのかという思いはございます。

私ばかりしゃべってもあれなので、あとは簡単に申しますと、今のがそういうことで、そもそも等価交換でいく方が楽なんだけれども、リスクなので円滑化法、でも円滑化法はなかなか負担が重い。したがって、それをもう少し緩和していただけないだろうか。これが1点目です。

2点目は借家人同意の問題でございまして、円滑化法では権利変換のときに借家人の同意がやはり不可欠です。それは、借地借家法との関係などで致し方なかったんだという御説明を立法担当者の方からもちょうだいしましたし、それはよくわかるところなんです、これが非常に重い。それで、まだ期間の定めのない借家権でしたら解約の申入れをして6か月でおしまい、そのときに正当事由があるかないか、建替え決議が成立していると裁判所としては正当事由を認める方向で、実際にはほとんどのケースは認めると思いますので余り心配はないかもしれません。

しかしながら、長期賃貸借、長期と言いましても期間の定めのない賃貸借に比較しての長期と申しているのですけれども、3年とか5年とかという賃貸借があれば、その間は絶対に解約ができない。絶対解約ができないというふうに保障されますので、たまたまそういう借家人が権利変換に同意をしないということになりますと、事業はそこで頓挫する。

実務上、今まではどうしているかという、すべて借家人と交渉して立退き料をお支払いして出してもらっているというのが実情です、今までのところはそれでうまくいっております。しかしながら、非常にうるさい借家人さん、あるいは悪意を持った借家人さんが架空の借家権ではなくて本当の借家権で長年住んでいて、おれはここから出ていかないぞと言われてしまうと、それは非常に大きな負担になってしまう。

私は、個人的には円滑化法で権利変換計画について同意をしない借家人については、借家権消滅請求制度みたいなものを設けられないものかと前々から思っております。当然応分の保証金は必要ですし、明渡しの期間も要る。借家権より本来権利が大きいはずの区分所有者に対しても売渡し請求ができる、強制的に、ある意味、排除ができる、そういう中で借家人さんは一切排除できないというのはいかがなものなのか。戦中戦後と違って、今は借家も余っているような状況ですし、ここは何とかならないのかなということです。

3番目は、よく言われている抵当権の移行措置のところでございますけれども、損害を与えないようにする措置を講じなければならない。その中身がマンション再生協議会の法的課題検討会で戎先生とも何度もお話をしましたけれども、今のところ適当な解決策がない。つまり、保険制度でもあればいいんですけれども、そこはいかがなものなのか。むしろもうちょっとドラスティックに抵当権は新しいものに移行するんだとか、できないかとか、難しい問題です。そんなことを日常、考えております。

長時間になってしまいましたすみません。

○福井主査 ありがとうございます。それでは、戎先生よろしく願いいたします。

○戎弁護士 かなりの部分は村辻先生が述べられたんですけれども、まず単棟型のマンションです。規制緩和の関係から言いますと、37年法の下で全員一致であった建替えが58年法で初めて5分の4という、要するに全員一致ではない多数決（特別多数決）ということのできるようになったわけです。しかし、単純な議決要件ではなく「費用の過分性」という客観的要件プラス5分の4という議決要件が定められていたために、不明確な客観的要件自体が紛争要因になってしまい、その解釈をめぐって阪神・淡路大震災の際に訴訟が多発しました。それではいけないという観点から、平成14年に客観的要件を削除して5分の4以上という単純な議決権要件のみで建替えができるようにしたわけですね。そこで、この5分の4という議決要件をより緩和することが必要なのかどうかということですが、客観的要件を削除しただけで相当有用な制度にはなっています。というのは、5分の4以上の賛成がある場合に「費用の過分性がない」ということで訴訟をするというようなことは現在ではできません。手続の瑕疵に気を付けつつ80%以上取ればいいということになっていますから、その限りでは無意味に長くかかる、費用が過分かどうかの立証のため原被告双方が修繕費用についての業者の見積書を出し合うなどという無内容な訴訟が展開されるということにはなっていないんです。

ただ、それでも、5分の4以上というのはハードルが高いだろう。これを緩和するともう少し建替えが進むんじゃないかということになるわけですが、先ほど村辻先生もおっしゃられたんですが、実務的な感覚だと、確かにこれが4分の3以上になればある意味で楽は楽なんです。反面、これを緩和して、例えば過半数で可決できるとした場合には、例えばデベロッパーが建替えに入る前に売渡し請求で半分も買い取らないといけない。そういうお金をその時点で用意しておかないといけないということにもなるわけですが、それはやはり大変だという事業者サイドの声があります。余りにたくさんの売渡し請求対象者を抱えるのは事業面でノーということです。それから、現実にはやはり5分の4ぎりぎりですべて決議をしているかということ、これまた決してそうではあ

りませんで、8割で建替えをしていこうということ自体、かなり無謀に映るんです。2割に売渡し請求することを想定しなければならないからです。やはり全員合意を目指し、でき得る限り少ない数の反対者というところまで持っていくのでなければそもそも決議をしない。そういう意味では、5分の4という数値自身に問題があって進まないというよりは、もっとほかのことで合意が整わないという方が多いのではないかという気がします。

それから、売渡し請求は、条文上、建替え決議に賛成しなかった者に対して、あるいは催告を受けて賛成者に回ってこなかった者に対してということなんですけれども、これも先ほど村辻先生から出ていましたが、賛成をした上で等価交換型のような事業の場合には契約を拒否するというような形で「賛成せる反対者」という人たちが出てくるんですね。この者に対しての売渡し請求というのは条文上はないわけです。一旦は賛成されていますから。ただ、これは実務の工夫で、実際上はこの人は賛成を投じているけれども、あるいは催告で賛成に回ってきたけれども、振舞いを見ていたら実は反対者だということで、裁判所は反対者だと認定した上で賛成票を投じた者に対する売り渡し請求を認めたりもしてきていますから、ここは解釈で何とかなるとはいえ、円滑化法を使わない手法を採用した場合には、その点はやはり現実には契約をしないなどという人が現れると、たちまち困ったことになる。この状況は現在でも変わらないです。

それから、円滑化法上の課題は先ほど村辻先生のおっしゃったとおりでございます。何より権利変換計画への借家人の同意権ですね。これが、抵当権者等の担保権者の同意見と違って一切の例外がない。絶対的な同意権なんですね。国連五大国の拒否権みたいなもので「同意しない」と言われてしまえば終わりという話で、担保権者などとは異なり、同意を取れない相当の理由があって損害を与えない措置を講じておれば同意を得なくてよいということにはならないわけです。しかし、果たしてそこまで借家権に強い権利保障を与える必要があるのか。というのは、補償金をもらって転出するか、あるいは存続する再建後の建物の部屋に新しく借家権が移行していくか、どちらにしてもそれだけで既に保護されているんですね。それ以上に、事業（権利変換）計画そのものへの同意権を与える必要まであるのか、そもそもどうなのかという議論があると思います。

ただ、都市再開発法でも同じような規定があって、より公共性の高い事業での借家権ですら同意権というような格好で保護している。そうすると、より公共性の低いマンション建替え事業で、再開発のレベル以下に借家権の保護を下げられるのかという立法上の議論があります。おそらくは再開発よりも保護のレベルを下げる理由を見出せなかったため、マンション建替え円滑化法の場合も借家権の保護が再開発の場合と同じような形で残ったのだらうと思います。しかし、実際にはどうかというと、所有者は反対しても売渡し請求で強制的に所有権を失うという話になっていくわけですが、借家人が絶対の拒否権を持っているということになりますと、自分は建替えには反対だという区分所有者は、自分は反対しても5分の4以上取られたら売渡し請求を受けておしまいですから、借家人を入れて借家人に反対をさせればいいわけですね。円滑化法を使う建替えを計画していることがわかっていれば、そういうような作戦で建替えを阻止することもできるわけです。そういうようなことをやられると、かなりしんどい話になってくるんですね。先ほど借家権の内容によっては解約申入れが許されれば権利を解消できるわけですから、ただ、それとても裁判を待たなければ

ばだめかもしれないわけです。私は、借家権ははっきりと保護しすぎだという感じを持っています。

○福井主査 円滑化を使わない場合、借家の期間途中で建替え決議になった場合の処理というものは何か関係しますか。

○戒弁護士 円滑化を使わなければ結局、先ほど言ったように正当事由の問題が出てくるわけですね。借家権の解約申入れ云々です。

○福井主査 期間途中の正当事由というふうに理解すればいいんですか。

○戒弁護士 期間途中というのは先ほど言ったように、そもそもその借家契約がいわゆる定期借家のようなきちんとした期間を持った通常の期間の定めある借家契約なのか、それとも期限の定めのない借家契約なのか。そういった契約の性質によって先ほど村辻先生のおっしゃったように変わってきます。

○福井主査 普通借家の3年契約があって、1年目くらいで建替え決議があったとしますね。それは、どういうふうに処理されるんですか。円滑化ではなくて普通の単体の建替え決議だけがあった場合は。

○戒弁護士 建替え決議があったというだけでは、別に何もありません。建替え決議自体は借家人を何ら拘束するものではありませんから。何とか合意で出て行ってもらおうとすることになりますが、合意による解約ができなければ、正当事由がないと判断されると更新拒絶はできません。やっかいなのは、法律的には、建替え決議の存在自体で直ちに正当事由を満たすわけではないという解釈が一般的だという点です。

○福井主査 3年期間の普通借家の1年目での建替え決議で、建替え決議直後に明渡し請求するというのは。

○戒弁護士 3年と完全に定期で契約していたら、2年間は法的に請求できません。

○福井主査 正当事由は、一旦まがりなりにも決めた期間が終了しないと絶対に正当事由の問題にはならないということですか。

○戒弁護士 はい。要するに、更新をしないということについて正当事由とはしません。

○福井主査 例えばぼんやりした大家が当初の期間を20年とかで普通借家を決めてしまっていたら、20年間は借家人が嫌だという限り、何があってもマンション建替えはできないんですね。

○戒弁護士 20年にする人はいないからいいんですけれども、理論上はそういうような話になりますね。

○福井主査 結構恐ろしい話ですね。

○戒弁護士 そうです。だから2年くらいずつで契約はしているはずなんですけれども。

○村辻弁護士 従来はそういうことで2年くらいというのが普通の住居系の借家では多うございましたけれども、定期借家の制度ができてむしろ延ばすケースはあります。

○福井主査 定期借家で延ばしたとしても、大家との関係ではそれでいいかもしれないけれども、大家と借家人の利害を超える棟全体とか団地全体の利害に関するときに、そこだけは絶対だというのはバランスが悪いということですね。確かにそのとおりですね。

○戒弁護士 いずれにしても円滑化を使う、使わないにかかわらず借家権の問題というのは依然と

して大きいし、この部分に関しては実は全然手当てされていないわけですね。平成14年の区分所有法改正の際にも。

○福井主査 平成14年のときには議論はありませんでしたか。

○戒弁護士 正確ではないかもしれませんが、検討課題に一瞬なったけれども、借地借家法制もあるということで区分所有法の中に書き込むことではないという形で結局落ちてしまったと理解しています。

○村辻弁護士 立法過程に携われた方がおっしゃっていたのは、確かになったんだと。借家人がそういうイニシアチブを持つようなことはいけないんじゃないかと。ただ、今のこの状態の中で国会にそれを出しても、とてもじゃないけれども認められないだろう。つまり、先生がおっしゃった借地借家法制全体に関わる問題なので、時期尚早で借家権問題はそのままいくしかない。

○福井主査 所有者より借家人の方の権利が強いというのはおかしいですね。それは、マンションに住んでいる人から見れば切実な問題ですね。1人の借家人のせいで命を奪われるかもしれないということですから。

○戒弁護士 多数の区分所有者の財産権行使に対して1人の借家人がブレーキをかけられることになります。

○福井主査 自己抑制し過ぎましたね。あのころは国土省、建設省が法務省と一緒にやっていたが、橋本さんはいらっしゃらなかったんですか。

○橋本課長 私はそのころは……。

○福井主査 私は勉強に多少参加していたけれども、そういう細かい議論は覚えていないですね。

○戒弁護士 平成14年の改正のころでしょうか。

○福井主査 その前か、円滑化法をつくったころですね。

○戒弁護士 14年ですね。ただ、もともと借地借家法にしても、区分所有法にしても完全に法務省オンリーの所管事項なんです。国交省さんのマターではなかったのです。したがって、本来この改正も法務委員会にかかるはずなんです。ところが、司法制度改革の関係で法務委員会が手一杯だったことと円滑化法の一部改正もあるということで区分所有法の改正も国土交通委員会で審議することになったんです。そこで、後で言いますけれども、その段階で突如70条が付け加わってしまったのでちょっと問題が起きているという話です。

○福井主査 円滑化法の制定が14年ですね。過分費用要件が取れたのはもうちょっと後ではなかったですか。

○戒弁護士 同じ年の年末です。

○福井主査 円滑化法の直後でしたけれども、同時じゃないですね。

○戒弁護士 円滑化法は平成14年に制定されて、平成14年に改正されているんです。6月と12月です。

○橋本課長 だから、別の国会ですね。

○福井主査 何で改正したのですか。

○戒弁護士 70条の団地建替制度が区分所有法で取り入れられたので、団地建替に関する規定

が円滑化法に入ったんです。

○福井主査 建替え決議が変わっているところは、別に円滑化法には影響しないわけですね。そこはそのまま引っ張ってきているから。

○戒弁護士 そのままです。

○福井主査 14年の夏から年末にかけて、過分費用のところは直したですね。

○戒弁護士 そうです。それで、年末に通ったんです。

○福井主査 それで、その直前に円滑化法は通っていた。だけど、そのときには借家人の議論はよけて通ってしまっているということですね。ただ、円滑化法だけでなければ、区分所有法でも共通する問題ですね。要するに、期間途上の借家権は絶対的だという点では同じことですね。

○戒弁護士 借地借家法制があるので借家権をどうするかという問題は、建替え法制の中だけでなく、借地借家法も含めた全体の中で扱わないとだめだろうというのが見送られている大きな理由だと思います。

○福井主査 ただ、それは大家からの申入れの解約権の強弱の問題ではないから、所有権に対する制約と借家権に対する公共的制約をどういうふうにバランスさせるのかということから別途考えて差し支えない問題ですね。

○戒弁護士 ええ。円滑化法の中にも行政庁の建替え勧告が認められる危険・有害マンションまでいきますと、借家権に正当事由の適用なしというのは書いてあるんです。そこまでいくとですね。

○福井主査 その場合も期限が長く、20年で仮に設定されていたら、危険有害でもその間は絶対ですね。それはやはりおかしいですね。

○戒弁護士 ただ、あちらの場合にはいろいろな転出のための保護とバスター（居住安定化計画の策定と引き換え）ですから。

○福井主査 再開発はちょっと違うのかもかもしれませんが、土地収用の場合などは借家人の権利は非常に弱いんです。収用の場合は、基本的には移転費用を算出するときに借家人の、要するに権利保障ではなくて移転費用なり通常に生じる損失の一環としてもらえるだけで、しかもその正当事由の対価としての立退き料などよりはるかに安い。用対連基準などでもせいぜい数か月分で、収用があったときにはまさに財産権の公共的制約に簡単に服する建て前になっているわけです。それと比べてもマンション建替えの場合はバランスが悪いというのは、実は過分費用要件のときにも多少そういう議論がありました。

○戒弁護士 マンション建替え事業というのは公共性が低い。個人が個人の住宅をやり換えているだけだというような基本的発想だと、私権の制約を伴う思い切った制度は導入できないんです。円滑化法をつくるときも議論をかなりしましたけれども、マンション建替えというものの公共性というのは一体どの辺まであるんだろうかというそもそも論が非常に難しかったというような当時の記憶があります。

○福井主査 1団地50戸の住宅をつくるというだけの、要するに50戸以上入っている住宅であれば、今の土地収用法でも収用権まであるんです。ということは、多数が集まって住む、特に共同住宅というのはそれだけで公共性ありだということ、今の法令でも前提にしているのです。

○戒弁護士 そういうふうに公共的な性格を強く押し出せるのであれば、要するに権利を制約する理由がそこに見出せるわけですからやりやすいんですけども、なかなか踏み切れなかったというのが円滑化法をつくるときもありました。

○福井主査 多分、うんと詰めた議論というよりは、そこまで詰めるのが面倒だったんでしょうね。

○戒弁護士 そこまでいっていたら、まだまだ議論しないとつくれなかったというようなことがあるんだと思います。

○福井主査 ただ、少なくとも所有権という財産権とのバランスにおいて、借家権が絶対的で所有権は買い取り請求が可能だというのは、そのいわば序列自体が明らかに矛盾しているということは間違いなく言えそうですね。

○戒弁護士 そうですね。それから、少々話が変わって恐縮ですが、危険・有害マンションには建替え勧告という制度が円滑化法上あります。しかし、勧告には何の効力もありませんし、そもそも円滑化法というのは建替え決議が自発的になされるというところが前提なんです。それに接ぎ木するような格好で円滑化法が出てくるわけですけども、そうすると危険有害であるにもかかわらず、勧告もしたけれども、建替えが「た」の字も始まらない。では、例えば耐震補強の方向で何とかするかと言ったらそちらもまとまらないということで、結局何もなされないままの危険有害マンションが残るというおそれも現行法上はあり得るわけです。今後いろいろな建替えがありますけれども、そういった危険・有害のレベルまで達したようなひどいマンションの更新というようなことには今のところ法がないんですね。大抵、例えば高齢化して、建替え決議をしろと言っても、やる気もなければやる力もない、そういうようなマンションになっていることも多いわけで、そういったことへの手当ても必要ではないかなと思います。

それから団地なのですが、こちらは問題山積です。団地に関して整理しますと、団地が団地の建替えのことを決定できる仕組みというのが平成 14 年に初めてできたんです。団地のことなのに団地管理組合は団地内の建物の建替えについて何がしかを決定できるいかなる権限も昭和 58 年法の下では持っていなかったわけです。58 年法に書かれている団地建替えの原則は、建替えは棟ごとでやるんだ、ということだけです。他の棟との調整をどうするのかといった規定はありませんでした。だから、村辻先生からご紹介があったように、全体でやろうと思っても全体でそれを決めるということ自体は許されなくて、各棟で同じものをやるということでもかろうじて乗り切ってきた。

平成 14 年に初めて団地が団地の建替えについて意思決定ができるという仕組みができました。それは 2 つあって、1 つはある棟を建替えるときにその残った棟も含めた団地がその建替えに承認をする。その承認をするという意味で団地内の建替えに関して意思決定できるという仕組み、これが 69 条の建替え承認決議です。もう一つは、それを超えて団地自身が団地の中の建物を建替えるということを決められる制度が 70 条の一括建替え決議という形で初めて創設されたわけです。

ところが、69 条というのは先ほどの話もあったように非常に使いづらい。もともと 69 条というのは阪神・淡路大震災のときにあったように、例えば、10 棟のうちの 2 棟とかだけがつぶれて、それを建替えるときのルールが何もないのは不都合だということから出発しているわけです。建替え棟だけが団地全体の容積率を一人食わないように、この程度だったら皆さんでいいですねと承

認を申請してその範囲内でやって建替えるというように機能する仕組みなんです。

先ほど福井先生から、例えば一括建替え決議ができない。1棟だけ3分の2が達成できない。その棟を残してほかは全部やれないのかという御質問がありましたけれども、一括建替え決議というのは1棟でも残したらもうできないので、つまり1棟残して残りだけの一括建替え決議というのはいり得ませんから、その場合にはもはや69条でやるしかないわけですね。建替え棟が全て個別に62条の決議をして、その後、反対棟を含む団地全体でその計画への承認決議をする方法です。

69条でやると言っても、例えばその棟だけを残してほかの棟の人たちだけで建替え棟だけに有利に、例えば余剰容積率をほとんど食ってしまう。そのために残った棟の建替えが将来できない。例えば、余剰容積率を全部食ってしまったとします。あるいは、そうではなくてもちょうど北側の端の規制の多い区域だけが残って、単体ではもはや建替えができないというようなケースになりますと、ある棟の将来の建替えに特別影響のある場合にはその棟の承諾、承認が必要だという条文になっていますから、そういう意味で反対されると、承認決議をしたとしても残りの棟だけでいいような計画というのはなかなかできないんです。そういう意味で計画上の限界がある。

それから、やはり団地空間の再有効利用にはならないんですね。今ある団地の余剰容積率を公平に配分しながらやるというようなことは、建替え計画の自由度が一括建替え、全部壊して全部建てるということに比べればやはり落ちてしまうんですね。そういうことで、69条を繰り返しながら全部の棟を仮に建替えるとしても、それほど魅力のある建替えにはならないのではないかという話があります。

そこで70条なのですが、70条で沿革上の問題でいつも言われるのは出自が怪しいということですよ。法務省が70条に対してものすごく冷たいのは、この出自の怪しさ、というより憤慨が理由です。というのは、法制審議会での区分所有法の改正に関する答申には団地内の建物全部を団地の決定で建替えられるというような制度は入っていなかったのです。検討されなかったということとどまらず、そんな制度は法律上難しいということで見送られたんです。団地が団地内の建物について承認するという仕組みまではまだいいんです。ある棟が決めた建替えを承認するというのはまだ法務省的に許せるので答申に含まれていたわけですが、棟の建替えを団地が決定できるというようなことは法務官僚的な頭だと、つまり私法的には、非常に難しい。そういうこともあって、団地内建物の一括建替えというのはやはり難しいということではほとんど検討されることなく見送られたままだったんです。それが法務委員会ではなく国土交通委員会に係属したために、そこで議員立法的に付け加わって、それで初めてできたわけで、法務省としては余り認めたくなかったというような経緯があるんです。無理だという当初の説明をできるのだと180度変更して説明しなければならなかったわけですから参事官も大変だっただろうと思います。70条がうしてできたわけですけども、どうして70条が法務省的にいけないかというと、さっきもちょっと話が出ていましたが、建物という共有物の建替えというのは共有物の処分だから全員一致が原則で原則は5分の5であるところ、区分所有法は団体の集会での5分の4以上の賛成に緩和をした。でも、それはその建物が全員の共有物だという前提があるわけです。もともと5分の5でも無理なものを緩和するということはできないということです。団地の中の建物についていえば、建物は建物の区分所有者のみの共有物であって

他の棟も含めた団地建物所有者全員の共有物ではない。土地（団地敷地）はそうであったとしても、各棟建物は全員の共有物ではないから、そもそも団地の5分の5で壊せるということも本来ないんです。それぞれの棟の5分の5はいいんですけれども。

○福井主査 棟の共有部分はだれの持ち物になっていることが多いんですか。

○戎弁護士 棟の共有部分は、棟の区分所有者の共有物です。

○福井主査 それを団地全体でやることは、普通はないんですか。

○戎弁護士 団地全体での一括管理の対象にはできますが、あくまで管理レベルの話です。共有者の範囲が棟を越えることはありません。団地タイプの国交省標準管理規約が団地修繕積立金と棟別修繕積立金に分けて二元化しているのはそういう意味なんです。要するに、団地全体の共有物ではないから 65 条の団体が建替えをするかしないを決められるはずがないじゃないかというのが一番大きかったんですね。ただ、70 条を見ますとどんな団地でも使えるわけではない。さっきからいろいろな話が出ていましたけれども、1つは土地が全員の共有でないといけないということです。

だから、例えば4棟が並んでいて棟別に敷地を持つ団地があるとします。こんな4棟の団地は一括して建替えできないわけで、同一計画で同時に棟別建替えをやることは可能でしょうけれども、一括してやるということはできなくなってしまうんです。もう一つは全部が区分所有建物であるということです。だから、団地の中の建物に1つでも区分所有建物でない建物があればもはや一括建て替えはできない。例えば、団地内に単独所有の賃貸棟などというものがあるとジ・エンドです。全ての建物が区分所有建物であるということが必要です。

最後に、全ての建物が区分所有建物であっても、その建物の管理を団地が任されている場合でないといけない。先ほど村辻先生が、棟で決めなければいけないという規約があるとおっしゃったのはそのようにするための団地規約の話です。本来、棟の管理権というのは棟が持っているんです。それを団地が取り上げるので、だから団地全体の決議だけでは取り上げられなくて、棟も4分の3以上で同意していないといけないんです。州の権限を連邦が取り上げるので、州の4分の3が要するという意味です。そういう規約が整備された団地に限ってのみ一括建替えが許されます。

○福井主査 3分の2ではなくて、4分の3ですか。

○戎弁護士 はい。棟ごとに4分の3以上です。このような3つの要件を満たした団地でなかったら一括建替えはできないということで、団地管理の対象物にすべての区分所有建物になっているという部分の規約が整備されていない団地も結構あるんじゃないですかというような御指摘があったわけです。

そうすると、団地の中でもテラスハウス型団地などというのも一括建替えができません。テラスハウス風の団地というのはもともと絶対許されない。それから、単独所有の賃貸棟があるようなものも許されないことになります。そもそも入り口がそういうことである上に、更にさっき言った棟ごとに3分の2という縛りがありまして、これは意外と全体の5分の4よりも実務的には厳しいという感じで、村辻先生も多分そうだと思うんですけれども、この棟別要件の方が怖いんです。8戸とか10戸の棟からなる団地もありますから、だれかアジテーターみたいな人がいて、あっという間にある棟だけが反対に回ってしまうということが大いにあり得るということです。

これも、極端に 300 戸のタワー棟と 2 戸くらいの小さな区分所有建物からなるような団地だと、300 戸の方は全員一致でも、2 戸のテラスハウス棟の 1 人が反対だったらもうお終いで、全体ではできないです。

○福井主査 テラスハウスは、土地が共有のケースは余りないんですか。

○戒弁護士 テラスハウスの多くは敷地が分有されています。ですから、70 条の要件を満たさない団地であることの方が多いです。自分の単独所有地の上に乗っていて、回りの土地が共有地だったりしますから。昔の公団さんや公社さんが分譲した団地にはテラスハウスタイプの団地が結構あります。そういうものは 70 条では救えないというようなことになるんですね。

何が本質的な問題かといいますと、結局、団地の建替えというのは建物の管理だとか土地の管理を超える問題なのです。一団地認定を考えると一番はっきりしますけれども、団地は団地空間を共有しているんです。そしてその空間の共有主体は団地です。団地の建替えというのはこの団地空間の再利用、やりかえのはずなんです。そうだとすると、団地全体の建替えというのは団地管理組合にこそ権限があってしかるべきなんじゃないかということです。個別の管理権はもちろん団地が奪うこともできるわけですが、建替えになったら団地の方が本来の権限を持つべきではないかと思うわけです。

○福井主査 今の共有敷地の中に区画別所有のテラスハウスが混じっているような場合の後ろの方も含めて団地という意味でおっしゃっておられるんですか。今の戒先生の団地管理組合の概念なんですけれども。

○戒弁護士 もともと団地管理組合というのはまさしく敷地か、土地か、あるいは全員で共有しているような設備とか、そういうものだけが原則的な管理対象物なんですね。さっき先生のおっしゃったように棟というのは管理対象物ではないんです。でも、規約を定めることによって棟も団地の管理対象物にはできるという法律上の位置付けなんです。

そこまできた団地は一括建替え決議をしてもいいというのが現在の区分所有法の規定なんですけれども、何が言いたいかという、現在の区分所有法には団地が決定できる事項が余りに限られているのではないかということです。

まず第 1 に、一括建替えしか許されないんです。団地が自ら決定できる建替えはそれだけです。1 棟だけ残して、あるいは数棟は残して、残りの棟は建替える。それで、こちらの方の土地は、ある棟はつぶしてしまうだけで土地にして、これを保有地として例えば売却して資金に充てるとか、そういったことが団地で決定できないんです。団地で決められるのは、全部壊して全部建替えるということだけなんです。

○福井主査 残すこと自体、許されないわけですか。

○戒弁護士 団地の決議では許されないです。一括建替え決議というのは、全部壊して全部建替えるという内容以外に決められないんです。だから、1 棟残そうと思えば、残りのすべての棟で 5 分の 4 でやるか、あるいは承認決議をうまくやりながらというような話になって、非常に難しくなってしまうんですね。そうしますと、例えば自分はここで残りたい。建替えるのに、例えばここに死ぬまで住みたいというような人がいたときに、この人は反対者になって売渡請求を受けて出て行か

ざるを得なくなるか、あるいはそういう人が5分の1を超えていたら全体の建替えができなくなるか、どちらかなんです。仮に、この団地にいられたら、例えばあちらの棟に移ってもいいよというような話があれば、残る人だけのある棟に集めて、この3棟あるいは2棟は残しましょう。残りは建替えましょう、ここは土地にして売っちゃいましょうというようなことができる建替えだったら反対しない、残るとい建替えだったら、逆に賛成する。しかし、そういう建替え計画の自由度が今のところ全くないんです。この自由度がないがゆえに、実は団地の再生というか、なかなかまとまらないんです。5分の4とかという数字云々よりは、まさしく硬直的だから全部壊して全部つくるといこと以外に決めてはいけないといことになっているので、これの方が問題だと思うんです。

団地再生決議というような制度を創設して、そういう決議を区分所有法上できるようにすれば、一括建替えというのはその団地再生決議の一つのバリエーションにすぎなくなります。団地再生計画を決議して、その上に更にそれを権利変換の仕組みを備えた再生事業法を接ぎ木していくといことにしないと、大規模団地の再生更新というのは難しいと思うんです。少なくともメニューとして必要だと思います。第一、規模によっては一括建替えという手法がいいのかどうか。仮住まい1つ取ってもなかなか難しいですし、全部壊して全部建替えというのが合理的な場合ばかりとは限らないですね。そうだとすると今、言ったような仕組みがないのは、やはりどうなのかと思います。

再開発法だったらできるんでしょうけれども、しかしどんな場合にもそれをかけられるだけの公共性などがあるかという問題もありますし、先ほど先生がおっしゃったようにマンション建替え、特に団地の再生などというのはそれ自体公共性が極めて高いといことになれば同じような自由度を付与するといようなことは大いに合理性があるのではないかと思うんです。

それから、団地建替えをめぐる円滑化法上の問題ですけれども、円滑化法は基本的に1棟単位のマンション建替えを前提としてつくったので、区分所有法の70条ができた後の改正でも棟毎ではなく全体で一つの組合をつくれますよという程度の規定しか整備されなかったんです。初めから団地を大規模に再生していく、建替えていくといようなことを想定して円滑化法自体がつくられていないので、ちょっと使い勝手の悪いところがあります。

まず1つ、よく言うのは工区制が欲しいといことです。二種再開発事業みたいな工区制ですが、団地建替えは何年にもわたることも当然あるわけです。ところが今は一発の権利変換ですから、1期、2期、3期、4期と一応事業上は分けても、1期が完成したところで権利変換は終わりませんし清算もできない。2年後、3年後に全部の第4期の事業が終わるまで清算には入れないといことです。もちろん途中、途中で登記ができれば融資が絡められますから分譲その他の処理はできるんでしょうけれども（これは実務上可能です）、しかし、権利変換として終わらずに清算行為も許されないといことは変わらないです。現在では工区ごとの権利変換の計画策定はできません。

それから、それに合わせてそういう事業を可能にしようと思ったときに施工者によって土地の分有化ができないんです。分有化というのは、全部の共有地の上にA、B、C、Dという4つの棟が建っていた団地を建て替えて、A棟の下の敷地はA棟の区分所有者の共有だけ、B棟の敷地はB棟と、要するに全体共有からそれぞれの棟の分有にしてしまうといことです。これは円滑化法云々

の今のところの外です。だから、全員一致でとにかく全員同意でやらないといけないという話になって、施工者としてそういうことが許されない。事業計画上、定められない。そうなりますと、やはりそういう意味でももう少し自由度を上げるような円滑化法であってほしいと思います。

それから、さっき言いましたけれども、区分所有法上の団地再生決議なるものはありません。全部壊して全部つくるしかないので、要するに建替えとか改修、存置するというのもミックスしたような団地の再生ということ、そういう計画を円滑化法に乗せるという道がありません。区分所有法もそうだし、円滑化法上もないということです。

施行再建マンションだけが権利変換の対象のように円滑化法は書かれていますから、そうすると移築だとか増築、改築などという権利変換はできないということになってしまいますから、ここを再開発法と同じようにもう少し権利変換の対象を広げる。その前提として、そういう再生事業までやれるような円滑化法であるべきだと思います。

区分所有を改正して、再生決議と呼ぶかどうかは別として、そういうような決議が団地の場合にはあった方がいい。そのことによって、団地の再生の計画の自由度をもっと高めるべきではないかということ。それから、円滑化法を改正して権利変換の対象を再開発等に準じて広げて、それに見合うような権利変換制度を整備する。その中で今、任意の交換しかできませんけれども、住戸の交換なども、例えば残す棟に人を集める際にはそういったことが変換の中でできればいいですし、そういったことも可能にするような仕組みがこれから大規模に団地を再生していくにはどうしても必要なんじゃないかと思います。

最後に、ほかの公法上のいろいろな手続きとの連動ですね。一団地認定の取消しだとか、変更だとか、いろいろあります。それから、開発がかかるときには事前の条例の協議とかいろいろあります。道路の付け替えとか、すべて行政の届出とか許可とか、いろいろなことをやらないと団地の建替えというのはなかなかできない場合もあります。それがまた全員同意などという話になっているようなことがあって、実はそういった手続きと円滑化法上の手続きとが何も書いていないわけです。ですから、行政庁によってはまずこの事前協議の全員同意を取ってこいとか、この手続きをこのときまでにやれとか、そうでなかったら建替え組合の認可をしないというような話になりますものすごく遅れてしまったりすることがある。

それは、それぞれ行政庁による取扱いも違うでしょうし、その辺りがどうもまだ全然整理されていなくて、デベロッパー的に言ってもやりにくいことこの上ない。そんな時期までに全部手続きは終わりません。だから、まず建替え組合の認可をしてください。そうしないと、例えば建替え組合から売渡請求をするにしても、建替え決議から1年以内ですし、認可公告から2か月以内というのがあるんですが、それを超えてしまったら売渡請求を組合がすることはできなくなってしまう。

ところが、もたもたしていて認可が遅れるケースが結構あるんです。こういうことのほかの手続きとの連動というようなことも、これは立法の話ではないのかもしれませんが、何らかの住宅か何かがあって、全体としてうまく円滑化法に基づく建替えスケジュールにきちんと当てはまっていくように、それぞれ周辺の手続きなどもびったり当てはまるような格好で運用されればいいのにとと思います。

○福井主査 例えば、遅れるとか、あるいは難しいことを言われやすいような典型的な手続きというのがありますか。

○戒弁護士 例えば、一団地認定の再認定などは本当に厳格に全員同意というふうに言われると、結構苦しい場合があります。あれも売渡請求をして反対者はこちらに例えば土地の所有権がきたから、こちらが同意していただいたいんだよというようなことで認めてくれるところはいいです。

しかし、そうは言っても対抗要件を満たしていないから、あなたの所有権を認めるわけにはいかないとと言われてしまうと、これまた難しく、その辺りは非常に問題になることもあるんです。弁護士の意見書か何かでいろいろ乗り切ったりもしているんですけども、ただ、やはり全員同意と書かれているとしゃくし定規で言われたら、反対者からも判子をもらって来いというような話を言うわけです。

○福井主査 それは基準法の一団地認定ですか。

○戒弁護士 そうです。

○福井主査 そんなことがあるんですか。

○橋本課長 全員同意なんです。これは過去にいろいろ経緯がありまして。

○戒弁護士 再度の認定を受けたときに一括だと、恐らく全員同意と言われるんです。

○福井主査 反対者がいなくなることになっているわけですね。将来の土地利用を決するんだったら管理組合として意思決定していれば、それで全員賛成だとみなせるんじゃないですか。

○戒弁護士 ただ、反対者が反対して争っている裁判中に全員の同意書をもってこいというような話があるんです。それは実務的には大変しんどい。

○福井主査 それはしんどい。不可能じゃないですか。

○戒弁護士 おっしゃるとおりまず不可能です。だから、売渡請求権、形成権が行使されて相手に意思表示が到達しているから売買契約が成立しているのだから所有権はこちらに来ているから、こちらの印鑑で全員同意になるはずだ。登記はまだ向こうだけれどもというような理屈で説得して、まあいいですかねという話で認めてくれているところもあります。

でも、これもさっき言ったように対抗要件を満たしていないからだめだと言われてしまったら、それはだめなわけです。

○福井主査 対抗要件というのは、具体的にはどういう場合ですか。

○戒弁護士 要するに、登記がこちらに来ないから、あなたが所有者だと言ってもうちは認めません。まだ登記名義人である人が所有者なんだから、あの人の判子を持ってこない全員同意になりませんよと言われるんです。

○福井主査 対抗要件というのは、二重売買なりのときの問題だから関係ないですね。

○戒弁護士 要するに、行政庁は当事者じゃないですから、売り主、買い主の間では別に登記は関係ないですけども、窓口にはそういううるさいことを言う人がいるんです。

○福井主査 それは、言わせないように運用を改善すればいいんですね。

○戒弁護士 だから、本当に売渡請求権が行使されていけば、こちらが所有地権者だということで全員同意ということもやってほしいということです。

それから、反対者だけではなくて、さっき出ていましたけれども、賛成しながら反対するという人もいます。そういうのは印鑑を押さないとかという人もいて、こういうときにも全員同意というのがあるのは非常に困ったことだなと。これも、そこに建替え組合の団体があって、その団体が例えば決議などで同意に代えるというようなことが許されれば、それはそれで非常にありがたい話ではあるんですけども、全員同意という建前がある以上、かなりしんどくなる場合がどうしてもあります。

最後に、純粹のマンション建替えの話ではないんですけども、マンション建替えというのは何も老朽化のマンション建替えだけではなくて阪神・淡路が典型ですが、大規模な災害に見舞われた後、建替えないといけないということもあるんです。その場合、もしマンションが全部滅失までの状態に壊れると、実は区分所有法は使えません。したがって、できるとしたら被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法上の再建決議だけなんです。

ところが、マンション再生事業には円滑化法が使えない。一部滅失までの建替え事業には使えるのにです。つまり、全部滅失してしまったマンションの建替えは全部譲渡方式、等価交換方式しか許されなくなってしまうんです。もちろん建物部分がないからうまく権利変換に乗らないということもあると思うんですけども、しかし、そういう災害後のマンションの再建について事業法がないというのも何かバランスを欠いているような気がしますし、必要性はあるわけです。そういうことを考えると、マンション建替え円滑化法の中に書き込むのは少し趣旨が違うので難しいかもしれませんが、耐震性能についての既存不適格マンションが約 100 万戸もある現状を考えると、大地震の発生が確実なだけに絶対に必要な制度だと思います。

それから、団地に関する規定が特別措置法上にない。つまり、団地の中の 1 棟なりが全部滅失したようなときですね。これは条文を素直に読むと、全部の持ち分の 5 分の 4 です。それを何とか全部滅失した棟の区分所有者の持ち分の 5 分の 4、つまり一部滅失までのときにその棟だけで建替えができるように、その棟だけで決定できるようにしておかないといけませんし、70 条、69 条という改正が区分所有法でなされて入ったわけですから、それに見合うような規定を特別措置法上もやっておかないと、いざというときに、なかなか耐震補強も進みませんので、全部滅失するマンションはあり得ると思うんです。そうすると、たちまち区分所有法自体が使えなくなりますから。

○福井主査 区分所有法は、全部滅失したら全然だめなんですか。

○戎弁護士 使えません。だからこそ、特別措置法を震災から 1 か月ちょっとですぐつくったんです。

○福井主査 全部滅失すると、土地所有者の全員合意になっちゃうんですか。

○戎弁護士 はい、区分所有建物の敷地ではなく単なる民法の共有地になってしまいますから。

○福井主査 それは変ですね。

○戎弁護士 変というか、建物があってこそ区分所有関係なんです。区分所有建物がなくなってしまうと、区分所有権が消滅して区分所有者ではなくなりますから、区分所有者の共有地でなくなるという理屈です。

○福井主査 実質的になぜ全員合意からだんだんと多数決に変わっているかという歴史的な変遷の

意味は、要するにある土地を共有して皆で譲り合って住む共同住宅をつくるための土地利用更新を適切にするための仕組みとして整備されているわけです。

老朽化したとか、甚大な被害を受けたときには、必ずしも全員一致でなくてもちゃんと土地利用更新ができるようにしやすくしましょう、という趣旨が制度の根底にあるわけですから、甚大な被害の度合いがより強烈で、全部滅失してしまったときに、突如として更新がしにくくなるというのは、制度の変遷の方向性を真っ向から否定する解釈です。

○戒弁護士 だから、5分の4で決議できるようにしたわけです。ちなみに、制定の際の議論で民法上の共有土地になるのだから共有物分割請求ができるけど、誰かがそれをしたら再建決議などできないということで共有物分割請求を3年間だけ許さないという規定を置いたのですが、それは憲法違反ではないかという議論があったことを覚えています。例の森林法についての違憲判決があったからです。

○福井主査 たまたま、より壊れ度合いが強くて全部壊れたときには突如として一切更新ができないに近いような極度の拘束を被るとするのは、誠に立法政策として不適切としか言いようがない。

○戒弁護士 しかも、5分の4以上で再建できるのは政令指定災害で壊れた場合だけで、それ以外で壊れたら全員同意なんです。

○福井主査 それは立法論としてナンセンスです。

○戒弁護士 そうなんです。その当時も、全部滅失しても区分所有関係はまだ残るという解釈で区分所有法が使えないかということも法務省さんはずっと検討されていたんですけども、やはり無理だということで新法をすぐつくったんです。

○福井主査 それにしても、災害の種類を選んでもらっては困りますね。壊れるという限りでは同じことですから。

○戒弁護士 単発のガス爆発で全滅したら全員一致なんです。

○福井主査 それはあり得ない。不幸という意味では同じですからね。

○戒弁護士 一部滅失までだったら円滑化を使えるのに、全部滅失したら5分の4で再建はできるけれども、円滑化は使わせないというのも何かバランスが悪いような気がしますし、そのことに合理的な理由はないと思うので、何とかしていただきたいと思います。

○福井主査 区分所有法も、区分所有建物が残っているのと同じ前提で、別に特別多数決でやらせておいた方がいいということにはなるわけでしょう。円滑化法、事業法の問題だけではなくて。

○戒弁護士 区分所有法の場合は条文上、マンションが一部滅失という法的評価を受ける状態までだったら区分所有法の建替え決議ができる。だから、それはそれでそのまま円滑化法に乗せられます。

○福井主査 だけど、全部滅失の場合は区分所有法を使えないわけでしょう。

○戒弁護士 使えないです。それで、特別措置法で5分の4です。

○福井主査 全部滅失でも区分所有法の仕組みが使えるようにしてしまえば、それはそれで意味があるわけですね。事業法に加えてですね。

○戒弁護士 はい。そもそも実に形式的な議論でして…。全部滅失しても、なお区分所有関係が残

るんだ。ただの共有地にはならないんだという解釈が確立できるのであれば別に特別措置法は要らないんですけれども。

○福井主査 立法でみなしてしまえばいいわけでしょう。元区分所有があった土地利用に供されていたところは、跡形もなくなっても区分所有建物の以前の権利関係は存続しているとみなすと。

○戒弁護士 それができないということで新法をつくったんです。

○福井主査 事業法ではなくて区分所有法の建替え決議同等のものができるように、フィクションでいいから擬制してしまえばよかったわけでしょう。

○戒弁護士 要するに、62条でやれるようにしておけば問題ないんです。全部滅失しようが、一部滅失であろうが。

○福井主査 その処理、そこの立法は避けて事業法に逃げたというふうにも見えます。

○戒弁護士 事業法に逃げたというよりは、法務省的に民法上の共有土地と、区分所有法上野の共有敷地とを厳密に分けている。

○福井主査 それは立法論のセンスが欠落した議論ですね。

○戒弁護士 当時もさっき言ったように議論はあったんですけれども、ただ、特別措置法が現在存在する。そのことを前提とすると、円滑化法は全部滅失してしまったらやはり使えないということになるんですね。62条の決議ができませんから。

神戸の人間としては、大規模な災害がいつ来るかもわからないわけですから、本日の議論の本筋とはちょっと違うかもしれませんが、このような点も手当てが必要かと思います。以上です。

○福井主査 ありがとうございます。

では、橋本課長から御自由にどうぞ。

○橋本課長 ありがとうございます。円滑化法についていろいろ御指摘をいただきましたが、その御指摘はごもっともでございまして、当時の立法の経緯等も踏まえてできることと、難しいことはあるのかもしれないですが、勉強させていただきます。

確かに、マンション建替えの団地型については私どもも正直言って余り検討が十分ではなかった。実は、東京で見ていると余り団地型が問題にならないんですね。関西で言うと千里とか、昔そういうものを供給されたところは結構ありますね。

○福井主査 東京は余りないんですか。

○橋本課長 東京は、多摩の方に昔、公団がやったところがあって、確かにしこっているところがあるんだけど、そもそも建替え決議までいくはるか手前でしこっているところがたくさんあることはあるんですが。

○村辻弁護士 今の大規模な団地というのは千里ニュータウンなどは多いですけども、団地というのは大規模なものだけではなくて、たった2棟でも団地になるわけですね。

○福井主査 棟が複数あればそちらにいつちゃうんですね。

○村辻弁護士 今ちょうど都内でやっているケースなどは、2棟あるわけです。それをそもそも2棟と見るのか、単棟と解釈するか。そこも問題になるんですけれども、これが2棟ですよということになると、片方は大きいんですが、片方はメゾネットで、ごくわずかの人間しかいない。恐らく

そういうのはいっぱいあって、なかなか建替えができないというのは東京でも……。

○福井主査 棟が別か、同じかというのはどういう基準で判定されるんですか。

○村辻弁護士 これはいろいろありまして、さまざまな要素を総合考慮して判断するということになっております。

○福井主査 それは、解釈論でははっきりしないんですか。

○村辻弁護士 まず、物理的にどうなっているのか。例えば、基礎を一緒にしているのか。全然別なのか。共用スペースを一緒にしているのか、そうでないのか。要するに、物理的な存在として単棟といえるか複数棟とみるべきかということが問題になります。しかし、それだけでなく、社会的な効用として、一体性が強いのかそれとも独立性が強いのか、それらの各要素を総合的に見て社会通念でもって総合的に判断するべきだと言われております。

○福井主査 それが判例ですか。

○村辻弁護士 判例という判例はないですね。

○戒弁護士 例えば、機能性もありますよね。L字型であってもこちらにしか入り口がないとか、両方あるとか、いろいろな観点、あるいは登記は1棟なのか、登記は別なんだけれどもくっ付いているとか、いろいろなタイプがあるんです。

○福井主査 それは出たところ勝負ということでしょうが、むちゃくちゃ不明確で、予想可能性が立たないですね。

○戒弁護士 だから、区分所有法の改正の平成14年のときも、連たん棟の建替えとか復旧をどの単位でやればいいのかを検討しようとしたのですけれども、いろいろなタイプがあって決めにくいで今回は見送ろうと言うことに落ち着いてしまいました。

○村辻弁護士 例えば微妙なときには団地なんだということでやっておけば、各棟要件、つまり棟別要件を満たささえすれば、後になって、実はあれは1棟でしたねと言っても、5分の4要件は満たすのでいいんですけれども。

○福井主査 団地だということでもクリアしておけば、特に1棟ごとだったにしてもリスクはないわけですね。

○戒弁護士 だから、わからないときは団地でやるのが実務の感覚ですね。

○村辻弁護士 それでいいですし、それでやっているんですが、実は団地だということでやると棟別要件を満たさないところが出てくる。仕方がないので、これは恐らく2棟だぞと言っても、えいやということで単棟なんだということで全体の5分の4だけで決議を取ると。

○福井主査 それはリスクが伴うんですね。

○村辻弁護士 はい、非常にリスクが伴うので、それは売渡し請求をかけて法的にというのは、とても怖いので、全員合意の建替え決議をめざして、決議に反対の人には催告をしてなんとか賛成に回ってもらおうよという努力をしてやっている。それが実情です。

○福井主査 先ほどもちょっと出ました共有部分ですね。棟ごとの共有部分をだれが持っているのかということも判断基準では考慮されるんですか。要するに、A棟とB棟がある場合、それは絶対そうなんですか。

○村辻弁護士 ただ、それは単棟か、複数棟かというときには、要するに共用部分をだれが持っているかというよりも単棟だったらむしろ皆が持っているわけですね。複数棟だったら別々です。ですから、規約でそういうふうにA棟とB棟があつて、共用部分は全部A棟の人たちだけです。B棟はB棟だけだとすれば、それも、単棟か複数棟かについての一つの尺度にはなるという程度のことです。

○福井主査 A棟とB棟が物理的には離れていると客観的に物的属性で判断できて、A棟とB棟の共有部分をA棟、B棟の全員で持っているというときには、それは当然に1棟になると考えていいんですか。

○村辻弁護士 そこが微妙だと。

○戎弁護士 登記簿標準説と構造上・機能上の独立性のある単位ごとに棟だというふうに考える説（稲本洋之助先生）とがありまして…。

○福井主査 解釈論ではそういう観念論を言う人がいるんだけど、政策的に考えれば、要するにもととの原初的な権利の配分のときに、A棟とB棟と物理的に分けてあるけれども、共有部分を一体として、管理規約なども一体としてつくっているような場合は、それは命運を共にするという、いわば当初の設置者の意思があつたんだと考えて差し支えないわけで、そうだとするとそういうものは当然1棟であるとみなせばよい。

○戎弁護士 表示登記制度が絡んで、例えば本当にL字型でも登記簿は1棟で、1棟をエクspanションで離しているんだという考え方で登記されているのと、ばらばらに2棟がつながっているみたいなエクspanションで考えられているものと、結構あるんです。そうすると、登記も無視できない要素なんです。

○福井主査 登記は無視していいんじゃないですか。登記というのはしよせん対抗要件のためにだけ存在しているわけですから、団地の管理という意味からすれば原初的所有権の配分なり、原初規約によって物理的に全然離れていても一体として規約を決めたり、あるいは共有部分の共有を総人数でやっているような場合には、それは1棟であると考え、団地の問題にはならない、と解釈してしまえば、それが一番クリアで、後々面倒を招かないやり方になりませんか。

○戎弁護士 ただ、問題なのは1棟か2棟かというのは権利の登記ではなくて表示の登記なので、対抗要件としての登記ではないという話なんです。物件の内容と特定のための登記の方です。

○福井主査 その場合、何か一緒に出てくるんですか。

○戎弁護士 対抗要件にすぎないというのは言いにくいということです。

○福井主査 表示の登記だとしても、登記簿自体が対抗のときにだけ意味を持つわけでしょう。

○戎弁護士 そうではなくて物件の対象、1つの物件、所有権ならば所有権の物件の対象を画しているものが表示登記なんですね。権利を対抗するとかというのではないんです。こういう土地、こういう建物、これの所有権という箱ですね。権利が書かれる。

○福井主査 とはいえ、表示登記と売買契約なりの所有権対象が矛盾していても、所有物は契約で規律されていることには違いないでしょう。所有権の及び範囲について、登記簿が優先するわけではないですね。

しよせん、所有権の及ぶ範囲なり、管理規約の及ぶ範囲というのは、登記とは関係なく客観的に存在しているはずなわけですから、その意思が重要なんだ、という唯一の基準を取れば、当初のまさに規約なり、あるいは改正後の規約なり、所有権の配分関係が、とにかく1棟で扱ってれば1棟だと考えれば、あるところだけテラスハウスがあるとか、タワーマンションが建っているというようなときの決議は非常に楽になるわけです。そうすべきじゃないですか。さらに、もし解釈でそう読めないならば、立法してしまえばいいだけのことではないかと思ってしまうんですが。

○村辻弁護士 それは、立法的な解決ができれば一番いいと思います。

○福井主査 我々は立法のためにこの議論をやっているわけで、そんな不合理な解釈論が成り立つ余地がないようにしたいと思います。

○戒弁護士 連たん棟に関しては絶対に規定が欲しいところです。

○福井主査 規定をするとしたら、登記も総合的に考えると、基礎がどうのとか、そういう的外れの議論ではなくて、まさに所有権の共有物の配分法則にのっとって決める、とやっておけば、絶対に争いが無いわけです。

○戒弁護士 意思か何かが争われるので、登記などだったら明確は明確なんです。

○福井主査 例えば、共有部分を一体、A棟、B棟、全体で所有権を持っているのか、棟ごとに持っているのかということを経験してしまえば、過去のものちょっと不明確になるけれども、新規に建てる時には、ではそれで絶対に後々トラブルがないようにしようとデベロッパーは思いますね。

○村辻弁護士 福井先生がおっしゃるように、管理規約で1棟なんだ、それがいいじゃないか。それを例えば主観説と言うとすると、それは突き詰めていけばA棟とB棟が300メートル離れている、極端なことを言えばですね、それで、基礎も何も全然別だ。そんな場合でも、管理規約でこれは1棟なんだと言えば1棟ということでもいいんですか、そこまで委ねていいんですかという問題があるので、従来の学説で言われているのは物理的な構造も無視できない、それから、皆で全体を一つのものとして管理しようという主観的な要素も無視できない、それらを総合的にというふうになっている訳です。立法するとなれば、それをどこでどう画するかということだと思います。

○福井主査 物理的に離れているかどうかより、一体として管理して、後々広い敷地の中での最有効使用を実現しやすくしようと当事者自治で決めたことを、他人がとやかく言う必然性は全くないように思います。

○村辻弁護士 ただ、それを突き詰めると、今度は団地というものではないことになってしまいますね。団地だと1棟なんだということになるので。

○福井主査 それは決め方次第です。要するに、棟内共有部分の共有関係が団地全体であって、管理規約が全体で決まっているという2要件を満たす限りにおいて、団地とは言わないということにしておけば、団地の面倒臭い規定は全部バイパスできることになるわけでしょう。

○戒弁護士 だから、団地を定義してそこから外す、外さないをやればいいんですけども、一番問題なのは、ぱっと見るとどう考えても団地なんですけど、実は地下駐車場で全棟つながっているで、登記簿上は1棟だというようなものが結構あるんです。こういうのは実は非常に難しい話で、

だれも将来の建替えのことを考えていないから作れるともいえるのですけれども結構あります。

○福井主査 それも逆に言えば、もしそれが1棟になっていれば1棟として扱う。

○戒弁護士 でも、基本的にそれは団地では扱えないんです。

○福井主査 団地で扱っていいことにしてもいいと思うんです。例えば、地下はつながっているけれども、A棟、B棟、C棟の3棟があったとして、A棟はA棟の……。

○戒弁護士 団地で扱うと、棟ごとが原則の建替えになってしまうので、それもやはり変ですよ。

○福井主査 物理的にできさえすればいいわけでしょう。地下駐車場の部分を区々にして物理的に建替えさえできればいいと割り切れれば、要するにA棟の共有部分はA棟の人たちが持っている。A棟の管理規約はA棟で独立しているという条件を満たしたときには、仮に地下がつながっていても団地で構わない。それは当事者の意思がそうだったんだから、団地にしてしまえばいい。

○戒弁護士 結局、団地の定義をどうするかとかという話にはなってきますね。

○福井主査 そうですね。だから、団地の定義としてそういうものはA棟ごと、B棟ごとでやっても構わないんだという当事者の意思があれば、それは勝手でしょう、というふうに割り切れれば、そういうルールを前提として皆が新しく規約をつくったり改正をし始めれば明確になるように思うのです。

○戒弁護士 あと1つだけ忘れていたんですけれども、容積率の既存不適格のマンションの建替えというのは、またこれはこれでどうしようもない部分があるんです。団地でもL字型の連たん棟でも、例えばL字型でこちらがないことが適格というような団地というか、マンションだってあるし、そういうときの建替えというのは円滑化法でも区分所有法でもどうにもならない建築条件の話なので、それをどうするかというのは結構残された課題です。

○福井主査 それは痛み分けで、減収部分を平等に分配するというのではだめなんですか。

○戒弁護士 要するに、同じ大きさで住もうと思ったらだれか出ていかないといけないし、皆が残るんだったら、より小さい部屋でないと建替えができないということになると、合意がなかなか取れないんです。震災などのときは、特別な総合設計の特別バージョンとかいろいろなことを使いながらやれるところだけはやりましたけれども。

○福井主査 その場合は、例えば出ていく人をだれか選定するという手続きが面倒ということですか。

○戒弁護士 そういう建替え計画だったら5分の4にならないんです。

○福井主査 出ていく人がちゃんと応分の開発利益も含めた負担を賄ってもらえば、普通文句ないはずでしょう。

○戒弁護士 はい。ただ、なかなか合意が整わないですね。

○村辻弁護士 要するに、今のことは既存不適格だけではなくて、私はこう思っているんです。5分の4という数字がそれだけ一人歩きをしてハードルが高いとか、そういうことではないと思うんです。今まで建替えができてきているケースというのは皆、容積率に余裕があるんですね。千里ニュータウンなどもその典型的なもので、たった50平米くらいしか住戸面積がないのに、1つの住戸について土地持分が30坪くらいあるとか、そういうところだとボリュームアップできるので等価交換な

り、権利変換なりができる。つまり、建替えの条件が非常によくなる。とすると、5分の4要件というのも簡単にクリアできる。

ところが、容積率に余裕がないということになると、既存不適格までいかなくても等床等価交換というのはできないようになってくる。そうすると、そんなに悪い条件ではということで反対者が出てきて結局5分の4を満たさない。ですから、5分の4という数字がよろしくないというのではなくて、やはり容積率とか、その辺りが非常に大きいかと思えます。

○戒弁護士 上積みできませんから、今あるものを残った人だけでということしかないわけで魅力のある建替え計画にはならない。

○福井主査 それは戸建てに住んでいる人も皆、同じことですからね。建物代は皆、自腹で出すわけで、マンションの人だけ得をさせていいという法はない。

多分この問題は既存不適格にせよ、余り開発利益がない場合にせよ、基本的には老朽化したら土地はその人たちのものかもしれないけれども、建物とはとにかく負担していただく。小さくなるならば小さくなるで、小さくなったなりの更新はするけれども、それで損得がないようにちゃんと金銭で解決するルールをつくる。ポイントはそこじゃないですか。

○戒弁護士 例えば耐震補強なりをしていって修繕維持の方向で維持していこうという限りはいいんですけども、それもしない。それで、建替えもできないということで、さっき言ったどうしようもないマンションとして残されてしまうということはどうするかという話です。

○福井主査 多分、人々の意識の相関関係としては、得する度合いが高いほど合意は簡単に取れて、5分の4どころか90%とか95%の合意の下にぜひ建て替えをやろう、とやろうということになるわけです。得する度合いが少なければ少ないほど、80%でも無理、75%でも無理、60%でぎりぎりという事態が生じやすくなるわけです。だから、まさに得する度合いが小さいときには同意要件を緩めなければ建替えは絶対できない。得する度合いの小さいときにもいわば社会全体として、あるいはまさにその棟全体の福利厚生水準を高めるためには、同意要件はそれに応じて下げねばならないということになるはずです。

要するに、結果的には建替えて仮に小さくなったとしても、その資産価値が上がれば高く売れるはずですから、仮に皆が出ていったとします。そこに住む人なんかいなくてもいい。皆が出ていったにしても、いわば容積率が既存不適格で切り下げられたにしても非常に住環境の良好なブランドデベロッパーが入った立派なマンションができて分譲してしまえば、開発利益としては、例えばよそのもう少し郊外に住んだら皆が前に住んでいたところと比べても、もっとあり余る床面積で住めるかもしれない。要するに、新たにどこか住宅を取得するときの補助金に皆充てましょう、と考えれば、そこでなければ嫌だという人を除けば、結果的には皆、絶対に得するはずです。

そういうビジョンを示してあげることができるようにすることが重要です。しかし、逆に言えばビジョンがわかりにくい。いわば、皆が絶対得をして当たり前のように賛成するというのではなくても、そういうビジョンを示したときの説得成功確率が高くなるように仕組みをおかないと、多くの人は損するし、社会的には劣悪な資産を残すし、当然多くの人々の生命や財産を危機にさらすことになるわけです。そうなりかねないようなハードルは下げた方がいいというのが我々の問題意識

です。

○村辻弁護士 確かに、そういう角度から全体的な社会的な価値とかでいくとそのとおりだと思います。問題は、そのときに個人の財産権とか、あるいは区分所有法の中で規約改正は4分の3とやっている。そうすると、それは上回らないとだめでしょうというバランスの問題とか、その辺りが問題になるのだと思います。

それから、さっき戎先生がおっしゃった工区制のところは是非必要で、マンション再生協議会での法的課題検討会でも皆、一致した意見でした。そういうことで、そこは一致しているのですが、先生がおっしゃった再生決議ということで、いろいろなバリエーションがあってというのは、それはそのとおりでいいと思うんですけども、実際にそれがどれほど機能するんだろうかという気もします。団地の中で残る人は特定の残す棟を決めて、そしてそうでないものは建替えという一つの例をさっき先生がおっしゃいましたが、それを認めて本当にどれほど実効性があるのか。

つまり、団地に10棟なり20棟なりあるときに、自分はここの建替えには反対だという人は、この団地のどこでもいいから特定の棟を残してくれたらそこに移るよということではないんです。自分はここなんだ、ここには思い入れがあるし、自分のこの棟は特別にいいんだとか、そういう人はそこから動くことを否定されます。

○福井主査 そういう人には、端に寄ってくれというのは効かないことになっちゃいますね。

○村辻弁護士 ですから、戎先生がおっしゃったのは確かに理想的にはすばらしいし、それで解決できる問題もあるかもしれないけれども、実際は難しいんじゃないか。

○戎弁護士 私としては、再生手法のメニューをもうちょっと増やしておきたいというのがあるんです。

○福井主査 そういうことで済む場合には、そういうことを許してもいいんじゃないかということですね。

○戎弁護士 要するに、もうちょっと自由度を高めて…。

○村辻弁護士 確かにそれはそうですね。自由度や選択肢を増やすのは確かにいいことだけれども、今それをやってすぐそういう方向にいくんだろうかという疑問も残るということです。

○福井主査 自分はこの住戸がいい、とにかく生涯ここに住み続けるんだという人には効かないということですね。

○村辻弁護士 団地の中では、実はそういう人が結構多いんです。自分の場所がいい。ここは特別にいいとか、そうだとすると今の状況で団地建替えを円滑化するためには、先ほど私が申し上げました各棟要件、棟別要件を緩和する。極端なことを言えば、それを撤廃するとか、撤廃までいかななくても3分の2ではなくて5分の3にするとか、そうすると大きくはずみがつくのかなと。

○福井主査 大きな流れとして、先生方のお話はいずれも全くごもつともであり、非常に勉強になったんですけども、こういう感じじゃないですか。団地であったとしても1棟ごとと同じようにできるだけ敷地全体、団地全体で命運共同体という手続きで先に進めるようにする。そのときに何も必ずしも全部壊さないでもいいし、全部滅失したら突如全員合意だとか、そういう不自然なことを言わずに、自然な多数決でちゃんと管理が円滑に進むように、棟ではなくて団地全体が主体にな

る。こういう方向ですね。

○戒弁護士 団地に再生主体としての強い権限を与えた方がいいんじゃないかと思います。

○福井主査 まさにそういう方向ですね。そうすれば随分皆、幸せになるはずですね。

○村辻弁護士 なぜかという、それは日常的に皆、連帯感というか、一体感を持っているんです。だから、自分たちだけ、この棟だけ別などということは全くなくて。

○戒弁護士 だから団地だと思うんです。

○村辻弁護士 今の新しい標準管理規約の団地型には棟別集会などについても、一応規定はありますが、実際に棟別で集会をしていることはほとんどない状態です。

○戒弁護士 特別な決議事項だけですからね。

○村辻弁護士 それから、借家のところは本当にリスクな状態で、円滑化法ができる前はどのようにしていたかという、結局、個別交渉をして合意解約をする。あるいは、合意解約の一つの仕方として金銭解決だけおしまいというのと、建て替わったら戻ってもらいますからというのと、二つの方向性がありますが、いずれにしても合意解約をする。円滑化法は一步進めたと言われてはいますが、何をかという、新しいマンションに新しい借家権の権利変換を受けられますよという意味で一步進めた。しかしながら、それに同意を要求している。そういう中で、新しいところに移れますよと言っても、実際に新しいところに移るということを希望する人がどれほどいるのか。

○福井主査 そんな面倒なことはしませんね。2回引っ越しをしなきゃいけないし、多くの人はどこでもいいから適切なところに住ませろ、というだけのことですね。

○戒弁護士 まず家賃は一緒とは限らないですし、第一、木賃の建替えのときはなかなか借家人の人はほかへ行けないですけれども、マンションの借家人の人というのはほかに行けるだけの財力というか、そういうものを持っていることも多いので、したがって新しいマンションに移行すると言っても乗ってこないです。

○村辻弁護士 それでいくと、昔の円滑化法ができる前は何の手当でもなかったわけですね。ところが、円滑化法ができて逆に同意が必要だということが明白になったので、むしろ借家人の方は強い権利を持っているんだ。こういうふうに言うともあれですけれども、借家権に関しては円滑化法はかえって逆行している面もあるんです。大きなマイナスもあります。

○福井主査 さっきも申し上げたように、土地収用の場合は基本的に借家期間中であろうが、借家期間終了後の正当事由適用場面であろうが、有無を言わず立ち退きです。要するに、根っこにある財産権、所有権の命運にただ従うというだけのことです。あとは補償金の算定のときに考慮されるだけですから、それが本来の姿です。

○戒弁護士 残れるか、補償金で出ていくか。どちらでもそれで保護されているんですから、同意権まで上げる必要がどこにあるかと思うんです。

○福井主査 土地収用法制なり憲法上の財産権保障の概念について、基本的な理解のない方がつくった制度ではないかという疑いすらあります。矛盾していますね。

○戒弁護士 これは、そのまま土地再開発法を持ってきただけの話で。

○村辻弁護士 この借家問題というのは団地であろうが、単棟型であろうが、日本全国のすべての

マンション建替えてそのリスクを持っている。たまたまうまく合意解約が成立しているからうまくいっているだけで。

○福井主査 多くのマンション住民にとって、明日は我が身ですね。

○戒弁護士 作戦として、借家人に反対させるというようなことが本当にあり得るわけです。権利変換の開始登記までに消しているのが実情です。権利変換計画開始の登記にある借家権なので、それまでに全部消しているのが実務です。

○福井主査 さっきちょっとお話をしかけたことなのですが、団地の定義としてタウンハウスが一部混じっているような大きな団地、全体は共有だけれどもタウンハウスのところだけ個々に所有だというようなものは、それ全体で団地だということになるんですか。

○村辻弁護士 団地という概念としては団地にあたるのですけれども、一括建替えの対象にはならないです。

○福井主査 例えばそんなものがど真ん中を占めているものだってあり得るわけでしょうから、そういうものでもできるようになっていないと制度としてはおかしいですね。それも立法論的課題ですね。

○戒弁護士 70条の3要件というのは、まさしく標準管理規約の団地タイプを満たす団地なんです。だから、最もそういうタイプだということで70条はそれにしたんだと思うんですけれども、そこからこぼれ落ちていく団地がいっぱいあるので、それに関してもやはり手当ては要るんだろうということになります。

○福井主査 頭の整理なんですけれども、平成14年以前は団地で何かやろうとすると物理的にはどうか、実質的にはできなかつたと理解していいんですか。

○戒弁護士 何かというのは、建替えということですか。

○福井主査 建替えです。

○村辻弁護士 各棟ごとに62条決議をする。

○戒弁護士 37年法のときには各棟ごとに全員一致で、58年法は各棟ごとに過分性プラス5分の4でした。

○福井主査 58年法は、基本的には各棟単位のかつての要件を満たせばできたということですか。

○戒弁護士 そうです。

○福井主査 できたけれども、そのときには過分費用要件なりの不明確性があって実質的には動かなかつたと考えればよろしいですか。

○戒弁護士 各棟で過分で、しかも全棟で5分の4いかなかったら全部はできなかつたんです。

○福井主査 全棟の5分の4は、やはりかかっていたわけですか。

○戒弁護士 いいえ。全棟の5分の4という概念がないんです。各棟で全棟5分の4です。すべての棟で、棟ごとに5分の4を全部満たさないといけなかつたわけです。

○福井主査 58年法はそうなんですか。ある棟だけ、自分だけ建替えるというときによその棟を無視することはいかなる意味でもできなかつたわけですか。

○戒弁護士 書いていなかったんです。結局、棟で5分の4ということしか書いていなくて、ほか

の棟の承認が要るのか要らないのかとか、そういう話は一切書き込まれていなかったんです。

○福井主査 解釈としてはどうなっていたんですか。

○村辻弁護士 逆に言うと、58年法の場合には各棟ごとに62条決議をすればできますよともなっていない。つまり、何もないので、解釈として団地一括建替えなどというのはもちろん規定がないですから、そうすると解釈として各棟ごとに同じ内容の建替え決議をすればできるだろうという解釈で我々はやったということです。

○福井主査 やった例はあるんですか。各棟ごとにというのは、例えばA、B、Cと3棟あったとして、A棟だけ建替えるときにB、C棟はどうしていたんですか。

○村辻弁護士 それはできない。それは解釈としてさすがにできないと。

○福井主査 それをやるときにはどうしていたんですか。皆、一緒にやるんですか。

○戎弁護士 それはまた解釈で、前と同じ位置に前と同じ大きさのものを建てるんだったらA、B、Cで、Aだけで5分の4取ればできるだろうと言われていました。しかし、大きくするとか位置を変えるということになったときには、それはできない。共有地の処分みたいなものだから、ほかの棟が合意しない限りできないと言われていました。

○福井主査 ということは、58年法の世界では実質的に各棟ごとを全体同時に満たしたときに全体同時に建替えられる、というのが実質的には唯一の選択肢だったと考えればよろしいですか。

○戎弁護士 はい。阪神・淡路大震災のときに、他の棟の同意を得て11棟のうち2棟だけ建て替えたというのはありますけれども、それは他の棟が納得してくれたからできた話です。

○福井主査 わかりました。いろいろと問題の多い制度ですね。大変勉強になりました。

本日は貴重なお話を長時間賜りありがとうございました。

以上