

第1節:被災マンション法における建物取壊し決議とこれに係る問題点等

弁護士 篠原 みち子

はじめに

平成28年4月14日から16日にかけて発生した熊本地震により、19棟のマンションが「全壊」の認定を受けた。この「全壊」の認定と被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法(以下「被災マンション法」という)が規定する「全部滅失」とは同義ではなく、また同法の「大規模一部滅失」と「全壊」との区別も判然としない。

私達は、国の補助事業で、戸建住宅地を含む被災地の視察と被災者からのヒアリング等を行い、また「全壊」の認定を受けた2、3のマンション管理組合の理事長と直接面談する機会を持つことができた。総会にも出席させてもらい、被災区分所有者の不安や焦燥に触れ、様々な疑問・質問に接することができた。その中で、普段私達が明確な意識の上に乗せて考えることがなかった事柄も多く、これを俎上に乗せて議論することができたのは、大きな収穫であった。議論したものの、本稿をまとめるにあたってこのような結論で良いものかどうか迷うこともあったが、「とりあえずの結論」ということでここに記したい。

被災したマンション管理組合の参考になるように、と心掛けたつもりであるが、行き届かないことも多々ある。「とりあえずの結論」であるから、次に進めるための第一歩と受け止めていただきたい。

1) 区分所有建物の滅失について

① 滅失とは

滅失とは、「火災、地震…等、偶発的な事故によって生じる物の消滅をいい、必ずしも物理的な消滅を意味せず、また、それを必要としない。建物としての使用上の効用を確定的に失ったため社会通念上建物の部分と見られなくなったことで足りる(マンション区分所有法コンメンタール三訂版 稲本・鎌野 359～360頁)」と説明されている。「建物又は建物の部分とその本来の効用を確定的に喪失したといえる場合を「滅失」といい」、「効用の喪失とは、市場価格ではなく利用価値の喪失をいう」とも説明されている(マンションの復旧・建替え・再建 法律相談ハンドブック 都市的土地利用研究会 11頁～)。両説明とも同義と考えられるだろう。

② 一部滅失と全部滅失

では、一部滅失と全部滅失を区分する法律上の基準は何か。

建物の区分所有等に関する法律(以下「区分所有法」という)は建物の一部の滅失のみを適用対象とし、建物の全部の滅失は適用対象としておらず、地震等の大規模災

害で建物の全部が滅失した場合は被災マンション法が適用されることになる。また、やはり地震等の大規模災害で建物が大規模滅失した場合は当該マンションの管理組合の方針によって区分所有法が適用されることもあれば被災マンション法が適用されることもある、という違いが生じる。従って、両者の区別は重要である。

この点に関する前掲コンメンタール361～362頁を引用すると少し長いが次のとおりである。

両者の差異は単に物理的に捉えるべきではなく（たとえば、建物の90パーセントが瓦礫化し、5パーセントが居室として残存し寝起き可能であるという場合は、すでに「全部滅失」と見るべきで、これを「一部滅失」と捉えるべきではない）、滅失していない残存部分があることによってなお建物としての効用を社会的に認められるか、という観点から総合的に判断すべきである。また、建物を旧に復するためには建物の全体を作り直す以外にないという場合には、残存部分の使用価値が取引上の価格に反映することはないであろうから、そのような建物は現実の利用の可能性にかかわらず、「全部滅失」と判定して「復旧」の手續にのせないことが必要である。

これに対して、建物としての効用がいまだ全面的には失われていず、その価値が取引上多少とも認められる場合には一部滅失、認められない場合には全部滅失と考えるべきである（半田・復旧再建 113）。

本条でいう「一部滅失」には、1棟の建物の特定部分が建物としての効用を確定的に喪失した場合だけではなく、地震等によって1棟の建物の効用が全体として低下したと見られる場合も含まれる。たとえば、地震によって建物の外壁表面の随所にひび割れが生じたという場合には、特定部分の建物としての効用が失われたというよりも、建物としての効用が全体として低下したというべきであるが、そのような建物であっても利用可能であって、そのことが取引上多少とも価格を維持していると認められるときは、「一部滅失」として本条の適用があるべきものと考えられるべきである。

以上と概ね同旨と思われるが、「一部の滅失は、建物の滅失のうち建物としての効用が残存しているものをいうことができるが、その判断においては建物の目的・用途、地域性等をも考慮しなければならない」とする見解（注解不動産法5 区分所有法 青山正明編 青木書院 324頁）、「結局は建物の用途、地域性、建物に対する需要度などの諸ファクターを総合して判断すべきである」とする見解等がある（建物区分所有権法 玉田弘毅ら編 113頁）。

もっとも、マンションの多くは鉄筋コンクリート造りまたは鉄骨鉄筋コンクリート造り等堅固な建物であるから、躯体部分が残ることが多く、全部の滅失か一部の滅失かの判断が微妙かつ困難であることも少なくない。

なお、プレキャストコンクリート造りの建物は構造体の倒壊・崩壊はないとされているので、全部滅失の評価を受けることは少ないと思われる。

③大規模一部減失と小規模一部減失

区分所有法は一部減失につき、減失部分の価格割合が2分の1を超えているか2分の1以下かにより大規模減失と小規模減失を区分しているが、このどちらかにより復旧をめぐる区分所有法上の手続には大きな違いが生ずる。それだけでなく、政令で定める大規模な災害により建物が大規模減失した場合には、前述のとおり被災マンション法も適用されることになるので、この区分は極めて重要である。

大規模減失か小規模減失かは、「一部」減失の時を基準として、減失の程度が減失前の状態における建物全体の価格の2分の1を超えれば大規模減失、2分の1以下である場合は小規模減失である。この価格割合に関しては、専有部分と共用部分がどのような比率で減失したかは問わないとされている（基本法コンメンタール・マンション法 水本浩ら編 日本評論社第三版 113頁）。

しかし、両者の区別は困難であるため、阪神淡路大震災においては、参考として、日本不動産鑑定協会により両者を区別する簡易の判定マニュアルが作成、発表された。このマニュアルによれば、建物の再調達価格から経年減価を控除した額を一部減失前の建物全体の価格とし、復旧に必要な補修費の見積額を比較して後者が前者の2分の1超であれば大規模一部減失とするものである。

評価の目的は、減失の規模を判定するだけであるから、例えば、減失前の当該マンションの取引価格に総戸数を掛け、そこから土地価格を控除した額から復旧工事費用を差引く等、管理組合にとってもう少し判りやすく簡便な方法が考えられないだろうか。

いずれにしても、大規模一部減失か否かについて区分所有者間に争いがある場合、最終的には小規模減失に当たるとしてなされた補修等を行うための普通決議、あるいは大規模減失に当たるとしてなされた復旧工事を行うための特別決議について、決議無効確認訴訟が提起されるなどして裁判所の判断によって決せられることになる。

2)管理組合にとっての全部減失と大規模減失

①管理組合にとっての全部減失と大規模減失の違い

ここで、被災マンション法における全部減失と、大規模一部減失における違い等を管理組合の目線で述べてみたい。表で比較してみると65頁ようになる（被災前の管理組合には標準管理規約と同一の定めがあるという前提にした）。

②被災マンション管理組合の選択

上記1の全部減失と大規模一部減失の説明からすると、私達が関係した両マンションとも小規模一部減失とは考えにくい状況であったし、事実それを主張して補修で足りるだろうとの意見もなかった。Aマンションは1階ピロティ部分の柱がほとんど座屈し、駐車中の車両がつぶれ搬出不能になっていたし、柱の座屈の方向、程度等が異なるため各階とも水平を維持することができず、無残に傾いていた。また、Bマンション

は建物の構造をなす主筋にねじれが生じ、梁、柱も損壊しているため応急措置として加重ゼロの支柱を設置している状態だったからである。

筆者の個人的な感想からすれば、Aマンションは、大規模一部滅失というより全部滅失ではないかという気がしたし、Bマンションも全部滅失と考えることができないわけではなかったように思う。

しかし、両マンションとも、物理的な意味での建物の躯体部分等は存在していた。現在の建築技術からすれば、Bマンションはもちろん、Aマンションでさえ復旧工事そのものは可能であるとのことであるが、多大な費用が必要であり、被災した区分所有者の負担能力を遥かに超える金額になるという。加えて、工業者も多忙を極め、迅速な工事の着手を期待することもできない。建替えといっても、余剰床をうみ出すだけの敷地の余裕とその部分の売却見込みがたたなければ、全額が被災区分所有者の負担になる。高齢者も多い。今後の地震によりさらに建物が崩壊し隣地、隣家だけでなく、通行人に被害を及ぼす可能性もある。

このようなことに加え、建物取壊しについては公費で行うことができるという大きなメリットから、両マンション管理組合とも、大規模滅失であることを前提に建物取壊し決議を行った。

③今後の災害で「全部滅失」は使われるか

68頁の表に記載した全部滅失と大規模一部滅失の場合のさまざまな違いを見ると、管理組合としては、被災しても被災前の理事会・理事長が慣れ親しんだ管理規約の定めに基づき物事を進めていく方が容易かつスムーズであり、被災区分所有者にとっても抵抗は少ないのではなかろうか。仮に全部滅失と見られるような場合でも、いきなり敷地共有者等集会で管理者を選任するという手続に入らなければならないのは負担が大きい。今後想定される大規模地震等の災害においても、大規模一部滅失であることを前提に手続を進める管理組合が多いのではないかと思う次第である。

3)建物取壊し決議について

①建物取壊し決議において通知すべき事項 — 議題と議案の要領

建物取壊し決議をするには、そのための総会を招集しなければならない。総会招集通知には、会議の目的たる事項である「建物取壊しの件」又は「建物取壊しについて」の議題と、これに係る議案の要領として、㉞区分所有建物の取壊しに要する費用の概算額、及び㉟取壊しに要する費用の分担に関する事項を定め、通知しなければならない(被災マンション法11条2項)。

これらの事項は、区分所有者として重大な関心事であるが、取壊し決議の時点では取壊しに要する費用を確定することはできないので、概算額で足りるとされている。この費用の分担については、区分所有者間の利害の衡平を害しないように定めなければ

ならないし、各区分所有者が負担する額が自動的に定まるような基準を定めておくようにしなければならない(被災マンション法11条3項)。

A、Bマンション共に公費により解体できることから、特に㉗、㉙を問題にする者はいなかった。このままマンションを放置することにより崩壊が進んで周辺に被害を及ぼすのではないかとの心配・不安の方が大きく、解体実現の時期等に関心が集まっていた。

②その他通知すべき事項

以上のほかに、取壊し決議においては、次の3つの事項について通知しなければならない。㉠取壊しを必要とする理由、㉡復旧又は建替えをしない理由、及び㉢復旧に要する費用の概算額である。このうち、「取壊しを必要とする理由」は、管理組合理事会・理事長が取壊すことが必要かつ合理的であると判断する理由について、できるだけ具体的な根拠を示して記載する必要がある(一問一答被災借地借家法 改正被災マンション法 商事法務 岡山忠広著 187頁)。

㉡の復旧又は建替えをしない理由とは、取壊しの決議を行う時点において復旧や建替え決議をしないことが合理的であると考えられる理由を指す。㉢の復旧に要する費用の概算額とは厳密なものではなく、取壊しを選択することが合理的であると判断できる程度の根拠が示されればよいのではなかろうか。

尚、取壊し決議をするには、その1ヵ月以上前までに招集に際して通知すべき上記㉗、㉙及び㉠、㉡、㉢に関する説明会を開催しなければならない。説明会を開催しなかった場合や決議の結果に影響を及ぼすような誤った説明がなされた場合には、決議が無効になる可能性がある。

建物取壊し決議そのものは、区分所有者及び議決権の各5分の4以上の賛成があれば可決するが、区分所有者の中には決議に反対の者、所在不明者等があり、また建物と敷地の共有者の名義が異なる場合等、様々な事態が想定されるので、次の4)において取壊し決議に係る問題点を検討する。

4)取壊し決議に係る問題点

①大規模一部滅失である旨の決議は必要か

会議の目的たる事項は「建物取壊しの件」、「建物取壊しについて」だけでよいのかという問題である。前述のとおり、全部滅失と大規模一部滅失の区分は困難な問題であるが、大規模一部滅失であるとの決議は必要か、ということである。

大規模滅失か否かを誰がどのように判断すべきかにつき、前掲『改正被災マンション法』では、「第一次的には区分所有者が判断することになりますが、…具体的な判断に当たっては、…建築士や不動産鑑定士等の専門家の意見を参考にするなどして客観的な根拠にもとづいて判断されることになると考えられ」としている(73頁)。

この点については3頁に記載したとおり、日本不動産鑑定協会が1つの考え方を示

しているが、被災後の混乱状況を考慮に入れると、詳細な鑑定評価書に記載されるような根拠や数値はもちろん不要であり、建築士や不動産鑑定士等の専門家(彼らも多忙を極める)から得られたザックリした数値又は意見とその根拠があればよいと考えたい。そして、これらのことが議案書全体の記載内容から窺知することのできる程度のものであることは最小限必要であるが、少なくとも「大規模一部滅失」の語は議事録に記載されている必要があるのではないかと考える。

筆者個人としては、取壊し決議に対する区分所有者の賛否が明確になるように議案書の冒頭にこれを記載しかつ議事録にも記載しておくか、又は独立の議案として掲げ、但しその取扱いは「決議」をするというよりも、「大規模一部滅失であることの確認(又は承認)について」という位置づけで、区分所有者全員が大規模一部滅失であるという認識を共有するという関係をつくっておくことが大切ではないかと考えている。

②所在不明者がいる場合

管理組合の中には、全く連絡のとれない所在不明の区分所有者がいる場合がある。この場合にも、区分所有者及び議決権の各5分の4以上の賛成があれば、取壊し決議そのものは可決承認されることになるが、問題はその後の手続にある。

所在不明者が取壊し決議に参加することはない。管理組合としては、取壊し決議の後に、敷地の売却を実現するためには、その者の区分所有権及び敷地利用権を時価で売渡すよう請求する権利を行使することになるが、この売渡請求権を行使するには、取壊し決議後遅滞なく、当該所在不明者に対し、取壊し決議の内容により取壊しに参加するか否かの催告をしなければならない(被災マンション法11条3項、区分所有法63条1項)。この催告と売渡請求権の行使をどのようにして行うか、の問題である。

方法としては、2通り考えられるのではなからうか。

①1つは、公示による意思表示送達の制度と公示送達の制度を利用する方法である。

まず、管理組合としては、取壊しに参加するか否かの催告の意思表示を所在不明者に到達させなければならないが、相手方が変更して誰が現在の相手方かわからないときや、相手方がわかっているにもかかわらずその行方が不明なときに、これに対する意思表示を到達させる制度として、「公示の方法による意思表示」の制度がある(民法98条)ので、これを利用するやり方である。

公示の手続は、相手方の最後の住所地の簡易裁判所に申立てることによって行う。公示そのものは当該裁判所の掲示場に掲示し、その掲示があったことを官報に少なくとも1回掲載し(官報の掲載に代えて市役所等の施設の掲示場に掲示することもある)、掲載またはこれに代わる掲示を始めた日から2週間を経過した時に、相手方に到達したものとみなされる。

このようにして催告の意思表示を到達させたうえ(所在不明者が催告期間内に取壊しに参加する旨の回答をするはずはないから)その後の売渡請求権の行使とこれ

に係る所有権移転登記手続請求訴訟は公示送達の制度を利用すればよい、ということになる。

公示送達は、相手方の住所、居所、その他の送達場所が不明のときに、裁判所(この場合の裁判所は簡易裁判所ではなく地方裁判所になることが多いと思われる)の掲示場へ訴状を掲示する方法によって相手方が訴状等を了知する機会を与えられたものとみなし、これによって送達の効力を発生させることにする制度である(民事訴訟法110条、111条)。

所有権移転登記手続と売買代金の交付は引換給付の判決になるが、売買代金の交付は「債権者(相手方)が弁済を受領することができないとき」に該当するとして、供託すればよい、ということになる(民法494条)。

②もう1つ考えられるのは、不在者の財産管理人制度を利用する方法である。

従来の住所または居所を去った者を「不在者」とし、民法は当該不在者がその財産の管理人を置かなかつたときは、家庭裁判所は利害関係人等の請求により、その財産の管理について必要な処分を命ずることができるとしている(民法25条)。

所在不明者は従来の住所または居所を去った者であるから不在者に該当するし、管理組合は利害関係人であるから、家庭裁判所に対し所在不明者の財産管理人選任の申立を行ない、この管理人に対し、催告の意思表示をすればよい。そして管理人が取壊しに参加する旨の意思表示をしないときは(実際問題として、当該管理人が取壊しに参加する旨の意思表示をしないことは考えにくい)、この管理人に対して売渡請求権を行使し所有権移転登記手続請求訴訟を行うという順序になろう。

管理人は、その管理すべき財産の目録の作成等を行わなければならないが、所在不明者が当該マンションだけでなく他に財産を所有していないかどうかの調査や所有等している財産に関する管理等も行わなければならないであろう(民法27条)。また、管理人の権限は限定されており、保存行為のほか目的物又は権利の性質を変えない範囲内において利用または改良を目的とする行為しかできないので、これを超える行為をする場合には逐一家庭裁判所の許可を得なければならない(民法28、103条)。したがって、管理組合の催告にどう返事するのかはもちろんのこと、取壊しに参加しない回答をした場合には売渡請求権の被告として応訴することも裁判所の許可を要することになる。

以上のようなことを考えると、先に掲げた制度を利用する方がものごとの進み具合としては若干早いであろうし、費用的にも安いのではなかろうか。

しかし、先に掲げた制度を利用するについても、「遅滞なく」催告の手続を行わなければならない。地震等の災害時に限らず、管理組合は日頃から区分所有者の連絡先等を含む情報を調査・把握し、これを更新していくことが必要であると痛感した

尚、後述する特別代理人の制度(民事訴訟法35条)は、その条文の定めからして管理組合が行う上記催告手続の相手方としてこれを利用することはできない。その後の

売渡請求権行使による所有権移転登記手続請求訴訟の被告になることも、同様に行えない。不在者に対しては、公示送達の方法により訴訟行為ができるからである。

- ③所在不明者がいる場合、当該区分所有者の専有部分内の私物処分についても問題はあるが、立看板、掲示、配達証明付き内容証明郵便（転居先不明等で返送されてくる。）等による対応をするほかないと思われる。また、そのような対応をしておけば、事実上管理組合の責任が問われることはないと考えてよいのではなかろうか。

③相続人不存在の場合

管理費等の滞納者に対して管理組合が法的措置をとろうとして死亡した区分所有者の戸籍関係を調査したところ、相続人がいない、あるいは相続人となるはずの者達が全員相続放棄をしていた、という話をこの頃耳にすることが多い。このような場面は、管理組合が取壊し決議後の催告や売渡請求権の行使を行う場合にも生じるので、述べておきたい。

- ①死亡した者に相続人となるべき者がいた場合、その者は自己のために相続開始があったことを知ったときから3ヵ月以内であれば相続の放棄をすることができる（民法915条）。放棄は、家庭裁判所にその旨を申述しなければならないが、この手続によって相続の放棄をした者は、その相続に関しては、初めから相続人とならなかったものとみなされる（民法938、939条）。

このような手続を経て全員が相続放棄をした場合及びもともと係累が少なく相続人がいないという場合は、相続財産は民法951条により「法人」とされる。正式に名称をつけるとするならば、「亡甲野太郎相続財産」という法人であり、この法人が専有部分等の区分所有者ということになる。しかし、この法人に対し、取壊しに参加するか否かの催告をし、売渡請求権を行使し所有権移転登記手続請求訴訟を提起するためには、当該法人の代表者たる相続財産管理人を選任しなければならない。

この場合、管理組合は利害関係人として、家庭裁判所に対し、当該法人の相続財産管理人選任の申立をし、選任された管理人に対して催告、売渡請求権行使等を行うことになる（民法952条）。しかし、管理人は当該マンションの専有部分だけではなく、他に財産がないかどうかの調査をはじめ、財産目録の調整等も行わなければならない。当該管理人の権限も不在者の財産管理人と同様限定されているため（民法953、27、28条）、催告への対応、取壊しに参加する旨の回答をしない場合には売渡請求権の行使と所有権移転登記手続請求訴訟の被告として応訴すること等について逐一家庭裁判所の許可を得て行うこととなる。

- ②しかし、時間を節約したい場合には、民事訴訟法上の特別代理人の制度を使うこと

もできるし、費用の面でもこの方が出費は少なくて済むと思われる。

民事訴訟法35条は、未成年者等の本人に法定代理人がない場合または法定代理人が代理権を行うことができない場合で、しかも緊急を要する場合の制度として特別代理人の定めを置いている。この定めは法人に準用されるから(民事訴訟法37条)、例えば株式会社が訴提起前に代表取締役を欠くに至った場合、寺院の代表役員である住職が欠けている場合のほか、相続人不明の相続財産について相続財産管理人がない場合にも特別代理人の選任を申立てることができるとするのが通説・判例である。この特別代理人選任の申立は、家庭裁判所ではなく、地方裁判所に対して行うことになる。

④取壊しに同意しない者に対する対応

ここにいう取壊しに同意しない者とは、所在不明者ではないが何の意思表示も協力もしない者を指す。

取壊し決議そのものは前述のとおり、区分所有者及び議決権の各5分の4以上の賛成により成立し、取壊しを実行できることとなるはずである。しかし、公費で解体しようとするれば、自治体に対し、区分所有者全員の同意書を提出しなければならない。区分所有者の中には同意書提出を拒む者がいる可能性もあり、この者にどう対応すべきかも、管理組合としては大きな問題となる(区分所有者が所在不明の場合は、その旨を証明できるだけの資料を添えて自治体に申請すれば、同意書がとれないやむを得ない場合として認めてもらえるものと思う。東日本大震災でも同様の事例があったと聞いている)。

文書、電話、訪問等によるアプローチのほか、自治体に出向き理解を求める方法もあるが、最終的には訴訟を提起するほかないものと思う。

この問題解決に参考となると思われる判決があるので紹介しておきたい。

①ひとつは、管理組合の総会で共用部分である各居室の玄関扉の外部部分の改修工事实施を決議したが、各戸に送付した日程調整書面に回答を拒否し工事担当者や管理組合からの再三の連絡等にも協力しなかった区分所有者を被告とし、管理組合が、工事に協力する義務があることの確認と改修工事の妨害禁止を求める訴訟を提起した事案である。

管理組合主張の根拠は、㊦玄関扉改修工事は共用部分の保存に関する事項でありその工事实施を総会で決議したのであるから被告は区分所有法46条にもとづきこれに従う義務がある、㊧竣工から28年経った本件マンションにおいては塗装の変色や錆等による劣化が進み共用部分全体の美観面の問題があるところ、被告は総会決議に従う義務があるのに(区分所有法46条)工事に協力しないことは共同利益背反行為にあたり(区分所有法6条)、区分所有法57条による請求をすることができる、というものである。

これに対し裁判所は、管理組合の主張を認め、被告に対し、工事に協力する義務があることの確認と、改修工事の妨害禁止を言渡した（東京地方裁判所平成27年2月16日判決 ウエストロー・ジャパン）。

その根拠は次のとおりである。

区分所有者は、規約及び集会の決議に拘束されるから、被告は、当然に、適式に決議された改修工事に従う義務があり、また原告は改修工事を実行し、そのための協力を求める権利義務を有する。しかし、被告は原告の再三の要請にもかかわらず工事に協力しないことに加え、応訴の状況等からすれば、改修決議に従い、工事を実施することに協力する義務及び工事をするにあたり妨害しない義務がある。

- ② マンション内の排水管・汚水管更新工事の実施に協力しない区分所有者に対し、工事施工にあたり居室の使用の承諾と工事施工の妨害禁止を命じた判決もある（東京地方裁判所平成26年8月29日判決 ウエストロー・ジャパン）。

上階の居室のトイレに接合されている配水管が下階居室のトイレの天井部分を通り、最上階から最下階まで縦に通る排水管に排水される仕組みになっているマンションで、建築後50年以上を経過していることから漏水が相次いで起きるようになったため、管理組合では排水管・汚水管更新工事の実施を決議した。しかし、区分所有者が日程調整のアンケートに回答せず、入室を拒否する等して工事実施ができなかったため、管理組合が当該区分所有者を被告とし、専有部分の使用承諾と工事妨害禁止を求めて訴訟を提起した。

管理組合は、経年劣化や漏水事故が相次いでいることから排水管・汚水管の更新工事が必要であり、当該排水管・汚水管の構造からして工事実施のためには被告の居室への立入りが必要不可欠であること等を理由に、工事の実施を拒否する行為は区分所有者の共同の利益に反する行為であると主張した。

これに対し、裁判所は、マンションにおける配管状況と漏水記事の発生による更新工事の必要性は大きいと認定した上、当該工事により被告の被る不利益は他の居住者が等しく受忍し得た程度のものである、とした。その上で、被告が工事の実施を受入れることは受忍限度の範囲内にあり、工事を実施できない場合の下階居室に居住する区分所有者が漏水事故による不利益を被る可能性が高く、工事実施の必要性は大きいことに照らすと、被告の工事実施を拒否する行為は、区分所有者の共同の利益に反する行為にあたる、とした。また、被告が一貫して工事の必要性はなく工事に協力する義務はないとして専有部分の使用を頑なに拒否していることから、工事実施を妨害するおそれがあるとして、上記のような判決をした。

- ③ もうひとつ紹介しておく、管理組合では、建築後39年以上を経過し、共用部分としての排水管が老朽化し漏水事故が多発するようになったことから総会決議により共用部分排水管工事の実施を決議したが、同工事を実施するためにはアスベスト含

有のバーミキュライトの除去工事を優先して実施する必要がある、この工事を実施するためには居室への立入りが欠かせなかったところ、これを拒否した区分所有者がいたため、管理組合が当該区分所有者を被告として訴訟を提起した事案である。

裁判所は、マンションの排水管構造と排水管の腐食具合、漏水事故等による工事の必要性及びアスベスト除去工事を優先して実施する必要があること等を認定した上、原告はこれら工事のため必要な範囲において被告の居室への立入り、使用する権利を有する、とした。そして、これらの工事は、共用部分の保守、修繕のために必要な工事であって、区分所有者の共同の利益を増進し、良好な住環境を確保する目的に適う内容であり、またこれら工事後の復旧工事により原状回復が予定されているから、被告の負担又は不利益は受忍限度の範囲内であるとして、被告の居室への立入り、使用する権利があることの確認と、被告の工事妨害禁止を認めた(東京地方裁判所平成27年3月26日判決 ウエストロー・ジャパン)。

- ④以上紹介した3つの判決は、いずれも築年数が相当経過し老朽化したマンションの設備等を改修・更新等することにより、既存マンションの機能、価値を維持又は向上させる場合に関する事案であり、大規模一部滅失したとはいえ既存マンションを取壊しその価値をゼロにするための事案とは異なる。しかし、3事案ともに、裁判所は総会で決議された工事の必要性と区分所有者がこれに従う義務があること、並びにこれに協力等しないことは区分所有者の共同の利益に反する行為であるとして、管理組合の請求を認めている。

このようなことから考えると、大規模一部滅失した建物を放置することによる危険性とともに、公費解体による取壊し工事の必要性と大多数の区分所有者の利益、これにより不同意の区分所有者に何ら不利益を与えるものでないこと等の理由があれば、それにも拘らず区分所有者が取壊し工事に協力しないことは、区分所有者の共同の利益に反する行為であるということができると言ってよいであろう。

- ⑤もう少し具体的に言えば、区分所有者は集会の決議に従う義務があり(区分所有法46条1項)、かつ公費解体は取壊しに同意しない当該区分所有者を含め全員が私費解体による出費を免れるものであって当該区分所有者に何の不利益を与えるものではない。

にも拘らず、このまま同意書を提出しないことにより「全壊」したマンションの取壊しができないこととなれば、「全壊」した建物を放置することにより、さらにその崩壊の程度が深刻になり、隣接敷地の建物や居住者に被害を与えることになるし、アスベスト等の有害物質の飛散の心配もある。従って、公費による取壊し決議が承認可決されたにも拘らず、正当な理由もなくその者のみ公費解体の同意書を提出しないことは、公費による早期の解体が著しく困難又は不可能になるものであって、そのような行為は、区分所有法6条1項の共同の利益に反する行為に該当すると考えられる、ということである。

同条は、「建物の保存に有害な行為、…建物の管理又は使用に関し…」と定めて、既存の建物を維持する方向での定めとなっているが、それは大規模地震等で大規模滅失した建物の取壊しまでを想定した定めになっていないからにすぎない。むしろ、「全壊」又は「大規模一部滅失」した建物をそのままにしておくことこそ有害であるし、取壊しも広義の、あるいは究極の「管理」に該当すると考えることもできるはずである。従って、何もしないこと、同意しないことは共同利益背反行為に該当するし、規約に違反する行為でもあり、区分所有法57条に定める差止請求の対象にもなりうるものである、と考える。

以上のような考え方、内容を根拠に、「公費により取壊し工事をするについてこれに協力する義務があるとの確認」、及び「取壊し工事を妨害し、又は第三者をして妨害させてはならない」、という内容を請求の趣旨として訴訟を提起すればよいものと思う。

それ程の時間を要せずに勝訴判決が得られるように思うが、仮に勝訴しても、熊本市が要求する同意書の署名押印を強制するものではない。しかし、熊本市も裁判所の判断をもって不同意だった者が同意書を提出した場合と同じ取扱いをしてくれるものと思う。

尚、当該不同意者に対する私物の撤去については61頁に記載したところと同様の考え方でよいと思われる。

⑤建物等に抵当権が設定されていた場合

建物が大規模一部滅失した場合であっても、抵当権は存続するし、管理組合で建物取壊しの決議をしてもその効果は第三者たる抵当権者には及ばない。

抵当権者の同意がないまま建物の取壊しに着手するならば、抵当権者から抵当権侵害を理由に建物取壊し工事禁止の仮処分申請が行われる可能性もある（もっとも、建物が「全壊」の認定を受けている場合には、建物の価値そのものはほとんどゼロに近いから、費用対効果を考えると、仮処分申請の可能性は少ないと思われるが）。

これを避けるためには、取壊し決議に参加する者は、あらかじめ抵当権者と交渉して抵当権を消滅させるか、または取壊しに係る同意書を取りつけておくことが必要である。いずれは敷地を売却し代金のうち持分に応じた金員が敷地共有者に支払われることになるから、当該金員を抵当権付債務に充当するという約束も可能であろう。

これに対し、取壊し決議に参加しない者に対する売渡請求権を行使した者は、抵当権付のマンションを取得することになるから、売渡請求権を行使した者が抵当権者と交渉する方法をとることになる。

この場合に売渡請求権を行使した者が抵当権の負担から解放される方法としては2通りの方法がある。抵当権消滅請求と代価弁済の方法である。

- ① 抵当権の消滅請求は、抵当不動産の第三取得者が当該抵当不動産の代価（取得した価額）又は金額（消滅請求金額）この金額は実際に行われた売買代価とは関係

なく、第三取得者が自由に定めるものである)を指定する等して必要書類を抵当権者に送付し、2ヵ月以内に抵当権者が抵当権実行による競売の申立をしないときは、第三取得者は上記の代価又は指定金額を弁済又は供託して抵当権を消滅させるという制度である(民法379~386条)。

第三取得者とは、当該不動産につき所有権を取得した者をいうが、主たる債務者、保証人及びその承継人は消滅請求をすることはできない。自ら全債務を負担する者だからである。また、上記必要書類は各債権者に対して送付しなければならず、書類の送付を受けた登記をしたすべての債権者が第三取得者の提供した代価又は金額を承諾し、しかも第三取得者がその代価又は金額を債権の順位に従って支払い又は供託したときは、抵当権は消滅する。

②このほかに、代価弁済の制度がある。代価弁済は、抵当不動産について所有権等を買受けた第三取得者が、抵当権者の請求に応じてその代価を弁済することにより抵当権はその第三取得者のために消滅する、という制度である(民法378条)。

抵当権の消滅請求とは異なり、抵当権者が請求しなければ使えない制度である。また、抵当不動産が債権額を大きく上回る場合には競売の方が得であろうし、下回る場合には代価弁済で債権の回収は見込めないであろうから、抵当権者が自らこの制度を利用することはあまりないと考えられる。

第三取得者としては、抵当権の消滅請求を行って抵当権を消滅させることになる。

⑥建物所有者と敷地利用権の名義が異なる場合

建物取壊しの不参加者に対する売渡請求権行使の対象になるものは、当該区分所有者の区分所有権及び敷地利用権であるが、特に建築年次が古いマンションでは、建物と敷地利用権が登記上一体化されておらず、その結果建物所有者と敷地利用権を有する者の名義が異なっていることがある。当初から名義が異なっていたため昭和58年の区分所有法改正・不動産登記法改正後も登記上一体化できないまま現在に至っている場合が多いといえようか。

法律の条文によれば「区分所有者の区分所有権及び敷地利用権」が売渡請求権の対象になり、建物のみについての売渡請求権の行使は認められていない。従って、両者の名義が異なる場合は、売渡請求権そのものを行行使することができない。

被災マンション法11条3項、区分所有法63条4項の後段には、「取壊し決議があった後にこの区分所有者から敷地利用権のみを取得した者(その承継人を含む)の敷地利用権についても…」との定めがあるが、これは不参加者による売渡請求の妨害を防止するためであるし、「取壊し決議があった後に」とあるので、以前からの名義不一致の場合には適用できない。

法律に手懸りになる定めがないとすれば、一般原則に従って対応するほかない。

両者の名義が異なる場合としては、大きく分け2つのケースが考えられるのではないかと。建物所有者と敷地利用権を有する者に親子、夫婦等の身分関係が存する場合と、金銭貸借等の関係で一方のみが譲渡又は競売等により名義が変わった場合である。前者の場合の方が多いと思われるが、いずれの場合も、建物取壊し決議が成立しているのであれば取壊しそのものは実行することができる(建物に抵当権が設定されている場合には⑤参照)。取壊し決議に関し議決権を有しこれを行使する者は共用部分の共有持分を有する区分所有者であり、その者が敷地利用権を有しているか否かは取壊し決議には直接関係がないし、仮に当該区分所有権を有する者が決議に反対であったとしても、区分所有者として総会の決議に従わなければならないからである。その後、取壊しが完了すれば管理組合は消滅し、敷地共有者のみが残ることになる。区分所有権を有していなかった敷地共有者は、敷地共有者等集会において、区分所有権を有していた他の敷地共有者と同じ立場で敷地売却等に係る議決権を行使すればよい、ということになるのではなかろうか。

管理組合が管理費等滞納者に対して法的措置をとる場合はもちろん、被災時に備えるためにも、マンションの敷地の筆数、登記上建物と敷地利用権が一体化されているか、一体化されていない場合の名義は同一か、等について把握しておくことが大切である。

4)比較表:全部滅失と大規模一部滅失

	全部滅失	大規模一部滅失
区分所有関係の有無	無し	有り
管理組合の有無	無し	有り
従来の管理規約使用の可否	不可	可
議決権等を有する者	敷地共有者	区分所有者
団体としての意思決定	敷地共有者等集会	管理組合総会
議決権割合	敷地共有持分の価格の割合	共用部分の共有持分割合
規約の設定・変更等	設定できず	変更可
団体としての組織・機関	敷地共有者等集会、管理者	管理組合総会、理事会、理事、理事長=管理者
	敷地共有者等集会において管理者選任の必要あり	新たに管理者選任の必要なし
集会招集通知発送時期	会日の1週間前	会日の2週間前
集会招集通知場所	敷地共有者等が通知場所を通知してきたときはその場所	区分所有者が所在する場所
所在不明者に対する集会招集通知	建物敷地内の見やすい場所に掲示	建物内の見やすい場所に掲示
管理費の徴収(引落し)停止 電気・ガス・水道、エレベーター業者等への連絡	敷地共有者等集会において選任された管理者が行う	理事会で決定、管理者・理事長が対応
管理組合財産の清算と管理費等滞納者がいた場合の対応	残余財産の清算・分配等の具体的作業は管理者が行う。滞納額より分配金の方が多い場合は相殺による清算。滞納額の方が多い場合は、管理者が原告となり法的措置をとる。	建物取壊し前なら管理費等滞納者に対する法的措置も可、管理組合、管理者のいずれが原告になることも可。残余財産の分配金の方が多い場合には清算時点で相殺、建物取壊しに合わせて清算を行う。具体的作業は理事会と管理者・理事長が行う。
分配金等の受領者	敷地共有者等	区分所有者
既存の区分所有者名簿の使用	従来の区分所有者は敷地利用権を持っているはずなので、原則として使用できる。但し、建物と敷地利用権が登記上一体化していない場合には、名義が異なることもあるので、確認、注意が必要。但し、集会招集通知場所に注意	使用できる。但し、総会招集通知場所に注意
被災後の選択肢	再建、敷地売却	復旧、建替え、建物敷地売却、建物取壊し敷地売却、建物取壊し
上記選択肢による決議を争う者は?	敷地共有者等集会における再建又は敷地売却の決議無効確認訴訟を提起。 他の敷地共有者全員が被告。	管理組合総会における上記選択肢による決議の無効確認訴訟を提起。 管理組合が被告