

マンション建替法改正構想

丸山 英氣 (千葉大学教授)

キーワード：1) 建替の客観的要件と主観的要件，2) 区分所有関係の解消，3) 一括売却，4) 抵当権の抹消，5) 都市再開発法の導入，6) マンション再生の比較法，7) 阪神・淡路大震災での建替，8) 老朽化による建替

1. はじめに

伝えられるところでは，平成13年度の法務省の概算要求に区分所有法改正関係の費用が計上されているという。近日中に建替法の改正に着手されることになろう。

周知のように，昭和58年に区分所有法が改正され，建替規定が創設された。現在まで約70件を若干下まわる老朽や効用改善のためのマンション建替が実施されたにもかかわらず，区分所有法の建替規定によって建て替えられたものは，ほとんどない（阪神・淡路大震災によるものを除く）。建替は，一面では経済問題であり，区分所有者の経済的条件が整わないかぎり，その合意はむづかしい。事実，そのほとんどが，区分所有者の負担を要しない，いわゆる等価交換方式で実施された。同方式は区分所有者の全員合意が行われるので，区分所有法上の建替の仕組みが問題となることはなかった。

ところが平成7年1月の阪神・淡路大震災は多数のマンションを損壊させ，復旧を含むマンション再生の仕組みをクローズアップさせることになった。突然起こったマンション再生問題は，その仕組みが使いにくく，区分所有者を困惑させたのである。住宅の専門家の中からも，建替のできない住居システムは欠陥がある，などと批判する者さえ現れた。

さいわいなことに，阪神・淡路大震災でのマンション再生は，ほんの数件，まだ着手されていないが，ほぼ95%以上，再生が終了している。したがって，マンションシステム欠陥論は適切を欠いた批判であったことがはっきりした。のみならず，いわゆるバブル破綻後10年，日本経済は停滞しているにもかかわらず，マンション建設は都心を中心にますます増加している。マンションというシステムなしに都心再開発は不可能といっても過言ではないほど重要なシステムであるといえる。

しかし，東京圏・大阪圏で昭和30年から40年代に建設され，建替以外に住宅としての機能を回復しえないマンションも徐々に増加しつつある。しかも，等価交換によっては建替のできない容積率がギリギリのマンションが大部分である。のみならず，いわゆる既存不適格で，建て替えれば現在より小さな面積しかとれないマンションがゴロゴロしている。

ここにきて，法務省が区分所有法改正に着手しようとしているのは，昭和58年に改正した現行の区分所有法の建替規定では，乗り切りがむづかしいとの判断が同省のトップの政治家にあったものと推測される。さらに今後の経済政策の目玉である都市再開発を進めようとするれば，マンションの民事基本法である区分所有法の改正に着手せざるをえないという政策上の理由も存するであろう。

そこでここでは，建替を中心としたマンション再生法を比較法的に検討し（第2章），阪神・淡路大震災などを通じて現れた現行区分所有法の建替規定の問題点を摘出し（第3章），改正建替法がどうあるべきかを述べることにしたい（第4章）。

なお，現行区分所有法のもとでの建替をめぐる法律問題の詳細は，丸山英氣『マンション建替えと法』（2000年，日本評論社）をみられたい。本稿は，実質的に，その一部を構成する。

2. マンション再生の比較法

マンション再生の比較法を本格的に行うことは，現時点では極めてむづかしい。なぜなら，世界のマンション法は，日本語に翻訳されているものはそう多くなく，研究の進展をみていないからである（昭和37年の制定の際に若干行われたが，昭和58年の改正の際は必ずしもそうでない）。かねてからの疑問は，マンション法というような日常生活に密接した法領域に，若い研究者の参入がなぜか少ないのである。学界という場での研究経済の市場がどこかでゆがんでいることが推測される。

マンション法は土地法に属する。つまり，日本以外では土地を立体的に区分した法の総体である。そこに法技術的にやっかいな点がある。また，土地法は歴史的に形成されているので，地域性を有している。そこが比較ということをやっかいにしており，研究の進展を阻む原因の1つなのかもしれない。

本格的な比較法は他日を期すことにし，ここでは最近現れた，鎌野邦樹・竹田智志「研究ノート 区分所有建物の修繕・再建（復旧・建て替え）および終了をめぐる比較法的研究覚え書き」（千葉大学法学論集15巻3号165ページ）を手がかりにして，新たな建替法の構想を述べ

ることにしたい。

どの国の法制度を比較法の対象とするかは、重要な問題である。しかしここでは、従来、民法立法の際に一般に行われてきた、ヨーロッパ法では、ドイツ法、フランス法、英米法では、アメリカ法を取り上げることとしたい。後者ではイギリス法も取り上げる必要があるが、準備が整っていないので他日を期すことにしたい。

なお、以下の各国法の要約は鎌野邦樹・竹田智志前掲研究ノートによるが、細かい法概念・制度については大胆に簡略化していることをお断りしたい。

2.1 ヨーロッパ法

2.1.1 ドイツ法

ドイツ法によれば、経年による老朽化であれ、災害によるものであれ、一定程度までは修繕（復旧）は各区分所有者などの権利と義務であるが、それを超えると区分所有者全員の同意がない限り修繕を義務づけることはできないというのが原則のようである。この場合は区分所有関係は廃止されることになる。

以下、箇条書的に区分所有法の仕組みをみよう。

- ①区分所有者は、原則的に多数決で共同財産（共用部分）の管理を決議することができる（同法21条3項）。ここでいう多数決は、区分所有者の過半数である。管理は、その財産の性質に適合した秩序ある管理である。通常修繕に対する措置である。
- ②各区分所有者も、全体の利益に適合する管理を請求できる（同法21条4項、5項2号）
- ③管理者は、共用部分の秩序ある維持および修繕に必要な措置をとる権限と義務とがある（同法27条1項2号）。②、③はそれぞれが単独で請求できる点に注意されたい。
- ④もっとも、秩序ある維持あるいは修繕を超える出費は、全員の同意が必要である（同法22条1項）。
- ⑤建物の価格の1/2を超えない滅失は、②、③の仕組みによって復旧できる（同法21条2項）。すなわち、区分所有者全員による共用部分の復旧と各区分所有者による専有部分の復旧がある。
- ⑥しかし、建物の価格の1/2を超える滅失は、特に規定を置いていない。

ドイツ法では、人の手による建物の変化が段階をもって決められている。すなわち、①通常の修繕は原則的には、区分所有者の過半数で決められる。もっとも、②全体の利益に適合する修繕（管理）は各区分所有者も請求できる。この請求は、管理者にすることになるか。この請求と全体区分所有者との意向が対立したときの区分調整は、裁判所が行うことになるか。また、③秩序ある維持・修繕は管理者の権利であり義務であると規定す

る。この意味は管理者がその専門的立場から区分所有者の意思と無関係に通常修繕ができることを示している。秩序ある維持・修繕とは耳慣れない概念であるが、通常修繕と言い換えても誤りではないであろう。

しかし、④秩序ある維持・修繕の範囲を超えるときは一転して、区分所有者全員の同意が必要となる。この意思決定の差は極めて大きい。したがって、秩序ある維持・修繕の概念が重要となる。判例においてこの概念の発展がみられる。

つぎにドイツ法では滅失の場合の復旧についての規定を置いている。滅失という概念は、事故・天災などによって建物の効用を失うことである。換言すれば、経年による老朽化の場合の措置については何の規定もないということである。これをどう考えるべきであろうか。法律論としては、建物としての効用を失ってしまえば（正確にいうと、建物が構造上、利用上の独立性を失ってしまえば）区分所有関係は消滅する。このことははっきりしている。困難なことは、具体的に建物としての効用を失ったことをどう認定するかである。

経年による老朽化に触れた直接の規定がなくとも、解釈論的には、滅失の度合いを類推して、その後の措置を考えるということになる。

滅失の場合については、建物の価格の1/2以下のときとそれを超えるときとで規定のしかたが異なる。前者では、区分所有者の過半数で復旧の決議をすることができ、また、各区分所有者はこのことを請求することができ、さらに管理者もこのことをすることができる権利と義務があるということである。ここでいう復旧は、修繕ないし大改修をいい、建替は含まないと解すべきであろう。

後者、すなわち建物の価格の1/2を超える場合はどうか。ドイツ区分所有法は何の規定もない。おそらく、区分所有関係の解消を請求することになる。手続的には、同法21条3項、ないし4項に従って区分所有者の過半数の決議ということになる。

解消した結果は、共有関係が復活し、各人は持分権者ということになる。

こう解することは、容易に区分所有関係の解消が可能とみえるかもしれない。しかし、建物の価格の1/2を超えた場合でないと解消決議ができないのであるから、一概にそれが容易とはいえない。

2.1.2 フランス法

- ①建物の損壊が建物の1/2未満の場合には、被災区分所有者の多数決で建物の再建または被災部分の原状回復が義務として行われる（同法38条2文）。
- ②建物の全部または一部の損壊の場合には、集会で、区分所有者の議決権の多数によって建物の再建または被害部分の原状回復を決議することができる（同法38条

1文)

③建物の全部または一部の損壊の場合、被災建物を原状回復しない旨の決議が②に従って行われたときは、区分所有法上の数額確定、および区分所有者のうち、その区分建物が再建されない者への補償が行われる(同法41条)。

フランス法でも、事故による損壊・滅失が規定されている。その場合、建物の価格が1/2未満とそれ以外に分けて規定されている。前者が①で、被災区分所有者の意思によって再建がなされるか否かが決定される。後者は、②③で、②では全体の過半数の決議で再建できることになっている。ドイツ法と異なり、再建決議は容易のように見える。なお、①②では、再建されない者への補償がなされる。一方、③で再建をしない旨の決議も全体の過半数で決議できる。この場合には、清算・分割をするために持分の確定をすることになる。

フランス法でも、ドイツ法と同様、事故による建物の損壊・滅失だけが規定され、経年による建物の老朽化について規定を置いていない。

2.1.3 ヨーロッパ法の検討

ヨーロッパ法では、区分所有関係は全体の特別多数決によっては解消できない。それを認めることは、区分所有の目的と両立しえないと考えているからである。

認められるのは、専有部分をつくっているわくがなくなったときである(閉鎖性の原則)。ヨーロッパ法では土地空間を壁・床などによって仕切り、空間所有権の対象となる物を創ることによって区分所有関係が成立する(フランス法)。ドイツ法では区分所有関係を成立させるためには、加えてその登記も必要となる。したがって、その空間を成立させていた壁・床などがその機能を果たさなくなると、登記するかどうかはフランス法、ドイツ法で異なるとはいえ、区分所有関係は消滅する可能性が発生する。

したがって、建物がこのような状態になったとき(わが国でのかつての借地法上の朽廃という概念に類似する)、各区分所有者でも確認的に消滅を請求できるということにならざるをえない。もっとも、この手続は両法には存しない。

もう1つのとっかかりは、災害・事故などによって建物の一部が損壊・滅失した場合である。建物の全部が滅失したときは、当然に区分所有関係は消滅する。一部の損壊・滅失では、区分所有者が特別多数決の決議をしないかぎり、その復旧ができない。特別多数決が成立しないかぎり、損壊・滅失した建物をそのまま放置することはできない。それゆえ、各区分所有者が分割請求でき、一括売却されて、配分されることになると思われる。しかしここでも、その手続的規定はない。

2.2 アメリカ法

合衆国は州ごとに民法が異なる。しかし最近では、これら州ごとの民法を統一していこうとする動きが顕著である。その方法は、統一法典を学問的に策定し、それを各州が採用するという仕組みである。マンション法でも同様な動きがある。1977年、統一州法全国委員会は統一コンドミニウム法 Uniform Condominium Act を策定した。これは各州のマンション法を検討して、学問的に統一法典を創造したものである。現在、いくつかの州で統一コンドミニウム法を採用していると伝えられている。

そこで、まず統一コンドミニウム法を検討しよう。そして代表的法であるニューヨーク州法とカルフォルニア州法をつぎに取りあげる。この2つの州法が統一コンドミニウム法とどのような関係にあるかは明らかでない。

2.2.1 統一コンドミニウム法

同法第2-118条(コンドミニウムの終了)は、おおよそ以下のように規定する。

- ①区分所有者の議決権の80%、または宣言文書が定めるそれ以上の割合の合意によって区分所有関係を終了させることができる(同条a項)。
- ②宣言文書の終了合意書で終了後、共用部分と専有部分を期限を定めて売却すべきことを定めることができる(同条c項)。売却後は、専有部分の割合に応じて分配されることになる。
- ③売却されない場合は、専有部分は各自が有することは当然であるが、共用部分は専有部分の割合に応じた共有持分として各自に帰属する(同条f項)。各区分所有者は分割請求することもできるようになる。
- ④②での売却は、区分所有者団体が代理して売却契約をすることができる(同条e項)。区分所有者団体に売却にともなう代金を各区分所有者・担保権者への配分する権限を与えている。
- ⑤区分所有者の担保権者は、コンドミニウム終了後、担保権を実行することができる(同条g項)。

統一コンドミニウム法では区分所有者の団体の法人格を認めており、その団体の議決権の80%以上で、区分所有関係を終了させることができるとしている点が特長的である。この場合、建物の老朽化いかんは問わない。ただ決議があればよいのである。そして、この決議とともに区分所有者団体は売却する決議をすることになろう。区分所有関係の終了に賛成しない区分所有者も、決議に拘束される。これらの者が売却に賛成しない場合は、分割請求することになろう。区分所有者団体は、残余の土地を売却することになろう。しかし、経済的利益を考えれば一括売却を選択することが多いであろう。

統一コンドミニウム法においても、建物の滅失・損壊した場合に、区分所有者団体が復旧義務を負うことはい

うまでもない。この場合、区分所有者の議決権の80%以上が復旧に賛成しないときはこの限りでないとする。

2.2.2 ニューヨーク州法

- ①専有部分の数および共用部分の共有持分の80%以上の賛成により、または規約が専有部分の数と共用部分の共有持分の一方もしくは双方の80%を超える賛成を要する定めをした場合、その決議で分割することができる（同法339条t項）。
- ②建物が滅失・損壊したときは、管理組合理事会は修繕・復旧しなくてはならない。
- ③建物の3/4以上の滅失または重大な損害を受けた場合、区分所有者の75%以上が修繕・復旧の決議をしないときは分割または売却の請求ができる（同法339条cc項）。
ニューヨーク州法は、①80%以上の賛成で当然に分割ないし売却請求できる点で、統一コンドミニウム法と異なっている。そして80%を要する要件が専有部分の数、共用部分など細かく規定されているのが特色である。また、③で建物の価格の3/4以上の滅失・損傷した場合をわざわざ特別に規定している。この点ではヨーロッパ法の発想に近いといえよう。

2.2.3 カルフォルニア州法

カルフォルニア州法では、次の場合には各区分所有者がその分割を裁判所に請求できるとしている（1359条）。

- ①建物が毀損または滅失し、そのため重要な部分に不具合が生じており、再建または修繕がなされずに訴訟の提起まで3年以上の期間が経過しているとき
- ②建物の3/4以上が滅失または重大な毀損を受け、共用部分の持分権者の過半数が修繕・復旧に反対したとき
- ③建物が50年以上を経過し、老朽化・非経済化し、共用部分の持分権者が修繕・復旧に反対したとき
- ④宣言文書に定める建物売却の条件が具備されたとき

カルフォルニア州法は、統一コンドミニウム法、ニューヨーク州法と異なり、分割請求できる場合を明文的に示している。①は事故などで建物の毀損・滅失で不具合が生じても放置されたときは、各区分所有者が分割請求できるとしており興味深い。また、③では、50年経過で持分権者が修繕・復旧に反対したときであり、いわば、建替などにつき建物の耐用年数とでもいう期間が明示されていることが特長である。

またカルフォルニア州法では、各人が分割請求を裁判所にできるとしていることも他法のいき方と異なる。

2.2.4 アメリカ法の検討

アメリカ法の特徴は、合意が一定の割合（80%）に達すると区分所有関係を解消できるとしていることである。この場合、一般には建物の状態がどのようであるかを問

わない。一定の割合に達すると分割請求を当然にできるとするものと、あらかじめ分割請求できる場合を、宣言文書とか規約にいておくことが必要だとする双方がある。

分割請求は、合意が80%に達するなど一定の割合に達しなくてはならない。何が一定の割合に達する必要があるか。区分所有者団体での議決権、専有部分の数、共有持分などさまざまである。1つだけでよいとするもの、2つが必要であるとするものなどがある。

これらは、いわば、団体的議決を前提としている。これに対して一定の状態に達すると、各区分所有者が分割請求できるとするものがある（カリフォルニア州法）。これはヨーロッパ法に似ているが、ヨーロッパ法では一定の状態の具体的規定をもっていない。

つぎに分割請求すると、共用部分が分割される。この分割は現物分割であることも理論上はあろうが、一般には売却されてその価格が配分されることになる。

問題は、専有部分の売却である。専有部分は各区分所有者に属するから、団体での合意に拘束されるわけではない。しかしコンドミニウム法ではその性質上、共用部分なしには存立しえない。それゆえ、事実上、一括売却にならざるをえない。そうでなければ共用部分を現物分割して、専有部分とともに存立させる以外ない。その場合でも、立体的に土地を存立させることはできないのであるから、結局は一括売却に應ずる以外にないことになる。

3. 従来の建替法の状況

3.1 昭和58年区分所有法

昭和58年に改正された区分所有法では、区分所有者による共同での建替という「特異な」制度が立法された。

特異なという意味は、立法当時の状況からはそれなりの合理性をもつといわれたが、比較法やその後の経緯をみると異なった評価ができるということである。

区分所有関係の終了として、建替が考えられたのは、「居住の継続」が必要だという発想からである。建物としての機能が一部残っているものを、少数区分所有者の意思に反して取り壊すことを認めるには、同じ敷地に同じ機能の建物を建築するというやむをえない場合でなくてはならない。敷地の買い増し、居住用から業務用建物への転換、まして、経済的効用を増加するための建替などもってのほかである。老朽化でも単純に老朽化しているだけではだめで、その結果、建物の価格に比較して修繕費・復旧費が「過分」である必然があるというのである（区分所有法62条1項）。

しかし考えてみると、所有権は自由に処分できるのであるから、立法論としては、売却するという方法も採りえたはずである。ここでいう売却は、専有部分の売却で

はなく（これは各区分所有者がいつでもできる）、専有部分・共用部分・敷地全体のそれである。この考え方は立法関係者から拒けられた。正確にいうと、あまり検討されることなく消えてしまったというのが実情であろう。

このような共同での建替という考え方の基礎にあるのは、借家法などから出てきた過大な「居住権」という発想である。居住を保障することで、ひとびとは生き残ることができるというのである。したがって、居住を失わせることはなんとしても阻止しなくてはならない。家主から借りている住居も借家人の必要度が高ければ、家主の明け渡しは阻止しなくてはならないというのである。しかし考えてみると、明日の米を買う金員がない者に居住だけを保障してもしょうがない。この場合は、米を与えるか、それを買う金員を与えなくてはならない。借金を返せない者は土地建物の抵当権を実行され、居住を失う。これも阻止できなければ片手落ちである。しかしそれをすると、われわれの社会を構成する最も基本的原理が破壊されてしまう。

社会の基本原理はあくまで維持されなくてはならない。その原理の強行によって、生きることを脅かされる者は別の原理で救済されなくてはならない。借りた住居は期限がきたら返さなくてはならない。この原理を修正するものは最小限でなくてはならない。そうしないと社会の存立が危うくなる。セーフティネットは別の原理でなくてはならない。借家の家賃は、同一地域での同一規模のものと同じでなくてはならない（ドイツでの *Mietspiegel* をみよ）。その原則が借家人にむつかしいとなれば、国や地方公共団体などの公による差額への家賃補助がなされるべきである。借家人の生活の困難のかた代わりを家主に負担させるのは、社会的公正にもとる行為である。このような家主の負担をいつまでも当然だと考える社会はどこか病んでいる。

しかしわが国では、家主は借家人より豊かであるのが通常であるから、家主が借家人の経済危機からの救済の全部または一部負担するのが当然だとする考え方が、隠れてまた公然と主張され、実行されてきた。家主は借家人より豊かだとするのは虚構であり、虚構の上に乗っている法原則は徐々に支持されなくなる。

また、建替という方法に傾いた原因の1つは、戸建建物の発想をマンションにも乗せたのではないか。たとえば、イギリスなどをみると、都市での戸建建物（たとえばセミ-detached house）は、いわゆる建売である。わが国でもその多くは、企業が建築した建物である。ところが、地方出身者の多くは（これが需要者の大勢をしめる）、潜在的に一度は自分の好みの住居を建築したい、と考えている。建売住宅も20年すると建替をするという発想となる。そうするとマンションでも老朽化・滅失という、すぐに建て替えるという発想になる。

しかし、住居の建替という発想は、必ずしも普通の発想ではない。

3.2 阪神・淡路大震災での再生

マンションの建替問題が本格的に出現したのは、平成7年の阪神・淡路大震災でのマンションの再生である。この地震で多くのマンションが損壊・滅失した。国の政策もあって、被災建物の区分所有者の多くは、建替を選択した。

しかし、建替か復旧かで深刻な対立を生んだところも少なくない（同法61条5項、8項）。選択のための情報（大規模修繕＝復旧で安全かどうか、費用がどの位必要かなど）をどう入手してよいかの困惑が原因である。建替を選択したところでも、反対者からの区分所有法62条1項の要件を満たしていない、との訴訟が提起されたところもある。訴訟での争点は、老朽化の程度、過分性の問題、売渡請求権での時価などである（同法62条）。

建替の合意形成に成功したところでは、つぎのステップをめぐる困惑が生じた。建替賛成者（買受人、売渡請求権者を含む）が共同で、いかに建て替えるかの方法が十分に整備されているとはいえない状況であったからである。従来の建替成功例は、ことごとく、いわゆる等価交換で、しかも、不動産価格が右肩上がりの経済状態で行われた。そこでは、ディベロッパーの積極的な関与があった。ディベロッパーが建替を引き受けることで、さまざまな利益を得ることが可能であったからである。しかし、阪神・淡路大震災では、不動産価格は横ばいないし右肩さがりの状態であり、しかも、マンションの建替で一度に大量の住居が供給されることになり、需要が見込めない状況であった。

建替参加者は、事実上は団体を形成しているといっても、法律上、法人格を有しておらず、建築契約（請負契約）はそれぞれの参加者としなくてはならなかった。この場合、請負人は所有者の確定、借家人の処理、建築中に相続が始まったときの困難、請負代金の確保の困難など、さまざまな負担を課せられる危険を負わざるをえない。

とりわけ、問題は抵当権の処理である。マンションの購入は金融機関などからの融資を受けて行われる（それも複数の金融機関から）。老朽化による建替では返済が完了していることが一般であろう。しかし現在では、中古マンション売買も盛んであるので、かなりの建替参加者の敷地には抵当権がついている。のみならず、所有者が建物に商売上の取引のための抵当権（根抵当権）を設定していることもある（民法398条ノ2以下）。この場合、請負人は、区分所有者が敷地・建物への抵当権を抹消しないと、建物請負契約に応じてくれない。新建物が完成後に抵当権者が抵当権を実行すると、建物を取り壊さな

ければならないという可能性があり、このような危険は請負人は負担したくないからである。また、新建物への抵当権を移行するにしても、この間に第三者が抵当権を設定してしまい、抵当権者は必ずしも1番抵当権を設定できない危険がある。

従来の建替では、ディベロッパーが金員を立て替えて抵当権を抹消することがしばしば行われた。余剰床の売却益で、抵当権を抹消した場合の危険を引き受けることができたのである。さいわいなことに、阪神・淡路大震災では、金融機関のいくつかは、敷地の抵当権を一時抹消して、新建物への抵当権を移転設定までの間の危険を猶予してくれたのである。もっとも、この場合に、住宅供給公社などが、その間、連帯保証人になるなどの措置をとった。兵庫県や神戸市などの地方公共団体が公益上の理由から、そのような負担をしたものであろう。

にもかかわらず、阪神・淡路大震災でのマンションの建替は、敷地・建物の所有権を、いったんディベロッパーに移転する方式が最も一般的であった。つまり、敷地・建物を、いったんディベロッパーに売却し、売却代金で抵当権を抹消することが行われた。この結果、新建物の代金が都合できず、建て替えた建物を取得できない者も出てきた。

注意すべきは、根抵当権では現在融資されている金員を返済しても、当然には根抵当権は抹消できないというやっかいな問題がある（民法398条ノ20参照）。

この抵当権処理の問題は、立法によって建替団体に法人格を取得させても解決できない。都市再開発法の仕組みをマンション建替に導入して、強制的に抵当権を新建物へ移行しなくてはならない。そして、立法によって取り壊して建替が完了するまでの間に、新建物に差押え、抵当権を設定しても従前の抵当権に後れることを明示しなくてはならない。

抵当権処理の問題は、区分所有法上で予定されている共同建替の仕組みだけでは十分でないことを物語っている。

4. 新たな建替立法の構想

マンションの建替立法を考える場合、比較法や従来の建替の経験に照らして、つぎの2つの視点を考慮しなくてはならない。

4.1 売却・区分所有関係の解消法の導入

第1は、アメリカ法に倣って、区分所有者議決権の4/5以上の集会での特別多数決で、売却・区分所有関係を解消することができる、との規定を新たに創設すべきである。このことを最も早くから主張していたのが、小澤英明弁護士である（小澤英明「建物区分所有関係の解消－建替方式を廃止して売却方式を導入することについて」

日本マンション学会誌「マンション学」第9号89ページ、2000年4月）。

建物を取り壊して、新たに共同で建物を建築するという現行の建替規定の創設に、強力な反対が存したのであるから、建物、敷地の全体を売却してしまうなどとはとんでもないとの意見があり得るであろう。建て替えるということは、たしかに建物を取り壊すが、後に再び建築するのであるから、終局的には住居が失われない。建替期間だけ住居がないだけである。ところが、売却は住居の確保を保障していない。金員を得ても住居を確保できる保障はない。特に老朽化した建物は敷地分しか金員を取得できない（場合によっては敷地価格から取り壊し費用を控除した額）ので、新たな建物を取得できるとはいえないという論理である。

しかし、阪神・淡路大震災後のマンションの建替でみたとように、抵当権を抹消するための全員の返済ができない区分所有者は、建替参加を望んでも、実際は建築後に取得できないのである。

このことは、何も建替でなくても大修繕でも同じことで、その合意が過半数なり、3/4の特別多数決でできたとしても、その支払いのできないゆえに反対する区分所有者は、建物を売却していく以外にないのである。つまり、大修繕の支払いができないほど他の債務額が存在するからである。

また、建物が使用できるのに、建物全体を売却してしまうのは具合が悪いという反対論もあろう。売却のための議決の客観的要件として、区分所有法62条1項の要件をかぶせて、ここでも建物の老朽化とか、滅失が相当程度に達していることが必要であるとする考え方もあろう。建物の老朽化、過分性というようにいうと、それをめぐって訴訟が起こる可能性があるのも、たとえば、建築後50年経過することを要件とすることで客観的要件をはずすことも考えてよいかもしれない。また、建物の老朽度は個々の建物で異なるので、50年と特別多数決に知事の認定を加味するという方法も考慮に値するであろう。もちろん、知事のもとに専門的判断機関をつくることになるが。私見では、50年経過すれば、区分所有・議決権の各4/5以上の特別多数決で、一括売却の議決をすることができるとするのが、簡明で良いと考える。

もう1つの立法論は、建物が50年経過し老朽化・非経済化しても、建替・大修繕の特別決議ができないときは、各区分所有者は、区分所有関係の廃止を請求する、とすることである。

おそらく、両方の立法論が必要となるであろう。

4.2 都市再開発法の仕組みの導入による立法

第2は、改正の際にも残すべき区分所有法62条以下の共同建替に、都市再開発法の仕組みを部分的に導入する

ことである。建替組合に法人格を与え、ここに一種の収用権の一部を付与する。建物の取り壊し、時価による売却請求権というのは、視点を換えれば収用ともいえる。都市のスラムの防止と再生に、マンション建替の公共性を見出し、都市再開発法の仕組みを導入するのである。もっとも、そこへ補助金など出す必要はないであろう。そして、区分所有者の所定の合意をし、加うるに、建替を、たとえば、都道府県知事の認可(?)にかからしめるとの仕組みをつくる。合意・認可についての争いは一定期間内に限定する。建替の合意の時点ないし知事の認可の時点以降は抵当権の実行ができず、新建物へ登記とともに移行する。

ここでの認可は、知事が建替の必要性・合理性をオーソライズする目的をもつ。この方式での訴訟は行政訴訟ということになるだろうか。

この建替の立法は、区分所有法の改正ではなく、建替促進法というような、一種の行政法によってなされることになる。したがって、その所管は国土交通省ということになる。

注意すべきは、区分所有法62条以下のみでの共同建替も残すべきである。そのような方式で行えるところでは、その仕組みでいくべきである。したがって、区分所有法62条以下のみでいくものは、知事の認可・収用ということではなく、民事手続きとしての区分所有法でいくことになる。