

被災マンション法からまちづくり = 共（とも）法へ

片 桐 善 衛

・はじめに

2011年3月11日、東日本大震災が発生して、既に3年以上が経過した。様々な問題が山のように生じて、それなりの対応がとられてきたが、依然として復旧・復興の道は平坦ではない。そうした中での膨大な問題の一つに、被災したマンションが抱えるものがある。本稿は、その問題の検討から始めて、まちづくり法制の一翼を担うべく、筆者（=片桐）の議論として、共（とも）法を提示しようとするものである。

災害法制としては、とりあえず伝統的な立場から整理しておけば この整理、否、それ以前に対象としての問題自体の把握方法として、どうしたものか適切妥当かとの視点が必要であるとの問題意識を持ちつつも 災害公法と災害私法があろう。言うまでもなく本稿で論じるのは、後者に属する。

対象とする直接の法律は、「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略する）である。周知のごとく、被災マンション法は1995年1月15日に発生した阪神・淡路大震災後に制定され、適用された（以下、旧被災マンション法又は単に旧法と略することがある）。そして、今次の3.11後には、その改正法が立法化された。2013（平成25）年6月19日、被災マンション法の一部を改正する法律（平成

25 年法律第 62 号) として、大規模な災害の被災地における借地借家に関する特別措置法 (同第 61 号) と共に成立し、同月 26 日に公布された。被災マンション法の改正法は、その公布の日から施行された。

以下、順次、次のように述べていく。まずは被災マンション法の概要から始めて、同法に対する筆者 (= 片桐) の抱く疑問・問題点を対置させた後、まちづくり = 共法へと架橋させることによって、今後の復旧・復興に資する一助となり得れば、と。

1. 被災マンション法の概要¹

阪神淡路大震災の直後に制定された旧被災マンション法は、政令で定める大規模災害によって区分所有建物が滅失した場合、多数決により、区分所有建物の再建を可能とした。しかし、建物の取壊しや売却、敷地の売却には、全員の同意が必要であった。今次の東日本大震災においては、全部滅失したマンションはなかったようであり、この旧被災マンション法の適用はされなかった。と言うのは、既存の区分所有法 (以下、区法と略すことがある) では一部滅失しか規定されておらず、いわば全部滅失との間で生じるであろう重大な被害に対する法制としては、民法の原則によるとされてきたからである。つまり、マンションに重大な被害が生じた場合に、当該建物を取り壊したり、敷地と共の売却をするためには、区分所有者全員の合意が必要であった。勿論今次の 3.11 後に、この全員合意での取壊しや売却の例があるものの、それには多大な困難をも伴うものであった。そこで、旧被災マンション法の見直しに着手されて、同法の改正法が成立した²。

1 この改正のための審議に関わった当時の法務省民事局参事官 岡山忠弘氏による概説書がある。『被災借地借家法・改正被災マンション法』金融財政事情研究会 平成 26 年。

2 法制審議会での被災関連借地借家・建物区分所有法制部会については、次のサイトを参照されたい。
<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai-hisaikanren.html>

では、本題が対象とする被災マンション法の内容をみることから始めよう。政令で定める災害により区分所有建物が滅失した場合には、まず、大規模一部滅失と 全部滅失、の二種類がある。それに対して、旧被災マンション法では、³では復旧決議 (区法 61 条 5 項) が建替え決議 (同 62 条) が、⁴では再建決議 (旧被災マンション法 3 条) が用意されていた。それを新被災マンション法では更に、⁵に対して、取壊し決議 (新法 11 条) と建物取壊し敷地売却決議 (同 10 条) と建物 (現状のまま取り壊さないで) ・敷地売却決議 (同 9 条) を加え、⁶に対して、新法では更に、敷地売却決議 (同 5 条) を、新たに加えた。これらの制度の特徴は、5 分の 4 以上の特別多数決を要件としていることである (正確に言えば、第一に区分所有法上の復旧決議を除き (= 4 分の 3 以上である)、第二に当然ながら⁷では敷地共有者の議決権だけ、である)。そして、新法では、いずれも適用に期間制限がつけられている (適用政令の施行の日から起算して、⁸は 1 年以内 (に区分所有者集会開催 7 条)、⁹は 3 年以内 (に敷地共有者集会開催 2 条) であり、東日本大震災の場合は、¹⁰は平成 26 年 7 月 30 日まで、¹¹は平成 28 年 7 月 30 日まで、である³。

さて、3. 11 後の現地 (宮城県仙台市) におけるマンションの経緯と現状をみてみよう。旧被災マンション法に基づく需要はなく、政令による適用は見送られた。仙台市内で、5 棟が取壊しされ、それらは阪神淡路の場合と同様にして公費解体をした様子である⁴。それらの中の、1 棟は建替え

-
- 3 この期間制限が何故つけられたのかについては、特措法の趣旨に加え、復旧・復興にスピードアップが求められていたことが働いていると思われる。
 - 4 ここでの仙台市における進捗状況及びその他の諸点は、マンション学 48 号 (仙台大会特集号 2014 年) 141 頁以下、による。仙台大会 (2014.4.19~20. 於いて、東北工業大学長町キャンパス) では第 5 分科会として、「改正被災マンション法をめぐる諸問題について」と題して、趣旨説明に加えて 4 本の報告がなされた。本文の次に取り上げる折田報告は、稲岡良太・小林久子両弁護士と共に執筆され掲載された「仙台の大規模被害マンションの現状 改正被災マンション法適用の諸問題」同 48 号 158 頁に基づくものである。
なお、いわゆる公費解体については、阪神淡路大震災時に国の制度として設けられたものであり、災害廃棄物処理システムの一環である。

決議を挙げて、2013年7月に建替えが完了している。もう1棟は、もともと多数を所有していた法人が全部を所有するに至った。残り3棟が、改正被災マンション法に則っての敷地売却等を検討している、という。

適用に関して、いくつかの留意点のみならず疑問・問題点もあるので、挙げておくこととする。まずは留意点につき、マンション学会の大会（前注4参照）当日になされた折田弁護士の報告による。全部滅失の場合の敷地売却を、例として取り上げる。(a) 最初の敷地共有者等集会では、管理者の選任をしなければならないが、管理者の権限について。「管理者は売却処分の決議がなされたとしても、売買および所有権移転登記の権利について敷地共有者を代理する権限までではない。」（折田、164頁）。(b) 売却決議後には、決議に賛成しなかった敷地共有者等に対して、集会招集者から、売却参加の意思につき回答を催告する。その後、賛成しなかった者と回答を寄せなかった者に売却請求ができるが、その請求権者には買受指定者も含まれる。(c) 管理者のみの規定となっているが、敷地共有者の組織とその運営についても、手当てする方が望ましい。売却処分組合が一例だが、現場の需要を考えれば、法人となろう（折田は、『一般社団法人が便利である』とする。165頁）。(d) たとえ売却処分組合を構成しても、実際の売却にあたって、個々のつまりは敷地共有者各自がしなければならないことがある。それは、所有権移転登記手続きである。「この解決には、信託登記で法人に名義変更しておくことが有用である。」と、折田弁護士は助言する（165頁）。(e) 最後に、被災マンション法にも、(区分所有法での建替え決議を、事業法として支えているマンション建替え円滑化法と同様にした) 更なる事業法が必要とする（166頁）。

では、次に項を改めて、被災マンション法に対する疑問・問題点を検討することとする。

2. 被災マンション法に対する疑問・問題点

筆者（=片桐）が抱く疑問・問題点は、まずは基本となっている区分所有法に立ち返る立場から発せられるものである。第一に、建替え規定の改

定がされた 2002 年が歴史的画期となり、詰まる所それ以降の改定は、全て主観的要件への一元化に基づいているのでは、との懸念であるが、そう断じていいのではないと思われる。改正被災マンション法では、単に区分所有建物の全部滅失か一部滅失か、との規定しかないから、(現場での判断には躊躇するケースがあるかと予想するが) それ自体はほぼ自明となると考えられる⁵。

そこで、ここで筆者(=片桐)としては大胆に“5分の1分水嶺”論を提示してみたい。いかなる者がこの嶺を獲得するのか、再建派が多数を占めれば、買受指定者がポイント(分かれ目)となろう。想定例はディベロッパーだが、開発至上主義の大不動産資本では元の木阿弥になってしまう危険性をはらむ(その意味は、後に述べる共法論を参照願いたい)。金が無い(財源的裏付けが十分ではない)以上は、例えば住民で組織されたNPO等がこの買受指定者となるのには、無理が伴うであろう。だとすれば、買受指定者に対する(共法に基づく)民主的コントロールをかける事が必要であると指摘しておく。非再建(その脈絡は様々であろう)派が5分の1超を確保できれば、開発主義への歯止め=前車の轍を踏むことを回避する道の選択が可能となり得よう。しかし人・物は押えられるかもしれないが、金(財源)の課題をどう克服するのか、現状のままの放置となり、その後はいわゆる塩漬けの危険を孕むとの危惧を伴ってしまう。この場合には、いわば逆の(=法定されている再建派からのそれではない)売渡請求(反対に買取請求)だから法適用は無い以上、純然たる私的取引と扱われることとなろう(尤も、だからといって低廉な価格となることまで保証されるとは限らないが)。NPO等は財源では力不足、といって直ちに公に頼るのにも躊躇する⁶。この善後策問題は、結局共法からの定立に委ねる

5 事実認定の問題である。実際の現場では、集会を開いた中で検討され、結論が出されることとなろう(そうでない場合は、止む無く裁判での認定に委ねざるを得ない)。

6 因みに、被災市街地復興推進地域に指定された場合に、当該区域内では、市町村による市街地再開発事業が優先されてしまう。既に建築基準法 84 条におい

べし、というのが筆者（＝片桐）の立論である。そして第二に、客観的・実体的要件の復活論を提起しておきたい。建替え・再建において、それぞれの必要性・妥当性・相当性概念を法律構成して、改めて改正するとの提案をしたい⁷。最後に第三として、次の指摘をしておこう。5分の1以下となった少数者への売渡請求権が付与されている。それは、単なる財産権の剥奪＝「時価」による買取のみではなく、同時にそれは生活基盤（生存権を基礎づける所有権）を奪うことでもある⁸。

では、当該の被災マンション法に則して、内在的側面を検討してみることとしよう。

全部滅失の場合の議決権について。敷地共有持分の価格割合によると

-
- て、そうした措置の根拠付けが用意されている。そして、今次の3.11においても（阪神淡路大震災に続いて）、被災市街地復興特措法でその旨の措置が採られている。その目的は乱開発の防止にあると言うのだが、果たしてどうか。従来の市街地再開発事業の総括が必要である。筆者（＝片桐）の提起している枠組みでは、公からの要請と私からの要請、それはいずれも乱開発の防止にあり、その両方からの要請を、共の領域内で衝突させた上で相互の調整等を行う必要がある、と考えている。まちづくりは、そこでこの討議に委ねることによって、初めて内実を伴い、手続きが完了すると。因みに言えば、乱開発とはいえない場合、共の領域内で承認され是とされてきたマンションは、市町村による市街地再開発で否定されることはあってはならない、と言うことをも意味する。
- 7 勿論この提起は、一人本被災マンション法改正にとどまらず、母法たる区分所有法自体の建替え規定の改正そのものを対象とするものである。確かに筆者（＝片桐）も、削除の対象とされた「過分性要件」が適切妥当な文言であったと思っているわけではない。そして、本文で挙げた必要性等の要件を、そのまま法文として採用すべきとも考えているわけでもない。今ここで、対案として改正の文言まで提示すべき義務を果たすべきと考えてはいるが、遺憾ながら成案にまでは至っていない。
 - 8 ここで詳論する余裕はないが、法それ自体が区分所有なる特殊な私的所有権を認めたとし、しかるべくその保護に努めなければならないではなからうか。そして、その所有権に基礎づけられた居住者＝住民の生活が形成されている（そこには少なくとも、所有と生活の二層構造がある）。再建を巡って、賛成と非賛成者間には、売渡請求を通じてのパーターが用意されているが、それは所詮所有権を射程に入れているにすぎず、この二層構造全体を対象とするものではない。そこに、私法の枠内で処理しようとする一つの限界があることを指摘せざるを得ない。共法との接続が確保されていない以上、非賛成者が（もまた）、私的所有権レベルで対抗するしかないのが、当制度での桎梏に陥ってしまうのである。

の規定(旧法2条2項)は削除され、新法3条1項で「敷地共有持分等の価格の」と読み替えられている。旧法と同旨なのであろう。区法では議決権と共に頭数をも決議のためには要求しているのに、(全部滅失の場合には)建物そのものがないが故に「居住の利益等に配慮する必要がないから」、との一つの根拠づけがある⁹。しかし敷地共有持分レベルでもまた、共有者が複数いる以上は、頭数は観念できるはずではないのか、との疑問が残る。(比較法的には顕著な特色を示す)この二重基準を、何故にこの被災マンション法では採用せず放棄したのか。他の共有者と異なる多くの持分を有する共有者の意思が、専横となることを容認したことを意味しないか、との懸念が残る。(全部滅失ではないが)改定が強行された建替え規定においてさえ、「区分所有者及び議決権の各五分の四以上の多数で」(区法62条)とされていたにも拘らず。詰まる所この点は、民法の原則に回帰したとみる以外になかろう。土地と建物を別の不動産と構成してしまった日本民法のもとで、区分所有関係では分離処分を禁止を規定して、この二つを接合させたのであるが、全部滅失の場合には、もはやこの適用を持ち出す前提を欠いているからである。しかし、敢えて言うが、これは法制度上の整理としては妥当ではあるが、硬直した態度であろう。

再建義務が法定されているわけではないが、敷地売却後の利用はどうなるのであろうか。ここでは、被災マンション法に組み込まれているプログラムとは別の道を探索したい。取り敢えず法それ自体が用意している方途として、被災マンション法6条による「制限」がある。全部滅失での土地等の分割請求に関する特例の規定があり、本文に続き、「ただし、五分の一を超える議決権を有する敷地共有者等が分割の請求をする場合その他再建決議、敷地売却決議...ができないと認められる顕著な事

9 升田純『大規模災害と被災建物をめぐる諸問題』法曹会 1996年 30頁。水本・遠藤・丸山編『基本法コンメンタール マンション法 [第三版]』日本評論社 2006年 176頁(山野目章夫 執筆)による。

由がある場合は、この限りでない。」¹⁰。この「顕著な事由」の例は、さほどあるわけでもなさそうである。そして次は、再建決議において、再建建物の建築に要する費用の分担及び再建建物の区分所有権の帰属に関する事項については、「各敷地共有者等の衡平を害しないように定めなければならない」との規定がある（被災マンション法4条3項）。しかしこれは訓示規定であり、違反を争う余地は殆ど無いのではないか（尤も、衡平性確保の要請がこの二つの事項に限定されていることには疑問が残る）。ここでも、区分所有法に倣い客観的な実体要件（＝再建の必要性・妥当性等）の放棄とその手続化が規定されている。しかし、未だ準備段階で予め決議をする以上、詳細で具体的な内容には不確定要素を含まざるを得まい。では、その決議自体を瑕疵あるものまたは無効とする場合があり得るだろうか。それらの「事項」は必ず用意されなければならないが（用意されない場合は典型的な瑕疵の一つである）、その中身の当否・適否・是非は如何にして判断され得るのだろうか。その後の具体的展開の中でしか、それらは検証不可能ではなからうか。これらは建替えの場合と異なり、被災下での作業となるから、集会のための日時や場所の確保という現実的諸条件に加えて、果たして内容の妥当性・信憑性は、如何にして担保され得るかにつき懸念が伴う。

1年（一部滅失）・3年（全部滅失）と言う期間制限をどうみるべきか。特措法であるからと言って、常に期間制限を伴うわけではなからう¹¹。直ぐに想起されるのは、阪神淡路大震災の際に採られた公費解体である（今回も採用された行政の手法）。予めリミット（期限、終期）を設定することによる誘導の作用に注意すべきであろう。但し、この期間内に「集会」を開き「管理者」を選べば要件を満たすと考えられる

10 その「顕著な事由」の例として、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（第2版）』日本評論社 2004年 550頁参照。

11 期間につきやや正確に言えば、一部滅失については旧法5条の維持、全部滅失は新法での新設であり、前者は区法61条12項の6月を1年に拡張したものである。

(勿論単に被災者が集まるだけでは、ここでの集会とはならない。しかし、決議の成立等それ以降の実施と実現まで要求されてはいないのではないか)。被災マンション法で期間制限=除斥期間を定めた根拠は何か。鎌野教授は、「再建と建替えの異質性を否定できないから」¹²とするようであるが。被災マンション法では再建のみであるから、との根拠づけは妥当なのだろうか。更に、鎌野は「災害からの復興」と論じ、「大災害という非常事態であるが故に自己の意思に反する再建を認めなければならぬ」と論ずるが、期間制限内では「自己の意思に反」しても止むを得ない、とまで考えているのだろうか。非常事態に乗じての権利侵害を是とすることはあってはなるまい。もし、こうした局面に、一種の火事場泥棒的要素が入り込んで来るとすれば、それは憂慮すべき事態である。尤も、期間制限に関わって生じる事態に両刃の剣の面があることは否めない。速やかに集会を開いて本法の適用を受けて再建を通じての「復興」へ進めていくのか、期間を過ぎてしまい問題先送りとするのか、それとも他の選択か、いずれも解決への道は平坦ではないだろう。

3. 被災マンション法からまちづくり=共法へ

上で取り上げてきた被災マンション法から、この項で提起するまちづくり=共法論への架橋を、まずは明らかにしておく必要がある。いきなり共法が浮上してくるのは、飛躍・短絡の詭りを免れないだろうから。

筆者(=片桐)の本稿での狙いは、マンションを含めての開発主義の終焉、スクラップアンドビルドの中止、建築自由から不自由へ、等に代表される新たな段階を迎えるため¹³の準備作業として、その一コマに被災マンション法を位置づけることである。マンションに乱開発の一翼を担わせる

12 注10 543頁。

13 その他のスローガンの目標をも設定できようが、それを必要とする時代状況が背景にあるのは、多くの人々が感じ取ってまいろう。蛇足とはなるが、いわゆる少子高齢化が進行し、地方と郊外での過疎化は空家・空地・耕作放棄地を増やし、シャッター通りが出現する等の現象が生じている。

のではなく、町（街）の中での適正な配置を確保したうえで、環境に適合した集合住宅としての正当な位置を占め、設置・維持・存続を確保する必要が、ますます強まってきている。災害による被災を不幸中の幸いに転じるためにも、今一度立ち止まって、マンションの将来を考え、転換を図る機会とすべきであろう。そのための一助として、被災マンション法をまちづくりの中に取り込み、共法の領域で練り直したいのである。

既存の土地建物関係を前提にした再生産のプログラムに基づき、それに倣う体系で今次の被災マンション法も立法されている。それは、復旧と建替えに加えて、よりドラスティックに「再建」を目指すものといえよう。それを背後で支え誘導するモノがいる（ある）¹⁴。

筆者（＝片桐）の復旧・復興に向けた基本構想は、住民主導のまちづくり、人間の復興、である。マンションもまた、そうした枠組みと理念に従ってのみ、維持され存続が認められると。乱開発によって造られてきたマンションは、しかるべき経過により消滅させていくべきである（共有及び区分所有なる法制度そのものの否定まで至るべきかは、別途検討の必要があるけれども）。しかし他方で、既存のマンションでまちづくりに合致する対象は、建替え・再建もあってよい。新設は、あくまでまちづくりに従ってのみ、認められるようにしていく。

その振り分け、作り変えの場（基準と手法等々）を提供するのが、共法である。私法と公法が関わり合い、二つの相互の調整原理として相対的に独自の役割・位置づけ・機能を持つべきものと構成する。言うまでもなく、その一典型がまちづくりの共法である。

では共法の中身として、いかなる主体があるのかからみよう。私であ

14 言うまでもなく現在のそれはアベノミクスであり、その政策としての国土強靱化計画に基づく諸施策であるのは論を待たない。それに対して、例えば今野晴貴は、ブラック国家論として批判を加えている。そこでは、東北メディカル・メガバンク構想が取り上げられているし、ビジネスとしての復旧・復興が蔓延している、とする。『断絶の都市センダイ ブラック国家・日本の縮図』朝日新聞出版（2014/5/20）参照。

る個から集団(集積)へ質量とも転換していく。既存のものとして、まずは管理組合を挙げることに、異論がないであろう。次いで自治会とか町内会があり、その組織・機関を通して地域へと広がる足掛り・基盤となる。言うまでもなくより目的適合的なものは、まちづくり協議会である。その他の各種組合等々もある¹⁵。

ここで、管理組合と自治会・町内会の関係につき、一考しておきたい。原則的には、管理組合と自治会・町内会は別組織と位置付けられるべきであろう。それぞれの目的・結成・運営趣旨が異なるからである。前者は、財の管理を根幹としている。それ(つまりは区分所有権なる私的所有権)を担う構成員の人的側面に拡大して、全員で団体を構成すると法定している。規約を有しそれに従っての運営を行っている。行政の下請け(その一部を担う)の機能は無い。行為への規制も、一定の範囲で含んでいる(区分所有法内での一般条項としての『共同の利益に反する行為』)。それに対して後者は、私的所有権を内実に含んでいない。財は不問であり、当該地域なる空間的領域内に居住しているのが、資格要件である。自主的な組織であり、入会は(原則的に)任意であるから、地域によっては会員にならないままの住民が存在する(共法としての一つの弱点となろう)。目的や活動も、祭に代表されるような親睦が中心であろうが、様々であって、地域特有の歴史を基盤としている会もある。災害時での“共助”の役割を、改めて重視すべきとの指摘がある。サンクションであるが、プラスはあっても(例えば表彰程度)、通常マイナスはない(当事者は退会していくであろう)。行政の下請けの活動を担っている場合が多く、会費以外にその補助金?を資金の一部としている場合がある。

さて、この二つの関係はどうか。個人として管理組合員が自治会・町内会に入会している場合が、最も理想的な関わりである。団体として管理組

15 組合として考えているのは、まずは民法上のそれであるが、それ以外にも、例えば地域生協等があるし、民間の多くの法人もまたこの領域の中に存在すると考えられる。各種のNPOや(中間)団体もそうである。

合と自治会・町内会が、一体化しているケースは一般的ではなかろう（因みに賃貸用の集合住宅では、賃借人は区分所有者ではないから、管理組合の存立する基盤はない。後者の場合でしか考えられない）。老朽化問題を抱え込んでいるマンションでは、この両者の在り様は、検討課題としなければならない深刻な問題である。と言うのは、築年齢を重ねていくに従って、分譲マンションが賃貸化していくことが多いからである。そして、この二つの境界線が緩やか＝不明瞭になり、日常的な管理は専ら後者に委ねられる事態も、既に現実のものとなりつつある（最三小判平 22・1・26、判タ 1317・137、判時 2069・15 参照。拙稿『団地の法的検討』で検討したことがある。名城法学 61・2・63）。憂慮すべき事態は管理組合の空洞化であり、賃借人もいない、放置マンションである（絶望型。尤もこの問題は、別途の深刻な検討を要する）。理想型と絶望型の間で、今日のマンションは位置している。

本論に立ち返ろう。たとえ理想的な関わりでなくとも、管理組合と自治会・町内会は係わらざるを得ない。地域社会との接触を断つ Gated Community（エドワード・J・ブレイクリー、メアリー・ゲイル・スナイダー 著『ゲートド・コミュニティ』竹井隆史訳 集文社 2004 年 参照。Gate = 門・出入口で仕切られた一つの地域社会のことであり、事例は異なるが、在日米軍基地を思い描けばよからう）を目指すならばさておき、同じ地域内に管理組合も又存立しているからである。つまり、管理組合も地域を構成する一員である。共の領域には、区分所有者としてではなく（その権利を基盤・背景にしつつ）、住民として立ち現われ関与していくこととなる。この関与は、自治会・町内会の会員である場合はより積極的になるが、会員でなくとも消極的な関与はある。この人的関与と共に、物的関与（基盤）も又存在している。それは、管理組合（と言うより、正確には区分所有そのもの）自体が、共との関与の側面を内在させているからである。共用部分は、私的所有権が共に係わる最初の足掛かり・契機でもある。例えば敷地は、公的には（＝公からみれば）私有財産ではあるが、共には解放されている場合があり、最早そこでは、実態として殆ど私的所有

権の側面は背景に退き表に現れてくることはない。そこから地域社会と接続していくことに、殆ど障壁はないに等しい。共用部分(その全てとの断定はできず、種類によるが。集会所を地域に開かれた緊急避難所としたり、倉庫には水・食糧を備蓄しておくなどの活用は、既に現実のものとなりつつある)は、地域たる共の領域との物的連結器である。

この二者の係わりには、三種あるだろう。一体型、混合型、遮断型、である。一体型は、管理組合がそのまま団体として町内会・自治会に加入している場合であって、数は次の例に比して多くはない。共法にとって、いわば有難い理想的な型であるが、内部的には複雑な諸関係を抱え込んでしまう危険を有している(使い分けが明瞭となっていればよからうが)。混合型は多くの例であって、管理組合員である区分所有者は、自発的な任意の判断で、町内会等に参加する場合である。別組織であることが、実体面でも反映している係わり方である。この二つの側面を有する人々は、共法にとって決定的な位置を占めている。何故なら、私的所有権と(公からの接近をも含めての)共の領域との接触・調整を人的に担う役割を持つからである。共での討議の質は勿論重要であるが、それを私にまで持ち込むためには、量の問題、つまりは区分所有者のうちの何人が町内会等に参加しているかは、決定的であろう。共法の内在化は、そうした会員に委ねられているといっても過言ではない。遮断型は、その典型を上述したGated Communityにみる。日本でもセキュリティを売りにしたマンションが増えて来ているが、アメリカに見るほどの完全遮断・閉塞状態ではないように思われる。ただ、共との距離があることは憂慮すべき事態である。少なくとも、混合型に近づけていくべきであろう。

確保されるべき利益は何か。何よりも生活から立論し、生活利益の確保・保護の視点を堅持すべきである。それ故に、営利目的や権力的介入は原則的には排除される。但し、上で指摘した買受指定者は、民主的な共法に沿ったコントロールに服する限りで、排除されるものでは必ずしもない。

具体例。ここでは、建物建築行為と建築基準法や都市計画法の関係、一例として挙げるが相応しいだろう。後者の公法においては、既にいくつ

かの建築規制が用意されている。逐一その例を挙げる必要はないであろうが、地域・地区に応じた規制がされており、例えば高さ制限や建築できる建物の種類等々が規定されている¹⁶。しかしながら、それらの規制の実効性はと言えばお寒い限りであり、その答えは現実に展開され続けてきた既存の都市の惨状を見れば、自ずと明らかとなる。本稿では改めて、その公法からの接近（＝規制）と私法に基づく私の建築行為を、共法の領域内で衝突させて、相互に調整する場を提供したうえで、最終結論に双方を導いて、最後には私へ戻すことで建設するとの、一連の過程・手続きをもたらずものとして、構成している。それを共法の手法の一つとして例示したつもりであるが。では、それをどのような篩にかけていくのか。

その振り分け基準は何か。少なくとも既存の規制そのものを、いわば裸の規制とし、一方では裸の私的所有権を対置させるだけでは、本稿による提起の意味・意義はない。それは共法自身が内部的に形成する以外にはなかり。地域社会の、私そのものでもなく、公そのものでもない、当該地域独自の基準が用意され設定されなければならない。国立マンション訴訟を巡っては、既に多くの論考が出されているが、例えば吉田説による「地域ルール」の提示¹⁷には、基本的に賛同する。尤も、当該国立なる町（街）とその地域には、特有の歴史によって形成されてきた条件が備えられていたとの、一種の特殊性があり、（当然のこととはいえ）その例をそのままでは一般化することはできない。端的に言えば、乱開発がされ続けてきた地域においては、中身は全く逆の「地域ルール」があるということになりかねないからである。そこで、前者（国立）は是とし、後者（乱開発）は否とする振り分け基準を備えておかなければならない。一定の（それで必要かつ十分かは検討の余地は多分にあるが）公法領域からの基準が

16 特に建築協定・地区計画に注目した議論として、次の力作がある。勿論（残念ながら）著者は、共法とは言っていないけれども。長谷川貴陽史『都市コミュニティと法』東京大学出版会 2005年。

17 吉田克己 判批 最判平成 18・3・30 ジュリスト臨増（平成 18 重判解）1332・83、別冊ジュリスト 196・156。

あることは、上の例示で示した。それが私的領域では貫徹されていないこともまた、多くの実例が示す通りであろう。それ故に、私的所有権を中核とした私からの要請を、公法領域からの基準に合致させる必要も生じる場合がある。それに対して、直ちに規制に反する違法建築であるとのサンクションをもって臨むのではなく、共法領域で突き合せて練り上げたいうで、是は是、非は非、との判断が求められてくる。裁判で争う場合は別として、共法内での相対的に独自の（＝公そのままでもなく、私そのままでもない）判断をしていくのが肝心要である。それを担い得るのは、地域住民の討議でしかなかりう。我田引水ながらも、区分所有法は（全てマンション内で抱え込み、その判断をするわけではないが）その枠組み・システムを備えている（＝基準、手法、そして執行等）といえよう。

地域の自生（自省）的秩序は、能う限り尊重されなければならないだろう。しかし、常にそのまま共法での内実となるとは限らない。

マンション建替え円滑化法と耐震改修促進法がある。前者は、区分所有法及び被災マンション法を支える事業法と言われている。後者は、公法であろう。まず前者につき。マンション建替え円滑化法も、改正された（平成 26 年 6 月 25 日法律第 80 号）。同「法の一部を改正する法律」が立法されており、法律名を「建替えの円滑化等」から「建替え等の円滑化」に改めるだけでなく、その第 4 章では、「マンション敷地売却事業」が定められている（但し、同日では未施行であり、附則 1 条で、『公布の日から起算して六月を超えない範囲内において政令で定める日から施行する』とされている）。被災マンション法と平仄を合わせていると解されるのだが。

そこで、この円滑化法で留意すべき点を挙げておく。それは、危険又は有害なマンション（旧円滑化法での文言）を規律対象としている点である。上の未施行の「一部を改正する法律」では、第 3 章として、「除却する必要があるマンションに係る特別の措置」として規定されている。そこに（同改正法 102 条）、後者の「建築物の耐震改修の促進に関する法律」が取り込まれており、耐震診断が行われたマンションの管理者が「特定行政庁」

に当該マンションの除却認定を申請する（法文上は、『申請することができる』）。その認定を受けたマンションは、要除却認定マンションと称され、その「区分所有者は、…除却を行うよう努めなければならない」（同 103 条）。

何が本稿との関連では重要なのだろうか。いわゆる耐震基準の改定（＝強化）の前か後かが、まずは問題となる（建築されたのは何年か）。もし旧基準で建築されていたならば、上のように耐震診断を受けた後で、事実上は（同 103 条の法文では、除却は努力義務と規定されているが）、除却の道を選ばざるを得まい（耐震補強等で対応ができなくもないことには、留意した方が良いと思われるが）。「買受計画」に沿った敷地の売却である。新基準であるからと言って、その全てのマンションが除却認定の対象から除かれるわけではなさそうである。耐震のための構造が不十分であるならば（＝基準をクリアできなければ）、要除却認定マンションとなることを法は想定している。

この一部改正法＝「建替え等の円滑化法」では、もっぱら建替えが想定されており、被災マンション法での再建は明示されていないようである。大規模災害をも、法の適用対象とするには無理が伴うからであろうか。

さて、では被災マンション法及びマンション建替え等の円滑化法（更には加えて、耐震改修促進法）を眼前にしたときに、共法論は何を語ることができまた語るべきであろうか。

まずは前者（被災マンション法）からみよう。大規模災害 大規模（建物価格の 2 分の 1 超）一部滅失又は全部滅失¹⁸ 再建プログラム、という流れとなる。法に従っての進行のためには、上で述べた適用のための期間制限や事業の期間制限をも課されている。暴論の誹りを恐れずに大胆に言えば、災害に遭遇し被災した後で、一旦立ち止まってはどうか、と。周りで進行している笛に踊らされて、正にイケイケドンドンと「復興」の動き

18 念のために補足しておくが、一部滅失で建物取壊し決議を挙げた場合、及び区分所有者全員の同意に基づき取壊した場合も含む。被災マンション法 2 条参照。

と軌を一にする必要性・切迫性への再考である。従来のマンションで平穏な生活を送っていたところ、突然にして被災者という立場に陥ってしまったならば、その衝撃は当事者にしか解らないかも知れない。今までの生活の「復旧」を望むであろう。しかし他方、乱開発の中でのマンション生活を余儀なくされていた場合には、新たに良好な環境下で快適な生活を手に入れられる機会が到来した、と。いずれにしても災害を機会として、再考・熟慮のチャンスと捉えることは、被災していない者の無責任で勝手な傍觀者の戯言でしかないのだろうか。その場として、一旦は共の領域に立ち入ってもらいたいものである。

再建プログラムに従い私的所有権の再取得に戻るとしても、共の観点・立場を経た後のフィードバックであれば、従前と同様の生活の単なる再現ではないはずであろう。他方、乱開発の洗礼を受けた後の被災の場合には、共の場は新たな世界を提供できるのではないだろうか。望ましい公法からの規制を遵守しつつ、当該の環境・地域の諸条件に合致した＝共法に合致した元での、私的所有権を基礎にした、新たなマンションの確保である。被災マンション法で課されている期間を渡過しても、実はさほど重大な不利益をこうむることもないのではなかろうか。ここで憂慮されるのは、共法を飛び越えて、被災により生活ができないままの状態で放置される事態（又は要除却認定マンションとなることであるが、次に取り上げる）である。しかし、それぞれ事案ごとに対処することは、決して不可能でも非現実的でもないだろう。放置のマンションは、共から公への働きかけがされよう。所有者としての責任は当然にして存続してはいるのだが、その責めを負わせるためには膨大なコストを要する事態は、既に出現しつつある。客観的な社会状態としてみたときには、所有権を実質的に放棄したこととなるが、上で取り上げた公費解体に準じた処理を、共法も甘受せざるを得ないのではないか（とは言え、まるでかつての建物疎開のごとき事態を、共自らが招き入れることなどあってはならないと思われるのだが）。

次いで、建替等円滑化法はどうか。まずは除却認定マンションとならないようにすることが先決であるが、旧耐震基準である場合には、共法

とてなす術を持たないことが多くなってしまいうだろう。ただ、新基準を確保するのは私の領域ではあれ、(耐震補強も含めて)新たな建築行為に対しては、公からの規制とともに、共の領域内での調整が図られることが望ましいこと、言うまでもない。場合によっては(公的規制と同様な)共法に基づく規制となることも、私は受け入れるべきであろう。当該地域にふさわしく環境に合致したマンションの建築である。しばしば発生するマンション紛争は、こうした共法との調整を欠くことから生じていることが多いだろう。この点で、国立マンション訴訟での宮岡地裁判決¹⁹は、今後の先例の一つと位置づけられるべきである。それを一般化するために、共の領域での望ましい地域ルールの形成に努める責務が、私には課されている。また、(例えば、耐震)偽装マンションを掴まされた場合には、まずは私からの損害賠償請求である。その損害の範囲は、欠陥のない同等のマンションの取得額にまで及ぶべきである。その修復又は再取得の過程に、共が関与していくことが求められる。

悩ましい局面もある。私的所有権への不当介入・干渉として、私から共が訴えられることである。マンションの内部ならば、私人間の紛争となっていたとしても、管理組合の自治に(勿論規約等に則って)委ねられる方が用意されている。しかし、例えば、高層マンション建築計画を、共法が低層に変えさせようとする(場合によっては、国立マンションのごとく、建てられてしまった段階で、その上階部分を撤去せよとの一部差止を請求する)場合である。私からの対応としては、共への反発・反攻が生じるであろう。この二者の関係は相互移行であって、どちらが原告(被告)となっても、両者の関係は同じである。本来的に、それらを調整する機能を持ち役割を果たすのが共である以上は、私が共の領域に、つまりは私も地域住民の一人として、立ち現れる必要がある。つまりは、共での和解とか調停等である。いわば第三者として、公から共への関与などもあってよい

19 東京地判平成14・12・18(民訴、建築物撤去等請求事件)民集60・3・1079、判時1829・36、判タ1129・100。

(一例を挙げれば、市役所が担当者を派遣して仲介するなど)。

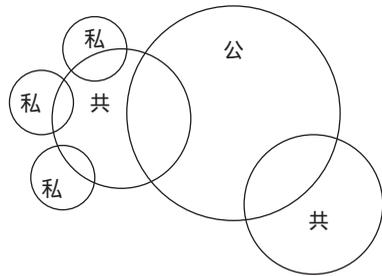
なお、“現代総有論”が提起されている²⁰。魅力ある議論であり、本稿の共法論と相通じる中身を持ったものであると筆者(=片桐)は考えているが、コモンズ論ともども、それらの成果に応え、筆者(=片桐)なりに消化したうえでの展開とはなっていない(と自覚している)。今後の課題としたい。

最後に、共法を核とするその他との相関関係を示した図を、スケッチ風に添えておく。

<相関図>

私	共	公
私法	共法	公法
私人	e.g.住民	公民
私の世界	地域社会	自治体・国
私的所有権	e.g.共有	公有財産

市場



・まとめにかえて

以上、拙い考察を重ねてきた。共法論としては、以前に試論を提示したことがあるが²¹、それに屋上屋を重ねただけで、さしたる進捗・進がないことを白日の下に晒す結果となってしまった。反省の一は、被災マンション法から(と言いながら)共法へ、との内的連結が図られていないままで、短絡的に(牽強附会に)展開してしまっている、との点である。その二は、災害私法として特措法を素材として取り上げながら、一般法との議論との混同が生じているのではないか、との危惧である。更にその三としては、依然として共法の内実を十分に整理できないままであり、その内容を埋め

20 五十嵐敬喜編著『現代総有論序説』株式会社ブックエンド 2014年。

21 拙稿「都市法の場としての団地試論」『マンション学の構築と都市法の新展開』株式会社プロGRESS 2009年 407頁以下所収。

論 説

る議論が不足したままの、単なる目標の掲示でしかないのではないのか、との点である。

本稿を柳澤秀吉先生（法政大学院の先輩でもある）のご退職に捧げるには、余りにも失礼にあたるのであるが、これが現在の片桐の関心テーマであり、この程度の議論しかできないことを、先輩にはお詫びするしかない。過日の学恩にお応えするには、未だ力不足であり、これからの残り少ない研究生活の中で、少しでもこの汚名をそそぐ機会があれば幸いとさせて頂きたい。