

2024(令和6)年 第18号

専門実務研究

RESEARCH ON THE SPECIALTY PRACTICE

- Kanagawa Bar Association's Opinion on the "Interim Draft on A mendment of Condominium Law"
Shigeo Hayashi, Taku Watanabe, Soichiro Tanaka, Tomoichiro Nakano, Manabu Sakamoto
Suguru Hamada, Gen Sato
- "Family Law and Bankruptcy Proceedings "- Focusing Divorce and Property Division-
Mamoru Kezuka
- Corporate dissolution and liquidation
Mamoru Kezuka
- Claims for damages equivalent to rebuilding costs and offset of profits and losses
Kenichiro Oikawa
- Cases in which the non-existence of a legal parent-child relationship
can be judged as a premise.
Mayumi Nakamura
- 1 Hints for prevention and resolution from the perspective of legal expert about troubles
that tend to occur in the field of sports instruction.
～ Things coaches should be aware of to prevent conflicts when speaking at sports venues ～
.....
Kouhei Inoue, Motohiro Shimizu
- 2 Effective damage relief and compensation for sports accidents.
Go Shibata

- 「区分所有法制の改正に関する中間試案」に対する神奈川県弁護士会の意見書
林 薫男、渡邊 拓、田中 宗一郎、中野 智一郎、坂本 学
(神奈川県弁護士会司法制度委員会)
濱田 卓、佐藤 元 (マンション法研究会)
- 家族法と倒産手続き - 離婚と財産分与に焦点をあてて -
毛塚 衛
(倒産法研究会)
- 会社の解散と清算
毛塚 衛
(会社法研究会)
- 建替費用の損害賠償と損益相殺
及川 健一郎
(不動産法研究会)
- 親子関係の存否を前提問題として審理判断することができる場合
中村 真由美
(家族法研究会)
- 1 スポーツ指導の現場で発生しがちなトラブルを
防止・解決するためのヒントを法律の専門家の立場から解説
—スポーツ現場での発言について、紛争防止のために指導者が気を付けるべきこと—
井上 浩平/清水 基弘 (スポーツ法研究会)
- 2 スポーツ事故の実効的な被害救済、補償等について
柴田 剛 (スポーツ法研究会)

巻 頭 言

数年に亘り続いているコロナ禍は、新型コロナウイルス感染症の感染症法上の位置づけが五類になったことを受け、ようやく平穏な生活が戻りつつあります。

そうしたこともあってか、今回の専門実務研究第18号は、6つもの論文を掲載した、充実したものとなりました。

不動産法研究会は建替費用と損益相殺、倒産法研究会は家族法と倒産手続き、会社法研究会は会社の解散と清算、マンション法研究会は「区分所有法制の改正に関する中間試案」に対する神奈川県弁護士会の意見書、家族法研究会は親子関係の存否を前提問題として審理判断することができる場合、スポーツ法研究会はスポーツ指導の現場で発生しがちなトラブルを防止・解決するためのヒント及びスポーツ事故の実効的な被害救済、補償等について、という内容です。

いずれも専門的にも、実務にも極めて有用な論文といえます。

私は、「弁護士は社会のために、弁護士会は会員と社会のために」とのスローガンを掲げております。本書が多くの会員のためになり、またひいては社会のためになることを祈念しております。どうか、弁護士会員のみなさんには本書を是非ご利用いただき、その知見を広く社会のために活用いただければ幸いです。

上記論文の執筆陣に敬意を表するとともに、各専門実務研究会と各委員会の有志のみなさんのご協力に感謝いたします。

今後も引き続きこの専門実務研究が充実したものとして発展していくことを願いまして、巻頭の挨拶とさせていただきます。

神奈川県弁護士会

令和5年度会長 島崎友樹

目 次

- 「区分所有法制の改正に関する中間試案」に対する神奈川県弁護士会の意見書
林 薫男、渡邊 拓、田中 宗一郎、中野 智一郎、坂本 学
(神奈川県弁護士会司法制度委員会)
濱田 卓、佐藤 元 (マンション法研究会) 5

- 家族法と倒産手続き－離婚と財産分与に焦点をあてて－
毛塚 衛 (倒産法研究会) 43

- 会社の解散と清算
毛塚 衛 (会社法研究会) 55

- 建替費用の損害賠償と損益相殺
及川 健一郎 (不動産法研究会) 63

- 親子関係の存否を前提問題として審理判断することができる場合
中村 真由美 (家族法研究会) 69

- 1 スポーツ指導の現場で発生しがちなトラブルを
防止・解決するためのヒントを法律の専門家の立場から解説
ースポーツ現場での発言について、紛争防止のために指導者が気を付けるべきことー
井上 浩平/清水 基弘 (スポーツ法研究会)
2 スポーツ事故の実効的な被害救済、補償等について
柴田 剛 (スポーツ法研究会)
..... 77

CONTENTS

● Kanagawa Bar Association’s Opinion on the “Interim Draft on A mendment of Condominium Law” Shigeo Hayashi, Taku Watanabe, Soichiro Tanaka, Tomoichiro Nakano, Manabu Sakamoto, Suguru Hamada, Gen Sato	5
● “Family Law and Bankruptcy Proceedings” – Focusing Divorce and Property Division– Mamoru Kezuka	43
● Corporate dissolution and liquidation Mamoru Kezuka	55
● Claims for damages equivalent to rebuilding costs and offset of profits and losses Kenichiro Oikawa	63
● Cases in which the non-existence of a legal parent-child relationship can be judged as a premise. Mayumi Nakamura	69
● 1 Hints for prevention and resolution from the perspective of legal expert about troubles that tend to occur in the field of sports instruction. ~ Things coaches should be aware of to prevent conflicts when speaking at spo rts venues ~ Kouhei Inoue, Motohiro Shimizu 2 Effective damage relief and compensation for sports accidents. Go Shibata	77

凡例

民録	大審院民事判決録
民集	大審院および最高裁判所民事判例集
刑集	大審院および最高裁判所刑事判例集
裁判集(民)	最高裁判所裁判集(民事)
裁判集(刑)	最高裁判所裁判集(刑事)
高民集	高等裁判所民事判例集
高刑集	高等裁判所刑事判例集
東高時報	東京高等裁判所判決時報
下民集	下級裁判所民事裁判例集
下刑集	下級裁判所刑事裁判例集
行裁例集	行政事件裁判例集
判時	判例時報
判タ	判例タイムズ
ジュリ	ジュリスト
金法	旬刊金融法務事情
法セミ	法学セミナー
手研	手形研究
金商	金融・商事判例
商事	旬刊商事法務
民商	民商法雑誌
自保	自保ジャーナル
交民	交通事故民事裁判例集
労判	労働判例
高刑特	高等裁判所刑事裁判特報
高刑速	高等裁判所刑事裁判速報集
家月	家庭裁判月報

「区分所有法制の改正に関する中間試案」に対する

神奈川県弁護士会の意見書

Kanagawa Bar Association's Opinion on the "Interim Draft on Amendment of Condominium Law"

(神奈川県弁護士会司法制度委員会)林薫男、渡邊拓、田中宗一郎、中野智一郎、坂本学
(マンション法研究会)濱田卓、佐藤元

はじめに

約20年ぶりとなる区分所有法制の見直しに向けて、2022年9月に法制審議会に設置された区分所有法制部会(部会長:佐久間毅同志社大学大学院司法研究科教授)において調査審議が行われ、2023年6月8日に開催された第9回会議において「区分所有法制の改正に関する中間試案」がとりまとめられた。この中間試案は、2023年7月3日に、事務当局である法務省民事局参事官室の責任において作成された「区分所有法制の改正に関する中間試案の補足説明」とともに公表され、同日から同年9月3日までパブリック・コメントの手続が実施された。

神奈川県弁護士会(以下「当会」という。)では、中間試案に対し、司法制度委員会¹が中心となって議論を行い、2023年8月10日付で法務省に対して意見書を提出した。本稿は、以下において同意見書を掲載するものである(本誌掲載にあたって起案担当者名を加筆した)。法制審議会では中間試案後も議論が続いているが、本稿は中間試案後の審議状況を踏まえたものではなく、あくまでも中間試案の段階での意見書であるが、この時点での意見を専門実務研究において掲載する意義があると考え、発表するものである。

なお、法制審議会における要綱の取りまとめのち、2024年の通常国会において、区分所有法の改正法が成立する見込みである。

(濱田卓・佐藤元)

第1² 区分所有建物の管理の円滑化を図る方策

1 集会の決議の円滑化

(1)所在等不明区分所有者を集会の決議の母数から除外する仕組み

【中間試案の内容】

ア 集会の決議からの除外

建物の区分所有等に関する法律(昭和37年法律第69号。以下「区分所有法」という。)における所在等不明区分所有者の集会の決議の母数からの除外に関し、次のような規律を設ける。

① 裁判所は、区分所有者を知ることができず、又はその所在を知ることができないときは、当該区分所有者(以下「所在等不明区分所有者」という。)以外の区分所有者、管理者又は理事の請求により、所在等不明区分所有者及びその議決権を集会の決議から除外することができる旨の裁判(以下「所在等不明区分所有者の除外決定」という。)をすることができる。

② 所在等不明区分所有者以外の区分所有者は、①の規律により所在等不明区分所有者の除外決定を受けたときは、管理者又は理事に対し、遅滞なくその旨を通知するものとする。

イ 集会の招集の通知

所在等不明区分所有者の除外決定を受けた区分所有者に関して、区分所有法第35条の規律を次のように改める。集会の招集の通知は、所在等不明区分所有者の除外決定を受けた区分所有者には、発することを要しない。

(注 1)所在等不明区分所有者の除外決定の対

象となる決議は、区分所有権の処分を伴うものを含む全ての決議とすることを想定している。

(注 2)所在等不明区分所有者の除外決定及びその取消しの手続については、共有物の管理に係る決定(非訟事件手続法(平成 23 年法律第 51 号)第 85 条)や所有者不明土地・建物管理命令(同法第 90 条)との異同を踏まえつつ、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

1 本文には賛成する。

2(注 1)に賛成する。

3(注 2)に賛成する。

(理由)

本文及び(注1)については、区分所有建物の管理・再生の円滑化のために必要十分な内容である。

(注2)については、所有者不明土地の解消に関する改正民法と制度趣旨を同じくするため、これを参考に手続を検討することに異論はない。

(2)出席者の多数決による決議を可能とする仕組み

【中間試案の内容】

ア 集会の決議の成立

集会の決議の成立に関する規律を次のように改めることについて、引き続き検討する。

次の各号に掲げる集会の議事は、出席した区分所有者及びその議決権の一定の多数で決する。

① 普通決議

② 共用部分の変更決議

③ 復旧決議

④ 規約の設定・変更・廃止の決議

⑤ 管理組合法人の設立・解散の決議

⑥ 義務違反者に対する専有部分の使用禁止請求・区分所有権等の競売請求の決議及び専有部分の引渡し等の請求の決議

(注 1)定足数の規律の要否や、規律を設けたとした場合の定足数の割合の在り方について、引き続き検討する。

(注 2)団地内建物の建替え承認決議(区分所有

法第 69 条)において出席者の多数決による決議を可能とすることについては、後記第 3 の 2(2)ア①【C 案】として別途取り上げている。

イ 集会の招集の通知

集会の招集の通知に関する区分所有法第 35 条第 1 項本文の規律を次の下線部のように改める。

集会の招集の通知は、会日より少なくとも一週間前に、会議の目的たる事項及びその議案の要領を示して、各区分所有者に発しなければならない。

【当会の意見】

(意見)

1 アについて

①について賛成する。②及び③について、規約の定めによる出席者多数決議の可否を積極的に検討すべきである。④から⑥及び(注 1)についても引き続き慎重に検討すべきである。

2 イについて

賛成する。

(理由)

1 アについて

(1)①について

普通決議事項は、基本的には区分所有建物の日常的な維持管理の関する事項であり、管理事務の円滑にも資する。

(2)②及び③について

国外居住者や建物の老朽化等で関心を失った者が多い区分所有建物は、管理不全に陥るおそれ大きい。また、現時点では管理に問題がないと思われる区分所有建物であっても、将来的には国外居住者や無関心層が多くなり、管理不全に陥るおそれはある。

この点、規約の定めで出席者多数決議を可能にすれば、将来的にも上記の事態に備えることができる。

したがって、共用部分の変更決議・復旧決議については、区分所有建物の管理の適正化・円滑化及び団体自治の観点から、規約の特別の定めによる出席者多数決議の可否を積極的に検討すべきである。

(3)④から⑥について

団体自治の観点から、規約の特別の定めによる出席者多数決議の可否についても、引き続き慎重に検討すべきである。

(4)(注 1)について

定足数の規律を設けることで、管理事務の停滞という不利益が生じる可能性がある。しかし他方、今回の法制審では決議要件の緩和も検討しており、決議が一定の区分所有者の意思に基づくものであることを担保するために、定足数を法制化することも考えられることから、定足数の規律の要否等は引き続き慎重に検討すべきである。

2 イについて

現行法の「会議の目的たる事項」のみから、「議案の要領」をも招集通知で示すことを必要とする内容であり、区分所有者の判断や集会での充実した議論等に資するため異論はない。

(3)専有部分の共有者による議決権行使者の指定

【中間試案の内容】

議決権行使者の指定に関する区分所有法第 40 条の規律を次のように改める。

専有部分が数人の共有に属するときは、共有者は、民法(明治 29 年法律第 89 号)第 252 条第 1 項及び第 2 項の規定により、議決権を行使すべき者一人を定めなければならない。会議の目的たる事項が建替え決議等の区分所有権等の処分を伴う決議であるときも、同様とする。

【当会の意見】

(意見)

賛成する。

(理由)

民法 252 条 3 項は適用しないという内容であるが、同項の「共有者に特別の影響を及ぼすとき」というのは、共有者間の内部的事情が分からなければ判断ができず、集会において当該事情を把握することは困難である。

(中野智一郎)

2 区分所有建物の管理に特化した財産管理

制度

(1)所有者不明専有部分管理制度

【中間試案の内容】

所有者不明の専有部分を管理するための新たな財産管理制度として、次のような規律を設ける。

ア 所有者不明専有部分管理命令

① 裁判所は、区分所有者を知ることができず、又はその所在を知ることができない専有部分(専有部分が数人の共有に属する場合にあっては、共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができない専有部分の共有持分)について、必要があると認めるときは、利害関係人の請求により、その請求に係る専有部分又は共有持分を対象として、所有者不明専有部分管理人による管理を命ずる処分(以下「所有者不明専有部分管理命令」という。)をすることができる。

② 裁判所は、所有者不明専有部分管理命令をする場合には、当該所有者不明専有部分管理命令において、所有者不明専有部分管理人を選任しなければならない。

③ 所有者不明専有部分管理命令の効力は、共用部分、附属施設及び敷地利用権(所有権である場合を含み、当該所有者不明専有部分管理命令の対象とされた専有部分の区分所有者又は共有持分を有する者が有するものに限る。以下同じ。)並びに当該所有者不明専有部分管理命令の対象とされた専有部分(共有持分を対象として所有者不明専有部分管理命令が発せられた場合にあっては、共有物である専有部分)、共用部分、附属施設又は敷地にある動産(当該所有者不明専有部分管理命令の対象とされた専有部分の区分所有者又は共有持分を有する者が所有するものに限る。)に及ぶ。

イ 所有者不明専有部分管理人の権限

① 所有者不明専有部分管理命令の対象とされた専有部分又は共有持分、所有者不明専有部分管理命令の効力が及ぶ共用部分、附属施設、敷地利用権及び動産並びにその管理、処分その他の事由により所有者不明専有部分管

理人が得た財産(以下「所有者不明専有部分等」という。)の管理及び処分をする権利は、所有者不明専有部分管理人に専属する。

② 所有者不明専有部分管理人が次に掲げる行為の範囲を超える行為をするには、裁判所の許可を得なければならない。ただし、この許可がないことをもって善意の第三者に対抗することはできない。

㉞ 保存行為

① 所有者不明専有部分等の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為

③ 所有者不明専有部分管理命令が発せられた場合には、所有者不明専有部分等に関する訴えについては、所有者不明専有部分管理人を原告又は被告とする。

ウ 所有者不明専有部分管理人の義務

① 所有者不明専有部分管理人は、所有者不明専有部分等の所有者等(所有者不明専有部分等の所有者及び共有持分を有する者並びに所有者不明専有部分管理命令の効力が及ぶ敷地利用権を有する者及び共有持分を有する者をいう。以下同じ。)のために、善良な管理者の注意をもって、その権限を行使しなければならない。

② 数人の者の共有持分を対象として所有者不明専有部分管理命令が発せられたときは、所有者不明専有部分管理人は、当該所有者不明専有部分管理命令の対象とされた共有持分を有する者全員のために、誠実かつ公平にその権限を行使しなければならない。

エ 所有者不明専有部分管理人の解任及び辞任

① 所有者不明専有部分管理人がその任務に違反して所有者不明専有部分等に著しい損害を与えたことその他重要な事由があるときは、裁判所は、利害関係人の請求により、所有者不明専有部分管理人を解任することができる。

② 所有者不明専有部分管理人は、正当な事由があるときは、裁判所の許可を得て、辞任することができる。

オ 所有者不明専有部分管理人の報酬等

所有者不明専有部分管理人による所有者不明専有部分等の管理に必要な費用及び報酬は、所有者不明専有部分等の所有者等の負担とする。

(注 1)所有者不明専有部分管理命令の発令手続、公示方法、所有者不明専有部分管理人による供託、所有者不明専有部分管理命令の取消手続等については、所有者不明建物管理命令(非訟事件手続法第 90 条)と同様とする方向で、引き続き検討する。

(注 2)本文イ①の管理処分権の内容に関し、所有者不明専有部分管理人は集会の決議における議決権の行使権限を有すると考えられるが、その範囲については、㉞建替え決議についても賛否いずれの議決権を行使することができるが、賛成の議決権を行使すべき場合は限られるとする考え方と、①建替え決議については賛成の議決権行使をすることができないとする考え方とがある。

【当会の意見】

(意見)

1 本文に賛成する。

2 (注 1)に賛成する。

3 (注 2)については、㉞に賛成し、①に反対する。

(理由)

所有者不明不動産管理の必要性については区分所有建物でも変わることはなく、他の不動産と同様に財産管理制度を設けるべきである。また、区分所有建物の場合には、共用部分が存在し専有部分の各所有者が共同で利用するという特殊性がある。そのため、共用部分に放置された動産などへ管理命令の効力を及ぼすなど、所有者不明建物管理命令から修正した上で財産管理制度を導入すべきである。

発令手続等については、所有者不明建物管理命令の場合と大きな違いはなく、同様の手続にすべきである。

集会の決議については、理論的に制限されるものではなく、実務的にも大きな支障はないと考えられる。建替え決議については、費用負担な

どの問題があり賛成の議決権を行使できる場合は限られるものの、建替え決議を成立させた上で売却するといったことが想定できることから、議決権行使自体を否定する必要もない。

(2)管理不全専有部分管理制度

【中間試案の内容】

管理不全の専有部分を管理するための新たな財産管理制度として、次のような規律を設ける。

ア 管理不全専有部分管理命令

① 裁判所は、区分所有者による専有部分の管理が不相当であることによって他人の権利又は法律上保護される利益が侵害され、又は侵害されるおそれがある場合において、必要があると認めるときは、利害関係人の請求により、当該専有部分を対象として、管理不全専有部分管理人による管理を命ずる処分(以下「管理不全専有部分管理命令」という。)をすることができる。

② 裁判所は、管理不全専有部分管理命令をする場合には、当該管理不全専有部分管理命令において、管理不全専有部分管理人を選任しなければならない。

③ 管理不全専有部分管理命令の効力は、共用部分、附属施設及び敷地利用権(所有権である場合を含み、当該管理不全専有部分管理命令の対象とされた専有部分の区分所有者又はその共有持分を有する者が有するものに限る。以下同じ。)並びに当該管理不全専有部分管理命令の対象とされた専有部分、共用部分、附属施設又は敷地にある動産(当該管理不全専有部分管理命令の対象とされた専有部分の区分所有者又はその共有持分を有する者が所有するものに限る。)に及ぶ。

イ 管理不全専有部分管理人の権限

① 管理不全専有部分管理人は、管理不全専有部分管理命令の対象とされた専有部分、管理不全専有部分管理命令の効力が及ぶ共用部分、附属施設、敷地利用権及び動産並びにその管理、処分その他の事由により管理不全専有部分管理人が得た財産(以下「管理不全専有部分

等」という。)の管理及び処分をする権限を有する。

② 管理不全専有部分管理人が次に掲げる行為の範囲を超える行為をするには、裁判所の許可を得なければならない。ただし、この許可がないことをもって善意でかつ過失がない第三者に対抗することはできない。

⑦ 保存行為

④ 管理不全専有部分の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為

③ 管理不全専有部分管理命令の対象とされた専有部分の処分についての②の許可をするには、その区分所有者の同意がなければならない。

(注 1)管理不全専有部分の管理処分権は管理不全専有部分管理人に専属させず、管理不全専有部分に関する訴えにおいても、管理不全専有部分管理人を原告又は被告としないことを想定している。

(注 2)管理不全専有部分管理人は、集会の決議において、議決権を行使することはできないとすることを想定している。

ウ 管理不全専有部分管理人の義務

① 管理不全専有部分管理人は、管理不全専有部分等の所有者等(管理不全専有部分等の所有者及び管理不全専有部分管理命令の効力が及ぶ敷地利用権を有する者をいう。以下同じ。)のために、善良な管理者の注意をもって、その権限を行使しなければならない。

② 管理不全専有部分等が数人の共有に属する場合には、管理不全専有部分管理人は、その共有持分を有する者全員のために、誠実かつ公平にその権限を行使しなければならない。

エ 管理不全専有部分管理人の解任及び辞任

① 管理不全専有部分管理人がその任務に違反して管理不全専有部分等に著しい損害を与えたことその他重要な事由があるときは、裁判所は、利害関係人の請求により、管理不全専有部分管理人を解任することができる。

② 管理不全専有部分管理人は、正当な事由があるときは、裁判所の許可を得て、辞任するこ

とができる。

オ 管理不全専有部分管理人の報酬等

管理不全専有部分管理人による管理不全専有部分等の管理に必要な費用及び報酬は、当該管理不全専有部分等の所有者等の負担とする。

(注)管理不全専有部分管理命令の発令手続(陳述聴取を含む。)、管理不全専有部分管理人による供託、管理不全専有部分管理命令の取消手続等については、管理不全建物管理命令(非訟事件手続法第 91 条)と同様とする方向で、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

- 1 本文に賛成する。
- 2 イの(注 1)に賛成する。
- 3 イの(注 2)に賛成する。
- 4 オの(注)に賛成する。

(理由)

区分所有建物についても、管理不全のものを管理する必要性はあり、適宜修正をした上で財産管理制度を導入すべきである。いわゆるゴミ屋敷のような状態を想定した場合、共用部分にはみ出した動産についても管理人において処分することが必要かつ相当であることから、提案のような財産管理制度が望ましい。

この財産管理制度は、対象となる専有部分の所有者が居住等を行っている場合も対象となることから、所有者の権限を制約することは慎重でなければならない。管理不全を解消するためには、管理権を専属させる必要がある事案は稀であり、専属までは不要と考えられる。また、管理不全解消のために議決権行使が必要となることは考えにくく、議決権行使を認める必要もない。

発令手続等については、管理不全建物管理命令と異なる点はなく、同様とすべきである。

(3)管理不全共用部分管理制度

【中間試案の内容】

管理不全の共用部分を管理するための新たな財産管理制度として、次のような規律を設ける。

ア 管理不全共用部分管理命令

① 裁判所は、区分所有者による共用部分の管理が不相当であることによって他人の権利又は法律上保護される利益が侵害され、又は侵害されるおそれがある場合において、必要があると認めるときは、利害関係人の請求により、当該共用部分を対象として、管理不全共用部分管理人による管理を命ずる処分(以下「管理不全共用部分管理命令」という。)をすることができる。

② 裁判所は、管理不全共用部分管理命令をする場合には、当該管理不全共用部分管理命令において、管理不全共用部分管理人を選任しなければならない。

③ 管理不全共用部分管理命令の効力は、当該管理不全共用部分管理命令の対象とされた共用部分にある動産(当該管理不全共用部分管理命令の対象とされた共用部分の所有者又はその共有持分を有する者が所有するものに限る。)に及ぶ。

イ 管理不全共用部分管理人の権限

① 管理不全共用部分管理人は、管理不全共用部分管理命令の対象とされた共用部分及び管理不全共用部分管理命令の効力が及ぶ動産並びにその管理、処分その他の事由により管理不全共用部分管理人が得た財産(以下「管理不全共用部分等」という。)の管理及び処分をする権限を有する。

② 管理不全共用部分管理人が次に掲げる行為の範囲を超える行為をするには、裁判所の許可を得なければならない。ただし、この許可がないことをもって善意でかつ過失がない第三者に対抗することはできない。

⑦ 保存行為

① 管理不全共用部分の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為

③ 管理不全共用部分管理命令の対象とされた共用部分の処分については、②の許可をするには、全区分所有者(一部共用部分を対象とするときには当該部分の区分所有者)の同意が必要ではない。

(注)管理不全共用部分の管理処分権は管理不全共用部分管理人に専属させず、管理不全共用部分に関する訴えにおいても、管理不全共用部分管理人を原告又は被告としないことを想定している。

ウ 管理不全共用部分管理人の義務

① 管理不全共用部分管理人は、管理不全共用部分等の所有者のために、善良な管理者の注意をもって、その権限を行使しなければならない。

② 管理不全共用部分等が数人の共有に属する場合には、管理不全共用部分管理人は、その共有持分を有する者全員のために、誠実かつ公平にその権限を行使しなければならない。

エ 管理不全共用部分管理人の解任及び辞任

① 管理不全共用部分管理人がその任務に違反して管理不全共用部分等に著しい損害を与えたことその他重要な事由があるときは、裁判所は、利害関係人の請求により、管理不全共用部分管理人を解任することができる。

② 管理不全共用部分管理人は、正当な事由があるときは、裁判所の許可を得て、辞任することができる。

オ 管理不全共用部分管理人の報酬等

管理不全共用部分管理人による管理不全共用部分等の管理に必要な費用及び報酬は、当該管理不全共用部分等の所有者の負担とし、当該管理不全共用部分等が数人の共有に属するときは、その共有持分を有する者が連帯して負担する。

(注)管理不全共用部分管理命令の発令手続(陳述聴取を含む。)、管理不全共用部分管理人による供託、管理不全共用部分管理命令の取消手続等については、管理不全建物管理命令(非訟事件手続法第 91 条)と同様とする方向で、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

- 1 本文に賛成する。
- 2 イの(注)に賛成する。
- 3 オの(注)に賛成する。

(理由)

実務的ニーズがどれほどあるか未知数であるものの、共用部分の管理に問題がある場合のために法制度を整備しておくことには意義があると考えられる。

(坂本学)

3 共用部分の変更決議の多数決要件の緩和

【中間試案の内容】

共用部分の変更に関する区分所有法第 17 条第 1 項の規律を次のように改めることについて、引き続き検討する。

(1) 法定の多数決割合の緩和

ア 法定の多数決割合

【A 案】基本的な多数決割合を区分所有者及び議決権の各【3 分の 2】以上とした上で、イの客観的事由がある場合には、多数決割合を区分所有者及び議決権の各【過半数】とする。

【B 案】基本的な多数決割合を現行法どおり区分所有者及び議決権の各 4 分の 3 以上とした上で、イの客観的事由がある場合には、多数決割合を区分所有者及び議決権の各【3 分の 2 以上】【過半数】とする。

【C 案】多数決割合を現行法どおり区分所有者及び議決権の各 4 分の 3 以上とした上で、出席者の多数決による決議を可能とする仕組みの対象とする(前記 1(2)ア②参照)。

イ 客観的事由

【α 案】区分所有建物の設置又は保存に瑕疵があることよって他人の権利又は法律上保護される利益が侵害され、又は侵害されるおそれがある場合において、その瑕疵の除去に関して必要となる共用部分の変更

【β 案】区分所有建物が、建築完了時から【30 年】【40 年】【50 年】が経過した場合における共用部分の変更

【γ 案】α 案又は β 案のいずれかの事由が認められる場合における共用部分の変更

(2) 規約による多数決割合の緩和

多数決の割合を、区分所有者の頭数だけでなく議決権についても、規約で【過半数】まで減ずることができる。

(注 1)区分所有建物が政令で指定された災害

により大規模一部滅失をした場合の共用部分の変更決議の多数決割合の緩和については、別途、被災した区分所有建物の再生の円滑化に関する方策(後記第4の1(1)カ)において取り上げている。

(注2)所在等不明区分所有者を決議の母数から除外する仕組み(前記1(1))は、共用部分の変更決議の多数決要件を緩和するものでもある。

(注3)(1)ア【A案】又は【B案】を採った上で、共用部分の変更決議を出席者の多数決による決議を可能とする仕組みの対象とする案もある。

(注4)(1)イ【β案】については、建築完了時から【10年】【20年】が経過した場合を対象とする案もある。

(注5)復旧決議(区分所有法第61条第5項)の多数決要件の緩和についても、併せて検討する必要がある。

【当会の意見】

(意見)

1 本文(1)(法定の多数決割合の緩和)について
(1)同ア(法定の多数決割合)について

B案のうち【過半数】とする案に賛成する。

(2)同イ(客観的事由)について

α案に賛成する。もともと、α案に該当するケースには、保存行為に該当するものもあり得ると考えられる。そのため、保存行為に該当するものについては本規律の対象外であって、従来どおり各共有者がすること(区分所有法18条1項ただし書き)を明記すべきである。

2 本文(2)(規約による多数決割合の緩和)について

賛成する。

(理由)

1 意見1(1)について

共用部分の変更が区分所有者に対して与える影響に鑑みると、法定の多数決割合については原則として現行法の規律を維持しつつ、共用部分の変更を必要とする客観的事由がある場合にこれを緩和することが適切であると考えられる。そして、所定の客観的事由が認め

られる場合には、法定の多数決割合を【3分の2】という新たな多数決割合にではなく、【過半数】にまで緩和することに特段問題はないと考えられる。よって、B案のうち【過半数】とする案に賛成する。

2 意見1(2)について

建築完了時からの経過期間にかかわらず、区分所有建物の設置又は保存に瑕疵がある場合には法定の多数決割合の緩和が認められるべきと考える。よって、β案に賛成する。

2 意見2について

共用部分である設備が陳腐化した場合(例えば、分譲時にニーズのあったキッズルームが利用されなくなった場合など。)には、区分所有建物の経済的価値の維持・向上のために、その効用を著しく変更させるという意味での共用部分の変更が強く求められる。また、共用部分の形状又は効用を著しく変更させてバリューアップを行うべき社会的・経済的要請がある場合(例えば大規模なEV用充電器の設置など。)も生じ得る。このような個別具体的な事情に基づく効果的な共用部分の変更を可能にすべく、区分所有建物の設置又は保存に瑕疵がある場合以外においても、その多数決の割合を現行法上認められている頭数だけでなく議決権についても規約で過半数まで減ざることが認められてよいと考える。

(濱田卓)

4 管理に関する区分所有者の義務(区分所有者の責務)

【中間試案の内容】

区分所有建物の管理に関する区分所有者の義務に関し、次のような規律を設けることについて、引き続き検討する。

区分所有者は、区分所有者の団体の構成員として、建物並びにその敷地及び附属施設の管理を適正かつ円滑に行うことができるよう、相互に協力しなければならない。

(注)本文とは別に、区分所有者は、建物並びにその敷地及び附属施設の管理を適正かつ円滑に行わなければならないものとする案もあ

る。

【当会の意見】

(意見)

本文に賛成する。

(理由)

建物を適切に維持管理するという事は住民だけでなく、その近隣住民などにとっても重要なことであり、特に区分所有建物においては、区分所有者間の相互の協力が不可欠であり、たとえ努力義務であってもそのような義務を明文化することは賛成できる。

(注)の文言は本文の相互協力義務が当然の前提とされているとみることもでき、(注)の文言では、逆に相互協力義務の存在が明確にならない恐れがある。

(渡邊拓)

5 専有部分の保存・管理の円滑化

(1)他の区分所有者の専有部分の保存請求

【中間試案の内容】

区分所有法第6条第2項前段の規律を次の下線部のように改める。

区分所有者は、その専有部分又は共用部分を保存し、又は改良するため必要な範囲内において、他の区分所有者の専有部分又は自己の所有に属しない共用部分の使用又は保存を請求することができる。

【当会の意見】

(意見)

賛成する。

(理由)

専有部分の使用(立入り)後の「保存」は、「使用」と一連の行為であって必要性が高いことから、これが可能であることを明確化することは適切である。

(2)専有部分の使用等を伴う共用部分の管理(配管の全面更新等)

【中間試案の内容】

専有部分の使用等を伴う共用部分の管理に関し、次のような規律を設ける。

① 専有部分の使用又は形状の変更を伴う共用部分の管理に関する事項は、規約に特別の

定めがあるときは、集会の決議で決することができる。

② 専有部分の使用又は形状の変更を伴う共用部分の変更(その形状又は効用の著しい変更を伴わないものを除く。)は、規約に特別の定めがあるときは、共用部分の変更の決議と同様の多数決要件(前記3参照)の下で、集会の決議で決することができる。

③ ①及び②の決議においては、専有部分の利用状況及び区分所有者が支払った対価その他の事情を考慮して、区分所有者間の利害の衡平が図られるようにしなければならない。

【当会の意見】

(意見)

①及び②において、「規約に特別の定めがあるとき」に限定する法改正には反対する。

(理由)

配管の全面更新等については、現行法下においても、多くの理組合において既の実績がある。よって、本案のような法改正は実務上不可欠なものではない。

のみならず、本案(①及び②)は、単に集会の決議によることを認めず、規約に特別の定めがあるときに限定するものである。このような理解は少なくとも現在では一般的とは考えられず、また近時の裁判例とも整合しない。

すなわち、確かに、専有部分に係る管理事項(専有部分の用法の制限など)については、集会の決議(普通決議が想定されている。)では足りず、より多数決要件の重い規約によってのみ行うことができると解すべきとの見解があった(法務省民事局参事官室編「新しいマンション法」昭和58年の225頁など)。

しかし、区分所有法上、規約と集会の決議の効力について前者が後者に優位するとの定めはなく、むしろ両者が等価であることを前提とした定めを置いている(46条1項2項)。そのため、専有部分の用法を制限する法形式について、規約と集会の決議とのいずれかを選択するかは団体自治に委ねられていると解される(東京高判平成15年12月4日判時1560号66頁、東京地判令和2年6月2日ウエスト

ロー、鎌野邦樹「区分所有建物における規約・使用細則・集会決議の関係について」(千葉大学法学論集 19 卷 1 号 161 頁)。また、規約が集会の決議よりも多数決要件が重いという点(いわゆる規約の最高法規性)についても、分譲業者が分譲前に相手方のない単独行為として規約を設定することができる(32 条)以上、昭和 58 年改正後の区分所有法においては大きな意味を見いだし得ない(稲本洋之助「区分所有法の法理」法律時報 55 卷 9 号 11 頁)。

よって、専有部分の使用等を伴う管理について、規約に特別の定めがなければならぬとする本案は現行法下の解釈として強い疑義があり、現に広く行われている実務(大規模修繕時に専有部分に立ち入ることを当然に集会決議で決め、それに基づいて専有部分への立入りを行っていたり、専有部分内の柱の中を通る配管の交換の際に専有部分の形状の変更を伴う工事を集会の決議に基づいて行ったりすることもある。専用部分である給排水管を含む全面更新の場合には、一部規約を変更する場合も多いが、それは主として修繕積立金の取崩事由を追加するなどの観点から行われているにとどまる。)を不可能とするものであるから、反対する。

(3)管理組合法人による区分所有権等の取得

【中間試案の内容】

管理組合法人による区分所有権等の取得に関し、次のような規律を設ける。

管理組合法人は、建物並びにその敷地及び附属施設の管理を行うために必要な場合には、区分所有者及び議決権の各【4 分の 3】以上の多数による集会の決議で、当該建物の区分所有権又は区分所有者が当該建物及び当該建物が所在する土地と一体として管理又は使用をすべき土地を取得することができる。

【当会の意見】

(意見)

規律を設けることには賛成するが、区分所有権及び議決権の各【4 分の 3】以上の多数による集会の決議を常に必要とする点については、これを【過半数】へと緩和する一定の例外

を設ける必要性等を慎重に検討すべきである。

(理由)

管理組合を法人化するメリットは実務上乏しい。そうであるにもかかわらず、管理組合が法人化を選択する理由は、やむを得ず区分所有権等を取得せざるを得ない事態が生じたためであることがほとんどであると考えられる。具体的には、①管理費等の滞納者が区分所有する専有部分の市場価値が乏しいため、競落人等の特定承継人が現れないことから、管理組合が自らこれを取得して、集会室等に充てるケース、②分譲時の瑕疵により、後発的に敷地不足等の建築基準法違反の状態が生じてしまったことから、これを回避するために隣地を購入するなどするケース、③駐車場不足のために近隣の土地を取得するケースなどである。

このうち、法人化の理由の大部分をなすと思われる上記①及び②は、他に選択肢が乏しく、やむを得ず行われるものである。特に②は、これを行わないという選択肢が事実上ない。そうであるにもかかわらず、本案によれば、②の事案においても常に【4 分の 3】を要求するというのであるから、例えば「法人化そのものには賛成するが、自身が金銭的負担を負いたくはないため、当該区分所有権等の取得には反対する」という区分所有者が一定する生じた場合には、上記②のようなケースにおいても区分所有権等の取得が不可能となるおそれが生じる。

実務上、管理組合法人が区分所有権等を取得するに際しては、【過半数】以上の多数による集会の決議にて実施しているケースも多いと思われる。よって、上記②のケースなどを対象として、多数決要件に一定の例外(過半数)を設けることを検討すべきである。

(4)区分所有者が国外にいる場合における国内管理人の仕組み

【中間試案の内容】

区分所有者が国外にいる場合における国内管理人に関し、次のような規律を設けること

について、引き続き検討する。

① 区分所有者は、国内に住所若しくは居所又は本店若しくは主たる事務所を有せず、又は有しないこととなる場合には、その専有部分及び共用部分の管理に関する事務を行わせるため、国内に住所若しくは居所又は本店若しくは主たる事務所を有する者のうちから管理人(以下「国内管理人」という。)を選任することができる。

② 国内管理人は、次に掲げる行為をする権限を有する。

㊦ 保存行為

㊧ 専有部分の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為

㊨ 集会の招集の通知の受領

㊩ 集会における議決権の行使

㊪ 共用部分、建物の敷地若しくは共用部分以外の建物の附属施設につき他の区分所有者に対して負う債務又は規約若しくは集会の決議に基づき他の区分所有者に対して負う債務の弁済

③ 区分所有者と国内管理人との関係は、②に定めるもののほか、民法の委任に関する規定に従う。

(注 1)本文①とは別に、区分所有者は、国内に住所若しくは居所又は本店若しくは主たる事務所を有せず、又は有しないこととなる場合には、正当な理由があるときを除いて、専有部分及び共用部分の管理に関する事務を行わせるため、国内管理人を選任しなければならないとする案もある。

(注 2)専有部分が数人の共有に属する場合には、共有者全員が国内に住所等を有せず、又は有しないことになるときに、国内管理人を選任する仕組みとすることを想定している。

【当会の意見】

(意見)

1 (注 1)に賛成する。仮に、(注 1)ではなく本文①を採用するのであれば、規約に特別の定めを置くことによって国内管理人の選任を義務付けることを可能にすることも検討すべきである。

2 さらに、国内管理人の権限について、民事訴訟手続等との関係で、送達受取人(民訴法104条1項後段)たる資格を付与することも検討すべきである。

(理由)

1 意見 1 について

都心部を中心に、分譲時から、区分所有者の多くが国外居住の外国人であるというマンションも多くなっている現状があることから、本文①のような任意ではなく、(注 1)のように選任を義務付けることが必要である。

仮に、本文①にとどめるのであれば、管理組合ごとの実情に沿った対応を可能とすべく、規約に特別の定めを置くことによって国内管理人の選任を義務付けることを可能にする案を検討すべきである。

2 意見 2 について

区分所有者が国外にいる事案において、実務上最も困難が生じているのは訴状等の送達であると思われる。もちろん、最終的には外国送達によって法的には対応可能ではあるものの、上記現状からすれば、時間とコストを要する外国送達を余儀なくされる管理組合の負担や、場合によっては裁判所の事務負担も無視できないと考えられ、これが限界に達する日が近い将来訪れるのではないかと危惧される。この問題は、外国人投資家の増大という社会一般の問題というよりは、①区分所有権を取得した者が当然に管理組合の構成員となること、②そのため管理組合の側からすれば事前に契約等により上記外国送達のコスト等を排除する手立てを講じることが不可能であることなどの点において分譲マンションの管理に特有の問題であると考えられることから、民事訴訟法ではなく、区分所有法において必要な手当を検討すべきである。このような規律が設けられたとしても、それは区分所有関係という特殊な共同関係に自らの意思により加入した者が当然受忍すべき負担であると評価できる。

(濱田卓)

6 共用部分等に係る請求権の行使の円滑化

【中間試案の内容】

区分所有建物の共用部分等に係る請求権の行使に関する区分所有法第26条第2項、第4項及び第5項につき、次のような規律を設けることについて、引き続き検討する。

① 管理者は、区分所有法第18条第4項(第21条において準用する場合を含む。)の規定による損害保険契約に基づく保険金額並びに共用部分等について生じた損害賠償金及び不当利得による返還(以下「共用部分等に係る請求権」という。)の請求及び受領について、共用部分等に係る請求権を有する者(区分所有者又は区分所有者であった者(以下「前区分所有者」という。))に限る。以下同じ。)を代理する。

② 管理者は、規約又は集会の決議により、①に規律する事項に関し、共用部分等に係る請求権を有する者のために、原告又は被告となることができる。

③ ①及び②の規律は、管理者に対して別段の意思表示をした前区分所有者については、適用しない。

④ 管理者は、②の規約により原告又は被告となったときは、遅滞なく、共用部分等に係る請求権を有する者にその旨を通知しなければならない。管理者が②の集会の決議により原告又は被告となった場合において、共用部分等に係る請求権を有する者が前区分所有者であるときも、同様とする。

⑤ ④前段の場合において、共用部分等に係る請求権を有する者が区分所有者であるときは、区分所有法第35条第2項から第4項までの規定を準用する。

(注1)本文とは別に、共用部分等に係る請求権の発生後に区分所有権が譲渡された場合には、管理者は、⑦原則として、その請求又は受領について、現在の区分所有者を代理し、規約又は集会の決議により訴訟追行することができることとし、⑧⑨の例外として、共用部分等に係る請求権は管理者のみが行使し、各区分所有者は共用部分等に係る請求権を個別に行使することができないものとする規約又は集会の

決議がある場合には、現在の区分所有者及び区分所有者であった者を代理し、規約又は集会の決議により訴訟追行することができるとする規律を設ける考え方がある。

(注2)本文に加え、共用部分等に係る請求権の発生後に区分所有権が譲渡された場合には、別段の合意がない限り、当該共用部分等に係る請求権は、譲受人に移転するものとする規律を設ける考え方もある。

【当会の意見】

(意見)

本文①については、「共用部分等に係る請求権を有する者」の部分削除し、②については、「共用部分等に係る請求権を有する者のために」の部分「区分所有者又は区分所有者であった者のために」に修正したうえで、(注2)の「別段の合意がない限り、」を削除し、当然承継を認める方向で立法化すべきである。

(理由)

本文②の「請求権を有する者のために」という文言は、「請求権を有するとされる者のために」という意味なのか、それとも文言通り請求権を有する区分所有者または前区分所有者のみが被担当者となることができるという趣旨なのか不明である。前者の意味であるならば、日本語として非常にわかりにくい文言であり、実務上も後者の趣旨で理解されかねず、実務が混乱する可能性があり、文言として適切ではない。

もし仮に、後者の趣旨であるならば、それは訴訟担当についての現行民事訴訟法の理解を誤ったものであると言わざるを得ない。なぜなら、請求権を有するかどうかを明らかにするために管理者に授權をして訴訟追行をしてもらうのであるから、「共用部分等に係る請求権」がまさに訴訟物となるのであり、その存否を明らかにする訴訟を追行してもらう管理者に対する授權の資格としてその訴訟物たる請求権を有していることを要求するのは論理矛盾以外の何物でもない。本文②を後者の趣旨で理解すれば、授權の際には請求権を有する区分所有者からしか授權を受けることはでき

ないはずであるが、管理者はそれをどうやって見分けるのか。また、裁判所には自らが授権資格のある(請求権を有している)区分所有者から有効に授権を受けたものであることをどのようにして証明するのか(これまで実務で行われてきた、規約又は集会決議の議事録の写し以外にさらに何か添付書類を要求するのか)。また、審理の結果、そもそも契約不適合が存在しないことが明らかになった場合には、管理者の当事者適格はどのように判断されるのか。②を後者の趣旨で理解するならば、被担当者全員が損害賠償請求権を有していなかったことが明らかとなった以上は、管理者は有効な授権を受けていたとはいえ、管理者の訴訟追行は無効となり、訴えは却下されなければならないはずである。訴訟担当をして訴訟追行をするということは、民訴115条1項2号により、被担当者に判決効が及ぼされるのであるが、その判決効の中には、当然、敗訴判決の判決効も及ぶことが想定されているはずであるが、審理の過程で請求権が存在しないことが明らかになった場合に、管理者は訴訟追行権を失うのであれば、請求棄却判決を出すことはできず、常に却下判決となり、事実上、敗訴判決の効力を及ぼすことはできなくなるはずであるが、そのような帰結を容認する趣旨なのか。

なお、補足説明では、今回の改正の原因として東京地判平成28年7月29日が挙げられているが、この東京地判平成28年の問題は、「管理者は、区分所有者全員を代理できる場合に限り、原告となって訴訟追行をすることができる」と判示した部分にあるのではなく、管理者は請求権を有している区分所有者からのみ授権されうると解し、訴訟要件の審査の段階で区分所有権の譲渡を受けた転買区分所有者に損害賠償請求権の債権譲渡を受けた事実の立証を求めた点にある。そして、本文の提案は、後者の趣旨であるならば、まさに、この東京地判平成28年と同じ誤りを犯している点に留意すべきである。

①の代理については、訴訟要件ではないた

め、実際上は、②ほどの弊害は生じないかもしれないが、②と同様の理由で、請求権を有する者のみを代理するという文言は不正確である。「請求権を代理行使できる」という文言であれば問題ないが、「請求権を有する者を代理する」という文言であれば、請求権を有しない者は代理できないかのように読めてしまう(この場合の請求権の有無は本人の自覚の問題ではなく実体法的帰属の問題であるため、代理したが結果的に請求権がなかったとしても無権代理になるわけではない)。代理権は本人の権利能力から授与されるものであり、本人が代理すべき請求権を有しているかどうかとは関係がない。その意味で、①の文言も誤解を生む文言であり、意見のとおり修正すべきである。

本文③は、別段の意思表示があれば、請求権の保持及び行使について権利を留保できることを規定しようとしているが、これは、規約又は集会決議によって共用部分に係る請求権の行使について団体的制約を及ぼすことを認めた最判平成27年9月18日の趣旨に反するものである。なぜなら、規約又は集会決議がある場合には、現区分所有者である間は判例法理によって請求権の個別行使が制限されるにもかかわらず、本文③によって、異議をとどめたまま区分所有権を譲渡し元区分所有者になった途端に個別に権利行使ができるようになるというのは整合的ではない。

本文④については、共用部分から生じる請求権は持分割合によって細分化されるため、元区分所有者が権利行使をしようと思っても、そもそも、コストがかかり過ぎ現実的ではなく(債権の発生原因事実から主張立証しなければならぬにもかかわらず、請求できるのは持分割合に応じた額のみである)、そのような元区分所有者に通知をすることには意味がなく、いたずらに管理者の負担を増やすのみで弊害でしかない。

共用部分等に係る請求権が区分所有権の譲渡に伴って当然承継されるという考え方については立法論としても難しいという意見もあ

るが、そもそも、区分所有建物について、もはや何の利害関係ももたなくなった元区分所有者が、自らの意思にかかわらず共用部分の管理に必要な請求権を保持していることを法的に承認すること自体意味がない。前記最判平成 27 年 9 月 18 日によれば、規約又は集会決議があれば共用部分についての不当利得返還請求権については管理者以外は行使できなくなるとしているが、規約又は集会決議でそのような団体的拘束を及ぼすことができるのであれば、共用部分の維持管理に必要な請求権について立法で団体的制約を及ぼすことに何ら不都合はない。また、区分所有法は本来は処分の自由、分割の自由が民法で規定されている共有持分権について、共用部分については、区分所有法 15 条等で持分処分を禁止するなど極めて強力な制限を加えている。民法上の所有権について特別法で強力な制限を加えられるにもかかわらず、単なる債権に過ぎない請求権について何ゆえ立法によって制限することができないのか説明がつかない(この関連で、区分所有権を譲渡する際に共用部分に不適合があることを理由に代金を減額した場合には、損害賠償請求権を譲渡人に与えなければバランスを失するという議論があるが、それは単に共用部分の契約不適合が専有部分の価値に影響を及ぼしただけとみることも可能であり、また、元区分所有者に損害賠償請求権を与えたところで、そのような請求権を元区分所有者が前述のコストを無視して実際に行使した事例があるのか、ないのであれば反論としては成り立たないというべきである)。同法 15 条に規定されているように専有部分の処分に伴って共用部分の持分も分離処分が禁止されているのと同様に、共用部分から生じた請求権についても、基本的に、共用部分の持分権と分離して処分することを明文で禁止し、当然に現区分所有者に承継される方向で立法すべきである。

なお、中間試案の補足説明では「共用部分等に係る請求権は、請求権が発生した当時の各区分所有者に分属し、各区分所有者自身がそ

の請求権を処分することも可能という建前を採りながら、区分所有権が譲渡された場合には法律上当然にその請求権が区分所有権の譲受人に移転することを整合的に説明することは困難であると考えられる。」と説明されているが、そもそも契約不適合に基づく損害賠償請求権については、民法改正前はいざ知らず、改正後は契約不適合があれば、当然に損害賠償請求権が発生しているかどうかは自明ではない(当然に民法 415 条 1 項の要件を満たせば修補に代わる損害賠償を請求できるかどうかは自明ではない)。共用部分に契約不適合があったとしても不可分債権である修補請求権のままで各区分所有者が保有し、たとえ区分所有権を譲渡したとしても、修補請求権のままで元区分所有者が請求権を保有しているとするならば、不可分債権者として各自修補が請求できるとしても、保存行為を超えて修繕に当たるような場合には、区分所有法 17 条ないし 18 条の決議要件による規制がかかり、その場合には、事実上、元区分所有者独自の行使は不可能となる。そうすると、追完に代わる損害賠償の前提として追完請求権の優位性を承認する立場に立てば、事実上、修補を個別に催告することができない元区分所有者にはそもそも修補に代わる損害賠償請求権は帰属していないとも解し得る。

(渡邊拓)

7 管理に関する事務の合理化

(1)集会におけるウェブ会議システムの活用

【中間試案の内容】

議長及び集会に出席した区分所有者が映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話をすることができる方法によって集会を開催することができるとする規律を設けることについては、その意義及び情報通信技術に不慣れな議長や区分所有者に与える影響を踏まえ、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

ウェブ会議システムを活用して区分所有者

の集会を開催することができるとする規律を設けることに賛成する。

(理由)

現行法の下でも解釈上可能とされていても、これを明文化することで、ウェブ会議システムの活用が可能であることを明確にし、国民に対して広くその利用を促進することができる。

他方で、完全オンライン方式の可否については、情報通信技術に不慣れな区分所有者に不利益がないよう、慎重に検討するべきである。

(2)事務の報告義務違反に対する罰則

【中間試案の内容】

事務の報告義務違反に対する罰則に関する区分所有法第 71 条第 4 号の規律を次の下線部のように改めることについては、報告義務の意義を踏まえて慎重に検討する。

第 43 条(第 47 条第 12 項(第 66 条において準用する場合を含む。))において読み替えて適用される場合及び第 66 条において準用する場合を含む。)の規定に違反して、正当な理由がないのに報告をせず、又は虚偽の報告をしたとき。

【当会の意見】

(意見)

慎重に検討することに賛成する。

(理由)

集会をウェブ会議で行うことが浸透した現在の実務においては、新たな感染症の感染拡大や自然災害等の予期し得ぬ緊急事態下においても、年 1 回の開催は実現可能な範囲にあると考えられる。そのためにも、ウェブ会議を明文化し、その利用を更に拡充することが望ましい。

(3)規約の閲覧方法のデジタル化

【中間試案の内容】

規約の閲覧に関する区分所有法第 33 条第 2 項の規律を次のように改める。

① 区分所有法第 33 条第 1 項の規定により規約を保管する者(以下「規約の保管者」という。)は、利害関係人の請求があったときは、正当な理由がある場合を除いて、次の各号に掲

げる区分に応じ、それぞれ当該各号に定める方法による規約の閲覧を拒んではならない。

㊦ 規約が書面をもって作成されているとき当該書面の閲覧

① 規約が電磁的記録をもって作成されているとき 当該電磁的記録に記録された情報の内容を法務省令で定める方法により表示したものの当該規約の保管場所における閲覧

② ①④の場合には、規約の保管者は、①の請求をした利害関係人に対し、①④の方法による閲覧をさせることに代えて、当該電磁的記録に記録された情報を電磁的方法により提供することができる。

【当会の意見】

(意見)

賛成する。

(理由)

インターネット環境が拡充している昨今の事情に鑑みれば、規約の閲覧を電子メール等の電磁的方法による送付によって可能とすることは、閲覧を請求する側及び閲覧をさせる側の双方にとって、時間的にも実働的にも大きな効率化を図ることができる。

このような規定を設けることによって、電磁的記録で作成された規約については、規約の閲覧のみならず複写(及びその交付)を可能にしたものと評価することができるが、電磁的記録以外の方法で作成された規約を複写(して請求者に交付)する場合にはある程度の手間や費用が必要になる一方で、電磁的記録で作成されたものの複写(及びその交付)にはそのような負担は少ないことからすれば、合理的な範囲での区別であるものといえる。

(田中宗一郎)

8 区分所有建物が全部滅失した場合における敷地等の管理の円滑化

【中間試案の内容】

区分所有建物が全部滅失した場合の敷地等の管理に関し、次のような規律を設ける。

区分所有建物が全部滅失した場合(取壊し

制度又は区分所有者全員の同意に基づき取り壊された場合を含む。)において、その建物に係る敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利であったとき又はその建物の附属施設が数人で共有されているときは、その権利を有する者は、区分所有建物が全部滅失した時から起算して【5年】が経過するまでの間は、集会を開き、規約を定め、及び管理者を置くことができる。

(注1)本文の規律を設ける場合には、被災区分所有建物の再建等に関する法律(平成7年法律第43号。以下「被災区分所有法」という。)における敷地共有者等集会の仕組みを維持するかどうかを併せて検討する必要がある。

(注2)集会においては、再建決議(後記第2の2(1)イ)や敷地売却決議(後記第2の2(1)ウ)のほか、敷地や附属施設に変更を加える行為(区分所有法第17条第1項、第21条)や管理に関する事項(区分所有法第18条、第21条)についても決議をすることができるものとするを想定している。

(注3)本文に加え、区分所有建物が全部滅失した時から1か月を経過する日の翌日以後区分所有建物が全部滅失した日から起算して【5年】を経過する日までの間(区分所有建物が取壊し制度又は区分所有者全員の同意に基づき取り壊された場合には、区分所有建物が取り壊された日から起算して【5年】を経過する日までの間)は、㉞法律上、土地等の共有物分割請求をすることができないものとする考え方や、㉟新たな敷地共有者等集会等の仕組みを用いて、集会の普通決議で共有物分割請求を禁ずることができるものとする考え方がある。

(注4)本文の規律により開催される集会についても、所在等不明区分所有者を決議の母数から除外する仕組み(前記1(1))や出席者の多数決による決議を可能とする仕組み(前記1(2))の対象とすることを想定している。

【当会の意見】

(意見)

1 本文に賛成する。

2 (注2)に賛成する。(注3)については、㉞に賛成し、㉟に反対する。(注1)については、引き続き検討すべきである。

(理由)

区分所有建物滅失後も、一定期間、その敷地の共有について、もともとあった団体的拘束が及ぶと考え、敷地共有者等集会により、管理・変更・処分(再建・敷地売却)ができると考えるべきであり賛成する。

団体的拘束の観点から言えば、一定期間、共有物分割が禁止されるとすることが論理一貫するものと考え。そのため、日弁連同様(注3)㉞に賛成する。仮に㉟を採用した場合には、集会の普通決議による共有物分割請求禁止の定めと、各共有持分権者による共有物分割請求の先後関係ないし優先関係などの整理が必要になり、混乱を招く恐れがあるため、その意味でも、㉞に賛成である。

(佐藤元)

9 第三者を管理者とする場合の監事の選任

【中間試案の内容】

法人化していない区分所有者の団体において、区分所有者以外の第三者を管理者として選任する場合には、監事を選任しなければならないものとするとの規律を設けることについては、慎重に検討する。

【当会の意見】

(意見)

監事の規律を設けることに賛成する。

(理由)

現在、管理会社が、第三者として管理者に就任するいわゆる「第三者管理」が管理業者を中心に積極的に進められている。役員のみならず手不足の問題などを背景に、管理組合側でも第三者管理を望む声がある。

しかし、第三者管理には、①管理委託契約・管理者契約や大規模修繕契約を締結する際の利益相反が生じることに加え、②マンションに契約不適合等がある場合の損害賠償請求の行使が適切になされるか、③大規模な災害が

生じたときに第三者管理者が適切にその後の復旧・建替え・解消の対応をできるのか、という問題がある。

本案は、第三者管理者を監事が監督することで、利益相反により区分所有者が損失を被ることを可及的に防止するもので、上記①に関連するものである。

管理組合法人においては、監事が必置とされていることから、法人化されていない区分所有者の団体においても、監事を設けることについて支障はないはずである。

区分所有者が管理者に就任する場合についても、監事を必置とすべきかどうかも問題となるが、現時点において、法人化されていない区分所有者の団体一般において監事が必要というよりは、区分所有者以外の第三者が管理者に就任する場合(管理業者のみでなく、マンション管理士も含む)にその必要性が特に認められることから、法務省提案のとおり、区分所有者以外の第三者が管理者に就任する場合に監事を設置することとすべきである。

(佐藤元)

第2 区分所有建物の再生の円滑化を図る方策

1 建替えを円滑化するための仕組み

(1)建替え決議の多数決要件の緩和

【中間試案の内容】

区分所有法第62条第1項の規律を次のように改めることについて、引き続き検討する。

ア 法定の多数決割合の緩和

① 法定の多数決割合

【A案】基本的な多数決割合を区分所有者及び議決権の各【4分の3】以上とした上で、②の客観的事由がある場合には、多数決割合を区分所有者及び議決権の各【3分の2】以上とする。

【B案】基本的な多数決割合を現行法どおり区分所有者及び議決権の各5分の4以上とした上で、②の客観的事由がある場合には、多数決割合を区分所有者及び議決権の各【4分の

3】以上とする。

② 客観的事由

【α案】区分所有建物につき、

㊦ 地震に対する安全性に係る建築基準法(昭和25年法律第201号)又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等で定める基準に適合していない

㊧ 火災に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していない

㊨ 外壁、外装材その他これらに類する建物の部分が剝離し、落下することにより周辺に危害を生ずるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する

のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-1案】㊦から㊨までに加え、区分所有建物につき、

㊩ 給水、排水その他の配管設備の損傷、腐食その他の劣化により著しく衛生上有害となるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する

㊪ 高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律(平成18年法律第91号)第14条第5項に規定する建築物移動等円滑化基準に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していない

のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-2案】㊦から㊨までに加え、区分所有建物につき、

㊫ 建築完了時から【50年】【60年】【70年】が経過した

のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-3案】区分所有建物が、㊦から㊨までに加え、㊬から㊭までの事由

のいずれかが認められる場合とする。

イ 合意による多数決割合の緩和

区分所有者全員の合意により、多数決の割合を区分所有者及び議決権の各【4分の3】【3分の2】以上に引き下げることができるものとする。

(注 1)区分所有建物が政令で指定された災害

により大規模一部滅失をした場合の建替え決議の多数決割合の緩和については、別途、被災した区分所有建物の再生の円滑化に関する方策(後記第4の1(1)ア)において取り上げている。

(注2)所在等不明区分所有者を決議の母数から除外する仕組み(前記第1の1(1))は、建替え決議の多数決要件を緩和するものでもある。

(注3)②の㉗から㉜までの存否については、非訟事件の手続を設けて、裁判所の確認を経ることとする考え方があるが、同様の事由につきマンション建替円滑化法制における行政の認定手続があることを踏まえつつ、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

1 ア(法定の多数決割合の緩和)について

現行法を維持した上で、一定の客観的事由がある場合には多数決割合を緩和することに賛成する。具体的には①についてはB案(基本的には区分所有者及び議決権の各5分の4以上とし、②の客観的事由がある場合は各4分の3以上とする案)、及び②についてはa案(㉗から㉜のように区分所有建物に耐震上等の危険性がある場合に限る)に賛成する。これに対し、①のA案、②のβ-1案からβ-3案までは反対する。

また、非訟事件手続(注3)を設けることに賛成する。ただし、本意見書の立場では客観的事由は、②の㉗から㉜までの認定に限ることとなる。

なお、非訟事件手続とマンション建替え円滑化法制における行政の認定手続やその後の建替え事業との双方を比較して、建替えが円滑に進む仕組みがいずれであるか(あるいは併存させるのがよいか)はよく検討すべきである。

2 イ(合意による多数決割合の緩和)について

反対する。

(理由)

1 建替えの多数決割合の単純緩和(A案)について

建替え要件の単純緩和(A案)の根拠として、次の点が指摘されている(部会資料2・2頁以下)。

①建替え決議は多数決要件が厳格であるため、これを成立させることは容易ではなく、必要な賛成を得るのに多大な労力・時間が必要となる。

②決議において反対票を投じた区分所有者も、建替え決議がされれば、その後の催告手続の中で、大部分は建替えに参加する方向に転ずることが一般的であり、決議の段階で5分の4の賛成まで得る必要はない。

③区分所有者の高齢化が進み、相続等により区分所有者の所在等が不明になって5分の4の賛成を得ることが困難になる事態が現に生じており、今後ますます増加することが見込まれるといった理由から、老朽化した区分所有建物の円滑な建替えが阻害されている。

④建替えに向けたファイナンスが確保できているケースでは、反対者が多くてもこれに対する売渡し請求の原資があるのであり、それにもかかわらず一律に5分の4の多数の賛成を要求するのは要件として厳しすぎる。

⑤区分所有建物が耐震性不足等で外部不経済を生じ、又はそのおそれがある場合や、大規模災害により被災した場合には、公共の福祉の観点から、多数決割合を引き下げて、その建替えを促進する必要がある。

上記理由に対しては、次の指摘をすることができる。

①については、多数決要件が厳格であるのは、反対者をも含めて区分所有権という所有権を失うためであり、その成立が容易でないのは当然である。また、合意形成に時間をかけ、5分の4以上の多数決により決議しているからこそ、建替え後の手続が円滑に進む可能性が高まっていたのであり、多数決要件を単純に緩和すれば、最大で4分の1(25%)の者が反対している中で、建替えを進めることになるから、建替え後の手続が円滑に進まない可能性がある。すなわち、5分の4以上の多数決で決議していた現行法下のように催告によって、

建替えに参加する者が多い(上記②の理由参照)という構造が維持されるとは限らず、反対者による決議無効確認訴訟の提起や専有部分の占有継続などによる建替えの阻害要因が多くなる可能性があること、建替えが成立したものの売渡請求の原資が確保できないリスクが高まることなど、必要な賛成を得るために合意形成に時間をかけないで済むようにすることは、かえって建替えの円滑化を阻害する要因を増やすことになる恐れがある。

②については、上記のとおり、5分の4以上の多数決で決議していた現行法下のように催告によって、建替えに参加する者が多いという構造が維持されるとは限らない。なぜなら、現行法において、催告により建替え反対者が建替え参加者に転じるのは、「多くの人が建替えに賛成したなら」という心理が働くからであり、反対者が多くなるとこのような心理が働くとは限らないからである。

③については、所在等不明者を決議の分母から除く除外決定の制度が導入されれば、多数決割合を引き下げる理由にならないことは部会資料 3・3 頁が指摘する通りであり、除外決定の導入が既定路線である現状においては、③は多数決決議引き下げの理由にはならない。

④については、建替えに向けたファイナンスが確保できているという限られた事例を前提としている点で妥当ではなく、かつ、ファイナンスが確保できるからという理由は、反対者の区分所有権を奪うことが正当化されることにはならない。

⑤は、現行法の 5 分の 4 以上の多数決決議の要件を、緩和する根拠としては働くが、単純引き下げの根拠にはならない。なお、現行法においても、建替え決議時には、議案の要領のほかに「建物の建替えをしないとした場合における当該建物の効用の維持又は回復(建物が通常有すべき効用の確保を含む。)をするのに要する費用の額及びその内訳」通知することが要請されており(区分所有法 62 条 5 項 2 号)、この中で耐震性不足等の要素は考慮されてい

るといえる。

したがって、⑤を根拠として、耐震性不足等が認められることを条件に、現行法の要件を緩和することを提案する B 案(ただし【β-1 案】には反対)は妥当であるが、A 案を採用することはできない。

2 B 案及び客観的要件(【α 案】、【β-1 案】【β-2 案】及び【β-3 案】)について

(1) B 案、【α 案】が妥当であること

耐震性不足等の【α 案】⑦・⑧・⑨の要件を満たす場合には、危険性が認められ、外部不経済が顕著であるから、その建替えに反対する意思表示を尊重する必要性が後退するから、建替え要件を緩和することができる。

(2) 【β-1 案】(及びこれを含む【β-3 案】)について

【β-1 案】の⑩及び⑪については、それを取り除くための修繕に多額の費用を要することになるため、建替えの必要性は高まると考えられるが、生命・身体の安全への支障が生じるものではなく、外部不経済が顕著とまではいえないので、建替え要件の緩和を正当化することはできない。したがって、【β-1 案】には反対である。

(3) 【β-2 案】について

新耐震基準の下で建築された区分所有建物や、大規模修繕を適切に行っている建物については、築年数だけで、建物の危険性等外部不経済を肯定することは困難であるから、【β-2 案】には賛成できない。

以上から、B 案及び【α 案】に賛成である。

3 非訟事件手続(注 3)を設けることについて

日弁連意見書においても指摘されている通り、「建替え要件の充足性については、基本的には区分所有者の自治的な判断に委ねられており、争いが生じた場合は民事訴訟(建替え決議の無効確認訴訟など)で解決が図られてきている。そのために、紛争解決までに相当長期の期間を要しており、建替えを行う事業者等がその点を懸念して事業から撤退する例が散見される」。また、上記訴訟が係属した場合には、金融機関が、マンション建替え組合に対す

る融資から撤退する例もある。

そのため、建替え決議無効確認訴訟などの紛争が起こることを可及的に防止するため、非訟事件手続による建替え要件の充足性を認定する仕組みを設けるべきである。

もともと、非訟事件手続とマンション建替え円滑化法制における行政の認定手続やその後の建替え事業とを双方を比較して、建替えが円滑に進む仕組みがいずれであるかはよく検討すべきである。マンション等区分所有建物の建替え事業は、訴訟等により事業の進行がストップすると、融資の撤退、建築コストの増大など様々な状況が変化し、建替え事業が遂行できない恐れが高まる。そのため、決議において建替えを決めたのであれば、できる限り事業がストップしないような法制を構築すべきである。その観点から、非訟事件手続を設けることとマンション建替え円滑化法制における行政手法とを比較し、(両者を併存させることも含め)、より建替えが円滑に進む制度を構築すべきである。

4 合意による多数決要件の緩和(イ)について

この案は、次の根拠により提案されているものである。

①合意により多数決割合を引き下げる仕組みがあれば、建替えによる更新がしやすい区分所有建物の取得を望む者のニーズに合致すること(部会資料 2・3 頁)(さらに具体的には、「例えば、今後、分譲マンションを販売する者が、公正証書による規約において、『建築完了時から30年が経過したときは、法定された多数決割合より低い割合で建替え決議をすることができる』という定めを設定し、更新がされやすい区分所有建物を望む者にとって魅力的な商品を提供することが可能になると考えられる」との指摘をしている(同・9 頁))

②区分所有者の自治を尊重すること(同・9 頁)

③全員同意により建替え決議の多数決割合の引き下げが決定された場合には、後の決議の段階で建替えに反対する者がそんざいしたとしても、その利益保護の要請は相対的に低

下するとも考えられること(同・9 頁)

まず、①については、そのようなニーズがそもそもあるか不明であり、分譲時に消費者はそのような理解をして区分所有建物を購入しないことが指摘できる。

②③については、そもそもここで基本的に想定されている合意は、分譲時の合意(通常原始規約に規定されるものと思われる)であり、分譲当時の区分所有者が、(上記のとおり建替え要件が緩和されていることを十分に認識して区分所有建物を購入するとは思われないが)建替え要件を緩和することに合意していたとしても、その後建替え決議がされる段階での区分所有者がそれを積極的に容認しているとは限らず、建替え決議時の区分所有者の意思を基準にすれば、区分所有者の自治を尊重することや反対者に対する利益保護の要請が相対的に低下することを根拠とすることは妥当でないといえる。

したがって、合意による多数決要件緩和(イ)を導入することには反対である。

(2)建替え決議がされた場合の賃借権等の消滅

【中間試案の内容】

建替え決議がされた場合の賃借権等の消滅に関し、次のような規律を設けることについて、引き続き検討する。

- ア 建替え決議がされた場合の賃借権の消滅
- (7) 存続期間中の賃借権の消滅

【A 案】

① 建替え決議においては、区分所有法第 62 条第 2 項所定の事項のほか、次の事項を定めなければならない。

⑦ 建物の取壊しの工事の着手時期の目安

① 専有部分の賃貸借が終了する日

② ①⑦に規律する着手時期の目安は、①①に規律する日後【1 か月以内】としなければならない。

③ 建替え決議の日から①⑦に規律する日までの期間は、【6 か月】【1 年】を下ってはならない。

④ 専有部分の賃貸借は、①⑦に規律する日が

終了した時において終了する。

【B案】

① 建替え決議があったときは、建替え決議に賛成した各区分所有者、建替え決議の内容により建替えに参加する旨を回答した各区分所有者(これらの者の承継人を含む。)若しくはこれらの者の全員の合意により指定された者又は専有部分の賃貸人である区分所有者は、専有部分の賃借人に対し、賃借権消滅請求をすることができる。

② ①の規律により賃借権消滅請求がされた時から【4か月】【6か月】が経過したときは、専有部分の賃借権は、消滅する。

③ ①の規律により賃借権消滅請求を受けた専有部分の賃借人は、②の規律により専有部分の賃借権が消滅したときは、賃借権消滅請求をした者に対し、賃借権の消滅により通常生ずる損失の補償金の支払を請求することができる。

④ ③の規律により請求を受けた者(専有部分の賃貸人である区分所有者を除く。)は、補償金の支払をしたときは、専有部分の賃貸人である区分所有者に対して求償権を有する。

(イ) 更新等に関する借地借家法の適用除外
建替え決議があった場合において、専有部分の賃貸人が賃借人に対し賃貸借の更新の拒絶の通知又は賃貸借の解約の申入れをするときは、借地借家法(平成3年法律第90号)第26条第2項、第27条第2項及び第28条(更新拒絶、解約申入れの正当事由等に関する規律)の規定は、適用しない。

(注1)期間や使用及び収益の目的の定めのある使用貸借についても(ア)と同様の規律を設けることにつき、引き続き検討する。

(注2)(ア)【A案】については、専有部分の賃借人は、【A案】の規律により賃貸借が終了したときは、賃貸人に対し、一定の補償金の支払を求めることができるものとする考え方がある。

(注3)(ア)【A案】①④に規律する日につき、建替え決議の成立後、集会の決議により変更する(賃貸借が終了する日までの期間を延長す

る)ことができるものとする考え方がある。

(注4)(ア)【B案】については、建替え決議の前後に補償金目当てで濫用的に賃借権が設定されることを防止する仕組みの要否について、併せて検討する必要がある。

(注5)(ア)【B案】については、その対象をいわゆる特定要除却要件(前記(1)ア②⑦~⑨参照)を満たす客観的事由がある区分所有建物に限定した上で、当該客観的事由の存否の認定や補償金額の相当性について認定するための非訟事件の手続を創設すべきであるとする考え方があるが、同様の客観的事由につきマンション建替円滑化法制における認定手続があることを踏まえつつ、引き続き検討する。

(注6)(ア)【B案】②③については、補償金の支払と賃借権の消滅による明渡しとを同時履行とする考え方がある。

(注7)(ア)【B案】③の「賃借権の消滅により通常生ずる損失の補償金」は、公共用地の取得に伴う損失補償基準(昭和37年10月12日用地対策連絡会決定)における借家人が受ける補償(いわゆる通損補償)と同水準とすることを想定しているが、公共用地の取得の場合との異同を踏まえ、引き続き検討する。

(注8)(ア)【B案】③の補償金額については、本文とは別に、区分所有権及び敷地利用権の時価を上限とする相当額とする考え方がある。

(注9)非区分所有建物を区分所有建物とすることによって賃貸人が賃借権を不当に消滅させることを防止する規律を設けることにつき、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

1 前述の建替え決議の多数決要件の緩和に関する②α案を前提に、(注5)の⑦~⑨のように「建物に耐震上等の危険性がある」場合で、かつ、(注6)のように「補償金の支払いと賃借権の消滅による明渡しとを同時履行とする」ことを条件に、B案に賛成する。

2 また、賃借権消滅の要件の充足性を裁判所が審査して、これを許可する制度(注5と同旨。以下「賃借権消滅許可制度」という。)を設ける

べきである。その場合、当該許可確定時から相当期間(たとえば6ヶ月)経過後に賃借権が消滅するとすべきである。

3 (注1)、(注4)、(注5)及び(注6)に賛成する。(注7)乃至(注9)については、引き続き検討すべきである。

4 これに対し、(ア)A案及び(イ)案には反対する。A案を前提とする(注2)及び(注3)にも反対する。

(理由)

今回の改正においてあえて建物賃借権消滅を認める根拠は、必ずしも明らかではなく、区分所有建物を賃借して居住又は営業等をしている者が、区分所有者の意向のみで当然に賃借権を失うとすることは、建物賃借人の保護の観点から見て妥当とは言えないため、単に建替え決議が成立しただけで、基本的に賃借権が消滅する((ア)A案)及び正当事由に関する借地借家法の適用がない((イ)案)とすることは妥当でなく、反対する。

他方で、区分所有建物に耐震上等の危険性がある場合は、近隣住民のみならず建物を利用する賃借人にとっても、生命・身体の安全に対する支障が生じていると言うべきであるから、建物賃借権の保護を後退させることを正当化できる。ただし、賃借人保護の観点から、補償金の支払いと賃借人による専有部分の明渡しとの関係を同時履行の関係とすべきこと、賃借権消滅についての裁判所の許可制度を設けるべきであることも、日弁連と同意見である。

イ 建替え決議がされた場合の配偶者居住権の消滅

【中間試案の内容】

建替え決議がされた場合の配偶者居住権の消滅に関し、次のような規律を設けることについて、引き続き検討する。

【A案】

① 建替え決議においては、区分所有法第62条第2項所定の事項のほか、次の事項を定めなければならない。

㉞ 建物の取壊しの工事の着手時期の目安

㉟ 専有部分の配偶者居住権が消滅する日

② ①㉞に規律する着手時期の目安は、①㉟に規律する日後【1か月以内】としなければならない。

③ 建替え決議の日から①㉟に規律する日までの期間は、【6か月】【1年】を下ってはならない。

④ 専有部分の配偶者居住権は、①㉟に規律する日が満了した時に消滅する。

【B案】

① 建替え決議があったときは、建替え決議に賛成した各区分所有者、建替え決議の内容により建替えに参加する旨を回答した各区分所有者(これらの者の承継人を含む。)若しくはこれらの者の全員の合意により指定された者又は配偶者居住権が設定された専有部分の区分所有者は、専有部分の配偶者居住権を有する者に対し、配偶者居住権消滅請求をすることができる。

② ①の規律により配偶者居住権消滅請求がされた時から【4か月】【6か月】が経過したときは、専有部分の配偶者居住権は、消滅する。

③ ①の規律により配偶者居住権消滅請求を受けた専有部分の配偶者居住権を有する者は、②の規律により専有部分の配偶者居住権が消滅したときは、配偶者居住権消滅請求をした者に対し、配偶者居住権の消滅により通常生ずる損失の補償金の支払を請求することができる。

④ ③の規律により請求を受けた者(配偶者居住権が設定された専有部分の区分所有者を除く。)は、補償金の支払をしたときは、配偶者居住権が設定された専有部分の区分所有者に対して求償権を有する。

(注1)【B案】については、その対象を、いわゆる特定要除却要件(前記(1)㉞②㉞~㉞参照)を満たす客観的事由がある区分所有建物に限定した上で、当該客観的事由の存否の認定や補償金額の相当性について認定するための非訟事件の手続を創設すべきであるとする考え方があがるが、同様の客観的事由につきマンション建替円滑化法制における認定手続があること

を踏まえつつ、引き続き検討する。

(注 2) 【B 案】 ②③については、補償金の支払と配偶者居住権の消滅による明渡しとを同時履行とする考え方がある。

(注 3) 【B 案】 ③の「配偶者居住権の消滅により通常生ずる損失の補償金」は、公共用地の取得に伴う損失補償基準における配偶者居住権者が受ける補償(いわゆる通損補償)と同水準とすることを想定しているが、公共用地の取得の場合との異同や配偶者居住権の特質を踏まえ、引き続き検討する。

(注 4) 【B 案】 ③の補償金額については、本文とは別に、区分所有権及び敷地利用権の時価を上限とする相当額とする考え方がある。

【当会の意見】

(意見)

前述の建替え決議の多数決要件の緩和に関する②α案を前提に、(注 1)の㉞~㉟のように「建物に耐震上等の危険性がある」場合で、かつ、(注 2)のとおり「専有部分の明渡しと配偶者居住権に対する適切な補償金の支払いを同時履行とする」ことを条件として、B 案に賛成する。

また、(注 3)及び(注 4)は引き続き検討すべきである。

A 案には反対する。

(理由)

配偶者居住権については、遺産分割の段階で、配偶者居住権の価値が考慮されているという意味で、居住権を有する配偶者が一定の支出をしているとみることができるから、財産的に保護することが必要不可欠である。そこで、補償金の支払いを前提とする B 案に賛成する。

また、配偶者居住権保護の観点から、補償金の支払いと賃借人による専有部分の明渡しとの関係を同時履行の関係とすべきこと、賃借権消滅についての裁判所の許可制度を設けるべきであることも、日弁連と同意見である。

ウ 建替え決議がされた場合の担保権の消滅

【中間試案の内容】

建替え決議がされた場合の担保権の消滅に

関する規律を設けることの是非については、賃借権等の利用権との異同を踏まえ、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

反対する。新たな規律を設ける必要はない。(理由)

部会資料(部会資料 4.18 頁)及び日弁連意見において指摘されているとおり、担保権については、債務者である区分所有者や建替えを推進する第三者が、担保権者に対して弁済をして担保権を消滅させることが可能である(第三者弁済につき民法 474 条)ことから、新たな規律を導入する必要はないと考える。

また、マンションに限っては、現行法においても、権利変換手続に組み込むことができるため(マンション建替え円滑化法 57 条 3 項)、マンション建替え事業においては、抵当権等担保権の存在が建替えの支障にならないことも指摘できる。

2 多数決による区分所有建物の再生、区分所有関係の解消

(1) 建物・敷地の一括売却、建物取壊し等

【中間試案の内容】

区分所有関係の解消及び区分所有建物の再生のための新たな制度として、次のような規律を設ける。

ア 建物敷地売却制度

① 敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利である場合には、集会において、区分所有者、議決権及び当該敷地利用権の持分の価格の一定の多数決により、区分所有建物及びその敷地(これに関する権利を含む。)を売却する旨の決議(以下「建物敷地売却決議」という。)をすることができる。

② 建物敷地売却決議においては、次の事項を定めなければならない。

㉞ 売却の相手方となるべき者の氏名又は名称

㉟ 売却による代金の見込額

㊱ 売却によって各区分所有者が取得することができる金銭の額の算定方法に関する事項

③ ②ウの事項は、各区分所有者の衡平を害しないように定めなければならない。

イ 建物取壊し敷地売却制度

① 敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利である場合には、集会において、区分所有者、議決権及び当該敷地利用権の持分の価格の一定の多数決により、区分所有建物を取り壊し、かつ、これに係る建物の敷地(これに関する権利を含む。②において同じ。)を売却する旨の決議(以下「建物取壊し敷地売却決議」という。)をすることができる。

② 建物取壊し敷地売却決議においては、次の事項を定めなければならない。

㉞ 区分所有建物の取壊しに要する費用の概算額

① ㉞に規律する費用の分担に関する事項

㉟ 建物の敷地の売却の相手方となるべき者の氏名又は名称

㊱ 建物の敷地の売却による代金の見込額

③ ②①の事項は、各区分所有者の衡平を害しないように定めなければならない。

ウ 取壊し制度

① 敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利である場合には、集会において、区分所有者及び議決権の一定の多数決により、当該区分所有建物を取り壊す旨の決議(以下「取壊し決議」という。)をすることができる。

② 取壊し決議においては、次の事項を定めなければならない。

㉞ 区分所有建物の取壊しに要する費用の概算額

① ㉞に規律する費用の分担に関する事項

③ ②①の事項は、各区分所有者の衡平を害しないように定めなければならない。

エ 再建制度

① 区分所有建物の全部が滅失した場合(建替え決議に基づき取り壊された場合を除き、ウの取壊し決議又は区分所有者全員の同意に基づき取り壊された場合を含む。カにおいて同じ。)において、その区分所有建物に係る敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利であったときは、敷地共有者等集会において、そ

の権利(以下「敷地共有持分等」という。)を有する者(以下「敷地共有者等」という。)の議決権の一定の割合の多数決により、滅失した区分所有建物に係る建物の敷地若しくはその一部の土地又は当該建物の敷地の全部若しくは一部を含む土地に建物を建築する旨の決議(以下「再建決議」という。)をすることができる。

② 再建決議においては、次の事項を定めなければならない。

㉞ 新たに建築する建物(以下「再建建物」という。)の設計の概

要

① 再建建物の建築に要する費用の概算額

㉟ ①に規律する費用の分担に関する事項

㊱ 再建建物の区分所有権の帰属に関する事項

③ ②㉞及び㊱の事項は、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。

オ 敷地売却制度

① 区分所有建物の全部が滅失した場合において、その区分所有建物に係る敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利であったときは、敷地共有者等集会において、敷地共有者等の議決権の一定の多数決により、敷地共有持分等に係る土地(これに関する権利を含む。)を売却する旨の決議(以下「敷地売却決議」という。)をすることができる。

② 敷地売却決議においては、次の事項を定めなければならない。

㉞ 売却の相手方となるべき者の氏名又は名称

① 売却による代金の見込額

カ アからオまでの手続

(7) 集会の招集の通知

① アからオまでの各①の決議事項を会議の目的とする集会を招集するときは、区分所有法第35条第1項の通知は、同項の規定にかかわらず、当該集会の会日より少なくとも【2か月】前に発しなければならない。ただし、この期間は、規約で伸長することができる。

② アからオまでの各①の決議事項を会議の

目的とする集会を招集する場合において、区分所有法第35条第1項の通知をするときは、同条第5項に規定する議案の要領のほか、当該行為を必要とする理由(並びにアからウまでの各制度においては、当該行為をしないとした場合における当該建物の効用の維持又は回復(建物が通常有すべき効用の確保を含む。)をするのに要する費用の額及びその内訳、建物の修繕に関する計画が定められている場合には当該計画の内容及び建物につき修繕積立金として積み立てられている金額)をも通知しなければならない。

(イ) 説明会の開催

アからオまでの各①の決議事項を会議の目的とする集会を招集した者は、当該集会の会日よりも少なくとも【1か月】前までに、当該招集の際に通知すべき事項について区分所有者及び敷地共有者等に対し説明を行うための説明会を開催しなければならない。

(注1)アからオまでのいずれについても、決議要件は、建替え決議と同様とすることを想定している(前記1(1)参照)。

(注2)アからオまでのいずれについても、決議がされた行為に参加しない区分所有者の区分所有権及び敷地利用権又は敷地共有者等の敷地共有持分等は、売渡し請求によって、当該行為に参加する区分所有者又は敷地共有者等に集約させることとし、その手続は、建替え決議と同様とする(アからウまでについては、裁判による建物の明渡し猶予に関する規律を含む。)ことを想定している。

(注3)アからウまでについては、建替え決議がされた場合の賃借権等を消滅させる仕組み(前記1(2)参照)と同様の仕組みを設けることを想定している。

(注4)アからウまでについては、(注1)とは別に、建替え決議よりも多数決要件を重くすべきとする考え方がある。

(注5)エ及びオの敷地共有者等集会については、区分所有建物が全部滅失した場合の敷地等の管理を円滑化するための仕組みとして、別途取り上げている(前記第1の8参照)。

(注6)エ及びオに関しては、区分所有建物が全部滅失した後、再建決議や敷地売却決議を行うことができる期間に制限を設けるとともに、敷地の共有物分割請求を一定期間制限することについて、別途取り上げている(前記第1の8(注3)参照)。

(注7)ア、イ及びオについては、その要件(対象となる区分所有建物に一定の客観的事由があること等)の存否につき、非訟事件の手続を設けて、裁判所の確認を経ることとする考え方があるが、同様の事由につきマンション建替円滑化法制における行政の認定手続があることを踏まえつつ、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

- 1 本文アからウについては、(注7)の非訟手続を設けることを条件に、いずれも賛成する。ただし、5分の4以上の多数決決議による場合も非訟手続による裁判所の認定を得べきである。
- 2 本文エ及びオについて賛成する。その場合の多数決要件については、敷地共有者等の議決権の5分の4以上とするのが妥当である。
- 3 本文カについて賛成する。
- 4 (注1)、(注2)及び(注7)に賛成する。(注3)については、区分所有建物に耐震上等の危険性があり、かつ、区分所有者及び議決権の各4分の3以上の賛成があること及び裁判所による賃借権等(配偶者居住権含む)の消滅許可制度を設けることを条件に賛成する。(注4)については反対する。
- 5 なお、上記1の意見に関連して、非訟事件手続を設けることと、マンション建替え円滑化法制における行政の認定手続、そこでの建物敷地売却決議の制度、及び同法制においてその他の解消手法を新設することとを比較して、解消が円滑に進む仕組みがいずれであるか(あるいは併存させるのがよいか)はよく検討すべきである。

(理由)

部会資料 2・13 頁においても指摘されてい

るとおり、余剰床の販売による収益の確保が難しくなっているため、建替えにおける区分所有者の平均負担額は、1941 万円余り(2017年~2021年)に拡大しているため、建替えが区分所有者にとっての現実的な選択肢ではなくなりつつある。

戸建てにおいても、建物が老朽化し、建替えができなければ、建物付きで土地を売却する、建物解体後に土地を売却するという選択をするのが通常である。

そこで、区分所有建物においても、建物敷地売却等の選択肢を設けるべきであり、これをマンションのみでなく、区分所有建物一般に広げるべきである。また、区分所有法の昭和58年改正の段階においても、多数決による解消が検討されていたが、当時においては解消が我が国の区分所有者の意識に必ずしも合致しないとの理由で、制度化が見送られていた(濱崎恭生『建物区分所有法の改正』(法曹会、1989年)377 - 378頁)。しかし、上記の通り、建替えが現実的な選択肢ではなくなりつつあり、かつ、マンション建替え円滑化法により敷地売却が認められている現行法を前提とすれば、解消制度を導入することが、我が国の区分所有者の意識に合致するようになったと評価がすべきであり、解消制度を導入することに、賛成である。

そして、その方法としては、今回提案されている5つの制度を導入すべきである。

もっとも、特に建物敷地売却(ア)、建物取壊し敷地(イ)売却及び敷地売却(カ)については、地上げ屋による区分所有権の買い集めのようなことが起こることが懸念されるため、区分所有者及び議決権の5分の4以上の決議の場合であっても、裁判所ないし行政が関与することが適切である。

基本的には、裁判所の非訟手続をまずは検討すべきであるが、マンション建替え円滑化法制における行政の認定手続、そこでの建物敷地売却決議の制度、及び同法制においてその他の解消手法を新設することとも併せて検討し、建物敷地売却事業等の円滑な遂行や、退

去区分所有者等の居住の安定にとって、非訟手続と行政法による手法のいずれが優越するのかが等を検討の上、両者を併存させるのか否かも含め、多角的に検討を行うべきである。

(2)全ての専有部分の形状等の変更を伴う共用部分の管理(一棟リノベーション決議)

【中間試案の内容】

いわゆる一棟リノベーション決議に関し、次のような規律を設ける。

集会においては、建替え決議と同様の多数決要件の下で(前記1(1)参照)、一棟リノベーション決議(全ての専有部分の形状、面積又は位置関係の変更を伴う共用部分の管理に関する事項(その形状又は効用の著しい変更を伴うもの及び保存行為を含む。))についての決議をいう。)をすることができる。

(注)一棟リノベーション決議において定めなければならない事項、集会の招集手続、決議に賛成しなかった区分所有者の取扱い等については、建替え決議を参考に、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

前述の建替え決議の多数決要件に関する①B案及び②α案と同様の多数決要件とすることを前提に、(注)も含めて賛成する。

なお、一棟リノベーション工事にかかる費用の程度を踏まえて一棟リノベーション工事の実効性を検討すべきである。また、すべての専有部分の変更を伴わないリノベーション工事についても、「専有部分の使用等を伴う共用部分の管理」に含めるのではなく、独立して制度構築をすべきである。

(理由)

区分所有者の建替え費用の負担が大きくなっているため、建替えが現実的な選択肢ではなくなってきた中で、一棟リノベーションは新たな選択肢として規律を設けるべきである。もっとも、これまでの検討では、一棟リノベーションにかかる工事費用の負担が建替えと比較して小さくなるのかについて、具体的な数値による検討がないので、一棟を単一

所有者が所有するビルの一棟リノベーションにかかった費用の分析等、具体的数値に基づいた検討をすべきである。

一棟リノベーション決議は、全ての専有部分の形状、面積又は位置関係の変更を伴う共用部分の管理に関する事項(その形状又は効用の著しい変更を伴うもの及び保存行為を含む。)についての決議、と定義されるため、全ての専有部分の形状等の変更がされなければ一棟リノベーション決議の適用がない。他方で、一部の専有部分について工事を行うリノベーション工事については、「専有部分の使用等を伴う共用部分の管理」の仕組みにより対応するとされる(中間試案補足説明 95 頁)。

しかし、実際には、全ての専有部分の工事を伴わないリノベーションが行われることも考えられ(例えば UR の実施するルネサンス計画参照)、一部の専有部分についての工事を伴うリノベーションも一棟リノベーションと少なくとも同条件で行うとして、再生の選択肢を広く確保すべきである。にもかかわらず、一部の専有部分についての工事を伴うリノベーションを「専有部分の使用等を伴う共用部分の管理」により行うことになれば、その前提となる規約変更の段階あるいは集会決議の段階で、負担を被る区分所有者に「特別の影響」があるとして、その同意を得なければならない可能性が極めて高く(規約変更につき区分所有法 31 条 1 項後段、集会決議につき同法 17 条 2 項。)、その同意が得られなければ、工事を実施することはできない。(現行法上で耐震補強工事により一部の専有部分の専有面積に影響があるなどの場合と同様である。)。他方で、全ての専有部分の形状の変更等を伴う一棟リノベーション工事については、(本文の案では検討中ではあるものの)建替えのように反対者に対する売渡請求を認め、あるいは復旧決議のように反対者による買取請求を認めることになれば、反対者の同意を得ずとも工事を実施することができることになり、より効果の大きい、全ての専有部分の形状の変更等を伴う一棟リノベーション工事の方が、一

部の専有部分についての工事を伴うリノベーションよりも、実施が容易ということになり、バランスを欠く。

したがって、一部の専有部分についての工事を伴うリノベーション工事も、一棟リノベーション工事と同様の枠組みで検討されるべきであり、例えば、影響のある一部の専有部分の区分所有者については、買取請求を認める、金銭的な補償を認める、などにより、「特別の影響」を受ける区分所有者の同意を必ずしも要しない仕組みを構築すべきである。

(3)敷地の一部売却

【中間試案の内容】

区分所有建物の敷地の一部を売却することを可能とする新たな制度として、次のような規律を設ける。

① 敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利である場合には、区分所有法第 22 条第 1 項本文の定めにかかわらず、集会において、区分所有者、議決権及び当該敷地利用権の持分の価格の一定の多数決により、当該敷地利用権の一部を売却する旨の決議(以下「一部敷地売却決議」という。)をすることができる。

② 一部敷地売却決議においては、次の事項を定めなければならない。

㉞ 売却の対象となるべき土地の区域

㉟ 売却の相手方となるべき者の氏名又は名称

㊱ 売却による代金の見込額

③ ①の決議事項を会議の目的とする集会を招集する場合において、区分所有法第 35 条第 1 項の通知は、同項の規定にかかわらず、当該集会の会日より少なくとも【2 か月】前に発しなければならない。ただし、この期間は、規約で伸長することができる。

④ ①の決議事項を会議の目的とする集会を招集する場合において、区分所有法第 35 条第 1 項の通知をするときは、同条第 5 項に規定する議案の要領のほか、次の事項をも通知しなければならない。

㉞ 敷地利用権の一部の売却を必要とする理由

④ 建物の敷地、共用部分及び専有部分の使用に及ぼす影響の有無及び程度

⑤ ③の集会を招集した者は、当該集会の会日よりも少なくとも【1か月】前までに、④の当該招集の際に通知すべき事項について区分所有者に対し説明を行うための説明会を開催しなければならない。

(注 1)決議の多数決割合は、建替え決議の基本的な多数決割合と同様(【5分の4】又は【4分の3】以上。前記 1(1)参照)とすることを想定しているが、客観的事由があることによってこれを緩和することは想定していない。

(注 2)区分所有建物の敷地の一部の売却が専有部分の使用に特別の影響を及ぼすべきときは、その専有部分の所有者の承諾を得なければならないとの規律を設けるとの考え方があ

る。
(注 3)敷地の一部売却に参加しない区分所有者の保有する対象敷地の敷地利用権については、売渡し請求によって、これに参加する区分所有者に集約させることが考えられ、その手続は、建替え決議におけるものと同様とすることが考えられる。

【当会の意見】

(意見)

反対する。

(理由)

敷地を一部売却することは、例えば、敷地内に私道が含まれている場合(団地で見られる)において、当該部分を地方自治体に譲渡して、公道にしてもらうことを管理組合が希望するような場合には、必要性が認められるところではある。また、区分所有建物の敷地内に都市計画道路が区分所有建物建設時から含まれているような事例もあり、このような事例においては、当該都市計画事業が実施される段階で、現行法上は、区分所有者の全員同意が得られなければ敷地の売却ができないので、取用手続によっているが、決議による敷地の一部売却が認められれば、これを売却手続によっても進めることができるようになる。さらに、建替えと同時期に決議することで、敷地売却

費用により建替えのための資金を捻出し、建替えが円滑に進む可能性もある。

他方で、区分所有者の団体の自治的判断により、敷地の一部売却を認めると、結果として、容積率が不足することになったり、敷地の形態の変化によって区分所有者の使用に支障を来す可能性が否定できないなど、問題が生じる恐れがあり、これらが生じる恐れがある以上、制度の導入を肯定することは困難である。

そのため、敷地の一部売却には反対である。

(佐藤元)

第3 団地の管理・再生の円滑化を図る方策

1 団地内建物の全部又は一部が全部滅失した場合における団地の管理の円滑化

【中間試案の内容】

団地内建物の全部又は一部が全部滅失した場合における団地内建物等の管理に関し、次のような規律を設ける。

一団地内にある数棟の建物(団地内建物)の土地又は附属施設(これらに関する権利を含む。)が団地内建物の所有者(区分所有建物にあっては、区分所有者)の共有に属する場合において、団地内建物の全部又は一部が全部滅失したとき(区分所有建物にあっては、取壊し制度又は区分所有者全員の同意に基づき取り壊されたときを含む。)は、滅失した建物の所有者であった者も含めて集会を開き、規約を定め、及び管理者を置くことができる。

(注 1)団地内建物の一部が全部滅失した場合については、被災区分所有法を参考に、再建承認決議、建替え承認決議、建替え再建承認決議及び一括建替え等決議の仕組みを設けた上で、それらの決議を本文により開催される集会で決議することができるものとするを想定している。

(注 2)本文に加えて団地の敷地等の共有物分割請求を制限する規律を設けるかどうかは、団地の敷地の共有物分割請求の規律(後記 4 参照)との関係を踏まえて引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

本文及び(注 1)は賛成する。(注 2)の規律を設けるかどうかについては、後記第 3 の 4(団地の敷地の共有物分割請求の規律)との関係を踏まえ引き続き検討すべきである。

(理由)

団地内建物の全部が滅失した場合には、団地関係が消滅するが、従前の団地管理の団体的拘束が敷地共有者等に及び、一定期間、団地敷地共有者等の集会によって、管理等を行いうるとするのが適切である。

また、団地内建物の一部滅失についても、同様に滅失前の団地管理の団体的拘束が及び、民法上の共有の規律によらず、団地の敷地共有者等の集会等によって、管理等を行いうるとするのが適切である。

2 団地内建物の建替えの円滑化

(1)団地内建物の一括建替え決議の多数決要件の緩和

【中間試案の内容】

団地内建物の一括建替え決議に関する区分所有法第 70 条の規律を次のように改めることについて、引き続き検討する。

ア 全体要件

(ア) 法定の多数決割合の緩和

① 法定の多数決割合

【A 案】 基本的な多数決割合を団地内建物の区分所有者及び議決権の各【4 分の 3】以上とした上で、団地内建物の全部について②の客観的事由がある場合には、多数決割合を団地内建物の区分所有者及び議決権の各【3 分の 2】以上とする。

【B 案】 基本的な多数決割合を現行法どおり団地内建物の区分所有者及び議決権の各 5 分の 4 以上とした上で、団地内建物の全部について②の客観的事由がある場合には、多数決割合を団地内建物の区分所有者及び議決権の各【4 分の 3】以上とする。

② 客観的事由

【α 案】 団地内建物の全部につき、

㉗ 地震に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等で定める基準に適合していない

㉘ 火災に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していない

㉙ 外壁、外装材その他これらに類する建物の部分が剥離し、落下することにより周辺に危害を生ずるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する
のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-1 案】 ㉗から㉙までに加え、団地内建物の全部につき、

㉚ 給水、排水その他の配管設備の損傷、腐食その他の劣化により著しく衛生上有害となるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する

㉛ 高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律第 14 条第 5 項に規定する建築物移動等円滑化基準に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していない
のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-2 案】 ㉗から㉙までに加え、団地内建物の全部につき、

㉜ 建築完了時から【50 年】【60 年】【70 年】が経過した
のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-3 案】 団地内建物の全部につき、㉗から㉙までに加え、㉚から㉜までのいずれかの事由が認められる場合とする。

(イ) 合意による多数決割合の緩和

団地内建物の区分所有者全員の合意により、多数決の割合を団地内建物の区分所有者及び議決権の各【4 分の 3】【3 分の 2】以上に引き下げることができるものとする。

イ 各棟要件

(イ) 法定の多数決割合の緩和

① 法定の多数決割合

【A 案】 区分所有法第 70 条第 1 項ただし書の多数決要件(いわゆる各棟要件)の多数決割

合を、区分所有者及び議決権の各【過半数】とする。

【B案】各棟要件の基本的な多数決割合を現行法どおり区分所有者及び議決権の各3分の2以上とした上で、②の客観的事由がある区分所有建物については、多数決割合を区分所有者及び議決権の各【過半数】とする。

【C案】区分所有者及び議決権の各3分の2以上の賛成がある場合に限り一括建替え決議をすることができるという現行法の各棟要件の枠組みを改め、各棟につき区分所有者及び議決権の【3分の1以上】【2分の1以上】の反対がない限り一括建替え決議をすることができるものとする。

② 客観的事由

【α案】当該区分所有建物につき、

㉞ 地震に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等で定める基準に適合していない

㉟ 火災に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していない

㊱ 外壁、外装材その他これらに類する建物の部分が剥離し、落下することにより周辺に危害を生ずるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する

のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-1案】㉞から㊱までに加え、当該区分所有建物につき、

㊲ 給水、排水その他の配管設備の損傷、腐食その他の劣化により著しく衛生上有害となるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する

㊳ 高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律第14条第5項に規定する建築物移動等円滑化基準に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していないのいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-2案】㉞から㊱までに加え、当該区分所有建物につき、

㊴ 建築完了時から【50年】【60年】【70年】が経過した

のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-3案】当該区分所有建物が、㉞から㊱までに加え、㊲から㊳まで

のいずれかの事由が認められる場合とする。

(イ) 合意による多数決割合の緩和

団地内建物の区分所有者全員の合意により、各棟要件の多数決割合を【過半数】まで引き下げることができるものとする。

(注1)所在等不明区分所有者を決議の母数から除外する仕組み(前記第1の1(1))は、一括建替え決議の全体要件及び各棟要件を緩和するものでもある。

(注2)イ(ア)①については、基本的には現行法どおり区分所有者及び議決権の各3分の2以上の賛成がある場合に限り一括建替え決議をすることができるものとした上で、同②の客観的事由がある区分所有建物については、区分所有者及び議決権の【3分の1以上】【2分の1以上】の反対がない限り一括建替え決議をすることができるものとすることも考えられる。

(注3)イ(ア)①の【A案】及び【B案】については、本文の区分所有者及び議決権の各【過半数】とする案とは別に、各【5分の3以上】とすることも考えられる。

(注4)全体要件及び各棟要件の㉞から㊱までの客観的事由の存否につき、非訟事件の手続を設けて、裁判所の確認を経ることとする考え方があがるが、同様の事由につきマンション建替円滑化法制における行政の認定手続があることを踏まえつつ、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

1 ア(全体要件)について

同(ア)①(法定の多数決割合)については、B案に賛成する。また、非訟事件手続きを設けること(注4と同旨)に賛成する。ただし、本意見書の立場では(注4)は、㉞から「㊱」の認定に限ることとなる。A案には反対する。

同(ア)②(客観的事由)については、α案に賛

成する。β-1案からβ-3案までは反対する。

同(イ)(合意による多数決割合の緩和)については反対する。

2 イ(各棟要件)について

同(ア)①(法定の多数決割合)については、基本的にはB案に立った上で、(注3)の区分所有者及び議決権の各5分の3以上とする案に賛成する。A案、C案及び(注2)に反対する。

同(ア)②(客観的事由)については、α案に賛成する。β-1案からβ-3案までは反対する。

同(イ)(合意による多数決割合の緩和)については反対する。

3 なお、非訟事件手続とマンション建替え円滑化法制における行政の認定手続やその後の建替え事業とを双方を比較して、建替えが円滑に進む仕組みがいずれであるか(あるいは併存させるのがよいか)はよく検討すべきである。

(理由)

1 全体要件について

団地一括建替えは、各棟の建替え決議の積み上げではなく、区分所有者の頭数と土地の共有持分割合による議決権の一定数以上による決議により成立するものであり、土地と建物が別々の不動産である我が国の法制においては、5分の4以上の多数決割合よりも緩和することについては慎重であるべきである。平成14年の区分所有法改正時においては、団地においては、①敷地の有効活用、②敷地の一部処分による建替え費用の捻出という実利的な理由により団地一括建替え決議が導入された。原則的多数決割合を、5分の4よりも緩和するのであれば、より積極的に、団地においては団地全体の開発利益(土地所有者による土地所有権の行使)が、建物所有者の所有権(およびその行使)よりも優先されるべきであることが積極的に論証されなければならない。現時点で、そのような理屈は見当たらないので、原則的多数決割合は、引き下げるべきではない。

他方で、建物の耐震性不足など危険性が認められる場合には、建物所有者の所有権(およ

びその行使)は後退させるべきであるから、土地所有者による土地所有権の行使がより優先され、決議要件の緩和が正当化される。

したがって、B案及びα案に賛成である。

A案及び合意による要件緩和を許容するC案には、日弁連同様に反対である。

2 各棟要件について

上記のとおり、土地と建物が別の我が国の法制においては、各棟要件が過半数を相当超えるものでなければ、正当化されない(最判平成21年4月23日判タ1229号121頁参照)。そのため、各棟要件の単純引き下げは妥当ではない。

他方で、建物の耐震性不足など危険性が認められる場合には、建物所有者の所有権(およびその行使)は後退させるべきであるから、土地所有者による土地所有権の行使がより優先され、決議要件の緩和が正当化される。

したがって、B案(5分の3案)及びα案に賛成である。

A案及び合意による要件緩和を許容するC案には、日弁連同様に反対である。

3 非訟手続について

建替えを巡る訴訟・紛争の長期化を可及的に防ぐべく、客観的要件を含め、建替え要件について裁判所による認定を行う非訟手続の導入に賛成である。

もっとも、非訟事件手続とマンション建替え円滑化法制における行政の認定手続やその後の建替え事業とを双方を比較して、建替えが円滑に進む仕組みがいずれであるかはよく検討すべきである。マンション等区分所有建物の建替え事業は、訴訟等により事業の進行がストップすると、融資の撤退、建築コストの増大など様々な状況が変化し、建替え事業が遂行できない恐れが高まる。そのため、決議において建替えを決めたのであれば、できる限り事業がストップしないような法制を構築すべきである。その観点から、非訟事件手続を設けることとマンション建替え円滑化法制における行政手法とを比較し、(両者を併存させることも含め)、より建替えが円滑に進む制度を構築すべ

きである。

(2) 団地内建物の建替え承認決議の多数決要件の緩和

【中間試案の内容】

団地内建物のうちの特定建物の建替え承認決議に関する区分所有法第 69 条第 1 項の規律を次のように改めることについて、引き続き検討する。

ア 法定の多数決割合の緩和

① 法定の多数決割合

【A 案】基本的な多数決割合を議決権の【3分の2以上】とした上で、特定建物に②の客観的事由がある場合には、多数決割合を議決権の【過半数】とする。

【B 案】基本的な多数決割合を現行法どおり議決権の4分の3以上とした上で、特定建物に②の客観的事由がある場合には、多数決割合を議決権の各【3分の2以上】とする。

【C 案】多数決割合を現行法どおり議決権の4分の3以上とした上で、建替え承認決議を、出席者の多数決による決議を可能とする仕組みの対象とする(前記第1の1(2)(注2)参照)。

【D 案】議決権の各4分の3以上の賛成による建替え承認決議がある場合に限り特定建物の建替えをすることができるという現行法の枠組みを改め、建替え決議が成立した後、一定期間内に議決権の【4分の1以上】【3分の1以上】【2分の1以上】の反対による建替え不承認決議がない限り、特定建物の建替えをすることができるものとする。

② 客観的事由

【α 案】特定建物につき、

㉞ 地震に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等で定める基準に適合していない

㉟ 火災に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していない

㊱ 外壁、外装材その他これらに類する建物の部分が剥離し、落下することにより周辺に危

害を生ずるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する

のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-1 案】㉞から㊱までに加え、特定建物につき、

㊲ 給水、排水その他の配管設備の損傷、腐食その他の劣化により著しく衛生上有害となるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する

㊳ 高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律第 14 条第 5 項に規定する建築物移動等円滑化基準に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していないのいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-2 案】㉞から㊱までに加え、特定建物につき、

㊴ 建築完了時から【50年】【60年】【70年】が経過した

のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-3 案】特定建物が、㉞から㊱までに加え、㊲から㊴までのいずれかの事由が認められる場合とする。

イ 規約による多数決割合の緩和

建替え承認決議の多数決要件を、団地建物所有者の団体又は団地管理組合法人の規約で、議決権の【3分の2以上】【過半数】まで減ることができるものとする。

(注 1)所在等不明区分所有者を決議の母数から除外する仕組み(前記第1の1(1))は、建替え承認決議の多数決要件を緩和するものでもある。

(注 2)ア①【A 案】又は【B 案】を採った上で、建替え承認決議を出席者の多数決による決議を可能とする仕組みの対象とする案もある。

(注 3)特定建物の建替えが当該特定建物以外の建物(以下「当該他の建物」という。)の建替えに特別の影響を及ぼすべき場合における当該他の建物の区分所有者等の保護に関する区分所有法第 69 条第 5 項の規律は、維持することを前提としている。

(注 4)建替え承認決議の招集通知において、新たに建築する建物の設計の概要として、当該

建物の建築による団地内建物の容積率等に対する影響について記載する運用の在り方については、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

1 本文ア①(法定の多数決割合)については B 案に賛成する。A 案、C 案及び D 案には反対する。

2 同②(客観的事由)については α 案に賛成する。β-1 案から β-3 案までは反対する。

3 本文イ(規約による多数決割合の緩和)は反対する。

4 (注1)は賛成する。(注2)は規約により別段の定めをすることで出席多数決を可能とする範囲で賛成する。(注3)は引き続き検討すべきである。

(理由)

建替え承認決議の要件緩和の必要性・要望が大きいのと思われないので、基本的に現行法の規律を維持して、耐震性不足等危険性要件が認められる場合には、要件緩和をする B 案及び α 案に賛成である。

3 団地内建物・敷地の一括売却

【中間試案の内容】

団地内建物の一括建物敷地売却決議に関し、次のような規律を設けることにつき、引き続き検討する。

(1) 一括建物敷地売却決議

団地内建物の全部が区分所有建物であり、当該団地内建物について団地管理規約が定められており、かつ、それらの所在する土地が当該団地内建物の団地建物所有者の共有に属する場合には、当該団地内建物の区分所有者で構成される団地建物所有者の団体又は団地管理組合法人の集会(以下「団地管理組合等の集会」という。)において、一定の多数決で、当該団地内建物及びその敷地利用権を一括して売却する旨の決議(以下「一括建物敷地売却決議」という。)をすることができる。

(2) 団地管理組合等の集会において必要とされる多数決要件(いわゆる全体要件)

ア 法定の多数決割合等

① 法定の多数決割合

【A 案】基本的な多数決割合を団地内建物の区分所有者及び議決権の各【4 分の 3】以上とした上で、団地内建物の全部について②の客観的事由がある場合には、多数決割合を団地内建物の区分所有者及び議決権の各【3 分の 2】以上とする。

【B 案】基本的な多数決割合を団地内建物の区分所有者及び議決権の各 5 分の 4 以上とした上で、団地内建物の全部について②の客観的事由がある場合には、多数決割合を団地内建物の区分所有者及び議決権の各【4 分の 3】以上とする。

② 客観的事由

【α 案】団地内建物の全部につき、

㊦ 地震に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等で定める基準に適合していない

㊧ 火災に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していない

㊨ 外壁、外装材その他これらに類する建物の部分が剝離し、落下することにより周辺に危害を生ずるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する
のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-1 案】㊦から㊨までに加え、団地内建物の全部につき、

㊩ 給水、排水その他の配管設備の損傷、腐食その他の劣化により著しく衛生上有害となるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する

㊪ 高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律第 14 条第 5 項に規定する建築物移動等円滑化基準に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していない
のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-2 案】㊦から㊨までに加え、団地内建物の全部につき、

㊫ 建築完了時から【50 年】【60 年】【70

年】が経過した

のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-3 案】団地内建物の全部につき、㉗から㉙までに加え、㉚から㉜までのいずれかの事由が認められる場合とする。

イ 合意による多数決割合

当該団地内建物の区分所有者全員の合意により、全体要件の多数決の割合を【4分の3】【3分の2】以上に引き下げることができるものとする。

(3) 各区分所有建物において必要となる賛成等(いわゆる各棟要件)

ア 法定の多数決割合等

① 法定の多数決割合

【A 案】一括建物敷地売却について各区分所有建物において必要となる多数決要件(いわゆる各棟要件)の多数決割合を、区分所有者及び議決権の各【過半数】とする。

【B 案】各棟要件の基本的な多数決割合を区分所有者及び議決権の各3分の2以上とした上で、②の客観的事由がある区分所有建物については、多数決割合を区分所有者及び議決権の各【過半数】とする。

【C 案】各棟につき区分所有者及び議決権の【3分の1以上】【過半数】の反対がない限り、一括建物敷地売却決議をすることができるものとする。

② 客観的事由

【α 案】当該区分所有建物につき、

㉗ 地震に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等で定める基準に適合していない

㉘ 火災に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していない

㉙ 外壁、外装材その他これらに類する建物の部分が剥離し、落下することにより周辺に危害を生ずるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する
のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-1 案】㉗から㉙までに加え、当該区分所有建物につき、

㉚ 給水、排水その他の配管設備の損傷、腐食その他の劣化により著しく衛生上有害となるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当する

㉜ 高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律第14条第5項に規定する建築物移動等円滑化基準に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していない
のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-2 案】㉗から㉙までに加え、当該区分所有建物につき、

㉙ 建築完了時から【50年】【60年】【70年】が経過した

のいずれかの事由が認められる場合とする。

【β-3 案】当該区分所有建物につき、㉗から㉙までに加え、㉚から㉜までのいずれかの事由が認められる場合とする。

イ 合意による多数決割合

団地内建物の区分所有者全員の合意により、各棟要件に係る多数決割合を【過半数】まで引き下げることができるものとする。

(注1)全体要件・各棟要件のいずれについても、所在等不明区分所有者を決議の母数から除外する仕組み(前記第1の1(1))の対象とすることを想定している。

(注2)決議の手續については、団地内の建物の一括建替え決議を参考に引き続き検討する。

(注3)全体要件・各棟要件のいずれについても、㉗から㉙までの客観的事由については、一括建物敷地売却の後に当該客観的事由を解消するための再生手法がとられることを想定している。

(注4)各棟要件の㉗①の【A 案】及び【B 案】については、本文の区分所有者及び議決権の各【過半数】とする案とは別に、各【5分の3以上】とすることも考えられる。

(注5)全体要件及び各棟要件の㉗から㉙までの客観的事由の存否につき、非訟事件の手續を設けて、裁判所の確認を経ることとする考え方があがるが、同様の事由につきマンション

建替円滑化法制における行政の認定手続があることを踏まえつつ、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

1 本文(1)の一括建物敷地売却決議の制度を創設することについては、(注 5)の非訟事件手続を設けることを条件に、賛成する。ただし、本意見書の立場では、裁判所の確認を要する客観的事由は全体要件及び各棟要件の各㉞から㉟までの事由に限られることとなる。

2 本文(2)の全体要件のうち、ア①(法定の多数決割合)についてはB案に賛成し、A案に反対する。ア②(客観的事由)についてはα案に賛成し、β-1案からβ-3案までには反対する。同イ(合意による多数決割合)についても反対する。

3 本文(3)の各棟要件のうち、ア①(法定の多数決割合)については、基本的にB案に賛成するが、その多数決割合については(注 4)の5分の3以上とする案に賛成する。B案のうち多数決割合を過半数とすることについては反対する。A案及びC案にも反対する。

同②(客観的事由)については、α案に賛成するが、β-1案からβ-3案までには反対する。同イ(合意による多数決割合)については反対する。

4 (注 1)、(注 2)、及び(注 4)は賛成する。(注 3)及び(注 5)は、客観的事由が㉞から㉟までに限られることを条件に賛成する。

5 なお、上記1の意見に関連して、非訟事件手続を設けることと、マンション建替え円滑化法制における行政の認定手続、そこでの建物敷地売却決議の制度(あるいは同法において団地一括建物敷地売却制度を導入すること)とを比較して、解消が円滑に進む仕組みがいずれであるか(あるいは非訟手続と行政手続を併存させるのがよいか)はよく検討すべきである。

(理由)

団地内建物の一括建物敷地売却等の決議の制度は、マンション建替え円滑化法にも規定がないことから、これを法制度化すべきであ

る。

また、建替えが現実的な選択肢でなくなっていることから、団地内建物の一括建物敷地売却決議を規定すべきであるといえる。

手続としては、裁判所ないし行政が関与することが適切である。基本的には、裁判所の非訟手続をまずは検討すべきであるが、マンション建替え円滑化法制における行政の認定手続、そこでの建物敷地売却決議の制度、及び同法制において団地一括建物敷地売却制度を新設することとも併せて検討し、建物敷地売却事業等の円滑な遂行や、退去区分所有者等の居住の安定にとって、非訟手続と行政法による手法のいずれが優越するのか等を検討の上、両者を併存させるのか否かも含め、多角的に検討を行うべきである。

4 団地の敷地の分割

【中間試案の内容】

団地の敷地を分割する仕組みとして、次のような規律を設けることについて、団地内の区分所有建物の管理不全状態の解消を確保することができるかという観点を踏まえ、引き続き検討する。

(2)団地の敷地の共有物分割の請求

【中間試案の内容】

一団地内に数棟の区分所有建物があつて、その団地内の土地(これらに関する権利を含む。)がそれらの区分所有建物の区分所有者の共有に属する場合において、団地内の特定の区分所有建物(以下「特定建物」という。)に次の【アからウまで】 【アからオまで】のいずれかの事由があるときは、それらの区分所有建物の区分所有者は、当該土地から特定建物の敷地の現物を分割する方法による共有物の分割を裁判所に請求することができる。

ア 特定建物が、地震に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していないと認められるとき。

イ 特定建物が、火災に対する安全性に係る建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例

の規定に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していないと認められるとき。

ウ 特定建物が、外壁、外装材その他これらに類する建物の部分が剥離し、落下することにより周辺に危害を生ずるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当すると認められるとき。

エ 特定建物が、給水、排水その他の配管設備の損傷、腐食その他の劣化により著しく衛生上有害となるおそれがあるものとして政省令等によって定める基準に該当すると認められるとき。

オ 特定建物が、高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律第14条第5項に規定する建築物移動等円滑化基準に準ずるものとして政省令等によって定める基準に適合していないと認められるとき。

(注1) 専有部分と敷地利用権の分離処分禁止の原則や各種の行政上の規制等に照らし、敷地の現物を分割する方法により適切に共有物を分割することができないときは、共有物分割請求が棄却されることを想定している。

(注2) 敷地分割の後に特定建物の客観的事由が解消されることを確保する方法については、裁判手続は敷地の分割が実現することで終了することを踏まえ、引き続き検討する。

(注3) 共有物分割の請求は、特定建物の区分所有者のうち多数のもの又は団地内の区分所有者全体のうち多数のものが行わなければならないものとする方向で、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

1 本文(1)について

アからウの客観的事由が存在すること及び分割の適切性につき、いずれにも裁判所の確認・判断を経ることを条件に、賛成する。

エ又はオの事由に基づく団地の敷地の分割請求には反対する。

2 (注)について

(注1)は賛成する。(注2)及び(注3)は引き続き検討すべきである。

(理由)

日弁連同様に、アからウの客観的事由が存在すること及び分割の適切性につき、裁判所の確認・判断を経ることを条件に、賛成する。

分割の適切性の判断には、(注1)の場合も含むと考えるべきである。したがって、(注1)に賛成する。

(2) 団地の敷地共有持分に設定された担保権の取扱い

【中間試案の内容】

団地内の区分所有建物の専有部分に係る敷地共有持分に先取特権、質権若しくは抵当権の登記、仮登記、買戻しの特約その他権利の消滅に関する事項の定めのある登記又は処分の制限の登記(以下「担保権等の登記」という。)に係る権利が存する場合において、(1)の規律により特定建物の敷地が現物を分割する方法により団地の敷地から分割されたときは、当該担保権等の登記に係る権利は、その設定者又は設定後に敷地共有持分を取得した第三取得者が取得する敷地共有持分に当然に集中し、それ以外の土地を目的とする担保権等の登記に係る権利は存続しないものとする。

(注) 団地内の区分所有建物全てについて分離処分可能規約がある場合には適用しないものとする方向で、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

団地の敷地共有持分に設定された抵当権等は、敷地の分割後は、その設定者が取得する敷地共有持分に当然に集中し、それ以外の土地を目的とする抵当権等は存続しないものとするについて、抵当権者の不利益を解消する方策が採られることを条件に、賛成する。

(理由)

判例の分散説は混乱を招くので、集中説が妥当である。

(佐藤元)

第4 被災区分所有建物の再生の円滑化を図る方策

1 被災した区分所有建物の再建等に関する多数決要件の緩和

【中間試案の内容】

(1)大規模一部滅失

政令で定める災害により大規模一部滅失をした区分所有建物の建替え等の多数決要件の緩和に関し、次のような規律を設ける。

ア 建替え決議に関する規律の創設

政令で定める災害により区分所有建物が大規模一部滅失をした場合においては、区分所有者集会において、区分所有者及び議決権の各【3分の2】以上の多数で、建替え決議をすることができる。

イ 建物敷地売却決議に関する規律の見直し
政令で定める災害により区分所有建物が大規模一部滅失をした場合において、当該区分所有建物に係る敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利であるときは、区分所有者集会において、区分所有者、議決権及び当該敷地利用権の持分の価格の各【3分の2】以上の多数で、建物敷地売却決議をすることができる。

ウ 建物取壊し敷地売却決議に関する規律の見直し

政令で定める災害により区分所有建物が大規模一部滅失をした場合において、当該区分所有建物に係る敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利であるときは、区分所有者集会において、区分所有者、議決権及び当該敷地利用権の持分の価格の各【3分の2】以上の多数で、建物取壊し敷地売却決議をすることができる。

エ 取壊し決議に関する規律の見直し

政令で定める災害により区分所有建物が大規模一部滅失をした場合においては、区分所有者集会において、区分所有者及び議決権の各【3分の2】以上の多数で、取壊し決議をすることができる。

オ 復旧決議に関する規律の創設

政令で定める災害により区分所有建物が大規模一部滅失をした場合においては、区分所有者集会において、区分所有者及び議決権の各

【3分の2】以上の多数で、滅失した共用部分を復旧する旨の決議をすることができる。

カ 共用部分の変更決議に関する規律の創設
政令で定める災害により区分所有建物が大規模一部滅失をした場合においては、区分所有者集会において、区分所有者及び議決権の各【3分の2】以上の多数で、共用部分の変更(その形状又は効用の著しい変更を伴わないものを除く。)の決議をすることができる。

(2) 全部滅失

政令で定める災害により全部滅失した区分所有建物の再建等の多数決要件の緩和に関し、次のような規律を設ける。

ア 再建決議に関する規律の見直し

政令で定める災害により区分所有建物が全部滅失した場合においては、敷地共有者等集会において、敷地共有者等の議決権の【3分の2】以上の多数で、再建決議をすることができる。

イ 敷地売却決議に関する規律の見直し

政令で定める災害により区分所有建物が全部滅失した場合においては、敷地共有者等集会において、敷地共有者等の議決権の【3分の2】以上の多数で、敷地売却決議をすることができる。

(注1)本文とは別に、いずれの多数決割合についても、【4分の3】以上とする考え方がある。

(注2)団地内建物の全部又は一部が政令で指定された災害により大規模一部滅失又は全部滅失した場合についても、本文の規律を踏まえ、多数決要件を緩和する方向で引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

1 本文(1)について

政令で指定された災害により大規模一部滅失をした区分所有建物に関し、建替え決議(ア)、建物敷地売却決議(イ)、建物取壊し敷地売却決議(ウ)、取壊し決議(エ)、復旧決議(オ)、及び共用部分の変更決議(カ)のいずれについても、多数決要件を緩和することに賛成する。

上記いずれについても、多数決要件の割合を3分の2以上とすべきである。

2 本文(2)について

政令で指定された災害により全部滅失をした区分所有建物に関する再建決議(ア)及び敷地売却決議(イ)のいずれについても、多数決要件を緩和することに賛成する。

上記いずれについても、多数決要件の割合を3分の2以上とすべきである。

3 注について

(注 1)は反対する。(注 2)は引き続き検討すべきである。

(理由)

災害からの復興の円滑化の観点から、大規模一部滅失及び全部滅失の場合の種々の決議につき、3分の2の多数により決することができるとし、また、わかりやすさの観点から、一部滅失の場合の復旧及び変更についても3分の2とすることを支持する。

ただし、3分の2の多数決決議とした場合、3分の1の者が反対者になるため、建替え非賛成者への売渡請求や復旧の場合の反対者による買取請求の対応を、賛成者側が十分に行えるのか(特にファイナンスの点で問題があり、公的資金を投入するのか否かも関連して問題となる)については、被災地から要件緩和の要望が出ていなかったことの考慮(なぜそのような要望がなかったのかという意味の検討)も含めて、十分に議論を尽くすべきである。

2 大規模一部滅失時の決議可能期間の延長

【中間試案の内容】

大規模一部滅失時の決議可能期間の規律を次のように改める。

政令で定める災害により大規模一部滅失をした区分所有建物に係る前記1(1)の各決議は、その政令の施行の日から起算して【3年】を経過する日までの間、行うことができるものとする。

(注)全部滅失の場合も含め、決議可能期間である3年間を経過した後であっても、災害を再指定する政令を制定することにより、決議可能期間の延長を可能とすることについて、引き続き検討する。

【当会の意見】

(意見)

決議可能期間を延長すること及びその期間を3年間に延長することに賛成する。

(注)については引き続き検討すべきである。

(理由)

大規模一部滅失時の決議可能期間を延長することは、東日本大震災や熊本震災の被災地において、まさに求められていたものであり、3年に延長することに賛成である。

(佐藤元)

¹ 専門実務研究会であるマンション法研究会からも有志が参加した。

² 「第1」以下の番号は中間試案の「第1」以下の番号にそれぞれ対応している。太字が中間試案における見出しである。

家族法と倒産手続き

—離婚と財産分与に焦点をあてて—

"Family Law and Bankruptcy Proceedings" - Focusing Divorce and Property Division -

(神奈川県弁護士会倒産法研究会)

毛塚 衛

はじめに

令和5年、倒産法研究会では様々な研修会を企画・実施してきた。

その中でも、筆者が研修を担当した離婚・財産分与と倒産手続きとの関係性について、本稿を執筆した次第である。

離婚が純然たる身分行為である一方で、離婚に伴う財産分与は財産処分行為という性質をも有するため、当該財産処分行為をいかに位置付けるかについては倒産手続き上、特別の考慮が必要ではないかという議論が存在する。

本稿の前提となっているのは、2021年11月20日に京都で開催された、全国倒産処理弁護士ネットワークの第19回全国大会での議論である。

同大会での議論は、事業再生と債権管理第176号、同177号（一般社団法人金融財政事情研究所発行）においてまとめられている。

本論稿においても、同書を多々引用しているものであるが、紙幅の関係上、深い議論には立ち入っていないため、本論稿の読者が更なる問題意識を持つに至った場合には、ぜひ同書を手にとって参照して頂きたい。

前書きが長くなったものの、本稿は民法と倒産法の条文・判例から出発し、離婚・財産分与と倒産手続きが交錯する分野について、全国倒産処理弁護士ネットワークの第19回全国大会での議論をベースに、問題点や懸念

点について、筆者の個人的な見解も織り交ぜつつ、紹介していくこととしたい。

第1章 財産分与請求権の基本的事項

第1 財産分与請求権の法的根拠

財産分与請求権については、民法768条が次のとおり規定している。

第768条

1項 協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる。

2項 前項の規定による財産の分与について、当事者間に協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができる。ただし、離婚の時から二年を経過したときは、この限りでない。

3項 前項の場合には、家庭裁判所は、当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して、分与をさせるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定める。

本条は、財産分与請求権について、離婚以外の要件を明示せず（1項）、財産分与の具体的決定は当事者の協議あるいは家庭裁判所の審判（家事別表第二4項）に委ね（2項）、家庭裁判所が財産分与を決定する際の考慮事項として、「当事者双方がその協力によって得た

財産の額その他一切の事情」を挙げるのみ(3項)であり、財産分与の法的性質・内容および決定基準(要件)等について、条文上明確に定められているとはいえない¹。

もっとも、財産分与請求権が複合的性質を有し、立法経緯に照らして、夫婦財産の清算および離婚後の扶養が含まれている点は学説・判例上ほぼ一致している²。

第2 財産分与請求権についての判例の立場

判例は財産分与請求権について、「離婚によって生ずることあるべき財産分与請求権は、一個の私権たる性格を有するものではあるが、協議あるいは審判等によって具体的内容が形成されるまでは、その範囲及び内容が不確定・不明確であるから、かかる財産分与請求権を保全するために債権者代位権を行使することはできないものと解するのが相当である。」³と判示している。

この判例の解釈として、裁判所は財産分与請求権について、いわゆる段階的形成権説に立っているとの見解が学説上多数である。

段階的形成権説とは、離婚の成立により基本的抽象的な財産分与請求権が生じるものの、現実的具体的な財産分与請求権は、協議又は審判によって、あるいは、財産分与の意思が離婚者の一方から他方に対して表示されたときに発生するという考え方である。

当事者の行使前の財産分与請求権(以下、「抽象的財産分与請求権」という。)については、一身専属権であると解する立場が多数説であり、財産分与請求権の内容が具体的に形成されるまで(以下、「具体的財産分与請求権」という。)、離婚当事者はこれを他の者に譲渡することはできないと考えられている。

第3 財産分与請求権を構成する3つの要素

1 清算的要素

清算的財産分与は、財産分与の中核的要素であり、婚姻中の夫婦が、経済的にも協力し

て婚姻共同生活を維持発展させてきたにもかかわらず、その共通の成果を、法定夫婦財産制である別産制のルールに従い、一方が独占することは、夫婦の平等・夫婦間の衡平に反することになるから、離婚の際にその分配を認めるものである⁴。

2 扶養(補償)的要素

離婚後経済的自立困難な配偶者に対する離婚後扶養として、あるいは、婚姻生活に起因し、離婚後に生じる経済的不利益・不均衡を是正するための離婚後補償として、財産的給付を行うものである⁵。

3 慰謝料的要素

相手方の有責行為により、「離婚をやむなくされた精神的苦痛」に対する損害賠償を、離婚慰謝料と呼び、判例・通説がこれを認めている⁶。

第4 財産分与請求権の決定方式

財産分与請求権が上記3要素を含む、複合的性質を有することについて学説上争いはない。

もっとも財産分与請求権が性質上3要素を含むことが、家庭裁判所実務が財産分与請求権を3つに分けた処理を行っていることを意味するものではない。

財産分与請求権についての決定方式としては次の2類型が考えられる。

① 一括型

清算的要素、扶養的要素、さらには、慰謝料的要素に関する諸事情を一括して認定し、総合的に判断して財産分与(額)を決定する方法であり、各要素を含むとしながらも、要素毎の個別的判断を行わない⁷。

② 個別型

各要素を挙げて個別の考慮事情を検討し、要素毎に分与額を算定し、合算したものを財産分与額とする⁸。

このうち実務上の扱いは一括型として、財産分与請求権について3つの要素を総合的に認定し、判断しているものと考えられる。

第5 財産分与請求権の非免責債権性

財産分与請求権について、上記3要素が含まれると考える場合、財産分与義務者が破産した場合に、破産法との関係で、財産分与請求権が非免責債権となることはないのであろうか。非免責債権についての、破産法の定めは次のとおりである。

第253条

1項 免責許可の決定が確定したときは、破産者は、破産手続による配当を除き、破産債権について、その責任を免れる。ただし、次に掲げる請求権については、この限りでない。

4号 次に掲げる義務に係る請求権

イ 民法第752条の規定による夫婦間の協力及び扶助の義務

ロ 民法第760条の規定による婚姻から生ずる費用の分担の義務

ハ 民法第766条（同法第749条、第771条及び第788条において準用する場合を含む。）の規定によるこの監護に関する義務

ニ 民法第877条から第880条までの規定による扶養の義務

ホ イからニまでに掲げる義務に類する義務であつて、契約に基づくもの

破産法は、親族関係に基づく請求権は、要保護性が高く、生存権、幸福追求権の具体化と解し得るものであり、かつ、それを免責することは、モラルハザードにつながるため、破産者について免責許可がなされた場合であっても免責を認めない非免責債権として規定している⁹。

上述のとおり、離婚に伴う財産分与請求権の法的性質について多数説は、夫婦財産の清算的要素と離婚後の扶養的要素、場合によっては慰謝料的要素の3要素を含むと考えている。

そのように考えた場合、財産分与請求権のうち、扶養的要素にあたる部分については、親族関係に基づく請求権として、破産法第

253条1項4号に該当し、非免責債権と解釈することも十分可能であるとも考えられる。

しかしながら、結論としては、1個の財産分与請求権として表示されている場合に、後にそれを夫婦の清算的部分と扶養的部分に分けることは困難であり、全体として免責の対象になると解さざるをえないとされている。

このような実務上の扱いは、家庭裁判所実務が財産分与請求権について、前述の一括型により処理をしているものと整合する。

また、この帰結からすれば、財産分与請求権の法的性質として、清算的な側面が扶養的側面よりも本質的なものと位置づけられていると考えることもできる。

第2章 破産手続に関する基本事項

財産分与請求権と破産手続についての議論の前提として、財産分与請求権同様、破産手続についても必要な範囲で整理を行う。

破産手続開始決定がなされ、同時に廃止決定がなされない事案においては、破産者の財産のうち、破産財団を構成するものについては、破産管財人にその管理及び処分権が専属することになる（破産法2条14項）。

前述した財産分与請求権が破産財団を構成すると考えた場合、配偶者に対して財産分与請求権を有する者が破産した事案では、破産者が配偶者に対して請求することができる財産分与請求権は、そもそも破産財団に取り込むことができるのか否かが論点となる。

他方、財産分与の義務を負担する者が破産した場合には、破産手続開始決定以前に配偶者に対して破産者自身が財産分与をすでに行っている事案について、破産管財人が事後的に否認権を行使し、配偶者に渡った財産を破産財団に取り戻せるのか否かという点が大きな論点となる。

破産財団については、破産法34条が規定をしている。同条についてまとめると、①破産手続開始時に、②破産者が有している一切の財産であつて、③差押えが禁止されておらず、

④自由財産拡張の対象となっていない、⑤日本の国内外にある財産で構成されるもの¹⁰が破産財団ということになる。

第3章 財産分与請求権と破産手続き

本論稿では、破産手続上の財産分与請求権の取扱いについて時系列により整理を行った上で、法律・判例上必ずしも明らかではない点について筆者の見解を述べることにしたい。

破産と財産分与の交錯の整理については、事業再生と債権管理第176号における安永准教授の整理¹¹が優れているため、本論稿も同整理に準拠している。

まず、①財産分与の義務を負う者が破産した場合を「義務者破産」、②財産分与請求権を有する者が破産した場合を「権利者破産」と呼び大きく2つに分類する。

その上で、義務者・権利者に対する破産開始決定が、それぞれ(i)離婚成立前、(ii)離婚成立後・財産分与前、(iii)離婚成立後・財産分与後になされた場合の3つに分類する。

したがって、大きく6つのパターンに場合分けをして検討していくことになる。

第1 義務者破産

破産者が具体的な財産分与義務を有しつつ破産手続開始決定がなされた場合、開始決定時に未履行の財産分与について、後述の判例のとおり、法は配偶者に特別の保護を与えていない。

そのため、義務者からすれば、配偶者の有する財産分与請求権は、破産法上は破産債権として扱われるに留まり、一般債権者と同様の扱いになる。

したがって、後日、免責決定がなされた場合、義務者から配偶者に対する財産分与の履行は不要となることになるであろう。

他方で、既履行の財産分与については、当該財産分与が、破産管財人による否認権行使の対象となるかについての検討が必要となる。

1 離婚成立前

すでに述べたとおり、民法第768条1項は、「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる。」と規定し、財産分与請求権の発生の要件を離婚の成立としている。

そのため、そもそも離婚が成立する前の段階では、夫婦間に財産分与請求権は発生しないと考える他なく、この時点での財産分与請求権の権利性については否定されるものと考え¹²。

離婚成立前の財産分与請求権の権利性が否定されることについては、義務者破産と権利者破産で異なることはない。

この点について、家族法上、夫婦別産制が原則(民法762条1項参照)とされているとはいえ、離婚協議に付随する財産分与協議においては、特に配偶者の一方が専業主婦等の場合、実務上、いわゆる2分の1ルールが支配しているため、他方配偶者の財産の2分の1の部分については、配偶者の財産として分与の対象となることも少なくない。

それにもかかわらず、離婚協議中に義務者が破産した場合に、配偶者に特別の保護を与えず、その時点で義務者の保有する財産全てを破産財団に組み入れることを認めるべきかという問題意識がある。

価値判断として、この問題点については理解できる部分があるものの、後述の最高裁判平成2年9月27日の判例(家月43巻3号64頁、以下「平成2年判決」という。)が、離婚後すでに発生している財産分与請求権についても特別の保護を与えないという態度をとっている以上、離婚協議の段階で、未だ発生しているとも認められない将来の財産分与請求権とも言うべき権利について何らかの法律上の保護を与えるという立場はとり得ないであろう。

なお、離婚が成立してはじめて財産分与請求権が生じる以上、離婚成立前に破産者が財産的価値を有する物について、離婚を予定している配偶者に財産的価値の移転をしている

場合には、当該財産の移転行為は法的には財産分与とは呼ばない。

したがって、破産管財人としては、配偶者に対する贈与として、否認権行使を検討することになる。

ここで、否認権とは、破産手続開始前に行われた絶対的な財産減少行為（詐害行為）又は債権者平等の潜脱行為（偏頗行為）について、破産手続との関係で、その行為の効力を否定して逸出した財産を回復させ、又は偏頗弁済を受けた債権者から偏頗弁済分を取り戻し、債権を改めて手続きに取り込む制度のことをさす¹³。

後述する著名な判例である最高裁昭和 58 年 12 月 19 日判決（民集 37 卷 10 号 1532 頁）

（以下、「昭和 58 年判決」という。）は、「離婚における財産分与は、夫婦が婚姻中に有していた実質上の共同財産を清算分配するとともに、離婚後における相手方の生活の維持に資することにあるが、分与者の有責行為によって離婚をやむなくされたことに対する精神的損害を賠償するための給付の要素をも含めて分与することを妨げられないものというべきであるところ、財産分与の額及び方法を定めるについては、当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮すべきものであることは民法七六八条三項の規定上明らかであり、このことは、裁判上の財産分与であると協議上のそれであることによって、なんら異なる趣旨のものではないと解される。したがって、分与者が、離婚の際既に債務超過の状態にあることあるいはある財産を分与すれば無資力になるということも考慮すべき右事情のひとつにほかならず、分与者が負担する債務額及びそれが共同財産の形成にどの程度寄与しているかどうかも含めて財産分与の額及び方法を定めることができるものと解すべきであるから、分与者が債務超過であるという一事によって、相手方に対する財産分与をすべて否定するのは相当でなく、相手方は、右のような場合であってもなお、相当な財産分与を受けることを妨げられない

ものと解すべきである。そうであるとするならば、分与者が既に債務超過の状態にあって当該財産分与によって一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、それが民法七六八条三項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為として、債権者による取消の対象となりえないものと解するのが相当である。」と判示している。

しかしながら、離婚成立前の他方配偶者への財産移転行為は、そもそも財産分与としての性質を有することはないため、上記判例の射程外となる。

したがって、離婚成立前の段階において、破産管財人は、財産分与の特殊性ということを加味することなく、破産者が破産手続開始決定前に配偶者に対して行った財産的価値の移転について、詐害行為否認・偏頗行為否認の要件を満たすか否かにより、否認権行使の有無を検討すれば足りるということになろう。

2 離婚成立後・財産分与前

(1) 財産分与に関する調停・審判手続の終了前

民法第 768 条 1 項は、「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる。」と規定している。

したがって、離婚成立前とは異なり、離婚が成立している以上、この時期になされた元配偶者への財産移転行為は民法上の財産分与としての性質を有すると考えることになる。

もっとも、前述のとおり、判例は、「離婚が成立していても財産分与について、協議あるいは審判等によって内容が形成される前の財産分与請求権は、抽象的権利に過ぎない」と判示しており、段階的形成権説に立っていると考えられる。

そのため、離婚は成立しているものの、財産分与の内容について内容が形成されていない段階での元配偶者への財産移転については、本来的には財産分与としては扱えず、単なる

贈与として否認権行使の要件に照らして検討すれば良いとも思える。

しかしながら夫婦当事者間において、明確に財産分与であるという認識はなかったとしても、とりあえず当面の生活費等として、まとまった金銭を交付するという事案は往々にして存在し、厳密にこれらを財産分与ではなく単なる贈与として処理する実益もない。

配偶者に対する財産処分行為は、贈与として捉えられるよりも財産分与として捉えられた方が、詐害行為否認の対象から外れやすくなる等、配偶者にとってはメリットが大きい。

義務者の元配偶者に対する財産的価値の移転行為が、財産分与として扱われる場合、破産管財人は、後述の財産分与確定後における判例の考え方により、否認権行使の有無を検討することになる。

(2) 調停・審判手続終了後（財産分与の内容確定後・財産分与の履行前）

離婚における財産分与として金銭の支払を命ずる裁判が確定し、その後に財産分与義務者が破産した場合につき、平成 2 年判決は、「離婚における財産分与として金銭の支払を命ずる裁判が確定し、その後に分与者が破産した場合において、右財産分与金の支払を目的とする債権は破産債権であって、分与の相手方は、右債権の履行を取戻権の行使として破産管財人に請求することはできないと解するのが相当である。けだし、離婚における財産分与は、分与者に属する財産を相手方へ交付するものであるから、金銭の支払を内容とする財産分与を命ずる裁判が確定したとしても、分与の相手方は当該金銭の支払を求める債権を取得するにすぎず、右債権の額に相当する金員が分与の相手方に当然帰属するものではないからである。」と判断し、元配偶者から破産者（破産管財人）に対する取戻権行使の主張を否定した。

この判例は元配偶者が有していた財産分与請求権は金銭債権であったものである。

夫婦間での財産分与の内容確定後、義務者

から元配偶者に対して財産分与がなされる以前に義務者が破産した場合には、元配偶者は破産手続の中では特別な保護を受けることができず、一般破産債権者として配当手続きに参加することで財産分与請求権を行使し債権回収を図るという結論となる。

この判例は、財産分与と破産を検討する上で、非常に重要である。

筆者としては、清算的財産分与におけるいわゆる 2 分の 1 ルールに従い、義務者が破産手続開始決定時に有する財産について、元配偶者に一般債権者と異なる特別の保護を認める価値判断があっても良いように思える。

しかしながら、この判例により実務が動いている以上、仮に元配偶者の代理人として離婚裁判に関与しており、義務者の財産状況に不安がある場合（例えば住宅ローン過多等）には、長期の分割で金銭を 100%回収するよりも、2 分の 1 ルールに拘らず、少額でも一括で受領した方が元配偶者の権利確保に繋がる可能性がある。

財産分与後には後述の否認権行使というハードルにより、元配偶者はある種の保護を受けられるのに対し、分与の内容確定後、分与実施前の段階での義務者破産では、元配偶者は配当手続きを除き権利行使ができないという結論はいかにもバランスを欠くように思える。

破産法は、第 1 条において、「この法律は、支払不能又は債務超過にある債務者の財産等の清算に関する手続を定めること等により、債権者その他の利害関係人の利害及び債務者と債権者との間の権利関係を適切に調整し、もって債務者の財産等の適正かつ公平な清算を図るとともに、債務者について経済生活の再生の機会の確保を図ることを目的とする。」と規定をしている。

ここで規定する「債務者の財産等の適正かつ公平な清算」について、共同生活を営み、義務者の財産形成に寄与していた者（元配偶者）を他の債権者と平等に扱うことはむしろ不平等であるとすら考える。

この筆者の見解については、借入等により購入した高級品についても担保権が付されていない場合には、債務者は破産手続きにおいて優先的な扱いを受けることができないのと同様ではないかとの反論があり得る。

しかしながら、夫婦別産制の中で配偶者に対して担保を取るということは現実的ではないし、特に婚姻中は専業主婦であった者のように、自身で固有の資産を持つことが現実的に期待できない者について、一般債権者と同様の財産保全を強いるのは無理がある。

そうであるとすれば、配偶者の保有する財産分与請求権が抽象的権利にとどまらず、具体的財産分与請求権となっている場合には、当該財産分与請求権を財団債権として扱うべきであると考えられる。

もっとも判例及び財団債権について規定する破産法 148 条以下の規定を前提とすると、解釈論で財産分与請求権について財団債権であることを読み込むことは現実的には困難であると考えられるため、ここでは問題提起のみとしておく。

3 離婚後・財産分与後

離婚の際の財産分与が、危機時期以降になされている場合、破産管財人は否認権行使を検討することになる。

(1) 詐害行為否認該当性

ア 昭和 58 年判決

前に引用した、昭和 58 年判決において判旨されたとおり、実務では義務者から元配偶者になされた財産分与行為については、財産分与の趣旨に照らし相当であれば、詐害性を否定する立場を採用している。

現に離婚後に財産分与がなされ、当該財産分与行為について否認権行使がなされた裁判例は、昭和 58 年判決の判断枠組みに照らして、当該財産分与について不相当に過大か否かという基準により判断がなされている。

昭和 58 年判決は、義務者が債務超過であるような場合でも、配偶者が「相当な財産分与を受けることは妨げられない」とし、財産分

与によって一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、財産分与が「民法 768 条 3 項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り」詐害行為取消権の対象とならないと判示している。

当事者が合意により財産分与を行うことは、民法第 768 条 1 項に基づいて生じる法律上の義務の履行であり、分与額がこの義務の履行として認められる相当な限度を超えない限り、詐害行為とはならないというのが判例の立場である。

当該判例・通説の考え方によれば、すでに行われた財産分与の合意内容を「相当性」という基準により再点検することによって、詐害行為性の成否を判断することになる。

そして、その相当性判断について、昭和 58 年判決によれば、財産分与の相当性は財産分与制度の趣旨、すなわち前記 3 要素である清算的要素・扶養（補償）的要素・慰謝料的要素としての財産分与の相当性が判断基準とされるのである。

(ア) 清算的財産分与における相当性

清算的財産分与の場合、残額の 2 分の 1 に対応する財産分与は相当とする裁判例が多い。

(イ) 扶養的財産分与における相当性

扶養的財産分与について、判例の考え方によれば、すでに扶養的財産分与として、一定の財産分与がなされている場合に、その相当額について、かつての配偶者の生活維持を一般債権者の保護に優先させることはやむを得ないと考えられている。

当該判断からは、一般債権者よりも財産分与を受けた元配偶者を優先して扱うという価値判断が背景にあることが伺える。

そうだとすれば、やはり財産分与の内容確定後、分与前の元配偶者についても一般債権者に比して優先的地位を与えることが、昭和 58 年判決の価値判断と整合するのではないだろうか。

なお、昭和 58 年判決の事案では、財産分与

がなされた時点において、すでに義務者が無資力であった（かつ元配偶者はそのことについて少なくとも悪意であった）という事実関係を前提に出された判決であるため、この判例をもって、偏頗行為取消しの可能性をも否定したとの見解も存在するがこの点は後述する。

イ 平成 12 年判決

最高裁平成 12 年 3 月 9 日判決（民集 54 巻 3 号 1013 頁）（以下、「平成 12 年判決」という。）は、「離婚に伴う財産分与として金銭の給付をする旨の合意がされた場合において、右特段の事情があるときは、不相当に過大な部分について、その限度において詐害行為として取り消されるべきものと解するのが相当である。」と判断している。

この詐害行為取消しの判断枠組みは、詐害行為否認（破産法 160 条 2 項）でも同様と考えられ、財産分与のうち、不相当に過大な部分については、詐害行為否認の対象となると考えられている¹⁴。

財産分与のうち、不相当に過大でない部分については、「法律上の義務の履行」であるため、昭和 58 年判決などにより詐害行為取消しの対象とならず、同様に詐害行為否認の対象にもならないという点については学説上も異論がないところであると考えられている。

（2） 偏頗行為否認該当性

これまで引用してきた昭和 58 年判決、平成 12 年判決は、いずれも財産分与が詐害行為否認の対象となるか否かについての判断基準となる判例である。

もっとも、否認権には、詐害行為否認の他にも偏頗行為否認という類型が存在し、不相当に過大でない部分について、偏頗行為否認の要件を充たす場合に、当該財産分与行為が、別途偏頗行為否認の対象になり得るのかという点について考え方が分かれている。

1 つの考え方として、離婚後の相手方の生活の維持に資するという財産分与の役割から、財産分与は財産行為であっても離婚という身分行為に伴う特殊性があり、不相当に過大で

ない財産分与は「不当性」という否認の一般要件を充足せず、偏波行為否認の対象にはならないと考える考え方（消極説）¹⁵がある。

実務上、破産管財人は、有害性のある否認対象行為であっても、不当性を欠く場合には否認権行使を行わないことがあるだろう。

確かに、債権者平等分配の原則からすれば、元配偶者への財産分与のみを行っている状態は、偏頗行為というべきであるものの、清算・扶養という財産分与の趣旨が、一般債権者の利益より優先されるべきであると考えれば、財産分与については不当性がないと考えることもできる。

つまり不相当に過大でない財産分与は不当ではない以上、偏頗行為否認の対象にもならないという考え方である。

相対する考え方として、財産分与請求権は、一般破産債権に過ぎないのであるから（平成 2 年判決）、不相当に過大でない部分であっても、危機時期において履行がなされれば偏頗行為否認の対象となり得るという考え方（積極説）が存在する。

積極説に立つ場合には、そもそも法定の偏頗行為否認の要件の枠組みで検討する以上、相当かつ過大でない財産分与、すなわち昭和 58 年判決のような事案であっても、危機時期において財産分与がなされていれば、偏頗行為否認の対象となるという帰結になろう。

このように考えた場合には、危機時期以降の財産分与については詐害行為に該当するかの判断をするまでもなく、破産管財人による否認権行使が認められることになる。

もっとも前述のとおり、昭和 58 年判決が、財産分与がなされた時点において、すでに義務者が無資力であった（かつ元配偶者はそのことについて少なくとも悪意であった）という事実関係を前提に出された判決である。

このことを踏まえれば、相当であり、過大でない財産分与について、裁判所は否認権行使を認めない立場を明らかにしたのであるから、判例との整合性を考えれば、危機時期以降になされた財産分与について、偏頗行為否

認の対象にもならないという考え方が妥当ではないかと考える。

この点について、偏頗行為否認の条文の要件を充たすにもかかわらず、これを認めない理由付けについては議論があるところではあるが、これについては今後の研究課題としたい。

第2 権利者破産

1 離婚成立前

義務者破産の項目で述べたとおり、離婚が成立する前の段階では、夫婦間に財産分与請求権は発生しないと考えられるため、権利性については否定される。

そのため、破産者について離婚が見込まれ、かつ離婚後に財産分与を受けられる期待があったとしても、離婚が成立していない以上、当該期待権とも言うべき権利については当然に破産財団を構成しないものとする。

この立場によれば、権利者（破産予定者）は財産分与請求権を破産財団に帰属させないために、意図的に破産手続中は離婚の引き延ばしを行うのではないかと問題意識が存在する。

しかしながら、そもそも離婚するか否か、いつ離婚するかという点については純然たる身分行為であり、破産者が仮に意図的に離婚の時期を遅らせたとしても、破産管財人がそれについて手出しをできる領域ではないと考える。

2 離婚成立後・財産分与前

離婚成立後、権利者（破産者）が財産分与請求権について権利行使を行わないまま破産手続が開始した場合には、財産分与請求権の財団帰属性が問題となる。

財産分与請求権の財団帰属性を考える場合、破産法34条の解釈として、同条1項の「破産手続開始の時において有する」といえるか、同条2項の「破産手続開始前に生じた原因に基づいて行うことがある将来の請求権」に当たるか、そして同条3項の「差し押さえるこ

とができない財産」、すなわち一身専属権かということが問題となる¹⁶。

まず、破産法34条1項についてであるが、判例は、前述のとおり、段階的形成権説を採用していると考えられており、この考え方からすれば、離婚後である以上、抽象的財産分与請求権は発生しているものの、金額が具体的に確定していなければ、破産手続開始決定時に有する債権とはいえないと考えるのが素直である。

次に、仮に金額が確定していない場合には、破産法34条2項の枠組みでの検討が考えられる。

すなわち、破産手続開始前の離婚という原因に基づいて財産分与請求権は発生している以上、財産分与請求権は破産手続開始前に生じた原因に基づいて行うことがある将来の請求権に該当するのではないかと問題である。

段階的形成権説を採用した場合、財産分与の合意以前であっても、離婚により抽象的ながらも財産分与請求権は発生していると考えられることになるということは前述のとおりである。

この抽象的財産分与請求権は、将来の請求権という文言における請求権に含まれると考えることができるのであろうか。

判例は、財産分与請求権について、「離婚によって生ずることあるべき財産分与請求権は、一個の私権たる性格を有するものではあるが、協議あるいは審判等によって具体的内容が形成されるまでは、その範囲及び内容が不確定・不明確であるから、かかる財産分与請求権を保全するために債権者代位権を行使することはできないものと解するのが相当である。」と判示しているのは前述のとおりである¹⁷。

この判示に沿えば、破産手続開始決定時に、いまだ不確定・不明確な権利（抽象的財産分与請求権）は、破産者の財産に対する包括的執行の範囲外、すなわち、将来の請求権にはなお含まれないと考えることが素直な解釈の

ように思えるがこの点はなお議論の余地があるろう。

もっとも仮に、離婚後の破産者が保有する財産分与請求権が、財団帰属の財産であるとしても、財産分与請求権は行使上の一身専属性を有しているため、権利者が行使をしていない以上、破産財団を構成しないのではないかという問題がある。

もっとも行使上の一身専属性は行使により一身専属性を失うものもある。ある権利について、行使上の一身専属性に該当するか否かを判断するにあたっては、①その権利が当該権利者に対して債権を有する者の共同担保として評価されるべきか否かという点と、②その権利を行使するかどうかを当該権利者の自由意思に任せるべきかという観点を考慮すべきとされている¹⁸。

判例は慰謝料請求権についてであるが、一身専属性がなくなる時期について、具体的な金額が客観的に確定したときとしている¹⁹。

この判例に従うと、財産分与請求権が抽象的権利のうちは一身上属性を有するが、内容を確定し、具体的権利性を有するようになった時点で一身専属性が喪失するということになる。

これに対して、権利行使の意思表示をした時点を一身上属性の喪失時期とする見解も存在する。その根拠は、遺留分減殺請求権の一身上属性について判断した判例である²⁰。

筆者としては、財産分与請求権の一身上属性の喪失時期については後者の立場を採るべきではないかと考える。その大きな理由は財産分与請求権の権利の性質が慰謝料請求権よりも、遺留分減殺請求権に近いものであるとの筆者の理解にある。

財産分与請求権は、清算的要素、扶養的要素、慰謝料的要素の大きく3つにより構成されている。慰謝料請求権はこのうちの、慰謝料的要素と同様のものと考えられる。

一方で、遺留分減殺請求権（現在の遺留分侵害額請求権）は、法定相続人の最低限の生活保障をその趣旨の1つとしている。

すなわち、被相続人と家族生活を営んできた法定相続人に対し、被相続人が残した遺産について最低限の清算を行うことをその目的としている。

財産分与請求権の本質が清算的要素であると考えれば、財産分与請求権の権利の本質は慰謝料請求権よりも遺留分減殺請求権に近いと考えることができる。

3 離婚後・財産分与後

判例の考え方によれば、権利者が、配偶者から財産分与を受けた後に破産手続開始となった場合には、受け取った財産は当然に破産財団を構成することになる。

もっとも前述のとおり、財産分与には夫婦の清算的要素を超えて、扶養的要素が認められるところであり、その意味で一般の財団帰属債権と同様な扱いをすることが妥当なのかという問題意識はあろう。

破産法1条がその目的の一つとして、「債務者の経済生活の再生の機会を図ること」としていることに鑑みれば、破産者から自由財産拡張の申立てがなされた場合には、扶養的要素の考慮から、金銭債権と異なる特別の考慮を入れた上で、自由財産拡張の適否を判断すべきであると考ええる。

第4章 今後の検討課題

これまでの議論は、主に破産者と破産管財人、義務者破産の部分で一部配偶者の目線で行ってきた。

しかしながら、弁護士は破産管財人だけでなく、破産の申立代理人として破産手続に関与する場合がある。

例えば、相談者が離婚の依頼と破産申立ての依頼を同時にしてきたとしよう。相談を受けた弁護士はいかに対処することになるのか。

まず、権利者破産の場合、離婚後に財産分与請求権が発生すると考える以上、離婚後に破産申立てを行うと、財産分与によって得られた財産が財団に組み入れられることになる。

したがって、相談者の利益を最大化するためには、破産申立てを先行し、免責決定を受けた後に、離婚について受任をし、財産分与を具体的請求権に昇華させるのが適切ということになるであろう。

義務者破産の場合にはどうなるであろうか。破産をした後に財産分与をしようと考えても、破産後に手元に財産はほとんど残っていないであろう。

したがって、配偶者に財産を残したいと考えている場合には、逆に離婚と財産分与を先行させることになる。

他方で関係が悪化している夫婦であれば、財産を渡したくないということで破産を先行させるかもしれない。

破産債権者との関係で、上記のように破産予定者に裁量を認める状態についてはいかなものかという視点もあろうが、受任弁護士は債権者のためではなく依頼者のための活動を求められる以上、上記のような処理になることはやむを得ない。

権利者破産の場合、破産管財人としても、単に「配偶者有」と申告されている申立書を見て、今後の離婚の予定について聞くことはないし、離婚協議中であることを申告しないことが管財人の業務を妨害することにもならず免責判断にも影響を及ぼすこともない。

このように、離婚と倒産手続きについては、破産者、配偶者、債権者、破産管財人、申立代理人等、様々な関係者が登場し、利害関係を前提とした利益調整が必要になってくるものと考えられる。

そもそも、家族法と破産法をはじめとする倒産法は共通の価値観をもって定められているものではない。

今後も、裁判例等の蓄積がなされていく分野であると考えられるが、離婚と倒産手続きが交錯する状況においては、破産管財人をはじめとする関係者のバランス感覚が求められる分野であるといえるであろう。

以上

¹ 二宮周平編・新注釈民法（17）親族（1）・393頁（有斐閣・平成29年）

² 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・397頁

³ 最高裁昭和55年7月11日判決（民集34巻4号628頁）

⁴ 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・398頁

⁵ 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・399頁

⁶ 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・400頁

⁷ 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・408頁

⁸ 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・408頁

⁹ 伊藤真他・条解破産法・1745頁（弘文堂・〔第3版〕・2020年）

¹⁰ 石川貴康他・「全国大会シンポジウムを理解するための破産法の基礎知識」・事業再生と債権管理No.176・5頁（金融財政事情研究会・2022年）

¹¹ 安永祐司・「破産事件と離婚事件との交錯」に関する検討課題・事業再生と債権管理第176号・54頁（きんざい・令和4年）

¹² 離婚成立前の財産分与請求権の権利性について（否定、権利として成立していない）離婚成立後金額未確定段階の財産分与請求権について破産債権性が認められるか、債権届出が可能か（否定が通説的見解、ただし森教授は肯定。）

¹³ 野村剛司他・倒産法講義・169頁（日本加除出版・2022年）

¹⁴ 前掲・事業再生と債権管理No.176・7頁

¹⁵ 木内道祥監修＝全国倒産処理弁護士ネットワーク編「破産実務Q&A220問」136頁（金融財政事情研究会・2019年）

¹⁶ 前掲・事業再生と債権管理No.176・20頁

¹⁷ 最高裁昭和55年7月11日判決（民集34巻4号628頁）

¹⁸ 中田裕康「債権総論」251頁（岩波書店・〔第4版〕・2020年）

¹⁹ 最高裁昭和58年10月6日判決（民集37巻8号1041頁）

²⁰ 最高裁平成13年11月22日判決（民集55巻6号1033頁）

会社の解散と清算

Corporate dissolution and liquidation

(神奈川県弁護士会会社法研究会)

毛塚 衛

第1 はじめに

新型コロナウイルス感染症（COVID-19）が日本国内で流行し、日本において最初に緊急事態宣言が発せられたのは2020年4月のことである。

新型コロナウイルス感染症の拡大は日本経済にも大きな影響を及ぼした。多くの企業において売上減少が発生したことで、政府はこれらの企業の倒産を防ぐため、新型コロナ特例リスクジュールや実質無利子・無担保で融資を実行する「ゼロゼロ融資」等の経済政策を実行した。

本論稿執筆時点において、新型コロナウイルスは消滅していないものの、2023年5月8日からは「5類感染症」の位置付けとなり、当時に比べれば沈静化したといえるであろう。

もっとも新型コロナウイルスが沈静化したことで、ゼロゼロ融資等のコロナ融資を受けていた企業の経営状態がことごとく持ち直されているものではない。

むしろ、倒産を検討していた企業が、コロナ融資で一時的に延命し、コロナ融資の返済が開始したことにより、事業活動の継続を断念するケースが増加しているという報道も見聞きする。

我が国の倒産件数は2009年以降、減少傾向で推移してきた。更に、コロナ融資の影響もあって、2021年は57年ぶりの低水準となったものの、2022年は3年ぶりに前年を上回る6428件となっている¹。

また、(株)東京商工リサーチの「休廃業・解散企業」動向調査によると、2022年の休廃業・解散件数は49625件で、前年比11.8%増

となっている。

さて、本論稿は会社の解散と清算に絞って各手続について条文から手続きの流れの再確認をすることを目的としている。

会社の解散と聞いて、真っ先に想像するのは企業の債務超過による破産であると考えられるが、「解散」＝「破産」ではなく、会社法上、破産以外にも会社の解散事由は規定されている。

先に述べたとおり、現在の社会情勢からして、今後も破産を原因とする会社の解散は増加するものと考えられる。

もっとも、本論稿はあくまで、会社法研究会としての研究成果をまとめた論稿であるため、破産を原因とする会社の解散についての記載は最小限にとどめることとしたい。

破産以外の会社の解散事由としては、株主総会の決議による自主的な廃業である。

昨今、中小企業の後継者不足は深刻な問題となっており、後継者を見つけることができず、M&Aも上手くいかないことから、決算としては黒字であり、債務超過に陥っていないにもかかわらず、会社を解散・清算することを選択肢の1つとして考えている経営者も少なくない。

本論稿においては、多くの弁護士にとって事件処理を行う中では触れることの少ない会社の解散・清算の流れについて、会社法の条文を引用しつつ、手続きがいかなる流れで行われるのか、その際に気を付けるポイントがどのようなものかということを中心に解説を行っている。顧問先企業等が解散することになった場合に参照して頂きたい。

第2 会社の解散事由

1 会社法上に規定されている解散事由

解散とは、会社の法人格の消滅をもたらす原因となる法律事実をいう²。

会社法上の会社とは株式会社、合名会社、合資会社、合同会社の4種の類型が存在する。

日本において圧倒的に多い会社の形態は株式会社であり、紙幅の関係上、本論稿においても基本的には株式会社を前提とし、持分会社は株式会社との対比の関係に必要な限度に絞って取り上げることとしたい。

(1) 株式会社の解散事由

株式会社の解散の事由について、会社法は以下のとおり定めている。

第471条（解散の事由）

株式会社は、次に掲げる事由によって解散する。

- 一 定款で定めた存続期間の満了
- 二 定款で定めた解散の事由の発生
- 三 株主総会の決議
- 四 合併（合併により当該株式会社が消滅する場合に限る。）
- 五 破産手続開始の決定
- 六 第824条第1項又は第833条第1項の規定による解散を命ずる裁判

第472条（休眠会社のみなし解散）

休眠会社（株式会社であって、当該株式会社に関する登記が最後にあった日から12年を経過したものをいう。以下この条において同じ。）は、法務大臣が休眠会社に対し2箇月以内に法務省令で定めるところによりその本店の所在地を管轄する登記所に事業を廃止していない旨の届出をすべき旨を官報に公告した場合において、その届出をしないときは、その2箇月の期間の満了の時に、解散したものとみなす。ただし、当該期間内に当該休眠会社に関する登記がされたときは、この限りでない。

2 登記所は、前項の規定による公告があったときは、休眠会社に対し、その旨の通知を発しなければならない。

(2) 持分会社の解散事由

持分会社の解散の事由について、会社法は以下のとおり定めている。

第641条（解散の事由）

持分会社は、次に掲げる事由によって解散する。

- 一 定款で定めた存続期間の満了
- 二 定款で定めた解散の事由の発生
- 三 総社員の同意
- 四 社員が欠けたこと
- 五 合併（合併により当該持分会社が消滅する場合に限る。）
- 六 破産手続開始の決定
- 七 第824条第1項又は第833条第2項の規定による解散を命ずる裁判

2 解散事由別の解散手続き

(1) 定款で定めた存続期間の満了

株式会社、持分会社共通の解散事由である（会社法471条1号、会社法641条1号）。

定款で会社の存続期間を定めた場合（会社法911条3項4号、会社法912条4号、会社法913条4号、会社法914条4号）は、その存続期間の満了の時点で解散の効力が生じることになる。

なお、定款で会社の存続期間を定めている場合であっても、定めた期間満了前に株主総会の決議や合併による自主的な会社の解散をすることは妨げられず、存続期間満了前に破産手続開始の決定がなされた場合には、当然に解散する。

(2) 定款で定めた解散の事由の発生

株式会社、持分会社共通の解散事由である（会社法471条2号、会社法641条2号）。

定款により会社の解散の事由を定めた場合（会社法911条3項4号、会社法912条4

号、会社法 913 条 4 号、会社法 914 条 4 号)は、その解散の事由の発生により解散の効力が生じることになる。

なお、定款で会社の解散の事由を定めている場合であっても、当該解散の事由の発生前に株主総会の決議や合併による自主的な会社の解散をすることは妨げられず、解散の事由発生前に破産手続開始の決定がなされた場合には、当然に解散することは存続期間の満了の場合と同じく当然に解散する。

(3) 株主総会の決議

株式会社のみ解散事由である(会社法 471 条 3 号)。株式会社の解散事由のうち、破産手続開始の決定を除いて、実務上最も多いと考えられるのが株主総会の決議による解散である。

株式会社は法人格を有する独立した経済主体であるものの、その所有者は個別の株主であるため、会社の所有者たる株主に会社を存続させるか否かの決定権限を付与している。

なお、会社の解散のために必要な株主総会決議は特別決議である(会社 309 条 2 項 11 号)。

(4) 総社員の同意

持分会社のみ解散事由である(会社法 641 条 3 号)。前述のように、株式会社においては株主総会の特別決議による多数決を得ることができれば解散の決議を行うことができ(471 条 3 号、309 条 2 項 12 号)、会社を解散するという意思決定に株主全員の同意は必要とされていない。

これに対して、社員の人的個性が重視される持分会社においては、社員全員の同意が必要とされる。

また、この同意は、直ちに解散することの同意でなければならないとされている³。

(5) 社員が欠けたこと

持分会社のみ解散事由である(会社法 641 条 4 号)。株式会社において、株主が死亡

した場合、死亡した株主が保有している株式は相続人に引き継がれるのが原則である。

これに対し、持分会社では、社員の死亡が法定退社原因とされている(607 条 1 項 3 号)。

そのため、持分会社の社員が 1 人であり、相続人等による持分承継に関する定款の規定(608 条 1 項)がない場合には、持分会社に社員が存在しない事態が生じ得ることになるため、社員が欠けたことを解散の事由としている⁴。

(6) 合併

株式会社、持分会社共通の解散事由である(会社法 471 条 4 号、641 条 5 号)。合併は他の解散の事由と異なる特徴が存在する。

合併以外の解散事由により会社が解散する場合、会社の法人格は直ちに消滅せずに清算手続きを経ることになる。

合併の場合にはその効力発生日に法人格が消滅することになる点に特徴がある。

ア 吸収合併の場合

吸収合併存続会社は、効力発生日に、吸収合併消滅会社の権利義務を承継する(会社法 750 条 1 項、752 条 1 項)。

会社が吸収合併をしたときは、その効力が生じた日から二週間以内に、その本店の所在地において、吸収合併により消滅する会社については解散の登記をし、吸収合併後存続する会社については変更の登記をしなければならない(会社法 921 条)。

そして、吸収合併消滅会社の吸収合併による解散は、吸収合併の登記の後でなければ、これをもって第三者に対抗することはできない(会社法 750 条 2 項、752 条 2 項)。

なお、債権者保護手続を終了していない場合又は吸収合併を中止した場合には、合併の効力は発生しない(会社法 750 条 6 項、752 条 6 項)。

イ 新設合併の場合

新設合併設立会社は、その成立の日に、新設合併消滅会社の権利義務を承継する(会社法 754 条 1 項、756 条 1 項)。

(7) 破産手続開始の決定

株式会社、持分会社共通の解散事由である（会社法 471 条 5 号、641 条 6 号）。

会社が支払不能にあるときは、裁判所は破産法第 30 条第 1 項の規定に基づき、申立てにより、決定で、破産手続を開始する（破産法 15 条 1 項）。

裁判所は、破産手続開始の申立てがあつた場合において、破産手続開始の原因となる事実があると認めるときは、破産手続開始の決定をする（破産法 30 条 1 項）。

そして上記決定は、その決定の時から効力を生じる（破産法 30 条 2 項）。

ただし、解散し清算中の会社に対して、破産手続開始決定がなされた場合であっても、清算結了前であるときは、解散原因にはならないことに注意が必要である⁵。

(8) 解散を命ずる裁判

株式会社、持分会社共通の解散事由である（会社法 471 条 6 号、641 条 7 号）。

解散命令（会社法 824 条 1 項）と解散判決（会社法 833 条 1 項）の 2 種類の解散を命ずる裁判が会社の解散の事由として規定されている。

解散命令が公益の確保を目的とするのに対し、解散判決は、主に株主・社員の利益保護を目的とする制度である⁶。

ア 解散命令

解散命令とは、会社の設立が不当な目的に基づいてされたなど一定の事由に該当し、公益の確保のため、当該会社の存立を許すことができないと認められる場合に、法務大臣または利害関係人の申立てにより、裁判所が当該会社の解散を命ずる制度である⁷。

イ 解散判決

解散判決とは、株式会社においては、一定の事由がある場合に、株主の請求（株式会社解散の訴え）によって、裁判所が株式会社の解散を命ずる制度である⁸。

持分会社においてはやむを得ない事由があ

る場合には、社員が訴えをもって持分会社の解散を請求することができると規定されている（会社法 833 条 2 項）。

(9) 休眠会社のみなし解散

株式会社のみ解散事由である（会社法 472 条）。

株式会社が実際には事業を行っていないが、解散手続をしていないことで、登記上は存在したままになっている会社が存在する。

事実上破産状態であるが、経営者が夜逃げをしてしまった事案や、100%株主である経営者が亡くなったが、相続人の全てが相続放棄をした事案などが想定されよう。

そのような事業の実態のない会社が多数存在することは、登記に対する社会の信頼を害し望ましくないため、会社法は、最後に登記をした日から 12 年を経過した会社（休眠会社）に対し、法務大臣が事業を廃止していない旨の届出をすべき旨を官報に公告し、一定期間内にその届出または登記がされないときは、当該会社を解散したものとみなす制度を規定した⁹。

この 12 年という期間は、株式会社は少なくとも 10 年に 1 回は登記をするはずである（取締役任期を法が許容する最長期間である 10 年に伸長した非公開会社における役員の就任・退任の登記。会社法 332 条 2 項、911 条 3 項 13 号、915 条 1 項）という考慮に基づくものと考えられている¹⁰。

なお、特例有限会社取締役には任期がないため、みなし解散制度は適用されない。

2 解散後の会社の継続

1 度会社が解散した場合でも、会社を解散しない状態に戻すことができる場合がある。

株式会社は、会社法 471 条 1 号～3 号までに掲げる事由によって解散した場合には、清算が結了するまでの間、みなし解散の場合には、解散したものとみなされた後 3 年以内限り、株主総会の決議によって、株式会社を継続することができる（会社法 473 条 1 項）。

持分会社についても、会社法 641 条 1 号～3 号までに掲げる事由によって解散した場合には、清算が終了するまで、社員の全部又は一部の同意によって、持分会社を継続することができる（会社法 642 条 1 項）。

なお、この場合に、持分会社を継続することについて同意しなかった社員は、持分会社が継続することとなった日に、退社する（会社法 642 条 1 項）。

これらの規定は、会社についてその所有者の多数が会社を継続させたいと考えた場合に、解散という方針を変更できることとする規定である。

したがって、方針変更を会社の所有者に認めることが適切でない、合併、破産手続開始決定、解散命令または解散判決の場合には適用されない¹¹。

第3 会社の清算方法

会社が解散した場合、解散の事由が合併または破産の場合を除いて清算手続きを行うことになる（会社法 475 条 1 号、644 条 1 号）。

清算をする会社（以下「清算会社」という。）は、その事業や業務を終了させるとともに、各種の契約関係の解消、財産の換価ないし処分を行い、債務を返済して残余財産を分配する必要がある。

また、労務関係の手続、会計上の処理、税務上の届出や申告、各手続段階における登記手続等も必要になり、これらの手続を完了させると、会社の法人格が消滅する¹²。

すなわち、清算会社は上記の清算の目的の範囲内において、清算が終了するまではなお存続するものとみなされる（会社法 476 条、会社法 645 条）。

清算手続中の会社は、会社を閉じることのみを目的として存続しているため、その目的外の行為を行うことはできない。

例えば、解散時に残存していた商品を売却・処分し、換価することは清算事務に含まれるが、新しく製品を製造し、利益を上げるための営業取引等を行うことはできない。

また、清算株式会社は自己株式の取得（無償取得および法務省令で定める場合を除く）、剰余金の配当、株式交換、株式移転を行うことはできない（会社法 509 条、会社法施行規則 151 条）¹³。

1 株式会社の清算手続

(1) 通常清算

通常清算手続は、株式会社の清算手続のうち、その財産をもって債務を完済することができる（つまり、資産超過である）株式会社について採用される清算手続である¹⁴。

例えば、会社は黒字であるものの、後継者がいないこと等から会社が自主的に廃業する場合などに利用される。

清算株式会社の清算人には、取締役（会社法 478 条 1 項 1 号）、定款で定める者（会社法 478 条 1 項 2 号）、株主総会の決議によって選任された者（会社法 478 条 1 項 3 号）のいずれかが就任する。

このように、株式会社が清算の手続きに入ると、取締役は地位を失い、取締役に代わって清算人が選任される。

もともと、清算人には解散時の取締役が就任するのが原則である。名前が変わるものの現経営陣で会社の撤退手続きを実施するのがこの通常清算手続きである。

上記の規定により清算人となる者がいないとき（会社法 478 条 2 項）、裁判所による解散命令又は解散の訴えによる解散を命ずる裁判によって解散したとき（会社法 478 条 3 項）、設立無効判決、株式移転無効判決が確定したとき（会社法 478 条 4 項）は、裁判所が利害関係人の申立てにより清算人を選任することとなる。

就任した、選任された清算人は、会社の解散から 2 週間以内に、その本店の所在地において、解散の登記をしなければならない（会社法 926 条）。

なお、会社法 478 条 1 項 1 号に掲げる者が清算株式会社の清算人となったときは、解散の日から 2 週間以内に、その本店の所在地に

において、清算人の氏名（会社法 928 条 1 項 1 号）、代表清算人の氏名及び住所（会社法 928 条 1 項 2 号）、清算株式会社が清算人会設置会社であるときは、その旨（会社法 928 条 1 項 3 号）の登記をしなければならない。

また、清算株式会社は、遅滞なく、当該清算株式会社の債権者に対し、一定の期間内（2 カ月以上の期間）にその債権を申し出るべき旨を官報に公告し、かつ、知れている債権者には、格別にこれを催告しなければならない（会社法 499 条 1 項）。

同じく、清算人はその就任後遅滞なく、清算株式会社の財産の現況を調査し、財産目録及び貸借対照表を作成しなければならず（会社法 492 条 1 項）、順次、清算人の業務として、現務の終了（会社法 481 条 1 号）、債権の取立て及び債務の弁済（会社法 481 条 2 号）、残余財産の分配（会社法 481 条 3 号）を行う。

通常清算では、会社財産の換価、債権者に対する債務の弁済、残余財産が残った場合にはこれを株主に分配するという一連の手続きを行うことにより、最終的に会社の資産と負債をいずれも 0 にすることで手続きを終了させる。

他方、清算株式会社の清算事務が終了したときは、遅滞なく、決算報告を作成しなければならない（会社法 507 条 1 項）。

そして、当該決算報告について、清算人は株主総会に提出し、又は提供し、その承認を受けなければならない（会社法 507 条 3 項）。

清算株式会社の清算が終了したときは、決算報告書の承認の日から 2 週間以内に、その本店の所在地において、清算終了の登記をしなければならない（会社法 929 条 1 号）。

清算終了後も、清算人は、清算株式会社の本店の所在地における清算終了の登記の時から 10 年間、清算株式会社の帳簿並びにその事業及び清算に関する重要な資料を保存しなければならない（会社法 508 条 1 項）。

(2) 特別清算

特別清算手続は通常清算手続の特別類型と

いう位置付けであるため、特別の規定がない場合には通常清算の規定がそのまま適用される。

裁判所は、清算株式会社に次に掲げる事由があると認めるときは、第 514 条の規定に基づき、申立てにより、当該清算株式会社に対して特別清算の開始を命ずる（会社法 510 条）として大きく 2 つの事由を定めている。

具体的には、①清算の遂行に著しい支障を来すべき事情があること（会社法 510 条 1 号）、または、②清算株式会社の財産がその債務を完済するのに足りない疑いがあること（会社法 510 条 2 号）である。

清算会社に債務超過の疑いがあるときは、清算人は、特別清算開始の申立てをしなければならない（会社法 511 条 2 項）。

なぜなら、債務超過のおそれが現実化した場合には、債務超過を解消して清算手続を結了させる必要があり、通常清算の方法では会社の資産と負債を 0 にすることは不可能となるためである。

また、清算人がその業務の過程において、清算株式会社の財産がその債務を完済するのに足りないことが明らかになったときは、直ちに破産手続開始の申立てをしなければならない（会社法 484 条 1 項）。

この場合、清算人は、清算株式会社が破産手続開始決定を受けた場合において、破産管財人にその事務を引き継いだときは、その任務を終了したものとして扱われる（会社法 484 条 2 項）。

債務超過の株式会社について行われる清算手続であるという点で、特別清算と破産は共通する。

破産に移行した場合、当該法人の手続は会社との関係では第三者である破産管財人が主導することになる。

他方で、特別清算に移行した場合には、裁判所の命令によって開始し、清算人は裁判所の監督下に置かれるものの、解散の際に会社の清算人に就任した旧取締役がそのまま手続を遂行するのが原則（会社法 523 条）である

ため、通常清算との連続性を保ったまま、清算事務の遂行が可能である。

特別清算に移行した場合であっても、手続きを進めた結果、債務超過でなければ通常清算と同様の手続において清算終了をすることになる。

特別清算手続には、実務上、次の2つの進め方がある。

ア 協定型

債権者集会を開催して協定の決議を得て、協定に基づく弁済を行う類型

イ 和解型

清算株式会社と各債権者間で個別に弁済方法及び債権放棄について和解を行う類型

清算株式会社は、債権者集会に対し、協定の申出をすることができる(会社法563条)。

この協定においては、協定債権者の権利の全部又は一部の変更に関する条項を定めなければならない(会社法564条1項)、債務の減免、期限の猶予その他の権利の変更の一般的基準を定めなければならない(会社法564条2項)。

協定は債権者の権利を変更することを内容とするため、債権者集会における協定可決の要件は加重されている。

具体的には、①出席した議決権者の過半数の同意(会社法567条1項1号)と、②議決権者の議決権の総額の3分の2以上の議決権を有する者の同意(会社法567条1項2号)のいずれも必要とされている。

協定が可決されたときは、清算株式会社は、遅滞なく、裁判所に対し、協定の認可の申立てをしなければならない(会社法568条)。

協定が債権者集会において可決され、裁判所の認可を経て確定すると、その趣旨に沿って清算人が債権者に対して、債務の弁済を行うことになる。

協定の実行上、必要があれば、協定の内容を変更することができる(会社法572条)。

協定の遂行が完了すると、清算人、監査役、

債権者、株主または調査委員の申立てにより、裁判所は特別清算終結の決定を行う(会社法573条)。

裁判所の特別清算終結の決定により、特別清算手続は完了する。

以上のとおり、会社法上、特別清算は協定型を原則として各規定が設けられている。

しかしながら、実務の運用は協定型よりも和解型の件数が多い。

債権者が多数存在し、権利関係が複雑な場合に清算株式会社が債務超過の場合には破産が選択されることが通常である。

実務上、特別清算手続が選択されるほとんどのケースは、債権者が少ない場合である。

債権者としても、破産手続のなかでの配当手続は債権者平等の観点から、画一的な運用となっており、個別の意向を反映させることが困難であるのに対し、特別清算による場合には、清算株式会社との間で柔軟に弁済や債権放棄について協議ができるというメリットが存在する。

2 持分会社の清算手続

通常清算手続については、株式会社とそのほとんどが共通している。

持分会社のうち、合名会社と合資会社には1人以上の無限責任社員が存在することから、債権者に対する公告及び個別催告は不要とされている(会社法660条1項)。

また、前述のとおり、特別清算手続は株式会社のみ認められているため持分会社は利用することができない(会社法510条)。

第4 会社の解散・清算と解雇

最後に、会社法には規定されていないが、清算会社の労務関係について少し述べる。

会社は、解散したとしても、破産・合併を除き、清算手続きに移行する。

そして、清算会社については清算人以外の関与が認められないものではないため、清算のために必要であれば、清算会社の清算結了までの間、法人格を有している以上、清算会

社において従業員を雇用することは可能である。

しかしながら、清算手続きは会社を閉じる手続きであるため、いずれは従業員を解雇することになる。

使用者が会社であって、その会社が解散する場合、清算手続きが完了すれば法人格は消滅し、当該法人と従業員との間の労働契約関係も当然に消滅する¹⁵。

通常、清算人は、従業員との労働契約についても、退職金等を支払いつつ、任意退職ないし解雇を実施することになる¹⁶。

会社が解散するに際して行われる解雇であっても、労働基準法上の解雇予告義務や労働契約上の解雇協議義務は適用される。

とはいえ、解雇が解散による企業廃止に伴うものである場合には、当該解雇については、客観的に合理的な理由があり、社会通念上相当であると是認できる場合に該当するとされている。

上記のように、会社の解散に伴う解雇は、企業が存続しつつ人員削減措置をとる整理解雇とは異なるので、整理解雇の法理は適用されないと解されている¹⁷。

第5 おわりに

本論稿を執筆するにあたり、多くの文献にあたったが、解散・清算手続きに限れば、会社法上にほとんどのルールが規定されており、重要な判例法理のようなものは多くはなかった。

はじめに述べたとおり、企業の倒産は社会問題化しており、今後破産以外の解散事由による会社の解散及びそれに伴う清算手続きを弁護士が業務として取り扱うことも増えてくることが考えられる。

本論稿は、会社法研究会として執筆をしたものであるため、あくまで会社法の条項をまとめて整理したにすぎず、解散・清算手続きにおいては会社法以外の知識も多く求められる。最後に触れた労働法との関係は勿論であるが、法務・労務以外の観点でも、特に会計・税務

分野の知識が不可欠であり、倒産を検討している会社の顧問税理士との連携は不可欠といえよう。

会社の解散の場合、税理士業務においても平時では取り扱わない①解散した場合の事業年度、②解散した場合の設立当初からの欠損金の損金算入、③仮装経理の是正・還付当、④欠損金の繰戻し還付請求、⑤解散による残余財産の分配の5つの制度を代表として極めて専門的な知識が要求されることとなるため、慎重な対応が必要な分野と言える。

筆者も本論稿の執筆を機に、会社の解散・清算に関する周辺知識の拡充に励みたい。

以上

1 2023年版・中小企業白書

2 江頭憲治郎・中村直人編「論点体系会社法<第2版>4」53頁（第一法規・2021年）

3 前掲・「論点体系会社法<第2版>4」・538頁

4 前掲・「論点体系会社法<第2版>4」・537頁

5 太田達也「<第3版>解散・清算の実務」完全解説4頁（税務研究会出版局・2023年）

6 田中亘「会社法〔第4版〕」・755頁

7 前掲・「会社法〔第4版〕」・755頁

8 前掲・「会社法〔第4版〕」・755頁

9 前掲・「会社法〔第4版〕」・757頁

10 前掲・「会社法〔第4版〕」・757頁

11 前掲・「会社法〔第4版〕」・758頁

12 尾島史賢著「株式会社・各種法人別清算手続マニュアル - 手続の選択から業種別の注意点まで -」26頁（新日本法規出版株式会社・令和元年）

13 前掲・「<第3版>解散・清算の実務」完全解説」・7頁

14 前掲・「株式会社・各種法人別清算手続マニュアル - 手続の選択から業種別の注意点まで -」・26頁

15 菅野和夫「労働法12版」761頁（弘文堂・令和元年）

16 前掲・「労働法12版」・761頁

17 大阪高判平成15年11月13日判決

建替費用の損害賠償と損益相殺

Claims for damages equivalent to rebuilding costs and offset of profits and losses

及川 健一郎（神奈川県弁護士会不動産法研究会）

第1 はじめに

1 建物建築請負契約に基づいて、請負人が建築した建物について、構造上の安全性を欠く等の重大な欠陥があり、修補が不可能である場合で、その欠陥が請負人の施工ミス等の過失による場合は、注文者は、請負人に対して、債務不履行に基づく損害賠償（民法第415条）として完成建物を解体して、再建築するまでの費用その他の損害（本稿では、解体から再建築に至るまでの費用・損害を総称して「建替費用」という）を請求することができる。

2 一方で、完成建物の契約不適合の問題は、直ちに判明するものとは限らず、特に構造上の欠陥については、注文者が建物の完成引渡を受けて、使用を開始してから、しばらくして建物の変形や傾斜等の物理的な現象が現れて、ようやく詳細な調査が行われて明確になることも多い。

また、重大な欠陥によって、建替の要否が問題となる事案では、賠償額も莫大となり、請負人側も容易に責任を認めようとはせず、紛争が長期化することも多い。

そのような場合、注文者は、係争中建物の使用を継続し、居住の利益ないし、これを賃貸する等して現実の収入を得る場合がある。

3 特に本稿において検討するのは、注文者が係争中に建物を賃貸して賃料収入を得ることができた場合に、建替費用相当の損害賠償請求権と損益相殺をすることができるのか、という点である。

第2 建替費用と居住利益の損益相殺に関する最高裁判例

1 最判平成14年9月24日（裁判集民297号289頁、判時1324号320頁）は、請負契約の目的物である建物に建て替えを要する瑕疵（契約不適合。本稿では、過去の判例・学説の引用の都合上、「瑕疵」の表現を用いる。）がある場合に、建替費用相当額の損害賠償請求が認められるか否かについて、積極説を採用し、建替費用相当の損害賠償を認めた。

2 建替費用相当額の損害賠償請求を認める積極説に対しては、i 注文者が建替費用相当額の賠償を受けるまでに瑕疵のある建物を使用していた場合には、使用利益を得ることになるから、瑕疵のある建物の賃料相当額を不当に利得することになる（使用利益論）、ii 新築建物は経年によって減価するはずなのに、建替費用相当額の賠償を認めた場合には、注文者は新しく建物を建築し直すことになるから、当初の建物の引渡しから5年も10年も経過してから全く新しい建物を取得できることになり、かつ、それだけ耐用年数の延びた建物を取得することになって、その分不当に利得を得ることになる（経年減価論）との批判（消極説）があった。

3 以上の批判に対しては、積極説からは i 建替を要する瑕疵がある建物の使用は利益とは言えない、ii 注文者から引渡しを受けた建物は瑕疵のある建物であるから、瑕疵のない建物の引渡しを受けた場合と同視できない等と反論されていた。

4 このような議論があるなか、前掲最判平成14年9月24日の原審（高裁判決）では、建物の使用利益として600万円が控除されていたところ、前掲最判では、その判断の

是非については、審理の対象となっていなかったため、同判例が出た後も、建替費用相当の損害から使用利益・建物の耐用年数が伸長することの利益を控除できるか否かの問題が残った。

- 5 最判平成22年6月17日（民集64巻4号1197頁、判例時報2082号55頁。以下本項において「平成22年最判」という。）は、建物の買主が、工事施工者等に対して、不法行為に基づく建替費用相当の損害賠償請求をした事案について、「売買の目的物である新築建物に重大な瑕疵があり、これを建て替えざるを得ない場合において、当該瑕疵が構造耐力上の安全性にかかわるものであり建物が倒壊する具体的なおそれがあるなど、社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有しないと評価すべきものであるときは、上記建物の買主がこれに居住していたという利益については、当該買主からの工事施工者等に対する建て替え費用相当額の損害賠償請求においては損益相殺ないし損益相殺的な調整として損害額から控除することはできない」とした。

また、以下のとおり裁判官宮川光治の補足意見が付された。

「建物の瑕疵は容易に発見できないことが多く、また瑕疵の内容を特定するには時間を要する。賠償を求めても売主等が争って応じない場合も多い。通常は、その間においても、買主は経済的理由等から安全性を欠いた建物であってもやむなく居住し続ける。そのような場合に、居住していることを利益と考え、あるいは売主等からの賠償金により建物を建て替えると耐用年数が伸長した新築建物を取得することになるとして、そのことを利益と考え、損益相殺ないし損益相殺的な調整を行うとすると、賠償が遅れば遅れるほど賠償額は少なくなることになる。これは、誠意なき売主等を利するという事態を招き、公平ではない。重大な欠陥があり危険を伴う建物に居住することを法的利益と考えること

及び建物には交換価値がないのに建て替えれば耐用年数が伸長するなど考えることは、いずれも相当でないと思われる。」

第3 建替費用と賃料収入の損益相殺の可否について

- 1 平成22年最判は、建て替えを要する瑕疵がある建物に「居住したことによる利益」と建替費用相当の損害の損益相殺を否定したものはあるが、建て替えを要する瑕疵がある建物を賃貸して賃料収入を得ていた場合に、建物所有者が取得した賃料収入そのものを損益相殺の対象とできるか否かについては、判断したものではない。
- 2 平成22年最判は、判決理由において「社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有しないと評価すべき場合」に、「建物に居住していたという利益」を損益相殺の対象とすることはできないと判示したのであって、直ちに使用利益全般についての損益相殺までを否定したものとは解せないであろう。
- 3 もっとも、平成22年最判は、「社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有しないと評価すべき場合」の例として、「当該瑕疵が構造耐力上の安全性にかかわるものであるため建物が倒壊する具体的なおそれがある」場合をあげている。

この規範によれば、建物の重要な部分に構造上の瑕疵が認められ、その補修が不可能で倒壊の恐れが認められるとされると、「社会的経済的価値を有しない建物」であって、その使用利益は、賃料収入が生じている場合も含め、およそ損害から控除できないとの考え方もあり得る。

一方、その考え方によったとして、仮に構造上の瑕疵が存在し、修復が困難な場合でも、直ちに倒壊する具体的な危険があるとまでは言えないような場合は、当該建物の社会経済的価値を有しないとは言えな

いことから、賃料収入の利益の控除を認めるという結論も導きうるものと思われる。

4 もう一つの議論として、そもそも、実際に賃料収入が生じている建物について、構造上の瑕疵が存在し、安全性を欠いていて、修復不能であるとしても、「社会経済的価値」が存在しないと言えるかという問題がある。

これまでの議論では、使用利益の控除を認める積極説において、居住の利益に関しては、安全性を欠く建物であっても、一応雨露を避けることができ、また、住居についての賃料負担を免れているのだから、事実上の使用利益は存在するため、使用利益の控除を認めるべきと主張されてきたのに対して、控除を認めない消極説は、i 建物の引渡を受けて居住する者は、建物の安全性について不安を抱きながらやむを得ず居住していること、ii 争いが長引けば、請負人が賠償すべき損害が減少し、建替に必要な費用が補填されなくなることが解決として相当でないこと等と主張されており、この消極説の主張は、相応の説得力を持つものとする。

しかし、問題は、現に賃料収入が生じている場合には、単なる「事実上の使用利益」とは異なり、損益相殺又は損益相殺的な調整の対象とすることが、むしろ、損害の公平な分担という損害賠償制度全体の趣旨に適うのではないかの点である。

5 なお、平成22年最判の最高裁判例解説（平成22年民事編（上）393頁）においても「本判決は、建替費用相当額の賠償が認められる場合にはおよそ使用利益の控除は許されないことをいうものでもない。本判決のいう『社会経済的価値を有しない』と評価すべき場合の具体的内容については、今後の検討に委ねられた課題である。」として、今後の事例の集積によって、平成22年最判の射程範囲が画されるものとしている。

第4 使用利益（居住利益・賃料収入）の損益相殺を認める見解の問題点

1 居住用建物について、建物の安全性を損なう構造上の瑕疵が存在し、建替を要する場合について、その建物の引渡しを受けた注文者が、当該建物に居住できずに、仮住まいを強いられた場合、その仮住まい費用（賃料等）は、請負契約の瑕疵担保責任（契約不適合責任）による損害賠償請求が認められることには異論が無いものと思われる。

そうすると、居住利益の控除を認める積極説によれば、我慢して瑕疵物件に居住した者は、その居住の利益を損益相殺によって控除されるが、仮住まいを選択した者は、仮住まい費用の賠償を受けられることとなり、同じ瑕疵物件の引渡しを受けた者の間で、被害者の対応によって賠償額が大きく異なることになるという問題が生じる。

前掲平成22年最高裁判決が指摘した点に加え、上記の不均衡の問題からも、居住利益控除説を採用することは難しいと言えよう。

2 一方、賃料収入が生じる収益物件である場合はどうであろうか。

賃貸マンションに建物の安全性を損なう瑕疵が存在し、その瑕疵が修復不可能で建て替えを要する場合に、その物件の引渡しを受けた注文者は、請負人に対し、賃貸できずに賃料収入が得られない期間について、逸失利益の損害賠償を求めることになる。

賃貸マンションを建築する場合、契約前に建物完成後の収支計画が注文者・請負人・設計者で共有されているケースも多く、また、少なくとも注文者が当該建物を賃貸して相場賃料程度の収入を得ることを目的としていることは請負人も認識していることから、一般的には、請負人は、建物完成引渡し後の賃料収入の内容について予見できる立場にあると言って良いであ

ろう。

そうすると、注文者が引き渡しを受けた賃貸マンションが、瑕疵によって賃貸できない場合の逸失利益についても、相当因果関係のある損害として賠償が認められるものと考ええる。

具体的には、引渡しから瑕疵物件の解体・建て替えを経て、その後の賃貸開始に至るまでの賃料収入について、損害賠償の対象になるものと考ええる。

そうだとすると、瑕疵物件の引渡しを受けた者が、賃貸しなかった場合は、損益相殺の問題は生じず、むしろ、逸失利益の賠償を受けられるが、賃貸した場合は、その賃料収入が、損益相殺の対象となってしまうが、これは、建替費用相当の損害から居住利益の控除を認める積極説について先に指摘したのと同様の不均衡が生じているものといえよう。

- 3 そもそも、損益相殺とは民法に明文の規定がないものの、加害行為により、被害者が不利益を受けると同時に、利益を受ける場合に、不利益から利益分を控除した残額が、賠償を要する損害になる、あるいは、不法行為の被害者が、損害を被ったのと同ーの原因によって利益を受けた場合に、公平の見地から、その利益の額を賠償額から控除する法理である等と説明される（奥田昌道編・新版注釈民法（10）Ⅱ504頁、内田貴・民法Ⅱ（第3版）447頁）。

瑕疵のある建物から生じた賃料収入は、建物の引渡を受けた者が第三者との間で賃貸借契約を締結したことによって生じたものであって、建物に修復不能な構造上の欠陥がある建物の引渡を受けたことによって生じた収入ではない。

そうだとすると、注文者が賃料収入を得たとしても、不法行為ないし債務不履行により損害を被った者が、「同一の原因によって利益を受けた場合」には該当しないものとして、損益相殺の対象とはならないと説明することができそうである。

4 ただ、居住利益の控除の場合と異なるのは、注文者が実際に収入（利益）を手にしており、その意味では、請負契約の目的が一部実現されているという点である。その場合でも、損益相殺ないし損益相殺的調整が全くなされないということが、果たして公平妥当かという点である。

- 5 損益相殺を「債権者が債務不履行を契機として利得をしてはならない」とする理念（利得禁止の理念）と結びつけられた制度と捉え、「損害賠償法が原状回復（＝権利の価値の回復）の理念と結びつけて『損害』要件のもとで考慮しようとしていたのとは異質の観点からの規範的な評価」であると整理する見解がある。

この見解は、損益相殺の対象となる債権者の利益について、①債務不履行を契機として債権者が得た「利益」ではあるものの、債権が有する価値を体現していないものを債権者が保持することが正当化されるか否かの判断と、②その「利益」保持が正当化されない場合に、これを「損害」からの「利益」控除（＝損益相殺）の方法により債務者に移転することの正当性が肯定されて初めて、損益相殺の対象となる利益であることが認められるとする（奥田昌道編・新版注釈民法（10）Ⅱ512頁）。

このような見解からは、注文者が得た賃料収入相当の利益が瑕疵物件を引き渡した請負人（債務者）に移転することを正当化する理由を見出し難いと指摘されるであろう。

- 6 以上の検討によれば、やはり、賃料収入相当額を損益相殺ないし損益相殺的調整の対象とすることは難しいと言えよう。

7 なお、仙台地判平成27年3月30日（判例秘書搭載）では、注文者がマンションを約17年間賃貸し、月額賃料238万円、月額駐車場使用料20万円の収入を得ていたが、前掲平成22年最判の判旨を引用し、賃料収入に相当する使用利益の控除（損益相殺）を認めなかった。この裁判例では、建替費用

等の損害と賃料収入との損益相殺を認めない理由について、詳細な検討はなされていないが、「その他の使用収益の利益についても、賃借人との間の清算の可能性などに鑑みれば、居住の利益と同様に解するのが相当」と指摘している。

これは、倒壊の危険のある建物を賃貸して賃料収入を得ていたとしても、後日危険な建物を使用していたことを知った賃借人から賃料相当額について不当利得返還請求がなされる可能性があることから、原告の賃料収入の利益は確定的なものではないということを指摘したものと思われる。

- 8 そこで、収益物件については、建替費用相当の賠償を受けた場合、建て替えによって新たに新築建物の引渡を受け、当初計画よりも、長期間賃料収入が得られる物件を取得したのと等しい状況になることを利益と捉え、伸長された建物利用期間に相当する経年減価分について、損害からの控除を認めることで、公平妥当な解決が図れるのではないかとこの点について検討する。

第5 建物の経年減価の控除（損益相殺）の可否

- 1 平成22年最判は、「上告人らが、社会経済的な価値を有しない本件建物を建て替えることによって、当初から瑕疵のない建物の引渡しを受けていた場合に比べて結果的に耐用年数の伸長した新築建物を取得することになったとしても、これを利益とみることとはできず、そのことを理由に損益相殺ないし損益相殺的な調整をすべきものと解することはできない。」として、居住用建物の新築の事例について経年減価の控除の主張を排斥した。

2 経年減価控除説

経年減価控除説は、「修補に代わる損害賠償は、最初に修補ないし損害賠償を請求した時点を基準として算定されるところ、

本来の瑕疵のない建物が建築された場合であっても、引っ越し後、上記時点までに建物の価値は経済的に低下しており、またその耐用年数は、引き渡しから一定の年限に限られていたはずである。しかるに、引き渡し後相当期間が経過してから修補請求等があった場合に、損害算定の基準時に建物の建て替え・新築費用全額の賠償を認めると、上記の価値低下や耐用年数の経過を無視することになって妥当ではない。この場合には、建て替えに要する費用から、上記のような経済的価値の上昇や耐用年数の延長による利益を損益相殺するのが適切であろう。」とする（青山邦夫＝夏目明德「工事の瑕疵」（大内捷司編著『住宅紛争処理の実務』145頁）。

3 経年減価控除否定説

経年減価控除否定説は、i 建物を使用する者は、やむなく瑕疵がある状態のなか、使用を継続しており、倒壊の危険におびえて使用しているに過ぎない、ii 損耗減価を認めると、施工業者が争えば争うほど損害が減額されることになり、妥当ではないとして、建物の使用期間が延びることによる経年減価に相当する利益についての損益相殺を否定する。

平成22年最判の判例解説においても、経年減価控除説にいう「耐用年数の伸長」とは、瑕疵のない建物の引き渡しが遅れた結果生じるものにすぎないこと、当該建物が社会経済的価値を有しないと評価すべきものである場合には、その引渡しを受け所有権を取得したこと、すなわち当該建物を自由に使用収益できる地位を取得したことをもって損益相殺等の対象となる利益ということは困難であると指摘しており、経年減価控除否定説を支持している。

- 4 前述のとおり、居住利益・賃料収入のいずれについても、これらを建物の使用利益として注文者の損害から控除することを認める説（使用利益控除説）は、これまで指摘したとおり、債務不履行と同一の原因

によって生じた利益とは言えないのではないか、また、注文者（被害者）の対応によって賠償内容に不均衡が生じるのではないかといった問題があり、採用することは難しいものとする。

- 5 一方で、賃料収入を得るための収益物件については、建物の価値の一部を賃料収入ないし逸失利益の補填という形で注文者も得ていることから、建替費用相当の損害から経年減価分を控除することによって、注文者と請負人間の損害の公平な分担を図ることができるものと考えられないであろうか。

経年減価控除の否定説からは、経年減価の控除を認めた場合、裁判が長引けば、損害賠償額から控除される金額が増加し、請負人の責任が減少するのではないかとの批判がある。

しかし、賃貸による収益物件の建替費用相当の賠償が問題となる事案では、注文者が逸失利益の補償を受け、若しくは実際に賃貸収入を得る場合があることを考えると、補償ないし収入を得た期間については、注文者のあるべき財産状況と実際の財産状況の差額（損害）は生じないので、建物の使用期間による経年減価分の控除を認めたとしても、請負人の責任が不当に減少するとまでは言えないと説明することができる。

- 6 また、経年減価控除を認めた過去の下級審裁判例では、経年減価分を裁判所が公平妥当と考える金額、又は、建物価値の割合的な金額として算定し、その控除を認めている。これらの例を見ると、経年減価の控除は、個々の事案での公平性に配慮した柔軟な解決を図ることができる点で、語弊はあるが、使い勝手が良いようにも思われる。

- 7 なお、個人が住宅を新築した例については、消費者が住宅ローンと仮住まい費用の二重の負担を免れるために、やむを得ず瑕疵物件に居住し続けたという例も多いと

考えられることや、賠償を受ける際に、実際に建て替え可能な金額の賠償を受けられないと、当該消費者が危険な瑕疵物件に居住し続けなければならない状況に陥るので、前掲平成22年最高裁判決のとおり、経年減価については損益相殺を認めないことが妥当な事案が多いものとする。

今後の裁判例の集積により、平成22年最判の射程が明らかになることを期待したい。

以上

親子関係の存否を前提問題として審理判断することができる場合

Cases in which the non-existence of a legal parent-child relationship can be judged as a premise.

(神奈川県弁護士会家族法研究会)

中村真由美

第1 はじめに

民法上、親子関係が存在することを前提として、親子間の扶養義務（婚姻費用の分担や養育費）、子の監護（子の監護者指定や面会交流）、相続などの法律関係が発生することが規定されている。婚姻費用分担請求事件や養育費請求事件等の法律関係の実現を求める手続において、前提問題として、親子関係の存否が問題となることがある。このような場合に、親子関係の存否を別手続で先に決しなければならぬか、別手続によることなく当該手続内で前提問題として審理判断することができるかについて、最高裁令和5年5月17日判決（判タ1513号87頁(2023)）（以下「最判令和5年」ということがある。）を踏まえて整理したい。

本稿では、まず、最判令和5年について、事案の概要と各審級における判断を紹介する。

次に、親子関係（母子関係、父子関係）が成立するのがどのような場合かについての法の規定を確認し、嫡出子か否かといった親子関係の類型ごとに親子関係の存否を決する手続について整理する。

その上で、法律関係の実現を求める手続に際して、親子関係の存否を別手続で先に決しなければならないか、当該法的手続の中で前提問題として審理判断することができるかについて検討する。

第2 最高裁令和5年5月17日判決

1 事案の概要

(1) Xの妊娠判明後、XとYは婚姻の届出

をし、Xは子Zを出産した。Xは、Zについて、Yを父、Xを母とする出生届出をした。

(2) 約5年後、XYは離婚を前提とする別居を開始した。別居後は、XがZを監護養育している。

(3) 別居後、Yは、ZがXの以前の交際相手の子である可能性を認識した。

Yは、Xに対し、夫婦関係調整（離婚）調停及びYとZの親子関係不存確認を求める調停を申し立てた。親子関係不存確認調停において実施されたDNA鑑定により、YZ間に血縁上の親子関係が存在しないとの結果が示された。親子関係不存確認調停は不成立により終了した。

(4) XがYに対し、婚姻費用分担金の支払いを求め婚姻費用分担調停を申し立てたが、不成立となって終了し、審判に移行した（本件）。

2 争点

Zに対するYの生活保持義務の有無。すなわち、婚姻費用分担の審判手続の中で、婚姻費用に子の監護に要する費用が含まれるか否かの前提問題として、YとZとの間の親子関係の存否を審理判断し、生活保持義務の有無を判断することができるか。

3 争点に係る最高裁の判断

婚姻費用分担審判の手続において、夫婦が分担すべき婚姻費用に子（本件は推定を受けない嫡出子）の監護費用が含まれるか否かを判断する前提として、夫の推定を受けない嫡出子に対する父子関係の存否、及び父子関係に基づく扶養義務の存否を審理判断することができる。

4 下級審の判断

(1) 第一審 大阪家裁岸和田支部令和4年3月23日審判(判例秘書登載)

親子関係の不存在について審理判断することができるかどうかについては特段の判示はなく、YはZに対する生活保持義務を負わないとした。

なお、XのYに対する婚姻費用分担請求について、主としてXの責に帰すべき事由によりXとYの婚姻生活の破綻若しくは悪化又は別居の継続に至ったものであって信義則に違反するとして、Xの請求を却下した。

(2) 控訴審 大阪高裁令和4年7月14日決定(判例秘書登載)

Yは、DNA鑑定によって血縁上の父子関係は否定されているものの、戸籍上Zの父親として記載され、5年以上Zの監護に当たってきており、法律上の父子関係は訴訟において最終的に判断されるべきものである。そうすると、YとZとの親子関係不存在確認の判決が確定するまでは、YはZに対する扶養の義務を免れないとし、子Zの生活費(養育費)の分担を認めた。

なお、Xの生活費については、Yとの離婚紛争を自ら惹起しながら解決に応じない一方で、未だYと離婚に至っていないことを利用して婚姻費用の分担を求めるものであって、その趣旨に合致せず信義則に反し又は権利濫用に当たり、制限されると判示した。

第3 親子関係の成立と親子関係を否定する手続

1 母子関係の成立

母子関係は分娩の事実によって発生する(最判昭和37年4月27日民集16巻7号1247頁)。

生殖補助医療によって代理懐胎¹により懐胎、出産された子についても、分娩した者との間に母子関係が成立し、卵子提供者(血縁上の母)との母子関係は認められない(大阪高決平成17年5月20日判時1919号107頁、最判平成19年3月23日家月59巻7号105

頁参照)。

2 母子関係を否定する手続

戸籍上母子関係にある母と子との親子関係を否定するためには、親子関係不存在確認の訴え(人事訴訟法2条2号)による。

母子関係は分娩の事実によって成立するため、母子関係を否定するためには、分娩がなかったことを明らかにすることになる。DNA鑑定等により血縁上の母でないことが明らかになったとしても、母子関係を否定する理由とはならないと考えられる。

3 父子関係の成立

(1) 推定される嫡出子

① 婚姻成立の日から200日を経過した後、又は婚姻解消若しくは取消の日から300日以内に出生した子は、母が婚姻中に懐胎したものと推定される(772条2項)。

② 婚姻中に懐胎した子は、母の夫の嫡出子と推定される(772条1項)。

この二重の推定により、婚姻200日後から婚姻解消等300日以内に出生した子は、母の夫の子と推定される(推定される嫡出子)。

令和4年12月10日、民法の嫡出推定制度の見直し等を内容とする民法等の一部を改正する法律(令和4年法律第102号。以下「改正後の嫡出推定制度」という。)が成立し、令和6年4月1日から施行される。改正後は、婚姻の解消等の日から300日以内に子が生まれた場合であっても、母が前夫以外の男性と再婚した後に生まれた子は、再婚後の夫の子と推定することになる²。

(2) 推定されない嫡出子

嫡出の推定がされない嫡出子は、前項①に該当しない場合、すなわち、多くは父母の婚姻成立の日から200日を経過する以前に子が出生し、母の夫を父とする嫡出子として出生届がされた場合である。

推定されない嫡出子は、戸籍実務上、出生と同時に嫡出子としての身分を有する者として扱われる。

(3) 推定の及ばない子(表見嫡出子)

上記(1)①に該当するが、同②の推定が

及ばない子、すなわち、婚姻成立の日から 200 日を経過した後、又は婚姻解消若しくは取消の日から 300 日以内に出生した子であるが、母がその夫により懐胎したものではないとして推定が排除される場合である。

この点、判例はいわゆる外観説に立ち（最判平成 26 年 7 月 17 日民集 68 卷 6 号 545 頁、最判平成 12 年 3 月 14 日家月 52 卷 9 号 85 頁）、母が子を懐胎したと推定される期間を通じて、夫が海外などの遠隔地にいる、在監中、実質的な離婚状態にあるなど外観上明らかに夫による懐胎ではない場合にのみ嫡出の推定が排除されるとする。

外観説に立つ判例の立場では、母の夫と子との間に血縁上の父子関係が認められないことが DNA 鑑定等の科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻（母）がすでに離婚して別居し、子が母と血縁上の父の下で監護養育されているといった事情があっても、嫡出の推定が排除されることはない（最判平成 26 年 7 月 17 日（平成 25 年（受）第 233 号）裁判集（民）247 号 79 頁）。

外観説に対しては、学説からの批判も大きい、この点について本稿では立ち入らない。

（4）他人夫婦の嫡出子として戸籍に記載されている子

いわゆる藁の上からの養子として、他人夫婦の嫡出子として戸籍に記載されている場合には、戸籍上の母による分娩の事実がなく、母子関係が否定される。戸籍上の父との関係でも、母の夫としての嫡出の推定がされない。

判例は、藁の上からの養子について、血縁上の親子関係がないことから、戸籍上の父と子との間に法律上の親子関係は成立しないとす（最判昭和 39 年 3 月 6 日民集 18 卷 3 号 446 頁）。

また、判例は、戸籍上の父母による出生届に養子縁組の届出の効果があることを否定する（最判昭和 25 年 12 月 28 日民集 4 卷 13 号 701 頁、最判昭和 49 年 12 月 23 日民集 28 卷 10 号 2098 頁、最判昭和 50 年 4 月 8 日民集 29 卷 4 号 401 頁）。

（5）認知された子

嫡出でない子は、父による認知（民法 779 条）等により、出生時から法律上の親子関係が生じる（民法 784 条）。

4 父子関係を否定する手続

（1）推定される嫡出子

推定される嫡出子について、父子関係を否定するためには、嫡出否認の訴え（民法 774 条・775 条・人事訴訟法 2 条 2 号）によらなければならない。

嫡出否認の訴えは形成の訴えであり、嫡出否認の判決が確定することによってはじめて嫡出推定が覆滅する。その効果は子の出生時に遡り、対世効を生じる（人事訴訟法 24 条 1 項）。嫡出否認の判決確定以前の段階では、何人も父子関係の存在を否定することができない³。

親子関係不存在確認の訴えは不適法として却下される（最判平成 26 年 7 月 17 日民集 68 卷 6 号 545 頁）。

嫡出否認の訴えは、父が、子の出生を知った時から 1 年以内に提起しなければならない（民法 775 条・777 条）。

なお、改正後の嫡出推定制度では、夫（子の母の夫）のみに認められていた嫡出否認権を子及び母にも認める。また、改正後の嫡出推定制度では、母が妊娠中に 2 回以上の婚姻をして嫡出の推定が重複するときには最後（子の出生の直近）の夫の子と推定されることとなる。再婚後の最後の夫の子と推定される子については、母の前夫にも否認権を認めることとなった。嫡出否認の訴えの出訴期間は、父が提起する場合は父が子の出生を知った時から、子又は母が提起する場合は子の出生の時から、母の前夫が提起する場合は前夫が子の出生を知った時から、それぞれ 3 年に伸長された。

（2）推定されない嫡出子

推定されない嫡出子は、戸籍上は嫡出子であるが、民法 772 条の嫡出推定を受けないので、親子関係不存在確認の訴え（人事訴訟法 2 条 2 号）によって父子関係を否定する（大

判昭和 15 年 9 月 20 日民集 19 卷 18 号 1596 頁)。

親子関係不存在確認の訴えの訴訟物は法律上の親子関係の不存在であり、父と子との血縁上の親子関係の不存在が認められなければならない⁴。

親子関係不存在確認の訴えは、身分法秩序の根幹を成す基本的親族関係の存否につき関係者間に紛争がある場合に、対世的効力を有する判決をもって画一的確定を図り、ひいてはこれにより身分関係を公証する戸籍の記載の正確性を確保する機能をも有するものであるとされる(最判平成 9 年 3 月 11 日家月 49 卷 10 号 55 頁、最判平成 18 年 7 月 7 日民集 60 卷 6 号 2307 頁)。

(3) 推定の及ばない子(表見嫡出子)

推定の及ばない子も、民法 772 条の嫡出推定を受けないので、親子関係不存在確認の訴え(人事訴訟法 2 条 2 号)によって父子関係を否定する(最判平成 10 年 8 月 31 日裁判集(民) 189 号 497 頁)。

(4) 他人夫婦の嫡出子として戸籍に記載された子

いわゆる藁の上からの養子についての親子関係は、親子関係不存在確認の訴え(人事訴訟法 2 条 2 号)により否定される。

藁の上からの養子について、父子関係に着目すると、母子関係が否定されることにより嫡出の推定を受けない。藁の上からの養子は血縁上の父子関係がないことが通常であるから、父子関係は親子関係不存在の訴えにより否定される。

なお、戸籍上の母との母子関係が否定されたが、戸籍上の父と子との間には血縁上の父子関係がある場合(これは、いわゆる藁の上からの養子ではなく、父が婚姻外の母との間の嫡出でない子を妻との間の嫡出子として届け出た場合である)には、父による出生届に認知の効力があるため、父子関係は否定されない。

すなわち、判例は、血縁上の父子関係がある嫡出でない子につき、父から、これを嫡出

子とする出生届がされ、又は嫡出でない子としての出生届がされた場合において、これらの出生届が戸籍事務管掌者によって受理されたときは、当該出生届は認知届としての効力を有するものと解する(最判昭和 53 年 2 月 24 日民集 32 卷 1 号 110 頁)。また、戸籍実務上、父が婚外子を嫡出子として出生届出した場合も、この虚偽の嫡出子出生届に父の認知の効力を認める(昭和 40 年 1 月 7 日民事甲 4016 号通達)⁵。同最判昭和 53 年は、その理由として、認知届は、父が、戸籍事務管掌者に対し、嫡出子でない子につき自己の子であることを承認し、その旨を申告する意思の表示であるところ、出生届にも、父が、戸籍事務管掌者に対し、子の出生を申告することのほかに、出生した子が自己の子であることを父として承認し、その旨申告する意思の表示が含まれているからであるとする。

(5) 認知された子

ア 認知取消の訴えについて

父が子を認知した場合、認知した者は認知を取り消すことはできない(民法 785 条)。

この「取消」について、瑕疵なく認知した場合に事後的にこれを否定する撤回のみを意味するか、撤回に加えて詐欺・強迫等のために認知に瑕疵がある場合の取消を含むかについて学説の対立があるが、後者が通説である⁶。

血縁上の父子関係がある場合には、認知した者が認知を否定することはできない。血縁上の父子関係がない場合については、後述イの認知無効の訴えをすることができる。

なお、認知の取消しの訴え(人事訴訟法 2 条 2 号)は、承諾権者の承諾(民法 782 条・783 条)を欠く認知届が受理された場合に、承諾権者が取り消しを求めるための手続きと解されている。

イ 認知無効の訴えについて

子その他の利害関係人は、認知に対して反対の事実を主張することができ(民法 786 条)、血縁上の父子関係がないことを明らかにして、認知無効の訴え(人事訴訟法 2 条 2 号)をす

ることができる。

認知無効の訴えを提起することができる利害関係人には、認知者の妻（最判昭和28年6月26日民集7巻6号787頁、最判昭和53年4月14日）、認知者の子（大判昭和9年7月11日民集13巻17号1361頁）、認知者自身（最判平成26年1月14日民集68巻1号1頁）が含まれる。同最判平成26年は、血縁上の父子関係がない認知者が、このことを知りながら認知した場合であっても、血縁上の父子関係がないにもかかわらずされた認知は無効であり、利害関係人による無効の主張が認められる以上、認知を受けた子の保護の観点からみても、あえて認知者自身による無効の主張を一律に制限すべき理由に乏しいとした。

認知無効の訴えの法的性質については、身分関係の画一的確定の要請等から、訴訟ないし家事審判による認知無効の裁判が確定することを要する形成の訴えであるとする形成無効説と、真実に反する認知は当然無効であるとする当然無効説の対立があり、裁判例も判断が分かれる⁷。

前掲東京地判平成30年7月24日は、「認知無効の訴え以外の訴訟において認知の効力が争われている場合において、血縁上の父子関係がないにもかかわらずされた認知の効力を否定するのに必ず認知無効の訴えを経なければならないとする理由はなく、また、国籍法3条1項等による国籍取得の届出を受けた法務大臣においてそのような認知の無効を主張することが制限されるべき理由もない」として、国を被告とする国籍存在確認訴訟において、親子関係の有無を前提問題として審理判断できるとした。控訴審（東京高判平成31年4月17日（判例秘書登載））もこの判断を支持している。

第4 親子関係を前提として確定させるべき法的問題について

1 婚姻費用、養育費等

(1) 父母とその直系卑属である子の間には生活保持義務（民法877条1項）が、親族間には生活扶助義務がある（民法730条・877条2項参照）。また、父母が離婚する場合には、子の監護費用について父母が分担する（民法766条）。

夫婦間の生活費、父母と子の間の生活費の支払いについては、婚姻費用の分担または養育費の支払として請求される。

親子関係が否定されることにより、親子関係に基づく扶養義務が発生しないこととなる。

(2) なお、一般論としては、親子関係が否定されたとしても、婚姻共同生活に関する個別事情に基づき、子の監護費用を負担すべき場合があり得る（東京家審昭和35年1月18日家月12巻5号153頁参照）。

また、逆に、推定される嫡出子について嫡出否認の期間を経過した場合のように法律上の親子関係が否定されなくても、信義則上、婚姻費用や養育費を請求することが許されない場合もある（最判平成23年3月18日裁判集（民）236号213頁）。また、この場合に、過去に受け取った婚姻費用等が不当利得となるかどうかについて、これを否定する裁判例（東京高判平成21年12月21日判時2100号43頁）がある。

改正後の嫡出推定制度では、嫡出否認がされた場合に、子は、父であった者に対し、支出済みの監護費用の償還義務を負わない（改正後民法778条の3）。

2 親権の行使、子の監護

父母は、未成年の子に対し親権を行使する（民法818条）。

親権者は、子を監護し教育する権利を有し、義務を負う（民法820条）。居所の指定（民法821条）、職業の許可（民法823条）、財産の管理（民法824条）、代理権の行使（民法833条）をする。

親子関係が否定されれば、親子関係のない者が子に対して親権を行うことはなく、親権者として監護権を行使することもない。

3 相続

(1) 被相続人の子、その代襲者（民法 887 条 1 項・2 項）、直系尊属（民法 889 条 1 項 1 号）、兄弟姉妹、その代襲者（民法 889 条 1 項 2 号・2 項）は法定相続人である。

(2) 遺産分割協議は、全相続人を当事者として行われるべきであるから、戸籍上は法定相続人であるが、親子関係が否定されるために真正な相続人ではない者について、親子関係の存否を明らかにして遺産分割協議から排除し、当事者を明確化する必要がある。

(3) また、戸籍上は法定相続人であるが、親子関係が否定されるために真正な相続人ではない者がすでに被相続人の相続財産を取得した場合に、これを排除し、真正な相続人が財産を取り戻そうとすることがある。

この点、相続回復請求（民法 884 条）は、「いわゆる表見相続人が真正相続人の相続権を否定し相続の目的たる権利を侵害している場合に、真正相続人が自己の相続権を主張して表見相続人に対し侵害の排除を請求することにより、真正相続人に相続権を回復させようとする」ものである（最判昭和 53 年 12 月 20 日民集 32 卷 9 号 1674 頁）。

4 国籍の取得

(1) 国籍取得の原因

出生の時点で、父または母が日本国民であれば、子は日本国籍を取得する（国籍法 2 条 1 号）。

(2) 母が日本国民である子

日本国民である母の子は、出生により母との間に法律上の親子関係が生じ、生来的に日本国籍を取得する（国籍法 2 条 1 号）。

(3) 父が日本国民である（母は日本国民ではない）子

ア 父母が法律上の婚姻関係にある場合

出生時点で日本国民である父の子なので、生来的に日本国籍を取得する（国籍法 2 条 1 号）。

イ 胎児認知

日本国民である父が胎児認知した子は、出生時に父との間に法律上の親子関係が生じ、国籍法 2 条 1 号により生来的に日本国籍を取

得する。

ウ 胎児認知を受けていない場合

法律上の婚姻関係にない日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した子で、父から胎児認知を受けていないものについては、父が認知した 18 歳未満の子は、届出の時に日本国籍を取得する（国籍法 3 条 1 項・2 項）⁸。

エ 裁判例は、血縁上の父子関係がないにもかかわらず、日本国民である男性により認知届がされた場合に、当該認知は当然に無効であり、認知した者と認知された者との間に法律上の親子関係を生じさせる効力を有しないとする（東京地判平成 30 年 7 月 24 日判タ 1471 号 94 頁）。

令和 4 年の国籍法改正後（令和 6 年 4 月 1 日施行）は、反対の事実があるときには、認知により子が日本国籍を取得する規定は適用されないことが明文化される（改正後の国籍法 3 条 3 項）。ここで、反対の事実があるときは、民法 786 条と同様、血縁上の父子関係がないことをいうと解される。

第 5 前提問題として親子関係の存否を審理判断することができるか

1 親子関係を否定する手続きの法的性質

最判令和 5 年が引用する最判昭和 50 年 9 月 30 日裁判集（民）116 号 115 頁は、共有持分権不存在確認請求事件において、戸籍上嫡出子として届けられているが、血縁上の親子関係（父子関係）がない事案において、「戸籍上嫡出子の届出がされている場合であつても、財産上の紛争に関する先決問題として、その訴訟において父子関係の不存在を審理確定することは妨げない」と判示し、前提問題として判断することができるとした。

最判令和 5 年は、上記第 2 のとおり、婚姻費用分担請求事件において、推定されない嫡出子の父子関係について、嫡出否認の訴えによることなく、前提問題として親子関係の存否を判断することができる判示した。

2 形成の訴えについて

推定される嫡出子についての嫡出否認の訴え、認知された子についての認知取消しの訴え、及び認知無効の訴えについて形成無効説に立つ場合は、これらの訴えの法的性質は形成の訴えであるとされる。

推定される嫡出子については、嫡出否認の訴えによるべきであり、親子関係不存在確認の訴えによって親子関係を否定することは不合法であるとされる（最判平成 26 年 7 月 17 日民集 68 卷 6 号 545 頁）。

そうすると、形成の訴えについては、前提問題として親子関係の存否を審理判断することはできないものと考えられる。

3 事実の確認をする訴えについて

(1) 親子関係不存在確認の訴えにおける親子関係の存否についての判断は形成的なものではなく、事実の確認をするに過ぎない。

よって、親子関係不存在確認の訴えによることができる場合については、前提問題として審理判断することができる。

(2) 母子関係について

母子関係については、親子関係を否定する場合、親子関係不存在確認の訴えによることになるから、前提問題として審理判断することができる。

(3) 親子関係不存在確認の訴え等により親子関係を否定する父子関係について

推定されない嫡出子、推定の及ばない子について、親子関係を否定する場合、親子関係不存在確認の訴えによることになるから、前提問題として審理判断することができる。

また、認知された子についての認知無効の訴えにおいて当然無効説に立つ場合にも、前提問題として審理判断することができる。

(4) もっとも、遺産分割審判において、前提問題として判断することができるとしても、訴訟で判断が覆された場合、前提問題としての親子関係についての判断には既判力が生じない（最決昭和 41 年 3 月 2 日民集 20 卷 3 号 360 頁）。そのため、前提問題として扱われた父子関係の存否と、別手続の親子関係不

存在確認の訴えにおける父子関係の存否の判断が異なった場合、後者が優先し、遺産分割審判が無効となったり、相続人ではない者が取得した相続財産についてあらためて遺産分割協議をする必要が生じたりする。このような事態を避けるために、相続人の範囲については別手続の訴訟等により確定されるべきであるとの考えがある⁹。

(5) 基本的な身分事項であり、多くの法律関係の基礎となる国籍の取得についても、別手続により既判力をもって確定されるのが適切な場合が多いと考える。

(6) これに対し、婚姻費用、養育費、子の監護等については、適時に司法判断がされる要請が大きいことから、親子関係の存否について前提問題として審理判断し、のちに訴訟等で判断が覆された場合には不当利得の問題として処理をすることが相当な場合があると考える。

第 6 まとめ

親子関係の存否が問題となった場合に、親子関係の存否を別手続で先に決しなければならぬか、別手続によることなく当該手続内で前提問題として審理判断することができるかは、基本的には、親子関係を否定する手続の法的性質が形成的なものか事実の確認であるかによって決せられる。しかし、実際の手続の選択においては、親子関係の存否を既判力をもって決定することが紛争の実質的な解決につながるか、親子関係の存否を前提問題として判断して養育費等の具体的な法律関係の実現をする要請があるか、仮に前提となる親子関係の存否について判断が覆った場合に適正な法律関係を回復することができるか等を勘案して検討することが適切であると考え

以上

¹ 代理懐胎には、妻が卵巣と子宮を摘出した

等により、妻の卵子が使用できず、かつ妻が妊娠できない場合に、夫の精子を妻以外の第三者の子宮に医学的な方法で注入して妻の代わりに妊娠・出産してもらう代理母（サロゲートマザー）と、夫婦の精子と卵子は使用できるが、子宮摘出等により妻が妊娠できない場合に、夫の精子と妻の卵子を体外受精して得た胚を妻以外の第三者の子宮に入れて、妻の代わりに妊娠・出産してもらう借り腹（ホストマザー）の2種類が存在する。両者の共通点は、子を欲する夫婦の妻以外の第三者に妊娠・出産を代わって行わせることにある。

（厚生科学審議会生殖補助医療部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」平成15年4月28日（2003））

<https://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5a.html#1-1>

² 法務省「民法等の一部を改正する法律について」令和5年1月13日（2023）

https://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00315.html

³ 戸根住夫「嫡出否認、父子関係不存在確認の適正裁判手続き」判タ1444号26頁（2018）

⁴ 常岡史子「ライブラリ 今日法律学=8 家族法」136頁（新世社、初版、2020）

⁵ 前掲常岡143頁

⁶ 前掲常岡144頁

⁷ 荒井九州雄「認知の無効と取消」211頁 野田愛子・梶村太一編「新家族法実務体系②親族Ⅱ」（新日本法規、2008）

⁸ 平成20年国籍法改正前に、国籍取得の要件として父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことを必要としていた点が憲法14条1項に違反するとした判例として、最大判平成20年6月4日裁判集（民）228号1010頁がある。

⁹ 東京家庭裁判所家事第5部編著「特集 遺産分割事件処理の実情と課題 第3章 遺産分割事件処理上の課題1 前提問題に争いのある事件への対応」判タ1137号77頁（2004）

① スポーツ指導の現場で発生しがちなトラブルを

防止・解決するためのヒントを法律の専門家の立場から解説

—スポーツ現場での発言について、紛争防止のために指導者が気を付けるべきこと—

Hints for prevention and resolution from the perspective of legal expert
about troubles that tend to occur in the field of sports instruction.

~Things coaches should be aware of to prevent conflicts when speaking at sports venues~

井上 浩平 (神奈川県弁護士会スポーツ法研究会)

清水 基弘 (神奈川県弁護士会スポーツ法研究会)

② スポーツ事故の実効的な被害救済、補償等について

Effective damage relief and compensation for sports accidents.

柴田 剛 (神奈川県弁護士会スポーツ法研究会)

第 1 スポーツ指導の現場で発生しがちなトラブルを防止・解決するためのヒントを法律の専門家の立場から解説—スポーツ現場での発言について、紛争防止のために指導者が気を付けるべきこと—

1 本稿について

去る令和5年10月5日、当研究会の会員である井上浩平先生（74期）が、急病により31歳という若さで逝去されました。

故井上先生は、生前、スポーツ法の分野において精力的に活動されておりましたので、その功績を讃え、深い哀悼の意とともに、以前に故人が執筆した他誌掲載用の記事を本誌に合わせ、清水において微修正したうえで、以下掲載致します。

謹んで故人のご冥福をお祈り申し上げます。

2 叱咤激励と名誉毀損

例えば、決定的な場面でミスを犯した選手に対して、監督、あるいは応援席のOBか

ら、「へたくそ！ もう競技辞めちまえ！」といった罵声を飛ばした場合、叱咤激励のつもりでも、程度によっては、民事の損害賠償責任を負う場合があり、さらに刑法上の責任が生じる可能性も否定できない。指導者からであれば、当然パワハラとして許されるものではなく、懲戒処分等の対象となるが、懲戒処分のみならず、民事と刑事の責任を負う可能性がある。

名誉毀損行為は、不特定多数の前で事実を示して社会的評価を低下させることだが、「事実」ではなく、「バカ野郎」、「へたくそ」や「やめちまえ」といった「評価」であったとしても、人格を否定する発言として選手の名誉感情は侵害されるだろう。名誉感情とは、プライドや自尊心を意味する。そして、人格を否定する発言が、社会一般として我慢できる程度を超えた発言といえる場合には、名誉感情を侵害した不法行為として損害賠償責任を負うことになる。社会一般として我慢できる限度を超えたかどうかは、発言内容、発言した状況、発言した側の立場や、発言を受けた側の立場など、さまざまな要素によって

判断されるが、指導者と選手の関係は、指導者のほうが強い立場にあることを忘れてはいけない。強い立場にある人の発言は、弱い立場にある人にとっては重く受け止めざるを得ず、指導者から選手に対して発せられた、人格を否定するような発言は、社会一般として我慢できる限度を超えた発言となる可能性が高くなる。

この他にも、指導者が人格を否定する発言をした場合は、J S P O¹公認指導者資格処分規定²に基づき、公認指導者は処分される可能性がある。また、発言者が指導者ではなく、観客席にいるOBや保護者であった場合でも、行き過ぎた発言を指導者が認識しながら放置すれば、不法行為を助長したと評価されて、発言者とともに、指導者も責任を問われることになりかねない。

刑法上の責任としては、一般的な例として「留年した」、「成績が悪い」、「借金している」「不倫した」といった人の評価を下げるような事実を示した場合には、名誉毀損罪に問われかねない。事実を示さなかったとしても、公然と人を侮辱すれば、侮辱罪に問われる。刑法上の「侮辱」とは、名誉毀損と同様に、社会的評価を低下させることを指すが、過去の事例を参考にすると、「くそばばあ、死ぬ。」といった発言でも侮辱罪が成立している。

3 ナイスファウルはあり得ない

名誉毀損に当たらない場合であっても、フェアプレーの観点から、してはならない発言がある。例えば、味方の劣勢な場面で、対戦相手が犯したミスやファウルに助けられたとき、「ナイスミス!」、「ナイスファウル!」や「ありがとう!」と叫ぶ声を聞いたことはないだろうか。言葉自体に悪い意味がなく、子

どもたちは、何の悪意もなく、常套句のように使っている言葉かもしれない。

しかし、相手選手へのリスペクトを欠いた、相手のミスを揶揄して、真剣なプレーを貶めるような言動はフェアプレーの精神に反する。また、指導者が普段から指導に際して発している発言は、子ども達もそのまま真似するだろうし、チーム全体の雰囲気にも影響を及ぼす。選手の言動は、指導者の姿勢に大きく左右されるため、指導者自らフェアプレーに徹することは当然であるし、フェアプレーに反するような発言に対しても注意を心がける必要がある。

4 マナー違反者を排する規定

令和5年4月14日、阪神タイガース公式サイトでは、「応援に関するお願い」³として、「選手を誹謗中傷するようなヤジや侮辱的な替え歌は絶対にお止めいただきますよう」という公式の見解が発表された。これは、相手選手のプライベートな事情について、これを揶揄する替え歌が繰り返されたことから、自チームの観客に対して、運営から注意喚起されたものだ。選手や観客含めてスポーツに関わる全ての人が互いに敬意を払わなければならないことはプロであっても、学生スポーツであっても同様である。

Jリーグの試合運営管理規程⁴第4条には、観客の禁止行為として、「人種、肌の色、性別、言語、宗教、政治または出自等に関する差別的あるいは侮辱的その他社会通念上不適切な発言または行為」が規定されており、禁止行為を行った観客に対して、主催者は入場拒否や退場を行使することができる。これは、人が生まれながらに変わることができない事項や、個人の価値観が立脚する宗教や政治

¹ J S P O=日本スポーツ協会。日本国内の中央競技団体および各都道府県の体育協会を統括する団体であり、いわゆる国体を主催している。かつての名称は、「日本体育協会」。

² 同規定については公式サイト (https://www.japan-sports.or.jp/Portals/0/data/boryoku/kyu_kitei/coa_sho_bun_kijun_bepyou_20180401.pdf) を参照された

い。

³ 当該記事については公式サイトの記事 (https://hanshintigers.jp/news/topics/info_8620.html) を参照されたい。

⁴ 同規定については公式サイトの記事 (https://aboutj.league.jp/corporate/fairplay/manners_rules/) を参照されたい。

に関する事項について、不適切な発言や行為を禁止したもののだが、スポーツが国境を超えて広がることを考えると、非常に参考になる考え方だ。

このような見解や規定は、選手保護の観点から設けられたものだが、一般的なスポーツ指導の現場に当てはめて考えることも必要だ。保護者や観客にマナー違反な発言をした者がいた場合には、指導者として臆することなく注意喚起をするべきである。

5 結語

試合において、指導者、選手や観客からさまざまな発言が飛び交う中で、感情的になり、普段は出ないような発言をしてしまうケースはあるかもしれない。しかし、「覆水盆に返らず」だ。口から出た発言は、もう取り消すことはできない。自分の発言が名誉毀損として不法行為が成立し、損害賠償責任を負う可能性が十分にあることを意識し、フェアプレーの考えを胸に刻んで、指導や応援をするべきである。

また、発言が不法行為に該当するかどうかの判断は、専門的知識なく判断することは困難である。自分では大丈夫と思っているラインが、不法行為に該当してしまうこともあり得る。不安を抱えていれば、専門家である弁護士に相談する必要がある。

第2 スポーツ事故の実効的な被害救済、補償等について

1 スポーツ事故でも高額な損害賠償責任が生じる可能性がある

スポーツ活動中の事故により損害が発生した場合、一定の要件を具備すれば相手方に対して損害賠償請求が可能だ。その損害の

内容としては、けがをしたケースであれば、治療費、通院費、入通院慰謝料や休業損害のほか、けがの程度によっては後遺障害慰謝料、後遺障害逸失利益なども考えられます。物を壊してしまったようなケースであれば、壊してしまった物の時価相当額、それが使えなかったことによる損害（営業上の損失等）などが含まれる可能性もあります。

このように、死亡事案や重篤なけが事案となれば損害額は相対的に大きくなります。物が壊れてしまったケースでも、精密機器や特注品など替えの効かないようなものであれば、やはり損害額は大きくなるかもしれません。

そして、これらの損害を与えた相手方、すなわち、衝突等で物理的に損害を与えてしまった当事者（ここにはスポーツ活動中の競技者同士というケースも含まれます。）はもちろん、それだけでなく、安全配慮義務違反が認められた団体⁵⁶や指導者個人⁷も損害賠償責任を負う可能性があります。

2 実際に裁判で認められた賠償額

高額な賠償が認定された事案としては、次のようなものがあります。大会運営中の落雷事故によりその参加者の一人が重度の後遺障害を負った事案（最高裁判決平成18年3月13日、差戻控訴審高松高裁判決平成20年9月17日）では、3億円を超える賠償額が認められました。そのほか、1億円を超えるものとして大阪地裁平成22年9月3日判決（体操部での平行棒練習中の落下事故）などもあるところです。これら、額の多寡により耳目を集める事案以外でも、一般的に、他覚的所見のないむち打ち症等で6か月通院した場合の通院慰謝料を89万円と算定する基準⁸も公表されているところであり、ス

⁵ 福岡地裁久留米支部令和4年6月24日判決（校庭にあったゴールポストが固定されていなかったことを見逃したことにつき学校側の安全配慮義務違反が認められた事案）

⁶ 望月浩一郎、山中龍宏、菊山直幸編「これで防げる！ 学校体育・スポーツ事故科学的視点で考える実践へのヒ

ント」22-23ページ（中央法規・2023）

⁷ 大阪地裁平成27年4月17日判決（生徒が熱中症による重篤な後遺障害を負った事案で監督者に水分補給を指示する義務があったのにこれを怠ったと認定された事案）

⁸ 公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部

ポーツ活動と高額な賠償責任とは決して距離があるというものではありません。

3 スポーツ保険の有用性とその限界

負担を命じられた賠償責任を履行する必要があるのは、原則として相手方当事者です。つまり、けがなどを負った被害者側としては、その救済は相手方当事者の資力に依存することとなります⁹。

しかし、それでは上記のように損害が大きくなればなるほど救済の必要が高いのに救済が得られないというジレンマに陥ってしまいます。このような万が一に備えることのできる制度が、いわゆる保険や補償の制度です。我が国におけるスポーツや学校体育場面での主なものとして、スポーツ安全保険¹⁰、公認スポーツ指導者総合保険¹¹及び日本スポーツ振興センターの災害共済給付制度¹²が挙げられます¹³。

しかし、いずれについても、死亡や重篤なけがが生じたようなケースでは損害の全てを填補するには十分とは言い難く、差額分についてはなおも相手方当事者が負担すべきこととなり、実効的な被害者救済にはいまだ十分とはいえないのが現状です。

4 スポーツ法学会の提言とまとめ

このような現状に鑑み、日本スポーツ法学会は、令和5年7月1日、「(仮称) スポーツ事故被災者への補償等総合的支援制度」の創設に関する提言を行いました¹⁴。

これは、下記の7点を骨子とした総合的な支援を国等に求めるものです。

- 被災者の迅速な救済：被災者に対して素早い支援措置を講じ、必要な補償を迅速に提供すること。
- 当事者の過重負担回避：事故の当事者が抱える経済的及び精神的な負担を軽減するために、事故による損失の公平な分担を行うこと。
- 当事者間の対立回避：民事責任をめぐる敵対的な関係を回避し、当事者が協力して事故原因の究明に取り組める環境を整備すること。
- 事故原因の調査・究明：一定の重傷事故が発生した場合には、第三者調査機関が事故原因を調査し、真相究明を行うこと。
- 被災者に寄り添い、被災者を主役にする事故防止対策：被災者の意見や声を重視し、事故防止策の策定や実施に被災者を積極的に参画させること。
- 研究機関との連携：研究機関との協力関係を築き、事故防止や被災者支援に関する研究や情報の共有・活用を図ること。
- 被災者コミュニティとの連携：被災者コミュニティとの緊密な連携を図り、被災者の声やニーズに応えるための支援体制を構築すること。

この補償制度が将来的に実現するかどうかやこの提言自体が指摘する克服すべき今後の課題など検討事項が多いのは事実です。しかしながら、スポーツや運動といったものがけがや事故といったリスクを内在するものである以上、事故予防と同等にリスクが顕在化した場合の手当ても重要です。

こういった提言などが実を結び、スポー

編「民事交通事故訴訟損害賠償額算定基準（上巻）」（最新は2023年版）

⁹ 上記最高裁判決平成18年3月13日の事例では、相手方当事者である体育協会が多額の賠償金の捻出が困難となり最終的に自己破産をするという顛末になりました。

¹⁰ <https://www.sportsanzen.org/hoken/index.html>

¹¹ <https://www.japan-sports.or.jp/coach/tabid1168.html>

¹²

<https://www.jpnsport.go.jp/anzen/saigai/tabid/56/default.aspx>

¹³ その他団体独自の補償制度や外国での状況等については、日本スポーツ法学会事故判例研究専門委員会編「スポーツ事故の法的責任と予防」187-205ページ（道徳書院・2022年）

¹⁴ <http://jsla.gr.jp/archives/1732>

ツ等に関する一人ひとりが「適性等に応じて、安全かつ公正な環境の下で日常的にスポーツに親しみ、スポーツを楽しみ、又はスポーツを支える活動に参画することができる機会が確保¹⁵」される日が来ることを願っています。

以 上

¹⁵ スポーツ基本法前文

専門実務研究会 1～18号 論文一覧(研究会別)

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者	
倒産法研究会 (総掲載数 2本)	2号	破産管財人の担保価値維持義務と善管注意義務	前田 康行	
	18号	家族法と倒産手続き—離婚と財産分与に焦点をあてて—	毛塚 衛	
マンション法研究会 (総掲載数 16本)	1号	マンションの管理組合総会の手続と実務上の諸問題	三品 篤・河住 志保	
	2号	マンション管理組合の当事者能力、管理規約の成立要件	田上 尚志	
	3号	区分所有法上の「特定承継人」の責任	堀之内 和英	
	4号	管理費滞納と区分所有法59条に基づく競売請求	藤田 章弘	
	5号	不在組合員に対する負担金賦課の適法性	波田野 馨子	
	6号	マンション標準管理規約の改正と検討課題	若林 大介	
	7号	団地に関する一考察	松田 道佐	
	8号	マンションの給水管等の更新に関する諸問題	濱田 卓	
	9号	「特別の影響」に関する一考察	佐々木 好一	
	10号	マンションの共用部分等について生じた不当利得返還請求権の行使について—平成27年9月18日最高裁第二小法廷判決—	小平 展洋	
	11号	マンションの敷地に関する2つの事例	濱田 卓	
	12号	マンションにおける民泊に関する諸問題	水野 博之／濱田 卓	
	13号	管理組合が保管する書類の閲覧・謄写請求に関する一考察	濱田 卓	
	14号	配偶者居住権とマンションにおける管理費等支払義務	佐藤 元	
	16号	マンションの共用部分から生じた損害に関する責任—給排水管からの漏水に関する管理組合の責任とその拡大を中心にして—	佐藤 元	
	18号	「区分所有法制の改正に関する中間試案」に対する神奈川県弁護士会の意見書	林 薫男／渡邊 拓／田中宗一郎／中野智一郎／坂本 学／濱田 卓／佐藤 元	
	知的財産法研究会 (総掲載数 12本)	2号	「用途発明」に関する考察	中道 徹
		3号	営業秘密入門	中道 徹
4号		特許侵害訴訟提起の前に	中道 徹	
5号		国際取引における契約締結上の過失責任の準拠法—cic責任の法性決定と送致範囲の画定について—	田野 賢太郎	
6号		特許権の存続期間の延長登録出願を巡る最近の判例と審査基準の改訂 ～「パシーフカプセル30mg」事件を中心に～	中道 徹	
7号		通商交渉を契機とする新たな知的財産保護立法をめぐる考察:我が国における地理的表示(GI)保護制度の検討に係る考慮事項—WTO紛争解決事例(DS174/DS290)から得られる示唆を踏まえて—	田中 佐知子	
7号		プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈 ～揺らぐ物の発明の意義～	中道 徹	
8号		秘密保持契約についての若干の考察	田野 賢太郎	
10号		弁護士の眼・弁理士の眼 ～横浜弁護士会知的財産法研究会と日本弁理士会・関東支部・神奈川委員会との合同研究会成果報告～	大堀 健太郎／岡田 健太郎／亀井 文也 ／中道 徹／佐久間 重吉／保科 敏夫 ／青木 充／樋口 正樹	
11号		職務発明と労働法規制についての一考	岡田 健太郎	
12号		パブリック・ドメインと商標権に関する一考察	引地 麻由子	
16号		有名野球選手のサインの偽造・販売と不正競争防止法	石原 知	
会社法研究会 (総掲載数 9本)		1号	新会社法と監査役・監査委員会制度 —効果的な経営監視機能の強化の観点から—	高橋 理一郎
		2号	種類株式とその活用について	北島 美樹
		2号	敵対的買収防衛策導入にあたっての若干の法的考察 —いわゆる事前警告型防衛策を中心として—	高橋 理一郎／西村 将樹
		3号	事業承継の諸問題	高橋 理一郎／飯島 俊／紺野 晃男／新開 崇弘／中村 真由美
	4号	企業秘密の保持と契約法 —実務上の観点からの若干の考察—	高橋 理一郎／紺野 晃男／佐藤 麻子	
	6号	コンプライアンスの理念と弁護士の役割	橋本 吉行／岡部 健一／河野 雄太	
	9号	新株発行の無効の訴えにおける無効事由について	芳賀 良(横浜国立大学教授)	
	15号	株式譲渡承認請求に係る諸問題	前田 康行	
	18号	会社の解散と清算	毛塚 衛	
	金融取引法研究会 (総掲載数 3本)	1号	「不招請勧誘の禁止」とその効用	石戸谷 豊
2号		損失補てんを巡る諸問題	武井 共夫	
7号		金融商品訴訟における適合性原則と説明義務	浅川 壽一	
不動産法研究会 (総掲載数 17本)	1号	登記法の改正と実務上の諸問題	立川 正雄	
	2号	借地の諸問題	立川 正雄／及川 健一郎／関戸 淳平 ／横山 宗祐／篠田 貴和／小木 正和 ／野竹 秀一／原田 満	
	3号	借地の諸問題(その2)	立川 正雄／及川 健一郎／関戸 淳平 ／横山 宗祐／篠田 貴和／小木 正和 ／野竹 秀一／原田 満	

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者	
不動産法研究会 (総掲載数 18本)	4号	不動産売買と破産・民事再生・会社更生手続	立川 正雄／関戸 淳平／及川 健一郎	
	5号	不動産賃貸借と破産・民事再生・会社更生	立川 正雄／原田 満／川村 健二	
	6号	地震災害における不動産法務	立川 正雄／及川 健一郎／篠田 貴和／ 小木 正和／野竹 秀一／原田 満／久保 豊／川村 健二／西内 洋人	
	7号	サブリース契約による賃貸管理	立川 正雄／及川 健一郎	
	8号	消費者契約法と不動産取引(その1)	立川 正雄／及川 健一郎	
	9号	消費者契約法と不動産取引(その2)	立川 正雄／及川 健一郎	
	10号	マイナンバーと不動産取引	立川 正雄／及川 健一郎／高梨 翔太	
	11号	宅地建物取引業法の諸問題(その1)	立川 正雄／及川 健一郎／篠田 貴和／ 野竹 秀一／高梨 翔太	
	12号	宅地建物取引業法の諸問題(その2)	立川 正雄／及川 健一郎／川村 健二／ 山岸 龍文／帯 慎太郎／高梨 翔太／金 島 悠太	
	13号	土地区画整理事業の諸問題	及川 健一郎／高梨 翔太／金島 悠太	
	14号	共有不動産の諸問題	立川 正雄／及川 健一郎／高梨 翔太／ 金島 悠太	
	15号	新型コロナウイルス感染症と賃料減免の諸問題	及川 健一郎／野竹 秀一／金島 悠太	
	16号	土地の使用貸借契約の諸問題	及川 健一郎／金島 悠太	
	17号	休眠抵当権の抹消に関する諸問題	及川 健一郎／金島 悠太	
	18号	建替費用の損害賠償と損益相殺	及川 健一郎	
	遺言・相続研究会 (総掲載数 1本)	9号	非嫡出子相続分規定の違憲決定による実務的な影響 ー平成25年9月4日最高裁大法廷決定ー	海江田 誠
	家族法研究会 (総掲載数 5本)	5号	不貞慰謝料 夫婦の一方と不貞をした第三者は、他方配偶者に 対し、不法行為責任を負うか	川島 志保／中村 真由美
		6号	面会交流実現のための代理人の仕事	川島 志保／中村 真由美
7号		養育費・婚姻費用の算定	川島 志保／中村 真由美	
10号		子の監護に関する処分の一事例	中村 真由美	
	18号	親子関係の存否を前提問題として審理判断することができる場合	中村 真由美	
IT法研究会 〔旧:インターネット法律研究会〕 (総掲載数 8本)	3号	プロバイダ責任制限法による発信者情報開示の現状と課題	内山 浩人	
	5号	情報漏洩問題における管理者責任判断の枠組み	三浦 靖彦	
	7号	クラウドを巡るいくつかの法的問題に関する若干の考察	飯田 直久／三浦 靖彦／遠藤 政尚／中 野 智昭	
	9号	インターネットや電子データを利用した犯罪に関する考察	栗野 庸司	
	11号	「忘れられる権利」と近時の裁判例の動向	内山 浩人	
	14号	インターネットを巡る法制度の概要と動向	山辺 直義／内山 浩人／大谷 優樹／畔 柳 秀勝／田中 総一郎／遠藤 政尚／坂 本 真史／飯田 直久／栗野 庸司	
	15号	リツイートを中心とするSNS投稿の法律問題	飯田 直久／本田 正男／遠藤 政尚／内 山 浩人／木村 俊樹／坂本 真史	
17号	インターネット上の誹謗中傷における法制度の動向 ～プロバイダ責任制限法改正、侮辱罪の罰則化～	飯田 直久／内山 浩人／佐藤 隆志／遠 藤 政尚		
行政法研究会 (総掲載数 5本)	4号	住民訴訟の諸問題 ー全国都道府県議会議員野球大会をめぐる判例を素材にー	上平 加奈子／川島 明子／佐久間 重吉 ／中村 真由美／中村 律夫／本間 豊／ 森田 明	
	5号	学校における懲戒権行使の実務的考察 ーグラビアアイドル退学処分事件を題材にー	野澤 哲也	
	6号	高齢者虐待防止法第9条第2項「やむを得ない措置」の法的性質	中村 真由美	
	8号	建築確認において、建築主事等が負う職務上の法的義務について	中村 真由美	
	12号	行政不服審査法の手続にかかる問題	中村 真由美	
独占禁止法研究会 (総掲載数 13本)	1号	独禁法違反の処理手続と民事訴訟手続の現状	鈴木 満	
	2号	不公平な取引方法に関する事例研究	浦田 修志／畑中 隆爾	
	3号	課徴金事件の判審決における争点の整理	鈴木 満	
	4号	平成21年度独禁法改正の概要と課題	鈴木 満	
	5号	高まる独禁法・下請法リスク ー生産部門の下請法リスク・仕入部門の独禁法リスクを中心にー	鈴木 満	
	6号	大規模小売業者の優越的地位の濫用への初の課徴金賦課 ー山陽マルナカ独禁法違反事件ー	鈴木 満	
	7号	日本の課徴金減免制度の現状と特徴	鈴木 満	
	8号	独占禁止法の「域外適用」の現状と課題 ー主要事例の検証を踏まえてー	鈴木 満	
	9号	下請企業の利益を保護する下請代金支払遅延等防止法	鈴木 満	
	10号	独占禁止法24条の現状と課題	田鍋 智之	
	11号	独占禁止法審査手続に関する指針について	島津 圭吾	

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者
独占禁止法研究会 (総掲載数 13本)	13号	独占禁止法審査手続と「秘匿特権」	加藤 正太
	16号	EU及びその加盟国における下請的取引及び優越的地位濫用に 対する規制の現状	鈴木 雄大
債務者の権利研究会 [旧:商工ローン研究会] (総掲載数 10本)	3号	商工ローン研究会の歩みと利息制限法潜脱との戦い	荏原 洋子
	4号	充当に関する最高裁の軌道修正 —議論の混乱を整理するために—	荏原 洋子
	5号	充当に関する「原則に戻った再整理」 —議論の混乱終息へ—	荏原 洋子
	6号	保証人被害根絶に向けて金融庁の監督指針を活かそう!横浜商 工ローン研究会の弁護団事件の結末など	荏原 洋子
	7号	43条厳格解釈の歴史と取締役責任訴訟の現状 最高裁平成24年9月28日弁論の意義 その他、実務に役立ついくつかの情報について	荏原 洋子
	8号	残された課題は遅延損害金と上限金利の引下げ —利息制限法制定時の議論とその後の法改正国民民主権を破壊 するTPPのISDS条項	荏原 洋子
	9号	「よりよい民法改正のため」から「民法体系の総入れ替え反対」へ —特に、第三者個人保証について—	荏原 洋子
	11号	「借金から脱出する権利」の確立に向けて 問題は多重債務から 過重債務へ 利息制限法上限金利引下実現全国会議の9年間の成果から	荏原 洋子
	13号	保証被害根絶に向けて —これまでを振り返り、これからを考える—	荏原 洋子
環境法実務研究会 (総掲載数 5本)	2号	ごみ処理の広域化とゼロ・ウェイスト政策	岩橋 宣隆
	4号	我が国における外来生物対策の現状と展望	小倉 孝之
	5号	わが国の治水のあり方について	宮澤 廣幸
	6号	北川湿地事件報告 —身近な自然を守ることの難しさ—	小倉 孝之
	11号	神奈川の林地・緑地保全と開発	幸 裕子/小倉 孝之/大森 望/畑中 隆爾/新倉 武/宮澤 廣幸/大島 正寿 /鈴木 洋平
債権回収研究会 (総掲載数 1本)	7号	「預金額最大店舗指定方式」による債権差押命令申立てについて の—考察	北嶋 祐介/砂子 昌利
交通事故損害賠償研究会 (総掲載数 6本)	6号	交通事故損害賠償における労災保険給付と損害の填補	常磐 重雄
	8号	脳外傷による高次脳機能障害の訴訟上の認定方法に関する考 察	伊藤 武洋
	9号	脳脊髄液減少症の診断基準と裁判例の分析 —厚生労働省の中間報告と横浜地方裁判所平成24年7月31日判 決を契機として—	天野 康代/狩倉 博之/神足 嘉穂/坂 本 真史/杉原 弘康/鈴木 亮/中野 智昭/三浦 靖彦/山本 紘太郎/吉田 瑞穂
	11号	交通事故損害賠償における介護保険給付をめぐる諸問題につ いて ～将来介護費用の公平な分担を中心に～	常磐 重雄
	12号	交通事故における社会保障制度をめぐる諸問題	黒江 卓郎/榎 研司/鈴木 亮/松原 雄輝
	13号	家事の分担がある場合の逸失利益性	海江田 誠
スポーツ法研究会 (総掲載数 10本)	9号	スキー場における安全管理の在り方について	徳田 暁/松原 範之
	10号	スポーツ事故における武道・格闘技の理解と判例	濱田 玄樹/阿部 新治郎
	11号	高齢者登山における健康状態把握義務と申出責任についての考 察	山本 紘太郎
	12号	「これで防げる学校体育・スポーツ事故」シンポジウム報告 —ゴール転倒・組立体操・ムカゲ競争の事故から子供達を守る—	松原 範之/阿部 新治郎
	13号	シンポジウム「これで防げる学校体育・スポーツ事故」報告 —繰り返されるプール事故から子ども達を守る—	徳田 暁/飯島 俊/松原 範之/阿部 新治郎
	14号	シンポジウム「これで防げる学校体育・スポーツ事故」報告 —繰り返される跳び箱事故から子ども達を守る—	松原 範之/阿部 新治郎/濱田 玄樹/ 大川 雄矢
	15号	2020関東弁護士会連合会シンポジウム報告 「スポーツにおける公正性・公平性の実現のために ～障害者スポーツ、不祥事対応を題材として～」	飯島 俊/松原 範之/阿部 新治郎/三 輪 渉
16号	スポーツ競技者同士の競技事故における不法行為責任の裁判例 考察	飯島 俊/松原 範之/阿部 新治郎	
17号	マリンスポーツにおける水生生物採捕に関する法律問題	飯島 俊	

研究会名	掲載号	タイトル	執筆者
スポーツ法研究会 (総掲載数 10本)	18号	1 スポーツ指導の現場で発生しがちなトラブルを防止・解決するためのヒントを法律の専門家の立場から解説—スポーツ現場での発言について、紛争防止のために指導者が気を付けるべきこと—	井上 浩平/清水 基弘
		2 スポーツ事故の実効的な被害救済、補償等について	柴田 剛
情報問題対策委員会有志 (総掲載数 12本)	3号	弁護士業務と個人情報保護制度に関する判例と実務の動向	松田 道佐/飯田 伸一/佐藤 直大/前田 一/三嶋 健/杉本 朗/森田 明
	4号	情報公開条例における文書不存在に関する横浜市審査会答申の検討	前田 一/飯田 伸一/佐藤 直大/松田 道佐/森田 明
	5号	個人情報保護をめぐる損害賠償にかかる最近の裁判例	飯田 伸一/小口 千恵子/前田 一/宮崎 裕子/森田 明/安永 佳代
	7号	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例	飯田 伸一/中野 智昭/勝山 勝弘/笠間 透/宮崎 裕子
	8号	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(2)	飯田 伸一/梅村 嘉久/中野 智昭/笠間 透/福田 英訓
	9号	個人情報保護をめぐる最近の判例	小野 浩奈/中野 智昭/松田 道佐/笠間 透/飯田 伸一
	10号	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(3)	齋藤 宙也/森田 明/福田 英訓/中野 智昭/飯田 伸一
	11号	情報公開の差し止め—逆FOIAの実情—	森田 明/中野 智昭/山辺 直義/福田 英訓/井筒 聡美
	12号	地方公共団体における公文書管理—審査会答申等から見る問題点と公文書管理条例のあり方—	森田 明
	13号	弁護士会照会をめぐる裁判例の研究	飯田 伸一/井筒 聡美/齋藤 宙也/福田 英訓/森田 明
	14号	地方公共団体における情報公開等不服申立てを巡る問題点	森田 明
16号	地方公共団体の個人情報保護に関する審議会の実情と今後—令和3年個人情報保護法改正を踏まえて	森田 明	
刑事弁護センター運営委員会有志 (総掲載数 1本)	10号	身体拘束に対する裁判所の意識の変化と弁護活動について	齋藤 守/彦坂 幸伸
司法制度委員会有志 (総掲載数 1本)	12号	民法(債権法)改正の重要論点について	飯島 奈津子/石原 隆/小山 泰史(上智大学教授)/野田 和裕(広島大学教授)/林 薫男/飛田 憲一/宮澤 俊昭(横浜国立大学教授)/山野 健一郎/山本 寛/渡邊拓(横浜国立大学教授)
空き家問題対策検討WT有志 (総掲載数 1本)	12号	空家等対策の推進に関する特別措置法の概要と神奈川県弁護士会及び神奈川県内自治体の空家等対策の状況	中野 和明/坂本 正之/苑田 浩之/大川 宏之/小林 俊介/酒井 裕香/田中 恒司
個人 (総掲載数 16本)	3号	2項道路の今日的課題を考える—最高裁平14.4.12 判決後の実務を中心として—	清水 規廣
	4号	最近の地方自治法改正—地方議会議員の法的位置付けをめぐって—	仁平 信哉
	5号	周辺住民による完成直前のマンション建築確認取消判決(最高裁で確定) 補論 行訴法3条6項義務付け訴訟裁判	川上 英一
	5号	大量増員時代の弁護士をとりまく現状と課題に関する若干の考察—米国弁護士との比較的視点を交えて—	高橋 理一郎/佐藤 麻子
	5号	裁判員裁判の実際	妹尾 孝之
	6号	【特別寄稿】弁護士の業務領域拡大に関する小考	李 載鎮
	6号	弁護士による被害者支援について	武内 大徳
	6号	裁判員裁判における情状弁護	齋藤 守/妹尾 孝之
	7号	損害賠償命令とその民事訴訟移行について	大澤 晶子
	7号	刑事弁護活動と国家賠償請求事件に関する報告	深澤 詩子
	8号	改定入管法における在留資格取消制度—主に日本人の配偶者等の在留資格について	飯田 学史
	8号	不動産取引への消費者契約法の適用—主に事業者の立場から—	二川 裕之
	9号	情報公開法等に基づく決定における理由提示をめぐる問題—内閣府情報公開・個人情報保護審査会の答申から—	森田 明
	9号	人身取引被害の民事的救済	尾家 康介
10号	不動産賃貸借に基づく動産の先取特権を活用した悪質な賃借人からの早期な建物明渡しの検討	鈴木 洋平	
11号	虐待が疑われる乳幼児頭部外傷について、法的観点からの考察	中野 智昭	

専門実務研究会 1～18号 論文一覧(号数別)

号数	掲載順	タイトル	執筆者
1号	1	マンションの管理組合総会の手続と実務上の諸問題	三品 篤/河住 志保(マンション法研究会)
	2	「不招請勧誘の禁止」とその効用	石戸谷 豊(金融取引法研究会)
	3	新会社法と監査役・監査委員会制度 —効果的な経営監視機能の強化の観点から—	高橋 理一郎(会社法研究会)
	4	独禁法違反の処理手続と民事訴訟手続の現状	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	5	登記法の改正と実務上の諸問題	立川 正雄(不動産法研究会)
2号	1	マンション管理組合の当事者能力、管理規約の成立要件	田上 尚志(マンション法研究会)
	2	破産管財人の担保価値維持義務と善管注意義務	前田 康行(倒産法研究会)
	3	損失補てんを巡る諸問題	武井 共夫(金融取引法研究会)
	4	種類株式とその活用について	北島 美樹(会社法研究会)
	5	敵対的買収防衛策導入にあたっての若干の法的考察 —いわゆる事前警告型防衛策を中心として—	高橋 理一郎/西村 将樹(会社法研究会)
	6	不公平な取引方法に関する事例研究	浦田 修志/畑中 隆爾(独占禁止法研究会)
	7	ごみ処理の広域化とゼロ・ウェイスト政策	岩橋 宣隆(環境法研究会)
	8	「用途発明」に関する考察	中道 徹(知的財産法研究会)
	9	借地の諸問題	立川 正雄/及川 健一郎/関戸 淳平/横山 宗祐/篠田 貴和/小木 正和/野竹 秀一/原田 満(不動産法研究会)
3号	1	課徴金事件の判審決における争点の整理	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	2	区分所有法上の「特定承継人」の責任	堀之内 和英(マンション法研究会)
	3	プロバイダ責任制限法による発信者情報開示の現状と課題	内山 浩人(インターネット法律研究会)
	4	弁護士業務と個人情報保護制度に関する判例と実務の動向	松田 道佐/飯田 伸一/佐藤 直大/前田 一/三嶋 健/杉本 朗/森田 明(情報問題対策委員会有志)
	5	借地の諸問題(その2)	立川 正雄/及川 健一郎/関戸 淳平/横山 宗祐/篠田 貴和/小木 正和/野竹 秀一/原田 満(不動産法研究会)
	6	営業秘密入門	中道 徹(知的財産法研究会)
	7	2項道路の今日的課題を考える —最高裁平14.4.12 判決後の実務を中心として—	清水 規廣
	8	商工ローン研究会の歩みと利息制限法潜脱との戦い	荻原 洋子(商工ローン研究会)
	9	事業承継の諸問題	高橋 理一郎/飯島 俊/紺野 晃男/新開 崇弘/中村 真由美(会社法研究会)
4号	1	管理費滞納と区分所有法59条に基づく競売請求	藤田 章弘(マンション法研究会)
	2	情報公開条例における文書不存在に関する横浜市審査会答申の検討	前田 一/飯田 伸一/佐藤 直大/松田 道佐/森田 明(情報問題対策委員会有志)
	3	不動産売買と破産・民事再生・会社更生手続	立川 正雄/関戸 淳平/及川 健一郎(不動産法研究会)
	4	充当に関する最高裁の軌道修正 —議論の混乱を整理するために—	荻原 正道(商工ローン研究会)
	5	最近の地方自治法改正 —地方議会議員の法的位置付けをめぐる—	仁平 信哉
	6	企業秘密の保持と契約法 —実務上の観点からの若干の考察—	高橋 理一郎/紺野 晃男/佐藤 麻子(会社法研究会)
	7	特許侵害訴訟提起の前に	中道 徹(知的財産法研究会)
	8	住民訴訟の諸問題 —全国都道府県議会議員野球大会をめぐる判例を素材に—	上平 加奈子/川島 明子/佐久間 重吉/中村 真由美/中村 律夫/本間 豊/森田 明(行政法研究会)
	9	平成21年度独禁法改正の概要と課題	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	10	我が国における外来生物対策の現状と展望	小倉 孝之(環境法実務研究会)
5号	1	高まる独禁法・下請法リスク —生産部門の下請法リスク・仕入部門の独禁法リスクを中心に—	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	2	不在組合員に対する負担金賦課の適法性	波田野 馨子(マンション法研究会)
	3	個人情報保護をめぐる損害賠償にかかる最近の裁判例	飯田 伸一/小口 千恵子/前田 一/宮崎 裕子/森田 明/安永 佳代(情報問題対策委員会有志)
	4	国際取引における契約締結上の過失責任の準拠法 —cic責任の法性決定と送致範囲の画定について—	田野 賢太郎(知的財産法研究会)
	5	不動産賃貸借と破産・民事再生・会社更生	立川 正雄/原田 満/川村 健二(不動産法研究会)
	6	周辺住民による完成直前のマンション建築確認取消判決(最高裁で確定) 補論 行訴法3条6項義務付け訴訟裁判	川上 英一

号数	掲載順	タイトル	執筆者
5号	7	情報漏洩問題における管理者責任判断の枠組み	三浦 靖彦(インターネット法律研究会)
	8	学校における懲戒権行使の実務的考察 —グラビアアイドル退学処分事件を題材に—	野澤 哲也(行政法研究会)
	9	大量増員時代の弁護士をとりまく現状と課題に関する若干の考察 —米国弁護士との比較的視点を交えて—	高橋 理一郎/佐藤 麻子
	10	わが国の治水のあり方について	宮澤 廣幸(環境法実務研究会)
	11	充当に関する「原則に戻った再整理」 —議論の混乱終息へ—	荻原 正道(商工ローン研究会)
	12	不貞慰謝料 夫婦の一方と不貞をした第三者は、他方配偶者に対し、 不法行為責任を負うか	川島 志保/中村 真由美(家族法研究会)
	13	裁判員裁判の実際	妹尾 孝之
6号	1	【特別寄稿】弁護士の業務領域拡大に関する小考	李 載鎮
	2	大規模小売業者の優越的地位の濫用への初の課徴金賦課—山陽マルナカ独禁法違反事件—	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	3	コンプライアンスの理念と弁護士の役割	橋本 吉行/岡部 健一/河野 雄太(会社法研究会)
	4	地震災害における不動産法務	立川 正雄/及川 健一郎/篠田 貴和/小木 正和/野竹 秀一/原田 満/久保 豊/川村 健二/西内 洋人(不動産法研究会)
	5	交通事故損害賠償における労災保険給付と損害の填補	常磐 重雄(交通事故損害賠償研究会)
	6	特許権の存続期間の延長登録出願を巡る最近の判例と審査基準の改訂 ～「パシーフカプセル30mg」事件を中心に～	中道 徹(知的財産法研究会)
	7	面会交流実現のための代理人の仕事	川島 志保/中村 真由美(家族法研究会)
	8	弁護士による被害者支援について	武内 大徳
	9	マンション標準管理規約の改正と検討課題	若林 大介(マンション法研究会)
	10	北川湿地事件報告 —身近な自然を守ることの難しさ—	小倉 孝之(環境法実務研究会)
	11	裁判員裁判における情状弁護	齋藤 守/妹尾 孝之
	12	高齢者虐待防止法第9条第2項「やむを得ない措置」の法的性質	中村 真由美(行政法研究会)
	13	保証人被害根絶に向けて金融庁の監督指針を活かそう!横浜商工ローン研究会の弁護団事件の結末など	荻原 洋子(商工ローン研究会)
7号	1	日本の課徴金減免制度の現状と特徴	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	2	損害賠償命令とその民事訴訟移行について	大澤 晶子
	3	サブリース契約による賃貸管理	立川 正雄/及川 健一郎(不動産法研究会)
	4	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例	飯田 伸一/中野 智昭/勝山 勝弘/笠間 透/宮崎 裕子(情報問題対策委員会有志)
	5	団地に関する一考察	松田 道佐(マンション法研究会)
	6	「預金額最大店舗指定方式」による債権差押命令申立てについての一考察	北嶋 祐介/砂子 昌利(債権回収研究会)
	7	刑事弁護活動と国家賠償請求事件に関する報告	深澤 詩子
	8	通商交渉を契機とする新たな知的財産保護立法をめぐる考察:我が国における地理的表示(GI)保護制度の検討に係る考慮事項 —WTO紛争解決事例(DS174/DS290)から得られる示唆を踏まえて—	田中 佐知子(知的財産法研究会)
	9	クラウドを巡るいくつかの法的問題に関する若干の考察	飯田 直久/三浦 靖彦/遠藤 政尚/中野 智昭(インターネット法律研究会)
	10	プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈 ～揺らぐ物の発明の意義～	中道 徹(知的財産法研究会)
	11	養育費・婚姻費用の算定	川島 志保/中村 真由美(家族法研究会)
	12	43条厳格解釈の歴史と取締役責任訴訟の現状 最高裁平成24年9月28日弁論の意義 その他、実務に役立ついくつかの情報について	荻原 洋子(商工ローン研究会)
	13	金融商品訴訟における適合性原則と説明義務	浅川 壽一(金融取引法研究会)
8号	1	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(2)	飯田 伸一/梅村 嘉久/中野 智昭/笠間 透/福田 英訓(情報問題対策委員会有志)
	2	脳外傷による高次脳機能障害の訴訟上の認定方法に関する考察	伊藤 武洋(交通事故損害賠償研究会)
	3	消費者契約法と不動産取引(その1)	立川 正雄/及川 健一郎(不動産法研究会)
	4	改定入管法における在留資格取消制度 主に日本人の配偶者等の在留資格について	飯田 学史
	5	不動産取引への消費者契約法の適用 —主に事業者の立場から—	二川 裕之
	6	秘密保持契約についての若干の考察	田野 賢太郎(知的財産法研究会)
	7	建築確認において、建築主事等が負う職務上の法的義務について	中村 真由美(行政法研究会)

号数	掲載順	タイトル	執筆者
8号	8	残された課題は遅延損害金と上限金利の引下げ —利息制限法制定時の議論とその後の法改正国民民主権を破壊するT PPのISDS条項	荏原 洋子(商工ローン研究会)
	9	独占禁止法の「域外適用」の現状と課題 —主要事例の検証を踏まえて—	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	10	マンションの給水管等の更新に関する諸問題	濱田 卓(マンション法研究会)
9号	1	新株発行の無効の訴えにおける無効事由について	芳賀 良(会社法研究会・横浜国立大学教授)
	2	下請企業の利益を保護する下請代金支払遅延等防止法	鈴木 満(独占禁止法研究会)
	3	情報公開法等に基づく決定における理由提示をめぐる問題 —内閣府情報公開・個人情報保護審査会の答申から—	森田 明
	4	個人情報保護をめぐる最近の判例	小野 浩奈／中野 智昭／松田 道佐／笠間 透／ 飯田 伸一(情報問題対策委員会有志)
	5	「特別の影響」に関する一考察	佐々木 好一(マンション法研究会)
	6	消費者契約法と不動産取引(その2)	立川 正雄／及川 健一郎(不動産法研究会)
	7	脳脊髄液減少症の診断基準と裁判例の分析 —厚生労働省の中間報告と横浜地方裁判所平成24年7月31日判決を 契機として—	天野 康代／狩倉 博之／神足 嘉穂／坂本 真史 ／杉原 弘康／鈴木 亮／中野 智昭／三浦 靖彦 ／山本 紘太郎／吉田 瑞穂(交通事故損害賠償研 究会)
	8	人身取引被害の民事的救済	尾家 康介
	9	非嫡出子相続分規定の違憲決定による実務的な影響 —平成25年9月4日最高裁大法廷決定—	海江田 誠(遺言・相続研究会)
	10	インターネットや電子データを利用した犯罪に関する考察	栗野 庸司(インターネット法研究会)
	11	スキー場における安全管理の在り方について	徳田 暁／松原 範之(スポーツ法研究会)
	12	「よりよい民法改正のため」から「民法体系の総入れ替え反対」へ —特に、第三者個人保証について—	荏原 洋子(商工ローン研究会)
10号	1	マイナンバーと不動産取引	立川 正雄／及川 健一郎／高梨 翔太(不動産 法研究会)
	2	情報公開請求及び個人情報保護をめぐる最近の判例(3)	齋藤 宙也／森田 明／福田 英訓／中野 智昭 ／飯田 伸一(情報問題対策委員会有志)
	3	不動産賃貸借に基づく動産の先取特権を活用した悪質な賃借人から の早期な建物明渡しの検討	鈴木 洋平
	4	弁護士の眼・弁理士の眼 ～横浜弁護士会知的財産法研究会と日本弁理士会・関東支部・神奈 川委員会との合同研究会成果報告～	大堀 健太郎／岡田 健太郎／亀井 文也／中道 徹／佐久間 重吉／保科 敏夫／青木 充／樋口 正樹(知的財産法研究会)
	5	マンションの共用部分等について生じた不当利得返還請求権の行使に ついて —平成27年9月18日最高裁第二小法廷判決—	小平 展洋(マンション法研究会)
	6	「借金から脱出する権利」の確立に向けて 問題は多重債務から過重 債務へ 利息制限法上限金利引下実現全国会議の9年間の成果から	荏原 洋子(商工ローン研究会)
	7	子の監護に関する処分の一事例	中村 真由美(家族法研究会)
	8	スポーツ事故における武道・格闘技の理解と判例	濱田 玄樹／阿部 新治郎(スポーツ法研究会)
	9	独占禁止法24条の現状と課題	田鍋 智之(独占禁止法研究会)
	10	身体拘束に対する裁判所の意識の変化と弁護活動について	齋藤 守／彦坂 幸伸(刑事弁護センター運営委 員会有志)
11号	1	情報公開の差し止め—逆FOIAの実情—	森田 明／中野 智昭／山辺 直義／福田 英訓 ／井筒 聡美(情報問題対策委員会有志)
	2	宅地建物取引業法の諸問題(その1)	立川 正雄／及川 健一郎／篠田 貴和／野竹 秀一／高梨 翔太(不動産法研究会)
	3	虐待が疑われる乳幼児頭部外傷について、法的観点からの考察	中野 智昭
	4	独占禁止法審査手続に関する指針について	島津 圭吾(独占禁止法研究会)
	5	「忘れられる権利」と近時の裁判例の動向	内山 浩人(インターネット法律研究会)
	6	職務発明と労働法規制についての一考察	岡田 健太郎(知的財産法研究会)
	7	神奈川の林地・緑地保全と開発	幸 裕子／小倉 孝之／大森 望／畑中 隆爾／ 新倉 武／宮澤 廣幸／大島 正寿／鈴木 洋平 (環境法実務研究会)
	8	交通事故損害賠償における介護保険給付をめぐる諸問題について ～将来介護費用の公平な分担を中心に～	常磐 重雄(交通事故損害賠償研究会)
	9	マンションの敷地に関する2つの事例	濱田 卓(マンション法研究会)
	10	高齢者登山における健康状態把握義務と申出責任についての一考	山本 紘太郎(スポーツ法研究会)
12号	1	パブリック・ドメインと商標権に関する一考察	引地 麻由子(知的財産法研究会)
	2	地方公共団体における公文書管理 —審査会答申等から見る問題点と公文書管理条例のあり方—	森田 明(情報問題対策委員会有志)

号数	掲載順	タイトル	執筆者
12号	3	宅地建物取引業法の諸問題(その2)	立川 正雄/及川 健一郎/川村 健二/山岸 龍文/帶 慎太郎/高梨 翔太/金島 悠太(不動産法研究会)
	4	民法(債権法)改正の重要論点について	飯島 奈津子/石原 隆/小山 泰史(上智大学教授)/野田 和裕(広島大学教授)/林 薫男/飛田 憲一/宮澤 俊昭(横浜国立大学教授)/山野 健一郎/山本 寛/渡邊拓(横浜国立大学教授)(司法制度委員会有志)
	5	交通事故における社会保障制度をめぐる諸問題	黒江 卓郎/榊 研司/鈴木 亮/松原 雄輝(交通事故損害賠償研究会)
	6	マンションにおける民泊に関する諸問題	水野 博之/濱田 卓(マンション法研究会)
	7	空家等対策の推進に関する特別措置法の概要と神奈川県弁護士会及び神奈川県内自治体の空家等対策の状況	中野 和明/坂本 正之/苑田 浩之/大川 宏之/小林 俊介/酒井 裕香/田中 恒司(空き家問題対策検討WT有志)
	8	行政不服審査法の手続にかかる問題	中村 真由美(行政法研究会)
	9	「これで防げる学校体育・スポーツ事故」シンポジウム報告—ゴール転倒・組立体操・ムカデ競争の事故から子供達を守る—	松原 範之/阿部 新治郎(スポーツ法研究会)
13号	1	独占禁止法審査手続と「秘匿特権」	加藤 正太(独占禁止法研究会)
	2	弁護士会照会をめぐる裁判例の研究	飯田 伸一/井筒 聡美/齋藤 宙也/福田 英訓/森田 明(情報問題対策委員会有志)
	3	土地区画整理事業の諸問題	及川 健一郎/高梨 翔太/金島 悠太(不動産法研究会)
	4	家事の分担がある場合の逸失利益性	海江田 誠(交通事故損害賠償研究会)
	5	管理組が保管する書類の閲覧・謄写請求に関する一考察	濱田 卓(マンション法研究会)
	6	保証被害根絶に向けて—これまでを振り返り、これからを考える—	芥原 洋子(債務者の権利研究会)
	7	シンポジウム「これで防げる学校体育・スポーツ事故」報告—繰り返されるプール事故から子ども達を守る—	徳田 暁/飯島 俊/松原 範之/阿部 新治郎/(スポーツ法研究会)
14号	1	地方公共団体における情報公開等不服申立てを巡る問題点	森田 明(情報問題対策委員会有志)
	2	共有不動産の諸問題	立川 正雄/及川 健一郎/高梨 翔太/金島 悠太(不動産法研究会)
	3	インターネットを巡る法制度の概要と動向	山辺 直義/内山 浩人/大谷 優樹/畔柳 秀勝/田中 総一郎/遠藤 政尚/坂本 真史/飯田 直久/栗野 庸司(IT法研究会)
	4	配偶者居住権とマンションにおける管理費等支払義務	佐藤 元(マンション法研究会)
	5	シンポジウム「これで防げる学校体育・スポーツ事故」報告—繰り返される跳び箱事故から子ども達を守る—	松原 範之/阿部 新治郎/濱田 玄樹/大川 雄矢(スポーツ法研究会)
15号	1	リツイートを中心とするSNS投稿の法律問題	飯田 直久/本田 正男/遠藤 政尚/内山 浩人/木村 俊樹/坂本 真史(IT法研究会)
	2	株式譲渡承認請求に係る諸問題	前田 康行(会社法研究会)
	3	2020関東弁護士会連合会シンポジウム報告「スポーツにおける公正性・公平性の実現のために～障害者スポーツ、不祥事対応を題材として～」	飯島 俊/松原 範之/阿部 新治郎/三輪 渉(スポーツ法研究会)
	4	新型コロナウイルス感染症と賃料減免の諸問題	及川 健一郎/野竹 秀一/金島 悠太(不動産法研究会)
16号	1	EU及びその加盟国における下請的取引及び優越的地位濫用に対する規制の現状	鈴木 雄大(独占禁止法研究会)
	2	地方公共団体の個人情報保護に関する審議会の実情と今後—令和3年個人情報保護法改正を踏まえて	森田 明(情報問題対策委員会有志)
	3	制限超過支払いの充当性の歴史と基本・最高裁に原点の確認を求めよう&最近の債務の消滅時効問題	芥原 洋子(債務者の権利研究会)
	4	有名野球選手のサインの偽造・販売と不正競争防止法	石原 知(知的財産法研究会)
	5	土地の使用貸借契約の諸問題	及川 健一郎/金島 悠太(不動産法研究会)
	6	スポーツ競技者同士の競技事故における不法行為責任の裁判例考察	飯島 俊/松原 範之/阿部 新治郎(スポーツ法研究会)
	7	マンションの共用部分から生じた損害に関する責任—給排水管からの漏水に関する管理組合の責任とその拡大を中心に—	佐藤 元(マンション法研究会)

号数	掲載順	タイトル	執筆者
17号	1	休眠抵当権の抹消に関する諸問題	及川 健一郎／金島 悠太（不動産法研究会）
	2	マリンスポーツにおける水生生物採捕に関する法律問題	飯島 俊（スポーツ研究会）
	3	ネット上の誹謗中傷における法制度の動向 ～プロバイダ責任制限法改正、侮辱罪の罰則化～	飯田 直久／内山 浩人／佐藤 隆志／遠藤 政尚（IT法研究会）
18号	1	「区分所有法制の改正に関する中間試案」に対する神奈川県弁護士会の意見書	林 薫男／渡邊 拓／田中宗一郎／中野智一郎／坂本 学／濱田 卓／佐藤 元
	2	家族法と倒産手続き－離婚と財産分与に焦点をあてて－	毛塚 衛
	3	会社の解散と清算	毛塚 衛
	4	建替費用の損害賠償と損益相殺	及川 健一郎
	5	親子関係の存否を前提問題として審理判断することができる場合	中村真由美
	6	1 スポーツ指導の現場で発生しがちなトラブルを 防止・解決するためのヒントを法律の専門家の立場から解説 －スポーツ現場での発言について、紛争防止のために指導者が気を 付けるべきこと－ 2 スポーツ事故の実効的な被害救済、補償等について	井上 浩平／清水 基弘 柴田 剛

あ と が き

- ◇関係各位のご協力をいただき、第18号を発刊することができました。創刊号から本号に至るまで、本書の発行に携わった全ての皆様に深く感謝申し上げます。
- ◇本年度は、新型コロナウイルスの影響が収束化に向かっており、WEB会議システムに加えて対面会議を開催する研究会もありました。会議の方法はどのようなものであっても、充実した議論がなされて各専門分野の研究がさらに発展することを希望しております。
- ◇本号は、6つの研究会による6本の論文（うち1本は委員会との共著）を掲載しました。いずれの論文も、実務家としての観点から検討を加えた最新の議論が展開されておりますので、是非ご一読いただき、今後の実務もしくは研究等に役立てていただければ幸いです。
- ◇今後も、引き続き発刊する予定ですので、本書をより充実した内容とするためにも、本書に対するご意見等をお寄せいただければ幸甚です。また、継続的に発表されている研究会は勿論のこと、これまで未発表の研究会や、同一の研究会から複数の論文をお寄せいただくことも大歓迎ですし、個人会員による寄稿もお待ちしております。今後、本書を継続的に発刊するためにも、より積極的な寄稿をお願い致します。
- ◇最後に、本号の発刊にあたり、ご多忙の中、快く執筆を引き受けてくださいました各研究会所属の会員の皆様、また、編集や連絡のために労力を割いて下さった編集委員、そして事務局の方々に心より感謝申し上げます。

2024（令和6）年3月15日

編集兼連絡委員代表 藤田章弘

編集兼連絡委員（順不同）

代表 藤田章弘

委員 田子陽子、内山浩人、杉原弘康、濱田卓、濱田玄樹、松原雄輝、溝口歩実、
鈴木洋平、毛塚衛

担当副会長 田中恒司

研修委員会委員長 古口雄介

神奈川県弁護士会専門実務研究会

- ・倒産法研究会
- ・知的財産法研究会
- ・会社法研究会
- ・独占禁止法研究会
- ・家族法研究会
- ・遺言・相続研究会
- ・IT法研究会（旧インターネット法律研究会）
- ・不動産法研究会
- ・行政法研究会
- ・マンション法研究会
- ・債務者の権利研究会（旧商工ローン研究会）
- ・環境法実務研究会
- ・交通事故損害賠償研究会
- ・スポーツ法研究会
- ・信託研究会

2024(令和6)年 専門実務研究 第18号

令和6年3月15日発行

発行所 **神奈川県弁護士会**

〒231-0021 神奈川県横浜市中区日本大通9番地

電話 045(211)7707

ホームページ <https://www.kanaben.or.jp/>

印刷所 株式会社神奈川機関紙印刷所

〒236-0004 神奈川県横浜市金沢区福浦2-1-12

電話 03(3854)2424

乱丁・落丁本はお取替えいたします。

©2024 Kanagawa Bar Association

本書の全部または一部を複写複製および磁気または光記録媒体への入力等を禁じます。

これらの許諾については本弁護士会 (Tel 045-211-7707) までご照会ください。