

区分所有法70条の憲法29条適合性

——最判平成21年4月23日判例時報2045号116頁の検討——

篠原 永明

I はじめに

本稿は、2002年の区分所有法改正で設けられた団地内全建物一括建替え制度（区分所有法70条）の憲法29条適合性が問題になった、平成21年4月23日の最高裁判決（以下、「平成21年判決」）⁽¹⁾について検討を行うものである。

いわゆる不適正管理不動産が社会問題化する中で、近年、その対応のための法改正が進められている。建物区分所有に関する法制度もその領域の一つである。2020年にはマンション管理適正化法およびマンション建替え等円滑化法が改正され、また、2021年の民法（物権法）改正を承け、現在、区分所有法改正の検討作業も行われている。そこで、憲法29条の財産権保障の観点から現行制度や法改正の方向性について分析するための準備作業として、平成21年判決が示した建物区分所有の領域での憲法29条の具体的要請を改めて確認しておこうというのが、本稿の関心である。

なぜ10年以上も前の判決を今さら検討対象にするのかと思われるかもしれないが、当時の憲法学の関心は、専ら、証券取引法判決および——⁽²⁾

(1) 最判平成21年4月23日判例時報2045号116頁。

論 説

平成21年判決も含む——証券取引法判決を先例として引用する諸判決と、森林法違憲判決⁽³⁾との合憲性の判断枠組みの異同にあり、本稿のような関心からの検討が十分になされてきたわけではない。また、現在、区分所有法制研究会において区分所有法制の見直しに向けた検討作業が行われているところ、団地内全建物一括建替え制度の議決要件のあり方も検討課題の一つに挙げられており、そこでは平成21年判決の射程が問われている⁽⁵⁾。その意味でも、平成21年判決の含意や射程について、改めて憲法論の観点から検討しておく必要性は高い。

以下では、平成21年判決の概要を確認した上で（Ⅱ）、まず、平成21年判決が建物区分所有の領域での憲法29条の具体的要請をどのように捉え、いかなる判断枠組みによって団地内全建物一括建替え制度の合憲性を審査したのか、検討する（Ⅲ）。そして、それを踏まえ、平成21年判決における団地内全建物一括建替え制度の憲法29条適合性の審査——および、その前提としてなされた建替え決議制度（区分所有法62条）の合理性の審査——について検討し、平成21年判決の含意や射程を明らかにすることにしたい（Ⅳ・Ⅴ）。

Ⅱ 平成21年判決の概要

1. 事案の概要

区分所有法70条1項は、団地内の建物がすべて区分所有建物であり、

(2) 最大判平成14年2月13日民集56巻2号331頁。

(3) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。

(4) 平成21年判決の分析として、例えば、榎透「判批」法学セミナー665号（2010年）116頁、高橋正俊「判批」法学教室編集室編『判例セレクト2009-2013〔I〕』（有斐閣、2015年）11頁を参照。

(5) 一般社団法人金融財政事情研究会のWebページ「区分所有法制研究会」（https://www.kinzai.or.jp/legalization_manshon.html）に掲載された、第10回研究会の「【資料】研究会資料8」5-7頁を参照（2022年7月4日最終閲覧）。

区分所有法70条の憲法29条適合性

かつ、団地内の建物の敷地が団地内建物の区分所有者の共有に属する場合において、団地内の建物について団地管理組合の管理対象とする旨の団地管理規約が定められているときは、団地内の各建物ごとにその区分所有者および議決権の各3分の2以上の賛成があれば（以下、「各棟要件」）、団地管理組合の集会において、団地内建物の区分所有者および議決権の各5分の4以上の多数決によって（以下、「全体要件」）、団地内全建物の一括建替えをする旨の決議ができることを定めている。

本件団地は、合計17棟のいずれも専有部分を有する区分所有建物から構成されていた。団地の敷地は1筆の土地からなり、全体が団地内建物の区分所有者全員の共有に属するものであった。本件団地においては、団地内建物の区分所有者全員で構成される団地管理組合（補助参加人）が、規約に基づき、団地の土地、附属施設および団地内建物などの管理を行っていた。平成17年3月6日、団地管理組合の臨時総会が開催され、団地内全建物一括建替え決議について投票がなされ、区分所有法70条所定の特別多数決要件を充足したことから、同決議が可決された。団地内建物の区分所有者であるYら（被告、控訴人、上告人）は、この一括建替え決議に反対票を投じたため、団地管理組合の理事長から本件建替え事業に参加するか否かを回答する旨の催告を受けた。これに対し、Yらは、回答書の「参加する」の欄に丸印を記入して提出したが、建替え組合の規約等の承諾書や建替え手続への同意書は提出しなかった。そこで、建替計画において共同事業予定者となったX（原告、被控訴人、被上告人）は、建替え決議に賛成した区分所有者から区分所有権を譲り受けた上で、Yらの参加の回答は真に本件建替え事業に参加する回答には当たらないとして、平成17年8月5日、Yらに対し区分所有権および敷地利用権をそれぞれ時価相当額で売り渡すよう売渡請求権を行使した（当時の区分所有法63条4項〔現5項〕・70条4項）。

本件は、以上を前提に、XがYらに対し、所有権に基づき各専有部分

に係る所有権移転登記の手續および建物の明渡しを求める訴えを提起した、という事案である。この訴訟において、区分所有法70条の憲法29条適合性が争点となった。第一審は、Xの各請求を認容。⁽⁶⁾ Yらが控訴したが、控訴審は、⁽⁷⁾ 第一審判決を相当とし控訴を棄却。そのため、Yらが上告。

2. 判旨：上告棄却

(1)区分所有権の性質

【1】「区分所有権は、1棟の建物の1部分を構成する専有部分を目的とする所有権であり、共用部分についての共有持分や敷地利用権を伴うものでもある。したがって、区分所有権の行使（区分所有権の行使に伴う共有持分や敷地利用権の行使を含む。以下同じ。）は、必然的に他の区分所有者の区分所有権の行使に影響を与えるものであるから、区分所有権の行使については、他の区分所有権の行使との調整が不可欠であり、区分所有者の集会の決議等による他の区分所有者の意思を反映した行使の制限は、区分所有権自体に内在するものであって、これらは、区分所有権の性質というべきものである。」

(2)区分所有法62条の建替え決議制度の合理性

【2】「区分所有建物について、老朽化等によって建替えの必要が生じたような場合に、大多数の区分所有者が建替えの意思を有していても一部の区分所有者が反対すれば建替えができないということになると、良好かつ安全な住環境の確保や敷地の有効活用の支障となるばかりか、一部の区分所有者の区分所有権の行使によって、大多数の区分所有者の区分所有権の合理的な行使が妨げられることになるから、1棟建替えの場

(6) 大阪地判平成19年10月30日 LEX/DB 28140498

(7) 大阪高判平成20年5月19日 LEX/DB 25450266

区分所有法70条の憲法29条適合性

合に区分所有者及び議決権の各5分の4以上の多数で建替え決議ができる旨定めた区分所有法62条1項は、区分所有権の上記性質にかんがみて、十分な合理性を有するものというべきである。」

(3)区分所有法70条の団地内全建物一括建替え制度の合理性

【3】「同法70条1項は、団地内の各建物の区分所有者及び議決権の各3分の2以上の賛成があれば、団地内区分所有者及び議決権の各5分の4以上の多数の賛成で団地内全建物一括建替えの決議ができるものとしているが、団地内全建物一括建替えは、団地全体として計画的に良好かつ安全な住環境を確保し、その敷地全体の効率的かつ一体的な利用を図ろうとするものであるところ、区分所有権の上記性質にかんがみると、団地全体では同法62条1項の議決要件と同一の議決要件を定め、各建物単位では区分所有者の数及び議決権数の過半数を相当超える議決要件を定めているのであり、同法70条1項の定めは、なお合理性を失うものではないというべきである。」

【4】「また、団地内全建物一括建替えの場合、1棟建替えの場合と同じく、上記のとおり、建替えに参加しない区分所有者は、売渡請求権の行使を受けることにより、区分所有権及び敷地利用権を時価で売り渡すこととされているのであり（同法70条4項、63条4項）、その経済的損失については相応の手当がされているというべきである。」

(4)結論

【5】「そうすると、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すれば、区分所有法70条は、憲法29条に違反するものではない。このことは、最高裁平成12年（オ）第1965号、同年（受）第1703号同14年2月13日大法院判決・民集56巻2号331頁の趣旨に徴して明らかである。」

Ⅲ 合憲性の判断枠組みについて

それでは、平成21年判決は建物区分所有の領域における憲法29条の要請をどのように理解し、いかなる判断枠組みによって区分所有法70条の合憲性を審査したのか、という点から検討していこう。

1. 先例としての証券取引法判決

(a) この点について、平成21年判決は合憲性の判断枠組みを明確に示しているわけではないが、先例として証券取引法判決を引用している【5】。「規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すれば」という部分に対応するのは、証券取引法判決の次の部分である。

「財産権は、それ自体に内在する制約がある外、その性質上社会全体の利益を図るために立法府によって加えられる規制により制約を受けるものである。財産権の種類、性質等は多種多様であり、また、財産権に対する規制を必要とする社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策に基づくものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等を図るものまで多岐にわたるため、財産権に対する規制は、種々の態様のものがあり得る。このことからすれば、財産権に対する規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである。」⁽⁸⁾

(8) 最大判平成14年2月13日民集56巻2号333-334頁。

区分所有法70条の憲法29条適合性

森林法違憲判決にも同様の比較衡量の枠組みを示した部分があるが、⁽⁹⁾証券取引法判決の上記部分はそれを簡略化したものである。まずは、証券取引法判決の上記部分で示された比較衡量の枠組みが持つ意義から検討していこう。

この点に関し、証券取引法判決と森林法違憲判決との違いとして、⁽¹⁰⁾まず、証券取引法判決では立法裁量の尊重に関して言及されていないことが挙げられる。しかし、そこから証券取引法判決は立法裁量の存在を前提としていないと結論付けることはできないように思われる。財産権は⁽¹¹⁾法律による具体化を必要とする権利であると考えられるところ、その具体化に際しては、ひとまず立法裁量を出発点に置かざるを得ないであろう。⁽¹²⁾そして実際に、証券取引法判決も、旧証券取引法164条1項の憲法29条適合性を、「規制目的は正当」なものといえるか否か、当該規制目的を達成するために「規制手段が必要性又は合理性に欠けることが明らかである」⁽¹³⁾(引用中傍点・筆者、以下同じ)といえるか否かという点から評価しており、⁽¹⁴⁾とりわけ規制手段の選択については——裁判所は立法者の

(9) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号410-411頁。

(10) 以下本文で論じるもの他、証券取引法判決と森林法違憲判決との比較については、小泉良幸「経済的自由権」毛利透ほか『法曹実務にとつての近代立憲主義』(判例時報社、2017年)183-185頁、卷美矢紀「消えた言葉のゆくえ」大林啓吾ほか編『憲法判例のエニグマ』(成文堂、2018年)77-78頁を参照。

(11) こうした議論として、例えば、大石和彦「財産権制約をめぐる近時の最高裁判例における違憲審査基準について」慶應法学13号(2009年)137-139頁を参照。

(12) 財産権の具体的内容は法律によって定められることが予定されているということは、早くから認められていた。例えば、法学協会編『註解日本国憲法〔上巻〕』(有斐閣、1953年)565-566頁を参照。

(13) 村山健太郎「財産権の制約」横大道聡編『憲法判例の射程〔第2版〕』(弘文堂、2020年)206頁、安西文雄ほか『憲法学読本〔第3版〕』(有斐閣、2018年)196頁〔卷美矢紀〕を参照。

(14) 最大判平成14年2月13日民集56巻2号334-335頁を参照。

論 説

判断の明らかな誤りを審査するという点で——広い立法裁量が認められることを前提にしていると解し得る。⁽¹⁵⁾

以上のことからすれば、森林法違憲判決も証券取引法判決も、財産権は法律による具体化を必要とする権利であり、その具体化に際しては立法裁量が認められるということを出発点におき、「財産権に対する規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうか」を判断するとしているという点では共通しているといえる。いずれにおいても、憲法29条の規範内容として、ひとまず、“国会は、財産権に関する法制度を「公共の福祉」適合的に整備しなければならない”という立法義務（客観法）が観念されているといえよう。

(b) 第二に、証券取引法判決と森林法違憲判決との違いとして、証券取引法判決においては、問題になった法制度のうち何が憲法上の「財産権」に該当し、何が「財産権の制限」として正当化を要することになるのかという議論がなされていないという点が挙げられる。

森林法違憲判決は、証券取引法判決と同様の比較衡量の枠組みを示した部分に続けて、民法256条の趣旨・目的について検討し、「当該共有物がその性質上分割することのできないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法29条2項にいう公共の福祉に適合することを要するものと解すべき」と述べている。⁽¹⁷⁾その上で、森林法違憲判決は、旧森林法186条の立法目的が公共の福祉に適合しないことが明らかといえるか

(15) 杉原則彦「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成14年度（上）』（法曹会、2005年）193-194頁の他、村山・前掲注（13）206頁などを参照。

(16) もちろん、問題になる領域ごとに、どの程度の立法裁量が認められるのかは異なり得る。この点については、杉原・前掲注（15）193頁も参照。

(17) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号411-412頁を参照。

区分所有法70条の憲法29条適合性

否か、そして、共有物分割請求権を否定することが「立法目的達成のための手段として合理性又は必要性に欠けることが明らか」といえるか否かという観点から、旧森林法186条の憲法29条2項適合性を審査し、同条は憲法29条2項に違反するという結論を導いている⁽¹⁸⁾。これは、民法256条1項の共有物分割請求権が認められることが憲法上の「原則」、そこから逸脱した制度設計は正当化を要する「例外」とする、原則—例外型の判断枠組みによって、旧森林法186条の憲法29条適合性を審査したものと考えられる。

以上をまとめると、森林法違憲判決は、ひとまず上記の立法義務（客観法）を観念した上で、そこから更に、民法の共同所有に関する規定の意義を踏まえ、具体的な判断枠組みとして原則—例外型の判断枠組みを導き、旧森林法186条の合憲性を審査しているといえる。上記の立法義務および比較衡量の枠組みは一般的・抽象的なものであり、個々の法制度の合憲性を審査するためには基準として曖昧である。そこで最高裁は、問題になる「財産権の種類、性質」等を踏まえ、より具体的な判断枠組みを設定したということであろう。

以上に対し、証券取引法判決および同判決を先例として引用する諸判決においては、確かに、何が憲法上の「財産権」に該当するかという議論はされておらず、具体的な判断枠組みも明示されているわけではない。しかし、これらの判決には、問題になった法律について立法目的と目的達成手段とに分節化して審査を行っているか否か、また、分節化して行うとしてどの程度の厳格さで審査を行っているかという点につき違いが見られることは、既に指摘されているとおりである。証券取引法判決お

(18) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号413-417頁を参照。

(19) 例えば、平成21年判決では目的・手段に分節化した審査は行われていないという指摘につき、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016年）348-349頁〔穴戸常寿〕、小泉・前掲注（10）187-188頁を参照。

よび同判決を先例として引用する諸判決も、問題になる「財産権の種類、性質」等を考慮し、それぞれ具体的な判断枠組みを導き、法律の合憲性を審査しているものといえよう。⁽²¹⁾

(c) 以上で検討してきたところからすれば、上述の比較衡量の枠組みは、財産権に関する法律の合憲性を審査する際の大枠に過ぎず、具体的な合憲性の判断枠組みは、問題になる「財産権の種類、性質」等を考慮して決定されると整理することができる。そうであるとすれば、証券取引法判決および同判決を先例として引用する諸判決は、森林法違憲判決と同様の「財産権の制限」構成（原則一例外型の判断枠組み）を採用しているのか否かといった、二分法的な問いをいきなり発することは適切ではない、ということになろう。まずは、金融商品取引や建物区分所有といった個々の領域において、問題になる「財産権の種類、性質」等に照らし、憲法29条の具体的な要請がどのように捉えられ、いかなる具体的な判断枠組みが設定されたのか（また、されるべきか）という観点から、判例を個別に検討しなければならない。

2. 建物区分所有の領域における憲法29条の要請

(a) それでは、平成21年判決は建物区分所有の領域での憲法29条の具体

(20) 証券取引法判決および同判決を先例として引用する諸判決における立法目的と目的達成手段の審査の厳格さの比較については、巻・前掲注（10）81-83頁、渡辺ほか・前掲注（19）347-348頁〔宍戸常寿〕を参照。

(21) 証券取引法判決については、「証券取引法164条1項によって規制される財産権の種類、性質や、財産権に対する規制を目的とする社会的理由ないし目的等を考慮した結果、規制手段の選択について相当の立法裁量が認められるべき分野に属すると考えられた」ため、「結果的には規制目的二分論によった場合の積極目的の規制についてと同様の違憲審査」が行われたとする、杉原・前掲注（15）194頁も参照。

区分所有法70条の憲法29条適合性

的要請をどのように捉え、いかなる判断枠組みによって区分所有法70条の合憲性を審査したのであろうか。

ここで注目すべきは、平成21年判決が、「区分所有権の性質」につき、「区分所有権の行使」は必然的に他の区分所有者の区分所有権・共有持分・敷地利用権の行使に影響を与えることになるので、「区分所有権の行使については、他の区分所有権の行使との調整が不可欠であり、区分所有者の集会の決議等による他の区分所有者の意思を反映した行使の制限は、区分所有権自体に内在するものである」と整理している点である（【1】）。平成21年判決は、こうした「区分所有権の性質」を踏まえ、まず、区分所有法62条1項につき、「大多数の区分所有者が建替えの意思を有していても一部の区分所有者が反対すれば建替えができないということになると、良好かつ安全な住環境の確保や敷地の有効活用の支障となるばかりか、一部の区分所有者の区分所有権の行使によって、大多数の区分所有者の区分所有権の合理的な行使が妨げられる」として、「十分な合理性を有するもの」と評価する（【2】）。また、それに続けて、区分所有法70条1項についても、「団地全体として計画的に良好かつ安全な住環境を確保し、その敷地全体の効率的かつ一体的な利用を図ろうとするものである」とその趣旨を捉えた上で、区分所有法62条1項との比較において「なお合理性を失うものではない」と評価している（【3】）。いずれにおいても、「区分所有権の行使」——これは「区分所有権の使用・収益・処分の自由」と言い換えてもよいだろう——と「他の区分所有権の行使」との調整の合理性が問題にされているといえよう。

ここでは、平成21年判決は、問題になる「財産権の種類、性質」に着目し、建物区分所有の領域における憲法29条の要請として、“建物区分所有という制度を設けるのであれば、㊦ある専有部分の「区分所有権の行使」と㊧他の区分所有権・共有持分・敷地利用権の行使との調整に係る適切な仕組みを設けておかなければならない”という要請を観念した

上で、立法の際の考慮事項⑦と④との調整が適切になされているか否かという観点から（考慮事項調整型の判断枠組み⁽²²⁾）、区分所有法70条1項の——更には、その前提として同62条1項の——憲法29条適合性を審査していると考えられる⁽²³⁾。

(22) 考慮事項調整型の判断枠組みについては、拙著『秩序形成の基本権論』（成文堂、2021年）177-185頁を参照。

(23) 以上に対し、曾我部真裕「財産権」法学教室497号（2022年）66-67頁は、最高裁は違憲審査のために便宜上「いったん『財産権の制約のない状態』を想定し、個々の事件で問題となっている法律がそれを規制するものとしてその合憲性を審査している」という、「違憲審査方法の問題」としての「自由な財産権」論を前提に、平成21年判決の「審査方法」に関し原則一例外型を採用したものと説明している。すなわち、「区分所有権が、『一棟の建物に構造上区分された数個の部分で独立して住居、店舗、事務所又は倉庫その他建物としての用途に供することができるものがあるときは、その各部分は、この法律の定めるところにより、それぞれ所有権の目的とすることができる。』（建物区分1条）、『『区分所有権』とは、前条に規定する建物の部分（……）を目的とする所有権をいう。』（同法2条1項）として創設された範囲内では全面的な使用・収益・処分をなしうることをひとまず前提とした上で、同法62条1項、70条1項の定める制度はそれを制限するものだという捉え方に基づくものだと考えることができる」、というのである。

本文でも述べるように、①財の使用・収益・処分の自由を確保することが、制度形成の際の義務的考慮事項になることは疑いなかろう。ここで、当該問題領域で①に後退を迫る憲法上の要請が必ずしも明らかではないとすれば、違憲審査を行う裁判所としては、さしあたり“なぜ憲法上の要請である①の実現をその程度にとどめるのか”を問う他ない。その意味で、違憲審査のため、便宜上、「自由な財産権」論に基づき原則一例外型の判断枠組みが採用されるということとは否定できない。しかし、仮にそうであったとしても、「自由な財産権」論に基づき原則一例外型の判断枠組みを採用したものと平成21年判決を説明することはできないように思われる。平成21年判決は、区分所有法62条1項や同70条1項においては「区分所有権の行使」と「他の区分所有権の行使」との調整が問題になっている。これは、要するに、財の使用・収益・処分の自由の相互調整が問題になっているということである。区分所有法62条1項の建替え決議制度を例にとれば、建替えに反対する区分所有者の区分所有権の自由を保護することは、建替え決議に賛成する区分所有者の敷地利用権行使の不自由を意味し、逆に、後者の自由を保護することは、前者の不自由を意味することになる（一方の「自由な財産

(b) これをもう少し一般化すれば、物権法の領域における憲法29条の規範内容としては、“国会は、①財の使用・収益・処分の自由と②当該財の使用・収益・処分によって影響を受けることになる他者の財産的利益とを適切に調整し、合理的な法制度を整備しなければならない”という立法義務（客観法）が観念されているということができよう。こうした立法義務は、財産権保障の趣旨に照らし、肯定的に捉え得る。

一方で、個人の側からすれば、財の使用・収益・処分の自由が認められることは自律的に生活を形成するための前提条件である。他方で、社会全体の側からしても、個人に財を割り当て使用・収益・処分を自由に行わせることで、財の効用が積極的に発揮され社会全体の利益の増進にもつながるとともに、財の管理も適正化されることが期待できる⁽²⁴⁾。こうした個人および社会全体の利益のため、各人に割り当てられる財の使用・収益・処分の自由の射程を定め、各人が財の効用を享受できるようにすることが、財産権保障の趣旨といえよう。ここでは、各人に財の効用を享受させることを考えるのであるから、国会には、ある財に着目したときに、①当該財の使用・収益・処分の自由を確保することと並び、②当該財の使用・収益・処分によって影響を受けることになる他者の財産的利益を確保することも考慮し、財産権に係る制度形成を行うことが求められていると考えることができる⁽²⁵⁾。

権」は他方の「不自由な財産権」をもたらすというトレードオフの関係にある)。ここでは、「自由な財産権」論に基づき憲法上の「原則」を基礎付けることはできない。また、このことは平成21年判決も想定済みのことと思われる。

(24) 以上の二つの観点については、渡辺ほか・前掲注(19)342-343頁〔宍戸常寿〕も参照。また、後者(社会全体の側)の観点については、原田大樹『公共紛争解決の基礎理論』(弘文堂、2021年)394頁も参照。

(25) 以上の考慮事項①②——これらは制度形成の際に立法者が考慮しなければならない義務的考慮事項である——の調整に係る制度形成の具体例としては、民法の相隣関係の規定(民法209条以下)や共同所有の規定(同249条以下)が挙げられよう。また、上記の森林法違憲判決については、民法256条1項の共有物分割

IV 建替え決議制度の合理性について

1. 平成21年判決における建替え決議制度の評価

それでは、以上の分析を踏まえ、まずは平成21年判決における区分所有法62条1項の建替え決議制度の評価について見ていくことにしよう。

平成21年判決は、「老朽化等によって建替えの必要が生じたような場合に、大多数の区分所有者が建替えの意思を有していても一部の区分所有者が反対すれば建替えができないということになると、良好かつ安全な住環境の確保や敷地の有効活用の支障となるばかりか、一部の区分所有者の区分所有権の行使によって、大多数の区分所有者の区分所有権の合理的な行使が妨げられることになる」として、「区分所有法62条1項は、区分所有権の上記性質にかんがみて、十分な合理性を有するものというべき」と評価している（【2】）。ここで、建替えに賛成する「大多数の区分所有者の区分所有権の合理的な行使」というときに中核をなすのは、既存の建物の区分所有権および共有持分は失われてしまうことからすると、建替えによってより良い住環境を享受する等のための敷地利用権の行使であろう。

上述のように、平成21年判決は、建物区分所有の領域における憲法29

請求権を否定することが「憲法上、財産権の制限に該当」するというをどのように説明するかが一つの課題となっているところ（憲法上の「原則」の基礎付けに関する議論の整理とそれに対する批判として、山本龍彦「イントロダクション」宍戸常寿ほか編『憲法学のゆくえ』[日本評論社、2016年] 203-207頁、平良小百合『財産権の憲法的保障』[尚学社、2017年] 33-44頁・45-46頁を参照）、考慮事項の調整という観点から森林法違憲判決を再構成することも可能であろう。民法256条1項の共有物分割請求権は、上記の考慮事項①②の調整に係る規定、すなわち憲法の要請を具体化した規定であるのに対し、持分価額2分の1以下の共有者に共有物分割請求権を否定している旧森林法186条は「森林経営の安定を図る」という政策的理由で設けられた規定に過ぎないため、共有物分割請求権との関係で正当化が必要になると整理することが考えられる。

区分所有法70条の憲法29条適合性

条の要請として、“建物区分所有という制度を設けるのであれば、㉗ある専有部分の「区分所有権の行使」と㉘他の区分所有権・共有持分・敷地利用権の行使との調整に係る適切な仕組みを設けておかなければならない”という要請を観念していると考えられる。ひとまず建替えに反対する区分所有者の区分所有権に着目すれば、建替えの場面では、以上の要請はより具体的に、㉗建替えに反対する区分所有者の区分所有権の保護と㉘建替えに賛成する区分所有者の敷地利用権の行使との調整の問題として整理することが可能である。平成21年判決は、区分所有法62条1項を㉗と㉘との調整を「区分所有者及び議決権の各5分の4以上の多数」という線引きで行ったものと捉え、上記の「区分所有権の性質」に照らしその合理性を肯定したものとえよう。

また、この部分の判示はごく簡単なものであるが、平成21年判決が「大多数の区分所有者」と殊更に述べていることからすれば、共用部分の変更の決議（区分所有法17条）や大規模滅失の場合の復旧の決議（同61条1項・5項）といった他の特別決議事項と比べても、「5分の4以上」という特に高いハードルが設定されていることが、ここでは重視されたのであろう。建替えの場合、既存の建物所有権を消滅させることになるので、㉗の側への相応の配慮が求められよう。平成21年判決は、単に㉗と㉘とが調整されているという点だけでなく、その調整において㉗の側に相応の重みが与えられているという点も踏まえ、区分所有法62条1項の合理性を肯定していると考えられる。

2. 客観的要件の必要性？

(a) 以上の平成21年判決の建替え決議制度の評価に対しては、平成21年判決は「『建替え』という制度の『合理性』を説明するにすぎず、建替えを多数決決議という団体的拘束によって行うことの正当化根拠を何ら提供していない」という批判が⁽²⁶⁾されている。この批判説は、「多数決

議による建替えが『合理的』と認めるためには、少数者の権利を侵害しない、すなわち、所有権自由の保障の要件が必要であり、「建替えを必要とする理由が存在すること（理由要件）」および「当該建物の効用の維持または回復……をするのに、過分の費用が必要になること（費用要件）」という両要件を満たさない建替え決議は無効となるという解釈をほどこすことで、ようやく区分所有法62条を合憲とできるという⁽²⁷⁾。

この点については、区分所有者の団体の特別多数決のみによって建替えを可能とした2002年区分所有法改正の趣旨をまずは確認しておく必要がある⁽²⁸⁾。2002年改正前の区分所有法62条1項には、「老朽、損傷、一部の滅失その他の事由により、建物の価額その他の事情に照らし、建物がその効用を維持し、又は回復するのに過分の費用を要するに至ったとき」という、「過分の費用」要件（客観的要件）も設けられていた。そして、当該要件の充足については裁判所で争うことが認められ、要件を満たさずになされた決議は無効になるとされていた⁽²⁹⁾。しかし、この「過分の費用」要件は、基準として明確でなく、区分所有者間の意思決定の基準として機能せず、紛争が裁判所に持ち込まれた場合には要件充足性

(26) 伊藤栄寿『所有法と団体法の交錯』（成文堂、2011年）240-241頁を参照。

(27) 伊藤・前掲注(26) 240-241頁・242頁を参照。この批判説が前提とする財産権保障の理解についての批判的検討としては、拙稿「マンション建替え決議制度と財産権保障」法律時報93巻3号（2021年）113-116頁を参照。関連して、財の使用・収益・処分を憲法上の「原則」とすることの適否については、前掲注(23)・(25)も参照。

(28) 以下の整理について、より詳しくは、拙稿・前掲注(27) 112-113頁を参照。

(29) 法務省民事局参事官室編『新しいマンション法』（商事法務研究会、1983年）338-340頁を参照。要するに、2002年改正前の建替え決議制度は、建替えに係る区分所有者間の実体的な利益の調整を区分所有者の団体がぎりの判断に任せず、紛争が生じた場合には、区分所有者の団体に代わり裁判所に「過分の費用」要件で表現された区分所有者間の利害調整を委ねる仕組みであった、と評し得る（拙稿・前掲注〔27〕113頁を参照）。

を巡り紛争が長期化するなど、建替え決議制度の機能不全の原因となった。そこで、2002年区分所有法改正によって、「過分の費用」要件は削除され、建替えをするか否かの判断は、専ら区分所有者の団体の決定に委ねられることとされたのである⁽³⁰⁾。また同時に、区分所有者の団体の決定の合理性を確保するため、建替え決議の手続も整備され（区分所有法62条4項～7項）、裁判所にはこの手続の遵守を監督する役割が与えられることとなった⁽³¹⁾。

平成21年判決も、この2002年区分所有法改正の趣旨を踏まえた上で、区分所有法62条1項の合理性を審査しているはずである。ここで重要であるのが、審査に際して平成21年判決が強調する「区分所有権の性質」であろう。区分所有者は、そもそも「区分所有権の行使については、他の区分所有権の行使との調整が不可欠」な関係に置かれているのだから、その調整を——「過分の費用」要件のような客観的要件を設け、そこで表された区分所有者間の利害調整を裁判所に委ねるのではなく——専ら当事者間の自治、すなわち区分所有者の団体の決定に委ねることも合理性がある⁽³²⁾。そして、手続を遵守して建替え決議がなされたのであれば、⁽³³⁾

(30) 吉田徹編『一問一答 改正マンション法』（商事法務、2003年）62-63頁を参照。

(31) 吉田編・前掲注(30) 76-77頁を参照。「重大な手続違反」があった場合には建替え決議は無効になるとされる（同82-83頁を参照）。

(32) 本文で述べたように、そもそも、そのように設計された建替え決議制度がうまく機能しなかったということが、2002年区分所有法改正の前提である。“建物区分所有という制度を設けるのであれば、㉞ある専有部分の「区分所有権の行使」と㉟他の区分所有権・共有持分・敷地利用権の行使との調整に係る適切な仕組みを設けておかなければならない”というのが憲法29条の要請であるとすれば、建替えに係る制度設計の場面で、㉞の側を重視し「過分の費用」要件を設定したために建替え決議制度の機能不全を招いていたことの方が、憲法29条から見て問題のある制度設計であったといえる。この点については、拙稿・前掲注(27) 115-116頁を参照。

(33) 以上に対し、伊藤栄寿は、「区分所有者の団体では、素人である区分所有者が

論 説

裁判所としては、区分所有者の団体の決定を尊重し、当該区分所有者間においては建替を行うことが合理的であると考えておけばよい。⁽³⁴⁾ 区分所有法62条1項について「区分所有権の上記性質にかんがみて、十分な合理性を有するもの」と評価する平成21年判決は、このように考えたのではないだろうか。

(b) 関連して、「居住の利益」の観点からの批判についても、ここで検討しておこう。その代表的論者である山野目章夫によれば、「人々が住まいして様々の生の営みが蓄積されている、ということを直視するならば、建物区分所有法制は、単なる財産的利益帰属の側面からのみ観察されるものであってはならず、個人として尊重されるべき人々（憲法13条）が住まう場所に関する立法規律であるということに着眼して、その憲法的価値が評価されなければならない」。区分所有法62条は、「建替の客観的合理性の有無を問うことなく多数決により建替を決定することができるように読む余地のある規定である」。しかし、「そのような理解を前提とする運用は、たとえば建替が単に効用増を狙うものであって、区

（多くの場合持ち回り）運営を行っている。そのような団体において、『建替え』という建築的にも法律的にも高度に専門的な内容について、適切な提案が可能であるのか、また、区分所有者がその提案に適切な判断を下すことができるのか、という問題がある。」と述べる（伊藤栄寿「区分所有法の改正と財産権の保障」秋山靖浩編『新しい土地法』〔日本評論社、2022年〕31頁を参照）。

しかし、この問題への対処としては、建替えに係る区分所有者の団体の決定権限に客観的要件という形で実体的な制限を設けるというのも確かに一つの選択肢ではあるが、専門知識の不足を補うための組織的規律・手続的規律を整備するという選択肢も考えられる。現行の建替え決議制度を批判するために、いきなり憲法の財産権保障に飛びつき大上段の議論を展開するのではなく、まずは後者の選択肢について検討することが必要であろう。

(34) 以上については、飯島正ほか「区分所有法等の改正と今後のマンション管理」ジュリスト1249号（2003年）9-11頁〔森田宏樹〕も参照。

区分所有法70条の憲法29条適合性

分所有者のなかに大きな不利益を被る者がいるなど区分所有者間の利害の衡平を著しく損なうものであるときにも建替決議をすることができる結果となり、およそ憲法適合性を確保し難い⁽³⁵⁾。山野目は、「私法上の一般原則として多数決建替えにおける客観的前提要件を全廃することは、相当でないといわなければならない⁽³⁶⁾」という。

建替え決議との関係では、その場所に居住する権原として建替えに反対する区分所有者の区分所有権の保護が問題になっているため、ここでの居住の利益は、上記の㉗㉘と並ぶ独立の考慮事項というより、㉗の側への重み付けの根拠として位置付け得るものであろう。しかし、居住の利益を根拠として㉗の側にどの程度の重み付けがなされるかを考える際には、代替建築物へのアクセスが容易か否かといった住宅市場の分析や、居住の利益への配慮に関する他の法制度の検討も必要になろう。また、確かに既存の生活基盤を維持することの重要性は否定し難いもの

(35) 以上につき、山野目章夫「判批」私法判例リマークス41号（2010年）32頁を参照。なお、山野目は、本文で引用した箇所に続けて、平成21年判決が「多数決要件の合理性を説明するにあたり『老朽化等によって建替えの必要が生じたような場合に』という客観的要素に論及」していることに注目し、「建替の必要が生じていないことが明らかである場合に単に多数決で建替が決議されるような場合に、事情によっては、そのような決議による建替の実行を可能とすることに合理性が認められないとする限定解釈を成立させる手がかりとすることができるかもしれない」と述べる（山野目・同32頁）。しかし、「老朽化等によって建替えの必要が生じたような場合」という部分は、「建築後年数を経て老朽化が進んだ分譲マンションが相当数に上っており、その建替えが現実的な課題となっている」

（吉田徹ほか「建物の区分所有等に関する法律の一部改正法の概要（下）」金融法務事情1665号〔2003年〕34頁）という2002年区分所有法改正の背景の事情を承けたものであろう。当該部分を根拠にして、平成21年判決が上記の限定解釈を意図しているということは、困難なように思われる（この点については、山野目・同32頁も自覚的である）。

(36) 山野目章夫「マンションの建替えをめぐる法律改正の評価」ジュリスト1249号（2003年）46-47頁を参照。

の、建替えに賛成する区分所有者のヨリ良い住環境を享受するという居住の利益も無視できない。居住の利益を援用したからといって、そこから直ちに、「過分の費用」要件のような客観的要件を設けなければ㊦と㊧との調整として適切とはいえないとできるほど、㊦の側への重み付けがなされるわけではないだろう。⁽³⁷⁾

(37) 以上につき、拙稿「吉原コメントへの再応答」法律時報93巻4号（2021年）116-117頁を参照。更に、吉原知志「マンション法における民事法学の『こだわりどころ』の分析」法律時報93巻4号（2021年）113頁も参照。なお、拙稿・同117頁において、明渡し期限の許与（現在の区分所有法63条6項）を「建替えに反対した区分所有者の居住の利益への配慮と評価し得る仕組み」と評価したことに対しては、伊藤栄寿による「明渡し期限が許与されることは一般に居住の利益とはよばない」という批判がある（伊藤・前掲注〔33〕26頁の脚注〔75〕を参照）。そこでは何も文献が引用されていないため推測するしかないが、借家法との関連で論じられた狭義の「居住権」や（例えば鈴木禄弥『居住権論〔新版〕』〔有斐閣、1981年〕2-3頁を参照）、民法の「配偶者居住権」にいうような（さしあたり前田陽一ほか『民法Ⅵ 親族・相続〔第6版〕』〔有斐閣、2022年〕353-355頁〔本山敦〕を参照）、当該建物に引き続き居住する利益という意味で「居住の利益」を捉えることが「一般」的ということであろう。もっとも、都市法・住宅法にまで視野を広げれば、居住権（居住の利益）はヨリ広く、住宅市場の整備・住宅確保への配慮なども含め、すべての国民が有する「一定水準の住居に居住する権利」という意味で捉えられているようである。この点については、住宅法令研究会編『逐条解説 住生活基本法』（ぎょうせい、2006年）85頁、安本典夫『都市法概説〔第3版〕』（法律文化社、2017年）256頁を参照（但し、そこでも述べられているように、この意味での「居住権」については、「包括的な権利として基本法制に定めることについての国民的コンセンサスがあるとはいえない」ことから、住生活基本法には盛り込まれず、基本理念を掲げることで代えられている）。更には、広義の「居住権」については、既に鈴木・同2-3頁でも触れられている。この広義での「居住権」ないし「居住の利益」からすれば、「期限までに使用を継続しながら移転先を探」すことを可能にする明渡し期限の許与の仕組みを（稲本洋之助ほか『コンメンタール マンション区分所有法〔第3版〕』〔日本評論社、2015年〕437-438頁を参照）、「建替えに反対した区分所有者の居住の利益への配慮と評価し得る仕組み」と評価することも誤りではないだろう。

V 団地内全建物一括建替え制度の合憲性について

1. 平成21年判決における団地内全建物一括建替え制度の評価

続いて、平成21年判決における団地内全建物一括建替え制度の評価について検討していこう。平成21年判決は、区分所有法70条1項は、「団地全体では同法62条1項の議決要件と同一の議決要件を定め、各建物単位では区分所有者の数及び議決権数の過半数を相当超える議決要件を定めて」おり、上記の「区分所有権の性質」に鑑みると、「なお合理性を失うものではないというべき」と述べている（【3】）。また、それに続けて、建替えに参加しない区分所有者に対しては、売渡請求権を通じ、経済的損失について「相応の手当」がなされているという点にも言及がされている（【4】）。後者（【4】）は補足的なものであり、団地内全建物一括建替え制度の評価の實質論として重要なのは前者（【3】）であるが、その説明はごく簡単にしかなされていない。それゆえ、まずは団地内全建物一括建替え制度に関する2002年区分所有法改正時の議論を確認した上で、改めて平成21年判決の含意や射程を読み解いていくことにしよう。

2. 団地内全建物一括建替え制度の趣旨

(a) そこで、団地内全建物一括建替え制度に関する立案担当者による解説を見てみると、まず、次のような説明が見つかる。

「団地内の区分所有建物を建て替える場合は、全部の建物を一括して建て替えることにより、例えば、①複数の低層の建物をまとめて高層の建物にしたり、建物部分と空き地の共用部分とを入れ替えたりのなど、建物の配置の変更を含んだ敷地全体の利用方法を一体的に見直すことによって敷地の有効活用が可能になる、②容積に余

論 説

裕のある団地においては、敷地の一部を処分することにより、建替え費用を捻出することが可能になるなどの大きなメリットが認められる場合があるようです。⁽³⁸⁾」

この部分は、団地内全建物一括建替え制度の目的について述べた部分といえよう。もちろん、「全体計画を立てた上で、その計画に従い、各区分所有建物ごとに、5分の4の建替え決議を得ることによって、建替えを実施していく方法」も考えられる。しかし、そうすると、「団地内のごく一部の建物について建替え決議が成立しないことによって、団地全体の建替えが実施できなくなるという不都合が生ずるおそれ」がある。このような場合には、一部の建物を除いた形で合理的な建替えの計画を立て直すことは難しく、結局、団地全体として建替えを断念することになるなど、「建替えを望む区分所有者にとって酷な事態」が生じかねない、とも述べられている。⁽³⁹⁾

(b) そして、この部分に続けて、団地内全建物一括建替え制度の合理性について、立案担当者は以下のように述べている。

「このような団地 [[同一の敷地内に複数の区分所有建物があり、その敷地を団地建物所有者全員で共有している団地]] にあっては、各建物の区分所有者は、建物について権利を有すると同時に敷地の共有者でもあり、専有部分と敷地利用権は分離処分が原則禁止されるなど強い一体性を有するものですから、建物の管理および処分は、敷地の利用といわば運命を共にしていると考えられることも可能でしょう。特に、団地内の建物について規約を定め団地管理組合の管理対

(38) 吉田編・前掲注 (30) 103頁。

(39) 吉田編・前掲注 (30) 103-104頁を参照。

区分所有法70条の憲法29条適合性

象としている場合には、建替えは、いわば建物の管理の延長線上に位置する事柄でもあるので、その決定を敷地共有者によって構成される団地管理組合の集会にゆだねることに十分な合理性が認められると考えられます。」(引用中〔 〕内補足：筆者)⁽⁴⁰⁾

第一文は、専有部分と敷地利用権の分離処分は原則として禁止されていることを踏まえ(区分所有法22条)、「同一の敷地内に複数の区分所有建物があり、その敷地を団地建物所有者全員で共有している団地」については、敷地の共有関係を媒介にして団地内の建物相互間(ないし専有部分相互間)にも一体性が認められるということを述べたものと考えられる。また、第二文の「建替えは、いわば建物の管理の延長線上に位置する事柄でもある」という部分は、管理概念を徒に拡張することにもなりかねず、適切な説明とは思えないが、ここでは、「団地内の建物について規約を定め団地管理組合の管理対象としている場合」には、団地管理組合に区分所有権の処分の自由(建物の処分)と敷地利用権の行使(敷地の利用)との調整を行う適格性が認められるということが述べられているといえよう。あるいは更に、この団地管理規約の存在は、団地内の建物相互間に一体性があることを補強する材料とも考えられているのかもしれない。⁽⁴²⁾

(40) 吉田編・前掲注(30)104頁。

(41) この点については、立案担当者も自覚している。飯島ほか・前掲注(34)24頁〔吉田徹〕を参照。

(42) なお、この規約の存在が要件とされることとの関連で、一括建替え決議の対象が「区分所有建物のみで構成されている団地」に限定され、「建替え承認決議において対象とされている区分所有建物と単独所有建物とが混在している形態の団地」は除外されている点につき、吉田編・前掲注(30)104-105頁、稲本ほか・前掲注(37)510頁を参照。この点の当否についての検討は、他日を期すことにしたい。

論 説

以上要するに、“区分所有法70条1項所定の要件を満たした団地は、敷地内に1棟の区分所有建物があるものとみなし、その建替えを団地管理組合の決定に委ねてよい”、ということであろう。⁽⁴³⁾

(c) しかし、そうすると今度は、「各棟の区分所有者および議決権の3分の2以上」という各棟要件を設けたことの意義が問題になってこよう。⁽⁴⁴⁾ この点について、立案担当者は次のように述べている。

「団地全体の多数決が基本的な要件ですけれども、各建物ごと、『お互いに所有関係にない』ことを前提とした現行法のルールとあまりにかけ離れた規律は問題があるだろうと思います。特に建替えの問題については、既存の建物についても改正法を適用するという前提で議論をしています。調整の要素として、全体の5分の4の決議のほかにと、各建物ごとに3分の2の建替えへの賛成者の存在を要求する。言わば全体での建替えの必要性、各建物ごとの区分所有者の意思の反映の仕方という形で調整を図った規律を設けています。⁽⁴⁵⁾」

これは要するに、“敷地内に1棟の区分所有建物があるものとみなす”というフィクション——このフィクションが基礎にあるからこそ、全体要件が「基本的な要件」とされていると考えられる——と“実際には別

(43) 飯島ほか・前掲注 (34) 31-32頁の森田宏樹と吉田徹の発言も参照。そこでは、「70条の規定というのは、団地内の建物全体をあたかも1棟の建物であるとみなして、その建物全体の建替え決議を団地全体の区分所有者の5分の4以上の多数で行うというイメージで説明するとわかりやすいように思います」という森田の整理を否定することなく、立案担当者の吉田は、森田の問題提起に応答している。

(44) 飯島ほか・前掲注 (34) 31頁〔森田宏樹〕も参照。

(45) 飯島ほか・前掲注 (34) 24頁〔吉田徹〕。各棟要件の意義については、吉田編・前掲注 (30) 107頁も参照。

個の建物である”という現実ないし既存の制度とのバランスをとる必要から、建替えに係る区分所有建物ごとの区分所有者の意思も反映させるべく、各棟要件も設けたということであろう。

3. 平成21年判決の読解

それでは、以上で確認してきたところを踏まえ、改めて、団地内全建物一括建替え制度の合理性についての平成21年判決の判示（【3】）を読み解いていくことにしよう。

(a) まず、平成21年判決は、「団地内全建物一括建替えは、団地全体として計画的に良好かつ安全な住環境を確保し、その敷地全体の効率的かつ一体的な利用を図ろうとするものである」と述べているが、この部分は、先に確認した団地内全建物一括建替え制度の目的（特にV-2-(a)）を、簡潔にまとめたものといえる。また、「敷地全体の効率的かつ一体的な利用」というところから、団地内全建物一括建替え制度は、団地全体での㊦建替えに反対する区分所有者の区分所有権の保護と㊧建替えに賛成する区分所有者の敷地利用権の行使との調整に係る仕組みとして捉えられているということも見て取ることができる。

(b) その上で、平成21年判決は、「区分所有権の上記性質にかんがみると、団地全体では同法62条1項の議決要件と同一の議決要件を定め、各建物単位では区分所有者の数及び議決権数の過半数を相当超える議決要件を定めているのであり、同法70条1項の定めは、なお合理性を失うものではない」と述べている。まず全体要件に関して、平成21年判決は、区分所有法62条1項の建替え決議制度と同一の、「区分所有者及び議決権の各5分の4以上」という議決要件が定められている点に注目している。この部分の判示はごく簡単なものであるが、ここからは、平成21年

判決は“団地全体として区分所有法62条1項の議決要件と同一の議決要件が定められていなければならない”と考えている、ということができるのではないだろうか。

上述のように、“区分所有法70条1項所定の要件を満たした団地は、敷地内に1棟の区分所有建物があるものとみなし、その建替えを団地管理組合の決定に委ねてよい”という理解が団地内全建物一括建替え制度の基礎にあると考えられる。そうであるとすれば、団地内全建物一括建替え制度の団地全体での議決要件（全体要件）について、区分所有法62条1項の議決要件とは異なる議決要件が定められている場合には、制度設計として首尾一貫性を欠き、団地全体での㊦建替えに反対する区分所有者の区分所有権の保護と㊧建替えに賛成する区分所有者の敷地利用権の行使との調整という点で、その合理性に疑義が生じることになる⁽⁴⁷⁾。

(c) 続いて、各棟要件に関しては、平成21年判決は、「過半数を相当超え」た議決要件が定められていることに注目している。この点については、以下のように説明できよう。

上述のように、各棟要件は、“敷地内に1棟の区分所有建物があるものとみなす”というフィクションと“実際には別個の建物である”とい

(46) 首尾一貫性の要請に関しては、渡辺ほか・前掲注(19)86-87頁〔渡辺康行〕を参照。

(47) 本文での分析に対しては、ここでは“敷地内に1棟の区分所有建物があるものとみなす”というフィクションが採用されているに過ぎないということから、“実際には別個の建物である”という現実に配慮し、全体要件を1棟建替えの場合よりも厳格なものとしておく場合には、その合理性について特段の疑義は生じないのではないか、という反論があり得よう。しかし、上記の現実への配慮は、次に検討する各棟要件でなされている。現行制度の建付けからすれば、やはり、全体要件を1棟建替えの場合よりも厳格なものとする場合には、なぜその必要があるのか、その理由が求められよう。

区分所有法70条の憲法29条適合性

う現実ないし既存の制度とのバランスをとる必要から、建替えに係る区分所有建物ごとの区分所有者の意思も反映させるべく、設けられたものと考えられる（V-2-(c)）。ここでは、各建物における㊦' 建替えに反対する区分所有者の区分所有権の保護と㊧' 建替えに賛成する区分所有者の敷地利用権の行使との調整が問題になっているところ、既存の建物所有権が失われるという事柄の重大性に鑑みると、区分所有法62条1項の建替え決議制度の場合と同様（IV-1）、その調整に際しては㊦' の側への相応の配慮が求められる。それゆえ、各棟単位での議決要件は少なくとも単純過半数では不十分である、ということであろう⁽⁴⁸⁾。

また、全体要件と各棟要件の両者に目を向けた上で、平成21年判決が「同法70条1項の定めは、なお合理性を失うものではない」と評価しているという点も重要である。ここからは、平成21年判決は、“実際には別個の建物である”という現実に配慮し、“団地内全建物一括建替え制度のような制度を整備する上では、区分所有建物ごとの区分所有者の利益への配慮に係る仕組みが用意されていなければならない”と考えていることができよう。そうであるとすれば、団地全体での意思決定を重視し、単純に各棟要件を撤廃し全体要件のみで一括建替えを行うことを可能とするような法改正を行ったとすれば、その合理性には疑義が生じるということになるだろう。

VI おわりに

以上、「区分所有法70条は、憲法29条に違反するものではない」と判断した平成21年判決について検討してきた。最後に、そこで得られた知

(48) この点については、山野目・前掲注(35) 33頁も参照。但し、ここでも区分所有法62条1項の議決要件との比較が重要であり、その議決要件が緩和された場合には、“少なくとも単純過半数では不十分である”とする各棟要件についての評価も変わり得る。

見を簡単にまとめておこう。

1. 平成21年判決は、「区分所有権の性質」に着目し、建物区分所有の領域における憲法29条の要請として、“建物区分所有という制度を設けるのであれば、⑦ある専有部分の「区分所有権の行使」と④他の区分所有権・共有持分・敷地利用権の行使との調整に係る適切な仕組みを設けておかなければならない”という要請を観念した上で、立法の際の考慮事項⑦④の適切な調整という観点から、区分所有法62条1項

(49) 団地内全建物一括建替え制度に関しては、学説上、「棟ごとの多数決の帰趨を軽視して、敷地所有者の全体の多数決で団地全体の建替を決定する、という方法が、建物区分所有の基本的法律構成に適合しないのではないか」（山野目・前掲注 [35] 32頁）、「団地の場合に各棟の多数要件が大幅に緩和されることになるが、団地内のある棟の建替えが、他の棟の区分所有者の意思に従わなければならないことの正当化は著しく困難であり、「団地一括建替え決議の場合の問題は大きく、違憲と判断されるべきである」（伊藤栄寿「共有法改正の根拠と限界（下）」法律時報92巻5号 [2020年] 136頁を参照）と、批判が強い。

しかし、団地内全建物一括建替え制度は、「区分所有権の性質」を踏まえた、⑦ある専有部分の「区分所有権の行使」と④他の区分所有権・共有持分・敷地利用権の行使との調整に係る仕組みの一つといえる。そして、既存の建物区分所有法制との整合性を意識し、“敷地内に1棟の区分所有建物があるものとみなす”というフィクションと“実際には別個の建物である”という現実とのバランスをとりつつ設計されたものと評価し得る。そうであるとすれば、平成21年判決がいうように、団地内全建物一括建替え制度は、「区分所有権の性質」に照らし不合理なものとは必ずしもいえないように思われる。団地内全建物一括建替え制度を不合理なものとして批判していくためには、“区分所有法70条の所定の要件を満たすだけでは、なぜ上記のフィクションを認めることができないのか”、あるいは、“各棟要件を設けただけでは、なぜ上記の現実への配慮として不十分なのか”など、更に踏み込んだ検討が必要ではないだろうか。また、特に、「団地内のある棟の建替えが、他の棟の区分所有者の意思に従わなければならないことの正当化は著しく困難である」とする場合には、例えば、市街地再開発事業の組合施行による団地型マンションの再生（都市再開発法2条の2・11条・14条・20条）も正当化できないのではないか、という疑問も生じてくる。

区分所有法70条の憲法29条適合性

- および同70条1項の憲法29条適合性を審査したものとイえる（Ⅲ-2）。
2. ひとまず建替えに反対する区分所有者の区分所有権に着目すれば、建替えの場面では、以上の要請はより具体的に、㊦建替えに反対する区分所有者の区分所有権の保護と㊧建替えに賛成する区分所有者の敷地利用権の行使との調整の問題として整理することができる（Ⅳ-1）。
 3. 区分所有法62条1項の合理性を評価する際に平成21年判決が「大多数の区分所有者」と殊更に述べていることからすれば、平成21年判決は、他の特別決議事項と比べて「5分の4以上」という特に高いハードルが設定されていること、すなわち、ここでは考慮事項㊦㊧の調整において㊦の側に相応の重みが与えられていることも踏まえ、区分所有法62条1項の合理性を肯定していると考えられる（Ⅳ-1）。
 4. 団地内全建物一括建替え制度の基礎には、“区分所有法70条1項所定の要件を満たした団地は、敷地内に1棟の区分所有建物があるものとみなし、その建替えを団地管理組合の決定に委ねてよい”という理解があると考えられる（Ⅴ-2）。
 5. 全体要件について、区分所有法62条1項の議決要件と同一の議決要件が定められている点に注目する平成21年判決は、制度設計の首尾一貫性の観点から、団地全体として区分所有法62条1項の議決要件と同一の議決要件が定められていないならば、団地全体での考慮事項㊦㊧の調整という点で、その合理性に疑義が生じると考えているものといえる（Ⅴ-3）。
 6. 全体要件と各棟要件の両者に目を向けた上で「同法70条1項の定めは、なお合理性を失うものではない」と評価する平成21年判決は、各棟が独立した不動産であることを踏まえ、“団地内全建物一括建替え制度のような制度を整備する上では、区分所有建物ごとの区分所有者の利益への配慮に係る仕組みが用意されていなければならない”と考

論 説

えているものということができる（V-3）。

7. 各棟要件について、「過半数を相当超え」た議決要件が定められていることに注目する平成21年判決は、一括建替えの場面では、各建物における考慮事項㉠㉡の調整において㉠の側への相応の配慮が求められるという理解から、各棟単位での議決要件は単純過半数では不十分であると考えているものということができる（V-3）。

〔付記〕本研究はJSPS 科研費21K01157の助成を受けたものである。本稿執筆中に、堀澤明生〔北九州市立大学〕・吉原知志〔大阪公立大学〕の両氏から貴重なご意見を頂戴した。記して感謝申し上げる。脱稿後に、平良小百合「判批」別冊ジュリスト259号（2022年）168頁に接した。また、前掲注（5）のWeb ページにて区分所有法制研究会の「区分所有法制に関する研究報告書」が公表された。（2022年7月6日脱稿）