

専有部分の使用禁止の請求の形成過程

Legislative History of Demand for Prohibition of Use of Exclusively-Owned Area

大山 和寿*

要約

本稿では、専有部分の使用禁止の請求の形成過程について検討した。その理由は、使用禁止の請求を認容した裁判例が少ないこと、さらには、使用禁止の請求について消極的な見解についてどのように考えるべきかについて、示唆を得るためである。

使用禁止の請求の規定が設けられたのは、内閣法制局の懸念によるものと推測した。昭和57年11月に内閣法制局と法務省側とが折衝を持っており、その際に内閣法制局から懸念が示されたと考えられるからである。その懸念とはおそらく憲法上の財産権の保障との関係によるものと推測できる。内閣法制局から懸念を示されていたためか、法制審議会民法部会財産法小委員会では使用禁止の請求に消極的な意見が強かったにも拘わらず、法務省側は使用禁止の請求についてその後の資料で何度も記載し、改正要綱に盛り込もうとしていた。

形成過程において、共同利益背反行為の差止め等で対処できないけれども、区分所有権の競売をするまでもなく、使用禁止で対応すべき（できる）具体的な事例が想定されていたか、疑問である。管理組合もどのような場合に使用禁止の請求をすべきかのイメージを持っていないので、使用禁止の請求をしていないのではない。

横山美夏教授は、競売請求よりも使用禁止の請求の方が、区分所有権への侵襲が少なく、望ましい旨を主張される。しかし、形成過程での議論からは、疑問である。すなわち、専有部分の使用が禁止されながら賃貸できないと、区分所有者は管理費や固定資産税などの負担のみを負うことになる。競売請求の場合には、売却代金が区分所有者に交付される。そうすると、使用禁止の請求の方が区分所有者に対する打撃が大きい。使用禁止の結果区分所有権の譲渡が事実上強制されることになるのであれば、使用禁止の請求の方が、競売請求よりも侵襲が少ないと言えないのではない。区分所有者が任意に専有部分を譲渡できる点では、使用禁止の請求と競売請求とで差がない。

【目次】

- I はじめに
- II 形成過程
 - 1 法制審議会関係の動向
 - 2 内閣法制局関係の資料
 - 3 小括
- III おわりに

* 青山学院大学法学部教授

I はじめに

(1)本稿は、専有部分の使用禁止の請求(区分所有法58条。以下、「使用禁止の請求」ということがある)の形成過程を検討するものである。このような検討を行う理由は、使用禁止の請求を認めた裁判例が少ないこと、さらには、使用禁止の請求について消極的な見解についてどのように考えるべきか、示唆を得たいと考えたからである。

使用禁止の請求を認めた裁判例は、管見した限り、3件のみのようである。すなわち、福岡地判昭和62年5月19日判タ651号221頁、大阪地判平成13年9月5日判時1785号59頁及び東京地判平成24年12月14日LEX/DB文献番号25499220¹⁾のみのようである。このうち、福岡地判昭和62年5月19日では、公示送達がなされたものの、被告が口頭弁論に出頭しておらず、原告の提出した証拠により、請求原因事実がすべて認められて、使用禁止の請求が認容されている。大阪地判平成13年9月5日については、控訴審の大阪高判平成14年5月16日判タ1109号253頁により取り消され、使用禁止の請求が控訴審では認められなかった。東京地判平成24年12月14日については、57条の共同利益背反行為の差止め等と59条に基づく専有部分の競売(以下、「59条競売」という)が認められただけでなく、59条競売の「売却決定日に相当する期間」として1年間の専有部分の使用禁止を認容している。このように使用禁止の請求に関する裁判例が少ないのは、改正直後に予測がされていた²⁾ように、そもそも使用禁止の請求がされていないからではなかろうか。

また、使用禁止については、横山教授から反論されているものの、消極的な意見が強い。立案担当官の解説でも、所有権を有しながら所有権の本来の権能である自己使用権がないという異例の法律関係を認めることになる、と述べられている³⁾。また、使用禁止の制度は、危険な火種をかかえた制度であるのかもしれないとも指摘されている。というのは、当該義務違反者は、将来的にはまた区分所有建物に戻ってきて、共同利益背反行為が再び繰り返されたり、他の区分所有者との感情的なしこりが再び顕在化することも考えられるからである⁴⁾。もっとも、横山教授は、59条競売よりも使用禁止の請求の方が、区分所有権に対する侵襲が少ないとして、立案担当官の見解に疑問を提示している⁵⁾。

1) 鹿内信善ほか「看図アプローチの法学教育への活用(Ⅲ)」全国看図アプローチ研究会研究誌9号44頁(大山和寿)(2021年)ではこの判決に言及しながら、大山和寿「判批」山野目章夫ほか編『マンション判例百選』(有斐閣, 2022年)133頁の執筆時には、この判決のことを失念して、大阪地判平成13年9月5日の他には、福岡地判昭和62年5月19日しか使用禁止の請求を認容したものがないと記述してしまった。

2) 丸山英気「区分所有法における秩序維持」『区分所有法の理論と動態』(三省堂, 1985年)231頁。

3) 濱崎恭生『建物区分所有法の改正』(法曹会, 1989年)72頁。

4) 水本浩ほか編『基本法コンメンタール マンション法』(日本評論社, 第3版, 2006年)106頁(大西泰博)。

5) 横山美夏「区分所有法59条による所有権の剥奪」吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務, 2014年)698頁。

(2)本稿で用いる用語を定義すると、部会とは法制審議会民法部会のことであり、小委員会とは同財産法小委員会のことであり、準備会とは同準備会のことである。資料とは財産法小委員会資料のことであり、部会資料とは民法部会資料のことである。要綱試案とは、57年7月6日に部会で決定された区分所有法改正要綱試案であり、改正要綱とは建物の区分所有等に関する法律の一部を改正する法律案要綱のことである。区分所有法については、法令名を示さずに、条数のみで引用することがある。本文では昭和の元号を省略して、年月日を記述する。

(3)本稿で用いた資料は、小委員会関係の資料⁶⁾、内閣法制局旧蔵の資料⁷⁾及び部会の議事速記録である。小委員会関係の資料及び内閣法制局旧蔵の資料は、国立公文書館に所蔵されている。部会の議事速記録については、法務省から情報公開を受けた。

Ⅱ 形成過程

結論を先取りすれば、使用禁止の請求の規定は、内閣法制局の懸念により創設されたと推測できる。

1 法制審議会関係の動向

(1)57年7月に、要綱試案が部会で決定された⁸⁾。要綱試案には、「第七 区分所有権の競売等」の項目があったけれども、共同利益背反行為をした区分所有者の専有部分の競売請求と、共同利益背反行為をした占有者に対する引渡請求のみが、提案されていて、使用禁止の請求は含まれていなかった⁹⁾。

同年9月16日まで要綱試案に対する意見が募集された¹⁰⁾。このように寄せられた意見のうち、本稿に関係するものは、山形地裁の意見である。山形地裁では、要綱試案第七に対して、積極・消極の両方の意見があったという。「消極の意見は、個別的差止め請求によつて対処できない場合、違反行為の予防及び違反者に対する制裁処置として『管理者又は管理組合法人は（試案に定める要件のもとに）違反者に対し建物退去と一定期間の建物使用禁止を命ずべきことを裁判所に請求し得る。』という程度にとどめては如何というも

6) 『法制審議会民法部会関係資料 昭和56年1月～平成4年11月』（請求番号 令4法務00088100）、『法制審議会民法部会財産法小委員会関係資料 昭和56年11月～57年10月』（請求番号 平24法務00051100）、『法制審議会民法部会財産法小委員会関係資料 昭和57年10月～57年12月』（請求番号 平24法務00052100）、『法制審議会民法部会財産法小委員会関係資料 昭和57年12月～昭和61年12月』（請求番号 平28法務00092100）。

7) 『法律案審議録（建物の区分所有等に関する法律及び不動産登記法の一部改正 その2）』（請求番号 平25法制00015100）。

8) 濱崎・前掲注3) 21頁。

9) 部会資料23「区分所有法改正要綱試案（案）」（昭57・7・6民参印）13-15頁。この内容は、法務省民事局参事官室「区分所有法改正要綱試案」ジュリ774号42頁（1982年）に掲載されている。

10) 法務省民事局参事官室『「区分所有法改正要綱試案」に対する意見』（昭和57年10月）3-6頁に収録されている照会状を参照。

のである」¹¹⁾。

この意見が述べられていたものの、同年10月に作成された資料¹²⁾や、11月9日の準備会での審議の際には使用禁止の請求については触れられていなかった。

同年10月の資料のうち、競売請求に関して寄せられた意見で取り上げられていたものは、①管理者又は管理組合法人以外の者（例えば集会の決議で指名された者、直接の被害者等）も裁判上の請求をできるようにすべきとの意見、②管理者又は管理組合法人からの売渡請求権の行使をも選択できるようにすべきとの意見、③区分所有権の譲渡を命じる判決とし、所定の期間内に譲渡しないときは競売の請求をすることができるとの制度にすべきとの意見、④競売命令の請求と並んで引渡請求をも認めるべきとの意見であった¹³⁾。

11月9日の準備会の審議メモによると、『試案』に対する主な意見と再検討事項（幹事メモ）その二について審議が行われた。この資料の1及び2については、幹事の説明によれば、後の資料71の1と3に相当する内容である。すなわち、この資料の1及び2について、幹事は「一部に試案の制度を設けること自体に反対の意見（意見2 67頁、71頁、72頁、14、16、24）があるがどうか。また、次のような意見があるがどうか」と発言して、1) 要件を厳格化すべきとの意見、2) 譲渡を命じる判決とし、所定の期間内に譲渡しないときに競売の請求とすべきとの意見、3) 売渡請求権を選択的に可能とすべきとの意見、4) 差止めの制度の活用を図った上で、本制度の採用を考えるべきとの意見、5) 管理者又は管理組合法人以外の者も裁判上の請求をできるようにすべきとの意見について、準備会の意見が聞かれている¹⁴⁾。そして、引用部分で下線を引いた、意見2の72頁というのは、山形地裁の意見の掲載されたページである。つまり、山形地裁の意見については反対意見の1つとして触れられているにすぎなかったのである。さらに、審議メモによると、準備会で出された意見は、原告適格についての手当など、裁判上の請求をできる者を拡大することに関するものであった¹⁵⁾。

(2)ところが、次の小委員会の際の資料（資料71）では、次のように使用禁止の請求が登場する。すなわち、「2 『違反者に対し建物退去と一定期間の建物使用禁止を命ずべきことを裁判所に請求し得る』ものとするにとどめるべきであるとの意見（2-72頁）があるがどうか。」¹⁶⁾と記載されている。そして、下線を引いた「2-72頁」というのは、前述

11) 最高裁判所事務総局民事局『「区分所有法改正要綱試案」に対する意見』（昭和57年9月）72頁。

12) 『「試案」に対する主な意見と再検討事項（幹事メモ）その一』（昭和57・10・12民参印）6-7頁。これは、10月12日の準備会の資料のようであるけれども、競売については11月に審議することにされた（「民法部会財産法小委員会準備会（57・10・12）審議メモ」（昭57・10・26民参印）10頁）。

13) 前掲注12）・『「試案」に対する主な意見と再検討事項（幹事メモ）その一』6-7頁。

14) 「民法部会財産法小委員会準備会（57・11・9）審議メモ」（昭和57・11・30民参印）1-2頁（下線は引用者）。

15) 前掲注14）・「民法部会財産法小委員会準備会（57・11・9）審議メモ」3頁。

16) 資料71『「試案」に対する主な意見と再検討事項』（その二）』（昭和57・11・30民参印）1頁（下線は引用者）。この資料の1では、競売請求を設けること自体に反対の一部の意見（同1頁）について、3では、競売に関する諸意見（前掲注14）に対応する本文に記載の意見に加えて、6) 占有者の排除は区分所有者に代位してなすべきとの意見が付け加わっている）について小委員会の意見を聞く内容に

の通り、山形地裁の意見が掲載されているページである。つまり、11月9日の準備会の時とは異なり、この資料では山形地裁の意見を正面から採り上げて小委員会の意見を聴取しているのである。

さらに、小委員会冒頭の幹事の説明では、使用禁止の請求について言及されただけでなく、次のように競売請求に対して否定的なニュアンスの説明が増えている。

一部には、濫用・村八分の危険性がある、多数派による一部の者への生活干渉のおそれがある。私有財産尊重の精神に反する、差止請求で対処することができる等の理由で消極的な意見がある。

また、違反者に対し建物退去と一定期間の建物使用禁止を命ずべきことを裁判所に請求し得るものとするにとどめるべきであるとの意見がある。共同生活を維持するには、通常は、違反者の自己使用を差止めれば足りるとの観点からすれば、いきなり所有権を失なわせる必要はないというのがこの考え方であるが、所有権を有しながらその本質的機能である使用権を認めないというのは法制度の在り方としておかしさが残るし、本人が区分所有者団体の構成員として残る点も問題である。また、区分所有者も自分が使用できなければ他に売却するだろうから当初から競売という方法をとつても実質は変わらないのではないかという問題がある¹⁷⁾。

このように、11月9日の準備会の時の説明よりも、消極論への言及が増えているのである。繰り返しになるけれども、使用禁止への言及は、少なくとも記録上は11月9日の準備会の時にはなかった。

討論では、差止請求で競売請求を代替することに対して否定的な意見が、述べられている。すなわち、「差止請求だけでは究極的な実効性の点で不安があり、また、爆発、火災を起した場合等差止請求では目的を達せない場合もあるので、競売という手法をやめてしまうことはできない」。また、差止めと競売との二段構えにすると競売の要件が不明確になるおそれがあるとの意見も、述べられている。もっとも、この意見に対しては、おそらく幹事から、要綱「試案でも、個々の行為の差止めで目的を達することができない場合のみ競売を請求することができることになる。2の問題も、個々の行為の差止めで目的を達することができないときに建物使用禁止を認めてはどうかということである」との補足説明がされている¹⁸⁾。

使用禁止の請求については、「一定期間」をどの程度にするか等具体的に規定する必要があるとの導入に前向きな意見があったものの、消極的な意見が強かった。すなわち、「競売ならば必ず代金を入手することができるが、建物使用禁止の場合だと借り手が見つから

なっている。

17) 「民法部会財産法小委員会(57・11・30)審議メモ」(昭58・1・11民参印)2頁。

18) 以上については、前掲注17)・「民法部会財産法小委員会(57・11・30)審議メモ」3頁。

ないこともあり、財産権侵害の程度がかえつて大きいともいえる」。もっとも、この意見に対しては、「建物使用禁止の裁判を受けた場合で借り手が見つからなければ任意に売却することになろう」と反論が述べられている。さらに、「建物使用禁止期間中に区分所有者が改心したとき、どのような手段がとれるか。」との疑問も、述べられている¹⁹⁾。

(3)上記のように、11月9日の準備会の段階では使用禁止の請求は存在しなかったにも拘わらず、同月30日の小委員会では使用禁止の請求が資料に登場している。さらに、同日の小委員会での幹事の説明では、競売請求に消極的なニュアンスの言及が増えている。この間に何があったのだろうか。

結論を先取りすれば、この間に法務省が内閣法制局に（登記に関係する事項以外も含んだ）条文案を提出しており、この条文案で競売請求が認められていることに対する内閣法制局の懸念が、反映していたのではないか。

すなわち、内閣法制局旧蔵の資料には、57年11月11日の条文案²⁰⁾が収録されている。この条文案では、次のように、53条で区分所有権の競売請求が、54条で占有者に対する引渡請求が規定されていた

（区分所有権の競売）

第五十三条 区分所有者が第五条第一項に規定する義務又は規約で定めた義務に違反する行為をしたことにより、〔区分所有関係〕〔共同生活〕を継続することが著しく困難となつていときは、裁判所は、管理者又は管理組合法人の請求により、その区分所有者の区分所有権（敷地利用権を含む。第五十六条第五項及び第六項において同じ。）の競売を許す旨を命ずることができる。

2 前項の規定は、同項の区分所有者が同項の規定による裁判の確定した日から五年以内に前項の区分所有権を取得した場合について準用する。ただし、その取得の日から六月を経過したときは、この限りでない。

3 第一項（前項において準用する場合を含む。以下この条において同じ。）の請求は、区分所有者及び議決権の各四分の三以上の多数による集会の決議がなければ、することができない。

4 第一項の規定による裁判に基づく競売の請求は、その裁判が確定した日から六月を経過したときは、することができない。

5 第一項の区分所有者、その代表者若しくは区分所有者の配偶者若しくは同居の親族（婚姻又は縁組の届出をしていないが区分所有者と事実上夫婦又は養親子と同様の関係にある者を含む。）又はこれらの者の計算において買い受けようとする者は、買受けの申出をすることができない。

（新設）

19) 以上については、前掲注17)・「民法部会財産法小委員会（57・11・30）審議メモ」4頁。

20) 題名はない。同日の日付けが印刷された上で、同日のスタンプが押されており、同日に内閣法制局がこの条文案を受け取ったと考えることができる。

(占有者に対する引渡請求)

第五十四条 占有者が第五条第三項において準用する同条第一項に規定する義務又は第三十四条に規定する義務に違反する行為をしたことにより、〔区分所有関係〕〔共同生活〕を継続することが著しく困難となつているときは、裁判所は、管理者又は管理組合法人の請求により、その専有部分の使用又は収益を目的とする契約の解除及びその専有部分の引渡しを命ずることができる。

2 前項の規定は、同項の占有者又は前条第一項の区分所有者が前項の裁判又は前条第一項の規定による裁判の確定した日から五年以内に前項の専有部分又は前条第一項の区分所有権の目的である専有部分を占有した場合について準用する。ただし、その占有を始めた日から六月を経過したときは、この限りでない。

3 前条第三項の規定は、第一項（前項において準用する場合を含む。以下この条において同じ。）の請求をする場合について準用する。

4 前項において準用する前条第三項の決議をするには、あらかじめ、第一項の占有者に対し、弁明する機会を与えなければならない。

5 第一項の規定により専有部分の引渡しを受けた者は、遅滞なく、これをその専有部分を占有する権原を有する者に引き渡さなければならない。(新設)²¹⁾

そして、条文案の冒頭には「概要について問題点のみ指摘し、条文については、再検討の要あるため審査せず」と書き込まれ²²⁾、53条の上には、「『他に適当な方法がないときは』的なものを入れるか」との書き込みがなされている²³⁾。この書き込みは、内閣法制局側によるものだと考えることができる。そうすると、競売請求に対する概要の問題点として、いきなり競売請求を認めることへの懸念が、内閣法制局から指摘されたのではないだろうか。つまり、日本の法制度上類を見ないドラスティックなものであり²⁴⁾、憲法上の財産権の保障との関係で内閣法制局から懸念が表明されたのではないか²⁵⁾。この懸念を受けて、法務省側が11月30日の小委員会で使用禁止の請求について意見を聞いたのではないか。(4)11月30日の小委員会では前述のように使用禁止の請求に対しては否定的だったにもかかわらず、その後も法務省側は使用禁止の請求について改正要綱に盛り込もうとしている。すなわち、12月14日付けの資料72には、「注 一定期間の専有部分の自己使用の禁止と専有部分の引渡しの裁判の制度をも付加することとするかどうかは、なお検討する。」との注が、付されていた²⁶⁾。また、同年12月27日の準備会の資料では、次のように使用

21) 前掲注20)で言及した条文案21-23頁。

22) 前掲注20)で言及した条文案1頁。

23) 前掲注20)で言及した条文案21頁。

24) 濱崎・前掲注3)72頁。

25) なお、要綱試案に対する意見として、岐阜地裁の一意見も、憲法29条との関係で疑問があると指摘していた(最高裁判所事務総局民事局・前掲注11)71頁)。

26) 資料72「建物の区分所有等に関する法律の一部を改正する法律要綱案(仮案)」(昭57・12・14民

禁止の請求について詳細な案が記載されている。

三 区分所有権の競売の制度について

区分所有権の競売の裁判のほかに、専有部分の自己使用の禁止の裁判の制度を導入するとすれば、次のような方法が考えられるがどうか。

- 1 仮案第九の一1の要件があるときは、管理者等は、訴えをもつて、その区分所有者が所有する専有部分からの退去と五年を超えない期間内において自らその専有部分を使用することの禁止を請求することができる。

(注) (1) 占有は排除しない。賃貸し、又は使用貸しすることは妨げない。

(2) 家具その他の動産の保管場所とすることは妨げないものとすべきか。

- 2 1による裁判に違反して、その裁判の確定の日から一月以内に1の専有部分から退去せず、又はその期間が経過した後に自らその専有部分を使用したときは、管理者等は、訴えをもつて、その区分所有者の区分所有権の競売を請求することができる。

- 3 仮案第九の一1の要件がある場合において、1による裁判によつては共同生活を継続することができないと認められるときも、2と同様とする。

(注) 要綱案の取りまとめとしては、どうすべきか²⁷⁾。

さらに、58年1月11日の小委員会の資料(資料75)でも、この準備会の案とはほぼ同一の文言で使用禁止の請求が記載されている²⁸⁾。しかも、この資料の他の項目(法人格のない管理組合、管理者等の訴訟追行権)は、改正要綱案(資料74)の本文が修正されていて、そのように改めることでよいか確認する内容²⁹⁾なのに対し、使用禁止の請求については、改正要綱案ではまったく言及がなく³⁰⁾、この点でも他の項目の記載と比べて異質のものであった。

(5)同月25日の部会で改正要綱案(部会資料27)が、審議された。この案の「第十 区分所有権の競売等」では、区分所有権の競売請求と占有者に対する引渡請求のみしか規定されていなかった³¹⁾。

それにもかかわらず、濱崎幹事は、改正要綱案の説明において、使用禁止の請求について言及している。すなわち、濱崎幹事は、自己使用禁止の裁判を導入すべき意見の理由として、区分所有権を有していることが共同利益背反行為の原因ではなく、当該区分所有者

参印) 11 頁。

27) 「要綱案(仮案)の修正等について(幹事メモ)」(昭57・12・27民参印)(「57・12・27 準」(準には丸囲みがされている)とのインデックスが付されている) 4-5 頁。

28) 資料75「要綱案(案)の主な問題点」(昭58・1・11民参印) 5-6 頁。

29) 前掲注28)・「要綱案(案)の主な問題点」1-5 頁。

30) 区分所有権の競売請求と占有者に対する引渡請求のみが規定されている(資料74「建物の区分所有等に関する法律の一部を改正する法律案要綱案(案)」(昭58・1・11民参印) 11-12 頁)。

31) 部会資料27「建物の区分所有等に関する法律の一部を改正する法律案要綱案(案)」(昭58・1・25民参印) 11-12 頁。

がそこを使っていること、そこに住んでいるということが直接の原因である場合が多いのではないかと述べる³²⁾。もっとも、濱崎幹事は次のように述べて、使用禁止の請求に対して小委員会が消極的であったことも、紹介している。すなわち、所有権の本質ともいうべき自己使用権を欠く所有権を認めることになる。競売だと区分所有者は対価を得られるけれども、自己使用禁止だと使用禁止に伴う対価は保証されないので、むしろ競売よりもいわば生殺しのような形で不利益がひどい。あるいは自己使用禁止といっても、いかなる行為が自己使用禁止の違反に当たるかという判断が難しい。例えば、物だけ置いていることが自己使用にあたるか、保存行為のために出入りすることとの限界の問題はどこか、不明確な問題が生ずる。小委員会の議論でも比較的消極意見が強かった。そういう制度を導入させるという方法として合理的な制度が考えられるならば、それはあえてどうしてもいけないわけではないけれども、必ずしも適当でないという意見が小委員会では多かった³³⁾。このように濱崎幹事は小委員会の議論をわざわざ紹介している。使用禁止の請求の発想の説明については、山形地裁の意見ではそこまで書かれていない。そうすると、内閣法制局側の指摘内容であろうか。

2 内閣法制局関係の資料

(1)内閣法制局旧蔵の資料には、58年1月5日——小委員会で改正要綱案が了承される前——付けの「区分所有法改正条文案」が、残されている。この条文案には、次のように、使用禁止の請求の条文が規定されていた。その内容(内閣法制局による修正前の原案)は、次のように、前年12月27日の準備会の資料と同旨のものであった。

(区分所有者に対する退去等の請求)

第三十四の二十三 区分所有者が第五条第一項に規定する義務又は規約で定めた義務に著しく違反する行為をした場合において、その行為の停止を命ずる裁判に違反したときその他共同生活を継続するため他に適当な方法がないときは、管理者又は管理組合法人は、訴えをもつて、その区分所有者が所有する専有部分からの退去及び五年を超えない期間内におけるその使用の禁止を請求することができる。

2 前項の区分所有者が同項の規定による裁判に違反して、その裁判の確定の日から一月以内に同項の専有部分から退去せず、又はその期間が経過した後自らその専有部分を使用したときは、管理者又は管理組合法人は、訴えをもつて、その区分所有者の区分所有権(敷地利用権を含む。第三十五条の三第四項、第五項及び第三十五条の四第二項において同じ。)を競売することを請求することができる。前項に規定する場合において、同項の規

32) 法務大臣官房司法法制調査部『法制審議会民法部会第二〇回会議議事速記録』34頁(濱崎幹事)。

33) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注32)35-36頁(濱崎幹事)。もっとも、要綱試案の確定前の段階で小委員会が使用禁止構成も考えた旨を濱崎幹事は説明しているけれども、私はこのような資料を確認できなかった。

定による裁判によつては共同生活を継続することができないと認められるときも、同様とする。

3 前二項の訴えは、区分所有者及び議決権の各四分の三以上の多数による集会の決議がなければ、提起することができない。

4 第二項の規定による裁判に基づく競売の申立ては、その裁判が確定した日から六月を経過したときは、することができない。

5 第二項の区分所有者、その代表者若しくはその区分所有者の配偶者若しくは同居の親族（婚姻又は縁組の届出をしていないが区分所有者と事実上夫婦又は養親子と同様の関係にあるものを含む。）又はこれらの者の計算において買い受けようとする者は、買受けの申出をすることができない。（新設）³⁴⁾

この原案では、競売請求の要件が非常に厳しい。競売請求の前提として原則として退去請求の訴えが必要なところ（2項前段参照）、退去請求の要件も当時の5条（現行法6条に相当）の義務に著しく違反し、かつ、共同利益背反行為の停止を命ずる裁判に違反したときその他共同生活を継続するため他に適当な方法がないときに限られているからである。

内閣法制局の修正により、次の5条の2が追加され、34条の23は、競売請求だけの条文にされた³⁵⁾。

第五条の二 区分所有者が前条第一項に規定する義務に違反したときは、同項の行為を停止し、又は予防するため必要な行為を請求することができる。この場合において、他に適当な方法がないときは、その区分所有者が所有する専有部分からの退去及びその使用の禁止を請求することができる。

2 前項後段の規定による請求をするには、区分所有者及び議決権の各四分の三以上の多数による集会の決議があることを要する。

3 前二項の規定は、占有者に準用する³⁶⁾。

この5条の2は、内閣法制局の罫紙に書かれているので、内閣法制局による修正により設けられたと判断できる。原案34条の23との違いは、原案にあった5年以内との使用禁止の上限がなくなり、使用禁止の請求について「訴えでもつて」と明記されていない。もっとも、原案と同様に、使用禁止の請求についての決議要件は4分の3以上の賛成が必要で

34) 「区分所有法改正条文案」(昭58・1・5(同日のスタンプあり)、冒頭の上部に「一読用」との書き込みあり)23-24頁。

35) もっとも、34条の23の見出しは、「区分所有者に対する退去等の請求」のままで修正されていない。修正漏れであろうか。競売請求の要件は、当時の5条または規約に定める義務に違反（「著しい」が削除されている）し、かつ、その行為の停止又は予防を命ずる裁判に違反したとき、その他共同生活を継続するため他に方法がないときに修正されている。

36) 前掲注34)・「区分所有法改正条文案」(この用紙には、ページ数が振られていない)。

あり、他に適当な方法がないことが要求されている。

この内容が「一読後」と書き込みのある法律案7条³⁷⁾や「部長説明用」と書き込みのある法律案³⁸⁾でも、踏襲されている。

(2)もっとも、義務違反者に対する措置については、前述の内容ではよろしくないと考えられていたためか、前述の一読後と書かれた法律案の後には、同年2月23日の日付けの案が挟み込まれている。この案では、共同利益背反行為の停止等や使用禁止の請求を含む、義務違反者に対する措置についての条文のみが書かれている。

この案の原案では、使用禁止の請求については、「第五十九条 前条第一項の場合において、同項に規定する行為の反復等により共用部分の利用その他の区分所有者の共同生活の（「維持」が挿入されている）に重大な支障を生ずることが明らかなときは、当該行為をした区分所有者に対し、相当の期間専有部分のその者による使用の禁止を請求することができる」と記載されていた。

内閣法制局の修正により、現行法と同様に、共同利益背反行為の停止等で対処できない場合に、使用禁止の請求ができることがはっきりさせられた。すなわち、原案で「その他の区分所有者の共同生活の（「維持」が挿入されている）に重大な支障を生ずることが明らかなときは」とされていた箇所が、「その他の区分所有者の共同生活の（「維持」が挿入されている）に重大な支障を生ずることが明らかであり、かつ、前条の規定による措置によつてその支障を除去することが困難であるときは」と改められたのである³⁹⁾。

さらに、内閣法制局による修正により、「指定区分所有者等は、集会の決議に基づき、訴えをもつて」相当の期間「当該行為^{ママ}した区分所有者による専有部分の使用の禁止」を請求できることにされた⁴⁰⁾。

(3)同年3月初旬に、義務違反者に対する措置の要件を確定させるため、義務違反者に対する措置のみが書かれた、複数の案が作られた。特に59条競売の要件についてさまざまな検討がされたようである。使用禁止の請求について述べれば、3月1日の日付けが書かれた案や、3月2日の日付けが書かれた案⁴¹⁾に対する修正で、共同利益背反行為の反復と

37) 「建物の区分所有等に関する法律及び不動産登記法の一部を改正する法律」(58.2.8のスタンプあり) 30丁。もっとも、修正前の段階で見出しが「義務違反行為の停止等の請求」とされていた。さらに、この法律案への修正で、5条(区分所有者の権利義務等)に「3 第一項の規定は、区分所有者以外の専有部分の占有者(以下「占有者」という。)に準用する。」との3項が追加されたことにともない、7条3項の「占有者」のあとに「が前条第三項において準用する同条第一項に規定する義務に違反した場合」との文言が追加されている。

38) 「建物の区分所有等に関する法律及び不動産登記法の一部を改正する法律」(58・2・9)(58.2.10のスタンプ) 19-20丁(前掲注37)で述べた文言の追加が、織り込まれている)。

39) 競売請求については、原案の段階で「第五十八条第一項又は前条第一項の規定による裁判に違反した場合その他第六条第一項に規定する行為による区分所有者の共同生活上の障害を除去し、その共同生活を維持するため他に方法がない場合」とされていて、共同利益背反行為の差止め等または使用禁止の請求の裁判に違反した場合と、他に方法がない場合とが、明記されていた。

40) 本文でかぎ括弧で書いている部分が、内閣法制局による修正後の文言である。

41) この案の後半部分については、3月1日の日付けの案に対する修正が織り込まれているものの、前半の要件については修正が織り込まれていない。すなわち、3月1日の日付けの原案とは文言が少し

いう例示がなくなった。また、使用禁止の請求の要件が緩められている。すなわち、3月1日の案の原案では、「前条第一項の場合において、同項に規定する行為を反復したこと等により共用部分の利用その他の区分所有者の共同生活の維持に重大な支障を生じており、かつ、その行為の停止又は予防のため他に適当な方法がないとき」とされていた要件が、「前条第一項に規定する場合において、同項に規定する請求によつては共用部分の利用その他の区分所有者の共同生活の維持が困難であるとき」に変更された⁴²⁾⁴³⁾。3月2日の案の後に、主に競売請求の要件について多数の案が書かれた用紙が、存在している。この用紙には、使用禁止の請求の要件を「前条第一項に規定する場合において、第六条第一項に規定する行為による区分所有者の共同生活上の障害が著しく、前条第一項に規定する請求によつては共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持が困難であるとき」に改める案が、記載されていた。その次に綴じ込まれている「最終案」と書き込みのある用紙で、この案の文言が一部修正されて、現行法58条と同じ文言にされた。

3 小括

この章の内容をまとめておこう。この章では、使用禁止の請求の規定が設けられたのは、内閣法制局の懸念によるものと推測した。確かに、山形地裁の意見のうち消極説では、競売請求ではなく、使用禁止の請求にとどめることが、提言されていた。しかし、山形地裁の消極説は59条競売の代替案である。のみならず、57年11月9日の準備会の審議メモに、この消極説が書かれていたページが参照されていることから分かるように、同日より前にこの内容を法務省側が把握していた。それにもかかわらず、同日の段階では使用禁止の請求については言及されていなかった。ところが、同月30日の小委員会の資料で、使用禁止の請求が登場している。この間に内閣法制局と法務省側とが折衝を持っており、そうすると、内閣法制局から競売請求に対して懸念が示されたと考えられるからである。その懸念とはおそらく憲法上の財産権の保障との関係によるものと推測できる。内閣法制局から懸念を示されていたためか、小委員会では使用禁止の請求に消極的な意見が強かったにも拘わらず、法務省側は使用禁止の請求についてその後の資料で何度も記載し、改正要綱に盛り込もうとしていた。

内閣法制局の審査の段階では、共同利益背反行為の差止め等の規定と使用禁止の請求の規定の位置が、一時は共同利益背反行為の禁止を定めた条文の次に配置されていたけれども、最終的には現行法と同様に義務違反者に対する措置の節に規定された。法務省側から内閣法制局に提示された案には、使用禁止の請求の要件として、共同利益背反行為の差止

異なるものの、共同利益背反行為の反復が要件として例示されていた。3月1日の日付けの案への修正で確定したわけではなく、この修正は仮置きで、翌日に再検討をしたのであろうか。

42) 3月2日の案に対する修正後も、本文の記載のようになっている。

43) 3月1日案の原案では、3項で訴訟の提起について規定があったものの、1項では「訴えをもつて」と明記されていなかった。この案の修正により、「訴えをもつて」と明記された。

め等を命じる裁判に違反したときを要件とする案や、共同利益背反行為を反復する場合を例示する案なども、存在した。審査の過程で、これららの案は修正されて、共同利益背反行為の差止め等で対処できないときに、使用禁止の請求が認められることが、はっきりさせられた。

Ⅲ おわりに

(1)前述の通り、使用禁止の請求が盛り込まれたのは、財産権の保障との関係で内閣法制局が懸念を示したからだと推測される。そして、使用禁止の請求について、所有しているというより、住んでいることにより問題が生じると小委員会で説明されていた。区分所有者の財産である区分所有権をむやみに奪ってはならないことは当然のことであり、59条競売は最後の手段であるべきで、他の手段により共同利益背反行為に対応できるならば、その手段によるべきである。

しかし、共同利益背反行為の差止め等で対処できないけれども、区分所有権の競売をするまでもなく、使用禁止で対応すべき(できる)具体的な事例が想定されていたのだろうか。俗に「〇〇以上□□以下」という表現が使われているので、それに倣えば、「差止め以上競売未満」⁴⁴⁾というものが、具体的にイメージされていたか、疑問に感じる。しかも、永続的に専有部分の使用を禁止するならばともかく、一定期間のみの使用禁止により対処できる場合について、具体的に意識されていたのであろうか。

使用禁止の請求だと、前述の指摘のように、共同利益背反行為をした区分所有者が、「戻ってきてしまう」ことや、「一定期間経過後に同じことが繰り返されると、再び何らかの措置をとらなくてはならないとすれば、訴訟経済上割に合わない」⁴⁵⁾こともあるであろうけれども、それ以上に、管理組合側もそのイメージがつかめないから、使用禁止の請求がされていないのではないだろうか。

もっとも、法務省側作成の条文案にあるように、共同利益背反行為が反復されている場合が、使用禁止の請求によるべき場合として念頭に置かれていたのかもしれないけれども、この場合には使用禁止の請求に好意的な横山教授ですら競売請求を許容すべき場合として挙げているものである⁴⁶⁾。

(2)使用禁止の請求を肯定した数少ない裁判例について述べれば、福岡地判昭和62年5月

44) 厳密に言えば、「以上」では差止めも含まれるので、「差止めを超えて」などと言うべきであろうけれども、俗な表現にあわせて本文では記載している。

45) 丸山・前掲注2) 231頁。

46) 横山・前掲注5) 699頁。もっとも、横山教授は、騒音や振動の発生など区分所有者の使用態様などに起因する場合は競売請求を認めるべきではないと説き(同頁)、別の箇所(同707-708頁)では使用禁止の請求を繰り返せば良いと述べている。しかしながら、そのようにするためには、その都度特別多数決議を成立させ、かつ、訴訟を提起する必要がある、管理組合(=他の区分所有者)の負担が非常に大きい。

19日で問題となっていたのは、区分所有者が専有部分を暴力団事務所に使っていたことである。暴力団事務所としての使用については、横山教授も、他の組員が無関係な第三者を装って同様の使用を開始する可能性が高いため、使用禁止の請求で対処するのは困難な場合が多いと述べる⁴⁷⁾。それにもかかわらず、59条競売ではなく、使用禁止の請求がなされたのは、改正当初の事件であり、59条競売が認められるか原告が不安だったからであろうか。

大阪地判平成13年9月5日については、原告の主張からは、管理費を被告に支払わせるために間接強制のようなことを狙っていたように受け取られる。そして、大阪地判平成13年9月5日は、専有部分の使用禁止が管理費の弁済に対する心理的な圧力となることを明言する。

しかし、既に指摘されていること⁴⁸⁾だけでなく、形成過程の検討からは、管理費滞納の場合には、そもそも使用禁止の請求を導入すべきだと考えられた理由も、当てはまらないのではないか。すなわち、前述の通り、使用禁止の請求については、区分所有権を有していることというよりも、住んでいることが共同利益背反行為の原因だとすることに基づく。しかし、管理費滞納は住んでいるというより、区分所有権を有している（所有しているにもかかわらず、管理費等を払わない）ことが原因と考えるべきだからである。そうだとすると、仮に専有部分の使用禁止の制度が一般的には妥当だとしても、この意味でも管理費滞納には使用禁止の請求は不向きと言える。

東京地判平成24年12月14日では、区分所有者による共同利益背反行為が反復されているので、59条競売で所有者が変わる前に専有部分を区分所有者に使用させない必要があった。そのために、59条競売で区分所有者が変更されるまでのつなぎとして、使用禁止の請求がなされており、裁判所もこれを認容している。つまり、使用禁止の請求は、横山教授の想定とは異なり、区分所有者を専有部分から早く追い出す手段として用いられたのである。

(3)小委員会では使用禁止の請求に対して消極的な意見が強かった。この消極的な意見からすると、使用禁止の請求の方が、59条競売よりも区分所有権に対する侵襲が少ないとは簡単にいえないのではないか。小委員会では、区分所有権の使用禁止がされた場合に、賃貸できないと、「生殺し」になる不利益があると指摘されていた。つまり、区分所有者は、使用できないにも拘わらず、管理費等や固定資産税の負担は負い続けることになる。

使用禁止の請求では「生殺し」になりうるけれども、59条競売ならば、競売の売却代金を区分所有者が手に入れることができることも、小委員会では指摘されていた。つまり、区分所有者は確かに区分所有権を失うけれども、形式競売が行われ、その売却代金は区分

47) 横山・前掲注5) 702頁。

48) 控訴審である大阪高判平成14年5月16日の指摘や、例えば、かつて私が判例評釈で述べた（大山・前掲注1) 133頁）ことなどを参照。横山教授も、管理費滞納には使用禁止が適さないと述べておられる（横山・前掲注5) 711頁）。

所有者に交付される（民執195条、188条、84条2項）⁴⁹⁾。つまり、59条競売の場合には区分所有権の価値は保障されることからすると、使用禁止の方が侵襲が少ないといえるのだろうか。

確かに、競売によるよりも、任意に譲渡をする方が価格は通常は高くなる。しかし、59条競売の請求が認容されても、区分所有者は自己の区分所有権を任意に譲渡できる⁵⁰⁾。そうだとすると、任意譲渡できることは、使用禁止の請求の方が59条競売よりも侵襲が少ないことの根拠にならない。

小委員会の議論では、区分所有権の譲渡を事実上強制する結果になるとの指摘と理解できるものもある。横山教授は使用禁止ならば区分所有権を譲渡できることを、使用禁止の請求の方が59条競売よりも侵襲が軽い根拠にする⁵¹⁾けれども、譲渡が事実上強制されるならば、使用禁止の請求が59条競売よりも区分所有権に対する侵襲が少ないと言えるのだろうか。59条競売を認容する判決が確定しても、前述の通り、任意譲渡できるので、なおさら疑問である。

さらに、小委員会での幹事の説明にあった、使用禁止が認められた場合に、管理組合の組合員として残る問題はどのように考えるのであろうか。例えば、使用禁止が命じられた区分所有者も、議決権行使ができ、共同利益に反するような議決権行使が懸念されるけれども、それを待って改めて59条競売をすれば良いというべきなのだろうか。

横山教授は、長期にわたる使用禁止も許容されるかのように論じる⁵²⁾。小委員会では区分所有者が改心した場合の対処が指摘されていた。一般的にいうならば、事情変更があった場合に、使用禁止の解除が必要になる旨の指摘であると理解できる。この指摘によるならば、（横山教授の主張が仮に立法論であり）長期の使用禁止を認める改正をするならば、事情の変更のあった場合に競売請求を認容した判決を変更する訴訟手続を設ける必要があるのであろう。そうしたとしても、区分所有者が専有部分の使用を再開しても共同利益背反行為がもう起こらなくなったこと（事情の変更のあったこと）を、どう判断するのであろうか。というのは、区分所有者は専有部分の使用が禁止されている。そのため、管理費滞納のような場合を除けば、区分所有者が改心していなくても、共同利益背反行為はおさまっている可能性が高いからである。

49) マンション管理法律研究部「管理費等の滞納を理由として区分所有法第59条に定める競売請求が認められるための要件に関する考察」法律実務研究（東京弁護士会）36号312頁（柿沼彰）（2021年）によれば、59条競売においても、優先債権者への配当が行われているという。それでも剰余が生じれば、区分所有者に交付されるし、優先債権者へ配当がされれば、その分区分所有者の債務が減ることになる。

50) 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）320頁。また、少なくとも、差押の登記がされる前に譲渡がなされると、判例（最決平成23年10月11日判時2136号36頁）の立場では、59条競売の申立をすることはできない。処分禁止の仮処分をすることもできない（最決平成28年3月18日民集70巻3号937頁）。差押の登記後の譲渡であっても、形式競売の差押えの登記に処分制限効を認めるか否かで結論が分かると指摘されている（濱崎・前掲注3）362-363頁）。

51) 横山・前掲注5）698頁。

52) 横山・前掲注5）699頁。

本稿のもとになった報告を比較区分所有法研究会でしたところ、出席者から、使用禁止の請求が認容されて、区分所有者が賃貸した場合には、使用禁止の期間が終了しても、賃借人に正当事由が認められるのではないかと、この指摘があった。つまり、区分所有者のなした賃貸借が、定期建物賃貸借であったり、一時使用目的の建物賃貸借と認められたならばともかく、そうでなければ、使用禁止の期間が経過して区分所有者が専有部分の自己使用を回復しようとしても、賃借人に正当事由が認められる。そうだとするならば、賃借人である区分所有者は、更新の拒絶や、賃貸借の解約申入ができない。使用禁止の期間が経過しても区分所有者は自己使用を回復できない可能性がある。そのため、区分所有者が使用禁止の期間自己使用できなくても、賃貸することができるので、区分所有権への侵襲が少ないとは簡単にいえないのではないかと、この指摘である。

(4)本稿で残された課題について述べれば、国会の審議でこれまでの経緯を理解するのに参考となる事柄が答弁で述べられている可能性があるにも拘わらず、時間の関係から、国会の審議について調べていない。この点については他日を期したい。

使用禁止の請求について、消極的なことを述べるばかりで、積極的な代替案を提示できていない。さらには、東京地判平成24年12月14日のように、区分所有者を専有部分から早く追い出す手段として使用禁止の請求が使われる場合をどう考えるか、考えを示せていない。これらの事柄については、今後検討したい。