

マンションの管理組合運営における私的自治と適正化による限界について

—多数決に対する区分所有者の監督是正権について—

根 本 晋 一

contents

- I. 本稿の概要 (abstract)
- II. 緒 言
- III - 1. 多数決に対する区分所有者の監督是正権—代表訴訟提起権は認められるのか—
- III - 2. 多数決に対する区分所有者の監督是正権—管理者による法定訴訟担当との関係—
- III - 3. 多数決に対する区分所有者の監督是正権—所有と経営の分離と所有と運営の一致—
- IV. 建物区分所有法第 30 条 1 項・3 項による対応
- V. マンションの管理適正化法 (令和 2 年改正法) による対応
- VI. 結 語

keywords

共有 建物区分所有法 区分所有 区分所有者 区分所有建物 区分所有者集会 管理者 マンション標準管理規約 管理組合 管理組合員 理事会 理事長 マンション管理適正化法 マンション管理適正化指針 マンション建替等円滑化法

I. 本稿の概要 (abstract)

管理組合は、各組合員がみずから組合運営に当たるため (所有と運営の一致)、経営のプロとしての判断の誤りを問う代表訴訟などの単独株主権に相当する制度は存在しないところ、最三小判平 23.2.15 (民集 No. 246 p.45) が、判示の要件のもと、株主代表訴訟と同様の訴えを提起する余地を認めたが、前例が見つからないことから、効果のほどは未知数である。

建物区分所有法第 30 条 3 項は、区分所有者間の利害の衡平を図る (区分所有秩序 = 公序を維持する) ための一般条項であり、単なる訓示規定ではない効力規定であることが明らかになったことから、多数派が規約を改正し、少数派から理事が選出される可能性を著しく制限する規約、細則、総会決議などは、

本条項に違反し無効と解する余地がある。

マンション管理適正化法も公序を維持する法令の一つであり、「適正化」の具体的な内容は、同法第3条により国交相が策定したマンション管理適正化指針に委ねられているところ、同法改正により、自治体は管理組合に対し行政指導（指導・助言）をなし得、同指針違反をなした管理組合に対しては、自治体の首長が是正を勧告し、是正しようとしぬ管理組合については、行政手続法の各規定により、そのマンション名の公表などのペナルティを課すことも可能となった。反面、適正化指針を遵守するマンションについては、管理計画認定マンションとなし、将来的には固定資産税の減税などが予定されていることから、組合運営の適正化に対するインセンティブとなり、合意形成過程の適正化も結果として進むのではないかとの期待が掛かるが、始まったばかりの制度であることから、効果のほどは未知数である。この制度のベースとなるのが、マンション管理状況届出書の記載内容ということになるが、その内容の真実性を担保する方が不十分であることから、効果のほどは未知数である。

以上検討した結果、マンションにおいては、未だ少数派の権利を保護する法的な方が、会社法などと比較すると相対的に不備であることが明らかとなった。

II. 緒言

筆者は、先行業績として、『マンションにおける合意形成過程の適正化に関する一考察—少数派組合員の区分所有権を保護する法理について—』と題する論考（『研究紀要』No.92 日本大学経済学部2021.9）を執筆している。本稿の理解の便宜のため、その概要（Abstract）を引用する。

「マンションにおける多数派の横暴を抑制する手段として、敷地の処分、理事長の互選などの有効活用を検討した。前者は単なる反対であって積極的な意見表明ではないこと、後者は総会にて過半数の承認を得ることは困難なので不十分と結論した。多数決の取り方について検討した。選ぶ側の権利につき、議長一任条項を、出席通知書を出しつつ欠席した場合や議決権行使書に付けると容易に多数派を形成できるので問題がある。とりわけ議決権行使書に記名しつつ議案の賛否が白紙の場合に議長一任（または見做し賛成）とすることは、議決権の行使という意思表示と背馳するので適正化条項に違反し無効と結論した。選ばれる側の権利については、立候補・信任投票・完全連記・累積投票否定とすると理事就任の機会均等を著しく制限し、少数派候補者による賛成票の集票を事実上不可能とするので適正化条項と不利益禁止条項に違反し無効と結論した。マンションにおいては、少数派を保護する方が、会社法などと比較すると未だ相対的に不備である。総会や理事会の決議の瑕疵、マンション管理適正化法による行政指導の在り方など、検討すべき課題は多数あるが、それらは別稿に譲る。」

本稿を執筆したインセンティブについても、既往の先行業績と同じなので、本稿の理解の便宜のため、その緒言を引用する。

「わが国における区分所有建物の典型であるマンションは、（その棟数ではなく）各戸別の累計数において、およそ665万5千戸に達しており、いまやわが国におけるオーソドックスな居住態様のひとつと

なるに至っている⁽¹⁾。わが国におけるマンション建設は、高度成長期の1960年代後半より急速に増加し、今に至っているが、その間、区分所有建物の在り方も変化し、その大型化、例えば超高層・超多室型のタワーマンション（high rises（米）tower block（英））の出現、そして多目的化、例えば住戸と事業用フロアが組み合わせられた複合用途型の出現、さらには所有態様の変化、例えば区分所有者が実際に居住しない収益目的のテナント型の出現、くわえて経年変化、例えば最新設備のものと老朽化したものの並存（建替えや再生による更新が進まないこと）などの諸現象にみられるように、著しく多様化した。このような区分所有建物の在り方の多様化に応じ、区分所有者たる組合員の意識も多様化するため、必然的に意見が割れるので、組合員の共有物たるマンションの保存・管理・処分に関する合意形成は、困難化することはあっても容易化することはないのが現状である。そして、合意形成の容易化とは多数決の容易な成立に他ならないことから、これを促進すればするほど、少数派組合員の意思は反映されなくなることも明らかである。この問題に対する対処方法につき、マンションにおける管理組合運営の場面においては、いまだ議論が尽くされているとは言い難い状況であるが、（管理組合が権利能力なき社团である場合を含む）法人の機関という位置づけにおいて共通項を有する、株式会社における株主総会運営においては、コーポレートガバナンスの問題として議論されており、ある程度の法制化もなされている。筆者は、既往の問題意識から、大局的な視点としては、会社法の領域において確立されたコーポレートガバナンスの理論を参考にしつつ、マンションにおける合意形成過程の適正化、つまり意思決定過程における手続保障（デュー・プロセス）の見地から、少数派組合員の区分所有権を保護する法理について、実例や判例、先行業績を可能な限り涉猟・整理・検討し、現時点における私見を示したい⁽²⁾。

なお、検討の視点につき、既往の先行業績と本稿は、会社法における諸規定と建物区分所有法の諸規定を比較検討し、会社法には存在するが、建物区分所有法には存在しない規定について、建物区分所有法の立法目的や立法趣旨に背馳しない限りにおいて、それを建物区分所有法の解釈に組み込むことが可能なのか、という視点から私見を導くものである。この点に関し、筆者が本稿を執筆する際に、ある会社法を専門とする研究者の方より貴重なご指摘を受けた。そのご指摘は、筆者が設定した検討の視点に

(1) 国土交通省『分譲マンションストック数』001407805.pdf (mlit.go.jp)。なお、統計の基礎となるマンションは、3階建以上の中高層、鉄筋または鉄筋鉄骨もしくは鉄骨のコンクリート造りの分譲住宅に限定している。つまり、法律上のマンションのすべてではないことに注意を要する。同「築後30、40、50年超の分譲マンション戸数」001407809.pdf (mlit.go.jp) 同「マンション建替えの実施状況」001407807.pdf (mlit.go.jp)

(2) 先行業績として、西島良尚『マンション管理とガバナンス—分譲契約時における管理組合形成過程の問題を中心として—』流経法学 vol.7No.24 流通経済大学 2007.12 p.35-7)がある。西島教授によると、ガバナンス (governance) とは、法律上は管理・運営・制御・コントロールを意味するのが一般であるとして、これを前提とすると、「…結局、ガバナンス論とは、人が一定の目的の下に結合し一定の団体・組織・仕組みを形成する場面において、人の活動や営みを制御するための仕組み（システム）をいかに形成・構築し、運営すべきかにかかわる考察・考察方法だといってよいと思われる。」と位置付けている。そして、ガバナンスは、公法と私法を問わず法のすべての領域において妥当する概念であるとして、例えば、憲法の解釈において「…国家レベルのガバナンス論は、憲法、立憲主義、民主主義の問題になる。ここでは、基本的人権をいかに公権力の濫用から守り、かつ、公権力が基本的人権の保障に奉仕するかについてのシステムが問題になるのである。…なによりも、ここでは、人類共通の普遍的な価値は何か（筆者註…個人の尊厳）ということが中心テーマになろう。」と論じている。これをマンションに即していうと、基本的人権を所有権に、公権力を管理組合総会決議や理事会決議に、公権力の濫用を多数決の濫用に、個人の尊厳を各組合員の区分所有権に、それぞれ置き換えると、西島教授の考え方を容易に理解できる。

影響するものであることから、検討の視点について、そのご指摘を取り入れながら再説する。

筆者は、会社法においては、単独株主権や少数株主権が整備されていることから、少数派株主の利益が制度的に保護されているとの所与の前提のもと、これらの制度が存在しない建物区分所有法は未成熟であるとして、前者の諸規定の後者の解釈への応用可能性について検討していた。この視点につき、ご指摘によると、会社法は、資本多数決の原則を採用していることから、少数派の権利を保護しているとは言い難い側面がある。例えば、単独株主権のひとつである代表訴訟提起権についても、株主がいきなり提訴できるわけではなく、本来は、会社に対して直接忠実義務を負う取締役が相互監視義務を尽くし、任務懈怠をなした取締役等を提訴し、または監査役等が業務監査の結果、任務懈怠の事実を発見した場合には、その取締役等を提訴するのが筋であることから、株主代表訴訟は次善の策というべき位置づけである。また、株主総会決議における特別利害関係人の議決権行使の可否についてみても、その行使を可能としたうえで、その行使の結果、著しく不当な決議がなされた場合にのみ総会決議取消事由となり、単独株主権の一つである決議取消の訴えを提起できるとしており、資本多数決の原則に基づいてなされた多数決がひとたび成立すると、それが容易に覆らないようにしている。このように、会社法は、資本多数決の枠内において少数派の権利保護を考慮しているのであり、少数派の保護を優先しているわけではないので、筆者のように、会社法は少数派株主の権利を制度的に保護していることを所与の前提とするのは如何なものか。建物区分所有法について見ても、例えば、建替えにつき、もともとは共有物の「変更」にあたることから、建物の共有持分権者たる区分所有者の全員一致が必要であったところ、建替えの合意形成を容易にするために（区分所有者総数と議決権総数の各）5分の4まで減じていることからわかるように、多数決による合意形成を重視している、とのご指摘であった。

かようなご指摘を受け、筆者は、これまでの論調を検証した結果、そのとおりに読めることを確認したので、ここで改めて検討の視点について再説する。

マンションという建造物には、建物や敷地というハード面と、それを運用する管理組合というソフト面の二面性がある。前者について、建物は経年劣化が不可避であることから（「形あるものは、いつかは壊れる」）、再生不可能または著しく困難である場合には、建替えせざるを得ず、建替えを選択しないのであれば、敷地売却により区分所有関係を解消するしかない。これに対し、管理組合の運営は、建物の経年劣化、換言すると老朽化のように“待ったなし”のことでなく、マンションが（共用部分については）共有物であることに鑑みて、共有持分権者である各区分所有者の意思を可能な限り尊重しつつ、慎重に管理を進めてゆかなければならない。とくに、特別決議事項である規約改正、例えば、理事の資格を区分所有者本人以外の第三者に拡大する旨の規約改正や、理事の任期に関する規約改正（1期1年連続3回まで、あるいは1回やったら1回休み、に改めるなどの施行細則の改正も含む）、組合員の議決権に関する規約改正（持分割合なのか、それとも1戸1議決権なのか）などは、各組合員の区分所有権の行使にかかわる重要事項であることから、慌てて改める性質のものではなく、各区分所有者本人の個別的な意向を可能な限り反映しつつ、合意形成してゆく筋合いのものである。

これらのことからわかるように、いわゆるハード面、例えば建替えについては、建物の経年劣化は止

まらず、待ったなしのことなので、全員一致が揃うまで悠長に待ってられないことから多数決で足り、しかもその合意形成は可能な限り容易、つまり議長一任やみなし賛成などの採決方法が取られる必要がある。反面、いわゆるソフト面、例えば、規約改正などについては、待ったなしのものではないことから、決して安易な多数決に走ることなく、特別多数や全員一致を求めて差支えない。そのみならず、多数決の取り方についても慎重になる必要があり、できるだけ区分所有者たる各組員の意思を反映した結果でなければならないことから、議長一任やみなし賛成は避けるべきであり、総会を欠席する場合は、書面による議決権の行使、つまりは議決権行使書に、各議案についての賛否を明らかにさせるべきである。最近におけるマンション法の改正は、この見地からなされており、ハード面についてはマンション建替等円滑化法の改正により、ソフト面についてはマンション管理適正化法の改正により実現されつつある。

以上、再説したことからわかるように、筆者が少数派の保護を訴えているのは、主にソフト面、つまり管理組合の運営上の少数派の処遇についてであり、ハード面、つまり建替えなどのマンション再生については、反対に、全員一致を避けて多数決とするべきであり、採決方法についても多数決で足り、議長一任やみなし賛成を認め、より容易な合意形成を図るべきである。

Ⅲ－１．多数決に対する区分所有者の監督是正権 ―代表訴訟提起権は認められるのか―

会社法においては、資本多数決の原則を採用しつつ、少数株主権や単独株主権といわれる株主の権利が規定されており、多数決を修正し、少数派を保護する方途が存在する。株式会社の最高意思決定機関である株主総会においては、総会決議事項について多数決により決議するところ、少数派株主に対しても、多数決による総会運営を監視監督する権利を与えたのである⁽³⁾。

株主代表訴訟は、かような性質の権利であるが、マンションの管理組合運営において、これを肯定したとしても建物区分所有の性質（所有と運営の一致）に背馳せず、また、多数派から選出された理事の専横を、少数派の組員が監督是正する方途を確保する必要が認められる場合には、各組員に代表訴訟提起権を肯定する余地があるのではないかと、ここでの問題の所在である。

少数株主権や単独株主権は、株主の固有権の一つであり、自益権と共益権の場合がある。概要、自益権とは自分のための権利であって、利益配当請求権が典型であり、共益権とは、全員のための権利であって、議決権が典型であるところ、建物区分所有においては、（例えば、共用部分に設置した駐車スペースの賃料収入などは管理組合費に充当され、管理組合に総会的に帰属するから）利益配当ということがあり得ないので、自益権を観念することはできない。ゆえに、会社法と建物区分所有法との共通点は共益権の側面ということになる。なお、少数株主権とは、法が定めた一定数の複数株式を保有する株主が請求し得る権利であり、単独株主権とは、1株以上の株式を保有する株主が請求し得る権利である（自

⁽³⁾ 少数といっても、1株主など、株式の数が僅少という意味ではない。濫用の弊を回避するため、一定数の株式を保有していることや（持株比率要件）、一定期間の保有の事実（継続保有要件）を行使の要件としたのである。そのため、大株主といわれる人が少数株主権を行使することもあり得る。

益権の場合は、常に単独株主権である)⁽⁴⁾。

監督是正権の典型が、株式会社の役員等に対する責任追及の訴え、すなわち株主代表訴訟であり、株主が会社に代わり、役員等の責任を追及する訴訟形式である（会社法第847条）。原告は株主であり、被告は役員等であるが、効果は会社に帰属する。例えば、取締役や執行役の忠実義務違反（前者につき同法第355条、後者につき同法第419条2項。この二者以外の場合には、民法の一般原則に戻り、受任者の善管注意義務違反と構成する。民法第644条）に基づく損害賠償請求であれば、会社が違法行為を行った取締役や執行役より賠償金を受領し、会社の資産価値が回復される結果、株主も、その恩恵を受けると構成する。ゆえに、株主が蒙った損害は間接損害ということになる。

これに対し、建物区分所有法には、組合員の監督是正権に関する定めは存在しない。商法の世界においては、代表訴訟は、会社法が商法第2編会社であった時代、つまり戦後の昭和25年改正時に、アメリカ法の影響を受けて、株主の経営監視機能を充実させるため、授権資本制度などと併行して導入された（もっとも、多数派に属する株主が単独にて提訴することも可能なので、必ずしも少数派に限定された権利ではない点に注意）、建物区分所有法の世界においては、建物の高層化と多数住戸化という建築技術の進歩に代表される劇的な変化と、それに伴う管理組合運営の複雑化や困難化に法が追いついておらず、代表訴訟に関する定めがないのである。

しかしながら、代表訴訟は、これを肯定したとしても、建物区分所有の性質（所有と運営の一致）に背馳せず、多数派から選出された理事の専横を、少数派の組合員が監督是正する方が確保されなければならないことも、会社の場合と同様であることから、全国に累計約665万戸ものマンション型住戸が存在し、管理組合運営が難しく、錯綜しつつある現状に鑑みると、代表訴訟制度の法制化が喫緊の課題であることは論を俟たない。

そこで、現行法制を前提として、解釈により、組合員の代表訴訟提起権を肯定し得るのが問題となる。この問題は、民事訴訟法の解釈にかかり、これを建物区分所有法に即していえば、一部の区分所有者が区分所有者の団体を代表して、または、マンション標準管理規約を導入しているのであれば、一部の組合員が管理組合を代表して、団体または管理組合の利益のために訴訟を提起する当事者適格（ここでは原告適格）を認めることは可能か、という問題として議論されている。

この争点については判例の変遷があり、下級審は、代表訴訟形式の訴えにつき、組合員の当事者適格を一貫して否定し、このような形式により提起された訴訟を不適法として却下してきた。例えば、東京地判平4.7.29『判例タイムズ』No.801,p.236は、以下の判旨の後半部分において、当事者適格について

(4) 単独株主権としては、剰余金配当請求権（会社法第105条1号）、残余財産分配請求権（同法第105条2号）、株主総会決議権（同法第105条1項3号、308条1項）、株式買取請求権（同法第116条）、設立無効の訴え（同法第828条2項）、株主総会決議取消しの訴え（同法第831条）、株主代表訴訟提起権（同法第847条）、株主総会における動議議案提案権（同法第304条）等があり、少数株主権としては、株主総会招集請求権（会社法第297条）、取締役会設置会社における株主総会議題提案権（同法第303条2項、3項）、取締役会設置会社における株主総会議案周知請求権（同法第305条1項）、役員解任請求権（同法第854条1項、2項）、総会検査役選任権（同法第306条）、業務執行検査役選任権（同法第358条）、株式会社解散請求権（同法第833条）等がある。

触れ、区分所有者単独の原告適格を否定し、訴えを不適法却下している。

「…建物の各区分所有者は、区分所有建物の共用部分の保存行為をすることができる」とされているが、右にいう共用部分の保存行為とは、建物の共用部分そのものの現状を維持することをいうと解すべきであるから、区分所有建物の共用部分の改修工事の費用の支払に関し、区分所有建物の管理組合の元理事長がした不法行為に基づいて、建物の共用部分の補修のために積み立てられた組合資産に生じた損害であっても、その賠償を訴求することは、右にいう共用部分の保存行為に当たらないことが明らかである。また、権利能力のない団体の資産について損害を生じた場合、その損害に関する賠償請求権は右団体の全構成員に総有的に帰属するにすぎないから、支払を受ければ直ちに団体に引き渡し組合の損害を填補する目的であったとしても、右団体の各構成員が単独で右損害の賠償を請求することはできないというべきである（下線筆者）。したがって、原告の本訴請求は、不法行為の成否、損害の発生等について判断するまでもなく、理由がないことが明らかである。」

他にも同旨の判例が存在し、神戸地判平 7.10.4『判例時報』No.1569 p.89 は、論理を緻密に積み重ね、組合員単独での原告適格を否定している。

「原告らは、管理組合の構成員であるところ、管理組合の理事長は管理組合員から委任ないし代理を受けて組合総会の決議によって定められた業務等の執行をなすものであるから、その任務に背きこれを故意または過失によって履行せず、管理組合に損害を与えるようなことがあったときは、債務不履行となり、右理事長は管理組合に対して損害賠償の責めを負うべきことになる。したがって、管理組合（ないし区分所有者全員）が原告となって右理事長に対して損害賠償を求める訴訟を提起することはできるが、管理組合の構成員各自が同様の訴訟を提起することができるかについては、建物の区分所有等に関する法律上、管理組合の構成員各自がその理事長に対する責任を問うことを認める旨の商法 267 条（会社法施行前の代表訴訟を規定する条文）のような規定は存しないし、管理組合の構成員各自が民法 423 条により代位するという原告の構成もその要件を欠くというべきである。そして、建物の区分所有等に関する法律（6 条、57 条）は、共同利益違反行為の是正を求めるような団体的性格を有する権利については他の区分所有者の全員または管理組合法人が有するものとし、これを訴訟により行使するか否かは、集会の決議によらなければならないとするように、区分所有者の共同の利益を守るためには区分所有者全員が共同で行使すべきものとしているところ、本件のように理事長の業務執行にあたっての落ち度を追及するような訴訟においても団体的性格を有する権利の行使というべきであるから右の法理が適用されるべきであり、一般の民法法理の適用される場面ではないものと解する。以上より、本件建物の区分所有者らとその全体の利益を図るために訴訟を迫るには、区分所有者ら全員が訴訟当事者になるか、その中から訴訟追行権を付与された当事者を選定する等すべきことになるところ、そのような手続きを何ら踏んでいない原告らには本件訴訟を迫る権限はない。」

一連の下級審判例の論理は、概要、建物区分所有法には、会社法第 847 条のような代表訴訟提起権に関する明文規定が存しないがゆえに、各区分所有者あるいは各組合員に、代表訴訟を提起する原告適格を認めることはできないというものであったことから、最高裁においても、かような論理を追認するの

か否かが注目されていたところ、最高裁（最三小判平 23.2.15 最高裁判所民事判例集No. 246 p.45）は、これを追認することなく、以下のように判示した

「…原審（東京高判平 20.12.10）は、本件マンションの共用部分は区分所有者の共有に属するものであるから、本件各請求は区分所有者においてすべきものであると判断して、上告人の原告適格を否定し、上告人の請求を一部認容した第一審判決を取り消して、本件訴えをいずれも却下した。しかしながら、上告人の原告適格を否定した原審の判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。給付の訴えにおいては、自らがその給付を請求する権利を有すると主張する者に原告適格があるというべきである（下線筆者）。本件各請求は、上告人が、被上告人らに対し、上告人自らが本件各請求に係る工作物の撤去又は金員の支払を求める権利を有すると主張して、その給付を求めるものであり、上告人が、本件各請求に係る訴えについて、原告適格を有することは明らかである。」

ややわかりにくいと思われる下線の意味であるが、本間佳子評釈の解説が平易で分かりやすい⁽⁵⁾。引用すると、「給付訴訟において、訴訟物たる権利が原告に帰属するかどうかは本案の問題であって原告適格の問題ではないという考え方は、原告の主張（自分に権利が帰属するとの主張）が真実であれば、請求が認容される場合には、当事者適格ありとし、権利帰属の有無は、本案審理における主張立証をまって判断しようというものである（下線筆者）。（中略）一般的に（民訴第 29 条の場合以外）、給付訴訟において、当事者がおよそ権利義務の帰属主体たり得ない場合は、当事者能力の問題に解消され、当該訴訟における権利義務の有無（事件適格）は実体判断の問題ということになる。（中略）最判平 23 は、給付訴訟において主張された法律関係自体において、およそ給付請求権者たりえないことが明らかであっても、原告適格は問題にしない（例外は認めない）ことを明らかにした（下線筆者）との見方が可能である。（中略）平成 23 年最判は、権利能力なき社団が原告となった給付訴訟において、自己に権利があると主張すれば、訴え却下で終わることがないことを確認したに過ぎず、本案の問題として、権利能力なき社団は権利帰属主体でないと判断された結果、請求棄却になる可能性を否定したものではないとみることができる（下線筆者）。」

なお、本件は、破棄差戻し審において和解となったため、最高裁の解釈が明確に示されることはなかった。この点、本間佳子見解は、一つの見方を示した学説であるが、判旨の文理に素直な解釈であることから、この見解を以て最高裁の合理的意思とみて差し支えないと思われる。

では、本案審理に入った後の判断の枠組みは、どのように考えるのか・基本的な視点としては、訴訟要件、つまり当事者適格が、事実上ほぼ無条件に認められる反面として、本案審理の段階で、審判の対象とされた訴訟物に関する権利義務につき、原告がその主体とはいえないという形で請求棄却判決がなされることになるので、本案審理の過程において、事実上当事者適格の有無が審査されることになる。この点につき、本間評釈は、最判平 23 に即して以下のように論じている。

「この事案の訴訟物については、議論の余地のあるところと思われるが、平成 23 年最判の事実整理に

⁽⁵⁾ 本間佳子『論説 権利能力なき社団の当事者適格について—最判平成 23 年 2 月 15 日を題材として—』創価ロージャーナル No. 6 創価大学 2013.3 p.120-122

よれば、①マンション管理規約に基づく原状回復請求権としての工作物撤去請求権、②マンション管理規約に基づく金銭支払請求権、③不法行為に基づく損害賠償請求権、が含まれていた。いずれも、当該マンションの区分所有者の共有に属する共用部分に対する違法な増改築に起因するものである。マンションの管理規約に基づく金銭支払い請求権は、その規定の文言上、マンション管理組合に請求権を認める体裁になっており、マンション管理組合の構成員の総有に属する債権であると解するのが自然であると思われる。他方、不法行為に基づく損害賠償請求権のほうは、マンションの区分所有者の共有に属する違法な増改築そのものが不法行為の内容となっており、侵害された財産はマンション管理組合の総有財産でなく、区分所有者の共有財産であるから、その賠償請求権も区分所有者に帰属する。そうすると、民法の原則により（同法第427条）、分割債権として、共有者である区分所有者に帰属すると解される（下線筆者）。ただし、マンションの共有部分にかかる権利の行使については、建物区分所有法に特別の手当てがあり（同法第26条）、こういった難しい問題に対して立法的な解決がなされている。平成23年最判は、この法律が提供した管理者を訴訟担当者として訴訟提起する方法をとらず、あえて権利能力なき社団を原告として訴訟提起された事案であ」ったと論じている⁽⁶⁾。

続けて、本間評釈は、本件訴訟における訴訟物の③につき検討をくわえ、

「不法行為に基づく損害賠償請求権を訴訟物とする場合の要件事実は、被告が原告に帰属する権利または法的利益を故意または過失に基づいて侵害し、それに因って損害が発生したこと、およびその数額である。権利能力なき社団たる原告が、自分に対する損害賠償金の支払いを求めながら、被侵害利益として、実体法上、権利能力なき社団の総有財産とは区別された構成員の固有（特有）財産と観念される共有財産を主張するときは、（いかなる意味においても）自己に帰属しない利益の侵害を主張していることになり、要件事実の適切な主張がなく、主張自体失当といわざるを得ない。したがって、このような請求については、当事者適格の問題ではなく本案の問題であって、請求棄却されるべきであるといえる（下線筆者）。」⁽⁷⁾と結論し、管理組合を原告としつつ組合員の固有財産を訴訟物とした③の請求について、訴えを却下した原判決に対し、棄却とするべきではなかったのかとの疑義を呈し、これを破棄し原審に差戻した最高裁の態度を評価している。

さらに、本間評釈は原判決を批判し、「筆者は、訴訟物のうち、少なくともマンション管理規約に基づく金員の請求は、権利能力なき社団たるマンション管理組合の総有に属する財産とみるべきであって（下線筆者）、それを含めたすべてを区分所有者の共有に属する共用部分の侵害に基づく請求とする前提そのものが誤っていると考える。」⁽⁸⁾と結論している。

確かに、本間評釈が指摘するように、原判決は二重の意味において不当である、つまり、まず、組合には原告適格があるので、そもそも訴え却下の訴訟判決として門前払いすることがおかしい、本案審理して請求認容または棄却とするべき事案である。つぎに、マンションの共有部分につき、狭義の共有な

⁽⁶⁾ 前掲本間 p.115-116

⁽⁷⁾ 前掲本間 p.124

⁽⁸⁾ 前掲本間 p.24 註 (14)

のか、それとも総有なのかを区別することなく、すべて組合員の狭義の共有に属する、つまり各組合員が権利帰属主体と決めつけているのがおかしい。なぜならば、組合を原告として給付の訴えを提起したとしても、原告適格がない、つまり組合は共用部分の権利帰属主体ではないという理由で、つねに訴えを却下され、門前払いとされてしまうからである。

これに対し、最高裁判決の立場に拠ると、組合員による代表訴訟形式をとったとしても、管理組合には原告適格が認められることから、却下されることなく本案審理に入れるうえ、訴訟物たる権利が、組合の総有財産である場合には、組合は権利帰属主体であることから、原告適格が認められるので、当該請求が認容される余地があるので、明文規定のない代表訴訟形式の給付の訴えも、決して無意味、無益な訴えに帰することはないことになる。

以上、検討したことを前提として、代表訴訟形式の可否に関する最判平23の判示を整理すると、以下のようになるうか。訴訟物が組合員の狭義の共有に属する場合については、各組合員が管理組合を代表し、給付の訴えを提起することができる。この場合、管理組合には原告適格が認められる。ただし、本案審理において、当該訴訟物は各組合員の狭義の共有に属するものであるから、管理組合は権利帰属主体ではないとして棄却される余地がある。

訴訟物が組合員の総有に属する場合については、各組合員が管理組合を代表し、給付の訴えを提起することができる。この場合、管理組合には原告適格が認められる。そして、本案審理においても、管理組合は権利帰属主体であるとして認容される余地がある、ということになるのではないか（下線筆者）。先に述べたように、本件は、破棄差戻し審において和解となったため、組合員の共有とされるマンションの各共用部分につき、何を以て全組合員の総有に属する（管理組合が権利帰属主体）というのか、また、各組合員の狭義の共有に属する（各組合員が権利帰属主体）というのか、明らかにされることはなかった。

あと、判旨において、組合員の狭義の共有に属する財産につき管理組合が原告になることは、適法な訴訟であるも、原告たる組合が権利帰属主体ではないことから、請求棄却とされる余地があることは判示されたが（この点を精査させるため、原審に差戻したのであろう）、総有財産につき組合を原告として組合員が提訴した場合については、何ら判示されていないことから、筆者による本判決の反対解釈（つまり、総有財産であれば、組合が権利者であるから原告適格があるのみならず、請求も認容され得るはず、という解釈）による推論にとどまる。

なお、以上の判例理論は、当事者適格のうち原告適格に関するものであるが、被告適格についても、ほぼ同旨の最判昭61.7.10『判例時報』No.1213 p.3があり、確立された判例理論となっている。引用すると、

「…本件記録によれば、原審は、本件部屋に対する所有権に基づく本件設備の撤去請求について、被上告人らには本件設備を撤去する権限がないから被告適格を欠く不適法な訴えであるとしてこれを却下したが、給付の訴えにおいては、その訴えを提起する者が給付義務者であると主張している者に被告適格があり、その者が当該給付義務を負担するかどうかは本案請求の当否にかかわる事柄であると解すべ

きであるから、上告人の右訴えは、適法なものというべきであり、したがってこれを却下した原判決は違法である。」

以上、検討してきたことをまとめると、代表訴訟形式の可否について、被告適格に関する最判昭 61. 7. 10 と原告適格に関する最判平 23 の判示と併せ考えると、訴訟物が組合員の総有に属する場合については、各組合員は管理組合を代表し、給付の訴えを提起することができる。この場合、管理組合には原告適格が認められ、被告とされた特定の組合員（理事、理事長、監事の場合もあり得る）にも、当然に被告適格が認められる。そして、本案審理においても、管理組合は、判決の名宛人、つまり権利帰属主体であるとして請求認容される余地があり、特定の組合員は敗訴判決の名宛人として、執行を受任する義務がある、ということになるのか。

Ⅲ－ 2. 多数決に対する区分所有者の監督是正権 —管理者による法定訴訟担当との関係—

建物区分所有法は、建物の共用部分、ならびに敷地を含む土地、および付属施設に関する事項について、管理者（理事長）に、訴訟に関する当事者適格を付与している。当事者適格には、訴訟物に関する権利義務の帰属主体に認められる固有適格と、非固有適格者が本来の固有適格者に代わり、自己の名を以て原告または被告となるために当事者適格を認められる場合があり、これを訴訟担当という。判決効は、判決の名宛人たる管理者のみならず、本来の固有適格者にもおよぶ（既判力の主観的範囲に関する民事訴訟法第 115 条 1 項 2 号）。なお、管理者は、本法の規定（建物区分所有法第 26 条 4 項）により当事者適格が認められているので、管理者の訴訟追行権は、法定訴訟担当として位置づけられる。

本法の関連条文をみても、管理者は、共用部分、建物の敷地、付属施設を保存し、集会の決議を実行し、規約で定められた職務をなす権利と義務を負う（建物区分所有法第 26 条 1 項）。管理者は、その職務に関して区分所有者を代理する（同法第 26 条 2 項 1 文）。したがって、例えば、管理者が、区分所有者を代理して第三者との間において何らかの契約を締結すると、その法律行為の効果は本人である区分所有者全員に帰属する（民法第 99 条）。

区分所有者が共用部分に対して損壊などの不法行為をなした場合には、管理者は当該組合員に対し、その損害の賠償を請求し得る。また、第三者がマンションの共用部分である敷地の一部を無断で使用し、その使用の対価を免れた場合のように、不当利得した場合には、管理者は当該不当利得者に対し、その利得の返還を請求し得る（建物区分所有法第 26 条 2 項 2 文）。損害賠償請求権と不当利得返還請求権は、いずれも金銭債権なので、可分債権であることから（民法第 427 条）、専有部分の持分の割合に応じて各区分所有者に割合的に帰属し、各区分所有者は個別に割合的な賠償額を請求できるところ、全員のための共用部分にかかわることなので、これを否定し、管理者が一括して請求することにしたのである。

管理者は、規約の定めまたは集会決議によって、その職務に関し、区分所有者のため、原告または被告となることができる（建物区分所有法第 26 条 4 項）。その職務とは、本法第 26 条 1 項所定の事務と同条第 2 項所定の事務を意味する。

以上のような、管理者の法定訴訟担当権と、代表訴訟形式によらない組合員個人の監督是正権の相互

関係が明らかではないことから、この点について検討する。

私見としては、組合員個人が第三者の不法行為責任を追及し、または不当利得返還請求権を行使することは、管理者に訴訟担当を認めた法の趣旨を没却するののでできない、換言すると、その訴えは却下されることはないが、棄却されると解する。これに対し、組合員個人が、理事長ならびに理事、および監事ら役員の責任を追及する場合には、管理者に訴訟担当を認めた各規定の存在（建物区分所有法第26条4項）にもかかわらず、なお区分所有者個人（組合員個人）は（訴訟物たる財産が組合の総有に属する限りで）団体（管理組合）を代表し、団体（管理組合）を原告として給付の訴えを提起できるのみならず、請求認容される余地があると解する。

けだし、訴訟担当権を有する管理者（理事長）は、多数派により構成される理事会の構成員であることから、同じ穴の貉である各理事や監事の、法令規約違反行為や権限濫用の責任を追及する目的で訴えを提起することは、まったく期待できないからである。私見の理由付けは、会社法において株主代表訴訟が認められた趣旨と軌を一にしているが、全組合員の利益につながる共益権の行使については、株主の場合と組合員の場合において、その取扱いを異にする理由はないと考えられることに根拠を求めるものである。

Ⅲ－3. 多数決に対する区分所有者の監督是正権 —所有と経営の分離と所有と運営の一致—

既往の検討により、建物区分所有法上の明文規定はないが、その解釈により、代表訴訟形式の訴え、つまり、訴訟物が全組合員の総有に属する場合に限り、組合員は管理組合を代表し、組合を原告として、理事長・各理事・監事ら役員を相手取り（被告となし）、給付の訴えを提起できることが明らかとなった。しかしながら、かりに私見が正しいとすれば、建物区分所有法において、立法当初から区分所有者の代表訴訟提起権を明記していれば済んだことである。そこで、なにゆえに斯様な明文規定が置かれなかったのか、その理由を考える必要がある。

この点、建物区分所有法は、会社法とは反対に、却って各区分所有者の組合運営に対する監督是正権を弱めることを可能としている。どういうことかという、多数決は原則として持分割合により決するとされているところ（同法第38条、第14条1項）、この規定は任意規定であることから（第38条）、任意の管理規約によってこれを排除し、1戸1議決権に修正するなどして、共有持分においては大きい少数派組合員を、より一層不利な立場に追い込むことも可能だからである。この取り扱い、少数株主、つまり過半数に達するほどの株式を有しないが、相当数の多数株式を保有する大株主に、多数派に対する監督是正権を認める趣旨で株主代表訴訟権を付与した会社法の姿勢と正反対、とまではいわないが大きく隔たるものである。株主は会社への出資者（社員）であることから、その実質的な共同所有者とされており、建物区分所有法においても、建物の共用部分ならびに敷地および付属施設は区分所有者の共有とされていることから、株主は会社の、そして区分所有者はマンションの所有者であり、しかも、意思決定機関や業務執行機関との関係は委任によって規律される点において、ほぼ同様である。それにもかかわらず、何ゆえに、これほどの隔たりを生じるのであろうか。

それは、株式会社と建物区分所有における管理組合の法的性格の違いに起因するというべきである。株式会社は、営利社団法人であることから、定款に定められた「目的」遂行のため、換言すると、会社所有者である株主のために利益を最大限度に出す義務がある。それゆえに、株主は「目的」遂行のためのプロフェッショナルとしてふさわしい人物を取締役として選任し、会社の業務執行にあたらせるのである（所有と経営の分離）。取締役は、プロフェッショナルであるがゆえに株主に対し、より一層重い義務（善管注意義務を敷衍した忠実義務）を負うので、その義務の履行を十全化するために、法は株主に監督是正権を与えたのである。

これに対し、建物区分所有においては、区分所有者が意思決定機関としての団体を構成することのみ要求し（自分たちのことは自分たちで決める）、管理者すら任意機関である。任意に規約を定め、管理組合と理事会を設置したとしても、規約の必要的記載事項として「目的」を記載することを求められていない。なぜならば、建物は各組員が日常生活を送るために居住する手段であり、たまたま建物が共有となっているに過ぎず、なにか共通の「目的」をもって共有しているわけではないからである。そのため、建物区分所有という法律関係に特段詳しくない区分所有者自身が理事に就任する。ゆえに、理事の権限は、建物の維持管理、つまり現状維持に限られていることから、理事は法令や規約の定めにしたがって淡々とその職務を遂行すれば足り、特別の才覚を必要としないのである。そのため、プロを選んでは任せる必要はなく、やる気さえあれば、自分たちでやれることなのである（所有と運営の一致）。

ゆえに、理事に期待される仕事内容が単純かつ定型的であり、誰にでもできることに過ぎないので、規約や法令に違反する恐れも、経営のプロであることが要求される取締役と比較すると相対的に少ない。そのため、建物区分所有法には、区分所有者の理事に対する監督是正権に関する規定が置かれず、現在においても存在しないのである。

ただし、タワーマンションや複合型のマンションの出現により、建物区分所有の存在形式が多様化するとともに、組員相互間と管理組合と各組員の間を規律する法律関係も複雑化したため、組合運営も、マンション管理の素人である組員の手余りになったことから、マンション管理のプロとして組合運営をサポートできる管理会社の役割が重要視されるに至った（マンション管理適正化法第44条乃至55条、70条乃至80条）。そこで、各組員に代わり、管理組合運営に対する監督是正を果たさせることも考えられる。しかしながら、管理会社の仕事はあくまでもサポートに過ぎず、組合運営について何かを決めることはできない。また、翌年の管理委託契約を継続することに最大の関心を払うことから、多数派により構成される理事会におもねることも不可避なので、これもまた、多くを期待できないであろう。

IV. 建物区分所有法第30条1項・3項による対応

本法第1章「建物の区分所有」の第5節には、「規約及び集会」と題する条項が整備されており、その第30条1項は、「建物又はその敷地若しくは附属施設の管理又は使用に関する区分所有者相互間の事

項は、この法律に定めるもののほか、規約で定めることができる。」と規定している（平成26年改正にて盛り込まれた条項）。この「規約で定めることができる。」とは、いわゆる契約自由の原則の現れであり、管理組合員の私的自治として、本法とは別に管理規約を定めることができる、という意味である⁽⁹⁾。

もっとも、組合員の多数決があれば自由に決められるわけではなく、本条第3項において、「前二項に規定する規約は、専有部分若しくは共用部分又は建物の敷地若しくは附属施設（建物の敷地又は附属施設に関する権利を含む。）につき、これらの形状、面積、位置関係、使用目的及び利用状況並びに区分所有者が支払った対価その他の事情を総合的に考慮して、区分所有者間の利害の衡平が図られるように定めなければならない。」と規定し、その内容について一定の制限をくわえている。

この条項が、少数派となった管理組合員の公益権の保護、つまり総会における議決権の行使や、理事となり、理事会の意思決定にかかわる権利の保護に有益か否か、について検討する。まず条文の文言の形式的解釈であるが、一見すると、「専有部分又は共用部分」、そして「これらの形状、面積、位置関係」などと規定していることから、主に区分所有の対象、つまり共有物の使用方法に関する規定と解釈されるので、これを公益権の保護を目的として適用することは難しいようにも見える。

確かに、この点に関する判例を渉獵すると、共有物の使用に関する事例が目立つ。実際の事案としては、そのほとんどが、いわゆる駐車場の専用使用権の問題であり、例えば、分譲マンションにおいて、業者が、一部の買主のために共用部分に専用使用権を有する駐車場を設置し、この権利を販売し、その専用使用権を規約に明記し、買主の既得権とする行為につき、本条項が追加された平成26年以降に設置された専用使用権については、本条項に違反するの否か、それ以前から設置されていた専用使用権については、これを廃止できるの否か、または使用料を値上げできるの否か、という形で争われている⁽¹⁰⁾。

⁽⁹⁾ 「この法律の定めるもののほか、規約で定めることができる。」と規定する条項につき、「できる」との文言は、法律、即ち建物区分所有法や民法とは別に規約を設けることを前提として、どちらの規定を適用するのかは自由であることを意味する。これに対し、「規約で別段の定めをすることを妨げない。」と規定する条項については、法律のほかに規約を設けることを前提として、規約を優先して適用することを意味する。なお、規約は、総会決議のみで効力を発生するわけではなく、「書面（電磁的記録を含む）により、これを作成しなければならない。」つまり、要式行為であることから、書面化しない限り、制定改廃の効力を生じないことに注意するべきである（本法第30条5項）。この条項は、制定当時の昭和37年法第24条1項「規約の設定、変更又は廃止は、区分所有者全員の書面による合意によってする」を承継したものであり、「設定、変更又は廃止」を「作成」と言い換え、「全員の…合意」を、現行法第31条1項前段により総組合員と議決権総数の各々4分の3以上の賛成と言い換えて、その要件を緩和した規定だからである。

⁽¹⁰⁾ 本文中に記載したように、本法第30条3項が追加されたのは平成26年改正時なので、以下において言及する、平成10（1998）年に出された4件の最高裁判例の事案は、本条ではなくて、（本条の役割を担っていた）同法第31条1項後段「一部の区分所有者の権利に特別の影響を及ぼすべきとき」に該当するの否か、という形で争われた。判旨であるが、分譲主が専用使用権を売ることは、マンションの土地を二重に売ったことにはならないので不当利得にはならず、また、専用使用権の廃止は、その専用使用権者たる区分所有者の承諾なしにできないが、有償化や増額は承諾なしにできると判示された。そのため、結果として、専用使用権を既得権として認めたのみならず、新たな設置も本条第3項に違反しないことになったので、却って専用使用権に適法のお墨付きを与えてしまった。なお、規約の制定改廃に関する同法第31条1項後段は、総会決議にも類推適用される旨判示されたことも注目される。4判決の事案の概要と判旨であるが、

ミリオンコーポラス高峰館事件（最一小判平10.10.22『判例タイムズ』No.1036 p.48）・シャルム田町事件（最二小

しかしながら、組合員の共益権の行使は、本条第1項における「建物…の管理…に関する区分所有者相互間の事項」に該当することに疑いはなく、また、第3項も、「面積…区分所有者が支払った対価その他の事情を総合的に考慮して、区分所有者間の利害の衡平が図られるように定めなければならない。」と規定しており、専有部分の大小や管理組合費の多寡を考慮事項として挙げているので、本条項を規約の適正化に関する総則規定と解釈することも可能である。

立法者意思としても、本法第30条の読み方として、第1項は私的自治と契約自由の原則を、第3項がその制限を規定しており、第3項は、一般条項として法律行為の内容が公序良俗に反しないことを求める民法第90条（公序良俗違反の法律行為は無効）の具体化と解釈し、管理規約を制定改廃する区分所有者に向けられた行為規範であると同時に、規約の内容が本法第30条3項に適合しているのか否か、とりわけ「区分所有者間の利害の衡平」が図られているのか否かを判断する際の裁判規範として作用する（単なる訓示規定、努力目標ではない）効力規定と位置付けている⁽¹¹⁾

学説としても、立法者意思解釈、つまり、本条第3項は私法解釈に関する一般条項たる民法第90条の、建物区分所有における管理規約の制定改廃の場面についての具体化と捉える点に反応し、わざわざ建物区分所有法において明文化した点を重視して、その適用範囲を拡大し、区分所有者が制定に一切かかわっていない分譲時における原始規約の内容についても適用する見解（森田宏樹教授）も存在する⁽¹²⁾。

このように、学説は、本法制定当初から存した第31条1項後段（不利益条項の禁止、制定当初は第24条2項2文）のほかに、敢えて本法第30条第3項（規約衡平条項）を、重ねて新設したことに意味

判平 10.10.30『判例時報』No.1663 p.102).

いずれも駐車場専用使用権分譲代金返還請求事件。分譲主が一部の買主に対して駐車場の専用使用権を分譲して得た対価の帰属につき、分譲主か、それとも管理組合なのか争点とされた。最高裁は分譲業者の不当利得、受任者としての受領物引渡義務を否定し、対価は分譲主に帰属すると判示した。

シャルマンコーポ博多事件（最二小判平 10.10.30 判タNo.1036 p.52）

駐車場専用使用権存在確認請求事件。規約の変更が「特別の影響をおよぼすべき」（建物区分所有法第31条1項後段）とは、「規約の設定、変更等の必要性及び合理性とこれによって一部の区分所有者が受ける不利益とを比較衡量し当該区分所有の実態に照らして、その不利益が区分所有者の受忍すべき限度を超えると認められる場合をいう」との規範を定立した。具体的な当てはめとしては、有償化や賃料増額はこれに当たらないが、賃料増額について係争中であるにもかかわらず、増額した賃料を支払わないことを理由として解除し、専用使用権を失わせることはできないと判示した。なお、この規範は、平成26年改正により、同法第30条3項として明文規定として具体化された。くわえて、規約の制定改廃に関する同法第31条1項後段は、総会決議にも類推適用され、普通決議によって制定改廃される細則についても同様であると判示した点も注目される。

高島平マンション事件（最二小判平 10.11.20 判タNo.1036 p.50）

管理費等請求事件。賃貸駐車場の一部に設定されている専用使用権を消滅させる総会決議の有効性、有償化する旨の総会決議の有効性、これらの決議は、同法第31条1項後段「特別の影響を及ぼす」に当たるのかが争われた。判示であるが、消滅決議については、シャルマンコーポ博多事件において定立した規範を援用し、その「受忍すべき限度を超えている」がゆえに、専用使用権者本人の承諾を得ない限り無効とした。これに対し、有償化決議については、その「必要性及び合理性が認められ」、かつ設定された専用使用料が「区分所有関係において社会通念上相当な額」と認められることから、本人の承諾なしに有効とした。

(11) 吉田徹ほか『建物の区分所有に関する法律の一部改正法の概要（1）』NBL No.754 p.11-12 商事法務2003.2.区分所有者間の利害の衡平が図られることを区分所有秩序、すなわち公序良俗における「公序」と捉え、これをマンションにおける私的自治や個人意思自治を制限する根拠として用いることに繋がる。

(12) 内田貴・森田宏樹・吉田徹ほか『〔座談会〕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No.1239 有斐閣2003 p.37

を持たせるため、第3項を効力規定と解し、あるいはその適用範囲を拡大し、一般条項化しようとしている。

さらに一步踏み込む有力説も存し、西島良尚教授は、以下のように主張される。

「…私は、このように、区分所有法30条3項が付加されたことにより、さらに一步踏み込んで考えてみる事が可能となり、かつ必要であると思える。区分所有法の基本的枠組みが示す公序性が要請されていること、そして今や、わが国の都市における住居等において重要な社会的意味を持つマンションにおける管理組合による団体的規律は、契約自由の原則や規約自治が大幅に認められる領域ではないことを認識し、管理組合という団体の社会的性格から、そして、その団体形成過程や運営過程では、従来考えられてきた以上に、実は強く公序の要請が働くものだとの意識が持たれてよいと思われる（下線筆者）。」

続けて、本条第3項違反の効果についても言及され、「…特段の合理的根拠がない以上…区分所有法の予定するマンションの団体的管理秩序を混乱させるものとして端的に無効とすればよいのではないかと思われる。他方、その無効の効果については、近時、公序良俗違反（民法第90条）違反の効果も柔軟に考察すべきとの学説が有力になりつつあり、常に誰に対しても絶対的な無効を貫徹する必要性はなく、その公序良俗の類型ごとに適正な限度での無効（一部無効、相対的無効など）の効果を構成・類型化すれば足りるのではないかと考えられる。」⁽¹³⁾

私見としても西島教授に与することから、無効の効果に関する下線部の説明を補強する。公序良俗違反（民法第90条）や強行法規違反（同法第91条）の法律行為は無効であるところ、意思表示の無効（心裡留保の例外に関する民法第93条1項ただし書、通謀虚偽表示に関する同法第94条1項）とは異なり、絶対的・一律に無効と解するのが通説・判例である。この点に関し、西島教授は、先に述べたように、前者の無効についても相対的無効を認めるべきと主張され、その根拠として会社法の解釈を援用される。同法は、株主、会社、会社債権者などの多数の利害関係人の利害調整のため強行法規が多く、個人の意思自治が制限される団体的規制としての会社法秩序（公序）を構成しているため、同法の解釈としても法的安定性が重視される。そのため、効果は一律とされるのが一般である。しかしながら、利潤追求のための対外的な取引活動も不可欠であることから、取引の安全を図る必要もある。

このことは解釈にも反映されており、例えば、取締役と会社の利益相反取引は無効（無権代理）であるが（同法第356条、365条）、会社と取引をした第三者が（利益相反について）善意であった場合には、会社は当該取引の無効を第三者に対抗できないとする相対的無効説が通説・判例となっている⁽¹⁴⁾。

この理を建物区分所有法についてみるに、本法は、民法の共有（同法第249条）の特則であることから、その規定の多くは強行規定である。そして、多くのマンションにおいては、本法の定めとは別に管理規約を任意に制定し、意思決定機関としての管理組合と、執行機関としての理事会、代表機関としての理事長、各機関を監査する監事を置いている。また、営利社団法人たる会社と異なり、利潤追求をし

(13) 前掲西島 p.57

(14) 最大判昭43.12.25『最高裁判所民事判例集』vol.25 No.7 p.900 など

ないことから、借入れをなし、あるいは対外的な取引をすることは少ないので、債権者や第三者の出現可能性は低いものの、大規模修繕など、大きなお金を動かす際に、出現する可能性はある。このため、利害関係人の利害調整のため、個人の意思自治が制限される団体的規制としての区分所有秩序（公序）を構成していると考えて差し支えない。ゆえに、そこでなされた法律行為の効果についても、かりに無効についていえば、原則として無効であるが、建物区分所有の団体的規制の趣旨（公序）に反しない場合には、取引の安全を考慮して、例外として有効とする余地を求めべきである（相対的無効）。

既往の解釈を前提として、理事の選任権と就任権を制限する旨の規約や細則を制定し、または、その旨の総会決議（普通決議）をとる行為が、本法第30条3項に違反するの否かであるが、その制限の態様如何によっては、同条項に違反すると解釈することも可能ではないだろうか。例えば、理事の「選任」、つまり選ぶ側の権利につき、議長一任の適用範囲を著しく拡大し、選ぶ側の意思と懸け離れるような採決方法を採用すること、例えば、議決権行使書とは議案について賛否を明らかにする意思表示であるところ、氏名のみ記載され賛否は未記入であった場合、放棄または要件不備の無効票であるところ、それを議長一任として取り扱い、議長にとって都合の良い賛否いずれかの意思表示を擬制する方法を採用し、または、理事の「就任」、つまり選ばれる側の権利についても、累積投票（候補者人数分の持ち票を一人の候補者に集中して投票すること）を認めない信任投票とするなど、少数派候補者を確実に落選させる採決方法を採用した場合には、組合員の共益権行使を著しく侵害する制限であるとして、本条第3項違反として、その規約や細則の定め、または総会決議を無効とする余地があると考えられる。

そして、かりに無効とされた場合の効果であるが、内部的、つまりマンション内においては、累積投票を否定する信任投票制が本条3項違反として無効なので、その方法に拠る選挙も無効となることから、候補者はそもそも理事に選任されていなかったことになる。ただし、当選無効の理事らによって構成された理事会決議に基づきなされた法律行為の効力、例えば、その理事会が総会議案を作成し、総会に上程して承認決議を得た議案の有効性については、一律に無効とするべきではなく、取引安全の見地から、外部の第三者との契約などについては有効とする余地を認めるべきである（相対的無効説）。

なお、総会決議に基づいて管理組合と契約を締結するなどした第三者につき、その善意悪意を問題とするべきか否かが問題となるが、私見としては、会社法の解釈と同様に問題とするべきと考える。もっとも、その対象が何かであるが、本法第30条3項が規定する衡平条項に違反する決議がなされていたことと解さざるを得ないが、経験則に鑑みると、普通は、そのようなことを知らずに契約するであろうことから、ほとんどの場合に善意が推定される。しかしながら、管理会社との管理業務委託契約など、組合と管理会社との諸契約については別個の考慮を要する。マンション管理士や管理業務主任者を擁する管理会社は、マンション管理適正化法に基づき組合運営を適法にサポートする義務があることから、善意は推定されず、悪意が推定されると考える。とくに、管理業務委託契約の年次更新は、毎年の総会承認事項であるところ、管理業務主任者資格を有するフロントマンが、理事長を議長とする総会運営を、総会議案の素案作りから当日の総会運営まで、フルサポートするのが通常であるし、また、規約の管理についても、規約は書面行為であるから、最新のものを書面化し、管理者たる理事長に保管させなければ

ばならないことから（建物区分所有法第33条1項）、管理会社において、その内容を熟知しているのが通常なので、悪意を推定すべきだからである。

なお、註（10）において指摘したように、平成14年改正前まで本条第3項の役割を担っていた同法第31条1項後段、つまり「（規約の制定改廃が）一部の区分所有者の権利に特別の影響を及ぼすとき」は、本人の承諾を得ない限り、その旨を規約に定めることはできないとする条項は、総会の特別決議を必要とする規約の制定改廃のみならず、普通決議で足りる細則の制定改廃にも類推適用され、さらには総会決議にも同様に類推適用されることが判例理論として確立されているので、本条第3項も、細則の制定改廃や総会決議に類推適用されると解して差し支えない。

V. マンション管理適正化法（令和2年改正法）による対応

本稿3.において説明したように、民間マンションの管理組合運営は、本来であれば組合員（区分所有者）の私的自治に委ねられるべきところ、公権力たる自治体が、マンション管理適正化法第3条に根拠を有する、国（国土交通大臣）が策定した「マンション管理適正化指針」に基づいて介入する余地を認め、同指針に違反する組合運営をしている管理組合に対し、自治体の首長が、その是正を求める勧告をなし得ることになった⁽¹⁵⁾。

本法改正前において、本法第3条によって具体化されるマンション管理適正化指針は、違反の効果が存在しない単なる訓示規定、努力目標に過ぎなかったところ、今般の改正により、違反の効果が付与されたことから、是正勧告という行政指導の対象とされることになった。つまり、マンション管理適正化指針は、法規規範性を有する効力規定としての地位を与えられたのである。

なお、本法と同時に改正されたマンション建替え等円滑化法の改正部分については、建物が不可逆的に老朽化し、もはや再生不可能なので、倒壊などの危険性を放置することなく行政が介入し、建替えさせる趣旨であるから、社会公共の安全にかかわることなので、財産権に内在する当然の制約としては認められる（日本国憲法第29条2項）。これに対し、マンション管理適正化法の改正部分は、基本的人権としての財産権行使の自由の顕現である私的自治の原則があることから、如何に公共の福祉の要請といえども、その規制は容易に認められなかった（同法第29条1項）。

ところが、この聖域に行政が、是正勧告という公権力の発動を以て敢えて踏み込み、民間マンションの管理の自由に対し、適正という法の枠をはめた点において、画期的な試みと評価することができる。

本稿の執筆目的、すなわちマンションにおける合意形成過程の適正化（デュー・プロセス）という見地からすると、効力規定としての地位を与えられたマンション管理適正化指針は、組合運営における“情報開示”“透明性の確保”“区分所有者の意見反映”を要求していることから（指針の一の柱書、および

⁽¹⁵⁾ 勧告（是正勧告）は、行政手続法第2条6号に基づく行政指導の一類型であるが、行政処分のような強制力がない点において異なる。ただし、対象者が指導に応じない場合、指導機関は、指導に対する不服従の事実や氏名・法人名を公表できるので、対象者は、公表に伴う不利益を回避するため、事実上指導を受容するのが通例である。

一-1), これを合意形成におけるデュー・プロセスの要請と解釈すれば, 管理組合に対し, 少数派組合員の権利行使における手続保障がなされた組合運営を法的に要請していると解釈できる。

改正法は令和3年3月1日より施行されていることから, 本稿の脱稿時は, 施行後約3か月経過後ということになるが, 現時点における改正法の実効性は如何なものであろうか。筆者は, 主たる調査対象とした千代田区のマンションについて, 千代田区環境まちづくり部住宅課の住宅課長と住環境整備係長の両名に対し, この点に関する聞き取り調査を実施した。回答の要旨であるが, 改正法の施行に先立ち, 令和2年4月1日付けにて, マンションの管理者（多くの場合は理事長）に対し, マンション管理状況届出書なる文書の提出を, オンラインまたは文書の形式にて求めた。管理者, または管理会社にパスワードを与え, オンラインにて提出可, 変更書により書換えも可, 行政は定期的にチェックし, 最新の情報を得られるようにしているとのことであった。令和2年9月30日を締切りとして回収したところである。未提出のマンションに対して提出を指導する, 管理組合からの質問に対しては, 千代田区としては担当の職員が対応し, 東京都としては担当の職員と, 専用ダイヤルを設置してマンション管理士を常置し, 相談を受けているとのことであった。

最新の千代田区と東京都の対応についてであるが, 担当係長によると, 東京都との情報共有を前提とした現状の説明としては, まずは, とにかく届出書を提出させること, とのことであった。組合活動の実態がないマンションが多数あるので, その把握と解消が先決とのことであった。また, 届出書を提出したものの, チェックマークを入れるだけの簡易な回答方法であるにもかかわらず, わからないので回答できない, という届け出内容も散見された。機能不全マンションを洗い出している段階なので, 管理会社がついており, 組合活動の実態があり, 届出書を提出したマンションについては, 現在のところ, 指導や助言の対象としないとのことであった（令和3年6月17日千代田区役所住宅課にて聞き取り）。

なお, 行政が保管するマンション管理状況届出書について, 区分所有者が, 個人の資格で自己が区分所有するマンションの届出書の内容を閲覧することは可能なのかが問題となる。

この点につき, 千代田区の回答は, 東京都とも相談したとのことで, 情報公開法・千代田区情報公開条例に基づく公開請求であると, 当該文書の性質が, 当該自治体の住民であれば誰もが閲覧可能な文書であることが公開の要件となるため, 非公開となる恐れがあるとのことであった。そのため, 法令上の明文規定はないが, 情報提供という, 当該文書の請求者のみに公開する制度を適用するとの回答を得た。この制度は, 例えば, 許可証を紛失した場合に, 被許可者が再発行を請求する際に使う制度であるとのことであった。

この制度を, マンション管理状況届出書に当てはめると, 届出をしたのは, つまり当該文書の提出者はマンションの管理者（理事長）であることから, これを紛失した場合などに再発行を請求できるのは, 管理者（理事長）となろう。これを拡張解釈すると, 実際に提出事務を担当した管理会社も入る余地があるが, これをさらに拡大解釈し, 当該マンションの区分所有者を含むものとして取扱うとの回答であった。マンションの管理状況は, 区分所有者であれば知り得ることであるから, その限られた範囲での提供を可能とする余地があるとのことであった。

ただし、区分所有者が、いきなり自治体に対し、公文書たる届出書に関する情報提供を求めることは、当該文書の提出者が、当該文書の（再発行の）請求者になれるという原則を崩すことになるので、まずは、区分所有者において、管理者（理事長）に対して届出書の閲覧を請求し、管理者がこれを拒絶した場合、区分所有者が直接、行政に対して情報提供を求めることを可能とする余地がある、との回答であった。筆者の事例は、おそらくは、マンション管理状況届出書の公開につき、情報公開請求ではなくて情報提供制度を適用する初の事例であることから、注目に値する。

既往の検討により、マンション管理適正化指針は、組合運営の合意形成におけるデュー・プロセスを要請していると解釈すれば、同指針を具体化した本法第3条は、管理組合に対して、少数派組合員の権利行使における手続保障がなされた組合運営を要請していると解釈できるので、少数派組合員は、この解釈に基づいて自治体に対して情報提供請求をなし、マンション管理状況届出書の矛盾点を突き、関与した理事や監事の組合に対する連帯責任を問うことにより（実際には、法律上の責任を負う旨を記載した質問書を理事会に提出し）、少数派組合員の権利行使に対する手続保障を害するような意思決定を抑制することも可能となった。もっとも、現状、その実効性は未知数である。

VI. 結 語

既往の検討により、建物区分所有法と、その関連法令の範疇における、管理組合運営の側面における少数派組合員の区分所有権を保護する手立ては、現状に鑑みると、不十分であることが明らかとなった。

筆者は予てより、法の谷間というべき、この空白領域について、少数派管理組合員の区分所有権を保護する法理を確立すべきと考え、判例集等未掲載の判例を渉獵していたところ、3つの下級審判例が目にとまった。いずれも3～4年前に判決が出された事案、つまり紛争そのものは5～6年くらい前の事案であって、読み込んでゆくと、同一人たる組合員を原告とし、同一のマンション管理組合または理事を被告とするものであることが判明し、総会決議や理事会決議の瑕疵、または理事の不法行為責任を問うものであった（名誉毀損や名誉感情侵害に起因する慰謝料請求）。要するに、建物区分所有法の枠外における、民法の一般法理による少数派の救済可能性が問題とされた事例である。

結論としては、いずれの事案とも原告組合員の請求を棄却しているが、現在における判例理論や学説の到達点、あるいは訴訟物の捉え方次第では、認容される余地があったと思われる事案であった。そこで、これらの判例を素材として、決議の瑕疵や名誉毀損等に基づく慰謝料請求などの審理を通して、間接的に多数決の弊害を可及的に抑制し、少数派組合員の区分所有権を保護することが可能なのかについて、次稿において検討する予定である。

以 上