

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—

根 本 晋 一

- I. 本稿の要旨 (Abstract)
- II. 緒 言
- III. マンションの概念
- IV. 問題の所在
- V. マンション関連法令の沿革と概要
 - V-1. マンション関連法令の沿革的・体系的な理解の必要性
 - V-2. 建物の区分所有等に関する法律 (昭和 37 年法)
 - V-3. 建物区分所有法 (昭和 58 年改正法)
 - V-4. 建物区分所有法 (平成 14 年改正法)
 - V-5. マンションの建替え等の円滑化に関する法律 (平成 14 年法)
 - V-6. マンション建替え等円滑化法 (平成 26 年改正法)
 - V-7. マンションの管理の適正化の推進に関する法律及びマンションの建替え等の円滑化に関する法律の一部を改正する法律
 - V-7-1. 法改正の目的
 - V-7-2. マンション管理適正化法 (令和 2 年改正法)
 - V-7-3. マンション建替え等円滑化法 (令和 2 年改正法)
- VI. 少数派組合員の区分所有権を保護する法理
 - VI-1. 問題の所在
 - VI-2. 全員一致の有効活用
 - VI-2-1. 共有地の全体にかかわる処分行為
 - VI-2-2. 理事長の互選
 - VI-3. 理事の選任権 (選ぶ側の権利) と理事の就任権 (選ばれる側の権利) の在り方
- VII. 結 語

key words

民法第 208 条 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 建替え 敷地売却

I. 概 要 (Abstract)

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全員一致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途が、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。

II. 緒 言

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さ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、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、事例や判例、先行業績を可能な限り渉猟・整理・検討し、現時点における私見を示したい²。なお、本稿を執筆するに際し、実際にいくつかの都心部のマンションを調査対象として選定し、実情を観察した³。そのうえでの検討であることを付言する。

Ⅲ．マンションの概念

マンションとは、一般的なイメージとしては集合住宅、もう少し具体的に表現すると中高層共同住宅を意味するが、法律用語としては、それよりも狭い概念であり、2人以上の区分所有者が存する建物であって、人の居住の用に供する専有部分のある区分所有建物をいう（マンション建替等円滑化法第2条1号、マンション管理適正化法第2条1号）⁴。ゆえに、同じ集合住宅であったとしても、連棟の長屋（現在のメゾネット）はマンションにあたり得るが、いわゆる大家が建物所有者である賃貸マンションや賃貸アパート、単なる共有建物（専有部分と共有部分の区別がない建物を複数人で共有している場合など）は、法律上のマンションにあたらない。

マンションとは、1棟の建物内に、構造上区分された数個の部分が存在し、各々独立して住居・店舗・事務所又は倉庫その他の建物としての用途に供することができるものがある場合にあたることから、建物区分所有法の適用を受ける（同法第1条）。この点、すべての区分所有建物がマンションにあたるわけではなく、マンションというためには、専有部分の用途について居住目的の住戸が必ず1戸以上存在することが要件とされていることから、居住目的の専有部分が存在しない単なる区分所有建物（例えば、会社やオフィスのフロアに供される事業用ビル）と区別される。

その区別の実益としては、法律上のマンションではない区分所有建物には、マンション建替等円滑化法やマンション管理適正化法（最広義のマンション概念、つまり建物本体のみならず、建物の付属設備や敷地を含む土地全体を含む概念）が適用されないことがあげられる。

Ⅳ．問題の所在

マンションをめぐる法律関係を規律する法令としては、マンションという文言が、建物本体のみならず、建物の付属設備や敷地を含む土地全体を含む意味で用いられる場合があることから（最広義のマンション概念）、まずは私法の一般法である民法典（同法第249条乃至264条所定の共有に関する規定）が挙げられ、つぎに、マンションが区分所有建物であることから、民法の特別法である建物区分所有法、

さらに、付属法令としてのマンション管理適正化法やマンション建替え等円滑化法が制定・施行されており、民法典以外の法令については数次の改正を経て、現在に至っている（後述 3. 参照）。マンションにおける日常的な合意形成は、民法典および建物区分所有法、ならびに、その範囲内で規定される任意の管理規約によって規律され、区分所有者（管理組合員）によって構成される管理組合と、組合員より選出された理事によって構成される理事会によってなされ、その代表機関である理事長によって執行されるのが通常である⁵。

マンションの合意形成に至るプロセスについては、合意形成の容易性を図る見地から、所有権絶対の原則、つまり共有物の処分に関する全員一致の原則を、多数決へと修正している。すると、多数決に起因する必然的な弊害、例えば、議長一任の委任状を総会欠席者から半ば強制的に徴収し、それを多数派形成に利用する一部組合員が現れ、その結果として一部組合員による役員席の独占や、管理規約の改正強行などの弊害が必発するので、（結果として少数派に追い込まれた）少数派組合員の区分所有権が侵害されるおそれがあり、実際に、このような事例が散見される。このような事例において、少数派組合員の区分所有権を保護する方途には、どのようなものがあるのか⁶。

V. マンション関連法令の沿革と概要

V-1. マンション関連法令の沿革的・体系的な理解の必要性

既往の問題提起（問題の所在）に対する解答（私見）を導くためには、マンション関連法令に対する沿革的、体系的な理解が必要となる。この点、マンションの権利関係を規律する法律には、主要なものとしては、一般法としての民法、その特別法としての建物区分所有法、付属法令としてのマンション管理適正化法やマンション建替等円滑化法などが存在する。その中でも、建物区分所有法は基本法令として機能するが、単体では到底、マンションをめぐる権利関係を規律することはできず、他の法令と、その適用範囲を分掌し合うことにより網羅的に規律しようとしている。これらの関連法令の相互関係を理解するためにも、建物区分所有法の制定と改正の経緯を知る必要がある。そこで、以下、区分所有法の沿革および概要、ならびに関連法令の概要について説明をする。

V-2. 建物の区分所有等に関する法律（昭和 37 年法）

建物区分所有法、または区分所有法と呼ばれている法律とは、「建物の区分所有等に関する法律」昭和 37 年 4 月 4 日法律第 69 号のことである。本法が適用される建物のことを区分所有建物という。

区分所有建物につき、本法が制定される前は、現在は削除されている民法第 208 条第 1 項「数人ニテ一棟ノ建物ヲ区分シ各其一部分ヲ所有スルトキハ建物及ヒ其附属物ノ共用部分ハ其共有ニ属スルモノト推定ス」、同条第 2 項「共用部分ノ修繕其他ノ負担ハ各自ノ所有部分ノ価格ニ応シテ之ヲ分ツ」という 1 箇条により規律されていた。第 1 項は、1 棟の建物につき、複数の所有者がある場合について、常に共有となるわけではなく、その一部が「区分」つまり、構造上と利用上の独立性を有する場合には、その一

部は独立の単独所有権の対象となること（現行建物区分所有法に則していうと、区分所有権の対象としての「専有部分」となること）、独立性を有しない部分は、原則どおり共有として取り扱われること（現行建物区分所有法に則していうと「共用部分」となること）を意味した。

この解釈は、建物区分所有法的前提となるものであり、同じであるところ、民法典の制定当時（財産編 1896 年＝明治 29 年、親族相続編 1898 年＝明治 31 年）に、現在における中高層の集合住宅や事業用ビルのような建築様式が存在するはずもなく、本条項が想定していたのは、いわゆる棟割長屋、つまり、平屋または、せいぜい 2 階建の隣とは壁一枚隔てただけの長屋の権利関係であった。すると、「壁一枚」により独立した専有部分は、多くで数戸程度であり、その共有部分も、共同の洗濯場・台所・トイレ・風呂場くらいであったことから、本条項のみで十分に規律できたのであった。

しかしながら、戦後における高度成長期に入り、人口の増加と都市部への集中、そして利便性の高い土地の有効利用の見地から、隣室が左右に拡大するのみならず、上下にも重層的に重なる中高層階の建造物が出現し、共用部分や付属施設も増加するとともに、建物の構造も複雑化した。すると、多数の区分所有者相互間の権利関係や、共用部分の維持管理処分につき、民法第 208 条が前提とする共有の原則（保存＝単独、管理＝持分の過半数、変更（処分）＝全員一致）に拠るのでは、規定の内容が簡素かつ不足していることから、例えば専有部分と共用部分の区別が不明となるなど、何をどのように決めてよいのかわからず、また変更につき、つねに全員一致とするのでは、建替えのみならず修繕すらもままならないことから、時代遅れとなりつつあった。

そこで、建物区分所有法を制定し⁷、建物については、その共用部分につき、民法の原則は排除され、専ら建物区分所有法を適用し、「保存」すなわち現状維持は区分所有者単独にて可、「管理」すなわち利用改良は持分の過半数、「変更」すなわち処分は全員一致を必要とする旨の規定を置いた。土地については、マンションが建てられている一筆または数筆の土地（敷地という。詳しくは後述）につき、その「保存」と「管理」について建物区分所有法を適用し、土地と同じ取扱いとし、「変更」については民法の原則に戻り、共有物の「変更」に当たるとして全員一致を必要としていた（民法第 251 条）。なお、建替え決議に関する規定はなく、一部滅失の場合における復旧決議についてのみ規定していた（建物区分所有法旧第 35 条）。そのため、建替えは、民法の原則に戻り、建物と土地の双方について、共有物の「変更」に当たることから、全員一致を必要としていた。その他、マンションにおける合意形成に関し、法人の機関に準じる規定を置いた。そして、その意思決定に関する議決権を行使する資格を区分所有者となし（同法第 38 条）、その集合体（団体）である集会を意思決定機関と位置付け（同法第 3 条、同第 34 条 1 項、設置は任意）、その代表機関を管理者とした（同法第 25 条 1 項、設置は任意）。そして、各区分所有者には、建物の共用部分の保存と管理につき、「善良なる管理者の注意義務（善管注意義務）」が課されているところ（民法第 400 条）、本法により重ねて、建物の「保存」に有害な行為をしてはならず、「管理」または使用につき、共同の利益に反する行為をしてはならない旨を規定した（同法第 6 条 1 項、同第 57 条以下）。なお、建物区分所有法には、現行法に至るまで理事や理事会に関する規定はないが、独自の管理規約を定め、これを任意機関として置くことができる（同法第 30 条 1 項）。この規

約につき、その制定・廃止・増補・削除・改正には、書面による全員一致（要式行為）を必要とした（同法第30条5項）。他に、一つの土地（単独所有地または共有地）に複数の区分所有建物（団地内建物）が建つ団地型の管理に関する規定を置いた（同法第65条以下。以上、昭和37年法。全37箇条）。

V-3. 建物区分所有法（昭和58年改正法）

建物区分所有法が制定・施行され、多数室を擁する中高層階の建造物に関する法律関係が明確化されたことにより、建物区分所有者間の法律関係も安定したが、未解決の問題点があった。それは、建物と敷地の関係であった。敷地とは、「建物の敷地」のことであり、「建物が所在する土地」のことである（現行建物区分所有法第2条1項5号）。建物の底面を意味するのではなくて、建物が建てられている一筆の土地である。建物が数筆の土地にまたがって建てられている場合には、数筆の土地が「敷地」となる。何ゆえに建物の底面のみならず一筆の土地全体に「敷地」が及ぶのかというと、土地の登記の単位が、土地の数を表す「筆」で決まるので、一筆の土地の一部に登記を備えることはできないからである。そのため、建物が建てられている一筆の土地全体に敷地権の登記をするのである。なお、敷地権の登記は、建物登記のなかに備えられる（同法第44条1項9号。後述）。

当時の建物区分所有法には、この点に関する定めがなかったことから、民法の原則が適用され、土地と建物を別個の不動産と捉えることから（不動産登記法第2条1項1号、同第34条1項、同第44条1項）、別異の処分が法律上可能とされた。例えば、戸建住宅と同じく、建物の専有部分と敷地の共有持分に、借金の担保として別々に抵当権を設定することもできたのである（民法第392条1項。共同抵当）。すると、抵当権が権利実行され、競落人がいずれかの所有権を取得すると、専有部分の所有者と敷地の共有持分権者が異なるという事態が生じ、権利関係が著しく錯綜する結果となった。

そこで、本法に「敷地利用権」（あるいは敷地権）なる概念を新設した。敷地利用権とは「専有部分を所有するための建物の敷地に関する権利」のことであり（建物区分所有法第2条6号）、所有権に限らず、地上権や賃借権（以上、借地権）の場合もある。そして、専有部分とは別に敷地利用権を処分できないようにしたのである（同法第22条1項。筆者註…専有部分が主物、敷地が従物というイメージ）。この改正により、それまでは、マンションにおいても、一軒家と同じく、土地（敷地）と建物（マンションの各部屋）は別個の不動産であるから、別異の処分が可能であったところ、これを不可としたのである。

これと併せて不動産登記法を改正し、専有部分の建物登記に土地の登記たる「敷地権の登記」をする旨の規定を新設し、建物登記と土地登記を一本化した（同法第44条1項9号）。この改正により、それまでは、一軒家と同じく、建物と土地の双方の登記を備える必要があったことから、マンションの多数住戸化が進むにつれて膨大な数におよびがちであった登記の数を減らすことができた。なお、従来型の登記方法から敷地権の登記への変更は、強制ではなかったことから、今日に至るまで従来型の登記のままの住戸が多数現存している。

敷地利用権と敷地権の登記の新設が本改正の最大の眼目であったが、他に、区分所有者の団体に法人

格の付与を可能とし、それを管理組合法人とする方途を明文化した（同法第 47 条）。この法人格を取得した場合、執行機関たる理事と監査機関たる監事は必要的機関であり、各理事は各々代表権を持つが（同法第 49 条 1 項、同条 3 項、同第 50 条 1 項）、理事長は任意機関とされている（同法第 30 条 1 項）。あと、規約の制定改廃等と建物の共用部分の変更につき、住戸数の増加による意思決定の困難を回避するため、全員一致から区分所有者と議決権の双方の数の 4 分の 3 以上で足りることに改めた（同法第 31 条 1 項）。もっとも、管理組合と理事会の定めがないことについては昭和 37 年法と変わらないので、任意の管理規約により設置できるが、規約に定めがあったとしても、これらの設置義務はないので、本法所定のとおり、管理組合ではなく「区分所有者の団体」、そして総会ではなく「集会」により決議することもできる。あと、建物に対する有害行為や共同利益違反行為の効果について規定がなかったことから、これを整備し、差止め・専有部分の使用禁止・区分所有権と敷地利用権の競売を可能とした（同法第 57 条乃至 60 条）。

その他、建替えに関する規定を詳細化した。昭和 37 年法は、建物については同法の「変更」に当たるので、区分所有者の全員一致が必要であり、敷地を含む土地については同法の「管理」を超える処分にあたることから、同法に規定が存しないことから、民法の原則に戻り、共有物の「変更」に当たるとして、区分所有者全員の一致を必要としていたところ（同法第 251 条）、昭和 58 年改正により、（修繕と比較して）費用が過分でないこと、敷地が同一であること、使用目的が同一であることを前提として、区分所有者と議決権の双方の数の 5 分の 4 以上の承認決議があれば足りることにした（同法第 62 条 1 項、以上、昭和 58 年改正法、全 70 条）。

V-4. 建物区分所有法（平成 14 年改正法）

建物区分所有法の制定当時（昭和 37 年）においては、区分所有の部屋は全国に約 5,000 戸であったところ、昭和 58 年改正時には約 130 万戸に膨れ上がり、現在（令和 3 年）は約 665 万 5 千戸に達し、増加の一途である。そのみならず、建築技術の進歩により、区分所有建物の存在形式も多様化し、タワーマンションなどの超高層の超多数室型（high rises（米）、tower block（英））が出現した。また、使用目的についても、事業用と居住用のハイブリッド、つまり高層階は居住用、低層階は事業用などのタイプが出現した（複合用途型）。

存在形式の多様化については、任意の規約で個別に対応することも可能であるが、不可避の定期のメンテナンス（「管理」＝維持保全）や、いつの日か必ず来る建替え（「変更」＝処分）につき、解決困難な事例が散見されるに至った。そこで、定期のメンテナンスにかかわる大規模修繕について、従来までは建物の形状等の「変更」に該当することから、区分所有者と議決権の双方の数の 4 分の 3 以上の承認決議が求められていたところ、それが「著しい変更」でなければ、「管理」に該当するとして、普通決議、つまり過半数の承認決議で足りることにした（同法第 17 条 1 項）。

また、存在形式の多様化のみならず、マンションの大型化に比例して区分所有者の数も増えるので、価値観の違い、経済力の格差、世代の違いなど、合意形成を一層困難にする要因も増える。そこで、マ

ンションの憲法ともいべき管理規約の内容について、完全な私的自治に委ねず、その適正化に関する総則規定を置き、「建物…の管理…に関する区分所有者相互間の事項」は、「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、各区分所有者の、専有部分と共用部分の持分の大小や管理組合費の多寡などを考慮事項として挙げ、訓示規定ながら、管理組合が有する規約の内容決定の自由に制限を課した（同法第 30 条 3 項、筆者註…この規定が、マンション管理適正化法の令和 2 年改正＝マンション管理適正化指針に反する組合運営に対する、自治体首長の是正勧告権の承認へと結びつくことに注意）。

他に、管理組合を法人とする際の要件に関し、昭和 58 年改正法では区分所有者 30 名以上とされていたので、小規模マンションでは、そもそも法人化できなかったところ、これを緩和し、区分所有者と議決権の双方の数の 4 分の 3 以上の賛成により法人化できることにした（同法第 47 条 1 項）。

建替えについては、より要件を緩和し、費用過分、敷地同一、目的同一の各要件を廃止し、区分所有者と議決権の双方の数の 5 分の 4 以上の承認決議のみで足りることにした（同法第 62 条 1 項）。

団地型についても建替えの規定を整備し、団地内建物の単独または順次の建替えについては、団地管理組合（全棟の区分所有者の団体）の集会における議決権の 4 分の 3 以上の承認決議に拠るとした（筆者註…区分所有者数はカウントしないことに注意）。一括の建替えについては、団地管理組合の区分所有者と議決権の数の 5 分の 4 以上の承認決議と併せて、各棟の 3 分の 2 以上の承認決議に拠るとした（同法第 69 条 1 項、第 70 条 1 項、以上、平成 14 年改正法、全 72 条）。

V-5. マンションの建替え等の円滑化に関する法律（平成 14 年法）

区分所有建物の終着点については、なにも「建替え」、つまり建物を再建し、区分所有関係を存続させる方途のみならず、建物を取壊し、土地を売却し、区分所有関係を解消する方途もあって然るべきところ、区分所有法においては、建替えについて規定するのみであり、敷地売却（区分所有関係の解消）については規定がない。このことのみならず、建替え決議がなされた場合、その後、建物を再建し、実際に再入居するところまでの手続きについても規定がない。

この点、もし、特別法たる区分所有法に規定がない以上は、一般法である民法の共有に関する諸規定に戻るとすると、民法第 251 条の「共有物の変更」にあたるとして「他の共有者の承諾」を得ること、つまり全員一致が要求されることになる。すると、建替えも敷地売却も難しくなり、とどのつまるところ、建物「滅失」、例えば朽廃などの建物所有権の消滅事由が発生するまで共有関係は解消されないという非常識な結果となる。そこで、この点に関する立法的手当てがなされ、建物区分所有法の付属法として、「マンションの建替え等の円滑化に関する法律」（平成 14 年法律第 78 号）が制定・施行され、今日に至っている。

本法は、管理組合とは別に建替え事業を遂行する団体の設立を可能とし（同法第 5 条、任意、行政の認可を必要とする「建替組合」）、その団体が、施行マンション（旧建物）を取壊して施行再建マンション（新建物）を建築し、そこに再入居するまでの過程について、どのようにかわるのかについて規定

し（同法第6条乃至54条）、併せて、施行マンションの区分所有権、また、その区分所有権に設定された賃借権（借家権）、あるいは抵当権などの担保権が、施行再建マンションに対してどのように移行するのかについても規定し（同法第55条乃至105条、権利変換手続）、建替え決議後の法律関係を明らかにして、建替え事業の円滑化を促した。

もっとも、本法は、区分所有建物の終着点につき、その法令名からわかるように、区分所有関係の存続を前提とする建替え（建物再建）についてのみ規定し、その解消を前提とする敷地売却については相変わらず白紙であったため、建替え要件のハードルの高さも相俟って、その主要な眼目であった耐震性不足の老朽化マンションの建替えが促進されることはなかった⁸。

V-6. マンション建替え等円滑化法（平成26年改正法）

本法制定の効果は薄弱であり、施行後の建替え件数は僅かに196件、累計で約15,500戸に過ぎなかった（註(8)参照）。旧耐震マンションはほとんど減らず、新耐震であったとしても経年の老朽化マンションが増え続けるという実態を、本法の制定によって変えることはできなかった。かような実態を変えられない原因は、法の不備に起因することが明らかになったことから、ようやく本法の改正に着手し、建築物の耐震改修の促進に関する法律（平成7年法律第123号）により要除却認定（施行マンションが鉄筋コンクリート造の場合、耐震性能を示すIS（構造耐震指標）値が0.6未満）を受けたマンション、つまり耐震性が不足しているマンションであることを前提として（同法第102条）、区分所有関係を解消する方途としての敷地売却（所有権のみならず借地権を含む敷地権）に関する規定と、区分所有関係を存続する方途としての建替えに伴う容積率緩和の特例に関する規定を整備した⁹。

その概要であるが、敷地売却とは、集会において、区分所有者の数と、議決権及び当該敷地利用権の持分の価格の、各々5分の4以上の賛成による敷地売却決議がなされると、当該要除却建物と敷地を売却することができるというものである（同法第108条1項）。敷地売却組合（行政の認可必要）が設立された場合には（同法第116条）、賛成者の権利が組合に集約され（同法第149条）、区分所有者数が少数であって設立されない場合には、賛成者らに集約される（準共有）。反対者に対しては時価による区分所有権の売渡しを請求できる（同法第64条1項）。そして、組合または賛成者らが売主となって第三者に売却し、区分所有者は売買代金から分配金を受領し（同法第151条）、賃借人であれば退去に伴う補償金を受領する（同法第153条）。敷地売却は、権利変換や施行再建マンションの建設、再入居などの手続きが不要なことから、建替えと比較するとハードルが低いので合意を得やすい。また、建替えの便法としてハードルの低い敷地売却を利用し、新建物を建設し、新たに一から区分所有関係を立ち上げなおすことも可能である。

なお、容積率緩和の特例とは、要除却認定を受けたマンションの建替えにより、新たに建築されるマンション（施行再建マンション）が、「特定行政庁が交通上、安全上、防火上及び衛生上支障がなく、かつ、その建蔽率、容積率及び各部分の高さについて総合的な配慮がなされていることにより市街地の環境の整備改善に資すると認めて許可したものの容積率は、その許可の範囲内において、」容積率の制

限が緩和されるというものであった（同法第 105 条、以上、平成 26 年改正法）。

V-7. マンションの管理の適正化の推進に関する法律及びマンションの建替え等の円滑化に関する法律の一部を改正する法律

V-7-1. 法改正の目的

マンション建替え等円滑化法の平成 26 年改正は、建築に関する私権制限である建築基準法や都市計画法の厳格な規制を大幅に緩和する法改正であったことから、その実効性が期待された。ところが、予期に反し、国土交通省による令和元（2019）年度の調査では、マンションの各戸別総数は約 665 万 5 千戸に増加し、約 1,500 万人が居住するに至っているが、建替え件数は 244 件、累計で約 19,200 戸にとどまり、平成 26 年改正時の 196 件、累計で約 15,500 戸からさほど増えてはいなかった。旧耐震マンションについても、106 万戸から 104 万戸に減少しているが、これも老朽化または朽廃による自然減と変わらない数字であり、法改正の効果とまではいえなかった。

このペースであると、2029 年には、築 40 年を超える高経年の新耐震マンションが 94 万戸に達すると予想されており、また、旧耐震と新耐震を併せた、築 40 年を超える高経年マンションの各戸別総数は、現在 81 万戸、2029 年には約 2.4 倍の 198 万戸（そのうち旧耐震は 104 万戸ということ）、2039 年には、約 4.5 倍の 367 万戸に達する見込みであったことから、さらなるテコ入れを行った。その骨子は、マンション管理適正化の推進とマンション再生円滑化の推進であった。

後者については、これまでのマンション政策（老朽化マンションの建替え）の延長線上にある措置であるが、前者については、これまでの政策と異なる措置である。本来は、財産権や私有財産制の保障（日本国憲法第 29 条）と、それを受けた私的自治の原則により、国（行政）は、民間マンションの管理組合運営につき、原則として不介入であり、せいぜい管理組合の努力目標としての訓示規定（建物区分所有法第 30 条 3 項）があるのみであった。この政策を改め、行政が管理組合運営に介入する余地を認めた点において注目される。本稿の目的との関連においては、建物区分所有法第 30 条 3 項を、マンション管理に直結する管理規約の適正化の総則規定として実質化する見地からも、行政の私的自治への介入を認めた意義は非常に大きい。

具体的には、「マンションの管理の適正化の推進に関する法律及びマンションの建替え等の円滑化に関する法律の一部を改正する法律」（令和 2 年法律第 62 号）として可決成立し（令和 2 年 6 月 16 日）、同年 6 月 24 日に公布され、令和 3（2021）年 3 月 1 日に施行された（以上、令和 2 年改正法）。なお、改正法の全面的な施行は令和 4（2022）年中を予定している。その概要は、以下のとおりである¹⁰。

V-7-2. マンション管理適正化法（令和 2 年改正法）

本法の主要な改正点について説明する。国土交通大臣は、マンション管理の適正化を推進するため、基本的な方針を策定しなければならない（同法第 1 条、第 3 条）。この方針は「マンション管理適正化指針」という国土交通省告示（第 1288 号平成 13 年 8 月 1 日、平成 28 年 3 月改正）に示されている。

この方針を受けた地方公共団体（事務主体は市区、町村は都道府県）は、管理の適正化の推進を図るための施策に関する事項等を定める計画を作成することができる（同法第3条の2、任意）。これを、マンション管理適正化推進計画制度という。マンション管理適正化推進計画を作成した地方公共団体は、認定を希望するマンションの管理組合総会での認定申請決議を経て、理事長（管理者）から申請がなされた場合、適切なマンション管理計画を有するマンションとして認定することができる。認定期間は5年を予定しており、審査のうえ更新される（同法第5条ノ3、4、5、6）。これを管理計画認定制度という。

認定を受けたマンションを管理計画認定マンションといい、その責任者（多くの場合は理事長）を認定管理者というが、管理計画に従った管理を行っていない場合には、都道府県知事等は改善命令を出することができる（同法第5条ノ9）。改善命令に違反するなどの事由があれば、認定を取消することができる（同法第5条ノ10）。

なお、本法第5条第2項第1号乃至号所定の管理計画の記載事項や、本法第5条ノ4第1号乃至4号所定の各認定要件の具体的な細目は、現時点においては未定であり、国土交通省住宅局市街地建築課マンション政策室内に設置された、有識者や関係団体等によって構成される「マンション管理の新制度の施行に関する検討会」において詰め作業が続けられている¹¹。

現状判明しているところでは、申請書に記載する「管理計画の記載事項」（同法第5条ノ3第2項）につき、修繕その他の管理の方法（同項第1号）の添付書類としては、長期修繕計画書が予定され、修繕その他の管理に係る資金計画（同項第2号）の添付書類としては、修繕積立金の残高証明書が予定され、管理組合の運営状況の添付書類（同項第3号）としては、総会や理事会の議事録と管理規約が予定されている。なお、第4号は、主にマンション管理適正化指針（同法第3条2項第3号）に規定された事項を遵守することを意味するが、バスケット（落穂拾い）条項なので、適正化指針等の改定に応じ、その内容は適宜、随時に変わり得る。

各認定要件（同法第5条ノ4第1号乃至4号）の具体的な細目につき、修繕その他管理の方法（第1号）については、長期修繕計画の計画期間が25年以上あることが予定され、修繕その他の管理に係る資金計画（第2号）としては、長期修繕計画に基づく修繕積立金が設定されていることが予定され、管理組合の運営状況（第3号）としては、総会や理事会が定期的に開催されていることが予定されている。第5号「管理適正化指針や、市区独自の管理適正化指針に照らして適切なものであること」はバスケット（落穂拾い）条項なので、適正化指針等の改定に応じ、その内容は適宜、随時に変わり得る。さらに、明文規定はないが、「管理計画認定制度の運用に関する留意点」として、公正かつ円滑な認定を可能にするため、明確かつ判断しやすい基準となることを旨として運用すべしとされている。おおむね、既往のことが合意されているようである。

認定の効果、すなわち、管理計画の認定を受けたマンションが享受するメリットについては、税制上の優遇措置が有力である。各区分所有者に対しては、固定資産税および譲渡税、ならびに取得税の減税などが想定され、管理組合に対しては、建物の保守管理や修繕の際の請負代金などの消費税の減税などが想定される。もし、そうであるとすれば、認定を受けることにより、これを売買の際の重要事項とし

て説明し、アピールできるので、資産（交換）価値が上がることになる。認定の見返りが組合員の利益になれば、組合員の管理に対する意識が高まり、管理の水準が向上する。具体的には、組合員が積極的に管理組合運営に参加するようになり、役員のなり手にも困らなくなるなどの副次的な効果も期待できよう。

さらに、都道府県等は、管理の適正化のために必要に応じ、管理者等に対して助言及び指導を行うほか（同法第5条ノ2第1項）、都道府県知事等は、管理組合の運営が適正化指針に反し著しく不適切であることを把握したときは、管理者等に対して指針に即した運営をするように勧告（是正勧告）することができる（第2項）。

なお、助言・指導・勧告の法的性質は行政指導であり、勧告は、その一類型であるが（行政手続法第2条6号）、法令が要求する作為や不作為を強制できない点において行政処分と異なる。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。このように、行政指導も行政処分と同様に、国家の国民に対する、または地方自治体の住民に対する公権力の行使であることに変わりはないことから、その裁量権の濫用や逸脱が違憲・違法となる余地がある。

したがって、行政指導を発出する判断基準は可能な限り具体的でなければならない。この理を組合運営の管理適正化について見ると、発出の要件としては、認定マンション、つまり管理計画認定制度における認定基準の裏返しということになるが、それでは抽象的に失する。現時点において、具体的な基準は未定であるが、令和4（2022）年中にも明らかにされる予定である。

現状判明しているところでは、「管理組合の運営」につき、管理者等の定めの有無・集会（総会）や理事会の定期開催の有無など、「管理規約」につき、その有無、あるとしても必要に応じた適宜改正の有無、その他、緊急時における専有部分への立入り・管理組合の財務や管理全般に関する組合員への情報提供・組合員やテナントなどの占有者の変更届に関する定めの有無など、「管理組合の経理」につき、管理組合費と修繕積立金の区分経理の有無・滞納への適切な対処など、「長期修繕計画」につき、25年以上かつ大規模修繕工事が2回以上含まれる計画の有無、その計画が5年以内に作成され、あるいは見直しながなされているか否か・修繕積立金の積立額につき、建物の性能を維持できないほど著しく低額でないこと・将来における一時金の徴収を含まないこと・将来の増額が予定されている場合、増額について組合員の合意を得ていること、「その他」として、組合員（区分所有者）名簿と居住者名簿が完備しており、適切な方法により更新されていること、おおむね既往のことが合意されているようである。

V-7-3. マンション建替え等円滑化法（令和2年改正法）

本法の主要な改正点について説明する。改正法は、要除却認定に係る対象マンションの範囲を拡大し、従来からの「耐震性不足」（同法第102条1項1号）のほか、耐震性があっても「火災に対する安全性不足」（第2号）、「外壁の剥落等により危害を生じるおそれ」（第3号）、「給水、排水その他の配管設備の損傷、腐食、その他の劣化」（第4号）があり、国土交通大臣が定める基準に該当するマンシヨ

ンについては、区分所有者の頭数、議決権および敷地利用権の持分の価格の各5分の4以上の合意により、敷地売却を可能にするとともに、建替えをする場合には容積率を緩和することにした（同法第105条）。なお、耐震性があつたとしても「バリアフリー性能が確保されていない」マンションは、敷地売却事業の対象にはならないが、容積率緩和の対象にはなり得る。

なお、団地型マンションにつき、マンション型住戸の総ストック数に占める割合は約3分の1にあたる約200万戸、約5,000団地であり、相当数を占めるところ、一部棟のみにつき耐震性はあつたとしても、耐震性不足や外壁の剥落等により危害を生じるおそれがある場合には、団地全体の敷地共有者の5分の4以上の合意による「敷地分割」を可能とし、その棟のみの要除却認定をなし、敷地売却を可能とした（同法第115条ノ4。なお、容積率の緩和も受けられる）。

マンション関連法令の制定の経緯と沿革、その概要は、おおむね以上のとおりである。民法第208条（削除）というたったの1箇条から始まって、約60年の歳月を経て、区分所有の成立から建替え（建物再建）までを規定した建物区分所有法、建物再建後に再入居するまで（建替え）、または、建物を再建することなく区分所有関係を解消する敷地売却制度について規定したマンション建替え等円滑化法、国が策定した「マンション管理適正化指針」に基づいて管理組合運営の適正化を図るためのマンション管理適正化法という、マンションという区分所有建物に関する法律関係をほぼ網羅した3つの法典に昇華したのである。

VI. 少数派組合員の区分所有権を保護する法理

VI-1. 問題の所在

マンションは区分所有建物の一類型である。マンションという建物に専有部分を単独所有する者、つまり区分所有者は、建物と敷地（建物が建てられている一筆または数筆の土地）、ならびに敷地以外の土地、および付属物によって構成されるマンション（建物区分所有法第2条）に対し、権利を有し義務を負うのであるが、建物の敷地を含む土地の「変更」（処分）につき、その共有持分権者、つまり建物に専有部分をもつ区分所有者の全員一致が求められていること（民法第251条）以外は、多数決に委ねられている。

本法における多数決には、普通多数（過半数）と特別多数（過半数を超える場合）があるが、いずれにしる、反対者（少数派）に対し、その意に反する決議内容を強制することから、反対者の区分所有権が有名無実にならないように配慮しなければならない。とくに、区分所有関係が成立すると、区分所有者は法律上当然に管理組合員とされ、区分所有者でありながら管理組合には入らない（組合員ではない）という法律関係は認められないので（加入強制。「全員で…団体を構成し」と建物区分所有法第3条に規定されている）、少数派組合員の区分所有権を保護する手段が不可欠となる。以下、現行法制を前提として、少数派組合員が講じ得る法律上の手段について考察する。

VI-2. 全員一致の有効活用

VI-2-1. 共有地の全体にかかわる処分行為

一般論として、共有物に関する処分行為（民法第 251 条、「変更」と表記）とは、目的物の現状維持を目的とする保存行為（民法第 252 条本文）や、現状を変更しない限りでの利用や改良を目的とする管理行為（民法第 252 条ただし書）と区別される概念であり、目的物たる共有物に関する権利を移転・変更・消滅させ、または物理的に破壊・形状変更・消滅させる行為をいう¹²。

共有の土地に即していえば、例えば、全部を売買する、全体について抵当権などの担保物権を設定し、あるいは第三者との間において敷地内に通行地役権を設定するなどの用益物権の設定など、法律行為により、当該土地の全部に関する権利の移転・変更・消滅を行うこと（法的処分行為）、または、敷地の形状を物理的に著しく変更し、通路や駐車場を建設し、または取り壊すなど、事実行為により所有権の目的たる土地の形状を破壊し、または変更すること（事実的処分行為）をいう。以上のような処分行為の概念を前提として、マンションの敷地や敷地以外の土地を処分するには、これらが建物の区分所有者たる組合員全員の共有に属することから、組合員全員の同意を必要とする（民法第 251 条）¹³。

具体的には、組合員全員が処分に賛成する旨の同意書を作成するなど、賛成の意思を個別に確認し、それを管理者たる理事長に委任し、理事長が受任の意思表示をして、はじめて処分が可能となる。要するに、法的処分行為を例とすれば、組合員が各個別に処分の相手方に当該土地を譲渡する意思表示をなし、その意思表示が全員分そろってはじめて、理事長に当該土地の処分を委任することができ、理事長は相手方と譲渡契約を締結できる、ということになる。それゆえに、組合員全員が処分の可否について管理者たる理事長に一任したとしても、委任の前提となる処分への同意が存在しないので、委任が成立しないことから、処分することはできない。

既往のように、マンションの土地全体の処分にかかわる問題は、管理組合総会や理事会の多数決で決めること、すなわち、その決議事項ではなく、共有持分権者たる各組合員が個別に相手方との間において合意する事項であって、しかも全員の合意が求められることから、一人でも反対すれば合意が成立しないので、その限度では多数決の濫用を阻止し得る。しかしながら、賛成しない、あるいは回答しないという、あくまでも消極的な意見表明にとどまり、積極的かつ建設的な意見表明ではないこと、また、議決権行使などの公益権保護の見地からすると、建物のみならず土地に関し、もっとも多い管理行為については管理組合の決議事項とされており、しかも、過半数の多数決にて合意形成できることから、事例としては相対的に少ない土地の処分に限り、少数派たる個別意見をとおすことしかできないので、多数決の濫用に対する抑止効果としては不十分である。

なお、筆者が実地調査するに際し、問題視した事例として、隣地所有者の交代や建物建築などに伴う敷地測量の際に必発する、土地の筆界確定と境界確定の合意、境界標の埋設行為があった。これは、測量の結果を承認することにより、土地所有権の範囲が確定することから、合意の法的性質は処分行為に他ならないので、共有物たる土地の「変更」として共有者全員の一致がない限り合意できないはずである（民法第 251 条）。ところが、自主管理のマンションや、管理会社のコンプライアンスが緩いマンショ

ンにおいては、管理会社から理事長に話が来て、理事長が単独で合意し、理事会にて事後承認し、次期総会にて報告し、普通決議による多数決にて承認を受けることにより済ませている事例が散見された。組合員の多くは当日欠席の議長一任なので、実際には何もわかっていないのである。しかしながら、そのやり方は明白な違法であることから、総会や理事会の決議の瑕疵として、不存在や無効の確認訴訟の対象となり得る。

VI-2-2. 理事長の互選

建物区分所有法は、マンションに特化した法律ではないことから、理事や理事長、理事会の定めはなく、区分所有建物を維持管理するために必要最小限度の機関としての、管理者（同法第 25 条 1 項）ならびに区分所有者の団体（同法第 3 条）、および集会（同法第 34 条）について規定するにとどまる。

この点、国土交通省が管理規約のサンプルとして公表している「マンション標準管理規約（単棟型）」は、マンション管理にふさわしい、これらの定めを置いており、理事長は、理事会にて「選任」される、つまり多数決、出席理事の過半数によって選出されると規定している（同規約第 35 条）。もっとも、理事長の選出を理事の「互選」と規定するマンションも多数あり、築年数を経た古いマンションにおいて、その例がみられる。

「互選」の意味であるが、必ずしも一義的ではない。互選とは、読んで字の如く、互いに選びあうことを意味するが、そのみならず、その仲間内から、という条件を付するのが一般である。換言すると、その仲間以外の第三者を選ぶのではないことが重要である。各々が理事長の候補者（被選挙人）であると同時に投票者（選挙人）であって、互いに選びあうことから「互選」というのである。これを理事会における理事長の選出にあてはめると、その理事会のメンバーのなかから、理事が「話し合って」理事長を選ぶという意味であり、それ以上の意味はない。ゆえに、選出に関する「話し合い」の方法については、トートロジーではあるが、理事の間で何らかの案に話しをまとめなければならない、ということである。

複数の案が出たとすれば、いずれにするのか理事の過半数で決めるのが一般であろうが、反対の理事が一名でもいれば、過半数で決めるという案を決議できないことから、結局のところ、全員一致以外の方法はないことになる。なお、筆者が調査対象としたマンションのなかには、かような互選の意味ゆえに、理事長が決まらず、欠員が生じた場合として処理され、理事長不在のまま、前任者が理事長の職務権限のみを行使する事態が生じたところがあった。

すると、理事長は理事会の互選により選出されると規定する管理規約を有するマンションであれば、少数派組合員が理事に就任しさえすれば、互選の意味を逆手に取り、多数派が自派から理事長を選出しようとしたとしても、少数派の理事一名が反対すれば、それを阻止できることから、多数派の濫用に対する一定の抑止力があるようにも思える。

しかしながら、少数派組合員が理事に就任する可能性が制限されている場合は、事実上無力である。例えば、理事を選任する総会決議において、候補者に対する信任投票が採用され、累積投票（ひとりの

候補者に候補者数分の持ち票をすべて集中投票すること)¹⁴が否定されている場合は、少数派の理事候補者は、ほぼ確実に信任されないことになるので、そもそも理事に就任できないからである（この点については、VI-2-3. にて詳述する）。ゆえに、理事長互選方式は、必ずしも多数派に対する牽制にはならない。

VI-2-3. 理事の選任権（選ぶ側の権利）と理事の就任権（選ばれる側の権利）の在り方

VI-2-3-1. 問題の所在

筆者が調査の対象としたマンションのなかには、理事の選任と就任につき、信任投票を採用しているところがあった（A マンション）。もっとも、その態様は様ではなく、理事を輪番制としながら、当番が廻ってきた組合員につき、一括の総会承認を信任投票の形式で行う事例があった反面、立候補を前提として、候補者を信任投票に掛け、議長一任の委任を含む出席組合員の過半数を獲得した候補者を理事とする方法であって、改選定数と候補者数が同数であったとしても信任投票を行う、完全連記（1 票のなかに候補者全員を示し、それに対する信否を各候補者別に記載させること）としたうえで累積投票（候補者人数分の持ち票を特定の候補者に集中すること）を認めない、という事例もあった。他に、規約や細則を改正することなく、信任投票とする旨の議案を臨時総会に掛け、出席組合員の過半数の賛成により可決し、直後の定時総会にて信任投票を実施したマンションも存在した。

思うに、理事は総会の多数決にて選任されるところ、多数決には、組合員が理事を選任する権利と、候補者たる組合員が理事に選任される権利（就任権）の両側面があることになる。これらは区分所有者たる組合員の固有権であるとともに、公益権として位置付けられるものである。前者については、議決の行使の機会が保障されていること、とりわけ、出席できない場合への対応、つまり委任状の活用、例えば、議決権行使書、議決権の代理行使書、が総会の出欠届出書に添付されていることを要する。なお、議長一任の委任状の取扱いについては、後述するように問題がある。後者については、被選任方法次第では、組合員の所有権行使の自由（民法第 206 条）を制限する、つまり、これを建物区分所有に即していえば、区分所有者たる組合員の理事就任の自由、または理事就任の機会均等（平等）を害する可能性がある。とりわけ、信任投票については、後述するように問題がある。

なお、「多数決」は、既往説明したように、選ぶ方と選ばれる方の双方の権利を考えなければならないので、多数決であれば何でもあり、というわけではなく、選ばれる方の理事就任の自由と機会均等を保障することを前提とした多数決でなければならない。

いずれにしろ、規約や細則の定め、または総会決議の内容が、組合員の理事選任と就任の自由を著しく制限する場合には、マンション管理の適正化に関する総則規定である建物区分所有法第 30 条 3 項、あるいは、組合員間に不平等をもたらす（「一部の区分所有者の権利に特別の影響を及ぼす」）ことを禁止する同法第 31 条 1 項に違反し無効とされる余地があるので、これらの点について検討する。

VI-2-3-2. 理事の選任権（選ぶ側の権利）について

この論点においては、議長一任の委任状（議決権行使書）の取扱いについて検討する。管理組合の定時総会や定時理事会において、期日に出席できない組合員や理事のために、委任状を用意するのが通常である。

そこで、まず、議長一任の有効性が問題となる。具体的には、多数決とは、ある議案についての賛否の意思表示の数の優劣により決議することであるところ、「賛否のいずれとするべきなのかわからない」ので議長一任、という意思表示は、賛否の意思を表明したとはいえず、放棄とすべきであるから、多数決の基礎に算入できないのではないかが問題となる。この点、確かに、積極的な賛否の表明ではないが、まったく賛否の意思表明をしない放棄と同列に取り扱うことはできない。なぜならば、少なくとも議長に一任するという消極的な意思を表明しており、現実には議決権を行使しているからである。ゆえに、多数決の基礎に算入して差支えはないと考える。実際にも、そうしないと、出席者が不足し、会議開催の定足数が不足して会議が不成立となり、あるいは、賛否のみでは過半数に達しない議案が増え、合意形成が困難になるからである。

なお、議決権行使書について、賛否の記載がない場合について議長一任ではなくて、見做し賛成とする旨を記載した行使書を付ける場合が散見される（A マンション）。この場合、何も記載しないことは放棄の意思表示とみるべきなので、これを賛成と擬制することは意思表示の解釈として無理がある。ゆえに、多数決の基礎、つまり賛成票として算入することはできないと考える。

つぎに、議長一任の取扱いが問題となる。具体的には、議長一任の委任状は議決権行使書の形式をとっており、ある議案について賛成・反対・（いずれとも決められないので）議長一任という3つの選択肢が準備されているところ、議長一任を、賛成と反対のいずれに割り振るのか問題となる¹⁵。

常識に鑑みれば、議長一任は、賛否いずれとも決めかねるという意思表示と解するのが議決権行使者の合理的意思とみるべきなので、賛成と反対の数を比で割り、議長一任をその比で割り振るのが公平である。もっとも、比で割る方法は、普通多数、つまり、「出席」組合員の過半数の場合には、いずれが多い方に割り振ることと、ほぼ結論は変わらないことになるが、「総」組合員を分母とする特別多数の場合には、僅差のときなどは、単純に何れが多い方に割り振る方法と反対の結論が出る可能性もあり得るため、比で割る方法は、より組合員の合理的意思に近い結論を導き得るので、いずれが多い方に割り振るよりも相対的に優れている¹⁶。くわえて、比で割る方法は、累積投票に近い結果になるであろうが、累積投票と異なり、理事の信任投票以外の議案一般、つまり賛否と議長一任の三択の場合にも使える利点がある。

なお、総会や理事会の決議によっても、議長一任を賛否の比で割り振るべきことは変えられないと考える。けだし、比で割り振られることは、所有権の行使たる議決権を意味あるものとするために不可欠であることから、区分所有者の固有権というべきなので、この取扱い以外は違法無効と解されるからである。もし別異の取扱いをするのであれば、区分所有者全員（総組合員）の同意を必要とすべきである。

ただ、実際には、ひとたび一部少数の組合員により役員席が独占され、以後固定席化していると、一

任された以上は議長が決めると開き直るのが通常なので、議長一任を賛否の比で割り振る集計方法を採用させることは、事実上不可能であろう。

なお、何を以て議長一任事項とするのかも重要である。賛否の意思表示がない場合のすべてを議長一任とすると、区分所有者の合理的意思とかけ離れてしまうのみならず、恣意的な多数意見の形成を著しく容易とする弊害が不可避だからである。この点、筆者が調査したところによると、議長一任事項としては、次のようなものが存在した。

- a. 出席通知書を提出しつつ当日欠席したが、欠席した場合に備えて代理人を選任しておかなかった場合
 - b. 特定の第三者を代理人として選任し、出席通知書を提出したが、第三者が当日欠席した場合
 - c. 当日欠席するため委任状を提出したが、受任者名の記載が存しない場合
 - d. 当日欠席するため議決権行使書を提出したが、賛否の記載が存しない場合
- 各検討すると、

a. については、議決権の放棄の意思表示に他ならず、議長一任の意思は一切表示されていないので、議長一任条項を付けたとしても、そのように取り扱うことはできない。けだし、欠席するのであれば、特定の組合員または議長一任の委任状を提出すれば足りるにもかかわらず、委任状を出さないからである。急用であれば、署名の代行が有効であることは争いのないところであるから、第三者に対し、口頭にて依頼すれば足りるからである。それすらもしないのであるから、放棄とみるほかなく、定足数と議決権総数にカウントできないと考える。

b. につき、特定の第三者のみに議決権を行使させる意思であったことから、その第三者が欠席した以上は、議決権の放棄とみるほかなく、指定した特定の第三者以外の議長に一任する意思は一切表示されていないので、議長一任として取り扱うことはできない（なお、筆者が調査対象とした A マンションでは、そもそも議長一任条項すらつけておらず、それでもなお議長一任に数えていた）。

c. につき、第三者を代理出席させて、議決権の代理行使をさせる意思を確認できることから、かろうじて議長一任とする余地があると考え。ゆえに、定足数と議決権総数にカウントできるものとする。

d. につき、自ら議決権を行使する意思表示とみるべきであり、議長一任の意思は一切表示されていないので、議長一任条項を付けたとしても、そのように取り扱うことはできない。ゆえに、要式不備の無効票とせざるを得ず、定足数と議決権総数にカウントできないと考える。

VI-2-3-3. 理事の就任権（選ばれる側の権利）について

理事の就任方法であるが、もっとも多いのは輪番制、次に多いのが立候補制、または、これらの併用、つまり、輪番制で辞退者が出て、理事の定足数を充足できない場合には、立候補により理事の候補者を募る方法が一般的である。そして、定足数と同数の候補者が出た場合には、総会にて一括承認に掛け、定数を超える候補者が出た場合には抽選、または候補者間の話し合いにより、候補者を定数に絞り、総会にて一括承認に掛ける方法がとられている。

この論点においては、理事の信任投票制と共有（建物区分所有）との親和性について検討する。共有とは、所有の一態様であることから（民法第249条）、その本質は所有権そのものであり、「自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利」であることに求められる（同法第206条）。そして、マンションという建築様式に適用される建物区分所有法は、主に建物の共有部分に関する民法の共有規定の特則であることから、原則として共有理論が適用される。すると、所有権（共有持分権）の行使につき、民法の原則によれば、共有者が、その持分に応じて単独で行使すべきところ（同法第249条）、その特則である建物区分所有法が適用される場合は、権利行使の対象が区分所有者の集団である集会（管理組合総会）の決議事項とされる場合があり、その場合においては、議決権の行使という特定の形式で所有権を行使しなければならない。権利の性質に鑑みると、共益権の行使ということになる。

そこで、①輪番制・立候補制・両者の併用型と、②信任投票制が、共有と親和するの否かを、換言すると、管理規約や細則に①または②とする旨を規定することは、マンション管理の適正化に関する総則規定である建物区分所有法第30条3項、あるいは、組合員間に不平等をもたらす（「一部の区分所有者の権利に特別の影響を及ぼす」）ことを禁止する同法第31条1項に違反し無効となるの否かが問題となる。

まず、この理を①についてみるに、輪番制は、組合員の理事就任の自由が機会均等なので平等であり、自由の制限についても順番なので、必要最小限である。ゆえに、これらの条項に違反することはないので、問題なく有効である。立候補制も、理事になりたいければ何時でも立候補可能であり、なりたくない組合員は立候補しなければよいので権利の放棄にあたるし、また立候補者が定数を超える場合には抽選とすれば、当落の機会に完全な平等かつ自由なので、これらの条項に違反しないことから、問題なく有効である。併用型についても、両制度の組み合わせなので、有効である。以上説明したとおり、これらの方法は、建物区分所有という共有と矛盾せず、むしろ親和する。

つぎに、この理を②についてみるに、信任投票は、就任の可否が第三者の信任の有無によることから、立候補者の理事就任の自由と機会均等を否定することから、共有（民法第206条、所有権行使の自由）と矛盾するのではないかと検討する必要がある。この点、信任投票の結果は、理事の資格にかかわる事項なので、欠格事由の有無とパラレルに捉えることができる。そこで、一つの試論ではあるが、欠格事由の取扱いを信任投票に応用可能なの否かが、この問題の解決にヒントを与えようと考えた。

この点、理事や監事の欠格事由とは、その資格の有無にかかわる事項であり、該当者は就任権を否定される。そして、欠格事由の定めは規約の任意的記載事項であることから、その定めを規約に記載すれば欠格事由となるが、記載しないと、欠格事由の定めは存在しないものとして取り扱われる。ゆえに、総会や理事会の決議のみにより、ある組合員を欠格者とすることはできない。換言すると、ある事由を欠格事由としたいのであれば、規約変更の総会特別決議を経て、規約に欠格事由の定めを置かなければ、ある組合員を欠格者とすることはできないと解釈されている。

以上のように、欠格事由の定めは規約の任意的記載事項と解釈するのか一般であるところ、信任投票についても、信任投票の結果は理事の資格にかかわる事項なので、欠格事由と同じく、規約の任意的記

載事項と捉え、規約に定めさえすれば、有効なのか否かを検討する。

私見としては、規約の定めを以てしても、信任投票制は採用できないと考える。その理由は、以下に述べるとおりである。欠格事由とは、候補者に意思能力がない、あるいは制限行為能力者であって、自分の判断の結果がどうなるのか、判断時に合理的に予見する能力に欠けていたり、あるいは候補者が反社会的勢力の帰属者であるなど、安心して理事会運営を委ねられないといった、評価が分かれる余地のない定型的な排除条項であるのに対して、信任投票制は、要するに（理事としてふさわしいか否かの）人気投票である。人気投票というのであれば、人気を博する原因がなければならないが、管理組合は法人または権利能力なき社団ではあるも、規約に「目的」が存在せず、その点で、これが存在する一般社団法人や株式会社とは法的性質を異にする。

すると、管理組合の場合、候補者が、その目的達成にふさわしい＝人気のある人物であるか否かの判断をするための拠りどころを見出すことができないので、信任投票を採用することはできないと考える。実際のところ、顔と名前が一致しない、顔すら知らない人が理事になりたいといわれても、信任するか否かの判断に困ることは、論を俟たないことであろう。結論として、信任投票は、組合員の理事就任権の合理的な制限とは認められないので、およそ共有とは親和せず、規約を以てしても、これを採用することはできないというべきである¹⁷。

もっとも、信任投票の態様は様ではなく、マンションのなかには、これを徹底した形で厳格に運用する狭義の信任投票を採用しているところと、総会における候補者の一括承認を信任投票と呼称しているところもあった。そこで、どこまで容認されるべきであろうか。この点については、すでに触れている、

- a. 理事を輪番制としながら、当番が廻ってきた組合員につき、一括の総会承認を信任投票の形式で行う方法
- b. 立候補を前提として、候補者を個別に信任投票に掛け、議長一任の委任を含む出席組合員の過半数を獲得した候補者を理事とする方法であるも、改選定数と候補者数が同数であったときは、信任投票を行わず一括承認に掛ける方法（候補者が定数超過である場合には、落選を嫌い、事前に候補者間で話し合い、定数まで候補者を絞ることができる）、
- c. 狭義の信任投票制を採用し、完全連記制（1票のなかに候補者全員を示し、それに対する信否を各候補者別に記載させること）採用するが、累積投票（候補者人数分の持ち票を特定の候補者に集中すること）を認める方法、
- d. c.の形式を採用しつつ、累積投票を否定する方法

が実在し、典型例とされるところ、a.とb.は、組合員の理事就任の自由と機会均等を害さないことから、問題なく有効であり、規約に定める必要もないと考える。けだし、共有理論と親和する整合的な解釈であるのみならず、組合員の理事就任の自由を害する恐れがないからである。反対に、d.は、親和せず、また不整合であるのみならず、組合員の理事就任の自由を害することから無効である。規約で定めることは不可であり、定めたとしても無効である。c.は、限界事例なので、難しいところである。親

和しないとも、また不整合とまでもいえないのみならず、累積投票を認めていることから、少数派からも理事を出せる可能性があるので、一概に無効とはいえない。現時点における私見としては、全員一致があれば有効とする余地があると考え¹⁸。

Ⅶ. 結 語

筆者は、本稿を執筆するに際し、実際にいくつかの都心部のマンションを調査対象として選定し、実情を観察した。そのうえで、建物区分所有法の制定経緯と沿革を明らかにしたうえで、マンションにおける合意形成過程の適正化について、建物区分所有法とその関連法令の現状について検討した。

区分所有者（組合員）は団体（管理組合）を構成し、集会（総会）を開いて合意を形成し、団体の意思決定を行うところ（建物区分所有法第3条）、多数決によることから、総会当日欠席者の議長一任の委任状の濫用により容易に多数派工作がなされてしまうので、全員一致の有効活用を検討した。例えば、敷地の売買、敷地への担保権の設定、隣地所有者の通行地役権の設定、隣地との筆界・境界画定と境界標の埋設などの行為は、敷地を含む土地全体の処分にあたることから、処分は「変更」を超えることから、民法の原則に戻り全員一致を必要とする（民法第251条）。それにもかかわらず、理事長単独または理事会承認のみで、これを行う事例が散見される。しかしながら、それは誤りであり、法の規定によれば、区分所有者が一人でも反対すれば否決せざるを得ないことから、多数派を阻止し得る。しかしながら、もっとも事例として多いと思われる敷地の「管理」については多数決であること、不同意や不承認は単なる反対または棄権であって、積極的な意見表明ではない消極的なものであることから、多数派抑制の効果は限定的である。

理事長は理事の「互選」によって選ばれる。互選の意味は一義的ではないが、争いのないところでは、その仲間内で互いに選びあうこと、第三者が選ぶのではないこと、という点では一致している。すると、誰を理事長にするのかを過半数で決めるという案、あるいは抽選とする案を出したとしても、誰か一人が反対すれば、それらの案は可決されないで、結果として全員一致を意味することになる。すると、理事の一人が反対すれば多数派が擁立した候補者を理事長となし得ないことから多数派を阻止し得る。しかしながら、総会において、多数決により承認されない限り理事にはなれないのみならず、規約によって「選任」、つまり過半数の多数決とされている場合には、そもそも少数派の理事長候補は選任されないので、多数派抑制の効果は限定的といわざるをえない。

理事候補者の総会承認に関し、多数決が成立すれば可決されるところ、その「多数決」の取り方につき、いくつかの方法が考えられる。考える視点であるが、理事の選任権、つまり選ぶ側の権利と、理事の就任権、つまり選ばれる側の権利の双方から考える必要がある。前者については、出席通知書や当日欠席の場合の議決権行使書を重視し、可能な限り議案に対する賛否の意思表示を明らかにさせる方法をとるのであれば、理事を「選ぶ」権利は、多数派にも少数派にも平等に保障されることから、何らの問題はない。

しかしながら、議長一任条項を、出席通知書を出しつつ欠席した場合、議決権行使書、白紙委任状のすべてに付けると、いとも簡単に多数派を形成できることから問題がある。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ついてまで議長一任（または見做し賛成）とすることは、議決権を行使するという意思表示と著しく背馳することから、建物区分所有法第30条3項の規約適正化条項に違反し無効と解すべきである。

後者、つまり選ばれる権利については、輪番制や、立候補を前提として候補者が改選定数を上回る場合には抽選とするのであれば、少数派も理事になれる可能性があるので、組合員の理事就任の自由、すなわち機会均等を害することはないので、何らの問題はない。

しかしながら、立候補を前提として信任投票となし、完全連記、つまり改選定数分の持ち票を認め、しかも累積投票、つまり持ち票のすべてを一人の候補種に集中した投票することを禁止すると（筆者が調査対象としたマンションのなかに実在した例）、組合員の理事就任の機会均等を著しく制限するのみならず、少数派候補者が賛成票を集めることができなくなるので、建物区分所有法第30条3項の規約適正化条項と、同法第31条1項後段の不利益禁止条項に違反し無効と解すべきである。

以上検討したように、総会当日欠席者の議長一任条項が濫用され、信任投票とされたうえ累積投票まで否定されてしまうと、多数派工作が著しく容易になるので、少数派はいとも簡単に排除されてしまう。ゆえに、多数派抑制の効果は限定的といわざるを得ず、現実的には訴訟の場において争うことになるう。

以上検討した結果、マンションにおいては、未だ少数派組合員（区分所有者）の権利を保護する法的な方途が、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。もちろんのこと、現状を放置わけにはゆかないので、建物区分所有法第30条3項の規約適正化条項や、同法第31条1項後段の不利益禁止条項の法的性質、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（指導・助言・是正勧告）の在り方など、検討すべき課題は多数あるが、それは別稿に譲ることにする。

以 上

注 釈

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.2p.35-74 流通経済大学 (2007.12) 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。そこでは、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、そこでは、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（下線筆者）」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。

- 3 筆者が勤務する本務校が所在する、東京都千代田区の市ヶ谷周辺に位置するマンション5棟を調査対象とした。マンションは民間の私物であることから、管理組合の役員に知人がいる、区分所有している、賃借している、などの事情がないと、管理規約の入手すら困難であり、ましてや組合運営の実情を知ることなど事実上可能であった。そのため、調査対象は5棟にとどまった。しかしながら、そのなかには、住戸専用型、複合用途型、旧耐震、旧々耐震、新耐震、マンション標準管理規約を導入しているのか否かなど、異なるタイプのマンションが含まれており、ある程度の一般性・普遍性があると判断したので、これらを対象として、マンション一般に敷衍可能な法理論を考えることにした。なお、5棟のなかでも、住戸専用・旧々耐震・マンション標準管理規約未導入のAマンション（築52年）と、複合用途型・旧耐震・マンション標準管理規約導入のBマンション（築45年）が、国が改善対象としている、多くの高経年マンションが抱えている諸問題を典型的に顕現しているため、この2棟を主たるサンプルとした。
- 4 マンションの語源は、英語表記の mansion であるが、英語圏においては一軒家を含む豪邸や御屋敷を意味する言葉として用いられているので、わが国と異なる。因みに、英語圏における集合住宅は apartment block（米。一室を apartment という）、block of flats（英。一室を flat という）と表記され、その規模の大小を問わない点でわが国と異なる。そして、米国においては、apartment block のうち、賃貸マンションに相当する物件を apartment rental、分譲マンションに相当する物件を condominium（コンドミニウム。condo と略称される）と表記する。なお、英国においては、分譲と賃貸を単語自体で区別していないようである。ゆえに、わが国における法律上のマンションに相当する概念には condominium が妥当する。因みに、わが国におけるアパートは、これをエレベーターのない小規模な集合住宅と捉えたとすれば、walk up（米）、bed sit（英。ただし、わが国のワンルームマンションに近いもの。米国では studio という）と表記する。わが国における団地については、projects（米）、council flat（英）と表記する。
- 5 建物区分所有法は、マンションに特化した法律ではない。そのため、区分所有建物一般に広く適用可能とするため、最低限度の事項のみ規定している。例えば、理事会や理事長に関する定めはなく、区分所有者集会および管理者に関する定め（組合が非法人である場合）、組合および理事ならびに監事に関する定め（組合が法人である場合）のみ存する。マンションに特化した規定は、国土交通省「マンション標準管理規約（単棟型）」[001202416.pdf \(mlit.go.jp\)](#)、および「マンション標準管理規約（複合用途型）」[001202418.pdf \(mlit.go.jp\)](#)ならびに「マンション標準管理規約（団地型）」[001272882.pdf \(mlit.go.jp\)](#)に存し、任意の管理規約を制定する際のサンプルとして活用され、実際に、多くのマンションにおいて管理会社の指導のもと、その全部または一部が取り入れられている。
- 6 前掲西島 p.39 は、「…他方で、こちらの方は少数派であるが、マンションの管理事務に熱心すぎる区分所有者もいる。…他の区分所有者のよきアドバイザーとなり、適正な自治の推進役になるのであれば、それは望ましいことである。しかし、熱心すぎる区分所有者が、他の多くの無関心な区分所有者が多いことを奇貨として、マンションの管理を牛耳るようになると、今度は自治なるものが歪められることになりかねない。そのようなマンションは決して多いとはいえないが、存在することも事実である。」と指摘する。筆者が本稿を執筆した契機であるが、マンションにおける「役員のなり手不足」とは、真実、なり手がいないのではなく、一部組合員により役員席が固定化され、他の多くの組合員は蚊帳の外に置かれているに過ぎないのではないかと、という問題意識が生じたからであった。事実、筆者が調査の対象としたマンションのなかに、西島教授が指摘した、熱心すぎる区分所有者に「牛耳られた」マンションが存在した（Aマンション）。Aマンションは、議決権は共有持分の大小によらず1戸1議決権（最大で4倍の格差）、理事は立候補かつ信任投票で累積投票否定、理事の資格は現任組合員のみならず配偶者と一親等に拡大、理事長は互選ではなく多数決、採決については議長一任を認めている。そのため、管理組合運営の実情としては、一部組合員（全59戸のうち10戸未満）らによる恣意的な多数派形成、少数派排除および役職独占という弊害が最大限に達している。管理会社も、翌年の管理委託契約を継続したいことから理事会の言いなり、という印象であった。かような弊害につき、マンションに適用される建物区分所有法は、1棟の建物につき専有部分が2以上になると、管理組合は法律上当然に成立する旨を規定しているため（同法第3条）、誰かが理事を務めなければならないことから、どのマンションにおいても大なり小なり存在する普遍的なものである。もっとも、築45年を経過しているBマンションにおいては、管理丸投げによる管理会社の不正や建物老朽化など、危機に瀕していたが、組合員の一念発起により、管理会社を変更したことを契機として、マンション標準管理規約を導入し、常に管理規約をリニューアルしているのみならず、管理を管理会社への管理の任・丸投げをやめて、（公財）まちみらい千代田を利用し、第三者機関としてマンション管理士を組合運営のアドバイザーとして入れたので、各組合員の利益を最大限に尊重する合理的な組合運営がなされるようになった。つまり、Aマンションと同じ高経年マンションではあるも、高経年マンションが抱える諸問題は解消しつつある点で対照的であった。
- 7 （ ）内の条文番号は、その当時のものではなく、それに対応する最新の現行法に依拠した。以下の説明についても、そのように記載する。
- 8 国土交通省「マンションの建替えの円滑化等に関する法律の一部を改正する法律の概要」[001090270.pdf \(mlit.go.jp\)](#)

本法を所轄する国土交通省の調査では、本法制定後約 10 年を経過した平成 26 (2014) 年 4 月の時点において、当時における中高層区分所有建物の総数約 601 万戸のうち、昭和 56 (1981) 年の建築基準法施行令改正前の旧耐震基準（いわゆる旧耐震）に準拠して建築許可が下りている建物（既存不適格）が約 106 万戸を占めていた。本法の眼目は、旧耐震マンションを減らし、新耐震のマンションに更新させることであったところ、本法制定施行後の建替え件数は、たったの 196 件、累計で約 15,500 戸に過ぎなかった。本法制定の効果はほとんどなきに等しく、旧耐震マンションはほとんど減らず、新耐震であったとしても経年の老朽化マンションが増え続けるという好ましくない結果となった。

9 旭化成不動産レジデンスマンション建替え研究所「建替え・敷地売却について - 事例と実務から見た課題と対策 -」
b84bcffdc8bb869b9ea5732cd2ab3a3a.pdf (mankan.or.jp)

10 国土交通省 市街地建築行政に関する最近の動き (mlit.go.jp)

11 国土交通省 住宅：マンション管理の新制度の施行に関する検討会 - 国土交通省 (mlit.go.jp)

12 共有の法的性質如何により、説明が変わってくるので注意を要する。共有には 3 つの態様があり、共有持分権・持分処分・分割請求権が認められる狭義の共有（民法第 249 条）、共有持分権は潜在的にはあるが、処分の自由と分割請求が否定される合有（組合財産に関する同法第 676 条、共有者個人による管理・処分を否定）、すべて否定される総有（条文なし、共有者個人による管理・処分を否定、権利能力なき社団の財産など）が存在する。狭義の共有とされる場合には、各共有者は持分処分の自由があるので、持分については単独所有と同じ取扱いとなるので、分割することなく、共有状態を維持した持分の状態のまま、譲渡することも可能である。つまり、処分について全員一致を必要とする場合とは、共有物「全体」を処分する場合のことであり、「持分」を各別に処分する場合は、単独所有の場合と同様に、共有者が単独でできるのである。例えば、マンションの区分所有者が専有部分たる自分の部屋を売買すると、建物の共用部分に関する持分や土地に関する持分も同時に売買されたことになること、である。

13 土地の処分に関する全員一致の例外として、建替え決議や敷地売却決議は、土地の処分を含むが、全員一致を緩和して特別多数とされ、区分所有者数と議決権及び当該敷地利用権の持分の価格の各 5 分の 4 以上の賛成で足りる（建物区分所有法第 62 条）。

14 累積投票は、GHQ 統治下における昭和 25 年の商法改正の際に導入された条項である。本改正においては、株主総会の権限が縮小され、新設された取締役会に業務執行権が移された結果、株式会社における最高意思決定機関ではなくなったが、そのぶん、株式会社の実質的所有者たる株主の権限が強められた。累積投票は、その一環として、アメリカ会社法の強い影響のもとに新設された（旧商法第 256 条ノ 3）。これは投票者が候補者と同数の票を持ち、それを一人の候補者に集中して投票することを認めることから、少数派株主のなかからも取締役を選出できるようにする制度であり、比例代表と同じ結果をもたらすものである。本条項の新設当初は、定款の規定により排除可能な任意規定であるも、発行済株式総数の 4 分の 1 以上を有する株主が、累積投票による取締役の選任を請求し得ることになっていった（旧同法 256 条ノ 4）。しかしながら、これを認めると、多数派と意見を異にする少数派が取締役会に代表者を送り込むことから、株主間の対立を、そのまま取締役会に持ち込むことになり、業務執行の意思決定に差支えを生じ、経営の不安定化を招来することから、昭和 49 年の商法改正の際、定款の規定により累積投票を完全に排除し得ることに改めた。累積投票の採否に関する実情であるが、大多数の株式会社においては、これを定款の規定により排除している。筆者は、酒巻俊之教授（日本大学）より、株式会社の実情においては、累積投票を否定するのが通例なので、マンションの管理組合における理事の選任決議を考える際には、必ず会社法の解釈を斟酌しつつ比較するようにとのご示唆を戴いた。そこで私見であるが、所有と経営が分離され、経営のプロが取締役になる株式会社と異なり、所有と運営が一致し、組合運営の素人たる区分所有者が、等しく理事として運営にかかわる機会を保障されるべき管理組合とでは、代表者の選任方法に差異が生じることはやむを得ないと考える。管理組合において、対立関係にある役員候補者同士が一括承認に掛けられるのであれば、就任の機会は平等であるが、候補者別の信任投票とするのであれば、少数派の候補者は確実に落選を喫することから、せめて累積投票とすれば得票数を伸ばすことができるからである。なお、建物区分所有法には、会社法と異なり、累積投票に関する明文規定は存在しない。

15 筆者が調査の対象としたマンションのなかには、議決権行使書のなかに、すべての議案について議長に一任する条項を入れている事例（A マンション。議決権行使書については見做し賛成条項）と、議長一任の委任状を、議決権行使書と区別している事例（B マンション）があった。この点につき、私見としては、多数決の内容を、より一層、組合員の合理的意思に近づけるためにも、安易に議長一任に逃避させるべきではなく、議長一任の委任状と議決権行使書とを区別し、可能な限り各議案についての賛否ならびに棄権を明らかにさせる工夫をすべきと考える。

16 筆者が調査対象とした A マンションの例を示す。A マンションにおいては、規約変更につき、総組合員の 4 分の 3 以上の賛成を必要とする旨、管理規約に規定されていることから、全 59 戸のうち 45 戸以上の賛成がなければならない。実際の決議内容は、賛成 35、それ以外 24、それ以外のうち議長一任が 12 あった。すると、一任をすべて賛成に回すと 47 となるので規約変更は可決される。ところが、一任を賛否の比で割ると、賛成については 12×59 分の 35 = 7.1 となり、反対については 12×59 分の 24 = 4.8 となり、1 戸 1 議決権であることから、1 戸未満の端数は切り捨てるので、賛成については $35 + 7 = 42.1$ 、それ以外（棄権を含む）は $24 + 4.8 = 28.8$ ということになり、否決という結論になる。

- ¹⁷ 管理規約と一体として制定・施行される、附則、細則、規則などによって定めることも考えられる。これらについては、規約と別の法形式であるから、その制定改廃につき、規約のような特別多数を必要とせず、過半数の普通多数で足りるのが原則である。しかしながら、その内容如何によっては、例外として、規約と一体とみて、特別多数を必要とする場合があると解するのが一般常識（経験則）となっている。この点、ペット飼育禁止条項や民泊禁止条項ですら、一般に規約の管轄事項とされていることを斟酌すると、理事の選任権や就任権に関する事項も規約の管轄事項とされるべきであり、附則等で規定することは好ましくないと考える。附則等で規定されている場合には、その制定改廃は、規約と同じく特別多数を必要とすると解すべきである。
- ¹⁸ 累積投票ではなく、議長一任を賛否の比で割り振る方法を採用する場合も、現時点における私見としては、c.の派生類型としてc.と同じ取扱いとする。

参考文献

稲本洋之助＝鎌野邦樹『コンメンタール マンション区分所有法（第3版）』日本評論社、2015年
鎌野邦樹『マンション法案内（第2版）』勁草書房、2017年
鎌野邦樹他『マンション法の判例解説』勁草書房、2017年
丸山英氣『区分所有法（法律学講座）』信山社出版、2020年
鈴木 隆（判事）『当事者類型別マンション関係訴訟』日本加除出版、2019年
渡辺 晋（弁護士）『区分所有法の解説（6訂版補遺版）』住宅新報出版、2019年

