

マンション建替え・管理の法と経済分析

政策研究大学院大学教授 福井秀夫

- 一 私法と行政法はマンションの建替えや管理になぜ関与するのか
- 二 私人による交渉の枠組み——区分所有法の課題
- 三 行政による私人間交渉費用の低減——マンション建替え円滑化法の課題
- 四 コーアの定理所示唆する法設計原則

一 私法と行政法はマンションの建替えや管理になぜ関与するのか

共同分譲住宅、いわゆるマンションは、都市の標準的居住形態として広く国内で普及しているが、マンションの日々の管理や、老朽化ないし被災したマンションの建替えは多くのマンション所有者にとって切実な問題となりつつある。マンションでは原則として土地は共有、建物は区分所有という所有権形態となっており、共有物に関する民法の定めに加え、建物の区分所有等に関する法律(以下「区分法」という)によってマンションの権利関係を私法的に規律するとともに、建替えをはじめとする管理についても定めている。区分所有法は一九六二年に制定され、数次にわたる改正を経て現在に至っている。

一方、二〇〇二年に成立したマンションの建替えの円滑化等に関する法律(以下「建替法」という)は、法人格を持つマンション建替組合の成立、再開発事業類似の権利変換手法による権利の移行など行政法的規律を盛り込んだものであり、そ

れまで民法、区分所有法による私法的手続きのみで構成され、法的に必ずしも安定していなかったマンション建替えを、迅速・確実に進めるうえで役割を果たすことが想定されていた。しかし同法により、組合施行方式で建替えを行う場合には、区分所有法に基づく建替え決議が一連の行政処分等の大前提となっているため、同決議の安定性そのものは向上させていない。

同法制定の約五ヶ月後、やはり二〇一二年に区分所有法が改正されているが、改正前の区分所有法では、建替え決議に際して、建物の効用を維持・回復するのに過分の費用を要し、かつ各五分の四の人数・議決権(個別の定めのない限り)の権利者の決議がある時にのみ建替えが可能である旨規定されていた(改正前の区分)。この「過分費用」要件は、どういった場合に「過分」であるのかについて要件判定の明確さを欠き、現場で建替え論議が生じる度に建替え反対派は過分要件の欠落を主張し、そのような主張があると、事実上建替え手続きが頓挫するに至るといふ事態が繰り返されてきていた。要件の不明確のために交渉費用が増大し、建替えの円滑な実施が妨げられることになるのでは、都市の希少な居住空間としてのマンションの更新が阻まれ、土地の有効利用の達成が困難になるとともに、市場の縮小によつて都市の快適で安価な居住が阻まれるという意味で、国民の福祉に重大な悪影響をもたらす。

これに対して、マンション建替えを円滑化する観点から、二〇一一年一月内閣府総合規制改革会議報告では、「五分の四以上の合意のみとすること……も含めて……方策を早急に検討」することとされ、それを最大限尊重する旨の閣議決定がなされた。その後の法務省における検討の中で、同省からは、過分費用要件を撤廃する代わりに、三〇年又は四〇年という年数経過要件を多数決に加えて追加してどうか、効用の維持等をするのに現在建物と同じ建物を建築する場合の費用の二分の一を超え費用を要すべきことを基準としてどうかなど、建替えの阻害につながる合理性のない要件を付加しようとする動きが見られた。⁽¹⁾二〇一二年三月に公表された法務省法制審議会中間試案では、五分の四要件のみとする案の検討を一切行わず、これら合理性のない要件のみを詳細に提示し、正当化しようとは、五分の四要件のみとする案の検討を一切行わず、これら合理性のない要件のみを詳細に提示し、正当化しようとする

していた。しかし、五分の四要件以外の要件を付加すべきとするこれらの主張については、法制審議会が意見を述べた森稔氏及び筆者、総合規制改革会議の批判等を踏まえて、法案の与党審査プロセスでも厳しい批判を浴び、同年九月の法務省法制審議会の最終答申では、中間試案の提案をすべて否定し、五分の四要件のみの案に転換するという前代未聞の経緯をたどった。最終的に二〇一二年、五分の四議決のみを建替え決議の要件とする区分所有法による建替え決議要件の改正が実現するにいたった。

ここでマンションの建替えに対して、立法に基づき、司法、行政双方の観点から国家が関与する理由を検討しよう。規制、許認可、補助、金融支援、行政指導等の政府の民間への介入は、民間市場が失敗するときに限り、かつその範囲と程度が必要十分な限りにおいて合理化できる。マンション建替え・管理については、法令による国家介入の基本的論拠は、取引費用の存在である。戸建て住宅のように敷地・建物が単一又は少数の所有者の所有権に属し、せいぜい利用権としての借家権や担保金融に伴う抵当権が付着したりするという程度の法的関係であれば、当該住宅に関する権利の設定、移転、消滅等の取引に関する当事者は少数であり、これらの権利をめぐる取引は、一般的には当事者の交渉に委ねることである。戸建て住宅の管理や建替えに関して、契約法、物権法、担保物権法等の一般的な民事法の規律以外に権利の処分に関する特別な政府介入が存在せず、また実際にもそれらが必要であるといふ社会的な要請を聞かないのは、管理や建替えの取引費用がきわめて小さいからである。

これに対してマンションでは、多数の者が広大な土地空間について、その所有権を共有するなどにより土地利用の権原を保持し、しかし戸建て住宅と異なり、上下空間に排他的な権利行使を行わないことを前提に、そこに建設される建物は、上下左右に相互に連続しながらも、住居ごとに独立性を保つて利用できなければならない。仮に民法の原則に戻り、建物全体を全員で共有し、個々の利用者の専用部分ごとの排他的利用権のみを契約関係で定めることは、形式的には不可能ではないかもしれないが、所有権の設定、移転や利用権をめぐる交渉には全員の同意が必要であるため

多大の困難が伴うだろう。このような困難に対処し、構造上区分された独立の建物部分を所有権の目的とするものを定めたのが区分所有法である。区分所有が可能な独立の住戸部分をそれぞれの利用者が単独所有できるように、日々の管理についても区分所有者の団体がこれを行う。建物の復旧や建替えに関しても、住戸相互が不可分一体の關係にあることに伴い、一定の多数決ルールに従って円滑な意思決定ができるよう、区分所有法が特別な介入を行って、いるのである。さらにこのような私法的規律に加え、円滑化法では、自治体の関与による行政処分という法形式、建替え決議以降の、組合設立、権利交換などに導入し、一定の法的安定が求められる手続については、取消訴訟の排他的管轄に服せしめることによって、民事上の効力にはない公定力、不可争力を与え、複雑な法的關係の形成変更に伴うステップごとに、それまでに形成されてきた法的關係の効力を確定させることに對して手厚い配慮を行っている。取消訴訟の提起なく出訴期間を過ぎた場合には、当該手続の効力が覆る可能性はきわめて小さくなるのである。このように、一連の法は、マンションに関わる多数当事者の複雑な権利關係を前提に、当該財産権が最も有効利用される状態に移行しやすい管理処分手続を定めるとともに、最小の労力、時間、費用で財産権の価値を最大化できるように、当事者の取決めに對する補充的な政府関与により、取引費用の減少を図っているとみなすことができる。すなわち、マンションについての法的な関与による取引費用軽減とは、あくまでも当該敷地における土地の最も有効使用の実現を迅速・安価・確實、かつ臨機応変に支援することである。

この目的と混同されやすいが、別の目的の対策が、建替え反対者、借家人などの少数者の権利保護のための規定である。土地の有効利用という目的と、少数者保護、公正な損失補償等の分配の問題は、相互に独立の政策目的であるから、これを一つの手段で達成することはできない。二つ以上の政策目的には、二つ以上の手段が必要なのである。この意味で、土地の有効利用をもたらす議決等に対して、反対者等がこれを阻止する強大な権利を持つことは、法と経済学の観点から見ても望ましくない。土地の最も有効使用を達成できる手続きそれ自体は蕭々と進める、すなわち手続

きにおける反対権を手厚く遇するなどという手段を取らないことを前提として、反対者などに対する補償措置などを厳公正に行うことによつて対処するのが筋であり、手続きにおける反対者のいわば一票の価値を増大させるときは、有効利用を損なうことによつてかえつて弱者等に対する給付財源の枯渇をもたらしという悪循環を招くことになる。この観点から見て、区分所有法の建替え決議要件を、五分の四の権利者のみの議決とした法改正はきわめて妥当なものであった。財産権の最大価値の發揮を支援するという取引費用対策に区分所有法や円滑化法は特化し、それ

に矛盾する反対者保護規定をなくすとともに、少数者保護や財産価値の補償はそのような目的とは独立して措置されなければならない。

マンションは、区分所有者全員にとつての「現在建物維持の利益」(維持の効用―費用)よりも、「建替えの利益」(建替えの効用―費用)が大きければ建て替へられることが社会的に望ましい。現行制度にはないが、「建替えの利益」よりも、建物を除却して土地を処分し、その売却益を分配するという「区分所有關係解消の利益」(解消の効用―費用)が大きいつきには、本来、区分所有關係を解消するのが望ましい。

現行法の下での維持か建替えかの選択に当たっては、五分の四の区分所有者が建替えに賛成するときは、この条件を満たす蓋然性が大い。二分の一という単純多数決ではなく、五分の四という特別多数決とする場合、建替えに反対する少数者の一票の価値は賛成者の四倍に評価される。この点において、多数者の財産権行使よりも少数者の財産権行使を重く評価することになる。この観点からは、憲法上の法の下の平等に照らして、五分の四建替え決議要件は多数者の財産権をより輕視しているのではないかという問題点を提起することができる。とはいえ、従来の過半数要件や、新たに考案された年数経過要件、費用要件などが付加されるよりも、現行の多数決制度の方がよほど明確で取引費用の軽減に寄与する措置であり、他者の財産権の侵害の程度もはるかに小さいのである。

権利が明確で取引費用がゼロであれば、誰に権利を付与しても社会的に最適な効率性が達成されるという「コース

の定理^①は、法の解釈・立法における権利の明確性、権利の移転の容易性、関係当事者の交渉コストの最小化等を実現する取引費用対策を極限まで講じよ、という趣旨を含む^②。アংশ引建替え・管理に際しても、コースの定理が示唆する取引費用の極小化というインプクエーションに即した法解釈、立法政策が意味を持つ。

ここで、民法研究者や裁判官出身の法務省職員によって提示された建替えにおける年数要件などの問題点を見ておこう。アংশ引建替えを含む建物の物理的寿命は建物ごとに異なる。また間取りや設備の社会的な陳腐化の可能性も建物ごとにまったく異なる。実際、これまで老朽化のために建て替えられたアংশ引建替えの四分の一は、築後三〇年未満であった。三〇年又は四〇年という単純年数の経過を絶対要件とするならば、それらの年数の経過に至らなくても物理的寿命や社会的な陳腐化に至っているアংশ引建替えでは、不便を強いられつつ居住者がそこに年数経過まで縛り付けられることとなりかねない。土地の有効利用をただ邪魔するだけの機能しか果たさないとすら評価できる年数要件に合理性はない。

効用を維持等するのに現在建物と同等建築物の建築費用の二分の一超の費用を要求する基準もやはり合理性がない。費用のみを考慮し効用を見ないことは通常人のおよそ一般的な判断過程と異なる。現在保有している中古車を、同じ形式・年式の車に買い換えることを意図し、そのような買替えについては、今の車の効用の維持をするのに掛かる費用が同じ形式・年式の車に買い換える費用の二分の一以上でないといえ、この車の効用を中古車購入に掛けることと、この提案は同様であるが、中古車に対するそのような政府規制は存在しないし、導入される可能性もないろう。中古引建て住宅についても同様である。アংশ引建替えに当たっては、通常面積が広くなり、設備が新しくなったりするなどの効用増を伴う。当事者にとっては、あくまでも維持の利益と建替えの利益とのどちらが大きいかが重要であって、費用要件のみによって当事者の自発的な意思に対する介入を行う合理性は何ら存在しない。費用の算定も客観性に乏しく、費用を要件とすること自体紛争を誘発する。パターンリースやリースバックが無益有害な提案であったといえる。

アংশ引建替え・管理に関しては、筆者が主査を務める内閣府規制改革会議住宅土地TF（タスクフォース）における審議、座長を務める国土交通省住宅局「アংশ引建替えに関する検討会」^③（以下「国土審議」という）における議論等を通じて、区分所有法、円滑化法双方に関して、運用上の改善課題、法改正課題が多数抽出されつつある。いずれの議論も未だ半ばであって確定的な取りまとめには至っていないが、本稿では、現時点で盛り出されている重要な論点について分析し、法と経済学の知見を踏まえた解決の方向性を示す^④。

二 私人による交渉の枠組み——区分所有法の課題

一 建替え決議の円滑化・安定化

(一) 建替え決議における人数・面積の五分の四要件

区分所有法六二条によれば、区分所有者の人数及び議決権の各五分の四以上の多数決で建替え決議を行うことができることとされている。人数要件は区分所有者合計人数に対する賛成者の人数の割合で決し、議決権要件は規約で別の定めがない場合、賛成者の有する専有部分の面積割合によって決することとなる^⑤（区分所有法三六条）。しかし、アংশ引建替えの場合、人数では多数派を占めるアংশ引建替えの所有者が面積シェアでは少数となるような場合が想定できる。近年自治体によるアংশ引建替え規制を受けて、アংশ引建替えの混在を強いられている。アংশ引建替えが増大しているが、これらの建替えでは直接問題が顕在化する。このように規模に差がある住戸が混在するような場合は、建替えに関する意思決定が行われなまま膠着状態となり、収拾がつかなくなる可能性がある。本来、アংশ引建替えの管理は当該敷地における最有効使用、財産権の最大価値の発揮を目的とするものである以上、土地

利用については全体の建物価値の低下の影響をより強く受ける、面積での多数者による意思を優先させて決する方が、これらの目的の実現に資することとなる。会社における株主総会決議においては、株主人数による議決権は存在しないが、会社も株式という財産権の価値を上昇させることが株主の関心であるという意味で、マンションが区分所有権という財産権の価値を上昇させることが区分所有権者の関心であるに似ている。マンション建替えについて面積要件のみで建替え決議を成立させることが土地の有効利用により寄与することとなると思われる。この場合における少数者保護は、適正な補償など議決権以外の分配措置によって講じるべきものである。

また仮に面積のみの五分の四要件となった場合、または人数について一定の要件を残存させる場合のいずれの場合であっても、五分の四という特別多数決の要件は重きに失し、妥当でない。少数者の一票の価値を、多数者と比べて過大に評価しており、議決権における対等性を著しく欠いているからである。この観点からは特別多数決要件よりも単純多数決要件、すなわち二分の一を越える多数の議決によって建替えを決することとする方が望ましい。⁽⁴⁾

(二) 建替え敷地要件

区分所有法六二条では、従来のマンションの敷地又はその一部が重なるような現地における建替えのみが許される。しかし、現地以外の土地を購入し、そちらでの新築マンションに現在の区分所有者が移転することとすれば、仮移転が必要となり、移転に伴う労力や費用が大幅に節約できる。現地建替えを前提とする現在の制度では、すべての区分所有者や居住者にとって必ず仮移転が必要となり、負担が大きいためである。多数決によって非現地建替えを許容する意思が表明された場合にはそれを阻む必然性は必ずしもないと思われる。たまたま従前敷地の隣に施工するベロツパーが保有していた土地に、事実上隣接地移転として建替えたケースでは、わざと少し敷地を重ねて同条の要件を満たすよう苦肉の策を講じたという事例がある。同条の趣旨が、遠方への居住地の移転を強いられることになりかねない者への配慮であるとしても、多数があえて途方もない遠隔地への建替えを好むことは想定できないし、仮に

遠方でも、一定の特別多数決によるならば、あえてそれを選ぶ当事者の意思を尊重すべきであって、反対者には離脱と金銭補償の権利を認めることで十分な保護となっているといえるべきである。したがって区分所有法における建替え決議も現地建替えの制約を完全に外すことが妥当であると思われる。

(三) 区分所有権の解消措置の不存在

現行の建替え制度では、建替え決議により必ず区分所有関係の存続が要求されており、区分所有関係そのものの解消が認められていない。しかし区分所有者の現実の意向としては、老朽化や被災をきっかけとしてその区分所有建物を売却し、売却代金によって別の場所での新たな住居を購入し、新しい生活を営むことを望む場合も多い。その方が建替えに伴う様々な労力負担を強いられる建替え制度への参加よりも、区分所有者にとつて負担が軽く、経済的にもかえって利得が大きいという場合がありうる。特に、既存不適格マンションなどの場合、建替え後の床面積の縮小のため、事業性がなく、むしろ解体と売却による清算の方がはるかに現実的、かつ資産価値の保全、土地の有効利用に資することが生じうる。諸外国においては区分所有関係の解消措置の法定例もあり、日本でも、区分所有関係の解消について立法により措置するべきである。

なお、区分所有関係の解消のみである、残る土地は共有になるので、それを共有者の全員合意による処分である第三者に売却できる保障はない。共有物分割請求は、常に可能とは限らず、仮に可能だったとしても、それよりも全体の土地の一括売却の方が資産価値を高められる可能性がある以上、土地の売却も含めた決議も併せて可能となるよう措置しておく必要がある。

(四) 建替え決議後の賛成者の非協力への転換

建替え決議を行った後、円滑化法によるマンション建替組合により建替事業を行う場合には、決議には賛成したが権利変換計画に応じない者がいても、マンション建替組合がその者に対して売渡し請求権を行使することで事業の円

滑な実施を図ることができる。しかし、円滑化法を利用して建替えを進める場合には、区分所有法では、建替え決議には賛成したものの、その後の等価交換契約等に応じない者がいると、事業が頓挫してしまうという問題について、措置が依然としてなされていない。円滑化法の手続きに移行するかどうかを問わず、これらの問題は普遍的に課題となるものであり、区分所有法で併せて解決してないことには理由がない。区分所有法においても、建替え決議後非協力に転じた者については、反対者として売り渡し請求の対象とする措置を立法すべきである。また、売り渡し請求を受けた後も所有権登記や明渡しに応じない反対者についての措置も明らかではない。非協力がいる場合であっても登記を完了できる仕組みを立法すべきである。また明渡しについても、確実・迅速・安価になされるようにするための措置の導入が必要であると思われる。

(四) 決議無効の訴えと建替え決議の法的安定性

建替え決議が民事上の法律行為であることに伴って、決議無効の訴えは、時効にかららない限りいつでも提起でき、決議以降の複雑な手続きがすべて決議の有効性のうえに立っている以上、このような不安定性は、建替え決議の法的安定性を損なっている。仮に反対者が決議無効の訴えを事後的に提起した場合、積み重ねてきた手続きがすべて無に帰することになりかねない。円滑化法の立法に際しては、建替え決議の効力を民事上のものではなく、行政処分と位置付けて不可争力等の効力を付与し、法的安定を図るべきではないかという議論があったが見送られ、現行法では肝心の建替え決議が民事上の位置付けしかなされなまとなっている。本来、区分所有法の体系において、建替え決議を行政庁の許認可にからしめる等により、決議の効力を争うには取消訴訟によらなければならないこととする行政処分化措置を講じることによって建替え決議を行政処分化し、取消訴訟の排他的管轄に服せしめることにより、出訴期間の制約、出訴期間徒過後の不可争力などを付与する立法が、又は会社合併等無効の訴え(会社法八三條)と同様、行政庁の介入はなくとも、建替え決議無効の訴えに出訴期間、排他性及び第三者効を付与する立法をすべきである。

少なくとも円滑化法については、これを改正して、同法の中で建替え決議を行政処分と位置付けるべきである。根幹中の根幹手続きのみを除いて、その他を行政処分化したというに等しい円滑化法は、そのみで大きな限界を抱えているといえる。

(五) 売渡し請求・権利変換における「時価」

区分所有法六三條四項では、売り渡し請求の時価は「時価」とされているが、「時価」が何を意味するのかは、法文上明らかではない。売渡し請求時点における「時価」であるから、あくまでも、建替えが必要な、老朽化していた文上明らかなり機能上支障がある区分所有建物の建替え前の当該時点での価値を體現した価格であることは当然ではあるが、建替えに伴って成就する新しいマンションの完成という開発利益を見込んだ従後の価値上昇を「時価」にどの程度反映させるべきか、という点が問題となる。現行法の解釈論としては売り渡し請求の対象とならない建替え事業遂行者としての建替えに伴う相当の労力負担等が発生するわけであるから、これらの負担を、完成した暁の建替えマンションの価値から控除したものが売渡し請求時点の価値といえることができる。この点、マンション以外の建築行為が最も効用である場合に、マンション再建を前提とした価格から取壊し費用を含む建替え費用を控除するのか、それとも店舗、事務所などの想定される最有効使用を前提とした価格からそれらを控除するのかについて、明確でないという批判がある。⁽⁸⁾

この点、現行法の下では、区分所有関係を解消し更地化して売却する手法が認められていないのであるから、建替

え決議に伴う価値上昇が、そこで前提としたマンション再建の価値以上となることは論理的にありえない。村上義信氏が建替え賛成者側代理人を務めた江戸川アパートの建替えに伴う建物明渡等請求事件に関する最判二〇〇四年一月二五日は、時価算定の前提となる再建築物価値は、「現に決議された再建事業計画に従って算出すべきである」とする東京高判二〇〇四年七月一四日判時一八七五号五二頁の判断を是認している。ありえない価値を前提とした高価

の「時価」算定など解説論として成立しようがないと思われるが、実務に混乱がある以上、この点についても、想定される再建ワンシヨンの価値を前提とすることを立法で明記すべきである。この場合、仮に当該計画に基づかず明白により収益性の高まるワンシヨンの再建計画が存在する場合にも、実際の計画ではなく、その計画を前提とした「時価」とすべきではないか、という批判がありうるかもしれない。反対者にとっては、ワンシヨンの再建を前提とする限りにおける最も有効使用を実現しないことによる価値低下を甘んじなければならぬ理由はないのではないか、という議論は一見正当のように見える。しかし、区分所有者は自らの資産価値を最大化させることに関して通常最も強い利害関係を持つから、その多数者が決定した再建事業計画が、当該敷地におけるワンシヨンを前提とする最も有効使用ではないという事態が発生することは通常想定できないことに留意すべきである。

これらを踏まえ、この時点における「時価」は、仮に開発利益が反映しているとしても、それは反対者とのその後予想される売り渡し請求権の行使をはじめとする一定の困難な交渉の費用を織り込んだ価値にすぎず、事業の完成を見込んだ開発利益が帰属した価値から、交渉費用を控除して「時価」を解釈をすべきである。しかしそもそも、現行の法構造では、一定の開発利益は、もともと建替えに反対した者についても及ぶことを前提としているが、このような前提自体妥当でない。円滑化法では、同六四条一項により売渡し請求権の行使を受けた、実質的に建替え決議反対した者の売渡し請求に係る対価の前提と、同六二条により建替え決議には賛成し事業に協力したが、再建ワンシヨンの権利を取得せず転出する者への補償金の前提とが、解釈上開発利益の帰属に関して同一基準で判定される可能性がある。事業に反対している者に対して事業の開発利益の利得を享受することを許すことは、フリーライドの助長であって、このような利益を反対者に許している時には、反対者の比率は、そうでない場合と比べて増大する。現行規定は、いわば反対奨励の効果を持つ。反対行為は、事業に参加して一定の努力負担をすることよりも、より高い収益を保障することになるからである。このような構造は、確実に建替え決議の成立を困難とし、仮に成立すると

してもその時期を遅らせることにつながり、土地の有効利用に反する結果をもたらしている。そもそも、売り渡し請求の対価をどのように決するかは、憲法違反とならない以上、政策的に決すべき事柄である。財産権を侵害しない限りにおいて、ワンシヨンの建替えという土地の有効利用行為を阻害しないよう法的に措置すべきものである。立法論として、売渡し請求における売渡価額の基準となる「時価」には、建替え決議反対者については、当該ワンシヨンの建替えによってたらされる開発利益、言いかえれば再建による価値上昇を一切含まないことを明文で措置すべきである。これは、建替えをしない前提で従来の反対者の区分所有ワンシヨンの取引価格に基づく市場価格である。建替え決議賛成者で事業に参加しない者については、現行法同様、事後の交渉費用を控除し、開発利益を現在価値に割り引いたうえでのワンシヨンの再建による利益を織り込んだ価格とすべきである。反対者はもともと建替えによる利益の享受を放棄し、さらに他の区分所有者の財産価値の上昇を阻む意思決定をしているにはほかならないから、その前提における憲法上の財産権補償に反しない対価は、従来ワンシヨンの開発利益を織り込まない市場価値であれば足りるというべきである。このようにすることによって、実際上建替えそのものを促進するインセンティブを区分所有者のすべてに与えることとなるから、建替え事業は結果として促進されることになり、土地の有効利用は進展する。当該者の財産権を何ら侵害することなく、反対することが不利になることによって、事業成就に貢献しない又はそれを阻害する反対者にも事業の利得を分配してしまつていて、不公平を是正することにもつながる。

なお、円滑化法では、区分所有法とは独立に売渡し請求権を認めた。円滑化法一五条による、認可公告後のワンシヨンの建替組合から不参加者に対する区分所有法六三三四項と同様の趣旨のものに加え、六四条一項による、権利変換計画の総会議決後のワンシヨンの建替組合から非賛成組合員に対するものが創設された。これら売渡し請求に関して、は、対価は「時価」としか規定されていない。これに対して、円滑化法六二条によって、権利変換計画における従前

権利の「価額」については「近傍類似の土地又は近傍同種の建築物に関する同種の権利の取引価格等を考慮して定める相当の価額」とする旨具体的に定められた。これについて、立案に当たった当時の国土交通省担当者は、区分所有法、円滑化法を通じた売渡し請求の対価としての「時価」と同じであるとするが、同六二条の規定は、単純な更地を前提とした取引価格に基づく価額と読みかねないとする懸念が表明されている。この懸念には理由がある。開発利益の帰属について、政策的に賛成者と反対者として基準を異にする措置は別途講じるとしても、客観的な市場価値に関する基準は、本来同一概念であるならば同一の規定とすることが望ましい。

二 建替え決議に伴う借家権の扱い

区分所有建物に借家権が存在している場合、借家人から当該建物の明渡しを受けることは、通常事業遂行のうえで不可欠となる。区分所有者の通常の意思としては、わざわざ多大な取引費用を負担してまで建替えるシンジヨンを来の借家権がそのまま附着するようであれば、特に収益性の劣る普通借家などである場合にはなおさら、そもそも建て替えようという十分な動機付けが生じようがない。借家権がたまたま定期借家であって事業進捗に支障のない一定の短期である場合には、借家人の明渡しは実際上比較的容易な場合もあり、その場合は建替え決議後到来した定期借家期限内に合わせて明渡しを求めることとなるが、普通借家である場合には、借家関係の解消は、いわゆる正当事由制の適用を受けるため実際上期限が到来しても困難である。現在の借家法の下では、借家契約の更新拒絶の正当事由として、建替え決議がなされた場合が当然それに該当するという解釈が確立しているわけではなく、建替え決議が正当事由に該当しない旨借家人が争う場合には、区分所有者は、立ち退き料の提供、裁判負担をはじめ相当の負担を強いられることとなる。

シンジヨンという多数当事者の居住し所有する土地利用形態において、特定少数の借家関係がシンジヨン全体の土地利用の更新を阻むこととなるのは社会的に不合理であるが、現行の借家法を前提とする限り、解航上このような事

態は避けられない。区分所有法による建替え決議があつた場合には、それは当然に借家法の正当事由となる旨立法の明文による手当てが必要である。

また、建替え予定時点において残存期間がある借家契約が区分所有建物について締結されている場合には、借家権の更新時期が事業実施時に到来することが見込めないことありうるが、現行制度の下では正当事由の問題とすらならず、当然に期間満了まで借家権が保護されることとなる。このような場合は借家関係の解消がおよそ困難であり、一住戸でもこのような借家契約となっている場合は、その借家人が含意しないときの建替えは絶望的である。このような場合には、区分所有法及び円滑化法の双方が、少なくとも最低限円滑化法には、建替え決議に基づく期間途中の借家権であっても消滅させることのできる制度を立法上手当てすべきであつて、特定借家権がシンジヨン全体の土地利用の重大な障害となることがないよう措置する必要がある。⁽¹³⁾

三 団地型シンジヨンの建替え課題

(一) 一括建替え決議

区分所有法七〇条によれば、一団地内に複数のシンジヨンがある団地型シンジヨンの建替えについては、建物全体を一括建替えする場合には、団地内建物全体の区分所有者及び土地持分の五分の四以上、かつ各棟の区分所有者及び専有部分の床面積の三分の二以上の議決が必要となる。しかし現実には数百戸規模のシンジヨン等がある一方、同じ団地内に数戸で構成される棟がある場合、例えば五戸により構成される棟のうち二戸が反対している場合には、当該棟の三分の二要件を満たさず全体の決議が成立しなくなるという問題が指摘されている。団地内の反対者が住戸交換などをして反対者を一つの棟に集めようとする反対運動すら見られる。特にこのような場合を前提とすれば、各棟に三分の二以上を一律に求める現在の議決権要件は厳しすぎ、土地の有効利用を阻んでいる可能性が大きい。各棟要件の完全な撤廃、又は大幅な緩和が立法措置として必要である。

一括建替え決議の前提として、①団地内の各建物を団地管理組合が一括して管理する規約が定められていること、

②敷地が共有であること、③すべての建物が区分所有建物であること、という条件が存在するが、団地管理規約がない場合、敷地内にテラスハウスや社宅がある場合などには、それだけで一括建替えが不可能となるケースが報告されている。このような特殊な所有形態については、所有者の一定割合の同意があれば一括建替えが可能となるよう法的

な手当てが必要である。

さらに団地管理規約の不存在に対応して新たな規約を定める際には、各棟の棟別集会においてそれぞれ四分の三以上の議決が必要となる^(六八)区別集會が、この要件は、建替えの棟ごと要件すら三分の二であるのと比べて過大であり、その引き下げが必要であると思われる^(一九)。

また、一括建替えでは、一部の棟が物理的、機能的に十分今後の使用に耐えるものであって、あえて取り壊すに及ばない場合であったとしても、それを残存させる決議は認められていない。団地内において重要な場所を占めないために団地の多数の合意が得られ、かつ当該棟の区分所有者の多数がそれを存続させたいと考える場合には、一律に団地内の建物すべてを建て替えるなければならないという必然性は必ずしもなく、一部棟を残すことを認める建替え制度の導入を図るべきである。

(二) 団地における一部棟の建替え

団地内の一部の棟のみが被災又は老朽化して建替えが必要になった場合、建替え棟の通常の人数・面積による五分の四以上の建替え決議に加えて、団地全体の建物所有者の面積の四分の三以上の承認議決(建替え承認議決)が必要となる^(六九)区分所有。これは、例えば特定の一部の棟が、敷地全体で余剰となっている容積率を先に消化してしまうことにより他の棟の利益を害するような場合の利害調整を図ることを想定しているが、実際には団地全体の四分の三議決については、大規模団地になればなるほど、一部棟の建替えに対して利害関係の薄い、離れた他の棟の区分所有者が

円満に合意することは想定し難く、一部棟のみの建替えで足りる場合であってもその障害となっている。容積率等の利害関係の調整については、例えば余剰容積を各棟の将来の建替えに備えて現状の棟ごとの床面積に応じて比例配分するなどの措置を前提として、団地全体の承認議決の撤廃又は大幅緩和が必要であると思われる。

仮に一部の棟を建て替えることが可能となった場合であっても、新しく建て替えられる棟については、建設時期や仕様がまったく異なる以上、修繕積立金、管理費などが従来の団地内の棟と比べて大きく異なることが想定される。しかしこのような場合でも、現行法の下では一部棟の管理のみを別途行い、残った既存棟全体の管理を分離するという柔軟な管理形態を選択することが法的に許されて^(七〇)いない。団地全体ではなく、建て替えない複数の棟のみを一括管理できる仕組みが必要であると思われる。

さらに、区分所有法六九条の建替え承認議決によって団地内で一部棟の建替えを行う場合、施行再建マンションの完成時に、改めて団地全体の四分の三の議決により当該マンションを含む団地管理規約を定めるといふ迂遠で複雑な手続が必要となる。仮に団地管理組合により団地管理規約を定めるか、棟別管理組合により棟ごとの管理規約を定めるかという選択肢のほか、一部棟を除くその他の団地内の管理規約を定めることができるならば、一部棟の管理規約^(七一)立かという選択肢の追加が必要と思われる。

また、棟ごとに物理的、機能的に損傷等の度合いが大きく異なる場合には、棟ごとの敷地をマンション管理単位とする敷地の分割が合理的となる場合がありうるが、現行法の下では共有物分割請求^(七二)による必要がある。この場合には団地全体のすべての区分所有者の合意が必要となり、協議が整わない時には裁判所に分割を請求することができる^(七三)。画・建築規制などの公法的規制による、特に容積率をはじめとする土地利用のポテンシャルが棟ごとに同等となるよ

うな一定の合理的な基準を定め、そのような基準による限り、容易に共有物を分割できるよう、区分所有法において法的手当てをすることが必要であると思われる。

なお、区分所有法六九条に基づく建替え承認決議の積み重ねによって団地全体の最有効使用を実現する建替えは、建築基準法八六条の団地認定を受けている場合には想定しがたく、さらに団地内の棟の立地起因する不平等が解消できない旨指摘されているところであり、あくまでも一部の棟の建替えが必要な場合を前提として制度の改善を図るべきである。

〔三〕 建築基準法八六条の団地認定

建築基準法八六条の団地認定は、実質的には容積率の移転・売買を前提とした制度であるが、容積率の公示制度がないために、マンション建替えによって新たな土地利用形態への転換が必要となった時、異なる敷地間の利害調整が困難化しやすくなっている。現在は、建替えに併せて一団地認定区域の変更や解除を行う場合には、当初の認定の取消しが必要であり、土地所有者、借地権者の全員合意が必要となっている^(同法八六条)が、これについても他敷地に不利益を及ぼさない、すなわち容積率等を、現状を前提として比例配分することなどを確保するルールの下で、全員同意を要せず、関係当事者だけの意思により独立に建替えを完結できる措置を導入する立法が必要であると思われる。

四 その他の区分所有法の課題

〔一〕 連担棟

敷地内に連担している棟が存在している場合、それらが一棟とみなされれば建替え決議は全体の五分の四で可能となるが、仮にそれらが二棟以上とみなされる場合は団地となり^(区分所有法一)、すべての建替えのためには、全体の五分の四議決に加えて各棟の三分の二議決要件が必要となり、連担する建物が一棟か、複数棟かの判断は、建替え決議の

あり方に重大な影響をもたらす。現在は、一般的に管理規約や当初の所有関係の設定時には、この問題を念頭に置いておらず、当事者の意思を想定して解を導き出すことは困難である。

また、登記についても、法務省の登記所がこのような問題の認識を持っておらず、登記上、一棟か二棟かというところが、区分所有法上の連担棟の扱いの直接の決め手となるわけでもない。具体的には区分所有法一条では、「棟の建物を構造上区分された数戸の部分で独立して…建物の用途に供することができるものを」を独立の所有権の対象としており、同五条では、「団地内に数棟の建物」がある場合に団地としての規律を受けうる旨定めているが、その解釈は不明確である。

これについては、まず一つの棟だけでは単独に建て替えることができないといった建築技術上の物理的な制約が存在する建物については、無条件で連担棟全体を一棟とみなざるをえない。それ以外の、技術的には分離して建て替えることが可能なものについては、建築後管理が開始された時における所有者の意思が、契約や管理規約等に客観的に反映されている限りは、その内容による。仮にその意思が一見不明確であったとしても、本来は、原初の所有者の、建替えを想定した棟に関わる当初の意思を基準として決めるのが原点である。しかし、十分な決め手がない場合には、登記がある以上、その内容を一応の所有者の意思として推定しつつも、しかし、事後的には必ずしも登記にこだわることなく、分離棟、あるいは合わせて一棟とすることのどちらが合理的かについて、土地の最有効使用の実現にどちらが寄与するかを基準として判断すべきことを立法措置すべきであろう。

〔二〕 区分所有法一七条による特別の影響を及ぼす者の承諾

耐震改修を行う場合など共用部分の変更の際に際して、共用部分の変更が専有部分の使用に特別の影響を及ぼすときは、その専有部分の所有者の承諾を得なければならない^(区分所有法一七条第三項)。しかし、これは当該所有者による絶対的な拒否権となっているため、耐震改修が進まないなど、棟全体の安全性を損なう現状を残留させている場合がある。仮に特

別な影響が専ら部分に及ぶとしても、その影響に対する適切な補償等により承諾を不要とする措置を導入すべきである。特定の者が資源配分の改善に対して絶対的拒否権を持つことは、改善に係る取引費用を著しく高めて改善の蓋然性を小さくするとともに、分配面でも不当な金銭要求を誘発するなど不公正を生むことになるのである。

③ マンション管理組織のあり方

区分所有法では、区分所有者が管理者を選任・解任することができる旨規定^(二五)するが、現実には選ばれた管理者は区分所有者の互選によって選出されることが多く、いわば法律やマンション管理の専門家ではない一般居住者がその任に当たることがほとんどを占める。管理に関する事項を審議、議決する区分所有法上の集会^(三四)は、管理者により少なくとも毎年一回召集されることとなっているが、多くのマンションでは集会への現実への出席者はごく少数であるといわれる。管理者が、管理実務を管理会社などに委託して管理に当たらせる場合も、管理者に十分な専門的知識がない故に、不適切・不当に高額な委託先をチェックできないことも多く、現在の管理法制の下での管理慣行は、必ずしも適切に区分所有者の利益を守ることができていない。

管理者には選ばれた区分所有者が管理を独断で不適切に行うことの問題も指摘される。国土交通省社会資本整備審議会マンション政策部会資料によれば、背任行為に及ぶ不適格管理者も存在する。日々のマンション管理を、区分所有者の利益を守るという目的に即して、真摯に、かつ専門知識を活用して行うことのできる新しい組織体制の枠組みが求められている。

これらに対処するには、区分所有者各人に対して、管理にもっと関心を持たせ、管理活動に対して、より長時間を費やして積極的に関わらせらるべきであるとする議論もあるが、妥当でない。元々、区分所有者は居住の必要に迫られて権利を購入した者にすぎない。管理に関わること事態が彼らの効用であるような特殊な購入者はともかくとして、彼らにとっては、自らが多大な労力負担や過度の金銭的負担を強いられずに、平穩無事な居住が可能となるような管

理が齎々と進行すること望ましい。

元々、専門的知見を有しない区分所有者に対して労力や時間の投入を求めたとしても、それに見合う効果など通常発揮できない。無理に管理者を区分所有者の中から選任したとしても、能力・意欲の不足、場合ににより管理者が、区分所有者全体の利益を犠牲にして利益相反行為を行うなど、私益の追求に走るかもしれない。そのようなリスクを避けるための、行動に対するモニタリングは困難であり、取引費用は無視できない。

政策として目指すべきは、区分所有者が、極力労力、時間や金銭の負担を強いられない前提で、個々の区分所有者の権利が適切に守られるとともに、マンション全体の財産価値をも維持保全できるような管理の実現を、特にその取引費用の極小化の観点から支援することである。この点、会社組織が会社の所有と経営を分離していることが参考になる。株式会社組織では社員たる株主が株式数に応じて資金を拠出し、その比率に従って会社の経営の根幹事項を議決するが、経営に素人の株主がそのまま経営陣を構成することは通常行われない。企業経営の専門家として代表取締役をはじめとする執行機関を選任し、場合により達成度と運動する報酬と引き換えに株価の最大化を任務として業務を行わせる。株主の利益を害するような行為に対しては、取締役の忠実義務、株主代表訴訟による取締役の個人責任追及などによって公正で誠実な事業執行を担保しようとしている。

財産権の維持保全を目的とする観点からは、マンション管理組織で参考とすべきはこのような組織形態である。すなわち、素人の区分所有者が自ら管理に当たるよりも専門家にこの役割を担わせることとし、一方で当該管理の担い手たる専門家に對しては、インセンティブを引き出す報酬と引き換えに区分所有者の財産権の劣化が生じないように厳格な責任を負わせ、それを的確にモニタリングし、結果を担保できるように仕組みを設けることが本質的な課題であるといえる。区分所有法の管理組織、円滑化法のマンション建替組合のいずれについても、このような観点から、管理組織のあり方に関する法的枠組みの抜本的変革が必要であると思われる。

なお、アンシヨンは会社と異なり、単なる利益共同体ではなく、生活共同体であるから、財産価値至上主義で管理や建替えを行うことは適当でないとする批判がありうるが、妥当でない。既に論じたように、土地の有効利用という資源配分効率化の観点からは、生活共同体なる情緒的な利害が損なわれることは、かえって生活者としての多くの人々、なかならず少数者や経済的弱者の快適居住の利益を奪うことになる。建替え決議の人数要件などはその最たる例である。生活利益の保障は、効率の阻害権によってではなく、金銭的な補償によるべきものである。仮に生活共同体的な利益を守ることを必要とするアンシヨンがあるのであれば、それはアンシヨン設置時に、利益共同体的な利益を守る管理方式か、そうでない管理方式のいずれかを当事者に選ばせることにより対応すればよいのであつて、中途半端でいずれの利益をも奪いかねないルールを画一的に強制する理由はない。

④ 建替え決議に係るアンシヨンについての都市計画法による開発許可

アンシヨン建替え事業については、特に小さい規模のものを除き都市計画法二九条による開発許可が必要となることが多い。同法三三條一項一四号の開発許可要件では、関係権利者の相当数の同意が必要である旨規定されている。このように予め一定の同意を求める趣旨は、最終的に開発行為を実施する際には関係権利者全員の了解、ないしこれに代わる公的な担保措置のいずれが必要になるので、開発許可段階で一定の同意を求めておけば、最終的に開発行為ができなくなつて行政手続が無駄になるという公的な埋没費用が発生することが避けられるはずだといふものである。国土交通省による開発許可制度運用指針では、関係権利者の三分の二以上の同意があれば、同号の「相当数の同意」に該当する旨記述しているが、行政指導による基準の明確化例として妥当なものである。

二〇〇八年九月の国土交通省都市計画課調査によれば、これまで建替え決議があつたアンシヨン建替え事業五三事業のうち、開発許可を要した事業は二五%、一三事業である。これらについて関係権利者の同意を求めた際のその割合については、全員同意を求めた事業が七事業（五自治体）、大部分の同意を求めたものが一事業（一自治体）、不明

五事業（三自治体）となつている。建替え決議とは、当該アンシヨンについて建替えを行うことが運命付けられ確定したこと、また反対者は売り渡し請求の対象となつて請求時以降そもそも権利者ではなくなつて意味するから、法的にはすなわち全員同意にはかならない。しかるに多くの自治体で、個々の区分所有者の全員同意を求める運用がなされているのは明白な違法行為である。法的には誤りであるが、仮に個々の区分所有者ごとにカウントするとするとすることは、明文を正面から否定する異常な法解釈であり、建替え決議の前提として五分の四同意が存在する以上、これでもなお相当数の同意がないとするような解釈はどのように数えたとしても違法である。

これに対しては、筆者から意見を述べ、最終的に二〇〇八年九月九日、国土交通省都市計画課・市街地建築課より、アンシヨン建替え決議があつた場合においては開発許可の相当数同意は当然に満たされたものとするよう通知が发出されたところである。法令所管行政庁によるきわめて適切な対応として高く評価できる。しかし国土交通省調べでは、それでもなお違法運用を是正しようとしないうちに確信犯的な自治体が存在する。このような法を正面から否定する自治体の違法な法運用は、アンシヨン建替えを事実上否定するものであつて、法治主義原理にもとる論外の対応である。このような運用が改められない状況が続くのであれば、法改正により「相当数」を数値により記述しなければならぬ。さらに、このような事態は、住民の利害対立に割つて入るといふ、必ずしも政治的に基礎自治体にはなじまない権限行使を委任してしまつたこととの矛盾の反映であるとして解することもできる。このような利害対立に関する調整権限は、基礎自治体に与えること自体、もともと妥当でなかつたといえる。都道府県知事又は国土交通大臣に対し

て権限を委譲することを検討すべきである。

三 行政による私人間交渉費用の低減——シンクン建替え円滑化法の課題

一 許認可の法運用

円滑化法九条二項では、シンクン建替組合の設立の際の都道府県知事の認可に際しては建替え合意者の四分の三以上の同意が必要とされている。しかし、国土交通省調べでは、これに全員合意を要求する自治体が相当数存在する。また、建築確認等の各種関連行政手続を完全に終えてからでないと、円滑化法五七条一項の権利変換計画の認可を行わない都道府県も存在する。建築確認は建築の構造や設備まで含めた計画が完全に固まった段階でなされるものであって、このような技術的な設計に伴う手続に当然先立つ手続として位置付けられる権利変換計画認可に際して、より具体的事項に関する手続きたる建築確認を先行せよと強いる指導は、端的に違法な行政指導である。さらに、他の行政手続と、権利変換計画という円滑化法による手続とは、他方の手続を前提としない点でそもそも独立であつて、それぞれの法定要件を満たす以上、他の行政手続を別の行政手続の前提とするような運用を行うことを法は許していない。許認可行政庁が、自らに課された法的責任を、法の趣旨を踏まえて要件どおりに果たすべきは当然であつて、これを遅延させたり、他事考慮による法にない要件を付したり、法令要件を独自に加重したりすることなど、いずれも違法な法運用そのものである。

このような違法な行政指導は、完全に根絶すべく、まずは所管の国土交通省による厳格な行政指導、ガイドラインの策定等が求められる。また法令順守を求める行政指導によつても違法の是正がなされない場合は、円滑化法に基づく重要な行政処分の権限を地方自治体から剝奪し、国において行使することとするなど、不適切な運用が起りにくくなるよう、確実な担保措置を立法により講じる必要があるだろう。

また権利変換計画における建物価格については、円滑化法六三条では再建シンクンの価額の算定基準として、近

傍同種の土地・建築物に関する同種権利の取引価格等を考慮して定める相当の価額を基準とする旨を規定するが、八
 四条によりその精算も同様の基準で行うべき旨規定されている。これは実質的に、実際に当事者の合意の下に再建に
 要した工事費が近傍同種の土地等の同種権利取引価格を上回る場合であつたとしても、それを人為的に縮減すべき旨
 の規制となつているが、最終的には合意した権利者が、このような人為的操作によつて生じた不足金を埋め合わせな
 ければならなくなる以上、このような規制は帳簿上の操作をいたずらに複雑にするのみである。組合員たる権利者等
 が合意している限りにおいて、工事費が近傍同種権利の価額を上回る場合であつたとしても、当該価額によつて精算
 等を行うよう法改正すべきである。

なお、円滑化法は都市再開発法による組合再開発の規定を参考にして仕組まれてはいるが、一見似ているように見え
 て、都市再開発とシンクン建替えには決定的な違いがある。すなわち都市再開発では、組合はたまたま近隣に居住
 ない権利所有したという者の集合体であり、いわば事前にお互いが合意して同一の建物や敷地に居住を開始したわ
 けではない者も巻き込んで組合を構成する。そして、公的な関与の理由は、純然たる取引費用の節減ではなく、むし
 ろ、危険物の除去、住環境向上、都市基盤施設の創出など、外部不経済の内部化対策である。これに対してシンク
 ンでは、元々権利関係において一連托生となることが運命付けられている区分所有の権利形態であることを事前に予
 解したうえで権利を購入した者が建替えの主体たる組合を構成する。そして既に論じたとおり、シンクン建替えへ
 の公的な関与の理由は、取引費用節減対策である。これは一種のクラブ財であり、同じ組合という位置付けがあると
 しても、その意味は大きく異なる。シンクンにおいては、いわば区分所有者相互は、区分所有権に内在する団体的
 拘束性のため、団体の利益に由来する一定の財産権行使に関する制約を受け入れざるをえないことが、当初から運命
 付けられている。この意味において、都市再開発における主として外部性を根拠とする権力的な関与による組織・手
 続・規律・少数者保護・借家人保護等の仕組みやその程度と、シンクンにおける取引費用を根拠とするそれらとを

必ずしも等しくすべき理由は無い。後者がクランプ財であって、自己完結的な建替えを旨指す以上、その内部で決定されたルールの適用に対してそれを限定する方向で権力が関与することは最小限に止めなければならない。少数者の保護などについても、後者では、少数者も含めて一定の全体の利益の帰趨に従う旨の事前合意が擬制されているのであり、前者における少数者の保護が対外的な意味での問題行為の除去の後始末として想定されているとは異なる。

二 権利交換を希望しない旨の申し出

円滑化法五六条一項では、区分所有者等は、権利交換を希望しない旨施行認可公告後三〇日以内に申し出ることができることとされており、同条三項では、借家人についても同じ期間内に借家権取得を希望しない旨申し出ることができることとされている。しかし、既に論じたように、建替え後のフランシヨンに借家権の交換が行われることは、多くの区分所有者にとって好ましいことではなく、また、借家人のほとんども権利交換を希望していないのが実態である¹⁹⁾。ところが、実際には借家人が権利交換を希望しない旨申し出ない限り、結局のところ借家権は権利交換の対象となってしまう。そうなる、権利交換計画の認可申請に当たって借家人の同意は必須(円滑化法五七条二項五)となり、借家人の合意が事業遂行の絶対的要件になってしまうのである。純然たる自発的措施による建替えの仕組みである区分所有法の建替え決議においては、借家権は権利交換ではなく、消滅が前提とされていることとの均衡の観点からも、取引費用のさらなる節減を図る目的からの公的な関与が強い円滑化法において、借家権の交換が原則型となっていることは平仄が合わない。

土地収用同様、一定の合理的な期間内の家賃差額補償を認める損失補償の基準を設定し、そのような補償の提供に土地収用同様、一定の合理的な期間内の家賃差額補償を認める損失補償の基準を設定し、そのような補償の提供によって、他の制約なく借家権を消滅させることができることを原則とする制度に転換すべきである。さらに、借家人が権利交換計画の認可に際して必ず同意を求められることによつて、無限大に近い拒否権原を借家人が保有してしまふことは問題が大きい。制度上、借家権は原則として消滅させることに加えて、補償要求を含むその権限行使が絶対

的な拒否権をもたらしものとならないう措置すべきである。

三 建替え決議の行政処分化

区分所有法に関して論じた部分で指摘したとおり、建替え決議というフランシヨンの更新に関する最重要手続きが私法上の不安定な効力しか持っていないという問題は、以降のすべての手続きをも不安定にする大きな要因となっている。円滑化法においては、建替え決議に行政処分としての位置付けを与える等によつて、法的安定の強化を図るべきである。もっとも、「市場が失敗」しているとはいえず、一部地方自治体の運用に見られるように、行政処分化という市場的意思決定への公的関与強化は、政府部門のサポートシユ、事なかれ主義という「政府の失敗」をもたらす蓋然性も大きい。市場の失敗への対策として公的関与が許されるとしても、その関与による社会経済的な利点が、併せてもたらされる政府の失敗の総量よりも小さい限りにおいてそれが許されるものといわなければならない。この意味で、既に論じたように、行政庁を介在させず、建替え決議無効の訴えに出訴期間、排他性及び第三者効を付与する措置を設けることには意義がある。

四 区分所有法の売渡し請求権と円滑化法の売渡し請求権との関係

円滑化法の適用を受けることを予定し、同法一五条の売渡し請求権を行使することとしていたにも拘らず、フランシヨンの建替え組合の設立認可が受けられなかった場合、区分所有法六三條四項の売渡し請求権を行使するほかなくなるが、実際上その行使は、建替え決議後の建替え反対者に対する建替え参加の有無に関する二ヶ月の催告期間満了後から二ヶ月以内に行使しなければならない(区分所有法六三條二、四項)。組合設立認可が受けられなくなった時点では通常この期限を徒過しているので、結局のところ建替えは頓挫してしまいかねないという問題が²⁰⁾ありうる。

フランシヨンの建替え当事者の通常の意思は、より迅速確実な円滑化法の適用が仮に無理であったなら、通常の区分所

有法に戻つても建替えを達成したい、というものであるから、円滑化法の組合設立認可が行政庁の法的判断に依拠せざるを得ず、それを申請時点で予想することなど不可能である以上、たまたま認可がなされなかつたときに建替えの途を一切閉ざしてしまふことは、社会的に不合理なものである。円滑化法の手続が一種の付加的オプションである以上、それが達成できなかつたときは区分所有法に戻ることができることとなつていなければならぬ。したがつて、円滑化法の建替組合認可申請があつた場合、拒否処分があるまでは、催告期限満了後からの二月という期限の始期の起算を開始しないよう、法改正する必要がある。円滑化法の手続が進行している以上、反対者の地位を不安定にする可能性はなく、建替えによる土地の有効利用が失敗することを防ぐうえで当然の措置といふべきである。

四 コースの定理が示唆する法設計原則

マンションをめぐる法制は、もともと現実の後追いで整備され、区分所有法にせよ、円滑化法にせよ、法整備の時点では、将来の問題の多くは予測できていなかった。初期のマンション建築時における管理組合などによる管理規約等管理の約束事についても、将来の課題を認識し、それに備えてルールを整備しておくという発想はなかつたと思われる。十分に問題が顕在化した現時点では、仮に特別な法制度が何もなく、すべてを自分たちの自治で決めようという状況下であれば、少なくとも区分所有の当事者たちは、将来の自らの資産価値を極力大きく保つために初期段階で十分な安全装置を管理規約などに取り込むことに留意するに違いない、そのような安心感を持つマンションは需要者の高い付け値をもたらすから、事実上管理の初期条件を設定する役割を担っているデベロッパーは、そのような安全装置を組み込んだことを売り物にするだろう。ところが、現在の区分所有法や円滑化法は、当事者の取り決めのバリエーションを許さない強行規定がほとんどを占めるため、管理の自由度を失わせることによつて、当事者の資産価値をより大きく保つための創意工夫の発揮というインセンティブを削いでいるという側面があるのである。

コースの定理をマンション管理に当てはめるならば、区分所有者等の権利者の権利内容の取り決めが明確で、その移転等に関する交渉が強行規定で禁止されたりせず、自由かつ容易であるのに加え、司法による権利の実現が安価・迅速・確実に可能である限り、当初の権利をどう配分しても土地の有効利用は達成される。特に老朽化や被災という事情のない、新築時の区分所有関係発生の際には、権利者間の利害対立はなく、仮に区分所有者など当事者が多数であつたとしても、実際上デベロッパーという単一主体による土地の有効利用に資する管理規約などの取り決めが容易に実現しやすく、権利配分の取引費用は小さい状況にある。

したがつて、本来権利の初期配分として、多数決要件、借家人の扱い、抵当権の処理、団地管理のルールなどに関する区分所有関係発生の際の当事者の取り決め、約束事を自由にし、それに従つた以降の管理、建替え等の実現を保障するため、取決め等の適用を司法が保障することだけに徹することが、最も資源配分を効率化できる蓋然性が高いといえる。

ただし、すべてのマンションにおいてそのようなきめ細かな取り決めが常に可能であるわけではなく、いわば当初段階に「決め忘れなこと」についての当事者の意思を補完するルールとして、区分所有法や円滑化法を位置付け、強行規定を極力排除した一種の意思推定規定による「標準書式」として通用するようにしておくことが適切である。借家人などの第三者保護については、取り決めに関する公示制度によつて情報の非対称対策を徹底すれば、それに応じて権利関係が形成されるから十分達成できる。法制度が、すべての当事者の意思を体現しようとして、選択肢や事後の権利の取引を認めない画一的なものでなければならぬ、という必然性はないのである。

区分所有法による建替え要件をはじめとする法的規律は、このような「決め忘れなこと」について意思を推定し、又は将来に向けて当事者がより望ましい状態に移行するための「標準書式」としての意義が大きいといえる。しかしこの場合であっても、本来当事者が意図したはずであろう土地の有効利用、資産価値の最大化という効率性原則が違

成されやすいよう、意思決定に関する関係者間の対立を迅速・安価・確実に解消できる実体要件・手続要件、執行手続その他の司法的担保措置が用意されているべきことも当然である。この観点から見れば、要件が不明確で、紛争を誘発し、その解決に関する予測可能性に乏しく、加えて迅速・安価な裁判・執行による司法的解決が期待できなかつた。二〇一〇年改正前の区分所有法による「過分費用」要件などは、この原則の対極にある不適切な法的規律であった。事後的な法的関与としての区分所有法や円滑化法は、取引費用の巨額化のために権利の移転が私的交渉によっては実現しにくくなった時点において、効率化達成に向けての取引費用軽減措置として機能するものでなければならぬ。

私的交渉の枠組みとしての民法や区分所有法の私人間規律は、当事者自治の下で望ましい状態への移行を支援する仕組みである。円滑化法などの行政的規律は、権利関係を画一的かつ迅速に確定させ、私人間交渉による取引費用をさらに軽減するための補完的措置と位置付けることができる。

この観点から見たフレッシュメンに係る法の設計の基本的原則は次のとおりである。

第一に、関連法令では、土地の有効利用、資産価値の最大化がもたらされやすい、概ね過半数の望む土地利用を実現することを支援することを原則とした実体要件を設定すべきである。

第二に、実体要件は、司法や行政による裁量的な判断が可能となりにくいもの、言い換えれば、誰が判断しても同じ結論に至るであろう単純で明確なものでなければならぬ。

第三に、実体要件が満たされた後の権利の執行を含む手続進行が、迅速・安価・確実に行われるような司法、行政等の手続が確保されていなければならない。

第四に、土地の有効利用など資源配分の効率化原則と、少数者の保護、経済的弱者の保護などの公正原則とを混同

してはならない。二つの政策目的を一つの政策手段で達成することはできない。効率性の達成を阻害する少数者への過度の権利配分は、フレッシュメンに関する利益の総額を減少させてかえって少数者への所得移転をはじめとする保護措置を貧しいものにする。しかも、少数者等への補償を適切に行うことは重要だが、効率化達成手続への関与をさせること、なかんずく事業への絶対的な拒否権を少数者に付与するが如きは、多数者の財産権を侵害する法的措置になりかねない。

第五に、円滑化法ははじめ行政の関与は、民法、区分所有法などでの私的交渉の努力、時間、費用を一層軽減する、取引費用対策として適切な内容、手続でなければならない。一部自治体の違法運用に見られるような政府の失敗が生じる余地は、予め制度の中で確実に排除しておくべきものである。

謝辞

フレッシュメン建替えの法実務をリードする日本を代表する専門家たる弁護士の高正晴氏、村辻義信氏、事業者の立場で数々の建替え事業を達成された実務の第一人者たる大木祐悟氏、円滑化法の包括的な行政実務を国土交通省で担当される大木敏弘氏、専門の行政法に止まらず広く法原理を包括的に体系化する洞察に造詣の深い阿部泰隆氏から、本稿執筆に当たっていただいた多数の有益なご教示、ご示唆に感謝申し上げます。

(1) これらの経緯については福井(二〇〇六)一五八―一六二頁、二四二―四〇頁、久米(二〇〇二)参照。

(2) 福井(二〇〇七)三五―三九頁。

(3) 二〇〇八年一月一日に実施された規制改革会議における高正晴氏、村辻義信氏からの意見陳述は、フレッシュメン法制定の包括的課題を網羅したきわめて緻密かつ実践的包括的なものであり、本稿のみならず、その後の規制改革会議や国土交通省における議論の土台となっている。

http://www3.cao.go.jp/kisei-kaiaku/minutes/wg/2007/0110/summary010.pdf

(4) 二〇〇七年五月二日に行われた規制改革会議における法務省からのヒアリングにおける筆者と法務省民事局参事官佐藤哲治氏との次のやり取りは、五分の四決議をはじめ、詳細な論点を網羅しており、伝統的な法律家の発想と、法と経済学の発想との対比がクリアで参考になる。

<http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/minutes/wg/2007/0502/summary0502.pdf>

なお、法務省の検討の問題点、多数決要件のあり方に関して、久米(二〇一〇)の分析が有益である。

(5) 戒ほか対談(二〇〇六a)八二―八四頁における戒正晴発言の同氏が関わった事例。

(6) 円滑化法と建替え決議の関係については、太田・村辻・田村(二〇〇五)二七四―二七五頁、村辻ほか対談(二〇〇六a)三二―三四頁参照。

(7) 会社法類似の訴えの創設提案は、阿部泰隆氏の教示による。

(8) 村辻ほか対談(二〇〇六a)二六―三三頁における村辻義信氏と田村誠邦氏の鋭い指摘がきわめて参考になる。

(9) 本来時価の算定は、権利義務関係の存否を確定する訴訟事項ではなく非訟事項である。これについては民事訴訟によるのではなく、非上場株式譲渡の場合の株価の決定などと同様の非訟事件手続を創設し、迅速に紛争を解決できる仕組みとすべきである。これは戒正晴氏の教示による。

(10) 村辻ほか対談(二〇〇六a)二六頁本間伸彦発言。

(11) 太田ほか(二〇〇五)二七六頁、村辻ほか対談(二〇〇六a)二六―二八頁。

(12) 二〇〇七年五月一日規制改革会議による法務省ヒアリングにおける筆者と同省簡井健夫氏とのやり取り参照。

<http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/minutes/wg/2007/0518/03/summary051803.pdf>

(13) 二〇〇七年五月八日規制改革会議による国土交通省ヒアリングにおける筆者と同省井上俊之氏とのやり取り参照。

<http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/minutes/wg/2007/0508/04/summary050804.pdf>

(14) 戒ほか対談(二〇〇六b)一〇―一三頁における戒正晴発言。

(15) 国土省検討会における村辻義信、戒正晴、大木祐悟の各氏の提案に基づく。

(16) 国土省検討会における村辻義信、戒正晴の各氏の提案に基づく。

(17) 大木敏弘氏、大木祐悟氏からの教示による。

(18) 戒ほか(二〇〇六b)一〇―一三頁における戒正晴発言。同氏は併せて、建替え承認決議の場合であっても、先に団地全体でのマスタプランとしての承認を行うことから個別棟の決議を行うという可能性について、解釈として無理があるのに加え、魅力ある建替えにはならない旨指摘するが、妥当である。

(19) 村辻義信氏の教示による。

(20) 太田・村辻・田村(二〇〇五)一九八―二〇一頁、村辻ほか対談(二〇〇六b)二〇―二三頁における村辻、田村発言参照。

(21) 福井(二〇〇七)一五五―一七九頁では、会社法を「標準書式」と見て、任意規定化することの意義について法と経済学の観点から論じた。なお、円滑化法については、行政処分の体系から成るため、任意規定的に解釈するのは困難ではないかという指摘がありうるが、円滑化法を適用する前提として、当事者自治を尊重するように改変する余地があるのに加え、円滑化法による処分の結果権利変動が起こるとしても、それについての私人間の取引を自由にする一方で、層のバリエート改善(誰の利益も阻害せず)に他の誰かの利益を増大させること)が行われる余地もある。

〔参考文献〕

○大田知行・辻義信・田村誠邦「マンション建替えの法と実務」有斐閣(二〇〇五)

○久米良昭「マンション建て替え住民の五分の四多数決だけでよい」エコノミスト六月一八日号(二〇一〇)

○戒正晴ほか対談「分譲マンションをめぐる諸問題(上)」、(下)「シェアリスト三〇九、一三二―一三〇号(二〇〇六a、b)

○福井秀夫「司法政策の法と経済学」日本評論社(二〇〇六)

○福井秀夫「クオースからはじめよう 法と経済学―法の隠れた機能を知る」日本評論社(二〇〇七)

○村辻義信ほか対談「実務から見たマンション建替えの法律上の課題と今後の展望(上)」、(中)、「(下)」書齋の窓二〇〇六年一〇―一一号(二〇〇六a、b、c)