HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	マンションの終焉における法と正義 ： 区分所有法の建替え制度に関する批判的考察
Author(s)	南部, 孝幸
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 60(2), 380[73]-308[145]
Issue Date	2009-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/38927
Type	departmental bulletin paper
File Information	60-2_0013.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

マンションの終焉における法と正義

――区分所有法の建替え制度に関する批判的考察――

南　部　孝　幸

目　次

序　章　終焉の多様化
第一章　札幌市における老朽小規模マンションの実態(アンケート調査)
　第一節　調査報告
　　Ⅰ．調査の実施・背景
　　Ⅱ．主要データの分析
　第二節　札幌市の老朽化マンションの特性
　　Ⅰ．「終（ついの）棲家」意識の低い所有者
　　Ⅱ．管理に対する絶望
　　Ⅲ．敷地、構造の特性
　　Ⅳ．高齢者の多い分譲マンションの実態
　第三節　合意形成もままならない小規模マンション
（資　料　小規模マンションにおける実態調査アンケート）
第二章　震災マンションと老朽マンションの建替えの相違点
　　(2002年区分所有法改正前の建替え決議の検証)
　第一節　震災マンション…係争の果て
　第二節　老朽マンションの建替え成功例…客観的要件を乗り越えて
　第三節　スクラップアンドビルドがもたらすもの
　　Ⅰ．景観との緊張関係
　　Ⅱ．コミュニティ破壊の論理
　　Ⅲ．既存不適格建築物の問題
第三章　マンションにおける多数決ルールの正義
　　(改正区分所有法の問題点)

第一節　不可解な区分所有法改正の経緯
Ⅰ.「費用の過分性」の撤廃
Ⅱ. 団地一括建替え決議の規定の浮上
Ⅲ. 市場主義は無責任を産む（売渡し請求の時価額の問題）
第二節　管理組合の「私的自治」に対するコントロール
第三節　事例「千里桃山台第二団地建替え決議における訴訟」の争点…試される私的自治
Ⅰ. 背景
Ⅱ. 問題の所在と検討
ⅰ）規約の有効性について
ⅱ）長期修繕計画の捉え方
ⅲ）議決権行使書の事前開封の疑い
ⅳ）第70条の違憲性について
ⅴ）まちづくり指針との緊張
ⅵ）その他
第四節　多数決への疑念…正義の拠りどころ
Ⅰ. 一般論の展開
Ⅱ. 多数決ルールが機能するために…民主主義のダイナミズム
Ⅲ. 手続きの大切さ…手続的正義の確保
第四章　マンションの終焉と制度のあり方
（彷徨う区分所有権の出口への提案）
第一節　落ちこぼれたマンションの終焉…区分所有権解消制度の導入
第二節　諸外国瞥見
第三節　合意形成ルールの見直しの必要性
第四節　問題の行方・課題
Ⅰ. 世代間の衡平の論点から
Ⅱ. フェミニズムの論点から
終　章

序章　終焉の多様化

「終の棲家」であったはずのマンションが突然その終焉を迎えてしまう。それは居住者にとって晴天の霹靂であると同時に大いなる不安と負担を強いることとなる。老朽化したマンションであれば、区分所有者による建替え等の協議の歴史を経てその時を迎えるはずであるが、2005年に起きたＪＲ福知山線列車

脱線事故の惨事の現場となった「エフュージョン尼崎」[1]や「耐震偽装問題」[2]が発覚した数多くのマンションのように、建築後数年しか経っていないものがコンクリートの固まりと化してしまうことを予測することは難しい。線路の傍らにマンションがあるからといって電車が飛び込んで来るとは思わないし、建築確認がなされて検査済証の出されたマンションが震度５強で倒壊するとは誰も予想し得ないであろう。まさに法律の想定を超えたところで「終焉」の現実が起きているのである。以前、阪神・淡路大震災において、数多くのマンションが倒壊、あるいは大きな被害に遭ったのを受けて、「被災区分所有建物の再建等に関する特別措置法（以下、「被災区分所有法」という。）が制定され、「建物の区分所有等に関する法律（以下、「区分所有法」という。）を補完することとなったが、これはあくまで政令の指定を受けた災害において適用されるものであり、今回のようなケースでは対象外となってしまうのである。

耐震偽装の発覚したマンションのいくつかについて、国土交通省や地方自治体が緊急に自主退去勧告を出したり、さらに横浜市のように即座に建築基準法９条１項の使用禁止命令を出して、公設の住宅への転居を斡旋するなど、この件に関して行政の対応はいつになくスピーディであった。震度５強の地震が来たときに人命の危険があることが明白なのだから当たり前ではあるのだが、やはり国または自治体が建築確認業務について、自ら指定した民間の「指定確認検査機関」がマンション業者の耐震偽装を見抜けなかったことに対する責任はもちろん、制度を作った国の責任を否定できなかったからであろう。これは、

---

[1] ＪＲ西日本との補償交渉は2006年12月に全住民との間で終了した。事故から１年７月余りを要した。

[2] 政府が支援する11棟のマンションのうち数棟が建替えに向けスタートを切っているが、まだ、見通しの立たないマンションもある。比較的戸数の少ないマンションから徐々に建替え合意が出来つつある。また、耐震強度が0.15と最も強度が不足していた「グランドステージ藤沢」は解体を先に進めて協議を継続しているところに住民の苦悩が見て取れる。また、なかなか進まない合意形成に国や自治体の原則２年間としてきた仮住まいの家賃補助を３年６ヶ月以内に延長した。また先ごろ建替え計画がまとまった「グランドステージ川崎大師」では、１戸当たりの自己負担は2300万円であるという。金額が安いかどうかの判断というより、二重ローンとなり区分所有者にのしかかる。（http://www.asahi.com 参照）

最判平成17.6.24第二小法廷決定[3]において、横浜市の抗告が棄却された事案を引くまでもなく、私もそう考えている。しかし、こうした国土交通省や自治体の早急な対応[4]に疑問も感じている。本当に「危ないマンション」はこの渦中にあるマンションだけであろうか。建築基準法は、既存不適格建築物[5]の存在を認めており、今回偽装が行われた「新耐震基準」(1981年) に基づくものだけでなく、それ以前に建設されたマンションについては当然この基準を満たしていないと考えられるのだ。そうであるならば、震度5強で倒壊するマンションは他にも存在しているのである。

2003年度マンション総合調査結果報告書[6] (以下「総合調査」という。) によれば、約100万戸程度が旧耐震基準によるものと推定される。こうしたマンションは果たして「危ないマンション」ではないのだろうか。2005年11月29日神戸簡裁で和解した神戸の被災マンション「東山コーポ」(全壊と認定) は1968年建築、半壊した芦屋の「翠ヶ丘マンション」は1966年建築であった。すなわち、阪神・淡路大震災において大きな被害を受けたマンションのほとんどが旧耐震基準[7]で建てられたものだったのである。その中でも被災により傾いた建物に、神戸市からの危険勧告を受けながら住み続けていた居住者がいたと聞いている。私も、被災後10年経った東山コーポに実際に足を運んで、L字型の建物の

---

[3] 判時第1904号69頁。まとめて参考になるのは、辻山幸宣編『耐震偽装政府の責任－建物の安全の制度設計』(公人社、2006) 80頁　資料1を参照。

[4] これら一連の対応については、五十嵐敬喜・耐震偽装から日本を立て直す会編『建築革命－偽装を超えて　「安全」で「美しい」まちへ』(建築ジャーナル、2006) において、抜本的な法改正を行わなければこうした偽装を阻止することはできないと、政府の法改正に批判的な見解を述べて参考になる。

[5] 柳沢厚・山島哲夫編著『まちづくりのための－建築基準法　集団規定の運用と解釈』〔山島〕(学芸出版社、2005) 130頁以下に、「既存不適格建築物制度は、法律不遡及の原則により、既存の適法な建築物が法令の改廃や都市計画等の変更で違反建築物となる不合理を防ぎ、国民の法的・経済的生活の安定性を図るもの」とあり、現行では違反建築物とはならないが、増築、建替えの際には現行基準で建築しなければならない。

[6] 国土交通省住宅局住宅総合整備課マンション管理対策室編、(2004年2月公表)。

[7] 五十嵐前掲書注4　192頁　によれば旧耐震基準は、現行の耐震基準と比較すると、0.5以下というものも数多くあるといわれる。

エキスパンションジョイント部分が互いに寄りかかるように縦に亀裂が入ったその悲惨な外観に言葉を失ったことを覚えている。そして、つい先ごろ（2008年１月）まで「宝塚第三コーポラス」では高齢の女性がたった一人暮らしていたのである。（震災マンションについては第二章で記述）

「新耐震基準」を満たしていないのは偽装されたマンションだけではない。全国にはおよそ30％近くのマンションが、さらに老朽化（さらにコンクリートの劣化）という問題も抱えながら、震災の脅威のなか存在している事実にもっと目を向けるべきであると思う。顕在化しないものは手当をしないというのであれば､モラル・ハザードといった公平性を欠く現象が生ずるばかりではなく、憲法第13条の幸福追求権すら危うくしてしまうことになりかねない[8]からである。決して場当たり的な支援策ですむ問題ではないと考える。さらに今回、耐震偽装マンション[9]の支援策については、公費解体はもちろん、基本的には仮住まい等への優先的入居の手配も行い、再建マンションについてはできるだけ建替えの支援を行うというものである。しかし､「個人の資産形成に税金は出さない」はずではなかったのかとの違和感を持つのは私だけではあるまい。建替えまで税金を投入することに疑問を持つ人は多いはずだ。相当数の震災マンション居住者が、建替えに際して組まざるを得なかった新たな二重ローンに屈して再建マンションへの入居を断念したではないか[10]。

もっとも、今回の支援策は条例による高さ制限を撤廃し、総合設計制度など

---

[8] 現在、旧耐震基準のマンションの耐震改修には、耐震改修促進法を改正し、国や自治体が当初15.2％を補助することを決めていたが、現行では３分の１まで引き上げている。しかし、ある自治体のいう「先行投資」というのは何か違和感をおぼえる。ただ、老朽マンションは３分の１補助されても改修できない事情がある。それが深刻なのだ。第一章、終章で後述する。

[9] 耐震偽装マンションについては、（注４）の他、細野透『耐震偽装』（日本経済新聞社、2006）野辺公一編『耐震偽装－安全なマンションに暮らしたい』（雲母書房、2006）などがあるが、事件の急展開もあってか、なぜかあまり見るべきものがない。ただ、細野の「構造計算方法（限界耐力計算）への危惧」は、今後の高層マンションの建築においてクローズアップされてくるだろう。

[10] 島本慈子『倒壊－大震災で住宅ローンはどうなったか』（ちくま文庫、2005）160頁他。これによれば年金生活者にとって、二重ローンを組むことはマイホームを断念することだった。

による容積率の緩和を行い、さらに高層化し保留床を販売することで居住者の負担、国や自治体の負担を最大限軽減させて解決しようとしている。確かに居住者にとっても行政にとっても考えられる最善の施策のようにみえる。しかし、すべてのマンションが同じように対応できるはずはない。敷地の大小もあるだろうし、自治体の対応が画一であるはずがないからである。そして何より管理組合の能力不足が深刻なのである。また緊急避難的措置とはいえ、現在のマンションよりも大規模になることにより、周辺住民の日照や景観が阻害されるという問題が浮上することも容易に考えられる。確かに耐震強度のない大規模な建物が隣接する不安は耐え難いものだが、規制緩和によって周辺住民の居住環境をも変えてしまうことも配慮しなければならないと考える。

以前、震災地神戸で開かれたマンション学会において、丸山英気中央大学法科大学院教授が、「建替えでなければ解決しないマンションがある」とその挨拶の中で話していたことを思い起こす。修復しがたい損傷を負ってしまったマンションにおいては、区分所有者の権利を守る意味での「建替え」しかないのかもしれない。私は被災マンションを実際に見るまでは、否定的な見解を持っていたのだが、そんな生易しいものではなかった。被災マンションは結局震災に耐えられる強度がなかったから倒壊あるいは半壊したものである。少なくとも建築当時は合法的な既存不適格建築物であったのかもしれないが、「危ないマンション」であったのである。その反省を踏まえて、耐震偽装のマンションだけでなく、こうした既存不適格の「危ないマンション」の予備軍の一掃（建替えではなく耐震改修）を国や自治体はもう少し真摯に取り組むべきである。なぜなら、この問題はもっと根深い病巣があると思うからだ。構造計算が規定通りでも、「再生鉄筋」や「不良コンクリート」など伝えられていない施工不良や欠陥は決して場当たり的な対応で解消できるものではないからである。まさに早期発見、早期対応によりスクラップにならないようリカバリーすることが急務ではないだろうか。また、ハードの部分だけが問題となっているが、管理業者の質の向上は深刻な問題で、現在のような新規参入が容易にできる状況は改善しなければならない。そして、何より、区分所有法の改正点の周知徹底である。いつのまにか少数者になってしまうと、生活基盤を根こそぎ奪われてしまう法制度であることを理解していない区分所有者がほとんどであることが「マンション難民」という悲劇を生み出すことになるのである。

ここで、法的背景を整理しておきたい。2001年８月にマンションの管理の適

正化の推進に関する法律（以下「適正化法」という。）が施行され、「終の棲家」としてのマンションを意識した、長期修繕計画に基づく「管理」重視の様々な対策が講じられた。この法律以降、管理組合（居住者）の意識が高まり、多くのマンションで長期修繕計画の作成がなされたことは、マンションの「長命化」という点で意義深いことであった。しかし一方で、2002年12月に施行されたマンションの建替えの円滑化等に関する法律（以下「円滑化法」という。）と2003年６月に施行された「区分所有法」の改正[11]は、区分所有者（マンションの所有者）の合意形成要件さえ整えば、建物にまだ効用があるかどうかにかかわらず「建替え」を可能にするものであった。そして、2004年１月に従来の「中高層共同住宅標準管理規約」を「マンション標準管理規約」（以下「標準規約」という。）に改正し、一連の法改正の帰着をなした。私は、そもそも「区分所有法」の改正が、「適正化法」よりも「円滑化法」にシフトして改正された「ねじれ」が、今後大きな問題となるのではないかと危惧している。なぜならば、合意形成さえままならないマンションがまだ相当数多く存在[12]しており、法の描いたとおりに「終焉」を迎えることができるか疑問であると考えるからである。もっとも、建替え一辺倒だった施策に微妙な変化が生じてきているのも事実である。国土交通省も「総合調査」の結果、何らかの理由により「建替えが必要」と考えるというマンションが全体で僅か2.6％しかなかったことなどから、現在、修繕履歴などをデータベース化する「マンション履歴システム」[13]

---

[11] 鎌野邦樹・折田泰宏・山上知裕編『改正区分所有法＆建替事業法の解説』（民事法研究会、2004）85頁～。区分所有法の旧法62条１項の「老朽、損傷、一部の滅失その他の事由」が存在し、「建物の価額その他の事情に照らし、建物がその効用を維持し、又は回復するのに過分の費用を要することを必要としていた客観的要件は廃止されるとともに、再建建物の目的が旧建物と同一目的であることと敷地の同一性の要件も撤廃された。

[12] 1984年に報告された「分譲マンションの賃貸化に関する実態調査」（財団法人日本住宅総合センター）において、分譲マンションの賃貸化はすでに20％程度あったことがわかる。先述の「総合調査」（2003年）では平均13.2％だが、高経年では20％超となっている。しかし、前者は理事長面接調査、後者は調査票回収であるためあまり参考にならないが、いずれにしても、高経年のマンションでは賃貸化率が高いことを見ても合意形成が難しいことを窺わせる。

[13] 「マンションみらいネット」として運用されている。「個々のマンション管

の導入を試みている。国土交通省の担当官が話すように、「国土交通省住宅局が出した今後の住宅政策改革要綱の中にはマンションの建替えという言葉はなく、再生と改修で組み立てて」[14]いることが如実に物語っている。

しかし、マンションはそう単純な代物ではなく、いきなり「再生と改修」と言われても、高経年のマンションにはその「再生すべき力（管理組合）」も「改修する費用（修繕積立金）」も十分にないのが実情である。そして、何よりも区分所有権を持つ区分所有者が法制度を理解していないことが問題をより複雑化させている。「自己責任論」を主張する者がいるかもしれないが、購入時に詳細な説明がなされることもなく戸建住宅と同様に販売されている実態を鑑みるとき、「自己責任論」を持ち出すのは区分所有者に酷であると思料する。

私は、本稿で、2005年３月～５月にかけて、札幌市内の老朽小規模マンションに絞ってアンケート調査を行った結果を下に、同年５月の日本居住福祉学会で報告した「札幌市における老朽マンションの管理と実態」にデータ分析を付け加えて再構成するとともに、実態把握を行う。第二章で区分所有法改正前の「震災マンションと老朽マンションの建替えにおける合意形成の相違点」を検証し、「景観」「既存不適格」といったその周辺の問題にも言及したい。そして第三章では、拙速すぎたとの批判のある一連の改正法の問題点を整理するとともに、改正後初の建替え決議無効確認訴訟である「千里桃山台第二団地」の事例を元に、多数決ルールについて考察を加え、合意形成における手続的正義の論点を浮き彫りにしたい。また、マンションは終焉をどう迎えるべきなのか。永遠に容積率を増やして際限なく建替えることが難しいことは明らかであり、建替え以外の終焉のしくみや居住形態が必要となってくるはずであり、その相応しい制度・手続を導き出すことにも考察を試みることにする。

理組合の運営状況［建物等の概要、管理組合の活動状況、過去の修繕履歴、図書の保管状況など］を財団法人マンション管理センターのコンピューターに登録し、登録情報はインターネットを通じて随時閲覧できるようにするものです」（『マンションみらいネット登録補助業務実施要領』〔2005〕財団法人マンション管理センター）しかし、運用が円滑に実施できるかどうか疑問視されている。

[14] マンション学会神戸大会メインシンポジウムにおける国土交通省国土技術政策総合研究所の長谷川洋氏の発言（マンション学　第22号〔2005〕10頁）

第一章　札幌市における老朽小規模マンションの実態（アンケート調査）

第一節　調査報告

Ⅰ．調査の実施・背景

札幌市は人口190万人に迫り、なお微増が続いている。郊外での宅地分譲に一時の勢いはなくなったものの、近年、高層マンションの建設が進み「都心回帰」が顕著となっている。特に市内中心部における超高層マンションは売れ行きも好調で各社が競って建設ラッシュを続けている。しかし、街並みの景観破壊、日照の問題など既存の住民との間で新たな社会問題[15]が生じてきているのも事実である。そしてまた、華やかなマンション建設の陰で、築後25年～30年以上の小規模マンション（30～50戸以下）が褪せた外壁を曝しながら管理上の深刻な問題を抱えている。

2004年１月、国土交通省が「総合調査」を発表したが、翌年５月に札幌市も「分譲マンション管理実態調査報告書」（以下「実態調査」）[16]をまとめた。こうした一連の動きは、今後、大規模修繕や建替えといったマンションをめぐる諸問題が都市生活の居住の安定に深く影響を与えると想定されることから急がれたものだ。しかし、こうした総合的な調査でも浮かび上がってきていない隠れた問題が潜んでいるのではないだろうか。

私は、今回、札幌市内、特に中央区の高経年のマンションを51棟ほど訪問し

---

[15] 北海道新聞「さっぽろ解剖」（第四部『マンションと暮らす』2004.8.1朝刊）全７回の連載は断片的ではあったが、札幌市内の実情を知る意味ではまとめられている。札幌市の「高度規制」もここから加速する。

[16] 札幌市都市局市街地整備部住宅課「分譲マンション管理実態調査報告書」（2005年５月公表）2004年１月１日現在、札幌市のマンション総数は3,214棟。うち高経年（1979年以前）のマンション460棟すべてについてアンケート調査を実施（回答約200棟）、ヒアリング調査は20棟で行われた。札幌市がこういった詳細な調査報告をするのは初めてである。しかし、ほとんどが返信されたアンケートでの統計であるため、苛烈な状況にあるマンションの実情は浮かび上がってこない。以前、市役所の担当者との話において、管理組合のないマンションの存在をあまり認識していなかったことでも露呈している。

「聞き取り調査」を行った。それらマンションの選択は、中古マンション市場の中で、築後25年以上で価格の安い順から経験的に問題のありそうなものを選んでみた。その手順は、まず周囲を廻って外壁、敷地の管理状態、駐車場の区画数をチェックする。建物内に入って管理員に会い、理事長に面会できれば、理事長と面談し、いなければ管理員からマンションの実情を聞くという形をとった。もちろん、管理員が不在のマンションも5～6棟あったが、その場合は居住者から情報を得ることで終わった。なお、理事長が不在だったマンションにはアンケート用紙を置いてきたのだが、返送されたのは44管理組合のうち僅かに3通であった。

Ⅱ．主要データの分析

まず今回の調査の分析に入る前に、一言断っておかなくてはならない。あくまで私の主観で問題のありそうなマンション[17]を選んで聞き取り調査を行ったものであり、札幌市の老朽マンションのすべてが後述のような問題を抱えているわけではなく、しっかりと管理がなされ、理事長のリーダーシップが発揮されているマンションも意外と多かったのも事実である。ただ、気になった点は、そうしたしっかり管理されているマンション（耐震基準改正以前に建築された）においても「耐震補強」については修繕計画に組み入れられていないことである。また、さらに残念なこととして「バリアフリー」、「省エネ」といった、「耐震補強」とともに、老朽マンションの再生のキーワードとされるものも、長期修繕計画に組み入れられているケースが皆無であったことを付言しておかなければならない。

また、私は、マンションの問題というのは個別的な問題が潜在していることが多く、統計になじまない部分を孕んでいると思っている。たとえば、これはあくまでも一例であるが、エントランス前の正規の駐車場ではない空きスペースに、明らかに暴力団関係らしき人の車が停めてあって出入りを不自由にしているのに、「うちにはそういう問題は全くありません」となる。なかなか管理者（理事長、管理会社）はマイナスの情報を出したがらない傾向があり[18]、こ

[17] 競売物件、売却情報（廉価販売されている）の中でピックアップした。
[18] 管理会社の管理員教育が不十分であるなどの理由で、宅建業者が重要事項説明書の記載事項を調査する際にも都合の悪いことを秘匿する場面がみられ、

うした見えない問題をいかに抽出できるかは難しい作業であり、聞き取り調査でもこうした傾向が認められることから、先述した国土交通省が進める「マンション履歴システム」の運用もうまく機能するのか疑問を感じる。

(1) 賃貸比率：区分所有者の居住率　有効回答45棟

30％以下	50％以下	70％以下	70％以上
5棟	10棟	15棟	15棟

※首都圏のマンションの平均と比べても札幌市の場合の賃貸化率は高い[19]。これは、やはり一戸建ての価格とマンションの価格差がないため、老朽化し設備が陳腐化したマンションを離れ、戸建て住宅へ転居した例が多い。

(2) 高齢者居住比率：65歳以上の住戸数・55～65歳未満（予備軍）の住戸数

※有効回答数44棟

高齢者の割合	0～10％以内	10%超~25%以内	25%超~50%以内	50％超～
＋（予備軍）	5棟（2棟）	30棟（32棟）	8棟（8棟）	1棟（2棟）

※比較的回ったところは、当初の所有者がずっと住んでいる割合が低かったようである。

(3) 単身者比率：うち高齢者世帯

→4棟が単身者用のマンションだったが、近年着実に一人暮らしの高齢者世帯が増えてきており、それは賃貸で住んでいる場合顕著である[20]。

(4) 管理組合はありますか？　有効回答51棟

あ　る	な　い	あるが機能していない
44棟	2棟	5棟

消費者（買主）とトラブルになることもある。「積立金総額を言わない」「修繕予定を明かさない」など、このような状況下では「マンション履歴システム」は機能不全に陥る危険性が高いと言わざるを得ない。

[19] これは、調査対象を価格の低廉なものにしたため、投資用の単身マンションが多いことが要因だろう。ただ、全国の13.2%（「総合調査」）に比べて札幌市の場合は賃貸化率が高い。今般の札幌市の「実態調査」ではこのデータがなかったのが残念である。

[20] 単身者用のマンションの場合、高齢者が複数戸所有し、自ら使用したりするほか、賃料を得て年金の足しにしているケースもある。（この傾向は第二章でも触れる）

※「ない」と回答したマンションのうち一つは、管理会社が各区分所有者と直接個別に委託契約を交わしている。もう一つは、倒産した分譲会社の元社員が委託を受けて管理人をしているという悲惨な形態であった。

(5) 集会は開催されていますか？ 有効回答48棟

定期的に開催	不定期に開催	開催されない
33棟	7棟	8棟

※「開催されていない」ところは、ほとんど管理会社まかせ。その管理会社が分譲マンション管理業の登録を得ていない業者であったりした[21]。そのうち2棟は修繕積立金の徴収も行われていないことが判明した。

(6) 集会の参加人数は？ 有効回答33棟

理事含んで20％未満	半数程度出席	7割以上出席
28棟	5棟	0棟

※合意形成が少数者の独断で決められることが多く、これが特別決議にしこりを残すことにつながる。

※半数程度出席の5棟は、ほとんど20戸以下の小規模マンションである。

※120戸のマンションで参加者がいつも5人程度というマンションもあった。

(7) 管理費・積立金の納入は順調ですか？ 有効回答38棟

滞納率10％超	滞納率10％以下
21棟	17棟

※多いところでは20％超というところもあった。無回答のところは10％超の可能性は高い。

※老朽マンションにおいては、「競売」になっている専有部分が常時存在しているなどの事情もあり、管理費の徴収はどこでも深刻な問題である。

(8) 管理組合法人にする予定はありますか？ 有効回答41棟

既に申請又は設立済み	検討中	予定なし
7棟	12棟	22棟

[21] 「適正化法」により、管理業者は、修繕積立金等については「整然と管理する方法」として国土交通省令の定める方法により、自己の固有財産及び他の管理組合の財産と分別して管理しなければならないことになっている。またこうした「基幹業務」を行う場合、国土交通大臣の登録が必要なのだが、いわゆる「もぐり」業者が管理している場合が散見された。

※区分所有者数の規定（30以上）が撤廃されたが、小規模マンションほど法人化の動きがみられない。

(9) 標準管理規約（2004年施行）に基づいた規約に変更されていますか？ 有効回答41棟

既に変更済み	以前の標準規約のまま	原始規約のまま
7棟	28棟	6棟

※回答がなかったマンションはほとんど原始規約のままであると思う。管理会社が変更に消極的？ と思われる。

※既に変更済みというのは、実物をみていないので…、信憑性は？ 管理員の勘違いかもしれない。老朽マンションでは規約の改正が以前のままのところが多いはずである。

(10) 管理形態は？ 有効回答51棟

24時間常駐	日中通勤	自主管理	その他
10棟	27棟	8棟	6棟

※24時間常駐は2棟を除くと管理員住み込みの形態。その他の5棟は自主管理までは行かないが、賃貸マンション管理業者が日常管理業務のみを請け負っている。1棟は管理されているか不明だった。

(11) 管理会社とはコミュニケーションは取れているか？

取れている	まあまあ	不十分
10棟	22棟	16棟

上記(11)と関連して、次のようなトラブルはありませんか？

ⅰ．管理組合に設計図書が存在しない。→12棟

ⅱ．販売（管理）会社が、売れ残りの複数の住戸を所有していたため、競売により価値が下落したり、管理費の収納に支障をきたしたことがある。→1棟

ⅲ．管理が一時不能状態に陥ったことがある。→15棟

ⅳ．管理会社の倒産等により、管理費・積立金の全部または一部が消えてしまった。→4棟

ⅴ．理事の不正による管理費・積立金等の使途不明があった。→2棟

ⅵ．上記のようなトラブルは一切ない。→18棟

⑿　長期修繕計画は作成されていますか？　有効回答41棟

作成済	作成済みだが不十分	作成していない
16棟	10棟	15棟

※建築後20年ぐらいのマンションであれば、もっと長期修繕計画が作成されているのだろうが、やはり合意形成がしっかり行われていない一つの証であると思う。

※修繕計画はあると思うが知らない。といった回答も多かった。

※著名な管理会社に委託している場合は作成されていることが多いが、住民に行き渡っていない。

⒀　すでに大規模修繕工事は行われましたか？　※複数可　実施棟数／有効回答45棟

屋上防水	鉄部塗装	外壁塗装	給排水管取替	入口改修	全てやった
39棟	37棟	26棟	22棟	40棟	29棟

※これは少し正確ではないかもしれない。聴けなかったところは、目視で私が記入している。基本的に給排水管取替工事をしているところは、ほとんど全ての改修は行っている。ただ、外壁を一度も塗り替えていないのでは？というところも数棟あった。もちろんそういうところは回答が得られない。すでにスラム化が始まっているとみることもできるのではないか。

※屋上防水と鉄部塗装は２～３回実施しているところもあった。実際に、調査したうちの15棟ぐらいは見た目にも綺麗な印象を持った。集会がしっかり行われているところほど修繕は実施されている。

※修繕積立金不足で、各戸負担を求めたケースでは、費用負担をしなかった区分所有者との間で深刻な問題が生まれているところもあるようだ。（２棟で訴訟中）

⒁　結露による被害はありますか？　有効回答47棟

かなりある	一部ある	全くない
36棟	８棟	３棟

※ほとんどのマンションで結露被害はあった。専有部分によっては、坪当たり20数万円で結露対策の改修工事をしたようなところもあった。

※特に本州の中小デベロッパーが分譲したマンションにおいて本州仕様で設計されたところに被害が大きいように感じた。

※全くないというところは、セントラル方式で全室暖房を取っているところ

であった。老朽マンションの多くは居間のみのＦＦ一室暖房であることが多く、室間の温度差が激しい。

⑮　日照は確保されていますか？　有効回答44棟＋目視記入７棟

十分ある	一部確保できない	不十分（隣地建設計画あり）
27棟	12棟	12棟（10棟）

※札幌は比較的敷地があると思っていたが、半数近いマンションで日照をしっかり確保できていない。また超高層マンションの建設によって日照が深刻になりそうな小規模マンションも散見された。（調査対象が中央区に多かったことも影響している。）

※日照が悪ければ結露被害はさらに悪化傾向となる。

⑯　バリアフリーの改良は進んでいますか？　有効回答32棟

全く考えていない	予定はある	実施済
27棟	１棟	４棟

※ほとんどバリアフリーについては考えられていない。そんな改修するくらいならもっとやるべき改修があると考えている。

※「実施済み」と回答されたところも、すりつけ板をコンパネで作成して段差を解消した程度のものであって、コンクリートを斫（はつ）ってスロープにしたようなものではない。

⑰　耐震基準について知っていますか？　口頭で管理員等に尋ねた程度。有効回答32棟〈※調査時、耐震偽装問題は発覚していないことを断っておく〉

知ってる	知らない
15棟	17棟

※このマンションは新耐震基準ではないですよ、と言ってもピンと来ない人が多かった。

※ピロティ部分、エキスパンションジョイント部分などを有しているマンションが危険であるという話にも理解していない方が多かった。

⑱　耐震改修計画はありますか？　聞き取り調査においてのみのため、有効回答32棟

全くない	予定している	実施済み
32棟	０棟	０棟

※昨今の耐震偽装問題後、耐震診断する組合は増えたかもしれないが…。調査時において阪神・淡路大震災の経験は札幌市においては、まさに「対岸

の火事」である。

⑲ 管理組合で「建替え」について論議されたことはありますか？　有効回答47棟

ある	ない
28棟	19棟

※「ある」と回答していても、消極的な話しか出ていないというのが実情である。

⑳ 建替えの合意形成4/5の同意は得られそうですか？　有効回答45棟

得られると思う	難しい	わからない
6棟	26棟	13棟

※建て替えられない理由の一つに、「区分所有者が住んでいない」ということをあげる方がいて、協力は得られないだろうという声が多かった。

㉑ 建替えが出来ない場合、どのような施策が考えられますか？

ⅰ．建替え勧告（使用禁止命令など）まで住み続ける。→18棟

ⅱ．区分所有者全員の合意による土地のみの売却。→14棟

ⅲ．自治体に買い取ってもらう。→7棟

ⅳ．その他→3棟

※どこまでも直していくというのが3棟である。

※どうせ建て替えなんかできないのだから、土地を売却するという項目を選んだ人は意外と多かった。

㉒ 建替えの合意形成にあたって不安な点は？

ⅰ．建替え期間中の仮住まい。→12棟

ⅱ．追加の資金の額。→27棟

ⅲ．（高齢のため）借入れが出来るか？→16棟

ⅳ．せっかく築いたコミュニティが乱される。→2棟

ⅴ．そもそも集会が開催できるかどうか。→19棟

ⅵ．その他→7棟

※コミュニティを不安とした2棟は、賃貸化率が小さかった。もう老朽マンションにはコミュニティは存在していないのかもしれない。

㉓ 建替え円滑化法はご存知ですか？

知っている	少し知っている	知らない
12棟	26棟	6棟

※回答は上記の通りだが、しっかり把握しているとは思われない。「知っている」という人の多くは、建替え決議後は全て円滑化法でやらなければいけないと誤解していた。

第二節　札幌市の老朽化マンションの特性

Ⅰ.「終（ついの）棲家」意識の低い所有者

先述の国土交通省の「総合調査」を見ても、1980年に永住するつもりで購入した人は、わずか22.5％しかいなかった。いずれ住み替えるつもりの人は59.0％ということを考えると、25年経った調査時には、賃貸比率の高いマンションが数多く存在していることは想像に難くない。札幌市の場合は、さらに悪条件が重なる。それは、中古マンションの市場がダブつき気味であり、価格が10年を経ると一気に暴落しているという現実がある。4LDKで半値以下になるケースも散見できる。こうしたマンションが本州の投資家の標的となり、さらに賃貸化に拍車がかかるのである。各戸所有者がバラバラに賃貸に出すことにより、管理の行き届いていないマンションでは、暴力団関係者が入居するといった事態を引き起こし、ますます所有者の永住意識が諦めとともに消えていくことになる。

Ⅱ．管理に対する絶望

築後25年以上であればそもそも分譲した会社がすでにないマンションが多い。もちろんバブル崩壊で消えたものもあるが、本州から札幌に進出して撤退したものも含めると２～３割（あるいはもっと）になるかもしれない。しっかり引き継いで消えたのであれば問題はないのだが、子会社の管理会社で管理していたところがほとんどであったから、「適正化法」のない時代に「維持修繕積立金」や「通常管理費」を分別管理していたわけもなく、会社が消えたと同時に「積立金も消えた！」というような経験をしたマンションも多い。さらに、複合用途型（いわゆる「下駄履きマンション」）の場合、店舗（多くは１階）に、倒産した（分譲）会社の関連する会社が所有または占有している場合もあり、管理費の徴収や集会の決議構成に深刻な影響を与えているケースもある。また、30戸程度の小規模マンションでは、スケールメリットを活かすこともできず自主管理で運営しているところが多く、運良く管理会社に依頼できたとしても質

の高いサービスを契約できない場合が多いのである。また「適正化法」により分譲マンションの管理業は登録制度が義務づけられたが、その登録のない賃貸マンションの管理会社が管理している物件も一部散見された。

Ⅲ．敷地、構造の特性

札幌市内でも当初建設された分譲マンションの駐車場は、住戸分の駐車台数もなく１戸当たりの自家用車の保有台数の多い地域の実情に合っておらず、その後竣工したマンションと比べると敷地が極端に狭かった。ただ、以前であれば、月極め駐車場を周辺に求めて不便を解消できたが、その駐車場が数十年の間に新たなマンションの敷地となってしまい、深刻な駐車場不足となっている。また、そうした今まで空地状態だったところへ、相次いで高層マンション[22]が建設され、日照や眺望が阻害されるといったマイナス要因が加味されてくる。こうした日照の問題はさらに北海道特有の「結露被害」を増長させるのである。「結露」は本州仕様で建設された昭和50年代半ばぐらいまでのマンションで特に深刻な問題となる。寒中のコンクリート打設、断熱材の不足、換気能力不足などが寒い外気温と暖かい室内との想定以上の温度差に対応できなかったため[23]であり、この問題も価格下落の要素、賃貸化への加速となっていることが多い。

Ⅳ．高齢者の多い分譲マンションの実態

土地の価格がまだ安い札幌では、未だに一戸建の割合が多いのが現状である。しかし、高齢者、特に虚弱高齢者にとって一戸建での一人暮らしは難しい。一戸建ての問題は、除雪であったり、病院など公共施設へのアクセス難であったりするという。私が実際に聞き取り調査したマンションにおいて顕著だったのも、賃貸化された分譲マンション（ワンルーム・１LDK）に住む数多くの高齢者だった。それは立地だけではなく、賃貸住宅よりも管理が行き届いている、入居者の質が安定しているなどの理由から札幌では好まれているようである。

---

[22] 札幌市の「実態調査」では、1989年以前は、６階建以下がその半数を占めていたが、1990年以降高層マンションが建設されはじめ、1995～1999年の建設では５割以上、2000～2003年の建設では約７割の分譲マンションが11階建以上である。特に2000～2003年では、15階建以上が約２割を占めている。

[23] さらに、室間の温度差も要因となる。アンケート(14)(15)を参照。

ただ、小規模マンションでは先述したように管理が必ずしも行き届いているわけではない。エントランス部分などの共用部分のバリアフリーはほとんど未整備である。新しいマンションであれば、ハートビル法[24]や住宅の品質確保の促進等に関する法律などの基準をクリアしていなければならなかったが、こうしたマンションにはそれを望むべくもないのである。また、こうした建物と敷地の段差だけであれば良いのだが、雪国ゆえに歩道に降り積もった雪のためにマンション敷地と歩道との段差が高齢者の外出を阻んでしまっている。

第三節　合意形成もままならない小規模マンション

札幌市内の30戸以下の老朽マンションにおいて、分譲当初の管理費と修繕積立金は、3LDK　80㎡程度で、月額管理費8,000円、修繕積立金800円ぐらいであった。ということは、一戸当たり修繕積立金は年間1万円にも満たないわけであり、10年経過して30戸であったとしても総計で300万円程度しか積み立てられないのである。現在、こうしたマンションでは修繕積立金の不足を解消するため月額管理費12,000円、修繕積立金20,000円という数値が一般的となっている。購入した際のローンの支払いとともに20,000円以上負担増となる所有者の戸惑いは量りしれない。もっとも中古マンションの価格の暴落はこうした現象を背景として起こった[25]ものなのである。しかし、このように管理費の変更ができたところは区分所有者の合意形成の可能性が残っているが、いまだに当初の設定通りの管理費・修繕積立金で運営されている驚くべきマンションも存在している。

こうしたマンションでは、実際に所有者が住んでいるケースは2割程度であって、その他の住戸はすべて賃貸となっているところが多い。全室入居であればまだいいのだが、空室率が3割を超えるところもある。売り出し価格が当時1800万円であったマンションも、中古市場では300万円でも買い手がつかない。それは先述の結露の問題など様々な要因を抱えていることが多いためで、

---

[24] 「ハートビル法」は2006年12月20日に「バリアフリー新法」（高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律）に統合された。

[25] 一度に多額の修繕費用の分担ができない者や毎月の負担増に堪えられない者は売却するしかない。

普通に改修すれば600万円程度で売却可能であるにもかかわらず改修工事ができずにいるのである。それは、区分所有者達の多くが倒産してしまった分譲会社に関係のあった人達が多いという特殊な事情を抱えている場合が多い。取引（下請け）業者であったり、親類・知人であったりというものであり、彼らの思いの中では、このマンションは消してしまいたい過去であり、見たくもないものであったりする[26]。敷地が広ければ、また日照が阻害されていなければ、権利変換による建替えメリットを活かして彼らの気持ちを揺り動かすことができるかもしれないが、小規模マンションには建替えのメリット[27]すらない（建替えても保留床が生み出せない）のである。したがって、彼らはこれ以上負担をする気にはなれないし、当然、集会などに出席するつもりもない。居住している２～３割の区分所有者たちもほとんどが高齢者となってしまい、彼らの首根っこを引っ掴んで特別決議を行う集会を成立させる気力も残っていないのが実情である。また、管理規約も「原始規約」のままで、「標準規約」の存在さえ知らないマンションも数棟あった。それらのマンションには、すでに存在しない管理会社に管理委託契約をした状態のままというところさえあった。あと10年も経たないうちに、合意形成もできないまま設備不良からスラム化の道を辿るマンションが出現することは必至ある。

以前、西区内にある総戸数10戸の小規模分譲マンションの「賃貸化」に向けた交渉を行った経験がある。すでに競売で５戸を落札した会社が私に依頼してきたものだ[28]。このマンションも本州の業者（すでにバブル崩壊後に倒産）が

---

[26] 私は以前、倒産したデベロッパー系管理会社から管理を引き受けた経験があるが、こうした人たちは、管理上問題があると自分達の責任も問われるため、積極的に集会や組合活動に参加することはなかった。

[27] 芥川基『マンション建替え成功マニュアル』（中央経済社、2003）171頁以降では、「敷地（隣地を買収する場合も含む）が広く容積率に余裕があるマンション、あるいは総合設計制度の適用を受け、より大きな高層のマンションを建設し、保留床（従来の戸数より多くの住戸を確保し、それを売却することで元々の区分所有者の負担を減らすことができる）を確保できることが、建替えを成功させる原動力となる。」と解説している。

[28] 現在、私は、２つの不動産会社の顧問として不動産実務に携わっているが、このケースは、最終的に２戸所有していた区分所有者の債権者と価格の調整（高額のローン残金があったため抵当権の抹消ができなかった）がつかずご破算となってしまった。

建設したものだ。営業マンを大量採用しその縁故関係で購入者を決めていくという安易なセールスで売られた問題の多いマンションである。札幌にはこうしたマンションが数多く存在している。3階建てで外階段から入る形式で、周辺の人がこれを分譲マンションだとはたぶん思えないほど外観がみすぼらしく、しかも駐車場は4台しか駐車できない。もちろん区分所有者は誰一人住んでいないし、集会も行われていない。管理組合も当然あるはずもなく、管理会社も登録を持ったマンション管理業者ではなく名ばかりの管理がなされているだけである。ところが、こうした問題の多いマンションであるにもかかわらず築後20年程度しか経っていないため、先述の札幌市の「実態調査」からも（高経年の）対象外として把握されていないのである。さらにこの分譲業者は、同様のマンションを少なくとも50棟近く建設分譲している。管理費は月額4,000～4,500円／戸で、修繕積立金はなんと0円である。中には所有者が住んでいるケースもあるが、それはほとんど競売でこのような実態だと知らずに買った人たちなのである。このまま放置すれば所有者は次から次へと安く転売していくであろうが、将来誰かがババを引くことになり区分所有権が「居住」を支えることはできなくなる。まさにこうしたバブル崩壊後の「売り逃げマンション」をどうするかという問題も次に迫ってきているのである。

区分所有法は、こうした負の履歴を持ったマンションをカバーしきれていないのではないか。敷地も狭く賃貸化率の高いマンションは、じっと、その終焉の時を待つしかないからである[29]。しかし、こうしたマンションは解体費用さえままならず「建替え」という選択肢は存在しない。私は、老朽化した小規模マンションにおいて、「私的自治」を求めるだけの「区分所有法」では制度的に不十分ではないかとの疑問を持っている。

[29] すでに既存不適格となり、現在の規模で建替えられないマンションにおいて、合意形成されたケースは「同潤会江戸川アパートメント」（次章で解説）しかないのが現状である。小規模老朽マンションには「建替え」とは別の行き先を考えるべきである。

資　料

小規模マンション実態調査（札幌市中央区・西区・南区）

〔基本データ〕

1．マンション名　2．竣工年　3．施工業者名　4．販売業者名

5．当初の管理会社名　6．現在の管理会社名

7．全体戸数（内訳4LDK以上、2～3LDK、1LDK以下、店舗等）

8．区分所有者数（※複数戸所有者は1名として下さい）　9．当初の管理費

10．現在の管理費　11．当初の積立金　12．現在の積立金　13．駐車場台数

〔管理についてのアンケート〕

1．敷地の状況について

①敷地の権利形態は？

（区分所有者の共有・賃借権・一部分譲会社所有・その他）

②除雪はどうしていますか？

（管理会社に委託・建設会社（個人）に委託・自力除雪）

③ロードヒーティング設備はありますか？

（ある・あるが切っている・ない）

④駐車場収入は駐車場経費を除いて何に組み入れていますか？

（管理費・積立金・その他）

2．管理員室について

①管理員室に居住スペースはありますか？

（入口共通である・入口別である・ない）

②管理員室の所有権は？　（規約共用部分・管理組合・管理会社・その他）

3．居住状況について

①賃貸比率　：　所有者居住戸数・賃借居住戸数　　％

②高齢者居住比率　：　65歳以上の住戸数・55～65歳未満の住戸数

③単身者比率　：　うち高齢者世帯

4．管理組合・集会・管理費について

①管理組合はありますか？　（ある・ない・あるけど機能していない）

②集会は開催されていますか？

（定期的に開催されている・不定期である・ない）

③集会の参加人数は？

（理事を含めて10人未満・半数は出席・7割以上出席）

④集会招集通知は全戸届いていますか？（全て届く・75％届く・75％未満）
⑤理事会は開催されていますか？（月１回以上・半年に１回以上・開催なし）
⑥区分所有者の中に販売（管理）会社の関係者はいますか？　またいる場合、組合に協力的ですか？
（いない・いるが協力的である・いるが非協力的である）
⑦預金口座管理はどうしていますか？
（管理組合がしている・管理会社がしている）
⑧ベイオフ対策はとられていますか？（している・していない・必要ない）
⑨管理費・積立金の納入は順調ですか？（滞納率10％超・滞納率10％未満）
⑩管理組合法人にする予定はありますか？
（すでに申請又は設立している・検討中・予定なし）

５．管理会社・規約について
①管理委託契約の当事者は？
（管理会社 VS 区分所有者・管理会社 VS 管理組合）
②マンション標準管理規約（2004年１月施行）に基づいた規約に変更されていますか？
（変更した・以前の標準管理規約に基づいたまま・原始規約のまま）
※原始規約とは、分譲マンションを購入したときに販売会社で用意した規約
③管理形態は？　（24時間常駐・日中通勤・自主管理・その他）
④管理会社への委託業務の範囲は？
（ほぼ全て委託している・一部委託：清掃業務と管理員業務程度・自主管理・その他）
⑤管理会社とはコミュニケーションは取れているか？
（いる・まあまあ・不十分）

６．管理トラブルについて
①居住していない区分所有者は組合に協力的ですか？
（協力的・一部非協力的・非協力的）
②暴力団関係者の入居で困ったことがありますか？
（入居したことはない・以前住んでいたことがある・現在も住み続けている）
③（施工会社・販売会社・管理会社）で破綻している会社はありますか？
※複数可

④上記③と関連して、次のようなトラブルはありませんか？　またありませんでしたか？

ⅰ．管理組合に設計図書が存在しない。

ii．販売（管理）会社が、売れ残りの複数の住戸を所有していたため、競売により価値が下落したり、管理費の収納に支障をきたしたことがある。

iii．管理が一時不能状態に陥ったことがある。

iv．管理会社の倒産により、管理費・積立金の全部または一部が消えてしまった。

v．理事の不正による管理費・積立金等の使途不明があった。

vi．上記のようなトラブルは一切ない。

7．建物のトラブル（修繕）について

①設計図書はどこまでありますか？

（確認図面・施工図・設備・構造計算書・ない）※複数可

②長期修繕計画は作成されていますか？　（いる・いるが不十分・いない）

③上記②の計画が作成されている場合、誰が中心に作成しましたか？

④すでに大規模修繕工事は行われましたか？　※複数可

ⅰ．屋上防水工事　ii．鉄部塗装工事　iii．外壁塗装工事

iv．給排水管取替工事　v．入口（エントランス）改修工事　vi．その他

⑤結露による被害はありますか？　（かなりある・一部ある・全くない）

⑥日照は確保されていますか？　（十分ある・一部確保できない・不十分）

⑦建物内での事故（転倒・転落・落下物による等）はありましたか？

（あった・ない）

⑧バリアフリーの改良は進んでいますか？

（全くしていない・予定はある・実施済み）

8．建替えの合意形成について

①管理組合で「建替え」について論議されたことはありますか？

（ある・ない）

②建替えの合意形成4/5の同意は得られそうですか？

（得られる・難しい・わからない）

③建替えが出来ない場合、どのような施策が考えられますか？

ⅰ．建替え勧告（使用禁止命令など）まで住み続ける。

ii．区分所有者全員の合意による土地のみの売却。

iii. 自治体に買い取ってもらう。
iv. その他

④建替えの合意形成にあたって不安な点は？
ⅰ. 建替え期間中の仮住まい。
ii. 追加の資金の額。
iii. (高齢のため) 借入れが出来るか？
iv. せっかく築いたコミュニティが乱される。
v. そもそも集会が開催できるかどうか。
vi. その他

⑤建替え円滑化法はご存知ですか？
(知っている・少し知っている・知らない)

以上

※マンションに関するアンケートについて一言

本論の中でも述べたが、マンションのアンケート調査は実態を反映しないことが多い。しっかり「聞き取り」がなされているものであれば多少信頼できるかもしれないが、先頃の国交省の建替え実態アンケート調査（2008年11月21日発表）が回収率19％という低率であることでも分かるとおり、真に実態を映し出しているかどうか疑わしい。アンケート自体全く開封もされていないところが多いのではと私は考えている。アンケートを返送してくれるところはまだ管理が良好なところであって、実態はより深刻なのである。

第二章　震災マンション[30]と老朽マンションの建替えの相違点（2002年区分所有法改正前の建替え決議の検証）

第一節　震災マンション…係争の果て

1995年の阪神・淡路大震災からすでに14年が経過している。すでに104棟の分譲マンションが建て替えられた。その中には、「東山コーポ」をはじめ、「グランドパレス高羽」といった、長い訴訟の末にようやく建替えが行われたマンション[31]もある。震災マンションの建替えにおいて合意形成が難しかったのは、被害の多い住戸と被害の少ない住戸の程度差が出たことであるといわれている。特に水道やガス・電気といったライフラインさえ問題なければ、直してここに住み続けたいと願うであろうし、下の階で柱が座屈するような被害を受けたようなところは、恐ろしくて住んでいられないということになるのである。ましてや、震災ショックの癒えぬ間になかなか冷静な判断がつかないことは想像に難くない。その中で、「大被害を受けて住めないマンションを大量に放置しておけば、外部不経済を発生させて都市の居住環境に問題がある。」[32]と、公的資金による建物解体、総合設計制度や優良建築物等整備事業などといった支援策が１～３年程度の時限措置であったことから、大破したマンションだけでなく中破、小破といったものまで建替えられた。これには、自治体の派遣したコンサルタントの暗躍があったとされる[33]。しかしこれらの施策には拙速で

---

[30] 震災におけるマンション問題については、吉田邦彦『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣、2006）第一部第一章、第四章を参照。当初、老朽小規模マンションをテーマにしていた私にとって吉田教授の研究が視座を与えてくれた。

[31] 2006年10月下旬に現地を廻ってみると、「東山コーポ」は春に解体が完了し基礎工事が本格化していたが、「グランドパレス高羽」は解体工事にようやく着手され、コンクリートの残骸がまだ敷地内に溢れていた。現在、２つのマンションはともに再建マンションが竣工しているが、「宝塚第三コーポラス」だけがようやく更地化され、これから工事が始まろうとしている。

[32] 日本マンション学会神戸大会(2005)メインシンポジウムでの長谷川洋氏(国土交通省国土技術政策総合研究所）の発言。(マンション学　第22号〔2005〕９頁）当時の復興策が建替え政策偏重だったと振り返っている。

[33] 前掲シンポジウム（マンション学　第22号〔2005〕４頁　藤本佳子千里金

あったがゆえに矛盾点も多く、先述のマンションのように決議無効確認訴訟が長期化したものが出てしまった[34]。

震災マンションは旧法(区分所有法2002年改正以前)下での建替え決議であったため、「費用の過分性」要件が争われた。補修のためにかかる費用と建替えに要する費用を比べ、客観的に「過分」かどうかという難しい判断に対して裁判所[35]は「多数の主観的意思を尊重する」という結論を下した。これは1983年改正の時の法務省参事官室の「その建物にどの程度の効用を期待するかは、価値判断の問題であるから、建替え決議に現れた区分所有者の大多数の意思というもの」が尊重されるべきである[36]という考えに拠っているものと思われるが、果たしてそうであろうか。グランドパレス高羽は確かにピロティ部分が座屈して鉄筋が剥き出しになっていたり、火災が発生していたりとかなり補修しなければならないところはあったが、原告側が行った見積り金額をみると当初の見積りでの意思形成に瑕疵があるのは明らかな[37]ように思える。また、修復の専門家によれば、震災直後に行われた「応急危険度判定」(文字通り応急的な数分の目視調査)を、大部分の人がこれを公的な滅失判定と受け取り、多くのマンションを解体除去に向かわせたと断じている[38]。国土交通省、兵庫県、神戸市等といった行政が、都市機能の早期復興をまず一義と捉え、その意向を受け

蘭大学教授の発言)等の他、梶浦恒男『新世紀のマンション居住－管理・震災・建て替え・更新を解く』(彰国社、2001) 23頁など。

34 例えば「グランドパレス高羽」は、地裁2年、高裁1年、最高裁2年11ヶ月を要し、2003年6月24日に上告を棄却された。

35 「グランドパレス高羽」訴訟は、藤本佳子「被災マンションの復興過程に関する研究－復旧か建替えかで混乱したもしくは協議中の事例(その2)」(マンション学　第21号〔2005〕50頁)、島本慈子『倒壊－大震災で住宅ローンはどうなったか』(ちくま文庫、2005) 152-182頁、あるいは、山岡淳一郎『あなたのマンションが廃墟になる日－建て替えにひそむ危険な落とし穴』(草思社、2004) 146-173頁また、訴訟原告の証言として、鶴田守人＝谷口浩司『建替えか補修か－被災マンション住民の証言』(被災地クラブ、2002)を参照した。

36 法務省民事局参事官室編『改正区分所有法の概要』(商事法務研究会、1983) 49頁

37 この経緯については、前掲注35 (被災地クラブ、2002) 18-30頁の「陳述書」に詳しい記述がある。

38 西澤英和・円満字洋介『地震とマンション』(ちくま新書、2000) 36頁

たコンサルタントの建替えありきのプログラムを、被災者が十分な情報も与えられず、限られた期限内（時限措置）で十分な議論を尽くしえなかったことは悔やまれる。

以前何度か宝塚第三コーポラスにたった独り生活していた宝川さんを尋ねてお会いしたことがある[39]。宝塚市による給水停止で、半分以上残っていた住民はみな居なくなってしまったという。先述の他の二棟とは違い、ここは鉄骨造で建てられており私の目で見てもそれほど修復費用がかかるとは思われない。壁のあちこちに傷があったり、雑誌が散乱していたり、駐車場内に放置自動車が置かれたり、彼女によればこれらの多くは人為的な仕業だという。もっともこうした嫌がらせ行為は、訴訟になったマンションでは恒常的に起こっていることに、日本のコミュニティ社会の貧困さがみてとれることは憂慮すべきだと思う。

こうした長い訴訟の末、建替え後に戻ってくる区分所有者はどの程度いるのか。2006年12月31日付の神戸新聞のニュースによれば、東山コーポで約二割、グランドパレス高羽で約三割弱、宝塚第三コーポラスではほとんどの居住者が再建マンションに戻らないのではと伝えている。都市の再生はコミュニティの再生であるべきなのだが、これでは誰のための建替えなのか。決議の意味さえ見出せないのではないか。確かに、老朽マンションとは違い、何千人もの人の命が失われた惨事を目の当たりにして、冷静な対応を管理組合や区分所有者に求めることの難しさはあると思うが、多数決で個人の財産を左右することを決定する際には、十分な議論と正確な情報の提供が不可欠でなければいけないと思う。「終（つい）の棲家」を奪うことは、ボタンの掛け違いでは済まされないと私は考える。

---

[39] これも前掲注35（被災地クラブ　2002）94-106頁。また、前掲注35　藤本佳子（マンション学　第21号51-52頁）ここで、藤本教授も、「このマンションでは、被災後、全世帯が居住していた。物理的に建替える必要があるのかどうか、建物調査をしていないのであるが、建替えか補修かの住民合意形成ができないというより、建て替えるという結論が先にあったように思える事例」と疑問を投げかけて、さらに「特に給水栓を閉栓し、給水を止めるという、ライフラインを止めて退去を迫る方法は、決して許されるべきでない」と断じている。また、山岡前掲書注35　173-185頁　にも詳しい記述がある。その後給水は確保されたが、私が2007年に訪問した時にはガスの供給を止められていた。

この３棟だけでなく、係争となったマンションはいずれも合意形成の段階において、管理組合が何らかの手続的瑕疵を浮かび上がらせている。もちろん今までに述べた当初から建替えありきの議論の進め方であったり、それに基づいた「費用の過分性」の判断となる恣意的な見積もり金額の提示であったり、あるいは、決議成立の根回しであったりするのだが、それは到底コミュニティの意思決定としては相応しくないものであった。ただ、これは第一章でも触れたが、管理組合自体が「私的自治」を担う組織となっていなかったことに大きく基因していたものである。

第二節　老朽マンションの建替え成功例…客観的要件を乗り越えて

阪神・淡路大震災前において基本的に旧法による建替えは全員一致による建替えがほとんど[40]であり、幾度となく62条の建替えが試みられても「費用の過分性」要件による補修派との意見対立であまり実現し得なかった。また、その後決議ができたとしても、大阪の「新千里桜ヶ丘住宅」のように訴訟に年月がかかったものもある[41]。しかし、建替えに至ったマンションは、ほとんどが「等価交換方式」であり、保留床を売却することで元々の区分所有者の持ち出しを抑えるメリットがあったから比較的合意形成が楽だったものである。(2005年秋に竣工した新千里桜ヶ丘住宅の建替えは、平均還元率130％[42]だった。)

そういう意味では、同潤会江戸川アパートメントの建替え事業[43]は稀有な

---

[40] さしあたり、梶浦前掲書注33　78頁並びに巻末資料が有用である。

[41] H13.6.8最高裁上告棄却　築後29年のマンションにおける「費用の過分性」が判断されたケースであったが、これも最高裁は「区分所有者の大多数の意思を尊重する」考え方を貫いた。詳細は、藤木良明「建物の耐用年数と老朽に関する考察－最高裁判所上告棄却事件をめぐる諸問題－」マンション学　第17号（2003）70-80頁。また、住民の声としては　今里寛子「千里ニュータウンにおける分譲集合住宅の建替えについて」日本居住福祉学会編『居住福祉研究６』（東信堂、2008）135頁。

[42] 従前の区分所有者の平均専有部分の床面積が、56.1㎡から73.4㎡へと生まれ変わった。

[43] 太田知行・村辻義信・田村誠邦『マンション建替えの法と実務－同潤会江戸川アパートメントの事例に学ぶ－』（有斐閣、2005）25頁以降

ケースと言えよう。通常平均還元率が53％で合意形成ができるとは思えないからだ。2005年に建替え当時の管理組合の理事長だった太田知行東北大学名誉教授を迎えて行われたシンポジウム[44]でその概要を聴く機会があった。元々「同潤会アパートメント」は比較的富裕層が住んでいたこともあり、70年近いコミュニティの歴史が息づいていた。また、単身者向けの住戸も129戸（一部資料では131戸）と相当数あったにもかかわらず、家族向けの所有者がそれらを複数所有するなど、間取りが陳腐化していくのを補う形で単身者向けの住戸が生かされていた[45]。もちろん、区分所有法がない時代から、生活協同組合を住民が組織して管理していたことも大きかったものと思う。太田教授は、このシンポジウムにおいて「公正な合意形成」をするための要因をいくつか挙げていた。一つはリーダーシップをとる理事の選任方法であった。つまり、選挙で選ぶことの重要性ということであり、そこで得られた信頼がデベロッパーの選定や退去時期など数々のハードルをクリアする原動力となる。そして、区分所有者全体の最大の利益につながるよう、建替え組合[46]の役員、組合員、そしてデベロッパーの三者がうまく機能することだとしている。そして、もう一つは情報伝達の的確性だという。インフォーマルなものも含めて情報伝達の仕方でさまざまな軋轢（詐欺的言動も含めて）が生じてしまうことを指摘して注意を喚起し、最後に、白紙委任状の濫用の防止が決議無効確認訴訟につながらないように、建替え決議だけでも代理人による議決権行使を認めない法改正が必要であると言及されている。私もこれに関しては同感である。手続きの公正を担保する意味でも理想的であるからだ。この部分については次章において論じたい。

さらにもう一つこの建替えの事例が稀有であると言わしめる点は、「費用の

---

44 以下、シンポジウムの詳細については、太田知行「老朽マンション建替えにおける合意形成」北大法学論集第57巻第１号（2006）307頁以降を参照されたい。

45 この点に関しては、早川和男『日本の住宅革命』（東洋経済新報社、1983）166-171頁に、同潤会江戸川アパートメントを例に挙げ、単身向けと家族向けの混合形態の興味深い利用法が述べられている。複数戸所有による三世代入居など。これからの高齢化社会における居住のあり方を示唆している。

46 この場合の「建替え組合」は、円滑化法によるものではなく、「民法上組合類似の団体」となる。円滑化法を採用しなかった経緯については、太田他前掲書注43　273頁以下（田村・村辻執筆）に円滑化法の問題点を挙げている。

過分性」が争われなかったことである。1970年代に入って、すでに建物の傾斜、雨漏り、アンペア不足、エレベーターの未設置などの生活の不便程度であったものが、1990年代に至って、壁の崩落、ガス漏れ、赤茶けた水道水と、誰の目にも「費用の過分性」を疑いようがなくなってしまったからだ。まさに使えるだけ使って寿命を終えるという本来改正前の区分所有法が理想とした建替えが行われたのである。

私は、1987年９月に出されたリポート[47]の中で、「朽廃の度合がひどく住宅としての性能を維持できないという条件のもとに」建替え決議が認められるものは、「現状における建替えでは全員の合意という形になる」と諦めにも似た報告がなされていることを鑑みるとき、客観的要件撤廃の動きを加速させたのは阪神・淡路大震災が契機であったと確信している。

第三節　スクラップアンドビルドがもたらすもの

なぜ、壊して建て替えなければならないのか。私は、そもそも建設当時の状況が少なからず影響していると考えている。新耐震基準となる前の1979年に出された分譲マンションに関する行政監察結果報告書[48]によると、管理組合のないマンションが新築物件でも30％～40％という実態がみてとれる。また、調査項目に修繕積立金に関するものがないということを見ても、この頃建設されたマンションは使えなくなったらそれまでという代物だったのである。小手先の補修工事をされるよりも解体して建て替えることにより仕切り直しさせた方が、間取りや設備の陳腐化あるいは家族構成の変化、高齢化社会などそれらを克服できるものに作り変えることができ、何よりも将来的に利益[49]が得られる

[47] 財団法人　日本住宅総合センター『マンションの建替え事業に関する基礎調査』(1987)。これをみると同潤会アパートメントも「代官山」「中之郷」「三輪」の例を挙げて事例紹介をしているが、必ずしもコミュニティが成熟しているわけではないことがわかる。しかし、ここで触れられた３つの団地は、いずれも使用容積率が少なく、平均還元率が「江戸川」よりも有利であった。

[48] 行政管理庁行政監察局編『分譲マンションの現状と問題点－民間分譲中高層共同住宅に関する行政監察結果報告書－』（大蔵省印刷局、1979）　報告書の内容も取引における問題点（広告、瑕疵担保、契約内容など）が中心で、管理の実態までは調査されていない。

[49] 梶浦前掲書注33　184頁

と考えたのであろう。つまり管理組合が磐石ではないし、そのうえ修繕積立金が不足しているところが多いはずだからだ[50]。しかし、当時の改正前の区分所有法ではやはり「費用の過分性」の部分で訴訟を起されてしまう[51]。それゆえ、少しでも合意形成がしやすい比較的容積率の余裕のある旧住宅都市整備公団（現在の独立行政法人都市再生機構）の多摩、千里といった団地を目がけて大手開発業者が、一時期の地上げ屋のような動きを見せたのも頷ける[52]。区分所有法の改正はまさに、高経年のマンションを区分所有建物という居住形式が確立しない前の「負の遺産」として根絶やしにし、折からの超高層マンションブームの追い風となったものである。

Ⅰ．景観との緊張関係

改正法は、「費用の過分性」だけではなく「敷地の同一性」と「使用目的の同一性」も撤廃した[53]。この改正については、狭小敷地のマンションに「建替えの希望」を与えるものであるし、商業地で孤立したマンションに付加価値を生み出し建替えを容易にすることは自然な風潮であった。しかし、こうした建替えは、景観や近隣との間で新たな緊張を生むことになる。

景観とマンションの問題については、国立マンション訴訟[54]、都立大学理工

---

[50] このことは、私がこの論文で幾度か触れる、「管理組合が私的自治に堪えうる組織となっていない」一つの手がかりになると思う。まさに、区分所有権の脆弱性がここにある。

[51] 吉田徹編著『一問一答改正マンション法』62頁（商事法務、2003）によれば、「改正法はでは、費用の過分性を廃止し、建替えをすべきか否かの判断を専ら区分所有者の自治に委ねる」こととした。この背景には先述した「新千里桜ヶ丘住宅」の訴訟における最高裁の判断（最判H13.6.8判例集未登載）における「区分所有者の大多数の意思＝費用の過分性」があったものと思われる。

[52] 山岡淳一郎『マンション崩壊－あなたの街が廃墟になる日－』（日経ＢＰ社、2006）14-17頁では、さらに多摩地区の公団の欠陥マンションの建て直し等も改正を急いだ理由だと指摘している。

[53] 水本浩・遠藤浩・丸山英気編『基本法コンメンタール　マンション法』（日本評論社、2006）119-120頁〔稲本洋之助・鎌野邦樹〕

[54] 国立マンション事件については、2001年の宮岡判決（東京地裁）で20ｍ以上の部分の撤去という判断を下したが、高裁で一転撤去の必要なしとし、2006年３月最高裁も撤去の必要なしとして上告を棄却し確定した。しかし、「良好

学部跡地開発（深沢ハウス）など、枚挙にいとまがないというのが現実である。開発業者は少しでも住環境の良い地域にまとまった土地を求めていく。収益が見込めるからであって、決して「この最適な住環境をより多くの人々に満喫してもらいたい」というようなコピーのためではないのである。

訴訟提起してまもなくの深沢ハウス[55]に私は現地調査を行っているが、閑静な住宅街を抜けて歩いていくと、通りに面して城壁のように高層のマンションが林立している。真夏の正午近かったが、北側の戸建住宅に掲げてある「太陽を返せ」などの看板を写そうとしたが、上空が快晴にもかかわらず叶わないほどに暗かった。真っ直ぐ駒沢公園の方へ降りて周囲を眺めながら、団地内に足を踏み入れると、広い敷地に小川が流れ、別世界が広がっている。もちろん眼下には都内有数の緑地である駒沢公園が見渡せるのであろう。まさに「社会的ジレンマ」[56]を見る思いだった。戸建の人の最適な住環境は、団地の人の最適な住環境と引き換えにされてしまったのである。

Ⅱ．コミュニティ破壊の論理

こうした問題が、マンションの建替えにおいても今後大きくクローズアップされてくるだろう。第三章で私が取り上げる改正後初めてとなる「千里桃山台第二団地」の建替え決議無効確認訴訟[57]にしても、地域住民を巻き込んで住環

な景観に近接する地域内に居住する者が有するその景観の恵沢を享受する利益は、法律上保護に値するものと解するのが相当である。」とし、景観利益に法的根拠が与えられた。経緯等については、五十嵐敬喜・小川明雄『都市再生を問う－建築無制限時代の到来－』（岩波新書、2005）212頁以降がよくまとめられている。また、石原一子『景観にかける－国立マンション訴訟を闘って』（新評論、2007）に訴訟の詳細が書かれている。

55 世田谷区と目黒区の境にある。駒沢公園に隣接していた都立大学理工学部の跡地を長谷工コーポレーション他８社が共同で落札し開発したものである。周辺の用途地域は「低層住居専用地域」のところが多い中、都立大学があったことから、ここは「第一種中高層住居専用地域」となっていた。これも、五十嵐・小川前掲書注54　186頁以降に詳しい。本書では、産業再生法の申請をした長谷工の支援策となったのではと断じている。

56 山岸俊男『社会的ジレンマ－「環境破壊」から「いじめ」まで－』（PHP新書、2001）10頁、16-25頁。

57 詳しくは第三章で述べることとする。生活道路の問題、ゴミ集積場の問題

境の保全は死活問題となっているからだ。前章でも述べたが、現在は「適正化法」成立以来、管理組合が機能しているマンションにおいて、「建替え」を視野においているマンションは少ない。また、先述したように、開発業者は、等価交換比率の高い、合意形成のし易い、旧公団や住宅供給公社などの団地型の（敷地が広大な）マンションに照準を合わせているため、コミュニティごと大きく変容させていく危険性があるのである。さらにもう一つ、マンションの建替えで起こっていることは、「都市再生」[58]の名のもとに市街地再開発事業の中に組み込まれて事業化されていくことである[59]。既存の街並みや景観、さらに長年の都市計画さえも一変させるような計画が持ち上がる。なぜこのような施策が取られているのであろうか。根底にあるのは次のような理論のようである。それは、「従来から低層の戸建住宅に居住してきた持ち家世帯はそのまま居住を継続したいと希望するかもしれない」が、そのためには、相応の「費用負担が前提条件となる」というのだ。さらに、こうした土地所有者には、「大都市の土地課税は負担が低すぎるため、将来のキャピタルゲイン取得を留保した土地の低未利用という広義の土地投機が普遍的に存在する」とし、「負担すべき費用を負担することなく現状を維持したいのであれば、それは既得権者の甘えとの批判を免れることはできない」[60]と論じている。もっとも、「新規転入需要

など周辺住民も固唾を飲んで訴訟の推移を見守っていた。

58 五十嵐・小川前掲書注54　124-130頁。規制緩和策によって生まれた「都市再生特別措置法」が、いままで進められてきた都市計画と逆行し、スクラップアンドビルドを加速するもので、建築無制限時代となったとしている。2000年に導入された「特例容積率適用区域」（複数の敷地間で未利用容積率を移転することができる制度）が近年、商業地域だけでなく、低層と工業専用を除く用途地域に適用範囲が拡大されたこともこの一環である。123頁に「手品」と表現されているのは、言い得て妙だ。

59 「敷地の同一性」、「使用目的の同一性」の撤廃がこうした事業に組み込まれやすくなった。

60 福井秀夫『都市再生の法と経済学』（信山社、2001）115頁。福井教授は、さらに「本来あるコミュニティの姿とは、新規転入世帯を暖かく迎え入れつつ常に若返りを果たし、将来に向けて発展していくことにある」とし、「そのような営みがあれば、コミュニティの維持という命題と大規模再開発という命題が相反することになるとはいえない」と論じている。また、本書では、敷地を集約化し共同建替えを主張されているなど、区分所有法の改正時の審議会で意見を述べた背景がみてとれる。

世帯の利益との比較衡量が要請される」と結んでいるが、その意思は伝わってこない。これ以上の負担ができない、大量の新規転入者とコミュニティを再構築できない人々は他へ行くしかないということなのか。「規制緩和」に名を借りた地上げではないのか。本来、「都市は人の住み生活するところであるべきなのに」、都市計画において「産業や経済を優先させて」しまうことは本末転倒と言わざるを得ない[61]。

Ⅲ．既存不適格建築物の問題

大規模建替えや大規模再開発といった潮流の一方で、横浜市[62]や札幌市などの地方中心都市では、用途地域内のすべてにわたって「高度規制」[63]を敷いた。これは高層マンション群を規制して、住環境を保護しようというものだったが、札幌市において、施行前の駆け込み申請がなされ、竣工と同時に既存不適格となるマンションが平然と階数を積み上げてしまった。先日、ある会社の重要事項説明書を見せてもらったが、小さな文字で2006年９月29日より高度規制がかかる旨記載されている。説明したのかどうかは甚だ疑問だ。ひょっとすると記載していない会社もあるかもしれない。すでに将来「既存不適格」となること

---

[61] 早川和男『住宅貧乏物語』（岩波新書、1979）153-154頁。ここで、「都市の土地や空間は限られたものであるから、経済的な利用を優先しようとすれば、生活的利用は圧縮させられる。」とし、「都市計画とは、いかに人間にふさわしい居住環境をつくるかということが、中心になければならない」と論じている。また最近は、「超高層マンション」の居住が必ずしも相応しい住環境ではないとう報告が数多くなされている。（マンション学　第20号〔2004〕『特集　超高層マンションと都市居住』とくに織田正昭「超高層マンションの子育て環境」35-36頁、松本恭治「超高層人気の落とし穴」53-61頁　が興味深いが、その他、メンテナンスなどの高額化などにより定着率が悪く中古市場がダブつき、スラム化が加速度的に訪れるのではないかと危惧される）

[62] 田村明『まちづくりと景観』（岩波新書、2005）159-160頁。景観重視の都市計画が進められると既存のマンションはますます既存不適格となる危険を孕んでいる。

[63] 都市計画法の「高度地区」による規制。市町村の条例で細部を決める。ただ、この規制があったとしても、必ず高層マンションが規制されるわけではない。一団地認定や総合設計制度など、注58に示されるような「手品」がたくさんある。

を承知で販売するということは、「売り逃げ」ともとられモラルに反すると思うのだが、これが現実である[64]。

また、最近では、近年改正追加された、都市計画法第21条の２の都市計画の提案制度を使って、地域住民が自分達の街並みを保全しようという動きがある。すでに札幌でも南円山６条地区において、13階建のマンションの建設を食い止めた[65]事例がある。これも今後注目を集めるものと思う。ただ、ここでも地権者等の合意形成が必要であり、なかなかタイムリーに高層建築物を食い止めるのは難しく、事前に構築することが重要となる。

こうした規制によって、今後「既存不適格マンション」は激増するかもしれない。そうすると、建替えようと思っても、そこに全員が入れないということが起こり得る。いま現在でも高経年のマンションでは、その後の法改正の中で容積率不足のマンションは相当数ある[66]。今後、高度規制でさらに厳しくなると、建替え制度そのものが意味のない[67]ものになってくるのではないだろうか。すでに建替えられたマンションはある意味幸運だったということになりかねない。また、震災マンションのように一つ一つ緩和措置を出して合意形成を図るのであれば、所詮、先述した「高度規制」や「計画提案」などといった都市計画の決定は無意味になってしまうではないか。この件に関しては誰も声高に主張しないのは不自然だと私は考える。

いずれにしても、もうすでに管理不能になってスラム化しようとしているマ

---

64 先述の国立マンション訴訟で問題となったマンションは、「根切り」段階で地区計画が施行されてしまったため、これも竣工と同時に既存不適格建築物となっている典型例である。また、これを秘匿して説明をしないことは単にモラルに反するだけではなく、宅地建物取引業法第47条の「重要な事実の不告知」違反となる。

65 入江明美「住み続けたい思いから『地区計画』提案へ－暮らす論理－」マンション学　第24号〔2006〕16-20頁。マンションの建設計画が分譲業者の事情で頓挫していた間隙をついて都市計画提案制度を成就したもので、今後、このような取り組みは増えてくるものと思う。

66 前掲「総合調査」によれば、44.8％のマンションが容積率を超過している。

67 区分所有法62条によれば、建替え決議に賛成して建替え事業に不参加することを認めていない。全員参加するためには床面積が30％も減るのであれば、合意形成を得るのも至難の業である。結局諦めてスラム化の道をたどるしかないのかもしれない。

ンションがあることを認識すべきである。すべてのマンションが未来永劫建替えていくことは不可能であるのなら、新しい制度の構築を早急に進める必要がある。

第三章　マンションにおける多数決ルールの正義（改正区分所有法の問題点）

私たちは、民主主義のルールの根本として「多数決」を経験してきた。それが正しいとか間違っているかとかはあまり気にせずにコミュニティの意思決定として使ってきたのである。しかし、多数決が正しい答え（正義）を導くとは限らない[68]ことは、世界に戦争が絶えないことを例にとるまでもない。いま、私が敢えてここで多数決を論じようとしているのは、私たちの体に沁みついているはずの「民主主義」が、いつの間にか、新自由主義的な施策のもとに、市場世界に押しやられ、そこから毀れてしまった少数者の利益（高齢者や女性）を奪うことを平気でするようになったのではないかという着眼点からだ。地区計画が施行される前に、開発指導要綱が施行される前に、法改正される前、あるいは補助金がもらえる期限前になど、十分な討議を重ねずに多数意思を構成してしまえば、「多数決」は「専制」[69]と何ら変わらないではないか。また、いくら多数意思が少数意思の権利を圧倒する場合であっても、法の下の平等を実践する意味においても客観的な判断基準がなくてはならない[70]と考える。そう

---

[68] 斉藤規『正義とは何かー多数決は正しいか』（ポプラ社、1993）165-166頁には、多数決は民主主義の一原則でありすべてではない。「討論や議論などの〈方法〉と、自由や平等という〈価値〉があるのです。多数決という決め方は、こうした〈方法〉と〈価値〉を合わせ持ったときにはじめて、本当の民主主義となる」とし、その実現した社会が「正義」が実現した社会だとしている。

[69] 杉田敦『デモクラシーの論じ方』（ちくま新書、2001）22-31頁の記述が興味深い。

[70] 川島武宜『日本人の法意識』（岩波新書、1967）21-26頁。もちろん、法もその客観的判断基準になりうるが、それが多数決のみ（改正62条）ということでは、あまりにも正当性がないと言えるのではないか。なお、川島博士の『科学としての法律学』（弘文堂、1978）84頁において、「単なる政策の当不当が多数決で決められるのは、民主政治の基本原理として承認されなければならない

でなければ、市場原理にフリーライドする形で多くの区分所有者たちが、「正義」を見失ってしまうことになる[71]。2002年の区分所有法改正を経て、いま、マンションはその固有の「私的自治」を試されるときを迎えている。

第一節　不可解な区分所有法改正[72]の経緯

Ⅰ.「費用の過分性」の撤廃

改正前の区分所有法では、震災マンション以外で62条の建替え決議で建替えられたマンションは皆無で、ほとんどが全員の合意がなされた上での建替えが行われていた。それは、敷地が広く等価交換で、新たにローンを組むことなしに行えるケースであり、そういう意味では、前章で論じた同潤会江戸川アパートメントは特異なケースであった。ただ、戦前や戦後まもなく建てられたものは誰の目から見ても「費用の過分性」について疑いようはなかったのである。現在、ほとんどのマンションで修繕積立金が徴収されている。購入時に50万円程度一時金として徴収される場合もあり、マンションはいまや「長命化」を前提として居住者に販売されているのである。もちろん、売買契約に際して締結前に交付される重要事項説明書[73]でも、特別多数決によりまだ使用できる段階

としても、憲法に違反するかどうかの判断を多数決で決めるということは、それと問題の性質が違う。そのような経過をたどってきた法律に対しては、国民がわりきれないものを感ずるのはあたりまえである。」としている。

71　集会にもほとんど参加したことのない不在区分所有者や、建替えを目当てに購入してきた者の意見が急に幅を利かせてくるようになる。賃貸化率の高いマンションほど、居住している区分所有者との意識の違いが大きい。

72　星野英一『民法論集』第７巻（有斐閣、1989）315頁。「特別法には、民法的な規定と公法的な規定とが含まれているものが多くなっている。」と指摘されているが、この区分所有法は民法の特別法でありながら、特に公法的な色彩が強く時の政治思潮によって右往左往しているところがある。

73　宅地建物取引業法第35条により、分譲主は購入前の買主に対してこの法に基づく「重要事項説明書」を交付しなければならないが、修繕予定等は調査で判明すれば説明事項とはなるが、建替え等の可能性の有無については説明事項とはなっていない。ただ、すでに建替え決議がなされているものを売却する場合は、これを知っていて告げなかった場合同法第47条の違反となるものと考える。

でも建替えが可能であることは告知されていない。したがって、居住者（購入者）の意識としては、完全な所有権（持ち家）として考えていてもおかしくないのである。まさか、人生最大の買い物を、「マンションなど絶対的な所有権ではない」「所詮は空間利用権であるという割り切りが求められる」[74]と断じられてしまえば、日本人の持ち家意識とは似て非なるもの[75]となってしまう。そもそも、区分所有権という権利の創設自体に無理があったのかもしれない。

もちろん、本来の「所有権であっても、もはや絶対の自由を持っているものではない」[76]のだから、ましてや「区分所有権」に絶対性はないということなのかもしれない[77]。しかしながら、すでにマンション人口は1,200万人と言われている。やはり、一棟の建物を「区分」して所有するとしても、「独立した所有権である以上、どのような団体的拘束であっても、団体的意思が常に優位するというわけではない」[78]と思うのだが。

そもそも、この「費用の過分性」の撤廃は多数意思だったのか？「法制審議会建物区分所有法部会」の議事録を読んでも、中間試案[79]の取りまとめの段階

---

[74] 島本前掲書注35　179-180頁に、戎正晴弁護士の話として述べられている。

[75] 大本圭野『[証言] 日本の住宅政策』（日本評論社、1991）412-413頁。ここで、区分所有法成立当時財団法人住宅協会・公社側の代表であった畔柳安雄氏が大本教授との対談で、「分譲住宅をやるには、所有権が自分のものではないと日本人としては相当に不安なんです。だから、将来はどうあろうとも、一応所有権の対象になるというほうが安心して分譲住宅に飛びついてくれると思ったんです。また、確かにそうでした。」と振り返り、「現在でも、区分所有法には法的に不備な点がある」と危惧している。

[76] 我妻榮著、幾代通・川井健補訂『民法案内　物権法下』（勁草書房、2006）４頁。ここで、制限の態様を三つあげている。一つは、「公用収用」であり、二つ目は「一定の利用方法の禁止」、三つ目は「一定の施設を強制される」とし、最も強い「公用収用」の場合は必ず「正当な補償を与える」としている（憲法29条３項）。

[77] この文脈で、法制審議会に参加した森田宏樹東大教授は「建物の区分所有権も１個の所有権であって、所有権の絶対性が妥当とする考え方が現行法にもある」としているが、「未来永劫、存続が保障されているかといえば、そうではない」と述べている。（ジュリストNo.1249（2003）15頁）。

[78] 千葉恵美子「検証・新マンション建替え決議制度-理論的視点から」ジュリストNo.1249（2003）56頁。

[79] 別冊ＮＢＬ no.76『改正マンション法等新旧対照条文』（商事法務、2002）

において、「費用の過分性」要件は、甲案、乙案いずれにも明記されていた。特に、乙案については、「費用の過分性50％ルール」[80]を参考とした合理的なものであったし、この時点において甲案ないし乙案が多数意見であったと思う。ところが、数ヵ月後、事態は急変する。法制審議会に、総合規制改革会議のメンバーが乗り込んできたのだ。同会議のメンバーであった森稔氏(森ビル社長)、専門委員の福井秀夫政策大学院教授が法制審議会に出席するに至り、法務省が急に法案成立を急ぎ、客観的要件をすべて取り去り、単純に特別多数決で決められることになってしまった[81]のである。法制審議会の委員からも、「今回の改正は、民事立法の立法プロセスが変化してきていることを象徴的に示したという点でも、非常に興味深い事例であった」としている[82]が、言い換えれば、

または、「ジュリスト」No.1225〔2002〕の特集に詳細が掲載されている。NBLの134頁に客観的要件の撤廃云々については、なお検討事項とするとだけと触れているだけであり、この時点では、「費用の過分性」は多数意見であったし、残されるものととれる内容であった。事実、森田教授も前掲注77で引用した座談会の中で、「当初は（客観的要件廃止に）慎重だった法務省の説明の仕方がある時点で変わり、最終的な取りまとめ段階では、客観的要件を廃止しても既存建物への適用は可能であるという見解が表明されるに至りました。この点が、全体の意見集約のあり方が最終的に変わった大きな理由の一つ」と語っている。（ジュリNo.1249（2003）13頁）

[80] 西澤英和・円満宇洋介前掲書注33　201頁。さらに西澤准教授は、マンション学会神戸大会（2005）のシンポジウムでもこの「費用過分性50％ルール」を紹介しており、（マンション学22号〔2005〕19-21頁）このルールが復旧建替えの諸外国のスタンダードだとしている。また、日弁連もこの中間試案を受けて、その意見書の中で、この乙案が、客観的基準になりうると支持している。

[81] この経緯については、島本慈子『住宅喪失』（ちくま新書、2005）107-113頁に詳しい。

[82] 前掲注77、79と同じ座談会で司会をつとめた内田貴東大教授の言（ジュリNo.1249〔2003〕40頁）ここで、内田教授が、「マンションが区分所有権という一種の所有権の集合体ではなくて、むしろ一つの建物に住む区分所有者たちが構成する団体の持物であるという側面が強く出て」きて、「建て替えという非常に重要な決定において団体としての意思決定を尊重して、少数派の個別の所有権を守るためには法的な介入をしないという政策判断をした意味は大きい」とし、「今後区分所有法が大変面白い法領域になってきた」とは、部会を軽視された怒りが見えてこないのは甚だ疑問である。

本来、中間試案に近い形で法改正がなされるはずであったのに、「大きな力」が働いたことを認めているのだ。同じ年の６月に成立していた「円滑化法」の改正とともに、老朽マンションは「都市再生」におけるスクラップアンドビルドの標的とされてしまったのである。もちろん、国会の多数決で決まったものであるから、国民の多数が支持したものかもしれないが、「総合調査」における「建替えを全く検討していない→81.8％。」という意識とのギャップがそこにはあるのではないか。多くの区分所有者は、まだ区分所有権をかけがえのない所有権であると信じているのである。このような政治の思潮による法改正が行われれば紛争が絶えないことは予測できる。大きな声の少数を取るのか、小さな声の多数を取るのか司法の判断[83]に託すしかない。そして「多数者が公共的理由として提示するものは、正義の関門を通過しうるためには、自己の立場が少数派に逆転したと想定した場合でもなお自ら受容できるものでなければならない。〈彼ら〉をその少数性・無力性ゆえに抑圧搾取して多数者が〈我々〉の生の繁栄を享受するような政治決定は、いかに公共性を偽装しようとも、〈我々〉が〈彼ら〉だとしたら到底受容し得ない以上、正義のテストによってふるい落とされる」[84]というべきである。

Ⅱ．団地一括建替え決議の規定の浮上

「費用の過分性」については、法制審議会でも結果はどうあれ議論が行われたのだが、「団地一括建替え決議」（区分所有法70条）については、ほとんど議論がなされないまま、いきなり法案成立[85]となった規定である。先の森田教授ですら（前掲ジュリストの）座談会で「（棟別の３分の２以上）この数字がどこから来たのか説明がなされていないように思いますが」と参事官に尋ねているくらいである。この制度は、団地内建物の区分所有者及び議決権の各５分の４以上で団地内建物をすべて一括で建替えるというものだが、同時にその場合、

---

83 吉田前掲書注30　48頁

84 井上達夫『他者への自由－公共性の哲学としてのリベラリズム』（創文社、1999）223頁。また、井上は、『共生の作法－会話としての正義』（創文社、1986）202頁。においても、この「寛容」を説いている。

85 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２版』（日本評論社、2004）。ここで、69条と違い、この70条は、法制審議会で決定された法律案要綱にはなかったと指摘されている。

各棟ごとに区分所有者の定数と議決権（専有部分の割合）の各３分の２以上をクリアしていなければならないというものである。

この制度の一番の疑問は、あまりにも唐突に登場した各棟における３分の２以上の多数という根拠である。吉田徹法務省民事局参事官は、「論理的にどうとか、この数字でないと合理的ではないというようなことはいえない」と述べ、単純に敷地共有持分の５分の４以上という決め方もあるという前提で、「現行法の建物と土地が別個の不動産だという原理原則と新たな制度との架橋として、どの程度の数字が相当なのかということを考えて、落ち着いた数字が３分の２」[86]ということだとしている。しかし、本来、各棟にも独立して自治が存在すること[87]を鑑みるならば、各棟において62条の建替え決議（５分の４以上）を経てくる必要性はなかったのだろうか。それでは団地建替えが一部区分所有者のために立ち行かなくなるというのであれば、少なくとも現行法を尊重し、共用部分の変更行為でさえ特別決議にしていることを踏まえ、また、規約の設定変更がそうであることも鑑み４分の３以上というところで落ち着くべきではなかったのだろうか。私が、このように思う理由は、団地が形成される場合、相当年月をかけて建設されることが多く、同じ団地内でも築年数が離れているものや地盤が違うもの、施工業者が違うというケースも存在している。つまり、老朽化の進行しているマンションとそうではないマンションの違いもあるからである。また、現在、団地管理組合が機能しているところは多くなってきた[88]が、いま建替えを検討しているところのほとんどは、少し前までは棟別の管理組合しか機能しておらず、その管理組合の管理の差により老朽化の違いが出ているのだ。したがって、各棟別の要件を引き下げて３分の２以上としたことについては、以前の客観的要件が存在していれば建替える必要性のないマンションまでも巻き込んでいくことが予想される。その意味で、区分所有権をますます脆弱なものにしてしまうものであり、再考の余地があるのではと考える。

---

[86] 前掲注77、79、82（ジュリ No.1249）31-32頁

[87] 「適正化法」も「区分所有法」も各棟の自治を想定している。

[88] 団地管理組合が機能していても、規約を原始規約のままにしているところが多い。この点を立法者は理解していないように思われる。つまり、決議要件の前提となる、団地内建物についての規約が定められていない団地が意外と多いはずである。

Ⅲ．市場主義は無責任を産む（売渡し請求の時価額の問題）

福井教授が、法務省との意見交換において、「ただ少数者から奪うだけで補償しないわけではなく、そこにその形態で住む権利がある場合でも正当な補償というのが憲法上の要件。現在のマンション建替え円滑化法でも、現行の区分所有法でもそうだが、その分の対価は払うということで、市場価値として従前従後で等価だから、どんなに泣き叫んでも追い出していい（略）。」[89]と述べている。ところが、国土交通省の建替えマニュアル[90]を見ると、売渡し請求による時価の算定は、「再建建物が建築された状態における建物及び敷地利用権の価額とそれに要する経費との差額、または、再建建物の敷地とすることを予定した敷地の更地価格と現在の建物取り壊し費用との差額を基準として算定される。」[91]と、明らかに再建建物を取得する建替え参加者との間に不利益が生まれてくる。この算定方法のどこに福井教授のいう「補償」[92]があるのだろう。建替えに参加しない者と参加した者とで得る利益が違うということは、「衡平性」に欠けるばかりでなく、その所有権（居住権）を奪った「補償」をしないというのでは、少数者への迫害ではないのか。この売渡し請求の時価額の算定[93]は、あくまで客観的要件（費用の過分性）があったときのままのものである。改正法において変更されないのはやはりおかしい。公的収用による補償が憲法で明文化されているのに、私企業の開発利益を生む「私的収用」において補償がないというのは許されるべきではない。ただ、断っておくが、私は、補償を払え

---

89 島本前掲書注81　109頁

90 国土交通省住宅局市街地建築課　監修『よくわかるマンション建替え実務マニュアルースムーズな事業推進のための法と実務』（ぎょうせい、2006）10-11頁。

91 東京高裁平成16年７月14日判決（一審引用判決）を参考としている。

92 この補償については、山野目章夫「マンションの建替えをめぐる法律改正の評価」（前掲ジュリストNo.1249〔2005〕48-50頁）があり、ここで、憲法29条との問題で、「憲法適合性審査基準が用意されなければならない」と強調している。なお、最判H8.10.31民集50巻９号2563頁を引いた部分（49頁）は、私の「私的収用」を後押ししてくれる。

93 売渡請求における時価額については、澤野順彦「時価の算定」塩崎勤編『裁判実務大系19区分所有関係訴訟法』（青林書院、1992）504頁などに同調する。私は、区分所有法改正後は、時価額に「開発利益」・「補償」を含むとする澤野説を中心に検討されるべきと考えている。

ば「私的収用」がいいという考えではない。この改正が違憲である可能性の一つとしての視座を強調したものである。

第二節　管理組合の「私的自治」に対するコントロール

私は、法改正の前提に管理組合の強固性が必要だったと思うのだが、法は改正されてしまった。では、法が求める自治能力を「管理組合」は果たして備えているのだろうか。特に老朽マンションの場合は、慢性的な管理費滞納の問題を抱え、集会すら開けない状況の管理組合が相当数あると考えられる[94]。このような管理組合の実態を理解したうえで、私的自治を期待するのであろうか。そこで決めたことは「自己責任」だからということであれば、居住の「セーフティネット」は機能していないということになりはしないか。やはり、区分所有建物の出現により生まれたコミュニティとしての管理組合は、極めて人工的であり、実態は脆弱な存在[95]であるため、「私的自治」を全うできるコミュニティではないと言えるのではないか。逆に今後62条や69条[96]、70条の決議の有効性の要件として管理組合の能力を問題視されるべきである。つまり、改正法が客観的要件を廃し、「手続き要件」を強化したことで、今後これらの手続きをいかに「公正」に運営できるかどうかということが、決議の有効性に深く関わってくる[97]と考えるからである。

---

[94] 北海道新聞（平成19年１月15日朝刊）の記事によれば、総会は年１回というところが９割強、管理組合の理事会は４割弱が定期的に開いているという。この記事では、管理会社に任せ切りにしがちな住人の無関心が背景にあるとしている。この記事は私の第一章での調査を裏付けるものである。

[95] 吉田前掲書注30　第一部第一章「居住福祉法学の俯瞰図」17頁

[96] この論文では触れないが、団地内の建替え承認決議（団地一括ではなく各棟ごとの建替えを承認する決議）のことである。

[97] 前掲77、79（ジュリNo.1249）14頁　森田宏樹東大教授は、「今後は、建替え決議の合理性は、手続的要件を通じて、別の形で担保される」と述べている。つまり、手続面を強化したことで、客観的要件の検討も決議の前提において管理組合で行われるはずであると考えているものと思われる。しかし、私には強引なこじつけに思えて理解しかねる。

第三節　事例「千里桃山台第二団地建替え決議における訴訟」の争点[98]…試される私的自治

Ⅰ．背景

改正後初となる決議無効確認訴訟[99]が提起された。千里桃山台第二団地[100]（以下、「当該団地」という。）は、17棟380戸、現在の都市再生機構によるいわゆる「公団マンション」である。千里ニュータウンでも駅に至近で広めの敷地にゆったりと配置されており、隣接の戸建住宅との高さもそれほど違和感はない。私が2006年５月に訪ねたときはすでに、６戸を除いてほとんどの住民は立ち退いていた[101]。震災マンションのような危険性のために住めないというならまだ理解できるが、反対者が訴訟係属している現実を踏まえれば、建替えのための解体工事に着手するまで住民は住み続けた方がよい（仮住まいの費用を最小限にできる）と思うのだが、2005年３月６日の決議の日から約８ヵ月後の11月13日をもって一斉に退去してしまい廃墟と化していたのだ。

当初は全員一致による等価交換方式での建替えを目指していたが、2004年７月１日に吹田市の「千里ニュータウンのまちづくり指針」が条例として施行される前の６月29日に、事業協力予定者であった株式会社リクルートコスモス（現

98　この節については、私が2006年10月に行われた大阪地裁の口頭弁論を傍聴した際に、熊野勝之弁護士（被告代理人）や桃山台３丁目自治会（近隣住民）の方から頂戴した裁判資料並びに大阪地裁平成19年10月30日判決、大阪高裁平成20年５月19日判決（いずれも判例集未登載）等を参考に記述している。

99　当初、建替え決議無効確認訴訟が提起されていたが、現在それは和解している。しかし、建替え不参加者に対してなされた売渡請求に基づく「所有権移転登記手続請求等訴訟」（平成17年（ワ）第8415号ならびに平成18年（ワ）第7205号）において、決議無効も争点の一つとして争われ大阪地裁、高裁と敗訴し、最高裁第一小法廷で審理中であったが、平成21年４月23日に上告棄却となった。

100　山岡淳一郎『マンション崩壊－あなたの街が廃墟になる日』（日経BP社、2006）127-132頁にも記述がある。

101　震災マンションでの成功例を持つコンサルタントのアドバイスに従い、不参加者にプレッシャーを与え、早期解決を図るために行ったものだが、長期にわたってしまうと訴訟の結果によっては、戻るに戻れない（設備の劣化など）状況も出てくるため、こうした「まだ住める」マンションにおいてはこのような手段をとることは禁止されるべきであると思う。

：株式会社コスモスイニシア）が事前協議申出を行ったあたりから「法定建替え」（多数決）の動きが加速した。この条例施行により、容積率が200％から150％となることは、当然事業計画にも深刻な影響を与えるため、企業側の動きとしては住民の利益のためという方便であったかもしれない。この間、管理組合が建物老朽度判定調査を実施したところ「構造は問題なし、老朽化している箇所はいずれも修繕可」との判定を受けるも、全員合意の覚書の期限切れの９月末に、管理組合は「建替え推進決議総会」を開催、賛成77.8％を得た。その後女性部会との討議、有識者の講演などを開催し、2004年12月に議案要領他所定の手続きを経て、先述の建替え決議（翌年３月）に至ったのである。

その後、いくつかの訴訟が提起されたが、最後まで争われたのは、一住戸を譲受け区分所有者となった株式会社コスモスイニシア（原告）側から提訴された二件に対しての「所有権移転登記手続等請求訴訟」が併合審理され、最高裁の判断が待たれていた。原告には、管理組合が補助参加人となって早期結審の嘆願書がなされ、また、被告側は十分な審理を望む嘆願書を出すなど対立の溝は深く、さらに、近隣住民を巻き込んだ行政訴訟[102]にも発展していた。

Ⅱ．問題の所在と検討

私は、一連の区分所有権に関わる改正法が前提としている「私的自治」の能力が管理組合に備わっていないことが一番の問題だと考えている。そもそも管理組合は、毎日のように話し合いが可能な組織ではないのに、総事業費で何十億もの建設計画を構築・分析できるはずがない。結局は、開発業者主導で計画が押し進められていってしまうことになる。今般、当該団地の建替えにおける一連の流れは、区分所有者達が自らの意思で立案したものであろうか。

当該団地の管理組合は幾度の規約変更を経ているが、二度にわたる区分所有法の改正にも準拠していないし、長期修繕計画さえも保持していない。2002年の区分所有法改正の内容を建替えの規定だけ利用して、その他の改正には見向きもしていないのである。果たして、このような状況で立法担当者がいう合理性は担保されているのだろうか。「建替え決議までに十分な検討時間と情報を確保する手続を整備することで、管理組合における自治が有効に機能し、合理

[102] 隣接する桃山台３丁目住民らが2007年９月28日に吹田市に対して訴訟を提起した。

的な判断がされることが担保されている」とは考えにくいのではないかと私は考えている。

ⅰ）規約の有効性について

1983年の区分所有法改正において、それ以前の原始規約についても、全員合意の上で団地内建物を一括で管理している内容を持っていれば「みなし規定」により有効とされ、今回の改正でも有効と取り扱うのだから、規約は有効であるというのが裁判所の基本的考え方である。そこで、問題なのは、全員の合意が証明できるかどうかという問題であったが、これは少し前の「2007年４月27日判決」（当該団地の別訴訟、高裁で和解した。）と同様の論法で終始した。当時336戸における創立総会において「全員了承」があった旨議事録に記載があり、うち329戸（７戸分不明）の承認書が現存しているなど、分譲業者が当時の住宅都市整備公団で「公的性格」の強い事業者であることなど、そして、約38年間誰からも規約の効力について疑問が指摘されていないから、全員の合意が推認できるということであった。

しかし、当該団地の規約は、現行の「マンション標準管理規約」と比べればその精度は一目瞭然であり、かけがえのない380戸の区分所有権を守ってきた規約としてはあまりにお粗末な規約[103]である。これは、管理会社（ＵＲ関連会社）の怠慢でもあったのだろうが、2002年改正に準拠していないばかりか、1983年改正にも準拠していない[104]のである。このような規約をそのままにしておく管理組合もそうだが、「適正化法」施行後数年が経過しているのに、これを指摘しない管理会社は、少なくとも「公的性格」を有し信頼に足るとは言い難いのではないか。このような規約しか持たない管理組合に建替え決議がで

---

[103] 玉田弘毅『コンメンタール区分所有法』（(財）マンション管理センター、2005）113頁は、「分譲業者が分譲に際しその作成に係る原始規約案の内容を被分譲業者に対し的確に説明したかどうかなどで、その規約の有効・無効の判断に関わりがある。」としている。

[104] 私が問題視するのは、規約の設定・変更の要件である。1983年改正において初めて団地の規定がおかれ、各棟に関わる規約の設定・変更については、団地組合のみならず、各棟においても区分所有者の総数及び議決権の各４分の３以上の要件が加わったはずなのだが、当組合の規約にはそれが入っていない。「建替え」とは各棟に関わることであることを鑑みるとき、少なくとも規約の設定・変更を行うべきであった。

きると判断するのではなく、やはり、全員合意が確定できない（７戸分の合意書の消失）以上、改正法に準拠した規約に改正し、建替え決議を目指すことがあるべき「手続」の姿（下線は筆者）ではないのか。このような原始規約をそのまま使用している状況そのものが、法改正の認知度が低く、理事も含め区分所有者の多くに「区分所有法」自体も理解されていなかった証左であり、区分所有者の団体的意思として「合理的判断」がなされたか大いに疑問である。

また、建替えに関わったコンサルタントや弁護士は当時この事実を知っていたはずであり、なぜ、規約改正をしてから建替え計画を推進しなかったのか疑念を抱かずにはいられない。「適正化法」はすでに2001年から施行されており、2004年１月には「マンション標準管理規約」ができていたはずである。区分所有者の不明に乗じて、あえて規約の設定・変更をしなかったということなのかもしれないが、そうであるならばあまりにも不誠実である。規約は、マンションの最高自治規範であり、「憲法」ではないのか。

ⅱ）長期修繕計画の捉え方

地裁判決においては、「長期修繕計画が策定されている」かのごとく捉えられているが、当該団地において長期修繕計画はない。これは、2004年12月21日付けで通知された「建替えの臨時総会招集通知書」の最後のページにしっかりと記載されている。判決文によれば、最新の修繕計画案は2003年１月のものとしているが、これは10年（中期計画である）とやはり通知書に書かれている。そもそも大阪地裁は「長期修繕計画」というものを理解していないのではないか。本来、長期修繕計画とは、「計画期間は25年程度以上であり、計画修繕の対象となる工事として外壁補修、屋上防水、給排水管取替え、窓及び玄関扉等開口部の改良等が掲げられ、各部位ごとに修繕周期、工事金額等が定めれているもので、なおかつ全体の工事金額が定められたものでなければならない。そして概ね５年毎に見直しをすることが必要」とされるものである[105]。当然、理事に報告されるばかりではなく経費の支出を伴うものであり、総会において議案としても区分所有者全員に告知されているはずである。この長期修繕計画がしっかり作成されていないということも重大な「手続的」瑕疵[106]と言える

[105] マンション標準管理規約コメント参照。

[106] 例えば、鎌野邦樹・折田泰宏・山上知裕編『改正区分所有法＆建替え事業法の解説』（民事法研究会、2004）117頁。長期修繕計画がない以上、建替え決

のではないだろうか。ここでも、「適正化法」における管理業者の基幹事務における怠慢がみてとれる。

さらに私が疑問視するのは、老朽化判定度調査において、17棟の団地のうちサンプリングが3棟だけという点である。しかし、地裁判決では、「確かに、サンプリング調査は全件調査に比して推定に係る要素が多くなる点で信頼性に一定の限界があることは否めない」としつつも、「経費や手間の削減、期間の短縮等の利点もあり、それ自体不合理な調査・推計方法であるといえないし、本件においては、サンプル数の設定やサンプルの選定に特段不合理な点があったことを認めるに足りる証拠はない」とし、長年適宜報告してきたし、被告らが出席した総会で異議を述べていないことも理由としているが、被告らに専門的知識を求めるかのようなやや乱暴な論理を展開しているのである。また、事前の通知、説明会の趣旨を、「手続要件の前提をなす上で、建替えをするか否かの判断に際し、区分所有者が合理的な判断をするに足りる程度の情報の記載を要求する一方で、通知等された内容そのものが建替えの合理性を客観的に担保する必要まではないと解するのが相当である。」とした判断は、改正法で本当に「手続要件の厳格化」がなされたのか疑問が残る。

数十年経た建築物において、その施工時期、施工業者はもちろん、地質的・地理的条件や使用状況などによっても建替えの態様が違うのは常識である。もし、改修も建替えと同じ俎上で検討するのなら全棟で詳細な劣化診断を行う必要があったろうし、また、リニューアルも一緒にもっと詳細に検討すべきであった。これらの点からも当初から「建替えありき」だったことが示されるのではないか。

ⅲ）議決権行使書[107]の事前開封の疑い

これは悩ましい問題であるが、「建替えマニュアル」[108]にも具体的な取り扱いは記載されていない。しかし、取り扱いを間違うと、賛成派からの切り崩し

議の議案である「建替えをしない場合における建物の効用の維持又は回復をするのに要する費用の額及びその内訳」が精確に提示されているか疑問である。

[107] 区分所有法39条2項　「議決権は、書面で、又は代理人によって行使することができる。」。要するに、事前に委任状ではなく、賛否を記載した書面で投票できるのである。この事前議決権行使書は集会の決議の時に開封するものであるべきなのだが、それを決議前に開封することはどうだろうか。

[108] 前掲書注90

やまたその逆という多数決ルールを踏みにじる結果となってしまう。今回のケースはその典型例であるといえる。同潤会江戸川アパートメントのケース[109]のように、「議決権行使書」の取り扱いを合意して臨めばよかったのであるが、千里の場合は、原告代理人[110]が事前開封をし、その後反対していた者が賛成に転じてしまった。このことにより、各棟の3分の2以上という要件をクリアすることになり、決議の成否に関わる問題となってしまった。この点においては、手続的正義という観点からも疑問が投げかけられて当然であると思う。確かに議決権行使書の形式的有効性を確認するために開封をするということはあって当然だと思うが、当時管理組合の顧問弁護士であったものが、建替え賛成派と反対派に配慮したルールを設定しそれに則って開封をするのでなければ失当だったのではないか。反対者側の立会人を受け容れなかったことや三度の事前開封など、一連の手続の公正さに私も疑念を持っている。地裁判決は、ここでも「不合理とは認められない」と判断するのみであった。

ⅳ）第70条の違憲性について

団地一括建替えにおける棟別各3分の2以上の要件についての疑問はなかなか拭えない。各棟別において1/3の反対者の声は無視されるという規定は、「区分所有法」の他の条項とのバランスからも説明がつきにくい。先述した「共用部分の変更」や「規約の設定・変更」の他にも、第59条に義務違反者に対する区分所有権の競売請求という規定があるが、この規定は、管理費を長年にわたって不払いし続けているとか、暴力団の組事務所として使用していて発砲事件があったとか共同の利益に反する行為を行った者に対して、その者の区分所有権を競売して「追い出す」ことができるというものである。これは団地管理組合で決議することはできず、棟別で区分所有者の総数及び議決権の各4分の3以上でないと訴訟さえ提起することができないのである。第70条において、善良な組合員が各棟の3分の2以上の決議のみで追い出せることは、団地全体で5分の4以上を確保しているとしても、義務違反者を4分の3以上で決議してその後訴訟を経ないと追い出せないということと矛盾しないのであろうか。

---

109 太田他前掲書注43　第二章148-151頁。

110 当時、原告（現株式会社コスモスイニシア）代理人は、管理組合の顧問弁護士でもあった。その経緯は不明だが、李下に冠を正さずとした対応が求められたと思うのだが。

弁護団は一貫して、憲法問題と国際人権規約について拘ってきた。先に、区分所有法第70条において、各棟の議決要件が各３分の２以上とされている点について、第59条と第68条との整合性に疑問がある点を指摘したが、そもそも、建替え決議そのものが［適用違憲］の問題を抱えている。これまで私が力説するように、マンションの管理組合に財産権を私人間において左右できる「私的自治能力」はないのである。法律は違憲でないとしても運用する側にその能力が備わっていないのに押しつけた市場原理主義のミスリード（社会経済政策上の失敗）であったと考える。山野目教授は、いくら客観的要件が撤廃されたとしても、建替えに合理性を欠くと認められる場合は、「民法１条２項・同条３項・90条などが提示する一般法理に照らし、建替え決議の無効原因を構成する」とし、「このような一般法理による牽制を伴うことのない62条の運用は、憲法適合性を確保し難い」[111]と62条でさえ疑わしいと指摘されている。私は、地裁判決において言及している「区分所有法70条が建替えの必要性等について区分所有者の自治に委ねていることからすれば、その自治に基づく判断が明らかに不合理であると認められる場合に限って、適用違憲の問題が生じ得るとも考えられる」としたことには評価しつつ、管理組合の脆弱性の証明が今後の課題だと考えている。もっとも大阪地裁が、こうした論点をすべて「自治に基づく判断が明らかに不合理と認めるに足りる証拠はない」と片づけてしまっている点は極めて残念である。

ｖ）まちづくり指針との緊張

吹田市条例の「千里ニュータウンまちづくり指針」[112]が2004年７月１日に施行されるのに伴い、当時、全員合意を前提とする共同事業予定者であった原告が、容積率200％が150％になると計画が頓挫することを危惧して、２日前の６月29日に駆け込み申請[113]を行った。

現在行われている都市再生の手法の多くは「既存不適格建築物」を作り出している。現在の権利者の利益だけを優先して、経済活動の活性化を目途として

---

111 山野目前掲注92（ジュリ No.1249　50頁）

112 「千里ニュータウンまちづくり指針」2004年７月１日に吹田市の条例として施行された。現在、事前協議申出書を受理されたものの、開発許可は、近隣住民との協議成立がハードルとなる。しかし、近隣住民とコスモスイニシア社との軋轢は大きい。

113 この申請自体、果たして原告に申請者としての適格性はあるのだろうかと

建設された建物は、次世代に同規模の建替えが出来ないだけでなく、資産価値を急落させて急速なスラム化を生み出す危険も孕んでいるのだ。東大の西村幸夫教授は、「都市計画をめぐるパラダイムは、価値増進型の環境開発から、価値維持型の環境保全・再生へと大きく舵を切らなければならない」とし、「都市空間を経済活動の草刈場としてはならない」と述べている[114]。このような将来世代に無責任な開発が果たして公共性を認められるのだろうか。

その意味で、地裁判決における「吹田市のまちづくり指針の問題は、将来の２回目の建替えをしなければならない場合に問題となるにとどまるのであるから、まちづくり指針に関する情報提供の問題は、まちづくり指針の法規範性等について検討するまでもなく、手続を明らかに不合理ならしめる事情とまではいえない。」という、今がよければ後はいいという思考には疑問が残る。そしてまた、昨年９月28日地域住民らが、吹田市の原告になした同意処分の取消しを求めて行政訴訟を提起したことでも証明されたように、地域の中でコンセンサスが得られているとは言い難いのである。大阪地裁が「公共の福祉に適合する限り財産権について規制をくわえることができる」[115]を持ち出して論理構成を組み立てているが、「団地再生」は何も建替えという選択肢しかないわけではない。「リニューアル」という選択肢もあるのだ[116]。できる限り使えるものは使っていくことこそ、公共の福祉に合致するものではないだろうか。私企業の利益の温床に区分所有権を差し出してはならない。私は、それが次の世代につながるものだと考えており[117]、あくまで「まちづくり指針」を遵守して団

いう疑問は大きく残る。本件団地はこの時点において「全員合意による建替え」を目指していて、その前提で原告は共同事業予定者となっていたのだ。しかも、法定建替えによる決議は翌年のことである。どうも順序が違うのではあるまいか。したがって、敷地の特定も不明瞭であるとの問題も出てきている。したがって、この申請通り建築ができない可能性が高い。そうなると、この訴訟は「絵に描いた餅」を巡って争われているのか。

[114] 淡路剛久監修、寺西俊一／西村幸夫編『地域再生の環境学』（東京大学出版会、2006）130頁。

[115] 最大判昭62・４・22（民集41巻３号408頁・判時1227号21頁）

[116] 具体例として理解できるのは、ＮＰＯ団地再生研究会・合人社計画研究所編『団地再生まちづくり－建て替えずによみがえる団地・マンション・コミュニティー』（水曜社、2006）

[117] 都市再生と団地再生については、南部孝幸「都市再生に翻弄される区分所

地再生を図るべきであり、抜け駆け的なものに行政が加担するようなことはあってはならないのである。

vi）その他

私は、売渡請求の時価額の算定においてやはり、「補償」の分が加味されていない点に疑問を感じている。転出者への買い取り価格が所有権評価額の90％程度であったことなどから、売渡し請求の価格もこの域を出ないと思われるからだ。実際に交わされた「従前資産売買契約書」によれば、所有権評価額 3 LDK（66.45㎡）25,166千円 → 転出者への買取価格 3 LDK 22,838千円 建替え付加金 全戸へ 3 LDK 1,850千円となっているようである。この契約を交わす前に退去した人から、これと同等の価格で売却できたという話を聞いており、この価格は当時の「時価」に近かったと思われる。売出価格については不明であるが、再建マンションが4,000万円（仮定）で売り出されることになれば、建替え参加者は4,000万円の財産を手に入れることができ、不参加者は半値近い金額で出て行かなくてはならない。これで区分所有者間の衡平は保てるのであろうか、そして開発業者との交換的正義[118]は確保できるのか。やはり、ある程度の補償の余地があるように思える。

一斉立退きに際して、株式会社コスモスイニシアと建替え参加者は売買契約を締結したが、その際の契約内容があまりにも不利な契約であり、その部分でも対立がある。被告弁護団は消費者契約法に違反するものと主張するが、私は、さらにこの契約が従前資産と従後資産との等価交換契約であるならば、宅地建物取引業法第35条の重要事項説明書、第36条の契約締結時期の制限、乃至は第47条の重要な事実の不告知違反に抵触していると指摘しておきたい。「基本協定書」を作成し従後資産の売買契約書を後回しにするという手法でこの問題をクリアしているというが、従前資産売買契約は、あくまで従後資産が等価で手に入ることを前提としており、これにより「一斉退去」という後戻りのできな

有者の居住権－都市再生は都市崩壊へのプロローグ」日本居住福祉学会編『居住福祉研究６』（東信堂、2008）145頁-151頁。

[118] 平井宜雄『債権各論Ⅰ上 契約総論』（弘文堂、2008）105-106頁。平井教授は、合意の内容がそのまま実現されれば、各当事者の投入したものと得たものの比が両者とも等しいという意味において均衡を失する状態が出現するとき「交換的正義」に反するとしている。また、各当事者の相互の言動により交換の比率の計算を誤ったままなされた場合も同様であるとしている。

い義務を伴っていることを考慮すれば、従後資産の建築確認も得ていない、いわば「絵に描いた餅」を取引の目的にしていることは許されるべきではないと考えるからである。

その上で、私は、この契約を有効にするため[119]に、先述したように2005年の11月13日までに（建替え参加者に）退去を迫って実際に明け渡しを強制したことが重要な問題であると思っている。この時点で翌年４月まで裁判日程が決まっていることも知らされず、この行為が早期解決に結びつくと思い退去した者も少なくないという。このマンションは震災マンションのように、いつ余震で壊れるかもしれないという危険性が迫っていたわけではないのである。単に建替え不参加者にプレッシャーを与えるために行われた暴挙というべきであり、退去した者にとっても長期間の仮住まいという苦痛を与えるものであって許されざるものといえる。今後の建替え事業への悪しき慣例とならないよう司法の判断が望まれたが、ここでも地裁判決は、早く新しいマンションに住みたいという意思表示と追認している。しかし、いつ戻れるともメドがつかない中での住居移転は、震災マンションで多くの人が戻ってこない現実をみても、居住区分所有者達に不利を強いる不適切な対応であると思うし、結果的に再建マンションへの入居を断念することを加速させ、建替え決議を無意味なものにする危険性がある。事実、当該団地においても相当数の区分所有者が戻ってこない[120]のである。

こうした中で当該団地において多数を構成した勢力が「不在区分所有者」である。第一章で管理組合の自治能力に微妙な影響力を与えるものとして、区分所有権の賃貸化があると指摘したが、ここでもその影響は大きかった。彼らには、確かに賃借料は入らなくなってしまったかもしれないが、仮住まいという負担は強いられない。また、建替えが近いということで「投資」のために購入した者も相当数いると聞く。管理組合活動はもちろん草刈や植栽、各種行事な

---

[119] 期限を守らなければ買い取り価格を２割値引かれるばかりでなく元の団地に戻る権利を失うというもの。しかも、全員で売り渡さない場合、株式会社コスモスイニシア（現）は契約を解除できるとしている。その期限を11月13日と区切られて退去が一気に加速した。

[120] 2008年12月におよそ100戸近い（建替え決議に賛成をし、参加を表明していた）区分所有者が従前売買契約書に基づき株式会社コスモスイニシアに買い取られた。

ど地道にコミュニティを築いてきた居住区分所有者にとって「禿げ鷹」のように襲ってきたと感じられるのも無理からぬ話である。もちろん、在・不在によって権利の差をつけることは難しいかもしれないが、今後このような問題は様々な集会の決議の場面で起こり得る問題であると思う。大阪高裁は、区分所有権を「その程度の権利」と切って捨てた。それならば両者の間でドラスティックに権利の差を法制度によって決めることも考慮すべきである。

第四節　多数決への疑念…正義の拠りどころ

Ⅰ．一般論の展開

Ｊ・Ｓ・ミルは『自由論』の中で、「個人は、他人の迷惑になってはならない」とし、「個人は、彼の行為が彼自身以外の何人の利害とも無関係である限りは、社会に対して責任を負っていない」[121]と述べている。すなわち、人に迷惑をかけない限り、世論も国家も個人の生活に口を出すべきではないと述べている。そして、「国内に存在している広大な教養と練達した知能の一切が、厖大な官僚群の中に集中し、社会の残りの人々は、何もかもひたすら彼らにだけ期待することになるであろう。すなわち、一般国民は、自分たちの為さねばならぬ一切の仕事に関して、彼らの指導と命令を期待し、能力と野心を持つ者は、自己の立身出世をそこに求めるであろう」といい、国の官僚機構が肥大化すれば、いかに民主主義国家であっても、また、出版・言論の自由が確立していても、「自由」は名ばかりのものになってしまい、国家は衰退すると警告している。

最近の日本の現況をみるとどうであろう。選挙（多数決）で選ばれた国会議員による政府の施策が、必ずしも国民の多数者の支持を得られているとは言いがたく、年金問題、公務員制度改革など枚挙に暇がないほどである。国民を向いているかのように装いながら、声の大きい少数者が多数者を圧していく、ある意味危険な兆候であると言わざるを得ない。官僚機構が思い描いたシナリオが政府と与党のねじれに代表される現象であるとするならば、国民は益々混迷を深め、言論の自由がありながら言葉を失い、多数者であったとしても「法」に遵わざるを得なくなってしまう。昨今の新自由主義の流れは、ミルの危惧し

[121] Ｊ・Ｓ・ミル／塩尻公明・木村健康訳「自由論」（岩波文庫、1971）189頁、222頁の「危害原理」である。

た「少数者に対する多数者の専制」[122]であるばかりでなく、全体主義的な側面も垣間見られるのである。

ロールズは「多数決」を「不完全な手続的正義」と考え、それを補完するものが「市民的不服従」と捉えて[123]、その正当性を民主主義の原理に適ったものと考えている。「われわれは多数者が法律で決めたことに従う責務と義務を有する場合が多いのだが、もちろんそれに対応して、多数者が制定したものそれ自体を正義に適ったものとみなすべき責務と義務が存在するわけではない……市民は、自己の行動を民主主義的権威の判断に服しこそすれ、自分自身の判断をそれに服させるわけではない。したがって、もし多数者の制定した法律に一定限度を超えた不正義があると判断された場合には、市民は市民的不服従を考慮できるだろう。なぜなら、われわれは多数者の行為を無条件に受け入れ、自分及び他人の自由の否定に黙従することまで要求されていない」からだと述べている。

では、正義に悖る法には遵わなくてよいのか。もっともロールズも「さしあたって」の遵法義務は容認している。しかし、ハートの「道徳的に邪悪なルールもやはり法」[124]ということになると、法治国家に生きる者であっても、「疑わしい法律」[125]には一旦遵っても、自己の判断で「不服従」を模索するのが民主主義ではないだろうか。多数決で民主的に制定された法であればすべてに服従しなければならないとすると、多数決が必ずしも「正義」を導き出しているわけではないことを鑑みるとき、法が多数者の専制の道具ともなりかねないのである。つまり、「立憲民主制のもとでは、政治的な取引交渉や功利主義的計算に服しない一定の基本的な権利が、すべての市民に対して平等に保障されており、このような基本的権利は、多数決によっても侵害することが許されない」[126]のであり、「居住」の権利はこの「基本的な権利」の一部であると言えるので

---

[122] さらに続けて、ミルは「個人の自由は、多数者が支持する民主主義的な権力によって抑圧される可能性がある」と警戒している。

[123] ジョン・ロールズ／矢島鈞次監訳「正義論」（紀伊国屋書店、1979）276-302頁または、同／田中成明編訳『公正としての正義』（木鐸社、1979）201-218頁。

[124] H・L・A・ハート／矢崎光圀訳『法の概念』（みすず書房、2000）230頁。

[125] ロナルド・ドゥオーキン／木下毅・小林公・野坂泰司訳『権利論』増補版（木鐸社、2004）第7章。

[126] 田中成明『法理学講義』（有斐閣、1994）291頁。

ある。

また、加藤尚武京都大学名誉教授は、「『権利はすべて多数決制度にもとづく合意形成によって正当化される』ということはなりたたないだろう。なぜなら多数決の正当性が権利に先行するのであれば『少数者の権利』という概念がなりたたなくなるからである」とし、多数決制度への参加をゲームにたとえて、「『権利とは、そのゲームの敗北者ですら奪われることのない持分』という性格を帯びている。『権利を侵害するような合意形成は無効である』ということが合意形成のルールであるとすれば、権利は合意形成に先行することになる。」[127]とした上で、法実証主義者にとって「権利」という概念は封じ込めてしまいたい鬼門であると述べている。さらに同教授は、20世紀に正義が問われた手続的問題として、「①多数決制度のために重大な利害関係者に決定権が認められない結果になる。②持続可能性のない制度や産業形態が存在するので世代間に不公平が生ずる。③利害関係者に決定権をみとめる国民自決権が国民を窮地に追いやっている。④強者・多数者の悪意がなくても弱者・少数者の権利が合法的に侵害される。⑤特定人に危害を加えない個別的な利益の追求が全体では有害な結果になる。つまり、主権国家、多数決主義、市場経済が正義の実現を不可能にする側面がある。」[128]とし、多数決制度への過信、新自由主義における市場経済のあり方に警鐘をならし、持続可能性のある社会の創出のために「正義」の再考を促している。現代日本社会は、市場経済にも国家にもガバナンス（統治）が機能していない[129]状況で、多数であれば「公共性」があるかのごとく、景観訴訟や雇用問題など平気で個人の「権利」を脅かしているのであり、このようなガバナンスの能力不足が多数決制度の（危うい）倫理欠如をもたらしていると考える。

Ⅱ．多数決ルールが機能するために…民主主義のダイナミズム

多数決決定の条件として、「匿名性」と「中立性」ということが重要な条件

---

[127] 加藤尚武『合意形成とルールの倫理学－応用倫理学のすすめⅢ』（丸善ライブラリー、2002）191頁。

[128] 加藤前掲書注127　213頁。

[129] Ｊ・ジェイコブス／香西泰訳『市場の倫理　統治の倫理』（日経ビジネス人文庫、2003）389-390頁。

の一つとしてあげられる[130]。しかし、当初、全員一致で議論を進めていく中で「匿名性」と「中立性」というものは崩れていってしまうものである。これは、日本人の議論下手ということも起因しているのかもしれないが、市場のメカニズムが許さないともいえる。すなわち、多数派が自己の利益を重んじるがために個人への尊重を欠く行動に走り、配慮に欠けるようになり、堂々巡りを避けるために多数決が用いられることになりかねないからである。そこに平等（中立）性の概念が入り込めなくなってしまう。また、理想である全員一致に向かう場合でも、暗黙の威圧のような個人の選好を歪めるような働きが作用する場合が少なくない[131]からである。

では、何をもって多数決の公正を保つかだが、ロールズは、「公正な機会の平等」という条件下で、「社会の中で一番恵まれない人々に大きな利益」という、正義の原理に適うものでなければならないと述べているが、この点に関して、アマルティア・センは、最も不遇な人への利益の最大化に固執するあまり、正義の概念が大幅に制約されてしまうと指摘[132]している。また、共同体論者（コミュニタリアン）のM・J・サンデルは、「原初状態によって、現存の欲望や欲求からの離脱が真に達成されるかどうかを疑問視する」[133]とし、その無知のヴェールという環境があまりに人々の置かれている環境とかけ離れていて、抽象的で現実味がなく説明がつかないと批判している。しかし、一方でサンデルは「『コミュニタリアニズム』が多数決主義の別名、あるいは、いかなる所与のコミュニティにおいても、いかなる所与の時でも、圧倒している価値に、権利が依拠すべきであるという考えの別名である限り、それは私が擁護したい見解ではない。」[134]として自ら『コミュニタリアニズム』の限界に言及し、ロー

---

130 アマルティア・セン／志田基与師監訳『集合的選択と社会的厚生』（勁草書房、2000）87-95頁において、「アローの定理」についての解説を加えている。

131 セン前掲書注130　35頁。様々な駆け引きと引き換えに恣意的な合意に達する場合がある。

132 アマルティア・セン／池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討』（岩波書店、1999）117-120頁。

133 M・Jサンデル／菊池理夫訳『リベラリズムと正義の限界』原著第二版（勁草書房、2009）30-32頁。

134 サンデル前掲書　注133　第二版の序（vi-viii）において、コミュニタリアンであるサンデルが、若干の修正を試みているように思えるが、「コミュニティ」

ルズとの争点は、「個人とコミュニティのいずれの要求に重要性を置くべきかではなく、社会の基本構造を支配している正義の原理が、その市民が信奉し、競い合う道徳的・宗教的信念に関して、中立的でありえるかどうかである」とし、個人の正（権利）は、（「コミュニティ」における）道徳的重要性に正当化が依存していると主張している。そもそも、「共同体論者たちは、集団の成員は自らの属する集団の価値との間に『構成的』なきずなを有していると信じており、それゆえ、共有された価値の実現を促進するために個人の権利を制限しても、いかなる危害も加えることにはならないと信じている。」[135]のであるから、道徳的価値が共有されているという環境の認識も現実味がないような気がする。つまり「多数決主義を擁護しない」という点においては、リベラリズムとコミュニタリアニズムの接近なのかもしれないが、圧倒している価値の見極めについて公正さを確保することはコミュニティには難しい作業なのではないだろうか。

こうしてみると、「多数決＝民主主義」という見方には誤解があるようである。民主主義を機能させるためには、投票や選挙結果が尊重されるのはもちろんだが、「自由を守ること、法的権利や法的資格が尊重されること、自由な議論が交わされること、公正な意見と情報が検閲なしに公表されることなど」[136]が保障されていなければならないとし、反対者が十分な主張の機会を与えられなかったり、有権者が情報を得る自由を享受して検討できなければ、それは民主主義とは似て非なるものになってしまうのである。こうした民主主義の要求が保障されなければ、多数決を強調するあまり、手続・形式に矮小化されてしまう[137]怖れがあるからだ。何より公正な手続きに遵った結果だという「錦の御旗」

の道徳的重要性を追求することは個人の選択の自由や尊厳というものが損なわれる危険はつきまとうのであり、弁解のように思えてならない。

135 ウィル・キムリッカ／角田猛之他監訳『多文化時代の市民権』（晃洋書房、1998）138頁。

136 アマルティア・セン／大石りら訳『貧困の克服－アジア発展の鍵は何か』（集英社新書、2002）118頁。

137 中村浩爾『現代民主主義と多数決原理－思想としての民主主義のために』（法律文化社、1992）201頁以下。民主主義は政治の理論である前に、まず社会の理論でなければならないという評価は、「生活様式あるいは生活形態としての民主主義」という点で有力であるとしている。

で沈黙させてはいけないのである[138]。さらに付け加えると、少数者が「言論の自由の下、「現に政権を握っている多数勢力を忌憚なく批判し、言論による説得によって、多数勢力にまで成長しうる可能性の保障」[139]こそ民主主義のダイナミズムといえるからである。

Ⅲ．手続の大切さ…手続的正義の確保

多数決はいまや意思決定における必要悪になっているのであろうか。マンションのコミュニティにおいても、マジョリティの側の声が意外と小さいなど、日本人には特有の「支えあい」＝依存し合う性向[140]があるのかもしれない[141]。「長いものには巻かれろ」という物言わぬ多数（時にはフリーライドにも向かう）が溢れかえっているのだ。直接、自分に火の粉がかからなければ多少の不便は目を瞑って妥協する。自己判断能力が欠如してしまった多数派依存症候群が大量に生産されている。そうした多様な価値観を持つもの同士が、他人の権利を奪うことにもなる「決議」を行えるのか疑わしいとはいえないだろうか。

ならば、いかにして決議するかである。当然、意思決定の過程で、全員合意の目標でやっていくことがベストな選択であり、その上で、建替え後の「衡平性」を確保できれば全く問題はないのである。しかし、先ほども述べたように、マンションは多様な価値観を持った人の集まりであるため、なかなか全員一致の合意形成を導き出すことは至難である。

---

[138] 佐伯胖『きめ方の論理－社会的決定理論への招待』（東京大学出版会、1980）53頁。

[139] 碧海純一『法と社会』（中公新書、1967）144頁。少数派の市民的不服従が高まり多数派となっていくシナリオは、ハンナ・アレントともつながる（川崎修『アレント－公共性の復権』（講談社、1998）260頁。）。

[140] 中島義道『「対話」のない社会－思いやりと優しさが圧殺するもの』（PHP新書、1997）92-96頁。

[141] いわゆる「調整問題状況」である。「大多数の人がとるような行動にあわせて自分も行動しようと大多数の人が考える状況である。人によって多少の便・不便はあっても、いずれが正しいかをことごとしく議論するより、いずれかに決まっていること自体が、そして決まったことに大多数の人々が従うことが肝要な事柄」とする。つまり、各当事者は、いずれも他の当事者の出方を予想しながら、各自の行動を調整しようとする。長谷部恭男『比較不能な価値の迷路－リベラル・デモクラシーの憲法理論』（東京大学出版会、2000）5頁参照。

まず、「建替え決議」では心得ておかなければならないことがあると私は思っている。この決議は、少数者から「何物にも代え難い物を奪う」ものであるということだ。「区分所有権」は好きなように取り上げることができるものではないという前提を理解しておかなければならない。その意味で、議論は徹底的に尽くさなければならないのである。このとき時間は制約してもかまわないが、それが外的要因ではなく合意の上での制約でなくてはならないと思う。さらに議論の検討材料（情報）を理事会が隠匿することなく開示し、欠席者への報告など情報の乗り遅れをさせないようにするべきである。議論によって、相手方の情報を受け取ることができ、少数者の痛みを知ることは多数者にとってもマイナスであるとは限らない[142]からである。しかし、これらを担保するためには管理組合のコミュニティとしての能力が問題視されるのである。

いずれにせよ、区分所有法は、管理組合に「私的自治」を期待している。管理組合がいままでのコミュニティの歴史を試されるのが「建替え決議」である。しかし、この多様な価値観をもった集団は錯綜して収拾はつかず、手続的工夫による「手続的正義」の確保に止まらざるを得ないことが多い[143]ことを覚悟しておかなければなるまい。その意味で多数決ルールの公正さは厳格でなければならないのである。繰り返しになるが、管理組合にその運用ができる機能が備わっているのであろうか。第一章で私が調査したマンションの管理組合の大半はそのような能力はないのである。十分な討議すらまともにできないのが実態であり、法の埒外と片付けるにはあまりに多くのマンションが存在していることを想起して制度構築を図るべきである。

第四章　マンションの終焉と制度のあり方（彷徨う区分所有権の出口への提案）

第三章で引用した島本慈子の著書の中に、被災マンションのグランドパレス

142 小林和之『おろかものの正義論』（ちくま新書、2004）205-207頁。ここで、「少数者も痛みを知る機会を与えられる」とし、「質の低い意見も淘汰され」、「妥協も行われやすくなる」。

143 吉田邦彦『民法解釈揺れ動く所有論』（有斐閣、2000）275頁。区分所有法の立法過程における手続要件の付加などに、より実質的・具体的な流れがそこにあると思われる。

高羽に住んでおられた西原道雄神戸大学名誉教授の言葉[144]が記されている。

「建替えは、全員一致の大原則に対する重大な例外であるから、復旧費用の過分性等の客観的要件を慎重に検討すべきことはいうまでもないが、同時に、多数者の決定による少数者の排除が不当な権利侵害をもたらさないように配慮する必要が大きい。特に、居住利益の保護は無視されるべきではない。建設資金等を負担できないために建替えに参加できない少数者の中に、高齢者や経済的弱者が多いことは、すでに各方面からしばしば指摘されている通りである。これら『弱者』が現に居住している住居から事実上追い出され、従来と同程度の住居を確保できないような結果になる場合には、全員一致原則を破っての多数決による建物の解体・建替えは絶対に許されない。」

西原教授の愛したグランドパレス高羽は2008年に再建マンションが竣工した。区分所有法の改正[145]を待ったかのような上告棄却から５年余りの月日を要したわけである。「金もなければ時間もない」そういった高齢者の権利を奪う法制度であっていいのだろうか。そしてまた、「従来と同程度」の補償ができない中で、「居住の権利」を奪ってはいけないのではないか。

国土交通省は、「ボタンの掛け違い」と、その合意形成ができないマンションを表現する。そうであれば、もう一度ボタンを外して掛け直すという道もあったと思うのだが、不完全なまま「建替え推進」に走ってしまった。しかも、客観的要件さえも撤廃してしまったのである。私は、あえて本稿では「円滑化法」を無視して論じ続けている。この法律をしっかり理解して運用できる管理組合がどれくらいあるだろう、と思うからである。管理会社やコンサルタント主導でやればと反論されるかもしれないが、それでは、区分所有者の私的自治に任せることになっていないではないか。そもそも法の目指した文脈ではないと考える。

第一節　落ちこぼれたマンションの終焉…区分所有権解消制度の導入

私は、第一章で、私が管理を経験してきた老朽小規模マンションの実態を調

[144] 島本前掲書注81　118-119頁。西原教授が裁判所に提出した意見書に書かれた内容である。

[145] 2003年６月１日施行。その後、グランドパレス高羽の上告審敗訴（上告棄却）が決定したのが同年６月24日である。

査して、ある意味、管理組合の脆弱性の実証を試みた。修繕積立金さえ徴収されていないマンション、管理組合のないマンション、管理業の登録を持たない管理会社に管理されているマンションなど、区分所有法や適正化法の埒外にあるマンションが相当数存在している現実をどうするのか。今後、こうしたマンションのスラム化の問題や危険建築物としての問題がクローズアップされてくるだろう。都市再生を効率的に進めていく意味でも、都市の負の財産となりつつある老朽マンションを行政が完全に把握し、既存の社会資源[146]を利用して権利調整を行うことが喫緊の課題である。私的自治などと綺麗ごとを言い続けて何もしないのであればそれは市民の権利を守ることにはならないのである。

現在、円滑化法に「危険・有害マンションの建替えの促進のための措置」[147]が規定されており、この規定は、市町村長が自ら判断し勧告する場合と一部区分所有者が市町村長に対し勧告を要請できるという内容になっている。しかし、この制度はあくまで「建替えの勧告」なのであり、建替えができないマンションに建替え勧告をしても意味がない。そうすると、やはりこれも広大な敷地を持つような公団住宅を念頭において規定されているのではと疑念を抱いてしまう。

私は、一歩進めて、「区分所有権解消」まで勧告するものでなければ意味がないと思っている。第二章で紹介したジュリストの座談会で森田教授が、「将来に具体的なニーズが出てくれば…」[148]立法論で検討すればよいと示唆しているが、実態はすでにその時を迎えているマンションも多いのである。私は、さらにこうしたマンションを法の埒外におかないためにも、区分所有法にこそこの規定を設けるべき[149]だと考えている。それでは、今まで述べてきたことと

---

146 財団法人マンション管理センターやＮＰＯ、そしてマンション管理士などが中心となって、行政とともに再生プログラムを立てていくべきであると考える。もっとも、マンション管理士については能力の差が大きいので、建築士や弁護士とチームを組んでということになると思う。

147 まとめているのは、丸山他前掲書注53　235頁。

148 前掲注77、79他（ジュリ　第1249号）21頁。

149 終焉のプログラムとして、「建替え」「区分所有権解消」の２パターン併記し、宅地建物取引業法を改正し、購入者に説明交付される重要事項説明書に「区分所有建物の建替え並びに区分所有権解消決議」の存在を明確に記載し、区分所有権の内容を購入者にもっと理解させる必要がある。

矛盾するのではないかとの指摘を受けるかもしれないが、管理不能に陥ったマンションにおいてもはや行政の介入は避けられない[150]と思うのである。なぜなら、解体費用もままならないマンションの存在があるからであり、今後、スラム化対策のための公費解体制度などが検討すべき課題として浮かび上がってくることが必至だからである。そのためには、行政の窓口の強化がさらに求められ、「紛争処理機関」（後述する）のような駆け込み寺的なものを整備することはもちろんであるが、何よりも行政は実態を早急に把握することである。

第二節　諸外国瞥見

アメリカには、わが国のマンションのような代表的な存在として、「コンドミニアム」と「コウオプ」があるが、「コウオプ」[151]は利用権に相当するものであるので、「コンドミニアム」が比較対象となるものと思う。この形式においては、まず「建替え」という概念がない。一切の客観的事由を問わず80％の議決による「区分所有解消決議」のみが規定されているのだ。だからといって、修繕しないというわけではなく、修繕積立金が修繕工事費用の50％と定められている州も存在する。もちろん、わが国には、この修繕積立金の基準などないのであるから、参考とすべきところでもある。

ドイツとフランスでは、一定規模の滅失・損傷等があった場合に「区分所有

[150] 前掲注44（北大法学論集　第57巻1号（2006）349頁）ここで、太田教授は、「スラム化してしまったマンションは、それは建替えの問題ではなく、スラム化した地域をどうするかという問題でやらざるを得ないのではないでしょうか」と話されていたが、私も同感である。

[151] 竹井隆人「米国のコウオプ（co-op）における所有権的リース（proprietary lease）について」マンション学　第17号（2003）20頁。わが国のコーポラティブとよく似たスタイルである。ヒラリー・クリントンが入居を拒否されたニューヨークなどの富裕層向けが有名だが、低利融資など公的助成と組み合わされた中低所得者向けのものもある。私は当初、このような方式が今後日本でも積極的に導入すべきであると考えていたが、現在は、少し慎重な立場を取る者である。この方式の参考としては、竹井隆人『集合住宅デモクラシー－新たなコミュニティガバナンスのかたち－』（世界思想社、2005）や、エヴァン・マッケンジー／竹井隆人・梶浦恒男訳『プライベートピアー集合住宅による私的政府の誕生－』（世界思想社、2003）などがある。

解消決議」が認められるが、やはり「建替え」の規定を置いていない。富士通総研のレポート[152]によれば、基本的に使うだけ使って、利用できなくなったら土地を売って、それぞれまた別なところに住めばよいということから、「建替え」の概念がないと紹介されている。さらに同レポートでは、「そもそも同じ場所に建替えようとすること自体に無理があり、建物の寿命が尽きたら、個々に別なところに移り住むというのはごく自然なことである。」とし、日本の建替え制度は、政策的対応や合意形成など、行政も区分所有者もわざわざ難しい問題に直面しているとしている。長年経過した建物が、そこに建替えられることは、都市政策上の観点からもおかしな制度である。したがって、次のドイツの例でも見られるように、余程、災害とかテロ行為とかがない限り、同じ場所へ建替えることが常態化していないのである。

ドイツ住居所有権法との違いについては、これまで多くの論点が提示されてきている。私も、以前マンション学会において、ヴェルナー・メルレポツダム大学教授の話を聞いたことがある。この法律の特筆すべきこと[153]は、「私的自治」のあり方であると思う。法律は、原則「全員一致」と決めておき、「絶対的な決議無権限領域」[154]以外は、住居所有権者の規約で一定事項を多数決で決められるということだった。しかもそうした決議に何らかの違法性があったとしても、決議無効の裁判所への申立ては、１ヶ月以内になされなければならない。これは、法的安定性が適法性よりも優先されるということにほかならない。つまり、決議の効力についての争いが、住居所有権者間の関係を長期にわたって妨げることがないようにするものなのである。また、必ずしも建替えができないわけではなく、航空機の落下やテロなど（日本のように地震は想定されていない）により、50％以上損傷するような場合であって、何らかの保険（自ら保険を付保しているか損害賠償金で補填できるケース）で対応できる場合は、多数決で建替えができるようである[155]。しかし、日本のように古くなってき

---

[152] 米山秀隆（主任研究員）「マンションの終末期問題と新たな供給方式」富士通総研（ＦＲＩ）経済研究所　研究レポートNo.239〔2005〕28-29頁。

[153] ヴェルナー・メルレ「ドイツ住居所有権法の当面の課題」マンション学第17号〔2003〕116-119頁。

[154] 例えば、「法律や規約を変更する決議には適用されてはならない」同上（注153）。

[155] メルレ・丸山英気・杉下俊郎・藤井俊二『マンションは生き残れるかードイ

たから建替えるということは難しいとされる。

こうしてみると、わが国も建替えようと思うから、政策の歪みや区分所有者の苦悩が生じるのではないだろうか。使えるだけ使ってあとは清算する、という考えも選択肢としてあってよく、先述した「区分所有権解消制度」の導入を検討すべき時期に来ているのではないだろうか。

また、区分所有制度自体を脱構築して、定期借地権方式[156]やアメリカの「コウオプ」、ドイツの「住居所有権制度」という制度を検討して、「利用権」方式[157]を考えてみることも必要だと考えている。敷地所有権の共有を考え直すことで「建替え制度」に新たな展望が見えてくるかもしれない。人口増が見込めない、高度成長に期待できない中で、都市とマンションが共生していくためには、このような方式も選択肢の一つとして考察していかなければならない今後の課題である。

第三節　合意形成ルールの見直しの必要性

私は、本稿において、「居住権」という言葉を使った場合に多少のアクセントを加味してきた。本来「居住権」は、鈴木禄弥博士の「居住権論」[158]に代表

イツと日本のマンション法』（財団法人アーバンハウジング、1997）23頁

[156] 日本でも最近、スケルトンインフィル方式の定期借地権付分譲マンションが増えてきているが、諸外国では、イギリスの「リースホールドフラット」が該当する。詳細は、大野武「定期借地権住宅の意義と課題－イギリス法との比較法的考察」マンション学　第17号〔2003〕41-50頁。

[157] 現在、さらに信託方式というものも検討されている。詳細は、丸山英気・折田泰宏編『これからのマンションと法』（日本評論社、2008）第一部、小林秀樹「マンション供給の諸方法」に利用権方式は詳しい他、マンション学　第17号〔2003〕の特集も興味深い。

[158] 鈴木禄弥『居住権論』（有斐閣、1981）において、正当事由がなければ借家人を追い出すことができないという論拠を「借家人を保護する一種の社会政策が家主の犠牲において行われている」とした。2004年に北大で行われたシンポジウム『鈴木民法学の60年』において、「国民の大多数というのは嘘ですけれど、嘘の効用でね、国民の大多数がそれでいいと思っているものは全国民にとってもいいのではないですか」（北大法学論集第55巻６号（2005）278頁）という話が、私の多数決へのこだわりとなっている。

される「借家権」を想起させるが、区分所有権は紛れもない「所有権」であり、団体的制約に拘束される部分はあったにしてもなお「借家権」よりは強力な権利である[159]と思っている。にもかかわらず、マンションの建替えにおいて、賃借人に対する補償[160]は考えられるのに、売渡し請求を受ける区分所有者へ「補償」という文字が見当たらない。建替え事業を「私的収用」と考えるならば、「公的収用」よりも厚い補償制度がなければならないのではないだろうか。私は、この「居住権」の持つ重みへの認識の違いが、合意形成を阻む要因の一つであると考える。

もっとも、私的自治で行っていることであり、権利の濫用とも言うべき「参加しない自由」を行使しているだけであるから「補償」は不要との声も聞かれるが、第一章で検証したように管理組合の私的自治が機能しているケースは皆無といってよく、ほとんどが管理会社主導であったり、開発業者主導となることが多いのが現実なのであるから、まずは、管理組合の能力の向上を画する必要があろう。このようなコミュニティに「私的自治」の責任を負わせ、苦悩の道を歩ませて、自己責任と断ずるのは酷な話である。

また、管理組合を補完する意味でも、アメリカにあるような「紛争処理機関」[161]のような中立公正な機関の整備も必要であると考える。そこで、建替え決議に至る手続の公正をコントロールする、または支援するシステムを機能させることが求められるからである。今回浮かび上がってきた「手続的正義」の問題点だけでも次のようなものがある。これらをいかに公正に確保するかがまさに問われるのである。

1．十分な議論が公平に尽くされたか。

（理事会の透明性、女性意見の反映など）

---

[159] 鈴木前掲書注158　64頁に、住宅所有者にも居住権を考えることの実益が存するとし、さらに「財産権的借家権」（ドイツの住居所有権やコーポラティヴが該当するかと思う）というものも紹介している。

[160] 前掲注90　266頁　このマニュアルは、おそらく当初円滑化法に合わせて作られていたと思われ、区分所有法に基づく決議マニュアルとしては内容的に不十分であると、私は評価している。

[161] 本来、財団法人マンション管理センターがその役割を担わなければならないのだが、全国規模で人材を確保できるほどの体制とはなっていない。地域の組織を使う場合の質の担保をどうするかが問題となってくる。

2．十分な情報が公正に与えられたか。
（議案の要領、長期修繕計画など見積り、積立金等だけでなく、法制度の熟知も必要、次世代への不利益はないか）
3．議決権行使書の取り扱い。事前開封の禁止、事後の説得の禁止など。
4．白紙委任状の禁止。（少なくとも建替え決議においては禁止も一つの方法）
5．参加者の早期退去の禁止・給水停止等の禁止。反対者へのプレッシャーを与える行為の禁止。不在区分所有者の取扱い。
6．原始規約ではなく、集会決議によって規約を承認しておく必要性。
7．従前・従後の等価交換契約書の問題。衡平性の確保。不参加者への売渡請求の価格。
8．近隣住民との協議の重要性　など

制度が変えられない以上、こうした手続を公正に推し進めることが求められる。それが、管理組合が機能することであり、最低限団体的制約としての「多数決」が認められることであると考える。

第四節　問題の行方・課題

Ⅰ．世代間の衡平の論点から

建替え問題で、少数派となる多くの場合は高齢者である。千里の事例においても病弱な老夫婦であったりする。多くは、新たなローンが組めない、仮住まい、転居に耐えられないという事情を抱えているからである。ただ、この点に関しては、第二章で取り扱った同潤会江戸川アパートメントの建替えにおいて、単身部に居住していた高齢者に対して規約共用部分を設定しそこに終身で住まわせることで調整した[162]など、程々な知恵[163]は出てくるはずなのである。

こうした、現世代としての、高齢者、中年、若者世代という問題もあるが、もう少し踏み込むと、次世代への問題も考えなければならない。それは都市景観に代表される環境の問題[164]である。人口減の時代になったにもかかわらず、

---

[162] シンポジウム「マンション建替えを巡る法と実践」北大法学論集第57巻第1号（2006）355頁。
[163] その他、リバース・モゲージ制度なども考えられる。
[164] 鈴村興太郎・宇佐美誠・金泰昌編『公共哲学20－世代間関係から考える公

住宅ストックを考えずに超高層マンションが林立すれば、未来に大量のスラム化したマンションを残すことになるであろうし、そうした人も住まぬマンションが何世代かにわたって景観を奪い、太陽を奪うことになるのだ。そういう意味では、既存不適格になるのがわかっていて、駆け込み申請をするような行為を行政が認めるのは決して好ましいあり方とはいえないと思料する。私は、司法判断の役割は、将来世代にとって不正義となるものに対して、現在世代に警鐘を鳴らし、食い止める方向へ向かうべきであると考える。際限なく容積率を増していくことには疑問を感じるし、どこかで負の遺産を引き継ぐ世代があるというのはあまりにも現世代の無責任である。質の高い住宅ストックを目指す意味でも既存不適格建築物を次の世代に残さないというルールが必要である。

Ⅱ．フェミニズムの論点から

また、性差もある意味このマンションの正義の問題に影を落としている。被災マンションである宝塚第三コーポラスに10数年間たった一人で住んでいた宝川さんは、身よりもなく天涯孤独だという。現地の被災マンション居住者団体の「被災地クラブ」がまとめた冊子を読むと、中にこういう件（くだり）がある。「私が集会に出席すると、大勢の男の人が立ち上がり、『おんなのくせにおまえだけが賢いと思っとんか』『男をばかにするなよ』などと罵声を浴びせられるようになりました。」[165]とある。その他、女性だからということで行政の対応も御座なりであったことが窺われるのである。

高齢者でしかも寡婦である場合は特に深刻で、受け取っている年金の額も少なく、さらに新たな追加融資をしてもらえる可能性も少ないことで、物理的に建替えには参加できないということになる。また、こうした人たちは、（訴訟によって）争う「力」もなく、最初から開発業者の圧力に屈してしまい、建替え決議に賛成を表明して立ち退かなければならないという、まさに法制度が想

共性』（東京大学出版会、2006）〔宇佐美〕の発題Ⅲに詳しい。世代間責任を「責任ある自我」による将来配慮がなされた政策へ転換することが必要だと説く。また、鈴村興太郎編『世代間衡平性の論理と倫理』（東洋経済、2006）において、「現在世代と将来世代との間には『非同一性問題』が横たわって」いて、「現在世代は将来世代に対して支配にもとづく責任を有している」〔長谷川晃〕第12章　306頁。

[165] 前掲注39〔宝川福江〕98頁

定しない状況[166]が生まれているのである。

もう一つ、合意形成において指摘しておきたいのは、管理組合において、ほとんど理事・理事長といったメンバーが男性で構成されている点である。原因として、男性が区分所有者（名義人）である比率が高いことがあげられるのだが、マンションにおけるコミュニティの中心である女性がある程度の比率で理事の構成員となるべきであろうと私は考える。理事長の多くが「女性理事が入ると話がまとまらなくなる」「理事会の話がすぐ広まってしまう」など、どうも女性軽視ともとれる考えがあり、重要案件を決定する場面で合意形成がうまくいかない一つの要因となっているように思うからだ。すでに、男女同権から「もはや、同権は当たり前になったのか、“男女平等”といわれるようになり、最近は“平等”から“参加・参画”へと変わってきている」[167]のに、高齢者を中心とする管理組合ではこのアイデンティティが理解されていないことが多いのだ[168]。マンションのコミュニティを支えているのは女性であるから、女性のアイデンティティ[169]を軽視することなく、昨今のフェミニズムの思想を「標準管理規約」に盛り込むようなことも必要となってくるのではないかと考えるのである。つまり、女性部会というような理事会より下位の位置で扱うのではなく、理事のうち少なくとも数人は女性を入れるなどの配慮が必要だと私は考えている。

今回は問題提起にとどめるが、先述した「世代間の問題」も含め、この「フェミニズム問題」へのアプローチ[170]は、「エスニシティ」[171]（本稿では取り上げ

---

166 注67参照。

167 大谷恭子『共生の法律学』（有斐閣選書、2000）258頁。

168 例えば ナンシー・フレイザー／仲正昌樹監訳『中断された正義』（御茶ノ水書房、2003）266-267頁。

169 個人的には、女性の本質的アイデンティティを否定するところからフェミニズムを捉える思考法（例えば野崎綾子『正義・家族・法の構造変換－リベラル・フェミニズムの再定位』（勁草書房、2003）がある。）に賛同するが、まず、高齢男性が牛耳る管理組合に風穴を開けるところから始めていかなければならない。

170 フレイザー前掲書注168 299-300頁以降において、ナンシー・フレイザーの、アイリス・マリオン・ヤングの『正義と差異のポリティクス』における抑圧の分類に関する部分は、女性区分所有者においてもあてはまる。

171 老朽化マンションの賃貸化、スラム化が進めば、管理上の問題が顕在化す

ていないが）の問題とも絡み合って、今後マンションの問題を考える上で新たなアプローチとなってくると思う。

終章

昨年（2008年）12月12日、2005年の11月以来３年もの間、廃墟と化した380戸の団地の最後の住人であった老夫婦が大阪地裁の強制執行により「千里桃山台第二団地」を追われた。せめて最高裁の判断がなされるまでとの願いも叶わなかったのである。障害があり車椅子でなければ外出できない身体でありながら５階の居室に拘った。本当ならいの一番に賛成をするはずではなかったのか。老夫婦の悔しさもさることながら、あらためて日本の持家政策[172]は正しかったのか、区分所有権の創設は正しかったのかと逡巡してしまう。確かに区分所有権は完全な所有権ではない。だからといって現状では「利用権」方式まで一足飛びで導入されるのはそれこそコンセンサスが得られないであろう。

哲学者のガストン・バシュラールは『空間の詩学』で、「もしも家がなかったならば、人間は散乱した存在になるだろう。」[173]と記している。また、現象学的地理学の立場からエドワード・レルフは「住まいの場所は全く人間存在の基礎であり、すべての人間活動の背景となるだけでなく、個々人や集団に対して存在保証とアイデンティティを与える」[174]とし、住まいを強制収用され転居を余儀なくされた人々の多くに、「痛々しい喪失感、……絶え間ない渇望、ど

るものと考える。

[172] 住田昌二・西山夘三記念すまい・まちづくり文庫『西山夘三の住宅・都市論－その現代的検証』第二章〔森本信明執筆〕（日本経済評論社、2007）において、近代住宅計画の草分け的存在である西山が「資本主義社会の住宅問題は、すべての階層の人びとに人間らしい住宅を提供することが出来ないというところから出発している。それを『住宅を所有する』ということで解決できるような幻想を与えているのが持家主義である」と考えていたことがわかる。そして、「持家主義は自民党がしかけたワナだ」と断じているのも興味深い。

[173] ガストン・バシュラール／岩村行雄訳『空間の詩学』（ちくま学芸文庫、2007）49頁。

[174] エドワード・レルフ／高野岳彦・阿部隆・石山美也子訳『場所の現象学』（ちくま学芸文庫、2006）109頁。

うすることもできない無力感、……失った場所を理想化する傾向……を合わせもった悲嘆、……」[175]という感情的反応が見出されると論じた。それだけに「終の棲家」を奪われることは人間の命の問題でもあるのだ。

千里ニュータウンではこの団地の他にも後に続く建替えを実現すべく集会が行われている。しかし、いまは未曾有のマンション不況下にあり、株価の低迷に喘ぐ開発業者が巨額の開発利益を見込んで事業化できたとしても目論見どおりに収益をあげることができればいいが、計画倒れに終わってしまう危険性もある。こうした業者が倒産したマンションでは、価格の下落、アフターサービス、瑕疵担保責任、そして管理の心配がつきまとう。現在は、「適正化法」が整備されているので、バブル崩壊後のように管理不能になるようなマンションはないであろうが、区分所有者のマイホームに対する「不安」は量りしれない。

分譲マンションの購入者の多くは、マイホームであることを疑ってはおらず、そこを「終の棲家」であると信じ余生を送っている人も多いはずである。彼らにとって、それは苦労して長期のローンを組んで掴んだ「住まい」であり、長年培ってきた景観であり、コミュニティである。それが、投資目的に区分所有者となった者が多数意思を構成することで、まだ十分に住み続けることのできる「住まい」を奪われてしまうことが、社会経済政策上「公共性」があるのだとしたらやりきれないものがある。

法は、幸福、生存を守ってくれるものではないのだろうか。訴えれば人間関係が破壊され、「村八分」のような状態に置かれるという危険性がマンションにはあるようである。「集団的エゴイズム」[176]が形成され、それがあたかも「公共性」と勘違いされてはいまいか。誰もが、安心して住んでいたいのである。借家ではない、れっきとしたマイホームであるにもかかわらず、いつ追われる

---

[175] レルフ前掲書注165　107頁。「住まいが強制収用されたボストンのウエストエンド地区から市内の他の場所に転居させられた人々のグループの反応を調査した精神科医フリード」による報告を紹介している。また、ボストンの「押出し転居」については、吉田前掲書注30　第一部第二章に触れられている。

[176] 井上達夫『法という企て』（東京大学出版会、2003）269頁。「集団的エゴイズムは、利己性の自覚がないだけに個人的エゴイズムよりも御し難い力を振るう」としている。井上はこの著書で「法は正義への企てであって、幸福への企てではない。しかし、正義への企てであることによって法は人々の多様な幸福追求を可能にし、その公正な調整を図る」としている。

かもしれないという「怖れ」を感じながら暮らすのは堪えがたいことであろう。

以上、本稿では、老朽化マンションの建替え制度を対象として、近時の建替え円滑化に向けた立法的改正で念頭に置かれる「マンション居住者の私的自治」という前提について、若干の批判的検討を行ってきた。現場の居住者（多くは高齢者）が直面するのは、不完全なルール形成、投資家的区分所有者との鬩ぎ合い、集団的エゴイズム、開発業者からの不当な圧力（加えて区分所有権補償の不十分さ）等という諸問題であった。ここにおいてわれわれは、「終の棲家」としてのマンション居住の意義に定位した－安易な私的自治・多数決追認ではない－少数居住者の権利保護の法理の再検討にも目を向けて、その法理彫琢の継続を今後の課題としていかなければならないと考える。

（了）