

# 分譲マンション管理における 信託活用の可能性について（第1回）

財団法人 建設経済研究所 総括主任研究員 齋藤 哲郎

はじめに

## 1. 分譲マンション管理の制度的枠組みとその問題点

- (1) 一般の分譲マンションの管理の枠組み
- (2) マンション管理の現況と問題点
- (3) 適正なマンション管理の担保

## 2. 信託の活用の可能性

- (1) 不動産の信託としての枠組み

(以上本号、以下次号)

- (2) 管理組合財産等の信託としての枠組み

## 3. 信託活用に際してのその他の論点

おわりに

はじめに

平成20年度末現在での全国に分譲マンションストック戸数は545万戸に達している。このうち、築30年を超えるストックは約73万戸、新耐震基準策定（昭和56年）以前に供給されたストックは約106万戸に及んでいる<sup>\*1</sup>。マンションは、鉄筋コンクリート又は鉄骨鉄筋コンクリート造りの比較的大規模な物件が多く、かつ、個人の住まいという最も安全性が担保されなければならない場であることから、その維持・修繕については、日頃から十分な対応を行う必要がある。他方、分譲マンションの所有者は、賃貸マンションの住人と同じような感覚で居住し、ビルオーナーや賃貸マンションの所有者に比較して、所有者の

一員としての建物の管理責任に対する関心が乏しいといわれている<sup>\*2</sup>。今後築年数を経たマンションのストックが増加していく中で、適確なマンションの管理をいかに担保するかはますます重要な課題となっていくであろう。

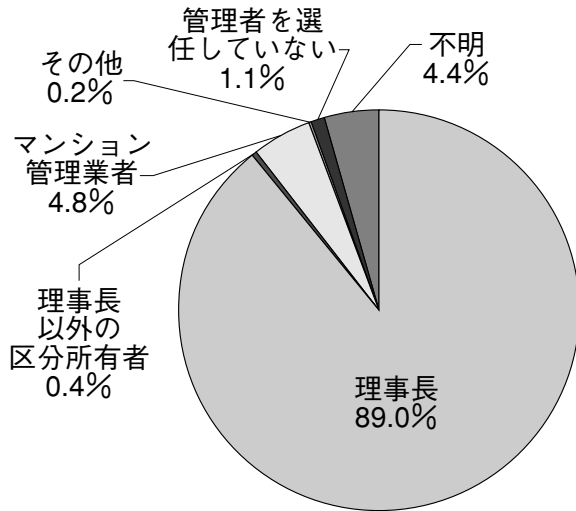
本稿は、適確なマンション管理を行っていくに当たっての信託の活用可能性について取り上げたものである。ご存知のとおり、信託は、特定の財産を外部的リスクから遮断し、適切な管理・運用を行う手法として、不動産、金融商品等様々な財産の管理・運用において用いられている。ここでは、分譲マンションという不動産の適正な管理や管理組合財産の保全において信託を活用する可能性について検討を進めることとする。

## 1 分譲マンション管理の制度的枠組みとその問題点

### (1) 一般の分譲マンションの管理の枠組み

一般の分譲マンション<sup>\*3</sup>の場合、1棟の建物について複数の所有者がそれぞれの専用部分を所有するとともに、建物の専用部分以外の部分（共用部分）と建物敷地は所有者の共有（土地の権原が賃借権、地上権の場合は準共有）となる。このような区分所有建物の権利関係及び管理の枠組みは、建物の区分所有に関する法律（以下“区分

図表1 管理者の選任状況

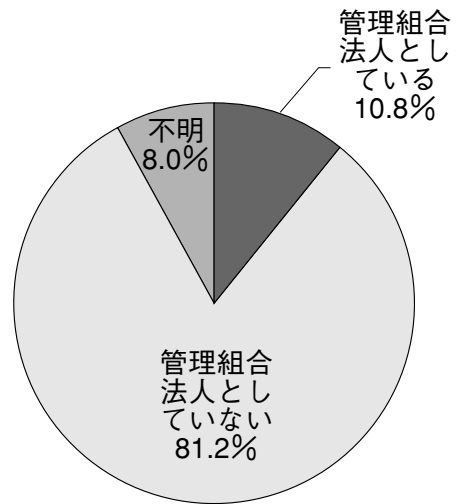


資料：平成20年度マンション総合調査結果報告書（国土交通省）

所有法”と称する。)の定めるところによる。区分所有建物においては、特に設立行為等を経ることなく、当然に区分所有者の団体（いわゆる管理組合<sup>4</sup>）が構成され<sup>5</sup>、この管理組合が集会（いわゆる総会）を開き、規約を定め、管理者を置くこととなる（区分所有法第3条）。理事長や理事、監事の設置は、区分所有法上義務づけられている訳ではないが、管理組合の円滑な業務運営のために規約上設置されるのが通常である（「マンション標準管理規約（単棟型）」（国土交通省）第35条。なお、以下では単に“マンション標準管理規約”と称する。）。管理者は、区分所有者を代理して、共用部分等の保存行為、総会・規約で定めた行為を行う（区分所有法第26条）。管理者としては理事長が選任される場合がほとんどであるが、区分所有法上管理者は区分所有者であることを義務づけられているわけではなく、マンション管理業者等が選任されている例も存在する（図表1）。

なお、区分所有者及び議決権の各4分の3以上の多数の決議及び登記により管理組合法人として法人格を取得することも可能である（区分所有法第47条）。管理組合法人となると

図表2 管理組合法人登記の有無

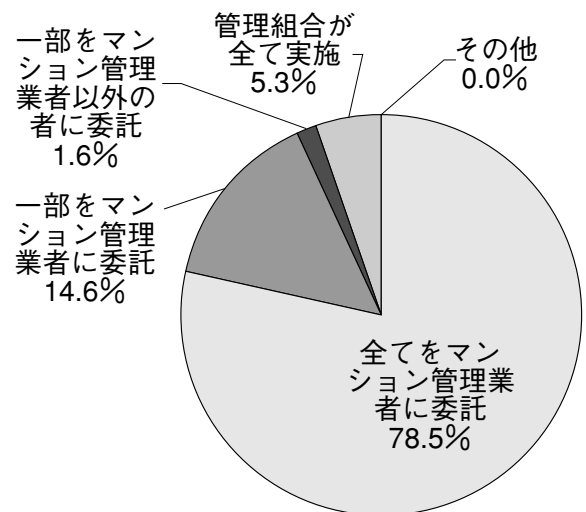


資料：図表1と同じ

理事、監事等の設置が義務づけられる。管理組合法人となることは、管理体制を安定化させる点で有意義と考えられるが、手続的煩雑さを嫌ってか、管理組合法人としている割合は全体の10.8%にとどまる（図表2）。

区分所有法上マンション管理の当事者として現れるのは、区分所有者、管理組合、管理者のみであるが、実際のマンション管理においては、管理に係る業務のかなりの部分を包括的にマンション管理業者へ委託している場

図表3 マンション管理事務の実施状況



資料：図表1と同じ

合が多い（図表3）。建物共用部分や敷地の日常的な維持・管理、管理費や修繕積立金の徴収、建設業者・清掃業者等外注業者との契約や代金支払い、大規模修繕工事の計画・実施等々、マンション管理においては煩雑な業務、ある程度の専門知識等を要する業務が数多く存在しているため、専門業者への包括的委託が区分所有者の負担の軽減やマンション管理の効率化につながるからである。

ただし、このようなマンション管理業務の専門業者への包括的委託を安易に認めると、悪質な業者の関与を招き、管理組合の知らないところで業者が不当な利益を得るといった事態が頻発することになりかねない。そこで、マンションの管理の適正化の推進に関する法律（以下“マンション管理適正化法”と称する。）において、マンション管理業者の登録制が設けるとともに、管理業務の実施に当たって再委託の制限、財産の分別管理、管理事務の報告等を義務づけている。

## (2) マンション管理の現況と問題点

マンション管理適正化法により、マンション管理についてある程度の規律が保たれているのは確かであるが、適正なマンション管理の担保のために必ずしも十分とはいえないであろう。実際、平成20年4月以降21年12月までに、国土交通大臣からマンション管理業者に対して、23件の行政処分がなされており、このうち13件は管理会社社員等による不正な支出や着服により管理組合に財産的損害を与えたことが処分理由となっている<sup>\*6</sup>。

平成21年5月には、マンション管理適正化法施行規則が改正され、修繕積立金等の管理組合財産とマンション管理業者が日常的管理等のために用いる金銭との管理区分をより明確化した分別管理の方法や保証契約締結の義務づけが定められた（施行は平成22年5月）。

これにより、保管口座に係る印鑑を管理業者が保持する、管理組合名義の収納口座に管理費用残額が積み上がるといった事態が回避され、管理組合財産の毀損リスクの低下が見込まれるものの、これだけで適正なマンション管理の担保が確保されるとまではいえないであろう。

特に、マンション管理業者が過大な維持・修繕工事を行う、個別の維持・修繕業務の外注に当たっての価格設定が高すぎるといった場合は、流用や着服等とは異なりその妥当性の判断に専門的知識が必要であるとともに、それが違法であるかどうか微妙な場合が多く、管理組合自らによる対処や行政処分等による対応は難しいことが多い。

また、管理組合財産の流用・着服といった不正行為も、マンション管理業者側のみならず、理事長等管理組合役員側において行われることも想定され、実際に刑事事件となった事例も複数存する<sup>\*7</sup>。管理組合役員の不正の場合、他の役員（特に理事長）の監督責任も問われかねないため、表には出にくい傾向があり、比較的軽微な例も含めれば水面下ではかなりの数の事例が存在するものと思われる。

上記のような事態を回避するためには、本来であれば管理組合内に適切なチェック体制を設け、区分所有者自らが対応するのが筋である。しかしながら、前述したマンション管理業務の適否を判断するための専門性の不足、区分所有者の無関心等<sup>\*8</sup>により、管理組合のみで適切なマンション管理を進めることが難しい場合も多い。

## (3) 適正なマンション管理の担保

適正なマンション管理を担保するためにはどのような枠組みが考えられるかについては、様々な検討が行われてきたところである。



ここでは、過去の検討の中で有力と目されている以下の2つの手法について、簡単に触れることとする。

### ① 第三者的チェック機関の設置

管理組合のみではマンション管理が不十分な場合でも適確にマンション管理を進めるための枠組みとしては、まず、管理組合役員やマンション管理業者を離れた第三者的かつ専門的立場からチェックする機関を設けることが考えられる<sup>\*9</sup>。具体的には、マンション管理士や弁護士、公認会計士等の専門家が、マンション管理組合の収入・支出や財産管理について逐次チェックを行い、問題点があれば管理組合やマンション管理業者に指摘し、是正を求める。現行の管理組合にも監事を置くのが通常であるが、一般に監事は区分所有者の中から選任されることになるため（マンション標準管理規約第35条第2項）、十分な専門知識を期待できないほか、区分所有者であるという点で第三者的立場からのチェックには限界がある。いわば、管理組合版の社外取締役ないし監査法人のようなものであるが、制度的根拠が存在しないため、規約に詳細な規定を設ける必要がある。また、専門家にチェック業務を委託することになるため、管理費用がその分高くなるほか、法的根拠のない中でどこまで実効性のあるチェックとそれに基づく是正が可能か、例えば管理組合役員やマンション管理業者が必要な文書等を提出しない、是正に係る指摘を無視するといった事態にどのように対応するかといった課題が残る。

### ② 第三者管理方式

さらに、マンションの管理を区分所有者以外の第三者に委ねる手法の活用も考えられる。既に述べたとおり、区分所有法上管理者は区分所有者とすることが義務づけられている訳ではないことから、区分所有者以外のマ

ンション管理等に精通した者を管理者とすることも可能である。これを第三者管理方式とか管理者管理方式と称しており、既に実際の事例も存在する（図表1参照）。この第三者管理方式については、管理等に関する権能が管理者に集中し、専門家として効率的に業務を遂行できるというメリットがある一方で、区分所有者ではないこと等から、区分所有者の意思を離れて、不適切な管理等が行われるおそれがあるというデメリットもあり、また、区分所有者が管理者となる場合と比較して新たな管理コストが生じるなど、コストの上昇が想定されるといわれている<sup>\*10</sup>。具体的管理者としては、マンション管理士等の専門家とマンション管理業者とが考えられる。前者の場合は、区分所有者の意を受けた管理者とマンション管理業者との間で一定の緊張関係が生じることから、区分所有者の意思を離れた不適切な管理等が行われるおそれは比較的小さいと考えられる。後者の場合は、管理者としてのマンション管理業者とマンション管理業務の受託者としてのマンション管理業者との間に利益相反が生じることになり<sup>\*11</sup>、管理組合財産毀損のリスクは区分所有者が管理者となる場合以上に大きくなるおそれがあるが、業務の迅速かつ効率的遂行には資することとなり、マンション管理に係る受託業務がある分コスト上昇の程度も小さいと考えられる。

投資用マンションやリゾートマンションの場合には、区分所有者が日常的にマンション管理に関与することは期待できないことから、マンション管理業者による第三者管理方式の採用はある意味致し方ないところがあるが、通常に分譲マンションの場合、特にマンション管理業者による第三者管理方式を採用することについては、別途第三者的チェック機関を設ける等慎重な対応が必要と考える<sup>\*12</sup>。

なお、マンション管理業者が区分所有者たる地位を有している場合も想定されるが、そのような場合にマンション管理業者が管理者となることは、ここでの第三者管理方式には当たらない。また、区分所有権を有するマンション管理業者がマンション管理を行う場合には、マンション管理適正化法の適用対象外となる（同法第2条第4号括弧書き）。ただし、当該マンション管理業者の有する“専用部分”が管理室・管理人室に該当する場合には、法定共用部分に該当し（区分所有法第4条第1項参照）、そもそも区分所有権の目的とはならない可能性が高い<sup>13</sup>。仮に専用部分として認めうるとしても、もっぱら管理用途に用いている以上、マンション管理適正化法の脱法行為の疑いが残る。このようなケースについてもあらかじめ規約において共用部分であることを明らかにしておくことが望ましいと考える。

## 2 信託の活用の可能性

信託は、特定の財産を外部リスクから遮断する手法として、不動産、金融商品等様々な財産の管理・運用において用いられている。ここでは、分譲マンションという不動産の適正な管理や管理組合財産の保全において信託を活用する可能性について検討する。

分譲マンションの開発、販売、管理、建替え等における信託の活用については、すでにさまざまな検討がなされてきた経緯がある<sup>14</sup>。これは、信託財産の独立性のゆえに信託は“財産の安全地帯”といわれており<sup>15</sup>、したがって信託法に基づく明確な権利義務関係の中で、信託業法等により厳しい要件や行為規制がなされている信託会社<sup>16</sup>に財産管理を委ねた方が、通常管理枠組みに比較して、管

理組合財産の流用・着服、不適切な支出といった財産毀損のリスクが格段に小さく、居住者の利益の保護が十分担保されることが考えられてきたからである。また、マンション管理業者の倒産時などにおいても、その影響を回避できるというメリットも存する。

マンション管理に信託を活用しようとする場合、まず何を信託財産とするかが問題となる。以下では、考えられる信託の枠組みを信託財産の内容に即して分類し、それぞれの課題や実現可能性について触れることとする。

### (1) 不動産の信託としての枠組み

#### i) マンションの建物及び敷地全体を一つの信託財産とする場合

マンション分譲業者がマンションの建物とその敷地を信託会社へ信託譲渡し、信託受益権を取得する。分譲業者はこの信託受益権の持分又は分割した信託受益権を分譲する。マンションの買主は、自らの専用部分の排他的利用と共用部分の共同利用を内容とする信託受益権ないしその持分を取得することとなる。いわば、マンションという一つの信託財産に内容の異なる信託受益権又はその持分がぶら下がることとなる。

信託受益権自体は債権であるため<sup>17</sup>、信託契約の内容にその旨盛り込みさえすれば、このような信託も法的に不可能とはいえないであろう。ただ、従前より信託受益権の分割とは資産流動化をより容易にするために均等な内容で分割することがもっぱら念頭に置かれている<sup>18</sup>。一つの信託財産に内容の異なる受益権が存する場合としては、受益債権の順位に優先劣後関係のあるケースは実際にあるものの、受益権の及ぶ範囲が個別に異なる事例は寡聞にして知らない。

この手法の課題については、次の区分所有権の信託と重複する点が多いので、それらの

点は、ii)を参照されたい。ただ、この手法のそもそもの問題点として、信託財産・信託行為は1つであるがゆえに、登記上買主全ての受益権の内容に係る情報を一つの信託目録に盛り込む必要があることが挙げられる。現行の不動産登記法では、信託目録は登記官が作成することとされているが(同法第97条)、当然信託目録は膨大かつ複雑な内容を有することにならざるをえず、このような信託目録作成が必要となる登記申請が果たして受理されるのか疑問が残る(実務上の困難さのほか、個別の受益権はマンションの建物及びその敷地全体(信託財産全体)には及ばないため、不動産登記令第20条第4号(1個の不動産の一部を目的とする登記)に該当するとみなされるおそれがある)。

また、信託財産自体は1人の受託者が所有する建物とその敷地(又は敷地利用権原)であるから、区分所有法及びマンション管理適正化法の適用の余地はなく、買主(=受益者)間の規律は基本的に信託契約に委ねられることになる。もちろん、受益者間の合意の下に“管理組合”を組成し、規約等を定めて総会を開いて意思決定することなどは、信託契約や信託法に反しない限り可能であろうが、信託契約にしかるべき条項を設けておかなければ、“管理組合”への参加を拒む受益者が生じるおそれがある<sup>19)</sup>。

## ii) マンションの区分所有権を信託財産とする場合

マンションの区分所有権を信託会社へ信託譲渡し、(信託譲渡前の)区分所有者は専用部分の排他的利用権、共用部分の共同利用権等を内容とする信託受益権を取得する。信託設定を分譲前(買主への売却・引渡し前)に行うか、分譲後に行うかによって、その手順が異なる。

信託設定が分譲前の場合、分譲業者がマン

ションの建物と敷地に係る全ての区分所有権を包括的に信託会社へ信託譲渡し、これらの区分所有権に係る信託受益権を取得する。したがって、i)とは異なり、各区分所有権がそれぞれ一つの信託財産となり、信託契約も個別の区分所有権ごとに存在することになる。

マンションの買主に対しては各専用部分の排他的利用と共用部分の共同利用を内容とする信託受益権を売却する。受託者(信託会社)は信託契約に基づき信託財産(マンションとその敷地)を管理し、受益者(買主)より信託報酬を得ることとなる。建物の所有権はすべて受託者名義となるため、管理費や修繕積立金の収集や維持・修繕経費の支払い、公租公課の支払い等はすべて受託者名義で行うことが原則となる。

分譲する際の便宜上、信託前にあらかじめ各専用部分を区分建物として表題登記しておく必要がある(不動産登記法第47条)<sup>20)</sup>。その上で分譲業者が各区分建物の所有権の保存登記及び信託を原因とした信託会社への所有権移転登記を行う。受益権の譲渡のみでは、分譲会社が委託者としての地位・権利を有したままになるため、委託者としての契約上の地位も併せて買主が承継する方が望ましいであろう(信託法第145条・第146条参照)。なお、信託受益権は金融商品取引法(以下“金商法”という。)上のみなし有価証券となるが(金商法第2条第2項第1号)、信託受益権の自己募集は金融商品取引業に含まれていないため(同条第8項第7号)<sup>21)</sup>、金融商品取引業の登録等も必要ない。ただし、分譲業者が信託受益権の販売に係る営業を別途販売会社等に委託した場合は、当該営業は“有価証券の募集の取扱い”又は“有価証券の私募の取扱い”に該当し(同項第9号・同条第3項本文・同項第3号、金商法施行令第1条の



7の2)、販売会社等は第二種金融商品取引業の登録を受ける必要がある（同法第28条第2項第2号・第29条）。

分譲前に信託譲渡する訳であるから、当然この手法は新築物件のみに限られることになる。

信託設定が分譲後の場合、マンションの区分所有者がそれぞれ有する区分所有権を信託会社へ信託譲渡し、信託受益権を取得する。共用部分及び敷地に係る持分は、原則として区分所有権に付随する形で受託者（信託会社）へ移ることとなるが（区分所有法第15条・第22条第1項）、定款に定めを設けて敷地に係る持分を留保することも可能ではある。ただ、敷地に係る持分も信託譲渡する方が受託者による円滑な管理に資するであろう。

1棟のマンションの中に信託された区分所有権と信託対象外の区分所有権とが混在することを避けるため、信託は区分所有者の全員一致で行う必要がある。専用部分の処分に関わるため、総会での決定や規約の改正により強制的に信託譲渡させるといったことは財産権の侵害に当たり困難である。

信託設定が分譲後であるゆえ、この手法は既存マンションを念頭に置いたものといえる。もっとも、新築マンションであっても、分譲業者が規約案（いわゆる原始規約）の中に例えば一定期日に区分所有権を信託譲渡する旨の規定を設けて当該規約案について合意を得ながら分譲を行うような手法も想定できる<sup>22</sup>（なお、区分所有法第32条参照<sup>23</sup>）。ただ、全戸の譲渡完了期日までに区分所有者により規約が改められてしまうといった事態が生じるおそれがある<sup>24</sup>。分譲後速やかに信託譲渡するような手法は、完売までの間1棟のマンションの中に信託された区分所有権と信託対象外の区分所有権とが混在することとなるため、短期間に売却が終了する物件でない

限りとり得ないであろう。

いずれの手法においても、信託会社のみがマンション管理全般を担うことは困難であるから、適宜マンション管理業者や建設業者、清掃業者等に業務を外注することとなる。また、マンション管理業者<sup>25</sup>、アセットマネジメント会社等の専門業者を指図権者（信託業法第65条）とし、受託者は原則として指図権者の指示にしたがって管理業務を行う方がより円滑となるであろう。（この場合も、受託者は受益者に対して、信託法、信託業法に定める忠実義務、善管注意義務等を負うわけであるから、指図権者との間でも一定の規律が保たれることになる。）

また、区分所有者は受託者たる信託会社のみとなるため、2以上の区分所有者の存在を要件とするマンション管理適正化法上のマンションの定義には当てはまらなくなることから（同法第2条第1号）、同法の適用対象外となる。

なお、新築分譲マンションのかなりの割合は、建物完成・施工業者から分譲業者への引渡しの前に買主との売買契約を成立させている。このようないわゆる青田売りの場合、通常のマンション分譲であれば、売買契約締結により将来の建物の引渡しを約し、建物完成後の買主への引渡しをもって買主が区分建物の所有権を取得する。信託受益権による分譲についていえば、売買契約時には建物という信託財産がまだ存在しないことから、停止条件付信託受益権売買契約を締結した上で、分譲業者が建物の引渡しを受けると同時に信託会社へ信託譲渡し、買主との間で速やかに信託受益権の売買を成立させることになる<sup>26</sup>。

区分所有権を信託するとともに、第三者に信託受益権を売却するという手法は、不動産ファンド等による投資用物件の取得においてはごく当たり前に行われてきている。ただ、

本稿で念頭に置いている自己居住用ファミリー向けマンションにおいて行うことは、次のような様々な課題がある。

#### ① 受託者責任の重さと受託コスト

受託者は受益者自らが居住する不動産を所有・管理することになるため、投資用物件等と比較しても実質的な受託者責任が大きくなる。そのため、信託会社はその引受けに消極的であり、また、引き受けたとしてもその責任に見合う形で信託報酬が高額となるおそれが高い。

#### ② 居住者側の意識

区分所有権ではなく信託受益権という債権を保有することに対して、持ち家志向の強いであろうマンション購入者層に受け入れられるか疑問が残る。信託制度への理解不足とも相俟って買主側に所有権を取得できないことに対する心理的抵抗が少なくないと思われる。

#### ③ 適合性原則との関係

信託会社は、委託者の知識、経験及び財産の状況に照らして適切な信託の引受けを行うことが義務づけられている（信託業法第24条第2項）。分譲会社から信託を引き受ける場合には特に問題にならないと考えられるが、区分所有者から信託の引受けを行う場合については、信託会社が区分所有者の理解不足等を理由に信託の引受けを拒むといった事態も想定される。

#### ④ 区分所有法との齟齬

分譲マンションの実質的所有者が保有する権利が信託受益権となるため、居住権者（受益者）の意思決定は受益者が2人以上ある信託における特例（信託法第105条以下）の定めによるとも考えられる。もしそうであれば、議決権配分の基準（信託法第112条）が区分所有法とは異なり（区分所有法第14条）、規約変更や復旧・建替えに係る決議要件に係る

区分所有法上の規定（同法第31条・第61条・第62条）が適用されないことになるが、これは区分所有法の脱法に当たるとの懸念がある<sup>27</sup>。

この点については、信託自体は各区分建物を信託財産とし、各買主を受益者とする形で個別に成立しており、受益者が2人以上ある信託における特例の適用対象とはならないと考える方が素直なのではないか<sup>28</sup>。この場合には受託者が各受益者の指図に従って複数の区分所有者として議決権行使等を行うといった手法が想定されるが（付注参照）、少数議決権者たる受益者に対する忠実義務（信託業法第28条）や信託の公平義務（特に同法第29条第2項第2号）に抵触する懸念が残る。

#### ⑤ 流動性の低下

マンションの買替え等を希望する居住者は、信託受益権を売却することになるが、信託受益権売買の媒介・代理は第二種金融商品取引業の登録が必要なため（金商法第21条第2項第2号・第2条第8項第2号）、実物不動産に比べ流通経路が狭くならざるを得ず、かつ、②の事情から買主も限られることから、結果的に流動性が低下する（買い手がなかなか見つからない）おそれが強い<sup>29</sup>。

その他、権利関係が複雑になり過ぎる、信託契約の性格上通常管理委託契約より多くの条項を契約に盛り込む必要がある、信託受益権購入に対する住宅ローンの設定の可否や住宅ローンを組んでいるマンションを信託譲渡した場合の取扱いが不透明、事後的に区分所有者全員が区分所有権を信託する手法は戸数が少ないマンション以外では実現性が乏しい、既存不適格等受託不動産に問題がある場合の対応をどうするか等々の問題もあり、区分所有権の信託は、自己居住用マンションにおいてはほとんど実現例がない。



(付注) 各区分所有権別に信託が設定されている場合における区分所有法、信託法の適用関係について

各区分所有権別に信託が設定され、買主が受益者たる地位にある場合については、まず区分所有法の適用対象となるのは、あくまで区分所有権を有する者である受託者ということになる。

信託設定が分譲前の場合、すべての区分建物が同時に信託される限り、区分所有者は1名(信託前は分譲業者、信託後は受託者)であるため権利能力なき社団としての区分所有者の団体は成立しておらず、区分所有法第32条に定める事項を除き、規約を定めることもできない<sup>\*30</sup>。この場合、他の受益者(買主)との共同の意思決定手続を導入する旨の定めを各信託条項に置くことにより、あたかも一つの信託であると同様の状態を作り出す<sup>\*31</sup>。これにより管理組合と同様の意思決定手続を確保することが可能と考える。もっとも、これ自体本来区分所有法の規律の下に置かれるべき法律関係が信託行為に委ねられることになるとして、区分所有法の脱法行為との批判がなされるおそれがある<sup>\*32</sup>。

信託設定が分譲後の場合には、信託前に区分所有者間で規約を策定し、信託後は当該規約の下で受託者が各受益者の指図により区分所有者として議決権行使等を行うことになる<sup>\*33</sup>。

### iii) マンションの共用部分や敷地のみを信託財産とする場合

マンションの共用部分及び敷地のみを信託する手法も想定される。この場合であれば、区分所有権は区分所有者が保有したままとなるため、心理的抵抗は比較的少なく、また、全員一致を必須とする必要もないであろう。

共用部分・敷地のみを信託する場合、まず問題になるのは専用部分との分離処分の禁止規定(区分所有法第15条・第22条第1項)との適合性である。この点については、規約において、共用部分については管理所有(同法第27条)、敷地については分離処分を認める条項を設けた上で、管理者から共用部分を、各区分所有者から敷地の持分を信託会社に対して信託譲渡することで対応することが考えられる。敷地持分の譲渡に消極的な区分所有

者がいる場合については、共用部分のみの信託であっても建物全体の管理という目的はかなり達成することができるであろう。

共用部分・敷地のみを信託に係る課題としては、まず管理所有に信託譲渡という処分権限まで認められるかという点である。区分所有法の解釈上、管理所有とは、管理のための所有であって、処分権限(譲渡、担保権設定、出資)までも含むものではなく、また、賃貸についても、原則として制限されるとされている<sup>\*34</sup>。他方、管理所有の趣旨として、立法担当者は“一種の信託的な所有権の移転を行うもの”<sup>\*35</sup>とも説明しており、管理型信託であれば管理所有の再委託のようなものであって特段問題がないようにも思える。

また、管理所有者は、規約によっても軽微変更以外の変更行為は行うことができないとされている(区分所有法第20条第2項)。この点については、受託者が自らの裁量で軽微変更以外の変更行為を行うこと自体想定しにくいほか、集会の特別多数決議による変更行為の決定があれば、軽微変更以外の変更行為も特別の授權なしに管理所有者が行うとされていることから<sup>\*36</sup>、特に問題は生じないと考えられる。

さらに、管理所有には管理費・修繕積立金を徴収し、支払業務を含めそれらを管理するという、管理組合財産の管理の権限は念頭に置かれていない。あくまで共用部分の管理・保存・軽微変更を行い、それに要する費用を管理組合に請求することまでを認めているに過ぎない(区分所有法第20条第1項)。ただ、管理所有者も管理者であることから、共用部分の所有権の信託譲渡は管理所有者として行うとともに、管理組合財産については管理組合からの授權の下に信託会社へ信託譲渡するという形で構成することは可能であると考えられる(管理組合財産の信託については、(2)

i) 参照)。

(第1回了)

\*<sup>1</sup> 国土交通省の推計による。

\*<sup>2</sup> 「マンション管理の新たな枠組みづくりに関する調査検討報告書」(平成20年3月(財)マンション管理センター) p9・p15

\*<sup>3</sup> ここでの“一般の分譲マンション”とは、単棟の自己居住用ファミリー向け分譲マンションを念頭に置いている。なお、これ以外のタイプのマンションに係る課題については、本稿の最後において簡単に触れる。

\*<sup>4</sup> 厳密に言えば、区分所有法上当然に構成されるのは“区分所有者の団体”であって、管理組合の設立は任意であるが(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)(以下「稲本・鎌野」という。) p25)、実務上区分所有者の団体を管理組合と同一のものとして規約が定められ、集会等の手続も行われていること、管理組合が区分所有法の規定に従って管理を行っているのである限り、当該管理組合は、“区分所有者の団体”にほかならないこと(濱崎恭生「建物の区分所有等に関する法律の改正の概要」(ジュリストNo.795) p13)、後述するマンション管理適正化法においても区分所有者の団体を管理組合と定義していること(同法第2条第3号)から、本稿でも管理組合と称することとする。

\*<sup>5</sup> したがって、管理組合は、組合ではなく権利能力なき社団として取り扱われることになる(稲本・鎌野p28、濱崎恭生「建物区分所有法の改正」(法曹会)(以下「濱崎」という。) p113)。

\*<sup>6</sup> 国土交通省ネガティブ情報等検索システム〈マンション管理業者〉による。

\*<sup>7</sup> 最近の事例としては、静岡県において会計担当理事が平成20年2～11月にかけてマンション管理組合の修繕積立金等から総額1億3690万円を着服したとして業務上横領罪に問われ、静岡地裁沼津支部から懲役6年の判決を受けた事件がある(毎日新聞2009.9.26 地方版/静岡23面)。

\*<sup>8</sup> 管理組合及びマンション管理業者に対するアンケート結果によると、いずれもマンション管理の課題として、管理組合役員等のなり手不足と区分所有者の無関心を挙げている割合がずば抜けて多い(前掲

「マンション管理の新たな枠組みづくりに関する調査検討報告書」p9・p15)。

\*<sup>9</sup> 「分譲マンションストック500万戸時代に対応したマンション政策のあり方について(答申)」(平成21年3月 社会資本整備審議会)の中にも、“区分所有者の主体性・自主性に基づく管理組合方式による管理の適正化を原則としつつ、区分所有者以外の専門家の関与等による管理も選択肢の一つとして、新たな仕組みや運用も必要となっている。”との記述がある(同答申p12)。

\*<sup>10</sup> 前掲「分譲マンションストック500万戸時代に対応したマンション政策のあり方について(答申)」p16

\*<sup>11</sup> この場合、管理業者の自己取引に該当することとなるが、管理組合の承諾があれば違法とはならない(民法第108条ただし書)。ただ、管理組合財産の保護や契約の透明化の確保のための措置は必要である(前掲「マンション管理の新たな枠組みづくりに関する調査検討報告書」p63)。なお、チェック機関となる管理業者と管理業務を受託する管理業者とを別業者とすれば、このような利益相反は生じないが、その分コストは上昇する。

\*<sup>12</sup> 同様の見解として、梶浦恒男「マンション管理形態」(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)所収) p325

\*<sup>13</sup> 法定共用部分になるか否かについては、稲本・鎌野p34、大野秀夫「専有部分」(前掲「これからのマンションと法」所収) p199参照。また、法定共用部分に相当するとして、管理人室に係る区分所有権の保存登記の抹消請求を認めた事例として、最二小判平成5.2.12。

\*<sup>14</sup> 前掲「マンション管理の新たな枠組みづくりに関する調査検討報告書」のほか、「分譲マンションの新たな管理者管理方式に関する報告書」(社)高層住宅管理業協会)、「不動産取引と信託法制に関する研究会報告書」(財)不動産適正取引推進機構)など

\*<sup>15</sup> 四宮和夫「信託法〈新版〉」(有斐閣)(以下「四宮」という。) p181

\*<sup>16</sup> 本稿においては、信託業法に定める内閣総理大臣の免許又は登録を受けた者(信託会社)のほか、金融機関の信託業務の兼営等に関する法律(以下「信託業務兼営法」という。)に定める内閣総理大臣の認可を受けた銀行その他の金融機関(信託銀行)も含めて、「信託会社」と総称する。

\*<sup>17</sup> “今回の立法は、基本的には、現在の信託法の起草者が採用した、またそういう意味で信託法の制定

初期から唱えられてきた、いわゆる学説上は債権説というんだそうでございますが、それに立って行われておるものがございます。ここで債権説と申し上げますのは、信託によって受託者が信託財産の完全な所有権を取得すると考える一方で、受益者は受託者に対し信託目的に従った管理、処分を行うことを請求する債権的な請求権を有するとする考え方でございます。”（平成18年10月27日第165回国会・衆議院法務委員会第5号での信託法案審議における法務大臣答弁）

<sup>\*18</sup> 時本昭政「信託受益権の分割」信託法研究No.16（信託法学会）p97、四宮p29

<sup>\*19</sup> この手法に関するその他細かい論点については、前掲「不動産取引と信託法制に関する研究会報告書」p11参照。

<sup>\*20</sup> 建物全体が1所有者に属している建物に区分所有権が成立するかの疑問も生ずるが、解釈上各部分を区分所有権の目的とするという建物所有者の意思が客観的に明確であれば区分所有権の成立が認められるとされている（稲本・鎌野p14）。また、区分所有法にも建物全体が1所有者に属することを前提とした条項が存在する（同法第22条第3項・第32条）。

<sup>\*21</sup> 松尾直彦「一問一答 金融商品取引法」（商事法務）p87

<sup>\*22</sup> 規約の設定は本来区分所有者及び議決権の各3/4以上の多数による集会の決議によるべきであるが（区分所有法第31条）、区分所有者全員の書面による合意をもって集会決議に代えることを認めている関係上（同法第45条）、例えば分譲業者が分譲契約時に併せて規約案についての合意を各区分所有者から取り付け、全員の合意書面が調ったところで規約が成立という手法も認められる（稲本・鎌野p193）。

<sup>\*23</sup> 同条に基づき、分譲業者が分譲前に規約を定めることも可能ではあるが、その対象が共用部分と敷地に係る事項に限られているため、ここでは用いることはできない。

<sup>\*24</sup> 例えば、全体の8割の分譲が完了した段階で、買主が区分所有者及び議決権各1/5以上で集会を招集し、同じく各3/4以上の多数をもって区分所有権の信託に係る条項を削除した形で規約を設定するといった事態は想定できる。

<sup>\*25</sup> マンション管理業者を指図権者とする場合は、利益相反を避けるため、マンション管理業務を実際に請け負っている業者以外の業者とする必要がある。なお、指図権者が自らを請負業者とするよう指

図を行うことは、信託業法第66条第1項第3号に当たり、違法となる疑いが強い。

<sup>\*26</sup> 信託財産が現存しない段階での信託受益権売買契約については、不動産ファンドによる開発型物件の取得において多くの事例がある。

<sup>\*27</sup> 区分所有法との整合をとるためには、規約に区分所有法と同じ議決権配分や特別決議条項を定めるといった手法が考えられるが、それで区分所有法との関係が整理し切れるか疑問が残る。

<sup>\*28</sup> なお、i) で挙げたマンションの建物及び敷地全体を一つの信託財産とする場合については、このような構成は取り得ず、区分所有法適用の余地はないことになる。

<sup>\*29</sup> ここでの懸念は自己居住用物件に限った問題である。投資用物件の場合は当初より金融商品としての流通を前提に商品設計がなされており、流通市場も異なるはずであるから、このような懸念はあまり生じないと考えられる。また、信託受益権であることは、不動産取得税等流通税コストが軽減されるというメリットも存する。

<sup>\*30</sup> 構成員が当初より1名であるゆえに規約を定めることができない根拠として、判例が権利能力なき社団の要件とする団体としての組織性の具備（最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁）を認めることができないこと、一般社団法人の設立要件が社員2名以上であること（一般社団法人及び財団法人に関する法律（以下“一般法人法”という。）第10条第1項）とのバランスを欠くこと、区分所有法第32条の反対解釈が挙げられる。

<sup>\*31</sup> 「信託法改正要綱試案 補足説明」（法務省民事局参事官室）p145

<sup>\*32</sup> なお、少々裏技的ではあるが、意思決定手続を信託契約条項に委ねることを避けるため、分譲業者から信託会社への信託を段階的に行うことによって区分所有者2名（分譲業者と信託会社）の時期を作り出し、その間に規約を定めるといった手法も考えられる。

<sup>\*33</sup> 信託後の区分所有者が受託者1名となることから、管理組合の社団性が失われ、規約も失効するとも考えられるが、一般社団法人においても社員1名となる場合を認めていることから（一般法人法第148条第4号）、管理組合についても社団性を認容可能と考える。

<sup>\*34</sup> 稲本・鎌野p159

<sup>\*35</sup> 濱崎p163

<sup>\*36</sup> 濱崎p164