

論 説

ドイツ住居所有権法（WEG）における管理者 —管理者不在の場合—

土 居 俊 平

- 一．問題の所在
- 二．ドイツ住居所有権法（WEG）の構造
- 三．ドイツ学説の紹介・検討—Frank Zschieschack 論文を中心に—
- 四．結語

一．問題の所在

現在、マンションに関する法制度は改正のど真ん中にある。昨年・令和6年1月召集の通常国会（第213回国会）では（法制審議会での議論を経て、改正される可能性があったものの審議時間が確保されないことから）区分所有法改正案の提出が見送られたが、令和7年1月24日に召集された通常国会（第217回国会）では、3月上旬に「老朽化マンション等の管理及び再生の円滑化等を図るための建物の区分所有等に関する法律等の一部を改正する法律案（仮称）」⁽¹⁾が提出される予定である。同法律案は、区分所有法・改正案⁽²⁾（法務省所管）、マンション建替え円滑化法・改正案（国土交通省所管）、マンション管理適正化法・改正案（国土交通省所管）の3つの改正法案から構成される。3つはいずれも密接不可分な改正法案なので一体として審議する方が好ましいとの判断から3つの改正法案を1つにまとめて、国土交通省⁽³⁾が国会に提出する予定である（所管官庁が変更されるわけではない）。更に、マンション管理、特に、第三者管理に関しては、区分所有法の中での改正ではなく、国土交通省によるガイドライン（「マンションにおける外部管理者方式等に関するガイドライン」）が令和6年6月7日に公にされたところである。本稿は、マンション管理、特に、第三者管理について中心的に検討することを志向するものである。

そもそも、第三者管理が進展した背景事情としては、以下のことを指摘し得る。即ち、近年のマンションにおいて、役員の担い手不足等を背景として、マンション管理業者が管理事務を受託するのに加えて（区分所有法上の）管理者

として選任される事例や、新築マンションにおいて、管理業者が管理者に就任することを前提とした上での分譲が行われる事例が出現するに至っている。このような管理方式は、その運営方法によっては、区分所有者の意思から離れた不適切な管理、管理組合と管理業者との利益相反の発生、管理業者に支払うコストの増大等が生じるおそれがあることから、その導入の判断にあたってはメリット・デメリットを踏まえた慎重な検討が必要である。また、こうした検討を経て導入することを決定した場合についても、マンション管理の主体は区分所有者から構成される管理組合であることをふまえ、管理者の選任や業務の監督等を適正に行うことができる体制を整備することをはじめ、区分所有者による管理者に対する適切な監督を行うことが必要である⁽⁴⁾ ことは言うまでもない。このような背景事情をふまえた上で、平成 29 年 6 月に公にした「外部専門家の活用ガイドライン」を再構成し、令和 6 年 6 月、「マンションにおける外部管理者方式等に関するガイドライン」を公にしたのである。

このように平成 29 年 6 月、即ち、平成末期になり第三者管理に関するガイドラインが公にされ、かつ、昨年・令和 6 年になりガイドラインが再構成されていることから分かるように、我が国におけるマンション管理にあっては、最近になり第三者管理が進展し、問題意識をもたれるに至っている。要するに、現在は第三者管理の初期の段階であるとも言える。今後、第三者管理に関する更なる法的問題が惹起される可能性が十分に有り得る。我が国においてはマンション管理においては、管理者制度を採用しつつも実態は理事会制度⁽⁵⁾であったこと、更に、管理者には（区分所有者以外の第三者を選任する）第三者管理ではなく自主管理を当然視する時期が長らく続いた⁽⁶⁾。率直なところ、我が国においては第三者管理の経験値が浅すぎることを否定し難い。そこで、第三者管理につきより深い検討を行うには、昭和 37 年にわが区分所有法を制定する際に大いに参考にし、かつ、わが区分所有法の母法たるドイツ法⁽⁷⁾、即ち、ドイツ住居所有権法（WEG、1951 年制定）における議論が重要であると考え。特に、ドイツ住居所有権法（WEG）では、我が国と同様に管理者制度を採用している。そして、管理者がマンション管理の中核を担うことを予定し、かつ、比較的規模の大きいマンションにあっては住宅業界の経験豊かな商人（住居所有者ではなく第三者）が管理者になることが多いとの指摘⁽⁸⁾があるように、ドイツでは現実にも第三者管理が行われ相当の年数が経過している。このように第三者

管理を巡る議論につき相当に蓄積があることからドイツ法、即ち、ドイツ住居所有権法(WEG)における議論を紹介・検討する必要性が高いという基本的認識に立脚している。このような基本的認識のもと、わたくしは、これまでドイツ住居所有権法(WEG)における管理者(Verwalter)に関する研究を継続してきた。即ち、ドイツ住居所有権法(WEG)における管理者・管理顧問会・認定管理者等のマンション管理機関についての議論を紹介・検討し、わが区分所有法を解釈・適用する際の若干の示唆も提示してきた⁽⁹⁾。特に、ここ数年においては、WEG2020年改正におけるマンション管理体制の全体構造、管理者の職務・権限、報酬、認定管理者等について研究対象としてきた。

本稿においては、第三者管理を前提とした上で、管理者の機能・役割・重要性等を多面的に把握するという視点に立ち、そのためには管理者が存在する前提をいったん崩し、管理者不在の場合、どのような法的問題が生じ、それへの対応としてどのようなことが考えられるのかを紹介・検討する。それにより、管理者が存在する場合との対比が可能となり、管理者の機能・役割・重要性等といった点が自ずとクローズアップされやすいと考えられる。その際、2023年に発表されたFrank Zschieschack論文⁽¹⁰⁾を中心に紹介・検討を進める(同論文は、Michael Drasdo65歳祝賀記念論文集所収、詳細は後述の「三.ドイツ学説の紹介・検討—Frank Zschieschack論文を中心に—」参照)。このようにドイツ住居所有権法(WEG)における管理者不在の問題を紹介・検討することは、今後、第三者管理が進展していくであろう我が国において、管理の軸とも言い得る管理者(通常の場合、管理組合の理事長⁽¹¹⁾)が不在である場合、理論的・実務的に何が問題となり、実際のところどうクリアーしていくべきなのかということのみならず、第三者管理制度の本質的な問題についても一定の方向性・示唆を獲得できる可能性がある。かくして、管理者不在に焦点を当てる本研究は、理論的・実務的に有益な研究であると確信する。

二. ドイツ住居所有権法(WEG)の構造

ドイツにおける住居所有(区分所有)建物の住戸数は約600～650万戸あり、我が国と同様に居住の主要な形態となっている⁽¹²⁾。我が国の区分所有法に相当するドイツの法律は、住居所有権法(Wohnungseigentumsgesetz, 略称WEG)である。同法は1951年に制定され、1973年改正⁽¹³⁾、2007年改正

(14)、2020年改正⁽¹⁵⁾を経て現在に至っている。直近の大きな改正は2020年改正であり、本稿は、2020年WEG改正をふまえている。WEGを概観すると、WEGは1条～49条まで存在し、我が国の区分所有権に相当する住居所有権(Wohnungseigentum)については、第1編・第1章～第4章に規定がある(WEG1条～29条⁽¹⁶⁾)。その中で、特にマンション管理について規定されているのはWEG18条～WEG29条であり、住居所有権者(WEG18条～25条)、管理者(WEG26条～28条)、管理顧問会(WEG29条)についての規定がある。これら三者がマンション管理を担う者と想定されている。上記以外、住居所有権者により構成される団体として住居所有権者共同体も重要である。特に注意すべき点は、住居所有権者共同体は広く権利能力を有する(WEG9a条1項⁽¹⁷⁾)ことである。ドイツにおけるマンション管理について簡潔にまとめると、まず管理主体は住居所有権者であるとされており、住居所有権者の団体に権利主体性を付与し、その機能性が確保されるように法理論が形成させ、また、各住居所有権者には秩序ある管理がなされない場合にこれを請求する権利が認められているものの、実際に管理の実施を担うのは管理者であり、管理業者が管理者に選任されるのが一般的で、管理業者が管理につき住居所有権者に対し契約責任を負っている⁽¹⁸⁾。住居所有権者・管理者と並びマンション管理を担う管理顧問会は管理者の職務の執行を援助、監督する機関であり、通常、住居所有権者を構成員として、住居所有権者と管理者との間の橋渡しの役割を負うものとされてきたが、WEG2020年改正により、その機能に管理者の「監督」が追加されている⁽¹⁹⁾(WEG29条⁽²⁰⁾)。かくして、管理者・管理顧問会はそれぞれマンション管理にとって必要な機関であって、管理顧問会は管理者の代替となり得るものではない。

なお、管理者不在の場合におけるWEG上の規定としては、代理(WEG9b条1項⁽²¹⁾)、住居所有権者集会の招集(WEG24条3項⁽²²⁾)、決議集(WEG24条8項⁽²³⁾)については一定の規定がある。

三. ドイツ学説の紹介・検討

—Frank Zschieschack 論文を中心に—

1. 導入

ドイツ住居所有権法(WEG)における管理者(Verwalter)、特に、管

理者不在の場合におけるドイツ学説の紹介・検討を試みる。具体的には、Michael Drasdo 65 歳祝賀記念論文集⁽²⁴⁾ (2023 年刊) に所収されている Frank Zschieschack 著「改正住居所有権法における管理者不在の住居所有権者共同体⁽²⁵⁾」の紹介を行う。そもそも、Frank Zschieschack は、フランクフルト地方裁判所裁判官(裁判長)である。同論文を紹介・検討の対象とする理由は、同論文が WEG2020 年改正をふまえた段階で執筆され、かつ、住居所有権者共同体において管理者が不在となる際にどのような法的問題が惹起されるのかにつき詳細に検討されている数少ない論文の一つだからである。以下の「2. 内容紹介」においては、Frank Zschieschack 論文を紹介していく。紹介する際、同論文の理解を助ける上で言葉を補ったり、特に必要がない部分についてはごく一部を削る等の加除訂正を行っていること、以下において「共同体」と表記されている場合「住居所有権者共同体」を意味すること、「住居所有権」「住居所有権者」は概ね我が国の「区分所有権」「区分所有者」に相当するものであることをお断りしておく。なお、「2. 内容紹介」における章立てはすべて Frank Zschieschack 論文に準拠するものである。

2. 内容紹介⁽²⁶⁾

(1) 導入部分⁽²⁷⁾

管理者が存在しない住居所有権者共同体は、本質的な機関を欠いている。同時にこのような住居所有権者共同体が存続し得るのか否かは、WEG2020 年改正以降、争点になっている。数的にみて明確に住居所有権者共同体の大半が、管理者が存在しない及び管理者を発見することもできない小規模の共同体であるものの、実務では(管理者がいないということ)特に問題にしていない。Drasdo 教授が WEG 所定の管理者の役割について徹底的に研究しているところであるが、本稿では、この法的に奇妙な共同体にいくつかの特徴を見出し、その際どのように共同体が管理者によって法的安定性を担保し得るのかという問題を解明することになろう。

(2) 2020 年 WEG 改正による法的変化⁽²⁸⁾

管理者の存在しない共同体は全く理想像ではないという結論が、考察の出発点である。それ故、既に、1951 年段階で「すべての住居所有権者共同体が管理者を有していなければならない」ということが妥当する。

管理者の存在しない共同体の問題点は、2020年WEG改正により状況が悪化している、というのは、改正後、既に広範な部分においてWEGの構造が漠然としたものであることが明確になっており、本質的な領域において会社法に近似しているからである。その際、特に管理者の役割が明確に強化されている、それ故に、管理者不在の共同体は一連の新たな問題点が提起されたように思われる。

管理者不在の共同体における主たる問題点は、対外的な代理権である。ここでは、管理者不在の際、WEG9b条1項2文⁽²⁹⁾は全住居所有権者共同による代理権を想定している。決議により代理権を住居所有権者に授権するという可能性(旧WEG27条3項3文⁽³⁰⁾)は考慮されない。以上のことは、大規模かつ(もしくは)内部的に争いのある共同体において全くもって問題点の解決にはならない。管理者不在の共同体における住居所有権者の法的紛争における問題点は先鋭化することになる。更に、実務的に少なからぬ重要な問題は、新法において明確に強調された管理者の職務に関して提起されている。管理者不在の住居所有権者共同体において管理者の職務が誰に帰属するのかは解決不可能である。更に、望まれていない管理の状態を終わりにするために、管理者不在の住居所有権者共同体においてどのように住居所有権者集会を準備・企画し得のかという問題は実際的に重要である。

(3) 住居所有権者共同体(団体)の代理権⁽³¹⁾

1) 基礎

実務的にみて管理者不在の住居所有権者共同体の問題点は代理権である。管理者不在の共同体が内部的に対立している、もしくは、一定の規模を示している場合、法律により想定されている共同代理(WEG9b条1項2文⁽³²⁾)は、事実上、管理者不在の住居所有権者共同体の行為無能力状態を導く。

既に、契約当事者にとってこのような(管理者不在の)住居所有権者共同体と契約を締結することはあまり魅力的なことではない。つまり、管理者不在の住居所有権者共同体にあって、契約締結における代理人全てが有効に法的効力を生じさせ得るのか否か、という問題が提起される。少なくとも、登記簿正本が実際の所有状態の确实性を保障するものではないので(相続事例など)、適切に助言し、かつ、職業的に行動すべき契約当事者(保険業者、エネルギー供給者)が費用を洪々引き受けているに過ぎない。

以前と異なり、決議により個々の住居所有権者はもはや権限を付与され得ない、それ故、原則として常に全ての住居所有権者が全ての契約締結にあって協力しなければならない。もっとも、新法においても、HGB125条2項⁽³³⁾類推適用で個々の業務につき他の住居所有権者による特定の住居所有権者への法律行為の授權は可能である。もっとも、上記のことは住居所有権者の個別的な行為を前提とし、かつ、少なくとも決議の手法では可能ではない。小規模な住居所有権者共同体において(上記の手法で)急場をしのぐことができるが、大規模な住居所有権者共同体では全く有用なものではない。

2) 代理権のない管理者の行為

例えば、暖房用石油を注文する、もしくは、保険契約を締結するために、頻繁になされる唯一の有用な手法は、(厳密にいえば)代理権のない代理人の行為となる。その際、多くの場合、法的に素人である者には、代理権なしに行為していることを認識していない。その際、(代理権なしに行為している)行為者のリスクはBGB179条⁽³⁴⁾による損害賠償請求権である。契約が住居所有権者共同体を拘束するためには、共同体は契約を追認しなければならない(BGB177条⁽³⁵⁾)、もっとも、単独行為の場合は一例えば、解除の意思表示一既に除外されている(BGB180条⁽³⁶⁾)。

代理人不在の行為の追認は、住居所有権者共同体によりなされなければならない。上記の追認は決議によりなされ得る、というのは、決議によって行為した住居所有権者が後日に代理権を得るのではなく、代理権なき行為の意思表示が住居所有権者共同体を拘束することを共同体が決議するに過ぎないからである。かくして、内部関係に限り明確になった。

外部関係において法的関係を変えることは難しい。そもそも、契約当事者に対する追認の意思表示は住居所有権者全員の行為であることを前提としている。ここでは同時に実務的な問題が提起される、即ち、住居所有権者全員が協力しなければならないとされる(追認をなすために必要となる、住居所有権者全員からの無権代理行為を行った者に対する)代理権(授与)につき、一般的にどのような形で代理権(授与)をなしうるのかという問題である。住居所有権者共同体の規模が大きくなり、かつ(構成員間が)険悪なものであるのに従い、代理権授与は不可能になる。上記の理由から(住居所有権者の)協力を捏造する可能性があることを考慮する必要がある。契約当事者のために必要とな

る法的保障の問題に直面して、この前提（追認の意思表示が住居所有権者全員の行為であるとする前提）が胡散臭いものに思われる。

しかし、BGB177条⁽³⁷⁾に基づく追認は代理人に対しても与えることができる。この方法は単純である、というのは、少なくとも集会への代理人の出席の場合にあっては一管理者不在の際の行為の追認決議の告知という形で追認（の代理人への告知）は既に存在しているからである。管理者が集会に出席している場合での管理者選任・解任という類似の事案と共通することから、（管理者出席の上での決議は）住居所有権者共同体の意思表示の到達として十分である。（追認の件を）想定しておらず、かつ、住居所有権者の意思表示を催告しようとしている場合でさえ、（追認をするということは）住居所有権者相互関係に限り妥当する。もっとも、意思表示発信の拒絶（＝追認拒絶）が疑いなく信義則に反するので、住居所有権者及び共同体が、（追認の）意思表示がなされているものと取り扱わねばならないというものではない、少なくとも内部関係において。結論的には、（通常は）議決後、締結された契約は住居所有権者共同体のために拘束力を有する。

契約当事者は注意を払わなければならない。契約当事者は BGB177 条 2 項⁽³⁸⁾に基づき追認についての意思表示を催告することができる（BGB177 条 2 項⁽³⁹⁾）。契約当事者にとって当該契約が重要であるのならば、契約当事者はこの段階で（契約の続行を）断念すべきである、というのは、BGB177 条 2 項⁽⁴⁰⁾の手法により追認は実際に不可能になり得る。（住居所有権者集会の）招集期間が短い期間しか与えられていないことから、確かに（BGB177 条 2 項 3 文⁽⁴¹⁾に規定されている）2 週間という期間には批判がある。招集が上手くいった場合でさえ、全ての事例において契約当事者に対する意思表示は必要である。当該意思表示は住居所有権者全員の協力を前提とするものである。

3) 解決可能性

a) 一時的管理者の選出

考えられ得る選択肢は、場合によれば、なすべき意思表示もしくは契約締結のためにのみ、一時的管理者として住居所有権者を選出することである。それ故、住居所有権者共同体は行為能力を有する機関であろう。住居所有権者共同体が全ての場合において秩序ある管理に適合しない場合でも、管理者自身は BGH の判例に基づき自らの選任の取消の際には行為能力を有し、万一の選任

決議の無効の際は管理者の行為につき法的効果を生じない。最初から期限が設けられていない場合、一時的管理者は活動し、その後には辞任することになる。ここではおそらく、(一時的管理者となる)住居所有権者の選任のみが重要となる。住居所有権者共同体はWEG27条2項⁽⁴²⁾に基づき管理者の決定権限を広範に制限することができる。住居所有権者が長期にわたり管理者として自由に事務処理をすることはあり得るであろう。このようなことは、住居所有権者共同体が明確に限定された判断領域を有する代表機関である限り、有益であろう。もっとも、(住居所有権者共同体たる)機関の義務と管理者としての責任が密接していれば、実務的には長期にわたる緊急業務の引き受けには矛盾をもたらし得るであろう。

b) 分割の意思表示における授權

上記で指摘された個々の住居所有権者の授權は合意されうるのか否か、ひいてはこの手法により共同体は行為能力を有することになるのであろうか、という問題は、あまり議論されていない。原則として多くのことが問題になり得る。規約によりWEG9b条1項2文⁽⁴³⁾が無効にならない若しくは修正され得ないということは、適切である。以上のことは、授權を肯定する規約—権利承継者を拘束する—と矛盾するものではない。そして、WEG9b条1項2文⁽⁴⁴⁾の内容が規約により影響を与えられない限り、授權に拘束力が与えられる。ここでも個々の法律行為への授權に限定されるということが重要である、というのは一般的な授權は許容されないからである。支配的見解によれば組織としての代理権を授權するには、授權を受領することは必要ではない。授權は一方的な意思表示として到達すればよい。上記のことは規約もしくは認識獲得により授權が共同体において生ずる場合においてなされる。それ故、ここで主張されている見解によれば、規約により例えば1号室居住の住居所有権者が管理者不在の場合に授權され共同体のために電気やガス等の供給契約を締結することが可能である。管理者不在の場合における「永遠の」共同体の存続(WEG11条⁽⁴⁵⁾)の可否及び期限は常に不確定であることから、規約が分割意思表示における上記理念の証明、備えであることを示している。

c) 緊急事務管理による代理権

緊急事務管理(WEG18条3項⁽⁴⁶⁾)の場合、緊急事務管理者は法律上の代理権を有しているので、実務上の問題点が相当に軽減することであろう。例え

ば緊急の場合、修理措置並びに団体の経済的負担という点で問題なく解決され得る、その際、団体のために裁判上の措置（積極的措置もしくは消極的措置）をとらなければならない。

確かに、支配的見解によれば緊急事務管理からは代理権は生じないと説かれている。この見解に対しては、BGB744 条 2 項⁽⁴⁷⁾に関する BGH の判例が WEG における緊急事務管理の参考になるのかという点で議論がある。更に、立法者も人的会社法の改正にあっては緊急事務管理者の代理権を認めた。同時に、BGB744 条 2 項⁽⁴⁸⁾にあっては一連の例外を承認した。従って、代理権がどうしても必要である、同様に、実質的には処分行為的な性質を有する債務負担行為がどうしても必要である場合、処分行為は可能である。手続法において BGH は以下のように判断した、即ち、緊急事務管理は事務管理者が訴訟において、他人の権利に関し自己の名で訴訟を遂行する権利（Prozessstandschaft）という手法で団体の請求権を主張する権限がある、と判断した。

個々の争点となっている例外たる手続法を住居所有権法に転用することは、実りある議論ではない。特に、他人の権利に関し自己の名で訴訟を遂行する権利（Prozessstandschaft）の導入は一例えば、組合訴訟のように一法的安全性に資するものではない。WEG18 条 3 項⁽⁴⁹⁾のわずかな場合において緊急事務管理者が法的に代理権を有することが、ここで実際に使える解決である。住居所有権法の特徴は以下において根拠づけられ得る、即ち、住居所有権者共同体における通常の場合には妥当するものの、具体的な緊急事態においては使えない、それが自己の共同所有の管理というものである。住居所有権法は矛盾したものではない。WEG18 条 3 項⁽⁵⁰⁾の要件を充足すれば、住居所有権者共同体は行動した者に対して BGB670 条⁽⁵¹⁾、257 条⁽⁵²⁾に基づき費用を償還しなければならない、それ故、行動した者はこのことから不利益が生ずることはない。（緊急事態であっても）契約の相手方にも団体への契約上の拘束を要求し得る、というのは、緊急事態においても（契約に基づく）活動は可能であり、そのことを十分に認識できるからである。事実上、緊急事態が存在しなくなれば、支配的見解によれば契約の相手方は何ら失うものはない。契約の相手方は行動している住居所有権者に従わなければならない。住居所有権者共同体が契約を承継しない場合、住居所有権者は代理権なしに代理人として行動しており、契約の相手方に対してその選択に従い履行もしくは損害賠償の責任を負う。

代理権の肯定はとりわけ訴訟法における明確な利点である。例えば、期限の拘束のある管理に関する訴訟を行うことが問題となる場合、能動訴訟⁽⁵³⁾が住居所有権者共同体のために可能となろう（住居所有権者として住居所有権者共同体の訴訟に参加できよう）。住居所有権者が一至極当然のことながら一自ら費用を出して請求権防御のため訴訟保佐人として住居所有権者共同体に訴訟参加しなければならないのが原則であるところ、住居所有権者共同体に訴訟参加することなしに、受動訴訟⁽⁵⁴⁾においても同様に住居所有権者として住居所有権者共同体の擁護は可能であろう。

4) 裁判上の代理

特に住居所有権者が住居所有権者共同体を訴える、もしくは、住居所有権者共同体から訴えられる場合、法律行為上の代理には問題点が惹起され、裁判上の代理に関する問題点もクローズアップされる。新法において住居所有権者共同体に関するあらゆる法律関係が進展していることから、全ての訴えの重要性が示される、例えば、決議の訴え、とりわけ決議補充の訴え⁽⁵⁵⁾、妨害排除の訴え、没収の訴え、管理費回収の訴え等が重要である。BGH がこのように早急に基礎を確立したことは喜ばしいことである。

このような訴訟手続において住居所有権者は2つの立場に立つことは許されない、代理人としての立場にたつことも許されないというのは誰もが認めていることである。それ故、取消の訴えの原告が（自らの）権利擁護のために（住居所有権者共同体の）共同代理を行うことは除外される（許されない）、同様に原告が自らに対する訴えの際に（住居所有権者共同体の）代理人として協力してはならない。

a) 受動的代理（Passivvertretung）⁽⁵⁶⁾

住居所有権者が住居所有権者共同体に訴えを提起する場合、例えば、決議の訴えの際の代理が送達について問題提起されることはない。共同代理に関して ZPO170 条 3 項⁽⁵⁷⁾ の適用がある限り、一人の住居所有権者への送達で十分である。任意の住居所有権者全員（原告を除く）への訴えの送達が訴訟関係を根拠付ける。それ故、（送達がなされれば）法的問題が提起されることはない。一少なくとも大規模な共同体において一訴えが一人の住居所有権者には送達されているものの、権利擁護のために他の住居所有権者に送達されることが法律上・事実上不可能であることにより実務的な問題点が判明し得るというのは適

切なことである、この場合、権利擁護の点が欠落していても訴えは送達されたことになる。権利擁護の理由から ZPO170 条 3 項⁽⁵⁸⁾の規定の例外を考慮する必然性はあるようにも思われるが、ないと考える。当該条文構造は立法者により意思的に選択されたものであることが重要であろう。すべての代理事例において問題が提起されている。法的取引を容易にするために実定法においても常に代理人による受動的代理が定められている。2024 年 1 月 1 日施行の BGB720 条 5 項⁽⁵⁹⁾は、民法上の組合の代理について規定している。(この場合)憲法上の抗弁は存在しない。送達受取人が他の代理人のことを教えないという問題が提起されている。それ故、住居所有権者共同体という特別な領域であるため(問題解決に資するような)きっかけは存在しない。

実務的に、ひょっとすると裁判所は、原告が一定の方法で裁量の余地を軽減しなければならないのか否か、即ち、住居所有権者が訴えの送達を適切に応答することが確実にできない場合にそのことを知らせることにより裁量の余地を軽減しなければならないのか否かという問題に直面していることであろう。時折、裁判所は住居所有権者全員に送達することにつき監護を根拠とするものの判断に傾いている。この傾向は危険である。ZPO170 条 3 項⁽⁶⁰⁾は強行法であるが、最初の送達が期限を満了することがあり得る。複数の住居所有権者に訴えを送達する場合、期間は一例えば、権利擁護のために一なされるべき送達を開始した時から始まる。複数の送達をなす際には、期限が混乱することを避けるべく、あらかじめ予定を立てておくべきであろう。外国への送達の場合、法的共助の手法において訴えが送達されるまでに、常に期限が満了することになる。

以上のことは、裁判所は何もしなくていいことを意味しない。広く行き渡った見解によれば管理者不在の住居所有権者共同体においていずれは他の住居所有権者に訴え提起につき教えないといけないのであるから、裁判所は送達と密接な時間的關係を有するこの情報を知らせることができる、即ち、他の住居所有権者が訴え提起及び住居所有権者への送達につき教わるという形で情報に接することができる。裁判所が最初の期限を定め、文書による事前手続の可能性を断念する場合、管理者不在共同体の法的保護の可能性は典型的なものとして考慮されることになる。

b) 能動的代理 (Aktivvertretung)⁽⁶¹⁾

明確に問題点が多いのは能動的代理である、まず第一に住居所有権者共同体が主体となる訴えの際に（管理不在であることにつき）どのように権利擁護をなし得るのかという問題がある。ここでは重要な2つの見解が存在する。1つ目の見解によれば、住居所有権者共同体が訴訟無能力（執筆者注：行為無能力であれば、訴訟無能力となる）である限り、この場合における共同体の能動的代理は不可能である。特別代理人が選任される（ZPO57条⁽⁶²⁾）まで、管理者の選任が必要であらう。反対説（2つ目の見解）はいわゆる限定的な共同代理の理論を主張している。共同体は住居所有権者により代理されるであらう、そして、住居所有権者は（訴訟の）相手方として対面するものではない。BGHは結局のところ上述の2つ目の見解に与した、そして共同体が2人のみから構成される場合であっても上述の見解が妥当することを明らかにした。要するに、（1人の住居所有権者が共同体を訴えた場合）残りの住居所有権者が共同体を代理するのである。

当該解決方法に関して、管理者不在の共同体における訴えが適切に解決できている。2人から構成される共同体において、訴訟追行は旧法下よりも明らかに簡単になった、なぜなら、他の住居所有権者により代理されている共同体に対する考えられ得る請求権すべてが実現可能だからである。住居所有権者が共同体のために他の住居所有権者に対して訴えを提起することはできる。このようなやり方のクライマックスは、相互による（管理者）解職の訴えの提起である。

BGHが判断したように、管理者不在の共同体のために（住居所有権者が）積極的に訴えを提起することは可能である。ここでも訴えられていない住居所有権者は住居所有権者共同体を代理し、共同の訴え、例えば、管理費に関する訴えを提起する。経過規定において妨害排除の訴えの訴訟追行を禁止しているということは、同様に訴えられていない住居所有権者によって共同体のために（訴え提起を）なすことが可能である。

（管理者がいなくて）WEG9b条1項2文⁽⁶³⁾は共同代理を命じているので、大規模な共同体における状況は困難なものになる。特に、訴えられていない住居所有権者相互が不和である場合、実際上大規模な共同体にいる住居所有権者間の調整は常に簡単なものではない。上記のことは、共同体と住居所有権者との法的紛争が特別な問題ではなく、管理者不在の共同体における新しい代理構造を根拠づける。管理者なき共同体が第三者から訴えられ、それ故に内部手続

において管理者なき共同体の代理権の特別扱いが正当化される場合（新たな）問題が提起される。

c) 管理者不在の住居所有権者共同体における請求権防衛の危険

管理者不在の共同体は第三者から訴えられる際に危険が差し迫る、次の事例で説明する。

事例：管理者 V が解任され（同時に）契約が解除された。仲の悪い住居所有権者らが新しい管理者（選任）について意見の一致をみることは不可能である。V は報酬及び損害賠償を求めて住居所有権者共同体に対して訴えを提起した。訴えは管理顧問会構成員 B（＝住居所有権者）に送達された。

ここで問題のない住居所有権者全員が共同して共同体を代理する。共同体の訴訟無能力は考慮対象とはしないし、代理についても決して考慮しない。住居所有権者らは（管理者の）拒絶につき意見が折り合うことはあり得ない、そして時間的理由から場合によれば欠席判決という危険が迫っていることになる。

欠席判決のことは一見して住居所有権者にとっては驚くことではなかろう、というのは、管理者不在で度々生ずる支払不能の場合、判決は住居所有権者共同体及び住居所有権者に対して向けられるからである。（ところが実は）ここでは大きなリスクが待ち構えている。共同体は一限定なく、かつ、いかなる犠牲を払っても一必要手段を講ずることになる自らの構成員に対する請求権を有している。共同体が、弁済させるための手段を講じない場合、第三者はこの請求権を差し押さえることができ、取立てのために移付され得る（ZPO835 条⁽⁶⁴⁾、836 条⁽⁶⁵⁾）。旧法においてはザル法の可能性があった、というのは旧 WEG10 条 8 項 4 文⁽⁶⁶⁾は持分に応じた対外的責任のみを想定していたからである（旧 WEG10 条 8 項 1 文参照⁽⁶⁷⁾）。しかし、この限定は一意図的に一新法においては承継されなかった、従って一BGH が最近になり明確に指摘するように一全ての責任が住居所有権者全員に帰属する（BGB840 条⁽⁶⁸⁾—執筆注：連帯債務関係になるということである）、そして住居所有権者は他の住居所有権者との内部関係において（賠償額につき）協議しなければならない。多くはないが WEG 改正により住居所有権者に対して過小評価されるべきではない影響をもたらすものがあり注目すべきである。

しかし、欠席判決は回避し得る。ここで主張されている見解により代理権

が承認されるであろう場合、及び、共同体が行動しないので住居所有権者がWEG18条3項⁽⁶⁹⁾の範囲内で活動する場合が、最も簡単な場合であろう。住居所有権者に対する訴訟手続において住居所有権者共同体の側に(別の)住居所有権者が訴訟参加することは常に可能である。この手法により(権利の)申し立てがなされ得る。この点において、(住居所有権者間が)不和である共同体における解決策が示される。住居所有権者は補助参加人として訴訟参加し、請求棄却の申し立てをなし得る。これらのことは決して新しい制度ではなく(既存の制度を利用した)通常の行動様式である、例えば交通事故事例を想起してもらいたい、当該事例において弁護士は欠席判決を回避するために責任保険に関して訴えられた(車両の)保有者と共同代理にはしない。もっとも住居所有権者の訴訟参加は支配的見解によれば私費負担によってなされるものである。少なくとも住居所有権者は自らの弁護士費用を前払で支払わなければならない。更に、(訴訟に関与した)事務管理者は共同体から事務管理の原則に従い費用償還を受ける。緊急事務管理者による共同体の代理を継続することはできないので、住居所有権者による権利擁護の意思表示は通常、訴訟参加として解釈されるべきである。

d) 会社のための訴訟?

会社のための訴訟である会社法上の制度を住居所有権者共同体に転用するという一定の単純化が想定できよう。当該転用はそれ自体当然のことと思われる、というのは、2020年WEG改正法が会社法への相当な接近をしたことを経験しているからである。会社法におけるこれらの概念は能動訴訟(Aktivprozess)⁽⁷⁰⁾においてのみ主張されるものであり、それ故に、受動訴訟(Passivprozess)⁽⁷¹⁾における解決には資さない。従来—BGHにおいても—(会社法の)住居所有権者共同体への適用は常に拒絶されてきた。会社法とは異なりWEGでは決議補充の訴えの手法により秩序ある管理を強制し得るというのが、重要な論拠である。会社法においてもBGHの新しい傾向はむしろ(適用範囲は)限定的なものになっている、それ故、このような方法(会社法のWEGへの転用)が認められ得るのは訴訟においてはごくわずかな部分にすぎないであろう。よって、会社法の住居所有権法への転用に反対するより適切な論拠は、WEG2020年改正法前に存在していた法的不安定性である、特に、住居所有権者が訴えを提起できる時期はいつなのか、(仮に)訴えの提起ができない時期

であれば新たにどうすべきなのかという点は不可避ではあるが不明確であるという点である。

(4) 機関が担う職務の引受⁽⁷²⁾

法律で広範に規定されていない場合であっても、新法によれば機関の職務は管理者が担う。管理者が不在である場合、職務を担う者が存在しないということである。実務的にはしばしば異なる形で適用される場合であっても、管理顧問会構成員は管理者ではない。法はわずかな事例に限り個々の住居所有者への授權という可能性を想定している。この場合、WEG24条⁽⁷³⁾で規定されている事項である住居所有者集会の招集、司会、決議集の整備（という管理者の業務）が妥当する。

その他の点では、共同体は権限を有している。これに対して、住居所有者全体の権限は認められていない。この解釈論上の結論が正しいのか否か、もしくは管理組織（管理者）を欠いていることにより管理者の権限が住居所有者共同体には「残ら」ないのか否かということを実際上区別はしない。

規約により個々の住居所有者への権限移譲は可能である、というのは、住居所有者は管理に関する規定を規約で定めることができるからである（WEG10条1項2文⁽⁷⁴⁾、）。（権限移譲がなされれば）住居所有者共同体には権限がない。（共同体は）その限りにおいて権限を存しない。一般的な意味での不利益禁止原則は上記の場合には矛盾しない。住居所有者は過半数決議により自らの意思に反して年間決算の作成を義務付けられ得ない。これに対して、住居所有者が決算を作成する場合、当該職務が決議により住居所有者に課されているのか否かとは関係なく、決算はWEG28条2項⁽⁷⁵⁾に基づき決議の基礎として作成することができる。（決議）取消をなし得るのか否かという範囲において、その後、決算の内容的正当性が審査されるが、準備が正当な組織の担い手によりなされるのか否かということは問題にはならない。

住居所有者が対外的関係においても住居所有者共同体のために活動するような、例えば、決議を第三者のために置き換えるような決議権限は存在しない。これに関して決議により失われることの無い代理権が必要であろう。

結論として以下のように書くことができる：管理者なき効果的な管理は相互の合意においてのみ機能する。もっとも、実務的にはこのような共同体は大部分に関してWEG改正前のように特別な規定がWEGの規定から完全に走り去

った(条文化されなかった)。今後、(共同体への)新たな住居所有権者の加入は早晚様々な問題を惹起し得る。

(5) 管理者不在共同体における住居所有権者集会(=集会)⁽⁷⁶⁾

1) 権限ある住居所有権者による招集

住居所有権者集会の実行(という問題)は、立法者が管理者不在の共同体のために特別規定を創設したいいくつかの規定の内の一つである。決議により個々の住居所有権者に招集のための授權を行うという可能性は、現在、法律上規定されている(WEG24条3項⁽⁷⁷⁾)。上記のことは管理者不在の共同体における集会を可能にする、しかし、実務的には例外となる。

(上記の授權のための)決議が存在しない場合、実際に役に立つ規定はないに等しいので常に(取り扱いが)難しい。上記のことは、最初の集会の招集の際に問題となる。

あらゆる場合において集会(の開催)は可能である、というのは、住居所有権者がみな当然のことながらいつでも決議することができるからである。集会により事実上の招集の瑕疵は治癒される。その際、瑕疵が知られているのか否かは、(瑕疵の)治癒にあつては重要ではない。

実務上、全くもって頻繁に起こることではないが、招集のための授權を求める訴えが必要となる。旧法下では授權を求める他の住居所有権者に対する訴えは可能であるが、新法下では(そのような訴え自体が)想定されていない。招集のための授權は決議によりなすことができるので、(決議が十分でないときの)決議補充の訴え⁽⁷⁸⁾のみが必要となる、なお、当該訴えは共同体に対するものである。訴えられた住居所有権者共同体の側の代理の際に、上記で論ぜられた問題が提起される。訴えに勝訴すれば、訴えている住居所有権者は招集について権限を有することになる。勝訴した住居所有権者は以下のような結果となる:住居所有権者は招集しなければならない、そして、場合により衛生計画についても作成しなければならない。一度々起こり得ることだが—集会に関して判決が確定しない段階においては、一時的な法的保護が可能である。もっとも、議決されるべき内容に緊急性が必要である。緊急性は管理者選任のためのあらゆる規定において推測し得る。

2) 権限なき招集に対する法的保護

住居所有権者が個々の住居所有権者への授權という手法ではなく裁判所によ

り授權され、一実務的には通常の場合と一致する方法で一集会を招集する場合、法的保護の可能性の有無及び程度については最終的には解明されない。この問題がここで持ち出され得る、そして、新法において内部的な組織の紛争がどの程度であれば合法であるのかという問題に関係する。当初、裁判官は、管理の職務を担当することにつき—ここでは集会の招集につき—権限がないと自称している住居所有者者に対する住居所有者者共同体の訴訟についての法的保護についてのみ許容する傾向であった。この見解は特に適切なものと思われる。これに関して、WEG18 条 1 項⁽⁷⁹⁾ が共同財産の管理を共同体に割り当てているということを述べておく。会社法においてもこのような単に会社と機関との間の（法的）訴訟は許容されている。反対説によれば、この場合において住居所有者者集会の阻止が個々の住居所有者者によっても可能である。以上のことは一拒絶されるべきことではあるが—会社のための訴訟という手法でのみきちんと実行される。

個別の手法において、再び管理者不在の共同体に関する問題が提起されている。一人の住居所有者者が（集会を）招集する場合、他の住居所有者者らは集会を裁判で禁止させるために、まとまらねばならないであろう。大規模な共同体にあっては、（集会開催の）防止は事実上不可能なものとなり得るであろう。以上のことは管理者不在共同体での不適切な共同代理という一般的な問題を再燃させるが、特別な手法を開始するもしくは新制度の基本的部分を疑問視するような機会にはならない。正式な瑕疵ある最初の集会を阻止するために、強制的な手法が開始されなければならないという必要性が存在するのか否かという問題が提起される。大部分の場合、集会の成果は管理者選任である、そしてそれに伴う住居所有者者共同体の法的な生存能力を明確に高めることにある。（管理者選出につき）反対意見を有している者にあつては、管理者選出に反対して行動する可能性が残されている。

3) 管理者選出における問題点

多くの共同体はやむを得ない事情で管理者不在である、なぜなら、喧嘩ばかりしている小規模共同体を管理しようとする管理者を見つけることができないからである。専門的能力不足のため問題点は増し、そして、おそらく即座に小規模共同体全体が打撃を受ける。管理者を探すことについては、すでに実際上挑戦的な活動をしている。法的な障害について考慮することが重要である。

a) 管理者選出のための選択的申出に関する問題点

確固たる BGH 判例は、住居所有権者が裁量において適切な決定をなし得るには、管理者を最初に選任のする際には3件の（管理者になる旨の）申出が必要である、という原則がある。その上（管理者になる旨の）申出は原則として、通常、募集に伴ってなされねばならない。

管理者不在共同体において、申出を得る（＝受け入れる）権限を有するのは誰なのかという問題が提起される。実際、上記の権限は、管理顧問会に割り当てられていなかったとしてもしばしば管理顧問会が担っている、もっとも、そもそも管理顧問会は管理者の代替ではない⁽⁸⁰⁾という点に留意すべきであろう。それ故、どのように申出を得るのかについて、實際上、管理顧問会によるのか、それとも決議によるのか、手続を定めるべきであるということを、住居所有権者自らが公にする。これに関して、大規模な共同体においては調査委員会が選任でき得るであろう。

そのため、準備不足の候補者が就任するという実際の問題は、解決されていない。共同体が候補者を見つけることに成功する場合、しばしば競争相手からの申出はないが、（申出がない）ということを根拠に決議が取り消される、その際、決議取消の訴えにあっては、広範な判断・選択の自由以上に競争相手の利益について問題となる。ここでは、不可能であることは要求できないことについて考慮すべきである。それ故、当該問題点は結局のところ、候補者を探す際にどの位の金額を支払わねばならないのかということを考慮することに限定される。住居所有権者共同体において、例えば価格について要求していることはどのようなことであろうか。この問題点に関する議論はまさにやっと始まったところであり、職人による仕事の申出の場合であっても類似のことが問題視される。

共同体が実際のところ自らの要求に応えるであろう申出が1件のみ存在する場合、裁量を逸脱していないのか否かという点については（管理者の採用に当たり）考慮すべきである。即ち、共同体が（具体的に）どの候補者を管理者として採用するのかという問題ではなく、共同体が（条件を満たす3件以上の申出がなく）唯一の条件を満たす申出を受け入れるのか否かということが問題となる。これに関しても条件に関する事実関係が明確にされねばならない。要求された価格が全くもって（予算を）オーバーしていないか否かが明確であるこ

とが特に肝要である。他に（管理者となる）候補者を見つけられず、かつ、何らかの方法で申出の評価が可能である場合、例えば、前任の管理者による評価等が可能であれば、唯一の候補者（として前任者）を選任することが秩序ある管理に資することになる。

b) 管理者に対する請求権の裁判による実現

多くの事例において管理者に対する請求権の裁判による実現の可能性がある。上記のことは決議補充の訴えにおいてなされる。しかし、ここで判決が確定力を伴う効力を生ずるので、一時的な法的保護は望ましい方法である。管理者に対する請求権はすべて住居所有者者共同体に対するものである、それは2人から構成される住居所有者者共同体においても同様である。緊急の管理の必要性がある場合、確かに、処分根拠が存在する。常に生ずるものではない代理に関する問題、及び、それに関して（管理者に）行為能力を欠く場合に十分な処分根拠となるのか否かについて、議論され得る。ここでは高度の要求をすることは許されない。

法的保護の必要性のために決議補充の訴えのように事前協議が必要である。このことから以下のことが推測できる、即ち、特に不和である2人から構成される共同体において推測できることだが、事前協議が全くつまらない手続である場合、事案の状況に応じてその他の最小規模の共同体の場合であっても、事前協議があったものと肯定的に解され得る。しかし、申立人が集会において過半数を有しているであろう場合、事前協議を欠くことになる、というのも事前協議は単純な手法だからである。緊急の事例において、集会のための授權が面倒な手法であることを理由に、事前協議を断念し得るのか否かは、明確ではないようだ。管理者不在の共同体でも自主管理の共同体は存在し、それ故にまず第一にまさに管理者選任のような重要な問題について自ら決定することができる。このため、住居所有者者における自主管理への裁判所による介入は可能な限り謙抑的でなければならない、そして、それ故に通常の場合、住居所有者者への授權のための招集に限定されねばならないということも指摘できる。

引受準備のできている（管理者の）候補者が推薦される場合に限り、管理者選出の訴えがなされることになる。裁判所は、適切な判断をなし得るために、住居所有者者の有する裁量権の部分を補充する、それ故に、原告たる住居所有者者と同じく請求権者としての立場に立たねばならない。裁判所は自発的に管

理者を引き受けるように強制することはできない。それ故に、裁判所は住居所有権者の場合と同じく管理者になる旨の申出を必要とする。

一部、学説においては他の手法が提案され、BGB29 条⁽⁸¹⁾の類推適用が熟考されている。これに関して、区裁判所の司法補助官(Rechtspfleger⁽⁸²⁾)に管轄があることになろう。(もっとも)区裁判所がBGB29 条⁽⁸³⁾類推適用に関与することを期待することは、2007 年の WEG 改正⁽⁸⁴⁾においてこれまで存在していた緊急管理者選任という概念を明確に廃止しており⁽⁸⁵⁾、(緊急管理者制度の)規定上の欠如はないことから、許されない。

申出があるとき、裁判所は選択の余地があり、正当な評価に基づき判断することができる。2023 年 12 月 1 日から、管理者は認定されなければならないという問題が提起される(WEG19 条 2 項 6 号⁽⁸⁶⁾)。

引受準備のできている管理者が見つからない場合、穴埋めとしてローテーション的な方法に限り住居所有権者を選任することはあり得る。さもなくば引受準備のできている弁護士に通常の時間単位(の報酬)で選任するという考えが、費用の観点から住居所有権者に(受け入れてもらえると)期待できるのか否かは、不確かであると思われる。

(6) 結論⁽⁸⁷⁾

管理者なき共同体は多くの問題を提起しているにもかかわらず、実務的には問題意識をもたれることなく今に至っている。かなりの実務的な問題は共同代理(の是非について)の問題提起である。ここでは、緊急事務管理者のために代理権が肯定されることが考慮されるべきである。管理者選任のための実務的な問題は殆ど解決されていない、というのは、共同体は管理者にとっては魅力的な存在ではないからだ(共同体の管理者になることには魅力がないので、実務的な問題が解決されないままなのである)。次に WEG が改正される際には、立法者は特に最小規模の共同体に注目すべきである、そして、自主管理の可能性についても慎重に模索すべきである、というのは、最小規模の共同体の数は大規模共同体の数をはるかに上回っているからである。

3. 小括

ここまでドイツ住居所有権法(WEG)における管理者、特に、管理者不在の場合の法的問題について WEG2020 年改正後の 2023 年に公にされた Frank

Zscheschack 論文を紹介してきた。その結果、以下のことが分かった。

第一に、ドイツ法ではマンション管理を考えるにあたり管理者不在であることは本質的な機関を欠如したことに他ならないのであるが、現実的には、住居所有者者共同体の大半を占める小規模の共同体にあっては、管理者不在であること（そしてそれは珍しことではないこと）、第二、WEG2020 年改正により管理者の役割が明確に強化されている中で管理者不在であることは問題であり、特に、対外的な代理権、住居所有者者集会の招集の際に問題点が顕在化していること、第三に、管理者不在であることは住居所有者者共同体の代理人不在であることを意味し、共同体のために法律行為をなす際は無権代理であり、当該法律行為が本人たる共同体に効果帰属させるためには追認を考える必要があること、これらの根本的な解決策としては、①一時的管理者の選出、②個々の住居所有者者への授権、③（法律上の代理権を有する）緊急事務管理者を置くことが考えられるが、それぞれ問題点も内包している、即ち、①一時的管理者の存在が長期化すれば本来峻別すべき住居所有者者共同体と管理者との関係が曖昧になる危険性があること、②個々の住居所有者者への授権は規約で授権を肯定する旨の規定が不可欠であること、③緊急事務管理者を置く場合、「直接かつ窮迫の損害をさけるため」「必要な措置を講ずる」（WEG18 条 3 項⁽⁸⁸⁾）ことができるのであって適用範囲は限定的であること、という問題点を内包していること、第四に、訴訟に関連する問題として、①住居所有者者が住居所有者者共同体に訴えを提起する、逆に、住居所有者者が住居所有者者共同体から訴えられる際、共同体に管理者が不在であれば代理の問題が不可避であるところ、特に後者の共同体が主体となるべき局面にあっては BGH は限定的な共同代理の理論を採用し、訴訟当事者ではない住居所有者者が共同体を代理すべきであるとされたこと、②住居所有者者共同体が第三者から訴えを提起された場合、住居所有者者全員が連帯債務関係になるというリスクがあること、③ WEG2020 年改正により会社法的な色彩が強くなったとはいえ、共同体が訴訟主体となる能動訴訟の時に会社法における議論が参考になる程度であり、それは限定的なものであること、第五に、住居所有者者集会の招集にあたり、管理者不在の際に招集権限を有する者が WEG24 条 3 項⁽⁸⁹⁾ に規定されている、その中でも、特に、授権を受けた、即ち、決議による授権を受けた住居所有者者が存在することが重要であるが、決議が存在しない際は厄介であること、決議

による授権がなければ権限なき者による集会招集となるがその際どの程度の法的保護が与えられるのかについては最終的な解明はまだであること、第六に、多くの共同体においては小規模であることや内部的紛争があること等のやむを得ない事情で管理者が不在であるが、管理者を探すにあたり、3人の候補が必要であるのが原則であり、1人しか候補がいなくても例外的に許容されることがあること、やむを得ず管理者が見つからず自主管理を決定することがあるがそのことにつき裁判所の介入は可能な限り謙抑的であるべきであること、第六に、①今後の方向性としては、当面の解釈論としては緊急事務管理について真剣に考慮する必要があること、②更に、最小規模（2住戸）から構成される住居所有権者共同体の方が大規模な共同体よりも圧倒的に多いことから、次のWEG改正では最小規模の共同体に注目すべきであり、特に、第三者管理ではなく自主管理の可能性についても模索する必要があること、が分かった。

四. 結語

本稿では、ドイツ法、即ち、ドイツ住居所有権法（WEG）における管理者不在の問題について、ドイツ住居所有権法（WEG）の構造、Frank Zscheschack 論文を紹介・検討してきた。その結果、以下のことが分かった。

第一に、ドイツ法においては管理者制度が採用され、実態として比較的規模の大きいマンションにあってはマンション管理業者が管理者に就任している実態があるのと同時に、数量的には多数となる小規模マンションの大半において管理者不在であるのが実態であること、第二、ドイツ法におけるマンション管理にあっては、法制度上は管理者制度を採用しているものの、管理者不在であることを前提とした規定が存在すること（代理に関する WEG9b 条 1 項⁽⁹⁰⁾、住居所有権者集会の招集に関する WEG24 条 3 項⁽⁹¹⁾、決議集に関する WEG24 条 8 項⁽⁹²⁾ 等）、第三、ドイツ法ではマンション管理を考えるにあたり管理者不在であることは本質的な機関を欠如したことに他ならないのであるが、現実的には、住居所有権者共同体の大半を占める小規模の共同体にあっては、管理者不在であること（そしてそれは珍しことではないこと）、第四、WEG2020 年改正により管理者の役割が明確に強化されている中で管理者不在であることは問題であり、特に、対外的な代理権、住居所有権者集会の招集の際に問題点が顕在化していること、第五、代理に関しては管理者不在であることは住居所

有権者共同体の代理人不在であることを意味し、共同体のために法律行為をなす際は無権代理となり、当該法律行為が本人たる共同体に効果帰属させるためには追認を考える必要があること、これらの根本的な解決策として3つが模索されているが問題点もあること、訴訟関連においては共同体内部での紛争、第三者と共同体との紛争、WEG2020年改正で会社法的色彩が強まったにしても会社法の解釈をそのまま受け入れるべきではないこと、第五、①住居所有権者集会の招集に関しては、招集権限のある者の招集と招集権限のない者の招集にわけて論じられていること、②集会を招集する際の最重要課題は管理者選任であるところ、小規模かつ紛争のある共同体ではやむを得ず管理者不在であること、第六、最小規模（2住戸）から構成される住居所有権者共同体の方が大規模な共同体よりも圧倒的に多いことから、次のWEG改正では最小規模の共同体に注目すべきであり、特に、今後は自主管理の可能性についても模索すべきであることが分かった。

これらのドイツ法における議論をふまえて以下のことを指摘できよう。既に私の研究により解明されているようにドイツ法ではマンション管理については住居所有権者以外のプロの第三者に委ねることを想定している、即ち、第三者管理を前提としているものの、決してマンション管理の全てもしくは大半を管理者に委ねることを原則的な形態として容認していないこと、つまり、マンション管理の大きな方針・方向性に関しては、住居所有権者集会ひいては集会を構成する住居所有権者相互が議論し決定する必要がある、決定されたことをすみやかに実行するのが管理者である⁽⁹³⁾。それに加えて、今回明らかになったのは、ドイツにおいてさえ第三者管理は大規模な共同体にみられる方式であって決して多数派ではないということ及びやむを得ない事情から自主管理方式を採用せざるを得ないマンションの方が数の上では上回っているという厳然たる事実である。更に、ドイツでは住居所有権者共同体の代理人が管理者であることから、管理者不在であると直ちに無権代理状態になり日々のマンション管理に大きな影響を及ぼしてしまうため、何とか、無権代理を解消するための努力が必要になる。集会招集においても同様に権限がない者が招集する際の帰趨については未解明である。管理者の選考に関しても大変な側面がある。これらを見ると、わが国のマンション管理においても第三者管理を強く推し進めていいのであろうか、という疑問が湧いてくる。おそらくは、マンションの立地・規

模・入居者層・入居目的・築年数等をはじめとする様々な要素により、個々のマンションにより第三者管理が相応しい場合、自主管理が相応しい場合、どちらでもいい場合等が有り得るのであろう。かくして、第三者管理をマンション管理の主軸として捉えるのは、現状では甚だ無理があるのではなかろうか。マンション標準管理規約においては、第三者管理を選択的に容認している点は優れていると考えられる。

本稿では、ドイツ法に関しては管理者不在の問題点が代理、集会招集、管理者選任について紹介・検討してきた。それ以外に影響はないのか、更なる検討が必要かもしれない。更に、日本法における第三者管理に関して、令和6年6月のガイドラインをふまえてどのような展開がなされるのか、今般の区分所有法改正がマンション管理にどのような影響を与えるものなのか、(本研究は区分所有法制やマンション管理のあり方の将来をふまえた研究であるが)このように将来の区分所有法制を横断的・総合的になされた注目すべき共同研究及び研究業績が公にされたが、これらへの検討・応接は本稿ではできなかった⁽⁹⁴⁾。これらの点は、他日を期したい⁽⁹⁵⁾。

以上

-
- (1) 国土交通省大臣官房総務課「第217回国会(常会)提出予定法案」別添・表頁(国土交通省、令和7年)。
 - (2) 区分所有法改正の概要については、土居俊平「ドイツ住居所有権法(WEG)における管理者—報酬に関する議論を中心に—」駒澤法曹20号260～261頁(駒澤大学法科大学院、令和6年)を参照されたい。
 - (3) 中野洋昌国土交通大臣は、令和7年1月24日の大臣会見において、国土交通省として今国会に提出する法案の一つとして、老朽化マンションの管理・再生の円滑化等を図るためのマンション建替え法等の改正法案を挙げた。他方、鈴木馨祐法務大臣は、同日(令和7年1月24日)の大臣会見において、法務省として今国会に提出する法案を説明したが、その中に区分所有法は含まれていなかった。
 - (4) 国土交通省「マンションにおける外部管理者方式等に関するガイドライン」1～2頁(国土交通省、令和6年)。
 - (5) 世界のマンション管理方式を概観すると、大きく2種類存在する。一つは、管理者方式、もう一つは理事会方式である。前者はドイツ、フランスの大陸法系、後者は

イギリス、アメリカ各州等の英米法系で見られる。我が国においては、様々な事情が影響しているものと思われるが、法制度上は、ドイツ法を継受した関係で管理者方式を採用（区分所有法 25 条～）しているものの、旧日本住宅公団（現 UR・現在のように賃貸だけではなく、かつてはマンション分譲も行っていた）を中心に理事会方式での運営が広まり定着し、法制度と実態に乖離が生じている。そのため、その乖離を埋めるため、マンション標準管理規約（単棟型）38 条 2 項では、（マンション管理組合の）理事長は、区分所有法上の管理者とする、との規定を設けている。

- (6) わが国におけるマンション管理の法制度と実態に関する最近の文献としては、土居俊平「ドイツ住居所有権法（WEG）における管理顧問会」駒澤法曹 16 号 169～170 頁、188～189 頁の脚注（1）～（5）（駒澤大学法科大学院、令和 2 年）が詳細である。
- (7) ドイツ法が昭和 37 年制定の区分所有法の母法であると指摘する文献としては、丸山英氣『改訂版 区分所有法』15 頁〔丸山英氣執筆部分〕（大成出版社、平成 19 年）、土居俊平「ドイツ法における管理制度—管理者の解任を中心に—」日本マンション学会誌マンション学 46 号 50 頁（民事法研究会、平成 25 年）等がある。
- (8) 全国マンション問題研究会編『ドイツ・フランスの分譲マンション管理の法律と実務調査団報告書（2003 年 3 月 29 日～4 月 7 日）』26～27 頁（民事法研究会、平成 25 年）、同旨として、鎌野邦樹編著『マンション区分所有法制の国際比較』9 頁〔藤巻梓執筆部分〕（大成出版社、令和 4 年）。
- (9) 土居俊平「ドイツ法におけるマンション管理制度—ドイツ住居所有権法（WEG）改正を契機として—」日本マンション学会誌・マンション学 67 号 90 頁（民事法研究会、令和 2 年）、土居俊平「2020 年ドイツ住居所有権法（WEG）改正—管理顧問会（Verwaltungsbeirat）を中心に—」駒澤法曹 17 号 167 頁（駒澤大学法科大学院、令和 3 年）、土居俊平「ドイツ住居所有権法（WEG）における認定管理者—WEG に基づく認定管理者試験に関する法規命令（ZertVerwV）を中心に—」駒澤法曹 18 号 277 頁（駒澤大学法科大学院、令和 4 年）、土居俊平「ドイツ住居所有権法（WEG）における管理者—職務と権限を中心に—」駒澤法曹 19 号 287 頁（駒澤大学法科大学院、令和 5 年）、土居俊平「区分所有法における監事—ドイツ住居所有権法（WEG）における議論を踏まえて—」（日本評論社『鎌野邦樹先生古稀記念論文集 マンション区分所有法の課題と展開』所収、令和 5 年）、土居俊平「ドイツ住居所有権法（WEG）における管理者—報酬に関する議論を中心に—」駒澤法曹 20 号 259 頁（駒澤大学法科大学院、令和 6 年）。
- (10) Frank Zschieschack, Die Verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft im reformierten Wohnungseigentumsrecht, Festschrift für Michael Drasdo zum 65. Geburtstag, 2023 München, S.293ff.
- (11) マンション標準管理規約（単棟型）38 条 2 項によれば、（管理組合の）理事長は区分所有法上の管理者とする旨、規定されている。
- (12) 鎌野邦樹編著『マンション区分所有法制の国際比較』6 頁〔藤巻梓執筆部分〕（大成出版社、令和 4 年）。

- (13) WEG1973年改正に関しては、丸山英氣『区分所有法の理論と動態』288頁(三省堂、1985年)が詳しい。
- (14) WEG2007年改正を紹介しているドイツ語文献としては、Elzer, WEG-Novelle 2009 oder: Steuer Geheimnis im Omnibus Die-versteckte-Geschichte von zwei Halbsätzen, NJW2009, 2507; Hügel/Elzer, Das neue WEG-Recht, 2007 München, S.I.がある。日本語文献として、藤巻梓「ドイツ住居所有権法の改正について」土地総合研究 16巻1号9頁(一般財団法人土地総合研究所、平成20年)、ヴェルナー＝メルレ述＝藤巻梓訳「ドイツ住居所有権法の改正」日本マンション学会誌マンション学 34号64頁(一般社団法人日本マンション学会、平成21年)、藤巻梓「新たなドイツ住居所有権法における建物の管理」日本不動産学会誌 22巻4号53～54頁(公益社団法人日本不動産学会、平成21年)、伊藤栄寿『所有法と団体法の交錯』94～96頁(成文堂、平成23年)がある。
- (15) WEG2020年改正を紹介している日本語文献としては、土居俊平「ドイツ法におけるマンション管理制度—ドイツ住居所有権法(WEG)改正を契機として」日本マンション学会誌マンション学 67号90頁(民事法研究会、令和2年)、土居俊平「2020年ドイツ住居所有権法(WEG)改正—管理顧問会(Verwaltungsbeirat)を中心に」駒澤法曹 17号167頁(駒澤大学法科大学院、令和3年)、鎌野邦樹編著『マンション区分所有法制の国際比較』6～11頁〔藤巻梓執筆部分〕(大成出版社、令和4年)等の文献が存在する。
- (16) WEG第1編には第1章～第5章まで存在する。住居所有権が規定されているのは、第1編・第1章～第4章である。第5章には、住居地上権について規定されている。第1編・第5章はWEG30条のみである。
- (17) WEG9a条〔住居所有権者の共同体〕
 1. 住居所有権者の共同体は、権利を取得し、義務を負担することができるほか、裁判において訴え、又は訴えられることができる。住居所有権者の共同体は、住居所有権登記簿の設置により成立する。これは、第8条の場合も同様である。住居所有権者の共同体は、その共有敷地の記載事項に従い、「住居所有権者の共同体」又は「住居所有権者共同体」の表記を用いる。

(2項～5項: 省略)

※本条文訳は、鎌野邦樹編著『マンション区分所有法制の国際比較』54頁〔藤巻梓翻訳部分〕(大成出版社、令和4年)によった。本稿におけるドイツ住居所有権法(WEG)の条文訳は特段の断りのない限り上記書籍の藤巻訳に依拠している。

- (18) 鎌野邦樹編著『マンション区分所有法制の国際比較』10～11頁〔藤巻梓執筆部分〕(大成出版社、令和4年)
- (19) 鎌野邦樹編著『マンション区分所有法制の国際比較』9頁〔藤巻梓執筆部分〕(大成出版社、令和4年)。管理顧問会に関する紹介・検討については、WEG2020年改正前の文献としては、土居俊平「ドイツ住居所有権法(WEG)における管理顧問会」駒澤法曹 16号169頁(駒澤大学法科大学院、令和2年)、WEG2020年改正後

の文献としては、土居俊平「ドイツ法におけるマンション管理制度—ドイツ住居所有権法（WEG）改正を契機として—」日本マンション学会誌・マンション学 67 号 90 頁（民事法研究会、令和 2 年）、土居俊平「2020 年ドイツ住居所有権法（WEG）改正—管理顧問会（Verwaltungsbeirat）を中心に—」駒澤法曹 17 号 167 頁（駒澤大学法科大学院、令和 3 年）がある。

(20) WEG29 条 [管理顧問会]

1. 住居所有権者は、決議により、管理顧問会の構成員に選任されうる。管理顧問会に複数の構成員がいる場合には、1 名の議長及び 1 名の代行者を決定しなければならない。管理顧問会は、必要に応じて、議長が招集する。
2. 管理顧問会は、管理者の職務の執行を援助し、監督する。予算、年間決算については、第 28 条第 1 項第 1 文・第 2 項第 1 文に基づく決議をする前に、管理顧問会が検査し、その意見を付さなければならない。
3. 管理顧問会の構成員が無償で活動をする場合には、構成員は、故意又は重大な過失がある場合を除き、責任を負わない。

(21) WEG9b 条 [代理]

1. 管理者は、住居所有権者の共同体を裁判上及び裁判外において代理する、土地の売買契約は及び信用契約の締結については、住居所有権者の決議のある場合に限り代理する。住居所有権者の共同体に管理者がないときは、住居所有権者が共同でこれを代理する。代理の範囲の制限は、第三者に対しては効力を生じない。

(2 項・省略)

※なお、分かりやすくするために管理者がないときの記述（WEG9b 条 1 項 2 文）につき、執筆者が下線を付した。

(22) WEG24 条 [招集、議長、議事録]

2. 管理者が欠けている場合又は管理者が住居所有権者集会を招集する義務を履行しない場合には、管理顧問会の議長、その代理人又は授權を受けた住居所有権者が住居所有権者集会を招集することができる。

※なお、分かりやすくするために管理者が欠けている場合の記述（WEG24 条 2 項）につき、執筆者が下線を付した。

(23) WEG24 条 [招集、議長、議事録]

8. 決議集は管理者が整備する。管理者が欠けているときは、住居所有権者集会の議長が、決議集を整備する義務を負う。ただし、住居所有権者が多数決の決議により、当該職務を他の者に課している場合は、この限りではない。

※なお、分かりやすくするために管理者が欠けているときの記述（WEG24 条 8 項 2 文）につき、執筆者が下線を付した。

(24) Alice Burgmair=Beate Heilmann=Christine Martin, WEG-NOVELLE 2020 ERFABRUNGEN UND ERKENNTNISSE FESTSCHRIFT FÜR MICHAEL DRASDO ZUM 65. GEBURTSTAG, 2023 München (ISBN: 978 3 406 809859) .

- (25) Frank Zscheschack, Die Verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft im reformierten Wohnungseigentumsrecht.
- (26) Frank Zscheschack, Die Verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft im reformierten Wohnungseigentumsrecht, Festschrift für Michael Drasdo zum 65. Geburtstag, 2023 München, S.293 ~ S.307.
- (27) Frank Zscheschack, Die Verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft im reformierten Wohnungseigentumsrecht, Festschrift für Michael Drasdo zum 65. Geburtstag, 2023 München, S.293.
- (28) Frank Zscheschack, Die Verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft im reformierten Wohnungseigentumsrecht, Festschrift für Michael Drasdo zum 65. Geburtstag, 2023 München, S.293.
- (29) 前掲・注 21 参照 (WEG9b 条 1 項 2 文)
- (30) 旧 WEG27 条 3 項 3 文「住居所有権者は、多数決により、1 名又は複数の住居所有権者に対して代理のための授權をすることを決議することができる。」
※上記の条文は、旧 WEG27 条 2 項 2 文「管理者が欠けている場合又は代理権が授与されていない場合には、住居所有権者全員が共同体を代理する。」を受けてのものである。なお、本条文訳は、藤巻梓「改正ドイツ住居所有権法（試訳）」早稲田法学 83 巻 4 号 213 頁（早稲田法学会、平成 20 年）によった。
- (31) Frank Zscheschack, Die Verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft im reformierten Wohnungseigentumsrecht, Festschrift für Michael Drasdo zum 65. Geburtstag, 2023 München, S.294 ~ S.302.
- (32) 前掲・注 21 参照 (WEG9b 条 1 項 2 文)。
- (33) HGB125 条（会社の代表）
 - 2. 定款の定めにより、全社員又は複数の社員が共同してのみ会社を代表することができる旨定めることができる（共同代表）。共同代表の権限を与えられている社員は、当該社員のうち個別の者に特定の業務又は特定の種類の業務を行う権限を与えることができる。（以下、省略）。※本条文訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ商法典』52 ~ 53 頁（法曹会、平成 28 年）によった。
- (34) BGB179 条（無権代理人の責任）
 - 1. 代理人として契約を締結した者は、その代理権を証明せず、かつ、本人が契約の追認を拒絶したときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の義務を負う。
 - 2. 代理人は、代理権のないことを知らなかった場合は、相手方が代理権を信じたことにより受けた損害のみについて賠償の義務を負うが、契約が有効であることについて相手方が有する利益の額を超えない。
 - 3. 相手が代理権のないことを知り、又は知ることができたときは、代理人は、責任を負わない。代理人が行為能力に制限を受けていたときも、同様とする。た

だし、その者が法定代理人の同意を得て行為した場合は、この限りではない。

※本条文訳は、ドイツ法律行為論研究会「ドイツ民法総則編の条文訳(1)」京都先端科学大学経済経営学部論集5号147頁(京都先端科学大学経済経営学部学会、令和5年)によった。本稿においては、特段の記述なき限りドイツ民法(BGB)の総則部分の条文訳は上記の条文訳に依拠している。

(35) BGB177条(契約の無権代理)

1. 代理権を有しない者が他人の名であることを示して契約を締結したときは、その契約が本人に対して効力を生じるかどうかは、本人の追認による。
2. 相手方が本人に対して追認についての表示を催告したときは、その表示は、相手方に対してのみすることができ、催告前に代理人に対してした追認またはその拒絶は、その効力を生じない。追認は、催告を受けた後2週間以内にしなければならぬ。追認がなされないときは、拒絶されたものとみなす。

※なお、追認をしなければならないことの根拠条文は正確にはBGB177条1項である。

(36) BGB180条(単独行為の無権代理)

「単独行為の時は、無権代理は、許されない。単独行為の相手方が、法律行為の時に、代理人が主張した代理権に異議を唱えず、又は代理人が無権代理を行うことに同意するときは、契約に関する規定を準用する。単独行為が無権代理人に対し、その同意をもっておこなわれたときも、同様とする。」

※なお、単独行為の場合は除かれている。即ち、単独行為の場合には無権代理が許されておらず、そもそも追認の余地がない。このことの根拠条文は、正確にはBGB180条1文である。

(37) 前掲・注35参照(BGB177条)。

※BGB177条2項1文後段の反対解釈により、催告後であれば代理人に対してなした追認は、その効力を生ずると解釈する余地がある。

(38) 前掲・注35参照(BGB177条2項)。

※BGB177条2項では、追認について催告をなしうる旨、規定されている。

(39) 前掲・注35参照(BGB177条2項)。

(40) 前掲・注35参照(BGB177条2項)。

※追認がなされないときは、追認拒絶されたものとみなされる(BGB177条2項2文後段)。

(41) 前掲・注35参照(BGB177条2項3文)。

※追認は、催告を受けた後2週間以内にしなければならぬ(BGB177条2項3文)。

(42) WEG27条[管理者の職務及び権限]

2. 前項の規定による管理者の職務及び権限は、住居所有権者が決議によりこれを制限し、又は拡大することができる。

(43) 前掲・注21参照(WEG9b条1項2文)。

(44) 前掲・注21参照(WEG9b条1項2文)。

(45) WEG11 条 [共同関係の廃止]

1. 住居所有権者は、共同関係の廃止を請求することができない。重大な理由に基づく廃止も同様とする。これと異なる規約は、建物の全部又は一部が滅失し、かつ、債権の義務が存しない場合に限り、効力を有する。

(2 項・3 項は省略)

(46) WEG18 条 [管理及び使用]

3. 各住居所有権者は、共同財産について生ずべき直接かつ窮迫の損害を避けるために、他の住居所有権者の同意なく必要な措置を講ずる権限を有する。

(1 項、2 項、4 項は省略)

(47) BGB744 条 [共同の管理]

1. 共同の物の管理は、持分権者が行う。
2. 各持分権者は、他の持分権者の同意がなくても物の保存に必要な行為を行うことができる；各持分権者は、他の持分権者がその保存にあらかじめ同意することを請求することができる。

※本条文訳は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』630 頁 [上谷均執筆部分] (三省堂、平成 7 年) によった。理解を促すため、BGB744 条 2 項とともに 1 項も加えた。

(48) 前掲・注 47 参照 (BGB744 条 2 項)。

(49) 前掲・注 46 参照 (WEG18 条 3 項)。

(50) 前掲・注 46 参照 (WEG18 条 3 項)。

(51) BGB670 条 [費用償還]

「受任者が委任の執行のために事情により必要と認められる費用を支出したときは、委任者は、費用償還義務を負う。」

※本条文訳は、右近健男『注釈ドイツ契約法』497 頁 [今西康人執筆部分] (三省堂、平成 7 年) によった。

(52) BGB257 条 [免責請求権]

「一定の目的のために支出する費用につき償還を請求する権利を有する者は、その目的のために義務を負担したときは、その義務につき免責を請求することができる。義務が履行期に達していないときは、償還義務者は、償還権利者の免責に代えて担保を供与することができる。」

※本条文訳は、椿寿男・右近健男編『ドイツ債権法総論』72 頁 [大内和直執筆部分] (日本評論社、昭和 63 年) によった。

(53) 能動訴訟 (Aktivprozess) とは、原告として関与する訴訟のことである。

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Aktivprozess> を参照されたい。

(54) 受動訴訟 (Passivprozess) とは、被告として関与する訴訟のことである。<https://www.duden.de/rechtschreibung/Passivprozess> を参照されたい。

(55) 原語は、Beschlussersetzungsklagen であり、WEG44 条 1 項 2 文に規定されている。WEG44 条 1 項 2 文「必要な議決が行われない場合、裁判所は住居所有権者の訴えに基づき議決を議決することができる (決議補充の訴え)」。

この部分は、藤巻詔に

ないため執筆者による訳出である。

- (56) 受動的代理とは、意思表示を受領する代理のことである。能動的代理の対義語である。山田晟『ドイツ法律用語辞典（改訂増補版）』600頁（大学書林、平成5年）。

- (57) ZPO170条〔代理人への送達〕

3. 法定代理人又は代表者が複数いる場合は、それらの者のうちの一人に送達すれば足りる。

※本条文訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典』72頁（法曹会、平成23年）によった。本稿において、ドイツ民事訴訟法典（ZPO）の条文訳は特に断りのない限り、本書によるものである。

- (58) 前掲・注57参照（ZPO170条3項）。

- (59) BGB720条〔組合の代理〕

5. 組合に対して意思表示を行う場合、代理権を有する組合員に対してなせば十分である。

※本条文訳は、執筆者によるものである。

- (60) 前掲・注57参照（ZPO170条3項）。

- (61) 能動的代理とは、意思表示をなすことの代理のことである。山田晟『ドイツ法律用語辞典（改訂増補版）』600頁（大学書林、平成5年）参照。

- (62) ZPO57条（特別代理人）

1. 法定代理人のいない訴訟能力なき当事者が訴えられるべき場合に、遅滞により危険を生じるときは、受訴裁判所の裁判長は、申し立てにより、法定代理人の就任に至るまで、特別代理人の選任をしなければならない。
2. 裁判長は、第20条の場合において訴訟能力なき当事者をその滞在地の裁判所に訴えるべきときにも、この種の代理人を選任することができる。

- (63) 前掲・注21参照（WEG9b条1項2文）。

- (64) ZPO835条（金銭債権の移付）

1. 差し押さえられた金銭債権は、債権者の選択に従い、取立のために又は支払に代えて券面額で、債権者に移付される。

（2項以下は、省略した。）

- (65) ZPO836条（移付の効力）

1. 移付は、民法の規定に従い債権の取立て権限が債務者の要式表示に依拠する場合には、その表示に代わるものとする。

（2項以下は、省略した。）

- (66) 旧 WEG10 条 8 項 4 文「取消可能の抗弁及び相殺可能の抗弁については、民法 770 条の規定を類推して適用する。

※本条文訳は、藤巻梓「改正ドイツ住居所有権法（試訳）」早稲田法学 83 巻 4 号 204 頁（早稲田法学会、平成 20 年）によった。

- (67) 旧 WEG10 条 8 項 1 文は「各住居所有権者は、・・・住居所有権者の共同体の債務について、その有する共有持分の割合に応じて、債権者に対して責任を負う。」と

規定しており、持分に応じた対外的責任を負うことが前提となっている。

※本条文訳は、藤巻梓「改正ドイツ住居所有権法（試訳）」早稲田法学 83 巻 4 号 204 頁（早稲田法学会、平成 20 年）によった。

(68) BGB840 条 [多数者の責任]

1. 一つの不法行為から生じた損害につき、数人が併存的に責めに任ずるときは、その数人は、連帯債務者として責任を負う。

(2 項以下は、特段必要ないと思われるので割愛した)。

※本条文訳は、椿寿夫 = 右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』172 頁 [右近健男執筆部分] (三省堂、平成 2 年)。

(69) 前掲・注 46 参照 (WEG18 条 3 項)。

(70) 前掲・注 53 参照 (能動訴訟 [Aktivprozess])。

(71) 前掲・注 54 参照 (受動訴訟 [Passivprozess])。

(72) Frank Zscheschack, Die Verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft im reformierten Wohnungseigentumsrecht, Festschrift für Michael Drasdo zum 65. Geburtstag, 2023 München, S.302 ~ 303.

(73) WEG24 条 [招集、決議、議事録]

3. 管理者が欠けている場合又は管理者が住居所有権者集会を招集する義務を履行しない場合には、管理顧問会の議長、その代理人又は授權を受けた住居所有権者が住居所有権者集会を招集することができる。

5. 別段の決議がない限り、管理者が住居所有権者集会の議長となる。

8. 決議集は管理者が整備する。管理者が欠けているときは、住居所有権者集会の議長が、決議集を整備する義務を負う。ただし、住居所有権者が多数決の決議により、当該職務を他の者に課している場合は、この限りではない。

※住居所有権者集会の招集、司会、決議集の整備につき規定されている、WEG24 条 3 項、5 項、8 項のみを抜粋した。

(74) WEG10 条 1 項 2 文「住居所有権者は、この法律の規定と異なる規約を制定することができる、ただし、この法律に別段の定めがあるときは、この限りではない」

(75) WEG28 条 [予算、年次決算、財産状況報告書]

2. 住居所有権者は、暦年の経過後に、追加払いの必要性又は決定された前払金の適合化を決議する。この目的のために、管理者は、収入と支出の見込みを含んだ、予算（年次決算）に関する決算を作成しなければならない。

(76) Frank Zscheschack, Die Verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft im reformierten Wohnungseigentumsrecht, Festschrift für Michael Drasdo zum 65. Geburtstag, 2023 München, S.303 ~ S.307.

(77) 前掲・注 73 参照 (WEG24 条 3 項)。

(78) 前掲・注 55 参照 (WEG44 条 1 項 2 文所定の決議補充の訴え)

(79) WEG18 条 [管理及び使用]

1. 共同財産の管理については住居所有権者の共同体がその義務を負う。

- (80) 管理顧問会が管理者の代替になり得ないことは、「二．ドイツ住居所有権法（WEG）の構造」で前述した通りである。
- (81) BGB29 条 [区裁判所による緊急避難]
「理事会に必要とする構成員が欠けている場合において、急迫の事情があるときは、社団の住所のある地区に社団登記簿を備えている区裁判所は、利害関係人の申立てにより、欠員が補充されるまでの間、理事を選任することができる。」
※本条文訳は、法務大臣官房司法法制調査部編「ドイツ民法—総則—」法務資料第 445 号 8 頁 [川井健ほか訳] (法務大臣官房司法法制調査部、昭和 60 年) によった。
なお、同条は、翻訳時における条文が現時点 (2025 年 1 月) においても同様である。
- (82) 司法補助官とは、裁判官の過重な負担の軽減をはかるために、1969 年 11 月 5 日の「司法補助官法」(Rechtspflegergesetz) で定められている官職であり、区裁判所の行う非訟事件、区裁判所が後見裁判所として行う後見事務、商事非訟事件、登記事務、破産手続、失踪事件を独立に行う。但し、重要な事項（仮後見の廃止、破産宣告等）は裁判官の手に留保されている。以上、山田晟『ドイツ法律用語辞典（改訂増補版）』518 頁（大学書林、平成 5 年）。
- (83) 前掲・注 81 参照 (BGB29 条)。
- (84) 前掲・注 14 参照 (WEG2007 年改正)。
- (85) WEG2007 年改正までは、緊急管理者の選任を根拠付ける条文が存在した。WEG2007 年改正前の WEG26 条 3 項である。内容は、以下の通りである。
旧 WEG26 条 [管理者の任命及び解任]
3. 管理者が欠けた場合において、緊急を要するときは、管理者が任命されるまでの間、裁判官は、住居所有権者又は管理者の任命につき正当の利益を有する第三者の申請により、管理者を任命することができる。
※本条文訳は、藤巻訳ではなく、法務省民事局参事官室「建物の区分所有に関する外国立法例（一）—西ドイツ—」民事月報 34 巻 10 号 142 頁（法曹会、昭和 54 年）によった。
- (86) WEG19 条 2 項 6 号「第 26a 条に基づく認証を得た管理者の選任。ただし、特別所有権が 9 個未満の場合において、住居所有権者の 1 人が管理者に選任され、かつ、認証を得た管理者の選任を求める住居所有権者が 3 分の 1（第 25 条第 2 項）を超えないときはこの限りではない。」
- (87) Frank Zschieschack, Die Verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft im reformierten Wohnungseigentumsrecht, Festschrift für Michael Drasdo zum 65. Geburtstag, 2023 München, S.307.
- (88) 前掲・注 46 参照 (WEG18 条 3 項)。
- (89) 前掲・注 73 参照 (WEG24 条 3 項)。
- (90) 前掲・注 21 参照 (WEG9b 条 1 項)。
- (91) 前掲・注 73 参照 (WEG24 条 3 項)。
- (92) 前掲・注 73 参照 (WEG24 条 8 項)。

- (93) 土居俊平「ドイツ住居所有権法（WEG）における管理者—職務と権限を中心に—」
駒澤法曹 19 号 307 頁（駒澤大学法科大学院、令和 5 年）。
- (94) 本稿では応接できなかったが、最近の注目すべき研究業績として、篠原永明・吉原
知志編著『マンション法制の現代的課題 公法私法の領域横断的研究』（日本評論社、
令和 6 年）を指摘できる。民事法のみならず行政法をふまえた上でのあるべき区分
所有法制・マンション管理のあり方を考察した意欲的な研究である。
- (95) 本稿執筆にあたり、早稲田大学名誉教授・鎌野邦樹先生からご教示を賜った。ここ
に感謝申し上げる次第である。