論　説

ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）における管理顧問会

土　居　俊　平

一．問題の所在
二．ドイツ法におけるマンション管理制度
三．ドイツ法における管理顧問会
四．結語

一．問題の所在

マンション管理制度を比較法的視点から概観すれば、ドイツ、フランスなどヨーロッパ大陸で採用されている管理者方式[(1)]とアメリカ、カナダなど英米法系で採用されている理事会方式[(2)]の２つに大別される。では、わが国はいかなる方式を採用しているのであろうか。そもそも、わが国においてマンション管理について定めている法律は、区分所有法である。区分所有法は民法の特別法であり、かつ、わが民法はドイツ民法（ＢＧＢ）を継受している。それ故、区分所有法は民法と同じくドイツ法、即ち、ドイツ住居所有権法（Wohnungseigentumsgesetz、略称ＷＥＧ）を継受している[(3)]。現に、昭和３７年に区分所有法が制定される際、ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）で採用されていた管理者方式を導入した。即ち、旧区分所有法17条１項（現行法・25条１項）において「規約に別段の定めがない限り・・・管理者を選任し、又は解任することができる」と規定されている。つまり、管理者を置くことを強制するものではない[(4)]ものの、我が国は法制度上、マンション管理につき管理者方式を採用していると考えられる。しかしながら、わが国におけるマンション管理の実態は、マンション黎明期において分譲マンション供給・管理において重要な役割を担った日本住宅公団[(5)]（当時、現・独立行政法人都市再生機構［略称ＵＲ］）の指導の影響から、理事会方式を採用することとなった[(6)]。具体的には、管理組合を構成する区分所有者の中から総会で理事を選出し、理事らによって構成される理事会がマンション管理の重要部分を担うという方式である。このようにわが国のマンション管理制度にあっては、法制度と実態との

間に乖離がある。そこで、このような乖離を解消すべく、実務的には理事会の長たる理事長を区分所有法上の管理者としている[(7)]。これまで、区分所有法は昭和５８年、平成１４年と２回にわたり大きな改正がなされたが、マンション管理制度を実態に合わせて理事会方式に改正されることはなく、管理者制度のまま現在に至っている。このように法制度として管理者を認めつつも理事会方式を基本とし、理事には区分所有者が就任するという自主管理方式（理事会方式＋自主管理方式）を前提とすると、管理業務に素人である区分所有者が管理組合理事長（＝区分所有法上の管理者）になるという管理能力面での不安を内在的に抱えているのみならず、住民の高齢化および賃貸化の進行並びに無関心によって生じる（管理組合の）役員のなり手不足[(8)]という難題に直面しているのが現状である。そこで、現状の理事会方式かつ自主管理方式に無理があることをふまえ、区分所有者以外の者による管理、即ち、第三者管理方式について議論がなされてきた。第三者管理方式においてマンション管理を具体的に担うのはマンション管理を職業的に行っている（ビジネスとしている）管理会社（管理のプロ）が想定されている。学説においては、区分所有法２５条所定の「管理者」になり得るのは区分所有者に限定されず管理会社であっても構わない[(9)]、即ち、第三者管理を容認し得ると説かれており条文上・解釈上第三者管理を容認することはできた。ただ、第三者管理にはメリットのみならず少なからぬデメリット（例：第三者である管理者に大きな権能が集中するもののチェック機能が働かないこと、現行法において管理者としての資格要件や業務へのチェック規定がないこと、悪意ある者が管理者になった場合、管理組合の金銭等の財産を浪費する危険性があること、これまで無償であった管理業務が有償化しコスト面で問題があること等[(10)]）があることに加え、第三者管理方式を採用することはこれまでのマンション管理の根本を大きく変化させるものであること、これまで国土交通省が規約のひな形として使用されることを意図して提供してきたマンション標準管理規約では、マンション管理は理事会方式かつ自主管理方式を前提とし理事をはじめとする管理組合役員には「現に居住する組合員」であることを求めている（平成２８年改正前のマンション標準管理規約 [単棟型] ３５条２項[(11)]）、つまり、区分所有者以外の者は管理組合役員に就任できないと規定し、第三者管理を否定してきたこと等々の事情があった。そこで、第三者管理を採用すべきか否かについては、これまで国（国土交

通省[12]）・学会[13]において議論がなされてきた。その結果、平成２８年、国土交通省はマンション標準管理規約を改正し、各々のマンション管理組合の自主的判断に基づき従来の自主管理・新たな第三者管理のいずれかを選択できるようにした（平成２８年改正後のマンション標準管理規約［単棟型］３５条２項条２項、４項[14]）。平成２８年改正においては、第三者管理が前述したようなデメリットを内包することをふまえ、管理者の暴走を防ぐための種々の規定が置かれることとなった。しかしながら、前述したように、第三者である管理者に大きな権限が集中することや仮に悪意ある者が管理者になり管理組合の金銭等の財産を費消する危険性が完全に払拭されたのではない[15]。そのための有力な解決策として管理者解任制度について学説上検討されてきた[16]。

本稿では、管理者の暴走を防ぐ手法として管理者解任制度以外の有力な制度がないのかを模索していく。具体的には、既に第三者管理制度を採用し、かつ、わが区分所有法の母法ともいうべきドイツ法、即ち、ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）において管理者（Verwalter）と共にマンション管理につき重要な役割を果たしているとされる管理顧問会（Verwaltungsbeirat）について紹介・検討を試みる。管理顧問会（Verwaltungsbeirat）については、既に、若干の先行研究[17]が存在する。先行研究の一部には、実地調査を行った上で、管理顧問会は大半の場合、存在し、かつ、その存在により信頼がおけて有用であり、住居所有権者が要望やアイデアや不満を管理顧問会にもっていくことができ、状況によっては争いを芽のうちに摘み取ることができ、共同体内の平和・安穏に多く寄与する[18]との結論を導く興味深いものもあるが、いずれの先行研究もドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）全体の紹介あるいはマンション管理制度全般を検討する中で若干の紹介がなされているに過ぎず、概括的な紹介が中心であるという欠点がある。そこで、本稿では、管理顧問会に特化した本格的な紹介を試みる。そのための手法として、Jennissen/Schmidt の研究書、Der WEG-Verwalter Handbuch,2.Auflage 2010 München を中心に紹介していく。また、可能な限りでわが国のマンション管理においてどのような示唆が得られるのかについても検討する。

二．ドイツ法におけるマンション管理制度

１．全体構造

ドイツ法におけるマンション管理に関する基本となる法律は、ドイツ民法（ＢＧＢ）ではなく、１９５１年に制定されたドイツ住居所有権法（Wohnungseigentumsgesetz、略称ＷＥＧ）である。同法はドイツ民法（ＢＧＢ）の特別法である。このようにマンション管理に関する立法が民法の特別法であるというのはわが国と同様である。ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）は条文では１条～６４条、編では第１編～第４編まで存在する（令和元年１２月現在）。具体的には、「第１編　住居所有権」、「第２編　継続的居住権」、「第３編　手続規定」、「第４編　補足」である。区分所有関係の規定は「第１編　住居所有権」（ＷＥＧ１条～３０条）にある。区分所有関係の規定がある、「第１編　住居所有権」には、更に４つの章がある。具体的には、「第１章　住居所有権の設定」、「第２章　住居所有権者の共同関係」、「第３章　管理」、「第４章　住居地上権」である。要するに、マンション管理に関する規定は、ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）第１編・第３章（ＷＥＧ２０条～２９条）に定められている。また、本稿においては、ドイツ法における住居所有権、住居所有権者は日本法における区分所有権、区分所有者と概ね同義であるとみて問題なかろう。

なお、ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）は2007年に大きな改正がなされた[(19)]。もっとも、管理顧問会につき規定するＷＥＧ２９条は改正対象にはならず、かつ、改正後においても特に注意すべき点はない。それ故、管理顧問会に関しては、基本的に改正後であっても改正前の議論が妥当するものと考えられる。

３．条文構造

１）マンション管理全般

マンション管理については、ＷＥＧ２０条～ＷＥＧ２９条に規定されている。ＷＥＧ２１条～ＷＥＧ２５条には住居所有権者、ＷＥＧ２６条～ＷＥＧ２８条には管理者、ＷＥＧ２９条には管理顧問会について規定されている。ＷＥＧ２０条には上記の住居所有権者、管理者、管理顧問会の三者が管理機関となりうることが示されている。管理者については、ＷＥＧ２０条２項により「管理者の任命は、排除することができない」とされていることから、管理者が必要

的常置機関[20]である。他方、管理顧問会は任意的であり、合意により排除し得る[21]。

２）管理顧問会（Verwaltungsbeirat）

管理顧問会については主にＷＥＧ２９条に規定がある。ＷＥＧ２９条１項[22]では管理顧問会が住居所有権者の多数決決議により設置されること、また、管理顧問会が議長・陪席２人から構成されることについて規定され、ＷＥＧ２９条２項[23]及び３項[24]では管理顧問会の職務内容について規定され、ＷＥＧ２９条４項[25]では管理顧問会の招集方法について規定されている。その他、住居所有権者集会の招集、議長、議事録について規定するＷＥＧ２４条にも管理顧問会に関する規定がある。即ち、ＷＥＧ２４条３項[26]では、管理者が欠けている場合もしくは管理者が招集する義務を履行しない場合における管理顧問会の議長等による住居所有権者集会の招集に関して規定され、ＷＥＧ２４条６項[27]では管理顧問会議長等の議事録への署名について規定されている。

三．ドイツ法における管理顧問会

１．導入―Jennissen/Schmidt の文献紹介

ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）における管理顧問会（Verwaltungsbeirat）について紹介・検討を試みる。具体的には、Jennissen/Schmidt の研究書、Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2.Auflage 2010 München の内容を紹介する。本稿で本書を取り上げる理由は、管理者並びに管理顧問会について最も詳細に理論面での説明がなされている文献だからである。なお、本書は主に２つの部分から構成されている。一つは、「A. Der WEG-Verwalter」、もう一つは「B. Der Verwaltungsbeirat」である。即ち、前者は管理者について、後者は管理顧問会について説かれている。本稿では、後者の内容について紹介する。後者を執筆しているのは Jennissen ではなく Schmidt である。紹介するにあたり、執筆者が重要であると考える部分に絞り、かつ、要約した形で紹介することになることをご了解頂きたい。

２．内容紹介

１）概要

ＷＥＧ２９条１項に基づき、住居所有権者は管理顧問会を設置することができる。管理顧問会は、管理者及び住居所有権者集会と並んで住居所有権者共同体における第三の機関であり、団体法的な意味において真正な機関である[28]。

そして、住居所有権者共同体には権利能力があるものの、後述するように管理顧問会には権利能力はない。２００７年７月１日に効力を有することになった改正法では管理顧問会の法的地位については全く改正されなかった。それ故、管理顧問会に関する法規定及び法解釈は今後も変わることなく妥当する。また、改正前後を問わず管理顧問会を設置するのか否かは任意であり、設置が強制される機関ではない（前述したＷＥＧ２０条２項の反対解釈）が、住居所有権者共同体内において具体的に職務を担う点においては管理者と共通する面もある。管理顧問会は機能・権限分配から住居所有権者共同体の中で最弱の機関である、なぜなら、―既に名称で示しているように―まず第一に管理者を援助することが職務だからである。管理者（ＷＥＧ２７条４項[29]）とは反対に管理顧問会にあっては、限定されることのない最低限の職務、即ち、管理者のように規約によって制限又は排除できない職務・権限というものが存在しない。特に、管理顧問会は共同管理者でも補助管理者でもない[30]。管理顧問会は（管理者の）職務の執行の際に管理者を援助する（ＷＥＧ２９条２項[31]）。

もっとも、管理顧問会の機能は管理者への援助的活動に限られるものではない。法律に基づき共同体の秩序に則った会計・財政制度に限られる限りにおいて、管理顧問会は内部的監督機関という意味において監督・調査権限を行使する。住居所有権者集会が、予算、予算に関する決算（年間決算）、収支計算及び費用事前見積について決議する前に、管理顧問会により調査されその意見を付さなければならない（ＷＥＧ２９条３項[32]）。このように広範で補足的な監督機能は、共同体規約における住居所有権者の合意もしくは判例法上の原則により生じ得る、例えば、管理顧問会の権限、管理者において与えられた議決権の代理権を確認することがあろう。法律上限定された援助的・監督機能から、株式会社の監査役会と管理顧問会とを比較することは許されない。規約もしくは決議により管理顧問会に広範な権限を認める場合、権限衝突があればＷＥＧ２７条４項[33]の限界を考慮すべきである。同条項によれば管理者に認められた権限は規約により制限されることも排除されることもない[34]。

管理顧問会はいわゆる内部的機関である[35]。以上のことは、管理顧問会に職務を割り当てている、住居所有権法全体の規定から明らかとなる（ＷＥＧ２４条３項、６項第２文、２９条２項、３項[36]）。ＷＥＧ２４条３項[37]及び６項第２文[38]は内部的意思形成としての住居所有権者集会との関連で管理顧

問会が有する権限（招集権；集会議事録への署名）を規定している。住居所有権者集会決議前の、会計・財政の内部的監督に関係するのがＷＥＧ２９条３項[39]である。ＷＥＧ２９条２項[40]は、管理顧問会が自らの職務として管理者を援助する。このように管理顧問会の職務は単に団体内部の領域においてのみ妥当することを意味しているにすぎない。個々の事例において管理顧問会あるいは１人もしくは若干名の管理顧問会構成員が住居所有権者共同体のための代理人として対外的に登場することは可能であるが、管理顧問会は通常、住居所有権者共同体と第三者との間の法的取引に関与することはない。立法者は、他主機関（Fremdorganschaft）の原則が妥当する管理者とは異なり、管理顧問会に関して団体法上の自主機関 (Selbstorganschaft) の原則を堅持している、それ故、管理顧問会構成員はＷＥＧ２９条１項第２文[41]に基づき自らが住居所有権者でなくてはならない。

従って、管理者が欠けている、招集あるいは少なくとも権限に基づき議事日程において議題を取り上げることを義務に反して拒んでいる場合（ＷＥＧ２４条３項[42]参照）、管理顧問会構成員はいわば自らの職務により際立つことになった特殊な住居所有権者であって、そのことは管理者と比較すると特に独立した知る権利、情報獲得権、調査権、更に例えば、ＷＥＧ２４条３項[43]により管理顧問会に帰属されるべき住居所有権者集会に関する招集権という権限を有していることから理解できることであろう。結局のところ、管理顧問会には管理者と住居所有権者との間の仲介者という側面がある。そして、実務的には管理顧問会は法律上限定された職務・権限しか有さないにもかかわらず有能であることが実証されている。管理者が管理顧問会と共に旺盛な意見交換・情報交換を絶やすことなく、かつ、（管理顧問会の存在により）管理者の管理手法につき具体的な改善をなすことが可能であり、かつ、改善策が示されるのならば、管理者の行為には透明性があり、よりよいものであると正当化され得る。管理顧問会との間で調整された行為は、少なくとも客観的に適切なものたらしめようとする。実務的に、優れた管理顧問会は住居所有権者共同体の満足のために相当な負担を負っている[44]。

２）任期

法律は管理者の場合（ＷＥＧ２６条１項第２文[45]）とは異なり、管理顧問会構成員の任期の上限を定めていない。このことは、住居所有権者が具体的な

管理顧問会の選任の際に個別具体的に任期を過半数で決議し得ることを意味する。異なった任期で選任することは、住居所有権者が議決の時点で事実に基づいた根拠を立証し得ない限り、原則として秩序に則った管理にはならない、即ち、認められない。新構成員のための試用期間は、通常、事実に基づいた根拠を示すことはできない、即ち、認められない。構成員が人的理由により事前に職務から排除されるということは事実に基づいた根拠があれば認められる。その時々の管理顧問会への一般的な任期導入は、規約に根拠がないのならば、それに向けられた多数決決議は無効である。住居所有権者が時間的限定なしに管理顧問会を選任すれば、（管理顧問会は）客観的な根拠を欠いて不確定な期間を任期として選ばれるものの、すべての住居所有権者集会において改選についての規定が定められ得るという結論をもたらすだろう。同様に管理顧問会構成員はみないつでも職をやめることができる、というのは、自らの意思に反して名誉職の遂行（無償での労働）を義務付けることはできないからである。管理顧問会の職務は以下の様々な理由により終了する、即ち、①管理顧問会構成員の死亡、②住居所有権者共同体からの脱退、③委任契約の解消、④選挙無効についての司法的判断、⑤任期満了、⑥住居所有権者集会による解任決議、⑦現状に対する黙示的解任を含む管理顧問会の改選、である[46]。

３）費用負担

原則として、管理顧問会活動は名誉職である。従って、無償が原則であると考えられる。もっとも、共同体規約に抵触しない場合、住居所有権者は費用償還を決議できる。管理顧問会構成員は決議の際には議決権はない（ＷＥＧ２５条５項[47]参照）。証明資料提出により管理顧問会が立証する具体的な立替金が返済されることが決議され得る。管理顧問会の出費が状況により必要なものとみなされるのは、例えば、電話代・コピー代・郵便料金等々、大規模もしくはトラブルの多いマンションの場合ではセミナーへの参加費用・専門書購入費である[48]。管理顧問会の個々の構成員がこのような出費をなすのではなく、管理顧問会の事前の意思形成が先行しなければならないことが要求される。住居所有権者は一括での費用償還の承諾を決議することができる。以上のことは、職務の無償性を変えるものではない（ＢＧＢ６７０条[49]）。一括での費用償還の承諾は、管理顧問会が具体的な証拠書類の提出により立証義務から免除されるというような利点がある。以上のことは費用償還を有用なものたらしめ

る。適切な総額を許可する決議は、秩序に則った管理に相当する[50]。とりわけ、適切であるかどうかは個々のマンションの大きさにより、個別的には個々の状況により定まる。休暇用住居（別荘）の場合、例えば一括して交通費償還がなされ得る[51]。特に、大規模な住居所有権者共同体の場合、管理顧問会活動に相当の時間が費やされていることが考慮されるべきである。管理顧問会は自らの監督業務を注意深く行うべきである。そのためには、広範な裁量が住居所有権者に対して容認されねばならない。費用償還についての決議は、それ自体正当性を有している。決議成立の際の瑕疵もしくは管理顧問会による利得は決議取消の領域においてのみ裁判所により審査され得るに過ぎない。住居所有権者の民主的判断は、裁判官の判断により代替することは許されない。

判例の事例は、裁判所が決議により認められた管理顧問会の費用償還の適格性を審査し、その際、住居所有権者共同体に原則として存する裁量・評価の余地を考慮して好意的に判断されていることを、証明している。それ故、１年間で３００ドイツマルクの費用償還は適切なものと評価された、なぜなら、管理顧問会は共同体所有権の監督を任されているからだ[52]。２０ユーロの交通費償還を一括して審議することも出張費用の償還の考え方を類推して適切なものであると評価される[53]。その際、マンションの大きさが常に重要となる。３４０世帯のマンションの場合、Hannover 地方裁判所は３人の管理顧問会構成員に対しての1年あたりの報酬として3.579ユーロであることを許容した[54]。それに対して、管理顧問会議長に対する 500 ユーロの年間報酬は秩序に則った管理ではないと評価された。当該判断は、具体的な住居所有権者共同体における支払能力が十分ではないことを考慮すれば理解できる[55]。更に、管理顧問会に毎年用途の決まっていない金銭を自由に使えるようにするという決議は、秩序に則った管理にはならない。少なくとも、決議から十分明確に理解される形でなければならない、そして決議は金額が個別の職務に対応した形で承認されている[56]。管理顧問会のための報酬もしくは費用償還は権利能力ある団体が債務を負担する。住居所有権者の内部関係においても責任規定を適用し得る場合、ＷＥＧ１０条８項第１文[57]に基づき団体債務について住居所有権者が直接的に分割債務の形態での共同責任が考慮の対象になる[58]。

４）管理顧問会の職務

管理顧問会の職務については、概ね以下の５点に集約されよう。

第一に、管理者への援助が挙げられる（ＷＥＧ２９条２項[59]）。どのような種類の援助をすべきなのかについては条文上詳細に規定されていない。例えば、住居所有権者集会の実施について、即ち、集会の日時・場所・議事項目を定めるにつき援助することが考えられる。また、技術的な修繕方法の決議案を示すことが考えられるが、大規模マンションでは管理顧問会が修繕提案を審査し適切なものであることが集会で報告されることになる。更に管理顧問会は管理者とともに建物を巡回し、建物の瑕疵を確認する際に管理者を援助することが一般的に示唆されている。結局、管理顧問会は、管理者以上に事情並びに問題点をより適切に把握することが求められ、管理者が知らないものの自らが気付いている困難な問題点を指摘することが求められている[60]。

第二に、金銭面の審査が挙げられる。ＷＥＧ２９条３項[61]に基づき、予算・（予算に関する年間の）決算・収支計算及び費用見積は管理顧問会により検査し、意見を付さなければならない。この検査義務は、予算・決算についての議決に関しては無条件である。（これらの検査の結果、決算につき）異議を申し述べないとの管理顧問会の判断は、外観上の決算の正当性すら生ずるものではない。ＷＥＧ２９条３項[62]に基づく決算の検査は、領収書の検査によりなされる事実に基づいた正当性のある抜き取り検査であることが必要である。管理顧問会は存在するだけの証拠書類を検査しなければならないが、証拠書類の一覧表を作成する必要はない。通常、決算では修繕費用や管理者報酬（謝礼）が問題になりやすい。管理者に特別な謝礼が支払われている場合、管理契約に基づき管理者に支払われる権限があるか否かが検査されるべきことになる。その際、管理顧問会は契約に基づき管理者に適用される条項の有効性について法的視点での検査をする責務を負うものではない。他方、修繕費用につき管理顧問会は、決算において事実に基づいた出費が重要であるので、不当な出費がなされているかについて焦点をあわせなければならないことに留意しなければならない。もっとも、管理顧問会は当該決算を認めないことを住居所有権者集会に対して推奨することは許されない。管理者により提出されるべき決算（ＷＥＧ２８条３項[63]）が提出されない場合、管理顧問会は住居所有権者集会において提出されなかったことを指摘しなければならない。また、建物およびその複合施設（プール施設・サウナ・地下駐車場）で生ずる費用は、合意された費用配分の方法で負担がなされるべきであり、管理顧問会は、内部関係と外部関係

との法的相違につき混乱してはならない。最後に、決算の瑕疵につき住居所有権者は認識できているものの、管理顧問会は認識すべきであったのに認識できていない（過失的無知）場合、法的にどう処理すべきか問題になっている、通説的見解では代理人の瑕疵について規律するＢＧＢ１６６条１項[64]を類推すべきとし、ここでは代理人的立場にある管理顧問会の責任を問わないが、ＷＥＧ２９条３項[65]に基づく管理顧問会による監督義務が全く果たされていない点は留意すべきである[66]。

第三に、住居所有権者集会招集が挙げられる。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おいて、管理顧問会の議長又はその代理人が住居所有権者集会を招集することができる（ＷＥＧ２４条３項[67]）。管理顧問会において議長も代理人も選任されていない場合、管理顧問会全体として招集することができる。管理者が存在するにもかかわらず管理顧問会により住居所有権者集会の招集がなされるのは管理者の義務に反する行為（拒絶）がなされた場合に限られる。管理者は集会の招集時期及び日程に関して原則として裁量の余地があるが、管理顧問会が招集する際には管理者の裁量は制限されている。ＷＥＧ２４条３項[68]所定の管理顧問会による集会招集がなされるのは、ＷＥＧ２４条２項[69]所定の４分の１を超える住居所有権者が目的及び理由を記載した文書により集会招集を請求したにもかかわらず管理者が集会招集を拒絶する場合が想定されている。その際に集会招集し得る管理顧問会は責任が重く、管理者を補完する機能を有していることは十分に理解されるべきである。なお、管理顧問会がＷＥＧ２４条３項[70]に基づく招集権限を不当に行使したとみなされる場合、議決された決議は取消可能ではあるが無効ではない[71]。

第四に、議事録関係の職務が挙げられる。前述したＷＥＧ２４条６項[72]に基づき、管理顧問会議長は議事録への署名が必要である。他方、ＷＥＧ２４条７項[73]に基づく決議集 (Beschluss-Sammlung)[74]への署名は条文上必要ではない。もっとも、決議録と決議集はどのように異なるのかという問題があるが、改正法は明確に示していない。それ故、管理顧問会は、念のために決議集に対してもチェックすべきであろう[75]。

第五に、上記以外の職務が挙げられる。そもそも、管理顧問会は住居所有権者集会での決議もしくは規約により職務を移譲され得ると考えられており、管

理顧問会が決議により権限を与えられる場合、例外的に代表機関としてみなされる。管理顧問会が与えられた権限を超越した場合、代理人が権限なく行為したものとして取り扱われる。また、管理顧問会には管理者契約に基づき管理者がなす解除の意思表示を受領するという特別な役割が与えられている[76]。もっとも、管理顧問会設置の際にＷＥＧ２７条３項第２文[77]・第３文[78]に基づく権限（解除の意思表示を受領する権限）が与えられているとみなされなければ別異に解することになる。更に、住居所有権者集会により職務を移譲されることが考えられる。例えば、管理顧問会議長もしくは管理顧問会構成員はＷＥＧ２４条５項[79]の規定に反し、住居所有権者集会の議長を務めることが考えられる。管理顧問会は管理者と共にではあるが、円滑な集会進行及び議事日程の終了に配慮することも考えられる。管理顧問会は集会で管理者に与えられた議決権の代理行使について確認する正当な権限を有している[80]。

５）管理顧問会の責任

管理顧問会の個々の構成員は、ＢＧＢ２８０条[81]に基づき有責的義務違反につき住居所有権者共同体及び住居所有権者に対して責任を負っている。選任・雇用関係は専ら権利能力ある団体にのみ存在する。それ故に、管理顧問会の義務違反行為により損害が生ずる場合、少なくとも住居所有権者は団体自身からの権限授与なしに損害賠償請求を主張し得る。損害賠償請求の根拠としては過失で十分である。管理顧問会の違法な行為により当該行為と因果関係ある損害が発生したのか否かについて、しばしば問題となる。管理顧問会構成員が監督義務を不完全にしか果たしておらず、住居所有権者もしくは住居所有権者共同体に損害を惹起させており、損害填補（Schadensausgleich）が管理者の支払能力欠如によりなし得ない場合にのみ管理顧問会構成員の賠償義務が問題となる。もっとも、管理顧問会が疑惑をもっていたものの適切な監督措置により管理者の行為を阻止できなかったことについては考慮されるべきであろう。不十分な監督が往々にして管理者の欠陥が明らかにされなかったり、遅れて発見されることにつながる。実務的には、管理者責任との関係での管理顧問会責任は下位的なものに過ぎない。以上のことは、住居所有権者が管理顧問会構成員に高度の要求をするべきではないとの結論に至る、なぜなら、管理顧問会構成員は名誉職的に働いており、重大な責任リスクがあると誰ももはや当該活動を引き受けないからである。判例は、管理顧問会が怠慢を根拠として部分的ある

いはかなりの部分につき責任を負い得ると指摘している。管理顧問会がＷＥＧ２９条３項に基づく法律上の監督義務を果たさず、単に表面的なもので不十分な形でしか（義務を）果たしていないような大半の事例において管理顧問会は法的責任を追及される可能性がある。管理顧問会が義務を果たしていないにもかかわらず、管理者に対して住居所有権者が免責を与えた場合、もはや管理者に対して賠償請求はできないので、財政的被害にあった住居所有権者共同体が有責的懈怠を根拠に管理顧問会への請求が考えられるのは当然である。とはいえ、管理顧問会としては相当な義務違反が散見される管理者を解任する際には慎重に対処すべきであって、他の住居所有権者に知らせ、集会の招集をするよう促す必要がある。

では、管理顧問会にあっては多数決決議により免責が与えられ得るのであろうか。このような決議は秩序に則った管理に対応するものではない、それ故に、免責がなされたとしても、当該免責期間の間具体的な根拠に基づき法律上の職務及び権限との関連で管理顧問会構成員に対する賠償請求権が可能なものと考えられる場合、司法的に免責が無効なものと宣言されるべきである[(82)]。また、管理顧問会への免責は管理者への免責を伴わない、そしてこのことは単に両者の機関の担い手の異なった職務及び権限から明らかになることであるし、管理者のポストが空席であり得るからである。更に、個々の管理顧問会構成員のみを免責することは、秩序に則った管理に相応するものとして許されるものではない。機関としての管理顧問会は権利能力を有していないので、管理顧問会責任は構成員の個人的責任を意味する。この場合、構成員全員の連帯債務者としての責任を導く。このような管理顧問会構成員の責任をふまえ、責任制限が定められ得る。管理顧問会のための責任保険締結の合法性は、支配的見解によれば肯定されているが、議論の余地がある[(83)]。

６）管理顧問会の解任

管理顧問会は原則としていつでも正式に解任され得る。それについて、多数決決議を必要とする。管理顧問会にあって、一面では選任と解任との間、他面では顧問会契約の締結・解除が区別されねばならない、それ故に、解任制度と並んで顧問会契約が存在する場合、解任を妨げるものではない[(84)]。疑惑がある場合、管理顧問会は、事実状態及び利益状況を考慮に入れて理性的解釈をなすことで解任と同時に職を辞することになろう。管理顧問会構成員全員の解任

は簡単に許される、しかも、管理顧問会議長あるいは他の管理顧問会構成員は、単独で住居所有権者から多数決決議により解任され得る[85]。例えば、管理顧問会議長が解任される場合、議長職のみならず管理顧問会構成員からも解任されるのか、それとも、管理顧問会には残留し単に議長職を失うにすぎないのかについては、確かに区別されるべきである。全く新しい管理顧問会（構成員）が選任される際、同時に従来の管理顧問会（構成員）の説得力ある解任が存在しなくてはならない[86]。管理顧問会の改選が提案される場合、論理的には既存の顧問会（構成員）の全部もしくは少なくとも一部の解任が先行していなければならない[87]。それ故に、住居所有権者の提案を要請することにより単に管理顧問会の改選が主張・通知された場合であっても、まず第一に管理者は集会の司会者として必然的に解任につき投票しなければならない。出発点として管理顧問会は理由の説明なしにいつでも解任され得る。共同体規約において命じられ、もしくは―ここでは代表的見解によれば―管理顧問会が選任決議において一定の最小期間選任されている場合、解任のための重大な事由の存在が重要となる。このような最小期間は明確に決議されねばならない。法律は管理顧問会の任期の最小期間も最大期間も定めていない。

いつでも重大な事由により管理顧問会を解任できるという権利は制限され得ない。共同体規約が一定期間において管理顧問会の選任（例えば１年）を想定している場合、当該期間内において管理顧問会は重大な事由によってのみ解任され得る。これについてハンブルグ高等裁判所[88]は、管理顧問会が共同体規約に基づき一定期間選任されている場合であっても、いつでも重大な事由なしに解任が可能であろう、との見解を主張した。この見解は、明確に共同体規約に規定されていることを前提とする。しかし、この見解は納得のいくものではない、というのは、時間的制限（期間限定の選任）は完全に空文化するからだ。時間的制限（期間限定の選任）にあっては期間内において重大な事由によってのみ解任可能であるとする、黙示的な規定を含んでいる。一定の選任期間がある場合における重大な事由による管理顧問会解任について、管理者の場合と異なった判断（管理者より解任しやすくするという判断）を下すことはできない。他方、解任が共同体規約もしくは選任決議において重大な事由によるものに制限されていない場合、多数決による管理顧問会の解任はいつでも理由の説明なしになされ得る。重大な事由によるものに制限することは、管理顧問会の時間

的制限（期間限定の選任）と同じである。

管理顧問会構成員が裁判上解任されるべき場合、事前の住居所有権者集会において提訴することへの了解が必要である。（否定的な）過半数決議により解任の申し立てが拒否されている、もしくは、全く評決の意思表示がなされていない場合、司法的手続のための手段は自由である[89]。管理顧問会構成員の解任のための申請者の申立が必要な過半数に至っていない、（解任をなすための）確実性はないが蓋然性はあるところから始めなければならない場合、事前の住居所有権者集会での提訴を求める決議は例外的に不要である。当該議題に関する住居所有権者集会の事前の取り扱いは形式を必要とするものではない。解任を正当化する管理顧問会の重大な義務違反は、年間決算の正確性についての詐欺、ＷＥＧの手続上における虚偽の陳述、専断的行為、（専断的な）利益獲得、財産的損害を与える行為における管理者との通謀的協同行為等々である。管理顧問会構成員は個別的評価を自由にしてはならないので、解任に関する重大事由への全ての誤った評価を正当化することはない。

管理顧問会が中立義務に違反する場合、同様に解任理由である。管理顧問会が自らの私的問題に関して個々の住居所有権者に対して住宅団地の掲示板に掲示する場合、義務に違反する。このような行為は、管理者を援助する自らの職務と一致し得ない[90][91]。

７）顧問会構成員の辞任

管理顧問会の構成員が自らの職務を辞任しようとする場合、辞任はいつでもなし得るし、任期や重大な事由に拘束されるものではない。辞任の意思表示は、管理者職の辞任の場合と同様にすべての住居所有権者に対して行われる必要はない。ここで、当該意思表示は住居所有権者集会に対してなされれば十分である。解任の意思表示が選択的に管理者に対してもなしうることが考慮の対象になる、というのは、管理者は法律によれば意思表示の受領につき権限を有する住居所有権者共同体の機関だからである。管理者は、ＷＥＧ２７条２項１号[92]及び２７条３項１文１号[93]により、意思表示及び送達を受領する権限を有している。以上から、管理顧問会構成員は辞任する際、管理者に対する意思表示で十分であると考えられる[94]。

3．小括

管理顧問会の主要な点について紹介・検討してきた。その結果、以下のことが分かった。

第一に、管理顧問会全体として、そもそも管理顧問会は管理者と異なり住居所有権者から構成され、職務・権限からすれば最弱の機関であるものの、管理者と住居所有権者との間の仲介者という側面があり、管理者・管理顧問会が共に旺盛な意見交換・情報交換をなし改善を志向する関係である限り、有用な存在であること、第二に、任期につき、法律上特段の定めはない。そのため、住居所有権者が決議で定めることになる。管理顧問会の職務は名誉職であるので任期がないからといって職務継続を強要できない点は特徴的であり、解釈上、任期満了以外のいくつかの原因により職務が終了すること、第三に、費用負担に関して、管理顧問会活動を行う上での報酬は原則として無償であるものの例外的に支払われることがあり、管理顧問会活動で必要な費用は費用償還請求をなし得る。第四に、職務であるが、条文上規定されている①管理者への援助、②金銭面の審査、③一定の要件を満たす場合における住居所有権者集会招集、④議事録関係の職務、⑤それ以外の職務があり、一般的に規約・決議により管理顧問会に職務が委譲され得ると考えられていること、第五に、管理顧問会の責任であるが、そもそも管理顧問会には権利能力がないため責任主体は個々の管理顧問会構成員となること、名誉職的に業務をしていることが多いので責任レベルは管理者ほど重い責任を負わないが、免責を巡って議論があること、第六に、解任に関して、決議により解任可能であるなど解任は簡単に許されるべきであることが大前提となっていること及び任期を定めて選任した場合における解任については若干複雑な議論があること、第七に、管理顧問会構成員が辞任するにあたり、任期や重大な事由に拘束されずいつでも辞任可能であること及び辞任の意思表示は住居所有権者集会もしくは管理者に対してなされれば十分であること、等が分かった。

四．結語

以上、ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）におけるマンション管理制度において重要と思われる管理顧問会の紹介・検討をしてきた。その結果、解明できたことを指摘した上で、わが国のマンション管理においてどのような示唆を得られ

たのかについて検討したい。

まず、ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）における管理顧問会とは以下のようなものであることが解明された。第一に、管理顧問会は管理者・住居所有権者と並ぶ管理機関の一つではあるものの、管理者とは異なり設置するのか否かは任意であり、あえて言えば任意的設置機関であること、第二に、管理顧問会は管理者と異なり住居所有権者から構成される点に特徴がある、そして、職務・権限からすれば（管理者、住居所有権者、管理顧問会という）三つの機関の内で最弱の機関であるものの、管理者と住居所有権者との間の仲介者という側面があり、管理者・管理顧問会が共に旺盛な意見交換・情報交換をなし改善を志向する関係である限り、管理顧問会は有用な存在であること、第三に、（管理顧問会が）最弱の機関であること及び原則として無報酬に基づく活動を要請されることから、管理者と比較すると法的責任が軽減されていること、第四に、管理顧問会の職務は条文上規定されたものの他にも広がりがあり、規約・決議により管理顧問会に職務を委譲される可能性があること、等が解明された。

これらの解明されたドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）における管理顧問会の内容をふまえた上で、どのような示唆が得られるのであろうか。まず、わが国の区分所有法は昭和３７年制定当初においてはマンション管理につき管理者制度を前提にしていたけれども、当時の日本住宅公団の指導等が影響しマンション黎明期から理事会方式が勃興し、今やわが国は理事会方式を採用しているものの単に法制度上の残滓として管理者制度が残っているとの評価も有り得るかもしれない。しかしながら、現在において採用している理事会方式が万能ではなくなり、最近になり区分所有者以外の者、即ち、第三者によるマンション管理（第三者管理）を認める方向に大きく舵を切った。そこで、理事会方式・管理者方式の別を問わず、既に第三者管理を採用し、かつ、わが区分所有法の母法ともいうべきドイツ法から今後の理論的・実務的発展に資する示唆が得られる、具体的には以下の通りである。そもそも、職業的管理者（管理のプロ）と（管理に素人の）住居所有権者は、些細な問題から重大な問題に至るまで往々にして対立図式になる可能性があるところ、その間の仲介役となる管理顧問会が存在すること、しかも、仲介役が住居所有権者であり、かつ、原則として名誉職であることから住居所有権者サイドからは身近で信頼を寄せやすい側面である。また、管理顧問会の職務は詳細に見ると条文に規定されている①管理者への援

助、②金銭面の審査、③一定の要件を満たす場合における住居所有権者集会招集、④議事録関係の職務、に加えて⑤それ以外の職務があり、⑤の内容は一般的に規約・決議により管理顧問会に職務が委譲され得ると考えられていることからすれば、広範な職務領域へ拡大する可能性がある。このような内部にあって管理者とともに管理をより良くしていく（場合に寄れば睨みをきかす）機関たる管理顧問会の存在により、良質かつ納得のいくマンション管理の実現に繋がりやすいであろうし、仮に不心得者が管理者であったとしても、管理者は暴走しにくいであろうし、仮に暴走したとしても初期で発見され得る可能性が高いであろうことは重要であり、管理顧問会のような存在がマンション管理において不可欠であることを示唆している。

更に、管理顧問会の検討を通じて、マンション管理方法全体について比較法的に検討すると以下のようになろう。まず、わが国においてマンション管理における最も責任ある立場は管理組合理事長（区分所有法上の管理者）であり、ドイツでは管理者（Verwalter）である。また、ドイツには（住居所有権者から構成され、かつ、設置が義務的でないにもかかわらず大半のマンションにおいて存在する）管理顧問会に相当するものは日本には存在しない。もっとも、日本には区分所有者から構成される理事会は存在するが、ドイツには存在しない。以上から、日独ともに現実にマンションの所有者（日本の区分所有者、ドイツの住居所有権者）がマンション管理に関与する形態・程度の違い（日本では管理組合理事会、ドイツでは管理顧問会）があるにしても一定程度の関与が想定されていると評価し得る。このような現実のマンション所有者の管理への関与という視点から見れば、まったく同じものではないにしても日本の管理組合理事会とドイツの管理顧問会には同質性を見出すことが可能である。かくして、わが国において近年議論されている第三者管理方式が、これまでのような区分所有者による自主管理方式とは大きく異なり、マンション管理から区分所有者を全面的に排除し、マンション管理会社が賃貸マンションの如くにマンション管理の一切を引き受けることを意味するのであれば（このような形態を便宜的に「完全な第三者管理」と称する）、比較法的にみて極めて特異な形態であり容認し難い。具体的に考えてみても、完全な第三者管理ではマンション管理の重要部分の一つである金銭関係の処理（出入金）やその監視監督から本来であれば当事者たる区分所有者が完全に排除されてしまうので、規約などで一

定の規制をしたとしても第三者はやりたい放題が可能になる。もしくは、何もせずに報酬のみ受領することも可能となる。このようなことは極端であるにしても、理事会方式を採用するわが国において完全な第三者管理に移行すると、区分所有者と第三者たる管理者（管理組合理事長）とを結ぶドイツ法における管理顧問会のような組織が存在しない限り、現実に当該マンションに住んでいる区分所有者の生の声がマンションに直接活かされることが（区分所有者による）自主管理と比較すると非常に少なくなり、マンション管理は不十分となることが十分に予想される。このことは、往々にしてマンション全体の質低下につながりかねず、マンションの中古価格にも影響すること必至であろう。

結局のところ、わが国におけるマンション管理方式については、原則として区分所有者による自主管理を前提としつつ自主管理を補完する形で第三者管理方式が利活用されるべきである。即ち、管理組合理事会の大半は区分所有者であるべきだが、一部には区分所有者以外の者を登用してもよかろう。もっとも、例外的に区分所有者の高齢化・なり手不足などによりマンション管理が深刻な状況に陥っている、荒廃マンションになる手前である等のやむを得ない事情があれば、区分所有者の圧倒的多数の賛成により完全な第三者管理を採用する余地はあろう。但し、このような例外的な局面であっても、１年ごとに第三者管理の是非が検討できる余地を残しておかねばならないであろう。なお、本稿ではマンション管理顧問会における内部関係の分析、どのような人物が管理顧問会構成員になっているのか、管理顧問会の職務の詳細、更には、マンション管理のあるべき姿については十分に解明できなかった面がある。これらの諸点の検討については他日を期すこととしたい[(95)]。

(1) 日常的な管理執行は住宅管理業務を専門に行う管理会社（管理のプロ）が管理者に就任することによりマンション管理がなされるという方式である。この場合、マンションの所有者自身が管理に関与することはない。本方式の特徴としては、所有者が管理に関わることは通常なく、所有者全員から構成される集会に年１回出席することのみであること、本方式では理事会は存在しないが、ドイツでは管理顧問会、フランスでは管理委員会と称される機関が管理者に助言をしていること、管理者には通常、管理のプロが就任するので、第三者管理になることが多いのが実態であること、を指摘し得る。詳細については、梶浦恒男「マンション管理形態」丸山英氣＝折田泰宏編『これからのマンションと法』３１０～３１１頁（日本評論社、平成２０年）、土居俊平「ドイツ法における管理者制度－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年を参照されたい。

(2) 区分所有住宅の所有者によって選出された複数の理事から構成される理事会があり、理事会が管理執行機関のトップとして、管理会社や管理職員に指示をし、管理行為を進めていく方式である。特徴としては、理事会の権限が強いこと、管理会社に委託するより力量を持ったマネージャーを直接雇用する方法が案外多いこと、を指摘し得る。詳細については、梶浦恒男「マンション管理形態」丸山英氣＝折田泰宏編『これからのマンションと法』３１２頁（日本評論社、平成２０年）、土居俊平「ドイツ法における管理者制度－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）を参照されたい。

(3) ドイツ法が昭和３７年区分所有法の母法であると指摘する、丸山英氣編『改訂版区分所有法』１５頁[丸山英氣執筆部分]（平成１９年、大成出版社）、土居俊平「ドイツ法における管理者制度―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）、昭和３７年区分所有法は、ドイツ法の影響が強いと指摘する、丸山英気「マンションと法」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、平成２０年）５頁等、区分所有法学における争いのない見解であるとみてよい。

(4) わが区分所有法において、昭和３７年制定時点から管理者を置くことは必須ではない。ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）において管理者を置くことは必須である。この点に、日独の違いがある。この点につき、立法者サイドの文献として、濱崎恭生『建物区分所有法の改正』５７８頁[川島一郎執筆部分]（法曹会、平成元年）。

(5) 日本住宅公団とは日本住宅公団法（昭和３０年７月８日、法律第５３号）により昭和３０年７月２５日～昭和５６年１０月１日まで存在していた特殊法人である。第１条の目的規定において「日本住宅公団は、住宅の不足の著しい地域において、住宅に困窮する勤労者のために耐火性能を有する構造の集合住宅及び宅地の大規模な供給を行うとともに、健全な新市街地を造成するための土地区画整理事業を施行することにより、国民生活の安定と社会福祉の増進に寄与することを目的とする。」と定められていた。その後、種々の組織改編を経て、平成１６年４月から独立行政

法人都市再生機構（略称、ＵＲ）となり現在に至っている。日本のマンション問題を考える際に無視し得ない重みを有する団体である。なお、現在のＵＲはマンションの分譲事業を行っていないが、かつて、日本住宅公団は分譲事業を行っていた。

(6) 濱崎恭生『建物区分所有法の改正』５０６～５０７頁 [川島一郎執筆部分]（法曹会、平成元年）では、日本住宅公団が管理組合を作らせて、自主的な管理を行うよう指導している、と指摘している。この辺りに、わが国のマンション管理方法が管理者方式ではなく理事会方式を採用するに至った遠因があるのではないかと思われる。

(7) マンション標準管理規約（単棟型）３８条２項では「理事長は、区分所有法に定める管理者とする。」と規定されている。

(8) 財団法人マンション管理センター『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』２１頁（財団法人マンション管理センター、平成２０年）。

(9) 稲本洋之助＝鎌野邦樹『コンメンタール　マンション区分所有法 [第３版]』１４８頁（日本評論社、平成２７年）など。

(10) 第三者管理についてのデメリットにつき指摘する文献として、財団法人マンション管理センター『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』５３頁（財団法人マンション管理センター、平成２０年）。

(11) マンション標準管理規約（単棟型）３５条２項「理事及び監事には、○○マンションに現に居住する組合員のうちから、総会で選任する」と規定されている。

(12) 国土交通省は、「マンションの新たな管理ルールに関する検討会」を設置し、平成２４年１月から平成２７年３月まで議論を行ってきた。平成２７年３月には「マンションの新たな管理ルールに関する検討会　報告書」が提出された。報告書では、第三者管理の問題点を指摘し、対処策を提示している。詳細は、https://www.mlit.go.jp/ を参照されたい。

(13) 日本マンション学会では第三者管理に注目し検討を加えてきた。例えば、日本マンション学会誌マンション学４６号では第三者管理につき特集が組まれ、多方面からの分析・検討がなされている。

(14) 改正後のマンション標準管理規約（単棟型）３５条では、改正前の規定をそのまま残すとともに、外部専門家を役員として選任できることとする場合の規定を新設した。新設された条文は以下のとおりである。同規約３５条２項「理事及び監事は、総会で選任する」、同規約３５条４項「組合員以外の者から理事又は監事を選任する場合の選任方法については細則で定める」。このように、改正後のマンション標準管理規約（単棟型）３５条２項、４項にあっては、外部専門家を役員として選任する場合とそうでない場合の２種類についての条文が存在する。

(15) 土居俊平「ドイツ法におけるマンション管理制度－管理者解任を中心として－」日本マンション学会誌マンション学６０号１５７頁（民事法研究会、平成３０年）、公益財団法人マンション管理センター『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』５３頁（公益財団法人マンション管理センター、平成２０年）。

(16) 土居俊平「ドイツ法における管理者制度－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）、土居俊平「ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）における管理者の解任－ＢＧＨ２０１２年判決を契機として」熊本県立大学総合管理学部創立２０周年記念論文集『総合知の地平』３５１頁（九州大学出版会、平成２６年）、土居俊平「ドイツ法におけるマンション管理制度－管理者解任を中心として－」日本マンション学会誌マンション学６０号１５７頁（民事法研究会、平成３０年）等。

(17) ヴェルナー・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－ドイツと日本のマンション法－』４５～４６頁[ヴェルナー・メルレ述＝藤井俊二訳]（財団法人アーバンハウジング、平成９年）、梶浦恒男「マンション管理形態」丸山英氣＝折田泰宏編『これからのマンションと法』３１０～３１１頁（日本評論社、平成２０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５５頁（公益社団法人日本不動産学会、平成２１年）、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）』２９～３０頁（民事法研究会、平成２５年）など。なお、一番最後の文献は平成１５年（２００３年）３月～４月において法学研究者（５名）・弁護士（１０名）他がドイツ・フランスの実態調査をふまえた上での先行研究であるので、実態を知ることができるということ並びに法的視点での着眼がなされている点で有益である。

(18) 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）』２９～３０頁（民事法研究会、平成２５年）。

(19) ＷＥＧ２００７年改正につき概観したドイツ語文献として、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. 邦語文献として、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）、等がある。

(20) Bärmann/Armbrüster/Becker/Merle/Roth/Schneider/Suilmann,Wohnungseigentumsgesetz, 14 Auflage 2018, München, § 26, Rn. 2 (Becker).

(21) Weitnauer,Wohnungseigentumsgesetz 9.Auflage 2005 München, § 29,Rn.1(Lüke).

(22) ＷＥＧ２９条１項「住居所有権者は、多数決により、管理顧問会の設置につき決議することができる。管理顧問会は、議長である一人の住居所有権者及び陪席である他の二人の住居所有権者をもって構成する。」本稿において、ドイツ住居所有権法（ＷＥＧ）の条文訳は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１３３頁（財団法人法曹会、昭和５４年）、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１９９頁（平成２０年）、伊藤栄寿『所有法と団体法の交錯』２５３頁以下（成文堂、平成２３年）を主に参照した。

(23) ＷＥＧ２９条２項「管理顧問会は、管理者の職務の執行を援助する。」

(24) ＷＥＧ２９条３項「予算、予算に関する決算、収支計算及び費用の見積りについては、住居所有権者集会が決議をする前に、管理顧問会が検査し、その意見を付さなければならない。」

(25) ＷＥＧ２９条４項「管理顧問会は、必要に応じて、議長が招集する。」

(26) ＷＥＧ２４条３項「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おいて、管理顧問会が設置されているときは、管理顧問会の議長又はその代理人が住居所有権者集会を招集することができる。」

(27) ＷＥＧ２４条６項「集会においてされた決議については、決議録を作成しなければならない。決議録には、議長及び住居所有権者の一人並びに管理顧問会が設置されているときは、管理顧問会の議事録を閲覧する権利を有する。」

(28) BGH v.2.6.2005,NJW2005,2061.

(29) ＷＥＧ２７条４項「前三項の規定による管理者の職務と権限は、住居所有権者の規約により制限又は排除することができない。」

(30) OLG München v.31.10.2007,ZMR2008,657,658.

(31) 前掲・注２３参照。（ＷＥＧ２９条２項）

(32) 前掲・注２４参照。（ＷＥＧ２９条３項）

(33) 前掲・注２９参照。（ＷＥＧ２７条４項）

(34) OLG München v.31.10.2007,ZMR2008,657,658.

(35) OLG Frankfurt v.23.9.1975,NJW 1975,2297

(36) 前掲・注２３，２４，２６，２７参照。（ＷＥＧ２４条３項、６項、２９条２項、３項）

(37) 前掲・注２６参照。（ＷＥＧ２４条３項）

(38) 前掲・注２７参照。（ＷＥＧ２４条６項）

(39) 前掲・注２４参照。（ＷＥＧ２９条３項）

(40) 前掲・注２３参照。（ＷＥＧ２９条２項）。

(41) 前掲・注２２参照。（ＷＥＧ２９条１項）

(42) 前掲・注２６参照。（ＷＥＧ２４条３項）

(43) 前掲・注２６参照。（ＷＥＧ２４条３項）

(44) Jennissen/Schmidt,Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2. Auflage 2010 München,S.255 ～ 258.

(45) ＷＥＧ２６条１項第２文「管理者の任期は、５年を超えることができず、住居所有権の設定後初めて管理者を選任するときは、任期は、最長３年に制限される。」

(46) Jennissen/Schmidt,Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2. Auflage 2010 München,S.267.

(47) ＷＥＧ２５条５項「住居所有権者は、議決が共同財産の管理についての自己との法律行為若しくは自己に対する他の住居所有権者の訴えの提起若しくは終結に関するとき、又は第１８条の規定に従い確定判決を受けたときは、議決権を行使することができない。」
(48) Bärmann/Armbrüster/Becker/Merle/Roth/Schneider/Suilmann,Wohnungseigentumsgesetz,14.Auflage 2018,München,§29,Rn.120(Becker).
(49) ＢＧＢ６７０条「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、右近健夫編『ドイツ契約法』497頁（三省堂、平成７年）によった。
(50) OLG Schleswig-Holsteinisches v.13.12.2004,NZM2005,588.
(51) OLG Schleswig-Holsteinisches v.13.12.2004,NZM2005,588.
(52) BayObLG v.30.4.1999,NZM1999,862,865.
(53) OLG Schleswig-Holsteinisches v.13.12.2004,ZMR2005,736.
(54) LG Hannover v.10.1.2006,ZMR2006,398.
(55) KG Berlin v.29.3.2004,ZMR2004,775.
(56) AG Hamburg-Wandsbeck V.11.10.2007,ZMR2008,335.
(57) ＷＥＧ１０条８項第１文「各住居所有権者は、自己が共同体に帰属している間に成立し、又は当該期間内に履行期が到来した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、債権者に対して責任を負う。」
(58) Jennissen/Schmidt,Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2. Auflage 2010 München,S.277 ～ 278.
(59) 前掲・注２３参照。（ＷＥＧ２９条２項）
(60) Jennissen/Schmidt,Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2. Auflage 2010 München,S.279 ～ 280.
(61) 前掲・注２４参照。（ＷＥＧ２９条３項）
(62) 前掲・注２４参照。（ＷＥＧ２９条３項）
(63) ＷＥＧ２８条３項「管理者は、暦年の経過後、決算を提出しなければならない。」
(64) ＢＧＢ１６６条１項「意思表示の法律上の効果が意思の欠缺により、又はある事情を知ったこと若しくは知ることができたことにより影響を受けるときは、これらの事実の有無は、本人についてではなく代理人について定める。」本条文訳は、法務大臣官房司法法制調査部編「ドイツ民法典－総則－」法務資料第４４５号４１頁[川井健ほか訳]（法務大臣官房司法法政調査部、昭和６０年）によった。
(65) 前掲・注２４参照。（ＷＥＧ２９条３項）
(66) Jennissen/Schmidt,Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2. Auflage 2010 München,S.283,285.
(67) 前掲・注２６参照。（ＷＥＧ２４条３項）
(68) 前掲・注２６参照。（ＷＥＧ２４条３項）
(69) ＷＥＧ２４条２項「管理者は、住居所有権者の規約により定められている場合その

他総数の４分の１を超える住居所有権者が目的及び理由を記載した文書により請求する場合には、住居所有権者集会を招集しなければならない。」なお、法務省訳・藤巻訳では、一部に Wohnungseigentümer の訳語として「区分所有者」が用いられていたが、用語の統一を図る点から定訳である「住居所有権者」を用いた。

(70) 前掲・注２６参照。（ＷＥＧ２４条３項）

(71) Jennissen/Schmidt,Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2. Auflage 2010 München,S.280 ～ 282.

(72) 前掲・注２７参照。（ＷＥＧ２４条６項）

(73) ＷＥＧ２４条７項第１文「決議集を備えるものとする。」

(74) 決議集に関しては、土居俊平「区分所有法８条にいう特定承継人－ドイツ法における議論をふまえて－」宮崎産業経営大学法学論集１９巻１号１４３頁（宮崎産業経営大学法学会、平成２１年）に詳しく説明がある。

(75) Jennissen/Schmidt,Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2. Auflage 2010 München,S.286.

(76) この場合、判例は管理者が存在するならば、管理者が集会で解除の意思表示をすれば解除は集会に参加していない住居所有権者に対しても有効であると解している。もっとも、本来の代表機関である管理者が存在しない場合、理念的には住居所有権者全員に対しての意思表示、少なくとも集会での意思表示を求める判例の見解には本書の著者である Schmidt は疑義を呈し、集会での意思表示もしくは管理顧問会への意思表示があれば足りると考えるべきであるとする。なお、判例に関しては、OLG München v.6.9.2005,ZMR2005,980 を参照のこと。

(77) ＷＥＧ２７条３項第２文「管理者が欠けている場合又は管理者が代理権を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。」

(78) ＷＥＧ２７条３項第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権をすることを決議することができる。」

(79) ＷＥＧ２４条５項「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。」

(80) Jennissen/Schmidt,Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2. Auflage 2010 München,S.286 ～ 287.

(81) ＢＧＢ２８０条１項「債務者が債務関係から生ずる義務に違反した場合、債権者はこれにより生ずる損害の賠償を請求することができる。債務者が義務違反の責任を負う必要がない場合は、この限りではない。」当該条文訳は執筆者によるものである。

(82) OLG München v.11.7.2008,ZMR2008, 905.

(83) KG Berlin v.19.7.2004,ZMR2004,780.

(84) LG Nürnberg-Fürth v.15.1.2001,ZMR2001,746.

(85) LG Nürnberg-Fürth v.15.1.2001,ZMR2001,746.

(86) LG Nürnberg-Fürth v.15.1.2001,ZMR2001,746.

(87) OLG München v.31.7.2007,ZMR2007,996.

(88) OLG Hamm v.18.1.1999,NZM1999,227.
(89) OLG München v.28.9.2006,ZMR2006,962.
(90) KG Berlin v.19.7.2004,WuM2004,623.
(91) Jennissen/Schmidt,Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2. Auflage 2010 München,S.292 ～ 293.
(92) ＷＥＧ２７条２項１号「管理者は、住居所有権者全員の名において、次の各号に掲げる行為をする権限を有し、かつ、当該行為の効力は、これらの者のために又はこれらの者に対して及ぶ。
　一．住居所有権者としての資格で、その全員に対してなされる意思表示及び通知を受領すること。」
(93) ＷＥＧ２７条３項第１文１号「管理者は、住居所有権者の共同体の名において、次の各号に掲げる行為をする権限を有し、かつ、当該行為の効力は、共同体のために又はこれに対して及ぶ。
　一．意思表示及び通知を受領すること。」
(94) Jennissen/Schmidt,Der WEG-Verwalter Handbuch für Verwalter und Beirat,2. Auflage 2010 München,S.294.
(95) 最近の注目すべき研究として、ドイツにおいて管理者（Verwalter）になるのは管理会社が大半で、職業的に（ビジネスとして）マンション管理業務に携わっている場合が大半であることをふまえつつ、現地における実態調査等から、ドイツの管理者についてそもそも資格要件はなく、近年、管理者には研修が義務付けられたものの、研修内容は、任意で、3年間で２０時間であるに過ぎず、そもそもドイツの管理者が「外部の専門家」であることに疑義を指摘する研究がある。鎌野邦樹＝藤巻梓「ドイツのマンション法改正、荒廃マンションおよび管理の実態」マンション管理センター通信２０１９年１２月号１９頁（公益財団法人マンション管理センター、令和元年）参照。このようなドイツの実態をみると第三者管理の先進国であるドイツでさえマンション管理の管理者に専門家が登用されておらず、第三者管理に踏み切るメリットが一つなくなり、デメリットがより際立つことになる。それ故、本稿の冒頭で指摘するような、管理者に就任した第三者の暴走・歯止めはより重要であり、そのための制度的担保としてドイツでは管理顧問会という組織を法制度化していると評価できよう。ともかくも、ドイツ管理顧問会の目指す理念を十分にくみ取り、その理念から何らかの形で活かすことがわが国で求められているのであろう。

【付記】
　本稿は、科学研究費助成事業・学術研究助成基金・基盤研究（Ｃ）「マンション区分所有法制の再構築―マンション法制の国際比較研究の成果を踏まえて―」（２０１８年度～２０２０年度、研究代表者・鎌野邦樹　早稲田大学教授、課題番号：１８Ｋ０１３４７）における連携研究者としての研究成果の一部である。