

【 寄 稿 】

ドイツ住居所有権法の改正について

早稲田大学法学学術院
助手 藤巻 梓

■はじめに

ドイツにおける「住居所有権および継続的居住権に関する法律」(Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht、以下では住居所有権法またはWEGと略称する)の改正法が、2007年7月1日に施行された¹。本改正は、1951年に住居所有法が制定されて以来最も大幅なものである。以下本稿においては、住居所有権法の個々の改正点を素描して、本改正の概略を把握することにしたい。

住居所有権法の改正の直接の契機となったのは、2000年9月20日のBGHの判断²である。住居所有権法によれば、共同体規約は共有者たる住居所有権者間の契約であるから、その設定および改廃には原則として全住居所有権者の合意が必要とされる。他方で、集会決議は原則として単純多数決により行われ、また、決議後1ヶ月の取消期間の徒過により決議は確定力を備える。そこで、実務においては、全員合意の原則によってもたらされる規約の硬直性を回避するために、規約を変更する内容または法律の規定と異なる内容を有する決議(いわゆる代替決議)を行い、その決議の取消期間の徒過による効力の確定を待つことが、頻繁に行われていたのである。しかし、住居所有権法は多数決議による規律が認められる事項を限定して定めていることから、この代替決議の有効性に疑問を呈する見解も有力であった。そして、BGHは上記決定において、法律の規定または共同体規約の内容を変更する決議が、このような決議をなすことを認める、全員の合意に基づく相当の規約³を欠く場合には、もはや無効であることを明確にしたのである。真正な所有権としての住居所有権の理解に基づく理論的整合性から、このBGHの判断に賛同する見解は多くあったものの、他方においてはこれにより、規約の運用や建物の管理の実

施に伴う従来の問題が、実務においてさらに顕著に現れた。

それゆえ、2005年5月25日に連邦政府により提出された第一次改正草案⁴では、住居所有権者の法律上の決議権限を慎重に拡大することが、住居所有権法の改正の趣旨であった。さらに、住居所有権事件についても非訟事件手続法に代えて民事訴訟法を適用することにより裁判手続の調和を図ること、および管理費債権の執行について、強制執行手続における住居所有権者の地位を強化することが目的とされた。

1. 立法の経過

2005年に上記の連邦政府案が提出されて間もなく、2005年6月2日にBGHは更なる重要な判断⁵を下した。これは、住居所有権者の共同体が、共同財産の管理に際して法的取引に参加する範囲において権利能力を有するというものである⁶。このBGH決定を受けて連邦参議院は、連邦政府に対して住居所有権法の更なる変更の必要性の有無について再検討するよう要請した。連邦政府はこの要請にこたえ、特に共同体の権利能力(WEG10条6項)、管理財産の帰属(同条7項)、住居所有権者の責任(同条8項)および共同体の破産能力に関する規定(11条3項)を新設するとともにWEG27条を改めた⁷。改正草案が2006年12月14日に連邦議会で承認された⁸後、2007年3月30日に改正法は連邦官報に公布され、同年7月1日に施行された。

なお、本稿で挙げた条文は、特に断りのない限り、改正後の住居所有権法である。

2. 合意形成の要件の緩和

前述のとおり、住居所有権法の改正の趣旨は住居所有権者の共同体の活動能力を強化することであり、そのため改正法は住居所有権者の合意形成の要件を緩和し、個々の実際的な事例について法定の決議権限を付与している。以下、決議権限が拡大された事項について具体的に見ていくことにする。

(1) 合意形成に関する住居所有権法の原則

まず、住居所有権法における住居所有権者の合意形成に関する原則を確認しておきたい。住居所有権者は、その相互の関係について規約を定めることができるが(10条2項1文)、それには全員の合意が必要とされる。既存の規約の変更、廃止も同様である。これは、ドイツ法において住居所有権者の規約の法的性質が土地の共有者間の契約と解されていることによる。

他方において集会決議は、法律または規約による特別の定めのない限り、原則として出席した住居所有権者の単純多数により行われる。他方で、住居所有権者が集会決議により決定することのできる事項は、法律の規定または住居所有権者の規約が認めたものに限られる(23条1項)。従って、合意形成の手段としては、集会決議は例外であり全員合意によるものが原則である。

(2) 運営・管理費用の分配基準

16条2項によれば、住居所有権者は、共同財産の維持、修繕その他の管理及び共同使用の費用を、原則としてその共有持分割合に従って負担する。そこで、共有持分割合と異なる分配基準を採用するためには、旧法によれば、住居所有権者全員の合意による規約の定めが要求された。しかし、実務においては、持分に応じた負担割合により不合理な結果に至る場合も多く指摘され、柔軟な対応の必要性が生じていたのである。そこで新法16条3項は、共同財産および特別所有権の管理費ならびに維持費⁹のうち、第三者に対して直接に計算されないもの¹⁰について、住居所有権者が、共有持分割合とは異なる基準に従った分配を決議することを認める。この多数決の制限として条文上は、費用分配基準が「秩序ある管理」に適合していることのみが挙げられているが、これは住居所有権者の決議権限を排除するものではないから、実際にはいかなる分配基準をも決議することができる状況にあることが指摘されている¹¹。

(3) 建築上の措置のための費用

さらに新法16条4項は次の二つの場合における費用の分配について、住居所有権者に決議権限を付与している。すなわち、住居所有権者は、建物の維持または修繕の措置(21条5項2号)若しくは建築上の変更(22条1項、2項)のための費用の分配について、原則である共有持分割合(16条2項)または規約による基準(16条5項)と異なる基準の設定を、多数決により決議することができる。ただし、変更後の基準は、住居所有権者による使用または使用可能性を考慮に入れたものでなくてはならない(16条4項)。

なお、決議権限は個別的な事案に限り認められるものであるから、一般的規律についての決議は無効である¹²。16条4項に基づく、費用分配基準に関する決議には、議決権ある住居所有権者(集会に出席した住居所有権者ではない)の頭数についての四分の三の特別多数(25条2項)、および持分権の過半数を代表する住居所有権者の賛成が必要である。

住居所有権者が建物の維持または修繕の措置、若しくは建築上の変更の措置を決議する際には、これらの措置の実施とともに資金調達や各住居所有権者への費用の割り振りについても決議を行うケースが多い。しかし、費用の分配基準は法律上定められているから、これを変更するような決議に対しては、BGH2000年9月20日決定¹³に照らして、費用の分配基準のみならず措置の実施を含む決議全体の有効性が疑問視されることになる。なぜなら、住居所有権者が、別の費用分配の下であってもなお当該措置を決議したであろうことを前提とすることはできないからである¹⁴。このような懸念を除去し、所有者間の合理的な費用分配を可能にするために、改正法は費用分配のための決議権限を明文で認めたのである。

(4) 建物の近代化措置

建物の近代化措置に関する22条1項は本改正により新たに規定されたが、その内容上の変更はなく、従来の法状況が簡明にされたにとどまる。つまり、共同財産の秩序ある維持または修繕の範囲を超える建築上の変更は、その変更により14条1号¹⁵に定める程度を超えて権利を侵害される者の同意がある場合には、決議をし、または請求することができる。住居所有権者がその権利を14条1号の程度を超えて侵害されることのない場合には、その同意は不要である。

22条2項は、住居施設の市場価値の継続的な維持を目的として、住居所有権者が多数決議により、共同財産の近代化または技術水準への適合化に資する措置を決定することができるとする。22条2項が参照するBGB559

条1項において、「近代化」措置とは、「使用価値を持続的に向上させ、一般的居住関係を継続的に改善し、またはエネルギーまたは水の節約に資する、建築上の措置」であると定義されている。

しかしながら、住居の従前の特性を変更するような改修や共同体の一人が他の住居所有者に損害を与える措置は、WEG22条2項に基づき認められない。ただし、この制限はそれに反する範囲において住居所有者の決議権限を失わせるものではなく、この制限に違反する決議であっても、取消期間の徒過により確定力を備える。

3. 決議集の整備

住居所有権法において、決議は、規約と異なり、土地登記簿への登記なくして特定承継人に対しても効力を有する。そこで、住居の購入希望者が事前に当該建物における決議の状況について情報を取得することができるよう、決議集の整備が考慮されるべきこととなった（24条7項、8項）。この措置は、住居所有者の団体の有する決議権限を拡大することの補助策として採用されたのであるが、特定承継人に対する決議の効力は、決議集の有無には影響を受けない。決議集の整備は管理者の義務であり、管理者がこれを適切に履行しないときは、その債務不履行責任が問題となる。通常は、管理者の解任のための重大な事由（26条1項）の存在が認められる。

4. 規約の変更請求権の明確化

10条2項3文は新たに、住居所有者が法律の規定または規約と異なる内容の規約の設定を請求する権利を規定した。すなわち、各住居所有者は、個々の事案におけるあらゆる状況、殊に、他の住居所有者の権利及び利益を考慮して、現行の規律（法律の任意規定または規約）を維持することが、重大な事由に基づいて不衡平であると思われるときは、法律を変更する規約若しくは規約の適正化を請求することができる。

住居所有者のこの請求権は本改正により新たに設定されたのではなく、すでに判例において認められていたが、その場合にも非常に厳格な要件の充足が求められた。すなわち、現行の規律の維持が著しく不衡平であり、それにより信義誠実の原則に反すると認められるべき、特殊な状況の存在が要件とされたのである。

改正により、規約の変更請求権が認められる要件の文

言は変わったが、その判断基準は従来の判例における基準がそのまま適用されることも考えられ¹⁶、この規定により住居所有者による管理の負担軽減が実現されることには懐疑的な見解も多い¹⁷。

5. 譲渡制限の撤廃

12条1項は、住居所有者が、住居所有権の譲渡について管理者等の同意を必要とする旨を規約により取り決めることができるとする。しかし、改正法によれば、共同体規約中に住居所有権の譲渡を制限する旨の取り決めが置かれている場合であっても、住居所有者は、単純多数決議により当該制限を撤廃することができる（12条4項）。

12条に基づく譲渡制限の趣旨は、共同体に適合しない人物の参入から共同体の構成員を保護することにある。これには、管理費等の支払能力のない者の共同体への参入の防止、または上述のとおりドイツの判例及び通説的見解によれば住居所有権の特定承継人は原則として前主の未払管理費債務を承継しないと考えられているところ、住居所有者が管理費を払わないまま住居を第三者に譲渡することにより管理費の回収が困難となるべき事態を防ぐことも含まれた¹⁸。

しかし、多くの場合において同意の付与は形式主義に終始し、時間と費用を費やすのみであった。また、本条に基づく譲渡制限の規定はほとんどの場合に、住居所有権の設定時に敷地の単独所有者により設けられたのであり、その後の住居所有者の意思に基づくものではないことが指摘されていた。ただし、小規模な共同体や地方都市においては、なおこの制限が意義を有しうることから、その存続と撤廃についての判断を、当該共同体に委ねることとされたのである。

6. 権利能力ある団体としての共同体

住居所有権法改正法は、住居所有者の共同体の部分的権利能力について、2005年6月2日にBGH¹⁹が示した準則を広く採用し、法的安定性への要請に対応した²⁰。

（部分的）権利能力を有する団体としての住居所有者共同体に関する主要な規定は、10条1項、6項乃至8項および27条1項、3項である。

（1）共同財産および特別所有権の帰属

10条1項は先ず、別段の明確な定めのない限り、権利および義務、特に共同財産と特別所有権の帰属主体が住居所有権者自身であることを明らかにする。この規定は、住居所有権者とその団体との間の中心的問題、すなわち共同財産および特別所有権の帰属主体が両者のいずれであるかについて、それが住居所有権者であることを明確にするために置かれたのである²¹。これにより、従来どおり、住居所有権を真正な所有権として理解することが可能となる²²。

(2) 共同体の権利能力

WEG10条6項は、「住居所有権者の共同体は、共同財産の管理の全範囲内で、第三者及び住居所有権者に対し、独自に権利を取得し、義務を負担することができる。また、共同体は、共同体として法律に基づいて創設され、または法律行為に基づいて取得した権利及び義務の保有者である。共同体は、住居所有権者の有する、共同体に関する権利を行使し義務を履行するとともに、住居所有権者のその他の権利及び義務についても、それらが共同して行使することができるかまたは履行しなくてはならない限り、共同体がこの権利を行使または義務を負担する」と規定する²³。

この規定は、住居所有権者の共同体が管理の全範囲において権利主体性を有することを確認する。「管理の全範囲」は広く解釈され、共同体が行った、その権限踰越行為についても、共同体の権利能力が認められる²⁴。

ただし、ここにおいて留意すべきことは、住居所有権者の共同体には権利能力が「部分的に」認められるにとどまり、それゆえ共同体は法人たり得ないということである。

(3) 管理財産の帰属

10条7項は、管理財産が、権利主体としての住居所有権者共同体に帰属することを明確にした。管理財産の法的処遇の如何は、実務上重要な問いへの回答を左右する。つまり、管理財産に対する住居所有権者の持分は存在するのか、この持分は住居所有権の法律行為による譲渡または強制競売の際に、権利の承継人に当然に移転するのか否かという点、そして、住居所有権者が住居所有関係から脱退する際に、この者が管理財産の分割を要求し、または持分に応じた修繕積立金の返還を請求することの可否等である。新法によれば、本来は住居所有権者に持分に応じて帰属すべき管理財産は、まさに実務上の理由から、共同体に帰属させられる。そして、住居所有権者の持分は、その所有権の譲渡に際し、特定承継人に自

動的に移転し、住居所有権者は自己の持分の返還を請求することができない。さらに、住居所有権者個人についての強制執行において、管理財産は法的措置の対象とならない。

10条7項は管理財産の対象についても規定する。これによれば、管理財産に含まれるのは、共同財産の管理の全範囲において法律に基づいて創設され、または法律行為に基づいて取得した物および権利並びに発生した債務である。特に、第三者および住居所有権者との間の法律関係に基づく請求権および権利並びに徴収した金銭が、管理財産に属する。

なお管理財産については、破産手続は行われない(11条3項)。

(4) 第三者に対する責任

住居所有権者の責任については、これまで文献において多様な責任モデルが検討されてきた。特に、住居所有権者共同体に部分的権利能力を認めた2005年のBGH決定²⁵において示された、共同体のみがその管理財産をもって対外的責任を負い、各住居所有権者は原則として直接の個人的責任を負わないとする責任構造に対しては、共同体の債権者の利益を不当に侵害し、それにより共同体の活動を困難ならしめるとの批判が有力にあった²⁶。立法者は、BGHの提示したこの責任モデルを否定し、10条8項において次の責任構造を採用した。すなわち、住居所有権者は共同体の債権者に対し、その共有持分に対応した直接の分割責任を負うことになる。

なお、住居所有権の譲渡後の責任については、組合員の脱退後の責任期間についてのドイツ商法典160条の規定²⁷が類推適用される。すなわち、住居所有権者がその所有権を譲渡した場合には、当該住居所有権者は、譲渡の時点までに共同体について発生した債務であって、譲渡後5年の間に弁済期が到来し、BGB197条1項3号乃至5号に規定される方法で確定され、若しくは裁判上または行政上の執行手続の開始または申立てのあったものについて、責任を負う(10条8項1文後段)。

(5) 管理者に関する規定

ドイツ法において、管理者の選任は強制的である。管理者の権限および職務については27条が規定するが、本条は改正により一定の変更を受けており、共同体の内部関係と代表関係を従来よりも明確に区別している。

先ず、27条1項は従来と同様に住居所有権者との関係における管理者の権利および義務を定める。この規定は内部関係に関するものであり、これに基づき管理者の法

定代理権が発生することはない。

他方で、27条2項および3項は、管理者の住居所有権者の代理権（2項）および部分的権利能力を有する共同体の代理権（3項）を定める。27条3項は体系上、10条6項に関連する規定であり、管理者が、住居所有権者の共同体の名前で行為をすることのできる事項で、かつその行為の効力が共同体のために、または共同体に対して及ぶものについて規定する。法文上は明確な表現を欠くが、この規定から、管理者が団体としての住居所有権者の共同関係の法定代理人であることは明らかである²⁸。

管理者が共同体に対して有する具体的権限は27条3項1文1号乃至6号に列挙されているが、さらに同条3項1文7号によれば、管理者は、その他の法律行為及法的取引についても、これについて規約または住居所有権者の多数決議による授權があるときは、これを為すことができる。

27条1項乃至3項に規定される管理者の職務および権限は、規約によっても制限または排除することができない（同条4項）。これと反対に、集会決議や規約による管理者の職務および権限の拡大は認められる。

7. 手続に関する新たな規定

旧法43条は、同条1項に規定する類型に当たる紛争が非訟事件手続により裁判されるべきことを定めていた。しかし、改正法において住居所有権法上の紛争はもはや民事訴訟法に基づいて処理され、改正法43条に挙げられる事件類型は、土地の所在地の裁判所の場所的管轄および事物管轄について意義を有する。

従来も住居所有権法または非訟事件訴訟法によっては場合には民事訴訟法が準用されてきたのであり、非訟事件手続法から民事訴訟法に根拠法が変更したことにより、実質的に重要な変更が生じるわけではない。この改正による、従前の体系との重要な相違は、職権調査主義（非訟事件訴訟法12条）に代わり、処分権主義が妥当すること、さらに非訟事件の裁判上の費用についての費用法（Kostenordnung）に代えて裁判所費用法が適用されることから、裁判費用が上昇することであるとされる²⁹。

8. 強制競売手続における優先権の付与

管理費債権の回収確保に関する改正点は、ドイツ強制競売法（強制競売及び強制管理に関する法律、

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 以下、ZVGという）10条等を変更することにより、住居所有権法に基づいて発生した共同体の管理費債権に、強制競売手続における限定的な優先権を付与するというものである。

（1）概要

ZVG10条1項は、土地の競売によって配当を受けるべき権利の順位を定めている。現行法によれば、第1順位が競売までの土地の管理費用（1号）及び競売の対象となる動産の確定に要した費用（1号a）、第2順位が農林業地のための被用者の当期及びその前年の延滞給料請求権（2号）、第3順位が土地の公課の過去4年間の延滞額であり（3号）、第4順位が抵当権等の物権（4号）、一般債権者は第5順位で弁済を受けることになる。そこで、改正草案においては、ZVG10条2号を変更して、新たに、16条2項または28条2項、5項に基づいて発生した、共同財産及び特別所有権に関する費用および負担の支払いに対する他の住居所有権者の請求権が、第2順位に配当を受けるべき権利として定められている。

（2）優先権の制限

ただし、かかる執行手続上の優先権が認められる管理費債権の範囲については、次のような制限が付されている。まず、優先弁済を受けることのできる債権は、16条2項〔各住居所有権者は、その持分に応じて、他の住居所有権者に対し、共同財産の負担に応じ、共同財産の維持、修繕その他の管理及び共同使用の費用を負担する義務を負う〕、28条2項〔住居所有権者は、管理者の要求により、決定された予算に応じた前払い金の支払い義務を負う〕及び5項〔管理者の予算、決算及び収支計算は、住居所有権者がこれを多数決により決議する〕を根拠として「住居所有権に関して」発生したものでなくてはならない。それゆえ、住居所有権者相互間の契約上の債権あるいは不法行為上の請求権はこれに含まれず、第5順位で弁済を受けるにとどまる。

また、債権額について以下の制約が付されている。まず、第2順位で弁済を受けるべき債権は、差押えが行われた年次及びその直近の2年間のものでなければならない（新ZVG10条1項2号）。第二に、上記債権の額は、執行裁判所によって確定される取引価格³⁰（ZVG74条a5項）の5パーセントを超えない範囲に限定されるという点である（新ZVG10条1項2号2文）。これにより、不動産担保権者をはじめとする全ての関係者は、共同体の管理費債権が優先弁済を受ける範囲についての認識可

能性を得ることができ、また、住居所有権者共同体が事後的に特別予算を決議する等して共同体の債権額を操作するという危険を排除することができる³¹。

また、住居所有権者共同体または住居所有権者が未払管理費債権を理由として執行の申立てを行う場合には、当該債権について、管理費等の不払いを理由とする住居所有権の剥奪決議の要件との関連において制限が課される(新ZVG10条3項)。すなわち、18条2項2号は、義務の不履行と制裁との関係における相当性原則から、管理費を滞納する住居所有権者に対する住居所有権の売渡請求が容認されるべき要件として、当該住居所有権者がその所有する住居所有権の価格³²の3パーセントを上回る額を、3ヶ月を超えて滞納していることを必要としている。そして、18条2項2号に基づく剥奪請求の結果としての強制競売手続において住居所有権者共同体は一般債権者として第5順位で弁済を受けることができるにとどまる。そこで、このことに鑑みれば、18条2条2項の要件を下回る額の管理費債権について、執行手続における第2順位での優先弁済を認めることが評価矛盾に陥ると考えられたのである³³。

なお、住居所有権者共同体(または個々の住居所有権者)による強制執行の申立ては、従来どおり一般債権としてZVG10条1項5号に基づいて行うことも可能であり、この場合には新ZVG10条3項は適用されない。強制執行が第三者の申立てにより開始される場合も同様である。

9. その他の改正点

以下、その他の主要な改正点を挙げると、先ず、旧法においては、規約の変更について、抵当権者等、住居所有権の物的担保権者の同意が必要とされていたが、新法においては、これらの者の同意は、当該規約の変更により、新たな特別利用権(日本法の専用使用権に当たる)が設定され、若しくは既存の特別利用権が廃止、変更または移転される場合においてのみ、要求される(5条4項)。

また、住居所有権の設定に際して要求される建物の分割計画書および確閉性の証明³⁴について、州法による規制を認めた(7条4項、32条2項)。

さらに、住居所有権の設定後最初に管理者を選任する場合において、その任期が最長3年に制限された(26条1項)。

10. おわりに

以上、俯瞰してきた2007年改正は、全体として、合意形成要件の緩和等、建物管理の円滑化を目的とするものであり、ドイツの実務においては概ね好意的に受容されているようである。しかし、学界におけるその評価は分かれている。本改正を通じて、従来頻繁に議論されてきた論点の多くが明文化されたが、それらの中には、未だ議論の尽くされていない問題(特に共同体の権利能力等)も多く含まれ、立法者による理由付けも、判例・学説において確立された見解を根拠とすることができないままに不十分なものとどまっているとの指摘がある。改正法の成立後もなお未解決の問題が多く残されており、今後の学界における議論の展開および実務の改正法への対応に注目したい。

¹ ドイツ住居所有権法全般に関する邦語文献として、いずれも2007年改正法の施行前のものであるが、丸山英気『住居所有権法の理論と動態』(三省堂、1985)、同『区分所有建物の法律問題』(三省堂、1980)、鎌野邦樹・花房博文・舟橋哲・大野武「研究ノート・マンション管理制度の比較研究覚え書き」千葉大学法学論集第17巻第2号(2002)がある。また、近時の論稿としては、ヴェルナー・メルレ=藤井俊二(訳)「住居所有権法の改正について」創価法学35巻3号(2006)、伊藤栄寿「ドイツ住居所有権法における団体的拘束の根拠と限界(一)(二・完)」民商法雑誌134巻6号、135巻1号(2006)、拙稿「ドイツ住居所有権法における規約制度の検討(一)～(五・完)」早大法研論集112～115号、117号(2004～2005)等がある。

² BGH, Beschl. v. 20. 9. 2000, BGHZ 145, 158=NJW 2000, 3500.

³ いわゆる開口条項 Öffnungsklauselである。

⁴ BT-Drucksache 16/887.

⁵ BGH, Beschl. v. 2. 6. 2005, BGHZ 163, 154=NJW 2005, 2061.

⁶ これに先立ち、BGHは民法上の外的組合に部分的な権利能力を認める判断を行っており、これ以降、住居所有権者の共同体についても同様の議論が妥当するかが争われてきた。なお、2005年6月2日のBGH決定については、伊藤栄寿「ドイツ住居所有権法における団体的拘束の根拠と限界(二)」民商法雑誌135-1(2006)、115頁以下による紹介がある。

⁷ BT-Drucksache 16/887, S. 56 bis 59.

⁸ BT-Drucksache 16/3843.

⁹ 維持費(Betriebskosten)の定義は、ドイツ民法典(BGB)556条の規定による。

¹⁰ 例えば住居内の電気料金は、一般に電力会社は個々の住居所有権者との間で直接に契約を結ぶことから、当該規定の適用を受けない。

¹¹ Häublein, ZMR 2007, 409 (416).

¹² Häublein, ZMR 2007, 409 (422f.).

¹³ BGH, Beschl. v. 20. 9. 2000, BGHZ 145, 158=NJW 2000, 3500.

¹⁴ Häublein, ZMR 2007, 409 (422f.).

¹⁵ WEG14条「各住居所有権者は、次の各号に定める義務を負う。1号：秩序ある共同生活を行う上で避けることができない程度を超えて他の住居所有権者に損害を与えないような方法で、特別所有権の目的物である建物部分を維持し、かつ、当該建物部分及び共同財産を維持すること。」以下略。

¹⁶ Löffler/Weise, WEG-Reform, MDR 10/2007, 561f.

¹⁷ Elzer, WuM 2007/6, 295 (303).

¹⁸ Häublein, ZMR 2007, 409 (423).

¹⁹ BGH, Beschl. v. 2. 6. 2005, BGHZ 145, 158.

²⁰ Vgl. Niedenführ, NJW 2007, 1841 (1842).

²¹ Elzer, WuM 2007/6, 295 (296).

²² Elzer, WuM 2007/6, 295 (296).

²³ この規定の「権利を取得し、義務を負う」との文言は、BG B14条2項〔人的会社の権利能力〕及びドイツ商法典（HGB）124条1項〔公開合資会社の権利能力〕に倣ったものである。ただし、HGB124条においては「債務を負う」と規定されているが、WEG10条6項は、共同体は不法行為責任も含めたより広汎な「義務を負う」と規定している。

²⁴ Elzer, WuM 2007/6, 295 (296).

²⁵ BGH, Beschl. v. 2. 6. 2005, BGHZ 145, 158.

²⁶ BGH, Beschl. v. 2. 6. 2005, BGHZ 145, 158. なお、このBGH決定以前においては、各住居所有権者は共同の契約から生じた債権の全額について、連帯債務者として責任を負うという理解が一般的であった。Vgl. Elzer, WuM 2007/6, 295 (297).

²⁷ HGB160条1項「組合員が組合を脱退すると、当該組合員は、その脱退までの間に発生した債務について、脱退後5年の間にその弁済期が到来し、かつ当該債務に基づく請求権が当該組合員に対してBGB197条1項3号乃至5号に列挙された方法により確定され、若しくは裁判上又は行政上の執行手続が開始され、又は申立てられたときには、当該債務について責任を負う。公法上の責任については行政行為の命令で足りる。期間は、組合員の脱退が組合の所在地を管轄する裁判所の商事登記簿に登録された日の終了をもって開始する。時効については、BGB 204条、206条、210条、211条及び212条2項、3項を類推して適用する。」以下略。

²⁸ Elzer, WuM 2007/6, 295 (297f.).

²⁹ Elzer, WuM 2007/6, 295 (301).

³⁰ ドイツ強制執行法は不動産競売について、最高競売申出価格が当該土地の取引価格の10分の7に達しない場合に、一定の債権者による競売不許の申立てを認め（74条a）、最低売却価格を当該不動産の取引価格の半額とする（85条a）。ただし、これらは第一回競売期日にのみ適用される。

³¹ 結果として金融機関が貸付けの際に、ZVG10条の変更による、満足を受けうる債権額の分を見込んで、貸付額の上限を一律5パーセント引き下げることが想定される。そうした場合には、新規定は住居所有権者の団体にとっては有利な規定となりうるが、住居所有権の購入者にとっては住居所有権の担保能力を低下させるものであることが指摘されている。Vgl. Drasdo, ZWE 2005, 131 (161).

³² この価格は、課税対象となる物件の評価等の基準を定めたドイツ査定法Bewertungsgesetzに基づいて確定される。

³³ BT-Drucksache 16/887 S. 45.

³⁴ WEG3条2項によれば、特別所有権の設定には住居又葉その他の部屋が完全な独立性（確閉性）を有していることが必要である。そして、WEG7条4項は、住居所有権の登記について、登記承諾書に確閉性の要件が存在することの、建築監督官庁の証明書を添付しなければならないことを定めている。改正法は、この証明について州法の裁量を認めたのである。

【付記】

本稿は、平成19年度科学研究費補助金（基盤研究C、課題番号17530077）および2007年度早稲田大学特定課題研究助成費（2007A-813）による研究成果の一部である。