

# マンションでのペット飼育をめぐる(二)・完

片 桐 善 衛

## 目次

はじめに一問題の背景

1. 横浜地裁平成3年(1991年)12月12日判決の検討

1-1. 事案の概要と判決

1-2. 判決の検討

1-3. 管理について

1-4. 違反行為に対する措置(以上33巻3号=前号)

2. 外国法瞥見(以下33巻4号=本号)

2-1. ドイツ法

2-2. オーストリア法

2-3. アメリカ法

2-4. 外国法小括

3. 行為規範・生ける法論

## 2. 外国法瞥見

では、こうしたペット飼育につき、外国法ではどう対応されているか。以下、ドイツ、オーストリア、アメリカの学説と裁判例を概観する。

### 2-1. ドイツ法

#### 2-1-1. 学説

(1) Hans Diester, Wichtige Rechtsfragen des Wohnungseigentums unter Berücksichtigung der Novellierung des WEG (NJW Schriften 19).

1974. S. 110.

「B. 重要な法律問題」の「IV. 共有の秩序（共同関係上の規則）の内容」の中の「I. 利用規制の一般的問題」の項（a～d）のb)で、動物飼育が扱われている（S. 110ff. Rdn. 207ff.）。

法原則は、又、所有住居でどの範囲で動物を飼育するのが許されるのかと言う問題にも妥当する。この問題は、又、分割宣言【S. 111】（共有関係上の規則）又は使用細則での詳細な規制に際して避けられ得たはずの紛争を、既にしばしば引き起こしてきた。建物の中で住居の障害になるような動物飼育には、一般には犬と猫—猫は鳴禽と同じだ—だけが多数飼育される場合にのみ問題となる。例えば鶏とか鴨は住居の中では飼われないで、せいぜい地面の上の小屋か大きな庭では一定の要件の下で、例外的に庭の一部で、飼う事が許され得ると言う事は、明らかだ。ハムスター、金魚、鑑賞魚、鳴禽の様な小動物は障害にはならない。それらの飼育は拒否され得ない。音が筒抜けの住居の状態でおうむを飼えるかは問題だ。紛争は通常犬とか猫の飼育からのみ、発生して来たり発生する。

驚くほど少ない意義ある該当判例が、この事を証明した。法学の分野では、時間的に16年の間隔でばらばらの二つの上級審裁判令が公にされた。それは、双方ともひょっとするともっと早く期待され得たかも知れないが、犬ではなく猫の飼育を扱ったものであった。その裁判例は、何年も大いに考察され引用されてきた1956年8月16日ベルリン上級地方裁判所の「猫決定」であり、バイエルン上級地方裁判所の1972年3月7日に出された第二の「猫決定」である。

1967年に、一区分所有者が、アウグスブルグ地方裁判所に共有者の一人を訴えた。その理由は、犬が共有の中庭、庭、砂場をうろつき回り不当な妨害を引き起こしている点にあった。訴訟によって、原告はこの妨害の除

去を達成しようとした。この事例は、しかし、判決（決定）にまで至らなかった。と言うのは、地方裁判所は裁判管轄を非訟事件を扱う区裁判所に移してしまったからだ。ミュンヘンの上級地方裁判所は、これに対する抗告訴訟を却下した。決定は、正当にも、被告が原告の申し立てにより WEG 14 条 1 号に違反すると共に共有関係の不当な使用をしている、と述べた。WEG 14 条の権利義務は、ともかく通常の裁判ではなくて WEG 43 条以下の非訟事件となろう。この手続きの後に住居での犬の飼育につきいかにして決定されるのかは、残念ながら文献上言及されていない。【S. 112】「躰のよいダックスフント」の場合にはそうではなく、それについては *Wohnungseigentum*（雑誌名）1972 年 4 月号 35 頁に報告されている。それ故、OLG München は上級裁判所の唯一の先例として、二つの「猫決定」と共に維持されている。

aa) 初めのベルリン上級地方裁判所決定は、重大な点を次のように述べる。

「動物飼育の基本的禁止は、特別所有権の制限であり、それは管理者により公布されるか又は集会により決定される使用細則の対象とはなり得ない。」

住居での居住施設の管理者は、分割宣言での授權に基づき使用細則を設定し、そこで動物飼育を禁じた。それにも拘らず 2 ½ の居室では多くの猫が飼われていた。WEG 43 条 1 項 2 号による管理者からの申し立てに基づき、非訟事件の区裁判所判事は 2 匹の猫の追放を命じた。更なる差止の申し立てを、判事は次の理由で却下した。それは、2 匹の猫の飼育を排除すれば、他の居住者の迷惑は回避出来ると言う事にあった。地方裁判所 (LG) は、管理者からの申し立て権につき形式的な考慮から破棄し、上級地方裁判所 (KG) は、区裁判所の決定を再び取り上げた。

(KG 決定によれば) 正当である。使用細則は多数決によって規制出来る規定のみを備える事が許されるので、管理者はあらゆる動物飼育の基本的な禁止を通して法的な限界を越えてしまったのだ。そうした禁止は、音楽演奏の完全な禁止と同じように全ての共有者の合意によるか、又は、WEG 8条に従った土地所有者の分割による規定によってのみなされ得る。当然にして、WEG 14条 1号の意味での他の居住者への不当な迷惑が、全ての動物飼育と結びつかねばならない訳ではない。それ故に、そうした迷惑は、集会での多数決によっても又禁止され得ない。管理者は、秩序ある使用の程度を越えて共有者の迷惑である事が明らかな場合(WEG 14条 1号)に限り、禁止する事が出来よう。2½の居室での4匹の猫の場合には、この事を承認するのは正当であるように思われる。猫に運動用の空き場所を用意しなければならないかは、検討を要する。

ベルリン上級地方裁判所は、又正当にも次の事を指摘している。動物飼育の問題については、賃貸住宅と所有している住宅では区別して判断されねばならない、と。確かに賃貸住宅の多くの使用細則は、動物飼育を基本的に禁止している。この場合には、しかし、使用細則が賃貸借契約の内容となっている。それは当事者により合意されたものだが、【S. 113】住宅所有権者の団体での共同関係上の規則で確定されない使用細則の場合には、それ(合意)を欠いている。

詳細で説得力をもって根拠づけられたベルリン上級地方裁判所の指導的な命題は、それ以来実務にとって周知の規準となってきた。それに対する考察は、文献では異を唱えられていない。

bb) 16年後に出されたバイエルン上級地方裁判所の決定は、上の原則の結論を確認した上で、管理者の同意に係わる使用細則の拘束力の事例に対しても、なおそれを拡大させ深化させている。

事態は、ベルリン上級地方裁判所決定の関係から些か外れている。分割宣言は、次のような規定をもっている。

「動物は、管理者の同意あるときにのみ飼育してもよい。」

一人の住居所有者が、管理者が禁じたにも拘らず、2部屋で一時は7匹、後には5匹の猫を飼っていた。その事によって多くの他の住居所有者は迷惑と感じ、WE G 43条以下の手続きにより動物飼育の禁止（差止）を請求した。バイエルン上級地方裁判所は、次の決定を下した。

「a)所有住居での動物飼育禁止は、住居所有者にとって彼が禁止に契約上服する場合にのみ拘束力をもつ。そうでなければ、使用細則があつたとしても次の事が個別的に確定されねばならない。つまり、動物飼育がWE G 14条1号からみて他の住居所有者への不当な迷惑となるのか、あるいは、秩序に合致した居住管理の利益からみて動物飼育が拒否されるべきなのか、又その範囲はどうか。

b)WE G 43条1項1号の手続きに則り、他の住居所有者により動物飼育の禁止を求められた住居所有者が意義を唱えた場合には、管理者により宣告された動物飼育禁止は法と相容れない事となろう。それ故、管理者はWE G 43条1項2号に従い同4項（3項と記述されているが、間違いであろう一片桐注）2号との関連でその手続きに参加しなければならない。」

根拠としてはなお他の点が強調されようが、最も重要な事は次の点だ。つまり、売買契約の目的としてなされる分割宣言で、住居所有者は動物を飼育しないとの義務を負った訳ではなく、ただ管理者の同意を求めねばならない事だ。それ故、動物飼育の完全な禁止は—WE G 14条違反を顧慮する事なく—正当ではなかった。

この原則を適用して、バイエルン上級地方裁判所は更に次の決定をした。すなわち、当該住居所有者は全ての猫を2匹になるまで半年内に住居から

除去せねばならない、と。我慢出来ると考えられる猫の数の点では、ベルリン上級地方裁判所に従っている。

この決定には、ためらう事なく賛成する。ベルリン上級地方裁判所決定の事例では、完全な動物飼育の禁止は許されなかった。【S. 114】と言うのは、それは合意されたり共同関係上の規則で規定されたのではなく、単に管理者により使用細則の中で確定されただけであったからだ。そこでは、完全禁止は、分割宣言でも使用細則にも予定されてはいず、管理者の決定に委ねられていた。この手続きの法的効果は、全く疑問の余地はない。この場合も又、ベルリンの事例と同様に、動物飼育は適正な範囲に帰されねばならないだろう。

実務上重要なのは、次の事を知る事だ。バイエルン上級地方裁判所の決定に先行する諸決定が、どれほど多く判例の充実になっているかを。

(2) Johannes Bärmann/Werner Merle/Eckhart Pick, Wohnungseigentumsgesetz Kommentar. 3. Aufl. 1975. S. 406 (Pick).

15条では利用規制(Gebrauchsregelung)を定めており、その注釈の中の1. 内容のb)で(S. 405)使用細則(Hausordnung)につき論じている。それをみよう。

動物飼育の原則的禁止は特別所有権による制限であり、管理者により交付されるか住居所有権者集会で多数決で決められる使用細則の対象とはなり得ない。秩序に合致した使用の程度を超え、且つ、他の住居所有権者の負担となる限りでのみ、使用細則で動物飼育を禁ずる事が出来る(例えば、2½の部屋で4匹の猫を飼う場合であり、同じ部屋で2匹を飼うのはそうではない。判例)。共同秩序(団体規制)が何に対応する規則を持たない場合には、動物飼育が§14Nr. 1の基準に従えば他の住居所有者への不当な要求として、又は、秩序に合致した管理の利益からみて、禁じられる事は是

非とその程度を、その都度個別的に算定して確定しなければならない（判例）。

(2-2) 同前 6. Aufl. 1987.

いくつかの裁判例が、補充されている。

(3) Johannes Bärmann, Hanns Seuß, Praxis des Wohnungseigentums. 3. Aufl. 1980. S. 173.

「V. 共同関係上の秩序」ではまず「1. WEG 10条の意味での合意」が検討され、その「b)内容」の中で動物飼育が扱われている (S. 173. Rdn. 7)。

更なる難問は、所有住居内での動物飼育だ。それについては BayObLG vom 7. 3. 1972 の決定が参照され得よう。それによれば、共同関係上の秩序で企図されている動物飼育の禁止を変更するためには、全ての住居所有者の合意が必要である。

(4) G. Gaishauer, Verbot der Tierhaltung in der Eigentumswohnung. in Deutsche Wohnungswirtschaft 1/1981 (Bd. 33). S. 18.

法律系の雑誌ではないけれども、本件の課題そのものにつき論じられているので、参照したい。

住居所有者の集会で多数決で決められる使用細則では、住居所有者に所有住居での動物飼育の基本的禁止が課せられよう。その種の広範な禁止が許されるか否かは、問題がある。

1. 住居所有権法は、その問題を明示的には規定していない。むしろ個別的に、所有者の権利の物権的整序、その他利用関係の契約上の規制が決定的である。この事は次の事を意味する。つまり、物権的に有効な利用制限も契約によるその点での使用規制も、動物飼育と矛盾しない場合には、動物飼育は基本的に許容される。この事は WEG 13条 1項から出てくるの

であり、それによれば、各住居所有者は一法律に反したり第三者の権利を害さない限り一特別所有権を好みに応じて処分出来る (BayObLG 7. März 1972, ZMR 1972, 226)。秩序に合致した住居所有権の使用は、それ故動物飼育を排除する事はない (OLG Frankfurt/Main, 13. Juri 1978, Rpfl. 1978, 414)。とりわけ小動物についてはそうである。

住居所有者のこの権利は、整然とした共同生活の利益からみて、他の住居所有者のために動物飼育による損害を回避しなければならないときにのみ、制限される (参照。BayObLG, 7. März 1972, ZMR 1972, 226)。

2. しかし、以下の場合には、動物飼育禁止という形での制限的な利用規制は物権的に有効である。つまり、利用規制がWEG 5条4項、8条2項、10条1項に従って分割宣言に含まれ、且つ、登記された場合である。特別所有権は制限されてはならないだろう。この事からは、まず次のように言える。つまり、住居所有者の集会で決議された動物飼育禁止は何等物権的效果を有し得ない。更に、次のようにも言える。動物飼育の基本的禁止は、(例えば動物の数とか種類の点で)通常の限界内に留まるならば、管理者もしくは住居所有者集会の多数決で決議された使用細則の対象となる訳ではなく、特別所有権の許されない制限となるであろう (判例=KG, 16. August 1956, NJW 1956, 1679; BayObL G, 7. März 1972, ZMR 1972, 226; 学説はその旨を述べる)。

管理者は、使用細則に基づき、次の場合にのみ動物飼育を禁じる事が出来る。つまり、秩序ある利用の範囲を越えてしまい、その故他の住居所有者の迷惑となる場合である (Weimar 説)。認められた動物の責任を負い得る数の規定、例示すれば一匹の犬と一匹の猫と言うものは、利用規制の対象となり得る (OLG Frankfurt/Main, 13. Juri 1978, Rpfl. 1978, 414)。

(5) Hermann Weitnauer, Wohnungseigentumsgesetz Kommentar.



6. Aufl. 1982. S. 217., S. 223., S. 262.

14条では住居所有権者の義務を定めており、その注釈の I. Rdn. 3 (S. 217) で次の議論をする。

b) 特別所有権及び共同所有権の大事な使用に対する義務。

共同生活での明確な敵対的妨害は、共同の居住では避けられ得ないと言う事実は顧慮されなければならない。しかし、それは秩序ある共同生活では、避ける事が出来ない程度に制限されなければならない。それと共に、BGB §138 (善良な風俗) §242 (信義則) §276 (取引上要求される注意) の如く、取引・交友上の観点が表示される。それは具体的な関係—例えば、広い狭い施設、遮音、建物の位置や性質—に従って、異なった判断に導く事が出来る。それ故、観光地での休暇の客への短期間の貸借は許されようが (裁判例あり)、他の土地では許されない。住居を医療のため使う事は、一般的には許容の限界となろう (積極、消極の裁判例あり)。性的なマッサージのサロンのために利用した事例が、OLG Hamburg MDR 1974, 138 では認められている (非常に疑わしい)。部分所有権の空間での売春宿の経営は許されない (裁判例あり)。適度の限界内の動物飼育は許される (BayObLG 72, 90. 猫)。【S. 218】例えば、魚屋のように特別な負担と結びつく経営は許されない。その許容範囲は、何よりも合意、決議、特に又 WEG15条 1, 2 項に従った使用細則の関係による。そうした規制がない場合には、各住居所有権者は同15条 3 項により裁判官の決定を導く事が出来る (43条 1 項 1 号)、その際には14条 1 号の基準が適用される。それは、特別所有権の利用にも共同所有権の共同利用にも適用される。当該階だけの階層暖房には問題がある (参考文献あり)。大事に使用する義務は、法的危険を防止する義務の中に又含まれる。それ故、特別所有権に属す地下室に暖房用の燃料タンクを設置する住居所有権者は、防水のための責任保険に加

入する義務を負う事になろう(裁判例あり)。一般的には住居所有権者の利用権につき、参考文献がある。建築上の変更については、14条2項が指示する22条1項参照。

又、15条のII. 1項での合意の中の2. 利用制限では、以下のように述べる(Rdn. 3, 3a. S. 223.)。

共同関係上の秩序における利用制限は、共同所有権に関しては減多にならない事ながら、特別所有権の場合には難点がある。

所有権としての特別所有権は、基本的に任意の利用をするための権利も与える(13条1項で明示されている)。この権利は、しかし、法それ自体以外にも15条1項の意味での利用規制によっても制限される。そうした制限は、特別所有権に変換されたか又は変換される空間が、住居とか店舗とかと言う目的のために規定されるならば、合理的なものとして存在する事となる。この種の利用制限は問題はない(学説と裁判例あり)。

そうした目的による規定に際し、原則的に許容される利用の内部でも、なお更なる規制に沿う要求が存する。それに従う不可避的か又は目的に合致した規制の重要な部分は、使用細則によって把握され得る(21条5項1号。多数決で可能)。**【S. 224】**出来る限り、且つ、場合によっては、しかし、共同関係での一定の少数者への対応規範の確定が勧められねばならない。特に、次のような事について。動物飼育(KG NJW 1956, 1679 ; BayObLG 72, 90), 音楽レッスンをするような妨害的な騒音を出す活動, 貸借に出す事(AG Karlsruhe Rpf 1969, 131 ; OLG Frankfurt Rpfleger 1979, 109)である。最後の種類の制限に関しては、正に12条による譲渡制限が認められるのと同じ根拠から正当な利益が存する。そうした制限は、当然当該住居所有権者の利用権を侵害するが、しかし、同時に他の住居所有権者の保護になるし、それはお互い同士と言う結果となる(Zimmer-

mann Rpfleger 1978, 120)。それ故音楽演奏の完全な禁止には、正当な利益がある。そうした規制を知りつつ住居を取得した者は、それをしっかりと維持させねばならない。騒音に神経質で自分では音楽演奏をしないと考えない者は、禁止されているが故にこそ住居を取得する決心を固めるはずであり、この事は従って全く拒否され得る訳ではない（参照裁判例。OLG Hamm NJW 1981, 465）。基本的な法政策的考慮がそれに対して働いていない訳ではなくて、単に余りにも広範な制限をしないようにしているのだ。それは、連邦草案の中には正確には見取る事はない。住居所有権者の地位の改善は、大なり小なりの広範な利用制限の禁止により達成され得るのではなく、利益の保護を他の態様で配分する事によってのみなされ得る。利用制限を重大な根拠ある場合にのみ承認しようとしたとするならば、連邦議院の提案は法技術的にも成功したとは言えない。連邦政府の草案によれば、住居所有権者は以下の場合に利用制限に「よりどころ」を求められるはずだ。つまり、規定に反する利用が他の住居所有権者に重大な侵害を与える場合か、より重大な理由がある場合だ。この規制は、単に次の事を意味する事になろう。つまり、住居所有権者は、余りにも広範な利用規制の侵害から生じる共同所有者に対する請求権を、B G B 242条の範囲内で行使出来、又義務はどちらにせよあるし地役権者の権利行使は所有者の利益を考慮するものだ（B G B 1020条）。

以下、管理者の許可があるか、又は多数決議に基づく特定の利用に制限される点、貸借の形での利用制限、につき検討されている。

更に、21条5項（これは住居所有権者による管理を定めた条文であり、5項では「以下の各号は、特に秩序ある、住居所有権者全体の利益に適合する管理のために該当する」と定め、つごう6号の規定を用意しているが、その1号には「家屋使用細則の制定」(die Aufstellung einer Hausord-

nung) が置かれている) につき, 以下のように述べる (Rdn. 13, 14, 14a. S. 262.)。

5項は, 一連の特に重要な管理行為を列挙しており, それは3項により単純多数決で決めるか, 4項に応じて決められる。5項は, その二つの場合の要件を同等に扱っている。個々の点については以下詳論されるが, 条文全体の規定は合意によって変更されたり (反対に) 決して排除されない事がある事は, 強調されねばならない。

#### 1. 家屋使用細則の規制 (5項1号)

家屋使用細則の概念は, ここでは必ずしも詳細に規定される訳ではなく, あらかじめ予定されている。家屋使用細則は, 賃貸借法 (Mietrecht) の中で形成されてきた。賃貸借では賃貸借契約の内容に応じて秩序は形成されるが, 住居所有権者の場合には共同関係の規制の一部となる。それは, 共同関係上の秩序の中に含まれ得る (BayObLG 75, 201)。しかし, それは一定の柔軟性をもつ必要がある事を規制すると言う問題をもつから, 次のようにする事が望ましい。つまり, 共同関係上の秩序では使用細則の制定を住居所有権者の多数決に委ね, せいぜいのところ住居所有権者の決議を条件として管理者に委任する事である (KG NJW 1956, 1679)。例え使用細則が全体の規則の中に含まれるとしても, この事は原則的に使用細則は多数決により変更され得るという状況下で解釈されねばならないだろう

(BayObLG 75, 201)。それは, 管理者が使用細則を「公布」する権限をもつ場合にも妥当する。使用細則の制定は秩序に合致した管理に該当するから, 21条4項に従い, 又場合によっては裁判官の決定により置き換える事が出来る (OLG Hamm NJW 1969, 884)。使用細則では, 例えば次のような事が規制されよう。共用部分と特別所有権の部分の使用, 例えば特定の時間での騒音を出す活動の禁止, 動物飼育の制限, 洗濯場・乾燥室など

の利用, 特定の場所への自転車と乳母車の駐車 (BayObLG 75, 201), 階段吹き抜けとその照明を清潔に保つ事, 公用の電灯を使つての倉庫とか暖房室への立入禁止 (BayObLG Rpfleger 1972, 176) のような予防措置。

使用細則の限界は一般的な限界から生じる。従つて, 何が共用部分と特別所有権の秩序に合致した使用と管理にふさわしいかによつてのみ, 限界は指令され得る。それ故, 完全な動物飼育の排除は規制権限の枠を越えるし (KG NJW 1956, 1679), 事実上完全な音楽演奏の禁止もそうなる (OLG Hamm NJW 1981, 465)。使用細則の実例参照。

(以下, 5項6号まで記述あり。)

(6) Georg Augustin, Wohnungseigentumsgesetz Kommentar (BGB Komm. herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes 12. Aufl. 52. Lieferung). 1983, S. 127ff.

15条の利用規制の中の, 個別的な特別所有権及び共同所有権の利用の項で (I. 3. Rdn. 4), 次のように述べる。

特別所有権の13条に従つて許される利用は, その形態では常にそうなのだが, 空間所有権者の合意によつてのみ排除され得る。利用制限は多数決により許されるが, それは合意に反しない限りでの事だ。例えば, 数と種類による動物飼育の制限, 音楽演奏の時間制限, 賃貸への同意許可, 職業上と営業上の活動, 特定の活動のために賦課金を課す事 (ピアノ演奏の裁判例がある。MDR 82, 151), 有償での利用, である。そうした制限は, 15条2項の枠内でなされなければならないし, そうでなければ23条 (住居所有権者集会を定める一片桐注) 4項により取り消され得る。そうなされない限り, 瑕疵ある決議が法的安定性を要求する事となる (参照裁判例)。多数決により決議された動物飼育, 職業活動, 音楽演奏の禁止は, 取消 (Anfechtung) が認められなければ無効 (unwirksam) である。すなわ

ち、そうした決議は共同生活で一般的に承認されている基本的な価値に反する。それは、秩序に合致する利用の規制の枠内には、もはや納まらないのだ（BGB138条。犬飼育=OLG Stuttgart Rpfleger 82, 220. 動物飼育=OLG Frankfurt Rpfleger 78, 414）。多数決の否定により当該部分は、又、包括的に把握され（BGB139条）、その事により特別な利用権が他の住居所有権者に譲渡される。

(7) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B. 4 (Sachenrecht) 2. Aufl. 1986.(Röll) ss. 400. 416. 420. 442.

まず、10条（住居所有権者の共同関係の一般原則）の「B. 所有者の合意」の「III. 合意の内容」の中で、動物飼育が扱われている。個別的問題(a~u)のh項（Rdn. 18. S. 400.）である。

全体の規則は動物飼育を禁ずる事が出来るか、又は、家禽（Haustier）の保持を管理者の許可に係わらせる事が出来る。住居所有権者の多数決では、出来ない（BayObLG NJW 1972, 880）。動物飼育が制限されるべきならば、重大な事由ある場合のみ拒絶され得る管理者の同意に掛からせる方がベターである。使用細則の規定による動物飼育の禁止については、21条の RdNr. 8.参照。

次いで、13条（住居所有権者の権利）の「IV. 特別所有権での利用の問題」の項で、動物飼育が音楽演奏と賃貸借と並んで検討されている（Rdn. 5. S. 416.）。

基本的に、所有住居の中での動物飼育は、それが居住者への不適切で要求出来ないような負担とならない限りでは、許容される。それに対して、共有者全員の合意により、動物飼育の禁止が共同の規則に入れられたり、家禽の飼育を管理者の許可に係わらせたりする事は出来る。共同規則の中での一般的な禁止は、合目的的ではない。そうした規制は、例えば、鑑賞

魚やセキセイインコのように何等の障害を意味しない動物飼育は、そのまま許されるように解されるべきであろう。動物飼育は、重大な事由ある場合にのみ拒絶してもよいと言う管理者の合意に係わらせる方がよい。多数決で動物飼育が宣告されてはならない、と言う事はなお留意されるべきだ (OLG Stuttgart OLGZ 1982, 301)。しかしながら、動物の数の制限、例えば一戸当たり一匹の犬と一匹の猫だけ、と言うのは可能である (OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 414)。

又、15条の「III. 多数決」の「3. 動物飼育を禁じてはならない」との箇所で論ぜられている (Rdn. 6. S. 420.)。

多数決で動物飼育の禁止を宣告する事は出来ない。動物飼育の一般的な禁止は、個々の住居所有権者の自由の範囲内で把握されるであろうし、15条2項の言う「秩序に合致する使用」に資す事にならないだろう。

最後に、21条 (住居所有権者による管理) 「III. 多数決」の「6. 個別の事例」(a～h) のa)項で、動物飼育が扱われている (Rdn. 8. S. 442.)。

使用細則は、任意ではない (動物飼育の) 禁止を述べる事は出来る。重大な侵害になるなら、例えば、動物飼育の禁止は、管理者によって許容されるか住居所有権者集会によって決議された、使用細則の対象とはなり得ないだろう (BayObLG NJW 1972, 880; KG NJW 1956, 1679; LG Wuppertal Rpfleger 1978, 23)。そうした禁止が規定されるべきならば、共同の規則の中に入れられねばならない。それに対して、使用細則では動物の数を制限出来る。一戸当たり一匹の犬と一匹の猫だけ、と言うように。

## 2—1—2. 裁判例

(1) ベルリン上級地方裁判所1956年8月16日決定。N J W 1956, 1679.

〈決定要旨〉 a)住居所有権事件で、即時再抗告は適法。b)法人も住居所有者団体の管理者になり得る。c)動物飼育の原則禁止は特別所有権の制限であり、管理者に委ねられるか、又は、住居所有権者集会で多数決で決められる使用細則の対象ではない。

〈理由〉申し立て人の法的手段には、根拠がある。I. 即時再抗告の適法性については、WEGでは確かに何等言及されてはいない。しかし、住居所有権事件の訴訟手続きで適用される非訟事件手続き法の27、29条から適法となる。住居所有権事件での即時再抗告は基本的には不適法ではない事は、WEG58条1項3文が示しており、それによれば一定の種類の方決定のための再抗告は、明示的に排除されている。

II. ここで、有限（責任）会社すなわち法人を管理者にする事に対しては、さし当たり何等法的には根拠がないと言う考えがある。住居所有者団体の管理者は、勿論、法律行為の代理によって土地又は財産の管理を委ねられたところの純然たる家屋又は財産管理者と、同視は出来ない。管理者は、WEG20条2項による共同財産の管理のための各住居所有者団体の不可欠な機関だ。彼は、WEG24条4項により住居所有者集会の議長を務める。WEG27条2項により、彼には法に基づいて次のような権限が帰属する。つまり、一定の業務につきその名で、且つ全ての住居所有者のためにせよ対立するにせよ効果を保持しつつ、法的にも非法的にも行為する権限だ。この職務と権限は、住居所有者の規約によって制限され得ない（WEG27条2項—現行法では3項—片桐注）。この範囲内で管理者は、この事が団体法に極めて近似する機関であるにも拘らず何等の法的能力も有しない場合にも、住居所有者団体の法定代理人の地位に立つ。それと共に管理者は、43条1項2、4号の場合で、住居所有権事件での非訟事件手続きにおいて、自己固有の権利によって、申し立て人と参加者になれる。その限り



で彼は、職務に基づく参加者である。

職務に基づいて法定代理人か参加者になる権能は、自然人そのもののごとく、あらゆる場合に法人に帰属する訳ではない。と言うのは、法人自体が交替する自然人によって法的に代表されるし、又その職務についたら監督官庁に対する人的責任を欠くからである。それ故、施設や団体の後見の場合に、法人は後見人とか保護人になるのではなく、その幹部すなわち団体や施設の指導者になる。(略)

このように(種々の法規定の)異なる規制からは、次の結論が出てくる。すなわち、法人を法定代理人にしたり一定の職務を委託したりするのが許されるかは、その都度引き受けられる用件の性質に従って決められる。それ故、商事会社の清算は明らかに法人に許されてきた。何故なら、清算人の活動と言うのは圧倒的に管理的であり生産的ではないからだ。しかし、他方、株式会社の理事の有限会社の取締役は、経済生活と法的取引に形成的に係わり、従って、困難なく責任をとる自然人を固定しておかねばならない。(略)

住居所有者団体の管理者に、法によって委ねられる職務は、共同所有権の管理行為に存する。それ故、主要建物部分と附属設備の保持の配慮、住居所有者の決議と使用細則の実施、運営計画の制定、土地の負担金の支払、全体の請求権の主張、にある。彼の活動は、従って、本質的には財産管理にある。これらの措置を実施する自然人として負う責任は、ここでは住居所有者の利益を侵害する事なく背後に退く事が可能である。管理者は又、WE G 26条 2項の特別な場合を別にすれば、裁判所によって選任されたり任命されたり監視されたりするのではなく、住居所有者集会の決議によって任命される。それに応じて管理者は又、住居所有者にのみ責めを負う。

【S. 1680】特に法によって彼の権限の範囲は規律されるのだから、住居所

有者団体の管理者に法人を任命するのが許されないかは、明確に説得力ある根拠がある訳ではない（学説）。

III. WEG 43条 1項 2号に従い、管理者は次の権利を有する。つまり、共同所有権の管理に際して、彼の権利義務に関し裁判所の決定を出すように申請する事である。27条 1項 1号により管理者に義務づけされる使用細則の執行は、共同所有権の管理の義務である。と言うのは、使用細則の制定は、WEG 21条 5項により、秩序ある住居所有者全体の利益に適合した管理の手段の一つであるからだ。住居所有者にとって、使用細則から生じる義務を巡る争いは、同時に使用細則の実施に際し管理者の権利を巡る争いでもある。この権利については、彼はWEG 43条 1項 2号に従い、自己の名で非訟事件手続きで裁判所の決定を引き出す事が出来る。（更にそれは執行される。）

IV. 地方裁判所は、それと共にWEG 43条 1項 2号の規定を不当にも適用したので、その決定は破棄を免れない。それにより当部 (Senat) は、事態の独自の評価に基づいて決定を下す状態に置かれている。

被申し立て人に帰属する特別所有権の範囲は、彼が法の内容からそれる限りで、1954年11月12日の分割宣言に従って決まってくる。分割宣言は、WEG 8条 2項 2文により住居登記簿への記載によって効力を生ず。登記により土地所有者は、彼の一方的な宣言に基づいて、以後の住居所有者との関係を相互に規律する事が出来る（WEG 8条 2項、5条 4号、10条 2項）。この単独所有者により予め確定された共同関係の秩序は、住居所有権の物権的な範囲と内容を規定し、更に以後の取得者を特別の契約上の義務づけを要することなく拘束する。1954年11月12日の分割宣言では、11章（特別所有権の内容）4条（利用の種類）で次のように規定している。

「住居所有者は、その住居を居住目的のために無制限に利用する権限を有

する。全ての住居所有者の建物全体の平穏な共同生活の利益において、家屋居住者の誰にも、秩序ある共同生活で不可避の程度を越えて損害を生じないように、住居所有者は利用権を行使しなければならない。個々には住居の利用と共同空間、建物の施設設備の共同利用で、管理者により制定された使用細則が基準となる。使用細則は、所有権者集会で、変更が可能である。」

それにより管理者は、拘束力をもって住居所有権の以後の取得者に使用細則を公布する権限を与えられた。彼は、しかし、何が通常使用細則での規制の対象になり得るかについての限界を、内部的には知らねばならなかった。この限界は、ここでは、あらゆる動物飼育の基本的禁止により越えられてしまった。何が個別的に使用細則の対象になり得るかについては、何等詳細な記述は必要なかった。少なくとも、使用細則が住居所有者の多数決により制定されたり変更されたりする（WEG 21条 3, 5項）事から、次の結果となる。使用細則が、個別的にではなく全ての住居所有者の規約（合意）に基づくか、分割宣言自体に取り入れられている限りでは、ある規制を多数決により補完するとの規定だけが保持されてもよからう。それに対して、WEG 5条 4項, 15条 1項により住居所有者の規約によるのみとか、住居所有権がWEG 8条により存しているなら、その分割宣言によって根拠づけられるような特別所有権の制限は、保持されてはならないだろう。この種の特別所有権の制限は、又、動物飼育の根本的な禁止である。WEG 13条 1項によれば、各住居所有者は法律に反したり第三者の権利を害しない限り、特別所有権に属する建物部分を自由に支配し、特にそこに居住し、賃貸借したり、又はその他の方法で利用し、そして他人の干渉を排除する事が出来る。勿論、この基本原則は、家屋共同体で必要とされる共同生活を顧慮して次のように制限されはする。すなわち、WEG 14条 1

号により住居所有者は、秩序ある共同生活を行う上で避ける事が出来ない程度を越えて他の住居所有者に損害を与えないような方法で、特別所有権の建物部分および共同の所有権を使用する義務である。つまるところ住居所有者は、WEG 15条2項により、規約に反しない限りで、多数決によって特別所有権である建物部分と共同の所有権の性質に合致した秩序ある使用につき、決議出来るのだ。それと共に、多数決によっては、なお秩序に合致している特別所有権の利用を排除できない。余りにも広範な制限の例としては、Weitnauer-Wirths と Diester の注釈書では、音楽演奏の完全禁止が引き合いに出されている。それは動物飼育の禁止に当てはまろう。多くの都市の住居で、又は賃貸人の許可なしで、動物特に犬や猫が飼育されている状態は、その事と必然的に他の居住者の負担が結びつかねばならないと言う必要はない、と言う事を示す。区裁判所は又正当にも、いかなる隣人にも臭いで迷惑をかけないように猫を飼う事は出来ると説明している。動物飼育の原則的禁止は、それ故、居住目的の特別所有権のそれ自体秩序に合致した使用の侵害であり、又、従って、住居所有者に使用細則によっては課され得ないのだ。賃貸住宅でそうした禁止が使用細則にあることは、矛盾しはしない。賃貸住宅では使用細則が賃貸借契約の内容であり、当事者の契約上の合意に基づいており、合意による根拠付けがない住居所有者団体の使用細則では、それを欠いているからだ。

管理者は、使用細則を根拠に、次の場合に限って動物飼育を禁ずる事が出来る。

それは、秩序ある使用の程度を越えており、且つ、他の住居所有者の迷惑になる場合である。2 ½の部屋の都市的住居で4匹の猫を飼うのは、問題なく限界を越えている。それに対して、2匹の猫の飼育では他の居住者の迷惑は回避され得るとした区裁判所に、賛意を表明しなければならない。

区裁判所は、従って、結果としては正当に、被申し立て人に2匹の猫の排除を課したが、それ以外の申し立ては棄却した。

(2) バイエルン上級地方裁判所1972年3月7日決定。MDR1972, 516. ZMR1972, 226. NJW1972, 880 (要旨のみ). Rpfleger1972, 175 (要旨のみ). 以下の整理は、MDRによる。

〈決定要旨〉 1. 住居での動物飼育禁止は、住居所有者が契約上それに服していたときにのみ、拘束される。そうでなければ、使用細則があつたとしても、動物飼育がWE G 14条1号からみて他の住居所有者に不当な迷惑となるのか、又は、秩序ある建物管理の利益上それが拒絶されるのか、更にその範囲はどうかは、個別的に確定される。2. WE G 43条1項1号の手続きで、他の住居所有者によって動物飼育の差止を請求された住居所有者が、管理者により宣告された動物飼育の禁止は法に反するとの異議を唱えた場合には、管理者はWE G 43条3項(現行法では4項一片桐注)2号との関連上43条1項2号に従い訴訟手続きの関係人となる。

〈決定理由〉 住居の所有者がそこで動物を飼育出来る権利を有するかとの問題については、法律(WE G 13, 14条)からはその権利も禁止も直接には読みとる事が出来ないので、個別的にまず所有権の物権的發展、次いで利用関係の契約による規則が基準となる。物権的に有効な利用制限も契約によるその使用規制も、動物飼育の妨げにならないところでは、基本的に許される(WE G 13条)。;

住居所有者は、その場合、秩序ある共同生活のために動物飼育により他の住居所有者に損害を与えないようにする義務(WE G 14条)だけを負う(KG, NJW 1956, 1679/1680-上述(1)の事案)。それに対して以下の場合には、住居所有者の権利への不法な侵害となろう。【S. 517】つまり、物権的に有効な又は契約上合意された利用の規約がないときに、あらゆる動

物飼育が管理者によって一方的に禁止される場合だ（前述の KG：学説）。

次の場合にのみ、動物飼育の禁止という形態での制限的利用規制は、物権的に有効だ。つまり、その利用規制が WEG 5 条 4 項、8 条 2 項、10 条 2 項に従って分割宣言に入っていて、且つ、登記された場合である。それに対して、住居所有者による決議とか使用細則で規定された動物飼育の禁止は、例え以下の場合であっても、何等物権的效果を發揮しない。その場合とは、本件のごとく、分割宣言の中で使用細則の拘束力を一般的に、すなわちその内容の再現をする事なくして、引き合いに出す場合である。確かに所有者の多数決は、登記がなくても物権的效果を基本的には示すけれども、しかし、規制の対象が決議によって補完される事が、個別的には前提となる。動物飼育の留保のない（無条件の）禁止は、上述したごとく、その場合ではない。

被申し立て人は、契約上動物飼育の留保なき禁止に服した訳ではない。被申し立て人が売買契約で服した1964年4月22日の分割宣言は、あらゆる動物飼育をしないとの義務は何等含んでいない。と言うよりむしろ、住居所有者は管理者の同意をそのために求めるだけと言う内容である。その事は、管理者は単に適法な措置のみをする権限しかないので（WEG 20, 27 条）、恣意的であっても管理者により拒絶された同意の下では、何等従う事はない事を意味する。

同様の事は、分割宣言の内容が全ての住居所有者に物権的効力をもつ限りで、妥当する。

それ故、動物飼育が秩序に合致する、すなわち法律に沿い物的にも正当化される管理に相応するか否か、その範囲如何と言う事が、個別的に検討されねばならない。その際、管理が秩序に合致しているかとの問題は、当該区分所有者が自分ではなく WEG 43 条 1 項 2 号による別の手続きでそれ

に関する決定を申請する（非訟事件手続きをとる）場合には、WEG43条1項1号の手続きで、彼の異議についても裁判により審査される。最後の場合には、本件で生じる事だが、管理者も又43条1項2号により同4項2号と結びついてその手続きの関係人となる。その異議によって、管理者の禁止は拘束的ではないであろうし、差止請求をした区分所有者は、結局WEG43条1項2号の意味での管理者の権利と義務に関する決定を得ようとする事になる。

住居所有者の秩序ある共同生活の保証に共に責めを負う管理者には、次の事を要求する事は出来ない。つまり、潜在的に存在する迷惑の源が一そして、一個の住居の中での数を限定しない猫の飼育はそれに属すのだが一具体化（表面化）しない事を何時も苦にする事だ。その他の管理義務（WEG27, 28条）の広範なカタログからみて、そうした迷惑の源に適切で相応した予防措置により対処する事が、彼（管理者）には許されねばならない。管理者が、本件において、約60平米の広さの住居の中でなお我慢できる範囲での猫の許される数を2匹に制限する場合には、彼が自己の権限からふさわしいとして選択した手段は、少なくとも次の場合には、何等違法な行使とはならない。それは、一本件のごとく一各住居所有者が初めから動物飼育には一定の制限がある事を知っており、且つ、照会した60人以上の住居所有者が、本件建物でその種修正された飼育禁止に賛成を表明した場合である。

(3) ブッペルタル地裁 (LG Wuppertal) 1977年7月5日決定 Rpfleger 1978, 23.

〈法定要旨〉 1. 管理者は、案内状で住居所有者の集会を召集し、同時にその集会で決議が出来ない場合のために、同日の半時間後に予定の新しい集会を同一目的でもって求める事が出来るか？

2. 分割宣言に従い、一人の住居所有者が、管理者の文書による同意だけで動物飼育を認められた場合に、住居所有者（複数）は、特定の時点から動物飼育のための何等の許可も与えられないとの決議を、単純多数とする事は出来ない。

3. 住居所有者は、分割宣言に反する規定がない限り、多数決で次の事を確定出来る。つまり、賃借人や所有者の入居に際して、一回の負担金を、追加の費用のためではあるが明白な毀損のためではない資金として値上げして、維持補修の積立金に組み入れる、との決議。

〈本文〉

（要旨 1. = 2 回の集会の件一略）

決議、それは管理につき1976年5月1日以来効力をもってしたが、犬や猫の飼育につき許可を与えられないと言うものだが、それは瑕疵あるものだ。何故なら、決議するためには全員一致が要請されていたからだ。本件に係わる規則は、従前の所有者の分割宣言の中の特則で規律されており、その事により、住居所有者との関係の範囲では特別所有権の内容として既に拘束力をもっていたし、現在の住居所有者との関係では規約と同等の位置にあるから、それは多数決で変更出来るものではない（WEG 8条2項、5条）。かくして、関係者の特別所有権と共同所有権の利用に関して、犬と猫の飼育が問題となる範囲では、規約と言う形でなされた規則があったから、当該住居所有者は、多数決により異なる規制をする事が出来ると言うWEG 15条2項に従って、妨げを受けた。

その上、規制と言うのは犬や猫の飼育は管理者により許可されない事であって、それは、今日までそうした家禽を飼っていない者にとっては、動物飼育の原則的禁止を、住居所有者の多数決の対象とはなり得ない個々の住居所有者の特別所有権の制限と、同じ事にしてしまう事となる。動物飼



育は、次の場合に限って禁止され得る。【S. 24】それが秩序ある利用の程度を越え、他の住居所有者の迷惑になるのが明らかなきだ。そうなるか否かは、管理者の案件だ。；適切な規制が、これまで既に住居所有者の規約として通用してきた分割宣言の中でなされてきた。犬と猫の飼育についての今後の許可を（その規制から）完全に除外する事は、しかし、関係者の所有権を余りにも制限してしまう。

（要旨 3. = 管理費の徴収と運用一略）

（4） フランクフルト高裁1978年7月13日決定。Rpfleger 1978, 414.

〈法定要旨〉

特別所有権の秩序ある利用を、動物飼育は排除するものではない。利用規制の対象としては、しかし、許された動物の是認できる数を規定する事は出来る（本件では、一匹の犬と一匹の猫）。

〈本文〉

地裁は正当にも住居所有者の決議の拘束性から議論を立て、それによれば、各住居所有者は一匹の犬と一匹の猫だけを飼う事が許されていた。この決議は無効ではない。住居所有者が善良の風俗に違反するか強行法規上の禁止に抵触する場合にのみ、それは問題となる。動物飼育の制限は、それに該当しない。むしろ住居所有者は、規約による（WEG 15条1項）か多数決によって（同15条2項）特別所有権の利用に関して、詳細な規定を設ける事が出来る。分割宣言の中では動物飼育は規律されていないから、住居所有者は次の事をして差支えなかった。つまり、WEG 15条2項に従い利用規制を多数で決め、又、以前の使用細則を管理者の許可が必要になるように一相手方に入居の時点でそれを盾にとるのだが一変更する事。制限は、確かに、秩序ある利用だけが決議され得る事から生じるのであり、住居所有者があらゆる動物飼育の原則的禁止を明言していたときには、そ

れに該当しないであろう。動物飼育を一匹の犬と一匹の猫に制限する事をもって、一他の小動物、ハムスター、鑑賞魚、鳥は一般的に妨げにならないし、それ故拒絶され得ない—住居所有者の決議が動物飼育の許容される範囲内に納まり、その際、他の居住者の迷惑にならないようにする事が出来る（参照。KG NJW 1956, 1680; BayObLG MDR 1972, 516. それぞれ2匹の猫）。その際、管理者や住居所有者にとって、次の事は認める訳にはいかない。つまり、潜在的にある迷惑の源—数の点で無制限な猫飼育はそうなのだが—が、表面化しない段階を越えてしまい継続的に増大する事。むしろ、そうした迷惑の源を適切な予防措置により対処する事、本件で許された動物の是認できる数を規定したごとく、それが容認されなければならない（参照, BayObLG MDR 1972, 516）。

(5) シュツツツガルト高裁1982年3月4日決定。Entscheidungen der Oberlandsgerichte in Zivilsachen 1982, 301. Die Justiz 1982, 230.参照は前者による。

〈法定要旨〉

犬飼育の一般的禁止は、秩序ある利用規制の枠内ではなく、それ故多数決では決定出来ない。

〈決定理由〉【S. 302】

地裁決定が、本件での類の住居においては、一般的に犬飼育の禁止は多数決で指示され得る（と言うのは、経験上建物管理での著しい迷惑と困難を考慮するからであろうが）との一般的な定式化なる方法で表現しようとした限りでは、そうした権利の理解を当裁判所はとらない。当裁判所は、むしろ次のように解する。つまり、犬飼育の一般的禁止は、特別所有権に属する建物部分と共同所有権の秩序ある利用の規制と言う枠の中で把握するのではなく、それ故多数決では決定され得ない（WEG 15条2項）、と。

確かに、地裁は正当にも次の事から論を立てている。つまり、適切な方法で秩序ある利用の概念の内容を規定するに当たり、住居所有者全員と管理者の正当な利益を取り入れ、相互に慎重に考慮している。高裁(BayOb-LG, MDR 1972, S. 516; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, S. 414)によりそうした慎重な考慮の枠で、「潜在的にある迷惑の源が表面化しない限度を越えて、継続的に増大する事」は、住居所有者の秩序ある共同生活の確保のために連帯責任を負う管理者には、「容認されない」と言う事を指摘される場合には、特定の種類の家禽の飼育を完全に禁止する事は、正当化されるべきではなかろう。むしろ、具体的ケースでは、飼育する家禽の数を二匹の猫とか一匹の犬と一匹の猫と言うように制限するのが許容される、とみなされよう。

そうした妨害と迷惑の減少と有用で支障のない建物管理を考慮する利益は、多数決で指示される一般的な動物飼育の禁止を、次のような根拠から正当化出来るものではない。

「秩序ある利用」のカテゴリーを使う事により、住居所有者の有益な共同生活と共同居住が保証されるべきだ。その概念を使うに当っては、それ故この共同生活と居住に関して国民の中で育てられた概念が、なおざりにされてはならない。その時々々の文化の領域内で伝えられ一般に承認された風習、習慣、規則は、一少なくともその中心部分では一優先的に有益性を考慮する事により支配的になる良き熟慮によって、排除され得ない。

家で犬を飼う事は、当地で伝承されてきた社会文化的観念によれば、秩序ある居住の内容と見られるべきだ。この事は、単に犬が主要には番犬としてその元来の役割をなお持っている田舎だけではなく、【S. 303】犬が増大するコミュニケーションの要請を充足する都市の密集したところにも又、妥当する。

こうした共同体的な価値観をないがしろにする犬飼育の一般的禁止は、「秩序ある利用」の規制の範囲内ではなく、住居所有者団体の個々の関係者の意思に反して、多数決によって指示される事は出来ない。

それに反して、犬の飼育に際し通常予期される迷惑と侵害を排除したり、減少したり、それに制裁を課す事がふさわしい多数決による規制を設け、又そのための措置を指示するのは、住居所有者団体の自由裁量に任されている。今まで適用されていた使用細則にある諸規制は、その点で何等考慮してはいない。

上述の理由からみて、地裁はWEG 15条2項を不当にも適用して、法的に瑕疵ある決定をした。上述の原則を鑑みれば、問題を更に審議する必要はなく、当裁判所が自判出来る。従って、再抗告で地裁と区裁の決定を破棄して(aufzuheben)、住居所有者集会の決議の不当の申し立てを、犬飼育の一般的禁止が指示できる範囲で、容認する。

## 2-2. オーストリア法

オーストリア区分所有法は、さほど一般的とも思われないので若干の解説をしておこう。同法は、その14条において「不動産(Liegenschaft)の管理」の定めをおいている。そこでは、まず1項で、不動産の管理につき区分所有法と共に、民法典ABGBの第2編(Teil)(物権)第1章(Abteilung)(物的権利)第16節(Hauptstück)(所有権と他の物的権利の共同関係)が適用されるとし、そこでの案件に対しては多数決で決するとして、1～8号(保持の範囲を越えないような建築上の変更を含めての不動産の共用部分と施設設備の秩序ある保持、積立金、維持補修のローン、付保、管理者、使用細則、賃貸借、賃貸借契約の解約)が挙げられている。2項では、賃借人の駐車場利用権の規定をおく。3項では、秩序ある不動産の保持を越

える利用上の改良行為は、区分所有者全員の同意を要するとし、以下の場合には他の共有者の同意は要しない、としている。その場合とは、多数決による改良、保持のための費用や作業が近い中には必要ではないとき、(案件が多数決により) 否決されたとしても、改良によっては甚だしく損なわれる事がないとき、である。

以下、動物飼育そのものについての詳論ではないが、関連すると思われる箇所を、次の文献から見てみよう。

(1) Walter Meinhart, Das Wohnungseigentumsgesetz 1975.(1975) ss. 145, 197.

実質的には注釈書と思われる本書から、14条1項6号の使用細則の議論をみよう。

【S. 145】(それに対して) 団体の規則のためには、A B G B 828条(持分権者の共同の権利)に従えば全員一致が必要だ。建物の施設設備の摩擦無き利用にとっては、それは大きな意味があり、そして、基本的局面で住居所有権の組織化に当たり契約を十分理解した上でその関係に入る事が、疑いもなく重要だ。そうした合意が許されるという事は、住居所有権が特別に適格性を持った共有として、団体の利益に対して個々の共有者の利益を軽視する事を要請する事となる。W E G 24条(法的に無効な rechtsunwirksame 合意)によるそうした合意の無効(Nichtigkeit)の限界は、13条(住居所有権の目的となった住居又は空間の管理)と共にA B G B 828, 829条(持分による権利)から生じる。

それによれば、住居所有権者の処分権及び利用権は、団体の利益領域の中で把握してはならない。もしそうすれば、とりわけ秩序ある共同生活に避けられる程度を越えた不都合な影響を与えてしまう事になる。この限界内で、団体の規則は、例えば職業への従事、家屋と庭の利用、動物飼育を

規律し得、契約によって13条2, 3項に従って住居所有者に帰属する権利と義務を正確に規定し得、共有者の意思形成の要件を補完する事が出来る。

団体の規則と使用細則の内容は、法それ自身では決定的に法に反する場合のみの22条（共有者の排除）1項2, 3号による制裁と、侵害された住居所有者による排除訴訟の是認によって、その範囲を限定されている。

又、上に出ていた24条（法的に無効な合意）の注釈の中でも、動物飼育が扱われているので、みておく。

それは、契約上保護される規定の意味をめぐって、である。

【S. 197】24条1項により制限する能力を与えるような全ての合意又は制限（留保）は、法的に無効だ。それが1～5号で数え上げられている怪しげな契約類型に当てはまると言うのは、否定可能な推測であり、「仮定的な」（いわれ無き *unterstellt*）ものだ。制限力とそれによつての「法的な無効」は、承認されなければならないだろう。その例として、以下のものがある。使用細則に違反すれば契約上の刑罰を課す事、将来の住居所有者が基本の段階から服する事、独身（貞潔）条項、無制限な動物飼育の禁止、投票権の拘束、排除訴訟への期限付きの撤回出来ない代理参加、管理者任命に当たつての住居所有者でない者の共同発言権、等。

次いで、しばらく後に出版された次のものをみよう。

(2) Faistenberger/Barta/Call, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz 1975.(1976). § 14 Rz. 69. S. 377, § 15 Rz. 21. S. 406.

上にみた14条の注釈の中で、使用細則（Hausordnung）については論及されているので、それをみよう。

【S. 377】意味のある使用細則は、能う限りの支障無い共同生活を可能とするものだ。区分所有法は、明らかに次の事から出発している。つまり、

使用細則については、契約が重要なのではなくて、その妥当根拠を共有者の多数決に見い出している。古き紛争点は、住居所有者の単独承継者（住居所有権取得者）も又使用細則に拘束される事によって、疑問無く解明された。それと共に我々の場合には、他の妥当理由を越えた全ての思惑をそこから遠ざける事となった。それ故、それに従わなければならない契約についての構成を、使用細則は「提示」したが、しかし、管理者としての住居所有権の機関の多くが明らかに誤って使ってきたと言う事も又、使用細則はたやすく「提示」した。

（判例：略）

1948年住居所有権法につき公にされた決定がないので、再生された司法をためらい無く引き寄せたと言う事は、確実に言える事ではない。（略）

【S. 378】過度の多数決に対しては、15条1項5号が、然るべき保護（個人の権利）を提供している。

使用細則は、基本的に全ての居住者に向けられている。取引慣行によれば、訪問者（第三者）も少なくとも使用細則の一部には従う。

使用細則の元来の目的、すなわち支障無い共同生活を出来るようにする事は、恣意的な差別を禁ずる。使用細則は住居所有者(住居所有権取得者)に認識されなければならない、又、あり方としては、住居所有者が要求すれば（その内容を）教えられるはずのものだ。その目的に最も合致するのは、玄関での継続的な掲示である。

使用細則は、周知のごとく、多くの無益なものを持っている。それらは簡潔明瞭に把握されなければならない。使用細則の場合には、対象の大きさとその時その時の特殊性に配慮されるべきだ。しばしば、それが欠けている。老人が90%住んでいる家屋の使用細則を、若い家族の住む家屋の使用細則として持ち出すのは、目的にそぐわないだろう。

使用細則は、その限界を個々の住居所有者の個人的権利におかなければならない。我々の見地では、使用細則で次のような事がなされてはならない。つまり、秩序に反する管理行為が隠されたり、共用部分を今までとは別の利用規制（専用的変更 *Widmungsänderung*) に、例えば、子供の遊び場でボール遊びを禁ずるとか、駐車場をサッカー場に変えてしまうと言ふような、そうした規制に服するようにする事である。そうするには、合意が必要だ。使用細則により処分する事は、絶対許されない。例えば、次の例だ。従来は誰でもが通行できた緑地帯を、一部だけに留まらない形で特別な利用に供してしまうとか、【S. 379】1階の住居の前にある4メートルの幅の緑地帯を事後になってからその1階に割り当てるとか、又は、使用細則で賃貸借を規律しようとしたり訪問者の受け入れを禁じたりする事だ。

使用細則の適切な内容としては、以下のものがある。

- 建物内での静穏
- 門の遮断
- 駐車（輪）禁止
- 交替制の清掃義務
- 駐車場利用規制
- 洗濯場規則
- 動物飼育
- バルコニー利用規制
- 管理人の届出義務
- 火災時の対応規定
- 屋根裏部屋と地下室への物置禁止
- エレベーター規則



使用細則の中で、相隣関係上の義務を挙げて、13条3項に加えての他の共有者の利益になる義務（例えば、美しく利用する事）を強調するように、活用する事が出来る（具体例：略）。

以下の場合には、許容されないであろう。22時以降の入浴禁止、管理人が何時でもマスターキーを使って止むをえぬ理由無くして住居に入り込むとか、【S. 380】子供は監督者の下でのみ中庭で遊んでもよいとか、12歳以下の者は一人でエレベーターを利用するのは許されないとか、動物飼育の一般的禁止。

使用細則の遵守は、とりわけ間接的に効果を発揮するのであり、確かに22条（共有者の排除）をめぐるには、その1・2項で規範化されている要件がここでは意味がある。それと共に、給付訴訟と差止訴訟が考慮される。例えば、A B G B 364, 523, 339条による場合であり、危険が迫っているときには自力救済も考えられる。

オーストリアの多くの地方では、住居所有権の契約の中で団体（管理組合）の規則が取り入れられているのが、通常である。団体の規則が問題となる領域については、より一層の研究が必要だろう。その規則を、住居所有者を組織するのに無理強いするための手段とするのは、厳格に排除されなければならない。

又、15条（管理への少数者の関与）の注釈の中でも、使用細則及び動物飼育につき言及されている。

【S. 406】共有者は誰でも、使用細則の個々の規定を廃止したり変更するように請求する事が出来る。尤も、その規定が共有者の保護に値する利益を侵害したり、共有者の公正な評価をするに当たり不当である事を、前提にするが。その双方の要件の範囲を動かすように分ける事は出来ないし、同一の法的効果のためにも又不必要な事だ。とりわけ、共有者の人的な要

求が考慮される。それ故、例えば、老人とか肉体的に虚弱である事が考慮されるが、しかし、又、経済的な要求も考慮される。

【S. 407】 具体例

a) ある住居所有者が、つましい年金生活を送っている場合。例えば、次の例では年金生活者にとっては不当となろう。彼が虚弱で（掃除を）出来ないときに、使用細則に従って順番でなされる適切な階段吹き抜けの清掃を（しないで）金銭で済ませせようとする事。不当性だとか保護に値する利益の侵害にとっては、それぞれの具体的な状況が重要なのだ、と言う事が考慮されなければならない。従って、要求され得る事が時には不当とされ得るのであり、使用細則が今まで何等異議を唱えられないで認められてきたとの根拠によっては、決して（使用細則の破棄と変更が）排除され得ない。変更を正当化するためには、申し立て人が投票で負ける事を要求する Meinhart 説は、正しくない。

b) 車椅子に頼らざるを得ないような住居所有者にとって、使用細則でその車椅子を階段吹き抜けに置く事を禁じているときには、保護に値する利益を侵害していよう。

c) 子供を敵視する全ての規定は、不当である。

d) 音楽演奏の一般的禁止。

e) 動物飼育の禁止。

我々の規定は、いずれにせよ、破棄や変更は多数決で決められた使用細則に向けられる事を要求している。そこでは、しかし賢明にも、一人は、使用細則を利益状況と要求可能性に従って弾力的に維持しようとする一広範な変更の制限は見出し得ない。管理者による使用細則も、裁判官によって変更された使用細則も、（新たに）変更可能である。

### 2-3. アメリカ法

(1) David Clurman/Edna L. Hebard, *Condominiums and Cooperatives*. 1970.

第6章「家屋取得者はコンドミニウムを買うべきか？」との表題の下、居住の規制 (Restriction on Occupancy) の項を設け、動物飼育についても論じている (P. 90, 91)。

コンドミニウムの買い手は、取得する所有権の完全な行使に規制を受けるとして、次のタイプに付き述べている。

1. 賃貸借の制限。
2. 居室 (units) 取引に必要な承認。
3. 居住者とその家族の数の制限。
4. 土地建物を業務又は専門職に使う際の限界。
5. 装丁の制限。
6. 一人が取得出来る居室の数の制限。

そして、最後の7. で、ペットの制限を挙げている。その説明をみよう。

こうした制限は、通常共同住宅 (cooperatives) のためになされてきたが、コンドミニウムの買い手によって極めて厳格に維持されるべきだ。共同住宅の所有者は、その違反により賃貸借を解除出来るが、コンドミニウムでは些か異なる。持続的なコンドミニウムでの居室所有者の違反に対する適切な救済は、裁判での差止 (court injunction) を期待出来る事だ。

(2) Genevieve Gray, *Condominium: How to Buy, Sell, and Live in Them*. 1976.

副題から分かるとおり一種の実務書ではあるが、問題状況を把握するためには参考になると思われる。11 人間関係 (p. 157) なる章の中で、リクレーション、子供、客、プール、貸借、等々に言及されており、その一部

でペットについても論じられている (p. 162)。

ペットが訪問客のものであれ居住者のものであれ、行儀が悪く始末におえないペットは、あたかも同様の子供がそうであるごとく、コンドミニウムでは血圧を上げるほどの問題だ。コンドミニウム内でペットを飼育するには、明確な規約 (bylaws) の規定を措く必要があり、管理委員会 (board) は、違反者に対しては裁判上の差止を請求するようすべきだ。裁判所は、通例、管理委員会が余りにも臆病に規制を実施するのを許さないようにしつつ、ペットに対する団体的規制を支持してきた。もし構成員が、規制の実施を要求するなら、そう出来るのだ。おかしな事だが、規制実施を熱望するほとんどの所有者は、しばしばその動物は友好的で良くしつけられた誠実なペット保有者である。

ペットを街中では紐で繋げとの法があろうと無かろうと、規約では敷地内でペットをうろうろと歩き回らせる事を禁止する規定を措くべきだ。飼育者は、【P. 163】その犬を隣人の処とか共用部分でうろつかせるのを、明示的に禁止されるべきだ。いくつかの団体では、土地建物の周りに適切なペット置き場を設ける事で成功してきている。その場所は、砂で囲まれ、維持管理の組によって定期的に清掃され消毒される。

(3) Warren Freedman/Jonathan B. Alter, *The Law of Condominia and Property Owners' Associations*. 1992.

最近出版された専門書である本書でも、ペット問題が取り上げられている。その6 コンドミニアの規則及び規制 (Rules and Regulations) の中で、規制権限、ごみ収集、安全、修理と維持、雪と落ち葉の除去、駐車、眺望と美観、子供、ニューサンス、業務としての使用、と共に、6. 8の項で論じられている (P. 119)。

ペットに係わる規則を作成する事は、開発者やコンドミニウム証書の作

成者が直面する、最も感覚的に神経を使う点の一つであろう。非常にしばしば、これらの規則は、コミュニティーの性質の現実的な分析を何等反映せず、取締の観点から適当とされてしまう、鋼板の上に書かれた文字のような現れ方をする。例えば、30ポンドを越す犬を禁止する規則は、主要(原文は mail) 居室で2又は3匹の乱暴なテリア(犬)を飼う事がもたらす破壊的な力を不問にし、全ての四足動物を禁じる規則は、洗濯機の近くでウワバミによって発生されるであろう大破壊を不問にしてしまうのだ。

期待されたごとく、これらの微妙な論点は、かなりの数の判例法を喚起した。Northcrest Home Owners Ass. 対 Friedman 事件は、例えば、管理委員会を通じてのコンドミニウム団体の請求により、居室所有者に対して一時的な禁止命令を出し、その後【P. 120】居室所有者とその同居人が、犬を共用部分や個人の居室に持ち込んだり飼育したりする事を禁じる強制的差止 (mandatory injunction) を命じた。委員会は、宣言の中で、ペットは「健康を危険にし、不当に家屋所有者を妨害する」と決めてもいいと述べられている規定に含まれる権限に従い行動したし、そして、動物が財産を害する事を禁じていると考えた。委員会は、犬が人を咬んだ後に動いた。委員会は、特別集会を開催し、飼育者が犬を土地建物から別の処へ移すような解決をした。裁判所は、委員会の行動は全体として適切だとして、支持した。

多くのケースは、ペットに関して事件後の禁止を扱ってきた。これらの規制のほとんどは、多様な「犬の死手譲渡 (amortization)」の性質を有していたのであり、そこでの禁止は現在の場所からペットを移動する必要はなく、原因はなんであれ「死手譲渡」後の移動を禁じている。裁判所は、一般的にはそうした規制を許容してきた。と言うのは、元々の証書がペット飼育を許可した後で、コミュニティーからペットを無くすか制限するよ

うに変える合理的な方法だと、その規制をみているからである。死手譲渡ルールを考察したケース、すなわち Wilshire Condominium Assn. , Inc. 対 Liza Kohlbrand 事件では、提起された唯一の疑問と言うのは、以下のよう  
に述べられている宣言に含まれている規定の実行可能性であった。

（宣言の内容）居住用居室の購入時点で犬（通常、膝犬として知られている）を保有していた所有者は、その犬が死んだりしたとしても移動されないと  
の条件で、コンドミニウム内で飼育したりかくまったりしてもよい。どんな場合であれ、いかなるペットも、紐で繋がれるか抱かれていない限り、水泳用プールや共用部分に入る事は許されない。

団体は、このルールに反するとして、被告に対して永久的差止を図って行動を開始した。公判（一審）では、ニューサンスに関する宣言の規定に依拠し、団体の請求を退けて、犬の移動はニューサンスではない、とした。その規則は、居室所有者が（彼女の）コンドミニウム居室を享受する権利を不当に制約する、とした。控訴審は、買い手は居室購入時に規制を承認していたとの理由で、（原審を）破棄した。判旨によれば、「この規制の究極的趣旨は、誰も居室において犬を飼ったりかくまったりする事が許されないような団体の生活にあるであろう。我々には、本件の状況からみて、そうした規制は合理的であるのみならず契約的にも有効であると思われる。」裁判所（控訴審）は、次の見解をとった。「犬の移動に対する規制は、極めて近接して生活している居室保有者の健康、幸福、及び精神の平和を増進するとの原則に、合理的に一致する。」結局、次の事に注目するのは相当の意味のある事だ。つまり、かつてペットを飼っていた新しい居住者に、ペットの楽しみを享受するのを許す事が重要になった場合、従来の対応を転換するとき、死手譲渡ルールが付加的な意味を引き受けるようになる。

かくして、明らかに裁判所は、ペット規制に対して、進んで様々なアプ

ローチを認めると明言したのだ。重要な点は、次の事だ。【P. 121】委員会と団体は、ペットの存在そのもののみならずペットの行動をも規制出来る権限を持つ事であり、そして、場合によるとはいえ、例え問題が法的なニューサンスのレベルに至らなくとも、問題が発生したときにはペットを追い出す事が出来る事だ。

委員会と団体の規制の刷新は、闘犬用のブルドッグ (pit bulls) をめぐるでの感情的な議論から明らかになる。団体のために問題を解決する一つのやり方は、次のような解決策を普及する事かも知れない。

団体内の所有者と居住者にその健康、安全、福祉の保護を確保するためには、当部 (係 section) は、犬に関して次のように扱うのが適切であると考え。つまり、その犬は普通は「闘犬用のブルドッグ」に属するものであり、又ここではそのように明確にされたものであると。当部の目的は、こうした闘犬用のブルドッグを規制し、その飼育者に犬を監禁し登録し責任保険に入る事を通じて、責任を果たす事を確実にする事にある。闘犬用のブルドッグの特有な歴史、性質、特徴は、特殊な規制を要すると決意させた。

居室所有者は、次のようになる事を許容したり満足したりする事は無かろう。つまり、居室や共用部分の保険料率が上がったり、他の構成員の権利を妨害したり、それに干渉したり、その他理由無き騒音で悩ましたりする事だ。構成員の誰もが、居室や共用部分でのニューサンス、不道徳で違法な行為を犯したり許したりはしないだろう。

なお、居室所有者を保護するもう一つの条件は、責任保険の取り決めである。(略。)

又、ペットに関する、以下のような典型的で一般的な団体の規則や規制に留意されたい。

いかなる動物、野生生物、家畜、爬虫類、家禽（鶏など）の類は、土地建物のいかなる場所でも飼育されたり子供を産ませたりされない。但し、次のものを居室内で飼う事は許される。合計4匹を越えない範囲での、犬、猫、普通通常の大人が家で飼うペット。しかし、特別の隣人関係の中では、ペット制限はより切迫する事になるかも知れない。全てのペットは、共用部分では紐につながれる。管理組合や隣人間の団体の単独の判断で、健康を害し、敵対的な騒音を発し、他の居室や土地建物の他の場所の所有者へのニューサンスや不便さとなるようなペットは、【P. 122】委員会の請求により排除される。いかなるペットも、商業目的で飼育されない。家屋内で飼われるペットは、居室以外ではいかなるときも責任者により紐でつながれる。ペットは、団体により場所が指定されているならば、その共用の箇所、許容されるだけである。その共用の場所にペットを持ち込む人は誰も、当該ペットの固形のごみを直ちに取除く責めを負う。

#### 2-4. 外国法小括

必ずしも全面的で詳細にペット問題をみたとは言えないにせよ、いくつかの点は確認できよう。

まず驚かされるのは、いずれの国においてもペットについての問題が提起されており、それがかなり深刻になっていると思わせるに十分な状況がある事である。いわゆるマンションライフにおいて、ペットは避ける事が許されない課題の一つになっていると思われる。しかもそれが、最近生じた訳ではなく、1970年代から発生していた事が分かる。日本との歴史や生活様式の違いなどは、当然考慮されなければならないものの、そこには共同住宅（マンション）での生活レベルでの管理問題が、明らかに存在すると言う事だ。



(オーストリアの紹介は概括的なものに終わってしまったが)特にドイツとアメリカでは、ペットに対して訴訟が提起されており、判例の立場が確認できた。いずれもペットに対しては、厳しい対応がなされていると言えよう。とは言え、一律には禁止されておらず、例えば飼育数を制限する範囲で許容されていた事は、示唆的である。なお又、いわゆる管理組合での取り組み如何が、まず検討されていると言い得るのではなかろうか。

その居住者による取り組みであるが、やはり規約や使用細則（に相当するもの）によって、相当詳細な規定が準備され、共同生活を円滑に送るとの目的の前には、ペット飼育は厳格に管理されている。ペットに対する最終的措置は、その排除である事も、確認できよう。

### 3. 行為規範・生ける法論

ここでの問題意識は、既に「はじめに」でも述べておいたように、ペット問題と言うのは、つまるところ国家法規範とは相対的に区別されるべき領域、区分所有法をも含めての民法などの通常の法規＝国家制定法とは異なる部分で、論じられ最終的に手当されるべき問題ではないのか、と言う点にある。日常用語ではルールや道徳、場合によってはエチケットとさえ表現される領域で、正に問題とされているのであろうと思われる。そしてこうした捉え方は、単に問題の客観的な認識としてと言うだけではなく、問題の論ずべき方法をも意味すると解したい。換言すれば、ペット規制は国家法で把握するのは間違いであるのみならず、国家法のレベルで法的対応されてはならない、と言う事も同時に指摘したい訳である。そのため、以下、まず伝統的な立場から行為規範や生ける法の議論を概観し、そこから問題の位置を明らかにした後で、いわゆる部分社会論と（マンションと

言う形を取った) 共同体論について論じたい。勿論この課題は専門を外れてしまうので、思わぬ誤解や謬論の展開になってしまう事を恐れるが、伝統的な民法の議論だけでは納まり切らない論点を本件は含んでいると考えるので、筆者(=片桐)の想いを能う限り開陳し、至らない点はご叱正を待つ以外にない。

#### (1) 行為規範・生ける法について

行為規範・生ける法について、取り上げなければならないのは、エールリッヒであろう。彼の『法社会学の基礎理論』<sup>(36)</sup>の議論を見る事から、ここでの検討を始めよう。彼の理論の核心は、法の科学的理論は「事実」についての「純粹認識」を目指す「法の社会学」であった。彼が注目した「生ける法」とは、権力による法規の定立を介する事なしに、人々が実際に行い生きている社会を秩序づけている行為規範であり、これが「真の法規範」である。それ自身一種の「社会的事実」であり、それを生み出すものは、慣行、支配関係、占有関係、契約・定款・遺言などの意思表示、と言う事実、「法の根源的な事実」である。こうした事実の経験的な観察調査に基づいて「生ける法」を探究し、その成立、機能、発展について歴史的又法則的な考察をする事が、法社会学の主要な課題であるとする。<sup>(37)</sup>法社会学の基礎理論を展開するのがここでの課題ではないので、それはさておき、上記の議論で注意しなければならないのは、エールリッヒによれば、「生ける法」のみが法規範とされてしまう点である。しかし、様々の社会団体・集団の内部秩序にこそ注目して、その行為規範に光を当て、その効力を保障するものとして、社会的共同生活の必要・社会的圧力であるとした立場は、本稿からみて顧みるに余りある。それ故、やや強引な展開ではあるが、ペット問題を解明するためには、正にエールリッヒが指摘し強調した「生ける法」を探究する事が重要である事を確認しておこう。<sup>(38)</sup>

## (2) 部分社会論

米内山事件に対する最高裁決定における、田中耕太郎裁判官の少数意見をみる事から始めよう。当該事件は、青森県議会議員米内山義一郎が懲罰として除名され、その取消を訴え且つ執行停止の決定を求めて争ったものである。最高裁まで争われたが、そこでの多数意見に対して、田中裁判官は次のような少数意見を述べた。

本件は、「根本的な法秩序相互の関係の問題」すなわち「法秩序の多元性」に係わる問題であり、「国家なる社会の中にも種々の社会、例えば公益法人、会社、学校、社交団体、スポーツ団体等が存在し、それぞれの法秩序をもっている」。それらの「特殊的法秩序」と「国家法秩序すなわち一般的法秩序」との関連をどの程度にするかは、国家が「公共の福祉の立場から決定すべき立法政策上の問題である」と。<sup>(39)</sup>言うまでもなくここでは、当該判決の当否を問題にする訳ではなく、一言で言えば司法権の限界を論ずる議論として、検討したいのである。

佐藤教授が指摘する如く<sup>(40)</sup>、田中少数意見はその後の判例に大きな影響を与えた。又、部分社会論は、同じく佐藤教授の評価される如く、田中少数意見以前から存在したものであるが、それが通説の位置を占めているかについては、必ずしも明かではないように思われる。<sup>(41)</sup>言うまでもなく本件での検討は、議会、大学、宗教団体、会社の工場自治会、弁護士会、政党でのそれではなく、マンションという場での、より具体的に言えば管理組合での問題として論じている。そこで第一には、果たして、管理組合を、少なくとも判例によれば、上の例の中に数え上げるのが、妥当であろうか。それが承認された場合、第二には、本件のようなペット問題は、いかなる意味付けを与えられ得るのであろうか。そして第三として、司法権が及ばないのか、その基準と根拠・理由は何か、が問われる必要があるだろう。

第一について。憲法は結社の自由を保障している（憲法21条1項）が、区分所有法は「管理を行うための団体を構成」するとしている（区法3条）。通常、管理組合とされる団体の当然設立が、その3条によって確認的・宣言的に規定されたと解されているから、結社の自由の脈絡で区分所有法上の団体を捉えるのは出来ない（自由を認めてしまえば結社への非加入をも認めてしまう事になるから、3条の趣旨と相反する）。しかし、憲法を論ずる能力はないが、団体当然設立そのものが、憲法の保障に基づいていると見る事は出来よう。尤もそれは、結社の自由によるものではなく、広く財産権保障（憲法29条1, 2項）に基づくものではないかと思われるが、如何であろうか。更に関連して、はたして部分社会論が、上でみた結社の自由や財産権保障などと言う観点から既に検証されたものなのか否か。必ずしもそうではなかろう。従って、管理組合と言う団体を部分社会の一例とする事には、積極的根拠を見出し得ないものの、他方それを否定する事も出来ないように思われる。ここでは、その例の一に取りあえず数え上げる事としておいて、次の検討に進みたい。

第二には、ペット問題に関連して論じてみよう。まず、法令の存在に気づく。「動物の保護及び管理に関する法律」とそれに基づく「犬及びねこの飼育及び保管に関する基準」<sup>(42)</sup>であり、同趣旨の各条例があるようだ。関連して、狂犬病予防法などがある。そうすると、少なくとも形式的には、国家制定法が存在する以上、その統制力の対象にマンションでのペットも入る事を否定する事は出来ない。しかし、その現実的な運用・法適用はどうなっているのであろうか、疑問なしとしない。例えば、法文では「……しなければならない」とか「……努めなければならない」「……できる」との文言が目につくし、罰則が規定されている（上述、動物の保護及び管理に関する法律13条、「保護動物を虐待し、又は遺棄した者は、3万円以下の

罰金又は科料に処する。]) が、はたしてこの文言通り適用されているのであろうか。実態は、努力義務の規定、訓示規定に留まっている事が多いと考えられる。それ故、一面では法令の適用対象から、マンションでのペットを除外する事は出来ないが、他方での法令の解釈・運用のレベルまであまねく制定法規範が及んでいる、と見る事も出来ないと思われる。そして後者の領域では、正に部分社会論が妥当するのではなかろうか。

では、第三の司法権との関係如何。一般論としては、司法権が及ばないと言う事は出来ない事、自明であろう。<sup>(43)</sup>従って、結論的には部分社会論に全面的に依拠し、それで一貫した論理を貫徹出来ない事とならざるを得ない。にもかかわらず、こうした主張の一切を否定し去るには抵抗が残る。制定法=区分所有法自体が、規約自治、区分所有者による集会自治を法的に承認している。明らかにその自治が承認される以上、司法権が（少なくとも直接的には）及ばない。更に文字通り、マンションと言う部分社会で、その部分の内実を形成するものの一つとして、一言うまでもなく本稿では、その内実は規約や使用細則に具現化する一ペット問題は存在している、と考える事を、無碍に排斥出来ないように思われるのではあるが。

### (3) いわゆる共同体論

ここで論じようとする共同体論は、かつて問題とされたそれ（例えば、マッキーバーや大塚史学で論じられたもの）ではなく、今日アメリカを中心として論じられているリベラリズム（liberalism）と共同体主義（Communitarian）による考え方=communitarianism）との対抗で論じられている共同体論を参考にしたものである。検討素材としては、かつてアメリカでなされた「法・共同体・道徳的推論 Law, Community, and Moral Reasoning」と題されたシンポジウムを取り上げ<sup>(44)</sup>、参考にしたい。勿論、筆者（=片桐）には十分な議論をする能力はここでもないし、当シンポジ

ウムで直接の素材として取り上げられているのは、ソドミ一行為を規制する事の場合・違憲論であるが、その素材から離れても、本件の事例を考える上においても意味を有していると思われるからである。

当シンポジウムでの対立的論点はいくつかあるが、それに沿いつつ<sup>(45)</sup>本件との関連を論じる事とする。

第一は、個人か共同体かという論点。〈若松氏〉によれば、リベラリズムの人格観は、「人格は目的に先行する」といい、他方共同体主義(サンデル)によれば、「目的が自我を構成する」という。共同体主義からの、リベラリズムは原子論的な個人を前提としているとの批判に、リベラリズムの側から対応した議論が、ドゥオーキンの統合理論である。尤も、この統合理論は「共同体の共同生活が個人のあらゆる側面を統合する」訳ではなく、「共同生活を立法、行政、司法などを通じて行われる政府の公式の政治行為だけに限定し、この側面においてのみ、政府の活動は個人の行為と同一視される」とするものである(〈若松氏〉138頁)。〈若松氏〉は、つまるところ程度問題に還元するが、はたして本件の「実体的な議論」はどうであろうか。ペットを一つの実体的基準と考えれば、何れとも言い難い事となるか。人格はペットに対して選択権を持つのが通常であるし、ペットマンションという共同体を強制される事も、又、通常はなかろうから。

第二は、中立性か共通善か。〈若松氏〉によれば、共同体主義者としてサンデルを取り上げて、そのリベラリズム批判は成功していない、とする。中立性の政治論によれば、「よき生についての特定の見解を政府が執行すること」を排除するのであり、この考えは基本的に支持されるべきものであろう。日本の江戸時代のある時期の如く、今日で言うペット飼育を政府が執行する事は許されない。リベラリズムの言う如く、よき生の評価は「文化の市場」に委ねられるべきものであろう。そしてその市場的決定を、民

主義で支える事が重要である。リベラルな社会での寛容、多元主義、自律性に基づく社会的協働の確保に与みしたい。とは言え、確かに戦略が問われている。

第三は、普遍主義か個別主義か。＜若松氏＞によれば、この対立図式によっても、リベラリズムと共同体主義を区別する事は出来ない、とする。本件において、ペットについての伝統を確定するのは、それ自体一個の問題である。まして、ペットに即しての正義論とは、いかなるものとなるのであろうか。ここで一言で語り得ない。又、その伝統批判の方法とは、等の疑問が直ちに生じて来ざるを得ない。

では、以上みてきたリベラリズムと共同体主義との論争から、何を学ぶのか。そもそもペット問題を、こうした枠組みで論じ得るのかとの前提的問題はあろう。あるマンションを一つの共同体と見立てると言うのも、問われるかも知れない。マンションを、いわゆるアソシエーション(association)ではなく、コミュニティー(community)の一として考える事は許されよう。結論的に筆者(=片桐)は、リベラリズムの立場に与みしたいのだが、その単純な理解によれば、管理組合での決議自体が問われてこよう。そして、ペットに対する「共通善」については、その存否自体が問題だし、例え存したとしても、それを共同体に押しつける事には反対したい。その点では、「文化の市場」に委ねたい訳だが、次なる問題は、そこでの具体的な扱われ方ではなかろうか。どう現実的には扱うべきなのかが、個別マンションとそこでの居住者から問われており、その答を今ここで用意出来なければ、結局問題は最初に戻ってしまう。

それに対しては、現在の法律学の一つの到達点を示す事で、取りあえずの責めを果たしておこうと思う。それは、「議論」論であって、それ自体、本件の問題への答を提示するものではないけれども、その代表的主張者で

ある田中教授による「対話的合理性」基準ないし「コンセンサス原理」、とまとめる事が許されよう。その「基礎的特徴は、基礎的な背景的合意に依拠しつつ公正な手続に従った討議・対話などの実践的議論を通じて形成された理性的な合意を核心的な合理性基準とする考え方」である。<sup>(46)</sup>少なくとも、答を出す方法を提起しているし、その入り口に我々を招き入れてくれよう。

既に今まで1. 2. で具体的な素材の検討を経た後に、3. における各論点の枠組みでも捉えられないかとの試みをして来た訳ではあるが、必ずしも具体的で有益な成果はなかったかも知れない。少なくとも明確で一元的な答は出てこなかった。その事は、有り体に言えば、ケースバイケースとしか言い得ない問題である事を物語っている事となろうか。

本稿を閉じるに当たり、若干のまとめをしておくべきであろう。

あるペットをめぐる訴訟から始めて、最終的には法学の基本問題まで議論を進めてきた。その議論の評価は読者に委ねるしかないけれども、謬論の恐れと共に、やや牽強付会ではなかったかとの感は拭えない。にも拘らず、当初のペット問題を論ずる基本的視点が間違っていたとは考えてはいない。しかし、とりわけ今日の日本のマンションの現実の姿を眼前にしたとき、果たして、と頭を抱えざるを得ない。正義、公正、権利、そして安寧などの目標設定とそれらを主体的に担い得る自立した市民を構想するとき、実際には一勿論、取りあえずとの留保を付しながらも一パターンリズムに依拠せざるを得ないのか、との観念から解き放たれる事はない<sup>(47)</sup>。戦後現行憲法を打ち立ててから45年、マンションが定着し始めてから30数年、未だそれだけしか年月は経過していない、それ故の生活経験の蓄積がなされていないのだから、まだこれからだ、との楽観的でどっしりした構えを



とるのも一つであろう。最終的・結論的には、マンション居住者の日常的営為の中からしか、かかる問題の解決は生み出し得ない事を確認して、本稿を閉じる事としよう。

### 注

(36) Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913. 同書の翻訳として、河上倫逸・M. フーブリヒト共訳『法社会学の基礎理論』（みすず書房、1984年）。又、磯村哲『社会法学の展開と構造』第三編、特にその第二章第二節（日本評論社、昭和50年）。

(37) 加藤新平『法哲学概論』254頁（有斐閣、昭和51年）のまとめに拠った。

(38) 次の点を付言しておこう。第一は、エールリッヒの法規範について。第二には、法規範の一般論について。第一。本文で述べたように、エールリッヒは法規範と「生ける法」とを等置するかのような議論をしているが、この点は次の第二でも述べるように、正確ではなかろう。勿論彼の真意ないしは議論の核心は、法規範の区別にはなかった事は明かではあるが、少なくとも通常理解—「生ける法」とは区別される「法規」をも含めて、全体として法規範と捉えるそれ—とは異なってくる。そうしたエールリッヒの理論を批判するものとして、ケルゼンがいるが、それらにつき、例えば、大橋智之輔・三島淑臣・田中成明編『法哲学綱要』49頁等（青林書院、1990年）参照。

第二。法規範（法秩序）として、通常は三種類が指摘されている。行為規範、裁決規範、組織（構成）規範である（上記『法哲学綱要』60頁以下、前掲注(37)『法哲学概論』376頁）。この三種類の区別と相関の中で、本件の課題も追究されるべきではあるが、ここではハートのルール論に若干言及しておく（H.L.A. Hart, *The concept of law*, 1961. 同書の翻訳として、矢崎光圀監訳『法の概念』（みすず書房、1976年）参照）。ハートによれば、義務（責務）を課す第一次ルールと、権能を付与する第二次ルール（承認＝ほぼ立法権能に相当、変更＝同じく法改正権能、裁決＝同じく司法権能、の三種類）がある。この二つのルールによって、法体系を統一する。本件に即して展開するならば、次のように言えようか。ペット飼育についての何らかの第一次ルールがあり、それが管理組合に帰属しているか否かの識別基準として、承認のルールがある。尤も、第一次ルールが変更のルールによって改廃される事もある。そして裁決のルールが待っており、個人、団体、国家により、裁決される。承認のルールが究極的とされており、正に本件はその究極的「承認」が誰によってどの様になされるのか、換言すれば最高の「承認」とは何かが問題である。ハートはこれらのルールの結合関係を論じるので、前述の法規範の中の行為規範をもって、第一次ルールと全く同視する事は出来ないと思われる（ハートによれば、ルールの

内的側面を見よ、と言う事となろう。)。筆者(=片桐)は行為規範・生ける法の独立主体性を主張したい訳であるが、その要請に必ずしも答えてくれる事にはならないようだ(尤も、こうした筆者(=片桐)の考え方は、存在と当為、事実と規範ないしは規範と価値を混同しているとの、根本的批判を受けるかも知れない)。

(39) 本件の米内山事件は、最大決昭和28年1月16日民集7巻1号12頁、県議会議員除名処分執行停止決定に対する特別抗告事件、棄却。田中裁判官の少数意見は、同民集15頁以下。なお、本文でのまとめは、次のものによった。佐藤幸治『『部分社会』論について』判タ445号2頁(1982年)。

(40) 前注 佐藤論文参照。なお、併せて、より本格的には、佐藤幸治『現代国家と司法権』第二章司法権の範囲ないし限界II「部分社会」と司法権 114頁以下(有斐閣、昭和63年)参照。

(41) 学説としては、田中耕太郎『世界法の理論 第一巻』95, 130, 142, 152・3頁等(岩波書店、昭和7年)、同『法律学概論』22頁(学生社、昭和33年)、末弘厳太郎『法学入門』55, 84, 112頁等(日本評論社、昭和9年)、美濃部達吉『法の本質[法学叢書]』21, 28頁、又「法律行為」につき135頁(復刻版、日本評論社、1948年)。

これらの学説の評価として、加藤新平教授は「法の社会的基盤」として、「国家説」、「部分社会説」、「全体社会説」を挙げ、部分社会説は「法の外延を余りにも拡張すぎる嫌いがある」「論理的には実に透明な仕方で一貫させることができるが、前述の方法論的見地からすると、先ず、やくざ仲間や泥棒団体にも法があるという主張は支持できない。次に、全体社会によって排撃され『違法』とされるこれらの集団は別として、そうでない外の集団や社会関係の場合には、それは全体社会の一構成部分としての地位に立つものであるか、或いはそれ自身も亦一の全体社会(コミュニティ)と見なし得るものであるか、の何れかであって、結局、集团的又は非集团的な各部分社会はそれだけでは法の本来の地盤をなすものではないと思う。」とし、結局は全体社会説を支持する(前掲注(37)『法哲学概論』347, 351頁)。又、佐藤教授は、「一般法理論の問題としてみた場合、『部分社会』論は魅力的な主張ではあるが、実定法の解釈の領域でそれが果たしてどのような意義をもっているのか、あるいはもちうるのか思わず考えこんでしまう。」とする(前掲注(39)判タ5頁)。

(42) 前者は、昭和48年10月1日、法律第105号、後者は、前者4条2項に基づくもので、昭和50年7月16日、総理府告示第28号、である。

(43) 憲法76条1項、裁判所法3条1項、に従い、本件の紛争も司法の支配に服する。「一切の法律上の争訟」に含まれると解さざるを得ないであろう。

(44) このシンポジウムは、1988年9月30日～10月1日にカリフォルニア大学バークレー校で行われたものである。77 California Law Review 475-594(1989)に掲載されている。そして、その紹介と検討がパターンリズム研究会「法・共同体・道徳的推論(一)～(三)・完」國學院法學29巻1～3号(平成3, 4年)においてなされている。

(45) 前注での紹介と検討(國學院法學29巻3号132頁以下[若松良樹]。以下<若松氏>

と記す)による。それによれば「共同体主義は、リベラリズムが同性愛に対する寛容を説く点で『共同体に敵対している』と非難する」が、その理由として主要な三つが挙げられている。第一は「『人格の理解』に関するものであり」、共同体主義者は「『個人か共同体か』かという二者択一を迫」り、「リベラリズムは共同体から遊離した原子論的自我を前提としている」。第二は「『政府の役割』に関するものであり」、「リベラリズムが『中立性の政治』を要求するのに対して、共同体主義者は『共通善の政治』を要求する。」第三は「『哲学の役割』に関するものであり」、共同体主義者の「批判の根底に存するのは、『普遍主義か個別主義か』という対立図式である。

(46) 田中成明『現代法理論』189頁(有斐閣,昭和59年)。

(47) パターナリズムについては、例えば、中村直美「法とパターナリズム」(『法と強制』(法哲学年報1982)37頁)。又、他の論点をも含みつつ、星野英一・田中成明編『法哲学と実定法学の対話』(有斐閣,1989年)における座談会(353頁以下)での樋口(368,376・7,378・9,390,394・5頁)、井上(374・5,377・8,392・3,396頁)、星野(370・1・2頁)各教授の議論には、共鳴する点が多い。

(完 1993年1月稿)