

「マンションでのペット飼育をめぐる・補論」

片桐善衛

- はじめに
- 一．日本での経過（旧稿後の展開）及び判例と学説
- 二．外国法
- 三．幾つかの論点

はじめに

かつて筆者は、この問題を論じたことがある。¹⁾ 本稿はそれに続くものであり、それ以降（一九九三年）の変化・推移を踏まえつつ、改めて本問題を今日の段階で取り上げたい。補論と称する所以である。当時とはかなり様相を異にしており、現在の到達点を明らかにすることにもそれなりの意義がある。一言で言えば、マンションと言う集合住宅内でペットの飼育が定着して来つつある、と言えよう。

以下、まずは旧稿以後の経過を概観することから始め、判例・学説のその後の展開、及び外国法を見て、そこから改めて問題を抽出することを試みたい。

(1) 「マンションでのペット飼育をめぐる」(九州産業大学) 商経論叢三三三巻三号二二九頁、同四号二五頁(一九九三年)。
以下、本稿に対して旧稿と言ふ。

一．日本での経過（旧稿後の展開）及び判例と学説

(1) 旧稿以後、二〇年近くの年月を重ねた。果たしてこの時間の推移の中で、いかなる変化等が生じて来たのだろうか。第一には、それ以降の都市住宅の変化が指摘できる。つまりは、マンションがより一般化してきたのは否定できないであろう。²⁾ 住居と言ふ物的対象が絶対数としても増えると言ふことは、当然にしてそこに居住する人々もまた増えてきたことを意味する。そして第二には、その結果と言つてよいであろうが、多数の多様な居住者が登

場するわけであって、いわば一種の市場原理としてそうした様々な居住者^②その殆どはマンション分譲を受けた上での購入者、消費者として立ち現れてくるが故に、そうした言つところのニーズに応える例も現れてくるのは当然と言えようか。いわゆる「ペットマンション」も、そうした例の一つであろう。

少なくとも旧稿で取り上げた紛争例は、そうした変遷を重ねて今日を迎えた段階から振り返れば、当初の事例と見ざるを得まい。やや大袈裟な表現をすれば、歴史的総括の視点も必要ではなからうか。旧稿の時点では、未だ集合住宅での生活に習熟してはいない段階での例であった、との評価も可能ではなからうか。もしそうした見方が許されるとしたら、当該判例による犬飼育を否定するとの結論は、歴史的に見れば当然と言えよう。何故なら、まずは物的な供給として現れてきたマンションなる集合住宅居住形式が、徐々にではあれハード面からソフト面をも考慮せざるを得ない、一種の過渡期での紛争例と総括することが出来るのではないか、と思われるからである。

但し、マンション居住につき、今日が完全に安定した習熟期に達しているとの判断は、留保すべきであろう。ペトマンションの存在は確認できるものの、それは多様性の一指標に過ぎず、何よりもマンション居住に伴う問題は、この本件で論じようとしているペット問題に限定されることはないからであって、未だ様々な紛争が生じているからである。

しかし、(い)わゆる賃貸マンションなる奇妙な日本語の例も含めるならば、なおさらであるが(マ)ンション供給から見ただけでも、「売り」としてのペットマンションの存在は、社会現象の一つとして、本稿からも無視すべきではなからう。その現実を、そのまま唯々諾々と肯定するには躊躇も覚えはするが、共同した居住形式の一例としては重要であろう。購入者^③消費者としては、そうした選択肢が与えられたわけであって、よりペット飼育に相応しい条件が整ってきたこととなる。加えて、内部的調整の努力をも見ておくべきである。旧稿での紛争以後、ペトを飼育するに必要で相応しい手当てが模索されてきた。ペット飼育者の組織化(ペット委員会等)、細則の整備

(場合によっては規約での明文化)、日常的管理での徹底(糞尿の処理等)、等々の積み重ねである。こうした変化に、ペット、広くは動物や更には生物への対応にも、肯定的な動きが強まってきたことも(生物の多様性を正面から認めようとの態度。因みに民法から言えば、ヒト概念の再考を促している)、上の変化に与った否定できない背景である。

さて、では法律面ではどうであったのか、これが本題である。

(2) まずは、判例をみることから始めよう。

筆者が見る限りでも、最上級審裁判例としては、次の最高裁判決が一例あるだけである。それは、最(一小)判平成一〇年三月二六日である。³⁾ その判決理由は、次のように簡単なものであった。「所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。」とするものであった。

本件事案は、大要次の通り。管理組合(原告)では、元々規約で小鳥及び魚類以外の動物飼育は禁じられており、総会では新たにペットクラブを発足させ、その自主管理の下で、当時飼育中の犬猫一代に限って飼育を認めるとの決議をした。ところがその数年後、ある組合員が犬を飼い始めたので、その者を被告として、規約違反を理由とするその犬の飼育中止(加えて不法行為による損害賠償)を求めて提訴した。一審、二審、そして上記最高裁でも、いずれも原告の請求がほぼ認められた。

その他の下級審裁判例として、主要なものに次の例がある。

犬飼育中の区分所有者(犬飼育者はその一人のみ)に対し、その後新たに管理組合総会で規約を改正し、その使用細則でペット・動物類の飼育を禁止するとし、管理者からの飼育禁止が認められた事例(東京高判平成六年八月四日、高民集四七・二・一四一、判時一五〇九・七一、判夕八五五・三〇一。旧稿で取り上げ

た横浜地判平成三年二月二日の控訴審判決である⁽⁴⁾。

ペット飼育禁止規約に付き、管理組合の原告適格、飼育差止請求、弁護士費用相当額の損害賠償、がいずれも認められた事例（東京地判平成八年七月五日、判時一五八五・四三）。

ペット飼育禁止を定めた規約はそれなりに合理性があり、管理組合からの飼育禁止請求は権利の濫用とはならない、とされた事例（東京地判平成一〇年一月二十九日、判タ九八四・一七七）。

LexisNexis JP による独自収集判例によれば、同様ないし類似の事例として（飼育禁止認容）、次のものがある。いずれも東京地判であり、平成一四年一月一日、平成一五年六月一〇日、平成一九年一月三〇日、平成一九年一〇月九日。

以上の判例を見る限りでは、ペット飼育を容認した例を指摘することが出来ない。飼育者からの確認を求める法的実益がない（飼育者からは争わないことが多い）、逆を言えば飼育容認のマンションでは反対側が飼育の禁止を求めていないから訴訟となつて来ない、と説明できるように思われる。の事例では、飼育禁止を認容した平成一九年までの判例があることが判るが、上で指摘した如く、一概にペット容認と断定できないことを意味しよう。

(3) しかし、学説に現れている次の例を見れば、その多くは飼育容認の流れが顕著であつて、この点では判例と学説が（大勢的傾向としては）対立していると言つても差し支えないであらう。

主要な、旧稿以後に現れてきた学説を挙げてみよう。

まずは、肯定派・容認派と目される吉田眞澄「現代ペット連れ住宅事情」民事法情報九六号二五頁（一九九四年）、同「ペット法研究のススメ」ジュリスト一〇六三号一一六頁（一九九五年）、椿寿夫「ペットと法」ジュリスト一〇八七号二頁（一九九六年）、がある。

ついで、客観的な立場からの検討として、山田卓生等「特集 各国のペット法事情」法律時報七三巻四号四頁

(二〇〇一年)、椿久美子「マンションとペット問題」日本不動産学会誌七五号(2006 Vol.19 No.4) 八四頁(ドイツの状況と賃貸住宅についても検討されている)がある。
又別途には、新たな学会としてのペット法学会が設立されている。⁽⁵⁾

(2) 総務省による「平成二〇年度住宅・土地統計調査」によれば、共同(本稿で言う集合)住宅は(一戸建、長屋建、その他、の中で)、二〇六九万戸で四・七%を占めており、平成一五年度調査に比べて、一〇・五%増となっている。国土交通省による「平成二〇年度マンション総合調査」(平成二二年四月一〇日付け)によれば、「全国のマンションストック戸数」は、平成二二年末現在で約五六二万戸(居住人口約一四〇〇万人)となっており、グラフに出てくる昭和四三年から一貫して右肩上がりの増加を示している。同様に、そのグラフで、新規供給戸数も、増減はあるが、増加の傾向にある(いずれも、推計値)。同マンション総合調査によると、「トラブルの発生状況」では、居住者間のマナー・六三・四%、建物の不具合・三六・八%、費用負担・三三・〇%、となっており、「トラブル(過去一年間)の発生状況」の項を更に見れば、特にトラブルは発生していない・二二・三%である。「居住者間の行為、マナーをめぐるもの」の内容は、生活音・三七・一%、ペット飼育・三四・八%、違法駐車・三一・二%、となっており、依然としてペット飼育は相当高い比率でトラブルの原因となっていることが確認できる。

(3) 公式判例集には登載されていない。直接には、升田純弁護士による紹介を参照した。「判例の広場(四一)」。マンションにおけるペットの飼育」『マンション管理センター通信 一九九八年六月号(N〇・一四七)。第一審判決は東京地判平成八年七月五日判時一五八五・四三、第二審は東京高判平成九年七月三一日(非公刊)。

この事案も検討するものとして、長谷川義仁「マンションにおけるペット飼育に関する管理規約の改正とその問題」『京都学園法学二〇〇五年第一号(四七号) 七二頁がある。

より一般に目にしやすいものとして、篠原みち子「動物の飼育を禁ずる規約の効力」『不動産取引判例百選』第三版(一九六頁(二〇〇八年)に、この最判が論じられている。

また、鎌野邦樹『マンション法案内』（勁草書房 二〇一〇年）特に一八四頁以下、参照。

(4) 奥川貴弥「すでに犬を飼育中の区分所有者がいる場合の動物飼育禁止規約新設の可否」玉田弘毅・米倉喜一郎編『マンションの裁判例』〔第二版〕二五九頁所収（有斐閣 一九九九年）、がある。

(5) その他、目に出来た参考文献（一部）をここで挙げておく。長尾美夏子等『ペットの法律相談（改訂版）』（青林書院 二〇〇〇年）、吉田眞澄『ペットと暮らす』（人文書院 二〇〇一年）、建築士によるものとして、金巻とも子『マンションで犬や猫と上手に暮らす』（新日本出版社 二〇〇七年）、森裕司・奥野卓司編著『ペットと社会』（岩波書店 二〇〇八年）等。

二．外国法

以下、アメリカ法、ドイツ法、オーストリア法の順で、旧稿以後に現れた判例・学説を、重点的に（網羅的にではない。見落としている重要な情報があることを恐れつつ）取り上げ、紹介することとする。

（一）アメリカ法

Powell on Real Property § 54A.05 (2008)

五四章 (Chap.54) 共同の利益を有する共同体（以下、管理組合と訳す）の運営 (Operation) の中で、メンバー、共同住宅、持ち家団体の組織と時間分割 (Time-shares) が論じられる。そこで、05 管理組合の問題点の項で、ペットが取り上げられている。その大要を見よう。

「1」ペット

「a」ペットの許可されたタイプと数から生じる争いと制限の実行可能性

ペット飼育とそれを許すルール、ペットの禁止とその飼育制限に関しては、多くの論争の心配に満ちた管理組合法の幾つかの主題がある。荒れ狂う感情的な言い争いは、この分野で多くの量の訴訟と文献を産み出してきた。

この熱心な利害関係は、殆ど二人のアメリカ人には一匹のペットがいるとの事から、理解できよう。

ペットを含む争いは、一般に二つの広い範疇に入ると分類され得よう。論争の第一分野は、多様なタイプの飼育許容性とペットの数に関する制限を含む。第二分野は、それらの合理性に基づく制約の実行可能性、または管理組合法の宣言 declaration 若しくは補助的な記録 documents の中にある明文である。

「b」ペットの許可されるタイプを規制するルール

許可されないペットのリストの多様さは、殆ど制限が無い。以下のリストは、管理組合、地方自治体、裁判所によってペットの吟味に導く関与の多様性を示している。

・ 大きなペット・太ったペット・噛みつく可愛いペット・みずばらしいペット・歩き回るペット・抑えられないペット・騒々しいペット・エゴティックなペット・疲れ切ったペット・余りにも多数のペット

配慮あふれる草案を通して、全ての起こり得る利害の調整を試みた特筆すべき例がある。コネティカット法曹協会によって提案されたモデルペットルールの一例であり、それは次のように述べている。

「いかなる種類の動物、鳥または爬虫類も、私有財産 property（＝専有部分）で飼育され、増殖され、保持されなくてはならず、共有財産 Common Elements（＝共用部分）に持ち込まれてはならない。但し、次のものを除く。成熟状態で肩の高さ二〇インチ未満で、かつ、大人しい性質の一匹の犬、管理組合との両立に関して理事会若しくは管理者によって認されライセンスが与えられた二匹の猫または他の家禽類。ペットは、何らかの商用目的のため

めに飼育され、増殖され、保持されることは許されない。ニューサンスまたは不合理な妨害または騒音を引き起こし発生させるようなペットは、理事会からの警告と聴聞後三日以内に、専有部分から永久に排除される。あらゆる犬は、中庭で、あるいはパティオやテラスの近くでは、拘束され（とめくつわを嵌め）なければならぬ、但し、通りや理事会によって指定された特別な場所を除く。ペット保持者は、ペットの行為から結果する不平等から、団体 Association（＝管理組合）に書を与えないようにする。目と耳の障害者向けの犬は、その必要性の証明書を有する人には、許可されるだろう。」

「c」権原に基づくペット規制の実行可能性

実行の領域で生じる多くの争いの源は、ルールが宣言または補助的な理事会で修正可能な記録の範囲内か否かをめぐる、核心的な問題に係わる。Hidden Harbor Estates v. Basso 判決（後述参照）で明らかにされた如く、裁判所は、宣言に含まれる規制を、次の場合のみ無効とするだろう。それは、規制が恣意的に適用され、公序に反し、若しくは基本的な憲法上の権利を廃止する場合だけである。それに比し（と違って）Johnson v. Keith 事件では、反ペットルールにつき、そのルールは宣言や規約 by law の規定としての地位を有していないとの理由で破棄（取消）された。この傾向は、一九九四年以後の宣言での裁量的規定に関して、ペット使用規制を取り除く点で、NCCUSL (The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) の指令と矛盾する。NCCUSL は、以前の統一共同体法 uniform community laws には明確性が欠けていたと例証しつつ、次のような見解を出した。ペット規制は、その廃止または改正に絶対多数の賛同を要するような諸規定の一つであると意図されてはいなかったのだ」と。多分、宣言での使用規制は、実施委員会（理事会の下の実行委員会に相当か＝筆者（片桐）注）にその自由裁量で使用規制を展開するのを許してきたような良心的な宣言（申告）者によって、なお起草されたのだろう。しかしながら、実行できなくなることを避けるためには、そうしたルールは、特殊に描かれた（規定され

た) 宣言違反を探し出したり、他の専有部分や他の区分所有者による共用部分の使用と享受に逆の影響を与える対応を規制することを示したりすることに関して、狭く(限定的に)示されなければならなかったらう。

委員会が公布したルールは、成功裏に耐える挑戦に向けて、もう一つの四方面からのテストを受けなければならぬ。

- ・ 規制は、管理組合で述べられている目的のために、誠実な努力のもとで採用されたものでなければならぬ。
- ・ その目的を確保するために採用された方法は、合理的でなければならぬ。
- ・ そのルールは、宣言と管理する行為と調和しなければならない。
- ・ そのルールは、公序と調和しなければならない。

公序と調和できないようなペットルールの一例は、区分所有者に適正手続きなくして採用されたルールである。Hidden Harbour Estate 事件(後述参照)では、フロリダ裁判所は、管理組合を、基本的な適正手続きがメンバーに与えられるべきだった民主的な小社会であると考えた。従って、区分所有者には、委員会が行動する前に、提起されたルール変更と声について意見を聞く権利が与えられるべきであった。

公序に反するであろうルールのもう一つの例は、障碍者のためのペットに対し全面的な禁止を試みる例である。

連邦公正住宅法 Federal Fair Housing Act と類似の州法は、障碍者の多様性に基づく共同体内で広い範囲の動物が許される、と言つことを要請しているらう。

発展しつつかある実行ルールでの争いの他の特筆できる分野は、事後的なペットを一切認めないルールとその元となる祖父(=適用免除)規定である。少なくとも二つの事案で、裁判所は次のように判決した。管理組合は、次のこと無くして、包括的な反ペット禁止を命じることが出来ない。区分所有者から聴聞することもなく、又、ペットを保持できるかどうかに関して誠実に独断的でない方法で拘束を受けない決定をすることもなくして、である。し

かしながら裁判所は、次のことに関しては、非常に制限的なルールと全面的な禁止さえは認ずるかもしれない。それは、潜在的に攻撃的な（影響が大きい）臭い、騒音、健康侵害、清掃、維持のような諸要素に基づくペット飼育に係わつてである。

避及的が祖父規定によるペットルールは又、実行の問題を引き起こす。それと云うのも、少なくとも次のような区分所有者についてである。そうしたルールを回避する目的で、死んだペットを同じ種類、色、名前の新しいペットに繰り返し置き換える者。何人かの実務家は、管理組合が、祖父条項を全く無効にするかまたはケースバイケースの基礎に基づき、特殊な例外を創造するように主張している。

「7」実施（施行）については「a」実施前の手続き「b」実施手続き、「i」利用できる代替（選択）手段は自力救済または法的手続き、と続いた後、次のように述べる。

「ii」ペットの移動

ペット移動のための管理組合権限の適用は、引き続きの挑戦を示す。明らかなきことに、攻撃する動物の存在は、直接の警察力の行使と動物の統括と言う反応を誘導する。しかしながら、最初の噛み付き又は「みすばらしい」動物のケースは、さほど明らかではない。そうした状況では、暴力的な動物を強制的に移動させようとする不幸な管理者の試みは、生命と脚（腕）だけではなく刑法犯でも有り得よう。ある論者は次の指摘をする。地方自治体の権限を用いての実施は、こうした状況下では民事による提訴よりもより迅速でありより効果的であろう、と。幾つかの例では、自治体の裁判所は所有者を収監し、攻撃する動物を没収し、適切な条件でそうした動物を殺傷することが出来る。

同上、実務のガイド五（§P5.01）管理組合の創造 構成員による合意の草案 の中で、関連部分を見ておく。

〔3〕団体（＝管理組合）を管理する手段

〔c〕ルールと規制

共用部分の用法を管理するルールと規制は、区分所有者間と組合のために、口論して実を結ぶ基盤であることが証明された。討論は、実体的ルールがより実行（実効）性を確保するために規約の中に入れられるべきか否かに関し生じるけれども、多くの起草者は、共同の規約としての諸規定といわゆる“建物ルール（使用細則）”とを分けている。その区別は、管理上の理由に基づく。ルールは通常、規約よりも厄介で、共用部分に特定されている。他方で規約は、委員会が統括するような、その他の多くの他の問題に対処している。

〔i〕ペット

大きな犬、異国的な鳥、噛みつく動物、価値ある太鼓腹の豚さえ、共用部分から排除され制限される。「ノアの箱舟」のペットに含まれた。最も厳しい鎖で繋いでおいたり糞をかき集める規制にさえ不満はあることから、委員会と管理者の忍耐力は、もしペットが管理組合内のあらゆる場所で許容されるならば、確実に試験に晒されるだろう。一定の種類またはタイプの動物に対して、絶対的に禁止されるか、管理組合のために厳格責任が生じることとなる（例えば闘犬、有毒な蛇等）か、を決めるには、地方（自治体）の条例への参照も又されるべきだ。

（§64A.01 Pet, Snakes & Turtles trespass in certain cases to be described.）

次いで、判例をみよう。

Hidden Harbor Estates, Inc. v. Basso, 393So. 2d. 637 (1981)

District Court of Appeal of Florida, 4. District

分譲業者（上诉人）が、一（トレーラー式の）移動住宅所有者（被上诉人）に対し、その土地に浅い井戸を掘ったことに対して差止めを求めたが、その合理性の立証がされていないことを理由として、差止めが認められなかった事例。

Villa De Las Palmas Homeowners Assn. v. Paula Terraji, 33Cal. 4th73, 90P. 3d1223; 14Cal. Rptr. 3d67 (2004)
Supreme Court of California

ルールはペット所有者が区分所有を購入したときには、存在していた。そこにはペット禁止とされていたが、そのルールは登録 record されていなかった。（一旦、管理組合は差止め等を求めて提訴しているが、敗訴した。）後になり、管理組合は改正された宣言を採用し登録したが、それにはペットを保持しない制限が付け加えられた。事実（第一）審で、永久の差止めが認められ、控訴審でも、州最高裁でも、認容された。

宣言改正の要件については、先例 Nahrstedt v. Lakeside Village Cond. Assn. (1994) に拠った。その Nahrstedt 判例（＝先例）は、次のような法理である。宣言での約款と制限は、合理的である場合には、実行（＝強制執行）可能な衡平法上の地役権となる。

John G. Dubois, Timothy Peindable v. Assoc. of Apt. Owners, (2005), 453 F. 3d 1175

U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit

但し、US Supreme Court certiorari denied by Dubois v. Assoc. of Apt. Owners, 2007 U. S. LEXIS 2219
Cf. 304F. Supp. 2d 1245, US District Court for the District of Hawaii (July 11, 2003)

区分所有者の元々の請求は、次のものであった。管理組合は、区分所有者の同居人の抑うつのための合理的な適応（便宜）として二人が犬を飼育することを許さなかったのは、連邦住宅法（FHA）違反として、障碍を理由としての彼らに対する差別をしている」と。管理組合は、決して犬を排除して、その便宜を拒絶してはならなかった。

そうした便宜が要求された後で、組合は調査しつつ動物の存在を制限する規約の一時的な例外を許容した。居住者が退出するまで、動物は居室に留まっていた。更に、連邦地裁はルール実施の再審査を適切にも否定した。と言うのは、区分所有者の申立は単に従前に周知の事実を補強したか精神面での証拠を提示しただけであったからだ。結局、組合に不法行為訴訟として維持するとの連邦地裁の略式判決の承認は、請求のそれぞれについて区分所有者が充分な立証をすることに失敗したことに關しては、適切なものであった。彼の証拠（提示）は殆どが重要ではなく（不適切で）、単に確認されていないだけに留まっており、利己的な（虫のよい）言明であった。（最終的には、組合からの不法行為の請求だけが認容されたのではないか、と思われる＝筆者（片桐）注。）

（二）ドイツ法

学説

Pick in Bärmann/Pick/Merle, WEG Komm. 9 Aufl. (2003)

§ 15 (一五条 利用規制) 2. 建物使用細則 (S.426) ㄱ

使用に関する規制、ドア、表札、宣伝（公告）の要請、公告手段（S.427）納税義務、活動的な協働、順番での利用、につき言及し、動物飼育についても次の様に述べる。

(Rn.7) 動物飼育は、典型的な建物使用規制である。区分所有者は、多数決で次のような制限を計画（意図）することができる。例えば、動物の数とその他の制限、例えば、管理組合の外部での自由な走りの禁止、である。約四二平方メートルの大きな個室で四匹の猫を飼うのは、臭いから発生する危険（被害）のために、他の区分所有者の特別所有権空間に対して、違法で有責な（過失ある）作用となり、場合によっては許されることも無く、損害賠償義務を負う（判例）。世話されないままでも部分的に強く補修が要請されるような居住対象である住居の状態の場

合での、狭い住居内における四匹よりも多くの飼育は、十四条（住居所有権者の義務）一号の意味での秩序に合致した使用の水準を超えてしまう。これは、十五条三項の意味での公正な判断に照らして、区分所有者の全体の利益に最早合致しないだろう。そうだから、各区分所有者は、動物（S. 128）特に猫と犬を、外部の施設と建物内で自由に駆け廻らせないように、又、他の区分所有者の住居と庭に入らせないようにして、飼う義務が有る（判例）。動物飼育をめぐる規定を考慮しない場合には、三回にわたる効果のない文書による諫止があれば、動物飼育は管理者によって拒絶されなければならないこともまた、規律され得る（上記、判例）。

持ち家内での闘犬（その例：ブルテリア）飼育は、多数決で禁止され得る（判例）。

多数決による変更もまた、それが合意（管理組合の規則）に含まれているならば、生じてくる（判例）。例えば建物使用細則が管理組合の規則の形式的構成部分であったとしても、その使用細則は動物飼育の点では、決議と言う方法で補充され得る（判例、学説）。

(Rn. 8) 動物飼育の基本的禁止は、特別所有権の制限となつて、管理者によつて公布されるが、区分所有者の集会で多数決で決められた、使用細則の対象とはなりえない（判例、学説）。BGH決定（VZB 5/95⁷、BGHZ129, 329 (1995) = 後述）は、それと相反するわけではない。従つて、多数決でなされた住居内での禁止はまた、犬飼育に結びつき、全ての区分所有者に（そしてその賃借人にも）適用となる。何故なら、そのことは違法でもなく、区分所有権の核心部分を侵害することも無いからである。そうだから、住居内での犬飼育を一般に禁ずることに異議の無い多数決は、全区分所有者を拘束する。しかしながら、そうした禁止の貫徹は、個別的には信義則に従つて許されないこともある。基本法（憲法）三条三項二文（この第二文は一九九四年改正で付け加えられた。何人も、その障碍を理由として、不利益を受けてはならない。）の考慮の下で、民法二四二条（信義誠実の原則に従つた給付）に適合的な利益衡量が個別的には生じ得る事、有効な犬飼育の禁止の貫徹は障碍のある区分所有者に対して継続的

にまたは一定時期には許されない事、それは正しい。一区分所有者に先行した有害さ（不健康）を見ながら、彼の住居内で犬と猫の飼育と滞在を終わらせ将来に亘って禁止するとの多数決議は、特別所有権への許されない侵害ではない。

使用細則は、次の場合に限ってのみ動物飼育を禁止することが出来る。秩序ある使用の水準を超え、他の区分所有者への負担となる場合である（例えば、二部屋と半分の（ $2\frac{1}{2}$ ）部屋の中で四匹の猫とか、しかし、同じ広さの住居内での二匹の猫はそうではないが）。組合規則は、いずれにせよ家畜飼育の一般的禁止を内容とすることができる。（S.429）この場合にはしかし、動物が一般に迷惑をかけるように作用し得るか否か（鳥等）は、区別されなければならない。組合規則が相応しくない規制を含んでいるのなら、その都度個別的に次のことが突き止められるべきだ。動物飼育が十四条一号の割合で他の区分所有者に要求できない負担のため、または秩序ある管理の利益において、禁止されるべきか否か、且つ、その範囲はどうか、が。そうだから蛇並びにネズミ類の飼育は、活きた餌としては当地の社会文化的観念と矛盾する。区分所有者のところに存在し追体験できるような不快さで充分だ。次のような動物飼育の更なる制限も可能である。例えば、犬を共同の通路上で綱で繋いだけで走らせたり、将来の動物の入手につき管理者と管理委員会の事前の同意に依存させたりするような、決議である。

Staudinger BGB (2005) :

十四条 (Heinrich Kreuzer 担当) (S.369) で、家畜飼育について述べる。

(Rn.19)

住居内での家畜飼育は、次の場合には基本的に許容される。それはしかし、飼っているしきりに吠える犬は辛抱されてはならないし、それにそもそも鼠とか蛇の飼育は正当にも許されない（判例）。又、一部屋の居室内で四匹以上も許容されない（判例）。個々の事例での付き合い方が決定的である。

十五条での 多数決 (S.399) においても、言及されている。

(Rn.49)

不適切な動物飼育の禁止はされるが、しかしそれは全面的な禁止ではない。動物の数の制限は、例えば管理者の許可を引き合いに出すこともまた考えられる (判例)。禁止は、飼育動物の種類の如く、例えば觀賞用の魚、一般的に他者への侵害とならない限りは、妥当しない (学説、判例)。危険な動物の差止めもまた可能であって、例えばブルテリア (ブルドッグ) (判例)、闘犬 (判例)、四匹の猫 (ある判例によれば、四二平方メートルの居室内に四匹の猫の例がある) である。網が建物の外面を醜くする場合には、その猫の網の禁止は、秩序に合致した管理として適合的である (判例)。

二十一条 (住居所有権者による管理) (Wolf-Ruediger Bub 担当) (S. 622)

(Rn.131)

全員一致の決議で 多数決によってではなく、設定された建物使用細則によってのみ、区分所有者の合意で、かつ法律上定められている使用および共同使用権は、制限されたり排除されたり出来る。例えば次のように。動物飼育禁止を通した特別所有権に関して、犬の飼育について、それは住居所有権の実体的な内容に元々属しているわけではない、と言つのは圧倒的な数の居室では何ら犬が飼育されてはいないからだ (判例)。

判例

BGHZ 129,329 (Beschl.4.5.1995)

「居室内で一般に動物飼育を禁止する区分所有者の異議の無い多数決は、合意で設定されたとの性質を有し (参照、判例)、全ての区分所有者を拘束する。何故なら、多数決は風紀を乱す訳でもなく、住居所有権の物権的な核

心部分に介入（を侵害）する訳でもないからである。」

（一審 Landsnut 地裁 二審 Landsnut 高裁を経て、上告審へ）
（判決理由より）

I. 原告および被告は、一つの住宅内での区分所有者である。被告は一九九一年にその住居を購入し、それを賃貸した。その賃借人（女性）は、犬を飼っている。

一九七四年八月一日に、区分所有者は建物使用細則を変更し補足する決議をしたが、それは居室内での犬飼育を基本的に（原則として）禁じるものである。使用細則は、一九九二年五月十八日に、被告の居室内での犬飼育を顧慮して、改めてこの決議をした。

原告は次の請求をした。被告は住居内での犬飼育を禁止（差止め）する義務を負う、予備的に賃借人との賃貸借関係を解約告知明渡訴訟を提起するように、と。被告はその住居を賃借人に売ってしまい、管理およびそれに必要な同意を拒んだ。被告は次のことを確定するよう請求した。つまり、犬が絶え間なく大声で吠え共用部分を不潔にすることによって重大な負担を掛けているわけではない限りは、犬飼育は許されると。更に、一九九二年五月十八日の決議は無効である、とも主張した。予備的に、一九七四年八月一日の決議は変更され、一九九二年五月十八日に犬飼育は許されることが同意されたことに、原告は義務付けられている、と主張した。

地裁は一九九四年五月二十七日の決定で、付加された（予備的）請求を棄却して、被告にはその住居内での犬飼育を排除するように配慮する義務があるとした。高裁は被告の一部変更された請求に基づき、原告は決議の変更下で、次のことを義務付けられるとした。犬飼育が、絶え間ない吠え声または共用部分の不潔さによって重大な態様で負荷とならない限りは、住宅内で甘受すること。更に高裁決定は、(S.331) 一九七四年八月一日と一九九二年五月十八日の所有者による決議は無効 (nichtig) だとした。それに対して原告は、即座に異議を申立て上告した。

バイエルン州最高裁判所は、原告による即時の異議申し立てを理由あるものとした。それによれば、一九九二年一月十三日の Kammergericht 決定（判例）によつて、地区裁判所の決定の原状回復に反してあり、それ故に事件は連邦最高裁で審議される、と。

この提訴は、適法である。提訴された裁判所は、異議がなく且つ持続できる所有者による決議を、いわゆる合意で設定された決議として、連邦最高裁判例に照らし、有効な (wirksam) ものとした。その決議は違法でもなく、特別所有権の核心または本質で把握されるものでもなからう、とした。それに対して Kammergericht は、更なる異議に基づいて出された決定で次のような解釈を主張した。つまり、具体的な負担が事前に無いままで犬飼育を禁じるような区分所有者の決議は、異議（取消、否認 Anfechtung）がなくても無効となるだろうと。この相違は、上訴が正当とされる。

即時の更なる異議申し立ては、法律に従つて許容される。それは、又根拠がある。民事部は、先行した下級審の解釈に従つた。

1. 住居内での一般的な犬飼育禁止は、特別所有権と共同所有権の使用に係わつており、区分所有者は原則として合意によつてのみ、それを規制しうる（住居所有権法第十五条一項・同十条（一般原則）一項二文）。そうした合意は事前になされるものではない。多数決に付き、区分所有者は秩序に合致した使用との観点からのみ、する（同十五条二項）。連邦最高裁の確定した判例によれば、住居所有権法二十三条（住居所有権者の集会）四項二文の期間内（一ヶ月内）。但し、二〇〇七年法によつて期間の明示は無くなった¹¹筆者（片桐）注に否認されない区分所有者の決議は、しかし、次の場合にも又区分所有権の特定承継人も一般に且つ正に拘束する。それは、合意それ自体が不可避であつたような場合である。この解釈を民事部は、進んだ理由付けで確認した（一九九四年九月十六日決定、Niedertuhr 説）。この判決から離れられない（確定するだろう）。下級審は、的確にもそこから立論する。

ベルリン高裁も、その上述の決定を、連邦最高裁判例から一部逸れた見解に依拠しはしなかった。民事部が述べたように、共用部分とそれと結びついた特別所有権の取得者は、登記された秩序（規則）だけを信用することは出来ない。取得者は、その規則が維持力を持った決定によって変更されるか否かを、確認しなければならぬ。

2. 争いのない決議が法規定に抵触し、その（決議の）遵守を有効に断念されえないかどうかだけが、従って問題となる（§ 23Abs. 4Satz2WEG）。

a) 確かに各区分所有者は、法律に反し第三者の権利を害しない限りで、特別所有権を意向に沿って処分が出来るにそれを他の方法で利用できる（§ 13Abs. 1WEG = 住居所有権者の権利）。彼は住居所有権法一四条（= 住居所有権者の義務）一号に従って、特別所有権および共用部分を、次のような方法で使用する義務を負う。つまり、用によって、他の住居所有者に秩序ある共同生活において不可避な程度を超えて、損害を与えないように。しかしこの自由は、一般法の枠組みで許されるような同法一五条一項、一〇条一項二文に遵った他の方法での利用規制の下でのみ、存する。且つその利用規制は、切実な制限を保持できるものであり、(S. 333) 犬飼育禁止に比較してより重大なものでもある。民事部判例（特にBGHZ127, 99ff. 参照）によれば、住居所有者の合意により争いが無く維持できる多数決で決議できるので、先例では住居所有者の基本的な利用の自由は、許される方法で制限されるといことが、この判決での結論である。民事部はその際に、所有者の集会での多数決で犬飼育が一般に禁止されるか否かについては判示してはいないで、適切で争いも無く維持できる決議から生じてくる法律関係のみを判断しているだけだ。

b) 当然にして下級審は、住居所有権の物権的な核心部分への侵害（民事部判決 NJW1994, 3231. 参照）もまた否定した。犬飼育の可能性は、住居所有権の利用の実体的な中身に属する訳ではなく、それは住居の圧倒的多数が飼育されていないことから、結局は結論が出されているのではない。それに応じて、確立した通説・判例も

また犬飼育の一般的禁止についての、所有者の合意を許容している（学説。勿論、バイエルン州高裁判決への適切ではない指示を有している）。この解釈は、判例でも貫徹されてきた。

c) 当然にして下級審は、所有者による決議を違法なものとしていない（§138Abs.1BGB = 習俗に反する法律行為は、無効 *nichtig* である）。このことは既に、（S.334）合意の方途で（§15Abs.1, §10Abs.1Satz2WEG）使用制限を犬飼育の一般的禁止の形で設定することは、住居所有者に禁じられてはいない。

下級審がその他の点では適切に述べた如く、住居内での犬飼育によって、通常の場合には他の住居所有者への侵害（共用部分の汚染、騒音の負担）が生じよう。犬飼育の一般的禁止は、恣意的でもなく物理的に完全に根拠付けられていないわけでもなく、特に侵害が決して排除されてはいないのだが。具体的な負荷を顧慮した利用制限は、管理においても大いなる実務上の困難さにぶつかるとし、家屋内での平穩を害するような紛争への原因を与える。民事部もまた従って、一般的な犬飼育禁止は、住居所有者の合意においても合意を生ぜしめた維持できる多数決においても、全ての正当で公正な考慮の作法感情に抵触しないとの解釈をとっている。

賃貸借契約でも又、通説によれば個別の契約上での犬飼育は、完全に排除されうる（学説）。そうした契約上で合意された禁止は、行政法上も問題が無い。上述のまとめでは、次のことは意義あるとは言えない。連邦最高裁判例によれば、狩猟向けの家禽飼育の書面による契約上の排除は、約款法九条一項に則り許容されない（Urt. (= 判決) v.20.Januar.1993）。何故なら、ここではそれは問題ではないからだ。

d) 尤も、そうした禁止の達成が法律関係上信義則の一般原則（§242BGB）の下でなされ、そしてそれ故に個別的な事例では許されないかも知れないとの考察は残る。そうした事例のための（§335）（例えば、盲導犬を利用して盲導犬の所有者に対する禁止の貫徹は考慮されるべきである）根拠とは、しかしながらここではない。

3. 被申立人（被告）の解釈に対して、区裁判所の言明は内容面で確定しており充分だ。申立人（原告）は、被告に、決議に合致した (§ 15 Abs. 3 WEG) 特別所有権と共用部分の使用を請求できる。被告は、賃借人（女性）にもこれに適合した関係となるように配慮しなければならぬ。それに対して賃借人がどのような措置を取るかは、基本的に賃借人に委ねられなければならない、だからと言って指図され得ない。その限りで、権利関係は所有権妨害を理由としての妨害排除の訴えから区別される訳ではない。

被告がいる限り、賃貸借関係では犬飼育禁止を貫徹する立場とはならない（出来ない）だろうし、いずれにせよ提起されている判決手続きにとつては意味が無い。住居所有者相互間での権利と義務が肝要なのだ。請求された住居所有者が賃貸借契約に拘束されていることによって、それは拡大したり縮小したりする。被告の不可能な給付は、問題となりえない。被告は犬飼育禁止を認識しつつ、住居を賃貸した。被告は、賃借人（母）に犬飼育で順応するように、能う限りのことをしなければならぬ。その他全てのことは、執行手続きに委ねられる（判例・学説）。BGHZ 145, 158 (Beschl. 20. 9. 2000)

- a) 特別所有権は合意のみによって根拠付けられるのであって、維持されうるようにされた多数決によってもなされるものではない。住居所有者集会は、それに対し、絶対的な決議能力（権限）を欠く（判例）。
- b) 決議の形によって、住居所有権若しくは合意に遵って住居所有者が決議によって決定してもよいような要件のみが整えられうる。さもなければ合意が必要である。
- c) 住居所有権法二三条四項に則ってなされた決議は、それが通用しない（無効）ungültigと説明された場合にのみ無効であつて、同条同項は住居所有者が一般に決議によって決定してもよいことを前提としている。
- d) 絶対的に決議に適合していないことを無視したままなされた決議は、無効 nichtigである。
- e) 利用 (§ 15 WEG)、管理 (同 § 21)、共用部分の維持補修または修復の規則に係わり、しかしそれは内容に

対して「秩序に合致した」措置であるとの要件での決議は、単に取消し得るだけである。

OLG Frankfurt 20. Zivilsenat, Beschluss vom 13. 09. 2005

(1) 決定に対する Georg Waldemar Krebs に対する Anmerkung 及び Juris Praxisreport Miet- und Wohnungseigentumsrecht 参照)

B. 決定の内容と対象 (途中から)

多くの人の共同生活上で提供される反対への配慮を前にして、負担の考慮は既に充分だ。他の共有者は、又悩まされなかった。又地裁によって瑕疵無くして、物件の環境下では野生の鳥の強烈な個体群があることが、考慮された。万一の侵害にとっては、当該土地の思慮ある平均的な利用者の感情は決定的であるが、妨害を受けている者の主観的感情はそうではない。

裁判所は、一九八九年から一九九二年の間の他の高裁判例を指示し、鳩の数はなお飛行では水準を超えるものと見るべきとの立場であるとは見られていないとする。結局、鳩は獣医学的には面倒を見られており、衛生的には申し分の無い形で飼育されている。と。住民の広い範囲は、この動物に対する不快さを内蔵している、ということから立論し得ていない。汚れは損害と言う形で被告の鳩に起因しないことが又重要であり、同様に被告の鳩は原告の病気の原因となったことも、立証されてはいない。

C. 決定の脈絡 (背景・関連)

OLG Oldenburg は、一九九九年六月一〇日判決により、通常の住居に対し、六〇羽のほぼ留まっている鳩と三五羽の自由に飛び回る伝書鳩を、通常の住居での不動産に対し、許容の上限と考え、その場合、該当する都市の箇所での鳩飼育は、その地方では慣習となっていたとするべきだ、とした。OLG Celle 09.12.1988 判決で、田舎では二〇羽の鳩が毎日一時間二回自由飛行することを、認容した。LG Hamburg は、ただ一〇羽の鳩が、時間中動き

回る」のを認容した。このOLGの広く引用されたなべて古い判例を整理すると、本件OLG Frankfurt判決は、安定した判例の部分であるように見える。

それにも拘らず、結局それは納得させるものではない。§ 1421 WEGは、各区分所有者に次のことを義務付けている。特別所有権並びに共有財産（共用部分）を、「他の住居所有者に」、従って一人の（一）更なる住居所有者だけでなく、秩序ある共同生活上避けられない程度を超えて損害が生じ「ない」ような方法でのみ使用すること。他の共有者は悩まされないとOLGの指示は、従って正当には跡付けられてはいない。一般に、当該物件に屋根裏テラスを持っている更なる共有者がいるかどうかは、公刊されている判決理由から読み取ることが出来ない。鳩の糞とその継続の形につき考慮することなく、類型的な考察方法の基準を不断に、そして単に漠然とはなく適用することが、むしろ提示されていたらう。鳩の汚物は特定の鳩に由来することを証明することに、どのようにして一人の共有者が成功すべきであったのか？もしこれが一つの基準と一般になってもよいのならば、「広範な住民圏」は何ら鳩に嫌悪感を持たないということも、完全に確認されている訳ではない。他の共有者は不可避な水準以上の損害を何ら受けてはいないことが、§ 1421 WEGによって決定的である。隣の関係における野生の鳥の個体数への指示もまた、納得させるものではない。既に野生の鳥と野生の鳩がいる場合には、性質に条件付けられた侵害がなお付加的な鳩飼育によって強まってもよいと言ふ事は、より説得的に議論されるべきだ。裁判所が被告の鳩の獣医による監視を指示する場合もまた、有益であるとも見えない。何処にそれらの鳩を飛ばし、何処が居場所であり、いかなる病原体を迎え入れるのか、等の危険がある。

提供されている類型的考察方法によれば、次のことから立論するのは自然であったらう。つまり、自由に飛び回る鳩はそれ自体病気の病原体を運ぶのに適切であって、そのためにFrankfurt am Mainのような都市ではむしろ妨害と見られており、鳩との親密さの例外を為すこの反感は広範に広がっており、その結果、被告の鳩が彼のテラ

スをも飛び回り、鳩は最後には何を食べるのか、どのようにして頭を垂れて選別しているのか、単に固形状で豆の形か又は液状になっているのか否か、と言つことが結果的に原告には要求（期待）されえない。OLG Hamburg (NJW 1988, 2052) が、かつて庭のこびと（一寸法師）に対して共同所有のために許される造形手段として別れを告げた（排除を認めた？）と同様に、大都市空間での鳩飼育もまた、その地方で慣習になっていて広範な人口圏によって受け入れられているとは最早みられない、と言つことが今日ではあるだろう。

D. 実務での作用

実務にとつて、州内では判例の変更は全く無い。都市を形成している領域と大都市にとつて、その意味はいつそう狭くなっているだろう。何故なら、そこでの鳩飼育は余りにもしばしば出会つたわけではなからうから。従来判例は無批判に大都市の場所に適用されたわけではなく、過度に個々の事例に当てはめたものとして、以前は類型的に議論されている、そのことにもしかすると留意しなければならないだろう。

(3) オーストリア法

学説

Alexandra Mair, Die Zuordnung von Sachteilen beim Wohnungseigentum. 2001

6. 住居所有権の管理 6. 2. 2. 住居所有権者の変更権 6. 2. 2. 2. 保護に値する利益の侵害 6. 2. 2. 1. 建築上の変更 との記述の後で、6. 2. 2. 2. 法的変更につき、次のように述べる。

(S.182) 殆ど共有者と住居所有権者の対象内部での対応が係わってくる諸規定は、(S.183) 大抵夫々の建物使用細則となっている。その細則は、次の目的を持っている。秩序ある共同生活で不可避な水準を超えて、誰も他の共有者に損害を生ぜしめないように。

例…次のような動物飼育の禁止である。猛獣、爬虫類（浴槽の中での鱷のような）、鶏、鴨（アヒル）、多数の動物飼育、動物の養殖。

一般的な動物飼育禁止は、ドイツではしかしし契約上の合意によって達成されうる。オーストリアでは、その種の契約での規定は、何ら法律上の基礎を持たないから、考慮されない。一般的な動物飼育禁止は、個々の居住者への広範囲に及ぶ束縛と見られている。

完全な音楽演奏の禁止も、スイス法では考慮されない。

しかし、時間による（例…八時以前と二〇時以後の禁止）、または特定の楽器に制限された（例…テューバ、打楽器の禁止）規制は、正当に思える。略

(S.184) 音楽演奏と動物飼育に関する規定は、建物使用細則への影響を顧慮しないで、利用規制の対象でも有りうる。

所有権に反するような制限（訪問者の受け入れの一般的禁止のような）は、許されないものと見られなければならない。

Christian Prader, WEG 2002² (2006)

7. Abschnitt 不動産の管理 (S.420) の章で、二八条（＝通常の管理）一項八号への注では、次の言及がなされている。

12)

動物飼育もまた、建物使用細則の対象でありうる。狩猟用の動物飼育の一般的排除は、住居所有権の領域では許されない（否認並びに廃棄／変更に至るまでは有効ではあるが）ものの、一定の動物に制限することは、それに対して許される（例えば、鱷のような危険な動物を飼うことの禁止）。闘犬飼育の中断もまた正当であり、決して過度

の侵害を意味しない。全てのこれらの指示に対しては、非訟事件裁判官の依頼の可能性がしばしばあるうけれども、それについてはOGH（オーストリア最高裁）判例も参照。建物使用細則や組合規則に組み入れる問題は、明示的にしばしばそうされるが、しかしどのみち、侵害の同時存在を除いて個人の訴権は否定される（OGH25. 11. 20 03., ...）。

判例

OGH 25. 11. 2003. 5 Ob261/03y

「判決理由」：

紛争の場合は、当該夫婦は手続き上参加してはいないのだが、E Z不動産の共有者及び住居所有権者である隣人であり、その土地にはL通108b、同c、同dに所在している二つの建物がある。現下の住宅は、全てL通108dの建物に有る。彼らは、不動産の一一四三分の三七九を超える持分を共同で持っている。

第二被告は彼の住居top18を、二〇〇一年の夏に第一被告に賃貸した。第一被告は、その住居内でシェアードの雑種を飼っている。

二〇〇一年二月六日に提起された訴えでは、原告達は次の請求をした。つまり、被告は二人とも合手的に（共同して）有責であると認識すべきであり、L通108dの多家族向け住宅での住居top18内で、Hにおいて家禽を飼育するのは禁止されるべきだ、と。二〇〇二年四月八日の口頭弁論で、原告はなお次の予備的請求をした。つまり、二人の被告は合手的に有責であって、当該多家族向け住宅内での家禽飼育は禁止される、と。

原告達はその請求で、何よりも被告の建物規則（使用細則が。むしろオーストリアでは規約に相当？）違反（抵触）のみを根拠とした。元々の建物規則は確かに動物飼育を許してはいたのだが、それは飼育者は騒音を出さず清

潔に配慮する限りでのものであり、且つ他の居住者に何らの負担を課さない限りでもあった。ところがこれは二〇〇〇年二月四日L通1080Pでの建物所有者の集会で全員一致で変更されて、動物飼育は最早許されないが、B夫婦のためにはその例外となる。その例外とは、既に十二歳の老いた猫はそれが死ぬまで飼うことは差し支えない、と。この規制には、L通1080Pの建物所有者の団体が権限を持っていよう。この所有者団体は、不動産全部に対しての全ての共有者の住居所有者組合と並んで、空間的に制約された権限と共に有る。それは建物規則から出てくるわけで、各建物には固有の理事長がいることが前もって考慮されており、規則でも双方の所有者団体が話題となる。決議は、次のことが出来よう。更なる訴答書面が詳論する如く、住居内で飼われているカナリアは重要(問題)ではないが、しかし「犬の場合には、個々の住居所有者とその賃借人を拘束するだろう。犬は、いつも重ねて階段と建物の前を駆け回って、しばしば吠え、糞と不快なおいを供し、それによって居住者に負担をかける。」被告は、原告の請求の棄却(却下)を求めた。被告は、(なお有効な)建物規則は動物飼育を許しており、その一般的禁止はその規則の対象とはなり得ないことを抛り所とした。直接係わる人による負担の除去のみが、考えられるだろう。第一被告は、犬が共同居住者の負担となっている関係を争った。原告には、それに加えて能動的当事者能力が欠けていた。と言うのは、対象となっている事件では、訴訟当事者としては全部の所有者団体のみが登場(行動)出来るはずだから。第二被告は、これまた同様に(それに反して)、当事者の申立てによって建物規則を変えるL通1080Pの所有者団体の決議の審査を、非訟事件の裁判官を通して、留保した。二〇〇〇年十二月四日の集会上、第二被告は全く参加しなかった。彼は、動物飼育禁止にも決して賛成してはいないだろう。何故なら、当時自ら動物の飼育者であったはずだから。

第一審は、原告の主意的並びに予備的請求を棄却した。その際には、次のような確定から出発した。

二〇〇〇年十二月四日に、L通1080Pの住居所有者は、所有者団体(管理組合)会議(総会)を開いた。この

建物の全ての住居所有権者が出席するか委任した。彼らは多数決議をして、その中で建物規則を変更し、今後多家族住宅「通108D」では動物を飼育することは許されない、と決定した。但し、BrunoとNoburgabのために、十二歳の老いた猫が生きている限りで、飼ってもよいとの例外を設けた。

第一被告は、続いて（その後）彼の住居を第二被告に賃貸した。その賃貸借契約では、第二被告は一匹の犬を飼ってもよい、と合意された。

第一被告の犬は、七歳の黒い長い毛むくじらの獵犬である。その犬の対応は、静かで気が利くものである。見知らぬ人が近づくと、全く短く吠えるだけでなら攻撃的兆候を示しはしない。その犬には、妨害を受けた場合の全身状態を示す何らの根拠も無い。その犬は、よく躡けられている。・特に獣皮は非常によく手入れされている。獣医の所見から見ても、他の住民に対し何らの許されない負担は無い。

判決文の中で、第一審は、次のことを指摘していた。特に家禽飼育問題については何が判明されるかに付き、建物規則と団体の秩序（規則）の間は、厳格に区別されるべきだろう。マンションでの家禽飼育禁止は、*Im Abs. 1 WEG 1975*（一九七五年住居所有権法一条＝規律の対象）によって保証された住居所有権者の排他的な利用権を顧慮するなら、それは根本的な制限となろう。家禽飼育は、全員一致で決議した団体規則においてのみ、拒絶され得よう。確かに夫々の家禽飼育は共有者に許されない負担とならないように柵で囲い込むように義務付けられているし、しかも第一被告の犬からは許されない負担が何ら出てきはしなかった。それはそうと、建物規則の変更ないし団体規則は、不動産全部の住居所有権者団体（管理組合）によってのみ決議され得たはずだ。

この判決は、第一被告については既判力を拡大している。第二被告に係わる限りでは、次のようになる。（しかしながら）第二審によって原告の請求の許容は破棄され、新たな審理と決定の範囲内で第一審に差し戻された。それについては、次のような検討が続いた。・

動物飼育が団体規則（不動産全体）か建物規則（当該建物のみ）の対象が否かについては、異なる理解がある。Meinhart に拠れば動物飼育の問題は団体規則に入れているが Faistenberger/Barta/Call ではそれに対して建物規則に入れている。Spruzina (in Schwimann², Rz24zu §14WEG1975) は、識別している。：マンション内での家畜飼育の一般的許容性につき、その禁止は §14Abs1WEG1975 に従っての排他的な利用権の根本的制限となるだろうから、団体規則の件となろう。家禽飼育の拒絶は、全員一致の結果でなければならず (§828ABGB = 民法八二八条、共同所有での持分権者の団体的権利)、処分であって決議によるものではない。Prader 説によれば動物飼育もまた、建物規則の対象であり得る。：狩猟用の動物飼育の一般的な排除は、住居所有権の分野ではしかし許されないだろう。それは、取消並びに破棄/変更に至るまでは有効ではあるけれども。

それと共に、L 通 108d の所有者団体によって二〇〇〇年十一月四日に多数決で決められた動物飼育の一般的禁止を伴う建物規則の変更は、有効であることを要するか否かが、審査される必要があるろう。

§28Abs1WEG2002 (二〇〇二年改正法) 並びに §14WEG1975 の全体の理解（解釈）及び全ての他の管理に係わる WEG (1975, 2002) の諸規定は、管理の対象は不動産である点で、共通していよう。この不動産概念は、全部で登記の対象となる物の範囲では全体的には従物と解されよう。そうだから、次のように言うことが出来よう。空間的に区分され利益状況の点ではお互いに別々の家屋に住んでいる住居所有権者は、一つの管理共同体を形成している、と（学説）。一つの不動産上に多くの建物がある場合には、所有権者からのみ一つの建物の帰属（配置）されるマンションとなるような管理団体の設置を認めることに対しては、しかし何ら語ってはいないだろう。これに関しては、しかし、全ての住居所有権者の賛成決議が必要となろう（判例が言う意味での団体規則）。この建物に係わる管理権限（管轄）は、それに関連した建物のための建物規則 (§28Abs1Z7WEG2002; §14Abs1Z6WEG1975) の公布並びに変更をも含むだろう。特にその下では、家屋共用部分の利用規制は居住者によつ

て、そして、居住者に単独の利用を委ねた家屋の部分（それによって、他の居住者は侵害を受けることとなる）での振る舞いそれ自体によって、理解される（判例）のだから。

間も無く（それに従って）第一審は、原告の陳述（主張）に取り組まなければならなかつたろう。不動産全体のための住居所有権者団体と並んで、なお又、二〇〇〇年十二月四日に建物規則の争いある変更を法的に有効に決議した家屋工と のために、空間的に制限された権限（管轄）を伴った所有者団体も、あるはずだろう（全体の管理組合と当該建物だけの管理組合の二つを指摘している＝筆者（片桐）注）。元々の共有者全員で署名された建物規則では、家屋、 のための所有者団体の形成は、独自の（自主的な）管理権能を伴うように意図されていると言ふことが証明される（判明する）べきであつたとすれば、二〇〇〇年十二月四日でのそれ以降は最早動物を飼育してはならないとの決議での変更は、その破棄および変更までは、法的に有効だろう。確定（確認）の瑕疵の除去のためには、その手続きが補完されなければならないだろう。

控訴審判決は、判決対象の価値は4000€を超え、最高裁への非常上訴 *Rechts* が許されるだろうとの言明を含んでいる。後者について言えば、一戸の所有住居内で狩猟用の動物飼育の禁止は、建物規則の対象であるのか、あるいは団体の規則であるのかどうかとの問題については、最高裁判決は無いということで、根拠付けられよう。更に最高裁の裁判は、次の問題に対して間違つた。不動産全体に係わつて、一致して確定し、全住居所有権者によって署名された建物規則では（の中には）、個々の建物その他の管理のための所有者団体に、建物規則（全体の不動産に係わりつつ）を変更する権限を伴つて作られることが、許されるか否か、についてである。

控訴審の棄却決定に対して、第二被告は不当な判決であるとして、期間内に上告（正しくは非常上訴）した。その請求は、取り消された決定を破棄し、控訴審に新たな（解明される如し…第一審判決の確認）判決を委ねるべきと。

原告は、非常上訴の答弁で、控訴審判決の確認を求めた。

「判決」

非常上訴は許され、§ 519Abs2letzter Satz (最終文) ZPO (民事訴訟法) の意味での、一審判決に基づく直ちの原状回復もまた正当とすることができるとされた。

上訴人は、多くの理由で控訴審判決を不当なものとする。まず第一に、固有の、多数の家屋からなる不動産の住居所有権者を包括する管理統一体の形成にとつて、法的前提(要件)を欠いているだろう。例えそうした管理統一体が、一つの不動産の全共有者の一致した決議によって収められ得るとしても、そうした決議の瑕疵ある提起(議案)に應ずることはなからう。しかしながら、決して家禽飼育の一般的禁止は、そうした管理統一体の権限内となることはなかつたろう。そうした禁止は、一般に、不動産の全ての共有者及び住居所有権者の一団体の権限内の一全員一致のみ、決議できよう。更に原告には、積極的な当事者(事件) 適格がないだろう。原告はその請求を、§ 364ABGB (= 所有権自体の制約)・従つて第一被告の犬による許容できない侵害の除去を求める権利に基づかないで、建物規則の違反を根拠とした。建物規則の実施は、しかし、所有者団体か又は管理者にのみ帰属するだろう。結局、建物規則の変更途上での許されない方法で家禽飼育の一般的禁止を言明するような決議が、何故その変更や廃棄まで法的に有効であるべきかは、明白ではなからう。

それに対して原告は、その非常上訴の答弁で次の法的立場を主張した。家禽飼育(その一般的禁止も)は、夙に建物規則の、それと共に通常の管理の事件である、と。団体規則の対象は、§ 26Abs1WEG2002により、それは§ 56Abs13WEG2002における経過規定に依りて対象となる事例にもまた適用されるが、内部的には所有者団体に依りて意思形成で、特定の機能の設定のテーマだけになり得よう。↑通108dの住居所有権者だけを包括する特別な管理体の形成は、同様に§ 26Abs1WEG2002 (= 非訟事件手続きでの決定)によつて、いずれにせよ§ 829ABGB

(「持分に基づく持分権」) によって満たされよう。

それに対し、次のことが検討されよう。・・

既に控訴審では、第一審の訴え棄却判決に対して、原告は次のことをはっきりさせていた。原告は、第一被告の犬による悪臭の負担をまずは差止め請求の根拠とするのではなく、二〇〇〇年十二月四日に決議された建物規則の変更を根拠としたのであり、それに従って「通108D」の建物では最早家畜は飼うことが許されないのだ」と。事実上第二被告の違反行為は、原告の意見とは反対に、家畜飼育の法的に有効な禁止に従えば、なお検証に値する唯一の法的根拠である。手続きの結果によれば、犬の飼育それ自体は、所有権上の排除請求のための攻撃(侵害)点を何ら提供しないということから、立論されるべきだ。悪臭の負担は確定されることは出来ないだろう。・・原告自身は、最早明らかにおろそかにする可能性がある騒音の負担に、立ち返ることはない。それによって、一般的な家畜飼育の禁止が、住居所有権者の多数の意思に従って設定された建物規則のテーマに一般になり得るか否かについての問題が提起され(そのことは、少なくとも建物規則の通例の内容とは合致してはいなかったし、それを立法者は§ 14Abs1Z6WEG1975並びに§ 28Abs1Z7WEG2002での規制に際し、周知のこととして前提とした如く)、また、形式的且つ内容的に所有者団体の疑わしい決議、または多数の家屋からなる一つの不動産の住宅の所有者だけが、その(当該建物規則)の破棄並びに変更までは法的に有効であるか否か、更には誰が建物規則の貫徹に固執できるのか、及びこれに対しいかなる手段を自由に使えるのか、という問題が提起される。

マンションでの家畜飼育禁止に際しては、これに反して通常の管理の枠組みで住居所有権者の多数決で決議されるか変更されることができるとの、建物規則の件が問題であって、また、建物規則の保持に向けた法的に訴え得る請求が存在するとの、原告の法的見解が当たっているとすれば、その場合には、住居所有権者団体(今は所有者団体)の当事者適格(訴えの正当性)を、その団体のみに与えることだけに、一貫性がある。と言っるのは、団体の

法人格は、管理の件で（§ 13c AbslWEG1975 = 住居所有者団体、並びに § 18 AbslWEG2002 = 所有者団体の権利能力と代理）この範囲でもまたその排他的な事物管轄を条件とするからである（参照：判例・学説）。個々の住居所有者の訴えは、ここでの如く、従って撥ね付けられるだろう。事実上は、建物規則の規定の直接強制は、決して予定されてはいない。建物規則の違反は、ただ間接的に規制されているだけで、とりわけ住居所有権の分野では § 22WEG1975（= 共有者の排除）並びに § 36WEG2002（同前）による排除の訴えの可能性、及び給付と差止めへの訴えの可能性があるが、それらは所有者に § 364, § 523ABGB（= 五二三条：地役権を顧慮した訴権）によって帰属すると同様である（参照：判例・学説）。原告による物的な差止訴訟を伴った建物規則違反は、それ故に侵害の拒絶とかわかって彼らの所有者の権限において、具体的に言えば § 364Abs2ABGB による差止請求の論拠にとって、注目に値したであろう。そうした請求の根拠のためには、しかし、次のような根本的構成要件が欠けている。第一被告の犬から発して、その土地での普通の水準を超えた臭い・鳴き声・汚物（糞）の負担による、原告の利用権限の本質的な侵害と言つ要件である。それとは別に、原告による § 364Abs2ABGB に従った動物飼育の差止は、全く貫徹されなかったであろう。何故なら、責めを負わせるような障害の阻止のための手段の選択は、被告に与えられたままであるからだ。

こうした理由から、既に事態は、第一審判決の原状回復の意味で、判断するに熟していると証明される。…その他なおまだ（特に、上告許可の請求の根拠において）提起されている法律問題は、最早取り上げられない。訴訟費用の決定は、§ 41, § 50Abs1ZPO による。

三、幾つかの論点

(1) 外国法小括

アメリカ法、ドイツ法、オーストリア法、の三つ(の一端だけ)を拙い訳を通して見た。そこから、いかなるこ
とが指摘できるだろうか。第一に言えることは、共通したペット問題の存在である。動物との係わりの一例を挙げ
れば、ホテルやレストラン内への帯同が「外国では」認められているが、日本では駄目、との指摘である。歴史や
文化の違いが問われたりもする。しかし、上で見た限りでは、(マンション、集合住宅、との限定はあるもの)
ほぼ同様・類似のペット飼育問題があることが、確認できた。第二には、法的対応である。充分な対比やまとめを
した総括が出来ていないままであるが、規約が使用細則か、その手続きと規制内容、複数の建物全体の管理組合か
当該個別建物のそれか、当事者適格、等についての議論の紹介程度は提供できた。第三には、訴訟の現実的な実態
面での把握とその後についてまで、能力は及ばなかったものの、例えば、アメリカでのコネティカット法曹協会に
よって提案されたモデルペットルールの例は、実務の立場からも参考に値しよう。

(2) 規約及び使用細則論

ペット飼育に対して何らかの拘束力を付与するためには、規約及び(または)使用細則での明文化が必要不可欠
なのであろうか。当該明文規定が要件とならない限りは、ペット飼育に対して何の法的対応も出来ないものであろう
か。上の二つの存否、及びその規制と飼育の時間的前後関係、の問題がある。

規約について、⁶⁾「マンション標準管理規約(単棟型)」をみれば、その一八条では使用細則を指示するのみで、ペッ

ト飼育の明文化はされていないが、コメントの部分で具体的に明示されている（その内容は後述）。

さて、ペット飼育については、全面禁止から全面容認まで、考えられる。まず全面禁止を規約でつたう例であるが、小動物の類まで飼育を禁止すると、その実効性への管理実務上の疑問のみならず、法理論上も問題があることを確認しておく必要がある。と言つのも、専有部分¹¹居室の内部空間においては、その用法を原則として制限できないしすきでもないからである。それは専有部分の特質からだけではなく、更には憲法上の人権侵害になる虞があることから、根拠付けられよう。この間の経緯は、大勢から言えば全面禁止から部分容認へ変えざるを得なかった、と言えるのではなからうか。

他方では全面容認がある。と言つても、自ずとその限界はある。何よりも専有部分の物理的範囲は有限であるし、ペットマンションにおいても、ペットの範疇内との制限はあることは認めざるを得まい。したがって、文言通りの全面的な「動物」飼育容認の例は、無いと言つてもよいのではなからうか。現状では、ペット容認の例はあるけれども。そこでは、規約で一般的なペット飼育を容認しつつ、より詳細に使用細則での定めを置くこととならう。争う余地があるとすれば、ペットの範疇をめぐる問題が残るにせよ。

しかし、紛争の多くはこの中間で発生していると思われる。

改めて整理しよう。ペット飼育について、そもそも規約及び使用細則に何らの規定も無い場合とある場合がある。まず、一切無い場合についてはどうか。何らの法的拘束力が発生しないのである。そのような場合であったとしても、まずは一般法理が考えられる（不法行為や近隣妨害等）。区分所有法上のものとしては、「共同の利益に反する行為」（区分六条一項）規定を具えており、それに該当するか否かの基準が働こう。しかし、この要件を充たすのは容易くは無い。少なくとも、規約や使用細則に違反している場合に比して、より厳格に解されざるを得まい。何故なら、規定としての「共同の利益」は、必ずしも自明の概念（要件事実）ではないし、その効果も条文で用意

されているように（区分五七条以下の義務違反者に対する措置）権利関係の根幹に及ぶものであるからである。例示するにも躊躇するが、例えば大型の鱈やライオンのような動物をペットと称して専有部分で飼育し外へ散歩にも連れて行くような、他の区分所有者に多大な被害・損害をもたらす危険が大であるような例がある（その危険が潜在的なものに留まるか顕在的に発生したことまで要するかについては、共同の利益に反する『その行為をするおそれ』までを含む。区分五七条一項）。

次いで、規約の規定がある場合はそれによる。しかしここでも、規約本文には詳細な規定を設けないことが多いであろうから、抽象的規定の場合には争われることもあるであろう。例えば、動物一般の飼育禁止等の規定が考えられようか。マンション標準管理規約によれば、『別に使用細則を定めるものとする。』（一八条）と規定されており、『定めることができる』との任意規定とはされていないこと（その意味は、使用細則を定めるか否かにつき当該管理組合の自主的判断に委ねるとの趣旨ではない）に注目しなければならない。そしてその一八条関係のコメントを参照すれば、『動物の飼育』等の事項は、『専有部分の使用に関するものは、その基本的な事項は規約で定めるべき』と明言し（一）、『犬、猫等のペット飼育に関しては、それを認める、認めない等の規定は規約で定めるべき』と明言している（一）。更には、ペット飼育禁止と容認の規約例も、挙げられている（一）。そもそも、この標準管理規約及びコメントそれ自体に法的拘束力は無いにせよ、一見すれば奇妙ともいえるこの標準管理規約とコメントの関係は、どう解すべきか。単純な答えは、全てのマンションで（ここでは）ペット飼育が問題となるわけではない、と言つものであるろうか。ペット飼育に対して、禁止であれ容認であれ、規約に明記するか否かの対応は管理組合に委ねられていると読めなくもないであろう（例え、上のコメントで『べき』とされているも）。このコメントに従う限り、兎も角も、ペット飼育については、規約で定める『べき』と言つことになる。そして、一八条が規定する如く、使用細則も備える。これが、上の二つを合体・調整した、望ましい規定の仕方となる。

では、標準管理規約での一八条の規定はあるものの、ペット飼育についての明文を規約本体に記載しないまま、使用細則との文言の規定だけがある場合はどうか。最も法的拘束力が弱い、と言わざるを得まい。規約（違反）の援用は、原則として許されないのである。尤も、ここでも加害行為と被害との相関関係で把握するとの立場（受忍限度論も含めて）からいえば、重大な使用細則違反に対して、厳しいサンクションを与えるとの判断がされる場合もあることは、否定できない。義務違反に対しては、標準管理規約第六六条が用意されているし、理事長の勧告及び指示等についても六七条で対応できるとされてはいるが、単なる使用細則だけに違反した場合（それも軽微に止まった場合）にまで、直ちに区分所有法五七条から六〇条までの措置を全てとり得るとする立場には、消極的である。²⁷

では、当初は何らの規定が無いまま後になって（恐らくは問題が生じたので）新たに改正手続きをとって、飼育禁止ないし制限の規定を設けた場合はどうか。判例に現れた規約改正の事例を見る限りでは、既に飼育している者に「特別の影響」は与えないとされて、当該飼育者の承諾は不要、とされてはいる（上述の東京高判平成六・八・四、参照）。しかしこれを根拠に、判例による準則とすることには、疑問が残る。上の判決例は限定的で、個別的判断と解すべきではなからうか。事案によっては、飼育者に「特別の影響」となり、その者の承諾を要件とすべきとする余地は残されるべきではないか。ペット容認の社会的変化とその要求を持った居住者の増大は、そうした立場を後押しするであろう。

更に付言すれば、この様な事後的な手続きが規約ではなく使用細則だけであった場合はどうか、との問題が無くはない。使用細則の設定・改正手続き、その変更、そして効力、違反に対する措置等の問題を含んでいる。

(3) 私人の利益(権利)と団体の利益

憲法上の保護として、財産権の不可侵(憲二九条一項)や幸福追求権(同十三条)があるが、他方では公共の福祉の制限が課せられる(同十三条、二九条二項)。

果たして、区分所有法上の「共同の利益」は、こうした憲法上の規定といかなる関係に立っているのだろうか。

ここで詳論する能力を欠くが(具体的な局面毎の検討が必要となる)から、憲法上の公共の福祉が実体法(民事特別法)で具現化された一概念、と解することはできないであろうか。

規約・使用細則でも、まずはその解釈と適用で争われるが、それに基づいて主張を憲法で裏づけ構成することは、勿論可能である。

また、私人からの請求と団体からのそれは、相互互換(移行)関係には立たないのか。通常は、ペット飼育を認めさせたい私人が幸福追求権等を主張するのに対して、団体が規制のために共同の利益等を援用する関係であろう。しかし当該団体側からも、例えば専有部分に止まらない侵害行為(汚物や鳴声等)に対して、自らの幸福追求権と構成することは可能である(実際に争うか否かは別にして、少なくとも論理的には)。不法行為による損害賠償についても、同様の議論は可能であるように思われる(飼育者側からの、団体による規制によって生じるペット廃棄による損害やその精神的損害を理由とした慰謝料は、充分考えられる)。差止であっても、同様ではなからうか(ここでも通常は、飼育の差止で争われようが、規制をしないよう求める不作為の差止請求もありうる)。

(4) 重層的規範論

憲法・民法・区分所有法なる法律があつて(第一規範と呼ぼう)、規約・細則等が続ぎ(第二規範)、更にはルー ルや道徳・エチケットと称される広い意味での規範(第三規範)のレベルがあり、それらの規範群が指摘できよう。

第二規範の規約・細則等は、マンション内での自治（自主）法規と呼ぶことが出来よう。現在の筆者には、これらの構造や相互の関係全般を論じる力量がないので、取敢えずはいわば平面的に、上のような関係を重層的規範（群）と称しておく。

ここでの問題は、ペット飼育をめぐる実質的な法的拘束力である。あくまで一般論ではあるが、法律（第一規範）が最も拘束力に優れ（拘束力が強く）、後ろに行くにしたがって弱くなっていくと言えよう。ここでの前提としては、私法の枠組みであるが、この第一規範から第三規範までが、相互にいわば“入れ子”状態となって、当該法律関係を成立させている、とみることができよう。

（5）法的拘束力の実効性

上の判例の如く、ペット飼育の差止請求がなされその認容判決が出されたならば、飼育者に対して不作為義務の強制執行として、間接強制（民執一七二条一項）が可能となる⁸⁾。

尤も、何らかの請求（の認容）とそれを受けた上での具体的な実効性を伴う措置として、いかなるものがあるかは、一律には決し得ないであろう。上の第一規範に基づけば、法定の手続きに従うことは勿論であるものの、第二規範では、更に第三規範ではどうなるかは、自明のものではない。そもそも第二規範では、ペット規制の有無それ自体が問われてくるし、例えば具体的規定（取決め）があつたとしても、それをそのまま裁判所が認容する保証は無いと言わざるを得ない。それは更に第三規範となると、より不鮮明となろう。そもそも市民の常識に基づくと思われるルール等に、直ちに法的拘束力を認めることには、躊躇さえ生じる場合がある。最もソフトの領域に属すると思われるこの第三規範での取り扱い、少なくとも第一規範としての法の位置はとりえず、後景に退かざるを得ないのでなかろうか。管理組合（団体）そして住民の自治能力が試される場面である。

逆に第一規範に基づくことができる場合には、より拘束力の強い措置、集会決議を経た上での専有部分の使用禁止（区分五八条）や区分所有権の競売請求（区分五九条）も可能となる⁹⁾。

原告適格として、常に管理組合≡団体だけとなるわけではない。管理者・管理組合・区分所有者個人が、差止や損害賠償請求の資格を有すると考えられる。より正確に言えば、規約違反に基づく場合は、管理者のみならず管理組合も原告適格を有する。しかし、「共同の利益」違反で争う場合には、管理組合に適格は無く、管理者または特定の区分所有者に訴訟権限を委ねることとなる。

（6）望ましい規制の仕方はあるのか

標準管理規約での一八条関係のコメント内で、禁止と容認の二つの規約例が挙げられている。

規約等の第二規範で、可能な限り具体的な規定を設けておくことが肝要である。この場合においても、ペット全面禁止から全面容認（俗に言うペットマンション）まであり、この様な多様性は承認されるべきであろう。

問題は全面禁止から、まずは（歴史的には）発生してきた。ここでは、ペットの種類の設定が必要となる。文字通り全面禁止といっても、金魚・小鳥の類のようなものまで排除するのは行き過ぎとなる。これを部分容認とするか、原則禁止・例外容認とするかは、団体による自主的判断に委ねてもよいのではなからうか。

ペットに付き何らの規定も有していない白地の規約・使用細則に、新たに規定を設ける場合もある。

上に見た標準管理規約やアメリカのモデルルールの例は、参照するに値する。

つまるところは、ペット飼育に代表される集合住宅での生活の質を如何にして確保し充実させていくか、それが住民に問われている。

- (6) 規約については、区分所有法に基づいて備えることが必要な記載事項と任意の事項がある。稲本洋之助・鎌野邦樹『コメンタール マンション区分所有法 第二版』（日本評論社 二〇〇四年）の三〇条によれば、絶対的規約事項と相対的規約事項に分類されており、ほぼ上に対応しよう。ペット飼育については、勿論後者の一例となる。
- (7) 五七条から六〇条までの適用順位につき、前注、稲本・鎌野 三〇八頁参照。使用細則のみの規定に止まる場合には、規約からの（包括的）授権と構成し、規約違反による措置と同様の準用ないし類推適用する余地が考えられはするが、なお、上述標準管理規約では、第八章雑則として六六条及び六七条（雑則は七一条まで）が用意されている（コメントはない）。六六条では、区分所有法六一条一項を受けて、「共同の利益に反する行為」に対しては、区分所有法五七条から六〇条に基づく措置をとり得る、とする。前者の行為と後者の措置が直結されていることが確認できる。あくまで後者の措置は「できる」とされており、その措置以外の「措置」を全面的に排除してはいないのであるが、判例法理に従ったのであるだろうか。
- 同六七条では、より広く且つ具体的規定が挙げられている。第一項の特徴を指摘すれば、人的範囲の拡張、「法令、規約又は使用細則等に違反したとき」との明示、「又は対象物件内における共同生活の秩序を乱す行為を行ったとき」、請求主体（当事者適格）としての理事長（理事会の決議を要件として）、「是正等のため必要な勧告又は指示若しくは警告」なる措置、が規定されている。
- 本稿が対象とするペット飼育については、まずは六七条の適用となることが多いであろう（但し、第一に適用する優先順位として六七条が義務付けられているわけではない）。とは言え、その他の方途も含めてこの六六条及び六七条の手続きは自明のものではないし、当事者適格、執行方法、等の課題も残っている。
- (8) 日本マンション学会法律実務研究委員会編『マンション紛争の上手な対処法』（第3版）三〇五頁（民法法研究会 平成十八年）参照。
- (9) ちなみに、使用貸借人による野鳩への餌付けによる汚損・悪臭・騒音に対して、使用貸借契約解除・管理組合への建物引渡し・不法行為による損害賠償が認められた事例がある（東京地判平七・一一・二二判時一五七・八八）。