

Title	ドイツ強制執行法改正作業グループ第一次報告書 (一九九〇年四月三〇日)
Sub Title	Erster Zwischenbericht der Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 芳賀, 雅顯(Haga, Masaaki) 草鹿, 晋一(Kusaka, Shinichi) 藤井, まなみ(Fujii, Minami) 木村, 正清(Kimura, Masakiyo)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.4 (1994. 4) ,p.95- 124
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19940428-0095

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

ドイツ強制執行法改正作業グループ第一次報告書

(一九九〇年四月三〇日)

石川 明 他／訳

- I 作業グループの活動の基礎
 - 1 改正の必要
 - 2 作業グループの設置
- II 作業グループの活動経過
 - 1 作業グループ会議
 - 2 任務の設定
 - 3 作業経過
 - 4 第一次報告書の内容とする範囲
- III 第一次作業部分の概要
- IV 立法提案
 - 1 民事訴訟法一一七条、一一九条
 - 2 民事訴訟法七五二条
 - 3 民事訴訟法七五六条
 - 4 民事訴訟法七五八条^a
 - 5 民事訴訟法七六一條
 - 6 民事訴訟法七六五條

- 7 民事訴訟法七六五條^a
- 8 民事訴訟法七七五條第五号
- 9 民事訴訟法七八八条
- 10 民事訴訟法八〇七条
- 11 民事訴訟法八九一條
- V それ以上探究されなかった諸提案
付記 作業グループのメンバー

I 作業グループの活動の基礎

1 改正の必要

強制執行法はその一〇〇年以上の歴史において、未だに根本的改正を受けていない。したがって多くの規定はもはや時代に適合していない。法律の状況と執行の現実とはやや一致してい

ない。そこで法律上重要視された動産強制執行は、実務上単に二次的な重要性しか有していない。そこでは執行官の職務は変化した、法律の規定は旧態依然に止まっている。多面から強制執行法は分かりにくく、融通がきかず、複雑であるとの不平が寄せられている。執行機関の仕事の負担増加と、実効性のある権利保護を与えるために効率的な執行手続をも用意する必要性から、この法領域の根本的改正が必要とされているように思われる。

2 作業グループの設置

バイエルン州司法省の提案に基づき、諸州の司法大臣は一九八八年四月二八日の司法大臣特別協議に際して、以下のような決議をした。

「諸州司法大臣は、裁判所が下した判決を迅速かつ効率的に実現することを目的とした、強制執行法の改正が必要であると考え、諸州司法大臣は、強制執行をなす際に生ずる難点や不十分な点に関する、裁判実務の体験報告を入手し、第五九回会議で立法提案を作成する作業部会の設置を決定する。」

それに引き続いてなされた実務家全国アンケートにより、多くの強制執行法改正提案が提出された。それに基づいて、一九八八年九月二〇日から二二日にかけてブレーメンで開催された、第五九回諸州司法大臣会議は以下の決議をした。

「諸州司法大臣は、裁判所が下した判決の迅速かつ効率的実

現を目的とした、強制執行法の改正が必要であると考え、諸州司法大臣は連邦司法大臣に、司法行政部の代表者からなる作業部会に立法措置の準備を任せる旨を要請する。学者、実務家および団体代表者から構成される専門家は、必要に応じて招集されるべきである。」

最後に諸州の司法大臣は、一九八八年二月一五日の年末審議に際して、さらに以下の強制執行法改正措置をなす旨を決議した。

「諸州司法大臣はバイエルン州の司法行政部の監督下に作業部会を設置し、そこで、バーデン＝ヴュルテンブルグ、ベルリン、ハンブルクおよびヘッセン州の司法行政部代表者が共同作業を行う。連邦司法大臣は参加するであろう。」

一九八八年二月二〇日の覚書により、シュレースヴィヒ＝ホルスタイン州の司法行政部も共同作業に同意を表明した。

II 作業グループの活動経過

1 作業グループ会議

強制執行法改正の作業部会は、一九八九年五月一日にミュンヘンで最初の会議を招集した。作業会議はさらに一九八九年一〇月一二日、一三日にミュンヘンで、一九八九年二月四日、五日にヴュルツブルクで、そして一九九〇年三月二日、二三

日にミュンヘンで開催された。今回の作業部会会議は一九九〇年五月一七日、一八日にベルリンで予定されている。

2 任務の設定

作業部会は司法大臣會議の決議に基づき、執行名義を迅速かつ効率的に実現する目的で、強制執行法改正の立法措置を準備する任務を負う。作業部会はこの任務を以下のように理解している。つまり、近々に適切な支出を伴って実現されねばならない、緊急と考えられる全ての法律改正の具体的提案を、作業部会は作成せねばならないことがこれである。その際、債務者の正当な利益を損なわずに、執行効率性を向上させることが中心となるべきである。執行法全体の抜本的改正の完成は、作業部会の理解によれば、作業部会に課せられていない。そのことは作業部会の能力を遥かにこえるであろう。

作業部会はその任務を、司法大臣會議に対する、立法提案に理由を付した報告書の提出であると考えている。相応の立法手続がなされるべきか、なされるとするとどのような形式でなされるべきかは、これについてこれを職分とする別の機関の判断に委ねなければならない。

3 作業経過

作業部会の活動は執行実務および学説の提案に基づいてなされる。諸団体の意見が既に表明されていれば、団体の意見もま

た作業に取り込まれる。諸州司法大臣決定にしたがって作業部会はまず第一に、学者、実務家からなる専門家および団体代表者の招集を見合わせた。作業部会が決定したのはまず第一に、内部で各章毎の立法提案をまとめあげ、各作業部分終了後その都度この提案を、作業部会とは関係のない州の司法行政部および利害関係を有する団体に対して、意見表明を求めるために、そして必要に応じて別の対案を提示させるために送付することである。さらに届けられた意見表明を、作業部会と口頭で討論することを可能にするために、適当なケースでは学者、実務家または団体代表者を作業部会の會議に招待することが予定されている。作業部会は大幅に民事訴訟法第八編の分類に依拠して、以下のような作業部分にしたがって処理することを決定した。

(一) 総則

(二) 動産執行

(三) 債権およびその他の権利執行

(四) 不動産執行

(五) 引渡およびその他の作為ならびに不作為の強制執行

(六) 宣誓に代わる保証および拘留

(七) 仮差押え

作業部会の理解によると、すでに別の箇所を開始されている改正計画、例えば送達規定の改正は、討論から除かれるべきである。さらに作業部会は作業を順調に進めるために、強制執行機関および法律上の救済を（いずれにせよ当面は）取り上げな

い点で一致している。作業部会の当面の意見によれば、強制競売法の改正もまた任務の設定から除かれている。この広範囲で困難な、強制執行法の特種領域に準備作業がおよぶことは、作業部会の能力をこえるであろうし、適当な時期における作業の終了を妨げるであろう。さらに強制競売法はつい最近一九七九年に相当の範囲で改正されている。

4 第一次報告書の内容とする範囲

この中間報告によって作業部会は第一作業部分（総則）の範囲での暫定的法改正提案を提出する（Ⅳを参照）。補遺（Ⅴを参照）は、この部分についてさらに提案を加えるものではない。作業部会の決定は広範囲で一致を見たが、しかし個々の点では多数決によって決定がなされた。

民法一三六二条、民事訴訟法七三九条の所有権および占有権の推定を内縁の生活共同体におよぼすとの提案の討論は後回しにした。その点について作業部会は、規定の必要性および同規定の実用性の問題について、弁護士および執行官の職業団体の見解を聴取することを考えている。

Ⅲ 第一次作業部分の概要

第一次作業部分の提案は、主に以下のような規則の総体を含んでいる。

- 一 住居の搜索、開示保証の根拠としての搜索の拒絶
- 二 強制執行の停止ならびに明渡執行における保護を含めた執行保護

- 三 交換執行と他の特別の執行要件
- 四 夜間ならびに日曜および祭日執行
- 五 費用の執行

一について

この一連の問題についての提案は、一方では、作業部会が必要素と考えた、基本法一三条についての連邦憲法裁判所の判決に、法規を適合させることを含んでいる。他面、これらの提案は、連邦憲法裁判所が強調した憲法上保護された債務者の利益を害することなく、先の判決に基づいて生じている実務上困難な問題、およびそれと関連するが、債権者の権利の迅速かつ効率的実現の危殆化をできるだけ抑える試みである。最後に、住居の搜索の拒否により、宣誓に代わる開示保証をなすべき債務者の義務の発生が提案されている。

二について

ここで中心となる目的は、明渡事件における短期間に限った執行保護の申立ては、民事訴訟法七二一条第三項第二文に準じて、申立期間を定めることにより、必要不可欠なものに制限される、という点である。後発的に生じた保護理由は、もちろん期間経過後であっても申立てができなければならない。この規

則により、時機に適った明渡しがなされるところの期待の下に、少なからぬ支出をした債権者の信頼はできる限り保護される。

さらに多くのその他の改正提案は、停止／執行保護を規定の範囲内で論じてきたが、しかし最終的には取り上げられなかった。これらの提案は第五章で簡単に言及されている。

三について

交換給付を命ずる債務名義に基づく強制執行については、現行法の規定によると実務上しばしば困難な問題が生ずる。通常必要とされる、債権者による反対給付の現実的提供は、しばしば高額な費用（例えば運送料）を要する。その後になされる強制執行は、しばしばみられるように債権者の満足には至らないので、債権者の支出は無駄になる。作業部会は一定の場合には、民法二九五条以外にも、債権者による言語上の（*wordliche*）提供で十分とし、または第一審受訴裁判所を通じて債権者に、現実の提供に代えて担保の供与を許可する旨を提案している。

強制執行が債権者による担保提供にかかっており、しかも（例えば、これ以上執行する見込みがないことを顧慮して）債権者が債務名義に表示された金額の一部のみを執行しようとしている場合、債権者が割合に応じた担保の負担部分を提供しているならば、担保提供は十分であろう。それにより債権者は必要な支出をしないで済むことになる。作業部会はしかるべき規定を提案している。

四について

作業部会は、基本法一三条第二項により裁判官が判断しなければならぬ住居の搜索をなさない限りで、夜間ならびに日曜および祭日執行（民事訴訟法七六一条）の可否の判断を司法補助官に委ねる旨の提案をしている。実務上民事訴訟法七六一条を適用したケースのうちで最も多いのは、まさに裁判官による搜索命令を必要しない、民事訴訟法九〇一条に基づく拘留命令の執行であるから、なおさら提案された規則は裁判官の負担を著しく軽減することになろう（参照、民事訴訟法七八五条a第二項の提案の文言）。

五について

費用の執行についての一連の規定と関連して作業部会は、申立てられた執行費用の確定は原則として（受訴裁判所ではなく）執行裁判所に委ねることに賛成している。さらに作業部会の多数意見は、民事訴訟法一〇〇条第四項による連帯債務者の責任を、執行費用についても導入することを提案している。最後に訴訟費用援助を承認する旨の法規は、強制執行手続についてその導入が求められている。

作業部会は付随的に執行官の執務基準（GVGA）改正につきコメントをしている。これらの改正は以下の提案を作成する際には含まれておらず、立法提案の最終草案で初めて詳細に定めるものとされている。

以下の提案は、分かり易くするために民事訴訟法の規定に従って配列してある。それによって、提案の実質的関連性を必ず

しも考慮することができなくなった。

IV 立法提案

1 民事訴訟法一一七条、一一九条

一 民事訴訟法一一七条第一項に、以下に掲げる第三文を加える。

「強制執行のための訴訟費用援助の承認を求める申立ては、強制執行の管轄裁判所に対してなすものとする。」

二 民事訴訟法一一九条に以下の項を加える。

「動産強制執行のための訴訟費用援助の承認は、宣誓に代わる保証の提供を求める手続を含めた執行裁判所の管轄区域における全ての執行行為におよび、七六四条第二項を準用する。」

理由

民事訴訟法一一七条、一一九条の新規定は、これまでの裁判実務と一致して、強制執行についても訴訟費用援助が認められることを明らかにしている。もちろん成功の見込みという基準は、強制執行手続においては役に立たない。なぜならば成功の見込みは通常は事前に判断できないからである。しかし強制執行の試みが重ねて成功しないと、財産状態の好転を示す有力な手掛かりがない場合に、繰り返し試みられた強制執行は、嫌がらせてなされたものと見られねばならなくなる。その際に

は、民事訴訟法九〇三条がこの点について指針的基準になりうる。その基準の形成は、各種の事件に応じて判例に委ねるべきである。

個別執行処分の各々について個別に訴訟費用援助が申立てうるのか、または全ての考えうる強制執行行為について訴訟費用援助が全体として認められないのか、という論点は次のように解決された。すなわち動産執行についての訴訟費用援助の承認は、申立てを受けた裁判所が管轄権を有し、したがって審理できる全ての強制執行処分に関係する、というものである。この限定的な包括承認によって、厳格な個別承認による訴訟費用援助の要求の濫用を抑制すること、恐らくは濫用を引き起こすであろう、強制執行全体について無限定に包括承認することとの調整が達成されるだろう。

管轄裁判所として裁判所は、いずれにせよ一定の強制執行処分の申立てを裁判する権限を規定されている。動産執行の場合、民事訴訟法七六四条第二項の原則に従い、訴訟費用援助の申立ての裁判をするため、管轄区域内で動産執行が実施される裁判所が指定される。

一部執行が成功した場合や、一部執行の成功により債権者に援助の必要性がなくなったり減少した場合の規定を、別個に定める必要はない。なぜなら、民事訴訟法一二〇条第四項はこの場合についても適用される規定だからである。

2 民事訴訟法七五二条

民事訴訟法七五二条は以下のように規定される。

「債権者が七五一条第二項の場合に一部の金額にのみ基づいて執行するときは、担保提供の額は、総額に対するその一部の金額の割合に応じて定まる。」

理由

実務上、担保提供にかからしめた執行にあっても、一部の金額に基づく強制執行を可能にする必要が認められてきた。これまでこの場合については規定がなかった。この種の場合でも全額の担保を立てることを債権者に求めるのは、不適切であると思われる。

一部の担保が積まれているにとどまるにもかかわらず、一部の金額の執行が繰返してなされる危険は存しないだろう。なぜなら民事訴訟法七五一条第二項は、担保提供と引換えになされる強制執行を、担保提供を証する証書の謄本が送達され、または強制執行と同時に送達されることにかからしめているからである。それによって債務者は、同一の一部担保提供に基づき債権の他の部分について起こりうる、新たな強制執行の試みに際して、この行動に対処する状態におかれるのである。

3 民事訴訟法七五六条

民事訴訟法七五七条は以下のように規定される。

一 従来の第一文は第一項になる。

二 第一項の後、新たに第二項および第三項を加える。

「(2) 執行官による言語的提供 (das wörtliche Angebot) に対して、債務者が給付を受領しない意思表示をした場合、執行官は強制執行を開始することができる。」

(3) 意図された執行行為の成功の見込みが不確定であることに鑑み、現実の提供に要する費用が不相当に高いことから、債権者が義務を負っている給付の現実の提供が債権者に期待できない場合、第一審の受訴裁判所は債権者の申立てに基づき、債権者に対して現実の提供に代えて担保の提供を許可することができる。債務者はこの場合に自己の側で、債務者が義務を負っている給付の程度において、担保を提供すれば強制執行を回避することができる。」

理由

ある債務名義の執行が交換給付にかからしめられている場合、その債務名義に基づく執行は実務上しばしば困難に陥る。通常は、受領遅滞を生じさせる方法で執行官が債務者に対して債務者が受領すべき給付を提供する以前に、執行官は強制執行を開始することができない。つまり、執行官は債務の本旨に従い給付を現実提供しなければならぬ (民法二九四条)。

例えば債権者が労務の給付や、引渡しをなすのに費用のかかる輸送を要する物の引渡義務を負っているなど、一定の場合には、債権者の現実の提供は高額の支出を必要とする。これらの

ことが殆ど無駄な支出となることはしばしば生じる。なぜならば、引き続いてなされる強制執行が債権者の満足に至らず、または部分的にしか満足に至らないことがあるからである。

新たに第二項を加えることにより、現行の七五六条第一文の要件とは異なっており、債務者による受領拒絶がはっきりと確定した場合、現実の提供をすることさえなしに強制執行をなす可能性が執行官に与えられている。これは実務の要求に応じたものである。なぜなら多くの執行債務者は執行官に、交換給付の受領をしない旨を始めから知らせているからである。

民法二九五条第一文を手本にしている新規定は、これまですでに承認された実務を拡張するものである。現行法によると、執行官に言語的提供の特別委任が与えられており、かつ債務者が既に執行前に自分が給付拒絶をすると表明した場合に、執行の実施を適法と解するのが支配的見解である（Zöller-Stöber, ZPO, 15. Aufl. §756 Rdnr. 7; B/L/Hartmann, ZPO, 47. Aufl. §756 Anm. 2A; 判例説 Thomas-Putzo, ZPO, 14. Aufl. §756 Anm. 2）。

執行債務者が執行手続中に初めて受領を拒絶した場合についても執行をなしうるのは、現在の執行実務と比べると執行の可能性を拡張しているのであるが、この点は民事訴訟法の法律上の救済制度に鑑みて問題はない。たしかに単なる言語的提供は、債務者の反対給付の検査を困難にし、通常は債務者から、債権者の瑕疵ある反対給付に対して民事訴訟法七六六条による異議

または訴訟の方法により対処する可能性を奪う。だがしかし、債務者が給付の拒絶を表明する場合にのみ、反対給付の言語的提供が強制執行の開始に十分であるとされているので、その点について生じた手続法上の不利益な地位は債務者自身により引き起こされているのである。

第二項（新）の可能性のほか、執行官は第三項により、債権者が義務を負っている給付の現実の提供が、なされるべき強制執行行為の成功の見込みが不確実である点を考慮して現実の提供に要する費用が不相当に高いことから、債権者に期待しえないケースにおいて、第一審の受訴裁判所は債権者に対し、申立てに基づき現実の提供に代えて担保の提供を許可した場合にも、債権者は強制執行を開始することができる。第二項（新）と同様第三項（新）は、債務者が受領遅滞にあるか否かという実体法上の評価に影響しない、単なる執行法上の規定である。

第三項（新）のケースにおいては、第二項（新）のケースとは異なり、執行債務者が給付を拒絶していないにも拘わらず、特別の事情に基づき民法二九四条により必要とされている債権者による現実の提供は放棄されているので、交換執行の際の利益状況は、債権者が現実の提供に代えてなす担保の提供を通じて、予め給付をなす義務を負わない債務者の実質的な法的地位を考慮することを要求している。担保の提供は民事訴訟法一〇八条以下が定める。民事訴訟法七五一条第二項が適用される。

債権者による現実の履行の提供が期待できない旨の判断や担

保提供額の確定をなすにつき必要な、訴訟物と特に実質上近いことから、第一審の受訴裁判所が債権者の申立てにつき判断する。

現実の提供に代わる担保の提供を認めることは、場合によっては債務者の不利益になることがある。すなわち、債務者が基本的には支払の準備をしているが、右支払が交換給付判決によって債権者に命じられた反対給付の履行にかかっている場合がこれである。債務者が債権者による強制執行の実施後、未だ債権者が負っている給付を取得するために、債務者の方で手続法上イニシアチブを取らねばならないことを防ぐためには、債務者が負っている給付の額で債務者側が担保提供をなすことにより、強制執行を回避することが債務者に認められねばならない。この場合には債権者が負っている給付を現実に提供することを債権者に要求できない。

4 民事訴訟法七五八条 a

民事訴訟法七五八条の後に以下の民事訴訟法七五八条 a を加える。

七五八条 a

一 債務者の住居は、搜索がなされる地域を管轄する区裁判所の裁判官の命令に基づくときに限り、債務者の同意なくしてこれを搜索することができる。命令を求める (Eintou-lung) ことによって搜索の効果を損なう虞あるときはこの

限りではない。

二 住居の明け渡しを求める債務名義の執行、および九〇八条に基づく拘留状の執行については第一項はこれを適用しない。

三 債務者が搜索に同意し、または第一項第一文による債務者に対する命令が発せられもしくは命令が第一項第二文によって必要とされないときは、債務者の住居の共同占有者は搜索を容忍しなければならない。共同占有者 (Mitgewahransinhaber) に対する不当に苛酷な行為 (unbillige Härten) は、これをしてはならない。

四 債権者は、執行の申立て (Vollstreckungsauftrag) にあたりすでに、裁判官に対して搜索命令の申立権限を執行官に授権することができる。強制執行のときには、第一項による命令を呈示しなければならない。

理由

I 総論

強制執行法の改正に際しては、住居の搜索に関する規定の領域においては、基本法一三条の適用可能性に関する連邦憲法裁判所の判例に、法律の規定を適合させることを要する。また同時に、この判例から生じる実務上の困難、特に執行機関の追加的負担が連邦憲法裁判所によって強調され、かつ憲法上保護されている債務者の利益を侵害することなしに、債権者の権利の迅速かつ効率的な実現をできる限り妨げないようにする、とい

う課題が生じる。

一九七九年四月三日の連邦憲法裁判所の決定（BVerfGE 51, 50）にならって付与された裁判官の搜索命令の目下の数、ならびに判例から生じた問題点の多さ（Vielzahl）は、適切な法律を規定することの重要性および急迫性を明らかにしている。他方、およそ全ての問題点について、例えば、実務による、個々の事案を対象とする柔軟な処理（Handhabung）に委ねた方がよい問題点にまで、立法的解決を試みたりしないよう留意しなくてはならない。多くの領域、例えば「搜索の対象に」営業所を含ませること（Einbeziehung von Geschäftsräumen）や搜索命令の時のおよび空間的範囲については、判例において既に依拠できるだけの諸原則が示されている。可能な限り全ての実務上生じている論点に関する個別規定「を折り込むこと」によって、法律が必要以上に規定すること（Überfrachtung）は避けなければならない。

基本法一三条第二項の文言に自らが拘束されるという連邦憲法裁判所の指摘は、基本法の改正によって執行法上の搜索を基本法一三条第二項の保護領域から外すことによって、諸問題を解決するよう憲法制定者を鼓舞する（Ermutigung）ものであると解する者は少なくない。また、裁判官による搜索命令は形式的要件があればほぼ例外なく発せられる、という実務の経験は、憲法上保障されている裁判官の留保（Richtervorbehalt）が、執行搜索の領域において、意味があるかどうかという問題を提起

する。とはいふものの、ここに示した法律案は現在の憲法状態を基礎としている。作業部会は、債務名義に体化された権利の効率的な実現という目的をもって強制執行法の迅速な改正を準備するという任務をもって設置されたのである。憲法改正を成し遂げることは、この任務から外れているし、加えて、作業部会のキャパシティも超えている。

上述の考慮から、法律の改正は、連邦憲法裁判所によって確定された法状態を明らかにすること、ならびにいくつかの特に重要な問題、すわち適用領域や搜索範囲についておよび手続法の構成についての問題を解決することに限定する。これらの諸問題に対する回答である諸提案は、憲法上の制約を考慮する一方、可能な限り迅速かつ効率的な強制執行の実行を保障する、という意図から作られたものである。

II 七五八条a各論

1 「いくつかの」 必要的な法律改正を新民訴訟法七五八条aに集約することを提案する。「この条文を」「総則」の節に置くことは、原則規定、例外、他の執行方法に対する適用可能性ならびに手続の問題を統一的に規定することを可能にする。

このことは、見通しのよさや明確性といった理由から、また法律改正をより簡易かつ技術的に処理することからも、その都度特別な規定によって個別的に規律すること、これもまた可能ではあるが、（八〇三条以下、八八三条以下、九〇一条以下）よ

りも合目的であると思われる。

2 第一項第一文は、強制執行の枠内においては、搜索もまた、原則として裁判官の命令によらなければならないことを明示している。それによって、いずれにせよすでに法律としての効力を有している（連邦憲法裁判所法三二条第一項）、一九七九年四月三日の連邦憲法裁判所の裁判は、法律の文言に採り入れられた。搜索に関する債務者の同意がある場合、裁判官の命令は不要であることは言うまでもなく、これを明示するという理由にのみ基づいて法律案の文言に採り入れられた。

債務者不在の場合、同居の家族の同意を、また営業所の場合、代理人 (bevollmächtigte Personen) の同意を債務者の同意に代えることができる。これらの者は、他の場合にも民事訴訟において債務者に代わることができる（民事訴訟法一八一条、一八三条、一八四条、七五九条参照）。日常しばしばやむを得ず不在となること（業務）に基づき、同意の拒絶を演繹することは、債務者により多くの費用を生ぜしめる結果になり、「かえって」債務者の利益にはならないことがある（Schneider NJW 1980, 2377 2383 f; Beltr DGVZ 1980, 49, 52）。（その状況から債務者のこれに反する意思が認められない場合）上述の者の同意を債務者に負わせることができる、とする見解は、基本法一三条と一致している。債務者はこの範囲の人に、「当事者に代わることが認められている」限りで、その保護されている彼の権利の行使を託しているとみることができからである。法律の文言に明

示的に採り入れることは必要ではなく、提案している規定の文言は行き過ぎかもしれない。判例による個々の事案ごとの解決に委ねた方がよいとされている、（家族の年齢や、代理人の正確な地位および機能といった）個々の問題もおそらく同時に採り入れなければならないからである。

第二文は、基本法一三条第二項に明示されている「遅滞の危険」が存在する事案に対する裁判官の留保のさらなる制限を明らかにしている。連邦憲法裁判所が一九七九年四月三日の決定において、遅滞の危険は、裁判官の命令を求めることが搜索の効果を損なう虞あるときに限り存在することを確認したからには、憲法上の概念のこの拘束力ある説明が法律の文言に採り込まなければならない。さらなる法律の記述、例えば例示列举 (Regelbeispiele) は勧められない。立法者が包括的に予見し得ないような個別事例の多様性に鑑みると、危険概念をより詳細に規定することは、判例に委ねることをもってよしとすべきである。

3 第二項は、明渡執行につき裁判官の搜索命令が必要でないことを明らかにしている。連邦憲法裁判所はまだこの問題について判断するよう迫られてはいない。しかしながら、連邦憲法裁判所は上述の決定における金銭債権執行についての判断を明渡執行に適用しないだろうというのが圧倒的通説である。一つには、上述の決定において連邦憲法裁判所が定義しているような、その目標と目的に適った国家機関による、人や物の搜

索または住居の所有者が自ら開示または引渡すことを望まないものは何か、を探知するための事実関係を調査するための搜索が行われることがないので、明渡執行の実行を基本法一三条第二項にいう「搜索」とみなすことに無理があるという点である。むしろ、明渡執行に特徴的なのは、住居の占有を住居それ自体として放棄すること（Aufgabe）についての債務者に対する強制的作用である。まさにこのことは、執行名義によって具体的に認められているのである。そしてここに搜索命令が必要とされないさらなる根拠がある。憲法上保障されている住居の不可侵性は、およそ執行可能な裁判所の判決によって住居を占有する権利を奪われた者にまで当該住居を平穩に使用する権利を与えるものではない。極端に構成するならば、債務者から住居を（必要な場合は強制的に）取り上げることを認める、法治国家的規定に基づく手続において付与された、執行力ある裁判は、それが実際に真意に（ernsthaft）発したものであることについてのさらなる裁判を必要としない。このことが、債務者が執行保護の可能性を利用し得る（とりわけ民事訴訟法七六五条a。場合によってはすでに判決手続においても、また七二一条第一項ないし第三項および七五一条第一項も参照のこと）ということとまで変更するものではないことはもちろんである。明渡名義について、ともかくも認められている執行制限規定を越える相当性「ないし比例性」の審査（Verhältnismäßigkeitsprüfung）がどの程度なし得るかは明らかではない。

前述の考慮は、裁判官の発する名義ではなく、明渡しについての和解または強制競売法九三条による競落許可決定に基づいて執行がなされる場合にも妥当する。すでに説明したように、連邦憲法裁判所の定義によれば、これも「搜索」にはあたらないが、さらに明渡しと和解については、債務者が具体的な占有の剝奪（強制可能な住居の引渡し）に自らを服せしめたということも重要な意味を持つ。債務者は、それによって、いわば明渡執行の枠内において住居に立ち入ることに同意を予め与えたのである。執行制限を求める可能性はここでも維持されている（民事訴訟法七六五条a、七九四条）のだからなおさらのこと、（和解と同内容の）裁判官による裁判の必要性はない。これに反対する説は、各種執行名義の原則的等価値性とも矛盾することになる。

さらに第二項は、債務者の住居における、民事訴訟法九〇一条、九〇八条による拘留状に基づく債務者の拘留についても裁判官による搜索命令を必要としないことを明らかにしている。拘留を命じ—債権者の申立てがあれば—その命令によって執行官に債務者の拘留を認める執行裁判所に、債務者の住居においてもその同意なくして拘留をなし得る旨を宣言するために、新たな訴えを提起することはできない。むしろ債務者の自由の領域に対する強い干渉を伴う拘留状は、拘留されるべき者を探知するために、基本法一三条第一項の基本権に対する干渉を行う裁判所の許可をも含んでいる。ここに自由拘束の効果とともに、

当然のこととして住居のプライバシーに踏み込むことも含む、執行手続上の裁判官の裁判が存在する。相当性の問題は、拘留状を発する際に審査するべきである。基本法一三条との関係で、その他独自に考慮すべき観点の存在は認められない。

提案は、住居の搜索を前提とする（動産）引渡執行も、裁判官による命令の必要性の原則の例外とすることに言及していない。確かにここでも、これまで連邦憲法裁判所によって唯一審理されてきた〔金銭〕支払請求の債務名義の執行との相違は明白である。すなわち、すでに判決手続において、裁判官は、場合によっては強制執行によることもある、特定物の引渡しを命じているのである。しかし、この点につき法律による搜索命令の必要性は一般に認められない、と宣言することに憲法上一抹の疑念もないわけではない。動産の押収は債務者の住居外においてもなし得るし、少なくともその搜索なくして執行することができからである。裁判官が判決手続において、基本法一三条に基づく基本権を制限することまでも認識した上でその処分を命じたとは思えない。明渡執行とは逆に、住居との関連性はここではそうはつきりしているわけではない。また、連邦憲法裁判所が求めた相当性の原則を考慮した上での衡平も、この領域では最初から意味のないものとは思えない。上述の考慮は、引渡すべき物が、すでに生活体験のすべてをもって判決裁判官が認識していた状況によれば、債務者の住居にしか存在しないという場合には、もちろんその論拠は弱くなる。裁判官が、例

えば厨房機器または建具の引渡しを命じたとき、この執行力ある判決は、強制的な実現の唯一の現実的な形式、すなわち住居の搜索を含むものであることは、確かに認められる。しかしまた、その限りにおいても問題が残る。相当性の審査は、執行手続における各々の具体的事情を対象にしなければならないからである。たとえその物が債務者の住居にしか存在しないことが、判決手続における事実関係から推定できるとしても、後の執行の際に債務者の家の状況がどうなっているか、また執行処分がなおその効果を期待できるものかどうかは、この時点ではほとんど予測できない。裁判官によらない名義に鑑みても問題がある。全体としてみたとき、問題となる個別部分的な規定には、少なからぬ憲法上の危険が生じるであらう。したがって、法律による規定は見送り、連邦憲法裁判所による解決を待つべきであらう。

明渡執行、引渡執行および債務者の拘留の取扱いに関する提案である第二項の規定は、GVGAの現行規定（二〇七条第八号）と一致する。つまり、従来の実務の前提となっていた基準は、何も改正されていない。GVGAに含まれる他の規定、例えば後の被差押物の引取り（Abholung）または他の委任に基づく同時執行についての規定は、この法律では採用するべきではない。その限りでは、法律に規定することは行き過ぎとなるような個別的問題だからである。この点についての明確化および限界付けの問題は、判例に委ねるべきであらう。多数債権者の

ための執行の問題は、この他に、第四項に規定されている、申立てについての執行官への授權を通じて緩和されている（後述5参照）。

4 第三項は、住居に在る、いわゆる『第三占有者』について生じる問題、すなわち共同占有者の基本的受忍義務を規定している。この規定はこの問題に関する通説と一致する。異議ある同居人すべてについて追加的搜索命令を要求する反対説は、基本法一三条に基づく同居人の基本権と手続法上保障されている債権者の権利執行請求権との抵触を、住居の不可侵性の利益において妥当な方法で解消している、とはいえない。共同侵害は、まさに共同居住という状況によって、いわば反射効として避けられないものであるかぎり、裁判官によって命ぜられた、同居人に対する高権的権利行使を通じた共同侵害が受忍されなければならぬとする結果を伴うが、この住居共同体に対する決定が、それ自身基本法一三条による保護の制限にならないか否かは未解決の問題である。なぜならば、各々の抵触を解消した結果を考慮して、是認されるときにはじめて債権者の基本法上の地位が優先されなければならないことになるからである。一方で、第三者が債務者に対する関係でのみ命ぜられた搜索によって追い立てられ（am Rande betroffen ist）、また他方、債権者の権利は、すべての第三者の異議を考慮することによって、十分な満足を得ないことになってしまう（Rosenberg-Gaul, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., §26 III 3 f.）。すなわ

ち、同居人に対していかなる名義も持たないのに、債権者のいかなる権利状態に基づいて、同居人に対する裁判官の搜索命令を求めることができるのか明らかではないからである。債務者の共同占有権の補充的差押え（Hilfspfändung）という方法（Pawlowski NJW 1981, 670）は、その効果をあまり期待できない。なぜならば、その場合債権者は、まず第一に、同居人に対する名義を得るために、差押えを基礎とする同居人に対する訴えを、提起しなければならなくなるからである（Rosenberg-Gaul, 同上；Stein-Jonas-Münzberg, 20. Aufl., §808 ZPO Rdnr. 18, Fn. 62）。ついでにいうと、あらゆる新たな執行の試みに対して新しい『同居人』を用意し、債権者に常に新しい搜索命令を求めさせるといふ堂々巡りを強いることができるので、債務者がこれを濫用する可能性は大きい。提案が規定しているように、原則としての受忍義務を法律に規定するとするならば、これは、執行官の執行権限を第三者に対する関係でも規定している、民事訴訟法七五五条第一文の具体化とみることができる。

同居人に対しても搜索命令を不要とする、同居人の原則的受忍義務は、裁判所が搜索命令を発する際に裁判所が知りかつ、同居人に受忍を期待できない苛酷さ（例えば家族が重い急性疾患にかかっているなど）を相当性審査の枠内で考慮しなければならぬ、ということまで変更するものではない。しかし、裁判官は命令を発する際にはそのような認識を持っていないのが通常である。むしろ、執行官が、債務者に対する搜索命令を手

にして、はじめてそのような事態と対峙することになる。その限りで、法律においては、原則としては受忍義務があるにもかかわらず、同居人の特別な個人的事情が考慮されなければならないし、例外的場合には、搜索の中止をも導かなければならないということは、指摘する必要がある。同居人の個人的事情をまったく考慮しないことと、基本法一三条とを一致させることは困難であろう。他方、同居人の権利の確保のために、同居人に対しては別の搜索命令を発することを求めるということはしない。相対的な、その人的抗弁が看過されたと思うときは、同居人は、執行官の行為に対しては民事訴訟法七六六条（民事訴訟法七三二条第二項）による異議によって、また裁判所の搜索命令に対しては民事訴訟法七九三条の即時抗告によって、その権利を主張することができる。それに対して、債権者は、執行官が第二文によって搜索を断念したときは、より厳しい状況を考慮にいれたうえで、（新たな）裁判所の命令を申立てることができる。

提案の第三項が法律になったあかつきには、GVGA一〇七条を類推することによって、本条の適用についての手掛かりを執行官に与えることになる。

5 第四項は、手続規定である。

第一文は、債権者は執行の申立てによってすでに、場合によっては必要となるかもしれない搜索命令を発令してもらうこと（Beantwortung）について、執行官に授權することができるこ

とを定めている。現行法の通説は、おそらくそれが妥当なのであるが、当事者主義の観点から、執行官自身の申立権は否定している。提案の第一文もまた、この原則を変更することは意図していない。すなわち、執行手続の支配者は、従前通り債権者であるべきなのである。自身の不服申立権という帰結を伴う、自身の申立権は執行官に認められるべきではない。むしろ、執行官は、債権者のために申立てをなす権限を与えられよう。

提案されている法律の規定は、とりわけ執行手続の促進を目的としている。これらの規定は、現行法上生じている空転期間を回避するものである。なぜならば、搜索の試みが徒労に終わった後、書類が執行官から債権者に戻され、引き続き債権者が区裁判所に申立てをなし、再び債権者に命令が発されて、最後に当該委任が再度執行官に対してなされるということがなくなるからである。この時間の引き延ばしは、搜索の効果を著しく減殺しうる。執行の申立てにあたり執行官に権限を授与する可能性は、一九八七年六月一六日の連邦憲法裁判所の決定の帰結として実務上生じた、搜索命令を得ていない他の債権者のための同時差押えの困難さを緩和することにも寄与している。当該授權と関連する、複数の債権者の同一債務者に対する執行申立委任を受けた執行官が、問題となっている債権者すべてのために搜索申立てをなすことが合目的になるからである。

提案は、執行官に申立授權があると推定するとはみていない。債権者が検討案の民事訴訟法八〇七条第一項第三号および第四

号(新)による宣誓に代わる保証の提供の手續に移行する可能性を奪わないようにするためには、裁判所の搜索命令を求める申立てが常になされるといった、『自動作用 (Automatik)』は認められない。

第二文は、民事訴訟法七六一条第二項に準じて、執行行為のときに裁判所の搜索命令を呈示することを要するとした。相当する規定がすでにGVGA一〇七条第五号にある。

III 法律案には採用されなかった問題について

民事訴訟法案七五八条aは、実務において生じている問題を包括的に規定したものではない。法律は基本的な規定に限定されるべきであろう。限界問題および疑問点については、実務、特に判例による解決を待たなければならない。完璧な法律によって最初からすべての解釈問題を無くそうとする試みは思い止まらなければならない。いずれにせよ、執行官に対して、現在すでに一部においてなされているように、GVGAに採り入れることによって、多くの領域における行為準則を与え得るからである。立法による規定には適しない問題について、作業部会は以下のような問題群を掲げる。

— 搜索命令の時のおよび場所的 (住居の変更、営業所) 適用領域

— 被差押物の移動 (Abholen)

— 明渡執行の際になされる物の差押え (Sachpfändung)

— 搜索命令を得ていない者も含む複数債権者のための差押え
— 債務者の拒絶権についての教示
— 裁判官に対して申立可能な故障事由 (小額債権、病氣、見込みがないこと (Aussichtslosigkeit)、その他相当性を欠く場合)

— 法的審問の問題 (その点については、一九七九年四月三日 (BVerfGE 51, 97) および一九八一年六月一六日 (BVerfGE 57, 346) の連邦憲法裁判所判例が十分に明白になっている。)

5 民事訴訟法七六一条

七六一条第一項において、「区裁判所裁判官の」という文言を「執行裁判所の」という文言に改正する。

第一項において、以下のような第二文を追加する。

「七五八条a第一項の場合には、裁判官が裁判を行う」。

理由

提案は、裁判官の更なる負担軽減をもたらす。今後は司法補助官が七六一条による申立てについて判断することになる (司法補助官法 (RPAG) 一〇条第一七号参照)。現在の実務上最もよくある民事訴訟法七六一条の適用例は、民事訴訟法九〇一条に基づく拘留命令の執行である。その際ボン基本法一三条に抵触しないかぎり、司法補助官にそういった行為を委ねることに問題はない。

確かに民事訴訟法七六一条に基づく申立てと同時に民事訴訟

法七五八条 a —— 搜索命令（「についての規定」）—— に基づく申立てがなされた場合には、両方とも裁判官が判断する。このことは、新たに追加された第一項第二文が明らかにすることになるであろう。

民事訴訟法七六一条の枠内での、それ以上検討されなかった

諸提案

a 諸提案..

七六一条を削除すること、あるいは通常の執行時間における執行が失敗に終わった場合、夜間あるいは日曜・祝日にも執行する権限を執行官に与えること。

b 理由..

これらの提案は、以下の理由によってそれ以上検討されなかった。すなわち、夜間あるいは日曜・祝日執行を裁判官の特別な許可にからせる理由について考えてみると、民事訴訟法の「立法」資料の中に、そもそもこういった時刻の執行は許されてよいのかという議論がある。他の諸国には、夜間あるいは日曜・祝日執行を絶対的に禁じる規定が存在した。しかし、このような時刻の執行は、「ドイツでは」許されると決定された。「なぜなら、執行行為を例外的に夜間にも許可しなければならぬ場合もあるから」というのである。この基本的判断は引き続き堅持しなければならないであろう。

しかし裁判官による許可は引き続き堅持すべきであろう。その条文を廃止する場合には、執行官はその裁量権の行使に

際して、法律で定義された夜間（民事訴訟法一八八条第一項第二文）にも充分執行できる余地があることになってしまいうので、一般の休み時間の住居の平穏を守るために、そういう時刻の執行が例外となるよう、注意しなければならないことにはなるであろう。

それにもかかわらず、民事訴訟法七六一条の削除は支持を得られなかった。なぜなら、債権者が一般的にかつ適式に、夜間あるいは日曜・祝日であっても執行を求めるであろうとの懸念があるからである。その結果、執行官と債権者の間の例外的時刻の執行の必要性をめぐる争いは、民事訴訟法七六六条に基づく異議手続において解決されなければならないということになる。これは、区裁判所の負担が著しく増大することを意味する。この種の執行の特殊性を強調するために許可制を堅持しておくことは、執行官のためにもなる。この許可は、現在の実務によれば、執行官が債権者に、民事訴訟法七六一条に基づく「裁判所の」決定が必要であると判断したことを書面で証明（*bescheinigen*）したときにかぎって付与される。

6 民事訴訟法七六五条

民事訴訟法七六五条は以下のように改正される。すなわち、「執行が債務者に対する債権者の、交換的給付にかかるときには、執行裁判所は以下の場合にかぎって執行処分を命じることが許される。

一 債務者が弁済を受けるかあるいは受領を遅滞している証明が、公のあるいは公に認証された証書によってなされるか、あるいはそのような証書の謄本が既に送達されている場合。ただし、執行官が既に七五六条第一項に基づく執行を開始しており、かつ執行官の調書による証明がなされる場合には、その送達は必要とされない。

二 執行官が七五六条第二項に基づく執行処分をなしており、かつその処分が執行官の調書によって証明される場合、また

三 第一審受訴裁判所が七五六条第三項に基づく命令に関与しており、かつ債務者が担保を提供しなかった場合。」

理由

七五六条第二項および第三項の追加の基礎にある利益状況は、交換的給付の債務名義の強制執行にあたり、債務者が執行官の言語上の提供に対して、その弁済を受領しない旨宣言した場合（七五六条第二項（新））あるいは意図された執行行為の不確実な成功の見込みに鑑みて実際の提供に伴う費用が極端に高額である場合には、反対給付の実際の提供を債権者に期待すべきでないという状況である。それは、執行官ではなく執行裁判所が執行行為をなすべき場合にも生じる。

7 民事訴訟法七六五条 a

民事訴訟法七六五条 a は以下のように改正される。すなわち、

一 第一項には以下のような第二文が追加される。すなわち、「執行裁判所は七三二条第二項において示されている命令を発する権限をもつ」。

二 第二項については、「第一項」という引用を「第一項第一文」という引用に改正する。

三 以下のような第三項が追加される。すなわち、

「(3)第一項に基づく命令は、明渡事件の場合には、遅くとも確定された明渡期限の二週間前に申立てがなされるときにかぎり付与される。ただし、申立ての理由がこの時点以降に初めて発生した場合はこのかぎりではない。二三三条ないし二三八条はこれを準用する」。

従来の第三項および第四項は、それぞれ第四項および第五項になる。

四 第五項（新）については、「第一項および第三項」という引用を「第一項第一文および第四項」という引用に改正する。

理由

1 民事訴訟法七六五条 a に基づく申立ては、期限に拘束されない。したがって、一定の執行処分に直面したときは（「いつでも」許される（通説。Zoller-Stöber, ZPO, 15. Aufl., Rdnr 19 zu § 765 a を参照）。この申立ては、手続のいかなる段階でも——競落の決定を除けば——なすことができる（Baumbach-Hartmann, ZPO, 48. Aufl., Anm. 2a zu § 765 a）。債務者の

状態が不意に悪化した場合のみならず、しばしば、通常の法的救済手段が退けられあるいは普通に考えれば債務者の状況の好転への希望が満たされない場合にも、そのような短期の申立てがなされることになる。

民事訴訟法七六五条aに基づく申立てが執行行為と時間的に近接して申し立てられた場合、しばしば裁判所は、債権者を審訊してそれを基礎にその申立てについて終局的に判断することはできない。したがって実務上は、過酷な場合には、民事訴訟法七六六条第一項第二文および七三二条第二項を類推して、担保の提供を条件とする強制執行の一時停止のような、仮の命令が下される（通説：Thomas-Putzo, ZPO, 15. Aufl., Anm. 4 d zu § 765 a を参照）。裁判所のこのような権限を民事訴訟法七六五条aにおいて明文で採用することは、適当であると思われる。それによってこの規定はより明確な輪郭を得ることになり、統一的な実務が促進されるのである。

2 第二項の改正は、第一項が今後二つの文になるので、編集上それに合わせたものである。

3 短期の執行保護の申立てをめぐる諸問題は、債務者に有利な仮の命令を明示的に認めることによっても、まだ充分には解決されたとはいえない。とりわけ債務者の利益になる仮の命令という法律上の防護策だけでは、債権者の利害が充分に斟酌されているとはいえない。

特に裁判所によって定められた明渡期限の満了後の明渡請求

権の執行にあたり、それ以降確定力をもって定められた期限が遵守されるであろうという債権者の信頼は保護に値する。実務上は、その際とりわけ債権者が適時の明渡しを信頼して第三者に賃貸したり改装を発注したりする場合が問題になる。

このような分野の法的安定性を高めるためには、明渡訴訟のために、民事訴訟法七六五条aに基づく申立てに一般的時間的な限界を設け、その申立てはその範囲内で、その時的限界に至るまで存在し知られていた事情によって単独でなすことができる必要があるであろう。それによって、裁判所は判断しにくい問題について理由づけの手間を省き、不必要な明渡準備費用（運送費用）〔の支出〕は避けられるし、債務者が適時の申立てをなすきっかけとなり、そして債権者が早いうちに、当該空間を自由にできるか否か、できるとしたらいつかを明確に知ることができるようになるのである。

期間の長さは、明渡期限の延長について適用のある、民事訴訟法七二一条第三項第二文、七九四条a第一項第二文の規定に従って、二週間与えられている。原状回復についての規定もまた、変更はない。

今回の法律改正は、企てられた明渡しの期限を執行官が債務者に早いうちに知らせることを必要としている。債務者が定められた期限が短い二週間の期間を守ることを妨げられる場合には、「原状」回復の原因となるであろう。したがって、その期間を明渡債務者に「適時に」知らせることを定めた従来の、

執行官の執務基準（GVGA一八〇条第二号第一文）を、一定の期間を指示することによって精密に定めることは合目的であるように思われる。

新しい第三項の導入をもって、その後の項はずらされた。

4 第五項（新）は、編集上第一項の補充と新しい第三項に適合せられなければならない。

8 民事訴訟法七七五条第五号

七七五条第五号は以下のように改正される。すなわち、

「五 判決言渡後に債権者の満足のため必要な支払額が債権者宛またはその口座へ払い込まれあるいは振り込まれたことが明らかにするような、郵便局、銀行あるいは貯蓄銀行 [Spar-Kasse] の払込または振替証明が提出された場合。」

理由

判例が、銀行あるいは貯蓄銀行の振替証明書と郵便局のそれとを同じに扱っている（BGH NJW-RR 88, 881 m. w. N.）ため、第五号はそれに対応して拡張されるべきであろう。

債務者の履行の基準時、つまり口頭弁論終結時（民事訴訟法七六七条第二項）あるいは執行命令の送達時（民事訴訟法七九六条第二項）を示すために、「判決の言渡し」のときという従来の法律の文言（第四号も参照のこと）は、維持できる。債務者が口頭弁論終結時後ではあるが判決言渡前に弁済した場合は、この規定の目的に問題なく当てはまる。

9 民事訴訟法七八八条

民事訴訟法七八八条は以下のように改正される。すなわち、
一 第一項には以下のような第三項および第四項が追加される。すなわち、

「複数の債務者が連帯債務者として敗訴判決を受けた場合、彼らは強制執行の費用をも連帯債務者として負担する。
一〇〇条第三項および第四項は、これを準用する」

二

a 以下のような第二項が追加される。すなわち、

「執行裁判所は申立てにより、一〇三条第二項第二文、一〇四条および一〇七条に基づいて費用を確定する。八八七条ないし八九〇条の規定に基づく執行の場合は、第一審受訴裁判所が裁判を行う」

b 従来の第二項および第三項は、それぞれ第三項および第四項になる。

理由

1 判決手続きに適用される民事訴訟法一〇〇条第四項の原則によれば、連帯債務者として敗訴判決を受けた複数の被告は、費用についても連帯債務者としてこれを負担する。この原則は執行手続きについても同様である。同等に債務を負っている複数の債務者のうちのひとりに対する債権者の強制執行の試みが失敗し、そのことによって余計な費用がかかった場合に、それ

を債権者の負担としてはならないという点に、この新规定の客観的な正当性がある。なぜなら、その他の債務者もまた、遅滞なく債務名義ある債務を履行する義務を負っていたはずだからである。彼らがこの義務を果たしていれば、債権者は失敗した執行の試みによって余計にかかった費用を本来かける必要がなかったはずである。執行費用について連帯債務者が責任を負うこともまた結局は、債務者の遅滞という点で正当である。遅くとも訴状の送達によって、連帯債務者は遅滞に陥る（民法二八四条第一項第二文）。連帯債務者の全員が遅滞に陥った場合には、彼らは遅滞の効果についても連帯責任を負う。

それに対して、請求を受けた債務者たちのひとりが自分に向けられた強制執行に対して自分のために法的救済（Rechtsmittel）を申し立てて退けられ、そのため自分に余計な費用がかかってしまった場合（民事訴訟法一〇〇条第三項類推）には、債務者たちのそのような連帯責任は、不適切であると思われる。

2 強制執行の試みが長期に亘る場合に、強制執行が繰り返される度に改めてこれまでの執行費用を債権者が証明しなくてはならない、強制執行の費用を独立して確定させる必要性は、実務においては明らかに不足している。どの裁判所が費用の確定について管轄権をもつかは、判例・学説においては争いがある。執行裁判所が事件に近いが故に（民事訴訟法七六四条、執行裁判所に管轄を認めることが求められている。民事訴訟法八八七条ないし八九〇条に基づく執行についてのみ、逆になる。と

いうのは、これらの条文に基づく執行の場合、いずれにせよ第一審受訴裁判所が執行に関わったのであるし、その際、例えば民事訴訟法八八七条第一項および第二項によるように、従前の法に基づいてもすでに、発生する費用についても（この場合は代執行）判断しなければならないのである。

それに対して民事訴訟法八八七条ないし八九〇条以外の場合の強制執行手続の費用についての裁判を受訴裁判所に委ねることは、余り適切ではないように思われる。右のような例外を除けば、受訴裁判所に強制執行手続が委ねられることはなく、したがって馴染まないものである。債権差押えという重要な領域では、執行裁判所は、訴訟費用の確定を求める形式的な申立てがなされない場合にも、いずれにせよ民事訴訟法七八八条第一項に基づいて、差押えの決定および転付の決定におけるこれまでの執行処分費用を、通常は一緒に確定しなければならない。それと並んで訴訟費用確定を求める申立ての場合に受訴裁判所の管轄を認めることは、不当な二重の作業をさせることになろう。

10 民事訴訟法八〇七条

民事訴訟法八〇七条は次のように改正される。

一 第一項第一文は以下のように規定される。

「債務者は、以下の場合には、申立てによりその財産目録を提出し、かつ、その有する債権につき原因と証拠方法を表示する義務を負う。

a 債権者が差押えにより完全な満足を受けなかったとき、
b 債権者が差押えにより完全な満足を受けることができ
ないことを疎明するとき、

c 債務者が搜索(民事訴訟法七五八条)に同意しなかつたとき、または

d 執行官が一度通知した後、繰り返し債務者の住居で債務者に出会わなかったとき、ただし、債務者がその不在について相当な免責理由を有し、かつ、その理由を疎明した場合はこの限りではない。」

二 従来第一項第二文および第三文が第二項になり、従来の第二項が第三項になる。

理由

第一項第一文第三号(新)は、債務者が、民事訴訟法七五八条の執行官による、自己の住居および保管場所(Behaltnissee)の搜索を受け入れない場合、債務者が民事訴訟法八〇七条第二項、八九九条以下によって宣誓に代わる保証をなすべき要件を拡張する。この点判例・学説で一般に認められている法実務が採用され、かつ、明文の基礎が与えられたことになる。

債務者が自己の住居の搜索を認めない場合には、債権者は、一九七九年四月三日(BVerfGE 51, 97)の連邦憲法裁判所の判決に基づいて、搜索命令により、執行官に動産執行の続行を申し立てることができるためには、まず、基本法一三条第二項によって裁判官の搜索命令を得なければならぬ。これは遅滞を

更に悪化させ、同時に、執行官による強制執行の成功の見込みを明らかに減少させる。この場合、裁判実務からみると、申し立てられた搜索命令がほぼ例外なく付与されること、すなわち、搜索に対する債務者の異議に理由がないことがわかる。そのうえ、多くの債権者は、動産執行の奏功の可能性が低いことのみを要件として、債権差押え、特に、賃金の差押え、ならびに給与の差押えをおこなうための開示保証を申し立てる。したがって、第一項第一文に規定された補充は、明らかに、強制執行の促進を可能にし、同時に、執行裁判所ならびに執行官の負担軽減をも可能にする。

基本法一三条で保障された住居の不可侵は、住居の所持者(Inhaber)としての債務者を保護する。すなわち、基本権は債務者に、執行処分に対する保護を与えていない(BVerfGE 76, 83, 91)。法治国家に由来する、債権者の効果的権利保護請求権は、相当性に反して(Unverhältnismäßig)制限されてはならない。裁判官が、搜索命令に対する債務者の異議を正当として、搜索命令の申立てを認めない場合、債権者は当然、現行法によっても、宣誓に代わる保証を直接申し立てることができる。まさに、これに引き続く債権差押えによって、基本法一三条に基づく基本権の侵害が回避される。裁判官が搜索命令を発し、これに対して債務者が理由なく、すなわち、単に執行を遅滞させる意図で搜索に異議を申し立てた場合、債務者はなんら保護を受けるに値しない。したがって、意図された改正は、基本法一

三条に基づく債務者の保護を侵害することなく、強制執行を促進する。

保証提供の期日までの搜索拒絶権が欠けていた場合について、宣誓に代わる保証の提供義務の例外を認めることは不要と思われる。重度の疾病にかかっている債務者、もしくは債務者の家族の治癒が不確実な場合、債務者は、民事訴訟法九〇〇条第五項の異議により、保証提供の義務を争うことができる。そのかぎりでは、少額債権 (Bagatellforderung) の執行は除外される。

司法簡素化法 (Rechtspflege-Vereinachtungsgesetz) 草案一条第五七号 (Bf-Drucks 11/3621) に規定された新民事訴訟法八〇六条 a の規定により、債務者が搜索に同意しない場合でも、債務者の使用者の調査が認められる場合、通常、民事訴訟法八〇七条第一項第三号 (新草案) の宣誓に代わる保証を申し立てる必要がなくなる。

さらに、第一項第一文第四号 (新) によれば、現行法上裁判官の搜索命令を求める申立てを理由ありとする場合、すなわち、執行官が繰り返し債務者の住居で債務者に出会わなかった場合が含まれる。少なくとも、ある執行をなすにつき命ぜられた、執行官による強制執行の通知 (Ankündigung) は、債務者の開示保証の回避を可能にする。というのは、債務者の都合が悪い場合には、債務者が自己の住居で出会う期日を執行官に通知することができることになるからである。

例えば、病院に入院するなどの、免責的 (unverschuldet) 長

期不在の場合については、債務者は、執行裁判所に自らの不立会理由を疏明することにより、開示保証を回避できる。

11 民事訴訟法八九一条

民事訴訟法八九一条は以下のように改正される。

第三項として以下が加えられる。

「民事訴訟法九一条ないし九三条までと、九五条ないし一〇〇・一〇六、一〇七条までが訴訟費用の裁判に準用される。」

理由

民事訴訟法八九一条 (新) は、債権者の執行申立てが部分的にのみ奏功する可能性がある場合、たとえば、代替的行為または不代替的行為の一部履行したとあるいは、不作為義務違反を何回にもわたってではなく、唯一回だけ行ったというようなことを債務者が証明した場合を考慮するために、民事訴訟法九一条ないし九三条までと、九五条ないし一〇〇条、一〇六条、一〇七条までを準用する必要がある。これらの場合について、従来規定がなかった。裁判所は類推の理由があれば、かかる場合に、しかるべき費用の裁判について、上述の規定を類推適用できる。

V それ以上探究されなかった諸提案

作業部分の第一 (総則規定) についての次のような提案は、作

業部会によって説明はなされたが、それ以上検討されなかった。

第1提案

事前の法的審問の機会を保障することなく担保提供（民事訴訟法七〇七条）を条件として、強制執行の一時停止をすること。

この提案は取り上げられない。なぜなら、なんら手続きの本質的な変更を伴わないからである。かかる手続きは、依然として事後の債権者の審尋を必要としているといえよう（基本法一〇三条第一項）。

第2提案

仮執行の規定の改正（民事訴訟法七〇八条ないし七二〇条まで）。

民事訴訟法七〇九条と七一条との相互関係の変更を伴うこの提案は、実現されてはならない。一九七七年にいたり改正され、それ以降有効である規定を廃止することは、有意義な促進効果をもたらさず、重大な摩擦による損失（Reibungsverlusten）をもたらすことになる。

第3提案

担保提供なしに、欠席判決による強制執行を一時停止すること。

と（民事訴訟法七一九条）。

この提案は受け入れられない。なぜなら、問題とされた場合には、いずれにせよ、担保の提供が免除されるからである（民事訴訟法七一九条第一項第二文）。家屋明渡の債務者の保護は民事訴訟法七六五条aによって十分に保障されている。

第4提案

明渡期間の延長（民事訴訟法七二一条）の判断を執行官に委ねること。

この提案は受け入れられない。なぜなら、関係者の利益衡量は、依然として裁判所に留保されなければならないからである。

第5提案

権利承継文書の追加的送達が必要（民事訴訟法七五〇条第二項）は削除されるべきである。権利承継文書の追加的送達は不必要であろう。なぜなら、まれに執行機関の特別な指示なくして追加送達がなされることがあり、また、これによって、遅滞および訴訟費用を回避することもあるからである。

この提案は、これ以上検討されるべきではない。権利承継を証明する文書の送達は、債務者を、執行文付与の適法性を検討

することができるよう規定されたものである (C. Hahn, Die gesamten Materialien zur CPO I S. 439)。結局は、債権者の地位の立証は文書にかかっている。債務者は、正当なる債権者に対して履行した場合にのみ債務から解放される。執行文が付与されたからといって、裁判所は、債務者にこの審査をさせないということはできない。善意でなされた債務解放的履行が、債務者を解放するということはないであろう。いずれにせよ、審尋にあたり、新債権者のための執行文付与手続で権利承継文書の送達債権者にすでになされている場合 (民事訴訟法七二七条、七三〇条参照) には、かかる送達は不必要と考えることができる。その場合、特に、かかる事実は執行文中に述べられなければならない。他方で、多くの債務名義にあっては、執行文の名義を書き換えることは稀有な例であるため、民事訴訟法七五〇条第二項の原則の例外を規定することに実益があるか否かは疑わしい。

第6提案

民事訴訟法七六三条第二項以外の場合にも、執行官は、両当事者に職権によって執行調書の謄本 (民事訴訟法七六二条) を付与しなければならない。

この提案の実現によって、執行の実効性 (Effektivität) を改善することは期待できない。債権者の立場からもまた、この必

要性は理解できない。債権者はいずれの場合にも、執行委任の結果について通知される。さらに、債権者は、執行官による執行記録をいつでも閲覧することができ、かつその謄本の付与が認められる。加えて、この提案は手続きを高額化することにもつながる。したがって、債権者が推定的に申立てにあたり生じる解釈の困難 (Auslegungsschwierigkeiten bei konkludent gestellten Anträge) を解消するという長所は、提案された規定の短所をカバーするものではない。

第7提案

住居に対する執行保護を緊急性が現実である場合に限りことおよび判決手続 (Erkenntnisverfahren) への移行 (民事訴訟法七五六条 a)。

この提案が、家屋明渡訴訟における、執行法上の苛酷条項の排除を求めているかぎり、ゆきすぎであろうと思われる。家屋明渡義務者は、単なる金銭支払義務者に劣らない保護を受ける。民事訴訟法七六五条 a (IV 参照) に関するさらに別の提案によれば、明渡直前に提出された申立てがあっても、規定された時間的障害を理由に民事訴訟法七六五条 a の適用は制限されることになる。

第8提案

執行法上の明渡制限を代替手段もなく廃止すること（民事訴訟法七六五条a）。

信義誠実の原理に由来する、権利濫用の一般的な禁止の具体化として、民事訴訟法七六五条aは、全体としてこれを放棄することができない、最後の手段（"ultima ratio"）の機能を果たす。

第9提案

抗告審において、民事訴訟法七六五条aに基づき最初になされる執行制限の申立てにより、抗告審で債務者が誘発する（provokierten）即時再抗告を許さないとする事。

執行制限の申立てを第一審に制限することは解決に都合のよい規定であるが、体系に合致しないように思われるし、この法的救済の異例な性質を十分に考慮していない。直前になされた申立て（IV参照）を阻止するための対抗策を講じておけば、それで通常、意図的引延しの排除に十分である。

第10提案

拘束解放（Haftenlassung）後六か月間一般に執行を禁止すること、および支払意思があり、なおかつ労働意思のある債務者に対して執行制限を認めること（民事訴訟法七六五条b（新））。

この提案は受け入れられない。なぜなら、この方法によって執行へのアクセスが更に阻害されることになり、さらに、実際に法を適用する際に、債務者の支払意思を調査するという解決困難な問題を生ぜしめるからである。かかる規定は、これと関連する調査費用に鑑みて、裁判所の負担を著しく増大させる。特に適当とおもわれる場合には、一時的な休止を認めるべきであるとの要望については、すでに民事訴訟法八一三条aがこれを十分に考慮している。

第11提案

強制執行が契約の存続期間経過後、三年以内に債務消滅（Entschuldung）に至らなかった場合、消費者の分割払与信（Verbraucher-Teilzahlungskrediten）ないし割賦弁済売買から生じる債権を理由とする執行制限の許容（民事訴訟法七六五条b、c（新））。

提案された執行法上の処分は、実体法上の基礎を必要とするため、かかる処分は、消費者法の領域で、これまでのキャンペーンをもつては裁判所によって処理することができなかった。裁判官による契約関連救済（Vertragshilfe）を必要とする独自の執行法上の法的救済は、消費者の行為について特別執行法を形成する危険、ならびに執行法の領域での法の分断（Rechtszersplitterung）を生ぜしめる危険をはらんでいる。

第12提案

これまでの不服申立てのできない決定（民事訴訟法七六六条―司法補助官法一条との関連において―）を、独立して上訴することができる裁判に改正する。

この提案は取り上げられない。なぜなら、負担軽減の効果は、疑う余地のないほどに確定されるわけではないからである。いずれにしても、期限付の訂正異議（Durchgriffsinerung）により目的とされた抗告裁判所の負担軽減は、従来の法的救済の取扱と比較すれば、区裁判所の裁判官の負担超過とは対照的である。司法補助官の判断に対し、上訴裁判所へ直接即時抗告する道を開けておくべきとの提案は、法政策的論議上実現されない（一九八二年一月二日の民事事件の裁判所の負担軽減のための法律についての報告者草案三条第一項参照）。

第13提案

執行法上の法的救済システムの改正、すなわち、司法補助官がなす判断に対する訂正異議（Durchgriffsinerung）ならびに裁判官の裁判に対する即時抗告（民事訴訟法七六六、七九三条、司法補助官法一条）。

民事訴訟法七六六条を執行官の手続に限定する提案は、境界を明確にするという長所を有する。それでもこの提案は取り上

げられない。なぜなら、法的救済システムにおける、区裁判所の管轄を減少せしめ、かつ抗告審に新たな職務負担を生じさせるからである。

第14提案

不当な第三者異議の訴え（民事訴訟法七七一条）を排除するために、有限会社の業務執行社員の債権者、もしくは有限会社の債権者に有利となるよう、民法一三六二条に相当する差押債権者の所有権に関する推定がなされるべきである。

この提案は取り上げられない。なぜなら、資本金会社（物的会社）の事実上の関係と人的生活共同体（eine persönliche Lebensgemeinschaft）との事実上の関係は、比較しえないからである。財貨の会社組織への移行は、特別な会社法上の手段（例えば Durchgriffshaftung）によってなされるのである。

第15提案

強制執行費用につき、債務名義のない同時執行が基本法の理念上問題であることを理由とする、民事訴訟法七八八条の改正。

この提案は取り上げられない。債務名義のない強制執行費用について同時に執行することに反対する考えは存在しない。なぜなら、同時執行開始以前に、執行機関は、結果的に生ずべき

費用の必然性を審査し、かつ、債務者に事後の権利保護の道が開かれているからである(特に民事訴訟法七六六条)。債務名義なしに共に執行すべき費用のためにのみなすべき事前の審尋は、事柄の性質上自明であって、なおかつ民事訴訟法八三四条に明文で規定された原則すなわち、強制執行前、債務者に警告すべきではない、との原則と矛盾する。先行の(vorhergehende)執行処分ならびにその費用に対し、債務者は、規定された上訴(die vorgesehenen Rechtsmittel)をなすことができないことになるからである。

第16提案

差押決定および移付決定(Uberweisungsbeschluss)において認められるべき執行費用につき、債務名義の強制を導入すること。

この提案は、第15提案と同一の理由から拒絶されるべきである(民事訴訟法八三四条)。

第17提案

一年以上経過した執行費用につき債務名義の強制を導入すること。

この提案は取り上げられない。なぜなら、これによって理由づけられる、費用確定決定を生ぜしめる義務は、管轄裁判所の

過度の負担超過をもたらし、かつ、強制執行手続の促進とは相容れないからである。

第18提案

民事訴訟法七八八条の改正を、債務名義のない執行費用の主張にあたり、証拠の原本の提出、ならびに成立原因および成立日が記載された、詳細かつ一般に認識できる執行費用の明細書の提出が必要である、とすること。

この提案は取り上げられない。なぜなら、訴訟費用の証明の問題は、作業部会の見解によれば、裁判によって適切に(angemessen)解決されるからである。執行機関は、自らの責任において、主張された執行費用の成立、必要性、相当性ならびにその額を審査しなければならない、とする点では一致している。

執行機関がその審査義務を遂行できるよう、原則として民事訴訟法一〇四条以下に基づく、形式的訴訟費用確定手続と同一の原則が適用される。特に、民事訴訟法一〇四条第二項を準用することによって、債権者は、その費用を疎明することが要求される。この疎明は、必ずしも常に絶対的に全証拠の提出を必要とするわけではない。例えば弁護士代理の場合には、法定手数料の要件に該当することを参照することであり得る。さらに、弁護士の支出に関しては、民事訴訟法一〇四条第二項第二文に基づく弁護士による保証であり得る。

第19提案

執行費用の制限 (Begrenzung) についての法規定 (例えば、執行費用の何パーセントという包括設定 (pauschale Begrenzung))、すなわち、繰り返しなされる執行の規制)。

この提案は取り上げられない。訴訟費用の必要性 (民事訴訟法七八八、九一条) につき厳格な基準を置くべきである、とする判例および学説の一致した見解によれば、規定の必要性は否定されるべきである。

第20提案

分割払和解 (Teilzahlungsvergleich) のための費用支払に関する法的規制。すなわち、残債権執行の法的規制。

この提案は、民事訴訟法七八八条の枠内における和解費用を執行費用として規制することを考慮するかぎりで、これ以上検討されない。民事訴訟法七八八条の意味での『必要的費用 (notwendigen Kosten)』の範囲に関する、個別問題を解決することは、立法者の仕事ではない。通説は、民事訴訟法七八八条の枠内で生じることのある、弁護士との和解費用 (連邦弁護士費用法二三条) を顧慮しない。いすれにせよ、真の和解にあっては、和解中に反対の条項がなければ、民事訴訟法九八条の類推適用が必要となりえよう。

本提案が、債権者に、債務者の分割払を相殺するにたるだけの事情 (Positionen) につき十分なる根拠を個々に説明し、かつ、証明を課すことを意図しているかぎりで、結局この提案は取り上げられない。確かに、正当にも本提案には、債務者の分割払との『内密の (heimliche)』相殺により、理由のない費用請求を認めることに對する債務者保護の思想が根底にある。しかし、裁判所の圧倒的多数は、債権者は、債務者の分割払にあっては、見積もりした強制執行費用の証拠を添付して、残債権の見積もりを提出することを要求しているので、債務者の保護は十分に考慮されている。緊急に、立法によって処理する必要性を認識することはできない。

〔付記〕作業グループのメンバー

LjV Baden-Württemberg: Ministerialrat Dr. Holch

LjV Bayern: Ministerialrat Dr. Markwardt

Markwardt

Regierungsrat z. A. Krenck

LjV Berlin: Richter am Kammergericht

Hoffmann

(bis September 1989)

Richterin am Landgericht

Bunge

(ab Oktober 1989)

LjV Hamburg: Richter am Amtsgericht Otto

LJV Hessen: Ministerialrat Dr. Hofmann

LJV Schleswig-Holstein: Ministerialrat Dr. Henf

Bundesminister der Justiz: Richter am Landgericht

Dr. Schubert

〔後記〕

本報告書の経緯については、本稿Ⅰに述べられている。私は、一九九二年四月 Bonn で開催されたドイツ系民事訴訟法担当者会議に、民事訴訟法学会の代表として、日本学術会議の援助を受けて出席した。この会議の内容については民事訴訟法雑誌三九号に記事を掲載した。そしてこの会議において強制執行法改正作業がシンポジウムのテーマとして取り上げられ、その際右改正グループの一員である Bonn 大学の Gail 教授より第一次および第二次の両報告書を提供された。ドイツ強制執行法の現時点における問題点を知る意味で参考になるので、慶應義塾大学大学院法学研究科博士課程在学の民事訴訟法専攻院生諸君の協力を得て、右両報告書を訳出することにした。本稿は第一次報告書を訳出したものである。数回の講読会を通して訳文の検討をしたが、各自の分担は以下の通りである。

- | | | |
|---------------|-------|-------|
| I、II、IIIおよびIV | 1、2、3 | 芳賀雅顯 |
| IV 4 | | 草鹿晋一 |
| IV 5、6、7、8 | | 藤井まなみ |

IV 9、10、11およびV

木村正清

資料を提供していただき、また翻訳の承認が不要である旨通知された Gail 教授に感謝の意を表したい。なお本稿の訳業は国際民事訴訟法関係外国文献講読会の作業の一環としてなされ、手続法研究所の援助をうけた。

石川 明