慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ドイツ民訴法八八八条不代替的作為義務の執行をめぐる法改正提案：ドイツ強制執行法改正作業グループ第二次報告書を中心に
Sub Title	§888 Deutsche ZPO im Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.12 (1994. 12) ,p.9- 22
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	内山秀夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19941228-0009

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.

ドイツ民訴法八八八条不代替的作為義務の執行をめぐる法改正提案

――ドイツ強制執行法改正作業グループ第二次報告書を中心に――

石川　明

一　はじめに
二　現行ドイツ民訴法八八八条の強制手段
三　八八八条の強制手段である強制金と強制拘留について
四　八八八条の問題点と改正提案の目的
五　評　価

一　はじめに

㈠　ドイツ民訴法八八八条（以下特にことわらない限り現行ドイツ民訴法の規定を指す）は不代替的行為（Unvertretbare Handlungen）義務の執行について以下のように規定している。[1]

第八八八条

①作為が第三者によって実行できない場合において、その行為がもっぱら債務者の意思にかかるときは、受訴裁判

所は申立により、強制金(Zwangsgeld)により、強制金が取り立てられない場合には強制拘留（Zwangshaft）により債務者に強制行為を実行させる旨を命ずる。各強制金は五〇〇〇ＤＭを超えてはならない。強制拘留については強制拘留に関する第四章の規定が準用される。

②前項の規定は、婚姻をせよとの判決の場合、夫婦の同居を命ずる判決の場合及び雇用契約に基づく労務を給付せよとの判決の場合には適用しない。

すなわち、不代替的作為義務の履行を命じる判決の執行には、受訴裁判所が申立に基づいて、債務者に対して強制金または拘留を課することによって行われるものとされているのである。

㈡　これに対して、ドイツ強制執行法改正作業グループ第二次中間報告書（一九九一年九月五日）は、同条について以下の改正提案をしている。[2][3]

民事訴訟法八八八条は以下のごとく改正される。

1　次の新第二項を加える。

「(2)強制手段としての戒告(eine Androhung des Zwangsmittels)は認めない」

2　現行第二項が第三項になり、第三項は以下のごとく改正される。

「この規定は(Diese Vorschrift kommt)との文言を「これらの規定は(Diese Vorschriften kommen)との文言に改める。

㈢　すなわち、改正提案は不代替的作為を求める執行に関する八八八条にあっては、強制手段の戒告を用いること

を認めない旨を法律上明規することにしたのである。この改正は、そうすることによって、裁判所の実務の不統一を執行手続促進の観点から統一しようとすることを目的としている。(4)

以下現行法の問題点と改正案の趣旨を考察し、もってわが民執法一七一条の解釈を考えるうえでの資料としたい。

(1) 法務資料四二六号「ドイツ強制執行法」(中野貞一郎訳)に旧八八八条の訳があるが、その後同条は改正されているので現行第一項をここに改めて訳出した。

(2) 第一次報告書は法学研究六十七巻四号九五頁以下に掲載されている。

(3) 第二次報告書八八頁以下。

(4) 第二次報告書九〜一〇頁。

二　現行ドイツ民訴法八八八条の強制手段

八八八条の改正提案を紹介・検討するにあたり、その前提作業として以下 Thomas-Putzo, ZPO 18. Aufl., S 1349 f により八八八条を概観しておきたい。

1　適用範囲

a　同条の適用のある行為としては以下のものがある。不代替的作為の概念はわが国の民事執行法一七一条のそれと同じである。すなわち、第三者がすることが許されないもしくはなしえない行為、または第三者が債務者がこれをなすのと同様にはなしえない行為をいう。(1) 行為はもっぱら債務者の意思にかかるものでなければならない。また、強制できない不代替的作為を規定する八八八条二項に該当する場合を除く。物の引渡または閲覧のための書面の提示について八八三条がこれを規定するのであって、八八八条は適用されない。(2)

その具体例として挙げられているのは、一定の情報の提供、計算の実施[3]、遺産目録の作成[4]、在職証明といった証明書の提出[5]、八九四条の適用のない意思表示の付与、税の申告に関する配偶者の協力[6]、住居から一定の者を退去させること[7]、労働者を引続き雇用すること等々[8]である。

b　八八八条の適用のない行為としては以下の行為がある。

1　債務者の意思にかからない行為(本条一項)の除外。

この点についてはPeters, Gedächtnisschrift für R. Bruns, S. 285の解説が詳細である。すなわち、債務者が第三者の協力なしには不代替的作為をなしえない場合がこれである。例えば、第三者の協力なしには履行しえない情報提供義務[9]、または所有住居の修理措置[10]などがこれであるが、これらの場合、債務者としては少なくとも事前に協力を求めること[11]、またPeters, a. a. O. によれば、必要があれば訴を提起することが必要とされている。これらの場合、債務者が第三者に対して当該行為をなすにつき相当な協力を求めているときは、八八八条の強制執行、特に強制手段は排除されることになる。

この点に関し情報提供が不能か否かという問題について、Bay OLG の判例がある[12]。すなわち、「債務者としては、第三者の助力なしには正確な情報の提供ができない場合、債務者は第三者の協力を相当な強さでプッシュすることを試みなければならない。この試みが失敗したときは債務者が正確な情報を第三者の所持する書類なしに与えうるか否か、与えうるとしていかなる範囲で与えうるのかという点を自ら問わなければならない」と判示しているのである。

2　人格的行為(persönliche Handlungen)の除外

この点については八八八条二項が規定している。

2　要件

要件としては以下の事項を挙げることができる。

強制手段の戒告は八八八条適用の要件ではない。[13]

a　執行が適法でなければならないこと。不代替的作為を求める債務名義が存在し、かつその内容が例えば情報提供であれば、その範囲につき債務名義上具体的に特定されていることが必要とされる。[14] もっとも、この点で作為の内容が解釈により明らかになりうる程度に行為が特定されていてもよいとされる。

b　作為が拒絶されたこと。

債務者の作為が可能であることが前提になるとするのが通説である。OLG Hamm はこの点について以下のように判示している。[15] すなわち、「債務者は八八八条の執行手続において、作為の実施の不能を明らかにする証拠資料を含む事実を債権者が検討しうる方法で説明しなければならない」「作為が不能である旨の債務者の主張が生活上の経験に反する場合、具体的事情及び証拠資料を説明すべき要求はそれだけ強くなるのは当然である」「〔債権者は〕債務者の主張を無力化し、証拠をもって反証することになる」等。

不可能であるというためには、債務者としてすべての期待しうる事項を試みてもできないということが必要である。[16] 故意・過失は問題にならない。義務の内容である作為がなされた旨の異議は、本来七六七条の請求異議の訴をもって主張すべきであって、強制金の確定手続においてこれを主張することはできないというのが通説である。[17]

反対説は、この種の異議は強制金を課する手続における債務者審尋の必要性を規定する八九一条第二文によりなされる審尋中に主張することができるものとしている。近時、この反対説にたつ判例が増えていることは注目すべきであろう。[18]

c　債権者の申立があること

申立は作為を特定するかあるいは特定しうるものでなければならないとするのが通説である。[19] 強制手段の特定(強制金か強制拘留か)またはその額・期間の特定は必要としない。[20]

d　外国における執行

強制手段は内国で課せられるが、作為は外国でなされるものであってもよいとされる。[21]

3　強制手段を課する裁判（第一項第一文第二文）

強制手段の戒告は債務名義中にこれを掲げることも、また八八八条の決定手続においても、戒告を認める八九〇条第二項の場合とは異なり許されない。[22]

a　決定(八九一条第一文)　前記要件が欠ける場合は申立は排除される。要件が具備されているときは、裁判所は戒告なしに強制手段を直ちに確定しなければならない。この点についてOLG Hammは、強制手段を確定する旨の戒告(Androhung der Festsetzung eines Zwangsmittels)に対する上訴に関して、以下のように判示している。すなわち「(1)ZPO八八八条による強制手段の確定を戒告するにすぎない決定に対しては、ZPO七九三条の即時抗告を提起することができる。(2)強制手段の戒告は、ZPO八八八条の手続に法律上の基礎を欠き、かつ権利保護の利益を欠くがゆえに不適法である」というのである。[23]

例えば、計算の実施のように作為が一定の時点までに完成しえない場合であっても同様である。[24] 確定決定は債務名義になる(七九四条一項三号)。[25] この決定は送達されなければならない(三二九条三項)。

b　内容　なすべき作為が特定されていなければならないが、その提起にある程度の幅が許される場合がある。[26] 強制金の額も特定されていなければならない。[27]

(1)　Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1349.

(2) Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1349.
(3) KG, NJW. 72, 2093.
(4) OLG Hamm, JMBINRW 77, 67.
(5) Geißler, "Der Anspruch auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses in der Vollstreckungspraxis des Gerichtsvollziehers" DGVZ 88, 17.
(6) LG Zweibrucken, MDR76, 144.
(7) BGH, FamRZ 63, 553.
(8) LAG Berlin, NZA 86, 36; LAG Schleswig-Holstein, NZA 87, 322.
(9) Bay OLG, NJW 75, 740.
(10) KG, OLGZ 90, 467.
(11) KG, NJW 73, 1135; Bay OLG, NJW-RR 89, 46.
(12) Bay OLG, NJW 75, 740.
(13) OLG München, OLGZ 82, 101.
(14) Bay OLG, NJW-RR 89, 932.
(15) OLG Hamm, NJW-RR 88, 1087; OLG Saarbrucken, OLGZ 91, 225.
(16) OLG Köln, NJW-RR 92, 633. 債務者は、第三者の協力をうるために彼のなしうるすべてのことをなした場合に限り、第三者の協力が得られなかったことを理由に行為をなすことが不能である旨の主張をすることができると判示している。
(17) Vgl. Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1350.
(18) 論文として、Bishoff, "Erfüllungseinwand in der Zwangsvollstreckung gem. §§887-890 ZPO", NJW 88, 1957. があり、判例としては、OLG Stuttgart, NJW-RR 1986, 1501; OLG Frankfurt, MDR 1984, 239; MDR 1973, 323; OLG Zweibrücken, JurBuro 1983, 1578 がある。反対説としては OLG Hamm, MDR 1979, 411; OLG Düsseldorf, OLGZ 1976, 376; LG Köln, NJW 1986, 1179 がある。
(19) Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1350.
(20) Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1350.

(21) Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1350.
(22) Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1350.
(23) OLG Hamm, NJW-RR 88, 767.
(24) Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1350.
(25) Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1350.
(26) OLG Zweibrücken, OLGZ 74, 317.
(27) Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1350.

三　八八八条の強制手段である強制金と強制拘留について

わが民事執行法のもとでは一七二条の強制金に該当するものが規定されているが、これに対して人的執行の名残りであるといわれている間接強制手段としての強制拘留に該当するものは、人権尊重の観点から規定されていない。したがって、わが国にあっては、間接強制手段としての強制金と拘留の関係いかん、換言すれば執行機関としての執行裁判所（わが国の場合執行裁判所、ドイツでは受訴裁判所）が具体的ケースにおいて強制金と強制拘留のいずれをいかなる基準をもって選択すべきか、両手段を併課できるのか等々の諸問題は生じないが、ドイツ民訴法八八八条はその両手段を間接強制手段として認めているので、前記の諸問題が生じてくるのである。

八八八条に関するドイツの解釈を以下若干紹介しておこう。

一般には強制金と強制拘留の選択は受訴裁判所の裁量によるとしながらも、その裁量には一定の枠があって、原則として第一次的には強制金が選択され、強制金が効果を生じないことが予測できる場合、これに代えて(ersatzweise)第二次的に強制拘留が選択されるとする点で見解はほぼ一致しているようである。[1] この点は人格的自由権（Persönliche Freiheitsrecht）を規定する基本法二項二文、一九条二項との関係が問題とされるからであろう。また強制金ではなく

強制拘留を選択する場合、比例性の原則に従うべきであることも説かれている。[2] また双方の強制手段について最初に選択された強制手段がいずれであれ、それが課せられて奏功しなかった場合、第二の強制手段として繰返して課することができるといわれている。[3]

注意しなければならないのは、強制手段の戒告の繰返しは、権利保護の利益を欠くとする決定があることである。[4] この場、戒告を繰返すよりすでに戒告した強制手段を執行すべきだからというのがその理由である。強制金の最高額は五〇〇〇DM(八八八条一項二文)であるが、その範囲内で一定額を宣言しなければならないし、強制拘留は最低一日(Art 6, Abs 1, EGStGB)から最高で六ヶ月を超えてはならない(八八八条一項三文、九一三条)とされている。強制手段が複数回にわたり課せられることはいうまでもない。刑罰ではなく、純粋な強制処分(Zwangs-order Beugemassnahmen)が課されているにすぎないからである。

(1) Rosenberg-Gaul-Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, S.754; Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. 11. Aufl., S.273; Brox-Walker, Zwangsvollstreckungsrecht. 4. Aufl., S. 610; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht 19 Aufl., S. 119; Luke-Walchshofer, Munchner Kommentar zur ZPO, S. 543; Zoller, ZPO 18 Aufl. S. 2056; Baumbach-Lauterbach, ZPO 52, Aufl., S. 1980; Stein-Jonas-Münzberg, ZPO 20 Aufl. N 2, S. 62.

(2) Baumbach-Lauterbach, a.a.O., S. 1980.

(3) Vgl. KG, NJW 1963, 2081; OLG Hamm, DGVZ 1977, S. 41; Roseberg-Gaul-Schilken, a. a. O., S. 754; Lüke-Walchshofer, a. a. O., S. 543; Zöller, a. a. O., S. 2056; Stein-Jonas-Munzberg, a. a. O., S. 63; Zöller, a. a. O., S. 2056.

(4) OLG Hamm, Beschl. v. 15. 10. 1976, DGVZ 1977, 41.

四　八八八条の問題点と改正提案の目的

1　問題点

債務者が判決により不代替的作為義務の履行を命ぜられた場合、八八八条一項一文の判決は、受訴裁判所が申立により決定をもって作為をなさしめるための強制金または拘留によって債務者を強制することによって執行される。八八八条において債務者にいかに当該不代替的作為を実行させるべきか、その方法については学説が対立していることは周知のとおりである。①一定の裁定期間を定めてその期間の徒過後は強制手段――戒告の段階では内容が確定していない――を課するという戒告（ないし威嚇――Anordnung）をなすことによって当該裁定期間内に履行を促すか、あるいは②具体的内容のある強制手段を即時に課すことを確定し、履行があれば猶予の可能性を認めるとするか、あるいは③作為が一定時点までになされない場合のために条件付で具体的内容のある強制手段を確定する等がこれである。(1)

(二)　ところで、八九〇条は不作為義務及び受忍義務の強制執行に関する規定であるが、第一項で不作為義務違反または受忍義務違反に対して秩序金及び秩序拘留を課することができる旨規定し、第二項で第一項の強制手段を課するに先立って当該強制手段の戒告(Anordnung)を必要とする旨規定している。その内容は以下のとおりである。すなわち、ドイツ民訴法八九〇条は第一項から第三項までの規定をおいているが、その第一項及び第二項を以下に訳出する。(2)

八九〇条

①債務者が作為をなさず、ある行為がなされることを受忍すべき義務に違反して行為した場合、すべての違反行為について債務者の申立により第一審の受訴裁判所は秩序金(Ordnungsgeld)及びそれを取立てることができないときは、秩序拘留または最長六ヶ月の秩序拘留(Ordnungshaft)を課する判決を受ける。各秩序金は五〇〇、〇〇〇D

Mを、秩序拘留は合計二年を超えてはならない。

②戒告が当該義務を宣言する判決に含まれていないときは、申立により第一審受訴裁判所が発すべき相当の戒告が第一項の判決に先行しなければならない。

本状第二項について若干のコメントを加えておくと、この戒告はほとんどの場合、すでに判決ないし仮処分中に宣言されているといわれる。秩序金でいくのか秩序拘留にするのか、つまり秩序維持の種類が宣言されていれば十分であるし、その最高額ないし最長期間が明示されていれば十分である。これに対して、「八九〇条により（“gem §890”）」とか「法律上許された範囲で」というだけでは不十分であるといわれる。

この点は一応おくとして、この規定との関連で、執行実務上は不代替的作為義務の執行にあたっても、その具体的内容を定めることなく抽象的になされる強制手段の事前の戒告は適法であるとされ、これが実務上実際に行われている。この点は多くの判例からも明らかであるし、学説もこれらの判例に賛成している。[3]

しかしながら、それと同時に他方では判例・学説の大勢は強制手段の戒告は必要でもなければ合目的的でもないと説いている。[4] その理由は戒告がただでさえ遅延しがちな八八八条の間接強制による執行手続をさらに遅延させるものであり、強制手段の内容を具体的に確定しておくことがすでに十分な威嚇として作用するのであるから、それをなすべきであるといわれる。[5] すなわち、戒告ではなく直ちに一定額の強制金を確定することが原則的に有意義であると――その場合、場合によっては裁判所の定めた裁定期間の終了まで取立を猶予することがあってもよいが――説かれている。[6]

さらに従来のような法律上の根拠のないかつ権利保護の利益がないともいえる強制手段の事前の戒告を不適法とするとの見解もある。[7]

㈢　そこで、ほとんどの学説、判例によって適法とされているものの、具体的内容を確定しないままになされる強制手段の事前の戒告は廃止されなければならないとする見解を報告書は採用したのである。[8] その根拠として八八八条はこの種の戒告を本来予定していないというのである。すなわち、債務者は作為をなさしめるために強制手段の抽象的な事前戒告によるのではなく、具体的に内容の確定した強制手段それ自体を課すべきなのである。[9] 戒告は単に執行を遅滞せしめるにすぎないのである。

しかしながら、強制手段の事前戒告によらず、いきなり強制手段の内容を具体的に確定することが債務者の利益に適うかといえば、必ずしもそうとはいえない。債権者の強制手段の確定の申立にあたり、八九一条二文は不代替的作為義務の不作為に対する強制処分を裁判によって課する手続において債務者の審尋をなすべき旨規定しているので、債務者は審尋をうけることになる。[10] この限りで債務者の審尋請求権は保証される。執行それ自体は、司法官庁帰属請求権取立法(Justizbeitreibungsordnung)により職権でなされているのではなく、執行の一般原則により債権者の申立によりなされるものである。[11] したがって、債務者としては義務を履行しかつそれによって確定された秩序維持手段(Ordnungsmittel)の執行を回避する機会を適時に有しているのである。[12]

これに対して、作為をなすための期間設定は排除されない。[13] 例えば判決手続で広範囲にわたる計算義務(die Verpflichtung zu einer umfangreichen Rechnungslegung)のために債務者に相当な期間が認められてしかるべき場合に、期間の裁定が必要になる。既述のように、この種の場合には期間の裁定と同時に憲法上の比例原則が問題になることがある。

(1)　第二次報告書八八～八九頁。

(2)　旧八九〇条の訳も前記法務資料に含まれているが、現行八九〇条第一項第二項をここに訳出した。

(3)　第二次報告書八九頁、KG, NJW 1969, 57; OLG Zweibrucken, JurBüro 1983, 1578／1579; OLG Stuttgart, Die Justiz

1980, 415; OLG Hamm., NJW-RR 1987, 765; Bay OLGZ, 1988. 413／416; OLG Düsseldorf, OLGZ 1988, 83／87; Stein-Jonas-Munzberg, a. a. O., S. 62; Zoller, a. a. O., S.2057; Baumbach-Lauterbach a. a. O., S. 1979; Rosenberg-Gaul-Schilken, a. a. O., S. 754; Lüke-Walchshöfer, a. a. O., S. 543.

（4） 第二次報告書八九頁。Vgl. KG, NJW 1969, 57; OLG Koln, MDR 1982, 589; OLG Munchen, OLGZ 1982, 101, 103; Rosenberg-Gaul-Schilken, a. a. O., 754; Stein-Jonas-Munzberg, a. a. O., S. 62; Zoller, a. a. O., S.2057; Baumbach-Lauterbach, a. a. O., S. 1979; Luke-Walchshofer,a. a. O., S. 543.

（5） 第二次報告書八九頁。

（6） 第二次報告書九〇頁、Stein-Jonas-Munzberg, a. a. O., S. 62; Baumbach-Lauterbach, a. a. O., S. 1979.

（7） 第二次報告書九〇頁の他、Vgl. OLG Hamm, MDR 1988, 505; Thomas-Putzo, a. a. O., S. 1350.

（8） 第二次報告書九〇頁。

（9） 第二次報告書九〇頁。

（10） 第二次報告書九〇頁。

（11） 第二次報告書九一頁。

（12） 第二次報告書九一頁。

（13） 第二次報告書九一頁。

五　評　価

不代替的作為義務の執行である間接強制を課する場合、三つの選択肢があることは改正提案理由書の述べるとおりである。

そして、改正提案が、そのうち第一の選択肢すなわちその徒過後は強制手段を課する旨の戒告の下に裁定期間内の履行を促す方法は間接強制の方法として廃止されるべきであるとする点には賛成できる。その理由は、その方法が単に執行手続を遅延せしめるというだけではない。もちろん不合理な遅延は避けるべきであるが、問題はその遅延につ

いて合理的根拠があるか否かという点である。この点では、合理的根拠に欠けるといわなければならない。なぜならば、前記第一の選択肢は不代替的作為義務の履行について一定の猶予期間を執行機関限りで設定することになり、それはまた実質上実体法的に期限を猶予することと同じ機能を有するのであって、このようなことは執行の本来的機能ないし執行機関の権能の不当な拡大であるといわなければならないから、それを執行機関限りでなしうるとすることには当然強い批判が予想されるのである。債務名義それ自体は当該義務の履行について実体的猶予は認めていないことを考慮すべきである。

この点では、第三の選択肢も第一の選択肢と同様の欠陥を伴っているものというべきである。すなわち、第三の選択肢によれば、強制手段の内容を具体的に確定するものの、それは作為が一定時点までになされないことを条件とするという点で債務の履行を一定時点まで猶予する結果になっている。かように第三の選択肢は、執行機関が債務の履行を実質上猶予するのと同じ結果になるという点で、第一選択肢と変わるところがない。したがって、第一の選択肢のみを廃し、第三の選択肢を廃止しないことは均衡がとれない。私見によれば、本提案によって第一ならびに第三双方の選択肢が廃止されるべきものと考える。第三の選択肢をそのままにして第一の選択肢のみを廃止するという本提案には矛盾があるように思われるのである。もちろん、作為のために一定の期間を必要とする場合、この期間を裁定しうることは別問題であり、この点は提案理由書が述べるとおりである。けだし、その場合、同期間の開始時に作為を開始すればそれは債務の履行行為を開始したと評価されるからである。かように解すると、本改正提案によって不代替的作為義務の間接強制のために残された選択肢としては、第二のものに限定されると理解すべきであろう。

本提案が明文で第一の選択肢のみを廃止し、第三のそれを廃止していなくても両者のバランスをとる意味で解釈上本提案によって後者も廃止されたものと解することは可能であるし、そう解すべきではないかと思われる。