

Title	ボン基本法の基本権と強制執行法の交錯： ゲルハルト・リュケ教授の論文を読んで
Sub Title	An merkungen zum Aufsatz von Prof. Gerhard Lüke über "Grundrechtsverletzungen bei der Zwangsvollstreckung"
Author	石川, 明 (Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.5 (2000. 5) ,p.75- 91
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20000528-0075

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

ボン基本法の基本権と強制執行法の交錯

——ゲルハルト・リュケ教授の論文を読んで——

石川 明

はじめに

- 1 代替的作為義務等の執行と債務者の審尋
- 2 情報伝達手段の差押禁止と情報収集権
- 3 換価の公法説と財産権の保障
- 4 執行官の第三者に対する追求権 (Verfolgungsrecht des Gerichtsvollziehers gegenüber Dritten)
- 5 ZPO八九〇条の不作為義務の執行
- 6 執行官の調査権、債権者への報告
- 7 ZPO八九〇条以下の宣誓に代わる保証 (Eidesstattliche Versicherung) および拘留 (Halt)
- 8 債務者保護規定の誤った適用と基本権侵害
- 9 住居の搜索と基本法一三条第二項
- 10 結語——各項目に関する私見の要約

はじめに

ドイツザールラント大学 Gerhard Lüke (以下リュケと表記する) 名誉教授 (慶應義塾大学名誉法学博士) は、*„Grundrechtsverletzungen bei der Zwangsvollstreckung“* Dike International 3. EUNOMIA Verlag 一九九六年刊、一六一頁以下に、*„Bemerkungen zum Thema Grundrechtsverletzungen in der Zwangsvollstreckung“* と題する論文を寄稿している。この論文はボン基本法の規定する基本権と強制執行法が交錯する個別的テーマを一五項目ほど取り上げてそれぞれ簡単に説明したもので

ある。そこで、そのうち私からみて関心のある項目を若干取り上げて紹介してみたい。日本の民事執行法の解釈ないし立法論に少なからず役立つと考えるからである。

Lite 教授の上記論稿の内容も各問題を個別に並列して説明されているので論稿全体が体系的に構成されたものとはいえない。したがって本稿もそれにならって体系的な解説にはなっていないことをお断りしておきたい。

また上記リケケ論稿には脚注が付されていない。本稿では上記論稿のページ数だけを付記した。

因みに以下 G G とはボン基本法、Z P O とはドイツ民事訴訟法を示す。括弧内は Z P O に対応する日本の民事執行法の条文を示すものである。

1 代替的作為義務等の執行と債務者の

審尋 (S. 163f)

Z P O 八八七条 (民執一七一条第一項) は代替的作為義務の執行について、八八八条 (民執一七二条第一項) は代替的作為義務の執行について、八八九条は民法による宣誓に代わる保証について、八九〇条 (民執一七二条第一項) は不作為義務又は受忍義務の執行についてそれぞれ規

定している。これら諸規定につづいて八九一条は、八八七条から八九〇条までの規定による執行の手続について規定している。八九一条は殆ど、昭和五年五月法曹会刊「ドイツ強制執行法 (中野貞一郎訳―以下中野訳と呼ぶ―)」と変わっていない。「殆ど」といったのは、同条第一文、第二文は全く変わっておらず、ただ第三文が付加されたにすぎないという意味である。第三文は「費用の裁判については、九一条乃至九三条、九五条乃至一〇〇条、一〇六条、一〇七条を準用する」と規定する。ここで、第三文については付加条文を紹介したにすぎないが、本稿において問題にしたいのは前記第二文である。

説明の便宜上、ここに八九一条第一文及び第二文を前記訳文により紹介しておこう (訳文は中野訳による)。

第八九一条 (手続) 第八八七条から第八九〇条までの規定に従ってなされる裁判は、口頭弁論を経ないことができる。この裁判に先立って、債務者を審尋しなければならぬ。

すなわち、第二文は債務者審尋を必要なものとしているのである。

このことは法的審問請求権を規定した G G 一〇三条第一項に由来するといえる。すなわち、債務者は利害関係を有

する執行当事者として執行処分である裁判がなされる以前に審尋を受けることが基本権として保障されているということである。執行の実効性を減殺する恐れのある場合には、債務者を審尋しないことがある。例えば、ZPO八三四条は、債権差押命令前に債務者を審尋しない旨規定している。これをもって法的審問請求権の保証に関するGG一〇三条第一項違反ということはできないというまでもない。

この点は別にしても、前記のZPO八八七条ないし八九〇条の執行にあたり債務者審尋を保障する旨の規定は設けておくべきなのであろう。八八七条に相当する民執法一七一条は第三項で、八八八条に相当する民執法一七二条第一項は第三項で、八九〇条に相当する民執法一七二条第一項は第三項で、それぞれ債務者審尋の規定をおいている。

すなわち民事執行法一七一条第三項、一七二条第三項における債務者ないし相手方審尋の規定は憲法三一条の裁判を受ける権利との関係から不可欠の規定とすべきなのである。

2 情報伝達手段の差押禁止と情報収集権 (S. 164)

我が国の民事執行法では、金銭債権執行のうち、動産執行における差押禁止動産が三一条(ZPO八一条)に列挙されている。テレビに対する差押禁止を理由づけたら(同条第一号)、最低限度の生活必需品という位置づけになるのであろう。そのような位置づけもなしうであらうが、知る権利としての情報収集権 (Informationsfreiheit) からこれを位置づけることができよう。この基本権を保障するボン基本法では、五条第一項がその根拠となる。したがって、ラジオとか新聞といった情報収集手段がない場合にテレビを差押えることは単に最低限度の生活維持という側面から禁止されるというだけではなく、我が国の場合も知る権利という側面からも禁止されると考えるべきなのではないか。ドイツでは基本法五条一項があるので、日本以上にそのような理由付けが出て来やすいように思われるのであるが、憲法二一条に含まれる知る権利からも同じ結論が出てくるといふべきであらう。

いずれの理論づけによっても結論は同じになると思われ

るが、差押禁止の論拠の一つとして知る権利を挙げた点が目新しいといえるし、またそのような理由づけは不可欠である。

3 換価の公法説と財産権の保障

(S. 164f)

Stein が主張し、リュケ教授も採用している執行における換価の公法説(ドイツの通説『*Öffentlich-rechtliche Theorie der Verwertung*』)によれば、競売という高権的譲渡によって買受人は目的物について無負担の所有権

(*lastenfreies Eigentum*) を取得することができることになる(但し例外的に引受けられる権利は別)。さらに動産の譲渡に関するドイツ民法九二九条以下及び一二四四条以下の規定は適用されないことになるし、当該動産が債務者ではなく第三者に帰属するものであっても、買受人はその所有権を取得することになるし(私売説ないし併存説によればこのような効果は生じないことになる)、買受人が第三者の物であることにつき善意である必要もない。ライヒ裁判所民事判例集(RGZ)一五六号三九五頁以来、この見解がドイツでは通説である。公法説によれば競売は

一層効果的に機能することになることは明らかである。競売の本質についての私法説ないし折衷説より公法説のほうが競売の促進という点でははるかに優れていることは一般に認められていることである。

しかしながらこの公法説にも問題がないわけではない。それは我が国で折衷説がとられる理由と同じ理論が、ボン基本法の条文と結びついて提されていることに由来する疑問なのである。ボン基本法との関係でいえば、問題になる条文は、財産権の保障に関する一四條、基本権の高権的侵害に対する救済を規定した一九條第四項、法律の合憲性の要請に関する二〇條第三項である。

しかしながらリュケ教授によれば、公法説の立場からは、公法説は上記基本法の条文に違反するものではないといわれる。例えば、当該物件の所有権が第三者にあるような場合、競売により買受人が完全に当該物の所有権を取得するということは、第三者の所有権を否定し、財産権の保障に関する基本法一四條に違反しないかという点が問題になるのである。この点について公法説は、GG 一九條第四項の「公権力によって権利侵害を受けた者は、法的救済の途(Rechtsweg)が与えられる」とする規定を挙げて、競売にあたり第三者は第三者異議や方法異議の救済が与えられ

ているし、事後的にも補償請求権（——*Ausgleichsanspruch*——例えば、不当利得の返還請求権）が与えられていることに注目しなければならないと説くのである。

若干のコメントを加えるとすれば、以下のとおりである。すなわち、第三者としては、自らの不知のうちにその所有権が競売され公法説によってその所有権を失うことは、後に不当利得の返還請求権を行使しようとはいえ、それが完全な救済にならないことが多いことを考えると、所有権を保障するGG一四條違反の疑問は依然として残る。問題は第三者の財産権の保護と競売の公信的効果という相対立する要請のうちいずれを優先させるかという問題になる。

我が国の民事執行法七九條の「不動産の取得」の解釈にも影響する問題である。私見は、公法説に対する上記の疑問が残ると考えるので折衷説に賛成したい。

4 執行官の第三者に対する追求権 (*Verfolgungsrecht des Gerichtsvollziehers gegenüber Dritten*) (S. 165f)

(a) この点に関して、リュケ教授は、その著C.H. Beck 社刊 „Prüfe dein Wissen“ シリーズの中の *Zwang-*

svollstreckungsrecht, 2. Aufl. の一五九頁に次のような事例を挙げている。すなわち、「債権者が差押の目的動産を差押の封印を解除することなく、当該目的物の占有を友人Fに、その競売を避けるために移管した。Fは債務者のその意図を知っている（執行回避の共謀）。執行官はこの場合目的物をFから取り戻すことができるか」という問題設定である。

この点について学説の中には第三者に対する債務主義がなくても執行官の第三者に対する追求権 (*Verfolgungsrecht*) を肯定するものがある。但し否定説も強い。この点で見解の対立がある。ここで基本権として問題になるのは自由な人格権を規定するGG二條及び、基本権の制限に関する一九條である。差押がなされた目的物に対する競売を回避しようとして債務者と共謀して当該目的物の占有を取得した第三者が執行官の引渡請求に対して引渡を拒んでいるとき、この第三者に対してする直接の執行処分は、第三者の基本権侵害にはならないか否かという点が問題となる。この点で、第三者に対する追求は第三者の基本権侵害にならないというのがリュケ教授の見解である。第三者が執行官への引渡を拒まないときは、ZPO八〇九條（引渡しを拒まない第三者が所持する動産の差押え——民法法一二四

条に相当する規定——)により執行官がその引渡を受けて差し押さえることに問題はないことはいうまでもない。

ZPO 八〇九条が予定している状況は、上記の問題設定と事態を異にする。このいわゆる「執行官の追求権」を肯定する見解は多い(文献については、前掲書一五九頁参照)。この立場からすると、かかるケースで執行官が第三者に対する関係で取戻請求をしない場合、債権者は執行方法に対する異議をもって救済を求めることができる。この場合、質権者の権利が侵害されたケースについて所有権に基づく請求権の規定を準用して質権者自身の回復請求権を認める BGB 一二二七条の規定を類推して、債権者が第三者に差押物の執行官への引渡を求める訴えの提起は許されないと考えられている。

この種の追求権を認めることは執行の機能性を發揮するという観点からみると好ましい。しかし、わが民事執行法一二四条の反対解釈としては、この種の追求権を認めることは困難である。我が国の学説は消極的である(例えば、中野貞一郎・民事執行法 新訂三版、五二三頁参照)。

しかしながら、この種の追求権を認めることの可能性についてはドイツの肯定説を検討してみる価値があると考ええる。今後の研究課題としたいと考ええる。

5 ZPO 八九〇条の不作為義務の執行 (S. 167f)

連邦憲法裁判所(以下 BVerfG と略す)は、ZPO 八九〇条の不作為執行が憲法的観点からして一九七四年改正(Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2.3.1974)の新規定のなかでもその制裁(Sanktionen)を課するについては過失(Verschulden)を必要とする旨説しているが、リュケ教授はこの判旨に賛成している。制裁は従前通り二つの機能を有するものといわれている。すなわち、一つは債務者の意思を曲げさせること(die Willensbeugung des Schuldners)、他は、違反がなされた場合にそれに対する償い(Sühne)という意味がある。後者の点で刑法的要素があることを顧みるならば、過失(Ver-schulden)がないのにこの制裁を課することは、G 二一条一項の債務者の基本権を侵害することになる。「過失なくして刑罰なし」(nulla poena sine culpa)という命題はその限りで憲法的命題として位置づけられるものである。民執法一七二条一項の強制金による間接強制は、債務者本人に心理的圧力を加えて自ら作為を実行するように仕向

けるものであるから、債務者が実行しようとする意見さえもてばなしうる場合でないとその目的は達成できないといわれる。したがって例えば、実行について第三者の協力を必要とするが容易にこれを得る見込みがない場合や、債権者の側で特殊な設備をしないと債務者としても実行できない場合、あるいは、実行について債権者の資力に不相応な多額の費用を必要とする場合には、間接強制は許されないといわれる。強制金の性質が刑罰的要素をもつか否かは問題であるが、それが刑罰的要素をもつか、専ら民事的要素をもつかは別にして、仮りに後者であっても、不可抗力によって義務履行ができない場合にまで制裁金を課することは、不法行為について過失責任主義を原則とする現行法の下では不合理であるから、これらの点を捉えて強制金を課すること及びその取立てについては債務者の過失を必要とするか解するというのも一つの考え方として肯定できる。

不作為判決の判決主文 (Urteilsformel) はその射程距離が不明確である場合の取扱いについては、必ずしも見解が一致しているわけではない。リュケ教授は、解釈によりその不明確な部分が補充されなければならないと説く。その場合、一般原則にしたがって、裁判の理由が参照されることになる。かくして解釈により違反形式を変えることに

よって、禁止判決を債務者が回避できないようにすることができる。解釈による違反形式の変更が違反形式の本質的部分に抵触しない限りにおいて、その変更は、判決の範囲内ということになる。リュケ教授は以上のように説くのである。これに対して、反対説は、ZPO八九〇条のもつ刑罰的性質を強調し、GG一〇三条第二項からして判決主文の解釈を許さない。リュケ教授はこの反対説には賛成しがたいという。リュケ教授はその理由を特に述べているわけではないが、反対説による場合、不作為請求訴訟を再度繰り返さなければならぬ債権者にとり多大の負担をかけることを根拠とするものと思われる。

ZPO八八八条の強制金 (Zwangsgeld) 及び強制拘留 (Zwangshaft) は、ZPO八九〇条の秩序金 (Ordnungsgeld) 及び秩序拘留 (Ordnungshaft) とは異なり、先行した秩序違反を懲罰するための強制的手段ではないのであるから、制裁を意味しない。したがって、ZPO八九〇条第二項にみられるような刑の事前の戒告 (Androhung) は問題にならないし (ZPO八八八条二項)、この処分確定については、過失 (Verschulden) も問題にならない。ZPO八八八条の憲法調和的解釈は必要としない (通説)。

なお、現行ZPO八八八条第一項第二項、及び八九〇条

は、中野訳とは異なるのでここに訳出しておく。

八八八条第一項は、一九七四年二月三日の刑法施行法 (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch) により改正され、第二項は一九九七年二月一七日の強制執行法規定の改正のための第二法律 [Zweites Gesetz zur Änderung Zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften (2. Zwangsvollstreckungsnovelle)] によって追加された。そのため従前の第二項は第三項に移行した。

第八八八条〔不代替的作為〕

(1) 行為が第三者によりなされないもので、それがもつばら債務者の意思にかかるとき、第一審受訴裁判所は申立てにより債務者が行為をなすために強制金 (Zwangsgeld) を課し、強制金を取り立てることができないときは、強制拘留 (Zwangshaft) を命じなければならぬし、又は当初より強制拘留を課さなければならぬ。各強制金の額は五〇〇〇DMを超えてはならない。強制拘留については拘留に関する第四章の規定を準用する。

(2) 強制手段の戒告 (Androhung) は行わぬ。

(3) 略

ZPO 八九〇条第一項および第二項も前掲刑法施行法によって、八八八条第一項と同時に改正されたので改正条文を訳出しておく。

第八九〇条〔不作為及び受忍の強制〕

(1) 債務者が不作為義務又は受忍義務に違反して行為したときは、第一審の受訴裁判所は各違反行為につき、債権者の申立てにより秩序金 (Ordnungsgeld) を課し、秩序金を取り立てることができないときは、六ヶ月迄の秩序拘留を命じなければならぬし、または当初より秩序拘留を命じなければならぬ。各秩序金の額は五〇〇、〇〇〇DMを超えてはならないし、秩序拘留は全体として二年を越えてはならない。

(2) 右の命令に先立って対応する戒告 (eine entsprechende Androhung) がなされなければならない。右戒告が義務を宣言する判決のなかに含まれていないときは、申立てにより第一審の受訴裁判所がこれを発する。

(3) 略

6 執行官の調査権、債権者への報告

(S. 168)

ZPO 八〇六条 a は以下のように規定している。本条は中野訳にはないので訳出しておく。

第八〇六条 a (執行官による通知)

1 強制執行をなすにあたり、債務者への質問、または書類の閲覧により、債務者の第三者に対する金銭債権に関する知識を得たとき、および差押がなされ得ないとき、又はなされた差押によって債権者の完全な満足を得られることが予見できないとき、執行官は、第三債務者の氏名、住所、債権の発生原因及びこれら債権のために存する保証を債権者に通知する。

2 執行官が、住居において債務者に会わないとき、および差押がなされ得ないとき、またはなされた差押をもって債権者の完全な満足を予見できないとき、執行官は、債務者と生活を共にする成人 (*die zum Hausstand des Schuldners gehörende erwachsene Personen*) に債務者の雇用主につき質問することができる。上記の成人は、質問に答える義務を負うものではなく、執行官は、その解答が任意であることを教示しなければならない。執行官が得た知識は債権者に通知する。

本条は債権者の満足を改善するために執行における事実を強化した規定であるが、我が国の民刑法にはこれに類する規定を欠く。ドイツではその効果は必ずしも高く評価されていない。

しかし本条は、第一項、第二項ともにすくなくとも憲法上疑義がないといわれている。財産開示制度を設けている

ZPOの下においてすくなくとも第一項について問題がないことは明らかである。これに対して第二項は非債務者に対する質問であるだけに若干の疑義が存しえよう。リュケ教授は債務名義がそもそも存在しないことから、これら者には、情報提供義務がないとされている。

仮りに執行官が、ZPO八〇六条aは、同条の意味における書類を入手するために債務者の住居を搜索を許すものであるとの考え方は基本権侵害になる可能性があるといえよう。GG一三条第二項との関係でみると、執行官による債務者の住居の搜索はZPO七五八条の限度に止まると解するのが正解であるというのがリュケ教授の見解である。賛成できる。

それにしても、民事執行法の制定にあたり、同法は開示保証の規定も導入しなかったのだから（私見は導入賛成論）、せめて民事執行法にも、債権者の金銭債権執行を実効性あらしめるためにZPO八〇六条aのごとき規定をおくことは望ましいものと考ええる。

7 ZPO 八九九条以下の宣誓に代わる保証 (Eidesstattliche Versicherung) および拘留 (Haft) (S. 168ff.)

リュケ教授によれば、この両制度は債務者の自由を不当に制限する可能性があるがゆえに、特に基本権侵害の危険を伴う制度であると考えられるとされている。ZPO の当該規定自体の合憲性も問題となるし、加えてその適用に際して基本権を侵害する可能性もありうるとされる。

(a) 第一に執行における比例原則が導入されるかという点の問題となるが、この点についてリュケ教授は肯定説をとる。ここでも、ZPO 九〇一条 (宣誓に代わる保証) の強制手段 (Beugemittel) としての拘留命令および拘留期間 (ZPO 九一三条) とを規定しているが、両者ともに適切であって、比例原則違反とはいえないとするのが同教授の見解である。拘留からの解放という効果を伴う宣誓に代わる保証をなす可能性は、常に債務者に保障されているからである (ZPO 九〇二条) とされる。拘留命令を出すのは裁判官であって、司法補助官ではない (ZPO 九〇八条、RpflG—司法補助官法—四条第二項第二号) という点も、

自由の剝奪命令はもっぱら裁判官によるべき旨を定めた G 一〇四条第二項に適合する。以上のように説いてリュケ教授は比例原則が遵守されているとの見解をとっている。わが国の民事執行法には宣誓に代わる保証も保証義務違反における拘留制度もないことは周知のとおりである。

(b) BVerfG の判例によると (BVerfGE 61, 126)、債務者の給付能力がない旨裁判所が確定した場合、拘留命令に関する ZPO 九〇一条の適用がないとされている。拘留命令による宣誓に代わる保証を強制しても、それが債権者に債務者の財産状態に関する更なる開示をもたらすことがないのであるから、拘留は目的達成に適しないものである。BVerfG の見解によれば、債権者が不適切な手段を求めることについて権利保護の利益に欠けるということになる。ZPO 九〇一条を適用しないと説くことによって、不必要な基本権の制限は確かに回避できたことになる。この点でリュケ教授は BVerfG の判例を支持される。しかし同時に、この BVerfG の見解に対しては、ZPO 九〇一条が、債務者に現在存在する財産の調査に役立つのみならず、債務者がいったんは譲渡をしたが、これを取り消して債務者が当該財産を取り戻しうるか否かの調査にも役立つものであることを軽視したものと批判がなされていることも、

同教授により指摘されている。

(c) 拘留命令が、特にZPO七五八条にみられるように、そのための裁判官の命令なしに執行目的でなされる債務者の住居の搜索の権限まで与えるのか否かという点が問題になる(なお上記の説明については、以下の解説を付記する必要がある。すなわち、リュケ教授の同論文執筆時には債務者の住居の搜索に関して裁判官の命令を必要とするものとする、現行七五八条aの規定がなく、規定上七五八条は、裁判官の命令なしに搜索・威力の行使ができた。しかしBVerfGの判例によって債務者の住居の搜索には裁判官の命令が必要であるとされていた)。

この点でリュケ教授は、拘留命令は、それに特に明記されていないまでも、債務者の住居の搜索命令を含むものであるとする見解が正当と思われるとされる。その理由として以下の点を指摘する。すなわち、拘留命令を出すときは、執行の不奏功性(Befolglosigkeit)、宣誓に代わる保証をなすべき期日における債務者の不出頭が先行しているのだから、初めから住居の立入、搜索を必要としているからであるといわれる。更に、拘留にあたっては、執行官事務処理規則(GVGA)一〇四条によると、公衆の面前又は、勤務先での債務者の拘留執行は許されていない。それゆえ

に反対解釈として執行官の拘留命令中には債務者の住居に立ち入る権限、すなわち搜索許可が当然に含まれているものと解されるというのである。

(d) GG二条第二項第一文の債務者の基本権は債権者の財産権に優先する(BVerfGE 52, 214)ことを理由にして、リュケ教授は債務者の身体又は精神的健康の危険が重大である限り、拘留は執行されてはならない(ZPO九〇六条)、同条違反があるときは、基本権侵害があり、通常の救済手段がつかたときは憲法抗告をすることができるとされる。当然の説明であると思われる。

以上の説明は別にしても、ここで以下の私見を述べておきたい。すなわち、宣誓に代わる保証の規定は、我が国の民事執行法には存在しない。立法過程で私はこの制度を取り入れる必要を感じて研究したことがある(拙稿「宣誓に代わる保証をめぐる若干の問題」『ドイツ強制執行法』所収、成文堂一九九八年刊)。最近も内山衛次教授による研究がある(「強制執行における債務者の財産開示(一) (二・完)」大阪学院大学法学研究第二五卷第一号八五頁以下、同二号三三頁以下)。残念ながらこの制度は我が国の国民性になじまないという考え方が強くて民事執行法に採用されなかった。私は今日でもこの制度を民事執行法中に

採用する必要性を感じているので、あえて、ここに本項目を設けて紹介したものである。

第九〇二条

第一項第一文、第二文は改正前と同じ

第一項第三文 債権者が申し立てをなし且つ保証を遅滞なくなさしめることができるとき、債権者が参加できるようにしなければならない。

第九〇八条 削除

リュケ教授の論稿では、拘留命令を裁判官の権限とする九〇八条が援用されているが、本条は一九九七年の強制執行法規定の改正に関する第二次法第一条によって削除されたが、その内容は九〇一条に移行されたので、リュケ教授のこの点の論拠が通用しなくなったわけではない。そこで新九〇一条の訳文を記載しておく。

第九〇一条 (拘留命令)

宣誓に代わる保証のために指定された期日に出頭しない、または理由なしに宣誓に代わる保証をなすことを拒否した債務者に対して、裁判所は保証をなすことを強制するため、拘留命令を発しなければならない。拘留命令には、債権者、債務者および拘留の理由を記載しなければならない。拘留命令はその執行に先立って送達することを要しない。

8 債務者保護規定の誤った適用と基本権侵害 (S. 170f)

債務者保護規定の適用を誤った場合、債務者の基本権を侵害する危険性は極めて大きい。リュケ教授は、この問題を例えば苛酷執行を禁ずる ZPO 七六五条 a および同八一条について検討している。八一三条 a および八五〇条以下についても同じことがいえるがここでは同教授は説明を省略している。

(a) 苛酷執行に関する ZPO 七六五条 a について

不動産の明渡執行によって債務者に生命の危険を生じするような重大な事態が生じると認められるような場合、GG 二条第二項の基本権侵害が問題になる。そのような恐れのある場合裁判所は債務者からの証拠資料の提出を求めたり、すべての証拠資料を収集し、債務者に現実に健康上の危険があるか否か、どの程度の明渡の猶与をなすべきかという点について、調査しなければならないことになる (BVerfGE 52, 214) とされている。すなわちリュケ教授は BVerfG と同様に執行の苛酷性の調査は職権探知事項である旨説かれるのである。

以下七六五条 a の新条文を訳出する。なお、強制執行法については前掲中野訳があることは既述のとおりである。

第七六五条 a (1) 強制執行の処分が、債権者を保護する必

要を十分に尊重しても、なお全く特殊な事情のため善良な風俗に合致しない苛酷なものであるときは、執行裁判所は、債務者の申立てにより、処分の全部若しくは一部について取消し、禁止又は一時停止することができる。(ここまでは中野訳) 執行裁判所は、七三二条第二項に規定した命令を発することができる。処分が動物に関するものであるとき、執行裁判所は、自ら考量をなすにあたり動物に対する人の責任を考慮しなければならない。(新設)

(2) 執行裁判所に対して第一項第一文の要件が疎明され、かつ、執行裁判所に対して債務者が適時の申立 (Anrufung) をすることができないとき、執行官は物の引渡しを実施するため、処分を執行裁判所の裁判にいたるまで、一週間をこえない範囲で延期することができる。(第二項は中野訳と変わるところは殆んどないが、「第一項」が第一項の改正によって「第一項第一文」となっている)

(3) 明渡事件において第一項の申立ては、確定明渡期限の遅くとも二週間前にしなければならない。但し、申立ての基礎となる理由が、この時点以降に成立したものであるか、あるいは債務者が適時の申立てを妨げられたときはこの限りではない。(第三項は新設)

(4) 執行裁判所は、事実状態の変更を考慮して必要があると認められるときは、申立てにより、その決定を取り消し、又は変更する。(中野訳。但し中野訳の第三項が第四項に移行)

(5) 第一項第一文及び第三項の場合においては、執行処分
の取消しは、決定の確定をもってその効力を生じる。(中野訳によるが、旧第四項が新第五項に移行し、「第一項」の後に「第一文」が追加されている)

我が国の民事執行における住居の明渡執行にあたっては、執行官は職権探知によつて苛酷執行にあたるか否かを調査しなければならないことを、BVerfG の前掲判例は教えているものと思われる。

(b) ZPO 八一一条の差押禁止動産が誤つて差し押さえられ、しかも最低限の生活が侵害された場合、それは社会的法治国家の原理及び人間の尊厳に関する GG 一条一項に違反することになる。債務者は執行方法の異議のように執行上の救済によつて執行に対して防御することができる。ZPO 八一一条違反は差押えの取消の原因となる。リュケ教授は以上のように説明されている。

上記(a)(b)いずれの場合にも、我が国民事執行法の下では方法異議(民執法一一一条)による救済が許され、日本国

憲法でいえば、憲法上の根拠として一三条や二五条が関係条文として援用されることになるであろう。

9 住居の搜索と基本法一三条第二項

(S. 170f)

BVerfG は、動産執行における住居の搜索に関する ZPO 七五八条を基本法と調和して解釈するために、以下のよう に判示している。すなわち、GG 一三条第二項は、—— 遅滞の危険のある場合を除いて—— 差し押さえるべき動産の搜索のために債務者の住居の搜索をするに際して、そのための裁判官の命令を必要とするというのである。リュケ教授もこの種の BVerfG の判例に賛成されてゐるようである。遅滞の危険とは、BVerfG によれば、搜索の効果が、当該命令を得るために生じる遅滞によつて脅かされる場合に限るとされる (BVerfGE 51, 97)。

なお、七五八条については一九九八年の第二次強制執行法改正によつて七五八条 a が追加され、動産執行のための債務者の住居における差押目的動産の搜索については、裁判官の命令を必要とすることになった。上記の記述は、前記改正法による改正以前のものである。なお、前記改正に

ついでには拙著『ドイツ強制執行法の改正』（信山社、一九九八年三月刊）第一編第三章、特に二〇頁以下参照。

(a) 裁判官は搜索を命じるに先立って、少なくとも搜索の法的要件が具備されているか否か、比例原則が遵守されているか否かについて、調査しなければならぬことになる。裁判所がこの調査義務を履行しなかったことが明らかになれば、GG 一三条第二項違反が確定することになる。

BVerfG は搜索命令発令前の債務者の審尋は執行の効果を滅殺するので不要としている。命令の発令によつて執行遅滞の恐れがあるか否かについては、裁判所が具体的事例における諸般の事情を考慮して、調査し判断しなければならぬとするのが BVerfG の判例である (BVerfGE 57, 316)。

多数の差押債権者のために債務者の住居の搜索がなされる場合 (ZPO 八二七条第三項) であつて、債権者の一部に ついてのみ搜索命令が出されてゐるとき、BVerfG は、命令の付せられた搜索と同時に他の債権者のために搜索することを認めている。搜索命令のない債権者のための執行が債務者の住居における執行官のより長い滞留をもたらしな ない場合には、その執行は右の命令をもつてカバーすることができるとするのがリュケ教授の見解である。仮りに我

が国の民執行法の解釈として動産執行のための債務者の住居の搜索に裁判所の許可を必要とする旨の解釈（かかる解釈は現在筆者以外に主張されていないが）をとった場合には同じことがいえるのであろう。

以上のリュケ教授の説明も7cに述べたように七五八条aの新規定制定以前のものである。

債務者の住居の搜索について裁判官の命令を必要とする旨の規定もないところから、我が国の学説判例上、債務名義さえあれば右命令は不要とされている。この点について、疑問を提したものとして拙稿「ドイツ強制執行法における債務者保護をめぐる若干の問題点」木川統一郎博士古稀祝賀・民事裁判の充実と促進・下巻（一九九四年五月、判例タイムズ社）一頁以下、特に一〇頁以下がある。なお、同論文は拙著『ドイツ強制執行法の改正』（一九九八年三月刊、信山社）一二頁以下に収録されている。

10 結語——各項目に関する私見の要約

リュケ教授の上記論文は論点が多岐にわたるので、ここで上記論文より得られるわが民執行法の解釈・立法論に対する示唆を要約しておきたい。以下、各項目番号毎に記述す

る。

(1) 民執行一七一条第三項、一七二条第三項における相手方審訊の必要性の根拠は憲法三一条に求められること。したがって、相手方の審訊なしに出される一七一条の授權決定は単なる法律違反であると同時に憲法違反になる。一七一条第五項により執行抗告が認められているがゆえに、第三項の審訊を省略しても審問請求権の侵害にならないということはできない。一七二条第三項の相手方審訊についても同様である。

(2) テレビ・ラジオ等は民執行一三一条第一号の家具に含まれることになることと解することができようが（もつともラジオがある場合テレビが差押禁止か否かという問題はある）、その根拠を憲法二五条に求めるのが一般的見解である。少なくとも従来はそうように説かれてきた。それは正当であるというべきであろうが、同時にテレビ・ラジオ等についていえば憲法二一条の知る権利をも根拠とすべきなのであろう。二五条からすればラジオがあればテレビは差し押さえてよろしいという議論ができてきそうであるが（私見はそのような議論を誤りであると考え）、映像が情報収集にとり不可欠であると考えられている今日、知る権利からすればラジオがあってもテレビも差押禁止物とみるこ

とが妥当であるということになろう(但し、特に高価なテレビは別である)。

(3) 不動産の執行官による現況調査権限が民執法五七条第四項、第五項等により強化されたとはいえ、現況調査に限界があることが否定できない。換価の公法説をとれば、競売の効果は安定しその機能を向上しううことは明白である。競売の機能向上という観点からみれば、わが国の折衷説は現況調査権をいくら強化しても中途半端な制度でしかない。私自身は上記3の論述中で公法説に対して批判的見解は述べたものの、ドイツで公法説が通説になっていることにはそれなりの理由があることを、わが国の学説も重く受け止めるべきであろう。わが民執法八四条は公信的效果を認めているが、この観点からすれば評価される。一つの進歩というべきなのであろう。

私自身は公法説の考え方に賛成したいと思うが、競売の法的性質論については別の機会に論じたいと考えるので、ここでは取り上げないことにする。

(4) 私はわが国の通説と同様に第三者に対する追求権を認めることについては消極的であるが(わが民執法一二四条のもとでは、かかる積極説は採用できないので、仮りに積極説をわが民執法に採用するとすれば、法改正を必要と

する)、執行の機能を高めるといふ観点からすれば追求権肯定説はしかるべき方法である。しかるがゆえに、リュケ教授がこの種の追求権を認める根拠ないし肯定説にたつドイツの文献を十分に検討してみる必要があるのではないかと、私自身この点の検討をしていないので、現在のところ追求権肯定説については消極的であるものの、最終的態度をここでは留保せざるを得ない。

(5) 間接強制手段としてZPO八八八条は強制金(Zwangsgeld)、同八九〇条は秩序金(Ordnungsgeld)というように性質の異なる手段を規定している。後者は当然のことながら前者も制裁金的性質を有する点では双方ともに懲戒的手段である点では共通しているのであるから、結果責任ではなく過失責任と解すべきではないかと考えられる。この点で、後者について過失責任主義を説くりュケ教授の説明は参考になるものと考ええる。

(6) 例えば、動産執行にあたりZPO八〇六条aに規定されたような執行官の調査権(少なくとも債務者に対するその財産に関する質問権)および調査結果の債権者に対する報告制度は認めてしかるべきであろう。特にわが国の場合債務者の財産開示制度が設けられていないために、この種の調査権を認める必要性は高いといえよう。

「動産執行に関しては民法一三三條第二項が執行官に目的動産の搜索権を認めているが、調査権という形でも本条を他の目的財産に拡張しようとすることは解釈論として無理があるであろう。任意の調査権というのであれば立法論として一考に値する。

(7) 本文中にも記したように立法論としては財産開示制度を設けるべきである。

(8) 債務者保護規定違反にあつては、執行方法の異議に関するZPO七六六條(民法一一條)のほか、苛酷執行に関するZPO七六五條aを適用して債務者保護をより厚くしようという提案である。ドイツ法の解釈としても賛成できるし、七六五條aの拡張適用は同條のわが民法における立法の必要性を認識させるものである。なお、七六五條aの拡張的適用傾向については、拙稿「ドイツ民訴七六五條aの苛酷執行条文について」法学研究七二卷一—号一四五頁以下を参照されたい。

(9) この点については本文中に引用した拙稿を参照されたい。