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

Title	石川明著『ドイツ強制執行法と基本権』
Sub Title	Ishikawa, Akira "Deutsches Zwangsvollstreckungsrecht und Grundrechte"
Author	三上, 威彦(Mikami, Takehiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2003
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.76, No.11 (2003. 11) ,p.99- 106
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20031128-0099

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.

紹介と批評

石川　明著『ドイツ強制執行法と基本権』

1　本書の概要

本書の著者である石川明教授は、改めて紹介するまでもない民事訴訟法学における泰斗である。著者の手になる民事手続法関係の著作は枚挙にいとまがないほどであるが、ドイツ強制執行法についても、すでに『ドイツ強制執行法研究（成文堂、一九七七年）』および『ドイツ強制執行法の改正（信山社、一九九八年）』という二著を上梓されている。そして本書は、その第三冊目となるものである。著者は、一九九九年夏にドイツのザールラント大学において三カ月の在外研究をされたが、その時の成果は、すでに様々な雑誌等において公表されている。本書は、それらの著作を中心に採録された論稿からなるものであるが、それだけではなく、以前に書かれた論稿のうち、本書のテーマであるドイツ強制執行法と基本権に関するものもいくつか含まれている（本書ix頁の〔初出一覧〕参照）。したがって、本書には、ドイツにおける強制執行法と基本権に関する中心的な問題を扱った著者の論稿がほぼ網羅的に収録されており、本書はこのテーマに関する包括的な研究書となっている。

2　本書の構成

本書は、序章に続いて、第一編「論文」、第二編「小論」、第三編「翻訳」という三部構成からなる。そして、第一編は「第一章、ドイツ強制執行法における基本権の保護―その素描―」「第二章、強制執行と憲法上の財産権の保障」「第三章、ＺＰＯ七六五条ａの苛酷執行条文について」「第四章、強制執行と比例原則―序論的考察―」「第五章、金銭債権執行における対象財産の選択」「第六章、金銭債権執行における対象財産の選択順序」「第七章、住居の不可侵性と住居明渡執行」「第八章、住居明渡執行における債務者の保護」「第九章、ドイツ動産執行における交換差押制度について」「第一〇章、ボン基本法の基本権と強制施行法の交錯」「第一一章、ドイツ倒産法の改正とボン基本法」という一一編の論文からなる。第二編は、「第

一章、強制執行における比例原則―ドイツと比較して―」と「第二章、不動産競売の最低売却価額と財産権の保障」という二編が収録されているが、これらの論稿には注がなく、エッセイ風な著作となっている。第三編は、「第一章、執行における憲法上の近時の諸問題」と「第二章、ドイツ民訴法における作為・不作為執行の今日的諸問題」という二編からなるが、これらは、いずれも、ボン大学 Schilken 教授が日本に滞在された際になされたセミナーでの報告原稿の翻訳である。

3　本書の内容

既に前節でみたように、本書の構成からして、中心は第一編にあると思われるので、以下の内容の紹介も、第一編の諸論稿を中心にする。

（1）第一編の序論では、ドイツにおける執行法上の憲法問題として、①土地の競売をめぐり不当廉売と債務者の所有権侵害との関係、②動産差押に先立ち行われる、債務者の住居に立ち入ってなされる差押の目的である動産の捜査に関する問題、③宣誓に代わる保証（ドイツ民訴法〔以下ＺＰＯと略記〕八〇七条・八八二条二項）・強制拘禁や秩序拘禁（ＺＰＯ八八八条～八九〇条）による強制と個人の自由に関する基本権の問題、④債権に比して高額な財産の差押えと債務者の財産権の保証の関係、等が生じることを素描的に指摘する。そして、とくに④の問題に関し、比例原則の導入の可能性を示唆し、わが国でも執行手続に関し憲法問題のサイドから取り上げる必要を強調している。

第一章で、著者はまずはじめに、強制執行と基本権の関係を論じる意味は、①強制執行における基本権と関連する諸問題の考察に憲法上の基礎を与えること、②執行における基本権保障の範囲を画することが容易になること、③わが国の民事執行法における基本権保障規定の欠落を明らかにして、解釈による補充ないし立法論を展開できること、の三点にあると述べ（一〇頁）、強制執行によって憲法上の基本権の侵害ないしその保護が問題となるのはいかなる点か、という問いかけを中心に、総論的な考察をしている。そして、ドイツにおける憲法と強制執行法との理論的接点につき、Peters の論文に依拠し、「財産権の保障」、「人間の尊厳の保障」、「債務者の人身（行動）の自由の保障」、「配隅者および家族関係」、「住居の不可侵性」、「社会的法治国家原理」、「比例原則」、「法的審問請求権」の八点をあげる（一一～一五頁）。そして、これらの諸点に対する立法論的対応も紹介しているが、それは同時に、わが国の立

法論的対応が必ずしも十分でないことを示唆するものとなっている。このようなドイツの立法上の手当にも拘わらず、執行実務上生じている問題として、①動産差押えにあってカラーテレビ等の限界事例にあっては債務者の尊厳は必ずしも十分に遵守されていないこと、②債権差押えにつき、とくにその差押禁止範囲の変更をめぐる紛争、③不動産の低廉な売却価額により財産権の保障や比例原則の侵害が生じうること、④とくに住居の明渡執行が苛酷執行になる可能性のあること、⑤執行において法的審問請求権が侵害される可能性、といった諸点を指摘している（二一～二三頁）。

（2）第二章以下では、第一章で指摘された諸問題につき各論的考察がなされている。まず第二章では、憲法上の財産権の保障の問題を取り上げているが、これはわが国では従来、ほとんどが執行法の枠内で処理されており、憲法との関係で意識的に論じられることはなかった点である。ドイツ法では有体動産執行の競売における最低競売価額を時価の半額としているが（ZPO第八一七条a）、わが民事執行法にはその旨の規定はなく不当廉売のおそれがある。また、不動産執行にあっては日独共に超過差押禁止規定はなく、債務者の財産権の保障の観点から問題視されている（三〇頁）。

また、ドイツでは比例原則の視点から債権者の執行による摑取の自由は絶対無制限のものではないとされているのに対し、わが国では比例原則の適用が一般的かつ意識的に取り上げられてはいない。しかし、金銭債権執行に当たり、動産、債権、不動産のいずれから執行すべきか、という執行順序の問題は比例原則からよりマイルドな方法によるべきであるという結論を導くことを提唱する（三三～三四頁）。また、無益執行に関連して、不動産執行につきわずかな剰余が認められる場合でも、再度の競売により高い剰余が期待できる場合や、強制管理によって債権が満足される十分な蓋然性がある場合には、競売の取消もなし得るとするドイツの解釈論もわが国の民事執行実務に参考になるとする。また不当廉売禁止に関し、ドイツでは動産競売については最低売却価額は時価の半額という制限があるのに対し、不動産の強制競売にあっては第一回期日についてのみ不当廉売禁止の趣旨が規定されているに過ぎないが（ドイツ強制競売法〔以下ZVGと略記〕七四条a四項・八五条a二項）、ドイツでの解釈論を参照した上で、わが民事執行法六〇条二項の最低売却価額変更の場合も五〇％を限度とする明文を設けることを提唱する（三八頁）。

（3）第三章では、苛酷執行の禁止を定めるＺＰＯ第七六五条ａは、従来主として不動産の明渡執行を対象として説かれていたが、著者は、他の種類の執行につきこの規定が適用された事例を挙げ（四四～四七頁）、この規定は比例原則の導入により適用範囲が拡張していることを指摘した上で、この規定のわが国への導入の必要性を主張している。

（4）第四章から第六章にかけて、強制執行と比例原則の問題を取り上げている。第四章では、出発点として、ドイツでは比例原則を用いて執行制限を説明すべきところを、わが国では債権者の債務者に対する執行による権利行使における権利濫用・信義則違反ないしは執行の違法性の問題として処理してきたとして、明文規定違背を別にして、執行の違法性を論じる場合、執行の違法性を決める統一原理、根拠原理が必要であるという。そして、著者は比例原則の導入を説く連邦最高裁の Böhmer 判事の論拠を紹介すると同時に、この立場に批判的な見解を詳細に紹介しつつそれに対して逐一反駁を試み、その結果として比例原則の導入を主張している。それに続き第五章以下では、比例原則適用の具体的場面を取り上げて論じる。

そのうち第五章と第六章では金銭執行における対象財産の選択の問題を取り上げる。ところで比例原則は、①採用する手段は目的を実現するのに適合したものでなければならないという、手段適合性（第一原則）、②複数の可能性がある場合には、もっとも穏当な手段を採用すべしという手続の必要性の原則（第二原則）、③軽微な目的を達成するために、相手方に不相当な負担を強いる手段は用いられてはならないという狭義の比例原則（第三原則）という三つの原則からなるが、この場面につき、ドイツの連邦憲法裁判所は第二原則にとどまらず、第三原則をも適用すべき旨を述べた。これに対しては、執行法はたしかに公法であるが、その性質は私的債権の強制的実現の適法な過程を保障するものであり、したがって純然たる公法上の原則である比例原則が執行の場面に適用できるのかという根本的な疑問により、ドイツの訴訟法学説の多数は比例原則の適用に反対する（七一～七五頁）。これに対し著者は、ドイツの連邦憲法裁判所の判例の分析こそが第三原則の適用についての説得力を有するとして、裁判所の立場を支持している。

（5）第七章と第八章では、住居明渡執行における基本権の問題を論じる。とくに前者では、住居の不可侵性の保障は解釈論としては明渡執行には適用できない。その意味で明渡執行について債務名義に加えて執行裁判所の特別な明

渡命令は不要であるが、執行官としては債務者の住居の平穏を害しないように配慮すべきであるとするSchilkenに賛成する（一〇〇頁）。それを受けて第八章では、ドイツにおいて債務者保護のためにあげられている立法上および判例上の基準を詳細に紹介し（一一二～一一八頁）、家屋明渡執行に際しての債務者保護の明文規定を有しないわが民事訴訟法上の解釈に対する参考資料を提供している。

（6）第九章ではドイツの交換差押制度について述べる。交換差押とは、差押禁止動産がある場合、保護の理由である利用目的を充足させる代償物またはその調達のために必要な金銭を交付する場合には、当該動産に対する執行を許すというものである（ZPO第八一一条a）。これはドイツの学説・判例により発展させられたものであることに鑑み、この制度が法律上存在しないわが国でも現行法上学説・判例によって発展させられるべきものであることを主張している。ここでは、この制度の導入の理論的根拠として引換給付執行規定（ZPO第七五六条）の類推の可能性があげられ、また制度運用上の問題として代償物の要件の欠缺の場合を論じている。

（7）第一〇章は、アテネ大学Beys教授が編集された“Grundrechtsverletzungen bei der Zwangsvollstreckung（Dike International 3, 1996, EUNOMIA Verlag）”に掲載された、ザールラント大学（ドイツ）Gerhard Lüke名誉教授の論文「強制執行における基本権侵害のテーマについての覚え書き〔Bemerkungen zum Thema Grundrechtsverletzungen in der Zwangsvollstreckung〕」のうち、著者の興味にしたがって若干の論点を紹介し、簡単にコメントしたものである。そこでは、以下の九点が挙げられている。①代替的作為義務等の執行において債務者の審尋は法的審問請求権を基礎としており、わが民執法一七一条三項・一七二条三項の債務者・相手方の審尋規定は憲法三二条の裁判を受ける権利との関係から不可欠なものである。②テレビに対する差押禁止の論拠の一つとして知る権利をあげた点は目新しいし、またそのような理由づけは不可欠である。③Lükeが換価の法的性質について基本法との関係で疑問を提示しつつも、基本法の条文に違反するものではないとするのに対して、著者は、折衷説に賛成する。④債務者が目的動産の差押の封印を解除することなく当該目的物の占有を第三者に移した場合、Lükeは第三者に対する債務名義がなくても執行官の第三者に対する追求権を認めるが、著者は、ドイツの学説の対立を検討する必要があるとして結論を留保している。⑤

Lüke は連邦憲法裁判所と同様ＺＰＯ八九〇条の不作為執行につき制裁を科するについては過失を必要とするが、著者もこれを一つの考え方として肯定する。⑥ＺＰＯ八〇六条ａの文言上、執行に当たって執行官が住居において債務者に出会わないとき等に執行官が債務者と生活を共にする成人に債務者の雇用主につき質問することはできるが、Lüke はこの者は情報提供義務を負わないとするが著者も賛成する。⑦ Lüke はＺＰＯ八九九条以下の宣誓に代わる保証の強制手段としての拘留命令・拘留期間の規定は共に比例原則違反とはいえないとする。著者はそれに賛成した上で、宣誓に代わる保証の制度のわが国への導入を強く主張している。⑧苛酷執行の場合、および差押禁止動産が誤って差し押さえられしかも最低限度の生活が侵害された場合、Lüke によれば、それは社会的法治国家原理および人間の尊厳に関する基本法一条一項に違反し、執行法上の救済がなされるが、著者も、わが民事執行法の下では執行異議による救済が許され、憲法一三条や二五条が関係条文として援用されるであろうとする。⑨ Lüke は、動産執行に際し、差し押さえるべき動産の捜索のために債務者の住居の捜索をするためには裁判所の捜索命令を要するとする連邦憲法裁判所の判例に賛成するが、著者も解釈論として同旨を述べる。

（8）第一一章の論文は倒産法と基本法の関係を論じている（本論文だけが執行法に関するものではない）。ここではドイツ倒産法における郵便の制限と居住義務の規定の合憲性を論じている。これらは、わが破産法一九〇条・一四七条や民事再生法七八条に関してもほぼ同じような形で問題となりうるが、著者は、ドイツ倒産法九七条～九九条のような規定のほうが、債務者の基本権をよりよく保護できる点で妥当である旨を指摘する。

4　若干の感想

以上本書の構成・内容を紹介してきたが（2、3）、本書の中心はいうまでもなく、第一編であり、ここにドイツ強制執行法と基本権をめぐる中心的な問題がほぼ網羅的に取り上げられかつ論じられている。しかも、序論でこの問題領域についての鳥瞰図を示した上で、第一章では基本権と強制執行をめぐる議論が具体的にどのような問題に関連して生じているのかということが明快に説明されている。この総論的な論文に引き続いて、第二章以下がいわば各論として、個別的な問題を取り扱っている。したがって読者は、本書に収録された論文を第一章から順番に読むことに

よって、ドイツにおいて展開されている強制執行における基本権保護の問題をめぐる議論状況を無理なくかつ的確に理解することができるのである。その意味で、本書は、ドイツ強制執行法と基本権に関する研究書であると同時に、ドイツ強制執行法における基本権保護の問題についての格好の入門書ともなっている。

これまでわが国においては、執行に関して基本権や憲法との関係が正面きって扱われることはあまりなかった。しかし、強制執行は、債権者の債権の実現を図るという一面のほか、債務者の財産に対する実力の行使を伴うという構造をもつ。その意味では、これまでにも債権者と債務者の利害を適切に調整するためには、信義則・公序良俗といった私法の一般原則によって解決が図られてきた。しかし、今やそれらの原則の基礎にある根本的な価値基準の探求が求められているのではあるまいか。もしそうであるとするならば、それは憲法に求めるほかに道はないように思える。その意味で、本書は時宜に適ったテーマを扱ったものといえよう。

本書はその書名からも明らかなようにドイツ執行法を中心とした研究書であるが、ドイツの制度の単なる紹介にとどまらず、著者の照準はあくまで日本法に合わされている。このことは、本研究の意義として著者があげる「わが国の民事執行法における基本権保障規定の欠落を明らかにして、解釈による補充ないし立法論を展開できること」という言葉において明らかにされている。ただ、それにしては日本法に関する本格的な検討が不足しているとの感じをもたれる読者もおられるかも知れない。しかし、著者が取り上げているドイツでの議論は、あくまでわが国の制度論にとって有用であるか否かという観点からセレクトされたものであり、わが国で同じテーマについて論じる際には、そのまま批判的検討の対象となるべきものである。その意味からいえば、実はドイツでの議論を通してわが国の民事執行制度についての検討もなされているといえるのである。一例を挙げれば、比例原則の執行行為への適用の根拠をめぐってなされている議論（第一編第五章）などは、わが国ではこれまで論じられることはなかったが、これらの議論は、わが国における比例原則導入の可否をめぐって議論をする際には避けて通れない論点をなしているのである。

たしかに執行法の解釈に基本権概念を積極的に導入するというのはドイツでも未だに少数説であり、批判も強い。その意味では、ドイツにおける少数説に親近感を示す著者のスタンスには違和感を感じる向きもあるであろう。しか

し、本書のテーマについての著者のスタンスに賛成するにしろ反発するにしろ、これにつき議論しようとする者は、とにかく本書から出発することが不可欠なのである。このことから、本書は執行法と基本権をめぐる問題を考える上での先導書であるといえよう。

最後に、本書の四七頁七行目の三項は四項であり、七六頁五行目の schmeiden は schneiden、一一二頁一五行目明渡機関は明渡期間といった誤植等が若干見うけられるが、このことが本書の価値に何らの影響を及ぼすことがないのは当然である。

（信山社・二〇〇三年・A5判・二五八頁・七二〇〇円）

三上　威彦