ドイツ民訴法八二五条動産執行における他の換価方法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　現行八二五条について
三　現行八二五条の問題点と改正提案の趣旨

一　はじめに

一　ドイツ民事訴訟法八二五条（以下単に条文を引用する場合、それは現行ドイツ民訴法の条文である）は、動産執行における法定の換価方法以外の換価方法による換価（以下単に「他の換価方法」という）の規定であり、わが国についていえば、民執法一三四条および民事執行規則一二一条～一二四条がこれに相当する。同条は次のように規定している。(1)

第八二五条　執行裁判所は、債権者または債務者の申立により、差押物の換価を前条に定められた以外の方法もしくは場所においてしなければならないこと、または執行官以外の者に競売させることを命ずることができる。

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(Zweiter Zwischenbericht der Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts vom 5. September 1991)[2]は、以下のごとく同条の改正提案を行っている。すなわち、八二五条は以下のように規定される。

(1)　債権者または債務者の申立により執行官は、差押物の換価を前条に定められた以外の方法または場所においてすることができる。執行官は換価について申立相手方に通知しなければならない。執行官は申立相手方の同意なしに右通知の送達後二週間経過前に換価することはできない。

(2)　執行裁判所は、債権者または債務者の申立により、執行官以外の者による差押物の競売を命ずることができる。

二　本稿はまず現行八二五条を解説し、その問題点と改正提案の理由を紹介し、これに検討を加えることによって改正提案を批判し、もってわが民事執行法一三四条の解釈に資することを目的とするものである。

(1)　訳文は法務資料四二六号「ドイツ強制執行法」(中野貞一郎訳)による。

(2)　第一次中間報告書は法学研究六十七巻四号九十五頁以下に訳出した。第二次報告書の翻訳も近く発表する予定である。

二　現行八二五条について

本節では、八二五条の問題点を解明するための前提として、現行八二五条の一般的考察をしておこう。(1)

(一)　趣旨と適用範囲

八二五条は、八一四条以下の手続(法定の換価方法)とは異なる換価に関する規定であり、できるだけ有利な換価代金(Erlos)を得ることを目的としたものである。ことに競売に代えてその他の換価方法がとられるのは、競売によったのでは差押物の価額に見合った換価代金が期待できない場合である。(2)

(二)　他の換価の要件

①　債権者または債務者の申立が必要である。第三者に申立権はない。債権者または債務者が複数の場合は、一名または数名の申立で足りる。②　執行は適法で、差押は有効でなければならない。たとえば、差押動産が差押禁止物であってはならない。また差押動産が土地の本質的構成要素であってはならない。(3)③　権利保護の必要がなければならない。債権者または債務者がすでに適法に他の換価方法の合意をしている場合は、権利保護の必要に欠ける。現行法は以下のような形で売却について当事者の合意を認めている。たとえば、八一六条は「債権者・債務者が早期の競売に合意し、また競売物件の相当な価値の減少の危険を避け、または長期保存のために不相当な費用を避けるために早期の競売を必要とするものでない限り、差押の日から一週間以内に差押物の競売をすることはできない」と定めている。また八一七条第二項は「競売物件の引渡は現金の支払(bare Zahlung)と引替えにのみなされなければならない」と規定するが、債権者または債務者の同意があれば右の支払を猶予することができるものとされている。(4)八一八

条は最低競売価額(Mindestgebot)について定めているが、通説によれば債権者および債務者が最低競売価額以下の価額に同意したときは、その合意は有効とされる。[5] これらの場合、これらの合意が有効であってこれと異なる換価については権利保護の利益を欠くことになる。④ 公の競売によるよりも、より高額の換価代金をうる見込みがあること。裁判所の判断によれば、公の競売によるより、より高額の換価金が見込めることが必要である。

(三) 命令

命令は決定でなされる(七六四条第三項)。管轄裁判所は差押物の存する地を管轄する執行裁判所である(七六四条第二項)。司法補助官の決定(Beschluß)による。他の換価として以下の方法が考えられる。

(a) 執行官による任意売却(Freihandiger Verkauf)。売却または最低競売価額が定められていない場合には、八一七条a第一項(最低競売価額に関する規定)が適用される。たとえば、KG DGVZ 56, S. 55は、ZPO八一二五条の換価にあってもZPO八一七条aの規定は遵守されなければならない旨判示している。したがって、八一七条a第一項によれば、当該物件の通常の売却価額の半額が最低競売価額になる。さらに、相手方を特定して売却を命ずることもできる。

(b) 一定の価額をもって執行官が債権者に売却することもある。この売却は債権者の申立がある場合に限り許される。LG Freiburg DGVZ 82, S. 186によれば、差押債権者への譲渡は競売による換価の例外であり、競売が成功しないかあるいは競売が目標としなかった結果に至る場合にのみこれを命ずることができる旨判示されている。したがって、公の競売または任意売却によったのではより高い換価代金が期待できない場合のように、特にその必要がある場合になされる。LG Bochm DGVZ 77, S. 89によれば、差押物の債権者への譲渡は、債権者の申し出た付け値を上回る換価代金が見込まれていない場合に限り許される旨判示している。この種の売却は、割賦販売で所有権を留保した

債権者が所有者であるような場合にも可能である。[6]

(c) 例えば競売商（Auktionator）、美術商（Kunsthandler）等の第三者による売却または競売。この場合の最低競売価額について特に定めがない場合、競売価額については(a)に述べたとおりである。

(d) 債務者の住居におけるように、八一六条第二項に定める場所以外の場所における公の競売。ただし、この場合債務者の同意が必要であるとされる。たとえば、OLG Hamm DGVZ 84, S. 150によれば、債務者の同意なしにする債務者の住居における差押物の競売は、ボン基本法一三条第一項に違反する旨判示されている。わが国で行われる軒下競売の適法性について疑問を投げかける取扱いであるということができよう。

㈣ 実施

八二五条の売却には執行官がこれをなす場合と、第三者がこれをなす場合の二つがあることは既述のとおりである。

(a) 執行官がこれをなす場合の売却の性格は、公の競売と同じである。この場合、物の引渡について公の競売におけるのと同様八一七条が適用され、売却は民法上の売買ではなく公法上の契約とされる。換価代金は八一九条の換価代金であり、八〇〇条（差押に基づく換価における担保責任排除の規定）と同様に担保責任は生じないことになる。換価後に八二五条の換価命令が取り消されても譲渡の効果には影響しない。[7] (b) 第三者による譲渡の場合競売は私法上のものであって、譲受人が他の換価方法を規定する八二五条の命令を援用した場合に限り、担保責任の排除に関する八〇六条の適用を受ける。[8] 換価代金は執行官に支払われなければならず、その支払の時点から八一九条の効果が生じるものとされる。すなわち、債務者側からの支払があったものとみなされる。[9]

（1） 本節の解説は主として Thomas-Putzo, ZPO 18 Aufl, S. 1257 f. による。

（2） LG Berlin RPfleger 1973, 5. S. 34.

(3) BGH 104, S. 298. 但しこの点について Gaul, NJW, 89, S. 2509 は批判的である。
(4) Thomas-Putzo, a. a. O. S. 1253.
(5) Thomas-Putzo, a. a. O. S. 1254.
(6) この点を指摘するのは、Luke, Jus 70, 63.
(7) Noack, JR 67, S. 46.
(8) Thomas-Putzo, a. a. O. S. 1258.
(9) Thomsa-Putzo, a. a. O. S. 1258.

三　現行八二五条の問題点と改正提案の趣旨

(一) 改正提案の経緯

現行八一四条によれば、差押動産の換価の原則的方法は執行官による公の競売であるとされている。現行八二五条によれば、債権者または債務者の申立により執行裁判所は八一四条以下の規定におけるそれとは異なる別の換価方法もしくは別の場所における換価をなすべき旨を命ずることができ、または執行官以外の者による競売をなすべき旨を命ずることができるとされている点はすでに述べたとおりである。ところで、これまでも八二五条により執行裁判所の管轄とされた裁判を執行官の職分に移す旨の提案が、学説ならびに実務の側からしばしばなされてきた。けだし、そのことによって執行手続は簡素化され促進されるからであるといわれる。

たとえば、八二五条の改正に言及したものとして、Pawlowski の ZZP 90 (1997) S. 363ff. の論文 "Die Wirtschaftlichkeit der Zuwangsvollstreckung" がある。八二五条に関していえば、執行官と執行裁判所の役割分担のあり方を論じたもので、この論文は結論的には本提案と同じ立場にたっている。

参考までに、ここで Pawlowski の見解を紹介しておこう。[1] 彼は次のようにいう。執行法における執行裁判所と執

行官の役割分担は以下のとおりである。すなわち、執行裁判所は執行官に対する監督機能を有するほか、債務者の人格と債権者の債権との利益衝突を調整する判断を下す職分を有する。つまり裁判所は第一次的に裁判官的機能を有する(primär richterliche Funktion)[2]。これに反して、執行官は民訴法の定める枠内で判決をできるだけ合目的に実現する役割を担っている。したがって、執行官は執行的機能(Exekutionsfunktion)[3]を有している。しかしながら、法はこの役割分担を厳格に貫いているわけではない。たとえば、八一三条第一項第三号、八一二条ないし八一五条におけるように、法は執行裁判所に一定の場合動産執行において裁判所固有の権限を与えており、この権限は執行拡張ないし制限(八一一条a、八一三条a)に関する裁判のように、基本法九一条のいわゆる裁判官の留保(Richtervorbehalt)に基づくものではない[4]。裁判所にかかる例外的権限を認めた根拠は、第一に、立法当時「自由な執行官」(die freie Gerichtsvollzieher)という概念が、債権者と強く結びついていたという点に求められる[5]。この点からみて、立法者は債権者の権利に関する判断を執行官の権限とすることを禁じたのである。第二に、ドイツ民訴法の立法者は十分に高い教育を受けたとはいえない執行官に、それがもつ経済的意味との関係で、この例外的処分の判断を委ねることができないと判断したのである。Gaul教授はこの立法者の見解を是認しているが[6]、裁判官にこの判断権限を留保したことは、法律的素養の十分ではない執行機関である執行官による違法執行をなす可能性を回避し、執行機関に執行法の規定を遵守させることができるようにするものである[7]。執行官を国家公務員とする(zu Beamten)執行官制度の改革は、執行官を執行のための「中立的機関」(neutrales Organ)とし、もはや債権者の「道具」(Werkzeug des Glaubigers)として行為する者ではないという事態をもたらしたのである[8]。たとえば、ドイツ執行官執務基準(GVGA)の一〇四条は以下のごとく規定している。すなわち、「強制執行において執行官は、債権者の利益の他、それが執行の成果を損なうおそれのない程度で債務者の利益をも尊重する。執行官は債務者の不必要な損害または名誉侵害を避け、不必要なセンセーションを引き起こさないようにするものとする」。さらにその五八条は以下のように規定している。「①

執行官に申立てられた執行について執行官は独立して（selbständig）その執行を行う。執行にあたり執行官は裁判所の監督（Aufsicht）に服するが、裁判所の指揮をうけるものではない。執行官は執行の適法性および各執行行為の要件を独立して審理する。（中略）②執行官はそれが法律または執行官執務基準と抵触しない限りにおいて債権者の指示に従う。」としているのである。これらの緒規定は執行官の中立性を明記するものと評価される。この執行官制度の沿革は執行官の養成制度の充実、改善をもたらした。[9] そのことによって事態は少なくとも八二五条の判断を執行官に委ねることに関する障碍を排除したのである、[10] としている。

さらに、Alisch, "Zur Diskussion über die Neuordnung der Aufgabenbereiche im Zwangsvollstreckungsverfahren" DGVZ 1982, 5. S. 36ff によれば、一九七八年五月 Baden Württenberg 州法務省は八二五条の改正提案をしていることが指摘されている。当時 Baden Württenberg 州法務省は司法合理化委員会（Rationalizierungskommission der Justiz）を設置して、この委員会が八二五条について以下のような改正提案をしているのである。すなわち、八二五条に第二項として、「執行官が二回の不奏功に終わった競売の後に自ら任意売却をすることについて執行裁判所の任意売却命令を必要としない」という文言を加えるというのである。そして、右合理化委員会はその理由として、複数回にわたり競売が不奏功に終わった後になされる任意競売は、経験上、差押物をある程度価値に見合って換価するための合理的な方法であるとしている。したがって、実務上執行裁判所がこの比較的しばしば必要とされる程度の換価を認めなかった事例はほとんどないのであるから、このような現状の下では、八二五条の執行裁判所の命令という回り道はいたずらに手続の遅延をもたらす不必要な形式主義にすぎないというのである。

しかしながら、Baden Württenberg 州法務省のこの提案はその後立法化されることがなかった。そこで、Alisch は次のように主張する。すなわち、そもそも八二五条の目的は、競売によったのでは当該差押物の価値に見合った換価代金を取得できない場合、その他の方法による換価を可能にしようとするところにある。この問題を克服するには、

執行官の職務としての任意売却が適切なのであると。[11] そしてさらに続けて、執行裁判所の司法補助官は差押物の所在地から遠く離れているため、執行官の提供する情報――ほとんどもっぱらそれによっているといってもよい――によって任意売却の命令を出しているのが通例である。そうなると、情報が書面により提供される場合そこに遺漏が生じるおそれもあり、この場合司法補助官は不完全な情報に基づく判断を強いられることになるという危険も考えられるし、時間的浪費も考えられるので、他の方法による換価の適否の判断を執行裁判所（この場合は司法補助官）に委ねるよりも執行官の権限とするほうが合理的であるといえるともいうのであるという。

他の換価を認めるか否かの判断は権利が存在するか否かの判断ではなく、他の換価が適切か否かという経済状態の存否の判断なのである。[12] 八一七条a第三項第二文は、金銀物の換価についてすでに執行官に一定の権限を委ねている。八二五条と八一七条a第三項第二文の場合を比較すると、前者の方が後者よりはるかに経済的知識を要求されることは確かであるが、そのために執行裁判所へ権限を留保しなければならないほど執行裁判所を執行官の上位に置くことが適切であるとはいえない。[13]

Pawlowskiは、すでに前掲論文の中で前掲報告書にみられるところと同様の八二五条の改正案を提案している。[14] すなわち、「債権者または債務者の申立により、執行官は他の方法もしくは他の場所において差押物の換価……が行われるかまたは競売が他の者によりなされるべきことを決定することができる。この決定は債権者ならびに債務者に対する送達をもって効力を生じる。」としているのである。たとえば、貴金属の換価を貴金属商に委ねるがごとく、第三者へ換価を委ねることは、一般医から専門医に病人を委ねるがごときもので適切であるとする。[15] 債権者はより安い価額で、債務者はより高い価額での譲渡を望むという点で、債権者への差押物の譲渡の許否をめぐって債権者、債務者間に利害対立（Interesenkonflikt）があることを考慮すると、差押物の債権者への譲渡の可否を執行官の判断に委ねることについては疑問がないわけではない。[16] この関係は、八一七条a第三項第三文の任意処分をめぐって「法律問

題」(Rechtsfragen)ではなく「利益対立」が問題になるにすぎないとしている。[17] 八一七条a第三項の場合も、債権者への譲渡がなされうることは、§148 I GVGA の規定から明らかである。

(二) 提案の理由——概説——

八二五条の命令は執行裁判所の職分とされているが、司法補助官法二〇条第一七号により当該差押をなした司法補助官が決定を行うことになる。通常、執行官は経験上公の競売によるよりも他の換価方法によるほうがより有利な経済的成果を得られるか否かという点について、執行裁判所以上に適切な判断を下すことができると考えられる。[19] 執行官は他の換価が公の競売よりもより有利であると考える場合、通常債権者に八二五条の申立をすすめることになる。[20] 実務上、報告によれば、Alisch のいうように執行裁判所が比較的頻繁にその必要性が認められる任意売却を執行裁判所が認めない場合はほとんどないといわれる。[21] したがって、執行裁判所の裁判をうける必要性を規定することは迂遠になり、手続を不必要に重くし遅延させることになるというのが改正提案の理由である。[22] この点はすでに Alisch 論文が引用した Baden Württenberg 州法務省の見解に述べられているところである。民事訴訟法の立法者が任意売却が最も合目的かつ最も有利な換価か否かについて判断する権限を執行官に与えなかった理由は、第一に執行官というものが本来債権者と強い結びつきをもつものであるという点から、債務者の権利に関する判断をこれに委ねることは妥当ではないとする考え方に求められていた。第二に、立法者は、八二五条の命令を立法当時今日見られるほど高い質をもつとはいえなかった執行官にその判断を委ねることができないとも考えたのである。[23] これら二つの理由は今日もはや通用しないのであるというのが改正提案の考え方である。[24] すなわち、改正提案の理由書によれば、執行官は「中立的」かつ独立して(selbstandig)行為する国家の強制執行機関なのである。[25] この点が、すでに Pawlowski によって指摘されていることは前述のとおりである。その質の高さと実務経験に基づいて今日執行官にこの経済的問題の

評価、判断をさせることは適切であり、したがって差押物を他の方法によりあるいは他の場所で換価する権限を執行官に与えることに問題はないと考えられるとされている。[26] 八一七条a第三項によれば、「金銀物は、その金銀の実価を下回る価額で競落することを許さない。競落を許すべき申立がないときは、執行官は金銀の実価に達する価額で、ただし通常の売却価額の半額を下らない価額で、自由に売却することができる」と規定しているが、執行官は金銀物の換価についてはこの規定にしたがう。[27]

報告書によれば、たしかに八二五条の権限を執行官に与えることによって、公の競売という原則的換価方法を回避する結果になるという危険性も考えられるが、報告書によれば、それは否定されるべきであろうとされている。けだし、他の換価をするには債権者または債務者の申立が必要とされるからである。[28] 両当事者が差押者の換価によってできるだけ高額の換価代金を得ることについて利益をもつものであるから、この点からみて当事者による申立を要件とすること、他の換価の決定が申立の相手方に通知がなされること、さらに執行裁判所による方法・異議を通しての執行官に対する監督があることなどの歯止めがあることで、他の換価方法の濫用を防止するに十分であると考えられるというのが提案理由の見解である。[29]

(三) 提案理由——各論——

1 提案八二五条第一項について

提案第一項第一文は、執行官が債権者または債務者の申立に基づいて現行八一四条以下の規定とは異なる他の方法ないし他の場所で換価しうる旨規定している。執行裁判所の事前の命令は不要とされる。執行官による他の換価の選択は「裁判」(Entscheidung)ではなく執行官の執行処分による。[30] それは、八〇八条および八一二条による債務者の手元にある物のうち差押に適した物の選択処分に類似する。[31] 相手方の法的審問を保障するために、執行官は第二文に

より選択されるべき他の換価方法を相手方に通知(unterrichten)しなければならない。この通知によって相手方は他の換価方法の採用に対して七六六条第一項の方法異議を申立てる機会が与えられる。[32]

第三文により執行官に命じられた換価待機期間は、申立の相手方が当該他の換価に対して方法異議を提起する可能性を与えることになる。[33] 三二九条第二項第二文の規定により実施さるべき他の換価の通知は相手方に送達されなければならず、その送達のときから二週間の期間が開始することになる。相手方が同意すれば、執行官は右期間経過前であっても他の換価を行うことができる。[34]

2　提案八二五条第二項について

第二項は、現行八二五条が定めている執行官以外の第三者による換価を認めているが、これを許す主体は執行官ではなく執行裁判所であるとしている。その判断権限を執行官に移すことなく執行裁判所にとどめたのは、この点をめぐって当事者間の利害関係の対立が著しくなることが予想されるからであるとされている。[35]

㈣　評価

問題は、執行における執行機関としての裁判所(ドイツの場合執行裁判所と受訴裁判所の双方を含む)と執行官の役割分担に関係する。そしてこの問題は古くから存在するものの、依然として今日も大きな問題である。執行は広い意味で非訴訟事件的手続であるが、裁判によらなければできない執行行為は執行機関としての裁判所に、事実行為としての執行行為は執行官にという役割分担があることは周知のとおりである。

しかしながら、執行機関としての裁判所に委ねられる執行処分は、上記の分類だけでは説明できないものがある。たとえば、八二五条の裁判の他、八一一条の交換的差押(第二項)、八一三条の換価中止(第一項)等々、当事者の利害関係が鋭く対立してその判断に慎重性が求められるような場合には、その判断は執行機関としての裁判所に委ねら

れている。当事者の基本権である財産権の保障と不可分に結びついているからである。他方、裁判所の負担が加重になるにつれて、裁判所に司法補助官制度を設け、従来裁判所の権限とされたもののうち重要性の少ない判断事項を司法補助官の職分に移行してきたことは周知のとおりである。しかしながら、司法補助官はあくまでも裁判所内部に設けられた機関であるのに対して、執行官は裁判所とは分離独立した（一定の監督は受けるものの）裁判所とは別の執行機関である。そこで、従来執行に関し、執行機関としての裁判所の職分とされた判断事項はこれを司法補助官の職分に委ねるにとどめ、執行官の職分に移譲することは、執行機関としての裁判所と執行官の役割分担の原則に反することになりはしないかという危惧がある。

もちろん、すでに指摘されているように、執行官の職務の中立性が維持され、執行官の質が向上した点は素直にこれを認めなければならない。あるいは逆に、このように執行裁判所の職分を大幅に執行官に移譲することによって執行官の自覚を促し、それが執行官の質的向上につながる面がないとはいえない。司法政策としてそれが望ましいという面もないではない。このようにさまざまな事情があるにしても、そして執行方法の異議によって裁判所の判断によるコントロールが加わることがあるにしても、両者の役割分担の原理原則からすれば、八二五条の判断もこれを安易に執行官の職分に移すことが妥当か否か疑問は残る。私自身はそのような理由で立法提案には批判的であるが、裁判官職務の純粋化という視点から、このような傾向が将来逆らうことのできない一般的傾向になることが予測される。

（1） Vgl, LG Koblenz, MDR 81, 236.
（2） Pawlowski, a. a. O., S. 363 ff.
（3） Pawlowski, a. a. O., S. 363.
（4） Pawlowski, a. a. O., S. 363.
（5） Pawlowski, a. a. O., S. 364.
（6） Pawlowski, a. a. O., S. 365. なおこの点についてSattelmacher-Lentz "Das Gerichtsvollzieherwesen in Preußen,"

S. 8 ff.; Schuler, Der GV 1971, 4 ff.

(7) Gaul, ZZP 87, S. 241 ff; S. 256 f.

(8) Pawlowski, a. a. O., S. 365.

(9) Pawlowski, a. a. O., S. 365.

(10) Pawlowski, a. a. O., S. 365.

(11) Pawlowski, a. a. O., S. 365.

(12) Pawlowski, a. a. O., S. 367.

(13) Pawlowski, a. a. O., S. 367.

(14) Pawlowski, a. a. O., S. 367.

(15) Pawlowski, a. a. O., S. 367.

(16) pawlowski, a. a. O., S. 367.

(17) Pawlowski, a. a. O., S. 367.

(18) 前掲報告書五二頁。

(19) 前掲報告書五三頁。

(20) 執行官執務基準一四条第一号第二文。

(21) 前掲報告書五三頁。

(22) 前掲報告書五三頁。

(23) 前掲報告書五三頁。

(24) 前掲報告書五三頁。

(25) 前掲報告書五三頁。執行官執務基準五八条および一〇四条はすでに紹介したとおりである。

(26) 前掲報告書五三頁～五四頁。

(27) 前掲報告書五四頁。

(28) 前掲報告書五四頁。

(29) 前掲報告書五四頁。

(30) 前掲報告書五四頁～五五頁。
(31) 前掲報告書五五頁。
(32) 前掲報告書五五頁。
(33) 前掲報告書五五頁。
(34) 前掲報告書五五頁。
(35) 前掲報告書五六頁。