ドイツ民訴八八五条第三項第四項の改正提案

——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して——

石川明

一　問題の提起
二　八八五条第三項の改正について
三　改正案八八五条第四項における換価手続の簡素化
　——排除動産の売却に関する八八五条第四項の裁判所の命令の削除——
四　八八五条第四項の「廃棄」
五　結　語

一　問題の提起

一　ドイツ民訴八八五条（以下特にことわらないかぎり現行規定を指す）は土地の明渡または船舶の引渡に関する規定であり、わが国の民事執行法でいえば一六八条に相当するものである。八八五条第二項ないし第四項は以下のように規定している。(1) すなわち、

②強制執行の目的物でない動産は執行官が取り除き、債務者または債務者不在の時は債務者の代理人（Bevollmächtigter）もしくは債務者の家族に属する成長者（Erwachsene Person）もしくはその家族に雇われている成長者に引渡しまたはその処分に任せる。

③債務者も前項に掲げる者も不在であるときは、執行官は、債務者の費用においてその動産を質物保管所（Pfandlokal）に運搬しその他の方法で保管しなければならない。

④債務者が引取を遅滞するときは、執行裁判所は動産の売却及び売得金の供託を命ずることができる。

二　これに対して、ドイツの強制執行法改正作業グループ第二次中間報告書[2][3]は八八五条について以下の改正を提案している。

八八五条は以下のとおり改正される。

1. 第三項に以下の第二文が追加される。

「差押禁止物および売得金を期待できない物は、債務者の求めにより直ちにこれを引渡さなければならない。」

第四項は以下のとおり改正される。

2. 「債務者が明渡後二ケ月以内に［引渡を］求めない場合、または費用を償還することなく［引渡を］求めるとき、執行官は当該物を売却し、その売得金を供託するが、これによって第三項第二文は影響されない。換価されない物（Sachen, die nicht verwertet werden）は、廃棄される（vernichten）。

以下本法の前記改正提案の理由を説明し、その当否を論じ、もってわが国の民事執行法に対する問題提起としたい。

（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）による。

（2）第一次中間報告書の訳は、法学研究六十七巻四号九五頁以下に掲載したが、第二次中間報告書の訳も近く刊行する予定で

ある。

(3) なお、一九九四年四月のドイツ系民事訴訟法担当者会議（於Salzburg）に出席したところ、ドイツ連邦法務省のThomas氏より同報告書に基づいて作成された連邦政府草案を入手することができた。草案は前記報告書と内容的に同じであり、以下報告書を引用する。

二　八八五条第三項の改正について

一　改正案は、差押禁止物および売得金の期待できない物について、債務者に対する運搬ないし保管の費用の費用償還請求権を放棄してでも排除動産（Räumungsgut）の引渡をなすべきとして、その引渡手続を簡素化している。すなわち、改正案によれば、差押禁止物であるか換価しても売得金を得る見込みがないとき、排除動産を債務者に返還しそれによって保管所（Pfandkammer）が負担を免れ、債務者に相当の負担を課する売却を避けようとすることを目的とするのである。

二　支配的判例によると、執行官は債務者の引渡請求に対して、運搬および保管の費用についてBGB二七三条の留置権を有するものとされる。(1) 債務者の予納費用によって上記費用がカバーできる場合でも、同様に執行官の留置権は認められている。(2) 動産執行における差押禁止物にも留置権が及ぶというのがこの判例の立場である。これに対して、反対説は以下のように説いている。すなわち、排除動産の場合、執行官が債務者の引渡請求に対して留置権をもって対抗してこれを拒絶してはならないというのである。そして、その理由は、ZPO八八五条第四項により許されている売却は保管の終了のみを目的とするものであって債権者の満足を目的とするものではないからであるという点に求められている。判例の見解が分れ、実務からのいろいろな提案がなされているが、当事者の利益を衡量してこの問題

を検討するのが適切であると思われる。通常の場合、運搬費と保管費は三ヶ月分の債権者による予納費用によってカバーされるといわれている。(3) そこで本提案は、相当期間内に保管関係を終了させる方策を執行官に与えたのである。差押禁止物や売得金の期待できない物について、判例の認めた範囲の留置権を執行官に与える理由はない。(4) いわんや当該物のできるだけ早期の引渡は債権者の費用負担も軽減することになる。(5) そもそも執行官が留置権を行使するときはいつでも、対象が差押禁止財産である場合これに対して留置権が成立しうるのか否かは、肯定説もあるものの疑問がないわけではない。すなわち、八一一条の差押禁止の債務者保護規定は債権者と債務者との間で機能するのみならず、社会的法治国家の理念からすればむしろ債務者の生活を保護することが目的なのであるから、執行官に対する関係においても機能すべき性質のものであるというべきである。さらにまた換価しても売得金を得る見込みのないものについては、留置権をもって対抗してもそれが費用償還請求権の満足にどれだけの意味を持つかは相当に疑問である。この点で八〇三条第二項の無益な差押の禁止が参考になる。そのように考えてくると、執行官のための留置権は必要とされないのではないかと思われる。(6) したがって差押禁止物、換価不能物は直ちに、すなわちいつでも債務者による費用償還なしに、その要求に従って引渡すべき旨が提案されたのである。

三　ところで差押禁止物の範囲は比較的明確であるので、この種の引渡手続の簡素化が認められてもよいが、換価可能な物であるか否かという点では争われる余地がありうる。換価可能物を換価不能物として費用償還義務を課することなく債務者に引渡すことは債権者としての利害に関わる問題であって、債権者の立場からすれば問題の残る改正案ということができよう。特に執行官について当該物の上に留置権が認められるとの前提にたつとその疑問は残るのではないかと思われる。

(1) Zöller, 18 Aufl., § 885 Rdnr 14; RG, J. ZS, Beschl. v. 13. 8. 1974, RPfleger 1975, S. 34は、運送および保管費用が債

権者の予納金によってカバーされている場合でも、執行官はそれらの費用につき排除物件に対する留置権を有する旨判示している。また、KG, Beschl. v. 16. 5. 1986, Rpfleger 1986, S. 440によれば執行官がドイツ民訴法八八五条第二項ないし第四項により債務者の排除物に対してなした処分に対して、ドイツ民訴法七六五条aの執行保護を債務者の住居の明渡後も債務者が主張できる旨判示している。

(2) LG Essen, Beschl. v. 1. 2. 1988, DGVZ 1989, S. 153.

(3) 前掲報告書八四頁。

(4) 前掲報告書八四頁。

(5) 前掲報告書八四頁。

(6) 前掲報告書八四頁。

三　改正案八八五条第四項における換価手続の簡素化

——排除動産の売却に関する八八五条第四項の裁判所の命令の削除——

一　債務者またはその他受取権限を有する者が明渡執行の時に不在であったため（八八五条第三項）執行官が当該物を質物保管所（Pfandlokal）に保管するかあるいは他の方法で引渡財産を保管したとき、保管所の負担を軽減し、保管費用を節減し、できるだけ速やかに保管を終了させることが執行官及び債権者の関心事であることはいうまでもない(1)。そこで八八五条第四項によれば債務者からの適時の引渡請求がない場合、裁判所は当該物の売却を命じることができるものとされている(2)。ところでKarlsruhe上級地方裁判所の判例は(3)、執行官は債権者に対し当該物の保管費用を三ケ月分に限って請求しうるにすぎないと判示している。この見解によるならば、執行官としては明渡執行後速やかに当該物の売却の申立をしなければならないことになる。この点が改正第四項の二ケ月の期間につながったものと思われる。

二　裁判所による物の売却命令の申立は執行官がこれを行うことになるが、この種の手続において債務者に法的審問請求権が認められなければならない（基本法一〇三条第一項）[4]。この立場を前提とするならば、債務者の所在が不明である場合公示送達（ドイツ民訴法二〇三条）によって法的審問請求権が保証されなければならないことになる。売却命令の送達も必要とされる。さらに司法補助官が債務者の所在不明とみるについて十分は確信をもてないためにさらに調査を必要とするとき、売却命令手続は遅滞することにならざるを得ない。かように売却命令手続が長期化するおそれがある。そこで、債務者の所在が不明である場合には法的審問は省略する旨の提案が改正案第四項である。しかしながら、これに対しては基本法の保証する法的審問請求権を放棄することは許されないとの批評が当然予想される。法的審問請求権という上位概念の下で、具体的にその保証のためのいかなる手続を形成するかという点では手続の多様性を認める余地があるものの[5]、これを完全に排除してしまうことは憲法違反になるものと思われるからである[6]。

作業グループは執行裁判所の売却命令制度をやめた。そして、執行官による二ヶ月の期間経過後の排除動産についてのかかる取扱いは、現行実務上には債務者は排除動産を明渡執行後第一週目に引取る、あるいは翌月中に換価するというのが従来の慣例であるといわれていることからみて[7]、妥当であるようにも思われる。しかしながら、換価されるのは債務者の財産権なのであるから、換価は債務者の基本法一四条第一項の財産権の保障と深くかかわるものであって、これを現行規定よりもより簡素化し、裁判所の換価命令を削除し執行官かぎりの処分としてなしうるとすることは、特に現行の換価命令手続に債務者の法的審問請求権の保障があることと比較すると、改正提案の簡素化は行き過ぎではないかと思われる。すなわち、憲法違反の疑問を残す執行官の権限の不当な拡大と評されても止むを得ないと思われる。

もっともこの点に関連して、以下のごとき反論も予想される。すなわち、現行法では動産の売却命令を執行裁判所の権限としているものの、実際に売却命令を出すのは司法補助官である（§20 Nr 17 RPflG）。そして、この司法補助

官の売却命令に対する不服申立は民訴法七六六条の執行方法に対する異議によるのではなく、司法補助官法一一一条第二文によるものとされている。[8] 例えばKG一九八五年三月五日第一民事部決定[9]は以下のように述べている。すなわち、「債務者の住居の明渡執行後に質物保管所に保管される排除動産の売却命令は、右決定前に手続を知って譲渡をうけた第三者もまた、これに対しZPO七六六条の異議ではなく、司法補助官異議（Rechtspflegererinnerung）をもって不服を申立てることができる」旨判示している。ただし、不服申立方法については通説はこのように解するが、この点全く異論がないわけではない。[10] そうであるとすれば、換価を執行官の処分によらしめるか、司法補助官の命令によらしめるかという違いだけで、いずれによらしめるかは実は五十歩百歩の問題であるとの異論が主張されることが予想されるのである。

しかしながら、そうはいっても司法補助官の命令にあっては命令に対する司法補助官法一一一条第二文の異議を述べることによって換価を停止できるのに対して、執行官換価の場合は執行処分として換価がなされた後に方法異議により換価処分を取消すということになるのであるから、いずれでいくかにより相当な違いがあるというべきであろう。換言すれば、換価前に債務者に審問請求権を保障できるか否かという相違が生じてくるのである。

（1） 前掲報告書八一頁。

（2） GVGA（執行官事務処理基準）一八〇条第五号第三項およびドイツ民訴法三八三条参照。前者は以下のとおり規定している。「債務者が引取を遅滞したとき、執行官は、執行裁判所に対して、当該物の売却および費用を差引いてなされる債務者に対する換価代金の支払ならびに必要があれば、債務者のための供託を命じるよう申立てることができる。（ドイツ民訴法八八五条第四項）。債務者が執行官の排除動産の引取の求めに裁定された相当の期間内に応じないとき、遅滞があるものと認められる。」

（3） OLG Karlsruhe, 1. ZS, Besch. v. 18. 2. 1974, RPfleger 1974, S. 408は、「執行債権者は、強制明渡にあたり、執行官に対して運送についてのみならず、排除動産の保管および廃棄により生じる費用についても責任を負う（haften）と判示し、

この決定のなかで債権者が責任を負うべき保管費用を二ケ月ないし三ケ月分としている。この Karlsruhe 上級地方裁判所の決定は保管費用を上記のとおり制限的に判示するにあたり、Schüler, "Behandlung von Räumungsgut durch den Gerichtsvollzieher" RPfleger 1972, S. 131を引用している。そこには以下の記述がある。すなわち、「それ故に、質物保管所への動産の保管費（二ケ月ないし三ケ月の保管費）をドイツ民訴法七八八条の意味における執行に必要な費用と解し且つ債権者のそれに相当する予納金を認めるのが相当である」と。

(4) 前掲報告書八二頁。
(5) BVerfG, 60, S. 5; 74, S. 233.
(6) 前掲報告書八三頁。
(7) 前掲報告書八三頁。
(8) 前掲報告書八三頁。
(9) KG. 1 ZS, Beschl. v. 15. 3. 1985, RPfleger 1985, S. 308. 同じ見解をとるものとして、OLG Frankfurt, RPfleger 1979, S. 350 がある。
(10) Thomas-Putzo, 18. Aufl., S. 1345 参照。

四　八八五条第四項の「廃棄」

改正案第四項第二文は、明渡執行に伴う排除動産のうち換価しえないものは廃棄（vernichten）されるとしている。換価しえないもの（Sache, die nicht verwertet werden）とは換価価値がなく、そのために買受人がいない財産を指すといわれている。(1) この種の動産は執行官が債務者に返還すべきものとするのが現在の判例の立場であり、(2) 債務者が返還を求めずまたは受領を拒絶する場合は、排除動産のうち法定の保管期間のある営業上の書類は当該期間中国庫の費用に基づいてこれを保管しなければならないとされている。(3) 現実に実務上相当多くの換価不能の排除動産があり、そ

のためこの種の動産の取扱いに関する実務からの要望が多いといわれている。[4] 基本法一四条第一項は財産権を保障している。廃棄もこの保障に反するような手続ではなされてはならない。現行法の構造は、まず第二項で排除動産を債務者に引渡すことを規定し、第三項で引渡ができない場合は執行官がこれを保管するものとし、債務者が引取を遅滞したとき執行裁判所の売却命令に基づき換価することができるものとされる。八八五条に排除動産廃棄の規定はないものの、八八五条第三項の裁判所の命令により換価しようとしてもできないものをGVGA一八〇条第五号第六項によって執行官はこれを廃棄できるものとされている。

改正提案第三項第二文の追加は現行第二項と相俟って、あくまでも換価不能物を債務者に引取らせることを第一義とし、この点に財産権の保障を予定し、債務者が引取らない場合に廃棄処分とするものであるから、財産権の保障に抵触しないとする考え方にたつものであるということができるかもしれない。

しかしながら改正案によると、廃棄処分は執行官限りでなされるものであって、執行裁判所の廃棄命令という形での介入は予定されていない。債務者が換価不能物に非ずとして争っている場合、債務者の法的審問請求権を保障したうえで（あるいはそこまで保障しないまでも）裁判所の命令を介在させないことは正当手続の保障による財産権の保障を侵害する可能性があるとの疑問は残らないものであろうか。

もっとも、この点も手続簡素化のためにどこまで執行官を信頼できるかという問題と関係してくるといえようが、執行官限りでの廃棄処分には憲法上の問題が残るのではないかと思われる。

改正案第四項第二文は、"Sachen, die nicht verwertet werden können, sollen vernichtet werden" と規定している。ここで "sollen" とは執行官に廃棄しない例外的事例を認める裁量の余地を認めていることを意味しているといわれる。[5] 当該物を廃棄するか否かといった直接財産権の保障とかかわる問題を執行官の裁量に委ねることの当否は問題である。

(1) 前掲報告書八五頁。
(2) AG Lampertheim, Beschl. v. 5. 3. 1987, DGVZ 1988, S. 125は以下のように判示している。すなわち、「換価を試みたが換価できなかった価値なき動産は、特別な裁判所の命令を必要とすることなく、執行官がこれを廃棄することができる」と。
(3) AG Frankfurt, Beschl. v. 29. 6. 1986, DGVZ 1987, S. 159は以下のように判示する。すなわち、「法律上の保管期間があり、且つ排除動産にあたる営業文書（Geschäftsunterlagen）は債務者がそれを引取らないときは国家の費用において保管しなければならない」とする。
(4) 前掲報告書八六頁。
(5) 前掲報告書八七頁。

五　結　語

以上のようにみてくると、前記報告書にみられる八八五条の改正提案は、総体的にみて執行手続の簡素化、能率化を急ぐあまり当事者権の保障をやや軽くみているのではないかという感じを免れない。この限りにおいて問題を残すものであると思われる。

ところで、以上に述べたところをわが国の民事執行法との関係で考えてみると、第一に、排除動産の引渡ができないときの対処について、民執法一六八条第四項によれば、執行官がこれを保管することができ、また同条第六項によれば執行官が動産執行の売却の手続によりこれを売却できるものとされている。執行官が売却の手続をとりうるとしている点ではわが国の民執法はドイツの前記改正提案を先取りしているということができるので、この点立法論としては前記批判が妥当するといえよう。第二に、無価値な物件はこれを廃棄できると解されているが、憲法二九条の財産権の保障との関係からすれば、前記提案第四項第二文にみられるように実定法上の根拠を設けるのが妥当ではない

かと考えられる。以上の二点をここに指摘しておきたい。