

ZPO改正案七五八条aおよび七六五条a再論

——強制執行法規定の改正に関する第二次法案における債務者保護の一側面——

石 川 明

- 一 序 説
- 二 改正法案七五八条aについて
- 三 改正法案七六五条aについて
- 四 結 語

一 序 説

一 ドイツ民訴法（以下ZPOと略す）七五八条aおよび七六五条aの改正試案について、私はかつて木川統一郎先生古希記念論文集「民事裁判の充実と促進」下巻一頁以下に、「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——一九九〇年四月三〇日のドイツ強制執行法改正作業グループ第一次中間報告書を中心にして——」と題する論文を執筆した。その後七五八条aおよび七六五条aについて右中間報告書とほぼ同一の条文が

起草され、それが一九九五年一月二七日ドイツ連邦議会公報 (Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Drucksache) 13/34 に掲載されている。「強制執行法規定の改正に関する第二次法案」, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften (2. Zwangsvollstreckungsnovelle)“ がつれである (以下とくにごとわらないかぎり条文は右法案のものである)。

二 便宜上、右両条の条文を現行 ZPO と改正法案双方について、敢えて重複をいわずここに再録しておく。以下のとおりである。

まず現行 ZPO 七五八条は以下のとおり規定する (以下現行法の訳は法務資料四二六号による)。

第七五八条 (搜索 (Durchsuchung)、威力の行使 (Gewaltanwendung)) 執行官は、執行のための必要とされる限り、債務者の住居 (Wohnung) 及び保管場所 (Behältnisse) を搜索する権限を有する。

② 執行官は、閉鎖した戸扉 (Haustüren, Zimmertüren) 及び保管場所を開かせる権限を有する。

③ 執行官は、抵抗を受ける場合には、威力 (Gewalt) を用いる権限を有し、かつ、この目的のために警察上の執行機関 (Polizeiliche Vollzugsorgane) の援助を求めることができる。

これに対して、法案七五八条 a は次のように規定している。

新法案七五八条 a (独文)

§ 758a

(1) Die Wohnung des Schuldners darf ohne dessen Einwilligung nur auf Grund einer Anordnung des Richters bei dem Amtsgericht durchsucht werden, in dessen Bezirk die Durchsuchung erfolgen soll. Dies gilt nicht, wenn die Einholung der Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde.

(2) Auf die Vollstreckung eines Titels auf Räumung oder Herausgabe von Räumen und auf die Vollstreckung eines Haftbefehls nach § 901 ist Absatz 1 nicht anzuwenden.

(3) Willigt der Schuldner in die Durchsuchung ein oder ist eine Anordnung gegen ihn nach Absatz 1 Satz 1 ergangen oder nach Absatz 1 Satz 2 entbehrlich, so haben Personen, die Mitgewahrsam an der Wohnung des Schuldners haben, die Durchsuchung zu dulden. Unbillige Härten gegenüber Mitgewahrsamsinhaber sind zu vermeiden.

(4) Die Anordnung nach Absatz 1 ist bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen.

法案七五八条aの訳文

第七五八条a

① 債務者の住居は、搜索がなされる地域を管轄する区裁判所の裁判官の命令に基づくときに限り、債務者の同意なくしてこれ进行搜索することができる。命令を求めること (Einholung) によって搜索の効果を損なう虞あるときはこの限りではない。

② 空間の明渡を求める債務名義の執行及び第九〇八条に基づく拘留状の執行については第一項を適用しない。

③ 債務者が搜索に同意し、または第一項第一文による債務者に対する命令が発せられ若しくは命令が第一項第二文によって必要とされないときは、債務者の住居の共同占有者 (Mitgewahrsam) は搜索を受忍しなければならない。共同占有者に対する不当に苛酷な行為 (unbillige Härten) はこれをしてはならない。

④ 強制執行のときには、第一項による命令を提示しなければならない。

また現行ZPO七六五条aは以下の規定を置いている。

第七六五条a (執行制限 Vollstreckungsschutz) ① 強制執行の処分 (Maßnahme) 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 (Gute Sitte) に合致しない苛酷 (Härte) なものであるときは、執行裁判所は、債務者の申立により、処分の全部もしくは一部について取消、禁止または一時停止をすることができる。

② 第一項の要件が執行官に疎明され、且つ債務者が適時に執行裁判所に申し立てることができなかった場合には、執行官は、執行裁判所の裁判があるまで、一週間を超えない期間に限り、物の引渡のための処分を延期することができる。

③ 執行裁判所は、事実状態 (Sachlage) の変更を考慮して必要があると認められるときには、申立により、その決定を取消または変更する。

④ 第一項及び第三項の場合においては、執行処分の取消は、決定の確定をまつてその効力を生ずる。

法案七六五条 a の改正提案は以下のとおりである。

§ 765a wird wie folgt geändert

a) In Absatz 1 wird nach Satz 1 folgender Satz eingefügt:

„Es ist befügt, die in § 732 Abs. 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen.“

b) In Absatz 2 wird nach der Angabe „Absatzes 1“ die Angabe „Satz 1“ eingefügt.

c) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz eingefügt:

„(3) Anordnungen nach Absatz 1 sollen in Räumungssachen nur ergehen, wenn der Antrag spätestens zwei Wochen vor dem festgesetzten Räumungstermin gestellt wird, es sei denn, daß die Gründe, auf denen der Antrag beruht, erst nach diesem Zeitpunkt entstanden sind oder der Schuldner ohne sein Verschulden an einer rechtzeitigen Antragstellung gehindert war.“

d) Die bisherigen Absätze 3 und 4 werden die Absätze 4 und 5.

e) In dem neuen Absatz 5 wird die Angabe „der Absätze 1 und 3“ durch die Angabe „des Absatzes 1 Satz 1 und des Absatzes 4“ ersetzt.

法案七六五条 a の法案の改正提案訳文は以下のとおりである。

七六五条aは以下のとおり改正される。

- a) 第一項第一文に以下の第二文が追加される。「裁判所は七三二条二項に規定する命令を付与する権限を有する。」
- b) 第二項中「第一項」なる文言に「第一文」なる文言が加わる。
- c) 第二項の次に、以下の第三項が追加される。「(3)第一項の命令は確定された明渡期日の遅くとも一週間前に申立
がなされた場合にかぎり明渡事件につき発せられなければならない。但し、申立の理由がこの時点以降にはじめて生じ
たとき又は債務者がその責に帰すべき事由なしに適時に申立てをなすことを妨げられたときはこの限りではない。」
- d) 旧第三項及び第四項は、第四項及び第五項になる。
- e) 新第五項における「第一項及び第五項」なる文言は「第一項第一文および第四項」なる文言に変更する。

三 本稿は、石川明・前掲論文を補足する目的をもって執筆されたものである。

二 改正法案七五八条aについて

石川前掲論文第三節は、ZPO七五八条に追加して規定された七五八条aに関するものである。

一 ところで、七五八条a第一項は、既述のとおり、「債務者の住居は、搜索がなされる地域を管轄する区裁判
所の裁判官の命令に基づくときに限り、債務者の同意なくしてこれを搜索することができ」と規定している。
搜索命令の管轄裁判所は、ZPO七六一条の夜間、休日執行の許可を与える管轄裁判所と同一の裁判所であり、
債務者が住居の搜索を同意した場合には命令を必要としないものとされている。ここでは、住居の搜索のみが規
定され、住居に事務所(Geschäftsraum)を含めるか否か、債務者の同意に親族あるいは代理人による同意を
含めるか否かという問題には言及されていない。⁽¹⁾この点で問題がある。

第二文は「命令を求めることによって、搜索の効果を損なう虞あるときはこの限りではない」と規定している。この表現によつて執行裁判所の判断の基準として「執行の遅滞の虞」(基本法一三条二項と関連する)をも含めたものと考えられる。⁽²⁾

二 第二項は、従来議論のあつた問題を立法的に解決した条文である。すなわち、たとえば住居の明渡しにあたり、特にたとえば和解調書による場合のように裁判以外の債務名義による住居の明渡しにあたり、債務者に対する搜索命令を必要とするか否かという問題について、法案は明示的にこれを否定したのである。この点について、Münzberg の賛成意見がある。⁽³⁾

これに対して右第二項は、債務者が当該住居中に隠れており、これを拘留すべく、その発見のために住居の搜索を必要とするがごとき場合について例外を意識的に設けなかった点は憲法上若干問題がないわけではないように思われる。

日本には債務者の拘留という執行方法が存しないため、同条の拘留をめぐる議論は直接には日本法の解釈のため参考にはならない。そのため、私は前掲論文において、第二項の拘留をめぐる憲法問題に言及していない。しかし、ここで敢えてこの問題に言及するならば、第二項の拘留につき命令があれば特別の搜索命令を必要としな⁽⁴⁾い旨の規定には問題があるように思われる。すなわちドイツ法の解釈としては、右の点は憲法上の問題になるものと思われる。ただし Z P O 九〇一条の拘留命令は住居の明渡命令とは異なり、その執行にあたってはこれにより住居の占有権 (Besitzrecht) を奪うことを目的とするものではない。したがって拘留にあたって債務者を搜索するために住居の平穩を害するという点では、差押物の搜索となんらかわるところがないからである。住居の平穩を規定する基本法一三条二項は連邦憲法裁判所が明示的に判示したように、損害について人と物とを区別して⁽⁴⁾いないからである。住居の平穩の保護という観点からみれば、物の差押えのための搜索につき裁判官の命令を必

要とすることと平仄を合わせるとするならば、人を拘留するための搜索についても同様に裁判官の命令を必要とする⁽⁷⁾と解すべきである⁽⁸⁾と考えるからである。そのように考えないと連邦憲法裁判所の判例の立場は一貫しないことになる。

三 加えて法案七五八条a第三項についても若干の問題がないわけではない。石川前掲論文一五頁で、私は第三項の認めている当該住居の共同占有者の搜索に関する基本的受忍義務を肯定することは通説の認めるところである、と書いた。それと同時に、当該住居の共同占有者の住居の平穩を保護するという観点からみると右の取扱に若干の疑問がないわけではないとも書いてその問題性を提起しておいたのである⁽⁵⁾。この疑問を若干補足すれば以下のとおりである。すなわち、債務者たる共同占有者が搜索の受忍義務を有するときにあわせて共同占有者たる第三者にも実体法上受忍義務が認められるにしても、右第三者に対してはその住居の平穩を保障するためにはこれに対する第一項の命令を必要とするのではないかという疑問である。この観点からすれば、第三項が共同占有者に対する搜索命令を必要としない⁽⁶⁾ということはボン基本法一三条二項に違反する疑問があるものと考えられるということなのである。少なくとも、第三者たる住居の共同占有者に対して特別な搜索命令を必要とすることなく、共同占有者たる債務者に対する搜索命令をもって憲法上適法に搜索をなしようと解する根拠は、条文や法案理由書のいずれからもこれを読みとることができないようである⁽⁷⁾。基本法一三条二項は特に「債務者」なる文言を用いているわけではないという点に注意すべきである。第三者に対してこの種の命令が発せられるとしても、それは基本法上違法であるといえないのみならず、この種の命令は必要であると考えるべきなのであろう。この種の命令については法律上これを認める直接の規定がないがゆえに、それは許されないとか不必要であるとする見解は不当な解釈といわざるを得ないように思われる⁽⁸⁾。

第三者についていえば、拘留さるべき債務者が債務者の住居ではなく、第三者の住居にいる場合は第二項の

適用はないものと考えるのが妥当な解釈であるというべきである。⁽⁹⁾ これをもって、債務者の差押えるべき動産が第三者の住居にある場合と同様に考えるべきである。右の場合に、執行官は ZPO 七五八条のみによつて第三者の住居を搜索差押えができるのではなく、第三者の住居に向いて単に ZPO 八〇九条の引渡を求めることができるにとどまる。⁽¹⁰⁾ したがって、かかる場合債務者は債務者の動産の差押の目的をもつて第三者の住居の搜索命令の発令を求めることは法律上の根拠を欠きできないし、裁判所もこの命令を発令することはできない。ドイツ刑訴法一〇三条は〔法務資料四三七号（一九八一年）三四頁以下による〕

第一〇三条〔被疑者以外の者の場合の搜索〕① 前条に掲げる者以外の場合には、被疑者の逮捕又は犯罪行為の証拠追及若しくはある物の差押のために、かつ搜索される人、証跡又は物が搜索されるべき場所にあることが推測できる事実の存するときに限り、搜索することができ。刑法第一二九条 a に定める犯罪行為又は同条に掲げられた犯罪行為の一つを行つた嫌疑が十分である被疑者の逮捕のためには、ある事実に基づき、その者が滞在していると推測される建物に複数の住居その他の場所があるときも、これらの住居その他の場所を搜索することができる。

② 前項第一文に定める制限は、被疑者が逮捕された場所、又は追跡中に被疑者が立ち入つた場所には適用しない。と規定している。しかし民事執行における債務者の拘留につき同条に準じた取扱をするということはできない。⁽¹¹⁾ 動産の差押えについてもこのようなラディカルな取扱をすることはできないと解すべきであろう。⁽¹²⁾ この種の場合必要があれば、ZPO 八四六条以下によつて、あるいは ZPO 八五七条の補助的差押（Hilfspfändung）、ZPO 八三六条第三項第二文を類推して鍵の取り上げ（mit Wegnahme seines Schlüssels）により対処することをもつて足りることになる。ここでは第三者が執行債権の債権者の立入りを拒否したことを理由に立入り受忍の訴求がなされたとき、第三者は執行債務者になることになる。⁽¹³⁾

七五八条 a 第三項にあつては、債務者および第三者の同一住居に対する共同占有が対象とされているのである

から文言上「債務者（単数形）の住居に関する共同占有」（die Mitgewahrsam an der Wohnung der Schuldners）との表現が用いられているものの、より正確には「債務者および第三者の共同占有にかかる住居」（des Schuldners und des Dritzens）との文言を用いるのがより正確であると思われる。しかしこれは文言・表現上の問題である。あえてこれをもって立法批判の対象とはしない。若干揚げ足とりの的な批判になるからである。

現行ZPO七五五条は執行官の債務者に対する執行処分権限のみならず、第三者に対する執行権限についても規定している。すなわち、

ZPO七五五条（執行官の授權） 執行官は債務者及び第三者に対し、強制執行の実施及び七五四条に規定された行為をなす権限を有する。債権者は申立の瑕疵又は制限はこれ等の者に対する関係で主張することができない。

と規定しているのである。執行官の対第三者関係における執行権限について我が国の民事執行法には規定がない。ZPOの解釈として、裁判所の命令があれば同条の解釈からみて債務者および第三者との共同占有になる住居における差押動産の搜索が許されるものと解することになるであろう。さらに加えて、法案七五八条a第三項第二文は、「債務者の住居の共同占有者に対する不当に苛酷な執行は、これをしてはならない」旨規定している。この規定は、債務者の住居が第三者との共同占有にかかる場合であっても、これに対して執行をなすことを前提としている。したがって、債務者並びに共同占有者双方に対する搜索命令があれば執行官は共同占有にかかる住居に立入り債務者の動産を差押えることが許されると同時に、共同占有者たる債務者に対する執行命令のみをもって他の共同占有者のいる共同占有住居において動産執行をなすことも許される。

当該住居について債務者以外の共同占有者がいるとき、債務者に対する搜索命令のみをもって当該住居に対し執行をなすものではなく、双方に対する搜索命令を必要とするとどうなるか。共同占有者に対する搜索命令を申請するのに執行開始前に共同占有者の存在並びにその氏名を適確に把握することに困難が伴う場合が

ある。債務者の住居における動産差押えをなすにあたり、共同占有者が執行官に共同占有者の存在を名乗り出た場合には、共同占有者たる債務者のみに対する搜索命令をもって、敢えて当該執行をなせば、それは不適法になるがために、適法な執行をなすために、債務者としては第三者たる共同占有者に対する搜索命令を付与してもらわなければならないことになる。このように考えると、第一回の執行の試みに対して、第三者たる共同占有者がいることがわかり、これが当該執行に同意しないために、右第三者に対する搜索命令を付与されて第二回の執行をなす間に、差押えるべき有体動産が隠匿される可能性がある。このような予想される事態は執行の機能を著しく減殺するとの批判もありうる。しかしながら、事実上の問題として、第一回の執行に対して、第三者たる共同占有者が自らに対する搜索命令を欠く執行に対して異議を述べることは少ないであろうから、右の機能減殺の危険を過大に評価することは必ずしも適切ではないとか、またその危険が明白であれば、債権者は七五八条 a 一項二文により救済されることになるとの反論も考えられる。第三者たる住居の共同占有者の住居の平穩権というものを考えた場合、債務者に対する搜索命令のみをもって共同占有者にかかる住居に対する動産執行を許すことについて問題がないわけではないことを知らしめる議論である。

- (1) Stein-Jonas-Münzberg, 21. Aufl., §758 I 1; II 3; I 2b
- (2) BVerfGE 51, 97.
- (3) Stein-Jonas-Münzberg, §758 I 2a; §909 I 3; Goebal, KTS 1995, 163ff., 184ff.
- (4) BVerfG NJW 1987, 834 = JZ 1987, 834; BVerfGE 51, 97
- (5) 石川明・前掲論文一五頁。
- (6) Schilken, Rpfleger 1994, 140.
- (7) BT-Drucks 13/341 S.17f.
- (8) Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., §26 III; Schilken, Rpfleger 1994, 140.

- (9) Stein-Jonas-Münzberg, §909 I 3c.
- (10) Vgl., Stein-Jonas-Münzberg, §758 I 1. 見解が分かれている。
- (11) Vgl., Stein-Jonas-Münzberg, §909 I 2c. Fn. 53; Bitmann, DGVZ 1989, 68f.
- (12) Vgl., Goebel, KTS 1995, 162.
- (13) Stein-Jonas-Münzberg, §809 I 2.

三 改正法案七六五条aについて

法案同条第三項は、住居の明渡し執行において債務者が家具運搬用トラックの立入りを拒んだとか債務者の居住家屋の入口に横付けした段階で明渡しをなすべき債務者が七六五条aの申立てをなすような乱用的申立てが、従来しばしばみられたので、それに対する対抗策を講じたものである。^{(1)(2)(c)}しかし右第三項はいわゆる訓示規定(Sollvorschrift)であつて(山田晟編・ドイツ法律用語辞典改訂増補版五七九頁によれば、Mußvorschriftと異なり、これに違反しても行為は無効にならないと説明されている)、債権者の負担を本項により解消しうるか否か疑問である。というのは、明渡し執行直前の申立てでは、「自殺の危険」(Suizidgefahr)又は「差迫つた且つ回復し難い健康上の損害」(von drohenden irreparablen Gesundheitsschäden)が理由とされるからである。たとえ債務者の責に帰すべき事由によつてであれ、かかる事由が時機に後れて主張された場合、その主張を認めないわけにはいかない。換言すれば、かかる申立てを排除することは憲法違反の誹りを免れることはできないだろうからである。「遅きに失した者は死ななければならない、あるいは病み衰えなければならない」(„wer zu spät kommt, muß gegebenenfalls sterben oder dahinsiechen“)という取扱は、まさに本末転倒であるがゆえに、実務の知恵はかかる場合、このような本末転倒を回避する取扱を確立することが予想される。⁽⁴⁾

- (1) BT-Drucks 13/341 S.5; Begründung, S.18f.
- (2) Jesse, DGVZ 1993, 85ff.
- (3) Stein-Jonas-Münzberg, §765a III; IV.
- (4) BT-Drucks 13/341 S.19.

四 結 語

以上に述べたように、七五八条 a 第一項は動産執行のための住居の搜索について執行裁判所による住居の搜索命令を必要とすることによって、債務者の住居の平穩を保障した。それ自体日本法の構成と比較して立法政策的にみて一つの進歩と評価することができる。債務者のほかに住居の共同占有者がいる場合、この者も債務者に対する搜索命令があればこれに従わなければならない旨規定したが、この点に関連して共同占有者の住居の平穩をいかに保障するかが問題になる。一步踏み込んで住居の共同占有者に対する搜索命令も必要とするか否かの点について更に進んだ検討をすべきではなかったかという問題もありそうである。住居の共同占有者たる第三者に対する搜索命令をも必要とするということでは事実上執行が不可能になるというべきなのか。一考を要する問題である。

わが国に存しない制度ではあるが執行手続としての拘留状の執行については、債務者が第三者の住居にいる場合当該第三者の住居の平穩をいかに保護すべきであろうか。苛酷執行における債権者と債務者の利益調整は苛酷執行における債務者保護の観点からいかにあるべきか。今回のドイツ強制執行法の改正法案は、我が民事執行法上これまであまり論じられていなかった問題点を提示してくれたように思われる。本稿が今後検討さるべき問題

提起となれば望外の幸せである。

〔後記〕 一九九七年二月、Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag“が出版された。同書に Münzberg 教授の論文 „Bemerkungen zum Entwurf der zweiten Zwangsvollstreckungsnovelle“ が収録されている。校正の段階で同論文に接した。