

資料

金銭債権執行における対象財産の選択順序

石川 明

一 序説

私は前稿「金銭債権における対象財産の選択」朝日法学論集二五号（二〇〇〇年一〇月刊）において、広義の比例原則のうち第二原則としての必要性の原則からみて金銭債権執行における対象財産に関する債権者の選択権（以下、単に選択権という）に一定の制限を加えるべきではないかという問題を提起した。

本稿において、右論稿における選択権制限論について若干の補足をしておきたいと考える。

二 解釈論としての制限論の可能性について

——ドイツ民法（ZPO）との比較法的検討——

討

解釈論としての制限論の可能性を考察するにあたって、ZPOに関していかなる議論がなされているかを紹介し、この解釈論のわが民事執行法への導入の可能性について検討してみたいと考える。

そこでまず初めにZPOの解釈論について紹介しよう。ZPOについて選択権制限論の根拠として問題になるのは、七六五条aと、八〇三条一項二文である。以下順次検討したい。

1 苛酷執行の制限に関するZPO七六五条a⁽²⁾の規定を選択権の制限とすることは可能であろうか。残念ながら、

同条を選択権の制限に適用して問題の解決を図ろうとする
ことについては、問題がないことはないといわれている。

その理由は、選択権制限問題について同条を適用すること
は立法者の全く意図しなかつた事項と考えられるからで
ある。³⁾むしろ立法者はそもそも対象財産の選択権制限を意
的に避けようと考えたといえる。そして同条を規定したか
らといってその事情は何ら変わるものではないといえる。

たしかに、選択権の制限の根拠を七六五条 a に求めるこ
とは立法者意思に反するといえるし、そこまでいわないま
でも、立法者意思に適合しないことは確かである。しかし、
解釈論としては社会情勢の変化により立法者意思に必ずし
も拘泥されない場合がでてくると考えられる。いわんや七
六五条 a は執行法の総則規定であることから、近時その適
用を拡大する傾向にあること（この傾向については、拙稿
「ドイツ民訴法七六五条 a の苛酷執行条文について」法学
研究七二巻一一号平成一一一年一月）を考えると、同条を
選択権制限のために援用することが否定されるとは必ずし
もいえない。さらに同条をもって比例原則の一つの表れで
あると解することができる、という点にも注目しておく必
要がある。

しかしながら七六五条 a のごとき規定をもたないわが民

執法の下では、七六五条 a 根拠論を導入することは解釈論
の域内ではいささか困難であるように思う。

2 ZPO 八〇三条一項二文の類推適用⁴⁾

債権者の執行対象選択権の制限は動産執行における超過
差押えの禁止に関する ZPO 八〇三条一項二文——民執法
一二八条に相当——からも導かれるものであるうか。否定
説の根拠は、同条が動産執行に関するものであることから、
動産以外の執行対象者財産も含めて対象財産の選択権制限
の問題と次元を異にすることが考えられる。それならば同
条を直接適用はできないにしても、その趣旨を類推適用し
てしかるべきではないかとの考え方もありうるかと思う。
というのは八〇三条一項二文もいわば広い意味では比例原
則の第二原則、すなわち、必要性の原則の一つの適用場面
と考えられないことはないからである。とはいえ同条があ
くまでも動産執行の規定であるという点については変わり
がないので、同規定をもって選択権制限の根拠条文とする
ことについてもいささかの困難を伴うといわざるを得ない。
わが民執法一二八条についても同じことがいえる。

三 立法例⁽⁵⁾

選択権制限論を考察するにあたって、法制史的、および比較法的観点から若干の検討をしておく必要があるであろう。以下、極めて簡単且つ限られた範囲においてではあるが、若干の考察をしておきたい。

ドイツ法制史のなかで、執行の種類等の順位については色々な立法例がみられる。特に重要なのは、一九世紀の Preußen、Bayern および Sachsen の例、一九三一年草案の例等である⁽⁶⁾。比較法的観点からみて関心があるのはスイス債務取立・破産法 (Bundesgesetz der Schuld-betreibung und Konkurs、以下、SchKGとす)。本法については、法務省司法制度調査部・法務資料四二〇号に訳文がある⁽⁷⁾である。選択権制限の方法ないし内容は大別して二つある。一つは執行の順序を各個別事件に即して決めるという制度であり、他は具体的事件に即して順位を決めるのではなくある程度予め順位を決めておくというやり方である。以下順次考察する。

a 執行機関が執行にあたりいずれの種類が債務者にとって最もマイルドなものであるかを裁量的に判断す

るという立法例がある。ドイツの一九三一年草案七七一条がこれである⁽⁷⁾。Böhmer は執行にあたり比例原則を職権で顧慮すべしとしているが(前掲朝日法学掲載拙稿参照)、この立場は詰まるところ各執行にあたって具体的な順序づけをすることを狙ったものである。

ではこの種の規定のメリットは何処に求められるのであろうか。当事者双方にとって最も有利な方法を裁判所が裁量によって判断できるといふ点で融通性・柔軟性があるという点にそのメリットは求められる⁽⁸⁾。一方では、常に債権者の権利の効率的実現という債権者の要求を斟酌しながら、他方では、債務者にとって最もマイルドな執行方法を各事案に即して採ることができるといふことになる。したがって比例原則という観点からみると、このようなやり方によれば、裁量にあたって両当事者の配慮すべき利益を適切に考量することによって、債権者に選択権を認める制度以上にマイルドな手続をとれるということになる。しかしながらこのような執行順序の決め方に対しては体系的にのみ問題があるという批判がある⁽⁹⁾。すなわち職権主義の導入および中央執行機関 (eine zentrale Vollstreckungsinstanz) の導入以外には、実はこのような決め方を導入することは極めて困難であるものと思われるという批判がこ

れである。すなわち、執行機関としてはいずれの財産に対し具体的に執行すべきかを判断しうるためには、債務者の財産状況に関する知識を得ておく必要がある。したがって執行機関の手中に執行手続の開始にあたって広範な調査権限が与えられるということが必要になるのであるが、現状ではこのような調査権を執行機関に認めることはできない。そこで、この種の手続を置くことについては以下の三つの疑問がある。⁽¹⁰⁾

① 債務者の執行対象財産に関する知識を得るための執行裁判所の措置として、開示保証手続が執行手続に前置されなければならないことになる。財産開示は債務者の私的領域への重大な介入になるために、それは債務者にとって相当な負担になる。わが国の民執法は財産開示制度を導入しなかった。

これに加えて Giljeßen 及び Seip が既に指摘したことであるが、⁽¹¹⁾ 財産開示制度についても比例性の問題がないわけではない。財産開示制度を前提にしないと、執行機関は必要性の原則からみていずれの財産から差押えをなすべきかの確な判断をなしえないことになるのではあるが、しかし、そうすると、例えば僅か一〇〇DMの執行債権のために、債務者としてはその全財産を開示しなければならぬこと

になり、このことは必要性の原則からみて問題がないとはいえないからである。

② 更に、この制度の導入に対しては、この制度の非経済性が指摘されている。すなわち、前掲の中央執行機関 (eine zentrale Instanz) によって、すべての執行の申立に対処するには、ドイツでいえばそのために約九〇〇人の司法補助官が必要になるといわれている。開示保証が義務とされると、当事者にとって余分な費用がその負担になるといわれている。⁽¹²⁾

③ 国の執行機関の権限をかように拡大することは、民事手続法の原則である処分権主義と矛盾することになるとの危惧もある。つまり職権主義の導入は、民事手続法の基本原理である当事者主義の傾向に逆行するものとして、執行の国家主義化傾向を強化することになるという危惧がこれである。

したがって、現行執行法における具体的事例にそくした優先順位の執行機関による判断制度の導入は、ここでは否定されなければならない。したがって具体的に確定すべき優先順位の決め方は、債権者のもつ執行対象選択権を認める制度の対案としては不適當であると思われる。

一八三七年一月一七日のバイエルン訴訟法は一九三一

年草案の修正版のごときもの——年代は逆であるが内容的にみて——とみることができ(七一条七二条)⁽¹³⁾。すなわち中央執行機関 (Zentralinstanz) による具体的事例ごとに対象財産の順位を決定するという方法をとりながらも、執行対象財産の選択に関する債権者の提案権 (Vorschlagsrecht) を認めている。債権者・債務者によって提案された執行の目的財産について合意が成り立たないときは同法七一条によって規定された順位で執行裁判所が両当事者に最も有利と考えられる決定をすることによって対象財産を決めるという方法である。しかしながら全体的にみると同法七一条は現行法に対する選択肢にはならないものと考えられる。同条の発想の根底にある両当事者の提案権という考え方は、両当事者の意思をできるだけ尊重しようという点で評価できないわけではない。しかしながら、この七一条の後段部分は両当事者の間に合意が成り立たなかったときは、もっぱら中央執行機関 (von einer zentralen Vollstreckungsinstanz) が決める具体的事例における順位によるとしている。ケース・バイ・ケースによる順位決定の導入に対しては、大きな疑問が提起されている。

b 予め法律をもってある程度の優先順位を決めておくという方法

例えば、債権者は凡そ債務者にとってより厳しい不動産執行に先立ってこれよりマイルドな不動産執行をなすべしというように法律がすべての執行事件について優先順位を規定するというのが抽象的な順位決定方式である。

① この種の抽象的な順位制の典型事例は、プロイセン国一般裁判手続法 (Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten vom 6. 7. 1979——以下A G Oと略す——) 二四章一〇一条・一一〇条である⁽¹⁴⁾。

その順位制の遵守は受裁判所である中央執行庁 (eine zentrale Vollstreckungsinstanz) によって監督される⁽¹⁵⁾。かような手続の統一化はA G O執行法に対する主要な批判点の一つであった⁽¹⁶⁾。

抽象的な順位制については、以下のごとき問題点があるといわれている⁽¹⁷⁾。すなわち、例えば執行債権が動産執行によって満足できない額であるにもかかわらず、とりあえずは動産執行がなされなければならないことになるということである。このやり方は、結局は不動産ないしその他財産権執行をしなければならないことになるのであるから、債権者に時間と費用をかけさせ、債務者にとっては何の利益ももたらさないものであって、無益な執行処分をしなければならないということになるという結果をもたらすことになる

点で批判される。Siebert⁽¹⁸⁾によれば、この方法は、債権者の正当な要求にこたえることができず債務者に損害を与えるし、逆に債務者の正当な要求にこたえることができず債権者の利益を害する結果になるといわれている。したがって執行の抽象的順位制というAGOのやり方は、債権者の自由選択権に代わりうるような選択肢ではないことを示している⁽¹⁹⁾。

② 執行の抽象的順位制の修正版はスイスのSchKGの規定である(九五条九一条)。SchKG九五条は、執行を中央庁(Zentralinstanz)、すなわちSchKG二条の取立庁(Beitredungsamt)の監督下においている。詳細にわたって規定された(minutiös)順位制を予定している。SchKGはその限りでは、AGOの規定と、ある種の共通性を有するといえることができる。しかしSchKGは、債務者に事前の開示義務を課することによって(九一条)、無益な動産執行を避けうることを認めている。この限りでは、この制度は執行の具体的順位制と同一の機能を果たしている。したがってここでは具体的順位制もつデメリットが生じスイス法はこれを全体的にみれば債権者の自由選択権の対案にはなりえないといわれているのである⁽²⁰⁾。

なお、ここで以下のコメントをしておくのがよいと考え

られる。すなわち、スイスはこれ迄SchKGによって決して不適切とはいえない実務を経験してきた⁽²¹⁾。したがってGötteはスイス法の継受を完全に拒否することは正当ではないという⁽²²⁾。しかもGötteによればスイスのSchKGはヨーロッパ民法の模範的事例とされている面もあるという⁽²³⁾。Götteはそれにもかかわらず終局的にはスイス法の制度の援用には消極的態度を示している⁽²⁴⁾。そしてその理由として以下の点を指摘している⁽²⁵⁾。

すなわち、SchKGはその特徴として、金銭債権執行とその他の執行とを区別している⁽²⁶⁾。そして、金銭債権執行は連邦の権限であり、SchKGがこれを規定しているのに対して、後者は、州(カントン)の権限に属し、執行裁判所がこれを管轄する。SchKGは、金銭債権執行を民法とは別の独自の手続として構成している。すなわちそれは純行政手続である⁽²⁷⁾。取立庁(Beitreibungsamt)が執行の全過程について管轄権を有する。すなわち、支払命令の提出から差押物件の換価にいたるまで(von der Einlegung des Zahlungsbefehls—Art. 69 SchKG—bis hin zur Verwertung der Pfandsachen)を管轄する。

スイスでは執行裁判所と執行官という執行機関の二元的構成は存在しないのである。

Götte は、ドイツ・スイス両国の手続がかように異なるところから、完全な順位制や（職権主義を含む）執行の中央集権化（Zentralisierung）をドイツ民法（ZPO）に導入することに反対の見解をとる。⁽²⁸⁾ その理由は、既述のごとくスイスでは金銭債権執行を民事訴訟とは全く別の行政手続として構成されているからである。行政手続の原則として、ドイツでもスイスでも職権主義（Offizialprinzip）がとられる。行政手続としての強制執行については職権主義（Amtsprinzip）を規定することは、スイス法では体系適合的である。ZPOの強制執行はこれに反して大幅に処分権主義が適用されており職権主義は採用されていない点が注目される。

③ 抽象的順位制をとる第三のものは、一八八三年二月二八日のザクセン執行法（das sächsische Executionsgesetz vom 28. 2. 1883）四五条、四八条⁽²⁹⁾である。ザクセンの執行手続は金銭債権執行の二元的構造を採用している。金銭債権について少額債権（Bagatellforderung）とその他の債権が区別される。いわゆる少額債権については、執行の目的物の抽象的順位を定めた略式手続が行われる⁽³¹⁾。その他の債権については、原則として債権者の選択権が認められるが、債務者にとって負担の軽い他の方法によって債

権者が満足を得られるときは、債権者の提案とは異なる取扱いが許され、選択権の裁判所の裁量による制限がなされる⁽³²⁾。抽象的執行順序制は少額債権についてのみ認められるのであって、それを上回る額の金銭債権の執行については、動産執行はしばしば目的に適合するとはいえないからであるといわれている。

したがって抽象的執行順序に対する一般的批判はザクセンの制度にはあたらなといえる。抽象的執行順序制を少額債権の執行に制限することは債権者がその権利を侵害されることなく債務者を反比例的執行から守るために適切な措置であるように思われる⁽³⁴⁾。ただし少額債権は、動産執行によって通常満足を受けうるからである。ザクセンの制度のその余の部分は現行法の対案にならないといえよう⁽³⁵⁾。というのは、少額債権を超える債権については執行の適切な目的財産を探索するについて裁判所に広範な裁量の余地を残すことになるからである。裁判所がたとえ同時に中心的な執行審であったとしても、そして当該裁判所に財産状態の解明について広い調査権が認められていたとしても、応範な裁量の余地は残されるのである。したがって、その範囲では、裁量的順位制についての批判が妥当することになるのである。

四 Götte の改正提案

以上に検討したところから、Götte は少額の債権による競売をめぐる問題の解決については以下のごとき提案をしている。³⁶⁾

第一 債務者の反対提案権 (Gegenvorschlagsrecht des Schuldners)

I 債権者が債務者の不動産に対して執行すべきとは、債権者は執行裁判所にその旨を申し立てなければならぬ。
 II 右申立ては、債権者の債権が一、五〇〇DMの額を超えるか、あるいは、債権者が既に動産執行をなしたが奏功しなかったときに限って許される。

III この申立ては前記II前段の場合に、二週間の期間内に執行裁判所に反対提案をなすべき旨の催告をもって債務者に遅滞なく送達されなければならない。

その場合、債務者が反対提案をしないときは、債権者の提案にしたがって手続が行われる旨債務者に教示されなければならない。

IV 執行裁判所は債権者・債務者双方の提案を勘案して裁量する。その場合裁判所は、執行が債務者を最大限保護

しつつ、債権者の確実且つ迅速な満足にいたることに注意しなければならない。

V 裁判所が債務者の反対提案にしたがって行為する場合、それにもかかわらずZVG一九条による強制競売の登記は土地登記簿に記入されなければならない。この登記は、債権者が終局的満足を得たときは抹消しなければならない。
 第二 I 裁判所の裁判は、決定によりこれをなす。右決定に対しては即時抗告は許さない。

II 債務者は第一項の抗告手続外で不動産執行が債務者に耐えがたく苛酷である (eine unzumutbare Härte) とを主張することができる。債務者が反対提案をしないときも同じである。

第三 第二及び第三の規定は、土地担保債権者に適用しない。

五 Götte 提案の評価

私は、Götte 説の評価について、別項「金銭債権における対象財産の選択」朝日法学論集二五号 (二〇〇〇年一月刊) において若干述べておいたが、敢えてここに私見を繰り返しておく。すなわち、私は、少額債権による不動産

執行について、債務者の反対提案権を認め当該不動産執行の適否を裁判所の裁量に委ねようとする *Götte* 提案に基本的に賛成したい。当該不動産以外に執行債権の満足に十分な不動産ないし債権が存在するにもかかわらず、不必要に債務者に受忍を期待し得ない不動産執行を認めることは債務者の財産権の保障という観点から許されないと解すべきである（前掲四第一・I）。

しかしその適否は最終的には執行裁判所の判断に委ねるべきものである（前掲四第二・IV）。前掲第一・II前段の少額債権の額についてはなお検討を要する。執行債権の少額性は執行における比例原則との関係で問題になるのに対して、少額訴訟における債権の少額性は、裁判へのアクセス、裁判の簡易迅速性との関係で問題になるため、両者における少額性の区別基準は異なり、後者をもって前者の基準とすることはできないということも考えられる。しかし、後者も当該社会における少額性の一応の一般基準であることを考えると、これを前者の基準とすることもあながち全く不合理であるともいえない。そのように考えるとすれば、我が国の場合、三〇万円を少額性の基準として設けること（民訴法三六八条I項）について合理性が認められないわけではない。四第二・Iの即時抗告はわが民法上は一一条の執行抗告ということにな

る。四第一・Vも債権者の権利保護の観点から重要である。このように検討してみると、*Götte* 提案を立法論として評価することができる。

それでは *Götte* 提案は解釈論として可能であろうか。比例原則を執行法に適用すべき原則と考えるならば、少額債権による不動産執行の申立てに対して、債務者の反対提案権を認めて債務者が執行債権の満足に充てるべき動産を提供しているような場合、当該不動産に対して競売開始決定をすることは不適法であるというべきであろう。

解釈論としてこのような取扱いを認めることは、債権者による執行対象財産の選択権を認め、債務者の反対提案権について実定法の規定を欠いている以上、困難であるという事情は理解できないわけではない。要は、執行対象財産の選択についても比例原則の適用を認めるのであれば、上記の解釈を妨げる特段の規定はないのであるから、解釈論としても不可能なわけではないというべきであろう。

(1) 執行の対象財産に関する債権者の選択権に言及したものととして以下の文献を指摘しておく。兼子一『強制執行法・破産法』六六～七頁（弘文堂、一九七八年）、宮脇幸彦『強制執行法（各論）』六頁（有斐閣法律学全集36―II、

- 一九七八年)、近藤完爾『民事訴訟論稿第四卷』一九六
 (七頁)判例タイムズ社、一九七八年)、竹下二鈴木編
 『民事執行法の基本構造』二八〇九頁(西神田編集室、一
 九八一年)(竹下守夫執筆)、香川保一監修『注釈民事執行
 法第三卷』四頁(金融財政、一九八三年)(大橋寛明執
 筆)、鈴木二三月月編『注解民事執行法(2)』一四頁(第
 一法規、一九八五年)、山木戸克己『民事執行・保全法講
 義』一一七頁(有斐閣、補訂版、一九九七年)、中野貞一
 郎『民事執行法』新訂四版、七頁以下、一五頁注6(青林
 書院、二〇〇〇年)など。
- (2) Götte, „Zur Wiedereinführung einer Rangfolge
 der Zwangsvollstreckungsmittel“ ZZP Bd 100, Heft 4,
 S. 412ff. u. S. 421. 参照。なお、ZPO七六五条aに
 ついては、石川明著『ドイツ強制執行法研究』一七頁以下(成
 文堂、一九七七年)、および同『ドイツ民法七六五条a
 の苛酷執行条文について』法学研究七二巻一一号一四五頁
 以下〔平成一一一年一一月号〕参照。
- (3) Hahn, Gesammelte Gesetzmateriale zur CPO,
 Berlin 1880, S. 422.
- (4) Götte, a.a.O., 423f.
- (5) Götte, a.a.O., 422ff.
- (6) Götte, a.a.O., 422.
- (7) Götte, a.a.O., 422.
- (8) Götte, a.a.O., 422.
- (9) Götte, a.a.O., 422f.
- (10) Götte, a.a.O., 423.
- (11) Gillesen, in: DGVZ 1981, 161ff. (163)., Seip, in:
 Rpfleger 1982, 261.
- (12) Seip, in: Rpfleger 1982, 259f.
- (13) Spieß, Erläuterungen zum Gesetz vom 17.11. 1839.
- (14) AGO vom 6. 7. 1793, 1. Teil, 24 Titel
- (15) 註釋者 Götte, a.a.O., 8ff.
- (16) Hahn, Gesammelte Gesetzmateriale zum CPO,
 Berlin 1880, S. 422.
- (17) Götte, a.a.O., 424.
- (18) Soergel-Knopp, Kommentar zum BGB, 10. Aufl.,
 1967, § 242 Anm. 245.
- (19) Götte, a.a.O., 425.
- (20) Götte, a.a.O., 425.
- (21) 報告書に於ては Bericht zum Vorentwurf der
 Expertenkommission zur Gesamtüberprüfung des
 SchKG, Dezember 1981, S. 1. ff.
- (22) Götte, a.a.O., 425.
- (23) Berner, in: DGVZ 1977, S. 178; Berner, in:
 Rpfleger 1964, 5; Eichmann, in: DGVZ 1980, S. 130ff.
 及び区裁部によつて Gaul, in: JZ 1973, 476.

