

資 料

Immission判決に際しての作為・不作為 執行間の債権者の選択権

ヘルベルト・ロート
金 炳 学 訳

石川明慶応義塾大学名誉教授は、日独の法律文化の優れた仲介者として、感銘深い方法でドイツ民事訴訟法の学問の継続に貢献されてきた。私は、ドイツ強制執行法のいまだ明確となっていない問題を得ようと努めた本稿をもって、日本の偉大な法学者に敬意を表したい。

- I 抽象的判決主文
- II 執行可能性
- III 判決主文と執行方法
- IV 債務者の選択権
- V 債務者の利益と法的評価
- VI 結論

I 抽象的判決主文

BGB1004条1項2文（侵害の除去停止請求権—訳者注 i（なお、邦訳条文については後掲訳者注参照。以下同じ。））によるImmission法上の不作為の訴えの場合、一致した見解によれば、BGB906条（放散又は不可量物質の侵入—訳者注 ii）の文言を範として抽象的不作為命令に限定する判決主文は、発せられる判決として充分である。したがって、例えば「原告の土地を、養豚場経営から発せられる臭いによって、本質的に侵害すること」の禁止で十分である⁽¹⁾。

このような主文形成は、ZPO253条2項2号の明確な規定（訳者注iii）にもかかわらず、具体的な基準が、判決理由からさえまだ明らかとなっていない場合でも、個々の事例において存続している⁽²⁾。このことについて、BGHの判決は、当事者間の紛争は執行手続へ移すこと明確に受け入れている⁽³⁾。抽象的に捉えられた主文によって、侵害除去の方法は、最初に、自らに最も負担の少ない措置を選択しうる訴えられた侵害者に委ねられる。

とりわけ、侵害を発する施設において、訴えられた侵害者は、自らが積極的な作為あるいは不作為を命ぜられたのか否かとはかわりなく、しばしば自己の選択にしたがい、作為によってもあるいは不作為によっても履行することができる。例えば、侵害者が、騒音を発する機械を理由として本質的な騒音侵害の不作為を命ぜられた場合、機械を操業させない方法（不作為）に代わって、積極的な作為の方法による機械を蔽うことにより音が出ないようにすることによって履行することも可能である。これとは反対に、隣地へ機械の本質的な侵害を適切な措置によって禁止することを命じられた場合、侵害者は、機械を蔽うことにより音が出ないようにすること（積極的な作為）に代わって、機械を操業させない方法（不作為）で、任意の履行をすることもできる。これらの点については、一般に一致している⁽⁴⁾。

II 執行可能性

1 しかし、債務者が任意に履行しない場合、適切な執行方法は、実務においても（学説においても）依然として、まだ明らかになっていない⁽⁵⁾。前述したように（前述I）、抽象的な判決主文のために、判決手続において生じた問題は強制執行の手続に移る。まず第一に、代替的作為を命ずる給付判決に際してのZPO887条に基づく作為執行、不代替的作為を命ずる給付判決に際しての

(1) BGHZ 140, 1, 2f. 同様に、騒音と悪臭に対し、寛大な取り扱いをしているもの、BGHZ 121, 248, 250及びH. Roth JR 1996, 64がある。RGZ 123, 307, 310は、「合目的性の根拠」から抽象的な判決は必要であるとみなしている。

(2) 例えば、悪臭による不快は、明確に測定することが不可能である。

(3) BGHZ 140, 1, 3.

(4) 例えば、Staudinger/H. Roth BGB, 13. Bearbeitung 1996, § 906 Rn 253 ; Staudinger/Gursky BGB, 1999, § 1004 Rn 143, 227.

(5) これについて、明確に述べている文献に、Staudinger/Gursky (Fn4) § 1004 Rn. 237. がある。

ZPO888条に基づく不代替的作為執行，不作為判決の事例におけるZPO890条に基づく不作為執行が，債権者にとって問題となる（訳者注iv）。わずかな例外を除いて，個別事例に対する裁判所の判例は，この点について，原則がなく，むしろ，動揺している。防止されるべきImmissionの執行に関する文献の一般的な表現さえも，事案において，自己の立場を明らかにしていない。債務者が，不作為判決の事例において，自己の選択にしたがって作為あるいは不作為によって履行することができる場合（前述I），支配的な学説によれば，債務者の選択権を執行手続において債権者に移すべきではない。むしろ，ZPO890条に基づく統一的な不作為執行が好ましい⁽⁶⁾。これに対し，他の論者は，ZPO890条に基づく執行は「実際上の例外」に制限されるべきであるとする⁽⁷⁾。

2 適切な執行方法をめぐる争いは，学問的な性質のみを有するのではない。むしろ，この争いは，侵害を被っている債権者にとってかなりの負担となる。例えば，ZPO888条によるLGの強制金決定が，ZPO887条に基づく代替執行が適切な執行方法として好ましいとの理由でOLGによって取消さなければならなかった場合，債権者にとって，このことは困難な結果となる⁽⁸⁾。既に，当該申立ての変更を問題とすべきでない場合，ZPO888条に基づいて強制金を申立てる債権者が，ZPO139条〔裁判官の釈明義務〕によることなしに，ZPO887条に基づく申立てをなすことができると指摘することは，この関係においても，少しも納得がいかない⁽⁹⁾。

3 債権者にとっての，このような避けることのできる困難を別として，既

(6) この見解に賛成するものに，Staudinger/Gursky (Fn4)，§ 1004 Rn. 237；MünchKomm/Medicus BGB，3. Aufl 1997，§ 1004 Rn91；Böhm Die Zwangsvollstreckung nach § 890 ZPO，1971，S. 72；最近のものにW. Gerhardt Die Handlungsvollstreckung— eine Bestandsaufnahme über Befund und Entwicklungstendenzen—，in：Festgabe Fünfzig Jahre BGH，Band III（2000），S. 463，475ff.，Staudinger/H. Roth (Fn4)，§ 906 Rn. 253がある。これに対し，ZPO887条によって執行すべきとする見解に，Palandt/Bassenge，BGB，60. Aufl 2001，§ 1004 Rn26がある（しかし，この見解は，妨害排除判決を前提としている）。

(7) Wicczorek/Schütze/Storz ZPO，3. Aufl 1999，§ 887 Rn 39，40.

(8) OLG Düsseldorf NJW-RR 1998，63とは異なる見解をとる判例としてOLG Düsseldorf MDR 1998，734がある。

(9) OLG Hamm OLGZ 1984，184，187.

に述べた（前述1）執行可能性（ZPO887条，同888条，同890条）は，債権者にとって，まったく異なったものとなる。すなわち，不作為命令に対する債務者の過去に行われた過失ある違反行為の懲罰に対するZPO890条に基づく抑制的な作用をする秩序金は，執行債権者の視点からみると極めて不都合である。何故なら，この場合，債務者が秩序金の負担をものともせず，不作為命令に従わないならば，しばしば，より効果的な権利保護は達成されないことになるからである⁽¹⁰⁾。同様の不都合は，強制金によって債務者の不代替的な行動を将来に向け強制しようとするZPO888条に基づく強制金においても生じる。確かに，ZPO890条に対する一定の緩和は，債権者にとって，債務者のなにもしないことが，過失に依存することなく満足させるということにある⁽¹¹⁾。その上，ZPO888条2項を理由として，強制手段が戒告されてはならない。

これに対し，侵害者に対する代替的作為に際しては，ZPO888条，同890条とは異なり，侵害者の意思に服さない。むしろ，ZPO887条に基づく判決は代替的執行の方法で執行する。これは，債権者にとって実効的な権利保護を意味し，とりわけ，債務者の抵抗は，ZPO892条「債務者の抵抗」によって断たれよう。ZPO887条に基づく命令においても，債務者に対し，例えば，必要な労務の実施のため，土地への立ち入りを受忍することを課することができる⁽¹²⁾。おそらく，その理由は，ZPO887条に基づく執行は（とりわけZPO890条の負担に対し），初期の時代における判例において緊急性を有するものとして捉えられたことであろう。したがって，判決において，例えば，「適切な措置によって，湿気Immissionを除去せよ」あるいは「換気口から悪臭を取り除く，適切な措置を講ぜよ」という方法によって，債務者に責任を負わせることになる⁽¹³⁾。

4 しかし，個別的には，多くの点で不明確である。私は，二つの問題領域に区別できると考える。まず第1に，具体的な判決主文は（解釈によってはじめて得られる意義においてであれ），常に，債権者によって執行方法を確定されるべきか否かを明らかにしなければならない（後述Ⅲ）。この考えに対して，任意に判決に従う債務者は作為によっても不作為によっても履行しうるとい

(10) Henckel AcP 174 (1974), 97, 116 Fn 37. 参照。

(11) OLG München OLGZ 1982, 101による両制度の限界付け（猫の飼育による悪臭の不快）。

(12) OLG Hamm OLGZ 1984, 184, 187.

(13) OLG Düsseldorf MDR 1998, 734; OLG Saarbrücken MDR 2000, 784.

結論を支持している支配的な学説は、反対している。（前述Ⅰ）。第2に、侵害を生ずる施設を不作為（操業させない事）によって、代替的な作為（騒音の防止）によって、またその上、不代替的作為（複合的な操業の閉鎖）⁽¹⁴⁾によって侵害を除去する、あらゆる場合に認められる債務者の選択権が、強制執行の開始とともに執行債権者に移行されないか否かを問題としなければならない。前述した債務者の利益は、この場合、債権者の利益となろう。このような視点に基づいて、このことは、結論的にZPO890条、同887条及び同888条間の債権者の選択権に帰する（後述Ⅳ）。

Ⅲ 判決主文と執行方法

執行方法限定主義（一請求権一執行方法）の原則からすれば、債権者がとりうる執行方法は、当該判決主文に従う⁽¹⁵⁾。したがって、例えば、不作為債務名義は、常にZPO890条に基づいて執行されるのであり、債権者によってZPO887条に基づいて執行されてはならない。この原則に応じて、結論もまたあきらかである。この関係において、私は、作為義務が不作為命令の結果として生じるという議論の余地がある特別問題については触れない。典型例としては、標札を取り外さないことによって生じる名称利用禁止の侵害が挙げられる。この種の事例において、債権者の選択権を主張することはできない⁽¹⁶⁾。確かに、不作為債務名義は、積極的な作為に対する義務をも含むが、それにもかかわらず、ZPO890条に基づいて統一的に執行しなければならないという事はひろく認められている。

1 積極的な作為あるいは不作為によって判決に従うという債務者の選択権というここでの興味深い事例において、私は、債務名義の内容と執行方法の許容性の間の結びつきは、第一番目には、債務者が、いかにして判決命令にしたが行うかを判断することによって解決され则认为。したがって、債務

(14) これについて、研磨工場から生じる過度の騒音作用の除去に関する判断した OLG Hamm/JMB1NRW 1957, 198, 199を考慮しなければならない。

(15) Baur/Stürner Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-, und Vergleichsrecht. Band I Einzelvollstreckungsrecht, 12. Aufl 1995, Rn 6. 63. 参照。

(16) 争点については、Stein/Jonas/Brehm ZPO, 21. Aufl 1996, § 890 Rn 5, 選択権に関して示唆に富む文献にBrehm ZJP 89 (1976), 178以下, Thomas/Putzo ZPO, 23. Aufl 2001, § 890 Rn 4. がある。

名義は、はじめから白紙委任状の性質を有している。確かに、抽象的な不作為命令の具体化について、積極的な作為義務への判断は、判決手続においてなされるべきであり、執行手続においてなされるべきでないということは、一般的には妥当するであろう⁽¹⁷⁾。しかし、判決手続において、この具体化は、裁判所によって意識的に行われるのではなく、むしろ、債務者に委ねられるので、前述した諸事例とは異なっている。その上、前述した裁判例によれば、多くの場合Immission訴訟において、不作為債務名義あるいは作為債務名義としての主文の解釈は、「偶然（Zufall）」に基づくのであり、熟考された判断に基づくのではない。このことは、当事者と裁判所に等しく当てはまる。したがって、例えば、既述の近隣の人々への犬の吠え声による侵害の諸事例では、犬の吠え声によって、まったく異なる方法で主文を形成し、少なくとも4つの類型に分類できる。

すなわち、

事例1) 被告に対し、犬の吠え声が12時から14時までの時間に聞こえる犬の飼いを禁止する。

事例2) 被告に、犬の吠え声が12時から14時以外に限り聞こえるような犬の飼いを命じる。

事例3) 被告に、犬の吠え声が12時から14時以外に限り聞こえるような適切な措置を講じることを命じる。

事例4) 被告に、12時から14時までの時間内に飼い犬の吠え声から生じる侵害を除去することを命じる。

事例1においては、ZPO890条に基づく不作為執行が最も明確にあらわれる⁽¹⁸⁾。これに対し、事例2においては、不代替的作為を理由とするZPO888条に基づく執行になる。それにもかかわらず、OLG Kölnは、関連した主文形成に際して、執行はZPO890条によっても行われるとした。このことは、事案において、いかなる方法で判決に従うのかということが、被告に委ねられる場合、Immissionの不作為を命じる命令が下されていることが重要な問題となる⁽¹⁹⁾。事例3においては、被告は積極的な作為を命じられているので、

(17) 同じく、Baur/Stürner Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. Fälle und Lösungen, 6. Aufl 1989, Fall 12, S. 73.

(18) 同じく、OLG Hamm MDR 1990, 442.

(19) OLG Köln VerR 1993, 1242. この判決に賛成するものにZöller/Stöber ZPO,

ZPO887条に基づく執行と思われる。例えば、債権者は、債務者の費用をもって予防のための防音壁を設置しうるので、代替的作為となる。事例3の申立に対し、OLG Münchenは、事例1の申立となんら相違が見受けられないとし、ZPO890条によって執行した⁽²⁰⁾。事例4は、作為が強制されるべきであるので、結論として、ZPO888条あるいは同887条に基づいた執行になる⁽²¹⁾。

2 事例1から3までにおいて、裁判所はZPO890条に基づく執行によっている。事例1については首肯しうる。これに対し、事例2と3においては、他の執行方法が考えられないわけではない。事例4においてだけ、侵害の除去が不作為によって強制されるべきであると考えられるべきであるところ、執行はZPO890条を根拠としていない。これに対し、債務者にしてみれば、判決の多種多様な主文形成にもかかわらず、4つの全ての事例において、積極的な作為あるいは不作為によって侵害を任意に取り除くことが可能であろう。多様性は、ここで、犬を飼うことをやめることから家の中に閉じ込めることあるいは餓ることに、そして騒音防護壁の設置にまで至る。

3 これに対し、主文との密接な結びつきが、最近、悪臭と騒音Immission事例においてあらわれている。したがって、換気口からの悪臭と騒音の放散を防止する「適切な措置を講じよ」という判決は、債務者に代替的作為を命じているので、もっぱらZPO887条に基づいて執行すべきである⁽²²⁾。債権者は、執行のために、その申立に基づいて判決手続において発せられる判決主文に拘束されるし、したがって、ここでは、ZPO890条に基づく執行を行うことはできないであろう⁽²³⁾。犬の事例3（前述1）の例外は、ここに属する。さらに、判決は、判決手続において、「当然に」原告の申立てから、不作為判決が債務名義化されうるのであろうし、その場合ZPO890条によって執行され得るのであろうことを敷衍している。訴えの提起、判決主文、執行方法の交換可能性が、この

22. Aufl 2001, § 890 Rn 3. がある。

(20) OLG München MDR 1990, 442.

(21) 同じく、ZPO890条が考慮されない場合の研磨施設の騒音作用に対する主文の捉え方についてOLG Hamm JMB 1 NRW 1957, 198がある。

(22) 複雑な作為が問題となる場合、同様の主文は、しばしば、ZPO888条に基づく強制金の戒告によって執行される。例えば、OLG München NJW-RR 1992, 768がある。この点、代表的見解は選択的にZPO890条に基づく不作為執行によって可能であるとする。

(23) 同じく、OLG Saarbrücken MDR 2000, 784, 785 ; NJW-RR 2001, 163（詳細な事実関係について）。

判決において、特に明白にあらわれてくる。すなわち、債権者は、訴えをもって、Immissionの「不作為」を求めている。

判決主文との執行債権者の厳格な結びつきは、この理由からのみ意外な結果を生じせしめるものではない。判決対象を形成するZPO887条の意味における代替的作為に対する判決に際しても、不作為によって達成することが一すなわち、換気口の電源を切ること及び再度の操業することを断念することなど—債務者に、任意の履行の事例においては、そのまま任されることとなろう。積極的な作為とみなされる換気口の電源を切ることがあらわれる場合も、それに続く不作為を極めて重視している⁽²⁴⁾。

被侵害者の訴えに対応した当該不作為判決の逆の事例においては、将来の侵害を回避するために、換気口を積極的な作為によってふさわしいものに改修するということは、債務者に許されるであろう。債務者が、不特定の債務名義によって彼に認められた選択の可能性を時の経過により失った場合、なぜ、執行の段階において債権者にこの可能性を選択すべき余地がないのかという疑問が生じる。何故、執行の段階において、債権者が、判決手続における訴え提起に関してなした「選択」に回避できず拘束されるべきであるのかという点に関し、私は、なんら決定的な理由を見出せない。その際、—既述したように—多くの場合、偶然が問題となるのであり、必然性が問題となるのではない。したがって、私はOLG Saarbrückenの判決を適切であるとは考えない。同様の疑問は、OLG Münchenの決定にも存する⁽²⁵⁾。そこでは、執行手続の債務者は、判決手続において「被侵害者の土地への猫の飼育から生ずる（悪臭）侵害を阻止せよ」とする判決を下されている。判決の理由において、債務者は「侵害の除去」に責任を負うと述べられていた。したがって、ZPO890条に基づいて命じられた秩序金は不適切であり、ZPO888条による強制金の賦課が適切であると思われる。これに対し、当該訴えから、不作為判決が下されたとしたならば、それに続く強制執行は、私見によれば、不作為判決にもかかわらず、必然的にZPO890条に従うわけではない⁽²⁶⁾。

4 以上の考察をまとめておこう。すなわち、債務者に、行うべき当該予防

(24) Staudinger/Gursky (Fn 4) は適切である。

(25) OLG München OLGZ 1982, 101, 102.

(26) 異なる見解をとるものに、OLG Saarbrücken MDR 2000, 784 (傍論), Staudinger/Gursky (Fn 4) § 1004 Rn 237 ; MünchKomm/Medicus (Fn 6) § Rn91 (ZPO890条に基づく執行)。

手段の可能性に関して選択権を許容するような抽象的に捉えられた債務名義に際して、強制執行は必ずしも判決主文に従う必要はない。この見解に、「法的明確性」の根拠は、矛盾するものではない⁽²⁷⁾。むしろ、債権者に、抽象的に捉えられた債務名義に際しての強制執行においては、任意に履行する債務者よりも、よりすくない権利を認めるべきではないという、訴訟上の武器対等の原則が要求される。したがって、単に、合目的的な考慮あるいは「実務上の必要性」のみが問題となるのではない。

IV 債権者の選択権

問題となる諸事例に対し、主文と強制執行方法との厳格な結びつきが終始一貫しない場合（前述Ⅲ）、強制執行を為す債権者には、一方における不作為執行（ZPO890条）と、他方における作為執行（同887条，同888条）の間の一貫した選択権が認められる。これは、当該債務名義が不作為債務名義としてかあるいは作為債務名義として理解すべきであるということとは関係なく妥当する。

1 訴訟法の根底にある訴訟上の武器対等という既に述べた原則と並んで、結論は、第2の理由づけにおいて、選択債務に関する民法上の諸規定（BGB262条以下—訳者注v）の法意を根拠とする。その際、これらの法規を直接適用するのか、あるいは、類推適用のみをするのか否かは重要ではない。すなわち、前述した関係で、BGB262条の意義における執行すべき債務名義においては、結果が示されるのであり、行われるべき作為あるいは不作為を示すのではないか否か、あるいは、債務者に、自らが責任を負う結果を導く手段の選択権のみが帰属するのか否かという判断は重要ではない。BGB262条及び264条1項に等しく表現されている実体法上の評価と訴訟上の役割分担が重要である。判例は、強制執行の領域に関する選択債務の問題を、債務者の積極的

(27) 異なる見解をとるものに、例えば、Köhler AcP190 (1990), 496, 514以下, Jauernig Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl 2000, § 27 IV, Brox/Walker Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl 1999, Rn 1093, Rosenberg/Gaul/Schilken Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl 1997, § 73 I。

(28) 典型例として、BGH NJW 1995, 3189, 3190頁, OLG Düsseldorf MDR 1998, 734, OLG Köln NJW-RR 1990, 1087. RG JW 1903, S. 77. を引き合いに出

な作為に従わせる主文との関係においてのみ議論してきた⁽²⁸⁾。もとより、この主文はZPO887条に基づく執行の主文である。しかし、選択債務の問題設定は、債務者の積極的な(様々な)作為と並んで、不作為の可能性が共に関連する場合にも同様に当てはまる。その場合、ZPO887条の枠内における債権者の選択可能性に関してのみならず、様々な考えられるZPO890条、同887条、同888条の執行方法間の選択に関しても問題となる。

2 債務者の任意履行の段階においては、BGB262条の法意がそのまま当てはまる。施設の操業の停止、変更あるいは制限のいずれをしようとするのか否かという判断は、債務者に帰属する(前述Ⅱ4)。このことは、いずれにせよ、侵害除去方法に関する債務者の訴訟上の選択権を意味する。BGB264条1項1文に表現されている法意によれば、債務者の法的地位のための時的限界は、強制執行の開始にある。債務者が任意の履行を拒んだ場合、債権者が強制執行の実行に関する特定の方法について判断することが許される。この判断は、債務者の侵害除去方法の方向を定め、執行方法は、ZPO890条による執行方法かあるいは同887条、同888条による執行方法を用いる。

例えば、債権者が先に述べた騒音を発している機械を理由として、不作為債務名義を取得したならば、ZPO890条に基づき秩序金を求めることは禁じられていない。このことは、執行方法限定主義(一請求権一執行方法)の「純粹理論」にとって、自明のことである。例えば、債権者が、受訴裁判所の些細な要求のために、実施されるべき作為を執行の申立(ZPO887条)において十分に正確に示すことができない事を懸念しなければならない場合、債権者は890条に基づく執行を考慮にいれるであろう⁽²⁹⁾。例えば、機械の修理が義務に従う唯一の有望な結果をもたらす方法である場合、不作為債務名義は、さらにまた、効果的なZPO890条による秩序金及び秩序拘束の戒告と賦課によって執行される⁽³⁰⁾。消極的な義務に従うだけではなく、適切な状況の達成のために必

してZPO887条内における債権者の選択権に反対するものに、OLG Zweibrücken MDR 1974, 409, 410。ZPO887条の適用に有利にZPO888条の意味における不代替的作為を否定するため、選択債務を否定することに関して、しばしば議論される。OLG Hamm MDR 1983, 850 ; OLGZ 1984, 184, 187 ; OLG Zweibrücken MDR 1974, 409, 410。

(29) したがって、ZPO890条に基づく執行は、しばしば「例外事例」であるとされた。Wieczorek/Schütze/Storz (Fn 7) § 887 Rn 40。

(30) 同様の例として、Köhler AcP 190 (1990), 496, 514以下。

要である積極的な作為も行うことができるということにのみが、不作為義務について、正当に評価しているといえるということは、今日、広く認められている⁽³¹⁾。

債務者が、除去をするのではなく、金銭の支払を望む場合、債権者はZPO887条に基づいて機械を蔽うことにより音がでないようにする権限を与えることができる。債権者は、この執行方法をはじめから選択する事もできる。したがって、この執行方法は、不作為執行を決して補充的なものとするのではない。機械を蔽うことにより音がでないようにすることが高額な費用を生ぜしめる場合、債務者には、例えば機械の操業を停止する事は許されている。この判断は、債権者の選択によって、債務者から決して奪い取られるものではない⁽³²⁾。このことはBGB264条1項但書きの直接適用あるいは類推適用から明らかである。すなわち、債務者は、債権者による強制執行の実施によって、任意の履行あるいは債権者が望んでいるのとは異なる方法での履行を妨げられない⁽³³⁾。むしろ、「債権者に—いついかなる方法で—任意の履行によって、先んずる」ことは、債務者に許されている⁽³⁴⁾。しかし、債務者は、その場合に既に生じた費用を負担しなければならない⁽³⁵⁾。

ZPO887条の判断は、具体的な措置を確定しなければならないと、債権者にあらゆる場合に要求することによって債権者を困難に落とし入れるべきではないであろう⁽³⁶⁾。少なくとも、幾つかの裁判所は、ZPO887条に基づく申立においても、決定においても、なすべき作為の方法を未解決のままにしておくことを認めている⁽³⁷⁾。いずれにせよ、複雑な施設に際しては、債権者に有利となる

(31) 例えば、BayObLG 1991年1月30日決定WuM 1991, 315, 316, BGHZ 120, 73, 76f. がある。

(32) 反対するものに、Staudinger/Gursky (Fn 4) § 1004 Rn 237.

(33) その限りにおいて、BGH NJW 1995, 3189, 3190も同じ趣旨である。

(34) BGH NJW 1995, 3189, 3190.

(35) MünchKommZPO/Schilken 1992, § 887 Rn 12.

(36) しかし、RGZ 60, 120, 121 (ZPO888条についても)、OLG Zweibrücken MDR 1974 409, 410, OLG Frankfurt aM JurBüro 1988, 259, 債権者の期待可能性を目指すものにOLG Köln NJW-RR 1990, 1087, BGH NJW 1995, 3189, 3190における指摘については、判断において重要でない。

(37) 例えば、OLG Hamm MDR 1983, 850 ; Stein/Jonas/Brehm (Fn 16)に際しての指摘, § 887 Rn 38, それ自体、寛大な取り扱いを支持している ; この意味において同じくWalker in : Schuschke/Walker ZPO, 2. Aufl 1997, § 887 Rn 12.

ように寛大な処理がなされるべきであろう⁽³⁸⁾。さらにまた、効果的な権利保護の達成のために、些細なことをもちだすことは妥当ではない。

通常の場合のように、主文が特定の妨害排除の作為をあらわしていない場合であるにせよ、債務者が何もしないという場合に際して、債権者には当該操業全体の停止をすることも、依然として禁じられていない⁽³⁹⁾。通常、このことはZPO888条の適用に帰する⁽⁴⁰⁾。この事例においても、債務者には、例えば、当該機械を蔽うことにより音をでなくすること、あるいは停止するというような、BGB264条2項2文によって、なお、任意に履行することが依然として許されている。価額は、債務者に既に生じた費用とともに、債務者の負担となる。

V 債権者の利益と法的評価

1 効果的な強制執行のために提案される考察方法の長所は、重大な結果をもたらす軽率な偶然性を排除することで明らかとなる。債権者は、判決手続において、それに続く執行手続のための最終拘束的効力をまだ確定する必要はない。それどころか、逆に、債務者は不作為判決を作為によって履行することもあるいは作為判決を不作為によって履行することも妨げられない。確かに、この恩恵は、一方においては、債務者が自己に最も負担の少ない措置を選択しうることを債務者に与える。しかし、他方においては、抽象的に捉えられた主文は、判決手続において、複雑な侵害除去方法を債権者に要求しない、債権者保護を目的としている。この優遇措置は、執行手続において、債権者から再度取り除かれてはならないであろう。主張されている主文と執行方法が不可分に結合しているという考えは、抽象的に捉えられた主文が、事案において、最終的に未決定にしておく見解に劣る。この見解は、任意に履行する債務者の将来のために一般に認められている（前述Ⅰ）。

強制執行において債権者の選択権を認めることによって、債務者になんら不都合はない。債務者の私的自治的判断は、強制執行の開始まで、侵害除去手段

(38) これに関して、Staudinger/Gursky (Fn 4), § 1004 Rn 237, の異議が考慮される。

(39) 例外事例として、BGHZ 67, 252 (養豚場)

(40) 債務者の経済上の給付可能性の意義について OLG Hamm JMB 1 NRW 1957, 198, 199 以下。Stein/Jonas/Brehm (Fn 16), § 888 Rn 12.

に関する選択権によって保護されている。債務者が、強制執行に任せるならば、BGB264条2項1文は執行方法に関する判断を、この場合にはじめて債権者に移転させる。仮にこの場合でも、もちろん、費用負担額をめぐる債務者の私的自治は、BGB264条2項2文によって、依然として保護される。

2 強制執行に特徴的な法的明確性の要求は、訴訟上及び実体法上の評価によって保護されるので、ここで述べられた見解によって侵害されることはない。すなわち、一方において、種々の強制執行方法は混合しているのではなく、むしろ、分離したままになっているので、債権者は、執行法の類型化された強制に拘束される。また、新たな執行方法が創出されることもない。他方において、強制執行における債権者の選択権は、先に行われた判決手続において正当であると認められる評価のあらわれ、すなわち、抽象的に捉えられた債務名義の許容性にすぎない。債務者の自由権に対する国家の干渉の明白な法的拘束は、それと同時にあたらない。

さらに、ZPO253条2項2号にあらわされた訴訟上の判決手続における特定の要求の無視の最後の理由は、実体法それ自体に存する。BGHは、Immission領域に対し、適切に述べている⁽⁴¹⁾。すなわち、「受忍すべきでない不快が継続しているにもかかわらず、その作用を僅かに変更すればよいという形で禁止命令を骨抜きにしないよう、そして、被侵害者が十分に保護されるように、不法な作用の程度を言葉で詳細に特定することは、むしろ不可能である」。BGB264条2項1文に規定された強制執行における債権者の地位及び選択権の強化に関する訴訟上の役割分担を含めた債務者の選択権は、最終的に、この言葉の中に根ざしている。

VI 結 論

Immission訴訟において、不作為あるいは積極的な作為を命じる抽象的に捉えられた判決を、侵害者が、不作為あるいは積極的な作為を自ら選択し任意に履行しうる場合、債権者は、執行手続において、一方においては、ZPO890条に基づく不作為執行と、他方においては、ZPO887条、同888条に基づく作為執行の間から、BGB264条1項1文（類推）に基づいて選択することが許される。債権者の満足するまで、債務者はBGB264条1項2文（類推）に基づい

(41) BGH BGHZ 121, 248, 251.

て、費用負担額を依然として任意に履行することができる。

〔訳者あとがき〕

本稿は、Regensburg大学のHerbert Roth教授が、ドイツにおいて発刊された、石川明慶応義塾大学名誉教授の古稀祝賀記念論文集、Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001にて捧げられた“Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Handlungs- und Unterlassungsvollstreckung bei Immissionsurteilen”の翻訳である。本訳文が、Herbert Roth教授の主張されるところを誤ることなく伝えることができているとすれば、訳者の喜びこれに過ぎるものはない。

翻訳を快く承諾下さったHerbert Roth教授に対して、この場をお借りし、心より御礼申し上げる。

Für die Ermöglichung dieser Übersetzung danke ich Herrn Prof. Dr. Herbert Roth herzlich. KIM Byonghak

〔訳者注〕

注 i BGB1004条

- ① 所有権が占有の侵奪または留置以外の方法によって侵害されたときは、所有者は妨害者に対し、その侵害の除去を請求することができる。ひきつづき侵害されるおそれがあるときは、その侵害の停止を請求することができる。
- ② 所有者が受忍義務を負う場合は前項の請求をすることができない。

(Staudingers, Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2000, S. 649. 参照)

注 ii BGB906条

- ① 土地の所有者は、ガス、蒸気、臭気、煙、煤、熱、振動及び他の土地からくる類似的作用の侵入を、その作用が自己の利用を害せず、または非本質的侵害を与えるにすぎないときは、これを禁止することができない。法律又は命令に規定され、その規定にしたがって調査され又は評価された侵害の限界値又は指定値を超えないときは、通常著しくない侵害が存在することとする。連邦Immission法48条に従い定められかつ技術水準を規定している一般の行政諸規定における評価についても同様とする。
- ② 本質的侵害が、作用発生地の場所的慣行上の利用によって生じ、かつこの種の土地利用者に経済的に期待しうる措置をもってしても、この侵害を防止できないとき、また同じ。かくて所有者が作用を受忍しなければならないときにおいて、その作用が自己の土地の場所的慣行上の利用または収益を、期待しうる程度をこえて侵害する場合、作用発生地の利用者に、金銭の形で適

当な調整的補償を請求することができる。

③ 特別の誘導による侵入は許されない。

(Staudingers, Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2000, S. 597. 参照。なお、邦訳に当たり、秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（一）ードイツ相隣法の考察ー」早法第74巻第4号（1999）290頁以下、東孝行「ドイツにおける相隣共同体関係の理論の帰趨」西原道雄先生古稀記念『現代民事法学の理論（上）』（信山社、2001）3頁を参考にした。）

注iii ドイツ民事訴訟法253条〔訴状〕

- ① 訴えの提起は書面（訴状）の送達によってその効力を生じる。
- ② 訴状には、以下の事項を記載しなければならない。
 - 1 当事者及び裁判所の表示
 - 2 請求の対象及び原因の特定された記載並びに特定された申立て
- ③ 裁判所の管轄が訴訟物の価額より定まり、かつ訴訟物が一定の金額で表示されていないときは、訴状には更にその価額及び事件を単独裁判官に委ねることを妨げる事由の有無の表示も記載しなければならない。
- ④ その他準備書面に関する一般の規定は訴状にもこれを準用する。
- ⑤ 訴状及び送達を必要とする当事者のなしたその他の申立て並びに陳述は、裁判所に、書面によってその送達又は通知に必要な数の謄本を添付して提出しなければならない。

（法務資料450号『ドイツ民事訴訟法典』（中野貞一郎訳）参照）

注iv ZPO887条（代替的作為）

- ① 債務者が第三者によって実行できる作為をなす義務を履行しないときは、第一審の受訴裁判所は、申立てにより、債務者の費用でその作為を実行させることを債権者に授權する。
- ② 債権者は、作為の実行によって生ずる費用の前払いを債務者に命ずることを同時に申し立てることができる。ただし、作為の実行に基づきより多額の費用の支出を生じた場合に追加請求をする権利を妨げない。
- ③ 物の引渡又は給付を求める強制執行には、前2項の規定を適用しない。

ZPO888条（不代替的作為）

- ① 作為が第三者によって実行できない場合において、その行為がもっぱら債務者の意思にかかるときは、受訴裁判所の申立てにより、強制金により、強制金を取り立てられない場合には強制拘束あるいは強制拘束を勧告することにより債務者に作為の実行を実行させる旨を命ずる。
- ② 強制手段の戒告は認めない。
- ③ 前2項の規定は、婚姻せよとの判決の場合、夫婦の同居を命ずる判決の場合及び雇用契約に基づく労務を給付せよとの判決の場合には適用しない。

ZPO890条（不作為及び受忍の強制）

- ① 債務者が作為をしない義務又は作為の実施を受忍する義務に違反して作為

するときは、第一審の受訴裁判所は、債権者の申立により、各個の違反行為について債務者を秩序金又は六月以下の秩序拘束の刑に処する。合一刑は、二年の拘束を超えてはならない。秩序金の最高額には制限がない。

- ② 刑を課するに先だって刑の戒告がなされることを要し、それが義務を宣言する判決に含まれていないときは、申立により、第一審の受訴裁判所が戒告を発する。
- ③ なお、債権者の申立により、債務者に対し、その後の違反行為によって生ずる損害のために一定の期間につき担保を立てることを命ずることができる。

(法務資料426号『ドイツ強制執行法』(中野貞一郎訳)、石川明『ドイツ強制執行法の改正』(信山社、1998) 80頁以下参照)

注 v BGB262条

数個の給付を負担するも其のいずれか一つのみを履行すべきものなる場合において、疑わしきときは、選択権は債務者に属す。

BGB264条

- ① 選択権を有する債務者が強制執行開始前に選択を為さざるときは、債権者はその選択に従い給付の一つに対して強制執行をなすことができる。但し、債務者は、債権者が選択した給付の全部又は一部を受領しない間は、他の給付の一つを履行してその債務を免れることができる。
- ② 選択権を有する債権者が遅滞にあるときは、債務者が相当の期間を定めて選択を為すべきことを催告することができる。債権者が適時に選択を為さないときは、期間の経過とともに選択権は債務者に移転する。

(Staudingers, Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2001, S. 71. ff. 参照)

〔付記〕

本稿は、2002年度早稲田大学特定課題研究助成費による研究成果の一部である。