

論 説

ドイツにおける執行官制度の 民営化に関する議論（１）

柳 沢 雄 二

第 1 章 はじめに	第 4 章 執行官制度の改革のための法律案
第 1 節 本稿の目的	第 1 節 権限の委任を受けた執行士の地位
第 2 節 現在までの経緯	第 2 節 執行士の制限的競争
第 2 章 ドイツの執行官の現状	第 3 節 執行士に対する国家の監督と自治
第 1 節 沿 革	第 4 節 教育制度
第 2 節 執行官の現在の地位	第 5 節 手数料の改正
第 3 節 改革の必要性	第 6 節 システム転換と移行の問題
第 3 章 執行官制度の民営化と基本法	第 7 節 各方面からの態度表明
第 1 節 「権限委任」改革モデル	第 5 章 採用されなかった制度
第 2 節 裁判官の留保との関係	第 1 節 「手数料制公務員」制度
第 3 節 民主主義との関係	第 2 節 官庁システム
第 4 節 国家による威力の独占との関係	第 3 節 回避手続
第 5 節 公務員のための機能留保との関係	第 4 節 執行士による債権の差押え
第 6 節 基本法草案第98a 条（以上本号）	第 6 章 おわりに

第 1 章 はじめに

第 1 節 本稿の目的

日本の民事執行法は、昭和54年 3 月30日に公布され（法律第 4 号）、同55年10月 1 日より施行された。そして、現在に至るまでに平成 8 年改正（法

律第108号)、平成10年改正(法律第128号)、平成15年改正(法律第134号)および平成16年改正(法律第152号)と、重要な法改正が何度も行われている。

このような執行制度の改革は、何も日本に限ったことではない。母法国ドイツでも、様々な法改正またはその議論がなされている。すなわち、1997年12月17日に制定され1999年1月1日に施行された第二次強制執行改正法(BGBI.I, S.3039)や、2005年8月18日に制定され同年8月27日または10月21日に施行された争いのない債権のためのヨーロッパ執行名義に関する(EG)規則第805/2004号の実施に関する法律(BGBI.I, S.2477)等があり、また現在では、連邦ーラントワーキング・グループ「強制執行法の現代化」が作成した報告書「金銭執行における事案解明の改革」⁽¹⁾に基づく宣誓に代わる保証の手の改正作業⁽²⁾や、差押禁止範囲に関する改正⁽³⁾等が議論されている。

本稿で取り上げる執行官制度の民営化に関する議論もまた、司法大改革時代の現れの1つであり、現在の執行官制度を根本から変革するものとして注目に値するものである。もちろん、強制執行制度の母法国であるドイツの議論をそのまま我が国にも導入すべきであると短絡的に述べるつもりは毛頭ない。しかし、ドイツでの議論がいかなる背景を持ちかつ現在どのような点が議論の対象とされているのかを検討することは、仮に結果的に執行官制度が民営化されなかったとしても⁽⁴⁾、ひるがえって我が国の執行

(1) „Reform der Sachaufklärung in der Geldvollstreckung“, von Bund-Länder-Arbeitsgruppe “Modernisierung des Zwangsvollstreckungsrechts”; なお、匿名記事「ドイツにおける民事執行手の改正の動きーワーキンググループ報告書の概要ー」商事1719号120頁(2005)。

(2) „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung (Stand: 1. Januar 2006)“

(3) „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Kontopfändungs-schutzes”; なお、匿名記事「ドイツにおける預金口座の差押えの制限に関する法律案」商事1800号56頁(2007)。

(4) 執行官制度の民営化に関し、Brigitte Zypries 連邦司法大臣は、以前から執行官制度の民営化に反対している。とくに2007年6月15日にベルリンで開催されたドイツ執行官連盟の連邦会議(Bundeskongress)における講演では、連

官制度の現状を再確認しかつこれと比較することは有益であろうし、また執行官制度のみならず民事執行制度の将来を考える上で何がしかの示唆を与えてくれるものと考えられる。そこで本稿では、2005年春に公表されたワーキング・グループの中間報告、および2007年3月に連邦参議院に提出されかつ同年6月に連邦議会に提出された法律案を中心に、そこでなされている議論および各方面からの反応をまとめることを目的とする。

第2節 現在までの経緯

ドイツにおける執行官制度の民営化に関する議論の現在までの経緯は、以下のとおりである。

最初に政治的課題として登場するのは、2003年5月22日にベルリンで開催された、連邦—ラント—協議（Bund-Länder-Besprechung）においてである。ここではドイツ執行官連盟の代表者も参加して専門家レベルでの意見交換が行われ、その際に執行官制度の改革の必要性が認識されている⁽⁵⁾。そして、2003年6月11日および12日にグリュックスブルクで開催された第74回司法大臣会議（JUMIKO）において、構造改革の必要性が確認されている執行官制度の民営化に関する報告書について承認した旨の決議がなされた⁽⁶⁾。

2003年11月、連邦議会の自由民主党（FDP）所属の議員は、連邦政府に対して執行官制度の民営化に関する簡単な質問書を提出した⁽⁷⁾。これに対して同年12月に連邦政府は、この問題については各ラント司法省と共同で

邦議会で法律案に必要な過半数を得ることは困難であろうとさえ述べている。DGVZ 2007, S.103ff.; www.dgvb.de/Bericht_zum_Bundeskongress_2007.pdf（なお、脚注のURLはすべて平成19年10月1日現在である）。連邦政府もまた、基本法の改正および執行官制度の民営化に反対を表明している。BT-Drs. 16/5724, S.9およびBT-Drs. 16/5727, S.110.

（５） 第一中間報告 7 頁；vgl. BT-Drs. 15/2116.

（６） Beschluss TOP B.I.8.

（７） BT-Drs. 15/2031.

ワーキング・グループを設置しそこで議論がなされる予定であると回答した⁽⁸⁾。

これらに基づいて、2003年12月16日、連邦司法省内において、ニーダーザクセンおよびメックレンブルク・フォアポンメルンを議長とする、連邦—ラント—ワーキング・グループ「執行官制度の組織（民営化）」（Bund-Länder - Arbeitsgruppe „Organisation des Gerichtsvollzieherwesens/ Privatisierung”）（以下、「ワーキング・グループ」という）の設立会議が行われた。このワーキング・グループは、現在の執行官制度の問題点を解決するために構造上および組織上の改正について調査することを目的とし、主に①現在の執行官制度の現状調査、②執行官制度の民営化における憲法上の問題点、③執行官制度の民営化の採算性、④個別的な執行官制度の民営化の整備、⑤執行官制度を民営化する際の移行の問題、および⑥執行官制度の民営化の代替案、がテーマとして取り扱われた⁽⁹⁾。

ワーキング・グループは、その成果として、2005年春に中間報告⁽¹⁰⁾を公表した。この中間報告は第一から第四まであり⁽¹¹⁾、第一中間報告は主に現在の執行官制度の現状調査および執行官制度の民営化における憲法上の問題点を、第二中間報告は主に改革モデルの具体的な内容、執行士の費用の問題および様々な手続の導入の可否を、第三中間報告は主に第二中間報告の補足ならびに執行士のための教育制度および民営化する際の移行の問題を、そして第四中間報告は主に団体公聴会（Verbandsanhörung）の結果および民営化の代替案を、それぞれ取り扱っている。

(8) BT-Drs. 15/2116.

(9) 第一中間報告 7-8 頁。

(10) 本稿における中間報告とは、すべて連邦—ラント—ワーキング・グループ「執行官制度の組織（民営化）」の作成した中間報告をいう。

(11) ワーキング・グループの中間報告は、www.gerichtsvollzieherbund-brandenburg.de で閲覧することができる。とくに第一中間報告は www.rpfleger.de で閲覧ことができ、また第四中間報告は ZVI 2005, 510ff に全文が掲載されている。

2005年6月29日および30日にドルトムントで開催された第76回司法大臣会議は、これらの中間報告について肯定的に承認し、かつワーキング・グループに対して基本法の改正のための発議、執行士法の法律案および執行官費用法の調整のための法律案を作成することを依頼する旨の決議をした⁽¹²⁾。また、ワーキング・グループには、6つの下位ワーキング・グループ（Unter-Arbeitsgruppen）が設置された⁽¹³⁾。

2006年秋、ワーキング・グループは「基本法の改正のための法律の討議草案」および「執行官制度の改革のための法律の討議草案」を作成し、2006年11月30日にブリュッセルで開催された司法大臣秋季会議は、これらを肯定的に承認する旨の決議を行った⁽¹⁴⁾。

2007年3月1日、ワーキング・グループの議長であるニーダーザクセンとメックレンブルク・フォアポンメルンのほかにバーデン・ヴュルテンベルクおよびヘッセンを加えた4つのラントの共同提案という形で、「基本法の改正のための法律案」および「執行官制度の改革のための法律案」が連邦参議院に提出された⁽¹⁵⁾。これらの法律案はまず2007年3月9日の第831本会議で、賛成派2名と反対派2名の演説後に、前者については法務委員会（所轄）および内国問題委員会に、また後者については法務委員会（所轄）、財務委員会および内国問題委員会にそれぞれ配属することが決議された⁽¹⁶⁾。各委員会は、前者に関しては2007年4月27日に修正点なく、また後者に関しては同月30日に若干の修正を条件として、連邦参議院に対

(12) Beschluss TOP II.1.2; なお、匿名記事「ドイツにおける司法制度改革の動き」商事1739号111頁（2005）。

(13) Burkhard Hess, Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland, 2006, S.13.

(14) Beschluss TOP I.1.1.

(15) „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes“, BR-Drs. 149/07および „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens“, BR-Drs. 150/07; なお、匿名記事「ドイツにおける民事執行の民営化の動き」商事1796号48頁（2007）。

(16) BR-Plenarprotokoll 831, Tagesordnungspunkt 42 a) und b)。

して、基本法76条1項に基づいて、法律案を連邦議会に提出することを推薦した⁽¹⁷⁾。2007年5月11日の第833本会議では、賛成派2名の演説後に、各委員会の提案どおりの決議がなされた⁽¹⁸⁾。これに基づいて、とくに後者の法律案には修正がなされた⁽¹⁹⁾。

そして、両法律案は、2007年6月20日に連邦議会に提出された⁽²⁰⁾。

第2章 ドイツの執行官の現状

現在議論されている執行官制度の改革内容を理解するためには、その前提として執行官の現在の地位を認識しておく必要がある。もっとも、現在の執行官制度も歴史的所産であり、簡単ではあってもその沿革に言及することは、執行官の現在の地位および議論されている執行官制度の改革内容の理解に資するものであるといえる。そこで、本章ではまず執行官制度の沿革に言及し、執行官の現在の地位を確認した上で、とくにワーキング・グループがいかなる点に改革の必要性を見出しているのかをまとめる。

第1節 沿 革

ドイツ普通訴訟法および古プロイセン法の時代、裁判官の「職責」における認識と強制の一致の原則に基づいて、執行の指揮は専ら判決裁判所によってなされていた⁽²¹⁾。そして、書類の送達および判決の執行は、判決

(17) BR-Drs. 149/1/07 および BR-Drs. 150/1/07; さらに所轄の法務委員会は、連邦参議院に対して、連邦参議院議院規則第33条に基づき、連邦議会およびその委員会における両法律案の審議のために、ニーダーザクセンの Elisabeth Heister-Neumann 司法大臣を指名することを提案している。

(18) BR-Plenarprotokoll 833, Tagesordnungspunkt 6 a) und b)。

(19) BR-Drs. 149/07 (Beschluss) (neu) および BR-Drs. 150/07 (Beschluss)。

(20) BT-Drs. 16/5724 および BT-Drs. 16/5727。

(21) プロイセン諸国一般裁判所法第24章1条、26条。また、Hans Friedhelm Gaul, in: Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., München 1997, §25 I 1。

裁判所の指揮および監督の下で、裁判所の下級官吏としての裁判所職員によって遂行されていた⁽²²⁾。この裁判所職員の名称は各地で様々であり（例えば Gerichtsbote, Bote, Büttel, Executor 等）⁽²³⁾，その中で最も有名なものが、ザクセン・シュピーゲルに登場するフロンボーテ（Fronbote）である⁽²⁴⁾。彼らは、裁判官の腕（Arm des Richters）ないし道具（Werkzeug）にすぎず⁽²⁵⁾，固有の調査および決定は債務者を保護する緊急の必要性がある場合に限定され，また競売も請求債権額が50ターレル以下の場合にしか認められなかった⁽²⁶⁾。このように，強制執行の規律や組織の官僚主義性および細分化ゆえに判決の迅速かつ上首尾な執行は期待すべくもなく，さらに19世紀にドイツも農業国から工業国へと発展し，それに伴って商取引が増加して社会経済が複雑化したために，これらの裁判所職員ではもはや対応できなくなっていった⁽²⁷⁾。その結果，彼らの評判も年々悪くなり，「遅く，怠惰で，冷淡で，買収されやすい」といった批判に加え，1860年代から1870年代初頭になると，「道化者（Possenfiguren）」とさえ言われるようになっていた⁽²⁸⁾。

これとは異なる展開を見せたのが，ライン川左岸地域である。1801年のリュネヴィル条約でフランス併合の有効性が最終的に確認されたこの地域

(22) プロイセン諸国一般裁判所法第24章31条以下，45条以下。また，Gaul, aaO. (Fn.21), § 25 I 1; ders, Der Gerichtsvollzieher—ein organisationsrechtliches Stiefkind des Gesetzgebers, ZZP 87 (1974), 241, 244.

(23) 様々な名称の由来や意味合いについて，Andreas Wacke, Heiteres und Historisches über das Amt des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1991, 101ff.

(24) フロンボーテについては，Theo Seip, Die Vollstreckungsordnung des Sachsenspiegels, DGVZ 1983, 51ff.; アルトゥール・エンゲルマン著・小野木常＝中野貞一郎編訳『民事訴訟法概史』17, 35, 64頁（信山社・2007）参照。

(25) Georg Wilhelm Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 1969 (Neudruck der 3.Aufl., 1878), § 36 III; Erich Schneider, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers, 1910, S.13.

(26) Lentz, Das Gerichtsvollzieherwesen, ZZP 54 (1929), 480, 481.

(27) Max Jacobsohn, Die Ordnung des Gerichtsvollzieherwesens im Deutschen Reich, JW 1901, 673; Lentz, aaO. (Fn.26), S.481.

(28) Jacobsohn, aaO. (Fn.27), S.673.

では、ナポレオンによって1807年からフランス民事訴訟法（CPC）が適用された⁽²⁹⁾。フランス民事訴訟法は、裁判官の権力を抑制するためにその職務を争点の判断および裁判の言渡しに限定し、書類の送達および判決の執行を裁判官から取り上げ（裁判官職の純化・裁判官の受動性）、また執行における「当事者進行主義（Parteibetrieb）」の観点からこれらの職務を当事者に委ねることにした。そのため、裁判所に代わって送達や執行を行う司法機関が必要となり、それが huissier によってなされることになった⁽³⁰⁾。huissier⁽³¹⁾ は、「適法性の審査（causae cognitio）」、すなわち当事者の申立てを実行するか否か、とくに提出された債務名義が執行に適合しているか否かを判断する必要がある、相当の法的知識と実務上の判断力が要求された⁽³²⁾。さらに、huissier は裁判所から完全に独立した司法機関であり、国庫から給与を受け取らずに当事者から手数料を受領していた⁽³³⁾。1813年にナポレオンの統治は終了し、翌1814年3月11日以降各地

(29) その他、ナポレオンによって占領された東フリースラント、旧ミュンスター領主司教区またはハンプルク、プレーメンおよびリュベック等のハンザ都市でもフランス民事訴訟法が導入されている。Andreas Deutsch, 200 Jahre modernes Gerichtsvollzieherwesen, DGVZ 2007, 1, 3.

(30) Jacobsohn, aaO. (Fn.27), S.673; Schneider, aaO. (Fn.25), S.14; Lentz, aaO. (Fn.26), S.481; Gaul, Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts, JZ 1973, 473; ders., aaO. (Fn.21), § 25 I 1. なおフランスの huissier については、Peter Schlosser, Der „huissier de justice“ in Frankreich und den Benelux-Staaten, DGVZ 1996, 145ff., 江藤价泰「フランスの執行吏制度」法時35巻5号41頁以下（1963）、山本和彦『フランスの司法』414頁以下（有斐閣・1995）、同「フランスの執行士制度—日本の執行官制度の将来を考える手がかりとして—」新民事執行実務4号65頁以下（2006）等参照。

(31) Lentz, aaO. (Fn.26), S.482 は、当時のライン地方の huissier について、その職務および経済的地位ゆえに評判が高く、あまり好感の持てない国家権力の代表者であるにもかかわらず一般市民にとっては「信頼の置ける人（Mann des Vertrauens）」であったという。

(32) Jacobsohn, aaO. (Fn.27), S.673; Schneider, aaO. (Fn.25), S.15; Lentz, aaO. (Fn.26), S.481; Deutsch, aaO. (Fn.29), S.2.

(33) Schneider, aaO. (Fn.25), S.14; Lentz, aaO. (Fn.26), S.482; Seip, Der Versuch einer Änderung des Gerichtsvollzieherwesens, DGVZ 1997, 103,

で huissier という名称は Gerichtsvollzieher に変更されていった⁽³⁴⁾が、一部の地域ではフランス民事訴訟法が適用され続け、中にはドイツ民事訴訟法の施行される1879年までフランス民事訴訟法が存続していた地域もあった⁽³⁵⁾。

もっとも、フランス法の影響は、直接的に占領されたわけではない地域にも波及した。すなわち、1848年にナッサウで、1850年にハノーファーで、そして1869年から1870年にかけてバイエルンで、それぞれフランス法を模範とした規則が制定され、執行官の地位も huissier の地位に幅広く対応していた⁽³⁶⁾。1859年以降のドイツ統一法制定問題の議論の中で、1864年にプロイセン草案、1866年にハノーファー草案、そして1870年に北ドイツ草案がそれぞれ公表された。プロイセン草案では執行官の地位は1850年のハノーファー訴訟規則と同様であったが、ハノーファー草案では権利承継の場合における判決の執行力の調査が執行官から取り上げられて裁判所書記官の権限とされ、また北ドイツ草案は執行に関してはハノーファー草案と同様であった⁽³⁷⁾。

民事訴訟法および裁判所構成法の制定の審議において、執行官の地位を連邦法で統一的に規定することは見合わされた。それは、当時の執行官の

104; Deutsch, aaO. (Fn.29), S.3.

(34) Wolfgang Bach, 190 Jahre Gerichtsvollzieher in Deutschland, DGVZ 1993, 51, 52.

(35) Seip, aaO. (Fn.33), S.104; Deutsch, aaO. (Fn.29), S.4; 第一中間報告 9 頁。

(36) 第一中間報告 9 頁。ナッサウでは、特別に任命された公務員が執行を遂行することになった。Seip, 120 Jahre Gerichtsvollzieher — Zwangsvollstreckung im ehemaligen Herzogtum Nassau —, DGVZ 1969, 37ff. ハノーファーでは、執行官 (Gerichtsvogt) は「適法性の審査」権限が制限され、かつ手数料に加えて国庫から少額の給与を受け取っていた。Adolf Leonhardt, Die bürgerliche Proceßordnung und deren Nebengesetze, 3.Aufl., 1861, S.341ff.; Lentz, aaO. (Fn.26), S.482; Seip, aaO. (Fn.33), S.104. 他方でバイエルンでは、執行官は基本的に huissier と同様の「適法性の審査」権限が認められていた。Schneider, aaO. (Fn.25), S.19.

(37) Schneider, aaO. (Fn.25), 20f.

地位は各地で様々であり、連邦法で規定することは望ましくないと考えられたからである⁽³⁸⁾。そのため、現行裁判所構成法154条は、「送達、呼出し及び執行を委託された公務員（執行官）」とその中心的な職務についてのみ言及し、その他の職務関係および業務関係の規定についてはすべてラント司法行政部に一任している。他方で執行官の審査権限に関して、民事訴訟法は、執行官から適法性の審査権限を取り上げて「執行の形式性のみ」に限定し、これを執行文という形で置き換えた。これは、執行官の職務に適する教養を持った者を十分に確保できないのではないかという懸念があったからである⁽³⁹⁾。

プロイセン司法省は、1879年7月14日に執行官規則を公布し、同規則は同年10月1日より施行された。その特徴は、執行官は地方裁判所管轄区域内で固有の事務室を有し（役場制）、債権者は権限を有する複数の執行官の中から自由に選択することができ（自由選択制）、かつ執行官は国庫から給与を受け取らず、当事者から手数料を受領するが最低収入は保証される（手数料制）という点にあった⁽⁴⁰⁾。そして、大多数のラントが、このプロイセン執行官規則を模範として固有の執行官規則を制定した。同規則は、初めのうちは評判が良かった⁽⁴¹⁾ が、次第に自由選択制および手数料制に対して厳しい批判がなされた⁽⁴²⁾。前者は、債権者が自己の期待する結果

(38) Carl Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 1. Abteilung, 1879, S.165.

(39) Hahn, aaO. (Fn.38), S.165; Gaul, aaO. (Fn.21), § 25 I 1; Seip, aaO. (Fn.33), S.105; Urte Nesemann, Gerichtsvollzieher in Vergangenheit und Zukunft, ZJP 119 (2006), 87, 99f.

(40) Jacobsohn, aaO. (Fn.27), S.676; 第一中間報告 9-10頁。

(41) Lentz, aaO. (Fn.26), S.484.

(42) Jacobsohn, aaO. (Fn.27), S.677f.; Lentz, aaO. (Fn.26), 484f.; Seip, aaO. (Fn.33), S.105; Nesemann, aaO. (Fn.39), S.103f. なお Lentz によると、Berliner Tageblatt という日刊新聞が1881年の第183号社説において、「職務と利益」という見出しで、債務者の負担による執行公務員の利益と債権者の利益との結びつきを批判し、執行官に対する国家による給与の支払いおよび執行官の国家のみに対する責任を主張したとのことである。

をもたらしてくれそうな執行官に対して申し立てるために、憂慮すべきほどの執行官同士の競争が発生し、それが執行官の債務者に対する過酷な態度につながっているとの批判である。また後者は、大都市の執行官の中には高額の収入を得ている者がいるのに対し、多くの執行官は保証された最低収入まで届かずに国庫から補助金を受けているというように異常なまでの収入の差があるという批判である。さらに、プロイセン司法行政部によって行われた尋問調査により、執行官が金銭と引換えに弁護士事務所の事務責任者と執行申立ての配分の取決めをしていたこと（手数料収入の20から40%を提供していた。）や、たばこ、ワインおよびチップといった形での謝礼もまれではなかったこと等が確認された⁽⁴³⁾。このような弊害を除去するために、プロイセンでは1885年2月から議会で執行官規則の改正に向けた議論が展開され⁽⁴⁴⁾、その結果1900年3月31日に執行官規則が改正されて同年10月1日より施行された。新執行官規則は、それまでの自由選択制を廃止して各執行官に固定区域を配分し、また手数料制から固定給に加えて取り立てた手数料の一部を歩合金として受領する制度へと変更した⁽⁴⁵⁾。このプロイセンで導入された固定区域・固定給システムは、その後若干の地域的特殊性はあるものの多くのラントで採用された。もっとも、ヘッセンやメックレンブルク・シュトレリッツ等、自由選択制および手数料制を維持したラントもあった⁽⁴⁶⁾。

他方で、ハンブルク、ザクセン、リューベック、ヴェルテンベルク、バイエルンおよびバーデンでは、官庁システム（Amtssystem）が導入された。若干の地域的特殊性はあるものの、執行官は執行官庁（Gerichtsvollzieheramt）に統合され、国庫から給与を受け取り、中には追加的に手数料歩合金を受領することができるラントもあった⁽⁴⁷⁾。

(43) Lentz, aaO. (Fn.26), S.485; Seip, aaO. (Fn.33), S.105.

(44) Lentz, aaO. (Fn.26), S.485f.

(45) 法務大臣官房調査課『ドイツ（プロイセン）執行吏規則』法務資料335号（1955）参照。

(46) Seip, aaO. (Fn.33), S.105f.

1931年、帝国司法省は民事訴訟法草案を作成した。その主眼は、執行を含む全司法手続の迅速化であり、執行に関しては当事者進行主義の制限であった。すなわち、従来の当事者進行主義は、誠実な債務者に対しては十分な保護規定を創設するのを妨げ、他方で不誠実な債務者に対しては様々な執行回避の試みをさせていると批判された⁽⁴⁸⁾。そして、オーストリア執行法を参考に、執行機関を執行裁判所に一元化し（草案769条）、強制執行の実施を執行裁判所が主導し（草案771条）、かつ執行官は執行裁判所に従属してその指揮に服する（草案873条）等の改正を提案した⁽⁴⁹⁾。もっとも、同草案は成文化されなかった。

第二次世界大戦後の1954年、バイエルンとバーデン・ヴュルテンベルクを除く西ドイツの各ラント司法省は、連邦で統一的な執行官の職務規律について合意に達した。それが執行官規則（GVO）および執行官職務規程（GVGA）である⁽⁵⁰⁾。執行官規則は、新プロイセン執行官規則を模範として、役場制・固定区域制・固定給および手数料歩合金制を採用している。そして、長らく官庁システムを維持してきたバイエルンとバーデン・ヴュルテンベルクも、前者については1961年1月1日より、また後者のうちシュトゥットガルト高裁区域については1961年4月1日より、カールスルーエ高裁区域については1962年1月1日より、上記執行官規則および執行官職務規程を採用するに至った⁽⁵¹⁾。ここに、西ドイツの執行官制度が、事

(47) Seip, aaO. (Fn.33), S.105f.; 第一中間報告10頁。

(48) Eduard Kern, Reformgedanken über die Stellung und Aufgaben des Gerichtsvollziehers, ZJP 80 (1967), 325, 330.

(49) Entwurf einer Zivilprozeßordnung, 1931, S.172ff., S.431ff.; なお1931年草案については、司法省調査課「一九三一年独逸新民事訴訟法草案並に説明書（一）」司法資料177号（1933）および高根義三郎「独逸強制執行法改正の動向」司法資料219号77頁以下（1936）参照。

(50) 執行官職務規程は、1954年3月1日に合意され、翌1955年1月1日より施行されている。Bundeseinheitliche Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher, NJW 1955, S.13.

(51) Seip, aaO. (Fn.33), S.106.

実上統一されることになった⁽⁵²⁾。そして、1990年10月3日のドイツ再統一により、旧東ドイツの各ラントもまた執行官規則および執行官職務規程を採用した⁽⁵³⁾。

もっとも、すでに1967年には執行官制度の改革について議論されたことがある。それがいわゆる「ノイベルガー・モデル」である⁽⁵⁴⁾。当時のノルトライン・ヴェストファーレン司法大臣であった Josef Neuberger は、当時のドイツ執行官連盟の議長および同連盟のノルトライン・ヴェストファーレン支部の議長が提案した、執行官を将来手数料制公務員にしかつ執行官にできるだけ広い独立した地位を与えることを内容とする提案を取り上げてこれをラント議会に提出し、さらに1968年3月25日付の書面を連邦司法大臣および各ラントの司法大臣に送付した⁽⁵⁵⁾。その後連邦司法大臣および各ラントの司法大臣から「ノイベルガー・モデル」に対する態度表明がなされたが、すべてが新規律に批判的であった⁽⁵⁶⁾。それでも、Neuberger 司法大臣は独自に執行官規則草案を作成し⁽⁵⁷⁾、ドイツ執行官

(52) 以上のドイツ執行官の沿革につき、石神武蔵「独逸現行執達吏制度と改正草案に依る構成」民商1巻3号531頁以下（1935）、山口正夫「執達吏制度の研究」司法研究報告書34輯11号61頁以下（1947）、寺田治郎「執行吏制度」民事訴訟法学会『民事訴訟法講座第4巻』1067頁以下（有斐閣・1955）および同「西ドイツの執行官制度」法時35巻5号34頁以下（1963）参照。

(53) 第一中間報告10頁。

(54) これは、Josef Neuberger 司法大臣が、1967年5月16日から21日までバード・ゴデスベルクで開催された第6回国際司法執行官連盟（UIHJ）の大会に主賓として参加し、そのスピーチでドイツの西側諸国の執行官の地位および職務に理解を示し、かつヨーロッパ法共同体の形成の努力にもかかわらず執行官の地位にまだ多くの違いがあることに遺憾の意を示したことを出発点とする。Seip, aaO. (Fn.33), S.106.

(55) Seip, aaO. (Fn.33), S.107 (Anlage 1).

(56) 反対の理由としては、ほとんどが基本法上または法律上の問題を挙げている。Seip, aaO. (Fn.33), S.108 (Anlage 2) — S.111 (Anlage 6). もっともバイエルンおよびバーデン・ヴュルテンベルクは、少し前に制度を変えたばかりなので再度制度改革をする必要性がないことを理由とする。Seip, aaO. (Fn.33), S.107.

(57) Seip, aaO. (Fn.33), S.112 (Anlage 9) (全89条).

連盟が関与し連邦司法大臣およびラント司法行政部の参加する特別大会において当該草案について議論することを提案した。当該草案は、1970年10月13日および14日に開催されたラント司法行政部の報告者集会の議事日程に組み込まれたが⁽⁵⁸⁾、すべてのラント司法行政部の代表者によって否決された⁽⁵⁹⁾。ここに「ノイベルガー・モデル」は失敗に終わり、現在に至る。

第2節 執行官の現在の地位⁽⁶⁰⁾

現在の執行官は、中級司法職 (mittler Justizdienst) のラント公務員⁽⁶¹⁾であるが、他の中級司法職に比して独自の特別な職歴を有する。

各ラントで定める執行官教育試験規則によれば、執行官は主に中級司法職の採用試験 (Laufbahnprüfung) に合格し、約18ヶ月間の教育を経て、最終試験に合格しなければならない。執行官には、区裁判所区域内の場所に限定された「執行官区域」が専属的に配分され (執行官規則16条, 同17条), 固定された特定の職務所在地 (Amtssitz) に拘束される (同3条, 20条)。すなわち、ある区裁判所区域内に複数の執行官がいる場合には監督裁判官がそれぞれの執行官に独立した職務区域を割り当て、1名しか執行官がいない場合には区裁判所区域全体がその執行官の職務区域となる。その結果、執行官同士の競合は発生せず、よって債権者が執行官を選択することもない。

(58) vgl. Seip, aaO. (Fn.33), S.118 (Anlage 11).

(59) Seip, aaO. (Fn.33), S.107.

(60) 第一中間報告10-12頁, BT-Drs. 16/5724, S.6 および BT-Drs. 16/5727, S.35. また, Gaul, aaO. (Fn.21), § 25 II; 寺田治郎「西独の執行官制度について」曹時14巻3号399頁以下 (1962), 同・前掲 (註52) 法時35巻5号37頁以下参照。

(61) ドイツの公務員には官吏 (Beamte), 雇員 (Angestellte) および労務員 (Arbeiter) があり, 前者が公法上の勤務関係および忠誠関係に立つのに対して後二者はこの関係に立たないと解されている。本稿では, 狭義の公務員である官吏を指すものとして, 「公務員」という語を用いる。

執行官は、独自の羈束裁量（pflichtgemäßen Ermessen）に基づいて自己の業務活動を規律する（同45条）。また、組織的には裁判所から分離されているため、執行官はその職務所在地内で自己の計算で事務室（役場）を経営し（同46条）、かつ職務に必要な範囲内で自己の費用で事務員および書記（Büro- und Schreibhilfen）を雇用しなければならない（同49条）。そして、執行官は本人自ら（persönlich）職務を行わなければならない、原則として職務を他の者に委任してはならない（同4条）。

執行官は、その報酬として、一般給与法に基づく固定給（給与等級A 8からA 9＋職務手当）のほかに、執行職務員報酬命令（VollstrVergVO）に基づいて屋外勤務での活動により自ら徴収した手数料の内から一定の割合の歩合金（Gebührenanteil）⁽⁶²⁾を受領する。また、書類費用（Dokumentenpauschale）および事務所の運営費（物件費および人件費）を償還するために、連邦公務員給与法49条3項により各ラントが制定する執行官役場費用補償命令（GVEntschVO）に基づいて、執行官はラント司法行政部から更なる手数料歩合金および現金立替金の補償を受ける（役場費用補償、執行官規則10条以下）。

執行官は、独立して高権的活動を行う司法機関であり、公務員として自己の責任で国家の強制権（Zwangsgewalt）を行使する⁽⁶³⁾。また、具体的な執行の申立ての履行に関して、執行官は執行機関として当事者および裁判所に対して独立してかつ自己責任で職務を行い、裁判所の直接的な指揮には服さない（執行官職務規程58条参照）。もっとも、執行官が個々の執行処分を遂行する場合には、執行方法の異議（民訴法766条）の要件の下で、執行裁判所による手続法上の実質的監督（Sachaufsicht）に服する。また、執行官は、直接的な職務上の上司（Dienstvorgesetzter）としての区裁判所

(62) 当該歩合金は、申立ての履行のために徴収した手数料の15％であるが（執行職務員報酬命令1条2項）、個々の申立ての履行による報酬は、59.82ユーロを超えてはならない（同2条）。

(63) BGHZ 93, 287, 298 = NJW 1985, 1711, 1714.

の監督裁判官による職務監督 (Dienstaufsicht) に服する (執行官規則 2 条 2 号)⁽⁶⁴⁾。ただし、一般公務員法において職務上の上司に認められるような、個別的指揮と結び付けられた専門監督 (Fachaufsicht) は、執行官に対して行うことは認められない⁽⁶⁵⁾。

現在の執行官の主な権限は、民事事件および刑事事件における送達 (民訴法192条, 刑訴法38条), 金銭債権についての有体動産に対する強制執行 (民訴法803条以下), 動産の引渡しおよび不動産または船舶の引渡し, 委付または明渡しを求める強制執行 (同883条から885条), 忍受しなければならない行為に対する債務者の抵抗の排除を求める執行 (同892条), 宣誓に代わる保証および拘留 (同899条以下), 強制執行が執行官の管轄内である場合の仮差押命令および仮処分 of 執行 (同916条以下), 債権およびその他の財産権に対する強制執行において協力すべき事項 (同831条, 845条 1 項, 847条 1 項等), ならびに, 手形および小切手の支払拒絶証書の作成 (手形法79条 1 項, 小切手法55条 3 項), および供託に適さない動産の公売 (民法383条 3 項) 等である。

第 3 節 改革の必要性

執行官制度の改革が必要な根拠として, 以下の 9 点が挙げられている⁽⁶⁶⁾。

(1) 裁判所構成法154条の不備

執行官制度に関する法律上の根拠は裁判所構成法154条および同155条であるが, 後者は執行官の除斥について規定するにすぎず, また前者は執行

(64) その意味で, Gaul, aaO. (Fn.21), § 25 II 1 a は, 執行官の独立性を「相対的」または「潜在的」と表現する。

(65) Eberhard Schilken, Der Gerichtsvollzieher auf dem Weg in das 21. Jahrhundert, DGVZ 1995, 133, 134.

(66) 第一中間報告13-21頁, BT-Drs. 16/5724, S.6 および BT-Drs. 16/5727, S.35 f. による。なお, 第一中間報告の列挙順を一部変更している。

官の職務関係および業務関係の規定をラント司法行政部に一任し、その具体的内容については何も規定していない。これらを連邦で統一的にかつ詳細に規定しているのは、執行官規則および執行官職務規程である。しかし、両者はともに正式な法律または法規命令（Rechtsverordnung）ではなく、各ラント司法省によって公布および採択された行政規定（Verwaltungsvorschriften）にすぎない。確かに両者とも法律に準じて拘束力があり、その不遵守は職務上の責任をもたらす（基本法34条，民法839条）と考えられる⁽⁶⁷⁾が、このような規律と連邦憲法裁判所のいわゆる本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）⁽⁶⁸⁾との整合性について疑問が呈されている⁽⁶⁹⁾のであるから、司法補助官の場合と同様に、執行官の職務関係および業務関係の本質的な基本的特徴について法律によって規律することが必要である。

また、裁判所構成法154条は執行官を「送達，呼出し及び執行を委託された公務員」と定義づけているが，1999年施行の第二次強制執行改正法によって，宣誓に代わる保証という純粹な事案説明を超えて裁判所での証拠調べの性格を有する手続⁽⁷⁰⁾が執行官の権限とされたことからしても，当該規定はもはや執行官の現在の職務範囲と適合していない。

(67) Gaul, aaO. (Fn.21), § 25 II 1 b.

(68) 本質性理論とは，法律の留保に関して，立法者が，基本的な規範領域，とりわけ基本権行使の領域において，すべての本質的な決定を自ら行う義務を負うことをいう。BVerfGE 49, 89, 126 usw. なお，大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題—本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）を中心として—」同『現代行政の行為形式論』1頁以下（弘文堂・1993）参照。

(69) Rupert Scholz, „Freies Gerichtsvollziehersystem“ und Verfassung, DGVZ 2003, 97, 98f. なお裁判所構成法154条と基本法との関係については，Rolf Grawert, Die Ordnung des Gerichtsvollzieheramtes vor dem Grundgesetz, DGVZ 1989, 97ff. 参照。

(70) vgl. Gaul, Grundüberlegungen zur Neukonzipierung und Verbesserung der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung, ZZP 108 (1995), 3, 23.

(2) 役場費用補償に関する省庁間の対立と連邦行政裁判所の判決の影響

役場の経営によって発生する費用を補償するために、執行官には連邦公務員給与法49条3項に基づいて補償金(Entschädigung)が支払われているが、この補償金は、連邦で統一的な補償金モデルにならって、各ラント財務行政部の協力の下に各ラント司法行政部によって、命令(Verordnung)の形で毎年改定される。

そして、ワーキング・グループ「執行官の役場費用補償」が2001年に連邦レベルで実施したアンケートから、役場経営のために実際にかかった費用は、平均的に、認められた補償金よりもかなり低額であるということが明らかになった。この差額の根拠は主として、大多数の執行官が補償金モデルで予定された金額まで人件費を消費せず、むしろ役場での職務を自ら処理するか、または賃金に相応する報酬を支払わなかったり十分な社会保障を受けさせたりすることなく家族の者に任せているという点にある。また、執行官が役場費用補償を追加的な給与の一部と考えることもまれではなく、かつ非常に個人的な、しばしば給付能力(Leistungsfähigkeit)の限界にまで達する労働(Einsatz)を通じて、とくに補助者(Unterstützungskräften)の雇用のための役場費用を節約しようとしている。そのため、現在の役場費用補償は、多くの執行官が不十分な役場設備を使用し、かつ事務員および書記の雇用を断念することをもたらししており、執行官は、これによる不足を、ますます自ら働くこと(Eigeneinsatz)によって補おうとする。

また、役場費用補償が連邦公務員給与法17条の類推により限定的に解釈される費用償還システム(Aufwendungsersatzsystem)を意味するか否か、またはそれが執行官の自己責任によりかつ独自の活動という特殊性のために職務の効率的で迅速な処理を促すことになるか否かという点に関して、関係者(執行官、司法行政部、財務行政部および会計検査院)の間に根本的な見解の相違があった。

もっとも、2004年8月19日の連邦行政裁判所の判決⁽⁷¹⁾によれば、役場

費用補償は実際に生じた費用に厳格に対応されなければならないため、従来の役場費用の一括清算を通じて執行官に対して開かれていた事態は、将来はもはや認められないであろう。そこで、執行官の労働意欲（Leistungsanreize）は執行報酬のみを前提とすることになるが、これによる収入は、執行官の固定給と比較した年間最高額の削減に鑑みればほんのわずかにすぎない。

（３）現在のシステムにおける不十分な費用対効果

手数料収入を控除した補助金の必要額は、2002年に連邦レベルで、役場費用補償の支払いを含めて、約１億9800万ユーロに達した。各ラントでは、30,754ユーロから47,487ユーロの間にあり、ラント平均（ベルリンを除く）で年間約39,000ユーロになる⁽⁷²⁾。このように、各ラントにとっては、費用の填補のために相当の補助金が必要となる。そして、現在のシステムにおいて執行官に与えられている執行報酬を拡充することによって労働意欲を強化することは、執行官の活動が現在すでに広い範囲で当事者から徴収された手数料を通じて補填され得るのではなく、むしろ一般的な税金という方法で賄われなければならないために、考えられない。ここから、費用対効果（Kostendeckung）の程度の改善が問題となる。2003年11月6日にベルリンで開催された司法大臣秋季会議は、各ラントの予算の危機的な状況を背景に、司法の補助金の必要額を減らすためにあらゆる可能性を利用することについて全員一致で賛成している⁽⁷³⁾。

（４）執行官の負担

執行官の活動は、幅広い屋外職務（Außendienstaufgaben）、強制手段の利用および第二次強制執行改正法による新たな重要な職務領域の委任に鑑

(71) DGVZ 2005, 7 = NVwZ-RR 2005, 214.

(72) 第一中間報告の添付書類 3 および BT-Drs. 16/5727, S.43ff. 参照。

(73) Beschluss TOP C. II. 2.

みて、中級司法職の中でも要求の高い職務に属する。その活動は、確実な専門的知識、責任の意識および社会的権限を必要とする。そこから結果的に生ずる負担は、継続的な高い業務量 (anhaltend hohen Geschäftsanfall) を通じてさらに増加される。強制執行の申立件数は、2000年のわずかな減少後は、連邦レベルで年間約900万件弱で安定している。さらに、年間400万件強の宣誓に代わる保証の申立てと、半分しか本人によって行われないけれども約450万件の送達⁽⁷⁴⁾の申立てがある⁽⁷⁴⁾。確かに執行官1名あたりの負担は、「Bad Nauheimer」基準によれば徐々に減少している⁽⁷⁵⁾が、これは基本的に、すべてのラントにおける現存する執行官職の数が増加したことによる。不景気が長く続くために、債権者は自己の債権を執行せざるを得ず、明確な状況の緩和は現行の執行法の下では期待することができない。

(5) 小さな国家

すべてのラントにおいて、司法は相当の経費削減義務 (Sparzwängen) を負っている。司法部の予算における高い人件費割合 (Personalkostenanteil) に鑑みて、現在の削減義務の実現は、人員削減なしには不可能である。しかし、人員削減は、司法の職務を司法固有の公務員ではなく民間人の任用によって処理する場合にのみ、達成することができる。これによって、司法は限定された人的資源を中心的分野で集中的かつ適切に利用し、または予算に対して有効に職 (Stellen) を廃止することができる。

(6) 手続期間

執行官職務監督報告書によれば、強制執行手続の期間は1ヶ月から7ヶ月であり、各ラントはこの手続期間を全体的に適切であると評価してい

(74) 2002年までは第一中間報告の添付書類1、2003年は DGVZ 2004, S.143, 2004年は DGVZ 2005, S.143, そして2005年は DGVZ 2006, S.143 を参照。

(75) 第一中間報告の添付書類2 参照。

る。しかし、現在でも時々手続期間が異常に長い事例が報告されており、これは継続的な高い業務量のために執行官が病気になることを原因とすることが珍しくない。現在のシステムでは各執行官に専属的に管轄する固定区域が配分されているため、このような損失（Ausfälle）からの回復は困難である。

（７） 後継者の育成

執行官は中級司法職の特別職歴であるが、従来は主に中級司法職公務員の中から輩出されてきた。しかし、中級職自体の人材不足、執行官への輩出による中級職領域における資質ある人材の喪失（Qualitätsverlust）、または執行官の重い負担もしくは役場費用補償に関する議論の威嚇的作用等により、ここ２、３年各ラントでは後継者の育成が非常に困難になっている。そこで、大多数のラントが、執行官の職務を中級司法職出身者以外の者に開放することによって、後継者を育成するための基盤の拡張またはその計画を行っている。

（８） ヨーロッパの執行構造との調和

多くのヨーロッパの国々では、執行官は公務員ではなく、弁護士のような自由業者と同様に活動している。すなわち、フランスの huissier 以外にも、フランス法圏に由来するベネルクス三国、さらにギリシア、スペインおよびポルトガルも自由業執行官制度を有しており、また2004年5月1日に EU に加盟した多くの東ヨーロッパの国々は、フランス法を模範とした執行官制度を導入している⁽⁷⁶⁾。執行官制度の統一は、予定されている

(76) フランスおよびベネルクス三国については Schlosser, aaO. (Fn.30), S.145 ff.; スロヴァキアについては Peter Bohata, Das Zwangsvollstreckungsverfahren in der Slowakei, DGVZ 1998, 33ff.; ポーランドについては K. Lubiński, Arbeiten an der Änderung des Gesetzes über Gerichtsvollzieher und Zwangsvollstreckung in Polen, DGVZ 2000, 145ff.; エストニアについては Jaanus Ots, Die Reform des Vollstreckungssystems in Estland: Freiberufliche

執行手続法の調和に鑑みれば、有意義であると考えられる。

(9) ドイツ執行官連盟の要請

ドイツ執行官連盟は、執行官の最大の利益団体として、執行官制度は根本的に改革されなければならないと確信している。そして、1994年以来ヨーロッパの様々な国の執行制度の分析を行い、2003年5月15日および16日にシュトゥットガルトで開催された連邦会議において、圧倒的多数で自由業執行官システムが導入されるべきであるとの決議を行った⁽⁷⁷⁾。また、2003年11月20日および21日にパリで開催された司法執行官国際連合の常設評議会（Ständige Rat）の秋季大会は、執行官制度の統一に賛成を表明したが、その際には自由業システムが採択されている⁽⁷⁸⁾。もっとも、各論では、ドイツ執行官連盟はワーキング・グループや法律案の立場に批判的な部分もある。

第3章 執行官制度の民営化と基本法

上述の問題点を解決するために、ワーキング・グループは、「手数料制公務員」改革モデルよりも「権限委任」改革モデルのほうが妥当であるとする。また、執行官の職務を完全に民間人に委任する完全民営化（Vollprivatisierung）が試みられるべきであるとする⁽⁷⁹⁾。ただしその際には、

Gerichtsvollzieher, DGVZ 2002, 102ff.; なお司法執行官国際連盟によれば、さらにチェコ、ハンガリー、スロヴェニアおよびルーマニアも同様である。

(77) Werner Blaskowitz, Bundeskongress des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes in Stuttgart, DGVZ 2003, 110ff.; „Der DGVB strebt das freie Gerichtsvollziehersystem an“ www.dgvb.de/positionen/020103freies_system.htm.

(78) 第一中間報告21頁。

(79) なおワーキング・グループは、執行官の職務のうち高権的なものは今後も公務員に帰属させ、非高権的なものは民間人に帰属させるとする「部分的民営化」についても検討し、憲法上は実行可能であるが無意味な方法であると解している。第一中間報告42頁以下。

権限委任と基本法上の準則との関係が検討されなければならない。

第１節 「権限委任」改革モデル

「権限委任（Beleihung⁽⁸⁰⁾）」改革モデルによれば、これまで公務員たる執行官に属していた職務が、権限の委任を受けた民間人たる職務従事者に委任されることになる。

ここで権限の委任を受けた者、すなわち権限受任者（Beliehene）とは、特定の行政事務の高権的遂行を委託され、そのために公法上の行為類型において国家の職務を独立して遂行する権限を有する私法上の法主体をいう⁽⁸¹⁾。権限委任は、国家の職務を民営化する形態として把握される。

民営化は、一般的に、実質的または職務の民営化（Aufgabenprivatisierung）と、形式的または組織の民営化（Organisationsprivatisierung）に分類される⁽⁸²⁾。前者は「真正な（echt）」民営化ともいわれ、民間人の自己責任に基づきかつ自律的な履行のために、当該職務は国家の義務範囲から分離されることになる⁽⁸³⁾。これに対して、後者の場合には、当該職務は高権的（hoheitlich）なままであり、民間人は単に依然として高権的活動と評価される職務の履行のために利用されるにすぎない。そしてその範囲

(80) Beleihung の訳語について、米丸恒治「私人への行政権限の委任」同『私人による行政』23頁以下（日本評論社・1999）は「特許」または「行政権限委任」を、また匿名記事・前掲（註15）49頁は「権力の貸与」を用いる。ただ、「特許」については知的財産権の特許と区別するため、また「権力の貸与」については貸与を受けた者を意味する語の訳語に窮するため、本稿では「権限委任」に統一することとした。

(81) Martin Burgi, Der Beliehene — ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, FS für Hartmut Maurer, München 2001, S.581, 585.

(82) Burgi, aaO. (Fn.81), S.585f. 異なる分類につき Hartmut Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), 243, 250f.; Scholz, Verkehrsüberwachung durch Private?, NJW 1997, 14, 15. 民営化一般については、米丸・前掲（註80）1頁以下および松塚晋輔「民営化の概念」同『民営化の責任論』1頁以下（成文堂，2003）等参照。

(83) Scholz, aaO. (Fn.82), S.15; Udo Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, 585, 586.

内で、当該民間人は公的行政に統合されかつ高権的権限を付与されるが、国家がその職務を放棄することはできない⁽⁸⁴⁾。

この点、権限委任が前者に属さないことについては、学説上争いがない。なぜなら、権限受任者は国家の職務を遂行しかつ委任された活動は依然として高権的性質を有するために、権限委任では従来と同様に当該職務は国家の責任のままだからである。権限委任によって、職務の履行は、直接的な国家の管理から間接的な国家の管理の一部として権限受任者に移転されるにすぎない⁽⁸⁵⁾。他方で、権限委任が後者に属するかそれともさらに特別な民営化形態に属するかについて⁽⁸⁶⁾は、具体的な問題との関係では些細なことにすぎない。

以下では、「権限委任」改革モデルと裁判官の留保 (Richtervorbehalt・基本法92条前段)、民主主義 (同20条2項)、国家による威力の独占 (staatliche Gewaltmonopol) および公務員のための機能留保 (Funktionsvorbehalt・同33条4項) との関係について検討する⁽⁸⁷⁾。

第2節 裁判官の留保との関係

基本法92条前段は、「裁判権 (rechtsprechende Gewalt) は、裁判官に委ねられる。」と規定する。この規定は、「裁判」活動は裁判官のみによって行われ、他の高権的機関は行うことができないということを保障する。こ

(84) Scholz, aaO. (Fn.82), S.15.

(85) 第一中間報告23頁, BT-Drs. 16/5727, S.36.

(86) 形式的または組織の民営化に分類するものとして Scholz, aaO. (Fn.82), S.15および Burgi, aaO. (Fn.81), S.585 等, 手続の民営化に分類するものとして Di Fabio, aaO. (Fn.83), S.589 等, また機能的民営化に分類するものとしてドイツ弁護士協会の態度表明 (DAV-Stellungnahme Nr. 35/2005) 5 頁以下がある。

(87) ワーキング・グループは、この他に基本法19条4項の裁判で争う途の保障 (Rechtsweggarantie) との関係についても検討しているが、執行官の高権的行為に対する権利保護が制限されるべきではないことを理由に、権限委任改革モデルとは矛盾しないとする。第一中間報告24頁。

こにいう「裁判」とは、いわゆる実質的意味の裁判，すなわち具体的な係争事件の法的争点に関して何が正当であるかについての裁判官の拘束力ある判断を意味する⁽⁸⁸⁾。

ところで，従来から強制執行が司法に属するかそれとも行政に属するかについて議論がなされているが⁽⁸⁹⁾，行政説であればもちろんのこと，たとえ司法説に立ったとしても，強制執行は基本法92条にいわゆる実質的意味の裁判ではない⁽⁹⁰⁾。なぜなら，強制執行は第一次的にはもはや法的争点に対する判断（Streitentscheidung）ではなく，発見された権利を実現する方法（Art und Weise）の問題だからである。

よって，執行官の職務を権限の委任を受けた民間人に委任したとしても，執行官は裁判権を行使するわけではないから，基本法92条と矛盾するものではない⁽⁹¹⁾。このことは，新設が予定されている基本法草案第98a条第2文において，「第92条は影響を受けない。」と規定することで，明らかにされる⁽⁹²⁾。

第3節 民主主義との関係

基本法20条2項は，「すべての国家権力は，国民（Volk）に由来する。国家権力は，選挙及び投票において国民により，かつ，立法，執行権及び裁判の個別の諸機関を通じて行使される。」と規定する⁽⁹³⁾。この規定は，

(88) BVerfGE 22, 49, 73ff.; 27, 18, 28; 103, 111, 137ff.; Otto Bachof, Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZZP 65 (1952), 1, 4; Wilhelm Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Berlin 1970, S.114; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2.Aufl., 1984, S.844 f.; Scholz, aaO. (Fn.69), S.107f.

(89) 詳細については Gaul, Zur Struktur der Zwangsvollstreckung (II), Rpfleger 1971, 41ff.

(90) Gaul, aaO. (Fn.89), S.43ff.; ders., aaO. (Fn.21), § 2 II 1; Scholz, aaO. (Fn.69), S.107f.; vgl. Karl August Bettermann, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1988, § 73 Rn.61.

(91) 第一中間報告24頁。

(92) BT-Drs. 16/5724, S.5, 8.

すべての国家行為が、国家権力の担い手としての国民に直接的または間接的に還元されることを要求する⁽⁹⁴⁾。

ここで民主的正当性は、実質的・内容上の正当性と組織的・人的な正当性に分類され、両者は相互補完の関係にある⁽⁹⁵⁾。前者は、職務担当者の行為に関するものであるが、法律の優位および法律の留保による行政に対する法律の拘束を通じて確立される。また後者は、あらゆる職務担当者がそれぞれ間断のない正当性の鎖 (Legitimationskette) によって国民と結び付けられることを前提とし、議会によって選ばれた連邦首相による任命を通じてその正当性が導かれる、議会に対して責任を負う大臣による下位官庁の指揮従属関係 (Weisungsabhängigkeit) を通じて確立される⁽⁹⁶⁾。これによって、まさに民主主義国家に要求される行政の「基本モデル (Grundmodell)」である、階層的・官僚制的な省庁の行政 (hierarchisch-bürokratischen Ministerialverwaltung) が要請され、行政は常にこの類型の中で遂行されなければならないことになる⁽⁹⁷⁾。すなわち、法律に拘束される行政の分野においては、民主的な立法者の意思をできるだけそのまま実現するという目標のために、この類型は、役場制、厳格な指揮権および職業官吏制度に基づき、かつ合理的に予測し得るより大きな公平性、より高い中立性およびより純粋な誠実性という利点とともに、民主主義にとって適切かつ妥当であることが明らかにされる⁽⁹⁸⁾。他方で法律のない行政の

(93) 和訳は高田敏＝初宿正典編『ドイツ憲法集 [第 5 版]』223頁 (信山社・2007) による。

(94) Karl-Peter Sommermann, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., Bd. II, 2005, Art. 20 Rn.157.

(95) Sommermann, aaO. (Fn.94), Art.20 Rn.158. なお、制度的正当性を加えた 3 類型に分類する学説も有力である。vgl. Dirk Ehlers, Mitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung, Jura 1997, 180, 184.

(96) BVerfGE 9, 268, 281f.; Sommermann, aaO. (Fn.94), Art.20 Rn.158, 161; Horst Dreier, in: Dreier, GG, Bd.II, 1998, Art.20 [Demokratie] Rn.114.

(97) Dreier, aaO. (Fn.96), Art.20 [Demokratie] Rn.114.

(98) Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S.126.

分野においては、この類型は、議会に責任を負う政府の管理および指揮に完全に服する⁽⁹⁹⁾。

もっとも、例外的に、対比し得る「機能上適切な正当性レベル („funktionsadäquates Legitimationsniveau)”」が保障されることが確保された場合には、私法上の組織形態および機能上の民営化における公行政の分化 (Ausdifferenzierung) が許容され得る。これは具体的には、権限委任の場合に国家が少なくとも十分な法律上の制御可能性、監督可能性および（または）管理可能性 (Steuerungs- Überwachungs- und/oder Kontrollmöglichkeiten) を有していなければならないことを意味する⁽¹⁰⁰⁾。

これによって、権限受任者による公的な職務の履行に際して必要とされる間断のない正当性の鎖が、権限を委任した行政主体を越えて、国民に還元されることになる。しかしながら、単に国家の保障的地位 (Garantstellung), すなわち国家に存続する法的拘束を維持すべき責任 (Verantwortlichkeit) が強調される場合には、憲法上要求される「保障 („Gewährleistung)”」の具体的な形態については不明であるといわざるを得ない⁽¹⁰¹⁾。もっとも、保障が法的監督にのみ存在する場合には、十分な正当性レベルは、権限委任が行われる法律の中で、権限受任者の職務および権限が詳細に整備されることによってのみ、達成されるということではできよう⁽¹⁰²⁾。

以上よりワーキング・グループは、「権限委任」改革モデルの具体的な整備に際して、執行士に対する監督を、組織的・人的な正当性がもたらされるように規律することに配慮しなければならないとする。また、当該監

(99) 第一中間報告25頁。

(100) 第一中間報告25頁; vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329, 346f.

(101) 「行政責任」の分類について、学説上もまだ確立したとはいえない。vgl. Bauer, aaO. (Fn.82), S.277ff.; Wolfgang Hoffmann-Riem, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 433, 440ff.

(102) 第一中間報告25-26頁。vgl. BremStGH, NVwZ 2003, 81ff.

督は、それが法的監督であろうと専門監督であろうと、民主主義の要請に適うように、直接的な国家行政の機関のもとに存続されなければならないとする⁽¹⁰³⁾。

第4節 国家による威力の独占との関係

国家による威力の独占については、基本法上明文の規定はないが、当然の前提として承認されている⁽¹⁰⁴⁾。これは、身体的威力の行使が国民に対しては禁止され、国家またはその機関にのみ許容されることを意味する⁽¹⁰⁵⁾。

高権の権限を民間人に権限委任する場合、限定された威力の独占の規範的な抑止効果 (Sperrwirkung) は、国家が単に権限受任者を通じて履行する公的職務の遂行が国家自身の権限内にとどまることに基づく。制度的・組織的観点において、国家機能 (Staatsfunktion) の民営化は、特定の権限領域内にある国家権力の直接的な担当者を民間人を通じて補充 (Substitution) するという形で行われる。しかし、国家機能それ自体は、民間人の手中にある場合でも、基本権の拘束、国家の責任および裁判所のコントロールといった実体法上および手続法上の帰結を伴う国家機能のままである⁽¹⁰⁶⁾。確かに民間人による国家機能の行使は、第三者へ国家権限を委ねた効果としての国家行為の私的な動機づけ (privaten Motivierung) から生じる、特定の国家性の喪失 (Verlust an Staatlichkeit) と結び付けられる⁽¹⁰⁷⁾。しかし、この「制度化された職務性の不足 („Minus an in-

(103) 第一中間報告26頁。

(104) 間接的な基本法上の根拠として、法治主義 (基本法20条3項) や民主主義等が挙げられる。vgl. Felix Hammer, Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und „schlanker Staat“, DÖV 2000, 614, 617.

(105) Roman Herzog, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. III, 2006, § 72 Rn.39; Albert Krölls, Die Privatisierung der inneren Sicherheit, GewArch 1997, 445, 448.

(106) Udo Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S.263f.

stitutionalisierter Amtlichkeit”）」は、根本的な憲法上の批判を基礎づけるものではない。したがって、権限委任は、国家による威力の独占と全く相容れないわけではない⁽¹⁰⁸⁾。

また、権限委任の合憲性は、基本的には留保された国家の制御指示および管理指示（Steuerungs- und Kontrolldirektiven）の性質に依存するため、国家による威力の独占からは権限委任に対する絶対的な障害事由は生じない⁽¹⁰⁹⁾。

第５節 公務員のための機能留保との関係

（１）機能留保の意義

基本法33条４項は、「高権的権限の行使は、原則として、公法上の勤務関係及び忠誠関係にある公務員に、恒常的な職務として委任される。」と規定する。

この規定について、民営化の原則的な合憲性については述べていないから、権限委任の適法性とは無関係であるとする見解がある⁽¹¹⁰⁾。この見解は、同条項の意義が、国家に特定の職務領域を保障することではなく、単に職業官吏制度のために公的職務の職務配分を制限することにあるとする。また、機能留保は職務法上の性質のみを有し、権限上・国法上の性質を有さないとする。そして、同条項の文言からも意義からも沿革からも、基本法制定者が同条項の規律について高権的権限を民間人へ委任することの適法性に関する判断を行うつもりであったとする根拠を導き出すことはできないとする⁽¹¹¹⁾。

(107) Steiner, aaO. (Fn.106), S.263.

(108) Krölls, aaO. (Fn.105), S.449; 第一中間報告26-27頁。なお、権限委任との関係で「国家による威力の独占の緩和」について言及する Markus Heintzen, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 220, 241 参照。

(109) 第一中間報告27頁。

(110) Scholz, aaO. (Fn.69), S.106.

この見解に対して、ワーキング・グループは真っ向から反対する⁽¹¹²⁾。すなわち、基本法33条4項は、同条5項とともに職業官吏制度の伝統的諸原則の空洞化を防止するための制度的保障 (institutionelle Garantie) であるが⁽¹¹³⁾、この見解では民間人を幅広く任命することでこの諸原則を空洞化するおそれがあるとする⁽¹¹⁴⁾。また同条項の中核は、公務員による職務の履行の信頼性、中立性、管理可能性、誠実性および公共の福祉の指向性を確保することであり⁽¹¹⁵⁾、個々の職員 (Bedienstete) の個人的な利益を保護するものではなく⁽¹¹⁶⁾、直接的な法的拘束力を有する組織的規範 (Organisationsnorm) であるとされる⁽¹¹⁷⁾。そして、機能留保は、国家が固有の職務遂行に対する責任から離脱するのを妨げるものと解されるべきであって⁽¹¹⁸⁾、純粋な職務配分規範に限定されるべきではないとする⁽¹¹⁹⁾。ここから、基本法33条4項は「予定された権限委任法にとっては中心的な憲法上の基準」⁽¹²⁰⁾であり、同条項の要件と権限委任の適法性との対比が行われなければならないとする。

(111) なお、Sibylle von Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, S. 23f. 参照。

(112) 第一中間報告29-30頁。

(113) Theodor Maunz, in: Maunz/Dürig, GG Bd.IV, 1966, Art.33 Rn.32. なお基本法33条4項および5項の沿革については、Doemming/Füßlein/Matz, JöR n.F. Bd.1 (1951), S.314ff.

(114) Hess, aaO. (Fn.13), S.43.

(115) Volker Haug, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum als Privatisierungsschranken, NVwZ 1999, 816, 817; Burgi, aaO. (Fn.81), S.590.

(116) BVerfG, NVwZ 1988, 523.

(117) Ulrich Battis, in: Sachs, GG, 1996, Art.33 Rn.45; Haug, aaO. (Fn.115), S. 817; Bodo Piero, in: Jarass/Piero, GG, 6.Aufl., 2002, Art.33 Rn.30; Monika Jachmann, in:Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., Bd.II, 2005, Art.33 Rn.29.

(118) Di Fabio, aaO. (Fn.83), S.591; Hess, aaO. (Fn.13), S.44.

(119) Krölls, aaO. (Fn.105), S.451.

(120) Burgi, aaO. (Fn.81), S.590.

(2) 規範の実体面

まず「高権的権限」の意義につき、いわゆる侵害行政に限られるかそれとも給付行政を含むかに関して学説上争いがあるが、国家が命令および強制をもって活動する侵害行政に同条項が適用されることについては争いがない⁽¹²¹⁾。ところで、執行官の活動には、動産の差押え等の高権的な職務と、送達や呼出し等の非高権的な職務がある。このような「混合的機能 (gemischte Funktionen)」については、その全体像を特徴づける職務に応じて高権的か否かを判断すべきであり⁽¹²²⁾、執行官の活動については、動産の差押え (民訴法808条)、被差押動産の競売 (同814条)、動産の引渡し (同883条) または不動産等の明渡し (同885条) のほか、住居の開扉および搜索 (同758条)、債務者の拘留 (同909条) または抵抗の排除 (同892条、892a 条) 等、基本権と関連する権限によって債務者の法領域および財産領域に入り込むものがその本質的な要素をなすから、高権的権限といえる⁽¹²³⁾。

次に「公法上の勤務関係及び忠誠関係にある公務員 (Angehörigen des öffentlichen Dienstes)」という表現は、あまり明確なものではないが、要するに基本法33条 5 項に基づいて整備される公務員法にいう職業官吏 (Berufsbeamte) を意味する⁽¹²⁴⁾。そして現在の執行官は、これに該当する (執行官規則 1 条)。

さらに「恒常的な職務」について、これは、恒常的でない職務、すなわち近いうちに廃止される職務または教育など一時的にのみ遂行される高権的権限の場合に非公務員による遂行を可能にするものである⁽¹²⁵⁾。この点、

(121) Maunz, aaO. (Fn.113), Art.33 Rn.33; Gertrude Lübbe-Wolff, in: Dreier, GG, Bd.II, 1998, Art.33 Rn.57; Jachmann, aaO. (Fn.117), Art.33 Rn.31.

(122) Lübbe-Wolff, aaO. (Fn.121), Art.33 Rn.59.

(123) vgl. BT-Drs. 16/5724, S.6.

(124) Maunz, aaO. (Fn.113), Art.33 Rn.39; Lübbe-Wolff, aaO. (Fn.121), Art.33 Rn.56.

(125) Maunz, aaO. (Fn.113), Art.33 Rn.42; Lübbe-Wolff, aaO. (Fn.121), Art.33

執行官の職務は時間的に制限されるわけではなくまた執行官は一時的にのみ活動するわけでもないから、執行官の活動が恒常的な職務であることに争いはない⁽¹²⁶⁾。

以上より、執行官の活動は、基本法33条 4 項の適用範囲に含まれる⁽¹²⁷⁾。

(3) 規範の法的効果の面

① 原則・例外関係

基本法33条 4 項は、「原則として („in der Regel”)」と規定している。そこで、例外的な場合であれば高権的権限を非公務員に委任することができ、これは権限受任者にも妥当すると解される⁽¹²⁸⁾。

この点、個別的な事案に関する例外のみならず、領域特有の例外規律 (bereichsspezifische Ausnahmeregelungen) も認められるとする見解がある⁽¹²⁹⁾。また、基本法33条 4 項は、特定の高権的な職務範囲を完全に非公務員に委任することを許容しているとも主張されている。この見解によれば、特定の領域特有の例外が基本法33条 4 項の原則によって正当化されるか否かの判断に際しては、機能留保の意義および目的が重要となる。そして、前述のように基本法33条 4 項は同条 5 項とともに職業官吏制度の伝統的諸原則に対する制度的保障であるから、高権的権限を非公務員に委任することによって基本法33条 4 項の保護目的がどの程度損なわれるかが問題となる。この場合、高権的活動を行う公務員の数が非公務員の数よりも多いということが重要なのではなく、当該活動の重点 (Schwergewicht)

Rn.61; Jachmann, aaO. (Fn.117), Art.33 Rn.37.

(126) Wolfgang Roth/Ulrich Karpenstein, Verfassungsrechtliche Probleme einer Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens, ZVI 2004, 442, 445.

(127) 第一中間報告30-33頁; Roth/Karpenstein, aaO. (Fn.126), S.445; Hess, aaO. (Fn.13), S.45.

(128) Lübke-Wolff, aaO. (Fn.121), Art.33 Rn.62.

(129) BremStGH, NVwZ 2003, 81, 86; Lübke-Wolff, aaO. (Fn.121), Art.33 Rn.62; Jachmann, aaO. (Fn.117), Art.33 Rn.37.

がどこにあるかが重要となる⁽¹³⁰⁾。そして執行官は、独立した司法機関として、通常の公務員と比して行動の自由や給与の点ですでに今日「独自の」存在であるから、基本法の改正なしに改革モデルを実現したとしても法治国家の保障の減少をもたらすことはないと考えられるかもしれない。

しかし、ワーキング・グループはこの考えに反対する⁽¹³¹⁾。すなわち、これまで専ら公務員によっていた活動を非公務員に配分することは、原則的事態からの限定的な逸脱のみならず、基本法の歴史の中で模範のないシステム転換を意味するとする。その背景には、1991年の航空管制の民営化に際して、当時のヴァイツゼッカー連邦大統領が基本法33条4項等の違反を理由に航空法改正の署名を拒絶したという事態がある⁽¹³²⁾。そして、執行のすべての高権的職務がもはや公務員によって遂行されないとした場合、基本法33条4項が予定する原則・例外関係は逆転し、憲法規範は国家の組織化の余地の障壁（Schranke staatlicher Organisationsspielräume）としての機能を剥奪され、「公務員の職務範囲のための本質的内容の保障」⁽¹³³⁾はもはや問題にならなくなってしまうとする。

また、判例によれば、「高権的権限の恒常的な行使がかなり大規模に（in größerem Umfang）非公務員に委任された場合、これは基本法とは相容れない」ことになる⁽¹³⁴⁾。もっとも、ここでいう「大規模」がどの程度を指すのか、すなわち例外的に許容される民間人への権限委任が不適法な関係に変わるのがどこからかについては明らかでない⁽¹³⁵⁾。他方でワーキング・グループは、多くの公務員が任命されないために例外がもはや量的

(130) Lübbe-Wolff, aaO. (Fn.121), Art.33 Rn.62; Jachmann, aaO. (Fn.117), Art. 33 Rn.37.

(131) 第一中間報告37頁。

(132) BT-Drs. 12/67; 詳細は米丸・前掲（註80）149頁以下参照。

(133) Maunz, aaO. (Fn.113), Art.33 Rn.42.

(134) BVerfGE 9, 268, 284. もっとも、「非公務員によって遂行させる職務を決定するのは、一次的には立法者の義務である」（BVerwGE 57, 55, 60）。

(135) Christof Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 372f.

に例外のままで留まっている場合には、この規範の「消耗点 (Auszehrungspunkt)」⁽¹³⁶⁾ はいずれにせよ到達してしまうであろうとする。量的関係は具体的に限定された職務範囲に関するものでなければならないが、その場合の出発点は法律上保証された (gesetzlich verankerte) 主たる職務でなければならない⁽¹³⁷⁾、その主たる職務は、基本的に統一的な目標方向を示し、ある程度同種の大綱規定 (Rahmenbedingungen) によって明確にされ、かつ法治国家の観点の下で統一的に評価されるものでなければならないとする。しかし、執行官制度の民営化の場合、民事訴訟法によって執行官に配分された職務範囲は、かなり大規模というだけでなく完全に民間人に移転されることになるため、量的限界のより正確な確定は行われ得ないとする⁽¹³⁸⁾。

② 実質的根拠の必要性

基本法33条4項の予定する原則・例外関係において、高権的権限を例外的に非公務員に委任する場合には、それを正当化する実質的根拠がなければならない⁽¹³⁹⁾。その根拠づけの責任は、例外の確定を留保した立法者にある⁽¹⁴⁰⁾。

(136) vgl. Gramm, aaO. (Fn.135), S.120.

(137) Gramm, Schranken der Personalprivatisierung bei der inneren Sicherheit, VerwArch 1999, 329, 337.

(138) 第一中間報告37-38頁。これに対して Hess, aaO. (Fn.13), S.46f. は、許可の留保 (民訴法758a 条) や事後的な監督 (同766条等) による執行官の行為に対する裁判官の包括的なコントロールから、強制執行の重点は高権的職務の履行として変更なく裁判官または公務員に留まるとして、ワーキング・グループの見解は短絡的にすぎると批判する。

(139) Lübke-Wolff, aaO. (Fn.121), Art.33 Rn.62; Maunz, aaO. (Fn.113), Art.33 Rn.42; Philip Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art.33 Rn.50; Burgi, aaO. (Fn.81), S.590; なお, Monika Jachmann/Thomas Strauß, Berufsbeamtentum, Funktionsvorbehalt und der „Kaperbrief für den Landeinsatz“ ZBR 1999, 289, 297および Jachmann, aaO. (Fn.117), Art.33 Rn.37 は、比例原則という意味でこの正当化根拠を理解する。

(140) Kunig, aaO. (fn.139), Art.33 Rn.50.

この点、人件費の節約のような国庫上の理由だけでは不十分であるとするのが多数説であり⁽¹⁴¹⁾、ワーキング・グループもこの多数説に賛成する⁽¹⁴²⁾。すなわち、基本法は、国家および行政の構造に関するすべての基本的決定の場合と同様に、第33条4項において、その費用強度（Kostenintensität）について考慮することなく、法治国家という理由から職業官吏制度に関する基本的決定を行っているところ、法治国家の保障は実質的な最低基準（sachlichen Mindeststandard）を前提とするが、費用最少化の要請に限定可能性が欠けているということは、財政留保（Finanzierungsvorbehalt）の下であらゆる憲法上の保障を提供するであろうとする。そして、目的・手段関係のみが経済的思考（Sparsamkeitsgedanken）と関連して遵守される限り、それ自体として明白な法治国家の「不足量目（„Untermaß“）」に対しては何も異議を唱えることができないであろうし、財政的検討が単に例外として考慮され得なければならないということもまたこの考慮に不利に働くであろうとする。他方で、職業官吏制度が全体的にあまりにも高額であるということが証明された場合に、この基本的観点を、全体的に原則にも利用するのではなく、単に原則に対する例外の根拠としてのみ引用することは、矛盾であろうとする。ここから、職業官吏制度の費用強度は、ほとんど例外の正当化根拠としては考えることのできない基本的かつ一般的な観点であるとする。また、基本法33条4項は経済最善化の「目標のプログラム化（„Zielprogrammierung“ des wirtschaftlichen Optimisierungsvorganges）」をあらかじめ基準として与えており、獲得される利益は公務員の利用にあるとする。したがって、経済的な理由から非公務員の利用という代替案を考慮することは、基本的に憲法によって排除されるであろうとする。

(141) Krölls, aaO. (Fn.105), S.452; Haug, aaO. (Fn.115), S.818; Kunig, aaO. (Fn.139), Art.33 Rn.50; Hess, aaO. (Fn. 13), S.47 usw. 反対：Gramm, aaO. (Fn.135), S.373f.; Jachmann/Strauß, aaO. (Fn.139), S.299; Jachmann, aaO. (Fn.117), Art.33 Rn.38.

(142) 第一中間報告39-40頁。

同様の理由から、ワーキング・グループは、執行官の職務を権限受任者に委任することを通じて強制執行の効率性を強化することは、機能留保の例外に対する憲法上十分な実質的根拠にならないとする⁽¹⁴³⁾。すなわち、基本法33条4項の目的は前述のように公務員による職務の履行の信頼性、中立性、管理可能性、誠実性および公共の福祉の指向性を確保することであるが、公務員による職務の履行が「より非効率的である」と証明された場合には、基本法33条4項の基本命題に基づいて、いずれにせよ基本的にこの目的が考慮されなければならないとする。そして、職務担当者の特別な個人的責任が要求される場所では、憲法規範は国家の合目的性的性の考慮よりも法治国家の職務遂行を優先させている⁽¹⁴⁴⁾ということも理由として挙げている⁽¹⁴⁵⁾。

以上より、ワーキング・グループは、基本法を改正することなく同33条4項の機能留保の枠内で執行官制度を民営化することは、憲法上高いリスクを伴うものと解している。

第6節 基本法草案第98a 条

そこで、基本法草案第98a 条として、「裁判所の裁判の執行及び執行官

(143) 第一中間報告40頁。これに対して Hess, aaO. (Fn.13), S.47f. は、効率的な強制執行という目標基準が憲法上（基本法14条, 20条3項）および人権上（ヨーロッパ人権条約6条）の保護を享受するものであることを理由に、ワーキング・グループの主張に反対する。そして、一方で執行官制度の構造改革とともに追求されている職務範囲の拡大を通じた強制執行の遂行と、他方でそのために必要とされる執行官の地位の変更が実質的根拠に当たるとして、高権的権限である執行官の職務を権限受任者に委任することは基本法33条4項の機能留保の例外として許容されるとする（S.54）。

(144) Gerrit Manssen, Der Funktionsvorbehalt des Art.33 Abs.4 GG — Anmerkungen zu einem verfassungsrechtlichen Dauerproblem — ZBR 1999, 253, 256.

(145) その他ワーキング・グループは、執行官とすでに権限の委任を受けているドイツ技術検査協会または地域煙突清掃人等との比較、および「公的職務の担当者」である公証人との比較を行い、これらから執行官の職務の権限委任のために何かを引き出すことはできないとする。第一中間報告40-42頁。

のその他の権限の行使は、秩序ある職務の履行に対する国家の責任を保証しなければならない法律により、第33条4項にいう公務員でない者に委任することができる。第92条は影響を受けない。」という規定を挿入することが予定されている⁽¹⁴⁶⁾。以下、法律案に付された理由を引用する⁽¹⁴⁷⁾。

「執行官の職務の範囲では、公務員のための機能留保は、一内容上の制約をもたらす一法律の留保の下に置かれる。これが基本法草案第98a条第1文の内容である。（高権的）権限の『行使』という概念を用いることによって、規律の対象が、決して執行を民営化することではなく、民間人を権限委任という方法でこれらの依然として国家の職務の履行に取り入れる可能性を認めるにすぎないことが明らかにされる。また結果として、執行官の職業像が一この方向での現在すでに存在する評価を越えて一経済的・経営者的特徴を持つことができるようにされなければならない。これらの措置の重要性および基本権との関連性に鑑みて、この点は、この分野における基本的な問題を自ら規律しなければならない立法者に留保されたままである。このことはすべて、これまでも一般的に国家の職務を民間人に権限委任する場合にすでに適用されている原則と一致する。

現在予定されている基本法第33条4項の機能留保の例外を創設しても、これは特定の、明確に限定された分野に制限されるため、この憲法規範で規定されている基本原則から離れるわけではない。憲法体系上の観点では、このことは特に、新たな規律が裁判権に関する基本法第9章に位置し、かつ基本法第33条4項に一般的な法律の留保が付されているわけではないという点から明らかにされる。民間人への職務委任に関する領域特有の規律というのは、例えば基本法第87d条から第87f条ならびに第143a条および第143b条を見れば明らかなように、基本法にない

(146) BT-Drs. 16/5724, S.5.

(147) BT-Drs. 16/5724, S.7f.

わけではない。

以上のことに鑑みて、新たに挿入される第98a 条は、限定された、同種の (homogene) 司法機関グループおよびこれまで彼らによって遂行されてきた職務に対する固有の特別規律であり、これは裁判所の裁判の執行に関する明文の関連性を通じて、第98条に規律された裁判官の法的地位にならって規律されるものである。基本法草案第98a 条第 1 文に規定された職務は、特定の要件の下で、職業官吏 (Berufsbeamte) —確立した概念理解によれば、第98a 条で規定される、基本法第33条 4 項にいう公務員 (Angehörigen des öffentlichen Dienstes) —でない者にも委任することができなければならない。

委任される権限は、まず第一に『執行官』という概念のこれまでに確定された意味内容および個別的には唯一の制定法—現在では特に裁判所構成法第154条—から明らかとなる、執行官の職務領域に限定される。専門分野に特徴的かつ典型的な職務としての裁判所の裁判の執行は、それが例えば動産の差押えおよび取上げならびに住居の開扉および搜索に鑑みれば重大な基本権の侵害であり、かつそのために公務員でない者による職務処理について憲法制定者の意識的な判断が強調されるべきであるために、条文の文言の最初の部分で述べられている。さらに、これを憲法の条文で明確に言及することは、委任される権限の、誤った、すなわち全くの『固定的な („statisches“)] 理解を避けるためにも望ましい。というのは、将来的に執行官に割り当てる執行の職務の実施を同様に権限受任者に委ねることは、立法者の自由裁量に任されるべきだからである。執行官のその他の権限の行使に関して、他のことは当てはまらない。ここでもまた、立法者は、権限受任者を含めて適切な方法でこれまでの様式 (Zuschnitt) をさらに発展させる可能性を有していなければならない。

その他、基本法第33条 4 項の文言および規律内容ならびにこれにつき判例および学説により展開された原則は、影響を受けない。

さらに、国家は、新たな規律の適用範囲においてもまた、今後も存続する秩序ある遂行に対する責任から逃れることはできない。基本法第33条4項に関してこれまでは国法学での議論の対象にすぎず、法規の形では具体化されてこなかったこのような観点は、今後は基本法第87e条4項の社会的基盤の保障義務（Infrastrukturgewährleistungspflicht）と対比し得る、立法者のための明文上の準則となる。立法者は、どのように秩序ある職務の履行を保証するかという問題に関して単にある程度の余地を有するにすぎないが、その際には、監督権、管理権および指揮権（Aufsichts-, Kontroll- und Weisungsrechte）という古典的な手法が考慮に値する。

新たな規律に基づいてなされる立法上の判断のための立法権限は、その体系に介入されるべきではない基本法第7章の一般的な規律から推論される。

最後に、基本法草案第98a条第2文において、裁判権が新たな規律とは関連しないということが明らかにされる。」

これに対して連邦政府は、裁判所の裁判の執行が直接的な強制力の行使、すなわち身体的威力の行使を包含する高権的な職務であり、このような広範囲に及びとくに市民の基本権に関連する権限は、直接的に国家の機関を通じた国家の責任のために留保されていなければならないとして、執行官制度の民営化および基本法の改正に反対する旨の態度表明を行っている⁽¹⁴⁸⁾。

(148) BT-Drs. 16/5724, S.9.