

論 説

# ドイツにおける執行官制度の 民営化に関する議論（２）

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（以上本号）
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（41巻2号）	第6章 おわりに

## 第4章 執行官制度の改革のための法律案

連邦議会に提出された「執行官制度の改革のための法律案」（以下、「執行官制度改革法草案」という）は、第1条で執行士法（Gerichtsvollziehergesetz）<sup>(1)</sup>の制定を予定している。執行士法は、権限委任システムにおけ

る執行士の法的関係を体系化するものであり、基本法草案第98a条の準則に基づいて現在の執行官の職務を権限受任者に委任し、かつ権限受任者の地位の整備および効果的な監督の規律を通じて権限受任者による秩序ある職務の履行を保証する<sup>(2)</sup>。また、第3条で裁判所構成法の一部改正を予定しており、これによって同法第12章「送達及び執行の公務員」ならびにそこに規定されていた、これまで執行官に関する唯一の制定法であった154条および155条が削除される<sup>(3)</sup>。その他、第2条で社会福祉法第6編の、第4条で民事訴訟法の、第5条で執行官費用法の、第6条で司法補助官法の、そして第7条で売上税法の、それぞれ一部改正を予定している<sup>(4)</sup>。

### 第1節 権限の委任を受けた執行士の地位

権限の委任を受けた執行士は、本業の (hauptberuflich) 職務行使のために、各ラントで終身的に (auf Lebenszeit) 任命される、独立した公的職務の担当者であり、自己の業務 (Praxis) においてその職務を行う (執行士法草案1条)。この地位は、連邦公証人法3条1項にいう専任で職務活動を行う公証人が現在司法内部で占めている地位に対応しており、そこから執行士法は大部分において連邦公証人法を模範とする<sup>(5)</sup>。執行士は、秩序ある司法の要求に対応する人数のみが、ラント司法行政部によって任命される (同草案4条)。執行士は、権限委任証明書 (Beleihungsurkunde) の交付後に宣誓をしなければならず (同草案5条4項, 7条)、かつ行った

---

(1) ドイツ語では公務員の場合も民間人の場合も „Gerichtsvollzieher” と表記される (両者を区別するときは *beamtete* または *beliehene* という語が付加される) が、日本語では「官」という語を民間人に対して用いることはないので、本稿では、公務員を指す場合には「執行官」、他方で民間人を指す場合には「執行士」という訳語を用いる。

(2) BT-Drs. 16/5727, S. 38.

(3) BT-Drs. 16/5727, S. 43, 101.

(4) 以下では、とくに、執行官制度改革法草案第1条を「執行士法草案」といい、同第5条を「執行士費用法草案」という。

(5) 第二中間報告9-10頁; BT-Drs. 16/5727, S. 38.

宣誓に誠実に職務を遂行しなければならない（同草案12条1項1文）。また、執行士は自ら（persönlich）職務を行い、明文上他に規定がない限り、申立ての履行を他の者に委任してはならない（同草案13条1項）。

執行士は、配分された自己の職務執行区域（Amtsbereich）において、自己の費用で、固有の物的設備および従業員（Mitarbeiter）を有する事務所（Geschäftsstelle）を経営しなければならない（同草案9条1項）。執行士は、国家から給与および年金（Versorgung）を受け取らず、その代わりに、自己の職務活動のために執行士費用法に基づいて手数料および立替金を取り立て、その職務遂行の経済的リスクを自ら負担する<sup>(6)</sup>。執行士は、公務員ではないためにラントと公法上の職務関係にはないが、権限委任に基づいて国家と公法上の忠誠関係（öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis）に立ち、国家の義務を履行する<sup>(7)</sup>。公務員たる身分の廃止によって、執行士は他の司法職業と同様に事業主（Unternehmer）となるが、強制執行の高権的職務が委任される限り、営業（Gewerbe）を行わない（同草案1条2項2文）。むしろ、独立して本来の高権的権限を遂行する限度で職務の行使につき責任を負い、職務の遂行に向けられた申立てを、十分な理由なく拒絶してはならない（同草案2条1項2文）。申立てを拒絶するに十分な理由とは、執行士が事物管轄および土地管轄（同草案2条および10条）を有さないこと、職務活動からの除斥事由（同草案26条）があること、ならびに申立ての遂行につき職務上の義務違反を基礎づけ得る事情（同草案12条2項）があることであり、執行士は申立ての受理に際し拒絶事由の存在を調査し、これがないときは受理した申立てを遅滞なく処理しなければならない（同草案27条）。

執行士の職務における特徴的な中心的要素は、その独立性である<sup>(8)</sup>。執行士は当事者の代理人ではなく、関係者および第三者に対して自己の独立

---

（６） 第二中間報告10頁；BT-Drs. 16/5727, S. 38, 59.

（７） 第二中間報告10頁；BT-Drs. 16/5727, S. 59.

（８） BT-Drs. 16/5727, S. 59.

性および公平性を維持する義務を負う（同草案12条1項2文。なお同草案14条2項2文3号，67条2項3文1号）。執行士の職務上の義務と相容れない場合，とくに不法または不誠実な目的が追求されていることが認識できる行為への協力が要求されている場合には，執行士は当該職務活動を拒絶しなければならない（同草案12条2項）。他方で執行士は，同時に俸給を受ける職務にある者または弁護士に許可されること，他の職業を行うこと，および執行士としての職務と相容れない会社へ出資することは認められない（同草案3条1項）。これは，執行士が自己の職業のほかに他の職業を行いまは労働者に類似した義務を引き受ける場合には，執行士の独立性および職務行使における義務が危険にさらされかねないからである<sup>(9)</sup>。また，貸付けのあっせんをすること等の独立性の維持に対する危険性が明白な業務に関与することおよび私的な取立活動が禁止される（同草案3条2項）。さらに，執行士の独立性は，人的，実質的および組織的な要素を有する<sup>(10)</sup>。人的な独立性は，執行士が終身的に任命されることならびに配置転換および罷免が原則として不可能なことによって保証され，職務執行区域の変更または職務の終了は，法律上限定列挙された事由（同草案8条3項，38条以下）の場合にのみ可能である。実質的な独立性は，国家による職務監督が法的監督のみに限定され，監督官庁によるあらゆる合目的なコントロールが禁止されることを要求する。組織的な独立性は，執行士が自己の費用で物的設備および人的設備を有する事務所を経営する権限を有することを意味する。

執行士は，送達および執行の高権的な遂行を委託される（同草案1条1項）が，義務的職務として配分された活動の内容（同草案2条1項1文）は，基本的には現在の執行官の職務領域に対応しており，新たな職務を配分することは見合わされた（詳細は第5章第3節および第4節参照）。他方で執行士は，業務上許容される場合および同草案14条に基づいて必要とさ

---

(9) BT-Drs. 16/5727, S. 62.

(10) BT-Drs. 16/5727, S. 59.

れる監督官庁の認可が存在する場合に限り、任意的な職務を引き受ける権限を有し、これには申立人の計算による任意競売の遂行または適切な事案における簡易倒産手続および免責手続での受託者（Treuhandler）としての職務の引受け（倒産法313条，292条）等がある（同草案2条2項）。義務的職務は常に任意的職務に優位し、執行士は、秩序ある義務的職務の履行が害されない場合にのみ、任意的職務を引き受けることができる<sup>(11)</sup>。任意的職務は、報酬を受ける場合には監督官庁の認可を必要とする（同草案14条1項1号）が、遺言執行者または倒産手続もしくは免責手続での受託者としての職務の引受け、差押財産管理人（Sequester）としての活動、および学問上、芸術上または講演の活動は、最初から認可を受ける義務を負わない（同草案14条3項）。

執行士は、義務的職務の申立ての場合において、故意または過失で他人に対して負担する職務上の義務に違反したときは、それによって生じた損害を賠償しなければならない（同草案20条1項1文）。もっとも、過失による職務上の義務違反については、執行士は、被害者が自己の請求権を他の方法で主張することができない場合にのみ責任を負担する（同草案20条1項2文）。執行士は公務員ではなく権限受任者となるから、基本法34条および民法839条に基づく国家の責任はもはや存在せず、公証人の場合（連邦公証人法19条）と同様に、自らその責任を負う（同草案20条2項）。自己の職務活動および自ら責任を負う者の活動から生じた財産損害の責任義務の危険を填補するために、執行士は職業責任義務保険（Berufshaftpflichtversicherung）を継続する義務を負う（同草案21条1項1文，なお同草案42条1項9号）。ただし、その最低保険金（Mindestversicherungssumme）は、それぞれの保険事例につき25万ユーロとされている（同草案21条2項1文）<sup>(12)</sup>。故意の義務違反による損害賠償請求権については保険保護から排

---

(11) BT-Drs. 16/5727, S. 61.

(12) これは、執行士の業務価値（Geschäftswerte）が明らかに公証人の認証活動の業務価値よりも低く、むしろ弁護士の業務価値と対比し得るために、連邦

除することができ（同草案21条2項4文）、この場合に執行士は、執行士会（Gerichtsvollzieherkammer）が信頼損害保険（Vertrauensschadenversicherung）を締結していたときに限り保護され得る（同草案67条3項3号）。

執行士は、共同の職務行使のために、同一の職務執行区域で任命された他の執行士と結合しまたは共同の事務室を所有することができる（同草案11条1項1文）。物的設備および人的設備を共同で利用することによって執行士はその職務活動の経済的リスクを減少させることができ、また職業上の共同作業を通じて、事故または病気等の場合における秩序ある代理の確保、職務準備の保証、連絡が取れること、継続的教育の義務および親密な専門的交流が容易となるため、執行士の職業的結合は秩序ある司法のために奨励される<sup>(13)</sup>。もっとも、これによって、本人によりかつ自己責任に基づく職務遂行が害されること、職務上の義務の誠実な履行が危険にさらされること、および土地管轄を有する複数の執行士の中からの申立人の選択可能性が排除されることがあってはならない（同草案11条3項）。すなわち、共同の職務行使は、競争を制限する寡占（Oligopole）または地域カルテル（Gebietskartelle）の作出を避けるために、際限なく許容されるわけではない<sup>(14)</sup>。

職印（Amtssiegel）および職のスタンプ（Amtsstempel）（同草案22条）、職務身分証明書（Dienstausweis）（同草案23条）、差押物件保管所（Pfandkammer）（同草案25条）、書面および帳簿の作成（同草案29条）等、執行官規則または執行官職務規程で規律されていた執行官の職務活動に関する準則が、基本的に制定法として規律されることになる。もっとも、技術的發展および個々の場合の必要性に対する柔軟な対応を保証するため<sup>(15)</sup>に、ラント司法行政部は、職務規則（Dienstordnung）において詳細な規定を

---

公証人法19a条3項（50万ユーロ）ではなく、連邦弁護士法51条4項に依拠する。第二中間報告21頁；BT-Drs. 16/5727, S. 74。

(13) BT-Drs. 16/5727, S. 39, 68.

(14) BT-Drs. 16/5727, S. 39.

(15) BT-Drs. 16/5727, S. 38.

設けることができる（同草案32条）。他方で、不在および支障の届出（同草案33条）、常設代理人（Ständiger Vertreter）の任命等（同草案34条以下）、ならびに執行士の職務の終了原因（同草案38条）および執行士職務の管理人（Verwalter）の任命等（同草案49条以下）の規律は、それぞれ原則として連邦公証人法に依拠する。さらに、これまで連邦公証人法では規定されていなかったが、憲法上保障された情報に関する自己決定権のためには不可欠と思われる<sup>(16)</sup>、個人記録（Personalakten）に関する規律も制定される（同草案59条）。

## 第2節 執行士の制限的競争

### （1）意義

ワーキング・グループおよび草案起草者は、現在の固定区域制では執行官に対して労働意欲を起こさせることはできず、これが手続期間を長くする原因であって、多くのラントから現在の執行官システムの重大な欠陥の1つであると批判されていると述べる<sup>(17)</sup>。そして、新たな労働意欲を創設しかつ強制執行の効率性を強化することが執行官制度の民営化の中核および目標であり、経済的な自己責任や手数料の改正もこの点に寄与するが、両措置も執行士が互いに競争する場合にのみ効率性の強化をもたらす十分な労働意欲の創設につながるとする<sup>(18)</sup>。そのため、執行士間の競争こそが権限委任モデルの本質的かつ不可欠な要素であり、債権者は将来ある区域内で管轄を有する複数の執行士の中から基本的に自由に選択することができなければならないと主張する<sup>(19)</sup>。

---

(16) BT-Drs. 16/5727, S. 38.

(17) 第二中間報告11頁；BT-Drs. 16/5727, S. 39.

(18) BT-Drs. 16/5727, S. 38.

(19) 第二中間報告11頁；BT-Drs. 16/5727, S. 38f.

## (2) ドイツ執行官連盟の批判とそれに対する反論

ドイツ執行官連盟は、以前から執行士間の競争および申立人による執行士の自由選択に対して反対し、従来の固定区域制（領域保護）の維持を主張している。ドイツ執行官連盟の競争に対する批判は、次の4点である<sup>(20)</sup>。第一に、領域保護がなければ債務者に対して同時に複数の方面から執行がなされる危険性があり、複数の債権者の申立てによって複数の執行士が債務者のもとを訪れるという非経済的な事態が生じ得る。第二に、執行士が債務者と分割払いの合意をする際には順位の問題が生じ得るし、また債務者が複数の執行士と分割払いの合意をする場合にはすべての合意の総額が弁済能力を超える可能性がある。第三に、現在のシステムでは執行官は「自己の」債務者を認識しており、債務者に対してどのような執行の申立てがなされたかおよび債務者にどれほどの弁済能力があるかを判断することができるのに対し、競争状態では執行士が債務者と個人的に接触する機会が失われてしまう。第四に、債務者が複数の執行士によって宣誓に代わる保証を要求される危険性がある。

ワーキング・グループは、まず第一の批判（複数方面からの執行）に対しては、このような危険性は現在すでに執行庁（Vollstreckungsbehörde）および執行担当公務員（Vollziehungsbeamten）による租税執行および行政執行が執行官と並行して行われている点で現在のシステムにも存在するものであって領域保護を維持しても解決する問題ではなく、また債務者に対して複数の方面から同時にまたは連続して執行がなされることは、個別的強制執行における優先主義（Prioritätsgrundsatz、民訴法804条3項、執行官職務規程117条2号、強制競売強制管理法11条2項参照）に内在するものであると反論する<sup>(21)</sup>。すなわち、個別的強制執行では、複数の債権者が競合したとしても、基本的に債権者が同順位で取り扱われたり執行の目的物から平等に配当されたりすることはなく、むしろ債務者の財産に対してい

(20) 第二中間報告12頁。

(21) 第二中間報告12頁。

ち早く差押質権を取得した債権者が他の債権者に先立って完全な満足を受けることになる。したがって、債務者に対する即座のかつ場合によっては複数回にわたる執行官の活動は、債権者および強制執行法上の観点からは望ましいことであるとする<sup>(22)</sup>。この点で、執行官職務規程168条1号および同173条1号5文の規律<sup>(23)</sup>が優先主義に違反するか否かについて学説上の対立があるが<sup>(24)</sup>、たとえ否定説であっても、最初の申立てを遂行する

(22) 第二中間報告13頁。

(23) 執行官職務規程168条1号は、動産執行において、「申し立てられた差押えを遂行する前に他の債権者から同一債務者に対する差押えの申立てを受けた執行官は、すべての申立てを同時のものとして取り扱わなければならない、したがってすべての関係債権者のための差押えは同時に効力を有する。執行の申立てが執行官の下に到達した順序は、前の申立てに基づく差押えが未だなされていない限り、問題とはならない。というのは、執行の申立ての受理それ自体は、ある債権者の他の債権者に対する優先権を基礎づけないからである。1つまたは個々の申立ての遂行に支障があるとしても、他の申立ての処理は、それを理由にして遅滞されてはならない。」と規定する。また同173条1号5文は、債権執行において、「執行官は、同一の第三債務者に対する複数の差押命令の送達を委託されたときは、それらすべてを同じ時点で送達し、かつどの決定を同時に送達したかを個々の送達証書に記載する。」と規定する。

(24) 判例および従来の通説は、申立ての受理に基づく債権者の優先性は法律上規定されていないこと等を理由にこれを否定するが (RG, JW 1931, 2109, 2110; LG Hamburg, DGVZ 1982, 45; Wiczorek/Schütze, ZPO, Bd. IV, 2. Aufl., 1981, § 827 C; Bruns/Peters, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1987, § 21 VII 4; Becker, in: Musielak, ZPO, 1999, § 827 Rn. 5; Stöber, in: Zöllner, ZPO, 25. Aufl., 2005, § 808 Rn. 25; Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl., 2007, § 804 Rn. 10; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., 2007, § 804 Rn. 15)。近時の有力説は、執行官の超過負担のために時間的に相前後して受理された執行の申立てがしばしば同順位とされることがあり、執行官が長い間待機することで優先主義が幅広く制限されかねないこと等を理由にこれを肯定する (Gaul, JZ 1973, 473, 483 Fn. 153; Stürner, ZJP 99 (1986), 291, 322f.; Schilken, in: Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., 1997, § 51 IV 1; Lüke, in: Wiczorek/Schütze, ZPO, Bd. IV, Tb. 1, 3. Aufl., 1999, § 804 Rn. 32; Schilken, in: MünchKomm-ZPO, Bd. III, 2. Aufl., 2001, § 808 Rn. 31; Münzberg, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. VII, 22. Aufl., 2002, § 827 Rn. 7; Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. I, 3. Aufl., 2002, § 804 Rn. 3; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvoll-

前に受理された、ほんの短期間の間に相前後してなされた申立てを一括することが許容されるにすぎず、執行官は基本的に、同一または他の債権者による別個の執行の申立てが後に続くか否かおよびそれがどのような申立てであるかを待ってはいないとされる<sup>(25)</sup>。また、申立ての効果の全部または一部を無に帰せしめるような執行官による不適法な遅滞は、職務上の責任を基礎づける執行官の義務違反を意味する<sup>(26)</sup>。そのためワーキング・グループは、個々の申立てを別々に処理することが非経済的であるとするとドイツ執行官連盟の批判は、執行官が同一債務者に対する複数の申立てを「集積する („auflaufen”）」ことで全体的にみればより経済的に処理することができるとする誤った前提に基づくものであると主張する<sup>(27)</sup>。他方で、執行官職務規程168条1号および同173条1号5文の規律はこのような取扱いを事実上助長しており、かつ現在のシステムにおける執行官の超過負担に鑑みて、個々の申立てのために執行官が債務者のもとを訪れることはまれであり、ここから実務上執行官は申立ての受理後すぐに行動に移すのではなく、しばしば同一債務者に対する同時処理の可能な別の申立てが到達するのを待つようになっている<sup>(28)</sup>。これによれば、先に申立てを行った債権者が不利に扱われ、逆に後から申立てを行った債権者が有利に扱われることになるが、そもそもこのような執行官の待機およびそれによる強制執行の遅滞は現行法上も違法である。そこでワーキング・グループは、個々の申立てを遅滞なく遂行する経済的なインセンティブおよび十分な能力 (Kapazitäten) を作り出し、それによって個々の執

---

streckungsrecht, 2006, § 6 C I 1 Rn. 6. 39; Knoche/Biersack, NJW 2003, 476 ff.)。

(25) 第二中間報告13頁。なお、執行官職務規程173条1号3文参照。

(26) Gaul, in: Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., 1997, § 25 IV 1 b; Wurm, in: Staudingers, BGB, Bd. II, 13. Aufl., 2002, § 839 Rn. 659; Palandt, BGB, 65. Aufl., 2006, § 839 Rn. 120; Knoche/Biersack, aaO. (Fn. 24), S. 479f.

(27) 第二中間報告14頁。

(28) Knoche/Biersack, aaO. (Fn. 24), S. 477; 第二中間報告14頁。

行士が労働意欲をさらに強化することを通じて、上記弊害に対処すべきであるとする<sup>(29)</sup>。すなわち、権限委任モデルにおける競争状態によって、執行士は、別の債権者が別の執行士を通じて自己の申立人を差し置いて同一の債務者の財産に対して優先権を取得することがないように、基本的には別の申立てがなされるか否かを待つことなく申立ての受理後直ちに当該申立てを遂行するようになるであろうとする<sup>(30)</sup>。そして、これは優先主義を強化するのみならず執行士に対しては差押えの申立てを遅滞なく遂行しようとする非常に強いインセンティブを与えるものであり、さらには執行の申立てをより迅速に処理するという債権者の利益および民営化によって追求される手続の迅速化という目標にも合致するものであると主張する<sup>(31)</sup>。

次に第二の批判（分割払いの合意）に対しては、債権者が債務者と分割払いの合意を締結することで平和的に処理するために差押処分（Pfändungszugriff）を放棄する場合、当該債権者は差押えの対象となった目的物に担保を設定することで、他の債権者の差押えを防止することができると反論する<sup>(32)</sup>。

さらに第三の批判（債務者との個人的接触）に対しては、債権者が特定の区域において執行士を自由に選択することができる場合、交通費の補填（Wegegeldentschädigung）は基本的に変更されないことから、債権者は一般的に債務者の場所に最も近いところにいる執行士に対して申立てを行うと考えられるのであって、執行士と債務者との個人的接触がなくなることについてはそれほど心配する必要はないと反論する<sup>(33)</sup>。その他、ある区

---

(29) 第二中間報告14-15頁。

(30) 第二中間報告15頁。

(31) 第二中間報告15-16頁。

(32) BT-Drs. 16/5727, S. 39.

(33) すなわち、債務者の場所から遠くにいる執行士に対して申立てをするとき、債権者は増額されてその限りで場合によっては支払う必要のなかった交通費等の費用についてまで心配しなればならなくなる。第二中間報告16頁；

域の執行士の（限定された）人数によって、執行士は将来的にも自己の職務執行区域内の債務者と特別な関係（Beziehung）を築くことができるであろうこと、面識のない債務者については民訴法915条以下および倒産法26条2項にいう債務者表（Schuldnerverzeichnis）から一定の知識を得ることができること、および将来的には新たな情報源の追加もあり得ることも主張する<sup>(34)</sup>。

そして第四の批判（複数の宣誓に代わる保証）に対しては、債務者がある執行士に対して宣誓に代わる保証をした場合、当該債務者は民訴法903条に基づいて他の執行士に対してこれを拒絶することができ、他の債権者は得られた財産目録の謄本を閲覧することができ<sup>(35)</sup>、さらに他の執行士は現在の費用によれば職務行為が処理されていないために執行官費用法の費用目録第604号に基づく手数料しか受領できないが他方で債務者の呼出し以上に費用は発生しないのであるから、複数の執行士によって宣誓に代わる保証のために債務者の呼出し（Vorladung）があり得るということは甘受できるものであると反論する<sup>(36)</sup>。

以上より、ワーキング・グループは、ドイツ執行官連盟からの批判を受けてもなお、競争による労働意欲の創設がなければ、望ましい強制執行の実現（Effektuiierung）を達成することはできないであろうと述べる<sup>(37)</sup>。

---

BT-Drs. 16/5727, S. 39.

(34) 並行して開催されているワーキング・グループ「強制執行法（強制執行手続）の現代化」では、執行官が実際に他の執行手続が存在しているか否かを知ることのできる登録簿（Register）を創設する等の最新の手続様式や、強制執行の分野における電磁的記録の導入または個々の執行手続の分野（例えば債権差押え）における自動化の範囲内での執行登録簿（Vollstreckungsregister）の導入等について議論がなされている。もっとも、ワーキング・グループは、この登録簿は自動化が不可能と思われてきた従来の執行文手続を補充することのみ役立つであろうとする。第二中間報告16-17頁。

(35) Stöber, aaO. (Fn. 24), § 903 Rn. 5.

(36) 第二中間報告17頁。

(37) 第二中間報告18頁。なおその他の理由として、ベルギーにおいて執行士の自由選択がすでに存在していることも挙げている。第二中間報告17-18頁。

### （３） 制限的な競争

もっとも、ワーキング・グループおよび草案起草者も、執行士の間で無制限かつ場合によっては破壊的な競争まで許容されるべきではないと主張する。すなわち、このような破壊的な競争や収益の少ない場所での執行士の供給不足（Unterversorgung）ということになれば、国家によって保証されるべき強制執行の機能が危険にさらされ、かつ執行士がその職務を行うにつき必要とされる独立性および公平性（執行士法草案12条1項）が失われるおそれがあるため、競争の完全な自由化は生産的ではない（kontraproduktiv）であろうとする<sup>(38)</sup>。そこで、執行士間の競争を健全な程度に制限し、かつ経済的に無意味な排他的競争から執行士を保護する必要があるとする<sup>(39)</sup>。

まず、執行士には、職務執行区域として地方裁判所の区域が配分され（執行士法草案8条1項）、執行士の土地管轄は、他に規定がない限り配分された職務執行区域に限定される（同草案10条1項1文）。この区域内において、通常は、一方で競争者の数を見通すことができ、他方で執行士の団結（Zusammenschlüsse）による競争の制限を危惧する必要がないほどの数の執行士が活動するものと考えられる<sup>(40)</sup>。もっとも、地方裁判所区域の大きさの違いを考慮する必要があるため、ラント政府は、秩序ある司法の必要性に基づいて、法規命令によって、異なる職務執行区域を確定することができる（同草案8条2項1文）。とくにラント政府は、区裁判所の区域またはそこに10万人以上の住民がいる場合にはその一部を職務執行区域として特定ことができ（同草案8条2項2文）、また大都市の地方自治体では市区（Stadtbezirke）を確定することも考慮に値する<sup>(41)</sup>。土地管轄を有しない執行士が職務行為を行った場合、これによって当該行為が無効と

---

(38) 第二中間報告11頁；BT-Drs. 16/5727, S. 39.

(39) BT-Drs. 16/5727, S. 39.

(40) BT-Drs. 16/5727, S. 39.

(41) BT-Drs. 16/5727, S. 67.

なることはないが（同草案10条1項3文）、当該執行士は、職務上の義務違反を理由として、監督官庁による懲罰（Ahndung）を受ける<sup>(42)</sup>。

申立人は、土地管轄を有する執行士の中から自由に選択することができ（同草案10条2項）<sup>(43)</sup>、このような申立人の選択可能性は、職務執行区域の確定によっても（同草案8条4項）、また共同の職務行使または事務所の共同利用によっても（同草案11条3項）、排除されてはならない。また、申立てを受けた執行士が土地管轄を有しない場合、当該執行士は管轄を有する他の執行士へ申立てを引き渡す前に申立人の同意を求めなければならない（同草案10条7項）。これは、他の執行士へ申立てを引き渡すことによって申立人の選択権が害されないようにするためである<sup>(44)</sup>。

ラント司法行政部は、とくに当該職務（Amtsstellen）の経済的充足性（Auskömmlichkeit）等を考慮して、秩序ある司法の要求に対応する数の執行士を任命しなければならない（同草案4条）。すなわち、当該職務の経済的生活能力についてたえず観察し、変化が生じた場合には職の新設または廃止を通じてこれに対応しなければならないとすることで、ある職務執行区域内では常に経済的に採算が取れるほどの数の執行士のみが活動するということが保証されるのであり、ここから執行士が自ら生計を立てるために他の競争者を押しよける必要はないであろうとされる<sup>(45)</sup>。

---

(42) BT-Drs. 16/5727, S. 68.

(43) 執行官制度改革法草案4条5号による民事訴訟法753条の改正により、現在の区裁判所書記課による申立てのあっせん（執行官分配庁）は廃止され（BT-Drs. 16/5727, S. 43, 102）、申立ては当事者等によって執行士に対して直接行われる（執行士法草案2条3項）。もっとも、これによって私法上の委任関係またはその他の私法上の関係が生ずるわけではないとされる。BT-Drs. 16/5727, S. 62.

(44) BT-Drs. 16/5727, S. 68.

(45) BT-Drs. 16/5727, S. 39.

### 第 3 節 執行士に対する国家の監督と自治

#### （1）国家の監督

権限の委任を受けた執行士に対する監督は、基本的に国家によって直接的に行使されなければならない、秩序ある職務の履行に対する国家の責任を保証するために執行士に対する監督を整備することは、権限委任システムへ転換するための憲法上の準則に属する<sup>(46)</sup>。そして、権限の委任を受けた執行士は基本法20条2項にいう国家権力を行使し、その限りで民主的な正当性（demokratische Legitimation）が必要とされるため、弁護士会のように監督を自治団体に完全に委任することは違憲の疑いが強いとされる<sup>(47)</sup>。

国家が職務を履行する場合は階層構造を伴う分業（Arbeitsteilung）が不可欠であり、そのために職務担当者を監視（Überwachung）する必要がある。この監視には、場合によっては結果的に指示（Weisungen）、処分および強制処分を通じて遂行される管理（Kontrolle）および調査（Prüfungen）が役立ち、これらはすべて広義の職務監督（Dienstaufsicht）に属する<sup>(48)</sup>。また、国家組織内の監督および高権的職務を遂行する他の組織または人々に対する監督は、とくに狭義の職務監督、専門監督（Fachaufsicht）および法的監督（Rechtsaufsicht）に分類される<sup>(49)</sup>。狭義の職務監督とは、懲戒監督を含む内部規律、一般的な業務遂行（Geschäftsführung）および人事に関する組織上の監督（organisatorische Aufsicht）をいう。専門監督とは、行政法上一般的に、下位官庁または監督に服する高権力の担当者（Hoheitsträgern）に対する、委任された職務の適法かつ合目的な処理に関する内容上の監督をいう。法的監督とは、実体的判断の適法性に

(46) 第一中間報告26頁；第三中間報告19頁；BT-Drs. 16/5727, S. 40f.

(47) 第三中間報告23頁；BT-Drs. 16/5727, S. 41.

(48) Lerch, in: Elymsnn/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., 2004, § 93 Rn. 2; 第三中間報告17頁。

(49) 第三中間報告17-18頁。

関する内容上の監督をいい、監督される機関の自主性または独立性に鑑みて実質的監督 (Sachaufsicht) の限定された形態である。この点、国家が高権的職務を履行する権限受任者を監督する場合、当該監督は、権限受任者の行動または職務遂行 (職務監督、人的監督もしくは懲戒監督) のみならず職務の内容上の履行 (専門監督もしくは法的監督) にも関連するため、これは狭義の職務監督 (人的監督もしくは懲戒監督) と法的監督または専門監督が混合された混合形態 (Mischformen) といえることができる<sup>(50)</sup>。

ところで、一般的に成功した民営化のモデルと言われている公証人の分野では、公証人の職務遂行の調査および監視は国家の監督官庁の義務であり (連邦公証人法93条1項)、監督官庁とは地方裁判所の所長、高等裁判所の長官およびラント司法行政部である (同法92条)。もっとも、司法行政部の監督権限 (とくに法的監督) は公証人の独立性 (同法1条) に基づいて制限されるため、個々の事案で法適用に関する指示がなされてはならず、また公証人によって選択された法の形成 (Rechtsgestaltung) の合目的性に関する監督は行われない。そして、法律上の誤りについても、明確で特定されかつ一義的な法律の文言に違反した場合にのみ、異議を申し立てることができる<sup>(51)</sup>。

また、現在の法状況によれば、公務員たる執行官は、自己の公務員の地位に対応して、土地管轄を有する区裁判所もしくは地方裁判所の所長、高等裁判所の長官またはラント司法行政部の職務監督および懲戒権に服する<sup>(52)</sup>。さらに、監督を行うために特別な訓練を受けた調査公務員 (Prüfungsbeamte) が任命され、この者による通常または特別な業務調査 (Geschäftsprüfungen) を通じて監督が行われており (執行官規則96条以下)、当該調査公務員は管轄を有する官庁の長の補助者 (Hilfskräfte) とし

---

(50) 第三中間報告19頁。

(51) Baumann, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 5. Aufl., 2003, § 93 Rn. 9 ff.; Lerch, aaO. (Fn. 48), § 93 Rn. 29ff.; 第三中間報告20頁。

(52) 第二中間報告20頁、第三中間報告20-21頁。

で機能している<sup>(53)</sup>。他方で、執行官は現行法上も、執行法上の決定および行為について自己責任で活動しかつ対応する法律上の規定の範囲内では指示を受けることなく行動しており、また執行官の執行法上の決定および行為は当事者の適法な法的手段または法的救済に基づいてのみ執行裁判所によって再審理がなされ得るために、執行官に対する職務監督は、固有の執行機関としての機能の範囲内では実質的な独立性と緊張関係にある<sup>(54)</sup>。さらに、執行法上の決定の内容および合目的的に影響を及ぼすような専門監督については、現在も行われていない<sup>(55)</sup>。

そこで、ワーキング・グループは、権限委任モデルへの転換によって、従来の公務員たる執行官または同様に権限の委任を受けた公証人に対する監督についての要求を超えるような、権限受任者の強制執行活動に対する実質的監督についての過大な要求がなされることはなく、またこれまでの実績ある司法行政部による監督の構造が権限委任モデルでも継続される限り、国家の監督を混合された職務監督および法的監督に限定することは将来利用され得る手続法上の法的救済に鑑みても適切かつ十分であるとす<sup>(56)</sup>。さらに、これまで監督官庁で任命されてきた調査公務員は今後も任命されるべきであるとされる<sup>(57)</sup>。

## （2）執行士会による自治

直接的な国家の監督は、専任で職務活動を行う公証人を模範として、職能身分的な団体システムによって補完されなければならない。すなわち、ラントの執行士は執行士会を形成するが（執行士法草案65条1項）、執行士会は、人数上の観点から、弁護士会や公証人会とは異なり、原則として高等裁判所レベルではなくラントレベルで設置される<sup>(58)</sup>。執行士会は社団

---

(53) 第三中間報告21頁。

(54) BVerwGE 65, 278, 281 ; BGH, NJW-RR 2005, 149, 150 ; 第三中間報告21頁。

(55) 第三中間報告21頁。

(56) 第三中間報告22頁。

(57) BT-Drs. 16/5727, S. 41.

法人であり（同草案66条1項1文）、ラント司法行政部の監督に服するが、当該監督は、法律および会則（Satzung）が遵守されていること、とくに執行士会に委任される職務が履行されていることに制限される（同草案66条2項）。執行士会はその構成員である執行士全体を代表し（同草案67条1項1文）、構成員に対する職業監督（Berufsaufsicht）を行い、構成員の活動に対する監督官庁の監督活動を補助し、かつ執行士法の発展に寄与する<sup>(59)</sup>。執行士会は、ラント司法行政部によって認可された指導要綱（Richtlinien）において、法律上の規定およびそれに基づいて公布された法規命令（Rechtsverordnungen）の範囲内での自己の構成員の職務上の義務およびその他の義務を、会則を通じてより詳細に規定する義務を負う（同草案67条2項）。他方で、軽微な秩序違反行為の場合には、執行士に対して訓告（Ermahnung）を言い渡す権限を有する（同草案77条1項）。その他、執行士会の職務には、信頼損害保険の運営、執行士管理人によって管理される執行士職の経済的管理等の構成員の共同の利益に資する義務的職務が含まれるが、福利厚生施設（Fürsorgeeinrichtungen）の運営等の任意的職務を引き受けることもできる（同草案67条3項4項）。

個々の執行士会は、連邦執行士連合会（Bundesgerichtsvollzieherkammer）に統合される（同草案78条1項）。連邦執行士連合会は社団法人であり、連邦司法大臣による監督に服する（同草案79条1項2項）。個々の執行士会と連邦執行士連合会の内部構造は、弁護士会および公証人会の模範にならう<sup>(60)</sup>。

## 第4節 教育制度

### (1) 執行士に要求される能力

権限委任モデルによれば、執行士は将来、権限の委任を受けた公的職務

---

(58) BT-Drs. 16/5727, S. 41.

(59) 第二中間報告21頁；BT-Drs. 16/5727, S. 41.

(60) BT-Drs. 16/5727, S. 41.

の担当者として活動することになるが、その場合には法の適用者（Rechtswender）として、自己の職務領域において必要とされる法的知識（とくに民法および民事訴訟法、商法および会社法、有価証券法、手形法および小切手法、強制執行法、送達法、倒産法、ならびに現在の執行官規則、執行官職務規程および執行官費用法等）を有していなければならない。また、新たな問題や複雑な問題の所在を解明することができるように、法領域をまたがる関連性を認識しかつ理解する能力が重要である<sup>(61)</sup>。他方で、強制執行手続における動産執行の重要性は著しく低下し<sup>(62)</sup>、現在の執行官の活動は純粋な執行から債権者と債務者との間の仲介（Vermittlung）へと変化しているが、これはとくに第二次強制執行改正法によって執行官の自由裁量の余地が拡大されたことに示されている。そこで、執行士にとっては、説得力、高度のコミュニケーション能力、社会的知識（Intelligenz）および経済に関する理解力が法的知識と同様に重要であり、また債務者および債権者と信頼できかつ適切な関係を築くためにもある程度の人生経験が不可欠である<sup>(63)</sup>。さらに、現在の継続的な高い業務量を処理するためには電子式データ処理（EDV）のプログラムを使いこなす能力がますます重要になり、また効率的に作業するには役場での業務を事務員および書記に任せなければならないために、執行士は一方では使用者としての地位に必要な法的知識（労働法、租税法および保険法）を、他方では従業員との関係（Umgang）または従業員の管理のための能力を有していなければならない<sup>(64)</sup>。そして、執行士は、市民の基本権（所有権、住居の不可侵等）を著しく侵害し得る高権的な強制権限を行使するために、とくに比例原則

---

(61) 第三中間報告27-28頁。

(62) 第三中間報告28頁は、すべての動産執行手続の少なくとも30%が差押質権の放棄（Pfandabstand）で終了しており、また執行の申立ての圧倒的多数が強制執行という脅し（Drohung）により債務者が任意に弁済することで処理されているとする。

(63) 第三中間報告28頁。

(64) 第三中間報告29頁。

(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) に鑑みて、法治国家の拘束に服する、国家による威力の独占に組み込まれる高権的権限を行使しているということ認識していなければならない<sup>(65)</sup>。

## (2) 教育モデル

執行士の職業に就くためには、健康上の適性 (gesundheitliche Eignung) および秩序ある経済的生活のほかに、執行士の職務に適する資格および専門的能力を有していなければならない (執行士法草案 5 条 1 項)。その場合に考えられる教育制度および教育課程として、司法学校 (Justizschule) または執行士学術院 (Gerichtsvollzieherakademie) モデルと、専門大学 (Fachhochschule) モデルの 2 つがある<sup>(66)</sup>。この点、ワーキング・グループの多くの委員も、専門大学での教育のほうが望ましいとは考えているが、絶対にこれでなければならないというわけではなく、また教育制度に関するラントの決定権限に鑑みて、連邦で統一的な執行士の教育制度を特定することはせず、各ラントは司法学校または執行士学術院モデルか専門大学モデルのどちらかを選択することができるとしている<sup>(67)</sup>。

### ① 司法学校または執行士学術院

司法学校および執行士学術院は、国家の運営する教育制度である点で共

---

(65) 第三中間報告29-30頁。

(66) なお、ワーキング・グループは、執行士のもとでの教育と職業学校 (Berufsschule) への通学を同時に行う二元システムの教育モデルについて、たとえ教育期間を 3 年間としてもほとんど実効性がないであろうとして、これを拒絶している。第三中間報告32-33頁。

(67) 第三中間報告33頁；BT-Drs. 16/5727, S. 42, 65。なお、教育場所 (Ausbildungsplätze) の必要数が比較的わずかなことに鑑みて、双方のモデルにおいてラントを超えた (länderübergreifend) 協力も考慮に値するとされる。BT-Drs. 16/5727, S. 43。また、第三中間報告48-52頁では、すべてのモデルにおける教育のための統一的な入学要件および教育内容について検討されている。

通するが、執行士学術院の運営については、中長期的にはその全部または一部が設立される執行士会に受け継がれ、国家は執行士学術院に対する監督を行うことになる<sup>(68)</sup>。両者とも、専門理論課程および1名または数名の教育執行士（Ausbildungsgerichtsvollzieher）による職業実務的な教育段階を有し、その期間中は国家と公法上の教育関係（öffentlich-rechtliches Ausbildungsverhältnis）にある教育が行われ、さらに引き続いて国家が責任を負いかつ準備を行う執行士試験の合格によって修了する（執行士法草案5条2項1号）。その限りで、現在の執行官教育を行っている司法学校での教育と本質的には異ならず、実務指向の強い教育がなされ得る<sup>(69)</sup>。もっとも、執行官は従来は中級司法職公務員から募集されており、その予備知識に基づいて教育が行われていたために教育期間は18ヶ月から20ヶ月であったが、将来の執行士については中級司法職公務員からまず第一に募集されるわけではないから、専門理論課程および職業実務的な教育段階はそれぞれ12ヶ月以上で、全体的に少なくとも2年間の教育が必要になる<sup>(70)</sup>。学生（Nachwuchskräfte）は、公証人試補の場合と同様に、執行士会の会費による分担金システム（Umlagesystem）に基づいて調達される教育資金（Ausbildungsvergütung）を受け取る<sup>(71)</sup>。この場合に執行士会は、教育のために学生が配属された執行士による、教育資金の全部または一部の償還（Erstattung）について規律することができる（執行士法草案67条2項3文12号）。教育への受け入れは必要に応じて行われ、入学要件としては志願者の事前の資格証明（Vorqualifikation）を前提とするが、入学要件および入学試験に関する規律は各ラントの義務である<sup>(72)</sup>。

---

(68) 第三中間報告33頁、36頁。

(69) BT-Drs. 16/5727, S. 42.

(70) BT-Drs. 16/5727, S. 41f.

(71) なお、第三中間報告34頁等では国家の扶養料（Alimentierung）または分担金システムに基づく教育資金を予定していたが、BT-Drs. 16/5727, S. 42では、教育のために国家が扶養料を支払うことは権限委任システムに適合しないと見て、教育資金のみを認めている。

司法学校または執行士学術院モデルの主たる長所は、第一に、従来の司法学校での教育形態をそれほど変更せずに利用することができ、かつ執行士の活動に対する特別な要求に適合する実務指向の強い専門教育がなされ得ることであり、第二に、事前教育 (Vorausbildung) を基礎とした教育の場合には、教育を受けた執行士が必要不可欠な職業的成熟 (Berufserife) または人生経験 (Lebenserfahrung) を有することが保証され得ることである。これに対してこのモデルの主たる短所は、第一に、執行士学術院を設立する場合には全く新しい構造が構築されなければならないことであり、第二に、学生を権限受任者にするためにまず公法上の教育関係の中で引き受けるとすることにあまり説得力がないことであり、第三に、国家による運営を前提とする場合には専門大学モデルで必要とされる教育費用以上の費用が必要となり、他方で分担金システムによる場合には執行士会に会費を支払う執行士が教育費用を賄うことができるか疑わしいことである<sup>(73)</sup>。

## ② 専門大学モデル

執行士の職務に適する資格および専門的能力を有する者として、法律学または経済法学に関する、大学または専門大学における学習を修了した者が考えられ (執行士法草案 5 条 2 項 2 号 1 文)、これによって理論指向の強い教育がなされ得る。専門大学で教育がなされる場合、2 つの異なる修了による学習課程が問題となる。すなわち、一方は従来行われてきたディプロム号 (Diplomgrad) の授与による修了であり (大学大綱法 18 条)、他方は学士号 (Bachelorgrad) またはバカラウレウス号 (Bakkalaureusgrad) の授与による修了である (同法 19 条)。

1999 年 6 月 19 日のヨーロッパ各国の教育大臣による「ヨーロッパ高等教

---

(72) 第三中間報告 34 頁；BT-Drs. 16/5727, S. 42.

(73) 司法学校または執行士学術院モデルの長所および短所については、第三中間報告 35-38 頁参照。

育圏」宣言（いわゆるボローニャ宣言）の署名に基づくボローニャ・プロセス（Bologna-Prozess）<sup>(74)</sup>に従って、ドイツの大学でも学士課程と修士課程による二段階学習構造が2010年までに創設されるべきものとされている<sup>(75)</sup>。そこで、大学は、学士号（またはバカラウレウス号）および修士号（またはマギスター号）をもたらす学習課程を導入することができる（大学大綱法19条1項）。また、2003年6月12日になされた文化大臣会議の決議「ドイツにおける学士・修士構造のための10の命題」によれば、学士修了および修士修了は、独自の職業資格を証明する（berufsqualifizierende）大学での修了であって、ディプロム学習課程と学士修了との統合は認められない（第1命題）。最初の職業資格を証明する修了としては、学士が大学での学習における通常の修了であり、大多数の学生にとっては最初の職業との連結（Berufseinmündung）をもたらす（大学大綱法19条2項1文、第2命題前段）。大学生のうちでも少数の者のみが第二段階である修士課程を開始し修士号で修了するが、当該修士課程への入学は、最初の職業資格を証明する大学での修了またはそれと同等の修了を必要の要件とし、さらにそれ以上の特別な入学要件が要求される（大学大綱法19条3項1文、第2命題後段）。大学での学習における通常の修了として、学士は、通常の学習

(74) ボローニャ・プロセスでは、①理解しやすくかつ比較しやすい修了システムの導入、②学士・修士の二段階学習システムの導入、③ECTSモデル（ヨーロッパ単位相互認定制度）による単位数システムの導入、④自由な移動を阻害している障害の除去による大学生、教員、研究者および大学当局職員の移動性の促進、⑤品質保証におけるヨーロッパ共同作業の推進、および、⑥大学の分野における必要的なヨーロッパ的次元の推進、といった目標が追求される。第三中間報告39頁注14。なお、ボローニャ・プロセスとドイツ法曹養成との関係については、法曹養成の調整のための司法大臣会議委員会の報告「ボローニャ・プロセスおよびその法曹養成へのあり得る影響」（以下、「調整委員会報告」という）および小野秀誠「グローバル化のものと法曹養成—ボローニャ宣言による標準化—」一橋法学6巻1号1頁以下（2007）参照。

(75) もっとも、ボローニャ宣言は、直接的な法的拘束力を有さない参加国の意思の表明（Absichtserklärungen）にすぎず、EC法でも多国間の条約でもないために、国内法での整備を必要とする。Wulfen/Schulegel, NVwZ 2005, 890; 調整委員会報告50頁。

期間内に取得されるべき内容を通じて明らかにしなければならない、独自の職業資格を証明するプロフィール (Profil) を必要とする (第 3 命題前段)。学士課程は、職業資格の証明に不可欠な学問上の基礎、研究能力 (Methodenkompetenz) および職業分野に関する資格証明 (Qualifikationen) を与えなければならない (同後段)<sup>(76)</sup>。通常の学習期間は、学士課程では最低 3 年・最高 4 年であり、修士課程では最低 1 年・最高 2 年であるが<sup>(77)</sup> (大学大綱法 19 条 2 項 2 文, 3 項 2 文, 第 6 命題 1 文), 連続的な学習課程の場合には通常の学習期間は最高 5 年であり (大学大綱法 19 条 4 項, 第 6 命題 2 文), 学士 3 年・修士 2 年または学士 4 年・修士 1 年となる。学士修了には少なくとも 180 ECTS 単位が必要であり, 連続的な修士修了の場合には, 最初の職業資格を証明する修了までの学習課程を含めると 300 ECTS 単位が必要となる (第 6 命題 3, 4 文)。ただし, 学士課程については, 対応する修士修了が大学で取得され得ないとしても設置することができる<sup>(77)</sup>。

ところで, 完全法律家 (Volljurist) の獲得を目指す従来のドイツの法曹養成制度にボローニャ・プロセスで目標とされた学士・修士システムを導入することの可否については見解が激しく対立しているが<sup>(78)</sup>, 2004 年 4

(76) 他方で修士課程は, そのプロフィール・タイプから「より応用指向の強い」ものと「より研究指向の強い」ものに区別され, 様々な大学の課題 (Aufgaben) に対応して総合大学のみならず専門大学でも提供され得る (第 4 命題)。また, 先行する学士課程を専門的に継続しかつより深め, または一専門的な関連性が維持され続ける限り一専門分野を越えて (fächerübergreifend) 拡大することができる (連続的学習構造)。継続教育学習課程として, 修士課程は, 職業実務の段階と, 職業上の経験を考慮した教育の提供を必要とする (第 5 命題)。

(77) 2003 年 10 月 10 日の文化大臣会議の決議「学士・修士課程の信任のための大学大綱法 9 条 2 項に基づく各ラントで共通の構造準則」3 頁。ただし同決議 2 頁は, 国家によって規律される学習課程 (とくに医学, 法学) および教会での修了を伴う学習課程の分野における学士・修士課程について, 最初から特別の規律が留保され続けることを予定している。

(78) 法曹と関係を有する諸団体の態度表明については, 調整委員会報告 97 頁以下および添付書類集 4/1 から 4/22 参照。

月に司法大臣会議の議長から「法学教育における学士・修士構造」というテーマについての態度表明を明らかにすること等を依頼された法曹養成の調整のための司法大臣会議委員会は、その最終報告書でこれに反対し<sup>(79)</sup>、また司法大臣会議も2005年11月17日にベルリンで開催された秋季会議において正式に反対を表明している<sup>(80)</sup>。

これに対し、一般的に専門大学における学習課程に学士・修士システムを導入することは可能であると解されており<sup>(81)</sup>、現在すでに学士・修士システムを導入した専門大学も多く存在している<sup>(82)</sup>。これは、専門大学での学習を予定している司法補助官の教育<sup>(83)</sup>についても当てはまり<sup>(84)</sup>、また執行士の教育に関しては司法補助官の教育を模範とすべきとされていることからして<sup>(85)</sup>、執行士の教育を学士課程を導入した専門大学で行うことは可能であると考えられる<sup>(86)</sup>。この場合には学習内容のモジュール化 (Modularisierung) が必要となり、個々のモジュールごとに学習対象が分割されかつそれぞれについて試験がなされなければならないが、ここでは ECTS モデルに基づく単位振替 (Leistungspunkten) が行われる<sup>(87)</sup>。入学要件としては、大学大綱法27条1項に基づく一般的な要件が必要とされるが、例外的に中級司法職員であった者については、同法27条2項2文に

---

(79) 調整委員会報告170頁以下および194頁以下。

(80) Beschluss TOP I. 1. なお、Zypries 連邦司法大臣もまた、ボローニャ・プロセスの法曹養成制度への導入に反対している。

(81) 調整委員会報告308頁。

(82) 調整委員会報告の添付書類集8/1から8/4参照。

(83) 司法補助官法34a 条および各ラントの司法補助官の教育および試験に関する規則参照。

(84) 調整委員会報告321頁。

(85) BT-Drs. 16/5727, S. 42.

(86) ノルトライン・ヴェストファーレン司法専門大学の学長もまた、司法や刑罰といった専門分野に学士課程が可能であるとすれば、ノルトライン・ヴェストファーレン司法専門大学における学習の提供を区裁判所の検事や執行官の教育にまで拡大することも検討すべきであると述べている。調整委員会報告318頁。

(87) 第三中間報告41頁。vgl. Zedel, DGVZ 2007, 146, 147.

基づきラント法によって詳細に規定される要件（例えば数年間の職務経験または入学試験）が要求され得る<sup>(88)</sup>。また、専門大学における学習によって到達し得る教育水準に鑑みれば、執行士のみならず弁護士、銀行員および債権取立会社の従業員といった他の職業分野での就職も可能であろうから、学生の在籍権（Studienplätze）の数はもはや執行士の必要数に適応させる必要はない<sup>(89)</sup>。他方で、司法学校または執行士学術院との違いとして、専門大学の学生は、国家または執行士会から教育資金その他の扶養料を受け取らず、自己責任で教育費用を調達しなければならない。ただし、この場合には学生は連邦奨学資金法による一般的な国家の教育補助金を利用することができるから、国家は学習課程の整備や扶養料のための費用を負担し続けることになる<sup>(90)</sup>。また、司法学校または執行士学術院モデルとの教育の内容上の相違点に鑑みて、各ラントは専門大学の修了者に追加的な実務教育およびそれに引き続く最終的な国家試験を課すことができる（執行士法草案5条2項2号2文）。なお、教育場所の必要数が比較的わずかなことに鑑みて、すでに存在している公的職務のための専門大学における学習課程と統合することも考慮に値するし、さらに司法のための専門大学の場合には、例えば共通の基礎学習という形で、教育内容が重なる部分（Überschneidungen）を利用することもできる<sup>(91)</sup>。

専門大学モデルの主たる長所は、第一に、教育の価値の引上げ（Aufwertung）が意識的になされ得ることであり、第二に、権限委任システムには公法上の教育関係を有さない専門大学における教育のほうが適合すると考えられることである。これに対してこのモデルの主たる短所は、第一に、教育期間が長期化すること（通常は36ヶ月）であり、第二に、専門大学の修了者は権限受任者になる保証（Beleihungsgarantie）を有さな

---

(88) 第三中間報告45頁；BT-Drs. 16/5727, S. 42.

(89) BT-Drs. 16/5727, S. 42.

(90) BT-Drs. 16/5727, S. 43.

(91) BT-Drs. 16/5727, S. 43.

いであろうことであり、第三に、場合によっては21歳から23歳にすぎない専門大学の修了者が執行士の活動に必要な職業的成熟または人生経験を有しているか疑わしいことである<sup>(92)</sup>。

## 第5節 手数料の改正

### (1) 現在の状況

現在の執行官の活動は費用対効果（Kostendeckung）が高いものではなく、執行官の活動に対して国家から大規模な補助金の付与（Subventionierung）がなされている。2002年における執行官の収入と支出の対比から、執行官1名あたりの年間の補助金の必要額は、各ラントで30,754ユーロから47,847ユーロまでの間にあり、ラント平均（ベルリンを除く）で年間約39,000ユーロになる。また、2002年におけるラントの費用補助金は、手数料収入を控除した役場費用補償の支払いを含めて、総額で約1億9800万ユーロに達した<sup>(93)</sup>。

執行士が自己の計算で活動する権限委任システムに転換する場合、現在の低い費用対効果（Kostenunterdeckung）を維持することは不可能であり、執行費用を償還することができるように執行士の費用が法律上規律されなければならない<sup>(94)</sup>。もっとも、この場合には基本法12条の基準との対比がなされなければならないと、確かに立法者には広い形成の余地が認められるが、立法者は、職業担当者（Berufsträger）が報酬規律に基づいて取得することのできる発生手数料（Gebührenaufkommen）が必要経費のみならず適切な生活費をも賄うことができるよう算定されることについて配慮しなければならない<sup>(95)</sup>。

(92) 専門大学モデルの長所および短所については、第三中間報告45-48頁参照。

(93) 第一中間報告の添付書類3；第二中間報告41頁；BT-Drs. 16/5727, S. 43.

(94) BT-Drs. 16/5727, S. 43. また、現在の執行官の活動に対する国家による補助金の付与を執行士に対しても維持することは問題にならない。BT-Drs. 16/5727, S. 50.

(95) BT-Drs. 16/5727, S. 43. なお、弁護士報酬につき BVerfGE 80, 103, 109 ; 85,

なお、手数料の改正の代替案として、固定手数料制から目的物の価額によって手数料が変動するかつての価額手数料制 (Wertgebührensysteem) へ復帰することは適切でないといわれる。その理由は、価額手数料制が実証されている弁護士および公証人の活動とは異なり、執行申立ての圧倒的多数が1000ユーロ以下の債権に関するために、執行士の活動において手数料の拡大の余地は存在しないこと、および2001年4月19日の執行官費用法再編成法 (BGBl. I, S. 623) によりかつて執行官に認められていた価額手数料制は2001年4月をもって意識的に廃止されて固定手数料制に変更された<sup>(96)</sup> ことである<sup>(97)</sup>。

## (2) 執行士費用法の改正の内容

執行士費用法の基本的な改正の内容は、発生手数料の適切な増額によって費用対効果の高い執行士報酬を整備することである<sup>(98)</sup>。現在のシステムにおける補助金の範囲は憲法上望ましいものではなく、確かに国家は債権者に対してその名目上の債権を実現するための効率かつ経済的な可能性を与えなければならないが、これは当該可能性を相当の範囲で無料で認めなければならないということの意味するわけではない。むしろ、責任者主義 (Verursacherprinzip) に基づいて債権者および債務者を実際に発生した強制執行の費用に適切に関与させることは、国家の自由裁量に任されている<sup>(99)</sup>。この点、生活に困窮した債権者には強制執行における訴訟救助が認められなければならないが、現在の執行官の手料は他の司法職

---

337, 349; 107, 133, 143f. 参照。また、新たな職務の配分 (例えば任意競売) に伴う余剰金 (Überschüsse) による混合金融 (Mischfinanzierung) の可能性を引き合いに出すことも適切でないといわれる。第二中間報告62, 64頁; BT-Drs. 16/5727, S. 50. なお、公証人の手数料につき BVerfGE 47, 285, 321参照。

(96) vgl. BT-Drs. 14/3432.

(97) 第二中間報告55頁; BT-Drs. 16/5727, S. 51.

(98) 第二中間報告41頁; BT-Drs. 16/5727, S. 43.

(99) 第二中間報告41頁; BT-Drs. 16/5727, S. 43f.; vgl. Schlosser, DGVZ 1996, 145, 151.

業、とくに強制執行における弁護士報酬と比較するとほとんど重要ではなく、また現在の補助金の削減によって得られる金額から訴訟救助のための超過支出を賄うことができるであろうから、手数料の増額に伴う訴訟救助の支出の増加によっても、国庫に財政的な超過費用（Mehraufwendungen）をかけることにはならないとされる<sup>(100)</sup>。

費用対効果の高い執行士の手数料を整備する場合、執行士が競争状態の中で効率的に活動しかつ十分な経営者としての行動の余地を持つためにどのくらいの売上高を要するかが問題となる。これは平均的な執行士の1年間の平均的な必要額に対応するが、その金額としては、執行士1名あたり年間12万ユーロの総必要額が算出される<sup>(101)</sup>。

ところで、手数料不足を補填するために、次の3つの方法によって達成することが予定されている。

第一は、現在の執行官費用法の費用目録第430号に基づく3ユーロの取立手数料（Hebegebühr）を廃止しかつ成功報酬（Erfolgsgebühr）を新設することである<sup>(102)</sup>。これによって執行の結果を惹起するための労働意欲が創設され、そこから強制執行の効率性の改善がもたらされ得るとされる<sup>(103)</sup>。申立人が満足を得た場合にのみ執行士に対して成功報酬が発生し、その金額は執行売得金（Vollstreckungserlöse）の5%であるが、各申立てにつき最低10ユーロ・最高500ユーロと限定される（執行士費用法草案の費用目録第400号～第404号）。これは、執行士に得られる結果の最低限度の報酬を保証する一方で、執行売得金が非常に高額の場合に執行士の能力（Leistung）と関係なく成功報酬が発生するのを避けるためである<sup>(104)</sup>。こ

(100) 第二中間報告42-43頁；BT-Drs. 16/5727, S. 44.

(101) 内訳は、物件費13,000ユーロ、人件費24,000ユーロ、保険等の費用28,000ユーロ、自己の報酬50,000ユーロ、およびその他の費用5,000ユーロである。BT-Drs. 16/5727, S. 45. なお、第二中間報告26頁以下および添付書類1～4とは算出された予測費用が異なる。

(102) 執行官制度改革法草案第5条第16号qおよびx。

(103) 第二中間報告45頁；BT-Drs. 16/5727, S. 46, 106.

の点、500ユーロの成功報酬は執行売得金が1万ユーロの場合に発生するが、執行申立ての圧倒的大多数が1000ユーロ以下の債権に関するものであり<sup>(105)</sup>、執行売得金が1万ユーロを上回るのは例外的な事例にすぎないから、上限の設定によっても発生手数料が格別に減少することはないとされる<sup>(106)</sup>。

第二は、現在の執行官費用法2条に基づく連邦、ラントおよびその他の公共体の費用免除 (Kostenfreiheit) を廃止することである<sup>(107)</sup>。この規定は、公共体内部での費用の償還はある公的金庫から他の公的金庫への移動を意味するにすぎず不要であるとの考えに基づくものであるが、この考え方は費用・性能・計算 (Kosten-Leistungs-Rechnung) の導入によりすでに公共体内部で疑わしいものになっている上に、執行士は将来自己の計算で活動することになるため、もはや費用免除を維持することはできないとされる。他方で、公共体は固有の執行担当公務員を用いることによって執行士の手数料の発生を回避することができるから、この費用免除の廃止によっても不適切に不利に扱われるわけではない<sup>(108)</sup>。

第三は、現在の手数料を増額することである。この点、現在の手数料金額は執行官の下で発生する経費を補填するものではないから、共通の換算係数 (Umrechnungsfaktor) に基づいて一律に増額されるべきものとされる。ただし、立替金に関する規定、とくに交通費 (執行士費用法草案の費用目録第811号) および文書総額 (Dokumentenpauschale) (同第800号) につ

---

(104) BT-Drs. 16/5727, S. 106.

(105) コンスタンツ大学の中間報告「強制執行の効率性」16頁以下の調査 (1997年4月) によると、債務名義全体の61.5%が執行決定であり、そのうちの57%が1000ドイツマルク (=約511.29ユーロ) 以下である。また、債務名義の9.1%が判決であり、そのうちの42%が2000ドイツマルク (=約1,022.58ユーロ) 以下である。さらに、債務名義の2.3%が費用確定決定であり、そのうちの75%が2000ドイツマルク以下であった。

(106) BT-Drs. 16/5727, S. 47.

(107) 執行官制度改革法草案第5条第3号。

(108) 第二中間報告50頁；BT-Drs. 16/5727, S. 46f., 103.

いては、基本的に増額の例外とされる<sup>(109)</sup>。

### （３）手数料の増額

必要とされる手数料金額を確定するにあたり、年度ごとのばらつきをなくすために、2002年から2004年までの3年間の状況およびその平均が考慮される<sup>(110)</sup>。まず、執行士1名あたりの年間の手数料必要額である12万ユーロに任命された執行官の数を掛けることによって、手数料の総必要額が算出される。そこから予測される成功報酬、公共体の費用免除の廃止による超過収入および文書総額の収入を控除することで、手数料の不足額が算出される。そして、この金額を文書総額を除く現在の手数料収入で割ると計算上の換算倍率が算出され、それによれば2.15（2004年）から2.22（2002年）の間にあり、平均は2.19となる。この平均値に基づくと現在の手数料を2.20倍に増額すれば十分であるようにも思われるが、将来一般的に経済状況が改善された場合には執行士の手数料収入が低下することは否定できないから、最も大きな増額の必要性を示している2002年の数値を前提とし、かつ端数のない手数料金額を受け取るために、換算倍率は2.30倍にすべきであるとされる<sup>(111)</sup>。

ところで、租税法上の観点から、権限の委任を受けた執行士は売上税法2条1項にいう事業主（Unternehmer）にあたり<sup>(112)</sup>、その職務活動につい

---

(109) BT-Drs. 16/5727, S. 46.

(110) 具体的な算出方法については、BT-Drs. 16/5727, S. 47f. 参照。

(111) BT-Drs. 16/5727, S. 48.

(112) 1977年5月17日の売上税に関する構成国の法規定の調和のための評議会の第6指令—共通の付加価値税システム：統一的な租税義務の算定の基礎（77/388/EWG）によれば、経済活動を独立してかつ場所に関係なく行う者が租税義務者であるが（4条1項2項）、国家、ラント、市町村およびその他の公法上の施設は原則として租税義務を負わない（同条5項）。もっとも、権限の委任を受けた民間企業は「その他の公法上の施設」には含まれないため、同条5項の適用を受けない。なお、オランダの執行士に関する EuGHE 1987, 1485 参照。詳細については、第二中間報告51-53頁。

て売上税を支払わなければならない(同法1条1項1号)。そこで、公証人に関する費用法151a条および弁護士報酬法の報酬目録第7008号に依拠して、執行士の費用に対して生じる売上税を債務者に負担させるための立替金要件(Auslagentatbestand)が創設されなければならない(執行士費用法草案の費用目録第814号)<sup>(113)</sup>。

結局のところ、従来の発生手数料総額と売上税を含む新たな発生手数料総額を比較すると、申立人にとっては計算上約3.13倍の超過負担ということになる<sup>(114)</sup>。

## 第6節 システム転換と移行の問題

現在の公務員たる執行官システムから権限委任システムに転換する場合、移行段階の問題、公務員から権限受任者への地位転換の問題、および地位の転換を望まない公務員たる執行官の利用の問題について検討されなければならない。

### (1) 移行段階

ワーキング・グループおよび草案起草者は、まず公務員たる執行官システムを特定の実施日(Stichtag)に権限委任システムに完全に転換することについて検討し、これを否定している。なぜなら、実施日による解決策によって執行官の職務に対する需要を満たすにはその実施日に新たに教育を受けた志願者の数または公務員から権限受任者の地位に転換する者の数が十分に存在し、かつ転換を望まない公務員については他の方法での雇用

---

(113) BT-Drs. 16/5727, S. 49, 108. なお、権限受任者と公務員との競争の平等を確立するために、執行官制度改革法草案第7条による売上税法2条3項2文1号の改正により、公務員たる執行官の活動にも売上税の支払義務が課される。BT-Drs. 16/5727, S. 109.

(114) これに対して、前段階税額控除(Vorsteuerabzug)が行われる場合には、申立人にとっては計算上約2.63倍の超過負担となる。BT-Drs. 16/5727, S. 49の左側下段の表参照。

が保証されなければならないが、現在連邦レベルで約4700名いる公務員たる執行官がすべて権限受任者の地位に転換することは想定し得ず、また転換を望まない公務員を特定の実施日に他の方法で雇用する十分な可能性も認められないために、実施日による解決策はあまりにも大きな不確実性を負うことになるからである<sup>(115)</sup>。

そこで、いくつかの段階を伴い、かつ10年間の移行期間という期限の設定された段階モデル（Phasenmodell）によるシステム転換が予定されている<sup>(116)</sup>。これによれば、執行士法の公布から施行までの3年間は準備段階（Vorlaufphase）として権限委任システムの導入の準備に充てられ、その後の7年間は並行段階（Parallelphase）として権限委任システムへの完全な転換に充てられる<sup>(117)</sup>。

#### ① 準備段階

準備段階では、執行官制度の構造は従前と同様であり、その職務は公務員によって遂行される。この段階では権限の委任を受けた執行士を任命するための準備が重要であり、具体的には新たな志願者のための教育機関の創設および教育に関する法規命令の公布（執行士法草案5条）、ならびに公務員たる執行官による権限受任者の地位への転換を拒まない旨の表明がなされなければならない。また、権限の委任を受けた執行士の職務執行区域を確定する必要があるため（同草案8条参照）、これと並行して適切な執行士の人数の調査が行われなければならない（同草案4条）。これらの準備作業の後に、権限委任システムの導入の時点で効力を有する職の補充（Stellenbesetzungen）が行われる。さらに、その他にも職務規則の制定（同草

---

(115) 第三中間報告53頁以下；BT-Drs. 16/5727, S. 51.

(116) ワーキング・グループは、公務員たる執行官システムと権限委任システムが期限の設定なく併存する並行システム（Parallelsystem）について、現在のシステムを完全に転換しようと努力されていることに鑑みれば無制限に並行段階が続くのは適切でないとして、これを否定する。第三中間報告72-73頁。

(117) 段階モデルの詳細については、第三中間報告の添付書類1参照。

案32条参照), 自治団体の創設(同草案103条)または地位転換者の継続教育等の準備がなされなければならない<sup>(118)</sup>。

## ② 並行段階

移行期間の4年目から, 新たな執行士教育を受けた最初の修了者が権限の委任を受けた執行士に任命され(執行士法草案102条1項参照), 公務員たる執行官とともに活動することになる<sup>(119)</sup>。もっともこの段階では, 執行士の職はまず権限受任者としての地位転換者または新たな教育の修了者によって補充され, 足りない分を地位の転換を望まない公務員たる執行官によって補充されるべきであるとされる。そして, 新たな教育の修了者の数が徐々に増加するのに伴い, 任命される公務員たる執行官の数が徐々に減少することが期待されている<sup>(120)</sup>。他方で, 公務員たる執行官と権限の委任を受けた執行士が同一の条件の下で活動することが要求されるため<sup>(121)</sup>, ①新たな執行士費用法が権限受任者のみならず公務員にも適用されるとともに公務員たる執行官のための役場費用補償は凍結(Einfrieren)され, ②職務執行区域内では権限受任者と公務員とが競争するのみならず公務員同士もまた競争し, かつ, ③公務員にも義務的職務のほか任意職務の遂行が認められる<sup>(122)</sup>。

## (2) 公務員から権限受任者への地位転換

移行期間が終了する時点ですべての執行士職を権限受任者で補充するた

(118) BT-Drs. 16/5727, S. 51.

(119) ただし, 執行士法草案6条による公募手続を行うには時間的準備が必要となるため, 執行官制度改革法草案第8条2項により, 執行士法草案4条から7条は, 執行官制度改革法の公布日に施行される。BT-Drs. 16/5727, S. 94, 109.

(120) BT-Drs. 16/5727, S. 51.

(121) 執行士法草案104条1項によれば, 執行士法の一定の規定は公務員たる執行官にも適用されるが, その活動は国庫の計算による。

(122) vgl. BT-Drs. 16/5727, S. 52, 96f.

めには、現在の公務員たる執行官が権限受任者の地位へ転換することを拒まないことが重要である。もっとも、これについて権限受任者の地位を魅力的なものに整備するだけでは不十分であるとして、地位転換を促進する一定の措置が予定されている<sup>(123)</sup>。具体的には、①地位転換者につき公募によらない欠員の補充をすること（執行士法草案102条4項）、②年間3万ユーロの収入補助金（Einkommensbeihilfe）を付与すること（同草案105条1項）、および、③5年間の期限つきで公務員関係への復帰権を認めること（同草案106条1項）である。

また、地位の転換と年金法との関係について、公務員が公務員関係から退職した場合には原則として年金継承権（Versorgungsanwartschaften）を失うために当該公務員は自己の雇用当局（Dienstherr）によって法律上の年金保険（Rentenversicherung）における追加保険（Nachversicherung）をかけられることになるが（社会福祉法第6編8条2項1文1号）、公務員が権限受任者の地位に転換する場合、地位転換者にとっては法律上の年金保険の年金水準が通常は公務員の年金の水準よりも低く、また各ラントにとっては現在連邦レベルで約4700名いる公務員たる執行官がすべて権限受任者の地位に転換するとすれば追加保険の費用が約7億ユーロにも達し得ることから、追加保険は満足のいく解決策とはいえない<sup>(124)</sup>。そこで、適切な解決策として、公務員関係の中で獲得された年金請求権は公務員関係から退職した場合にもそのまま維持されるべきであり<sup>(125)</sup>、これによれば、地位転換者は年金事例の発生とともに、一方でかつての雇用当局から、また他方で地位転換後に積み立てた年金（Altersvorsorge）から年金の給付を受けることになる<sup>(126)</sup>。これに対して、年金継承権の維持が保障されな

---

(123) BT-Drs. 16/5727, S. 52f.

(124) 第三中間報告99頁以下；BT-Drs. 16/5727, S. 53.

(125) 連邦内務省およびドイツ公務員連盟による改革モデル「公的職務における新たな道」（いわゆる Schily-Heesen-Papier）10頁参照。

(126) もっとも、公務員の年金は各ラントの義務であり、年金配分モデルを転換する場合、ラント法の立法者は、年金継承権の存続のみならず年金の給付の査定

い場合には、社会福祉法第 6 編 8 条 2 項 1 文 1 号に基づいて、公務員関係からの退職とともに法律上の年金保険または場合によっては職能身分上の年金施設 (Versorgungseinrichtung) における追加保険が実行されなければならない。ただし、執行士が公務員関係に復帰する可能性がある限り (執行士法案 106 条)、不要な追加保険の負担および場合によってはあり得る過剰年金 (Übersorgung) を避けるために、追加保険を猶予するための法律上の要件が創設されなければならない<sup>(127)</sup>。

### (3) 地位の転換を望まない公務員たる執行官の利用

地位転換を促進するための措置にもかかわらず、現在の公務員たる執行官がすべて権限受任者の地位に転換すると期待することはできない。そこで、地位の転換を望まない公務員たる執行官の利用についてもまた検討しなければならない。

#### ① 並行段階における公務員たる執行官としての利用

並行段階の期間中、地位の転換を望まない公務員たる執行官は、公務員の地位で再度執行官に任命され得る<sup>(128)</sup>。土地管轄については、権限受任者と同様に原則として地方裁判所区域が配分される。ただし、ある職務執行区域において定員が権限受任者によって補充される場合には、これまで当該区域で活動していた公務員たる執行官は、連邦公務員大綱法 18 条 1 項またはこれに対応する各ラントの公務員法の規定に基づいて、「職務上の

---

およびその給付方法についても考慮しなければならない。この場合、公務員年金法 107b 条が参照され得る。BT-Drs. 16/5727, S. 53f.

(127) 執行官制度改革法案第 2 条による社会福祉法第 6 編 184 条 2 項 1 文 4 号の新設。なお本条は、連邦参議院の委員会推薦文において修正を勧告された条項の 1 つである。vgl. BR-Drs. 150/1/07, S. 4.

(128) 新たな執行士費用法は公務員たる執行官にも適用されるため、規則制定者は従来の手数料歩合金を削減するか等について考慮しなければならない。BT-Drs. 16/5727, S. 54.

必要性」がある限り、その者の承諾なくして他の職務執行区域に配置転換（*Versetzung*）され得る。そして権限委任システムへの転換の場合、適格ある志願者を獲得しかつシステム転換を迅速に行うために公務員の配置転換が特定の職務執行区域を権限受任者に優先的に配分するのに役立つときは、基本的に「職務上の必要性」が認められる。ただし、その判断に際して雇用当局は、公務員に対する保護義務（*Fürsorgepflicht*）に基づいて公務員の個人的状況および利害関係を十分に考慮しなければならないと、とくに当該公務員またはその家族にとって苛酷な状態はできるだけ避けられなければならない。また、ラント法の規定に基づく職員代表機関（*Personalvertretungsorgan*）の協力権についても考慮する必要がある<sup>(129)</sup>。

## ② 公務員たる執行官の屋内勤務での利用

移行期間終了後は、地位の転換を望まない公務員たる執行官はもはや執行官として任命され得ないから、他の方法で利用されなければならない<sup>(130)</sup>。いくつかのラントでは公務員に他の活動をあっせんするために予算法を基礎としかつ当該公務員および採用する官庁の同意に基づく職員あっせん所（*Personalvermittlungsstelle*）が設立されており、ベルリンでは職員の中央職業プール（*zentrale Stellenpool*）への帰属が法律上規律され、またヘッセンでは他の活動のあっせんまで公務員を従来の職務の周辺領域に留めておく職員あっせん所が設立されている<sup>(131)</sup>。このようなあっせん

(129) 第三中間報告96頁以下；BT-Drs. 16/5727, S. 54f.

(130) 執行官は中級司法職の特別な職歴を有するから、考えられる他の職務には、異なる所管の業務分野としては内務行政もしくは公課行政における執行担当公務員の活動があり、また司法の分野としては裁判所内の中級司法職、とくに裁判所書記官の活動がある。BT-Drs. 16/5727, S. 55.

(131) 第三中間報告88-89頁；BT-Drs. 16/5727, S. 55. 他方で、郵便局および鉄道の民営化のような民間人の計算による公務員たる執行官の利用は、執行官の職務遂行の結果を委ねることのできる法主体の存在を必要とし、執行官制度の場合には当該法主体として執行士会が考えられるけれども、これでは権限の委任を受けた執行士が公務員たる執行官の活動の経済的リスクを引き受けることに

は、永続的、組織法的小および地位に関する性質を有するために職務法上の配置転換を意味するが、当該配置転換の法的基礎は、連邦公務員大綱法18条2項およびこれに対応する各ラントの公務員法の規定である。すなわち、同一の最終基本給の場合には同項1文により「職務上の理由」に基づいて配置転換することができるが、権限委任システムへの転換によって公務員たる執行官の職歴が廃止されかつ執行士職を権限受任者で補充することは十分な「職務上の理由」を意味する。またより少ない最終基本給の場合であっても同項2文により「職務の本質的な変更」等に基づいて配置転換ことができ、執行官の職務を権限受任者に委任することは「職務の本質的な変更」に該当する。ただしこの場合、新たな最終基本給は少なくとも公務員が従来の職務において受けていた職務の最終基本給に対応し、かつ連邦公務員給与法13条1項1文1号およびこれに対応する各ラント法の規定に基づく給与法上の資産を保護するための永続的な補償手当 (Ausgleichszulage) が支払われなければならない<sup>(132)</sup>。

なお、このような配置転換は、基本法33条5項にいう職業官吏制度の伝統的諸原則を侵害するものではない。なぜなら、この諸原則にはとくに能力主義および職歴主義によって決定される、効果的な国家による行政の必要性に応じた身分法上の意味における職務の内容に関する整備が属するが、同規定は身分法上の職務の重要性に対応した雇用に関する権利を保障するのに対して形式的な意味における一定の職務に関する権利を保障するものではないからである<sup>(133)</sup>。

---

なり、システム転換の成功が阻害されるおそれがあるとする。第三中間報告79頁；BT-Drs. 16/5727, S. 55.

(132) 第三中間報告79頁以下；BT-Drs. 16/5727, S. 55f.

(133) Jachmann, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., Bd. II, 2005, Art. 33 Rn. 52; 第三中間報告90頁以下；BT-Drs. 16/5727, S. 56; vgl. BT-Drs. 13/3994, S. 32.

## 第7節 各方面からの態度表明

団体公聴会（Verbandsanhörung）、シンポジウム、講演またはホームページ等で、各方面から執行官制度の民営化に対する賛成または反対が表明されている。職務拡大に対する賛否については後述することとして（第5章第3節および第4節）、以下では、とくに民営化、競争および手数料の点を中心に、全面的賛成派、全面的反対派、一部賛成派およびドイツ執行官連盟の立場に分けて紹介する。

### （1）全面的賛成派

バーデン・ヴュルテンベルクの Ulrich Goll 司法大臣（FDP）は、現在の国家モデルが限界に達していることおよび基本的に中心的職務のみが行政に残され他の職務は民間人（会社）によって処理され得ることを前提として、国家モデルの形態での執行官制度の改革はほとんど考えられずかつ代替案も存在しないのであるから、権限委任モデルによる執行官制度の改革が試みられるべきであるとする。また手数料の増額に関しては、すべての手数料が3倍にされるわけではないこと、手数料の増額は執行士の上首尾な作業と同時に現れかつ執行の結果に対応しているべきであること、現在の手数料システムでは執行官にとってモチベーションが欠落しており手数料を適度に増額しなければこれを上げることはできないこと、および成功報酬につき債権額の高い申立てのみが処理されるおそれがあるとする批判に対してこれは手数料システムの適切な整備によって回避し得ること、を挙げる。そして、権限委任システムに基づく執行士間の競争により労働の質が向上し、それが国家の利益ひいては債権者の利益になるとする<sup>(134)</sup>。

(134) 2007年4月27日のシンポジウムにおける講演、DGfVZ 2007, 97, 99；なお、連邦参議院第831本会議における Goll 司法大臣の演説およびニーダーザクセンの Elisabeth Heister-Neumann 司法大臣（CDU）の法律案の趣旨説明（BR-Plenarprotokoll 831, S. 67ff.）ならびに連邦参議院第833本会議における Heister-Neumann 司法大臣およびバーデン・ヴュルテンベルクの Wolfgang

その他、自由民主党 (FDP)<sup>(135)</sup>、ドイツ弁護士協会 (DAV)<sup>(136)</sup> および Burkhard Hess 教授<sup>(137)</sup> 等もまた、基本的に権限委任モデルによる執行官制度の民営化に賛成している。

## (2) 全面的反対派

Brigitte Zypries 連邦司法大臣 (SPD) は明確に執行官制度の民営化自体に反対し、連邦政府もまた権限委任モデルは適切でないとする。すなわち、執行官の職務は身体的威力の行使を含む高権的なものであり、とくに市民の基本権を侵害し得る広範囲の強制権限を伴うものであって、その限りで警察官の職務と対比し得るのであるから、そのような責任ある活動は直接的に国家すなわち公的職務の構成員の手に留められるべきであるとする。また、3倍以上の手数料の増額は経済的に困窮していることがまれではない債務者の負担となるばかりでなく、債権者もまた執行官を通じた少額債権の取立てを妨げられ、その結果として一般的な弁済モラルに対する悪影響は排除され得ないであろうとする。この点で諸外国における執行官の手数料を引き合いに出す見解に対しては、それらの国々ではしばしば訴訟費用がかなり低額であり、民事裁判制度を全体的に考察すべきであるから、執行官の手数料についてのみより高い費用対効果の必要性を主張するのは不誠実であるとする。そして、より効果的な執行を保証するためには現在のシステムの改善に努めるべきであり、とくに宣誓に代わる保証の改

---

Reinhart 大臣 (CDU) の演説 (BR-Plenarprotokoll 833, S. 153f.) 参照。

(135) BT-Drs. 15/5046, 16/7179. もっとも、同党所属の連邦議会議員で連邦議会内国問題委員会副委員長の Max Stadler 議員は、その講演において、連邦参議院草案が従来の手数料を単に直線的に増額しようとすることを批判し、提案された手数料モデルの代替案を議論すべきであるとする。DGVZ 2007, 105, 107.

(136) DAV-Stellungnahme Nr. 29/2005, S. 50; Hartmut Kilger 会長の講演, DGVZ 2007, 100, 101.

(137) Hess 教授の講演, DGVZ 2005, 177f.; Hess, Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland, 2006, S. 15ff.

革に関する議論に注目すべきであるとする<sup>(138)</sup>。

その他、ドイツ公務員連盟（DBB）もまた執行官の職務の高権性を強調して民営化自体に反対し<sup>(139)</sup>、さらに司法補助官連盟（VdR）、ドイツ司法補助官連盟（BDR）、ドイツ司法労働組合（DJG）およびサービス業労働組合連合会（ver. di）は、執行官制度の改革の必要性は認めつつも権限委任モデルは拒絶している<sup>(140)</sup>。

### （3）一部賛成派

連邦弁護士連合会（BRAK）は、新たな労働意欲を創設するには現在の構造では不可能であり、競争状態のみが十分な労働意欲を提供し得るとして、基本的に執行官制度の民営化に賛成する。他方で、成功報酬を導入することは、執行士が収益の上がる申立てを優先しその他の申立てを後回しにするおそれがあり、司法機関としての独立性が危険にさらされかねないとして、これに反対する。また、手数料の増額については、民営化によって強制執行の遂行がより効率的かつより迅速になるのであれば多少の増額は甘受できるけれども、予定されている3.13倍の増額は執行債権者に著しい超過負担をもたらすとする<sup>(141)</sup>。

これに対して、ドイツ取立業連盟（BDIU）は、債権者が管轄を有する執行士の中から自由に選択することおよび成功報酬を導入することについては、両者が競争による重要な労働意欲をもたらしかつ効率性の改善につ

(138) 2007年6月15日のドイツ執行官連盟の連邦会議における講演， DGVZ 2007, 103f.；連邦政府の態度表明につき， BT-Drs. 16/5727, S. 110；なお，連邦参議院第831本会議におけるザクセン・アンハルトの Angela Kolb 司法大臣（SPD）および連邦司法省の Lutz Diwell 事務次官の演説（BR-Plenarprotokoll 831, S. 69f.）参照。

(139) Peter Heesen 会長の講演， DGVZ 2007, 100, 101；dbb magazin Juni 2007, 10.

(140) 第四中間報告 3 頁；BDR RpfIBl 2006, 11；DJG magazin Mai 2007, 10f.

(141) BRAK-Stellungnahme Nr. 12/2005, S. 2ff.；Nr. 18/2005, S. 12ff.；Nr. 34/2007, S. 2ff.；Michael Krenzler 副会長の講演， DGVZ 2007, 97, 98.

ながるとして、これに賛成する。他方で、執行官の職務は高権的なものでありかつ市民の基本権に著しく関連するものであるため、これは公務員によって遂行されるべきでありかつ民間人に課されてはならない高権的な国家の職務の中心的領域に属するとして、執行官制度の民営化自体には反対する。また、3.13倍の手数料の増額はあまりにも大きすぎ、これでは少額債権者が強制執行の申立てを回避することになりかねないと批判する<sup>(142)</sup>。

#### (4) ドイツ執行官連盟の立場

ドイツ執行官連盟は、執行官制度の民営化自体については賛成し、また執行士法の制定についても好意的である。すなわち、同連盟は1995年に委員会「司法における構造改革」を設置し、同委員会は2001年3月に最終報告を公表したが、そこでは職務の拡大、教育改革および自由業執行官システム等が要求されていた。また2003年5月にシュトゥットガルトで開催されたドイツ執行官連盟の連邦会議は、「ドイツでは自由業執行官システムが導入されるべきであり、かつすべての対応する動議は『構造改革』委員会の最終報告に基づいて行われるべきである。」との決議を行った<sup>(143)</sup>。なお、ここでいう自由業執行官システムとは手数料制公務員 (Gebührenbeamte) を意味していた<sup>(144)</sup> が、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同年6月の司法大臣会議の決議を受けて同年9月に新たに公表されたドイツ執行官連盟の構造改革委員会の報告書では、権限委任モデルが前提とされている<sup>(145)</sup>。そして2007年6月にベルリンで開催されたドイツ執行官連盟の連邦会議は、「ドイツ執行官連盟は、その構造委員会によって完成された要求に基づき自由業執行士システムの獲得に向けて努力されるべきであるとする、2003年にシュトゥットガルトで開催さ

---

(142) ZVI 2006, 73ff.; Uwe Rühle 副会長の講演, DGfVZ 2007, 97, 98; BDIU-Stellungnahme, S. 2ff.

(143) Blaskowitz, DGfVZ 2003, 110, 112.

(144) 構造改革委員会の最終報告 E および F 参照。

(145) 2005年の構造改革委員会報告書39頁参照。

れた連邦会議による決議に対して責任を負う。」との決議を行っている<sup>(146)</sup>。

しかしながら、民営化の具体的内容については批判が多い<sup>(147)</sup>。第一に執行士間の競争については、ドイツの執行システムは競争に適合しないことおよび1900年にプロイセンが固定区域制を導入する原因となった破壊的な競争から執行官のみならず債務者を保護しなければならないことを理由に、ワーキング・グループの反論（本章第2節（2））を受けてもなお、固定区域制（領域保護）を維持すべきであるとする。第二に教育制度については、将来の執行士はますます多くの専門理論的知識等が要求されるためにその教育は専門大学における学士課程によってなされるべきであり、かつ執行士のためにラントごとに異なる教育課程が創設されるべきではないから連邦レベルで統一的な教育にすべきであって、これはヨーロッパにおける法システムの統合に鑑みても有意義であるとする。第三に費用については、手数料を直線的に3倍に増額することおよび成功報酬を導入することは、少額債権の債権者に対する社会的観点が欠けているために弁護士会および取立業者等から批判されるのであって、むしろかつての価額手数料制に復帰すべきであるとする。第四に移行規律については、これがなければ公務員たる執行官が権限委任システムへ転換することは不可能であると考えられるために基本的には賛成であるが、収入補助金が年間3万ユーロというのは少なすぎであって4万ユーロにすべきであり、また年齢に起因する年金つきの退職まで希望により以前に開始された公務員システムに留まる可能性が認められるべきであるとする。

---

(146) Mroß, DGVZ 2007, 100, 102; Gallo, DGVZ 2007, 108ff.

(147) [www.dgvb.de/Kritikpunkte\\_zum\\_Gesetzentwurf.pdf](http://www.dgvb.de/Kritikpunkte_zum_Gesetzentwurf.pdf); [www.dgvb.de/2007-05-14\\_Medieninformation\\_des\\_DGVB.pdf](http://www.dgvb.de/2007-05-14_Medieninformation_des_DGVB.pdf).