

論 説

ドイツにおける執行官制度の 民営化に関する議論（3・完）

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41巻3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（以上41巻2号）	第6章 おわりに

第5章 採用されなかった制度

ワーキング・グループが取り扱ったテーマの中には、結果的に今回の執行官制度改革法草案に採用されなかった制度がいくつか存在する。これは、執行官制度の組織に関するもの（第1節・第2節）と執行官の職務に

関するもの（第3節・第4節）に分けることができる⁽¹⁾。そこで、以下では、これらの制度について、その内容およびワーキング・グループ等の反対理由を中心に検討する。

第1節 「手数料制公務員」制度

(1) ドイツ執行官連盟の提案

ドイツ執行官連盟の構造改革委員会は2001年3月に最終報告書を公表したが、その中で主張されている自由業執行官システム（freies Gerichtsvollzieher-system）とは、いわゆる手数料制公務員（Gebührenbeamte）を意味しているものと解される⁽²⁾。

それによれば、執行官は依然として公務員（Beamte）であり、国家と公法上の勤務関係および忠誠関係を保持し続ける。しかしながら、執行官は国家から給与を受領せず、自己の活動のために手数料および立替金を受領⁽³⁾、完全に自己の計算で活動しなければならない。また、給与法に基

-
- (1) その他にワーキング・グループが反対したものの中には、フランスで認められている執行士による事実確認手続（これについては山本和彦「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67-68頁（2006）参照）の導入がある。第二中間報告101-109頁。
 - (2) 2001年3月の構造改革委員会の最終報告E参照。同委員会は、1997年の第二次強制執行改正法によって、宣誓に代わる保証の手続が執行官に移転されるなど執行官の職務権限が相当拡大されたにもかかわらず、執行官の固定給に関する給与法上の給与等級は依然としてA 8からA 9+職務手当のままであり、当該給与はもはや時代に適合していないのみならず執行官の職務領域および責任の継続的な発展とも歩調が合っていないと批判する。他方で、給与構造における公平な格付け（Einstufung）は不明確であり、そうだとすれば、国庫にとって付加的な負担とならないだけでなく、逆に非常に負担が軽減されるような代替案が追求されなければならないと主張する。そして、1967年に当時のノルトライン・ヴェストファーレン司法大臣によって具体化されたいわゆる「ノイベルガー・モデル」について、当時は執行官自身が地位の転換の必要性を感じていなかったためにこの提案は採用されなかったけれども、今日では執行官の変更された地位のための将来的な解決策として考慮に値するものと再評価し、当該モデルを参照して独自の執行官法草案を公表した。
 - (3) 構造改革委員会の作成した執行官法草案18条1項。

づく固定給は廃止され、ラントは、給与を支払う代わりに、徴収された手数料を執行官に引き渡すことによって、執行官に対する適切な扶養料の給付（Alimentation）という義務を履行する。他方で、手数料収入が各ラントにおける給与法上の給与等級 A12の初任基本給（Anfangsgrundgehalt）に達しない場合には、雇用当局はその差額分についてラントの国庫から補充的に補助金（Zuschuss）を毎月給付しなければならない⁽⁴⁾。

このように、「手数料制公務員」制度の主眼は、執行官を権限委任その他の方法によって民営化することではなく、むしろ執行官の給与を変革することにある。したがって、その適否については、基本法33条5項との対比がなされなければならない⁽⁵⁾。

（2）職業官吏制度の伝統的諸原則

基本法33条5項は、「公務に関する法は、職業官吏制度の伝統的諸原則（hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums）を考慮して規律し、かつ継続的に発展させなければならない。」と規定する⁽⁶⁾。

この規定は、同条4項とともに職業官吏制度の制度的保障を規律するものであり、職業官吏制度を整備するための立法者に対する規律委託（Regelungsauftrag）を意味するが⁽⁷⁾、単なるプログラム規定ないし訓示規定ではなく、直接的に適法される法である⁽⁸⁾。ただし、連邦憲法裁判所の判例および通説は、それ以上に、5項の文言、体系上の位置および沿革からは当然には導かれないような国家に対する基本権に類似した個人的権利を公務員に認めており、これは、その個人的な法的地位が5項の要請を満

（4） 同執行官法草案86条1項。

（5） 第一中間報告46頁。

（6） 和訳は高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第5版〕』231頁（信山社・2007）による。なお本項については、2006年8月28日の第52回改正法律により、「かつ継続的に発展させ」の部分が追加された。

（7） BVerfGE 43, 154, 166f.; 106, 225, 231; 107, 218, 236 mwN.

（8） BVerfGE 8, 1, 11ff.; 15, 167, 195; 106, 225, 231; 107, 218, 236 mwN.

たすように求める、公務員の憲法異議をすることのできる固有の権利 (subjektives Recht) を意味する⁽⁹⁾。このように、判例および通説によれば個々の公務員に対する固有の公的な権利を基礎づけ得る職業官吏制度の伝統的諸原則と、職業官吏制度の制度的保障とを結び付けている点が、この基本法33条5項という規範の特殊性である⁽¹⁰⁾。

ここにいう職業官吏制度の伝統的諸原則という概念は、2つの重畳的なメルクマールによって特定される⁽¹¹⁾。すなわち、一方で、5項は、公務員法のあらゆる個別事項を保護するわけではなく、職業官吏制度という制度にとって原理的なもの (Fundamentale)、つまり中心的で制度に特徴的な原則 (Prinzipien) を保護するにすぎない。また他方で、その文言および沿革から、5項の保障は、「伝統 („Hergebrachte")」すなわち法的に伝承されたもの (Tradiertheit) に限定される。そのため、何が基本法33条5項の制度的保障に属するかについては、原理性 (Fundamentalität) および伝統性 (Traditionalität) によって明確にされなければならない⁽¹²⁾。この点、連邦憲法裁判所は、職業官吏制度の伝統的諸原則を「一般的または圧倒的に、また伝統を形成するより長い期間の間にまたは少なくともヴァイマル憲法下において、拘束力があるものと認められかつ保持されてきた構造原則における中心的要素 (Kernbestand)」と定義しており⁽¹³⁾、それ以外のものについては、公務員法の整備および継続的發展のために立法者に広い裁量の余地が認められるとする⁽¹⁴⁾。そして、ヴァイマル憲法129条3項

(9) BVerfGE 8, 1, 11, 17f.; 43, 154, 167; 99, 300, 314, 106, 225, 231f.; 107, 218, 236 f. mwN.

(10) Dollinger/Umbach, in: Umbach/Clemens, GG, Bd. I, 2002, Art. 33 Rn. 85; 第一中間報告46頁。

(11) Jachmann, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., Bd. II, 2005, Art. 33 Rn. 43; Masing, in: Dreier, GG, 2. Aufl., Bd. II, 2006, Art. 33 Rn. 73; 第一中間報告46頁。

(12) Masing, aaO. (Fn. 11), Art. 33 Rn. 73; Pieroth, in: Jarass/Pierothe, GG, 9. Aufl., 2007, Art. 33 Rn. 47; 第一中間報告46頁。

(13) BVerfGE 8, 332, 343; 106, 225, 232; 107, 218, 237 mwN.

とは異なり、基本法33条5項によって公務員の既得権が保護されるわけではないため、公務員法が公務員個人にとって不利益に変更されることもあり得るし⁽¹⁵⁾、さらには、職業官吏制度の伝統的諸原則が義務を定める限りにおいて、それに対応する法律による基本権の制限も正当化される⁽¹⁶⁾。

また5項によれば、公務員法の整備に際して職業官吏制度の伝統的諸原則が「考慮 (berücksichtigen)」されなければならないが、判例および通説は、その文言および沿革から、同項は原則として考慮よりも程度の強い「遵守 (beachten)」までは要求していないとする⁽¹⁷⁾。しかしながら、判例および通説も常にこの見解を貫徹しているわけではなく、「考慮」と「遵守」は異なるというテーゼは維持しつつも、職業官吏制度の伝統的諸原則のうちで最も重要なものに対する遵守義務 (Beachtungspflichten) を同項から導き出している⁽¹⁸⁾。すなわち、あらゆる個々の伝統的な原則は職業官吏制度という制度の重要性に関して自由主義的な法治国家的・社会国家的民主主義の中で評価されなければならない、規律に際して立法者がどのような方法でまたどの程度に個々の伝統的な原則を顧慮 (Rechnung tragen) しなければならないか、とりわけどのくらいこれを「遵守」しなければならないかは、この評価に依存することになる⁽¹⁹⁾。その結果、それ自体5項に包含される伝統性の要素 (Traditionsbestände) は、そのうちのいくつかは厳格に維持され、その他はそれほど厳格に維持されないというように、二分されることになった⁽²⁰⁾。そのような中で、考慮されるだけでな

(14) BVerfGE 11, 299, 303; 76, 256, 295 usw.

(15) BVerfGE 3, 58, 137; 8, 1, 11f.; 70, 69, 79 usw.

(16) Jachmann, aaO. (Fn. 11), Art. 33 Rn. 40; Masing, aaO. (Fn. 11), Art. 33 Rn. 76; Pieroth, aaO. (Fn. 12), Art. 33 Rn. 43.

(17) BVerfGE 3, 58, 137; 8, 1, 16; 11, 203, 215; 64, 367, 379 usw.

(18) Masing, aaO. (Fn. 11), Art. 33 Rn. 80; 第一中間報告46頁。判例および通説に批判的なものとして, Kunig, in: Münch/Kunig, GG, 4./5. Aufl., Bd. II, 2001, Art. 33 Rn. 59; Battis, in: Sachs, GG, 4. Aufl., 2007, Art. 33 Rn. 67.

(19) BVerfGE 8, 1, 16; 9, 268, 286; 64, 367, 379 mwN.

く公務員法の規律制定に際して遵守されなければならない職業官吏制度の伝統的諸原則の1つとして、扶養料給付主義 (Alimentationsprinzip) が挙げられる⁽²¹⁾。

(3) 扶養料給付主義

扶養料給付主義とは、公務員およびその家族を終身的にかつ適切に扶養すべき雇用当局の義務をいう⁽²²⁾。公務員およびその家族の給与 (Besoldung) および年金は、公務員関係にその根源を有し、常に公務員の職務上の義務および職務の遂行に関連して判断されなければならない。すなわち、公務員は、公務員関係への任用とともに、全人格をもって雇用当局にすべての労働力を提供すべき義務を負い、この義務との相関として、雇用当局は、公務員およびその家族に対し、職務等級および職務の重要性に基づき、また一般的な状況の進展に応じて、俸給 (Dienstbezüge) ならびに老齢年金および遺族年金といった形で職務に適する生活費 (Lebensunterhalt) を付与しなければならない⁽²³⁾。

公務員の給与は、公務員が生業 (Lebensberuf) として完全に公務に専念し、かつ法的および経済的に独立して、基本法によって職業官吏制度に配分された、政治的かけ引きの中にあって安定的で法律に忠実な行政を確実に行うという責務の遂行に寄与し得るための前提条件となる⁽²⁴⁾。給与は、特定の具体的な職務遂行に対する対価 (Entgelt) ではなく、公務員が全人格をもってその労働力を雇用当局に提供し、かつそれぞれの要請に基づいて力の限りに職務上の義務を履行したことに対する雇用当局の公法上

(20) Masing, aaO. (Fn. 11), Art. 33 Rn. 80; 第一中間報告46頁。これについて批判的なものとして, Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. IV, 1966, Art. 33 Rn. 58.

(21) BVerfGE 8, 1, 16f.; 99, 300, 314; 106, 225, 232; 107, 218, 237 mwN.

(22) BVerfGE 70, 69, 79; 71, 39, 59; 107, 218, 237; 第一中間報告47頁等。

(23) BVerfGE 70, 69, 79f.; 71, 39, 59f. mwN.

(24) BVerfGE 70, 69, 80; 71, 39, 60, 107, 218, 237 mwN.

の反対給付（Gegenleistung）である⁽²⁵⁾。公務員の給与が職務に適しているか否かは純収入によって判断されるが、純収入は一般的な経済的および財政的な状況に対応していなければならない、かつ職務ヒエラルキーの中でそれぞれの身分法上の職務の位置を通じて取得される社会的な地位に応じた一般的な生活水準への関与を可能とするものでなければならない⁽²⁶⁾。さらに、扶養料の給付は、公務員の家族のタイプによってそれぞれに生じる必要性に応じて算定されなければならない、その家族について公務員に生じる扶養義務は、現実に即して考慮されなければならない⁽²⁷⁾。そして、同一の給与等級にある公務員は、家庭の大きさを顧みることなく、財政的にはほぼ同様の待遇を受けるべきである⁽²⁸⁾。また、扶養料の給付は、これを放棄することができない。

このように、扶養料給付主義は憲法上保障された中心的分野であり、その遵守について立法者は義務を負うが、前述の通り、基本法は、公務員立法を自由民主主義的国家およびその継続的發展の要請に適合させることができるように、33条5項において立法者に対して基本的に広範な裁量の余地を認めている。もっとも、その裁量も完全なフリーハンドではなく、立法者は、当該裁量を行使する際に、職業官吏制度という制度にとっての重要性の中で伝統的な扶養料給付原則を遵守しなければならない⁽²⁹⁾。これは、給与の基礎（Grundlage）であるのみならず、その基準（Maßstab）でもある⁽³⁰⁾。したがって、たとえば、給与が職務に適する扶養料給付の下限にはない場合にこれを減額すること、ならびに給与規則（Besoldungsor-

(25) BVerfGE 71, 39, 60f.; 76, 256, 316; 107, 218, 237; Jachmann, aaO. (Fn. 11), Art. 33 Rn. 55; 第一中間報告47頁等。

(26) BVerfGE 71, 39, 63; 99, 300, 315; 107, 218, 237; Jachmann, aaO. (Fn. 11), Art. 33 Rn. 50; 第一中間報告47頁等。

(27) Jachmann, aaO. (Fn. 11), Art. 33 Rn. 50; 第一中間報告47頁。

(28) BVerfGE 81, 363, 376; Jachmann, aaO. (Fn. 11), Art. 33 Rn. 50; Masing, aaO. (Fn. 11), Art. 33 Rn. 87; 第一中間報告47頁等。

(29) BVerfGE 8, 1, 16 usw.

(30) Leisner, ZBR 1998, 259, 263; 第一中間報告48頁。

dnung) の構造, 公務員の俸給の構造および支払いの方式を変更することは, 立法者の裁量による⁽³¹⁾。

他方で, 執行官を手数料制公務員に変更したとしても基本法33条 5 項に違反しないとする見解がある。この見解は, 立法者は, 職業官吏制度の職務内部の構造に関して, 給与(手数料主義)に関するのと同様に, 非常に様々な方法を選択することができ, 連邦憲法裁判所もまさに給与の分野について特別な規律の余地を常に認めてきたことを理由とする⁽³²⁾。

しかし, ワーキング・グループはこの見解に反対する⁽³³⁾。すなわち, 手数料制公務員モデルによれば公務員の雇用当局に対する俸給請求権は認められないことになり, 当該公務員は自ら手数料を取り立てるべきことになる。そして, 俸給の特定の一部を能力に関連して (leistungsbezogen) 形成することは基本法33条 5 項と調和し得るけれども, そもそも扶養料給付主義は, この能力に関連する要素がなくとも公務員に適切な生活費, すなわち具体的な活動とは独立した俸給が保障される場合にのみ充足されるのであり, 手数料制公務員ではこの点は妥当しないであろうとする。さらに, 手数料制公務員では, 扶養料の給付を職務に適合させること (Amtsangemessenheit), すなわち職務等級, 職務上の責任の重要性, 一般的な状況の進展および家族を通じて公務員に生じる扶養義務を遵守した上で給与を算定することは不可能であろうとする。そして, 執行官の所得が一定

(31) BVerfGE 44, 249, 263; 第一中間報告48頁等。さらに, ボーナス, 特別賞与, 休暇手当, 残業手当および補助金等についても, これらは遵守されるべき伝統的な職業官吏制度の原則ではなく, 基本法33条 5 項の保護を受けないため, 立法者はいつでもこれらを変更することができる。第一中間報告47頁注103。

(32) Scholz, DGVZ 2003, 97, 105. なお, Schilken, DGVZ 2003, 65も執行官を手数料制公務員に変更することに対して根本的な憲法上の疑問は生じないとするが, その根拠として, 執行官は高権的活動を行う際にはなお公務員のままであり, 職務上の義務違反がある場合には保護手段として基本法34条・民法839条に基づく国家の職務上の責任が生じる点等を挙げる。しかし, 基本法33条 5 項については明確な言及がない。

(33) 第一中間報告48-49頁。

金額に達しない場合の雇用当局の補充的な補助金支払義務（subsidiäre Zuschusspflicht）によっても基本的なことは何も変わらないであろうし、さらにはこのような公務員の補充的な補助金支払請求権が扶養料給付主義という原則と調和するかも疑わしいとする。そのため、手数料制公務員を合憲とする見解は立法者に認められる裁量の余地を逸脱するものであると批判する。

このように、ワーキング・グループは、現在の執行官を手数料制公務員に変更することは違憲の疑いが強いと主張する⁽³⁴⁾。

（4） 合目的考察

ワーキング・グループは、合目的な考察からも「手数料制公務員」制度に反対する⁽³⁵⁾。すなわち、このモデルによれば、取り立てた手数料はすべて自己の収入として執行官の手元に残ることになるが、収入不足（Mindereinnahmen）のリスクは雇用当局が引き受けることになり、さらに執行官の職務上の義務違反に基づく損害については雇用当局が依然として責任を負うというように、一方的に執行官を利するものである。他方で、収入の不十分な執行官の所得は保障された最低収入額に最初から限定されることになるであろうから、執行官に必要とされる労働意欲が喪失する危険がある。そして、雇用当局にとっては、手数料収入の監督、補助金の必要性の調査ならびに補助金の算定およびその支払いのために、著しく費用がかかるという欠点も存在するとする。

（5） 結 論

以上より、ワーキング・グループは、「手数料制公務員」制度について、基本法33条5項に違反するおそれが強いのみならず実用的でもないと主張する。このようなワーキング・グループの批判を受けて、ドイツ執行官連

(34) 第一中間報告49頁。

(35) 第一中間報告49頁。

盟は、現在では権限委任モデルに賛成しているようである⁽³⁶⁾。

第 2 節 官庁システム

ワーキング・グループは、考えられる権限委任モデルの代替案として、場合によっては執行局 (Vollstreckungsbüro) の導入によって補充または修正される、官庁システム (Amtssystem) への復帰の当否について検討する。

(1) 官庁システムへの復帰

官庁システムとは、1950年代または1960年代まで一部のラントで導入されていた執行官システムである。現在のドイツの執行官システムでは、公務員たる執行官は、自己の計算で役場を経営し、自己の費用で事務員および書記を雇用し、かつ事務所の運営費の償還のためにラント司法行政部から役場費用補償を受領している⁽³⁷⁾。これに対して、かつての官庁システムでは、執行官は、他の司法公務員と同様に場所的に区裁判所の組織 (Organisation) に組み込まれ、そこに事務室を有し、かつ裁判所の補助者 (Hilfskräfte) を利用することができた⁽³⁸⁾。

この官庁システムは、ヨーロッパではオーストリア、イタリアおよびいくつかの東ヨーロッパの国々に存在する⁽³⁹⁾。とりわけオーストリアは、2003年の執行法改正 (2004年1月1日施行)⁽⁴⁰⁾により、ドイツのシステムに類似した混合システムから、純粋な官庁システムへと復帰している⁽⁴¹⁾。

(36) 2005年9月に公表された構造改革委員会の報告書39頁参照。

(37) 詳細については第2章第2節参照。

(38) 第四中間報告8頁; BT-Drs. 16/5727, S. 57.

(39) 第四中間報告9頁。

(40) 2003年のオーストリア執行法の改正については, Mohr, *ecolex* 2003, 502ff.; Jakusch, *ÖJZ* 2004, 201ff. 参照。

(41) この改正の背景として、1990年代から繰り返し提起されていた自由業執行官

ドイツにおいては、官庁システムへの復帰の当否について検討する場合、確認されている現在の執行官制度の問題点⁽⁴²⁾を解決することができるか否かの観点が重要である⁽⁴³⁾。

まず費用上の観点からは、官庁システムによる区裁判所組織への再統合（Reintegration）により、これまで執行官が自己の費用で負担していた人的設備および物的設備はラント司法行政部によって直接調達されることになるため、現在の役場費用補償は廃止され、これによって連邦レベルで年間約1億700万ユーロの支出が不要になるであろう⁽⁴⁴⁾。他方で、ラント司法行政部は従来の執行官の人的設備および物的設備を自ら引き受けなければならないが、官庁システムを導入するだけでは執行官に対して支払われる費用を完全に補填することはできないために現在の低い費用対効果が除去されることにはならないであろうし、むしろ約3320万ユーロの超過支出が生じることが予想されるため、結局のところ官庁システムにおいて執行官のために必要とされる補助金の総額は、連邦レベルで年間約2億3000万ユーロになると考えられる⁽⁴⁵⁾。ただし、この数字はあくまでも近似値

システムに対する要求を受けて、オーストリアでも、執行制度の外部委託（Auslagerung）といった純粋な形式的民営化のみならず、新たな自由業法律職の設立、権限委任による高権的権限の付与、または職務の公募および民間企業への委託等の民営化の可能性について検討がなされていた。しかし、その際に憲法上の疑問が生じたため、オーストリア連邦総理府の憲法部（Verfassungsdienst）はその評価および態度表明を要求され、結論として執行制度は高権的行政の中核部分に属していなければならないとする意見書を提出した。そこで、引き続き執行制度の改善および効率性の強化を図る可能性が検討され、最終的には、混合システムから官庁システムへの転換、執行手数料法の改正および執行官の活動領域の拡大等の改正がなされることになった。第四中間報告9-11頁。

(42) 詳細については第2章第3節参照。

(43) なお、以下に挙げる観点以外の現在の執行官制度の問題点との対比につき、第四中間報告16-17頁。

(44) 第四中間報告11頁，15頁。

(45) 第四中間報告12-13頁。金額の算出については、とくに脚注6から脚注8および引用文献参照。

(Näherungswerte) にすぎず、計算が困難な点がかかなり存在しており、また再統合および役場費用補償の廃止の結果として生じ得るモチベーションの喪失を取り除くために執行官を追加で採用しなければならないか否かについては評価が困難である。しかもこの点は、官庁システムにおいて付加的な労働意欲が生じるか否かに依存する。同様に、再統合による相乗効果の結果として執行官の補助者の数が減らされるか否かおよびそれがどの程度かについても、ほとんど評価することはできない。しかし、いずれにせよ、官庁システムを費用対効果が高く整備するためには、相当の手数料の増額が必要なことは確かである⁽⁴⁶⁾。

次に負担の観点からは、官庁システムの導入によって、役場の組織が執行官自身の義務でなくなること、監督が簡素化されかつ統合されること、ならびに、改善された電子式データ処理の使用、共同で統一的な設備およびその調達、資源（補助従業員等）のよりよい活用、休暇および病気の場合のよりよい代理、およびサービス単位（Serviceeinheiten）および事務所につきよりアクセスしやすかつ面談しやすくなることの結果として場合によっては相乗効果が利用され得るということは、負担軽減の方向に作用することになる。もっとも、この相乗効果による負担軽減の程度は不明であるし、おそらく負担軽減の効果はそれほど大きくないであろうから、官庁システムの導入によっても執行官の負担に対してはほとんど影響を及ぼさないと考えられる⁽⁴⁷⁾。他方で、補助従業員を直接的に雇用すべきラント司法行政部の義務から、職の超過需要（Stellenmehrbedarf）が生じ得る⁽⁴⁸⁾。

さらに効率性の観点からは、たとえば権限委任モデルのために提唱された成功報酬等の手数料法上の労働意欲または組織上の措置といった付加的な措置は、基本的に官庁システムでも認められるであろうが、これが官庁

(46) 第四中間報告14頁。

(47) 第四中間報告15頁。

(48) 第四中間報告16頁。

システムにおいて強制執行の効率性の強化につながるかは不明である。また、多くの執行官が統合し、それによって資源を共同で利用することは、権限委任モデルにおける共同役場および組合（Sozietäten）による結合の場合（執行士法草案11条）と同様に現在のシステムよりも効率性の強化をもたらし得るが、他方で現在のシステムにおいて執行官がその特別な地位に基づいてしばしば自由業者、すなわち経済的には事業主との自己理解の下に労働しているということは効率性の低下の方に作用し得るものであり、再統合および役場費用補償の廃止によってモチベーションが減退し、その結果として執行官が基本的に指示された労働時間内でのみ働くという従属的な被用者になるおそれがある。この場合に付加的な労働意欲を創設するためには執行報酬の改正または成功報酬の導入が検討されなければならないであろうが、ワーキング・グループが権限委任モデルにおいて提案する競争状態は官庁システムでは生じ得ず、その結果としてこれによる付加的な労働意欲は利用することができない。ここから、官庁システムの導入および場合によっては更なる労働意欲の創設を通じて、全体的に効率性の強化が達成されるか否かおよびそれがどの程度かについては、判断することができない⁽⁴⁹⁾。

最後にドイツ執行官連盟の立場との関係では、当該団体が以前から「自由業執行官システム」の導入に賛成し官庁システムに反対していること、ワーキング・グループの報告に対する態度表明においてもこの点に変化がないこと、および官庁システムに対する従前の批判⁽⁵⁰⁾等に鑑みて、現在の事業主と同様に活動する人々を再統合により階級経営上の組織（hierarchisch-betriebliche Organisation）に編入すれば関係者の抵抗に遭いかつモチベーションの喪失やタイムレコーダー気質（Stechuhrmentalität）といった別の問題を惹起するであろうから、官庁システムの導入に対するドイツ執行官連盟からの相当の反論が覚悟されなければならない⁽⁵¹⁾。

(49) 第四中間報告15-16頁。

(50) vgl. Brehm, DGVZ 1983, 101, 102; Mroß, DGVZ 2005, 49, 57.

以上より、ワーキング・グループおよび草案起草者は、官庁システムによっても執行官にとって若干の付加的な労働意欲を創設することは可能であろうが、権限委任システムのような競争の要素が欠けていること、官庁システムによる執行制度の効率性の強化の程度を確定することができないこと、ならびに物的設備および人的設備の引受けによる超過費用および職の超過需要がもたらされ得ること等を理由に、官庁システムを導入すれば権限委任モデルよりも現在の執行官制度の問題点を解決し得ると評価することはできないと主張する⁽⁵²⁾。

(2) 執行局

そこで、ワーキング・グループは、官庁システムを改善するための可能性として、官庁システムの特別形態である執行局モデルについて検討する⁽⁵³⁾。

「執行局」とは、かつてノルトライン・ヴェストファーレンで発展したモデルであり、局長 (Leiter) として上級職の公務員が充てられ、かつ執行官をより大きな構成単位 (Einleiten) に統合することを前提とする。その場合、複数の執行官が1つの共同役場で労働し、かつ人的設備および物的設備を共有する。執行局は、場所的には区裁判所に付設され得るし、またそれとは別個に、場合によっては賃借された場所に設置することもできる。「局」すなわち事務所はラント司法行政部によって調達され、人的設備および物的設備もまたラント司法行政部によって準備される。

このような執行局の基本理念は、相乗効果を利用するために、これまで単独でまたは小さな共同役場で活動していた執行官をより大きな組織体に集めることで、多くの執行官を統合することである (プール制)。これによって、債権者および債務者は執行官に対してよりアクセスしやすくな

(51) 第四中間報告18頁。

(52) 第四中間報告18-19頁; BT-Drs. 16/5727, S. 2, 57.

(53) 第四中間報告19-20頁。

り、また、長期的な休暇および病気の場合に代理が確保されることならびに補助者の利用による相乗効果が期待されることは、職務処理の効率性の強化につながり得る。そして、統合によって設備の調達および標準化（Normung）が改善されるであろうし、さらには執行局の導入によって申立人のための統一的な接触の場（Anlaufstellen）が創設され得る。

これに対して、執行局の創設は必要とされる執行官の数に対しては影響を及ぼすことがなく、また相乗効果による経費削減（Einsparungen）も現在の連邦レベルで執行官1名あたり年間39,000ユーロの不足補償額に達することは期待できないため、プール制のみでは現在の低い費用対効果を除去することはできないと考えられる。

以上より、ワーキング・グループおよび草案起草者は、権限委任システムの代替案としては官庁システムと執行局との組み合わせのみが考慮に値するものの⁽⁵⁴⁾、これによっても職の廃止（Stelleneinsparung）はもたらされないであろうし、さらには財政資源の節約にもならないであろうと主張する⁽⁵⁵⁾。

第3節 回避手続

ドイツ執行官連盟は、執行士の新たな職務として、いわゆる「回避手続（„Abwendungsverfahren”）」の導入を提案する⁽⁵⁶⁾。回避手続とは、争いのない債権について、執行士が、裁判前または裁判外で、債務名義の存在を要することなく、債権者の申立てに基づいて、債務者に対して弁済を請求

(54) なおワーキング・グループは、執行局と現在の事務室システムとの組み合わせの可能性について、任意的な結合の促進を越えて事務室システムでこの組織形態を貫徹することは不可能であろうとして、これに反対する。第四中間報告21-22頁。

(55) 第四中間報告23頁；BT-Drs. 16/5727, 1f., 57. なおワーキング・グループは最後に、公務員システムにおける手数料の増額の可否について検討し、政策的観点からこれに反対する。第四中間報告24-25頁。

(56) 2001年の構造改革委員会の最終報告 B2, 2005年の構造改革委員会報告書16頁以下。

し、かつこれを受領する手続をいう⁽⁵⁷⁾。

同様の手続はフランスおよびベネルクス三国にはすでに存在しており、執行士によって順調に遂行されていると言われている⁽⁵⁸⁾。他方でドイツでは、民事訴訟および督促手続の改正に関する議論に際してこの手続がドイツ執行官連盟によって何度か提案されてきたが、その都度採用されなかった⁽⁵⁹⁾。

(1) 手続の内容

ドイツ執行官連盟は、独自に起草した民訴法687条において、回避手続の内容を具体化している⁽⁶⁰⁾。

まず、債権者は、債務者のいる土地に管轄を有する執行士に対して、債務者と回避合意 (Abwendungsvereinbarung) を行うことおよび合意の範囲内で弁済を受領すること、ならびに分割払いの合意をすることおよびこれを監督することを申し立てることができる (1項)。

執行士は、請求原因および債権者の債権を表示した文書⁽⁶¹⁾の送達を通じて、債務者に対して自分に弁済をするように要求する (2項1文)。この文書では、債権に争いがある場合には2週間以内に書面または口頭で執行士の調書に対して異議を述べるべきこと、および執行士による有理性の審査 (Schlüssigkeitsprüfung) が行われていないことが指摘されなければならない (同項2文)。また、催告とともに、債務者に対して法的救済の教示がなされなければならない (同項3文)

(57) そのため、この手続は、裁判前もしくは裁判外の督促手続、裁判前もしくは裁判外の債権取立手続、または請求書呈示手続 (Rechnungspräsentationsverfahren) とも言われる。

(58) Gielen, DGVZ 1992, 6, 7; Schwenzfeier, DGVZ 2004, 105, 110 usw. フランスの債権回収手続につき山本・前掲 (註1) 68頁参照。

(59) vgl. Katholnigg, AnwBl 1971, 157, 160.

(60) 2005年の構造改革委員会報告書17-18頁。なお、第二中間報告65-66頁。

(61) この文書は、催告状 (Zahlungsaufforderung)、請求書 (Rechnung) または督促状 (Mahnung) とも言われる。

債務者は、この弁済の要求を受け入れるか、または執行士に対して弁済義務に対する異議を述べることになるが、ここから以下の4つの場合が生じ得る。

第一に、債務者が債務を承認し、執行士の費用を含めて弁済を行う場合である。この場合、執行士は、債権者に対しては、自らの手数料を控除した上で取り立てた金銭を交付し、また債務者に対しては、文書を交付して手続を中止する。

第二に、債務者は債務の存在を争わないものの、手元不如意等により弁済することができない場合である。この場合には回避合意が締結されることになり、執行士はその旨の調書を作成しなければならない（3項1文前段）。回避合意の内容は、争いのない債権について承認すること、場合によっては債権者と調整した上で分割払いの合意をすることおよびその回数および支払時期を調整すること、ならびに即時の強制執行に服する旨の意思表示をすること、である。この調書には債務者の署名がなされ、それによって債務名義と同一の機能が付与される。執行士は、債権者に対して、回避合意が締結されたことを通知する。手続は、一括弁済の合意の場合は停止し、分割払いの合意の場合は中断する（同文後段）。債務者が締結された合意内容に従った行動をする限り、債権者による裁判上の督促手続または訴訟の提起は不適法である。

債務者が債務を承認した後に弁済能力がないと表明した場合または締結された回避合意を遵守しない場合には、執行士はその旨の調書とともに執行決定（Vollstreckungsbescheid）を作成し、これを債務者に送達する（3項2文、4項）。この執行決定には、請求原因の表示、債権の提示、催告および法的救済の教示が含まれていなければならない（3項3文）。執行決定に対する異議は、2週間の不変期間内に、書面または口頭で、執行士の調書に記載されなければならない（同項4文）。この不変期間内に債務者が異議を述べた場合には、執行士は遅滞なく手続を停止し、かつ債権者の申立てに応じて証拠を交付するか、または係争中の手続を開始するために

管轄裁判所に送付する（5項）。これに対して、当該不変期間が経過した場合には、執行士は、債権者の申立てによって執行文を付与し、かつ債権者の申立てに応じて強制執行を行う（8項）。

第三に、債務者が不在でその場に居合わせた者が債務者は弁済をすることができないと表明した場合、債務者が弁済の催告を受けたにもかかわらず弁済しない場合、または催告から2週間以内に何らの意思表示もしなかった場合である。この場合も、執行士はその旨の調書とともに執行決定を作成し、これを債務者に送達する（7項）。その後の手続は、第二の場合と同様である。

第四に、債務者が債務の全部または一部につき異議を述べる場合である。この場合、手続は直ちに停止され（5項1文）、その旨の調書が作成される。証拠は、債権者の申立てに応じて、この者に交付されるか、または係争中の手続を開始するために管轄裁判所に送付される（同項2文）。なお、債務の一部につき異議が述べられた場合には、債権者に対して遅滞なくその旨が通知され（6項1文）、争いのない部分については回避手続が遂行される（同項2文）。債権者が自己の債権を実現しようとする場合には、裁判上の督促手続または訴訟を提起しなければならない。

(2) ドイツ執行官連盟の提案理由および賛成する見解の根拠

ドイツ執行官連盟は、現在の裁判所の超過負担に鑑みて、法律上規律された回避手続の導入は有意義かつ不可欠であると主張する⁽⁶²⁾。

すなわち、すべての執行処分の約75%が執行決定に基づいて行われているが、このことは請求権の原因について当事者間で争いのあることがほとんどなく、そのため裁判上の督促手続が無駄に時間がかかる手続であることを意味する。その結果、多くの債権者は、迅速な債務名義の取得およびそれに引き続く実効的な執行に対して信頼を失っている。

(62) 2001年の構造改革委員会の最終報告 B2等。

回避手続によれば、裁判手続を飛び越えて（回避して）執行士がこれまで以上に平和的な紛争処理に強く関与することになるが、これは、執行士が通常は債務者の個人的状況および経済的状況ならびに場所的關係をよく知っていることから、民訴法806b条で認められている執行士の債権者と債務者との間の仲介者としての役割が裁判前の手続でも付与されることを示す。これにより、司法（裁判所）の負担は著しく軽減されることになる。

この手続は、国家のコントロールに服するように、執行士のもとに位置すべきものであり、執行士はその地位に基づいて、裁判前の督促手続が法律上の規律に即して進行し、かつ法治国家に反するような妨害（身体的脅迫、「反社会的勢力〔„schwarzer Mann”〕」等）が回避されるように保証しなければならない。

また、回避手続は、裁判上の督促手続および訴訟手続のほかに、債権者の選択肢の1つとして付加されるものであって、主な利用者は少額債権者や中小企業（特に固有の法務部または債権管理部を持たないもの）であることが予想される。

このように、回避手続の長所は、①争いのない債権について債務名義が迅速に取得されること、②債権の取立てにおける執行士の官僚主義的でない補助を通じて、特に中小企業の負担が軽減されること、③督促手続および執行決定手続における債務名義の取得のための手数料が発生しなくなるため、債務者にとっても費用の軽減になること、④督促手続および訴訟手続に関する裁判所の負担が軽減されること、ならびに、⑤民訴法806b条で認められている執行士の仲介者的役割が強化されること、である⁽⁶³⁾。

さらに回避手続の導入に賛成する見解は、その根拠として、①現在の裁判上の督促手続の欠点として、債務者は法的救済について文書で情報を与えられるにすぎない、②回避手続ではとくに中小の債権者にとって費用的

(63) 第二中間報告66-67頁による。

に安くかつ迅速に債権の取立てがなされ得る、という点も挙げる⁽⁶⁴⁾。

(3) 反対する見解の根拠とそれに対する反論

回避手続の導入に対しては、とくに連邦弁護士連合会 (BRAK) およびドイツ取立業連盟 (BDIU) が強く反対している⁽⁶⁵⁾。その主な根拠は、執行人は回避手続においても「執行人」という職務表示のもとに債権の取立てを行うが、弁済の請求を受ける債務者にとっては、強制執行手続における国家機関としての活動と民間の債権取立活動との違いを理解するのは困難だという点である。すなわち、「執行官」という職務表示は伝統的に「国家 (裁判所) の意思の執行者」を意味してきたが、執行人が債務名義がない状態で債権の取立てのために自己の職務表示を使用する場合、弁護士や民間の取立業者が取立活動を行うよりもはるかに影響力が大きいといえる。この点、訪問販売の場合には債務者に特別の撤回権が認められているが (民法312条)、訪問による圧力的状況を、国家の執行機関が事実上の弁済圧力をかけることによって付加的に強化するのは、執行人にとっては競争上の利点であるが、これは法治国家主義に反すると主張する⁽⁶⁶⁾。

これに対しては、①執行人は弁護士や民間の取立業者とは異なり手続当

(64) Schilken, aaO. (Fn. 32), S. 69ff.; Hess, Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland, 2006, S. 79; IHK-Stellungnahme, II; WHKT-Geschäftsbericht 2005, S. 42.

(65) BRAK-Stellungnahme Nr. 12/2005, S. 5ff.; Nr. 18/2005, S. 13; BDIU, ZVI 2006, 73, 84ff.

(66) なお、回避手続の導入に反対する見解には、当該手続が民間の取立業者の職業選択の自由 (基本法12条1項) に対する侵害になると主張するものもある。Roth/Karpenstein, ZVI 2004, 442, 451ff.; Neseemann, ZZP 119 (2006), 87, 108. これに対しては、回避手続を導入したとしてもそれによって民間の取立業者として認可される可能性がなくなるわけではなく、国家の独占的地位も問題とならないため、競争に影響を与えることで職業活動を行うことを妨害するような国家の処分 (vgl. BVerfGE 82, 209, 223f.; 86, 28, 37) は認められないとして、基本法12条1項の侵害にはならないとの反論がある。Hess, aaO. (Fn. 64), S. 83ff.; Seip, ZVI 2006, 329, 332.

事者に対する中立性を遵守すべき義務を負い、また回避手続の場合にはその旨および債権の存在が審査されたわけではないことを債務者に対して明確に指摘しなければならないため、債務者にとって執行士の強制執行手続における国家機関としての活動と民間の債権取立活動とを区別することは可能である、②執行士は債務者に対する催告とともに法的救済について教示しなければならないため、訪問販売との対比は根拠がない、との反論がある⁽⁶⁷⁾。

（4）ワーキング・グループの評価

ワーキング・グループは、回避手続の評価にあたり、以下の5点についてとくに検討している⁽⁶⁸⁾。

第一は、手続の適用範囲に関する。回避手続は、督促手続と同様に債務名義の簡易取得を目標とするが、そのための費用は、回避手続が督促手続のほかに固有の有意義な適用範囲を有する場合にのみ正当化される。ここで回避手続は、執行士のとりわけ債務者との、しかしまた債権者との早期の個人的な接触を重視しており、それによって早期の段階でのより高額な債権の取立てが達成され得る。債務者についてみれば、執行士が請求書を持参して個人的に訪問してくることで、その訴えかける特性（Appellcharakter）およびおそらくは「ばつの悪い要素（„Peinlichkeitsfaktor”）」のために、多くの事例で債権の即時かつ完全な弁済または分割払いの合意がなされることが期待される。債権者にとっても、督促手続とは異なり、経験豊富な執行士は官僚主義的でない補助を提供することができるために、執行士との個人的な接触は有益である。したがって、回避手続の適用範囲は主として手工業者または小規模業者およびその顧客に対して考えられるとするドイツ執行官連盟の見解は、適切である。

第二は、手続の法的性質に関する。債権の取立ては通常、裁判前の（私

(67) Hess, aaO. (Fn. 64), S. 86ff.; Seip, aaO. (Fn. 66), S. 332.

(68) 第二中間報告68-84頁。

法上の) 催告, 債務名義の作成, 執行による債権の強制的な実現という 3 段階を経るが, 回避手続はこれを執行士的手中に集め, 手続を短縮化するものである。そして, 回避手続は, 債務者が請求書を呈示されたにもかかわらず弁済をしない場合に債務名義を作成することを目標とするから, 高権的手続として整備されるべきである。ここで, 債務名義は私法上成立した合意を(高権的に)証書にとることによって作成されるが, 執行士を新たな認証人(Beurkundsperson)とする場合, 通常は証書作成法 3 条 1 項 8 号の協力禁止義務⁽⁶⁹⁾が課され, かつ同法 9 条の記録に関する規定や同法 17 条以下の審査および教示義務に関する規定もまた遵守されなければならない。しかし, 少なくとも現在の教育状況に鑑みて執行官がこの要請を満たし得るかは疑問である。これに対して, 強制執行手続では, 執行官は現在でも独立した司法機関として, 自己の責任のもとに国家の強制権を行使し, また民訴法 753 条および 754 条に基づく申立ての範囲内で基本的には高権的に活動するのであって, 債権者の代理人として活動するわけではない⁽⁷⁰⁾。他方で債権者は, たとえば弁済の猶予, 債務の免除または和解といった申立てと密接に関連する特定の法律行為について, 執行官に対してその意思表示をする権限を付与することができるが, この場合に執行官は, 債権者の任意代理人として法律行為を行う⁽⁷¹⁾。ただし, 執行官は, 職務規程で命じられた制限を遵守し, かつ業務に関して代理権の付与されていない要求についてはこれを拒絶しなければならない⁽⁷²⁾。この原則に依拠すれば, 民営化後の執行士も, 一貫して高権的に整備された回避手続において, 債権者および債務者に対して, 両者に依存しない独自の司法機

(69) 証書作成法 3 条 1 項 8 号は, 「同一の事件について公証人に委任した者, 又は恒常的な職務関係若しくは類似する恒常的な業務関係にある者の事件」の場合には, 公証人は証書作成に協力してはならないと規定する。

(70) Heßler, in: MünchKomm-ZPO, Bd. II, 2. Aufl., 2000, §754 Rn. 38f.; Münzberg, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. VII, 22. Aufl., 2002, §753 Rn. 1f.

(71) Heßler, aaO. (Fn. 70), §754 Rn. 62; Münzberg, aaO. (Fn. 70), §753 Rn. 3.

(72) Heßler, aaO. (Fn. 70), §754 Rn. 63.

関として対峙することができるであろう。その他、執行士の行う弁済の催告は、民間の取立業者が行うような活動ではあるが、これは債務名義の作成に向けられた、強制的に貫徹されることになる手続段階であるため、その法的性質は区別されるべきである。また、回避手続の高権的な性質から、対応する「申立て」がなされた場合には、執行士は高権の担当者（Hoheitsträger）として、法律に基づきかつ回避合意の締結を通じて、債権者に権利を与えまたは義務を課する権限が付与される。

第三は、債務者保護に関する。回避手続において、執行士は、一方では両当事者の仲介者としてとくに債務者のために助言をし、他方では法律上の権限に基づいて債権者の「ために」行動しなければならないという、二重の役割を果たす。また、執行士は報酬という固有の具体的な経済的利益を有するために、高権的に行動するとしても「不公正な外観（„Anschein einer Befangenheit”）」にさらされているように見られる。さらに、回避手続は、執行士の債務者に対する個人的な影響、すなわち執行士が「職務上（„amtlich”）」持参する請求書から逃れられないという債務者の印象に依存する。そのため、ドイツ執行官連盟が従来提案してきた手続形態とは合致しないけれども、回避手続には債務者保護のための予防措置が講じられなければならない。これは債務者に適当な熟慮期間（Überlegungsfrist）を認めることによって達成され得る。なお熟慮期間の代替案としては、一方では訪問販売との類似性から民法312条のように期限付きの撤回可能性を認めることが、他方では執行士が債務者に対して債権者の債権や手続に関する情報を与えることで債務者が債務を承認するか否かについて考慮する期間を認めることが考えられるが、いずれにしても、債務者に対しては、債権者がまだ債務者に対する債務名義を有していないこと、および弁済または債務の承認は任意的に行われるべきことが教示されるように保障されなければならない。

第四は、手続の費用対効果への寄与に関する。回避手続については、それが執行士の他の高権的職務から生じる費用の補填に寄与し得るほどの余

剰金を取得するのに適するか否かがとくに問題であり、当該手続の主たる適用範囲が少額債権の場合であることに鑑みれば、回避手続の処理が奏効した場合には価額手数料 (Wertgebühr) の導入が考慮されるべきであるが、回避手続がどのくらいの事案で選択されるかを正確に予測することはできないのみならず、手続 1 件につき裁判上の督促手続に比して予想される余剰金もまた正確に算定することができないために、回避手続から予想される費用対効果に寄与する程度を見積もることはできない。なお、仮に回避手続の方が手数料が高額であるとしても、利害関係人が「付加価値」を期待し得る場合には回避手続を選択することの妨げにならないであろうが、これは債権者の側でより高額でかつより迅速な取立ての結果が生じた場合ということになる。

第五は、回避手続の導入によって執行士が弁護士および民間の取立業者と直接競争する場合の基本法上の問題に関する。まず所有権の保護に関する基本法14条について、この規定は取得されたものを保障するものであって取得することを保障するわけではないから⁽⁷³⁾、回避手続を導入することは基本法14条に違反しない。次に職業選択の自由に関する基本法12条1項について、この規定は基本的には競争の許可を防止するものではなく⁽⁷⁴⁾、競争に影響を与え、それによって職業活動を行うことを妨げるような国家の措置を防止するものである⁽⁷⁵⁾が、執行士が自ら債務名義を作成し執行文を付与する点、執行士の強制執行活動と回避手続との間に類似性がある点、および執行士の活動と国家の権威の外観が結びつけられる点に執行士の競争上の利点があるとしても、回避手続の整備は利用者の取立業者への接近を規制することを目的とするものではないから、取立業者の職業選択の自由に対する国家の侵害は認められない。

以上より、ワーキング・グループは、権限の委任を受けた執行士の高権

(73) vgl. BVerfGE 30, 292, 335.

(74) BVerfGE 34, 252, 256; 55, 261, 269.

(75) BVerfGE 82, 209, 223f.; 86, 28, 37.

的な義務的職務として新たに回避手続を導入することは、基本的には費用対効果に寄与するのに適するであろうが、その程度を見積もることはできないとする⁽⁷⁶⁾。

（5） 草案起草者の見解

これに対して、草案起草者は、①執行士は債権者の申立てによりかつその者のために活動することになるため、債務者に対する「不意打ち („ber-rumpelung”）」の危険があること、②証書作成法3条1項8号は証書の作成に直接的な固有の利益を有する者の協力を明文で禁止していること、③裁判前の債権の取立ては現在は民間企業による私法上の取立てという形式で行われているが、この業務分野を執行士に開放すれば、これまで民間人によって行われてきた領域が高権の担当者によって占められることになるであろうこと、および、④回避手続の成功は債務者が協力を拒まないことに依存しており、他方で当該手続の費用は債権が少額な場合に督促手続よりも有利であるが、手数料が60から70ユーロの場合から一般的に費用対効果が高く整備され得るのでは、意見照会に答えた企業のごく一部しかこの手続を支持し得ないとのことであり、執行士による裁判前の債権の取立てを認める必要性がないこと、を理由に、法的小および秩序政策的な観点から回避手続の導入に反対する⁽⁷⁷⁾。

そのため、執行官制度改革法草案では、回避手続を導入することは見合わせられた。

第4節 執行士による債権の差押え

ドイツ執行官連盟は、現在執行裁判所によって行われている債権およびその他の財産権の差押えを、将来的には執行士に移転すべきであると提案する⁽⁷⁸⁾。

(76) 第二中間報告84頁。

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

(1) 賛成する見解の根拠

この提案に賛成する見解⁽⁷⁹⁾は、強制執行における執行士の権限の拡大および効率性の強化のためには、債権の差押えを執行士に移転することが不可欠であるとする。

また、債権者の側からすれば、債権の差押えを執行士に移転することで、債権者は最初の申立てで動産執行と同時に債権執行の申立てができるため、執行裁判所への「迂回 (Umweg)」を省略することができる。その上、現在議論されている宣誓に代わる保証の手続の前倒しが実現した場合には⁽⁸⁰⁾、第二次強制執行改正法により宣誓に代わる保証の手続が執行官の権限とされたことと相まって、執行士はこの手続で明らかにされた債務者の財産、すなわち動産のみならず債権もまたすぐに差し押さえることができ、これは時間および差押順位の点で債権者にとって非常に有利である。

さらに、執行士の専門性に関して、①現行法でも強制執行における形式主義に基づいて差押・移付命令の発令段階では執行裁判所による綿密な実体判断は行われておらず、その意味で執行裁判所は単に「白地命令 („Blankettbeschluss”)」を発しているにすぎないこと、②差押・移付命令の書式は実務上高度に定型化されており、すでに多くのひな型⁽⁸¹⁾が用意されていること、③とりわけ給料債権の差押えにおいては、労働所得に対する差押えの制限に関する民訴法850c条等によって具体的に差押可能範囲と差押禁止範囲を計算するのは第三債務者たる使用者であり、執行裁判所による審査はその限りで行われていないこと、④行政庁による公法上の金銭債権に基づく債権執行の場合、実際に執行業務を行っているのは各

(78) 2001年の構造改革委員会の最終報告 A2。

(79) Schilken, aaO. (Fn. 32), S. 67ff.; Hess, aaO. (Fn. 64), S. 59ff.; App, DGVZ 2006, 53f. usw.

(80) 「強制執行における事案解明の改革のための法律案」(BT-Drs. 16/10069) 参照。

(81) vgl. Stöber, Forderungspfändung, 14. Aufl., 2005.

庁の担当官であるが、当該担当官は執行官と同様に中級職公務員であること、⑤執行官は現在すでに、民訴法845条の先行差押え（Vorpfindung）において債権の差押えに関する重要な知識を要求されていること、等に鑑みれば、現在の執行官教育を前提としてもなお、執行士へ債権の差押えを移転することは、とりわけ通常金銭債権の差押え（具体的には給料債権の差押えおよび金融機関の口座の差押え）に関しては執行士に対する過大な要求とならない。

その他、司法上の観点からは、現行法において債権執行は執行裁判所の管轄である（民訴法828条）とはいえ、実際に差押・移付命令の発令を行っているのは司法補助官である（司法補助官法20条17号）が、近時の倒産事件における司法補助官の役割の急激な増加に鑑みて、債権の差押えを執行士に移転することは司法補助官自身の負担軽減にもつながる。

（2） 反対する見解の根拠

ワーキング・グループは、以下の3点から、債権の差押えを執行士に移転することに反対する⁽⁸²⁾。

第一に、執行士の専門性および教育水準に関して、給料債権の差押えおよび金融機関の口座の差押えについては、移転賛成派と同様の理由からこれを執行士に移転することは可能であろうが、その他の財産権の差押え（民訴法857条以下）および特別な執行要件が審査されるべき場合（給与の差押制限・同法850b条、扶養請求権の執行における特則・850d条）については、現在の執行官の教育類型を明らかに越える確実な法的予備知識が必要とされること、また執行範囲における個別的な判断を要する場合（差押制限額の変更・同法850f条、労働所得に基づく口座預金に対する差押禁止・850k条）については、実務上しばしば複雑な法律問題が解決されなければならないことから、いずれも執行士に移転するのは適切でない⁽⁸³⁾。

(82) 第二中間報告90-101頁。

(83) この点、移転賛成派の中でも、法的に判断が困難なものについては執行士に

第二に、執行士の組織構造に関して、これまで執行官は債権の差押えを処理するのに必要な人的設備および物的設備を有しておらず、また執行士が差押・移付命令の発令に際して必要とされる書類の管理 (Aktenführung) を適切に行えるか疑問であるが、いずれにせよ債権の差押えを執行士に移転すれば、処理時間は従来よりもかなり長くなることが予想される。さらに、債権の差押えを執行士の権限にする場合、事案処理における誤差率 (Fehlerquote) がかなり増加し、それに対応して法的救済が増加することが考えられるため、場合によっては裁判所の負担軽減は相対化される可能性がある。他方で、債権の差押えにおける更なる自動化 (Automatisierung) により、現在のシステムでもかなりの相乗効果が期待できるため、当該職務を執行士に移転する必要性に乏しい⁽⁸⁴⁾。

第三に、費用対効果に関して、ワーキング・グループの算定によれば債権の差押えにおける手数料収入の補填率は現在のところ約33%にすぎず、債権の差押えを執行士に移転してもそれによって余剰金が発生する可能性はなく、この費用対効果の不足はなお継続することが前提とされなければならない。したがって、当該業務による費用の補填に寄与するために執行士に債権の差押えを移転することは、適切な方法とはいえない⁽⁸⁵⁾。

移転せずに現在の司法補助官の権限のままにしておくのも考慮に値するとする見解 (Schilken, aaO. (Fn. 32), S. 68; App, aaO. (Fn. 79), S. 54) と、そのような限定は債権執行の効率性に反するために妥当でないとする見解 (MroB, DGVZ 2005, 49, 58) に分かれる。

- (84) これに対して Hess, aaO. (Fn. 64), S. 64f. は、ワーキング・グループのこの評価は現在の債権の差押えの組織状態を前提とするが、民訴法829条4項に基づき定型書式による標準化およびITの利用が可能となるために、この前提は近い将来に変化するであろうこと、ならびに執行士への債権の差押えの移転により共同事務所を形成する傾向が強化されるであろうことから、必要とされる組織構造は (いわば自然と) 形成されると反論する。
- (85) これに対して Hess, aaO. (Fn. 64), S. 66f. は、①ワーキング・グループは債権の差押えの自動化と費用対効果の関係について考慮していない、②費用対効果は、一方では拡大する電子式データ処理の利用により、他方では費用構造の改革、すなわち価額手数料制の導入により達成し得る、③執行士は宣誓に代わる保証や個人的接触により債務者の財産関係をよく知っており、債権の差押え

その他、連邦弁護士連合会およびドイツ取立業連盟は、より実際のな理由から、債権の差押えを執行士に移転することに反対している⁽⁸⁶⁾。すなわち、第一に、債権の差押えを執行士に移転すれば、今まで以上に高い役場費用および管理費用が生じる。第二に、現在は差押・移付命令に関して疑問が生じた場合には区裁判所の書記官室への問い合わせが簡単にできるなど、執行裁判所による債権の差押えは非常に迅速かつ効果的に機能しているが、執行士に債権の差押えを移転すれば今まで以上に強制執行の効率性が改善されるといえるかは疑問であり、当該業務を執行士に引き受けさせるべき必然性がない⁽⁸⁷⁾。

(3) 草案起草者の見解

草案起草者は、とくに執行の目的物に関する執行士の調査義務がさらに拡充された場合には、長い目でみれば債権の差押えを執行士に移転することも不可能ではないと思われるが、非常に多く行われている差押・移付命令の発令を求める申立ての処理が現在の執行官制度の構造で保証されるかは疑わしく、また、権限委任システムに基づく執行士の人的設備および物的設備の改善を通じて、執行士による迅速で秩序ある債権の差押えの処理が保証されるか否かは、システム転換が実行された後になって確定することができるのであって、現在はこれを評価することはできないとす

を移転することで執行士による分割払いの合意やそのコントロールが容易になるという相乗効果が期待できる、④執行制度の統一的な権限によって債権者の債権の運用が容易になり、また執行法における現在の「法的救済の混乱」が簡素化される、および、⑤執行費用のある程度の増額も、効率性の強化がなされるのであれば正当化される、等と反論する。

(86) BRAK-Stellungnahme Nr. 12/2005, S. 7f; BDIU, ZVI 2006, 73, 81f. なお、BDIUの見解に対する反論として Seip, aaO. (Fn. 66), S. 331.

(87) もっとも、BRAK-Stellungnahme Nr. 34/2007, S. 7は、執行士の側で技術設備が整えられ、かつこれと同時に執行士教育におけるより高度の要請が考慮されるのであれば、債権の差押えを執行士に移転することについて疑問は生じないであろうとする。

る⁽⁸⁸⁾。

そのため、執行官制度改革法草案では、債権の差押えを執行士に移転することは見合わせられた。

第 6 章 おわりに

現在のドイツの執行官制度は、1900年のプロイセン執行官規則の改正によって誕生してから100年以上が経過している。今般の執行官制度の民営化に関する議論は、同改正または1931年の民事訴訟法草案の提案に匹敵するほどの執行官制度の変革を意図するものであり、執行官制度のみならず強制執行制度に及ぼす影響は非常に大きいといえる。

もっとも、今般の民営化の議論の背景を具体的に見てみると、多くの関係者の様々な利害が複雑に絡み合っていることが分かる。すなわち、各ラントにとっては、現在の予算の危機的な状況を背景に、役場費用補償等の廃止を含む費用対効果 (Kostendeckung) の改善が最大の関心事であるのに対し、ドイツ執行官連盟にとっては、1997年の第二次強制執行改正法に基づく職務権限の拡大にも関わらず固定給に関する給与法上の給与等級が格上げされなかったことが非常に不満であり、労働意欲 (Leistungsanreize) を向上させるために俸給制から手数料制へ転換することを強く希望している⁽⁸⁹⁾。そのため、「強制執行の費用対効果を改善しかつ執行官の労働意欲の強化を図る」という目標に対しては批判がないにもかかわらず、当該目標を実現する方法としての権限委任による執行官制度の民営化に関しては賛成・反対の対立が激しく、また賛成する立場でも、ワーキング・グループおよび草案起草者の主張とドイツ執行官連盟の主張とでは、その

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

(89) 2001年3月の構造改革委員会の最終報告書では手数料制公務員制度が前提とされていたのに対し、2005年9月の構造改革委員会報告書では権限委任モデルに賛成している点を見ても、ドイツ執行官連盟の主張は民営化よりもむしろ手数料制の方に重点があるといえよう。

具体的な内容があまり一致していない。

ところで、日本の執行官（執達吏・執行吏）制度⁽⁹⁰⁾は、遅くとも明治23年（1890年）の裁判所構成法、執達吏規則および執達吏手数料規則等の制定によって確立したものと考えられるが⁽⁹¹⁾、当時の特徴は、1879年の旧プロイセン執行官規則にならって、役場制、自由選択制および手数料制であった。ただ、執達吏は「ひったくり」と揶揄されるなど、当時から非常に評判が悪かった⁽⁹²⁾。戦後の昭和22年4月の裁判所法の制定に伴う改正は「執達吏」から「執行吏」への名称の変更および監督裁判所の変更にとどまり、本格的な執行吏制度の改正作業は、昭和29年7月に法務大臣から法制審議会に対して2つの諮問⁽⁹³⁾が発せられてから開始された。そして昭和41年3月の法制審議会の答申に基づいて、同年7月に執行官法が制定された⁽⁹⁴⁾。同法の主眼は、新たに置かれることとなる執行官について、その職務内容、事務処理の体制、手数料その他をできる限り明確かつ近代的なものとし、その公務員としての性格の強化を図る点にあり⁽⁹⁵⁾、具体的な改正事項は、役場制および自由選択制の廃止、執行官が職務上取り扱う金銭の裁判所による保管、執行吏代理制度の廃止、等である。他方で、かつて執行吏制度をめぐる「百弊の因」⁽⁹⁶⁾とさえ言われた手数料制につい

(90) 日本の執行官制度の沿革については、西村宏一＝貞家克己責任編集『執行官法概説』（法曹会・1969）に負う。

(91) 明治19年（1886年）5月の「裁判所官制」（勅令第40号）には「執行吏」という官職が登場するが（7条、39条、49条）、この執行吏は現実には存在しなかったようである。梅田康夫「明治前期における民事執行機関の形成について（二・完）」金沢法学46巻2号117-124頁（2004）および引用文献参照。

(92) 西村＝貞家・前掲（註90）12-13頁。

(93) 「強制執行及び競売に関する制度を改善する必要があるとすれば、その要綱を示されたい。」（諮問第12号）および「執行吏制度を改善する必要があるとすれば、その要綱を示されたい。」（諮問第13号）。

(94) また最高裁判所は、同年11月に執行官規則を、翌12月に執行官の手数料及び費用に関する規則をそれぞれ制定した。

(95) 西村＝貞家・前掲（註90）100頁以下参照。

(96) 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』1099頁

ては、結局のところ従前のままとされた。もっとも、この点について、執行官法は法制審議会の答申も認めるようにあくまでも「さしあたって実施すべき改善措置」であって、その後の強制執行手続の改正を踏まえてさらに根本的な改善を図る必要があることは当初から認識されており⁽⁹⁷⁾、そこでは俸給制執行官および執行機関に関する執行官一元案が念頭に置かれていた⁽⁹⁸⁾。しかし、昭和41年の執行官法の制定から40年以上が経過し、また昭和54年3月の民事執行法の制定から30年近く経とうとしている今日においても、なお執行官の手数料制および執行機関の二元的構成は変更されないままである。

このように、執行官制度については日本でもドイツでも古くから様々な議論があり、そこには多くの問題点が存在するわけであるが、以下では、とくに日本での議論をふまえながら、執行官制度の組織、民間人による国家権力の行使、執行官の職務、および執行官のための教育の問題を中心に、紙幅の許す限りで若干の検討を行いたい。

(1) 執行官制度の組織

日本の執行官制度の場合、執行官は各地方裁判所内の執行官室に勤務し（裁判所法62条1項、65条、裁判官以外の裁判所職員の任免等に関する規則4条）、所属地方裁判所の司法行政上の監督（裁判所法80条3号）のほか、監督官および監督補佐官による監督ならびに総括執行官による一般執務についての指導監督（執行官規則4条ないし5条の2）に服し、物件費はすべて裁判所の予算として国の負担で賄われるために役場費用補償は存在せず、また複数の執行官が勤務する庁の執行官室で事務員を使用する場合には執行官全員が共同して行うべきである⁽⁹⁹⁾とされている点に鑑みれば、ドイ

（有斐閣・1955）。

(97) 西村＝貞家・前掲（註90）107頁。

(98) 衆議院法務委員会の執行官法案に対する附帯決議でも、「執行事務を直接固定俸給制の裁判所職員たる執行官において行う方向について検討を加え、早急にその実現方について鋭意努力する」ことが要請されている。

ツの議論にいう執行局の導入を伴う官庁システムに近いということができよう。他方で、ドイツの議論にいう官庁システムでは執行官の収入について俸給制が前提とされているのに対し、日本の執行官制度は手数料制を採用している点は、両者の根本的な相違点である⁽¹⁰⁰⁾。

この点、執行官の収入を手数料制にするか俸給制にするかという問題は、日本でも裁判所構成法の草案を審議する段階から激しく議論されてきた問題である。すなわち、明治20年（1887年）11月より法律取調委員会において審議が開始された「帝国司法裁判所構成法草案」のうち、「第三編 裁判所及検事局ノ官吏」の「第五章 執達吏」には、旧108条「（第1項）執達吏ハ一定ノ俸給ヲ受ク此俸給ハ其官等ニ従フ（第2項）執達吏恩給ヲ受ルノ権ヲ有スル場合及其金額ハ恩給法ヲ以テ之ヲ定ム」という俸給制による規定があったが、同月24日の同委員会の第一読会では、俸給制か手数料制かで激しい議論が展開された⁽¹⁰¹⁾。

俸給制賛成派の代表格は清岡公張委員であり、その理由は、①手数料制の場合、執行を急げば余計に手数料が取れるわけではないし、また遅くなったからといって手数料が取れなくなるわけでもないから、手数料制にしたからといって執行の効率が上がるわけではない、②執行が遅れたために債務者の財産がなくなった場合に執達吏が手数料を取れないのでは困る⁽¹⁰²⁾、③執達吏に手数料を与えることは、あたかも巡査が盗賊を逮捕し

(99) 執行官実務研究会編『執行官実務の手引』11頁〔三上照彦〕（民事法研究会・2005）、最高裁判所事務総局民事局『執行官提要〔第5版〕』16頁（法曹会・2008）。

(100) その他、ドイツの議論にいう執行局モデルでは人的設備はラント司法行政部によって準備されるのに対し、日本の執行官制度では執行官が事務員を使用する場合には執行官が自己の責任と計算でこれを行うものとされている。

(101) 司法省調査部『ルドルフ 裁判所構成法註釈一並裁判所構成法議事速記録一』司法資料259号545-555頁（1939）、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書25法律取調委員会帝国司法裁判所構成法草案議事筆記』147-151頁（商事法務研究会・1986）。

(102) この理由の意図するところは、手数料制だと安定した収入を得ることが難し

た場合に褒美をやるようなもので、そうなると微細なものでも捕らえるというような弊害が生ずる、④執達吏が手数料を取るとなると苛酷になるおそれがある、等である。

これに対して、手数料制賛成派の代表格は三好退蔵委員であり、その理由は、①手数料が一定額に満たない場合には国庫から執達吏に補助することにすれば弊害は生じない、②家の中にいて働く者でさえ働かせるにはよほど骨が折れて俸給も増やさなければならず、俸給を増す目的があるから働かせることができるのに対して、執達吏は寒い時や暑い時でも奔走して人の懐中を押さえるために債務者からは憎まれるし、寒さや暑さも余計に堪えなければならないから、金銭も余計にもらわなければならない、③外国でもイギリスを除く外は（当時）みな手数料制を採っているが、イギリスの場合は役人の俸給が一般的に非常に高く執達吏も十分にもらっているのであって、日本でも執達吏は俸給さえ沢山くれれば寝ずに働けといっても金のためだから働くに違いないが、日本の今日の状況をもってしては執達吏に余計（な俸給）は与えられない、④俸給制にした場合、執達吏を余計に置かなければならないことになる、⑤今日の手数料額を残らず執達吏の俸給に充てるとすれば俸給は15円、または12円から20円くらいまでになるが、一定の俸給であるとする、働く者はいくら働いても20円は20円、15円は15円に止まることになり、これでは働く者はいないであろうし、今日の官吏でも働けば働くほど俸給も上がるという栄誉があるからこそ働くのであって、執達吏に限っては判任官の75円までいかないのではとても無理である、等である⁽¹⁰³⁾。

いとの趣旨であろうか。

- (103) ここでその後の俸給制と手数料制に関する審議の経過について簡単に言及しておきたい。委員長が原案の可否を採ったところ、賛成多数ということで原案のままその後の審議が継続された。明治20年11月30日の第二読会では「第五章執達吏」に関して具体的な審議はなされておらず、そのうち106条は旧108条と同様に俸給制によっていた。しかしながら、明治22年（1889年）6月27日の枢密院会議における裁判所構成法の委員修正98条（主務省の艸書では102条）で

この三好退蔵の見解は、ドイツ執行官連盟の主張と対比させた場合、非常に興味深く思われる。すなわち、手数料制の理由としてよく「俸給制を採用すると執行官の活動意欲をそいで執行の迅速周到を期しがたいおそれがある」⁽¹⁰⁴⁾と言われるが、俸給制であっても固定給の給与等級またはその金額が高ければ執行官は効率的に自己の職務を遂行すると推測されるのであって、俸給制だから執行官の労働意欲が低下するというのは表現としていくぶん不正確であるといわなければならない。また、俸給制を主張する見解の中には、ドイツにおいて1900年のプロイセン執行官規則の改正によって手数料制が俸給制に変更されたことを挙げるものもあるが⁽¹⁰⁵⁾、そのドイツにおいて現在では、固定給に関する給与法上の給与等級が執行官の職務内容に見合っていないとしてドイツ執行官連盟から俸給制に対する痛烈な批判がなされていることは認識する必要がある⁽¹⁰⁶⁾。さらに、俸給

はすでに手数料制に変更されており（この点に関して議論はなかった）、またその前の同年3月23日の元老院大体可否会でも手数料制に関して全く言及がない。そのため、明治21年（1888年）3月に「帝国裁判所構成法草案」が内閣に提出され、同年4月に法制局に回付されてから、翌22年3月に元老院で審議されるまでの間に俸給制から手数料制への変更がなされ、そこには法律取調委員会の訴訟法組合長であった三好退蔵または彼の後任者である松岡康毅の影響があったのではないかと推測されている（以上につき梅田・前掲（註91）130頁および同「執達吏手数料制の成立について」金沢法学47巻2号9頁以下（2005）参照）。

そして、明治23年の裁判所構成法96条は「執達吏ハ手数料ヲ受ク其ノ手数料一定ノ額ニ達セサルトキハ補助金ヲ受ク」と規定し、ここに手数料制の採用が確定した。

- (104) 寺田・前掲（註96）1094頁参照。
 (105) 寺田・前掲（註96）1099頁等。
 (106) なお、1900年のプロイセン執行官規則とほぼ同時期に手数料制から俸給制に変更したハンブルクおよびザクセンでは、当該変更に伴い約3倍の執行官の人員増加を必要とし、国庫に一定の負担がかかったとされている。Lentz, ZZP 54 (1929), 480, 486. ただ、当時の執行情件数や執行官の人数、また手数料制から俸給制へ変更したことで執行官の収入がどのように変化したのかが不明なため、手数料制から俸給制へ変更した場合に執行官を増員する必要があるのか、あるとすればその規模はどのくらいかについては、なお具体的に検討しなければならない。

制と歩合金の併用が主張されることがしばしばあるが⁽¹⁰⁷⁾、その場合でも収入の大半は固定給であると考えられるため、固定給が低額であるときにも執行官の労働意欲の強化につながるだけの歩合金の取得が見込まれるかは不明確であるといわざるを得ない。このように、俸給制による場合、執行官の労働意欲は、結局は固定給の給与等級またはその金額に依存するといえることができる。他方で、執行官に十分な俸給を与えられるだけの予算措置を講ずることができるか疑わしいという国家予算上の問題⁽¹⁰⁸⁾については、今日の日本の国家予算の状況を想起すれば、やはり見逃してはならない点であろう。

これに対して、執行官法の制定前には、当時の執行制度の弊害の多くは手数料制に基因すると言われていた⁽¹⁰⁹⁾。しかし、現在でも手数料制は維持されているにもかかわらず、最近ではこの点に関して当時ほどの批判はなされていないように思われる。これは、執行官法の制定によって多くの改善がなされたこと、執行官に対する所属裁判所等の監督が十分に行われていることのほか、債務者に対してなるべく苛酷にならないようにする執行官自身の不断の努力がなされていることも忘れてはならないが、他方で、当時の執行制度の弊害が本当に手数料制に基因していたのか、実際は執達吏・執行吏や執行吏代理の能力があまりにも低かったことや懲戒または監督の制度が十分に整備されていなかったことにその原因があったのではないか、また手数料制であっても執行制度の弊害を生じさせない方策を採ることは可能である、ということを示しているということとはできないであろうか⁽¹¹⁰⁾。

(107) 寺田・前掲（註96）1099頁等。

(108) なお、梅田・前掲（註91）129-130頁および132頁注29参照。

(109) 寺田・前掲（註96）1095頁、西村＝貞家・前掲（註90）38頁等。

(110) もっとも、手数料制による場合には、執行官の収入は年間の執行事件数に依存し、また地域による格差が生じることも以前から指摘されてきたところである。この点で、全国の執行官の相互合意に基づいて平成11年7月より実施されている、不動産執行における売却手数料の半分を全国の執行官で合同して配分

このように、「執行官の労働意欲の強化」⁽¹¹¹⁾という観点から考えると、俸給制による場合には、固定給の給与等級またはその金額を執行官の労働意欲を低下させない程度に設定することができるか否か、および当該金額による予算措置を講ずることができるか否かが最大の問題ということになり、これに対して手数料制による場合には、執行官が債務者に対して苛酷な執行を行わないよう執行手続および手数料に関する規定を整備すること、ならびに執行官に対する懲戒または監督の制度を充実させることのみならず、執行官自身の能力を向上させることがとくに重要であるということができる⁽¹¹²⁾。

もっとも、手数料制公務員という制度がそもそも合憲または適法なのかという点については、別途検討する必要があるだろう。ワーキング・グループは手数料制公務員を基本法33条5項違反だと主張しているが、その主たる理由は、同項の保障する職業官吏制度の伝統的諸原則の1つとして公務員に対する扶養料給付主義があり、雇用当局は公務員およびその家族に対し

するという売却手数料の全国配分制は、事件数の変動や地域間の格差に伴う影響を小さくして執行官の経済的基盤を確実なものとする点で、合理的な制度といえよう。

- (111) なお、ワーキング・グループおよび草案起草者が、執行士に新たな労働意欲を創設する他の手法として執行士の制限的競争を主張し、その根拠として個別的強制執行における優先主義を挙げているのに対し、ドイツ執行官連盟が1900年のプロイセン執行官規則の改正を持ち出して競争に強く反対している点は、日本で古くから議論されている個別的強制執行に関する優先主義と平等主義の優劣という問題や、執行官法の制定前に非常に批判された債権者による執行官の自由選択の可能性という点に鑑みれば、非常に興味深いものがある。もちろん、ワーキング・グループおよび草案起草者も、執行士間の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して、職務執行区域の配分（執行官法草案8条）やラント司法行政部による必要な執行士の数の調査（同草案4条）等を定めているが、はたしてこれで十分であるかは不明である。
- (112) また、俸給制と手数料制の優劣を検討する際には、執行官の職務の特殊性、すなわち裁判官や他の裁判所職員のように専ら裁判所の建物内で職務を行うのとは異なり、債務者の住所地等に自ら赴いて現況調査、動産の差押えまたは建物の明渡し等を実施しなければならず、その際には債権者および債務者のみならず第三者に対する対応に迫られるという点も念頭に置かなければならない。

て俸給および年金を付与すべき義務を負うという点にある。これに対して、日本の場合、もともとドイツの基本法33条5項に対応する規定が存在しないばかりでなく、人事院が「国家公務員」か否かを判断する基準として、①国の事務に従事していること、②国の任命権者によって任命されていること、③原則として国から給付を受けていること、の3要件が挙げられる⁽¹¹³⁾ところ、要件①②が本質的な基準であるのに対して、要件③については、給与支給の有無は必ずしも絶対的なものではなく例外も認められると解されている⁽¹¹⁴⁾。また、執行官に対する国庫補助金（裁判所法62条4項、執行官法21条）⁽¹¹⁵⁾は、形式的な意味での「給与」ではないが、執行官の生活または体面等を保持するという点で、機能的には公務員の給与に相当する目的ないし作用を持つとされている⁽¹¹⁶⁾。もちろん、国庫補助の基準額が十分であるか否かは常に検討されなければならないが、以上の点に鑑みれば、日本においては手数料制公務員という制度を違憲または違法ということはできないのではないかと解される。

(2) 民間人による国家権力の行使

日本の執行官制度は、公務員性の強化の歴史ということができ、執行官法制定前の執達吏や執行吏に対する批判に鑑みれば、この方向性は当時としてはやむを得ない面があったと評価することができよう⁽¹¹⁷⁾。

なお、その際の根拠として、「強制執行は国家権力の行使であるから、

(113) 鹿兒島重治ほか編『逐条国家公務員法』50頁〔尾西雅博〕（学陽書房・1988）。

(114) 鹿兒島ほか編・前掲（註113）53頁〔尾西〕。

(115) 執行官に対する国庫補助金は、執行官国庫補助基準額令1条により、「一般職の職員の給与に関する法律（昭和二十五年法律第九十五号）別表第一イ行政職俸給表（一）の五級一号俸の俸給月額に十二を乗じて得た額」とされており、平成20年10月現在、この5級1号俸の俸給月額は289,700円であるので、その基準額は3,476,400円ということになる。

(116) 西村＝貞家・前掲（註90）350頁。

(117) 山本・前掲（註1）71頁参照。

これを担当する執行官は国家公務員であって当然である」と言われており⁽¹¹⁸⁾、これはドイツの連邦司法大臣が警察官の職務との対比で権限委任モデルによる執行官制度の民営化に反対している点と相通じるものがある。しかしながら、フランスでも強制執行は国家権力の行使であると考えられているのに対し、執行機関である huissier は公務員ではなく裁判所附属吏という自由業専門職である点⁽¹¹⁹⁾、および多くのヨーロッパの国々がフランス法と同様に強制執行を自由業者に担当させている点に鑑みれば、強制執行だから必ず公務員が担当しなければならないというのは万国に普遍的な考え方というわけではないということは認識しておかなければならない。また、指定検査機関や指定試験機関といった指定機関のように、日本でも公権力の行使を民間に行わせている例はすでに存在しているのである⁽¹²⁰⁾。さらに近時では、民間競売制度についての調査および検討がなされるようになってきている⁽¹²¹⁾。とすれば、日本においても、執行官制度の民営化について、その可能性を議論すること自体は否定されるべきではないのではなかろうか。

ここで、ドイツでは基本法33条4項が高権的権限の行使を原則として公務員に委任していることから、執行官制度の民営化が可能であることを前提としても、そのために基本法の改正が必要か否かが議論されている。これに対して、日本国憲法には同項に対応する規定は存在せず、憲法改正の問題は生じないと思われるが、他方で国家による権力の独占の原則は日本においても妥当すると考えられる⁽¹²²⁾。もっとも、この原則も例外を全く認めないわけではないことは指定機関の例からして明らかであり、民間人

(118) 西村＝貞家・前掲（註90）109頁等。

(119) 山本・前掲（註1）68頁。

(120) 指定機関については、米丸恒治「指定機関による行政の法律問題-日本における「私人による行政」手法の法的統制」同『私人による行政』325頁以下（日本評論社・1999）等参照。

(121) 競売制度研究会の報告書については金法1834号48頁以下等参照。

(122) 米丸・前掲（註120）357頁。

による国家権力の行使を正当化するだけの実質的な根拠が認められる場合には、立法をもって例外的に民間人へ国家権力の権限委任をすることも許容されると解すべきである。そして、ここでいう実質的根拠としては、執行官制度を民営化することによって執行手続の効率性が強化され、また執行官の労働意欲が向上するということを挙げることができよう⁽¹²³⁾。

なお、仮に執行官制度が民営化された場合には、執行士に対する国家の責任を確保するためにも、実質的な国家の監督が行われなければならない⁽¹²⁴⁾。この点、日本の現在の公務員たる執行官に対する監督は前述の通りであるが、他方で執行官は独立の司法機関として、上司の指揮命令を受けることなく自己の責任と判断においてその権限を行使しており、関係者には執行異議（民執法11条）または執行官法5条による不服申立てに基づく執行裁判所の事後審査が認められるにすぎないというように、もともと執行官の行為に対する専門監督は行われていない⁽¹²⁵⁾。したがって、執行官制度が民営化されたとしても、監督官庁による司法行政上の監督等の現在の公務員たる執行官に対する監督自体は、実質的な国家の監督として民間人たる執行士に対してもそのまま維持されるようにしなければならないが、それ以上に執行官に対する専門監督を行う必要はなく、これまでの確立した実績ある監督構造が継続される限り、国家の監督としては適切かつ十分であると解される。

また、国家の監督を補完するためにも、自治機関の存在は不可欠である。もっとも、現在の日本執行官連盟は、任意加入団体にとどまる上に、執行官法にも執行官規則にもその存在の根拠となる規定が存在しない。これは執行官の裁判所職員としての性格から導かれているのであらうと思わ

(123) この点、ワーキング・グループは、基本法33条4項の基本命題等を根拠に、強制執行の効率性の強化は例外に対する憲法上十分な実質的根拠にはならないとして基本法の改正が不可欠であると主張する。しかし、同項に対応する規定の存在しない日本では、同様に解する必要はないのではなかろうか。

(124) 米丸・前掲（註120）358頁参照。

(125) 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂五版〕』59頁（青林書院・2006）。

れるが⁽¹²⁶⁾、効率的で迅速かつ適正な事務処理を実現しかつ執行官相互の連携を強化するのに連盟の存在が有益である⁽¹²⁷⁾ことに鑑みれば、いささか不十分なのではなかろうか。やはり日本執行官連盟の設置およびその職務内容に関する明文の根拠規定は必要であろうし、また執行官への任命と同時に連盟への強制加入を義務づけてもよいのではなかろうか。

さらに国家賠償法に関して、同法1条1項にいう「公務員」とは身分上の公務員ではなく公権力の行使を委ねられた者を意味する⁽¹²⁸⁾ところ、執行手続が「公権力の行使」であることに変わりはないのであるから、仮に執行官制度が民営化されたとしても、執行士の行為によって損害を受けた者は国家賠償請求をすることができると解される。ドイツの執行士法草案のように国家の責任を否定する代わりに執行士に対して職業責任義務保険の継続義務を課す（21条）というのも、被害者保護の観点から見れば興味深いところではあるが、昭和22年の国家賠償法の制定に伴い執達吏の個人責任を規定していた旧民訴法532条を削除した点に鑑みれば、日本では国家賠償を認めて国家の責任を明確にした方が妥当であろう。

（3）執行官の職務

日本の現在の執行機関は執行裁判所と執行官の二元的構成であり（民執法2条）、この点は母法であるドイツでも同様であるが、その主たる根拠はドイツ民訴法制定時における執行官の能力に対する不安という沿革に基づくところが大きく、理論的には、一元的構成によれば執行機関が債権者に満足を与えるのに適する債務者の財産を選別して執行を実施する点で債務者の財産を把握するのが困難な債権者にとって便宜であり、また複数の執行手続が相互に無関係に進行するのを防ぐ点で債務者にとっても有利

(126) 山本・前掲（註1）70頁。

(127) 古島正彦「執行官もがんばっています—日本執行官連盟の『構造改革』—」
民情180号47頁以下（2001）。

(128) 塩野宏『行政法II〔第4版〕』274頁（有斐閣・2005）等。

であることから、一元的構成の方が優れているといえる⁽¹²⁹⁾。なお、その場合には執行裁判所一元案と執行官一元案とが考えられるが、執行裁判所一元案といっても裁判官が債務者の住所地等に直接赴くわけではなく、補助機関としての執行官が実際には差押えの対象物を判断することになるから、これでは現状とほとんど異なるところがないために一元案としてあまり意味がないと思われる⁽¹³⁰⁾。よって、執行機関の一元的構成としては執行官一元案の方が適当である⁽¹³¹⁾。

そして、この点に鑑みても、債権の差押えを執行官に移転することは適切であろう⁽¹³²⁾。とりわけ、①債権の差押えに際しては目的債権の被差押適格は審査しなければならないが、その存否については審査する必要がないと解されていること、②ドイツでも債権執行は執行裁判所の管轄であるが、実際に差押・移付命令を発しているのは司法補助官であり、債権の差押えを裁判官が行わなければならないとする必然性はないこと、および、③日本では平成16年の民事執行法の改正により少額訴訟債権執行が新設されたが、差押処分は簡易裁判所判事ではなく裁判所書記官が行うものとされたこと（民執法167条の2）、をも考慮すべきである。ドイツで債権の差押えを執行士に移転することに反対する見解のうち、草案起草者の反対理

(129) 西村＝貞家・前掲（註90）56頁、中野・前掲（註125）46-47頁等。

(130) 西村＝貞家・前掲（註90）56-58頁。なお、執行機関につき執行裁判所一元案を採用していたドイツの1931年の民事訴訟法草案に対して、これは当時の中央集権的思想を背景としたものであって今日ではもはや時代遅れであると主張するものとして、Hess, aaO. (Fn. 64), S. 77がある。

(131) これに対して、執行官一元案の場合に執行官（執行局）を裁判所に置くか行政庁に置くかは、執行が司法か行政か（訴訟か非訟か）という問題とも関連して非常に難しい問題である。この点につき寺田・前掲（註96）1100-1101頁、西村＝貞家・前掲（註90）47頁以下等参照。

なお、執行官法の制定前に、執行官一元案を前提とする手続規定をまとめたものとして「執行官制度採用に伴う民事訴訟法の改正に関する強制執行制度改正準備会中間案」が作成され、それに対して民事裁判官会同において詳細な検討がなされたことがある。民事裁判資料82号（1962）および同85号（1963）。

(132) この場合、執行官の人員増加は不可避であり、そのための教育の充実もまた不可欠である。

由は、執行官制度を民営化した後の状況を確認してから債権の差押えの移転について検討すべきであるとする先延ばし論にすぎず、ワーキング・グループ等の主たる反対理由は、執行官の能力に対する不安である。しかし、この点に関しては現在の執行官教育を前提としても大丈夫だとする反論もなされており、結局のところ執行官の能力および執行官のための教育の問題に帰着するといえよう。

これに対して、回避手続については、より慎重な議論を要するものと思われる。というのも、この手続は、ドイツ民訴法806b条で認められている執行士の仲介者的役割⁽¹³³⁾を裁判前の取立手続にまで拡大し、同時に執行士が自ら債務名義を作成する手続を創設しようとするものであるが、日本の場合も、回避手続に対する需要の有無、督促手続との関係、執行官の代理人的役割と国家機関としての活動の両立可能性、および執行官の中立性の問題⁽¹³⁴⁾がとくに検討されなければならない。

（4）執行官のための教育

日本における執行官に関する従来の議論では、執行官のための教育についてはほとんど言及されておらず、裁判所職員としての公務員性を強化して裁判所の監督や研修を充実させることが強調されてきたように思われる。しかし、公務員性を強化したところでその能力が飛躍的に向上するわけではないし、また、確かに裁判所の監督は重要であるが、執行官の行為に対する専門監督はもともと行われていないのであるから、やはり教育の問題を等閑視することはできない。

この点、現在の執行官の任命要件としては「多年法律に関する実務を経

(133) 同条については内山衛次「執行官による分割弁済の許容—ドイツ法を手がかりとして—」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』551頁以下（商事法務・2005）。また執行官の仲介者的役割に注目するものとして、西川佳代「関係調整の場としての民事執行—執行官の役割を中心に—」民事訴訟雑誌51号177頁以下（2005）。

(134) 山本・前掲（註1）68頁参照。

験したものとして最高裁判所が定める基準に該当する者」であることが要求され（執行官規則 1 条 1 項）、また執行官に任命された後に研修を受けることになっている（同 3 条）。しかし、多年の法律に関する実務経験とはいっても執行官の職務自体を経験しているわけではないし、さらには執行官の職務の専門性や執行官に必要とされる知識に鑑みると、執行官に任命される前に、執行官としての職務遂行に必要とされる最低限の能力を教育によって身につけさせる必要があるのではなからうか。この点で、ドイツにおいて執行士に要求される能力として挙げられるものは、日本の執行官にも妥当すると解される。また、執行官の秩序ある年齢構成を確保するという観点からすれば、たとえば法科大学院の修了者について、一定期間の実務研修および試験の合格をもって執行官に任命する可能性を認めるということも検討すべきであろう⁽¹³⁵⁾。教育モデルに関しては各国の事情があるところであり、日本でも法科大学院が今後どうなるのか不確かな面があることは否めないけれども、執行官のための教育がいかにあるべきかについて、現在の執行官制度の重要な問題として真剣に検討すべき時期に来ているように思われるのである。

【付記】2008年3月の名古屋大学主催の第5回国際シンポジウム「Civil Enforcement—民事執行—」において、Burkhard Hess 教授にお会いする好機を得た。同教授は、基本法を改正しなくても執行官制度を民営化することは可能という見解であるが、提案されている基本法草案第98a 条については、これが議会を通過するのであれば、それはそれで好ましいとのことであった。

なお、脱稿後、本稿でも引用した Hess 教授の書籍の内容を紹介する論稿（Mroß, DGVZ 2008, 89ff.）、Hess 教授へのインタビュー記事

(135) 山本・前掲（註1）69, 71頁および75頁注69。なお、執行官への任命後一定期間については、判事補のように単独での遂行が制限される職務を設定するというのも考慮に値すると思われる。

(DGVZ 2008, 92ff.), および執行士による債権の差押えに賛成する論文 (Schwörer, DGVZ 2008, 95ff.) に接した。

【後記】次号から2回にわたり、本稿で中心的に取り上げた「執行官制度の改革のための法律案」のうちでも、とくに前書きの部分と条項の部分についての試訳を、資料として掲載する予定である。