

「執行官制度の改革に関する新たな法案

－法政策的な必要性、間違った道及び憲法上の障壁－」

附・「補遺：ドイツ執行官連盟による民営化からの突然の決別」

ハンス・フリードヘルム・ガウル

柳 沢 雄 二 [訳]

【訳者はしがき】

本稿は、ドイツのボン大学名誉教授であるハンス・フリードヘルム・ガウル (*Hans Friedhelm Gaul*) 博士が、ドイツ民事訴訟雑誌 (ZZP) に発表された表題の論文 (原題は、*Hans Friedhelm Gaul, Die erneute Gesetzesvorlage zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens -Rechtspolitische Notwendigkeiten, Irrwege und verfassungsrechtliche Schranken-*, ZZP 124 (2011), SS.271-316) を中心として、さらに同博士がアタナシオス・カイシス教授 65 歳記念論文集『国境なき法』に寄稿された論文「ドイツにおける計画された執行官制度の改革について」(原題は、*Hans Friedhelm Gaul, Zur geplanten Reform des Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland, in Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, Recht ohne Grenzen, 2012, SS.237-265*) のうち、「VIII. 補遺：ドイツ執行官連盟による民営化からの突然の決別」(VIII. Nachtrag: Die abrupte Abkehr des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes von der Privatisierung) を付加して翻訳したものである。

ガウル博士が ZZP に発表された論文と記念論文集に寄稿された論文とは、その内容は非常に類似しているが、両者の違いとしては、記念論文集のほうには、冒頭に「I. ドイツの強制執行法における近時の実現された

改革」と題して 2008 年から 2009 年にかけて成立した改正法（2008 年 12 月 17 日の家事非訟事件手続法（FamFG, BGBl. I 2586）、2009 年 7 月 7 日の口座差押えの禁止を改革するための法律（BGBl. I 1707）、2009 年 7 月 30 日の強制執行におけるインターネット競売に関する法律（BGBl. I 2474）、及び、2009 年 7 月 29 日の強制執行における事案解明を改革するための法律（BGBl. I 2258））に関する紹介があり、また終わりに上述の「VIII. 補遺」があるのに対して、ZZP のほうにはこれらの記述は見られないこと、他方で、ZZP のほうではドイツ基本法との関係についての論述が非常に詳細になされているのに対して、記念論文集のほうではこの点が簡潔になされていること、を挙げることができる。そこで、本稿では、重複を避けるために、ZZP に発表された論文については全訳し、記念論文集については補遺の部分を付加的に翻訳することとした。ガウル博士からは、以上の訳者の意図をご理解いただいたうえで、翻訳の許可をいただくことができた。

翻訳に当たって、原文でイタリック体になっている語句は、訳文では太字で示した。また、脚注については、文献の引用などあえて日本語に翻訳するまでもないと考えたものは原文のまま引用し、日本語にしたほうが読者の理解に資すると考えたものは和訳した。さらに、補遺に関しては、脚注番号をこの部分独自の通し番号とし（そのため、記念論文集の本来の脚注番号とは異なる）、かつ補遺で引用されている前掲箇所又は脚注については、これに対応する ZZP の該当箇所を注記した。その他、ガウル博士に確認したうえで、数か所ほど原文の表記を修正しているほか、ガウル博士の論文発表後になされたいくつかの法規定の変更について訳文中に注記している。なお、2012 年 8 月 1 日より施行されている執行官規則（GVO）及び執行官職務規程（GVGA）の改訂版については、ガウル博士から個別に頂いたご指摘も踏まえて、後記で簡単に言及しているので、そちらも参照されたい。

本翻訳を快諾して下さったガウル博士には、この場を借りて心より御礼を申し上げます。また、ガウル博士から本翻訳の許可をいただくに当たり、

ハンス・フリードヘルム・ガウル著「執行官制度の改革に関する新たな法案」

慶應義塾大学名誉教授の石川明先生及び早稲田大学教授の榎善夫先生から御協力を賜りました。両先生の学恩にも、この場を借りて心より御礼を申し上げます。

Für die Ermöglichung dieser Übersetzung danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. h.c Hans Friedhelm Gaul herzlich.

Ass.Prof. Yuji Yanagisawa

目 次

- I. 新規律及び執行官制度の「民営化」に関する法律動議の再開
 - 1. 執行士法草案の再提出
 - 2. システム転換に伴う基本法を改正するための法律案
 - 3. 「自由業執行士システム」の導入に関する動機及び比較法上の衝撃
 - 4. 執行士法草案の基本的な内容
- II. 長い間続いている執行官制度の改革の必要性
 - 1. 法治国家として不十分な執行官制度の立法上の正当性
 - 2. 立法者の組織法上の「継子」としての執行官
 - 3. 裁判所構成法 154 条の法文上の定義による公務員たる地位の確定
 - 4. 行政規定のみに基づく区域執行官システム
 - 5. 区域執行官システムの慣習法上の承認?
 - 6. 必要不可欠な「法律」による規律
 - 7. 憲法上不十分な裁判所構成法 154 条の規律授權
 - a) 基本法 80 条 1 項 2 文と両立しないこと
 - b) 基本法 84 条 1 項と両立しないこと
- III. 「民営化」に対する憲法上の障壁としての基本法 33 条 4 項の機能留保
 - 1. 憲法改正の必要性
 - a) 憲法改正なしでの「自由業執行士システム」へのシステム転換?
 - b) 高権的権限の行使の正当性
 - c) 基本法 33 条 4 項の中心領域における強制権限と基本法との関連
 - d) 「侵害行政」と「給付行政」との比較における司法
 - 2. 司法の分野における機能留保の例外としての基本法草案 98 a 条
 - a) 基本法草案 98 a 条の規律内容
 - b) まとめ
 - 3. 第 67 回ドイツ法曹大会のテーマとしての「公的職務の民営化」
 - a) 賛成できない報告
 - b) 「執行官制度の民営化」に反対する満場一致の表決
 - 4. 基本法 33 条 4 項で容認される原則・例外関係の限界
 - a) 法律の留保
 - b) 執行官制度の改正法に関する原則・例外関係
 - c) きっかけとなる憲法改正

IV. 基本法草案 98 a 条により提案された憲法改正

1. 公式の立法理由
2. 批判
 - a) 「例外」の根拠につき必要とされる厳格な基準
 - b) 不十分な合目的性の根拠
 - c) 不十分な財政上の根拠
 - d) 司法に対する不可欠な質的要求
 - e) 受け入れがたい国家責任からの撤退
3. 機能留保及び国家留保の中心領域の配分
 - a) 執行官の執行職務にとって「領域特有の例外規律」ではないこと
 - b) 適切な先例がないこと
 - c) 基本法草案 98 a 条によって予定された「権限委任」の違憲性は除去できないこと
4. 法治国家原則の不可侵性を理由とする憲法改正の障壁としての基本法 79 条 3 項
5. 結論：予定された「権限の委任を受けた」執行士システムの治癒できない違憲性

V. 執行官制度の「民営化」に対して依然として残る法政策上の疑問

1. 比較法上の模範としてのフランスの「執行士」
2. ヨーロッパの隣国についての展望
3. 職務領域の拡大に対する拒絶
 - a) 裁判前の債権取立て
 - b) 執行士への債権差押えの移転
 - c) 公法上の債権の執行の移転—改革の構想との決別

VI. 執行官の競争—現代への覚醒又は 19 世紀への逆戻り—

1. 「権限委任モデルの中核」としての競争の容認
2. 排除された過去の学説
3. 勘違いされた模範としての公証人
4. 執行士の競争と債権者の順位
5. 脅かされる債務者保護
6. 「権限の委任を受けた」執行士の競争と費用法上の効果
7. 公務員たる執行官の競争
8. 公務員たる執行官のための結果と相関する報酬の改善

VII. 終わりに

I. 新規律及び執行官制度の「民営化」に関する法律動議の再開

1. 執行士法草案の再提出

2010年3月24日、連邦参議院の発議に基づき、連邦政府を通じて、従来の司法固有の**公務員たる執行官システムから自由業の「権限の委任を受けた」**》*beliehene*《**執行士システム**（いわゆる「権限委任システム」）》*Beleihungssystem*《）へのシステム転換を予定する「**執行官制度を改革するための法律案**」が、改めて連邦議会に提出された¹。これは、すでに2007年5月7日に立法手続に入った法律案²を、本文及び公式の立法理由（amtlicher Begründung）を変更せずに再提出したものであるが³、その時の立法期にはもはや実現されなかったものである³。

この改革計画は、バーデン・ヴュルテンベルク、ヘッセン、メクレンブルク・フォアポンメルン及びニーダーザクセンの動議に基づいており、顕著な財政上の窮乏（knappe Kassen）に鑑みて、同時に国家予算の負担軽減を図りながら、執行官の職務をその職に就いた民間人に移転することによって強制執行の効率性を改善することを期待している⁴。もっとも、この改革計画は、大連立（キリスト教民主・社会同盟（CDU/CSU）及び社会民主党（SPD））による**当時の連邦政府が、ツィプリーズ（Zypries）**連邦司法大臣（SPD）の指揮の下で、執行と結びつけられる強制権限は「国家の機関を通じた直接的な国家の責任のために留保されて」いなければならないこと、「権限委任モデル」は手続費用を著しく高額にすること、

1 Vgl. BT-Drucks.17/1225, S.1ff.

2 Vgl. BT-Drucks.16/5727, S.1ff.

3 これにつきすでに批判的なものとして、Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12.Aufl., 2010, § 1 Rdnr.20ff.参照。

4 BT-Drucks.16/5727, S.1f., 35ff.と文言上も一致している法律案の公式の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.1f., 34ff.参照。また、法律動議に賛成するのは、ニーダーザクセンの司法大臣 Heister-Neumann, Die Reform des Gerichtsvollzieherwesens - eine Bestandsaufnahme, ZRP 2007, 140ff.、近時ではヘッセンの司法大臣 Hahn, DRiZ 2011, 44.これに対して反対するのは、ザクセン・アンハルトの司法大臣 Angela Kolb, DRiZ 2011, 45.

少額債権者の取立てを妨げること、及び弁済モラルに対する否定的な影響を助長することを理由として、「詳細な調査に基づいて、この計画 (Vorhaben) は適切ではない」と表明した⁵ために、前の立法期にはそれ以上は追求されなかった。

当時の連邦政府の拒絶的な態度とは異なり、キリスト教民主・社会同盟と自由民主党 (FDP) からなる**新たな連邦政府**は、**ロイトホイザー・シュナーレンベルガー** (Leutheuser-Schnarrenberger) 連邦司法大臣 (FDP) の指揮の下で、計画された「**執行官制度の民営化**」に関するすでに第 17 立法期の連立合意でなされた協定に基づいて、連邦参議院の再度の立法動議に対して、現在では賛成を表明している⁶。もっとも、立法手続をさらに進展させるためには、2007 年の状態に依拠する執行官の業務活動に関する統計上の数字を最新のものにすることが要請され、また、その間に制定された 2009 年 7 月 29 日の「**強制執行における事案説明 (Sachaufklärung) を改革するための法律**」⁷に基づく執行官の拡大された調査権限及び情報収集権限が、権限委任モデルへ移行する場合にどのような影響をもたらすか、さらには改革モデルによって明らかに費用が増加することに鑑みてどのように「債権者の適切な費用負担が保障され得るか」⁸ が、再検討されなければならない。

2. システム転換に伴う基本法を改正するための法律案

もっとも、**憲法改正**をせずに執行官の職務を民間の「**権限受任者**」
≫*Beliehene*≪ に移転することは、不可能である⁹。というのは、基本法 33

5 BT-Drucks.16/5727, S.110 の連邦政府の態度表明を参照。

6 BT-Drucks.17/1225, S.109 の連邦政府の態度表明を参照。

7 BGBl. I S.2258; siehe dazu Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12.Aufl., 2010, § 1 Rdnr.15 und 25.

8 BT-Drucks.17/1225, S.109 の連邦政府の態度表明を参照。

9 これまで時々主張されてきた反対説とは異なり、基本法の改正が必要であることについては、さしあたり Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.22 m.w.Nachw.

条4項によれば、「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」。そこで、各ラントの立法動議は、改革計画の憲法違反のリスクを回避するために、2007年5月11日にすでに提出された「**基本法を改正するための法律案(第98a条)**」を、2010年2月3日の立法発議によって連邦参議院で再度取り上げている¹⁰。新基本法草案98a条は、執行官の権限の行使が法律を通じて「基本法第33条第4項にいう公務員でない者にも委任され」得るとすることによって、いわゆる職業官吏制度のための**機能留保(Funktionsvorbehalt)**の例外を創設する。しかしながら、憲法改正のための壁は非常に高い。基本法79条2項によれば、基本法を改正するための法律は、「連邦議会の構成員の3分の2及び連邦参議院の票決数の3分の2の同意」、すなわち**双方の立法府で二重に3分の2の多数**を必要とする。そのため、双方の立法機関における政治的な多数決関係に鑑みれば、賛成者によって執行官制度自体を民営化するための立法動議が成功する見込みは、むしろ懐疑的に判断されることになる¹¹。

3. 「自由業執行士システム」の導入に関する動機及び比較法上の衝撃

執行官制度の改革に関する法律案の立法理由は、著しく断定的に、「司法が服する経費削減義務(Sparzwänge)に鑑みて、絶え間なく続く大量の業務は、執行官の職務が、司法固有の公務員によってではなく、自己の計算によるけれども国家の監督の下で活動する権限受任者によって処理さ

10 Vgl. BR-Drucks.48/10, S.1ff. mit BR-Drucks.149/07 (neu), S.1ff.

11 リベラルな**ロイトホイザー・シュナーレンベルガー**連邦司法大臣でさえ、2009年11月6日にハイデルベルクで開催されたシンポジウムでは、基本法の改正に必要とされる3分の2の多数を根拠として、立法計画の実現可能性を疑問視していた。Mroß, DGVZ 2010, 21, 22 und DGVZ 2010, 76, 77の報告参照。実際に、第17立法期に関する社会民主党の綱領は、「司法における更なる民営化」に反対している。これにつきChristine Lambrecht, ZRP 2010, 68, 69。また、連邦90・緑の党は、明確に、「現金持高(Kassenlage)による司法政治」及び特に「執行官制度を民営化するという懸案事項(Anliegen)」を強く拒絶している。これにつきJerzy Montag, ZRP 2010, 71, 73。

れる場合にのみ、履行することができる。」と述べる。特に、現在のシステムとは異なり、将来的には、執行士は権限受任者として債権者の選択によって互いに「競争」することになり、また「強制執行の効率性」は、付加的に新たに創設される「成功報酬」≫Erfolgsgebühr≪ による執行の結果に向けられた「労働意欲」≫Leistungsanreize≪ を通じて、費用対効果の高い（kostendeckend）手数料が整備された場合に改善されるとする¹²。

比較法的には、法律案の追求する「権限委任システム」への移行は、**フランス**及びベネルクス三国の「**執行士**」≫*huissier de justice*≪ を模範としているが、これらの国々では、執行士は公務員としてではなく自由業者として活動している。さらに、法律案の立法理由は、**ギリシア**、**スペイン**及び**ポルトガル**といった南ヨーロッパの国々のみならず、最近ではいくつかの東ヨーロッパの国々でも執行士システムに従っており、そのために権限委任システムへ移行することは「欧州連合」における執行システムの調和に寄与すると指摘する¹³。

「執行士」を模範とする自由業執行士システムについては、**ドイツ執行官連盟**（DGVB）もまた数年前から熱望している。その限りで、この改革計画は、同時に職業政策上の影響力を有する。ドイツの執行官の職能団体は、以前 2003 年 5 月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、「自由業執行士システム」の導入を要求することを確認している¹⁴。

4. 執行士法草案の基本的な内容

予定されている「**執行士法**」草案の規律によれば、「執行士は、各ラン

12 法律案の立法理由の総論、BT-Drucks.17/1225, S.1f. und 34ff., 42ff., 45f.

13 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.35.

14 Blaskowitz, DGVZ 2003, 110, 112 の報告参照。

の委任を受けた執行士)として、送達及び執行の高権的な遂行を委託」されることになるが、これは、「本業の (hauptberuflich) 職務行使のために」(執行士法草案 1 条 1 項及び 2 項) 公証人の地位 (連邦公証人法 3 条 1 項) と意識的に適合させたものである¹⁵。それによれば、一職務配分の変更はなく (執行士法草案 2 条)¹⁶ 一自己の計算で行動し、かつ固有の手数料取立権及び付加的な成功報酬を与えられる権限の委任を受けた執行士は、地方裁判所区域に拡大された職務執行区域内で (執行士法草案 8 条 1 項)、債権者が複数の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る (執行士法 8 条 4 項、10 条 2 項) とすることによって、互いに**競争することになる**。熱望される費用対効果原則 (Kostendeckungsprinzip) によれば、手数料は、2.3 倍 (売上税を含めると 3.13 倍) に増額されることになる¹⁷。

執行士法草案 2 条 1 項で列挙された、従来は手続法 (民事訴訟法、家事非訟事件手続法¹⁸、取立規則 (BeitrO) 等) で法律的に配分されたものと一致する職務が、「**権限委任**」の対象となる¹⁹。現行法と比べて変化のないこれらの執行士の**義務的職務**に、義務的な業務が許容しかつ執行士法草案 14 条に基づいて必要とされる地方裁判所又は区裁判所の所長による監督官庁 (執行士法草案 94 条) の認可が存在する限度で、執行士法草案 2 条 2

15 法律案の立法理由は、「これらの共通点に鑑みて、提案された執行士法は、全体的に首尾一貫して、公証人の法律関係を模範としている」と明確に強調する。BT-Drucks.17/1225, S.37.

16 執行士法草案 2 条 1 項で列挙された執行士の職務の一覧は、手続法 (Verfahrensgesetzen) で現在法律的に配分されているものと変わるところがない。法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.38f. und S.60ff. 参照。これにつき後掲注 18 参照。

17 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.42ff., 48 参照。

18 執行士法草案 2 条 1 項 4 号は非訟事件手続法 33 条 2 項を挙げているが、この規定は、2009 年 9 月 1 日に施行された家事事件手続に関する家事非訟事件手続法では、89 条及び 90 条に替わっている。これにつき *Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn. 3), § 2 Rdnr.13ff. und § 4 Rdnr.15ff. m.w.Nachw.

19 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.39, 60f. 参照。

項で列挙された「**任意的職務**」が追加される。これはとくに、「任意競売」の遂行又は倒産手続における受託者 (Treuhänder) の職務もしくは差押財産管理人 (Sequester) としての職務の引受け、及び権限の委任を受けた執行士が高権力を行使する者 (Hoheitsträger) としてではなく私法上の契約に基づいて民間人として活動する領域について当てはまる²⁰。

概念的に、行政法の学説は、「権限受任者」について、特定の行政上の職務を高権的に遂行することを委託され、そのために公法の行為類型において、国家の監督に服し続けながら独立して国家の職務を遂行する権限を有する私法上の主体であると解している²¹。高権的な職務の移転は、行政の組織権 (Organisationsgewalt der Exekutive) ではなく**法律の留保** (Gesetzesvorbehalt) に服するため、永続的に職務を移転することは、**法律**によってのみ行うことができる²²。

行政法とは異なり、**司法における「権限受任者」**の概念は、これまであまり一般的ではなかった。もっとも、**司法**で対応するものとしては、**公証人**が、「本業の職務行使のために」任命される「公的職務の担当者」(連邦公証人法 1 条、3 条 1 項) として、「権限受任者」であると解される。というのは、改正法草案もまた、権限委任の地位にある司法機関として執行官を転換するための模範を、公証人の中に見ているからである²³。そのため、連邦公証人法 (BNotO) における公証人の法律関係に関する規律は、総じて、提案された執行士法の「権限委任関係」を整備するためのひな型として役立っている²⁴。

したがって、連邦公証人法 92 条以下の模範となる規律

20 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.61f. 参照。差押財産管理人としての執行官につき、従来のものとして *Becker-Eberhard in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 25 Rdnr.74 ff. 参照。

21 Vgl. *Di Fabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, 585, 589f.; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5.Aufl., 1998, S.15f. m.w.Nachw.

22 Vgl. *Di Fabio*, a.a.O. (Fn.21), S.590.

23 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.35 参照。

24 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.37 参照。

(Regelungsvorbild) によれば、権限の委任を受けた執行士は、**ラント司法行政部** (*Landesjustizverwaltung*)、具体的には地方裁判所又は区裁判所の所長 (執行士法草案 94 条以下) **による国家的な法的監督**に服する。依然として基本法 20 条 2 項にいう国家権力の行使が問題となるから、弁護士の場合とは異なり、自治団体に監督を委任するのでは不十分である。他方で、連邦公証人法 65 条以下を模範とし、**執行士会** (執行士法草案 65 条以下) を形成することによる職能身分的な団体システム (Kammersystem) を通じて、直接的な国家の監督が補充される²⁵。

有責的になされた職務上の義務違反に対して、権限の委任を受けた執行士は、将来的には公務員の身分がなくなるために、公証人 (連邦公証人法 19 条 1 項) と同じように、**個人的に** (執行士法草案 20 条 1 項)、すなわち一従来²⁶の現行法とは異なり一**公証人** (連邦公証人法 19 条 1 項 4 文) と同様に一基本法 34 条及び民法 839 条に基づく国家の介入義務 (Einstandspflicht) なしに、**責任を負う**²⁷。したがって、権限の委任を受けた執行士は、公証人 (連邦公証人法 19a 条) のように、国家責任の廃止に鑑みて、被害者を損失のリスクから保護するために、それぞれの保険事例について 25 万ユーロを最低保険金 (Mindestversicherungssumme) とする職業責任義務保険 (Berufshaftpflichtversicherung) を締結する義務を負う (執行士法草案 21 条)²⁸。

II. 長い間続いている執行官制度の改革の必要性

1. 法治国家として不十分な執行官制度の立法上の正当性

ドイツの執行官制度は、かなり前から改革を必要としている。このこと

25 詳細につき法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.39ff., 87ff., 92ff. 参照。

26 S. dazu *Gaul*, Die Haftung aus dem Vollstreckungszugriff, ZZP 110 (1997), S.3, 6 und *ders.* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.16, 18, 20 und § 25 Rdnr.51 (insoweit jetzt *Becker-Eberhard*).

27 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.72 参照。

28 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.73 参照。

はまず、従来の公務員で固定された職務区域と結びつけられたいわゆる区域執行官システムを維持するか、それとも最近改めて提出された法律案に基づいて権限の委任を受けた執行士システムへの移行を考えるかとは全く関係なく妥当する。というのは、現在の執行官システムは、とうの昔から、もはや現代的な法治国家の要請を満たさなくなっているからである。これは、基本的に、おそらく原始的には (rudimentär) 形式法上及び議会議法上の法的基礎に依拠するが、本質的には行政規定に依拠するという、生まれながらの欠陥 (Geburtsfehler) に苦しんでいる。

2. 立法者の組織法上の「継子」としての執行官

すでに 1974 年に、筆者は「執行官—立法者の組織法上の継子」という論文²⁹で、単に裁判所構成法 154 条によるのみでは執行官の法的地位を「規範的に」保護するのに不十分であることを指摘している。すなわち、法律の規定は、1877 年以来、単なる授權規範として、「送達、呼出し及び執行を委託された公務員 (執行官) の職務関係及び業務関係は、……地方の裁判所 (Landesgerichte) の場合にはラント司法行政部によって決定される」という「法律上の」命令に限定されている。沿革的に立法者は、率直に「組織上の問題に対する草案の中立的な立場」を強調することによって、まさに意識的に法的規律を「ラント司法行政部」に委ねるつもりであった³⁰。それとともに、**ライヒ裁判所 (Reichsgericht)** が、有名な 1913 年の連合部判決において、ドイツの執行官の公法的な職務上の地位とそれともとの模範である債権者の民事法上の受任者としてのフランスの**執行士**との区別 (Abgrenzung) に関して述べたように、「ラント司法行政部に

29 Gaul, Der Gerichtsvollzieher - ein organisationsrechtliches Stiefkind des Gesetzgebers, ZZP 87 (1974), S.241ff., S.262ff. mit Quellennachweisen.

30 Vgl. Hahn, Materialien zum GVG, 1.Abt., 1879, S.165: 「組織上の問題に対する草案の中立的な立場から、訴訟法にいう執行官の概念は、個々の連邦構成国 (Bundesstaaten) のラント司法行政部の規定によって初めて、その具体的な形態がもたらされるであろうということが明らかとなる」。

は、執行官制度の規律について最大限の自由が認められる」ことになるであろう³¹。そのため、執行官の「職務関係及び業務関係」は、今日ではラント司法行政部の合意に基づいて連邦で統一的に適用されているものの、規範的な性質（Normqualität）はなく単なる内部の行政規定としての性格しか有さない「**執行官規則**」及び「**執行官職務規程**」で規律されている³²。

3. 裁判所構成法 154 条の法文上の定義による公務員たる地位の確定

ともかく、裁判所構成法 154 条は執行官を「**公務員**」と定義づけており、かつ法文上の定義（Legaldefinition）によってその公務員の身分を拘束的に（bindend）確定している。また、裁判所構成法 155 条が他の司法機関の場合と同様の除斥事由に基づいて執行官を「法律上の職務の行使から除斥」しているため、同条から執行官の職務上の地位が明らかにされる。もっとも、執行官規則 1 条は、より明確に「執行官は、公務員法にいう公務員である。」と規定する。それにもかかわらず、**裁判所構成法 154 条で公務員たる地位を法律上確定することのみが**、連邦及び各ラントの公務員法、すなわち公務員法大綱法（BRRG）2 条〔訳者注：2008 年 6 月 17 日の公務員身分法（BeamtStG, BGBl. I 1010）により廃止され、現在は公務員身分法 3 条がこれに対応する〕及びラント公務員法がラント公務員にとって重要な規律であるといえるための根拠となり得る。それによれば、執行官は、一般給与法に基づく俸給、執行職公務員報酬命令に基づく徴収

31 RGZ (VZS) 82, 85, 88, 92. ライヒ裁判所の民事連合部は、まずは執行官の職務上の義務違反に対する**国家の責任**を根拠として、債権者の申立ての遂行に際して義務違反をした執行官に対しフランスの「**執行士**」を模範として**民法上の委任関係**に基づく個人的な責任を負わせた RGZ 16, 396, 404ff.を破棄した。これにつき *Gaul*, ZZP 110 (1997), S.3, 6 ならびに前掲注 26 及びそこで引用の文献参照。

32 Vgl. dazu *Gaul*, ZZP 87 (1974), S.241ff., 262ff. und *ders.* in *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11.Aufl., 1997, § 25 II 1 b; ebenso jetzt *Becker-Eberhard* in 12.Aufl., 2010, a.a.O. (Fn.3), § 25 Rdnr.11 m.w.Nachw.

された手数料から得られる付加的な歩合金 (Anteil) (いわゆる執行報酬)、ならびに裁判所の外で行われる業務 (執行官規則 45 条以下) の清算 (Ausgleich) としての役場費用の償還及び立替金の補填のための補償 (執行官規則 10 条以下参照) を受領する、特別な職歴を有する中級司法職 (mittler Justizdienst) のラント公務員であるといえる³³。

4. 行政規定のみに基づく区域執行官システム

執行官の今日の組織法上の地位、とりわけ現行のいわゆる区域執行官システムが、専ら行政規定に基づいているというのは、やはり法治国家的には問題がある。この点につき典型的なのは、一執行官の自由選択を認めずに一区裁判所区域内の場所的に限定された「執行官区域」が配分されること (執行官規則 16 条 1 号)、ならびに、執行官が、連邦公務員給与法 49 条 3 項 [訳者注: 2009 年 2 月 5 日の職務法再編法 (DNeuG, BGBl. I 160) により廃止] 及び各ラントの執行官役場費用補償命令 (GVEntschVO) に基づいて役場費用補償 (Bürokostenentschädigung) を受領し、自己の費用で個人的に事務所を経営しなければならない (執行官規則 46 条、49 条) 固定された職務所在地 (執行官規則 3 条) に拘束されるということである³⁴。執行官は、本人自ら (persönlich) 職務を行う (執行官規則 4 条)。複数の執行官がいる区裁判所では、債権者から執行官に対して直接的に執行の申立てがなされた場合 (執行官規則 33 条 3 号) を除き、執行官と住民を結びつける (Verkehr) ために、管轄を有する執行官に申立てを送付する分配庁 (Verteilungsstelle) が設立される (執行官規則 33 条以下)。そのため、執行官の土地管轄は、配分された執行官区域に従う (執行官規則 20 条以下)。

33 Vgl. Gaul in Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.32), § 25 II 1 d und ebenso zuletzt Becker-Eberhard in 12.Aufl., 2010, a.a.O. (Fn.3), § 25 Rdnr.14 m.w.Nachw.

34 Vgl. dazu BVerwG, DGVZ 2005, 7ff. m.Anm. Seip; dazu Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.24 und § 25 Rdnr.14 m.w.Nachw. (Becker-Eberhard).

裁判所組織の構造 (Gefüge) 内で特定の職務区域を配分しかつ執行官の土地管轄を特定することで、執行官規則は、純粋に内部の行政規定で規律できる内容を超越している。また、管轄違いは、(執行官規則 20 条 2 号が明示するように) 無効ではないが民訴法 766 条に基づく異議によって取り消すことができるから、執行官規則は、権利者 (Rechtssuchenden) — 強制執行における債権者及び債務者 — のための法的アクセス (Rechtszugang) を、広義の手続過程における権利保護にとって重要なものとして規律している。執行官規則 16 条以下及び 20 条以下は、単に**形式的な法律のために留保された**外面的な法的拘束力 (Rechtsverbindlichkeit nach außen) を要求するが、当該拘束力のために裁判所構成法 154 条もまた、司法行政の授権とともに、執行官の「職務関係及び業務関係」に関する行政規定の発令に対して適切な基礎を提供してはいない。

5. 区域執行官システムの慣習法上の承認?

現在の執行官システムに関する正当性のジレンマから抜け出す道は、近時**シルケン** (Schilken) 教授が提示したように、基礎とされる執行官規則の規定がここ数十年間の法適用において異論なく行使されてきたことによって、区域システムが専ら**慣習法上承認された**と見ることであろう³⁵。もっとも、その法的拘束力を問題とせずに法律と同様の取扱いをするのが自然であることに鑑みれば、これは、「確定判例」(「判例法」)³⁶ による権限付与 (Autorisierung) がなく、かつ法共同体の「法適用の意思」»Rechtsgeltungswille« の表現として実際に意識された法的確信 (Rechtsüberzeugung) における表明 (Manifestierung) もない、慣習法上の拘束と

35 Vgl. *Schilken*, Die Eröffnung des Wettbewerbs unter den Gerichtsvollziehern durch Änderung der Gerichtsvollzieherordnung (GVO), DGVZ 2011, 1, 4f.

36 「裁判上の慣習の事実的な規範力 (Normkraft)」及び「確定判例の制度的な権威 (誤って「裁判上の慣習法」とされているが)」につき、*Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S.24 Anm.69 und S.83f. 参照。

いうことになる³⁷。

6. 必要不可欠な「法律」による規律

いずれにせよ、他のすべての司法機関については、裁判官に関するドイツ裁判官法 (DRiG 1961)、司法補助官に関する司法補助官法 (RPfLG 1969)、さらに裁判所書記官でも裁判所構成法 153 条 (1979 年改正) によって、詳細な法律上の規律がなされているにもかかわらず、執行官については 100 年以上も前からずっとその身分 (Status) 及び総じて組織法上の地位 (Stellung) に関する規律が司法行政に委ねられてきたことは、議会の立法者の無策を証明 (Armutszeugnis) するものである。

7. 憲法上不十分な裁判所構成法 154 条の規律授權

a) 基本法 80 条 1 項 2 文と両立しないこと

そのため、正当にも、ラント司法行政部の法規命令 (Rechtsverordnung) によって執行官制度を規律するための法律上の授權根拠としての裁判所構成法 154 条の合憲性が、最近になって繰り返し問題とされている。基本法 80 条 1 項 2 文によれば、「与えられる権限の内容、目的及び程度は、法律において規定されなければならない」。グラヴェルト (Grawert) 教授³⁸及びそれに賛成するショルツ (Scholz) 教授³⁹が憲法解釈において指摘したように、裁判所構成法 154 条は、執行官の「職務関係及び業務関係」を、法律上具体化せず—「組織問題」⁴⁰—を意識的に未解決にして一般的に「司法行政」に委ねているために、法律上の命令授權

37 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S.269ff., 270.

38 Grawert, Die Ordnung des Gerichtsvollzieheramtes vor dem Grundgesetz, Rechtsgutachten, DGVZ 1989, 97, 115ff.; dazu auch Gaul in Rosenberg/Gaul/Schilken, 11.Aufl., a.a.O. (Fn.32), § 25 II 1 b; ebenso jetzt Becker-Eberhard in 12.Aufl., a.a.O. (Fn.3), § 25 Rdnr.10.

39 Rupert Scholz, »Freies Gerichtsvollzieher-system« und Verfassung, Rechtsgutachten, DGVZ 2003, 97, 98f.

40 これについては前掲注 29 及び注 30 ならびにそこで引用の文献参照。

(Verordnungsermächtigung) に対する基本法上の要請を満たしているとはいえない。すなわち、**連邦憲法裁判所**⁴¹が基本法 20 条 3 項（法治国家の原則）に関して発展させた本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）によれば、特に一強制執行のような一基本法と関連する領域では、立法者が「本質的な決定を自ら行わ」なければならない、規則制定権を「完全に放棄してはならない」のである。確かに、基本法に関連する侵害権限（Eingriffsbefugnisse）の詳細は、民事訴訟法から明らかとなる⁴²。しかし、立法者さらには国家が、どの管轄機関にどのような基本的条件の下で威力の独占（Gewaltmonopol）の行使を委託するかは、それに劣らず「本質的な」ものである。

b) 基本法 84 条 1 項と両立しないこと

また、裁判所構成法 154 条は、連邦レベルでの法的統一に対応する程度を維持するために、規範的な基礎（normative Grundlagen）の中で連邦法律の行政執行（Verwaltungsvollzug）を中央で制御する可能性を（専ら）連邦に認めている基本法 84 条 1 項に違反する⁴³。連邦が、「裁判所の構成」及び「裁判の手續」につき基本法 74 条 1 項 1 号から明らかとなる連邦の権限を、その限りで裁判所構成法 154 条の中で、連邦司法大臣の他に一ラント立法者を排除して一各ラントのそれぞれの「ラント司法行政部」に委ねることによって、連邦は、基本法 84 条 1 項に反してその中心的な規律権限（Regelungskompetenz）を正当に評価しておらず、その結果として、その限りでまた裁判所構成法 154 条は、憲法上の要請を満たしているとはいえないのである。

41 BVerfGE 49, 89, 126f.; BVerfGE 61, 260, 275; BVerfGE 77, 170, 231; BVerfGE 80, 124, 132; BVerfGE 88, 103, 116.

42 *Schwörer*, GVGA und GVO - Vorschriften ade?, DGVZ 2010, 73, 75 はこの点を指摘するが、それゆえに憲法上の批判をあまりにも過小評価しすぎている。これにつき *Schilken*, a.a.O. (Fn.35), S.4f. も参照。

43 *Grawert*, a.a.O. (Fn.38), S.115; ebenso *Scholz*, a.a.O. (Fn.39), S.99; *Schilken*, a.a.O. (Fn.35), S.4.

それゆえ、法政策的な理由の他にも憲法上の理由から、執行官の法的地位及びこれまで行政規定にのみ基づいてきた現在の区域執行官システムが、かなり以前から法律上の規律を必要とするのであれば、このことは、裁判所構成法 154 条の「公務員」としての地位という法文上の定義⁴⁴に基づき、単一の立法者を通じて、公務員たる執行官システムを維持する場合にのみ行われ得るが、権限委任システムに移行する場合には不可能である。

III. 「民営化」に対する憲法上の障壁としての基本法 33 条 4 項の機能留保

1. 憲法改正の必要性

基本法 33 条 4 項は、これまで「高権的権限の行使」を基本的に公務員に留保しているのであるから、権限委任システムへのシステム転換を予定する**立法動議**は、正当にも同時に**憲法改正の必要性**を前提としている⁴⁵。そこで、憲法を改正する特別の法律により、基本法の中に挿入される基本法草案 98a 条を通じて、秩序ある職務の履行に対する国家の責任が保証される限度で、単一の立法者が民間人に執行官の職務を権限委任することができるということが、明らかにされることになる。

a) 憲法改正なしでの「自由業執行士システム」へのシステム転換？

たまた憲法改正の必要性が疑問視されることがあるが、これには賛成できない。**ショルツ教授**⁴⁶は、基本法 33 条 4 項のいわゆる**機能留保**が職業官吏制度のための制度的保障に限定され、かつ適切な「**国家の拘束**」が「国家と結びつけられた（自由）職業」として**なお十分密接に**維持され続ける限り、「原則」の例外として、高権的権限を「権限の委任を受けた」執行士のような「自由業」者へ委任することは許容されるとする。しかしながら、基本法 33 条 4 項は、今日では国家が固有の職務遂行に対する責

44 これにつき前述 II 3 及びそこで引用の文献参照。

45 Vgl. BT-Drucks.17/1225, S.36, BR-Drucks.149/07 (neu), S.3f.

46 Scholz, a.a.O. (Fn.39), S.97, 102ff., 105ff.

任からあまりにも広範囲に後退するのを防止する**機能的な国家留保** (*funktioneller Staatsvorbehalt*) としても理解されているが⁴⁷、これは国家自身のためではなく、むしろ**市民を保護するためである**。**連邦憲法裁判所**が近時なお強調するように、「機能留保の領域では、**まさに市民の利益になるように**、公務員による職務の履行の種類及び性質に対して特別な要請がなされなければならない」。それによれば、「**その遂行について公務員制度の特別な信頼性、安定性及び法治国家性の保障を必要とする職務は、基本法 33 条 4 項の保証領域に**」属する⁴⁸。権利を追求する市民は、基本的に、国家の保障の担い手 (Gewährträger) として国家と**特別な「勤務関係及び忠誠関係」**にありかつ市民のために客観性及び中立性を具体化する**国家自身の機関を通じて**、「国家に向けられた請求権」の履行を求める請求権を有するのである⁴⁹。

ヘス (Hess) 教授⁵⁰は、その間に**執行官の職業像が変化したから**、執行官制度の「民営化」と基本法 33 条 4 項とは矛盾しないとする。執行官の活動は、今日では以前ほど強制権限の行使という特徴を有しておらず、むしろ平和的な合意及び自由意思に基づく債権の取立てに向けた努力 (民訴法 806b 条 [訳者注: 強制執行における事案解明を改革するための法律により、民訴法 802a 条 1 項、802b 条 1 項から 3 項に変更された]) ならびに事案解明の分野での職務 (民訴法 806a 条、807 条) を通じて、主に「執行当事者間の仲裁者 (Vermittler)」として特定されとする。さらに、すでに「執行官が執行裁判所から組織的に分離していることが、執行官を他の自由業者に近接させる」とする⁵¹。他方で、執行官の活動につい

47 Vgl. *Di Fabio*, a.a.O. (Fn.21), S.591 m.w.Nachw.

48 BVerfGE (Beschl. v. 19.9.2007) 119, 247, 261 (Hervorhebungen hier); siehe auch schon *Di Fabio*, a.a.O. (Fn.21), S.592 m.w.Nachw.

49 Vgl. *Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.22.

50 *Hess*, Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherwesens, Rechtsgutachten, 2006, S.37f., 40.

51 *Hess*, a.a.O. (Fn.50), S.40.

て、その正当性の基礎を最終的には国家の高権的行為としての執行名義と解し、その結果として「執行官による高権的権限の排他的な遂行」ではなく「執行官と執行裁判所の協力 (Zusammenwirkung)」が執行を特徴づけるとする⁵²。

b) 高権的権限の行使の正当性

しかしながら、基本法 33 条 4 項の機能留保にとって、「**高権的権限の行使**」がその**正当性の基礎**を直接的に法律から (法律の留保) 引き出すか、**それとも**一強制執行の場合と同様に一訴訟上の和解及び執行証書のような裁判以外の執行名義の場合には完全に欠けている (民訴法 794 条 1 項 1 号及び 5 号) **裁判上の給付命令 (Leistungsbefehl)** の中で付加的に執行力 (Vollstreckbarkeit) を表現するかは、たいして重要ではない。民訴法 758 条 1 項の授權規範にもかかわらず、住居の搜索のような特定の執行処分については、基本法 13 条 2 項があるために付加的に民訴法 758a 条 1 項に基づく区裁判所判事の許可が必要とされていることも、遅滞のおそれがある場合には不要なために (民訴法 758a 条 1 項 2 文)、決定的とはいえない。

c) 基本法 33 条 4 項の中心領域における強制権限と基本法との関連

決定的なことは専ら、**国家が**、強制執行における**威力を独占する者 (Inhaber des Gewaltmonopols)** として、「直接的な強制」権限を有する「屋外職務」の機関⁵³としての執行官を通じて当事者と対峙し、財産の差押

52 Hess, a.a.O. (Fn.50), S.36f., 45, 46f.

53 執行官の責務 (Sache) としての「屋外職務」と裁判所庁舎 (Gerichtsstelle) から執行裁判所が引き受ける「屋内の執行職務」との間の民訴法第 8 編に基づく職務の挫折 (Aufgabenvereitelung) につき、Gaul, Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts, JZ 1973, S.473, 480 und ders. in Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11.Aufl., a.a.O. (Fn.32), § 24 I m.w.Nachw.; ebenso jetzt Becker-Eberhard in 12.Aufl., a.a.O. (Fn.3), § 24 Rdnr.1.

え及び取上げ (Wegnahme)、住居の開扉及び搜索、抵抗の排除 (民訴法 758 条 3 項、892 条、家事非訟事件手続法 87 条 3 項、90 条 2 項 2 文、96 条 1 項⁵⁴) 及び債務者の勾留 (民訴法 909 条 [訳者注: 強制執行における事案解明を改革するための法律により、民訴法 802g 条・802h 条に変更された]、933 条⁵⁵)、ならびに住居の不可侵、所有権及び人身の自由のような**基本法上保護された法的地位に対する侵害**を可能とする**強制権限**を付与されているということである⁵⁶。

基本法 33 条 4 項の憲法上の障壁は、伝統的な「執行擱取」*»Vollstreckungszugriff«* の機関としての執行官を、例えば平和的な処理又は事案解明といった今日の拡大された職務に鑑みて、とりわけ「執行当事者の仲裁者」に指定し、かつ総じて従来の強制的な「債権の取立て」をまさに「自由業者」に委ねることのできる「債権管理」*»Forderungsmanagement«* という現代的なキャッチフレーズに変える⁵⁷ことによって、排除できるものではない。というのは、このキャッチフレーズは、機能的な中心領域と基本法との関連性及び基本法 33 条 4 項の規律内容を正

54 かつての非訟事件手続法 33 条 2 項に基づく執行強制 (Vollstreckungszwang) につき、*Gaul*, Die Vollstreckung in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit - ein legislatorisch und wissenschaftlich vernachlässigtes Mittel der Rechtsverwirklichung, Festschrift für Ishikawa, 2001, S.87, 116ff., 120ff.; 現在は家事非訟事件手続法 87 条 3 項、90 条 2 項であるが、この点につき前掲注 18 及びそこで引用の文献参照。

55 民訴法 933 条に基づく人的保全仮差押え (persönlicher Sicherungsarrest) の合憲性につき、*Gaul*, Zur Problematik des persönlichen Arrestes, Festschrift für Beys, Bd.I, 2003, S.327, 347ff.

56 Siehe dazu *Gaul*, Zur Problematik der Grundrechtsverletzungen in der Zwangsvollstreckung, DikeIntern. 1996, S.27ff. und *ders.* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12.Aufl., a.a.O. (Fn.3), § 3 Rdnr.1ff. m.w.Nachw.

57 So neuerdings *Hess*, Rechtspolitische Perspektiven der Zwangsvollstreckung, JZ 2009, 662, 667= DGVZ 2010, 7, 12; *Mroß*, Zwangsvollstreckung im 21. Jahrhundert -Vom Forderungseinzug zum Forderungsmanagement?, DGVZ 2010, 21ff.; - dazu wie hier *A.Bruns*, Vom Forderungseinzug zum Forderungsmanagement -neue Aufgaben für den Gerichtsvollzieher?, DGVZ 2010, 24, 29.

しく評価していないからである。**連邦憲法裁判所**のいう遂行 (Wahrnehmung) のために「職業官吏制度の法治国家的保障を必要とする」「保証領域」≫Gewährleistungsbereich≪に執行官の職務が属するということは、疑問の余地がない (III 1 a 参照)。

d) 「侵害行政」と「給付行政」との比較における司法

執行官の活動を単なる「サービス」≫Dienstleistung⁵⁸に分類することは、基本法 33 条 4 項にいう「高権的権限の行使」という概念に「**給付行政**」及びそれとともにいわゆる**生活配慮** (Daseinsvorsorge) の分野が一般的に含まれないかどうか、あるいは古典的な「**侵害行政**」のみが関連するのかといった争点があることを示す。**連邦憲法裁判所**もまた、近時、「生活配慮……の分野における職務が、専ら公共の利益にとって重要な意義を有するがゆえに、絶対的に国家によって直接処理されなければならない」ということが基本法 20 条 2 項の民主主義から導かれるわけではない」と確認する⁵⁹ことで、この区別を基礎としている。いずれにせよ、基本法 33 条 4 項が、国家の威力の独占によって支えられる「侵害行政」を包含することについては、争いがない⁶⁰。

もっとも、強制執行と同様に執行官も、総じて行政 (Exekutive) ではなく、独自の特別な職歴を有する中級司法職の公務員として**司法**

58 執行官の活動を「サービス」と特徴づけることについて、EU サービス指令 (EU-Dienstleistungsrichtlinie) の草案が債権の裁判上の取立てを明確に「サービス」と述べている旨を指摘する *Mroß*, DGVZ 2005, 49, 55 参照。

59 BVerfGE (Beschl. v. 5.12.2002) 107, 59, 93 (水の供給及び水道連盟による水域保護に関する事案)

60 この区別及び基本法 33 条 4 項が争いなく「侵害行政」に関するものであることにつき明瞭なのは、BVerfGE 9, 268, 284 を引用する BremerStGH, NVwZ 2003, 81, 85f.; *Di Fabio*, a.a.O. (Fn.21), S.591f. m.w.Nachw.; *Ossenbühl*, Gedanken zur demokratischen Legitimation der Verwaltung, Festschrift für Schmitt-Glaeser, 2003, S.103, 106ff.; wie hier auch *Pilz*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens, DöV 2009, 102, 103f. = DGVZ 2010, 65, 69f.; zuletzt *Sabrina Schönrock*, Privatisierung und Wettbewerb der Gerichtsvollzieher, DGVZ 2011, 57, 58f. m.w. Nachw.

(*Rechtspflege*) に分類されるべきである⁶¹。執行官の活動は、連想的に (assoziativ) 行政法に対応する抽象的概念 (Begrifflichkeit) と対比し得る限り、その中心領域においては疑問の余地なく「**侵害行政**」に対応する⁶²が、これは、執行官が司法の機関として民事手続上の執行制度の中で強制権限を行使するという特殊性が維持された場合の話である。

2. 司法の分野における機能留保の例外としての基本法草案 98a 条

a) 基本法草案 98a 条の規律内容

「**基本法を改正するための法律案 (第 98a 条)**」の立法理由もまた、「もっとも、執行制度については、個人の自由及び所有権に対する侵害というその性格に鑑みて、その大部分が (基本法 33 条 4 項の) 憲法規範にいう高権的権限であることは明らかであろう。」⁶³ と述べることによって、明らかに司法に分類されることを出発点としている。

とりわけ、当該法律案は、**執行制度が司法に分類される**ことを、執行官の職務を権限の委任を受けた民間人に移転するという例外を基本法 33 条 4 項との関連で一般的な法律の留保の下に置くのではなく、「限定された、同種の (homogene) 司法機関グループに対する領域特有の (bereichsspezifische) 特別規律」を行うために⁶⁴、憲法体系上、基本法第 9 章「**裁**

61 民事司法の一部としての強制執行及び行政との区分につき、詳しくは *Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn. 3), § 2 Rdnr.1ff. m.w.Nachw.を参照。近時、*Stamm*, Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, 2007, S.23ff., 495, 497f. はこの見解に反対し、強制執行について、執行官が「行政活動を行う」「行政手続」であると解している。これを批判するものとして、*Gaul*, a.a.O. (Fn.3), § 2 Rdnr.3; さらに *Schilken*, Rezension, AcP 208 (2008), S.850, 853f.; ebenso *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.58f.

62 Vgl. *Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.22 m.w.Nachw.

63 これにつき基本法改正法 (基本法草案 98a 条) の立法理由、BR-Drucks.48/10, S.1f.及び BR-Drucks.149/07 (neu), S.4 参照。

64 基本法草案 98a 条の立法理由、BR-Drucks.48/10, S.1f.及び BR-Drucks.149/07 (neu), S.6.

判」の中に、基本法第 98a 条として基本法 98 条で規律されている**裁判官の法的地位**の後ろに挿入することによって、表現している。「司法」にシステム上分類するのと同時に要求される制約が、執行官には訴訟上の和解及び執行証書（民訴法 794 条 1 項 1 号及び 5 号）のような裁判以外の債務名義の執行をする義務も課されているにもかかわらず、なぜ基本法草案 98a 条 1 文があまりにも限定的に「裁判所の裁判の執行」とのみ規定するのかということをも明らかにする⁶⁵。

それどころか、基本法草案 98a 条 2 文が「第 92 条は影響を受けない。」と明確に規定するのは、余計ともいえる。というのは、基本法 92 条によって「裁判官に委任される裁判権（rechtsprechende Gewalt）」が、予定された執行官制度の新規律とは無関係である⁶⁶ということは、これを明確にするまでもなく当たり前のことだからである。明らかに、草案の起草者は、提案された法文（Gesetzestext）によって、憲法を改正する条項の例外的な性格を特に強調したかったのであろう。

b) まとめ

ただし、執行官の職務が**司法**の領域における「高権力の行使」として基本法 33 条 4 項の機能留保に服し、したがってまた**基本法が実質的に根拠づけられた例外を許容する場合にのみ権限の委任を受けた民間人へ移転することが認められる**ということは、重要なこととして留意されなければならない。

その場合、高権的権限の行使が、基本法 33 条 4 項にいう「**恒常的な職務として**」執行官によって遂行されるのであり、時間的に限定されたり例えば災害出動（Katastropheneinsatz）のような一時的な原因に基づいてなされたりするものではないということは、疑問の余地がない。同様に、

65 これにつき前述 III 1 b 参照。

66 基本法草案 98a 条の立法理由、BR-Drucks.48/10, S.1f. 及び BR-Drucks. 149/07 (neu), S.7 は、この点を明確に強調する。

熱望されている権限委任モデルは、現在の執行官の職務を、権限の委任を受けた民間人で非公務員に**永続的に移転**することを予定している。そのため、**基本法 33 条 4 項のすべての構成要件が満たされる**⁶⁷ので、憲法規範の障壁が関係してくる (eingreifen) といえる。

3. 第 67 回ドイツ法曹大会のテーマとしての「公的職務の民営化」

a) 賛成できない報告

したがって、2008 年に開催された第 67 回ドイツ法曹大会における、連邦参議院によって提出された基本法草案 98a 条とは異なり**憲法改正は必要不可欠なものではないと解するブルギ (Burgi) 教授**の報告⁶⁸には、賛成することができない。この報告によれば、**執行官の活動**は、「私法上の請求権の発生、契約による保護条項 (Absicherung)、国家の裁判所での判決手続の遂行、そして最後に執行手続の遂行という全体的な循環 (Gesamtkreislauf) に鑑みて」、「職務分野を全体として特徴づける一端 (Ausschnitt)」を形成するものではないから、**権限委任の構想**を構築することによって基本法 33 条 4 項の原則・例外関係が違法な方法で打ち破られることはないということになる。

しかしながら、**ブルギ教授**がその前の箇所で直接的に、「**執行官制度の職務分野**」について、「同様に基本法 33 条 4 項は最も重要な憲法上の権限委任の障害 (Beleihungshürde)」を形成する⁶⁹が、それは憲法規範が民間人への「権限に関する威力の移転」に対して限界を設けていることによるものである⁷⁰と述べた後で、基本法 33 条 4 項に関連する「**職務分野**」を

67 Ebenso neuerdings insbes. *Pilz*, a.a.O. (Fn.60), DGVZ 2010, 66, 70; *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.57, 59.

68 *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben - Gestaltungsmöglichkeiten. Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, S.D9ff., 64.

69 *Burgi*, a.a.O. (Fn.68), S.D63.

70 *Burgi*, a.a.O. (Fn.68), S.D56f., D58.

「**私人の権利の貫徹**」と読み替えてこのようになり拡大するのは、誤りである。「私法上の請求権」の私的自治的な理由づけは、公務員による「高権的権限の行使」の「原則」に対する「**領域特有の例外**」として基本法 33 条 4 項の機能留保によって一般的に把握されるわけではなく、また憲法上の「民営化の限界」を視野に入れて純粋に**私法上の行為経過** (*Handlungsabläufe*) としてそれを包含することは、実に不合理であると思われる。

まさに**ブルギ教授**は、「その遂行に際して威力という手段を利用することが考慮されなければならない」「職務分野」を出発点とすること、又は例えば住居の不可侵権 (Hausrecht) に基づいて私有地への立入りを拒絶する場合のように「必要とされる威力権限 (Gewaltbefugnis)」が完全に欠けていることによって、「問題となっている権限によって識別される困難を克服すること」を自ら要求している⁷¹。首尾一貫して、すべての**私法**は、完全に高権的な地帯 (Zone) の外にある領域として、全く考慮されないままでなければならない。基本法 33 条 4 項は、**行動の権限が公法上の規範を通じて特定され、かつ国家の威力の独占が民間人への権限委任の方法による「高権的権限」の移転を通じて侵害されることになる場合に、初めて問題とされる。**

また、判決手続における**裁判官の認識 (Kognition)** と**執行手続において行使される強制力**とは、このように基本法 33 条 4 項で要求される「領域特有の」考察の範囲内では、自ずから、その区別を一切無視することはできない。**ブルギ教授**自身、「執行」について必然的に「身体に対する威力という手段の利用と結びつけられる」職務分野であると述べているが、「**威力傾向のある (gewaltgeneigte) 職務**」として「立憲国家における (基本法の) 保護法益のための強度 (Intensität) 及び優れた重要性」は、原則として国家の威力の独占を必要とし⁷²、したがって、まさに「行使さ

71 *Burgi*, a.a.O. (Fn.68), S.D57.

72 *Burgi*, a.a.O. (Fn.68), S.D56f.

れる権限の強度」が基本法 33 条 4 項で要求される「領域特有の調査」のための「重要な基準」を形成するとする⁷³。しかしながら、**法の発見及び紛争の判断** (*Streitentscheidung*) に向けられた判決手続は、**法廷警察**上の処分 (裁判所構成法 176 条以下) を除いて、「身体に対する威力の利用」によって特徴づけられるわけではない。また、裁判長及び裁判所による司法上の法廷警察 (裁判所構成法 177 条 2 文) 自体が処分の命令に限定されるのに対して、その強制的適用による「執行」は、やむを得ない場合には警察の執務機関による職務上の援助 (*Amtshilfe*) を得るものの、裁判所警備官 (*Gerichtswachtmeistern*) に留保されている (裁判所構成法 179 条)。**ブルギ教授**が基礎とした意味での統一的で同じ種類の「領域特有の」職務遂行というのは、判決手続及び執行手続ではそもそも問題になり得ないのである。

確かに、「**司法権**」もまた基本法の拘束に服し (基本法 1 条 3 項、20 条 3 項、92 条)、それゆえに判決手続におけるその行使も基本法との関連性を有する。しかしながら、その場合に行使される「高権的権限」は、それぞれ主に該当する基本権に関するのと同様に、まさに「威力傾向」*»Gewaltgeneigtheit«* 及び「強度」に関して、直接的な「**執行扨取による基本権の侵害**」とは明らかに区別される⁷⁴。

全般的に憲法上保障される裁判所へのアクセス及び効果的な権利保護を求める請求権⁷⁵に加えて、**判決手続においては**、法律上の裁判官を求める権利 (基本法 101 条 1 項 2 文) という「**古典的な司法基本権**」、審問を求める権利 (基本法 103 条 1 項) ならびに武器対等及び「恣意的でない」手

73 *Burgi*, a.a.O. (Fn.68), S.D60.

74 Siehe dazu näher *Gaul*, Zur Problematik der Grundrechtsverletzungen in der Zwangsvollstreckung, *DikeInter*. 1996, S.27, 28f. und *ders.* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 3 Rdnr.7, 12; § 6 Rdnr.7ff.

75 Siehe dazu näher *Gaul* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 3 Rdnr.7, 12; § 6 Rdnr.7ff.

統の保障（基本法 3 条 1 項）が、その中心を占める⁷⁶。執行手続において強制的行使を参照すること（Verweisung）による「**法的認識と法的強制**」との根本的な違い⁷⁷は、「執行官制度の民営化」が「領域特有の例外」として基本法 33 条 4 項の障壁によってもなお「許容される」か否かを評価する際には、判決手続は問題外とされなければならないといったように、異なる基本法との関連性を示す。**強制執行を「侵害行政」と解する（Seitenblick）** 場合、このことは明らかである⁷⁸。

さらに、基本法 33 条 4 項の範囲内で判決手続と執行手続に共通する「領域特有の」考え方をすることは、**システムに違反する**。ドイツの民事裁判制度は、民事訴訟法の施行以来、**強制執行手続と判決手続との組織的な分離の原則**によって特徴づけられている。すなわち、ドイツの立法者は、1877 年に、普通法上の民事訴訟ではなお支配的であった「裁判官の職責（Officium）における認識と強制の一致」の理論を意識的に採用しないことに決めたのであるが、それは、「裁判官の職権（Amtsgewalt）」を執行の指揮及び最終的には執行担当者（Exekutor）が立ち会う（Zuziehung）場合にまであらゆる執行行為に介入（Einschaltung）させていたこと（Befassung）が、執行をあまりにも鈍重にし、かつその成功を委縮させていたからである。その代わりに、立法者は、フランス法を模範として強制執行を執行官及び執行審（Vollstreckungsinstanz）の特別な機関として新たに創設された執行裁判所に委ねることによって、「手続の統一的な中間点としての訴訟裁判所の職務」の下で、「（裁判官には裁判のみを！）」という標語に基づき）とりわけ強制（Zwang）のような裁判以外のすべての職務について「**裁判官職の純化**」という考え方に従ったのであるが、

76 Siehe dazu insbes. E. Schumann, Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, 2000, S.3, 17ff.

77 法秩序、法的認識及び法的強制の関係につき、詳細は Gaul, Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht, ZZP 112 (1999), S.135ff. 参照。

78 これにつき前述 III 1 d 参照。

後者の執行裁判所については、最近では逆にフランスが 1993 年の改正によって「執行裁判官」≫juge de l'exécution≪ という形で継受した、現代の偉業 (Errungenschaft) ともいえる⁷⁹。**認識と強制的機能の分離**は、「特有の」職務分担の表現であったのみならず、実際には本質的に**執行のエネルギー**の促進に寄与したために、このシステムは適切であることが実証されたのである⁸⁰。

以上より、「執行官制度における権限委任という民営化の選択肢は基本法 33 条 4 項の原則・例外関係には違反せず、よってその実現のために基本法を改正する必要はない」とする**ブルギ教授**の主張⁸¹には、賛成することとはできない。

b) 「執行官制度の民営化」に反対する満場一致の表決

特筆すべきなのは、2008 年にエアフルトで開催された第 67 回法曹大会における**ブルギ教授**の報告でなされた主張が、全く共感を得られなかったことである。むしろ、当時まだ在職していた**ツィプリーズ**連邦司法大臣は、大会開始のあいさつの中で、「私たちは更なる民営化を必要としておらず、まして**司法**はそうである」し、特に「**執行官は、将来的にも、広範囲に及ぶ強制的権限を要求する公的な職務 (öffentliche Dienst) に属さなければならぬ**」⁸² と述べて、従来の見解を確認した。また、主に公的な給付行政の民営化の可能性に関する研究報告では、執行官制度の民営化については明確には言及されなかった。

79 これにつき詳細は、帝国民事訴訟法 (CPO) の立法資料の参考文献一覧とともに Gaul, Zur Struktur der Zwangsvollstreckung, Rpfleger 1971, 81ff.を、また近時の発展につき ders., ZZP 112 (1999), S.135, 144ff.; ders. in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn. 3), § 5 Rdnr.2ff.を参照。

80 Siehe dazu Gaul, ZZP 112 (1999), S.135, 145f.

81 Burgi, a.a.O. (Fn.68), S.D115.

82 Zypries, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, 2008, Band II/1, Grußwort S.H23, 25 (Hervorhebungen hier).

法曹大会の討論でも、執行官制度のテーマはもはや明確には取り上げられなかった。もっとも、支配的な雰囲気は、明らかに、**ツィプリーズ**連邦司法大臣のあいさつに関連して「**一般的に民営化が困難と解される司法及び行刑における公安**（*Öffentliche Sicherheit*）**のような具体的な職務領域**」が存在するということを確認する**マイエン**（*Mayen*）議長によって示された中間結果（Zwischenbilanz）⁸³の中に現れていた。

しかし、最も印象的だったのは、討論の結果をまとめた法曹大会の決議である。すなわち、議題 13a について、「公安及び司法の中心領域では、民営化は許されない」という決議が満場一致で採択され、その投票結果は 61:0:0 であった！⁸⁴—つまり、**ブルギ教授**の報告に反対し、**ツィプリーズ**連邦司法大臣の立場に賛成する、明白な表決だったのである。

残念ながら、2008 年の第 67 回ドイツ法曹大会における満場一致の決議は、2010 年に執行官制度についての改正法草案を立法手続に再提出する際及びその後の議論の中では、「民営化」構想に対する重大な反対の声（*Gegenstimme*）としては明らかに留意されなかったのであり、もしそうでなければ、法曹大会の決議の表明（*Repräsentanz*）に対して特定の留保があるとはいえ、おそらくこの計画に対する疑問がより強い影響力を及ぼしていたであろう。

4. 基本法 33 条 4 項で容認される原則・例外関係の限界

a) 法律の留保

基本法 33 条 4 項によれば、高権的権限の行使は「**原則として**」公務員に委任されなければならないが、これは、憲法規範自体が公務員のための機能留保の**例外**を許容していることを意味する。もっとも、その規律及び具体化は、**立法者に留保されている**。このことは、「公務に関する法は、

83 *Mayen*, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, 2008, Bd.II/2, S.M193 (Hervorhebungen hier).

84 Beschlüsse, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, 2008, Bd.II/2, S.M77.

職業官吏制度の伝統的諸原則を考慮して規律」されなければならないとする基本法 33 条 5 項との体系的な関連性をも明らかにする。その限りで、基本法 33 条 4 項及び 5 項はそれぞれ、**立法者に対する拘束力のある規律命令** (*Regelungsanweisung*) を含む⁸⁵。

b) 執行官制度の改正法に関する原則・例外関係

問題なのは、基本法 33 条 4 項に基づく原則・例外関係がどのように詳細に規定されるべきか、とりわけ、純粋に**量的な**あるいはまた**質的な**基準が設定されるべきか、及びそれがどの程度か、ということである⁸⁶。

連邦憲法裁判所の判例によれば、「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」⁸⁷、これは基本法とは相容れないであろうから、非公務員への移転は「例外的な場合にすぎない」⁸⁸ ことになる。一般的に、**個別の場合に関連する**けれども「**領域特有の**」**例外**もまた可能であると解されている⁸⁹。

「**執行士法**」草案は、公務員たる区域執行官システムの従来のすべての構造が根本的に変革され、その公務員性 (Beamtentum) が執行官制度から完全に除去されることによって、権限の委任を受けた執行士に対して執行官の個々の権限を移転することのみならず、現在のあらゆる職務を完全に移転することを予定している。ただし、このことは、非公務員への高権的権限の移転は例外的外観 (Ausnahmeerscheinung) を残さなければな

85 Vgl. BVerfGE 119, 247, 260 (「基本法 33 条 5 項は、立法者に対する規律委託 (Regelungsauftrag) 及び職業官吏制度の制度的保障を内容とする」)。法律の留保につき前述 I 4 の注 22 参照。

86 基本法草案 98a 条の立法理由、BR-Drucks.48/10, S.1f. mit BR-Drucks. 147/07 (neu), S.4 でも、この解釈問題は疑問の余地があり、自己完結的に解明されていないと思われる。

87 BVerfGE 9, 268, 284; ebenso neuerdings noch BremerStGH, NVwZ 2003, 81, 85f.

88 So auch BVerwGE 57, 55, 59.

89 Siehe dazu auch *Pilz*, a.a.O. (Fn.60), DGVZ 2010, 65, 71; *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.57, 59 jeweils m.w.Nachw.

らないとする**連邦憲法裁判所の判例**に違反する。というのは、ここでは従来の執行官の高権的権限は、「かなり大規模に」のみならずできるだけ大きな範囲で (in größtmöglichem Umfange) 非公務員に移転されることになるからである⁹⁰。かくして、**執行官制度の一部の領域のみならず全部の領域**が「民営化」と関連する⁹¹。そればかりか、ここでは、特に「**侵害を典型とする行為分野**」*» eingriffstypisch Handlungsfeld «* において「すべての実質領域 (Sachbereich) が私法上の主体に委任」されることになるが、形式上及び手続法上の行使においても、その「侵害状態 (Eingriffslagen) は通常は国家性 (Staatlichkeit)」を要求するのであり、したがってそこでは基本法の保護及び法治国家性という理由から、国家は「**威力の独占の利用**」を基本的に放棄してはならない⁹²のである。また、**連邦憲法裁判所の**いうところによれば、かなり厳格な「基本法 33 条 4 項の保護領域」は、その「遂行につき公務員制度の特別な信頼性、安定性及び法治国家性の保障を必要とする」⁹³ ことと関連する。そのため、執行官のすべての職務を民間人に権限委任することは、基本法 33 条 4 項の原則要件に対する**憲法上許容される「領域特有の例外」**ということではできない⁹⁴。

c) きっかけとなる憲法改正

結局のところ、民間人である執行士に権限委任するには、基本法 33 条 4 項の基本決定 (Grundentscheidung) に対する予定された例外のために、憲法上基礎づけられた**実質的な根拠**が存在し、かつ基本法 79 条 3 項の憲

90 So treffend zuletzt auch *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.57, 59.

91 そのため、*Pilz*, a.a.O. (Fn.60), DGVZ 2010, 65, 71 も、的確に執行官制度の「完全民営化」と述べる。

92 説得力のあるものとして、*Di Fabio*, a.a.O. (Fn.21), S.585, 592 (Hervorhebungen hier)。

93 BVerfGE (Beschl.v.19.9.2007) 119, 247, 261;これにつき注 48 参照。

94 Ebenso *Pilz*, a.a.O. (Fn.60), DGVZ 2010, 65, 71; *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.57, 59.

法上の障壁が維持され続けることを前提とする**憲法改正**が必要である。

IV. 基本法草案 98a 条により提案された憲法改正

1. 公式の立法理由

執行士法草案の公式の立法理由によれば、この改革は、予定された権限委任システムへの転換により、「**強制執行の効率性を改善**」し、かつ「司法の経費削減義務に鑑みて」**各ラントの予算の負担を軽減する**という、達成することが「現在のシステムでは不可能な」目標を追求している⁹⁵。基本法草案 98a 条の公式の立法理由もまた、権限受任者を利用すること (Einsatz) が、費用がかかりかつ非常に紛争が生じやすい役場費用補償を伴う現在のシステムでは「不可能」な労働意欲の創設を通じて、「強制執行の効率性を改善する」であろうということを出発点とすることによって、この目標設定を承認している⁹⁶。

2. 批判

a) 「例外」の根拠につき必要とされる厳格な基準

基本法 33 条 4 項の機能留保を例外的に突破 (Durchbrechung) するために従来はかなり厳格な基準に基づいていたとすれば、基本法草案 98a 条について挙げられている理由では、あまり十分とはいえないであろう。憲法上要請される国家留保が「原則」であって「例外」の途を認めているとしても、非公務員 (Nicht-Staatsbedienstete) へ職務を移転するためには、争いなく常に正当な「**実質的根拠**」⁹⁷ が必要であり、しかもどの程度国家の威力の独占が利用されるかによって、特に「**重要な根拠**」⁹⁸ が必

95 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.1, auch S.34f. 参照。

96 基本法草案 98a 条の立法理由、BR-Drucks.149/07 (neu), S.1, auch S.2f. 参照。

97 Vgl. dazu insbes. *Pilz*, a.a.O. (Fn.60), DGVZ 2010, 65, 71f.; *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.57, 60, jeweils m.w.Nachw.; auch *H. Roth*, Übertragung nachlassgerichtlicher Aufgaben auf Notare?, ZRP 2010, 187f.

98 So insbes. *Di Fabio*, a.a.O. (Fn.21), S.585, 592.

要とされる。というのは、一相対的に不特定な一公法上の比例原則 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)⁹⁹ が引き合いに出される限り¹⁰⁰、市民に対する高権的な職務が、基本権の保障に鑑みてより重大かつより侵害性が強くなればなるほど、「実質的根拠」はますます重要でなければならないからである¹⁰¹。しかし、最後の点は、まさに間違いなく、**その核心において国家の威力の独占を直接的に実施することによって特徴づけられる執行官の行為領域**に当てはまる¹⁰²。

b) 不十分な合目的性の根拠

これによれば、単なる**合目的性の根拠** (*Zweckmäßigkeitgründe*) では、執行官制度について予定されている基本法 33 条 4 項の原則要件に対する例外を正当化するためには決して十分でない。しかし、権限委任の計画のために挙げられている目標は、**強制執行の効率性の改善**と各ラントの**予算の負担軽減**しかない。以前から主張されてきたものの決して証明されたわけではない強制執行の効率性の改善が、権限委任システムに転換することで生じるであろうと想定したとしても、この目標設定では、基本法 33 条 4 項の背後にある憲法上の基本決定を突破するのに十分ではない。というのは、まさに国家の威力の独占を総体的に (inbegrifflich) 実施するものとしての執行官の活動領域は、市民の基本権の保護に鑑みて、**連邦憲法裁判所**¹⁰³のいう国家の担保責任 (Gewährleistungsverantwortung) を直接的に代表する国家固有の機関を利用することを要求するからである。

99 古典的な行政法における「比例原則」の元来の位置 (angestammter Platz) につき、Gaul in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, a.a.O. (Fn.3), § 3 Rdnr.47 m.w.Nachw. 参照。

100 さしあたり *Pilz*, a.a.O. (Fn.60), DGVZ 2010, 65, 71f. m.w.Nachw. 参照。

101 通説と一致するものとして、特に *Pilz*, a.a.O. (Fn.60), DGVZ 2010, 65, 71f.; *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.57, 60 jeweils m.w.Nachw.

102 これにつき前述 III 1 c の注 53 以下参照。

103 BVerfGE (Beschl.v.19.9.2007) 119, 247, 261 及び前掲注 48, 93 参照。

c) 不十分な財政上の根拠

とりわけ、財政上の根拠のみでは、このような憲法上基礎づけられた基本法 33 条 4 項の機能留保に対する例外を正当化するには不十分であり、いずれにせよ、国家の威力の独占の中心領域にある行為が、固有の執行機関 (Vollzugsorgane) による職務の遂行を必要としかつ外部の機能担当者への移転を禁止する場合には、なおさらである¹⁰⁴。その限りで、**費用の問題**は、国家固有の公務員を利用することに対する基本決定に対して重要とはいえない。確かに、職業官吏制度の費用強度 (Kostenintensität) は顕著であり、その結果としてとりわけこれまで強制執行の分野では費用規律の費用対効果の高い整備は問題とされず、そのために改正法の立法者自身が、**権限委任システムで得ようとしている費用対効果**について、(売上税を含めると) 3.13 倍の手数料の増額を出発点としている¹⁰⁵。それと同時に、立法者は、ドイツ執行官連盟 (DGVB) の側で要求している債権差押えを権限の委任を受けた執行士へ移転することについて、まさにこれによって従来は執行裁判所の司法補助官によりたった 33% の費用対効果割合で行われてきた債権差押えがどのように改善され得るのが「明白でない」という理由から、これとは距離を置いている¹⁰⁶。

d) 司法に対する不可欠な質的要求

実際に、独立した司法に対する高い質的要求 (Qualitätsanforderungen) に対して、国庫の経費削減の効果は決定的なものではあり得ない。国家の威力及びその機関を法律及び法で拘束すること、特に直接的な基本権の拘束 (基本法 1 条 3 項、20 条 3 項) のような法治国家の原則を維持することは、市民がその信頼性、中立性及び専門知識について特別な

104 結論的に通説と一致するものとして、特に *Pilz*, a.a.O. (Fn.60), DGVZ 2010, 65, 72; *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.57, 59f., さらには *Hess*, a.a.O. (Fn.50), S.47.

105 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.48 及び前掲注 17 参照。

106 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.50.

信頼を置き¹⁰⁷、かつ一従来¹⁰⁷の議論ではほとんど考慮されてこなかったが—その職務上の義務違反に対して損害を被った市民を保護するために国家が「責任」を負う（基本法 34 条、民法 839 条）、国家固有の公務員による職務の遂行を要求する。

e) 受け入れがたい国家責任からの撤退

国家が、経費削減の過程で、公証人の責任を模範として、侵害性の強い執行職務を権限の委任を受けた執行士に移転することによって固有の「責任」から撤退しようとする（執行士法草案 20 条 1 項）旨のまさに予定された規律¹⁰⁸は、将来的には専ら個人的に責任を負う「自由業執行士」にとつてのみならず、とりわけ支払能力のある債務者に頼らざるを得ない被害者にとって、国家の威力の利用に対して法治国家的に保護することを考慮に入れた基本法 33 条 4 項と深刻に矛盾する、甘受することのできない結果となる。

3. 機能留保及び国家留保の中心領域の配分

a) 執行官の執行職務にとって「領域特有の例外規律」ではないこと

基本法 33 条 4 項の機能留保及び国家留保との非両立性は、これによって覆い隠すことはできないし、また基本法草案 98a 条の公式の立法理由で「執行官の職務領域」を「領域特有の（例外）規律」又は「限定された、同種の司法機関グループに対する固有の特別規律」と呼び、**司法の全領域から分離**したとしても、「その他、基本法 33 条 4 項の文言及び規律内容は影響を受けない」とする¹⁰⁹ことによって、その射程（Tragweite）を限定することもできない。執行官のための新たな規律は、基本法草案 98a 条 2

107 BVerfGE (Beschl.v.19.9.2007) 119, 247, 261 及び前掲注 48、93、103 参照。

108 これにつき前述 I 4 の注 26 以下参照。

109 基本法草案 98a 条の立法理由、BR-Drucks.48/10, S.1f. mit BR-Drucks. 149/07 (neu), S.5f.

文で「基本法第 92 条は影響を受けない。」¹¹⁰ として付加的に明確化することによっても、その排他性 (Exklusivität) を増すわけではない。というのは、提案された憲法改正が基本法 92 条によって「裁判官に委任される裁判権」と関係しないのは、当然のことだからである¹¹¹。確かに、執行官のための新たな規律は、「憲法体系上の観点では、裁判に関する基本法第 9 章 (基本法 92 条以下) の規範にその所在地を見出し」、したがって一立法理由が述べているように－「基本法 98 条で規律されている裁判官の法的地位に有機的にならう」ことになる¹¹²。しかし、この記述は、外部の体系性にのみ関連し、内部の体系性には関連していない。

というのは、基本法 33 条 4 項の機能留保について、「法的強制」
 ≧Rechtswang≪ によって特定される執行官の執行行為は、「威力傾向」及び「侵害強度」の基準に関して、基本法 92 条に基づいて裁判官に委任される「裁判権」とは本質的に区別されるからである¹¹³。それぞれ独立した司法の機能領域として、これを「**原則・例外関係**」と解することは**できない**のであり、執行官の職務は、「その他に」基本法 33 条 4 項の「原則」の下にとどまっている「裁判権」の職務に対する「**領域特有の例外**」を形成するわけではなく、両者は、国家の威力の独占を個別に現わすもの (Äußerungen) として、**等しく憲法上の機能留保及び国家留保の不可欠の中心領域**に属するのである。

b) 適切な先例がないこと

この点について公式の立法理由で挙げられている例は、提案された基本法草案 98a 条にとって適切な先例ということとはできない。言及されている「煙突清掃人制度又は技術検査協会の領域における」場合について、こ

110 基本法草案 98a 条の提案された本文、BR-Drucks.149/07 (neu), S.1.

111 これにつき前述III2 a の注 64 以下参照。

112 基本法草案 98a 条の立法理由、BR-Drucks.48/10, S.1f mit BR-Drucks. 149/07 (neu), S.5, 6.

113 これにつき詳細は前述III3 の注 71 以下の**ブルギ教授**の法曹大会での報告とその討論ならびにIV2 a の注 100 及び注 101 を参照。

のことは明白である。しかし、このことはまた、基本法 87d 条 1 項 2 文によって立法者に委ねられている「航空交通行政の公法上又は私法上の組織形態に関する」決定にも当てはまる¹¹⁴。周知のように、**航空管制の民営化**に関する 1991 年の法律の議決は、**航空管制官**の活動が特別警察的及び高権的な性質を有し、そのために基本法 33 条 4 項とは相容れないという理由から、当時の**ヴァイツェッカー**（Weizsäcker）連邦大統領によって署名されず、そのことが基本法 87d 条 1 項 2 文に関する基本法改正をもたらすことになった。もっとも、航空管制を完全に民営化するための 2 度目の試み（Anlauf）も、ドイツ航空管制有限会社につき予定された 74.9 %の資本民営化（Kapitalprivatisierung）が国家の担保責任を満たしていないという理由から、後の**ケーラー**（Köhler）連邦大統領が再び航空管制の新規律のための法律に署名することを拒絶したために、これまた失敗に終わった。

確かに、**航空管制官**が航空交通管制の範囲内で危険防止の職務を遂行し、したがって高権的な権限を行使していることについては、争いがない。しかし、彼らの措置は、最初から限定された名宛人集団（Adressatenkreis）にのみ関連し、その他市民の基本権に対してはおそらく間接的な影響をもたらすにすぎない¹¹⁵。

これに対して、国家の威力の独占の直接的な実施及びその強制権限の「侵害強度」によって特徴づけられる**執行官の活動**は、航空交通管制の職務及び「危険配慮」≫Gefahrenvorsorge≪に資する航空管制官の活動よりも**はるかに大きな基本権との関連性を有する**のであり、これは執行処分に関連する人的集団（Personenkreis）についてのみならず、「差押えに関連する」基本権についても当てはまる¹¹⁶。

114 これにつきそれぞれ基本法草案 98a 条の立法理由、BR-Drucks.147/07 (neu), S.3f. 参照。

115 Ebenso *Pilz*, a.a.O. (Fn.60), DGVZ 2010, 65, 72f.; *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.57, 60f.

116 これにつき前述III1 c の注 53 以下及びIII3 の注 74 以下参照。

c) 基本法草案 98a 条によって予定された「権限委任」の違憲性は除去できないこと

結局のところ、執行官の執行職務を民間人に権限委任することは基本法 33 条 4 項に違反するのであり、したがって違憲である。憲法上の疑問は、単一の立法者が執行官の職務を民間人に権限委任することができる旨の基本法草案 98a 条 1 文を基本法の中に意識的に挿入することによっても、除去することはできない¹¹⁷。基本法の改正のために基本法草案 98a 条の公式の立法理由で挙げられた根拠については、いずれにせよ賛成することはできない。

たとえ一連邦議会及び連邦参議院における現在の政治的な多数決関係に鑑みればおそらくあり得ないと思われるが一基本法 79 条 2 項に基づいて憲法改正のために必要とされる両憲法機関での 3 分の 2 の多数決が成立し、さらには執行官制度の改革のための法律が可決されたとしても、依然として残っている憲法上の疑問は重大であり、その結果として連邦大統領は法律の署名を拒絶するに違いない。最終的に、公布される法律は、なお連邦憲法裁判所による憲法上のコントロールに服することになる。

4. 法治国家原則の不可侵性を理由とする憲法改正の障壁としての基本法 79 条 3 項

さらに、基本法 79 条 3 項によれば、「……第 1 条及び第 20 条でうたわれている基本原則に触れるような基本法の改正は、許されない」。憲法に内在する障壁は、「憲法に違反する憲法」*» verfassungswidriges Verfassungsrecht* に対する遮断効とともに、すでに基本法草案 98a 条 1 文で予定される憲法改正を阻害している¹¹⁸。

117 しかしながら、*Pilz*, a.a.O. (Fn.60), DGVZ 2010, 65, 73 は、基本法 33 条 4 項の機能留保の規範が法律の留保の下にあることを理由に、基本法草案 98a 条を挿入することによって憲法上の遮断効 (Sperrwirkung) は回避され得ると述べる。これに反対なのは *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.57, 61.

118 Siehe dazu nur *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 7.Aufl., 2007, Rdnr.119.

したがって、執行官の執行職務を司法から民間人に切り離すこと¹¹⁹は、矛盾のない法秩序に対する法治国家の要請、ならびに行政権及び司法権の組織的・人的正当性を要求する基本法 20 条から導かれる民主主義の原則とは相容れないであろう¹²⁰。しかしながら、国家権力及びその機関の**法律及び法への拘束**、ならびにとりわけその**直接的な基本権への拘束**（基本法 1 条 3 項、20 条 3 項）のように、**法治国家の原則を維持することは**、その職務行為につき国家が憲法上は基本法 34 条に基づいて「法治国家の原則にとって不可欠の本質的要素として」¹²¹ 損害を被った市民に対して「責任」を負うことになる国家固有の機関を通じた職務の遂行を、より厳格に要求する¹²²。すなわち、基本法 79 条 3 項が明確に「**第 1 条及び第 20 条でうたわれている基本原則**」は不可侵であると規定することによって、このこと（Verweis）は、（「基本法第 1 条及び第 20 条」としか述べられていないにもかかわらず）基本法 1 条 1 項に基づく「人間の尊厳」のみならず、直接的に適用される法として「**以下の基本権への**」すべての国家権力の拘束を確立する基本法 1 条 3 項とも関連を有する。その限りで、すべての個々の基本権が本来は不可侵の人権内容を提示すると一般的に強調する必要はないのである¹²³。

基本法 1 条 3 項による直接的な基本権への拘束は、基本法 33 条 4 項にいう高権的権限の遂行に際して、国家固有の機関を利用することによってのみ保証される。というのは、公権力の執行機関による侵害に対する**裁判上の権利保護**を認めること¹²⁴（基本法 19 条 4 項）を通じて、基本権の担い手として利害関係を有する市民のためにその**保護が効果的に整備**される

119 これにつき前述Ⅲ4 b の注 86 以下ならびにⅣ2 d 及び 3 a 参照。

120 So Schönrock, a.a.O. (Fn.60), S.57, 61.

121 So treffend Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5.Aufl., 1998, S.6.

122 これにつき前述Ⅳ2 d 及び e の注 108 参照。

123 これにつき同時に通説を詳細に批判するものとして、Herdegen in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 2008, Art.79 Rdnr.113f., 121 m.w.Nachw. 参照。

124 So Herdegen in Maunz/Dürig, a.a.O. (Fn.123), Art.79 Rdnr.123 m. w. Nachw.

ということは、基本権への拘束の保証に属するからであり、そこでは確かに、**その機関の職務上の義務違反に対して国家の責任を通常裁判所で争う途が保証されること（基本法 34 条 3 文）**も含まれる¹²⁵。その限りで、基本法 34 条は、国家の責任に関して、基本法 19 条 4 項による一次的法的救済（Primärrechtsschutz）を補充し、かつそれと同様に、固有の基本権を承認するのではなく**国家責任の制度的保障**として、公権力による侵害から市民の基本権を保護することによって、「法治国家の最後の手段（ultima ratio）」**（イエリネック）**¹²⁶として基本法の法治国家の秩序に属している¹²⁷。

基本法 20 条 3 項に基づく立法、行政及び司法の機関の法律及び法への拘束と基本法 79 条 3 項との関連につき、基本法 1 条 3 項に対応するものが、**法治国家の原則**のより広い現われ（Ausfluss）とみなされる。

また、**基本法草案 98a 条**で予定された、執行官の執行職務を基本法 33 条 4 項の例外として公務員でない民間人に移転する単一の立法者の権限は、**基本法 79 条 3 項によって築かれた憲法改正の障壁に違反する**。基本法草案 98a 条が、実際に基本法 79 条 2 項に基づいて連邦議会及び連邦参議院において特別多数決で議決されて施行されたとすれば、「憲法に違反する憲法改正の規範」として、**連邦憲法裁判所の弾劾（Verdikt）**は免れないであろう。

5. 結論：予定された「権限の委任を受けた」執行士システムの治癒できない違憲性

以上より、執行官制度を改革するための法律案は、執行官の職務を権限受任者に移転することを予定する限り、基本法 33 条 4 項の機能留保及び

125 Siehe dazu auch schon *Schilken*, Der Gerichtsvollzieher auf dem Weg ins 21. Jahrhundert, DGVZ 1995, 133, 137; *ders.*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., 2007, Rdnr.32, 37.

126 *Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S.321.

127 Siehe dazu näher *Papier* in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art.34 Rdnr.82, 84 und 87 m.w.Nachw.

国家留保に対する違反を理由として、違憲であることが明らかとなる。この違憲性は、予定された憲法改正そのものが基本法 79 条 3 項の憲法上の障壁のために挫折することになるがゆえに、提案された基本法草案 98a 条の挿入によっても回避又は「治癒する」ことはできない。

ともかくも、「権限の委任を受けた」執行士システムの導入は、法政策的にも賛成することはできない。

V. 執行官制度の「民営化」に対して依然として残る法政策上の疑問

1. 比較法上の模範としてのフランスの「執行士」

執行士法草案の公式の立法理由によれば、提案された「権限委任システム」への移行はフランスの「**執行士**」を模範とするものであるが、これについてはベネルクス三国の他にもいくつかの南ヨーロッパ及び東ヨーロッパの国々も依拠しており、その結果として、「自由業執行士システム」を導入することは同時に「**欧州連合における執行構造の調和に寄与する**」ことになるとする¹²⁸。

一律的でおそらくあまりにも一面的な比較法上の指摘について、詳細に確証するつもりはない。それはそうと、確実に均衡の取れた比較法上の準備作業 (Vorarbeit) が、これまでは欠けていたといえよう。この点、確かに**ヘス教授**の法律意見書では、「強制執行の効率性を改善するために」、「特異な」*»singular«* ドイツの分散システムに比して「一般的に統一的な執行システムを創設しようとするヨーロッパレベルでの傾向」及び「それ以上に執行官を民営化しようとする明確な傾向」を示す、とりわけ**フランス、オランダ、イングランド及びオーストリア**のようないくつかのドイツの隣国における改革発議 (Reformanstöße) について、いくつかの付加的な指摘が見られる¹²⁹。とはいえ、その叙述もおお総論的な指摘にとどまっており、かつ「民営化の傾向」に関して、少なくともオーストリアに

128 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.35 参照。

129 Vgl. Hess, Rechtsgutachten a.a.O. (Fn.50), S.27f.

については不適切であるし、またイングランドについてもおそらく限定的に妥当するにすぎない。いずれにせよ、なぜ「自由業として」整備された執行士システムが「執行の効率性を改善する」のに適しているのかについては、これまでも確証されないままである。

特にフランスの模範に関して、ドイツの執行システムはフランスの執行システムに比して「より簡素で、より柔軟でかつより迅速」と思われるとする、1931年の論文で引用されたフランス人の口からなる意見 (Urteil) (デュケーヌ (Duguesne) 教授)¹³⁰ は、確かに今日ではもはや妥当しないであろう。しかしながら、少なくとも、1991年から92年のフランス強制執行法の改革の直前に、立法委員会のロジェ・ペロ (Roger Perrot) 委員長は、当時の法律状況について、時々美しい草原の草花を咲かせたが、時の経過とともに根付いてしまった雑草の真ん中で (»au milieu d'herbes folles«) あまりにも頻繁に没落した未開拓地 (»un terrain en friche«) と書いているのである¹³¹。

比較法的には、フランスの改革は、直接的にというよりも、幅広くドイツ民事訴訟法第8編の規律に依拠しているエルザス・ロートリンゲン法¹³²を通じて、また、とりわけ「改革の支柱」としてしばしば明瞭でなかった民事裁判所の管轄に代わる**執行裁判官の導入**をもたらした1967年10月10日の裁判所法 (Code judiciaire)¹³³ によるベルギーにおける改革の中間措置を通じて、ドイツ法への接近をもたらした。現在、強制執行手続におけるすべての裁判官の権限は、一般的な執行のコントロール及び法的救済に向けて裁判官へのアクセスを容易にしつつ迅速化するために、「**執行裁**

130 Vgl. dazu Gaul, Das Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung, ZJP 85 (1972), S.251, 279; ders., Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts, JZ 1973, 473, 476 m.Nachw.

131 Traichel, Die Reform des französischen Zwangsvollstreckungsrechts, 1995, S.1で引用されているロジェ・ペロ委員長の考察を参照。

132 Vgl. dazu Traichel, a.a.O. (Fn.131), S.2f. m.Nachw.

133 Vgl. dazu schon Gaul, Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts, JZ 1973, 473, 476 m.w.Nachw. zu Fn.44.

判官」に統合されている¹³⁴。

強制執行の主たる機関は、今後も「**執行士**」であるが、ドイツの執行官に比して著しく広い職務領域を有しており、とりわけ**債権者の「受任者」** ≫*mandataire*≪ として、民法上の委任関係に基づいてこれを遂行する。しかし、それと同時に、執行士は、検察官 (≫*ministère public*≪) も命じることができるが、逆に「**情報の探索**」 ≫*recherche des informations*≪ の方法でも「執行士」が債務者の住所及び口座に関する調査を申し出ることができる執行処分を強制的に実施するために、**高権的な権限**を行使する¹³⁵。

「執行士」は、動産の差押え (**差押え＝売却** ≫*saisie-vente*≪) のみならず債権の差押え (**差押え＝帰属** ≫*saisie-attribution*≪) - 裁判官及びその遂行において裁判所書記官 (≫*greffier*≪) に委ねられる給料債権の差押えを除く¹³⁶ - について、ならびに引渡執行 (**差押え＝返還** ≫*saisie-revendication*≪) について、管轄を有する。他方で、ドイツとは異なり、競売は「執行士」によってではなく、職務上任命された**競売士** (≫*commissaire-priseur*≪)¹³⁷ によって行われ、また不動産の強制競売 (≫*adjudication force*≪) は、これまでと同様に、大審裁判所 (Tribunal de grande instance) の執行裁判官によって実施される¹³⁸。

ドイツの国家責任との基本的な違いとして、「**執行士**」は、債権者に対しては、民法上の委任関係により契約上個人的に (**契約上の責任** ≫*responsabilité contractuelle*≪) さらにには不法行為に基づいて、また債務者及び第三者に対しては常に不法行為に基づいて、**責任を負う**。その限

134 Vgl. *Traichel*, a.a.O. (Fn.131), S.6, 28ff.; auch *Jean-Gabriel Recq/Stephan Wilske*, Das neue französische Zwangsvollstreckungsrecht, DGVZ 1994, 81ff.

135 執行手続における検察官の付加的な「一般的監督機能」につき、*Traichel*, a.a.O. (Fn.131), S.40f. zu Fn.146 und S.86f. 参照。

136 Vgl. dazu *Traichel*, a.a.O. (Fn.131), S.7, 130, 160ff.

137 Siehe dazu *Traichel*, a.a.O. (Fn.131), S.117, 185.

138 Vgl. dazu *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13.Aufl., 2006, Rdnr.59.15.

りで、「執行士」は、自己のすべての権限領域において、強制執行の適しかつ瑕疵のない進行について、単独で完全な責任を負担する¹³⁹。

ドイツの執行官の人数が 4808 名である (2004 年現在)¹⁴⁰ のに対して、「執行士」の人数は約 3500 名である。その管轄は「小審裁判所」*tribunal d'instance* の区域に限定されているが、執行士は、公証人と同様に、裁判所区域内において互いに競争している。執行士の収入状況は非常によく、大学での学習に基づいていわゆる「法学修士」*maitrise en droit* を取得しているため、高い社会的威信 (Sozialprestige) を享受している¹⁴¹。もっとも、「執行士」が得る収入のうち、執行手数料からの部分はほんのわずかにすぎず、むしろベネルクス三国と同様に¹⁴²—約 80%は**裁判外の取立活動**からのものであって、不奏功 (Misserfolg) の場合には裁判上の措置を「職務上」直接的に開始することにより、他の取立業者に比して著しい競争上の利点を有している¹⁴³。督促手続又は商事裁判所におけるような弁護士強制のない手続では、執行士は、**当事者の代理人**として行動することもできる。しかしまた執行士は、相当の収入源と解される法律相談につき同等の権限を有する限りで、弁護士とも競争している¹⁴⁴。

しかし他方で、フランス及びベネルクス三国における「自由業執行士システム」は、はるかに高い手数料率¹⁴⁵を通じて、さらには取り立てられた金額の 10%という成功報酬 (Erfolgshonorar)¹⁴⁶ とともに「**執行士**」の成果に対する一般的な奨励金 (Prämierung) を通じて、その価格を要求している。とりわけ、教育及び職務領域により幅広く弁護士及び公証人の

139 Vgl. dazu *Traichel*, a.a.O. (Fn.131), S.28, 41f.

140 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.44 参照。

141 この点を鋭く指摘する *Schlosser*, *Der »huissier de justice« in Frankreich und den Benelux-Staaten*, DGVZ 1996, 145ff. 参照。

142 この点に関するオランダの執行制度につき、*Gaul*, JZ 1973, 473, 476 も参照。

143 Vgl. *Schlosser*, a.a.O. (Fn.141), S.149.

144 Vgl. *Schlosser*, a.a.O. (Fn.141), S.149.

145 例えばベルギーにおける「明らかに高い手数料」について指摘する法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.43 参照。

146 Vgl. *Schlosser*, a.a.O. (Fn.141), S.149f.

職能階級と同等な身分を有するおかげで、執行士は、一ベネルクス三国でのみ一定の類似性を有する一ヨーロッパレベルでは全くもって比類のない特別な地位を取得している¹⁴⁷。特に、主として私的な取立ての申立てから生じる莫大な収入から「権限委任システム」の継受による「**強制執行の効率性**」の増加 (*Zugewinn*) を推論しようとするれば、それは取り返しのつかない誤った推論 (*Trugschluss*) となるであろう。もっとも、これまで、とりわけ執行制度に関する何らかのデータが、完全に欠けていたといえる。

2. ヨーロッパの隣国についての展望

ベネルクス三国以外に、他のヨーロッパの国々が、同様に包括的な権限を有しながらこのように危険にさらされた (*exponiert*) 自由業的地位の執行機関を有していないということは、予定されたフランスの「執行士システム」の継受と結びつけられる、「欧州連合における執行構造の調和に寄与する」¹⁴⁸ という意図とは矛盾する。

すなわち、周知のようにオーストリアは、執行裁判所の指揮の下で、執行公務員 (1975 年以降はいわゆる「執行官」) が裁判所の補助機関として執行の遂行を委託される、一2004 年 1 月 1 日施行の改革によって強化された一裁判所指向の**官庁システム** (*Amtssystem*) に従っている¹⁴⁹。この

147 Ebenso *Schlosser*, a.a.O. (Fn.141), S.145; *A. Bruns*, Vom Forderungseinzug zum Forderungsmanagement - neue Aufgaben für den Gerichtsvollzieher?, DGVZ 2010, 24, 26 (ヨーロッパで「特異の」)。

148 これにつき前掲注 128 参照。

149 以下、当時の法状況につき比較法上の指摘を行う *Gaul*, JZ 1973, 473, 476f. (フランス、ベルギー、オランダ、スイス、オーストリア、イタリア) 参照。法的救済制度の観点からは *ders.*, ZZP 85 (1972), S.251, 279ff. (そこでは付加的に裁判所指向又は官庁指向のスキャンジナヴィア法も含む)。ノルウェーにおける「裁判上の強制執行」(実行する「公務員」とともに「区裁判所」)につき *Michelsen*, *DikeIntern.* 1996, 501f. 参照。これに関連して近時のものとして *Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.19, 25。さらに包括的かつ的確な各国の報告として *Baur/Stürner/Bruns*, a.a.O. (Fn.138), § 59 Rdnr.59.1 bis 59.178。

ことは、一現在は（グラルスを除く）すべてのカントンで、民事裁判所の監督の下で―取立公務員の助けを借りて**取立庁**（*Betreibungsamt*）によって債権の取立てが行われている**スイス**について、より多く当てはまる¹⁵⁰。

イタリアでは、普通法上の伝統に基づいて、執行の指揮は幅広く執行裁判所（「**法務官**」*»pretore«*）の下にあり、その行動が法律に基づいてジャーナリスト的に（*publizistisch*）理解される「**執行官**」*»ufficiale giudiziario«*の助けを借りて遂行される¹⁵¹。**スペイン**は、今も執行の指揮が訴訟で判決を下した裁判所の手中にあるので、カノン・普通法上の伝承（*Überlieferung*）によってより強く特徴づけられるが、その遂行は、それぞれ裁判所の「実施機関」としての「**廷吏**」*»agente judicial«*又は「**書記**」*»secretario«*に委託されている¹⁵²。

他方で、**ギリシア**では、原則として裁判所は執行機関ではなく（例外：非物質的財産の差押え、強制管理命令又は人的拘留）、その結果として、この職務は主として執行官に帰属している。もっとも、執行官は、差押えのような本来的な執行行為の実施についてのみ管轄を有し、強制競売は公証人に留保されている。執行官は、債権者の代理人としてではなく、その場合には「職権で」*»kraft Staatsamtes«*行動する¹⁵³。

これに対して、**イングランド**は、近時の改革に基づき、2段階システム

150 S. dazu neuerdings *I. Meier*, Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus der Sicht des schweizerischen Rechts, ZZP 121 (2008), S.295, 301f. m.w.Nachw.

151 Vgl. dazu *Schlosser*, a.a.O. (Fn.141), S.145 m.w.Nachw.

152 Vgl. dazu *Baur/Stürner/Bruns*, a.a.O. (Fn.138), § 59 Rdnr.59.70, 59.72f., 59.84.

153 Vgl. dazu zuletzt *Klamaris*, Zum Stand des griechischen Zwangsvollstreckungsrechts, ZZP 121 (2008), S.475, 495f.; auch *Pelayia Yessiou-Faltis*, Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung in der griechischen im Vergleich zur deutschen Zivilprozessordnung, Festschrift für *Gaul*, 1997, S.815, 816; *Tsikrikas*, Bemerkungen zur Struktur und Funktion des griechischen Vollstreckungsrechts, ZZPInt 1 (1996), S.119, 124, 131f.;これにつき比較法的には *Kerameus*, Enforcement in the international context, 1997, S.183, 275ff.

を提示する。すなわち、県裁判所 (County Courts) 及び治安判事裁判所 (Magistrates' Courts) では、今も「ベイリフ」≫*bailiff*≪ が裁判所の公務員として管轄を有する執行機関であり、債権差押えは裁判所の管轄であるが、2003 年の裁判所法以来、高等法院 (High Court) では、「エンフォースメント・オフィサー」≫*enforcement officer*≪ (かつての「シェリフ」≫*sheriff*≪) が、一種の民間事業者として執行をしている。2007 年の審判所、裁判所及び執行に関する法律以来、認可された民間の「エンフォースメント・エージェント」≫*enforcement agents*≪ が新たに追加され、その結果、後者は「ベイリフ」及び「エンフォースメント・オフィサー」と動産の差押えを分担している。公務員たる執行官システムを「権限委任システム」に完全に置き換えることとともに現在ドイツの立法者のもとにあるようなこのように幅広い要請は、イングランドにおける伝統的な執行官制度に比して、これまでは十分な理由をもってその価値が認められてこなかった¹⁵⁴。

ヨーロッパの隣国に関するここでの不完全な概観からも、上述の各国の特殊性に鑑みれば、提案されたフランスの「執行士システム」の継受はあまりしっかりした比較法上の基盤に立っているとはいえず、意図された「欧州連合における執行構造の調和」のために支持すべきモデルの性格としては、相当に疑問であることが分かる。

3. 職務領域の拡大に対する拒絶

正当にも、改正法草案は、フランスの模範にならってより多くの権限を配分することによって「権限の委任を受けた」執行士の職務領域を拡大するという継続的な要求¹⁵⁵を、受け入れない又は少なくとも当面の間は拒絶

154 傾向的に見解が一致する近時のものとして、特に A. Bruns, a.a.O. (Fn.147), S.24, 26.

155 これにつき詳細は Hess, Rechtsgutachten, a.a.O. (Fn.50), S.78ff. m.w. Nachw. 参照。その限りで関心を示すものとして、Schilken, DGVZ 2003, 65, 69ff.; 近時は Mroß, DGVZ 2010, 21ff.; 一方方で、Roth/Karpenstein,

しているが、そこでは、執行士への新たな職務の移転は「あまり合目的ではないと思われるし、また意図された効率性の改善を損なうおそれがある」¹⁵⁶ という注目すべき指摘がなされている。

a) 裁判前の債権取立て

法律案の立法理由は、「**執行士による裁判前の債権の取立て**」を導入することについて、債権者の申立てに基づきかつこの者の利益のためになされるこの種の取立活動は債務者に対する「不意打ち」»Überrumpelung«の危険があり、認証人（Urkundspersonen）には自分自身の利益との結びつきが禁止されており（証書作成法 3 条 1 項 8 号、連邦公証人法 16 条 1 項）¹⁵⁷、これまで民間企業によって提供されてきた業務領域に対する「需要」が「証明されておらず」、さらには債務者と人的に接触することが不可欠であるためにこの手続が裁判上の督促手続よりも著しく労働力及び費用を集中しなければならないという理由から、これに反対している¹⁵⁸。

そのため、執行士法草案 3 条 2 項 2 文は、首尾一貫して「**私的な取立活動は、執行士には許容されない。**」と明確に規定しており、その立法理由では「独立性の維持に対する危険は明白である」¹⁵⁹ と再度述べている。実際に、債権者の取立代理人としての行為は、それが不奏功に終わった場合にはすぐに「官吏」»Amtsperson« の役割に切り替わって「他の側面を引き出す」ことができるとすれば、「独立した公的職務の担当者」（執行士法草案 1 条 1 項）としての執行士の**中立義務**（裁判所構成法 155 条）に対する違反を解消することはできないであろう。それによって生じる取立

Verfassungsrechtliche Probleme einer Privatisierung des Gerichtsvollziehewesens, Gutachten für den Verband deutscher Inkassounternehmen, ZVI 2004, 442, 449ff.

156 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.38 参照。

157 誤って証書作成法 3 条 1 項 18 号（！）と引用されているが、法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.38f.参照。

158 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.39 参照。

159 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.62 参照。

制度における「競争のメリット」は、一フランスでの経験が示す¹⁶⁰ように一ほとんど正当化することはできない。督促手続が全く存在しない場合には、債権者の**順位を保全するために迅速に債務名義を取得するというメリット**があるが、裁判外の私的な取立ては、「直列の回避手続 (vorgeschaltetes Abwendungsverfahren) としての計算書の提出 (Rechnungspräsentation)」と過小評価して名づけたとしても、債務者に弁済の意思がない場合には不要な遅滞をもたらすにすぎない¹⁶¹。従来の執行官による通常の債権取立てを、スローガンの一般的「債権管理」に変えようとする近時の傾向¹⁶²は、全くもって怪しい方向性を示す。「サービスの自由」の優遇は、欧州司法裁判所 (EuGH) の裁判高権の下で国境をまたがるヨーロッパの競争をもたらすにすぎないが、ドイツの執行官の観点からはあまり望ましくないとと思われる¹⁶³。

b) 執行士への債権差押えの移転

改正法案は、**執行士に債権差押えの管轄を移転すること**についても、将来「新たに発生する構造」の下で「執行士による迅速かつ秩序ある債権差押えの処理が保証される」か否かを今のところ予測することができないという理由から、少なくとも当面の間はこれを拒絶している¹⁶⁴。

さらに、この観点からすれば、この分野につき今のところ非常に評判の良い司法補助官のような執行機関から他の機関に**管轄を移転することが改革**を期待させるものではないので、かつて言及された疑問が、すべての債権及び権利の差押えを執行士に包括的に配分すること (en-bloc-

160 これにつき前掲注 143 及びそこで引用の文献参照。

161 そのため、1931 年草案ですでになされていた同様の提案及びその後になされた直列の回避手続をすべて執行官に委ねるとする主張に反対するものとして、Gaul, JZ 1973, 473, 481 (「最も不適切な代替案」)。

162 これにつき前掲注 57 及び注 58 ならびにそこで引用の文献参照。

163 その限りで適切なのは、A. Bruns, a.a.O. (Fn.147), S.24, 29; vgl. dazu auch Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a. a. O. (Fn.3), § 1 Rdnr.20 zu Fn.62 und Rdnr.24 zu Fn.71 m.w.Nachw.

164 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.39 参照。

Zuweisung) に対して不利な影響を及ぼす¹⁶⁵。とりわけ、一上述のように一債権差押えは、**イングランド**を含むたいのヨーロッパの国々では裁判所の管轄であるのであるから、そのような措置は比較法的にも決して考慮に値するものではない。

とくにここでは、**フランスの模範**及びそれを指向する調和の観念自体が役に立たない。すなわち、1993 年の改正以来、かつての 2 段階による「**差押え＝停止**」*»saisie-arrêt«* とそれに引き続く裁判所での「**有効性確認**」*»en validité«* 手続は、「**差押え＝帰属**」*»saisie-attribution«* に置き換えられた。それによれば、差押えは、ドイツの転付命令と同じように、複数の差押債権者がある場合には現在のドイツのように**優先主義**が妥当するという効果とともに、債権者への即時の債権移転をもたらす¹⁶⁶。これにより、異議と関連しない部分について差し押さえられた債権を弁済のために移付する場合であろうと、仮の弁済命令を発する場合であろうと、本来の法的救済について判断する場合であろうと、あり得る異議についてはなお**執行裁判所**のみが裁判しなければならないために、「**執行士**」にとっては、差押えの実施の制限とともに手続が極度に簡素化されることになった¹⁶⁷。

とりわけ、実務上はなお重要な**労働債権の差押え** (*»saisie des remunerations«*) の手続は、依然として「小審裁判所」の**裁判官**が管轄を有しており、その限りで執行裁判官の権利を引き受けている。また、差押手続では、「**裁判所書記**」*»greffier«* が、裁判所書記官として、さもなくば「**執行士**」に与えられていたであろう職務を遂行している¹⁶⁸。

165 Vgl. dazu schon *Gaul*, JZ 1973, 473, 480.

166 Vgl. dazu *Traichel*, a.a.O. (Fn.131), S.127ff.; 「段階つきの (gestufte) 配当の正当性」の表現としての優先主義の意義につき、*Gaul*, ZJP 112 (1999), S.135, 153ff., 157ff. 参照。さらに近時のものとして、*Berger*, Haftungsrechtliche Verteilungsprinzipien an der Schnittstelle von Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenz, ZJP 121 (2008), S.407ff.; 2006 年以降の「優先主義の方向を示す」イタリアの新規律につき、**マクガイアー** (*McGuire*) 氏の議題報告の中で言及されている**カポーニ** (*Caponi*) 教授 (フィレンツェ大学) の説明, ZJP 121 (2008), S.503, 505 参照。

167 Vgl. dazu *Traichel*, a.a.O. (Fn.131), S.143.

168 Vgl. dazu *Traichel*, a.a.O. (Fn.131), S.160ff., 167f.

このように、特に比較法上の検討に基づけば、司法補助官の手中にあるドイツの債権及び給料の差押えを、執行官の管轄に移転すべき理由は存在しない。

e) 公法上の債権の執行の移転—改革の構想との決別

法律案の立法理由は、**公法上の債権の執行**に関する管轄を執行士に移転することを拒絶している。確かに、民事司法の機関に金銭執行を集中化することは、「とりわけ債権者の機会均等を保障するためには有意義である」と思われる。それにもかかわらず、立法理由が、「自ら権利を実現する (Eigentitulierung) 可能性及び公的な債権者に認められる特別な情報源に鑑みて、公的な債権者と私的な債権者との対等の取扱い、いずれにせよ達成され」ず、むしろ「公共体 (öffentliche Hand) がすでに包括的な独自の執行構造を構築した」¹⁶⁹ ことを理由としてこの点に反対する場合、**改正法案は、その基本構想と決別している**といえる。さらには、「**強制執行の効率性の改善**」が「**権限委任システム**」へ転換することによって「**のみ**」達成することができ、国家固有の公務員を利用するのでは不可能であるという基本的想定¹⁷⁰の内的整合性及び信頼性を、自ら剥奪しているといえる。

唯一の納得し得る反論は、宣誓に代わる保証のための強制拘留 (Erzwingungshaft) (公課法 284 条 8 項)、住居の搜索 (同法 287 条 4 項 3 文)、人的仮差押え (同法 326 条 2 項) 及び強制金が回収不可能 (Uneinbringlichkeit) な場合の代替的強制拘禁 (Ersatzzwangshaft) の命令について民事の区裁判所が管轄を有する¹⁷¹のと同じように、とりわけ

169 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.38。

170 これにつき批判的なものとして *Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.25.

171 Vgl. dazu *Gaul*, Die Mitwirkung des Zivilgerichts an der Vollstreckung von Verwaltungsakten und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, JZ 1979, 496, 504ff.; *ders.* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 4 Rdnr.41ff., 45ff.

現在すでに土地登記庁に加えて公法上の租税に対する不動産執行について義務を負う（公課法 322 条 1 項 2 文）**執行裁判所**のような民事司法のその他の執行機関もまたその中に含まれなければならないがゆえに、**このような「基本的転換」** ≫ *Grundrevirement* ≪ **にとって「執行士法」**は適切な「場所」ではない、というものである。いずれにせよこれまでも、**社会保険事務所**は、行政行為を執行するために、行政上の強制手続の代わりに民事訴訟法を準用して強制執行を選択し（社会法第 10 編 66 条 4 項）¹⁷²、その結果として、民事司法に対して公共体の分かりにくい（*verwirrend*）執行制度の配分が、**より広範な基礎**の上に置かれている。

筆者がすでに 1973 年のハンブルク弁護士会大会で詳述し、それ以降何度も注意を促してきた¹⁷³ように、国家が、行政執行において、自ら設定した行政行為に基づいて、—「執行名義なしに」（行政執行法 3 条 1 項！）かつあらゆる「先行する」権利保護を排除して—債権者と執行者（*Vollstrecker*）の二重の役割で市民と対峙し、かつ固有の執行公務員を通じて性急に民事司法の執行機関を出し抜くことは、**法治国家的に「甘受できない状態」**であり、まさに繰り返され得る「古い官僚国家（*Obrigkeitsstaat*）」からのほとんど我慢することのできない遺物（*Relikt*）であって、「強制執行を専ら自力救済を克服する原始的な発展段階と解する者は、いずれにせよ債権者の役割で執行をするのは国家であるという理由から、おそらくこの点に抵抗を感じないであろう。それに対して、今日望ましいと解されているように、強制執行を権利保護の責務（*Rechtsschutzaufgabe*）と解する者は、この状態に納得しないであろう」¹⁷⁴。とい

172 Vgl. Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 4 Rdnr.20f.

173 Vgl. Gaul, JZ 1973, 473, 477f.; ders., JZ 1979, 496, 510f. ; ders. in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 4 Rdnr.32, 61ff.; なお近時 Stamm, a.a.O. (Fn.61), S.190ff., 200ff., 208f. は私見に同調するが、ただ彼は強制執行を「行政手続」と理解しており、執行官に「行政活動」の責任を負わせている。これにつき前掲注 61 参照。

174 Gaul, JZ 1979, 496, 510f.

うのは、結局のところここでは、立憲国家において、他ならぬ行政と司法との権力分立の原則（基本法 20 条 2 項 2 文）が危険にさらされているからである¹⁷⁵。

執行制度において**公共体に特権を付与することは**、すでに**倒産法**では時代の推移を見抜いてすべての債権者の平等的取扱いの原則に服することにしたのであるから、より一層理解できない。ただし、倒産法において公法上の請求権の届出の必要性（Anmeldeerfordernis）とともに可能なことは、個別的強制執行でも実現されるべきであろう¹⁷⁶。

とりわけここでも、近隣の**外国**が方向性を示している。**スイス**の債務取立法によれば、1889 年以来、債務取立庁が民事執行のみならず行政執行についても同様に管轄を有しているが、そこでは、「財産法上の請求権を実現するために、私的な債権者よりも国家にあらゆる特権を付与することを拒絶する」という明白な意図がうかがえる¹⁷⁷。また、今も**オーストリア**では、執行法 1 条により、行政官庁の執行名義を執行するのは民事裁判所の義務である¹⁷⁸。とりわけ**フランス**では、1993 年に施行された改正法以来、法 3 条に基づき、民事法上の名義と公法上の名義とがともに民事の強制執行に服するとすることによって、行政執行と民事の強制執行とが統合されることになった¹⁷⁹。事案解明（「**情報の探索**」）に関しても、検事を介入させることによって、私的債権者は、その調査方法について、意識的に国家と同じレベルに置かれている¹⁸⁰。

したがって、近隣の外国における近時の発展に鑑みても、ドイツの立法者は、その限りで長い間時機を逸してきた改革を通じて、法治国家的に

175 So auch Stamm, a.a.O. (Fn.61), S.201.

176 これにつき Gaul, JZ 1979, 496, 511 参照。

177 Vgl. dazu Gaul, JZ 1979, 496, 510 m.Nachw.; 近時のスイス法の観点からは I. Meier, ZZP 121 (2008), S.295, 300 及び前掲注 150 参照。

178 Vgl. Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht, Wien 1997, Rdnr.1 und 13.

179 Vgl. Traichel, a.a.O. (Fn.131), S.15ff., 18f.

180 Vgl. Traichel, a.a.O. (Fn.131), S.86ff.

非常に疑わしくかつ全くもって分かりにくい**公共体の自己執行** (*Eigenvollstreckung*) を、**民事の強制執行と一致させることによって排除すること**に、これ以上躊躇すべきではないであろう。ここではまさに、ほとんど成功が期待できない執行官制度の「民営化」に改革のエネルギーを使うよりも差し迫った行動の必要性が存在するといえる。

VI. 執行官の競争—現代への覚醒又は 19 世紀への逆戻り—

1. 「権限委任モデルの中核」としての競争の容認

法律案の立法理由の総論によれば、「**執行士の競争**」を容認することが、「費用法の結果と相関する (erfolgsbezogen) 要素を強化すること」¹⁸¹ を通じて、対応する「収入の増加の可能性」とともに「新たな労働意欲の創設」と結び付いて、「**強制執行の効率性を著しく改善することを期待**」させる「**改革の中心的な関心事**」である¹⁸²。これに対して、現在のシステムの「重大な欠陥の 1 つは、区域保護」にあるとする。そこで、「**公証人の分野における (ような) 対応する状況**」が達成されるべきであるとする¹⁸³。また、「**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**」ことができるとする執行士法草案 10 条 2 項の立法理由では、容認された「競争」が「**権限委任モデルの中核**」であると再度述べられている¹⁸⁴。

2. 排除された過去の学説

法律案の立法理由の崇高で婉曲な言い回しの表現は、過去の苦い経験を等閑視している。19 世紀の終わりまでドイツの各ラントで認められていた、手数料にのみ依存する執行官の「**自由競争**」は、競合する執行官の競争がもたらした「**重大な弊害**」に基づいて、**1900 年に廃止され**、固定給を受領しかつ特定の職務区域を配分された執行官のシステム (区域執行官

181 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.37 参照。

182 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.36f. 参照。

183 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.37f. 参照。

184 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.67 参照。

システム)に置き換えられた。すなわち、専ら手数料に依存することは、執行官が、「大胆かつ強靱に (an Schneidigkeit und Robustheit)、互いに自己の持っている能力を上回る (übertreffen) ことを試みる」ことをもたらした¹⁸⁵。その結果、一部の執行官は「困窮し」、他の執行官は「莫大な収入」を得ることとなった。「執行官制度の規律が純粋に経済的な観点によって実現できるものではなく」、「執行官が司法及び債務者の不利益において単に債権者の道具となったということが証明された」ために、**「自由競争」のシステムは「誤った措置」**》*Fehlgriff*《**として放棄された**のである¹⁸⁶。

この認識は、その後のあらゆる改革の努力に際しても続いている。1931年の**民事訴訟法草案**については、詳細な議論に基づいて、「かつての自由を選択できる執行官のシステムを復活させること」は、**「重大な職務上の不利益」**、「債務者を過度に圧迫する執行官間の競争」及び「厳格さ (Strenge) の増大」とともに蔓延する「執行の挫折」への逃避 (Flucht) に鑑みて、拒絶された¹⁸⁷。他方で、1931年草案で提案された、執行裁判所を中心とする**純粋な職務システム**も賛同を得られなかったということは、また別の問題である¹⁸⁸。

フランスにおける**「執行士」**及び同様にベネルクス三国の執行士の「行動 (Auftreten)、地位及び職務領域」に関する印象をもとに、1967年には、ノルトライン・ヴェストファーレンの**ノイベルガー (Neuberger)** 司法大臣が、執行官を将来的に手数料制公務員にしかつできる限り独立した

185 S. dazu Gaul, Zur Struktur der Zwangsvollstreckung, Rpfleger 1971, 1, 41, 81, 82 zu Fn.277ff.; ebenso neuerdings Nesemann, Gerichtsvollzieher in Vergangenheit und Zukunft, ZZP 119 (2006), S.87, 104.

186 この点を強調するのは、Sattelmacher/Lentz, Das Gerichtsvollzieherwesen in Preußen, 1930, S.9f.

187 1900年の司法行政部の予算に関するプロイセンの覚書 (Denkschrift) について指摘する、ライヒ司法省によって公表された民事訴訟法草案, 1931, S.401, 406 参照。

188 S. dazu Gaul, JZ 1973, 473, 480f.; zuletzt Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 28 Rdnr.17ff.

身分を与える旨の大胆な試案を提言した。この「**ノイベルガー・モデル**」は、ラント司法行政部及び連邦司法省の代表者による詳細な審議の後に、最終的にはハノーファーで開催された 1970 年 10 月 13 日及び 14 日の会議で、**すべての**ラントの代表者及び連邦司法大臣が、事前の書面による態度表明に基づいて、法的及び法政策的な理由から全員一致でこのような再編 (Neuordnung) に**反対**したために、失敗に終わった¹⁸⁹。公表された投票結果は、注目すべき憲法上の疑問に加えて、人々が過去の苦い経験をなお忘れていなかったという覚醒した意識 (wachgebliebene Bewusstsein) を同時に映し出している。

「**ノイベルガー・モデル**」は、当時活動していた執行官の間でも決して「異論がない」わけではなく、またドイツ執行官雑誌 (DGVZ) の当時の編集部でさえも絶対に「避けたほうがよい」≫heiße◀ テーマを意識的に「取り上げなかった」¹⁹⁰ のに対して、近時になって、広く「不適切」と感じられる「**役場費用補償**」に関する司法行政部との疲れ果てた交渉という印象の下で、情緒的な描写 (Stimmungsbild) が明らかに変化しており、かつ雇用当局 (Dienstherrn) による不十分な保護を批判している¹⁹¹。

3. 勘違いされた模範としての公証人

「権限受任者の間で競争を認めること」が「**公証人の分野における状況**」に対応するとする立法理由の指摘は、重大な相違点を誤解している¹⁹²。すなわち、公証人は、非訟事件の分野において、予防司法の機関として、相

189 S. dazu Seip, Der Versuch einer Änderung des Gerichtsvollziehersystems, DGVZ 1997, 103, 106f. また、すべての態度表明の資料は S.107ff.

190 これにつき有益なのは Seip, a.a.O. (Fn.189), S.103 (「手つかずの」≫ausgespart◀).

191 S. dazu Blaskowitz, DGVZ 2003, 110, 112, auch schon o. zu Fn.14; Hess, Rechtsgutachten, a.a.O. (Fn.50), S.17; Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.25 zu Fn.74 und 75.

192 S. dazu schon Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.24f.

互の信頼によって特徴づけられる平和的な「契約の雰囲気」
»Vertragsatmosphäre« の中で「争いのない法律関係」を規律するために活動している¹⁹³のに対して、執行官は、争いのある裁判権（Gerichtsbareit）の機関として、強制執行の特に「侵害度の強い」
»eingriffsintensiv« 段階で活動している。公証人の競争がその独立性及び中立性を危険にさらすことはほとんどないのに対して、**優先主義**（民訴法 804 条 3 項）に基づく順位に従った債権者の満足を目指す執行官の下では、彼らに期待される中立的な職務行使（執行士法草案 12 条 1 項）にもかかわらず、このことは非常に危惧されなければならない、それがとりわけ圧迫的な「再分配」»Umverteilungen« をもたらすことになる¹⁹⁴。

4. 執行士の競争と債権者の順位

明らかに、「執行士の競争」は、**優先主義**によって特徴づけられる執行システムにおいては、非商人のための破産が存在しないために破産に類似して整備された個別的強制執行で**平等主義**（*Ausgleichsprinzip*）に従っている主要なローマ法系の国々よりも、鮮明な結果をもたらさなければならない。このこともまた、特に最近ではそれらの国々でも優先主義に近づいてきている¹⁹⁵ために、「自由競争」をそこから輸入することに対して不利に働く。予防主義（*Präventionsprinzip*）が、債務名義を有さない数多くの特権者（*Privilegierter*）の優先及び多くの手続を遅滞させる配当表に対する異議を通じて変形された「平等的取扱いの原則」よりも差押債権者のために「**より効果的な**」**担保**を可能にするということは、明らかである¹⁹⁶。よって、**執行官職務規程 168 条 1 号**が、違法に「ミニ破産」

193 S. dazu *Gaul*, Vollstreckbare Urkunde und vollstreckbarer Anspruch, Festschrift für Lücke, 1997, S.81, 117.

194 Vgl. dazu *Gaul* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.25.

195 これにつき前掲注 166 及びそこで引用の文献を参照。

196 これにつき関係者の観点（*Insidersicht*）から、*Pelayia Yessiou-Faltsi*, Das Ausgleichsprinzip im griechischen Zwangsvollstreckungsrecht im Unter-

「kleinkonkurs」を演出するために¹⁹⁷、同一の債務者に対する**複数の債権者による差押えの申立て**があった場合には「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、したがって差押えはすべての利害関係を有する債権者のために**同時に効力を有さなければならない**」(!)と、**法律に違反して** (*contra legem*) (民訴法 804 条 3 項) 執行官に指示することは、あってはならないのである。

さらに、一近時**シルケン教授**が述べているように一競争を認める場合には、競合する執行士が、「強制執行のあらゆる状況において平和的かつ迅速な処理に努め」、かつ**債権者との合意に基づく分割弁済**による清算 (Abwicklung) を可能にする (民訴法旧 806b 条参照。2013 年 1 月 1 日に強制執行における事案説明を改革するための法律が施行された後は、民訴法新 802a 条 1 項、802b 条 1 項から 3 項に変更される) という、それぞれの責務に違反することが懸念される¹⁹⁸。実際に、複数の執行の申立てが競合した場合に、分割弁済の合意による平和的な処理がどのように行われることになるのかは、あまり想像できない。和解を望む債権者は、「場合によっては執行目的物を担保として譲渡してもらうことによって、他の債権者による介入を予防する」ことができるとする公式の立法理由の指摘¹⁹⁹は、実に浅はか (naiv) である。

5. 脅かされる債務者保護

この例は、将来的に職務区域内に債権者の選択できる複数の執行士が管轄を有する場合に、複数の執行の申立てに基づいて、その都度取得される

schied zum deutschen Prioritätsprinzip, ZZP 106 (1993), S.215, 229ff., 232; zuletzt noch *Klamaris*, a.a.O. (Fn.153), S.475, 497ff., 499.

197 1973 年のハンブルク弁護士会大会において、この点が弁護士の懐疑及び憤慨をもたらし、そのために出席していた執行官が詰問されなければならないことになった。s. dazu *Gaul*, JZ 1973, 473, 483 zu Fn.153; 近時の議論状況につき *ders.* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 5 Rdnr.96 m.w.Nachw.

198 Vgl. *Schilken*, DGVZ 2011, 1, 7f.;これにつき前掲注 35 参照。

199 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.38.

搜索命令によって債務者の住居が**何度も搜索され得る**（民訴法 758a 条）とすることで、**債務者が特に苦境に立つ**ことがあり得るということを示している²⁰⁰。疾病又は自殺のおそれがある債務者の場合に、民訴法 765a 条の執行制限の申立てが却下された後になされる憲法異議につきいずれにせよほとんどインフレ傾向にある（inflationär）連邦憲法裁判所の取組みに鑑みれば、これが何を意味するか²⁰¹を予感することは可能である。

同様のことは、2013 年 1 月 1 日以降の新たな**財産情報に関する手続**（民訴法新 802a 条から 802l 条）についても当てはまる。将来的に管轄を有する複数の執行士に対して執行の申立てがなされた場合、債務者は、民訴法 802a 条 2 項 2 号に基づいて、その都度、民訴法 802c 条に規定する財産情報を付与する義務を負う。再度の情報に関する 2 年間の禁止期間（Sperrfrist）は、最初の情報が付与されてから起算される（民訴法 802d 条）から、債務者に対して、対応する命令及び義務（Auflagen）を伴って、**複数の並行して進行する情報付与手続**（民訴法 802f 条）が行われるという事態が生じ得る。財産情報の受領につき債務者が住所を有する区域の執行官が管轄を有するとする民訴法 802e 条の管轄規定も、この点を変えるものではない。というのは、この新規律は、管轄を有する執行官が 1 人だけであるということを前提としているからである²⁰²。

6. 「権限の委任を受けた」執行士の競争と費用法上の効果

ほとんどすべての関係者が認識している**執行官費用法**に関する問題についても、なおその概略を示すことができる。公務員の身分を廃止することにより、憲法上保障された**国家の扶養料給付義務**（*Alimentationsprinzip*）（**基本法 33 条 5 項**）も同時に消滅する。その職務を権限受任者に移転することにより、確かにその職能身分上の報酬は基本法 12 条を基準としかつ

200 Vgl. *Schilken*, a.a.O. (Fn.198), S.6f.

201 S. dazu *Gaul* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 3 Rdnr.22ff., 45, § 43 Rdnr.6f., 14ff., 32ff.

202 Vgl. *Schilken*, a.a.O. (Fn.198), S.7.

それによって算定され、その結果として権限受任者は**経費のみならず生活費**も賄うことができるようになるが、立法者には広い裁量の余地が認められることになる²⁰³。

確かに、法律案の立法理由は、競争を地方裁判所区域に制限することによってこれが理性的な程度に限定され、その結果として「競争者は経済的に無意味な排他的競争から保護」されると強調する²⁰⁴。しかし、その後で「競争は、それ自体が労働意欲をもたらしではなく、非効率的に労働する競争者が著しく収入を減らし、又は一極端な場合には**一市場からの排斥を覚悟しなければならない**という場合にのみ当てはまる」と述べる場合²⁰⁵には、これと矛盾している。

将来の**費用対効果原則**²⁰⁶に基づいて、手数料率及び給付と相関する成功報酬が、通常はそこから経費と生活費が賄えるくらいに高く算定されなければならないとしても、執行士は、将来的には専ら、必然的に**完全な「経済的リスクを負担する」**売上げによる収益 (Umsatzerlöse) に頼らざるを得ない²⁰⁷。その場合、事業主として経済的な競争に参加するすべての者のように、執行士もまた市場の規範に服する。他方で、是が非でも (um jeden Preis)、やむを得ない場合には少額債権者よりも収益の多い (lukrativere) 大規模債権者の債権を優遇するといった不公正な手段を使っても結果を得ようとする圧力が増大するであろう²⁰⁸。そのため、19 世紀の弊害が繰り返されるおそれがないわけではないように思われる。

7. 公務員たる執行官の競争

それにもかかわらず競争を望むのであれば、現在の**公務員たる執行官シ**

203 BVerfGE 80, 103, 109 及び BVerfGE 85, 237, 349 について指摘する法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.42 参照。

204 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.38.

205 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.57.

206 これにつき前掲注 105 及び注 106 参照。

207 法律案の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.43, 45, 47.

208 Vgl. dazu auch *Schönrock*, a.a.O. (Fn.60), S.57, 63.

システムでも実現することは可能である。執行官制度を最善化するための現代的な改革提案を実施するとする 2009 年 6 月の第 80 回ラント司法大臣会議の提案に基づいて、これまでに**バーデン・ヴュルテンベルク司法省**が、ラントレベルでの競争を可能とする「執行官規則第 2 章及び第 3 章を改革するための草案」(2010 年 7 月 27 日現在)を提出した。それによれば、執行官規則草案 16 条 1 号に基づいて、複数の執行官に配分される管轄は区裁判所の区域及び場合によっては追加された他の区裁判所の区域に広がり(執行官規則草案 22a 条 1 号)、申立人はその中から自由に選択することができることになる。

この提案は、それ自体としては公務員たる執行官システムにおいても、ただし基本給が維持されるために全くもって緩和された条件の下で、競争が構築され得るということを示している。しかしながら、一地域中心主義(Partikularismus)に完全に逆戻りする場合を除いて—**「命令」及びラントのレベル**で地域的なシステムの変更をもたらすというこの試みに対しては、近時**シルケン教授**が説得的に論述した²⁰⁹すべての憲法上及び法政策上の疑問が、不利に働く。これに付け加えるべきことは、何もない。

8. 公務員たる執行官のための結果と相関する報酬の改善

—近時、**オーストリア**²¹⁰のような外国でも創設されたコスト・インセンティブ(Kostenanreize)と並んで—最近になって連邦参議院によって提出された 2011 年 2 月 11 日の**「執行官費用法における結果との相関(Erfolgsbezug)を強化するための法律案」**が確証する²¹¹ように、「労働意欲を通じて強制執行の効率性を改善する」という改革の目標は、公務員たる執行官システムでも要求することは可能である。この法律案によれば、債権者に満足を与えるための弁済の受領に対して、**新たな成功報酬**が与え

209 Vgl. *Schilken*, a.a.O. (Fn.198), S.1ff.

210 Vgl. dazu *Hess*, Rechtsgutachten, a.a.O. (Fn.50), S.27.

211 ヘッセン及びザクセンの法律動議による BR-Drucks.808/10 (Beschluss), S.1ff. 参照。

られることになる。それと同時に、費用対効果の改善に向けて、現在の**手数料要件**は、それぞれの活動の経費を考慮に入れるために、**30%増額される**ことになる。

もっとも、無理をした手数料の増額は、一結果に依存する一執行官の収入の増加（Mehreinnahme）ではなく、各ラントの予算の収入増加をもたらすであろう。また、手数料の増額は、2001 年以來行われている他の公的職務における収入調整を約 15%も超えるものであり、この提案を正当化するには特別な圧力がかかることであろう。

いずれにせよ、まさに最近の改革に向けた努力は、すでに**公共体の執行制度**の例で詳述した、強制執行の効率性の改善は決して「権限委任システム」へ転換することによって「のみ」達成され得るわけではなく、国家固有の公務員で占められた執行システムでも可能であるという本稿での検討結果²¹²を、強調しているといえることができる。

VII. 終わりに

ドイツにおける**執行官と執行裁判所との間の職務分担の二重システム**は、基本的に適切であることが実証されており、まさに近時になって**ベルギー**及び**フランス**における「**執行裁判官**」を導入するための模範機能を果たしている。**イタリア**及び一部**イングランド**における類似のシステムに鑑みれば、あまりドイツの「分散システム」を「特異な」ものという²¹³ことはできない。その限りで法治国家的に模範とすべき民事手続上の執行システムと競合する、絶対的に改革の必要な公共体の拡散した（diffuse）執行制度を度外視するのであれば、「分散した組織」については、輕蔑的に「管轄の分裂」とのみ同一視されるべきではないであろう²¹⁴。しばしば「右手

212 前述 V 3 c の注 169 以下参照。

213 So Hess, Rechtsgutachten, a.a.O. (Fn.50), S.28.

214 Hess, Rechtsgutachten, a.a.O. (Fn.50), S.19 は、同時に債権者のイニシアティブを制限しながら、「従属する執行官」を伴う「中央の執行庁（Vollstreckungsbehörde）」としての**執行裁判所**に「集中」するための保証者（Gewährmann）として 1931 年草案に尽力した**フリードリヒ・シュタイ**

のしていることを左手が知らない」²¹⁵ という不都合は、執行の種類をよりよく調整することによって排除することができる。

「権限委任」の方法によって司法から執行官制度を切り離すことに比して、**公務員たる執行官システムを維持することは、国家による威力の独占の実施が、国家固有の機関を通じて直接的に、完全に分離できない「責任」を国家のもとに残しておくという、法治国家的には十分に高く評価されていないメリットを有しており、動産執行の場合の執行官又は債権執行もしくは不動産執行の場合の執行裁判所（司法補助官）に生じるかはともかく、誤った措置について国家責任の方法による市民に対する介入義務（Einstandspflicht）というところまで発生するのである**²¹⁶。

とりわけ、更なる「効率性」は、残念ながら 2013 年 1 月 1 日に施行ということにはなったが、2009 年 7 月 29 日の法律（BGBl. I 2258）でようやく最終的に実現されたように、長い間ずっと要求されてきた**事案解明の改善**²¹⁷によって期待することができる。最後に、「**欧州連合における執行構造の調和**」に関して、ドイツの二重システムは、公務員たる執行官システムのシステム内在的な（systemimmanent）立法上の保護及び整備とともに、執行官と執行裁判所との間の機能分担に、一方では**オーストリア又はスイス、イタリアもしくはスペイン**、さらに**イングランド**の主要部分（県裁判所及び治安判事裁判所の場合）におけるような**より強い裁判所指向の純粋な職務システム**と、他方では**フランス及びベネルクス三国の「自**

ン（Friedrich Stein）について指摘している。

215 Vgl. dazu Gaul, JZ 1973, 473, 479ff.; ders., in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 5 Rdnr.27ff., § 28 Rdnr.17ff.; auch Baur/Stürner/Bruns, a.a.O. (Fn.138), Rdnr.4.7, 4.26.

216 執行裁判所の執行行為に対して民法 839 条 2 項の裁判官特権（Spruchrichterprivileg）が適用できないことにつき、BGH, NJW 2000, 3358, 3360 を指摘する Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 7 Rdnr.8 を参照。

217 この点につき全体の改革に関して Gaul, JZ 1973, 473, 481ff.、さらに特に「事案解明の新たな構想（Neukonzipierung）及び改善について」、ders., ZZP 108 (1995), S.3ff., 25ff.; 近時のものとして Würdinger, Die Sachaufklärung in der Einzelzwangsvollstreckung, JZ 2011, 177ff., 180ff.を参照。

由業」システムとの間の、まさに理想的な中間の途 (*Mittelweg*) を提供するものである²¹⁸。

附・補遺：ドイツ執行官連盟による民営化からの突然の決別

最近の 2011 年 10 月に公表されたドイツ執行官連盟 (DGVB) の連邦会議の決議によれば、同連盟は今や、意外なことに「執行官制度の民営化からの別離」を告げているⁱ。もともと 2003 年に「圧倒的多数で」なされた「ドイツに自由業執行官システムを導入する」旨の決議ⁱⁱからのこのような決別は、その間に連邦議会において憲法改正のために必要とされる多数決の実現に対して疑問が表明されていたにもかかわらず、ドイツ執行官連盟が 2007 年の連邦会議ではなお、「ドイツ執行官連盟は、その構造改革委員会によって完成された要求に基づき自由業執行官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れた連邦会議による決議に対して責任を負う。」として、再度「全会一致で」可決する旨の決議ⁱⁱⁱによってその前の回の決議を確認していたために、全く思いがけないものであった。

ドイツ執行官連盟が 2007 年にはなお「執行官制度の民営化」を「代替案のない改革」^{iv} であると解していたとすれば、2011 年の連邦会議における近時の決議による「民営化からの別離」は、著しく自己矛盾した結果となる。それなのに、2003 年及び 2007 年の連邦会議の決議の取消しを求め

218 Vgl. Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, a.a.O. (Fn.3), § 1 Rdnr.19 und 25.

i Vgl. dazu jetzt Mroß, Abschied von der Privatisierung - Bericht vom Bundeskongress 2011 des DGVB in Berlin, DGVZ 2011, 153ff.

ii Vgl. Blaskowitz, Bundeskongress des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes in Stuttgart, DGVZ 2003, 110, 112, und dazu schon oben II 3 zu Fn.19 [ZZP, I 3 zu Fn.14].

iii Vgl. Mroß, Ein Kongress der Gegensätze - DGVB verabschiedet einstimmige Resolution - Bericht vom Bundeskongress des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes in Berlin, DGVZ 2007, 100ff.

iv Vgl. Blaskowitz, Die Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens - Reform ohne Alternative?, DGVZ 2007, 97ff.

る提案は、明確に「3分の2の多数により否決」された。その代わりに、今後は、改革目標として、まずは「拡大された職務領域」、「適切かつ業績に応じた (leistungsgerecht) 給料及び報酬」ならびに拡大された職務に適する (専門大学での)「教育」を伴う「独立した中心的な執行機関としての」執行官の強化が要求される (決議 1 及び 2) が、「政治的な現状がシステムの変更に関する 2003 年の連邦会議の決議を実現することを許容しない限り、ドイツ執行官連盟の『司法における構造改革』委員会の最終報告書において決定されている要求は、維持はされるものの、目下のところドイツ執行官連盟によって更に追求されることはない」(決議 3) という留保が明確に付されている^v。

ドイツ執行官連盟が、2010 年に改めて立法手続に提出された「権限委任の導入」を予定する「執行官制度を改革するための法律案」について、今や全体的に「拒絶」し (決議 4)、かつ法律計画 (Gesetzesvorhaben) に対する従来の支持を取り止めた^{vi}ことは、ますます意外である。というのは、ドイツの執行官は最後の最後まで常にフランス及びベネルクス三国の自由業執行システムを模範としていた^{vii}ので、決議 3 によれば、決別の本当の理由は、おそらくこれまでドイツ執行官連盟が努力してきた「自由業執行官システム」へのシステム転換を放棄することではあり得ないからである。ドイツ執行官連盟は「執行官制度の完全な民営化に向けて努力したことは一度もない」とする新連邦会長によるこれとは真逆の最近の表明^{viii}は、いずれにせよ、2003 年及び 2007 年になされた決議とはほとんど両立しない。確かにそれと同時に、意見が急変したきっかけは、「自由業

v Vgl. zuletzt *MroB*, DGVZ 2011, 153f.

vi Vgl. *MroB*, DGVZ 2011, 154.

vii 法律案の公式の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.35 は、明確にこの点を持ち出す。近時、ドイツ執行官連盟のガロ (*Gallo*) 前連邦会長の演説、*Der Gerichtsvollzieher im Fokus der Reform*, DGVZ 2007, 108, 110 も、「ベネルクス三国及びフランスにおける執行官及び執行のシステム」を指摘して、この点を確認している。

viii So jetzt der neue Bundesvorsitzende *Gietmann*, *Der Gerichtsvollzieher - zukunftsorientiert im Zentrum der Vollstreckung*, DGVZ 2011, 154, 156.

執行士システム」を導入した場合及び特にそれと不可欠に結びつく「自由競争」を容認した場合の全体的な影響 (Tragweite) について、執行官の間でもますます意識されるようになったことかもしれない^{ix}。

ドイツ執行官連盟の側で近時になって法律案を拒絶するようになった決定的な理由はむしろ、「債権差押え」に関する管轄を取り入れることによる「強制執行における包括的な権限」、従来は「行政執行」に留保されていた公法上の債権の執行、ならびに「裁判前及び裁判外での債権取立て」という意味での執行官の職務領域の拡大に対する幅広い要求を、全く考慮してもらえていないことである^x。それに応じて、新たに定式化された改革目標は、「中心的な執行機関」のすべての管轄を有する執行官の整備と述べているが、この目標は、私見によれば国境 (nationale Grenzen) を越えて評判のよい執行官と執行裁判所との間の職務分担の二重システムを完全に見失うものである^{xi} (前述 VII [ZZP, VII])。

ix 「競争の導入」が「執行官の独立性及び中立性を危険にさらす」という近時の *Gietmann*, DGVZ 2011, 154, 157 の認識は、確かにこれまでの経験と一致している (s. dazu oben zu VI 2 bei Fn.110ff. [ZZP, VI 2 bei Fn.185ff.]) が、これは従来ドイツ執行官連盟が努力してきた「自由業執行官システム」にとっての裏面にすぎず、必要不可欠な代価 (Preis) であるということを見失っている。

x So *Gietmann*, DGVZ 2011, 154, 157.

xi 「欧州連合の 20 から 27 の国々で執行官が自由業者として活動している」(So *Mroß*, DGVZ 2007, 97, 99) とか、「欧州連合のほとんどすべての国々で」執行官は対応する「包括的な権限」を有する「中心的な執行機関」である (So *Gietmann*, DGVZ 2011, 154, 157) といった最近の一確証なく一広まった数字は、詳細な再調査にほとんど耐えられないであろう。確かに、法律案の公式の立法理由、BT-Drucks.17/1225, S.35 (vgl. dazu oben II 3 zu Fn.18 [ZZP, I 3 zu Fn.13]) によれば、一連の東ヨーロッパの国々は、その間に「フランスの執行士システムを模範とした」のかもしれない。しかしながら、そこで挙げられているポーランドについては、まさに本稿で支持する二重システムの意味でポーランドのシステムを「裁判所・執行官システム」と分類する *Lubinski*, *Organe der Gerichtszwangsvollstreckung und ihre Zuständigkeit in Zivilsachen in Polen*, DGVZ 2003, 50ff. が指摘されているにすぎない。Vgl. dazu schon oben zu V 2 bei Fn.72ff. [ZZP, V 2 bei Fn.148ff.]

[訳者後記]

執行官規則及び執行官職務規程は、近時、すべてのラントで統一した改訂版が制定され、2012年8月1日より同時に施行されている。ただ、これも2013年1月1日に施行された強制執行における事案解明に関する法律に対応する規定がまだ取り入れられていなかったため、最新の状態ということとはできない。そのため、ガウル博士からは、改正があった旨の大きな指摘 (allgemeiner Hinweis) で十分ではないかとのこと指摘をいただいた。

とはいえ、すでに削除された規定もあることから、ここでは Kindl/Meller-Hannich/Wolf (Hrsg.), Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., 2013 に掲載されているノルトライン・ヴェストファーレンの執行官規則及び執行官職務規程 (2873 頁以下及び 2744 頁以下) に依拠して、ガウル博士の論文に引用されている条項の現在の状況 (厳密に言えば 2012 年 8 月 1 日現在) について、一覧表で示すことにした。ガウル博士には、ご指摘をいただいたことに感謝しつつ、訳者の意図につきご理解をいただければ幸いである。

・執行官規則

論文の箇所	条項	現在の状況
II 3	1 条	削除
II 3	10 条以下	11 条以下 (10 条は削除)
II 3	45 条以下	変更なし
II 4	16 条 1 号	16 条 1 項
II 4	3 条	変更なし
II 4	46 条、49 条	変更なし
II 4	4 条	変更なし
II 4	33 条以下	変更なし
II 4	33 条 3 号	33 条 3 項 2 文
II 4	20 条以下	21 条以下 (20 条は削除)
II 4	20 条 2 号	削除
II 4	16 条以下、20 条以下	16 条以下、21 条以下

・執行官職務規程

論文の箇所	条項	現在の状況
VI 4	168 条 1 号	168 条 1 項

[訳者付記]

ドイツにおける執行官制度の民営化に関するこれまでの議論についての拙稿として、柳沢雄二「ドイツにおける執行官制度の民営化に関する議論 (1)－(3・完)」比較法学 41 巻 2 号 107 頁以下・41 巻 3 号 1 頁以下 (ともに 2008 年)・42 巻 2 号 1 頁以下 (2009 年)、同「ドイツ『執行官制度の改革のための法律案』試訳 (1) (2・完)」比較法学 42 巻 3 号 193 頁以下・43 巻 1 号 119 頁以下 (ともに 2009 年)、同「ドイツにおける執行官制度の改善に関する報告書」比較法学 44 巻 1 号 103 頁以下 (2010 年) 及び同「ドイツにおける執行官制度の改善に関する議論」名城法学 60 巻別冊 666 頁以下 (2010 年) があるので、これらも参照していただければ幸いです。