

《研究ノート》

西ドイツにおける仮執行制度

—1977年簡素化法の一断面—

獨協大学法学部助教授

森 勇

目 次

- 一 はじめに
- 二 仮執行制度の現況と改正点
 - (一) 仮執行宣言の必要性
 - (二) 担保提供の必要性
 - (三) 債務者の執行回避権限
 - (四) 執行の内容
 - (五) 執行停止・取消の仮処分
- 三 おわりに—今後の研究課題

一 はじめに

執行力を確定判決の効果とし、強制執行は、判決確定を前提とするという原則を、わが国および西ドイツの民訴法はとる。このような法制度の下では、上訴を提起して確定を防止することで、現実の権利保護を遅延せしめることができる。しかしながら、執行は必ず確定判決にするべしとすることは、単に、結果として迅速な権利保護を遅延せしめてしまうだけではない。確定までは、執行をうけず現状を維持できることから、とりわけ被告が、勝訴の見込みのない場合でも、現状固定の利益をできる限り長く享受するためにのみ上訴を提起するという危険が生ずる。さらに、確定までは、現状の変更が生じないということは、控訴審でガンバレばよいという意識を生み出し、その結果、第一審を空洞化させてしまうことになる。未確定判決に基づく仮執行を広く認めていくこ

とは、これによって迅速な権利保護を現実にも計ることができるに止らず、いわゆる濫上訴を防止し、第一審の空洞化を回避して、確定までのトータルとしての訴訟期間を短縮していくことにもなるといわれるゆえんである。

しかしながら、仮執行制度は、それ自体ジレンマの体系である。上級審、とりわけ控訴審において下級審判決が取り消される可能性がある限り、仮執行をとり行なうことの危険、つまり、仮執行により生じた損害をだれに引き受けさせるべきかが常に問題となる。この危険を、執行債権者が引きうけるべしとするのが、西ドイツおよびわが国の法制度である。しかし、このようにすることで、危険を引き受けなければならない執行債権者は、執行に着手することに二の足を踏むことになる。さらに仮執行にあたって担保提供が求められた場合には、執行によって得るべき経済的利益の多くが塩づけとなってしまふ。これでは、執行を行なったことの経済的意味が、ほとんどなくなってしまふ。逆に執行債務者が、仮執行の危険を負うべしとすることは、上訴制度にかける国民の期待を削ぐ。こうすることによって、上訴制度は、権利保護という性格を失い、単に法統一確保のためのシステムに墮してしまふ。このように仮執行制度は、迅速かつ実効ある権利保護の要請と、上訴制度のもつ権利保護機能をどう調整すべきかというジレンマに常に立たされている。確定判決に基づく執行という前提の下では、このようなジレンマを仮執行制度からぬぐいさることは不可能であり、最終的には法政策的な判断が、ここでの振り子の針をいずれにふるかを決することになる。

もっとも、このようなジレンマを緩和することは可能である。それは、仮執行の認められる未確定判決、とりわけ第一審判決が、上級審において覆される可能性を減少させることに他ならない。つまり、第一審判決の行なった事実認定が、控訴審において、第一審には顕出されなかった訴訟資料により覆えされることが少なくなればなるほど、債権者・債務者のいずれを優先させるべきかという法政策上のジレンマは、その影をうすくすることになる。そしてまた、このような意味での第一審判決の信頼性の向上は、立法者をして、より広くかつ容易に仮執行を認める方向への法政策的判断を促すことにもなる。

ところで、その中心的課題を訴訟促進におく1977年の西ドイツ民事訴訟法改

西ドイツにおける仮執行制度

正法¹⁾—以下では単に簡素化法と呼ぶ—は、その一つの特徴をいわゆる第一審集中主義に見い出すことができる²⁾。控訴審における更新権を大幅に制限することによって³⁾、訴訟資料が第一審において出尽くし、訴訟の勝負どころが第一審におかれるようにしたのである。このような第一審集中主義は、まさに、先に述べた意味での第一審判決の質の向上をはかるものに他ならない。1977年簡素化法の立法者は、一方ではこれをうけて、1933年以降、体系的な変更をうけていなかった仮執行制度を改正し、仮執行の要件の緩和をはかった⁴⁾。そして他方では、このような緩和によって執行がすみやかに行ないうることで、訴訟の本番を控訴審としようとする目論見をくじき、これによって第一審集中主義が、より強化されることを期待したのであった⁵⁾。

本稿ではまず西ドイツの仮執行制度が、簡素化法によって被った変更を追いながら、現在それがどのような仕組となっているかを紹介していくこととする^{6),7)}。

-
- 1) Geetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren, BGBl 1976 I. S. 3281.
 - 2) 簡素化法の全体像については、木川・吉野「西ドイツにおける訴訟促進政策の動向(一)(二)」判タ352号23頁以下、353号34頁以下。三谷編訳「西ドイツ簡素化法入門」参照。
 - 3) 更訂権制限の問題点については、石川「西独新民訴法528条3項の問題点」手続法の理論と実践上巻151頁以下、春日「時機に後れた攻撃防禦方法の却下」獨協法学15号19頁以下(53頁以下)参照。
 - 4) RGBl. 1933 I S. 821. ちなみに、西ドイツの仮執行制度の歴史は、1898年改正法(RGBl. 1898 I S. 256)による、判決の取消・変更に基づく損害賠償請求権の導入(ZPO 717条2項)を除けば、その拡大の歴史といてよい。とりわけ注目すべきは、1924年改正法(RGBl. 1924 I S. 135)である。CPOの制定当初にあっては、仮執行宣言は、一部の判決を除き、申立により、しかも、執行できないと債権者に回復ないしは予測困難な不利益をもたらすことが疎明された場合に付せられるという体制(ZPO旧710条・CPO 650条)がとられていた。この改正はこれを改め、職権により仮執行宣言を付すことを原則とする体制に移行したのである。
 - 5) BT/Drnchsache, 7/2729 S. 44 f.
 - 6) 前掲・三谷158頁以下に旧法と新法の条文の対比と、仮執行宣言を付すにあたっての判断手順を示す図式が示されているので参照されたい。また旧法については法曹会(中野訳)「ドイツ強制執行法」を参照されたい。
 - 7) 1977年の改正は、1961年の Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (法曹会「ドイツ民事裁判制度改正準備委員会報

二 仮執行制度の現況と改正点

(一) 仮執行宣言の必要性

西ドイツにおいても、仮執行を行なうためには、判決にその旨の宣言が付されていなければならない⁸⁾。しかしわが国と異なり、債務者に執行免脱権限を認める要件が整っていない限り、判決には、職権をもって仮執行宣言を付さなければならない (ZPO 708条・709条)。例外は、婚姻事件 (Ehesache=ZPO 606条1項)⁹⁾、親子事件 (kinderschaftssache=ZPO 640条2項)¹⁰⁾ および親子関係を認定する判決と同時に下される通常扶養料 (Regelunterhalt)¹¹⁾ の支払いを命ずる判決 (ZPO 643条1項1文) である。これらについては、そもそも、仮執行宣言を付すことが禁じられる (ZPO 704条2項)。なお仮に、仮執行宣言を付け忘れたなどの場合には、補充判決によってこれをなすことになる (ZPO 716条)。

(二) 担保提供の必要性

(1) 原則

次に担保の提供の必要性であるが、西ドイツでは通常の場合、仮執行の要件

告」)を基に、民事訴訟委員会が行なった具体的な改正提案をうけて行なわれたものである。本法の政府草案 (BT/Drucks. 7/2729) と、この委員会の提案とは多くの点で異なるが、こと仮執行に関しては、ほとんど委員会の提案が受け入れられているし、このことは簡素化法自体にもあてはまる。委員会提案と簡素化法との間の重要な差異は、ほぼ次の二点に尽きる。すなわち、(1)現行 708 条11号 (後述二(一)(1)(4))の金額上限の引き上げと、訴訟費用についての仮執行可能性の明確化。(2)委員会草案においては、意思表示に代る判決は、担保提供なしに仮執行をしうる判決とされていたが、これが削除されたことに尽る。

8) なお労働裁判所 (Arbeitsgericht) および社会裁判所 (Sozialgericht) の判決については、仮執行宣言なくして、仮執行を行ないうるとされている。労働裁判所法62条1項1文。社会裁判所法 199 条参照。

9) 婚姻事件は以下の通りである。(a)離婚事件 (b)婚姻無効・取消事件 (c)婚姻関係存否確認事件 (d)婚姻生活回復請求事件。

10) 親子事件は以下の通りである。(a)親子関係存否確認事件 (b)嫡出否認事件 (c)認知

西ドイツにおける仮執行制度

として担保の提供が求められる判決とそうでない判決が法定されている。担保の提供にかかるのが原則であるが（ZPO709条）¹²⁾、それを要しないとされる判決が多く認められている。通常の場合には担保の提供を要しないとされる判決は、簡素化法以前にあってはZPO708条・709条に分けて列挙されていたが、簡素化法はこれを708条に集約・整備し、そして若干その範囲を拡大したのである。担保提供が必要とされないとされる判決のカタログと改正点は以下の通りである。

(イ) 認諾・放棄判決〈実質的変更なし〉

(ロ) 欠席判決およびZPO331条aに基づき、欠席当事者に対して下される記録に基づく判決〈一方当事者欠席の場合にも、記録に基づく判決を可能としたことに伴い、欠席判決と同じ性格をもつこの判決にも拡大〉

(ハ) 故障の申立をZPO341条に基づき不適法として却下する判決〈新规定。欠席判決に対する故障申立却下判決が、無担保で仮執行できるようにするもの。もっともこれで無担保の仮執行が認められることになるのは、訴訟費用の裁判のみである。したがって、後記(イ)の特則に止る。(ハ)の定める上限を超えた場合にも、無担保の仮執行がこの場合には認められる。〉

(ニ) 書面・手形・小切手訴訟の判決〈実質的変更なし〉

(ホ) 書面・手形・小切手訴訟において下された留保判決を留保なしと宣言する判決〈従来立法的措置を欠いていたために学説の混乱のあったところを、立法的に解決したもの。〉

(ヘ) 仮差・仮処分を却下・取消す判決〈保全処分を却下する判決にも拡大。但しその内容的には、(イ)と同じく(ハ)の上限制限を取り外す特則に止る。〉

(ト) 住居もしくはその他の空間の、引渡し、利用、明渡しをめぐる賃貸人と

取消事件 (d)監護権存否確認事件

- 11) 通常扶養料の概念については、森・野沢「西ドイツにおける扶養料算定合理化の試み」(1)家月38巻3号35頁以下を参照されたい。
- 12) 民事訴訟委員会においては、労働裁判所・社会裁判所の判決と同じく（労働裁判所法62条1項1文社会裁判所法199条）、無担保での仮執行を原則化すべしという議論があった。しかし、通常民事々件については、労働・社会事件と異なって、当事者間の力関係が様々であることを理由に、やはり担保提供にかかる仮執行を原則として維持すべしとされた。Bericht der kommission für das zivilprozeßrecht S. 209.

賃借人もしくは転借人間および賃借人・転借人間における訴訟の判決。上記の者の間におけるBGB556条a・556条bに基づく賃貸借関係継続に関する訴訟および、賃借人もしくは転借人が賃借空間にもちこんだ物の留置に関する訴訟の判決〈実質的変更なし〉

(イ) 扶養料、扶養請求権に代る年金、身体もしくは健康侵害を理由とする年金の支払い義務を認める判決。但し、訴え提起後およびそれに先だつ四半年間分のもの。〈実質的変更なし〉

(ロ) BGB861条・862条に基づく占有訴訟の判決〈新たに導入〉

(ハ) 財産事件についての上級地方裁判所(OLG)の判決〈変更なし〉

(ニ) 給付を命じられたものの価格が、本案について1500ドイツマルクを超えないその他の財産上の請求についての判決(原告勝訴の場合)。費用についての執行のみができる場合(被告勝訴の場合)に関しては、その額が2000ドイツマルクを超えない場合¹³⁾〈従来、一律に500ドイツマルクとされていたものを、請求認容と棄却に分け、上限を上げた。〉¹⁴⁾

以上が担保の提供なくして仮執行を行ないうるとする判決のカタログであるが、そこで示した旧法との差をみると、この局面では、特に仮執行制度が強化されたとはみられない。わずかに占有訴訟の判決への拡大のみが目を引き止まる。

(2) 例外

以上はあくまでも原則である。一定の場合には、担保の提供を要しないとされる判決について担保の提供が求められ、逆に必要とされるものについて、それが免除される場合もある。いずれの場合もその要件は法定されている。

a) まず前者であるが、担保なくして仮執行しうるとされる判決中(≠)ないし(ロ)については、債務者が担保を提供し、あるいは、供託したときは、債権者が

13) なお、1500DMと2000DMという区別は、両者を異なったものとみるための差ではない。本案の認容額が1500DMの場合、訴訟費用を含めるとほぼ2000DMとなるから、両者は同額となるわけである。Vgl. BT/Drucks. 7/2729, S. 107.

14) なお旧709条の2号(海員と雇用者間の労働関係にかかる訴訟の判決)および3号(旅客と旅館等の宿料などに関する訴訟の判決)は、その必要性がなくなったとして削除された。Vgl. BT/Drucks. 7/2729, S. 107.

西ドイツにおける仮執行制度

担保を提供しなければ仮執行を行なうことができない。したがってこの場合裁判所は、職権をもって¹⁵⁾、判決主文中において、仮執行宣言に加え、債務者は一定の担保ないし供託により執行を回避しうること、また、債権者が、これを阻止するために提供しなければならない担保額を明らかにしなければならないことになる。もっともこのような措置は上訴の要件が欠けていることが明らかかな場合は行なう必要がない（ZPO713条）。また裁判所は後に述べる、仮執行が担保提供にかかる判決の際の提供免除要件があるときは、これを免除することができる（後述b）参照）。従来はまず、裁判所はその自由裁量により、担保の提供を仮執行の要件と定めることができるとされていた。さらに担保提供による執行回避が(り)の判決を除くすべてに認められていた。さらに、これを阻止するためには、必ず債権者が担保を提供しなければならず、これが免除されることはなかった（ZPO旧713条）。簡素化法は先にみたように、債務者の担保提供の必要を減縮したのである。

なおこの外に、後述する債務者の執行免脱権限との関係から、ZPO 708条所掲の判決について担保提供が求められる場合がある（ZPO712条2項2文）。詳しくは、そこにゆずるが、これは、執行回避権限の減縮に伴うものであって、決して担保提供の必要性の強化ではない。

b) 次に、仮執行のためには担保提供が求められる判決（ZPO 709条）については次の要件の下、申立により担保の提供が免除される。すなわち、一方では、担保を提供する資力がないか、その提供が著しく困難であること。そして他方では、以下のいずれかの場合にあたることである。すなわち、(i)執行を認めないと、債権者に回復し難い不利益、もしくは、予測し難い不利益をもたらす場合。(ii)執行によって得るものが債権者の生活・営業に不可欠な場合のように、執行を認めないことが債権者にとって不当となる場合がこれである（ZPO 710条）。従来は、担保提供の資力がない場合のみに限られていたし、また、先の(ii)の場合は認められていなかったところである（ZPO旧710条2文）。このような担保提供免除の要件の緩和は、その文言をみる限り、それほど大き

15) 旧法においては、これは申立事項とされていたが、かかる申立のなされるのが常態であったことから職権事項とされた。Vgl. BT/Drucks. 7/2729, S. 108.

獨協法学

なものではないようにも見える。しかし現実には、その要件はゆるやかに解されるべしとされている。まず、資力要件についてみると、例えば、休暇をあきらめなければならないとか、大切な雇人を解雇しなければならないとか、さらには、自動車購入をあきらめなければならないといった場合でもよいとされている。さらに、不利益要件(i)については、名誉の低下、研究の障害といった非財産的なものでもよく、また回復・予測困難性は、確実でなくてもよいといわれている。加えて、不当要件(ii)についても、必ずしも生活・営業等が存立しえなくなる必要はなく、例えば、受注をあきらめなければならない場合でもよいとされる¹⁶⁾。旧法の具体的運用について、はっきりしたことは入手しえた文献からは明らかでない。しかし、そこで例として挙げられているのが占有訴訟や差止訴訟であること¹⁷⁾に照すと、その運用は厳格ではなかったかと推測される。したがってここでは、債権者にとり相当有利となったということができよう。

なお、この担保提供の免除は、申立事項であり、これは、口頭弁論終結までになされなければならない（ZPO714条1項）。また、免除要件はこれを債権者が疎明しなければならない（ZPO714条2項）。

(三) 債務者の執行免脱権限

債務者は、執行が債務者にとって回復しえない不利益をもたらすときは、担保を提供するか、あるいは、執行対象を供託することによって執行を回避することができる（ZPO712条1項1文）。この際、債務者が、担保提供もしくは供託の資力のないときは、仮執行宣言を付さないか¹⁸⁾、あるいはこれを、後述する保全措置(四)に制限することができる（ZPO712条1項2文）。この執行回避は、債務者がこれを口頭弁論終結までに申立なければならないし、また、その要件を疎明しなければならない（ZPO714条）。

16) Vgl. Baumbach/Lauterbach ZPO 45 Auf. § 710, 2), 3), 4).

17) Vgl. Stein/Jonas ZPO 19 Auf, § 710 II.

Vgl. Baumbach Lauterabach, aaO. § 712, 2).

18) 法文上は、「仮執行できない旨を宣言する」となっているが、このような宣言は不要である。

西ドイツにおける仮執行制度

もっともこのような執行回避は、判決に対する上訴が認められないことが明らかな場合には認められない（ZPO713条）。さらにまた、執行を認めないことによってもたらされる債権者側の不利益が、債務者が執行によって受ける不利益をうわまわるときは、執行回避は認められず、裁判所はその裁量により、ZPO708条所掲の判決につき、執行前の担保提供を命ずることができるに止まる（ZPO712条2項）¹⁹⁾。

旧法と対比してみると、まず、執行回避の要件として、回復しえない不利益があげられていることは同じである。しかし旧法にあっては、債務者による担保提供は不要とされていたが、現行法は、原則としてこれを必要とし、資力のない場合のみ、これを免除しうるとするに止まる。加えてこの場合でも、裁判所の裁量により、後述する保全措置を命ずることができるとしたのである。

かてて加えて、この局面における最もドラスティッシュな改革は、債権者・債務者の利益が衝突する際の判断基準の変更である。従来は、債務者が回復し得ない不利益を執行によって被る場合には、債権者が執行停止によって被る不利益如何にかかわらず、仮執行宣言を付してはならないとされていた。簡素化法は先にみたように、この態度を180度転換し、債権者の利益が優越するときは、執行免脱権限を認めないこととしたのである。一方で、債務者の回避権限については、回復しえない不利益があり、かつ、それがほぼ確実でなければならないとされ²⁰⁾、他方でそれを阻止する債権者利益の優越性については、そう厳格な要請を課してはならないと解説されているところに照すと、債務者の執行回避権限は旧法と比して、かなり大幅に制限されたとみることができる。

四 執行の内容

保全処分とは異なって、後に述べる仮執行は上訴提起に伴う執行停止・取消の仮処分（ZPO719条）などがなされない場合には、債権者の終局的満足ま

19) このような担保提供を命ずることが、ZPO708条所掲のすべての判決に認められるのか、それとも、同条4号ないし11号（先述二(二)1所掲の(二)ないし(四)）のみに限られるかについては争いがある。Baumdach/Lauterbach, aaO. § 712, 5) Engel, AnwBl. 1978, S. 163参照。

20) Vgl. Baumbach/Lauterbach, aaO. § 712, 2).

で至るのが原則である。しかし、一方では、債務者が担保提供によって執行を回避しようときは、差押えた金銭もしくは差押え物件の売却代金を債権者の満足にあててはならず、これを供託すべしとされる（ZPO 720条²¹⁾。また他方では、仮執行が担保の提供にかかる一定の判決についても、担保の提供なくして仮差押え類似の処置（いわゆる債権者の保全措置=Sicherungsmaßnahme des Gläubigers）が認められる（ZPO 720条a）。

a) 供託の必要性であるが、まずこれは、ZPO 711条1項1文によって、ZPO 708条4号ないし11号につき、債務者が担保提供によって執行を回避しよう場合に生ずる。つまり、債務者が、担保提供をなさない内に、債権者が無担保で仮執行を行なった場合である。したがって、債権者側から、すでに担保提供がなされている場合には、供託の必要はない。次いで供託の必要があるのは、債務者が回復しえない不利益をうけることを理由に担保を提供して執行を回避しうることが認められた場合（ZPO 712条1項1文）である。旧法においては、供託の必要は前者についてのみ定められていた（ZPO旧720条）。このことから、供託の必要性が拡大され、債務者保護がはかられたようにもみえるが、そうではない。旧法にあっては、すでに述べたように債務者が執行によって回復し得ない不利益をうけるときは、担保を供さないで執行を回避できた。簡素化法は、この免脱権を担保提供にかからせ、担保提供により回避できる場合が1つ増えることになった。本条の改正はこれに伴うものであり、その基本姿勢が変わったわけではない。

b) 次に、いわゆる債権者の保全措置であるが、これは簡素化法により、オーストリア法にならって導入されたものである²²⁾。本条によって、金銭の支払いを命ずる判決については、執行に先だって担保を提供する必要がある場合（仮執行が担保提供にかかる場合）でも、担保の提供なくして仮差押えと同様の処置が可能となった。まづもって、ZPO 709条に該当する判決がこれに該

21) 債権執行にあたってはこの場合、転付命令を出すことができない。取立命令はできるが、その効力は、第三債務者に供託を命ずるものに止まる（ZPO 839条）。

22) もっとも、このようなシステムは、ゲルマン古法にその源があるといわれている。Schwartz, Die Norelle von 17/20 Mai 1898 und die künftige zivilprozessreform, S. 96.

西ドイツにおける仮執行制度

当することは言うまでもないが、これに限られない。担保提供を要しないとされる Z P O 708 条所掲の判決についても、その執行が債務者側の担保提供によりストップしている場合 (Z P O 711 条) および債権者側の利益が優越するために債務者の執行免脱権限は認められないが、執行に先だって担保を提供することが命じられた場合 (Z P O 712 条 2 項 2 文 = 前述(三)参照) もこれにあたる。

次にその処分内容であるが、不動産・船舶については、保証抵当 (Sicherungshipothek) および船舶抵当 (Schiffhipotlek) の設定であり、動産および債権については、原則として差押えが認められるに止まる²³⁾。この点で、換価の上、売却代金を供託せよとされる、債務者に担保提供による執行免脱権限が認められる場合 (前述 a) の場合) とは異なる²⁴⁾。

なお、この執行は、判決および執行文が送達されてから最低二週間が経過しなければ、これを行なうことができない (Z P O 750 条 3 項)。

債務者はこの執行を回避することができるが、そのためには、本案についての認容額と同額の担保を提供しなければならないとされている (Z P O 720 条 a 3 項)。

c) 債務者が担保の提供により執行を回避しうるために供託が求められる場合、およびいわゆる債権者の保全措置の場合のいずれにおいても、債権者は勝訴確定の暁には、優先主義の下、売却代金もしくは差押え物の価格の限度において、満足をうける地位が確保される²⁵⁾。この点で、配当までに至らなくとも、仮執行を行なっておくメリットは大きいわけである²⁶⁾。

(四) 執行停止・取消の仮処分

a) 仮執行宣言付判決に対して控訴もしくは故障の申立がなされたときは、

- 23) 差押物が減価のおそれのあるとき、もしくは管理に不相応な費用がかかるときは、例外として換価し、買却代金を供託すべしとされる (Z P O 720 条 2 項, 930 条 3 項)。
なお、金銭の差押えの場合には、これを供託すべく、また他の執行のために配当手続が行なわれるときは、配当金を供託すべしとされる。
- 24) 債権の差押えも認められるが、この場合でも、Z P O 720 条の場合と異なり、制限された取立命令 (注 21 参照) も出すことができない。
- 25) フリッツ・パウア (鈴木正裕訳) 「金銭執行における優先主義と平等主義」民訴雑誌 15 号 3 頁以下参照。

再審等の申立の際と同じく、申立により、執行停止の仮処分が認められる。すなわち、裁判所は、この場合、担保を提供させ、あるいはさせずして、執行の停止を命じ、あるいは、担保の提供を執行の要件とすることができる。さらにまた、担保の提供を要件として、執行を取り消すことができる。(ZPO 719条 1項 1文, 707条 1項 1文)。ただし、担保の提供を要件としない執行停止は、債務者が担保提供の資力がなく、かつ、執行が回復しえない不利益を債務者にもたらすことが疎明された場合のみ、認められる(ZPO 707条 1項 2文)。さらにまた、欠席判決の執行停止については、これに加えて、欠席判決が法定の方式によらなかつた場合、もしくは、欠席につき債務者に帰すべき事由がなかつたことを債務者が疎明した場合のみ、担保の提供を執行停止の仮処分にあたり免除することができる(ZPO 719条 1項 2文)。旧法と比べてみるとZPO 719条 1項 1文はその文言上は旧法と同じである。しかしそこで準用されているZPO 707条は従来、無資力を担保免除の要件とはしていなかつたところである。したがって、ここでもまた、債権者に有利な改正がはかられたのである。また、ZPO 719条 1項 2文であるが、これは簡素化法により新たに導入されたものである。欠席判決に対する故障申立を濫用し、いわゆる欠席への逃避により訴訟引延しをはかろうとすることを阻止しようとするものである。

b) 次に、上告に際しての執行停止であるが、これは、執行が債務者に回復し得ない不利益をもたらす場合のみ、その疎明をまって認められるに止まる、ただし、債権者の利益が優越することが疎明されたときは、執行停止の仮処分は認められない(ZPO 719条 2項)。この債権者の利益が優越する際の取り扱い、簡素化法により導入されたものであり、ZPO 712条 2項とその趣旨を同じくする。その解決についても、同条と軌を一にすると考えてよい。

c) a) b) いずれの場合にあつても、まず、上訴等が上訴制限に服するか否かを予め検討した上で執行停止等の仮処分をなさなければならない²⁷⁾。さら

26) なお、本条は、仮執行が担保提供にかかる判決に関する費用額の決定(ZPO 794条 1項 2号)および、通常扶養料額の決定(ZPO 794条 1項 2 a号, 621条以下)についても準用される(ZPO 795条 2文)。

27) Vgl. Baumbach/Lauterbach, aaO. § 707 2) E.

にまた、ZPO 712条の申立（前述(三)参照）をなしうるにもかかわらず、これをしないでいた場合、および、その申立をなしたが、そこで用いることのできる事由を用いず、執行停止の仮処分の申立においてはじめてこれを持ち出した場合については、この申立を認めてはならないとされる²⁸⁾。

三 おわりに—今後の研究課題—

今までみてきたように、簡素化法は、一方では債権者の担保提供の必要性を緩和し、他方では、債務者の執行回避権限を制限することによって、仮執行の容易化をもたらした。しかしその実効性についてはかなり疑問だとされている。すなわち、仮執行は、それが現実に行なわれてこそ、権利の実現に奉仕するものである。しかし、簡素化法が、仮執行制度の強化によってかえってその必要が高まるとして温存した²⁹⁾、わが国民訴法 198条2項に対応する判決の取消・変更に基づく損害賠償請求権を認めるZPO 717条2項の存在は、この危険を恐れて執行に着手することをためらわせるに十分なものと指摘されている³⁰⁾。このことは、とりわけ、今次の改正で最も恩恵をあずかるはずの、資力に乏しく、それゆえに迅速な権利の実現をはかってやる必要がある人々に強くあてはまると思われる。さらにまた、この規定に基づく損害賠償は、簡素化法の目玉である債権者の保全処置が行なわれた場合にも認められる。したがって、保全措置をとる場合でも、この危険が常に伴うわけである。このことに照してみると、権利の迅速な実現ということは、もはや現状の制度の下では、仮執行制度の独立の目的ということができないのではないかと考えられる。

しかし、上訴審における逆転の危険を、仮執行債権者が負うべしとすることそれ自体は、上訴制度が権利保護、とりわけ原審における敗訴者のそのの一環

28) Vgl. Baumbach/Lauterbach, aaO. § 719 1) A b), 2) A c), BGH, NJW 1979, S. 1208 (前者のケース), BGH, NJW 1983, S. 456. いずれも ZPO 719条2項に関するものである。

29) BT/Drucks. 7/2729, S. 45.

30) Stein/Jonas/Münzberg ZPO 20 Auf. § 708 Rdz. 1.

をなすとみる限りは正当であり、そしてこの限りでは、仮執行制度に内在する限界がここにあるといえよう。このことがまさに、仮執行は、債権者のかかる危険引延の下で行なわれるべしとの危険分担がなされ、仮執行に基づく損害賠償が無過失責任とされるゆえんである。

ちなみに、ZPO 717 条 3 項は、控訴審としての上級地方裁判所における財産事件の判決が、上告審で取消・変更をうけた場合には、損害賠償は認められず、不当利得と同じあつかいの下で、給付したものの返還を求めうるに止まるとする。そしてわが国の学説は、これを、仮執行の本執行化への努力と評価しているふしがある³¹⁾。しかし、このような制限の目的は、当時過重負担におちいていた、ライヒスグリセトの負担軽減をはかることにあったのである³²⁾。損害賠償をおそれて仮執行を行うことを躊躇させるためだけの上告を断念させることがその目的だったのであり、これを軽々に、仮執行の本執行化と評価することはできないと思われる。

このように、判決の取消・変更に基づく損害賠償請求を認めることは、権利保護ということに上訴制度の目的を見出す限り、不可避なものといえる。このことと、そしてまた ZPO 717 条 2 項の制定過程をながめてみるならば、この限りではあるが、それを受け継いだと思われるわが国民訴法 198 条 2 項についても、これを単に現状回復とその往復に要した失費に止めようとすることは³³⁾、解釈論として無理があるように思える³⁴⁾。

もっとも、果して上訴審における逆転の危険のすべてを、執行債権者に負わせてよいかは問題であろう。本条による損害賠償請求権の法的性格を不法行為

31) 林「仮執行に基づく損害賠償の範囲」菊井環暦下1129頁。清田・ジュリ52年度重要判例解説 123 頁。

32) RT/Drucks. Nr. 309 Session 1909/1910.

33) 大阪高判昭和37年11月19日・高裁民集15巻9号654頁。宮川・総合判例民訴(3)39頁。坂原=中山・法学研究51巻7号113頁。

34) このことを指摘するものとして、東京高判昭和40年8月31日・下級民集16巻8号1359頁=判時435号47頁参照。

35) このことは同じく、賠償すべき損害を財産的損害に限定しようとする試み(林・前掲1131頁)にも同じく妥当しよう。制限説の概要については、林「仮執行宣言の理論」講座民訴⑥274頁参照。

責任とみるにせよ、危険責任とみるにせよ、従来学説の大勢は、条文に忠実に、判決の取消・変更があれば、その理由如何にかかわらず、請求権の発生を認めてきた³⁶⁾。しかしながら、そもそもこの損害賠償請求権が敗訴者の上訴制度利用の利益の確保を旨とするものであるならば、この限度においてのみ、つまり、敗訴者が上訴にかけてよしとされる期待の限度においてのみ、これを認めれば十分であるように思われる。そしてあらゆる民事訴訟に共通する迅速な裁判という要請の下では、第一審集中主義、すなわち、あらゆる訴訟資料が第一審において出尽し、そしてそこで十分な討議が尽されることが必要であり、控訴審が、事後審化することが望まれるとするならば、敗訴者が上訴にかけてよい期待は、唯一、第一審で出尽した訴訟資料の評価と法学的見解が上訴審において変更を被ることに尽るのではないであろうか³⁷⁾。このような制限を、損害賠償請求に加えることで、一方では、上訴制度設営の本来の目的を生かしつつ、他方ではそれに伴う弊害、すなわち、第一審の希薄化と濫上訴を防止していくことができることとなるのである。

もっともこのような素朴な発想をうけ入れるためには、ZPO 717条2項が単に判決の取消・変更を法律要件としたことの意味を、その立法に遡って解き明していく必要がある。1877年における立法の当初は、現状回復義務にのみ止まっていたものが、なぜその後、損害賠償にまで拡大されたのか。その背景に照すと、果して、単なる判決の取消・変更は、それだけで帰責原因として妥当するのか。わが国民訴訟法 198条2項にも同じく妥当すると思われるこの問題

36) 破棄判決、あるいは、判決後に生じた新たな事由に基づき棄却された場合については問題がある。宮川・前掲33頁以下、兼子・松浦等・条解民訴 581頁参照。

37) 結論から言えば、従来、過失相殺の枠の中で処理されていたものを、帰責原因の視点から再構成しようとするものである。この限りでは、過失相殺とするか帰責原因の問題とするかの差は、填補さるべき損害額にそれほど大きな差異をもたらさないかもしれない。しかし、帰責原因の問題としてとらえると、この局面における主張・立証責任の内容が変わってくるのが考えられるし、また、争いのある、判決後の新事実による取消の場合の取り扱いについても、従来とは異なった視点からの再検討が加えられることになる。さらにまた、そもそもこれは、仮執行制度の位置づけを変えるものであり、仮執行宣言を付すべきか否かを原則として裁判所の裁量にゆだねるわが国では、仮執行宣言を発すべき場合と担保提供の必要性の要件にも影響を与えることになると思われる。

獨 協 法 学

にどのような回答がなされるかによって、仮執行制度を、濫上訴の防止と第一審への訴訟資料の集中のための制度として位置づけることが果してできるのかが決せられることになろう。これを、次の研究課題としたいと考えているところである。