

売却のための保全処分に関する一考察（一）

新 井 剛

一 はじめに（手続法による執行妨害排除）

1 分析の対象

筆者は、抵当権に基づく妨害排除請求権に関して、民法の起草過程から始まって、我妻説に代表される通説が形成されるまでを検討した後¹⁾、この問題に関する最判平成三年三月二二日民集四五卷三号二六八頁が登場するまでの裁判例を詳細に分析して、その問題性を総括した²⁾。

周知のように、前掲最判平成三年三月二二日が抵当権に基づく妨害排除請求と所有者の明渡請求を代位行使して占有屋を排除することを否定したため、その後、実務では民事執行法五五条、七七条、八三条の拡張解釈により占有屋排除が図られるようになっていった。すなわち、実体法に基づく執行妨害排除が機能不全に陥ったため、手

統法による執行妨害排除が強力に推し進められていったのである。ここには、最高裁レベルとは異なり、実務界と直に接している下級審レベルならではの注目すべき柔軟な対応があったのである。⁽³⁾

そこで本稿では、民事執行法五五条の売却のための保全処分に焦点を絞って、この下級審レベルでの対応とそれを背景にした民事執行法の改正について比較法的考察をまじえながら分析、検討したいと思う。

2 分析課題と視角の設定

本稿では、民事執行法五五条の売却のための保全処分を考察するにあたって、次の課題を設定する。まず、民事執行法制定の際、売却のための保全処分に関して、どのような点が問題とされ、どのような議論がなされたのかを検討する。次に、売却のための保全処分に関する母法といえるドイツ強制競売強制管理法二四条、二五条を検討して、彼の地でどのような点が問題とされ、どのような議論が展開されているのかを紹介する。

その上で、売却のための保全処分に関する決定例を詳細に検討して、同制度がどのように機能してきたか、どの点に問題があるか、制定時に議論された問題はどのように取り扱われてきたかを分析・検討する。さらに、以上の決定例を踏まえて平成八年に改正されることになった民事執行法五五条の改正内容を確認し、改正後の本制度の利用状況を確認する。

そして最後に、平成八年改正でも残された問題を析出し、その問題が克服された平成一五年改正を検討することにしたと思う。

以上の分析を進めるにあたっては、次のような視角からおこなっていききたい。第一に、民事執行法制定の際、売却のための保全処分に関してはどのような問題点があったか、第二に、その問題点を克服するため、裁判所や学説

はどのような努力を重ねてきたか、第三に、その問題点はどのような経緯を経て法改正に至ったかである。

二 売却のための保全処分(民事執行法五五条) 概説

1 本条の趣旨⁽⁴⁾

不動産の強制競売における差押えは、債務者が通常の用法に従って不動産を使用し、または収益することを妨げない(民事執行法四六条二項)。当該債務者は不動産を買受人に引き渡すまで善管注意義務を負っているが、債務者がその義務を果たさず、不動産を毀損したり、必要な管理・保存をおこなわないなどの場合、不動産の担保価値が減少し、差押債権者を害する危険がある。この場合に債権者が採りうる手段としては従来、二つのものが主張されていた。

その一つは仮処分の方法によるものである。しかし、この方法では差押債権者が一般債権者の場合、仮処分の被保全権利は何と考えるのかという問題があった。

もう一つは強制管理による方法である。たしかに、差押不動産に対する債務者の占有を解き強制管理人が占有することになれば、不動産価値の保全には遺漏がない。しかし、強制管理は、手続の煩雑さと費用のかかることが難点とされ、強制管理に向く不動産がそう多くはないという問題があったため、立法的解決が求められていた。

そこで本条は、目的物の担保価値を維持し競売に附するというのが差押えの本質的な目的であることから、不動産の担保価値を著しく減少する行為またはそのおそれを防ぐために、差押債権者が保全処分を求めることを認めた

ものである(売却のための保全処分)。ここで、「著しく」減少する行為を要件としているのは、民事執行法四六条二項が差押後も債務者は通常の用法に従って不動産を使用・収益することを認めているため、賃貸により不動産価格が減少するという日本の経済社会状況においては、通常の減価で保全処分を認めるとすると、この四六条二項の趣旨に反することになるからである。

売却のための保全処分は民事執行法において新設された規定である。旧民事訴訟法に本条に相当する規定がなかったのは、旧法制定の際に範とされたプロイセン不動産強制執行法が、強制競売と強制管理の建前上の区別を貫き、差押不動産について債務者の使用収益を奪うことができるのは強制管理によってのみであるとする態度をとっていたところからである。⁽⁵⁾

しかし、他のドイツ諸邦では、裁判所が差押不動産の保全のための処分を命じうるとされていた。そして、ドイツ強制競売強制管理法はこのドイツ諸邦の立場を採り入れたのである(ZVG二四条、二五条)。また、国税徴収法は昭和三四年の改正法六九条において、不動産価値が著しく減耗する行為がされたときに限り、差押不動産についての使用収益を税務署長が制限できる旨の規定を設けた。本条は、ドイツ強制競売強制管理法(ZVG)の二四条、二五条と国税徴収法六九条を参考にして創案されたものである。⁽⁶⁾

2 保全処分の相手方

本条の立案当初は、保全処分の相手方は「債務者」に限定されておらず、「不動産の占有者」も含まれていた。しかし、労働組合の団体から、スト中の組合などが工場や会社の建物を占拠している場合に、この規定が適用されると不都合が生じるという反対意見が出された。⁽⁷⁾

これに対して、三ヶ月章教授が昭和五三年六月一三日毎日新聞に、竹下守夫教授、石川明教授が同年六月一五日にそれぞれ朝日新聞、読売新聞に、労働組合の反対は全くの誤解によるものだとの反論を展開した。⁽⁸⁾けれども、衆院法務委員会においても、社会党、共産党から同趣旨の質問がなされ、結局、保全処分の相手方を「債務者」に限るという修正が施されて、民事執行法が成立したのである。⁽⁹⁾

修正の理由は「買受人の所有権取得以前の段階において、占有者の権限の存否が未確定のまま、これらの占有者を排除し、不動産を執行官の占有に移す等の保全処分を認めようとすることは、不動産に対する物理的価格減少行為を防止する法的手段は、他に幾多あることを考慮すると、正当な権原による占有者の立場の配慮に薄く、債権者の保護に厚いきらいがある⁽¹⁰⁾」ということにある。こうして出来たのが、次の規定である。

民事執行法五五條①債務者が、不動産の価格を著しく減少する行為をするとき、又はそのおそれがある行為をするときは、執行裁判所は、差押債権者（配当要求の終期後に強制競売又は競売の申立てをした差押債権者を除く。次条において同じ。）の申立てにより、買受人が代金を納付するまでの間、担保を立てさせ、又は立てさせないで、債務者に対し、これらの行為を禁止し、又は一定の行為を命ずることが出来る。

②債務者が前項の規定による命令に違反したときは、執行裁判所は、同行の命令を申し立てた者の申立てにより、買受人が代金を納付するまでの間、担保を立てさせて、債務者に対し、不動産に対する占有を解いて執行官に保管させるべきことを命ずることが出来る。

(③項以下は省略)

3 不動産の価格を著しく減少する行為

この規定に関して、民事執行セミナーでは次の二点が主に議論された。

第一に、「不動産の価格を著しく減少する行為」は物理的な損傷にほぼ限定されるのか、占有屋のように暴力団的な者に賃借権を設定することは「不動産の価格を著しく減少する行為」に当たるとはならないかという点である。

この点に関して、立案者の浦野雄幸判事は「暴力団であるのか一般人であるのかというのは分からないわけで、要するに執行を妨害しようという意味で、賃借権を設定する場合であると考えますと、その立証は非常に難しい、それが即、法五五条でいう価格を著しく減少する行為に当たるとかというところ、これは相当問題」だとした上で、「法五五条というのは、もっぱら物理的な損壊で、不動産価格が明確に著しく減少することを防止するというところに狙いがある」とする⁽¹¹⁾。

これに対して、三ヶ月教授は「五五条というものの効用がそうとしますとずいぶん限られたことになって、せっかくの新法の目玉をむしろ立案者自身で摘んでしまうことになるのではないか」と疑問を提起する⁽¹²⁾。

また、中野教授も「差押がなされてからそこに賃借人として入ってくるような第三者には、かなり問題なのが多い。このことは、常識だろうと思うのです。民事執行法では、売却の場所の秩序維持のための処分(法六五条)や売却の許否については、売却の適正な実施を妨げる行為をした者だけでなく、そのような行為をさせた、手続きの表に出てこない者まで、排除する態度が取られているわけで、これらとの対比からいっても、売却の前段階で売却の適正な実施を妨げる行為がなされるのに対してきびしく対処することができないのはおかしい」と指摘している⁽¹³⁾。

しかし、浦野判事は、賃借権を前提に土地の現状を変更したり、建物の工事に着手する行為などの場合には本条二項が働くが、「問題は最初の前提の賃借権設定が、それ自体でそこまで予測して著しく価格を減少する行為といえるものかというところにある」とし、「不動産の価格を著しく減少する行為」は物理的な損傷にほぼ限定されるという立場を貫徹しておられる¹⁴。

4 執行官保管命令

第二の問題は、第二項の執行官保管の保全処分を、第一項の保全処分と同時にさせないかである¹⁵。不動産の価格を減少する行為があるのに、一度やめろという命令を出してもらって、その違反があるまで執行官保管に移れないのでは問題があるからである。

浦野判事は、「法律自体は、まず禁止命令を一クッションとしてそれで履行することを求め、それでだめなら二項の、今度は占有を奪ってしまうという命令にいくということです」と説明する。

この点に関しては、学者の参加者も好意的で、たとえば新堂教授は「五五条二項の書き方は、やはりもう一ぺん執行裁判所に戻ってこなければならないでしょうね」とし、中野教授も「五五条六項で定めている二週間という執行期間も問題になりますね、命令を併合的に出した場合には。」と述べて、第二項の執行官保管の保全処分を、第一項の保全処分と同時に出すことには「技術的に問題がありますね」とする。

しかし、この第二の問題を提起した竹下教授は「第一次命令を遵守させる心理的效果からいっても、肯定的に解したいように思います」と述べている。

5 小括

このように、上記の二点の問題に関して、立案者は差押債権者による占有屋の執行妨害排除を制限的に考えるという立場を採っていた事が明らかになったであろう。しかし、前掲最判平成三年三月二二日により抵当権者による占有屋排除が否定されるとまもなく、地裁レベルで立案者の考えを否定するような実務が展開されていくのである。次に、この点を実証するため、従来の決定例を検討するが、その前に本条起草のもとになったドイツ強制競売強制管理法二四條、二五條について比較法的考察をしておきたいと思う。

三 ドイツ強制競売強制管理法二四條、二五條

1 序

前述のとおり、民事執行法五五條は、ドイツ強制競売強制管理法⁽¹⁶⁾(ZVG)二四條、二五條を参考にして制定されたものである。そこで本章では、現在まで日本に紹介されていないドイツ強制競売強制管理法(ZVG)二四條、二五條を検討して、ドイツにおいては両條に関してどのような点が問題とされ、どのような議論が展開されているのかを紹介することにしたと思う。

ところで、強制競売においては、強制管理と異なり、所有者に土地の管理と利用の権利が認められているのであるが、その例外を定めるのが、このZVG二五條なのである。もともと、ZVG二四條自身、土地所有者に無制限

の管理・利用権限を認めたものではない。そこで、まず両条を紹介することから始めることにしよう。⁽¹⁷⁾

ZVG二四条 債務者は、通常の用法の限度内に限り、土地の管理及び利用をすることができる。

ZVG二五条 債務者の挙動により通常の用法を害するおそれがあるときは、執行裁判所は、債権者の申立てに基づきこれを避けるために必要な処分を命じなければならない。処分を継続するに必要な金額の予納がない場合は、裁判所は、この処分を取り消すことができる。

以上のように、ZVG二五条は、その前のZVG二四条に違反する行為を排除するための規定である。また、実際に、所有者の管理及び利用権限を制限する規定である点で、前条の特則とみることもできよう。そこで、次に、ZVG二五条を検討する前提として、ZVG二四条では、いかなる点が問題となるのかを見ておくことにする。

2 ZVG二四条

(1) 立法過程

ZVG二四条は、強制競売の手続きのあいだ中、債務者に土地の管理と利用を委ねるものであること、そして日本の民事執行法においても同様の立場が採用されているのは前述のとおりである(日本民事執行法四六条二項)。しかし、実はこのような立法の仕方は必然的なものではなく、ZVG制定前の諸州では、債務者の管理権を剥奪する立法政策が採用されていたのである。

たとえば、ワイマールでは債務者の管理権が強制競売のための差押えにより奪われるとされていたし、バーデン⁽¹⁸⁾

では債務者は伐採などの法外な (außergewöhnlichen) 利用が禁じられ、果実もただ保管のために採取するとされていた。¹⁹⁾

また、ラインヘッセンでは強制競売の際にも債権者の申立てにより管理が命ぜられるとされていたし、エルザス
||ロートリンゲンでも同様のことが認められていて、債務者は保管人としてのみとどまるとされていた。²¹⁾

さらに、メクレンブルクでは債務者は差押えにより土地の管理権を失うとされ、代わりに保管人が置かれて、債務者の占有が奪ったのち、債権者のために管理がおこなわれるとされていた。²²⁾

そして、ヴェルテンブルクでも強制競売とともに裁判所の管理がなされるとされていたのである。²³⁾

このように、強制競売のための差押えにより債務者の管理権が奪われ、債権者のために管理や保管がおこなわれるという立法例もあったのである。しかし、最も多くの州が採用していた立場がZVG二四条と同様に、強制競売のための差押えがあっても土地の管理と利用権限を債務者にとどめるというものだったのである。たとえば、プロイセンやバイエルン、ザクセン、ヘッセンのほか、ハンブルク、リューベク、アンハルト、アルテンブルク、ドルフシュタートなどの諸都市でこのような立場が採用されていた。²⁴⁾

このように強制競売が申立てられた場合に、債務者の管理と利用権限をそのまま認める立場と、これらを奪う立場があったのであるが、ZVGの草案は前者の立場を採用することとした。その理由は、競落と共にする売却よりも前に、債務者の管理や利用権限を取りあげることが、強制競売の目的からして必要なことではないからである。²⁵⁾

つまり、強制競売は債権者に、土地本体の競売代金から満足を受けさせることを目的とするので、債務者の管理及び利用の権限を取りあげる必要性は乏しい、というのである。そして、債権者が土地の利用から満足を得るためには、強制管理を申立てることができるという立場を採ったのである。

もつとも、だからといって、土地の管理及び利用を、債務者の全くの恣意に委ねるときには、強制競売の目的となつて土地本体の価値を減少させることもありうる。この場合には、債務者に土地の管理及び利用を認めたとが、かえつて強制競売の目的に反することになる。そこで、ZVGは、「通常の用法の限度内に限り」という条件をここに付したのである。⁽²⁶⁾

従つて、ZVG二四条は、競売開始決定後も債務者に土地の管理及び利用が認められているという意味と、債務者の管理及び利用の権利が通常の用法の限度内に限られるという意味の二つが混在した規定なのである。

(2) 債務者の管理・利用権の範囲

しかし、債務者には、土地を経営する義務はない。⁽²⁷⁾ また、管理についても債務者に義務づけるものではないとされている。⁽²⁸⁾ 債務者が、管理及び利用を行わないときには、強制管理などによることにならう。⁽²⁹⁾

それでは、債務者が管理及び利用を行う場合、どのようなものが「通常の用法の限度内」であるとして認められているのであろうか。

まず、債務者は、事実行為 (sachliche Handlungen) をすることができる。また、その利用権限に基づいて、債務者が使用賃貸借契約や用益賃貸借契約を結ぶことも許される。⁽³⁰⁾ もつとも、この賃貸借契約が「通常の経営の限度内」のものではない場合、例えば賃料が非常に低廉な場合にも、本条において、更に有効といえるかについては、実は、争いがあるのである。⁽³¹⁾ この問題については、近時の判決例が存する。この判決例の事案は、賃料が低廉なケースであり、日本法の比較ともなる貴重なものであるので、以下に少し詳しく紹介することにしよう。

(90) LG Kassel, 6. 7. 1989 の紹介

【D—1】 LG Kassel, 6. 7. 1989 NJW-RR 1990, 976

【事実】 原告は、一九八八年六月二日に、確定力ある競落許可決定を受けた、問題の土地の所有者であり、いわゆる競落人である。この土地は、一九八六年七月一日に強制競売の開始が決定され、翌一日に土地登記簿に、差押の登記がなされた（ZVG一九九一条一項⁽³²⁾）。その結果、同日から、当該土地の所有者に対して、ZVG二三条一項本文⁽³³⁾、二四条による制限が課せられることになる（ZVG二二条一項参照⁽³⁴⁾）。

このような状況下で、執行債務者（前所有者）は、競落許可決定のほぼ二ヶ月前の一九八八年四月一六日に、被告との間で使用賃貸借契約を締結した。その内容は、入居する同年五月一日から一九九〇年一月三二日までの賃料及び雑費として合計一七、六〇〇DMを前払いしたとするものであり、加えてこの賃料の額は非常に低廉であった。更に、この賃借人は、執行債務者に対する債権者の一人のようであり、この契約は事実上の執行を意味するものでもあった。そこで、競落人が、当該賃借人は、ZVG二四条、二三条の定めに反して、土地を占有する者であるとして、所有権に基づく明渡しの訴えを提起したのが本件である。

【判旨】 これに対し、上記裁判所は、原告の訴えを認容し、以下のように判示した。

被告は、BGB一三五条、ZVG二三条、二四条から本件土地を明渡す義務が生ずる。一九八六年七月二五日は、差押の登記がなされている以上、その後は、執行債務者は、土地の譲渡ができないだけでなく、その管理と利用も「通常の用法の限度内に限り」認められるのみである。この「通常の用法の限度内」か否かの判定の際には、模範的経営によるものでもなく、債務者の苦境を考慮するものでもない。その判定においては、客観的観点が基準となり、執行債務者からの主観的視点は考慮に入れられない。こうして、勝手気ままな行為が締め出される。「通常の

用法の限度内」において、相当な価格で賃貸しされているか、その妥当性は、賃料額を調べるだけでなく、給付と反対給付のつりあいから判定される。

この点、本件では、地階を除いて、九つの部屋、二つのホール、二つのトイレに、バスルーム等があり、給付(土地家屋)に対する反対給付(賃料)のつりあいがとれず、不相当な価格である。そこで、本件の使用賃貸借契約は、ZVG二三条に加え、二四条にも反するが、両条は、執行債権者に対してのみならず、競落人に対しても無効とするものである。そこで、冒頭の結論となる。

(4) 判決例の検討

以上のように、この判決例は、ZVG二四条の「通常の用法の限度」を越えた賃貸借契約を、執行債権者に対してのみならず、競落人に対しても無効とするものである。また、この判決例から、ドイツにおいても、濫用的な賃借人の存在を確認することができる。本件事案は、上記のとおり、賃貸借契約の締結が競落決定のほぼ二ヶ月前であり、また(BGB一一二三条以下等の規定の改正にも拘わらず)賃料の前払いが二年半以上にわたってなされ、しかもその賃料が非常に低廉で、更に事実上の私的執行を意味するというものであった。従って、本判決例は、十分に日本法との比較考察の対象になりうるといえよう。

これに対し、この判決に見解も存する。例えば、Zeller-Stöberは、以下の理由により、「通常の用法の限度」を越えた賃貸借契約、例えば賃料が非常に低廉な場合にも、なお有効であるとす。

すなわち、競落人は、ZVG五七条⁽³⁵⁾、五七条aにより保護され、住居の解約保護の際にも賃料額の規制のための法律により賃料の増額が可能である。また執行債権者は、ZVG二五条の処分を申し立てることができる、という

のである。⁽³⁷⁾

以上から、この批判も、実は「通常の用法の限度」を越えた賃貸借契約を本条により排除するのは、本条の効力範囲からして妥当でないとするものにはすぎず、ZVG二五条等により排除されることを認めているのである。

そこで、次にZVG二五条の検討をおこなうことにしたい。

3 ZVG二五条

(1) 立法過程

ZVG二五条は、強制競売開始決定後も、所有者（執行債務者）に「通常の用法の限度内に限り」土地の管理及び利用を認める、前条の規定の「違反行為」を排除するための規定である。

第一草案は本条を置く理由を次のように説明する。⁽³⁸⁾強制競売の開始命令により債務者が差押えられた対象物に対する関心を失い、経営の継続をおろそかにすることや対象物を粗末に扱うことが珍しくない。この場合、BGB一〇七二条⁽³⁹⁾の規定に関する要件があれば、債権者は裁判所に必要な処分を求めることができる。しかし、一般債権者は同条による保護を受けられない。そこで、草案は債権者を保護するための規定をおくこととしたのである。

それでは、債権者を保護するために、いかなる手段を採用すべきであろうか。第一草案の理由書は、次の二つの立法例を紹介する。

すなわち第一に、プロイセンのように、この場合に強制管理を命ずることによって債権者を保護するというものである。

第二に、その他の都市のように、債権者の保護のために必要な処分を命ずるといふものである。その上で、理由

書は、強制管理のみに制限するのでは不十分であるとして後者の立場を採用するとした。

また、この債権者のための処分はザクセンのように職権ではなく、申立てによりおこなうものという立場を採用した。⁽⁴⁰⁾ こうして、「債務者の挙動により通常の用法を害するおそれがあるときは、執行裁判所は、債権者の申立てに基づきこれを避けるために必要な処分を命じなければならぬ」との第一草案ができたのである。

これに対して、第二草案では、この後に次のような文言を挿入することが提案された。⁽⁴¹⁾

「特に、執行裁判所は、土地の監視 (Bewachung) と差押えにより、一緒に把握された対象物の保管のために、保管者 (Hüter) を任命することができる」。

しかし、この提案はすでに草案の規定の中に、提案の内容が含まれているとして斥けられた。こうして、現行 ZVG 二五条が前述のように規定されたのである。

以下ではこのようにして規定された本条においては、いかなる要件が必要であるのか、また、いかなる処分を裁判所は命じているのか。更に、その適用範囲はどうなのか。これらの課題を検討することにしたいと思う。

(2) ZVG 二五条適用の要件

まず、本条適用の要件としては、所有者 (執行債務者) の行為により、通常の用法を害するおそれがあることがあげられる (危害のおそれ)。一方で、債務者の過失は必要ではない。消極的行為 (不作為) でも、現実の危害をもたらし、不経済といえる場合には、それで十分である。また緊急性も必要ではない。そこで、つぎのような場合には、本条の適用があるとされる。⁽⁴²⁾

すなわち、①債務者の行方がわからず、賃料の取り立てがなされない場合、②必要な修繕が行われない場合、③

債務者が経済的に危機的状況にあるため、不経済な行為がなされるおそれがある場合、④火災保険の負担金が支払われないために抵当権のための保険金の責任が問題となる場合、⑤債務者が建物を取り壊したりする場合などは、債権者は、本条により必要な処分を命ずることを裁判所に申し立てることができるのである。

次の事件では、工場につき強制競売が申し立てられた場合に、本条における通常の用法を害するおそれ(危害のおそれ)があるかが問題となった。

【D-2】 LG Schweinfurt, 25. 7. 1966

【事実】 本件では、工場建物とともに価値の高い機械とその他にプラントが差し押さえられたが、これらが債務者により監督されていなかった。そこで債権者はZVG二五条に基づき必要な処分を執行裁判所に求めたが、裁判所は債権者の求めを棄却した。そこで、債権者が裁判所の不処分に対して即時抗告をした。

【判旨】 本決定は、まずZVG二五条による裁判所の決定に対しては、決定以前からの関係者が即時抗告をすることができるとした。その上で、債務者には土地を経営する義務はないが、本件の場合債務者が利用しないために差押えた対象物が危害のおそれにさらされているとして、対象物の管理は債務者から管理人(債権者である銀行の職員)に移されると判断した。

本決定は、土地を所有者の占有に委ねたままでいることにより、土地の価値を減じるおそれがある場合に、管理人にその土地を管理させることを認めたものであって、日本法にとっても大きな示唆となるであろう。

(3) ZVG二五条適用の効果

それでは、申し立てられた裁判所は、どのような処分を命ずるのであろうか。この点に関しては、危険の回避に必要な、あるいは必要と思われるすべての処分が適法とされている。すなわち、裁判所は、その裁量の範囲内で、危険の回避に必要な処分を命ずることができるのである。

例えば、①保管人 (Sagmeister) を選任する、②農地につき監督者を置く、③土地への立ち入りを禁止する、④完全にあるいは部分的に管理及び利用権限を剥奪する、⑤管理人 (Verwalter) を任命する、⑥行為義務ないし受忍義務の強制のために執行吏を招く、などを裁判所は命ずることができる⁽⁴³⁾とされている。

次の二例は農地が問題となったものである。

【D—3】 LG Oldenburg, 7. 1. 1986 Rpfleger 1986, 188

【D—4】 LG Lüneburg, 5. 11. 1985 Rpfleger 1986, 188

【事実】 本件では農業用の土地に強制競売が申し立てられた。ここで乳牛が牧畜されている場合に、その任務を行う債務者が報酬の認可を申し出ることが認められるかが問題となった。

【判旨】 本決定は、報酬を支払うほどの余裕がないため、この申し出により農地の通常の経営を危うくされる場合には、裁判所は債務者の申し出をZVG二五条により禁止することができるとした。

(4) 即時抗告の可否

それではZVG二五条に関する裁判所の処分(不処分)に対して即時抗告をすることが許されるであろうか。具

体的には、このような即時抗告はZVG九五条⁽⁴⁴⁾により制限されるのではないかが従来の決定例では争われた。まず、次の事件では強制管理手続においてなされた処分に対して即時抗告が許されるかが問題となった。

【D-5】 OLG Koblenz, 24. 2. 1956 MDR 1957, 172

【事実】 本件では債権者により強制管理が申し立てられていた。裁判所（AG）は、債権者の申し出によりZVG二五条に基づき債務者に刑を科した。債務者はこれに異議を申し立てたが棄却された。また、債務者は命令したがわなかつたとして罰金も科された。両決定に対して、債務者が即時抗告をした。地裁はこの申立てを容れて、両決定を取り消した。これに対して債権者が更に即時抗告。債権者は、ZVG二五条に関する裁判所の処分に対して即時抗告をすることは許されないと主張した。

【判旨】 本決定は、まずZVG二五条が強制管理にも適用されることを述べた上で、ZVG九五条に規定する抗告の制限は、その目的からして強制管理には適用されないとし、本件債務者の即時抗告は認められるとし、債権者の更なる即時抗告を斥けた。

そこで、この決定が強制競売手続においても妥当するかが問題となったのが次の事件である。

【D-6】 KG, 14. 2. 1966 NJW 1966, 1273

【事実】 本件では、土地の共有者が共有関係を解消するために、強制競売を申し立てた。そして、その申立人が土地の管理のために保管人の設置を求めたのが本件である。第一審（AG）は、ZVG二五条における処分が必要となるような土地の危険が明らかではなく、これまでも将来においても土地の保存に対する懸念は占有者によ

でもたらされないとして、申立てを棄却した。これに対して即時抗告がされた。第二審(LG)は、AGの決定に対する抗告はZVG九五条により制限されるとして、即時抗告を容れなかった。これに対して、更なる即時抗告がされた。

【判旨】 本決定は、土地の通常の経営を保護するためにする強制競売手続上の裁判所の処分や不処分に対しては、即時抗告をすることが制限されず、許容されるとした。

このように、ZVG二五条に関する裁判所の処分(不処分)に対しては、強制管理手続においても強制競売手続においても即時抗告が許されることが確認されたのである。前述の【D-2】LG Schweinfurt, 25. 7. 1966もこの立場に基づいて判断されたものである。

(5) ZVG二五条の適用範囲

それでは、本条の適用範囲はどのようなのか。具体的には、強制管理にも、本条の適用があるのか、であるが、文言上明らかではないものの、肯定されている。⁽⁴⁵⁾ 以上に見た処分には、強制管理の場合にも効果的なものがあることからすれば、肯定することにも意義があるろう。もっとも、一般的に、強制管理の場合には、債権者は本条よりもはるかによい処分を獲得するとされている。

4 小括

(1) ここで、ドイツ強制競売強制管理法二四条、二五条に関するまとめをしておきたいと思う。

ZVG二四条の項で検討した判決例は、ZVG二四条に反する賃貸借契約は、同条により、執行債権者（例えば抵当権者）に対してのみならず、競落人に対しても無効となると判示したが、これには反対説もあった。そして、この反対説は、競落人はZVG五七条、五七条a等により保護され、執行債権者はZVG二五条により保護されるからそれで十分である、とするものであった。

そこで、執行債権者に関して、ZVG二五条の検討をしたわけであるが、その要件、効果は、抵当権に基づく妨害排除請求権に関する BGB 一一三四条とほぼ同じものである。同条が BGB 一一三四条と趣旨の規定とされる所以である。このことは、執行債権者が不動産担保権者である限り、 BGB 一一三四条、一一三五条により、妨害の停止ないしは必要な処分命令を訴えることができる、との指摘があることからも証明されるであろう。⁽⁴⁶⁾

そして、ZVG二四条及び二五条における「通常の用法の限度」という文言と、 BGB 一一三五条の「通常の経営法則」という文言が、ほぼ同じものであることも確認することができるのである。

(2) 日本の民事執行法五五条との関係では、次の点を確認しておきたいと思う。

第一に、ZVG二五条においては、不動産の価格を「著しく」減少する行為であることは、同条適用の要件にはなっていないことである。債務者らの不動産の管理及び利用が「通常の用法の限度」を超え、執行債権者を害するおそれがあれば、ZVG二五条の適用にとつて十分である。

第二に、ZVG二五条においては、「通常の用法の限度」を超える限り、物理的損傷の場合のみならず、詐害的な賃借人の場合にも、必要な処分が決定されている。このことは前述の判決例で検討したとおりである。すなわち、占有屋のように暴力団的な者に賃借権を設定する場合にも、ZVG二五条が適用になるのである。

第三に、ZVG二五条においては、即時の執行官保管もありうるということである。実際、ZVG二五条におい

ては、強制管理が即時に決定されている。ZVG二五条においては、物件の保全にとって、どのような処分が妥当であるかという観点から、必要な処分が決定されているのである。

第四に、ZVG二五条においては、必要な処分の相手方は債務者のみのようにも思われる。しかしながら、債務者が第三者との間でおこなった行為（たとえば低廉な賃料による使用賃貸借契約）が「通常の用法の限度」を超える場合には、その行為が無効とされ、第三者に対して明渡請求が認められることは、前述の判決例で検討したとおりである。したがって、ZVG二五条における必要な処分の相手方は債務者に限られないのである。

注

- (1) 新井剛「抵当権に基づく妨害排除請求権に関する序論的考察」獨協ロー・ジャーナル四号二三―三二頁(二〇〇九年)。
- (2) 新井剛「抵当権に基づく妨害排除請求権に関する判例分析」獨協ロー・ジャーナル五号三四―七一頁(二〇一〇年)。
- (3) 最高裁レベルと地裁レベルでの執行妨害に対する認識の違いを早くから指摘するものとして、たとえば生熊長幸・井上稔・升田純・今井和男・吉田光碩・上野隆司「不動産執行妨害の現状と対応策」座談会V(特集 不動産不況下における抵当権の侵害とその排除策)「金法」一三三六号六一頁における今井弁護士発言などがある(一九九二年)。その他、鈴木正和「抵当権実行のための保全処分の利用」手研三五卷一四号三〇―三八頁(一九九一年)、同「売却のための保全処分」に関する最近の判例と実務への影響」金法一三三七号一―一七頁(一九九二年)、今井和男「売却のための保全処分」(特集 民事執行実務の現状と諸問題)「金法」一三七八号(債権管理六九号)七九―八三頁(一九九四年)、吉村真幸「民事執行法上の保全処分(論点・民事保全の実務)」(特集 民事保全の現状と課題)「金法」一四〇九号(債権管理七二号)八八―九二頁(一九九五年)等も参照。
- (4) 以下の叙述にあたっては、鈴木忠一「三ヶ月章編『注解民事執行法(2)』」(中野貞一郎)一五四頁以下(一九八四年)、以下「注解民事執行法(2)」で引用する。、梅善夫「基本法コンメンタール民事執行法」一六一頁以下(第四版、一九九九年)を主に参考にした。

- (5) 『注解民執(2)』(中野貞一郎)一五六頁。
- (6) 『注解民執(2)』(中野貞一郎)一五六頁、宇佐見隆男ほか『民事執行セミナー』(一九八一年、以下では『民事執行セミナー』で引用する。)八九頁(三宅発言)、八六頁(竹下発言)ほか参照。
- (7) 労働組合側の反対意見は、はじめに昭和五年六月二日の毎日新聞に掲載され、以後総評弁護士団の渡辺正雄弁護士が労働旬報九五六号四頁以下に、坂本修弁護士が赤旗六月一四日号に反対意見を掲載した。浦野雄幸『逐条解説民事執行法』(一九七九年、以下では浦野『逐条解説』で引用する。)六頁参照。
- (8) 浦野『逐条解説』六頁注(1)。
- (9) 法案審議の詳しい経過については、浦野『逐条解説』五〇七頁参照。
- (10) 浦野『逐条解説』八頁。
- (11) 『民事執行セミナー』八七頁。
- (12) 『民事執行セミナー』八七頁。
- (13) 『民事執行セミナー』八七～八八頁。
- (14) 『民事執行セミナー』八八頁。
- (15) この問題については、『民事執行セミナー』九〇頁参照。
- (16) Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, ZVGと略称される。
- (17) 訳出にあたっては、法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ強制執行法』(法曹会、一九七六年)を参考にした。
- (18) Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche vermögen nebst Motiven (1889) S 139. 以下「²⁴ Entwurf」と略称する。Weimar §§17 ff.
- (19) Baden §§41, 55.
- (20) Hessen Art. 123.
- (21) Elsaß-Lothringen §24.
- (22) Mecklenburg §§27, 30.
- (23) Württemberg Art. 8.
- (24) Preußen §16²⁾, Bayern (1879) Art. 46, Sachsen §§3, Hessen Art. 49, 54, Hamburg, Lübeck, Anhalt, Altenburg, Rudolfsstadt.

- (25) Entwurf, S 139.
- (26) Entwurf, S 139.
- (27) Entwurf, S 139.
- (28) Zeller-Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 1993, §24 RdNr. 2. 2. 以下では、Zellerと略称する。
- (29) 後に紹介するJG Schweinfurt, 25. 7. 1966 参照。
- (30) Zeller, §24 RdNr. 2. 4.
- (31) Steiner-Trautl, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1984, §24 RdNr. 17.
- (32) ZVG一九条一項は、次のような規定である。「裁判所は、強制競売の開始を命じたときは、同時に、その開始命令を土地登記簿に登記することを土地登記所に囑託しなければならない。」
- (33) ZVG二三条一項本文は、次のような規定である。「差押えは、譲渡禁止の効力を有する。」
- (34) ZVG二二条一項は、次のような規定である。「土地の差押えは、強制競売の開始を命ずる決定が債務者に送達された時点において効力を生ずる。競売開始の付記登記の囑託に基づき直ちに登記がされた場合には、差押えは、その囑託が土地登記所に到達した時点においても効力を生ずる。」
- (35) ZVG五七条は、次のような規定である。「使用貸借人又は用益貸借人に土地の引渡しがあつたときは、民法五七一条、五七二条、五七三条一段、五七四条及び五七五条の規定を、本法五七条a及び五七条bの定めに従つて準用する。」
- (36) ZVG五七条aは、競落人の解約告知権に関する規定であり、次のように定められている。「競落人は、法定の期間を遵守して、使用貸借又は用益貸借を告知することができる。告知は、それが許される最初の日にされない場合には、認められな³⁰。」
- (37) Zeller, §24 RdNr. 2. 4.
- (38) Entwurf, SS 139, 140.
- (39) これはBGB草案時の抵当権に基づく妨害排除請求権に関する条文である。現在はBGB一三四条がこれにあたる。BGB一三四条とZVG二五条、ZVG一四九条二項は同趣旨の規定であるとされている (Staudinger, BGB, 1981, §1134 RdNr. 1.)。ZVG一四九条一項については、新井剛「ドイツ強制管理制度論(一・完)——担保不動産収益執行制度のため比較法的考察——」大阪学院大学法学研究三三卷一号一三二—一三五頁(二〇〇五年) 参照。

BGBは、一一三三条から一一三五条までにおいて、抵当権に基づく妨害排除請求権に関する明文の規定を置いている。次に紹介しておく。

BGB一一三三条 土地の毀損によって抵当権の担保力が害せられたときは、債権者は所有者に対し危害を除去させるために相当な期間を定めることができる。この期間を経過した後は、債権者は直ちに土地より弁済を求める権利を有する。ただし、土地の修復又はその他の抵当権の設定によって危害が除去されたときはこの限りではない。債権が無利息にしてかつ未だ弁済期にないときは、債権者は支払の時より弁済期に至るまでの期間に対する法定利息を加算して債権額に達すべき金額のみを取得することができる。

BGB一一三四条 所有者又は第三者が土地に干渉した場合においては、これによって抵当権の担保力を害すべき土地の毀損を生ずるおそれがあるときは、債権者はその干渉の停止を訴求することができる。

その干渉が所有者から出るときは、債権者の申請により裁判所は危害の防止に必要な処分を命じることを要する。所有者が第三者の干渉又はその他の加害に対し必要な予防をしないことによって毀損を生ずるおそれがあるときもまた同じとする。

BGB一一三五条 抵当権の及ぶ従物が毀損され又は通常の経営法則に反してこれが土地より搬出されたときは、第一一三三条、第一一三四条の意義における土地の毀損と同じとする。

このようにBGB一一三三条ないし一一三五条は、抵当権の担保に供された土地が毀損され、あるいは、そのおそれがあるために、抵当権の担保力が害された場合に、その救済をはかる規定である。

このうち、一一三三条は、土地がすでに毀損されている場合に、抵当権者に、所有者に対するその危害の除去の請求と、それがなされなかつたときに期限前の弁済請求権を認めたものである。本条の適用が認められるには、①土地の毀損 (Verschleierung) と、②抵当権の (担保力の) 危険 (Gefährdung) が必要である。

これに対し、一一三四条は、土地の毀損のおそれがある場合に、その原因である所有者あるいは第三者の干渉の停止および、所有者に起因する危害防止に必要な処分を認めている。本条における土地の毀損の「おそれ」については、過度に気の小さいわけでもなく、特別に無頓着なわけでもない、思慮深い債権者 (besonnenen Gläubiger) にとつての一般の生活経験から見て、そのおそれが存在することが必要である。所有者あるいは第三者の故意、過失は本条においても必要では

なる。

一一三五条は、土地の従物についても、以上の二つの規定が準用されるとするものである。

(40) Entwurf, S.140.

(41) Hahn-Mugdan, Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung (1897) S.111.

(42) Zeller, §25 RdNr. 2. 1.

(43) Zeller, §25 RdNr. 3. 2.

(44) ZVG九五条は、次のような規定である。「競落に関する決定をする以前にされる裁判に対しては、手続の開始、取消し、一時停止又は続行に関する場合に限り、抗告を提起することができない。」

(45) Zeller, §25 RdNr. 1. 2.

(46) Dasler-Muth, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Kommentar, 1991, §25 RdNr. 2.