

令和 3 年 4 月 10 日現在

機関番号：11601

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2017～2020

課題番号：17K03446

研究課題名(和文)債権の実効性確保のための間接強制の弾力的活用-独・日・韓比較法研究-

研究課題名(英文)A study on indirect Enforcement the Law of Civil Procedure

研究代表者

金 炳学 (KIM, BYONGHAK)

福島大学・行政政策学類・准教授

研究者番号：40350417

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,300,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、債権の実現の実効性を高めるための執行手段として間接強制の活用に着眼し研究を深めたものである。とりわけ、ドイツ民事手続法圏に属する日本と韓国の比較法研究を行った点に獨創性を有する。

従来、言語上の問題から、同じドイツ法圏に属していても日本民事手続法と韓国民事手続法を比較研究するアプローチは、深化されずにきたが、報告者は、日本を基軸とする韓国への民事手続法の伝播過程について、史的・理論的検証を実施した。

当該研究テーマによって得られた知見は、今後、アジア法のみならず西洋法へと環流され、各国の債権の実現性確保に大きな役割と果たすことが期待されている。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究の獨創的意義は、言語上の問題を克服し、ドイツ民事手続法圏に属する日本民事手続法と韓国民事手続法が直面する債権の実現確保規律について、はじめて研究を深めた点にある。とりわけ、同じく間接強制制度を有する日韓両国においては、近年、その展開傾向を異にするが、その理論的根拠について、指摘することができた。

このような基礎研究は、近年、解決が望まれている諫早湾問題についても、もつれた糸を法的にほぐすための手法を提示しているところであり、当該訴訟においても、報告者の視点が代理人により主張され、裁判所に受け容れられるところとなった。

研究成果の概要(英文)：This study focuses on the utilization of indirect enforcement as an compulsion tool to increase effectiveness of actualizing claims. In particular, this study compares that of Japan and South Korea of which are derived from German civil procedure from the perspectives of comparative law. However, comparative studies of these two civil procedures have not been fully investigated due to the language barrier. In order for us to overcome such academic environment, this study historically and theoretically examines contagious process of the civil procedure from Japan to South Korea. Research findings of this study would contribute to studies of Asian Law as well as Western Law of which eventually increase effectiveness of actualizing claims of each country.

研究分野：民事手続法

キーワード：間接強制 債権実現 民事執行法 韓国民事訴訟法 ドイツ民事訴訟法 諫早湾問題 法の環流 西洋法とアジア法

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属します。

## 1. 研究開始当初の背景

従来、民事訴訟法の分野においては、生活妨害に対する抽象的差止請求に関して、竹下教授の論文を嚆矢として(竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行」立教 13 号(1974)1 頁、同「生活妨害の差止と強制執行・再論」判タ 428 号(1981)32 頁)、学説上、これを適法とする見解が多数を占めている。つぎに、抽象的差止判決の執行方法については、平成 15 年民事執行法改正以前の議論として間接強制のみによる見解と間接強制が功を奏しない場合、将来のための適当な処分(民 414 条 3 項後段)を認める見解がある。

このような理論状況の中、報告者は、「生活妨害」について「差止め」という法的手段を用いてその根本的解決を図るための強制執行による人格権等の法的利益保護の実効性確保に関して、ドイツ民事訴訟法および韓国民事訴訟法との比較法的研究を中心に考察をすすめ、一定の成果を示してきた。そこで、報告者は、「生活妨害」をめぐるのは、被害者は侵害発生メカニズムを確知することが困難であり、有効な防止措置を特定する専門的知見が欠けている場合が多い(生活妨害の差止の必要性)ので、むしろ、侵害者側に一次的な防止措置考案の義務を負わせるのが妥当であり、また、具体的防止措置の特定を被害者側に要求しない包括的(グローバルな)差止請求が訴訟法上も適法(生活妨害の差止の許容性)であり、その執行方法も間接強制を弾力的に運用することで柔軟に対処すべきであるとの結論を示した。

この点、間接強制の実効性を高めるため、民事執行法 173 条が平成 15 年改正により新設され、報告者の理論との整合性を保つ立法的手当がなされた。しかしながら、代替執行と間接強制の併用をめぐるのは、判例および学説上争いがあり、消極説(大濱しのぶ「間接強制と他の執行方法の併用の許否」判タ 57 巻 26 号(2006)1217 頁)、折衷説(中野貞一郎=下村正明『民事執行法』(青林書院、2016)810 頁)、積極説(山本和彦「間接強制の活用と限界」曹時 66 巻 10 号(2014)2705 頁)に分かれ、未だ収束をみていない。

現在まで、報告者は、科研費等の研究計画に従って、間接強制の併用に関する内容を明らかにすることができた。その過程で、当初想定していなかった併用消極説に関する課題を新たに見出すことにつながった。すなわち、「苛酷執行」の回避という抽象的理念に基づき、本来実現されるべき債権の実効性が損なわれているという点である。これについて実際に、諫早湾干拓事業等の新規判例にあたり、文献では読み取れない箇所や実務での運用等について調査を加えることで、間接強制の実効性と限界付けに関する示唆を得られると想定した。

とりわけ、諫早湾干拓事業では、相反する実体法上の義務を命ずる別個の債務名義に基づく間接強制が、民事手続法を超え、社会的にも関心事となっており、その解決が急務となっている。

これにつき、報告者は、民事手続法の観点から、間接強制は、要件を備えていれば認容されるべきであり、反対に、阻害事由としての利益衡量論は、相反する義務を作出することで、間接強制「破り」につながるおそれが高く、債権の実効性確保の観点から、問題がある旨、指摘した。こうした状況をふまえ、報告者は、人格権の保護のため生活妨害の差止めに関する理論的到達点を基礎に、執行方法として民事執行法 173 条の解釈における間接強制と代替執行の弾力的な併用(同時並行)のための手続法理論の構築が求められていると考えた。すなわち、債権の実効性確保と手続が全体として遅れるなか、代替執行の方法によりつつも、間接強制金を同時並行して課すことによって、債権実現のスピードアップを確保し迅速な権利保護を図るための執行法スキームを構築する必要が認められた。

## 2. 研究の目的

本研究は、債権の実効性確保のため民事執行法の観点から救済手段の整序を行い、新規定である民事執行法 173 条の解釈を鍵として、間接強制と代替執行の弾力的運用(同時並行)についての理論的根拠と限界付けを示すことを目的とした。その際、母国であるドイツと同じ法圏に属する韓国の理論状況を比較法の対象とした。本研究によって、平成 26 年度～28 年度若手研究(B) 2678053 にて実施した法テラス等の実態調査から得た本来的紛争解決たる差止めの必要性和許容性に基づき間接強制を中心とした迅速な執行法スキームを示した。結論としては、間接強制と代替執行の併用を認めない消極説の「苛酷執行」という法理念について批判し、債務名義を有する債権者の実効性ある権利実現という観点から、積極的な併用の理論的根拠付けを示した。21 世紀に入り従来予想もされなかった新種類の権利侵害に対し、20 世紀に構築された民事裁判制度においては、過去の権利侵害に対する救済方法として損害賠償のみが念頭に置かれ、将来に向けた予防的権利保護については、その考察の対象とされてこなかった。とりわけ、将来に向けた予防的な人格権保護のための差止めの理論的考察が不可欠となるが、民事執行法 173 条が予定する執行方法の併用についての検討は不十分であった。そこで、母国であるドイツ法と同じ法圏に属する韓国法の理論状況を比較法の対象とし、先行して実施した科研費等による法テラス等の実態調査によって得られた差止めの必要性和許容性に基づき、間接強制を比較法の中心に据えた迅速な執行法スキームを示すことを目指した。とりわけ、民事執行法においては、為す債務、為さざる債務の執行方法につき、代替執行(民執 171 条)および間接強制(民執 172 条)の規定が設けられているが、これらは、母国ドイツ民事訴訟法(ZP0887 条、同 888 条)にルーツを有するものである。日本を介して、ZP0 を継受した韓国民事訴訟法 260 条(代替執行)、同 261 条(間接強制)は、日本法と姉妹法の関係にあることを付言する。

当該研究期間において、報告者は、債権の実効性確保のため「間接強制」制度に関する日本・ドイツ・韓国における法令、判例、専門文献の収集など現状を把握するとともに、民事執行法 173 条の解釈に関する理論的研究のための整序を行い、代替執行と間接強制の同時並行の必要性および許容性につき、先行して実施した法テラスでの実態調査・補充調査の検証を行い民事執行法からの理論的理由付けとその限界付けを示した。

ドイツ民事訴訟法と韓国民事訴訟法は母法ならびに姉妹法の関係にあるが、別異な扱い(間接強制について韓国は補充性論を維持)をしている例も数多くみられ、その法理論的分析・紹介は、日本においてみいだせなかった。とりわけ、間接強制の併用を定めた民事執行法 173 条についてはドイツおよび韓国の民事訴訟法学からの総合的な評価をまとめた文献はみあたらなかった。そこで、本研究は、韓国においても紛争解決手段として多用されている間接強制に焦点をあて、日本においてその理論的背景についての分析がなされていない現状から、韓国における間接強制の併用をめぐる法改正議論について検証し、その理論的状況の対比を通じて日本民事執行法 173 条が帯びている独自の可能性について、姉妹法たる韓国法との比較法的見地から理論的・実証的意義を再確認し、債権の実効性確保のための手続法的考察をする点に、独創的特色が認められた。

## 3. 研究の方法

第 1 段階においては、本研究を進めていく上での基礎的な材料・資料の収集およびその分類・分析を行った。本研究では、「研究目的」で述べたように、間接強制に関する事例の蓄積がみられるドイツ法および韓国法の史的考察ならびに現況について分析・検討することが研究目的の達成に有益であると考えた。そこで、まず、ドイツ法と韓国法について比較法的考察を行い、

調査・分析を加える。比較法研究にあたり、主に、2つの観点から重点的に調査・分析を行う必要があった。第1に、対象各国における債権の実効性確保のための手続法的アプローチである。民事訴訟を通じて判決等の債務名義を得ることができたとしても、その実現ができなければ、絵に描いた餅になってしまう。そこで、ドイツ法におけるHaft(拘束)と韓国法における監置制度について、苛酷執行の回避という法理念との折り合いについて、検証した。これらの事例・判例について、特に、執行機関による人的拘束の順序、方法、判断機関に関して、詳細な調査・分析が必要となるため、この基礎的研究に着手した。そこで、この段階においては、比較法的考察の端緒として、これらの判例・和解案・文献・法制度について、蓄積を有するドイツ法の詳細な調査・分析を行った。第2に、日本においても、民事執行法の改正により債務者の口座の特定をすすめる法案などが議論についたが、財産の開示制度分野において先行しているドイツ法および韓国法における差止仮処分に関する比較法的研究が、急務となる。この点、開示に応じない債務者に対する金銭的ペナルティと間接強制制度の関係について、検証を行う。当該段階においては、ドイツ法および韓国法に加えてフランスのアストラント等、金銭を賦課する債権実現制度について、日本法における具体的な方向性を導き出すべく、ICTを用いて現地の大学、法律事務所、研究所等に照会・実地調査をし、分析・検討のための集中的な資料収集を行った。

第2段階においては、いままでの比較法研究および二国間交流事業などで培った地の利と人の利を最大限活かし、フィールドワークを加え、以下の3つの視点から本研究を進めた。

第1に、前段階の研究成果を基礎として債権の実効的な実現のための執行方法の具体的手段に関する諸外国の判例・学説について分析・検討し総合的整理を行った。

特に、当該段階においては、民事手続法上、日本法と類似した規定を有する各国の訴訟手続について諸外国の立法資料・判例・書籍・論文集を追加収集するとともに、引き続き、債権の実効的な実現のための民事執行法上の予防・抑止手段としての間接強制に焦点をあわせ、その制度趣旨・運用上の可能性と限界・改正法の問題点等について考察を加える。この点、前段階の研究が基礎となるが、報告者としては、現時点において、平成15年に改正された新規定たる民事執行法173条を弾力的運用することにより、間接強制と代替執行を有機的に結合させ同時並行を認める事で、迅速な執行のため執行手続の柔軟化による対応が可能であるとの理論的示唆を得ることができた。

第2に、ICTを用いて既に実施した文献調査に引き続き補充調査を、韓国側研究協力者と協働して行い、分析・検討し、総合的整理を行った。

とりわけ、当該段階においては、通常の民事訴訟に代替する紛争解決手段であるADR機関としての特色と実効性を高め、迅速な債権実現に結びつけるため、ADR先進国である英米の実務処理について明らかにしたい。そのためには、ADRが紛争解決の有効な手段として台頭しつつあり、アバター、ICTなども活用されているドイツ、韓国の制度を分析が必要となることから、諸外国の立法資料・判例・書籍・論文集の追加収集を行い、第1段階に続き、制度趣旨・運用上の可能性について考察を加えた。

並行して、日本におけるADR機関において、間接強制類似の既済事件の分析を行い、裁判外の紛争解決方法の紛争解決の理論的可能性、すなわち、併用の可否という課題について集中的に検証を行った。

第3に、法的アクセスのアドバイス機関として、法テラスが活躍しているが、その活動に対するユーザーのニーズの検証は不十分である。そこで、先行実施した法テラスの活動調査を分析し、リーガルサービスについて理論的に検証を行った。ここでは、法的紛争処理の窓口である法テラ

スの実態調査報告書を補完する理論的な検証を加え、ユーザーのニーズ、特に、債権の実効的な実現に関する必要性和迅速性を把握した。

第2段階全体において、法テラスへの補充調査を行うことにより、当事者たるユーザーが求める本来の債権の実現のニーズを理論的に明確にした。

なお、第2段階の研究計画は、これまでの研究成果や培ってきた協力関係によって、計画以上に早く進捗させることができた。

第3段階においては、前2段階に行った諸外国の法制度を反映させ、人格権侵害事例における救済執行手段としての間接強制の弾力的活用についての民事手続法上の総合的研究をおこなった。

#### 4. 研究成果

本研究は、債権・請求権の実効性ある実現のための手段としての間接強制の弾力的活用に関する比較法的基礎理論の構築を目的とした。

まず、債権・請求権の実現のため間接強制の弾力的活用とその限界付けについて、研究を行った。報告者の研究の結果、間接強制は、従来の補充性的見解とは異なり、人格に対する侵害度合いはその他の執行方法よりも際だって高いものではないことが明らかとなった。とりわけ、このことは、ドイツ法由来の「請求権」執行方法の原則というドグマから、民事執行法173条を鍵とすることで解き放たれた日本法においては、執行方法を柔軟に選択することができようになり、間接強制が後置される理論的必然性はみあたらないことを実証している。

つぎに、著名な事件として、諫早湾(いさはやわん)の土地改良事業(干拓事業)をめぐる、開門・非開門の債務名義が、それぞれ、相反するカタチで、向き合っている点に着目した。この問題をめぐって報告者は、原理・原則論に立ち、間接強制は、その要件を満たしていれば当然発令されるべきであり、比較衡量説の見解は、馴れ合いしないし意図して敗訴するなどして相反する司法判断を恣意的に作出することで、事後的に、間接強制「破り」を招来するおそれが高く、採用できない旨、理論的一貫性をもって、粘り強く主張してきた。

以上のように、報告者は、当該研究期間に、間接強制制度の諸問題について、真摯に研究を進めてきた。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計6件（うち査読付論文 0件／うち国際共著 5件／うちオープンアクセス 6件）

1. 著者名 金炳学	4. 巻 31巻1号
2. 論文標題 「韓国改正仲裁法邦語試訳」	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 行政社会論集	6. 最初と最後の頁 103-128
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 韓忠洙（著）、金炳学（訳）、崔廷任（訳）	4. 巻 51巻1号
2. 論文標題 「国際民事訴訟手続及び国際倒産手続における外国裁判－外国保全裁判の承認および執行可能性を中心に－」	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 比較法学	6. 最初と最後の頁 119～140
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 該当する

1. 著者名 李鎬元（著）、金炳学（訳）	4. 巻 30巻1号
2. 論文標題 「韓国における仲裁判定の承認および執行のために提出する書類」	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 行政社会論集	6. 最初と最後の頁 63～95
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 該当する

1. 著者名 金炯ドゥ；（著）、金炳学（訳）	4. 巻 51巻2号
2. 論文標題 「韓国に於ける倒産処理法の変遷と課題」	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 比較法学	6. 最初と最後の頁 122～162
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 該当する

1. 著者名 鄭 仙珠 (著), 金 炳学 (訳)	4. 巻 30巻2号
2. 論文標題 「韓国における間接強制金の本質と訴訟上の諸問題」	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 行政社会論集	6. 最初と最後の頁 57～89
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている (また、その予定である)	国際共著 該当する

1. 著者名 李茂相 (著)、金炳学 (訳)	4. 巻 30巻3号
2. 論文標題 「韓国における間接強制金の法的性格に対する新たな理解」	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 行政社会論集	6. 最初と最後の頁 23～67
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている (また、その予定である)	国際共著 該当する

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計1件

1. 著者名 加藤 哲夫、本間 靖規、高田 昌宏	4. 発行年 2017年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 820
3. 書名 現代民事手続の法理	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------	---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8 . 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------