

Title	石渡哲氏学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.10 (1976. 10) ,p.104- 113
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19761015-0104

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

石渡哲氏学位請求論文審査報告

I

1 石渡哲氏学位請求論文「執行契約」(本文二百字原稿用紙一四四三枚、参考文献表日本文献同四〇枚、独語文献八枚)の構成は次のとおりである。

緒言

第一部 学説・判例の沿革

第一章 ドイツの学説

第一節 モノグラフィーおよび論文

第二節 体系書およびコンメンタール

第二章 ドイツの判例

第三章 日本の学説

第四章 日本の判例・先例

第二部 理論

第一章 総説

第一節 問題の提起

第二節 訴訟契約の法的効果と適法性

第二章 執行排除・制限契約

第一節 契約の効果と適法性

第二節 契約違反に対する救済

第三節 契約違反の場合の損害賠償

第四節 債務者の破産の場合の契約の効果

第五節 抵当権の実行を排除・制限する契約

第三章 差押禁止に関する執行拡張契約

第一節 契約の法的効果

第二節 契約の適法性

第三節 契約の主張方法

第四章 その他の執行拡張契約

第一節 契約の法的効果

第二節 契約の適法性

第三節 契約の主張方法

参考文献表

2 論者が執行契約をテーマに選んだ理由は次の点にある。第一に執行契約の許容性の問題は、執行機関と執行当事者の権限配分の問題に関連し、それはさらに執行の制度目的という本質的問題に遡ること。第二に、執行契約の法的性質の問題は実体的請求権と執行請求権との関係をどう考えるかという問題であり、それはさらに実体法と手続法との関係の問題に還元されること。第三に実務上問題となる契約違反の救済方法を論じる必要が認められること。第四に、

第三点と関連して執行法上の救済の再編成が問題となること等があげられている。執行契約をめぐるこれらの諸問題が研究されるべきであるにもかかわらず、従来我が国にあつては、訴訟契約・執行契約を通じて必ずしもドイツにおけるほど十分に研究がなされてきたとはいえない、特に後者の領域についてはその感が強い。この意味において論者がテーマとして執行契約を選んだ理由は評価されてよいと思われる。殊に最近顕著なドイツにおける執行契約論の機能的目的論的考察方法の提唱は論者に対し非常に大きな刺激になつたように思われる。

II

1 第一部第一章はドイツの学説の発展過程を詳細に紹介している。

私法上の義務づけ効果説をとる Kohler (彼以前のものとして Warth, Trutner, Bulow が挙げられている)を起点として、一切の訴訟契約の適法性を否定する立場から Kohler を批判する Ehrenzweig、逆に Kohler の適法説を前進させ、訴訟契約の訴訟上の効果を前提としてその適法性を広く認める Lewinsohn の立場、さらには実体的効力をもつものとしてその適法性を認める通説的立場の系譜がたどられている。そして、右の実体的効力説はさらに免除・猶予説 (Langheineken, Goldschmidt, Oertmann) と責任制限・排除説 (Geib, Reichel) をよび私法上の義務づけ契約説 (Lehmann, Reichenheim, Hoffmann) 等とわけて考察される。その他実体的効果説

をとる見解として Dittrich, Sintenis, Roquette 等が紹介されている。また一九三三年の Bielefeld 地裁及び Dresden 地裁の判例を契機にして同じく実体効果説を更に発展させた K. Blomeyer, Bartels, Laue, Dackweiler 等の見解が、いずれも救済方法の問題との関連において紹介されている。

それまでの見解が契約締結時を契約の性質や救済方法に反映させていなかったが、その反映を説いたのが Dackweiler であつて、この意味で彼の見解が学史上一時期を画するものとして評価されている。

一九三三年にいたり我が国の兼子・斎藤説の原型ともいふべき Raatz 説が登場し、私法上の義務づけ効果を前提に請求異議の訴の類推が提唱される。Raatz と同時に訴訟契約一般について (主として判決手続における) 論じた Schiedemair が初めて訴訟的効果を前提にして方法異議説を本格的構成により提唱したことが紹介される。

第二次大戦により中断した執行契約の研究は、戦後 Schiedemeyer の門下生である Bohn, Martin 等により執行法的構成をもつて再生し、一九六〇年代後半には訴訟契約一般及び執行契約に関する研究が飛躍的に進歩した点が指摘される。そして H. J. Hellwig, Soehring 等の学説の紹介に続いて、執行法上の義務づけ効果を前提として、救済に関していわゆる目的論的方法を導入して請求異議説を提唱する Schug の見解が説明されている。Schug と時をほぼ同じくして Emerich は、執行契約の執行法上の効果を前提に

救済として方法異議を認めている。この点は別にして彼の見解は一定の執行拡張契約を適法としている点で学説史上特記すべきである点が指摘されている。Scherf は、おおむね契約を責任に関するものとし、救済方法に関しては、伝統的演繹的方法に反省を加え、目的論的方法を採用し、各契約に応じて救済の多様な使い分けをし、さらに彼もまた一定の範囲で執行拡張契約を認める点、目的論的考察方法を承継する Bürck は、執行契約が原則としてすべて執行法上の効力を有し、例外的に実体的効力を有するにすぎないとし、したがって救済としては方法異議を認め、例外的に実体的効果のある場合に方法異議と請求異議が選択的に認められるとしている点、このほか Henckel, Gaul 等の学説等が紹介されている。

モノグラフィ及び論文にあらわれた学説の要約と紹介は Kotler から Bürck にいたるまで三一名にわたり、殊に機能的目的論的方法の登場以後の学説の紹介は詳細である。

これらに加えて、第二節にあつては体系系書、注釈書にあらわれた学説が紹介されている。Hoche, Rosenberg, Lent-Jaurnig, Baumbach-Lauterbach, Schönke-Baur, Stein-Jonas-Münzberg, Thomas-Putzo, Bruns, Zöller, Wiczorek 等の著書が丹念に読まれ、紹介されている。

2 第二章ではドイツの判例の流れが紹介されている。第一に執行排除・制限契約について一六の判例、第二に差押禁止に関する執行拡張契約について四つの判例、第三にその他の執行拡張契約について六つの判例の、それぞれ事案と判旨が紹介されている。

3 第三章は日本の学説史にあてられている。我が国で初めて執行契約について論じた穂積説にはじまり、松岡、谷井、大阪谷、細野、加藤(正)、山田(正)、中島、菊井、於保、磯村、石田(喜)、松坂、兼子(一)、斎藤(秀)、近藤、吉川、吉井、中野、竹下、柚木、川上、小室、上田、石川等、実体法学者訴訟法学者双方の諸説が丹念に紹介されている。

4 第四章には日本の判例・先例が集められている。ここでも第二章におけると同様に、執行排除・制限契約に関するものが一六、差押禁止に関する執行拡張契約が四、その他の執行拡張契約に関するものが一つ、それぞれ学説との関係を配慮しつつその沿革がたどられていく。

5 以上、学説、判例の発展過程の考察に関して、次の諸点を指摘しておきたい。第一に、論者は、ドイツの資料で我が国において入手しえなかつた殆んどすべてのものについて、ドイツから送付されたコピーにより原文に忠実にあたつている。豊富な資料を駆使しており、資料の重さを感じさせる論文である。

第二に、論者は学説を人物本位且つ時代順に並べたために、史観的構成にやや欠ける面が認められなくもないし、判例の紹介についてもその傾向がある。しかし、ドイツならびにわが国の学説判例それぞれで紹介に先立つて、論者は右の欠点を補うべく、またそれらの発展過程の展望をしている。理論編において、執行契約の法的性質、適法性および救済をめぐる各学説に対する論者の評価がなされている。これらの点からみれば、論者が従来の学説判例を史観的に

考察する場合の基本的態度はすでに示されていると解しうる。その線にそつてより一層精密な学説・判例史の構築を今後の作業として期待したいと考える。

第三に、学説・判例の網羅性はドイツ並びに我が国において現段階では最も完全なものといえる点。Schub 以前のドイツにおける学説・判例史については Schug の詳細な研究があるが、Schug 以降のものをも含めたものとしては、日独を通じて本論文が初めてであつて、さらにこれに加えて我が国の学説・判例も従来業績におけるそれよりもはるかに完全に収集されているといつてよい。

III

1 第二部理論編第一章総説は各種の執行契約に関する総論的説明を取扱つている。

イ、第一節「問題の提起」において執行契約の種類が例挙され、(a)法律の規定のある契約と、(b)それがない契約とがまず分類され、(b)は更に執行排除契約、執行制限契約、差押禁止に関する執行拡張契約、それ以外の拡張契約などに分類され、それらのそれぞれについて考へうるあらゆる契約が列挙されている。

つぎに本論文の考察の対象が執行契約の適法性、法的性質(効果)、違反があつた場合の救済方法に限定され、それに反して要件・意思の瑕疵、契約の効力の承継人への影響、法社会学的考察、不真正執行契約等はその対象から当面はずされている。

さらに執行契約を論じる場合その方法論として、第一に執行契約

を嚴格に訴訟契約の各論としては論じきれず、むしろ行政契約との比較を重視しながらも結果的には私権の実現過程という点で共通性を有するとして、訴訟契約に関する研究成果を大幅に取り入れている。第二に伝統的演繹的方法に対して最近強調されつつある機能論的方法に注目しながらも、前者はその適用の結果に具体性を欠くことがあり、後者は恣意的に流れる危険があり両者の併用を提唱している。両方法の欠陥の指摘は正当であるにしても、そのことからストリートに両者の併用を提唱することには問題があり、むしろ併用の内容、方法に問題があるといふべきであろう。本論文をみる限り両方法の併用とは伝統的演繹的方法の堅持を前提にその成果に目的論的方法による反省を加えて、前者の出発点を修正し、妥当な結論を得るとするにあるようである。

ロ、第二節は訴訟契約の法的効果と適法性について論じている。まず法的効果と適法性との関係が取り上げられる。法律に規定のある訴訟契約が訴訟上の効果を有することは当然として、問題は法律に規定なき訴訟契約の効力いかにある。原初的義務づけ効果、発展的義務づけ効果、処分的効果、訴訟的效果を挙げ結局いずれが発生するかは当事者の意思の問題であるとす。そして契約の適法性は効果の適法性にありとする立場から両者の関係について、まず契約の適法性を確定し、しかるのち、その法的効果を確定するとの立場をとるべきか、効果の確定が契約の適法性、法的性質の決定に先行するとの立場をとるべきかを問ひ、後者を正当とする。その際にも訴訟上の合意の効果としては、訴訟的效果の発生を認めるほうが

直接的であるから、これが不適法な場合に限り私法上の効果の発生を目的とするとみれば足りるとする。

そこで論者はまず訴訟上の効果の適法性の判断基準を論じている。第一に便宜訴訟の禁止については訴訟上の公益性が問題とされる。従来、訴訟上の公益概念が十分解明されていないとの立場から、論者はそれを訴訟における私益の調整原理としてとらえ、訴訟契約はこの立場から訴訟の形式厳格性緩和の目的をもつから、必ずしも常に公益に反するものではないとする。公益概念の解明の努力、便宜訴訟の禁止が絶対的命題でない点の指摘等は評価されるが、その公益概念の具体的適用いかんは必ずしも十分明らかにはされていない。

第二に、意思の自由の確保はさらに二つの問題、結果の予見可能性とその重大性の問題にわかれる。前者は私法上の契約にも要求されるが後者は訴訟契約においてのみ要求される。そして契約の効果として私法的效果と訴訟的效果を区別し、後者については訴訟の目的論からみて結果の重大性が意思の自由を否定するという。

以上の検討を通して論者は訴訟契約を一律に適法あるいは違法と断定することはできず、公益との調和、意思の自由等との関係において各類型ごとにその適法性が判断されなければならないとする。

2 第二章は訴訟契約一般論の執行排除・制限契約への適用について論じている。

イ、第一節は執行排除・制限契約の効果と適法性を論じている。

訴訟法に規定のある契約の効果については問題がないが、規定なき契約の効果について、次のごとく主張している。すなわち、私法上の義務づけ効果ありと解すると、救済として、損害賠償乃至不作為の訴によることになるが、これは救済として不完全であること、発展的義務づけ効果ありとみると、その理由づけに成功していないこと、私法上の処分的効果ありとみると、猶予、免除、責任制限排除とみることになるが、執行の排除・制限を求める当事者の意思に反すること等を指摘したうえで当事者の意思は通常執行の排除・制限という訴訟上の効果を目的とするものと思われるとしている。

その論拠は次の点に求められている。責任の問題(実体的効果)と考えるか、執行排除・制限の問題と考えるか(執行法上の効果)により、二つの点すなわち、①相殺の可否、②履行遅滞の損害賠償債権の責任の問題の取扱が異り、これらの点からみると当事者の意思は執行法上の効果を目的としているとみるべきであると。

そこで執行法上の効果の内容が問題になる。その根拠は必ずしも明らかではないが、執行請求権概念を肯定したうえで、執行排除・制限は執行請求権の放棄を意味するとし、その可能性を検討している。論者は、具体的執行権限の放棄は処分権主義との関係から許されるとし、これを否定する根拠として、弱者保護、執行要件の強行性(便宜訴訟の禁止)、執行法規の強行性等を挙げてこれを批判している。さらに消極説の論拠としての執行手続の円滑な進行と能率化の要請、すなわち、執行の外観主義からする放棄の制限についても反論している。すなわち、第一に外観主義の目的である迅速な執行

は、債権者の利益に適うものであり、したがって債権者はこれを合意により放棄しうるとする。執行の迅速性がもつばら債権者の利益

にのみ奉仕するものか否かについては疑問がないわけではないが、執行の効果をもつとしてもそれを一定の異議手続を通して、執行に反映させることは外観主義に反しないから、外観主義から合意の執行上の効果を否定する理由はないものと思われる。また、第二に合意違反の執行が違法執行であるとすれば救済は方法異議になるが、それが救済として適切であるか否かが問題になる。したがって契約

違反は執行を違法ならしめないと解すべしとするが、違法執行としてその救済を請求異議によらしめる理論構成（適用か類推かは別にして）も可能である。したがって、第二の理由も成立しない。かくして執行機関に契約の認識ができない点は、執行的效果を否定する根拠にならないという。第三に、執行契約にあつては、予見可能性が認められる点争いが無いが、結果の重大性の有無につき見解が対立し、これを認めれば執行法上の効果を否定することになる。論者は、債務名義が判決である場合、その行使の排除、制限は、実質上判決が実体的権利関係と喰いちがうことになると考え余地はあるが、判決それ自体は実体的真実に即しているならば、公益は害されないし、結果の重大性から契約を不適法とすることはできないとする。当該契約がたとえ執行法上の効力をねらつたものとしても、実質上は執行債権の放棄を意味するから、結果の重大性を否定するわけにはいかないのではないかと疑問は残る。しかし有力説は論者同様に結果の重大性を否定する。いずれにしても論者は、以上の

観点から、執行的效果を有することへの批判に反論して執行的效果は肯定しうるとする。

しかも、その執行的效果は、単に義務づけ効果ではなく、変動的效果であり、債務名義上の留保、あるいは、当該効果を証する書面の執行機関への提出とは無関係に発生するという。さらに右の変動的效果を有するものには、執行の方法に関する契約に限らず執行の排除、対象制限契約をも含めるものとする。

ロ、第二節は、執行排除・制限契約違反の執行からの救済を論じている。

まず救済方法に関する学説・判例として①損害賠償、②不作為（不執行）の訴、申立取下げ乃至差押解除の訴、取戻、妨害排除の訴及びこれに加えて①の損害賠償の訴、③確認訴訟、④執行文付与に対する異議乃至は異議の訴、⑤方法異議、⑥その類推、⑦請求異議、⑧その類推、⑨第三者異議の各説を挙げ、さらに契約の内容および締結時点を考慮して、①～⑨の幾通りかの組合せを挙げている。うち①は、執行的效果の否定、便宜訴訟禁止の絶対性を前提とし、救済が不完全である点から、問題があるとする。②も、執行的效果を否定し便宜訴訟の禁止の絶対性を前提とする点、不作為の訴では開始された執行に対処しえない点、給付の訴では直接執行法上の救済にならない点で問題ありとする。③につき確認の利益は原則的に否定。④については、執行契約違反は執行文付与に対する異議事由にならないとする、さらに⑤～⑨については、第一に、発展的義務づけ効果説から、請求異議に準じる救済を認める見解には、それが前提と

して執行法上の効果を否定するがゆえに賛成できないとし、第二に、原初的義務づけ効果説をとりつつ請求異議の規定を正面から適用する見解に対しても、異議事由の解釈をめぐり反対する。そして合意により当事者が実体上の免除、猶予を意図している場合の救済は請求異議であり、責任制限である場合は請求異議乃至第三者異議を認める。ここで両訴の使いわけも的確に論じられていて、責任制限が名義に留保されている等の場合は方法異議によることをも認めている。

執行排除、制限契約が執行法上の効果を有する原則の場合であっても救済として方法異議説とは異なり、請求異議乃至第三者異議の訴を認める。伝統的演繹的方法によれば、実体上の違法の主張が請求異議乃至第三者異議によることになるのであるが、ここで伝統的演繹的方法に対し機能的目的論的立場からする反省という観点から、特にBirckの最近の論説が詳細に紹介検討されている。Birckは、請求異議と方法異議との区別に関する伝統的演繹的方法に反対して、現行手続上も実体的判断が方法異議によりなされる場合があることを指摘している(例えば、ZPO八二三条、七七七条、八〇三条一項後段、九〇〇条四項、七六五条a、ZVG三〇条a等)。論者は、執行法上の違法は簡単に認識されるから方法異議によつてもよいが、実体的違法は、通常執行法上の違法ほど容易に判断しうるものではなく、慎重な審理を必要とするから、その判断には訴訟手続を要すると解する。Birckによれば、彼の例は手続上の且つ実質的判断を必要とする問題とされるが、論者は実質的判断を必要とするという点

には、反対する。しかし、「実質的判断したがって慎重な審理を必要とする問題は訴訟による解決という救済を」という命題それ自体からみれば、執行契約がたとえ執行法的効果を有するにとどまるとしても、違反の救済を訴訟によらしめるのは当然であるとする。Birckの挙げた例が、実質判断を必要としないとする論者の批判には必ずしも賛成できない面がないではないが、原則的にいつて、「手続的形式的判断は方法異議に、実質的判断は訴に」という命題それ自体は正しい認識を含むと思われる。伝統的演繹的方法に対する機能的目的論的方法からの一つの反省として評価される。かかる観点からすれば、執行排除、制限契約が執行法上の効力を有する原則の場合であっても、請求異議の訴を認めることができることになる。同様の理由から論者は、第三者異議の適用を認める。この理論構成は、発展的義務づけ効果説により請求異議の訴の類推を認める見解、原初的義務づけ効果説により請求異議の訴の適用それ自体を認める見解、責任制限契約として実体的処分的効力を前提にしつつ請求異議の訴の適用それ自体を認める見解のいずれとも、請求異議の訴の適用(正面からの適用が類推かは別に)を認める点で共通性をもちながらもその理由づけに関する理論構成を異にする新しいユニークな見解であるということが出来る。この意味で本論文の帰結は高く評価されてよいであろう。なお、論者は、仮執行排除、制限契約および仮差押排除、制限契約についても執行排除、制限契約に準じ論及している。

ハ、第三節では契約違反の損害賠償についてこれを否定するZins

の見解を紹介し、批判して積極説をとる。さらにその法的性質について論じそれが不法行為の損害賠償債権であるとする。第四節では、債務者破産の場合の契約の効力につき論じている。さらに抵当権実行排除契約について物権法定主義との関連で疑問があるとしながらも、その適法性を肯定し、これに違反してなされた任意競売における救済方法の問題を論じている。

3 第三章は、差押禁止に関する執行拡張契約にあてられている。イ、第一節で論者は、差押禁止解除契約の法的性質（法的効果）について論じる。そして、差押禁止による債務者保護の目的はこれを責任制限と解することにより、執行制限と解するよりもよりよく達成できること、差押禁止債権についてもそれを実体的責任制限と解することにより、これを受働債権とする相殺禁止の趣旨を領ける点からみて、凡そ差押禁止は責任制限と解すべしとする。

したがって、論者は、差押禁止に関する契約もこれにならつて責任制限と解している。一方で、執行排除、制限契約を執行契約であるとし、他方で差押禁止の放棄契約を責任契約とすることは、執行法上の差押禁止それ自体が責任制限であるところから矛盾ではないとしている。

ロ、論者は、第二節において、契約の適法性を論じている。一般に執行拡張契約は不適法とされているが、論者は、各禁止規定の趣旨、当事者の意思の自由との関係に於いてケース・バイ・ケースでその適法性を判断しなければならないと論じる。また、契約の締結と差押の先後により契約の適法、不適法を決することは誤りであ

り、結果の予見可能性、実質上保護規定の潜脱になるか否かという二つの基準から、ケース・バイ・ケースでその適法性の判断をすべきであるという。

さらに各差押禁止規定との関係において、個別的に禁止解除契約の効力を論じている。すなわち、民訴法五七〇条一・二・六号の禁止の解除は、同条四項にも拘らず不適法、三・四・七号は同条四項との関係で問題はあっても適法、公益的業務に服する者の服务保障のための差押禁止は解除が不可能であるとするが、公益性の強弱は時と場所により異なることを指摘している。また文化政策的必要による差押禁止は公益性というより私益性が強く禁止解除が許されるが、但し、解除が公序良俗に反する場合もあるのでケース・バイ・ケースでその適法性を判断すべきであるとする。例えば一三号違反の契約は公序良俗に反するのに対して八号は一身専属的ではなく、禁止解除は許されると論じている。

債権の差押禁止については次のごとく説いている。すなわち、民訴法六一八条一項一号プラス同条二項と民法八八一条とは矛盾する規定であり、後者が新法として優先するので民訴法六一八条二項の適法はなく扶養料債権は全面的に差押禁止とすべきであるとする。六一八条一項二号の禁止も絶対的であるとす。さらに五・六号の差押禁止は同条二項との関係を考慮しなければならないとの疑問もないわけではないが、最低生活維持に必要な範囲をこえる部分の差押禁止を解除することはできると論じている。

差押禁止に関する執行拡張契約に反して執行機関が執行を拒絶し

た場合その救済方法が問題になる。特に契約内容が表示された証書が提出されない場合、それを実体的責任契約であるとして方法異議を否定し、さらに債務者の請求異議事由にもならないがゆえに請求異議も否定し、結局五四四二項の類推を認める。特に契約の存在が不当に認定され執行をうける債務者の救済としては、右のほか請求異議、第三者異議も併せて認められるから不都合はないとする。通説の見解はおそらく、差押禁止に関する執行拡張契約を不適法とみるであろうから、契約違反の救済の問題を論じる必要がないのである。論者のように右契約を一定の範囲で認めるならば、契約違反の救済の問題をどう解すべきかを論じた点意味があると考ええる。

その他の執行拡張契約についてもそれを一律に不適法とすることなく、個別的にその適法性を論じるべきであるとしている点が注目される。その他の執行拡張契約として以下のものが取上げられている。すなわち、債務名義なき執行を可能にする契約(不適法)、請求権の名義化を法定の形式でしない契約(不適法)、執行文なき執行を可能とする契約(不適法)、債務名義送達前の執行、送達なき執行を可能にする契約(適法)、証人立会を不要とする契約(不適法)、夜間、日曜および祭日執行を裁判所の許可にからしめない契約(不適法)、被差押物の換価につき法定の方法とは異なる方法によるべき旨の契約(場合により適法)、未成熟の果実・揚り蚕となる以前の蚕の差押を許す契約(不適法)、未分離で差押えられた果実の競売を成熟期以前になしうるとする契約(不適法)、期限の付せられた場合(民訴五二九条)これをまたず執行しうる旨の契約(適法)、債権につ

き抵当権が設定されている場合、抵当不動産の代価から弁済を受けうるにもかかわらず他の財産に執行することを認める旨の契約(不適法)、執行法上の救済の放棄契約(場合によつて適法)等のほか、ドイツ法上の若干の拡張契約にも言及している。これら執行拡張契約の検討はいずれも我が国において初めてなされたものであり、その前提としてドイツの学説の紹介と検討が周到になされている点が注目される。

IV

以上により本論文の内容の大凡とその問題点を述べた。本論文を総合的にみれば次のようにいうことができよう。

第一に、学説・判例史について。論者のドイツの学説・判例史は既述のとおり、Schubert以後のものを含めた総合的研究としてはドイツにおいてもまだなされていない研究であるし、我が国の学説・判例史もかように網羅的なものはほとんど最初の研究であるといつてよい。ドイツの学説・判例史の研究にあつては原典が忠実に参照されている。史観的構成にやや不十分な点はみられるにしても、その成果は右の意味において十分評価しうる。

第二に、理論編について。すでに各部分について述べた問題点は散見されるにしても、執行排除・制限契約について、訴訟契約の基礎理論を十分にふまえて、伝統的演繹論の立場を前提としつつも機能的論的方法の成果による反省を加えて、救済方法をめぐる新たな理論を提唱した点は高く評価されてよい。既述のとおり本論文

により執行排除・制限契約の法的性質並びに違反執行に対する救済方法をめぐる議論は出つくした感がある。論者が、今回は意識的に考察の対象からはずした要件論、意思の瑕疵論、法社会学的考察、ドイツ以外の民訴法との比較的考察等に論者の今後の研究が發展することを希望したい。

第三に差押禁止に関する及びその他の執行拡張契約に関する議論も詳細であり、その結論も大筋においては妥当であるように思われる。従来取り上げられなかつた問題を掘り起して、精緻な検討を加えている点が注目に値する。

以上要するに本論文において石渡哲氏が示した学識は、法学博士（慶應義塾大学）の学位をうけるに十分値するものと判断する。

昭和五十一年七月九日

主査 慶應義塾大学教授 法学博士（慶應義塾大学）

石川 明

副査 慶應義塾大学教授 法学博士 伊東 乾

副査 慶應義塾大学教授 法学博士 田中 実

備考 本学位は、慶應義塾大学学位規程第三条に依るものである。