慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	執行排除・制限契約 (一) : その法的効果・適法性・契約違反に対する救済を中心として
Sub Title	Vollstreckungsausschließende und -begrenzende Verträge
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1977
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.3 (1977. 3) ,p.21- 91
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19770315-0021

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.

執行排除・制限契約（一）

――その法的効果・適法性・契約違反に対する救済を中心として――

石渡哲

緒言
一　学説・判例の沿革
(一)　ドイツの学説―その一―（モノグラフィーおよび論文）
(二)　ドイツの学説―その二―（体系書およびコンメンタール）
(三)　ドイツの判例
(四)　日本の学説
(五)　日本の判例
二　理論的問題の総説
(一)　契約の種類
(二)　考察の範囲
(三)　方法上の問題
(四)　訴訟契約の法的効果と適法性……以上本号
三　契約の効果と適法性
(一)　考えられる効果の種類
(二)　私法上の義務付け効果説批判
(三)　免除・猶予説批判
(四)　責任排除・制限説批判
(五)　執行的効果（執行請求権の放棄と具体的な執行権能の放棄）
四　契約違反に対する救済（契約の主張方法）
(一)　考えられる救済・主張方法
(二)　損害賠償請求の訴
(三)　給付の訴
(四)　確認の訴
(五)　執行文付与に対する債務者の異議および異議の訴
(六)　方法異議・即時抗告・請求異議の訴・第三者異議の訴およびそれらの類推―その一―
(七)　方法異議・即時抗告・請求異議の訴・第三者異議の訴およびそれらの類推―その二―
(八)　特別な救済
(九)　要約
五　いったん開始された強制執行を中止・停止・制限すべき契約
六　契約違反の場合の損害賠償
七　債務者破産の場合の契約の効果
あとがき

緒　言

本稿は執行契約に関する私の研究のうち、執行排除・制限契約に関する部分を独立した論文の形式にあらためたものである。本稿で取りあつかわなかつた部分、すなわち執行拡張契約の部分については、別稿にて近く発表の予定である（判例タイムズ近刊号に掲載予定）。

かつて、コーラーが訴訟契約について論じたとき、彼は執行に関する契約にも論及した。その後ドイツでは訴訟契約全般、および――執行に関する契約も含めて――個々の訴訟契約についてかなり多数のモノグラフィーや論文が世に出ている。ことに執行に関する契約について最近では、エンマーリヒ、シューク、シェルフおよびビュルクにより、それぞれ特徴のあるすぐれた学位請求論文ないし雑誌論文が発表されている。

わが国においては、訴訟契約全般に関しては、故兼子博士（「民事法研究第一巻」に所収）、竹下教授（法協八〇巻一号、四号、八一巻四号に掲載）、上村教授（「契約法大系Ⅵ」に所収）による論文がある。また、坂原助教授（民訴雑誌一六号に掲載）、松本助教授（民商法雑誌六四巻一号に掲載）、柏木弁護士（ジュリスト四七七号、および北海学園大法学研究六巻二号に掲載）により、最近の西ドイツにおける訴訟契約論の紹介もおこなわれている。しかし研究の数は、ドイツと比較した場合、決して多いとはいえない。さらに個々の訴訟契約に関する研究としては、判決手続上の訴訟契約については、河本氏（法学志林四〇巻三号に掲載）、竹下教授（立教法学二号に掲載）による訴取下げ契約に関する論文を除くと、判例批評ないし判例解説を挙げうるにすぎない。執行上の契約についても、本格的論文といいうるものは、斎藤教授（法学九巻五号、六号に掲載、および「民訴法講座第四巻」に所収の二論文がある）および石川教授（「訴訟行為の研究」所収、民商法雑誌六八巻一号に掲載、および「実体法と手続法の交錯上（山木戸克己教授還暦記念）」に所収の三論文がある）の論文があるのみである。両教授の論文においてはドイツの学説が慎重に批判・

検討されたうえで、論者の自説が展開されている。それらは高く評価さるべき業績である。しかし斎藤教授の論文は発表後かなりの年月を経ており、前述のシューク等による新しいドイツの学説の成果を取り入れた研究としては、石川教授の最近の論文があるのみである。

私が執行契約を研究のテーマに選んだ理由の一つは、かようにわが国においてはこの問題についていまだ充分な検討がなされていないということである。それと同時に、執行契約にはいくつかの興味ある問題が関連していることも、テーマ選択の理由である。第一に、執行契約を許容するか否か、あるいはどの程度許容するかの問題、ないしは執行契約に執行法(訴訟法)的効果を付与しうるかの問題は、国家の機関である執行機関と執行当事者(執行債権者・債務者)間の権限配分の問題と関連している。そしてこの問題はさらに執行の制度目的をいかに解するかとも関連してくる。ちなみに、判決手続における裁判所と当事者の間の権限配分の問題、ならびに訴訟の制度目的については多くの学者により研究がおこなわれているが――とはいえ、学会が一致して認める結論が出たというわけではない――、執行手続上の類似の問題に関してはなお充分な研究がおこなわれていないように思われる。第二に、執行契約の法的性質をいかに構成するかの問題は――適法性の問題とも相関関係にあると同時に――、執行において債権者の実体上の請求権と執行請求権ないし執行上の権能とがいかなる関係にあり、これらがいかに機能するかという問題とも関連する。それはまさに実体法と手続法の交錯領域における興味ある問題である。第三に、執行契約に関する問題で実務上とくに重要であるのは、契約違反の執行に対して債務者が採りうる救済方法が何であるかということである。この点は、執行における救済体系をいかに構成するかという問題とも関連している、第四に――第三点とも関連することであるが――、救済方法の決定についていかなる方法論を採るかが問題となつてくる、とくに最近の西ドイツにおいて、従来の訴訟法学で採られていた方法論と異なる方法論が採用され、新たな問題が提起されるに至つた。

このように多くの問題が執行契約をめぐつて生じるが、遺憾ながら本稿においてそのすべてに論及しえなかつた。また、

一応は論及したけれども、充分に検討しつくされなかつた問題もある。本稿で論じえなかつた、ないし充分に論じえなかつた問題の解明は後日の課題としたい。

私が執行契約に関する研究を始めた直接の動機は、石川明教授からシュークの執行契約に関する未公刊の学位請求論文（一九六九年にボン大学のガウル教授に提出されている）を紹介していただき、その研究のお勧めをいただいたことである。またドイツにおいてシュークの学位請求論文と同じ年にエンマーリヒが、またその後にシェルフ、ビュルク等が執行契約に関する研究を発表したことも、私にとつて刺激となつた。

一　学説・判例の沿革

（一）ドイツの学説――その一――（モノグラフィーおよび論文）

1　コーラー以前

最初に訴訟契約を独立した論文のテーマとしたのはコーラーであろう。彼の論文以前においてはワッハ、ビューローが、以後においてはトルッター、ヘルヴィヒが、おもに「便宜訴訟の禁止（Verbot des Konventionalprozesses）」を根拠として、訴訟契約の適法性・有効性につき消極的態度を採つていた。すなわち、彼等は先行的上訴放棄契約のごときわずかな例外を除き、訴訟上の合意は訴訟法上の効果をもちえない、ないしは訴訟上の効果のみならず、私法上の効果をもつものとしても不適法であると主張していた。(1)

（1）この論述は、竹下「訴訟契約の研究（一）」法協八〇巻一号八頁以下、三八頁以下によつた。

2　コーラー説・その批判（エーレンツヴァイク）ならびにその徹底（レヴィンゾーン）

コーラー（一八八七年――カッコ内は著書・論文発表の年。以下同じ）によれば、契約は私法の領域のみならず、私人のイニシァティヴが認められる領域に存在する法現象であり、公法上・訴訟法上の契約もある。[1] 便宜訴訟は許されないから、手続の秩序は当事者に委ねられない。しかし、当事者の選択に委ねられた事項につき選択権を放棄し、ないし複数の可能性を制限する契約は有効である。かような契約は間接的に訴訟に影響をおよぼす契約であると論じられている[2]（しかしそれは実質的には私法上の義務付け効果である[3]）。

ただしコーラーは、執行を完全に排除する契約は訴訟上の契約を越え、請求権を反動不能（reactionsunfähig）にする、それゆえ自然請求権（naturaler Anspruch）にすると解し、その有効性を肯定している[4]。彼はおそらく執行の排除を責任の排除とみているのであろう[5]。これに対して、執行を一定の段階まで許す契約（例えば、差押までは許すが、それ以上は許さない）は、直接に有効ではなく、間接的に有効である。執行機関および執行文付与機関は契約を顧慮すべき地位にないが、契約違反はそれをおかした債権者に執行の取消を義務付ける[6]。この間接的効果も、訴訟契約一般におけると同様、私法上の義務付け効果である。したがつてコーラーは執行排除契約と制限契約とで異なる構成をとつていたことになる。契約違反に対する救済はＣＰＯ六八六条（請求異議の訴）によるべきであるとされている。契約が判決前に締結されても、同条二項（異議事由の時的限界を定める。日本民訴六四五条二項に該当）の適用はない。悪意の抗弁（exceptio doli）は契約違反があつてはじめて生じる[7]。

コーラーは積極的契約（positive Verträge-執行拡張契約）は無効であると解している[8]。また開示宣誓排除の契約と開示宣誓を法定の要件なくしてなさしめる契約も無効であると解している[9]。コーラーはまた破産排除契約についても論じている[10]。

コーラーに対して批判を提起したのが**エーレンツヴァイク**（一八九〇年）である。彼は、私法は、それがとくに禁じないあらゆる契約を許容するが、訴訟法はそれがとくに許していないあらゆる契約を禁じるということを根拠として、法律上規

定なき一切の訴訟契約の、したがつて執行契約の効力を否定した。[11]

これに対してコーラーの見解を一歩進めたのが、エーレンツヴァイクのコーラー批判と同じ年に論文を発表した**レヴィンゾーン**（一八九〇年）である。コーラーが執行排除・制限契約の適法性を肯定しながら、開示宣誓排除の契約を無効と解したのに対して、レヴィンゾーンは、後者も適法であると主張した。[12] 彼は契約違反に対する救済方法についてもコーラーと見解を異にしている。すなわち、契約が執行の形式や方法を排除するものならば、救済は方法異議により、開示宣誓を排除するものならば、CPO七八一条二項（現行ZPO九〇〇条五項に該当、開示宣誓手続内の異議）によるとされている。[13] このことから、彼が契約の性質につき執行法的構成を採つていたことが推測される。

(1) Kohler, Ueber processrechtliche Verträge und Creationen, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, S. 127, vgl. S. 238.（本論文ははじめGruchot's Beiträgen 31 (1887), SS. 276ff., 481ff. に掲載された。本稿ではGesammelte Beiträge. のページ数を示す。）

(2) Kohler, a. a. O., SS. 127, 150ff.

(3) 兼子「訴訟に関する合意について」「民事法研究一巻」二六四頁。斎藤「執行契約」「民訴法講座　四巻」一〇五頁。竹下・前掲論文(一)一二頁注(11)。

(4) Kohler, a. a. O., S. 165f. 請求権の反動性については、vgl. a. a. O., S. 144.

(5) 斎藤・前掲論文一〇五頁は、コーラーの「いわゆる不執行の合意は……民事債務を自然債務たらしめるものである」と述べている。自然債務とは広義では訴ええない債務と、訴えうるが執行しえない債務の双方を指すが、狭義では前者のみを指し、その場合後者は責任なき債務といわれる（我妻「新訂債権総論（民法講義Ⅳ）六七―六八頁）。斎藤教授のいわれる「自然債務」は広義のそれである。

(6) Kohler, a. a. O., S. 165f.

(7) Kohler, a. a. O., S. 166f.

(8) Kohler, a, a, O., S. 167f.

(9) Kohler, a. a. O., S. 173.

(10) Kohler, a. a. O., S. 173f. 彼は破産契約については独立した論文も書いている。Ueber die Verträge, in welchen der Gläubiger verpflichtet, keinen Concurs zu beantragen, und deren Gultigkeit, Gesammelte Beiträge., S. 248ff.

(11) Ehrenzweig, Besprechung von Kohler, Ueber processrechtliche Vertrage und Creationen, Gruch. 31(1887), SS. 276ff., 481ff., GrünhZ., 18 (1890), S. 237. エーレンツヴァイクはまた、コーラーのいう間接的効果とは実体上の義務の惹起であることを、つとに指摘していた（S. 232,

vgl. S. 242)。

(12) Lewinsohn, Das Bestreiten der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides, ZZP 14 (1890), S. 117f.

(13) Lewinsohn, a. a. O., S. 118ff.

3 実体法説（ランクハイネケン、ガイプ、ゴールトシュミット、エルトマン、ライヘル、ジンテニス、ディットリヒ）

しかしその後しばらくは（一九一〇年代までは）実体法説（免除・猶予ないし責任排除・制限説）が学説の趨勢であつた。

ランクハイネケン（一八九九年）は執行権（Vollstreckungsrecht）の放棄を猶予と同視し、その主張は、猶予の主張と同様CPO六八六条（請求異議の訴）によるべきであると述べている。(1)

ガイプ（一九〇九年）は以下のように論じている。債権者が請求権の強制力を一時的または恒久的に、全部的または部分的に、「求めざる契約（pactum de non petendo）」ないし「不執行の契約（pactum de non exequendo）」により放棄することに対する障害はない。とくに、債権者と債務者が、債務者の財産の特定部分のみが差押えられうる、あるいは特定の責任対象が執行による摑取（exekutorischer Zugriff）に服さないと合意したなら、私法上の請求権の強度（Intensität）のみが変更されうる。しかし私法上の請求権とは別の公的執行権（publizistisches Vollstreckungsrecht）の範囲と強度は処分しえない。(2) 契約違反に対する救済は請求異議の訴であるが、あらかじめ締結された契約で、判決において顧慮されなかつたものは、判決の既判力に関する原則により、執行の段階において全然意味をもたない。(3)

ゴールトシュミット（一九一〇年）は、執行力そのものは、既判力と同様、放棄しえないが、私的請求権の放棄は可能であると論じている。そしてそれは必要な場合には、請求異議の訴によつて主張すべきであると述べている。(4)

同様に**エルトマン**（一九一九年）も以下のごとく主張している。執行請求権（Vollstreckungsanspruch）は債権者の国家に対する権利である。(5) したがつて債権者は、執行権（Vollstreckungsrecht）の債務者に対する放棄により、あるいは債務者との合

意により、これを放棄ないし制限しえない。しかし合意は実体上有効で、それは原告の勝訴判決に対する異議として（本案に関する被告の異議――抗弁――としてということか）、または、後に生じた場合は請求異議の訴により主張されうる。[6] なお、執行拡張契約は無効であると解されている。[7]

なお、**ライヘル**（一九一五年）は、責任は執行により実現されるということを理由に、執行制限と責任制限を同一視している。[8] 責任と執行が公法上のものであるとしても、公法上の権能がただちに放棄しえないとは限らない。公益と直接関連のない公法上の規範もある。[9] 責任制限の主張は請求異議の訴による。そしてＺＰＯ七六九条・七七〇条（日本民訴五四七条・五四八条に該当）により執行の一時停止等の仮の処分が認められる。[10] ただし、法律行為による責任制限が既判力の基準時前になされた場合は、債務者の主張により判決にそれが留保されなければ、事後の主張は判決の既判力により遮断される。[11] 救済として損害賠償も認められている。[12]

ライヘルは契約を責任制限と解し、かつ責任を執行法の領域に位置するものと考えているようにみえるので、彼の所説を実体法的構成を採る見解に分類することには問題もあるが、彼は救済として請求異議の訴によることを主張しているので、一応実体法説にいれておく。

なお、仮装訴訟という特殊な事情のもとにおける執行に関する合意（馴れあいで原告に勝訴判決を得させるが、執行はおこなわないとの合意）を検討しているが、契約違反に対する救済として請求異議の訴を認めている点で、実体法的構成を採る見解と共通するものに、**ジンテニス**（一九〇二年）の論文がある。彼は契約の効力を肯定している。[13] 救済としては、執行文付与に対する異議・方法異議を否定した後、[14] 請求異議の訴が検討されている。これが認められるためには、異議が判決により確定された請求権自体に関することが要件である。請求権自体に関する異議事由には、弁済や和解のように請求権を否定するもののみならず、請求権の実現全般および債権者が採用している請求権実現の方法に関するものも包含される。以上のことから請

の訴が認められる。[15] 仮装訴訟においては契約は訴訟前に締結されるであろうが、ＺＰＯ七六七条二項（日本民訴五四五条二項に該当）の適用はない。異議は執行の段階ではじめて提起されうるからである。[16]

この時代の特殊な見解として**ディットリヒ**（一九〇八年）の所説がある。彼によると、一定期間一切の執行をおこなわないとの契約は、実体上の猶予と解しうるが、永続的に執行を排除する契約・執行の一定の対象ないし方法を永続的ないし一時的に排除する契約は猶予とは解しえない。そしてかような契約は差押質権の放棄と解されている。[17] この契約の主張は独立した訴、すなわち、所有権者の取戻しの訴（ＢＧＢ九八五条）・所有権に基づく妨害排除の訴（ＢＧＢ一〇〇四条）・占有者の取戻しもしくは妨害排除の訴（ＢＧＢ八五八条）によると主張されている。[18]

(1) Langheineken, Der Urteilsanspruch, (1899) S. 181f. ただし、Schug, Zur Dogmatik des vollstreckungsrechtlichen Vertrages, Diss.Bonn (1969), S. 87f. からの引用。
(2) Geib, Rectsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß (1909), SS. 172ff., 173 Fn. 1.
(3) Geib, a. a. O., S. 173f.
(4) Goldfschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb (1910), S. 53f. ただしSchug, a. a. O., S. 94 ff. からの引用。
(5) Hellwig-Oertmann, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 2, (1919), S. 144f. ただしvgl. Oertmann, Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage, AcP 107 (1911), S. 203ff.
(6) Hellwig-Oertmann, a. a. O., S, 144ff. insbes. SS. 147, 195, vgl. S. 195 Fn. 20.
(7) Hellwig-Oertmann, a. a. O., S. 226.
(8) Reichel, Gewillkurte Haftungsbeschränkung, Festschrift fur Georg Cohn (1915), SS. 211.
(9) Reichel a. a. O., S. 211f.
(10) Reichel, a. a. O., S. 231.
(11) Reichel, a. a. O., S. 229f.
(12) Reichel, a. a. O., S. 231.
(13) Sintenis, Der simulierte Prozeß, ZZP 30 (1902), S. 400.
(14) Sintenis, a. a. O., S. 406.

(15) Sintenis, a. a. O., S. 406f.
(16) Sintenis, a. a. O. S. 408ff.
(17) Dittrich, Die sogenannten Exklusirverträge über prozessuale Rechtsverhaltnisse, Diss. Heidelberg (1908), S. 32ff.
(18) Dittrich, a. a. O., S. 39.

4　私法上の義務付け契約説（H・レーマン、ライヘンハイム、ホフマン、ロケット）

年代の順序からすれば、右に紹介した学説の間に位置するものであるが、一九一〇年代には契約を私法上の義務付け契約と構成する見解も表われている。

H・レーマン（一九一一年）は、被告（請求異議の訴の被告、すなわち債権者のこと）は契約による認諾（vertragliche Anerkennung）によつて自己の執行権能（Vollstreckungsbefugnis）を放棄できず、執行しうる請求権のみを放棄できると論じている。[1] しかし彼はまた次のようにも述べている。不執行の合意（pactum de non exequendo）は直接に訴訟上の効果を発生せしめるものではなく、その実行が訴訟上の効果を発生せしめるであろう行為の不作為という、実体上の義務を発生させるのみである。[2] 要するに彼は、実体的請求権の放棄と、実体上の不作為の義務付けという二つの構成の可能性を認めたのであろう。

一方、**ライヘンハイム**（一九一二年）は次のように主張している。当事者間の合意で直接訴訟に影響をおよぼすことはできない。これを許すと、民訴法典が明文で特定の合意を認めたことが無意味になること、および、訴訟は裁判所・当事者間の公法関係であつて、当事者間の私法関係でないことがその理由である。[3] 執行請求権の放棄も同様に無効である。しかし債権者の執行官に対する関係を義務付けの対象とする契約は別である。例えば、一定の対象を差押えない、または一定の期間経過後にはじめて競売をするというような、特定の指示を執行官に与えることを、債権者に義務付ける契約である。執行官・債権者間の内部関係は私法的に、また債務者との契約により規律される。[4] ただし債務者は契約違反の行為を取消すための法

的救済はもちえない。救済としては損害賠償しか認められない。[5]

時代的にはやや下るが、**ホフマン**（一九二七年）もライヘンハイムと類似の構成を採用している。彼は次のように述べている。執行権（Vollstreckungsrecht）は訴権と同様債権者の国家に対する権利であり、債務者に対する権利ではないから、債務者に対する放棄により排除されない。執行の放棄は質権の放棄ともみなされない。また債権者に不執行を義務付ける契約も無効である。[6] 開示宣誓排除の契約も同様に無効である。[7] これに対して執行を制限する契約は適法である。それにより執行が排除されるのではない。この契約は債権者と執行官の関係に関するもので、債権者に、一定の対象を差押えない、または一定の期間経過後にはじめて競売すべき指示を与えることを義務付ける。[8] この契約に違反する執行は防止されなければ、契約の目的は達成されない。しかし方法異議も請求異議の訴も認められない。[9] 契約は債務法上の効果をともなう私法上の契約である。それは権利者に履行請求権を付与するから、債務者は契約違反の執行の不作為を求める実体上の訴を提起しうる。この訴において債務者は仮処分により執行の停止を求めうる。[10] 執行をもはや停止しえない場合は、債務者には損害賠償請求権が認められる。[11] なおホフマンは執行拡張契約の適法性を否定している。[12]

ホフマンとほぼ同時代に執行契約に関する論文を発表した**ロケット**（一九二五年）も不作為の義務付けという構成を示しているが、彼の見解には一貫性が欠けている。彼は債権者の債務者に対する執行権（Vollstreckungsrecht）の制限（例えば、法律上の必要品—Notbedarf—の拡張・執行の全面排除・対象制限・執行を差押にまで留めること・開示宣誓排除）を適法とみなしている。[13] 契約の特性は、債務名義より生じる債権者の執行権に関連していることである。これをロケットは執行契約の訴訟的要素と名付けている。契約は同時に請求権そのものに関連する場合もある。これを彼は実体的要素と名付けている。前者のみを有する契約は「純粋執行契約」と称され、両者を併有する契約（例えば、猶予と同時に執行権の行使の時間的制限が合意された場合）は「混合執行契約」と称されている。[14] しかし別の箇所ではロケットは、執行契約は、たとえ訴訟上の契約として訴訟上の

効果を有するとしても、私法上の契約として債務法上の効果をもつと述べている。[15] 債務法上の効果とは不作為の義務付け効果であろう。この論述と、先の、契約は訴訟的要素と、場合によつては、実体的要素（猶予のごとき請求権そのものとの関連）をもつという論述とは、矛盾するものではなかろうか。[16]

ロケットは契約違反に対する救済としては請求異議の訴を否定し、不作為の訴によるべきことを主張している。[17] 彼は仮処分による執行の停止も認めている。[18] また、もはや執行を停止しえなくなつた場合に限り、損害賠償請求も認めている。[19] なお、前述の混合契約の場合は不作為の訴と請求異議の訴の双方が可能である。[20] ロケットが執行契約に訴訟的要素があることを認めながら、救済として方法異議を全然顧慮していないのは奇異である。[21] なお、彼は、執行拡張契約は無効であるから存在しえないと述べている。[22] これに対しては、彼は合意の効力判定の問題と名称の問題を混同しているという批判がある。[23]

(1) H. Lehmann, Der Prozeßvergleich (1911), S. 69.
(2) H. Lehmann, a. a. O., S, 69f.
(3) Reichenheim, Die materiellen Prozeßverträge und ihre praktische Bedeutung im Scheinprozesse, Diss. Würzburg, (1912), S. 4ff.
(4) Reichenheim, a. a. O., S. 38.
(5) Reichenheim, a. a. O., S. 38f.
(6) Hoffmann Verträge im prozeßrecht, Diss. Marburg (1927), S. 53f.
(7) Hoffmann, a. a. O., S. 54.
(8) Hoffmann, a. a. O., S. 54.
(9) Hoffmann, a. a. O., . S. 55f.
(10) Hoffmann, a. a. O., S. 56f.
(11) Hoffmann, a. a. O., S. 57.
(12) Hoffmann, a. a. O., S. 57f.
(13) Roquette, Vollstreckungsverträge, ZZP 49 (1925), S. 160ff.
(14) Roquette, a. a. O., S. 163.

(15) Roquette, a. a. O., S. 166f.
(16) Vgl. Schug, a. a. O., S. 110ff.
(17) Roquette, a. a. O., S. 167ff.
(18) Roquette, a. a. O., S. 175f.
(19) Roquette, a. a. O., S. 170f.
(20) Roquette, a. a. O., S. 175.
(21) Schug, a. a. O., S. 114 ロケットが執行手続内の救済を検討しなかったことを批判している。
(22) Roquette, a. a. O., S. 160.
(23) 斉藤・前掲論文一〇四八頁。

5　ビーレフェルト地裁、ドレスデン地裁の判例を契機とした諸学説（K・ブロマイアー、バルテルス、ラウエ、ダックヴァイラー）

その後、一九三三年のビーレフェルト地裁とドレスデン地裁の判例（両判例は㈢で紹介する）を契機として、K・ブロマイアー、バルテルス、ラウエ、ダックヴァイラーが、いずれも簡潔ではあるが、鋭い議論を展開した。

K・ブロマイアー（一九三三年）は、債権者が、差押物の競売をしないこと、開示宣誓をしないことを義務付けながら、それに違反した場合、債務者の救済は、執行法違反が主張されているわけではないから、方法異議にはより得ず、請求異議の訴によると主張している。異議は実体権に関するものではないが、債権者が執行権（Vollstreckungsrecht）を放棄したことも、請求異議の訴の異議事由となりうると解されている。開示宣誓手続内の救済（ZPO九〇〇条三項―現行五項）も否定されている。(1)

バルテルス（一九三三年・一九三四年）は、民訴法の規定は強行規定であるから、当事者の合意で直接訴訟法上の効果をもつてこれを変更しえないとの理由で、合意違反からの救済として方法異議を否定する。(2) 彼は執行の全面的放棄を猶予、対象制限を責任制限と構成し、それに反する執行からの救済としては請求異議の訴を認めている。ただしZPO七六七条二項（日本民訴五四五条二項に該当）の適用は否定されている。しかし開示宣誓排除の契約については開示宣誓手続内の救済（ZP

〇九〇〇条三項―現行五項）によるべきであるとされている。[3]

K・ブロマイアー、バルテルスと異なり、**ラウエ**（一九三四年）は、救済として請求異議の訴を否定する。この訴は判決により確定された請求権自体に対する異議に関してのみ認められるものであるというのが、理由である。そして他に救済がないということから、方法異議が認められる。開示宣誓排除の合意においては、これとならんで開示宣誓手続内の異議も認められている。[4]

ダックヴァイラー（一九三四年）は執行に関する合意が事実審の口頭弁論終結前に締結された場合と、終結後に締結された場合とで分けて論じている。後者は猶予または責任制限であり（ダックヴァイラーは、実体上の債権と責任の関係について明言していないが、責任を実体法の領域に位置するものと考えていたのであろう）、その主張は請求異議の訴による。前者においては請求異議の訴による主張も方法異議による主張も認められない。この場合債権者は一定の範囲でのみ執行することを義務付けられている。その違反に際して債務者には損害賠償請求権が与えられる（BGB二七六条・二八〇条・二四九条以下）。また彼は不作為の訴を提起しうる（BGB一〇〇四条）。その際仮処分による執行の停止が可能である。それゆえ請求異議の訴が認められたのと結果的に変わりない。[5]

(1) K. Blomeyer, Amm. zu LG Bielefeld, JW 1933, S. 1905.
(2) Bartels, Anm. zu LG Dresden, JW 1933, S. 2850; Ders., JW 1934, S. 1229.
(3) Bartels, JW 1933, S. 2850.
(4) Laue, JW 1933, S. 675f.
(5) Dackweiler, JW 1934, S. 1155.

6　私法上の義務付け効果から救済として請求異議の訴の類推を認める見解（ラーツ）

前記両判例およびK・ブロマイアー等の論争に続いて、執行契約論において非常に重要な二つの労作が公刊された。執行

契約をテーマとするラーツの学位請求論文と、訴訟契約一般をテーマとするシーダーマイアーの教授就任資格請求論文である。両者の見解は異なるが、両者ともその後の学説に大きな影響を及ぼしている。とくにラーツの学説は兼子博士、斎藤教授によりわが国に紹介され、支持された。その後のわが国の学説・判例でこれにしたがうものがある。

ラーツ（一九三五年）は次のように論じている。執行排除・制限契約の効力として考えられる最強のものは判決の通用力（Geltungskraft）の放棄であるが、判決は国家の行為（Staatsakt）であり、当事者はこれを処分しえない。[1] 次に執行上の権能（Vollstreckungsberechtigung）の放棄が考えられる。これが直接の訴訟的効果である。かかる効果としてはまず執行請求権（Vollstreckungsanspruch）が考えられる。しかし私人の国家に対する請求権は国家社会主義（ナチズム）の立場から否定されている。それゆえ契約は執行請求権の放棄とは構成されえない。[2] また、債権者は債務名義に基づき執行を開始する可能性を有している。これは訴訟上の可能性（prozessuale Möglichkeit）ないし執行の可能性（Vollstreckungsmöglichkeit）といわれている。しかし、訴訟法規の強行性のゆえに、これも放棄しえない（訴訟的効果の否定）。[3] 執行契約は、債権者に契約違反の執行をしないという不作為を義務付ける契約として有効である。[4]

契約違反に対する救済として方法異議の直接の適用は否定される。方法異議においては法律上の規定に基づく異議のみが主張されうるからである。[5] また、執行契約に基づく異議においては実体上の請求権が攻撃されているわけではないから、請求異議の訴にもよりえない。[6] しかし、損害賠償しか認めないのでは救済として不充分である。また、不作為の訴も考えられるが、これによつてはいつたん不作為義務違反がおかされた後には対処しえない。この場合には原状回復の訴（BGB二四九条）が考えられるが、仮に債務者が勝訴しても、勝訴判決は、執行機関に向けられるものではないから、執行を直接停止せしめない。そこで方法異議か請求異議の訴を類推する必要が認められる。契約は実体上の請求権に関するものではないが、実体上の法的状態にかかわるものであるから、後者の類推が認められる。その際ZPO七六七条二項の適用はない。債務者

は執行契約の締結だけでは判決手続において異議を主張できず、また、契約は訴により主張された請求権と直接関係がないので、判決に執行の制限を留保することは不必要かつ不可能だからである。(7)

なおラーツは執行拡張契約の有効性を否定している。(8)

(1) Raatz, Vollstreckungsverträge, Diss. Halle (1935), S. 17ff.
(2) Raatz, a. a. O., S. 20ff.
(3) Raatz, a. a. O., S. 24ff.
(4) Raatz, a. a. O., SS. 29ff., 39.
(5) Raatz, a. a. O., S. 53ff.
(6) Raatz, a. a. O., S. 55ff.
(7) Raatz, a. a. O., S. 59ff.
(8) Raatz, a. a. O., S. 1

7　最初の本格的訴訟法（執行法）説（シーダーマイアー。附、ホッホグレーフェ）

シーダーマイアーの著書は、訴訟・執行契約につき訴訟法・執行法的構成を採り、執行契約違反に対する救済を方法異議によらしめることを主張した、最初の本格的研究といえよう（この結論は彼以前にはラウェにより主張されているが）。

シーダーマイアー（一九三五年）は、訴訟契約は、公益の観点から疑念が生じなければ適法であり、公益が禁じていれば不適法であると述べている。(1) 公益の概念の内容は各時代により異なるが、そこにこの概念の特別な価値がある。(2) この種の不特定概念・一般条項が今日ではより重要になつている。(3) 一八八七年のＺＰＯ制定時には自由主義・個人主義的国家観が法の基礎にあつたが、その後公益が強調されるにいたつた（一八九八年、一九〇九年、一九二四年の修正法および一九三一年の民訴法草案）。しかしそのことは訴訟契約の否定につながらない。訴訟当事者は闘争の相手方でなく、信頼共同体（Vertrauensgemeinschaft）を形成するものと解されている。訴訟契約は固有の闘争と個人の敵対の回避・除去に奉仕するので、個人の自由とな

らんで、共同体的思考のうちに訴訟上の合意の適法性の第二の根拠がある。[4]

執行契約については次のように論じられている。権利保護請求権の一部である、国家に執行を求める請求権は放棄しえない。権利保護請求権は私法秩序の維持に奉仕し、公益にかかわるものだからである。[5] しかし特定の執行権能（Vollstreckungsbefugnis）に関する契約は適法である。例えば、執行対象の制限契約・執行着手の順序付け契約・競売を法定の方法（ZPO八一七条・八二〇条・八二一条・ZVG四四条以下）と異なる方法でおこなう契約・換価に関する契約である。[6] その根拠は、適法性の肯定が公益と矛盾せず、執行法においても処分権主義を認められていること、[7] および、法が明文規定をもつて若干の執行契約に直接の訴訟上の効果を附与していることである。ここで引きあいに出されているのは、ZPO八一六条一項・二項（日本民訴五七五条・五七六条に該当）・ZVG五九条・ZPO八二五条（日本民訴五八五条に該当）・ZPO八七六条（日本民訴六三一条に該当）・ZVG一一五条である。さらにZPO八四三条（日本民訴六一二条に該当）も援用されている（同条によれば、債権者は差押により得られた権利を放棄しうるが、この放棄は契約と類似していると解されている）。[8] かくして契約は訴訟上の契約であり、契約違反の執行処分は訴訟法上不適法である。[9] したがつてこれに対する救済は方法異議である。[10] 開示宣誓排除の契約の違反に対する救済は開示宣誓手続内の救済（ZPO九〇〇条三項——現行五項）である。[11]

かように訴訟上の効果が認められれば、そのかわりに、ないしそれとならんで債務法上の義務付け効果を認めることは余計なことである。[12] また、対象的執行制限契約と責任制限契約とは区別すべきであるが、責任制限の効果は財団の人格化、例えば有限責任会社の設立により達しうるのであるから、当事者は執行法上の効果を意欲するものとみなすべきである。[13]

なお、シーダーマイアーが、執行の全面的排除は執行請求権の放棄であるから不適法であると解していたのか、あるいは、かかる契約も何らかの構成により適法視しようとしていたのかは問題となりうる。かような契約は不適法であると述べられている箇所もある。[14] しかし別の箇所では、訴権・執行請求権の排除契約も実体上の観点から適法であり、さらに具体的な訴

訟上の権能に関する契約としても適法であるという趣旨の論述もある。[15] したがつておそらく彼は、上述の契約は執行請求権の放棄としては不適法であるが、実体上の請求権の放棄ないし具体的な訴訟上の権能の放棄と構成することにより適法と解しうると考えているのであろう。

なおシーダーマイアーは執行拡張契約の適法性を否定している。[16]

先に紹介したラーツの学位請求論文の公刊後三年目に**ホッホグレーフェ**（一九三八年）も執行契約をテーマとする学位請求論文を提出した。彼は、ラーツと全く同様の理由付けにより、契約を私法上の義務付け契約と解した[17]（シュークは、ホッホグレーフェの所説にはラーツの剽窃たる性質があるとさえ酷評している）。[18] ただしホッホグレーフェは、ラーツの著書と同年に公表され、したがつてそこでは考慮されなかつたシーダーマイアーの見解に反論している。すなわち、シーダーマイアーは、前述のごとく、執行契約に訴訟上の効果を認める根拠としてＺＰＯ八四三条を援用した。しかし、同条の放棄の効果が執行法上のものであるとしても、同条は債権の差押に関する特殊な規定で、これを契約一般に類推すべきでないと考えられている。[19] 契約違反に対する救済としては、ラーツと同様、ホッホグレーフェも、方法異議か請求異議の訴かいずれかの類推によらなければならないと述べている。しかし、ラーツが後者を選んだのに対して、ホッホグレーフェは前者を選んでいる。その理由は、一八九八年の修正法（Novelle）以来の立法は、強制執行自体に対する異議は、形式法上のものであれ、実体法上のものであれ、執行裁判所が裁判すべきであるとの傾向になつており、この立法者の意思はとくに一九三一年の民訴法草案に表われているということである。[20]

(1) Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 47ff., insbes. S. 58.
(2) Schiedermair, a. a. O., S. 59.
(3) Schiedermair, a a, O., S, 59 Fn. 34a.
(4) Schiedermair, a. a. O., S. 60ff.

(5) Schiedermair, a. a. O., SS. 85ff., 90ff., insbes. 92ff., 134.
(6) Schiedermair, a, a. O., SS. 85f., 94, 115, 134.
(7) Schiedermair, a. a. O., S. 86.
(8) Schiedermair, a. a. O., S. 132ff.
(9) Schiedermair, a. a. O., S. 134f.
(10) Schiedermair, a. a. O., S. 135.
(11) Schiedermair, a. a. O., S. 136 Fn. 111.
(12) Schiedermair, a. a. O., SS. 130, 96, 116, 177.
(13) Schiedermair, a. a. O., S. 129ff., insbes. S. 132.
(14) Schiedermair, a. a. O., S. 85.
(15) Schiedermair, a. a. O., S. 94.
(16) Schiedermair, a. a. O., S. 82ff.
(17) Hochgräfe, Vallstreckungsverträge, Diss. Breslau (1938), S. 15ff. insbes. S. 29ff.
(18) Schug, a. a, O., S. 115 Fn. 1.
(19) Hochgräfe, a. a. O., S. 28.
(20) Hochgrafe, a. a, O., S. 58ff., insbes. 63f.

8 第二次大戦後の訴訟法（執行法）説（ボーン、マルティン、ゼーリンク、H・J・ヘルヴィヒ）

第二次大戦のためか、その後しばらくは執行契約に関する研究は発表されていないが、戦後シーダーマイアーの門下生であるボーン、マルティンをはじめその他の若干の著者により、シーダーマイアー同様、執行法的構成をとる学説が発表された。

ボーン（一九五六年）は、民訴法の規定中には強行的なものと任意的なものとがあると述べている。[1] 執行排除契約の対象としてまず執行請求権が考えられる。これは、債権者の国家に対する、特定の執行行為の着手と公的強制の方法による実体権の

実現を求める権利である。これは債権者の利益のみならず、国家の秩序の実現と維持に関する公益にも奉仕するものだから、放棄しえないものである。しかし執行契約の対象としてはまた、執行手続の追行を申請する権能が考えられる。これは執行の可能性または執行権能（Vollstreckungsmöglichkeit od. Vollstreckungsbefugnis）と称されている。執行手続にも処分権主義が妥当するので、これは放棄されうる。かくして契約は直接訴訟法上の効果をもつ。[2] 契約が執行請求権に関するか、執行権能に関するかの区別は次の点にある。適法な執行法上の合意（債権者の執行権能に関する契約）は、既存の実体的請求権につきその執行の排除が決定されたときに、結ばれたことになる。これに対して、当事者の合意により、不特定あるいは複数の実体権に基づく強制執行が排除されたときには、原則として執行請求権に関する不適法な契約がなされたことになる。[3] 契約の訴訟法的効果のゆえに、債務者は契約を方法異議により主張すべきである。[4] そのほか、執行制限契約も訴訟法上の効果を有すると解されており、執行拡張契約は不適法と解されている。[5]

マルティン（一九六三年）は、執行制限契約は適法であり、それは債権者の執行権能（Vollstreckungsbefugnis）を一定方向に限定する当事者の合意であると述べている。特定の財産にのみ執行するとの合意がその例である。この合意において実体上の法律行為（責任制限）がなされたのではなく、訴訟契約が意欲されたなら、すなわち訴訟上の権利たる執行の可能性（Vollstreckungsmöglichkeit）が排除されれば、合意は訴訟上の効果を惹起する。合意違反の執行は訴訟法上不適法であり、債務者はこれを方法異議により排除しうる。[6] しかし、債権者が債務名義を行使しない、ないし少くとも一定期間行使しないとの合意は不適法である。なぜなら、この種の合意は執行権（Vollstreckungsrecht）の放棄、すなわち権利保護請求権の放棄を意味するから。[7] ちなみに、執行請求権は権利保護請求権に属するもの（Unterfall des Rechtsschutzanspruchs）であると解されている。[8]

マルティンは執行の可能性と執行権とを別個のものと解しているが、この立場は、執行の可能性ないし執行権能と執行請

求権とを区別するシーダーマイアーおよびボーンの立場と類似している。ちなみに、ボーンの学位請求論文[9]はシーダーマイアーに提出されており、マルティンはシーダーマイアーのゼミナールに所属していた[10]。

執行法・訴訟法的構成は最近にいたつても採用されている。**ゼーリンク**（一九六八年）は公刊された学位請求論文で、執行制限契約は債権者の執行権能（Vollstreckungsbefugnis）に直接影響をおよぼし、実体上の内容に関連しないと述べている。破産申立権の放棄についても同様の構成が採られている[11]。しかし別の箇所で彼は、すべての訴訟契約は訴権（Klagbarkeit）または執行力（Vollstreckbarkeit）に関連していると述べ[12]、また、訴権・執行力は請求権の内容に属するともいつている[13]ので、彼の論述には若干混乱があるといえよう[14]。

ゼーリンクは、契約が債権者の執行権能に影響をおよぼすことから、契約違反に対する救済は方法異議ないし執行手続における口頭弁論を経ない裁判に対する即時抗告によると解している[15]。なお彼は抵当権の実行を排除する契約についても論じている[16]。

H・J・ヘルヴィヒ（一九六八年・一九七二年）も同様に訴訟法的構成を採つているが、彼の見解はやや特殊である。彼は訴訟契約の効果として訴訟上の処分的（または変動的）効果（Verfügungswirkung）と訴訟上の義務付け的効果（Verpflichtungswirkung）があると述べている[17]。

H・J・ヘルヴィヒはさらに次のように述べている。権利保護請求権ないし司法維持請求権は単に私権の実現のみならず、法秩序の維持に、それゆえ公益にも奉仕するので、処分されえない[18]。しかし当事者は、国家に対する関係とは別に、当事者相互の関係において訴訟上の特定の状態で特定の方法で行為する可能性ないし権能（Möglichkeit od. Befugnis）を有している。消極的効果をともなう訴訟契約はこの訴訟法上の権能に関する契約である[19]。消極的効果とは執行排除契約においては執行の可能性（Vollstreckungsmöglichkeit）の放棄である[20]。H・J・ヘルヴィヒのいう執行の可能性は債権者の債務者に対する関

係であるから、シーダーマイアー、ボーンのいう執行の可能性ないし執行権能とは異なる。個別執行・破産の排除ないし制限は適法である。その消極的効果は、契約の対象である規範が、負担を負わされた当事者に委ねている訴訟上の行為の方法を、契約によつて定められた方法にまで制限することである。[21] H・J・ヘルヴィヒは契約の効果を訴訟上の義務付け効果と解しているようである。[22] 契約違反に対する救済としては、右のように契約が訴訟法上の領域に属することを理由に、方法異議が認められている。さらに彼の判例批評の対象となつた事件では執行が不当利得になり、実体上違法であるため、請求異議の訴も認められる余地ありとされている。[23] なお、手続内の救済が可能な場合、独立した訴（損害賠償の訴・契約関係の確認の訴）は利益を欠くと論じられている。[24] 契約違反による損害賠償請求（違反阻止の方法が尽きれば認められる）は私法上の性質でなく、訴訟法上の性質を有する。ただし損害賠償請求の訴の管轄は行政裁判所ではなく、民事裁判所に帰属する。[25]

執行拡張契約は無効であると解されている。[26]

(1) Bohn, Die Zulässigkeit des vereinbarten Vollstreckungsausschlusses, ZZP 69 (1956), S. 22. ボーンは未公刊の学位請求論文でも執行契約をテーマとしている。Ders., Vollstreckungsausschließende Verträge, Diss. Frankfurt/M, (1955). また彼は破産契約に関する論文も発表している。Ders., Zulässigkeit und Wirksamkeit von Konkursverträgen, KTS 1955, S. 135ff. 本稿ではＺＺＰ誌に掲載された論文から引用する。

(2) Bohn, a. a. O., S. 22ff.

(3) Bohn, a. a. O., S. 24f.

(4) Bohn, a. a. O., S. 26f.

(5) Bohn, a. a. O., S. 20.

(6) Martin, Pfändungspfandrecht und Widerspruchsklage im Verteilungsverfahren (1963), S. 195.

(7) Martin, a. a. O., S. 196.

(8) Martin, a. a. O., S. 121.

(9) (1)で紹介したもの。

(10) マルティンの著書の序文からわかる。

(11) Soehring, Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozeßverträgen, Diss. Saarland (1968), S. 17. ゼーリンクの著書はすでに柏木弁護士により紹介されている。柏木「最近の西ドイツにおける訴訟契約論について」北海学園大学法学研究六巻二号四二四頁以下。同「西ドイツ民事訴訟法学の現況(2)」ジュリ四七七号一三五頁以下。

(12) Soehring, a. a. O., S. 42f.

(13) Soehring, a. a. O., S. 45f.

(14) Schug, a. a. O., S. 149f.

(15) Soehring, a. a. O., S. 17f., vgl. S. 45.

(16) Soehring, a. a. O., S. 109f.

(17) H. J. Hellwig, Zur Systematik des Zivilprozeßrechtlichen Vertrages, Diss. Bonn (1968), S. 60ff., Ders., Anm. Zu LG Bonn, JR 1972, S. 159. 以下では前者（公刊の学位請求論文）を Zur Systematik. として引用し、後者を Anm. zu LG Bonn と表示して引用する。なお Verfug ungswirkung の訳し方については、柏木・前掲論文北海学園大法研六巻二号四二四頁注（1）参照。また、Zur Systematik は柏木弁護士の二論文のほか、松本「最近の西ドイツにおける訴訟契約論の動向」民商法六四巻一号一四一頁以下でも紹介されている。

(18) H. J. Hellwig, Zur Systematik., S. 87.

(19) H. J. Hellwig, Zur Systematik., S. 88.

(20) H. J. Hellwig, Zur Systematik., S. 61.

(21) H. J. Hellwig, Zur Systematik., S. 90.

(22) H. J. Hellwig, Anm. zu LG Bonn, S. 159.

(23) H. J. Hellwig, Anm. zu LG Bonn, S. 159. 彼の取り上げた判例の事実関係は複雑である。

(24) H. J. Hellwig, Zur Systematik S. 127f.

(25) H. J. Hellwig, Zur Systematik., SS. 70f., 110, 126, Ders., Schadensersatzpflichten aus prozessualem Verhalten, NJW 1968, S. 1072ff.

(26) H. J. Hellwig, Zur Systematik., S. 89.

9 新しい執行契約論の動向——目的論的・機能論的方法の採用（エンマーリヒ、シューク、ガウル、シェルフ、ビュルク、ヘンケル）

一九六〇年代末からは新しい傾向の執行契約論が続いて発表されているシューク、シュルフの学請位求論文、エンマーリヒ、ビュルクの雑誌論文がそれである。彼等は、契約の法的効果・性質から契約違反に対する救済方法を決定するという従来の方法、すなわち演繹的・概念的方法論を排し、いかなる救済を認めるのが適切かという考慮から救済方法を決める、目的論的・機能論的方法論を採用した。ただし各論者の結論は一様でない。また、シュークの学位請求論文はボン大学のガウル教授に提出されたものであるが、ガウルはその後発表した判例批評においてシュークの所説をとり入れた。そのほかヘンケルもその著書において執行契約に論及している。

これらの論者のうち**エンマーリヒ**（一九六九年）は次のように述べている。訴訟契約の適法性の基準は公益と私益の衡量にある。[1]訴訟契約を広く認めると、経済的圧力によりこれが締結される危険がある。とくに行為制限が訴訟上の条項（prozessuale Klauseln）になつている場合にそうである。しかし、経済的圧力の濫用があつた場合に個々的に契約を無効とすべきである（総じて契約を無効とすべきでない）。この場合にはＺＰＯ一〇二五条二項（仲裁契約の締結または仲裁手続において一方の当事者が経済的または社会的優位を利用した場合の、仲裁契約の無効を規定）が準用される。[2]処分権主義のゆえに債権者は債務者との合意により執行を制限しうる。[3]この執行契約は直接訴訟上の法律状態を形成する。法律自体が若干の執行契約においてかかる効果を附与しているのがその理由である（ＺＰＯ八一六条・八二五条）。[4]契約違反からの救済は方法異議である。その根拠は、第一に契約違反の執行が執行法上違法なこと（右の契約の効果のゆえに）、第二に、能率の観点からも方法異議によることが、当事者の利益に合致することである。請求異議の訴では解決が遅延する。また、より簡易、低廉な手続があるとき、請求異議の訴によることは、利益を欠く。[5]開示宣誓・破産手続に関する契約にも直接の訴訟形成的効果が認められる。[6]そのほかエンマーリヒは抵当権の実行に関する契約についても論じている。[7]また執行拡張契約のなかにも適法なものがあることを指摘している。[8]

救済としてエンマーリヒが方法異議を認める際の、第二の根拠は目的論的、機能論的考慮に基づくものである。

エンマーリヒの論文の発表と同じ年に、シュークは執行契約に関する学位請求論文をボン大学のガウル教授に提出した。シュークはドイツの学説史を克明に書いており、その点で彼女の研究は貴重なものであるが、残念なことに学位論文は公刊されていない。ここでは彼女自身の見解を紹介するが、それも従来の学説の殻をうち破ろうとするものである。

シューク（一九六九年）は、シーダーマイアー等と異なり、執行請求権と執行権能の区別を否定する。[9] 契約の効果と適法性については次のように論じられている。債権者が満足を得るか、いつ、いかに満足を得るかは債権者の自由である。[10] しかし、直接の訴訟法上の効果をもつ契約が執行機関を拘束すること、換言すれば、合意違反の執行処分を不適法とすることに対し、シュークは消極的である。かような権限の当事者への附与は民訴法典の体系と調和しない。シーダーマイアーは、合意違反の執行を不適法とする効力の根拠としてＺＰＯ八四三条を援用した。しかし、国家の高権行為の効力、とくに差押を執行機関の介入なしに取消す点で同条はきわめて特異であり、その援用は不適切である。また、ＺＰＯ第八編（強制執行）の目的は国家の強制権力の行使における不安定性の除去である。明文をもつて規定されている執行要件および執行障害の独占（この点は明文規定のみが規制しうるということ）に関する公益の故に、執行法上の処分的契約の効果は否定される。[11] シュークと同様かような効果を否定する者のなかには、私法上の義務付け効果を認める者がいる（例えば、ラーツ）。しかし彼女はＨ・Ｊ・ヘルヴィヒにしたがい、訴訟上の義務付け効果を認めている。[12]

契約違反に対する救済として不作為の訴は否定されている。その理由は、第一に、これはときとして迂遠であるということ、第二に、これによつては将来おこなわれる執行には対処しうるが、すでになされた執行処分を取消しえないということである。損害賠償も救済として不充分である。[13] 請求異議の訴の直接の適用も否定される。契約に基づく異議は実体上の請求権に対するものではないからである。[14] また、契約違反の執行も執行法上違法ではないから、方法異議の直接の適用にもよりえ

ない。[15] かくして請求異議の訴か方法異議か、いずれかの類推によることになる。両者は手続の点と管轄の点で異なる。請求異議の訴は通常の訴訟手続で、方法異議は決定手続で原則として口頭弁論を経ずに裁判される。また、請求異議の訴については第一審受訴裁判所が、方法異議については執行裁判所が管轄をもつ。管轄の点は本問題では決定的でない。請求異議の訴の管轄が第一審受訴裁判所に帰するのは、同裁判所が実体関係を熟知しているからであろうが、執行法上の契約は実体法上の関係とかかわりがない。手続の観点からは請求異議の訴の類推によるべきことになる。実務上、当事者は多くの場合合意がなされたか否かを争っている。その解明には証拠調べ、とくに証人の訊問が必要である。それは方法異議でもなされうるが、そのためには、証拠の調査を目的として編成された請求異議訴訟によらしめる方が、より適切である。[16] ここに目的論的配慮がみられる。いずれにせよ、請求異議の訴の類推が認められるが、ＺＰＯ七六七条二項の適用は、契約の特殊性のゆえに、排除される。[17] また債務者にはＺＰＯ七六九条（日本民訴五四七条に該当）の準用により仮の処分による保護が与えられる。[18] 執行終了後は損害賠償請求の訴が提起されうる。この請求は訴訟法上の性質を有するが、損害賠償請求の訴の管轄は行政裁判所でなく通常裁判所に帰属する。[19]

執行拡張契約の適法性は否定されている。[20]

ガウル（一九七一年）はシュークの見解をとりいれた。彼は、契約の適法性と有効性は、その帰属法領域と適用法規の確定に依存すると述べているが、[21] 契約の効果・契約違反に対する救済についての彼の所説は理論構成においても、結論においても、シュークと変わらない。[22]

以上紹介したように、エンマーリヒ、シューク、ガウルは目的論的・機能論的方法論・利益衡量論を採用しているといえるが、かかる方法論を採ることを最初に明言したのは、シェルフの公刊された学位請求論文であろう。

シェルフ（一九七一年）は従来の演繹的方法に対して、目的論的・機能論的方法を採ることを明言している。[23] また、執行請

求権と執行の可能性ないし執行権能の区別を否定している。[24]契約の法的効果については各種の契約ごとに論じられているが、全体として実体的構成がおこなわれている。一切の執行を排除する契約は執行可能な摑取権たる実体上の請求権（materieller Anspruch als vollstreckbares Zugriffsrecht）に関する義務付け的ないし処分的契約である。[25]執行を排除する契約が債務者の破産における債務者の摑取をも排除するかは、個々的な問題であるが、債権者は必らずしも債務者の決定的な挫折の後も、破産財団からの返済を放棄するわけではない。それは債務者の利益にならず、他の債権者の利益になる。以上のことから、執行が排除された場合は、原則として個別執行のみが考えられているといえる。[26]また執行対象の制限は実体上の摑取の制限である。[27]執行の方法に関する契約（例えば、保全抵当—Sicherungshypothek—のみを認め、その他の処分を排除する契約・差押のみをおこない換価をしない契約・他の債権者が執行しそうになつたときに限り執行するが、保全抵当以上のことをしない契約・宣誓に代わる保証の申立をしない契約）も実体的に構成されている。すなわち、強制執行の手段は実体権により規定されているから、その排除・制限も実体権に加えられる制限であるというのである。強制競売はおこなわず、強制管理のみをおこなうとの契約も同断である。[28]

契約の主張方法についてシェルフは、当初主張したように、合目的的考慮を払つている。すなわち以下のように論じられている。執行排除契約は事情によつては請求権を無価値なものにする。それに関する争いにおいては口頭弁論の必要（ZPO一二八条一項。日本民訴一二五条一項に該当）および弁護士強制（ZPO七八条）が妥当する通常の判決手続によるべきである。異議においては管轄は原則として区裁判所に帰する（ZPO七六四条二項）が、その結果弁護士強制主義がとられず（ZPO七八条一項）、口頭弁論も必要的でない（ZPO七六四条三項・八九一条前段。日本民訴五四三条三項・七三五条本文に該当）。さらに審級の順序が短縮される。かような点の考慮から、契約の主張は請求異議の訴の直接の適用によるべきであると主張されている。[29]契約が事実審の口頭弁論終結前に締結されたならば、契約は初めに提起された給付訴訟において主張されなけれ

ばならない。契約違反の執行があつてはじめて悪意の抗弁が生じるという考えは、給付訴訟の争訟の構造に反する。[30] 強制執行を部分的に排除する契約についても、右に述べたことと同じことが妥当する。[31] さきに差押えた物の換価が満足をもたらさなかつたときに限つて、他の物の差押を許す契約がある。この契約の内容は、ＺＰＯ七七七条の物的検索の抗弁と類似している。同条違反の執行に対しては方法異議が認められているので、契約の主張も原則として方法異議による。しかし、七七七条の範囲を越えている場合や、多くの証拠調べの判断が必要である場合は、異議と訴を選択することになる。[32] 宣誓にかわる保証に関する契約は原則としてこの手続内の異議（ＺＰＯ九〇〇条五項）で主張すべきであるが、証拠調べが必要な場合には、これと訴による主張の選択が可能である。異議を提出された裁判所は訴訟裁判所に移送できる。[33] 個々の執行方法に関する契約は、訴訟手続にもち出されるべき場合においてのみ、ＺＰＯ七六七条二項が適用される。その他の場合は強制執行が開始されてはじめて判断される。[34] かようにシェルフによれば事情により、異議によるべき場合と、異議と訴の選択が認められる場合とがあることになる。

そのほか、契約違反による損害賠償は私法上のものであると解されている。[35] また、シェルフは差押禁止保護の放棄その他一般に執行拡張契約と称されている契約（彼はこの名称を用いていない）についても論じている。[36]

シェルフと同様、目的論的・機能論的方法論・利益法学的方法を採用しつつも、シェルフに対して批判を提起しているのがビュルクである。

ビュルク（一九七二年）はまず利益法学的方法を採用することを提唱する。[37] しかし彼は、シェルフが契約の主張を場合によつては異議に、場合によつては訴訟によらしめることには反対し、統一的解決は可能であり、かつ区々たる解決方法は当事者にとつても裁判所にとつても妥当性を欠くと主張している。[38]

とくに方法異議と請求異議の訴の機能に関するビュルクの見解に注目すべきである。すなわち、通常、方法異議によつて

は純粋に手続上の問題のみが、請求異議の訴によつては実体上の問題のみが判断されると解されているが、この機能の分化には例外があることが指摘されている。この例外とは次の場合である。ZPO八一三条a（換価猶予）・八五一条（農産物の売却に基づく債権の差押の取消）・八五一条b（使用料・用益賃料債権の差押の取消）によれば、執行裁判所は、換価猶予・差押の取消という手続形成的決定の前提として、場合によつては困難な実体的問題を判断しなければならない。ZVG三〇条a（賃務不履行が一般的経済状態による場合の競売手続の一時停止）による競売の一時停止の際も、執行裁判所は債務不履行の原因となつた一般的経済状態という実質的問題を判断しなければならない。これらの例から、立法者は執行裁判所に困難な実体的問題を判断し、同時に手続を形成する権限を与えたことが判明する。それゆえ、執行契約に関する判断も、ただちに請求異議の訴による訴訟手続がより適切であるとはいえない。[39] さらに、ZPO七七七条によると、債権者が自己の債権のため質権または留置権ある物を占有する場合、その物の価額で債権を弁済しうるならば、債務者はその限度で他の財産に対する執行に対し方法異議を提起しうる。またZPO九〇〇条四項によると、債務者が三ヶ月以内に債務を返済しうることを疎明すれば、裁判所は宣誓にかわる保証を免除ないし猶予しうる。これらの場合明文規定により執行裁判所に実体的判断が課せられている。債務者が別途に保証をたてる限り執行をしないとか、あるいは、宣誓にかわる保証をしない、ないし延期するとの合意がなされた場合の事実状態は、前記の場合と類似しているので、合意違反に対しては方法異議が最も簡易かつ合目的的な救済である。また、超過差押に対する救済は方法異議であるが、合意により執行の対象からはずされた財産に対して執行がおこなわれたときの事実状態も、超過差押がなされた場合のそれに類似しているので、この点からも、合意違反からの救済も方法異議であるといえる。[40]

契約の性質については次のように論じられている。合意は、適法である限り、必ず訴訟手続に関する。合意は実体的請求権にかかわることもありうる（この場合、合意は二重性質を有する）。ビュルクは、合意によつても適法とされる対象に対する

差押が債権者の完全な満足と費用を満たさないときに、合意は実体上の請求権にもかかわると解しているようである。[41] 合意がかように二重性質を有する場合は、救済としては方法異議のほか請求異議の訴も選択的に認められる。[42]

ビュルクは執行拡張契約にも論及している。[43]

なお、**ヘンケル**（一九七〇年）は執行排除・制限契約の効果・主張方法について次のように論じている。もし契約が債務法上の効果しかもちえないなら、債務者は契約を執行手続で主張できない。給付の訴では債務者にとつて救済が遅きに失するし、給付判決の執行についても問題がある。そこで執行手続上の救済が検討されている。方法異議による救済は否定されている。執行に関する合意は、方法異議によるべきであるとされている執行保護（Vollstreckungsschutz-差押禁止の保護）・ＺＰＯ七六五条ａ（苛酷執行）・同七七七条（物的検索の抗弁）よりも、相続責任の限定に近いと解されている。[44] ドイツ法上は相続責任の限定は請求異議の訴により主張されることになつている（ＺＰＯ七八五条）ので、ヘンケルは契約違反からの救済もこれによるべきであると考えているのであろう。しかし彼がその直接の適用を考えているのか、その類推を考えているのかは不明瞭である。

(1) Emmerich, Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge, ZZP 82 (1969), S. 417.
(2) Emmerich, a. a. O., S. 417ff.
(3) Emmerich, a. a. O., S. 429.
(4) Emmerich, a. a. O., S. 434f.
(5) Emmerich, a. a. O., SS. 435ff., 433.
(6) Emmerich, a. a. O., S. 435.
(7) Emmerich, a. a. O., S. 430f.
(8) Emmerich, a. a. O., SS. 423ff., 437. この点については、石渡「執行拡張契約」判例タイムズ近刊号参照。
(9) Schug, a. a. O., (Zur Dogmatik des vollstreckungsrechtlichen Vertrages, Diss. Bonn, (1969)) S. 167ff., vgl. SS 121ff., 143. 152.

(10) Schug, a. a. O., SS. 106, 126, 184.
(11) Schug, a. a. O., SS. 184ff., 125f., 148.
(12) Schug, a. a. O., S. 187f.
(13) Schug, a. a. O., S. 113f.
(14) Schug, a. a. O., S. 88.
(15) Schug, a. a. O., SS. 188ff., 148.
(16) Schug, a. a. O., S. 189ff.
(17) Schug. a. a. O., S. 191f.
(18) Schug. a. a. O., S. 192.
(19) Schug, a. a. O., S. 192ff.
(20) Schug, a. a. O., SS. 32, 72.
(21) Gaul, Anm. zu BGH NJW 1968, S. 700, JuS 1971, S. 347.
(22) Gaul, a. a. O., S. 348f.
(23) Scherf, Vollstreckungsverträge, Diss. Koln (1971), S. 2f.
(24) Scherf, a. a. O., S. 19ff., insbes. S. 24f.
(25) Scherf, a. a. O., S. 62f.
(26) Scherf, a. a. O., S. 63.
(27) Scherf, a. a. O., S. 71f.
(28) Scherf. a. a. O., S. 87ff.
(29) Scherf, a. a. O., 104ff.
(30) Scherf, a. a. O., S. 110ff.
(31) Scherf, a. a. O., S. 112f.
(32) Scherf, a. a. O., S. 122f.
(33) Scherf, a. a. O., S. 123
(34) Scherf, a. a. O., S. 124
(35) Scherf, a. a. O., S. 125.
(36) この点に関する彼の見解については、石渡・前掲論文参照。

(37) Bürck, Erinnerung oder Klage bei Nichtbeachtung von Vollstreckungsvereinbarungin durch Vollstreckungsorgane?, ZZP 85 (1972), S. 391f. 本論文はすでに石川教授により紹介されている（石川「執行契約再論」民商法六八巻一号一頁以下。とくに八頁以下。）

(38) Bürck, a. a. O., S. 395ff.

(39) Bürck, a. a. O., S. 399f.

(40) Bürck, a. a. O., S. 400f.

(41) Bürck, a. a. O., S. 404f.

(42) Bürck, a. a. O., S. 405f.

(43) Bürck, a. a. O., S. 403 Fn. 41.

(44) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht (1970), SS. 370ff., 372 Fn. 51.

（二）ドイツの学説――その二――（体系書およびコンメンタール）

体系書およびコンメンタールのなかには、執行契約について、なかんずくその法的効果と契約違反に対する救済（契約の主張方法）について論じていないものがある。**ブルンス**の体系書[1]および**ツェラー**のコンメンタール[2]がそれである。

契約を実体法的に構成するものとして、**ヴィークツォレーク**のコンメンタールがある。ヴィークツォレークは、名義の使用に関する契約中には請求権の猶予が存しうると述べている。その主張はＺＰＯ七六六条（方法異議）ではなく、同七六七条（請求異議の訴）によらしめられている。ただし、七六七条二項・三項（日本民訴五四五条二項・三項に該当）の適用は否定されている[3]。

ホッヘの著書も実体法説に分類できよう。彼は次のように述べている。執行の延期に関する合意は猶予であり、その主張は請求異議の訴による。対象制限の合意は、相続財産の限度における責任制限（ＺＰＯ七八〇条）および民法上の有限責任に類似している。ＺＰＯ七八五条・七八六条はこれらの異議を請求異議の訴によらしめている。これらの場合との類似性により、対象制限の合意の主張は請求異議の訴による（ただし、直接の適用によるのか、類推によるのかは明らかでない）。合意が既判力の

基準時前に結ばれ、判決中に留保されなかつた場合でも、既判力により合意の主張が遮断されることはない。異議事由は合意自体ではなく、合意の違反である。合意を口頭弁論で主張することは、債務者に要求されない（それは考えられることではある）。[4] 執行の永久的・全面的排除については何も論じられていないが、延期と同様に解されているのであろう。なお、ホッヘは執行の延期を猶予、すなわち請求権それ自体に関する処分と解し、対象制限を責任制限ないしそれに準じるものと解しているが、債権（実体権）と責任がいかなる関係にあるかについては論及していない。

改説後のトーマス＝プッツォーのコンメンタールも実体法説をとつているが、同書については後に紹介する。

次に、執行法的効果と実体的効果を何らかの形で組み合わせて認めるものがある。

バウムバッハ＝ラウターバッハのコンメンタールは、執行制限契約の適法性を肯定したうえで、契約違反に対する救済としては常に方法異議が可能であると述べている。しかし、執行契約が実体的合意を含む場合、例えば、単に差押の制限のみならず実体権の部分的放棄ないし猶予をも含む場合には請求異議の訴も適用されうるとも述べている。[5]

シュタイン＝ヨーナスのコンメンタールも、執行排除・制限契約の有効性を肯定したうえで、以下のごとく論じている。合意には免除ないし猶予の合意と、訴訟（執行）上の効果を有する合意がある。前者が既判力の基準時前になされた場合は、判決中に留保されなければならず、留保にもかかわらず執行機関がそれを顧慮しないならば、方法異議が適法な救済である。判決中に留保されなければ、その主張は既判力により遮断される。合意が既判力の基準時後になされた場合については言及されていないが、合意違反に対する救済としては請求異議の訴を認める趣旨であろうか。後者の主張は方法異議あるいは宣誓にかわる保証手続内の異議（ＺＰＯ九〇〇条五項）による。合意から右のいずれの効果が発生するか不明な場合、および両性的契約の場合には、方法異議と請求異議の訴が選択的に競合する。また執行的効果をもつ合意においても、請求異議の訴も類推される。しかしこの場合にはＺＰＯ七六七条二項・三項の適用はない。なお、不執行の不作為を命ずる判決は執行に

対して直接の影響をもたず、また判決の執行方法にも問題があるので、不作為の訴による救済は否定される。他方、契約に基づく法的関係の確認判決は可能である。同判決があつたにもかかわらず、執行がなされた場合は、方法異議が認められる。[6]

シェンケ＝バウアの体系書は契約を執行法的に構成しているが、執行の全面的排除については実体法的に構成する可能性を示している。また、合意の主張方法の決定にあたり、合意がなされた時点が考慮されている。すなわち次のように論じられている。債権者は強制執行における自己の権能を制限しうる。[7]実体上の免除・猶予と執行上の合意は区別される。前者が既判力の基準時前になされれば、それは訴訟で主張されなければならない。基準時後になされれば、債務者は請求異議の訴により対処しなければならない。[8]債権者の執行権能の時間的制限の合意ないし執行の方法（例えば、宣誓にかわる保証）の排除の契約の主張のためには、方法異議または宣誓にかわる保証手続内の異議（ＺＰＯ九〇〇条五項）が認められている。[9]請求権の執行をあらかじめ完全に排除する合意は無効であるが、それを実体上の合意と構成する余地は存する。また既存の名義の事後的放棄も適法である。[10]執行対象の制限の合意は適法であるが、その主張方法は合意がおこなわれた時点により異なる。訴訟前・訴訟中の合意は、その内容が判決中に留保されなければならず、留保に反する執行に対しては方法異議が認められる。合意が名義作成後になされ、かつそれに違反する執行がなされた場合の、債務者の合意の主張方法は、手続規定違反があつたわけではないので、方法異議にはよりえない。また、債務者の異議は実体上の請求権に関するものではないから、請求異議の訴にもよりえない。そこで、この種の問題の解明にもつとも単純な方法であるということから、方法異議が類推される。[11]

契約の法的性質を論じることに消極的な態度をとる著書もある。**レント＝ヤウエルニヒ**の体系書がそれで、同書では以下のように論じられている。訴訟上の執行制限と実体上の責任制限とを区別することは実際上困難でもあり、不要でもある。執行制限は、それが事実審の口頭弁論終結前に成立したなら、判決に明示されなければならない。その場合、合意違反の執行に対する債務者の救済は方法異議である。執行制限が事実審の口頭弁論の終結後に合意され、合意違反がおかされた場合の

救済も異議である。たしかに執行法規違反があつたわけではなく、単に合意違反があつたにすぎないが、違反の法律要件（Verletzungstatbestand）の類似性のゆえに、請求異議の訴ではなく方法異議が準用（entsprechendle Anwendung）される。[12]

また、**ローゼンベルク**の体系書は、契約による強制執行の対象ないし個々の執行処分（例えば、開示宣誓）の排除は可能であると述べているが、契約の法的性質については詳論されていない。契約の主張方法として方法異議は否定されている。契約違反の執行も執行法規には違反していないというのが、その理由である。そして主張は請求異議の訴の類推によるとされている。その直接の適用は検討されていない。ただしZPO七六七条二項の適用は否定されている。その根拠は、合意は実体上の請求権に関するものでなく、債務者は先行する手続でそれを主張する機会がないということである。[13]

トーマス＝プッツォーのコンメンタールは、最近、執行契約の法的性質ならびに契約違反に対する救済方法に関する見解を変更した。すなわち、執行排除・制限の合意は有効と解されているが、合意違反に対する債務者の救済について第六版では次のごとく述べられている。合意違反の執行においても執行機関の手続は適法であるから、方法異議は否定される。請求異議の訴も否定される（理由は明らかでない）。しかし債権者は契約により特定の執行処分の不作為を義務付けられている。それゆえ債務者は、執行の中立または宣誓にかわる保証の申立を取下げさせる、ないし特定の差押の対象を解放させる等の目的をもつて、給付の訴を提起しうる。この場合には仮の処分に関するZPO七六九条（日本民訴五四七条に該当）が適用される。[14]（給付の訴を認める論者は、通常、応急の措置を仮処分によらしめているが、トーマス＝プッツォーは仮の処分によらしめている）。しかし同じコンメンタールの第七版以降では次のように述べられている。合意が請求自体にかかわる場合、例えば強制執行が全面的に排除された場合は、債務者は請求異議の訴を提起しうる。第六版までがとつていた、給付の訴による救済を認める見解は捨てられに。[15]

給付の訴による救済は一九三四年のダックヴァイラーの論文の後は、本書を除けば、管見のおよぶ限り、他のどの著者に

よつても採用されていない。本書においてもこれを認める見解が捨てられたことは、学説史上意味のあることではなかろうか。

(1) Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht (1963).
(2) Zöller, ZPO 11. Aufl. (1974).
(3) Wieczorek, ZPO (1957) § 766 B Ⅲ a 3, § 767 B Ⅲ c 1.
(4) Hoche, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. (1963), § 13 Ⅲ 4. Fall.
(5) Baumbach-Lauterbach, ZPO 34. Aufl. (1976), 3Evor § 704, § 767 2 C.
(6) Stein-Jonas-Münzberg, ZPO 19. Aufl. (1970), Ⅵ 6 vor § 704, § 766 Ⅱ 1, Ⅳ 2.
(7) Schonke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-, und Vergleichsrecht, 9. Aufl. (1974), § 7 I.
(8) Schonke-Baur, a. a. O., § 7 Ⅱ 2 a.
(9) Schönke-Baur, a. a. O., § 7 Ⅱ 2 b.
(10) Schönke-Baur, a. a. O., § 7 Ⅱ 2 c.
(11) Schönke-Baur, a. a. O., § 7 Ⅱ 3 a, b.
(12) Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckungs-, und Konkursrecht, 13. Aufl. (1975), § 1 Ⅵ 3.
(13) Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. (1961), § 180 Ⅲ 1 b.
(14) Thomas-Putzo, ZPO 6 Aufl. (1972) § 766 7.
(15) Thomas-Putzo, ZPO 7. Aufl. (1974) § 766 7.; 8. Aufl. (1975) § 766 7

（三）ドイツの判例

比較的古いドイツの判例には契約を実体的に構成し、契約の主張を請求異議の訴によらしめるものが多い。次の判例がある。

OLG Stuttgart Seuff. Arch. 43, Nr. 314. S. 474ff., v. 11. 11. 1887 における事実関係は、債権者はマインツにある債務者の財産に対してのみ差押をおこなうが、それ以上の執行はおこなわないとの合意があつたにもかかわらず、シュトゥ

ットガルトで差押がおこなわれたというものである。判旨は、異議は請求権自体に関するものであり、本件の事実状態は債権者が猶予を与えた場合と類似していると述べている。救済は請求異議の訴によるとされている。

RG Seuff. Arch. 44, Nr. 236. S. 375ff., v. 27. 2. 1889 は、欠席判決を下させるが、債権者は一定期間執行しないとの合意を、猶予とみなし、その主張は請求異議の訴によるべきであると判示した。

OLG Hamm OLG Rspr. 20, S. 339f., v. 26. 2. 1910 も同様の構成を採用している。事案は、家具は差押えないとの合意に違反する差押がなされたというものである。判旨は、原告（債務者）の異議は執行手続に適用される規定の違反に関するものではなく、判決により確定した請求権自体に関するとの理由から、救済は請求異議の訴によると判示している。また、異議事由は合意違反の執行がなされたときに発生する（既判力の基準時前の合意も異議事由になる）と解されている。

結論としては救済を請求異議の訴によらしめているが、理由付けにおいて右に掲げた三つの判例とやや異なるものに、**OLG Karlsruhe OLG Rspr. 13, S. 188f., v. 5. 10. 1905** がある。同判例は、合意の内容が、分割払いの同意による債権の猶予によつて生じる請求権自体の実体上の変更であるのか、請求権を維持しつつ、分割払いをまもることを条件とする執行の延期であるのかは、問題とする必要がないとしている。後者の意味に解される場合も、請求異議の訴が認められるというのである。その理由は、請求権が後に消滅したとか、本質的に変更されたという主張だけが異議とみなされるのではなく、異議の基礎にある事由がＺＰＯ七六七条二項に規定された時点以降に発生した限りにおいて、一時的に、請求権は執行されないということも、請求権それ自体に向けられた法的救済とみなして、異議の内容となるということである。

そのほか、理由は明白ではないが、**RG JW 1991, S. 122f., v. 26. 1. 1901** と **OLG Hamburg OLG Rspr. 31. S. 144f., v. 4. 6. 1914** が、合意違反に対する救済は請求異議の訴であると判示している。前者は異議事由は合意違反の執行がなされたときに生じると述べている。

一方、古い判例にも執行的効果を認める趣旨のものもある。その一つが **OLG Dresden OLG Rspr. 13, S. 198ff., v. 21. 6. 1905** である。この判例は、開示宣誓排除の合意違反に対する異議は実体上の請求権に関するものではなく、単に債務者が開示をする義務があるか否かという問題に関するものであるとの理由から、この違反に対する救済を開示宣誓手続内の異議（ZPO九〇〇条）によらしめている。

同様に **OLG München OLG Rspr. 31. S. 92f., v. 22. 12. 1914** も契約を執行法的に構成している。事案は、当事者間で欠席判決を下させるが、執行は保全抵当（Sicherungshypothek）の段階で留め、その他の執行処分はしないとの合意に、債権者が違反したというものである。判旨は、債務者は請求権自体を争うのではなく、単に債権者がおこなつた執行の種類を争うにすぎないとして、方法異議による救済を認めた。なお、本件判旨では、異議手続においても口頭弁論が開かれる場合があることを指摘している点が注目される（債務者が、彼の代理人として合意を締結した者の証人調べ、したがつて口頭弁論の開催を申立てたのに対して、第一審の区裁判所はこれを却下したので、この点が問題となつた）。

やはり契約の効果として執行的効果を認める趣旨であろうが、契約違反に対する救済について特殊な見解を示しているのが、**KG OLG Rspr. 33, S. 129, v. 12. 5. 1916** である。同判例は以下のように判示している。債務者が、開示宣誓手続の休止を当事者間で合意した旨を主張するなら、これにはZPO二五一条（手続の休止の申立を規定）が準用される。債務者はZPO二五二条の即時抗告によりこれを主張しうる。

その後一九三三年にビーレフェルト地裁およびドレスデン地裁から執行契約に関する判例が下された。両判例を契機として、K・ブロマイアー、バルテルス、ラウエ、ダックヴァイラーが展開した論争はすでに紹介した。

両判例のうち、**LG Bielefeld JW 1933, S 1904f., v. 26. 1. 1933** において、債務者は、債権者は差押はするが、それ以上の処分はしないとの当事者間の合意があつたにもかかわらず、債権者が開示宣誓の申立をしたと主張した。判旨は、合意は実

体上の請求権に関するものではないとの理由で、請求異議の訴による主張を否定した。しかし方法異議や開示宣誓手続内の異議（ＺＰＯ九〇〇条）も否定されている。その理由は、執行機関の合意に違反する執行行為も手続法上違法でないこと、とくに執行官の手続規定違反がありうるのは、彼が違反を認識する可能性がある場合に限られるが、執行制限の合意がなされた場合はこれに該当しないということである。判旨は、結局、いかなる救済によるべきかについては明らかにしていない。

LG Dresden JW 1933, S. 2849f., v. 11. 9. 1933 は、開示宣誓をしないとの合意が問題となつた事案である。判旨は、合意違反の執行が手続法上違法でないことを理由に、異議（ＺＰＯ九〇〇条三項—現行五項・七六六条）による主張を否定した。同じ理由から、執行文付与に対する債務者の異議における執行の一時停止（ＺＰＯ七三二条二項）、および即時抗告における執行の一時停止（ＺＰＯ七五二条）も否定されている。そして、合意はむしろ請求異議の訴の類推により、すなわち証拠の提出を目的として編成された訴訟手続（Klageverfahren）の類推により主張されるべきであるとされている。

第二次大戦後の判例にも一貫性が欠けている。

BGH ZZP 68, S. 101f., v. 14. 7. 1954 は、その事実関係は不明であるが、合意の効果を責任制限と解し、既判力の基準時前に責任制限が合意されたならば、責任制限は判決中に留保されなければならないと判示している。

また、**BGH JZ 1955, S. 613f., v. 12. 7. 1955** は、契約の主張方法は請求異議の訴によると判示している。その理由は、執行契約による債権者の権利の放棄は（ＺＰＯ八四三条と異なり）適応する法律上の規定を欠くため、公の証書における債権者の満足を得たことの表示の証明以上の執行手続上の効果を有しないということである。これは、契約は当然に執行機関に認識しうるものではないということであろう。

BGH NJW 1968, S. 700f., v. 11. 12. 1967 は契約の効果として私法上の義務付け効果を認めている。事案は、留保判決（Vorbehaltsurteil）[1] が下されているが、債権者・債務者間に、既判力ある判決による手続の終結まで執行はしないとの合意

があつたところ、債権者が合意に反して執行をおこなつたというものである。連邦通常裁判所（BGH）は次のように判示した。契約は問題となつている期間執行力(Vollstreckbarkeit)を奪うという効果はもちえない。けだし、当事者はたしかに、判決を使用しない。もしくは一定の方法でのみ使用することを有効に合意しうるが、しかし獲得された判決が、法律上判決に帰する効力を、有しないとすることは、彼等の権限外だからである。なぜならここでは国家の高権行為の効力が問題なのであり、それは法律上確定されたものであつて、当事者の処分の対象には原則としてならないから。救済については、適法な合意に基づく訴は判決により確定された請求権自体にかかわるものではないということから、請求異議の訴が否定されている。また、ここでは執行の種類と方法が問題となつているのではないとの理由で、方法異議も否定されている。連邦通常裁判所は、必らずしも明確ではないが、不作為の訴を認める趣旨であろう。

しかし最近の判例は執行的効果を認めている。すなわち、**OLG Karlsruhe NJW 1974, S. 2242, v. 9. 8. 1974**は、債権者・債務者間の分割払いと、それがまもられている限り執行はしないとの合意は、債権者の執行を時間的に制限すべき合意を含む執行契約――少くとも執行契約でもある――とみなされるべきであると判示している。これとならんで、猶予のごとき実体上の合意がなされたか（契約は両性的ないし両行為併存的か）は、未確定にしておきうるとされている。

以上のほかに、**BGH ZZP 69, S. 176ff., v. 3. 12. 1955** および **LG Bonn JR 1972, S. 157ff. v. 22. 10. 1971**も執行契約に関する事案である。しかし両判例は、当該事案においては契約の法的効果と契約違反に対する救済方法の問題は結論を左右するものではないとして、これらの問題に対しては明瞭な態度をとつていない。

（1）ドイツ法上、証書訴訟（Urkundenprozeß）において留保判決が下される場合がある。その場合、不服のある被告は事件を通常手続に移行せしめうる（この手続を Nachverfahren という）が、事件が移行されても、原告は留保判決に基づき執行することができる（ZPO五九九条三項・六〇〇条一項）。

（四）日本の学説

1　執行法説（穂積、松岡、谷井、大阪谷、細野、柚木＝高木、小室説）

管見のおよぶ限り、わが国で最初に執行契約について論じられたのは、**穂積**（重遠）教授（大正一〇年）である。教授は契約を執行法的に構成して、以下のように述べておられる。性質上強制執行権を伴わぬ請求権があることを認めるならば、当事者の意思で強制執行権だけを放棄することも許されるはずである。放棄が請求権自体にかかわるか、強制執行権のみにかかわるかは、当事者の意思解釈の問題である。いずれであるかにより実際上も相違が生じる。前者であれば、債務者が任意に弁済しても、それは債務の弁済でなく、贈与であり、遺留分による減殺もありうる。また債権者が債務者に対して債務があつても、それと相殺しえない。後者であれば反対の結果になり、その方が穏当である。徳義上任意に支払うべき債権の例としては、消滅時効にかかつた債権がある。(1)

また、**松岡**氏（大正一三年）(2)、**谷井**氏（昭和九年）(3)は、合意は請求自体に関するものではないとの理由から、契約違反に対する救済として請求異議の訴を否定し、方法異議を認めている。同様に**大阪谷**氏（昭和一四年）も、不執行・競売申立取下げの契約に執行的（手続的）効果を認めている。強制執行請求権は、権利者が満足を得るために与えられた手段であるから、判決請求権と異り、行使・不行使の自由が債権者にあるというのである。契約違反に対する救済としては方法異議が認められている。(4)

細野氏（昭和一三年）の見解も執行法説に分類できる。同氏は法律に定めのない訴訟契約一般についてはその適法性を否定しているが、(5)執行契約については次のように論じておられる。訴権の放棄を許容すると、弱者が放棄を強制される弊害が生じる。しかし強制執行請求権はむしろ強者のために利用されるものであるから、その放棄を認めても、弊害は生じないので、

放棄を是認することができる。[6] ただし契約に基づく救済としては請求異議の訴の準用が認められている。その理由は以下のごとく述べられている。民事訴訟法が請求に関する債務者の異議を認めたるは、執行請求権とその内容たるべき私法上の権利の存在との調和をはかるがためにして、執行請求権に関する合意の認めらるる限りは、直接執行力に影響をおよぼすべき事由をもつてこれが排除をなさしむることは、前者の場合よりさらにその必要があるものというべきがゆえに、勿論解釈によりこれを許す。[7] なお細野氏は執行拡張契約の適法性を否定しておられる。[8]

戦後では、**柚木**教授＝**高木**教授（昭和二五年・四六年）が執行的効果を認めておられる。[9] しかし契約違反に対しては損害賠償のみが認められている。また、**小室**教授（昭和四九年）も、具体的訴権の放棄が可能であると同様、不執行の合意によつて、具体的な執行請求権を放棄することは差支えないし、事実上・法律上執行のできない債務も存在しうる（夫婦同居義務・自然債務など）と述べておられる。[10]

(1) 穂積「判批」判例民事法大正一〇年（九八事件）三〇八頁。
(2) 松岡「強制執行法要論　上」（大正一三年）六三八―六三九頁。ただし松岡氏は訴訟契約一般の適法性は否定される（同「新民事訴訟法註釈　第三巻・昭和七年・六八〇―六八一頁）。
(3) 谷井「財産権の強制執行」（昭和九年）二四〇―二四一頁。
(4) 大阪谷「判批」民商法一〇巻（昭和一四年）七三六―七三七頁。
(5) 細野「民事訴訟法要義　第三巻」（昭和六年）一四一頁。
(6) 細野・前掲書一三〇―一三一頁。
(7) 細野・前掲書一三六頁。
(8) 細野・前掲書一三一頁。
(9) 柚木＝高木「判例債権法総論〔補訂版〕」（昭和四六年）二四頁（同書旧版・昭和二五年・の見解は変更されていない）。
(10) 「注解強制執行法　(1)（岩松三郎先生喜寿記念）」（昭和四九年）一三頁（小室）。

2　実体法説（山田、中島、菊井（補充前）、石川（補充前）、於保、磯村、石田、松坂説）

すでに紹介したように、わが国では従前から執行法説が有力であつたが、実体法説もまた有力な主張者を有している。

山田教授（昭和二年）は不執行の合意を債務自体の免除または履行期の延長とみなし、それは請求異議事由となると主張される。債務名義が判決であり、合意が事実審の口頭弁論終結前になされていても、合意は請求異議事由たりうる。その理由は、合意違反の執行がなされたときに、異議の原因が生じるからではなく、合意の内容にしたがえば、訴訟において免除・履行期の延長を主張できないということである[1]（すなわち、執行はしないが、判決主文に留保のない――無条件の――請求認容判決を下させる旨の合意が考えられているのであろう。ただし、当事者が常に、判決主文に留保を付することを拒否する意図をもつていると断定しうるかは疑問である）。

中島（弘道）氏（昭和九年）の所説も山田説と同旨であろう。中島氏は法律に定めのない訴訟上の合意は無効であるとされながらも[2]、執行契約については次のように述べておられる。強制執行権の放棄の合意は、強制執行力なき権利（これに対する義務をobligatio naturalisという）を生ずる結果となり、訴権の放棄と同様の不都合があるから、無効である。しかし差押禁止の範囲を法定の範囲以上に拡張し、あるいは執行の期間ないし場所を限定しても、執行請求権を消滅させ、自然義務を生ぜしめるおそれがないから、その効力を認めうる。この場合の合意の効力は請求異議の訴により主張しうる。その主張は、判決確定後の弁済・消滅時効のごとく、判決により確定した請求権に関する異議といえるからである[3]。

比較的最近では、**菊井**教授（昭和二五年）の旧著も不執行の契約を請求に関するものと解して、請求異議の訴、第三者異議の訴により主張すべきであり、契約違反に対する救済として方法異議を否定している[4]。しかし教授は最近の著書でこの見解に補充を加えられた。新著の見解は後に紹介する。

執行契約を責任に関する契約とみる見解も実体法説に分類できよう。**石川**教授（昭和三七年）は、不執行の合意を訴訟契約と解する見解を排され、これを責任契約とみたうえで、契約違反に対する救済は請求異議の訴の直接の適用によると主張さ

れた。[5] しかし教授はその後にこの見解に補充を加えられた。新しい見解は後に紹介する。

かように、執行契約を責任契約と構成する見解は、実体法学者の間でも支持者が多い。**於保**教授（昭和三四年・四七年）は次のように述べておられる。不執行の合意は債権の放棄でもなく、公権である強制執行権の放棄でもない。それは責任なき債務の発生の特約である。契約違反に対する救済は第三者異議の訴に近いものになる。[6] **磯村**教授（昭和三八年）も執行契約を責任契約とみなし、契約違反に対する救済は請求異議の訴ないし第三者異議の訴の類推によらしめている。[7] **石田**教授（昭和四三年）は不起訴・不執行の合意の法的性質について次のように述べておられる。これらの合意がなされた場合、義務者が弁済したときは、非債弁済としてその返還を認めるよりも、自然債務として返還請求しえないと解するのが、適切である。当事者はかような効力の制限された債権を創造する自由をもつ。[8] ただし石田教授は合意違反に対する救済については自説を表明しておられない。

松坂氏（昭和三一年・四一年・五一年）も、強制執行をしない旨の特約は責任なき債務を生ぜしめると述べておられる。しかし同氏は債権者の右特約違反に対する債務者の救済は方法異議であると主張される。[9] 同氏は、責任を執行法の領域に位置するものと解しておられるようなので、同氏の見解を実体法説にいれることには問題があるが、便宜上その学説をここで紹介することにした。責任の概念については後に検討する

(1) 山田「判批」「民事訴訟法判例研究　I」（昭和七年）三九頁以下（はじめ、法学論叢一八巻・昭和二年・二号に掲載。本稿では「民訴判例研究　I」から引用する）。

(2) 中島「日本民事訴訟法　第一編」（昭和九年）五二四頁。

(3) 中島・前掲書五二三頁。

(4) 菊井「民事訴訟法（二）」（昭和二五年）九二頁、一〇〇―一〇一頁。

(5) 石川「不執行の合意について」「訴訟行為の研究」（昭和四六年）一八一頁以下、とくに、一八八頁、一九二―一九三頁（はじめ、法学研究三五巻・昭和三七年・六号に掲載。本稿では「訴訟行為の研究」から引用する）。

(6) 於保「債権法総論〔新版〕〔法律学全集〕」(昭和四七年) 七七、七八頁注(五)(同書旧版・昭和三四年・の見解は変更されていない)。
(7) 磯村「自然債務」「判例演習・債権法・1」(昭和三八年)五頁。
(8) 石田「自然債務の研究」大阪府立大学研究叢書第二二冊(昭和四二年) 一二五頁以下。
(9) 松坂「民法提要・債権総論〔第三版〕」(昭和五一年)二二頁(同書第一版・昭和三一年、第二版・昭和四一年の見解は変更されていない)。

3 私法上の義務付け効果説(加藤、兼子、斎藤、近藤、吉川、吉井、中野説)

執行契約に私法上の義務付け効果を認める見解は、古くは、**加藤**(正治)教授(大正一五年・昭和二年)により主張された。教授は以下のように論じられる。訴権・強制執行請求権は私権保護請求権の一分科であり、国家に対する公権である。したがつて当事者はこれを自由に処分できない。[1] それゆえ、不起訴・不執行の合意が訴権・強制執行請求権の放棄を約するものならば、無効である。しかし、契約は全然無効と解するより、できる限り有効なものと解するのが、当事者の意思解釈に適する。訴の提起・強制執行をおこなうことは当事者の自由であるから、当事者間の特約でこれに制限を加え、条件を付し、ないし期限を付しうる。契約はかかる効果を有するものとして有効と解すべきである。[2] 契約違反の執行に対する救済として方法異議は認められない。かような執行も執行法上適法だからである。[3] 請求異議の訴も否定される。その理由は、これを認めたのでは、請求権の放棄を認めたのと同じ結果になるということ、[4] および合意は実体権にはかかわらないということである。[5] 契約に違反した者は債務不履行による損害賠償責任を負う。[6] すなわち、債務者の救済としては彼に損害賠償請求権が与えられるのである。また、契約は、債権者が権利行使の方法を債務者との関係で制限することであるから、契約関係の確認判決も可能である。[7] しかし、不作為の訴により、執行をなすことを得ずとの給付命令を発することはできない。かかる広汎な意味での命令を発するならば、国家に対して執行の開始を禁止する命令にいたるからである。[8]

しかしわが国では執行契約に私法上の義務付け効果を認めながら、契約違反に対する救済としては請求異議の訴の類推な

いし準用を認める見解が有力である。この見解は、すでに紹介したように、ラーツによつてとなえられたものである。わが国では兼子博士、斎藤教授により紹介・支持されている。

兼子博士（昭和一〇年）は次のように主張される。執行制限契約は、現在の執行法上債権者の追行の自由が広く認められている関係から、狭義の訴訟に関する合意に比べて広く認められる。執行手続に関しても、判決手続におけると同様の理由から、任意訴訟禁止の原則が存し、当事者はあらかじめ執行手続の形態を変更しえない。法の規定する場合のほかは執行契約は債権者の執行上の権能自由を制限する私法上の契約である。ゆえに債権者が自己の行動によつて執行手続を左右しうる限りにおいてのみ契約は可能である。(9)

契約違反に対する救済について兼子博士は次のように論じられる。損害賠償請求しか認めないのでは救済として不完全である。不作為の訴とそれに基づく仮処分を認める説もある。しかしすでに開始された執行行為の取消は原状回復の請求によるべきであるし、仮処分により執行機関の行動を阻止しうるかも疑問である。(10)また勝訴判決を得ても、その執行方法が問題となる。(11)方法異議も認めらない。その理由は、執行契約が直接訴訟法上の効果を惹起するものでない以上、それに違反する執行行為は当然に違法でないこと、および執行機関が合意の存否・内容を調べることができないことである(なお、兼子博士は、執行裁判所の執行行為に対する不服申立が方法異議によるべきか、即時抗告によるべきかについては、ここでは態度を留保されている)。(12)(13)また、正面から請求異議の訴を認めるのは、これを規定する法文の文言に反する。(14)そこで、方法異議と請求異議の訴のいずれかを類推することになるが、後者を類推すべきであるとされている。その理由は、請求異議の訴が、執行法上は適法であるが、実体法上不当な執行を阻止するための救済であり、また法が当事者間の実体関係については執行機関の調査に委ねず、受訴裁判所の判決手続によらしめている点からも、当事者間の契約上債権者が一般にあるいは特定の執行を求めることができないという私法上の義務に基づき、執行を阻止するためには、請求異議の訴が適切であるということである。(15)また執行契

約は執行の段階にいたつてはじめて問題となり、これに基づく債務者の請求権もこれ以前に主張する利益はないので、民訴五四五条二項の適用は否定される。[16] さらに、請求異議の訴を類推する結果、民訴五四七条・五四八条の仮の処分が認められる。[17] なお、執行をなさざる旨の証書があれば、これを執行機関に提出して一応の執行停止を求めうる（民訴五五〇条四号の類推）。[18]

なお、兼子博士は執行拡張契約の適法性を否定しておられる。[19]

斎藤教授（昭和一五年・三〇年）も契約の法的効果と救済につき兼子博士と同様の見解を主張される。教授はまず次のように述べられる。執行契約は債務者の地位を強制執行法の規定に依拠する場合に比し有利なものとし、債権者はこれにより債務名義の使用方法に関し制限を受ける。しかし経済的・実質的にはむしろ債権の弁済を一層確実にすることがある、と。さらに、具体的な契約締結の事情が掲げられている。[20] 執行契約のみならず、訴訟契約全般についても、契約がはたす機能・契約締結の事情に関する考慮、すなわち法社会学的考慮はわが国の学界ではほとんど払われておらず、この点で斎藤教授の研究は高く評価されるべきである。

執行制限契約と目的物に関する責任契約とは区別すべきであるが、両者の締結の事情・動機は同じである。合意がいずれであるかは、当事者の意思解釈の問題であるが、債務者にとつては個々の執行を免れれば、契約締結の目的は達せられ、また責任制限は財団の人格化（例えば、有限責任会社の設立）により達せられるので、原則としては執行制限契約と解すべきである。[21] 執行制限契約は処分権主義に基づき適法である。[22] しかし執行要件・執行障害に関する執行法規の強行性のゆえに、執行制限契約は訴訟上の契約とはみられない（執行的効果の否定）。[23] かくして契約は実体法上の債権契約（不作為の義務付け契約）とみられる。[24] 契約違反に対する救済として認められるのは、請求異議の訴の準用である。その理論構成は、兼子博士が請求異議の訴の類推を認めるためにおこなわれた理論構成と同じである。[25] また、契約が既判力の基準時前に締結された場合も、契約の主張は前審の裁判に属さず、したがつて判決に執行制限を留保することは不要かつ不可能とされる。[26] さらに、民訴五四

七条・五四八条により仮の処分による応急の処置がとられうる。[27]

なお斎藤教授は執行拡張契約の適法性を否定しておられる。[28] また教授は競売申立取下の契約についても論じておられる。[29]

かように、契約の効果として私法上の義務付け効果を認め、契約違反に対する救済として請求異議の訴の類推ないし準用を認める見解は、**近藤**氏（昭和三〇年・四三年）[30]、**吉川**氏（昭和三三年）[31]、**吉井**氏（昭和四九年）[32] により支持されている。

しかし最近**中野**教授（昭和四五年）は、契約の効果として私法上の義務付け的効果を認めるとしても、請求異議の訴の直接の適用が認められるという、注目すべき見解を発表された。教授は、請求異議の訴を規定する民訴五四五条一項の「請求ニ関スル異議」とは、実体上の請求権に対する異議ではなく、実体上の事由に基づく強制執行に対する異議であると解しておられる。[33] 不執行の合意の主張方法については次のごとく述べておられる。これを方法異議によらしめるのは、当事者の実体関係を執行機関の調査に委ねないで、受訴裁判所の判決手続によらしめている執行法の基調と適合しない。[34] しかし、前述のごとく、請求に関する異議を、請求権に関する異議ではなく、強制執行に対する異議と考えるならば、請求異議の訴の適用を認める理論構成もさして困難でない。[35]

要するに中野教授は、不執行の合意を債権契約とみるとしても――教授は執行法上の効果は明白に否定されるが、[36] 契約の性質について積極的には何も述べておられない――、請求異議の訴を直接に適用すべしと主張しておられるのである。

(1) 加藤「判批」「民事訴訟法判例批評集　第二巻」（昭和二年）三四四頁以下、三四八頁以下、三五三頁以下。同「判批」判例民事法昭和二年（三三事件）一五八―一五九頁。以下では、前者を加藤・前掲判批・民訴判批集二巻として、後者を加藤・前掲判批・判民昭和二年として引用する。なお、執行契約に関する論稿で加藤教授が最初に公表されたのは、同「判批」判例民事法大正一五年・昭和元年三二事件である。しかし、加藤・前掲判批・民訴判批集二巻は、そこにおける論述の趣旨を変えずに、より詳細に論じられたものである。したがって、判民大正一五年・昭和元年に収録されている判例批評からの引用は省略する。

(2) 加藤・前掲判批・民訴判批集二巻三四七頁、三五二頁以下。同・前掲判批・判民昭和二年一五九頁。

(3) 加藤・前掲判批・民訴判批集二巻三五〇―三五一頁、三五四頁。同・前掲判批・判民昭和二年一五九頁。

(4) 加藤・前掲判批・民訴判批集二巻三四六頁、三五一頁。
(5) 加藤・前掲判批・判民昭和二年一五九頁。
(6) 加藤・前掲判批・民訴判批集二巻三五四頁、三六二以下頁。同、前掲判批・判民昭和二年一五九頁。
(7) 加藤・前掲判批・民訴判批集二巻三五七頁。
(8) 加藤・前掲判批・民訴判批集二巻三五七——三五八頁。
(9) 兼子「訴訟に関する合意について」「民事法研究　第一巻」(昭和二五年)二八九頁(はじめ、法協五三巻・昭和一〇年・一二号に掲載、本稿では「民事法研究、第一巻」から引用する)。任意訴訟の禁止一般については、同論文二五五頁以下参照。
(10) 兼子・前掲論文二九〇——二九一頁。
(11) 兼子・前掲論文二九〇——二九一頁。
(12) 兼子・前掲論文二九一頁。
(13) 兼子・前掲論文二九三頁注(一〇三)。
(14) 兼子・前掲論文二九一——二九二頁。
(15)(16)(17)(18) 兼子・前掲論文二九二頁。
(19) 兼子・前掲論文二八八頁。
(20) 斎藤「執行契約(一)」法学九巻(昭和一五年)五号一四頁以下(同論文(二)は法学九巻六号に掲載されている)。
(21) 斎藤「執行契約」「民事訴訟法講座　第四巻」(昭和三〇年)一〇四九——一〇五〇頁。前注に掲げた論文と本注に掲げた論文は内容上重複する部分が多いので、本稿で両論文に共通する論述を引用するときは、本注に掲げた論文から引用する。その際は、斎藤・前掲論文・民訴講座四巻と表示する。前注に掲げた論文は、斎藤・前掲論文・法学九巻五号と表示する。
(22) 斎藤・前掲論文・民訴講座四巻一〇四八頁。一〇五六——一〇五七頁参照。
(23) 斎藤・前掲論文・民訴講座四巻一〇五三頁以下。
(24) 斎藤・前掲論文・民訴講座四巻一〇五五頁。
(25) 斎藤・前掲論文・民訴講座四巻一〇五九頁以下。
(26) 斎藤・前掲論文・民訴講座四巻一〇六二——一〇六三頁。
(27) 斎藤・前掲論文・民訴講座四巻一〇六三頁。
(28) 斎藤・前掲論文・民訴講座四巻一〇五二——一〇五三頁。
(29) 斎藤「判批」判例民事法昭和一四年(四二事件)一五五頁以下。
(30) 近藤「執行関係訴訟〔全訂版〕」(昭和四三年)二三九頁(同書旧版・昭和三〇年・の見解は変更されていない)。

(31) 吉川「強制執行法」（昭和三三年）五二頁、なお、吉川氏は執行拡張契約の適法性を否定される（同書五一頁）。また、同「強制執行における権利濫用」「権利の濫用　中（末川先生古稀記念）」（昭和三七年）三三九頁参照。

(32) 前掲注解強制執行法(1)四二二頁（吉井）。

(33) 中野「請求異議訴訟の訴訟物」「強制執行・破産の研究」（昭和四六年）一二――一三頁（はじめ、「実務民事訴訟講座　10」・昭和四五年・に収録。本稿では「強制執行・破産の研究」から引用する）。

(34) 中野・前掲論文一四頁。同「執行方法の異議」「総合判例研究叢書　民事訴訟法(2)」（昭和三二年）一六頁。

(35) 中野・前掲請求異議訴訟の訴訟物一四頁。

(36) 中野・前掲執行方法の異議一六頁。

4　各種の効果を組み合わせる見解（前田、石川、菊井説）

古くは**前田**氏が、不執行の合意は履行の猶予である場合と、執行的効果を発生させる場合とがあること、および前者は請求異議の原因になり、後者は方法異議により主張されうることを主張された。(1)

最近では**石川**教授（昭和四八年・五一年――なお、三七年）が契約の内容によりその効果が異なることを指摘されるなど、従来のわが国の執行契約論にみられない新しい見解を展開されている。教授はじめ、すでに紹介したように(2)、不執行の合意を訴訟契約とみる立場を排され、これを責任契約と解しておられた。しかし教授はその後この見解に次のような補充を加えられた。執行契約には二種類ある。第一はもつぱら執行手続に関する契約である。第二は、例えば、不執行の合意・執行の客体の制限（差押禁止の拡張）ないし順序付けの合意・執行を期限にかからしめる合意である。前者は執行法上の合意である。後者は実体上の責任契約である。(2) しかし、後者の合意の内容が債務名義に留保されると、非責任財産に対する執行は執行法上違法になる。また留保されなくとも、契約を証する書面は民訴五五〇条四号に準じて執行の停止、制限の原因となる。契約はかように間接的に執行法上の効果をもつ。ただしそれは債務名義上の表示・書面の提出の効果であつて、契約の当然の効果ではない。(3)

次に合意の主張方法については以下のごとく述べられている。合意の適法な主張方法いかんを検討するために、伝統的な演繹的方法と目的論的機能的方法・利益法学的方法（シェルフ、ビュルク）のいずれをとるべきかは、法学方法論の問題である。後者は目的の設定の仕方によっては解決が恣意的になるので、前者を基調としつつ、利益衡量による配慮も加味すべきである。(4)

以上の方法論に基づいて、契約の主張方法については次のような結論が導き出されている。もつぱら執行手続に関する執行契約は純粋たる執行契約として、その主張方法は方法異議による。(5) 契約が実体上の責任契約と解される場合、演繹的方法によれば、請求異議の訴が直接に適用される。(6) しかし、執行裁判所ないし執行機関に実体的判断の職分が委ねられる場合があること（民訴五七〇条の二・六一八条の二）、および手続の簡易迅速性の観点から、方法異議による救済も、請求異議の訴とならんで、認められる。また、前述のごとく、契約は名義に留保され、もしくは民訴五五〇条四号の証書に準じる書面として提出されることにより、執行手続に一定の影響を与えるから、演繹的方法からも方法異議が認められる。(7) なお、契約が事実審の口頭弁論終結前に締結されていても、請求異議の訴による主張が既判力により遮断されることはない。責任制限は執行の段階ではじめて問題となるからである。(8)

石川教授は差押禁止による保護の放棄、すなわちいわゆる差押禁止に関する執行拡張契約についても論じておられる。とくに、従来、執行拡張契約は総じて不適法であると解されていたのに対して、差押禁止規定のなかにも絶対的でないもの（それによる保護を放棄しうるもの）があることを、わが国で最初に指摘したものとして、石川教授の学説は重要である。(9)

菊井教授（昭和五一年―なお二五年）も、すでに紹介したとおり、実体法説を主張された。しかし最近公刊された著書において、教授はかつての見解に補充を加えておられる。教授は新著において次のように述べておられる。強制執行請求権は公法上公益維持のため認められている権利であるから、当事者間の意思によって処分できない。強制執行しない旨の合意は、実

体上の権利の放棄・債務の履行期の延期・延期の抗弁権の付与・無条件の請求を条件付とするものとも解せられる。かかる実体法上の契約は適法であり、それに基づいて請求異議の訴が提起されうる。ただし民訴五四五条二項の適用がある。しかし、強制執行請求権の不行使、すなわち不執行という不作為義務を発生させる私法上の債務契約としても契約は適法である。この場合は請求異議の訴の準用ないし類推が認められているが、民訴五四五条二項の適用はない。[10] 執行契約の存在は執行開始の段階で執行機関に知られることは稀であり、これを執行障害とすることは適当でないとの考慮からもそう解される。[11] ただし、菊井教授は、執行契約のなかにも各種のものがあるので、すべての契約につき請求異議の訴によらしめるのはいきすぎであるとし、先に紹介した石川教授の所説に好意を示しておられる。[12]

なお、執行拡張契約は原則として不適法であると述べられている[13]（いかなる例外が考えられているのかは、示されていない）。

（1）前田「民事訴訟法講義　第六編」一二九頁。

（2）石川「執行契約再論」民商法六一巻（昭和四八年）一号一五――一六頁。第二のグループの契約が実体的責任契約であることはすでに石川・前掲不執行の合意について一八八頁において指摘されていた。また、同「差押禁止に関する契約――特に責任制限契約について」「実体法と手続法の交錯　上（山木戸克己教授還暦記念）」（昭和四九年）二六三頁以下においても、差押禁止に関する契約が実体上の責任契約であると解されている。

（3）石川・前掲執行契約再論一六頁。

（4）石川・前掲執行契約再論一七頁。

（5）石川・前掲執行契約再論一五頁。

（6）石川・前掲執行契約再論二一一頁。同・前掲不執行の合意について一九二――一九三頁。

（7）石川・前掲執行契約再論一九――二〇頁。

（8）石川・前掲執行契約再論一六頁。同・前掲不執行の合意について一九三頁。

（9）石川・前掲差押禁止に関する契約二六九頁以下。この点については、石渡「執行拡張契約」判例タイムズ近刊号参照。

（10）菊井「強制執行法（総論）（法律学全集）」（昭和五一年）二五頁。

（11）菊井・前掲強制執行法一四三頁、二〇八頁。

（12）菊井・前掲強制執行法二六―二七頁注（一）。

（13）菊井・前掲強制執行法二七頁注（三）。

5　その他の学説（上田、川上説）

上田教授（昭和四八年）は執行契約の法的性質に関する自説を明らかにはしておられないが、執行契約につき次のように述べておられる。執行一般をおこなわないとの合意は、国民の人格権能としての執行請求権の放棄を意味し、不適法である。[1] 特定の債権についての執行制限契約の適法性については争いはなく、不起訴の合意の効力を否定した学説も、これは認めている。その根拠として処分権主義を援用するだけでは、不起訴の合意との違いを説明できない。この点は、不起訴の合意は弱者の地位の劣悪化や裁判制度の目的たる権利保護の使命との矛盾を危惧させるに反し、執行請求権はむしろ強者のために利用されるもので、その放棄を認めても弊害は少ないということから、説明されている。[2] なお上田教授は執行拡張契約の適法性を否定しておられる。[3]

また川上氏（昭和四九年）は執行法上の効果を否定されたうえ、学説が請求異議の訴（ないしその準用）によつて救済を認むべきであるとするのは、理由があると述べておられる。しかし同氏は、契約がいかなる法的効果を有するのか、および請求異議の訴の直接の適用を認めるべきか、準用（類推）を認めるべきかは、明らかにしておられない。[4]

（1）上田「訴訟契約」「演習民事訴訟法（上）」（昭和四八年）三〇一頁注（8）。
（2）上田・前掲論文二九八頁。
（3）上田・前掲論文三〇一頁注（8）・（9）。
（4）前掲注解強制執行法(1)三八七頁（川上）。

（五）　日本の判例

わが国の判例においては執行的効果を認めるものが比較的多いといえよう。

大判大正一五年二月二四日民集五巻二三五頁・評論一五巻民訴九八頁は、不執行の合意は実体上の権利にかかわるもので

はないので、これに基づく異議は方法異議によるべきであり、請求異議の訴にはよりえないと判示した。**大判昭和一〇年七月九日新聞三八六九号一二頁・評論二四巻民訴三三七頁**も同旨である。戦後にも同趣旨の判例が出ている。**東京高決昭和三一年五月一五日判タ五九号六九頁・東高時報七巻一〇一頁、東京地判昭和三一年一二月一八日判タ七三号八〇頁**がそれである。また、**福岡高決昭和三九年一二月二二日金融法務四〇一号一五頁**も不執行の合意を執行法的に構成している。この判例は、不執行の合意が成立したとすれば、債務者は執行の方法に関する異議である競売開始決定に対する異議においてこれを主張しうると判示している。

なお抵当権の実行に関する契約をめぐる判例であるが、**大決昭和一四年六月一〇日民集一八巻六一七頁**も右に掲げた判例と同じグループに分類できよう。この判例は次のように判示している。抵当権者がその抵当権実行のため抵当不動産競売の申立をなし、その競売開始決定ありたる後、遅延利息および競売手続費用の支払いを受くるときは、その競売の申立を取下ぐべき旨、所有者たる抗告人と約したるものなる以上、その支払を条件として競売の申立を取下ぐべきのみならず、たとい抵当権を放棄するがごときことなしとするも、少くとも若干の期間その抵当権の実行を猶予すべきことを約したものと認むるを相当とすべく、随てその支払ありて今なお右の猶予期間内なる限り、その抵当権は実行すべからざるものにして、抗告人は異議の申立により右競売開始決定の取消および競売の申立却下の裁判を求めうるものと解するを相当とす。すなわち抗告人は特に訴を提起して競売申立の取下げを命ずる確定判決を求むるがごとき迂遠の方法によるを要しない、と。

一方、実体的構成をとる判例もある。管見のおよぶ限り、執行契約に関する最も古い判例である、**大判大正一〇年六月一三日民録二七輯一一五〇頁**は、徳義上任意に支払を受くべき債権なるものは存在しないとの前提から、不執行の合意を債権の放棄とみなし、契約違反に対する救済としては請求異議の訴を認めている。

また、**大阪控判大正一五年七月二〇日評論一六巻民訴二一三頁**は、和解契約の不履行なき限り執行をしないとの合意に関

する事案であるが、次のように判示している。右の特約は有効にして、後日債務者に和解契約の不履行なき限り、判決において形式上確定せる請求権の実行を妨ぐるものなるが故に、債務者はこれを理由として、その判決に基づく強制執行に対し請求に関する異議の訴をなしうべく、この場合には異議の原因は、債権者が特約に反し判決を使用するによりて生ずるものなれば、右口頭弁論終結後に生じたるものとして許すべきものとす。

戦後の判例では、**札幌高判昭和三三年一〇月二七日判例時報一六七号二〇頁**が、抗告人は債権者との間に、本件債務名義に掲げる債務の履行を猶予し、かつ強制執行をしない旨の合意があると主張するが、かかる実体上の事由をもつて強制競売開始決定に対する異議の事由となすことは許されないと判示している。

なお、**東京控判昭和一五年一月三一日評論二九巻民訴一四一頁**は次のように判示している。判決の確定力および執行力は判決の確定によつて当然生ずるもので、当事者の合意によつて左右できるものではない。強制執行をしないとの合意も、判決の宣告の後になされた場合は格別、判決の言渡もないうちにあらかじめ合意しても、何ら判決の執行を妨げる効果を生ずべきものでないと。合意が実体的効果を有することは述べられていないが、執行的効果が否定されているので、一応ここで紹介することにした。

次に、私法上の義務付け効果の発生を認める判例がある。**東京控判昭和一〇年九月二〇日新聞三九一〇号一一頁**がそれで、この判例は次のように判示している。競売取下契約にして、もし国家に対する関係において強制執行権を放棄することを合意するものなりとせば、訴訟法上無効であるが、債権者が債務者に対する債権的関係においてのみ自己の権利行使の方法を制限し、競売申立の取下げを約したものとすれば、公序良俗に反しないので、実体法上これを有効と解するのが相当である、と。この判例は合意の主張方法までは問題としていない。しかし、**飯田簡裁判昭和三三年八月二三日判タ八三号七六頁**は、すでに紹介した兼子博士、斎藤教授の所説と同様の理論構成で、契約を私法上の義務付け（債権）契約とみなしながら、請

求異議の訴の準用による救済を認めている。

さらに契約が実体的効果と執行的効果を併有すると解している判例もある（両性説）。**朝鮮高等法院判昭和二年一月二五日評論一六巻民訴二一四頁・朝鮮司法協会雑誌六巻二号四頁**がそれである。同判例は、不執行の合意をした当事者は訴訟にかかわる実体上の請求権消滅の合意をなすと同時に、なお当該訴訟の判決確定することあるべきを予想して、たとい後日右請求権に関し債権者勝訴の判決を受くることあるも、債権者は債務者に対して強制執行をしないことを約したと解している。契約の効果のうち、請求権消滅は訴訟において抗弁として提出しなければならず、判決確定後はこれを主張しえない。他方の効果は、実体上の請求権に関するものではないので、債務者は訴訟の口頭弁論において防禦方法としては主張しえない。債権者かこの効果にもかかわらず執行した場合、債務者は方法異議によりこれを主張すべきである。

この考えと一見類似しているが、厳密にはこれと異なる考えをとる判例もある。すなわち契約に実体的契約と執行的契約があることは認めるが、両性的契約を認めるのではなく、契約は右効果のうちいずれか一方を有すると解するのである。**大判昭和二年三月一六日民集六巻五号一八七頁・新聞二七〇〇号六頁・評論一六巻民訴五二三頁**（前掲大阪控判大正一五年七月二〇日の上告審である）がそれで、以下のごとく判示している。執行をなさずという契約には二種類ある。一つは、あるいは債務の履行を延長し、あるいは債務者に与うるにいわゆる延期の抗弁権をもつてし、あるいは無条件の請求権を条件付のそれとなすがごとき趣旨の契約である。それは、請求そのものに関する事由であり、請求に関する異議に該当する。また民訴五四五条二項前段（現行二項）の適用がある。他は、ただ債権者において勝訴判決をうるも、これに基づく執行のみはこれをなさず、もしくはある条件の成就するまではこれをなさずという趣旨で、結局執行の申請という一つの訴訟行為はこれをなさずというに過ぎない。かかる合意あることを口頭弁論において提出するも、判決主文に対しては何等の影響をおよぼすものでない。債務者はただ執行方法に関する異議の申立により、もつて執行を排除しうるにとどまるとともに、いわゆる合意の

いつに成立したるやは問うところにあらず、と。判旨は私法上の義務付け効果を認めているようにも読めるが、救済として方法異議を認めているのであるから、執行的効果を認めたのであろう。

福岡高判昭和三九年七月二三日ジュリ三一三号七頁も右と同様の見解をとつている。

なお、**東京高決昭和四一年一一月一四日判タ一九九号一三七頁**は、契約の法的効果や違反に対する救済方法が問題となつた事案ではなく、いかなる場合に執行契約が成立するかが問題となつた事案である。すなわち、建物収去土地明渡の給付判決に対する上告審が係属中当事者間に別途調停が成立し、一、土地明渡の猶予・二、猶予期間経過後の建物売買の予約等の合意がなされたが、右給付判決は、訴の取下がなされなかつたため、上告棄却によつてその後確定した。右調停による合意は右判決による強制執行をしない旨の合意を含むかが争われた。判旨は、不執行の合意とは、債務名義を利用して強制執行しないことを簡明直截に約するものであり、実体関係に関する合意からたやすく不執行の合意を推すことはできないとして、黙示の不執行の合意の成立を否定した。

二　理論的問題の総説

(一)　契約の種類

執行に関する債権者・債務者間の契約、すなわち執行契約[1]には次のようなものがある。[2]

法律上規定のある契約

動産の競売期日に関する合意（民訴五七五条但書）・動産競売の場所に関する合意（民訴五七六条一項但書）。配当に関する合意（民訴五九三条一項・二項・六三一条一項・六九六条二項）。不動産競売の法定売却条件を変更する合意（民訴六六二条）。

法律上規定のない契約

執行排除契約（永久的・一時的・条件付き）

〔条件付き執行排除契約には、例えば、債務者が和解条項とされた分割払いを履行する限り、債権者は執行をおこなわないという契約がある。〕

執行制限契約

差押対象（目的物）の制限契約

執行方法の制限契約

〔例、差押のみをおこない換価はおこなわない旨の契約。差押の順序を決める契約。強制競売・強制管理のうち一方のみ（通常は後者のみ）をおこなうべき契約。動産執行・不動産執行・船舶執行のうち一つないし二つに執行を限定する契約（これは対象の制限でもある）。執行に必要な送達と執行の間に一定期間を置くべき契約（民訴五二八条参照）。――ドイツでは、開示宣誓ないし宣誓にかわる保証の申立をしない、あるいは一定の条件のもとでのみおこなうという契約が締結されることがある（ZPO八九九条以下参照）。

（対象、方法に加えられる制限も永久的・一時的ないし条件付きでありうる。）〕

すでに開始された執行を中断ないし中止する契約

〔例、競売申立の取下げをなすべき契約。すでに開始された執行を中断ないし中止する契約。〕

差押禁止に関する執行拡張契約（差押禁止規定（民訴五七〇条・六一八条）による債務者の保護の放棄を内容とする契約）

右以外の執行拡張契約（執行要件を緩和する契約）

〔例、債務名義または執行文なき執行、ないし債務名義の送達なき執行を可能とする契約。執行に際し必要とされる証人を不要とする契約（民訴五三七条参照）。夜間・休日の執行を裁判所の許可なしにおこなうことを可能とする契約（民訴五三九条参照）。〕

以上のほか、強制執行に関する契約ではないが、理論的にこれに近いものとして、任意競売手続に関する契約と破産契約とがある。

強制執行における救済を放棄する旨の契約（例えば、請求異議の訴を提起しない契約や、方法異議を申立てない契約）を執行契約

の一種と解する者もある。[3] かような契約は、たしかに実際上は執行手続において意味をもつ契約であるが、観念的には訴権放棄契約の一種と解した方が論理的整合性がたもたれよう。

なお、右に掲げた各種の執行契約のなかには、金銭債権に基づく執行においてのみ考えられるものもある。差押対象の制限、執行方法の制限契約中差押のみをおこない換価はおこなわない契約、差押の順序を決める契約、強制競売・強制管理のうち一方のみをおこなう契約、および差押禁止に関する執行拡張契約等がそれである。しかし、その他の契約は金銭債権に基づく執行以外についても締結されうる。ただし、判例を概観すると、現実に締結される執行契約のほとんど総てが金銭債権に基づく執行であるとの推測が、成り立つ。

(1) そもそも執行に関する契約がはたして執行法(訴訟法)上の効果を惹起するのか、あるいは実体法上の効果を惹起するのかが問題であるが(それは本稿においても検討される)、本稿では契約がいかなる効果を惹起するかは別にして、およそ執行に関する契約はすべて「執行契約」と称することにした。石川教授は、執行法上の効果を惹起する契約のみを「執行契約」と称しておられる(石川・前掲差押禁止に関する契約二六二頁)。言葉の使い方としては、石川教授の使い方の方がより正確である。しかし一般には、契約にいかなる効果が帰するかとは無関係に、執行に関する契約は「執行契約」と称されている。私もこの一般的用法にしたがつた。

(2) 執行契約につき論じる者の多くは、各種の契約を整理・分類している。例えば、斎藤・前掲論文・民訴講座四巻・一〇四六頁以下。Roquette, a. a. O., S. 162ff.; Emmerich, a. a. O., S. 414; Bürck, a. a. O., S. 397f. そのほか、Scherf. a. a. O., も各種の契約ごとに適法性を論じている。

(3) Burck, a. a. O., S. 398.

(二) 考察の範囲

本稿では執行契約の法的効果・適法性および契約違反に対する救済方法(契約の主張方法)に関する考察がなされる。ただし、執行拡張契約(差押禁止に関する執行拡張契約・その他の執行拡張契約)に関する検討については、前述のごとく別稿を予定しているので、本稿では考慮の対象からはずす。

さらに以下の問題の検討は本稿では留保し、今後の課題としたい。執行契約の要件規制の問題、[1] とくに執行契約における

意思の瑕疵の問題。[2] 執行契約の効力の承継人への波及の問題。[3] 執行契約が現実にはたしている機能ないし執行契約締結の社会的・経済的背景の問題（法社会学的検討）。[4] 破産契約の問題。[5] 斎藤教授により「不真正執行契約」と名付けられた契約[6]（真正の債権者による執行をまぬかれるために、非債権者に債務名義を獲得させ、差押まではおこなわせるが、換価はしないという、債務者と右の非債権者間の契約）の問題。ドイツ以外の他の国の法および学説の検討。任意競売手続に関する契約についての問題である。

（1）要件規制については、兼子・前掲論文二六八頁以下参照。竹下・前掲訴訟契約の研究(一)一六頁以下参照。ドイツの学説については、竹下論文に要領よくまとめられている。最近の西ドイツにおける要件規制に関する学説としては、vgl. H. J. Hellwig, Zur Systematik, S. 91ff.

（2）訴訟契約における意思の瑕疵については、vgl. Arens, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß (1968), S. 85ff.

（3）訴訟契約の効力の承継人への波及の問題を扱かった研究としては、Soehring, a. a. O. がある。

（4）執行契約の現実の機能と契約締結の背景については、斎藤・前掲論文・法学九巻五号一三頁以下参照。そのほか、vgl. Roquette, a. a. O., S. 163ff.; vgl. Raatz, a. a. O., S. 11ff.

（5）執行契約をテーマとするドイツのモノグラフィー・論文のうちの多くは破産契約（破産排除の契約）についても論及しているが、コーラー、および戦後ではボーンが破産契約を個別的に扱かった論文を発表していることは、すでに述べた（Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, S. 248ff.; Bohn, KTS 1955, S. 135ff.）。

（6）斎藤・前掲論文・民訴講座四巻一〇五一――一〇五二頁。不真正執行契約については斎藤教授の論文のほか、vgl. Raatz, a. a. O., S. 2ff.; vgl. Sintenis, a. a. O., S. 358ff.

（三）方法上の問題

1　従来、執行契約に関する問題は訴訟契約論における各論の中に位置付けられるのが通常であつたといえよう。[1] しかし、バウムゲルテルは、正当にも訴訟行為論を論じるに際し、執行行為（Vollstreckungshandlungen）は考察の対象外となしうると述べた。その根拠は、「その（執行行為のこと――筆者注――）典型的機能は、裁判官の裁判に向けられた判決手続上の訴訟行為とは異なり、執行機関による強制的摑取（zwangsweiser Zugriff）に影響をおよぼすことである」と述べている。[2] すなわち、訴訟行為と執行行為の相違は、前者が裁判という司法作用に向けられるのに対して、後者は執行機関による執行

処分という一種の行政行為に向けられる点にある。この相違は訴訟契約と執行契約の間にも存する。したがつて執行契約論を訴訟契約論の単なる各論として論じることは、事柄の性質に完全に即した方法とは言いがたい。[3][4]

この意味では、執行契約について考察するためには、公法（行政）契約に関する研究の成果も参考にすべきであろう。しかしながら、現在私には、公法契約に関する従来の研究成果を把握し、これを執行契約の研究に生かす余裕はない。この点は後日の課題としたい。[5]

ただし、訴訟契約と執行契約のあいだに前述のごとき相違点はあつても、両者とも権利者の実体権の実現のための手続に向けられていること、そして、いずれにおいても公的権利ないし権能の放棄、換言すれば当事者の国家機関（裁判所ないし執行機関）に対する法的関係に関する法律上の規定の変更が問題になる点では、共通している。それゆえ執行契約につき論じるにあたつても、従来の訴訟契約論の成果の多くは参酌されるべきである。

(1) Vgl. Scherf, a. a. O., S. 1.

(2) Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlungen einer Partei im Zivilprozeß (1957), S. 80.

(3) Vgl. Scherf, a. a. O., S. 1.

(4) エンマーリとは、執行契約を論じるためには、「まず何よりも、判決手続上の訴訟契約に関して学問上得られた諸原則が、どの程度まで執行契約についても意味をもつかが、吟味されるべきである」と述べている（Emmerich, a. a. O., S. 413.）。彼も執行契約の訴訟契約に対する特殊性を認識していたのであろう。

(5) 公法契約についての著書・論文はわが国においてもドイツにおいても少なくない。ここでは若干のもののみを掲げておく。田中「公法契約論序説」「行政行為論」（昭和二九年）二六九頁以下。藤原「西ドイツ行政手続法草案をめぐる公法契約論」法学研究四四巻（昭和四六年）七号九一頁以下。同「ザルツヴェーデルの公法契約論」法学研究四八巻（昭和五〇年）一号四七頁以下。その他の文献は、ここに掲げた論稿に数多く引用されている。

2 執行契約論の実務上の意義は、とくに、執行排除、制限契約に違反しておこなわれた執行に対する救済方法を確定する点にある。従来の学説の多くは、まず契約の法的効果を確定し、しかる後に決定された法的効果に基づいて救済方法を決定していた。この方法は演繹的・概念的方法であると評価できる。かような方法に対して最近西ドイツではシェルフ[1]および

ビュルク[2]により目的論的・機能論的（teleologisch-funktionell）・利益法学的方法論が展開されている。これは、いかなる救済方法によるべきかを、いかなる救済方法によらしめることが適切かという考慮から決める方法である。具体的には、契約の主張はいかなる手続でなさしめるのが、必要な審理をするために適切かとの配慮、あるいは手続の簡易迅速性に適合するかといつた配慮により決めるのである。

この目的論的・機能論的方法は、シェルフ、ビュルクの研究が発表されるより時期的に少し前に書かれたシュークの未公刊の学位請求論文[3]およびエンマーリヒの論文[4]にもみられる。まだガウルは、演繹的方法論をとることを示唆しながら、結局シュークと同様の方法論をとつた[5]。さらにわが国の論稿[6]にもかような考慮は見い出されうる。ただしこれらの論稿では著者は「目的論的・機能論的方法論」を用いるとは明言していない。

右に掲げた各論者の考察の方向および導き出される結論は一様でない。すなわち、慎重な審理という観点を重視するシューク、ガウルおよびわが国の著者によれば請求異議の訴（ないしその準用・類推）が認められるのに対し、手続の迅速性を重視するエンマーリヒによれば、方法異議が認められる。シェルフはシュークに近い立場に立つているといえようが、事情に応じて異なる救済方法を指示している。ビュルクは救済方法として方法異議を認め、場合によつてはこのほかに請求異議の訴が選択的に認められると主張している。

演繹的・概念的方法論と目的論的・機能論的方法論のいずれを採用すべきかは、法学方法論上の重要な問題である。いまこれについて詳細に検討する余裕をもたないことは遺憾であるが、次のようにいうことができよう。執行契約は成文法制定当時立法者が予想しなかつたことであろうが、かような事態に対して演繹的・概念的方法論によつて対処することは、具体的妥当性を欠く結果をもたらす危険があると同時に、立法の趣旨に反する危険もあろう。しかし、目的論的・機能論的方法論は、目的の設定の仕方いかんによつては、問題の解決が恣意的になる危険性がある。このことは、同じく目的論的・機能

論的考察をおこなう論者の間で、前述のごとく、救済方法に関する結論がさまざまに分かれることからも、明らかである。そこで本稿では、演繹的・概念的方法による枠をはめつつ、目的論的・機能論的方法、すなわち利益衡量的方法も併用して、考察をすすめることにする(7)（方法論については、先にも述べたように、ここで詳しく検討する余裕はないが、この問題には一度は取り組みたいと考えている(8)）。

（1） Scherf, a. a. O., S. 2f.
（2） Bürck, a. a. O., S. 391ff.
（3） Schug, a. a. O., S. 190ff.
（4） Emmerich, a. a. O., SS. 433, 436.
（5） Gaul, a. a. O., SS. 347, 349.
（6） 近藤・前掲書二三九頁。前掲注解強制執行法(1)三八七頁（川上）。
（7） この方法は石川教授がすでに採用されたものである（石川・前掲執行契約再論一七頁）。
（8） 民事訴訟法解釈の方法論に関しては、佐々木「利益衡量と民事訴訟との交錯について」山形大学紀要・社会科学四巻（昭和四八年）三号六〇一頁以下がある。

（四） 訴訟契約の法的効果と適法性

1 法律に規定のある訴訟契約が訴訟法上の効果を惹起することについては、問題ない(1)。

法律に規定のない訴訟契約の効果は、竹下教授にしたがい以下のごとく分類される(2)。

原初的義務付け効果（私法上の作為・不作為の義務付け効果）
発展的義務付け効果（本来の効果は私法上の作為・不作為の義務付けであるが、これに基づき、当該手続内で抗弁権が与えられる）
処分的効果（訴訟物たる私法上の権利関係自体を処分する効果）
（以上は私法上の効果である）
訴訟的効果

個々の場合に右のいずれを当事者が意欲したかは、当事者の意思解釈の問題であるが、契約締結に際しては多くの場合究極の状態のみが表示されるにすぎない。そこで、右の四つの見解に基づく解釈は、実際には、契約の目的とする効果についての原則的解決を意味することになる。(3) そして右の四つの解釈はすべて論理的になりたちうる。他方、意思表示・法律行為の解釈は単なる文理の操作ではなく、その背後には一定の効果の招来を意図する実質的価値判断が存する。そこで各説の優劣は、第一に結果により、結果が同じならば、理論構成の優劣により決まる。その際訴訟契約に特殊な事情として注意すべきは、契約から一定の効果が生ずるためには、それが当事者により意欲されたというだけでなく、さらに適法性が肯定されなければならないところ、訴訟法上の効果を目的とする契約の適法性につき学説が錯綜しているということ、および意思表示の解釈はできるだけ法律行為が有効になるようになすべきであるので、適法性の判断における対立が意思表示の解釈にもちこまれるということである。かくして、訴訟契約の適法性の問題はその効果の適法性の問題であるということになる。(4)

ところで、シーダーマイアーは契約の適法性と法的効果の間に存するこの相関関係を認識しつつ、まず契約の適法性を確定し、しかる後にその法的効果を確定している。(5) これに対して、H・J・ヘルヴィヒおよびシュークは法的効果の決定が適法性の決定に先行すると主張して、シーダーマイアーを批判している。(6) 上述のごとく契約の適法性とはその法的効果の確定であるから、適法性を判断するためには、いかなる効果の適法性を判断するのかを、はつきりさせておかなければならないはずである。この点で、H・J・ヘルヴィヒ等の批判は正しい。

(1) 竹下・前掲論文(一)法協八〇巻四号二二頁。
(2) 竹下・前掲論文(一)二二——二四頁。
(3) 竹下・前掲論文(一)二三頁。同論文二五頁注（6）。穂積・前掲判批三〇八頁。兼子・前掲論文二六六頁参照。石川・前掲不執行の合意について二〇四頁参照。
(4) 竹下・前掲論文(一)二三——二四頁。上村「訴訟に関する合意」「契約法大系　Ⅵ」（昭和三八年）三六八頁。Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß (1935), SS. 44f., 74; Baumgärtel, a. a. O., S. 61f.; Schug, a. a. O., S. 85f. 加藤・前掲判批・民訴判批集二巻三四七頁、三五二頁以

下参照。vgl. H. J. Hellwig, Zur Dogmatik., S. 59.

(5) すなわち、シーダーマイアーは適法性についてはa. a. O., S. 44ff. で論じ、効果についてはa. a. O., S. 95ff. で論じている。vgl. a. a. O., SS. 85ff., 128ff. 兼子博士もこの順序を踏んでいる。

(6) H. J. Hellwig, Zur Systematik., S. 59 Fn. 148 ; Schug, a. a. O., S. 85 Fn. 3.

2　訴訟に関する契約の適法性に関しては、まず訴訟的効果を有する契約の適法性を問題とすべきである。この効果は、私法上の効果のうち原初的義務付け効果および処分的効果と比べて、実際上より直接に訴訟手続に影響をおよぼすものであり、発展義務付け効果と比較して、実際上の結果は同じでも、理論上より直截にその結果を説明できる。[1] そこで、訴訟的効果が是認されれば、特段の事情なき限り、当事者の意思はこの効果の発生に向けられていると解される。[2] したがつて私法上の効果は訴訟的効果が許容されないことが確定して、はじめて問題となる。[3]

法律上明文規定で認められていない訴訟上の合意は訴訟的効果をもつ契約としては不適法であるという見解、すなわち便宜訴訟の禁止の根拠は、いくつかある。[4]

第一に、かような効果を是認すると、明文規定が一定の訴訟契約を認めたことが無意味になるという根拠がある。[5] この根拠は、立法者はあらゆる可能な場合を考慮して立法し、法に欠缺がないということを前提としてのみ、なりたちうるが、それは事実に反する。したがつてこの点は決定的な論拠たりえない。[6]

第二に、訴訟的効果としては当事者の訴訟法上の権能の放棄が典型的なものであるが、これを許容すると、経済的・社会的弱者がこの放棄を強要される危険があるという根拠がある。[7] たしかにかような危険は否定できない。しかし訴訟に関する契約は必ずしも右の圧力により締結されるとは限らないであろう。経済的・社会的強者の側で弱者に対する好意によつて訴訟法上の権能を放棄することも絶無とはいでないであろう。それゆえ、前記の危険から訴訟的効果を有する契約の適法性を総じて否定すべきではない。現実に経済的・社会的圧力により訴訟法上の権能の放棄が強要された場合に、個々的に契約を

無効とすることによつて（ZPO一〇二五条は仲裁契約につきこと趣旨を定める）、弱者保護をはかるべきである。[8]

第三に、訴訟法が公法であることを根拠とする者がある。[9] この根拠はさらに二つに分かれる。一つは、訴訟法上の関係は、当事者の裁判所ないし執行機関に対する関係であり、当事者間の合意でこれに影響をおよぼしえない、あるいは訴訟法上の権能は当事者の対国家的権能であるから、当事者の合意でこれを放棄することはできないということである。[10] 他は、訴訟法上の規定・権能は当事者の利益のみならず、公益にもかかわるものであるから、当事者が合意により任意に法規を変更し、または権利を放棄できないということである。[11]

まず前者は決定的論拠たりえない。たしかに訴訟法上の関係ならびに権能は当事者の国家に対する関係で認められるものであるが、これらがもつぱら当事者の利益においてのみ規定され、あるいは付与されているならば、当事者間の合意によるその変更または放棄が是認される可能性もあろう[12]（とくに執行契約については、後述する）。

そこで次に、訴訟法上の規定・権能が公益にかかわるという点が問題となる。訴訟法上の規定・権能がもつ意味はそれぞれの規定・権能ごとに異なり一様ではない。もとより、もつぱら公益に奉仕すべき規定・権能もあろうが、私益に奉仕すべきものおよび公益と私益の双方に奉仕すべきものもあろう。双方に奉仕すべき規定・権能においては、公益・私益のいずれに重点が置かれるのかも、さらに多様であろう。したがつて、公益性の観点から、訴訟法規のすべてが強行規定であると考えるべきではなかろう。むしろシーダーマイアーの、「任意的民事訴訟法規と強行的民事訴訟法規との限界は私益と公益の比較衡量と一致する」[13]という論述に賛成すべきである。

ただし、シーダーマイアーの所説には、彼のいう「公益」の概念が不明確であるという、問題がある。[14][15] バウムゲルテルの、訴訟契約の適法性の基準は、私人の利益と司法機関が権利保護という任務を追行するについての利益との衡量にあるという論述は、[16] シーダーマイアーが挙げる適法性の基準を具体化するものとして、評価されるべきである。とくに訴訟は、多

くの事件を集団的に処理することを制度目的としており、この目的をはたすために、裁判所ないし執行機関の側から手続の画一性・形式性の要請があることは否定できない。[17] 当事者の恣意によりこの要請に反することは、公益に反し、かつ現行法の是認するところではない。

しかし、一方では、訴訟に関する契約は必らずしも当事者の恣意の発現ではなく種々様々な事件に画一的に適用される訴訟法の規定を、個々の事件の特殊事情に適合させることにより、訴訟の処理を妥当ならしめようとする、当事者の努力のあらわれである場合が多いともいわれている。[18] ここで、「処理を妥当ならしめる」とは、手続の適正をそこなわない限度で、迅速にして、当事者ならびに裁判所の負担を軽減する結果を生み出すことである。かような結果をもたらす契約は公益に反することなく、それゆえ適法であるといえよう。

以上の論述を要するに、訴訟に関する合意に訴訟法的効果が是認される場合がありうるということができよう。

(1) 竹下・前掲論文(二)二六頁以下。
(2) Schiedermair, a. a. O., S. 130, vgl. SS. 116, 177.
(3) 竹下、前掲論文(二)二九頁以下。兼子・前掲論文二六六頁。
(4) 兼子・前掲論文二四八頁以下および石川・前掲不執行の合意について一八二頁以下は各根拠を挙げて、その各々に検討をくわえている。本文で各根拠を挙げるにあたつても、両論文を参考にした。
(5) Reichenheim, a. a. O., S. 44ff. 執行契約については S. 37ff.
(6) 兼子・前掲論文二四八頁。
(7) とくに執行契約につき石川教授が主張される（石川・前掲不執行の合意について一八五頁）。そのほか、兼子・前掲論文二七四頁参照。
(8) Emmerich, a. a. O., S. 416f.
(9) Dittrich, a. a. O., SS. 5ff. わが国の学説としては、松岡・前掲新民訴法註釈三巻六八〇——六八一頁。
(10) K. Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, Festgabe der Berliner Juristischen Fakltät für Otto Gierke zum Doktor-Jubilaum, S. 47ff. 執行契約について、石川・前掲不執行の合意について一八二頁。於保・前掲書七三頁注（六）、七七頁。
(11) Raatz, a. a. O., S. 25ff.; Hochgrafe, a. a. O., S. 34ff. 石川・前掲不執行の合意について一八二頁以下参照。

(12) Roquette, a. a. O., S. 161f. 兼子・前掲論文二五二――二五三頁。石川・前掲不執行の合意について一八三頁参照。vgl, Gual. a. a. O., S. 348.
(13) Schiedermair, a. a. O., S. 48. 彼はさらに次のように述べている。「訴訟法上の契約は、公益からその適法性に対する疑問が生じない場合は、適法であり、公益がその有効性を禁ずる場合は、不適法である。」この見解はすでにザクゼが示していた(Sachse, Beweisvertrage, ZZP 54 (1929), S. 412.)。
(14) 竹下・前掲論文(一)四四頁、四七頁注(19)。シュークも、抽象的公益をひきあいに出すことに難色を示し、かつ抽象的公益から便宜訴訟の禁止を帰結するのは、時代遅れであると主張している(Schug, a. a. O., S. 105f., und passim)。なお、公益概念の過度の強調に対して反省をせまる論稿として、新堂「民事訴訟法理論はだれのためにあるのか」判タ二二一号（昭和四三年）二四頁参照。伊藤「民事訴訟における『公益性』の観念の意味を明らかにせよ」法学教室（第二期）1(昭和四八年）一三九頁参照。vgl. Schlosser, Einverstandliches Parteihandeln im Zivilprozeß (1968), S. 8.
(15) もつとも、シーダーマイアー自身はむしろ、「公益概念は、社会のそのときどきの思想がその内容をかたちづくるがゆえに、本質上不明確であり、流動的である。しかしそこにまた今日ではこの種の不特定概念および一般条項がますます意味をもつてくる」と述べている(Schiedermair, a. a. O., S. 59 und S. 59 Fn. 34a)。
(16) Baumgärtel, a. a. O., S. 187; vgl. Gaul, a. a. O., S. 348.
(17) 兼子・前掲論文二五六頁。竹下・前掲論文(一)五五頁以下。上村・前掲論文三六四頁。新堂・前掲論文二四頁。
(18) 竹下・前掲論文(一)五四頁。ただし、竹下教授が認めておられるように、訴訟契約が実際にはたす機能についての研究は少ない。この点では、執行契約が現実にはたす機能を考察された斎藤教授の研究（斎藤・前掲論文・法学九巻五号一四頁以下）は貴重である。

3　訴訟に関する契約の適法性の判断の具体的基準としては、第一に、意欲される効果が、当事者に与えられた権限の共同的行使ないし不行使によつて達せられるものであるか否かということ、第二に、意思決定の自由の確保の存否があげられる。(1)

第一の観点から一般に、手続の進行に当事者の意思の影響をおよぼすことは否定されている。(2) とくに、一定の効果の発生のために法律上一定の形式が要求されている場合に（要式行為）、これを具備せず、合意のみで効果を発生せしめることはできない（契約と訴訟行為の効果同一の禁止）。(3) これに対して、処分権主義が妥当する領域では、この点から適法性が問題となることはない。(4)

第二点の、契約締結に際し意思決定の自由がなければ、契約は適法でないということについても反対なかろう。(5) ただし、

問題となるのは、いかなる場合に当事者の意思決定が自由になされたかという点である。竹下教授は、意思決定の自由の確保の具体的標準として、契約の効果のもつ意味の予見可能性と、効果の重大性を挙げておられる。[6]

効果のもつ意味が不明確であれば、意思決定の自由がなく、ひいて契約が無効であることについては、問題の余地がない。[7] 効果のもつ意味が不明確だというのは、契約の対象となる法律関係が特定されていないことである。それゆえ、契約が適法であるためには、その対象となる法律関係が特定していなければならない。わが国においてもドイツにおいても、管轄の合意および仲裁契約についてはこの旨が明文で規定されている(日本民訴二五条二項・七八七条。ZPO四〇条一項・一〇二六条)。しかしこれは当然のことであり、他の訴訟契約についても——右の明文規定を類推ないし準用すると説明するまでもなく——妥当する。[8]

次に効果の重大性とは、「その行使または不行使が本案敗訴の確定判決の招来に対して決定的な意味をもつ効果を生ずべき訴訟上の権限の処分を目的とする場合を指す」と説明されている。[9]

国民は実体法上の権利を放棄しうるとしても、契約の結果右の効果が生じることにより、実体権の存在が否定される事態が生じることは国家が訴訟制度を設けた趣旨を完全にそこなうことになる。したがつて、効果の重大性を訴訟契約の適法性の一つにいれることには賛成できる。例えば、請求の放棄・認諾をなすべき契約は、効果の重大性のゆえに、無効であると解されているが、[10] 請求の放棄・認諾を訴訟行為と解する前提をとる限り(放棄・認諾の性質についてはここではたちいらない)、[11] 正当である。もとより真実の権利者であつても請求の放棄、認諾をなすことはあろう。しかしながら契約の効力として、実体的権利の存在を否定する放棄・認諾の効果ないしこれらをなすべき義務を是認することはできない。[12] 同様にして、公知の事実に反する自白をなすべき契約、および真実と異なる内容の自白をなすべき契約も不適法であると解すべきである。[13]

なお、意思決定の自由と関連して、訴訟契約の締結にあたり、一方当事者が相手方に対して経済的・社会的圧力を用いたか否

かも、問題となる。既述のごとく、かような圧力の濫用があつた場合には、契約の効力を否定すべきである（ただし濫用の危険から契約を総じて無効とするのではなく、濫用があつた場合に個々的に契約を無効とすべきである）。この点に関してとくに問題となるのは、普通契約約款・標準書式契約により一方当事者の訴訟上の権能が排斥ないし制限された場合である。かような契約であつても、常に権能を排斥・制限される側に意思決定の自由がないとはいえないが、その危険は大きい。[14] そこで、この契約の効力が争われたときに、意思決定の自由の存否についていずれの当事者に挙証責任を負わせるかは検討の必要がある。右の危険が大きいことから、挙証責任を、意思決定の自由があつたと主張する側に負わせることが当事者間の衡平にかなうと解する余地もあろう。しかし、意思決定の自由があつたとの証明は、実際にそれがあつたとしても、非常に多くの場合不可能であろう。したがつて普通契約款・標準書式契約の場合も、挙証責任は、契約の自由がなかつたことを主張する側が負うと解すべきであろう。

(1) 竹下・前掲論文(一)五六頁以下、六三頁。

(2) 兼子・前掲論文二五八頁。竹下・前掲論文(一)五六——五七頁。上村・前掲論文三六四頁。

(3) 兼子・前掲論文二五八頁。上村・前掲論文三六四頁。vgl. Baumgartel, a. a. O., S. 263 Fn. 489; vgl. H. J. Hellwig, Zur Systematik, S. 85 ff. 松本「最近の西ドイツにおける訴訟契約論の動向」民商法六四巻（昭和四六年）一号一五三頁、一五五頁注（10）参照。
例えば、訴取下げの合意のみで訴取下げの効果を惹起することはこの観点から否定される。

(4) 竹下・前掲論文(一)五六頁。ただし、Emmerich, a. a. O., S. 416f. 上村・前掲論文三六四頁参照。

(5) この点を最初に指摘したのは、管見のおよぶ限り、ニキッシュである（Nikisch, Zivilprozeßrecht 2. Aufl. § 55 II）。上村・前掲論文三六七頁参照。

(6) 竹下・前掲論文(一)五八——五九頁。vgl. H. J. Hellwig, Zur Systematik, S. 85f.

(7) 兼子・前掲論文二五三頁も同旨。

(8) エンマーリヒとシェルフは、ZPO四〇条一項・一〇二六条が類推ないし準用されると解しているのであろう（Emmerich, a. a. O., S. 419; Scherf, a. a. O., S. 50.）。

(9) (10) 竹下・前掲論文(一)一五九頁。

(11) この点については、石川「請求認諾の法的性質」「訴訟行為の研究」一四九頁以下参照（はじめ、民事訴訟法雑誌一三号・昭和四二年・に掲載）。
(12) 三ヶ月「民事訴訟法（法律学全集）」（昭和三四年）二八六頁。
(13) 上村・前掲論文三六六頁参照。
(14) Vgl. Emmerich, a. a. O., S. 41.