HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民法と宗教・学者的良心 ： 奥田民法学の五十余年
Author(s)	奥田, 昌道
Description	シンポジウム「奥田民法学と信仰（Professor Okuda's Civil Law Scholarship and His Religion)」
Citation	北大法学論集, 60(3), 72-96
Issue Date	2009-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/39410
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR60-3_004.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

民法と宗教・学者的良心

――奥田民法学の五十余年――

奥田昌道

Ⅰ　はじめに

ただ今は、吉田先生から大変詳細な、そしてご厚意溢れるご紹介をいただきまして、感銘を受けております。と同時に、吉田先生が、民法学者としての私とキリスト教（実は、キリスト教ではなく、活ける霊的人格キリストと申し上げたいのですが）に熱中している私という二人の奥田を繋ぐものは何なのか、それを是非解明したいということで、縷々ご説明になりましたことに大変戸惑っているところです。

この講演に招かれた経緯につきましては、吉田先生からもご説明がありましたように、二〇〇八年四月一七日・一八日の両日、「ＮＨＫラジオ深夜便こころの時代」という番組において、私が「幸福への道」と題してカール・ヒルティの『幸福論』を参考にして話を致しましたところ、たまたま、それを聴かれた吉田邦彦先生が、まずはお葉書を寄せてこられ、そしてその数カ月後には講演依頼の電話をかけてこられ、「どうしてあんなに熱く語られるのですか。いったい、

先生の民法学とキリスト教とはどういう関係にあるのですか」とお尋ねになりました。私は即座に、「全く関係ありません。キリスト教は私の人間としての生き方の指針。民法学は私が民法の研究者として、民法上の諸問題を一解釈学者として精一杯明らかにしようと務めているだけのことです。両者はその存在次元を異にしていますから、直接関わることはありません。」と答えたのですが、吉田先生は、そんなはずはないと言って、なかなか引き下がってくださらないのです。そして、とうとう今日の、このような題でお話をする羽目になってしまいました。

この題名についても、釈明しておかなければなりません。吉田先生の意図は、キリスト教に対する私の並々ならぬ情熱が、必ずや民法研究の中に現れているはずだとの確信のようなものをお持ちで、それを語らせたい、ということでありますが、私が、それを否定して、「せいぜい、研究に対する誠実さとか、世俗的な何かを求めて研究をするのではないとか、たとえ恩師や諸先達の学説と相容れないことがあっても自らの正しいと信ずるところを主張するとか、そういった学に携わる者の心構えといった点に現れてくることがありましょう。」と答えたのです。このことが、「宗教・学者的良心」という題名中の言葉となって現れたのだろうと考えています。吉田先生としては、奥田における「民法と宗教とのかかわり、そして民法研究と学者的良心」といったことが関心事でありましょうが、私がなお困惑していると見るや、私の民法学者としての五〇余年を語ればよいのだ、と助け舟を出してください

先生の講演風景

ました。そこで、「それなら何とか話ができそうです」とお答えしたので、一件落着となった次第であります。このように、題名自体が妥協の産物であり、吉田先生は本題の方に、私は副題の方に力点を置いているということで皆様方にご了承いただきたいと存じます。

それにしても、本日こんなに大勢の方々が、それも若い方々がお集まりくださったことを嬉しく思っております。また、五十嵐清先生がご出席になっていることに対しても感謝申し上げたく存じます。

以下に本論に入りますが、「です、ます」調ではなく、「である」調で述べることをご了承いただきたく存じます。

Ⅱ　民法の研究に携わった頃のこと、そしてドイツ留学前後のこと

一　於保不二雄先生と私

昭和三〇年（一九五五年）四月、大学卒業と同時に、研究助手に採用されて於保不二雄先生の指導の下に民法学の研究を始めることになったが、それに至るまでのこと、すなわち、学生時代における於保先生との関わりについて話しておかねばならない。

京都大学には法律相談部という学生のクラブがあって、於保先生が顧問をしておられた。法律相談部は昭和二二年（一九四六年）の創立であるが、終戦後間もないことで、大学内では復員学生を含む多くの学生で溢れており、しかも昔のように旧制高校出身者によるそれぞれのつながり（絆）といったものもなく、学生同士の心を結ぶ中心となるものが見出し難い状況にあった。そんな中で、学生有志が相計って、市民のための法律相談をすることを目的とするクラブ（法律相談部）を創設することとなった。しかし、当時の法学部長がこれに反対し、「法律知識も社会経験も未熟な学生が

法律相談をするなど、もってのほかだ」と許されなかった。当時、民法講座の教授であった於保先生は、「私が全責任を持つ」と言って自らは顧問となり、法律相談部が誕生した。相談は、百万遍のお寺を借りたり、吉田山の上の隣保館を借りたりしながら、毎週土曜日の午後に相談が行われていた。私は昭和二八年（一九五三年）、三年生の春から法律相談部に入部したが、その頃は、大学構内に相談の場所を確保していた。相談は年中無休で毎週土曜日の午後一時から五時まで行われた。於保先生は午後三時には必ず相談室に来られ、学生が予審として応対したすべての案件に主審として応対された。私は、三年生、四年生の二年間の相談部活動を通じて、於保先生に親しく接することができ、その人柄に全幅の信頼を寄せるまでになっていた。四年生の夏休み、卒業後の進路について先生に相談したところ、司法試験に合格しておれば、研究助手に推薦するから、民法の研究をしてみては、とのことであったので、そのお勧めに従って、民法の研究者を志したのである。

二　研究助手としての出発と最初の論文まで

先生の指示は、まずドイツ民法のアウトラインを把握すること、ドイツ語文献を自由に読めるようになることであった。秋にはドイツ法制史の原書を読むように、その後、研究テーマを探すようにとのことであった。年末になって、なおテーマが定まらなくて困っていると、先生は幾つかのテーマを提示してその中から選ぶようにと言われた。その際、目先の小さなテーマではなく、一〇年、二〇年かかるような大きな、民法学の基本に関わるようなテーマに取り組むようにとのアドバイスもいただいた。

そこで選んだテーマが「ヨーロッパ近代私法における実体法体系の確立過程（ローマ法のアクチオ法体系から実体法体系への転換過程および後者の確立の問題）」であった。そこで私は先生の示唆に基づき、まず、Windscheid の『ア

クチオ論』（「現代法の立場から観たローマ市民法上のアクチオ」、一八五六年）の研究に取り組んだ。

ローマ法の体系については一般に次のように言われている。すなわち、ローマ法の体系は、私法的内容をもった訴訟法の体系（アクチオの体系）であった。アクチオ（actio）は、抗弁権（exceptio）とともに、ローマ法を貫く基本概念を形成しているものであり、アクチオは、私権と権利保護との間の不可欠の媒介者であった。近代法においては、権利保護は一般化し、権利のあるところ必ず権利保護もまた相伴い、訴権は権利の保護手段として一般的性格をもつものとなっている。これに対し、ローマ法では、一般的アクチオ（actio generalis）は存在しない。実体的利益は、個別的名称のアクチオと結びついてのみ保護されうるものであった。したがって、ローマ人にとっては、アクチオが第一次的重要性を有し、私権は第二次的な意義しかもたないものであった。ローマの法体系は、実体的利益の保護手段としての個別的アクチオの集積からなっており、アクチオ法体系といわれる。

このローマ法のアクチオ法体系は、ローマ法の継受によって成立したドイツ普通法（gemeines Recht）にも受け継がれたが、当時の法観念においては、既に実体権中心の実体法体系成立の基礎が形成されていた。権利は個々のアクチオによって保護される必要はなく、権利のあるところに権利保護も伴うという法観念のもとにおいては、権利保護のための個別的法手段としてのローマ法上の個別的アクチオはその存在意義を失っていた。問題はただ、私権と訴訟との媒介物としてアクチオに代わるべき何ものかが必要であるかどうか、必要であるとすればどのようにして満たされるのか、ということだけである。

Windscheid は『アクチオ論』において、このアクチオに代わるべきものとして「請求権」（Anspruch）の概念を定立し、これをもって私権と訴訟（訴権）との橋渡しをするものとしたのである。

私の問題関心は、実体法体系の確立という観点からみて、Windscheid の請求権概念がどのような意義・役割を担う

ものとして登場したのか、訴訟法からの分化を遂げた実体法体系とはいかなる内容・構造のものであるべきか、両法体系の分化を前提としたうえでの両者の結合（統合）関係はいかなるものであるか、また、あるべきか、という問題であった。

この研究の成果を、「ヴィントシャイトの『アクチオ論』」および「ドイツ普通法学における請求権概念の発展」と題する論文にまとめ、講師、次いで助教授にしていただいた。

三　ドイツへ留学の頃

助手論文に続けて、「ドイツ民法の請求権概念」を発表したあと、ドイツへ留学してはとの話があって、昭和三六年（一九六一年）一一月から同三九年（一九六四年）三月まで、Alexander von Humboldt-Stiftung の研究奨学生として、西ドイツのケルン大学外国私法・国際私法研究所において民法の研究に従事する機会を得た。私は、この機会にドイツ民法をはじめ、民事法全般にわたってドイツ法の知識を獲得したいと考え、学生の身分を取得してできるだけ講義に出席し、仲良くなった学生と講義の中での理論的問題をめぐって議論をしたり、学生団体の一泊旅行に参加したりして、ドイツ語で自由に議論ができるように務めた。というのは、教授たちと学問的議論を交わそうとしても、自らの考えを的確に表現しうる語学力、そして相手の話す内容を誤りなく聞き分ける能力を身に着けていなければ不可能だからである。加えて、私の研究テーマに関して参考になりそうな文献（ドイツの学者の著書や論文）に出会うことができず、そのテーマについての研究の手掛かりがつかめないこともあって、私の留学生活は、ドイツ法に関する一般知識の修得に向けるほかなかった。

私の抱いていた問題関心は、広くは、実体法と訴訟法の交錯領域の諸問題、その一つとして、実体法上の権利ないし

法的地位とその訴訟上の実現過程を媒介するものは何か、Windscheid によって導入された Anspruch 概念がドイツ民法典およびその後のドイツ民法学においてどのような位置を占め、どのような役割を果たしているか、といったことについてドイツの学者がどう考えているのかを知ることであった。そこで、まず自分の考えを文章にまとめてそれを読んでもらうことから始めるほかなかった。そこで、関心を持っていただけそうな学者に数頁にまとめた私の問題関心と見解の要約を送ることにした。ローマ法の大家である Max Kaser 教授（Hamburg 大学）、近世私法史の大家である Franz Wieacker 教授（Göttingen 大学）、“Actio und Writt” という著書のある Hans Peter 教授（Frankfurt am Main 大学）といった方々にお送りしたところ、好意的なご返事をいただいた。直接お会いすることもできた。やがて、ドイツ滞在が二年になる頃、私の受け入れ教官（Betreuer といって研究上の配慮をしてくださる教授のこと）の Gerhard Kegel 教授が、何か論文を書いてみたらどうか、と提案されたので、“Über den Anspruchsbegriff im deutschen BGB” という題の論文を作成し、“Archiv für die civilistische Praxis” という民事法の専門雑誌に掲載していただいた。この論文の作成に際しては、講義や旅行を通じて親しくなったドイツ人学生がドイツ語の表現の面で随分助けてくれた。

四　留学から帰国して

一九六四年三月末に帰国して間もなく、岩波講座「現代法」の企画がなされ、その第一四巻『外国法と日本法』の中で「日本における外国法の摂取」という章の「ドイツ法」を執筆した（一九六六年、岩波書店）。ドイツ滞在中に得た知識やドイツ民法学に対する親近感が執筆を助けてくれたように思う。なお、この巻の執筆者の打合せ会を通して、東京大学の伊藤正己先生や野田良之先生、田中英夫先生などのすばらしい先生方と知り合えたことは、まことに幸いなことであった。

また、当時、司法研修所の教官をしておられた賀集唱判事のご依頼で、司法研修所において請求権と訴訟物に関する講演を行い、それを基にして、「請求権と訴訟物――実体法学からの新訴訟物理論へのアプローチ――」（上・下）を判例タイムズ二一三号、二一四号（一九六八年）に掲載していただいた。この論文は、私のその後の研究にとって重要な意義を有するものとなった。

Ⅲ　キリスト教との出会い

ここで、私が何故、そして、どのようにしてキリスト教に出会うことになったのか、それは私の人生に、そして研究にどのような影響を及ぼしたのかに触れておかねばならない。

話は大学卒業直後、研究助手に採用されて民法の研究を始めた頃に遡る。民法の研究者の卵としての新しい生活が始まって間もなく、私は、日曜も祭日もなく、朝から夜遅くまで研究室（個室）に入り浸って、来る日も来る日もドイツ語の法律書に取り組んでいた。そうこうしているうちに、いったい自分は何故こんなことをしているのだろうかという疑問に襲われた。自分にとって学問とは何なのか、人生にとってどんな意味があるのかという問いかけが私の脳裏から離れなくなった。その頃は、マルクス主義の思想が盛んで、法律学もマルクス主義的法律学でなければ、科学的ではない、との考え方が支配的であるように思えた。人民の、

クラーク博士の聖書を手にとる奥田教授
（札幌独立キリスト教会にて）

ないし民衆の幸福に役立つものでなければ価値がない、といった風潮に思えた。確たる世界観も哲学も持ち合わせていない私は、その答えが欲しかった。恩師の於保先生に胸中を打ち明けたところ、「そういうことが問題となるようなら、研究者を辞めなさい」と言われた。先生は、常々、「学問のための学問」を唱導しておられた。返す言葉もない私は、自分で解決を見つけるほかはないのだと、もうその問題に関しては先生に相談をすまいと心に決めて、いろんな本を読み、人生の指針を求めて彷徨した。自分という存在がいかに小さく、頼りなく、もろいものであるか、そして内側は闇であって光を有しないことに気づかされた。「朝（あした）に道を聞きては、夕べに死すとも可なり。」とか、「内に省みて疚しからずんば、夫れ何を憂え何をか懼れん。」との孔子の言葉が羨ましく思われた。要は、学問の問題と人生の問題（人生の意義）の両者が相俟って私を苦しめたのである。

研究生活二年目の夏休み前、ある研究会の打ち上げ会のあと、研究会メンバーの一人の熱心なクリスチャンの方と静かに心置きなく語り合う機会を得、生涯初めて、キリストの話を真剣に、心の奥深く聴くこととなった。これが私の人生の転機となった。

キリスト教に入門したとはいうものの、キリスト教自体が突きつけてくる諸問題、例えば、教理や教義の問題、旧約聖書と新約聖書との関係とか、さらには科学と宗教（キリスト教）の関係とかの問題にどう対処すればよいのか、戸惑いはあったが、これらはいずれ解決することとして焦らないように心掛けた。人生を生きる上での拠りどころ、学問を続けるに当たっての心の平安を得たことは、何ものにも代えがたい貴重なものであった。

一九五九年一一月、東京大学教養学部ドイツ語科教授の小池辰雄先生との出会いをいただいた。キリスト教の中での悩みを抱えていた私にとって、その後の私の人生の歩みの上で、先生との出会いは決定的な意義を有するものとなった。この年の一一月に京都大学で開催された独文学会に出席のため先生が京都に来られた機会に、私が幹事役をしていた学

内の聖書研究会の主催で、一一月九日（月）の夜、京都大学楽友会館において先生に講演をしていただいた。「無的実存」と題して、聖書のこと、キリストのことなど、自由自在に語られた。

「ひとはキリスト教に入ると視野が狭くなると言うけれども、全く逆だ。私は、キリストの光に照らされて視界が広くなった。何ものにも捉われることなく、ものを見ることができるようになった。」

「イエスという方は、神の前に己を何者ともしなかった。人間は、神の前に己を何者かにしたがる。イエスは、神の前に私無き人、無私なる人、神を父と呼び、神を一切として己を神の前に投げ出している存在、それゆえにこそ、イエスの中に神が一〇〇パーセント宿った。だから、私を見た者は、父（神）を見たのだ、と宣言することができた。」

この講演を通して、キリストの福音の世界はなんと広大無辺であり、自由な、豊かな世界であるかと感嘆した。その何年か後に承った講演において、先生は「宗教と文化」の関係について、次のように話された。

「人間の文化的営みと、宗教の世界とは、樹木の幹と根の関係に譬えることができる。政治・経済・学問・芸術などの文化的営みは樹木の地上に見えている部分だ。幹は道徳、枝・葉・花・果は政治・経済・学問・芸術と言えるだろう。これらを支えているのは見えない、地下に隠れている根っ子である。それが宗教の世界だ。しっかりと根を張り巡らし、地中深く伸びてゆく根に支えられてこそ、樹木は健やかに繁茂する。青空に向かって伸び、生い茂る樹木には、地中深く水脈に向かって伸びゆく根があることを忘れてはならない。学問的真理の探求と宗

教的真理の探求とは方向性においては正反対だけれども、一本につながっているのではないか。」

先生のこのような見方は、私に勇気を与えてくれた。キリスト教的真理の探求と学問上の真理の探求（法律学においても）とは、けっして相容れないものではないとの安らぎを得ることができた。現実の学問的営みにおいては、そのような実感を抱くには程遠く、二足の草鞋を履いていて、二兎を追う者は一兎も得ず、の諺どおりになるのではないかと思いつつも、わが道を往こうと心に定め、今自分のなすべき分を誠実に果たすことのみ、との思いで今日まで歩んできた。

Ⅳ　学園紛争と研究生活

一九六八年秋に東京大学医学部において始まった大学紛争は、翌年の一九六九年一月には京都大学にも飛び火し、みるみる全国的規模での学園紛争に展開した。京都大学では、ほとんどの学部において学生によるストライキの決議がなされて授業はストップし、法学部においても、ストライキ決議は成立しなかったものの、授業は妨害されて実施できない状態が続いた。九月には、遂に機動隊が導入され、その後も学生運動内部でのイデオロギー対立が激しく（赤ヘルメット、白ヘル、黄ヘルなど）、混乱は数年に及んだ。六九年から七〇年にかけては、私自身、全く研究のできない状態が続いた。学生運動やその政治色についての知識をほとんど持ち合わせていなかった私は、ただ求められるままに法学部教授会の方針に従い、また学部長の意を戴して団交に同席したり、その他学部長を精一杯補佐したりした。研究できない状態がいつまで続くのか全く見通しの立たない状況下で、後輩の同僚が、「そんなに献身的に大学のために尽くすの

はよくない。もっと自分の研究を大切にするように」と忠告してくれたが、私は、今はこうする他ない。たとえ、こんな状況が長引いて、学者としての生命が絶たれるような事態になろうとも、それはそれでいいのだ、と自らに言い聞かせて納得していた。その頃、ほとんど毎朝、若王子山に見つけた程よい祈りの場所へ出掛けては、聖書を読んで祈る時間を持った。因みに若王子山は「哲学の道」の終点から坂道を五〇〇メートルほど上ったところが頂上で、そこには新島襄の墓があり、そのさらに奥の方に木立に囲まれた空間があって、そこを私は祈り場としたのである。「哲学の道」の終点までは、自宅から二五〇〇メートルの道のりで、その往復はランニングの練習にもなった。もし私がキリストに帰依していなかったならば、私のように精神的に弱い人間は、どうなっていたかと思う。今思っても、あの頃、精神的にはいつも平安のうちに過ごすことができた。

V　『債権総論』の執筆と論文集の刊行

学園紛争の前の比較的穏やかな時期と言ってよい昭和四二、三年ごろではなかったかと思うが、一方では『注釈民法』の第四巻の「無効及ヒ取消」、第一二巻の「弁済」の前注ほか数か条の執筆割り当てがあり、他方では筑摩書房の現代法学全集の第一八巻『債権総論』を引き受けるようにとの話があった。『債権総論』の執筆をお勧めになったのは本全集の編集委員である磯村哲先生であったが、そのときのお話では、「いわゆる概説書ではなく、重点的にテーマを絞り込んだ、いわば論文集のようなものでよい。その方が全集としての特色を生かせるので、奥田君は債権や請求権に関する論文や、債権法上のテーマについての論文もあることだから、ぜひ引き受けるように」とのことであった。ところが、学園紛争の波に揉まれている間に、年月が経過するとともに、民法分野で最初に出たのは、幾代通教授の『不法行為』

であった。これは、均整のとれた見事な教科書風の著書であった。出版社の方でも、いつしか、論文集スタイルでもよい、といった話は消え失せ、幾代『不法行為』がお手本であるかのように変化した。そうなると、これはよほど本腰を入れて取り組まないといけないと、だんだん荷が重く感じられてきた。

『債権総論』の執筆のための具体的準備作業にとりかかったのは、昭和四九年（一九七四年）夏のことであった。暑い京都にいては仕事もはかどらないだろうとの筑摩書房の計らいで、浅間山麓、信濃追分の或る山荘にこもり、強制履行のあたりから勉強を始めた。その頃であったと記憶するが、創文社の久保井理津男社長がたびたび私を訪ねては、「学者にとって大事なことは、まず論文集を完成することだ。『債権総論』は後回しにして、絶対に先に論文集を出すように。」と執拗に迫られた。ただでさえ、刊行の遅れている『債権総論』を後回しになどとてもできることではないと抵抗しても、久保井社長は全くひるむ気配もない。結局、『債権総論』を優先して、昭和五〇年、五一年と三夏連続で信濃追分の山荘にご厄介になった。その間、好美清光教授や唄孝一教授とも山荘で共に過ごす時を持った。

論文集の方は、収録する論文を請求権に関するものに限定し、「請求権と訴訟物」（判例タイムズ）は中間報告的な内容のものであることから、「附録」という扱いにして『請求権概念の生成と展開』と題する論文集に収録することとした。この論文集の校正作業はすべて、昭和五三年（一九七八年）四月から一年間、文部省在外研究員としてドイツのフライブルク大学に滞在中に行うこととなった。そして、帰国後の昭和五四年（一九七九年）七月に創文社から刊行された。

他方、『債権総論』の道のりは、なお険しかった。昭和五五年（一九八〇年）の夏休み、今度は妙高山麓、風光明媚な赤倉温泉の「次井旅館」にこもって執筆に励んだ。これで、債権総論の前半のうちの主要部分を何とか済ませることができたが、後半部分はいわば債権総論の中の「各論」に相当するもので、その年の冬休みからは、「債権譲渡・債務引受」、「多数当事者の債権関係」に取りかかった。ところがその後、『債権総論』を一冊本として出すのではなく、上・

下の二冊に分けて出すようにとの出版社側の意向により、漸く、昭和五七年（一九八二年）七月に上巻を出すことができた。昭和五八年（一九八三年）四月から二年間は法学部長の職にあり、時間的にも難しく、下巻を出すことができたのは、上巻の後五年を経過した昭和六二年（一九八七年）のことであった。

このように、私の仕事はまことに遅々たるもので、各方面にご迷惑をおかけしながらの作業であった。

『債権総論』の執筆において苦心したのは、（一）強制履行のところ。すなわち、民法四一四条は実体法規定なのか、単なる執行法上の規定にすぎないのかの問題。当時の圧倒的多数説は、四一四条は本来、民事訴訟法（現在なら民事執行法）に置かれるべき規定であるのに、誤って民法に入り込んだもので無視すべきである、というものであった。ひとり、於保先生だけは、これを実体法規定として理解しておられた。

（二）債務不履行の中での「不完全履行・積極的債権侵害およびその他の義務違反」のところ。債務不履行のうち履行遅滞・履行不能以外の債務不履行の諸事例を、単に「債務の本旨にかなった履行がなされていない」というように包括的・一元的に捉えるのではなく、効果との結びつきを考えて、（ア）債務の性質上は、与える債務と為す債務とでどのような違いがあるか、（イ）侵害される義務の面からは、給付義務か、附随的注意義務か、保護義務かで効果に違いがないか、（ウ）被侵害客体が、給付目的物か、給付行為ないし給付結果か、一般法益（いわゆる完全性利益）かで効果に違いが生じないか、を考慮して、要件と効果（追完の可否、解除の可否、損害賠償の範囲）を定めるべきではないかと考えた。

（三）損害賠償の範囲の問題と損害賠償額算定の基準時の関係。とくに、判例は基準時に関しては多元説である、と一般に説かれているけれども、事案類型ごとに検討しなければそのような素朴・単純な割り切り方では済まされないと考えた。そこで、概説書としては異例と言えるほど多数の判例を取り上げ、事案ごとの特色を明らかにしつつ統一的な

理解が得られるように努めた。

（四）詐害行為取消権　責任説の主張に共感を覚えつつも、大審院明治四四年三月二四日民事連合部判決の打ち出した方向性（相対的取消し）を維持するように努めた。

Ⅵ　請求権競合問題についての研究

ローマ法上の actio から、ドイツ民法の Anspruch への展開の研究の行き着くところは、私にとっては、実体法上の請求権の競合と訴訟法上の訴訟物ないし民事訴訟法学における訴訟物理論の関係の究明であった。昭和三〇年代以降、わが国の民事訴訟法学においては、新訴訟物理論が華々しく提唱され、旧訴訟物理論を堅持する学者との間で激しい論争が繰り広げられた。新訴訟物理論の主張者の中には、実体法上の権利や請求権との関係を全く無視ないし切断した形で訴訟物を構成する見解や、紛争の一回的解決に至上価値を置くような議論を展開するものが見られた。実体法とのつながりを重視する三ヶ月教授の学説においても、その請求権の理解において私には納得できない点があった。「請求権と訴訟物」の論文（前掲）はそうした私の疑問を正面からぶっつけたものであった。私の問題関心を正面から受け止めて、実体法の立場から請求権競合の問題に取り組み、精緻な理論を打ち出されたのは、四宮和夫先生の『請求権競合論』（昭和五三年〔一九七八年〕）であった。

初期の私の関心は、実体法上の請求権の競合が生ずるすべての場合に常に訴訟物は一個であるとする民訴学者の訴訟物理論に疑問を抱き、実体法の立場から論駁することであった。すなわち、所有権に基づく引渡請求権と契約に基づく引渡請求権とでは制度上の差異があること、不法行為による損害賠償請求権と不当利得を根拠とする請求権とでは同じ

く金銭の給付を内容とするものであっても、制度上は別個のものであること、これらの諸事例において単に現象的に同一内容の給付請求に見えても、短絡的に訴訟物は同一という扱いをするのではなく、実体法理論の内部において、制度間の関係を正しく理解することが必要であると考えた。例えば、賃貸借終了の場合の目的物の返還請求権は、所有権に基づくものと契約に基づくものとの両者が考えられるが、この場合には契約関係の後始末としては契約に基づく処理をすべきである。他方、債務不履行に基づく損害賠償請求権と不法行為による損害賠償請求権の競合が生じている場合においては、不法行為法上の保護法益（生命・身体・健康、所有権など）が債務者の行為によって侵害された場合であるから、むしろ不法行為法上の規律に服するのが適切であるとさえ言える（例えば、慰謝料請求や被害者死亡の場合の近親者の慰謝料請求）。したがって、このような債務不履行と不法行為の競合事例では、請求権の競合を認めた上で適切な処理をするほかないであろう、と。

こうして、問題の核心は、訴訟物理論との関係を離れて、実体法上の制度と制度との関係、規範相互の関係を正しく理解する点にあると受け止めるようになった。このような私の研究の足跡は、昭和四七年（一九七二年）の「物品運送契約における債務不履行責任と不法行為責任――ドイツの判例・学説を中心として――」（法学論叢九〇巻四・五・六号）、昭和四九年（一九七四年）の「契約法と不法行為法の接点――契約責任と不法行為責任の関係および両義務の性質論を中心に――」（『於保不二雄先生還暦記念　民法学の基礎的課題　中』）、昭和六〇年（一九八五年）の「債務不履行と不法行為」（『民法講座4　債権総論』）に見ることができる。とりわけ、この「契約法と不法行為法の接点」の論文は、ドイツ民法学の最先端の理論を踏まえてこの問題を論じた苦心の作であった。また、請求権競合の問題について、当時わが国の民事法学において支配的であった川島武宜先生の契約責任と不法行為責任の関係についての法条競合説に対する私の批判的見解を論証しようとするものでもあった。

さらに、昭和五〇年二月二五日の最高裁判決によって初めて最高裁判例上に登場した安全配慮義務は、債務を給付義務と保護義務とに分けて捉える民法学上の理論のなかでどのような位置づけがなされるべきであるのか、安全配慮義務の特質は債権者・債務者間の他の諸義務に対してどの点に見出されるべきであるのか、という問いかけとなって私に解決を迫るものとなった。同じく安全配慮義務という用語で一括りにして捉えられている義務であっても、それを生み出す法律関係、それが課されている義務者の立場によって、その義務の位置づけ（付随義務というなら何に付随しているのか、本来の給付義務があってそれに付随するのか、給付義務は存在しないけれども何らかの法律関係に付随するのか）、義務内容の濃淡ないし強弱の度合（義務を尽くしたと評価されるにはどのような具体的行為ないし措置を行うことが求められるのか）が異なるのではないか、と考えた。例えば、入院患者に対する病院の債務内容は、診療契約およびそれと結合した入院契約の内容に応じて定まるはずであり、院内感染の防止とか建物からの転落事故の防止などは、治療という給付義務の狭義の内容には含まれないとしても、契約の解釈から導き出される病院の債務内容をなすものであり、給付義務の拡張されたものと見ることも可能である。そして、病院として法令上義務づけられる措置を超えて、どれだけ手厚い措置を講ずるべきかは対価（双務有償契約上の）に応じて判断されることになろう。学校・保育園の生徒・園児に対する安全配慮義務についても、その最低限の措置については不法行為法の観点からも要請されるにしても、それ以上の行き届いた、手厚い措置内容は契約内容によって定まるべきもので、生徒・園児の生命・身体・健康の安全を配慮すべき義務は、契約から導かれる給付義務の一内容であると言えよう。食品の売買における売主の義務にしても、単に民法五五五条のいう財産権移転義務に尽きず、安全な食品を引き渡すことが給付義務内容に含まれると解するのが、契約解釈からの帰結であろう。

他方、労働契約関係においては、双務有償契約に基づき対価関係に立つのは、労働者の側では使用者の指揮・命令の

下での労務の提供、使用者の側ではその対価としての賃金の支払いであり、労働者の身の安全に対する配慮は対価関係からは導き出せないものである。賃金支払義務という本来的給付義務に付随するとか、その拡張として捉える事のできないものである。民法学上の付随義務は、給付義務そのものではないけれども、給付目的を達成するために契約の解釈上、あるいは信義則上、給付義務の存在を前提としてこれに付随するものと理解されてきた。したがって、安易に、（労働）法律関係に付随するなどと表現されることに対しては、違和感を覚えた。法的根拠を信義則に求めることはやむを得ない。契約の解釈から導き出せない場合に、信義則に拠り所を求めるほかないからである。私が最も力説したかったことは、労働者は使用者の指揮・命令の下に、また使用者の提供する環境・施設・設備・機械等の下で、身の安全を使用者に預けた形で労務に携わるという特殊性が、安全配慮義務の性質・内容に反映されなければならない、ということであった。民法的に言えば、使用者が債権者として権利の行使に際して負担する義務、債務者の債務の履行を受領するに当たって債権者に課される義務ということになるが、売買における目的物の受領や、金銭債務における金銭の受領などにおいては、債務者に対する債権者の安全配慮義務などは問題にはならない。炭鉱での火災や落盤事故、粉じんによる健康被害（じん肺）その他の労働災害を見るにつけ、安全配慮義務の根拠、特質、義務内容、その射程を明らかにする必要があると考えた次第である。しかし、民法学界では、こうした見方は受け入れられなかった。平成二年（一九九〇年）の「安全配慮義務」（『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集　中巻　損害賠償法の課題と展望』）および「契約責任と不法行為責任との関係（契約法規範と不法行為法規範の関係）――特に安全配慮義務の法的性質に関連して――〔講演〕」（司法研修所論集一九九一－Ⅰ（八五号）。なお、この講演は、後に『谷口知平先生追悼論文集2　契約法』（平成五年［一九九三年］、信山社）に転載させていただいた）の両論文は、私の苦闘の結実である。

Ⅶ　その他

以上に挙げたもののほかに、私が関心を抱いた領域ないし事項は、（一）財産管理権論の研究、（二）物権的請求権の発生根拠と内容、（三）受領遅滞と危険負担、などである。

（一）については、於保先生が財産管理権論研究のパイオニアであったので、自然に私も授権、代理権、財産管理権といった諸制度に関心を持つようになった。京都大学法学部百周年記念論文集第三巻（平成一一年［一九九九年］、有斐閣）所収の「代理、授権、法律行為に関する断想」や「『無権代理と相続』に関する理論の再検討――無権代理人相続型を中心に――」（法学論叢一三四巻五・六号、一九九四年三月）がその表れである。法律行為により効果が発生するが、「財産管理権」を媒介として、効果を最終的に帰属させるという於保先生の洞察は、所有と経営（管理）との分離にも類比した優れたものと考えるが、近時の代理に関する叙述では、こうした分析が踏まえられているのだろうかという疑問などを示している。

（二）の物権的請求権については、平成八年（一九九六年）六月に早稲田大学で行った講演「物権的請求権について」（法学教室一九八号［一九九七年三月］）に私の基本的発想が表れている。

また、（三）では、「受領遅滞と危険負担――雇傭ないし労働契約の場合を中心として――」（法学論叢九四巻五・六号［一九七四年］）は、我が国の通説がドイツの学説（「領域説」）にしたがって、履行不能と受領遅滞の区別は、履行および受領の双方を困難（不能）とする当該事情が債権者（使用者）・債務者（労務者）のいずれの支配領域において生じているかを基準とし、使用者側で生じているときは受領不能（受領遅滞）、労務者側で生じているときは履行不能とみて、前者の場合は賃金請求権の存続を認め、後者の場合には賃金請求権なし（民法五三六条一項）とする。その結

論は妥当であるが、受領遅滞の場合に賃金請求権の存続を認める根拠を通説は何ら説明していないと（ドイツでは、ドイツ民法六一五条が明文の規定でこれを定めている）、安易にドイツの学説の結論だけを受け入れて、それ以上の検討をしない通説の態度を批判したものである。

その他、「信頼利益」「履行利益」概念にしても、ドイツの損害賠償法の構造に由来するもので、わが国の議論は、ドイツ法の正確な理解抜きでなされているように思われる。

Ⅷ　私の民法研究のまとめ

以上の素描から窺えるように、私の問題関心なり研究の在り方は、法制度の歴史とか、民法上の基本的制度や概念、その構造・性質といったものの本質をどこまでも掘り下げて、納得がゆくまで追求するといったものであった。それが、どれほど現実の法的諸問題の解決に役立つのか、将来の新しい制度設計や課題に応え得るものであるかは、わからない。人間が納得しうる解決の基底には、何らかの「理（ことわり）」ないし「法則性」があるはずだ、という直観のようなものに導かれて、地道に研究らしきものをつづけてきた、としか言えない。

それに私は、一つの事をしようとすると、他の事はすべてストップしてその一事に専念しないと完成へとこぎつけることができない。ところが、現実には、次々とそれを妨げる公私の様々な用務が舞い込んでくる。こんな状況の中でも、病に倒れることもなく、こころ穏やかに過ごしてこられたのは、ひとえに、わが主キリストの御護りと導きの故に他ならない。私にとっては、民法学も学者としての生活も、最重要事ではない。主キリストの御心にかなう生き方をすることがすべてなのである。こんなことを言うものだから、「それなら、お前にとって、民法学とは何なのか、研究にどん

な意味があるのか」と厳しく問われることになるのである。

Ⅸ　最高裁判所判事としての仕事と私の民法学

平成一一年（一九九九年）四月から三年六か月、幸運にも最高裁判所判事として最高裁判所での実務に携わることができた。民法学者としての知識と学理的思考を実務の上に生かすことのできる貴重な機会を与えていただき、その三年六か月は充実した日々であった。

実務経験豊かな裁判官の方々や、理論的思考の面でも鋭く、優れた感覚を備えた調査官の方々との交流を通して、他では得られない勉強をさせてもらったと考えている。

最高裁での審議は、法律審であることの制約から事実認定のプロセスに直接タッチすることはできないが、さまざまな経緯を経て原審までに認定された事実（「原審の適法に確定した事実」）を前提として、当該事件につき、いかなる法理を用いて適切妥当な結論に到達すべきかを多角的に検討しなければならなかった。しかも判示内容は、当該事件だけではなく、類似の事案にも適用可能な法理の説示でなければならないし、同時にまた、他の類似の事案において異なる結論を導こうとする際の妨げとなるようであってはならない。

一口に「利益衡量（考量）」と言っても、学説レベルにおいては、なお抽象的・類型的な「利益」と「利益」の衡量であるのに対し、現実の裁判においては、具体的事案ごとに各当事者の利益状況やその内容は異なるから、いわゆる利益衡量だけで結論が導き出せるわけではない。学説で説かれる利益衡量と現実の事案での解決、それに至るプロセスとの間には隔たりがあるように思われた。

X　法と倫理・宗教について

平成八年（一九九六年）三月末をもって京都大学を定年により退職した私は、同年四月から、三重県鈴鹿市にある鈴鹿国際大学に教授として赴任した。鈴鹿国際大学は平成六年（一九九四年）に開設された大学で、開学と同時に、私は非常勤講師として、授業を受け持っていた。この大学の特色ある科目の一つとして、「世界の中の日本」という授業科目があり、学内・学外の著名人を講師とするリレー式の講義であった。

初年度、私は、「良き法律家は悪しき隣人？」という題で講義し、次年度は、「『人間の尊厳』の根底にあるもの」という題で、次いで、常勤の教授となった平成八年（一九九六年）には、「聖書の自然観・人間観」という題で講義をした。すべて、聖書における神・キリストと人間の関係、聖書は人間や自然をどう見ているか、社会生活における人間相互の関係は神の目からみていかにあるべきか、といった問題に焦点を合わせたものであった。

ここには、法と倫理・宗教に関する聖書の箇所を旧約聖書と新約聖書から一つずつ取り上げて、話してみたい。

旧約聖書のレビ記（成立年代は紀元前六世紀前半頃）に次のような箇所がある。

「主はモーセに仰せになった。イスラエルの人々の共同体全体に告げてこう言いなさい。
あなたたちは聖なる者となりなさい。あなたたちの神、主であるわたしは聖なる者である。
父と母とを敬いなさい。わたしの安息日を守りなさい。わたしはあなたたちの神、主である。（中略）
穀物を収穫するときは、畑の隅まで刈り尽くしてはならない。収穫後の落ち穂を拾い集めてはならない。ぶどうも、摘み尽くしてはならない。ぶどう畑の落ちた実を拾い集めてはならない。これらは貧しい者や寄留者のため

に残しておかねばならない。わたしはあなたたちの神、主である。
あなたたちは盗んではならない。うそをついてはならない。互いに欺いてはならない。わたしの名を用いて偽り誓ってはならない。それによってあなたの神の名を汚してはならない。わたしは主である。
あなたは隣人を虐げてはならない。奪い取ってはならない。雇い人の労賃の支払いを翌朝まで延ばしてはならない。耳の聞こえぬ者を悪く言ったり、目の見えぬ者の前に障害物を置いたりしてはならない。あなたの神を畏れなさい。わたしは主である。
あなたたちは不正な裁判をしてはならない。あなたは弱い者を偏ってかばったり、力ある者におもねったりしてはならない。同胞を正しく裁きなさい。民の間で中傷をしたり、隣人の生命にかかわる偽証をしたりしてはならない。わたしは主である。
心の中で兄弟を憎んではならない。同胞を率直に戒めなさい。そうすれば彼の罪を負うことはない。復讐してはならない。民の人々に恨みを抱いてはならない。自分自身を愛するように隣人を愛しなさい。わたしは主である。」
（レビ記一九章一～一八節）

戒律の宣言の末尾に「わたしは主である」という言葉が置かれていることに注目すべきである。「わたしが、あなた方（イスラエル民族）の神であり、主であるのだから、あなた方は私の心、思い（信愛）にきっと応えるはずだ」という愛と信頼の呼びかけの中での戒律（行為規範）の宣言である。われわれの法規範においてはどうであろうか。
また、「畑の隅まで刈り尽くしてはならない」とか、「ぶどうも、摘み尽くしてはならない」、「労賃の支払いを翌朝まで延ばしてはならない」という戒律の中に、貧しい人々への思いやりを汲み取ることができる。「心の中で兄弟を憎ん

ではならない」とか「人々に恨みを抱いてはならない」というのは、正に人間の内面を問題とするもので、法の介入するところではなく、倫理・道徳の領域である。旧約聖書においては、法規範も道徳・宗教規範も、分かちがたく一体化しているのを見る。もちろん、これらの内面的規範がどこまで遵守されていたかは別問題であるが、民族全体が、このような高次の規範の下に統率されていたとは、驚きである。

新約聖書におけるキリストの言葉はもっと凄い。有名な「敵を愛せよ」のくだりを引用しよう。

「あなたがたも聞いているとおり、『隣人を愛し、敵を憎め』と命じられている。しかし、わたしは言っておく。敵を愛し、自分を迫害する者のために祈りなさい。あなたがたの天の父の子となるためである。父は悪人にも善人にも太陽を昇らせ、正しい者にも正しくない者にも雨を降らせてくださるからである。自分を愛してくれる人を愛したところで、あなたがたにどんな報いがあろうか。徴税人でも、同じことをしているではないか。自分の兄弟にだけ挨拶したところで、どんな優れたことをしたことになろうか。異邦人でさえ、同じことをしているではないか。だから、あなたがたの天の父が完全であられるように、あなたがたも完全な者となりなさい。」（マタイによる福音書五章四三～四八節）

天の父のこころ（無限無量の絶対愛）をこころとする、これが教えの出発点である。イエスはそれを身をもって表した。それは、イエス自身が、全き父（父神）の愛に満たされ、貫かれていたからであった。イエスにおいては、絶対界と相対界、絶対次元と相対次元との間に分裂がなかった。ところが、われわれ現実の人間においては、そうはいかない。ここに法の世界と宗教（キリスト教）の世界との違いがはっきりと現れている。法が規律の対象とする人間は、自己

中心で、利己的な面を免れない人間である。理想としては、他者を愛し、他者のために身を捧げようとする崇高な志向を有しながらも、また逆の方向へも突っ走るという両面がある。そのような人間の構成する社会において、正義、公平、平等、共生、といった価値を実現するのが法の目指すところではあっても、一挙にそれに到達することはできない。忍耐と寛容が必要である。

キリスト教は人間の内面の変革を出発点とする。しかもそれは神の働き（力）によって達成されるものであり、その前提として人間の自由意志に基づく神・キリストへの信仰（帰依）が不可欠であり、それは、いかなる人にも強制されてはならない。

法学教育、ことに将来の法曹を養成することを直接の目的とする法科大学院の教育において、法曹倫理教育が重視されている。私は、法曹を志す人たちが、単に法律の解釈適用の技術の習得に明け暮れるのではなく、高い人間性を養っていただきたいと願っている。それには、上に述べた旧約聖書や新約聖書の核心に触れ、自らの生き方を問い続けるといったことの大切さを忘れないでいただきたいと切に願うものである。