

大河純夫教授オーラルヒストリー

聞き手：吉村 良一（法務研究科教授）

小山 泰史（本学部教授）

【大学入学まで】

吉村 まず、先生の生い立ちで印象的なことがあれば何か。それから、大学、大学院の頃は大学紛争の時期でしたが、そのへんを含めて印象に残っていることをお願いします。研究面については、論文のリストから見ると、ヘック（Heck）の研究から始まって、利息制限法の研究、それから、大審院の判例研究として、例えば、「第三者制限連合部判決」や「取得時効と登記」の研究、さらに、民法典の起草段階についての研究などがあるかなと思います、これらについてお話しいただく。最後に、立命での教育や学内の仕事、特に、教学部でのお仕事や、学部長時代は、ロースクールを立ち上げられたわけですので、そのあたり。こういった柱をお願いします。

まず、京都の大学に来られるまでのところで印象的なことを何か。

大河 そうだね。とり立ててしゃべることはないんだけど、北海道の生まれで、家は農家だったもので農民の子として生まれました。今でもそうだけど、僕の従兄弟で大学に行っているのはほとんどいない状況であって、大学に行くこと自体が希有の事例だった。そういう意味では、もう亡くなったけど、おふくろには迷惑をかけた。一種のお上りさんで、大学でも受けてみようかと。

吉村 大学進学率でいうと5人に1人程度の時代ですね。

大河 そうだね。僕の村は人口5000人くらいの村で、ほとんど農家だったからね。小樽商大と京大と両方受けようとしたが、京大に間違って受

かったから、小樽商大は結果的には受験しなかった。京都はショックだったね。文化水準が違うんだよね、服装、しゃべることがね。僕なんか新書本を買うにも旭川に出なければならなかったから。英語の読み方も田舎で勉強したのは全然違う。そういう意味ではカルチャーショックで、親の教育というのは大事だなと。

吉村 入学は昭和38年ですね。東京オリンピックの前の年。京都の大学で法学部というのはどういう動機からですか。

大河 法学部はつぶしがきくということでしょう。高校では理科系の授業を受けていて、数までやってたんです。化学は2年、物理は3年に。生物は1年にやって受験勉強しようと思わなくて、化学と物理でやろうと。京大の問題はスタンダードでしたから。それでよかったのではないかと思う。数まで勉強して。

吉村 法学部以外はあまり考えていなかったのですか。

大河 考えてない。

吉村 弁護士になろうとか、法律の研究者になろうとかは、考えていなかったのでしょうか。

大河 美術や習字なんて成績が2くらいだったから。文学・芸術系で勉強しようと思わなかったから。小樽商大は経済学系だから、法律系でも受けておこうかと。単純なことですよ。

吉村 今のように、法科大学院に行って弁護士になろうとか、そういったことはあまり意識しない時代ですよ。

大河 そんなことは考えていなかった。

吉村 京都の大学を選ばれたのはなぜですか。京都に憧れていたとか。

大河 高校で修学旅行に来たからね。知らん土地ではないというか、2日ほどいたから、いいかという、その程度ですね。小樽だって小学校6年の時、修学旅行で行ったきりだからね。その程度です。そんな立派な志なんか、なかったな。

【大学・大学院時代】

吉村 大学でカルチャーショックを受けたということですが、法律の勉強を始めた最初はどんな感じでしたか。

大河 法律は勉強してない。一つ上の先輩が社会科学研究会をやっていて「ここに入れ」と。ウェーバーとかマルクスとか。そこで勉強したのかな。それが大きかったのではないかな。きたない京大のゴミだめのようなボックスにつれこまれて、そこで読んでいた。それが主要だよ。他に、前田達男さんが法学研究会を組織して、法律学の関係の文献を読まされたことはあるけど、それ以上は法律学の勉強はしてなかったね。もっとも川島（武宜）さんのものとかを、クラスの友だちと読んだかな。国際関係学部にいる安藤（次男）君とか住友金属にいったのと3人くらいで百万遍の進々堂だね。輪読していくということをやったけど。全く歯が立たなかったね。

吉村 講義はどうですか。出ておられましたか。

大河 出ていましたよ。

吉村 大学紛争もなく、まだ平和な時代だから。

大河 午前はほとんど出なかったけれども、午後は出ていた。

吉村 民法はどなたの講義でしたか。

大河 奥田（昌道）さんが物権法じゃないかな。ドイツから帰ってきたばかりで。林（良平）さんが親族法・相続法。磯村（哲）さんが債権法だったかな。

小山 林先生は神戸大から移られた後なんですね。

大河 そうそう。商法が大隅（健一郎）さんと大森（忠夫）さん。大森さんにしる、大隅さんにしる、演説風で見事だったね。磯村さんはノート講義で、淡々としていた。

吉村 当時は、六法全書一冊だけ持ってきて、ポンと置いて、あとはしゃべるだけという方もおられたと聞いたことがありますが。

大河 於保(不二雄)さん,大隅さんが,それに近いね。大隅先生は『会社法論』の水準で滔々と説いていた。私は『会社法概説』で勉強をはじめたのですが,結局『会社法論』を入手しなければならなかった。

吉村 頭の中に残っているんですね。

大河 残っているんだね。全部しゃべるんだね。

吉村 ゼミは磯村先生ですか。どんなことをされましたか。

大河 判例研究です。

吉村 最高裁の。

大河 我妻(栄)先生が編集した民法基本判例集からピックアップして読んでいくというパターンで。

吉村 学生が報告して。先生は居眠りして(笑い)。

大河 そうそう。報告が終わったら,パッと目を開けてね。「そんなことは書いてない」と。

吉村 大学院に行こうと考えられたのは,いつ頃からで,きっかけは何ですか。

大河 4回生くらいかな。就職活動する自信がなかったというか。皆,頑張ってやったのにね。そういう意欲も意思もなかったし,大学院でも行こうかと。そんな感じじゃなかったのかな。

吉村 司法試験は受けられましたか。

大河 1回受けたけどね。1回落ちて,それを頑張ってやろうとかは思わなかった。友だちで受かったのは,みるからに頑張り屋で。賢い人は賢いね。人間にはいろいろあるんだなと。どうしようもないなと。

吉村 大学院に行くことは,当時は,将来研究職につくということが前提ですよ。

大河 研究職がどういうものが深く思わなかったし。いい加減だったかもしれない。磯村さんも林さんも何も言わなかったし。

吉村 相談されましたか,磯村先生に。通告だけですか。

大河 言いにいったら「なんだ,君は」という顔をしていました。

吉村 民法を専門としたのは、ゼミでやっていたからですか。

大河 そうですね。

吉村 学生時代から、あるテーマに関心があって大学院に進まれたということでしょうか。

大河 そういうところはなかったね。未熟で、今から考えれば。

吉村 最近は学部時代から関心のあるテーマを持っている人がいますが、我々の頃はそんなことはなかったですね。ところで、大学院で修士課程を長くかかっていますよね。どういう経過なんですか。

大河 テーマは、ドイツの権利失効の原則（Verwirkung）かな、日本でいうと。我妻先生も書いている信義則の問題を扱うのは面白いかなと。日本ではなぜ導入されないのかという関心はあったんだけど。そこまで。それに、てこずったんですね。

吉村 そのテーマは磯村先生のサジェッションがあったんですか。それとも、関係なく。

大河 それは、ないかな。サジェッションされても、磯村さんがそれを研究していたと知らなかったから、ケンもほろろでしょうね。「権利失効の原則はドイツにおける信義則の一つの対応にすぎない」というのが彼の考えで、ドイツ法に即して整理されています。「今更、ドイツ法からやって何が出てくるのか」と。時間がかったのは、エッサー（Esser）が読めなかったのが大きいのかな。ジーベルト（Siebert）は読めたんだけど。エッサーのドイツ語は読めなくて。

吉村 エッサーは債権法の本も難しいですね。

大河 あの人の論文は難しくて。何を書いているか、わかんない。

吉村 ドイツ人も難しいと言うそうです。

大河 それから難解なヴィアッカー（Wieacker）でしょう。ドイツ至上主義の、ね。ヴィアッカー、エッサーだから。それでてこずって、彼らが何をいいたいのか、わからなかった。ジーベルトは、はっきり言うてるんだけど。それにてこずったのかな。もちろん判例の読み方とか、あ

るんだけど。

吉村 修士論文は、そのテーマで。

大河 出したね。

【ヘック研究・歴史的解釈方法】

吉村 ヘックの研究をやり始めたのはいつからですか。

大河 それとの関係で、ずっと読んでいくと、方法論に関心はあったんだけど。

吉村 ヘックの研究をやり始めたことについては磯村先生の影響が大きいと思われませんか。

大河 重圧だね。今でも、そうだよ。彼のヘック理解は重圧だよ。

吉村 磯村先生がやられていたところを、あえてやってみようと思われたきっかけは。重圧を感じているところを、やりたいというのはどういう理由からですか。

大河 磯村さんは、社会的、経済的、理論的背景を十分加えた上で特定の法規の意味を解釈をしなければいけないということを、ヘックやエーリッヒ(Ehrlich)に仮託して書いているわけだけど、彼が具体的に錯誤について行ったのは亡くなる直前でした。社会経済的な背景までは、彼は立ち入らないで。何かあるかなと、続きをやってみて。それは、まだできていないね。今後できないかもしれない。

吉村 当時、利益衡量論が議論になっていましたが、そのへんは意識されているんですね。

大河 そうね。その時代ですね。水本(浩)さんあたりが関与したりね。

広中(俊雄)さんも書きはじめてきて。一つのトレンドでしたね。

吉村 その後、私法の解釈方法として歴史的解釈方法に基づいて研究を進められていると思いますが、ヘックについての最初の論文を見ると、自分のスタンスとして歴史的解釈方法をとるということが必ずしも前面に出ていなくて、ヘックの方法を研究するものとなっている。その時点で

すでに今後の研究について、歴史的解釈をやっていくという考えを自分なりに持っておられたんですか。それとも、もう少しニュートラルに考えられていたのですか。

大河 あなたの言った言葉を使えば、ニュートラルだな。切り取る大きな背景みたいなもの、切り取るメスみたいなものと、切り取れるかどうかという、そこは、かなり難問なんだ、やっぱり。そう簡単ではない。ドイツもそうだったけど、法典調査会の議事録を、以前、我々は普通は見られなかったのが、今では復刻されて読めるようになっている。研究条件は格段の変化ですね。変化していることは間違いないんだけど、さてそれを具体的に調べるとなるとね。ここが、さらに大変なんです。

吉村 自分の方論として、歴史的解釈方法のメスを使ってやってみようということをはじめたのは、その後ということでもよろしいのでしょうか。

大河 それでやってみようかと。それが成功するかは、どうかわからない。

吉村 最初のヘック研究の論文が、その後の研究のベースになっているということですね。

大河 一応、主観的にはそのつもりなただけ。ところがね、実際に検証に耐えうる資料が出てくるかどうか、わからないね。議論可能性、平井（宜雄）流に言うと、そういうものとして資料が出てくるかどうかというと、ちょっと、これは怪しい。僕も途中でほっぽりだしているわけです。今、読み返しているんだけど、いい加減な処理方法でやっていることは歴然としているわね。国立公文書館に『太政類典』があるんです。特定の法律について、太政官に出てくるまでの資料を集めたもの。それを組み換えた公文録がある。それを実際に使ったんです。引用はしてないけど。普通にプリントされている形になっているけど、種明かしをすれば、国立公文書館にあった資料を使ってやっている。それ以上のものが出てくるかどうか。ちょっとね。出てこないかもしれない。廃棄されているものがあるかもしれない、内部資料だから。今でもそうでしょう。法務省の資料は、全部は出てこないから。

吉村 磯村先生がエーリッヒの研究から歴史的解釈方法を主張された。広中先生もずいぶん書かれています。最近では、そういう視点でやらないといけないという人たちが出てきています。ところで、瀬川(信久)さんが『民法講座』で民法解釈方法論について書かれた論文で、磯村先生の法解釈方法論を全然採り上げていない。磯村先生の方法論、業績が学会の中できちっと位置づけられていないのではないかという気がします。そのあたり、感想的なことはありませんか。

大河 磯村さんのところに遊びにいった時、「大河君、論文は書かんといかんよ。忘れられるから」と。自分のことを言っておられるのかなと思った。

吉村 ある人から、磯村さんの評価が低い、それは京都の人間の責任だといわれたことがあります。

大河 それは我々の責任だろうね。

吉村 ところで、先生の大学院時代の後半に大学紛争がありました。紛争にかかわって何か印象的なことはありますか。

大河 あの当時、京大の法学研究科は、わりと中庸を得ていたと思うけど。実質的には大学否定論、解体論みたいなところに傾斜していた。それは紛れもない事実だと思う、今から考えてみると。オフィシャルな見解は違うよ。しかし実際の行動と政策は大学解体論に傾斜していたというのは事実だろうと思う。当時の教員は、よくもちこたえたと思う。

【利息制限法の研究】

小山 それでは、研究面について。ヘック研究がベースになっているということで包括できると思いますが、最初に利息制限法を取り上げようと思ったきっかけは何ですか。

大河 それは単純で、立命に来てゼミを持ったんだけど、夜間(二部)のゼミで、判例演習をやったんです。「利息制限はどういう意味で、弱者保護論なんですか」と聞かれて、「ちょっと待って」と。

広中さんの契約法の研究は正しいと思う。制限超過利息の請求を否定する段階があって、その次、返還請求という段階がある。それが発展段階論みたい。それは正しいと今でも思っています、当時も。それが日本の利息制限法では、どんな流れになるのだろうということ考えた。いろんな本を読んでみたけど、スキッと来なかったの、自分で調べてみようと思って、どんな法律か。小山さんのように立派な動機ではなくて、どんな法律なんだろうと。調べてみようかということだったんです。たまたま何で読んだのか、国立公文書館にそういう関係の資料があるということで、行ってパラパラとプリントをもらって「そうか。これを整理したらどうなるんだろう」と思って始めたの。それだけのことです。それが思いのほか、手間取っちゃってね。東京で資料を整理するのは大変でね。時間と費用と。行って見つけて「プリントしてください」というと、すぐ帰らないといけない。1週間、ドンと構えてやれば、別なだけけど。

吉村 学内の金融法研究会がありましたね。研究の後先は、どうなんですか。あれがきっかけということでもないんですか。

大河 並行したのではないかな。あれは井上正三さんがいて、実際にオピニオンリーダーみたいな感じで。優れた感性の持ち主だったから、一緒にやろうかということでやって。その事務局めいたことをやりましょうかと言ってやったんですけどね。

小山 その後、最近、金山（直樹）先生が、大河先生の業績を上げること多いんですが、80年代のサラ金問題については具体的に発言をなさっていますね、いろんな場で。

大河 まあ、一応ね。今はあまり発言していない。

小山 最近の最高裁の動きについては。

大河 発言していない。

小山 そのあたりを、どういうふうには捉えておられますか。1980年代、利息制限法43条で最高裁のそれまでの判例法を骨抜きにしたのは、揺り

戻し現象であることは紛うことない事実だと思いますが。来年にはさらに改正法が施行されて、過払い金の返還請求について。そのあたり、今の状況はどう思われますか。

大河 ちょっと脱線するかもしれないけど、僕は70年代にいくらか書いたんだけど、誰も見もしない状態がずっと続いて、4半世紀か30年ぶりくらいにね、最近、弁護士さんに「こういうことを分析していない」とか批判されている。「それはそうで」と。その批判が全く当てはまる。だから結局ね、全体の流れを整理しきれていなかった。昭和29年法(1954年法)の利息制限法をどう見るか。返還請求できないとしたが、あれは不法原因給付論によるもので、制限超過利息の弁済は不法原因給付であるという戦前の通説・判例、これを画一的硬直的に実定法化したんです。単に判例法理の継承ではなく、それを制定法化したんです。返還請求できないから返還請求と同じように元本充当請求も当然できない、というのが立法趣旨だろうと思います。いろんな説明が書かれていますが、この本質は、そうだろうと思います。広中さんのいうような、一種の高利貸しに対する否定的な展開が強くなってきた時代の産物であるということは、到底言えない。

昭和29年法について分析する課題が残っている。広中さんにこっぴどく批判されているからね。「何ら論証していない。自分の意見を出していない」と、一度反論しておかないといかんなと思っているけど。例えば、大審院ですら明治35年10月5日の判決で元本充当計算をやるんですね。これに対して梅(謙次郎)が、大審院に対する判例批評の形で、これは不法原因給付の問題であると批判する。多分、僕の記憶では富井(政章)もそうだろうと。それは通説化していく。公序論をどうとらえるかという問題にも関係してくるんだけど。それが不法原因給付みたいな形で判例化していく。我妻さんの、不法を相関的にとらえる考え方ね、あの不法原因給付論は画期的なものだったと思う。その意味では戦前の判例・通説は、もっとハードで、利息制限は公序に関するものであって、

したがって任意弁済が不法原給付だという、杓子定規な考え方だったのを、それをストンとね、提唱したという。だから昭和29年法は決して軽々には評価できない。通ってしまえば、終わり。これは論証できるだろうと。国立国会図書館の憲政資料室に何とか関係文書があるんです。それを精査すれば多分出てくるだろうと。

吉村 我妻さんの不法原因を相対化する説は戦前からあったものですか。いつ頃から出てきたものですか。

大河 戦前の事務管理・不当利得・不法行為のテキストがあるでしょう。そこにあると思う。我妻説は、不法原因給付を柔軟化するという意味では、硬直したのから比べれば画期的だった。昭和29年法の立法者は、そんなことは考慮せずに。

吉村 つまり我妻説は昭和29年法の前に、すでにあったんだけど、我妻説を取り込まずにやった判例に基づいて立法化したと。

大河 そうだろうと僕は思う。これは推測だけど。これから論証しないといけない。

吉村 不法行為でも、我妻説は通説と言いますが、通説になるのは、加藤一郎さんが昭和31年に「これは戦前の理論の到達点だ」と言って初めて通説化したわけで。昭和10年代には、かなり斬新な説だったことは間違いない。あれは非常に斬新な本だったんですよ。

大河 じゃないかと、僕は思うけどな、想像ですが。谷口（知平）先生の考え方もあるけども。斬新だったんじゃないかな。脱線だけど、一つはね、全く忘れたんだけど、「満州国」、朝鮮の利息制限法があるんです。その内容を今、部屋にあるはずなんだけど、見つけられないので。それらがこの問題をどう処理していたのか。当時の日本の司法省が肝入りでつくったものですよ。特に中華民国民法の場合はね。そのあたりの法律構成のイメージでもって、利息制限法の問題は日本で明らかになってくると思っていますけど。これは誰も手をつけていないので、同時にやらないといけない。「満州国」民法は我妻栄だからね、実際は。あれが

指導したんだ。

吉村 これは、これからの研究テーマですね。

大河 未完だね。まとめたいしたものだけど。一橋の小野(秀誠)さんがね、比較法的歴史研究をやっているから。対外的給付の均衡論で処理している、ヨーロッパについてやっている。日本について、一つ整理することは意味があるかなと。あと4,5年かかれば何とかかなるかなと。悠長なことを言っておられんか。

吉村 それはぜひ一冊にまとめてください。

大河 「利息制限法史論」みたいな形でね、整理して。ひょっとしたら今でも現代的意味があるのかなという感じがするのね。ようやく最近、ひっぱりだしてきて、4半世紀、30年前の論文をね、ここで「何も分析していない」と言われて「そうだったかな。何も分析していないな」と。

小山 現在の動きについては、どうなんですか。今の貸金業規制法骨抜き最高裁判決が次々に出ていて、そういう流れをどのように見ておられますか。

大河 不法原因給付論からの離脱なんですね、今起こっているのは。離脱の根本的な要因は制限超過貸付そのもの、あるいはその請求、これが不法行為となりうるという議論なんです。単に請求だけでなく、貸付行為そのもの自体が不法行為となりうるということに引っ張られる形で、それを援用する形で「不法原因給付とは自動的にならない」という、不法原因給付論からの離脱じゃないかと。そういう方向でいかざるをえないですね。そういう意味では明治10年代、100年ぶりの転回ですよ。どう見ても明治10年代の判例を見たんだけど、借りたものは返せ、無効なものも返さないといけない、不法原因給付だと。今の言葉で言うと。そのへんの線から出ていないという、ドクトリンというか。それが濃厚にありますわね。

【裁判所論】

小山 一連の研究の流れの中で、利息制限法もそうですが、明治41年の第三者制限連合部判決、これは、判例研究というよりも大審院そのものの研究とっていいかと思いますが、それらについてうかがいます。これらも、歴史的な解釈の一つの手法の現れ、という理解でいいですか。裁判所論として見るべきなんでしょうか。

大河 どっちかという、裁判所論だろうね。

吉村 川井（健）さんの『民法判例と時代思潮』の書評で、大河さんが指摘されていることは、大阪アルカリ事件の大阪控訴院の判断の背景に多木肥料事件判決があるとか、外村与左衛門の関わり方とか、通りいっぺんの判例研究に止まらないで、教えられるところが多いんですが、裁判所が社会的な構造の中でどういう動き方をするのか、逆に判決に現れているものだけではなく、背景を見ながら判決の意味とか射程を見る研究として理解しているんですが、そんな理解でいいんでしょうか。

大河 そんな難しいことは考えていないけど、最高裁判所の個別意見制の結果、法廷意見・意見、補足意見の区分ができるようになりました。それでもなお判決要旨（決定要旨を入れれば「裁判要旨」と表現すべきか）が作成されているのはなぜか、どのような意味があるのかを考えなければならぬと思っています。結論命題のみによって構成される判決要旨は法廷意見・意見の二つを抽象化したものとならざるを得ません。個別意見制を採用していない大審院の場合でも実質的には同じ構造ではなかったのかと推測しています。これは今後実証しなければならない課題でしょう。イギリスのように各裁判官が自分の意見を書いてやっているやり方もあるだろうし。

小山 イギリスの裁判官は、どの意見が、どういうことを言っているか、なかなか読み取れなくて、……。

大河 僕は言葉が読めないから、わからんけど。書いてから後から気がつ

いたんだけど、平沼騏一郎が、大審院判例審査会を発足させたけど、治安立法の権化みたいな人でしょう。よかれ悪しかれね。司法の統一に強烈な意識を持った、裁判官の個々の意見を、下級審が勝手なことをやられては困るという意識があったんだろうと思う。それを英米法流のシラバス、判例要旨で借用して判例審査会を設けた。司法統制に嘸んでいるのではないかと思うのです。彼の回顧録があるみたいだけど、まだ読んでないから。それを読めば、もっとはっきりするだろうと思う。国会図書館で偶然転がっていたから「これ、何だろう」と。安物のバインダーに綴じ込んでいた紙が「平沼騏一郎関係文書」と書いてあって転がっていたから「何だろう」と思って。

小山 ちょっと脱線するかもしれませんが、大審院の判例審査会の、そういう伝統は戦後の最高裁に受け継がれているとらえるべきですか。

大河 僕は、そう思いますけど。ただ、それについては誰も書いてないね。

小山 大審院から最高裁に移行する段階で判例審査会が、どう衣替えていったのかというところは誰もやっていない。

大河 やってないし、資料も、ほとんどないんじゃないかな。「裁判所時報」2号に「判例委員会規程」が入っているだけですな。「判例委員会規程」が、どうしてできたのかは誰も書いていない。

吉村 ほとんど誰も意識しないですからね。判例委員会なるものについて。

大河 それで思い出した。「財団法人最高裁判所判例調査会」というのがあるんです。それが何かを調べないといかんね。図書館に最高裁判所の判例集が入っていて、あれは二つあって、一つは最高裁判所それ自体から送ってくる。もう一つは財団法人最高裁判所判例調査会から送ってくる。二つある。内容は一緒です。財団法人最高裁判所判例調査会、それが何者か。多分、法務省の隣にある法曹会館に入っているのだと思うね。調査官が実際に拠点にしているかもしれない。そこらへんは、ちょっと組織体としては多分、前から気になっている。何者だろうなと。いつ発足したかもしらないが、戦後、すぐだと思うね。判例委員会規程と同じ

頃にできたんじゃないかと。

【民法典形成史に関する研究】

小山 次に大審院と関連が深い富井政章とか、「外国人の私権と梅謙次郎」、連帯債務の民法420条、722条とか、明治前期民法典ができる以前の判決について面白かったんですが、若手の研究者が比較法的な示唆を得ようとしてドイツ法、フランス法に遡ることがよくありますが、日本の民法典が、明治31年（1898年）に成立する明治の前期の頃、民法典がまだできない段階で、大審院が、利息制限法もそうですが、いろんな問題を、どう処理していたか。あまり若手の入門的な研究では採り上げない。先生は、ヘック研究がベースにあると思いますが、明治前期の民法典ができあがる直前の歴史的な部分に着目されている理由というのは、研究の出発点としてのヘック研究から、その時代に着目すべきだという示唆を得たというところがあるのでしょうか。

大河 要するに、月並みな言葉だけど、明治民法の内容が、それ以前の法的状態と連続性を持っているのか、断絶なのか。どういう意味で連続性があるか、断絶なのか。断絶の側面が前面に出てくるとすれば、江戸幕府の法令からすれば断絶の側面が前面に出てくる。しかし、実際問題としてはフランス法とか、イギリス法も、裁判所の判決として使われていた。「条理」と称して。それから見ると、あまり断絶の側面は少ないかもしれない。

小山 「条理」をキーワードにして民法典ができる以前、明治前期、「条理」ということで常識的な判断を、何とかしようとしていた。そこからへんが、どうやって、富井政章などを通じて、この中に反映されていったかということを検証していった、ということでしょうか。

大河 そこまでは考えていないね。彼らは日本の判例法を知らないからね。日本の裁判実務は全く知らない。彼らの頭にあるのはドイツ法であり、フランス法であり。したがって、法典調査会の議事録を見てみると、裁

判官が猛烈に噛みついていて。「それは日本の実際と違う」と。

小山 起草者の3人は日本の裁判実務を知らない。裁判実務に採り上げられたのも、外国法を基礎においていた。そこに「条理」をつなげて、流し込んでいって「判例」という形でルール形成していく。それを立法化する段階で、どうミックスしたかということを検証する必要性があるということでしょうか。

大河 それはどうだろうね。個別分野について、やる人がやったのではないかな。

吉村 明治10年代、20年代は裁判官の判決の中に外国の影響、影響ではないですね、外国法をそのまま使っていますね。損害賠償の範囲にしても、フランスのものを、そのままの判決で書いているから。そういう意味でいうと、外国法の影響を受けつつ、裁判官を通じて直輸入された、ある種の法曹法的な側面があるんでしょうね。

小山 ボアソナードの旧民法が、日本の民法に変わったところをどう見るかではなくて、それに到達するまでに、ボアソナードが旧民法をつくる前の段階で、どういう動きがあったかということを押さえておく必要があるということでしょうか。

大河 それも、あるだろうけどね、実際にはボアソナードの草案という起草作業は、起草過程で、その翻訳がされて、司法省法学校の授業で使うわけです、実際に。テキストとして販売される。それが日本全国に流布していく。明治15、16年くらいからボアソナードの見解を日本の裁判官はほとんど知っている。こういう状況があるわけですね。そこで裁判実務が展開されていく。僕の知る限りでは、ボアソナードが司法省法学校の速成科で講義した講義のプリントは九大法学部にある。最初のものが。製本してあるからコピーをとって使ったらいいと思う。

吉村 この時期の民法の起草過程、ボアソナードまでいって、そこから母法である外国法の研究に飛んでしまうというスタイルが一般的なのですが、その前の日本法がどうだったか。断絶かどうかは別にして調べてみ

る必要があるということをお河さんに教えられて調べてみたら富井の『損害賠償法原理』を京大の書庫で見つけたんです。そこに、当時翻訳されていたフランスのローランが引用してあります。すべて、ポアソナード以前か同時代のことです。こういう点を教えてもらったお河さんに、すごく感謝しているんです。こういう研究を、もっといろんな分野でやっていただきたいというのが本音です。こういう視点からの研究は損害賠償関係が多いですね。民法722条もそうですし、709条も。損害賠償関係が多いのは何か理由があるんですか。たまたまですか。

大河 たまたま、だね。たまたま大学院生で、それをやっている人がいたから。指導上、こっちも読まないといかんから。彼らはよく読んでいるからね。不法行為など損害賠償をほとんどやっていないから。「そんなことも知らないのか」と言われたら、ちょっと腹立つからね。

吉村 そのへんの関連で英米法も重要ですね。不法行為の場合、従来はドイツかフランスかで、どちらかに染まっています。確かに言われてみると平井（宜雄）さんの研究もイギリス法ですね。法典調査会の参照条文にはインドの判例もあって。

大河 要するに19世紀後半は法律思想の交流が盛んで、ドイツのものもフランス、イタリアで直ちに翻訳されて、それからイギリスで翻訳される。ポロック（Pollock）なんてサヴィニー（Savigny）の信奉者だね。平井さん、北川（善太郎）さんがやっている民法416条の損害賠償の範囲でもフランスのポティエ（Pothier）、ドマ（Domat）の思想がスコットランドに行って、スコットランドの判例になって、イギリスに入ってくる。そういう構図ですね。それを日本の学者が、どこからかつまみ食いついたか。

吉村 そういう意味では広い意味でのサークルの中に当時の若手新進気鋭の人たちが入っていたことは間違いないですね。情報化の今の時代が追いつかないほど、同時代的に知っていますよね。

大河 そういうふうに見ていけば面白いんじゃないかなと。あとは僕が書

いているのは頼まれ原稿が多いし。この問題を意識しているのは神戸の藤原(明久)さんだね。歴史学で法制史学の研究でね。しかし、なんか読んでいて、しっくりいかんのだね。法制史学者が書いているのは。

吉村 どういうふうにしっくりこない。

大河 判決の読み方が。なんかね、違うんじゃないかな、と思って、ついでに書いてみようかと思って。

吉村 歴史的解釈というのは法制史研究と画然と区別されているものですね。ある意味で法制史の人たちの理論は面白いけど、実定法の研究にとってあまり役に立たないんですね。

大河 それは問題意識が違うからね。課題設定が。概念と制度とか、他とどう違うかとか。そこに我々は関心がある。切りわけ方がどう変わっていくか。法制史の人は「制度がある、多分、これだろう」、厳密に言うのと「違うんじゃないかな」といった議論をするので。

吉村 資料の探し方は向こうはプロだし。それは厳密なんですけどね。

うかがっていると、ヘックの研究からスタートして、その手法を押さえて、いろんな形でやってこられたということで、大体、その線に皆、乗るんじゃないかなと思うんですが、そういう理解で良いのでしょうか。

大河 そんな立派なものではないですね。

【民法の教育体系・法学教育】

小山 研究という面とは違うんですが、立命の民法の5冊組の教科書、不動産法とか、あまり、よそでは見ないカリキュラムをつくらうと、体系化をしようとしたきっかけは、どういうところにあったんですか。

大河 これは単純なことであって、僕が来た時には、その体系で講義が進められていたわけです。乾(昭三)さんが書いているものを電車の中で読み直したんだけど、1970年頃からこういうシステムで講義をやり始めている。僕が赴任したのが73年だから。73年のころは、こういう体系でカリキュラムが組まれていた。所与の前提だった。

吉村 1966年の調査委員会報告というのがあって、そこで、「国民と法の乖離を埋める」という理念がうたわれている。民法について、より生活感にあわせたものが必要だというのは、そのへんの議論から来ているのではないかなと思うのですが。

大河 そうそう。生活反映論というと、怒られるけども。

吉村 当時の授業は、どんな感じでしたか。

大河 僕が最初に持ったのは「不動産法」だから、「物権法」で「物権変動論」中心に、「賃貸借」「地上権」で不動産利用権を両方やればいいと。そういう意味では単純だった、持った科目そのものは。「契約法」なんか持たされたら大変だっただろうね。その意味では当時のテキストで「不動産法」、その次が「金融取引法」、今でいう「担保法」。その順序だったから、単純だったんです。「契約法」は、その次に持ったんだ。「不動産法」はそう難しい問題ではなかった。

吉村 20年くらいそういうカリキュラムでやっていて、当時、いろいろ言われましたね。だから立命は司法試験の受験生の民法が弱いんだとか。全体として、どうだったんですかね。乾先生の狙いというか、当時の民法担当教員の狙いとか意図は。

大河 中井（美雄）先生あたりに一回、聞いてみないといかんね。乾、三島（宗彦）だろうね。極端な生活対応型の民法概説書。そこでは民法典は解体されている、僕流に言うと。極端な現実迎合的な、対応的な民法のカリキュラムを考えたのかね。しかし、果して学生が実際の勉強で、うまくいくかどうか。「契約法」にしても内田（貴）さんの感じでやっておけば、よかったんだけど、頑張るしかなかった。

吉村 独自のカリキュラムを70年前後からやってきて、教科書をつくらうという話は、もうちょっと後ですよ。

大河 これはね。僕が学生主事やったのは、いつかな。学生との話し合いの場である5者会談（「5者壘」）で学生が文句たらたら言ってきて。

吉村 「教科書がない」と。

大河 「どうやって勉強したらいいんですか」「関係する本を読んだらいいじゃないか」「それは教員だからできるので私たちはできません」「そうか。つくろうか」と。それから突貫工事でやったのね。

吉村 ところで、1970年代の終わりまでは、低回生小集団は2年間あって、紆余曲折して1年半になり1年になっていったのですが、当時、調査委員会とか教授会の議論を大河さんがリードされていたのが印象的です。そのへんの意図、狙いはどんなところにあったのですか。学生も大分、この改革に対しては粘りましたよね。79年に学費改訂に関わる全学論議をやった年には決着つかずに、もう1年先になりましたね、最終的に改革するのは。

大河 僕が立命に来た時は、それまでの立命の小集団教育は高く評価されていたらしいんだけど、僕が来て「これはあかん。マスプロに対する対応にすぎない。現実を隠蔽するものにすぎない」と思った。それはあたっていていると思う。基礎演習を1回生でやったりゼミをやったり、限りなく小集団で、しかし大講義は大講義で、野放図に受講生1000人規模でやっている状態。これをどうやって脱却するかが基本的な課題だと思っていたわけです。

小山 当時はクラス分割をしていない時代ですか。

大河 ほとんど、していなかった。900くらいまでやっていた。

吉村 それを小集団主義からの離脱ということで、低回生小集団で2年を1年半にし、1年にして。私の理解で言うと、79年の全学論議の頃から、私学助成が逆転するまでの時に学部適正規模論をずいぶんやりましたよね。適正規模は1学年550名だ、あるいは500名だという議論をしました。大講義はマスプロでほったらかし、小集団で持ちこたえるという構造を転換して力の配分変えていくという狙いがあったと見ているのですが。

大河 学部規模を適正化して、そこからどう対応するかという。それが狂ってしまったのは国際関係学部で、あんな小さいものしかできないとは思わなかったから。そこをもたせるために、法学部は1000名に行かざ

るをえない構造になってしまったわけです。国際関係学部が規模が大きければその分法学部を縮小するということができただけなのに、それができなかった。今の政策科学部のような1学年300, 400名規模の学部ができるものだと思ったからね。180くらいとは思わなかったからね、1学年。

吉村 もう一つは私学助成が、それまでの増額の方向から完全に逆転して、規模がないと、もちこたえられないということで、83, 84年に明らかに方針転換します。そうなるそこから先は1学年の定員が800~1000の話でしょう、法学部は。学部定数が500, 600になれば、講義のサイズを小さくすることができる、そこがうまくいかなくなります。その転換期に、大河先生は全学的な議論をされていた。80年に組合書記長をされて、その後、教学部次長をされて。その頃ですよ。何学部をつくるかという話になって、国際化となって。一定の判断もあって国際関係学部ができる。ところが、場所は離れたところになったし、学生180名で。

80年代前半ですよ、大講義科目のクラスを分けはじめたのは。

大河 学生も変わってきて、授業サイズは300, 400名規模でしか、もたないだろうなと思ったから。授業の経験からすると。あれじゃない、大学に法学部に学生が入ってきた後、学生は何を期待しているか、そこらへんあたりが、変わってきたのではないかな。

吉村 その時期が、学生実態の一つの変わり目で、その後も変わったんでしょうけど。

大河 予備校本が流行りはじめた時期だから。教員が抱いている学生像と、学生自身とは全く違っている。それが、もう明確になってきたんじゃない。戦後の社会科学としての法学で育った時代の人たちと比較すると、学生の実態は、完全に100%違ったという、そういう時期じゃないのかな。それまでは小集団とか議論してやってきたわけだけど、それだけでは学生が満足しなくなっている。

吉村 当時は、2回生の小集団である「講読」はマルクスとマックス・ウェーバーが教材でしたが。

大河 そうそう。あれが典型的だね。

小山 原典を2年生に読ませたんですか。今、そんな教育、絶対できません。

吉村 「講読」を公法と政治の先生が持って、そして学生の拒否反応で、うまくいかなかった時に「1年生の時、基礎演習の担当者は何をしていたんだ」と言われて。

【全学役職】

吉村 その後、教学部次長を1年やって、90年代に入って教学部長・教学担当常務理事をやっておられます。そのあたりで話しておくべきことはありますか。全学の役職に関係していろいろ。

大河 そうだな。別に。法学部がおかれている状況の厳しさだね。ダダをこねるわけにいかんし、法学部は。全体を見回しながらリードしていかないといけないし。そういうことだろうと思うんだ。そうあってほしいという感じがする。そこはかなり難しくなってきたのではないかな。

吉村 長期計画でいうと、第3次長期計画で国際関係学部、第4次で理工学部の草津キャンパス移転の時期ですが、そのへんで自分としてこうだと思ってやっていることと、意に沿わないがやらないといけないことはやる、やるからには、むちゃくちゃにならないようにというような局面があったかと思うのですが、どうなんですか。次長の時は結構、好きにやっておられたような感じですが。常任理事になってくると葛藤があったのではないかなと。次長の時は、教学部長は、どなたでしたか。

大河 芦田(文夫)さんかな。

吉村 結構、好きにやっておられたような感じがするんです、次長時代の大河さんは。

大河 そら、そうだよ。きれいなことはしないもん。誰も、やってないことをやったんだから、楽なものです。趣味の世界だね。入試改革にしても。

吉村 UBC との提携もそうですか。

大河 そうですね。初めてアメリカ大陸に行って初めて英語をしゃべったね。めちゃくちゃだけど。

吉村 アメリカン大学とのデュアルディグリープログラムは80何年くらいでしたか。UBCの方が先ですね。

大河 多分、並行していました。

吉村 国際関係学部をつくって国際化をやって、その流れの中で。その時期は、ストレスはたまりませんでしたか。

大河 そうだね。自分のデザインでいけたからね。

吉村 教学部長時代はストレスがかかったみたいなの。

大河 あれはね。当時、大学と法人の関係で、法人の論理を振り回す議論が出てきたから。あんなの、だめだよ。評議員会とか一般理事会を抱え込んで攻めてくるからね。そこでもう根回しがあって出来レースになっているから、これを蹴飛ばすのが大変で。それで辞めなくなるね。

小山 90年代に教学部長をされた時、法人との関係、現在に至る問題の萌芽というのは、その時点からあったということですか、率直にお聞きしますけど。

大河 法人擬制説だから、僕は。「大学を中心として、法律的な、対外的な関係を簡明化するために法人があるにすぎない」。ところが学校教育法が変わって「法人が学校を設置する」となってしまって、それで、今やってきているわけでしょ。大学がベースですよ。大学が基礎にあって基本にあって、それが法人格を形成するというふうには考えないといけないのかな。常任理事会は教授会で決めたことを財政的、積極的に支えることでやればいいので、そこがちょっと途中で検閲官的になっちゃう。全部、先に押さえないといけないとなって、主客転倒してしまった。

吉村 ターニングポイントは、どれくらいの時期にあったとお考えですか。主客転倒した時期というのは。

大河 それは常務理事制度ができた時だね。そこが時代のターニングポイ

ントだと思う。

【法科大学院設置をめぐる】

吉村 次に、法科大学院設立をめぐる「騒動」について。

小山 学部長を、どういう経緯で2期やることになったのですか。

大河 それは知りません。学部長をやった時に、こんな問題が起きてしまっただけ。神風。何を念頭に置いたかという点で、実定法の先生方が、ほとんど法職課程の講義を持って。それが最終的には今度はエクステンションになっていくわけですね。井上正三さんをはじめ法職課程についてはべら棒に力を注いでいた。民法もそうだけど。僕はこっちに来た時から違和感があって、僕らの年代で遮二無二やっていたのは誰かな。中井美雄さんは真面目にやっている。僕は不真面目だから適当にやっています。荒川(重勝)さんは真面目にやっています。だけどその負担の重さね。持ちコマにカウントされない。無定量の仕事なんですね。だけどノウハウは蓄積されていく。そういうことを「ロースクールでは生かせるかな。土台になるかな」と思ったわけですよ。それが大学院の講義になる。これに乗らない手はないというのが僕の直観で。正式な大学の講義科目になる。それでいいじゃないか。乗ることに決めたら、もう早い。ただそんな下品なことは言えないから、実務と理論の何とかとあったかき合いをやって、皆が「それでいい」ということだったから「それでは走りましょうか」ということで走りだして。幸い、関西の4私大で毎年法学部長会議をやっていたから。同志社は田井(義信)さんだったし、関大は永田(真三郎)さんかな。関学は安井(宏)さんだった。我々の同世代だったから連絡をとって4大学だけで走ったらいけないから他の私学に呼びかけてやろうと。オープンでね。それでやっていったら、何となく最初のうちは、うまく行って、2期目、法学部長をまたやれと。それだけのことです。

小山 ご自身で、任期を延ばしたということではないですか。

大河 そんなことはないよ。任期は再選だものな。また選挙をやった。

吉村 法職課程をしゃかりきになってやっていたけど、司法試験が一人しか通らないということになった。それでエクステンション型になって、辰己研究所に丸投げして。そこへ、法学系の大学院で法曹養成をするという議論が出てきて、それが地盤沈下の激しい法学部の生き残りだというわけですね。

大河 そういうことを「良心の呵責もなく平気で言えるのはお前だろう」ということだったんじゃない。

小山 よそから来られた教員の方で、法職課程をエクステンションに組み換えた時の経緯について、「OBの弁護士とのつながりが、エクステンションに組み換えることによって切れた」ということをおっしゃる方がいるんですね。特に立命のOBの中には。それがマイナスだという評価も、一方であると思いますが、その点はどうですか。

大河 うちの場合は法職課程に傾斜していたように思います。特定の人だけなんですよ。

小山 そこは中央とか早稲田のような組織とは、根本的に違うと。

大河 あその法職課程は学外の弁護士が中心になってやっていた、実際には。うちの場合は法職課程は学部に、おんぶに抱っこだものな。そこからへんの、構造上の違いがある。

吉村 関西の私大は、そういうところがあって。

小山 中央とか早稲田のような関東の大きなところは違うというわけですか。

大河 交通の便とか。

吉村 数が違いますしね。

大河 OBの数が。

小山 法科大学院の定員の問題ですが、「関関同立は100といていたのが、立命が150とぶちあげたから定員を上げざるをえなかった」という一説があるんですが。他の大学は100~120というのが、立命が150と

いうからと。

大河 同志社が150と言ったから、うちは150にしたんです。

吉村 僕は150で行ったからこそ、教員数も確保できて、今の合格者数が確保できていると思います。あの時、100で行っていたら教員が3分の2の話になって、それでスタートして、今の合格者数も確保できなかったと思うんです。

大河 データを見てみないとわからんけど、それ以上、とる力はなかった。150が限界かな。当時から言うと。150～200が理想的だっただろうけど。関東ならできた。

小山 明治、中央は200～300という。

大河 うちの実績からいって至難のわざだなと。同志社と一緒に150にしたから、何とか通ったんでしょう。僕は、そう見ている。同志社が50上になってくれたら、なおやりやすかったんだけど。

【ドイツ留学】

吉村 ところで、ドイツに2回行っておられますよね。その成果はどうですか。

大河 成果はないな。1回目はケルンとの協定を結んだことかな。当時の総長の谷岡(武雄)さんが来たからね。仕方ないから、ハーナウ(Hanau)と話をして、向こうがいやがるのを協定を結ぼうということになった。

吉村 当時、ハーナウさんはケルンの学長だったんですね。

大河 そうそう。勲章もらったかな。「大河、協定は何の役にたたないと。ペーパーだけだよ」といって積極的ではなかった。それを、総長が来るんだからということで。

吉村 この協定に基づいて、向こうから来てもらって授業をしてもらい、こっちも行きましたよね。

94年にこっちから大勢行ってシンポジウムをやりました。その意味で、

ペーパーだけではなかったと思いますよ。

二度目の留学時は、どうでしたか。二回目は単身ですか。よく勉強できたでしょう。

大河 そうそう。

こんなところで、いいですか。今日はどうもありがとうございました。
吉村・小山 ありがとうございました。

(このインタビューは2009年12月21日に行われました)