

永井博史先生の突然のご逝去を悼む

越 山 和 広

1 はじめに

永井博史先生が、定年退職を目前にして急逝されたとの報に接し、しばらくは、これを受け入れることができませんでした。永井先生には、平成8年から平成13年までという短い間ではありましたが、近畿大学法学部において、同僚として、また、私の出身大学の先輩（先生は昭和51年のご卒業）という立場からも、直接のご指導を賜る機会に恵まれました。本来であれば、永井先生から賜ったご学恩に感謝するために研究論文を執筆し、ここで発表すべきではありますが、以下、永井先生の在りし日のお姿を偲びつつ、今思うことを記すことで、追悼の気持ちを表したいと存じます。

2 永井先生の民事訴訟法教育

『民事執行法レジメ 近畿大学法学部 永井博史』という表紙のついた合計62頁に及ぶ私家版の冊子が、私の手元にあります。これは、私が若林安雄名誉教授の後任として、法学部に教員として初めて奉職した際に、民事執行法の授業（当時は通年4単位で、1・2部いずれでも開講されていました）を命じられたものの、今までほとんど勉強したことがない科目のため、途方に暮れていた私に対して、永井先生がご惠贈下さったものです。

以来、現在に至るまで大切に保管しています。

永井先生は、この『レジメ』の冒頭において、次のように記されています。「初学者は、民事執行法を学ぶにあたって、次のような先入観にとらわれがちである。すなわち、『民事執行法はすぐれて技術的な手続法であり、それゆえ民事執行法学も面白味のない学問である』、と。しかし、この一見するだけでは無味乾燥なものとししか映らない民事執行法に、実は極めて豊富な意味が隠されていることを、講義を通じて理解していただきたい。」

この学生に対するメッセージは、永井先生のご講義最終年度となった2018年度「民事執行・保全法」のシラバスにも記されており、永井先生が終生大切にされていたものであることがわかります。理解が難しいといわれることの多い民事訴訟法・民事執行法の内容をわかりやすく学生に伝えることは至難の業ですが、永井先生は授業を通じて、手続法に隠されている「豊富な意味」＝手続法に固有の論理や考え方を学生に対して伝えることに大変な努力をされていたことが、この『レジメ』冒頭の言葉から拝察されます。

3 永井先生の民事訴訟法研究

(1) 永井先生は、民事訴訟法学会（現・日本民事訴訟法学会）昭和62年度大会で、「民事訴訟における方式厳格性とその緩和」という研究報告をされています（その記録は、民事訴訟雑誌34号（1988）197頁以下）。昭和62年というと、永井先生が法学部に着任された直後であると思いますので、この事実からは、永井先生が早くから学会の注目を浴びていたことが推察されます。この当時の永井先生は、当時のトレンドに属していた訴訟行為論の分野に取り組まれていました。1988年に出版された三ヶ月章＝青山善

充編『民事訴訟法の争点（新版）』216頁以下でも、この学会報告を前提に「訴訟行為と私法法規」という困難な論点を明快に解説されています。さらに、訴訟行為の瑕疵とその治癒というテーマに関して、「準備書面に不記載の効果」近畿大学法学35巻1・2号（1987）213頁、「民事訴訟法218条2項の解釈」近畿大学法学36巻2号（1989）93頁、「現行民事訴訟法における瑕疵の治癒を定める諸規定に関する一試論」近畿大学法学38巻1～4号（1991）185頁といったご論文でご研究の成果を発表されています。

先生は、その後、訴訟行為論にとどまることなく、当事者尋問その他様々なテーマに取り組まれました。そのご論文に共通して言えることは、その視点の立て方のユニークさではないかと思います。先生のご論文を拝読すると、思いもよらない独創的なアイデアにあふれていることに気づかされます。永井先生のご論文が、多くの文献においてしばしば引用されていることの理由は、この点にあるといっても過言ではありません。

(2) 永井先生は、私が先行して論文を書いたことがある2つのテーマについて、興味深い内容のご論文をお書きになっています。第1が「債務不存在確認訴訟の係属中になす給付命令のみを求める反訴」『慶應の法律学民事手続法 慶應義塾創立150年記念法学部論文集』（2008）131頁、第2が「口頭弁論終結後の承継人についての素描」『梅善夫先生＝遠藤賢治先生古稀祝賀・民事訴訟における法と実践』（2014）613頁です。

永井先生は、この2つのご論文を通じて、私の見解とは異なる視点を立てて、独自のご議論を展開されています。ここでは、現在も私が取り組んでいるテーマにかかわる後者のご論文についてのみ取り上げます。

この永井論文の主たるテーマは、所有権に基づく物権的登記請求権を訴訟物とする訴訟における本案判決の既判力が、その基準時後に係争物に係る所有権登記を前主たる被告より承継した第三者へと拡張することを前提

として、その既判力が後訴である第三者を被告とする物権的登記請求訴訟にも作用することを、当事者同一の場合において認められてきた道具立て（既判力の2つの作用、判決理由の既判力の原則的否定、主文の既判力が作用する3類型）を修正することなしに、論理的に矛盾なく説明できるのかということです。この点、私見は、実体的に見た時には同一の請求権ではなくても、既判力の主観的範囲が拡張されることで、2つの請求の同一性が擬制されるというメカニズムによって既判力の作用が説明できると論じています。換言すれば、前後両請求の同一性の存在をあえて擬制することで、当事者同一の場合において認められてきた道具立てに対して一定の修正を加えることで、問題を解決するというものです。

これに対して、永井先生のご見解は、判決の効果が作用するという私見の結論には実質的に賛意を示しつつも、私見のような擬制説の論理的な不明確さを問題とされます。結論として、永井説は、既判力の主観的範囲の拡張を定める民事訴訟法115条が規定する「確定判決の効力」は既判力にとどまるものではなく、執行力等を含んだ判決の効果すべてを含むものであり、「確定判決の効力」の文言は、既判力を指すこともあれば、また執行力を指すこともあり、さらには既判力類似の効力を指すこともあるとされます。その上で上記事例は、信義則の理念に支えられた既判力類似の効力によって規律されると論じられています。

私見は、この問題を解決するにあたって、既判力の範囲に訴訟物という枠をはめることを重視し、実体法論理からの乖離には目をつぶって、同一性の擬制論に立つものです。これに対して、永井説は、私見のように実体法の論理から離れる立場の問題性を懸念され、実体法との調和をとりつつ、訴訟法的な形で問題を解決するためには、既判力類似の拘束力に依拠するしか他に方法がないことを率直に説かれているわけです。今、このご論文を読み返しながらか、永井先生のアイデアの卓抜さに畏敬の念を覚えつつ、

ご存命中に先生と直接お話をする機会を作って、このテーマについてのご議論を伺うべきであったという後悔の気持ちを止めることができないでいます。

4 おわりに

永井先生とは、私が法学部在職中、学内行政の場でも多くご一緒することがありました。永井先生は、関西人らしいおおらかでユーモアに富んだお人柄でしたから、会議の席上でかなり激しいやり取りをした後でも、それが後に引くようなことはありませんでした。また、大学という世界では、目下の者に対して上から目線で接する教員が少なからず存在するのですが、永井先生がそのようなふるまいをされたことは一度もありませんでした。このことが大きな理由だと思いますが、永井先生は教務課の職員の方々からも厚い信頼を得ていました。私が、別な大学へ移籍する希望を打ち明けた際にも、私のわがままな意向を大変ポジティブに受け止めてくださり、支援していただきました。以上のことに対して（無論、それだけにとどまるものではありませんが）、感謝の気持ちを忘れたことはありません。

永井先生の心からのご冥福をお祈りいたします。先生、ありがとうございました。