

## 1. 法とは何か

### (1) 人は「社会」を形成

古代ギリシアの哲学者・アリストテレス（前 384 年～前 322 年）は「人間は社会的動物である」と言い、17 世紀のフランスの思想家・パスカル（1623 年～1662 年）は、その遺著『パンセ（めいそうろく瞑想録）』の中で「人間はひと茎の葦にすぎず、自然の中で最も弱いものであるが、考える葦である」と言った。このように私たち（人間）は、一人一人では弱いですが、多くの人が集まった集団が社会を形成することにより、地球上の生物の頂点に君臨することができたのである。このような社会の最も小さな単位が家族であり、最も大きな単位が国家である。

### (2) 社会では「秩序」が必要

多くの人々が集まって形成された社会では、その構成員全員が安心して豊かな生活を享受するために、それぞれの構成員は秩序ある行動をとることが求められる。この秩序となるものが「しゃかいてきまはん社会的規範」と呼ばれるものである。この社会的規範とは、わかりやすく言えば、人々の行動など社会的秩序を律する「ルール」のことである。

社会的規範と呼ばれるものには、古くから道徳（倫理）、慣習、宗教などがある。しかし、社会の最大単位である一つの国家が、独立した国家として治められるためには「法」が不可欠となる。つまり、その国家自ら、法を制定し（立法）、これを執行し（行政）、これに背けば裁く（司法）という三つの権限のすべてを有しなければならない。もし、これらの権限の一つでも他国に侵害（剥奪）されてしまうと、その国家は、もはや独立した国家とは言えず、他国の「植民地」に甘んじることになる。

### (3) 法がめざすもの（法の目的）

法は、社会の目指す目標に合致し（合目的性）、人が行うべき正しい内容で（正義）、かつ、それ自体が安定した内容でなければならない（安定性）。つまり、法は、人々の生活秩序が平和的に維持できるものでなければならない。

このように法は、その内容自体が、合目的性、正義、安定性という 3 要件の全てを満たす必要がある。このうち、正義とは、「人々が平等に扱われ、人々の間に平等な関係が存在すること（均等的正義）」と「人の価値に応じてものが配分されること（配分的正義）」の二つを実現するものとされている。

### (4) わが国は法を外国から 3 度移入

法の歴史をひもと紐解くと、古くは「目には目を、歯には歯を」で有名な紀元前 18 世紀頃の「ハムラビ法典」や 6 世紀にビザンティン帝国（東ローマ帝国）皇帝のユスティニアヌス 1 世がへんきん編纂させた「ローマ法大全」、1803 年にフランスで制定された「民法典（いわゆるナポレオン法典）」が世界三大法典と呼ばれている。

わが国（日本）では、古くは「大化の改新」（645 年）後、唐のりつりょう律令（律は刑法、りょう令は行政法。民法・商法など）を移入し、大宝律令を制定（701 年）した。その後、明治維新後には、主として当時のドイツ、フランスなど西欧の法律を移入して、六法と呼ばれ

る憲法、刑法、民法などの大元<sup>おおもと</sup>となった多くの法律を制定した。そして、第二次世界大戦後、アメリカ合衆国の占領下で、アメリカ法を移入して、憲法、刑法、民法などの多くの法律が民主化（改正）された。

なお、憲法は、改正の形式を採っているが、実質的には大日本帝国憲法（明治憲法）を廃止し、新たに日本国憲法（現憲法）を制定したものである。

以上のとおり、わが国における法の歴史を見ると、これまでに3回にわたって外国から法が移入され、これらをベースとして、わが国の社会に合わせて整備されたのである。

#### (5) 六法<sup>ろっぽう</sup>は、法を学ぶときの「辞書」

六法とは、もともと憲法、民法、商法（会社法含む）、刑法、民事訴訟法<sup>そしやうほう</sup>、刑事訴訟法の6つの法を指すが、ここから転じて、様々な分野の法（通常「法令」と呼んでいる）を収録した「法令集」を、一般に「六法」と呼ぶ場合が多い。このような法令は、一年間に新たに制定されたり、又は、その内容の一部が改正されたり、法令自体が廃止される場合もあるので、例えば「平成28年度版」のような最新版の法令集が、毎年1~2月頃に、各法律書籍出版社から様々な呼称（例えば、「六法全書」、「判例六法」、「ポケット六法」、「模範六法」、「デイリー六法」など）が付けられて出版されている。

このような法令集（以下「六法」という。）は、通常、法を学ぶ際、例えば、その法令の内容がどのようになっているかを調べようとするときに必要となる。これは、国語辞書や英語辞書などを引いて、日本語や英語の意味を調べることと同じである。つまり、六法は、法を学ぶときの一種の辞書なのである。

#### 【一口メモ①】 六法を引こう

日本語や英語などの言葉の意味を調べるときに、国語辞書や英和辞書などを「引く」と言うように、ある法律の規定を調べるときには、「六法を引く」という。つまり、六法（法令集）は、ある特定の法律の条文内容（規定の内容）がどのようになっているかを調べるため、いわば辞書のように引くものである。

このことから、法律の授業では、教員が学生に対して、「六法を引け」と繰り返して言うのである。六法は、このように繰り返し引くことにより、当該条文を素早く引けるようになり、かつ、おのずと暗記したみたいに記憶に残るのである。とにかく、面倒腐らずに六法を引き、慣れることが肝心である。（⇒「3. 法令の読み方」参照）

なお、一般に法律の規定は、法律以外の分野では一般に使われない法律専門用語（例えば、民法の「瑕疵担保<sup>かしたんぽ</sup>」など）や独特の言い回しで表現されている。つまり、六法を引いただけでは、その条文にある法律専門用語の意味合いなど分からず、条文内容が理解できない場合がある。そこで、この小冊子は、一般に難解とされている法律専門用語の意味合いなどについての基本的な法律知識を取りまとめているので、常に六法と一緒に手元に置いて活用することにより、理解力が格段にアップするにちがいない。

## 2. 法源<sup>ほうげん</sup>

法（一般に「法律」と呼んでいる）を学ぶ際に、「法源」と呼ばれる言葉について理解しておくことが必須である。そこで、法源について、以下、簡単に説明しておく。

「法源」とは、元来、“法が流れ出る源泉と信じられるもの”という意味であるが、通常、法の解釈・適用に当たって援用<sup>えんよう</sup>することができる法形式のことをいい、特に、裁判官が判決の理由となしうる法形式のこととされている。

### (1) 成文法と不文法

一般に法源は、「成文法<sup>せいぶんほう</sup>」と「不文法<sup>ふぶんほう</sup>」に大別される。

「成文法」とは、憲法、法律、政省令、条例、条約などのように、その法自体が文章形式になっている法規範をいう。これに対して「不文法」とは、判例（法）、慣習法、条理などのように文章形式になっていない法規範をいう。

わが国は、「成文法主義」を採用し、憲法、法律その他法令は、すべて成文法となっている。特に、成文法の形式をとる憲法を「成文憲法」と呼ぶことがある。現在、各国は成文憲法を持っているが、唯一の例外（不文憲法）がイギリスである。

なお、わが国の成文法数は、総務省行政管理局が Web 上で提供している「法令データ提供システム」(\*)を見ると、平成 28 年 3 月 1 日現在で、憲法 1 のほか、法律 1,960、政令 2,113、府・省令 3,712 であり、その他の法令を含めて合計 8,219 と膨大な数となっている。

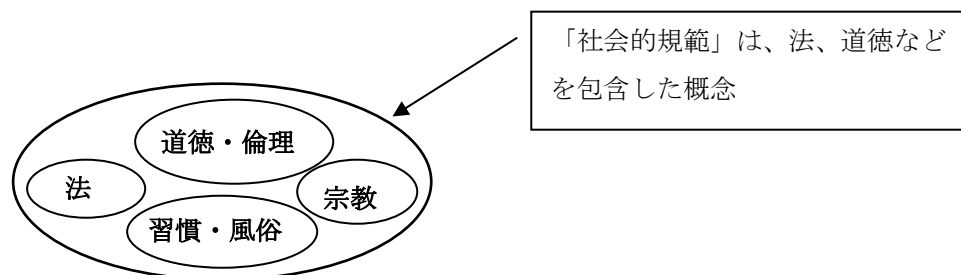
(\*) 法令データ提供システム：<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>

### (2) 社会的規範<sup>しゃかいてききはん</sup>と法

通常、多くの人が社会を形成し共同生活を営むためには、個々人が統一的行動をとること（秩序）が必要である。この秩序を形成・維持する基準が、いわゆる「社会的規範」である。

社会的規範には、[図表 1] に示す通り、法のほかに、道徳・倫理、習慣・風俗、宗教などがあり、これらを包含<sup>ほうがん</sup>した概念である。社会的規範の中でも「法（法規範）」は、最も規律性が強い、強制力を有する規範といえる。

[図表 1] 社会的規範の概念



### (3) 法令、法規、法律

法規範のうち国内法（成文法）は、それが使われる場面によって、「法令」、「法規」、「法律」の言葉をもって使い分けられる。

これらの言葉は、それぞれ以下の意味あいを使い分けられている。

#### (i) 法令<sup>ほうれい</sup>

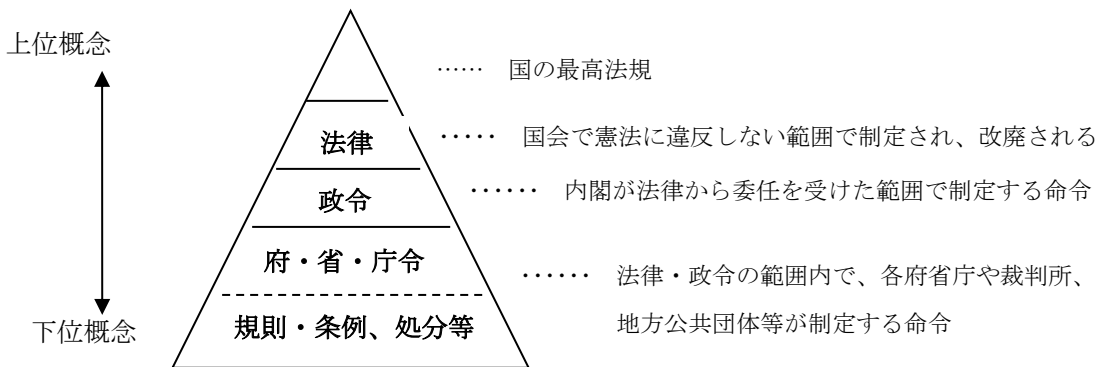
「法令」とは、もともと国会（立法機関）で制定される「法律」と国の行政機関で制定される「命令」を合わせた言葉であるが、一般に法令は、法律、命令、規則、条例、条約などの成文法の総称として使われる。

このうち「命令」には、法律の委任を受けて内閣が制定する「政令」と府・省・庁などの行政機関が制定する「府令・省令・庁令」がある。

また、「規則」は、人事院、最高裁判所、衆議院・参議院などの国の機関や地方公共団体の<sup>しゅちやう</sup>首長や行政委員会などがこれを定めている。

このような法令の体系（価値構造）は、[図表 2] に示すような概念図で表すことができる。

[図表 2] 法令体系の概念



[図表 2] でわかるように、法令の概念には、いわゆる“上下関係”がある。

例えば、憲法は法律に優先し、法律は政令に優先するというように、上位概念の法令がその下位概念の法令よりも優先適用される。また、下位概念の法令は、その上位概念の法令の規定の範囲内でのみ詳細内容を定めることができるので、上位概念の法令の規定に反する下位概念の法令の規定は無効となる。

このように法令は、概念的に最上位の「憲法」から最下位の「規則・条例、処分等」までに区分することができるが、この区分は適用順位も示している。すなわち、法令の適用順位は、最上位概念の法令から順次、下位概念の法令が適用されるという原則となっているので、これを表すと以下のとおりとなる。

憲法 > 法律 > 政令(最高裁判所規則・議院規則) > 府令・省令・庁令 > 規則・条例等

## (ii) 法規

「法規」とは、最も広い意味では、法規範一般を指すが、通常、法令と同じ意味で使われている。また、法令の個々の規定（条文）を指すこともある。

「法規」という言葉は、私たちの日常生活では、「交通法規を守りましょう。」などのように使われる。この場合の交通法規という言葉は、道路交通法などの法律を中心とした交通ルール全般を意味している。

一方、「法規」という言葉は、法律などの法令の規定中では殆ど使われていないが、憲法では、次のとおり使われている。

憲法第 98 条① この憲法は、国の最高法規であって、その条項に反する法律、命令、  
詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。

\*この憲法第 98 条第 1 項（①）は、上記の [図表 2] で解説したことを明確に規定している。まず、「憲法は（日本）国の最高法規」であるので、[図表 2] では最上位（ピラミッドの頂点）に位置付けられる。そして、このことから「（憲法の）条項に反する法律、命令・・・の全部又は一部はその効力を有しない。」と規定しているが、これはまさに [図表 2] の上下関係を規定したものである。

このように憲法では「法規」という言葉を、国会や行政機関で制定される法令を含む上位概念の法形式として使っていることがわかる。

このように憲法は、国の最高法規であるので、憲法第 81 条は、次の通り、最高裁判所に、下位の法令（法律等）が憲法に適合しているかどうかのチェック権限（この権限を「法令審査権」又は「違憲立法審査権」という）を認めている。

憲法第 81 条 最高裁判所は、一切の法律、命令、規則、処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。

## (iii) 法律

法といえば、一般に法律を指しているが、「法律」とは、憲法の次に位置付けられる法令であり、憲法に違反しない範囲で、国会で制定される法規範（成文法）をいう。

社会的規範の中心は法規範であるが、法令集（六法）を見ると、様々な種類の多数の法律が制定されていることから分かるように、法令の中でも法律がその中心である。

また、法律は国会で制定されるが、その法律の内容を変更し、又は、法律自体を廃止しようとするときも同様に、原則として、当該法案を国会に上程し、両議院の可決によって改正し、又は廃止しなければならない。（憲法第 59 条）

なお、[図表 2] で説明したとおり、法律は、憲法に次ぐ上位の法令であるが、(1) で述べた通り、わが国には約 2,000 という膨大な数の法律が制定されている。それでも法律で規定しきれない詳細事項を、下位の命令（2,000 を超える政令や 4,000 近くの府・省令）によって律すること委ねている。

### 3. 法令の読み方

法令には、条文と呼ばれる規定が体系的に配置されている。ある事項についての法令内容（規定）を調べる際は、これまで述べてきたように「六法」と呼ばれる法令集を引かなければならない。Web上の「法令データ提供システム」で検索して調べることもできるが、法令集（六法）は、一般に関連条文などの必要情報も豊富に盛り込んで編集されているので、ある事項内容を詳しく調べようとする場合は、はるかに「法令データ提供システム」よりも便利なので、法を学ぼうとする者にとっては必携といえる。

そして、法令を調べる際、目的とする条文を、いかに早く探し当て（六法を素早く引き）、その内容を正確に理解（読解）することが求められる。これができるようになるための前提として、法令の構成・構造や条文の表記のルールなど基本的な事項を知っておかなければならない。これは、法令を調べる場合だけでなく、契約書、判例など法律文書を読む場合にも役立つ。

#### (1) 民法、商法、会社法などの法律は「<sup>ほうてん</sup>法典」

六法（法令集）は、法律書籍出版社によって、毎年、収録している法令の制定改廃を反映させて様々な種類が出版されているが、一般的な六法は、冒頭箇所に必ず、調べようとしている法令がどこに収録しているがわかるように「法令の目次」を掲げている。

そして、一般的な六法（法令集）に収録されている法律を見ると、わずか4カ条から構成された電子契約法（正式名称；電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律）のように条文数が少ない法律から、1044カ条から構成されている民法のように膨大な条文数の法律まで、様々な法律があることがわかる。民法のような膨大な条文数の法律については、六法の当該法律が収録されている部分の冒頭箇所（ページ）には、通常、当該法律内容の「目次」が掲載されている。

では、民法がどのような事項を規定している内容の法律であるか（すなわち民法の規定内容）を調べてみる。そこで、手元にある六法（法令集）で、民法の「目次」箇所を開いてみよう。

この目次を見ると、民法は、5つの編（第1編 総則、第2編 物権、第3編 債権、第4編 親族、第5編 相続）で構成されていることがわかる。

これらの編のうち「第2編 物権」は、第175条から第398条の22までの約250カ条で構成され、次の「第3編 債権」は、第399条から第724条までの約330カ条で構成されている。このように第2編は、物権（物に関する権利）についての数多くの規定を1か所に集めたものであり、まさに「物権法」という一つの独立した法律であるとみることが出来る。同様に第3編は、債権に関する数多くの規定を1か所に集めたものである。このように民法の5つの編は、それぞれ特定事項に関する数多くの規定を集めて編纂したものとなっており、それぞれの編が、いわば一つの立派な独立した個々の法律となっている。

一般に、複数の独立した法律を一つの法律として集めて編纂された法律のことを「<sup>ほうてん</sup>法典」と呼んでいる。このことから民法は、5つの編（それぞれが物権法や債権法などと呼ばれる別の法律）で編纂された「**民法典**」といえる。

民法と同様に、商法は、3つの編(第1編 総則、第2編 商行為、第3編 海商)で構成されているので「**商法典**」ということができ、また、会社法は、8つの編(第1編 総則、第2編 株式会社、第3編 持分会社、第4編 社債、第5編 組織変更、合併、会社分割、株式交換及び株式移転、第6編 外国会社、第7編 雑則、第8編 罰則)で構成されているので、「**会社法典**」ということができる。

## (2) 「物権法」や「契約法」などの名称の法律はない

大学の授業科目名や法律専門書籍の題名(タイトル)に、「物権法」、「債権法」、「親族法」などの名称が使われる場合があるが、「物権法」、「債権法」、「親族法」などの名称の法律は制定されていないので、六法で法令名を索引しても、これら名称の法律を探し出すことができない。

つまり、これらの法律名称は、それぞれ民法の第2編 物権、第3編 債権、第4編 親族の規定内容を指しているものであり、便宜的に、これらの名称を授業名や書籍名にしているだけである。

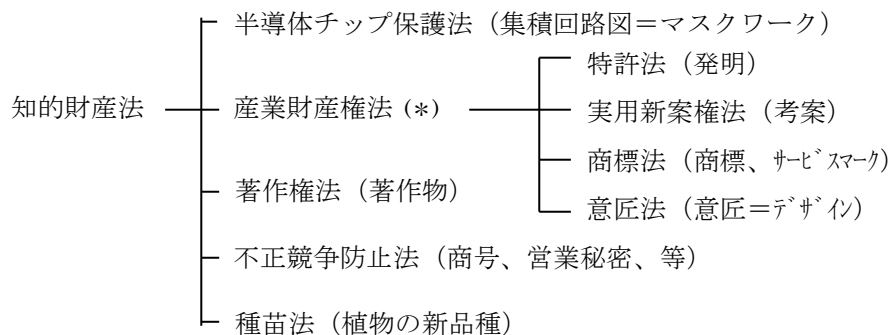
また同様に、「契約法」、「不法行為法」、「家族法」という名称の法律も制定されていない。

### [一口メモ②] 知的財産法の枠組み

わが国には、かつては「知的財産法」という名称の法律はなかった。この「知的財産」という日本語の語源は、IT (Information Technology ; 情報技術) の進展によりコンピュータプログラムなど新たに創出した知的財産として、もともと欧米で使われ出した「Intellectual Property」という言葉(英語の直訳)から発している。

そして、知的財産基本法(平成14年法律第122号)が制定されるに至り、この法律では、「知的財産権とは、特許権、実用新案権、育成者権、<sup>いししょう</sup>意匠権、著作権、商標権その他の知的財産に関して法令により定められた権利又は法律上保護される利益に係る権利をいう。」と定められた。

この法律により、わが国で「知的財産法」という場合は、概ね、以下に示すような法律(略称を含む)を総称してということになる。(カッコ内は、それぞれの法律の保護対象や目的を表す。)



(\*) 「産業財産権」は、従来は「工業所有権」と呼ばれていた。

契約法は、一般に主として民法の「第3編 債権（いわゆる**債権法**）」の中の「第2章 契約」の諸規定を指し、不法行為法は、同じく「第3編 債権」の中の「第5章 不法行為」の諸規定を指し、家族法は、民法の「第4編 親族」及び「第5編 相続」の諸規定を合わせていうことが多い。

このように授業名や書籍名では、「物権法」や「契約法」などの実在しない法律の名称が使われることが少なくない。また、一方では「独占禁止法（独禁法）」のように略称又は通称（正式名称；私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）が使われることも多く、「知的財産法（又は「知的財産権法」）」のように、幾つかの似たような内容の法律を総称した名称が使われることもある。

### （3）法令の成立、<sup>こ</sup>公布、<sup>し</sup>施行

六法（法令集）で、各法律が掲載されている冒頭ページを見ると、当該法律名称の後に「平成〇年〇月〇日 法律第〇号」というような表示があることが多い。この表示のうち日付は当該法律が公布された日を表し、番号は暦年ごとに公布の順に1からの連番が付けられるもので「法律番号」と呼ばれるものである。例えば、民法には「明治29年4月27日 法律第89号」と表示されているので、民法は、明治29年4月27日に法律第89号として公布されたことになる。なお、公布とは、成立（制定、改正、廃止）した法令の内容を広く一般に周知させるため公示する行為であり、憲法改正、法律、政令及び条約の公布は、憲法第7条に定める天皇の国事行為の一つ（同条第1号）となっている。

また、通常、公布された法令は、公布日以後に「<sup>し</sup>施行」される。施行とは、その法令が現実に効力を発し、実施される状態にすることをいう。例えば、昭和21年11月3日に交付された憲法の施行日は、翌年（昭和22年）5月3日であり、公布日（11月3日）が「文化の日」、施行日（5月3日）が「憲法記念日」として国民の祝日となっている。

### （4）法律の構造

一般的に法律名称は、当該法律の制定目的・内容を端的に表すものが多い。例えば、利息制限法、労働基準法や労働組合法などのように、法律の名称を聞くと、その法律がどのような目的や内容の法律であるかがわかる。

そして私たちの日常生活に密接に関係する法律として「民法」がある。民法は、民事全般における基本法として制定された法律（法典）であるので、（1）で述べたとおり、民事一般に関する諸事項を5つの編に大区分し、それぞれの編が一つの独立した法律であるかのように、当該事項に関する規定をまとめて体系的に配置している。

ここで民法を例にとって法律の構造について、簡単に説明しておく。

民法第1編 総則は、7つの章で構成され、各章の規定内容は、民事全般に適用される共通の基本規範となっていることがわかる。

例えば、第1章は、「基本原則（第1条）」と「解釈の基準（第2条）」の2カ条で構成されており、特に、第1条では基本原則として3つを規定している。すなわち、第1項は「私権は、公共の福祉に適合しなければならない。」、第2項は「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。」、第3項は「権利の濫用は、これ



を許さない。」という3原則である。

特に、第2項に定められた原則は、通常「信義誠実の原則」や「信義則」などと呼ばれているもので、この原則は、契約実務でも広く浸透し、契約書にも契約当事者を律する基本原則として、この原則に関わる条文を盛り込むのが慣行となっている。通常、契約書の最末尾の条文として「協議事項」が盛り込まれるが、この条文を見ると、例えば「甲及び乙は、本契約に定めのない事項又は疑義が生じた事項については、信義誠実の原則に従い協議し、円満に解決する。」のように、この原則を盛り込んだ文言（表現）となっている。

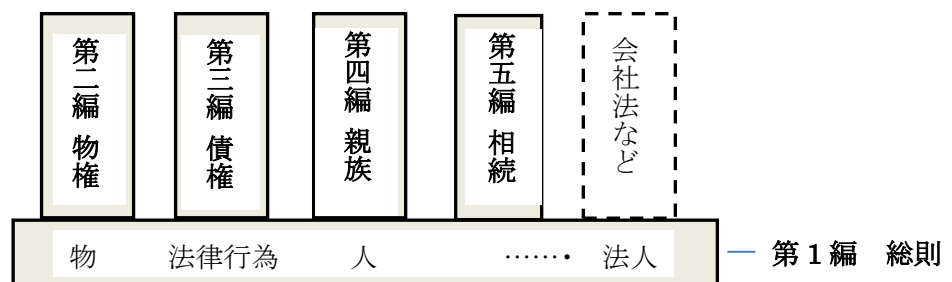
そして、民事上の権利義務の主体について、それぞれ第2章で「人」と第3章（33条～84条）で「法人」として規定している。さらに第4章では「物」、第5章では「法律行為」、第6章（138条～143条）では「期間の計算」、第7章（144条～174条の2）では「時効」について規定している。このように民法第1編 総則（1条～174条の2）では、人、法人、物、法律行為などの基本事項について規定するだけであり、これらの詳細については、それぞれ別の編で詳細に規定している。

例えば、人の権利能力や行為能力などの基本事項について、民法は、第1編総則第2章 人（3条～32条の2）で規定しているが、婚姻、離婚、親子などの「人と人との法律関係」などの展開事項については、第4編 親族（725条～881条）で規定している。なお、民法第1編第3章 法人（33条～84条）についての詳細規定は、法人の種類・性質に応じて、「会社法」や「一般法人法」などの別の法律に委ねている。

また、民法では、第1編第4章（85条～89条）で規定する「物」に係る諸権利については、第2編 物権（175条～398条の22）で展開し、同様に、第1編第5章（90条～137条）で規定する「法律行為」から派生する諸権利（債権）については、第3編 債権（399条～724条）で展開している。

このように民法は、民事全般について基本規範（条文）を5つの編（それぞれの編が一つの独立した法律）で構成された法典であり、その構造は、[図表3]に示すとおり、第1編「総則」の各章（第4章「物」、第5章「法律行為」、第2章「人」など）が土台であり、その上に乗っかる形で第2編「物権」～第5編「相続」が展開されてように見える。まさに、これは第1編を一般法とするならば第2編～第5編は特別法の関係になっているのである。（「一般法と特別法」については後述⇒4.（3）参照）

[図表3] 民法の構造



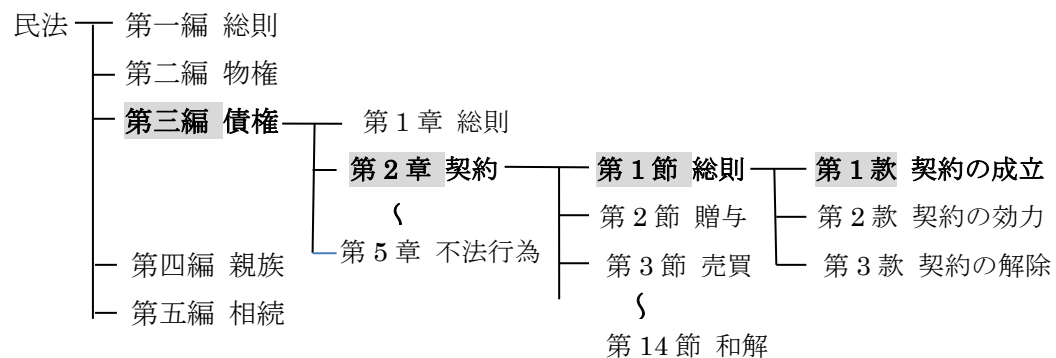
## (5) 法律の構成（条文の配置方法）

民法のように、一般に条文数（規定数）の多い法律を見ると、幾つかの関連する条文をグループ化し、それらが体系的に配列されていることがわかる。このことを確認するために、もう一度、六法の「民法」の目次の箇所を開けてみよう。

民法は、[図表 4] に示すとおり、5つの「編」をもって構成されていることが分かる。そして、「第三編 債権」の部分の詳細に見てみると、第1章から第5章までの5つの「章」に分かれており、このうち「第2章 契約」は、「第1節 総則」から「第14節 和解」までの14の「節」に区分され、さらに「第1節 総則」を見ると、「第1款 契約の成立」から「第3款 契約の解除」の3つの「款」で区分されている。

なお、この[図表 4]には示していないが、さらに「款」を細分化する場合は、「第1目 総則」、「第2目××」のように「目」で区分される。

[図表 4] 民法の構成



以上で分かる通り、民法は、1,044カ条もの膨大な（ボリュームがある）条文をもって構成されている法典である。通常、法典は、条文数が多いために「編 → 章 → 節 → 款 → 目」の順にグループ分け（細分化）される。この場合、同じ大きさのグループは、例えば、第1章、第2章・・・、或いは第1節、第2節・・・のように、必ず1から始まる連続番号が付けられている。

## (6) 各条文の構造（番号の付け方）

法令の規定（条文）は、必ず、第1条から始まり、以後、第2条、第3条・・・のように連続する「条番号」が付けられている。また、条番号が付いた各条文には、例えば「目的」、「定義」などのように、それぞれの条文内容を一言で表す「見出し（条文のタイトル）」が付けられる場合が多い。

そして、条番号が付けられた規定を、さらに細分化して規定する場合は、第1項、第2項・・・のように「項」を用い、項番号が付けられた規定を、さらに細分化する場合は、第1号、第2号・・・のように「号」を用いる。項および号のいずれも、条と同様に、必ず1から始まる連続番号が付けられている。

このように各条文は、「条 → 項 → 号」の順に細分化して規定されている。

なお、一つの条番号が付けられた規定の文章が長く、かつ「項」に区分するほどでも

ないときは、この長い文章に段落をつけて2つに区切っている場合がある。

この場合は、前の段落の部分（1文目）を「**前段**」といい、後の段落の部分（2文目）を「**後段**」という。なお、3つに区切っている場合は、1文目を「前段」、2文目を「**中段**」、3文目を「後段」という。

### 【一口メモ③】 法令の条番号

法令は、社会情勢に応じて制定・改廃される。このうち法律は、立法権を有する国会で制定される。国会は、法律を新たに制定し、既にある法律の一部改正し、又は廃止する権限を有する。したがって、新たな法律を制定のするときと同じように、「〇〇法の一部を改正する法律」、「××法を廃止する法律」というような名称を付した法案を国会に上程し、国会議員の賛成多数による承認を得ることで当該法律は成立する。

なお、わが国では、法案は、内閣（行政機関）が国会に提出するのが殆どであり、議員立法と呼ばれるような国会議員（政党を含む）が提出する場合は少ない。この点、アメリカでは、わが国とは逆に、議員立法が多いといわれている。

まず、法律を改正する場合、例えば、従前の法律の特定の条番号が付いた条文に関係して新たな条文を追加（新规定を挿入）しようとする場合の条番号は、当該従前の条番号（第〇条）の後に、例えば、「第〇条の1」、「第〇条の2」、・・・などのように**枝番号**が付されて挿入される。例えば、平成17年の改正前の旧商法の規定を見ると、「第280条の×」のように枝番号が付いた条文が数多く存在していた。

これに対して、従前の法律の特定の条番号が付いている条文がそっくり不要（廃止）となったときは、当該条番号が付いた条文の全体が削除され、当該条番号は**永久欠番**となる。つまり、当該条番号が削除されたままで、以下に続く条文の条番号は繰り上がらない。例えば、現行の商法は、第33条から第500条までの条文が削除されているが、これは、平成17年の「会社法」制定と同時に、従前の商法にあった会社に関する規定を改正・廃止したためである。

このように法律の一部改正が行われても、絶対に、条番号を繰り下げたり、繰り上げたりはしない。つまり、改正等により条番号が繰り上げ、繰り下げにより変動するので、裁判等で適用・根拠条文の条番号を正確に示せないなど混乱が生じるからである。したがって、法律等の条番号は固定化し、絶対に変更してはいけないのである。

### （7）本則と付則

ほとんどの法令は、**施行期日**（その法令が、いつから実施されるか）や**経過措置**（例えば、改正事項の取り扱い）などの規定を、当該法令の末尾部分に「**附則（付則）**」として置いている。

このように法令に附則を置いている場合は、その附則に対する本来の規定部分(条文)

を「**本則**」という。

また、憲法（日本国憲法）は、「第一章 天皇」から始まる本則の前に「日本国民は、正当に選挙された国会における……（中略）……理想と目的を達成することを誓ふ。」という「**前文**」が置かれている。

憲法のように前文を置いている法律は殆どないが、全文を置いている法律では、その後続く本則、附則（さらに「別表」を添付する場合もある）の規定部分を、前文に対して「**本文**」という。

#### (8) 本文と**但書**

法令の条文（規定）の中には、「……とする。ただし（**但し**）、……については、この限りでない。」のような表現のものが多数ある。

このような条文では、前段（「ただし」より前）の部分を「**本文**」といい、後段（「ただし」で始まっている文章）の部分を「**但書**」という。

そして、本文の部分で原則的な取扱い（内容）を定め、但書の部分で本文内容に対する例外的な取扱い（いわゆる例外規定）を定めることになっている。

例えば、民法 9 条は「成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、この限りでない。」と定めている。この条文の本文部分は、成年被後見人（精神上の障害により事理を識別する能力を欠く常況にある者で、後見開始の審判を受けた者）が何十万もする羽毛布団などの購入契約を結んだ場合、原則として、その契約（法律行為）は取り消すことができるという意味である。しかし、但書には、日用品の購入、例えば、スーパーストアなどでの日常的な買物（食料品等の購入契約）については、「この限りでない。」と定められているから、この買物（法律行為）は取り消すことができないことになる。

（「法律行為」「契約」については後述⇒「5. 法律行為と契約」参照）

#### (9) 「……することができる。」と「……しなければならない。」

法令の個々の条文の末尾を見ると、「……することができる。」と表現している規定や「……しなければならない。」と表現している規定がある。

このような規定末尾の表現の違いは、次のとおり解釈することになっている。

まず、前者の「……することができる。」と表現された規定は、単に「……することが可能である」という意味であるから、「……しても、……しなくてもよい」ことになる。

一方、後者の「……しなければならない。」と表現された規定は、「……する」ことを義務づけているので、必ずそれを守る必要があるから「……しない」場合は、当該規定に違反することになる。

#### 4. 法律の区分

法規範（成文法）の中心は法律であることが分かった。法律は、様々な分野について制定されているので、六法に収録されている膨大な数の法律を見ても、一定の区分法に基づいて分類されている。

法律は、適用される分野の違いや適用順位などによって区分され、それを表す用語は、一般に対語（いわゆる「ペアの言葉」）となっている場合が多い。

##### (1) 公法と私法

その法律が適用される分野（法律関係）の違いによって、講学上、公法と私法に区分される。あくまでも講学上の区分なので、取引・契約などの実務では、このような区分の意義は殆どない。

まず、「公法」とは、憲法、行政法、刑法、訴訟法などのように、国家と国民間の統治権力関係を律する法律をいう。

これに対して「私法」とは、民法、商法、会社法、金融商品取引法などのように、自由・平等を前提とした私人間の生活関係を律する法律をいう。

##### [一口メモ④] 公法と私法

公法と私法は、わが国の法律（わが国の内部関係を規律する国内法）についての区分であるが、これに対して、主として国家間の関係を規律する法を国際法という。

この国際法についても、国際公法と国際私法とに区分されている。

このうち国際公法とは、条約のように国家間の合意に基づいて、専ら国家間の関係を規定する法をいう。これに対して、国際私法とは、国際結婚や国際取引のように複数の国家単位の法秩序に関係する私法的生活関係が発生した場合における適用されるべき準拠法を決定することを任務とする法をいう。

なお、「法の適用に関する通則法（旧「法例」；平成 18 年法律 78 号）」第 3 章(第 4 条以下)は、国際的な準拠法に関する通則を規定する国際私法とされている。

##### (2) 民事法と刑事法

私たちが日常的に耳にする事件は、大きくは民事事件と刑事事件とに区分されている。

刑事事件は、いわゆる犯罪として処理される事件である。刑事事件となる犯罪を規定している代表的法律は「刑法」であるが、近年は「麻薬取締法（正式名称；麻薬及び向神経薬取締法）」や談合・カルテル(不当な取引制限)等を禁止する「独占禁止法（正式名称；私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）」などの法律も耳にすることがある。これらの法律には罰則（刑事罰）規定が置かれているためであり、これらの法律（罰則規定部分）のことを「特別刑法」と呼ぶことがある。そして、刑事事件の裁判（刑事訴訟）の手続きを定めた代表的法律が「刑事訴訟法」である。

一方、代表的な民事事件として先ず頭に思い浮かべるのは損害賠償事件であるが、民事事件は、通常、私人間のトラブルから紛争（事件）として発展する場合が多い。この場合、賠償すべき損害が発生する原因には、いわゆる契約違反（債務不履行）のほか、身体や財産等を傷つけたりする行為（不法行為）などが典型的である。これらの民事紛争の原因となる私人間の法律関係を律している法律を総称して民事法といい、この代表的法律が民法や商法である。そして、民事紛争についての裁判（民事訴訟）の手続きを定めた代表的法律が「民事訴訟法」である。なお、裁判所で（裁判官によって）決着を詰めるための手続きを、一般に「裁判」と呼んでいるが、法律上は「訴訟」という。

以上のとおり、刑事事件に関わる各種法律を総称して「**刑事法**」といい、民事事件（紛争）に関わる各種法律を「**民事法**」と総称している。そして、それぞれは処理解決（特に裁判）において、**[図表 5]** のとおり用語を含めて大きく異なっている。

また、刑事事件のうち殺人など重大事件の第一審裁判は、「裁判員裁判」の対象となるが、この裁判は、20歳以上の国民から選ばれた裁判員（原則6人）が裁判官3人と共に、多数決で有罪・無罪の決定から刑の内容（量刑）まで決定する。（米国の「陪審裁判」は、12人の陪審員が全員一致によって、有罪・無罪の決定だけを評決する。）

また、民事事件については、裁判だけではなく「ADR（和解、調停、仲裁等の裁判外紛争解決手続き）」でも処理解決でき、請求額が60万円以下の少額訴訟については、地方裁判所を第一審とするのではなく、簡易裁判所（1回だけの口頭弁論）でもできる。

**[図表 5] 民事裁判と刑事裁判の相違点**

項目	民事裁判	刑事裁判
手続法	民事訴訟法	刑事訴訟法
目的 ／特徴	私人間の紛争解決 主として金銭による解決	有罪／無罪の決定（有罪；量刑の決定） 罪刑法定主義（憲法 31 条・39 条）
訴え	当事者の一方が「提起(提訴)」 (その書類を「訴状」という。)	検察官が「起訴(公訴)」 (その書類を「起訴状」という。)
当事者	「原告(提訴者)」対「被告(被提訴者)」 双方の補助者＝「訴訟代理人」(弁護士が原則、少額訴訟は司法書士も可)	「検察官(公訴人)」対「被告人(*)」 被告人の弁護補助者＝「辩护人」(弁護士に限定)
審理方式	三審制（一審判決に不服の場合、控訴、上告できる）	三審制（一審判決に不服の場合、控訴、上告できる）
審理手続	口頭弁論手続	公判手続

(\*) 犯罪の容疑をかけられている者を「容疑者」、検察庁送致（送検）後の起訴前を「被疑者」といい、起訴後を「被告人」という。

### (3) 一般法と特別法

ある法領域において適用される二つの法律がある場合、その法領域全般に適用される

法律を「**一般法**」といい、その法領域の特定の部分に限定して優先適用される法律を「**特別法**」という。

このように一般法と特別法は、2つの法律を相対的な関係によって区分するのであり、「特別法が、一般法に優先して適用される」という原則がある。

この区分は、実務上、重要となるので、きちんと理解しておく必要がある。

したがって、民事分野における一般法と特別法との6関係を例にとりて、**[図表6]**を用いて解説する。

商事分野（例えば、商取引）は、民事分野（例えば、日常的取引）の中の特定分野の領域であるから、**[図表6]**に示すように、商事分野（中間の楕円で囲まれた領域）は、民事分野（外側楕円で囲まれた領域）の中に（一部として）<sup>ほうがん</sup>包含される。同様に、会社に係る事項（中心にある楕円の領域）は、商事分野（中間の楕円の領域）の中の一部として概念できる。

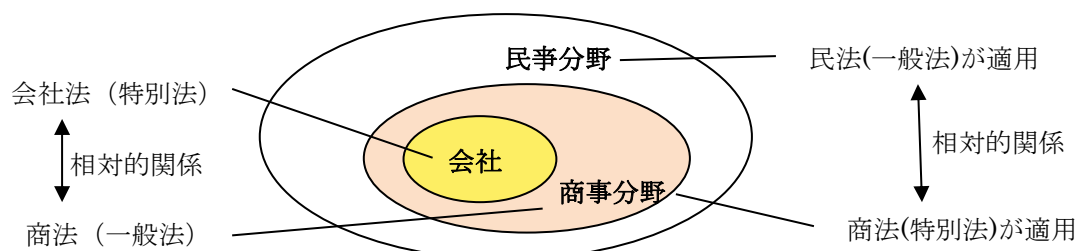
民事分野全般について適用される法律は民法であり、民事分野の一部である商事分野に適用される法律は商法である。つまり、民法は、商法が適用される商事分野にも適用される。すると、商事分野についての特定事項に関する商法の規定と当該事項についての民法の規定と異なっている場合、どちらの法律（の規定）を優先適用すべきかが問題となる。このような問題を解決するのが「特別法が、一般法に優先して適用される」という原則（法理）である。

このように民法と商法のように同じ領域（この場合、共通するのは商事分野）に適用される法律がある場合に、一般法と特別法の区分が必要となる。すなわち、商法は、民事分野の一部の特定分野（商事分野）に適用される法律であるから、商法は、民事分野の一般法である民法に対して、その特定分野（商事分野）について優先適用される（民法の）特別法となる。

これと同様に、会社法は、商事分野の一般法である商法に対して、その特定分野の会社事項に関する事項に優先適用される特別法である。

なお、会社に関する事項は、このように商事分野の一部の事項であるので、従来は、旧商法（第2編）や商法特例法などの幾つかの商法の特別法をもって規定していたが、これらの会社に関する規定を整理統合して、平成17年（2005年）に新たに「会社法」として制定された。なお、商法上、会社も商人と位置付けているので、会社法と商法は、**[図表6]**に示すような関係にある。

**[図表6] 民事分野における一般法・特別法の関係**



## ■参考1. 民事利率と商事利率

商法は、民事分野の一般法である民法に対する商事分野の特別法であるので、民法と商法に同じ事項について異なる内容の規定がある場合、商事分野においては、もちろん、商法の規定が優先適用される。

例えば、利率については、民法と商法とでは、それぞれ異なった利率が定められている。すなわち、以下に示す通り、民事利率は年5分で、商事利率は年6分である。

(民事利率)

民法第404条 利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは、その利率は**年5分**とする。

[例] 個人が友人から、その利率を約定せずに借金をして、これに利息を付けて返す場合には、その利息は民法法定利率（年5分＝5%）を用いて計算すればよい。

(商事利率)

商法第514条 商行為によって生じた債務に関しては、法定利率は、**年6分**とする。

[例] 会社間取引（商事）において利息を計算する必要が生じた場合（利率を約定せず）には、民事法定利率ではなく、商事法定利率（年6分＝6%）を用いて計算する。

### [一口メモ⑤] 利息制限法による利率の制限

法律上「原則として」と表現された場合には、その例外が必ずあると思ってよい。

個人が消費者金融からお金を借りた場合（このような取引は「消費者取引」と呼ばれている）、この利率には、民法や商法ではなく、「利息制限法」が適用される。

この利息制限法は、消費者（いわば弱者）が事業者から高利の約定利率を強制されることが多いため、その制限（弱者保護）を目的として制定されたものである。

利息制限法第1条では、当事者間で定めた約定利率が、次の利率（制限利率）を超えた場合、その超えた額は無効としている。

- ① 元本額が10万円未満の場合 ; 年2割 (20%)
- ② 元本額が10万円以上100万円未満の場合 : 年1割8分 (18%)
- ③ 元本額が100万円以上の場合 ; 年1割5分 (15%)

したがって、この制限利率を超えて約定した場合、例えば、利率2割（年20%）で30万円を消費者金融から借りた場合であっても、制限利率（この場合は、18%）を超えた部分は無効とされるから、制限利率（10万円部分は20%、残りの20万円部分は18%）で計算した利息を元金に加算した金額を返済すればよい。

このように法律で定められた利率を「法定利率」という。これに対して当事者間で定めた利率を「約定利率」というが、当事者間で約定利率を定めた場合は、原則として、その利率が法定利率に優先して適用される。

以上をまとめると、利率の優先適用順位は、原則として次の通りとなる。



約定利率 > 法定利率 …… 商事法定利率 > 民事法定利率

#### (4) 強行法規と任意法規

当事者の意思の内容と法律の規定内容とが異なる場合、当該法律（規定内容）を優先適用させるか否かで強行法規（強行規定）と任意法規（任意規定）とに分けられる。

つまり、当事者の意思にかかわらず適用される法規（規定）を「強行法規（強行規定）」といい、これに反する内容は無効とされる。これに対して当事者の意思表示を優先し、その規定と異なる意思表示がない場合に適用される法規（規定）を「任意法規（任意規定）」という。この区分は、実際に契約する場合などの実務上、特に重要である。

このうち任意規定とは、民法第 91 条の規定中の「<sup>おおよげ</sup>公の秩序に関しない規定」（アンダーライン部分）のことである。この反対解釈として「公の秩序に関する規定」は強行規定となる。

また、条文中で強行規定である旨定めている規定もあり、例えば、[一口メモ⑤] で示した利息制限法第 1 条の規定は「……、その超過部分について無効とする。」となっている。この表現からもわかるように、この利息制限法第 1 条の規定は、明らかに強行規定である。

民法第 91 条 法律行為の当事者が法令中の<sup>おおよげ</sup>公の秩序に関しない規定と異なる意思表示をしたときは、その意思に従う。

#### ■参考 2. 公序良俗

「あの行為は、公序良俗に反した行為だよ」などと「公序良俗」という言葉を耳にすることがある。民法第 90 条では、公序良俗について次の通り定めている。

民法第 90 条 公の秩序又は<sup>ぜんりょう</sup>善良の<sup>ふうぞく</sup>風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。

つまり、公序良俗とは「公の秩序」（アンダーライン部分）を略した「公序」と「善良の風俗」（アンダーライン部分）を略した「良俗」を合わせた言葉（法律用語）である。例えば、道徳的にも悪いとされる行為（例えば、殺人<sup>いしよく</sup>委嘱契約など）は、明らかに公序良俗に違反するので無効となる。

なお、公序良俗は、民事法上の言葉（概念）であるが、反道徳的行為や反社会的行為など公序良俗に反する行為は、刑事法上も（例えば、人を殺せば刑法第 199 条の「殺人罪」として）罰せられる。

## 5. 法律行為と契約

### (1) 法律行為とは

私たち人間（法律上は「人」という。）は、権利主体であるから、所有物に対する排他的権利を有することができ、必要なものを買いたい、或いは不要なものを売りたいなどとも考えることもできる。前者を「**権利能力**」といい、後者を「**意思能力**」という。

また、人は自らの意思に基づいて行為を行うこともできる。これを「**行為能力**」という。このような人の自らの意思に基づく行為は、法律上、「法律行為」と「**事実行為**」とに大別される。

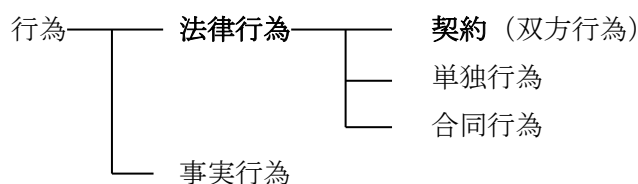
まず、「**法律行為**」とは、一定の法律効果を生じさせる行為のことであり、これに対して、スポーツ、勉強、研究開発行為などのように法律効果を一切生じさせない行為を「**事実行為**」という。

私たちが日常生活で行っている買物（売買）などの「**契約**」は、まさに典型的な法律行為である。例えば、買物という法律行為（契約）では、買い手と売り手には、それぞれ法律効果として、相対立する権利・義務関係（代金を支払う・受け取る、物を引き渡す・受け取る）を生じさせる。

契約以外にも幾つかの法律行為がある。一つは、遺言のように行為者単独の意思表示によって行う行為である。これを「**単独行為**」という。また、会社設立のように2人以上の意思表示の結合によって成立する行為もある。これは「**合同行為**」と呼ばれている。単独行為や合同行為に対して、契約は双方の意思表示によって行うので、「**双方行為**」とも呼ばれることがある。

これらの行為を整理すると、**[図表 7]** のとおり区分することができる。

**[図表 7] 行為の区分**



### (2) 約束と契約との違い

日常的に、友達同士で「明日、一緒に遊ぼう」などと“約束”を交わすことがある。この「約束」と「契約」とは、どのように異なるのであろうか。

契約は、法律行為の一種であるから、契約の成立と同時に法律効果、すなわち**債権・債務**（法的強制力を持つ権利・義務）を生じさせる。したがって、契約に違反すると、損害賠償など法的制裁が課せられることもある。

これに対して友達との単なる約束では、債権・債務の発生という法律効果が一切生じない。したがって、約束違反は、道義的には責められるが、損害賠償などの法的制裁が課せられることはない。この点が契約と約束とでは決定的に異なる。

### (3) 契約の成立

私たちは、日常的に契約と取引の言葉を同じ意味合いで使うことがある。

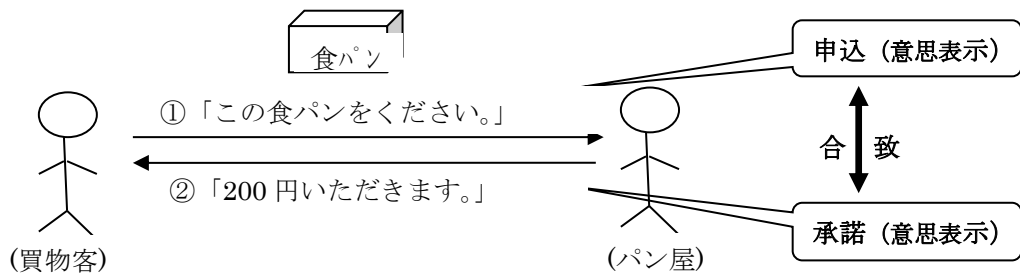
通常「取引」という言葉は、商人や会社などが行う営利行為（商行為）を指して使うが、私たちの日常生活で頻繁に行っている「買物」などにはほとんど使わない。

しかし、取引も買物も、契約によって行われている。

一般に、「契約」は、[図表 8] に示す通り、相対立する二人(契約当事者)の意思表示(それぞれが思っていることの内容)が合致することにより成立する。

このように意思表示が合致することを一般に「合意」といつている。

[図表 8] 契約成立の概念



買物客（あなた）は、「おいしい食パンがあれば買いたいなあ」という思いでパン屋に入ったところ、この思いに叶うパンが目にとまったので、①「この食パンをください（買いたい）」という意思（法的効果を期待する思い）をパン屋に表示した（伝えた）。この意思表示（①）を法的には「申込」という。なお、意思表示の「意思」という漢字は、一般に「彼の意志は固い」などのように使われる「意志」ではないので、注意すること！

これに対してパン屋は、②「200 円いただきます（売りましょう）」という意思表示をしている。この意思表示のことを「承諾」という。

このように契約は、「申込」と「承諾」という意思表示の合致により成立する。つまり、契約は、原則として当事者双方の「意思表示の合致」すなわち「合意」により成立する。（契約成立の例外として「交差申込」や「意思実現」などがある。）

なお、当事者（買物客とパン屋）が①と②の意思表示（申込）を同時に行った場合も契約が成立する。また、買物客が代金（200 円）を添えて①の意思表示（申込）をしたときパン屋がその代金を拒否せず受領した場合も同様である。いずれも当事者間に合意があったと認めることができるからであり、前者の場合を「交叉申込」といい、後者の場合を「意思実現」（民法 526 条 2 項）という。

このほか、懸賞広告（ある行為をしたものに対して一定の報酬を支払うという広告）、競争入札や競売（オークション）などの特殊な契約成立の方法もある。

#### (4) 契約自由の原則

①「私的自治の原則」、②「財産権絶対（財産権不可侵）の原則」および③「自己責任（過失責任）の原則」は、近代私法の3大原則といわれている。

このうち「私的自治の原則」を、契約という法律行為に当てはめると、当事者の意思内容を尊重するという原則が導き出される。この原則が「契約自由の原則」と呼ばれるものである。

契約自由の原則は、これをさらに詳細に見ると、①「相手方選択の自由」、②「契約締結の自由」、③「契約内容決定の自由」及び④「方式の自由」という4つの自由から構成されている。

このうち、①の「相手方選択の自由」と②の「契約締結の自由」は、通常、一体となっている。例えば、パソコンが古くなったので買いなおそうと思った場合、幾つかのパソコンショップ（店）で色々な機種を比較しながら、どの店（契約相手方）のどの機種が一番良いかを選ぶはずである。このように相手方を選んで（同時に買いたいパソコンも絞って）、買うかどうかを決定する。これは、まさに相手方選択の自由と契約締結の自由に基づいているのである。

そして、当該パソコンの値段等について店側に対して「もう少し値引きできないか？」などと交渉することもある。この結果、納得できる値段でパソコンを買うことになる。このことは、当事者（この場合は、購入者と店側）双方が契約内容（パソコンの購入価格）を自由に決定できること（③の「契約内容決定の自由」）を意味している。また、パソコン購入（売買）する場合は、通常は当事者の合意だけ（いわゆる口頭契約）で行い、パソコンが故障した場合の修理契約は、文書にて行うことが多い。このように契約を口頭で行おうが文書で行おうが、それは当事者の自由であり、これが④の「方式の自由」である。

#### 【一口メモ⑥】「契約自由の原則」に対する制限

自由主義（市場経済）国家では、取引(契約)する当事者がそれぞれ対等な立場であることを前提として、この「契約自由の原則」が認められている。

しかし、様々な取引の実態を見てみると、当該当事者の関係が対等な立場になっているとはいえないものもある。

例えば、消費者取引における事業者・消費者の関係、雇用における使用者と労働者の関係、製造における大企業と下請企業の関係などでは、それぞれの当事者の関係は対等といえず、上下関係が生じているケースが多い。

このうち消費者取引においては、取引に関する情報量（知識・経験）等の差から、「事業者（＝強者）対消費者（＝弱者）」という上下（優劣）の力関係が一般的に生じやすい。従って、このような消費者取引の特性を勘案して、弱者（消費者）保護・救済の観点から、契約自由の原則に対して、特別法（消費者契約法、利息制限法など）により一定の制限を加えている。

## (5) 予約と手付

現時点では何らかの都合で契約（本契約）を結べないために、一方が将来の希望する時期に、相手方が必ず本契約を結ぶことを約束することがある。これが一般に「**予約**」と呼ばれるもので、これも立派な契約である。したがって、予約は契約同様、当事者間の意思表示の合致（合意）により成立し、相手方が本契約を結ぶことができない場合は、その責任を負わなければならない。

この予約には、①一方が相手方に本契約申し込みを行うと、相手方は、必ずこれに応じなければならないという性質のものと、売買の予約のように、②一方が予約した内容に対して相手方が完結する（その内容で良い旨の）意思を表示した時に売買の効力が生じるといふ性質のものがある。一般に、有償契約の予約に際して、前者の性質の予約を行うことを明示しない場合が多いが、この場合は後者（相手方に「**予約完結権**」を与える性質）の予約をしたものとみなされる。（民法 556 条 1 項）

なお、日常生活では「ホテルや新幹線の座席を予約した。」「何日何時開演のコンサートを予約（チケットを購入）した。」などと“予約”の言葉を使っているが、これらは予約でなく、宿泊契約と座席指定付き新幹線旅客運送契約の締結やコンサートチケット購入契約を締結したにすぎず、予約の言葉は、このように誤った使い方が一般化している。

また、この予約に似た「**仮契約**」という言葉が使われることがある。仮契約も、予約同様、本契約を結べない場合に本契約に先行して結ばれることが多い。この言葉も正式に定義されているわけではないが、日常生活では「とりあえず仮契約を結んでおきましょう」などのように、仮契約は、現時点では本契約が主要な一部の要素が欠けていたり、未決事項があったりして本契約を結べない場合に使われている。つまり、仮契約は、将来の一定期間内に本契約を結ばれる場合に使われるのであり、仮契約の内容（仮契約時の当事者の合意内容）は、そっくり本契約に置き換えられることが予定されている。

なお、このように予約、仮契約、本契約が結ばれたことの証拠としてや、将来の契約上の義務（債務）を完全に履行させることを目的として。契約実務上、一方が相手方に対して一定の金員、具体的には**手付**（手付金）、**内金**、**申込証拠金**や**敷金**、**保証金**、**権利金**などを交付する場合がある。

このうち**手付**、**内金**、**申込証拠金**などの名目の金員は、マンション分譲契約など高額対価の売買契約で、予約や仮契約の際に買主が売主に交付する場合が多い。いずれも契約対価（売買代金）の一部として取り扱われる性質の金員であるが、特に「手付」については、①その契約が確かに成立したことを証するという「**証拠手付**」、②もしその契約に違反するとペナルティとして没収するという「**違約手付**」、そして③契約履行の着手前であれば、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を返還することで契約を解除することができるという「**解約手付**」がある。契約当事者が①又は②の手付と合意していなければ、その手付は③の解約手付として取り扱われる。（民法 557 条 1 項）

また、敷金、保証金、権利金などの名目の金員は、不動産（土地・建物）の賃貸借契約締結時に、借主が貸主に交付する場合が多い。このうち敷金と保証金は、通常、借主の将来にわたる賃料支払い等の債務を担保する目的で交付するものであるから、賃借不動産の返却・明け渡し時には、原則として借主に返還される。

## 6. 基本的な法律用語の意義

法令の条文を見ると、一般的な意味合いとは違う意味で使うため、あるいは似たような意味合いでも他の言葉とは厳格に使い分けたいために法律上の専門的な言葉、いわゆる「法律用語」が使用されている。これらの法律用語のうち、実際の契約書などでも一般的に使われる基本的な法律用語について、以下に、できるだけわかりやすく解説する。

### (1) 「善意」と「悪意」

日常生活でも「善意」と「悪意」という言葉は、互いに対立する意味合いで使われているが、法律上で使われる場合は、[図表 9] に示す通り、日常生活で使われる一般的な意味合いとは大きく異なるので注意を要する。

[図表 9] 「善意」と「悪意」の法律上の意味

	一般的な意味（広辞苑による）	法律上の意味
善意	善良な心、他人のためを思う心	その事情を知らないこと
悪意	他人に害を与えようとする心、わざと悪く取った意味	その事情を知っていること

そして、善意と悪意の法律上の使われ方を見ると、それぞれ民法第 94 条第 2 項と第 190 条第 1 項において、次の通り使われている。

民法第 94 条② 前項の規定（虚偽表示）による意思表示の無効は、**善意**の第三者に対抗することができない。

民法第 190 条① **悪意**の占有者は、果実を返還し、かつ、既に消費し、過失によって損傷し、又は収取を怠った果実の代価を償還する義務を負う。

なお、民法第 94 条第 2 項には“善意の第三者”とあるが、この「第三者」とは、「当事者」に対する言葉（法律用語）である。つまり「**当事者**」とは、ある法律関係又は事柄について直接関与する者をいい、それ以外の者を「**第三者**」という。⇒詳細(18)参照

### (2) 「故意」と「過失」

「故意」は、行為者が、その結果を認識して（いわゆる「わざと」）行為することであり、「過失」は、それを回避するという客観的な行為義務（**作為又は不作為**）に反すること（いわゆる「不注意」）である。そして、これらの法律用語は、ある行為により一定の結果が発生することを認識できること（**予見可能性の存在**）を前提に、通常、民法第 709 条の「故意又は過失」のようにペアで使われることが多い。

民法第 709 条 **故意**又は**過失**によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

なお、過失は、その不注意ないしは注意義務違反の程度が甚<sup>はなは</sup>だしい場合を「重過失」といい、それが軽微な（多少なりともあった）場合を「軽過失」という。すなわち、過失を不注意（注意義務）の重い順から並べると「重過失 → 中過失 → 軽過失」となり、通常「過失」という場合は、中過失を指す。

また、過失は、その前提となる注意義務の種類によって、「抽象的過失」と「具体的過失」とに区分される。前者の抽象的過失とは、その人の従事する仕事、その属する社会的地位などに応じて、普通に要求される程度の注意（＝“善良な管理者の注意”<sup>ぜんりょう</sup>）を欠いた場合をいう。これに対して、後者の具体的過失とは、その人の具体的注意能力に応じて要求される注意（＝自己の財産に対するのと同じの注意、又は自己のためにするのと同じの注意）を欠いた場合をいう。

ところで、刑法では、故意の行為を犯罪として罰するのが原則だが、過失の行為でも罪を問われる場合がある。

例えば、傷害罪について刑法第 204 条では「人の身体を傷害した者は、15 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処する。」と規定している。この傷害罪の構成要件は”人の身体を傷害した“ことであり、通常は、刃物などで人を傷つけようとして傷害することになるが、刃物などを使わずに暴力（殴るなど）によりケガをさせる（傷害する）場合も含まれる。しかし、人を殴ってもケガさせなければ、刑法第 208 条の暴行罪（2 年以下の懲役若しくは 30 万円以下の罰金又は拘留若しくは科料）に該当する。

これに対して、結果的には人を傷害したが、その意思（故意）は全くなく、過失による場合は、過失傷害罪（刑法第 209 条）に該当する。しかし、この場合、被害者が警察に告訴しなければ、罪を問われることがない。このような罪を「親告罪」<sup>しんこくざい</sup>という。

なお、刑法では、「未必の故意」<sup>みひつ</sup>という言葉があるが、これは故意と過失との中間的な概念であり、故意のように確実に一定の結果が認識できなくても、その結果が生じるかもしれないと認識して行為することである。したがって、この場合も故意があったものとして取り扱われる。

## 【一口メモ⑦】 「過失」が問われる注意義務

「過失」が問われる注意義務の中には「善管注意義務」<sup>ぜんかんちゅうい</sup>又は単に「善管義務」と呼ばれるものがある。例えば、民法第 644 条では「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。」と規定しているが、この“善良な管理者の注意…義務”を略した言葉である。

これに対して民法第 659 条では「無報酬で寄託を受けた者は、自己の財産に対するのと同じの注意をもって、寄託物を保管する義務を負う。」と規定している。

なお、民事上、通常、過失を問う場合（例えば、民法第 709 条に基づく不法行為責任）、その過失の程度は抽象的な“軽過失”でよい。しかし、「失火ノ責任ト關スル法律」により、失火の場合の不法行為責任だけは、例外的に具体的重過失が要求される。

### (3) 「故意・過失」と「帰責事由」

故意・過失に似た法律概念として「**帰責事由**」がある。帰責事由とは「責めに帰すべき事由」を略した用語であり、“過失”とほぼ同じ意味であるが、判例・学説は“信義則”上、これと同視することができる事由を含むとして、過失より広い概念で捉えている。

前項(2)で述べた通り、不法行為による損害賠償は、その不法行為者の故意・過失を要件としていた。民法第415条は、次の通り、債務不履行による損害賠償について定めているが、その前段の「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき」のことを「**債務不履行**」といい、一般的には「**契約違反**」として捉えられている。そして、その後段の「債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったとき」のことを「**履行不能**」といい、履行不能は債務者に帰責事由があることを要件としている。

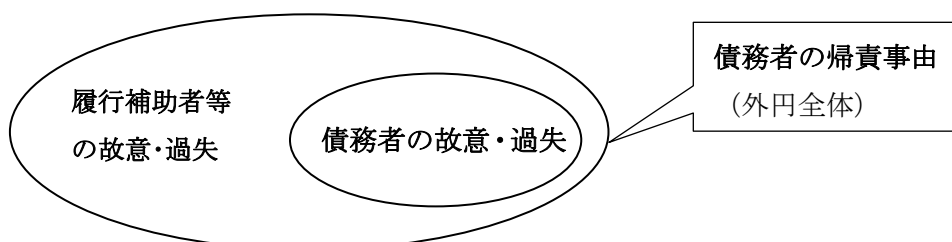
民法第415条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

一般に、債務不履行は、この「履行不能」のほか、民法第412条の「履行遅滞」及び「不完全履行」（民法には直接定めていない）の三類型に分けて、それぞれの法律効果の違いなどを論じられることが多いが、このうち履行遅滞や不完全履行についても、債務者の「過失」ではなくて「**帰責事由**」が必要だと解されている。

また、「**帰責事由**」という言葉は、占有者による占有物の滅失・損傷（民法191条）、受任者の委任の履行の中途での終了（648条3項）などにおいても使われている。

以上の通り、債務者の**帰責事由**という概念は、債務者の過失（当然に故意を含む）だけではなく、債務者の履行に直接関与する者の過失を含んだ広い概念である。具体的には、マンション分譲契約において、マンション業者の従業員（**履行補助者**）やマンション業者から工事等の委託を受けた業者（**履行代行者**）などのミスが原因で履行遅滞（完成の遅れや引渡し遅れ）となれば、信義則上、債務者の過失による履行遅滞と同視される。このように履行補助者や履行代行者の故意・過失、それに賃貸借契約における賃借人と同居している家族のような**利用補助者**の故意・過失も、債務者の**帰責事由**に含まれるのである。債務者の過失と**帰責事由**の関係を示すと【図表10】のようになる。

【図表10】 債務者の「故意・過失」と「帰責事由」の関係（概念図）

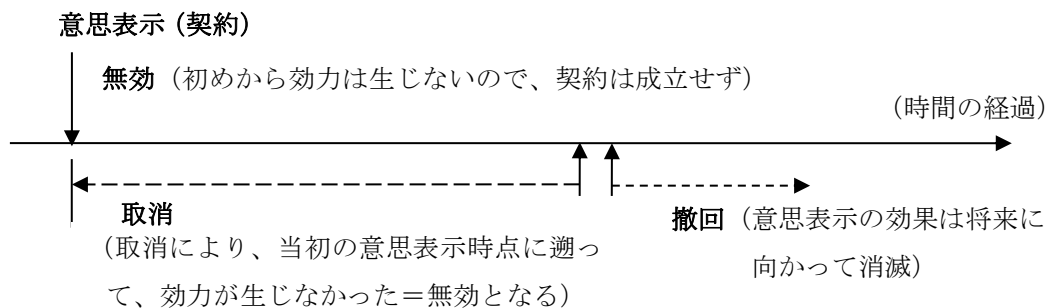




## (4) 「無効」と「取消」、「撤回」

これらの法律用語は、いずれも意思表示（契約）の法的効力を生じさせないことであるが、[図表 11] に示すとおり、その時点に違いがある。

[図表 11] 「無効」、「取消」、「撤回」の相違



\* 取消と撤回は、一方的な意思表示によってなされる点で似ているが、取消は一定の取消し原因があるとき（詐欺又は脅迫；民法 96 条①、など）に限ってでき、かつ、過去にさかのぼって法律効果を消滅させる点で、撤回と異なる。

- ・ **無効**：無効とは、ある意思表示（法律行為）の効力を、はじめから生じさせないことである。民法第 90 条では、公序良俗（公の秩序又は善良の風俗）に反する法律行為は無効と規定している。この公序良俗違反のように意思表示（法律行為）を無効とさせる原因を「無効原因」というが、この無効原因には、民法第 93 条但書の「心裡留保」、民法第 94 条第 1 項の虚偽表示、民法第 95 条の錯誤などがある。

民法第 90 条 公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、**無効**とする。

- ・ **取消**：取消は、表意者（意思表示をした者）が取り消すという意思表示をすることにより、当該表意者が既に行った当該意思表示の効果を、その意思表示をした時点まで遡って消滅させることである。この場合、ある意思表示の効力は、一旦、有効に生じるが、それが取り消されると、その意思表示はなかったものとなる。この点が、はじめから効力を生じない無効と決定的に異なる。取消についても、無効の場合と同様、幾つかの取消原因が法定されている。例えば、民法第 96 条第 1 項では、次のように取消原因を規定している。

民法第 96 条① 詐欺または脅迫による意思表示は、**取り消す**ことができる。

- ・ **撤回**：表意者が撤回という意思表示をすることにより、当該表意者が既に行った意思表示の効果を将来に向かって消滅させること。つまり、ある意思表示の効力を撤回という意思表示で消滅させる点では取消に似ているが、この撤回の効果は将来に向

かつてのみ生じるので、撤回されるまでに生じた当初の意思表示の効果は消滅しない点で取消と異なる。撤回については、民法第 407 条第 2 項では、次のように規定している。

民法第 407 条② 前項の意思表示は、相手方の承諾を得なければ、**撤回**することができない。

#### (5) 「<sup>てきよう</sup>適用」と「<sup>じゆんよう</sup>準用」

これらの法律用語は、いずれも特定の規定（法令）を当てはめることであるが、その程度に次の通り違いがある。

- ・<sup>てきよう</sup>適用：特定の規定を、そのまま当てはめることであり、商法第 3 条第 1 項では、次のように使われている。

商法第 3 条① 当事者の一方のために商行為となる行為については、この法律をその双方に**適用**する。

- ・<sup>じゆんよう</sup>準用：特定の規定を、本質的に異なる他の事項に、必要に応じ修正を加えたうえで当てはめることであり、会社法第 419 条第 2 項では、次のように使われている。

会社法第 419 条② 第 355 条、第 356 条及び第 365 条第 2 項の規定は、執行役について**準用**する。

#### (6) 「みなす」と「<sup>すいてい</sup>推定する」

これらの法律用語は、いずれも二つの事柄を同一視する（同じこととして扱う）ことであるが、反証を許すかどうかによって次の通り違いがある。

- ・**みなす**：法律上、二つの事柄を断定的に同じものとして扱うことであり、両者を絶対的に同一視し、反証を許さないという意味。例えば、民法 753 条では、次の通り使われている。

民法第 753 条 未成年者が婚姻をしたときは、これによって成年に達したものと**みなす**。

この規定によって、20 歳未満の未成年者であっても、婚姻したとき（法律上の夫婦関係になったとき）は、一律に成年者として取り扱われることになる。（未成年者であるからという反証は許されない。）

- ・ **推定する**：<sup>すいてい</sup>一応、二つの事柄は同一視されるが、反証によって覆すことができるという意味。例えば、会社法第 369 条第 5 項では、次の通り使われている。

会社法第 369 条⑤ 取締役会の決議に参加した取締役であって第 3 項の議事録に異議をとどめないものは、その決議に賛成したものと**推定する**。

この規定は、取締役会（取締役全員が参加して会社の業務執行を決定するための会議）の席上で、ある議案の決議に反対したとしても、当該議事録（取締役会の議事内容を記載した記録で、出席した取締役は記名押印しなければならない）に、異議をとどめない（反対した旨の記載がない）場合は、反対した取締役が反証をしない限り、賛成したものとして取り扱うと解釈することができる。

#### (7) 「<sup>ただ</sup>直ちに」と「<sup>すみやかに</sup>すみやかに」と「<sup>おそく</sup>遅滞なく」

これらの法律用語は、いずれも時間的に遅滞を許さないという意味で使われるが、時間的に早い（即時性が強い）ものから「直ちに>すみやかに>遅滞なく」の順で使い分けられる。

- ・ **直ちに**：<sup>ただ</sup>「今すぐに」「即刻に」という即時的な（時間的余裕が殆どない）という意味で、例えば、民法第 628 条では、次の通り使われている。

民法第 628 条 当事者が雇用の期間を定めた場合であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は、**直ちに**契約の解除をすることができる。

- ・ **遅滞なく**：<sup>おそく</sup>「遅れてはだめ」という正当又は合理的理由がある場合に限って、多少の遅延（時間的余裕）が許される意味で、例えば、商法第 526 条第 1 項では、次の通り使われている。

商法第 526 条① 商人間の売買において、買主は、その売買の目的物を受領したときは、**遅滞なく**、その物を検査しなければならない。

- ・ **すみやかに**（<sup>すみやかに</sup>速やかに）：「できるだけ早く」という「直ちに」と「遅滞なく」の中間的意味あい、国税徴収法第 87 条第 3 項では、次の通り使われている。

国税徴収法第 87 条③ 参加差押をした税務署長は、その参加差押に係る滞納処分による差押財産が相当期間内に換価に付されないときは、**すみやかに**換価をすべきことをその滞納処分をした行政機関等に催告することができる。

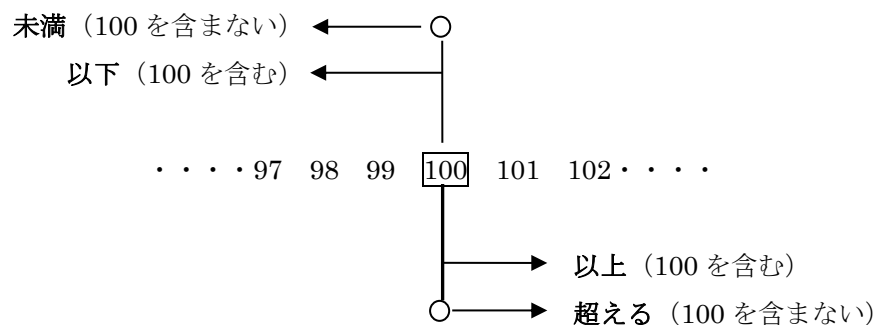
## (8) 「未満」と「以下」、「以上」と「超える」

これらの言葉は、日常生活でも、数の多少を区分するときに使われる。しかし、これらの言葉は、法律用語として使われる場合、それぞれの言葉の意味の微妙な違いによって厳格に使い分けられている。

つまり、これらの言葉は、ある数を基準にして、これより少ない場合には「未満」と「以下」が使われ、多い場合には「以上」と「超える」が使われる。また、「未満」と「超える」には、その基準の数が含まれないが、「以上」と「以下」には、その基準の数が含まれる。

これらの言葉の使い分けの違いを、具体的に数字の「100」を基準とした場合を例にとって図示すると、[図表 12] のとおりとなる。

[図表 12] 「未満」と「以下」、「以上」と「超える」の相違



## (9) 「半数以上」と「過半数」

これらの言葉は、いずれも人数を数え得る場合に、その半数を基準として多いことを表す言葉であるが、法律用語として使われる場合、半数の数字を含むかどうかによって使い分けられる。

「半数以上」は、全体の人数の半数を含んで、それよりも多いという意味であり、「過半数」は、半数を含まず、それよりも多いという意味である。つまり、過半数は、「半数を超える」と同じ意味である。

これらの法律用語はそれぞれ、次の通り使い分けられている。

会社法第 335 条③ 監査役会設置会社においては、監査役は、3 人以上で、そのうち半数以上は、社外監査役でなければならない。

会社法第 348 条② 取締役が 2 人以上ある場合には、株式会社の業務は、定款に別段の定めがある場合を除き、取締役の過半数をもって決定する。

この「半数以上」と「過半数」は、全体の人数によって、同じ人数となる時もあるが、違う人数となる時もある。このことを、例えば、全体人数が 4 人の場合から 7 人の場合の相違について、[図表 13] で比べてみる。

全体人数が 4 人の場合は、この半数は 2 人であるから、過半数は半数プラス 1 人の 3

人以上であるが、全体人数が 5 人の場合は、半数は  $5 \div 2 = 2.5$ （人は整数でしかカウントできないので、小数点以下は 1 人でカウントする）であるから、半数以上も過半数も 3 人以上となり、同じ人数となる。

以上のとおり、全体人数が奇数のときは、同じ人数となるが、偶数のときは人数が異なる（過半数の方が 1 人多くなる）。

【図表 13】 「半数以上」と「過半数」の相違

全体数	半数以上	過半数
4 人	2 人以上	3 人以上
5 人	3 人以上	3 人以上
6 人	3 人以上	4 人以上
7 人	4 人以上	4 人以上

全体人数が偶数の場合は、半数以上と過半数は異なる人数となる

全体人数が奇数の場合は、半数以上も過半数も同じ人数となる

#### (10) 「場合」と「とき」、<sup>とき</sup>「時」

「場合」と「とき」は、いずれも一定の状態・条件等を指すのでどちらを使ってもよいが、一般に、これらの言葉は使い分けられていない。

しかし、これらの言葉を法律用語として使う場合には、その範囲の広狭を区分する必要がある場合であって、広い範囲を指すときに「場合」を使い、その範囲の一部（狭い範囲）を指すときに「とき」を使う。

通常は、広狭がない同じ範囲で使われる場合が多いので、「場合」が使われるが、双方と一緒に使われる場合は、例えば、次の民法第 92 条のように使い分けられている。

民法第 92 条 法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある**場合**において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められる**とき**は、その慣習に従う。

また、法律用語として使われる漢字の「<sup>とき</sup>時」は、時間に係る状態・条件等を表す場合だけに限定して使われ、それ以外では「場合」や「とき」が、上記のルールに従って使い分けられている。

この「時」は、例えば、民法第 97 条第 1 項では、次の通り使われている。

民法第 97 条① 隔地者に対する意思表示は、その通知が相手方に到達した**時**からその効力を生ずる。

#### (11) 「<sup>なら</sup>並びに」と「<sup>およ</sup>及び」

これらの言葉は、一般に、複数の事柄がある場合に「いずれも」という接合の意味なので、どちらを使ってもよいが、一般に「および（及び）」が使われることが多い。

これらの言葉は、法律用語として漢字が使われ、接合する複数の事柄が同じ範囲内で並列的にあるときは「**及び**」が、接合する複数の事柄が異なる広い範囲にまたがっているときは「**並びに**」が使われる。つまり、狭い範囲の接合には「及び」が、それを含む広い範囲の接合には、狭い範囲の接合の「及び」と同時に「並びに」が使われる。

通常は、接合する複数の事柄が並列的に同じ範囲内にある場合が多いので、次の民法第 86 条第 1 項のように「及び」が使われている。

民法第 86 条① 土地**及び**その定着物は、不動産とする。

そして、「及び」だけでなく「並びに」も一緒に使わなければならない場合は、例えば、次の憲法第 24 条第 2 項のように使い分けられている。

憲法第 24 条② 配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚**並びに**婚姻**及び**家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の**尊厳**と両性の本質的平等に立脚して、制定しなければならない。

## (12) 「又は」と「若しくは」、「或いは」

これらの言葉は、いずれも複数の事柄がある場合に「どちらか」という選択の意味で使われるが、一般に「又は（または）」が使われることが多い。

これらの言葉は、法律用語としては漢字が使われ、範囲が異なる複数の事柄の選択を同時に表す場合に使い分けられるが、通常は、同じ範囲内で選択する場合が多いので、「又は」が使われる。

一方、範囲が異なる複数の事柄の選択を同時に表す場合には、例えば、次の民法第 101 条第 1 項のように、広い範囲（意思の不存在、詐欺、強迫と過失のいずれか）の選択には「**又は**」が、狭い範囲（過失につき、「ある事情を知っていたこと」と「知らなかったこと」）の選択には「**若しくは**」が使われている。

民法第 101 条① 意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫**又は**ある事情を知っていたこと**若しくは**知らなかったことにつき過失があったことよって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。

また、「或いは（あるいは）」も、「又は」「若しくは」と同様に、選択の意味で使われる言葉であるが、法律用語としては、「又は」「若しくは」だけでは選択できない広い範囲の事柄を選択する場合に使われる。つまり、これらの 3 つの法律用語を同時に使う必要がある場合は、広い範囲から狭い範囲に「或いは→又は→若しくは」の順で使われる。

## (13) 「期日・期限」と「期間」、「始期」と「終期」

「期日」も「期限」も一定の日をいい、「期間」は一定の複数の連続日をいう。

期日は、「追試の期日は5月1日とする」のように特定の暦日を指すときに使うのに対して、期限は、「ゼミの申込期限は5月末日とする」のように一定の期間（複数日）の最後の日を指すときに使う。

なお、期限のうち、「今月末までに本を返す。」のように、将来到来することが確定している期限を「**確定期限**」といい、「僕が死んだら、この土地をあげる。」のように、到来の時期が不確定の期限を「**不確定期限**」という。また、次の民法第135条にある「**始期**」は、期間の初めの日を意味し、「**終期**」は、その最終日を意味する。

民法第135条 法律行為に**始期**を付したときは、その法律行為の履行は、**期限**が到来するまで、これを請求することができない。

② 法律行為に**終期**を付したときは、その法律行為の効力は、**期限**が到来した時に消滅する。

#### (14) 「条件」（「**停止条件**」と「**解除条件**」）

法律行為の効力の発生又は消滅が、将来の不確定な事実にかかっている場合に、その事実を「**条件**」という。条件には、次の通り2種類ある。

「**停止条件**」とは、例えば「就職できたら時計をプレゼントしよう。」のように、条件が成就（就職する）までは法律行為の効力の発生（時計のプレゼント）を停止させるという条件で、民法第127条第2項の「**解除条件**」とは、例えば「大学在学中は学費を出すが、留年したら学費を出すのをやめる。」のように、条件が成就（留年）することで法律行為の効力を消滅させるという条件である。

民法第127条 停止条件付法律行為は、**停止条件**が成就した時からその効力を生ずる。

② 解除条件付法律行為は、**解除条件**が成就した時からその効力を失う。

なお、条件が当該法律行為をした時に既に成就していた場合、その条件を「**既成条件**」という。この場合、その条件が停止条件（例えば「就職できたら・・・する」）のときは、当該法律行為に条件が付いていなかったもの（無条件）として取り扱い、その条件が解除条件（例えば「留年したら・・・やめる」）のときは、当該法律行為は無効となる。（民法第131条）

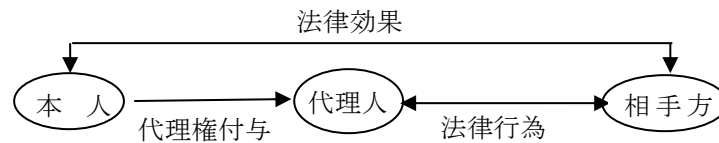
また、例えば「1日で東京・ニューヨーク間を往復できれば・・・」のように不可能な条件を「**不能条件**」といい、不能な停止条件を付した法律行為は無効となり、不能な解除条件を付した法律行為は無条件となる。（民法第133条）

#### (15) 「**代理**」と「**代表**」

いずれも、本人以外の者が行った法律行為の効果を本人に帰属させる制度である。

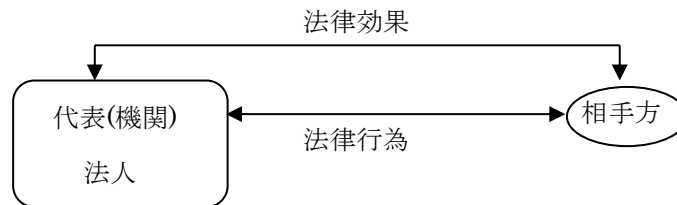
まず、「**代理**」は、[図表14]に示すとおり、本人（自然人、法人）に代わって行った代理人の法律行為の法律効果を本人に生じさせることである。

[図表 14] 代理



これに対して「代表」は、[図表 15] に示すとおり、会社などの法人・団体の機関である代表者（自然人）が行った行為を、そのまま当該法人・団体の行為とすることである。

[図表 15] 代表



例えば、株式会社は、会社法に準拠して設立された社団法人であるが、一般に社長などの「代表取締役（又は代表執行役）」という機関が必ず置かれており、この社長（代表取締役）が株式会社の代表である。

また、会社の部長や課長（職制上の権限者）などは、あらかじめ社長から一定の権限を委譲された使用人であるが、これらの部長や課長などが、この権限委譲に基づいて行った契約等の法律行為は、社長（代表者）の代理人として行った行為となるので、その契約等の法律行為の効果（代金支払債務等）は、直接、会社に帰属する。

したがって、代表も代理も、法律上の効果を本人に直接生じさせる点では同じである。つまり、会社（法人）の場合、社長が法律行為を直接（会社を代表して）行おうが、部長等が社長の代理人として行おうが、その効果は、法人である会社自身（本人）が行ったことと同じとされる。したがって、その法律行為によって生じた債権・債務は、直接、会社自身に帰属する。

#### (16) 「代理人」と「使者」

代理人とは、本人が自ら法律行為をすることができない場合などにおいて、本人に代わって本人のために法律行為を行う者であり、代理人が行った法律行為の法律効果は、直接、本人に帰属する。

この代理人には、未成年者（民法第 4 条に定める 20 歳未満の者）に対する親権者（民法第 818 条 1 項に定める父母）のような「法定代理人」と、委任契約（民法第 643 条に基づく法律行為の委託、通常は本人が代理人に「委任状」を渡す）に基づく「任意代理人」の 2 種類がある。

まず、法定代理人、例えば、未成年者の法定代理人については、民法 5 条 1 項に次の



通り規定している。

民法第5条 未成年者が法律行為をするには、その法定代理人の同意を得なければならない。ただし単に権利を得、又は義務を免れる法律行為については、この限りでない。

このように法定代理人（親権者）は、本人（未成年者）が大きな負担となる法律行為（高価品の購入など）を勝手に行えないようにするために置かれる。

未成年者と同様に、成年被後見人や被保佐人などは“事理を弁識する能力に欠ける者”に対する成年被後見人や保佐人等も法定代理人である。例えば、認知症が進んだ老人などは、まさに“事理を弁識する能力”すなわち意思能力が著しく欠けてくる。すると、騙されやすく”振り込め詐欺”や悪徳商法などの被害者になりやすいので、法定代理人を付けることで保護するのである。

なお、これら未成年者や成年被後見人などは、意思能力が欠け又は不十分なので契約等の法律行為を行う能力も欠けることになるため、法律行為を制限された者として「制限行為能力者」と呼ばれている。このような未成年者や成年被後見人などに対して代理人（法定代理人）を付けて、同意権や取消権などによって損害・不利益を蒙らないように本人を保護しているのである。

一方、任意代理人（通常、単に「代理人」という）については、民法99条1項に次の通り規定している。

民法第99条 代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。

このように代理人（任意代理人）は、本人に代わって法律行為を行う者であり、例えば、不動産の登記申請を司法書士に依頼したり、民事訴訟の際、口頭弁論などの手続きを弁護士に依頼したりするが、この場合の司法書士や弁護士が代理人である。このほか、前項（15）の「代理」で解説したとおり、会社の部長や課長も、本人（会社）の代理人である。

これに対して「使者」も本人に代わり口上を述べたりするので、代理人と混同しやすい。使者は、本人が決定した法律行為を単に伝達又は伝達を完成する（例えば、契約相手方に対して「本人がこの契約金額で承諾したと申しています」と伝え、又は、本人が記名押印した契約書を手渡す、などを行う）者である。したがって、使者は、法律行為を行う権限を一切持たず、事実行為のみを行う者であるので、この点が決定的に代理人と異なる。

## 【一口メモ⑧】 「人（自然人）」と「法人」

私たち「人」のことを法律上は「**自然人**」<sup>しぜんじん</sup>といい、これに対して会社などは「**法人**」<sup>ほうじん</sup>という。

「人」は、民法第3条1項に「私権の享有は、出生に始まる。」と定められているように、誕生とともに法律上の権利が付与される。

一方の会社などの「法人」は、民法第33条1項に「法人は、この法律(民法)その他の法律の規定によらなければ、成立しない。」、また同法第34条に「法人は、法令の規定に従い、定款その他の基本約款に定められた目的の範囲内において、権利を有し、義務を負う。」と定められている通り、何らかの準拠する法律により設立されなければ、法人として認められない。

このように法人は、自然人以外で権利能力を与えられた団体、すなわち法律上の権利義務の主体となることを認められているものである。そして法人は、民法上、人の集合体である「**社団法人**」<sup>しゃだんじん</sup>と財産の集合体である「**財団法人**」<sup>ざいだんじん</sup>に大きく分けられるが、営利を目的とした社団法人の典型が、会社法に準拠して設立される株式会社などの「会社」である。

なお、「学校法人東京経済大学」は、私立学校法により設立された法人（学校法人）であるが、組織面では、民法上の財団法人に類似し、同法の規定が多く準用される。

これに対して、大学の同窓会（葵友会）や体育会・文化会などの多くの団体は、いずれも法律に準拠することなく事実上結成された団体（**社団**）であり法人格（権利能力）がないので、「任意団体」（法律上は「権利能力なき社団」）とされている。

(17) 「**原本・副本**」<sup>げんぽん ふくぽん</sup>と「**謄本・抄本・正本**」<sup>とうぽん しょうぽん せいぽん</sup>

例えば民事訴訟法第252条に「判決の言渡しは、判決書の**原本**に基づいてする。」と規定されているように、一定事項を表示するため確定的なものとして作成された文書を「**原本**」<sup>げんぽん</sup>という。なお、原本は、通常1通が作成されるが、同一内容の原本を数通作成される場合もあり、例えば民事訴訟規則58条1項に「訴状の送達は、原告から提出された**副本**によってする。」と規定されているように、原告が裁判所へ提出した訴状（同一内容の原本）2通のうち、被告への”送達”に用いられる原本が「**副本**」<sup>ふくぽん</sup>と呼ばれるものである。

そして、この原本の内容を全部写したものを「**謄本**」<sup>とうぽん</sup>といい、原本の一部を抜粋し写したもの（いわゆる一部写し）を「**抄本**」<sup>しょうぽん</sup>という。例えば、登記簿（原本）の全部写しが「**登記簿謄本**」であり、戸籍簿（原本）の特定部分の写しが「**戸籍抄本**」である。なお、謄本の一形式として「**正本**」<sup>せいぽん</sup>と呼ばれるものがあるが、これは特に権限ある者が原本に基づいて作成し、外部では原本と同一の効力のものとして通用するものである。例えば強制執行法25条に「強制執行は、執行文の付された債務名義の**正本**に基づいて実施する。」のように、本来、法律上一定の場所に保存される原本（執

行文の付された**債務名義**（さいむめいぎ）に代わるものとして、その効力を他の場所で発揮させるために利害関係者に付与されるものが正本である。

### 【一口メモ⑨】 **債務名義**

民事執行法 22 条に「強制執行は、次に掲げるもの（以下「**債務名義**」という）により行う。」また、同法 25 条に「強制執行は、執行力のある債務名義の正本に基づいて実施する。」と規定されているように、債務名義とは、強制執行（国家権力）によって実現されるべき請求権の存在及び内容を公証するものである。

この債務名義としては、「確定判決」をはじめとした裁判所が発布する「仮執行宣言付」の判決、損害賠償命令、支払催促などがある。このほかに確定した執行決定がある「**仲裁判断**」（ちゅうさいはんだん）や債務者が直ちに強制執行に服する旨の陳述がされている（執行文認諾付の）「**公正証書**」（こうせいしょうしょ）、その他確定判決と同一の効力を有するものも債務名義に該当する。

これらの債務名義が有しているからといって、すぐに強制執行できるわけではなく、当該債務名義に基づいて執行機関に対して手続きをする必要がある。すなわち、執行機関は執行裁判所と執行官に分かれているが、まず執行裁判所に対して強制執行の申立てを行わなければならない。そして執行裁判所が下した法律判断（命令）に基づき、執行官が具体的な実力行為（例えば、差押えや競売など）を行うことになる。

### (18) 「**登記**」と「**登録**」

「**登記**」という用語は、「会社設立の登記をする」「購入したマンションの所有権移転登記をする」などとして使われる。前者の会社設立の登記は、商業登記法に基づく登記であり、後者のマンションの所有権移転登記は不動産登記法に基づく登記である。なお、登記とは、登記所と呼ばれる地方法務局（出張所等の出先機関）に備え付けられた所定の登記簿（原本）に所定の事項を記載することをいう。

ところが、近年、この登記簿も完全に電子化（コンピュータ処理）されたため、登記所に登記簿の全部写しの交付を申請しても、従前のように登記簿謄本（紙ベース）は交付されず、この代わりとして電子化された登記簿から当該会社や当該不動産についての電子情報をプリントアウトしたものが交付される。このプリントアウトされたものが、従前の登記簿謄本に相当するもので、「**登記事項証明書**」（とうきじじょう）と呼ばれている。

また、登記所に対して登記申請をする際は、所定の書類に、いわゆる「**実印**」（じついん）と呼ばれる印鑑を押した上で、登録免許税法所定の税額を納付しなければならない。なお、この登記申請書に押す実印は、役所（個人は市町村役場、法人は登記所）に「印鑑登録」をした印鑑のことである。このように登記の際に、登録免許税や印鑑登録のように登記と似た「**登録**」（とうろく）という用語が使われている。

## (19) 「署名」と「記名押印」

私たちの日常生活の中でも、書面で申請する場合や契約を締結する場合などに、当該書面に「署名」や「記名押印（「記名捺印」ともいう）」を求められることが多い。

署名とは、本人自らが自分の氏名を書くこと（いわゆる自筆サイン）のことである。これに対して記名押印（記名捺印）の「記名」とは、本人の氏名を記すことであるから、もちろん本人が氏名を自筆（署名）してもよいが、他人に代筆してもらってもよいし、プリンターでの印字やゴム印（氏名印）を使ってスタンプしてもよい。

このように記名（特に、印字やゴム印など）の場合は、当該書面に記載されている内容を本人が承知しているかどうかわからないので、必ず本人の「印を押すこと」すなわち押印（捺印）を求めているのである。

なお、押印を求められる場合、使用する印（いわゆる「ハンコ」のことで、法的には「印章」や「印形」と呼ばれる）としては、大きくは「実印」と「認印」があるが、実印は予め役所（個人の場合は市区町村役場、法人の場合は登記所）に印鑑登録した印のことで、印鑑登録した役所から当該印鑑（印影）の「印鑑証明書」の交付を受けることができる。これに対して認印は、実印以外の印鑑で通常使用する印のことをいうが、認印の中でも預金等銀行関係書類に限定して使用する印を「銀行印」と呼ぶことがある。

また、この「実印（印鑑登録印）」については、役所によっては、その印影の大きさ等に一定の制限をしている場合がある。一方、通常使用する「認印」については何ら制限がないので、市販されている出来合いのハンコ（いわゆる「三文判」）を使用してもよい。

## 【一口メモ⑩】 取引の電子化(ペーパーレス化)

今日では、私たちの生活に「ICT (Information Communication Technology ; 情報通信技術)」は欠かせないものとなっており、税務申告 (e-TAX) など国や市町村の窓口業務でも電子化 (いわゆるペーパーレス化) は着々と進められている。

特に、安全性(正確性)と迅速性(スピード)が求められる取引分野では、インターネットを利用すると一瞬のうちに自分の意思を相手に伝えることができる(迅速性に優れている)から、早くから強力に電子化が進められてきた。この結果、従来は書面(ペーパー)をもって行われてきた契約から決済まで電子化され、中でも、上場会社の株式売買は、個人でも自宅のパソコンからでも行えるなど完全に取引の電子化が実現した。

このような電子取引では、書面の代わりにパソコン等の画面によって相手からの意思内容(電子メッセージ)を確認できる。しかし、その電子メッセージは、本当に本人からのものか(本人性)、その内容は正しいものか(真正性)などの不安が生じるから、安全性(正確性)に欠けることになる。そこで、欠点をカバーする方策として、書面における署名や記名押印に代わるものとして「電子署名」が、印鑑証明書に代わるものとして「電子認証」が利用されている。

(20) 「<sup>とうじしや</sup>当事者」と「<sup>だいさんしや</sup>第三者」

法律上、「<sup>だいさんしや</sup>第三者」は、「<sup>とうじしや</sup>当事者」に対する言葉として使われる。(もちろん「第一者」や「第二者」という用語はない。)

「<sup>とうじしや</sup>当事者」は、特定の法律関係又は事項についての直接の関係者のことをいう。当事者は、契約を行う当人同士(例えば、売買における売主と買主)や、民事訴訟(裁判)における原告(訴える側)と被告(訴えられる側)の双方、などを指して言う。

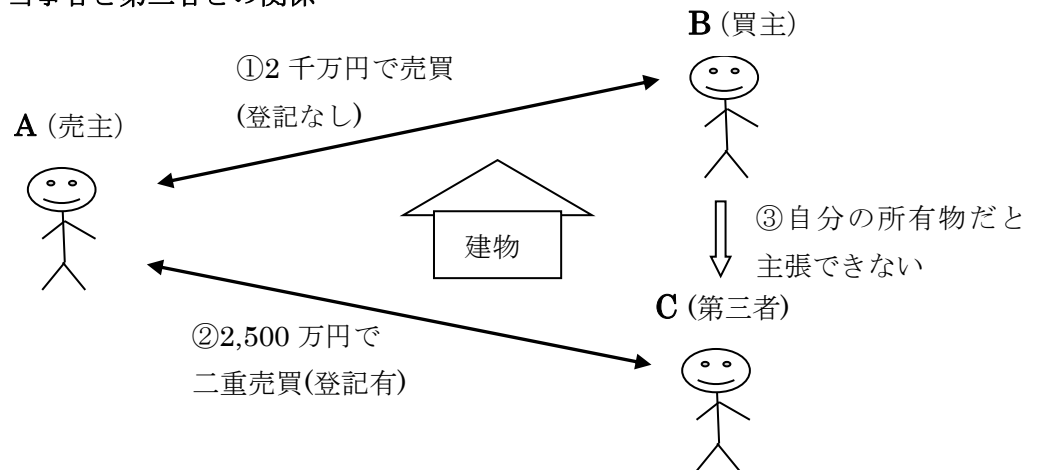
このような当事者に対して、それ以外の者が「第三者」となる。

例えば、この第三者について、民法 177 条は次のように規定している。

民法 177 条 不動産に関する物権の得喪および変更は、不動産登記法その他登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、**第三者**に対抗することができない。

この条文について [図表 16] を用いて具体的に説明する。

[ 図表 16 ] 当事者と第三者との関係



建物(不動産)の所有者Aは、当初、①Bとの間でこの建物を2千万円で売却する契約をした。

しかし、その建物の所有権移転登記をする前に、②2千5百万円で買いたいと言ってきたCに対して売却し、すぐにその所有権移転登記をした。

ここでの当事者は、売主Aと買主Bであるが、この場合、③買主Bは、(所有権移転登記をしていないので) 第三者であるCに対抗(「この建物は私のものだよ」と主張)することができない。

つまり、CがBより先に移転登記をしてしまったので、Cがその建物の所有権を得ることになる。この結果、Bは、売主Aに対して契約違反(債務不履行)による損害賠償請求などができるだけである。

## (21) 「規則・規程・基準」と「規定・定める」

法律の名称は、通常「……法」や「……に関する法律」のように統一されているが、法律以外の法令等の名称を見ると、特に省庁令名称には、「人事院規則」や「最低賃金法施行規則」などの“規則”や、「歳入徴収官事務規程」などの“規程”、「指定介護老人福祉施設の人員、設備及び運営に関する基準」などの“基準”等の言葉が使われ、統一されていない。

一般に、その省庁令の重要性や関連する法令との関係によって使い分けられており、法令以外では、例えば、株式会社の定款や内部規則類は、法令に準じて条文形式の規定となっているが、これらの名称にも規則、規程、基準等の言葉が使われている。

すなわち重要で上位の省庁令の名称には「規則」を使い、その次が「規程」、さらに細部を定めるものは「基準」を使うというように「規則 → 規程 → 基準」の順になっている。そして会社の内部規則を見ても、「常時 10 人以上の労働者を使用する使用者は、次に掲げる事項について就業規則を作成し、行政官庁に届け出なければならない。」（労働基準法 89 条）ので、会社は、就業時間や賃金等の一定の事項については、必ず「就業規則」をもって定めることになる。しかし、これらの一定の事項の詳細規定は、例えば、賃金に関しては「給与支給規程」「〇〇手当規程」「旅費規程」などの規程に委ねるのが通例である。

また、法令の条文中には、例えば、会社法第 330 条の「株式会社と役員及び会計監査人との関係は、委任に関する規定に従う。」や同法第 318 条第 1 項の「株主総会の議事については、法務省令で定めるところにより、議事録を作成しなければならない。」のように“規定”や“定める”の言葉が使われる。

規程と規定は、まったく同じ読み(同音)であるが、「規程 (又は規則)」の言葉は、例えば「〇〇規程 (〇〇規則)」のように法令等の名称 (タイトル) として使うのが通例とされている。これに対して「規定 (又は定め)」の言葉は、法令等の内容の一部 (特定の条文) を指して使われることが多い。

## (22) 「被告」と「被告人」

「被告」も「被告人」も訴訟 (裁判) における法律 (裁判) 用語で、いずれも (第一審の) 起訴 (訴えを提起) された側 (一方) の当事者を指している。このうち「被告」は民事訴訟 (いわゆる民事事件の裁判) 又は行政事件訴訟で使われる法律用語であり、「被告人」は刑事訴訟 (いわゆる刑事事件の裁判) で使われる法律用語であるという違いがある。

これに対して、訴えを提起する側 (他方) の当事者は、民事訴訟では「原告」と呼ぶが、刑事訴訟では、検察官という特別公務員が起訴するので「公訴」と呼ばれている。

被告も被告人も第一審 (原審) の裁判において訴えられた側を指す用語であるが、それぞれが当事者となる民事裁判と刑事裁判は、[図表 5] で示したとおり、各面において大きな差異がある。

なお、第一審の判決に不服ある場合は、原則として「上訴」すなわち原審裁判所よりも上級の裁判所に審理のやり直しを求めることができるが、一般に、第一審の裁判所は

地方裁判所から始まるので、その上級である高等裁判所への上訴を「**控訴**」といい、控訴する側を「**控訴人**」、控訴される側を「**被控訴人**」と呼ぶ。また、第二審の高等裁判所の上級である最高裁判所に上訴することを「**上告**」といい、上告する側を「**上告人**」、上告される側を「**被上告人**」と呼んでいる。わが国では、このように民事事件も刑事事件も下級裁判所から上級裁判所までの3回にわたって審理を受けることができるので、この制度のことを「**三審制**」と呼んでいる。

特に、刑事訴訟では、捜査当局から罪を犯した疑いをかけられている段階（検察官から公訴される前）の人は「**被疑者**」と呼ばれている。このように刑事事件では、裁判にかけられる前と後では用語が異なる。なお、被疑者と全く別の意味の被害者という二つの言葉の発音が似て間違いやすいので、一般に、新聞報道やテレビの刑事ドラマなどでは、被疑者のことを「**容疑者**」と呼んでいる場合が多い。

また、刑事事件のうち殺人など重大事件については「**裁判員裁判**」が始まっているが、この裁判員裁判とは、ある刑事事件について、20歳以上の国民から無作為抽出で選ばれた6人の裁判員が、裁判官3人と共に、多数決で有罪・無罪の決定から刑の内容（いわゆる死刑や懲役〇年などの量刑）を決定する裁判である。

この裁判員裁判に言葉が似ている米国で古くから行われている「**陪審員裁判**」は、まず、同様に無作為抽出で選ばれた12人の陪審員によって被告人が有罪か無罪かのどちらかを全員一致で評決し、有罪の評決がされた場合だけ、裁判官が刑の内容（量刑）を言い渡すという裁判である。

### (23) 「**瑕疵**」と「**欠陥**」

瑕疵はもともと「キズ」という意味であるが、何らかの欠陥があることを表すために民法・商法で使われる法律用語であり、欠陥はもともと「欠けて足りない」という意味であるが、製造物責任法だけに使われている法律用語である。

- ・**瑕疵**：売買・請負等において売主・請負人等の「**瑕疵担保責任**」として頻繁に使われる「**瑕疵**」は、売買・請負等の目的物自体のキズを意味し、そのキズにより目的物として通常有しななければならない機能・性能・品質を欠くことをいい、通常、「欠陥」として認識するものである。このような「瑕疵」は、「権利の瑕疵」と「物の瑕疵」に分けることができるが、一般に「物の瑕疵」について債務者が負うべき担保責任を「**瑕疵担保責任**」と言っている。

この瑕疵担保責任については、民法570条、590条、634条、998条や商法526などに規定されているが、このほかにも、例えば、民法120条の「**瑕疵ある**（詐欺・脅迫による）意思表示」や民法717条の「土地の工作物の設置又は保存の**瑕疵**」などの瑕疵もある。

瑕疵担保責任は、債権者が債務者から給付を受けた目的物について、権利関係又は目的物自体に瑕疵があるときに債務者が負うべき損害賠償などの責任をいうが、このうち代表的な売主の瑕疵担保責任については、民法570条では、次の通りを規定している。

民法 570 条 売買の目的物に隠れた<sup>かく</sup>瑕疵<sup>かし</sup>があったときは、第 566 条(地上権等がある場合等における売主の担保責任)の規定を準用する。ただし、…(略)

この民法 570 条に定める「隠れた瑕疵」とは、買主が取引上において一般的に要求される程度の通常の注意を払っても知り得ない瑕疵を指す。つまり、当該目的物を売主が引渡した時点では、買主が通常発見できないような瑕疵という意味である。そこで、後日、買主が当該瑕疵を発見したときは、売主に対する損害賠償請求などをすることができることになる。

・<sup>けつかん</sup>欠陥：一般に「欠陥」という言葉は、“欠陥自動車”や“欠陥住宅”などのように使われている。

このうち欠陥自動車については、製造物責任法によって、それを製造した自動車メーカーは、被害者に対して損害賠償責任等を負わされる。

この製造物責任法では、「欠陥」について次の通り定義している。

製造物責任法第 2 条② この法律において「欠陥」とは、当該製造物の特性、その通常予測される使用形態、その製造業者等が当該製造物を引き渡した時期その他当該製造物に係る事情を考慮して、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいう。

このような製造物の“欠陥”により他人の生命、身体又は財産を侵害したときは、製造業者等は、これによって生じた損害の賠償責任が負わされる。(同法 3 条)

なお、製造物責任法では、製造物自体について生じた損害は賠償対象から除外している。物自体(の瑕疵)を問題にする瑕疵担保責任とは全く異なる法制度となっている。むしろ、民法第 707 条(不法行為)の特別法として制定された経緯があるが、賠償責任を負わせる損害発生原因(責任要件)を「製造物の欠陥」とすることで、不法行為法の「不法行為者の故意・過失」という立証困難な要件を軽減している。

また、製造物責任法でいう「製造物」とは、「製造又は加工された動産」であるから、欠陥住宅などの不動産については製造物責任法の対象外である。従って、いわゆる“欠陥住宅”は、住宅(不動産)自体の欠陥、すなわち瑕疵を問題にしているのである。ただ、この住宅の瑕疵については、住宅の品質確保の促進等に関する法律(平成 11 年 6 月 23 日法律第 81 号)第 94 条～97 条により民法の瑕疵担保責任の特例を設けている。