

1 はじめに

皆さんは、法律、というとどうもわかりにくい、という印象をお持ちだと思います。また、法律の世界においても、明治時代に作られた民法のうち、債権に関する部分を大改正しよう、という動きもありますが、長年歴史的に培われてきた法律を大幅に、かつ一気に変更することに異議を唱える意見も相当あります。そんな中、先日、私は土地家屋調査士会で簡単な民法の講義をする機会がありました。そこで、そのときの講演録を元にして、わかりやすく民法の解説を試みたいと思います。

一般に、法律書を読んでもよくわからないと思いますが、それは一つには、法律学で前提となっている基本的な考え方がわかっていない。まあ、コンピュータ言語がわからないとプログラミングできないのと似ていますね。それから、学者の先生方が行っている議論が、実務とは直接に関連がない、そういったところが、法律書にとりつきにくい原因の一になっているのではないかと、思います。それで、先日の講演でも、この原稿でも、あまり学者の先生方のやっている難しい解釈論に踏み込むことはせずに、基本的な考え方と、それから実務でどうやっているのか、いわばキセルみたいな講義なんですが、真ん中の実は大事で難しいところは抜いて（興味があったら学者の書いた民法の教科書を読んでみて下さい。）、吸い口と火口だけ講義しよう、という意図です。

それで、この原稿のレベルですが、私が研修委員、という立場にあります公益法人日弁連法務研究財団という組織があるのですが、そこで実施しております「法学検定試験」というのがあります。その4級程度を目安としております。法学検定試験では、だいたい大学の法学部を卒業した方のレベルが大体法学検定2級から3級、ということになります。法学検定4級と言いますと、大学の法学部での初学者、具体的には2年次程度のレベルを想定しております。それほど、専門的な知識を身につけていただくことを想定していません。時効とか、代理とか言われてそういうことがある程度正確に理解できる程度、というレベルです。

今回はまず、第1回として、民法総則についてこれからお話したいと思います。

2-1 民法とは？

- 民法は私法の一般法である。
 - 私法とは：民法、商法、会社法など
 - 公法とは：行政法、刑法など

それではまずはじめに、「民法」、とはなにか、ということになりますが、一

言で言えば、民法は私法の一般法である、ということが出来ます。おおざっぱに言いますと私人間の法律関係を定めたものが私法、私人と国などの法律関係を定めたものが公法ということが出来ます。私法には、民法、商法、会社法、などがあります。これに対して、刑法とか、行政法といった法律が公法、と呼ばれる分野になります。

それで、民法というのは、私法の一般法である、つまり、私人の財産関係や身分関係の原則を定めた法律である、ということになります。

2-2 一般法と特別法

- 特別法は一般法に優先する！
- 民法の特別法：利息制限法・借地借家法・商行為法など

それでは、「一般法」ってなんだ、ということになりますが、法律学の言葉に、「一般法」と「特別法」という言葉があります。つまり、一般的な事柄を定めた法律が一般法、その特定の分野についてさらに詳しく定めた法律が特別法、という関係になります。ですから、特別法があるときは、特別法は一般法の定めを優先する、ということになります。民法の特別法としては、利息制限法とか、借地借家法、商行為法などがあげられます。

例えば、民法上お金の貸し借り、つまり金銭消費貸借は、民法上は無利息消費貸借が原則とされており、利息について合意することはなにも問題がないので、民法上は自由にどんな利息の約束をしても有効だ、ということになります。ところが、お金の貸し借りというのは、基本的にお金のない人がお金が余っていて貸しても良い、という人から借りるわけですから、力関係からしますとこれは貸す側の方がどうしても強い。そうなりますと、利息の決め方を野放しにすると、非道い高利になってしまうわけです。俗に「といち」、という言葉がありますが、これは10日で利息が1割ということで、年間に直しますと、3650%、なんと元金36.5倍、ということになるわけです。そこで、利息制限法、というのが定められて、年間の利率は、一定の制限を受ける、ということになってます。難しい言葉で言えば、金銭消費貸借に内在する社会的な規制の必要から利息制限法が必要となった、ということですね。

具体的には、利息制限法は、貸付金額の元金によりまして、年利15%から20%の利率が定められていて、これを超える金利を支払う約束は無効、ということになります。ですから、利息制限法は、民法上の原則を修正した特別法である、ということになるわけです。このあたりが、今話題になっている過払金返還請求の問題の出発点なわけです。

こういう特別法に規定されていない事柄、例えばこのあとお話しする代理という制度がありますが、代理人が売買をして有効かどうか、といった問題については、民法が適用されることになります。このように考えますと、民法はあらゆる私法の基礎となる法律でありまして、その重要性は突出している、というこ

とができますし、法律学を学ぶにあたっては、民法を学習することは不可欠なわけですね。

2-3 民法の構成

- 民法総則
- 物権法(担保物権法)
- 債権法(債権総論・各論)
- 不法行為法(不当利得)
- 家族法(親族・相続)

さて、それでは、民法には具体的にどのような規定があるのか、ということですが、民法の規定は、大きくわけますと、民法総則、物権法、債権法、不法行為法、家族法、の分野に分かれます。

このうち、民法全体に共通する契約にあたっての意思表示の効力とか、時効制度とか、そういった事柄について定めたものが民法総則で、この稿のテーマとなります。それから、債権と物権の違い、ということについては後にお話しますが、所有権とか抵当権とかいう物権について定めたのが物権法、債権とその発生原因となる契約について定めたものが債権法、交通事故とか不当利得とか契約関係のない私人間での関係を定めた不法行為・不当利得法、そして、身分関係について定めた家族法、となります。

3-1 一般条項

民法 1 条

- 公共の福祉(1 項)
- 信義則(2 項)
- 権利濫用(3 項)

次に、民法の基本的ないくつかの概念についてご説明します。

さきほど、民法は私法の一般法である、だから、規定のない事項については原則として民法が適用される、というお話をしましたが、それでは、民法にも規定のない事項については、どうなるのだ、ということをご心配される方もいるかも知れません。そういう場合には、「一般条項」、というものが適用されます。

つまり、適用の射程距離が極めてひろい一般的な条項、ということですね。民法では 1 条において、第 1 項として「私権は公共の福祉に適合しなければならない。」、と規定おきまして、第 2 項に「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 項に「権利の濫用はこれを許さない。」とそれぞれ規定されております。この民法 1 条 2 項及び 3 項が一般条項にあたるわけですね。それから、民法の規定ですと、民法 90 条も一般条項とされていますが、この点については後にお話します。

3-2 信義則・権利濫用の例

○ 有責配偶者からの離婚請求は当該婚姻関係が破綻していても、信義則に違反して許されない。

信義則とか、権利濫用、という言葉は結構一般化しておりまして、日常生活でも耳にしますが、法律上はどういうことか、をご説明しますと、例えば信義則違反とされた有名な例として、「有責配偶者からの離婚請求」という問題があります。我が国の民法では、離婚に関しては、破綻主義という考え方を採用しています。どういうことかという、婚姻を継続しがたい重大な事由があるとき、つまり婚姻関係が破綻していて回復の見込みがないときは離婚の原因となる、とされています。

ところが、夫婦の一方が不貞行為、まあ簡単に言えば浮気ですがそういうことをすることによって、自分から破綻の原因を作った配偶者、これを有責配偶者、というわけです。つまり、婚姻関係の破綻について責任のある配偶者、ということですね。民法上の規定からしますと、破綻している場合には離婚を認めるべきなのですが、裁判所の考え方としては、本来、夫婦というのはお互いに協力し扶助しなければならない、と定められているのに、有責配偶者からの離婚請求を認めると、一方的に不貞行為をして自分から婚姻関係を破綻させておいて離婚請求する、ということが可能になってしまう。だから、有責配偶者からの離婚請求は、信義則に違反して認められない、という判断になったわけです。これは、有責配偶者からの離婚請求という民法には明確には規定されていない事項について、信義則にしたがってこれを認めない、という判断を下した、ということなのです。

○ 所有権が侵害されても不当な利益を獲得する目的でその除去を求めることは権利濫用にあたる(宇奈月温泉事件)。

次に、権利濫用、ということですが、有名な事件として宇奈月温泉事件、という判例があります。宇奈月温泉というのは、私は行ったことがないですが、北陸の方にある温泉のようですが、ここで源泉から温泉までパイプでお湯を通すにあたって、概ね多分買収とか使用料とか払って通したんですが、ごく一部の土地だけ権利を設定するのを忘れてしまったんですね。それで、土地の所有者がパイプを収去せよ、と請求した。これは所有権はこのあとご説明しますが、排他的な権利ですから、理屈のうえからは承諾していないのに勝手に自分の土地に給湯管を通したのだからこれを撤去せよ、という請求はどう考えても成立するわけです。ところが、大審院という戦前の最高裁にあたる裁判所の判断としては、「所有権が侵害されてもこれによる損失がいうに足りないほど軽微であり、しかもこれを除去することが著しく困難で莫大な費用を要するような場合に、不当な利益を獲得する目的で、その除去を求めるのは権利の濫用にほか

ならない。」という判断を示して、所有者からの収去の請求を認めなかった。いろいろな判例評釈などを読みますと、この事件に関しては、所有者が法外な使用料を請求した、という事実があったようです。推測ですがこういったケースではおそらくパイプを通すにあたって土地使用料がメーター（戦前だから、あるいは1尺か？）いくらとか決まっていたのに、それを遙かに上回る使用料の請求があったのでしょう。それを指して判例は、「不当な利益を獲得する目的で」と言っているわけです。それから、一旦パイプが引かれて給湯が始まってしまうと、これを止めて工事をするのに莫大な費用がかかる。だからこの件での所有者は、相手方（被告）のいわば足下を見て法外な金銭を要求して、それが通らないので収去請求を行った、という事案なわけです。このようなケースでは、所有権、という権利の内容からして法律上は原告の請求になんら不備はない。しかしながら、具体的な事案として権利の行使が公共の福祉にそぐなわい結果になるので、権利としてはあるのだけれど権利行使の態様が権利濫用にあたって許されない、という判断になったわけです。

このように、信義則も権利濫用も結局は民法1条1項の公共の福祉に沿う、という考え方を具体化したものにほかならないわけです。ですから、ある意味で民法1条は全部同じ事柄を言っていて、信義則と権利濫用は規定ないし適用のされ方が違うだけだ、と言っても間違いではありません。それどころか、規定のない事項については、こういった一般条項が用意されている、ということをも裏返しますと、民法の条文はそれぞれの場面にあわせて、信義則に従った具体的解釈を示している、と理解することができます。

3-3 民法の「解釈」

法律の制定→国会で行う。

法律の解釈・適用→裁判所の専権事項

○ 法律の適用の前提となる条文についての議論が解釈論

今、解釈、という言葉を使いましたが、ここで民法その他の法律の解釈ということについて説明しておきます。

一般社会でも、権利、という言葉はよく使われます。私にはその権利がある、なんていうととても強い言葉の響きになります。では、皆さんは、権利はどこから発生するのか、考えたことがありますでしょうか？それから、例えば契約をするとどうして契約した人はその契約に拘束されるのか、こういった問題は、法理学とか法社会学とかいう分野で取り扱い問題で、私がお話するにはとても手に余る問題なのですが、実務的には、法律があるから権利が発生するのだ、という考え方でほぼ固まっております。法律がなければ権利がないということは、法律がなければ裁判もできない、権利の強制ができない、ということですから、裁判ということに限って考えればむしろ当たり前のことです。

それでは、法律があれば誰から見ても権利の有無は明らかになるのか、と言いますとこれがそうではない。法律にはどういうことが書いてあるか、と言いますと、一定の事実があると一定の法律上の効果が発生する、と書いてあるわけです。例えば、履行遅滞がある場合には、催告をして契約を解除することができる、という条文がありますが、ここには、①履行遅滞、②催告、③解除の通知、を要件として、当該契約が効力を失う、ということが書いてあるわけです。けれども、「履行遅滞」と言ってもあまりに抽象的すぎて、具体的にどういう場合が履行遅滞にあたるのか、は一義的には明確ではありません。ですから、履行遅滞とはどういう場合を指すのか、を議論することが解釈論であり、そういう議論を盛んに学者の先生方がやっているわけです。

3-4 法源について

- 法源とは、→実務上は必ず条文を通じる！
- 判例も条文の解釈を通じて法源となる。
- 慣習も民法が根拠。

ここで、やや難しい問題となるのですが、裁判で判断基準となる規範にはどう言うものがあるのか、というお話をしておきたいと思います。

そういう裁判の基準となる規範のことを、法律のみのもと、という意味で「法源」と言いますが、法律、これには、有効に成立した条例、規則等も含まれますが、これが法源となることは間違いない。次に、判例も法源となる、と良く言われますが、実務上、判例はあくまで条文解釈として基準が示されますので、実務家としては、独自の法源、というより法律の解釈を通じて法源となる、と理解してよろしいと思います。さらに、慣習法、と言う言葉がありますが、慣習が裁判規範となることは一般に認められています。ただ、その根拠としてはただ慣習があるからそれに従って裁判する、ということではなく、民法 92 条に「任意規定」に反しない慣習については、当事者がそれに従う意思を有しているときには、その慣習に従う、とされています。この慣習法の問題は実は非常に難しい問題なのですが、実務上は少なくとも民法 92 条があるから裁判の基準となるのだ、と理解して差し支えないと思います。

それから、民法の教科書などを読みますと、条理、というものも法源となる、とされています。条理、というのは一般にものの道理、のことだと言われておりまして、確かに、古い時代の判例で条理を根拠に裁判した事案が存在します。しかし、現在の法律体系の中では、すでにご説明した一般条項の解釈以外に、特に条理、という法源を認める必要性はないように思われます。裁判実務としては、一般論として、条理が法源となることを認めつつ、現実の問題としては、一般条項をはじめとする各規定によって条理は実現されている、と考えて差し支えないと思います。

3-5 任意規定と強行規定

- 任意規定：合意で排除可能
- 強行規定：合意で排除不可

先ほど、任意規定、という言葉を使いましたが、私法の規定には、「任意規定」と「強行規定」の区別があります。当事者がその意思で排除できる規定、つまり法律と異なる約束が妨げられないのが任意規定であり、当事者が当該規定と異なる合意をすると、それが無効となるのが強行規定です。民法 91 条に任意規定と異なる意思表示が有効である旨が規定されており、先ほどご説明したとおり、慣習法の効力、というのも任意規定との関係だけで認められております。民法のほとんどの規定は任意規定ですが、特別法には相当程度強行規定が定められています。さきほどお話した利息制限法などは、これに定める金利を合意しても、それは無効になってしまいますので強行規定の典型である、ということです。それから、借地借家法では、解除のための催告に一定期間を置くことが求められていますが、当事者間の契約でその期間を短縮することはできない、と解されています。借地借家法は、賃借人保護のための法律ですから、その見地から定められた規定を、合意で無効にすることはできないとされておりまして、こういった規定も強行法規になります。

3-6 公序良俗違反

- 公の秩序・善良なる風俗に反する法律行為は無効(民法 90 条)！

こういった法律行為の有効性に関する一般条項が民法 90 条で、公の秩序、又は善良なる風俗に違反した法律行為は無効となる、ということが定められています。公の秩序というのは、財産秩序などに違反した行為であり、善良なる風俗というのは、人倫秩序に反する行為だ、などと説明されることもありますが、両者に本質的な相違はなくて、いずれも法律行為としては無効になります。

- 前借金無効判決

民法 90 条違反で無効という判断がなされた有名な判例では、「前借金無効」判決、というのがあります。「酌婦」という言葉は今では死語ですが、単にお酌をする女性、現在で言うところのホステス、ということではなく、判決が下されたのが昭和 30 年で売春防止法施行以前のことで、おそらく「酌婦」というのは、売春婦ということだろうと思います。この判例は、酌婦として稼働する契約そのものが無効であり、その酌婦稼働契約を前提として行った前借金の契約も無効である、という判例です。当時の社会情勢からしますと、貧困が原因となってまず借金をしてその返済が終わるまで、酌婦として身柄を拘束される、などという状況があったものですから、そういう契約は無効である、という判断にいたったわけです。この判例については、民法総則とは少し離れま

すが、少し説明が必要です。前借金、というのは法律上は消費貸借契約ということになりますが、これが無効になったからと言ってお金を返さなくて良い、ということに直結するわけではありません。このあと説明しますが、消費貸借契約が無効であることによって、債権債務のないところにお金が授受された、ということになりますから、これを清算する、ということですね。反対に、債権の第一の効果としては、「給付保持力」というのがありまして、金銭を受け取ったことが、債権があることによって正当化されるわけです。ですから、単に消費貸借契約が無効なだけでは、お金を受け取った酌婦の側では、金銭消費貸借が無効であっても、受け取った金銭については不当利得関係を生じます。ところが、民法 708 条に不法原因給付、という規定がありまして、不法な原因によって給付、つまりお金とか物とかを交付した者は、その返還を請求できない、とされています。どういうことかと申しますと、自ら不法な契約をしたことを言い立てて、裁判所でその強制実現を主張することは許されない、ということです。前借金無効判決の場合も、もともとの契約が酌婦稼働契約という不法な契約なわけで、その給与を引当にした前借金ですから、結論として民法 708 条によって貸したお金は一寸も返さなくて良い、ということになります。こういうところまで考えて、判例は、酌婦稼働契約だけでなく、これを前提とする前借金という金銭諸費貸借契約も民法 90 条に違反して無効だ、と言っているわけです。

3-7 法律行為の無効と取消

- 法律行為の無効とは：外形的には法律行為はあっても効果がないもの
- 法律行為の取消とは：取消までは効果はある。
 - 取消により遡って無効となる
- 取消うる行為の追認：追認により取消うる行為は確定的に有効となる。

ここまで、有効とか無効、とかいう言葉を取りあえず使ってきましたが、法律上は、無効、ということと、取消ということを厳密に区別する必要があります。一般的な説明の最期にこのことについてもお話しておきたいと思います。法律行為が無効、というのは、外形的には法律行為があってもその効力がない場合です。これに対して、そもそも法律行為の不存在、という場合もあります。裁判上も希にですが、例えば偽造の契約書に基づいて売買契約があった、と主張されたとしても、そんな契約書が作ったことも見たこともない、というときは、そもそも契約自体が存在しない、という主張になります。これに対して、一応外形的には法律行為がなされているけれど、その法律行為に瑕疵があってつまりなんらかの無効事由があって、効力がない、と主張するのが、無効です。以上に対して、法律行為の取消、というのは、法律行為もあるし、その効力も一旦は発生しているのだけれど、なんらかの瑕疵によって取消可能という状態で、当該法律行為は、取消によって遡って無効となります。取消、という場合の無効との最大の相違は、取消うる行為は追認もできる、ということです。つ

まり取消権者が、その行為を取り消さないで、有効なものとしていわば承認した場合には、確定的に有効な法律行為となります。

3-8 無効行為の追認・転換

そもそも無効行為の追認は可能か？

※ 無効行為の転換の例

- 無効な秘密証書遺言→自筆証書遺言
- 無効な相続分の指定→遺贈として有効？

この追認との関係では、無効な行為も追認できるのか、という問題があります。条文上は、民法 119 条、というのがあって、無効行為は追認できない、とされており、その代わり本人が無効な行為であると知って追認したときは、別の新しい法律行為をした、ということになります。これと同様に一定の場合には、なんらかの法律行為としては無効であるけれど、他の法律行為としての要件は満たしているので、別の行為として有効性が認められる場合があります。こういう処理を無効行為の転換、と言います。例えば、秘密証書遺言という制度がありまして、要件が細かく決まっていますが、その要件を満たしていなくても、全文自筆で書いてあって、自筆証書遺言としての要件を満たすときには、自筆証書遺言として有効な遺言となります。また、公正証書遺言などでも、証人に欠格事由があったとか、遺言自体が無効であっても特定の遺産について相続分の指定があるときは、状況にもよりますが、遺贈ないし死因贈与として有効になる余地があると解されています。

で、無効行為の追認の方ですが、そもそも、無効とか取消とか言っても多くの場合は、意思表示をしたものを保護するための制度ですし、本来無効な無権代理行為、これについてはのちほどお話ししますが、その追認も認められています。ですから、一定の場合には、無効行為の追認を認める余地もある、というのが学者の間では通説的な考え方です。

さらに、一般に、有効な法律行為、などという言い方もありますが、無効の場合も、取消の場合も法律行為は外形的にはありますから、無効・取消事由などの瑕疵のない法律行為のことを一般に有効な法律行為、と称しています。

3-9 絶対無効と相対無効

- 絶対無効(絶対的取消)→誰に対しても無効・取消を主張できる。
- 相対無効(相対的取消)
→善意の第三者に対しては無効・取消を主張できない。

それから、無効と取消の関係では、絶対無効とか絶対的取消、という言葉と、相対無効とか相対的取消、という言葉がありますが、この区別も重要です。難しく言えば、絶対無効とか絶対的取消というのは、誰に対しても無効・取消を

主張できるということを意味しておりまして、相対無効とか相対的取消というのは、善意の第三者に対しては無効・取消を主張できない場合です。例えば、詐欺による取消は善意の第三者に対抗できない、つまり詐欺によって意思表示がなされ、なんらかの契約がなされた、という事情を知らずに取引した者に対しては、取消できない、ということになっておりまして、こういう場合が、相対的取消ないし相対的取消事由にあたるわけです。このように考えますと、無効とか取消とか言っても、その区別は絶対的なもの、ということではなくて、瑕疵のある法律行為を行った者ないしその相手方を保護するにあたって、どういうやり方をするか、といういわば立法上の技術の問題です。ですから、われわれ弁護士のような法律実務に携わる者にとっては、その行為が無効か、それとも取り消しうる行為か、ということよりも、善意の第三者に対抗できるか、対抗できるとしてどのような要件が必要なのか、ということの方が重要で、より注意を払う、ということです。

4-1 権利の客体：動産と不動産

- 「不動産」とは：土地及びその定着物
- 「動産」とは：動産以外の有体物

以上説明したような事柄を前提として、まず問題となっているのが、権利の主体と客体、ということなのですが、まず便宜的に権利の客体ということからお話したいと思います。

権利の客体は、基本的には、所有権、占有権、先取特権などの物権と債権に分かれるわけですが、民法の規定としては、85条で「物」とは有体物である、と定義されております。そして、「土地及びその定着物」が不動産で、それ以外の物が動産となります。定着物、というのは一般に建物又はこれに準じる物を指す、と考えてよろしいと思います。不動産とか動産という分類はあっても、こういった有体物の上に所有権とか、先取特権とかと言った物権が成立するわけです。こういった物権の客体となる、という意味では、このほかに民法には規定はありませんが、無体財産権ないし知的財産権と呼ばれる物も物権の客体となります。例えば特許とか商標とかいう権利ですね。

4-2 物権と債権の区別

- 物権：絶対的(対世的)、排他的権利
 - 債権：対人的、相対的権利
- いずれも取引の安全のため！

これに対して、一定の金銭を支払え、とか、特定の物を引渡ささい、と請求する権利を債権と言います。物権と債権はどこが違うか、というと、物権は排他的な絶対的な権利であって、誰に対しても主張することができるわけです。これに対して、債権、というのは、主として契約などから発生するわけで、相手

方に対しては主張できるけれど、誰に対しても主張できるものではない、と説明されます。こう説明しますと難しいように聞こえますが、よく考えますと当たり前のことでして、所有権がある、ということは、これは絶対的なものでなくてはならない。一つの有体物の上に複数の所有権が成立する、というのでは困ってしまうわけですが、債権関係、というのは相対的に当該当事者の間で認められれば十分な訳で、誰にでも主張できても意味がありません。

これに対して、債権、という言葉は、相手になんらかの主張をできる、という印象を与えますが、債権の一番大事な効力は「給付保持力」というものです。給付、というのはなんらかの価値を相手方に交付する、ということですが、その給付が有効であるときには、財産権なりお金なりの移転が有効に行われることとなります。これに対して、債権債務がないのに財産権の移転が起きると不当利得となるわけですが、不当利得の不当、というのは給付保持力がないのに給付を受けた、ということなのです。ですから、債権に関する民法の規定は財産権の移転に関する秩序の基礎をなしているわけです。

このように正反対のように見える物権と債権の区別は、実は根っことしては同じものなのです。近代社会、というのは、商品の交換でなりたっています。ですから一方で、債権の有無が裁判所などで確定された場合にはそれを強制的に実現できる、という制度が必要になりますが、そういった取引秩序を維持するためには、一個の有体物の上に一個の所有権しか成立しない、というのが大前提になります。ここから物権の絶対性、ということが生じてくるわけです。売買という商品交換が保護されていても、そもそも売買の対象となる物権の帰属が保証されていないと安心して取引はできない。そして、他方で、権利者との間できちんと売買なりの契約をした場合には、相手方が応じなければその強制履行を求めるとか、それなりのペナルティ（金銭賠償）を課す、といった事柄を国家の力で強制実現しないと、安心して取引できないこともまた当然です。だから、物権と債権は両者が相まって現代の取引社会を支えているのです。

4-3 物権の公示

- 不動産：登記制度
- 自動車：登録制度
- 動産：占有

さらに、このように考えますと物権には、権利の公示、ということが必要となってきます。つまり、何人も簡単に特定の有体物の権利がどこにあるのか、が認識できないとそもそも取引が始まらない。そのための制度の最も典型的なもの不動産登記制度です。

ですから、不動産の全部事項証明書には、まず表題部がありまして、ここに権利の内容が記載される。そして、所有権に関する事項、これには差押・仮差押も含むのですが、これが甲区に記載される。所有権以外の、一般に所有権を制

限する、という意味での制限物権例えば抵当権の設定などが乙区に記載される、という制度になっているわけです。これによって、もちろん登記があるから所有者であると確定するわけではなくて、だからこそ裁判になったりするわけですが、一応権利者らしい、ということがわかる。こういう役割を「登記の推定機能」と言います。そして、土地などにおいては、どこまでが所有権の範囲であるかわからないと取引できませんから、表題部で地積が表示され図面が添付されることになります。

以上に対して、動産についてはいちいち権利を公示することは困難ですから、占有、つまりその動産を持っていること自体が公示になっている、と言われております。そして、その占有を信頼した相手方は、仮に本当の権利者でなくても、善意取得、とか即時取得、と言われる制度によって保護が与えら得ることになります。ただ、特殊な動産としては、自動車には不動産と類似した登録制度がありまして、登録によって権利が公示されています。

5-1 権利の主体

- 自然人
- 法人：株式会社、公益法人、宗教法人、財団法人、社団法人 etc.

これに対して、今までご説明したような権利を享受することができるのは、どういうものか、ということも民法総則で定めなければなりません。この点について、民法3条に「私権の享有は出生に始まる。」と定めておりまして、自然人が権利の主体となることは間違いない。それから、法人も権利の主体となることができます。

以前、私が意見書を書いた事件で、三多摩地区で、マンションの建築計画が持ち上がりまして、それが地下水に悪い影響を与える、ということで住民が反対運動を起こしました。それで、住民が何十人と原告になりまして、マンションの建築差止の裁判を起こしたということがありました。その原告の一覧の一番最後に「武蔵野のホテル」と記載してありまして、マスコミで話題になりましたが、ホテルは権利の主体ではありませんから、差止請求権もありませんし、裁判の原告となることもありません。ですから、裁判所も訴状の補正命令を出しまして、「武蔵野のホテル」を原告から削除するように命令しまして、原告もこれに従いました。大体、ホテルから委任状はもらえませんがホテルを原告とする訴訟自体土台無理なんです。原告としては、ホテルが住むような清流を守る、という訴訟の意義を強調したい、ということでしょうから、マスコミで話題になれば目的は達成した、ということでしょう。ちなみに、このマンションは建築基準法にももちろん適合しておりまして、アセスメントもきちんと行われておりましたので、訴訟自体は原告の敗訴となりました。

雑談はさておきまして、自然人は誰でも権利の主体となることができます。このことと、これからご説明します有効に法律行為を行うことができる、ということは別の問題ですから誤解しないようにしてください。それから、法人というのは株式会社とか、社団法人、財団法人、宗教法人、持分会社などがありますが、いずれも権利の主体となります。法律上の有効要件が整っていない法人がどのような地位にあるのか、法律上の問題となることはありますが、権利の主体となれるか、という観点からしますと、民法 33 条に「法人はこの法律その他の法律の規定によらなければ成立しない。」とされており、実務上は概ね否定的に考えられております。

5-2 自然人の能力

- 意思能力：法律上の判断をする能力
- 責任能力：不法行為上の判断をする能力
- 行為能力：有効に法律行為をする能力

さきほど指摘しましたが、自然人は誰でも権利の主体となる、と言っても、誰でもが法律行為を有効に行うことができる、ということではありません。有効に法律行為を行うためには、一定の「能力」が必要となります。

民法においては、まず「意思能力」、という概念があります。これは、法律上の判断ができる能力、ということですから、意思能力がない人は有効な法律行為はできません。例えば、3歳の子供とか、重度の精神障害者とかはそもそも法律行為の意味がわかりませんから、有効には契約などの法律行為ができない、ということです。次に、「責任能力」、という言葉もありますが、これは不法行為との関係で用いられる概念で、不法行為上の判断をする能力、ということです。責任能力は、一般に次にご説明する行為能力より若干ハードルは低いと理解してよろしいと思います。

これに対して、民法上の規定では、行為能力、という基準があります。民法 4 条には、満 20 才をもって成年とする、旨が規定してありますが、これを受けて民法 20 条で未成年者の行為は取消可能とされており、未成年者の行為能力は一般的に制限されていることとなります。したがって、未成年者、つまり 20 才未満の人は、単独で有効に契約などの法律行為を行うことができません。例えば、19 才の大学生、というと、もうほとんど大人なわけで、先ほど述べた意思能力がないのか、というと必ずしもそうではないのですが、法律上の規定としては、未成年は判断能力が弱いことは間違いないので、一括して行為能力を制限した、ということです。実際の裁判などでも、意思能力がない、ということを手立・立証するのはなかなか大変です。お医者さんなども意思能力がない、という意見書はなかなか書きたがりません。そこで、民法は行為能力を制限する制度を作って、意思能力のない者、意思能力の薄弱な者を保護した、というわけです。

5-3 未成年保護の制度

- 未成年者の行為は取り消すことができる。
- 未成年者の法定代理人は親権者である。
- 本人が成人した後に追認することも可能
→相手方の催告権(20条)に注意

しかしながら、行為能力の制限されている未成年の行った法律行為は、無効、ということではなく、取消可能な行為になります。ですから、未成年者は、完全に行為無能力、ということではなく、行為能力を制限されている、ということになります。ですから、未成年のした行為は、追認することもできます。それでは、その取消とか、追認とかは誰がするのか、と言いますと、法定代理人、つまり法律上決まった未成年者の代理人がすることになりますが、未成年者の法定代理人は親権者、ということになります。未成年者に両親がそろっている場合には、両親ともに親権者になりますが、この場合は親権の共同行使、と言って原則として親権者が共同で取消又は追認をする必要があります。このように、未成年者の行為がいつまで経っても取り消されるのかどうかかわからない、というのでは未成年者を成年と誤認して取引した相手方の地位はとも不安定になってしまいます。そこで、民法 20 条は、相手方は法定代理人に対して、未成年者の行為を追認するかどうか、催告、つまり追認するように通知を送って、一定期間内に取り消されなかった場合には、追認されたものとみなす、と規定しております。

5-4 成年後見制度

- ① 事理の弁識能力を欠く常況→成年後見人
- ② 事理の弁識能力が著しく不十分→補佐人
- ③ 重要な特定の法律行為につき判断能力が十分でない場合→補助人

次に、行為能力を制限された者としては、成年後見制度の適用を受けた者がいます。例えば精神障害者とか、老齢でいわゆる認知症とかで判断能力が劣っている場合ですね。こういった人たちを保護するための制度が成年後見です。成年後見という言葉は最近よく聞かれますが、平成 11 年以前は、「禁治産」という制度があって、禁治産者は完全に行為能力がない、ということになっていました。その反面で禁治産の宣告は精神科医の意見書が必要とされるなど、運用としても大変厳しい条件の下で禁治産宣告が行われていました。まあ、一人の人間が社会生活を送る上で必要な権原を奪ってしまうのですから、ある意味当たり前です。そういう状況でしたので、禁治産という制度はとても使いにくいものになっておりました。そこで、新たに設立されたのが、成年後見、という制度で、成年後見が開始された人、これを成年被後見人、と言いますが、基本的には完全に行為無力、ということではなくて、行為能力が制限された人、と位置づけております。

精神障害によって判断能力が劣る、と言っても様々な程度がありますが、常に判断能力がない、そういう状態を、「事理を弁識する能力を欠く常況にある。」と言いますが、こういう人については、成年後見の対象となります。これに対して、「事理を弁識が著しく不十分」な場合には、補佐という制度があって補佐人がつきます。さらに、例えば売買とか遺産分割とか、重要な法律行為について、判断能力が十分ではない、と思われる場合には、補助人という制度もあります。この補助人が付く場合には、一般の法律行為には制限はありませんが、補助決定の中で記載された特定の法律行為について補助が必要となります。こういった成年後見、ないし補佐、補助という制度は、親族とかその他の利害関係人が裁判所に申立をして、裁判所が後見開始とか、補佐開始の審判をして、その中で後見人、補佐人、補助人を選任することになります。

5-5 成年被後見人の法律行為

- 成年被後見人：本人にかわって後見人が法律行為を行う。
→本人の行為は取消可能

- 被補佐人・被補助人：本人が特定の法律行為を行うにあたり同意が必要。
→同意のない行為は取消可能

成年被後見人の行った法律行為は、未成年の場合と同じように、後見人が取り消すことができます。それから、追認、ということもできます。ただ、なにしろ成年被後見人は、判断能力が欠如した常況にある、というのですから、そもそも意思能力がないことが考えられるわけです。したがって、取消、ということだけでなく、意思能力を欠如して行った法律行為は無効の主張もできる、と解されています。

次に、補佐人と補助人ですが、これは被補佐人ないし被補助人つまり本人が特定の法律行為を行うにあたって、同意を要するとされており、同意なく行われた行為は、やはり取消うる行為となります。

6-1 代理

- 代理のマトリクス

名義	帰属	形態
本人	本人	本人行為
本人	別人	信託契約
別人	本人	名板貸し
別人	別人	代理行為

次に、行為能力の問題とは別に、民法上、本人に代わって他人が法律行為をする場合があります。それが代理、という制度です。民法の条文の順番かあらしますと、意思表示の瑕疵、という難しい問題を取り上げなければならないので

すが、時間の関係もありまして、その点は次の稿にしまして、ここではまず、代理、という制度についてご説明したいと思います。

代理は、代理人があくまで本人の代理人として、つまり他人が本人名義で法律行為をして、本人にその効果が帰属することになります。これに対して、一定の財産を他人に預けてしまって、その他人が他人名義で法律行為はするけれど結果的に効果は本人に帰属する、という制度が信託、という制度です。不動産に信託の登記がされますと、信託を受けた受託者が不動産なりの所有権の処分もできますが、その損得は信託をした委託者に帰属するわけです。日本でも最近では信託、というやり方が大分利用されるようになりましたが、物の本を読みますと、信託、という制度は中世のヨーロッパの大事件、十字軍を機会に始まって整備された制度らしい。十字軍、というのは、塩野七海さんが現在「十字軍物語」という本を書いておりますが、とにかくどこに行くにも、船か、徒歩か、せいぜい馬に乗るくらいの時代ですから、ヨーロッパから中近東に戦争を師に行きますと、何年とか、十数年とか帰ってこられない。これでは大変不便を生じる、ということで、受益者に不動産なりを「信託」して、その収益とか処分とかを任せていた、という制度ですね。ですから、信託契約には、「受益者」という概念があるのですが、委託者が十字軍の騎士であれば、受益者はその奥さんとか子供とかがなったんだろうと思います。

以上に対して、他人が誰かの名前を借りて、その借りた名義で法律行為をすることを「名板貸し」と言いますが、これは、他人名義で法律行為をして自分に効果が帰属するので、信託とは全く反対の形態になります。

このように様々な制度があるのは、要するに本人のみで法律行為を行うばかりでなく、他人に財産を預けたり、他人が本人に代わって法律行為をしたりするのを認めて、取引のメニューを広げる、というふうに理解していただいて差し支えないと思います。そのうち、民法が定めているやり方が代理、ということですので、これからご説明いたします。

6-2 代理の要件

- ① 代理行為
- ② 代理権の存在→行為時にあることが必要
- ③ 本人のためする旨の表示：「顕名」
 - 代理方式による署名→顕名は明らか！
 - 本人名義による署名→顕名はあるのか？

一般に、代理による法律行為が有効に行われるための要件として、3つあげられております。まず第一に代理人による法律行為があること。それから、その代理行為の時点で代理人が代理権を有していること。それから、代理行為が行われる際に、代理人ではなくて本人のためにする、ということを示して行われること、が必要となります。この最後の要件を「顕名」というわけですが、

これは意外に誤解されやすい。本人のためにすることを示す、という、いかにも、「この契約は代理ですから。」とわざわざ断って行うことが必要、というように思われますが、そういうことではありません。代理人が契約する場合には、われわれ弁護士もそうですが、「A代理人B」と署名して代理人であるBの判子を押すわけです。ですから、契約書上、Bが自分のために契約しているのではなくて、Aの代理人として契約していることは明らかになっております。だから、A代理人Bという署名のやり方を代理方式、というのですけれど、代理方式による署名がある場合には、これは、頭名はあった、ということになります。

ところが、実務上では、代理人が直接本人名義で署名する場合があります。さきほどの例のようにBがAの代理人だったとして、A代理人Bと署名せずに、例えばAの判子なども預かっていて直接A名義で署名して判子も押す場合ですね。こういうやり方をどう見るか、ということについては、実務上そこそこ議論があるのですが、結論から言いますと、この場合もA代理人B、という署名と同様に考えます。で、この場合も頭名の要件は満たしていることになります。というのは、実際にA名義で署名しているのはBですから、BがAの署名をしている以上、その契約の主体はAであって、契約の効果もAに帰属する、ということが表示されているわけです。そう考えれば、代理人Bが直接A、という署名をしてAの判子を押した場合にも、本人のためにすること、つまり頭名の要件は満たしている、と考えるわけです。

6-3 無権代理行為とその追認

- 無権代理は契約の不存在とは異なる。
 - ※追認があれば有効となる。
- 無権代理の追認には遡及効がある(116条)。

次に、代理行為が有効に行われる要件として、代理行為当時に代理権が存在すること、ということが上げられます。これに対して、代理権がないのに代理行為を行ってしまった場合を、一般に、無権代理、と言います。実務では、代理権が有効に存在した場合は、有権代理、という言い方もします。

無権代理行為は、代理の要件を満たしていないのですが、全く法律行為が存在、ということではなく、事後的に追認することによって有効になります。ですから、その意味で、無権代理行為は、法律行為の無効、ということとは若干異なります。さきほど、代理行為の行われた時点で代理権がある場合が有権代理、と言われていることを説明しましたが、代理行為が行われた後に、事後的に代理権が、いわば追完されるのが無権代理の追認、と考えて差し支えありません。追認、というのは、無権代理行為をした代理人に対して、または取引の相手方に対して、行われるのですが、わかりやすい事例で言えば委任状を出したとか、相手方に対して了解した旨伝えた、ということでしょうが、そういう

明確な形で意思表示した場合には限定されません。例えば、登記に応じた、とか代金の一部を支払った、ということがあれば、それは当然契約の内容を了解したからこそ、契約に基づく責任を履行した、ということですから追認になります。

ここで最も重要なことは、ひとつは、無権代理行為を追認したことによって、無権代理行為は遡って有効になる、ということです。このあたりが無効とは違うところで、無効行為を追認することができる場合もあるのですが、その場合でも追認の効果は追認した時点から将来に向かって発生します。ところが、無権代理行為は、代理権がないとは言え代理行為そのものはなされています。ただ、代理権という一番大事なものが欠けている状態です。そこに、本人が承諾すれば、代理権があとから付与された、ということと同じになるわけですから、無権代理行為に完全に有効なものとして当初から存在していた、という取り扱いになります。次に、こういう追認の効力は、本人が無権代理行為があったことと知っていたかどうか、つまり法律的によれば善意・悪意にかかわらない、ということです。追認によって、本人としては無権代理行為による法律行為の効果が自分に帰属することを承認しているのですから、代理人が勝手に無権代理行為をしたかどうか、にかかわらず本人に有効に法律効果が発生することを認めてよい、ということです。無権代理人が権限のない行為をしたのがけしからんとか、そういう問題は本人と無権代理人との間の問題で、無権代理行為の効力そのものとは別の問題です。

6-4 相手方の催告権・取消権

- 相手方は、追認するよう催告ができる(114条)。
→期間内に追認がなければ追認拒絶とみなされる。
- 相手方は、追認されるまでは取消ができる(115条)。

さらに、無権代理行為がなされると、本人が追認するのか、それとも追認拒絶されるのか、いつまでたっても決まらない、ということになり、それは、その法律行為が有効か、無効か確定しない、ということを意味しますから、取引の相手方の地位はとても不安定になります。そこで、無権代理行為の相手方には催告権と取消権が認められています。催告、というのは、相手方が一定期間を定めて追認するように本人に対して通知することを意味します。そして、その期間内に追認がされなかった場合は、追認が拒絶されたもの、とみなされます。取消権というのは、無権代理人によって行われた法律行為を相手方が取り消す権利ですが、これは本人が追認した後は行使することはできません。本人の追認によって、無権代理行為による法律行為は有効なものとして確定するからです。

6-5 無権代理人の責任(117条)

- ① 代理権を証明できなかった場合
- ② 本人の追認が得られなかった場合
- ③ 相手方が善意無過失であった場合、
→無権代理人は、本人と同様(履行又は損害賠償)の責任を負う。

いずれにせよ、本人が追認を拒絶すると、無権代理行為は無効であることが確定します。そうすると、取引の相手方が不利益を受けるわけですが、その不利益を少しでも回避するために、無権代理人は無権代理による法律行為につき本人と同様の責任を負います。条文上無権代理人の責任が発生する場合は、代理権の証明ができず、かつ、本人の追認が得られなかったとき、には無権代理人が相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う、とされていますが、解釈論としては、これに相手方の善意・無過失が要件になります。相手方が、代理人に代理権がないことを知っているか、知ることができた場合には、取引の相手方を保護する必要はないと思われるからです。

無権代理人の責任については、相手方の選択にしたがって履行又は損害賠償の請求をすることができる、とされていますが、ちょっと奇異に思われるかもしれません。履行、というのはあくまで債務として履行する責任を負う、ということとして、例えば、他人の所有物を売却した場合でもその売買契約は無効、ということではないのです。今日いろいろお話した内容のひとつですが、あくまで契約からは債権しか発生しません。そして、債権という権利は、相対的、対人的な権利ですから、他人の所有物を売却した売主、というのは、履行が現実の問題として可能かどうか、と関係なく、債権的にその物の所有権を取得して、買主に所有権移転する義務を負うのです。無権代理人の責任もこれと似たところがありまして、相手方が無権代理契約の履行を選択した場合にはあくまで、債権的に履行の義務を負うわけです。ただ、そもそも本人の承諾を得ないで、代理人として本人の所有物を例えば売ってしまっ、しかも本人が追認拒絶しているのですから、おそらく契約内容の履行は現実的には無理でしょう。そういう場合には、契約上の履行義務は、履行不能、になって結局は損害賠償責任を負うことになります。

6-6 表見代理

- ① 本人が代理権を授与した旨の表示をした場合(109条)
- ② 代理人が権限外の行為をし相手方に正当理由がある場合(110条)
- ③ 代理権が消滅した後に、相手方代理人と法律行為した場合(112条)
→いずれの場合についても、本人の帰責事由及び相手方の善意無過失が必要。

次に、代理行為では代理人に代理権がなくても、本人が責任を負う場合があります。それが「表見代理」です。表見代理は、広い意味では無権代理の一種ですが、あくまで法律行為としては有効になっている点で無権代理行為とは異なる

ります。

① 本人が代理権を授与した旨の表示をした場合(109条)

無権代理行為には三つのパターンがありまして、その一つが代理権限授与表示、と言われるものです。民法109条は、本人が代理権を与えたのではなくても、代理権を与えた旨表示した場合は、授与表示された代理権の範囲内で責任を負う、としています。これは、明確に委任状を交付した、というような事例ではありません。委任状を交付したのであれば代理権を与えておりますから、有権代理になるわけです。一番問題になるのは、判子ですね。過去の事例では、手形を作成する印鑑を預けていた場合、手形作成の権限を与えたのではなくても、民法109条の適用によって代理行為によって作成された手形の効果が本人に及ぶ、としたものです。単なる三文判では代理権の授与表示、とは言いにくいことが多いと思いますが、手形作成用の印鑑ですから、銀行届出印を預託しているわけです。ですから、取引の相手方が手形の振り出し権限がある、と考えてもこれは保護されなければならない、ということですね。

② 代理人が権限外の行為をし相手方に正当理由がある場合(110条)

次に、私人間で代理権を与える場合は、ともあれ私の代理人です、ということはありません。いろいろな包括的な代理権を有するのは、親権者などの法定代理人か、弁護士くらいのもので、実際の社会生活では、代理人を立てる場合にも、なんらかの交渉とか、お金の受領とか特定の法律行為について代理人を立てるのが普通です。ところが、その代理権、というのは、外からはよく見えないことがある。それで、民法110条は代理人が権限外の行為を行った場合には、相手方に正当理由がある場合、という限定を付けておりますが、その代理行為を有効な行為として、相手方を保護することにしています。こういうケースを一般に権限を愈越する、という意味で「越権代理」と言っています。越権代理の要件となっている「正当理由」については、のちほどお話します。

③ 代理権が消滅した後に、相手方代理人と法律行為した場合(112条)

第三の類型として、民法112条は、代理権が消滅したにもかかわらず、相手方が代理権がまだ有効に存続している、と考えて取引した場合も、本人は代理権の消滅を対抗できない。つまり、無権代理であることを主張できない、としております。この場合は、一般に「滅権代理」と言われます。ちなみに、「対抗できない。」という言葉は法律上よく出てきますが、広い意味で言うと主張できない、ということで、そこからさらに物権法の問題ですが、対抗要件の問題として権利を取得できない、という意味にも使われます。

さて、このように表見代理の要件は、民法の条文があって、いろいろと規定されているのですが、これら規定に共通する事項は、本人になんらかの落ち度がある、ということです。このような法的評価の対象となるような落ち度、のこ

とを帰責事由、というのですが、本来表見代理は広義の無権代理行為の一種ですから、有効な法律行為はないはずですが、にもかかわらず、本人が代理権を与えていない人が勝手にやった行為について責任を負うのは、本人に帰責事由があるからなのです。109条の代理権授与表示では、代理権授与の表示を行ったこと自体に帰責事由がある、ということになりますし、112条の滅権代理では、代理権が消滅したのであれば、一旦代理権を与えた以上、その旨きちんと相手方に通知すべきだと考えられます。ところが、滅権代理の事案ではそういった処理がなされていないからこそ、相手方が善意・無過失、ということになりますから、ここにも帰責事由があることになります。それから、110条の越権代理には、「第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるとき」と書いてあるのですが、この正当理由に、本人のなんらかの帰責事由と相手方の善意・無過失が必要となると考えるのが普通の考え方です。

それから、このこととの裏返しになるのですが、表見代理による取引の相手方が表見代理の成立を主張するためには、代理権がなかったことについて、善意無過失であることが必要です。表見代理は、本来有効な法律関係がないところに、代理権があったのと同じ法律効果を認めてしまうのですから、一方でその効果の帰属する本人に帰責事由があることが必要とされますし、取引の相手方についてもそれなりの保護に値する理由が必要だ、ということですね。

こういう表見代理の議論については、学者の先生方は大好きで、民法総則の教科書を読みますと、どういう場合にどの条文が適用されるとか、二つの条文の連続適用とか、いろいろ難しい議論があるのですが、実務上は表見代理はほとんどと言ってよいほどでてきません。私は弁護士になって20年以上になりますが、いままで表見代理で結論が出た裁判にあたったことがありません。帰責事由がある場合に、権利者に法律行為があったかのような負担を認める理屈を「権利外観理論」というのですが、実務家としては権利の外観があるからと言って、本当は権利がないものに権利を認める、というのはどうもお腹のあたりがもそもそして座りが悪い。学者の先生々にその話しをすると、契約が有効に成立した場合と帰責事由がある場合でなぜ区別するのか、というのですが、裁判というのは、現実に起きた紛争を解決する制度なわけですから、帰責事由があるからと言って、代理権がないのに代理権があったとみなす、という結論では、敗訴する本人の方もなかなか納得しない、というのが実情です。実務ではどういう処理をしているか、というと、これまでお話してきた帰責事由とか、正当理由とかいう概念に該当する事実、これは、具体的な事実としては代理権を授与したことを推測させる事実とほとんど重なります。ですから、表見代理を認めなくても、ほとんどの場合有権代理、つまり代理権を与えた裁判所はみなしますよ、ということで処理されております。

補足：過失と注意義務について

- 善管注意義務→違反すると軽過失
- 自己の物と同様の注意義務→違反すると重過失
→不可抗力、とは？

正確に位置づけますと、民法総則の問題ではないのですが、大分「善意無過失」という言葉を使ったので、過失、ということについて、最後にオマケで少しお話ししておきたいと思います。

過失、と言う言葉の裏返しで、注意義務、と言う言葉があります。ですから、一番大きな括りで言えば、過失とは注意義務違反である、ということになります。そして、契約法の分野においては、よく「善良なる管理者の注意義務」という言葉が出てきますが（善管注意義務）、この善管注意義務違反が、通常言うところの過失、正確には軽過失、になるわけです。ですから、裁判などで過失が争われる場合には、注意義務があるかどうか、といういわば準則（規範的事実）の有無が争点となるのですから、注意義務違反を基礎付ける具体的事実、が証明の対象になるわけです。これに対して、「自己の物と同一の注意義務」という言葉も出てきますが、この注意義務は善管注意義務に比べると軽減された注意義務で、その違反が重過失、ということになります（なお、重過失、は自己の物と同一の注意義務違反のみに限定されるわけではありません。）。

さらに主観的な態様思い場合が故意・悪意、ということになりますが、法律上「悪意」という場合には、害意があるとか、意図的に侵害した、という意味ではなくて、単に知っている、ということですから注意してください。

それでは、善管注意義務違反もない場合はどうなるのでしょうか？

そういう注意義務違反なしになんらかの事象が起こった場合は、それは不可抗力で生じた、ということになります。天災とか、火災の類焼とか、そういう場合ですが、不可抗力はどのような場合か、というのも、法律的には抽象的にですが、定義があるわけです（法律家、というのは何でも定義したがる人種なんです・・・）。で、不可抗力による履行不能の場合に、契約関係で問題となるのが「危険負担」です。ですから、一般的な用語とはややかけ離れますが、危険負担、という言葉は、どちらがリスクを負うべきか、という意味ではないのです。

【この稿了】