

## 常識から法律常識へ (2)

### —日本法の基層の理解のために—

影山法律特許事務所  
弁護士・弁理士 影山 光太郎

## 第1章 日常概念と法概念 (2)

前回本年5月号では、①「最小限の道德(倫理)」として、国家による強制力を伴って法規範が生ずること、②近代市民法としての民法の原則、その修正原理、③家族法の原理、④資本主義の高度化に伴う近代法から現代法への動向の一端について述べた。今回は、(イ)刑事法の原則及び(ロ)法的に使われる、主観(内心)、客観(行為等)、評価などについての考え方・用語について述べる。

## 6、刑事法の原則

### (1) 罪刑法定主義

犯罪は、構成要件に該当する違法で有責な行為である。(イ)構成要件は、刑法典に書かれてある行為である。例えば、窃盗罪なら「他人の財物を窃取」することである(刑法235条)。構成要件に該当すると違法性があることがあって有責であると推定される。そのため、(ロ)違法性がないこと、例えば、正当防衛であるとか、(ハ)責任がないこと、例えば、心神喪失(是非の弁別能力がないこと)であるとか、を証明せねば有罪とされる。

「罪刑法定主義」は、行為のときに、その行為を犯罪とし、刑罰を科する旨を定めた成文の法律がなければ、その行為を処罰することはできないという原則をいう。フランス革命の人権宣言、三権分立の思想(司法権の立法権・行政権に対する独立)等に基づき、刑罰権の恣意的(ほしいまま)な行使から国民の人権を保障することを目的とする。我が国の憲法でも、人身の自由として、法の適正手続の保障(憲法31条)、事後法による処罰の禁止(憲法39条)(下記②参照)等により、明記されている。

罪刑法定主義の原則から派生する主な原則として、次があげられる。①慣習刑法の禁止、すなわち処罰の根拠とするのは慣習法でなく成文法でなければならないこと。②「刑罰不遡及の原則」、行為時に犯罪でなかった行為は、その後の法律で同種類の行為が犯罪とされても、さかのぼって処罰されることはないという原則。「事後法の禁止」ともいう。③犯罪者に不利な類推解釈の禁止。④絶対的不定期刑の禁止。すなわち、不定期刑は刑期(例、懲役〇年)を定めずに言い渡すが、この刑期の長期、短期も全く定めないと禁止される。これら①～④はすべて、「罪刑を法定している」と言い難いことは、納得できるところと思われる。

### (2) 社会倫理的規範違反と法益侵害(生活利益の侵害)

① 前回、社会規範として、「法は道德の最小限」といわれ、国によって強制されることを述べた。特に刑法は刑罰という強制力をもって施行される。そして、刑法の特徴として社会生活の超えてはならない限界を示す面があることを述べた(この限界を超えると違法となる)。

しからば、その「最小限」「限界」とは何であろうか。これを超えることが違法性の実質といえる。これについて、従来、a. 社会倫理的規範違反という考え(行為無価値)と、これでは具体的でないとして、b. 法益侵害(端的には、生活利益の侵害)(結果無価値)という考えがある。いずれにしる、刑法は、その強い強制力から、国民の生活を萎縮させないために「謙抑性」が求められるといわれる。しかし、社会の進展につれて新しい犯罪が生み出されることが考えられる。これについて、犯罪として規制を望む人達と、行動の自由を望む人達との利害の調整も難しい。

② 次のような例が考えられる。

ソフトウェア「Winny」(ウィニー)の開発者が、別のソフトの著作権の利用の違反を導くとして逮捕され、著作権法違反の幫助罪にあたるかが問題となった。これについて、一審の京都地裁は罰金200万円の有罪判決を下したが、二審の大阪高裁は、ソフトの利用状況を認識しているだけでは足りず、ソフトの主要用途として違法行為を勧める形でソフトを提供していることが必要だとして無罪とした。最高裁判所は平成23年12月20日に無罪とした。なお、判決後、開発者はウィニーを悪用しないよう呼びかけた。

また、ソフトウェア等の著作物のコピーがどの限度で許されるのかについて、媒体の進歩とともに困難な問題を提起する。平成24年10月からの施行で、無断でアップロードされた音楽・動画等の著作物を違法と知りながらダウンロードする行為に、2年以下の懲役または200万以下の罰金が科されることになった(著作権法119条3項)。

著作物製作者側は、著作物開発の費用の回収の観点から処罰の範囲の拡大を求め、著作物の利用者は利用の自由の観点から、これに反対する。国民文化・経済的にどの限度とするかは困難な問題であるが、余りに日常容易に行われることが犯罪となって、「1億総犯罪者時代」などということになってはならない。

## コラム2

### 近代市民法とドイツナチス時代の法律

個人の確立、所有権の絶対性、取引の自由を出発点とする近代市民法に対して、全体主義及び民族主義に基づくナチスの法律を対比して述べる。

ナチス時代の法については、当初は従来のドイツ民法典の判例の適用にあたっての解釈によって対処しようとしていたが、1939年(第2次世界大戦勃発)ころから新たな「民族法典」の編さんが唱えられるようになった。民法典の名称も代えられ、民商統一法典(さらに労働編も加わる)とされた。

その骨子は、ローマ法に敵対的で、公益の私益に対する優先(個人主義より国家主義へ)、義務観念の強調ということである。そして、近代市民法の基本原則たる所有権の絶対性、契約自由の原則は全く否定された。契約自由の原則は激しく攻撃され、個人意思に代わって団体意思が決定的に意味を持つので、団体的な制約を受けるとされる。良俗違反は、民族的共同生活の承認された原則に対する重大な違反とされた。また、所有権は「具体的な社会秩序の内部における社会的な機能によって内容的に規定される」とされ、例えば、特に土地の所有権は、公的義務により大幅な制限を受けた。

刑法では、当初は緊急の要請に応じて対処していたが、1935年の改正法は、意思法・行為者刑法で、罪刑法定主義は否定された。そして、ドイツ民族の中に存在する具体的秩序に反抗する意思と人格に対して、全体主義的立場から、犯罪者に対して応報と贖罪を要求するものであった。犯罪者は、「民族の直感」から判断されるところの悪い意思を有しているという理由により、反抗的人格を形成したことに対する報復を国家から受ける。

上記のように、戦時態勢に向かって、全体主義及び民族主義が次第に強化されていった。

さらに、三権分立、公法・私法の二元体系が攻撃され、一元化が主張された。  
現在においても、中国では、共産党一党独裁による全体主義体制がとられ、実際には三権分立は機能していない。特に司法は三権の中で最も劣位にあり、法の支配は成立していないと考えられる。

### (3) 適正手続の保障

特に、刑事については、実体的な刑法についてと同時に、有無罪を定め、刑罰を加えるための手続を適正にすることの保障が重要である。

歴史的には「自白は証拠の女王」として、自白を引き出すために拷問が用いられた。憲法では、拷問が禁止されていることはもとより(憲法36条)、自白だけを証拠に有罪とされ罰せられることはない(憲法38条)。有罪判決をするには、自白を補強する証拠が必要である。そして、自白を強制したり誤導したりすることによる誤判を防止する。したがって、例えば、殺人をしたと自白しても、死体や犯行に用いた凶器の捜索がなされることになる。

憲法では、人身の自由及び適正手続の保障として詳しい規定が置かれている。31条が法定手続の保障、33条が逮捕に対する保障、34条が抑留・拘禁に対する保障、弁護権の保障、35条が捜索・押収に対する保障、37条が裁判における刑事被告人の権利として公開裁判、弁護人を依頼しうること、国選弁護人を附することが認められている。39条で同一犯罪について重ねて刑事上の責任を問われないとされる(一事不再理)。上記については、刑事訴訟法に、さらに具体的で詳しい規定が設けられている。

このような適正手続の保障は、過去にその保障が十分でなかったことの反省の上に定められた。ただし、直接的には、現憲法が戦後米国のGHQから提示された案によるため、アメリカ法の適正手続(due process of law)の保障の伝統・影響を受けるものである。

## 7、主観(内心)

### (1) 意思表示

前回述べたように近代市民法では、個人は独立・自由・平等であるとされているが、そのような個人の権利義務関係を成り立たせるのは、それぞれの「意思」である。つまり、個人の意思に基づいて権利・義務が発生・消滅するという建前がとられている。これを「私的自治の原則」という。個人の意思が積極的に活動する場面では契約自由の原則となり、消極的または違法的に活動する場面では過失責任の原則(少なくとも過失ある場合にのみ責任あり)となる。

意思表示は、一定の法律効果の発生を欲する意思を外部に対して表示する行為である。例えば、売主が売りましょうという意思表示をし、買主の買いましょうという意思表示と合致すれば売買契約が成立し(法律要件)、売主の権利移転義務、買主の代金支払義務という法律効果が生じる。

ところで、日常用語としては、「意志」の語を多く用いる。意思も意志も、国語辞典では「考え」などの意味がある。その差異を考えてみる。「意志」は、あることを行いたい、または行いたくないという考え・意向を表す。「志」の意味を考えると分かりやすい。それに対し、「意思」は、思い・考えの意味に重点を置いた場合に用いられる。したがって法律用語としては「意思」の語が用いられる。最初法律を勉強し始めたときは、なぜ「意思」の語を用いるのだろうと思った。その後弁護士業務上は、慣用的に「意思」の語しか用いたことがないが、上記のような差異があるということである。

## (2) 合意、同意

上記のように、近代市民法が私的自治の原則をとって個人の意思を重視するところから、合意や同意は非常に重視される。合意や同意により、種々の問題点も治ゆされる。合意は、複数の意思表示が合致することであり、同意は、他人の意見などに対して賛成することである。

契約は、本来、何ら要式を要せず合意のみによって成立する。「合意は当事者間の法」といわれる。

同意には明示のもの以外に黙示のものも含まれるので、留意しなければならない。例えば、長期間にわたってある状態を甘受することは、その状態について、黙示の同意があったとされることがある。その結果、合意の成立が認められることがある。

A、Bの当事者間の合意は、もとより第三者Cには無関係である。

## (3) 善意と悪意

「善意」と「悪意」は、日常用語では、「善意」は、善良な心、よい意味などであり、「悪意」は、悪い考え、悪い意味などである。しかし、法律用語では全く異なる。「善意」は、問題となる事実(事情)を知らないことであり、「悪意」は、これを知っていることである。したがって、「善意の第三者」とは、事情を知らない第三者のことである。近代市民法では意思を重視するので、善意であるか悪意であるかによって法律効果が異ってくる場合は極めて多い。

ちなみに、英語では、善意はbona fidesで、悪意はmala fidesとされるが(いずれもラテン語起源)、善意をwithout knowledge of、悪意をwith knowledge ofと表すと(インターネット「法令用語和英辞書」)、より本来の意味を表している。

## (4) 故意と過失

故意は、「わざと(あえて)すること」であり、事実を認識し、認容することである。過失は「うっかりしてすること」(落ち度、注意義務違反)であるが、自分の行為から一定の結果が発生することを認識できたのに(予見可能性)、結果を回避すべき義務の違反である。

両者の区別を、向こうの方に大勢の人が居て、こちらから石を投げてそのうちの1人に当たった場合について考える。限界的なケースである。

- a. 誰かに当たるかもしれないがかまわないと考えて投げた場合は、故意がある(傷害罪)。この場合、誰かをねらったわけではないから、確定的故意ではないが、「未必の故意」があったという。
- b. これに対し、当たるかもしれないが、当たらないだろうと思って投げた場合は、過失である(過失傷害罪)。当たるかもしれないと思った点で認識はあった(認容はしなかった)ので、認識ある過失という。

近代法では、上記のように、概念的には故意と過失は明確に区別される。そして、上記の傷害罪の法定刑は「15年以下の懲役又は50万円以下の罰金」(刑法204条)であるのに対し、過失傷害罪の法定刑は「30万円以下の罰金又は科料」(刑法209条)と大きな差異がある。なお、重過失致傷罪では刑は加重される(刑法211条)(次の⑤参照)。

故意や過失は人間の主観(内心)である。しかし、主観は必ずしも見えないので客観(行為)からも判断される。特に過失は行為態様に着目される。

例えば、無銭飲食は、飲食店で、代金支払いの意思も能力もないのに飲食の提供を受けるという詐欺罪である。この場合、飲食者は借りて返すつもりであったなどと詐欺の故意を否認しても借金のできる状況にないという客観面から故意が認定されることになる。また取り込み詐欺は、やはり代金支払いの意思も能力もないのに、物品を割賦で買うなどして転売し

てしまい、割賦金は全く払わないか、1、2回程度払うかする。これも支払いのできない状況から故意が認定されることになる。

#### (5) 注意義務

過失の注意義務違反には、その程度が著しい場合の「重過失」と注意義務違反が多少なりともあった場合の「軽過失」がある。通常は、後者が多く、単に「過失」とあれば、軽過失を指す。民事上、重過失は悪意または故意と同程度に評価される。刑事でも、重過失は加重評価され、また業務上過失は、重過失の一類型ともいわれる(業務は、反復継続して行う社会活動)。

注意義務違反の種類として、a.「善良な管理者の注意義務違反」、略して「善管注意義務違反」、すなわちその人の従事する職業、その属する社会的地位などに応じて普通に要求される注意を欠いた場合と、b.自己の財産に対するのと同じの注意義務違反とがある。善管注意義務違反が問題とされることが多い。例えば、デューディリジェンス(資産等の適正評価手続)において、手続の受任者は善管注意義務をもって行う。

#### (6) 到達主義

前記(1)のように近代市民法では、意思に基づいて権利義務が発生消滅するという建前がとられているので、意思表示の効力が発生するためには、それが相手方に到達することが必要とされる(到達主義)。そのため、意思表示が到達しなかったことから生ずる不利益は、意思表示者が負う。

したがって、意思表示の受領を拒絶されると、その後の手続に進むことができず困ったことになる。例えば、アウトローのような人は扱いに困難をきたすことがある。

なお、商法では取引の迅速性を要するために、意思表示は発信によって効力が生ずるとする発信主義がとられる。

## 8、客観(作為、状況等)

### (1) 作為と不作為

作為は「すること」であり(いわば積極的)、不作為は「しないこと」である(消極的)。通常法的評価は、作為についてなされるが、不作為が作為と同様に評価され、不作為が作為義務違反と同視される場合がある。これは、法令、契約、先行行為等によって結果を防止することが義務付けられている場合である。例えば、法令によるものとして、踏切番がいねむりして電車が通過するのに遮断機を下さず(例が古い)、電車が、踏切りを横断しようとした自動車と衝突した場合などが考えられる。「自分は何もしなかったから責任がない」とはいえない。先行行為によるものとして、自動車で他人をひき瀕死の重傷を負わせたにもかかわらず、そのまま立ち去ってしまってひかれた人が死亡した場合には、事案によっては傷害致死などとしての評価を受けることもあり得よう。

一般に、「隠ぺい」といえば、(積極的な)作為である。ところで、企業の不祥事などで、公表しないと社会的に被害が拡大するなどの場合には公表義務がある。この義務があるのに公表しないという不作為は、作為と同視することができ、「隠ぺい」といえる。

ところで、不祥事について、これが明らかになった後に、「もっと早く明らかにすべきであった」「もっと詳しく説明すべきであった」などと言われたり、書かれたりする。しかし、実際に当事者としては、公表すべきか、公表するとすればどの段階で、どの程度についてかなどに迷う。そして、通常、これらを定める社内の具体的な規定などない。一般には、a.事態が公になるか、b.生じる被害の重大性・影響など

を考慮すべきことになろう。また、行っている事業が、例えば、健康被害を及ぼす食品関連であるか、公的であるかなどにもよるであろう。端的にいえば、軽微で公にもなりそうもない事態は多く生じるであろうが、これの公表の必要はない。

「不祥事」について、上記の状況における適切な対処が、最初に、判断を要する問題である。

## (2) 与える債務、なす債務

前回述べたように、債務は、ある者が他の者に対して一定の行為をせねばならない地位であり、これに対応して行為を請求できる地位が債権である。債務には与える債務(例、売買の目的物引渡債務)となす債務(為す債務。例、労働契約に基づく労働の提供)があり、なす債務には不作為を内容とする債務(例、建築をしないこと)もある。

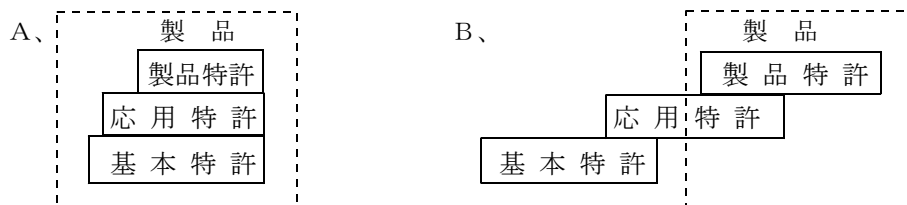
## (3) 因果関係

① 因果関係は、原因と結果の関係である。まず、「条件関係」は、ある行為(原因)がなかったらある結果は生じなかったであろうという関係である。不法行為(例、交通事故)や債務不履行(例、契約違反)による損害賠償の範囲を限定する基準などとして、条件関係によるのでは、行為(原因)と結果の関係の範囲として広すぎるといえる。そこで、法的には、原因に対して結果が「社会通念上相当」であった場合に限定されるとする考えがとられる。これを「相当因果関係説」という。

② 上記に関連して次の例を考える。

従業員(発明者)が会社で、その業務範囲に属しかつ職務に属する発明(職務発明、特許法35条)を行った場合、会社の職務発明規程などで会社が特許を受ける権利を取得すると定められていれば、発明者は会社から「相当の対価」を受けることができる。この点で、日亜化学工業株式会社の研究員からカリフォルニア大学サンタバーバラ校の教授となった中村修二氏が日亜化学在職中になした「青色発光ダイオード」(青色LED)の発明について、どれだけの額の対価が認められるかが問題となった。

この場合の特許の技術的範囲と製品の構成の関係について、次の2つのケースが考えられる。



中村教授のなした発明は基本特許にあたる。

Aでは、製品は基本特許の技術的範囲におさまり、Bでは製品は基本特許の技術的範囲外にある。言い換えると、Aでの製品による収益は基本特許と法的因果関係があることになり、Bではこれがないことになる。Bでは、基本特許と製品による収益の間に、技術的社会的には、原因結果の関係があるといえるが(確かに中村氏の研究がなければ日亜化学が大きな収益を得られなかったという条件関係は認められる)、法的因果関係は認められないことになる。

裁判で、一審の東京地裁平成16年1月30日の判決では、相当の対価は600億円と算定されたが(ただし、中村教授の請求した200億円の限度で認容)、控訴審の東京高裁平成17年1月11日の和解では、基本特許を含めた中村氏のすべての特許について6億857円(遅延損害金を含めて8億4391円)の支払の合意がなされた。つまり、控訴審では中村氏の基本特許についての主張はほとんど認められなかった。

この判断の相違は、上記のような事案の見立ての相違に基づく(地裁ではA、高裁ではB)ものと思われる。

このように、裁判になったら、法的因果関係によって決せられることに留意せねばならない。

#### (4) 犯罪の構成要件に該当する行為

さきに、犯罪は構成要件に該当する違法で有責な行為であると述べた。この構成要件該当性について考えてみる。

例えば、詐欺罪は、「人を欺いて財物を交付させ」ることによって成立する(刑法246条)。

つまり、次のa.によるケースが詐欺罪である。



詐欺罪における欺罔行為は、単に「うそをつくこと」でなく、相手の財産処分行為に向けられた表現でなければならない。したがって、例えば、「あっ、向こうにカラスが見える」などとウソを言って相手が荷物から目を離したすきに荷物を盗るというのは、詐欺にはならない。窃盗である。この点で、振り込め詐欺は、人の弱みにつけ込んだ憎むべき犯罪であるが、微妙である。詐欺者は、被害者(母)の子供などになりすまし、自分が困った状況を被害者に訴える。このとき金を振り込んでくれとは言わない。しかし、被害者にれんびんの気持を起こさせて被害者の方から金を送金させる(財産処分行為)ようにする。

そうすると、財産処分行為に向けられた欺罔行為があったかは立証し難くなる。

このように、構成要件該当性は正確に解すべきことになる。

## 9、所有権の機能

### (1) 所有権の機能

所有権は、前回述べた民法の基本原則のうちの一つ、所有権絶対(非制約)の原則として保障される権利である。

所有権は、a.「法令の制限内において」、b.「自由に」c.「その所有物の使用、収益及び処分をする権利」である(民法206条)。

上記のうち、b.「自由に」が、所有権絶対の原則を直接的に表すものである。a.は、前回述べた民法の修正原則としての、公共の福祉の原則、権利濫用禁止の原則に基づくものである。沿革的には、当初の近代市民法の時代から19、20世紀にかけての資本主義の発展とともに社会的な衡平、正義の観点から、所有権に制限を設け、さらに経済法(独占禁止法等)の規制に服さしめようとするものである。

所有権の機能は、物の使用、収益、処分である。経済的には、基本的に、使用、収益は、財の使用価値に対応し、処分は、財の交換価値に対応する。使用、収益は分かりやすいが、処分は、譲渡、担保入れ(質権、抵当権の設定等)等をいう。担保入れも処分に含まれることに留意しなければならない。土地の所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ(民法207条)。

前記は、取得している権利の制約の問題であった。かつては権利の放棄は自由であったが、最近では放棄が自由でないケースとして廃棄物がある。廃棄物の放棄も有償となっている。

## (2) 一物一権主義、物権法定主義

前回土地について述べたが、近代市民社会・資本主義社会になると売買取引の対象となる商品につき、一物について一つの完全円満な所有権が確立しなければならない(「一物一権主義」)。

そして、特に土地に関する複雑な支配関係を整理し、一定の種類制限物権(a. 使用、収益するための用益物権としての地上権、永小作権等及びb. 処分価値を把握する担保物権としての抵当権等)による以外は所有権を制限できないようにすること及び取引の安全のために物権の種類を一定し「公示の原則」(登記等)が用いられるものに限るとされる。その結果、物権は民法その他の法律で認められたものの他、当事者間で創設することは許されないとする(民法175条)。これを「物権法定主義」という。この点で、債権法における契約自由の原則とは異なる。

## (3) 単独の所有とすること

封建社会においては、所有権には種々の制約があり、近代市民法においては、この制約を払拭することを目指したところから、共有を避け、単独所有が望ましいとする配慮がなされている。そのため、共有物の分割を容易にするための制度が設けられている(民法256条、258条等)。分割の手法は、a. 現物分割、b. 金銭で調整する代償分割、c. 売却して金銭を分配する換価分割がある。例、遺産分割において。

債権についても、分割債権が原則である(民法427条)。

権利義務について、個々の権利義務の承継である特定承継が通常であり、相続や会社合併の場合に権利義務を包括的に承継する包括承継がなされる。

# 10、評価その他

## (1) 妥当性(妥当と不当)、違法性(違法と合法)

① 「妥当性」(反対が、不当性)は目的に対して適切かどうかである。適切であれば妥当(当)、不適切であれば不当である。これに対し、「違法性」(反対が、適法性、合法性)は文字通り法に違反することである。そして、通常、著しく不当であれば目的に対して著しく不適切であるので、違法と同視される。もちろん、違法にも程度がある。

上記両者は実際には近い場合もあるが(例えば不当の程度が大きい場合と違法の程度が小さい場合)、概念的には区別される。

例えば、会計検査院は、違法性の検査を中心とするといわれる。このように検査・監査についても、検査の厳密さの必要性、検査対象機関の自由度等を踏まえた検査の目的によってどのような検査・監査がなされるかが決せられる。

② 私は、平成25(2013)年4～7月に、北里大学に公的に交付された補助金の使用に問題があったケースの第三者委員会の委員長として、補助金の返還に関し、実体(使用の内容)、手続(支払の手続の適正さ)の面から、違法性・妥当性について次の図のように考えた。

	違法	著しく不当	不当
実体(内容)	A	B	C
手続 (支払方法等)	D	E	F

BはAと同視し、EはDと同視する。



例えば、A、Bの領域のものは返還すべきだが、C、D、E、Fの領域のものは、補助金支給の目的、使用の違法・不当の程度、違法・不当が後日治ゆされた状況等を考慮して決すべきものと考えた。

これは、やみくもに返還すれば足りるのではなく、用途、使用手続を精査して事態を解明し、将来に向けての有効な提言を行いたいと考えたためである。そして、事案が医学にかかわるところから、関係者の言い分をよく理解するために、医科大学名誉教授である医師を委員に加えた。また、補助金は、本来、有用な目的のために交付されたものであるので、極力、その返還ではなく、その使用の成果(物)が生かされるように留意した。

## (2) 責任と義務と債務

法文上「責任を負う」と規定されているが、その内容が損害賠償等の義務であることがある(民法709条)。

「責任」は、債務との関係では、債務が履行されない場合に債務者の総財産が引当て(担保)となるという意味がある。債務と責任が合致しない特殊な一場合として、時効にかかった支払債務は支払う責任はない(自然債務。ただし、支払うことは問題ない)。

近代法では個人の意思を重視するところから、前記p. 52(4)のように、概念的には故意と過失は明確に区別される。刑法では過失犯は法典に明記されなければ罰せられない。民事の責任も、故意でなく過失の限度に留まると評価されるようにせねばならない。

## (3) 不存在、無効、取消し、撤回

「無効」では、すべての人に対して最初から当然に効力がない。これに対し、「取消し」は、取消しの主張があって初めて効力を失う。取り消されると最初から効力がなくなる(遡及効)(民法121条)。無効の例は、契約が公序良俗違反(民法90条)の場合などであり、取消しうべき行為の例は詐欺又は強迫による意思表示の場合(民法96条)などである。

「撤回」は、意思表示の効果を将来に向かって消滅させることである。日常、「取消す」と言う場合、上記の意味では撤回のことも多い。不存在は、無効の場合よりもっと実体を伴わない場合である。

なお、平成16年の民法の現代語化により、一部の条文について、「取消」が「撤回」と改正された(例、407条2項、521条1項、550条、1022条)。

## (4) 事実と証明された事実

いわば生の事実は神様の目から見た事実であり、証明された事実は裁判などで証拠によって認められる事実である。

民事では、証明の程度は、「証拠の優越」、あるいは「疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうる場合」である。70~90%あるいは80%以上の証明と考えられる。

したがって、一般に「証明できる」と考えるよりもハードルは高いと考えられる。訴訟などにおいては、この点を客観的に判断しなければならない。

## (5) 主張と証明

民事訴訟では、まず、X(原告)が事実に基づいて法的な主張を行う。次に、Y(被告)の反論がなされると、争点が明確になる。この争点について、一般に主張を行うXが証明をすべきことになる(立証責任、証明責任)。その結果、裁判官に、前記の「証拠の優越」程度に証明がなされたとの心証が得られれば、Xの勝訴となる。

この主張(言い分)と証明(証拠)を区別すべきことは、裁判以外の日常生活でもあらわれる。すなわち、まず、当事者は言い分を明確にせねばならない。次に、その言い分の正しいことを特に第三者に理解してもらうために証拠によって説得すべきことになる。相手方も同様の

プロセスをとる。そして互いに相手の主張・証明を聞く。

端的にいうと「証拠がないから主張できない」ということではない。言い分に合理性があれば、言い分自体によって正しさが認められることがある。対外国関係も含めて、「まず主張する」ことに留意せねばならない。

裁判でも、当事者(原告と被告)の主張のいずれが正しいかを判断するための資料が当事者の言うこと(訴訟では本人質問による供述)しかないことは、多々ある。

実は筆者も、上記で述べた主張と証明の段階・構成は、法律を勉強し、かつ実務に触れるようになって初めて実感した。

#### **(6) 法律の要件を充たして効果が生ずる。法的三段論法**

法律の要件が、 $A + B + C$ である場合、これをすべて充たして初めて効果が認められる。例えば、契約を解除する(契約関係を消滅させる)場合だと、 $A$ 「相手方が債務を履行しない」+  $B$ 「相当の期間を定めて履行の催告をする」+  $C$ 「その期間内に履行がないとき」である(民法541条)。解除の効果は原状回復である(民法545条)。上記において、要件が一つ(例えば、 $B$ )欠けても効果は認められない。要件が充たされないと効果が生じない例については、前記p. 54(3)②も同様である(法的因果関係を充たさない)。また、要件でない、 $A$ 、 $B$ 、 $C$ 以外の $D$ 、 $E$ 、…などは効果の発生に無関係である。

$A$ 、 $B$ 、 $C$ を裏付ける事実を「要件事実」という。 $D$ 、 $E$ 、…などは「事情」という。「法的三段論法」は、大前提(法律)に小前提(事実)を当てはめて結論を導く手順であるが、上記であれば、 $A$ 、 $B$ 、 $C$ が大前提であり、 $A$ 、 $B$ 、 $C$ を裏付ける事実が小前提となる。 $A$ 、 $B$ 、 $C$ を裏付ける事実がすべて充たされれば、結論として、効果が認められる。

#### **(7) 常識を働かせて判断すべきこと**

前回述べたように法規範が生成するについて、「法の世界は民衆の常識から生まれる」「法の常識が健全な常識にもとづいている」以上、法の解釈・運用についても、常識を働かせて判断すべきことになる。

その意味で、常識を踏まえた法の常識を身につけることは、社会生活において、自ら仕事を遂行したり、社会で生じる現象を見る上で極めて有用である。