

論文式試験問題集
〔民法・民法Ⅰ〕

〔民法・民法 I〕

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。なお、設問 1 と設問 2 は、独立した問いである。

【事実】

1. A は、2021 年 2 月 1 日、甲地の所有者 B との間で、A を地上権者とする地上権設定契約を締結し、同日、B から甲地の明渡しを受けた。
2. 本件地上権設定契約の内容は下記契約書の通りである。

地上権設定契約書

土地所有者 B と地上権者 A とは、以下のとおり、B 所有の別紙物件目録記載の甲土地について、地上権設定契約を締結した。

(契約の目的)

第 1 条 A と B は、A の駐車場設置目的のために本件甲土地に地上権を設定するものとする。

(地上権の存続期間)

第 2 条 本契約による地上権の存続期間は、本契約の締結日から令和 33 年 1 月 31 日までとする。

(地代)

第 3 条 本契約の地代は、月額 20 万円とし、A は毎月末日限り翌月分を B が指定する口座へ振り込む方法により支払うものとする。

(登記)

第 4 条 B は A に対し、本契約締結後、速やかに地上権の設定登記手続きをしなければならない。

以上のとおり、契約が成立したので、本契約書を 2 通作成し、各自署名押印の上、各 1 通を保有する。

令和 3 年 2 月 1 日

別紙物件目録 略

3. 2021 年 2 月 1 日以降、地代 20 万円は、A の銀行口座から B の銀行口座に毎月自動振り込みされている。地上権設定登記手続きは何もされていない。
4. 2022 年 2 月 2 日、B が、突然 A の下に現れ、本件地上権設定契約の無効を理由に、甲地の明渡しを A に請求した。
5. B の甲地の明渡し請求に対し、A は「地上権設定契約として無効でも土地賃貸借契約として有効である」と反論し、甲地の明渡しを拒んでいる。

〔設問 1〕

【事実】 5 における B の A に対する甲地の明渡し請求に関する、A の反論は認められるか、地上権設定契約と土地賃貸借契約との間の法律上の根本的な相違点を踏まえつつ、検討しなさい。

【事実（続き）】

6. Xは、2021年2月21日、Yとの間で、XのZに対する5,000万円の貸金債権を担保するため、Y名義の乙地につき、Xを抵当権者とする抵当権設定契約を締結した。
7. 本件抵当権設定契約の内容は下記契約書の通りである。

抵当権設定契約書

第1条 XとYは、XがZに対して有する下記債権を担保するため、別紙 物件目録記載の乙地につき、第1順位の抵当権を設定することで合意した。

記

XZ間の令和3年2月21日付金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権

元金 5千万円

利息 年3パーセント(年365日日割計算)

弁済期 別紙金銭消費貸借契約書のとおり

第2条 Yは、本契約締結後遅滞なく、抵当権設定登記手続を行う。

(以下、略)

以上のとおり、契約が成立したので、本契約書を2通作成し、各自署名押印の上、各1通を保有する。

令和3年2月21日

別紙物件目録 略

8. 2022年2月2日、乙地の真の所有者Sが、突然Xの下に現れ、本件抵当権設定契約の無効、及び、抵当権登記の抹消を主張した。
9. 調査した結果、Sの主張が正しく、本件抵当権設定契約は無効であることが判明した。
10. しかし、Xは今後も「抵当権設定契約として無効でも保証契約として有効である」と主張してYに保証債務の履行を求めていきたい。

〔設問2〕

【事実】10におけるXの保証契約の有効性の主張は認められるか、抵当権の負担と保証債務の具体的な相違点をいくつか列挙した上で、検討しなさい。

2022年2月20日

担当：弁護士 神田英明

参考答案
〔民法・民法 I〕

第1 設問1

1 本問に特に関連する物権と債権との相違点は以下の通りである。

第一に、物権は、特定の物を直接支配できる権利（対物権・支配権）であるのに対し、債権は、特定人（債務者）に対して一定の行為（給付）を請求できる権利（対人権・請求権）である。

そして、第二に、物権は、封建的権利関係への逆行の阻止、及び、物権の排他性からの取引の安全や公示の要請を理由に、法律で定められた以外の物権の種類と内容を新たに創設できないとする物権法定主義（175条）が適用される。これに対して債権は、二当事者間の履行を論ずる関係に過ぎず、また、第三者に効力は及ばないから、契約内容自由の原則が妥当し、強行法規に反しない限り自由に内容を決定できる。

物権は、権利移転や制限物権の設定時に処分権があることが必要なのに対し、債権は、他人物売買も成立するように処分権は不可欠ではないし、人的保証のように物の処分権とは無関係な契約も多い。

このように物権と債権には大きな相違点がある。

2 Bの請求とAの反論

(1) Bは、物権的請求権を根拠にAに対し甲地の明渡を請求している。直接の明文はないが、物の直接支配を本質とする物権内容の完全な実現を可能にするために物権的請求権は解釈上当然認められる。

(2) Aの地上権

地上権は「工作物又は竹木」（265条）の所有目的に限定されるため、AB間で締結された「駐車場設置」（契約書第1条）を目的とする本件地上権設定契約は、本格的なビル構造の駐車場を想定していた場合を除き、無効である（175条物権法定主義）。

よって、ABは改めて契約締結を行う必要があるのが原則である。

(3) Aの賃借権（名称の転換）

もっともいわゆる名称の転換という現象により、当初から不動産賃貸借契約であったと解釈される余地がある。法律行為制度は当事者の企図した経済的目的の達成に助力すべきものであるから、実際に使用された語句に拘泥することなく当事者の真の意図を標準に解釈すべきだからである。

3 Aの賃借権（無効行為の転換）

(1) 上記(2)のように解し常に新規の契約締結を求めることは、場合により不合理かつ不均衡な結果をもたらす。そこで、無効とされる地上権設定契約を不動産賃貸借契約に代替できないか、いわゆる無効行為の転換が問題となる。

無効行為の転換とは、無効な法律行為が他の法律行為の要件を備える場合に、後者の法律行為として効力を生ずることを認めることをいう。わが民法には秘密証書遺言から自筆証書遺言への転換を認める個別救済規定（971条）はあるものの、ドイツ民法140条のような一般的救済規定がないため問題となる。

思うに、法律行為の解釈に当たっては、個人の内心の意思を離れてその表示の有する客観的の意義を判断し、かつその判断に当たっては、信義誠実の原則に重大な役を務めさせるのが妥当である（いわゆる意思表示の客観化合理化）。そして、法律行為制度は、意思表示の内容を合理的に解釈して、行為者がその目的を達成しうるよう助力すべきものであることから、下記の要件の下で、無効行為の転換を認めることが妥当である。

すなわち、①無効行為が別の法律行為の要件を備え、②両者の法律効果が社会的経済的目的において同質であり、③利害状況に照らし、当事者がもし無効を知っていたならば別の法律行為としての効力発生を欲したであろうと認められ、④当事者の意思に反する場合でない場合に、無効行為の転換を認めるべきである。

(2) 然るに、本件では①土地賃貸借契約としての要件を備え、②地上権と不動産賃借権は継続的な土地の使用収益を社会的経済的目的とする点で同質である。上記③④に関し、貸主の使用収益債務がやや問題となるが、ほぼ不作為債務であることに加えて、土地の場合は修繕義務は例外を除き問題とならないこと。さらには③地上権より効力が弱い不動産賃借権の効力発生を当事者は欲すると認められ、④意思に反しないのが通常といえる。なお、もし月額20万円という地代金額が地上権の譲渡性や登記に着目しての金額であるならば、譲渡承諾付きや登記請求権の付与（契約書4条参照）を維持できるか否かを合わせて個別的第力的に解釈すべきである。

4 結論

よって、Aに不動産賃借権が認められ、Bの土地明渡請求を拒むことができる。

第2 設問2

1 抵当権設定契約の無効

(1) 抵当権設定者たるYに乙地の処分権が認められないため、原則として抵当権設定契約は無効である。

(2) また例外としても、不動産登記に公信力は認められず、Sの追認や、九四条二項を類推適用できる特段の事情も認められない本問において、抵当権設定契約は無効である。

2 無効行為の転換

(1) Sからの所有権の事後的取得による追完や、担保提供義務の履行としての人的保証の追加提供（137条3号参照）は別として、ここでも無効行為の転換が問題となる。

(2) 物上保証と人的保証の相違点

物上保証としての抵当権と人的保証は、債権担保という点において同一の経済的目的を有しつつ、物権と債権という視点から、以下の点で異なる。すなわち、抵当権は、i. 特定財産を対象とし、ii. 有限責任であり、iii. 優先弁済的効力を有し、iv. 債務者の行為の介在をまたずに、債権者の意思のみで物の利益を直接享受でき、競売手続に債務名義は不要である。

これに対し、人的保証は、i. 債務者の一般財産を最後の引当とし、ii. 有限性のない債務であり、iii. 破産や強制執行手続においては債権者平等の原則が妥当し、iv. 任意履行では権利の実現に債務者の行為の介在が、強制履行では債務名義が必要である。

(3) 確かに、①人的な保証の要件を備えており、②両者の社会的経済的目的も「債権担保」という点では同一である。さらに上記 iii, iv, v において抵当権の方が人的保証より効力が強いという。しかし、上記 i, ii のように物上保証人は、特定財産を対象とする有限責任であるのに対し、人的保証(446条)は保証人の一般財産を引き当てとする債務である。そういう側面では人的保証の方が抵当権より効力が大きいといえ、実質的にみて前述②の同質性要件を具備するか疑問である。特に自宅を回避し別荘を抵当に入れたケースや家屋の時価が被担保債権額より低くなりうるケースであればなおさら疑問である。この特定財産を対象とする有限責任という Y の法的利益は無視できないため、③Y として人的保証としての効力発生を欲したと言い難く、④Y の意思に反することにもなる。

3 結論

よって、無効行為の転換は認められず、X は Y に対して、保証人としての責任を追及することはできないと解する。

以上

2022年2月20日

担当：弁護士、明治大学法学部 専任講師 神田英明

予備試験答案練習会（民法・民法Ⅰ）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問 1、2 共通〕	(14)		
物権と債権の相違点		5	
無効行為の転換、法律行為の解釈		4	
無効行為の転換と無効概念		1	
無効行為の転換が認められる基準(規範定立)		4	
〔設問 1〕	(13)		
名称の転換の可能性		1	
地上権設定契約が物権法定主義により無効との指摘		1	
経済的目的が同一であるとの指摘		1	
地上権と賃借権の相違点		6	
具体的事案のあてはめ		4	
〔設問 2〕	(13)		
抵当権設定契約は非処分権無効との指摘		1	
登記の公信力の否定		1	
経済的目的が同一であるとの指摘		1	
物上保証と人的保証の相違点		6	
具体的事案のあてはめ		4	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

民法・民法Ⅰ 解説レジュメ

1. 出題趣旨

本問は、民法総則の領域から「法律行為の解釈」と「無効行為の転換」を出題し、物権の領域から債権と比較した物権の特徴を出題した。直接のテーマは無効行為の転換であるが、単なる一論点ではなく、①法律行為の解釈と②物権と債権の相違点に関する基本的な理解を問うものである。

民法の基本概念や制度の正しい理解、そして、物権および債権の根本的な差異の検討を通じて、民法の体系的理解と理論的考察の重要性を体感し、常に大きな視点から物事を論ずるという基本姿勢を修得してもらいたく出題した。

2. 設問1

(1) 問題の所在

一般に無効行為の転換といえば、要式行為の転換（例えば、虚偽出生届の養子縁組への転換など）が有名である。しかし、本問は無効行為の転換の一般的な理解、すなわち、当初の無効な法律行為が他の法律行為に代替し得る理論的根拠を問っている。ここでは法律行為の解釈ないし法律行為の制度論をめぐる基本的理解が試される。

両契約間の相違点を検討するに当たり、ただ単に表面的に両者（地上権と賃借権、抵当権と人的保証）の相違点を考察しただけでは不十分であり、物権と債権の違いという大きな視点から考えることになる。

(2) 無効行為の転換

1) 名称の転換

名称の転換とは、契約書その他で実際に使用した名称にかかわらず、両当事者が真に意図する法律概念に即して解釈する方策をいう。例えば、地上権と表示したが真の意図するところは賃借権であったという場合に、地上権設定契約ではなく賃貸借契約と捉える現象である。法律行為制度は当事者の企図した経済的目的の達成に助力すべきであるから、使用された用語に拘泥することなく当事者の意図を標準に解釈すべきである。特に、小問（一）ではこの点にも触れておくことと丁寧であろう。

2) 無効行為の転換とは、無効な法律行為が他の法律行為の要件を備える場合に、後者の法律行為として効力を生ずることを認めることをいう。わが民法には秘密証書遺言から自筆証書遺言への転換を認める個別救済規定（971条）はあるものの、ドイツ民法140条のような一般的救済規定がないため問題となる。現在の主流な学説はこれを肯定するが、その理由付けについて、法律行為の解釈の枠内で処理できるとするのか、それとも解釈を超えた特別の制度として肯定するのかについて、争われている。

3) 学説と判例

① かつては、固有の場面における無効行為の転換を否定する見解（岡松、鳩山、曄道）が通説であった。個人意思絶対の理論に立ち、当事者に甲が無効であれば乙の法律行為の効果を欲するという具体的な意思がない限り、否定する立場である。

② その後、固有の場面における無効行為の転換を法律行為の解釈として肯定する見解（我妻、末弘、幾代、星野、四宮ほか通説）が登場し現在に至っている。

例えば、妥当規律主義の立場に立つ我妻博士は「法律行為の内容を確定する（法律行為の解釈）に当たっては、個人の内心の意思を離れてその表示の有する客観的の意義を判断し、かつその判断に当たっては、条理に重大な役を務めさせなければならない（意思表示の客観化・合理化）」（我妻・民則238頁）とした上で、無効行為の転換を「一部無効の特殊な態様」と把握し、「法律行為制度は、意思表示の内容を合理的に解釈して、行為者がその目的を達成しうるように助力すべきものであることからみれば、当事者の企図した無効な効果と、転換によって認められる効果とが、結局において社会的

目的を同じくし、当事者は、前者が無効なときは、後者としての効力を生ずることを欲するであろうと認められるときは、広く転換を成立させるべきである（ド民一四〇条参照）」（同 391-2 頁）とされる。

③ これに対し、無効行為の転換を法律行為の解釈を超えた固有の制度として肯定する見解（田島、舟橋、柚木、山本進一ほか）もある。

④ 判例の立場は明らかではないが、全体的にみれば消極的な立場に立っていると評価してよい。

4] 無効行為の転換と無効概念との関係

無効とは、伝統的理解に従って整理すれば、①最初から、②当然に、③全部が、④だれからでも、⑤だれに対しても、⑥いつまでも、⑦確定的に、法律行為ないし意思表示の効力が否定されるものである（樺『民法総則講義』102 頁）。

ア 立法当初：行為の「絶対的な無ないし不存在」とみる立場

法律の概念世界に、自然科学的思考を取り入れ、無効の「無＝ゼロ性」を徹底する立場である。存在しないものを他のものに代えられない（あるいは、あたかも死者を蘇生することは不可能）と考えるため上記①説の説明以外に転換現象を肯定することは困難となる。また、無効の内容を一義的に捉えるため、無効に関する明文規定を不要とする。例えば、119 条（本文とただし書き）が無効行為の追認を否定し新たな法律行為をする効果意思の擬制にとどめているのはその現れである（なお、94 条 2 項や旧 95 条ただし書きは、無効の対相手方や主張を制限するが、これは明文で認めた変則的な例外とみなされることになる）。

イ 明治末期以降：不成立概念と無効概念の峻別

その後、川名博士、鳩山博士などにより、成立要件と有効要件とが明確に区別されるに至る。これは「行為」自体は存在し、その「効果」の発生に対して無力なものと法的評価したものが無効であるとみる立場であり、現在の通説である。

5] 無効行為の転換の要件

無効行為の転換が認められる要件として、

①無効行為が別の法律行為の要件を備えていること、

②両者の法律効果が社会的経済的目的において同質であること、

③利害状況に照らし、当事者がもし無効を知っていたならば別の法律行為としての効力発生を欲したであろうと認められること、

④当事者の意思に反する場合でないこと

（※⑤要式行為への転換の場合は、要式性を要求した法の趣旨に反しないこと）、
が一般的に挙げられる。

本問では一般抽象的に（特に上記①②要件）、及び、個別具体的に（特に上記③④要件）検討した上で、当てはめることが必要となる。

（3）物権と債権との相違点

第一に、物権は、特定の物を直接支配できる権利（対物権・支配権）であるのに対し、債権は、特定人（債務者）に対して一定の行為（給付）を請求できる権利（対人権・請求権）である。

第二に、物権は、封建的権利関係への逆行の阻止、及び、物権の排他性からの取引の安全や公示の要請を理由に、法律で定められた以外の物権の種類と内容を新たに創設できないとする物権法定主義（175 条）が適用されるのに対し、債権は、二当事者間の履行を論ずる関係に過ぎず、また、第三者に効力は及ばないから、契約内容自由の原則が妥当する。

第三に、物権は、「権利、物」の世界、つまり、「人、義務、債務」とは無関係な世界であり、債務者の行為の介在をまたずに物権者の意思のみで物の利益を直接享受できるのに対し、債権は「人、債務」の世界であり、債務者の意思に基づく行為の介在をまって権利内容を実現できるものである。

第四に、物権は、権利移転や設定者に処分権があることが必要なのに対し、債権は、他人物売買も成立するように処分権は不可欠ではないし、人的保証のように物の処分権とは無関係な契約も多い。このような物権と債権には大きな相違点がある。

(4) 地上権と賃借権との相違点

元来、両者は法律形式上は物権と債権という全く異なる性質の権利であるから大差が生じるところ、特に下記(ア)にみるように不動産賃借権の物権化という現象により両者の相違は小さい。

(ア) 不動産賃借権は、①対抗力(民法605条、借地借家法10条)、②譲渡性(建物買取請求権(借地借家法14条)、信頼関係破壊の法理、承諾に代わる許可の裁判申立権(借地借家法19条))、③永続性(借地借家法3、6条)、④妨害排除請求(不動産賃借人による妨害停止請求等605条の4)などにおいて物権類似の強力な効力が与えられており、地上権との相違は小さい。このような現象を「不動産賃借権の物権化」という。(※もっとも本問は、駐車場利用目的の借地であるため、「建物の所有を目的とする借地権」を保護対象とする借地借家法の適用がない点に注意すべきである。)

(イ) ただし、上記のことはあくまで「物権化」現象であって、「物権そのもの」ではないことに留意すべきである。地上権と異なり物権の本質たる直接支配性は認められない。また、賃借人に対して使用収益請求権(具体的には引渡請求、妨害者などを除去すべきとの請求、修繕請求などの形で顕現する)を行使できる点でも根本的に異なる。

(ウ) また、地上権は物権であるから物権法定主義(175条)の制約を受けるのに対し、賃借権は債権であるから借地借家法の一方的強行法規制のない範囲において契約自由の原則が適用される(例えば土地賃貸借契約における増改築制限特約など。だからこそ借地借家法17条のような規定が存在するのである)。

また、地上権は2年以上の地代滞納の場合でなければ消滅請求されないが(276、266条)、賃借権はあくまで基調としては債務不履行に基づく契約解除法理に服するなど個々の差異もある。

(5) あてはめ

さて、無効行為の転換の考察において、大から小への方向の「転換」は、個別条項の合理的改造の問題を除いて、さほど問題ないとされている。しかし、小から大への方向への「転換」は極めて困難である。本問では上記(イ)の使用収益請求権がやや問題となるが、賃借人の使用収益させる債務は通常は不作為の形態をとること、また、土地の貸借であることから修繕義務はほとんど問題とならないことに鑑みれば、一般的には問題ないともいえよう。

結論として、個別具体的な前述③④要件の当てはめを特に注意すれば足りよう。その際は、譲渡性や対抗力のある地上権だからこそその地代金額なのか、本問では譲渡性について事前の承諾付きの賃貸借契約として認めることができるか、契約書第4条が登記請求権特約として維持されるかなどの考察も重視されよう。

3. 設問2

(1) 問題の所在、(2) 無効行為の転換、(3) 物権と債権との相違点

これらについては設問1にて既に触れた。

(4) 抵当権と人的保証との相違点

物上保証としての抵当権と人的保証は、債権担保という点において同一の経済的目的を有しつつ、物権と債権という視点から、以下の点で異なる。すなわち、
抵当権は、

- i. 特定財産を対象とし、
- ii. 有限責任であり、
- iii. 優先弁済的効力を有し、
- iv. 債務者の行為の介在をまたずに債権者の意思のみで物の利益を直接享受でき、競売手続に債務

名義は不要で、
v. 当該物件の転売は若干困難である（追及効あり。抵当権消滅請求 379 条などの手続あり）。

これに対し、人的保証は、

- i. 債務者の一般財産を最後の引当とし、
- ii. 有限性のない債務であり、
- iii. 破産や強制執行手続においては債権者平等の原則が妥当し、
- iv. 任意履行では権利の実現に債務者の行為の介在が、強制履行では債務名義が必要で、
- v. 一般財産の転売は一般的に容易である（責任財産から脱却。詐害行為でない限り取消も不可）。

※なお、催告・検索の抗弁権の有無は、単に人的保証の内部相互間の差異に過ぎず、物上保証との対比で問われている本問において指摘するのは悪印象となる点に注意して欲しい。

（５）あてはめ

①人的な保証の要件を備えており、②両者の社会的経済的目的も「債権担保」という点では同一である。さらに上記 iii, iv, v において抵当権の方が人的保証より効力が強いといえる点では無効行為の転換を認められそうにもみえる。しかし、上記 i, ii の点では人的保証の方が抵当権より効力が大きく、実質的にみて前述②要件（＝同質性）を具備するか否に大きな疑問が生ずる。特に自宅を回避し別荘を抵当に入れたケースや家屋の時価が被担保債権額より低くなりうるケースであればなおさらである。当該不動産に限定される有限責任のメリットは無視できない。前述③④要件の検討と当てはめについて慎重な処理が必要となる。

参考文献

- ・山本進一『無効行為転換の理論』（信山社、平7）ほか。

以 上

2022年2月20日

担当：弁護士、明治大学法学部 専任講師 神田英明