HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	保留地予定地を引当とする債権保全策：保留地と法定地上権の見地から
Author(s)	塩田, 哲英
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 4, 139-166
Issue Date	1997-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22284
Type	departmental bulletin paper
File Information	4_P139-166.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

保留地予定地を引当とする債権保全策

――保留地と法定地上権の見地から――

塩田哲英（しおたてつひで）

目　次

第一章　はじめに …… 141
第一節　本稿の目的と叙述の順序・要旨 …… 141
第二節　問題の背景―土地区画整理事業と金融の必要性 …… 142
第二章　売買契約，抵当権設定契約の目的とその有効性 …… 142
第一節　問題の所在 …… 142
第二節　保留地予定地の客体性 …… 143
第三節　契約の目的 …… 143
第一款　売買契約の目的 …… 143
(1)　他人の権利 …… 143
(2)　将来の権利 …… 144
(3)　将来の権利の処分 …… 144
(4)　将来の権利の帰属 …… 144
(5)　将来の権利の対抗要件と保留地台帳 …… 145
第二款　保留地買受人による売買契約 …… 146
(1)　売買契約の目的 …… 146
(2)　所有権移転請求権と買主たる地位 …… 147
(3)　債務者対抗要件（通知，承諾） …… 148
(4)　第三者対抗要件（確定日付） …… 149
第三款　抵当権設定契約 …… 150
(1)　将来の抵当権 …… 150
(2)　将来の抵当権の帰属 …… 150
(3)　判例・実務 …… 150
(4)　対抗要件 …… 151
第四節　保留地買受人の土地利用権 …… 151
第三章　実務の対応 …… 153
第一節　問題の所在 …… 153
第二節　代理受領方式 …… 153

第三節　譲渡担保方式 …… 153
第四章　保留地（予定地）上の法定地上権の成否 …… 154
第一節　問題の所在 …… 154
第二節　施行者管理権と法定地上権 …… 154
(1)　施行者の土地利用権 …… 154
(2)　民法388条の同一所有者要件 …… 155
第三節　「占有する権利」と法定地上権 …… 156
第四節　学説の検討 …… 160
第五章　名古屋高判平7・5・30判時1544・66の検討 …… 161
第六章　おわりに …… 163

第一章　はじめに

第一節　本稿の目的と叙述の順序・要旨

土地区画整理事業施行地区内の保留地は，換地処分によってはじめて施行者が原始取得する。ところが，換地処分前の保留地予定地の段階で，これに着目した担保をとる必要が生じる場合がある。施行者は保留地予定地の段階での処分によって，その処分代金により工事費を調達するが，買受人はその取得資金を他から借り入れるからである。買受人への融資にあたって，所有権発生前の保留地予定地の段階でこれに着目し担保とすることは可能か，これが本稿のテーマである。

第一に，換地処分前の抵当権設定契約の有効性を検討し，これを肯定する。もちろん，換地処分前には保留地所有権は存せず，従って，所有権保存登記も抵当権設定登記もできないから，直ちに抵当権による優先弁済的効力を期待できるわけではない。しかし，少なくとも換地処分後，抵当権設定契約・登記に抵当権設定者が協力しなくても，仮登記仮処分命令や抵当権設定登記手続の判決が可能となるという実益がある。最低限の債権保全策といえるのである（第二章第三節第三款）。

第二に，実務で採用されている代理受領方式と譲渡担保方式とを検討する。登記済証の代理受領方式はそれ単独では優れた債権保全策とはなり得ない。第三者の差押え等に対応できないからである。しかし，第三者出現を可及的に防止し抵当権設定登記を可能にするという点，即ち換地処分前の抵当権設定契約を実効あらしめる点では有益な方法である。これに対して所有権移転請求権等の譲渡担保方式は，事務コストはかかるが積極的な債権保全策である。所有権移転請求権という債権を譲渡担保にとることにより，間接的に所有権という物権を譲渡担保にとるものといってよい。施行者自身が二重譲渡等をしない限り，十分効果を発揮するものである（第三章）。

第三に，保留地予定地上の建物を抵当権にとることにより，その抵当権の効力として敷地利用権をも把握できないか，すなわち抵当権実行後の敷地利用権として法定地上権の成否を検討する。本稿のメインテーマである。建物抵当権設定時には厳格な意味では民法388条の同一所有者要件は充たされていない。しかし，少なくともその後換地処分に至れば，遡って同一所有者要件を充たしたと評価してよいように思われる。保留地予定地上に保留地買受人が建物を建てる場合には従前の土地の所有者から土地利用権を得ることはなく，自己借地権否定の下での建物存続保護という法定地上権の制度趣旨がまさに当てはまるからである。そこでは，換地処分前の同一所有者要件を充たすに至る過渡的段階における競落の場合をいかに法律構成するかが最も大きな課題である。ここでいう過渡的段階は二つに分けて考える必要がある。一つは，所有権自体の生成過程であり，一つは物権変動の過程である。前者は施行者管理権に基づく使用収益権と法定地上権の問題であり，施行者自身がその所有の建物に抵当権を設定しそれが実行された場合に法定地上権が成立するかという問題である。後者は所有権移転前の買主の「占有する権利」と法定地上権の問題であり，土地売買契約をしたが買主への所有権移転前に買主がその所有建物に抵当権を設定しそれが実行された場合に法定地上権成立するかという問題である。いずれの過渡的段階についても，建物買受人の敷地利用権を従来の民法388条の効果―法定地上権(物権)の成立―から脱却し，地上権設定請求権（債権）というものを観念することにより説明した。これは，従来の考え方にはないものであるが，かかる技巧的解釈を基礎付ける合理的理由が備わっているように思われる（第四章）。

以上三点を明らかにすることが本稿の目的である。しかしこれらの三点を明らかにするためには，前提として大きな問題を三点片づける必要があった。第一点は，抵当権設定契約の有効性の前提問題となる，施行者と買受人との間の売買契約の目的及びその有効性である。これについて，端的に将来の所有権を目的とするものとして有効と解した(第二章第三節第一款)。第二点は，譲渡担保方式の前提問題となる，保留地買受人と転買人との

間の売買契約の目的である。これを買主たる契約上の地位または所有権移転請求権と解した（第二章第三節第二款）。第三点は，法定地上権の前提問題となる，買受人の保留地予定地の使用収益権の根拠である。多くの見解が保留地（予定地）の売買契約とは別個に契約の目的として使用収益権を挙げているのに対して，本稿では通常の売買における所有権移転前の買主の「占有する権利」と同種の権利と解した。即ち，買主たる地位または所有権移転請求権をその根拠と解したのである（第二章第四節）。

土地区画整理事業施行地区における保留地についての研究は今まで十分なされてきたとはいえない。その中で本稿は，売買の目的を端的に将来の所有権とすることからはじまり，そこから派生する種々の問題を解決することを余儀なくされた。従って，本稿はテーマを債権保全策としているものの，保留地売買についての基本的な法律問題を解明するものといってよいと思われる。

第二節　問題の背景—土地区画整理事業と金融の必要性

保留地とは，施行者が個人または組合である場合には，事業費用にあてるため，または規約や定款で定める目的のために，また，施行者が行政庁，公共団体または公団である場合には，事業費用にあてるため，一定の要件のもとに，一定の土地を何びとに対しても換地として指定せずに，保留地として指定することができるという規定（土地区画整理法96条1項2項）により指定される土地のことをいう(1)。そしてこの土地区画整理事業における保留地の所有権は，換地処分の公告の翌日において施行者が原始的に取得する(2)（土地区画整理法104条11項）。

施行者による保留地の処分について，土地区画整理法は換地処分後について規定するのみである（108条）が，現実には，換地処分前の保留地予定地（「保留地たるべく予定された土地」(3)）の段階で施行者がこれを処分することにより，工事費等の施行費用に当てられている。そして「ほとんどの場合，仮換地がそのまま換地として指定される」(4)ので，保留地予定地はそのまま保留地となるのが通常であり，保留地買受人も自己所有の意思で保留地予定地を使用収益しているのである（従って，保留地というか保留地予定地というかは，通常物理的に同一の土地であるため単に時間的な差異に止まる）。

このような換地処分前の保留地予定地に着目し施行者からかかる土地を譲受けるにあたって，金融機関が買受人にその取得資金を融資することがある。この場合，かかる貸金債権を保全するため担保が必要となる。換地処分前には，「保留地」自体は存在せず，施行者に所有権がない（したがって，当然承継取得した保留地買受人にも所有権がない）にもかかわらず，「保留地予定地」を債権の引当（担保）となしうるか。土地区画整理事業の円滑な遂行のため①施行者の事業費調達，②買受希望者の買受資金調達，③金融機関の与信における債権保全(5)の点から債権保全の必要性が強く求められているのである。

第二章　売買契約，抵当権設定契約の目的とその有効性

第一節　問題の所在

実務上採用されている債権保全策としては代理受領方式（保留地買受人が施行者に対して引渡請求権を有する保留地の登記済証の債権者への直接の受領を約束する方式）や譲渡担保方式（代表的なのは保留地買受人が施行者に対して有する①所有権移転請求権，②使用収益権，③売買契約解除時の売買代金返還請求権を譲渡担保にとる方式）があるが，これらとともに将来の抵当権設定契約も同時に行われているのが通常である。

そこで，換地処分前の保留地買受人（抵当権設定者）と抵当権者との保留地（予定地）を目的とする抵当権設定契約が物権変動を生じさせる契約として有効か否かが問題となる。そして，抵当権設定契約の有効性を論じる前提として，施行者と保留地買受人間の保留地（予定地）の売買契約の有効性が問題となる。

そして財産権の移転が売買契約当時客観的に不能であるときは売買は無効であり，物権の客体性が否定されればそこに物権は存在せず，物権変動を生じさせる契約として無効となるのが通常であるから，まず保留地予定地の客体性が問題となる。もっとも，物権の客体の存在は処分行為の有効要件ではなく効果帰属要件にすぎない(6)。よって将来の権利を目的とする処分行為とする余地があるから，客体性を否定しても，論理必然に物権変動を生じさせる契約として無効となるわけではない。本稿では，結論として客体性を肯定しつつも，契約の目的を将来の所有権と捉えている。

以下，保留地予定地の客体性(第二節)，売買契約の目的及びその有効性(第三節第一款)，抵当権設定契約の目的その有効性（第三節第三款）について論じる。そして，実務で採用されている債権保全方式である譲渡担保方式（第三章第三節で論じる）と関連する保留地買受人と転買人との間の売買契約（第三節第二款），また法定地上権（第四章で論じる）と関連する保留地買受人の土地利用権（第四節）についても，便宜上ここで検討する。いずれも，従来の見解は，契約の目的の捉え方に問題があり，検討の余地があると思われるからである。

第二節　保留地予定地の客体性

まず，保留地予定地の土地所有権の客体性につき，代表的な土地区画整理法に関する体系書のなかで，「物理的には明白に『土地』が存在するが，法律的にはその『土地』を所有権の客体と認めうるかについて問題がある」という指摘がある(7)。

ここで「物理的」「法律的」という意味が必ずしも明らかでないが，物権の客体性については肯定すべきである。仮換地指定処分後，換地処分前の土地区画整理事業施行地区においては，物理上同一の土地が二つの側面を有しており，一方においては従前の土地であり，他方においては仮換地または保留地予定地である。物理的には全く同一の土地なのであるから，それが保留地予定地として売買されたか，従前の土地として売買（従前の土地の処分は有効である―最判昭34・7・2民集13・7・875）されたかにより，物権の客体性の判断に違いを設けるべきでないからである。

ただ，保留地予定地は，通常，従前の一筆の土地の一部の集合である。しかし，判例は一筆の土地の一部を物権の客体として肯定する(8)ため，この点は何ら支障とならない。

物は権利の客体であって，権利そのものとは異なるはずであるが，物とその物に対する所有権の同一視が極めて顕著である(9)ため，客体性に問題があるとの指摘がなされたものと思われる。次に述べるように，客体ではなく所有権自体に問題があるというべきである。

第三節　契約の目的

第一款　売買契約の目的

(1)　他人の権利

客体性を肯定するとして，保留地（又は保留地予定地）に着目した売買契約や抵当権設定契約の目的は何か。まず，施行者と保留地買受人との間の売買契約の目的を中心に検討する(10)。

保留地予定地の所有権の客体性を肯定したからといって，論理必然に他人の権利の売買(民法560条)，すなわち売買契約の目的が保留地予定地と物理的同一性を有する現に存在する従前の土地の所有権となるわけではない。

なぜなら，ここで売買契約の目的を他人の権利(所有権)としてしまうと，この所有権自体は，土地区画整理法104条1項2項に基づき換地処分により「従前の宅地又はその部分について存した権利関係が，すべてその同一性を保持して換地又はその部分に移行」(11)する結果，契約当事者たる施行者及び保留地買受人が物理的に着目した土地の所有権を取得できなくなるからである。すなわち，土地区画整理事業は，単に権利の目的物だけを変更することを主眼とし，所有権等権利の目的物を公権的に変更(12)するものであるから，所有権の客体が物理的に別の土地（換地）に移行し，物（客体）と所有権（物権）の関係が明確に切断されているのである(13)(14)。また，施行者が，従前の土地

所有者から従前の土地の所有権（したがって換地の所有権）を取得することは通常考えられないし，そのようなことをしても施行事業費を調達，捻出できるわけではない。

よって「他人所有地の売買と同様の譲渡」[15]と考えるべきではない。次に述べるように将来の権利が売買契約の目的と解すべきである。もっとも，将来の権利と他人の権利とでは，処分者に処分権限がなく効果帰属要件を充たさない点では共通である[16]から，かような意味であれば「同様の譲渡」といって，差し支えなかろう。

(2) 将来の権利

では，当事者が着目した土地所有権，すなわち売買契約の目的は一体何か。(仮)換地には，これに照応すべき従前の土地があるはずであるが，保留地（予定地）については，「同一性を維持しながら移行」[17]してくる従前の土地の所有権が存在しない。

ある部屋の一室を土地区画整理事業施行地区とし，そこにある畳を所有権，その床を客体たる土地に例えると，換地処分前の物権の客体たる床は従前の土地上の所有権である京間の畳で敷き詰められていたのが，換地処分によりその京間の畳（従前の土地の所有権）が同一性を維持して圧縮された江戸間の畳（従前の土地所有権と同一性を有する換地の所有権）に入れ替えられる。その結果，所有権の畳と客体たる床の間に隙間が生じる。この隙間を敷き詰めるのに必要な新たな畳が保留地の所有権である。そしてその新たな畳（保留地）である所有権の帰属を施行者に与えたのが，土地区画整理法104条11項である。前述したように所有権の客体は現に存在し，客体たる土地（具体例の床自体）に隙間が生じるのではない。

そこで当事者は，換地処分後の保留地（隙間を敷き詰めるのに必要な新たな畳）に着目しているから，売買契約の目的は，換地処分を条件[18]とする将来の土地の所有権と考えるべきである。将来の権利を現在において処分するわけである。

下級裁判所の裁判例も保留地の売買契約の目的を将来の権利と解したものがある。大阪地判昭36・6・28判時272・27は「将来の所有権の債権的売買」とし，大阪高判昭45・8・6高民集23・3・482も将来の「条件付所有権の移転とこれに伴う使用収益権の移転を〔売買契約の〕目的」としているのである。この点，その目的が現在の権利である仮換地の売買とは，異なるのである。

(3) 将来の権利の処分

将来の権利（所有権）を目的とする処分行為は一定の要件のもとで有効というべきである。すでに成立について法律上の原因が存する場合に限らず，事実上の根拠が存する限り，取引上実際的な必要が認められるからである。実際的な必要性，目的の抽象的な確定性，可能性，適法性の要件を充たせば将来の権利の処分行為も有効というべきである[19]。換地処分前における保留地の所有権の処分は，工事費調達の必要性があり，現地における目的の確定が可能であり，また換地処分により権利(所有権)の発生の可能性が認められる。よって，将来の権利である保留地の所有権の処分も許されると考える。

以上のように，保留地の所有権という将来の権利を売買契約の目的と考える以上，「保留地予定地」の売買契約というよりも，「保留地」の（所有権の）売買契約という方がむしろ適切であろう。とはいうものの，本稿でも便宜上換地処分前における保留地（の所有権）の売買契約を，しばしば保留地予定地の売買契約と称したり，換地処分前における将来の保留地所有権の客体自体を保留地予定地と称している。

(4) 将来の権利の帰属

保留地所有権は，換地処分後，一旦，施行者に帰属するが（土地区画整理法104条11項），他人の権利の売買の場合に「売買ノ目的タル第三者所有ノ特定物ノ所有権ガ売主ニ帰属スルニ至リタルトキハ，売買ノ効力ハ直チニ実現シ，其物ノ所有権ハ何ラノ意思表示ヲ為スコトナク当然直チニ買主ニ移転」（大判大8・7・5民録25・1258，同旨最判昭40・11・19民集19・8・2003）するのと同様に，売主（施行者）が一旦目的物の所有権を取得すると同時に右所有権は買主（保留地買受人）

に移転すると解すべきである。売主に処分権なく効果帰属要件を充たさないことにおいては，将来の権利の処分も，他人の権利の非権利者による処分も同じだからである(20)。

この点，保留地買受人が所有権を原始的に取得するという見解(21)があるが「誤り」(22)であろう。大阪高判昭45・8・6高民集23・3・482も「換地処分の公告があればその翌日に生じた所有権は特段の意思表示をまたずに組合から」保留地買受人に移転するとしている。また，名古屋高判平7・5・30判時1544・70（第五章参照）も，「換地処分により整理組合が所有権を取得すると同時にその所有権はM〔保留地買受人からの転買人〕に移転」するとしている。

(5) 将来の権利の対抗要件と保留地台帳

売買契約の目的について「条件付所有権の移転とこれに伴う使用収益権の移転を目的」とし将来の所有権を目的と解しつつ，「その前身的な顕現である使用収益権に着目し」，その対抗要件を「明認方法と同様のもの」として「引渡ないし占有」をもって原則とし，例外的に「慣行的に簿書の記入が使用収益権の公示方法とされているときはこれをもって対抗要件」とする裁判例(大阪高判昭45・8・6高民集23・3・482）がある。

この裁判例については次の二通りの理解が可能であろう。一つは将来の所有権につき，売主たる施行者の下で，引渡，占有または簿書（保留地台帳）の備置による公示（対抗要件具備）がなされ，その公示（対抗要件具備）が保留地買受人（またはその転買人）に移転するという理解である。しかし，土地区画整理法100条の2は，仮換地指定処分があれば当然施行者が管理権を取得するとしており，かかる管理権の対抗要件については何等要求していない。そして，かかる施行者管理権の及ぶ土地と物理的に同一の土地が，将来保留地となるのである。よって，施行者が取得する将来の所有権についても，土地区画整理法は何等特別の対抗要件を要求していないと解するのが妥当である。一般法たる民法，不動産登記法にも将来の所有権を公示する方法は規定されていない。従って，売主たる施行者の下で対抗要件を具備するという理解は妥当でなかろう。

次に，将来の所有権につき買主たる保留地買受人の下ではじめて引渡，占有または簿書（保留地台帳）の記載による対抗要件具備が可能となるという理解である。施行者のもとでの対抗要件を法は要求していないという前記の考え方を前提に，保留地買受人のもとでの対抗要件を法は予定していないにとどまるから，解釈上保留地買受人のもとでの対抗要件を考えるのである。しかし，この理解は，保留地所有権が一旦売主たる施行者のもとに帰属することと矛盾する。即ち，一旦売主たる施行者に保留地所有権が帰属する以上，保留地買受人の権利は所有権取得を目的とする施行者に対する債権，即ち所有権移転請求権(23)にすぎないはずである。保留地買受人のもとで将来の所有権それ自体の公示を認めるならば，保留地買受人が所有権を原始取得するというのが論理的であろう。判決のように所有権を「原始的に組合が取得」(24)するとしつつ，将来の所有権の対抗要件を保留地買受人の下で認めるというのは論理矛盾である。よってかかる理解も妥当でなかろう。

従って，将来の所有権の公示（対抗要件）を認めるという考え方はいずれも妥当でない。

そして，保留地買受人が施行者に対して有する権利は所有権の移転を目的とする債権（所有権移転請求権）にすぎないから，債権としての対抗要件を検討すべきである。では，第三者対抗要件として本判決がいうような引渡，占有または簿書の記載を考えうるであろうか。第二款(3)(4)で，所有権移転請求権の対抗要件について検討するが，本判決に関係する範囲でここで検討を加えておく。

債権の譲受人出現前の債権者（譲渡人）の下で，対抗要件具備を認めること自体は何等差し支えない。借地借家法10条（建物保護法1条）は二当事者間の段階での対抗要件具備を認めるものであるし，「二号仮登記なるものは，厳密にいえば「債権」を公示することを認めているのである」(25)から，対抗要件具備のためには債権の譲受人の存在を必ずしも必要としない。ただこれらと同視しうるか

は以下に述べるように疑問であろう。

まず，引渡，占有についてであるが，これをもって民法467条1項の通知，承諾に代替させることはできないであろう。土地の占有状態の調査はときとして困難であるにもかかわらず，債権者たる保留地買受人の転売により，債務者たる施行者が債権者特定の負担をすることになるからである。また，民法467条1項は債権譲渡により不利益を受ける債権の譲渡人による対抗要件具備を要求しているはずである。引渡や占有は，ときには譲渡人の関与のないこともあり，かかる対抗要件取得を認めるわけにはいかない。借地借家法10条の対抗要件も，少なくとも建物登記については譲渡人の関与が必要なのである。よって，引渡・占有を対抗要件として認めるわけにはいかない。

では簿書の記載をもって第三者対抗要件となし得るか。つまり，簿書の記載をもって二号仮登記の機能を認め得るかである。簿書の記載は通常譲渡人，譲受人の共同申請でなされる（土地区画整理法85条参照(26)）から，民法467条1項の通知，承諾はあったと評価することとして差し支えない。しかし，第三者対抗要件たる確定日付があるとの評価は困難であろう。土地区画整理事業の施行者といっても，公共団体，行政庁，公団，組合，個人と様々である。債務者(施行者)，債権の譲渡人，第二譲受人の三者の通謀による日付遡及の防止の機能を，これらの主体の相違を無視して与えうることにはできない(27)。仮登記については日付遡及の余地はないが，これと同様の取扱いはできない。

以上より，占有・引渡に通知・承諾という債務者対抗要件としての機能を認めることはできないが，簿書（保留地台帳）にはそれを認めることは可能である。しかし，簿書に確定日付と同様の効力を認めることはできないであろう。

前記大阪高判昭45・8・6は，占有を取得した者(第一譲受人)と，簿書の記載を具備した者(第二譲受人）との間の紛争で，前者を後者に勝たせているが，結論としても不当であろう。ただ占有取得をもって，民法467条の債務者への通知，承諾と同視できるような事情があれば別であるが，本判決にはそのような事実は認められない。第一審の大阪地判昭42・12・19判タ219・106の結論（簿書の記載ある者を優先）が妥当である。

以上のように保留地買受人の権利を所有権移転請求権という債権と解すると，施行者自身による二重譲渡には対応できないかもしれない。しかし，公刊された裁判例には保留地買受人による二重譲渡の事案はあっても，施行者による二重譲渡の事案は見当たらない(28)。よって，債権としての対抗要件を検討するだけでも実質的不都合はなかろう。

第二款　保留地買受人による売買契約

(1)　売買契約の目的

施行者からの直接の保留地買受人が，それを転売するときの契約の目的は何か。実務で債権保全方法として採用されている譲渡担保方式（保留地買受人の有する権利—所有権移転請求権等—を譲渡担保として取得することにより債権保全を図る方法）の担保の目的とも関連するが，ここで検討をしておく。譲渡担保方式の問題は，保留地買受人と転買人との間の売買契約の目的をどう考えるかに尽きるのである。

売主（買受人）と転買人間の売買契約の目的としては，さしあたり，①将来の所有権それ自体，②売主が施行者に対して有している所有権移転請求権(債権)，③売主が施行者に対して有している買主たる契約上の地位(29)，の三つが考えられるが，まずは，上記②または③と考えるべきであろう。

もちろん，ここでも売買の目的を上記①と考えることは可能であろう。この場合，契約の目的が将来の権利であること，その将来の権利は転売契約の売主（保留地買受人）のもとで発生するのではなく他人（原売買契約の売主）である施行者のもとで発生することから他人の権利の売買であること，の二点において転売契約の売主たる保留地買受人に契約当時処分権がなく，そのため直ちに効果帰属しないだけである。

しかし，「一般に契約当事者は特段の事情がない

限り効力を生じ得ないことを目的とする合意や無効の合意をする意思はないと解すべきであるから，たとえ，当該土地（原文では「農地」一筆者注）自体の売買であるような表現が取られていても，特に他人の物の売買である趣旨が明確にされている場合その他特段の事情が存する場合を除いては，土地（原文では「農地」一筆者注）自体の売買ではなく買主たる地位の売買であると解するのが相当である」(浦和地判昭47・4・11判時724・75)。よって，保留地（予定地）に着目した売買契約の目的は，当事者の契約の意思解釈として，所有権移転請求権または買主たる契約上の地位と解すべきである。実質的にみても，対抗要件具備の方法がない将来の所有権とするより，債権としての対抗要件ではあるが，一応その具備が可能な所有権移転請求権や契約上の地位の移転と解する方が，転買人の利益や一般取引の安全に資する。

東京地判昭54・9・18判時956・83は，保留地買受人と転買人との間の売買契約の目的を「停止条件付売買契約に基づく買主としての地位を譲受けた〔ものであって〕，本換地処分を条件とする停止条件付所有権移転請求権を取得」するとしており，まさに買主たる地位をその目的としている。また，名古屋高判平7・5・30判時1544・70も，「換地処分により整理組合が所有権を取得すると同時にその所有権はM〔保留地買受人からの転買人〕に移転」するとしており，保留地買受人を所有権移転から除外していることから，買主たる地位の移転または所有権移転請求権を売買の目的としているものと理解される。ただ，大阪地判昭42・12・19判タ219・109の控訴審たる大阪高判昭45・8・6高民集23・3・482は，「転買人は……前同様の権利〔条件付所有権とこれに伴う使用収益権〕を取得する」とし，「所有権は特段の意思表示をまたず組合から中間取得者経て最終取得者に順次移転」するとしている。保留地買受人と転買人との間の売買契約の目的を所有権移転請求権や契約上の地位ではなく将来の所有権と解しているが，前記理由から妥当ではあるまい。

(2) 所有権移転請求権と買主たる地位

では，売買契約の目的は所有権移転請求権（上記②），買主たる契約上の地位（上記③）のいずれと解すべきか。この二つの大きな差異は，債務を伴う契約上の地位の移転の場合，債務者たる立場に止まらず債権者としての立場にもある原契約の売主の意思的関与が必要な点である（最判昭30・9・29民集9・10・1472)。単に観念の表示たる通知，承諾（民法467条）では足らないのである。

しかし通常の実務でなされている保留地の処分の場合には，保留地買受人は引渡と同時に売買代金を全額支払っていると思われる。このように買主の義務が消滅しているような場合には，買主たる地位の移転に売主の意思的関与は不要であり，単に民法467条の通知承諾があれば足りると解すべきであろう。債権者としての売主の利益を何ら害しないからである。代金支払済みの農地の買主が，契約上の地位を移転した千葉地判昭47・3・8判時670・79も，債権譲渡に準じた通知・承諾があれば足りるとしており，商品の買主たる地位を移転した東京地判昭36・7・14判時271・19も，代金全額支払済みの場合には売主の承諾不要としているのである。

したがって，代金完済の場合は保留地の所有権移転請求権が売買の目的であるというか，買主たる契約上の地位が売買の目的であるというかはあまり重要ではなかろう。よって債務者（売主）たる施行者への解除権，取消権等を転売当事者が，どちらに帰属させる意思であったかにより決すれば足りるであろう。これに対し，代金未済の場合は，その代金債務をいずれの者が負担するかで決することとなろう。

ただ，土地区画整理事業の場合には留意すべき点が一点ある。それは，保留地買受人による保留地（予定地）の処分行為について，施行者の承認を要する旨の組合規約，施行規程または具体的売買契約証書における約定があるのが通常であることである。しかし，かかる意思的関与は民法466条2項の当事者の意思による譲渡制限に類似するものであり，契約上の地位の移転の場合の相手方の

意思的関与や民法467条1項の通知・承諾とは別のものと解すべきであろう。かかる承認がないとして施行者との間で裁判上紛争になったケースや，施行者が承認を拒否して裁判上紛争になったケースも見当たらない。そこでかかる承認の法的性格には触れないこととし，譲渡は当事者間のみで有効となることを前提に論じることとする。

(3) 債務者対抗要件（通知，承諾）

第一款(5)で検討したように，将来の所有権自体の対抗要件は認められないが，施行者が備える簿書には，民法467条1項の「承諾」の効果は認められるであろう。保留地買受人による二重譲渡の事案につき「組合の簿書の記載をもって権利変動の対抗要件とするのが最も妥当と解する」という裁判例（大阪地判昭42・12・19判タ219・106）は，かような民法467条1項の対抗要件として保留地台帳（簿書）を肯定したと理解する余地がある。

即ち，この判決は売買の目的を使用収益権と解しているのであるが，卑見によれば換地処分前の保留地買受人の使用収益権の根拠は，所有権移転前の保留地の所有権移転請求権又は買主たる地位自体にあると考えられる（使用収益権の根拠については第四節で詳しく検討する）。そこで，判決は使用収益権の公示方法（対抗要件）といいながらも，実は，所有権移転請求権又は買主たる地位の公示方法（対抗要件）として保留地台帳（簿書）を捉えていたのではないか，と考えるのである。

もちろんこの判決を以上のように理解することは，次の三点が障害になる。第一点は，判決は施行者と最初の保留地買受人との売買の目的をも使用収益権と解していることである。ここからは保留地買受人による（転売）契約の目的が所有権移転請求権や買主たる契約上の地位という結論は出てこないであろう。しかし目的を使用収益権とするときには，再度所有権移転に関する契約が必要となりかねず，この判断は妥当でなかろう。第二点は，使用収益権の性質につき「物権そのものではないが，将来，換地処分の公告の翌日からは，所有権に昇華するもの」とし，「この権利は排他的な権利を有し，したがって一個の土地については一個の使用収益権のみしか成立しない」としている点である。しかし保留地買受人が取得した使用収益権が所有権に昇華するという判決の考え方は，同時に「原始的に創設された所有権は組合に帰属」するとする判示に矛盾するであろう。使用収益権を売買の目的としつつそれが換地処分により所有権に昇華すると解するならば，所有権自体は保留地買受人（または保留地買受人からの転買人）の下で原始的に帰属すると解さざるを得なくなる。第三点は，「替費地〔保留地予定地に相当〕に関する権利変動の公示方法としては，土地登記簿と同様な確実さがあり，現実的にも右簿書が登記簿類似の作用を営んでいる」としていることである。民法467条1項の通知，承諾，またはそれに類するものとは判決は考えていないのである。これは，判決が売買の目的を所有権に昇華する使用収益権と考えていることから，物権の対抗要件たる登記とパラレルに簿書を捉えたからである。しかしたとえ，売買の目的を物権（卑見によれば将来の所有権）と考えたとしても，簿書を強行法規である民法177条の登記に擬える事には無理がある。実質的にも，「事業施行後約四十年を経過した現在，なお換地処分ができないようなずさんな事業を行っている」[30]施行者がいる中で，土地登記簿と同様の機能を認めるのには「多大の躊躇」[31]を覚えざるをえないであろう。

前掲大阪地判昭42・12・19はこのような難点を抱えながらも，事案との関連では絶妙にも妥当な結論を示したのではなかろうか。所有権移転請求権または買主たる地位の移転の債務者対抗要件（民法467条1項）として，簿書を捉えうるからである。本件は，確かに保留地買受人による二重譲渡の事案であるが，一方が何ら通知・承諾を得ていないため，民法467条2項（第三者対抗要件）の問題ではなく民法467条1項（債務者対抗要件）の問題である。そして，先に保留地買受人と売買契約をし単に占有を有する者より，売買契約をしたのは時間的に劣後するが保留地台帳に記載された者を優先させている。そこで結論に至るまでの理由付けはともかく結論それ自体は肯定できるの

である（もっとも控訴審大阪高判昭45・8・6高民集23・3・474の結論―占有または引渡を明認方法と同様のものとして対抗要件を肯定する―は支持できないことについて第一款(5)）。本判決は，第三者対抗要件の問題としたため，登記と同様の機能を簿書に認めるアプローチをとったものと思われる。

また，保留地台帳に記載がなくても，別に民法467条1項の通知，承諾があれば，少なくとも施行者たる債務者に対抗できる。保留地買受人による二重譲渡の場合に，先に譲受けた者が物理的同一土地の従前の土地の登記の移転を具備したが，これに劣後する者が組合の承認を得た上で占有を取得した事案につき，時間的に劣後する者を勝訴させた東京地判昭30・12・2下民集2・12・2553，その控訴審東京高判昭31・6・14下民集7・6・1561は妥当な結論である。保留地予定地の段階，即ち換地処分前の段階で物理的同一土地についての従前の土地の移転登記を具備しても，その土地所有権は換地上に同一性を保持して移転するため，何等保留地（予定地）の対抗要件とはならず，無効な登記であることは言うまでもない。従前の土地所有者が登記に協力することは通常ないので，このようなことはあまり起こらない。が，売主たる保留地買受人が同時に物理的同一土地の従前の土地所有者だったりすると，このような悲劇が起こりうる。本判決の事案はまさにそのようなケースである。ことに付保留地[32]などでは十分起こりうる事態ではなかろうか。

(4) 第三者対抗要件（確定日付）

所有権移転請求権または買主たる地位を二重譲渡した場合，第三者対抗要件は，民法467条2項により通知承諾に確定日付が必要となる[33]。そして，実務上，施行者に対する内容証明郵便か，公証人役場における確定日付の具備が一般である。しかし，結論を先に述べれば，組合施行，個人施行，公団施行の場合はそれが当然必要となるが，公共団体施行，行政庁施行の場合，施行者への申出書等や保留地台帳に施行者自身による日付の記載があれば，それを確定日付といってよい場合があると思われる。

債務者たる市の文書受領権限のある市役所文書係員が，市役所の文書処理規程に基づき，私署証書たる債権譲渡通知書に，これを受け付けた事実を記載したときは，右債権譲渡通知書は，民法施行法第5条第5号所定の確定日付のある証書にあたるという判例（最判昭43・10・24民集22・10・245）があるのである。そして，この判例は，次のように理解した上で肯定されるべきである。民法施行法5条各号の確定日付の共通点は，①厳格な職務的規律に服すること，②第三者作成のため通謀は問題とならないことにある[34]。そして，①公務員は国家公務員法上，地方公務員法上，刑法上種々の職務上の義務が科せられているから，当事者であっても厳格の職務的規律に服している。では，②はどうか。本判決は，この要件を，文書受領権限ある文書課係員であることと文書処理規程に基づいていることの二つにより，組織内の牽制が働くことをもってこれに代替したものと理解される。

よって，土地区画整理事業においても，かかる二点に相当する要件があれば確定日付と認められる余地があろう。具体的には，土地区画整理事業担当課外における受付であることが望ましいが，担当課であっても受付担当者が決まっていて職務分担上保留地処分に直接関与していないこと，及び，事務処理マニュアルの確立が最低限求められるであろう。

これらの判断は実は外部からは非常に困難であり，また外部から明らかであっても判断自体微妙である。「念のため第三者機関で確定日付を得ること」[35]とした事務処理は，実務上妥当であろう。

もちろん，第三者対抗要件を具備したからといっても，最終的に所有権を対抗できるのは二重譲受人のうち，民法467条の優劣を問わず先に民法177条の登記を取得した者である。保留地買受人による二重譲渡に関する東京地判昭54・9・18判時956・88は，譲渡につき時間的に劣後する者への登記を有効としているが，劣後者は組合の承認を得ており，先に売買契約した者は何も得てい

ない。よって，この判決からは確かなことは言えない。が，同時に，地位の二重譲渡により換地処分の翌日において所有権の二重譲渡になると判示しているところを見ると，所有権の優劣は民法467条2項ではなく，民法177条の登記で決するものと思われる。換地処分後の所有権の対抗要件と換地処分前の使用収益権の対抗要件とを区別し，前者については民法177条により登記で優劣を決するが，後者については占有をもって優劣を決するという見解(36)も，所有権の対抗要件と買主たる地位または所有権移転請求権の対抗要件と区別しているものと考えることができる。ただ後段の部分について占有をもって決するのは妥当でないことは前述（第一款(5)）した通りである。

第三款　抵当権設定契約

(1)　将来の抵当権

換地処分前になされた抵当権設定契約も，保留地買受人による処分行為である。しかし，物それ自体の所有権取得を最終的な目的としていないため，前述のように所有権移転請求権の譲渡や買主たる契約上の地位の移転と同様に考えるべきではない。換地処分前の抵当権設定契約は，将来の抵当権を目的とするものとして有効と解すべきである。

もちろん，保留地買受人が所有権移転請求権の質的一部ともいうべき抵当権設定請求権を譲渡することは可能と思われる。即ち，債権の量的一部については譲渡が許されている(例えば，100万円の債権のうち50万円譲渡するような場合である)。とすれば，質的な一部についてこれを否定する理由はないように思えるからである。確かに，このような譲渡を許容すれば売主の負担は増加する。しかし，債権の量的一部の譲渡は限りなく認められているのであるから，その限界がある質的一部の譲渡を認めても何ら差し支えない（せいぜい地上権設定請求権と抵当権設定請求権である)。増加した費用は債権者において負担させれば足りる（民法485条但書)。

しかし，当事者の意思解釈からは，将来の抵当権を目的としていると解するのが妥当であろう。売買契約の場合，当事者の意思解釈として所有権移転請求権や契約上の地位を契約の目的と解したのとは，逆の意思解釈をするわけである。所有権移転請求権や契約上の地位を譲渡担保(37)にとらず，設定者（債務者，保留地買受人）に処分権がない段階で抵当権設定契約する以上，将来の抵当権をその目的と解するのが債権保全を図ろうとする当事者の合理的意思に合致するわけである

よって，換地処分前の抵当権設定契約は，将来の抵当権を目的とするものとして有効と解すべきである。これにより換地処分前の登記等公示方法が不可能であっても，換地処分前の抵当権設定契約に基づき，換地処分後抵当権が当然成立することとなり，仮登記の仮処分命令（不動産登記法33条）が可能となり，また抵当権設定登記手続の判決を得ることができ，最低限の債権保全方法となるわけである。

(2)　将来の抵当権の帰属

他人の物（の所有権）の上に抵当権設定契約を締結した場合につき，判例は将来取得すべき目的物の上にあらかじめ抵当権設定契約をすることを肯定すると同時に，その目的物の所有権取得と同時に抵当権が成立するとしている（大決大4・10・23民録21・1755)。

よって将来の所有権の上に抵当権を設定した場合においても，将来所有権が買受人に帰属すると同時に保留地上に抵当権が成立するというべきである。将来の権利の処分行為と他人の権利の非権利者による処分行為とは，処分権がなく，効果帰属要件を欠く点で共通だからである。

名古屋高判平7・5・30判時1544・70（第五章参照）も，抵当権設定者たる保留地買受人（正確には保留地買受人からの転買人）が所有権取得すると同時に「抵当権も効力を生じた」としており，かかる見解をとっていると思われる。

(3)　判例・実務

「抵当権設定契約については，債権契約としての効力を認め，目的物件が保留地として成立した後に改めて抵当権を設定すべき義務が生じるとする考え方と，保留地としての成立を停止条件とする

一種の物権契約として有効であるとする考え方」があるが，たとえ後者の考え方をとっても登記実務は，換地処分前の抵当権設定契約書を登記原因証書と取り扱っていない，という指摘がある(38)。

この登記実務の考え方は，将来の不動産の物権については対抗要件具備の方法がないことを，その権利が実際に発生した後にも及ぼし，物権発生前の，従って物権変動の効力発生前の原因日を認めないことを根拠としていると思われる。登記実務としてこの取扱が妥当か否かはともかく，登記実務が換地処分前の契約証書を原因証書と認めないからといって，物権変動を生じさせる契約として無効と考えるべきでない。将来の物権を目的とする契約が有効なことは前述したとおりであるが，実質的にも，換地処分後の段階で，債権者と債務者（保留地買受人）との信頼関係が既に破壊され，抵当権設定登記が得られないことが考えられるからである。判決による登記申請の登記原因日は，判決確定日であるからこれにより登記可能となる。

名古屋高判平７・５・30判時1544・70（第五章参照）も，換地処分前の保留地（予定地）を目的とする抵当権設定契約（追加担保の約定）に基づき，換地処分と同時に所有権が組合に帰属し，それが同時に保留地買受人（正確には保留地買受人からの転買人）に移転し，さらにそれと同時に抵当権も効力を生じるとしており，物権変動を生じさせる契約として有効であることを前提としている。

実務家も保留地予定地を「目的物として抵当権または質権を設定することは，当事者間では有効」(39)としている。

(4) 対抗要件

以上のように，将来の抵当権設定契約として有効であるとしても，対抗要件がなければ優先弁済効力を期待できない。そして将来の権利を登記する方法はなく，また前述したように簿書に登記同様の対抗要件を認めるわけにいかず，保留地買受人の将来の所有権の対抗要件具備方法がない以上，当然抵当権者の対抗要件具備手段もない。

結局，将来の物権の担保手段は存在せず，債権（所有権移転請求権）または買主たる契約上の地位の移転としての対抗要件を考えるしかない。第三章第三節に述べる譲渡担保方式は，将来の物権についての現在の債権（所有権移転請求権）または契約上の地位（買主たる地位）をもって債権保全を図るものといえよう。

第四節　保留地買受人の土地利用権

(1) 売買契約締結後，将来の保留地所有権発生前の保留地買受人の保留地予定地の利用権限をどのように基礎付けるか。本稿で検討する法定地上権の前提となる問題である。が，多くの学説，判例が使用収益権をも契約の目的(40)としているためここで検討する。

一般に所有権移転前の引渡によって買主が取得する「占有する権利」は，「売買契約に基づいて買主が売主に対して取得する占有移転請求権（これは債権である）」や「買主が取得した占有とこれに与えられる占有権（これは物権である）」とも異なる「債権法と物権法との重要な接点を形成する」「支配権的性質を有する（物を保持しうるという意味で）特殊の権利」であり，「売買という債権関係に基づいて売主に対してのみ対抗しうる」「相対的な権利」であるとされる(41)。

そしていわゆる所有権留保売買についても，学説は売買契約と別個に使用収益権の設定を不要と解している。「買主の占有権原は売買契約とは別個の利用契約にではなく，売買契約に基づく買主の地位にその根拠を求めうる」(42)としたり，「買主は実質的には所有者というべきであるから，自己の所有物として自由に目的物を使用・収益する権利」(43)を有するとしたり，「代金完済前，買主がこれを使用するのは，譲渡担保のような売主との間の賃貸借や使用貸借によるのではなく，売買契約上，買主に認められる固有の権原に基づくのである」(44)としているのである。下級裁判所の裁判例も「買主は……買主としての権能に基づき所有権者に準ずる立場において目的物を占有使用することができるものと解するのが相当である。……占

有使用する法律関係は……売買契約に附随した法律関係としてこれを一体として把握すべきであり，使用貸借契約の場合のように後日目的物件を返還することを当然の前提として目的物件を使用するのとはその性質が異なるもの〔である〕。売買契約と別個に使用貸借契約が成立しているものと解するのは相当でない」（高松高判昭 32・11・15 高民集 10・11・601），としているのである(45)。

よって，他人の所有権（他人物）の売買で引渡をうけた場合にも買主は特殊な「占有する権利」(46) を有し，「売主は，……引渡済みの場合には返還を請求できない」(47) こととなる。したがって，処分権がなく効果帰属要件を充たさない点で共通の将来の所有権についても，他人の所有権の売買と同様に，売買契約とは別個の約定利用権設定契約は不要であり，所有権移転前に引渡をうけた買主は特殊の相対的権利である「占有する権利」を有すると考えうるのである。

買主の有する使用収益権が「保留地譲受権に従たる権利」(48) という見解や，「保留地について有する使用収益権は，従前の土地所有権に由来するのではなく，将来取得すべき保留地の所有権にその根拠を有する」(49) とする見解も，保留地買受人の使用収益権が買主たる権利または所有権移転請求権に基づく特殊な「占有する権利」と解しているものと理解できる。

(2) かかる所有権移転前の債権法と物権法との重要な接点を形成する「占有する権利」に基づいて買主は土地を占有する以上，売買契約と別個の約定利用権の設定は不要と解すべきであろう。

もっとも，多くの学説は，保留地売買において使用収益権の設定または譲渡を別個の契約の目的としている(50)。また，多くの下級裁判例も使用収益権を所有権の売買とは別個の独立の契約の目的としている（東京高判昭 35・3・18 東高民時報 11・3・103，大阪高判昭 39・1・31 下民集 15・1・167，大阪地判昭 42・12・19 判タ 219・109）。しかし，何も土地区画整理事業の場合を特別視する必要はなかろう。実質的にも，従前の土地所有者は，使用収益権を奪われ（名古屋地判昭 63・5・27 判時 1300・81(51)），物権的請求権を行使できず，また，第三者に対しては，少なくとも施行者が有する施行者管理権に基づく物権的請求権（最判昭 58・10・28 判時 1095・93(52)）を代位行使できるから不都合はない。

(3) なお，かつて保留地売買契約の目的を，使用収益権を主体に捉える見解があった。仮換地の売買につき「従前の土地所有権の現実的顕現である使用収益権の譲渡」とし，替費地（保留地予定地に相当）の売買もこれと同様に従前の土地所有権を観念し，その「現実的顕現」たる使用収益権を目的とし，それが「完全な所有権にまで昇華する」(53) とする見解である(54)。しかし，「仮換地の使用収益権は常に従前の土地上の権利の反映として成り立つ」のであるから「処分の対象はあくまで従前の土地」(55) の所有権（現在の権利）のはずである。他方，保留地予定地の使用収益権は，施行者のもとにおいては，土地区画整理法 100 条の 2 に基づく施行者管理権によるものであるが，権利の性質上保留地買受人のもとへはこれがそのまま移転するとは解されない。保留地買受人は所有権移転前の特殊な「占有する権利」を有するにすぎないのである。かかる見解は①将来の権利の売買である保留地（予定地）の売買と現在の権利の売買である仮換地の売買とを同一視する点，②保留地買受人の使用収益権と施行者の使用収益権とを同一視する点で妥当でない。

使用収益権を売買の目的と捉える見解は，保留地予定地（従って物理的同一地は誰かの従前の土地）について従前の土地所有者が使用収益権を停止され，かかる使用収益権が施行者に帰属したとして，その使用収益権が保留地買受人に移転するとしているようである（東京地判昭 30・12・2 下民集 6・12・2557 は，まさにそのように判示している）。しかし，施行者に帰属した使用収益権は土地区画整理事業施行のための施行者管理権（土地区画整理法 100 条の 2）に基づくものであり，性質上譲渡性（民法 466 条）を有しているものとは理解できないであろう。

下級裁判所の裁判例でも使用収益権を契約の目

的の主に捉えるものがある（東京地判昭30・12・2下民集6・12・2553，東京高判昭31・6・14下民集7・6・1565，大阪高判昭43・8・6高民集23・3・474，東京高判昭49・4・3東高民時報25・4・50)。時間の流れにしたがって事実を直視した場合，どうしても，使用収益権から所有権という検討順序，法律構成になるのも理解できないではない。しかし，本稿のようにまず将来における所有権を検討した上で，将来の所有権発生前の土地利用権を検討するというように，時間の流れに逆らう検討を加えると，この判決とは主従が逆の考え方になる。即ち，主である将来の所有権がまず売買の対象であり，従である所有権発生前の土地利用権は当然その内容として含まれると考えるのである。

第三章　実務の対応

第一節　問題の所在

抵当権設定契約を有効と解しても，将来の物権について，結局物権としての対抗要件具備手段がないから，優先弁済的効力を確保できない。そこで実務上次のような二つの対応がなされている。なお，近時，財団法人区画整理促進機構による保証制度が創設されたが，実務の評価は明らかでない(56)。

第二節　代理受領方式

保留地買受人が施行者に対して引渡請求権を有する登記済証を，保留地買受人ではなく債権者へ直接引き渡すように，代理受領を三者で約束する方式である。

しかしこれについては次のような四点の欠点があることが指摘されている(57)。即ち，①保留地譲受権（所有権移転請求権）とこれに付随する使用収益権，登記請求権が第三者に譲渡，差押えされた場合，債権者としては全く債権保全が講じられないということ，②債権者の手元に権利証があったとしても，抵当権設定登記の申請には登記義務者たる保留地買受人の印鑑証明書等が必要であり，それだけでは抵当権設定登記はできないこと，③抵当権設定登記の準備の間に，保証書による登記や，第三者の差押えの危険があること，④土地上の建物の第三者への担保差し入れにより土地の担保価値が半減すること，である。

①債権または債権的権利である所有権移転請求権自体の譲渡は，性質上も法令上も禁止されていないから(民法466条)，第三者への譲渡差押えが当然なされる危険がある。よって，債権者としては，保留地の所有権移転請求権が譲渡，差押えされた場合に対応する方法を検討する必要がある。譲渡担保方式（第三節）や後述の法定地上権成立により債権保全を図る場合（第四章）にも同様であり，譲渡担保設定前または建物抵当権設定前に保留地の所有権移転請求権が譲渡，差押されていないかを確認する必要がある。

また②③についても，確かにそのとおりである。が，換地処分前にあらかじめ抵当権設定契約をすることにより，ある程度の対応は可能である。換地処分前になされた抵当権設定契約により，抵当権設定登記の仮登記仮処分（不動産登記法33条）が可能であり，その後，本訴（抵当権設定登記手続請求訴訟）を提起し，それによる登記が可能であるからである。それにできるかぎり実効性を持たせるため，不十分ではあるが，権利証の代理受領によりできるだけ第三者の出現を困難にしているといえよう。

④については，保留地予定地上に建設された建物の競落人に換地処分の前後を通して，何らかの土地利用権を肯定しないことにはこのように言えない。保留地上の建物競落後の土地利用権について争われた名古屋高判平7・5・30判時1544・66の基準によれば必ずしも法定地上権が認められるわけではない(第五章参照)。そして，本稿は，逆に法定地上権を認めることにより，建物抵当権をもって土地の抵当価値を吸収することにより，債権保全が図れないかを検討するものである。

第三節　譲渡担保方式

実務上は，譲渡担保方式を是としこれを勧める見解が大勢を占めている(58)。もっとも典型的な方

法は，債権者が，債務者（保留地買受人）の施行者に対して有する3つの保留地買主としての権利，すなわち①保留地所有権移転請求権，②保留地予定地の使用収益権，③売買契約解除時の売買代金返還請求権を譲渡担保・質権にとる方法である(59)。

この譲渡担保の対抗要件については，第二章第三節第二款で述べたことがすべて該当し，債権譲渡に関する通知，承諾によることとなる。そして，少なくとも保留地台帳は民法467条1項の通知・承諾の効果が認めれると考えられる。さらに，公共団体施行，行政庁施行の場合には，一定の要件を充たした上で，保留地台帳の日付をもって確定日付と同視しうると考える。

公刊されている裁判例には，保留地買受人による二重譲渡の事案はあっても施行者自身による二重譲渡の事案はない。従って，譲渡担保方式による債権保全策は，債権者にとってほぼ万全といえるのではなかろうか。

第四章　保留地（予定地）上の法定地上権の成否

第一節　問題の所在

前述したように抵当権設定契約のみでは債権保全上実効性に乏しい。また譲渡担保（債権譲渡）による方法は，債権保全手段としてほぼ確実といえるが，換地処分後，所有権移転請求権または買主たる地位の移転につき対抗要件（民法467条）により優先する譲渡担保権者に，所有権保存または移転登記をするかは，施行者次第である。また実務上の煩雑さ，債権保全費用は避けられない欠点といえよう。実務としてもっとも望ましい債権保全方法は，完璧な複雑なシステム(60)であるよりも，それがルーチンワーク化できることではなかろうか。そこで建物抵当権をもって土地の担保価値を吸収する法定地上権による債権保全が図られないかを検討する。保留地予定地上の建物抵当権設定は容易にできるからである。

建物抵当権の効力という観点から見た場合，建物競落人に土地利用権を与える制度である法定地上権は，従たる権利の法理と同一の基盤に立つ。では，保留地（換地処分後）及び保留地予定地（換地処分前）上に土地利用権たる法定地上権が成立しうるか。次の二つの観点から検討する必要がある。第一は，換地処分前に設定した保留地買受人の所有建物の抵当権実行の際，保留地上に法定地上権が成立するかという問題である。これは，民法388条の同一所有者要件に関して，①施行者管理権に基づく使用収益権と法定地上権の問題（第二節）と②所有権移転前の「占有する権利」と法定地上権という問題（第三節）とを提示する。保留地買受人（建物所有者）は，形式的に見れば建物抵当権設定時には土地所有権を有せず，換地処分後に同一所有者要件を充たすにすぎないから，判例・通説によれば競落人の土地利用権は法定地上権ではなく，建物所有者の有していた約定利用権が混同による消滅の例外として存続することとなる。しかし土地区画整理事業の場合その約定利用権に問題があるのである。第二に，換地処分前に抵当権が実行される場合，建物競落人の土地利用権をどのようにして認めるかである。すなわち，保留地だけでなく保留地予定地上にも法定地上権またはその他の土地利用権を肯定しうるかである。

第二節　施行者管理権と法定地上権

(1)　施行者の土地利用権

まず，保留地買受人自身ではなく施行者が保留地予定地上に所有する建物に抵当権を設定し，それが実行された場合につき，法定地上権が成立するか検討する。実務上あまり施行者が所有する建物に抵当権を設定することがないにも関わらず，これを検討するのは，保留地買受人の前主である施行者の下で，同一所有者要件を充たさないと評価し，法定地上権を不成立とすると，その承継人である保留地買受人の下で法定地上権成立ということはできないからである。

施行者が換地処分前に有する土地利用権は，所有権ではなく土地区画整理法100条の2に基づく施行者管理権に基づくものである。しかし，換地処分の翌日においては，物理的に同一の土地につ

いて施行者に所有権は原始的に帰属するとされているのである(土地区画整理法104条11項)。よって施行者管理権に基づく使用収益権は,「所有権に昇華」しうるもの(大阪地判昭42・12・19判タ219・110,東京高判昭49・4・3東高民時報25・4・50)または「原始的所有権のいわば前身的な顕現」(大阪高判昭45・8・6高民集23・3・481(61))であるといいうる。換地処分前の施行者管理権に基づく使用収益権は生成中の所有権であり,換地処分後の所有権と不可分一体のものといえよう。実質的にも,保留地予定地と同じく従前の土地所有権が存せず,施行者管理権の対象となる公共施設予定地について,施行者管理権に基づく物権的請求権が「所有権に準じる一種の物権的支配権」(最判昭58・10・28判時1095・93)であることを根拠に認められているのである。

よって,施行者の土地利用権は,換地処分前は,施行者管理権であり,換地処分後は所有権であるが,両者は同一性を有するものと言えよう。

(2) 民法388条の同一所有者要件

施行者自身が保留地予定地上に建物を建築するについて,約定利用権は不要であり,しかも約定利用権を得ることは不可能である。物権設定者または債務者(賃貸人)となるべき者がいないし,施行者管理権を有する以上そのような必要がないのである。よってまさに自己借地権否定(民法179条,520条参照)の下での建物存続保護を根拠とする法定地上権の妥当すべき場合であるといえる。従って,換地処分後施行者が保留地の所有権を原始取得した場合には,遡って換地処分前の保留地予定地上の建物抵当権設定時に同一所有者要件を具備していたと評価すべきである。民法388条の同一所有者要件は自己借地権否定から導かれる要件だからである。よって,換地処分前に設定された建物抵当権に基づいて,換地処分後,即ち施行者が所有権を取得した後に抵当権が実行され競落された場合には,抵当権設定時に約定利用権の設定不可能であったのであるから,遡って民法388条の同一所有者要件を充たすと評価し,法定地上権が成立すると解するのが妥当である。

同様の理由(抵当権設定時に約定利用権の設定不可能)および換地処分後の抵当権実行の場合との均衡という理由から,換地処分前に抵当権実行及び競落がなされた場合も,競落人は後の換地処分により法定地上権を取得すると解すべきである。では,換地処分迄は競落人はいかなる権利を有するか。まず,施行者は競落人に土地明渡しを請求できないことについては異論はないであろう。これをどう法的に構成するかが問題である。

一つの考えとして,施行者は建物抵当権設定者として,建物抵当権を実質的に担保権たらしめる義務,即ち競落人に土地利用権を与える(これがなければ競落人は現れず担保権の実質を欠く)義務を建物抵当権者に負い(この義務は施行者の実際の意思にかかわらず措定するものであるから法律上の義務),それ故競落人は土地利用権を取得するとの構成がありうる。この競落人の土地利用権取得は,法文があるわけではないが,当事者(施行者と競落人)の意思に基づくものではないので法定取得ということになる。施行者が建物抵当権を設定していない場合,即ち強制競売の競落人にも土地利用権を認めるべきであり(換地処分後の強制競売ならば民執81条により法定地上権成立),この場合も同様に法定取得となる。もっとも,この利用権は法定地上権成立前のものであるから物権とは言いがたく,競落人からの建物転得者はなぜこの利用権を施行者に対抗できるか説明しにくい。また,換地処分によりこの利用権が法定地上権に切り替わるところを連続的に説明しえない。したがって,さらに一歩を進めた構成,即ち換地処分前は施行者は競落人及び転得者たる建物所有者(以下,単に競落人という)に対して地上権設定義務を負う(裏返していうと,競落人は施行者に対して地上権設定請求権を取得する),これは当事者の意思に基づくものではないので法律上(法定)の地上権設定義務(請求権)であるとの考えが妥当であろう。即ち,換地処分前には建物競落人の施行者に対する法定の地上権設定請求権(債権)が認められ,それが換地処分と同時に効果帰属又は効力発生し,法定地上権が成立するとい

うべきである。かような分析は，法定地上権が成立する典型的な場合も，法律上土地所有者は建物所有者に対し地上権設定義務を負い，それが瞬時に履行されたものとなるという見方がありうることにつながる。即ち，法定地上権制度は，単に自己借地権の設定が不可能なための救済手段であるとの理解にとどまらず，競売により法定地上権の負担を受ける者は本来は土地利用権を設定すべき者と評価される立場にあるのではないかとの見方（例えば，土地抵当権実行による競落人も，地上建物があれば土地利用権を覚悟せよとの見方）を自覚させることにもなろう。

この，法律上（法定）の地上権設定義務（請求権）という考えは，後述の第三節(f)と同様の構成であるが，違うのは次の点である。ここでは，施行者管理権に基づく使用収益権という生成中の所有権という過渡的段階における建物競落が問題となっているのに対して，後述の第三節(f)では所有権移転前の買主の「占有する権利」という物権変動の過渡的段階における建物競落が問題となっているのである。

なお，換地処分前に保留地予定地を客体とする法定地上権の成立を認められないのは次の理由による。仮換地上の建物抵当権が実行され，競落がなされた場合，仮換地自身ではなく従前の土地を客体に法定地上権が成立する（最判昭 44・11・4 民集 23・11・1968[62]）。土地区画整理事業施行地区では，物理上同一土地が一方で従前の土地とされ，他方で仮換地又は保留地予定地とされる。そこで，保留地予定地を客体とする法定地上権を認めると，従前の土地を客体とする地上権（そもそも地上権が存する場合と，仮換地上の建物抵当権実行による法定地上権成立の場合の二つがある）と抵触しかねず，物理上同一客体に二つの地上権が成立することとなり，物権の排他性に反するからである。

第三節 「占有する権利」と法定地上権

(1) 土地売買契約は締結したがまだ売主に土地所有権があり，買主に占有のみを移転した段階で，買主がその土地上に所有する建物に抵当権を設定し競落されたた場合，法定地上権またはその他の土地利用権が成立するか。ここでは土地所有権移転前の買主の「占有する権利」と建物競落人の法定地上権の成否が問題となる。たとえば，売主が土地・建物をともに売却し，代金一部払いにより建物の所有権を移転した後，買主が建物に抵当権を設定し，それから土地所有権を買主が取得した場合が典型的であろう。この問題を取り上げた文献は見当たらない。が，最判昭 53・9・29 民集 32・6・1210 は，事案を直視すれば，代金が未済であり登記もないにも関わらず買主に所有権ありと認定したことは必ずしも妥当でなく[63]，買主に所有権なしと事実認定されてもおかしくない事案である。この判例は土地売買契約後，代金支払及び登記完了までの間に土地買主所有の建物に抵当権が設定された場合に，事実認定として抵当権設定時に同一所有者要件を具備（即ち，土地所有権が買主にあり）するとして，土地の所有権登記未了と法定地上権の成否の問題として，結論として法定地上権の成立を認めたのである。

(2) ではどうして，土地区画整理事業において所有権移転前の買主の「占有する権利」と法定地上権の成否が問題となるのか。

施行者管理権に基づく使用収益権をそのまま保留地買受人に譲渡したとすれば，前述の施行者管理権と法定地上権のみ問題となり，これで解決できるようも思える。施行者管理権に基づく使用収益権イコール保留地買受人の使用収益権と考えるのである。が，施行者管理権の内実は保留地買受人に移転した使用収益権のみと断言できない。保留地予定地が処分されても，「事業の遂行上必要があれば一方的に契約の解除をなし得るとか，この権利を他人に譲渡する場合には施行者の承諾を要するとか」「種々の公法上の制約」[64]があるからである。施行者管理権に基づく使用収益権は，仮換地指定処分によって土地区画整理事業施行地区内の従前の土地所有権に基づく使用収益権に隙間が生じるが，これを埋めるため法が特に認めたものであり，これ自体が性質上譲渡可能とは考えられ

ない。もし施行者管理権に基づく使用収益権と保留地買受人の使用収益権が同じであれば，保留地買受人のもとで所有権が発生，原始取得するというのが筋ではなかろうか。ところが，所有権は一旦施行者の下で発生，帰属し，それが保留地買受人に移転するのであるから，やはり「占有する権利」と法定地上権の問題は不可欠なのである。また，実質的にも保留地買受人が保留地取得代金の一部を支払ったにすぎない場合などを視野に入れると，換地処分に至ったとしてもすぐに施行者から保留地買受人に所有権が移転しないような場合をも想定する必要があるからである。

だからといって，前述の施行者管理権と法定地上権の問題が不要となるわけではない。施行者のもとで民法388条の同一所有者要件が充たされないと評価するならば，施行者からの承継人である保留地買受人のもとで同一所有者要件を問題にする余地はなくなってしまう。前主より大きな権利(法定地上権を成立させるような権限)を取得できないからである。かかる消極的な意味で施行者管理権と法定地上権が問題となるのである。

(3)　ここでは，土地区画整理事業を一旦離れて，一般的な形で土地所有権移転前の買主の「占有する権利」と法定地上権の問題を取り上げる。

以下，土地所有権移転前の競落人に土地利用権を与える根拠として，(a)法定地上権による利用権，(b)解除条件付法定地上権による利用権，(c)従たる権利である賃借権・地上権による利用権，(d)所有権移転請求権または買主たる地位を従たる権利とする方法，(e)所有権移転請求権の質的一部である地上権設定請求権の移転とする方法，(f)民法388条から法定の地上権設定請求権を導く方法，の七つについて検討する。そして，最終的に(e)(f)両者の法律構成を肯定する。

(a)　最初に法定地上権そのものを認める考え方がありうる。所有権移転時期に関する段階的移転説により，法定地上権との関係では，買主に土地所有権があるとするのである。所有権移転時期に関する段階的移転説とは，「動的状態すなわち売買＝所有権移転のプロセスにおいては所有権が売主と買主とに機能的に分属し」「所有権は，売買プロセス上の各時点で各権能等が別々に移転してゆくのに応じて漸時移転する」，即ち，「売買契約締結・代金支払・引渡・登記等の各過程を通じて，所有権がなしくずし的に売主から買主に移ってゆく」[65]とする説をいう。この説により民法388条における要件の一つである同一所有者要件を，約定利用権の設定不可能または困難と読み替えるわけである。

段階的移転説の提唱者自身民法388条について移転時期を何ら明示していないこともあり[66]，この説の当否について検討することはしない。が，実質的判断として所有権移転前の買主の「占有する権利」の段階で法定地上権を認めるべきではない。通常の売買において売主が，所有権を移転しないのは，債権を担保する必要がある（所有権留保）等何らかの理由があるからである。そのような売主の目的を不当に害することとなるからである。また特に土地区画整理事業については，これを認めると物理上同一の土地に，従前の土地の法定地上権と保留地予定地上の法定地上権の二つが成立する可能性があり，物権の排他性に反することとなるからである。

よって段階的移転説により，土地所有権移転前の買主所有の建物に法定地上権を認めることはできない。

(b)　次に売主が買主との契約を解除することを解除条件に法定地上権の発生を認めればよいのではないかとも考えられる。実質的根拠として，所有権移転前の買主の特殊な権利である「占有する権利」が必ず問題となる担保目的の所有権留保と，買戻の特約や再売買の予約との均衡をあげることができよう。

しかし，売主は，本来買主との契約を解除しなくとも目的物を第三者に売却する自由があったはずである。もちろん民法177条の悪意者排除説的発想（民法177条は所有権移転後の問題であるから，悪意者排除説そのものとはいえない）からは，このような自由は認められないといえるであろう。しかし，伝統的な背信的悪意者排除説的発想

にたつ限り，売主に第三者に売却する自由を与えるべきであるし，それが当事者の採用した法律構成（所有権留保）に合致しているのではなかろうか。理論的にも，民法545条1項但書の解釈として，抵当権者（競落人）は解除前の第三者であるから，解除条件付法定地上権という構成を無理なく基礎づけるのは困難であろう。

よって解除条件付法定地上権という構成による土地利用権は認められない。

(c)では，従たる権利による土地利用権を認めることは可能か。まず，実質的価値判断として所有権移転前の買主の「占有する権利」自体に少なくとも，従たる権利となる賃借権程度の権利を認めるべきである。所有権移転前の買主の地位は，社会的事実として，賃料前払いによる賃貸借契約とその後締結された売買契約により賃借物を取得する場合と類似し，所有権移転前の買主の「占有する権利」も売買契約という双務有償契約を基礎とする点では，使用貸借契約よりも賃貸借契約に近いからである。

土地賃借人がその後土地所有権を取得した場合には，建物競落の際に混同による消滅の例外（民法179条1項但書，520条但書）として従たる権利としての賃借権が存続する。そこで，実質的な価値判断として売買契約に賃貸借契約が含まれているとして，建物競落人に，買主への所有権移転前後を問わず，少なくとも従たる権利としての賃借権を認めるとする考え方が成り立ちうる。

売主が売買契約を解除した場合には，競落人の従たる権利である賃借権は，売買契約それ自体に含まれる権利であると解するから民法545条1項但書の保護はなく，実質的にも不都合はない。また，買主が所有権を取得した後であれば，競落人と買主との間に賃貸借関係を認めることもそれほど困難ではなかろう。が，移転前に賃貸人たる地位を売主に与えることは，売主に賃借料という不当な利得を与えることとなる。売主は買主に対し依然として売買代金債権を有しているからである。かといって，所有権移転前の買主に賃貸人としての地位を与える法律上の根拠が見当たらない。

よって，従たる権利としての賃借権は認められない。また同様の理由から，約定の地上権も認められない。

(d)それでは，「占有する権利」の基礎となる債権的な権利である財産権移転請求権（所有権移転請求権）自体または買主たる契約上の地位を従たる権利（または従たる地位）といえないか。

確かに従たる権利法理が判例上確立している現段階（最判昭40・5・4民集9・4・811）においては，従物の経済的価値の大小は，問われていないから土地（の所有権）自体を従物（ないし従たる権利）といっても理論上何らおかしくない。とすれば，所有権移転請求権または買主たる契約上の地位自体を従たる権利と考えて，それに基づく「占有する権利」により土地を利用できるという考え方も成り立ちうる。

しかし，民法388条という明文規定がある以上実質的にこれに反する取扱いはできない。従たる権利の法理が確立している以上，388条はむしろ，土地所有権者に一定の権利を留保する機能を果たすというべきである。よって最終的に所有権それ自体を競落人に取得させる構成は妥当でないように思われる(67)。

したがって，将来所有権に変じうる所有権移転請求権または買主たる契約上の地位についても，それ自体を従たる権利というべきではない。建物買受人（競落人）が最終的に土地所有権を取得することとなるからである。

(e)では，地上権設定請求権（債権）を従たる権利と考えられないか。買主の有する所有権移転請求権の質的一部たる地上権設定請求権を従たる権利として建物競落人に移転させることを考えるのである（所有権移転請求権の質的一部の移転の可能性については第二章第三節第三款(1)参照）。

ここでいう地上権設定請求権は所有権移転請求権より分離したものであるから，その効力発生時期，即ち所有権移転及び地上権設定時期は同一のはずである。従って，土地の買主が所有権を取得するのと建物競落人が地上権を取得するのは同時

と考えられる。とすると，土地所有者と地上権者(建物競落人)とが対抗関係となり，売主が建物競落人に地上権設定登記をする前に土地の買主に所有権移転登記してしまうと，最終的に地上権を買主に対抗できない恐れがある。しかし，建物競落人はその所有建物の登記をもって地上権を対抗できるのであるから，何ら支障ない(借地借家法10条)。

よって，所有権移転請求権の質的一部たる地上権設定請求権が従たる権利として，建物競落人に移転するという構成が妥当である。これによれば，売主の買主に対する抗弁を競落人に対抗できるとしつつ，競落人に土地利用権を与えることが可能となる。所有権移転請求権に所有権移転前の特殊な相対的権利である「占有する権利」を認める以上，地上権設定請求権に地上権設定前の特殊な「占有する権利」を認めうるからである。地上権設定請求権が履行されれば地上権となる。

(f) もう一つ，売主から買主への抗弁を競落人に対し維持しつつ，なおかつ競落人に土地利用権を認めるための法律構成を考えることができる。それは競落人と買主との間で，法律上当然に地上権設定請求権が発生し，買主への所有権移転前は競落人がそれに基づく「占有する権利」を取得し，買主が所有権を取得すると同時に地上権が設定されるものと考えるのである。

第二節(2)と同様に，民法388条の効果として法律上の地上権設定請求権が発生するとの構成をする訳である。所有権移転前の買主が売主から約定利用権を取得することは通常考えられず，約定利用権の取得が困難な場合といえるから，少なくともその後買主が所有権を取得したような場合には，民法388条が妥当すべき場面と考えられる。厳密には後で土地所有権を取得するような場合にも，買主がその後所有権を取得したようなときには，民法388条との関係では遡って同一所有者要件を充たしたとし，その適用の範囲内と考えるのである。そしてそれとの均衡上，同一所有者要件の厳格な具備に至るまでの過渡的な段階において競落がなされた場合も，その後買主が所有権を取得すれば，法定地上権が成立すると解するのが妥当である。そこで厳格に同一所有者要件を充たす前の過渡的段階における民法388条の効果を，法律上の地上権設定請求権で説明するのである。第二節(2)と異なるのは，そこでは，生成中の権利のため過渡的段階にあったのに対して，ここでは，物権変動が過渡的段階にあるのである。

また，所有権移転前の所有権移転請求権または買主たる地位に特殊な「占有する権利」が認められる以上，地上権設定請求権にも同様にこれを認めることができる。

よって，民法388条の趣旨から法定の地上権設定請求権が発生し，それにより競落人は「占有する権利」を取得し，買主が所有権取得すると同時に地上権が成立すると考えることができる。

もちろん，法定の地上権設定請求権という構成は過度に技巧的であるという批判があるであろう。しかし，民法388条の同一所有者要件が，権利の生成中のため(第二節(2))または物権変動のプロセスにあるため，実は時間的幅を許容せざるをえない概念であることが明らかとなった以上，その効果を時間的幅を許容する地上権設定請求権をいう債権で説明することはむしろ合理的であり，そこから得られる結論は最も妥当なものである。民法388条の効果につき物権の設定という時間的幅を許容しないような考え方を堅持する必要はなかろう。

(4) 以上のように，所有権移転前の買主の特殊な「占有する権利」の段階でその土地上にある建物抵当権が設定された場合には，買主への所有権移転前には地上権設定請求権により競落人は「占有する権利」を取得し，買主への所有権移転と同時に，地上権設定義務が履行され建物競落人の下で地上権が発生すると考える。即ち，将来の法定地上権の成立を認めるのである。競落前に買主に所有権が移転されていたような場合には直ちに地上権が発生する。ただこの場合の地上権設定請求権の考え方として，(e)所有権移転請求権の質的一部の移転という考え方と(f)買主との間で民法388条の趣旨に基づく法定の地上権設定請求権が新たに発生

するという考え方がありえよう。ただ，その結果発生する地上権はいずれも法定地上権といってよいのではなかろうか。(e)の質的一部の移転も民法388条との均衡から要請されるものだからである。

したがって，換地処分前に設定された保留地買受人所有の建物抵当権に基づいて，換地処分後に保留地上の建物が競落された場合には，(代金完済されている限り)法定地上権が成立すると考える。他方，換地処分前に建物競落がなされた場合には，買主の所有権移転請求権の質的一部たる地上権設定請求権が移転または民法388条から法定の地上権設定請求権が発生するものと考える。

第四節　学説の検討

保留地と法定地上権について検討を加えた学説は，名古屋高判平7・5・30判時1544・66（第五章）の評釈の三つを入れて四つある。一つは法定地上権の成立を否定し，一つは法定地上権の成立は否定するが法定賃借権の成立を肯定し，二つは法定地上権を肯定している。これらについて紹介と若干の検討をしておく。

まず，法定地上権の成立を否定する見解[68]は，その理由に施行者及び施行者から売買により取得した保留地買受人には，建物抵当権設定時である換地処分前に土地（保留地）所有権がないことをあげる。形式論として換地処分前に所有権がないこと，また民法388条の文言上の要件に合致しないことにはそのとおりである。が，だからといって何らの土地利用権をも認めないのは妥当でない。論者が法定地上権以外の土地利用権を認めるのか否かは必ずしも明らかでないが，もし何らの土地利用権をも競落人に認めないとするなら，土地区画整理事業への金融を著しく困難にするであろう。その結果，保留地処分が進まないことになり，土地区画整理事業による都市計画は大きく後退することにもなりかねない。民法388条の趣旨―自己借地権否定の下での建物存続のための土地利用権の付与―から考えれば，肯定すべきであろう。

次に，国税徴収法127条2項，立木法6条を類推し，法定賃借権を認める見解がある[69]。その理由として，①「地上権者や保留地予定地の譲受人が既に土地利用権を有しているので自己のための利用権を設定しえない点で共通」であること，②「地上権と……保留地予定地の使用収益権は，物権的な土地利用権であるという点で類似」することをあげる。この見解は，結論的に土地利用権を認めており，土地区画整理事業に理解を示している点では評価できる。また，①保留地譲受人が自己のために利用権を設定できないとしている点も，一応そのように言ってよいであろう。さらに②「物権的な土地利用権」というものの中身が必ずしも明確でないが，論者が前に述べている物権的請求権の肯定のことを言っているのであればそのとおりである。しかし，なぜ法定地上権でなく法定賃借権なのか明らかでない。自己借地権の否定や物権的請求権の肯定は，地上権にも所有権にも認められる。にもかかわらず，論者が，所有権に関する国税徴収法127条1項や立木法5条を類推せず，地上権に関する国税徴収法127条2項や立木法6条を類推したのか明らかでないのである。恐らく，保留地予定地には所有権がないという消極的な理由に基づくのであろうが，所有権がない以上当然地上権も存しないのである。よって，所有権に関する規定ではなく，あえて地上権に関する規定を類推する根拠は弱いように思える。

では法定地上権の成立を肯定する二つの見解はどうであろうか。

一つ目の見解はその理由に，「換地予定地に対する使用収益権は所有権と同一内容を有する」という判例（最判昭50・12・25判時804・33[70]）から，抵当権設定者に潜在的な土地所有権が帰属していたことにより「本来的な法定地上権制度の適用場面」[71]であるということをあげている。この理由の意味はよく分からないが，従前の土地所有者による仮換地の使用収益権の性質を根拠としているのであれば，むしろ従前の土地所有権が存しない点で保留地と共通点を有する公共施設予定地について「所有権に準ずる一種の物権的支配権」と判

示した最判昭58・10・28判時1095・93を根拠とする方が正確であろう。しかし，このような物権に準じる性質を根拠とするのであれば，換地処分前にも法定地上権成立を認めることとなり物権の排他性に反する。よってかかる見解は妥当でない。

二つ目の見解は「保留地となることを停止条件として法定地上権は発生」[72]するとしており，結論としては最も妥当であろう。その理由として，①使用収益権が「換地処分の完結によって所有権に昇華する高度の確実性を帯びたものとして物権類似の権利」とする裁判例（東京高判昭49・4・3東高民時報25・4・50），②土地抵当権設定時に建物の敷地として利用されることが外形上明らかな場合に，法定地上権成立を認める裁判例（高松高判昭44・7・15下民集20・7,8・490，東京高判昭47・5・24下民集23・5－8・268），③法定地上権成立のために所有者の登記等不要という判例（大判昭14・12・19民集18・1583）をあげている。しかしこれだけでは十分説明できないであろう。①は，施行者管理権に基づく使用収益権と法定地上権を説明する上では理由としてよい裁判例であろう。しかし，②は民法388条の他の要件である抵当権設定時の土地上の建物存在の要件の問題[73]であり，同一所有者要件の問題とは考えられない。③は同一所有者要件を充たした上で，同一所有者要件具備のためその所有者に登記が必要かという問題であり，対抗要件の問題であるといえる。

第五章　名古屋高判平7・5・30判時1544・66の検討

(1)　保留地（予定地）と法定地上権の問題が初めて争われたケースが名古屋高判平7・5・30判時1544・66（現在上告中）[74]及びその原審名古屋地判平6・4・14判タ853・221である。もっとも，この裁判例は，第一審，控訴審とも保留地（予定地）と法定地上権という論点に直接触れることなく，迂回路ともいうべき論点，即ち後順位抵当権設定時の同一所有者要件の具備と法定地上権という論点で処理，検討しているのみである。ほかに，一括売却（民事執行法61条）後の個別最低売却価額の変更の可否（消極）や，配当異議訴訟の対象としての売却代金の割付けの変更の可否（積極）も問題となっている。が，ここでは，保留地（予定地）と法定地上権の問題を考える上で必要な事実と判決要旨を簡略化して紹介することとする。

A（転買人）は換地処分前の昭和57年2月4日，保留地予定地とその土地上にある建物をB（保留地買受人）より売買により取得し，同年6月24日建物登記を経由し，同年7月15日保留地譲渡につき施行者たる組合の承認を得た。Xは，昭和57年6月24日Aより建物に抵当権設定を得ると同時に，保留地の登記が可能となり次第，保留地を追加担保に供する旨の合意を得た。が，換地処分（昭和61年5月3日）後，実際に保留地に抵当権設定登記をしたのは昭和62年7月9日であり，Yに劣後し第二順位となってしまった。他方Yは，建物に第三順位の根抵当権設定登記を取得したにすぎないが，保留地についてはXよりいち早く，建物根抵当権設定登記と同日（昭和62年4月6日）に，第一順位の根抵当権設定登記を取得した（保留地と建物との共同担保）。

Yの申立てにより，換地処分後土地（保留地），建物が競売に付され，一括売却（民事執行法61条）によりCが競落し，売却許可決定が確定した。Cの競落時の土地，建物それぞれの個別最低売却価額は，法定地上権成立を前提としたものであった（これによれば建物第一順位抵当権者のXに有利な配当となる）。ところが実際の配当表の作成にあたっては，法定地上権不成立を前提とした個別最低売却価額により，土地，建物への売却代金の割付けがなされた（これによれば土地第一順位抵当権者のYに有利な配当となる）。

そこでXがYに対して，配当異議の訴えを提起したのが本件訴訟である。そして，建物の後順位抵当権者たるYの抵当権設定時には，換地処分が終了し，土地，建物ともAの同一所有となっていることから，第一審，控訴審とも後順位抵当権設定時の同一所有者要件の具備と法定地上権の問題（建物抵当型）として処理したのである。

第一審判決は，従来の判例の流れ（大判昭14・7・26民集18・12・772，最判昭53・9・29民集32・6・1210の前提，最判平2・1・22民集44・1・314の傍論）に従い，先順位抵当権が建物抵当権の場合(建物抵当型)，後順位抵当権設定時に同一所有者要件を充たした以上法定地上権が成立するとする。①消滅主義（抵当権実行の結果すべての抵当権が消滅すること),②先順位抵当権者に不利とならないこと，③後順位抵当権設定時には法定地上権成立要件を充たしているため，十分法定地上権の成立の予測が可能であること，がその理由である。

ところが，控訴審判決は従来の判例の流れに逆らい，原則として，法定地上権の成立を否定し，一番抵当権設定時の約定利用権が存続するとした。そして例外的に本件については，法定地上権成立を肯定した。ただ例外の要件については，「一番抵当基準時説を形式的に適用することの弊害を個別的に調整する」としている。

(2) 第一審，控訴審どちらも結論として，法定地上権の成立を肯定し，Xを勝訴させた点は妥当である。が，本件を後順位抵当権設定時の同一所有者要件の具備と法定地上権の問題とするのは妥当でなく，正面から保留地と法定地上権の問題について判断を下すべきであったと考える。上告審では事案に即して問題が立てられ適切な法的構成が提示されることが望まれる。保留地（予定地）と法定地上権の問題は，本件のように債権者又は抵当権者同士の争いとなることが実際には多いであろう。債務者（抵当権設定者）としては，いずれにせよ土地，建物の所有権を失う場合には法定地上権の成否に興味がないことが考えられるからである。そこで保留地と法定地上権の問題の迂回路として，実際の紛争においては後順位抵当権設定時の同一所有者要件の具備と法定地上権の問題として処理されることが十分考えられる。逆に，保留地と法定地上権の問題が必要不可欠となるのは，保留地買受人と抵当権者（任意競売）または債権者（強制競売）の間で，法定地上権が争われたときである。

また後順位抵当権設定時の同一所有者要件の具備と法定地上権（建物抵当型）につき仮に名古屋高判平7・5・30判時1544・66のように原則法定地上権否定説（先順位抵当権基準時説）をとったとしても，その例外を認める本件判決の理由は，妥当なものとはいえない。判決の挙げる理由は次の三点である。①換地処分前における，換地処分後の保留地についての抵当権設定（追加担保）の約定により，建物競売された場合に土地利用権付建物であることが予定されていること，②土地の現況調査により，施行者たる組合の承認のもとに建物建築され，換地処分後の土地所有権は土地利用権の負担を受けることが明らかであること，③二番抵当権者が土地建物を共同抵当にとっていることから，建物の土地利用権の負担つきのものとして土地の担保評価をしていること，の三点である。

しかし，①については，共同担保であることから土地利用権付であることを導くのは無理があり，むしろ建物抵当権さえあれば「本件建物が取り壊されることを是認するものではなく」土地利用権付であることを予定しているといえる。また，民法は392条以外に共同担保から何等の効果を導いていないのみならず，共同担保であることが後順位抵当権設定時に「客観的かつ明確に外部に公示」（最判平6・12・20民集48・8・1470(75)）されているわけでもない。

②については，土地の現況調査から土地利用権の負担は明らかであることはそのとおりである。ただその土地利用権が法定地上権によるものか何らかの約定利用権によるものかの説明がなされていない。現況調査を理由とするのであれば，後順位抵当権設定時に同一所有者要件を充たせば，常に法定地上権成立ということとなる。

③についても，①と同様に共同担保であることから土地利用権の負担付の土地であるということは無理があり，むしろ建物抵当権さえあれば，土地利用権を予定していたといえる。そして，後順位の建物抵当があれば法定地上権を認めるというは，まさに肯定説の結論である。実質的にも，土

地単独抵当権の設定であれば，法定地上権否定というのは妥当でなかろう。

以上より，名古屋高判平7・5・30判時1544・66が，原則として法定地上権否定説を取りつつも，その例外として本件について法定地上権成立を認めるのは，結論自体は妥当であるものの，その理由は不十分というべきである。

第六章　おわりに

保留地と法定地上権という問題の問題解決領域は，筆者の当初の意図に反して実はかなり狭い。迂回路である後順位抵当権設定時の同一所有者要件具備と法定地上権という問題により解決可能だからである。保留地買受人が換地処分後に保留地の抵当権設定（登記）に応じる前に，その土地所有権を第三者に移転した場合に，その第三者が建物競落人に建物収去土地明渡請求をしたとき，保留地と法定地上権が不可欠の問題となりうるにすぎない。しかし，今後の土地区画整理事業への金融を考えた場合，迂回路の論点でこの問題を解決するのではなく，保留地と法定地上権の問題に，名古屋高判平7・5・30判時1544・66の上告審が正面から判示することが求められているのではなかろうか。

また，法定地上権自体の問題であるが，競落前に建物滅失した場合には法定地上権の成立が認められないとされており，法定地上権により債権保全を図ることができない。これは，滅失後の再築の問題とも関連して論じる必要があるため，本稿では検討する余裕がなかった。

本稿で保留地上に法定地上権を認める法的構成の特色は，一言で言えば従来民法388条は地上権(物権)の成立という時間的な幅のない効果として捉えられていたのを，要件である「同一所有者」が一定の場合，実は時間的幅を認めざるをえないものであることから，その過渡的段階についての効果を地上権設定請求権(債権)というフィルター(時間的幅を許容する概念)を通すことにより説明したことにある。過渡的段階には二種類あり，所有権自体の生成段階に関する問題が施行者管理権と法定地上権の問題であり，物権変動の過程に関する問題が「占有する権利」と法定地上権の問題である。

結論としては，換地処分後の保留地の段階で法定地上権の成立を肯定することにより，換地処分前の保留地予定地の段階での債権保全をはかろうとするものである。本稿の論題が「保留地予定地を引当とする債権保全策」となっているにもかかわらず，副題が「保留地と法定地上権の見地から」となっている由縁である。

（しおた　てつひで　住宅金融公庫）

注

(1) 園部逸夫(編)『都市計画，区画整理，収用の法律相談（第四版)』(有斐閣，平成8・10) 256頁（下出義明執筆)。

(2) 下出義明『改訂換地処分の研究』(酒井書店，昭和54・6）315頁，328頁，下出義明『換地処分の諸問題』(酒井書店，昭和57・2）96頁，鈴木正和「保留地担保をめぐる一考察」金融法務事情982（昭和57・2）8頁，高瀬賢一「保留地予定地の担保取得」手形研究371(昭和60・8）62頁，高瀬賢一「仮換地・保留地予定地」石井眞司・西尾信一（編)『特殊担保　その理論と実務』(経済法令研究会，昭和61・3）50頁，三浦邦俊「保留地の担保取得手続と債務者倒産時の実務対応」金融法務事情1458（平成8・8）88頁，田井雅巳「保留地上の建物の担保取得をめぐる諸問題と実務対応」金融法務事情1458（平成8・8）96頁，園部逸夫（編)・前掲『法律相談』(注1）258頁（下出義明執筆)，大阪高判昭39・1・31下民集15・1・167，大阪地判昭42・12・19判タ219・109，大阪高判昭45・8・6高民集23・3・481—前記大阪地判昭42・12・19判タ219・109の控訴審。

(3) 下出・前掲『研究』(注2）315頁，下出・前掲『諸問題』(注2）96頁。

(4) 下出・前掲『諸問題』(注2）152頁，同旨南博方「土地区画整理における替費地をめぐる法

律問題」ジュリスト 293（昭和 39・3）53 頁，小倉顕「最判昭 43・9・24 民集 22・9・1959 の評釈」最高裁判所判例解説民事篇昭和 43 年度 908 頁。

(5) 高瀬・前掲昭 60 論文（注 2） 5 頁，高瀬・前掲昭 61 論文（注 2）52 頁。

(6) 於保不二雄「将来の権利の処分」『財産管理権論序説』（有信堂，昭和 29・11）302 頁。

(7) 大場民男『縦横土地区画整理法(第二版)』（一粒社，昭和 58・9）453 頁。

(8) 時効取得につき大判大 13・10・7 民集 3・12・509，承継取得につき大判大 13・10・7 民集 3・11・476，最判昭 30・6・24 民集 9・7・919，最判昭 31・6・5 民集 10・6・643。

(9) 米倉明『民法講義総則(1)—私権・自然人・物』（有斐閣，昭和 59・5）222 頁。

(10) 判例，学説の紹介は，小川幸士「保留地予定地と担保権 1」法律時報 55・5（昭和 58・5）124 頁，小川幸士「保留地予定地と担保権 2」法律時報 55・6（昭和 58・6）128 頁に詳しい。

(11) 下出・前掲『研究』（注 2）140 頁。

(12) 井上隆晴「土地区画整理法上の仮換地指定処分についての諸問題」『民事法特殊問題の研究 道工隆三先生還暦記念論集』（酒井書店，昭和 37・2）128 頁。

(13) 南・前掲論文（注 4）50 頁は「土地区画整理の方式は，権利の対象たる土地の区画形質に変更を加えつつ，しかも法律の擬制によって，原則として土地の権利関係に変動を生ぜしめない」ものであるとする。

(14) 「区画整理の際の換地処分によって，旧土地のかわりに新土地が与えられると旧土地の抵当権は直接に新土地上に移行する」のを物上代位によって説明する見解がある（鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社，昭和 43・4）132 頁）。しかし土地区画整理事業の場合は，特定の担保物権だけでなく，すべての物権につき客体が変更されるのであるから，物上代位により説明するのは無理があるのではなかろうか。

(15) 下出・前掲『研究』（注 2）315 頁，327 頁，下出・前掲『諸問題』（注 2）96 頁。

(16) 於保・前掲書（注 6）283 頁，299 頁。

(17) 下出・前掲『諸問題』（注 2）67 頁。

(18) 正確に言えば民法上の条件ではなく，効果帰属要件または法定条件たる効力発生要件であろう。

(19) 於保・前掲書（注 6）303 頁，313 頁。

(20) 於保・前掲書（注 6）283 頁。

(21) 南・前掲論文（注 4）59 頁。

(22) 大阪地判昭 42・12・19 判タ 219・106 のコメント，下出・前掲『研究』（注 2）331 頁。

(23) 所有権移転請求権が債権であることにつき，幾代通「仮登記上の権利の処分とその登記」香川保一（編）『不動産登記の諸問題 上巻』（帝国判例，昭和 49・12）465 頁，481 頁，鈴木禄弥『物権法の研究』（創文社，昭和 51・7）115 頁，林良平・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論（改訂版）』（青林書院，昭和 57・6） 3 頁。

(24) 大阪高判昭 45・8・6 高民集 23・3・481。

(25) 幾代・前掲『仮登記』（注 23）481 頁。

(26) 但し厳密には保留地に関する直接の規定ではないであろう。保留地については所有権が未だ存せず，施行地区内の宅地についての権利といえないからである。

(27) 同旨三浦・前掲論文（注 2）93 頁。

(28) 小川 2・前掲論文（注 10）129 頁。

(29) 買主たる地位の譲渡については，須藤正彦「売買契約上の地位の譲渡はどう考えるべきか—契約上の地位の譲渡の理論の構築へ向けて」椿寿夫(編)『講座 現代契約と現代債権の展望 第一巻』（日本評論社，平成 2・10）195 頁が詳しい。

(30) 大阪地判昭 42・12・19 判タ 219・107 のコメント。

(31) 前掲（注 30）コメント

(32) 付保留地とは，権利者の仮換地に隣接して細かく保留地を取り，従前地権利者に買取らせる場合の土地をいう（付保留地の問題については土生照子「保留地をめぐる諸問題」自由と正義 37・11（昭和 61・11）42 頁が指摘している）。

(33) 契約上の地位の移転につき東京高判平5・12・22判時1482・104，須藤・前掲平2論文（注29）234頁。

(34) 星野英一「評釈」法学協会雑誌87・5（昭和45・5）626頁。

(35) 石井長徳「土地区画整理事業上の保留地担保について」金融法務事情1178（昭和63・2）・22頁。

(36) 下出・前掲『研究』（注2）328頁，下出・前掲『諸問題』（注2）97頁，園部逸夫編・前掲『法律相談』（注1）259頁（下出義明執筆）。

(37) 契約上の地位の譲渡担保については，須藤正彦「契約上の地位の担保」星野英一他編『担保法の現代的諸問題』別冊NBL No.10（商事法務研究会，昭和58・3）109頁。

(38) 不動産担保実務研究会編集『問答式　土地・建物担保の実務』（新日本法規出版，昭和60・7）236ノ10ノ4頁（宗宮英俊執筆），同旨田井・前掲論文（注2）98頁。

(39) 鈴木正和・前掲論文（注2）6頁，大場・前掲書（注7）455頁，高瀬・前掲昭60論文（注2）64頁，高瀬・前掲昭61論文（注2）52頁，沼尾均「保留地予定地の対抗問題に関する一視点」金融法務事情1458（平成8・8）86頁，なお石井・前掲論文（注35）22頁は「申請書副本と当初の設定契約書とを綴り込み保管」としており有効であることを前提とした事務処理をしている。

(40) 下出・前掲『研究』（注2）315頁，327頁，下出・前掲『諸問題』（注2）96頁，大場・前掲書（注7）453頁，442頁，高瀬・前掲昭60論文（注2）64頁，高瀬・前掲昭61論文（注2）51頁。

(41) 柚木馨・高木多喜男（編）『新版注釈民法(14)』（有斐閣，平成5・3）190頁（柚木馨・高木多喜男執筆）。

(42) 米倉明『所有権留保の実証的研究』（商事法務研究会，昭和52・9）28頁。

(43) 幾代通「割賦売買」『契約法体系　贈与・売買』（有斐閣，昭和37・8）302頁。

(44) 『新版注釈民法(14)』・前掲書（注41）135頁（長尾治助執筆）。

(45) なお「当然には留保買主の占有権は導き出せない」とする反対説もある（神崎克郎「所有権留保売買とその展開」神戸法学雑誌14・3（昭和39・12）489頁）。

(46) 『新版注釈民法(14)』・前掲書（注41）190頁（柚木馨・高木多喜男執筆）。

(47) 『新版注釈民法(14)』・前掲書（注41）208頁（高橋眞執筆）。

(48) 鈴木正和・前掲論文（注2）8頁。

(49) 下出・前掲『研究』（注2）330頁，園部逸夫（編）・前掲『法律相談』（注1）258頁（下出義明執筆）。

(50) 井上・前掲論文（注12）141頁，下出・前掲『研究』（注2）315頁，327頁，下出・前掲『諸問題』（注2）96頁，小川・前掲論文2（注10）128頁，大場・前掲書（注7）453頁，442頁，高瀬・前掲昭60論文（注2）64頁，高瀬・前掲昭61論文（注2）51頁。

(51) 仮換地指定処分後，公共施設予定地の従前地の所有者に施行者が建物収去土地明渡請求をした事件で，請求認容判決。

(52) 公共施設予定地の不法占拠者に対して施行者が建物収去土地明渡請求をした事件で，請求認容判決。

(53) 南・前掲論文（注4）58，59頁。

(54) 亀川清「土地区画整理に関する諸問題」福岡大学法学論議4・1（昭和35・1）74頁，亀川清「仮換地の法律問題」福岡大学法学論義50・1（昭和35・4）90頁，沼尾・前掲論文（注39）84頁も同様の見解と思われる。

(55) 井上・前掲論文（注12）139頁。

(56) 右近順一「区画整理をめぐる債務保証制度の概要」金融法務事情1458（平成8・8）79頁。

(57) 石井・前掲論文（注35）17頁。

(58) その詳細は，鈴木正和・前掲論文（注2）6頁，高瀬・前掲昭60論文（注2）62頁，高瀬・前掲昭61論文（注2）42頁，石井・前掲論文（注35）16頁，三浦・前掲論文（注2）88頁。

(59) 鈴木正和・前掲書（注２） 6頁，石井・前掲論文（注35）16頁。

(60) 譲渡担保方式の比較的分かりやすい事務処理フローチャートは石井・前掲論文（注35）19頁。

(61) 同旨大場・前掲書（注７）456頁。

(62) 土地共有持分権者の単独所有建物に対する抵当権実行と法定地上権として紹介される有名な判例である。

(63) 貝田守「最判昭53・9・29民集32・6・1210の評釈」法律時報52・1（昭和55・1）159頁。

(64) 井上・前掲論文（注12）141頁。

(65) 鈴木禄弥・前掲書『物権法の研究』（注23）138頁，132頁，123頁。

(66) 鈴木禄弥『物権法講義　四訂版』（創文社，平成６・４）217頁以下。

(67) 野村秀俊「評釈」判例時報1564（判例評論449）（平成８・７）206頁も同旨。

(68) 志田博文「評釈」判例タイムズ913『平成７年度主要民事判例解説』（平成８・９）246頁。

(69) 野村・前掲論文（注67）200頁。

(70) 仮換地の使用収益権に基づき建物収去土地明渡請求。

(71) 伊藤進「評釈」私法判例リマークス13（平成８・７）31頁。

(72) 田井・前掲論文（注２）99頁。

(73) 貝田・前掲論文（注63）148頁。

(74) 評釈として野村・前掲論文（注67）200頁，伊藤・前掲論文（注71）27頁，志田・前掲論文（注68）244頁。

(75) 土地，建物共に共有，共有者相異，土地持分全部に抵当権設定の場合について法定地上権を否定した判例。