

〈研究ノート〉

換地処分によって抵当権に劣後する 送電線地役権の保護

— 未登記通行地役権の対抗力の視点から —

宮 崎 淳

目 次

- 1 はじめに
- 2 換地処分に伴う地役権の処理方法の問題点
- 3 未登記通行地役権の対抗力
- 4 送電線地役権への適用
- 5 おわりに

1 はじめに

換地計画を定める土地改良事業地区内に、送電線が架設されている場合は少なくない。通常、このような送電線の下土地（以下、線下地という。）には、地役権が設定されている。地役権について、土地改良法63条1項は、換地計画に係る土地の上に存する地役権は換地処分による公告があった後でも、なお従前の土地の上に存すると規定する。つまり、地役権は換地処分後も従前の土地の上に存続するというのである。したがって、換地処分をなす場合、従前の土地の上に設定された地役権を換地処分後の実態に適合させるための作業が必要となる。そこで、このような地役権が設定されている土地について、いかなる処理をすれば権利関係と換地処分後の事実関係を適切に合致させることができるかという問題が生じる。

換地処分に伴う地役権の処理の仕方について、現在の実務では、次の2つの方法が採用されている。第1に、従前の土地上の地役権を存続させ、それを変更することによって権利関係をあらわし登記に付記する方法（以下、「存続方式」

という。)がある。本方式は、土地改良法63条1項の考え方を論拠としている。第2に、従前の土地上の地役権をいったん消滅させ、換地処分後ただちに新しく地役権を設定することによって権利関係をあらわす方法（以下、「消滅・設定方式」という。）がある。近時では、この方式を採る地域も少なくない。

本稿の目的は、これら両方式の法的問題の所在を明らかにしたうえで、問題解決のための法解釈を試みることにある。

2 換地処分に伴う地役権の処理方法の問題点

(1) 存続方式における問題点

存続方式は、地役権の性質および土地改良法63条の趣旨に合致するが¹⁾、当方式による地役権の変更は登記に付記する方法でなされるから、登記簿が複雑になると指摘されている。また、道水路が換地処分によって民地となった場合には、あらたに地役権を設定する必要が生ずる一方で、逆に民地が道水路となった場合には、地役権を消滅させることが要請されてきた。さらに、大半の地役権者が換地処分の前後で地役権の設定範囲に齟齬をきたすことを嫌うため、設定範囲の面積を同一にすることに多くの手間がかかる。かかる事情が重なり、存続方式による地役権の処理は、煩雑にならざるを得ないと言われてきたのである。しかし、平成18年に国有財産法および地方自治法が一部改正され、行政財産について、その用途または目的を妨げない限度において地役権の設定が可能となったため（国有財産法18条2項6号および地方自治法238条の4第2項6号²⁾）、存続方式による地役権の処理は、前述の煩雑性から解放される余地が生じている点に留意が必要である³⁾。

このような特徴を有する存続方式には、次のような法的問題が存在する。すなわち、従前の土地上に抵当権が設定されており、換地上にはその抵当権に遅れて設定された地役権が存在している場合、換地処分によって地役権は抵当権に劣後してしまうため、地役権者は抵当権の実行により承役地の買受人に対して優先的地位を主張できなくなる（地役権が覆る）のではないかという点である。

(2) 消滅・設定方式における問題点

存続方式の煩雑性を克服する手段として考えられるのが、消滅・設定方式である。当方式は、従前の土地上の地役権をいったん消滅させ、換地処分後ただちに新しく地役権を設定するのであるから、処理手続きは存続方式と比べて比較的簡易であるといえる。しかし、この方式には、現実的に不可避な問題が存在する。それは、現実のうえでも、また登記手続きにおいても、地役権の消滅および設定は換地処分を挟んで同時にすることができない点にある。つまり、消滅・設定方式によると、地役権を消滅させたあと直ちに換地処分をなし、その後遅滞なく地役権を設定するという経過をたどるため、必然的にこれらには時間的ずれが生じ、結果として地役権設定に空白期間が存在することになるのである。実務では、この空白期間の存在に伴う不都合を回避するための契約を締結する場合も多いが、理論的に地役権設定の空白が埋められることにはならない。

また、地役権をいったん消滅させてしまうことについて、つぎのような法的问题が生起する。すなわち、従前の土地上に地役権より後順位の抵当権が設定されていた場合、換地処分によっていったん地役権を消滅させてしまうと「順位昇進の原則」により後順位抵当権の順位が昇進するため、再設定した地役権の順位が抵当権より劣後してしまい、その結果、地役権者は抵当権の実行によって承役地の買受人に対して優先的地位を主張できなくなる（地役権が覆る）のではないかという点である。この論点は、地役権をいったん消滅させ、空白期間をつくってしまうことから導出される理論上の必然的結果であるが、地役権者の立場にたてば地役権を消滅させることのリスクを如実に表していることになる。消滅・設定方式が煩雑性を回避する方法として一般的に採用されるにいたるには、この問題をいかに解決するかが最も重要な点になると思われる⁴⁾。

両方式における地役権の対抗問題について整理するならば、存続方式では、従前地上には換地上の地役権設定登記より早い抵当権の登記があるため、換地処分によって地役権が抵当権より劣後してしまう場合における地役権の保護が問題となっている。これに対して、消滅・設定方式では、従前地上に地役権より後順位の抵当権が設定されていたとしても、換地処分によっていったん地役権を消滅させることにより後順位抵当権の順位が昇進するため、再設定した地

役権の順位が抵当権より劣後してしまう場合における地役権の保護が論点となるのである。⁵⁾

3 未登記通行地役権の対抗力

(1) 未登記通行地役権の対抗問題

これら両方式における地役権の対抗問題には、共通点が存在する。それは、換地処分によって地役権が抵当権に劣後する場合に抵当権の実行によって地役権が覆るのか、という点である。この地役権の対抗問題を具体的な命題として表すならば、地役権が承役地の譲受人に対抗できるためには登記を必要とするか、という問題に収斂できるであろう。

そこで、通行地役権に着目したい。通行地役権は、要役地所有者と承役地所有者間において明示的に合意されることが少なく（実際には、ほとんど黙示的に合意される。）、登記も経由されない場合が大半である。近隣同士の間で生活の利便性を高めるため他人の土地を通行させてもらうときに、わざわざ地役権の設定契約を明示的に締結したり、ましてや通行地役権の設定登記をすることはまれであろう。このような状況において、通行地役権と承役地の所有権を単純に対抗問題として捉え、未登記地役権は承役地の譲受人に対抗できないと解すると、要役地所有者の生活利益が著しく損なわれることになる。そのため、下級審裁判所は、この問題を原則として対抗問題と理解したうえで、承役地の譲受人は民法177条の「第三者」に該当しないという例外を広く認容してきた。つまり、登記のない地役権を保護してきたのである。

(2) 最高裁平成10年2月13日判決の法解釈

このような下級審裁判所の裁判例が集積されるなか、平成10年に注目すべき判決が下された。すなわち、最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁である。

【事実の概要】

Aは、所有地を宅地6区画と本件係争地を含む通路に造成し、その1区画をXに分譲した。Xが分譲を受けた土地の西側には里道があるが、急勾配な部分があり幅も狭かった。そこで、XとAは通行地役権の設定を黙示的に合意し、

Xは本件係争地部分を通路として公道への出入りに使用していた。一方、係争地および3区画の土地はまとめて、AからBに売却された。Bは係争地を自ら通路として使用し、Xの通路使用にも異議を述べなかったが、当該土地をYに売り渡した時には、Xの地役権の存在を否定した。Yは、Xの通路使用を認識していたが、Bに通行権の有無を確認せず、購入後まもなくXの通行権を否認した。そこで、XがYに対し、主位的に通行地役権の確認、通行妨害の禁止、地役権設定登記手続き等を求め、予備的に囲繞地通行権の確認と通行妨害の禁止を求めた。

第1審は、通行地役権の登記がなく、A B、B Y間に通行地役権につき承継の合意がないことを理由に通行地役権を否定したが、囲繞地通行権を認容した。原審は、A B間に通行地役権設定者の地位を承継する黙示的合意を認め、Yは背信的悪意者なので、Xは通行地役権をYに対抗できるとした。そこで、Yは、悪意を認定せずにYを背信的悪意者としたこと等を不服として上告した。

【判 旨】

上告棄却。

「通行地役権（通行を目的とする地役権）の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠映を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である。その理由は、次のとおりである。

（一） 登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者は、民法177条にいう「第三者」（登記をしなければ物権の得喪又は変更を対抗することのできない第三者）に当たるものではなく、当該第三者に、不動産登記法4条又は5条に規定する事由のある場合のほか、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない。

（二） 通行地役権の承役地が譲渡された時に、右承役地が要役地の所有者に

よって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、要役地の所有者が承役地について通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができ、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。したがって、右の譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって、右の譲受人が地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものというべきである。ただし、例えば、承役地の譲受人が通路としての使用は無権原でされているものと認識しており、かつ、そのように認識するについては地役権者の言動がその原因の一半を成しているといった特段の事情がある場合には、地役権設定登記の欠缺を主張することが信義に反するものということとはできない。

(三) したがって、右の譲受人は、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないものというべきである。なお、このように解するのは、右の譲受人がいわゆる背信的悪意者であることを理由とするものではないから、右の譲受人が承役地を譲り受けた時に地役権の設定されていることを知っていたことを要するものではない。」

本件では、Yによる係争地の譲り受け時に、係争地がXにより継続的に通路として使用されていたことはその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであって、Yはそのことを認識しており、前記特段の事情は存しない。したがって、Yは、地役権の設定を知らなかったとしても、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者にあたらない。

【解 説】

民法177条の「第三者」の主観的範囲について、判例は、不動産登記法5条に該当する者のほか、つぎのような場合も第三者には当たらないという。すなわち、「実体上物権変動があった事実を知る者において右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない

ものであって、民法177条にいう第三者に当たらない」と判示するのである。⁶⁾しかしながら、判例は、「背信的悪意者」と「登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者」との関係につき明らかにしていない。つまり、背信的悪意者と登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する者が同義なのか、それとも、背信的悪意者は登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する者を例示したものにすぎないのか、この点につき論究してこなかったのである。これに対して、本判決は、通行地役権の設定に関し、承役地の譲受人は、登記の欠缺を主張することが信義に反する場合には、背信的悪意者か否かにかかわらず、177条の第三者に該当しないと判示したところに意義がある。⁷⁾換言すれば、未登記地役権の対抗力を承認するに際し、承役地の譲受人が背信的悪意者ではなく、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと明言し、この2つの基準を明確に区別した点において、本判決の理論的意義があると解されているのである。⁸⁾

未登記通行地役権の対抗問題については、下級審による裁判例の集積がある。なかでも、譲受人が「通行地役権設定登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であると（中略）主張することは、信義則に反するもの」で許されないとした東京地判昭和48年8月16日は、重要な位置を占める。⁹⁾当該判決を契機に、下級審裁判所は、通路の使用およびその認識（または認識可能性）を要件として、承役地の譲受人を「登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者にあたらぬ」と判断する傾向を示してきたのである。¹⁰⁾本判決は、かかる下級審裁判例の延長線上に位置づけられよう。

また、本判決は、通路の継続的使用の事実が客観的に明らかで、かつ通行地役権の存在が譲受人に認識可能という基準を明示して、背信的悪意者以外に177条の「第三者」から除外される者の新たな類型を認めたという点においても、意義を有する。さらに、通行地役権の存在が譲受人に認識可能という基準は、承役地譲受人に調査義務を課して善意無過失者のみを保護することを意味し、通路の継続的使用の事実が客観的に明らかである表現地役権は、原則として登記なくして対抗できることになると評釈するものもある。¹¹⁾

なお、本判決では判断されなかった地役権者からの登記手続請求権については、最判平成12年12月18日¹²⁾がこれを認容した。

4 送電線地役権への適用

通行地役権は、承役地を通行するために設定される地役権であるが、送電線地役権は、送電線敷設のために設定される地役権である。両地役権の最大の相違は、継続性と外部認識性にある。継続性とは、地役権の内容たる土地の利用が間断なく続いていることをいい、外部認識性とは、土地利用の継続を外部から認識できる事実状態をいう。

継続性について、判例は、通行地役権が継続性の要件を充足するには、承役地の上に通路の開設を要し、しかもその開設が要役地所有者によってなされたことを必要とする¹³⁾という。これに対して、送電線地役権は、物理的な送電線施設がなければ目的が達成できないがゆえに、送電線が存在する限り（半永久的に）、継続性を有するものである。一方、外部認識性については、通行地役権は通路の開設があれば外部から認識可能となるが、送電線地役権は、特別な事情があつて送電線が地中に埋設される場合以外は、原則として送電線の架設をもつて外部認識性があると考えられる。したがって、送電線地役権は、通行地役権と比べて、より明確な形で継続性および外部認識性を有する地役権であるといえよう。

平成10年最高裁判決の判決理由のなかで、本稿が取り上げる地役権の対抗問題に関連する主要部分は、つぎの通りである。

「通行地役権の承役地が譲渡された時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、要役地の所有者が承役地について通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができ、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。したがって、右の譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであつて、右の譲受人が地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものというべきである。」

当該判決理由は、通行地役権について論じられたものであるが、送電線地役権についても適用可能であると判断できる。前述したように、送電線地役権は、通行地役権より明確な形で継続性および外部認識性を有するから、通行地役権に認められる理論が送電線地役権に認められない理由はないと考えられるのである。送電線の架設は誰の目から見ても認識可能であるため、地役権の存在およびその内容は客観的に明白である。送電線地役権が設定されていることを知らないで承役地を取得することは、現地検分を怠らない限りありえない。ましてや、抵当権の実行によって不動産を買い受ける場合には、執行裁判所が、執行官に対して、不動産の形状、占有関係、その他の現況について、調査を命じるから、送電線地役権が設定されていることを知らないで承役地を買い受けることは事実上ありえないといえよう。したがって、承役地の買受人は、その土地につき送電線地役権が設定されているものとして買い受けたと考えられるため、当該買受人が送電線地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは、信義則に反して許されないと判断されることになる。つまり、送電線地役権は、承役地の買受人に対して原則として登記なくして対抗できることになるのである。さらに、送電線地役権者は、承役地の買受人に対して地役権設定登記手続きを請求することもできると考えられる。

5 おわりに

換地処分に伴う地役権の処理の仕方である存続方式および消滅・設定方式における最大の法的問題は、送電線地役権の対抗問題である。具体的には、換地処分によって送電線地役権が抵当権に劣後する場合に抵当権の実行によって当該地役権が覆るのか、という論点である。本稿は、未登記通行地役権が承役地の譲受人に対抗できると判示した最高裁平成10年2月13日判決の法理論を送電線地役権に適用することによって、送電線地役権を保護する解釈を展開した。すなわち、送電線地役権は、承役地の譲受人に対して登記なくして対抗できるとする法解釈を提示したのである。この解釈によって、換地処分によって送電線地役権が抵当権に劣後する場合であっても、当該地役権は承役地の買受人に対抗できると解することが可能となるのである。また、送電線地役権者は、承

役地の買受人に対して地役権設定登記手続きを請求することもできると解せられる。

最後に、仮にこのような送電線地役権は承役地の買受人に対抗できないと解したとしても、買受人が承役地の所有権に基づく妨害排除請求権を行使してきた場合には、送電線を除去することは著しく困難で莫大な費用を要し、かつ公益性を損ねることになるから、かかる物権的請求権の行使は権利の濫用として¹⁵⁾認容されないと解されることについても付言しておきたい。

注

- 1) 農林水産省農村振興局土地改良企画課監修『土地改良法解説（改訂版）』（全国土地改良事業団体連合会、2005年）215頁は、地役権について要役地と承役地の2つの土地の関係に関する権利であるから、換地処分によって権利者が変わっても土地そのものの依存関係に変化がない限り、これをそのまま従前の土地の上に存続させる必要があると解説する。
- 2) 地方自治法の一部改正については、松本英昭『新版 逐条地方自治法（第4次改訂）』（学陽書房、2007年）885頁以下が詳しい。
- 3) 地役権者である電力会社等が、今回の改正を積極的に解し、道水路等の行政財産上に送電線地役権を設定するか否かについては、今後の動向を注視する必要がある。
- 4) 換地処分における私法上の問題について取り扱う研究は、極めて限られている。下出義明『換地処分の研究（改訂版）』（酒井書店、1979年）は、309頁以下において「換地処分と抵当権」という項目を立てて説述するが、ここで指摘した問題については論究していない。
- 5) 換地処分に伴う地役権の処理方法である存続方式および消滅・設定方式の問題点については、拙稿「換地処分に伴う地役権および地上権の処理方法に関する法的問題」全国土地改良事業団体連合会中央換地センター「平成18年度土地改良事業換地等対策調査（地役権等調査）報告書」153頁以下が詳細である。
- 6) 最判昭和43年8月2日民集22巻8号1571頁。
- 7) 横山美夏「〔平成10年重要判例解説民法4〕通行地役権の登記欠缺を承役地の譲受人が主張できない場合」ジュリスト1157号64頁。
- 8) 野澤正充「未登記通行地役権の承役地譲受人と正当な利益を有する第三者」法律時報別冊私法判例リマークス18号24頁。
- 9) 判例タイムズ301号217頁。
- 10) 大阪高判昭和49年3月28日判例時報762号32頁、東京地判昭和52年4月28日判例時報877号79頁等。下級審裁判例の分析については、沢井裕『叢書民法総合判例研究⑩ 隣地通行権〔増補〕』（一粒社、1987年）167頁以下、岡本詔治『隣地通行権の理論と裁判』（信山社、1992年）109頁以下および安藤一郎『私道の法律問題〔5版〕』（三省堂、2005年）331頁以下が詳細である。
- 11) 松岡久和「未登記通行地役権が承役地の譲受人に対抗できるための要件」法学教室（判

例セレクト'98) 222号別冊14頁。このほか、本判決の判例評釈として、川井健「承役地譲受人に対する未登記通行地役権の対抗力」民商法雑誌119巻3号425頁、園部秀穂「設定登記のされていない通行地役権について承役地の譲受人が登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないと解すべき場合」判例タイムズ1005号50頁、大野秀夫「設定登記のされていない通行地役権について承役地の譲受人が登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないと解すべき場合」判例時報1649号210頁（判例評論477号32頁）、石田剛「承役地譲受人に対する未登記通行地役権の対抗力」法学教室215号110頁、近藤崇晴「設定登記のされていない通行地役権について承役地の譲受人が登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないと解すべき場合」『最高裁判所判例解説平成10年度』86頁、岡本詔治「未登記通行地役権の対抗力について」日本法学65巻4号169頁、田中康博「通行地役権の対抗と登記」京都学園法学1999年2=3号155頁等がある。

- 12) 民集52巻9号1975頁。
- 13) 大判昭和2年9月19日民集6巻510頁。
- 14) 民事執行法57条1項。
- 15) 大判昭和10年10月5日民集14巻1965頁参照。

【付 記】

本稿は、平成18・19年度にわたって農林水産省が全国土地改良事業団体連合会に委託した「土地改良事業換地等対策調査（地役権等調査）」の成果の一部であることを付記する。