

第31章

仮登記に関する登記（仮登記担保権に関する登記を除く）

(1) 総論

(一) 総説

質疑応答

- 1 甲所有の不動産について乙のため所有権移転の仮登記（法2条（現行法105条）1号）がされている場合に、別に乙のために所有権移転の登記申請をすることができる。（登研394号254頁）
- 2 所有者を異にする所有権移転請求権仮登記を同一の申請書によって申請することはできない。（登研391号109頁）
- 3 同一債権を担保するため、所有者を異にする物件に対して根抵当権の設定の登記が同一の申請書で申請される場合でも、条件付代物弁済契約に基づく条件付所有権移転仮登記申請は同一の申請書ではできない。（登研263号63頁）
- 4 共同根抵当権設定登記と同時に代物弁済予約及び条件付賃貸借権設定の仮登記を申請する場合の登記の順序は、別段契約の内容として定められていない限り、いずれによっても差し支えない。（登研429号127頁）
- 5 代物弁済を原因とする買戻約款付所有権移転登記手続をなすことの調停が成立した場合による代物弁済による所有権移転登記の申請と停止条件付所有権返還契約を登記原因とする仮登記の申請とは、必ずしも同時に申請する必要はない。（登研179号69頁）
- 6 数個の不動産に関する根抵当権設定の仮登記申請を同一の申請書でもって申請することはできない。（登研327号34頁）
- 7 数個の物件についてされている累積式の根抵当権設定の仮登記に基づき、その本登記としての共同根抵当権の設定登記は、受理できる。（登

研424号222頁）

- 8 仮登記された根抵当権を共同担保とする旨の登記を申請することはできない。（登研304号74頁）
- 9 共同根抵当権設定契約書は、共同根抵当権設定にかかる個々の不動産についての根抵当権設定仮登記申請の登記原因証書とすることができる。（登研411号83頁）
- 10 根抵当権の確定の仮登記はできない。（登研435号116頁）
- 11 登記簿上、元本が確定していることが明らかな場合は、根抵当権設定仮登記についてであっても、確定後でなければすることができない登記をすることができる。（登研623号161頁）
- 12 地上権の登記のされている土地についても、更にその地上権の消滅を停止条件とする停止条件付地上権設定の仮登記、又は地上権設定請求権保全の仮登記をすることができる。（登研168号40頁）
- 13 地上権の登記のされている土地についても、地上権の設定の仮登記をすることができる。（登研211号54頁）
- 14 甲、乙、丙、共有の不動産で各共有持分について抵当権の設定登記を申請する場合に、同時申請がされたときは、法47条（現行法19条）による同一の受付番号をもって処理して差し支えない。
なお、右の事例で抵当権設定及び所有権移転の仮登記をする場合でも同様である。（登研363号166頁）

a 仮登記とは、将来の本登記の順位を保全するために不動産登記法において設けられた予備的な登記である。

仮登記は、本登記をすべき実質的又は形式的要件が具備されない場合に、後日にする本登記の登記上の順位を確保しておくために、本登記をするまでの間の権利保全行為として、後日にする登記事項又はその請求権の存在を、あらかじめ当該不動産に係る登記記録に仮に登記しておく予備的な登記である。した

がって、仮登記の対抗力としては、本登記と同一の効力を有するものではなく、単に、後日にする本登記の登記上の順位を確保する効力を有するにすぎず、仮登記した権利関係を第三者に主張し対抗するためには、その本登記をする必要があり、本登記をしたときから、その権利関係を第三者に主張し対抗することができることになるものと解される。すなわち、物権変動の第三者への対抗力は、一般の場合と同じく、物権変動が実体上生じて、民法177条に規定する「不動産登記法その他の登記に関する法律の定める」登記がされた時から生じるのであって、当該物権変動そのもの及びその対抗力が、仮登記の時に遡って主張することができる効力を認めるものではない（木村三男・藤谷定勝「改訂仮登記の理論と実務」（日本加除出版）149頁）。そして、仮登記の効力について、判例も、「仮登記ハ後日為シタル本登記ノ順位ヲ既往ニ遡ラシムヘキ効力アルニ止マリ本登記ト同シク不動産ニ関スル物権ノ得喪変更ヲ第三者ニ対抗スルヲ得セシムルノ効力ヲ有スルモノニ非ス」（大正4年7月6日大審院判決・民録21輯1105頁）と判示している。

仮登記は、まず、既に本登記をすることができる実体上の権利変動（不動産に関する物権の権利変動）は生じているにもかかわらず、その本登記を申請するために登記所に対し提供しなければならない情報であって、法22条本文若しくは法61条の規定又は不動産登記令若しくはその他の法令の規定により申請情報と併せて提供しなければならないものとされている情報のうち、登記識別情報又は第三者の許可、同意若しくは承諾を証する情報（規則178条）を提供することができないときにすることができるものとされている（法105条1号。一般的に「1号仮登記」といわれている。）。

この規定について、平成16年法律第123号による改正前の不動産登記法（旧法）は、「登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ条件ヲ具備セサルトキ」（旧法2条1号）に仮登記をすることができるとされていた。「手續上ノ条件」について、登記実務における取扱いは、①登記義務者が本登記の申請手続に協力しない場合、②登記義務者の権利に関する登記済証を提出することができない場合、③

第31章 仮登記に関する登記（仮登記担保権に関する登記を除く）

権利に関する登記の申請書に第三者の許可、同意又は承諾を証する書面を添付することができない場合とされており、現行法105条1号の規定は、登記実務における上記②及び③の従来の取扱いを立法化したものである。

また、仮登記は、未だ不動産に関する物権の権利変動が生じていないため、その本登記をすることはできないものの、当該権利変動の請求権を保全しようとする場合（その請求権が、始期付き又は停止条件付きのものその他将来確定すべきことが見込まれるものを含む。）にもすることができるものとされている（法105条2号。一般的に「2号仮登記」といわれている。）。

旧法においては、「前条二掲ケタル権利ノ設定、移転、変更又ハ消滅ノ請求権ヲ保全セントスルトキ 右ノ請求権カ始期附又ハ停止条件附ナルトキ其他将来ニ於テ確定スヘキモノナルトキ亦同シ」（旧法2条2号）と規定されており、現行法105条2号は、旧法2条2号の規定の文言を若干改めたのみであり、実質的な変更はない。

b ところで、上記のとおり、1号仮登記は、既に本登記をすることができる実体上の権利変動（不動産に関する物権の権利変動）が生じているのであるから、例えば、甲所有の不動産について、乙のために令和元年5月8日売買を登記原因とする所有権移転の仮登記（1号仮登記）がされている場合、当該不動産の所有権は、実質的には、同日に甲から乙へ移転していると解されることから、1号仮登記がされた後は、仮登記義務者は、重ねて所有権を処分することはできず、したがって、当該仮登記とは別個に、乙のために令和元年8月22日売買を登記原因とする所有権の移転の登記を申請することはできないものと考えられる。

しかしながら、先例は、「仮登記義務者ハ仮登記ヲ為シタル権利ヲ処分スヘカラサルニ拘ハラス之ヲ処分シテ登記ヲ申請スル場合ニハ登記上其申請ハ適法ナルニ付其申請ヲ却下スルコトヲ得サルヘシト思考ス」（明治32年7月7日付け民刑第1184号民刑局長回答・登記関係先例集上87頁）としている。すなわち、1号仮登記をした仮登記義務者が、同一の権利（上記例における甲の所有権）を処

分して、その登記を申請したときは、当該申請は適法なものであるから、これを却下することはできないとしているのである。判例も、「所有権移転請求権保全の仮登記は本登記のために順位を保全する効力を有するものであって、仮登記権利者が本登記をなすに必要な要件を具備するに至ったときは、仮登記後本登記をするまでに、仮登記義務者により本登記の目的と相容れない処分が行われ、これに基づく第三者の権利取得の登記がなされた場合においても、仮登記権利者は仮登記義務者に対し本登記を請求することを妨げるものではなく、又第三取得者に対しては、その権利取得を否認しその登記の抹消を請求し得るものと解するのが相当である。けだし、仮登記義務者は、仮登記があった後においては、仮登記権利者の権利行使を妨げない限度においてのみ処分行為を許されているのであり、従って仮登記権利者が、仮登記義務者に対し本登記の請求をなし得る関係においては、仮登記義務者は依然登記名義人の地位に在るものと解すべきであり、又第三取得者は、仮登記権利者に対し、本登記の目的たる権利と相容れない限度においてその権利取得を主張し得ないものと解すべきだからである。」（昭和32年6月18日最高裁第三小法廷判決・民集11巻6号1081頁）と判示して、先例と同様に解している。すなわち、仮登記義務者が所有する不動産に仮登記をした場合であっても、当該仮登記義務者は、依然として、当該不動産の登記名義人であるから、仮登記権利者の権利行使を妨げない限度において、当該不動産を処分することが許されるのであり、また、仮登記後に仮登記義務者から当該不動産を取得した第三者は、当該所有権移転の仮登記に基づく本登記がされたときは、当該仮登記の順位保全の効力により、所有権の取得を本登記の登記名義人（仮登記権利者）に主張することはできないのである。

したがって、甲所有の不動産について、乙のために所有権移転の仮登記（1号仮登記）がされている場合であっても、当該仮登記の本登記によらず、別に乙（又は乙以外の第三者）のために所有権の移転の登記申請をすることができるとされており（**質疑応答1**）、法105条（旧法2条）1号の仮登記をした仮登記義務者が、同一の権利を処分して、その登記の申請をしたときは、これを却

下することはできず、また、同条2号の仮登記をした場合も、仮登記義務者は、当該仮登記をした請求権の目的である権利を処分することができることとされているのである（前掲明治32年民刑局長回答）。

c 次に、申請情報は、登記の目的及び登記原因に応じ、一の不動産ごとに作成して提供するのが原則であるが、同一の登記所の管轄区域内にある二以上の不動産について申請する登記の目的並びに登記原因及びその日付が同一であるときその他法務省令で定めるときは、一括して一の申請情報によって登記を申請することができることとされている（令4条、規則35条）。

令4条に規定する「登記原因及びその日付が同一」とは、登記原因となる事実又は法律行為及びその日付が同一であることはもちろん、その当事者（登記権利者及び登記義務者又は申請人）も同一であることを要するものと解されている。

そこで、乙所有のA土地と、乙及び丙共有のB土地に対して、権利者を甲とする代物弁済予約の契約がされた場合には、代物弁済予約という原因行為の種類及びその日付が同一であったとしても、各不動産について登記義務者が異なるため登記原因が同一であるとは認められないことから、この場合の所有権移転請求権仮登記の申請情報は、原則どおり、A及びB土地ごとに作成して提供すべきであり、一の申請情報によって申請することはできない（**質疑応答2**）。

なお、従来から、登記実務においては、同一の債権を担保するための共同（根）抵当権については、設定者（登記義務者）を異にする設定の登記申請があった場合でも、申請情報の内容が複雑になることはなく（単に設定者を併記するだけであり、当該設定者は所有権の登記名義人であって、設定者そのものは登記事項ではない。）、登記の処理において過誤を生ずるおそれはないことから、一の申請情報によって申請することが認められていた（明治32年6月29日付け民刑第1191号民刑局長回答・登記関係先例集上85頁）。そこで、現行法においては、同一の登記所の管轄区域内にある二以上の不動産について申請する登記が、同一の債権を担保する先取特権、質権又は抵当権に関する登記であって、登記の日

的が同一であるときは、一の申請情報によって申請することができる旨、明文をもって定められている（規則35条10号）。しかしながら、当該（根）抵当権の設定の登記申請と同時に債務不履行を条件とする代物弁済契約に基づく条件付所有権移転仮登記を申請する場合には、当該仮登記は、登記義務者が異なるため登記原因が同一であるとは認められないことから、規則35条10号の規定は適用されず、原則どおり、各登記義務者（（根）抵当権の設定の登記の設定者）ごとに作成して提供すべきであり、一の申請情報によって申請することはできない（**質疑応答3**）。

d 次に、根抵当権の設定契約に付帯して、代物弁済予約による所有権移転の仮登記及び条件付賃貸借権設定の仮登記を申請する旨の契約がされている場合、当該条件付賃貸借権設定の仮登記の条件は、「何番根抵当権確定債権の債務不履行」（登研442号84頁）とするのが一般的であることから、その登記申請の順序は、1件目は根抵当権の設定の登記申請でなければならないが、2件目及び3件目は、所有権移転の仮登記及び条件付賃貸借権設定の仮登記のいずれであっても差し支えないと解される。しかしながら、条件付賃貸借権設定の仮登記の条件は、「年月日設定の根抵当権の確定債権の債務不履行」（登研460号105頁）とすることも認められていることから、この場合には、必ずしも1件目に根抵当権の設定の登記を申請しなければならないものではなく、登記の順序について根抵当権の設定契約及び付帯契約に当該契約の内容として定められていないときは、3件の登記申請の順序は、いずれを1件目に申請しても差し支えないと考えられる（**質疑応答4**）。

ところで、不動産の売買における買戻しの特約は、売買契約と同時にされなければならないが、その内容は、買主が支払った代金及び契約の費用を返還して売主の側から一方的に解除をすることができるとするものであり（民法579条）、売買契約と同時に買戻しの特約を登記したときは、買戻しは、第三者に対しても、その効力を生ずるものとされている（同法581条1項）。すなわち、同項に規定する「売買契約と同時に買戻しの特約を登記したとき」の「同時に」とは、

「売買契約成立と同時に」という意味ではなく、当該不動産の「売買による所有権の移転の登記と同時に」との趣旨であると解するのが相当であるとされている（登研277号77頁）。

そして、買戻しの特約の登記は、売買による所有権の移転の登記と同時に登記したときに限り第三者に対して効力を生ずるのであるから、売買契約の成立の後にされた買戻しの特約は無効であり、所有権の移転の登記後にされた買戻しの特約の登記は、無効である（大正15年10月19日大審院判決・民集5巻738頁）。したがって、売買による所有権の移転の登記完了後に、当該所有権の移転の登記原因を「買戻しの特約付売買」と更正して、当該所有権の移転の登記とは別個に、買戻しの特約事項を追加する更正の登記をすることはできないとされている（登研122号33頁）。

そこで、代物弁済を原因とする買戻約款付所有権移転登記手続をすることの調停が成立し、当該調停調書の正本を提供して、代物弁済による所有権移転登記の申請と同時に買戻しの特約の登記が申請された場合、上記のとおり、買戻しの特約の登記は、売買による所有権の移転の登記と同時にされた場合にのみ認められるものであるから、当該登記申請は却下されることになる。したがって、この場合の買戻約款は、例えば貸付金の支払いを停止条件とする所有権の返還契約と解するのが相当であることから、買戻しの特約の登記に代えて仮登記をすることができる（昭和37年1月10日付け民事甲第1号民事局長電報回答・登記関係先例集追Ⅲ750頁）。そこで、この場合には、代物弁済を原因とする所有権の移転の登記と、登記の目的を「条件付所有権移転仮登記」、登記原因及びその日付を「年月日所有権返還契約（条件 貸付金の支払）」とする仮登記を申請することになるものと考えられるが、上記のとおり、当該所有権の移転の登記と仮登記は、売買による買戻約款付の所有権の移転の登記ではないから、必ずしも同時に申請する必要はない（**質疑応答5**）。また、売買代金完済時に所有権が移転する旨の附款付売買契約が締結された場合には、登記原因を「年月日売買（条件 売買代金完済）」とする停止条件付所有権移転の

仮登記を申請することができるかとされている（昭和58年3月2日付け民三第1308号民事局第三課長回答・登記関係先例集追VII16頁）。

なお、売買による所有権の移転の登記と同時に買戻特約の仮登記を申請することができるかどうかについては、所有権の移転の登記がされる以上、買戻特約も実際の売買契約と同時にされると考えられることから、買戻特約の登記について、2号仮登記を申請することはできないと考えられ、また、1号仮登記についても、仮登記に基づく本登記をするときには、所有権の移転の登記と同時にすることはできないことになることから、同様に申請することはできないと考えられる。

一方、所有権移転の仮登記や所有権移転請求権の仮登記に、買戻特約の仮登記を申請することができるかどうかについては、買戻権が行使されたときは、目的不動産の所有権は、買戻権者に帰属するのであるから、売主が既に買戻権を取得している場合はもちろん、例えば、売買の予約をすると同時にその売買について買戻特約がされている場合など、売主が、将来買戻権を取得すべき法律関係が発生している場合においても、売主の権利を仮登記によって保全しておく必要性が認められるとして、買戻特約の仮登記は、所有権移転の仮登記又は所有権移転請求権の仮登記に付記して申請することができるかとされおり（昭和36年5月30日付け民事甲第1257号民事局長通達・登記関係先例集追III568頁）、その登記の目的は、いずれの場合も「買戻特約の仮登記」とすることで差し支えないものと考えられる。

ただし、買戻特約の仮登記の申請時期については、例えば、法105条1号による所有権移転の仮登記を申請した場合には、当該仮登記に係る所有権自体が、実体上物権変動したもの、すなわち所有権の移転があるものと考えられることから、その売買契約と同時に買戻特約もあったとするならば、登記手続上、買戻特約の仮登記は、所有権移転の仮登記と同時に申請すべきであるとも考えられる。しかしながら、上記のとおり、民法581条1項に規定する「売買契約と同時に買戻しの特約を登記したとき」の「同時に」とは、「売買による所有権

の移転の登記と同時に」との趣旨と解されていることから、買戻特約の仮登記に基づき本登記をするには、必ず所有権の移転の本登記と同時に申請しなければならないが、買戻特約の仮登記については、同項の規定の適用はなく、必ずしも所有権移転の仮登記と同時に申請することは要しないとされている（前掲昭和36年民事局長通達）。

e 次に、根抵当権は、その設定と同時に同一の債権の担保として数個の不動産について根抵当権が設定された旨の登記、すなわち、共同担保である旨の登記をした場合には、民法392条及び393条の規定の適用があるものとし（民法398条の16）、一つの債権の担保として数個の不動産について根抵当権を設定した場合であっても、その旨の登記をしない場合には、数個の不動産についての根抵当権は別個独立した、いわゆる累積式の根抵当権となるものとされている（同法398条の18）。

そこで、共同担保である旨を仮登記の段階ですることができるかどうかについて、仮登記は、上記のとおり、権利の保存等に係る登記の申請をするために登記所に提供しなければならない情報のうち、登記識別情報又は第三者の許可、同意若しくは承諾を証する情報（規則178条）を提供することができないとき（法105条1号）、若しくは権利の設定、移転、変更又は消滅に関して始期付き又は停止条件付きその他将来確定することが見込まれる請求権を保全しようとするとき（同条2号）に、仮の処分としてされる登記であって、本登記の順位をあらかじめ保全することを目的とする予備登記にすぎないことから、仮登記の根抵当権は、実体法上は、未登記の根抵当権と同様であると評価せざるを得ないと考えられる。したがって、仮登記の段階で共同担保である旨の登記をしたとしても、後日にすべき本登記の順位を保全するためにされる予備的な登記であることに変わりはなく、本登記と同一の効力を有するものではないことから、共同担保になるための成立要件としてされる登記として評価することはできないものと解されている。また、実質的にも、仮登記は対抗力を有しないことから、仮登記に基づく本登記の効力が仮登記の時点まで遡及することもないとさ