

仮登記の効力
—— 不動産登記法上の仮登記と民事保全法上の保全仮登記 ——

江 見 務*

Effects of Provisional Registration
—— **Provisional Registration under the Real Estate and the
Preservation of Property Laws** ——

Tsutomu Emi*

キーワード

二重の用益権設定の実益、法律ごとの仮登記の効力の差異、
仮登記の効力の解釈の統一

I 問題の前提

不動産登記の実務では、二重の地上権設定登記は許されず（明治37年5月4日民甲第1262号民事局長回答）、判例も同旨である（大審院明治38年10月31日）。しかし二重の賃借権設定登記は受理される扱いである（昭和30年5月21日民甲第972号通達）。地上権は物権であり排他性があるが、賃借権は債権であり、債権は内容において矛盾する権利であっても二重、三重に成立するからだというのがその理由であろう。（注-1）

しかし賃借権も登記をすれば対抗力が認められる（民法605条）ところから、このような区別には疑問がある。現実の土地利用権のほとんどが賃借権であり、現実占有利用されている事実を鑑みれば二重賃借権の成立も登記も認める実益はないのではないだろうか。本稿はこの問題についての私見を提起するものである。

II 二つの仮登記

仮登記には次の二つがある。

1 不動産登記法上の仮登記

不動産登記法上認められた仮登記は、今直ちに登記をすることはできないが、将来本登記が行われる場合のためにその順位を保全するために行う登記を指す（不登法105条一以後「一般の仮登記」と称する）。

*えみ つとむ：大阪国際大学現代社会学部非常勤講師（2014.5.29受理）

条件不備の仮登記（1号仮登記）と請求権保全の仮登記（2号仮登記）の区別があるが詳述しない。

2 保全仮登記

保全仮登記は民事保全法（平成1年12月22日法91）によって新たに認められたもので、所有権以外の権利の保存、設定、又は変更についての登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分が発令されたときは、「処分禁止の仮処分」の登記と共に「保全仮登記」がなされる場合の仮登記を指す（民保53条）。

例えばAからBが抵当権の設定を受けたが、Aがその登記に協力しない場合、Bはその登記請求権を保全するために処分禁止の仮処分の申立てをし、仮処分命令が発せられたときは甲区に登記の目的を「処分禁止仮処分（乙区何番保全仮登記）」とする登記が主登記でなされ、乙区に登記の目的を「抵当権設定保全仮登記（甲区何番仮処分）」とする登記が主登記でなされることになる（平成2年11月8日民三第5000号民事局長通達第三の三の（1）－以下基本通達と称する）。

民事保全法の施行前においてはこのような場合においても甲区に処分禁止の仮処分の登記のみがなされ、その後の例えば抵当権設定の登記などは保全すべき登記請求権に係る登記（抵当権設定登記）をする際に抹消されてしまっていた。（注－2）これでは抵当権はその順位が確保できればよく、また他の権利と両立できるのに抹消までしてしまうのは行き過ぎであるという考慮から、順位保全のための保全仮登記というものが新民事保全法によって新たに考案されたのである（法務省民事局参事官室・新民事保全法199p）。

3 仮登記の効力

（1）一般の仮登記の効力

仮登記に基づいて行われた本登記の効力は、仮登記の順位による（不登法106条）。仮登記自体は対抗力を有しないが、後日本登記に直されると仮登記後に行われた登記に本登記は優先する（仮登記の順位保全効）。

例えばAに対するBの所有権移転登記請求権を保全するために仮登記をしておくと、その後AからCへ所有権移転登記がなされても、Bの仮登記を本登記に直せば、Bの順位が優先する結果Bの所有権が優先し、Cは所有権取得をBに対抗できなくなる。いわゆる「一物一権主義」の原則により、同一の不動産上に二個の所有権は両立しないところから、Cの所有権移転登記は抹消されることになる（抹消の手続については不登法109条2項）。

また、Bが抵当権設定請求権を保全するために仮登記をしておくと、その後Cが抵当権設定登記を受けていても、Bの抵当権仮登記が本登記に直されればBの抵当権本登記がCの抵当権に優先することになる。結局仮登記後、本登記前になされた中間処分は、本登記が経由されると、これに矛盾する場合は否定され、両立する場合は劣後することになる訳で、これが順位保全効の意味するところである。まとめると次のようになろう。

（イ）権利が両立する場合

例えば抵当権設定仮登記後の抵当権登記（地上権等でも同じ）は、仮登記が本登記に直

されてもそのまま2番抵当権として存続し、抹消されることはない。二つの権利は両立し併存するからである。

(ロ) 権利が両立しない場合

問題は地上権設定仮登記後に地上権設定登記がある場合である。この場合本登記を認めることは結局二重の地上権設定登記を認める事になってしまい、それは許されないとする先例と矛盾してしまう。しかし本登記は認めざるを得ない。後順位地上権登記があるからといって先にした仮登記の本登記が妨げられるいわれはないからである。この場合の処理として次の諸説がある（香川編・新不動産登記書式精義下（1）120p、名古屋法務局実務改善研究会編・不動産登記実務の手引き394p）。

① 仮登記に基づく本登記を申請するには、先ずその前提として第三者の権利の登記が抹消されることが必要であるとの説。

これによればなるほど矛盾する登記の併存という問題は解消するが、しかし仮登記のまままで第三者の地上権登記の抹消請求権を認めることは、対抗力なく、順位保全効しかない仮登記の効力として無理があるといわねばならない。

② 仮登記後にされた第三者の権利の登記をそのままにして、しかもこの様な第三者の承諾を証する書面の添付を要することなく、仮登記の本登記申請ができるとする説。

その結果、地上権本登記が二重に出現することになるが、その後の措置としていずれか一方が抹消されない限りはその権利に関する他の登記は一切できないとする考え方である。これが法務省の考え方の主流であり（前掲香川・精義下（1）120p、名古屋法務局・実務の手引き394pなど）。また新不動産登記法（平成16年6月18日法123）の立法担当者もこの考え方を採る（清水響・一問一答新不動産登記法261p）。

この考え方によると同一土地に甲地上権と乙地上権の二個の登記が現われることになる。しかし二重の地上権は認められないからいずれか一方は無効であり抹消されなければならないが、いずれが無効なのかは登記官の形式的審査からは不明なので、例えばその一方（甲地上権）の移転登記の申請があった場合には（旧）不登法49条2号（現不動産登記令20条5号）により却下するしかないとするものである。（注-3）

③ 不登法109条の類推適用説。

第三者の承諾書を添付しなければ本登記の申請ができないものとし、その添付があれば登記官が職権で第三者の権利の登記を抹消するとするものである。学説の多数が採用する説であるが（幾代・不動産登記法三版237p、新不動産登記法下のものとして山野目・不動産登記法337p、法務官僚でこの説を採るものとして赤羽・解説不動産登記法121p）、新不動産登記法の立法担当者は新不動産登記法の下でもこの考えは採らない旨明らかにしている（前掲清水・新不登法261p）。不登法109条1項は「所有権に関する仮登記に基づく本登記」と明示しているから、所有権の仮登記の場合に限ってこの様な処理が認められるのだというのである。（注-4）

(2) 保全仮登記の効力

保全仮登記に基づいてされた本登記の順位も、通常の仮登記と同じく、当該保全仮登記の順位による（順位保全効-不登法112）。

しかし、民事保全法は所有権以外の権利で不動産の使用又は収益するもの設定登記請求権を保全するための仮処分命令により、処分禁止の登記と保全仮登記がなされた場合において（民保53条2項）、仮処分債権者が仮登記を本登記に直す時には、保全仮登記後になされた不動産の使用若しくは収益をする権利（例えば地上権、賃借権など）の登記を仮処分債権者（本登記権利者）が単独で抹消することができるとしており（民保58条4項、これを登記手続の面から定めたのが不登法113条）、用益権と用益権の両立を明文で否定する。地上権であれ賃借権であれ、二重の用益権登記の併存は不合理だとする考えによるものである。

4 問題の所在と私見

（1）問題の所在

登記実務は地上権登記の併存を否定しながら、地上権の仮登記に基づく本登記という形でならその併存を認める。これは矛盾しないのであろうか。後者の場合でも、二重の地上権登記は認めないということが一貫するのではないだろうか。旧不動産登記法施行後の民事保全法が利用権と利用権の併存を明確に否定するのはそういう理解に立ったためではなかったのか。

（2）立法担当者の考え

民事保全法の立法担当者は、保全仮登記と一般の仮登記とは仮登記の手法を借用しているが別個のものだと考えているようである（山崎潮・新民事保全法の解説266p）。この様に割り切れれば民事保全法が二重の用益権登記を否定し、不動産登記法がこれを肯定することがあっても特に矛盾することはないといえる。（注-5）民事保全法58条4項は不動産登記法の特則だと言っているのも同様の考え方であろう（香川・書式精義下（1）121p）。

（3）私見

（イ）しかし、地代徴収権と化した所有権のような観念的な権利とは異なり用益権は現実に利用するための権利であることを考えれば、現にある者が設定利用している不動産上に別の者が重ねて用益権を設定・登記するということを認める必要はそもそもないのではなからうか。旧不動産登記法施行後の民事保全法（平成1年12月22日法91）は図らずもそのような認識の下に先の用益権仮登記を本登記に直す際に、その後の用益権を否定する扱いを認めたのではないかと考えられる。この民事保全法のせっきくの考え方にも拘らず、その後成立した新不動産登記法（平成16年6月18日法123）は依然旧法の条文を維持し、「これは従来の実務の扱いを維持するものであるというのが立法者担当者の見解である」（清水響・新不動産登記法261p）という。これは民事保全法の趣旨を没却するものではないだろうか。（注-6）

（ロ）そこで私見は、一般の仮登記の場合についても上記不登法109条類推適用説が言うように、本登記の際に後順位地上権登記を抹消し、地上権登記の併存を認めないという扱いが適当であると考え。それが二重の地上権登記を認めないという先例（前掲明治37年、5月4日第1262号回答）にも合致するからである。

そしてこの扱いは、二重賃借権についても同様に扱うのが妥当であろう。賃借権は債権

だから二重、三重に成立すると言った観念的な議論ではなく、現実の利用権のほとんどが賃借権であり、現実には利益がなされている以上、その後の賃借権は実益がないという現実が直視されるべきであろう。民事保全法の立法担当者も、保全仮登記が賃借権で、後順位の権利が賃借権である場合、それが抹消されるべきか否かにつき、今後の実務で統一されることになろうとしつつ、私見として、「物権と債権とで区別する考え方には必ずしも合理性がなく、不動産の使用収益という面で抵触するか否かをもって決するべき」だとし、この場合も抵触するとして二重の賃借権を否定する（山崎・新民事保全法281p）。正当な理解であり一般の仮登記の場合も同様に否定すべきであろう。（注－7）

（ハ）ここで疑問が残るのは使用収益権が不動産質権である場合（民法356条）、すなわち後順位に質権設定登記がある場合の取り扱いである。後記注で示すように不動産質権の設定登記の数は微々たるものであり、実際上の意味は少ないのかもしれないが、議論の必要はあるだろう。保全仮登記の本登記の場合には次のように扱うべきであるとされる。

① 使用収益しないという特約がある場合

この場合は専ら債権担保が目的であるから、後順位の担保権と同様に取り扱う。用益権との抵触はないから存続・併存する（同旨－山崎・新民事保全法281p）。

② 使用収益しないという特約がない場合

不動産質権の使用収益権と先順位用益権との対立が生ずる。この場合質権の使用収益権は失効するから、登記を「使用収益しない」旨変更登記を共同申請で行うべきである（香川・精義下（一）792p）。本体の担保権は存続するから、抹消登記までは認めるべきでない。

③ 二重の用益権登記を認めるべきでないという私見からは、一般の仮登記の場合も同様に解することになる。

（ニ）しかしそれでも一般の仮登記の場合と保全仮登記の場合とは全く効果が同じという訳ではない。一般の仮登記の場合には本登記に直す際に、後順位用益権登記を抹消するには、当該第三者の承諾を要し（不登法109条－1項）、保全仮登記に基づく本登記の際には第三者の承諾なくして当該登記を抹消することができる（不登法113条）という手続上の差異は残るからである。その意味で仮処分の登記の効力の方が強いということができるが、それは仮処分命令まで得ているということの効果であって、裁判所の関与がない一般の仮登記と異なる効力が認められるのはむしろ当然の扱いだといえるべきである。（注－8）

（ホ）ちなみに一般の仮登記の場合も保全仮登記の場合も、二重の地上権設定登記を認めるという方向で両者の統一を図るという解釈もできない訳ではない。先順位地上権の消滅をいわば停止条件として後順位地上権の設定登記を認めるということも不可能ではないからである。しかし地上権は土地に対する全面的使用権であり、物権の排他性から二重の地上権の成立自体を否定する私見からはこのような解釈を採用することができないことは当然である。法務局官僚の中にも「この様な登記の承認は権利関係を複雑にし、登記の公示作用を害するがゆえに許されない」と述べる者がある（佐藤勇・条解権利登記法347p）。正当な理解であろう。（注－9）

- (注-1) 既に地上権設定の登記のある土地につき、重ねて地上権設定の登記を申請することは、既存の登記と両立し得ない登記を求めるものであるから(旧)不動産登記法49条第2号(現不動産登記令20条7号)の「事件カ登記スヘキモノニ非サルトキ」に当り、これを許すべきではない(大審院明治38年10月32日)。
「Aを地上権者とする地上権の登記がある土地について、更にBを地上権者とする地上権の設定登記の申請があったときは、そのBを地上権者とする地上権の設定登記の申請は本号(不動産登記令20条7号一筆者注)により却下されることになる」(河合芳光・逐条不動産登記令117p)。
- (注-2) 昭和37年6月18日民甲第1562号民事局長通達、昭和41年11月29日第1071号民事局第三課長回答。
- (注-3) どちらかの登記が無効である以上、目的である権利の登記がなされていないと同様不登記法49条2号の却下事由に当たると解する訳である(香川編・新訂不動産登記書式精義下(1)121p)。
- (注-4) 立法担当者によれば「立法論としては所有権に関する仮登記以外の仮登記を本登記にする場合にも同様の手続を設けるべきではないかとの考えもあり得ました。しかし、旧法の考え方を維持し、所有権に関する仮登記に限ってこの様な手続を採ることとしたのは、所有権は不動産取引上もっとも重要な権利であって、登記記録上、公示の混乱を防ぐ要請が高いことから、本登記をするのと同時に仮登記に後れる第三者の登記(本登記と両立しない権利)の登記を抹消することを手続上確保する必要性が高いと考えられるのに対し、所有権に関する仮登記以外の仮登記の場合には、順位を保全した者による速やかな本登記の実現の利益を優先させるべきと考えられるので、登記上利害関係を有する第三者がいるときも、その承諾を要することなく、本登記をすることを認めるのが相当である、と考えられたからです」(清水響・一問一問新不動産登記法261p)という。
- (注-5) 「保全仮登記は、仮登記の手法を借用するものですが、その性質は(旧)不動産登記法1条の「処分制限の登記」ですから、同法2条の仮登記とは異なるものです。しかし、その機能と形式は一般の仮登記と同様です」(山崎潮・新民事保全法の解説266p)という。
- (注-6) 参考までに旧不動産登記法(明治32,24法24)の条文をあげておく。105条1項「第46条第1項ノ規定ハ所有権ニ関スル仮登記ヲ為シタル後本登記ヲ申請スル場合ニ準用ス」146条1項「登記ノ抹消ヲ申請スル場合ニ於テ其抹消ニ付キ登記上利害ノ関係ヲ有スル第三者アルトキハ申請ニ其承諾書又ハ之ニ対抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ謄本ヲ添付スルコトヲ要ス(以下略)」。
- (注-7) 実務上も同一不動産上に二重の賃借権本登記がなされたものは見ることが少ない。かつて短期賃借権が先順位抵当権に優先することが認められた時代(平成15年民法改正により廃止)に、抵当権者が自ら賃借権者となって仮登記をしておき(登録免許税が安いから仮登記にとどめておく訳である)、後順位賃借人が現れたときに先の賃借権仮登記を本登記に直して後順位賃借権者に利用権を対抗するという用い方がよく見られた(いわゆる併用賃借権)。しかしそのような実務のやり方も併用賃借人に妨害排除の権利がないとした最高裁H1,6,5民集43-6-355によって利用が減っていき、現実には二重の賃借権登記を見ることはなくなったのである。この辺の事情も私見を裏付けることになるだろう。
ちなみに賃借権本登記の登録免許税は不動産価額の1000分の10(登録免許税法別表第一、一(三)イ)賃借権仮登記は半額の1000分の5である(同別表第一、一(十二)ハ)。

(注-8) 一般の仮登記の本登記申請に際しては当該第三者の承諾を証する情報(承諾書)の提供を必要とし(不動産登記令別表六十九)、保全仮登記の本登記申請にはその必要がなく、代わりに民事保全法59条1項の通知(登記の抹消の通知)をしたことを証する情報の提供を要する(同別表七十一)。

(注-9) ちなみに平成24年法務省・登記統計年報2012年「不動産登記(年計表)」によると、権利登記の件数は次のとおりである。簡単に表にしておく。

	土 地	建 物	合 計
権利登記	6,748,636	2,603,059	9,351,695
地上権	2,888		2,888
賃借権	3,202	177	3,379
質権	548	10	558
普通抵当権	784,916	369,763	1,154,679

仮登記については次のとおり。

仮登記	土 地	建 物	合 計
所有権	9,358	1,003	10,361
所有権以外	33,948	14,658	48,606

参考文献

- 1、赤羽 二郎 著 解説不動産登記法(6訂版) 住宅新報社 平成6年
- 2、幾代 通 著 不動産登記法(第三版) 有斐閣 平成1年
- 3、今上 益雄 著 新訂不動産登記法(権利編) 東京法経学院 平成10年
- 4、香川 保一 編 新訂不動産登記書式精義下 テイハン 平成10年
- 5、河合 芳光 著 逐条不動産登記令 きんざい 平成17年
- 6、木村=藤谷 編 仮登記の理論と実務 日本加除出版 平成15年
- 7、佐藤 勇 著 条解権利登記法 日本加除出版 平成7年
- 8、清水 湛 監修 全訂不動産登記入門 民事情報センター 平成20年
- 9、清水 響 編 一問一答新不動産登記法 商事法務 平成17年
- 10、山野目 章夫 不動産登記法 商事法務 平成21年
- 11、名古屋法務局事務改善研究会編 不動産登記実務の手引 六法出版社 平成11年
- 12、別冊法学セミナー基本法コンメンタル不動産登記法4版日本評論社 平成6年
- 13、別冊法学セミナー新基本法コンメンタル不動産登記法 日本評論社 平成22年
- 14、法務省民事局参事官室 編 1問1答新民事保全法 商事法務研究会 平成2年
- 15、山崎 潮 著 新民事保全法の解説 金融財政事情研究会 平成2年

