第2　所有権の保存・移転に関する仮登記

1　所有権の保存・移転に関する仮登記の可否事例

所有権に関する仮登記をすることができるか否かについての主な先例および文献等を、次に掲げる。

(1)　所有権保存の仮登記

(イ)　1号仮登記

①　大正13年6月13日民事局長回答は、「土地又ハ建物所有権保存ノ仮登記名義人甲ハ乙ニ、乙ハ丙ニ、順次所有権移転ノ仮登記ヲ為スコトヲ得ル」としている。

また、不動産登記法105条1号は「保存」に係る仮登記も認めている。この場合の「保存」とは、所有権の保存登記と先取特権の保存登記を意味する。ただし、次の②以下については、1号仮登記の可否が問題となる。

②　全く新しく生じた不動産の原始取得者は、所有権保存仮登記を申請することはできないと解される（書式解説(二)1174頁、仮登記の理論と実務50頁参照）。所有権の原始取得者は他人名義に所有権の登記がされても所有権を失わないから、所有権保存仮登記をして順位を保全する必要あるいは実益は存しない。

理論上は原始的取得とされる場合（例：時効取得）も登記が対抗要件となるが、「全然新しく生じた不動産について原始的に取得した所有権（主として建物の新築による所有権の取得）は、登記なしに対抗しうる。けだし、この場合には、不動産物権の取引またはそれに準ずる得喪変更がないからである」（我妻・物権法93頁・94頁。民法177条は、「不動産に関する物権の得喪及び変更」としている）。

③　表題部所有者（未登記不動産を購入して自己名義で表題登記をした者（承継取得者））またはその相続人その他の一般承継人

は、単独で所有権保存登記を申請することができる（不登74①一）ことから、所有権保存仮登記を認める必要はない（新不動産登記法逐条解説(二)895頁参照）。

④　表題部所有者（原始取得者と承継取得者を含む）またはその相続人その他の一般承継人から所有権を取得した承継取得者については、順位を保全する意味から所有権に関する仮登記を認める必要性・実益がある（書式解説(二)1174頁）。しかし、表題登記のみがある場合には、譲渡人名義で所有権保存登記をし、その後に承継取得者名義に所有権移転登記（仮登記）をするのが通常であり（注１）、承継取得者名義で所有権保存仮登記をすることは認められないであろう（仮登記の理論と実務51頁参照）。

（注１）　表題部の所有者が被相続人Ａとなっている物件につき、相続人全員が作成した相続人以外の者Ｂが承継した旨を証する書面（印鑑証明書付）の提出があった場合でも、Ｂ名義の所有権保存登記をすることはできない（登研371・78）。確定判決による場合は所有権を有することが確認された者名義に、また収用による場合は所有権を取得した者に所有権保存登記をすることができる（不登74①二・三）。

⑤　区分建物の表題部所有者（原始取得者）から直接に当該区分建物の所有権を取得した者は、㋑敷地権のない区分建物であるときは、当該区分建物の所有権を取得したことを証する表題部所有者またはその相続人その他の一般承継人が作成した情報（建物所有権譲渡の証明を証する情報）、または、㋺当該区分建物が敷地権付き区分建物であるときは、登記原因を証する情報および敷地権の登記名義人の承諾を証する当該登記名義人が作成した情報（承諾を証する情報）（不登令７①六・同別表29項添付情報イロ）を得て、不動産登記法74条２項の規定による所有権保存登記を申請することができる。

ところで、前掲㋑の情報を表題部所有者またはその相続人そ

の他の一般承継人から得ることができない場合、または、(ロ)の情報を敷地権の登記名義人から得ることができない場合は、直接取得者は登記の順位を保全する必要性と実益はある（不動産登記法74条2項の規定による所有権保存登記は、区分建物および敷地権について所有権移転登記の実質を持つ）。ただし、㋑または㋺の情報の提供を不要とすると、当該建物の直接取得者でない者が1号仮登記を申請してしまう危険性があるので、不動産登記法108条の規定による仮登記を命ずる処分による決定書の正本を提供すべきであろう（新不動産登記法逐条解説(二)896頁参照）

(ロ)　2号仮登記

所有権保存の請求権というものはあり得ず、不動産登記法105条2号も権利の「保存」を規定していない。

(2)　所有権移転に関する仮登記

所有権移転に関する1号仮登記および2号仮登記は多く利用されているが、登記先例等で問題となった主な事例を登記原因別に掲げる。農地についての仮登記は、81頁第4の1を参照。

(イ)　売　買

①　A所有の不動産にBへの所有権移転仮登記がされている場合に、AからCへの所有権移転仮登記を申請することができる（登研394・254）。②参照。

②　仮登記をなした物件に対し、重ねて仮登記をすることができる（明33・2・2民刑局長回答）。

③　売買の予約があるときは、債権者は売買完結の意思を表示して目的物の所有権移転を求める権利を有し、この権利を保全するために仮登記をすることができる（大判昭12・6・22法学6・1325）。

④　売買代金完済時に所有権が移転すると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（昭58・３・２民三1308）。

(ロ) 相　続

①　「相続」を登記原因とする所有権移転仮登記は、申請することができない。

相続を登記原因とする所有権移転登記の申請には、登記識別情報を提供する必要はなく、また、第三者の許可、同意もしくは承諾は要しないので、不動産登記法105条１号に該当しない。

なお、「年月日相続を原因とする所有権移転仮登記をせよ」とする仮登記仮処分命令による所有権移転仮登記の申請は、受理できないとする先例がある（昭57・２・12民三1295）。

②　「相続」を登記原因とする所有権移転請求権仮登記は、申請することができない。

相続人が生存中の被相続人の所有不動産を取得できる見込みは、単なる事実上の見込みにすぎないからである（吉野・注釈不動産登記法総論（上）152頁）。

(ハ) 遺　贈

①　「遺贈」を登記原因とする所有権移転仮登記はできる。

遺言は、遺言者の死亡の時からその効力を生ずる（停止条件を付した場合は、その条件が遺言者の死亡後に成就したときは、遺言は、条件が成就した時からその効力を生ずる）（民985）。所有権移転の効力が生じている場合に（注２）、その所有権移転登記の共同申請をするについて登記義務者の登記識別情報を提供することができないときは、所有権移転仮登記をすることができる（不登105一、不登規178）。

（注２）　遺言者の死亡により特定遺贈の目的たる財産は受遺者に移転する（大判大５・11・８民録22・2078）。不動産の遺贈を受けた者は、

その旨の所有権移転登記を経由しないと第三者に対抗することができない（最判昭39・3・6民集18・3・437）。

② 贈与者生存中に、受遺者のための「遺贈予約」を登記原因とする所有権移転請求権仮登記はできない（吉野・注釈不動産登記法総論（上）152頁、登研352・104）。

遺贈は死因行為であり遺言者の死亡によりはじめてその効果を発生するものであり、その生前においては何等法律関係を発生させることはない。遺言者はいつにても既になした遺言を任意取消し得る。したがっていったん遺贈がなされたとしても、遺言者の生存中は受遺者においては何等の権利も取得せず、受遺者は将来遺贈の目的物たる権利を取得することの期待権すら持ってはいない（最判昭31・10・4民集10・10・1229。民985①・1022参照）。

(ニ) 死因贈与

死因贈与契約に基づき、登記の目的を「始期付所有権移転仮登記」とし、登記原因を「年月日始期付贈与（始期　甲の死亡）」とする2号仮登記を申請することができる（登研352・104）（筆者注：登記原因は、「年月日贈与（始期　甲の死亡）」とすればよい（記録例554参照）。）。

(ホ) 財産分与

① 「年月日財産分与」を登記原因とする所有権移転仮登記はすることができる。

財産分与請求権は、離婚の効力が生ずることによって発生する（注解判例民法172頁〔草深重明〕、注釈民法㉒240頁〔犬伏由子〕）。離婚の効力が発生（民764・739、家審21①等）した後に、財産分与の協議（民768①）が成立して所有権が移転したのにもかかわらず、その所有権移転登記の共同申請をするに際し登記義務者の登記識別情報を提供することができないときは、所有権移転仮登記をすることができる（不登105一、不登規178）。

＜登記原因証明情報の例＞

登記原因証明情報

1　登記申請情報の要項

(1)　登記の目的　　買戻特約仮登記

(2)　登記の原因　　平成22年3月25日買戻特約

(3)　当　事　者　　権利者　○市○町○丁目○番地　A

義務者　○市○町○丁目○番地　B

(4)　不動産の表示　（省略）

2　登記の原因となる事実又は法律行為

(1)　平成22年3月25日、AとBは、本件不動産につき、買戻特約付きの売買契約を締結した。買戻特約の内容は、次のとおりである。

売買代金　　金○万円

契約費用　　金○万円

期　　間　　平成○年○月○日まで

(2)　平成22年3月25日、AとBは、上記内容による買戻特約の仮登記を申請することに合意した。❶

平成○年○月○日　○法務局　御中

ABは、上記内容を確認の上、登記原因証明情報として提供する。

権利者　○市○町○丁目○番地A　㊞

義務者　○市○町○丁目○番地B　㊞

❶　2(2)の事項は、任意的記載事項である。