

## 最近の判例から (7)

# 根抵当権者兼譲渡担保権者による 競売申立ての許可抗告が認められた事例

(最高決 平17・11・11 金法1768-44) 金子 寛司

根抵当権の実行としての不動産競売申立てを却下された、根抵当権者であり譲渡担保権者でもある原告人が、執行抗告を棄却した原決定について許可抗告の申立てを行った事案において、この申立てが認められた事例（最高裁 平成17年11月11日決定 破棄自判 金融法務事情1768号44頁）

### 1 事案の概要

Aは、平成2年7月、所有不動産（以下「本件不動産」という。）について、Aを債務者、Bを根抵当権者、極度額を3億3千万円、債務の範囲を金銭消費貸借取引、売買取引等とする根抵当権（以下「本件根抵当権」という。）を設定し、その旨の根抵当権設定登記がされた。

Bは、平成6年8月、C銀行に対して本件根抵当権及びその被担保債権を譲渡し、根抵当権移転登記がなされた。同年11月、Aは、本件不動産について、CのAに対する債権の担保として、Cを権利者とする譲渡担保権（以下「本件譲渡担保権」という。）を設定し、Cに対する譲渡担保を原因とする所有権移転登記がされた。

そしてCは、平成13年2月、Xに対して、本件根抵当権、本件譲渡担保権及びそれらの被担保債権を譲渡し、Xに対する根抵当権移転登記（以下、A及びBによる根抵当権設定登記、Cへの根抵当権移転登記さらにXへの

根抵当権移転登記を併せて「本件根抵当権登記」という。）及び譲渡担保の売買を原因とする所有権移転登記（以下、「本件所有権移転登記」という。）がされた。なお、本件不動産には、本件根抵当権以外の制限物権は設定されていなかった。

Xは、平成16年11月、本件根抵当権の実行としての競売の申立て（以下「本件申立て」という。）を行ったが、原原審はこれを却下した。原審は、民事執行法（以下「法」という。）181条1項（平成16年法律第124号による改正前のもの）は同項各号所定の文書（以下「法定文書」という。）が提出されたときに限り不動産担保権の実行を開始するとしており、法定文書は、担保権の存在の蓋然性を強く推定させる文書であることを要する、Xが法定文書として提出した登記事項証明書（以下「本件登記事項証明書」という。）には、Xを本件不動産の所有者兼根抵当権者とする記載がされており、この記載によれば、本件根抵当権は混同により消滅したこととなるから、本件登記事項証明書は、担保権の存在の蓋然性を強く推定させる文書に当たるということはできず、本件申立ては、法定文書の提出を欠くものとして却下すべきである、としてXの抗告を棄却した。

### 2 決定の要旨

これに対して、最高裁判所は次のような判

断を示し、原決定を破棄し、本件申立てを却下した原原決定を取り消して、本件を地方裁判所に差し戻した。

- (1) 法は、担保権実行の申立ての要件としては、法定文書の提出を要求する一方、法定文書の提出さえあれば、担保権の存在について実体判断をすることなく、競売手続の開始を決定することとし、担保権の不存在、消滅等の実体上の事由は、債務者又は不動産所有者の側からの指摘を待って、執行抗告等の手続で審理判断するという構成を採っているものと解される。
- (2) Xは、本件申立てにおいて、法181条1項3号の「担保権の登記（中略）のされている登記簿の謄本」として本件登記事項証明書を提出しているところ、本件登記事項証明書にはXを根抵当権者とする本件根抵当権登記が記載されているのであるから、本件登記事項証明書は同号所定の法定文書に当たるといふべきである。
- (3) 本件登記事項証明書には本件所有権移転登記の記載もあるが、その登記原因は「譲渡担保の売買」であり、譲渡担保権を取得したというだけでは本件不動産の所有権が確定的にXに移転しているということとはできない。したがって、本件所有権移転登記があるからといって、本件根抵当権が混同により消滅したということもできないし、本件登記事項証明書が法定文書に当たらないということもできない。
- (4) 以上と異なる原審の判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原決定は破棄を免れない。

### 3 まとめ

担保権実行の申立てにおいては、換価権の原因である担保権の存在を証明するものとして「法定文書」の提出が求められ、本件では、

提出された登記事項証明書が法定文書に当たるとされた。また、譲渡担保権を取得しただけでは担保の目的物の所有権が確定的に移転したとはいえ、それによって根抵当権が混同により消滅したともいえないと判示している。根抵当権者兼譲渡担保権者が不動産競売の申立てを行うことは、実務上はあまりみられないようであるが、担保権実行の取扱いをめぐり参考になる事例である。

(調査研究部次長)