

平成 3 年 (ソラ) 第 46 号執行抗告事件

抗告人 ダイヤモンド抵当証券株式会社

抗 告 理 由 書

頭書事件について、抗告人は次のとおり抗告理由を主張する。

平成 3 年 6 月 19 日

上記抗告人代理人

弁護士 片 岡 義 広

同 小 林 明 彦

同 小宮山 澄 枝

同 櫻 井 英 喜

東京高等裁判所民事部 御中

1 序

- (1) 抵当証券を民事執行法第 181 条所定の法定提出文書として申し立てる競売手続において期限の利益喪失による弁済期の到来を根拠とする申し立てをしようとする際に、弁済期の到来を法定提出文書以外の証拠で立証することが許され、適法な競売申し立てとして競売開始決定が発令されることは、全国の執行裁判所におけるこれまでの定着した取扱いであり、また、後記東京高等裁判所の決定群でも容認されてきたところである。

しかるに、原決定は、これら従前の取扱い及び高等裁判所の裁判例を真向から否定するものであり、到底是認することができない。

- (2) すなわち、貴庁平成元年 8 月 30 日第 17 民事部決定は、「抵当権実行手続は強制競売手続と異なり、実体上の権利の存否についても執行手続の中で審理判断される制度になっているのであるから、競売開始手続において、抵当権実行の実体法的要件を満たさない弁済期の記載のある法定文書について、これを補正補完し、もって競売開

始の手續上の要件を満たそうとする実体法上の立証を許すことは、必ずしも競売手續の制度にとってなじまないということとはできない。」と判示して競売開始を認め、さらに貴庁平成3年1月17日第14民事部、貴庁平成3年3月29日第16民事部（2件）も、これと同様の理由を示して一部却下した原決定を取り消している。

- (3) しかるに東京地方裁判所は、これら高裁決定が連続している状況下にもかかわらず、重ねて法定提出文書外の立証を否定する趣旨の判断を繰り返しているのである。

かかる東京地方裁判所の取り扱いは、上級審裁判所による審査機能に対する当事者の期待を阻害し、ひいては審級制度そのものをも否定しかねないものといわざるをえない。

およそ法律の解釈・運用が統一的・安定的でなければならないことは、当事者の予測可能性の観点から一般に要求されるところであるが、特に民事執行制度にあっては、個別事件における法律の解釈・運用の問題を超えて、国家により設営された制度運営の根幹をなす問題にかかわるのであり、ことさらに重要な意義を有するものである。

私権の実現を目的とした民事執行制度がかかる不安定要因を含んだまま存在することは、法の許すところでないことというまでもない。

- (4) さらに、今日融資残高が4兆円にもものぼる抵当証券取引において、取引の最終的な基軸ともいふべき競売制度が適確・迅速かつ安定的に運用されるべきことは、国民経済的観点からも要請されるところであることが看過されるべきではない。

- (5) これらの点に照らしても、原決定はすみやかに取り消されるべきものである。

2 法定提出文書以外の手段による立証の可否

- (1) 原決定は、抗告人の提出した抵当証券上に記載された期限の利益喪

失特約をもってしては弁済期の記載として認めることはできないとして直ちに申立ての一部却下をするものである。

しかし、仮に法定提出文書上の弁済期と競売申立債権者が主張する弁済期との間に齟齬を生ずる場合があっても、法定文書外の手段によって実体上の弁済期の到来を立証することにより競売開始を認めるとするのが前記各高裁判例すべての判断であり、原決定はこれに正面から抵触するものである。

- (2) 民事執行法が、担保権実行としての競売申し立てにおいて物的債務名義の制度を採用せず、法定提出文書の提出をもって足りるとしたことは、担保権実行に基づく競売権の根拠が公権力による執行許可にあるのではなく、私法上の優先弁済権という実体権の中に内在することを認めているからにはほかならない。

そして民事執行法は、実体上の権利の存否についても執行手続の中で審理判断される制度になっているのであるから、競売開始手続において法定文書外の手段による立証をすることにより法定文書の補正・補完を認めることも許される。すなわち、債務者が執行異議により執行手続の中で実体権の主張ができることと同様に、法定文書上実体要件の欠缺を先行自白したような立場にある申立債権者が、再抗弁的事実をいわゆる「せり上がり」として申立手続内で主張・立証できることもまた当然に予定されているのである。

なお、このように解すると法定提出文書を要求した趣旨が没却されるのではないかと懸念が予想されるところであるが、通常もっとも多く見られる抵当権設定登記ある登記簿謄本を提出してする抵当権実行においては弁済期の記載がなく、さらには根抵当権の実行においては被担保債権の記載すらないことを考えると、法定提出文書の意義としては抵当権あるいは根抵当権設定登記の存在をもって競売申立権者としての資格を認めることにとどまるのであり、それ以

上の要件について法定文書外での証明を認めたからといって、民事執行法の立法趣旨に反するような競売申立資格の拡張にはなりえないというべきである。

3 抵当証券を法定提出文書とする場合

- (1) 以上の論理は、抵当証券が法定提出文書とされる場合であっても異なるところはない。
- (2) 抵当証券は金銭消費貸借契約および抵当権設定契約によって成立した抵当権付債権が表象された有価証券であり、原因行為によってすでに発生した権利が証券に表象された非設権証券、有因証券である。

この点、原決定は、抵当証券が設権証券、無因証券であるかのような重大な誤解をしており、これが判断を誤った根本的な原因であると思われる。

原決定自体に「設権性」の文言は見当たらないが、抵当証券の文言性を過度に強調し、この理は「有因証券とされても変わりがあるわけではない。」と判示する。そして原決定の理由と内容的に極めて酷似する金融法務事情 1290 号 25 頁のコメントは、「抵当証券は有価証券であって、設権証券・厳格な要式証券であるから」（同 26 頁 3 段目末尾）とこれを明確に主張しており、また同コメントが摘示する倉田論文（判例タイムズ 731 号 51 頁）にも「抵当証券は完全有価証券であり、設権証券であり、物権的有価証券であり、登記官によって発行される厳格な要式証券である。」とするくだりがある。ところで抵当証券法施行以来の文献等において、抵当証券が設権証券・無因証券であるとする見解は、寡聞にして上記以外には見当たらない。抵当証券が非設権証券、有因証券であることは、これまで争いのない解釈だったのであり、原決定はこれと異なる独自の見解に立つもののようである。

- (3) 抵当証券に表象された抵当権と、抵当権設定契約によって成立した抵当権とは同一のものであり、設権性のある手形・小切手等とは本質的に異なる。

このことは、制限的公信力を規定した抵当証券法第 10 条が、証券の文言性を異議申立催告の効果として善意の証券取得者に対する関係にのみ限定し、契約当事者間および悪意の転得者との関係では証券の記載と抵触する事由の主張を認めていることから明らかである。

また、抵当権の変更の効力に関する抵当証券法第 16 条が、抵当権の変更の第三者対抗要件として証券の記載変更を規定していることの反対解釈からしても、当事者間あるいは対抗関係以外の場合には証券の文言によることなく原因関係上の効力が認められるのであるから、このことから非設権証券性・有因証券性が明らかというべきである。

- (4) したがって、抵当証券を提出して申し立てる競売手続においても、請求債権は原因関係上の金銭消費貸借契約に基づく貸金債権と同一のものであり、原因関係上の債権と抵当証券に化体された債権とがそれぞれ別異に存在するものではないから、実体上の弁済期の到来が立証された場合には競売開始の要件が満たされること前記各高裁決定の判示するとおりである。

また換価権の根拠も、抵当権設定契約に基づいて成立した抵当権なのであって、ただ有価証券の本質から権利の行使に証券の所持を必要とするというにすぎない。抵当権の処分に証券を必要とする旨規定した抵当証券法第 14 条も、有価証券の当然の性質を規定したままであって、実行に際し設定契約上の事由の主張・立証をいっさい許さないと解する根拠にならないことは明らかである。

- (5) なお原決定は、文言外の事情により権利の内容が規定されとする

と、動産執行として執行官が差し押えた場合に不都合が生ずるとするが、これも理由にはならない。すなわち、本件のような期限の利益喪失特約の記載がない場合でも利息不払いから2年が経過すれば抵当証券法第26条本文によって元本の弁済期が到来するのであるが、執行官による差し押え当時すでに利息の不払いが始まっている場合があることを考えると、執行官はこれを知りえない以上、結局弁済期の判断ができないことには変わりはないことになる。このことは、抵当証券が証券の文言のみによっては権利の内容を規定できない場合があることを示している。

結局、抵当証券が有価証券であるといっても、権利の処分に証券を必要とするという有価証券の本質のほかは、抵当証券法第10条により善意の取得者が保護される場合があることを除いて、権利の内容は実体上の契約関係によって規定されるものと解さざるをえないのである。したがって、他の文書を引用する方法により証券面上一義的に権利の内容が確定できない場合があっても、抵当証券の記載としての効力に影響はないものというべきである。

- (6) 以上より、期限の利益喪失特約の存在を立証し、実体関係上の弁済期の到来を主張して申し立てた本件においては、貴庁における前記各判例と同様に競売開始が認められるべきものであるのに、これを却下した原決定には法律の解釈を誤った違法があるから、すみやかに取り消されるべきものである。

4 その他抵当証券法の解釈に関する原決定の誤り

- (1) なお原決定は、抵当証券法の解釈およびその有価証券性に関して、前述の非設権性を看過していることのほか、次に述べるような独自の見解を展開しているが、これもまた是認することができないので、この点につき付言する。
- (2) 原決定は、抗告人が、本件抵当証券上に記載された期限の利益喪失

特約をもって抵当証券法第 26 条但書の特約の記載として主張するものと前提し、この特約の記載として有効か否かの観点のみから論じているが、これは誤りである。

抗告人が申立書で期限の利益喪失事由の発生を主張したのは、抵当証券法第 4 条第 6 号、不動産登記法第 117 条 1 項後段所定の事由として抵当証券に記載された弁済期を主張したことにほかならないのであり、抵当証券法第 26 条但書にいう特約の主張とは異なるものである。

抵当証券法第 26 条但書は、利息の支払いを怠った場合の元本の弁済期を延滞後 2 年経過時とする同条本文の原則に対する例外の特約についてのみ規定したものである（昭和 6 年当時の立法担当者である長嶋毅、関宏二郎共著「抵当証券法及関係法令註解」114 頁）。一方、本件抵当証券に記載された期限の利益喪失特約は、利息の支払いを怠った場合のみならず、債務者が破産、和議、会社更生等の申立てを受けたとき、あるいは滞納処分による差押えを受けたときなど、利息の不払い以外にも広く期限の利益喪失事由を規定するものであって、不動産登記法第 117 条 1 項後段にいう弁済期の記載にほかならない。

このことは、通常の抵当権設定登記においても弁済期が登記事項とされていた昭和 39 年の不動産登記法改正以前の実務が、かかる特約の登記を弁済期登記として認めていたことから明らかなである（昭和 31 年 7 月 14 日民事局長通達等）。

したがって原決定には、この前提の理解を誤った結果、問題の所在を取り違えた誤りがある。

5 本件における立証の不要性

ところで、法定提出文書との関係でさらに付言すれば、上に述べたような他の文書を引用する弁済期の記載の有価証券的効力の問題と、競

売申立てにおける法定提出文書としての適格の問題とは異なるものであることを看過すべきではない。

担保権実行における法定提出文書においては、実体上の要件の存在が矛盾なく説明されていれば足りるのであり、それが有価証券的に有効な記載であるか否かとは別個の判断がなされるべきである。

原決定は、他の文書を引用する弁済期の記載が有価証券的に効力を持たないことを理由として、直ちにその記載がないものと同視しているが、仮に有価証券的な効力を否定される記載であったとしても、実際にかかる特約の記載があり、しかもそれに基づく申立債権者の主張がある以上、法定提出文書の記載と申立債権者主張の弁済期との間に矛盾はなく、競売権発動の資格書面としての法定提出文書の適格を備えるものというべきである。

したがって本件競売申立ては、法定文書外の手段による弁済期の到来を立証することにより競売開始が認められるのみならず、法定文書たる抵当証券のみによっても競売開始を認めて差し支えない事案である。

6 結 論

以上より、本件競売申立ては、法定提出文書以外の文書による立証により弁済期の到来が認められるべき場合であって、これを認めた前記各高裁決定に抵触するものであることに加え、そもそも法定提出文書上実体要件の存在が矛盾なく説明されている場合であって、文書外の立証を要することなく競売開始が認められるべき場合である。

それにもかかわらずこれを却下した原決定には法律の解釈を誤った違法があるから、執行抗告により右却下部分の取消を求める。 以 上