

(別紙)

抗 告 状

東京都小金井市■町■丁目■番■号

抗 告 人 (債権者)

株式会社小金井建設

右代表者代表取締役

■ ■ ■ ■

三鷹市

■ 番地

右債権者代位権者

■ ■ ■ ■

東京都港区 丁目 番 号

ビル 階

右代理人弁護士 田 中 繁 男

東京都小平市 町 丁目 番 地

相手方 (債務者兼所有者)

右当事者間の東京地方裁判所八王子支部昭和五五年(第)第七四号宅地建物競売事件について、同支部民事第二部が昭和五五年四月二日になした決定に対して不服であるから即時抗告をいたします。

原 決 定 の 表 示

主 文 本件競売申立を却下する。

抗 告 の 趣 旨

一、原決定を取消す。

二、本件不動産について競売手続を開始する。

との裁判を求める。

抗 告 の 理 由

原決定は、申立人には、その申立に係る抵当権実行の要件が具備されているとは認められないと判断した。

然し、この判断には法律の解釈適用の誤り及び判例違反がある。

一、抗告人（債権者）は、取得した本件抵当権を単独に実行できる。

抗告人は、申請外小金井市農業協同組合（以下小金井市農協）から国立の物件について抵当権を実行され、その所有権を失い、被物上保証人たる相手方（債務者）に対し金一、四四六万五、〇〇〇円（土地の競売の際の鑑定評価額）の求償権を取得する（民法三七二条、三五一条）。そして、右競売による配当金は小金井市農協の債権額の一部に過ぎないことから抗告人は、一部代位弁済者として、小金井市農協が相手方に対し同人所有の小平の物件につき有する本件順位一番の抵当権を右求償権の範囲において単独に実行し、右小金井市農協と平等の地位に立つのである（民法五〇二条一項）。判例も債権者の意思に関せず抵当権を実行しうることを認めている（大判昭和六年四月七日民集一〇卷五三五頁）。

この点に関し、解釈論として「共にその権利を行う」とは債権者に追隨し、債権者の行使する場合にのみこれと共に行使しうる趣旨と解し、その効力は債権者の有する担保物件の不可分性を害しえず、即ち、それに優先せられるものと解する説もあるが、立法論としてはともかく解釈論としては無理である。

二、抗告人は、取得した抵当権につき未登記であるが競売の申立はできる。

未登記の抵当権者でも抵当権の実行として競売の申立をすることができるというのが判例、学説の立場である。登記は第三者に対する対抗要件たるに過ぎず、当事者間では対抗の問題を生じないからである。ことに本件の場合、小金井市農協のために登記がなされて居り、その後、抗告人が一部弁済したことによつて右の登記抵当権の一部を取得した例である。この場合、抗告人が登記するとすれば代位による移転の付記の仮登記しかできないのが代位について本登記までなしうるのかは議論があるにしても（法律学全集不動産登記

法新版幾代通二七五頁、二七六頁）、抵当権の設定契約のみで目的物件に競売の申立をするのとは違う。形式上も競売法二二条一項の規定は、抵当権の競売の申立につき抵当権設定登記のあることを要件としていない。

三、抗告人に対する債権者、即ち、代位権者 ■■■ は、自己の債権の満足を得るため本件申立をする必要性がある。

抗告人は、現在これという資産を持つて居らず営業活動もしていない。相手方（債務者兼所有者）に対する求償債権（本件抵当権付）が唯一の資産である。

抗告人の代表者は、相手方である。この特殊の関係から抗告人が相手方に対して右求償債権の取立ないし本件競売の申立をすることは望めない。

四、代位権者は、本件抵当権につき優先する。

代位権者は、国立の物件につき小金井市農協との関係で後順位抵当権者であるから本件抵当権につき右農協と平等の地位で優先弁済を受けることができる（判例時報九〇七号五五頁以下、第三小法廷判決）。

以上。

昭和五五年四月一二日

債権者代位権者代理人

弁護士 田中 繁 男 印