

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人らの負担とする。

理 由

上告人A 1 関係の論旨第一点について。

論旨は、原判決に所論契約解釈の誤りがあるというが、同論旨の実質は、原審の専権に属する証拠の取扱判断事実の認定について異論を唱えるにすぎず、上告理由として採用できない。

同第二点について。

所論は、本件不動産について被上告人のために一方に抵当権設定登記があり地方に同時に停止条件付所有権移転請求権保全仮登記が併存する点をとらえ、かかる場合の請求権保全の仮登記は代物弁済の予約に基づくものと解すべく、右の場合において抵当権を実行するか代物弁済の予約を完結させるかは債権者の選択にまかされるものと解しなければならないとし、このように解しなければ期限に債務の弁済がなされないときには代物弁済契約は停止条件の成就によってその効力を生じ、抵当不動産の所有権は当然債権者に帰属し抵当権実行の余地ないこととなり、少くとも契約当事者間の関係では抵当権設定契約は無意義となると唱え、この論旨と同旨の最高裁判所昭和二六年（オ）第五六〇号同二八年一一月一二日第一小法廷判決（民集七巻一一号一二〇一頁）を参照引用する。そして、原判決が右代物弁済予約の完結の意思表示の有無について何ら判断を示していない点に違法があるという。

しかし、本件代物弁済がその予約として合意されたものであるとの事実は、原審で主張されていないし、その認定もない。また、所論挙示の判例は、当事者の意思表示が明確を欠く場合に関するものであつて、本件に適切でない。本件合意は、抵当権設定と併存して債務不履行を停止条件とする代物弁済の本契約を締結する趣旨

であつたことが当事者間に争いない事実として原判決で確定されているから、原判決が叙上の事実関係のもとで右代物弁済契約を予約と解しなかつた点に何ら違法はなく（当裁判所昭和三二年（才）第一二一六号昭和三六年三月三日第二小法廷判決、民集一五巻三号三五四頁参照）、代物弁済予約のなされたことを前提とする論旨は、採用できない。

同第三点について。

所論は、本件代物弁済契約が当事者の真意に出たものでないこと、右契約が代物弁済の予約をする真意でなされたことなど原審認定にそわないことを前提とするものであり、原判決には、所論違法は存しないから、論旨はすべて採用できない。

上告人合資会社A 2 硝子店関係の上告理由について。

論旨は、上告人A 1 関係についての原判決の法令違反を前提とするものであるところ、右前提たる違法が原判決に存しないことは、上述のとおりであるから、所論は採用できない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条九三条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	奥	野	健	一
裁判官	山	田	作	之 助
裁判官	草	鹿	浅	之 介
裁判官	城	戸	芳	彦
裁判官	石	田	和	外