

主 文

上告人A 1、同A 2の本件上告を棄却し、上告人A 3の本件上告を却下する。

上告費用は上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人岩橋清の上告理由のうち上告人A 1の上告理由第一点について。

上告人A 1と被上告人との間に成立した所論の即決和解は、右当事者間に所論の代物弁済の効力につき争いが生じたため、その争いを解決する目的をもつてなされたものであつて、右上告人がした右和解における意思表示に所論の要素の錯誤はなかつた、とした原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らして、首肯することができないわけではない。原判決に所論の違法はなく、論旨は、ひつきよう、原審の適法にした証拠の取舍判断および事実認定を争い、または、独自の見解を主張するものにすぎず、採用することができない。

同第二点および第三点について。

原審の確定した事実関係のもとにおいて、上告人A 1と被上告人との間に締結された所論の代物弁済の予約は公序良俗に違反するとはいえず、また、被上告人のした右予約完結の意思表示も権利の濫用であるとはいえない、とした原審の判断は、正当として肯認することができ、原判決に所論の違法はない。なお、消費貸借契約上の債務を担保するため、不動産につき抵当権を設定し、代物弁済の予約をした場合において、右契約時における不動産の価額と右債務の弁済期までの元利合計額とが合理的均衡を失するようなときには、特別の事情のないかぎり、右代物弁済の予約はいわゆる清算型の代物弁済の予約であると解すべきことは、所論のとおりであるけれども、そのことと原審の右判断とは何ら矛盾するものではない。論旨は、独自の見解に立つて原判決を非難するものにすぎず、採用することができない。

同第四点について。

上告人A 1が昭和三三年一月一五日までに被上告人に対して所論の即決和解による本件第一物件等の売買代金債務の弁済の提供をした事実は認められない、とした原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係および本件記録に照らして、首肯することができないわけではない。原判決に所論の違法はなく、論旨は、ひつきよう、原審の適法にした証拠の取舍判断および事実の認定を非難するものにすぎず、採用することができない。

上告代理人岩橋清の上告理由のうち上告人A 2の上告理由第一点について。

上告人A 1は、上告人A 2から、同上告人を代理して、所論の準消費貸借契約を締結するとともに、その契約上の債務を担保するため、本件第三物件につき、抵当権を設定し、かつ、代物弁済の予約をする権限を与えられていた、とした原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係およびそれにより確定された事実関係に照らして、首肯することができないわけではない。原判決に所論の違法はなく、論旨は、ひつきよう、原審の適法にした証拠の取舍判断および事実の認定を非難するものにすぎず、採用することができない。

同第二点について。

乙第一一号証の上告人A 2の名下に押捺された印影は同上告人の印章によるものである、とした原審の認定判断は、原判決挙示の乙第二八号証に照らして、首肯することができないわけではない。原判決に所論の違法はなく、論旨は、原審の適法にした事実の認定を争い、また、原審の認定にそわない事実関係を前提として原判決を非難するものにすぎず、採用することができない。

上告人A 3の上告について。

第一審は、被上告人の上告人A 3に対する本件第四物件の収去請求につき、これを認容する旨の判決をしたところ、右上告人は、これを不服として、控訴の申立を

したものであるが、これに対し、原審は、その判決の理由中においては、被上告人の右請求は理由があり、これを認容した第一審判決は正当である旨の説示をしながら、その主文においては、右控訴の申立ないし右請求について何らの判断も示していない。

してみれば、原審は、上告人A 3の右控訴の申立につき、裁判を脱漏したものであつて、その事件はいまだ原審に係属しているものといわざるをえないから、右控訴の申立につき原審の判決があつたことを前提とする右上告人の本件上告は、不適法であつて、却下を免れない。

よつて、民訴法四〇一条、三九九条ノ三、三九九条一項一号、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。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	松	本	正	雄
裁判官	下	村	三	郎
裁判官	飯	村	義	美
裁判官	関	根	小	郷