

## 主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

## 理 由

上告代理人三木義久、同渡辺篠の上告理由第一点について。

亡Dが本件建物の引渡を受けた旨の被上告人の主張は、現実の引渡をいうものと解されるから、所論引渡の具体的な内容の如何を証明する必要があつたものとは認め難い。されば、原審の証明義務違反をいう所論は、採用できない。

同第二点について。

亡Dが本件建物の引渡を受けた旨の被上告人の主張事実の有無につき、原審が所論摘要のとおり判示して引渡（それが現実の引渡を意味すること原判文上明らかである）の事実を肯認したからといって、当事者の主張しない事実に基づき判断したものとは認め難い。所論は、採用できない。

同第三点について。

原審が証拠によって認定した判示諸般の事実ならびに証人の供述を総合し、訴外EおよびFは、請負代金の過半の支払受けていなかつたが、火葬場経営の利益をもつて残代金の弁済を受けることを予定し、かつ、請負代金を先取特権によって確保することを考えて、右建物完成後直ちにDにこれを引き渡した旨認定したことは、正当として是認できる。所論証人Gの供述が伝聞証言だからといって、証拠として採りえないものではない。所論は、原審がその才量の範囲内において適法にした証拠の取捨判断および事実認定を非難するものであり、採用できない。

同第四点について。

上告人が昭和三四年一一月七日の原審口頭弁論期日に陳述した昭和三四年九月二六日付第二準備書面には、F、Eの両名は亡Dから請負残代金の支払がないため本

件建物を同人に引き渡すことなく自ら所有占有していたが、上告人から貸与を受けた建築資金の返済ができなかつたので、右借金の支払に代え代物弁済として本件建物の所有権を上告人に移転し登記を経由した旨の記載があり、右主張は、上告人の本件建物所有権の取得原因につき、従前の主張を訂正した最終的陳述であるとは記録上明らかであり、原判決の事実摘示には上告人の右主張が正確に摘示されている。しかして、原審が右主張について審究し、E、F両名は本件建物を亡Dに引き渡し、これにより本件建物の所有権はDに移転したものであり、一方、上告人に対する代物弁済の事実は証拠上認め難いから、上告人は本件建物の所有者でないとしたことは判示として間然するところなく、上告人の主張を誤解して判断した違法は認められない（ただ、原判決が理由中で前示上告人の主張を再掲するにあたり、所論引用のごとく記載したことは正確を欠くが、いまだ判決に影響を及ぼすべき違法とはいえない）。所論は採用できない。

同第五、六点について。

原判決挙示の証拠によれば、甲第一二号証の趣旨につき原審がした認定および解釈は正当であり、また、同号証に挙示の証拠ならびに事実を総合して、本件建物につきなされた判示所有権移転登記は亡Dと上告人が通謀してなした虚偽の登記であるとした原審の認定もまた首肯しうる。所論は採用できない。

よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、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 | 池 | 田 | 克   |
| 裁判官    | 河 | 村 | 大助  |
| 裁判官    | 奥 | 野 | 健一  |
| 裁判官    | 山 | 田 | 作之助 |

裁判官 草 鹿 浅 之 介