

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

上告代理人金野繁の上告理由について。

記録によれば、上告人は、原審において、被上告人らの上告人に対する昭和三八年五月六日付金一一〇万円（ただし、被上告人 B 1 および同 B 2 の債権額各金四〇万円、同 B 3 の債権額金三〇万円）、弁済期昭和三九年五月五日、利息日歩二銭八厘毎月末日払とする消費貸借債権の不存在確認、昭和三八年五月六日本件不動産について経由された、右債権を被担保債権とする抵当権の設定登記の抹消登記手続および右抵当権実行のため本件不動産について開始された競売手続不許の各裁判を求め、被上告人らの上告人に対する右債権、すなわち右抵当権の被担保債権とされている債権が存在しないことを主張し、被上告人らは、右債権が存在する旨主張していたことが認められ、これに対し、原審が、訴外 D が訴外 E から受けた融資金の債務が昭和三八年五月初頃元利合計一一〇万円に達し、E から上告人所有の本件不動産に担保権設定を求められてこれを承諾したこと、その頃 D、上告人、E、被上告人ら（被上告人 B 2、同 B 3 については、同 B 1 が代理した。）が協議し、右債権について、債権者を被上告人らとし（ただし、内訳は原判決が確定したとおりである。）、債務者を上告人とすること、右債権を担保するため本件不動産に抵当権を設定する旨の合意が成立し、かくて本件抵当権設定登記が経由されたことを認定していることは、原判決の理由の示すとおりである。

そうすれば、上告人がその不存在を主張する債権を消費貸借債権と表示した点は、原審の右認定と必ずしも完全に一致していないが、結局、上告人が右抵当権の被担保債権である一定の債権の不存在を主張し、被上告人らは、右債権が存在すると主

張し、原審も亦右債権が存在する旨認定し判示しているのであるから、原判決には、所論弁論主義の違背はないというべきである。論旨は採用することができない。

よつて、民訴法四〇一条、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	奥	野	健	一
裁判官	草	鹿	浅	之 介
裁判官	城	戸	芳	彦
裁判官	色	川	幸	太 郎