

履行に着手した者からの手付解除について

奥 富 晃

- 一 はじめに
- 二 判例法理および従来の学説の確認
- 三 問題の考察
- 四 まとめ——本稿の帰結の整理

一 はじめに

先ごろ公表された民法改正の中間試案では、手付（民法第五五七条関係）について次のような案が示されている。

手付（民法第五五七条関係）

民法第五五七条一項の規律を次のように改めるものとする。

買主が売主に手付を交付したときは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を現実に提供して、契約の解

除をすることができるものとする。ただし、その相手方が契約の履行に着手した後は、この限りでないものとする。

中間試案の（概要）は、この案について以下のように説明している。これは、民法五五七条一項が規定する手付解除の要件につき、判例等を踏まえた明確化を図るものであり、具体的には、「履行に着手」したのが手付解除をする本人であるときは手付解除は否定されなかった判例法理（最大判昭和四〇年一月二四日民集一九卷八号二〇一九頁）を明文化し、また、売主からの手付倍戻しによる解除には現実の提供を要するとした判例（最判平成六年三月二二日民集四八卷三号八五九頁）を踏まえたものである。^{①)}

筆者（奥富）は、数年前に右最高裁昭和四〇年一月二四日判決について解説をしたことがあり、それを契機としてその後もさらに、この判決の事案で扱われた「履行に着手した者からの手付解除の可否」という問題について若干考えをめぐらしてきた。その結果、この判決が示した考え方（多数意見・法廷意見）およびこれを支持する学説（以下、判例支持説）には一定の説得力があるが、それだけではなお必ずしも十分ではなく、また逆に、この判決の立場や判例支持説に反対する学説（履行に着手した者からの手付解除を否定する見解。以下、解除否定説）のようにだけ説くのも不十分であると考えに至った。そして、これに加えて、手付が解約手付であるとともに損害賠償額の予定としての違約手付である場合についてはこの手付のもたらす作用ないし効果に着目した検討の必要性をも認識するに至った。本稿では、こうして考えた内容を、中間試案が公表されたこの機会に述べ、中舎寛樹教授への献呈論考としようと思うものである。

なお、右最高裁昭和四〇年一月二四日判決は、具体的には、不動産売買契約における、履行に着手した売主

からの手付解除の場合について判断したものであり、本稿のテーマとの関係では、この場合がやはり、格好の問題提起素材を提供してくれると思うので、以下の考察にあたっては、当面、この場合のことを念頭において論述を進めることとする。

二 判例法理および従来の学説の確認

1 最高裁昭和四〇年十一月二四日判決の概要と判旨

まず、最高裁昭和四〇年十一月二四日判決の概要と判旨を改めて確認しておく。⁽³⁾

【事実の概要】

昭和三四年二月二二日、XはYから、当時大阪府所有の本件不動産を、代金二二〇万円、即日、手附金四〇万円をXからYに支払う、手付金として交付した四〇万円を控除した残金一八〇万円は昭和三五年二月末日までに所有権移転登記と交換に支払う、との約定で買い受けた。Xは契約の日にYに対し手付金四〇万円を支払い、昭和三五年二月二九日に一八〇万円を提供して義務の履行を求めたが、Yに拒絶されたので、登記の移転と引渡を訴求した。これに対し、Yは、手付金額の倍額八〇万円をXに提供して契約を解除した、と主張した。第一審は、本件手付は損害賠償額の予定を兼ねた解約手付であり、Yは昭和三五年二月一九日、八〇万円をXに提供して契約解除の意思表示をしたので、本件売買契約は有効に解除されたと判示して、Xの請求を棄却した。X

が控訴。原審では、Xは、本件不動産の売主であるYにおいて、Xから受け取った手付金のうちから一九万余円を本件不動産の所有者である大阪府に支払い、これをXに譲渡する前提としてまずY名義に所有権移転登記を得たことにより、契約の履行に着手したから、その後の契約解除は無効である、と主張した。原審は、X主張の事実は単なる履行の準備であつて、履行の着手にあたらないと認定し、Xの控訴を棄却した。そこで、Xは、原判決には五五七条一項の解釈適用を誤った違法があるなどとして上告した。

【判旨】 上告棄却。

「民法五五七条一項にいう履行の着手とは、債務の内容たる給付の実行に着手すること、すなわち、客観的に外部から認識し得るような形で履行行為の一部をなし又は履行の提供をするために欠くことのできない前提行為をした場合を指すものと解すべきところ、本件において……Yが本件物件の所有者たる大阪府に代金を支払い、これをXに譲渡する前提としてY名義にその所有権移転登記を経たというのであるから、右は、特定の売買の目的物件の調達行為にあたり、単なる履行の準備行為にとどまらず、履行の着手があつたものと解するを相当とする。従つて、Yのした前記行為をもつて、単なる契約の履行準備にすぎないとした原審の判断は、所論のとおり、民法五五七条一項の解釈を誤った違法がある」。

「しかしながら、右の違法は、判決に影響を及ぼすものではなく、原判決破棄の理由とはなしがたい。その理由は、次のとおりである。

解約手附の交付があつた場合には、特別の規定がなければ、当事者双方は、履行のあるまでは自由に契約を解除する権利を有しているものと解すべきである。然るに、当事者の一方が既に履行に着手したときは、その当事者は、履行の着手に必要な費用を支出しただけでなく、契約の履行に多くの期待を寄せていたわけであるから、

若しかような段階において、相手方から契約が解除されたならば、履行に着手した当事者は不測の損害を蒙ることとなる。従って、かような履行に着手した当事者が不測の損害を蒙ることを防止するため、特に民法五五七条一項の規定が設けられたものと解するのが相当である。

同条項の立法趣旨を右のように解するときは、同条項は、履行に着手した当事者に対して解除権を行使することを禁止する趣旨と解すべく、従って、未だ履行に着手していない当事者に対しては、自由に解除権を行使し得るものというべきである。このことは、解除権を行使する当事者が自ら履行に着手していた場合においても、同様である。すなわち、未だ履行に着手していない当事者は、契約を解除されても、自らは何ら履行に着手していないのであるから、これがため不測の損害を蒙るということはなく、仮に何らかの損害を蒙るとしても、損害賠償（額）の予定を兼ねている解約手附を取得し又はその倍額の償還を受けることにより、その損害は填補されるのであり、解約手附契約に基づく解除権の行使を甘受すべき立場にあるものである。他方、解除権を行使する当事者は、たとえ履行に着手していても、自らその着手に要した出費を犠牲にし、更に手附を放棄し又はその倍額の償還をしても、なおあえて契約を解除したいというのであり、それは元来有している解除権を行使するものにかならないばかりでなく、これがため相手方には何らの損害をも与えないのであるから、右五五七条一項の立法趣旨に徴しても、かような場合に、解除権の行使を禁止すべき理由はなく、また、自ら履行に着手したからといって、これをもって、自己の解除権を放棄したものと擬制すべき法的根拠もない。」

2 従来の学説

(1) 解除否定説の立場

履行に着手した者からの手付解除が認められるかどうかについて、現行民法五七七条の起草を担当したと推定できる梅謙次郎の立場は、解除否定説であつた。その理由とするところは、「是又習慣〔慣習〕ノ夙ニ認ムル所ナルカ如シ」ということであつた。⁽⁵⁾⁽⁶⁾これに続く大正期から、最高裁昭和四〇年一月二四日判決が出るまでの時代の学説も、おしなべて解除否定説をとっていた。その挙げていた理由は、①履行に着手した者は手付による解除権を放棄したとみるのが相当であること、②履行の着手によってその相手方には契約履行への期待が生じているのだから、解除を認めれば当該の相手方に不測の損害が生じること、あるいは、③その他の理由である。⁽⁷⁾その後、最高裁昭和四〇年一月二四日判決が登場したわけであるが、その後も学説上は解除否定説が依然として有力に主張されてきた。⁽⁸⁾近時では、とりわけ潮見佳男が理由を補強して、解除否定説を牽引している。潮見の挙げた理由は次のとおりである。⁽⁹⁾(i)「客観的に外部から認識し得るような形で履行行為の一部をなし、または履行の提供のために欠くことのできない前提行為をした」ことをもって「履行の着手」を判断する以上、相手方の契約維持への期待と信頼は客観的にも高まっている。(ii)たとえば、土地の売買の場合に、売主による履行の着手を見て地上建物の建築を買主が発注した場合のように、手付金額によつては填補できない損失が相手方に生じる場合がある。しかも、それを相手方の負担とするのが相当でない場合がある。(iii)いったん履行に着手した当事者にとつての矛盾行為禁止(禁反言)の観点も考慮すべきである。

（2）判例支持説の立場

最高裁昭和四〇年一月二四日判決の登場後には、これを支持する学説も多数現れている。⁽¹⁰⁾ そのような学説の中で、良永和隆や内田貴は、横田正俊裁判官が右最高裁判決で述べた反対意見（三二（一）参照）や解除否定説の立場に対して、さらにそれぞれ次のように理由（反論）を補足して、右最高裁判決の多数意見（法廷意見）の立場を支持している。すなわち、良永は、「履行着手にはいろいろな態様・内容があるのであって、それが常に相手方に知られるわけでもなく、必ず契約は履行されるという相手方の信頼を惹起するということとはできない。相手方の知・不知は要求されていないのであるから、「履行に着手した者からの手付解除を認めると、相手方に不測の損害を与えるおそれがあるとする」否定説（解除否定説）の立論にはそもそも無理がある」と思われるし、「自分がした履行着手によってそれだけで解除が封じられるのは納得しがたい。問題はあくまで相手方に不測の損害を被らせるかどうかであろう」と述べ、⁽¹¹⁾ また、内田は、履行に着手した者からの手付解除によって相手方が不測の損害を被るような場合には、相手方自身にも履行の着手があると認定できるのであると指摘している。⁽¹²⁾

三 問題の考察

1 従来の議論の疑問点

最高裁昭和四〇年一月二四日判決の多数意見の立場を支持する判例支持説（良永）は、右にみたとおり、「履

行着手にはいろいろな態様・内容があるのであって、それが常に相手方に知られるわけでもなく、必ず契約は履行されるといふ相手方の信頼を惹起するということとはできない。相手方の知・不知は要求されていないのであるから、否定説〔解除否定説〕の立論にはそもそも無理がある」という。しかし、たとえば、売主との間で土地の売買契約を結んだ買主が売主による履行の着手を知って、当該目的物たる土地上に建築する建物の設計を建築設計事務所が発注するなどという行動をとる場合もあるはずである。そのような場合でも売主による手付解除をなお認めてよいのであろうか（潮見がすでに指摘しているところである〔二二（一）（ii）参照〕）。

他方、しかし、解除否定説は、履行に着手した者（本稿では売主）からの手付解除を認めると相手方（買主）に不測の損害を与えるおそれがあるという理由で履行着手者からの手付解除を否定するが、これは、買主が売主による履行の着手を知らない場合（ただし、買主に履行の着手がある場合を除く）や、買主が売主による履行の着手を知っても、自身の側で、別段、履行に着手したり、右のような、たとえば、建築事務所への建物設計の発注などという行動をとったりしているわけではない場合に対しても、はたして妥当するといえるのであろうか（前者の点につき良永の指摘参照）。

さらに、以上の点のみならず、従来の学説は、判例支持説、解除否定説に共通して、手付が解約手付であるとともに損害賠償額の予定としての違約手付である場合（最高裁昭和四〇年一月二四日判決の事案における手付もこれであった）については、そのことに焦点を当てた考察を必ずしも十分にはしてこなかったと思われる。しかし、この場合に関してはその手付の作用・効果に着目して、さらに一歩踏み込んで検討することが必要なのではあるまいか。

そこで、以上のような問題意識のもとに、検討を加えることとする。

2 手付が解約手付のみ、ないし解約手付兼違約罰としての違約手付のとき

（1）最高裁昭和四〇年二月二四日判決が、民法五五七条一項の解釈論を展開し、履行に着手した者Y（売主）からの手付解除は、①相手方X（買主）が履行に着手していたときには認められないが、②そうでないときには許される、としたことの理由の核心は、①の場合には、Xは、Yによる履行の着手を知つてであるにせよ、そうではないにせよ、自身の履行に着手したことによつて、Yとの契約が履行されることへの期待を高めている（前者の場合には、Yによる履行の着手を知つたことですでにYとの契約の履行への期待を高めた上で自身の履行に着手している）のみならず、この段階でYからの手付解除が認められたのでは、Xは不測の損害を被ること、これに対し、②の場合には、たとえXがYによる履行の着手を知つたことによつてYとの契約が履行されることへの期待を高めたとしても、自身の側には履行の着手はないのであるから、Yによる手付解除によつてXが損害を被ることはなく、仮に何か損害を被るとしても、手附の倍額の償還を受けることにより、その損害は填補されることにあるといつてよいであろう。すなわち、右の最高裁判決に付されている横田正俊裁判官の反対意見は、「履行に着手した当事者は、手附による解除権を抛棄したものと観るのを相当とするばかりでなく、履行の着手があつた場合には、その相手方も、単に契約が成立したに過ぎない場合や、履行の準備があつたに過ぎない場合に比べて、その履行を受けることにつきより多くの期待を寄せ、契約は履行されるもの、すなわち、契約はもはや解除されないものと思うようになるのが当然であるから、その後における解除を認容するときは、相手方は、手附をそのまま取得し又は手附の倍額の償還を受けてもなお償いえない不測の損害をこうむることもありうる」と述べている。これに対して、判決の多数意見（法廷意見）は、二一に紹介したとおりのもの（「しかしながら、」）

であるのだから、このように反対意見と多数意見とを並べ、これを分析すれば、多数意見の理由の核心は、右に記した点にあるとみるのが素直であると思われるのである。

そして、多数意見の発想には説得力があり、基本的にこれを支持することができる。すなわち、たとえ買主が売主による履行の着手を知ったことによって契約履行への期待を高めたとしても、買主に履行の着手がないのであれば、売主の手付解除を認めても買主は損害を被らず、かつ買主には手付けの倍額が支払われるのであり、また、仮に何か損害が生じることがあっても、当該の手付倍戻しによってそれは填補されると考えられるのだから、手付解除の許容はけっして不合理ではないと思われる。

なお、多数意見が、履行に着手したことをもって自己の解除権を放棄したものと擬制すべき法的根拠はないとすることもともとであって、履行の着手と解除権の放棄とを結びつけることは解釈に飛躍がありすぎる。のみならず、(本稿が想定する事例でいえば) 売主Yによる履行着手後のYによる手付解除をもって信義則違反(禁反言の原則の適用対象)となすことも——これについては解除否定説(潮見)⁽¹⁴⁾が示唆し、また、中間試案の(補足説明)でもその考え方の存在に触れているところであるが、すでにYにおいて契約上の債務の一部を履行していた、たとえば引渡しだけはしていた後のYによる手付解除というのであればともかく——Yにおいて履行の着手にとどまるときは、ここでも、Yによる手付解除には手付倍戻しの負担が伴い(無償ではない)、かつ、買主Xには損害は生じない(仮に生じたとしても填補される)ことと併せ考えれば、基本的には、すなわち、特段の事情がある場合は別として、評価に行過ぎがあると思われる。

しかし、以上のように考えることができるとすれば、それでは、たとえば、XとYが、甲所有の土地を目的物として売買契約を締結し、買主Xが、売主Yによる甲からの土地の入手・Y名義への移転登記の完了(履行の着

手）を知って、①売買目的物たる当該の土地上に建築する建物の設計委託契約を建築設計事務所との間で締結した（上述の例）、②工務店に建築を発注した（潮見の挙げる例）、③当該の土地の転売契約を第三者との間で締結した、などという場合はどうか。これらの場合のX側の行動はXにおける履行の着手にはならない。すなわち、最高裁昭和四〇年一月二四日判決が明示した「履行の着手」の定義によれば、「履行の着手とは、債務の内容たる給付の実行に着手すること、すなわち、客観的に外部から認識し得るような形で履行行為の一部をなし又は履行の提供をするために欠くことのできない前提行為をした場合を指すもの」でなければならぬが、右のような場合のX側の行動はXのYに対する債務の内容たる給付の実行に着手したものではない。⁽¹⁶⁾けれども、このような行動をとったXがおかれている立場・状況は、たとえば、履行期に合わせて銀行から融資を受けてYに対する代金支払の用意を整えたX、あるいは、Yによる履行の着手を知って、同様に、Yへの支払代金に当てるために銀行から資金を借り受けたX（これらの場合のXは、最高裁昭和四〇年一月二四日判決で示された履行の着手の定義に即して考えた場合、契約の履行に着手したことになると思われる。もしも履行の着手の認定素材としてこれだけでは足りないというのであれば、これに加え、代金支払の用意が整った旨をYに告げ、履行期後に履行を催告した、などという場合のX）のおかれている立場・状況よりも、Xにおける契約履行への期待度、およびその後Yによる手付解除が認められた場合におけるXのもとの損害発生の可能性の点で劣っているとは必ずしもいえないのではあるまいか。むしろ、これらの場合にはいずれも、Xにおいて、Yによる履行の着手を知って、あるいは、自身が契約の履行に着手したことによって、Yとの契約が履行されることへの期待を高め、かつ、その後Yによる手付解除が認められたのでは不測の損害を被ることに変わりはなく、その間に優劣はつけ難いであろう。そうであれば、それにもかかわらず、Yからの手付解除の可否について、これらのケー

スの間で結論が異なることとなるような解釈は適切ではないといわなければならない。⁽¹⁷⁾ なお、二二(2)で紹介したとおり、内田は、履行に着手した者からの手付解除によって相手方が不測の損害を被るような場合には、相手方自身にも履行の着手があると認定できる旨を指摘し、また、民法第五七七条関係の中間試案の(補足説明)も、判例法理(最高裁昭和四〇年一月二四日判決の考え方)を明文化したことの説明の中で、履行を信頼したことにより損害を被る場合は、その当事者について履行の着手があると評価できる場合が多いという指摘の存在(内田の指摘のことであると考えられる)に触れているが、⁽¹⁸⁾ 以上のような例をみれば、——「履行の着手」の定義について、右の判決が明示した見解・基準を維持するのである限り——必ずしも内田の指摘のようには言い切れないことは明らかであろう。

以上のように考えて、本稿は、履行に着手したYからの手付解除の可否を、Xの側における履行の着手の有無のみによつて判断する判例の立場は狭きに失し、Xの側に履行の着手がある場合のみならず、Xが、履行の着手ではないが、Yとの契約の存在を前提とする自身の側の何らかの行動をとった場合、しかもそれがXにおいてYによる履行の着手を知ったがゆえのことであった場合(右に挙げた、Yによる甲からの土地の入手・Y名義への移転登記の完了を知つてしたX側の①から③などのような行動を抽象化していえばこのようになるであろう)にも、その後はもはやYからの手付解除は認められないとすることが妥当であると考える。⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾ ⁽²¹⁾ したがって、履行に着手した者からの手付解除も許されないとする解除否定説は、このような場合の限りではこれを評価することができるとする。

(2) 以上に反し、XがYによる履行の着手について知らずに、履行の着手ではない、Yとの契約の存在を前提とする自身の側の何らかの行動をとり、かつ、その後もYによる履行の着手について善意である場合には、Y

による手付解除はなお認められると考えてよい。この場合には、Xが、Yとの契約から生じた債務の内容とは関係しない自身の側の行動を独断で行った（卑近な言い方をすれば、Xが先走った）と評することが適切であり、そこでは、XにおいてYとの契約が履行されることに期待を高めていたとは法的には評価できない。このようなXにYからの手付解除によつて損害が生じても、法的には保護に値しないというべきであろう。

同様に、XがYの履行着手を知ったが、だからといって、履行に着手したというのでもなく、また、履行の着手ではない、Yとの契約の存在を前提とする自身の側の行動を何かとつたというわけでもない場合にも、Yからの手付解除はなお認められると考えられる。このような場合には、XにおいてYによる履行の着手を知つて契約履行への期待を高めたとしても、Yによる手付解除によつてXのもとに損害が生じるわけではなく、仮に何らかの損害が生じても手付倍戻しによつて填補される、ないしそれはそれで甘受を求められてもしかたがないからである（Yによる履行の着手を知つてもXに履行の着手はない場合のことについては（1）にも既述）。なお、XがYによる履行の着手を知らず、かつ、Xに履行の着手や、履行の着手ではない、Yとの契約の存在を前提とする自身の側の行動がない場合にも、もちろんYによる手付解除は可能である（XはYとの契約が履行されることに期待を高めてもおらず、損害を被ることもなく、さらに、手付は倍戻しされるのだから）。

（3）以上を解釈論的に論理構成すれば、次のようになる。すなわち、現行民法五五七条一項の立法趣旨は、手付解除をしようとする者（本稿の例ではY）からみての相手方（X）が契約履行に対して高めた期待を保護し、かつ、当該相手方（X）が不測の損害を被ることを防止することにあると考えるべきである。したがって、手付解除をしようとする者（Y）に履行の着手があるうとなかろうと、その相手方（X）に履行の着手があればもはや前者（Y）による手付解除は認められないことになるし、また、手付解除をしようとする者（Y）に履行の着

手がある場合に、相手方（X）がそれを知って、履行の着手ではないが、前者（Y）との契約の存在を前提とする自身の側の何らかの行動をとった場合にも、もはや前者（Y）からの手付解除は認められないものとなる。したがって、現行民法五五七条一項にいう「当事者の一方」とは、必ずしも常に「相手方」と読み替えることができるというのではない。以上のように解釈していくべきものと考ええる。

（4）ところで、それでは、手付が解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付の場合にはどうか。この場合には以上のようにだけ考えるわけにはいかないというのが、本稿の立場である。この場合には、当該の手付がもたらす効果ないし作用といういま一つの要素をも考慮に入れて、さらに検討を進めなければならない。これを述べれば、3のとおりである。

3 手付が解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付のとき

（1）履行に着手した売主Yの側から買主Xに対して行う手付解除という問題が生じるのは、Yにおいて、そのままXとの契約を履行していくよりもXに手付の倍額を返還しXとの契約を解除した方が得策であると判断した事情が生じたからのはずである。その事情の典型例には、Yの履行の着手後（先の例でいえば、Yによる、土地の所有者甲からの土地の入手・自己名義への移転登記後）、他に、好条件で当該不動産の購入を希望する者Zが現われた、などということがあるであろう。⁽²⁴⁾ところで、買主Xから売主Yに対して損害賠償額の予定としての違約手付が解約手付を兼ねて交付されているという場合、そこでの損害賠償額の予定の趣旨は、この種の手付が交付される際の手付契約の内容（買主違約の場合には手付の没収、売主違約の場合には売主による手付の倍額の

支払い）や手付金の額（通常、売買代金の一割～二割）から判断して、遅延賠償額の予定や填補賠償額の予定ではなく、「双務契約において、債権者側の反対給付を履行せず、これによって契約関係を清算しようとするための賠償額」ということであろう。すなわち、双務契約において、「不履行の場合に、債権者が自己の反対給付を履行せずに、契約関係の一切の清算をする目的で賠償額が予定される場合」⁽²⁵⁾にあたるものである。そうであれば、Yの履行の着手後、他に、好条件で当該不動産の購入を希望する者Zが現われたという右記のような場合に、もしもYからの手付解除は認められないというすると、XからYに対して交付されていた手付が解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付であったときには、YはXとの契約に違背してでも当該不動産をZに譲渡する行動に出ることが考えられる（二重譲渡）。なぜなら、この場合において、YとしてはXに対して、Xから交付されていた手付の倍額さえ支払えばよいからである。すなわち、売主Yが第三者Zに対して二重譲渡をすれば、それによりYの買主Xに対する債務はその責めに帰すべき事由による履行不能となり、Xとしては結局、Yに対して損害賠償を請求していくしかないこととなる。そして、ここで損害賠償を請求するとは、右の手付契約（損害賠償額の予定としての違約手付）によればYとの契約を清算することを意味し、かつYに対して請求できる損害賠償の額は手付の倍額のみである（Yとの契約を解除してもよいが、その場合でもYに対して請求できる損害賠償の額は同じである）。

とすれば、これは、Yからの手付解除を認める場合とその結果においてまったく変わらない（どちらの場合にも、XY間の契約が解消され、XにはYから手付の倍額が支払われることとなる）。かくして、履行に着手したYの側からの手付解除を否定することには合理性がないという結論となる。

そこで、XがYに対して交付した手付が解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付であったときに関して

は、以上のことを、「手付が解約手付のみ、ないし解約手付兼違約罰としての違約手付のとき」について2に示した考え方の上にさらにつけ加えて考えることにより、まず、履行に着手したYからみての相手方たるXの側に履行の着手や、履行の着手ではない、Yとの契約の存在を前提とする自身の側の行動がない場合について、Yの側からする手付解除はなお可能であるという帰結が導かれ、この意味で、最高裁昭和四〇年一月二四日判決の帰結はこれを支持することができるといえよう。⁽⁷⁾

(2) 次いで、このような考え方はこれを推し進めれば、XがYによる履行の着手を知って、履行の着手ではないが、Yとの契約の存在を前提とする自身の側の何らかの行動をとった場合にも、またさらには、契約を手付解除しようとするYからみての相手方たるXにも履行の着手がある場合でさえも、なおYからの手付解除は可能であるという解釈論に行き着くこととなる。これは、最高裁昭和四〇年一月二四日判決の立場とは異なる帰結である。あえてこれらの場合に焦点を当てて、その理由を繰り返せば、次のとおりである。すなわち、手付が解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付の場合には、Yによる手付解除を認めれば、ここでは、履行に着手していた、あるいはYの履行の着手を知って右記のような自身の側の行動に出たX、すなわちYとの契約が履行されることに期待を高めたXに不測の損害が生じることは否めない。しかし、だからといって、そのことを理由としてYによる手付解除を認めないとしてみても、そうであるならば、ここでもYとしては、あえて違約＝債務不履行（他に二重譲渡）をすることで対応することが考えられる。そして、その場合に生ずる結果の実態は、Yによる解約手付が認められるという場合と同じである。すなわち、Yによる手付解除を認めれば右のようなXには不測の損害が生じるが、ここでの状況はYが違約（二重譲渡）する場合におけるそれと変わらない。Yによる手付解除の場合にしろ、Xからの契約の清算の場合にしろ、手付の倍戻しとして、あるいは予定された損害賠償

額として、YからXに支払われる金額は同じであり（手付の倍額のみ）、かつ、Xに生じる（残る）損害は、Yによる手付解除の場合とXによる契約の清算の場合とで全く同じとなるのである。⁽²⁸⁾ このように考えると、Yによる手付解除を認めざるをえない。

（3）以上を要するに、手付について、解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付であると約定してこれを交付した買主Xは、履行に着手した売主Yによつてさらに契約が履行されるまでは、ないし、少なくとも、契約の一部が履行されるまでは、Yからの手付解除の可能性があり、その場合、Yから支払われるのは手付の倍額のみであることを覚悟せよ、ということになる。⁽³⁰⁾

このような解釈は現行民法五五七条一項を逸脱するとの批判がもちろんありえようが、筆者は、手付が解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付である場合における売主からする手付解除の場合には同条項は妥当しないと解釈する、同条項の縮小解釈として、なお解釈論上可能な議論であると考える。⁽³¹⁾

四 まとめ——本稿の帰結の整理

履行に着手した者からの手付解除の可否について、以上に本稿が述べてきたことにつき、その帰結を整理してまとめておく。

1 手付が解約手付のみ、ないし解約手付兼違約罰としての違約手付のとき

(1) 手付解除をしようとする者、すなわち本稿では売主Yからみて相手方Ⅱ買主Xに履行の着手がある場合には、Yからの手付解除は認められない(ちなみに、XがYの履行着手を知って履行に着手したのか、それを知らずにそうしたのかは関係がない)。

理由——XはYとの契約が履行されることへの期待を高めているのみならず、この段階でYによる手付解除が認められたならば、Xは不測の損害を被ることとなる。このようなXは法的保護に値すると考えられる。

(2) 買主Xが売主Yの履行着手を知って、履行の着手ではないが、Yとの契約の存在を前提とする自身の側の何らかの行動をとったとき、たとえば、Xが、Yによる甲からの土地の入手・Y名義への移転登記の完了を知って、①売買目的物たる当該の土地上に建築する建物の設計委託契約を建築設計事務所との間で締結した、②工務店に建築を発注した、③第三者との間で転売契約を締結した、などのときも、その後はもはやYからの手付解除は認められない。

理由——XはYによる履行の着手を知ってYとの契約が履行されることへの期待を高め、かつ、それによって、その後、自己の側の具体的行動をとっている。Yの履行着手を知ってこのような行為に出た当該のXがおかれている立場・状況は、(1)におけるXのそれと法的には同等と評価してよいと思われる。

(3) ただし、Xが、履行の着手ではない、Yとの契約の存在を前提とする自身の側の何らかの行動をとったが、この行動をとった時点のみならず、その後もYによる履行の着手について善意である場合には、Yによる手付解除はなお認められる。

理由——この場合には、Xが、Yとの契約から生じた債務の内容とは関係しない自身の側の行動を独断で行ったと評することが適切であり、XにおいてYとの契約が履行されることに期待を高めていたとは法的には評価できない。このようなXに損害が生じても、法的には保護に値しないというべきである。

同様に、XがYの履行着手を知ったが、だからといって、履行に着手したというのでもなく、また、履行の着手ではない、Yとの契約の存在を前提とする自身の側の行動を何かとったというわけでもない場合にも、Yからの手付解除はなお認められる。

理由——この場合にはXはYとの契約が履行されることへの期待を高めているとはいえても、Yによる手付解除によってXに損害が生じるわけではなく、仮に生じたとしても手付倍戻しによって填補される、ないし、それはそれで甘受を求められてもしかたがない。

なお、XがYによる履行の着手を知らず、かつ、Xに履行の着手や、履行の着手ではない、Yとの契約の存在を前提とする自身の側の行動がない場合にも、もちろんYによる手付解除は可能である。

理由——XはYとの契約が履行されることに期待を高めてもおらず、損害を被ることもなく、さらに、手付は倍戻しされる。

2 手付が解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付のとき

①買主Xの側に履行の着手や、履行の着手ではない、売主Yとの契約の存在を前提とする自身の側の行動がない場合のみならず、②Xが、Yによる履行の着手を知って、履行の着手ではない、Yとの契約の存在を前提とす

る自身の側の何らかの行動をとり、この段階でYにより契約を手付解除されるとXが不測の損害を被る場合、さらには、③Xの側にも履行の着手があり、この段階でYにより契約を手付解除されるとXが不測の損害を被る場合であっても、なおYによる手付解除は認められる。

ただし、Yが少なくとも契約の一部を履行したときは、もはやYによる手付解除は認められない。

理由——手付が解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付の場合には、Yによる手付解除を認めないといってみても、Yが違約（二重譲渡→履行不能）をすることにより、Xは結局、Yとの契約を清算せざるをえない。このとき、XがYに請求できる額は、手付解除の場合の額と同じ（手付の倍額）である。かつ、Yとの契約の清算によってXのもとに損害が残る場合にも、その結果（損害）はYによる手付解除の場合にXのもとに残るそれと同じである。したがって、Yによる手付解除を否定すべき合理性に欠ける。

Yが少なくとも契約の一部を履行したときは、禁反言の原則の適用により、もはやYによる手付解除は認められない。

以上のようにみえると、中間試案に示された民法第五五七条の内容には、なお再考の余地があるように思われる。

注

- (1) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、二〇一三年）三九六頁以下。なお、実務界ではこのような判例法理の明文化に賛成する意見が多数を占めているようである。商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第2

集（第3巻（下））——第35回会議 議事録と部会資料——（商事法務、二〇一三年）一五頁以下参照。

- (2) 中田裕康＝潮見佳男＝道垣内弘人編『民法判例百選Ⅱ債権（第6版）』（有斐閣、二〇〇九年）九八頁以下（奥富見執筆部分・48事件の解説）。

- (3) この部分は、中田＝潮見＝道垣内編『民法判例百選Ⅱ債権（第6版）』九八頁における事実の概要の紹介部分と重なることをお許しいただきたい。

- (4) 起草委員補助であつた松波仁一郎、仁保亀松、および仁井田益太郎の三名が分担して執筆した著書に『帝国民法正解』があるが（松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎合著『帝国民法正解（明治29年）第六巻債権』（信山社、一九九七年（復刻版））、この著書で民法第五七条部分の執筆を担当したのは起草委員梅謙次郎の補助であつた松波仁一郎であつた（明治民法の制定と穂積文書」福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』（信山社、一九八九年）二八頁参照）。そして、『帝国民法正解』の執筆分担は、「大体自分が理由書を担当した部分、それから各先生の分担部分を標準とした（仁井田益太郎＝穂積重遠＝平野義太郎＝仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会——民法修正案参考資料——」（法律時報一〇巻七号（一九三八年）二七頁）というのだから、現行民法第五七条の起草を担当したのは梅謙次郎であつたと推定できるのである。なお、福島編・前掲書同頁も参照。

- (5) 梅謙次郎『初版民法要義卷之三債権編』（明法堂・一八九七年、信山社・一九九二年（復刻版））四七三頁以下、同『民法要義之三債権編（訂正増補三三版）』（有斐閣書房・一九二二年、有斐閣・一九八四年（大正元年版完全復刻版））四八二頁。もつとも、梅が同書同箇所で、当事者の一方が契約の履行に着手した場合の例として挙げるのは、「買主カ代価ノ全部又ハ一部ヲ払イ又ハ売主カ売買ノ目的物ヲ引渡シタ」というように、今日でいえば、買主ないし売主が履行の着手を超えて履行ないし一部の履行をしたと評価されるケースである。梅は、履行の着手とはここまでも含む概念であると考えていたということであらうか。ともあれ、履行に着手した者からの解除の可否については、梅の立場は解除否定説であつた。

(6) もつとも、『帝国民法正解』における民法五五七条の解説の中には起草者の立場を批評する叙述がある(同書九七二頁以下)。それによれば、条文の文言が、当事者の一方が履行に着手するまでは、となっている以上、履行に着手した者からの解除も認められないが、起草者がなぜ履行に着手した者からの解除も認められなかったのか、すなわち、なぜ「当事者の一方が」としたのかについては、自分(この条文部分の執筆者である松波仁一郎)にはその理由は明確にはわからない(「余輩八十分二其理由ヲ見スルニ苦シム」)、というのである。そして、執筆者(松波)自身は、履行に着手した者からの解除も認めないという帰結には疑義を示し、むしろ「相手方」と条文を改めた方がよいと、意見を述べている。

すなわち、執筆者(松波)によれば、相手方が履行の着手をした後に契約を解除するときは相手方に不測の損害を被らせることがあるので、もはや契約を解除することはできないとするのは理由があるけれども、自ら着手した場合にもなお解除できないとしたのはどのような理由によるのか。自分は十分に理由を発見しがたい。強いて理由を求めれば、買主が代金を取り寄せるまでに至ったのなら、十分に契約を履行する意思を外部に発表したものであるので、なるべくこれを実行することに努めさせるべきであり、また、自らここまで実行の意を表しながら中途で契約を解除するときはそのために他人に損害を被らせるので、もはや解除はできないということができようが、たとえこのような理由をつけることができて、自己の履行に関することはこれとどのようなにも虚陳できる(言い繕いができる)ことが多いので、履行の着手を実際にはしていてもその者は契約を解除するであろう。そして、相手方もまた、いやしくも自ら契約の履行に着手していない以上は強いてこれを争わず、売主ならば手付を獲て、買主ならば倍額の償還を受けて契約の解除に甘んずるであろう。したがって、本条で当事者の一方が履行に着手するまでといっているのは、実際の適用においては相手方が契約の履行に着手するまでというのと同じ結果になるであろう。ただ、条文には相手方といわないで当事者の一方といっているから、売主と買主のどちらか一方が自ら契約の履行に着手しても、その者がこれに着手した後はもはやその者から契約を解除することはできない。履行に着手した者からの解除はこれを認めてよいということは、右

のように解釈上でのみいえることである。ゆえに、むしろ、条文を改めて相手方としてはどうか。

なお、この部分の叙述は、「先生海外留学発途ニ際シ漸ク以テ脱稿博士ノ校閲ヲ経ル暇ナキ為メ……校閲ヲ缺」いている箇所である。ここで校閲者たる「博士」とは、梅謙次郎のことであつたと推定できる（福島編・前掲書同頁参照）。

- (7) ①を挙げて解除否定説をとるものとして、たとえば、石坂音四郎『日本民法債権編第六卷』（有斐閣書房、一九一六年）二〇〇五頁（なお、同書二〇〇七頁も参照）、鳩山秀夫『日本債権法各論（上）』（岩波書店、一九二四年）三〇一頁、近藤英吉『債権法各論』（弘文堂書房、一九三三年）五九頁、末川博『債権各論第一部』（岩波書店、一九三九年）四三頁。②を挙げて解除否定説をとるものとして、たとえば、横田秀雄『債権各論』（清水書房、一九二二年）二八四頁。③のその他の理由を挙げて解除否定説をとるものとして、たとえば、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、一九二二年）四四七頁および同頁注⑧。末弘（同頁注⑧）は、民法五五七条が「相手方」といわずに「当事者の一方」といつていること（民法五五七条の文理解釈）を理由として挙げている。そして、併せて、横田、石坂、梅がそれぞれ挙げている理由を「異説」と表現して紹介している。なお、根拠は明示せずに解除否定説をとっているものとして、たとえば、戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店、一九四二年）一二九頁、勝本正晃『契約各論第一卷』（有斐閣、一九四七年）五四頁、石田文次郎（早稲田大学出版部、一九四七年）七〇頁があるが、これらは末弘と同じく民法五五七条の文理解釈を前提とするものと推察される。

- (8) たとえば、柚木馨編『注釈民法（14）債権（5）』（有斐閣、一九六六年）一一五頁（柚木執筆部分）（理由として①を挙げる。柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（14）債権（5）』（有斐閣、一九九三年）一〇八頁（柚木執筆＝高木補訂部分）も同じ）、水本浩『債権各論（民法セミナー5）』（一粒社、一九七九年）（理由として②や禁反言・信義則違反を挙げる。同『契約法』（有斐閣、一九九五年）一四三頁も同様）、宗宮信次『債権各論（新版）』（有斐閣、一九七一年）一二三頁（理由として②を挙げる。正確には、相手方に損害を生ぜしめることがあるゆえ）、石田穰『民法V（契約法）』（青林書院、一九八二年）二二八頁（理由は、

「契約は守られるべし」の原則に立ち返った、解約手付の機能を広く認めるのは契約の拘束力を弱め妥当でないという見地からの解釈、笠井修・片山直也『債権各論Ⅰ（契約・事務管理・不当利得）』（弘文堂、二〇〇八年）一五二頁（笠井執筆部分）（理由として、②を挙げる。正確には、相手方に手付倍戻しでは填補しきれない損害を負わせる可能性があること）、清水元『プログレッシブ民法（債権各論Ⅰ）』（成文堂、二〇一二年）九六頁以下（理由として、契約の拘束力を弱める結果になること、など。損害発生の可能性は解除否定の理由からはずすようである）。

(9) 潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社、二〇〇二年）八一頁。

(10) なお、最高裁昭和四〇年一月二四日判決が登場する以前に、すでに、我妻栄『債権各論中巻Ⅰ』（岩波書店、一九五七年）二六二頁は、「民法の解約手付の要点は、（i）相手方が履行に着手するまでは、自由に契約を解除することができるが、（ii）手付を交付した者は没収され、收受した者はその倍額を償還することが、その補償にあたることである（五五七条）」と解説し、民法五五七条にいう「当事者の一方」とは「相手方」の意味であることを示唆していたし、山田晟・関口晃『判例民事法（25）』（有斐閣、一九六二年）一五六頁は、民法五五七条が当事者の一方が履行に着手するまでは解除できると規定するのは、「解除によって相手方に損害が生ずるのを防ぐ趣旨であるから、買主が履行に着手しない間は、売主はみずから履行に着手したのち、解除しても差支えない」と明確に述べていた。相原東孝『手付と内金 契約法体系刊行委員会編『契約法体系Ⅱ（贈与・売買）』（有斐閣、一九六二年）六二頁も、「当事者の一方」は「相手方」の意味であると解する立場であつたと理解してよいであろう。

最高裁昭和四〇年一月二四日判決後、これを支持する学説としては、たとえば、来栖三郎『判批』法学協会雑誌八三巻六号（一九六六年）九九〇頁以下、三宅正男『契約法（各論）上巻』（青林書院新社、一九八三年）一八一頁以下、平野弘之『契約法（第2版）』（信山社、一九九九年）二二四頁、田山輝明『債権各論上巻』（成文堂、二〇〇一年）一三五頁および同頁注⑦（同『契約法』（成文堂、二〇〇六年）一四三頁および同頁注⑦も同じ）、北川善太郎『債権各論（民法講要Ⅳ）（第3版）』（有斐閣、二〇〇三年）

二三頁、後藤卷則「手付け」鎌田薫＝加藤新太郎＝須藤典明＝中田裕康＝三木浩＝大村敦志編『民事法Ⅲ（第2版）』（日本評論社、二〇一〇年）一〇一頁（本文にすぐ紹介する良永や内田の理由を支持する）、川井健『民法概論4（債権各論）（補訂版）』（有斐閣、二〇一〇年）一三七頁、半田吉信『契約法講義（第2版）』（信山社、二〇〇五年）一九七頁、加藤雅信『新民法体系Ⅳ契約法』（有斐閣、二〇〇七年）二二一頁および同頁注²⁸）、加賀山茂『契約法講義』（日本評論社、二〇〇七年）四二九頁、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法（第3版）』（成文堂、二〇〇六年）一二七頁。なお、以上のうち、三宅、平野についてはさらに後注²⁹、川井については後注¹⁹も参照。

(11) 良永和隆『判例講義 民法Ⅱ債権（補訂版）』（悠々社、二〇〇五年）一三九頁。

(12) もっとも、良永は、具体的にある行為が相手方に対してもはや解除はされないとの信頼を生じたような場合には、その後の解除は信義則違反（禁反言の原則）によって認められないとするのが妥当であるとし、この点で解除否定説に歩み寄っている。良永・前掲書一三九頁。

(13) 内田貴『民法Ⅱ債権各論（第3版）』（東京大学出版会、二〇一一年）一二二頁。

(14) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』三九七頁。

(15) この場合には、信義則違反＝禁反言の原則の適用対象となると考えるが、このことについての詳細は、後注²⁹参照。

(16) なお、「被控訴人は、本件土地の一部について他に分譲する売買契約を締結し、分筆のため本件土地上の竹等を若干切り払い測量をして測量図を作成したに過ぎず、……本件土地売買契約の履行に着手したものである」とする福岡高判昭五〇・七・九判時八〇七号四一頁、「手付金が交付された土地の売買において、買主が転売先を確保する準備を先行させており、一部整備のための準備に取りかかっていたという事情があっても、かかる事情はもっぱら買主側の都合に属することであり、それをもって民法五五七条一項の『履行に着手』したとは言えず、……」とする東京高判平三・七・一五判時一四〇二号四九頁、参照。

(17) 甲斐道太郎は、最高裁昭和四〇年一月二四日判決の判例批評の中で、「もし、相手方の損害だけを根拠にするのであれば、一方当事者の履行着手を相手方が知っておりそのために手付額では償いえない損害をこうむるような容態をとったことを条件とする無効説（解除否定説）（一種の禁反言的な考え方）も考えられてよさそうである」としているが、これは、本稿本文の内容と同趣旨のものであろうか。甲斐道太郎「判批」法律時報三八巻五号（一九六六年）八四頁。

(18) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』三九七頁。

(19) なお、すでに川井健『民法概論4（債権各論）〔補訂版〕』一三七頁も、「相手方が履行の着手を信頼して何らかの行為をしたという特段の事情がある場合は着手者解除否定説があてはまりうるとしても、基本的には判例のいうように着手者解除肯定説を支持してよい」と主張している。発想において本稿の以上の内容と共通項のある先行の学説といつてよいであろう。ただ、本稿は、川井説のいう「相手方が履行の着手を信頼して何らかの行為をした」場合というのは必ずしも「特段の事情がある場合」という例外的なケースではなく、より一般的にもありうるケースなのではないかと認識するものである。

(20) なお、Xが、Yによる履行の着手があつたことを知らずに①から③などのような自身の側の行動をとったが、その後、Yによる履行の着手がすでにあつたことを知ったという場合はどうであろうか。この場合においてXがおかれる立場・状況も、この段階では結局、XがYによる履行の着手を知って①から③などのような自身の側の行動をとった場合にXがおかれているそれと同様であると思われる。したがって、この場合にもやはり、Yの側からの手付解除はもはや認められないと考える。

(21) 良永による、履行の着手の内容・態様は様々であり、それが常に相手方に知られるわけでもないから判例の立場を支持してよいという議論は、ここでは妥当しないと考える。

(22) もっとも、解除否定説をとる水本『契約法』一四三頁は、履行に着手した者の相手方は不動産を入手できるとして信頼していたので、①子どももその土地の学校を選んだとか、②解約されて他の物件を探したいへん値上がりしていたとかなど、不利

益を受けることが少なくないと指摘する。すなわち、このように解除否定説もその根拠として単に相手方の期待ないし信頼の保護のみならず、相手方の不利益・損害を問題とするものである。しかし、この水本の指摘の①については、本稿の考えでは、これも本文の（１）のケース（買主が売主による履行の着手を知って、履行の着手ではないが、売主との契約の存在を前提とする自身の側の行動をとったという場合）の一事例として位置づけうるものである。また、②は、まさに、この本文（２）の、買主が売主の履行着手を知ったが、別段、その後に履行に着手したというのでもなく、また、履行の着手ではない、売主との契約の存在を前提とする自身の側の何らかの行動をとっているわけでもない段階のことであるが、この段階での水本指摘のレベルの損害は、売主・買主ともに履行に着手していない段階における売主からの手付解除の場合にも生じうるものである。それにもかかわらず、②の場合にはもはや売主からの手付解除は認められないとすれば、売主・買主ともに履行に着手していない場合でも売主からの手付解除も認められないという理屈になる。しかし、それでは解約手付制度がそもそも成り立たなくなる。そうだとすると、②の場合になお手付解除を認めないとすれば、その根拠としては、相手方の期待・信頼に反する行為の禁止（信義則Ⅱ禁反言）のみを挙げるしかないこととなるが、履行に着手しただけにとどまる段階での手付解除が信義則違反（禁反言の原則の適用対象）になるとは基本的には思われない（本文参照）。こう考えると、②の場合でも売主からの手付解除は認められ、水本指摘のレベルの損害は買主において甘受しなければならないと思われる。

(23) 潮見は「契約維持」への相手方の期待と信頼が客観的にも高まっていると説くが（二二（一）（一））、そうであったとしても、Yからの手付解除が認められるべき理由は同じである。

(24) 不動産取引の世界では、解約手付が利用されることにより、不動産二重譲渡の對抗問題の発生が回避されるという状況が存在しているという潮見『契約各論Ⅰ』七五頁の指摘も併せて参照せよ。

(25) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、一九六四年）一三四頁。

(26) 奥田昌道編『注釈民法(10) 債権(1)』(有斐閣、一九八七年) 六九四頁(能見善久執筆部分)、同『新版注釈民法(10) II 債権(1) 債権の目的・効力(2)』(有斐閣、二〇一一年) 六〇八頁(能見善久執筆 II 大澤彩補訂部分)。

(27) なお、当該判決の事案における手付は解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付であったという事実は、これまで必ずしも十分に注目されていたとはいえないように思われるが、今後は強調されてよいと考える。従来、唯一この事実を重視していたのは、同判決の判例評釈たる山下末人「判批」民商法雑誌五四卷六号(一九六六年)一五四頁であり、本稿はこれに大きな示唆を受けている。すなわち、山下によれば、「多数意見の……結論を導いた事情としては、本件手付が解約手付であると同時に損害賠償〔額〕の予定としての性質をかねていたこと、すなわち、売主が契約を履行しない場合、買主は手付金額を基準とする違約金で満足することとなるから、物的な損害の填補という点では、売主の任意解除を認めても結果は変わらないという事情も考えねばならないように思われる」。ただし、山下は、これに続けて、「しかし、なお買主の履行への期待が全く無視されている点で〔多数意見には〕若干の疑問が残る」としている。

(28) ただし、来栖『契約法』(有斐閣、一九七四年) 三六頁注(一)は、買主から売主に対して損害賠償額の予定としての違約手付が解約手付を兼ねて交付されているという場合において、買主に履行の着手があつたにもかかわらず、売主がなかなか履行しないで、売買の目的物、たとえば不動産の値段が高騰した後になって高値で他に売却してしまった場合にも、買主は損害賠償として手付倍戻しで甘んじなければならぬのかと問題を提起する(なお、この場合、来栖説では買主に履行の着手があれば売主からの手付解除はもはやできないことは当然の前提)。そして、来栖は、それで仕方がないというのも一つの考え方であるが、自分分は、買主は次のような選択的権利をもつと解したいとする。すなわち、買主は売主の不履行を理由に契約を清算(一種の解除)しようとするときは手付額だけを損害賠償として請求できるにすぎない。その際には、実際の損害額を立証する必要はない。他方しかし、買主は、契約の履行を主張し、高騰した不動産の価格を基準として履行に代わる損害賠償を請求することもできる。ただ、

この場合には、実際の損害額を立証しなければならない。

このような来栖説において、買主が契約の履行を主張し、高騰した不動産の価格を基準として履行に代わる損害賠償を請求するという意味は、売主の二重譲渡によって売買目的物たる不動産が他人の手に渡ってしまったといえ、現にそれが存在する以上はそれを買戻すなどしてでも取り返して契約を履行せよ、と買主が売主に請求したのに対して、売主によればそれはもはや無理・不可能であるというので、それでは履行に代えて損害賠償（填補賠償）を支払えと請求するというものである。

しかし、損害賠償額の予定とは、債務不履行が生じた場合における損害賠償請求において、損害の発生およびその額の立証が煩雑であるのみならず、それらをめぐって紛争が生じることもあることから、そのような立証の煩雑さを避け、かつ紛争を予防するために、債務不履行があった場合の損害賠償額を当事者間で予め決めておくというものである。すなわち、これは、債務不履行があった場合には実際の損害額のいかんにかかわらず、賠償額は予め定めた額であることによって紛争を簡易に処理しようという趣旨の特約であるはずである。そして、買主から売主に対して損害賠償額の予定としての違約手付が解約手付を兼ねて交付されているという場合、そこでの損害賠償額の予定の趣旨については本文（一）に述べたとおりであり、したがって、ここでの当事者の意思（合意内容）はこれを売主の債務不履行の場合についていえば、売主の債務がその責めに帰すべき事由によって履行不能となれば買主は約定の額をもって契約を清算するというもののはずである。そうであれば、たとえ現実に売主側にその責めに帰すべき履行不能（二重譲渡）があり、その際に実際の損害額を立証できるからといって、買主としてはこちらを選択できるというものでははやないというべきものであらう。買主は右の合意内容を見捨てることはできないはずである。以上のように考えると、それにもかかわらず、買主になお選択権を認める来栖説は疑問であるといわざるをえない。

もつとも、来栖は、履行に代えて填補賠償を請求することは契約を清算することではないから当該損害賠償額の予定には拘束されないというのかもしれない。しかし、売買契約において売主の債務がその責めに帰すべき事由によって履行不能となった場

合における填補賠償の請求の実質は契約関係の清算であると考えられる（こちらの代金額と填補賠償額とを相殺するのだから）。したがって、来栖がもし右のようにいうものであるならば、それも妥当性に欠けると思われる。なお、この点については、関連する判例として最判昭六三・一一・二五日判時一三〇一号九五頁があり、すでに同様の考え方を判示している。すなわち、これは、不動産の売買契約において、その契約書中に「甲（売主）乙（買主）の何れたるを問わず当事者の一方が本契約の条項に違背したときは、各々其の違約したる相手方に対し、催告の後本契約を解除することができる。」「一五条一項として「前条による契約の解除が甲の義務不履行に基づくときは、甲は、既に受領済の金員、並びに違約金として第一条に定める売買代金の壹割に相当する金員を乙に支払うものとする。」との約定が記載されていた場合において、売主の債務がその責めに帰すべき事由（二重譲渡）によって履行不能に帰したので、買主が本件契約を解除することなく、本来の給付に代わる填補賠償額を請求したという事案に関して以下のように判示しているのである。

「本件売買契約の約定をみるに、本件売買契約書中には、本件約定として、売主（上告人）の義務不履行により契約が解除された場合における買主（被上告人）の請求しうる原状回復と違約金の定めがあり、右違約金の定めは、損害賠償額の予定と解されるが、（一）原審の確定したところによると、本件約定は、売主の債務不履行により買主のする損害賠償請求について、その賠償額算定の争いを避けようとした趣旨であることが明らかであり、（二）売主の責に帰すべき事由によって履行不能を生じたときは、買主の請求権は、解除をしなくても填補賠償請求権に変じ、その額から自己の残債務額を相殺の法理によって差し引いた額の損害賠償を求めることができるのに対し、解除した場合には、填補賠償額から解除により義務を免れた約定の売買代金を損益相殺の法理によって控除した額に原状回復すべき額を加えた額の請求をすることができることになり、解除をする買主の負担する債務が金銭である本件のような場合には、解除をしないで填補賠償を請求する場合と解除をして請求する場合との間において、買主が請求しうる額に差異はなく、これらの点に照らすと、本件売買契約における本件約定の趣旨には、契約を解除することなく

本来の給付に代わる填補賠償を請求する場合も含まれるものと解するのが相当である。／したがって、以上と異なり、契約を解除することなく本来の給付に代わる填補賠償を請求する場合には本件約定を適用する余地はないとした原審の判断には、契約の解釈を誤った違法があるものといわざるをえず、右違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、この違法をいう論旨は理由がある。」

(29) 少なくとも契約の一部を履行したということは、手付解除はせず契約に拘束されるという道をYにおいて確定的に選択し、これを債務の履行という行動によって相手方Xに示したということであるから、その後はもはやYによる手付解除は許されない（それは矛盾行為として禁反言の原則の適用対象となる）と解すべきであろう。

なお、すでに三宅正男『契約法（各論） 上巻』一八二頁は、履行と履行の着手とを区別する解釈が正当であり、履行ないし一部の履行をした者はもはや手付解除はできないが、履行の着手をしたにとどまるときは、なおその者からの手付解除は可能であると主張している。ただし、その理由づけは必ずしも明らかではない。また、同じく判例支持説に与する平野裕之『契約法（第2版）』一〇六頁も、手付解除しようとする者が履行に着手しても履行以前であれば解除を認めてよいが、自身の側の履行を終了してしまっている場合には、相手の信頼そして受けた給付を返還することの迷惑を考えて、原則的には解除ができないと考えるべきであると述べている。これについては、本稿は、右の理由および根拠づけ（禁反言）によって手付解除を否定することにより、結果的に、平野説のいう「相手の信頼の保護」を達成することとなる。なお、受けた給付を返還することの迷惑というのは利益衡量次元の問題であって、これがそのまま手付解除否定の理論的根拠となるものではないと考える。

もっとも、このようにして手付解除を抑えてみても、売主が契約の一部の履行をした（たとえば、不動産の売買において目的物を引き渡した）にとどまるときは、売主がさらに引き続いている履行（移転登記）はせず、売主においてその責めに帰すべき事由によって債務を履行不能としてしまえば（二重譲渡）、結局、買主は契約関係を清算せざるをえないのであり、そしてその場合に

は手付の倍額しか得られないのであるから、本稿のような立場では売主による契約の一部の履行の後にもなお売主による手付解除を認めても結果は同じであろうという疑問が提示されるかもしれない。しかし、売主による契約の一部の履行があった後の売主による手付解除はもはや認めないことにし、買主に、売主による二重譲渡に対処するために、売主に對し、所有権ないし売買契約に基づく登記請求権を被保全権利とする処分禁止の仮処分をする機会を確保できる。この点に、右のような場合において手付解除を抑える実益があるといえよう。

(30) それでは、手付が解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付であるときに、売主の側に履行の着手があり、あるいは、売主が、買主の履行の着手を知って、履行の着手ではない、買主との契約の存在を前提とする自身の側の行動をとった（たとえば、買主の売買代金を見越して新規の不動産物件の調達に走り、これを購入する契約を締結した。潮見『契約各論Ⅰ』八一頁参照）後に買主から手付解除ができるか（たとえば、買主が履行に着手したものの目的物の相場が安くなったので他から同種のを購入すべく手付解除をしようという場合、それが可能か）という点についてはどうか。これについては、認められないというべきである。その理由は次のことにある。すなわち、買主の側に履行の着手があり、あるいは、買主が、売主の履行の着手を知って、履行の着手ではない、売主との契約の存在を前提とする自身の側の行動をとった後の、売主からの手付解除の場合には、これを認めないとしても、売主は、他に二重譲渡してしまうことで対応できる（売主の責めに帰すべき履行不能→買主は契約関係を清算せざるをえない）。この場合、売主からの手付解除を認める場合とその結果は変わらない。すでに本文で詳述したところである。他方、逆に、本注冒頭のような買主からの手付解除の場合には、これを認めないとしたとき、買主は右の売主のようにに対処できない。したがって、ここでは、売主には、買主との契約関係を清算するかしないかの自由がある。清算すれば、売主は手付額をとれるのみであるが、清算せず、あくまで契約の履行（代金の支払）を請求すれば、売買代金をとることができる（いざとなれば強制執行によって代金を取り立てることができる）。この場合、結果は、手付額のみがとれる場合とは異なる。したがっ

て、それにもかかわらず、買主からの手付解除を認めれば、売主が買主との契約関係を清算せずにあくまで買主から代金を取り立てるという機会を不当に奪うことになるのである。

- (31) なお、違約手付が交付されたときは、損害賠償額の予定の性質をもつものと推定すべきである（四二〇条三項）と一般には解されている（我妻栄『債権各論中巻一』二六一頁、二六五頁、など）。したがって、以上の本稿のような解釈による場合には、買主が解約手付兼違約手付を交付した場合において、履行に着手した売主からの手付解除をあらかじめ防止しておく方策としては、たとえば、売買契約の締結に際して、当該の違約手付は損害賠償額の予定ではなく、違約罰としての手付の趣旨であることを合意しその旨を手付条項で明示しておくとか、損害賠償額を予定しつつ、これを超える損害を証明することにより手付額を超える金額の賠償を受けることができるものと捉えうる手付条項（最高裁判平成九年二月二十五日判時一五九九号六六頁、およびこの判決を紹介し解説する潮見『契約各論Ⅰ』八四頁以下参照）を入れておくなどのことが考えられる。同様に、解約手付兼損害賠償額の予定としての違約手付であるときは、買主による履行着手後の、あるいは買主が売主による履行の着手を知って、履行の着手ではない、売主との契約の存在を前提とする自身の側の何らかの行動をとった後の、売主による手付解除をあらかじめ防止しておくために、買主側にこれらのことがあった後には売主はもはや手付解除をすることはできない旨を明文化した手付条項を売買契約の締結に際して入れておくことなども考えられよう。

