

契約における「手附」の現代的構成論

石 崎 泰 雄

第一章 民法五五七条の制定とその問題点

一 手附制度の実体構造

二 履行の着手

三 民法五五七条二項

第二章 手附の種類

第三章 判例にみる手附紛争の争点

一 解約、解除の意思表示

二 少額の手附の法的性質

三 解約手附性と違約手附性

四 履行の着手

第四章 手附の意義と機能

一 総論

二 各論

結語

契約における「手附」の現代的構成論（石崎泰雄）

第一章 民法五五七条の制定とその問題点

一 手附制度の実体構造

民法典は、その第五五七条に「手附」に関する一箇条の規定を置いている。

第五五七条第一項 買主カ売主ニ手附ヲ交付シタルトキハ当事者ノ一方カ契約ノ履行ニ著手スルマテハ買主ハ其手附ヲ抛棄シ売主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得

第二項 第五百四十五条第三項ノ規定ハ前項ノ場合ニハ之ヲ適用セス

手附に関しては、右の一箇条のみを売買の規定の中に置き、他の有償契約の規定に準用するという形式を採っている。この一方で、現行民法典は、その第五五五条で売買の意義について規定する。

第五五五条 売買ハ当事者ノ一方カ或財産ヲ相手方ニ移転スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ払フコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス

これは、売買契約が当事者の約諾によってその効力を生ずるといふ、西洋においても漸く一七世紀になって確立したとされる¹⁾、契約における諸成主義をわが民法典が採用したことを明らかにするものである。この民法五五五条の宣明するところのものは、西欧諸国のそれと比較して、優れて契約方式の自由を徹底するものといえる。そして契約と

いうものは遵守されるべきものであるから、この契約遵守の原理に反することになる民法五五七条の規定は、この近代的な、民法五五五条の標榜するところの諸成主義の原則と矛盾、対立するものであるとの指摘⁽²⁾がなされ、民法五五七条の存在意義そのものが疑われるような状況にもある。

そこで先ず、この規定の制定へと至る経過とその背景を振り返り、その問題点を探る。

法典調査委員会での起草趣旨説明によると、起草担当者、梅謙次郎博士は次のように考えていた。

旧民法典では、予約の手附と即時売買の手附と二種類の⁽³⁾手附規定が置かれているが、日本ではその前から手附が行なわれているわけだから、実際どのようなものか調査して、その実態に適った規定をおく必要がある。商事慣例類集では「手附ヲ以テ売買ヲ確定スルヤ否」という質問の趣旨が十分理解されなかつたようで、それを見ただけでは「はつきりした答はない」といつてよからう。他方、民事慣例類集を見ると、雲州、東京他幾つかの地方では、本案のようになつている。ただ、それが一般の慣習であるかについては再度よく調査をしてみる。もし、違つていたら改める。外国の例では、フランス、スペイン、ベルギーでは本案のようになつている。しかし、フランス民法の解釈では、ポアソナード氏は自分たちのような解釈を採つてはいない。オーストリア、イタリアでは、手附を出した方で違約をすれば、これをとりあげてしまうことができ、手附を受けた方で違約をすれば、倍にして還せという請求をすることができ、しかし相手方が履行を求めれば、それは可能であるというように書いてある。スイスとドイツでは手附は確約の印である。日本では本案のような形で多くの所で行なわれているであろうから、このように掲げておいた。⁽⁴⁾

起草委員も、日本の社会で実際に行なわれている手附が、現行民法五五七条の規定のような形態で行なわれているという確信はなかつたが、一応このような形で提出し、詳しい資料の入手後、それを再検討して、もしそれがこの規

定と異なるものであれば、規定の修正等何らかの対処をするつもりであった。しかし、結局、民法五五七条の規定は、提出原案のまま民法典に採り入れられることになる。

ところで、日本の社会における契約観がどのようなものであったかについては次のような指摘がなされている。

「近代社会においては、ひとは、契約を契約なるがゆえに、ただそれだけの理由で無条件的な絶対的な規範として順守する。……典型的な資本主義的生産関係の中に生活しているのでもないところの、わが国の農村の人々においては、かような特殊^{II}近代的な契約の意識はまだ確立されてはいない。かれらにとっては、自分らのせまい協同体の外の人との契約は、決して『契約なるゆえに』絶対的に守らねばならぬものではない。多くの場合に、ただの口約束（目にみえる外形の伴わない『觀念的約束』）は、かれらにとつては、ほんとうの拘束的な契約ではないのであり、その約束違反は決して厳格に義務違反として意識されていないようである。違反をとがめられなければ、それですまし、とがめられればあやまり、相手方がそれでも釈然としないということは、『肚』のないわざとして却って輕蔑されるであろう。手つけをうけとつたときだけに、絶対の拘束力がある契約が意識される。手つけのない契約をしておきながら、約束違反をとがめることは、『わけの分らぬ奴』とされる場合が多い。⁽⁵⁾」

そして、所有権についての法意識に関する叙述の「注」において次のように言う。

「契約を、契約が締結されたというそれだけのゆえに、遵守するという近代的な契約の意識 (Pacta sunt servanda) は、このような所有権の意識の・契約の領域における表現である。わが国においてはこのような契約遵守の意識も不完全である。一般人は、『手附』を入れぬ契約、ただの口約束、だけでは拘束されぬと意識している。実際そのような約束は平気で違反される。そこには拘束、したがってまた違反、という意識が欠けているのだから。一旦約束した後といえども、実力上何らの不利益を蒙らぬ、何ら相手方からおびやかされぬ、と知れば平気で約束を破るこ

とになる。⁽⁶⁾

更に、戦後における日本の社会状況においても、「わが国では、未だに契約の拘束力という觀念・感覚が弱く、契約書を作成するか、手附を授受するまでは任意に拘束力を免れうるとの意識があるので、手附の分だけ損をしなければならぬとされると、契約の拘束力が強まったと感ずるのではないだろうか。」⁽⁷⁾といった分析がなされている。

戦前の、殊に昭和期においても右のような契約観が一般的だったのではないかと思われる社会状況からすると、明治期における日本の契約観がそれ以上に近代的なものであったはずはない。ところが起草者には、民法五五五条で、(売買) 契約が当事者の約諾のみによって成立するとの原則を掲げたことから、契約は当事者間で売買の約束がなされた時に、成立することになるといふこととの関連で、それと矛盾しない手附規定を制定する必要があった。このため起草者は、民法五五七条において、約諾のみによって成立する契約を、手附が交付されればそれが一定の制約の中で解約できると構成することによって、諾成契約の原則との整合性を図った。そしてその自らが作成した規定は、当時日本で現実に行なわれていた手附慣行の多くのものと一致するものであると考えていたのである。

ここで、日本商事慣例類集と全国民事慣例類集を繙いて、当時の日本における手附の実情を知ることとする。日本商事慣例類集によるとその第四章「売買の事」の第二条で、「売買は手附金に因て其約束の確定・不確定をなすことなきや⁽⁸⁾」という質問に対する各地方の答としては、大部分の地方では、一定のきまりなしとする。その中で「大阪」は「普通の売買多く手附金を要せず⁽⁹⁾」と明言している。明確に手附金でもって初めて売買の確定をすと答えている⁽¹⁰⁾のが「大津」である。しかし、「売買の確定」が意味するものが何たるかを正確に理解した上での解答であったかどうかについては定かではない。

全国民事慣例類集で、手附に関する記載のある箇所を拾うと、「畿内」では「契約ヲ廢スルニハ不動産動産¹¹其品

ノ見込違ニヨリ生スルコアリ又其品ノ契約面ニ抵触スルニ因テ生スルコアル如斯ニ至リテハ手付金前金等ヲ流ス例ナリ⁽¹¹⁾とする撰津国西成郡の例があり、「東海道」では「売買ノ約定セシ後買主ニテ之ヲ廃棄スルキハ手金損ト号シ手付金ヲ損失シ売主ニテ廃棄スルキハ手金倍返ト号シ手付金ノ倍數ヲ差出ス例ナリ⁽¹²⁾」とする駿河国安倍郡の例の他、駿河国志太郡益頭郡の例や、「売渡シタル物品ハ約定ノ如ク引渡スヲ要ス若シ事故アリテ引渡シ難キキハ手付金ノ一倍ヲ返償スル例ナリ⁽¹³⁾」とする甲斐国八代郡の例がある。「東山道」では「物品ヲ手付金ニテ買取三五日時日ヲ約シ其日ニ至リ金ヲ渡サ、ルキハ売主其契約ヲ廢スルヲ得ヘク其渡セシ手付金ハ買主ノ損毛ナリトス……動産不動産既ニ売買ヲ約スト雖モ事故アリテ之ヲ廢スルコ買主ヨリスルキハ其手付金ヲ損トシ売主ヨリスルキハ償金トシテ手付金ノ一倍ヲ出ス例トス⁽¹⁴⁾」とする信濃国佐久郡の例の他、陸前国宮城郡、羽前国置賜郡、羽後国秋田郡に見られる。「北陸道」では加賀国石川郡、加賀国江沼郡においてみられ、「山陰道」では出雲国島根郡にあり、「山陽道」では見られず、「南海道」では淡路国津名郡、河波国名東郡、阿波国三好郡においてみられ、「西海道」ではみられない。

右の資料から判断する限り、当時、売買契約において、手附を交付する慣行のある地方が、そうでない地方より多いとはとうてい言いえないし、手附の慣行のある地方でもどれくらい多くの種類の売買で手附が行なわれていたのかという判断もできない。

ともあれ、全国民事慣例類集の中で見られる手附慣行の中で、最も多くの地方で行なわれている形態が、売買の約定と同時に手附が交付され、買主が違約の（履行をしない）ときは手附が没収され、売主違約のときは倍額の金品の提供を要するというものである。これで見ると、契約の成立は売買の約定をした時だとされているようである⁽¹⁵⁾。

ところが、当時の日本人の契約観からして、売買の約定時に契約が成立すると考えていた者がどれだけいたであろうか。実際にはむしろ、売買の口約束の段階では「法的拘束力」は生じていず、現実の売買の目的物の引渡や代金の

支払の時に、完全に契約が成立するとの意識が一般的だったのではなからうか。¹⁶⁾ それ故、手附を交付すれば、或る程度、拘束されるとの観念が生じるのである。このことに関して一般的には、「手金を打つことは法律的には契約の拘束力を弱くするが、実質的には強くする」¹⁷⁾と言われている。合意のみによる契約締結の場合、法的には（当事者の意識は別として）一〇〇%の法的拘束力が発生している。ただ契約の成立を証明できないと結局、法的効果は認められないわけだから、法的拘束力が〇%となるケースも出てこよう。書証があれば、確実に認められる。これに対し、手附は契約の法的拘束力を一、二割といった低い程度に押さえる法的テクニックである。この意味で、「法律的には契約の効力を弱くする」というのは正しいが、「実質的には強くする」というのは正確ではない。本当に「実質的に強くする」には書証によればいいのであり、それによらずに手附を用いるということは、手附が書証とはまた違った働きをするということであり、より正確に言えば、手附とは「或る程度の法的拘束力と或る程度の実質的拘束力」を持たせるための法技術というべきものである。こうしたこともあって、当事者の意識としては、口約束の段階ではまだ契約は成立しておらず、目的物の引渡しや代金支払の時に、完全に契約が成立するとの意識の方が、当時の日本における契約観としては自然なものだったのではないかと思われる。

そこで右のような背景を考えると次のような主張は全面的には妥当性を有するものとはいえない。即ち、「多くの場合、手付を交付するのは、契約の履行を確保するためである。すなわち、その手付によって契約の拘束力を強めようとするからであり、実際上の取引においてもそのような意識が存在しているとみることができるところが、民法の規定では解約手付とするから、これによって契約の拘束力は弱められることになる。わずかに手付金額の損失が、弱められた契約の拘束力を維持するにすぎない。したがって、契約の拘束力を強めるのは違約手付としての手付であり、解約手付は契約の拘束力を弱める作用を果たすことになるから、交付された手付を解約手付として認定するに

は、慎重でなければならぬ⁽¹⁸⁾」との主張である。

蓋し、手附を交付するのは、事実上、手附によって、契約を一時にはなく、いわば段階的に成立させようという法的テクニクであり、また、「契約の拘束力を強める」ためになされるものとの理解は、事の一面を衝いたものすぎず、正しい理解とはいえないからである。

従って、当事者の意識からすると、当事者が違約という表現を用いても、必ずしも成立した契約に違反することを意味していたとはいえない。当事者の意識としては、単なる口約束の場合よりも拘束力が強まるが、この「手附」の段階では将来本契約をする約束をしており、その約束を破ることを違約と考えていたともいえる。このような意識があったとすると、手附契約を違約することは、成立した契約に違反することとはその意義において全く異なるものであり、それ故、その損害賠償額も必然的にずっと少ない額であるべきものだけということになる。そして、その額は、基本的には手附金の額が基準とされ、それをもって処理がなされるのである。

全国民事例類集をみると、現実の慣行では、「違約」手附的形式が採られているものがかなりある。その実質は基本的には、履行期に履行をしない、履行に応じないことが「違約」とされてきたが、この違約の場合、手附交付者が違約のときは、手附受領者がその手附を損害賠償として取得でき、手附受領者が違約すれば、手附交付者は手附額と同額を損害賠償として取得できるというものであった。つまり、基本的には、手附額で一切を処理しようとの考えであったといえる。それと同時に、この「違約」の意味からすると、履行期前に履行しない意思を明らかにする場合も、履行期到来後と同様であるから、この場合にも、やはり手附額が基準となる。そこで履行期前の、手附交付者からの「解約」の場合には、交付者側から見て、手附金を放棄して「解約」できるといえることは、手附受領者側からすると、その手附金を損害賠償的なものとして取得できることを意味するし、また手附受領者からの「解約」の場合

に、手附金の倍額を提供して「解約」するということは、交付者にすれば、やはり損害賠償的なものを手附額でもって処理しているということになり、これは実質的には損害賠償と異ならない。そして、全国民事慣例類集の中で、実際この「解約」のことを「違約」と言っている地方も存するのである。

これが当時、現実の取引社会で手附が交付される慣行の標準的な手附形態であった。この制度を、今日学説で用いられている手附の種類、即ち、「解約手附」、「違約手附」の概念によって分析するとどのようなことがいえるか。

まず、「違約手附」には二種類が考えられる。その一つは違約罰としてのもので、これは違約罰に加えて、損害賠償請求が可能なるものである。もう一つは損害賠償額の子定としてのもので、民法は四二〇条三項で違約金を損害賠償額の子定と推定していることから、こちらを違約手附と呼ぶことにする。⁽¹⁹⁾ そうすると、当時の手附慣行の多くのものは、損害賠償をすべて手附で片づけようという違約手附であることがわかる。そして同時に、このことから、履行期前に、手附交付者であれば手附金を放棄して「解約」することができ、手附受領者であれば倍額を提供して「解約」することができるとしても、これは実質的には違約手附の場合の損害賠償と実質的には同じであり、履行期前にこの処理がなされることは被解約者にとっても、早い段階で契約が履行されないことがわかるといふ意味で逆に極めて好都合といえる。そこで自然な形で「解約」権能も付与されていたということができよう。そして、この「解約」の権利性の側面を前面に現わしている地方もかなり多かった。全国民事慣例類集の中に見られるその表現から見れば、それは「解約手附」であるということになり、一見すると、「解約手附」の慣行を持つ地方と「違約手附」の慣行を持つ地方とが分かれて存在していたというように思われるかもしれないが、これは違約をする者の側から表現するか、違約をされる者の側から表現されているかの違いにすぎず、結局はいずれの場合であっても損害賠償の代わりは一切が、手附額で処理されることを意味していたのであり、これが「違約」「解約」の両性質を有する一個の手

附償行であったと思われる。つまり、損害賠償額の予定（正確に言うると損害賠償ではなく、契約を履行しない場合の賠償の仕方）を手附金でもって行なうとすれば、違約手附と解約手附の双方の機能を併有する手附形態は極めて合理性のある便宜なものだからである。

これが資料から判断されるころの、民法制定当時における実社会における手附制度であったと言えよう。しかしこの手附償行は、日本のあらゆる地方で慣習として確立された普遍性あるものであったとはいえないし、かつあらゆる売買で確立していたものということもできない。

たとえ当時の社会で普遍性に欠ける慣行であっても、それを法制度として法典にとり入れることは可能であるが、それはそれが理念として望ましいものである場合になされるべきものであろう。ところが、起草者は、これを日本で古来より行なわれてきた慣習であるからという理由で規定したのである。しかもその内容は、いわゆる「解約手附」としてのものである。つまり、当時、日本全国においてあまねく行なわれていたわけではなく、またあらゆる売買において行なわれていたものではないという双方の意味において、普遍性を欠くところの手附が、違約性と解約性の機能を併有するものであるという実態から離れて、その一面性にすぎないところの解約手附という形で民法典にとり入れられたのである。

このような事態を招いた原因は、起草者の手附慣習に対する分析が十分ではなく、特に起草者が主として参考にしたものと思われる関東近辺の慣行が、解約手附性を前面に出したものであったことと、もう一つは、民法五五五条で諾成契約の原則を採用したことから、これと手附制度との整合性を考えて、一旦成立した契約を「解約」するものと安易に構成したことに存すると推測することもできよう。ともあれ、既に見たように、この規定が取引の実情を反映したものではないというところに、後の議論の究極的な原因を孕んでいたのである。⁽²¹⁾

二 履行の着手

起草者は、一で見たように解約手附規定を民法典に導入したが、同時にこれに、「当事者ノ一方カ契約ノ履行ニ著手スルマテ」という制限を付した。これは日本商事慣例類集及び全国民事慣例類集の記載の中からは抽出することのできない概念であり、起草者はこれを現実の「慣行」の中から導入したのではなく、旧民法の規定から、それを修正した形で採り入れた。

旧民法財産取得編第三十八條 即時ノ売買ニ於テハ手附ハ之ヲ興ヘタル者ノ利益ノ為メニノミ解約ノ方法ト為ル但買主ノ興ヘタル手附カ金錢ナルトキハ其地ノ慣習ニテ之ニ解約ノ性質ヲ付スル場合ノ外合意ニテ此性質ヲ明示スルコトヲ要ス

契約ノ全部又ハ一分ノ履行アリタルトキハ如何ナル場合ニ於テモ解約ヲ為スコトヲ得ス

民法五五七条一項は、右の旧民法規定を一部修正して規定されたが、梅起草委員は法典調査委員会で修正の理由を説明している。それによると「履行アリタル」としてしまうと履行が一部分にせよ終了しなければならなくなる。例えば、荷物を送付するという場合には送り出したというだけではいけないし、届いただけでもいけない。相手が受取らないといけない。そうすると買主の方に荷物が届いたが受取らずに手附を放棄して解除することができるといふことになるが、それは問題ではないか。それに工場で商品をどんどん生産して大部分できたところで解除されると大損害を受けることになるのではないか。こうした点を考慮して旧民法を修正した⁽²²⁾という。

しかし、この「履行ノ著手」の導入は、当時の日本の慣習を反映するものではなく、起草者の考案によるものである⁽²³⁾。ということもあり、磯部四郎委員から異論が出される。それは、買主が手附を置き、すぐに売主が履行の着手をすると、もはや解除の機会が失われてしまうことになるので、三日間とか期限を民法の規定で定めた方がよくはないか⁽²⁴⁾というものであった。梅起草委員は、期限を民法規定中に置くことは適当でないし、各地にもそのような慣習はないようだからとして、その他異論も⁽²⁵⁾出たが、提出原案通り、「履行ノ著手」を採用した。この履行の着手概念は、後に、起草者の想定していた域を超え、特殊拡大された機能を果たすようになり、紛争のキーワードとなるに至るのである。

三 民法五五七条二項

民法五五七条二項は「第五百四十五条第三項ノ規定ハ前項ノ場合ニハ之ヲ適用セス」と規定されている。これは、民法五五七条三項が「解除権ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」と規定されていることから、起草委員が民法五五七条第一項だけでは、「手附ヲ儲ケタ上ニ尚ホ損害賠償ノ請求ガ出来ルト云フコトニ為」る。その方がいいかもしれず、そのような慣習のある所もないわけではないが、日本の多くの地方の慣習では、損害賠償の請求などといったことは極めて少ないのであり、手附⁽²⁶⁾で処理するのが一般的慣行であると考え規定したものである。

この民法五五七条二項の規定は不用ではないかという意見が磯部委員から出された⁽²⁷⁾が、起草委員は直接にはこの質問に答えない。

ところで、民法五五七条三項の規定は、解除権行使者が、解除とともに損害賠償の請求をすることができるという趣旨の規定である。従って、民法五五七条一項の解約手附の「解除」権を行使した者が、損害賠償の請求ができる

いうことはありえないから、これはこの「解除」権を行使された者が、損害賠償の請求ができるということを規定したものだということになるが、民法五五七条一項の「解除」は契約を解消する当事者が行なうものであり、民法五四五条に規定される債務不履行における「解除」とは全く異なる法的性質のものである。こうした点に起草者の理解の不十分さがうかがえるが、学説も今日に至る迄この点を指摘するものは皆無といってよい。

こうした理解の不十分さの一端を示し、かつ助長する原因の一つは、法的性質の異なる「解除」を同一のタムを用いてしまっていることにある。「解除」には四種類以上のものがある。最も一般的なのは、債務者に帰責事由が存する場合に認められる債務不履行の場合に認められる解除である。また帰責事由が存しない場合に認められる解除もある。これが無過失で認められる担保責任（代金減額・解除）の場合の解除である。⁽²⁸⁾ 損害賠償額の予定として用いられる違約手附における解除は、非常に債務不履行の場合の法状況と似ているが、「契約違反」というタムが用いられるのが一般であり、それは英米法の「契約違反」に通ずるものであり、一応基本的には、帰責事由とは関係なく、他方当事者に契約不履行（但し、不可抗力の場合には、契約違反とはならない）があれば、解除することができるといった性質のものといえよう。これに対して、解約手附における「解除」は両当事者の帰責事由とは無関係に、むしろ逆に契約不履行を行なう当事者の方に、履行期前に「解除」権を認めるものであり、前三者の解除とは全く法的性質を異にするものである。これを同一の「解除」というタムを用いていること自体にそもそも問題があり、別のタムを用いた方がよいと思われる。そこで、解約手附の場合の「解除」については解約手附と呼ばれていることもあり、便宣上、「解約」というタムを用いることにする。他の三種の解除⁽²⁹⁾については、解除という用語を今後も用いていくが、それぞれ法的性質を異にするということを銘記しておく必要がある。

以上のことから、起草者が懸念したようなことは杞憂にすぎず、民法五五七条二項の規定は、結局のところ解約手

附の解約についての理解と解除の本質に対する理解の不十分さがもたらしたものと見えよう。

- (1) 来栖三郎 契約法 二〇頁（有斐閣、昭和四九年）。
- (2) 川村泰啓 商品交換法の体系（上） 四二二頁以下（勁草書房、昭和四二年）。
- (3) 民法五五七条の現行規定。
- (4) 法典調査会 民法議事速記録四 八八四頁以下（商事法務研究会、昭和五九年）。
- (5) 川島武宜 近代社会と法 九六頁以下（岩波書店、昭和三四年）。
- (6) 川島武宜 所有権法の理論（新版） 六八頁（岩波書店、昭和六二年）。
- (7) 星野英一「現代における契約」現代法 二五四頁以下（岩波書店、昭和四一年）。
- (8) 日本商事慣例類集 一三一頁（白東社、昭和七年）。
- (9) 日本商事慣例類集・前出注（8） 一三三頁。
- (10) 日本商事慣例類集・前出注（8） 一三三頁。
- (11) 全国民事慣例類集（司法省蔵版） 五一〇頁（青史社、明治一三年）。
- (12) 全国民事慣例類集・前出注（11） 五一三頁以下。
- (13) 全国民事慣例類集・前出注（11） 五一五頁。
- (14) 全国民事慣例類集・前出注（11） 五一九頁以下。
- (15) 明治八年には廃止されるが、明治四年には「諸品売買取引心得方定書」が制定され、売買取引約定書の雛形が示されている。このこともおそらく民事慣例類集の編纂者にも、契約成立概念に関して影響を与えているのではないかと思われる。
- (16) 川島・前出注（5）、（6）、星野・前出注（7）の文献参照。
- (17) 我妻榮ほか 不動産の取引 七八頁（有斐閣、昭和三年）。
- (18) 相原東孝「手付と内金」契約法大系Ⅱ 六三頁（昭和三七年）、同頁、加藤一郎 民法教室（債権編） 一九頁以下（自治日報社、昭和三年）、広中俊雄 債権各論講義（第五版） 五二頁以下（有斐閣、昭和五六年）。
- (19) 吉田豊「手付」民法講座5 一五四頁（有斐閣、昭和六〇年）、同、「手付」法学教室八三号二頁（昭和六二年）は、これを予定「手付」と呼んでいる。

- (20) 民法典修正案理由書 第五五七条、広中俊雄 民法修正案(前三編)の理由書 五三九頁(有斐閣、昭和六二年)参照。
- (21) 山中康雄 契約総論 一六六頁(弘文堂、昭和二四年)。
- (22) 法典調査会・前出注(4) 八八六頁以下。
- (23) 勿論、旧民法典を参考にしているものではない。
- (24) 法典調査会・前出注(4) 八八七頁以下。
- (25) 法典調査会・前出注(4) 八九〇頁以下参照。
- (26) 法典調査会・前出注(4) 八八八頁以下。
- (27) 法典調査会・前出注(4) 八八九頁以下。
- (28) 拙稿「債務不履行法体系の基本構造——履行遅滞・履行不能・不完全履行の三分体系の検討——」法研論集(早稲田大学)五一号一頁以下(平成一年)参照。
- (29) 拙稿「瑕疵担保責任の統一構成理論」早稲田法学会誌 三九卷五三頁以下(平成一年)参照。
- (30) この他、事情変更の原則適用の場合の「解除」もある。

第二章 手附の種類

手附はその経済的機能の側面から幾つかの種類に分類されている。

(a) 猶予手附

これは契約の締結前に契約締結の猶予を求めるために授受される手附である。手附交付者が契約の締結を猶予期間内に行なわないと本契約は成立せず、手附は手附受領者が没収する⁽¹⁾。

(b) 証約手附

契約成立の証拠として交付される手附である。後日における契約の成否をめぐる紛争に備えたものとされる。もし

契約における「手附」の現代的構成論(石崎泰雄)

て違約手附、解約手附など他の手附であっても、同時に証約手附の性質を兼ね備えており、全種の手附に共通する機能とされる。⁽²⁾

(c) 違約手附

これは契約当事者の一方が契約に違反した場合の損害賠償額の予定として交付されるものである。手附交付者が違約すると手附受領者は手附を損害賠償として没収することになり、手附受領者が違約の場合には、手附と同額のことをプラスして損害賠償として支払うことになる。これとは別に、損害賠償を別に合わせて請求できる違約罰としてのものもあるが、違約手附とは、損害賠償額の予定としてのものをいうべきだ⁽³⁾というについては既述した。

(d) 解約手附

解約手附は、契約の成立を前提とし、その成立した契約を解約することのできることの対価としての意味を有する手附である。手附交付者はこれを放棄することによって契約を解約することができ、手附受領者は手附の倍額を償還して契約を解約することができるというものである。

この他に、契約成立の要件として交付される手附として成約手附なるものが考えられるが、諾成契約を原則とする民法の下では存在の余地はないとされている。

先ず証約手附についてであるが、この証約手附の機能はあらゆる手附が最低限有しているものだといわれている。しかし、猶予手附にはこれは当てはまらない。猶予手附として、契約の締結を猶予してもらうために交付した場合に⁽⁴⁾は、売買の予約成立の証拠としての意味しか持ちえない場合もあろうし、その場合は証約手附とはいえない。従って、手附にすべて契約成立の証拠たる証約手附の機能があるとまではいえない。確かに現実の取引の中で、猶予手附

という形態をとるものは殆んどないと思われるが、当事者の意識の下では、猶子手附と同様の機能を果たすという意味合いで、解約手附、違約手附なる制度が用いられているといえる場合もあると思われる。

民法典は先に見たように、解約手附として規定を設けている。ところが、当時の比較的多く行なわれていた実社会の取引慣行は、右に見た各種の手附（殊に違約手附と解約手附）が複合した形態であった。

基本的には損害賠償額の予定としての違約手附として、より正確に言うと、これでもって一切の損害賠償等面倒な手続の煩瑣を避けるテクニクとしてのものであった。この違約手附の基本形態に解約手附の機能が付加されたのは次のような理由によると思われる。即ち、履行期到来後契約違反をされるよりは、被違反者としては、いづれにしても手附額で処理されるのであれば、履行期前に契約を履行しないという意思を通知された方が、明らかに便宜であり、そうした機能を持つことがむしろ望ましい。そこで解約手附の機能を併有することが、自然な形で多くの地方の手附慣行の中にとり込まれていったものと推測できる。そして全国民事慣例類集ではこの手附の解約性の一面を表現の前面に出している地方もかなり多く見られる。つまり、日本における手附慣行の基本的形態は、違約手附の基本形式に解約手附が併存する形をとっていたのである。⁽⁵⁾

勿論、こうした法的解析は、契約が合意のみによつて成立するという原則を前提としての構成である。民法は諾成契約の原則を五五五条で宣明しており、この点では右の理解で完全に説明が尽くされるものといつてもよい。しかし、当時の市民の意識の次元では、この民法の理念を現実の取引の中で法意識として確立していた者が果たしてどれほどいたであろうか。既に見たように当時の日本人の法意識・契約観については、論者によつて指摘されているが如くであったと思量される。このことを顧慮すると、当時の当事者の意識がどのようなものであったのかを理解しておくことも必要であろう。

全国民事慣例類集でそれをうかがうと、物の売買の約定があり、これに対して手附を打ち、その後、代金支払と引渡等という手順を踏んでいるが、口約束だけの段階では、金銭賠償に結びつかない（その意味で殆んどないといってよい程度の法的拘束力の生じる）「約束」が成立したとの意識があったのではないかと思われる。これを或る程度 of 金銭的处理を伴う損害賠償的な機能を持たせる制度として機能するのが手附であった。つまり、この交付された手附額によって契約違反等の一切の処理を図るというものであるから、この法的拘束力は、その部分（金額）だけ生じるということになる。

そしてこのことは次のような社会的意義を担うことになる。即ち、売主にとっては、完全な即時売買の形での契約を成立させることには二の足を踏むような状況（金銭面や購入自体の意思の未確定等）にある買主を、より容易に契約へと誘い込むことができ、とりあえずは買主の確保ができ、たとえ買主が違約しても損をしないだけのものを、手中心にしておくことができるというメリットが与えられる。買主の方でも、手附を打つことによって、とりあえずはその目的物を押さえておくことができ、一定の期間に代金を調達したり、他によりいいものを探すこともでき、また購入意思を確定する迄の時間的余裕が与えられることになり、手附という少額の損失でキャンセルできるといふことは、それ相応のメリットがある。要するに、手附が法律制度として確立した後においても、「契約成立——↓手附による解約」という法形態にのっとり、当事者の意識の側面における現実的機能においては、「猶予的な仮契約の成立——↓本契約非締結」という意味合いを持たせているのである。これに対し「一般的な売買について、その手附を原則として解約手附と宣言したことはどういう意味をもつものであろうか。それは諾成契約としての売買の拘束力をよわめ、本来諾成契約としての売買の本体たるべき売ろう買おうという当事者の約諾をいわば予約の段階にひき下げ、それには手附の限度での拘束力を与えるだけで、売買の完全な成否は元來売買の単なる履行にすぎない目的物の引渡・登記な

いし代金の支払までくりこし、売買を諾成契約より要物契約へとおしもどすことなのである。」⁽⁶⁾とする批判的な見解があるが、当事者の意識を顧慮すると、むしろ法制度の巧みな現実的転用を可能にしたものと評価することもできよう。そしてこのことを指摘する学説は皆無といえる。

これらのことから日本の手附がどのようなものであるかという点、法的形式はどのようになっていないが、現実の機能では本契約締結の猶予的意味を有するものとなっている。また諾成契約の原則のもとでは、一般的に通常、手附は書証には劣るものの、契約成立の証拠としての機能を持つこともある。そして、基本的には解約手附の機能を併有する違約手附の形式を持ったものであるといえることがいえよう。このように日本の手附は、分類される手附の種類のおそらく一つのものであるとはいえない複合的な性質を持った手附だと考えられる。

起草者には、民法典で諾成契約の原則を採用することは他に譲れぬ厳然たる理念であった。そこで、当時現実に行なわれていた手附をこの原則に矛盾しない形で捉えたいという願望が起草者の意識の内に存在した。この事実が、現実の「慣習」を把握しようとする起草者の視野に影響を及ぼしたとも推測できるが、結局、起草者は、実際の慣習を反映するものとして民法五五七条において解約手附⁽⁷⁾の規定を置いた。

民法五五七条の規定は、以上みてきたように、実際には現実の慣行をそのまま反映するものではなかったが、諾成契約の原則との整合性が図られている。興味深いのは、民法典では権利としての「解約」権を解約する者の側から規定しており、逆に巷間みられる不動産売買契約書の特約条項⁽⁸⁾では、契約違反をされる当事者側からの権利としての解除、損害賠償額の予定が規定されている。そして、最も重要な点は、民法典が、日本で実際に行なわれていた手附の機能の一部分のみを規定していることである。このことは、この規定が現実の手附の全体像を捉えたものではないという点で、後の議論の混迷の出発点たるべき基礎を提供することになるのである。

- (1) 岡松参太郎 民法理由 次三三頁（有斐閣書房、明治三〇年）、小脇一海「手付」 現代契約法大系1 二七四頁以下（有斐閣、昭和五八年）。
- (2) 末川博 契約法（下） 二四頁（岩波書店、昭和五〇年）他。
- (3) 反対、吉田豊「手付」民法講座5 一五三頁以下（有斐閣、昭和六〇年）、同、「手付」 法学教室八三号四二頁以下（昭和六二年）。
- (4) 不動産法研究会 不動産取引（第五版） 一三三頁（有斐閣、昭和五八年）。
- (5) 全国民事慣例類集を見ると、その文言上は、「解約手付」のみを表現している地方と、「違約手付」のみを表現している地方は同じくらいの数だけあり、両者を表現する地方も中にはある。しかし、各地方間の取引の交流を顧慮すると、このことから、日本の各地方ごとに手付の種類がどのように異なっていたとは考えにくい。手付の歴史的発生の必然性からするとやはり、違約手付に解約手付機能が付加される形態であろう。なお、手付の古代からの沿革については、吉田豊「手付ノート」松山商大論集一 一〇二号 一三九頁以下（昭和四四年）参照。
- (6) 来栖三郎「日本の手付法」法学協会雑誌八〇巻六号七五四頁（昭和三九年）。
- (7) 岡松・前出注（1）次二四頁以下では、日本民法の規定は「契約完結、際破約罰金、シテ、與、フル、手付」であるといっているが、これも解約手付という意味である。
- (8) 高橋三知雄「契約の成立」現代契約法入門 一五頁（有斐閣、昭和四九年）、我妻栄はか 不動産の取引 六〇頁以下（有斐閣、昭和三二年）等参照。

第三章 判例にみる手付紛争の争点

この章では、大正時代から今日に至る迄の手付に関する重要判例をとりあげ、現実の紛争に対する判決と学説のそれに対する反応の中から手付における問題点を浮き彫りにしたい。

一 解約、解除の意思表示

大審院大正三年二月八日第一民事部判決⁽¹⁾

〈事実の概要〉

土地の売買契約において、買主Xは売主Yに手附金一〇万円を支払った。その後、売主Yは売買契約を解除する旨の意思表示をなした。Xは売買契約の履行に着手していないことが第二審において認定されているが、売主は単に解除の意思表示をなしただけで、手附金の倍額の償還をしなかった。

△判旨▽

売主ハ手附倍額ノ償還ヲ為スニアラサレハ契約ヲ解除スルノ権利ナキモノトス。……売主ハ手附倍額ノ償還ノ提供ヲ為シテ契約解除ノ意思ヲ表示スレハ契約ヲ解除スルニ十分ナリト雖、單純ニ契約解除ノ意思ヲ表示シタルノミニテハ契約ノ効力ナキモノトス。

右の判決において紛争の焦点となっているのは、履行期前或いは履行の着手前の一方当事者からの「解約」のあり方である。手附交付者たる不動産の買主は、解約料たる手附金を売主に交付しており、解約の意思表示のみによつて、解約できることに合理性が認められる。これに対して、手附受領者たる売主には、旧民法の規定とは異なり、自ら手附を与えていないにもかかわらず、法律の規定により解約権が与えられている。そこで手附を交付していない売主が解約を為すには、解約の意思表示と同時に自己の解約料たるべき金額の提供をさせないと、買主とのバランスがとれないわけであり、この結論は確立した判例となっている。

最高裁昭和三八年九月五日第一小法廷判決⁽³⁾

△事実の概要▽

買主Xは売主Yとの間で、宅地及び保安林を代金四八万円で売買する契約を締結し、手金一八万円を支払った。こ

れには違約の場合の特約がなされていたが、所有者Yに対する国税滞納処分により、第三者の所有となったので、買主は特約を理由に手金の倍額三六万円の支払を求めて訴を提起した。第一審請求棄却。第二審買主勝訴。売主上告。
(棄却。)

△判旨▽

Yの責に帰すべき事由により履行不能となったものであり、且つこのような場合、買主は売主に対し既に交付した手附金の倍額の支払を請求し得る旨の特約をなした旨を認定したものであること、判文上明らかである。しかして、売買契約の当事者が特約をもって違約手附の約定をすることは、民法五七条の解約手附の規定の禁ずるところではない……原判決が、本件違約手附の特約には、契約清算関係のための損害賠償の予定を含むものと認定したことは、判文上明らかであるから、Xが契約解除をなすことなく、直ちに右予定額の請求をなしたものとした原判決には、所論のような違法は認められず、論旨は採用できない。

この判決でも、違約手附の約定は民法五七条の解約手附と矛盾しないといふことの認識がみられる。また、債権者が債務者の不履行を理由として損害賠償の予定額を請求するときは、契約の解除をなす必要のないこと(4)に異論はない。

右の判決は買主からの損害賠償には解除の必要はないという趣旨のものであったが、逆に手附金受領者である売主の解除の手續を経ない手附金流しとしての処理を認める判決が、最高裁昭和五四年九月六日第一小法廷判決(5)において示されている。この事案は、土地の売買契約を手附金二〇〇万円の授受ともになした買主が、代金の支払いをなさず履行期を徒過したので、売主は債務不履行を理由に手附金流しとして処理する旨の意思表示をしたものである。な

お、この売買契約には違約手附の条項があった。

元来、日本の手附は、このようなケースに対し最も効果を發揮すべく成立したものであるといふことができ、この判決の結論は妥当である。つまり、日本の手附は、違約手附の基本形態に解約性をも併有した形式のものであるから、本来なら、買主が解約権を行使して、手附金没収の処理がなされるのであるが、買主が履行期が到来しても履行しないと、契約違反として今度は逆に売主からの解除や損害賠償請求が可能となり、この場合にも損害賠償額は手附額で処理することが定められているので、結果においては、買主は殊更解約権を行使しなくても手附流しとして同額の出捐ですむことになる。

最高裁昭和三八年九月五日判決でも、買主は解除をすることなく損害賠償の予定額の請求ができることとされたが、これも手附額で簡易に処理することを目的とする日本の手附制度の趣旨に即応するものだといえよう。

二 少額の手附の法的性質

大審院大正一〇年六月二一日第一民事部判決⁽⁶⁾

△事実の概要▽

不動産を九百余円で売買する契約が締結され、その際買主から売主に六円が交付された。その後、買主は六円を放棄して契約解除の意思表示をした。売主は買主が解除権を有しないと主張し、債務不履行による損害賠償を請求した。原審売主勝訴。買主上告。破棄差戻。

△判旨▽

民法第五百五十七条第一項ニ所謂手附ハ、解除権留保ノ対価トシテ交付セラルルモノニシテ、其交付セラルルモノ

が金銭ナル場合ニ於テハ、金額ニ付キ法律上何等ノ制限アルモノニアラズ。從テ金額多キトキハ手附ナルモ、寡キトキハ手附ニアラズト謂クガ如キ論結ヲ生ジ得ベキモノニアラズ。又手附トシテ交付シタル金額ガ寡少ニシテ、当事者ガ容易ニ契約ヲ解除シ得ル為メ、契約ノ効力ヲ薄弱ナラシムル結果ヲ来タスモ、是レ法ノ認ムル所ニシテ、敢テ手附ノ性質ニ反スルモノニアラズ。

判旨では手附の金額には法律上何らの制限がないという。今日では、宅地建物取引業法の適用される土地建物の取引の中で、一定の要件を満たすものは、手附額は一定の割合以下に制限されており、この趣旨は不動産取引一般にも基本的には妥当すべきものと考ええる。つまり、手附額のあまりに多額のものに制限を加えることは、売主が買主の解約の場合に多額の利得をすることを妨ぐ意図と、買主の解約権を实效あるものにするという意図を有する適切な立法であると思われる。

逆に少額の手附の得合はどうだろうか。売主の側からすれば、少額の手附は買主を契約締結へと導くことがより容易になる。その分、少し解約されやすくなるが、少額の手附でとりあえずは買手の確保ができる。他方買主の側からすると、少額の手附は購入の意思が固まっていなくても、とりあえず、目的不動産の確保ができ、本契約締結までに熟慮することも可能で、解約の場合にも少額の損失で済むし、手附交付者たる買主としては一般的には手附は少ない方が望ましい。従って、少額の手附を排斥し、解約手附性を奪い、証約手附としてしまふ合理性、妥当性といったものは見い出せないように思われる。ただ学説の中には、契約遵守の原則を前面に押し立て、契約は守らねばならない、それが正しく近代民事責任の原理に奉仕するものであり、この原則を揺るがすことになる手附の解約性といったものをできるだけ否定しようという有力な主張がある。この主張は現民典が手附の解約性を規定していること⁽⁹⁾

結果、売買契約で手附が交付されればすべて解約手附の機能を持つことになることの非近代性、非妥当性を認識してのものであり、その点では正しくその指摘は正しいといわねばならない。しかし、この有力説は、一つの重大な事実を看過している。それは、戦後の現代の日本において、手附慣行としてその浸透と定着をみせている領域が散存しているという事実である。それは不動産取引の分野である。この不動産取引においてだけは、先に見た解約手附の機能を兼ね備える違約手附の慣行が着実に定着しており、この慣行は現実の慣行の一面だけを表現していると分析できる、民法五五七条の規定と何ら矛盾するものではない。民法の規定が、現実に行なわれている慣行の一部のみを表現するものであるため、不適当なものに見えるにすぎないのである。

しかし、この有力説の指摘は、現代社会における手附慣行が、不動産取引以外の分野では殆んど行なわれていない⁽¹⁰⁾という点では妥当性を有する。手附がその機能を發揮するのは、不動産のような、取引の目的物が高額かつ個性のあるものに対してである。例えば、大量生産が可能な動産の場合は、手附を打ってその商品を確認するという必要性は一般的にはあまりないといえよう。そうすると高価な骨董品や美術品のような動産でも、手附が機能する余地があるることとなるが、慣行として制度化しているとははいえまい。しかも近代契約法の基本理念の一つである諾成契約の原則、契約遵守の原理を顧慮すると、あまり広い領域でこの種の手附を認めることは望ましいことではない。

そこで、結論としては、日本における手附制度は基本的には不動産取引に限定すべきであろう。現代では民法五五七条は不動産取引においてこそ適用されるべき規定だといえよう。勿論、当事者間の意思で、不動産取引以外でも、手附を利用することはできるが、その場合にはそれを明示することが必要である。何故なら民法五五七条は、手附慣行の存在を前提としての規定であるから、それが慣習として存在しない領域では、⁽¹¹⁾交付される金銭等が真の「手附」であることを明示する必要が生じるからである。

三 解約手附性と違約手附性

最高裁昭和二四年一〇月四日第三小法廷判決⁽¹²⁾

△事実の概要▽

昭和一九年九月三日買主Xは売主Yから家屋を一万五百円で買い受ける契約をし、手附金一〇五〇円を交付した。Yは当該家屋の賃借人Aに三、四ヶ月以内に建物を明け渡させた上、本件家屋の所有権移転登記を行なう約束であった。この売買契約では、売買契約書第九条に「買主本契約ヲ不履行ノ時ハ手附金ハ売主ニ於テ没収シ返却ノ義務ナキモノトス。売主不履行ノ時ハ買主へ既収手附金ヲ返還スルト同時ニ手附金ト同額ヲ違約金トシテ別ニ賠償シ以テ各損害補償ニ供スルモノトス」と定められていた。その後Aが立ち退かないのでYは昭和二一年二月二八日手附金の倍額を提供して「解約」⁽¹³⁾の意思表示をした。買主は売買契約書九条により、本件手附は解約手附ではなく違約手附であるから「解約」は無効であるとし、残金九四五〇円と引換に所有権移転登記をなすべき旨の訴を提起した。第一審買主敗訴。第二審買主の主張を認め違約手附であることを認める。売主上告。破棄差戻。

△判旨▽

売買契約書に「買主本契約ヲ不履行ノ時ハ手附金ハ売主ニ於テ没収シ、返却ノ義務ナキモノトス。売主不履行ノ時ハ買主へ既収手附金ヲ返還スルト同時ニ手附金ト同額ヲ違約金トシテ別ニ賠償シ以テ各損害補償ニ供スルモノトス。」という條項があることだけでは、民法第五七七條の適用を排除する意思表示があつたものといふことはできない。

元来、日本の手附慣行は、違約手附の基本形態に解約手附の機能が付加されたものである。これを民法典は、その

機能の一面のみを提えて解約手附として規定している。一面性のみを表わしたものであるから、この規定自体は、現実の慣行と異なっているとしても矛盾をきたすというものではないことは既に見た。

そこで、現実の取引においては、民法典の「欠如部分」を補完する必要が生じる。つまり、違約手附としての機能の側面を、当事者間の意思表示で明示しておく必要がある。無論、違約手附としての機能も慣習として確立しているということになれば、明記するには及ばないともいえようが、民法に規定されていないこともあり、紛争を避ける意味でも、明確にしておいた方が望ましいといえよう。

この違約手附の側面を規定する約款は、不動産業者の用いる売買契約書の中に不動文字で規定されていることが多いが、通常、業者にとっては売買契約は解約されずに履行される方が望ましい⁽¹⁴⁾のが一般である。このような意味から、違約の場合を主として規定した形で記載の方が、解約を少なくする意味でも業者には望ましいのであり、こうしたことも、法的側面における解約手附の補完としての意味と相まって、取引社会の違約手附の特約条項となって現われているのである。

学説には、当事者は契約の拘束力を強めることのみを意図しているという場合のほうが、普通であるという理由で、違約手附の約定は民法五五七条の適用を排除する黙示の合意を伴うものとみるのが取引当事者の通常の意思に合する⁽¹⁵⁾というものがあるが、それでは不当に手附交付者の解約権を奪ってしまう結果となり、妥当ではないし慣行にも反する。

判旨が、違約手附のようにみえる特約条項と民法五五七条の規定とは相容れないものではないとすることは、基本的には正しい理解といえる。たとえ違約手附の特約条項があろうとも、解約手附の機能はないということの明示がなければ、民法五五七条の適用を排除すべきではないといえよう。

四 履行の着手

最高裁昭和四〇年一月二四日大法廷判決⁽¹⁶⁾

△事実の概要▽

買主Xは、昭和三四年二月二日、売主Yと代金二二〇万円で購入契約を締結し、即時に四〇万円の手附を支払った。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同時に支払うことになっていた。売主Yは手附金の一部を本件不動産の所有者である大阪府へ支払い、Y名義に所有権移転登記を得たが、昭和三五年二月九日、手附の倍額である八〇万円をXに提供して本件契約解除の意思表示をした。これに対して買主Xは同年二月九日に一八〇万円をYに提供して、本件不動産の所有権移転および引渡を求めたが、Yはこれを拒絶した。

△判旨▽

解約手附の授受された第三者所有の不動産の売買契約において、売主が、右不動産を買主に譲渡する前提として、当該不動産につき所有権を取得し、かつ、自己名義の所有権取得登記を得た場合には、民法第五七七条第一項にいう「契約ノ履行ニ著手」したときにあたるものと解するのを相当とする。……解約手附の授受された売買契約において、当事者の一方は、自ら履行に着手した場合でも、相手方が履行に着手するまでは、民法第五七七条第一項に定める解除権を行使することができるものと解するのを相当とする。

判決では、自己名義に所有権移転登記をすることは履行の着手にあたることと認定されている。学説も、判決を支持し、履行の着手を認める⁽¹⁷⁾。しかし、相手方が履行に着手していない間は、履行に着手した当事者からの「解約」を認

めている。これに対して学説には、横田裁判官の反対意見を支持し、右の「解約」権を認めるべきではないとする説も有力である。⁽¹⁸⁾

この履行の着手を認めなかった判例は一例だけあり、大審院昭和八年七月五日の判決である。⁽¹⁹⁾

△事実の概要▽

立木の売買契約で買主は手附金五〇〇円を交付した。契約では売主は、大正十一年六月二十八日から七月二〇日迄の間に順次木材を伐採し、それらを買主に引渡し、買主は代金を支払うことが定められていた。六月二十七日、買主が代金三千円を持って、現地の旅館に投宿し、売主に代金の用意・受渡の準備がとつたことを知らせた。売主は翌日、つまり六月二十八日に買主の旅館に来て、千円を提供して契約解除の意思表示をした。買主は損害賠償を請求した。第一・二審買主勝訴。売主上告。破棄差戻。

右の判決では、履行の準備にすぎないとし履行の着手を認めなかった。戦前の判例、特に大正時代の判例には、このように不動産取引以外の、玄米や大小豆といったものの取引で手附を利用するものが散見される。しかしその数は時代が下るにしたがって減少していく。そして戦後に至ると、手附判例に現われてくる事例の殆んどは不動産取引関連のものであり、それ以外は、株式売買ぐらいである。しかし、この株式売買において交付される金銭の授受は手附と解すべきではないのではなからうか。株式売買においては別の目的——融資金とか債務不履行の際の損害賠償請求権の担保、⁽²⁰⁾保証金といった意味を有するものというのがその実態ではなからうか。

ところで、右の昭和八年の判決は、履行の着手を認めなかった唯一の判例であるが、多くの学説から批判を受けている。⁽²¹⁾だが、履行の着手を考慮する際には、履行期との時間的近接度も一つの重要な認定要素となるのではないかと⁽²²⁾

思われる。この判決では、六月二八日が履行期であり、この履行期に履行をするために、その前日に現地の旅館に宿泊して、引取のための人夫等の準備をすることは、必要なことであり、履行の着手を認めてよい事例だと思われる。

三で見た昭和二十四年一〇月四日の判決も、原審に差し戻された後、再び昭和三〇年十二月二六日最高裁判所第三小法廷判決⁽²³⁾に現われている。

この判決では、買主が、しばしば売主に対し、賃借人に家屋の明渡をなさしめてこれが引渡をなすべきことを督促し、その間常に残代金を用意し、明渡があればいつでもその支払をなし得べき状態にあった上、売主が、買主とともに賃借人方へ赴き売買の事情を告げて家屋の明渡を求めた場合には、買主および売主の双方に、民法第五五七条にいわゆる「履行の著手」があったものと認めるのが相当であるとして、結局履行の着手を認めている。

このように履行の着手を認める傾向は、戦後、最高裁判所判決において顕著に見られる傾向である。

最高裁昭和四十一年一月二一日第一小法廷判決⁽²⁴⁾では、「売買代金の提供が民法第五五七条に定める売買契約の履行の着手となるためには、その当時履行期が到来していることを要するものと解すべきである」とした原審の判断を排斥し、「履行期前には、民法五五七条一項にいう履行の着手は生じ得ないと解すべきものではない。」とし、買主の履行の着手の適用範囲を拡大する。

最高裁昭和四十三年六月二一日第二小法廷判決⁽²⁵⁾では、「農地法五条に基づく許可申請書を知事宛に提出したときは、特約その他特別の事情のないかぎり、売主、買主は、夫々、民法五五七条一項にいわゆる契約の履行に着手したものと解するのが相当である」としている。

更に、最高裁昭和五十七年六月一七日第一小法廷判決⁽²⁶⁾では、農地の売買においても「土地の買主が約定の履行期後売主に対してしばしば履行を求め、かつ、売主が履行すればいつでも支払えるよう約定残代金の準備をしていたとき

は、現実に残代金を提供しなくても、民法五五七条一項にいわゆる『契約の履行に着手』したものと認めるのが相当である」とし、履行の着手の適用を拡大する。

このように履行の着手をできるだけ拡く認めようとする傾向は、近代民事責任の原理に合致するものであり望ましい方向だとする有力説⁽²⁷⁾が存在する。

ところで、戦後、判例に現われてくる手附紛争の殆んどものは不動産取引関係のものであり、また、今日では、手附慣行は不動産取引においてこそ慣習として認めるべきだということは先述した。そして現代の手附慣行では、基本的には民法の債務不履行適用による損害賠償によることは避け、一切を手附で片をつけようとの意図であることが一般である。履行期前や着手前の「解約」であろうと、履行期到来後や履行の着手後の「解除」であろうと、当事者は一切を手附額で処理するつもりであり、従って履行の着手といっても、解約の場合に手附額以上の損害を招くような履行の着手の仕方をしてないのが一般である。紛争に現われてくる事案は、一般人たる買主が、売主の解約や、売主不履行の場合の手附倍額での処理に満足できず、履行の請求をするものが多い。めったに不動産取引を行なうことのない買主にとって、こうした手附慣行を十分理解しないものがあるということも訴訟の要因と思われるが、実際に買主が、履行の着手により、とうてい手附額程度では補えない損害が生じる場合も考えられよう。そうした場合のためには、手附額による処理を排除することになる「履行の着手」適用による「履行」の余地を残しておく必要があるようにも思われる。この「履行の着手」の問題の解決については、次章の二各論の中で叙述する。

(1) 民録二〇輯一〇五六頁。田中整爾「解除権行使と手附倍額提供の要否」不動産取引判例百選(別冊ジュリスト一〇号)三二頁以下(昭和五二年)参照。

(2) 財産取得編第三七条「即時ノ売買ニ於テハ手附ハ之ヲ与ヘタル者ノ利益ノ為メニノミ解約ノ方法ト為ル……」。なお、森順正纂訳 民法弁疑 契約における「手附」の現代的構成論(石崎泰雄)

ポアソナード先生断案 ポアソナード文献叢書第二部二四二頁以下（公文倉 明治三五年）、ポアソナード氏起稿 再聞修正民法草案註釈第三卷上巻二四六頁以下（司法省 明治一六年）参照。

(3) 民集一七巻八号九三二頁。相原東孝「違約手附金倍戻の請求と契約解除」不動産取引判例百選（別冊ジュリスト一〇号）四〇頁以下（昭和五年）参照。

(4) 我妻栄 新訂債権総論 一三五頁（岩波書店、昭和三九年）。

(5) 判例時報 九四四号四九頁。

(6) 民録二七輯一七巻一一七三頁。来栖三郎「太田知行「手付」総合判例研究叢書の一〇二頁以下（有斐閣、昭和四〇年）、石田喜久夫「手附の成立」不動産取引判例百選（別冊ジュリスト一〇号）二八頁以下（昭和五二年）参照。

(7) 宅地建物取引業法三九条一項では、十分の二をこえてはならない、と規定する。なお、宅地建物取引業法については、明石三郎「宅地建物取引業法と民法との接点」関西大学法学論集二二巻二号九六頁以下（昭和四七年）参照。

(8) 我妻栄 債権各論 中巻一 二六二頁（岩波書店、昭和三年）。

(9) 吉田豊「近代民事責任の原理と解約手附制度との矛盾をめぐって」法学新報七二巻一一二二二号一〇一頁以下（昭和四〇年）。

(10) 来栖三郎「太田・前出注（6）も一一九頁で、「民法五五七条一項は、合意は法律と同じ拘束力を有するという近代法の原則に反する規定であり、その根拠は一定の慣習にのみ依存している。したがって、そのような慣習が存在しない取引社会、すなわち手附の放棄、倍戻しによる解除を認めることが妥当でない」とその取引社会の人々が感じるような取引社会においては民法五五七条一項を適用すべき根拠は少しもない。それゆえ、そのような場合には——慣習の有無の決定は困難な問題であろうが——一定額の金銭の授受があっても解除権の発生を推定すべきではないであろう」と述べている。

(11) 来栖三郎「太田・前出注（6）一一九頁参照。

(12) 民集三巻一〇号四三七頁。末川博「手附契約の解釈」（判批）民商法雑誌二六巻四号三八頁以下（昭和二六年）、関口晃「手附契約の解釈」不動産取引判例百選（別冊ジュリスト一〇号）二六頁以下、石田喜久夫「手附の性質」判例演習（債権法？増補版）九頁以下（有斐閣、昭和四八年）。

(13) 当事者は「解除」と言っているが、私に依り「解約」と「解除」を区別する。

(14) 太田知行「不動産の売買」ジュリスト一七八号一三頁（昭和三四年）は、違約条項は「不動産仲介業者によっても、手附金の放棄倍戻しによる解約権の留保を排除した条項とは考えられないようである。むしろ不動産仲介業者は、手附の放棄倍戻しによる解約が許される」と考えているが、そのことを明記するのを嫌って——手数料の関係があるので、業者は契約が解約されることを嫌う——このような表現方法を持ったのではないか、とも考えられる」と指摘している。他に、我妻栄ほか「不動産の取引七四頁（有斐閣、昭和三三年）も参照。

- (15) 広中俊雄「解約手附であると同時に違約手附であるということは可能か」民法の基礎知識(1)一四五頁(有斐閣、昭和三九年)、加藤一郎 民法教室(債権編)二二頁以下(自治日報社、昭和三十三年)、同「手附と内金」時の法令三三〇号五七頁(昭和三十一年)。
- (16) 民集一九卷八号二〇一九頁。甲斐道太郎「判批」法律時報三八卷五号八二頁以下(昭和四一年)、富田信夫「最高裁判所判例解説」法曹時報一八卷一〇号一二五頁以下参照。
- (17) 黒木三郎「手附」新版・判例演習民法4(債権各論)二五頁(有斐閣、昭和五九年)、甲斐・前出注(16)八三頁、富田・前出注(16)一一七頁、他。但し、黒木教授は特約条項の「契約の期日内」という文言に着目し、履行の着手を認める。
- (18) 吉田豊「近代民事責任の原理と解約手附制度との相剋」民法学の諸相一六三頁(勁草書房、昭和四五年)、同「手附」民法講座5一七五頁(有斐閣、昭和六〇年)。なお黒木・前出注(17)二六頁以下も、この判例理論の一般化には懐疑的である。
- (19) 裁判例七・一六六頁、来栖||太田・前出注(6)一四〇頁以下参照。
- (20) 来栖||太田・前出注(6)一一八頁。
- (21) 我妻栄ほか・前出注(14)七五頁以下他。
- (22) 同頁、山下末人「判批」民商法雑誌五四卷六号九〇四頁(昭和四一年)。
- (23) 民集九卷一四号二一四〇頁。松坂佐一「判批」民商法雑誌三四卷四号一三九頁以下(昭和三二年)。
- (24) 判例時報 四四〇号 三一頁。
- (25) 民集二二卷六号一三一頁。
- (26) 判例タイムズ 四八一号六二頁。
- (27) 吉田豊「手付」法学教室八三号四六頁(昭和六二年)、同・前出注(18)一七二頁。

第四章 手附の意義と機能

一 総論

現代において手附はいかなる意義と機能を持つべきものであろうか。民法典における手附は解約手附として規定されており、この解約手附は、有効に成立した契約の法的拘束力を手附金の放棄のみを条件として任意に否定できると

する制度であるから、近代商品交換法理を貫徹する契約遵守の原理に反するものと位置づける見解⁽¹⁾がある。

確かに契約遵守の原理は近代契約法の基本的な原理であるが、その上位理念として、契約の自由の原則があり、その更に上位には私的自治の原則⁽²⁾が屹立する。つまり、当事者の意思によって自由に契約を成立させうるわけだから、契約権を留保し、損害賠償も簡易に処理する形態の契約を成立させることも認めるべきであり、これは契約遵守の原則の上位に位するものといえよう。こうした意味で、民法五五七条は意思原理に立脚する近代取引法の構成に反するものではないとする見解⁽³⁾は正しいと思われる。

だが、この手附規定があらゆる売買契約に適用になるとすると確かに問題である。しかし、これは手附慣行のないところに金銭の交付がなされても、当事者の明確な意思が表示されていない限りそれは手附とはいえないと解すれば、民法五五七条の適用される局面も限定されてくるわけであり、現代ではこのような形で民法五五七条を解すべきではないだろうか。やはり基本的には、契約は遵守されるべきものである方が望ましいからである。

民法典に規定される解約手附規定とそれを補完する形で約定される違約手附条項とが相まった形でその現実的適応を見せる日本の手附制度は、不動産取引という限定された領域においてではあるが、確実に定着している。こうした手附が利用される背景には、「予約」では、一般的に一方の相手方に対する意思表示（予約完結権の行使）によって、契約が成立するという基本形態であるから、買主の容易な解約権の行使を認めることに意義のある不動産取引にはそぐわない。また、「契約形成権授与契約」⁽⁴⁾なる形態を利用することは、理論的にも実際的にも可能であるが、契約形成権授与契約が未成立の契約を成立させるという構成であることから、成立した契約を解約するという構成の解約手附を契約形成権（廃棄権たる形成権）授与契約とみるのは、あまりに擬制にすぎ、両者は似たような結果をもたらす、理論上別個の制度と見るべきものであろう。いずれにせよ、日本の手附慣行は、現実的作用としては予約や契約

形成権（廃棄権たる形成権）授与契約などと似た働きをしながらも、既述した形態をとる日本独自のものであると位置づけることができよう。

二 各論

手附金の分割交付がなされる場合がある。例えば手附金額を三万円と定め、第一回目に一万円、第二回目に残りの二万円を支払うというようなケースである。このケースで、第二回目の手附残金を支払う前に手附交付者が解約する場合、第一回分割手附金一万円だけの放棄ですむのか、それとも手附残金も支払わなければならないかが問題となるが、民法五五七条に明記してあるように「手附ヲ交付シタルトキハ……其手附ヲ拋棄シ」と、交付額が基準とされるべきである。未だ交付していないものは「拋棄」という文言にもそぐわない。これは少額の手附の問題といささか似た側面がある。

諸般の事情から分割交付を認めたわけであるから、売主にとっても少額の分割手附でより容易に買主を確保できるというメリット、買主にとっても、少額の分割手附で、不動産物件を一応押さえておけるというメリット、また逆に、両当事者とも少額故に幾分解約され易くなるというデメリットがあるということを考慮すると、これは両者五分と考えられる。もし、未交付手附残金を合わせて提供しなければならぬとすると、買主からも意思表示だけでは解約できないということにもなりかねないし、手附制度の簡易迅速性を損う結果となる。従って、交付された分割手附額だけで解約できるとすることに十分な合理性を認めることができよう。

手附交付者たる買主が履行期を徒過した場合には、履行期以降になされた売主の履行の着手は認めるべきではな

く、履行期の徒過により、買主はその解約権を失い、自己からの解約はできなくなる。逆に売主には契約違反⁽⁷⁾に基づく解除権が発生する。買主が履行に応じない場合、民法の規定に基づけば、通常の損害賠償の経過を辿ることになるが、実際の手附慣行は、違約の場合の処理を簡易なものとする趣旨のものとなっていて、一般に違約の特約がなされておき、手附額で損害賠償に代えられる（この慣行は不動産取引では確立したものとみることでもできよう）。

しかし、違約の場合の損害賠償額の予定が、倍額償還という一般的形式ではなく、特約によって手附額とは別に定められている場合にはどのようなものか。これは特約が有効な以上、契約違反の場合、その特約された額によって処理されることになる。このような特約のある場合の手附を、解約手附ではなく、違約罰と解すべきだとする見解⁽⁸⁾もあるが、これは手附の性質の複合的構造を理解していないことに起因するものと思われる。これはあくまで、違約の場合の損害賠償額の予定としてのものだから、契約違反に至る前の、民法で正当に認められた解約権を奪うものではない。もし、その解約の場合の「解約料」をも手附額とは別に定めたいのなら、これもそのことの明確な意思表示がなされていないならぬ。違約額が手附額とは別に定められていること自体は、民法の規定しないところであり、別段問題はないが、解約⁽⁹⁾について手附額での処理を規定する民法の規定の適用を排除するには、そのことの確たる表示が必要だからである。ただこの場合には、手附交付者たる買主が、履行期前に解約の意思表示をしないと「手附流れ」⁽¹⁰⁾だけでは済ませなくなり、相手方から契約不履行による特約で定められた損害賠償の請求がなされることになるので注意を要する。

また、手附受領者たる売主の単なる履行期の徒過の場合にも、買主の、履行期以降の履行の着手は認めるべきでなく、売主の解約権は消滅し、買主は契約違反に基づく解除権を得ることも同様である。

「履行の着手」があつた場合の処理はかなり困難な問題である。民法五五七条は、一方当事者に履行の着手があれば、解約がもはやできなくなるということを規定しているにすぎない。従つて、この履行の着手が、契約違反がなされた場合にどのような影響を与えるのかということ、民法上明確には示されてはいないともいえる。この原因は、民法起草者がそもそも手附の機能の一面だけしか法典にとり入れなかつたことに存する。起草者としてはおそらく、この規定だけで、履行の着手があつた場合には、もはや解約はできないということに加えて、被不履行当事者からの解除という問題もその脳裏にはなかつたのではないかと思われる。つまり、履行の着手があれば、もはや「履行」の道しか残されていないと考へていたと思われる。いずれにせよ、こうした見解は判例の採るところとなつており、不動産取引の紛争においても、履行の着手概念の拡大によつて、積極的にこの方向を押し進めている傾向が、近年の判例において顕著にうかがえる⁽¹⁰⁾。

しかし、不動産業者の意識では、「たとえ当事者の一方に契約不履行があつても相手方は契約の履行を請求することなく、万事手附損倍戻しで片附けるべきだ」という意識をもつており、またそのように片附けているようである⁽¹¹⁾。という指摘もある。

全国民事慣例類集で見たように、当時の手附においては統一された慣習といえるほど確立したものはなかつたが、比較的多くみられたのは、正しく「万事手附損倍戻しで片附ける」というものであつた。今日不動産取引においてみられる手附慣行も基本的にはこの流れを汲むものであり、当事者には、訴訟や損害賠償請求などといった面倒な事は避けようという姿勢がうかがわれる。

基本的には石のように、手附額で処理する方向が妥当なものと思われるが、判例の採っている考え方にも合理性があり、また、履行の着手適用による「履行」請求を認めた方がいいという場合も存在する。そこで宅建業法のような

特別法の中で次のような立法化の方向を考えてみては、いかがなものであろうか。

今日、不動産業者は、売主となるだけではなく買主となるケースも多い。そこで売主、買主を問わず、業者と一般人との間で、履行の着手についての扱いを異にするのである。業者からの解約は双方履行に未着手の間は、当然可能であるが、一般人が未着手で業者が着手している場合は倍額償還（或いは損害賠償額の予定）で処理する。これ以外の場合の業者からの解約は認めない。一般人からの解約は双方未着手の場合は当然可能であるが、これ以外のすべての場合にも、手附流れ（或いは損害賠償額の予定）ですべて処理する。

これは、履行の着手があれば、解約などできなくなるのが理であるが、これでもはや「履行」の道しか残されていないとするのではなく、違約による損害賠償としての処理が妥当と思われるので、手附額で処理されるとすると、結果として「損害賠償額」は同じになるからである。無論、特約で損害賠償額を手附と別に定める場合には、このような処理はできないが、基本的には履行の着手の場合に、その特約による損害賠償での処理を認めるようにするのである。

(1) 川村泰啓 商品交換法の体系（上）四一頁（勤草書房、昭和四二年）。

(2) 高橋三知雄「契約の成立」現代契約法入門 一八頁以下（有斐閣、昭和四九年）も、私的自治の原則より、解約手附が近代法の原則と矛盾しないとする。

(3) 水本浩 債権各論（上）民法セミナー5「売買の予約と手附」一二八頁（一粒社、昭和五四年）。高森八四郎「手附」演習民法（債権）二八六頁（青林書院新社、昭和四七年）もほぼ同旨。

(4) 浜上則雄「契約形成権授与契約」について」ジュリスト三八九号八一頁以下（昭和四三年）参照。

(5) 太田知行「不動産の売買」ジュリスト一七八号一三頁（昭和三四年）、来栖三郎 契約法 二七頁（有斐閣、昭和四九年）。

(6) 玉田弘毅「不動産の売買」契約法大系Ⅱ 二〇二頁（有斐閣、昭和四五年）、牛山積「手附を交付している場合の解除」不動産法大系Ⅰ 九四頁（青林書院新社、昭和四五年）。

(7) 但し、ここでいう契約違反は債務不履行が主だが、帰責事由を必要としない。しかし、金銭の支払の履行不能において、買主には不可抗力の抗弁は認められないが、売主の不可抗力による履行不能の場合には、倍額償還ではなく、手附金の返還だけで済まされることの理からいって、買主の代金支払の遅滞の場合には、その遅滞に対して猶予の余地を残しておくべきであろう。これは売主の場合にも、不可抗力による遅滞の場合には、契約違反とすべきではないことに対応する。こうした思考の根底には、契約維持の原則の理念が蔽存する。

(8) 来栖三郎「日本の手附法」法学協会雑誌八〇巻六号七二六頁以下（昭和三九年）、同・前出注（5）三四頁。

(9) 反対 来栖・前出注（5）三二頁以下。

(10) 第三章 四「履行の着手」の中の判例参照。

(11) 来栖・前出注（8）七三二頁以下。

結 語

民法制定当時の日本の各地では、あらゆる地方で手附が慣習として存在していたといふことはできない。しかし、手附が行なわれていた地方もかなり存在した。そして、その慣習を起草者は民法典に採り入れたつもりであったが、実はそれは、当時行なわれていた手附の機能の一面のみを捉えたものにすぎなかった。これが解約手附といわれているもので、本来なら、違約手附の機能も包含する形態で規定すべきものであった。ここに後の議論を招来する温床が形成されたのである。

現実の取引では、約定書において違約手附の体裁で特約がなされ、民法規定の不備を補完し、手附の実態に即した機能を確保する。これは不動産取引において確立した慣行となる。

一方、他の種類の売買では、この慣行は定着せず、不動産取引以外の領域では、民法起草者が期待したような近代契約法の展開がなされたといつてよからう。この意味で、民法五五七条の適用は、原則的には、ひとり不動産取引の場限定されるべき社会状況が到来しているといえよう。不動産取引においては、手附制度は極めて巧みな法制度で

あり、今後も利用されていくものと思われる。

民法五五七条は近代契約法の契約遵守の理念に相反するものであるとして、全面的にこれを排除しようというのではなく、これが有効かつ必要な分野で機能することは認めるべきだと考える。

〔後記〕

筆者は現在、『不履行の法構造』の解明の途上にある。またそれが完成したわけではないが、本稿の「契約における『手附』の現代的構成論」で既発表の論稿と合わせて四部作を見ることとなった。筆者の理論体系のアウトラインを把握することが、或る程度可能となったと思われるので、以下の論稿も合わせて参照していただきたい。

「債務不履行法体系の基本構造——履行遅滞・履行不能・不完全履行の三分体系の検討——」法研論集（早稲田大学）五一号（平成一年）一頁以下。「危険負担法理及び受領遅滞の再構成論——弁済の提供・種類債務の特定・帰責事由・信義則等との整合的解釈論——」法研論集（早稲田大学）四六、四七、四八号（昭和六三年）。「瑕疵担保責任の統一構成理論」早稲田法学会誌三九卷（平成一年）五三頁以下。