

手付解除と「履行の着手」についての一考察

調査研究部 総括主任研究員 太田 秀也

はじめに

- 1 判例による一般的基準
- 2 最近の裁判例
- 3 若干の考察

はじめに

不動産取引における手付、手付解除をめぐることは、宅建業法において手付の額の制限、解約手付みなし（39条）、手付け貸与による誘引行為の禁止（47条3号）の規律があり、それに関係する紛争も依然多いが（本誌76号「平成20年度の紛争事例から」11頁等参照）、民法557条に定める手付解除の時期的制限である「履行の着手」の有無が問題になることも多い。この点に関しては、「履行の着手」の具体的な判断基準が必ずしも明確でない点が一因とも考えられ、また、最近では買主からの手付解除に対し売主が「履行の着手」を主張するような裁判例が比較的多く見られるなど、その態様にも変化があると見受けられる。そこで、本稿では「履行の着手」について、最近の裁判例を中心に紹介するとともに、「履行の着手」に当たるかどうかの具体的メルクマールについて若干の考察を行うこととしたい。

民法557条1項 買主が売主に手付を交付したときは、当事者の一方が契約の履行に着手するまでは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を償還して、契約の解除をすることができる。

1 判例による一般的基準

以下、「履行の着手」に係るこれまでの主要な判例の基準等を記す。なお、具体的な事案については、別添の判例資料を参照されたい。

(1) 民法557条1項の趣旨

「解約手付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557条1項の規定が設けられたものと解するのが相当である」（最判昭40.

11. 24民集19卷8号2019頁、判時428号23頁)

(2) 履行の着手の意義

「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、また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」(前掲最判昭40.11.24)

(3) 履行期との関係

・「債務に履行期の約定がある場合であっても、当事者が、債務の履行期前には履行に着手しない旨合意している場合等格別の事情のない限り、ただちに、右履行期前には、民法557条1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」(最判昭41.1.21民集20卷1号65頁、判時440号31頁)

(4) 「履行の着手」に当たるか否かの判断

・「「履行ノ着手」に当たるか否かについては、当該行為の態様、債務の内容、履行期が定められた趣旨・目的等諸般の事情を総合勘案して決すべきである。そして(中略)履行の着手の有無を判定する際には、履行期が定められた趣旨・目的及びこれとの関連で債務者が履行期前に行つた行為の時期等もまた、右事情の重要な要素として考慮されるべきである。」(最判平5.3.16民集47卷4号3005頁)

・「およそ金銭の支払債務の履行につき、その「着手」ありといひ得るためには、常に金銭の現実の提供又はこれに準ずる行為を必要とするものではなく、すでに履行期の到来した事案において、買主(債務者)が代金支払の用意をした上、売主(債権者)に対し反対債務の履行を催告したことをもつて、買主の金銭支払債務につき「履行ノ

着手」ありといひ得る場合のあることは否定できないとしても、他面、約定の履行期前において、他に特段の事情がないにもかかわらず、単に支払の用意ありとして口頭の提供をし相手方の反対債務の履行の催告をするのみで、金銭支払債務の「履行ノ着手」ありとするのは、履行行為としての客観性に欠けるものというほかなく、その効果を肯認し難い場合のあることは勿論である」(前掲最判平5.3.16)

(5) 履行の着手をした者の手付解除

民法557条1項の規定は、「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、従つて、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」(前掲最判昭40.11.24)

(6) 手付解除期日を定めた場合

売主が宅建業者である売買契約において「相手方が契約の履行に着手するまで、又は、平成12年5月26日までは」手付解除ができると定めている条項について、宅地建物取引業法39条3項の趣旨等を踏まえ、履行の着手後も当該期日までは手付解除ができる特約としての意義を有すると解すべきとした(名古屋高判平13.3.29判時1767号48頁)

2 最近の裁判例

以下では、「履行の着手」が問題となった最近の裁判例を概観する。

事例①は売主による売買物件の賃貸借契約の解消等が、事例②は売主による売買物件の

境界画定作業等が、事例③は売主による売買物件の抵当権の抹消が、それぞれ「履行の着手」に該当するとされた事例である。事例④は売主による売買物件の鍵の交付が、事例⑤は売主による売買物件の司法書士への登記手続の委任が、それぞれ「履行の着手」に該当しないとされた事例である。また、事例⑥は買主による金融機関への融資の申込みが「履行の着手」に該当しないとされた事例である。

以上のように、従来は売主側の手付倍戻しに対して買主側の「履行の着手」（主に売買代金の支払いや支払い準備など）があったか否かが争われることが比較的多かったが¹（別添の判決等資料参照）、最近の裁判例では、売主による「履行の着手」があったか否か、それにより買主の手付解除が認められるか否かが争われる事例が比較的多く見受けられる。

① 東京地判平成21年10月16日（ウエストロー・ジャパン（WL））

売主（原告）が行った売買物件の賃貸借契約の明渡・立退料支払い合意、残置物件等買取合意を「履行の着手」と認めた事例
 <事案概要>

売主（原告X、不動産会社）と買主Aは、平成19年11月16日、Xが信託していた物件（土地・建物）の売買契約（売買代金128億7800万円）を締結し、買主Aは同日、手付金（12億8780万円）を支払った（残代金支払日及び所有権の移転、引渡しは平成20年4月30日とした）。手付解除条項としては「相手方が本件売買契約の履行に着手したときは、行使できない」旨が定められていた。

本売買契約の対象である建物には、訴外Cが賃借しており、売買契約において売主は「本件物件の所有権が買主に移転するまでに、本件物件について、抵当権等の担保権及び賃

借権等の用益権その他、買主の完全な所有権の行使を阻害する一切の負担を消除する」という条項が定められていたため、

・ XとCは、平成19年12月20日、本件賃貸借契約に関し、下記覚書1（※）による合意を前提として、Cは、平成20年1月末までに、本件建物から退去する、立退料として4億7000万円を支払う等を内容とする第2覚書を締結した。

・ XとCは、平成20年2月29日、下記覚書1による合意を前提として、動産等売買契約書を取り交わし、Cが本件建物内に残置したすべての動産等をXが3000万円で買い取り、その代金を平成20年3月7日までに支払う旨合意した。

（※ XとCは、平成19年9月28日、本件賃貸借契約に関し、Xが本件物件を第三者に売却することを前提として、平成19年12月末日をもって本件賃貸借契約を合意解除する等を内容とする第1覚書を取り交わしている）

買主Aは、平成20年3月28日、訴外B会社に対し、本件売買契約における買主たる地位を譲渡し（売主XとBは、平成20年4月25日、本件売買契約の残代金の支払時期を平成20年5月30日とする等の変更合意をしている）、更にBは、平成20年5月16日、被告Y（特定目的会社）に対し、本件売買契約における買主たる地位を譲渡した。

平成20年5月30日、Y（及びA）は手付解除の意思表示をした。

<判旨>

ア Xは、本件売買契約における合意に基づき、本件物件に対する抵当権等の担保権及び賃借権等の用益権その他の完全な所有権の行使を阻害する一切の負担を消除する義務を負担していたところ、売買契約の売主による「契約の履行」（民法557条1項）と

は、目的物の引渡しや登記の移転という点に限られず、契約によって負担した債務の履行をいうと解すべきであるから、本件賃貸借契約を解除して本件物件に関するCの賃借権を消滅させることも、Xによる本件売買契約の「履行」といえると解される。

イ そうすると、Xは、平成19年12月20日、Cとの間で、本件建物の具体的な明渡時期及び立退料の金額について合意しているのであるから、この時点において、Xによって、客観的に外部から認識し得るような形で本件売買契約の履行行為の一部がなされたか、又は、少なくとも履行の提供をするために欠くことのできない前提行為がなされたと認められる。

ウ この点、Yは、Cによる本件建物の明渡しは本件売買契約の成立よりも前になされた第1覚書による合意に基づいてなされたものであり、Cが本件建物を明け渡したことはXによる履行の着手には当たらないと主張する。

しかしながら、第1覚書による合意では具体的な明渡時期等は合意されておらず、これらの点については本件売買契約が成立した後になされた第2覚書による合意によって初めて決められたのであるから、第2覚書による合意も本件建物に関する賃借権を消滅させる履行行為の一部（又は履行の提供に欠くことのできない前提行為）というべきであって、この点に関するYの主張は採用できない。

エ また、Xは、残置動産等買取合意によって、Cが残置した動産の処理方法についても手当てしているが、Cの所有する動産が残置された状態では同社の本件建物に対する占有権が消滅したとはいい難い場合も想定できるのであるから、XがCとの間で残置動産等買取合意を結んだことについて

も、Xによる本件売買契約の履行行為の一部がなされたか、又は、少なくとも履行の提供をするために欠くことのできない前提行為がなされたと評することができる。

オ なお、実質的にみても、Xは、本件売買契約によって平成20年5月30日までにCの本件建物からの明渡しを完了させなければならないということを必須の条件として、第1覚書において別途協議するとされていた本件建物の具体的な明渡時期、立退料の金額及び残置動産の買取価格等をCとの間で交渉し、第2覚書による合意及び本件残置動産等買取合意を結ばざるを得なかったのであるから、本件売買契約が履行されるというXの期待は保護に値するというべきである。

②東京地判平成21年9月25日（WL）

売主（原告）が行った道路を含む隣接土地の境界を確定する作業、転居先のリフォーム工事の着手を「履行の着手」と認めた事例
<事案概要>

売主（原告X、個人）と買主（被告Y、宅建業者）は、平成20年3月26日、売主が所有する自宅物件（土地・建物）の売買契約（売買代金6800万円）を締結し、Yは同日、手付金（340万円）を支払った（残代金支払日及び所有権の移転、引渡しは平成20年6月30日とした）。手付解除条項としては、「相手方が本件売買契約の履行に着手する前に限り、……解除することができる」旨が定められていた。

本契約には、「売主は、その責任において、本件土地と隣接地（道路を含む。）との境界を、本件不動産の引渡しまでに確定した上、買主に明示し、また、土地家屋調査士が作成した実測図、隣地所有者及び道路管理者の署名捺印のある境界確認書、越境覚書等の原本

を交付する」旨の定めがあったところ、

- ・ Yによる土地汚染調査（平成20年4月11日）、アスベスト調査（同年5月16日）、境界確定・測量（同年6月10日、12日）（Xは協力、立ち会い）
- ・ Xによる転居先のリフォーム工事の請負契約の締結（平成20年6月18日）（工事費用約1400万円、着手金200万円支払い。6月21日ころには、転居先がスケルトン状態となった）

が行われた。

その後、Yによる手付解除（平成20年6月20日付けの内容証明郵便）がなされた。

<判旨>

Xらは、Yが手付解除をする前に、道路を含む隣接土地の境界を確定する作業をしたものであり、客観的に認識し得るような形で本件売買契約に定められた債務の履行行為の一部をしたものといえることができる（上記確定に要する費用をYが負担したからといって、Xらが上記作業をしたことが否定されるわけではない。）。また、Xらは、本件不動産を明け渡すため、上記手付解除がされる前に、転居先のリフォーム工事に着手したものであり、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ものといえることができる。

以上によれば、Xらは、Yが手付解除をした時点において、既に本件売買契約の履行に着手していたものと認められるから、Yがした手付解除は無効であるというべきである。

③ 東京地判平成21年11月12日（WL）

不動産の売主が不動産に設定した抵当権を消滅させるために借入金の全額を返済した行為は、履行のために必要不可欠な行為であったといえるから、「履行の着手」と認めた事例

<事案概要>

- ・ 被告Y（宅建業者）は、平成19年10月15日、本件土地を前所有者から買い、同日訴外A信用金庫から借りた1900万円の債務（弁済期平成20年10月31日）を担保するため、同土地及び同土地上に新築した本件建物（以下、これらを併せて「本件不動産」という。）に抵当権を設定した。
- ・ 原告Xは、Yに対し、現在居住している居宅・店舗を他に売却し、本件不動産を購入し、移転することを説明し、居宅・店舗の買主からの入金を確認した後に本件不動産へ引越をしたいので代金支払時期（不動産引渡時期）を平成20年10月31日としたい、ローン条項等の特約は要らないなどと申し出た上で、平成20年9月8日、XとYは、売買契約（売買代金2380万円）を締結し、Xは、手付金10万円を支払った（残代金支払時期及び不動産引渡時期・所有権移転登記申請時期は平成20年10月31日までとした）。手付解除（3条3項）としては「売主又は買主は、相手方が契約の履行に着手するまでは、買主は手付金を放棄し、売主は倍額を償還して、契約を解除することができる」旨が定められていた。また、売主の担保責任（10条）として「売主は、本件不動産に抵当権・・があるときは、所有権移転登記申請時までに売主の費用と負担をもって除去し、完全な所有権を引き渡す」旨の定めがあった。
- ・ Xは、平成20年9月24日、訴外B地所との間で、Xの居宅・店舗を代金4200万円、支払時期同年10月31日の約定で売る契約書を作成した。
- ・ Xは、Yに対し、売買代金の入金確認前に本件自宅を明け渡さなければならないかもしれないので本件不動産に先行入居させてほしいとの申出をし、Yは、これを承諾

した。

- ・ Yは、平成20年10月15日、訴外A信用金庫に対し、本件借入金1900万円を全額返済した。
- ・ Xの居宅・店舗の決済時期が延びそうであるため、XとYは、平成20年10月31日、本件売買契約の不動産引渡時期を平成20年11月28日までに延期する等の合意をした。
- ・ 訴外B地所は、平成20年10月31日、再生手続開始の申立てをしたため、Xは、平成20年11月6日、Yに対し、同月4日に発信した書面において、残代金の支払に充てるべき本件自宅の売却が買主の倒産により不可能になったとして、本件売買契約3条3項に基づき本件手付金を放棄して同契約を解除するとの意思表示をした。

<判旨>

以下のように述べて、Yは既に本件売買契約の「履行に着手」しており、Xの手付解除権は求められないとした。

ア 本件売買契約3条3項にいう「相手方が契約の履行に着手する」とは、債務者が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行い、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することをいい、履行期前にした行為がこれに当たるか否かについては、当該行為の態様、債務の内容、履行期が定められた趣旨・目的等諸般の事情を総合考慮して決すべきである。

イ これを本件についてみると、Yが平成20年10月15日にA信用金庫に対して本件借入金1900万円を全額返済した行為は、これにより本件不動産に設定した抵当権を消滅させるものであり、Yが本件売買契約10条に基づきXに対して所有権移転登記申請時期とされた同月31日までに本件不動産上の抵当権を消滅させて完全な所有権を移転させ

る義務を負っていたことからすると、その履行のために必要不可欠な行為であったといえる。このことは、上記行為が、YのA信用金庫に対する債務の履行であることや、Yがいかなる主観をもって行ったかにより、評価を異にするものではない。1900万円もの多額の債務を一括返済することは、いずれ返済しなければならないものであるにせよ、一企業にとって少なからぬ負担を伴うものである。(中略)Xは、本件売買契約の締結前において、ローン特約条項を不要とした上、わずか2か月弱の後に売買代金を支払うことを申し出るなど、Xの居宅・店舗を他に売却する話が具体的に進んでおり、現金決済が可能である旨を表明しているのであって、その成否自体が不確実であることを何ら示していない。本件売買契約上、Xが居宅・店舗の売買代金を支払われることが条件とされたり、支払われない場合に契約を解除することができるともされていない。以上の事実に加え、本件手付金がわずか10万円であって売買代金に比べて著しく低額であることを考慮すると、上記履行期が定められた趣旨・目的が、履行期前にした行為の「履行の着手」該当性を否定することによって手付解除による契約見直しの機会を広く保障する趣旨であるとは認め難い。本件借入金の返済は、上記履行期のわずか16日前に行われたものであり、この点からみても、履行期前にした行為であることを理由に「履行の着手」該当性を否定するのは困難である。

④ 東京地判平成20年6月20日 (WL)

売主(原告)が買主(被告)にマンションの鍵を交付していた事実は、転売目的で売買契約を締結した被告が販売活動を行う便宜のためのものであり、また、売買契約締結の当

日に行われた鍵の交付を履行の着手と主張することはできないとして、鍵の交付を「履行の着手」と認めることはできないとした事例<事案概要>

売主（原告X、宅建業者）と買主（被告Y、宅建業者）は、平成19年3月6日、マンションの三室の売買契約（売買代金4390万円、4110万円、4500万円）を締結し、Yは同日、手付金（それぞれ100万円）を支払った（残代金支払日及び所有権の移転、引渡しは平成19年7月6日とした）。手付解除条項としては「相手方が本件売買契約の履行に着手したときは、行使できない」旨が定められていた。

その後、Yが売買代金の支払いをしないので、Xは、平成19年7月9日到達の書面により、同書面到達後1週間以内に残金を支払うよう催告するとともに、同支払いがないときは、本件各売買契約を解除し、あわせて違約金の支払いを請求する旨の意思表示をした。

Yは、平成19年6月29日、Xに対し、手付を放棄して各売買契約を解除した。

<判旨>

以下のように述べ、「履行の着手」があったとはいえないとした。

ア Xは、本件各不動産の鍵をYに交付している点を「履行の着手」として主張するが、

- ・第1に、鍵の引渡しに際して、YからXに「お預り証」が交付されているのであり、Yが転売を目的として本件各売買契約を締結していることからすると、販売活動に際して顧客を案内するために鍵の交付を受けたものであって、履行期以前に本件各不動産の引渡しを受ける趣旨で鍵の交付を受けたものでないことは明らかであるから、これを目して債務の履行行為の一部であるとか履行をするために欠くことができない前提行為であるとかいうことはできない。

- ・第2に、上記鍵の交付は本件各売買契約締結の当日にされており、これが「履行の着手」にあたるとすれば、Yは手付を放棄して契約を解除することはそもそもできないこととなるが、本件各売買契約は、手付金のほかに、違約金の定めがあるのであり、本件各売買契約で授受された「手付金」が解約手付の趣旨でないのであれば格別、解約手付の趣旨であると解すべきである以上、売買契約締結当日に交付された鍵の引渡しを「履行の着手」と主張するのは背理である。したがって、XがYに鍵を引き渡したことを目して履行の着手があったということはいえない。

- ・第3に、本件各売買契約が転売目的の売買であること、履行期が4か月先であることを考慮しても、鍵の引渡しをもって「履行の着手」と解することはできない。転売目的の売買であるからといって、債務の履行について通常とは異なる方法が予定されているとは認められないし、4か月間の販売期間内に販売が不可能と考えれば手付を放棄して契約を解除するという行動はむしろ経済合理性があるといわなければならない。

- イ また、Xは、本件各不動産の建築業者による2年次点検の実施の際には、Yにおいて修補等の希望を出して、Yの指示によりYの立会のもとに補修工事がされている点を指摘するが、Xにおいてなんらかの行為をしたわけではないから、その点をとらえて履行の着手があったとはいえない。

- ウ Xは、Yの手付放棄による解除は信義則に反する旨も主張するが、Xの主張は、要するに、不動産業者間で転売を目的として売買契約を締結し、履行期までの期間、売主は固定資産税等の負担をする一方、手付

金は低額で、買主はリスクも少なく販売活動ができるのであるから、手付金を放棄して売買契約の解除を認めるのは不公平であるというに尽きる。

しかしながら、このような業者間取引を選択し、手付が解約手付の趣旨を含むことを承認する以上、買主が手付を放棄して契約を解除することが許されないと解すべき事情は見当たらない。売主としては、他に買主がいればそちらを優先すれば足りるのであり（場合によっては手付倍返しによる解除も可能である。）、手付金の額に不満があるのであれば（ただし、本件の手付金額が業者間売買において特別に低額であることを認めるに足りる証拠はない。）、売買契約に応じないか、解約手付の趣旨でないことを明示すれば足りるのである。なお、Xは不動産業界の慣例をいうが、そのような慣例を認めるに足りる証拠はない。

⑤ 東京地判平成17年1月27日 (WL)

売主（原告）が売買契約の履行期日の三日前に行った司法書士への登記手続の委任及び委任状の交付は、売買契約の履行の提供のための準備行為にすぎず、「履行の着手」には該当しないとされた事例

＜事案概要＞

売主（原告X）と買主（被告Y）は売買契約（売買代金3億4000万円）を締結し（筆者注：時期は判決では不明）、Yは同日、手付金（1000万円）を支払った（残代金支払日及び所有権の移転、引渡しは平成16年5月14日とした）。手付解除条項としては「売主が本件売買契約の履行に着手するまで、買主は手付金を放棄して本件売買契約を解除することができる。売主は、買主による履行着手の如何にかかわらず、手付倍返しによって本件売買契約を解除することはできない」旨が定め

られていた。

Xは、本件売買契約の履行期日の4日前である平成16年5月10日に本件不動産の固定資産評価証明書を取得し、領収証作成について仲介業者との打ち合わせを行って5月14日付け領収証3通の作成をした

また、Xは、履行期日の3日前である同月11日に司法書士への登記手続の委任及び委任状の交付を行った

Yは、本件売買契約の履行期日の2日前である平成16年5月12日、手付放棄による本件売買契約の解消を通知し、Xは、同日、同通知を受領した。

＜判旨＞

下記の理由から、履行の着手があったものとみることはできないとした。

ア 司法書士への登記委任、固定資産評価証明書の取得、領収証の作成は、履行行為の一部に当たらないことは、明らかである。

イ また、これらの行為は、履行の提供をするために欠くことのできない前提行為ということもできない。すなわち、これらの行為は、本件売買契約とは別の独立した法律行為ではなく、行政法上の許認可の取得等の公法上の行為でもなく、本来いかなる用途に使用することも可能な金銭の用途を契約上の金銭債務の履行のために履行期後長期間にわたり拘束する行為でもないのである。そして、これらの行為は、単なる本件売買契約の履行の提供のための準備行為にすぎず、「前提行為」には該当しないものというべきである。

登記手続は司法書士に委任しないとできないものではないから、履行に不可欠なものとはいえず、固定資産評価証明書の取得や領収証の作成は、単なる準備行為そのものにすぎないものというべきである。

ウ もちろん、Xにおいて登記手続の委任、

固定資産評価証明書の取得及び領収証の作成につきある程度の費用を支出したことは、前記認定事実から容易に推認することができるのであり、これがXに発生した損害に当たることは認めなければならない。しかしながら、このような損害が巨額にのぼることはないことも経験則上明らかである。そして、履行期日の2日前に突然解除されたことを考慮に入れても、このような損害が「不測」の損害に当たるとはいい難いものというべきである。また、このような損害は、解約手付を取得することにより十二分にてん補されるものであることも経験則上明らかである。したがって、本件において解約手付の放棄による解除を認めることにより、履行に着手した当事者に不測の損害が生ずることを防止するという解約手付制度の立法趣旨を損なうこともないものと考えられる。

⑥ 東京地判平成20年7月31日 (WL)

(売買契約の成立を認めなかったが、被告らの契約締結準備段階における信義則上の義務違反を認めた事例において) 原告の転売契約の相手方が行った当該転売契約に係る金融機関への融資の申込が「履行の着手」に当たらないとされた事例

<事案概要>

原告X(不動産会社)の担当者Eと被告Y(本件土地所有者・本件土地上の建物の賃貸人)らは、平成18年8月、Yの滞納している税金に関し面談を行い、支払のため、Xが金員を貸し付けるとともに、本件土地を買い受けることを説明した。

そして、Xは、平成18年8月下旬ころ、訴外A会社に対し、XがYから購入する本件土地の売買について合意し、9月11日、Aとの間で、本件土地を3億8000万円で売却する旨

の売買契約を締結し、Aは、本件転売契約締結直後の9月13日又は14日に金融機関に対して融資の申込みを行い、同月20日又は21日ころにその内諾を得た。

ところが、Yらは、高く売れるところを探し、同年11月6日、本件土地を訴外Bに売却した。

Xは、平成19年1月5日、Aに対し、違約金として7600万円を支払った。

<判旨>

(Yには契約準備段階における信義則上の注意義務違反があり、これによってXに生じた損害を賠償する責任があるが、Xとしても徒に損害が拡大することを防ぐべき信義則上の義務を負うとした上で、Aが履行に着手していたということができないことから、Xとしては、手付金の倍額を償還することにより本件転売契約を解除することができたにもかかわらず、Xは、手付解除を行うことなく、Aに対し、違約金7600万円を支払ったというのであるから、Xとして採り得る適切な対応を行い、徒に損害が拡大することを防ぐべき信義則上の義務を怠ったものといわざるを得ず、手付金の倍額を償還した場合にXが負担すべき1000万円を超える部分については、Yに負担を求めることができないというべきであるとした。「履行の着手」に関する判断は下記のとおり。)

本件についてこれをみると、XとAとの間の本件転売契約は、YとXとの間の本件売買契約が締結されることを前提とするものであるところ、本件転売契約において履行期は平成18年10月10日と定められたのは、本件売買契約における履行期が同年9月29日と定められる予定であったことを受けて、その後の時期を定めたものであること、Aは、本件転売契約締結直後の同月13日又は14日に金融機関に対して融資の申込みを行い、同月20日又は

21日ころにその内諾を得ているが、融資の実行のためには、YとXとの間における売買契約書の提出が必要とされていたのであり、YとXとの間における売買契約書が作成されない限りAが融資を受けることは不可能であったし、現実にも融資を受けるには至っていないこと、金融機関に対して融資の申込みを行って内諾を得ただけでは、Aには何らの費用負担も発生していないから、本件転売契約が解除されたとしてもAが不測の損害を被ることにはならないこと、そのほか、AからXに対する売買代金の現実の提供はなされていないことを総合勘案すると、本件売買契約が締結されていない本件においては、本件転売契約締結直後であって、履行期にはるかに先立つ時点におけるAの金融機関への融資の申込みをもって履行の着手に当たると解することはできない。

3 若干の考察

上記のように「履行の着手」の内容は、判例では「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、また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」（最判昭40.11.24）とされるが、その基準は個別の事例を判断する上で具体的なものとなっているものとは言えないと考えられ²、依然として紛争になる事例が多い³。

そこで、以下において、「履行の着手」について判断する上での具体的メルクマールについて検討する。その作業は、「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、または履行の提供をするために欠くことのできない前提行為をした場合」に該当

するものの具体化や、最判平5.3.16で示された考慮要素、すなわち「当該行為の態様、債務の内容、履行期が定められた趣旨・目的等諸般の事情」の具体化をすることである。その際、手付解除（手付倍戻し解除）の権利と、相手方が手付解除により蒙る不測の損害⁴について考慮する必要があるが、特に相手方の行為（「履行の着手」）によって手付解除権を行使する機会が不当に奪われないようにする必要があると考えられる^{5 6}。これらの点を考慮し、裁判例や学説で示された内容を踏まえると、下記の内容が「履行の着手」を判断するメルクマールとして適当ではないかと思われる⁷。

したがって、例えば売買物件の抵当権の抹消といった行為の類型により一律に「履行の着手」に該当する、あるいは該当しないという判断を行うことは適当ではなく、下記のメルクマールに該当するか否かにより総合的に判断する必要があるものと考えられる。

I 行為の態様

① 相手方から契約が解除された場合に不測の損害が生じるような行為を行ったこと（最判昭40.11.24）

- ・必ずしも金銭的な支出でなくても、労力・手間をかけた場合、経済的な負担・損失が発生する場合や、相手方による履行を期待することが当然の段階において行った履行の請求も該当すると考えられる（判例①。残代金を支払う準備をした上での履行請求等の一連の判例（最判昭30.12.26等））
- ・ただしそれらの費用、労力・手間等が大きなものではなく「不測の損害」と言えないような場合は、該当しない場合があると考えられる（判例⑤、⑥）（なお、下

記④のメルクマールも参照)。

- ・これまで裁判例等で認められている行為の類型については、別添の判例等資料や来栖1974、山本2008を参照されたい(ただし上記で述べたように行為の類型で一律判断できるものではない点に留意が必要である)。

② 当該行為を行うべきことが契約上前提とされ又は債務の内容となっていること、あるいは当該行為が契約の履行のため(特別に)行われるものであること

- ・例えば売主が製造して引渡すことが契約上前提とされているのなら、売主が製造に入れば履行の着手となるが、契約上製造して引渡すか在庫品から引渡すか他から調達して引渡すか問わないなら、製造に入ることは直ちに履行の着手とならない場合がある(来栖。山本も同旨)。

- ・当該契約の履行のために行われると(外形上)見える行為でも、当該契約がなくても行われるような行為は「履行の着手」に該当しないことがある。

(例えば、判例③の事例で、少なくとも抵当権に係る債務の弁済期が不動産の引渡時期より前であった場合は、(①のメルクマールとも関係するが)借入金返済・抵当権抹消は(引渡しと同時に)行われる場合が多いことも踏まえると)「履行の着手」に該当しない可能性があると考えられる。また分譲マンションの一室の青田売りの契約においては、マンション工事の着工は、当該個別の契約のために行うものではないため(あるいは「不測の損害」が生じないため)、それだけでは「履行の着手」に該当しないと考えられる。)

- ・なお、当該行為を行うことがその者の債

務等であることが当然の前提であり、例えば代金支払いのための融資を得る手続きは買主の債務であるから、売主側が融資手続きを代行して行っても売主の「履行の着手」とはならない。

③ 行為の時期が(履行期との関係で)相当であること

- ・履行期が定められている場合は、履行期到来後に行われる行為は、基本的には「履行の着手」の該当性がある。この点、履行期到来後の履行の提供は「履行の着手」にあたり、また、いつでも代金を支払える準備をした上で相手の履行の請求をすることも「履行の着手」にあたりうる(来栖、山本)。

- ・履行期前の行為であっても、履行のために必要な行為で、その行為に要する時間・時期を勘案して、履行期に履行をするために相当な時期に行われる行為は、「履行の着手」の該当性がある(石崎)。他方で、履行のために必要な行為でも、履行期との関係で、必要以上に早い時期に行われる行為は、「履行の着手」に該当しない可能性がある(最判平5.3.16,判例⑥)。特に、(⑤のメルクマールとも関係するが)行為が契約締結日の直後に行われるような場合で、解約手付を交付している趣旨に背理するような場合は、「履行の着手」が認められない(判例④)。(なお、契約締結前に行われた行為は「履行の着手」に該当しないことは当然である(東京高判平3.7.15)。)

- ・また履行期が定められた趣旨・目的を考慮すべきであり、それまでは契約から離脱する自由を留保する趣旨で履行期が定められている場合は、履行期前の「履行の着手」は認められない方向で判断され

る（判例④、山本）。

（例えば売主に買換え物件を探す期間を確保するために履行期が設定された場合は、その履行期から相当以前に買主が代金の支払いを準備し、口頭の提供をしても、履行の着手に該当しないとされている（最判平5.3.16）。）

- ・履行期の趣旨が一方当事者の履行準備のためである場合等に当該当事者が期限の利益を放棄して履行を求めたような場合は、履行期前でも「履行の着手」の該当性がある（来栖）。

II 相手方の手付解除権とのバランス

④ 行為に係る費用・損失と手付額・手付倍戻し額との比較

- ・手付解除等された相手方の履行準備行為等に要する費用や損失が、手付放棄額又は手付倍戻し額を超えない段階では、履行の着手は認められない方向に判断される（判例⑤、平野）。

（このメルクマールは売主が宅建業者である場合の売主の「履行の着手」に、より当てはまるものではないかと考えられる。）

- ・さらに宅建業者が売主である場合で買主が手付解除した場合で、例えば売主が売却物件の測量等に費用を要し、それが手付放棄額より大きなきでも、他の買主が見つかるような場合には、（①のメルクマールとも関係するが）売主の「履行の着手」が認められない可能性もあると考えられる（参考：福岡高判昭50.7.9）。（なお、宅建業者が売主の場合は宅建業法39条2項により少額手付でも解約手付とされることに留意が必要で、判例③で少額手付である点から手付解除を認めな

い方向に判断している点は、当該事例で売主が宅建業者である点を踏まえると疑問がある。）

⑤ 手付解除あるいは「履行の着手」の主張が公平の観点あるいは信義則に反しないこと

- ・一方当事者が履行準備を整えて相手方に履行を促しても相手が応じず、逆に相手方が手付解除あるいは手付倍戻しにより契約を解除するような場合は、履行準備段階の行為でも「履行の着手」と認められることがある（来栖・太田、新田）。
- ・他方、売買契約の解消等について話し合っている途中で「履行の着手」をしたと主張して手付解除を封じるような、履行着手制度の濫用あるいは信義則違反と評価される場合は、「履行の着手」と認められない場合がある（石崎）。

1 来栖1974（巻末の参考資料参照）では、履行の着手の有無は、殆ど売主側の手付倍戻しによる契約解除の主張に対し、買主側に既に履行の着手があったとして売主側の主張する解除の効力を争う形で問題となっていることに気付くとしている。

2 来栖1974は、最高裁の立てる標準はなお多少のあいまいさを免れないとし、横山1998も、最高裁判決例は必ずしも最判昭40.11.24判決の基準にあてはまるかどうかを判断することによって履行の着手の有無を評価しているわけではないとされている。また、小粥太郎「民法の世界」（商事法務2007）190頁でも、最判平5.3.16以降、最高裁は、履行の着手の有無につき、一般的抽象的に判断するのではなく、とりわけ履行期前の着手については履行期の定められた趣旨など、契約（解約手付交付）の趣旨に従って判断することになったとの認識が広まりつつあるとされている。

3 不動産売買の実務においては、「履行の着手」

の内容が不明確であり、当事者間で解釈の違いが出て紛争になる危険があることから、契約書上、手付解除の期限を「履行に着手するまで」とするのではなく、「手付解除期日まで」（その上で期日を○年○月○日と明記）とする扱いがとられている場合も多いが、売主が宅建業者である場合は、宅建業法39条2項により「履行に着手するまで」は手付解除できるとされ、同条3項により、これに反する特約で買主に不利なものは無効とされる（なお前記1(6)の名古屋高裁平13.2.29参照）ことから、契約書上、手付解除は「履行に着手するまで」できるとされていることが一般的である。

- 4 横山1998は、起草者が想定していた「履行の着手」は、履行の提供に準じる行為であったと考えられ、その意味で、第三者からの物件調達行為や、いつでも残代金を支払える状態での催告を履行の着手とする裁判所の判断は、起草者の見解よりも「履行の着手」概念をより広く理解しているとしている。
- 5 来栖・太田1965は、手付解除により利益を得る可能性が相手方当事者の一方的な意思により消滅させられることは妥当ではなく、各当事者が勝手に「履行ノ準備」をはじめたことをもって「履行ノ着手」と考えることは妥当ではないとする。また、横山1998は、契約に拘束されるかどうかを再考するための解除権が、相手方の行為によって不当に奪われることのないよう配慮する必要性は、法典調査会でも指摘されたところであり、判例は、行為の客観性を要求し、履行期との関係を考慮するにより、解除権を行使する機会が不当に奪われないようにしていると考えられるとしている。
- 6 平井宜雄「不動産取引と不動産市場の特質—売買を中心として—」（当機構創立25周年記念講演会講演録 2010）29頁では、不動産は市場で調達することが困難な個性に富んだ高額取引であり、契約締結後に物件が不完全であることがわかって解除できないとすると、取引は萎縮してしまう危険があり、そのような危険を避ける手段として解約手付の機能を評価できるとされている。
- 7 石崎2007は、履行の着手のメルクマールとしては、(1)履行の時期が相当であること(2)着手の内容が履行にとっての重要部分といえること(3)解除した場合の相手方の損害、をあげている。

〔参考資料〕

本稿において検討の参考とした文献等について、参考となるので、少し長くなるが、該当部分を下記に引用する。（下線は筆者加筆）

○来栖三郎・太田知行「手附」総合判例研究叢書 1965

「売主および買主が「手附金」を放棄もしくは倍戻しして契約を解除しようという法律関係、すなわち、各当事者は「手附金」額だけの損失を負担するか契約を履行するかを選択しようという法律関係は、通常の場合には契約の一方当事者に特別の経済的利益を与えるものではない。しかし、目的物が暴騰もしくは暴落し、契約価額と時価との間に手附金額以上の差額が生じた場合には、この法律関係は契約が完全に拘束力を有する場合に比べて、暴騰の場合には売主に、暴落の場合には買主に利益を与える。いいかえれば、この場合には各当事者は利益を得る可能性および不利益を蒙る可能性を与えられている。このような法律関係を一般的に認めることが立法政策上妥当であるか否かはともかく、このような法律関係の成立が法律上みとめられており、それにより各当事者が将来一定の利益を得る可能性がある以上、そのような利益を得る可能性が相手方当事者の一方的な意思により消滅させられることは妥当ではない。したがって、各当事者が勝手に「履行ノ準備」をはじめたことをもって「履行ノ着手」と考えることは妥当ではない。それでは、どのような事情が発生した場合に上記の法律関係を—したがって上記のような利益を得る可能性を—消滅させることが妥当であろうか。その点についてはいくつかの考え方が成立しうると思うが、その一つとして次のように考えることもできよう。契約履行期日が到来すれ

ば、各当事者は相手方当事者が履行の提供をすれば、自己の債務を履行しなければならないという地位にある。すなわち、履行期日前と異なり、各当事者の債務が現実化するか否かは相手方当事者の行為にかかっている。このような立場にある各当事者が、一相手方当事者が自己の債務を履行し、それと対応する債務の履行を受領する意思を示し、且つ、それが可能であることを示したのに対し協力せずに、その後、契約を解除して暴騰、暴落による利益を享受することを認めるのは公平に反する（もしその当事者が相手方当事者に協力していたらば、契約は終了し、その後は解除権を行使しえなかった筈である）。したがって、目的物の価格の暴騰暴落により手附金が損害の填補として不適当になった後に相手方当事者がそのような行為をしたときには、その当事者の手附放棄、倍戻しによる解除権は消滅した、と考えるべきである。」148、149頁

○来栖三郎「契約法」有斐閣1974

「契約の全部又は一部の履行があったときは解除できないことはいうまでもないが、契約の全部又は一部の履行がなくても履行の着手があるとして解除できない場合があるとななければならない。

そしてさらに、未だ契約の一部の履行がなくても、履行期到来後に履行の提供をすれば履行の着手になることについては一致している。判例は、売主又は賃借人が居住している家屋を明渡し又は明渡させて引渡すという契約で、履行期後に買主が売主に対ししばしば明渡し又は明渡させて引渡すことを求め、かつ引渡しがあればいつでも残代金を支払い得べき状態にあったときは履行の着手があったと認むべきだとしている（最一判昭和26年11月15日、最三判昭和30年12月26日）。同様に

土地の売買契約で履行期後に買主が売主に対ししばしば履行を求め、かつ土地所有権移転登記手続をすれば何時でも支払えるように残代金の準備をしていたときは履行の着手があったと認むべきだとしている（最一判昭和33年6月5日）。

これに対し、判例はかつて履行の準備と履行の着手とを区別すべきものとし、売主が順次山林を伐採して所定駅構内運送店貨車積場に搬出して引渡しを了し買主は運送店において貨車積込毎に代金の支払をする契約で、履行始期の前日に買主が代金を携帯して履行地の旅館に投宿し同日材木受渡し手伝いのため人夫を備入れ且つ運送店に対し貨車配給方を依頼し、売主に対し代金の用意及び受渡しの準備が整った旨を通知した事実を以て履行の準備にすぎず履行の着手があったとはいえないとしたことがあった（大判昭和8年7月5日）。この判決の根拠は明らかではないが、履行期前の行為であったからではなかったかと思われる。しかし、この判決は殆どの学説によって非難されている。そして確かに履行期前には履行の着手がありえないと無造作に言ってすますことはできないであろう。

最近、最高裁は、「民法557条1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」とし（最大判昭和40年11月24日、これは勝本・契約各論一卷54頁の所説に従ったものようである）、次いでそうとすれば「債務に履行期の約定がある場合であっても、当事者が、債務の履行期前には履行に着手しない旨合意している場合等格別の事情のない限り、ただちに、右履行期前には、民法557条1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

判旨した（最二判昭和41年1月21日）。しかし、例えば不特定物売買で売主が売買の目的物の入手に努力し、また不特定物売買であれ特定物売買であれ買主が代金の調達に奔走することは履行の着手にはならないが、履行の提供をするのに欠くことのできない前提行為といえないこともなく、右の最高裁の立てる標準はなお多少のあいまいさを免れない。

そこで、履行の着手の概念をもう少し明確にするために、売主側と買主側に分け履行の着手があったと認むべき具体例をみてみよう。

- (a) 売主側としては、(i)買主の住所に送付する契約で荷造りして発送し、(ii)製造して供給する契約で製造に入り、(iii)立木を伐採して木材を引渡す契約で伐採を開始するときは履行の着手があったとみられる。それから (iv)農地の売買で買主と連署して農地法五条の知事の許可申請書を知事宛に提出し（最二判昭和43年6月21日）、(v)他人の不動産の他人の不動産としての売買で他人より権利を取得し売主名義に所有権移転登記をし（最大判昭和40年11月24日）、(vi)賃借人に明渡させて引渡す家屋の売買で賃借人に家屋の明渡しを求め立ち退かせにとりかかった（最三判昭和30年12月26日）ときは、履行の着手があったとみうるであろう。
- (b) また、買主側としては、(i)農地の売買で売主と連署して農地法五条の知事の許可申請書を知事宛に提出したときは売主側ばかりでなく買主側に履行の着手があつたとみられ（最二判昭和43年6月21日）、のみならず、(ii)履行期日に履行するためその前日代金を用意して履行地に行き目的物受渡しの手配をしてその旨を売主に通知し（大判昭和8年7月5日）、さらに、(iii)履行期が、例えば何月何日までに商品の引渡

しと引き換えに又は移転登記と引き換えに代金を支払うという約定の場合、何月何日「までに」とは通常は相手方に代金調達のための猶予を与え、日時についても相手方の都合を尊重する趣旨で、買主から売主へ連絡のうえ、協定の場所に落合うべきものとされているので（最一判昭和32年6月27日）、買主が代金を準備してその旨を告げ、履行の日時その他の履行に関するとりきめを求めたときは履行の着手があったとしてよいであろう。そして、(iv)それは履行期が何月何日までにと約定されているのではなく何月何日と約定されている場合にも、履行期の約定が買主の代金調達のための猶予を与える趣旨であるときは、同様に解してよいと考えられる（大判昭和10年1月31日）

これらの例をみると、履行の着手とは履行行為の一部をなすことはもちろん、履行の提供その他契約上履行の前提とされている行為をすることで、その行為は必ずしも履行期後にしなければならないものではなく、履行期前でも妨げないと説明しうるのであるか。従って、例えば、一定の物品の売買で、売主が製造して引渡すことが契約上前提とされているのなら、売主が製造に入れば履行の着手となるが、契約上製造して引渡すか在庫品から引渡すか他から調達して引渡すか問わないなら、製造に入るとは直ちに履行の着手とならないのでないか。また他人の物の他人の物としての売買なら売主が他人から権利を取得することは履行の着手となるが、他人の物と知らずして契約し、契約上他人から取得して履行するというのでないのなら、売主が他人から権利を取得することは必ずしも履行の着手とならないのでないか。

しかし、一步立入ってみると、履行の着手の有無は、殆ど売主側の手付倍戻しによる契約解除の主張に対し、買主側に既に履行の着

手があったとして売主側の主張する解除の効力を争う形で問題となっていることに気付く。尤も、他人の物の他人の物としての売買で売主が他人から権利を取得することが履行の着手になるかどうかの問題になったことはある（最大昭和40年11月24日）。しかし、その事件でも、買主の手付放棄による契約解除の主張に対し売主側が履行の着手をもって抗弁としているのではない。やはり売主が手付倍戻しによる契約の解除を主張しているのである。ただ、売主が他人から権利を取得することが履行の着手になるとすると一買主はもはや手付を放棄して契約を解除することはできないが一履行の着手をした売主自身も、もはや手付倍戻しによつて契約を解除することができなくなるかが問題となっているにすぎない。

このように履行の着手の有無が売主側の手付倍戻しによる契約解除の主張に対してのみ問題となるのは、買主が契約を履行しないときは大体手付没収で片付いてしまうのに対し、売主が契約を履行しないときは買主として、例えば不動産売買ならどうしても当該不動産が欲しいとか、不動産の価格が著しく高騰したとかというような理由で、手付倍戻しに甘んぜず、履行の着手があったとして手付倍戻しによる契約の解除の効力を争い契約の履行を求めることが少なくないからである。

なお、それに付け加えて注意しなければならないことは、従来解約手付と認定され、従って履行の着手の有無が問題となった事件のうち、果して解約手付と認定すべきか、延いて履行の着手の有無を問題とする必要があったかどうか吟味しなければならない事件が必ずしも少なくないように思われることである（例えば最一判昭和26年11月15日、最三判昭和30年12月6日や最大判昭和40年11月24日な

ど）。」39～42頁

○横山美夏「民法557条」民法典の百年Ⅲ
1998

「その後の最高裁判決例は、必ずしも、本判決〔筆者注：最判昭40.11.24〕によって示された「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」にあてはまるかどうかを判断することによって履行の着手の有無を評価しているわけではない。すなわち……最判一九六五年十二月十四日……最判一九七六年十二月二〇日……最判一九七七年四月四日……は、いずれも、抽象論への当てはめを行うことなく、履行の着手の有無を、事案に即して直接に判断している。」325、326頁

「起草者が、旧民法の「履行」を「履行ノ着手」に改めたのが、「履行」を基準とすると、相手方が受領を拒絶した場合に、隔地者間の取引では多大な損害が生じ得ることに配慮したためであること、および、起草者が、荷造りや、不動産の引渡目に人を差し向けることを履行の着手の例として挙げたことからすると、起草者が想定していた「履行の着手」は、履行の提供に準じる行為であったと考えられる。その意味で、第三者からの物件調達行為や、いつでも残代金を支払える状態での催告を履行の着手とする裁判所の判断は、起草者の見解よりも「履行の着手」概念をより広く理解している。

他面、行為の客観性や履行期との関係を考慮することは、判例において、履行の着手の認定を限定する要素として機能している。本来、契約の履行のために定められる履行期を、解除権の消滅に関わる「履行の着手」の有無を判断するための考慮要素とすることは、履行期以前の履行の着手はあり得ないというの

でない限り、論理必然的ではない。しかし、契約に拘束されるかどうかを再考するための解除権が、相手方の行為によって不当に奪われることのないよう配慮する必要性は、法典調査会でも指摘されたところであり、判例は、行為の客観性を要求し、履行期との関係を考慮するにより、解除権を行使する機会が不当に奪われないようにしていると考えられる」328、329頁

○新田孝二「解約手付における履行着手の二類型」関東学園大学法学紀要20、21号2000

「履行の着手があつたとは何を基準にすべきであろうか。それは履行行為である。不動産の売買ならば移転登記もそうである。論述の先走りをするが、他人の物の売買において、売主が他人である権利者から移転登記を受けたときは、まだ履行行為そのものではなく履行につながる行為である。これでも契約解除を排除すべきがよいと思われれば、これも履行着手に当たる。ここまでは履行行為の系言（コロラリー）と考える。これが本来的履行着手の基準である。（中略）

履行着手の基準が履行行為のコロラリーまでだとすると、こういう問題が起こる。それは、一方当事者が履行準備を整えて相手方に履行を促すのだけれども一向に応じてくれない。そのままでは事態は進展せず、逆に相手方が手付損倍戻しにより契約を解除し、ときにはそのことから相手方が大きな利益を取得することがある。これでは具合が悪い。そこで履行に立ち至らないのは相手方に責められるべき事情があるからで、このことを要件に、一方当事者の行為が履行準備段階にあるときでも（履行期にあるならば弁済提供といえる段階に至れば）履行着手を認めて、相手方の契約解除を封ずるのである。これがサンクシ

ョンのための履行着手である。類型の異なる事案に対応するこれら二つの履行着手類型を区別しないで履行着手を同次元で論じていたのでは履行着手の基準は透明にはならない。」5、6頁

○石崎泰雄「判例研究 手付における履行の着手（最三小判平成5年3月16日）」

法学会雑誌48巻1号 2007

「履行の着手は、いずれの時期になされるべきであるのか、という一般命題に対しては、判例の集積を待つまでもなく、次のような基準を立てることができるのではなかろうか。

それは、「当該契約において、履行期に対し、その履行をするための着手行為をすることが相当と考えられる時期」との基準である。したがって、契約の種類・性質・内容によっては、かなり早期の段階で着手すべきケースも考えられ、場合によっては、直前、数時間前であり、一律に何日前とか、履行期にある程度近接した時期でなければならないという基準は、妥当しないと考える。本事例にこの基準を適用すると、履行期の五、六か月ほど前の時期である六二年の五月、六月頃ということになる。

これに照らし、本件を考察すると、買主Xは昭和六一年一〇月三〇日に口頭の提供・履行の催告をしており、履行の着手の時期としては早きにすぎ、履行の着手は認められないことになる。また、果たして正当な着手行為といえるかという観点からも、本ケースは問題がある。というのは、売主Yの意を受けてAの担当者が、昭和六一年一〇月二九日にXに本件売買契約の解消について話し合い、手付倍戻しによる契約解除を申し出た直後の一〇月三〇日到達の書面により、買主Xが口頭の提供・催告をしたものであり、この行為は、履行着手制度の「濫用」もしくは「信義則違

反|行為と評価されるべきものだからである。
 このような観点からもXの行為は、履行の着手とは認められないであろう。

このように履行着手といえるためには、その着手の時期が「相当」な時点でなければならないが、他にもあと二つ重要なメルクマールをあげることができるのではないかと考える。すなわち、第二の要素として、着手の内容が、履行（にとつて、あるいは履行をするため）の重要な部分といえるかということである。これは、着手の客観的側面を充たす行為でなければならない、それを充たしていなければ、単なる「準備」行為にすぎないものと評価される。最判昭和四〇年判決（中略）がまさにいわんとすることが、このことではないかと考える。

さらに第三の要素として、解除した場合の相手方の損害の程度も考慮すべきものであろう。最判昭和四〇年判決の定義を捉えて、その意味を「相手方が不測の損害を受けるかどうか」と解する見解が一般的であるが、「客観的に外部から認識し得るような形で」との文言とは直接的に結び付けにくい。しかし、「相手方に通知するなどして、相手方の認識のもとで」履行行為に着手した場合などでは、あてはまらう。以上、履行の着手のメルクマールとしては、(1)履行の時期が相当であること(2)着手の内容が履行にとつての重要部分といえること(3)解除した場合の相手方の損害、といったものをあげることができよう。」264、265頁

○平野裕之「契約法（第3版）」信山社2008

「解除権を制限した趣旨は、契約が白紙に戻され一からやり直されなければならないことを主とした損失のみが手付金額による補償で念頭に置かれており（不動産でいったら、売主または買主を一から探すための費用がか

かる）、そのような損失を超えた損害を受ける段階になることが、手付による解除の制限の根拠である。従つて、このような趣旨から合理的に運用していくしかない。」285頁

○山本敬三「民法講義Ⅳ—1 契約」有斐閣2008

「履行の着手とは（中略）

(a)履行期後の行為

(ア)履行の提供(①) 実際に契約が履行されていなくても、履行期の到来後、履行の提供をすれば、履行の着手にあたとされる。(最判昭和52年4月4日)

(イ)提供の用意と履行請求(②) 実際に提供がされたとはいえないとしても、履行期の到来後、いつでも提供できるだけの用意をした上で、相手方に履行を請求した場合は、履行の着手にあたとされる。(最判昭和26年11月15日、最判昭和30年12月26日、最判昭和33年6月5日、最判昭和57年6月17日)

(b)履行期前の行為

(ア)履行期前の着手の可能性 一般に、特別な事情—債務の履行期前には履行に着手しないという合意があること等—がないかぎり、履行期前にはおよそ履行の着手はありえないと解すべきではないとされている(最判昭和41年1月21日)。この場合に、履行期前の行為が履行の着手にあたるかどうかは、次のような事情等を勘案して決すべきであるとされる(最判平成5年3月16日)。

1) 行為の態様 第一に、当事者がどのような行為をしたかによって、履行の着手にあたるかどうかが変わってくる。

2) 債務の内容 第二に、当事者が契約上何をなすものとされているかによって、同じ行為でも履行の着手にあたるかどうか

かが違ってくる。(来栖は、「一定の物品の売買で、売主が製造して引き渡すことが契約上前提とされているのなら、売主が製造に入れば履行の着手となるが、契約上製造して引き渡すか在庫品から引き渡すか他から調達して引渡すか問わないなら、製造に入ることは直ちに履行の着手とならないのではないか」としている。)

- 3) 履行期が定められた趣旨・目的 第三に、履行期が定められた趣旨・目的のなかに、それまでは契約から離脱する自由を留保することがふくまれているかどうかで、同じ行為でも履行の着手にあたるかどうか—解除を否定してよいかどうか—が違ってくる。

(イ) 履行のための行為

1) 売買目的物に関する行為

a) 調達行為(①) 売主が売買目的物を他から調達することが契約上予定されている場合は、実際にそれを調達する行為をすれば、履行の着手にあたりとされる(最判昭和40年11月24日)。これは、次のような考慮にもとづく。

ア) 履行行為の一部 この場合の調達行為は、実質的には、契約の履行行為の一部をなすものと評価できる。

イ) 調達者の損失 契約上予定された調達行為をしたにもかかわらず、手付解除が認められると、目的物を他に処分することが容易でないときには、調達者は重大な損失をこうむる恐れがある。

b) 許可申請(②) 農地売買のように、知事に許可の申請をすることが契約上予定されている場合は、実際に両当事者が共同して許可申請行為をした以上、履行の着手にあたりとされる(最

判昭和43年6月21日)。

2) 売買代金に関する行為 履行期前に売買代金の支払いを準備し、口頭の提供をしたことが履行の着手にあたりかどうかを判断する際には、とくに履行期が設定された趣旨が決め手となる。

a) 否定例(③) 売主Xに買換え物件を探す期間を確保するために履行期が設定された場合は、その履行期から相当以前に買主Yが代金の支払いを準備し、口頭の提供をしても、履行の着手に該当しないとされている(最判平成5年3月16日)。これは、買換え物件を発見できない場合は契約から離脱する自由を留保するという趣旨を重視したものと評価できる。

b) 肯定例(④) 売主Xの妻Aの死亡後が履行期とされた場合に、結果的にその履行期から相当以前に買主Yが代金の支払いを準備し、口頭の提供をしたときでも、履行の着手に該当するとされている(最判昭和41年1月21日)。これは、自分の家から葬式を出したいという妻への希望を実現するという趣旨で履行期が設定されただけであり、履行期までは契約から離脱する自由を留保するという趣旨ではなかった点を重視したものと評価できる。

(ウ) 契約内容確定のための行為(③) 土地の測量のように、契約内容を確定するための行為がおこなわれただけでは、原則として、履行の着手に該当しないとされる(最判平成5年3月16日)。

Comment

解約手付の趣旨で手付が授受される場合、それによって当事者は、契約を締結しながら、その契約から離脱する可能性を留保しようとしているわけである。ただ、そ

れはあくまでも契約に付随した約定であり、契約全体の趣旨によってその意味と射程も違ってくる。重要なのは、当該契約で、いつまで契約から離脱する可能性を留保することが予定されていたかである。債務の内容や履行期が定められた趣旨・目的を考慮する必要があるとされるのも、そのためにほかならない。」 227～231頁

別添) 判例等の整理

(○は最高裁判決)

	買主	売主
<p>履行の着手に該当 〔履行行為の全部又は一部をした場合と整理できると考えられるもの〕</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○家屋の買主が、約定の明渡期限後しばしば明渡を求め、いつでも残代金の支払いをできる状態にあった(最判昭和26.11.15) ○賃借人の居住する家屋の売買で、売主が賃借人に明渡しをさせて、売買契約後約3、4ヶ月以内に引渡す約定があった場合において、賃借人に明渡しをなさしめて家屋の引渡しをすべきことを督促し、その間、常に残代金を用意し、いつでも支払える状態にあった(最判昭30.12.26) ○農地の売買で、履行期後に、売主に対ししばしば履行を求め、いつでも支払えるように残代金の準備をしていた(最判昭33.6.5) ○建物売買で、履行期後、買主が終始明渡しを要求し、残代金を即時支払いうる状態であった(最判昭40.12.14) ○履行期を妻の病状が回復した時等とした売買で、買主が履行期の指定を督促したが、売主がそれに応じないので、買主が預金通帳を示し、また小切手を持参し、履行を督促(最判昭41.1.21) ・契約締結後になされた代金の一部支払(京都地判昭42.3.7) ・売主が契約直後、履行の意思を放棄し履行の催告に応じない場合に、買主が残代金の支払の準備をし、履行を催告(東京地判昭47.6.29) 	

	<ul style="list-style-type: none"> ・履行期の定めがない農地の売買で、契約締結後相当期間経過後に残代金支払の準備をし、履行を督促（奈良葛城支判昭48.4.16） ○賃借人の居住する土地建物の売買で、履行期後に、建物の引渡し・所有権移転登記の訴訟を提起するとともに、残代金を現実に提供（最判昭51.12.20） ○農地の売買で、農地法の許可がされる前の残代金の提供（最判昭52.4.4） ○農地の売買で、代金の現実の提供はしなかったが、農地法の許可がされればいつでも支払えるよう、代金を支払うに足りる多額の預貯金を手元にとどめておいた〔履行の着手にあたりうるとして破棄差戻〕（最判昭57.6.17） 	
<p>履行の着手に該当〔履行の提供をするために欠くことのできない前提行為と整理できると考えられるもの〕</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・買主が転売のために行った土地の整備と転売契約の着手〔売主も知っていたので売主の手付倍戻し解除との関係で公平の観点から履行の着手に当たる〕（東京地判平成.9.29） 	<ul style="list-style-type: none"> ○賃借人の居住する家屋の売買で、契約後間もなく、賃借人に家屋の明渡しを求めた（最判昭30.12.26） ○他人の不動産の売買で、代金を支払い、他人より権利を取得し売主名義に所有権移転登記 〔特定の売買の目的物件の調達行為にあたり、単なる履行の準備にとどまらない〕（最判昭40.11.24） ・売買物件の賃貸借契約の解消（東京地判平21.10.16） ・売買物件の境界画定作業（東京地判平21.9.25）

		<ul style="list-style-type: none"> ・ 売買物件の抵当権の抹消 (東京地判平21.11.12)
<p>履行の着手にあたらぬもの</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○農地の売買で、売主と買主が連署して農地法の許可申請を提出 (最判昭43.6.21) ・ 山林の売買で、売主と買主が連署して国土法の届出を提出〔契約日の翌日〕(買主による測量の実施、中間金の支払もあたるとした)(神戸地判平4.2.28) ○伐採林の売買で、履行始期の前日に、買主が運送の手配をし、代金の用意及び受渡しの準備が整った旨を売主に通知(大判昭8.7.5)【反対：来栖他】 ・ 代金の支払の用意をせずに行った履行の催告(東京地判昭39.12.22) ・ 買主が転売のために行った転売契約の締結〔売買契約締結の2日後〕、分筆のための測量〔売買契約締結と同日〕〔買主の損害が手付倍戻し額を超えても甘受すべきものとした〕(福岡高判昭50.7.9) ・ 不動産業者である買主が転売のために行った土地の整備と転売契約の着手〔売買契約締結前の行為〕(東京高判平3.7.15) ○売主の住宅買換え資金調達のための土地建物の売買で、最終履行期を契約締結から約1年10ヶ月後にしている場合に、買主が土地の測量をし〔契約直後〕、あるいは残代金の準備をして口頭の提供をしたうえで売主に履行の催促〔最終履行期の1年以上前〕(最判平5.3.16) ・ 買主の金融機関への融資の申込み(東京地判平20.7.31) 	<ul style="list-style-type: none"> ・ 売主による売買物件の鍵の交付〔引渡しの趣旨ではない。契約日当日の行為であり解約手付の趣旨に背理〕(東京地判平20.6.20) ・ 売主による売買物件の司法書士への登記手続の委任(東京地判平17.1.27)