



Title	民事判例研究
Author(s)	池田, 清治; IKEDA, Seiji
Citation	北大法学論集, 46(2), 141-157
Issue Date	1995-09-04
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15616">https://hdl.handle.net/2115/15616</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(2)_p141-157.pdf



## 民事判例研究

池田清治

手付けの倍額の償還による売買契約の解除と現実の提供の要否—売主が手付けの倍額を償還して売買契約を解除するためには、買主に対して右額の現実の提供をすることを要する点とされた事例。

民法四九三条、五五七条一項

最高裁判平成六年三月二二日第三小法廷（平成四年（オ）

第一九二九号、綿谷隆夫対中尾哲治、所有権移転登記手続等

請求事件 民集四八卷三号八五九頁

〔事実〕昭和六一年一月一日、X（原告、被控訴人、被上告人）は、Y（被告、控訴人、上告人）から本件土地を買い受けたが、その契約によると、（一）代金は六五八一万円余とするが、後日実測の上、一坪当たり二万八千円で計算した金額に右代金額を修正する、（二）本件土地への進入路を確保するため、Yは訴外Aの土地を取得し、Xに引き渡す（以下、進入路特約と呼ぶ）、（三）本件売買の履行期は右特約の履行完了後一週間以内とする、とされ、また契約当日、XはYに手付金六百万円を交付した（なお、Xの主張によれば、本契約については既に六一

年二月には実質的に合意されており、翌三月、Xは隣接する土地建

物の購入し、また生活排水施設を利用するために出費する等、先行

行の催告を指す)、と再抗弁した。

投資をしていたという。翌六二年一月二〇日、実測の上、代金額は六六一二万円余で確定されたが、同年六月から翌六三年三月にかけて、YはXに対して数回にわたり手付の倍額を口頭により提供して、解除の意思表示をしたが、そのさい、現実の提供はなされなかった(Yの主張によれば、Xは倍返しによる解除の申し入れを頑なに拒絶したので、口頭の提供で足りるはずであるといい、他方、Xによれば、六二年三月から五月にかけて、Xは進入路特約を放棄し、残代金準備の上、再三、履行を催告していたという)。そこで、Xは本件土地の引渡と登記移転を請求し、これに対して、Yは抗弁として、①履行期未到来(履行期は進入路特約履行

の催告を指す)、と再抗弁した。  
一審(奈良地判平成四年二月一八日)は、右特約は専らXのためのものであるから、Xにとつて放棄可能であり、Xは遅くとも訴訟で放棄しているから、履行期は到来していること、また手付の倍額償還は、解除権行使のための要件であり、全額につき現実の提供を要すべきところ、本件でそれはなされていないとして、Yの抗弁をいざれも排斥、Xの請求を認容した(なお、付言として、六一年三月のXの先行投資は履行の着手に当たらないが、遅くとも六二年五月には、Xは進入路特約を放棄し、残代金準備の上、履行を催告しており、この(Yの解除の意思表示に先立つ)行為は履行の着手に当たるから、いざれにせよ、Yの解除は認められないとする)。

後のはずで、また右特約はYにとつても必要なものゆえ、Xが一方的に放棄することはできないとする)と、②手付倍額の、口頭の提供による解除を主張したが、他方、Xは、①右特約の放棄(同特約はXのために設けられたものゆえ、Xは放棄でき、かつ、六二年三月から五月にかけて、また遅くとも訴訟において放棄したとする)と、②現実の提供がなされていない以上、倍返しによる解除は認められず、また解除に先立ち、履行の着手もなされていた(六一年三月の先行投資、及び翌年三月以降の、残代金準備の上での履

二審(大阪高判平成四年七月三二日)は、Yの控訴に対し、一審同様、Xは進入路特約を放棄でき、訴訟上放棄しているから、履行期は到来していること(ただし、一審と異なり、六二年五月に放棄があったことは認められないとする)、また手付の倍額償還金については、現実の提供を要するのに、Yは口頭の提供をしたのみであるから、解除の意思表示は無効であるとして、控訴を棄却した。そこで、Yが上告、倍返しの準備ができていると連絡したのに、Xは受取りを拒み、倍返し以上の額を損害賠償

として要求したのであるから、かかる場合、倍額の口頭の提供による解除を認めるのが相当であるなどと主張した。

〔判旨〕 上告棄却（補足意見がある。）

「民法五五七条一項により売主が手付けの倍額を償還して契約を解除するためには、手付けの『倍額ヲ償還シテ』とする同条項の文言からしても、また、買主が同条項によつて手付けを放棄して契約を解除する場合との均衡からしても、単に口頭により手付けの倍額を償還する旨を告げその受領を催告するのみでは足りず、買主に現実の提供をすることを要するものといふべきである。しかるに、原審の適法に確定したところによれば、Yの手付け額の償還は、いずれの場合も口頭の提供をしたのみであるというのであり、記録によれば、売主であるYは、買主であるXに対して手付けの倍額を支払う旨口頭で申し入れた旨を主張するにとどまり、それ以上に現実の提供をしたことにつき特段の主張・立証をしていないのであるから、原審が契約の解除の効果をもたらす要件の主張を欠くものとして、売買契約の解除の意思表示が無効であるとしたのは正当である。〔る。〕」

補足意見（千種裁判官）

「売主が手付けの倍額を償還して契約の解除をする場合の手

付けの倍額の償還は、金銭を相手方に交付するという行為の外形からすれば、債務不履行の責めを免れるための弁済の提供に類似する面があるけれども、手付けの償還は、売買契約の解除という権利行使の積極要件であるから、債権者の受領を前提とした弁済の提供とはおのずからその性格を異にし、相手方の態度いかんにかかわらず、常に現実の提供を要するものといふべきである。もとより現実の提供といつても、相手方の対応等によりその具体的な態様は異ならざるを得ないのであつて、買主に対して手付けの倍額に相当する現金を交付する場合もあれば、今日のように銀行取引の発達した社会においては、取引の状況によつては、いわゆる銀行保証小切手を交付するなど現金の授受と同視し得る経済上の利益を得さしめる行為をすれば足りる場合もあるであろう。しかし、いずれにしろこれを相手方の支配領域に置いたと同視できる状態にしなければならないのであつて、これが同条項にいう『償還』の語意にも合致するゆえんであると考える。」

〔評釈〕 一 本判決は、売主が手付けの倍額を償還して契約を解除するには、償還を告げその受領を催告するのみでは足りず、現実の提供を要するとした初めて最上級審判決である。しかし、

かかる解釈の適否とその射程、また従来の裁判例との整合性をめぐり、論ずべき点が含まれているので、以下、検討する。

二 1 本件で争われたのは、直接的には手付に関する契約条項の解釈であるが、それは民法五七条と同旨の規定とされているから（一番の認定は民集八七七頁。二番、最高裁もこれを利用してする）、結局、同条の「倍額ヲ償還シテ」の解釈が問題となる。そして、これには、①（償還は解除の要件ではないが）、

解除したなら、売主は買主に手付の倍額を返還する義務を負う、  
 ② 売主は倍額を償還して、はじめて解除できる、という二通りの解釈が可能で、古くは①説を採る下級審裁判例もあったが（東京控訴院大正二年九月二六日法律評論二卷民法五〇九頁。代金九百円の土地売買につき、手付金一〇円が授受されたが、売主が倍返しによる解除を主張するので、買主が登記移転を請求した事件。「五七条」ニモ賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得トアルハ賣主ニ手付ノ倍額ヲ償還スヘキ義務ヲ負ハシメタル趣旨ニシテ契約解除ノ條件トシテ先ツ其倍額ノ辨濟ヲ爲スニアラサレハ賣主ニ解除ヲ許ササルコトヲ規定シタルモノニアラス」として、売主が倍額を償還したか否かを問わず、解除を有効とし、買主の請求を棄却した）、最上級審レベルでは②説が採られており（大判大正三年二月八日民録二〇輯一〇五八頁。前掲東京控訴院大正二年九月

二六日の上告審判決で、「文理上容易ニ買主ノ解除権ハ手付ノ抛棄ヲ條件トスル解除権タリ賣主ノ解除権ハ手付ノ倍額ヲ償還ヲ條件トスル解除権タルコトヲ看取シ得ヘキ」として、解除の意思表示のみで解除の効力を認めた原判決を破棄差戻した。なお、明確でないが、後掲大判昭和十五年一月二七日も償還を解除の要件としたものと理解しうる）、②説を前提とする本判決は、その意味では従来の裁判例に従うものである（このほか、東京地判昭和二八年一月三日法曹新聞八一号二頁も、一般論としては②説を採る（ただし、事案は、買主が売主の解除の意思表示を手付倍返しに基づくもの主張し、その償還を求めたもの）。これに対し、大阪高判昭和二八年一月二二日下民集四卷一二号一九一五頁は、共有地の持分及びその地上の事務所の売買につき、売主が譲渡には他の共有者の承諾を要すると買主に説明したうえで、手付金三万円を受領したが、承諾が得られなかったので、右手付金のみ返還して解除する旨意思表示した事案について、「売買契約の締結に当つて将来売買を履行することの困難な事情が必然に発生することのある場合を予め告知して手附金授受の契約をするときにおいて右予測した履行を困難ならしめる事由が発生したため売主被告において買主原告に対し手附金の倍額を償還することの宥恕を求めるものと考えらるにつき相当の理由あるものと認められるときは、売主被告が買主原告に対し本件手附金

の倍額を現実に償還しないでした右売買契約解除の意思表示を全く無効のものと解すべきではなくむしろ前示解除の意思表示は有効であつてこれにより本件売買契約は適法に解除せられ原告は被告に対し先きに被告の交付した前示手附金三万円の倍額の償還を請求することができると認めるのが相当である」とし、買主の引渡及び登記移転請求を棄却した。特殊な事案の下で、①説を採用したものと云える（この位置づけにつき、来栖三郎・太田知行「手付」〔総合判例研究叢書（二七七）一三四—一三六頁（昭和四〇年）参照〕）。

また学説も②説を支持する（石坂晋四郎・民法研究第四卷七〇六一七〇七頁（大正六年）、末弘敏太郎・債権各論四四六頁（大正七年）、鳩山秀夫・増訂日本債権法各論（上巻）三〇〇頁（大正一三年）、我妻栄・債権各論（中巻一）二六三—二六四頁（昭和三年）、来栖三郎・契約法三〇頁（昭和四九年）、三宅正男・契約法（各論上巻）一八三頁（昭和五八年）、星野英一・民法概論Ⅳ（合本新訂）一二二頁（昭和六一年）、柚木馨・高木多喜男編・新版注釈民法（一四）一七九頁〔柚木馨・高木多喜男（平成五年）〕）。

2 ②説を前提とする本判決は、その理由づけとして、文言並びに買主が手付を放棄して契約を解除する場合との均衡を挙げるが、これも伝統的な説明である（石坂・前掲箇所その他、田中整爾・不動産取引判例百選（増補版）三三—三三三頁、牛山積「手付

を交付している場合の解除」九〇頁（不動産法大系Ⅰ（売買〔改訂版〕（昭和五〇年））が明言する）。起草段階での議論（日本近代立法資料叢書4『法典調査会民法議事速記録四』八八三頁以下（昭和五九年））や起草者の見解（梅謙次郎・民法要義（卷之三債權編）四八二頁（大正元年〔復刻版昭和五九年〕））では必ずしも明らかでないが、文言の点では、②説の方が素直であるし、同じ売買契約の解除につき、文理上、ほぼ同一の構造を採る買戻（五七九条）にあつても、代金の返還が買戻権（解除権）の要件とされ（買主が受領を拒むことも考え、提供で足りるとするが（五八三条一項）、とにかく買戻権行使により売主が代金返還債務を負うことになる）と考へられていない）、この点は起草者においても明瞭である（前掲『民法議事速記録四』一五九—一六〇頁、梅・前掲書五六四—五六五頁）。また手付は要物契約であるため（五五七条、買主解除の場合、売主は手付金回収のリスクを負わないが、売主解除の場合、①説を採ると、買主は（目的物の、所有権を失つた）、倍額回収のリスクを負い、均衡を失する（前掲東京控訴院大正二二年九月二六日に対する法律評論のコメント（同書五一—五二頁）も、かかるリスクに配慮し、同東京控訴院判決に批判的である。また梅・前掲書五六四—五六五頁は代金の返還（提供）を買戻の要件とした理由を右の如きリスクに求める）。よって、②説を前提とした本

判決は妥当なものと言えよう。

三 1 償還が解除の要件とすると、買主が倍返しを受領を拒んだ場合、売主は供託せねば解除できないのか。前掲大判大正三年一月二八日は、傍論ながら、「償還ト云フモ賣主ノ爲スヘキ行爲以外ヲ之ニ強ユルノ謂ハレナキヲ以テ賣主ハ償還ノ提供ヲ爲シテ契約解除ノ意思ヲ表示スレハ契約ヲ解除スル二十分ナリ」とし、大判昭和十五年七月二十九日判決全集七輯二一九号一頁（法律評論三〇卷民法三頁）は、償還の提供があれば解除は認められ、供託は不要であると明示した（立木の売主が手付倍額相当の郵便為替証書を送付する（Ⅱ現実の提供）と同時に、内容証明郵便で解除の意思表示をし、その後、買主が残代金を供託した事案。所有権確認を求めた買主は「右為替券は開封せぬまま返送したのだから、供託なき限り、売主は解除できないし、もし供託を不要とすると、売主がそれを使い込んだ場合、契約を解除された買主は手付倍額金さえ回収できぬ虞れがあり、衡平の原則に反する」旨主張したが、大審院は右大判大正三年一月二八日を引用して、償還の提供で足りるとし、買主の上告を棄却した。また下級審ながら、東京控訴院昭和十五年七月十七日法律評論二九卷民法七三三頁も、馬鈴薯の売主が手付倍額を買主方に持参し、解除したいと言ったのに、買主がその受領を拒み、売主が倍額を供託する前に残代金を提供した

事案につき、倍額を提供した時点で解除の効力が生ずるとした。学説も前掲大判大正三年一月二八日を引き、倍額の提供があれば解除できるとする（石坂・前掲書七〇八―七一〇頁（五八三条一項との均衡にも配慮する。ただ、倍返しは売主の義務に当たらず、従って、供託できないはずであることも根拠として挙げるが、実務上供託が許されていることは、本田・後掲評釈一二二頁参照。なお、前掲東京控訴院昭和十五年七月十七日の他、後掲大判昭和十五年一月二十七日も売主が倍返し供託をした事案である）、末弘・前掲書四四六頁、鳩山・前掲書三〇〇頁、我妻・前掲書二六四頁、來栖・前掲書三〇頁（前掲大判昭和十五年七月二十九日の他、後掲大判昭和十五年一月二十七日も引く）、三宅・前掲書一八三頁、星野・前掲書一二二頁、前掲新版注釈民法（一四）一七九頁（袖木・高木）（大判昭和十五年七月二十九日も引く）。本判決も、（解除後の供託の要否にはふれぬまでも）解除するには供託を要せず、提供で足りることを前提としている点は従来の判例通説に則ったものと言え

る。

2 しかし、本判決が、倍返しにより解除するには、口頭の提供、つまり、「単に口頭により手付けの倍額を償還する旨を告げてその受領を催告する」のみでは足りないとし、現実の提供を要求した点は、これまでの判例通説の枠を越えたものであ

る。もつとも、常に口頭の提供で足りるとすると、買主がその回収を図らねばならなくなる結果、②説を採った意味がなくなる（ここでいう口頭の提供が弁済における口頭の提供と同一であるかは問題であるが、もし同じなら、口頭の提供には準備が要求されるから（奥田昌道・債権総論（増補版）五三六頁（平成四年）、平井宜雄・債権総論（第二版）一七〇頁（平成六年））、単に債権を有するに過ぎない場合に比べ、回収のリスクは低減する。しかし、買主が手付を抛棄する場合の、売主の立場の如く、それが完全になくすることはあるまい）。従つて、本判決はその意味で妥当であるが、買主が倍返しを受領を予め拒んでいる場合にも、現実の提供が要求さるべきかは一考を要する問題である。この場合、売主に現実の提供に伴う手間や危険を負担させる必要はなく、また買主が回収のリスクを負うのは自ら招いたこととも言えるからである。四九三条但書だけでなく、買戻の要件たる提供につき、代金の受領が予め拒絶された場合には、口頭の提供で足りるとされているのは（前掲新版注釈民法（一四）四五二―四五三頁〔袖木・高木〕、おそらくかような考慮に出るものであらう。

これに対し、本判決は、買主が倍返しを受領を予め拒絶していた場合にも、売主に現実の提供を要求するかのようである。YはXが倍返しによる解除の申し入れを頑なに拒絶したと主張

しており、裁判所による明確な認定はないものの（二審二審とも「たとえ拒絶されたとしても、現実の提供を要する」との趣旨のようである。民集八七七一八七八、八八七頁）、事案の流れからして、Xが右申し入れに素直に応じなかつたことはまず間違いない。また判旨は買主の拒絶について全くふれていないが、右の如き事案に対する判決であること、さらに（本判決の解説とも受け取れる）補足意見が「相手方の態度いかにかわからず、常に現実の提供を要する」（傍点評釈者）とさえ断言していることから考え、買主が倍返しを受領を単に拒絶した程度では、やはり売主に現実の提供を要求する趣旨と解する方が素直である（本田・後掲評釈、工藤・後掲評釈も、かような理解に立つ）。

3 この点、僅かに関連しうる先例には、大判昭和二五年一月二七日法律新聞四六五〇号九頁がある（前掲大判大正三年一月二八日は、傍論で提供にふれるに過ぎず、また前掲大判昭和五年七月二九日は、現実の提供がなされていた事案ゆえ、いずれも参考にならない）。そこでは、一般論として「未タ現實ニ手附ノ倍額ヲ提供シテ解除ノ意思表示ヲ爲シタルコト（中略）ナキ間ニ上告人〔買主〕既ニ契約ノ履行著手シタルトキハ源三〔賣主〕ハ之ニ因リ手附ノ倍額ヲ償還シテ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキ權利ヲ失ヒタルモノト云ハサルヘカラス」（傍点評釈者）

とされ、解除の効力を認めた原判決が破棄差戻されている。しかし、事案は、売主が解除の意思を表明したので、買主は履行期ころまでに倍額の償還があるものと予期していたが、買主はかかる意向を拒否して、履行期前に履行に着手、そこで売主は履行期に倍返しを口頭で提供して解除の意思表示をし、その受領を拒まれるや、翌日供託した、というもので、(1) (上告理由は、口頭の提供では足りず、現実の提供を要するとも主張しているが) 提供及び解除の意思表示以前に履行の着手があったことが破棄の理由とされていること (履行著手後ニ爲サレタル右手が破棄の理由とされていること (履行著手後ニ爲サレタル右手力ヲ生シタルモノト爲シ「タルハ」(中略) 法律ノ解釋ヲ誤リテ審理ヲ盡ササルノ違法アルモノ」(傍点評釈者) とするだけで、提供の態様を問う姿勢は窺えない)、(2) (着手に先立つ) 解除の意思表示は単なる意向の表明のようで (来栖・太田・前掲書一三四頁、来栖・前掲書三〇頁はこの理解に立つ)、またたとえそれを解除の意思表示と解したとしても、そのさい、(口頭の) 提供がなされていた否かは不明であること (口頭で倍返しは匂わせていようが、準備の程度は不明。なお、田中・前掲評釈三三頁、本田・後掲評釈一一二頁は、右の意向の表明を解除の意思表示と解しつつも、倍額の提供がなされていないかつた事案と位置づけている) から考え、

この判決を、倍返しにつき口頭の提供では足りず、現実の提供を要するとしたものと解することには無理がある。また下級審ながら、東京高判平成三年七月一五日判時一四〇二号四九頁は、買主が倍返しによる解除の申し入れには応じられないとの強い態度を取ったので、履行期前に売主がまず①倍額を口頭で提供して解除をし (その直後、売主は倍額を振り込むべく、買主に銀行口座番号を問い合わせたが、買主はこれに応じなかった)、つづいて② (買主が弁護士を通じ、内容証明郵便で履行を催告してきたので) 売主も再び自分の弁護士を通じ、内容証明郵便で倍返しによる解除の意思表示をした事案につき、現実の提供は認められないとしつつも、①の事実を捉え、倍返しによる解除を認めている (買主が不動産業者で、売主がその顧客であることも考慮している。なお、買主が目的地の造成の準備に取りかかり、また第三者と右土地の転売契約を締結していたことが履行の着手に当たるかも争われ、一番 (東京地判平成元年九月二九日判タ七二六号一九〇頁) はそれを肯定して、買主の登記請求を認容したが、本控訴審判決は着手も否定、請求を棄却した)。買主が予め受領を拒む場合、口頭の提供で解除できるとしたわけである。

4 学説でも、提供を現実の提供に限る見解は見当たらず (そもそも提供の態様を区別してから議論しようとする姿勢に乏しい)、

逆に僅かではあるが、買主が予め受領を拒んでいる場合には、口頭の提供により解除できると説くものもある（田中・前掲評釈三三頁、牛山・前掲論文九〇頁）。その根拠は詳述されていないが、四九三条但書や五八三条一項に関する解釈論の底流にある前述の発想が背景にあることは容易に推察でき、上告理由もこれに沿うものである。ところが、判旨はこれに全く答えず（判旨の挙げる二つの理由は倍額の提供を要求する論拠とされてきたもので、それを現実の提供に限定するために用いた先例や学説が見当たらぬことに注意）、補足意見も弁済の提供と倍返しとの法的性質の違いを力説するだけで（しかも、「権利行使の積極要件」という観点から理由づけを図つたため、四九三条但書とは区別できても、五八三条一項との区別に窮するという難点がある）、右の発想を手付倍返しに妥当せしむべきでない（実質的）理由は全く論じられていない（僅かに本件一審判決は、「売主」自身で完結でき、さほど困難を伴わないと認められる、手付倍額（中略）の現実の提供を要求しても、制度の趣旨に照らして酷な結果ではな「い」（民集八七八頁）というが、これは弁済や買戻でも同じことではないのかとの疑問が拭えない（ただ、右に続けて「本件において、他に、著しく公平の観念を損なうと認めるに足りる特段の事情も見出すことはできない」と留保を残している点は注目される）。なお、一審判決

が参照する、司法研修所編・民事訴訟における要件事実（第一巻）一四八—一四九頁（昭和六〇年）は、倍額を現実に提供することで解除可能となる根拠を四九三条ではなく、公平の観念に求めているが、ならば、予め受領が拒絶された場合、前述の理由から口頭の提供で足りるとする方が公平に適っているとの考えに立てば、やはり現実の提供に限定すべき理由はなくなる。もつとも、同書一四九頁は、但書だけでなく、「四九三条は、本文ただし書とともに、適用の余地はない」（傍点評釈者）としたうえで（想定されている場面が違うことの影響として）、右の如くの論じているのであるから、そこにはことさら現実の提供のみに固執し、口頭の提供を排除する意図はないものと推察される。そのためもあつてか、本判決には疑問が提起されている（本田・後掲評釈一一一頁は「すべての場合に売主に現実の提供を要求するのは柔軟性に欠ける」という意味で妥当でない」とし、工藤・後掲評釈一六頁も「この」評価に共感を覚える」という）。

四 では、買主が予め倍返しの受領を拒絶している場合、売主は口頭の提供により解除できると解すべきか。弁済や買戻と異なり、やはり本判決の如く、現実の提供を要求してよいように思われる。確かに売主側の事情は弁済などの場合と変わらな

い。しかし、弁済の場合と異なり、売主から解除の打診を受け

た買主が売主に対し翻意を促すことは少なくあるまい。そして、倍額を現に持参せぬ限り、買主としてはまだ脈があると考え、

様々な条件を提示しつつ（たとえば倍返し以上の額の要求（上告理由参照）、あるいは代金増額（永松栄司「手附倍返し」の一人歩き）NBL四〇八号四六頁の挙げる設例）などが考えられる）、粘り強く交渉するであろうが、この交渉努力は即ち倍返しへの頑なな拒絶なのであり、もしこの場合に、口頭の提供により解除可能となるなら、交渉を推進しようとした買主が目的物に対する権利を失い、また倍額回収のリスクをも負担することとなる結果、右の如き（自生的な）交渉は阻害されよう。法がかような改訂交渉を促進する規範を用意すべきか否かはさておき（この問題に関する最新の文献としては、北山修悟「契約の改訂」法学協会雑誌一一二巻一号七三頁（平成七年）がある。関連文献も同論文参照）、あえて障害を設けるべき理由は見当たらない。とすると、右の如き交渉を安全ならしめるという意味から、売主には現実の提供を要求してもよいように思われる（ただし、後述のように、買主をして「もはや翻意の余地なし」と自覚せしむべき特段の事情がある場合は別である。また逆に、現実の提供があれば、買主は売主に翻意の余地なしと判断するであろうし、そのように判断すべきであったとも言える。売主に若干の労を強いることにはなるが、本件

一審判決が指摘するように、それは酷というほどのものではあるまい）。

しかるに、本件では、売主の解除の意思表示は口頭ないしFAXでなされたらしく（民集八七〇一八七一頁、最終的には弁護士を通じて内容証明郵便を送りつけた前掲東京高判平成三年七月一五日とは事案を異にし、右の程度なら、買主が翻意を期待し、交渉を継続させるために倍返しを拒むのも不合理ではないから、かかる交渉努力に不利益は課すべきでなく、また翻意の余地なきことを明確にさせる意味で、売主に現実の提供を要求した本判決は、事案に照らし、妥当なものと言えよう。しかし、弁済や買戻におけるよりも強い意味で現実の提供を要求する点には議論の余地もあろうから、以下、検討しておこう。

**五 1** 交渉の安全を確保するという観点から、現実の提供を要求することには、第一に弁済や買戻でも同様の要請がないのが問題となる。そこで、④まず単なる債務の履行に過ぎない弁済をめぐり、交渉が望まれることは稀であろう。もつとも、賃料増額交渉をもくろむ貸主が従前額の受取りを拒むことはありえ、この場合には口頭の提供が認められている（奥田・前掲書五三六頁）。従って、この場合、貸主は賃料回収のリスクを負うこととなるが、賃貸借契約そのものが消滅するわけではない

ので、貸主の地位にそれ以上の変化はない。弁済における提供は債務者を不履行責任から解放するものに過ぎぬから、これは他の場合も同様である（弁済の提供からは、右のほか、若干の効果も発生するが、通説的見解によれば、その裏面たる受領遅滞から解除権が生ずることは一般的にはない、とされている。奥田・前掲書二三頁以下、平井・前掲書一七二頁以下参照。これに対し、手付倍返しの場合、契約が解除されるから、買主は目的物に対する権利をも失い、弁済の提供に比べ、その効果は甚大である（買戻についてだが、梅・前掲書五六四―五六五頁は、この点の重大さを指摘する）。従って、弁済で口頭の提供が許されても、手付倍返しの場面でそれを認めるべきことにはなるまい。⑥また解除が問題となる点で、買戻は手付倍返しと同じだが、買戻の機能は担保にあり、代金返還の実態は被担保債権の弁済である。買戻特約の趣旨から推して、買主の最終目的が目的物の取得にあると解するのは不合理で、たとえ買主がそれを望んでいたとしても、右特約を顧みれば、買主のためにその交渉機会を確保すべき理由はない。他方、通常の売買では、たとえ手付が授受されていても、買主はあくまで目的物の獲得を意図しているから、倍返しのさい、交渉の余地を探ろうとするのは自然な成り行きである（最終的な獲得を目指す者が、何故、解約手付を授受す

るのかは熟考を要する問題で、手付を解約手付と推定することに合理性があるのかという著名な問題へと連なっていく。しかし、少なくとも本件では、YはAの土地をも引渡す義務を負っており、一番の認定によれば、その折衝期間につき意見が合わなかったため、履行期を確定日とできなかったというのであるから（民集八七九頁、Xとしては折衝の長期化に備え、またYとしては折衝の決裂を想定して、それぞれ解除権を留保することに合理性があつた事案と言える）。すると、法的性質は同一でも、買戻と手付を伴う通常の売買（手付が、不動産という不代替物の売買で授受されることが多いことにも注意）とでは、売主による解除のさい、買主に与えられるべき交渉機会の程度には差があつても不合理ではない。従って、弁済や買戻で口頭の提供が認められても、手付倍返しのさいには、買主に契約の最終目的を達成するための（安全なる）交渉機会を与えるべしとの立場を探れば、売主にあくまで現実の提供を要求してよいことになる。

2 右の見解に対しては、口頭の提供による解除は否定せずとも、その効力要件として現実の提供を要求すれば、交渉が阻害される虞れはないのかとの疑問もありえよう（かかる法律構成がありうることは、研究会の席上、曾野裕夫助教授（金沢大）からご教示を賜った。ここに謝意を表する。もちろん、以下

の叙述の責は評釈者にある)。しかし、停止条件付解除が一般には認められているとは言え、それを売主の倍額の提供にかからしめることは純粹随意条件(一三四条)に該当するのではないとの疑念がある。また一二八条が適用されるなら、条件の成否

未定の間、買主は(売主の解除権の喪失をもたらず)履行の着手に取り掛かれないのではないかと疑問も生ずる。そして、もし売主が履行期における現実の提供を条件とした場合(前掲大判昭和一五年一月二七日を想起されたい)、法が相手方の立場に配慮し、解除権行使を履行の着手あるまでに制限した意味が潜脱される(なお、右大判の原審は、解除する旨の予告があれば、買主はそれを見込んで損害を回避しようとするが、解除されぬ可能性もある以上、買主は履行に備えねばならず、損害を回避できるとは限らない)。もちろん、一二八条の適用を否定したり、条件の成否を履行着手時において判断することで、この不都合は回避されうる。しかし、口頭の提供に続き、現実の提供もなされるなら、そこには明らかに二つの行為が見い出されるが(履行を催告するさいに、同時に「履行なきときは解除したものとす」としておき、後日の通知が省かれる場合とは異なる)、効力発生が後者にかかっているのに、あえて前者に法的意味を付与するのは、適及効は認めぬまでも(二七条一項)、その間になされた行為

の効力を覆滅せしめるためであろう(二二八条。とすると、履行着手の効果を否定しないなら、今度は逆に、右の如き構成を採るべき意義が問われることになろう。

3 また事実認定の問題として、粘り強い交渉努力を倍返し  
の拒絶と評価すべきなのかとの疑問もあろう(事案は異なるが、申込の受取人がより有利な契約を欲し、申込者に新しい条件を提示して善処されたい旨打診したとしても、それが直ちに五二八条の言う「拒絶」に当たるとは限るまい)。「拒絶」でないとするなら、拒絶なき以上、口頭の提供では足りず、現実の提供が要求される結果、買主の交渉機会は確保されよう。しかし、単に再考を促す程度ならともかく、いかに交渉を推進するための手段とは言え、倍返しには応じられない旨の態度を示した場合、「拒絶」と評価せざるをえまい。けれど、それは少しでも有利な地位を築こうとする交渉の一手段で、買主は互譲による問題解決を模索している可能性もある。とすると、売主には交渉の余地なきことを行動をもつて明示すべく、現実の提供が要求されてもよいように思われる。また倍返しによる解除には、通常、現実の提供が要求されることから、口頭の提供による解除の意思表示を、なるべく(確定的な)意思表示としてではなく、単なる意向の表明と解釈する方策も考えられる。斯く解すれば、現実の

提供あるまで、買主には交渉の機会が確保される。しかし、売主が明確に「解除する」と言っている場合、右の如く認定するのは擬制に過ぎる。けれど、いくら口頭で解除を通告されても、現実の提供なき限り、未だ翻意の可能性ありと判断して交渉努力を続けることは、とりわけ（市場で同一物を入手しえない）不代替物の買主なら十分理解できるところである。すると、やはり売主には言葉ではなく、行動をもってその意思確固なることを示すべしと要求しても不当ではないように思われる。

4 このように、手付倍返し局面で、買主が売主の翻意を促すのは自然なこと、倍返しを受領を拒むことはその交渉の前提をなすものと言える。そして、もしこの交渉努力に不利益を以て報いるべきでないとすると、買主には交渉中安定した地位を保証すべく、口頭の提供による解除は認めるべきでないことになる。

六 1 では、口頭の提供で足りるとすべき例外はないのか。本件が前掲東京高判平成三年七月一日と異なる事実関係にあったことは前述の通りだが、判旨が特に留保を残していないので、問題となる。かかる射程を推し量るべく、争点の如何にかわりなく、先例をながめてみよう。

2 本判決に先立ち、同じ第三小法廷は、買主が測量等の準

備行為ないし代金準備のうえでの履行催告を履行の着手と主張して、売主の倍返しによる解除の効力を否定し、契約の履行を求めた事案につき、当該契約における履行期の定め方の特殊性並びに準備行為などのなされた時期及びその目的・態様を総合勘案して、請求を認容した一審二審判決を破棄、請求を棄却する判断（「自判」）を下した（最判平成五年三月一六日民集四七卷四号三〇〇六頁。評釈として、池田清治・法学教室一五八号一〇八頁、吉田豊・判例セレクト93二五頁（法学教室一六二号）、同・民商法雑誌一〇九卷六号一〇八三頁、円谷峻・私法リマックス九号五一頁、田尾桃二・金融商事判例九四五号四〇頁、山本豊・NB1五五一号六二頁）。この判決の争点は専ら履行の着手にあり、倍返しの際の提供の態様は問題とされていないが、かかる角度からこの事案をながめるとき、倍返し解除を申し出た売主が、買主にそれを拒絶され、書面で履行を催告されたので、弁護士を通じて書面で倍額支払う旨の口頭の提供をして、解除の意思表示をしたこと（民集三〇〇八頁）、また現実の提供が一切主張立証されていないことが明らかとなる（民集三〇三三三〇二四、三〇二九頁。なお、同・三〇三三三、三〇三五頁も参照）。しかるに、同判決は「前示事実関係（右の如き態様で倍返しによる解除がなされたこと）評釈者註」に照らすと、本件売買契約は有効に解

除されたものというべきであ「る」と判示した(民集三〇二二頁)。この提供の態様に関する判断は、「倍額ヲ償還シテ」の意味にかかわる法解釈の問題であり、確かに争点とされていなかった以上、同判決にこの点についての先例的価値を認めることはできないが、同判決が右の如き提供による解除を認めるのが妥当と判断したことは確かで、またこのことに批判的な見解は見当たらない(履行の着手を否定したことに異議を唱える、吉田・前掲評釈(民商)もこの点を批判するものではない)。そして、本判決(平成六年判決)、とりわけ補足意見を額面通り受け取るなら、平成五年判決は否定されるべきことになるが、そこにかかる意図まで読み取ることは困難で、そのような含意はなかったものと推察される(補足意見の趣旨は「相手方の態度いかんにかかわらず、原則として、常に現実の提供を要する」程度のものだが、弁済の場合との違いを強調せんとするあまり、断定調となり、また現金に限られないとの留保が反って提供に関する厳格な態度を印象づける結果となってしまうのではなからうか)。とすると、平成五年判決と同様の事実関係の下で、同判決と同じ判断が下される可能性が排斥されていないことは、補足意見ほど強い調子を含まぬ、本判決の判旨においては、ますますありうることである(平成五年判決にふれぬのは右の如き事案解決の仕方を見落とし

たためとの理解も可能だが、僅か一年前の、同一法廷における、しかも民集に掲載されたのみならず、裁判官四名のうち、二人が重なっていた(そのうえ、平成五年判決の裁判長裁判官は本判決にも関与している)事件を見落としたとは考えられない)。また平成五年判決の事案が、倍返しを拒絶されたため、売主が弁護士を通じて書面で倍額支払う旨の口頭の提供をして解除している点では、前掲東京高判平成三年七月一五日と同様の事案であって、買主をして、もはや交渉の余地なしと判断せしむべき特段の事情が存していたことは留意されるべきである。かかる視点に立つとき、平成五年判決と本判決とは対立するものでなく、同時に、右の如き事情なき下で下された本判決の射程は、特段の事情ある場合にまで及ぶものではないように思われる。

斯く解するとき、本判決は原則として現実の提供を要求しているだけであり、口頭の提供で足りるとする特段の事情が存しうることまで否定するものではなく(本田・後掲評釈二二頁及び工藤・後掲評釈二六頁は、本判決を「柔軟性に欠ける」と批判するが、確かに補足意見からは硬直的との印象を受けるが、本判決をそのようなものとして理解すべきだが、まず問われるべきであろう)、その意味において事例判決と言いうるものと解される(「特段の事情」の具体的内容は今後の裁判例に委ねられるが、売主側の態

様のみならず、売主をしてそのような態様を取らしめた買主側の応対の具合も考慮されるのは当然で、売主が弁護士を通じて内容証明郵便を送付しさえすれば、常に特段の事情が肯定されるわけではなからう。

3 本判決と平成五年判決との相違は右に尽きないので、その点、付言しておく。

履行期前の行為が履行の着手に当たりうることは、既に起草段階でも認められているが（前掲『民法議事速記録四』八八七頁）、着手が肯定的に解された最高裁判決は以下の三つの類型に分けられる（池田・前掲評釈一〇九頁参照）。①履行期後に買主が代金を準備し、履行を催告した事案（多数）、②履行期を売主の準備行為にからしめたが、売主がその約束した行為を果たさない（そのため、履行期未到来）、買主が代金を用意し、履行を催告した事案（最判昭和五一年二月二〇日判時八四三号四六頁（準備行為は目的不動産からの賃借人の立退交渉）、最判昭和五七年六月一八日判時一〇五八号五七頁（同じく、農地法上の許可申請手続））、③履行期として、暗黙のうちに、ある程度の期間が想定されていたが、（それを明示することには差し障りがあったため、一審判決の認定）履行期を特定の実事にかからしめた場合の、当該予定期間経過後に買主が代金を準備し、履行を請求

した事案（最判昭和四一年一月二二日民集二〇巻一五六五頁）。

これに対し、平成五年判決は、履行の着手を否定した点では右の諸判決と一線を画するものの、その事案は、売主にとり履行期が死活的重要性を持ち、ために最終履行期を一年一〇カ月後に設定するという異例の取決めがなされ、また着手と主張される行為が右履行期の一年九カ月ないし一年二カ月前になされていたというかなり特殊なもので（同判決もこの点に「特段の留意を要する」（民集三〇一〇頁）とする）、その意味では前掲の諸判決と対立しないばかりか、「履行の着手の認定に当たっては」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。（民集三〇〇九頁）との一般的説示は、前掲最判昭和四一年一月二二日（④類型）の延長線上にあるとの理解もある（円谷・前掲評釈五二頁。山本・前掲評釈六四頁もこの可能性を否定しない。これに対し、吉田・前掲評釈民商一〇八八一—一〇九〇頁は「四一年判決をいわば換骨奪胎し「たもの」と評するが、山本・前掲評釈六四頁はこの理解に疑問を呈す。なお、田尾・前掲評釈四四一四五頁は、両判決は矛盾抵触しないが、基本的姿勢や考え方に大きな違いがあり、判例変更に近い影響があるという。のみならず、右一般論は、⑤類型の意味を次のように解するなら、同類型をもその射程に収めて

いる。すなわち、①買主は売主の準備行為が完了した時点で代金を支払いたいのだが、売主にはその見通しははっきりとはつかないで、履行期を確定期日にはできない結果、それを一定の事項にからしめる（Ⅱ履行期の定められ方の趣旨・目的）。

②従って、この場合、両当事者は準備行為の実現可能性やそれに要する期間などについての見込み違いに備え、解除権を留保しておく合理性がある（Ⅱ解約手付が担う意味の一、二）。③ところが、履行期前の着手を一律に否定すると、準備行為を怠る売主が解除権を留保しつづけることになり、不都合である（Ⅱ履行期の定め方が、その趣旨・目的を逸脱し、不合理に働く場面）。

④そこで、履行期前の着手を肯定して解除権を喪失せしめる（Ⅱ履行期前に着手を認めることの意義。なお、倍返しによる解除を権利濫用と判断した大阪地判平成元年二月二六日判時一三六八号九七頁も、売主の都合で履行期が延期されていたことを濫用判断の一要素としており、この点に関連し、興味深い）。

しかるに、本件事案は、一番の認定に従う限り（二番で覆された部分を除く）、履行期を進入路特約の実現にからしめた趣旨・目的、及びXによる代金準備と履行催告があった点では、①類型に該当し（民集八七九一八八〇頁）、またXはYが特約の実現に尽力しなかったと主張している（民集八七三頁）。とする

と、本件は、たとえYが現実の提供をしていたとしても、直ちに解除が認められたとは言い難い事案である（現に一番判決は履行の着手を肯定する）。断定はできぬものの、この点は本判決を位置づけるさい、銘記せねばなるまい。

七 1 まとめるなら、本判決は五七五条の「売主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スルコトヲ得」の意味を、倍額を償還せねば解除できぬ趣旨（②説）と捉えることを前提としているが、これは判例通説に則った見解であり、結論としても妥当である。

2 次に売主が倍額の受領を拒む場合、解除するには供託までする必要はなく、倍額を提供すれば足りることを前提とする点でも、従前の判例通説に従うものである。

3 これに対し、右の提供を現実の提供に限り、（買主が予め倍返しの受領を拒絶している場合であっても、原則として）口頭の提供では足りないとした点は、従来の判例学説には見られぬものだが、倍返しをめぐってなされるであろう交渉に配慮するなら、弁済や買戻におけるより強い意味で現実の提供を要求した点は妥当であろう。

4 しかし、口頭の提供で足りるとする特段の事情が存在しうることは否定できないし、本判決もそれを否定する趣旨では

ないと解される（補足意見も平成五年判決の事案処理を批判するものとは思えず、この点は同様であろう。また、もし同意見が事案という枠を飛び越え、将来を睨んで徒に一般論を説く意図に出るものなら、それは判例（法）の意味を見誤つたものと言えよう。末弘 巖太郎の手になる、『判例民法（大正十一年度）序文参照。

5 このように、特段の事情があれば格別、買主が単に倍返しによる解除には応じられないと言つた程度では、売主の解除には現実の提供が要求されると解すべきところ、本件に右特段の事情は見当たらぬから（Yもそのような事実を主張していない）、口頭の提供では足りないとした本判決は、事案の解決としても妥当なものと言えよう。ただし、Yが倍額を現実提供していても、たとしても、進入路特約が果たされなかった事情如何によつては、Xの履行着手が認められ、Yの解除が否定された可能性のある事件であつた点は留意すべきである。

本判決の評釈・解説としては、本田純一・法学教室一七一号  
一一〇頁、工藤祐巖・法学セミナー四八三号二六頁がある。

（四月三日稿）

〔追記〕 脱稿後、吉田豊・民商一一一巻六号九五頁に接した。そこでは、六四一条（請負における注文者の解除権）にも目配りをしつつ、本判決の五五七条の解釈に対しては批判的な論旨が展開されている。他方、森田宏樹・ジュリスト一〇六八号（重判平成六年度）八三頁は、（弁済の提供が同時履行の抗弁権を喪失せしめる以上、それは決して解除と無縁なものではないことを指摘しつつも）本評釈とほぼ同様の視点から、本判決に好意的である。これに対して、山本豊・NBし五七一号六四頁は、本田・前掲評釈及び工藤・前掲評釈と同様の考慮から、本判決にやや批判的であり、また本田純一・私法リマークス一一号六八頁では、本田・前掲評釈と同旨の論旨が展開されている。