

不動産取引は書面を必要とする要式契約か

—ある不動産信託受益権譲渡の事案を手がかりとして—

宮 本 健 蔵

はじめに

1 売買契約の成立要件

- (1) 諾成不要式の契約
- (2) 合意の範囲
- (3) 売買契約の要素

2 確定的な契約意思

- (1) 契約の成立時期と当事者の意思
- (2) 不動産取引慣行
- (3) 当事者の意思解釈
- (4) 練り上げ型と逆算型

3 複数の契約の結合

- (1) 2つの契約の「セット」
- (2) 複合契約の存否

むすび

はじめに

近時、不動産信託受益権譲渡の事案と関連して、契約の成立要件や当事者の確定的な契約意思などにつき若干の考察をする機会に恵まれた。事案の概要は次のようなものである。

すなわち、G K(合同会社)－T K(匿名組合)を用いた不動産流動化スキ-

ムの下で、匿名組合出資者たる Y_1 は自らの新たな資金需要を満たすために、合同会社である Y_2 の保有する本件不動産信託受益権の売却と他の2つの不動産信託受益権を担保とする借入れを行うこととした。

平成27年11月5日、 Y_1 は訴外銀行に融資を打診し、その際、本件不動産信託受益権売却の意向が表明された。その要点は①買取価格は代金18億5000万円以上であること、および②平成27年12月中に決済を行うこと、③買付証明は同年11月20日までに提出するというものである。この情報が訴外銀行を通じてXにもたらされた。もっとも、本件物件は2年ほど前にも購入の打診があり、Xにおいて検討の結果、19億円での購入を断念したという経緯がある。

その後、若干のやり取りを経て、同年11月25日に関係者が集まって協議の上、Xと Y_1 の間で、①売買代金18億5500万円、②決済日 同年12月22日、③決済日にXと Y_2 の間で本件売買契約の契約書に調印することが合意された(契約書作成条項)。これ以外にも、本件売買契約に係る付随的事項の内容などを協議して確定することとした(協議条項)。

各当事者はこの合意に基づいて作業を進めていたが、12月1日に訴外銀行から融資が難しい旨を伝えられ、また、より高額の買受希望者が出現したことから、12月8日に Y_1 は本件売買契約の締結を拒絶するに至った。

そこで、Xは主位的に契約の成立を前提として債務不履行責任を追及。これに対して、 Y_1 らは契約の成立を争った。不動産取引慣行や当事者の意思からして契約の成立には契約書の作成・押印が必要であること、また、本件の不動産信託受益権譲渡は融資とセットであることがその主たる理由である。

本稿は、このような事案を契機として、契約の成立をめぐる諸問題に関して若干の考察を行おうとするものである。具体的には、①諾成契約の原則の下で、契約の成立のためには何について合意が必要かを再確認した上で、②契約書の作成が契約成立との関連でどのような意味を有するか、特に取引慣行の存否および契約書作成条項や協議条項の意義について検討する。そして、最後に③融資とのセットという主張につき複合契約論の観点から考察することにした。

なお、本件の不動産流動化スキームの下では、不動産信託受益権の譲渡人たる Y_2 、 Y_2 の投資顧問、匿名組合出資者として「同意権」を有する Y_1 、不動産信託の受託者など、複数の法的主体が存在することや、予備的に請求されている契約締結上の過失責任なども問題となるが、本稿ではこれらは考察の対象としない。

1 売買契約の成立要件

(1) 諾成不要式の契約

契約は諾成契約であり、申込と承諾の合致によって成立する。これは契約法の基本的な原則である。この原則自体を規定する条文は民法の中にはないが、契約の成立について定める民法521条以下など、多くの規定はこれを当然の前提としている。

しかし、この意思の「合致」をめぐるのは解釈上次のようなことが問題とされる⁽¹⁾。すなわち、契約が成立するためには当事者の交渉対象としたすべての事項について合意を必要とするのかどうか、換言すると、契約内容のどの範囲について合意があれば足りるかという点である（合意の範囲）。

また、この意思の合致は表示の客観的な合致で足りるか否か（表示主義）、それとも内心の意思の合致を必要とするか（意思主義）という問題とともに（合意の深度）、契約交渉過程において小さな合意が積み重ねられる場合にどの段階で「契約を成立させる旨の確定的意思」⁽²⁾ ないし「合意の終局性」⁽³⁾ を認めることができるかということも問題となる（合意の熟度）。

(1) 大村敦志『基本民法Ⅰ 総則・物権総論』（2001年）31頁以下参照。なお、「合意の範囲」は「量的な問題」であり、これに対して「合意の深度」と「合意の熟度」は「質的な問題」ということができるとする。

(2) 河上正二『『契約の成立』をめぐる（二）・完』判タ657号27頁（1988年）、太田知行「契約の成立の認定」太田・荒川編『民事法学の新展開』（1993年）281頁以下など。

(3) 中田裕康「契約締結の交渉から成立まで」鎌田ほか編『民事法Ⅲ（債権各論）』（2005年）6頁。

（２）合意の範囲

まず最初に、合意の範囲に関してみると、この合意は「契約の本質的部分」について存在すれば足りるというのが今日の一般的な解釈である。しかし、これは極めて抽象的・漠然的なものであって、具体的な紛争解決の基準として機能するためにはさらに具体化されなければならない。

この点に関しては、法律行為は要素・常素・偶素の３つの要素から構成されるとし、「要素」が欠けると法律行為は成立しないとする見解が古くから主張されてきた。

（ア）たとえば、起草者の一人である富井政章は⁽⁴⁾ 法律行為には次の３種の原素があるとする。すなわち、①要素（法律行為の本質を組成する原素をいう。その１つが欠けるときは法律行為は成立しない）、②常素（通常法律行為の性質または効力をなすが、別段の意思表示によって変更または除去できるものをいう）、③偶素（法律行為の本質または常性をなすものではないが、当事者が特にこれを付加した条款をいう）の３つである。

そして、売買契約の要素は「目的物と代金」につき双方が合意することであり、民法555条のような各種の契約の成立要件を定めた規定は強行法に属するという。

また、梅謙次郎は売買においてはその権利の移転と代金の支払のみが売買の要素というべきであり⁽⁵⁾、民法555条はこれらが売買の成立に必要なことを明らかにし、併せて売買の成立時期を定めているとする⁽⁶⁾。

（イ）これらの見解は鳩山説や我妻説によって継承された。

鳩山説は⁽⁷⁾、当該契約の「客観的要素」については常に合意を要するが、その他の諸点すなわち学者の契約又は法律行為の「常素」「偶素」と称するものについてはその主観的要件に属する場合を除き原則としては合意は不要である

(4) 富井政章『民法原論第1巻総論』（復刻版、1985年）397頁以下。

(5) 梅謙次郎『民法要義卷之一（総則編）』（復刻版、1984年）221頁。

(6) 梅謙次郎『民法要義卷之三（債権編）』（復刻版、1984年）473頁以下。

(7) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（上巻）』（1924年）74頁。

とし、たとえば売買については代金および目的物はその契約の「要素」に属すると主張する。

また、我妻説は「売買の成立」のところで次のように述べる⁽⁸⁾。すなわち、売買は売主が財産権を移転し、買主が代金の支払をすることを「要素」とする契約だから、この2点について合意があれば、売買は成立する。履行の時期・場所、担保責任などは、一般に「付随的事項」とみるべきだから、当事者が特に重要性を認めて成立要件としない限り、その点の合意がなくとも、売買の成立に影響はない。これらの点について合意がなかったときは、法律行為の解釈によって補充することになる。

(ウ) 近時の学説においてもこのような伝統的な見解は広く支持されているが、ここでは代表的な見解として大村説の主張をみることにしたい。

大村説⁽⁹⁾はある契約が成立するためには合意が必要な「契約の中心部分・核心部分」とそうではない「周辺部分・付随部分」に2分する。前者はこれまで契約の「要素」と呼ばれてきたものに相当し、後者は契約の「常素」「偶素」を包含した概念である。

大村説はこのような分類を前提として、何が「中心的部分・核心部分」であるかは各典型契約の規定群の最初に置かれた冒頭規定によって決定されると主張する。

売買契約に関して言えば、冒頭規定である民法555条が売買契約が成立するのに必要かつ十分な合意の対象を示しており、これによれば移転の対象となる「目的物」とそれに対する「代金」とが「中心的部分・核心部分」に属する。したがって、これの合意があれば、これだけで売買契約は成立するのであり、「周辺部分・付随部分」について合意がなくとも、契約の成立には何ら支障をきたさないという。

(エ) 判例も上記の学説と同様であるといえよう。たとえば、いわゆる繰糸

(8) 我妻栄『民法講義V2（債権各論・中巻1）』（1957年）250頁。

(9) 大村敦志『基本民法Ⅱ（債権各論）』（2003年）12頁以下。

釜事件の大判昭和19年6月28日民集23巻387頁は目的物と代金が売買契約の要素であることを前提として、当該事案では「契約の要素たるべき点につき合致を欠き、したがって契約は成立しなかった」と判示した。さらに、不動産売買契約の要素である代価について必ずしも契約締結時に確定していることを要しないとした大審院の一連の判決もこれを当然の前提とする⁽¹⁰⁾。

また、最判昭和23年2月10日裁判集民1号73頁も土地建物の売買につき、買主からの送金によって当事者双方の意思が合致して売買契約が成立したと判示する。

(3) 売買契約の要素

このように売買契約の「要素」あるいは「中心的部分・核心部分」は「目的物」と「代金」であって、この点に関する合意があれば売買契約は成立することに判例・学説上異論は見られない。このことは民法555条からも明らかである。

2 確定的な契約意思

(1) 契約の成立時期と当事者の意思

このように売買契約の「中心的部分・核心部分」である「目的物」と「代金」に関して合意がなされた場合には、その時点で契約は直ちに成立する。しかし、例外的に、当事者がこれとは別に契約の即時の成立を留保する合意をした場合には、当然にこれに従うことになる(停止条件付契約)。

また、明示的な合意がない場合でも、取引慣行や当事者の意思解釈を介して、契約の成立時点を申込と承諾の「合致」よりも後の時点にずらすことが妥当だと考えられる場合もあろう。とりわけ契約交渉が相当長期にわたって行われ、その途上で「小さな合意」を幾つも積み重ねて最終的な合意に至る場合には(い

(10) 大判大正8年1月29日民録25輯235頁(相当の代価)、大判大正10年3月11日民録27輯514頁(売買完結の意思表示をした時の時価)、大判大正12年5月7日新聞2147号19頁(契約締結時の相当代価)。なお、土蔵敷地が土地売買の範囲に含まれるかが争われた最判昭和30年10月4日民集9巻11号1521頁も同様である。

いわゆる「練り上げ型」⁽¹¹⁾）、このことが問題となり得る。

このような契約成立の認定はいわゆる契約締結上の過失責任と表裏の関係に立つが、ここでは取引慣行や当事者の意思解釈を通して、「契約を成立させる旨の確定的意思」ないしは「合意の終局性」が探求されることになる。

本件事案との関連では、契約書作成条項や協議条項などが主として問題となる。取引慣行や当事者の意思解釈の観点からこれを次に検討することにしよう。

（２）不動産取引慣行

売買契約書の押印・作成日を契約の成立日だとする不動産取引の慣行は存在するか。

（ア）東京高判昭和50年6月30日判時790号63頁は、土地の売買の場合には、契約当事者が売買契約書を作成し、手付金もしくは内金を授受するのは相当定着した慣行であり、契約当事者が慣行に従うものと認められる限り、売買契約書を作成し、内金を授受することは、売買の成立要件をなすものであると判示した⁽¹²⁾。Y₁らの主張はこれに沿うものである。

（イ）しかし、学説ではこの判決に対して強い疑問が提起されている。たとえば、河上説⁽¹³⁾は「裁判所の言う『取引慣行』が、それほどに確立したものであるかどうかには異論があらう」とし、また、明石説⁽¹⁴⁾も「契約書作成、手付

(11) 池田清治『契約交渉の破棄とその責任』（1997年）210頁以下、338頁以下参照。

(12) 同旨のものとしては、東京控判大正2年12月25日新聞925号21頁、千葉地判大正9年5月27日新聞1761号15頁、京都地判平成元年1月26日判時1320号125頁などがある。また、建設請負契約に関してであるが、東京地判昭和61年4月25日判時1224号34頁は「被告のような大企業において、契約を締結するに当たり、契約金額が少額とはいえない場合、書面（契約書）なくしてこれを行うことは通常有り得ないことと考えられる」として建設請負契約の成立を否定した。

(13) 河上正二・前掲注(2)15頁。

(14) 明石三郎「不動産売買契約の成立時期について」林良平・甲斐道太郎編・谷口知平先生追悼論文集第2巻『契約法』（1993年）385頁、394頁（以下、注(14)として引用）。もっとも、同〔判例批評〕関法26巻1号235頁（1976年）では、同判決のいう慣行が一般に認められるのではないかとして肯定的な態度を示している。

の授受が契約成立要件としての慣行だといってしまってよいものかどうか」と疑問を呈し、「わが民法上、契約書作成を不動産売買契約の成立要件と見ることはできないように思える」と述べる。

さらに、仮契約書の効力が争われた事案に関してであるが⁽¹⁵⁾、鎌田説⁽¹⁶⁾は「たとえば売渡承諾書、買受承諾書あるいは仮契約書等の書面の交付があったとしても、当事者間になんら債権債務関係は生じないとの、不動産取引業界における一般的取引慣行」について、「不動産業者はこの時点（売渡承諾書の作為時—筆者注）で売買契約が成立したと意識しているかのように思われるし、とくに、売渡承諾書と引き換えに不動産業者が買受承諾書を交付する場合には、その時点で売買契約が成立したと認定することに何らの障害も感じられない」と述べる。上記の不動産取引慣行との関連でみれば、これは売買契約書の作成なくして売買契約の成立を認めるものである。

(ウ) 判例においても、たとえば、上述した最高裁昭和23年判決は不動産売買の事例において「契約書ができて始めて売買が成立したものと見なければならぬという経験則は存在しない」として、「当事者間に売買契約書を作成した形跡は認められないけれども」買主からの送金によって不動産売買契約は成立したとする原審の判断を支持した。

東京地裁昭和57年判決前掲注(15)も一般論として「売買契約は、当事者双方

(15) 東京地判昭和57年2月17日判時1049号55頁・判タ477号115頁。ここでは、本件仮契約書は後日正式契約を締結し、正式契約書を作成することにより売買契約を成立させるという当事者の意思を明確に示したものであり、最終的な意思表示が留保されているとして、契約の成立は否定された。

なお、買付証明書や売渡承諾書の効力が問題とされた事例としては、東京地判昭和59年12月12日判タ548号159頁、奈良地葛城支判昭和60年12月26日判タ599号35頁、東京地判昭和63年2月29日判タ675号174頁、大阪高判平成2年4月26日判時1383号131頁などがある。いずれも売買契約の成立は否定されているが、とりわけ大阪高裁平成2年判決はこれを詳細に論じ、「買付証明書は確定的に買い受ける旨の申込みの意思表示ではなく、単なる将来買い受ける希望がある旨を表示するものにすぎないこと、(したがって、) 売主が不動産売渡の承諾を一方的にすることによって、直ちに売買契約が成立するものではないこと、このことは不動産取引業界では一般的に知られ、かつ、了解されていることである」と判示した。

(16) 鎌田薫「不動産売買契約の成否」判タ484号20頁(1983年)。

が売買を成立させようとする最終的かつ確定的な意思表示をし、これが合致することによって成立するものであり、代金額がいかに高額なものであったとしても、右意思表示について方式等の制限は何ら存在しないものである」と判示する。

さらに、後述する京都地裁昭和44年判決や仙台地裁昭和62年判決も正式な売買契約書の作成がないにも関わらず売買契約の成立を認めているが（（3）（ア）参照）、これらもこのような不動産取引慣行の存在を否定するものに他ならない。

（エ）このように不動産取引において契約書の作成を契約の成立要件とする慣行が存在するか否かはなお不確かであると言わざるを得ない。さらに言えば、「取引慣行」に関する従来の理解にはそもそも根本的な疑念があるように思われる。

上記の東京高裁昭和50年判決のいう「取引慣行」は「契約書の作成」と「手付金もしくは内金の授受」の2つを構成要素とするが⁽¹⁷⁾、それにも関わらず、これまでの解釈は単に「契約書の作成」という1つの要素に焦点を当てて論じてきた。これは批判的な学説においても同様である。

しかし、確定的な契約意思の認定にとって重要な点は「契約書の作成」よりも「手付金もしくは内金の授受」にあるというべきであろう。「手付金等の授受があるまではいつでも自由に交渉を止められる」、あるいは「手付金等の授受がなされると、契約に拘束される」というのが取引社会における一般的な認識であり⁽¹⁸⁾、上記の「取引慣行」はこれを言い表しているに過ぎない。

(17) もっとも、両要素の関連については、東京控判大正2年2月25日前掲注(12)および千葉地判大正9年5月27日前掲注(12)はいずれか的一方で足りる選択的な関係として理解する。これに対して、京都地判平成元年1月26日前掲注(12)は高額の不動産売買契約取引をする場合には売買契約書が交わされるのが通常であるとして、単に契約書の作成のみを挙げるに過ぎない。建設請負契約に関する東京地判昭和61年4月25日前掲注(12)もこれと同様である。

(18) 鎌田薫・前掲注(16)20頁以下参照。鎌田説も手付金授受の要素を重視し、「手付金の授受があるまでは、たとえ売渡承諾書、買受承諾書あるいは仮契約書等の書面の交付があったとしても、当事者間になんら債権債務関係は生じない」すなわち「売買契約は成立して

実務的には手付金等の支払時期と契約書作成を連動させることが多いために、契約の成立には契約書の作成が必要との誤解が生じやすいが、しかし、上記の一般的な認識によれば、手付金等の授受が第一義的な意味を有するのであって、契約書の作成はこれと結びついた第2次的・付随的なものととどまる。換言すると、手付金等の授受があれば、契約書の作成がなくとも契約は成立したというのが一般的な認識だといえよう⁽¹⁹⁾。

このように東京高裁昭和50年判決のいう「取引慣行」は手付金等の授受を重視して理解されなければならない、このように解して初めて民法の諾成不要式の原則や「要素」と補充的契約解釈に関する議論などとも適合的になるう。

(3) 当事者の意思解釈

「確定的な契約意思」の認定が争われた事例は多種多様であるが⁽²⁰⁾、ここでは不動産取引において、契約の要素である目的物と代金につき合意が成立したが、①具体的細部ないし必要事項についてさらに交渉し(協議条項)、②後に正式な契約書を作成すること(正式契約書作成条項)が明示的に合意されているような事例に対象を絞ってみることにしたい。

(ア) この類型に属する判例をみると、このような明示的な合意にも関わらず、契約の成立に向けた当事者の確定的な意思を肯定して契約の成立を認めたものがある。

たとえば、京都地判昭和44年3月27日判タ236号151頁は、①本件宅地建物に存する抵当権が確実に抹消されることを確認した時に正式契約を締結作成し、同時に手付金および内金を支払うこと、②残代金は所有権移転登記に必要

いない」というのが不動産取引業界の一般的取引慣行であるとする。また、国土利用計画法における行政解釈も結局のところ、手付金の授受をもって契約成立時認定の最大のメルクマールとする態度を示していることを指摘する。

(19) これは手付金等の授受と契約書の作成を選択的な関係として把握する見解と同一に帰する(注(17)に引用の判例参照)。

(20) この点については、太田知行・前掲注(2)281頁以下、明石三郎・前掲注(14)384頁以下など参照。

な書類を提供した時に支払うこと、③その他必要事項は協議の上、正式契約において定めることなどを内容とする仮契約書が取り交わされたという事案において、付随的事項の合意を本件宅地建物の売買契約の成立要件としたものであるという被告の主張を排斥して、仮契約書の当該条項はそのような趣旨ではなく、未だ合意のない付随的事項について、当事者間で協議合意のうえ、新しい合意事項をも包括記載した契約書を作成することを定めたものに過ぎないとして、本件宅地建物の売買契約の成立を認めた。

また、仙台地判昭和62年6月30日判タ651号128頁では、土地の売買につき昭和60年3月5日に「覚書」が作成され、その中には土地の所有権の移転と代金20億円の支払いの他に、「甲と乙は、本物件の売買契約の締結を昭和60年4月30日までに執り行うことに合意し、この時まで、完全な売買契約の行為を阻害する事項がある場合には、甲はこれを解決するものとする。尚、上記阻害の解決につき乙は甲の申し出により、必要の都度全面的な協力を行うものとする」という条項が含まれていた。

裁判所はこの条項を同日までに登記手続、明渡し及び代金支払いの各残された債務の履行をすることを約した趣旨に理解するのが相当であるとして、本件の売買契約は覚書作成時の昭和60年3月5日に成立したものと認定した⁽²¹⁾。

(21) 不動産売買の事例ではないが、同様に確定的意思の存在を理由に契約の成立を認めたものとして、東京高判昭和56年4月23日判タ452号106頁や東京地判昭和62年11月13日判時1284号102頁などがある。

前者は建物賃貸借契約の成立が争われたものであるが、覚書に「契約期間15年契約（公正証書）」との記載があるために、公正証書の作成を本件賃貸借契約成立の要件としたと解されるかが問題とされた。裁判所は当事者間に最終的に成立した合意の内容はかなり具体的かつ確定的であること、および賃借人が他の者と転貸借契約を締結することを了承していたことを指摘して、公正証書の作成を本件賃貸借契約成立の要件としたとまで解することは困難だと判示した。

また、後者は不動産売買・建物建築契約の不履行に関する和解契約の成立が問題となった事例であるが、和解契約書に付属するものとして覚書を作成する旨の話し合いがされていることから、覚書を作成し、契約書と覚書の双方に調印を完了することをもって、契約成立とするのが当事者の意思であったのではないかが問題とされた。裁判所は買主が転売の意向であることから、買主にとっては早急に売主との間で和解契約を成立させる必要があったこと、また、売主が契約書に関して述べた異議は契約の本質的内容に関わるものではなく、また覚書の文面は自己の弁護士の十分な検討を経て、文面が確定されたことから、売主としてもそれで納得していたと推認されることを指摘して、契約書・覚書双方の調印

(イ) これに対して、契約の成立を否定した例としては次のものがある。すなわち、東京地裁昭和57年判決前掲注(15)は仮契約書で不動産売買に関する基本的事項が合意され、正式契約書作成日とその際の手付金の支払いが定められた場合において、この仮契約書は後日の正式契約書作成によって売買契約を成立させるという当事者の意思を明確に示したものであるとして、契約の成立を否定した。

また、東京地判平成元年12月12日金判853号36頁は調印された覚書に土地建物の代金と「買い受ける」「売り渡す」との記載がある場合において、本来の売買契約書の作成が予定されているとき、その作成前に売買成立は特段の事情のない限り認められないと判示した。

これらは仮契約書や覚書の調印に至った場合であるが、単に代金額および契約書作成時に手付けまたは内金を支払うことを合意し、これと同時にしくは後日に正式な売買契約書を取り交わす日時が合意されたという事案に関するものとしては、東京高判昭和54年11月7日判時951号50頁および東京地判昭和63年2月29日前掲注(15)などがある。

(ウ) このように判例の結論はそれぞれ異なっているが、これらの背後に何らかの法則性を見出すことができるであろうか。私見によれば、これらの判例の種々のファクターを総合的に考慮すると、次のような判例準則の存在を指摘できるように思われる。

まず第1に、判例が最も重視しているのは手付金や内金の合意の有無であると言ってよい。すなわち、①不動産売買の基本的事項と並んで手付金や内金の支払いの合意があるときは、この時点での確定的な契約意思の存在は否定される⁽²²⁾。上記の不動産取引慣行のところでも述べたように、手付金や内金が支払

を重視し、これをもって初めて契約の成立とする意思であったと解することはできず、各調印手続は既に契約が成立していることを互いに確認する単なる一種の儀式であると解するのが相当であると判示した。

(22) 東京地判昭和57年2月17日前掲注(15)、東京地判昭和59年12月12日前掲注(15)、東京地判昭和63年2月29日前掲注(15)など。

われるまでは契約は成立しないという認識が広く取引社会に普及しているからであろう。

逆に、②このような手付金や内金支払いの合意がないときは、確定的な契約意思の存在を認め、売買契約の基本的事項の合意時に契約が成立したとされる（上記仙台地裁昭和62年判決）。

もっとも、③手付金や内金の支払いとならんで、残代金の支払時期も合意されている場合には、契約の成立は肯定される（上記京都地裁昭和44年判決）⁽²³⁾。これは上記①の例外に属するが、ここでは契約の終局が確定されていることから、その途上でなされる手付金や内金の支払いは本来的な意義を失うものと考えられる。つまり、手付金等の授受を待つまでもなく、確定的な契約意思の存在を認めることができるからである。

これらの条項は仮契約書や買付証明書・売渡承諾書の中に置かれることが多く見られるために、これらの書面に認められる効力の観点からこれらの問題が考察されてきたように思われる。しかし、確定的な契約意思の認定にとっては、上述したような手付金等の授受や残代金の支払時期に関する合意の有無が決定的な意味を有するといえよう。

第2に、このように手付金や内金の意義を正当に認識する場合には、契約書の作成を過大評価することは許されない。これらの支払いは契約書の作成と同時にするのが一般的であるが（正式契約書作成条項）、この場合、契約書の作成によって契約が成立するのではなくて、手付金や内金の支払いによって契約は確定的に成立するのである。不動産取引には契約書の作成を必要とするとの主張はこの点を誤解するものといえよう（上記（2）（エ）も参照）。協議条項に関しても同様であって、契約の成立を後にずらす効力を有しない⁽²⁴⁾。

(23) なお、東京高判昭和54年11月7日判時951号50頁も手付金・内金の支払いと代金の支払時期が合意されている事例であるが、ここでは契約の成立は否定された。これは「確定的な契約の締結は公正証書をもってする」というのが当事者の推定的な意思だとされた結果であり、本稿の趣旨と対立するものではない。

(24) 鎌田薫・前掲注(16)19頁も、「具体的細部事項の決定が将来に委ねられ、その決定後に改めて正式契約書を作成する旨の約定があったからといって、売買契約の成立が右決定に

判例においても、これらの条項の存在は確定的な契約意思認定の障害とはなっていない（上記京都地裁昭和44年判決および仙台地裁昭和62年判決参照）。

第3に、正式契約の締結に至らなかった理由は様々であるが、覚書や仮契約書の協議条項や正式契約書作成条項を単に契約の履行を免れるための口実として援用することは信義則に違反し⁽²⁵⁾ 公平の観点⁽²⁶⁾ からしても許されないことは明らかなである。仙台地裁昭和62年判決では、より高額での買受希望者が出現したことが契約（交渉）破棄の原因であるが、このことが契約の成立を肯定した判断の背後にあると言って良い。

（４）練り上げ型と逆算型

当事者の確定的な契約意思をめぐってはこれらの事例があげられる。類型的にみると、これらはいわゆる「練り上げ型」に属すると言って良い。

しかし、実務的には、本件事案のように売買目的物と代金などの基本的事項を合意するとともに、代金全額の支払いを含む双方のすべての債務の最終的な決済日を決め、これに合わせて（逆算して）債務の履行準備や契約書の作成を完了することを約する場合もあり得る⁽²⁷⁾。これは「練り上げ型」に対して、「逆算型」あるいは「終局確定型」と呼ぶことができよう。

（ア）この「逆算型」あるいは「終局確定型」の場合には、最終決済日に「代

服せしめられていると解する必要はない」とする。

(25) 明石三郎・前掲注(14)396頁。「売主または買主が売惜しみや買い控えのために細部事項の決定に難癖をつけることが多いので、信義則の適用を重視する必要がある」とする。

(26) 一宮なおみ「売買契約の成否」塩崎編『裁判実務大系第11巻不動産訴訟法』（1987年）161頁。「あまり（契約締結意思の一筆者注）要件を厳格に解すると、売買の成立を欲しない当事者の一方的意思によりたやすく売買の成立を阻止され、不公正な結果になることがある」とする。

(27) 河上正二・前掲注(2)25頁以下は「契約の熟度」との関係で、その「熟し方」を4つのタイプに分ける。本稿の逆算型はこの中の第2のタイプ（契約の核となる基本的な要素については、比較的早い時期に合意がなり、その内容を実現するに当たって必要な細部の条件や技術的取り決めを積み上げていくようなタイプ）に類似する。

また、池田清治・前掲注(11)222頁は契約の成立形態を「申込承諾型」と「練り上げ型」に大別し、動産売買は前者、不動産売買は後者に該当するという。これに対して、本稿は不動産売買においても「申込承諾型」に相当する「逆算型」ないし「終局確定型」が存在しうることを指摘するものである。

金全額」を支払うものとされており、手付金や内金の支払いは予定されていない。このような手付金等の授受の定めがない場合には、上記（３）（イ）の当事者意思の解釈原則によれば、「要素」の合意がなされたときに契約は成立することになる。

また、判例では「残代金の支払時期」の合意があれば手付金等の授受とは無関係に契約の成立が認められており（上記京都地裁昭和44年判決参照）、そうすると、「代金『全額』の支払時期」が合意されているときは、契約の成立はもっと容易に肯定しうるであろう。

さらに、この類型では、最終決済の前の段階において当事者が債務の一部を履行し、あるいは履行の準備をすることが当然に予定されている。これはすでに債務が発生し存在することを前提としており、当事者がこれを認識している点で当事者の確定的な契約意思の存在は明らかなように思われる。

（イ）「逆算型」ないし「終局確定型」の場合、「代金全額」の支払いを正式契約書の作成時に行うべきものとされる（正式契約書作成条項）。このような代金全額の決済と同時になされる契約書作成は一体どのような意味があるのだろうか。

すでに指摘したように、「練り上げ型」の場合でも手付金等の授受が重要であって、手付金等の支払期日が契約書の作成に結びつけられているに過ぎない。この意味で契約書の作成は第２次的・補的な意味しか有しない。

これに対して、「逆算型」ないし「終局確定型」では、代金全額の支払いは暦に従って定められており（確定期日）、契約書の作成とは連動しない。この意味では、契約書の作成は第２次的・補的な意味さえも認められない。

つまり、期日が到来したときは、代金債務の履行期は到来するのであり、契約書が作成されない場合には、債務者としては、せいぜい同時履行の抗弁によって履行遅滞の責任を免れるにとどまるのであって、これを理由に債務の存在を否定することはできない。同様のことは売主側の債務についても妥当す

る⁽²⁸⁾。

（ウ）また、協議条項についても、確定期日までに「周辺部分・付随部分」につき合意が整わないときは、成立した契約に関して任意法規や補充的契約解釈によって補うことになるし、かつ、それで足りる。この点は、売買契約の成立要件のところでみた学説の指摘する通りである（1（2）参照）。

（エ）不動産売買では目的物が高額であることから、売買契約書の作成を要求するなど、確定的な契約意思の認定は慎重になすべきことが主張されてきた⁽²⁹⁾。しかし、高額な取引は何も不動産取引に限るわけではない。また、たとえ高額な取引であったとしても、具体的な事案の状況によっては、練り上げ型の契約交渉ではなくて、日用品購入の場合と同じように即決で契約締結に至る場合もあろう（即決型）。

たとえば、売主側に取引を急ぐ事情があり、買主側がこの要請に応じて取引するような場合である。このような場合に、とりわけ買主が資力を有する大企業であるときは、即時の契約成立を認めても何ら売主の利益を害する危険は存

(28) なお、福岡高判平成5年6月30日判時1483号52頁・判タ848号235頁は、売買代金等売買契約のための重要な事項についての合意が成立したが、所有権移転登記と代金の支払とを一括決済することとされた場合において、この段階では、一括決済時に売買契約が成立し、同時に履行もなされる予定であったと解されるとして、本件取引は合意の形成過程にあったといふべきであると判示した。

しかし、「一括決済」の趣旨が判旨のように解すべきかは疑問であり、契約の成立を肯定した上で、「一括決済」は単なる履行期の定めであると解することが相当であるように思われる。

(29) すでに述べた売買契約書の作成が不動産取引の慣行であると解する判例はいずれも土地の高価さを指摘する（東京高裁昭和50年判決および注（12）に引用の判例を参照）。

学説では、たとえば青山邦夫「売買契約の認定について」判タ503号37頁（1983年）は、不動産取引は目的物の価額も大きく、かつ履行面でも明渡、登記手続等の問題も多いので、当事者としては契約の履行確保の処置をとったうえ確定的な合意をしようとするのが、この種取引の通例ではなかろうかと述べる。そして、不動産取引に関するかぎり、のちに契約書作成が予定されている場合、右契約書の作成をもって契約の成立を認定する判例の傾向は是認するという。

また、高中正彦「契約は成立したかー買付証明書・売渡承諾書」NBL412号42頁（1988年）も、不動産のように高額で、しかも少なからぬ準備行為を必要として一般に契約が慎重に行われるものについては、正式契約書の作成や手付金の授受等これに準ずるような確定的に売買する意思を認める行為が外形的・客観的に存在しないと、売買契約は成立したとはいえないとする。

在しない。さらに、本件では、買主Xは以前に本件物件につき内部的検討を行ったことがあり、本件物件の価値等について十分に知っていたのである。このことが買主Xの迅速な購入判断を可能にした。これらの事情をみると、本件事案はまさにこのような逆算型の取引類型に該当するといえよう。

3 複数の契約の結合

(1) 2つの契約の「セット」

Y₁らは訴外銀行からのリファイナンスと本件信託受益権の売却とはセットであったと主張する。このセットという意味内容は必ずしも明らかではないが、これは2つの契約の結合関係を表すものと理解される。そうだとすると、法的にはリファイナンスを不動産信託受益権譲渡契約の条件とする場合や複合契約の場合などが考えられよう。

リファイナンスが得られることを停止条件とし、あるいはリファイナンスが得られなかったことを解除条件とすることについては、法的には何ら問題はない⁽³⁰⁾。単にこのような意思表示が原告たる買主に到達したかどうかは事実認定において問題となるに過ぎない。

そこで、ここではもう一つの複合契約を中心として検討することにしたい。

(2) 複合契約の存否

(ア) 最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁⁽³¹⁾ はリゾートマンションの

(30) なお、太田知行・前掲注(2) 283頁はこのような契約結合を当事者の確定的な意思の認定問題として位置づける。すなわち、東京高判昭和62年3月17日判時1232号110頁や大阪地判平成2年10月24日判タ743号176頁を挙げて、判例によれば、取引の性質上、交渉当事者双方が、特定の契約の成立と他の特定の契約成立とを結合させていたと認められる場合に、その一方について契約が成立しない場合には、他方の契約の成立も認められないとした上で、これらの判例は、当該合意が確定的ではないことを甲が知りもしくは知り得べかりし場合に、その合意が確定的ではないと認定していると考えられるとする。

しかし、この見解においても、複数の契約結合が「取引の性質上」通常でない場合には、本稿と同じく条件関係として理解されることになるろう。

(31) なお、複合契約論については、さしあたり、拙稿「混合契約および複合契約と契約の解除」法学志林99巻1号3頁以下(2001年)参照。

売買契約と会員権契約の間に相互の密接関連性を認め、1個の契約の履行だけでは契約を締結した目的が全体として達成されない場合には、その目的が表示されていたかどうかにかかわらず、他の契約も解除しようとした。条件付契約の場合とは異なって、特段の意思表示は必要ではない。

この判決の事案は二当事者間に複数契約が存在する場合であるが、同様のことは三当事者間での複数契約にも妥当する。たとえば、マンション売買契約とライフケアサービス契約⁽³²⁾、あるいはマネジメント契約と専属実演家契約⁽³³⁾の間に、相互の密接関連性を認めた下級審判決がある。

いずれの事案でも契約の解除が問題とされているが、同様のことは契約の成立や存続・移転、終了などに関しても妥当するものと考えられる。

(イ) このような複合契約の観点から見ると、本件事案は三当事者間の契約の類型に属するが、問題は融資契約と信託受益権の売買契約の間に相互の密接関連性が認められるかどうかである。

従来判例によれば、このような相互の密接関連性はマンションの区分所有権の得喪とクラブ会員たる地位やライフケアメンバーたる地位などの得喪に一体性(連動性)があるか、あるいは両契約を併せて考えることで、初めて各当事者間の双務性と有償性が確保される関係にある場合に肯定されてきた⁽³⁴⁾。

本件事案ではこのような契約上の地位の連動性や拡張的な対価性の関係は全く存在しないから、融資契約と本件信託受益権の譲渡契約は複合契約の関係に立つということはできない。したがって、融資契約の不成立を理由に売買契約の成立を否定したり、売買契約を解除することは許されない。さらに言えば、融資先は訴外銀行に限るわけではないから、訴外銀行との融資契約の不成立が売買契約に影響をもたらすものと考えすることはできないであろう。

(32) 東京高判平成10年7月29日判タ1042号160頁。

(33) 東京地判平成15年3月28日判タ1159号217頁。

(34) 奈良輝久「企業間取引における複合契約の解除(下)」判タ1342号42頁(2011年)参照。

むすび

ある不動産信託受益権譲渡の事案を手がかりとして、契約の成立要件と契約の確定的な意思、さらに複数契約の結合について検討した。その要点は次の通りである。

(ア) 不動産取引においても諾成契約の原則が適用されるところ、その「合意の範囲」については、「中心的部分・核心部分」(要素)の合意があれば契約は成立するのであり、「周辺部分・付随部分」(常素および偶素)の合意がないときは、任意法規や補充的契約解釈によって補えば足りるというのが立法当初からの異論のない解釈であることを改めて確認した。

(イ) 「確定的な契約意思(合意の終局性)」との関連では、取引慣行や覚書・仮契約書の協議条項や正式契約書作成条項などが問題となる。

不動産の取引慣行については、その存在自体を疑問視する有力な見解が存在すること、および、「契約書の作成がなければ不動産の売買契約は成立しない」という一般的な理解は疑問であり、これを手付金等の授受の視点から理解すべきことを指摘した。

また、覚書や仮契約書には協議条項や正式契約書作成条項が置かれることが多いが、しかし、これらの条項が「確定的な契約意思」の認定の決め手となっているわけではない。ここでも、判例は手付金等の授受の取り決めの有無を重要な判断基準としており、一貫して手付金や内金に重点を置いているといつてよい。

(ウ) 従来、不動産取引において契約の成否が問題とされてきたのは、いわゆる「練り上げ型」の類型である。しかし、契約の成否の問題はすぐれて法的評価を伴う判断であるから、不動産取引がいかに高額なものであるとはいえ、具体的な事案によっては、日用品の購入の場合と同じように、即決で契約に至る場合もあり得よう。

たとえば、売主側に取引を急ぐ事情があり、買主がこれに応じて、「代金全

額の決済」を含むすべての債務の履行期を確定日をもって定めた場合には、当事者の確定的な契約意思を肯定しうるように思われる(「逆算型」ないし「終局確定型」)。買主がすでに当該不動産の評価を終えていたという事情が加わるときは、とりわけこのように言うことができよう。本稿では、不動産取引においても、このような特殊な事例が存在しうることを指摘した。

(エ) 最後に、複数契約の結合に関して主に複合契約論の観点から検討した。複合契約であるためには複数の契約の間に相互の密接関連性が存在しなければならないが、本件における融資契約と不動産信託受益権譲渡の間にはこのような関連性は存在しない。したがって、融資契約の不成立は不動産信託受益権の譲渡契約に影響を与えることはない。

契約の成否をめぐる争いは多種多様であって、本稿ではこの問題の一部を検討したに過ぎない。しかし、いずれにせよ、すでに学説が指摘しているように、契約の成否に関する議論が契約の履行を免れるための口実として利用されることに用心しなくてはならないのであり⁽³⁵⁾、裁判所としてはこれを見破ることに主眼をおかなければならない⁽³⁶⁾。本稿のむすびに当たり、このことを最後に強調しておきたい。

【付 記】 堀田泰司先生は法政大学大学院時代の先輩であり、その後長年にわたって公私ともに大変お世話になった。先生のご退職に当たり、これまでのご厚情に深く感謝するとともに、先生の益々のご健勝を心からお祈り申し上げます。

(35) 鎌田薫・前掲注(16)19頁。

(36) 滝沢幸代「売買契約の成立と合意の内容」判タ404号43頁(1980年)。