

手附に関する覚書

— 判例を中心に —

相原東孝

I 手附の意義および種類

手附⁽¹⁾とは、契約を締結するにさいして、当事者の一方から相手方に対して交付される⁽²⁾金銭その他の有価物⁽³⁾をいう。手附の交付については、やはり当事者の合意が必要であり、手附契約と呼ばれる。他の契約（たとえば主たる契約としての売買契約）が締結されるさいに有価物を交付することによってなされるものであるから、手附契約そのものは要物契約であり⁽⁴⁾、従たる契約である。手附は主たる契約の成立と同時になされることを要しないが⁽⁵⁾、通常は主たる契約と同時に交付されることが多い。また、手附は通常、売買につい

(1) arrha., arrhes, Drangabe od. Angeld od. Draufgeld.

(2) 手附の交付は、現実に行なわれるのが通常であるが、売主に対する債権との相殺によって現実の交付にかえることも妨げない（柚木馨『債権各論』（契約総論）43頁）。なお、大判明治38年4月22日民録11輯554頁は、「買主カ手附金ヲ交付スヘキ債務ヲ負担セル場合ニ於テ、売主ニ対スル債権ト之ヲ相殺シタルトキハ、仮令其ノ売買契約ハ解除セラルルモ相殺ハ依然其ノ効力ヲ存スヘキモノナレハ、買主ハ手附金ノ返還ヲ求ムルコトヲ得」とする。

(3) 手附の目的物は、金銭が普通であるが、金銭以外の有価物でもよいとされている。判例は、山林の売買について交付された立木を手附と認定して、「金銭以外ノ財産ヲ以テ売買ノ手附ト為スヲ禁シタル規定ナク又其規定ヲ俟タス当然之ヲ無効ト為ス可キ法理ノ存スルコトハ之ヲ認ムル能ハス故ニ金銭以外ノ有価物ト雖モ当事者双方ノ合意ニ依リ売買ノ手附トシテ授受スルハ之ヲ有効ト為ササル可カラス」といっている（大判明治34年5月8日民録7輯52頁）。

(4) 我妻栄『債権各論』（中ノ一）263頁。

(5) 大判大正11年9月4日法律新聞2043号10頁、同昭和9年11月2日法学4巻488頁は、何れも、手附は主たる契約と同時に交付することを要しないとし、殊に前者においては、売買契約成立後に授受された金銭をも手附と認定してさしつかえないとしている。

て交付されることが多く、たとえば賃貸借や雇用あるいは請負などの有償契約⁽¹⁾についても交付されることがある。

手附を交付することを、「手附を払う」「手金を払う」とか「手附を打つ」「手金を打つ」などと俗にいい、通常は売買契約の成立したときに、代金の一割位の金額が買主から売主に対して支払われる。

契約の成立については、いわゆる契約自由の原則が近代法の要請として受け入れられ、両当事者の合意さえあれば契約は成立し、債務者は債権者に対する債務の履行をしなければならない。しかし、単に諾約しただけで契約が成立し、必ずこれを履行しなければならないという義務意識が当然に作用すると人は考えるだろうか。諸外国はもとよりわが国でも、古くは、一般に売買は諾成契約としては認められず、代金の支払または目的物の引渡しによって成立したと考えられていた。手附もそういった歴史的な所産ではなかったらうか。すなわち、契約は単なる合意では成立しない、またかりに成立したとしても、そのみでは何か不安な気持ちがつきまとうので、必ずその契約上の債務を履行してもらうように確実なものにしようとする。このように何物かで契約を拘束する要請があり、その要請にこたえるべく、手附なるものが発生したと考えられないだろうか。ともかく、契約の拘束力を担保するものとして手附が考えられたのではなからうか。⁽²⁾ また一方においては、手附流れ、手附放棄などによって契約を解除することができるという性質も手附に附与されることになった。それで、契約を拘束するといいいながら、その反面で契約の解除がみとめられると、契約はいつでも破棄されることになり、拘束力は弱められてしまうという一面をも手附はもたされることになる。⁽³⁾

(1) 民法はそのため、売買について規定し、これを有償契約に準用させている（民法559条）。ドイツ民法はこれと異なり、違約金とともにこれを債権総則の中に規定している（ドイツ民法336条—338条）。

(2) 来栖三郎『債権各論』8頁参照。

(3) 手附についての拘束力と解除できるという効力とはどのような関係になっているのかは、きわめてむずかしい問題である。この点については、現在種々の資料その他に不足があるので、他日稿を改めて詳細に論じてみたい。

手附には、いろいろの種類があるが、その目的や作用にしたがって、一般的に、証約手附 (arrha confirmatoria)・違約手附 (arrha poenalis)・解約手附 (arrha poenitentialis) に分類されている。

(1) 証約手附とは、契約成立の証拠とするために交付される手附である。当事者間にいかなる合意があったか不明である場合でも、手附が交付されていれば、少なくとも合意の成立したことの証拠となるから、手附はどのような目的で交付された場合でも、つねに証約手附としての作用を果たすことになる。⁽¹⁾ 当事者が特に違約手附あるいは解約手附として手附を交付したときも、その手附に証約手附としての性質を認めることができるから、証約手附たる性質は、いわば、手附の最小限度の性質であるといえることができる。⁽²⁾ ドイツ民法 (3361 条 1 項) およびスイス債務法 (158 条 1 項) は、原則として証約手附と推定している。

(2) 違約手附とは、手附を交付した者が契約上の債務を履行しないときに違約罰として、相手方に没収されることになっている手附である。このように違約手附は、将来、債務が履行されないことに対処して、交付されるものであるから、その性質上、債務者となるべき者から債権者となるべき者に対して (主として買主から売主へ) 交付されることになる。しかし、債務不履行による損害賠償は、違約手附とは無関係に請求することができる。⁽³⁾ ところが実際には、違約手附が損害賠償額の予定をかねることが多い。すなわち、不履行のときは、手附を交付した者はそれを没収され、手附の交付をうけた者はその倍額を償還することを約定することが多い。このような意味の手附が交付されたときは、純粋な意味での違約手附としてではなく、損害賠償額の予定と推定される違約金 (民法 240 条 3 項参照) と同じ性質を有する手附

(1) 売買が諸成契約として認められ単なる合意さえあれば契約は成立するのだが、それだけでは不安なので、手附によって契約に拘束力を強めようとする意識が、当事者間に (一般的には買主の側に) 働くことが多い。いわば証約手附は心理的な働きをもつといえる (加藤一郎『民法教室債権編』18頁参照)。

(2) 末川博『所有権・契約その他の研究』161頁、我妻・前掲260頁等。

(3) 鳩山秀夫『増訂日本債権法総論』(上巻) 298頁。

と解すべきである⁽¹⁾。ただ手附の場合は、すでに相手方に交付されている点で単なる違約金の約束とは異なっている。しかして、手附が上のような趣旨で交付されていても、当然に違約手附としての性質を有するものではなく、違約手附としての作用を發揮させるためには、当事者間の特約が必要である⁽²⁾。判例は、「買主カ売主ニ手附ヲ交付シタル場合ニ於テ手附カ買主売主双方ノ為メ解約ノ方法タルヲ以テ通常トスルモ之ヲ以テ買主ノ債務履行ヲ確保スルニ過キサルモノトシ買主カ契約ニ違反シタルトキ之ヲ放棄シ売主ノ所得トスヘキコトヲ特約スルヲ妨クルモノニ非ス⁽³⁾」とし、また、「契約不履行ノ場合ハ内金ヲ放棄又ハ倍額ヲ弁償スルモノトス⁽⁴⁾」という特約があった場合に、これを契約の履行の確保のための損害賠償およびその額を予定したものと認定しても、社会通念に反するものでないとしている⁽⁴⁾。また、契約不履行の場合には手附金は没収またはその倍額を返戻するという特約のもとに交付された手附は、解約手附ではなく、違約手附である、と認定した下級審の判例もある⁽⁵⁾。最高裁判所も、「違約の場合は手附の放棄または倍額償還とし、この場合には契約は当然に解除されたものとする」という趣旨の文言を、違約罰を定めた趣旨であって、違約者の好むところにしたがっていつでも契約を解除しうる趣旨ではないと認定しても、経験則に違反しないとしている⁽⁶⁾。すなわち、判例は、契約の履行確保の目的で手附を交付し、違約の場合に手附放棄または倍額償還するという特約があるときは、違約手附たる性質をみとめている。

(3) 解約手附とは、契約の解除権を留保する作用を有するもので、手附を交付した者はそれを放棄し、手附の交付をうけた者はその倍額を償還して、

(1) 我妻・前掲261頁、我妻ほか『不動産の取引・不動産セミナー(1)』69頁以下。

(2) 加藤・前掲18頁。

(3) 大判大正6年3月7日民録23輯421頁。

(4) 大判昭和16年8月6日法律評論30巻民法690頁。

(5) 大阪高判昭和23年7月28日民集3巻450頁。しかし、これは最高判昭和24年10月4日民集3巻437頁によって、破棄されている。

(6) 最高判昭和26年12月21日最高裁判集民事5号1099頁。

契約を解除することのできる手附をいう。フランス民法1590条は、売買の予約が手附をもってなされたときは、手附の授者はこれを失なうことにより、手附の受者はその倍額を返還することによって、契約の各当事者は自由に契約を解除することができる⁽¹⁾としている。わが民法も、特別の事情のないかぎり、解約手附をもって、手附の原則とした⁽²⁾。解約手附については、項をあらためて、次にのべることにする。

(4) 手附の種類として、成約手附 (*arrha constitutiva*) もあげられることがある。成約手附とは、契約成立について交付されることを要し、その交付がなければ契約は成立しえないとされる手附である⁽³⁾。しかし、売買が一般に諾成契約として認められる近代法のもとにおいては、もはや手附に成約手附としての作用を認めることはできない⁽⁴⁾。もちろん、当事者が特約をして、成約手附としたときは、その授受のないかぎり契約は成立しないと解すべきである⁽⁵⁾。

Ⅱ 手附の効力

手附が交付されたことによって生ずる法律上の効果は、その手附がいかなる種類のものであるかによって異なってくる。

(1) 証約手附は、それが交付されているという事実によって、契約成立の

(1) これに反して、ドイツ民法336条2項およびスイス債務法158条1項は、疑わしいときには解約手附的性質を否認している。

(2) 我妻・前掲262頁その他の通説は、民法557条1項は解約手附と推定したとする。これに対し山中康雄『契約総論』166頁は、「わが民法557条は、売買において交付された手附について、解約手附の効力をもつことを原則とするように規定するが、これでは手附の交付により、契約を確保しようとする制度の精神と矛盾し、いつでも解約しうるということになって、妥当を欠く。故に557条は解約手附の効力を規定したのであり、手附の授受あつたときは、解約手附と推定する趣旨ではないと、解すべきである。」とされる。

(3) 諸外国およびわが国の古法においては、手附は原則的に成約手附たる作用を果たしてきたようにうかがわれるが、これについても他日考究してみたい。

(4) 広中俊雄『債権各論講義案』（第一分冊）51頁。

(5) 東京地判大正12年3月13日法律評論12巻民法462頁参照。

証拠としての効力を有する。いかなる目的で交付された手附でも、つねに証約手附としての作用を果たすから、手附が交付されていれば、契約が成立した証拠としての効力を有するわけである。したがって、手附の受領書や預り証のようなものを提示することによって、契約の成立は証明されたことになる。そして、契約上の債務がすべて履行されてしまったとき、または契約が取消されたり解除されたりしたときは、証約手附はその目的を失なったことになるから、手附はそれを交付した当事者に返還される。しかし履行された場合には、手附は弁済の一部として算入されるのが通常である⁽¹⁾。

(2) 違約手附は、契約上の債務について手附を交付した者（普通には買主）が不履行ならしめたときは、そのまま手附の交付を受けた者（普通には売主）に没収され、しかも買主は債務不履行についての責任を免れることはできない。たとえば手附流の契約であっても、もし履行時期を経過したときは、それは単に契約解除の原因にはなるが、そのために当事者の義務は直ちに消滅するものではないから⁽²⁾、売主は買主の不履行を理由に契約の解除をなすことができる。しかも、この場合、売主は手附の返還を要しない⁽³⁾。しかし買主に不履行がないときに、単に買主の履行を確保する目的で、契約違反のときはこれを売主の所得とする趣旨で手附が授受された場合には、解約手附におけるように、売主はその倍額を償還して契約を解除することはできない⁽⁴⁾。債務が履行されたときは、違約手附の目的は消滅するから、買主はその返還を請求することができる。この場合も通常は、弁済の一部に充当されることが多い。また契約が解除されたような場合にも、買主は交付した手附の返還を請求することができる。売買契約締結に当たって買主が売主に手附を交付したときは、特別の意思表示がなければその手附は解除権留保の性質を有するものとされるから、違約手附として認められるのは、特約のある場合

(1) 末川・前掲, 173頁。

(2) 大判明治32年2月28日民録5輯109頁。

(3) 大判昭和8年2月14日法律新聞3520号15頁参照。

(4) 大判大正6年3月7日前掲。

にかぎることは、前述のとおりいうまでもない。売買契約において授受された契約保証金が違約手附の性質を有するときは、民法 557 条 1 項は適用されない。⁽²⁾ 売主が契約上の債務を不履行ならしめた場合には、手附倍戻をしなければならない。このような特約のあるときに、契約が原始的不能によって売買が無効になっても、過失のある売主は、その債務不履行の場合に準じて（結果的には売主の債務不履行と何等えらぶところはないから）、特約上の債務を免れえないとした下級審の判例がある。⁽³⁾

(3) 解約手附は、両当事者が解除権を留保する効力を有し、約定解除権を発生させる。この解除権を行使した場合の損害賠償額は手附の額によるものである。民法 557 条は、手附は一般に解約手附としての性質を有するものと規定している。これについても、項をあらためて、次にのべることにする。

Ⅲ 解 約 手 附

(1) 民法の規定

わが民法は、起草者がわが国従来⁽⁴⁾の慣習として認めたところにしたがい、557 条 1 項において「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着手スルマテハ買主ハ其手附ヲ放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」と規定した。このように、民法の解約手附の規定は、民間に行なわれている「手附損倍戻し」あるいは「手附流」「手附倍返し」の慣習を立法化したものだといわれているが、一般の取引慣行上果た

(1) 一種の違約手附の慣習が認められるときは（たとえば和歌山地判大正 6 年 10 月 29 日法律新聞 1341 号 22 頁参照）、特約がなくても、違約手附を認めることができる（末川・前掲 176 頁）。

(2) 大判昭和 15 年 7 月 23 日法学 10 卷 194 頁。

(3) 東京地判昭和 26 年 3 月 16 日下級民集 2 卷 386 頁。

(4) 梅謙次郎『民法要義債権編』481 頁によれば、「余カ調査シタル所ニ抛レハ古来手附ハ当事者双方ノ為メニ解約ノ方法タルモノトセル慣例最モ多キカ如シ即チ手附倍戻シノ諺アル所以ナリ故ニ本条ニ於テハ原則トシテ此主義ヲ採用シ他ハ当事者ノ特別意思ニ依ルヘキモノトシタ」という。なお、末川・前掲 159 頁以下、鳩山・前掲 299 頁参照。

してそうであろうか。⁽¹⁾ かなり問題があるように思われるので、機をあらためて考えてみたい。

要するに、民法の規定によるならば、手附は、特別の意思表示のないかぎり、解除権を留保する性質を有するものと認められ、⁽²⁾ これと異なる効力を有することを主張しようとする者は、特別の意思表示の存することを主張・立証すべき責任を負わされることになる。⁽³⁾

(2) 解約手附の認定

契約の締結にさいしては、手附とかあるいは内金とかの名称で交付されるだけでなく、内入金・約定金・保証金・違約金または手金などの種々の名称によって交付されることがある。しかし、その交付されたものがいかなる性質を有するものであるかは、単にその名称によって決定されえない。意思表示の解釈の一般原則によって、契約の文言なり契約をなしたときの周囲の事情なりを考え合わせたうえで、その実質を判断し決定しなければならない。⁽⁴⁾

内金・約定金・保証金などの名称で交付されていても、特に解約手附でない旨の意思表示をしないかぎりは、一般に解約手附と認定される。

手附として交付されるのは、一般に金銭であり、金銭以外の有価物の交付される例は、⁽⁵⁾ きわめて少ない。交付された金銭の額と解約手附としての認定との関係については、⁽⁶⁾ 問題がある。かつて判例は、⁽⁷⁾ 「金額 = 付法律上何等、⁽⁸⁾

(1) 加藤・前掲22頁は、かなり疑問だとされ、むしろ一般に使用されている契約書では、違約手附とする文言が多いことを指摘している。これを単なる不動文字と解することは、かなり問題ではなからうか。

(2) 大判昭和7年7月19日民集11巻1552頁、最高判昭和30年12月1日最高裁判集民事20号653頁。

(3) 最高判昭和29年1月21日民集8巻64頁。

(4) 手附と内金との関係については、拙稿「手付と内金」(契約法大系Ⅱ贈与・売買58頁以下)を参照。本稿ではこれを割愛する。

(5) 大判昭和7年7月19日前掲。

(6) 大判昭和10年11月3日民録27輯1888頁。

(7) 最高判昭和29年1月21日前掲。

(8) 大判明治34年5月8日前掲。

(9) 大判大正10年6月21日民録27輯1173頁。

制限アルモノニアラス従テ金額多キトキハ手附ナルモ寡キトキハ手附ニアラス」というようなことはなく、また手附としての金額が寡少のために「当事者カ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ス」として、代金 900 円に対しその 1 パーセントにもみたくない 6 円を解約手附と認定したことがある。

多くの場合、手附は契約の履行を確保するために、すなわち契約の拘束力を強めようとして、交付される。実際の取引においても、そのような意識が存在しているとみることができる。一方において、民法は解約手附としたため、これによって契約の拘束力は弱められることになる。⁽¹⁾ わずかに手附金額の損失が、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段としての手附であり、解約手附は契約の拘束力を弱める作用を果たすことになるから、交付された手附を解約手附として認定するには、慎重でなければならない。⁽²⁾

したがって、上記判例のように、手附の金額が余りにも少ないような場合には、その原審のいうように、解約手附と認めることは「契約当事者ノ真意ニ適合セサル」ものとする方が、むしろ妥当であろう。⁽³⁾

これに関連して、たとえば売買契約書に、「買主本契約ヲ不履行ノ時ハ手附金ハ売主ニ於テ没収シ……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」という契約条項があっても、解約手附でないとはいえないとした判例⁽⁴⁾がある。またこれに対して、「本契約に違反したる時は、売主は手附金の内、金 2 万円の倍額たる 4 万円を償還し、買主は右手附金を放棄するものとする、この場合に於て本契約は当然解除せられたものとする」との文言を、違約罰を

(1) 我妻・前掲261頁参照。

(2) 広中・前掲52頁以下、加藤・前掲19頁以下、我妻ほか・前掲69頁以下参照。

(3) 我妻栄・評釈判例民法大正10年度323頁参照。

(4) 最高判昭和24年10月4日前掲。

定めた趣旨であって、契約に違反した方からその好むところにしたがっていつでも解除できるという趣旨のものではないと認定しても、経験則に違反しないとした最高裁判所の判決もある⁽¹⁾。このように、違約手附と解約手附とは、必ずしも両立しえないものではないから、違約手附の特約をしても特に解除権の留保を排除する意思の表示されないかぎり、解除権は留保されることになるから、契約をなしたときの周囲の事情から判断して、契約の文言に違約手附を特に強調しているとみられるときは、そこに解約手附たる趣旨は含まれていないと解すべきである⁽²⁾。要するに、意思表示の解釈の一般原則にしたがって、契約をなしたときの周囲の事情や契約の文言などを判断して、解約手附たる性質を排除しているか否かを認定すべきである。

(3) 解除の要件

民法 557 条 1 項は、買主が売主に手附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其手附を放棄し売主は其倍額を償還して、契約の解除をなすことを得、としている。これによれば、当事者の一方が履行に着手するまでは、解約手附によって留保されている解除権の行使ができる。契約は一般に、債務不履行による場合と法律で特に認めた場合に、解除されるが（民法 541 条以下）、解約手附は、法律で特に認めた場合に当たる。

手附を交付した者（普通には買主）が、解除するには、単に解除の意思表示をするだけで充分であって、とくに手附を放棄するという意思表示を必要と

(1) 最高判昭和26年12月21日前掲。

(2) 加藤・前掲21頁以下は、契約文言が違約手附のことにのみふれているときは、むしろ解約手附を排除する黙示の意思表示があったと見られるのではないかとの疑問が生ずるとされ、民法の規定が慣習を立法化したものとされることにもかなり疑問があるとする。また広中・前掲54頁は、当事者が端的に契約の拘束力を強めることのみを意図している場合もありうるはずで、そのような場合には、違約手附たと同時に解約手附たる手附を認定することは当事者の意思に反する結果となるだろうとされる。ともに傾聴すべき意見である。なお、大判大正6年3月7日前掲参照。

しない。その放棄は、現状を変えずになされうるからである。この場合、買主の手附返還請求権は、当然に消滅する⁽¹⁾。手附の交付を受けた者（普通には売主）は、手附の倍額を償還⁽²⁾しなければ、解除をなしえない。単なる解除の意思表示だけでは、解除の効果を生じない。売主のなすべき償還は、その提供をもって足りるから⁽³⁾、相手方が受領を拒絶した場合でも、供託する必要はない⁽⁴⁾。一方が履行に着手すれば、相手方は契約を解除することができなくなるが、履行に着手するとは、履行の準備ではなく、履行行為そのものに着手することである。このような履行に着手したときは、解除の意思を有しないと考えられるし、またすでに相手方が履行した後に解除することを認めると、相手方に不測の損害を与えることになるから、履行に着手した後は解除を認めないことにしたのである。

売主の履行着手について、下級審には、売主が目的物を倉庫業者に託し荷為替を付して買主に交付しその受払を求めたときは、履行に着手したものと認め、その後における買主の解除を認めなかった例⁽⁶⁾がある。売主の履行着手はこのように、単に目的物の引渡あるいは登記の移転などにとどまらないのである。

買主については、たとえば一部の弁済をなしたとき⁽⁷⁾、あるいは、履行期の

(1) 通説。我妻・前掲264頁，末川・前掲178頁。

(2) 倍額の償還といっても、売主は現実に買主より受取っていた手附の額を償還しさらにそれと同額のもを新たに検討するのであるから、「倍額を償還する」という表現は正確でない（末川・前掲177頁）。

(3) 大判大正3年12月8日民録20輯1058頁。

(4) 大判昭和15年7月29日法律評論30巻民法3頁は、さらに手附の倍額に相当する郵便為替を送付して売買を解除するのは適法であるとしている。なお、末川・前掲178頁参照。

(5) 大判昭和8年7月5日裁判例(7)民録166頁は、売主がまず木材を伐採して貨車積場に搬出し、買主が貨車積込ごとに代金を支払う契約において、買主が代金を持参してその地におもむき、人夫を雇い入れ貨車の配給方を依頼し、その旨売主に通知したとしても、その事実は履行の準備たるにとどまり、履行の着手と認められないとしている。しかし、このような場合には履行の着手と認むべきであろう（我妻・前掲263頁参照）。

(6) 長野地松本支判大正9年12月2日法律評論10巻民法240頁。

(7) 朝鮮高等法院決昭和14年8月29日法律評論29巻民法205頁。

到達した後に買主が代金をいつでも支払いうる状態のもとで売主の履行の催告をしたときに、履行の着手が認められる⁽¹⁾。しかし、買主が単に内金的に代金支払の準備をしただけでは、外部的に認識されえないから、履行の着手とは認められない⁽²⁾。また単に買主が売主に対し履行を催告しただけでも、履行に着手したものとは認められない⁽³⁾。

すなわち、現実に履行がなされた場合のみならず、一方がある行為をしたのちに、他方が契約の解除をなすのが、社会観念上許されるべきでない場合には、法律上「履行ノ着手」があったものと認むべきである⁽⁴⁾。

(4) 解除の効果

民法 557 条 1 項の定める解除をなした場合には、契約にもとづいて生じていた法律関係は遡及的に消滅する（民法545条参照）。しかしこの場合の解除は、履行に着手する前であるから、履行の結果についての原状回復義務を生ずる余地はない。また、この解除は、手附金額を相手方に対する損害の補償とすることによって留保された解除権の行使であって、相手方の債務不履行を理由としての解除権の行使ではないから、損害賠償請求権は生じない（民法557条2項）。

しかし、相手方がその債務を履行しない場合には、手附によって留保されている解除権を行使しないで（とくに当事者の一方が履行に着手した後はこの約定解除権はなくなるから）債務不履行を理由として契約を解除することができる。この場合は、当然 557 条 2 項の適用はないから、手附の額とは無関係に、不履行によって生じた一切の損害の賠償を請求することができる⁽⁵⁾。したがって、あらかじめ損害賠償の契約をして手附を授受することも、その

(1) 最高判昭和20年11月15日民集5巻735頁，同昭和30年12月26日民集9巻2140頁，同昭和33年6月5日民集12巻1359頁。

(2) 末川・前掲179頁。

(3) 横浜地判大正6年6月14日法律新聞1282号23頁参照。

(4) 加藤・前掲22頁。

(5) 大判大正7年8月9日民録24輯1857頁。

手附の解約手附性と矛盾するものではない。⁽¹⁾

このように債務不履行を理由として契約が解除されたときは、交付されている手附について、一般に返還請求権が生ずる。合意解除をなした場合にも、特に手附を没収して解除をする趣旨でないかぎり、手附は不当利得として返還されなければならない。⁽²⁾しかし、売買契約が法令の禁止規定に違反して無効となったときは、手附金の交付は不法原因給付にあたるから、買主はその返還を請求することはできない。⁽³⁾

契約が履行された場合にも、手附について返還請求権が生ずるが、一般には、代金の一部として充当されることになる。⁽⁴⁾

-
- (1) 大判大正10年11月3日前掲では、玄米の売買契約において、手附として100円を交付して、さらに契約証に「萬一約定期日ニ至リ違約延期ニ及ヒ候節ハ其期日ニ当時相当相場之計算ヲ以テ外諸掛リ共貴殿ノ御損害御請求通り異議ナク直ニ勘定可仕候」と記入があったが、両者の併存を認めている。
- (2) 大判昭和11年8月10日民集15巻1673頁。なお、大判昭和8年4月24日法学2巻1475頁参照。
- (3) 大判大正15年4月30日法律新聞2564号13頁。
- (4) 大判大正10年2月19日民録27輯340頁、同昭和7年7月19日前掲。