HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	手形利得償還請求権 : 特にその利得について
Author(s)	大塚, 龍児
Citation	北大法学論集, 31(2), 1-50
Issue Date	1980-11-19
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16311
Type	departmental bulletin paper
File Information	31(2)_p1-50.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

手形利得償還請求権

――特にその利得について――

大塚龍児

目次

一　はじめに
二　利得償還請求権の性質
三　利得償還請求権の発生要件
四　利得の内容
五　具体的適用（原因債務の消滅）
六　おわりに

一　はじめに

手形（小切手）利得償還請求権（手形法八五条、小切手法七二条）は、手形法（小切手法）が認めた権利であるが、それは手形上の権利が消滅したときに認められるものである（以下ではもっぱら手形で論ずる）。他方、利得償還請求権は手形が利用された実質的（基本的）取引関係の後始末の問題であり、その発生、内容を考える場合にはこの実質関係の内容を考察することが必要となる。その意味では、手形の交付とその原因関係を、手形上の権利消滅の場合に再び取りあげなければならず、手形とその原因（実質、基本）関係と密接な関係があり、いわばその総仕上げの場でもある。鴻教授は、「利得償還請求権という制度は、いわば『手形法と民法（商法）との中間に位する特殊な制度』ともいうべきものである。……いってみれば、利得償還請求権という制度は、手形に関する私法上の法律関係の『ふきだまり』なのである。」[1]とされる。したがって、利得償還請求権を論ずるには、手形自体についての理解とともに、手形が利用される取引の全体像についての理解を前提とする。浅学の筆者にはこの前提がないことを畏れつつ、ひとつの解釈論を敢えて展開したいと思う。

周知のように手形法は、「為替手形及約束手形ニ関シ統一法ヲ制定スル条約」「第一附属書」に基づくものであるが、利得償還請求権は、留保条項を定めた条約「第二附属書」一五条[2]を援用したものであり、したがって統一条約参加国にあっても、この問題の取扱いは区々である[3]。手形法八五条は、商法（明治三二年）旧四四四条[4][5]がドイツ手形条令八三条に倣って採用したと考えられる利得償還請求権の制度を、ドイツ手形法八九条[6]とともに、取入れたものである。商法旧四四四条、ドイツ手形法八九条との相違は義務者として裏書人を加えたことであり（それが解釈論にどう影響するかの問題については後述参照）、さらにドイツ手形法八九条との相違として、所持人の損害を要件とせず、

利得償還請求権の時効期間を定めず、解釈に委ねた点がある（この二つは商法旧四四四条と同じである）。ドイツ法との右の相違および条文の体裁の相違から、いくつかの問題についてはドイツ法とは立場を異にする[7]、ともいえるが、本稿の利得償還請求権の内容、発生要件については後述のように、ドイツの解釈論が役立つことは否定できない。もっとも、ドイツの最近の解釈論でも、結論はともかく、理論づけについては争いがあり、後述のように疑問の余地もなくはないが[8]。

紙数節約のため、以下の叙述では（特に**五**の具体的適用）、約束手形をAが振出し、それが受取人Bから順次C、D、……と裏書譲渡された場合を主に述べる。最後の所持人は叙述の都合上、適宜B、C、D等である。為替手形の場合は、振出人と支払人・引受人との関係を資金関係（Deckungsverhältnis）、振出人と受取人・第一裏書人との関係および裏書人と被裏書人との関係を対価関係（Valutaverhältnis）と呼んで区別するが、支払人・引受人についてみれば、そのなす引受は振出人との間の原因関係上の債務の、履行のため（Zahlungshalber）であり、担保のため（Sicherungshalber）であり、または履行に代えて（Zahlungsstatt）であり、または引受ないし支払いの後に振出人に対して求償（Revalierung）債権を有するということになるから（最後の場合を約束手形について考えれば、AがBのために、いわゆる融通手形を振出した場合を考えればよい。AはBに対して、その間の融通契約に従い、あるいは手形の満期前に既に、あるいは手形の支払後に、手形金相当額の求償権を有する）、資金関係と対価関係に内容的な実質的相違があるわけでなく、一律に扱ってよい[9]。したがって、Aを為替手形の引受人、Bを振出人、Cを受取人、以下順次D、E……を考えればよいことになる。為替手形の特殊性は、Bが振出したが、支払人Aが引受をせず、呈示期間の徒過または遡求義務者（B、C、等）に対する時効完成によって遡求権が消滅した場合であるが、その場合にはBが利得償還義務者であるとの結論においては争いがない（支払保証――小切手法五三条以下――のない一般の小切手

の場合と同様である)。またC、D、等の裏書人はどういう場合にどの範囲で義務者となるかの問題については、後述の義務者としての裏書人について述べるところがそのままあてはまる。

(1) 鴻常夫「手形法上の利得償還請求権」商法研究ノートII一八三頁、手形研究七七号所収。

(2) 第二附属書第一五条

各締約国ハ失権又ハ時効ノ場合ニ於テハ資金ヲ供給セザル振出人又ハ不当利得ヲ得タル振出人若ハ裏書人ニ対スル訴権ガ其ノ領域内ニ於テ存在スト決スルノ自由ヲ有ス同一ノ権能ハ時効ノ場合ニ於テハ資金ヲ受領シ又ハ不当利得ヲ得タル引受人ニ付テモ存在ス

(3) 浜田一男「利得償還」手形法・小切手法講座5一二七頁以下参照。

(4) 商法(明治三二年)四四四条

手形ヨリ生シタル債権カ時効又ハ手続ノ欠缺ニ因リテ消滅シタルトキト雖モ所持人ハ振出人又ハ引受人ニ対シ其受ケタル利益ノ限度ニ於テ償還ノ請求ヲ為スコトヲ得

(5) 明治二三年の旧商法は、利得償還請求権制度と同一の機能をもつ制度として、当時のフランス商法の資金(provision)の制度を取入れて(司法省・ロエスレル氏起稿商法草案下巻二七〇頁以下、四七一頁以下、参照)、第一編商の通則第十二章手形及ヒ小切手総則中に次の規定をおいた。

第七一四条　手形ヨリ生スル請求権ヲ時効ニ因リ又ハ法律ニ規定シタル行為ヲ怠リタルニ因リテ失ヒタル者ハ其失ヒタルニ拘ハラス支払人、振出人又ハ裏書譲渡人ニ対シ此等ノ者カ支払ハサル為替資金若クハ取戻シタル為替資金ニ因リテ己レヲ利シタル限度ニ於テ右請求権ヲ主張スルコトヲ得第七百十一条ノ場合ニ係ルモノト雖モ亦同シ

第十二章第一節為替手形第十一款資金中ニ

第八〇五条　方式ニ依ラサル引受ト雖モ其引受ニ依リテ引受人カ為替資金義務者ヨリ為替資金ヲ受取リタリトノ推定ヲ生ス但参加引受ヲ為シタルトキハ此限ニアラス

第八〇六条　為替資金義務者ト所持人トノ間ニ在テハ為替手形ノ引受ニ依リテ為替資金ヲ供シタリトノ推定ヲ生セス

七一四条、八〇五条、八〇六条は、それぞれロエスレル草案七七六条、八六六条、八六七条に対応する。参考とされた当時のフラ

ンス商法一七〇条、一七一条、一一七条との相違は、利得償還にあたる場合にもフランス商法一一七条三項が振出人は資金を供したことについて立証責任を負うとしたものを、旧商法八〇六条は普通の原則どおりに、引受があっても為替資金を供したことの推定は生じない、従って所持人において振出人が為替資金を供しなかったことを立証すべしとしたことにある（司法省・ロエスレル氏起稿商法草案下巻四七二頁）。

ちなみに、資金は順次の所持人に移転する旨の、統一法に基づく以前のフランス商法一一六条二項は、前からの実務に応じて一九二二年（大正一一年）の改正で挿入されたものである（Wahl, "Die französische Wechselprovisionslehre" Rabelszeitschrift, 4, 408）。

旧商法七一四条から商法旧四四四条への移行は、フランス法からドイツ法への移行と評しうるが、その理由としては、為替資金を民法上の事項となし、これを手形法中に掲げなかったこと（日本学術振興会・法典調査会商法修正案参考書第四編一三頁、日本学術振興会・商法委員会議事要録第八の二頁以下）、単なる支払人を義務者から除いたのは、この者は引受をしない限り為替手形上の義務者でないこと（前掲・参考書一三頁、前掲・要録四二頁）、義務者中の裏書人を除いたのは、裏書人が手形上の権利を得るには相当の反対給付をしているのが通例だから、裏書人の受けた利益の限度で償還をさせるのは不当であること（前掲・参考書一三頁、前掲・要録四二頁）、である。

なお「法律ニ規定シタル行為ヲ怠リタル」、を削り、「手続ノ欠缺」としたのは、懈怠がないことを立証すれば、なお手形上の権利を行使できるかのような誤解が生じる余地のないようにするという理由である（前掲・参考書一三頁、前掲・要録四二頁参照）。

(6) Art. 89 W. G. (1) Ist die wechselmäßige Verbindlichkeit des Ausstellers oder des Annehmers durch Verjährung oder dadurch erloschen, daß eine zur Erhaltung des Wechselrechts notwendige Handlung versäumt worden ist, so bleiben sie dem Inhaber des Wechsels so weit verpflichtet, als sie sich mit dessen Schaden bereichern würden. Der Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung verjährt in drei Jahren nach dem Erlöschen der wechselmäßigen Verbindlichkeit.
(2) Gegen die Indossanten, deren wechselmäßige Verbindlichkeit erloschen ist, findet ein solcher Anspruch nicht statt.

(7) 鴻・前掲一七五頁。

(8) Vgl., Baumbach-Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 12. Aufl. (1978), S. 351 ff.; Hueck-Canaris, Recht der

Wertpapiere, 11. Aufl. (1977), S. 123 ff.; Rehfeld-Zöllner, Wertpapierrecht, 12. Aufl. (1978), S. 111 ff.

(9) 資金関係と対価関係を対立して観念することは、為替手形の利用が大多数であるドイツでは行なわれ易い（約束手形と同じ機能は、振出人が自己宛で――手形法三条二項――既に引受済の為替手形を交付することによって行ないうる。Vgl., Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 75 Rdn. 3)。しかし、約束手形及び自己宛為替手形の振出人は自ら資金を供給する義務があるか、は既に、Canstein, Lehrbuch des Wechselrecht (1890), S. 424 Anm. 9 が否定的に述べているところである。なお後述。

二　利得償還請求権の性質

手形法は、手形上の債務者の責任が極めて厳格なため（手形厳正、抗弁切断、手形訴訟など）、これとのバランス上、手形権利者に対しても手形上の権利の行使、保存につき一定の期間内の一定の行為を要求し、これを怠ると手続の欠缺として手形上の権利の消滅を来たすものとし、また手形上の権利については一般債権よりも短期の消滅時効期間を定める。しかしその結果、手続の欠缺、時効という手形上の権利の消滅の手形法上の原因はありながら、手形授受の実質関係をも考慮すると、不衡平な結果をもたらすと考えられる。たとえば、為替手形の振出人は、受取人から対価を取得して手形を交付しつつ、手続欠缺、時効の結果支払人に資金を供給すべきことを免れ、また既に給付した資金を取戻すことができること、また為替手形の引受人、約束手形の振出人は、引受、振出の実質関係、たとえば売買により、それぞれ振出人または受取人から売買の目的物を取得し、手形をもって決済すべき代金債務を、手形の時効によって免れること、がそれである。そこで手形法は、衡平の観点から、手形上の権利が手続欠缺または時効によって消滅した場合（以下では適宜あわせて失権とよび、その手形を失権した手形とよぶ）にも、振出人、引受人または裏書人が実質関係上利得している場合には、その「受ケタル利益ノ限度」において、所持人はその償還の請求をできるとした（八五条）。

利得償還請求権の性質[1]は、不法行為ないし債務不履行に基づく損害賠償請求権[2]ではなく、民法上の不当利得返還請求権[3]でもなく、[4]また原因関係に基づく権利[5]でもないことは明らかであり、[6]判例、[7]通説[8]は、手形上の権利の消滅を原因として、前述の衡平の趣旨から、所持人に与えられた手形法上の特別の権利であると解している。これに対しては、この権利を手形上の権利の残存物[9][10]とし、あるいはこれと同様に手形上の権利自体ではないが、その権利の相手方と数量が限定された変形物[11]ないし復活物[12]として、手形上の権利に近い取扱いを主張する立場もある。しかし、利得償還請求権を手形上の権利の「残存物」「変形物」「復活物」と法的性質付を行なっても、すべてが手形上の権利と同じに扱われるわけではなく（たとえば履行地、手形訴訟の利用[13]）、区々に扱うならばそのための明確な根拠が示されなければならない。[14]「残存物」「変形物」「復活物」とする説は、利得償還請求権の行使、譲渡につき手形ないしそれに代る除権判決の所持、交付ないし受戻を要するとする立場[15]、時効期間は民法一六七条一項所定の一〇年ではなく、商法五〇一条四号にいう「手形ニ関スル行為」によって生じた債権に準じて考えるべきで、商法五二二条が類推適用されて五年と解する立場[16]、手形上の債務の担保は利得償還請求権をも担保するという立場[17]、を解釈論として導き易い。しかし行使、譲渡に手形の所持、交付を要するか否かの問題について、これを肯定する側からも、法的性質論からただちに結論を導くことには疑問が提出されているし[18]、時効期間については、論理の赴くところ、利得償還義務者が引受人、または約束手形の振出人であるか、裏書人、または為替手形の振出人であるかによって区々とならざるをえないことになろうし（手形法七〇条、七七条一項八号、七八条一項）、「残存物」「変形物」「復活物」といわなくとも、時効期間を五年と解することは不可能ではない[19]。また担保の移行の問題は担保権設定契約の当事者の意思解釈の問題といえよう[20]。

要するに、利得償還請求権の法的性質論から何らかの解釈論的結論を引き出すことはできないし、利得償還請求権

を手形上の権利の「残存物」「変形物」「復活物」ということに解釈論的意味があるわけでもない。[21] そこから直ちに解釈論的結論を導き出すということではなしに、利得償還請求権という法定債権が、私法体系上どこに位置づけられるべきかという観点から、その法的性質を吟味するということであれば、前述のように、短期時効と手続欠缺という厳格な法の適用による手形上の権利消滅は、その基礎となった実質的関係をも含めて観察すると、終局的なものとして法的妥当性を認めえない財産移動をもたらすので、衡平の見地から財産移動の調整を図るものであり、統一条約第二附属書一五条[22]にいうように、不当利得返還請求権であって、民法の不当利得に位置づけられ、その特別の形態と考えるだけで十分であろう。[23] ただ手形法八五条がその不当利得法理を独立に、かつ全面的に規定しているのである。

なお、利得償還請求権はその基礎を「衡平」におくといっても、そのことはあらゆる法分野に共通なことであるから、[24] それ故にこの権利を広く解する、[25] それ故に補充前の白地手形に基づいてもこの権利は成立する、[26] 逆にそれ故に所持人に他の民法上の救済の途なきときに限り成立する、[27] というのは解釈論としての根拠に乏しいといわねばならないであろう。

(1) 利得償還請求権の性質については、古くから争いのあるところである。Wieland, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen (1901), S. 48 は、「利得償還の訴は、故郷を失った難民のように、手形法により民法へ行けと、民法から手形法へ行けと命令され、最後にはその双方の領域から閉め出される」とする。論争の概要については、vgl., Ditscher, "Die rechtliche Natur der Wechselbereicherungsklage" ZHR 65 (1909), 369 ff.

(2) Entscheidung des k. k. Oberlandesgerichtes in Wien vom 24. 9. 1857, Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht (Arch. f. d. W. R.) 8 (1859), 175.

(3) 民法不当利得と見る者のうちにも、condictio sine causa とする者（これに近く手形利得償還の訴は、コンディクチオもヴィンディカチオも適用されえないが、それにもかかわらず或者の財産部分が法的原因 (Rechtsgrund) なしに他人の下にあるときの、補

充的法手段としての actio in factum とするのは、Koch, "Zum Art. 83 der allgem. deutschen Wechselordnung" Arch. f. d. W. R. 2 (1852), 32)、causa data causa non secuta とする者 (Graewell, Arch. f. d. W. R., 1, 138=Koch, a. a. O., S. 41 による)、がある。さらに、「何者も他人の損害において利得すべからず」の（若干漠とした）法原則の援用をいうものとして、Ladenburg, "Die Klage wegen Bereicherung nach der allgemeinen deutschen Wechselordnung" Archiv für Rechtswissenschaft 5 (1858) 38, 43, 48 f.

(4) 大判明治四五・四・一七民録一八輯三九七頁。

(5) Liebe, Die allgemeine deutsche Wechselordnung mit Einleitung und Erläuterungen, Leipzig (1850), S. 219 ff. = L. Jacobi, unten S. 27 f.; Ditscher, a. a. O., S. 370 による。Wieland, a. a. O., S. 55 ff.

木内宜彦「利得償還請求権の制度的な再検討」法学新報七八巻四・五・六号一四四頁、一四七頁、一七二頁、同・手形法小切手法（企業法学Ⅲ）二四三頁以下、二四六頁以下も同旨か。

(6) 浜田・前掲一三〇頁以下、鴻・前掲一五八頁、田中誠二・手形・小切手法詳論上巻二七〇頁、参照。

(7) 大判明治四五・四・一七民録一八輯三九七頁、大判大正四・一〇・一三民録二一輯一六七九頁、最判昭和三四・六・九民集一三巻六号六六四頁。

(8) 岡野敬次郎・日本手形法一三〇頁、松波仁一郎・改正日本手形法四八五頁以下、松本烝治・再版手形法九三頁以下、升本重夫・手形小切手法論三五九頁、竹田省・手形法・小切手法五五頁、伊沢孝平・手形法・小切手法二三三頁、石井照久・鴻常夫増補・手形法・小切手法商法Ⅳ一四四頁、大隅健一郎—河本一郎・注釈手形法・小切手法四〇八頁、大森忠夫・新版手形法・小切手法講義二〇〇頁、河本一郎「利得償還請求権」総合判例研究叢書商法(6)二一八頁。

ドイツ法において、利得償還請求権を、特別の種類の、実定法による不当利得 (condictio sine causa) とするものとして Swoboda, "Die Bereicherungsklage aus dem Artikel 83 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung" Arch. f. d. W. R. 15 (1866), 294 ff.; Hartmann, Das Deutsche Wechselrecht (1869), S. 507 ff. また、Thöl, Handelsrecht. II. Wechselrecht. 4. Aufl. (1878) は、手形利得償還請求権を手形法的な、即ち手形条令によって創られた債権であって、民法的又は純粋に民法的なものではないとするが (S. 381)、訴は当然に一般の訴訟のみができるとするから (S. 382 f.) この説に属すると評せよう。

(9) 田中耕太郎・手形法小切手法概論一九四頁。烏賀陽然良・手形法七〇頁以下。

(10) ドイツにおいては、利得償還請求権が元の手形請求権の残存物 (Residuum) であるとの表現は、ROHG (Urteil vom 9. 5. 1872) 6, 381; ROHG (Urteil vom 29. 4. 1873) 10, 42; RG (Urteil vom 24. 6. 1881) ZHR 31, 427 に見られ、また、詳かな解釈論、たとえば手形訴訟が許されるか否か、についてまで一致するわけではないが、――またそのことが、残存物理論をとることについての批判につながるわけであるが――元の手形請求権の残存物であることは通説である。Rehbein, Allgemeine Deutsche Wechselordnung, 6. Aufl. (1900), Art. 83 Anm. 1; Michaelis, Wechselrecht (1932), Art. 83 Anm. 1; Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz, 13. Aufl. (1934), Art. 89 Anm. 2 (Staub, Kommentar zur Allgemeinen Deutschen Wechselordnung, 4. Aufl. (1901), Art. 83 Anm. 1 ff. und Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung, 12. Aufl. (1929), Art. 83 Anm 1 は、しかし利得償還請求権を、手形請求権の残存物という手形的要素と、原告の損害における被告の利得という民法的要素を包含する sui generis のものとしている); Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz (1934), Art. 89 Anm. 3; Ulmer, Das Recht der Wertpapiere (1938), S. 271; Stranz, Wechselrecht, 14. Aufl. (1952), Art. 89 Anm. 3; Rehfeld-Zöllner, a. a. O., S. 111. さらに、"taxierte" Wechselklage 即ち利得の範囲に制限された手形から生ずる訴とする L. Jacobi, "Der Allg. Deutschen Wechsel＝Ordnung und die sogenannte Bereicherungsklage des Gemeinen Rechts" Arch. f. d. W. R. 9 (1860), 48 f.; 技術的意味においてではなく、手形訴訟は許されないが、広義の手形訴訟 (cum taxatione) で、その法的基礎 (rechtliches Fundament) は手形法の中にあるとする、Renaud, "Zur Lehre von der Bereicherungsklage des Art. 83 der Deutschen Wechselordnung" AcP 46 (1863), 363; 失権した手形の所持人に、固有に、独立に生じた請求権を行使する、民法的な訴であるが、元の手形債権の残存物であるとする、Ditscher, a. a. O., S. 405 f.

ドイツ手形条令八三条（現行手形法八九条も同じ）が、振出人または引受人は義務を負ったままである (verpflichtet bleiben) との文言から、利得償還義務者は、失権後も遡求金額または手形金額を請求され、義務者には、権利者の損害において利得した範囲においてのみ、遡求金額または手形金額について義務を負っているという抗弁がある、即ち利得償還請求権は手形から生ずる訴であり、ただ手形特権だけが除かれ、手形訴訟は許されない、とする Canstein, a. a. O., S. 423 ff. も、残存物理論に入れることができよう。ただし逆にいえば、振出人、引受人に関しては従来の手形債務は消滅していないことになり、Canstein への批判もこの点にある。

残存物理論の学説的な先駆ともいえる Pfersche, GrünhutZeitschrift Bd. 11. は、Canstein, a. a. O., S. 424 Anm. 9 und

Ditscher, a. a. O., S. 391 によれば Canstein の所説に近いが、利得について、Canstein が手形金額または遡求金額の節約と見るのに対して、Pfersche は、常に資金に注目すること、Pfersche は手形訴訟を許容するところにあるようである。

また「残存物」と明言しないが、利得償還の債権は以前と同じように——たとえ消滅はしても——書面行為に基づく、ただ条件づけられ、量的に制限されるだけの債権であるとする Grünhut, Wechselrecht 2. Bd. (1897), S. 560 Anm. 6 も、疑問もあるが残存物理論に入れることができよう (vgl. Ditscher, a. a. O., S. 395 f.)。

(11) 最判昭和四二・三・三一民集二一巻二号四八三頁。鈴木竹雄・手形法・小切手法三〇九頁以下、浜田・前掲一三〇頁以下、田中誠二・前掲二七〇頁以下。

(12) 服部栄三「利得償還請求権と手形証券」現代商法学の課題 中（鈴木竹雄先生古稀記念）七五一頁以下。

(13) 浜田・前掲一五七頁、一七〇頁。

(14) 鴻・前掲一六〇頁。

(15) 服部・前掲七五五頁。

(16) 最判昭和四二・三・三一民集二一巻二号四八三頁、最判昭和四六・四・二三金融法務六二一号三六頁。反対、大判明治四五・四・一七民録一八輯三九七頁、大判大正八・二・二六民録二五輯三八一頁、大判大正一〇・二・一六民録二七輯三一四頁。田中耕太郎・前掲一九五頁、鈴木・前掲三一一頁、田中誠二・前掲二七一頁。

ちなみに、現行ドイツ手形法八九条一項二文の、利得償還請求権の時効期間を三年とする明文の規定のなかった、手形条令八三条に関して、残存物理論をとる学説も、その時効期間を一般債権の三〇年としていた。Rehbein, a. a. O., Art. 83 Anm. 7; Staub-Stranz, a. a. O. (W. O.), Art. 83 Anm. 20. Vgl. Quassowski-Albrecht, a. a. O., Art. 89 Anm. 13. 前掲司法省・ロエスレル氏起稿商法草案下巻二七八頁以下参照。

(17) 東京地裁八王子支判昭和三三・三・二八下民集九巻三号五三三頁。田中誠二・前掲二七一頁、Canstein, a. a. O., S. 423 Anm. 5; Grünhut, a. a. O., S. 560 Anm. 6; Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 2; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 3. 反対、福山区判昭和二・四・七新聞二六九一号九頁。

これを肯定すれば一般に利得償還義務者とされていない振出人、引受人の手形保証人も、振出人、引受人の利得についてではあるが責を負うことになろう。Staub-Stranz, Stranz, a. a. O. は意思がはっきりしないとき、疑わしいときはという限定つきだが、

手形の客観解釈からは、右の結果を認めなければなるまい。手形保証人の意思を問題にするなら後述註(20)の E. Jacobi, S. 946 Anm. 3 のいうように失権前にだけ責任を負うというのが真相に近いであろう。

(18) 北沢正啓「利得償還請求権」商法演習(旧)Ⅲ二〇七頁、浜田・前掲一五七頁、なお一六一頁参照、前田庸「利得償還請求権——その行使の要件およびそれに関連する二、三の問題——」学習院大学研究年報一一・四頁。

(19) 法律行為(手形行為)によって一旦生じた債権(手形債権)が消滅し、別の法定債権(利得償還請求権)が生ずるという点から、商事契約の解除により生ずる原状回復義務の履行不能による損害賠償義務につき、商事性を肯定した、最判昭和三五・一一・一民集一四巻一三号二七八一頁が類似のケースといえよう。ただし反対趣旨の判例がある、大判昭和一〇・一〇・二九新聞三九〇九号一五頁、最判昭和五五・一・二四民集三四巻一号六一頁。

(20) E. Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht (1955), S. 946 Anm. 3.

(21) E. Jacobi, a. a. O., S. 945; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 125; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 1. 「残存物」と解する註(10)に掲げた学説のうちにも、手形訴訟手続が許されるか否かについて、Ditscher, a. a. O., S. 405 が否定するのは当然として、Rehbein, a. a. O., Art. 83 Anm. 8; Canstein, a. a. O., S. 434(ノ); Renaud, a. a. O., S. 362 は否定する。なお田中耕太郎前掲一九六頁も否定説。一般にはそれによる実効性はともかくこれを肯定している。たとえばMichaelis, a. a. O., Art. 83 Anm. 1 a; Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 20; Quassowski-Albrecht, a. a. O., Art. 89 Anm. 3; Stranz, a. a O., Art. 89 Anm. 3 など。これは「残存物」と解したとしても一致した結論が得られるわけではない一例といえよう。

また「変形物」「復活物」ということで、「残存物」ということと何らかの異なる結論が導かれるであろうか。必ずしもそういえないようである。とすると要は、手形上の権利が消滅して、新たな権利が発生することの比喩の巧拙にすぎないといえよう(服部・前掲七五一頁以下参照)。

(22) 条約の正文では、"……contre le tireur qui n'a pas fait provision ou contre un tireur ou un endosseur qui se serait enrichi injustement. ……l'accepteur qui a reçu provision ou se serait enrichi injustement." "against a drawer who has not provided cover (provision) for the bill, or against a drawer or endorser who has made an inequitable gain.… ……an acceptor who has received cover or made an inequitable gain (se serait enrichi injustement)."

(23) 大判明治三八・一一・二五民録一一輯一五八一頁、大判明治四五・四・一七民録一八輯三九七頁、大判大正二・四・一四民録一

九輯二三六頁、富谷銓太郎・商法手形五二頁以下、岡野・前掲一二七頁以下。前掲司法省・ロエスレル氏起稿商法草案下巻中では「無根ノ利ヲ占メタリトノ訴訟」「非理占利訴訟」と呼んでいる。

(24) 石井・前掲一四〇頁。

(25) 田中誠二・前掲二六九頁。

(26) 京都地判昭和四三・六・三判例時報五五六号七九頁。大隅―河本・前掲四〇九頁。

(27) 伊沢・前掲二三六頁。なお後述三、ハ参照。

三　利得償還請求権の発生要件

イ　利得償還請求権の当事者

権利者は、時効完成または手続の欠缺により、手形上の権利が消滅した当時の手形所持人である。遡求義務を履行して手形を受戻したが前者に対する手形上の権利を時効により喪失した者も含まれる。(1) しかし、手形上の遡求義務がないのに失権した手形を償還した者には、それにつき一般私法上の義務があったとしても（銀行取引約定書ひな型六条、一〇条三項参照）、利得償還請求権が原始的に発生することはない。(2) この者は失権の時における所持人ではなかったから。この者には後者に発生した利得償還請求権を譲受けるか、損害賠償者の代位（民法四二二条）等の類推適用を認めるかの余地があるだけである（後述）。権利者は失権当時手形上の実質的権利者であればよく、失権当時、裏書の連続ある手形の所持人として形式的資格を有することが必要(3)なわけでなく、(4) 手形を喪失しておって、失権時までに除権判決を得ていなくともよい。(5)

義務者は、振出人、引受人および裏書人に限られる。問題はむしろこれらの者の利得は何か、ということであり後述する。引受をしない支払人、委託手形の第三者（手形法三条三項）、支払担当者（手形法四条、二七条、七七条二

項)、手形保証人（手形法三〇条以下、七七条三項)、参加引受人（手形法五六条以下）に利得の生ずることは考えうるが、その場合も利得償還義務者ではない。[6] ドイツ法上は裏書人も義務者に加えられていず、[7] 失権した所持人にどのような範囲で救済的な利得償還請求権を与えるかは、立法政策の範囲内の問題だからである。[8]

なお権利者、義務者の問題で注意すべき点は、後述の利得の内容とも絡むけれども、権利者が、利得償還義務者から返還を受ける利得は（後述のいわゆる利得の基準時の問題とは無関係)、権利者の手形上の権利の失権の時点において、その義務者について問題にすべきであるということである。[9] このことは手形法八五条の表現「消滅シタルトキ」（ト雖モ）……「請求ヲ為ス」、に最も則したものであろう。この点をおさえておかないと、時効期間の相対性（手形法七〇条、七七条一項八号）と時効中断の相対性（手形法七一条、七七条一項八号）と相俟って、議論が混乱することになろう。[10]

ロ　利得償還請求権の発生要件

利得償還請求権の発生のためには、第一に手形上の権利が存在していたこと、第二にそれが手続の欠缺[11]または時効[12]によって消滅したこと、第三に義務者に利得、すなわち「其ノ受ケタル利益」があることである。ドイツ法と異なり所持人の損害において利得したことは必要でない。[13]

手形上の権利が存在していたことを要するから、手形が要件欠缺で無効であれば、利得償還請求権の発生はそもそも問題とならない。[14] 未補充の白地手形が失権したとしても、すなわちもし適時に補充していたとしても失権した白地手形は、失権後に補充したと否とを問わず利得償還請求権を発生させない。[15]

ハ　利得償還請求権の二次性（補充性）の問題

二次性の問題とは、A→B→C→Dと約束手形が順次、振出、裏書され、Dの下で手形が失権した場合を想定する

と、Dがたとえば B に対して利得償還を請求するとき、Dの手形上の権利がBに対するもののみならず、他の全ての手形債務者A、Cに対するものも消滅していなければならないか、ということが第一点。さらにDには一般私法（民法）上他に救済の方法があってはならないか、たとえば、DがCのDに対する既存債務の履行のためにCから裏書を受けた場合、この原因債権をなおCに対して行使できるならば、A、Bに対する利得償還請求権は発生しないか、ということが第二点である。

判例はこの二点につきともに利得償還請求権の発生につき消極に解する。すなわち、他に手形上の債務者がある場合は、その者が無資力でない限り利得償還請求権は発生しない[16]。民法上の救済方法があるとき、原因債権を行使できるときは、やはり発生しないとする判例は多い[17]。このことを前提として、手形上の権利の時効消滅後に、原因債権が時効消滅しても利得償還請求権は発生しないとする[18]。正確には、手形上の権利が時効により消滅した時点において利得償還請求権は発生しないことに確定したのであるから、その後たとい原因債務が時効消滅したとしても、この時点においてあらためて利得償還請求権が発生するいわれはないというべきであろうが、この利得償還義務者（とされた者）の原因債務の時効消滅の時点で生じた利得は、手形の失権（時効）とは何らの因果関係もないから、当然のことである（なお、四註（11）参照）。

学説には争いがある。

第一説は判例と同様に、手形上の救済方法も一般私法上の救済方法もないことを要求する[19]。もっともこの説においても、所持人すなわち最後の手形上の権利者に、手形の授受とは関係なく生じた損害賠償請求権、たとえば取立委任裏書の被裏書人の過失により手形が失権したときの被裏書人や、不適法な拒絶証書を作成した公証人に対する損害賠償請求権が考えうるのであるが、それを有していても利得償還請求権の取得を妨げないとするものがある[20]。

第二説は、手形上の債務はすべて消滅したことを要するとともに、それで足るとする説である。[21]

第三説は、所持人が利得の償還を請求しようとする者に対する手形上の権利の消滅をもって足るとする説である。[22]ただ、利得償還義務者と目される者が、原因関係上、なお原因関係の債権者に対して債務を負担している場合には、利得を確定的に得たとはいえないから、利得償還請求権は発生しないとするのが第二説、第三説では一般的である。[23]その際、利得償還義務者とされた者と権利者と称する者が原因関係の当事者であって、前者が後者に対して、原因関係上の債務を負っているときは、右のように考えると当然利得償還請求権は発生しない。[24]

判例が第一説をとって、民法上の救済方法ありとして利得償還請求権を否定したものの大多数は、[25]利得償還の当事者間に原因債権、債務が存在した事案であるから、第二説、第三説中の多数説との相違は出てこない。問題は権利者と称する者が、自分が手形を交付された原因関係の当事者、以外の者に利得償還を請求する場合、たとえばDがCに対する原因関係上の債権を有しつつ、Aに対して請求する場合である。

理論的に第二説、第三説は第一説に対して、手形法八五条はドイツ法と異なり所持人の損害を要件としていないということを理由に批判するのが一般的である。しかしドイツにおいても現在では、この所持人の損害は抽象的に手形上の権利を喪失したことであるとされるから（註(13)参照）、その理由は次のような実質的なことに求めるべきであろう。Dのもとで手形がAに対して失権したときに、Aに対する利得償還請求権が発生するかということを考える。第一説のようにDはCに原因債権を有するから発生しないとすると、CがBに対する原因債権を有しない場合（CのBに対する原因債権の支払に代えて手形の交付を受けたとき、また手形割引売買説をとり、CがBのいわゆる手形買戻義務――銀行取引約定書ひな型六条、一〇条三項――を特約せずに割引いたとき）に、DがCに対して原因債権を行使すると、損害は専らCが被らねばならないからである。[26]なぜなら、CがDに原因債務を履行しても、Dに生じな

かった利得償還請求権を譲受けることも、代位によって（民法四二二条の類推）取得することも不可能だからである。[27] これを避けるためには、DのAに対する失権のときに、A以外の全ての手形団体の構成員B、CにもAに対する利得償還請求権が発生することを承認しなければならないが、明らかに手形法八五条の文言に反する。[28] もっともこのように手形上の権利が消滅した不健全な手形、いわば傷ものとなった手形になったときは、一般にはDのCに対する原因債権の行使は直ちには許されないが、[29] そのときには原因債権は消滅するとしない限り（消滅するとするならばその法的根拠が問題になる）、[30] DのCに対する原因債権行使の余地が、債権の一部についてであろうと、残るのである。[31]

第二説、第三説のいずれをとるべきかは困難な問題である。第二説で、他に手形債務者が残っていてもこの者が無資力であるときは、利得償還請求権は発生するという説[32]では（他の手形債務者の無資力を所持人が立証すべきことになろうが）、第三説と実際上の相違はあまりないであろう。が、手形法八五条は所持人の損害（たとえ損害を手形債権の喪失と解する抽象的損害説をとるとしても）を要件としていないこと、他の手形債務者の無資力を債権の発生要件とすることは私法体系になじみが薄いこと（発生した債権の効力として、債務者の無資力を要件とすることはあるが——民法四二三条、四二四条——。むしろ、利得償還請求権は発生するとしつつ、義務者は他の手形債務者が資力あることを抗弁とできるとするほうが、私法体系にマッチするであろう——民法四五三条参照——）、また、利得償還義務者は後述のように、通常は手形団体において一人の者だけであることから、[33] 全ての手形債権が消滅したことを要件としない第三説をとるべきであろう。手形時効期間の相対性と時効中断の相対性（手形法七〇条、七一条、七七条一項八号、七八条一項）とを考慮に入れると、第二説をとると勤勉な債権者の方が損失を被る結果になろう。たとえば、所持人がある手形債務者に対して時効を中断したが、その手形債務者がその後無資力になったような場合。

(1) 大判大正二・二・二一民録一九輯九〇頁。

(2) Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 14; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 4; E. Jacobi, a. a. O., S. 929; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 3.

(3) 大判昭和五・九・一七民集九巻八一二頁。

(4) 最判昭和三一・二・七民集一〇巻二号二七頁参照。

(5) 最判昭和三四・六・九民集一三巻六号六六四頁。

(6) 烏賀陽・前掲七五頁註(22)は、保証人、参加引受人も義務者とする。So, Michaelis, a. a. O., Art. 83 Anm. 5; Ladenburg, a. a. O., S. 42 ff., 48 f. は、引受をしない支払人、支払担当者も利得償還義務者であるとする。利得償還請求権の問題は手形法ではなくて、民法 (causa data causa non secuta の不当利得) で答えられるべき問題であって、手形条令が義務者を引受人に限ったのは、手形条令を作成したライプチヒ会議の権限が手形に限られていたからであるとする。

(7) しかし、Hueck-Canaris, a. a. O., S. 126, 128 は、手形法の明文 (手形法八九条二項) にかかわらず——それは通常の場合を規定したものとして——たとえば受取人が振出人により好意手形 (融通手形) の振出をうけ、さらにこれを譲渡した場合には、右条文の制限解釈として、義務者と認める。

(8) 鴻・前掲一七四頁。

(9) Rehfeld-Zöllner, a. a. O., S. 112.

(10) この混乱が見られるのは、最判昭和四三・三・二一民集二二巻三号六六五頁である。坂井芳雄・裁判手形法 (増補) 三五〇頁参照。

(11) 主な場合は手形法五三条、七七条一項四号であるが、その他二五条二項、五六条二項、三項、六〇条二項、六六条二項、六八条二項、七七条一項五号、六号。

(12) 手形法七〇条、七七条一項八号、七八条一項。

手形債務者が時効を援用したこと (民法一四五条) を要しないとするのが判例である。大判大正八・六・一九民録二五輯一〇五八頁、大判昭和一二・九・二一新聞四一八八号一三頁。なお、浜田・前掲一四〇頁、一四九頁註(三)参照。

(13) 大判大正二・四・一四民録一九輯二三六頁、大判昭和一四・二・一〇法学八巻七号七八九頁。反対、烏賀陽・前掲七二頁、七五頁、八一頁。

もっとも、ドイツ法において要求される所持人の損害の要件は、抽象的損害、すなわち手形上の権利を喪失したことであって、手形の取得のために対価を供したため、手形の失権によってその対価の損害を被ったことではないことは通説である。Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 4; Rehfeld-Zöllner, a. a. O., S. 112; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 126. 我法において、所持人の損害を要件とされる、納富義光「手形の利得償還請求権」法学論叢三五巻五号一一四五頁以下、もその損害は抽象的損害とされる。

(14) 大阪控判裁判年月日不明新聞一六一号一三頁、徳島地判裁判年月日不明新聞二一三号一一頁、東京控判裁判年月日不明新聞二二七号一九頁。

(15) 浜田・前掲一三四頁、一三六頁等、通説。反対、京都地判昭和四三・六・三判例時報五五六号七九頁、升本・前掲三五五頁、鈴木・前掲三一一頁、大隅—河本・前掲四〇九頁、E. Jacobi, a. a. O., S. 929.

(16) 大判昭和三・一・九民集七巻一頁、大判昭和一三・五・一〇民集一七巻八九一頁、大阪高判昭和三六・九・二七金融法務二九〇号九頁。

(17) たとえば、大判大正九・四・八民録二六輯四七六頁、大判昭和一六・六・二〇民集二〇巻九〇〇頁、最判昭和三六・一二・二二民集一五巻一二号三〇六六頁、最判昭和三八・五・二一民集一七巻四号五六〇頁。ただし、利得償還請求権の成否が直接の審判対象となったものではないが、この第二点の意味での二次性を否定する趣旨を判示したものとして、大判昭和六・一二・一民集一〇巻一一四九頁。

(18) 大判昭和一〇・六・二二新聞三八六九号一一頁、大判昭和一六・六・二〇民集二〇巻九〇〇頁、大判昭和一六・一二・一六法学一一巻七号七二六頁、最判昭和三八・五・二一民集一七巻四号五六〇頁。

(19) 岡野・前掲一三一頁、一三三頁、烏賀陽・前掲八一頁（所持人に損害なきことを理由とする）、伊沢・前掲二三五頁以下、小町谷・判例民事法昭和一五年度五八事件、大橋光夫・手形法四一六頁、Grünhut, a. a. O., S. 559 Note 5, S. 564 Note 15; Michaelis, a. a. O., Art. 83 Anm. 14; Quassowski-Albrecht, a. a. O., Art. 89 Anm. 10.

(20) 伊沢・前掲同所、小町谷・前掲同所。

(21) 竹田・前掲五六頁、納富・前掲一一四九頁、大隅・改訂手形法小切手法講義六三頁、小橋・全訂手形法小切手法講義六七頁。Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 13; Ulmer, a. a. O., S. 272; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 8; Baumbach-

Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 4 f.; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 126.

(22) 松本・前掲九七頁、一〇〇頁、田中耕太郎・前掲一九七頁以下、石井・前掲一四二頁、田中誠二・前掲二七六頁以下、大森・前掲一九八頁、河本・前掲二三三頁、鴻・前掲一六九頁以下、浜田・前掲一四二頁。E. Jacobi, a. a. O., S. 930 ff.; Rehfeld-Zöllner, a. a. O., S. 112. 所持人の有する民事債権については触れていないが、手形上の債権に対する二次性を否定するものとして、Swoboda, a. a. O., S. 306; Thöl, a. a. O., S. 383 Note g; Rehbein, a. a. O., Art. 83 Anm. 7.

(23) 註(21)(22)の文献参照。なお、田辺康平「利得償還請求権の発生要件について」法学新報七五巻一・二号二九頁、三五頁参照。

反対、鈴木・前掲三一二頁註(九)、Ulmer, a. a. O., S. 271 f.; Hartmann, a. a. O., S. 512; Kemmann, "Der Einfluß Zivilrechtlicher Forderung und Verbindlichkeiten auf den Wechselbereicherungsanspruch nach Art. 89 WG" W. M. 1969, 1034 ff. は、利得償還義務者の利得を事実上、現実に受けた対価、資金に限り、利得が債権の形であること換言すれば義務者がなお原因関係上債務を負っていることは、利得の妨げとならないとする。

(24) 鴻・前掲一六九頁以下参照。田辺・前掲二八頁以下、三八頁以下は、利得償還請求権を認める実益がないとされる。

ドイツ法では、裏書人が利得償還義務者とされていない(八九条二項)から、このようなケースは、受取人が振出人に、為替手形の振出人が引受人に利得償還するときに限られるのであるが、通説はやはり利得償還請求権は発生しないとする。RGZ 44, 78 (Urteil vom 30. 9. 1899); Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 8 f., 13; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 8 f., 12; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 6. 反対、Ulmer, a. a. O., S. 271 f.; E. Jacobi, a. a. O., S. 931; Kemmann, a. a. O., S. 1032. Jacobi, Kemmann は、採証上の問題、即ち利得償還請求権と原因債権の請求権競合を認めれば、裁判所は利得償還請求権のあることが明らかになれば、原因債権に関するもはや意味のない採証を強制されることはないことに、その根拠を求める。

(25) 利得償還の当事者と原因関係の当事者が異なる事案として、大判大正五・九・二〇民録二二輯一八一六頁、大阪区判大正八・三・四新聞一五三九号二五頁、東京地判大正八・一〇・四評論八巻商法四九八頁、大判大正九・一・二九民録二六輯九四頁、東京控判昭和一二・六・二九評論二六巻商法三八五頁、大阪高判昭和三九・七・三高裁民集一七巻五号三〇二頁、はいずれも利得償還義務者と申立てられた者が、原因関係上の債権者すなわち義務者から最初に手形の交付を受けた債権者に対して、原因関係上の債務を

負っているから、利得なしとしたもの。名古屋地裁岡崎支部判昭和一〇・五・一七新聞三八四九号一〇頁も同じく直接の当事者でなく、さらに義務者の原因関係上の債務が、手形失権後に時効消滅するという事情が加わった事案（勿論利得を否定）。これと同様の事案として、大判昭和一〇・六・一二新聞三八六九号一一頁があるが直接の当事者ではないのだが、失権前の手形の譲受人か、失権後利得償還請求権を譲受けたのかは不明である。

(26) 後述との関係上、ここではDは手形の失権について故意、過失がないことを前提としている。たとえば公証人の作成した拒絶証書が不適法なときとか、小切手について支払銀行、手形交換所の支払拒絶宣言——小切手法三九条二号、三号——が不適法なとき。

(27) Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 13; Ulmer, a. a. O., S. 271; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 8; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 5; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 126; Rehfeld-Zöllner, a. a. O., S. 112.

(28) Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Rdn. 5.

(29) 拙稿「手形・小切手とその原因関係」新商法演習3手形・小切手八六頁以下。

(30) Müller=Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2/3. Aufl. (1928), S. 508 は、手形所持人に、所謂 Dilligenzpflicht（手形配慮義務）の過失ある違反があるときは、原因債権も喪失するとする。そこでは、原因債権の喪失は現行法からは抽き出せないが、法の発展的形成（Fortbildung）であるとする。

(31) 註(26)の前提の下では、Dの無条件でのCに対する原因債権の行使は許されることには異論ないであろう。

(32) 納富・前掲一一四九頁、大隅・前掲六三頁。ドイツでは通説である、vgl. Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 4; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 126; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 8.

ちなみに、所持人が原因債権があるときには、利得償還請求権は発生しないとする第一説も、原因債権の債務者が無資力のときは、利得償還請求権が発生するとする、Quassowski-Albrecht, a. a. O., Art. 89 Anm. 10 のが真意であろう。

(33) Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 14.

四　利得の内容

利得償還義務者の利得[1]、手形法八五条の「其ノ受ケタル利益」とは、当該義務者が手形の失権によって手形上の債

務を免れたこと自体ではなく、[2]基本関係（実質関係、原因関係）において現実に受けた利益（振出人、裏書人の得た対価、引受人の得た資金）をいい、[3]その際の対価または資金は積極的な金員の交付に限らず、消極的に既存債務の支払を免れたときを含む、[4]というのが判例であり、通説である。したがって、為替手形については、引受人Aが振出人Bから資金を得て、その資金をBに返還を要しなくなった場合にAに利得があり、振出人Bは受取人Cから対価を得てしかもAに対して資金の供給を要しない場合あるいは供給した資金を取戻せるときに利得がある。裏書人Cは、手形取得のときに既に対価をBに供給しているから、さらに裏書したときにDから対価を取得しても、その差額はCの正当な利益、[5]あるいは商才の問題[6]として、ここにいう利得にはあたらないとする。約束手形については、振出人AがBから対価を得て、これを保持してよいときには利得がある。裏書人B、C等は為替手形の裏書人と同じである。

通説がAは資金の返還を要しなくなったといい、またAは対価を保持してよいというときは、AはBに対して原因関係上もはや債務を負っていないことを意味しているのであるが、少数説はその場合にも、すなわちAのBに対する原因債務が残っている場合にも利得償還請求権の発生を認める（三註(23)参照）。

ところで、少数説も含めて、通説、判例は、原因関係上手形を取得する際にその対価として出捐したものと、その手形を交付する際にその対価として取得したものとの差額をもってここにいう利得とする、いわゆる差額理論[7]（Differenztheorie）を前提としていると考えられる。このことは、為替手形振出人の利得に関する叙述をみれば明らかである。すなわち為替手形の振出人が対価を取得し、資金を供しないときに利得があるとする。[8]しかし、差額理論からは通説、判例の承認する結論は論理的には出てこないといわざるを得ない。

第一に、裏書人が手形の取得と交付に際して原因関係上得た差額は、一致して前述のように「利得」でないとするが、「正当な利益」「商才」ということは法律的基礎づけとして成り立ちうるであろうか。差額理論をとる以上、右の

差額は裏書人の利得と解するのが正当である。[9]

第二に、手形上の権利の時効消滅前に原因債権が時効消滅した場合、約束手形振出人に対する利得償還請求権は発生しないとするのであるが、[10]それが振出人に利得がないことを根拠にするのであればおかしい。[11]なぜなら、振出人が手形の交付によって得た対価には何ら変化がなく、手形の取得に要した出捐と目すべきもの（現実には約束手形の振出人は手形を取得はしないのだが、差額理論では観念的に取得を措定する）はゼロであり、または当該手形をまさに決済すべきものとして引き延ばされたままであるからである。したがって、差額理論をとる以上この場合に利得償還請求権を承認するのが正しい。[12]「既存債権ノ消滅ハ時効ト云フ法律所定ノ特別ノ原因ニ因リテ生シタルモノニ他ナラスシテ之カ為メニ振出人カ該手形振出ニ因リ対価ヲ得タルコトトナラサルヤ勿論」[13]、「原因債務の支払いを免れたのは、手形の授受とは関係のない消滅時効の完成という法律上の原因に基づくものであるから、それによって……利益が生じても、それは右にいう利得とはいえない」[14]というのは理由にならない。しかも通説は利得の現存（民法七〇三条対照）を要しないとするから、[15]なおさらである。

第三に、支払に代えて引受をしまたは約束手形を振出した者に、手形の失権によって利得を認めることに異論はない。[16]しかし理論的には、この引受人、振出人の状況は批判の第二で述べたと同じである。さらに手形を交付することによって得た対価は、交付のときに確定的になったのであって（支払に代えてだから）、手形の失権とは何らの因果関係もなく、失権によって利益を得たとはいえない。[17][18]

では、利得、すなわち「其ノ受ケタル利益」をどう解すべきか。

それは、原因関係においてその者が手形の支払によって出捐すべきであったものを、手形の失権によって節約することを得たこと、[19]敷衍すれば、その者が手形団体において最終的に手形の支払を、原因関係の約定上自らの出捐にお

いてなす者であったのに（通常は手形連鎖の最初に立つ者）、失権によって出捐を節約したこと、と解すべきであろう。[20]

かく解することによって、通説が正当に認めるように、裏書人の得た差額は利得とはならず、手形失権前に原因債務が時効消滅した場合には、手形の失権とは無関係な原因債務の時効という別の法律上の原因によって、手形失権後はもはや原因関係上出捐をしなくてよくなったというにすぎない。[21]

また差額理論のいう手形のために支出した費用（与えた対価）と取得した対価の差は、通説が裏書人についていうように、正当な取引による利益、商才の問題であって（売買の例にたとえれば、安く仕入れたものを、高く売ったにすぎない）、手形が失権したということによって、手形法八五条によって吐き出させるべき不当な利得に突如変ずるものではない。さらに、通説が差額理論を前提としたために生じた誤った結論、すなわち裏書人が一定の対価を得て手形債務の保証をする目的で裏書をしたが、手形の失権によって遡求義務を免れたときにこの裏書人に対して利得償還請求ができる、[22]ということは生じえない。なぜなら裏書人の得た一定の対価、すなわち保証料、危険の負担料は、一般の裏書人の得た差額と同じく手形が順調に決済されたならば当然保持して構わない性質のものだからである。この者が手形金額を支払わねばならないことはありうるが、それはちょうど保険者と同じであって、保険事故が生じなくとも保険料が不当利得とならないと同じように、保証料も吐き出させるべき不当な利得とはいえない。（同じことは手形保証人も利得償還義務者に加えられていたならば、この者に対して利得償還を請求できるという考え方に対してもいえる。）

したがって、裏書人に利得のあるのは稀である。受取人がその計算において委託手形（手形法三条三項）の振出を受けて対価を取得して裏書しながら、支払人に資金を供給しない場合、[23]また約束手形の受取人が振出人から融通手形

を振出してもらいこれを裏書して対価を取得したが、振出人に決済資金を供給しない場合[24]に、この受取人＝裏書人に対する遡求権が失権した場合が考えられる。しかし、この受取人＝裏書人は通常なお、支払人（引受人）、振出人に対し手形決済資金給付の義務を負っているから（Revalierungsanspruch）、利得は事実上のもので足るという少数説をとらない限り、利得は生じていない。少数説をとれば、裏書人は利得償還請求権と手形決済資金交付請求権の二つの請求権に曝されることになる[25]。

そうすると、一般には引受人、約束手形の振出人が利得償還義務者である。例外は引受、振出が融通の趣旨であるときである[26]。為替手形が引受けられずに、かつ失権により振出人に対する遡求権が喪失したときは振出人であることにつき現在では異論がない[27]。なぜなら原因関係を考慮すると、支払人をして引受けさせ、引受人を通じて手形を決済すべき者は、彼だからである。かように一般の手形で形成される手形団体で、利得償還義務を負うのは唯一人の者であるのが通常である[28]。例外は引受、約束手形の振出で手形金額の一部に融通の趣旨を含むときであり、その際は為替手形の振出人、約束手形の受取人＝裏書人も、融通された範囲で利得償還義務者となる。

私見のように出捐すべき義務を手形の失権によって免れたこと、出費を節約したことを利得とすることについては、そうすれば「劇場に赴かざる者は入場料だけ利得したこととなり、その結果最も貧乏なる者が最も利得するものと云はねばならぬ」という批判[29]があるが、正鵠を射たものとはいえない[30]。なぜなら利得償還義務者は、原因関係において既に給付を受けたか、給付をうける債権を有しているのである。右の批判の例でいえば既に演劇ないし映画を観たか、常に予約席がリザーブされているのに、入場料を支払わない（手形を決済しない）というところに利得を見るものだからである。

最後に利得の内容に関して二、三の問題について簡単に触れておこう。

第一に利得の減少は顧慮されない。すなわち利得の現存（民法七〇三条）は必要でないとされる。[31] 利得の判断時期[32]は手形失権の時ということになる。[33] ただ出捐を免れたことを利得とする立場では失権後の利得の減少を云々する余地はあまりないであろう。[34]

振出人または引受人が手形の失権によって手形上の債務を免れても、常に手形金額に相当する利益を受けたものと速断することはできないことは[35]当然であるが、差額理論の観点からは理論上の帰結ともいえる。なぜなら手形の交付によって得た対価は手形金額より少ないことが通常であるから。が、ここで述べた理論の観点からは、手形の交付によって原因関係上における約定で自ら得た給付の価格に対する反対給付として出捐すべきものは、手形金額であるのが通常であるから、利得は手形金額であるとの事実上の推定は働くといえよう。判例も、既存の売掛代金債務が約束手形の振出によって消滅し（支払に代えて）、その後右手形債務も時効によって消滅したときは、手形金額である売掛代金相当額の利得があるとするものがある。[36]

第二に利得償還義務者が、権利者に対して手形失権当時人的抗弁を主張できたときは、利得償還請求権に対しても抗弁を主張できる。手形上の権利が利得償還請求権に変ったということで義務者の地位が悪化する理由がなく、また人的抗弁を有していた範囲では利得がないからである。

これに対して義務者Aが権利者Cの前者Bに対して人的抗弁を有し、手形失権当時これをCに対抗できなかった場合はどうか。判例は、利得償還請求権は所持人が前主の権利を承継するものではないから、振出人は所持人の前主との間に相殺すべきものがあっても所持人に対して相殺を主張することができないとするが、[37] Aが利得をしているか否かの観点から見れば、AのBに対する人的抗弁をCにも対抗できるとするのが正しいであろう。[38] 判例のように考えると、Bの無資力の危険はAが負担しなければならなくなるであろう。また第一とも関連するが、Aが客観的価値一〇

〇万円の物をBから一二〇万円で買入れ、金額一二〇万円の約束手形を振出した。ところが隠れた瑕疵のためにその物の客観的価値は八〇万円であったことが後に判明した。このときAのたとえばCに償還すべき利得は幾らになるのか、という問題がある。差額理論および第一に述べた通説の考え方からは、手形の対価として取得した物の価格は瑕疵がなければ一〇〇万円であり瑕疵があったので八〇万円である（当然のことながら瑕疵は手形失権前の事情である）から、八〇万円を償還すべきことになろう。ここでの理論によれば100：120＝80：χ、χ＝96、で九六万円がAの免れた出捐であり、償還すべき利得である。これを抗弁の方向から見れば、AはBからの手形金一二〇万円の請求に対し、隠れた瑕疵を人的抗弁として九六万円を支払えばよく、人的抗弁がCには切断されCの手形金請求に対しては一二〇万円金額を支払わねばならないが、利得償還請求に対しては、Bに主張しえたところをCにも主張でき、その「受ケタル利益ノ限度」である九六万円を支払えばよい。(39)

第三に利得償還請求権の法的性質とも絡むが、それは金銭債務であるのが通常である。なぜなら、義務者が免れたものは金銭支払の債務であるから。ただ利得償還請求権は不当利得の特別形態と理解する私見では、不当利得法は原物返還が原則であるから、利得が債権の形で存するときは、この債権を利得償還権利者に譲渡すればよい。(40)たとえば、為替手形の振出人が支払人に対し既に資金を給付した、または振出人が支払人に対して有する原因債権を資金として為替手形を振出したが、支払人が引受、支払をしなかったために、振出人には支払人に対する資金返還請求権がありまたは原因債権が残っているときである。(41)利得している債権の債務者が無資力であるとき、または利得償還義務者が無資力のとき（後者の場合は民法四二三条の債権者代位を問題とするまでもなく）は実際的な意義をもつ。通説、判例は利得償還義務の内容は当然に金銭支払の義務であることを前提としている。(42)

（1）「利得」をどこに見るかは、為替手形の利用の多いドイツの議論では、特に為替手形の振出人の利得に注目されるため、振出人の得た対価とする①対価説（Valuttheorie）、その亜種として得た対価と給付したまたはしなかった資金との差額とする②差額説（Differenztheorie）、資金の給付を免れたすなわち資金の節約にあるとする③資金説（Deckungstheorie）、手形遡求金額（引受人であれば手形金額）を免れたことにあるとする④手形金額説（Regreß- oder Wechselsummentheorie）が対立している。

①説は、Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrecht und der Privatrechtsnormen des Reichs, 2. Bd. 5. Aufl. (1897), S. 865; Lehmann, Lehrbuch des Deutschen Wechselrechts (1886), S. 579 f.

②説はドイツの通説である。Grünhut, a. a. O., S. 565 Anm. 17; Renaud, a. a. O., S. 365 f., 374; Swoboda, a. a. O., S. 298; Hartmann, a. a. O., S. 511 f.; Rehbein, a. a. O., Art. 83 Anm. 3; Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 5; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 9; Rehfeld-Zöllner, a. a. O., S. 113.

③説は、Thöl, a. a. O., S. 386 Note 12.

④説は、Canstein, a. a. O., S. 424 Anm. 9, S. 430 Anm. 17.

④説は、手形法八五条の文言に明らかに、反するといえる。また I で述べたように対価関係と資金関係は内容としては別のものではない。現に、①説の亜種というべき②説でも対価を観念できない引受人の利得を問題とすべきときには、資金を受けて手形を支払わないときに利得ありとする。すなわち振出人にとっての対価（Valuta）は、引受人にとっての資金（Deckung）と同じもの（Canstein, a. a. O., S. 430 Anm. 17）なのである。利得は、①～④に述べたものに論理的に限定されるものでないことは、本文に述べるとおりである。

（2）大判昭和八・一一・二一裁判例（七）民事二六五頁。

（3）大判大正六・七・五民録二三輯一二八二頁、最判昭和三九・九・四手形研究九〇号六三頁。

（4）大判大正五・一〇・四民録二二輯一八四八頁、大判大正八・二・二六民録二五輯三八一頁、大判昭和二・三・三新聞二六六九号一三頁。

（5）鈴木・前掲三一三頁、田中誠二・前掲二七四頁。

（6）伊沢・前掲二四四頁、鴻・前掲一七三頁。

（7）納富・前掲一一三七頁以下。

(8) 理解のためにいえば、為替手形の引受人A、約束手形の振出人Aについては、それぞれ振出人Bまたは受取人Bとの原因関係上の契約において、Bから受けた給付の価格たとえば売買の目的物の価格（目的物自体でなく、またその客観的価値ではなくて、売買契約において当事者が定めた価格 vgl. E. Jacobi, a. a. O., S. 936 ff.; Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 16; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 10) 消費貸借上の借入金（たとえば利息天引の場合は、売買のときと同じ理由から、現実に入手した金銭でなくて、返還すべき元本）が手形の交付にあたって取得した資金、対価であり、手形を取得する際に（現実には、この例でのAは手形を取得はしないのだが）出捐した対価はゼロである。あるいは見方を変えれば、手形を取得する際に出捐すべき対価は、原因関係上の契約の反対給付としての、売買代金、借金の返済が、Aによる手形の支払ということにかからしめられて、引き延ばされた形で存在するということができる。したがってAに対してDの下で手形が失権（それは時効完成以外にないが）したときは、容易にAに対する利得償還請求権が認められることになる。ちなみに右売買の例でAが吐き出される利得は、売買目的物ではないのは、右目的物をAが保持していることについては、有効な売買契約という法律上の原因があるからである。したがって、手形法八五条という不当利得規定（二参照）によって吐き出すべきは、右売買の例でいえば、代金たる金銭である。

(9) 菰淵清雄・改正手形法註解二六四頁＝伊沢・前掲二四四頁による。

(10) 名古屋高裁金沢支部判昭和三九・七・三高裁民集一七巻五号二九二頁、最判昭和四〇・四・一三判例時報四一三号七六頁。

(11) 時効消滅の順序が逆であれば前述のように（三、ハ）判例は、手形失権時に利得償還請求権はそもそも発生しないとする。私見は、利得償還権利者と称するものが義務者に対して直接の原因債権を有しているときには、本文後述のように利得を解するから、利得償還請求権は発生しないが、そうでない場合には発生すると解する。ただ手形失権の後の時点において原因債務も時効消滅したときは、この後者の時点での義務者の利得は手形の失権とは何らの因果関係もなく、原因債務の時効という別の法的原因に基づくものといえる。これを、通説に反して利得の減少を承認するというか、その時点で利得を欠缺させるというかは言葉の問題であろう。要は、本文で述べたと同じく、原因債務の時効消滅は、その後手形法八五条で吐き出さすべき「不当利得」性を失うのである。

(12) 田辺康平「既存債務の消滅と利得の有無」手形小切手判例百選（新版・増補）一二九頁。OLG Düsseldorf (Urteil vom 4. 8. 1975), WM 1975, 1018. Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Anm. 17. 但し差額理論について批判的であることについては、vgl. Rdn. 6.

(13) 東京区判昭和一一・四・二八新聞四〇〇〇号一四頁。

(14) 東京高判昭和五二・五・一八判例タイムズ三五九号二八二頁。
(15) 東京控判大正三・一一・一四新聞九九二号三〇頁。
(16) 東京地判明治三七・一・二七新聞一八八号二〇頁、東京控判明治四三・六・一一新聞六六八号一一頁、東京地判昭和三二・七・一七下級民集八巻七号一二七一頁。
(17) Hueck-Canaris, a. a. O., S. 126 f.
(18) さらに差額説をとりつつ、利得償還義務者は手形連鎖の初めにいる人間だけであるのが通常とするのは矛盾でなかろうか。Vgl. Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 9, 14.
(19) E. Jacobi, a. a. O., S. 936 ff.
(20) Hueck-Canaris, a. a. O., S. 126 ff. Vgl. ferner, Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Anm. 14.
(21) 原因債務の時効と手形抗弁については、拙稿「手形授受の当事者間において仮執行宣言付支払命令により手形債権が確定した場合と原因債権の消滅時効」民商法雑誌七九巻六号八三四頁以下参照。
(22) 鴻・前掲一七三頁、浜田・前掲一四六頁、田中誠二・前掲二七四頁。
(23) 毛戸勝元・改訂統一手形法論二九五頁、鴻・前掲一七三頁、浜田・前掲一四七頁。東京地判昭和三三・一・一三下級民集九巻一号九頁は、「裏書人が手形資金の提供義務者であること、又は少くとも裏書人が前者たる振出人若くは裏書人に対し対価の支払をなしていないことを要する」とするが、前段は正当であるが、後段は差額理論をとればそうなるが、不当である。
(24) 田中誠二・前掲二七四頁。
(25) この場合、引受人、振出人に対する手形上の債権の時効消滅によって、裏書人に償還すべき利得が生ずるというべきなのか、あるいは裏書人に対する失権の時に利得償還請求権は成立しているが、この者になお手形決済資金給付義務がある間は行使しえないというべきか、あるいはこの義務がある以上利得償還請求権は発生しないというべきか、困難な問題である。第一説は理論的におかしいし、第二説、第三説だとすると利得償還請求権の二次性についての第二説をとったのとほぼ同じことになろう。私見は第三説をとるがその実益ある場合としては、手形資金を既に給付したのに、支払人（引受人）、振出人が手形の支払をせず、そのために裏書人はこの資金の返還請求権を有する場合がある。
(26) これに反し、引受、約束手形の振出（その他為替手形の振出、両手形の裏書でも同じことだが）が贈与として行なわれたとき

は、ドイツでは反対説が通説とされるが (Renaud, a. a. O., S. 367; Lehmann, a. a. O., S. 580; Grünhut, a. a. O., 566 f.; Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 8; Rehfeld-Zöllner, a. a. O., S. 113. 利得についての対価説、差額説の論理的帰結でもある。なぜなら対価・資金を取得していないから)、利得償還請求権は認められる (Thöl, a. a. O., S. 386 Note 12; Canstein, a. a. O., S. 431; Ditscher, a. a. O., S. 403 f., 406 f.; Michaelis, a. a. O., Art. 83 Anm. 10; E. Jacobi, a. a. O., 938 f.; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 8, 17; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 128)。

なお、所持人が贈与を受けた手形を失権させても、利得償還請求権を有することは、所持人の損害を要件としない手形法八五条では当然であろう。前述のようにこれを要件とするドイツでも抽象的損害説が通説で、これを肯定している。

(27) Ladenburg, a. a. O., S. 49 は、資金を受取り、かつ引受ない支払人も、利得償還義務を負うとする。

(28) Ulmer, a. a. O., S. 272; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 14.

(29) 納富・前掲一一四〇頁註九、Grünhut, a. a. O., S. 567 Anm. 18; Staub, a. a. O. (W. O.), Art. 83 Anm. 9.

(30) E. Jacobi, a. a. O., S. 937 Anm. 2.

(31) 伊沢・前掲二三九頁等通説である。東京控判大正三・一一・一四新聞九九二号三〇頁（もっとも、一方で利得を受けた給付そのものとして把握しており、他方で給付の約定価格を利得とする—金銭債務であることを判示—から利得の概念に混乱があるといえよう)。反対、台高院判昭和一〇・九・一四評論二五巻商法一四五頁。

(32) 利得の判断時期については、ドイツでは三説がある。①訴提起ないし争点決定 (litis contestatio) の時とする説、Renaud, a. a. O., S. 376; Swoboda, a. a. O., S. 304; Canstein, a. a. O., S. 433.

②対価を取得した時とする説(与えた対価ないし資金は利得を欠缺させるとする)、Grünhut, a. a. O., S. 565 Anm. 17; Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 17.

③手形失権の時とする説、Quassowski-Albrecht, a. a. O., Art. 89 Anm. 5; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 10; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 18; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 127 である。

(33) 河本一郎「小切手の盗難による失権と利得償還請求権」商事法務一五八号一四頁（注一)。

(34) 為替手形の振出人について、支払人との代替物の売買契約で支払人に対する代金債権を資金として振出したが、引受はされず、また所持人の振出人に対する遡求権が失権した後に、律義に売買契約に従った物を支払人に送付したけれども、その中途で滅失し

たような場合が考え得るであろうか。なお、註（11）、本文第二、第三（二六、七頁）参照。

(35) 大判明治三八・一〇・二八民録一一輯一三九二頁、大判大正九・三・一民録二六輯二一三頁。鴻・前掲一七九頁。

(36) 大判昭和一四・六・二六新聞四四五二号一三頁。同旨、東京区判昭和六・六・八新聞三二九一号一二頁。

(37) 大判大正二・四・一四民録一九輯二三六頁。賛、鴻・前掲一八〇頁。

(38) E. Jacobi, a. a. O., S. 938. なお、福岡高判昭和三七・九・一八金融法務三二一号七頁、は利得償還義務者が原因関係たる売買を詐欺により取消した場合に、利得なしとし、権利者は民法九六条三項の第三者にあたらないとしているが、ここで述べたようにたとえ切断された人的抗弁でも利得償還のときはすべて対抗できるとして解決すべきであったのでないか（民法九六条三項の解釈には疑問をもつ）。

(39) Vgl. E. Jacobi, a. a. O., S. 938 Anm. 1.

(40) Thöl, a. a. O., S. 382; E. Jacobi, a. a. O., S. 943; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 129.

(41) 融通約束手形の振出をうけた受取人＝裏書人が既に手形決済資金を振出人に給付しているのに、振出人が手形の支払をせず、受取人＝裏書人に対する遡求権が失権したとき、受取人＝裏書人の振出人に対する手形決済資金返還請求権を利得償還権利者に譲渡させるべきか、利得償還請求権は発生しないとすべきかは困難な問題であることにつき、註（25）参照。

(42) L. Jacobi, a. a. O., S. 48 f.; Renaud, a. a. O., S. 373; Canstein, a. a. O., S. 422 f.; Grünhut, a. a. O., S. 565 Anm. 17. 但し同所で振出人の得た対価が債権の形で存するときはその譲渡でよいとする; Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 16; Quassowski-Albrecht, a. a. O., Art. 89 Anm. 7; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 10; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 19; Swoboda, a. a. O., S. 298 は引受人の利得のとき支払担当者に対する決済資金返還請求権の譲渡を認めるが、S. 304 では対価が物のときはそれが現存するかぎりそれが利得であるとし、その物の返還を要するとする。

五　具体的適用（原因債務の消滅）

利得償還請求権の発生要件を考察するには後述するように手形の交付によって原因関係上の債務がなお併存するか否かも一定の重要な基準となる。手形の授受が「支払のために」ないし「担保のために」であるときは原因債務が併

存し、「支払に代えて」のときは、原因関係上の債務は手形授受の際に消滅している。また、手形割引のときは、通説である手形売買説では、手形の売買という原因関係はあるが、割引によって原因債務は残らない（但し、民法五六九条参照）。ただ割引当事者間にいわゆる買戻し義務（銀行取引約定書ひな型六条）の特約があれば、原因関係上、手形交付者＝割引依頼人に債務が残る。ここでは手形交付後に原因関係上の債務が残る場合を「支払のために」で代表させ、残らない場合を「支払に代えて」で代表させて述べる。

(1) AがBに対する原因債務の「支払に代えて」約束手形を振出し、その手形のAに対する権利が時効にかかったとき、失権させた者が、Bであろうと、C、Dであろうと、Aに対する利得償還請求権が認められることに異論はない。ただその利得の内容が何であるかにつき、前述のように理論的な争いがあるだけである。

(2) A→B→C→Dと約束手形が順次後者に対する原因関係債務の全部または一部の「支払のために」流通し、Dの下でAに対する手形上の権利が失権した場合はどうか。DがAに対し利得償還を請求するとき、前述のようにAのBに対する原因債務が消滅していなければそれは許されないとされる。そして、「支払のため」に交付されたのであるから、原因債務は手形受領者が手形によって最終的な満足を得たときに、手形による弁済の効果が生じて、消滅する。したがってAのBに対する原因債務の消滅は、BのCに対するそれの消滅にかかり、BのCに対する原因債務の消滅は、CのDに対するそれの消滅にかかる。その意味でDのAに対する利得償還請求権の発生を吟味するためには、A→Dへの手形連鎖における各原因関係を、D→Aへ逆方向に巻き揚げて闡明すること（Aufrollen，以下巻き揚げという）がまず必要になってきそうである。(1)

そこで問題は二つでてくる。この手形連鎖における原因関係の巻き揚げを所持人Dに要求することは実際的ではないということと、CのDに対する原因債務は、Dが手形により満足を受けなかったことは明白だから、消滅せず、し

たがって、Cの原因債務は消滅せずそれ故Bのそれも、Aのそれも消滅せず、AはなおBに対して原因債務を負っているといわざるをえないことである。

前の問題はさておき、後の問題、すなわちDがAに対する手形上の権利を失権させた場合（ここの例でいうとAに対する手形債権を時効にかけたとき）、DのCに対する原因債権は消滅するか、換言すれば、手形を失権させたDはCに対して原因債権を行使することはできないか、は学説上も非常に争いがあり、複雑な問題であって、迷宮の様相を呈しているともいえる。(2)

BがAに対する手形上の権利を失権させ（時効にかけ）た場合に、BはAに対する原因債権を行使できるから、利得償還請求権は発生しないという、判例の考え方を、ここでのDにもあてはめることができるか(肯定判例として三註（25）参照)。利得償還請求権が発生しないという点は採りえないことは前述したが、ではDは無条件に原因債権をCに対して行使しうるか。ここではCの法的地位も考慮しなければならない。判例のケースではAが手形上の唯一の義務者であって、Aにとっては手形上の債務を追及されるか、原因関係上の債務を追及されるかはどちらでもいいケースがほとんどであった。ところが、Cにとっては、原因債務を追及され、その履行と引換に失権した手形をもらったとしても、それだけではCの保護に欠ける。なぜなら、もし、Dが失権前にAに手形上の権利を行使したならば、Aにはその当時は資力があって手形が支払われ、それに伴なってCのDに対する原因債務も消滅したかもしれないし、一旦Aによる支払が拒絶されてもAに対する手形上の権利が残っている間ならば、Cは遡求義務をときには自ら進んで果たして（手形法五〇条一項、七七条一項四号）、Aに資力のあるうちに、手形債権の満足を受けえたかも知れない。さらにAが無資力であったとしても、Bに対する遡求権が保全されておれば、同様にBに対して再遡求することも可能であったということもある。ことに、Dの失権がその過失に基づくということが多いであろうことを考え

ると、Dの無条件での原因債権行使を認めることはできない。

DのAに対する利得償還請求権を認めることによって、原因関係の連鎖を決済する最も簡便な方法は、DがCに対する原因債権を手形金額に対応する部分について放棄するという方法であろう。DのCに対するこの放棄により、Cはもはや手形金額分の原因債権の行使を受けることなく、弁済したと同じ効果を生じ、それ故Bから、その債務の「支払のために」受領した手形によって最終的満足を受けたといいうるから、BのCに対する原因債務は手形金額に応じる部分について消滅する。したがってまたAのBに対する原因債務も消滅する。だから、Aは手形をもって決済すべき、原因関係上Bに対して反対給付をすべき義務を免れたといいうる、という論法である。しかしこの考え方には致命的な欠点がある。それは、Aの利得は手形の失権によって生じたものではなくて、それとは無関係のDのCに対する原因債権の放棄ということによって生じたものであるということである。この点を、CがDに対して原因債務の「支払のために」交付するか「支払に代えて」交付するかは、Aの関知しない他人事である（「支払に代えて」ならば、DがAに利得償還できることは明らかであろう）から、Aの右のような主張を許さないとして、回避することも可能かもしれない。しかし、一般的に、資力の必ずしも明らかではないAに利得償還請求するために、DがCに対する原因債権を放棄することは稀であろう（Cが無資力でAが資力あることが判明している場合には、Dの放棄ということも考えうるが）。もっと一般的に、DのCに対する原因債権行使の問題を考えなくてはならない。

Dの原因債権の行使の可否については、四説の対立があるが[3]、利得償還請求権発生に関して重要なことは、DがAに対する手形上の権利を失権させ（時効にかけ）ると、DのCに対する原因債権は（手形金額に対応する部分は）消滅するか、否かである。消滅する（法律的に原因債権を行使できなくなるといっても同じ）ならば、C↓D、したがってB↓C、そしてまたA↓Bの手形の交付の目的は達せられたことになり、Aはもはや Bに対して原因債務を負っ

ておらず、それ故DのAに対する利得償還請求が認められるからである。

① 原則としてこれを肯定する説[4]は、自ら認めるように、手形上の権利の消滅によってそれとは別の権利である原因関係上の権利も消滅することの理由づけが困難であり、そう解したのでは原因関係上の権利を手形上の権利と併存させたことの実益が乏しくなる。また、Aが（Bもか）無資力のときはDのCに対する原因債権は消滅しないとする点は[5]、利得償還請求権の発生要件に関してその二次性を承認する第一説、第二説すなわち所持人の原因関係上の債務者またはなお存続している手形債務者の無資力を要件とする説を想起させるものである。

同じ結論を「支払のために」手形を交付したこと自体のうちに見出す説もある[6]。すなわち原因債務の債権者が手形を受領してそれを換金し、しかも遡求義務を負わなくなったときに原因債務を消滅させるという条件附代物弁済の合意が、当事者に意識されなくても一般に存在すると推定するものである（意思の擬制）。しかしこの説に対しては、一般にそのような条件附代物弁済の合意が存在するといえるのか[7]、「支払に代えて」との相違は原因債務が存続する期間の相違にすぎないことになるのか[8]、時効中断の相対性（手形法七一条、七七条一項八号）によって、ここの例でいえばDがCに対する遡求権は時効にかけたが、Bに対するそれは中断していた場合、あるいはその逆の場合、にはどうなるのか、という疑問がある。

①′説と類似して、① 健全な手形（手形上の権利が保全されている手形）をCに返還できない以上、Dは原因債権を行使できないとする説[9]。その理由として venire contra factum proprium の禁止（禁反言ないしクリーンハンドの原則）およびドイツ民法三五一条（日本民法五四八条）の類推適用により[10]、自己の過失によって健全な手形を返還できない者は原因債権を行使できないとする。Dが過失により手形を不健全なものにしたときは、DはCに対して原因債権を行使できなくなるのでその結果、CがBに対して原因債権を行使する場合、CはBが与えた手形により最終的

に満足を得たということをBは抗弁でき、BがAに原因債権を行使する場合にも、Aに同じ抗弁が認められることになる。そのかわりにAは利得償還請求権に曝されることになるとする。[11] この説に対しては、まず原因債務とその「支払のため」に受領した手形との関係が、その行使により原状回復義務を生ずる解除権の場合と本質的に類似するかは問題であろう。むしろ被担保債務と担保の関係に類似するのではないか。したがって担保権者が担保目的物を毀損した場合に、被担保債権を行使できるか否かの問題に連なるのではないか。そうすると担保権者の担保設定者に対する損害賠償義務で処理する方が適切ではないか、それがまた次の②説の述べるところでもある。またこの説は、②説のような手形における原因関係連鎖の巻き揚げは起らないということにメリットをおくのであるが[12]所持人Dの過失によらない失権のときや[13]、自ら認めるようにAが（Bもか）無資力であるときはわが民法五四八条の「自己ノ行為又ハ過失」の要件も「著シク……毀損シ若クハ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至リタル」の要件も充たさないので、DはなおCに対し原因債権を行使できるとするから[14]この範囲では原因連鎖の巻き揚げは避けられない。しかも、Dに利得償還請求権が発生するか、それとも原因債権行使を認めるために原因連鎖の巻き揚げが生ずるか、はDの過失の有無、Aに資力があるか否かという微妙な事実問題にかかってこざるを得ないであろう。

② DがAに対する手形上の権利を失権させても、手形の交付が「支払のため」である以上、DはなおCに対して原因債権を行使できるが、CはDが過失によって手形を失権させたことによる損害の賠償請求権をもって、相殺することができるとし、Dの無条件での原因債権の行使は拒めるとする説[15]。

その際、損害の額はただちに手形金額に相当するもの[16]でもあるいはそれが推定されるもの[17]でも、または原因債務の額（正確には原因債務中手形金額に相当する部分であろう）に達すると推定されるもの[18]でもあるまい[19]。損害は、Cが手形上の権利で簡便にA、Bに追及できたものを、Bに対する原因債権を行使しまたは後述のところにしたがってA

に対する利得償還請求権を行使しなければならなくなったための費用、手間の増加[20]、A、Bがそれぞれの手形上の義務の消滅後に、無資力になったことによるもの[21]、DがCに対してCの原因債務を追及するときまでに、BのCに対する原因債務、AのBに対する原因債務が時効消滅していたことによるもの[22]、が考えられる。したがってA、Bの原因債務はなお存続し、A、Bに資力があればCが前の部分の費用、手間の増加という損害を主張するかどうかは別として、後の部分の損害はないといえる。またA、Bが最初からあるいは手形満期のときに既に無資力であったときにはCに損害はない[23]。

このようなDの損害賠償債務を基礎づけるDの配慮義務（Dilligenzpflicht）[24]のわが国での実定法上の根拠としては、類似した法状況を規制する民法五〇四条、民事執行法一五八条に求め[25]、さらにまた、Dが原因債権の他に手形債権という担保を取得していると経済的に評価できるという類似性により、民法二九八条、三五〇条に求めて、この義務を肯定することができよう[26]。

ところで、Aに対する利得償還請求権がDに発生していたとき、原因債権を行使されたCは、この利得償還請求権を自己に移転させうるかについて、損害賠償者の権利に関するドイツ民法二五五条（日本民法四二二条に対応）の準用により、CはDに利得償還請求権の譲渡を請求できるとされ[27]、反対は見られないようである。わが民法四二二条は法律上当然の代位を認めているから、それを類推適用すればCが原因債務を履行したときは、法律上当然に代位するということになろう[28]。あるいは、原因債権と手形債権の併存が、被担保債権と担保の関係に類似するところから、担保設定者が弁済した場合の代位に関する民法五〇〇条を類推適用すべきか、あるいは物上保証人として自己の債権に、第三者の債務のために債権質を設定した者が、第三者の債務を弁済したときには、自己の債権上の質権は当然消滅するという、当然の理を、手形の実質的代償物たる利得償還請求権に及ぼすとすべきか、法律構成は種々ありえよ

うが[29]、Cが利得償還請求権を当然取得するということは認めてよいであろう。このことは、Cの原因債務の履行が現実の金銭による出捐によって行なわれようと、原因債務の手形金額に対応する部分が、前述のDに対する損害賠償請求権による相殺によって行なわれようと異ならない。後者の場合も自己の債権を出捐している点で、金銭による出捐と変らないから。

次に、CはDがAに対して取得した利得償還請求権を、Dから取得することは、右述のとおりであるが、CはBに対する原因債権を行使できるか。

Bが原因債務の「支払のため」にCに交付した手形は、Cの換金化（Dへの「支払のため」の交付）が成功せず、CはDから原因債務の履行を求められたのであるから、Cは手形によって最終的満足を得られなかった。したがってBのCに対する原因債務は消滅の原因を欠く。CはなおBに原因債権の行使は認められる。また、CはAに対する手形上の権利の失権について過失はないから無条件にBに対する原因債権を行使できる[30]。Bがこの原因債務を履行すれば、Cについて述べたと同じ理由から、Cに移転していたDのAに対する利得償還請求権が、法律上当然にBに移転する。ここで原因関係上の当事者であるA—B間で、BのAに対する利得償還請求権があるということは、判例通説が、原因関係上の当事者間では、「支払のため」に手形が交付されたときに、利得償還請求権は発生しないとすることと、矛盾しないことはいうまでもあるまい。ここでBのもつ利得償還請求権はDにおいてAに対して発生したものである。

CがBに対して無条件に原因債権を行使しえたと同じ理由から、BはAに原因債権を行使できる。Aが原因債務を履行すれば、利得償還請求権は混同（民法五二〇条）によって消滅する。Bが利得償還請求権を行使することも（両債権の時効中断の関係から[31]）可能であるが、Aは原因関係上の当事者であり、まず考えられないであろう。

ところで、右に述べたところは、A、B間の手形の交付が原因債務の「支払のため」であっても、Aに対して（Dの）利得償還請求権が発生することを前提としていた。しかし通説はAがなおBに対して原因関係上債務を負っているときには、Aに利得がないという理由で、（Dの）利得償還請求権の発生を認めていないことと、牴触しないであろうか。ここで、改めてAの利得の問題にもどって吟味しなければならない。

Aの利得の有無は、手形が失権したときにおいて判断しなければならないことはいうまでもない。失権の時、Bが手形を所持していたのであれば数多くの判例が示すとおり、利得償還請求権は発生しない。しかし、Bは失権の時以前に手形をCに交付してしまっていたのである。BはAに対して原因債権を有しているからといって、これを行使することができたであろうか。失権の時までにBがこれを行使すれば、Aは手形と原因債務の二重払いの危険を回避するために、手形と引換に、という同時履行の抗弁を提出できる。[32] したがって失権の時点において、Bが手形を他に交付していたことが判明すれば、Aは手形上の債務を免れて、かつBから原因債務を追及されることも免れていた（直ちに弁済を強要されないという意味において）のである。これを手形失権時における、Aの利得と考えることは不自然ではない。本稿におけるように、Aの利得は、原因関係を考慮して、自らの出捐において手形を決済すべき者が、手形の失権によって出捐を免れたことと解することには、より合致こそすれ、矛盾するものではない。利得償還請求権を前述二の不当利得の特別の形態と考えるときは、不当利得は一時的な債務者の利得を最終的に調整するものだから、一時的に給付を免れていることを利得と解して妨げない。これに反してAはBに原因債務を負っているから、Aに利得はないという考え方は、まさに概念遊戯以上のなにものでもないのではないか。なぜなら手形失権時に法律的にAはBからその原因債務を直ちに弁済することを迫られてはいなかったのであるから。

それでは手形失権後、AはBから原因債務を無条件で追及されるであろうか。Aにとっては、Dに（正確には、A

には誰が手形の最終所持人かはわかっていないからB以外の不明の誰か、というべきだが）利得償還請求権が発生している以上、Bに原因債権の追及を許せばAに二重払いの可能性があることは、失権前と変らない。ではこの場合にも失権した手形であれ、それと引換に原因債務を履行するという、同時履行の抗弁を認めるべきか。[33] この問題は、利得償還請求権の行使、譲渡に失権した手形の所持、交付を要するかの問題と絡んでくるが、ここでは一応BがAの二重払いの可能性がないことを証明すれば、なお原因債権の行使が可能であると解する。すなわちBがAに対して原因債権を行使する実益は、Aに対する手形上の権利の失権後であれば、Dから順次、原因関係連鎖の巻き揚げがあったときであり、その際わが国では、Dに生じたAに対する利得償還請求権は、代位的構成によって法律上当然にD→C→Bと移転しているから、Bがこの利得償還請求権も有していることを証明すれば、Aに対して原因債権を行使できると考えてよいのではないか。換言すれば、Aから「支払のため」に交付された手形を自らも「支払のため」にCに交付したが、手形による支払い決済が失敗してCから原因債権を行使されたことを立証すれば、BはAに原因債権を行使できるといえよう（同じことは、CがBに対して原因債権を行使するときにもいえるのである）。[34]

要約すると、A→B→C→Dがすべて原因債務の「支払のために」手形が授受されたものであり、DがAに対する手形上の権利を失権させた（時効にかけた）とき、Dは自己の前者達の資力の有無を問うことなく、Aに対して利得償還請求権を行使するか、自己のCに対する原因債権を行使するか、好きな方を選択することができる。選択の際Dが考えるべきことは、A、Cの資力の有無であり、Cに請求すると、あるいはいわゆる配慮義務（Dilligenzpflicht）違反の損害賠償請求権を対抗されるかもしれないこと、[35] また立証の容易性ということであろう。Dが利得償還請求権を行使したときには、原因連鎖の巻き揚げが必要でなくなるだけのことである。この原因連鎖の巻き揚げが非実際的であり、利得償還請求権一本ですべてを解決したいという願望があること[36]は理解できるが、この巻き揚げを理論的に常

に阻止できるものではないのである。ただし「支払のため」とは、甲が乙にそのために交付した手形を乙がさらに丙に再交付し、乙が遡求義務を免れたときに甲の原因債務が消滅することであると概念規定すれば[37]別である。

Dについて述べたことは、原因債務をたとえ前述の相殺によってであれ、履行したCについてもあてはまる。Cの考慮すべき事項は、自らの責で手形を失権させた者ではないのでA、Bの資力の有無であり、立証の容易性であろう。

③　DのCに対する原因債権の行使を、DがCにそれによっても損害を与えないことを立証したときに限り許容する[38]説である。

Dに利得償還請求権が発生するか否かの問題はこの説では必ずしも明らかでない[39]。発生するとしてその利得の内容も、前述の差額理論をとっていることは窺えるが[40]、AがBに原因債務を負っているということがあるので明らかでない。

この説の唯一の論理的帰結ではないが(ということは、②に述べた私見のように利得償還請求権を承認する余地がある。そうすると、Cの損害を受けないことを立証できなかったDには、Aに対する利得償還請求権一本のみが残る。)、利得償還請求権の二次性についてこれを肯定する前述第一説に立つと[41]、DがCに対する原因債権を行使しようとして、Cが損害を受けないことの立証に失敗したときは、Dに利得償還請求権の発生が認められよう[42]。そうするとDがCに原因債権を行使しようとするときにはCの無損害を立証しようと努力するであろうが、Aに利得償還請求をしようとするときは、Cが損害を被っていることを立証すべきなのか、あるいは何もしなくてよいのか、逆にAがCの無損害を立証すべきなのか？　またCがBに原因債権を行使するときにはどうなのか？　の問題が続出するであろう。それはともかく、利得償還請求権の発生についてAの利得は手形失権時に客観的に定まっているはずのものが、Dの、Cにおける損害の存否の立証の巧拙しかも拙の方にかかっているというのは、いかにもおかしいのではなかろうか。

(3) A—Bは「支払のため」、B—Cは「支払に代えて」約束手形が授受され、CがAに対する手形債権を失権させたとき。これは最判昭和四三年三月二一日[43]のケースでもある。ここで注意しなければならないのは、CがAに対する手形債権を失権させる以前に、Bに対する手形債権（遡求権）を失権させているのが通常である（手形法七〇条一項、二項、七一条、七七条一項八号、七八条一項）ということである。

右最判の原審は、Aは、Aに対する手形債権失権のときBになお原因債務を負っていたから利得はない（通説・判例）し、Bに対する遡求権が満期後一年の時効期間経過で消滅することにより、BがCから得た対価の取得は決定的なものとなり、その結果Aに対するBの原因債権もまた消滅し、Aは原因債務の支払いを免れるにいたったというべきであるが、これによる利益の享受は、Bの遡求義務の時効消滅という、Aによる手形の振出とは直接関係のない別個の法律上の原因に基づくものであるから手形法八五条に定める利得にあたらないとした。これに対して、最高裁はAの右利得は、Cの有する手形上の権利の時効消滅により生じたもので手形法八五条にいう利得にあたるとした。

原審の考え方は従来の判例、通説に立脚すると十分理に適ったものである[44]。しかし結論的には、理論構成の点はともかく多くの判例批評が賛成するように、最高裁の結論が正しいといえる。しかし、最高裁の議論には概念の混同がある[45]。すなわち、右判例のいうAの利得は、CのBに対する遡求権の消滅によって生じたものであって、Aに対する手形債権の時効消滅によって生じたものではないのである。最高裁のようにいうと、極端な例ではあるがBに対する遡求権の時効中断が続いている間に、Aに対する手形債権の時効が完成してしまったとき（手形法七一条、七七条一項八号参照）はAには判例のいう「利得」は存在しないことになろう。

最高裁の結論は、前述したように、利得償還義務者の利得とは、原因関係を考慮するとその者の出捐において手形を決済すべき者が、手形の失権によって出捐を免れていること、と解することによって、初めて理論的に正当に導く

ことができよう。Bが当該手形を「支払のため」にさらに交付しようが、「支払に代えて」交付しようが、Aにとってはまさに他人の問題なのである。

同じ結論を、「支払のため」とは、Bが手形を受取ってそれを換金し、しかも遡求義務を負わなくなったときに、Aの原因債務を消滅させるという当事者の合意であると、A、Bの意思を擬制することによって導く説もある。(46)

最高裁の結論に反対し、わが手形法は裏書人も利得償還義務者に加えているから、「支払に代えて」手形をCに交付したBは、CのBに対する遡求権の消滅により、Cに対し利得償還義務を負い、BはAに対して原因債権を行使しうるとする説がある。(47) この説は理論的には、最も一貫した図式を提示できる。しかし、利得償還義務者の利得について、本稿とは別の考え方をとるものといえよう。前述のように、裏書人は、本来自己の出捐をもって手形連鎖を決済すべきものではないから、利得償還義務者となるのは稀であるとする立場からは、賛成できない（なお(4)参照）。

(4)　A—B、B—C間がともに「支払に代えて」のとき。Aが利得償還義務者であることは(1)で述べた。(3)の最後の説は、「『利得』ある債務者は、手形の流通過程において最初に手形を代物弁済に供した手形債務者について生ずる。けだし、これに次ぐ代物弁済提供者は、自己が手形を取得するのに際し既に出捐があるから、手形を自己の債務の代物弁済に供するのはその出捐の回収になるのであって、利得がある者ではないからである（前者後者の関係にある数名の手形債務者が、利得を分け持つこともありうる(48)）」とされる。「利得」概念の理解のしかたが必ずしも詳かではないが、いわゆる差額理論をとれば右のカッコ書のほうが、理論的に正確でなかろうか。

(1) Wahl, a. a. O. (Rabels Z), 4, 410.

(2) ドイツにおける学説の対立の基本は、Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 6, (W. O.), Art. 83 Anm. 11 f. (Grünhut, a. a. O., S. 565 Anm. 17 も同旨) と Michaelis, a. a. O., Art. 83 Anm. 11 に示されている。そこでの争いは、引

受人Aが振出人Bの振出した為替手形を、AのBに対する原因債務のために引受をし、Bは受取人Cに対する原因債務の支払のために交付したとき、CがBに対する遡求権を失権し、次で引受人に対しても失権したとき、AのBに対する原因債務は消滅するか否かである。Staub-Stranz はこれを肯定し、利得償還義務者は引受人であるとするのに対し、Michaelis はこれを否定し、振出人が引受人に対する原因債権を利得しているとする（振出人自身が、自らは利得償還義務を追及されないことが確定したのに、原因債権を行使するときは引受人に害意の抗弁——Arglisteinrede——が認められる）。

この論争は、Bが遡求義務を免れるとAのBに対する原因債務は消滅するかという点については、否定説の Michaelis が理論的に正しいといっていいであろう。Vgl., Quassowski-Albrecht, a. a. O., Art. 89 Anm. 9. 但しBのCに対する原因債務は消滅するとする Anm. 18; E. Jacobi, a. a. O., S. 939 ff.; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Einl. WG Rdn. 42 ff., Art. 89 Rdn. 12; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 127.

ところで Staub-Stranz の論拠は、ドイツ手形法では裏書人が利得償還義務者から除かれているところにある。したがって裏書人を義務者としているわが国には直ちにその論拠を移すことはできないともいえる（もっとも「利得」の観念のしかたにもよるが）。Staub-Stranz は次のようにいう。（為替手形）の振出人と同じく全ての裏書人は手形を支払のために取得し、さらに譲渡する。そのときに裏書人が、手形所持人の遡求権の喪失にもかかわらず、裏書人の直接の前者に対する民法上の請求権が存続するということによって利得しているというならば、法律はこの場合に裏書人に対する所持人の利得償還請求権を認めねばならなかったであろう。利得償還請求権がないということは法律の意味に従えば、手形をさらに譲渡した振出人および裏書人の民法上の債権は、振出人、裏書人に対する遡求権が存在しなくなったときには消滅するということに基づくか、または民法上の請求権の存続にもかかわらず、ドイツ手形法八九条の意味での利得は存しないということに基づく。

（3）拙稿・前掲新商法演習八六頁以下参照。

（4）河本一郎・約束手形法入門〔第三版〕二二一頁以下、二五五頁、大隅—河本・前掲四四四頁以下、すなわち註（2）で述べた Staub-Stranz の説である。Vgl., Miller, Wechsel und Grundforderung (1969), S. 99.

（5）河本・前掲入門二二二頁。

（6）豊崎光衛「利得償還請求権の発生と原因債権との関係」ジュリスト四三三号（昭和四三年度重要判例解説）八七頁。

（7）坂井・前掲三五九頁。

(8) 一方は交付のとき、他方は原因債務の債務者に対する遡求権消滅のとき。またそのように考えると、原因債務の債務者が「弁済のために」無担保裏書したとき（手形法一五条一項、七七条一項一号）、白地式裏書のある手形を単なる交付で譲渡したとき（手形法一四条二項三号）、振出人以外の者が持参人払式小切手（小切手法五条一項三号、二項、三項）を単なる交付で譲渡したときは、そのときに原因債務は消滅することになりはしないか。そうすると、これらの場合は反対の意思が明らかでない場合は「弁済に代えて」ということになるのであろうか。

(9) 小橋一郎「利得償還請求権」新商法演習3二七二頁、Hueck-Canaris, a. a. O., S. 152 ff.

(10) Hueck-Canaris, a. a. O., S. 153. 健全な手形を返還できないことを、債権者の過失（Verschulden）と著しき毀損（wesentliche Verschlechterung）との両者にかけて、柔軟な取扱いを図ろうとする。

(11) Hueck-Canaris, a. a. O., S. 127 ff., 152 f.

(12) Hueck-Canaris, a. a. O., S. 127, 153.

(13) たとえばここでのA→Dの説明では適切でないが、Dからさらに Eに裏書されEの過失で失権した場合（裏書人の後者はすべて裏書人の履行補助者と考えれば——Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 23——別であるが）、また公証人による不適法な拒絶証書の作成の場合。

(14) Hueck-Canaris, a. a. O., S. 154.

(15) 上柳克郎「小切手の原因債権に基く請求と小切手の返還との同時履行」民商法雑誌四〇巻一号七九頁以下、古瀬村邦夫「原因債権の行使と手形の返還」商法演習（旧版）Ⅲ一八九頁、拙稿・前掲八九頁、Staub-Stranz, a. a. O.(W. G.), Art. 89 Anm. 26 a; Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm. 25; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Einl. WG Rdn. 45 ff.; Rehfeld-Zöllner, a. a. O., S. 100.

(16) 大阪高判昭和三九・七・三高裁民集一七巻五号三〇二頁。

(17) Miller, a. a. O., S. 103.

(18) 伊沢孝平「手形の呈示と受戻」手形法・小切手法講座Ⅳ一七三頁註（一）、Ulmer, a. a. O., S. 291 f.; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Einl. WG Rdn. 45.

(19) Vgl., Hueck-Canaris, a. a. O., S. 153.

(20) 河本・前掲入門二二〇頁以下、大隅―河本・前掲四四五頁はこれを実際上不可能な実質的損害の算定とされるが、死亡幼児の受べかりし利益の算定よりも困難であろうか。

(21) この損害は、Aが破産し、Cが破産配当しか受けられないときには最も判然とする。

(22) Bの原因債務が時効消滅すれば、Bが時効を援用する限りCはBからはなにものをもとれない。またAの原因債務が時効消滅すれば、前述のように(四参照)、それが手形失権前であればAに対する利得償還請求権は何者にも発生しないし、手形失権後であれば時効完成という法律上の原因によって利得の欠缺を招来するといえる。

(23) Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 26a. 満期から手形失権までの期間のA、Bの無資力化の危険はCが負うか、Dが負うかは問題であるが、民事執行法一五八条の趣旨からDが負うというべきであろう。

(24) Vgl., Miller, a. a. O., S. 98 ff.; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 147, 153. なお、小橋・前掲新商法演習三二六九頁参照。

(25) 拙稿・前掲新商法演習八九頁。民事執行法一五八条は昭和五四年改正前民事訴訟法六一一条にあたる。

(26) 大阪高判昭和三九・七・三高裁民集一七巻五号三〇二頁、東京高判昭和四九・六・二一金融法務七二六号三八頁参照。

(27) Staub-Stranz, a. a. O. (W. G.), Art. 89 Anm. 13; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 5.

(28) 上柳克郎「利得償還請求権に関するドイツの一判例」民商法雑誌三六巻六号八〇六頁註(3)。

(29) 原因債権が主で、その支払のために交付された手形債権が従であり、手形債権が原因債権を担保するものであると考えれば、手形債権が消滅して発生する利得償還請求権も原因債権に対して従たる関係に立ちこれを担保するものということになるから、Cが原因債権を履行したときに利得償還請求権を損害賠償者の代位(民法四二二条)、担保設定者による弁済の代位(民法五〇〇条)により取得する、あるいは自己の債権に債権質を設定した者が被担保債務を弁済すれば当然債権質は消滅するという構成で取得する、というのとは関係が逆さまになることは認めなければならない。しかしDにとってはC、D間の原因関係上の約定で給付を受けるべきものを、原因債権の行使で得られようと手形債権の行使またはその実質的代償物たる利得償還請求権で得られようと、経済的にはどちらでも構わないから、原因債権と利得償還請求権は相互に担保しあっているのだと解することもあながち不当とはいえないのではないか。原因債権と手形債権についても相互に担保しあうと見た場合に、Cが失権前に、手形債権の方を履行したときにもDに代位してDの原因債権を取得するとしたところで、それはDのCに対する債権であるからCのもとで混同(民法五二〇条)により消滅し法律的には意味がない。

(30) 但し、Cの手形上の後者はすべてCのいわゆる配慮義務 (Dilligenzpflicht) に関する履行補助者とし (Stranz, a. a. O., Art. 89 Anm 23)、あるいはCの過失を問わずCのBに対する原因債権が消滅する (Müller=Erzbach, a. a. O., S. 154) と解すれば別であるが。反対、Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 12; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 154.

(31) 四註(21)参照。

(32) 拙稿・前掲新商法演習八三頁以下。

(33) Hueck-Canaris, a. a. O., S. 127 f., 151; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 14; Kemmann, a. a. O., S. 1034.

(34) 本文の考え方は、Bが自分は誰にも手形を交付せず、自分の手下で手形を失権させた、そして手形は喪失しているが、Aに対して原因債権を行使すると主張したときには問題があろう。この場合にも立証の問題と考えたい。このことは利得償還請求権の行使、譲渡に手形の所持、交付を要し、手形喪失のときには除権判決を許すと解したとしても解決にはならない。通説、判例はこの場合（A—B間が支払のため）利得償還請求権は発生しないとするし、行使するのは利得償還請求権でなく、原因債権だからである。このことを考えると、この場合にも利得償還請求権の発生を認め（鈴木・前掲三一二頁註(九)、Ulmer, a. a. O., S. 272; E. Jacobi, a. a. O., S. 931 ff.; Kemmann, a. a. O., S. 1032)、かつ利得償還請求権の立証のため、原因債権の行使のためではなくて、除権判決の申立を許容すべきであろうか。

(35) 利得償還請求権の発生にはDに過失があっても構わないことに異論はあるまい。

(36) たとえば Hueck-Canaris, a. a. O., S. 153; Kemmann, a. a. O., S. 1031 など。

(37) 豊崎・前掲八七頁はこれに近いが、勿論例外を承認される。

(38) 伊沢・前掲講座一七二頁、鴻・前掲一七一頁、同「原因債権行使の方法」手形小切手判例百選（新版・増補）一〇九頁、河本・前掲入門二二〇頁。

(39) 河本・前掲入門の立場は①で論じた。

(40) 鴻・前掲研究ノート一七一頁以下、伊沢・前掲手形法・小切手法二三八頁以下。

(41) 伊沢・前掲二三五頁以下。

(42) 田辺・前掲法学新報三一頁以下。なお、同論文三一頁が、利得償還請求権の二次性について第二、第三説をとって、利得の意義につき実質関係上対価を得てしかも手形上の義務を免れておれば足り、一般民商法上の義務を免れていることを要しないという説

をとれば、この場合Dに利得償還請求権が発生するとされるのは、当然のことである。ただ、同論文三九頁が、二次性について第二、第三説をとれば利得を右のように解しなければ全く無意味であるとされるのは理解できない。

(43) 民集二二巻三号六六五頁。
(44) 坂井・前掲三四九頁。
(45) 坂井・前掲三五〇頁。
(46) 豊崎・前掲八七頁。その批判については、註(6)に対応する本文参照。
(47) 坂井・前掲三五五頁以下。
(48) 坂井・前掲三五五頁以下。

六 おわりに

利得償還請求権の問題は、いわゆるその二次性の問題を除けば、実際上の価値はそれほど大きくはないのに、ただし呈示期間が短くまた主たる債務はなくすべて遡求権として処理される小切手のときには実際上の価値も無視できないと思われるが、学説上好んでとりあげられるテーマといえよう。

私見を要約すれば、いわゆる二次性の問題については、利得償還の権利者と義務者の間に原因関係上の債権、債務があるときにも利得償還請求権を認むべきかについては若干の疑問をもちつつもこれを否定し、利得償還請求権に二次性はないとする第三説をとる。利得の内容としては、原因関係を考慮するとその者の出捐において手形を決済すべき者(引受人、約束手形の振出人、未引受為替手形の振出人、融通手形の受取人＝裏書人)が手形の失権によって一時的にせよ出捐を免れていること、と解する。すなわちこの者が、手形を「支払のため」に交付しようと「支払に代えて」交付しようと、利得償還請求権の発生にはかかわりがない。[1] また手形の受領者がさらに後者に対して「支払のため」に交付しようと「支払に代えて」(手形買戻義務を伴わない手形割引に出しても同じ)交付しようと変わりが

ない。そして利得が債権の形で存在するならばそれを利得償還請求権者に譲渡すればよい、ということである。

その他利得償還請求権については書換手形の場合の利得[2]、その行使、譲渡に手形またはそれに代る除権判決の所持を要するか、等々の問題があるが、本稿では割愛する[3]。

(1) Hueck-Canaris, a. a. O., S. 127; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 89 Rdn. 14.

(2) 書換手形の場合、利得の有無は旧手形について判断するとするのが確定した判例といえる。大判明治四〇・六・二六新聞四〇七号九頁、大判大正四・一〇・二六民録二一輯一七七五頁、大判大正五・一・三一民録二二輯九九頁、大判大正五・九・六民録二二輯一六九一頁、大判昭和五・九・一三新聞二六一二号一六頁等。

その理論付は難しい問題であるが、私見の立場からの試論としては次のように考えている。新手形の失権により、利得償還義務者は旧手形債務を免れるという利得をしているから、旧手形債務を権利者に譲渡しなければならない。しかし旧手形債務も失権しているであろうから、旧手形債務の失権により利得しているものを返還すればよいのである。旧手形債務が失権していなければ、権利者は当然旧手形により権利を行使するであろう。

(3) 本稿を草するに当り大いに参考にした Canaris には "Der Wechselbereicherungsanspruch" WM 1977, 34 の論文があるが、当該 WM (Wertpapier-Mitteilungen), 1977 が欠号のため参照しえなかった。

≪Summaries of Contents≫

Über den Wechselbereicherungsanspruch

Ryuji OHTSUKA*

Art. 85 des japanisches Wechselgesetzes gewährt dem Inhaber des Wechsels ein Anspruch gegn den Aussteller, Akzeptant oder Indossant, wenn deren Wechselverbindlichkeit durch Verjährung oder dadurch erloschen its, daß eine zur Erhaltung des Wechselrecht notwendige Handlung versäumt wurde, ohne daß der Schaden des Inhabers vorausgesetzt ist (Wechselbereicherungsanspruch). In Literatur und Rechtsprechung ist das Wesen des Wechselbereicherungsanspruchs seine Rechtsnatur, seine Voraussetzungen insbesondere seine Subsidiarität, seiner Inhalt u. s. w. sehr umstritten.

Ich komme zu folgendem Ergebnis:

(1) Der Wechselbereicherungsanspruch wirt qualifiziert nicht als Residuum des ursprünglichen Wechselansprchs, sondern als Unterart des bürgerlich-rechtlichen Bereicherungsanspruchs, denn er sich an den Art. 15 des 2. Anhangs des Genfer Wechselrechtsabkommens anlehnt.

(2) Der Wechselbereicherungsanspruch ist weder gegenüber den wechselmässigen Ansprüchen noch gegenüber dem zum Hingabe des Wechsels zugrunde liegenden bürgerlich-rechtlichen Anspruch subsidär; i. e. die Subsidiarität des Wechselbereicherungsanspruchs ist nicht anzunehmen. Aber der Wechselbereicherungsanspruch kann nicht entsteht, wenn der Wechselinhaber zugleich den Anspruch aus der Grundforderung gegen den angenommenen Bereicherungsschuldner hat, denn der Schuldner damals nicht bereichert its.

* Außerordentlicher Professor an der Universität Hokkaido (Die juristische Fakultät)

(3) Die Bereicherung des Schuldners liegt darin, daß der Wechselschuldner, der nach seinem Kausalverhältnis letztlich alle (eventuelle) Grundforderungen der Beteiligten einer Wechselkette durch seine Wechselzahlung auslösen sollte, durch die Präjudizierung bzw. die Verjährung das nicht zu leisten braucht, was er nach seinem Kausalgeschäft hätte leisten müssen. Demgemäß ist in der Regel der Bereicherungsschuldner in einer Wechselkette der einzige; Der Akzeptant bei dem akzeptierten gezogenen Wechsel bzw. der Aussteller bei dem eigenen Wechsel uud bei dem nicht-akzeptierten gezogenen Wechsel. Im Ausnahmsfall kommt der Indossant als Bereicherungsschuldner in Betracht; er ist der Bereicherungsschuldner, wenn der Wechsel in seinem Rechnung akzeptiert oder ausgestellt wurde (Gefälligkeistwechsel). Ebenso ist der Aussteller des akzeptieren gezogenen Wechsel der Bereicherungsschuldner, wenn das Akzept aus Gefälligkeit gegeben wurde.

(4) Der Wechselinhaber, der nicht in Kausalverhältnis mit dem Bereicherungsschuldner steht, kann ihn Anspruch nehmen, wenn auch er noch seinen Kausalpartner verpflichtet bleibt, denn er vom ersten Nehmer (Kausalpartner) weder aus der Wechselforderung noch aus der zugrunde liegenden bürgerlich-rechtlichen Forderung in Anspruch genommen wird.

Da der erste Nehmer, der den Wechsel weitergab, den Wechsel nicht innehabt zur Zeit des Erlöschen des Wechselanspruchs des letzten Inhabers gegen den Geber, er kann das eventuelle Wechselforderung gegen den Geber nicht geltend machen. Wenn es sich aus den Umständen erklärt, daß der erste Nehmereinem anderen den Wechsel früher weitergab, es steht fest, daß der Wechselbereicherungsanspruch gegen den Geber an diesem anderen oder dessen Nachmänner entsteht. Es ist sonst nicht einzusehen, daß der, wer beim Nichterlöschen des Wechselanspruchs des anderen oder dessen Nachmänner seine Grundforderung gegen den Geber nicht geltend machen konnte (Einrede Zug um Zug), beim Erlöschen dessen die Grundforderung erst geltend machen könne.