

# 失念株と株主の権利

鈴木 達 次

- 一 はじめに
- 二 リーディングケース  
—— 最判昭和三五年九月一五日民集一四卷一 一 号二一四六頁 ——
- 三 事務管理ないし準事務管理について
  - 1 事務管理の成否について
  - 2 準事務管理の成否について
- 四 不当利得について
  - 1 不当利得の成立要件
  - 2 不当利得の効果
- 五 支配的利益の保護 —— 結びに代えて ——

## 一 はじめに

そもそも、失念株とは、株式の譲受人（新株主・実質株主）が新株の割当期日までに株主名簿の名義書換を行

うことを失念したため、譲渡人（旧株主・株主名簿上の株主）に割当てられた株式をいう。このような失念株のケースにおいて、株式の譲受人が譲渡人に対していかなる権利を持つかという点に関し、現在では判例・学説上相当の蓄積があり、とりわけ近時においては不当利得を根拠として価格（価額）の返還請求権を持つ、という見解が多数の支持をえているように思われる。<sup>1)</sup>

しかし、その要件や効果については厳密な検討がされていないと感じる点もないわけではない。筆者は、ロエスレル商法研究会において、株式分割が行われたケースに関しこの問題を報告する機会に恵まれたが、そこで感じたのは、議論が相当深まっているはずの通常の新株発行の場合でも、なおその理論構成には曖昧な点がみられるということであった。

そこで、本稿では、株式分割の事例についての解決を図る前提として、通常の新株発行に関する事案について若干の検討を加えることとしたい。なお、議論を錯綜させないために、さしあたりプロトタイプであると思われる通常の新株発行がなされた場合にかぎって考察し、株式分割の事案については対象外とする。<sup>2)</sup>

## 二 リーディングケース

——最判昭和三五年九月一五日民集一四卷一一号二四六頁——

そもそも、この問題のリーディングケースと解されているのは、最判昭和三五年九月一五日民集一四卷一一号二四六頁である。これは、株主総会決議によって株主に具体的新株引受権が付与され、譲渡人（旧株主・株主名簿上の株主）がこれに応じて株金を払い込み新株を取得した事案に関するものであり、譲渡人に対して譲受人（新株主・実質株主）が不当利得ないし事務管理に基づいて新株（ないし株券）の引渡を求めうるかが問題とされ

た。最高裁は、以下のように判示して、譲受人は、譲渡人に対してこれをなしえないとした。

「新株引受についての商法の規定は如何というに昭和二五年の改正後のことはともあれ、その改正前は法三四八条四号により定款に定めないときは、新株引受権を与うべき旨及びその権利の内容は株主総会の決議事項とされていたのである。されば、原判示によれば定款に別段の定のあることの主張、立証のない本件においては、前示第二新株は株主総会の決議に基いて発行されたもので、この新株引受権をどんな方法で株主に与えるかは一にその決議の内容によつて定まつたのであるが、前示のとおり、右総会の決議は昭和三年九月一日午後四時現在の株主に対し株式一株につき一、四株の割合で新株引受権を与えるというのであり、ここに昭和三年九月一日午後四時現在の株主というのは、その日時において実質上株主であるか否かを問わず会社が法的な立場において株主として所遇することのできる者、すなわち株主名簿に登録されていて会社に対抗できる株主という意味であることは疑を容れ（ず）……、右日時に株主名簿に登録されていて右新株を引受け払込を了したという被上告人らはそれぞれ自己の権利として本件株式を取得したものと認めざるを得ない。しかし右のような新株引受権はいわゆる株主の固有権に属するものではなく、前示商法の規定に基き株主総会の決議によつて発生する具体的権利に外ならずかかる具体的権利をどのような方法で株主に与えるやは前示商法の規定がある以上株主総会の任意に決定できるところであるから、その権利の帰属者を前示のように一定日時において株主名簿に登録されている株主と限定することは毫も差支なく会社の処置として固より適法であり、かかる適法な処置があつた以上は上告人ら先代の被上告人らとの間に本件株式について前示のような譲渡行為があつて、被上告人らから上告人先代に対していわゆる株主権が移転されたからといつて、前示新株引受権もこれに随伴して移転したものと解すべきではない。……（なお、実質上株主権を取得した者と親株の名義人とが新株の市場価額の上昇又は低落により互に自己に有利な請求をすることを許すときは、信義則を紊り、取引の安全を害するに至ることのあることは、原判決の是認した第一審判決の判示するとおりである）」

「新株の引受権を有する者は上告人先代でなく、被上告人らであり、被上告人らは正当に第二新株を取得したのであるから、他人の財産又は労務により利益を得たものでなく、また他人の為め事務管理を始めたものでもないから、不当

利得も事務管理も成立する余地がな<sup>(1)</sup>い。

しかしながら、右最判の結論に賛成する学説は少数であつて、多くの学説は、譲渡人に対する何らかの請求を認める。<sup>(3)</sup>

まず、多くの学説は、①名義書換が未了である以上は譲受人（新株主・実質株主）は会社に対して自らが株主であると主張できず、会社は譲渡人（旧株主・株主名簿上の株主）に対して具体的新株引受権を認めればたりるが、他方において、譲渡当事者間では、右の権利は譲受人に帰属するとし、②その上で、（準）事務管理ないし不当利得に基づいて譲受人から譲渡人に対する請求が認められる、とする。<sup>(4)</sup>

筆者としても、議論の方向性に異論はなく、とりわけ、①については、株主総会または取締役会で（会社法一九九条二項、二〇一条一項）株主に具体的新株引受権を付与する旨決議して新株を発行する場合には、譲渡当事者間では、右権利は譲受人に帰属するのが原則であると思う。そこで、紙幅の関係上①については省略し、②の譲受人から譲渡人に対する請求の可能性について章を改めて探ってみたい。

### 三 事務管理ないし準事務管理について

#### 1 事務管理の成否について

まず、譲渡当事者間で事務管理が成立するとする見解がある。<sup>(5)</sup>すなわち、民法六九七条・七〇〇条によれば、事務管理が成立するためには、①他人のために事務の管理を始めること、②義務なくして（権限なくして）すること、および③本人のために不利になることまたは本人の意思に反することが最初から明らかである場合ではないことが必要である。<sup>(6)</sup>そのうち、①の「他人のために事務の管理を始めること」は、①—a事務の管理を始める



こと、①―b他人のために管理すること、というように分析される。それらの要件のうち、ここでは「他人のために」管理することという点が問題となる。この点、「株式譲渡人は、株式譲受人がたまたまその名義書換を忘れたため、株主名簿上の名義に従って形式上新株の割当を受けたとしても、その新株引受権は株式譲受人（あるいはその後の転得者）に属し、自己に属しないことを十分に了知しているものである。このように他人の権利であって自己に帰属しない権利であることを知ってこれを行使する場合は、その行使自体から当然に他人のためにする意思を有するものと認めてよい」「このような場合の意思はこれをもっぱら客観的に決すべきであって、外部から知りえない内部の主観的意思によるべきものではない」として、事務管理の成立要件を充足すると主張する見解もある。<sup>(7)</sup>

なるほど、民法学説上も「他人のために」の意義として「社会一般の通念上本人に利益を与ふる事実」を指すとする見解（客観説）もあり、おそらく右の論者もこの見解に依拠しているであろう。しかし、客観説に対しては「(i) 他人の事務を自己の事務と誤信した場合も管理義務があることになり、また、(ii) 管理意思を無視する結果、不当利得との区別があいまいになってしまふ」といった批判がなされており、賛成しがたい。この点通説は「他人に事実上の利益を与える意思で管理すること」としており（主観説）、<sup>(8)</sup>これによれば、失念株のケースにおいては、そのような意思を持っていることはむしろ稀であろうから、「他人のため」という要件を充足すると考えるのは難しいであろう。<sup>(11)</sup>

これに対して、右の論者は、右意思の内容を客観的に決しないと「株式譲渡人が新株を引き受けたのが、株式譲受人のためなのか、あるいは自己の利益のためなのかにつき、常に争を生じ、そのいずれかにより、あるいは事務管理となりあるいは事務管理とならないという不合理を生ずる」と主張する。<sup>(12)</sup>しかし、もともとある法律要件として人の主観的態様が問題とされるときには常と同様の問題が生ずるのであって、なぜこの場合にかぎって

これを問題としなければならないのか理解したい。もし、これが問題とるのであれば立法論として人の主観的態様を法律要件とすることそのものは是非が問われなければならないであろう。

また、このような批判(「他人のために」事務の管理を始めたとはいえない)を予想してか、事務管理が成り立つとする見解の中には「ただ、実際に発生する事例をみると、必ずしも直ちに事務管理とはいいい切れない場合が少なくない。すなわち、事務管理が成立するためには、管理者の主観的な立場としては、他人の事務なることを意識して他人のために事務を管理することを要するから、たとえば、旧株の譲受人が譲渡人に対して増資新株はいらないとあらかじめ断ってきた場合、あるいは、その増資新株を引受けることが譲渡人にとって著しく不利なことが明らかな場合には、もはや、固有の意味における事務管理は成立しないし、また、譲渡人が自己の実質的無権利を知りながら、なお自己のために新株を引受ける場合も同様であろう」とするものがある。<sup>(13)</sup> この見解は、かかる場合には「準事務管理」の成立を認めるのであるが、しかし、右見解がことさらに純粹に事実認定の問題として把握した上で、「他人のため」にする場合には「事務管理」が、「自己のため」にする場合には「準事務管理」が、それぞれ成立すると主張するのであれば問題であろう。ただし、事務管理の成立に否定的な見解とて、現実<sup>(14)</sup>に生起する事件の中に「他人のため」にする場合が絶対存在しないと主張するとは考えられない。そして、そのような場合には「事務管理」の成立を認めるであろう。しかるに、ここで議論の対象となっているのは、そのような個別具体的な事件についてではなく、社会で生ずる(あるいは生じうる)多くの事件を類型化して、「株式の譲受人(新株主・実質株主)が新株の割当期日までに株主名簿の名義書換を行うことを失念したため、新株発行にあたって譲渡人(旧株主・株主名簿上の株主)に具体的新株引受権が付与された場合」に譲渡当事者間でどのような権利義務が生ずると考えるべきか、ということだからである。しかも、かかる類型化された「失念株」といわれるケースでは、通常「譲渡人が自己の実質的無権利を知りながら、なお自己のために新株を引受ける」ので

あるから、右論者のロジックをもつてすれば、事務管理の成立が否定される場合にほかならないであろう。

したがって、「失念株」といわれるケースについて、事務管理の成立を認めることはできないものと考ええる。

## 2 準事務管理の成否について

このように「他人のために」という要件を充足するか否かという点において難があるため、同じく事務管理の規定に依拠するとしても、右の要件を必要としない「準事務管理」が成立すると主張する学説が多い。<sup>(14)</sup> すなわち、前述した事務管理の成立要件のうち「他人のために」という要件を充足しないとしても、民法の一部学説が認める「準事務管理」に該当し、事務管理に関する民法の規定（六九七条以下）が類推適用されることとなる、と。

この説に対する批判としては、まず前掲最判が指摘するような「実質上株主権を取得した者と親株の名義人とが新株の市場価額の上昇又は低落により互に自己に有利な請求をすることを許す」結果となる、という点が指摘されている。すなわち、譲渡人側としては株価が上昇している間には黙っていて（あるいは市場で時価で売却して）、これが下降した場合にのみ、譲受人に対して株式の引き取りを求め（もちろん、その反面として払込株金額等の有益費を請求するわけである。民七〇二条、他方、譲受人としては、反対に株価が下降している間は何の請求もせず、これが上昇に転じたと見るや、（株金等を払って）その引渡を求める（民七〇一条、六四六条）<sup>(15)</sup>）ということがなされるおそれがある、という点に対してこの見解は有効な防止策を有していない、というのである。

しかし、この点については六九九条や六九七条等からすれば必ずしも不当な結果を生じないと反論されている。第一に、譲渡人による請求に対しては「名義株主に管理開始の通知義務を認めることにより（民六九九）問題はかなり解決され」といわれる。<sup>(16)</sup> これを私なりに敷衍すれば、もともと譲渡人は事務管理を開始した以上、これを「遅滞なく本人に通知」しなければならず（民法六九九条）、これが履行されていれば、譲受人は自己の判断

で新株の引受を行ったものといえるから株価の下落の危険といったことは自らが負担して当然であるし、他方がこれが履行されていないければ、それ自体債務不履行となつて、生じた損害の賠償を請求できる。加えて「新株はもともと譲受人に帰属すべきものであり、またあまりに時期を失した請求に対しては、信義則適用の余地もあろう」とされ、いずれにせよ、譲渡人は「その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によつて」管理する義務を負うから（民法六九七条一項）、場合によつては譲受人は右義務の債務不履行責任を追及することも可能であると思われる<sup>(18)</sup>。

第二に、譲受人による請求については「名義株主の引受行為が事務管理であるならば」譲受人は譲渡人に対して新株の引渡を求める権利を持つのであり「新株の引取にあたっては管理費用を償還すれば足り、それ以外の報酬若しくは賠償が原則として問題にならないのは、法律上は当然の事柄」であるといわれる<sup>(19)</sup>。

もつとも、さらにこれらの反論（とりわけ、第一の点）に対しては「これらの規定は『他人ノ為メニ』事務を管理する意思のない者に類推適用されるか疑問」であるとする再反論もなされている<sup>(20)</sup>。しかし、右の主張が、準事務管理という概念を否定し、事務管理に関する規定は一切類推されないというならともかく、特定の条文についてのみ、類推適用を否定しようという趣旨ならば賛成できない。なぜなら、事務管理については「管理者」と「本人」との利益を衡量しそのバランスを採つた上で二連の規定を置いているわけであり、準事務管理において、その一部だけを類推し、残余だけこれをしないということはこれを崩すものとなるからである。

さらに、準事務管理説に対しては、株主有限責任の原則に反するという批判もある。すなわち「名義株主が実質株主に対して株式を返還し、かつ、自己が会社を支払った払込金の償還を請求できるとしながら、それが実質株主に追出資を強制することになる点を問題視していない」と<sup>(21)</sup>。しかしながら、これは疑問であるといわざるをえない。けだし、もともと、本人の意思に反することが明らかな場合には準事務管理は成立しないし（民法六九

七条二項参照）、かりにこれに該当しないとしても、前述したように「管理人」は事務管理を始めた場合には遅滞なくこれを通知しなければならず（民六九九条。これを怠れば債務不履行責任を負う）、右通知に対して「本人」から、これを拒絶する旨の意思表示があれば事務管理は終了するからである。<sup>(22)</sup> それゆえ、譲渡人が株式引受契約の申込をなすにあたって「遅滞なく」譲受人に通知すればあとは譲受人の判断で決定でき、その意味で追出資の強制には該らないであろう。

しかるに、つとに指摘されているように、この見解の最大の問題点は、一般的に準事務管理なる概念が認められるか、——「他人のために」する場合ではなくても事務管理に関する民法の規定が類推適用されるか——、という点にある。<sup>(23)</sup> 周知のようにこれについては民法学説上激しい対立があり、否定説も有力である。<sup>(24)</sup> すなわち、準事務管理が成り立つとされる場合、これは「不法行為であるから、本人に損害を与えたら、これを賠償すべきであり、またそれによって利得をえたら（悪意の）不当利得として返還すべきである。しかるに、これに事務管理という本来利他的な行為として管理者を保護することを目的とする制度を準用するというのは、民法の体系として筋が違う」<sup>(25)</sup>と。

たしかに、事務管理の要件として「他人のために」事務の管理を開始することを要求しておきながら（民六九七条一項）、これがなくても、事務管理の規定を類推適用しようというのは、結局のところこれを不要とするに等しい。しかも、事務管理の存在理由として人類扶助とか社会連帯といったことがあげられているが、かかる理由からすれば、「他人のために」事務の管理を開始するということは事務管理の中核をなす要件であるといわざるをえない。それゆえ、これがなくてもその法律効果は同じと解してよい、というのは問題であろう。換言すれば、「他人のために」行っていない行為が事務管理と同様に違法性を阻却され、管理者は損害賠償責任を負わない<sup>(27)</sup>というのでは、違法性阻却の根拠が「他人の利益を図るという目的と社会共同生活の相互扶助の理想」にある

ことと相容れないように思われる。<sup>(28)</sup>

以上の諸点からすれば、「準事務管理」という概念そのものを認めることができず、それゆえ、「失念株」といわれるケースについて、これを前提とした法律構成をすることはできないものと考ええる。

#### 四 不当利得について

これに対して、不当利得によって、譲渡人（旧株主・株主名簿上の株主）に対する譲受人（新株主・実質株主）の請求を認める見解もある。<sup>(29)</sup> 後述するように、これには、新株そのものの返還を認める見解と、価格（価額）返還を認める見解とがある。

#### 1 不当利得の成立要件

まず、不当利得（民法七〇三条）の成立要件としては、一般に、①他人の財産または労務によって利益をえたこと（受益）、②他人に損失を及ぼしたこと（損失）、③受益と損失との間に因果関係があること、および④この受益が法律上の原因のないものであることがあげられている。

このうち、失念株との関係では、③受益と損失との間の因果関係や④法律上の原因の有無が問題とされている。たとえば③については「近時の有力説が主張するように、直接のものだけに限らず、社会観念上関連の認められるものを含む広い意味に解しても……、因果関係の存在を肯定することは困難であろう。なぜならば、譲受人の損失は名義書換の失念に基づくもので、譲渡人が引受権を行使しても、しなくても、同じように免れないものだからである」として要件を充足しないとする批判する見解があるのに対し、<sup>(30)</sup> 「もしそう考えるべきだとすれば、

甲が落した金銭を乙が拾得して費消したとしても、甲の損失は遺失によって生じ乙の利得は拾得によって生じたもので因果関係はない、ということになってしまっただろう」という反論が展開されている<sup>(31)</sup>。

しかし、私のみるところ、このような批判と反論とは、一体いかなる受益と損失との間の因果関係に関してなされているか、必ずしも明らかではない。もしこれが曖昧では、因果関係の有無など判断しようがない。そこで、ここでは③および④のみならず、上述した要件全てについて順次検討していきたい。

# (一) 譲渡人が利益をえたこと（受益）

この点については、あまり意識して論じられていないようであるが非常に重要な問題である。けだし、不当利得法においては、受益者は、その受けた「利益」を「返還する義務を負う」とされる（民法七〇三条）以上、これが返還義務の対象・内容を規定するからである。

この点、学説には新株の取得が受益の内容であると考えているものもある<sup>(32)</sup>。しかし、右の見解には賛成がたい。

たしかに、不当利得という「受益」の具体的な中身には「財産権の取得」が含まれ、他方、いうまでもなく株式は社員権という財産権である。それゆえ、ある者がこれを取得することが「受益」と評価できないわけではない。しかし、ここで「受益」というのは「一定の事実（法律事実）が生じたことによって財産の総額が増加すること」と定義されており、いわゆる「総体差額説」を前提とすれば<sup>(34)</sup>、これは現実の財産の総額と受益の事実がなかったと仮定したら有すべき財産の総額とを比較して得られる財産の増加（総体差額）として把握される。しかるに、新株を取得したことによってこれに増減はない。なるほど、この場合には、新株は市場価値より低額で発行されることが多く（かつては、額面発行が一般的であった）、その意味では新株の取得によって譲渡人の財産の総額が増加したように思われなくてもいい。しかし、株主は、——株主総会決議または取締役会決議によって、



——付与された新株引受権を用いて株式を引き受け、新株を取得した暁には右新株引受権を失うのである。その意味で、実質的・経済的には、株金額と併せ右新株引受権を出損しているといつてよい。株金額が市場価額より低額であるとしても、その分新株引受権をも出損しているのであるから、新株の取得による財産の増加はないといわざるをえない。それゆえ、新株の取得をもってここでいう「受益」と考えることには賛成できない。

思うに、株主総会決議または取締役会決議によって、何らの対価を支払うことなく具体的新株引受権を取得する以上、これにより、譲渡人の総財産がその分だけ増加する。それゆえ、総体差額説の立場からすれば、これによる総財産の増加が受益とされるべきであろう。従来から、譲受人が失い譲渡人が利得したものは「引受権の価額」であると強調する見解があつたが、これは総体差額説を前提に、具体的新株引受権の取得による総財産の増加を「受益」と考えているものと思われる。また、もし具体的新株引受権の取得による総財産の増加を受益と考えないと、譲渡人が新株引受権を行使して新株を取得するまでは同人は全く利益を受けていないということになってしまうが、これが誤りであることは、具体的新株引受権が譲渡しうること——その結果、その対価を収めること——からしても明らかであろう。<sup>(36)</sup> 具体的新株引受権そのものと、これを行使した結果えられる新株そのものは別個の権利であり、<sup>(37)</sup> ここでは前者の取得による総財産の増加について「受益」の有無が問われなければならないものと考ええる。

なお、総体差額説によらず、かりに「利益」の意義を「不法に取得されたもの」と理解する近時の有力説に立つても、<sup>(38)</sup> 時系列的にみるならば、新株の取得以前に、株主総会決議または取締役会決議によって、(株主名簿上の)株主に、債権である具体的新株引受権が与えられているのであるから、具体的新株引受権をもって「利益」とすべきであると考ええる。

## (二) 譲受人に損失を及ぼしたこと



この点についても、あまり大きく議論されていないようであるが、「受益」要件に関して前述した総体差額説を前提とすれば、「取得しうべき具体的新株引受権を取得できなかったことによって、増加すべき総財産が増加しなかったこと」が損失であると理解できる。また、学説には、新株引受権の喪失とするものもある<sup>(39)</sup>。

他方、「受益」について前述した点からすれば「取得しうべき新株を取得できなかったこと（あるいは、新株の発行により増加すべき総財産が増加しなかったこと）」も「損失」とする余地がないわけではない。

しかし、「新株の取得」が「受益」たりうるか、という点について前述したのと同様の理由から、これについても「損失」とはいえないものと考ええる。

### (三) 受益と損失との間に因果関係があること

周知のように、不当利得法において要求される「因果関係」については、「直接の因果関係」が必要であるというのが判例の基本的立場であり、通説もこれを支持してきた<sup>(40)</sup>。これに対して、従来から「社会観念上の因果関係でたりる」としてこれに反対する見解が強力に主張されている<sup>(41)(42)</sup>。

それでは、失念株のケースの場合、因果関係が肯定されるか。

まず、前述したように、ここでいう「受益」とは「具体的新株引受権の取得による譲渡人の総財産の増加（あるいは、その取得そのもの）」であり、「損失」とは「取得しうべき具体的新株引受権を取得できなかったことによつて増加すべきであった譲受人の総財産が増加しなかったこと（あるいは、取得できなかったことそのもの）」である。これを前提として、これらの間の因果関係の有無が検討されなければならない。

この点、「直接の因果関係」が必要であるという判例・通説によればどうか。ここで、「直接」性の意義が問題となるが、有力学説によれば「損失者ノ失ヒタルモノガ直チニ受益者ノ取得シタルモノナルコトヲ要スル」と解するのでは狭すぎ「同一ノ事実ガ一面ニ於テ損失ヲ生ジ他ノ一面ニ於テ利得ヲ生ズルトキハ其損失ノ内容ト利得

ノ内容トガ同一ナラザル場合ニ於テモ」なお因果関係は肯定され、他方「受益ノ原因タル事実ト損失ノ原因タル事実ガ別個ノ事実ナルトキハ其両個ノ事実ノ間ニ牽連」性があつても「直接」の因果関係はないといわれている。<sup>(43)</sup>この基準を失念株のケースにあてはめてみれば「株主総会ないし取締役会の決議による具体的新株引受権の付与」という一つの事実によつて先に述べたような受益も損失も生ずるのであるから、これらには「直接」の因果関係があるといつてよからう。

これに対して「社会観念上の因果関係でたりる」とする学説によつた場合にはどうか。「社会観念上の因果関係」というのは論者自身が認めるように「漠然とし」たものであつて、いかなる場合がこれに含まれるか必ずしも明らかではない。「数人の間に財産価値の移動が行われた場合には、それらの人々の間における財産価値の移動を生ずる法律要件の形式(……)や関係するそれぞれの者に帰属する法律的性質(……)などに拘泥せず、同一の財産的価値の移動として追究される限り」因果関係がある、といいつつも「いいかえれば、Aの損失がBの利益に帰したと社会観念上認められる」場合にはこれが認められると表現しており、この「いいかえ」がある結果、結局要件は曖昧なままである。しかし、この見解は「因果関係を直接のものに限るときは、法律上の原因なき利益を返還せしめる不当利得制度の趣旨に反し、公平に基づく制度の運用を硬直ならしめる虞れがある」という問題意識のもとで主張されている以上、<sup>(45)</sup>「直接」の因果関係が肯定される場合に「社会観念上の因果関係」は存在しないとされることはないであろう。したがつて、失念株のケースでは、この見解によつても因果関係は肯定されるものと考ええる。

もつとも、前述したように「近時の有力説が主張するように、直接のものだけに限らず、社会観念上関連の認められるものを含む広い意味に解しても……因果関係の存在を肯定することは困難であろう。なぜならば、譲受人の損失は名義書換の失念に基づくもので、譲渡人が引受権を行使しても、しなくても、同じように免れないも

のだからである」という批判もある<sup>(46)</sup>。しかし、これに対しては、「もしそう考えるべきだとすれば、甲が落した金銭を乙が拾得して費消したとしても、甲の損失は遺失によって生じ乙の利得は拾得によって生じたもので因果関係はない、ということになってしまいうだろう」という反論も展開されている<sup>(47)(48)</sup>。加えて、「譲渡人が引受権行使しても、しなくても」と述べていることから推認されるように、右否定説は譲渡人の受益を「引受権行使したことによる」新株の取得」とみているようである。もしかりにかかる理解が正しいとすれば、その点においてすでに疑問であり、私見のように、これを「具体的新株引受権の取得による譲渡人の総財産の増加（あるいは、その取得そのもの）」と理解すれば、因果関係があることは明らかであろう。

#### (四) 受益が法律上の原因のないものであること

では、前述したような譲渡人（旧株主・株主名簿上の株主）の受益は「法律上の原因」を欠くものであるか。そもそも、これが問題とされるのは、譲渡人は株主総会ないし取締役会の決議によって具体的新株引受権を付与されるのであるから、右の受益には「法律上の原因」があるのではないか、という疑問が生ずるからであろう。たしかに、右のような観点からして、譲渡人と会社との間では、「法律上の原因」があること――その結果、会社から譲渡人に対して、右具体的新株引受権の放棄を求めることはできないこと――<sup>(49)</sup>は間違いない。しかし、譲渡人と譲受人との間の「法律上の原因」の有無は、これとは別個に考えなければならない。なぜなら、不当利得制度の統一的理念は「形式的・一般的には正当視される財産的価値の移動が、実質的・相対的には正当視されない場合に、公平の理念に従ってその矛盾の調整を試みようとすること」にある以上、<sup>(50)</sup>「財産的価値の移動」が「形式的・一般的には正当視される」こと（＝ここでは、具体的新株引受権の取得による譲渡人の総財産の増加（あるいは、その取得そのもの）が対会社関係で正当視されること）によって、直ちに譲受人との関係でも「法律上の原因」があることは、できないからである。その意味で、ここでは「名義株主の利得が実質株主との関係で

法律的原因を欠いていれば」それで不当利得は成立するというべきである<sup>(51)</sup>。

そこで、譲渡当事者間において「法律上の原因」があるか否か改めて考察していこう。

そもそも、不当利得法における「法律上の原因」の意義に関しては、現在のところ、いわゆる「類型論」が主流となっているが、その類型化の基準や具体的内容については論者によって必ずしも同一ではない。また、「類型論」登場前にあっても、わが国の学説はなるべく事案を類型化して、「法律上の原因」の有無を判断しようとしていた。そこで、それらの学説の共通の部分を含め、ごく大雑把に言えば、「失念株」のケースに関して問題となるのは「給付不当利得」以外の類型のそれ(の一つ)であって、論者によって「帰属法的不当利得」とか「財貨帰属法型不当利得」等と呼ばれるものである。

この点、そのような位置づけを明言されるのが、加藤雅信教授である。教授によれば、失念株のケースは「帰属法的不当利得規範」として把握され、<sup>(52)</sup>「ここにおいて不当利得返還請求権を認めるか否かは、……失念株の帰属を最終的に基礎づけるために、商法二〇六条と実質的株主との二種の法律関係のいずれを優先させるべきか」という判断に帰着する<sup>(53)</sup>」とされている。今ここでその判断をなせば、原則として、失念株のケースにおいては、具体的新株引受権は譲受人に帰属すると解すべきであるから、譲渡人の受益は「法律上の原因」を欠くという<sup>(54)</sup>ことになる。

つぎに、松坂佐一博士の分類をみてみよう。この場合利得は損失者の給付に基づかないで取得されるから、——博士自身がこのことを明言してはいないものの——、失念株のケースは「給付以外の事由による不当利得返還請求権」にあたるものと思われる。そして、この類型は利得の原因から三つに分類されるが、譲渡人がえた利得は、第三者である会社の具体的新株引受権付与という行為によって生じているから、「利得が第三者の行為によって生じた場合」の一つと見ることができよう<sup>(55)</sup>。他方、博士によれば、「給付以外の事由による不当利得返還

請求権」という類型の場合には「利得は、権利に内在する財貨割当……と矛盾し、且つ利得者がこの財産的利益に關し、権利者に対し何らの請求権をも有しないときは不当であ」り、利得が第三者の行為によって生じた場合には「法律上の原因の有無は、利得が法律上の財貨帰属に従えば利得者に帰属するかどうかによって決せらるべきである」とされる。<sup>(56)</sup> 前述したように、失念株のケースにおいては、本来具体的新株引受権は譲受人に帰属すると解すべきであるから、「法律上の財貨帰属」の原則からすれば、利得者たる譲渡人にはこれが帰属しえない。その意味で、譲渡人の受益は「法律上の原因」を欠く場合といつてよいものと思われる。

また、四宮和夫博士の分類によれば、失念株のケースは「財貨帰属法型不当利得」に該当するものと思われる。<sup>(57)</sup> そこでは、受益の原因が受益者自身の意思に基づく行為による場合であろうと、損失者の（意思に基づかない）行為・第三者の行為・事件であろうと、法律の規定による場合であろうと、いずれにせよ、①受益が権利の割当内容に反すること、②しかも、それを正当化する事由の存在しないことが法律上の原因の欠如であるとされている。<sup>(58)</sup> これまでに述べてきたことからすれば、譲渡人の受益の原因は「第三者（＝ここでは会社）の行為」によるものであつて、これが「法律上の原因」を欠くことは明らかであろう。

このほか、「類型論」に属するものではないが、我妻榮博士も同様の分類をしておられる。すなわち、博士は、不当利得については「できるだけ多くの類型に分けて、それぞれについてできるだけ正確な構成要件を明瞭にすべきである」とした上で、財産価値の移動（利得と損失）が損失者の意思に基づく出捐行為（給付行為）によるものとそうでないものとに分ける。そうして、後者を、利得が人の行為によって生じた場合とそれ以外の場合とに分類し、人の行為によって生じたその中に、第三者（損失者以外の者）の行為に基づく場合という類型を置き、さらにそれを第三者の行為の事実的效果として利得を得る者が生ずる場合と法律行為的效果として利得を得る者が生ずる場合とに細分化される。<sup>(59)</sup> 博士は具体例としては明言されていないが、これまで述べてきたことからす

れば、失念株のケースはこの最後の類型に属することは明らかであろう。他方、博士は「利得が第三者（損失者以外の者）の行為に基づく場合」にあつては「利得が法律上の原因を欠くとは、利得を保有するだけの法律上の理由のないこと、いいかえれば、利得が、第三者の行為を介した損失者の権利領域に対する、広い意味での侵害であること、に存する」といわれる。<sup>(60)</sup> 前述したように、失念株のケースでは具体的新株引受権の取得は、譲渡当事者間では「損失者（＝譲受人）の権利」であるから、譲渡人はその「侵害」者であるといえ、したがって、これを譲渡人が取得することは、「法律上の原因」を欠くといわざるをえないであろう。

以上のように、いずれにせよ、民法学説の一般的立場からは、「失念株」といわれるケースでは、譲渡当事者間において、譲渡人の受益は「法律上の原因」を欠くことになるものと思われる。<sup>(61)</sup>

## 2 不当利得の効果

前節で述べたように、株式の譲受人（新株主・実質株主）が新株の割当期日までに株主名簿の名義書換を行うことを失念したため、譲渡人（旧株主・株主名簿上の株主）に株式が割当てられた場合には譲渡当事者間で不当利得が成立することが明らかとなったが、その効果はどのようなものであろうか。

この点、学説には、①新株の返還を求めうとする見解、<sup>(62)</sup> および②新株の返還は求められず、「価格（価額）」のみの返還を求めうとする見解がある。<sup>(63)</sup> これらは、不当利得法でいわれる「原物返還」および「価格返還」に対応するものである。他方、民法学説によれば、不当利得では、利得した原物の返還を原則とし、不可能な場合についてのみ価格で返還すべきであるといわれている。<sup>(64)</sup> そこで、ここではまず①の新株の返還の可否から考えてみたい。

### （一）新株の返還（現物返還）の可否

新株の返還を肯定する見解は「本来新株引受権が帰属するのはB（註…譲受人。註は筆者。以下引用文内同じ）なのであるから、A（註…譲渡人）が新株を自己のものとするが故にAはBに対して新株を不当利得すると構成することは不可能ではない。その新株を返還するという、不当利得における現物返還の原則を適用することに何の障害があるのであろうか」とする<sup>(65)</sup>。また、この見解も無条件に新株の返還を求められとするのではなく、これを求める際には、株式の払込金額（発行価額）相当額等を譲渡人に支払わなければならないとしている<sup>(66)</sup>。

思うに、民法七〇三条によれば、受益者はその受けた「利益」を返還する義務を負うとされている以上（なお七〇四条）、ここで新株の返還を求められるか否かは譲渡人の受けた利益（受益）をどのように把握するかにかかっている。この点、前述したように、総体差額説によれば「具体的新株引受権の取得による譲渡人の総財産の増加」であり、また、有力説によったところで「具体的新株引受権の取得」であって、新株の取得が受益になるのではない。したがって、かかる見解からすれば「原物返還」として無条件に「新株そのもの」の返還を求めることはできないであろう。

つぎに、払込金額（発行価額）相当額と引換に新株の返還を求めうるというのならばどうか。

なるほど、民法学説上、このような場合には、利得者に過失があることを条件に目的物を取得する際に第三者（損失者以外の者）に対して支出した対価を「価格返還の場合に控除する額」にかぎって返還請求することができるとする見解もある<sup>(67)</sup>。これは、原物返還が不能な場合に価格返還をするにあたってそのようなことが認められるならば、原物返還の場合と同様でなければならないとし、その根拠として、結局利得者の「利得はこれを控除した額に止まる」からであるとしている。

しかし、原物返還にいう「原物」とは「利得した原物」を指すとされており、前述したように「受益」を「一定の事実（法律事実）が生じたことによつて財産の総額が増加すること」と理解すれば、原物とはその法律事実



によって取得された具体的な財産をさすものと思われる。前述したように、これを失念株のケースに当てはめてみれば、右財産は具体的新株引受権であるといわざるをえないから、「原物返還」として「新株」の返還を求めることはできない。

かりに、この点を捨象するとしても、以前から「新株は——X（註：譲受人。註は筆者。以下引用文内同じ）の引受権を利用したにせよ——Y（註：譲渡人）が引受・払込をして割当を受けたYの株式……である。つまりXが失いYが不当利得したのは、新株引受権の価額相当額であるのに、Xが新株自体の引渡しをYが払い込んだ金額と引換えに請求しうるとすれば、Xは引受権の価額相当額に新株発行後の株式の値上り益を加えたものを取り戻しうることになる」という批判もなされている<sup>(68)</sup>。

そこで、前述の見解は「返還する『物』は株式であるが、返還する『価値』はプレミアム価額相当額であるようにしなければならない」として、新株の返還を請求するにあたって、譲受人は、譲渡人に対し、新株の「払込金額（払込諸費用を含む）、および新株の返還を受けた時の時価から……新株を取得した時の時価を差し引いた額」を支払わなければならないとしている<sup>(69)</sup>。しかし、その論拠は必ずしも明確ではない。論者がいうように、これらを差し引きした額は、譲渡人が「新株を取得した時に得た利得の価値であり」また、譲受人が「本来名義書換を済ませていたならば得たであろう利得である」としても、それだけで右のような内容の請求を基礎づけうるものであろうか。疑問なしとしない。

以上の点からすると、結局「原物返還」はなしえず「価額（価額）」のみの返還を求めうるということになりそうであるが、必ずしもそうではない。

というのは、くどいようであるが、ここでの受益は「具体的新株引受権の取得による譲渡人の総財産の増加（あるいは、その取得そのもの）」である。他方「具体的新株引受権」は、引受権者の引受権の行使や期限の徒過等



によってこれが消滅するまでは譲渡可能であるから、それまでは「原物返還」が可能である。したがって、譲受人としては、少なくともそれまでは、不当利得に基づきその返還を請求することができる。<sup>(71)</sup> その結果、いうまでもなく、譲受人は、具体的新株引受権の行使ができる、ということになる。

## (二) 具体的新株引受権の消滅後について

これに対して、すでに具体的新株引受権が消滅した後であればどうか。

これについては、民法上の通説を前提とすれば「原物返還」が不可能である以上「価額返還」によるということになる。<sup>(72)</sup> しかも、失念株のケースについては、その価額（価額）の評価（算定）方法について説が分かれており、①譲渡人が新株を取得したときの市場価額と払込価額との差額分の返還を請求できるとする見解、<sup>(73)</sup> および②これを原則としつつも、一度でも株価がそれ以下に下がれば、その後再び株価が高騰しても、いったん下がったときの価額と払込金額との差額しか請求できないとする見解<sup>(74)</sup>とが主張されている。

思うに、失念株のケースの場合、当初は、——具体的新株引受権の譲渡等という形で——、原物返還が可能であり、後にこれが不能となるというものである。他方、民法学上の通説は、かかる場合にも不能となった以降は価額返還によるとしており、<sup>(75)</sup> 原物返還が不能となった場合には「不当利得返還請求権が価額返還を目的とするもの」<sup>(76)</sup>に変じると理解しているようである。

しかし、もともと、債権法の原則からすれば、いったん成立した債務が履行不能となった場合には、責めに帰すべき事由の有無によって「債務不履行」または「目的到達の不能による債権の消滅」になるはずである。すなわち、近時の民法学説が鋭く指摘しているように「民法典では、債務不履行は債権総則の章に規定されており、債権各論としての契約、事務管理、不当利得、不法行為のすべてを共通に律する」ものであって「帰責事由がなければ原則的に双務的關係については危険負担の問題となるし、帰責事由があれば、不当利得債務が履行不能を

理由として債務不履行による損害賠償請求権に転ずる」は<sup>(77)</sup>ずである。その意味では「不当利得に關しては価格返還が認められることと債務不履行の問題とが混同され」ていると思わざるを<sup>(78)</sup>えない。

民法の一般原則に立ち返るとすれば、いったん原物返還義務が成立すれば、あとは債務の履行が不可能となった場合の一般的規定によつて規律される——それゆえ、これとは別に価格返還を内容とする不当利得返還義務が成立することはない——、<sup>(79)</sup>というべきであらう。したがつて、「具体的新株引受権」消滅後については、責めに帰すべき事由がなければ不当利得返還義務は当然に消滅し、他方、責めに帰すべき事由があれば、損害賠償債務に転化して、その内容は債務不履行責任における損害賠償額の算定の問題（民法四一六条）として決められる、ということとならう。<sup>(80)</sup>そのうえ、譲渡人には新株引受権を行使すべき義務はないから、これを行使しなかったとしても「責に帰すべき事由」はない、ということになる。逆に、これを行使した場合には、「故意」に行つたのであるから、「責に帰すべき事由」があると判断されることになるう。

## 五 支配的利益の保護——結びに代えて——

本稿の冒頭にも述べたように、失念株のケースでは、譲受人は、譲渡人に対し、不当利得を根拠として価格（価額）の返還請求権を持つ、という見解が多数の支持をえているように思われる。

しかし、これに対しては「新株引受権を株主に与える趣旨は株主の財産的利益とともに支配関係をも守ることにある」のであるから、譲受人に「単に価額の返還だけでなく株式の返還も認めなければ徹底しない」とする強い批判がなされている。<sup>(81)</sup>

なるほど、金銭を受領したところで譲受人の支配的利益は保護されず、これを保護しようとすれば、株式その

ものの引渡を認めざるをえない。<sup>(82)</sup> 株主が会社に対して持つ利益には経済的利益とともに支配的利益があり、後者を重視するとしたらこれは看過できない指摘であるともいえよう。しかし、譲渡人が具体的新株引受権を行使しなかった場合にはこのような手段を用いることはできず、譲受人の持つ支配的利益が常に必ず保護されるわけではない。しかも、翻って考えてみれば、もともとこのような状況になったのは譲受人が名義書換を失念したからであって、<sup>(83)</sup> このような「失念」株主の利益をどこまで保護しなければならぬかということについては異論もある。かりに、「結果の妥当性」といった利益衡量的観点からこれを考えたとすれば、果てしのない水掛け論が続くということにもなりかねない。

そのような意味では、この点について本稿ではそれ以上付け加えることはない。しかし、先の批判が一定の説得力を持つことにかんがみ、株主の支配的利益を保護する理論構成がありえないか、若干の検討を試みることによってこの論稿を終えることとした。

すなわち、先に述べたように、私見によれば、具体的新株引受権の消滅後には債務不履行に基づく損害賠償請求権の成否が問題となり、譲渡人に「責に帰すべき事由」があれば、これが成立する。その場合、損害賠償については、生じた「損害」の「額」を金銭的に評価してその金額を支払うことが原則とされる（金銭賠償の原則。民法四一七条）。しかし、損害の填補（賠償）方法はこれに尽きるのではなく、原状回復、現物給付とか特定の救済とかいう手段もありうるし（民法七二三条参照）、要は生じた「損害」の「填補」ができるのであれば、金銭賠償以外の方法が常に必ず排除されるわけではない。<sup>(84)</sup> 他方、具体的新株引受権を失ったという損害については、実は潜在的な支配的利益（これを行使すれば、従前の支配権が維持できたという利益）をも含めて金銭的に評価することは困難である。しかし、この支配的利益を含めた損害の内容は、抽象的、比喩的には「発行された新株」マイナス「新株の払込金額（発行価額）」といい表すことができる。そこで、これをそのまま損害の填補（賠償）のレ

ベルでも採用し、譲受人が譲渡人に対して「株式の払込金額（発行価額）を支払う代わりに新株を受領する」ということによつて、そのような支配的利益を含めた「損害」の「填補」（賠償）を受けるという考え方は成り立たないではなからう<sup>(85)</sup>。

ただし、かかる損害の填補（賠償）方法は、民法上認められているものに比して極めて異質であり、わが国の民法体系上許容される余地があるかどうか問題である。また、経済実質的には「損害」の「填補」（賠償）となるとしても、損害賠償請求権はそれ自体法定の債権であるから、別段の意思表示があれば別として（民法四一七条）——しかし、失念株のケースでそのような意思表示があるとは考えにくい——、法的な根拠がないのに当事者間にそのような義務が生ずると解釈するのは相当ハードルが高いといわざるを得ないであろう。

(1) 田中誠二・会社法詳論・上巻「三全訂」（勁草書房・平成五年）四〇二頁（ただし、準事務管理も肯定）、大隅健一郎・今井宏・会社法論・上巻「第三版」（有斐閣・平成三年）四八七頁、鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法「第三版」（有斐閣・平成六年）一六〇頁、江頭憲治郎・株式会社法「第二版」（有斐閣・平成二〇年）二〇一頁以下、前田庸・会社法入門「第一版補訂版」（有斐閣・平成二〇年）二六五頁、加美和照・新訂会社法「第九版」（勁草書房・平成一九年）二〇四頁以下など。

(2) なお、平成一七年新会社法では、改正前商法から用語法が変わったものが少なくない。本稿で問題とされるものでも「新株（ノ）発行」（旧商二八〇条の二など）が「募集株式」の「発行」（会一九九条など）に、「新株（ノ）引受権」（＝具体的新株引受権。旧商二八〇条の二第一項五号など）が「株式の割当てを受ける権利」（会二〇二条など）となったという具合である。しかし、もともと、失念株の問題については、平成一七年改正前に盛んに議論されたものであり、それゆえ、混乱を避ける意味で、本稿でも「新株（ノ）発行」「新株（ノ）引受権」といった旧法上のコトバを用いることとした。

(3) 松田二郎・会社法概論二七三頁（岩波書店・昭和四三年）、境一郎「いわゆる失念株について」上柳編・大森還

曆・商法・保険法の諸問題（有斐閣・昭和四七年）一四七頁以下、小桜純・判批・彦根論叢二一四号一四八頁以下など。

(4) これに対して、「株式取引契約にその新株ないし利得分の引渡しが含まれていると解しうる場合には……債権者として、譲渡人に新株或いは利得分の引渡しを請求しうる」とする見解として、黄清溪・判批・慶應義塾大学商法研究会・下級審商事判例評釈・昭和四五年―四九年（慶應通信・昭和五九年）三五頁。また、譲渡人に売買契約上の売主としての責任が生ずるとする見解として、小宮山宏之・判批・慶應義塾大学商法研究会・下級審商事判例評釈・昭和四〇年―四四年（慶應通信・昭和六〇年）二九一頁以下。

(5) 長谷部茂吉「失念株と増資新株の帰属」裁判会社法（一粒社・昭和三九年）一二二頁以下、高島正夫「名義書換の失念と増資新株の帰属」会社法の諸問題「増補版」（慶應通信・昭和五六年）五二六頁。なお、「事務管理的構成」とするものとして、石井昭久Ⅱ鴻常夫・会社法・第一巻（勁草書房・昭和五二年）二五九頁。

(6) 我妻榮・民法講義Ⅴ4・債権各論下巻一（岩波書店・昭和四七年）九〇〇頁以下。もともと、民法学説上要件の整理分類に関しては若干ニュアンスの相違がある。①他人の事務の管理があること、②他人のためにする意思あること、③法律上の義務がないことおよび④本人のために不利なこと、または本人の意思に反することが明らかでないこと、としたり（松坂佐一・事務管理・不当利得「新版」（有斐閣・昭和四八年）一四頁以下）、①他人の事務の管理を始めること、②他人のためにすること、③法律上の義務（権限）がないことおよび④本人の意思および利益に不適合ではないこととしたりする（加藤雅信・新民法大系Ⅴ・事務管理・不当利得・不法行為「第二版」（有斐閣・平成一七年）七頁以下）。しかし、以下で問題とする「他人のためにすること」が要件となっていることには間違いない。

(7) 長谷部・前掲「失念株と増資新株の帰属」一二二頁以下

(8) 小池隆一・準契約及事務管理の研究（慶應通信・昭和三七）二〇二頁、石田文次郎・債権各論（早稲田大学出版部・昭和二二年）二二六頁など。

(9) 四宮和夫・事務管理・不当利得（青林書院・昭和五六年）一八頁。なお、その他の批判も含め、この点については松坂・前掲事務管理・不当利得二三頁以下など参照。

(10) 我妻・前掲債権各論下巻一・九〇二頁、松坂・前掲事務管理・不当利得二三頁、四宮・前掲事務管理・不当利得

一七頁以下など。もともと、同じく「主観説」といっても各論者によつて、若干ニュアンスは異なっている。その点については、各引用文献を参照。

(11) 境・前掲「いわゆる失念株について」一五〇頁、中島史雄「失念株再論」金沢法学二九卷一・二合併号三三四頁。

(12) 長谷部・前掲「失念株と増資新株の帰属」一二三頁。

(13) 高鳥・前掲「名義書換の失念と増資新株の帰属」五二七頁。

(14) 塩田親文「失念株」の問題について(二完)「民商三〇巻四号二七四頁、菅原菊志「失念株をめぐる諸問題」企業法発展論・商法研究Ⅱ(信山社・平成五年)三七九頁以下、西原寛一「失念株の法律関係」商事法研究第三卷(有斐閣・昭和四三年)一七八頁など。また、事務管理の成立を主張する見解にも同時に準事務管理の成立を主張するものがある。高鳥・前掲「名義書換の失念と増資新株の帰属」五二七頁。なお、中島・前掲「失念株再論」三二三頁以下は、民法学説において近時主張されるようになった「制裁説」を基調としており(準事務管理的規整説)、本文で検討しているような、事務管理の規定を類推するといった学説とはだいぶ異なる。

(15) 関俊彦「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」加藤勝郎ほか・服部古稀・商法学における理論と省察(商事法務研究会・平成二年)五三九頁。なお、このような批判は事務管理が成立するという見解についてもそのまま当てはまる。

(16) 高鳥・前掲「名義書換の失念と増資新株の帰属」五二九頁。もともと、右論稿では「準事務管理」に関してではなく、「事務管理」について述べられているが、同様に考えられよう。

(17) 西原・前掲「失念株の法律関係」一七八頁、菅原菊志「名義書換の失念と新株の帰属」企業法発展論・商法研究Ⅱ(信山社・平成五年)三九二頁。

(18) 西原・前掲「失念株の法律関係」一七九頁参照。

(19) 高鳥・前掲「名義書換の失念と増資新株の帰属」五二九頁。もともと、右論稿では「準事務管理」に関してではなく、「事務管理」について述べられているが、同様に考えられよう。

(20) 関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四三頁注(6)。

(21) 関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五三九頁。これが「決定的問題点」であるとき

でいい切っている。

(22) 四宮・前掲事務管理・不当利得四二頁。

(23) 関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五三九頁など。

(24) 我妻・前掲債権各論下巻一・九二七頁以下、松坂・前掲事務管理・不当利得・不法行為二六頁など。

(25) 我妻・前掲債権各論下巻一・九二八頁。ただし、同じく準事務管理という概念を否定する見解の中には、「事務管理」と同様の効果を「事務管理の追認」によつて達成できるということを根拠とするものもある。加藤・前掲事務管理・不当利得・不法行為二六頁。

(26) 我妻・前掲債権各論下巻一・八九一頁以下、松坂・前掲事務管理・不当利得四頁以下、加藤・前掲事務管理・不当利得・不法行為四頁など。もっとも最近ではかかる理由に批判的な見解も強い（四宮・前掲事務管理・不当利得七頁以下など参照）。

(27) 当然のことながら事務管理に関してはそのような効果がある。我妻・前掲債権各論下巻一・九一五頁、松坂・前掲事務管理・不当利得三六頁以下、四宮・前掲事務管理・不当利得二五頁以下、加藤・前掲事務管理・不当利得・不法行為一四頁など。

(28) 我妻・前掲債権各論下巻一・九一五頁。

(29) 大隅・今井・前掲会社法論・上巻四八七頁、田中（誠）・前掲会社法詳論・上巻四〇二頁（ただし、準事務管理も肯定）、鈴木・竹内・前掲会社法一六〇頁、竹内昭夫・判例商法Ⅰ（弘文堂・昭和五一年）八五頁以下、高鳥・前掲「名義書換の失念と増資新株の帰属」五二九頁、長谷部・前掲「失念株と増資新株の帰属」一二六頁以下、久保欣哉・判批・青山法学四巻二号九三頁、関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四〇頁以下、江頭・前掲株式会社法二〇一頁以下、前田・前掲会社法入門二六五頁、加美・前掲新訂会社法二〇四頁以下、江頭憲治郎・門口正人・会社法大系第二巻（青林書院・平成二〇年）一三三頁「渡邊光誠」など。なお、不当利得を類推して譲受人の請求を認めるべきとするものとして、龍田節・会社法大要（有斐閣・平成一九年）二四三頁。

(30) 西原・前掲「失念株の法律関係」一七七頁。同様に因果関係を否定するものとして、塩田・前掲『失念株』の



問題について(二完)」「二七三頁、菅原・前掲「失念株をめぐる諸問題」三八〇頁、境・前掲「いわゆる失念株について」一五一頁、中島・前掲「失念株再論」三三五頁、小宮山・前掲判批二九〇頁、山本爲三郎・会社法の考え方「第七版」(八千代出版・平成二〇年)一二三頁など。

(31) 竹内・前掲判例商法Ⅰ八五頁。同様に因果関係を肯定するものとして、久保・前掲判批九二頁、関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四〇頁、加藤雅信・財産法の体系と不当利得法の構造(有斐閣・昭和六一年)六九六頁以下、大原栄一・判批・会社判例百選「第五版」四三頁、江頭・前掲株式会社法二〇二頁など。

(32) 長谷部・前掲「失念株と増資新株の帰属」一二六頁、関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四〇頁、大原・前掲判批四三頁など。

(33) 鳩山秀夫・増訂日本債権法各論下巻(岩波書店・昭和二年)七八三頁、末弘巖太郎・債権各論(有斐閣・大正七年)九二六頁、我妻・前掲債権各論下巻一・九四五頁以下など。

(34) 鳩山・前掲増訂日本債権法各論下巻七八三頁、末弘・前掲債権各論九二六頁など。

(35) 竹内・前掲判例商法Ⅰ八五頁、大隅Ⅱ今井・前掲会社法論上巻四八七頁以下など。

(36) 平成一七年改正前商法二八〇条の二第一項六号、二八〇条の六の二、二八〇条の六の三参照。もともと、平成一七年改正法では具体的新株引受権を譲渡しようとする規定が削除されている。その理由は明らかではないが、いずれにせよ、これが一つの財産権たる債権である以上、法律上は譲渡しうるのが原則であると思われる(民法四六条一項本文)。

(37) 竹内・前掲判例商法Ⅰ八四頁など。また、星野孝「所謂『失念株』について」(ジュリ三九号)三三頁以下は、前掲最判の第一審である東京地判昭和二七年七月二一日について「判決は新株引受権と新引受権を利用して引受けた新株とを明瞭に区別していない(傍点原著者)」と批判し、これを区別して論すべきであると強調している。

(38) 四宮・前掲事務管理・不当利得六〇頁、広中俊雄・債権各論講義「第六版」(有斐閣・平成六年)四〇〇頁以下など。

(39) 長谷部・前掲「失念株と増資新株の帰属」一二六頁、関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四〇頁など。なお、竹内・前掲判例商法Ⅰ八五頁は、受益同様「損失」についても「引受権の価額」である



とするようである。

(40) 大判大正八年一〇月二〇日民録二五輯二五卷一八九〇頁、大判昭和八年三月二日民集一二卷四号二九五頁、鳩山・前掲増訂日本債権法各論下巻七九〇頁以下、末弘・前掲債権各論九三三頁など。ただし、その後の判例には騙取された金銭で債務を弁済した事案について「社会通念上この金銭で丙の利益をはかったと認められるだけの連結がある場合には、なお不当利得の成立に必要な因果関係があるものと解すべきである」と述べるものもある（最判昭和四九年九月二六日民集二八巻六号一二四三頁）。また、その「直接」性というのは「普通の場合に理解されるよりは広」く解されている（我妻・前掲債権各論下巻一・九七〇頁）。

(41) 我妻・前掲債権各論下巻一・九七七頁、松坂・前掲事務管理・不当利得八五頁、四宮・前掲事務管理・不当利得六八頁など。また、これを採用したとみられる判例もある。大判明治四四年五月二四日民録一七輯三三〇頁、前掲最判昭和四九年九月二六日。

(42) さらに、近時は因果関係というよりも「関連性」の要件として把握すべきであるという見解も主張されるに至っている。加藤雅信・事務管理不当利得（三省堂・平成一年）七八頁以下、同・前掲事務管理・不当利得・不法行為三四頁以下など。

(43) 鳩山・前掲増訂日本債権法各論下巻七九〇頁。

(44) 我妻・前掲債権各論下巻一・九七七頁。

(45) 松坂・前掲事務管理・不当利得八五頁。

(46) 西原・前掲「失念株の法律関係」一七七頁。同様に因果関係を否定するものとして、塩田・前掲「『失念株』の問題について（二完）」二七三頁、菅原・前掲「失念株をめぐる諸問題」三八〇頁、境・前掲「いわゆる失念株について」一五一頁、中島・前掲「失念株再論」三三五頁、小宮山・前掲判批二九〇頁、山本・前掲会社法の考え方一二二頁など。

(47) 竹内・前掲判例商法一八五頁。同様に因果関係を肯定するものとして、久保・前掲判批九二頁、加藤・前掲財産法の体系と不当利得法の構造六九六頁以下、江頭・前掲株式会社法二〇二頁など。もっとも、本文所掲の反論がどこまで説得力を有するかという点については疑問がないわけではない。というのは、「直接」の因果関係を要求する見

解によれば「甲ノ放棄シタル物ヲ乙ガ先占スルモ不当利得トナルコト」はないとしており（鳩山・前掲増訂日本債権法各論下巻七九一頁。おそらく、原因事実が別個であるということが理由であると思われる）、そうであるとするれば、この見解の引用する事案では、直接の因果関係が否定されると思われるからである。それゆえ、この反論は「社会観念上の因果関係でたりる」とする見解を前提としてはじめて成り立ちうるものであると考える。

(48) そのほか、当事者間においては「新株引受権はB（譲受人・筆者註）に帰属していると考えられるから、A（譲渡人・筆者註）が新株の引受払込をすることによってBはそれを確定的に喪失すると考えれば、Aの取得する新株という利得とBの喪失する新株引受権という損失との間の因果関係は肯定できる」とする見解もある（関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四〇頁、大原・前掲判批四三頁）。

(49) 債権を原始的に取得したことによる不当利得が問題となる場合、その「原物返還」の具体的な方法は債権の放棄（債務の免除）であるとされている。我妻・前掲債権各論下巻一・一〇六六頁など。

(50) 我妻・前掲債権各論下巻一・九三八頁。

(51) 関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四〇頁。

(52) 加藤・前掲財産法の体系と不当利得法の構造六九七頁、八五九頁。

(53) 加藤・前掲財産法の体系と不当利得法の構造二五九頁。

(54) なお、前掲最判昭和三五年九月一五日は、これとは反対の立場を採用したことになる。「株主に新株引受権を附与する場合、経済的には株価に新株引受権附与の期待が反映し、株式に含まれる利益となる。本件は、実質株主にこの利益の帰属を認めなかったことになる」（加藤・前掲財産法の体系と不当利得法の構造二六〇頁）。

(55) 松坂・前掲事務管理・不当利得一六五頁。

(56) 松坂・前掲事務管理・不当利得一四〇頁、一六五頁。

(57) 四宮・前掲事務管理・不当利得一八二頁参照。

(58) 四宮・前掲事務管理・不当利得七一頁、一八五頁。

(59) 我妻・前掲債権各論下巻一・九八六頁、一〇〇四頁、一〇三四頁。

(60) 我妻・前掲債権各論下巻一・一〇三四頁以下。

- (61) なお、法律上の原因の欠缺を肯定する見解として、関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四〇頁など。これに対して、塩田・前掲『失念株』の問題について(二元)二七三頁は、法律上の原因の意義を「公平の原理により、法律の理想たる公平の理念に照して受益者がその利得を保有する実質的理由」と理解した上で「他人の財産的出捐又は給付によらないで会社から直接与えられた新株引受権を行使する資格に基き、譲受人の失権的行為の反射作用として新株の引受をなし得るに至った結果として、自己の財産的出捐により取得した株式ないしそれに伴う利益は、……不当利得返還請求の対象となる利得とは云えない」とする。
- (62) 長谷部・前掲「失念株と増資新株の帰属」一二七頁、関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四五頁以下、龍田・前掲会社法大要二四三頁(ただし、不当利得の類推とする)など。
- (63) 大隅・今井・前掲会社法論上巻四八七頁、竹内・前掲判例商法一八五頁以下、鈴木・竹内・前掲会社法一六〇頁、江頭・前掲株式会社法二〇一頁以下、前田・前掲会社法入門二六五頁、加美・前掲新訂会社法二〇四頁など。
- (64) 我妻・前掲債権各論下巻一・一〇五四頁、松坂・前掲事務管理・不当利得二一六頁、四宮・前掲事務管理・不当利得七四頁など。
- (65) 関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四五頁以下。
- (66) 関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四八頁、龍田・前掲会社法大要二四三頁(ただし、不当利得の類推とする)など。なお、長谷部・前掲「失念株と増資新株の帰属」一二七頁以下。
- (67) 我妻・前掲債権各論下巻一・一〇八〇頁以下。
- (68) 竹内・前掲判例商法一〇九頁。
- (69) 関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五五〇頁。
- (70) 関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五五一頁。
- (71) 星野・前掲「所謂『失念株』について」三四頁。なお、前掲最判昭和三五年九月一五日の第一審である東京地判昭和二十七年七月二一日の判例評釈において、——その根拠は必ずしも明らかではないが——、譲渡人が新株引受権を行使する前には「会社に対する資格の回復」をなしうるとして「わが国では新株引受権の譲渡は会社に対する関係では効力を認められないから(後に昭和四一年改正で認められるに至った。二八〇条ノ六ノ三)」譲受人が譲渡人名義

で、自己の計算で引受をなして株式を確保することができる、と述べるものがある（竹内・前掲判例商法Ⅰ八三頁）。これは、具体的新株引受権の譲渡が可能であれば、不当利得に基づく返還請求の客体となりうるということを含意しているであろうか。

(72) 我妻・前掲債権各論下巻一・一〇五四頁、松坂・前掲事務管理・不当利得二一六頁、四宮・前掲事務管理・不当利得七四頁など。

(73) 星野・前掲「所謂『失念株』について」三四頁、加美・前掲新訂会社法二〇四頁、小橋一郎・会社法「改訂版」(成文堂・平成三年)一二七頁など。

(74) 鈴木Ⅱ竹内・前掲会社法一六〇頁、竹内・前掲判例商法Ⅰ八五頁以下など。

(75) 我妻・前掲債権各論下巻一・一〇六七頁、一〇八一頁、松坂・前掲事務管理・不当利得二一六頁、四宮・前掲事務管理・不当利得七四頁以下など。

(76) 加藤雅信・判批・平成一九年度重要判例解説(ジュリ一三五四号)八六頁。

(77) 加藤・前掲事務管理・不当利得・不法行為一五頁、同・前掲財産法の体系と不当利得法の構造三七四頁。なお、右学説は「帰責事由があれば原則的に双務的關係については危険負担の問題となるし、帰責事由があれば、不当利得返還債務が履行不能を理由として債務不履行による損害賠償請求権に転ずる」という点は、矯正法的不当利得返還請求権は非有体的利益に関してのみ認められるから、効果は常に金銭返還となる」(前掲財産法の体系と不当利得法の構造三七四頁)という前提をおいているからであると推測されるが、私見のように、この場合に「具体的新株引受権」の返還という「原物返還」をみとめるとすれば、同様に考えられよう。

(78) 加藤・前掲財産法の体系と不当利得法の構造三七五頁。

(79) 加藤・前掲判批八六頁参照。

(80) 加藤・前掲判批八六頁。

(81) 関・前掲「株式譲渡後の名義株主による新株・配当の不当利得」五四六頁以下。

(82) 私見のように、具体的新株引受権の譲渡を認める見解をとっても、申込期日(会社法二〇二条一項二号)が徒過

した後には用いることができない。

(83) 場合によっては故意に行わないこともあると指摘されている（いわゆる「放念株」）。

(84) もっとも、民法四一七条に「別段の意思表示がないときは」とされていること等から民法学説上その可能性については見解が分かれており、ことがらはそれほど単純なものではないが……。この点については、幾代通Ⅱ徳本伸一補訂・不法行為法（有斐閣・平成五年）二八六頁以下、四宮和夫・不法行為（青林書院・昭和六〇年）四六五頁以下、平井宜雄・債権総論「第二版」（弘文堂・平成六年）九八頁以下、同債権各論Ⅱ・不法行為（弘文堂・平成四年）九頁以下などを参照。

(85) 保険契約法上認められる「委付」（商法八三三条参照）という制度は、保険契約の目的について、その有する利用価値の喪失という現実の損害の填補のための方法として把握されている（この点については、倉澤康一郎「委付による保険金支払の損害填補性——株券郵送事故損害をカバーするための保険契約の提唱を契機として——」保険契約の法理（慶應通信・昭和五〇年）三四頁以下など参照）。ここでは、背景的事実として、利用価値なるものの損害額算定の困難さが挙げられているが（前掲「委付による保険金支払の損害填補性」六五頁）、その点は株式における支配的利益にも共通する面があると思う。