



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	有価証券の除権判決について
Author(s)	大塚, 龍児; OHTSUKA, Ryuji
Citation	北大法学論集, 31(3-4下), 57-92
Issue Date	1981-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16340
Type	departmental bulletin paper
File Information	31(3-4)2_p57-92.pdf



有価証券の除権判決について

大 塚 龍 児

もくじ

- 一 はじめに
- 二 有価証券における「資格」
- 三 公示催告、除権判決の申立権者
- 四 除権判決の積極的効力
- 五 除権判決の消極的効力
- 六 おわりに

一 はじめに

有価証券が滅失し、または紛失しても、有価証券の表章する権利がそれによって滅失するわけでも、または紛失した

者はその権利を喪失してしまいうわけでもない。所持人は民事訴訟法第七編公示催告手続の規定にしたがって、公示催告を経た後、除権判決をうることによって、証券を所持していなくとも、当該有価証券による権利を行使できる。この有価証券の公示催告手続ないし除権判決制度については、現在では数多くの論文が発表されており、また立法論的批判も⁽¹⁾特に株券について少なくない。そのようななかで本稿を草するのは屋上屋を架す憾を免れないが、拙稿を捧げる小山教授の御專攻、民事訴訟法に関連する解釈論をと考えて、あえて発表してみた。

民事訴訟法七十七條は公示催告手続によって除権判決の対象となしうる有価証券について、その一項で「手形其他商法ニ無効ト為シ得ヘキコトヲ定メタル証書」、二項で「法律上公示催告手続ヲ許ス他ノ証書」と規定するが、本稿では根拠条文についてはともかく、除権判決の対象となることにつき争ひのない無記名証券、指図証券を、しかも善意取得の認められるものを、すなわち典型的なあるいは狭義の有価証券をとりあげる（なお二参照）。

公示催告手続における除権判決による有価証券の無効宣言について論ずべきことは多々あるが、本稿では申立権者（三）、いわゆる除権判決の積極的効力（四）、消極的効力（五）、それらと関連するであろう有価証券における資格（二）の問題にしぼった。

（一）公示催告手続の内的批判として、鈴木竹雄ほか・株券 会社法セミナー⁽²⁾一六九頁以下、高田源清「公示催告制度の批判」福岡商大論叢四卷三号三九三頁以下、公示催告手続の外的批判として、社債法等研究会「賠償証書制度の立法に関する社債法等研究会試案について」ジュリスト五五〇号三四頁以下、等参照。

なお、有価証券滅失、喪失の場合の所持人の救済方法に関する外国法制については、高窪利一「有価証券の喪失とその救済」法学新報六三卷三号七一頁以下、四号六八頁以下、河本一郎「除権判決の対象となる証券」民商法雑誌四三卷二号四一頁以下、特に七八頁以下参照。

（二）民事訴訟法七十七條一項にいう「手形其他商法ニ」は、立法当時の旧商法（明治二三年）を受けたものであって、旧商法四〇

三条は「盗取セラレ又ハ紛失シ若クハ滅失シタル指図証券ハ裏書譲渡アリタルト否トヲ問ハス民事訴訟法ニ從ヒテ權利者之ヲ無効トスル手續ヲ為スコトヲ得」、七一条は「盗取セラレ又ハ紛失シ若クハ滅失シタル手形及ヒ小切手ニ付テハ第四百三条ノ規定ヲ適用ス」と規定していた。

現行商法で、公示催告手続により無効となしうるとされているのは、昭和十三年改正により追加された二三〇条による株券だけである。商法五一八条（昭和十三年改正前二八一一条）がその根拠規定たりうるかについては、通説は、同条は既に他の実体法規定によって除権判決が許されるとされたものについての規定であるとする（反対、高田・前掲三九六頁）。

(3) 民法施行法五七条、それを準用する抵当証券法四〇条、民法施行法の規定は旧商法四〇三条を引継いだものといえるが、無記名証券、民法四七一条の証券すなわち選択無記名式証券を加えている。

なお公示催告手続による無効宣言を許さないものとして、国債ニ関スル法律八条。なお日本銀行法三五条、二九条参照。

(4) 註(2)、(3)との関係で、記名証券にあたる指図禁止手形について除権判決が許されるかについては、竹田省「喪失せられたる手形の除権判決」商法の理論と解釈六八一頁以下（否定）と、同・手形法・小切手法七二頁以下（肯定）を参照。

なお、記名証券一般について、条理上民法施行法五七条に包含されるとする見解として、鈴木竹雄「除権判決」民事訴訟法講座第五卷一四七四頁以下。

(5) 実際上の無記名証券、指図証券は商法五一九条、抵当証券法四〇条の適用があり、すべて善意取得が認められている。ただ理論上はその適用がないものを考へうるが、これを除く趣旨である。

二 有価証券における「資格」

有価証券における「資格」"Legitimation" をいってとりあげるののは、後述のように、公示催告、除権判決の申立には「資格」が問題なのか、その背後の「実質的権利」が問題なのか争いがあり、また除権判決の積極的効力は「資格」の回復か、「実質的権利」を申立人に与えるものか、問題だからである。また民事訴訟法第七編公示催告手続は、ドイツ

ZPO Neunte Buch Aufgebotsverfahren の内容を証券義務者に対する支払禁止命令 (Zahlungssperre) の規定を除いて、ほぼそのまま継受したものであるが、ドイツでの有価証券についての公示催告手続において、通説は有価証券の資格に関する問題であるとしているから、⁽¹⁾ わが民事訴訟法の解釈としても斟酌すべきことは当然だからである。

「資格 (Legitimation)」あるいは「形式的資格 (formelle Legitimation)」は手形裏書の資格授与的効力で著名だが、実定法上「適法ノ所持人ト推定ス」(商法二〇五条二項) また同じ意味で「適法ノ所持人ト見做ス」(手形法一條一項、小切手法一九条) 記名株券について「会社ニ対抗スルコトヲ得 (ズ)」(商法二〇六条一項) と規定されているものことであり、権利を行使しうる権限、⁽²⁾ 権利の行使に関する事実上の可能性、⁽³⁾ 権利外観 (Rechtsschein)、⁽⁴⁾ 権利証明 (Rechtsausweis) などといわれるが、要するに証券で権利者 (またはその代理人) と指し示されていること (Ausweis)⁽⁵⁾ である。⁽⁶⁾ このように証券で権利者と指し示されていること、すなわち資格のあることは、その背後に通常は証券上の権利が存在するということ、資格は、権利の高い蓋然性ある事実であるといえる。⁽⁷⁾⁽⁸⁾ 証券で権利者と指し示されていることという意味での資格 (以下では、後述の株券の特殊性を除いて、「資格」をこの意味で用いる) は、指図証券の受取人と記載された者にあるのは当然のことであるが、無記名証券についていえば初めから権利者の証券上の記載が予定されない証券であるからそのときどきの所持人にある。指図証券については通常は証券所持とその証券に裏書の連続あるときは資格があり (手形法一條一項、小切手法一九条、商法五一九条、⁽⁹⁾ 抵当証券法四〇条)、白地式裏書のあるときは爾後交付のみによって譲渡できるから証券の所持が資格であって、これらの場合の所持人に資格がある (手形法一條二項三号、一六条一項、小切手法一七条二項三号、一九条、商法五一九条、⁽¹⁰⁾ 抵当証券法四〇条)。

輾転流通することを予定する有価証券にあつては、権利の所屬と資格の所屬が別々となることは、当然に予測されるところであり、また公示催告手続による証券の無効宣言も、まさにそのために、すなわち資格を喪失した権利者の救済

のために、予定された制度といえる。

この資格が有価証券法理においてどのような作用をするかが重要であるがそれは次のようにいえよう。⁽⁹⁾

① 債務者のための効力として、債務者は資格ある所持人に対しては、悪意、重過失がない限り、この者への給付によって免責されること。この悪意、重過失の対象は、資格者の無権利について訴訟において立証できることである。その典型は手形法四〇条三項である。⁽¹⁰⁾

② 権利者のための効力として、資格のある者は権利者と推定され、この者の権利を争う者は、証券上の義務者に限らずそれについてのすべての立証責任を負うこと。手形法一六条一項、小切手法一九条、商法二〇五条二項、二〇六条一項はこの意味であるといえる。

③ 第三者、証券取得者のための効力として譲渡人の資格によってこの者の権利を信頼した譲受人は、譲渡人が無権利者であったときにも、証券の表章する権利を善意取得すること。手形法一六条二項、小切手法二一条、商法二二九条、民法八六条三項、一九二条はこの趣旨の規定である。

資格の問題で特異性を示すのは株券である。そこでは会社に対する資格(①と、②のうち義務者が無権利を主張する場合)と、流通面における資格(②のうち第三者が無権利を主張する場合と、③)が分離して取扱われる。記名株券は、流通面においてはもっぱらその所持が資格であるが(商法二〇五条二項)、会社に対しては株主名簿の記載が資格となり(商法二〇六条一項)、株主名簿の名義書換のためには流通面における資格、すなわち株券の所持が資格となる(商法二〇五条二項)。株券による義務者、会社の面から観察すれば、前述資格の①、③の効果により株券の所持人に株主名簿の書換をすれば悪意、重過失なき限り免責され、株主名簿上の名義人に株主権を行使させればやはり①の効果により悪意、重過失なき限り免責される。この免責にもかかわらず会社は自己の危険において、株主名簿上の株主以外の者を株主と

して扱えるかどうかの問題は著名な問題である。ここでは立入らないが、ただ、今まで述べた資格の観点からいえば当然肯定される。株主名簿上の株主が株主として扱われるのは資格の効力①の反射的効力にすぎないといえる。名簿外の者を株主とする会社の取扱いが正当とは認められるためには、会社が資格の効力②を打破する立証をしなければならぬのは当然である。無記名株券⁽¹⁾についても事態は本質的に変わらない。流通面においては株券の所持が資格であり(商法二〇五条二項)、会社に対する株主権の行使にあたっては株券の会社への供託が資格とされているのである(商法二二八条、二二九条二項)。

(1) Vgl., z. B., Ulmer, Das Recht der Wertpapiere (1938), S. 91 ff.; Hueck-Canaris, Recht der Wertpapiere, 11. Aufl.

(1977), S. 130; Rehfeld-Zöllner, Wertpapierrecht, 12. Aufl. (1978), S. 34.

(2) 竹田・前掲商法の理論と解釈六九三頁以下。

(3) 河本一郎「シヨンフリーダ『手形の無効宣言手続』」神戸法學雜誌四卷三号七六八頁。

(4) Jacobi, Grundriß des Rechts der Wertpapiere im allgemeinen, 2. Aufl. (1925), S. 20 ff., 31.

(5) 小川善吉「株券の除権判決の効力」訴訟と裁判 岩松裁判官選任記念六〇七頁、六一〇頁註(三)。

(6) Vgl., Crisoli im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft herausgegeben vom Stier-Somlo und Elster, 3. Bd. (1928),

S. 927 ff.; Jäger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 7 a (1959), Art. 966 N. 21. 「権利証明」でなく「証券の権利者と背_レ示_レなれてゐること」の語を用いる理由は、前者は立証の意味の Beweis を想起しやすいからである。(2)で用いられた Ausweis はむしろ身分証明の意に近いものと考えられる。

(7) Ulmer, a. a. O., S. 87 は資格について次のように言う。資格は、その背後に通常は証券の上の (am Wertpapier) 権利が存在する、外的な事実 (Tatbestand) である。それは有価証券法において、動産法における占有、不動産法における登記簿上の登記と同じような意味をもつ。資格のある者は権利のある者であることを要せず、証券を盗み、横領しまたはその他不法に取得した者でも構わない。しかし彼は常に権利があること (Berechtigung) の外観 (Anschein) をそれ自身にもっている。書面化された権利が彼に帰属することが推定され、誠実な第三者は権利の外観 (Schein des Rechts) に信頼しても構わない。

(8) 形式的資格 (formelle Legitimation) に対して実質的資格 (materielle Legitimation) という語も用いられるが、実質的資格とは、証券(手形)からの権利を行使する真の権利があることとされるから(松本丞治「民法第四百七十条と第四百七十八条との関係」商法解釈の諸問題四九六頁、Grünhut, Wechseltrecht, 2. Bd. (1897), S. 110), いわゆる実質的権利と同一ことである。

(9) Vgl. Jacobi, a. a. O., S. 20 ff.; Ulmer, a. a. O., S. 80 ff.; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 9 ff.

(10) 民法四七〇条、四七一条、四七八条。その他明文の規定はないが、記名株券につき株主名簿の名義書換を求められた会社、小切手の遡求義務者についても手形法四〇条三項と同様に解されている。

(11) 株券を喪失した場合にもそれが記名株券であれば、株主名簿上の名義のある株主が、他の者が喪失株券により名義書換するまでは、権利行使が可能であるとする説もあるが(前田庸「株券の除権判決」新商法演習一八四頁)、株主名簿に資格以上の確定的効力を認めれば別論であるが、資格を認めるものであれば、本文のようにいえよう。この点で前記のように解するのがドイツの通説であるが、それはドイツ株式法六七条二項が「会社に対する関係においては、株主名簿に株主として登録された者のみが株主とみなされる」と規定していることによるものであろう。商法二二四条ノ三第一項、二八〇条ノ四第二項、三四一条ノ二ノ四第二項参照。

三 公示催告、除権判決の申立権者

公示催告の申立権者⁽¹⁾について民事訴訟法七七八条は一項で「無記名証券又ハ裏書ヲ以テ移転シ得ヘク且略式裏書ヲ付シタル証券ニ付テハ最終ノ所持人公示催告手續ヲ申立ツル権アリ」、二項で「此他ノ証券ニ付テハ証券ニ因リ権利ヲ主張シ得ヘキ者此申立ヲ為ス権アリ」と定める。これは内容的にはドイツ民事訴訟法一〇〇四条と項の順序も含めて同一である。申立権者は、第一項で無記名証券および白地式の裏書ある指図証券については最終所持人、二項で、その他の証券では証券による権利を行使できる者となる。本稿は無記名証券と指図証券に限ったから、二項にあたるのは通常は

裏書の連続した指図証券の最終所持人である。また裏書の連続を欠いても所持人がその実質的権利を証明するとき
は手形上の権利を行使できることは判例⁽²⁾であり現在異論はないから、そのような所持人も二項により申立権がある。

このことは、裏書の連続を欠く場合を除き⁽³⁾、二にのべた資格に应ずるものである。したがって公示催告の申立権者は、
その証券について資格のあつた者であり、「実質的権利者たるを要すと解すべき法律上の根拠存在することなし。」⁽⁴⁾とい
われ、裁判所は所持が一般的に合法的かどうかを審査すべきでない、といわれる⁽⁵⁾。このことはドイツ民事訴訟法の立法
経過にも合致する。当時、ドイツ手形条令七三条は手形の所有権者に公示催告の申立権を与えていたのを、申立権者を
資格ある者としたのは、一つの証券から多数の者がそれぞれ異つた権利者として、たとえば質入のために、競合する場
合を包含せしめるためであつたからである⁽⁶⁾。

このように、民事訴訟法七七八条の文言通り、証券につき資格ある者に公示催告、除権判決の申立権を承認する見解⁽⁷⁾
に対し、そうすると盗取者、拾得者その他の不法な所持人も申立権があることになり正義感に反する結果となることを理
由に、これらの者には申立権を認めるべきでないとする見解⁽⁸⁾、あるいは積極的に実質的権利者に限る見解が主張される⁽⁹⁾。
この問題は除権判決の積極的効力(後述四参照)と絡む問題であるが、除権判決によつて資格を回復するにすぎない
とするならば、後二者の見解は意味がないといえるであらう⁽¹⁰⁾。なぜなら、たとえば盗取者は、喪失する以前に、または
喪失したと称したときにもまたわざと滅失させたときにも、やはり資格があつたことには変りがないからである。この
ことは民事訴訟法七七八条一項の証券については明らかであり、二項の証券についてもこの者が自分への裏書を偽造し
ていけば同じことであり、あるいは偽造裏書がなければ、自分の実質的権利の証券による証明のしようがないから、資
格者ではありえないだけである。その意味で除権判決により申立人は実質的権利者となつて、申立人は実質的権
利者、証券の処分権者でなければならぬとするのは、首尾一貫する⁽¹¹⁾。

記名株券の場合の資格は、前述二のようにいわば二重になっているが、公示催告の申立権者は、株主名簿上の株主に限るといふ説は、公示催告手続は対会社関係だけが問題になるのではないからとりえないし、また所謂資格に拘泥しすぎて、公示催告制度は証券喪失の場合の救済制度であることを忘れた議論といえよう。では、記名株券の最終所持人と並んで、株主名簿上の株主も申立権を有するか。これも公示催告制度の趣旨から否定すべきであろう。なぜなら除権判決による証券喪失者の救済は、証券が証券義務者と所持人との関係に尽きることなく——もしそれに尽きるのであれば義務者と最終所持人との訴訟事件として確認判決、ときには給付判決によればよい——有価証券として輾転流通するので、ありうる喪失証券の所持人に届出させ、証券の届出があればそれが片がつく、換言すれば所在不明であった証券の所在が明らかになれば終了する制度だからである。簡潔に言えば、有価証券の滅失、喪失によってその所持を失った者の救済の制度だからである。むしろこれらの説は、公示催告、除権判決は資格に関する、だから対会社関係で資格のある者は申立権がある、と直結したものと評しえよう。株主名簿上の株主が実質上の株主である限り申立権を認める見解は、実質上の株主であるときは株券の最終所持人でもあるのだから、屋上屋を架す結果になろう。すなわち名簿上の名義人が最終所持人であれば所持人の資格で申立てればよく、滅失、喪失以外の理由で所持を失った(間接占有も失った)のであればそれは譲渡した場合しか考えられず、このような者は滅失、喪失という申立の要件を欠くのである。もちろん申立権のない者による公示催告手続で除権判決がなされたときの判決の効力は右のことと関係がない。

有価証券を質入した場合、公示催告の申立権者は、誰か。⑧記名株券の質入について、最高裁は、質権者と並んで質権設定者も申立権があるとした。学説は、この見解に賛成する説がある一方、⑨質権者に限るとする説、⑩質権設定者に限るとする説、に分かれる。⑪説は申立権を喪失当時証券による資格を有していた者に限るといふ前提に立ち、実質上の権利者であっても株券の喪失、滅失当時入質していた者は、株券に対する支配権を奪われ、資格があった者とは

いえないということを理由とする⁽²⁰⁾。⑥説は、除権判決の効果として株券の再交付を受けること（商法二三〇条二項）を考えると、除権判決後に自己名義の株券の交付を求めうる質権設定者に限ることが法律の趣旨に近いとする⁽²¹⁾。その前提として、申立権者としては一応資格のある者としつつも、最終的には実質的権利の有無も問題となり、実質的権利が明らかに無いことがわかっている場合には申立権を有しないと、株券質入の場合には、質権者、設定者のいずれが実質的権利者であるかによって決定すべきであるということが主張される⁽²²⁾。⑦説の根拠は必ずしも明らかでなく、結局一方にのみ認めれば他方の権利が危くなる、すなわち質権者にのみ認めれば、質権者が申立てないと質権設定者は権利を失ってしまい、質権設定者にのみ認めれば、質権者の知らないうちに質権を失ってしまうという利益較量にあるようである。

ドイツ民事訴訟法の立法過程でさきに一言したように、質入のように同一の証券から複数の者が証券からの権利について資格がある場合は、複数の者に申立権があることを示すために、わざわざ申立権を資格のある者という一般的表現をとったものであった⁽²³⁾。したがってその資格は権利の一部であってもそれについて資格のある者は、申立権があるといわねばならない⁽²⁴⁾。証券からの権利 (Recht aus dem Papier)⁽²⁵⁾ について、その一部分であれ、資格があるかどうかは、民事訴訟法でなく実体法の定めるところであるから、申立権の有無、資格の有無は実体法の規定を見なければならぬ⁽²⁶⁾。手形法一九条、商法二〇七条以下、民法三六二条以下、特に三六七条、八六条三項、三五〇条、二九七条、によれば、質権者は証券から生ずる権利を一部であれ、行使することは可能であるから、実体法上義務者に対する對抗要件を踏んでいれば、資格があるから、公示催告の申立権があることは疑いないというべきであろう。除権判決の効果として株券の再交付をうけること（商法二三〇条二項）を根拠として質権者には申立権がないとするのは理由がない。質権者ももちろん質権設定者名義の株券をもらえるだけであり、このようなことはすでに商法二〇九条四項の規定が予定している

ところである。では質権設定者はどうか。問題は要するにこの者に資格の前提たる所持があるかどうかである。間接占有ではないけないという説⁽²⁸⁾もあり、また間接占有でもよいとの説もある⁽²⁹⁾。結局は所持の概念の問題である。所持人をもって自らまたは代理人、使者をして常に証券の呈示のできるものといえれば十分であるから、間接占有者を申立権者から除く理由はないといえよう。⁽³⁰⁾⁽³¹⁾⁽³²⁾

最後に、証券義務者は公示催告の申立権があるか。手形についてこれを認めている判例がある⁽³³⁾。手形の交付前に喪失し、または受戻後喪失した場合には、善意の取得者に対しては善意取得（手形法一六条二項）、あるいは抗弁切断（手形法一七条）、あるいはいわゆる外観理論等により責任を負うことがあるから、除権判決の消極的効力をねらって当該手形の無効宣言をうる実益があるから、これを認めるべきであろう。株券については、適法な自己株式（商法二一〇条）の公示催告が許されることは問題ない。株券発行後株主への交付前に喪失した場合、通説、判例によると未だ有効な株券ではないから何者にも公示催告は認められない。これに対して、記名株券にあつては株券に株主名が記載され、無記名株券にあつては發送用の封筒に入れるとかしてその所屬が決つたときのように、株券作成後どの株主に交付されるべきかが確定した段階で有効な株券になるとの少数説をとれば、その段階後の喪失について、株主は除権判決を申立てることができ、記名株券も有価証券としては無記名証券であるから、会社も保管者として（註（32）参照）、申立権がある。また、株式に応じた株券が最初に発行されるいわゆる株券の発行ではなく、既にある株券の代りに別の株券が交付されるとき（株主名簿の書換後、除権判決後または株券の汚損による取り代え）に株主に交付前に喪失したときは、喪失新株券は旧株券の代替物にすぎないから、株主に、そして保管者たる会社にも、公示催告の申立権がある。⁽³⁶⁾

（1）公示催告手続の手續面に関しては、松岡義正・特別民事訴訟論一四八頁以下、中田淳一・特別訴訟手続第一部（新法学全集二

三卷)二四頁以下、河本一郎「株券の除権判決」株式会社法講座二卷七八八頁以下、同・注釈会社法⑨四二七頁以下、山木戸克己「公示催告手続の性質と除権判決の効力」神戸法学雑誌五卷三三三三頁以下、鈴木・前掲一四八頁以下参照。

(2) 最判昭和三一・二・七民集二〇卷二七頁、最判昭和三三・一〇・二四民集一二卷一四号三三三七頁。

(3) 裏書の連続を欠く場合、註(2)の判例をはじめ、形式的資格がないという。しかし指図証券の場合、資格は裏書が証券上の記載において連続していることプラス同証券の所持と解すべきであるから、その場合は資格の一部に瑕疵があるというべきであろう。なぜなら証券を所持していない者に裏書の連続があるが故に資格ありとして、二に述べた資格の全ての効力を認めることはいからである。したがって裏書の連続を欠く場合も所持人には全然資格がないというべきではなからう。Endemann, Der Deutsche Zivilprozess, 3. Bd. (1879), § 838 Nr. 1 は一般的に債権譲渡 (Zession) の許される指図債券については譲受人も申立権があるとす。

資格の観点から民事訴訟法七七八条では、二項が原則であって一項はその適用の結果であるといわれるが(河本・前掲講座七一九頁、Endemann, a. a. O., § 838 Nr. 1, 等)所持に着目すれば、一項二項はそれぞれの証券に応じた資格に着目していると評される。

裏書の連続を欠く場合についてはなお、四の証券義務者の抗弁を参照。

(4) 竹田・前掲商法の理論と解釈六九四頁。

(5) Adelman, Die Kraftloserklärung abhanden gekommener oder vernichteter Urkunden im Aufgebotsverfahren nach Reichsrecht und Bayerischen Landesrecht (1904), S. 45; Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 19. Aufl. 3. Bd. (1975), § 1004 Anm. II; Endemann, a. a. O., § 838 Nr. 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 36. Aufl. (1978), § 1004 Anm. 1.

(6) Hahn, Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 2. Bd., Materialien zur Zivilprozessordnung, 1. Abt. (1881), S. 486.

マイン手形条令七三条との関係は、vgl. Jacobi, Die Wertpapiere, im Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, 4. Bd. 1. Abt. (1917), S. 401 ff.

(7) 松岡・前掲二〇〇頁以下、中田・前掲五一頁、Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 390 f., Enneccerus-Lehmann,

- Schuldrecht, 15. Bearbeitung (1958), S. 853.
- (8) 鈴木・前掲一四七九頁以下、河本・前掲講座七八〇頁。Jaggi, a. a. O., Art. 971, 972 N. 116, 125 ff. なお河本・前掲注釈会社法四二九頁以下参照。
- (9) 山木戸・前掲三九〇頁以下、Staub-Stranz, Wechselgesetz, 13. Aufl. (1934), Art. 90 Anm. 4.
- (10) 証券喪失中に善意取得した者は、権利の届出をしない限り権利を失なうという見解をとつても(後述四参照)、この善意取得者の保護を図るために、盗取者のような無権利の資格者に申立権がないとする利益較量があるいは意味をもつかもしいないが、しかしそれは証券を喪失した真の権利者に資格を回復してやるという、公示催告手続の目的とは一致しない。また、除権判決の効力を右のように解する、Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 399 Anm. 76 は、そのような場合は、被盜取者が証券の所有権者であるとする。
- (11) Hellwig, System des Deutschen Zivilprozessrecht II (1912), S. 96 f.
- (12) Adelman, a. a. O., S. 48 ff. Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Aufl. (1921), § 228 Anm. 1; Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 391. 但し、Adelman, a. a. O. は、名簿上の株主が権利者でないときは、例外的に所持人も申立権があるとし、叙述にやや矛盾があるようである。
- (13) 松田二郎―鈴木忠一・条解株式会社法上一七七頁。ドイツでの通説。
- (14) 高田・前掲四〇一頁。
- (15) 松岡・前掲二〇五頁以下、中田・前掲三三三頁以下、河本・前掲講座七九四頁以下、同・前掲注釈会社法四三七頁以下参照。
- (16) 松田―鈴木・前掲一七七頁。
- (17) Wiczorek, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 4 Teil 2 (1958) § 1004 Anm. AII a
- (18) 最判昭和四三・五・二八民集二二卷五号一―二五頁。
- (19) 松田―鈴木・前掲一七七頁、田中誠二・全訂会社法評論上二八九頁、大隅健一郎―今井宏・新版会社法論上三三五頁以下、石井照久―鴻常夫・会社法第一卷商法II二二〇頁、北沢正啓・会社法(現代法律学全集)一七七頁、註(18)の最判の判例批評である、小川善吉・民商法雑誌六〇卷一―二八頁、前田重行・法学協会雑誌八六卷七号九二頁等。
- (20) 河本・前掲講座七八〇頁以下、同・前掲注釈会社法四三一頁。

(21) 鈴木・前掲一四八一頁、高島正夫「株券の除権判決と株式質権者」会社法の諸問題二四七頁以下。

(22) 鈴木・前掲一四七九頁以下。しかし公示催告手続では実質的権利の有無が審理されるべき場ではないことは、註(15)および対応する本文参照。手続の中止または判決における留保は(民事訴訟法七七〇条)、届出られた証券と公示催告で申立てられた証券との同一性に争いあるとき、または証券の提出なき権利の届出があったときに限られる。証券の提出なき届出という例外の場合から公示催告手続の全体を構想するのは誤りでなからうか。この場合申立人と届出人との間に一方が権利者であるという通常手続での判決があったとしても、その既判力はこの両者のみ及ぶものであり、公示催告で呼びかけられた一般第三者には何の影響もない。通常訴訟で申立人に実質的権利ありとされれば、この者は、公示催告手続ではその実質的権利には触れない無条件の除権判決を得ることになるし、留保付の除権判決の留保がなくなり無条件の除権判決となるだけであり、届出人が勝訴すればこの者が新たに公示催告を申立てることにならう。

右のような意味において、有価証券の公示催告制度と失踪宣告における公示催告との類似性を指摘する。Jäggi, „Die Kraft-
losklärung von Wertpapieren“ Privatrecht und Staat (1976), S. 458 は興味深く。彼は Jäggi 自身は、申立人に実質的権利のないことがわかったときは、裁判官は手続を行なうてはならないとして (Dasselbst, S. 451) 鈴木説と同じ見解をとるが、失踪宣告との類推を不当な方向において行なうものといえるのでないか。失踪宣告の場合に、生存が明らかであれば手続を進めなければならないのは当然であるが、有価証券の除権判決(無効宣言)の場合にそれと類似するのは、申立証券の所在が明らかになった場合である。

なお、有価証券の所在不明の要件に関し、民事訴訟法七六九条二項による職権調査を強調し、無駄なあるいは詐欺的な除権判決の出ることを防ぐべきことを説くものとして、河本一郎「公示催告手続と職権調査」実体法と手続法の交錯 上 山木戸克己教授還暦記念三六九頁以下参照。

(23) Hahn, a. a. O., S. 486.

(24) Stein-Jonas, a. a. O., § 1004 Anm. I; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, a. a. O., § 1004 Anm. I; Adelman, a. a. O., S. 48.

(25) 有価証券理論としていわゆる所有権説をとるか否かとは直接関係はないが、ドイツにおいては、有価証券の流通面においては物権移転の原則に従った法律構成となっており、そのように説明される(1)の点については、vgl. z. B., Staudinger, Kommentar

- zum BGB 2. Bd. Teil, 4 10/11 Aufl., § 793 Anm. 10 ff.)²⁶⁾ 又は証券の上の権利 (Recht am Papier)²⁷⁾ 証券からの権利 (Recht aus dem Papier)²⁸⁾ 証券を求める権利 (Recht auf dem Papier) が区別され、公示催告の許される無記名証券、指図証券については、証券の上の権利は物權變動の原則に従い、それによって証券の上の物權を取得した者に、証券からの権利が帰属する (Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier)。今まで述べてきた資格についていえば、証券からの権利についての資格は、証券の上の権利者にあること (ドイツ法の物權變動の独自性を想起されたい) になる。したがって質権者は証券の上の権利≡質権をもち、そのようなものとして資格があり、公示催告、除権判決の申立権があることになる。また証券喪失当時、証券の上の権利を証券の占有なしに有していた者は、所持人の側での証券の喪失によっても、公示催告手続によっても影響を受けないとされる (質権者による喪失のときの所有権者を想起されたい) (Hahn, a. a. O., S. 488。
- 証券を求める債權的権利のみの持ち主²⁹⁾ たとえば証券の買主は、当然に資格がなく、申立権もない (Stein-Jonas, a. a. O., § 1004 Anm. I。
- (26) Vgl. Wiczorek, a. a. O., § 1004 Anm. III。
- (27) 鈴木・前掲一四八一頁は、株券について「質権者が行使しうる権利は限定的なものにすぎなく、ことに略式質権者は極めて特殊の場合に権利を行使しうるのみなので、かかる制限的な権利を行使しうるにすぎない者を『権利ヲ行使シ得ヘキ者』と認めるのは、おかしいと考える」とされるが、ドイツ民事訴訟法の考え方および本文の考え方は、まさにそれ故に認めるものである。
- (28) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, III. Bd. 1. Teil, 3. Aufl. (1934), § 228 Anm. 3; Godin-Wilhelm, Aktiengesetz, Bd. 1 4. Aufl. (1971), § 72 Anm. 4; Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1 2. Lief., § 72 Anm. 4; Adelman, a. a. O., S. 45。
- (29) Hellwig, a. a. O., S. 96; Stein-Jonas, a. a. O., § 1003 Anm. V; Wiczorek, a. a. O., § 1004 Anm. I A; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, a. a. O., § 1004 Anm. 1。
- (30) Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 142; Ulmer, a. a. O., S. 87。
- (31) 証券の留置権者と、被担保債務者についても問題は同じである。債務者は間接占有を有するから常に申立権がある。留置権者が証券からの権利を行使できる証券があれば (民法二九七条)、申立権があることになる。ただし、留置権は占有を喪失すると

消滅するから（民法三〇二条）、証券の所持に代る除権判決を得ることが占有の回収（民法二〇三条）といえるかどうかの解釈にかかると。河本・前掲講座八〇八頁はこれを否定して、被担保債務者を申立人とする。（なお同書七八二頁以下参照）。

(32) 単なる保管者、運送人が喪失したときは、この者に資格があれば（無記名証券）公示催告を申立てうるし、そうすれば寄託者、荷送人から損害賠償を請求されるのを防ぐことができる（河本・前掲七八五頁註（五）¹。Vgl. Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 391 f.; Jäggli, a. a. O. (Kommentar), Art. 971, 972 N.125 ff.)²。

寄託者、荷送人にも資格があれば申立権があることは、いうまでもない。

(33) 最判昭和四七・四・六民集二六卷三号四五五頁。

(34) 最判昭和四〇・一一・一六民集一九卷八号一九七〇頁。

(35) 河本一郎「株券の発行」会社法判例百選（第三版）四八頁以下参照。

(36) Vgl. Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 404.

四 除権判決の積極的効力

(一) 民事訴訟法七八五条は「除権判決アリタルトキハ其申立人ハ証券ニ因リ義務ヲ負担スル者ニ対シテ証券ニ因レル權利ヲ主張スルコトヲ得」と規定する。この文言は、判決取得者は誰に対しても実質的権利者であるとも読めるし、⁽¹⁾ 第三者の実質的権利は害されない（除権されない）⁽²⁾ が、義務者に対しては実質的権利者であることが確定される。換言すれば義務者は判決取得者が実質的権利を有しないことを抗弁とすることはできない⁽³⁾、とも読め、またそのように解釈する⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾ 説も多い。しかしそうすると一旦証券を譲渡した者が喪失、滅失したと称し、盗取者、拾得者その他の不法な所持人が証券を喪失し、喪失、滅失したと称し、またはわざと滅失させて公示催告を申立て除権判決を得ると実質的権利者として、少なくとも義務者に対しては権利を行使できることとなる不当性が生ずる。また申立権を証券上の単なる資格者に

認めたとこと一貫しない。資格の背後には実質的権利が存在し、申立人が実質的権利を欠くときには、除権判決はできないと解するとしても、公示催告手続においては実質的権利を確認することが制度的に保障されているわけではない。

わが国では、現在、除権判決の効果は右判決以後当該証券を無効とし、申立人に証券を所持すると同一の地位を回復させるにとどまるもので、公示催告申立の時に遡って証券を無効とするものではなく、また申立人が実質上の権利者であることを確定するものではない、ことに異論はない。すなわち除権判決取得者は資格を回復するにすぎない。したがって、無権利者が除権判決を取得した場合、権利者は、当該除権判決正本の引渡をうけるか、すでに判決取得者が民事訴訟法七八五条の権利を行使したときにはその受けた給付の返還をうけるか、判決取得者が商法二三〇条二項により新株券の交付を受けているときはその新株券の交付を求めることができる。その際、実質的権利者の権利に基づく、証券の上の所有権を考えればその所有権者の返還請求権に基づくものとして、または不当利得に基づくものとして法律構成される。⁽⁸⁾

(二) 申立人の証券喪失後、除権判決の確定（といっても言渡により直ちに確定するが。民事訴訟法七七四条一項、四九八条）前に、当該証券を善意取得した者は権利の届出（民事訴訟法七八一条、七六八条）をしないと、その権利を除権判決によって失うか。この問題に関しては、もちろん判決取得者が喪失時に実質的権利者であった場合であるが、⁽⁹⁾このことを肯定して判決取得者を保護する説と、⁽¹⁰⁾善意取得者を保護する説との対立が著しい。⁽¹¹⁾もちろん⁽¹²⁾説でも、除権判決取得者が（喪失時に実質的権利者であったか、無権利者であったかを問わず）商法二三〇条二項により新株券の発行をうけ、これを第三者に譲渡し、この者が善意取得したときは、先の善意取得者は株主権を失うことは当然のことである。⁽¹²⁾

両説の対立は、利益較量の面では、⁽¹³⁾説は、申立人が相当額の費用と時間（六ヶ月以上。民事訴訟法七八三条）をか

けて、せっかく除権判決を取得したのに、喪失中に、特に公示催告中に、善意取得が生じると（このことは学説、判例上ほほ争いが¹⁴ない）実質的権利を失うのでは、余りにも申立人に酷であるのに対し、(ロ)説は取引の安全を強調し、かつ除権判決によって善意取得者が資格を失うということだけでも決して軽視しえない効果であるとする。この利益較量は主張者の主観次第であろう。有価証券の善意取得が完全な権利の取得であるとすれば（なお後述）、(イ)説の根拠を批判すれば自づと(ロ)説にならざるをえないであろう。

(イ)説はその根拠として次のものをあげる。

(i) 申立人は公示催告手続において、明示的ではないにしろ、自分が証券の最終所持人であって、自分の証券喪失後適法に占有した者はいない。占有者がいてもそれは盗取者かまたは故買人にすぎない、と主張しているのである。除権判決はそれまでに権利の届出がないことを前提となされる。公示催告手続は有価証券にとって確認手続 (Feststellungsverfahren) であることが明らかになる。喪失者が喪失の時に¹⁵いて証券から生ずる権利外観が帰属する唯一の者であり、喪失後他の誰にも帰属するものではないということが確定される。したがって資格の取得なしには権利が取得されることはありえないから、何者も喪失者≠申立人の後には権利を取得しなかった。除権判決はその利益において反対のことを主張しようとする者、全てに対して作用するから、喪失後のあるいはありうる取得者は排除されるとするのである。¹⁶この論拠は(イ)説のうちで最も強力なものと思われる。しかし、事実の確認は確認判決の対象となり得ない、との民事訴訟法の原則に反するかはともかく、盗取者、故買人にも資格はあるし（二参照）、適法な占有を問題にすればそれは実質的権利を問題にしたことになってしまふ。また¹⁷疏明で終始し、当事者対立の構造を有しない公示催告手続における除権判決を、訴訟手続における判決と同視しすぎるといえるのではなからうか。¹⁸

(ii) 実定法は、善意取得者は本来の権利者に対して証券の返還を要しない旨を規定し、その結果として権利を取得し

たこととなるという特殊の構成をとっているので（手形法一六条二項、小切手法二一条）、形式的にみれば、本来の権利者が証券の返還を受けうるならば、善意取得者の権利取得が否定されるにいたるわけである。除権判決によりあたかも現在の所持人から証券の所持を回復したのと同様の効果が認められる以上、それによって善意取得者は証券を返還したのと同様となり、その結果権利の取得も否定されることになる。⁽¹⁹⁾この根拠に対しては、沿革的理由にもとづく現行法の法的構成に実質的な意義を認めすぎる形式的な議論のように思われるとの批判があるし、⁽²⁰⁾何故に、返還行為がないのに返還したのと同様になるのか——しかも何らの対価もなしに——理解し難い。⁽²¹⁾(ii)のようにいうことは原始取得たる善意取得が、完全な権利の取得ではなく制限的な取得に過ぎないことになるが、それには民法一九二条に対する一九三条、一九四条のような特別の規定がある場合に限られるし、⁽²²⁾その場合、盗品、遺失物を被害者、遺失主が善意取得者から回復しうるのは二年間に限られ、しかも公の市場で買い受けた者等から回復するためには代価を弁償しなければならず、そうすると有価証券の善意取得者の地位は盗難動産、遺失動産の善意取得者の地位よりも不利であるともいえることになる、⁽²³⁾との批判がある。

(iii) 除権判決によって証券が無効となった以上、善意取得の要件である証券による権利の証明ができないことに基⁽²⁴⁾く。しかし、除権判決に遡及効を認めるならばともかく、⁽²⁵⁾善意取得は証券が有効であったときになされ、その要件は取得の時点の問題にするのだから、これはあたらないであろう。

(iv) 公示催告による除権判決の制度は、一方で証券の流通保護のために善意取得の制度をみとめるのに対し、他方で証券喪失者に権利保護の途を与えたもので、六ヶ月以上の公示催告期間を設けて証券の所持人に権利の届出を催告する手続は、いわば両者の保護の調整点をなしているのである。もしその届出を怠るときは、除権判決によりその権利を除外されるものといわなければならない。⁽²⁶⁾その意味で善意取得者の権利取得は制限的な権利取得である。しかし右のようにい

うことは、喪失中の善意取得者が排除されないとすれば、法が公示催告による除権判決の制度を認めた趣旨はほとんど失われることとなり、制度の存在理由を理解することはできない⁽²⁸⁾というのと同じである。しかし、いま問題にしているのは有価証券の公示催告手続のもつ意味の解釈である。それが全く意味を持たなくなるというのであれば格別、右のようにいうことは、既に公示催告による除権判決制度はかくあるべしということ⁽²⁹⁾を前提として持ち込んでいることであつて(善意取得についてもそうであるが。なお善意取得が制限的な権利取得であるとする⁽³⁰⁾ことについての批判は(Ⅱ)参照)、適切ではないと考へる。証券が滅失した場合に意味があるのは当然だが、さらに(i)を主張する学説が出発点とするところ、すなわち申立人は証券を喪失した、その後⁽³¹⁾に証券を所持する者は盗取者か故買人、換言すれば不法な所持人か悪意、重過失(手形法一六条二項、小切手法二一条参照)ある者である、そうでない⁽³²⁾のであれば公示催告期間中に権利を届出よ(証券をもっていれば証券の提出とともに)、というところに、公示催告手続の趣旨があるといふべきである。

⁽²⁸⁾判例は、約束手形に振出署名をした後、みずからこれを流通におく前に盗取されまたは紛失した者に公示催告および除権判決の申立権を認めたい⁽³³⁾、その得た除権判決は、確定前に喪失手形を悪意または重大な過失なくして取得し、その振出署名者に対して振出人としての責任を追及しえた者の実質的権利までも消滅させようとするものではないとする。その理由として、約束手形の振出人は、その手形の債務者にとどまり、手形上の権利を取得するものではなく、したがって自己の権利行使の資格を回復するためではなく、もっぱらみずから負担するにいたる危険のある手形債務につき免責を得ることを目的とするのであつて、適法に振り出された手形の所持人がその手形を喪失して公示催告の申立をした場合のように、除権判決の確定前に当該手形の善意取得者が現われて、除権判決により権利行使の資格を回復した手形喪失者との間に、権利行使の資格の競合状態を生ずるおそれはないから、除権判決前の権利の取得者の権利を否定する必要はないからである、とする。結論はもちろん正当であるが、理由として述べるところがもし(Ⅱ)説を念頭

においているのであれば、賛成しがたい。必要があるから善意取得者の権利を否定するという次元の問題でないことは確かであろう。

(三) 証券義務者は除権判決取得者に対してどのような抗弁を対抗できるか。公示催告手続は、申立人と証券義務者とが対立する民事訴訟手続ではなく、あるいはありうる所持人に対して届出を促し、届出のないときに喪失者の資格を回復する手続であるから、証券の表章する権利の不成立、および内容は当然抗弁できる。そして権利の成立、内容に関する立証責任は、一般原則どおり除権判決取得者にある。この点には争いない。また証券義務者は、除権判決の前に資格ある所持人に、悪意、重過失なしに弁済したから、証券の表章していた義務は消滅したということを判決取得者に対抗できる。

では、証券義務者は、除権判決取得者に対して、取得者は無権利者である、真の権利者は他に存在するということを抗弁できるか。註(3)に掲げたドイツの学説は否定する。ドイツ民事訴訟法一〇一八条一項が、判決取得者は証券義務者に対し証券からの権利を行使する権利がある (Berechtigt) と定めることから、証券義務者は判決取得者が無権利者であるとの抗弁を認めない。⁽²⁹⁾ わが国では「証書ニ因レル権利ヲ主張スルコトヲ得」とする故であろうか、判決取得者は資格を回復するだけであつて、実質的権利を回復するものではないことに、前述のように、争いはない。⁽³⁰⁾

さらに、義務者は、判決取得者は資格を欠くということを抗弁できるか。公示催告手続は証券を滅失、喪失した者に資格を回復することが目的であるとする通説からは、これを否定することにならう。しかし、公示催告手続は申立人と義務者の対立を予定した訴訟手続ではなく、除権判決取得者が証券を所持していたときにくらべて、取得者を有利に扱う根拠も、義務者を不利に扱う根拠もない。したがって右の抗弁を許すのが正当である。判決取得者の所持していた証券には裏書の連続を欠いていたという抗弁である。⁽³¹⁾ 一般に除権判決はその取得者に資格を回復するといわれるが、その資格

は、無記名証券の所持という資格と、指図証券の所持と裏書の連続という資格のうちの所持の部分を用いて解すべきであろう。裏書連続の欠缺につき架橋説⁽³²⁾に立って、欠缺部分の実質的権利移転の立証があればよいとして、かつ公示催告期日には証明が必要だと解して欠缺部分の証明を要するとしても、その証明は、反対当事者の予定されない公示催告手続では反証活動が期待されないし、なによりも当事者でない義務者を拘束するのは不当だからである。そうはいっても証券義務者は、流通する有価証券の性質上、証券の移転経過は知らないのが普通であるから、裏書不連続を知らずこの抗弁を出さずに、除権判決の取得者に対して悪意、重過失なく弁済すれば免責されると解すべきである。⁽³³⁾

その他の抗弁、判決取得者に滅失、喪失が起らなかったら義務者がこの者に対抗できた抗弁は当然対抗できる。

四 記名株券の特殊性として、前述のようにその資格は流通面においてはその所持、対会社関係においては株主名簿上の名義であり、この二つは、株主名簿の名義書換の際に接点を見出し、その際の資格は流通面での資格、すなわち株券の所持である⁽³⁴⁾。また株券については除権判決の取得者の再発行請求権も認められる(商法二三〇条二項)⁽³⁵⁾。そうすると除権判決取得者は、再発行請求が先か、名義書換(民事訴訟法七八五条)が先か、一応理論的に問題となる⁽³⁶⁾。しかし現在は、記名株券も有価証券法的には無記名証券であるから、もし株主名簿上の株主が除権判決取得者と異なるときは、その判決でもって名義書換を請求でき⁽³⁶⁾、同時に自己名義の株券の交付を請求できる。株主名簿上の株主が株券を喪失し、後に除権判決を取得したときは、株主名簿の書換を請求する必要はそもそもないから問題がない。株券譲受後、株主名簿の名義書換前に喪失し、後に除権判決を取得した場合、すなわち除権判決の取得者が株主名簿上の株主でないときはどうか。第一説は除権判決取得者が獲得した資格に変わりはないとして、判決をもつてする名義書換の請求を認める⁽³⁷⁾。第二説はこの場合一般に判決取得者が実質的権利者であることの立証を要するとする⁽³⁸⁾。第三説は、喪失中除権判決までに他の第三者による名義書換がなかったときと、それがあつたときとに分け、前者の場合には除権判決をもつて直

ちに名義書換ができるけれども、後者の場合には判決取得者はその実質的権利を証明することを要するとする。⁽³⁹⁾第二説、第三説で実質的権利を証明することを要するとき、除権判決取得者は現在の株主名簿上の株主の同意を得て、あるいはそれを得られない場合はこの者を被告として、判決取得者が株主であることの確認判決または株券引渡の給付判決を別に取得することを要する、とまで主張するものでもない。⁽⁴⁰⁾除権判決が株券の所持に代る資格を与えることとし、また流通面での資格と会社に対し株主権を主張するための資格とは、株主名簿の名義書換の点で流通面のそれにおいて一致すると考える限り、第二説、第三説が実質的権利の証明を要するとすることは、資格について強弱のある二種のものゝを認めることで、理解し難い。⁽⁴¹⁾ただ第三説における後の場合、すなわち喪失中、除権判決前に第三者が株主名簿の名義書換をした場合に注目すべきことは、この者に与えられた株券はこの第三者の名義になっている（商法四九八条一項一号参照）のに対して、除権判決取得者が無効宣言を得た株券は、右第三者より以前に株主名簿上に株主として記載されていた者の名義の株券であったことである。私見は、次述のように株主名簿の名義書換があつた場合に同時に株券上の名義も書換えられれば、物理的に同一の紙片が利用されても、公示催告されている株券とは法律上別のものとなり、除権判決は株券上名義書換されたものに及ばないと解するが、第三説においてはこれを否定するものがある。⁽⁴²⁾したがって、私見によれば、記名株券について喪失後、除権判決までの善意取得者は排斥さるか否かという議論も、除権判決までに株主名簿の名義書換があつたが、会社は株券上の名義書換もすることなく、名義が元のままの株券を株主名簿の名義書換請求者に返還したという特殊な場合に限られることになる。この場合も、返還された株券は無効ということではないであらう。

株主名簿の書換請求を受けた会社は、そのために提出された株券に代えて新株券を交付して提出株券を廃棄処分にし、または費用節約のために提出株券上の名義人を抹消して請求者の名義に書換えることが行なわれる（商法四九八条

一項(一)号参照)。代り株券が発行される前者の場合は、たとえ記号、番号が提出されたものと一致しても、喪失中除権判決前に、株券の分割、併合があつて新株券が出された場合や、株券の同一性を失わない程度の汚損、毀損があつて株主の要求に応じて新株券に代えた場合と同じく、公示催告中の株券との物理的同一性を問題にすればもちろん、また同一性の認識可能性からいっても株券上の株主名義は変つてしまつてゐるから、公示催告された株券が除権判決によつて無効とされても、判決は代り株券には及ばない⁽⁴³⁾。提出株券上の名義人を抹消し、請求者の名義を記載した後者の場合は、証券は物理的に同一であり、かつ同一性の認識可能性もなくはないから、除権判決は右株券に及ぶと解する説もある⁽⁴⁴⁾。これに対して、旧株券を利用して、新たな名義人の氏名を株券に記載して会社がこれを認証すれば、それは請求者名義の新株券を発行することを省略しただけのことであつて、物質的には旧券であるが法律的には新券であるとして、旧券の除権判決は新券に及ばないとの説がある⁽⁴⁵⁾。後説は認証ということの意味が明らかでないが、記名株券の株主名義を誰とするかは発行会社の意思表示の一内容であることを考えれば、証券としては法的に別なものになつたと解するのが至当であろう。そしてこれが取引觀念にも合致するものといえよう。株券上の名義書換について、会社が株券用紙の費用を節約したか否かで、法律効果が変わるといふのはおかしい。

無記名株券については対会社における資格は、株券の会社への供託であつた(商法二二八条、二二九条二項)。除権判決を得たものは株券の再発行を受けずに、判決正本を供託して株主権を行使できるか。肯定する説もあるが、まず株券の再発行を受け(商法二三〇条二項)、その株券を供託すべきであらう。

(四) 除権判決を得た者は、無効とされた有価証券の再発行を求めうるか否かは、実体法の定めるところによることに争ひはない。そのような定めとしては、わが国では商法二三〇条二項があるだけである。証券が長期にわたり存続するものについて、たとえば無記名社債については、投資資金の回収のためにその必要性がある(圍債ニ関スル法律五条、

六条、八条参照)。喪失旧券は除権判決により無効となるから、社債発行会社が任意に行なうことはかまわないけれども、判決取得者による請求権があるというには、やはり実定法上の根拠を欠くといふべきであろう。再発行請求権を問題とされたのは、白地手形について除権判決を得た者は、債務者に対して再発行を請求できるからである。紙数の関係上詳論は避けるが、判例はこれを否定し、さらに手形外で白地補充する旨の意思表示しても白地補充の効力を生じないとする。正当と思ふ⁽⁴⁶⁾。

- (1) Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz (1934), Art. 90 Ann. 4.
- (2) 松岡・前掲一八二頁、二〇八頁、Stein-Jonas, a. a. O., § 1018 Ann. I 2; Wiczorek, a. a. O., § 1018 Ann. A II b; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, a. a. O., § 1018 Ann. I; Hellwig, a. a. O., S. 97.
- (3) Grünhut, a. a. O., S. 270; Staub-Stranz, a. a. O., Art. 90 Ann. II; Hellwig, a. a. O., S. 97; Wiczorek, a. a. O., § 1018 Ann. A II b; Baumbach-Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 12. Aufl. (1978), Art. 90 Rdn. 3; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 854 が(無効宣言された証券の)所持人は債権を失うとするのものの趣旨である。Vgl. dazu Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 228 Ann. 4 (所持人式債務証券が設権的証券だからというのは疑問だが)。
- (4) 最判昭和二九・二・一九民集八巻二五五三三頁。
- (5) 中田・前掲五四頁、山木戸・前掲三〇四頁。除権判決だけの譲渡、すなわち資格の譲渡ということに、充分な理論的根拠を与えることは、恐らく困難であろうと思われる(河本・前掲講座八〇四頁)との批判もあるが、いわゆる「資格の譲渡」といわれる問題とは別のものと考えられるし(Vgl. Crisoli, a. a. O., S. 929)その譲渡は法的意味での譲渡(Abtretung)ではなく、除権判決によって無権利者が作り出した資格(権利者として指し示されている)と。具体的には証券の所持に代る除権判決)を真の権利者に作つてやることの意味にすぎない。Jaggi, a. a. O. (Kommentar), Art. 97 I, 972 N. 223, 224.
- (6) Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 395; Staub-Stranz, a. a. O., Art. 90 Ann. 9; Huek-Canaris, a. a. O., S. 130. 河本・前掲講座八〇八頁以下。鈴木・前掲一四九五頁。
- (7) Wiczorek, a. a. O., § 1018 Ann. A II b; Jaggi, a. a. O., Art. 97 I, 972 N. 224. なる Hellwig 均不利益得る § 816 BGB

や § 951 BGB (わが民法二四八条に相当) の基礎にある法思想に基くことなる。

(8) Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 90 Rdn. 3; Rehfeldt-Zöllner, a. a. O., S. 34.

(9) 判決取得者がたとえ盗取者であった場合については、善意取得者が保護されるのか、あるいは被盗取者が権利を回復するの
かは問題がある。三註(10)参照。

(10) 竹田・前掲商法の理論と解釈六九六頁以下、松岡・前掲一八一頁以下、中田・前掲五四頁以下、鈴木・前掲一四九五頁以下、大隅健一郎「株券に関する除権判決の効果」法学論叢六〇巻四号一〇二頁、大隅一今井・前掲三三八頁以下、大森忠夫「株券に関する除権判決の効果」民商法雜誌三一巻一〇九頁以下、小橋一郎「株券の公示催告・除権判決と善意取得」商法の争点五五頁、等。上柳克郎「株券の除権判決」商法の判例第三版四九頁も同旨か。Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 936 ff.; Ulmer, a. a. O., S. 92; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. 10. Aufl. (1972) S. 389.

(11) 並木俊守「株券喪失をめぐる諸問題」日本法学二〇巻四号三四六頁以下、河本・前掲講座八〇二頁以下、山木戸・前掲三九六頁以下、高鳥・前掲二一八頁以下、小川・前掲六一八頁以下、石井一鴻・前掲二一〇頁、田中・前掲二九一頁以下、西原寛一・会社法(商法講義Ⅱ)一二三頁、大塚市助「株券の除権判決」商法演習一八六頁以下、平出慶道「手形の喪失」演習商法(手形小切手)一二七頁以下、高窪利一「手形の喪失と権利の行使」法学教室八第二期√三号一一四頁以下、平田伊和男「除権判決」会社法判例百選(第三版)五三頁、等。Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Art. 90 Rdn. 3; Rehfeldt-Zöllner, a. a. O., S. 34; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 131; Gadow-Heinichen, Aktiengesetz, 1. Bd. 2. Aufl. (1961), § 66 Ann. 3; Godin-Wilhelmi, a. a. O., § 72 Ann. 2; Kölner Kommentar, a. a. O., § 72 Ann. 9.

(12) 河本・前掲講座八〇九頁。Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 228 Ann. 4; Gadow-Heinichen, a. a. O., § 66 Ann. 3.

Godin-Wilhelmi, a. a. O., Ann. 1; Kölner Kommentar, a. a. O., § 72 Nrn. 9.

(13) 民事訴訟費用等に関する法律二条一号、三条一項、別表第一、一六項の手数料六〇〇円と、官報に掲載する費用と、権利の申立があったときの通知などのための切手。三戸岡・前掲鈴木ほか会社法セミナー一七二頁。

(14) 反対、大橋光雄「株券の除権判決」商法学の苦悶六一頁。

(15) Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 397 ff., (Grundriss) S. 67 を意識した。大森・前掲一〇九頁以下も同旨であるが、ただ
適及効を認めない点が異なる。

- (16) 河本・前掲講座八一三頁註(一三)。
- (17) 同旨、鈴木・前掲一四八六頁、前田庸・前掲一九二頁。反対、河本・前掲七九六頁、山木戸・前掲三九二頁、除権判決をなすべき公示催告期日においては証明でなければならぬとする。
- (18) 山木戸・前掲三八八頁。同・四〇〇頁は、Jacobi は「むしろ公示催告手続ないし除権判決が或は存すべき善意取得者の権利を排斥して申立人に資格を生ぜしめるものと解しているとみるべきではあるまいか。」とされる。公示催告手続が善意取得者を排除することのみが目的なのではない。
- (19) 鈴木・前掲一四九六頁。
- (20) 上柳・前掲五〇頁。
- (21) 特別の法律規定がない以上、返還行為があるとみなしても、その行為には法的原因(Causa)がないのではないか。この点についてはとりあえず拙稿「原因関係と人的抗弁」LAW SCHOOL 一八号四五頁以下参照。また返還したと同様とされる者が、善意取得者の承継取得者であるときを想起されたい。
- (22) 小川・前掲六一九頁以下。
- (23) 上柳・前掲四九頁。
- 周知のように、善意取得はゲルマン法の Hand wahre Hand に由来するが、その祖國であるドイツの民事訴訟法の立法過程において、草案理由書の除権判決の積極的効力に関する部分で次のような記述があるだけであって、喪失後の善意取得者が排除されるか否かについては、該当すべき場所を探してみたが何の記述も見当らなかつた(Hahn, a. a. O., S. 487 f., 884 f., 922, 1044 f., 1249, 485 f. u. s. w.)。手続の効果は、証券が無効と宣言され、かつ申立人が義務者に対して証券から(aus)の権利を行使する権利があるということに制限される。その他では、申立人と証券について(anti)優等する権利を有する第三者との間の法律関係は影響を受けない。そして、不知の(届出ない)証券の所持人の排除および全ての不知の権利者の権利の排除という、それ以上の効果を与えるプロイセン草案を排して、そのような効果を与えることは何の必要もない。なぜなら、手続の唯一の契機である証券の喪失は、申立人が実際に証券に関して喪失前と同じように処分できるというようにして、止揚されるから。……一般に義務者に対する資格(Legitimation)に関して……(積極的効力に関する規定)にかかわらず、何の排斥も生じなす……。Hahn, a. a. O., S. 487 f. には何を意味するであろうか。河本・前掲講座八一四頁註(一四)参照。ここにいう資

格は行使権限または処分権限であることにつき、河本・同所参照。

(24) 小橋・前掲五五頁。

(25) 遡及効を承認する *Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 386 insbes. Anm. 73 a.* は、善意取得者は排除されないとすると次の不都合が生じるとする。すなわち除権判決取得者は無権利者として給付を拒まれ、善意取得者は資格がないとして給付を拒まれ、結局債務者はその双方への給付を免れる。なぜなら、判決取得者は最終の所持人であったのであり、善意取得した(と称する)者は除権判決に至るまで証券上の権利を取得することはできなかったということを、判決取得者はこの者に対抗できるから、この者(自称善意取得者)は判決取得者から資格をもちうということとはできないから、とする。

(26) 大隅・前掲二〇頁以下。上柳・前掲四九頁参照。

(27) 大隅・今井・前掲三三八頁以下。

(28) 最判昭和四七・四・六民集二六卷三号四五五頁。

(29) 反対、*Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 394 ff.; Rehfeldt-Zöllner, a. a. O., S. 34; Hueck-Canaris, a. a. O., 131.* Hueck-Canaris は、本文の説は一つの権利が判決取得者と、第三者(喪失後に善意取得した者)との間に分属することになると批判する。同旨、並木・前掲三四五頁以下。

(30) 竹田・前掲六九八頁、中田・前掲五五頁、平出・前掲一三〇頁。*Jacobi, a. a. O. (Wertpapiere), S. 400; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 130.*

(31) 山木戸・前掲四〇三頁以下、*Jaggi, a. a. O. (Kommentar), Art. 971, 972 N. 206.* 反対、平出・前掲一二五頁。

(32) 坂井芳雄「架橋説批判」裁判手形法(増補)九一頁以下参照。

(33) 除権判決に対する不服の訴(民事訴訟法七七四条)の請求認容の判決は除権判決を取消す(民事訴訟法七八四条三項)。取消判決の前であれば証券義務者は本文のように悪意、重過失なき限り除権判決取得者への給付で免責されるが、取消判決後であれば除権判決は効力を失うから、この免責を受けられないように考えられる。除権判決がその消極的効力につき対世効を有する形成判決だとすると、取消判決も対世効を有すると認めねばならないから、理論的には困難な問題を生ずるのである。中田・前掲五五頁は、債権の準占有者に対する弁済に関する民法四七八条をひき、取消判決を知らない限り免責を認める。ドイツ民事訴訟法一〇一八条二項と同じ結果を承認する。なお、五参照。

- (34) ここでは株主についてのみ考察している。質権者については三参照。
- (35) もし、株券の除権判決の効果が株券の再発行請求権に尽きるとすると株券の譲渡が裏書または譲渡証書で行なわれていた、昭和四一年改正前商法では、理論的に困難な問題が生ずる。再発行請求を受けた会社は、他人たる譲渡株主の裏書または譲渡証書作成という意思表示を代って行なうことは、法律的にできないからである。
- (36) Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 228 Anm. 4; Gadow-Heinichen, a. a. O., § 66 Anm. 2 f.; Godin-Wilhelm, a. a. O., § 72 Anm. 5; Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 13. Aufl. (1968), § 72 Anm. 5. Dagegen, Kölner Kommentar, a. a. O., § 72 Anm. 6.
- (37) 鈴木「株券の除権判決」私法九号四二頁註(一)、田中・前掲二九二頁、大隅—今井・前掲三三九頁。
- (38) 松田—鈴木・前掲一七八頁以下(なお、先ず再発行を受け、次で実質的権利を立証して名義書換という)、石井—鴻・前掲二一〇頁以下、大隅健一郎・全訂会社法論上二七六頁以下。
- (39) 河本・前掲講座八〇六頁以下、小川・前掲六一七頁以下、高鳥・前掲二二五頁以下。
- (40) 河本・前掲講座八〇七頁。
- (41) このような考え方はあるいは次のような議論も導くのかも知れない。株主名簿の記載は株券所持の反映にしか過ぎないと解し(鈴木・前掲講座一四八三頁註(五))。しかし、名義書換が全然念頭にない投機株主を想起すれば(名義書換の自由)、余りに技巧的な説明であることが明らかであろう)、かつ本文のように除権判決によって喪失中の善意取得者は株主権を奪われないとして、除権判決がありかつ喪失中の善意取得者が名義書換を終っていたときは、会社に対する資格者は二人となり(並木・前掲三四八頁)、権利が善意取得者に属するときは、善意取得者は会社に対し、株券の再発行および株主名簿の名義書換を(もし除権判決取得者が名義書換済のときは)求めることができる。小石川宣照「株券の除権判決」政経研究(日本大学)五卷二号一九九頁以下。
- (42) 河本・前掲注釈会社法四四二頁。
- (43) 河本・前掲講座八一二項註(九)、鈴木・前掲講座一四九二頁、小川・前掲六二四頁註(三)。
- (44) 河本・前掲注釈会社法四四二頁、小川・前掲六二四頁注(三)、高鳥・前掲二二四頁以下、上柳克郎「株券所持制度の若干の問題」法学論叢八二卷二・三・四三九頁註(7)、大隅—今井・前掲三号三八頁。なお、昭和四一年の商法改正により記名株

券が無記名証券となり、株券上の名義が従来のような法的意義が失われたことも理由とされる。

(45) 鈴木・前掲講座一四九二頁、竹内昭夫・東京大学商法研究会商事判例研究昭和三七年度三八〇頁以下。同じ結論を、株主名簿の名義書換によって、提出株券による権利行使は終了しているとして、導く説もある。小橋・前掲五五頁。

(46) *Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 228 Anm. 4; Godin-Wilhelmi, a. a. O., § 72 Anm. 6.*

(47) この点に関しては、竹田・前掲六八三頁以下、河本・前掲民商法雑誌四九頁以下、平出・前掲一三一頁以下等参照。

(48) 最判昭和四三・四・一二民集二二巻四号九一一頁、最判昭和五一・四・八民集三〇巻三号一八三頁。

(49) 最判昭和四五・二・一七判例時報五九二号九〇頁、註(48)の最判昭和五一・四・八。

(50) 再発行を認めない主な理由は、実定法上の根拠を欠くこと、再発行を認めても、除権判決前に既に補充されているときは、記名株券の名義書換で述べたと同じ理由から、除権判決は完成手形に及ばず(反対、河本・前掲民商法雑誌五五頁以下、平出・前掲一三一頁)手形債務者を書すること、及ぶとすれば完成手形の所持人が害され(たとい判決取得者に不当利得を理由に請求できたとしても)取引の安全を害すること、であり、手形外の補充を認めない主な理由は、除権判決は手形の所持に代るといっても、それは観念的なものであり、現実には手形を所持しているのではないから(反対、平出・前掲一二六頁)である。

五 除権判決の消極的効力

民事訴訟法七八四条一項は「除権判決ニ於テハ証書ヲ無効ナリト宣言ス可シ」、二項は「除権判決ノ重要ナル旨趣ハ官報又ハ公報ヲ以テ之ヲ公告スヘシ」と規定する。除権判決は言渡と同時に確定し(民事訴訟法七七四条一項、四九八条)、それによってあるいは存在していた証券は、たといそれが実質権利者の手中にあっても無効となり、爾後無効とされた証券によって有価証券的に譲渡(交付または裏書)しても有価証券的な譲渡とはいえず、したがってその証券では善意取得も起りえない、ということについては異論をきかない。そうすると、わが国においては、証券義務者の公示

催告手続への関与が制度的に保障されていないが、除権判決後、判決取得者が証券義務者に対し権利を行使する前に、判決により無効とされた証券の所持人が権利を行使した場合、義務者がたとい無過失でこれに履行しても、証券所持人が実質的権利者であった場合以外は、免責されないことになる。そこで、除権判決取得者が除権判決を呈示したか、あるいは判決が公告されるまでは、証券義務者に悪意、重過失なき以上として、⁽¹⁾ または債権の準占有者に対する弁済に関する民法四七八条を根拠として、⁽²⁾ 義務者の免責を認める説がある。しかし、除権判決により証券は対世的に無効と宣言されるといふことを認める以上、無効宣言がなかったと同様に所持人に資格を⁽³⁾ みとめるわけにはいかないであろう。また民法四七八条は、まさに本稿で資格として扱ってきたものに関する規定であるとの有力な学説があり、⁽⁴⁾ そこにおいてはもちろん有効な証券が前提されるから、無効と宣言された証券については適用の余地がないといふべきではなからうか。除権判決の⁽⁵⁾ 公告は証券義務者の悪意を擬制するものであろうか。公示催告の公告（民事訴訟法七八二条）⁽⁶⁾ は、一般第三者である取得者の悪意を擬制することなく、具体的な取得者の悪意、重過失を問題にすべきであるとほぼ異論なく解されているのに、公示催告手続への関与が保障されていない証券義務者については悪意を擬制する理由は、判然としない。ここでは資格があつて、その者の実質的権利の有無が問題となるのではなくて、無効宣言された証券の所持人の資格の有無がそもそも問題となるのであるから、二①の意味での悪意、重過失では律しきれず困難な問題であるが、その類推が許されるであろうか。⁽⁷⁾ 訴訟において、相手方の権利主張を拒める証拠の持合せといふことは考えられないから、悪意、重過失の対象は除権判決のあつたこととならう。

除権判決で無効宣言された証券の所持人はその者が実質的権利者である限り（除権判決前の善意取得者も含むことは前述）、無権利の判決取得者から、その実質的権利に基づき、あるいは証券の所有権に基づき、判決の譲渡、または判決により証券義務者から取得者が受けた給付の返還を請求できることは前述した（七三頁）。

無効とされた証券の所持人は、その証券を有価証券法的に譲渡できないか。前述のように通説はこれを否定する。株券の除権判決後新株券発行までの間は、株券発行前の株式譲渡と同じ状態と解しえ、株式譲渡の意思表示とみることができが、ただ、会社に対しては効力を生じない（商法二〇四条二項）とする説がある⁽⁸⁾。

そこで再び、有価証券の公示催告手続における除権判決の目的に戻って検討したい。それは証券の所持という資格（その者が権利者である蓋然性が高い）を失った者に対して、資格を回復してやり、証券義務者に対して権利行使ができるようにしてやることである⁽⁹⁾（喪失後除権判決までの善意取得者を排除することではない）。そして資格を回復して証券義務者に対し権利を行使できれば、すなわち証券記載の給付を受け、または証券の再発行を受ければ、喪失者にとって必要にして十分である。換言すれば、証券喪失者は証券義務者に対して、除権判決によって証券を所持していると同じく権利者として推定され、判決取得者が無権利であることを証券義務者が主張、立証しない限り権利行使ができる（二の資格②のうち証券義務者が所持人の無権利を主張する場合に対応）、それに応じて、証券義務者が判決取得者に給付すれば、悪意、重過失なき限り免責される（二の資格①に対応）ことが認められれば、公示催告、除権判決を利用する喪失者にとっては十分である。それ以上に無効と宣言された証券で何が起ろうと、喪失者には関係のないことである。いいかえれば二の資格の③は喪失者には利害関係がない。そうすると、無効宣言された証券について、その有価証券の性質の全てが破壊されることは、喪失者にとっては不要であって、証券義務者に対する資格が奪われることで必要にして十分である⁽¹⁰⁾。すなわち喪失された証券の資格のうち二の①と、②のうち証券義務者が所持人の無権利を主張する場合の効力を奪うだけでよい。除権判決時に無効とされた証券の現所持人が権利者であったなら、ということは除権判決の取得者が無権利者のときは、そしてこのときのみは、所持人が該証券でした譲渡行為は、有価証券法的な譲渡と解して妨げない。また判決取得者が無権利を前提としているから、その証券が無効宣言されたことを知らない者の善意取

得を認めることに妨げはない。⁽¹¹⁾ ただこの除権判決後の善意取得者の得た証券は証券義務者に対する資格がなくなっているから、義務者に対して権利行使はできず、八七頁に述べた権利を除権判決取得者に行使できるだけである。その際、除権判決を取得しただけでそれに基つき証券の再発行を得ない間は、証券義務者に対する資格を回復するにすぎないから、流通面における資格を回復する由なく、無効宣言された証券の所持人の流通面における資格が依然力をもつので、無効宣言された証券の所持人の権利を争う除権判決取得者が所持人の無権利を主張、立証しなければならぬ。すなわち、証券義務者以外の第三者に対する関係においては、証券喪失者の地位は、喪失の時と何ら変わらないのである（公示催告中に、所持人が証券を提出して届出た場合と同じである。このときは公示催告手続は、申立人の取下げにより、取下げないときは却下によって終了し、一般訴訟手続で当該証券の帰属が争われることになる。それとも、この範囲において、喪失証券の現所持人の流通面における資格が「除権」されるといふべきなのであろうか）。除権判決の譲渡をうければ、その実質的権利に資格が備わって、証券義務者に対しても権利行使が可能となる。喪失後、除権判決までの善意取得者について前述したように（四七三頁）、無権利である除権判決取得者が証券義務者から、証券の再発行を受けず、さらに新証券でその表章する権利を第三者取得者に善意取得させたときは、その反面として除権判決後の旧証券による善意取得者は権利を失うことは、いうまでもあるまい。⁽¹²⁾

これを要するに、除権判決の消極的効力は、喪失者が除権判決時に実質的権利者であるときには、証券のもつすべての資格が奪われるが、右の時点で無権利者であるときには証券のもつ対証券義務者に対する資格が奪われるだけで、第三者間での、すなわち流通面での資格は何の影響も受けないということである。⁽¹³⁾ 除権判決で無効とされた証券で、所持人は証券義務者に対し二②の資格を主張することはできず、義務者がそのような証券所持人に弁済しても、二①の資格を主張して免責されない、ということである。

- (1) 鈴木・前掲講座一四九八頁以下。
- (2) 高鳥・前掲二二七頁以下。
- (3) ①の意味の資格ではなくて、単に除権判決の存在を知ることの悪意、重過失といわれるかもしれない。そうすると、その根拠は何かを問われることになろう。
- (4) 松本前掲商法解釈の諸問題四九八頁以下。
- (5) 除権判決が言渡しで直に確定することは、六ヶ月以上の公示催告期間内に権利を届出る者がなかったために、申立人以外の者が所持する者はいないか、いてもそれは盗取者等の不法な所持人または重過失のある者なので、届出ではかえって公示催告手続とは別の一般訴訟手続で取返されるおそれがあったので届出ないのだということの蓋然性が高まり、迅かに申立人に資格を回復してやるという目的、および公示催告手続は対立当事者を予定しない制度ということから、理解できる。なお、届出人が証書の提出なくして届出たときに、この者の権利を留保しなかったときは、不服申立の訴を提起できることになっている（民事訴訟法七七四条二項第五）。
- (6) 民事訴訟法では、公示催告の公告は、除権判決の旨趣の公告と異なり、新聞紙上に三回掲載することになっているが、戦時民事特別法廃止法律附則二項、旧戦時民事特別法三条により、現在は行なわれないことになっている。
- (7) 同じことは、除権判決が不服申立の訴によって取消された場合にも、証券義務者が除権判決取得者に給付したときに生ずる。取消判決の遡及効を否定しても取消判決後に除権判決の取得者に給付すれば同じである。Vgl. § 1018 Abs. 27 PO, 四註(33)。
- (8) 河本・前掲講座八〇〇頁、同旨、鈴木・前掲講座一四九三頁。
- (9) Jäggi, a. a. O. (Privatrecht und Staat), S. 452. Vgl. ferner Endemann, a. a. O., § 841 Nr. 2, Anm. zu § 850.
- (10) 中村武「有価証券の除権判決に伴う諸問題」法律時報二六卷六号一三頁は、有価証券における権利の化体説あるいは権利の担い手説は、比喩象徴にすぎないとされる。
- (11) Jäggi, a. a. O. (Kommentar), Art. 971, 972 N. 228. (Privatrecht und Staat), S. 452 ff. 実際的にはそのようなことはあまり起らないであろうから、全くの理論的な問題ということになるが、次に例をあげよう。Aが証券を喪失し、これをBが善意取得した後、次で喪失し、次にAが除権判決を得た、その後Xが拾得者Cから証券が有効ならば善意取得したであろう態様で取得した。この場合Xの善意取得を否定することは申立人Aを何らか保護するものであろうか。Aは既にBに善意取得されているか

ら、Xの善意取得が無効だとしても、Bから、八七頁に述べた権利を行使されるであろう。Xの善意取得が否定されれば、全くの他人であるAが除権判決を取得してくれたおかげで、Bは思わざる贈り物を受けた結果となる。除権判決までの善意取得者は排除されると考える説に立てば、Aを全くの無権利者、Bを実質的権利者と置き換えればよい。なお註(13)参照。

(12) そのとき除権判決後の無効宣言された旧証券の善意取得者は、無権利者である除権判決取得者にこの者の取得した対価を請求できそうだが(Vgl. § 816 Abs. 1 BGB)。しかし前者は、後者の除権判決後に証券を取得しているから、簡単にそうはいえない。証券義務者に対する資格を欠いた証券を譲渡した者に対して、有価証券売主の担保責任を追及すべきか。そして除権判決時の権利者が、無権利者である除権判決取得者に対して最初に述べた権利を行使すべきか。

(13) 除権判決取得者が、判決時において実質的な権利者であるか、無権利者であるかについて、二、②の資格のうち第三者が資格ある者の無権利を主張する場合の資格は、除権判決が語るのか、無効宣言された証券が語るのか、は一応問題となる。除権判決は公示催告の後に、権利を主張する第三者の届出がなかった後になされるのであるから、除権判決が右の資格を与えると考えてよいであろう。この点は、除権判決取得者は、単に一般的に資格を回復するといひ、あるいは証券の所持を回復したのと同じであるという通説と異ならない。

本文において、除権判決時に判決取得者が無権利であったときは、除権判決後に第三者が無効宣言された証券により善意取得することが認められるとしたのも、右のことを前提とする。したがって、除権判決後の無効宣言された証券による善意取得を主張する者は、除権判決時においては判決取得者が無権利者であったことを主張、立証せねばならず(二、②)の資格のうち第三者が資格ある者の無権利を主張する場合にあたる)、それに成功した後にはこの者のために、無効宣言された証券が資格(二、②)の資格のうち第三者が資格ある者の無権利を主張する場合)を語ることになる。

六 おわりに

本稿は、有価証券の公示催告手続の申立権者に関する民事訴訟法七七八条が、いわゆる資格を問題にしていることを

説

論

出発点として、公示催告手続ではいわゆる実質的権利は一切問題としていないとして、例外を認めずに論を進めてきた。その結論は、拙稿を捧げる小山教授の恩師にあたる兼子博士の御発言「私の考えは除権判決というのは株式の場合なら会社に対する関係で証券がなくても権利を主張することができるという結果が主たる効力で、そういう意味で相対的の効果しかない。しかし、会社の方からいえば、新株券を発行しなければならぬし、新株券を発行したらその新株券を有効な株券として取扱って行けばよい。だから会社としては新株券一本で取扱って行けばよい。しかし、当事者間の関係は旧株券を現実に持っているということがものをいうことになる。」⁽¹⁾と、一致することになったようである。

(1) 鈴木ほか、前掲会社法セミナー一九七頁。

Kraftloserklärung der Wertpapiere

Ryuji OHTSUKA*

Wenn auch das Wertpapier gestohlen, verloren gegangen oder vernichtet ist, der bisherige Inhaber das Recht aus dem Papier nicht verloren, solange ein Dritter das Papier nicht gutgläubig erwerben wird. Allerdings kann der Berechtigte in diesen Fällen sein Recht nicht ausüben, weil er das erforderliche Papier nicht innehat. Er kann ein verlorengegangenes oder vernichtetes Wertpapier im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklären lassen und anschliessend sein Recht wieder geltend machen (japanisches Zivilprozeßgesetzbuch 7. Buch).

Antragsberechtigt zum Aufgebot ist der, bei Inhaberpapier und mit Blankoindossament versehenem Orderpapier der letzte Inhaber ist, und bei anderem Papier der das Recht aus dem Papier geltend machen kann (§ 778 ZPG). Antragsberechtigter ist also der legitimierte Inhaber des Wertpapiers. Seine materielle Berechtigung zum Wertpapier ist ohne Belang (str.).

Die Wirkung des Ausschlußurteils besteht nach §§ 784 Abs. 1, 785 ZPG darin, daß das alte Papier für kraftlos erklärt wird und daß der Aufbieter dem Schuldner gegenüber zur Geltendmachung der Rechte aus dem Papier berechtigt ist. Er kann ohne Papier die fällige Leistung verlangen. Doch ist der Verlierer nicht besser gestellt als Innehabung des Papiers. Trotz der Kraftloserklärung stehen dem Schuldner die materielle Einwendungen gegen den Bestand des Rechts und gegen die Berechtigung des Verlierers weiterhin zu. Im Verhältnis des Schuldners zu einem Drittbesitzer des Papiers bewirkt deren Kraftloserklärung, daß der Schuldner die Leistung trotz der Vorweisung des Papiers verweigern darf und

* Außerordentlicher Professor an der Universität Hokkaido (juristische Fakultät)

muß. Ist der Drittbefitzer besser berechtigt als Aufbieter (so insbesondere, wenn er das verkündete Recht gutgläubig erworben hat), muß ihm der Aufbieter die mit dem Ausschlußurteil erworbene Rechtsstellung abtreten oder das inzwischen vom Schuldner Erlangte herausgeben. Dies gilt auch dann, wenn der Dritterwerb erst nach der Kraftloserklärung stattgefunden hat und der Aufbieter zur Zeit des Ausschlußurteils nicht der Berechtigte gewesen ist.