

図表5 1989年末現在の各国オファー

	基本的な主張等	背景等
日 本	農業保護の「削減」 ・農業保護の撤廃は受け入れられない。 ・食料安全保障等の観点から、基礎的食料については所要の国内生産水準を維持するため必要な国境調整措置がガット上認められるべき。 ・ウェーバーや可変輸入課徴金等もガットルールの対象とすべし。 ・輸出補助金は段階的に削減し、最終的には撤廃。	・世界最大の農産物純輸入国であり、食料自給率は先進国中最低水準。 ・気象条件等の制約を受ける農業の特殊性や食料安全保障等農業が果たしている多様な役割に十分配慮することが必要。
ア メ リ カ	農業保護の「撤廃」 ・市場アクセスについては、すべての非関税措置を関税化し、10年間で関税を原則ゼロとする。 ・輸出補助金を5年間で撤廃。 ・国内支持については、貿易への影響度に応じて3グループに分け、貿易わい曲効果の大きいものについては10年で撤廃。	・アメリカ農産物の競争力の回復と輸出機会の拡大。 ・特に、農業保護の結果生じた過剰農産物を補助金付き輸出で処理しているEC共通農業政策を変更させることが主要課題。 ・農業への財政支出の削減。
E C	農業保護の「削減」 ・農業保護を差し当たり5年間の計画で削減。 ・保護の再均衡が図られるのであれば、非関税措置の関税化を検討。 ・輸出補助金は、一定の制約のもとに存続。	・1992年のEC統合を控え、共通農業政策の根幹（二重価格政策、可変輸入課徴金、輸出補助金）は堅持。 ・共通農業政策への財政支出の削減。
ケアンズグループ	・長期的には農産物貿易の自由化を達成。 ・主要国は基本的にはアメリカ提案に同調。	・EC・アメリカ間の補助金付き輸出競争の鎮静化、輸入国の輸入障壁の改善を通じた輸出機会の拡大。
その他の輸入国 (スイス、オーストリア、北欧、韓国等)	・非貿易的関心事項の重要性を主張。ただし、その具体的な実現のための方策は国により異なる。 ・農業保護の撤廃は受け入れられない。	・国内農業の維持・発展。 ・食料安全保障等農業のもつ多面的役割を重視。

注：ケアンズグループとは、オーストラリア、カナダ、ニュージーランド、タイ等14の農産物輸出国で構成されるグループである。

出所：『平成元年版 農業白書』

我が国動産質制度の展開 —流動動産の担保化の観点からの考察—

池田 雄二

序

第1章 我が国古代

第2章 我が国中近世

第3章 我が国近現代

第1節 質屋の展開

第1款 民法典以前の質屋の展開

第1目 質屋取締条例の内容

第2目 質屋取締法の内容

(一) 取締規定

(二) 実体的規定

第3目 小括

第2節 商事質の展開

第1款 旧商法典以前

第2款 旧商法典における商事質

第1目 旧商法典における商事質の内容

(一) 動産担保である

(二) 書面契約である

(三) 要物契約ではない

(四) 重複設定

(五) 設定者の質物処分には清算が伴う

(六) 実行方法

(1) 売却による実行

(2) 債権質の実行

(3) 清算義務がある

第2目 検討

(一) 実質的には占有質と大差ない

(二) 重複設定は可能だが、現行質制度と大差ない

(三) 質物の流動性を想定していない

(四) 小括

第3款 現行商法における商事質

第1目 総説

第2目 倉庫証券制度

(一) 文言証券性と要因証券性

(1) 倉庫証券の効力に関する学説

(I) 要因性説

(II) 文言性説

(III) 折衷説

(2) 判例の立場

(I) 空券の場合

(II) 品違いの場合

(3) 判例に対する学説の理解

(I) 要因性説的理解

(II) 文言性説的理解

(III) 折衷説的理解

(4) 実務に対する影響

(二) 要物契約である

(三) 証券の分割

(四) 寄託物の一部出庫

(1) 商法上の原則

(2) 内出契約による証券呈示省略の慣行とその歴史

(五) 倉庫証券ないし倉荷証券の利用状況

(六) 寄託貨物の担保化の状況

(1) 寄託貨物の質入状況

(2) 倉荷証券を利用した質入の欠点

(3) 寄託貨物の担保化自体に消極的である

(I) 実務上の原因

(II) 法律上の原因

第4款 小括

第3節 民法上の質

第4目 小括

小結～残される検討課題

序

少なくとも民法において民法上の質の研究の蓄積はほとんど存在しない。特に動産質および不動産質共にほとんど利用されないために、制度の重要性が軽視されるためだと考えられる。しかしなぜ軽視されるのか。軽視される理由についても、必要な財産を移転しなければならない不便の指摘以上に深く検討されてきたとはいえない。

しかしながら質は担保制度の中でも最も歴史が古い公認の担保制度である。このことは誰も否定しないだろう。長い歴史の中で一定の需要を満たしてきたことも否定されまい。しかしながら質制度に何らかの変化や限界が生じたために現在の質制度は現在の状況に至っているのだと考えられる。そのことを理解するためには質制度の展開について考察する必要がある。しかしこのような検討が質制度内で自己完結してしまうならば、有益性が高いとはいえない。なぜならば少なくとも現在の動産質や不動産質は実務的に重要性が高い制度とはいえないからである。

しかしながら質制度の限界を見極めることでこの限界を回避ないし補完するために生じた別の担保制度の展開をも捕捉できるとすれば、例えば、質制度の限界を見極めることで幾つかの非典型担保が必要とされた原因をも見極めることができるとすれば、幾らか有益性を増すだろう。

特に注目されるのは集合流動動産の担保化である。なぜ質権は動産の担保化を可能としているにもかかわらず、集合流動動産の担保化に利用されてこなかったのか。いや集合流動動産の担保化に利用されてこなかったという理解自体がはたして正しい理解なのか。こうした疑問に対しては質契約が要物契約だから、という単純な回答では説明し尽くすことはできない。実際、要物契約性を緩和するための手段は質制度内に備わっているし、質権の重複設定を可能とする制度も備わっている。

質制度の中に集合流動動産の担保化のために譲渡担保が利用されざるをえなかった真の原因等、非典型担保の必要性の解明への手掛かりがあるはずである。

以上の問題意識から、本稿では質の歴史的発展過程について考察した上で、質に内在する限界について論じることとする。

第1章 我が国古代

我が国質は歴史時代以前に遡ると考えられるが¹、法制度としての質の淵源は南宋時代の中国に遡るといわれる。その始まりは寺院が戦災による難民のために福德思想、無尽思想によってはじめた寺庫である。こ

¹ 歴史時代以前の日本において貝貨等の物品貨幣は存在しており、また稲の利息付貸付も行われていたことが確認されている。例えば、舎人親王・後掲・巻第廿五天萬豊日天皇（孝徳天皇）・大化2年（646年）3月辛巳（19日）222頁以下に「吉備島皇祖母（きびしますめみおや）の貸稻（いらしいね）を罷（や）むべく」、とある。「貸稻」とは出挙（すいこ）、出息（しゅっそく）の旧称で稲や錢を利息付で貸し付けることである。他に貸稻の官によるものの例として、巻第廿九天淳中原瀛真人天皇（天武天皇）・天武天皇4年（675年）4月壬午（9日）・348頁に「詔して曰く、諸国の貸税（いらしのおおちから）、今より以後、明に百姓を察（み）て、先づ富貧を知りて三等（みしな）に簡（えら）び定め、仍りて中戸より以下に応与貸（いらしあたえ）よ。」、とある。官による貸稻ないし官出挙の初期の目的は困窮農民救済である（東京質屋組合・後掲・3頁、経済史研究会・後掲・堀江保蔵「貸稻」、「出挙」。暦の計算は、（株）まえちゃんねっと「換歴」2012年2月16日最終アクセス<<http://maechan.net/kanreki/>>というツールを用いた。その他、古文の引用は理解を容易にするため、適宜、字体や仮名遣い

れはいわゆる公益質屋だった。これが遣唐使によって我が国に輸入され、701年（大宝元年）の大宝律令²によって法制度化されたと考えられている³。大宝律令以前の成文法は現存しないのだから、これが我が国成文法において確認可能な最古の質制度である。そして我が国でも寺による経営がみられたという（その他に官庁や富裕私人）⁴。

律令では質において設定、実行に関する必要最低限の定めが整備されている。以下では特に令における定めを簡単に一瞥する。

まず我が国古代の質は占有と非占有を区別していない（獄令第60条参照）⁵。これは世界古代の質制度と共通する。まず雑令第19条が義解

などを修正した。本稿においては以下も同じ）。こうした状況より、経済史研究会・後掲・柚木、堀江執筆「質」および東京質屋組合・後掲・2頁は律令以前の質の存在を推測するが、記録はない。ただ人質はほぼ確実に存在したと思われる。というのは舎人親王・後掲・巻第三十高天原広野姫天皇（持統天皇）・持統5年（691年）3月癸巳（22日）426頁に、「若し百姓の弟、兄の為に売らるる者有らば良（おおみたから。一般の人民）に従え。若し子（こ）、父母の為に売らるる者は賤（やつこ）に従え。若し貸倍（かりもののこ。借りた物品または利息）に准（いれ）られて、賤に没（い）れらば、良に従え。」、とある。「貸倍」以下によれば、物品消費貸借の引当として売られた者は賤民とされたが、良民に入れるように詔している。もしもこの人身売買が消費貸借契約締結時に約定されていたなら、正しく人質である。なお「貸倍」について上田・後掲・「かりもの」は借りた金品とするが、日本大辞典刊行会・後掲は利息とする。舎人親王撰、宇治谷訳・後掲の訳文は「借金」とする。官銭である古和同開珎鑄造が708年（和銅元年）であるから、少なくとも金銭ではないだろう。

² 大宝律令はほとんどが散逸しており、現在伝わるものは718年（養老2年）の養老律令。

³ 浅田・後掲・419頁。

⁴ 経済史研究会・後掲・柚木、堀江執筆「質」。

⁵ [[第60条] およそ罪を犯して資財が官に没収された場合、もし縁座を免れることができたならば、あるいは律によれば縁座するべきではないならば、各、財産の分配方法を計算して、財産を返還せよ。もし、別勅で軽い罪に従わせる場合で、没官した財物が現存するならば、同様に財産を返還せよ。その本罪がまさに縁座すべきではない場合でも、別勅で資財田宅を没収する場合、その罪はただ犯人の所属する房にのみ及ぼす。もし人からの借用物や質物に属す物があり、その時にもし、貸主や質主から申し立てがあつて、券契や証拠が分明ならば、没官

における注釈の量からいっても、質に関する最重要条文なのでまずこれを引用する。

「およそ官物にせよ私物にせよ、財物を利息付物品貸付（出挙）する場合、随意、当事者間契約によれ。官庁は監督しない。60日毎に利息を取れ。その利息は元本の8分の1を超えてはならない。480日を過ぎても、利息が元本の1倍を超えてはならない⁶。家財を尽くしても元利を弁済できなければ、身をもって働き、弁済せよ（原典書き下し：身を役して折き酬いよ）⁷。利息を元本に組み入れてはならない。もし法律に違反して、利息を要求し、契約外に物を差押え（原典書き下し：契の外に掣き奪へらん）⁸、また無利息物品貸付の債務不履行は（原典書き下し：出息の債に非は）⁹、官が裁判せよ¹⁰。質物は質置主の同意があ

をしない。このような財物で複数の申し立てがある財産があり、官司が未だ決していないならば、法によって検校せよ」。質に言及する部分は僅かだが、条文から質物が質主の現実の占有下にないことを前提している。なお条文は黑板・後掲に収録された令原文を、井上（光）・後掲などを参考にして現代の表現に改めた。以下の条文も同様である。

⁶ 利息について、第20条では稲粟の利息付物品貸付の場合についての特別法がある。また第21条は超過利息の利得の返還についての定めがある。

⁷ 令義解による注釈は以下の通りである。「身を役して折き酬いよ」というのは、貸し付けた物品が官物であるならば、身をもって働け、ということである。この条文はすでに法文がある。ただ物品が私物ならば、この限りではない。ゆえに次のように理解せよ。当時のその郷の庸作の価値をこの労働に換算する。そして長期短期を限らず、皆、債務を完済することを以て労働の限度とする。井上（光）・後掲によると義解にいう法文は獄令第52条。同条は官物に損失を出した場合に、賠償できなければ、その債務者の労働と債務を相殺し、最長は5年とある。一方、同・雑令第19条頭注によると私物の場合には期間制限はない。

⁸ 令義解によると意義は以下である。「法に違うて、利を責い」とは、例をあげれば次の通りである。まだ60日が経たないのに、利を取ること、また利率8分の1によらないことの類である。「契の外に掣き奪へらん」とは、およそ貸し付けた物品の種類や年月期限その他契約書に違反し、物色に回り、自己に収めたり、契約期間を伸縮したりすることである。これらは契約書になく、差押え、強奪する類である。

る場合でなければ、容易に売却処分してはならない。もし利息を計算して元本を超えるまでも受戻さなければ¹¹、官庁に告げて同意による売却処分を許可せよ。売却して剰余があれば、これを質置主に返還せよ。債務者が逃亡したら、保人¹²が代わって償え。」

詳細は注に譲るが、当時は貸し付けた物品（多くは稲や銭）が官物か私物か、また利息付か無利息かなどで異なる規律がなされ、また利息制限がなされている。

実行方法については、官物の貸付の場合の労働、無利息貸付の場合の刑罰、そして質物の売却処分などが定められている。この最後者では、官庁関与の上で、いわゆる処分清算するというのであるから、現代の民法典上の質の実行とよく似ている。

以上は業としての質を前提したものではないので、質屋に関する定めではない。質屋が出現するのは中世である。その頃、律令はその実効性をほぼ喪失している。

⁹ 令義解によると、特に契約内容の交渉をせずに、融資した類を指すようである。なお尼僧令第18条の義解によると「出息」とは「物を貸し利子を生じること」である。

¹⁰ 井上（光）・後掲・獄令第19条補注19cによると、無利子債務の不履行の場合、律逸文雑律第10条により処罰された。不履行の額により刑罰に段階が設けられている。

¹¹ 令義解によると意義は以下の通りである。480日に加えて、さらに60日以上弁済がない者のことである。

¹² 井上（光）・後掲・獄令第19条補注19eによると、保人は現代の保証人ではなく、債務者逃亡の場合だけ責任を負う。ただここでの保人は債務者死亡の場合も責任を負う。令義解によると以下のように解釈されている、律によれば、債務者死亡時でも保人が債務を支払う。もし2人の保人がいて、1人が死亡すれば、残った1人が全部弁済する。死亡した保人と折半するべきではない。これは法に違うものではない。もし債務者が罪を犯して配流されたら、なお債務者から徴収する。

第2章 我が国中近世

質一般の動向として、中近世を通じて、古代と同様、質の占有形態について占有と非占有の区別がなされていない。ただ占有型は現質（主に中世）、質入、非占有質は見質（主に中世）、書入（質）と呼称上、区別する傾向があり、このような呼称は近代初期まではみられた。質については中世と近世に次のような重要な動きがあった。

まず中世鎌倉時代、1270年（文永7年）に幕府の貞永式目追加条々によって御家人保護の目的から所領の売買質入が禁止された（第65条）。このことは我が国所有権移転担保の一つ、買戻特約付売買の発生の原因となる。担保権者としては何者を想定したかは、必ずしもはっきりしないが、寺院等を念頭に置いたことが古文書などよりうかがえる。

さらに近世、寛永の飢饉を契機とする1643年（寛永20年）の田畑永代売買禁止令では農民保護を目的として田畑永代売買を禁止した。このため流質や様々な名義で所有権移転担保を利用した禁制潜脱目的での質の利用がみられた¹³。こうした状況を受けて享保の改革では封建体制の維持のための質地流禁令が出されたが、やがて旧に復した。それ以外では近代まで流質は容認され、古代のような流質禁止は動産・不動産何れにせよ、みられない¹⁴。

また中近世は現代の質制度の実質を担う質がほぼ整う時代でもある。まず中世鎌倉時代には業としての質屋（土倉）が現れた。ただ古代の質制度、寺庫との関連は解明されていない。だが何らの因果関係もないとも考えられてもいない。

商事質についても少なくとも近世以後には全国に様々な用途の蔵があり、自分の貨物以外にも他人から米穀を始めとする貨物を預かり、蔵敷料¹⁵を徴収したり、荷主の鍵を取り上げ、貸付をして金融を行う蔵貸業等が行われていた¹⁶。後者は蔵貸業が債務者の蔵内の集合動産をその蔵

の鍵の引渡によって担保とするものであり、擬制的占有移転による集合動産質入である。目的物は蔵内の米穀が主である。ここでの鍵の預かりは擬制的占有移転にあたるので、これは集合動産の質入と評価できる。このような集合動産質入が利用された理由は、我が国の官銭が寛永通宝によって一定程度流通し、貨幣経済が成立していたにせよ、先進諸国に比べ、「金穀」という文言に象徴されるように、米穀を中心とした物品貨幣経済だったことによる。具体的には各地の廻米が大名や旗本等の蔵屋敷に集積され、この米穀が融資手段として注目され、米穀について蔵米切手などが発行され、これが札差、両替屋などに質入された¹⁷。

第3章 我が国近現代

我が国質制度は近代ではほぼ整備されたが、我が国固有のものとして存在してきた質屋と商事質はどのような制度においてどのような実践がなされてきたのか。またこの両者との関係で民法上の質はどのような制度として始まったのかを本章で明らかにする。

第1節 質屋の展開

質屋には民営と公営があった。しかし本節では民営質屋に限定して論じる。その理由は以下の通りである。

第一に、本節の目的は動産担保制度における動産質制度自体の展開を論じることではあるが、特に質屋や商事上の質との関係で民法上の質がどのような制度として始まったのかを明らかにすることが重要な目的である。その目的と公益質屋の展開は関連性において乏しい。なぜならば公益質屋の出現が民法制定後だからである。公益質屋法の制定は昭和2年（1927年）3月31日（法律第35号）であり、民法制定よりもずっと後である。また現代では公益質屋は法制度上、消滅しており、民営質屋

¹³ ここまでについてより詳しくは池田・(1)・後掲・第1章第2節、第3節。

¹⁴ 法典調査会・民法議事速記録二・後掲・652頁長谷川、580頁富井。

¹⁵ 「蔵敷料」とは、蔵に貨物を置く場所を貸したことに対する料金。

¹⁶ 渋沢史料館・後掲・本編1頁。

¹⁷ 小早川・後掲・800-804頁、日本倉庫協会2・後掲・7-8頁等参照。

に対する影響はともかく、動産担保制度に対する影響は限定的である。

第二に、本稿は質制度の限界を見極めることで、非典型担保が必要される理由を正確に把握する手掛かりを得ることを目的としている。その視点と公益質屋との接点を見出すことができない。

以上の理由により本節では民営質屋に限定して論じる¹⁸。

第1款 民法典以前の質屋の展開

質屋は、主に庶民を対象にする金融機関で鎌倉時代に発生し、現代まで存続してきたとする理解が一般的である¹⁹。利用者は何時の時代も概ね経済的弱者であり、またそういう者が国民の多数だと民法典起草時にいわれている²⁰。近代以降の質屋法制の歴史は以下の通りであった。

¹⁸ とはいえ補論的に公益質屋について簡潔にふれておく。

明治末期、世界的な不況があらゆる階層の人々に不振をもたらし、その不振は中産以下の人々に顕著だった。そうした時代の変化にともなって、社会政策的見地から質屋を中産以下の救済的福利施設としてみる動きがあり、それによって公共的社会事業としての公益質屋が法律に先行して、1912年（大正元年）10月、宮崎県細田村営質庫を嚆矢として、漸次全国に広がり、71軒に達した。そしてこれをさらに増す目的で1927年3月31日に公益質屋法（昭和2年3月31日法律第35号）が制定された。1927年2月設置の金融制度調査会の準備委員会決定案「公益質庫制度ニ關スル調査」（東京質屋組合・後掲・118頁以下に収録）によれば、救済福利という意味で民営質屋に注目しつつも、その旧態然とした経営手法には問題があるので、公益質屋が法律による理想的な質屋として設置された。なおこの際、ヨーロッパ諸国の公益質屋制度を参考にしたこともうたわれている。

法律制定後の1932年3月時点では283軒まで増加した（同・101-106頁、121頁）。しかし質屋そのものの減少にともなって、平成12年6月7日法律第111号によって公益質屋法は廃止された。

公益質屋における質権設定契約と民営質屋のそれとの差異は処分方法において顕著である。すなわち民営質屋が流質であるのに対して、公益質屋では処分清算である。したがって実際に機能したかはともかくも剰余金還付がなされた。

¹⁹ 東京質屋組合・後掲・1頁、国家地方警察福岡県本部刑事部防犯統計課・後掲・4-5頁他。

²⁰ 法典調査会・民法議事速記録二・後掲・623頁磯部は、動産質は最も行われており、その質置人は貧困者が多数で、かつ国民の多数は貧困者だと述べる。他に同・後掲・626頁・横田。

近代以降、初めて質屋営業について定めたのは、明治17年（1884年）3月25日太政官布告第9号質屋取締条例である。その後、明治28年（1895年）、同法は廃止され、質屋法制は質屋取締法（明治28年法律第14号）に引き継がれた。したがって近代法的質屋法制は民法典（明治29年4月27日法律第89号）よりも早く整備されていた。

以下ではこれら質屋関係立法の内容を一瞥する。ただ注意すべきは、それらは基本的には従前の慣習を追認したものであることである。その上でその内容は大きく分けて、法律名が示す通り、取締的規定と質契約に関する実体法的規定に分けることができる。

第1目 質屋取締条例の内容

質屋取締条例は純粹に取締目的で定められたもので、実体法的な定めは存在しない。取締目的とは贓品の質入防止など質屋が犯罪の温床とならないようにすることである。

その観点から質屋は質物台帳を備えなければならない（第2条）。この台帳には、質物、貸金、質入主、質入受戻人換年月日を記載する（第3条本文）。流質物を売却する際には、5日以前にその物品目録を所轄警察署に差出す（第8条）。そして売却した際には流質物売払張に代価と買主を記載する（第9条）。

実体関係に関わる内容について多少触れおく。まず設定について、質物の種類に制限はない。

質置人が受戻権をもつことは当然である（第3条本文参照）。

質権の実行については、質屋が処分権を取得することによって行うことは第8条により疑いがない。ただ売却については同条が定める流質物に関する物品売却目録の警察署への提出を経た上でなされなければならない。ただしこれに違反しても第14条による刑罰が科されるということであって、売却処分が無効になるということではないと考えられる。

その他質屋は何時から処分権を取得するのか、またどのような権原に基づく処分権を取得するのか、売却以外の実行方法は可能なのか等不明

なことが多いが、そのようなことは旧幕時代の法律・慣習に依拠することになる²¹。

第2目 質屋取締法の内容

質屋取締条例は1895年(明治28年)に廃止され、代わって質屋取締法(明治28年3月13日法律第14号)が制定された。立法理由は以下の通りである。

第一に、質屋はその営業上、不正品を預かる可能性があることと、一般に質屋は強く、質置主は弱いので、貧民が質屋を頼る場合、質屋の随意に顧客を扱うことを取り締まる必要がある。第二に、質屋は災禍による毀損・滅失の効果や流質の場合、質屋の損益にかかわらず、質屋、質置主双方に債務(質屋の清算金支払義務や質置主の不足額弁済義務)を残存させない等、質屋営業が民法典、商法典(明治23年法律第32号)等の質取引とは異質であるので特別法の必要がある²²。

こうして制定された本法の内容は旧法よりも詳細だが、基本的には慣習を基礎にしているので大きな変化はない。だが立法理由にある通り、本法は質屋の民商法に対する特別法的側面が意識されており、取締的规定だけでなく、実体法的規定も含んでいる。

(一) 取締規定

まず取締の対象となる質屋とは何なのか。これについては習慣や民法に準拠して一種の業態として質屋を認める原則の下、法律で質屋の定義をしない方針とし、名称も従来のまま質屋とした。したがって定義規定

はない。

同法では旧条例における質物台帳の代わりに「帳簿」を備えるものとしている(第5条第1項)。その帳簿には質物台帳、流質処分張を備え、また品触綴張を備えるものとされている(第5条、第6条)。

(二) 実体的規定

受戻については、期限まで質置人に受戻権があることが明記されている(第10条)。その受戻手続については次のように定められている。受戻は、誰であっても、質札あるいは通帳を持参した者に対してなされる(第12条。また後掲の図I第4、第5号様式も参照せよ)。この場合、必ずしも質置人本人が受戻しをするとは限らない。そこで質物の返還については、質屋の善意が必要と考えられていた。質屋が質置人に質札、通帳を交付する趣旨はこの善意の要請と関わる。つまり質札、通帳を交付し、質契約を書面にすることで後日の紛争を防止し、その書面の持参者を正当な受戻権者とみなすことで、取引安全を図る。そしてそのような概念は動産質契約に関する旧民法典債権担保編第100条、そして商事質に関する旧商法典第367条の例に基づくものだという²³。ただしこのような取扱は本法以前にすでに慣行化している。したがってこのような立法理由は従来の慣行に近代法的説明の衣を被せたものだといえる。

この質札や通帳は第三者に譲渡可能である。したがって、質置人には質物の処分権があり²⁴、かつ質屋は質札の譲受人に対して質権をもつことになる。しかしながら質札の譲渡は制度上、可能であったとしても現場の質屋がそれにしたがった業務を行ったかどうかは判らない。少なくとも現代では無条件にそのようなことは行われてはいない。各店の方針によって異なるところではあっただろう。

次に流質期限経過後の質屋の権利について、旧法では明らかではなく、

²¹ 例えば受戻に関して、都筑・後掲・21-22頁によれば、受戻は質置人持参の質札または通帳と引き換えに行われる慣行であるし、それらの紛失の場合もまた慣行による。実行に関して、科条類典(徳川百ヶ条)(1767年、明和4年)第89条第1項は、「八箇月之内、質物請戻申し付ける可く、八箇月過ぎ候ば、流れ申し付ける可し」と定める(科条類典およびその解説は、有賀・後掲)。

²² 柳井原・後掲・1頁。

²³ 柳井原・後掲・21頁。同・9頁。

²⁴ 国警福岡県本部刑事部防犯統計課・後掲・97頁。

化した部分もあるのだが、そのような質屋営業の実務については担保権の私的実行に関する別稿で論じる方が有益であると考えられる。そこで質屋に関する考察は一先ず終えて、以降では節を改めて商事質に関する分析に移ることとする。

第2節 商事質の展開

我が国質制度において質屋とならんで主要な質制度が商業において行われる質制度である。特に前章でふれた、近世における一種の集合動産担保質入であった蔵貸業は近代法的倉庫業制度に取り込まれて行くのであり、集合動産担保の展開ひいては集合動産譲渡担保とも深く関わってくる。

第1款 旧商法以前

前章でも言及したが、近世には全国に様々な用途の蔵があった。自分の貨物の他、他人から米穀を始めとする貨物を預かり、蔵敷料を徴収したり、荷主の鍵を取り上げ、貸付をして金融を行う蔵貸業等である。しかし、蔵に関する業務は、物品販売と兼業であったり、保管責任に対する考えが不明確で、蔵の日常管理や蔵への荷物搬入や蔵からの搬出も他人任せだったりして、産業として独立してはいなかった。

明治維新後、政府は殖産興業、富国強兵を指針とする中、1869年（明治2年）の版籍奉還以降、税制の統一、収穫課税から地価課税への転換を目指し、さらに地租改正のために租税の物納から金納への転換を主張する、1870年（明治3年）の神田孝平建議を契機として、政府は貢租の物納から金納への転換を推し進めた。そして1871年（明治4年）7月14日に廃藩置県が施行され、藩が解体した後、明治4年12月27日太政官布告第682号を嚆矢として地租改正が漸次実行に移されていった。このように金納化が進行すると、これに適合する金融制度の整備と生産、物流の再構築が課題とされるようになった。そこで明治初年から渋沢栄一（1840年-1931年）は、金融、物流を盛んにするため、近世的

な蔵からの脱却を図り、独立した産業としての近代的倉庫制度の整備の必要を提唱した。

1877年（明治10年）、渋沢等は、ヨーロッパ各国の貸倉方法を参考として、政府が全国各地に貸倉を設置し、米穀等の物品保管、売買などの便を図り、倉庫証券を発行する近代的倉庫制度の創設を大蔵省に求めた。そして1882年（明治15年）11月、全国に先駆けて、渋沢が中心となって設立された会社が倉庫会社と均融会社である。両者の業務は、現代の倉庫証券質入と同等のもので、すなわち荷主が倉庫会社に物品を預けると、倉庫会社は荷主に倉庫証券を発行し、荷主はその倉庫証券を均融会社またはその他金融機関に占有移転することで貸付を受けることを可能とする、というものである。前者の取り扱い物品は、当初は米穀、雑穀（豆類）、繰綿、生糸、砂糖、和洋紙、地鉄、荒銅等だったが、その後、麦、粕、塩、糠、生蠟（ハゼ・ウルシ等の実からとったままの蠟）、麻等へ拡大した²⁹。

その後、両社共に数年で休業に追い込まれたが³⁰、倉庫証券を利用した倉庫内の集合動産質権設定自体は旧商法典における商事質で実現されることになる。

第2款 旧商法における商事質

旧商法典（明治23年4月26日法律第32号）は法律慣習が不十分不分明なことに起因する不便を商事法の統一によって改め、これによって商業を振興し、殖産興業、富国強兵を実現する国策の一環で制定された。その起草はドイツから招聘された御雇外国人ヘルマン・ロエスレル Hermann Roesler（1834年-1894年）による³¹。この旧商法典が商事質を初めて近代法において定めた（第1編「商ノ通則」第367条「質権」以下）。民法上の質とは概念上も法律上も別のものとして商事質を定め

²⁹ 以上について詳しくは、渋沢史料館・後掲・本編1-7頁。

³⁰ 倉庫会社および均融会社休業の経緯について詳しくは、由井・後掲・6-7頁。

³¹ ロエスレル・上巻・後掲・1-2頁、福井（淳）・後掲・自序。

た法律は現在においては旧商法が初めて最後である。以下では旧商法における商事質の内容を一瞥する。

第1目 旧商法における商事質の内容

第367条は「商取引ヨリ生スル債権ノ担保の爲メニスル動産質権ノ設定ハ総テノ場合ニ於テ書面契約ニテ之ヲ爲スコシ其契約ハ担保セラル可キ債権ノ年月日、数量並ニ其合法原因及ヒ質権設定ノ年月日並ニ目的物ヲ逐一記載セサルトキハ無効トス」と定めている。ここで規定される商事質は現行法上の質制度からみると特色ある内容が多く含まれている。

(一) 動産担保である 第367条によれば、商事質における被担保債権は「商取引ヨリ生スル債権」である必要がある。「商取引ヨリ生スル債権」かどうかは債務者によって商事であるか否かにより決定する。そしてこの被担保債権が担保とする物件は動産（権利、特に証書類も含む）に限られることが明言されている。当時は有価証券が目的物となることが多かったという³²。第369条³³においては船荷証券、倉荷証券その他裏書でもって所載商品の処分権を移転できる証券等の指図証券について規定しており、証券への裏書により現実の占有移転の効果を認めている³⁴。

³² 法典調査会・民法議事速記録二・後掲・623頁磯部四郎。

³³ 「第369条 船荷証券、倉荷証券其他裏書ヲ以テ所載商品ノ処分権ヲ移転スルコトヲ得ル証券ノ裏書譲渡ハ物ノ占有ノ移転ト同一ナリトス」。

³⁴ Roesler, II Bd., *infra.*, Art. 424 (その邦訳、ロエスレル・上巻・後掲・第424条注釈)によると、第369条は裏書して証券を渡せば、その証券の所持者が質物の現実の占有者となる規定である。当時の諸外国では動産売買において裏書による所有権移転を認めることはそれほど自明ではなかった。ロエスレルは、当時、このような方法を認めた国として、フランス、ドイツ、アメリカをあげる。例えば、1863年5月23日の商法典第1編第6章を改正する法律 *Loi qui modifie le tit. VI du livre I^{er} du code de commerce* は旧商法典を改正し、旧第91条以下において商事質を追加した法律である。証券への裏書による質権設定については第2項で定めている。ドイツについては1861年のドイツ旧商法典第302条が、「[...]商品その他動産貯蔵のために国家によって権限を付与された施設によって発行され

不動産を含まなかった理由は、起草者が商法において土地の権利に言及すべきではないと考えたためである³⁵。

(二) 書面契約である ロエスレルが書面契約とした理由には幾つかの理由が存在する。第一に、契約を確実にすること。第二に、二重担保権設定、事実を偽ること、財産隠匿等の詐欺防止³⁶。なお書面の書式については厳格ではない。必要事項の記載があれば、公式な証書である必要はなく、極端な話、石板でも書面であることを否定されない（第278条）³⁷。

(三) 要物契約ではない 第368条³⁸によれば、質権設定契約は要物契約ではなく、諾成契約である。この点に関して、どの時点で質権者またはその占有代理人の質物占有が必要とされるか。この点に関する第368条によると、質物の売却権行使時、つまり実行時である。当然、質権者

た、上記物品上の船長 Seeschiffer の船荷証券および運送業者の貨物引換証、引渡証（倉荷証券 *Lagersheine*、倉庫質入証券 *Warrants*）、加えて冒険貸借証書、海上保険証券は、それらが指図を内容とするときは、裏書によって譲渡することができる。」（邦訳は原文を元としたが、山脇他・後掲を参考とした）、と定め、証券への裏書による商品、動産を譲渡することを認めている。アメリカ法についてロエスレルは John William Smith, p.300 と James Kent, 549, 581 を引用している（ロエスレル原著は学者名、書籍の略称、頁または番号を表記するのみ）。以上の諸外国法が第369条の母法である。

³⁵ ロエスレル・上巻・後掲・第422条注釈。

³⁶ ロエスレル・上巻・後掲・第422条注釈、福井（淳）・後掲・第367条注釈。なおロエスレルは書面契約の模範を1677年のイギリス法、チャールズ2世第29年の法律第3章詐欺偽証防止法 29^o Char. II .c.3, Act for prevention of Frauds and Perjuries にとった。同法は証拠法が未発達な当時において偽造的証拠による詐欺的請求を防止する目的で、幾つかの契約に書面による証明を要求した。

³⁷ 「第278条 書面作成ノ要件ハ合式ノ契約証書ヲ以テモ義務者又ハ其代人ノ署名若クハ之ニ代ハル可キ氏名アル書簡、電報、勘定書、切符其他ノ各書類を以テモ之ヲ充タスコトヲ得」。ロエスレル・上巻・後掲・第323条注釈。

³⁸ 「第368条 質権設定ニ因リ債権者ハ質物ヲ売却シテ其債権ノ弁償ニ充ツル権利ヲ取得ス但質物ノ占有カ自己又ハ其代人ニ移リタルトキニ限ル」。

またはその占有代理人には売却権行使のための目的物引渡請求権もある³⁹。

ロエスレルは商事質権設定契約を諾成契約とした範を英米法およびフランス民法典上の動産質に関する第 2074 条にとったと述べている⁴⁰。その理由として幾つかを挙げることができる。

第一に、質権者が設定者を信用し、設定者の営業を妨害せずに営業を継続させる機会を与えること⁴¹。第二に、要物契約とすることの以下の二つの弊害の防止。すなわち①占有移転を利用して詐偽をしやすくなること。②占有移転は商業取引上、妨害をうけることが多く、債務者に損害を被らせる等、債務者に不利であること⁴²。

(四) 質権の重複設定 旧商法における商事質は商取引によって生じた債権を担保するための動産担保であり、その設定契約は要物契約ではなく、諾成契約であり、かつ書面契約である。ここで書面契約とした理由には二重担保権設定防止も述べられているとはいえ、書面の書式は確定日付によることや公証等を必要としない。しかも設定契約により質権者は引渡請求権を取得するにすぎないとすると⁴³、同一物件について質権が複数人 2 人以上に設定される場合がどうしても起こりうる。

ロエスレルは質権の重複設定の可能性も想定しており、旧商法第 378 条と第 379 条において次のように規定していた。

「第 378 条 同一ノ物ニ付キ質権ヲ二人以上ニ設定シタルトキハ其物ノ占有者カ売却ノ優先権ヲ有ス〔以下略〕。

³⁹ ロエスレル・上巻・後掲・第 422 条注釈。

⁴⁰ ロエスレル・上巻・後掲・第 422 条注釈。しかしながら、フランス民法典における質契約についての通常理解は要物契約である。

⁴¹ ロエスレル・上巻・後掲・第 422 条注釈。また福井（淳）・後掲・第 368 条注釈。

⁴² ロエスレル・上巻・後掲・第 422 条注釈。

⁴³ ロエスレル・上巻・後掲・第 423 条注釈。

「第 379 条 二人以上ノ質債権者中一人ハ現物ヲ占有シ他ノ者ハ其物ニ付テノ処分証券ヲ占有スルトキハ孰レニテモ其占有ヲ先キニ得タル者売却ノ優先権ヲ有ス」。

第 378 条により占有者が売却の優先権をもつ。だが複数人に質権設定された場合で、現物（例として倉庫内の在庫）と処分証券（倉荷証券）の占有者が別々の場合がありうる。この場合には第 379 条により何れかの占有を先に取得した者が売却につき、優先権をもつ。

以上からすると、物件または処分証券が設定者に留保されたまま、複数人に質権設定がされた場合、その何れも有効ではあるが、それぞれの質権者はお互いに対抗要件を備えていない状態となる。そして最終的には占有をした質権者が優先権をえる。そして実行後の質権については消除主義が採られている（第 382 条）⁴⁴。

このように占有によって質権者間の優先劣後を決する質権重複設定の構成において、仮に占有改定による占有を、ここでいう占有として認めていけば、担保物件の余剰価値の利用と共に動産抵当の効果、つまり設定者による使用収益の継続という機能を期待できるが、起草者は現実の占有に限る趣旨である⁴⁵。したがって設定者に現実の占有を留めたままでは質権者の順位が不安定になるため質権者は必ず占有移転を要求するだろう。

(五) 設定者の質物処分には清算が伴う 質権者が現実の引渡を受けるまで設定者の地位は質権者の代理占有者である⁴⁶。ただし質権設定後も設定者の担保動産に対する処分権は失われない。この点については第

⁴⁴ 「第 382 条 有効ニ質入シタル物ヲ売却シ其代価ノ支払アリタルトキハ従来其物ニ付キ存セル所有権又ハ質権ハ総テ消滅ス」。

⁴⁵ ロエスレル・上巻・後掲・第 433 条注釈。

⁴⁶ ロエスレル・上巻・後掲・第 422 条注釈。また福井（淳）・後掲・第 368 条注釈。

376条第1項と第377条が次のように定める。

「第376条第1項 債務者ハ質権ノ設定ニ因リテ質物ヲ他ニ譲渡ス権利ヲ失フコト無シ然レトモ質債務ノ全額ニ満ツルマテ其代価ヲ質債権者ニ支払フ可シ之ニ違フトキハ二年以下ノ重禁固ニ処ス」

第377条 買主ニシテ其買入レタル物ニ付キ第三者ニ質権の存スルコトヲ知ル者ハ質債務ノ全額ニ満ツルマテ其代価ヲ直接ニ質債権者ニ支払フ可シ之ニ違フトキハ亦前条ノ刑ニ処ス」。

つまり質物を売却した場合、買主が質権者の存在をしっているならば、買主が代金を債権額に満ちるまで質権者に支払い、そうでなければ設定者が代金を債権額に満ちるまで支払わなければならない。何れにせよ、質物を売却すれば、清算をしなければならない。

以上からすると、旧商法が商事質権設定契約を諾成契約とし、設定者が質物を自己に留保したまま使用収益をする機会を与えた場合に想定した質物は営業用機材等の単一物だったと推測される。というわけは、設定者が貨物引換証や倉庫証券等の処分証券そのものを自己に留保して使用収益する場合は考えられないし、また上掲諸規定その他の規定が、倉庫内の在庫、商品等の一部売却、仕入れといった流動性を想定していないからである。

(六) 実行方法 実行方法はすでにみた通り、債権の質入の場合を除いて売却である(第368条)。

(1) 売却による実行 二通りの方法が用意されている。第一に、質権者が設定者に訴えを提起せずに「質契約書」を裁判所に差し出し、裁判所の売却命令を取得して売却に着手する方法。裁判所の命令は質権者から設定者に通知される(第371条)⁴⁷。

⁴⁷ 「第371条第1項 債務者カ其債務ノ弁済ヲ遅延シタルトキハ債権者ハ債務者

第二に、債務者が契約で売却に承諾している場合や指図証券を質入している場合であって、裁判所の命令を経ずに売却する方法(第372条)⁴⁸。

売却は仲立人や競売人による競売によって行われるか、または取引所で売買される商品である場合には、「公の呼出」の上で売却される(第373条)⁴⁹。

(2) 債権質の場合の実行 質物が債権の場合、質権者に質入されている債権の直接取立権がある。また当該債権が非金銭債権の場合には、取り立てた物の上に質権者の質権が成立する(第386条)⁵⁰。なお債権質における実行方法は権利質に関する民法第366条とほぼ同じといえる。

(3) 清算義務がある 元利、必要費、立替費を越える額は売却費用を控除した上で、債務者に返還される(第375条)⁵¹。流質は認められていない。

二対シ訴ヲ起スコト無クシテ質契約書ヲ差出シ裁判所ノ命令ヲ得タル後質物ノ売却ニ着手スルコトヲ得

第2項 此命令ハ債権者ヨリ遅延ナク債務者ニ之ヲ通知ス可シ」。

⁴⁸ 「第372条 債務者カ契約書ヲ以テ売却ノ承諾ヲ明示シタルトキ又ハ指図証券ヲ質入シタルトキハ債権者ハ裁判所ノ命令ナクシテ売却ヲ為スコトヲ得」。

⁴⁹ 「第373条 前二条ノ場合ニ於ケル売却ハ仲立人又ハ競売人カ競売ヲ以テ之ヲ為シ又取引所ニ於テ売買スル商品ニ在リテハ取引所ニ於テ公ノ呼出ヲ以テ之ヲ為シ且売却期日ノ少ナクとも八日前ニ其為サントスル売却ヲ債務者ニ通知ス可シ」。

⁵⁰ 「第386条第1項 指図債権又ハ無記名証券ニ因リテ生シタル債権ヲ質入スルニハ債務者ニ通知ヲ為スコトヲ要セス

第2項 質債権者ハ質ニ取りタル債権ヲ売却ニ代ヘテ直接ニ取立ツルコトヲ得又金銭ニ係ル債権ニ非サルトキハ目的物ヲ質物トシテ取扱フコトヲ得」。

なお第1項は、指図債権や無記名証券以外の場合には、債務者から債権者への弁済を防止するために債権の質入について債務者に通知することを必要とする趣旨である(ロエスレル・上巻・後掲・第422条およびその注釈)。第2項は指図債権や無記名証券に限定した規定ではなく、債権質一般に関わる規定である。

⁵¹ 「第375条 債務額ニ利息及ヒ必要ノ費用並ニ立替金ヲ加ヘタル額ヲ超ユル売却代価ノ過剰ハ売却ノ諸費用ヲ引去リタル後之ヲ債務者ニ還付ス可シ」。

第2目 検討

ここで旧商法における商事質について動産担保の活用の観点から検討を加える。ただし商事質が規定された旧商法第1編の施行は1898年(明治31年)7月1日であり、翌年6月16日には現行商法が施行され、旧商法は破産編を除いて廃止されている。この短期間における実際の運用を知ることは難しい。したがって以下にのべることは、あくまで推測を交えてのものである。

(一) 実質的には占有質と大差ない 諾成契約とされた理由には非占有を可能とすることで、設定者に目的物を留めたまま、営業を継続させることにあった。しかしそれでは設定者による二重担保権設定や詐欺等の危険が放置されるので、同時に書面契約とされた。

このように旧商法は設定者による目的物の使用収益の可能性を残したが、質権者の第三者対抗要件は現実の占有なので、商事質権設定契約を諾成契約とするか要物契約とするかの実際上の差異はほとんど問題とならない。

(二) 重複設定は可能だが、現行質制度と大差ない 旧商法下の商事質では非占有のまま二重質権設定を可能としている。画期的ではあるが、現実の占有を受けていない質権者に第三者対抗要件がないので、設定者に占有を留めて目的物の余剰価値を利用する目的での重複設定は期待できない。何れかの質権者またはその占有代理人が占有移転を受けた上でその質権者またはその占有代理人が以後の質権者の占有代理人を兼ねるということは可能であるはずだが、そのような方法は現行民法上の動産質権でも可能である(第355条)。現在、そのような利用は、皆無ではないが⁵²、多くはきかれない。

⁵² 債権証書がある債権の質入について、証書を占有する質権者が以後の質権者のためにも占有した事例が報告されている(遠藤編・後掲・第363条注釈)。

(三) 質物の流動性を想定していない 第369条は「倉荷証書」の質入について規定しており、本来、流入流出がある流動動産の質入を想定していることは確かである。しかし設定者による一部売却、補充といった利用を想定していないことは明らかである。というわけは設定者による質物売却について定めた第376条や第377条に既にみたように、売却をした際に既存債権債務関係の清算義務が刑罰を伴って定められているからである。そして一部出庫等を想定した規定も見当たらない。流動性のある集合動産について証券を発行せずに質入されたとしても、特別の取扱いを用意されていない。このことより旧商法における商事質が主に想定した質物は営業設備等の単一物か集合動産を表章した証券だったといえる。

(四) 小括 総じて旧商法における商事質は設定契約を形式的に諾成契約とする以外には特段変わった点はなく、実質的には、対抗要件が現実の占有であるために要物契約とする現行質制度と比べて大差ない。動産活用という点においても実質面において占有質と大差ないことに加えて、流動集合動産の流動性を全く考慮していないどころか、むしろ売却時の清算を刑罰を伴って強制するので、反って動産活用を妨げる構造になっており、動産活用の点において注目すべき点はない。

以上の点は現行商法においてはどうかであろうか。以下では現行商法における質制度を一瞥する。

第3款 現行商法における商事質

第1目 総説

現行商法においては旧商法と異なり、1節を設けて「質権」がまとめられて規定されていない。そのため「商法ノ質権ハ民法ノ質権ト其本質ヲ異ニセス〔…〕時トシテハ殊更ニ商法上ノ質権と稱スル者アルモ特殊ノ質権ナリト誤解スヘカラス」とされる⁵³。ただ民法上の質と異なり、商

⁵³ 松波・後掲・494頁。

人は相当な経験と資力を有し、冷静に利害を計算できるので、債務者を暴利から保護する法の後見的役割は不要であり、また流質を認めた方が、商人の金融を容易するという理由により⁵⁴、商行為によって生じた債権を担保するために生じた質権については流質が許されるようになった（商法旧第277条、現行第515条）⁵⁵。無論、流質としなければならないわけではない。

商事における質の多くは権利質とされる。戦後までは倉庫証券が盛んに目的物とされたが、高度経済成長期の末頃から衰退傾向に入っている。最近では株券などの有価証券、賃貸物件の保証金・保険の積立金などの休眠中の資産や知的財産権等が質物として利用される。これらの質物は設定者が占有する必要性に乏しいものだといえる⁵⁶。

商法における質一般については流質に関する一規定があるだけだが、商法には預証券・質入証券という二枚一組の倉庫証券（商法第598条以下）または単券の倉荷証券（同第627条、第628条）に関して質の特則がある。動産担保の活用という観点からは、この倉庫証券制度が重要である。そこで以下では前述した旧商法の質で指摘した動産活用における問題点を踏まえて、倉庫証券ないし倉荷証券制度についてその内容を一瞥した上

⁵⁴ 大隅＝大森・後掲・96頁、田中（誠）・後掲・93頁、丸山・後掲・120頁、服部榮三、星川長七・後掲・小島執筆52・99頁。

⁵⁵ 「商行為によって生じた債権」について学説が分かれている。第一に、細野長良、犬丸巖、梶田年他・後掲・商法第515条犬丸、梶田注釈は、債権者・債務者の何れか一方のために商行為である行為によって生じた債権であれば足りとする。第二に、鈴木（竹）・後掲・18頁注5、服部榮三、星川長七・後掲・小島孝執筆100頁は、後述する立法趣旨より、債務者のために商行為である行為より生じた債権と解すべきであるとする。なお旧商法下であるが、福井（淳）・後掲・229—230頁も第二説を採用する。

⁵⁶ 質権も利用されるが、最近では倉庫証券も含めて有価証券に設定される担保権の多くは譲渡担保であるともいわれる。なぜならば譲渡担保ならば、権利を移転するため、設定会社の倒産の場合、税金滞納処分としての差押えを回避できるからである（高橋・後掲・112—113頁）。一方で金融機関が知的財産権に担保権設定をする場合には質権設定が多いという（伊藤（裕）・後掲ネット資料）。

で検討を加える。なお我が国において倉庫証券とは二券一組の預証券と質入証券および単券の倉荷証券の両方を指す法学上の一般用語である。実際に利用されるのはもっぱら後者であるので、以下では特に明記しない限り、倉荷証券を中心にかつ前提として論じる（倉荷証券については第627条において倉庫証券の規定の大部分を準用している）。

第2目 倉庫証券制度

旧商法時代には証券等を質入する商事質が活発に利用された。現行商法前には倉荷証券に相当するものは単券で、これによって譲渡・質入が行われた。これを一券主義（単券主義）という。これはイギリス、ドイツ等商業が活発な国で利用された。そして1899年（明治32年）の現行商法では、単券主義の不便から二券主義（複券主義）が採用された。二券主義はイタリアとフランスで採用されていた。この一券主義から二券主義への改正の理由を松波博士は次のように説明する。

一券主義では証券一枚で寄託物を譲渡・質入する。この旧商法が採用する一券主義に対して次のような批判が存在した。一券主義だと証券を質入すると、寄託物を証券によって物を処分できなくなる。

そこで二券主義推進派は二券主義が理論に適っており、利用者が慣れるはずであるから、必ず便利を感じるようになる」と説いた。商法起草者もその意見を採用した。こうして二券主義を導入し、証券質入後も物を処分できるようになった（旧第358条）⁵⁷。

ところが二券主義はうまく機能しなかった。当時の状況を松波博士は次のように説明をする。

利用者にとって二券を煩わしく、二券を合綴して物の売買質入に利用するようになった。それならば一券主義の方が簡便であると考えられるようになった。商法実施後数年を経過しても実業者でさえ、二券主義に慣れず、実験を重ねるにしがたがって、ますます二券主義の不便が感じら

⁵⁷ 松波・後掲・643頁。

れるようになった。こうして松波博士自身、一券主義への法改正を唱えるにいたったという⁵⁸。

そして1911年(明治44年)、商法改正により一券主義(旧第383条の2第1項、現行第627条、第628条)と二券主義(旧第358条以下、現行第598条以下)を併用する併用主義が採用された。この一券が「倉荷証券」である。

改正に至る経緯と法改正後の状況を松本博士は次のように説明する。法改正前の日本の倉庫営業は二券を使用する域に達していなかった。そのため従来の二券は事実上、一券として取り扱われ、寄託物の質入も二券を引き渡さなければ、質入ができなかった。このため貴族院の修正案を採用し、併用主義を採用した。法改正後は二券が発券されることは稀である⁵⁹。

この状況は現在も変わらない。倉庫営業取引ではもっぱら倉荷証券が利用され、二券は用意すらされない⁶⁰。

二券主義が空文化した理由には様々な制度上の問題が指摘されている。①預証券所持人の責任が寄託物の範囲に限られる有限責任であること(第607条)。このため時価変動を伴う寄託物である場合、質入証券の所持人の地位が不安定になるので、銀行は両券を取得するのではなければ、貸付をしないという結果を招来した⁶¹。②実行手続が複雑すぎて、

⁵⁸ 松波・後掲・643-644頁。

⁵⁹ 松本・後掲・293頁。

⁶⁰ 今井・重田他・後掲・栗田和彦執筆384頁、日本倉庫協会2・後掲・295頁注2。

⁶¹ 大住・後掲・107-108頁は次のように指摘する。預証券取得者は寄託物の時価から債権額および利息を控除した金額で預証券を譲り受けるのが普通であるから、その後の物価の騰落は譲受人が負担することが当然である。寄託物の価格が騰貴すれば、その利益は譲受人が取得し、下落すれば質入証券所持人に対して責任を負わないというような取り扱いは公平でなく、取引通念に反する。

この指摘より質入証券の所持人の地位が不安定とされる理由を以下のように説明できるだろう。寄託物の時価が下落した場合、無資力リスクの懸念が低い預証券譲受人は寄託物についてしか責任を負わない。一方で質入証券所持人は寄託物の価額が債権額に不足した場合、質入証券裏書人(原預証券所持人)に不足額の請求をできるが、無資力の危険性が高く、その無資力リスクを質入証券所持人が

不渡手形のような迅速・厳格性が要求された(第609条以下)⁶²。

以下では動産担保の活用の観点から倉庫証券について考察する。

(一) 文言証券性と要因証券性

倉庫証券ないし倉荷証券は倉庫寄託契約にもとづいて発行されるので要因証券の側面がある。一方で、倉庫営業者と証券所持人の間の寄託の関する事項については証券の記載によると定めているので、文言証券の側面もある(商法第602条)。

要因証券であることと文言証券であることとは相反した内容をもつのであるが、両者をどのように解したらよいのか。このことは空券や品違いの場合に問題となってくる。そこで空券や品違いに関する判例や学説、そして実務に対する影響を概観する。

(1) 倉庫証券の効力に関する学説

以下の見解に大別されている⁶³。

(I) 要因性説 かつての通説でもあり、以下のように論じる。倉庫証券の文言性は倉庫寄託契約の存在という制約を受ける。空券の場合、原因を欠き、証券は無効で、その救済は不法行為責任に求めるしかない。品違いの場合、倉庫業者は事実として受け取ったものを証券所持人に返還すれば足りる。以上は要因性説論者に共通する見解だが、要因性説はさらに以下の二つに見解に分かれる。

(I)-(1) 証券の文言性は証券の記載に一応の証拠力が認められるとの効力にすぎない。

(I)-(2) 証券の文言性は保管料の記載(商法第599条第4号)など比

負うところに不安定がある。そこで二券一緒に取得すれば、寄託物の時価の下落の場合、寄託物について責任を負う者と不足額の最終的負担者とが一致するので不安定が解消される(少なくとも質権設定時の二券保持者が債務負担者になる)。

⁶² 服部他・後掲・第607条、第627条注釈。

⁶³ 特記しない限り、以下の学説に関する記述は畑・後掲・175頁に多く依拠する。

較的輕微なる事項に限られる。

この要因性説に対しては次のような欠陥が指摘されていた。要因性説を採ると、証券の記載を信頼した善意の第三者が保護されない。そのため商法第 572 条、第 602 条、第 776 条の意味を失うことになる（これらは証券の文言性について定めている）。

(Ⅱ) 文言性説 要因性説がもつ欠陥を受けて提唱された現在の通説であり、次のように論じる。文言性説はその名の通り、証券の文言性を重視する。一方、要因性については次のように解する。要因とはその債権が証券の記載において一定の原因にもとづくこと、つまり債権の原因が証券に記載してあることをいう。善意の証券取得者に対しては証券外の事実の存否は関係がない。したがって倉庫営業者は証券を発行した以上、空券でも品違いの場合でも証券記載の文言通りの責任を負担する。その責任を履行できない場合には、債務不履行の責任を負う。このように権利の内容は証券の文言によって定まるが、運送品の不可抗力による滅失には債務不履行責任を負わなかったり、債務不履行に基づく損害賠償、時効等の適用に関しては運送契約の影響を受ける点で倉庫証券は有因証券である。

(Ⅲ) 折衷説 要因性説と文言性説との折衷の見解である。基本的態度として、倉庫証券の要因性を維持しつつ、要因性説の欠陥を以下のように克服しようとする。折衷説はさらに以下に大別される。

(Ⅲ) - (1) 空券の場合と品違いの場合とを区別する。空券の場合には証券は無効とする。一方、品違いの場合には、受取の事実があるので、要因性を充足し、証券は有効なものとなる。したがって文言的効力が生じる。

(Ⅲ) - (2) 倉庫証券や運送証券の記載には文言性に親しむ範囲で文言的効力が生じ、その限りで要因性は制約を受ける。ただ文言性は受取の記載には及ばない。したがって空券は無効となる。このような文言性でカバーされない部分は不法行為の理論によらず、契約締結上の過失理論によって救済する。

(Ⅲ) - (3) 要因性説を採用しつつも、善意の証券取得者の保護には禁反

言則の適用による。

(Ⅲ) - (4) 証券の文言的効力の基礎を法が善意者保護のため政策的抗弁としたことに求め、証券責任を認める。

これらは倉庫営業者の証券責任を問題とする点では共通するが、(1) (2) は空券と品違いを区別している一方、(3) (4) は両者を区別していない。

(2) 判例の立場

学説の状況は以上の通りである。上記諸学説を踏まえて、判例の立場をどのように解するかについては見解の相違があるが、判例の状況を客観的に摘示すれば以下の通りである。

(Ⅰ) 空券の場合 倉庫証券に関する判例、すなわち最上級審判決は存在しない。ただし貨物引換証に関する大判大正 2 年 7 月 28 日民録 19 輯 668 頁が存在する。同判例は運送人が貨物引換証にある貨物を荷送人から受け取っていなかった事案に関して以下のように判断した。「貨物引換証が無因証券たる手形と異なり、運送契約に基づき作成せらるべき有因証券たることを今更説明することを要せず。〔…〕商法第 572 条も運送人が運送品を受け取ることを前提とし、貨物引換証を作りたる場合において運送に関する事項は該証券の記載によるべきことを規定したるに止まり、運送品の存在せざる場合になお他の物品をこれに代えて引き渡すべしとする趣旨すなわち特定物を目的とする債務を変じて不特定物を目的とする債務となすの趣旨に非ず。」

その後、下級審裁判例だが、玄米を証券記載物件とする倉荷証券において空券の場合であっても倉庫営業者が証券記載通りの責任を証券所持人に対して負うかどうか争点となった東京地判大正 10 年 6 月 30 日評論 10 巻商法 424 頁が次の通り判断している。

倉庫業者が倉庫証券を発行した場合といえども、倉庫業者が証券所持人に対して負担する寄託物返還の義務は寄託契約によって生じるものであって、倉荷証券発行により無因的に発生するものではない。ゆえに真

実の寄託の事実がないにもかかわらず、倉荷証券を発行し、よって他人に損害を生じさせた者は、場合により不法行為上の責任を負うに至ることは格別、いやしくも寄託契約の事実がない限り、倉荷証券記載の物件を返還すべき義務をおうべき理由はない。

(Ⅱ) 品違いの場合 大判昭和11年2月12日民集15巻5号357頁は寄託物が嚴重に包装されており、倉庫営業者は寄託者が申告した通りの物件が真実在中しているものと信じて、真実とは異なる物件を証券上に記載した事案において以下のように判断した。

「縦令、その物件が嚴重に包装せられ、倉庫営業者において、その内容を点検すること能はざりしたため、外装に記載しある通り、真実在中せるものと信じ、事実預りたるものにあらざる物件を、証券面に記載したるが如き事情に基づけばとて、これを以て、免責の事由となすことを得るものにあらず。」。以上のように判断し、倉庫営業者は証券所持人に対し商法602条に従い損害賠償責任を負うとした。

この判例は最判昭和44年4月15日民集23巻4号755頁に引き継がれ、品違いの場合における倉庫営業者の免責を定めた不知約款がある場合にも倉庫営業者の責任を認めた。

(3) 判例に対する学説の理解

以上の判例の動向に対する理解について見解がわかれている。

(Ⅰ) 要因性説的理解 この理解が多数である。引渡証券一般について依然として要因性重視の立場をとり、ただ倉庫証券について若干の動揺があるとする。その理由とするところは以下の通りである。

倉庫証券が空券であった場合に貨物引換証と同趣旨の判例は出されていない。また判例が有因証券一般について空券の場合と品違いの場合とを区別して、前者の場合を無効とし、後者を文言性ないし証券的効力を認めた趣旨であると理解できるかも疑問である⁶⁴。

⁶⁴ 鈴木、大隅・後掲・77頁以下（鴻）。

(Ⅱ) 文言性説的理解 引渡証券一般についてはともかく、倉庫証券の場合には空券、品違いの場合も含めて文言性を認めている。

(Ⅲ) 折衷説的理解 一般に空券は無効とし、品違いの場合には文言性を認めている。

(4) 実務に対する影響

以下では倉庫証券の効力に関する判例が実務に与えた影響をみてゆこう。まず倉庫証券および倉荷証券の利用状況についての表をみてみよう。

倉荷証券の利用状況の推移として、例えば、品違いに関する倉庫営業者の責任を認めた大判昭和11年2月12日民集15巻5号357頁から4年後の1940年（昭和15年）末は在庫貨物価格に対する証券流通残高は47%、1944年（昭和19年）末は15%、1949年末には3.9%と倉庫証券ないし倉荷証券の利用は急激に落ち込んだ。

その後1965年（昭和40年）頃まで利用が回復したが、その頃から倉庫営業者は倉荷証券の発行を回避しだしたという。表Ⅱは倉荷証券の流通状況に関する表（単位：百万円）である⁶⁵。

【表Ⅱ】

年次	期中平均保管残高	証券流通件数（件）	期中証券平均金額	比率（%）
1956年	238,028	58,633	20,349	8.5
1957年	315,024	93,575	25,639	8.1
1958年	318,436	92,682	37,151	11.7
1959年	315,516	79,390	34,240	10.9
1960年	383,086	66,402	23,093	6.0
1961年	467,628	59,032	21,425	4.6
1962年	537,258	97,052	27,383	5.1
1963年	562,166	80,801	27,266	4.9
1964年	668,033	70,998	30,438	4.6
1965年	723,493	60,927	32,740	4.5
1966年	763,135	49,506	32,546	4.3
1967年	914,714	43,002	32,123	3.5
1968年	1,131,169	53,045	37,227	3.3
1969年	1,314,843	54,311	34,260	2.6
1970年	1,551,787	34,142	31,997	2.1
1971年	1,708,384	45,468	54,156	3.2

なぜ倉荷証券の発券が回避されるのか。その主な原因の一つに倉庫証券の文言証券性がある。

実務上、寄託された貨物の中身を、倉庫営業者が開梱・検査することはありえない。しかし判例は品違いの場合の倉庫営業者の責任を認める上に、最判昭和44年4月15日民集23巻4号755頁によって不知約款を制限したので、法制度と実務慣行が衝突した。しかも最判昭和44年判決当時の理解では、同判例が判決文上、空券と品違いとの区別を意識しておらず、品違い事例とは理解されていなかった⁶⁵。したがって、判例に対する学説の中には空券は無効、品違いの場合には倉庫営業者の責任が認められるとする学説も前述の通り存在はしたものの、実務では倉庫業者が大規模詐欺に遭う被害も発生しており、信頼できる荷主にしか倉荷証券を発券しない実務慣行を形成していった⁶⁷。この慣行と関連してであろうが、荷主側は荷渡指図書を利用する慣行を形成した。この慣行も倉荷証券の衰退の一因をなしていると倉庫業者は理解している⁶⁸。

(二) 要物契約である

倉庫証券による質も民法上の質と同じである。旧商法における商事質設定契約は諾成契約で現実の引渡によって第三者対抗要件が具備されたが、現行商法では特別法がある場合を除いて民法上の質に関する規定にしたがう。したがって民法第344条により要物契約である。旧商法のように質権者に対抗要件が具備されないまま質物の占有を設定者に留保して質権が重複設定される可能性はない。対抗要件も質権者ないしその占有代理人の現実の占有である。ただ倉庫証券ないし倉荷証券についてはいくらかの特殊性がある。

倉庫証券ないし倉荷証券は処分証券である。証券の引渡によって寄託

物に対する物権的効力が生じる(第604条→第573条、第575条)。ただし判例によれば、物権的効力が生じるためには裏書交付が必要である(倉荷証券に関する大判大正10年4月25日民録27輯773頁)。

倉荷証券による質権設定の際、質入証券の裏書交付に関する商法第606条の準用はないと考えられている。なぜならば第627条が倉庫証券の質入証券に関する規定を準用しておらず、さらに有価証券一般に関する第519条が手形の質入裏書に関する手形法第19条を準用していないからである。そのため倉荷証券による質権設定の場合には裏書交付が必要いかどうかについて判例・学説の対立がある。

大別すると、倉荷証券が指図証券である以上、裏書が必要であるとする見解(前掲大判大正10年4月25日)、単なる引渡で足りるとする見解、何れの方法によっても質権設定が可能であるとする見解⁶⁹に分かれる。

(三) 証券の分割

現行商法上は倉庫証券ないし倉荷証券を発行した寄託物について重複して質権設定することはできない。しかし、寄託物の性質が分割を許す場合、証券所持人は必要費用を負担した上で、かつ旧証券と引き換えに数通の新証券の発行を倉庫営業者に請求することができる(商法第601条)。証券の分割は以下のような用途で行われるという。

第一に、倉荷証券所持人が寄託物全部について譲渡・質入をすることを欲しない場合に、証券を分割して一部譲渡または質入したり、また数人に分けて譲渡・質入をする場合に利用される⁷⁰。証券分割を利用することで分割取引を現物取引によらず、つまり一部出庫について定める第628条を通さずに行える。

⁶⁹ 服部他・後掲・第627条・高田圭一。

⁷⁰ なお倉荷証券を分割した後の在庫貨物の区分は倉庫営業者が決定権を有する。標準倉庫寄託約款第15条は「同一の種類及び品質で同一の荷口に属する受寄物に対して、証券を2枚以上に分割して発行するときは、各証券所持人に引き渡すべき貨物の分割については、当会社の決定にゆだねるものとする。」と定める。

⁶⁵ 日本倉庫協会2・後掲・196頁・表1-5-13。

⁶⁶ 古瀬村・後掲・107頁。

⁶⁷ 合田・前掲・91頁。

⁶⁸ 日本倉庫協会1・後掲・718頁。

この証券分割による数人への寄託物質入は形式的には各分割部分を1物として質権が設定されるものではあるが、実質的には分割前の寄託物全体について質権を重複設定したのと似た経済効果をえることができる。このような制度は旧商法では認められていなかった。旧商法における商事質はこれを諾成契約とすることで設定者に質物の占有を留保したままの質権重複設定を可能としたものの、対抗要件が現実の引渡なので実際上は、質物の余剰価値の利用を見込めなかった。これと比べれば、余剰価値の利用の点では改善されたといえる。

ただし証券分割によっても、例えば、既に倉荷証券によって質権設定を行っていた場合、後から証券を回収して、これを分割して新証券に質権設定をすることは事実上、困難である。

(四) 寄託物の一部出庫

(1) 商法上の原則

倉荷証券を質入した場合には寄託者は質権者の承諾をえて寄託物の一部出庫を請求することができる(商法第628条)。

本来、弁済期前には質権設定者、すなわち寄託者は倉荷証券を所持していないので、倉庫営業者に出庫を請求できない。しかし第628条は質権者に不利益を及ぼさない範囲で一部出庫を認め、寄託者の商取引に便宜を与えた。

ただし寄託者が一部出庫を請求する場合、債務の一部を弁済し、質権者の承諾をえなければならない。その上で倉庫営業者は返還した寄託物の種類、品質、数量を倉荷証券に記載し、その旨を帳簿に記載する。これにより旧証券を回収し、新証券を発券する煩を避けることができ、後日の紛争を防止できる。

ただし次のような問題がある。寄託者は寄託物返還を証券と引き換えによってのみ請求しうる、すなわち倉荷証券には受戻証券性、呈示証券性があるということである(第620条)。そうであるとすれば、倉荷証券がなければ一部出庫を倉庫営業者に請求できない。そのため質権者が

寄託者に相当の担保を提供させて倉荷証券を寄託者に貸与するか、質権者自身で一部出庫を請求する必要が生じる。しかし貸与には担保物の引き抜きの危険がある。また質権者自身の一部出庫請求手続にしても、銀行が質権者の場合、銀行自身が倉荷証券を呈示することは時間・労力の面から煩瑣である。

(2) 内出契約による証券呈示省略の慣行とその歴史

そこで銀行と倉庫業者との間の特約により、証券の呈示を省略して、銀行が発行する一部出庫請求書のみで出庫する内出契約という慣行が行われた。これにより質権者である銀行から寄託者への証券貸与の危険または質権者自身による一部出庫請求の煩瑣を回避してきた⁷¹。

このような内出契約の始まりは1887年(明治20年)4月に設立された東京倉庫会社と第百十九銀行との銀行担保貨物内渡業務と称する取引に遡る。倉庫へ寄託された物品が流動性の高い物であって、これを倉庫に寄託して銀行から貸付をうけた場合(これを銀行物品担保貸付という)、どうしても担保寄託物の一部だけ売却する必要が生じる。内出契約はこのような需要に対して以下のような方法によって行われた。

まず倉庫会社が寄託物の一部の買主から代金を取り立てて、貨物を引き渡す。倉庫会社は満期日に銀行へ取立代金を売主のために支払う。もしも売主の被担保債権を支払って残額があるならば、その残額を売主に交付した。

このような取り扱いをする場合、当初は倉庫会社が寄託者に預証券を発行せずに、倉庫会社の通帳で入出庫を整理していた。1894年(明治27年)以後は預証券を発行するようになり、証券に内出欄を設ける実務に切り替えた。1895年(明治28年)に百十九銀行が三菱合資会社銀

⁷¹ 内出契約の慣行については、今井他・後掲・389頁、服部他・後掲・628頁。なお内出契約の有効性については有効説と無効説が存在するが、証券返還を受けないことによる危険を倉庫営業者が負担するという趣旨であるとする前者が通説とされる。

行部に引き継がれると、このような内出契約は一般諸銀行でも行われるようになり、東京倉庫会社と諸銀行との内渡業務契約に関する標準約款も使用されるようになった。こうして内渡業務は他の倉庫会社にも波及し、現行商法施行後も商慣習として存続した⁷²。

この内出契約は割と最近まで利用されたが、現在では姿を消したという⁷³。

したがって少なくとも明治中期以降は倉庫寄託物を対象とした物品担保貸付において、少なくとも一部流出については集合流動資産譲渡担保に近いことが行われていたといえる。

(五) 倉庫証券ないし倉荷証券の利用状況

表Ⅲは高度成長期の発券業者と非発券業者に関するものである⁷⁴。ただし倉庫証券や倉荷証券の発行のためには倉庫会社が発券業者として国土交通省からの許可を受ける必要があるから、全ての倉庫業者が証券を

【表Ⅲ】

年度末	発券	非発券	計
1956年	537	804	1,341
1957年	531	794	1,325
1958年	533	777	1,310
1959年	507	538	1,045
1960年	515	537	1,052
1961年	523	547	1,070
1962年	526	572	1,098
1963年	538	629	1,167
1964年	555	688	1,243
1965年	564	732	1,296
1966年	574	780	1,354
1967年	590	854	1,444
1968年	598	958	1,556
1969年	608	1,100	1,708
1970年	614	1,242	1,856
1971年	614	1,360	1,974

⁷² 日本倉庫協会 2・後掲・28-29 頁。

⁷³ 今井他・後掲・389 頁。

⁷⁴ 日本倉庫協会 2・後掲・197 頁・表 1-5-14。

発券できるわけではない。したがって貨物の寄託の際に必ず倉荷証券が発券されるわけではない。また証券は必ず発券されなければならないわけでもない（商法第 598 条）。このことを前提に倉庫寄託物の担保化の状況を見る必要がある。

(六) 寄託貨物の担保化の状況

(1) 寄託貨物の質入状況

すでに前述したように倉庫業の育成は、近代的産業としての動産担保金融のインフラ整備にあった。しかし現在では倉荷証券の発券も多くはなく、また発券された場合の貨物の質入は、金融に際して対人信用に重点がおかれるようになったことと、担保目的物が不動産にシフトした関係で多くはない⁷⁵。

(2) 倉荷証券を利用した質入の欠点

倉荷証券が発券され、これが質入されても、寄託貨物の一部出庫が認められることは前述した通りだが、証券記載事項の変更等が必要なので制度上は可能であっても実用的ではない。そのようなわけで倉荷証券は入出庫が頻繁な流動資産の担保化には向かないので、実質的に対象貨物が限定される^{76 77}。

⁷⁵ 日本倉庫協会 2・後掲・295-296 頁。

⁷⁶ 合田・後掲・91 頁によると、貨物の種類は商品取引所の上場商品（小豆、天然ゴム、砂糖等）、農業者救済融資対象貨物（豚肉、さけ、ます、みかん等の缶詰）等に限定される傾向がある。これらの流動性は低いとされる（ゴムについては、大久保義人「中部商取引所：金上場で石油依存から脱却、板寄せで差別化図る」2013 年 10 月 15 日アクセス、以下も同じ < <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=71000003&sid=aDz3EKIS9GXc> >、小豆について『商品先物取引 web』「流動性」 < <http://www.free-rogo.com/keyword/ryuudousei.html> >）。参考として、東京商品取引所『創業等ワーキング・グループプレゼンテーション資料』（2013 年） < <http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/kaigi/meeting/2013/wg-sogyo/130425/item1-3.pdf> > 3 頁「(2) 上場商品」における表Ⅳと図Ⅱをあげておく。

⁷⁷ 合田・後掲・90 頁。

ただ寄託物の譲渡・質入には証券の交付が必要であるから、質権者が認知していないところで質物の二重引渡が起らないメリットもある。しかしこのメリットも逆にいえば、二重の引渡が困難なために、倉荷証券を発券した寄託物について重複して質権を設定することが困難となる(初めに交付を受けた質権者が後の質権者のためにも証券を代理占有することは可能ではあろうが)。

ただし証券の分割は前述の通り、可能であるので、分割した倉荷証券を複数の債権者に質入することは可能である。しかしながら、分割のためには旧証券を倉庫業者に返還する必要があるため、一度倉荷証券を質入して以後の分割は現実的ではない。

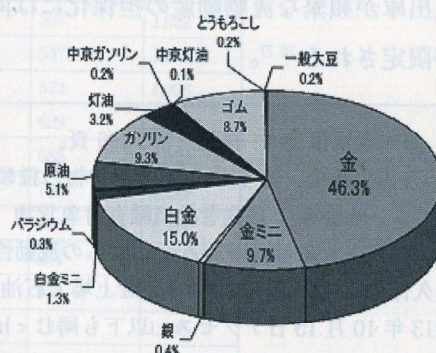
以上のような原因により倉荷証券の利用は総在庫額の数%程度であり、当然これによる質入は多くない⁷⁸。

(3) 寄託貨物の担保化自体に消極的である

倉荷証券は必ずしも発券されるわけではないし、倉荷証券が発券され

商品市場	物品等	2012年度取引高(枚)	割合(%)
貴金属	金	12,265,241	46.3%
	金ミニ	2,562,313	9.7%
	銀	117,957	0.4%
	白金	3,982,501	15.0%
	白金ミニ	338,639	1.3%
石油	パラジウム	71,045	0.3%
	原油	1,345,375	5.1%
	ガソリン	2,475,229	9.3%
	灯油	838,738	3.2%
	軽油	8,955	0%
中京石油	ガソリン	50,285	0.2%
	灯油	29,939	0.1%
ゴム	RSS	2,314,630	8.7%
農産物・砂糖	とうもろこし	52,319	0.2%
	一般大豆	45,280	0.2%
	小豆	3,739	0%
	粗糖	476	0%
合計		26,502,661	100%

【表Ⅳ】



【図Ⅱ】

⁷⁸ 合田・後掲・91頁。

なければ寄託貨物の担保化ができないわけでもない。例えば譲渡担保によっても寄託貨物の担保化は可能である。しかし倉庫業実務においては寄託貨物の集合動産譲渡担保や ABL⁷⁹ 等による担保化自体に消極的である。その原因として、実務上または法律上の幾つかの原因をあげることができる。

(I) 実務上の原因 実務上の問題として、倉庫業者が対象とする貨物と流動集合動産譲渡担保ないし ABL が対象とする貨物に経済的な異質性がある。そこで寄託貨物の流動集合動産譲渡担保ないし ABL による担保化の最近の状況をみてみよう。表 V⁸⁰ は ABL の実施例である。

⁷⁹ ABL とは Assets Based Lending の略。これは一種の在庫等の集合物、または集合物と集合物を売却した売掛債権によって構成される集合債権(こうした財産は内容が変化しやすく、流動資産という)に譲渡担保権を設定し、またはこれらに加えて売掛債権回収代金が振り込まれる口座に質権設定を設定する場合もある。これら全てを担保にした場合、在庫→売掛債権→預金口座→購入在庫という商売の流れを一括して担保にとるので、「商流」を担保にとる、という表現がされることがある。従来の集合動産担保等との違いは、従来が回収・清算型だったのに対して、「生かす担保」といわれる。つまり設定企業の収益による元本回収を基本とし、なるべく倒産させず、融資側が担保資産をモニタリングすることで経営状況を把握し、危機前の迅速な対応を可能とするもので担保権実行は可及的に回避し、最終手段とするリレーションシップバンキング(金融機関が、顧客の取引先と長期的な信頼関係を築いて豊富な顧客情報を蓄積し、質の良い金融サービスを提供し、取引先企業の経営不振に早めに気づき、再生を支援し、金融機関の不良債権を少なく抑え、企業側も早く経営改善できる利点があるものとされる)であるとされる(中島・後掲・71-72 頁、中村・後掲・106-107 頁他参照)。

このような融資手法は融資側が積極的に推進しており、2011 年度金融学会のテーマであった。しかし現状では顕著な普及には至っていない(栗田口・後掲・84 頁)。

ABL について、特に集合動産や集合債権を譲渡担保にとった場合、既存の譲渡担保との区別が問題となるだろう。これについて 2011 年度金融学会でも同様の質問がなされている。従来の担保と ABL との区別が「回収・清算型」か「生かす担保」という区別は、経営の問題であって、両者の主観によって区別することになるのではないかと。その主観も何らかの事情で一方に変更される場合もありうる

⁸⁰ 合田・後掲・82 頁より。なお同表は商工中金ウェブサイトより作成されたもの。

【表V】 単位：円

融資開始時期	融資先	担保動産	融資額	協調融資の状況	特記事項
17年9月	海産物商	昆布	5000万	福岡銀行協調	経産省実証実験
18年3月	養豚業者	豚	2億		IC タグ使用
18年5月	ワイン輸入会社	輸入ワイン	5000万		
18年9月	醸造会社	焼酎	2億	岐阜信用金庫協調	
平成18年9月	食品会社	業務用タレ	5000万	北日本銀行協調	
18年9月	食品会社	笹蒲鉾	3000万	北日本銀行協調	
18年9月	農業法人	小松菜	4000万	北洋銀行協調	
18年10月	酪農家	牛	1億		IC タグ ⁸¹ 使用
18年10月	醸造会社	銘酒	3000万	足利銀行協調	
18年11月	繊維機械製造会社	繊維機械	3億	南都銀行協調	
19年1月	水産加工会社	ズワイガニ	1億	山陰合同銀行協調	
19年3月	チタン加工会社	チタン製品	1億	館林信金・足銀協調	

ABLでは倉庫に保管しない豚や牛なども対象とされることに気付くだろう。流動動産譲渡担保においても同じく、豚や養殖魚などが目的物とされることが多い。

その一方で営業倉庫の貨物は営業倉庫内で静止して動かない貨物、つまり流動性が低い貨物である。流動動産譲渡担保ないしABLが対象とするのはそうした物に限られず、自家倉庫（ないし自家の保管施設）や工場内に保管されており、自由に出入可能な流動性の高い動産であることが多い。

こうした動産の担保化のために設定者の施設を営業倉庫が借り受け、国土交通省の登録を受けて保管管理を請け負う方法が考えられる。だがそのような方法の最近の実施例はほとんどない。また理論上は営業倉庫内の貨物に集合動産譲渡担保権を設定し、かつその出入管理を倉庫業者に授權して、営業倉庫で担保目的物の管理をすることは可能ではある。設定者の自家保管施設の保管管理を倉庫業者に請け負わせることによ

⁸¹ 「IC タグ」とは Radio Frequency Identification (RFID) のこと。カードやラベル上のタグに小型アンテナと IC チップを埋め込み、専用読取機を使用して非接触で情報を読み取る装置。IC チップが取り付けられた貨物情報をチップに読み書きすることで貨物の物流管理に用いられている（合田・後掲・83 頁・注 12）。

て同じ効果をあげることも可能である⁸²。

（Ⅱ）法律上の原因 倉庫業者が寄託貨物の担保化に消極的であること
の法律上の原因については以下の幾つかの原因をあげることができる。

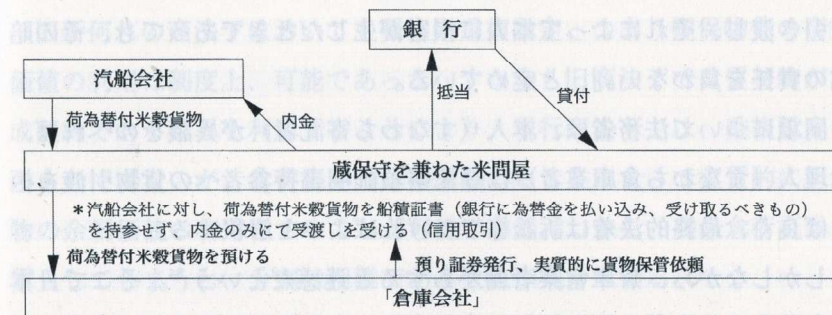
①動産譲渡登記時点で倉庫に存在していない動産でも、保管場所を特定して登記が可能であること（動産債権譲渡特例法第7条第2項第5号）を倉庫会社は快く思わない⁸³。

⁸² 合田・後掲・89 頁。

⁸³ 寄託物が倉庫会社によって直接管理されなかったことで倉庫会社が損害を受けた事件として深川廻米問屋騒動という古い事件がある。同事件は深川の米問屋による荷為替手形付米穀に関する横領事件であり、その概要は以下の通りである。

【図Ⅲ】

○明治18年（1885）5月 深川廻米問屋騒動にみる倉庫保管の実態



米問屋は買い付けた米穀について発行された荷為替手形の債務を銀行で履行し、これと引き換えに船積証書の交付を受け、汽船会社から米穀を受領するはずだった。

しかし当時、汽船会社への船積証書の交付ではなく、内金（売買代金や請負代金の一部として前払いされる金銭）だけを支払い、買主の間屋が物品を受領し、しかも当該物品を買主である問屋自身の倉庫に保管し、かつ倉庫の鍵も同問屋が蔵保守として預かるという江戸時代以来の慣行が未だに残っていた。そして米問屋もこのような慣行によって、「倉庫会社」（渋沢栄一に設立された会社名）に米穀を預けた。

同米問屋は内金のみを支払うにもかかわらず、自身の倉庫に米穀があることを奇貨として、この米穀を銀行に対する担保に供し、融資を受けた。

この不正が1885年（明治18年）5月に発覚し、米穀商間で信用不安が起き、地方荷主にも波及し、恐慌が起きた。この結果、倉庫会社は休業に追い込まれた

②呈示書類としてD/O = 荷渡指図書と登記事項証明書の優劣の問題がある。問題は動産譲渡登記によって寄託物が担保に供された場合に、倉庫営業者に通知されないことである。そのため荷主側が呈示する書類として上記の何れを優先させるのかを意識せざるをえなくなる。

【1】例えば登記事項証明書が荷渡指図書に先立ち呈示される場合を考えてみよう。この場合について動産債権譲渡特例法第3条第2項は任意規定ではあるが、「代理人によって占有されている動産の譲渡につき前項に規定する登記〔略〕がされ、その譲受人として登記されている者が当該代理人に対して当該動産の引渡しを請求した場合において、当該代理人が本人に対して当該請求につき異議があれば相当の期間内にこれを述べるべき旨を遅滞なく催告し、本人がその期間内に異議を述べなかったときは、当該代理人は、その譲受人として登記されている者に当該動産を引き渡し、それによって本人に損害が生じたときであっても、その賠償の責任を負わない。」と定めている。

同項について法務省は、本人（すなわち寄託者）が異議をのべれば、代理人（すなわち倉庫業者）は登記事項証明書持参者への貨物引渡を拒めば良く、最終的決着は訴訟等でつけばよいと解釈する。

しかしながら、倉庫営業者側からすると迷惑だという⁸⁴。そこで日本倉庫協会ではこうした場合に、登記事項証明書を呈示する者に荷渡指図書も入手して呈示させるように指導している。

【2】次に荷渡指図書の呈示が先でその後に登記事項証明書を呈示する者が現れた場合。倉庫営業者は荷渡指図書持参者に貨物の返還をした後に登記事項証明書持参者が現れた場合を警戒する。ただし法務省は荷渡指図書呈示者に対する荷渡の慣行を認めており、登記事項証明書持参者に貨物寄託者発行の荷渡指図書の取得を要求することもできるので、倉庫業者の懸念は杞憂ともいわれる。

（渋沢史料館編・後掲・本編7頁。図も同じ）。

⁸⁴ 合田・後掲・88頁。特に我が国の営業実務上、訴訟は紛争解決にとって望ましいものではないと考えること等があげられる。

【3】その他、同一貨物に二重の登記がなされ、二重に荷渡指図書が発行され、劣後する登記事項証明書と荷渡指図書を持参した者に貨物を引き渡した場合も問題となりうる⁸⁵。

第4款 小括

ここで商法上の質制度について小括しておこう。

(1) 実質的には要物契約であることに変化はなかった

法制度上は旧商法において質契約が諾成契約とされた時期があったが、対抗要件が現実の占有であるために実質的には要物契約であることと大差なく、実質的には現代まで占有担保であった。

(2) 商法においては余剰価値の利用は困難

旧新何れの商法下においても質権の重複設定、つまり担保物件の余剰価値の利用は制度上、可能であった。すなわち旧商法下では質契約が諾成契約であることを利用することにより、現行商法下では、重複設定そのものではないが、倉荷証券の分割を認めることによって実質的に担保物の余剰価値の利用をすることが可能である。しかし一度、倉荷証券を質入してしまうと、分割は困難である欠点が残っている。

一方で一般法である民法では質権者またはその占有代理人が劣後する質権者の占有代理人を兼ねることによって質権の重複設定が可能である（民法第355条）。当事者が合意する占有代理人（例えば、特定の倉庫業者）に管理を任せることができれば、商法を利用するよりも当事者の需要に対して柔軟な対応が可能となると考えられる。

(3) 商法は流動動産の担保化には不適當

旧商法においては質入動産の売却権が設定者に残ったが、売却時の清算義務が罰則付で定められており、かつ一部売却についての定めはな

⁸⁵ 合田・後掲・87-89頁および注40。

かった。現行法下においては一部出庫の規定が設けられたが、証券および帳簿書替といった手続が煩瑣であるために実用的とはいえない。そのために質権者と倉庫業者との間で締結される内出契約という実務上の慣行が古くから通用してきた。しかし新たに流入する寄託物に質権を及ぼす規定がない。したがって倉荷証券による質入は、入出庫を前提する限り、流動動産の担保化には不適當である。

この点も一般法である民法を利用した方が柔軟な運用が可能である。なぜならば倉荷証券を発券してしまえば、文言証券としての寄託物に対する拘束性が生じ、寄託物の変更は不便である。一方、証券を発券せず、目的物を集合物として民法上の質権を設定すれば、目的物の流動性を確保することが可能である。

したがって、担保動産の余剰価値の利用においても、流動動産の担保化についても商人のための特別法である商法が用意する質が、反って一般法である民法上の質よりも近年の流動動産担保ないしその重複設定という需要にとって不便である（そもそも証券の文言性に関する判例のために倉荷証券の発券そのものが衰退している）。

しかしながら上にのべたような民法上の質を利用した流動動産の担保化ないしその重複設定は我が国においては活発とは到底いえない。その原因には管理者として最も期待されるだろう倉庫業者の消極性が存在している。つまり倉庫業者が取り扱う寄託物と流動動産譲渡担保ないしABLの目的物との間の齟齬という実務上の問題や登記事項証明書と荷渡指図書との取り扱い上の懸念等に起因する消極性である。

第3節 民法上の動産質

民法制定以前にすでに質屋による質および商事質が特別法として確立されていた。しかもこの二つの質が我が国動産質のほぼ全てといっても過言ではなく、民法上の質は動産担保の観点からすれば抜け殻同然である。起草者も動産質においてはこの事実を認識している。起草者が想定したものは、例えば知人同士の担保付貸付、例えば学生間の貸借で時計

を担保に取るというようなものであった⁸⁶。こうした取引は現在でも多くは現れない。そうであるならば、すでに言及したことに加えて、近年の動産の担保化に対する需要という、本稿が中心とする課題から民法上の質制度について過度に詳述することは適當ではない。

ただし質屋による動産の担保化の歴史は長いけれども、大量の動産の担保化には不向きであり、また商法が用意する質制度は流動動産の担保化や重複設定には不適當である一方、こうした需要については民法上の質制度の方が優れていることを強調しておきたい。繰り返しのべると、集合物を質物として、さらに管理者を定めて第355条による動産質重複設定を行う方法である。しかしながら我が国においてはそのような実務は定着しておらず、現状は机上の理論の域をでない。なぜそうなのか。ここに今後の検討課題が残る。この点をのべてひとまずの結びとしよう。

小結～残される検討課題

質の歴史は古いが、何れの時代であっても「質」はいわば政府公認の正規の担保制度である。「質」は質屋にせよ、商事の質にせよ、一定の需要を満たしてきたが、同時に限界もあった。動産の担保化に限って言えば、大量の流動動産の担保化や質権の重複設定に質屋や商法の定める質制度は向かない。この点ではむしろ一般法上の質の方がより適合的であった。しかしそれでも民法上の質制度を利用した大量の流動動産の担保化や重複設定は行われていない。やはりここにも限界があるのだといえる。それはどのような限界なのか。

恐らくは質契約が要物契約であることに起因する次のような限界であろう。質契約は要物契約であるから現実の引渡が契約の成立要件である。そこで債務者が営業の継続に不可欠な集合動産を利用して融資を受ける場合、契約当事者が合意する占有代理人へ引渡を行い、管理を委託して

⁸⁶ 法典調査会・民法議事速記録二・後掲・623頁磯部。だが同・623頁梅は、動産質は今後、減るだろうと予測している。また同・583頁横田、652頁磯部は、富裕者が高額の物を質入する例もあるという。

非占有質に近い運用を可能とする余地があることはすでに述べた通りである（質権者は金融機関であることが多いはずだから、管理者としては不適合である）。しかしその管理を担うのに適する者が存在しない。倉庫業者が最も適合的であるはずだが、倉庫業者が流動動産の担保化に消極的であることはすでにみた通りである。

この通り、正規の担保制度である質には質であるがゆえの限界が存在している。そこでいつの時代にもこのような限界を回避するための非正規の担保が実務の世界から生み出されてきた。実際に流動動産の担保化を実現しているのは譲渡担保である。

ここより質制度を真に理解するためには非正規の担保、つまり非典型担保についての検討がなされなければならないことは明白である。また逆に非典型担保の真の意義を理解するためには質制度の効用と限界について究明する必要があった。ここに本稿の意義が存したといたい。

以上より、今後の検討課題としては質制度の限界を踏まえた上で非典型担保がそのような限界をどのように補完してきたのかについて検討する必要がある残されているといえるだろう。

なお本研究は特別研究員奨励費（課題番号：09J56022）により助成を受けた成果の一部である。

主要参考資料

【刊行物】

- 合田浩之「ABL融資と倉庫証券」国際商取引学会年報10号（2008年）。
 浅田泰三『中国質屋業史』（東方書店、1997年）。
 有賀信雄『増訂古代法釋義』（博文館、1908年）。
 栗田口太郎「倒産手続におけるABL担保権実行の現状と課題—再生手続における集合動産譲渡担保権の取扱いを中心に—」金法1927号（2011年）84頁。
 池田雄二「非典型担保における買戻（1）（2・完）」北法59巻5号、6号（2009年）。
 井上光貞他編『日本思想体系3 律令』（岩波書店、1976年）。
 今井薫、重田晴生他『総則・商行為法 改訂版』（三省堂、1996年）。
 上田万年『修訂 大日本國語辭典』新装版第14版（富山房、1958年）。

- 遠藤浩編『基本法コンメンタール〔第五版〕物権』（日本評論社、2005年）。
 大隅健一郎、大森忠夫『商法総則・商行為法』（青林書院、1960年）。
 大住達雄『法律學体系第二部法學理論篇96 倉庫』（日本評論社、1951年）。
 黑板勝美編『新訂増補 國史大系 令義解』（吉川弘文堂、1981年）。
 桑原義清校閲『袖珍傍訓 質屋古物商類典』（博向堂、1895年）。
 経済史研究会『日本経済史辭典』上下 縮刷第1版（日本評論新社、1954年）。
 国史大系編集會編『新訂増補國史大系令義解普及版』（吉川弘文堂、1981年）。
 古瀬村邦夫・判例百選<第二版>（1965年）・106頁。
 国家地方警察福岡県本部刑事部防犯統計課「質屋営業法（逐条解説）」（九州質屋組合連合会『質屋古物営業業者必携』（九州質屋組合連合会、1953年）。
 国警福岡県本部刑事部防犯統計課「質屋古物営業法質疑応答集」（九州質屋組合連合会『質屋古物営業業者必携』（九州質屋組合連合会、1953年）。
 小早川欣吾『日本擔保法史序説』（寶文館、1933年）。
 渋沢史料館編『澁澤倉庫株式会社と渋沢栄一—信ヲ万事ノ本ト為ス』（渋沢史料館、2012年）。
 鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法 全訂第二版』（弘文堂、1993年）。
 鈴木竹雄、大隅健一郎『商法演習Ⅱ 総則、商行為、手形・小切手（1）』（有斐閣、1960年）。
 高橋裕次郎『すぐに役立つ貸金・売掛金回収マニュアル ケース別文例46』（三修社、2007年）。
 田中誠二『新版 商行為法』14版（千倉書房、1962年）。
 都筑馨六他校閲、柳内原立身著『質屋取締法俗解』（柳内原立身、1895年）。
 東京質屋組合編『質屋利子の研究』（東京質屋組合、1934年）。
 舍人親王撰、黑板勝美編『日本書紀 下巻』（岩波書店、1932年、初出720年）。
 舍人親王撰『日本書紀（下）』宇治谷孟訳（講談社、1988年）。
 中島弘雅「ABL担保取引と倒産処理の交錯—ABLの定着と発展のために」金法1927号（2011年）71頁。
 中村廉平「ABL法制的検討課題に関する中間的な論点整理」金法1927号（2011年）100頁。
 日本倉庫協会『続 日本倉庫業史』（日本倉庫協会、1972年）。
 同2『新版日本倉庫業史』（日本倉庫協会、2005年）。
 日本大辞典刊行会編『日本大國語辭典』（小学館、1973年）。
 畑肇・商法（総則商行為）判例百選（第2版）（1985年）・175頁。
 服部榮三、星川長七編『基本法コンメンタール〔第四版〕商法総則・商行為』（日本評論社、1997年）。
 福井淳著、三澤元衡校閲『訂正増補日本商法問答講義』（田中宋榮堂、1890年）。
 法典調査会『民法議事速記録二』（商事法務研究会、1984年）。
 細野長良、犬丸巖、梶田年他『新體綜合註釋大六法全書』校訂10版（法文社、

- 1941 年)。
- 松波仁一郎『松波私論 日本商法 完 第四版』(有斐閣、1907 年)。
- 松本烝治『増訂 12 版 商行為法 完』(有斐閣、1921 年)。
- 丸山秀平『商法総則・商行為』(東林出版社、1998 年)。
- 柳井原立身『質屋取締法俗会 附質屋取締法細則』(自費出版、1895 年)。
- 山脇玄、今村研介訳『獨逸六法 商法第五冊』(獨逸學協會、1886 年)。
- 由井常彦「倉庫業の創始者としての渋沢栄一と安田善次郎」渋沢史料館・前掲・論考・資料編 3 頁。
- ロエスレル『ロエスレル起稿 商法草案 上巻』(司法省、1884 年頃)。
- James Kent, *Commentaries on American Law. Vol. II.* Little, Brown and Company, 1858.
- John William Smith, *A Compendium of Mercantile Law (Smith's Mercantile Law)*, Philadelphia, John S Littell, 1841.
- Roesler, *Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan Mit Commentar*, II Bd., Tokio, 1884.
- 【ネット資料 (ネット上でのみ公表されている文書)】
- 伊藤裕厚「著作権担保による資金調達 (質権の設定)」『著作権で稼ぐ』2009 年 4 月 24 日 <http://blogs.yahoo.co.jp/gut_expert/57611429.html> 2012 年 9 月 28 日最終アクセス。

ライブドア事件判決から見る金融商品取引法 21 条の 2

首 藤 優

一、総論

本稿で取り扱うライブドア事件 (以下、「本事件」とする) は以下の経緯によるものである。

Y 社 (現在は B 社であるが、本論では便宜上 Y 社として表記する) は、本事件により上場廃止とされるまで東京証券取引所マザーズ (以下、東証マザーズとする) で 1 株単位から取引されていた。また、株式分割を繰り返すことにより Y 社株式の株価を切り下げ、事件当時において、Y 社株式は 1 株 700 円前後をつけていた。このため、投資家は手軽に Y 社株式を購入できる状態にあった。さらに、Y 社は本事件で問題とされた不実表示が発覚されるまで、Y 社の創業者である元代表取締役 A のテレビ出演を始めとするメディア等での積極的な活動により、Y 社は多くの人に存在を認識され、A は時代の先駆者としての地位を確立しつつあった。以上のようなことを要因として、Y 社は個人投資家からの人気も高く、Y 社株式を保有する者も多数いた。そのため、本事件により被害を受けた者も多く、本事件に関して Y 社に金融商品取引法 21 条の 2 に基づく損害賠償請求も多数提起され、判決も多岐に及んだ¹。また、本事件は同条が制定されてから初めて流通市場における不実表示が問題

¹ ライブドア事件に関して、金融商品取引法 21 条の 2 に基づく損害賠償請求がなされ、東京地裁が判決を下したのは、東京地判平成 20 年 6 月 13 日金判 1297 号 42 頁、東京地判平成 21 年 5 月 21 日金判 1318 号 14 頁等、5 件ある。なお、本事件の時系列については文末の時系列を参照。