

商法教授方法に関する研究手帖 (15)

浅 木 慎 一

第1帖「商」の概念

- 第1章 商法の意義
- 第2章 商法の法源 (以上、金沢法学 51 巻 1 号)
- 第3章 商人の概念
- 第4章 会社の概念 (以上、金沢法学 51 巻 2 号)
- 第5章 株式の概念

第2帖「商」への参入

- 第1章 企業形態の選択
- 第2章 企業の立上げ 総論 (以上、金沢法学 52 巻 1 号)
- 第3章 株式会社の設立 (以上、金沢法学 52 巻 2 号)
- 第4章 持分会社の設立
- 第5章 企業施設の整備
- 第6章 企業情報の公示

第3帖「商」の管理・運営

- 第1章 会社を除く商人の営業の管理・運営 (以上、名城法学 60 巻 1~4 号)
- 第2章 株式会社による株式・株主の管理 (以上、名城法学 61 巻 1 号)
- 第3章 会社の機関 総説
- 第4章 株主総会および株主による会社運営の監視
(以上、名城法学 61 巻 2 ~ 4 号)
- 第5章 株式会社 (委員会設置会社を除く) の業務執行およびその自浄化の体制
(以上、名城法学 62 巻 1 号)
- 第6章 株式会社 (委員会設置会社を除く) の社内監査の体制
- 第7章 株式会社の計算数値の正確性を期する体制 (以上、名城法学 62 巻 2 号)
- 第8章 委員会設置会社の体制

研究ノート

第9章 株式会社の計算

第10章 持分会社・外国会社の管理・運営（以上、名城法学 62 巻 3 号）

第4帖「商」の取引・上の巻～商行為編

第1章 商行為法総論

第2章 商事売買の規整

第3章 交互計算という決済制度

第4章 物の流れ・人の流れ

第5章 場屋営業者の責任（以上、名城法学 62 巻 4 号）

第4帖「商」の取引・下の巻～有価証券編

第1章 有価証券序論

1. 諸法に観られる有価証券

1 - 1. 刑法

1 - 2. 金融商品取引法

1 - 3. 民法

2. 私法上の有価証券概念

3. 有価証券制度の特徴

4. 有価証券の種類

4 - 1. 完全有価証券・不完全有価証券

4 - 2. 債権的有価証券・物権的有価証券・社員権の有価証券

4 - 3. 記名証券・指図証券・無記名証券・選択無記名証券

4 - 3 - 1. 記名証券

4 - 3 - 2. 指図証券

4 - 3 - 3. 無記名証券

4 - 3 - 4. 選択無記名証券

4 - 4. 文言証券・非文言証券

4 - 5. 要因証券（有因証券）・不要因証券（無因証券）

5. 有価証券と区別すべき概念

5 - 1. 免責証券

5 - 2. 証拠証券

5 - 3. 設権証券（設権証券）

5 - 4. 金券

6. 商行為編総則中の有価証券規定

6 - 1. 緒言

- 6 - 2 . 選択無記名証券の効力
- 6 - 3 . 履行の場所
- 6 - 4 . 履行遅滞の要件
- 6 - 5 . 有価証券喪失に対する救済
- 6 - 6 . 有価証券の譲渡
 - 6 - 6 - 1 . 手形法・小切手法上の諸法則の準用
 - 6 - 6 - 2 . 指図証券の譲渡
 - 6 - 6 - 3 . 無記名証券の譲渡
 - 6 - 6 - 4 . 証券の善意取得
 - 6 - 6 - 5 . 抗弁の制限
 - 6 - 6 - 6 . 債務者の免責

第2章 商行為編各論および会社法上の有価証券

1. 貨物引換証

- 1 - 1 . 貨物引換証の意義
- 1 - 2 . 貨物引換証の方式
- 1 - 3 . 貨物引換証の効力発生時期
- 1 - 4 . 貨物引換証の交付欠缺の問題
- 1 - 5 . 貨物引換証の流通
- 1 - 6 . 貨物引換証の効力
 - 1 - 6 - 1 . 貨物引換証の債権的効力
 - 1 - 6 - 1 - 1 . 貨物引換証の文言証券性
 - 1 - 6 - 1 - 2 . 文言証券性と要因証券性との関係
 - 1 - 6 - 1 - 3 . 具体例の提示
 - 1 - 6 - 1 - 4 . 運送契約自体の瑕疵と商法 572 条
 - 1 - 6 - 1 - 5 . 貨物引換証発行行為自体の瑕疵と商法 572 条
 - 1 - 6 - 1 - 6 . 空券と商法 572 条
 - 1 - 6 - 1 - 7 . 運送契約自体の瑕疵と善意の証券所持人の保護
 - 1 - 6 - 2 . 貨物引換証の物権的効力
 - 1 - 6 - 2 - 1 . 商法 575 条の意義
 - 1 - 6 - 2 - 2 . 物権的効力の法律構成
 - 1 - 6 - 2 - 3 . 諸説の検討
 - 1 - 6 - 2 - 4 . 民法 353 条との関係
 - 1 - 6 - 2 - 5 . 物品の滅失、物品自体の即時取得があった場合

研究ノート

1 - 6 - 2 - 6. 貨物引換証の処分証券性

2. 倉庫証券

2 - 1. 倉庫証券の意義

2 - 2. 複券主義から併用主義へ

2 - 3. 倉庫証券の発行主体

2 - 4. 預証券および質入証券

2 - 4 - 1. 証券の発行

2 - 4 - 2. 証券の方式

2 - 4 - 3. 2枚の証券の性質および効力ならびに関係

2 - 4 - 3 - 1. 性質および効力

2 - 4 - 3 - 2. 質入証券による質入れ

2 - 4 - 4. 補遺

2 - 5. 倉荷証券

2 - 6. 倉庫証券の発行の場合における保管料の支払い

3. 株券

3 - 1. 緒言

3 - 2. 株券の性質

3 - 3. 株券の方式

3 - 3 - 1. 法定記載事項

3 - 3 - 2. 法定記載事項の変遷

3 - 4. 株券の発行

3 - 4 - 1. 株券発行会社における株券発行の義務と禁止

3 - 4 - 1 - 1. 株券発行義務

3 - 4 - 1 - 2. 株券発行の禁止

3 - 4 - 2. 株券の効力発生時期

3 - 5. 株券の失効（株券喪失登録制度）

3 - 5 - 1. 制度創設の沿革

3 - 5 - 2. 株券喪失登録制度の概要

3 - 5 - 2 - 1. 株券喪失登録簿の作成

3 - 5 - 2 - 2. 株券喪失登録の請求

3 - 5 - 2 - 3. 株券喪失登録簿への記載・記録および閲覧等

3 - 5 - 2 - 4. 名義人等に対する株券喪失登録の通知

3 - 5 - 2 - 5. 株券喪失登録の抹消

- 3 - 5 - 2 - 6 . 株券喪失登録の効力
- 3 - 5 - 2 - 7 . 株券の失効および再発行
- 3 - 5 - 2 - 8 . 異議催告手続との関係
- 3 - 6 . 株券を発行する旨の定款の定め廃止
- 4 . 新株予約権証券・社債券・新株予約権付社債券

第4帖 「商」の取引・下の巻～有価証券編

第1章 有価証券序論

1. 諸法に観られる有価証券

「有価証券」という用語は、諸法において用いられている。代表的なものを概観しておこう。

1-1. 刑法

刑法典第18章「有価証券偽造の罪」は、有価証券の偽造・変造・虚偽記入等を処罰する規定を設けている。

刑法162条1項は、有価証券偽造罪の客体につき「公債証書、官庁の証券、会社の株券その他の有価証券」を挙げている。「公債証書」とは、国または地方公共団体が負担する債務（国債、地方債）を証明するため国または地方公共団体が発行する証券であって、たとえば国債証書などを指し、「官庁の証券」とは、官庁の名義で発行される証券であり、たとえば財務省証券（旧大蔵省証券）、旧郵便為替証書などを指す¹。これらとともに、株券が例示されている。

有価証券偽造罪・同虚偽記入罪の客体たる「有価証券」とは、判例によれば、財産上の権利が証券に表示され、その表示された権利の行使につきその証券の占有を必要とするものをいう（大判明治42年（1909年）3月16日刑録15輯4号171頁、最判昭和32年（1957年）7月25日刑集11巻7号2037頁、最決平成3年（1991年）4月5日刑集45巻4号171頁など）。わが国で発行され、または国内で流通するものに限られるが、わが国で事実上流通する外国銀行発行に係る外国貿易支払票は刑法162条にい

1 山口厚『刑法各論（第2版）』（有斐閣・2010年）479頁参照。

う有価証券と解されている²。また、刑法にいう有価証券は、必ずしも流通性を必要としない³。

判例・裁判例において有価証券に該当するとされたものとして、約束手形（前掲大判明治 42 年（1909 年）3 月 16 日）、荷為替手形（大判明治 44 年（1911 年）5 月 2 日刑録 17 輯 722 頁）、小切手（大判明治 42 年（1909 年）10 月 7 日刑録 15 輯 1196 頁）、貨物引換証（大判大正 10 年（1921 年）2 月 2 日刑録 27 輯 32 頁）、預証券（大判大正 12 年（1923 年）2 月 15 日刑集 2 巻 73 頁）、普通乗車券（大判大正 3 年（1914 年）11 月 19 日刑録 20 輯 2200 頁）、急行券（最判昭和 25 年（1950 年）9 月 5 日刑集 4 巻 9 号 1620 頁）、定期乗車券（前掲最判昭和 32 年（1957 年）7 月 25 日）、回数券（名古屋地判平成 9 年（1997 年）10 月 16 日判タ 974 号 260 頁）、宝くじ（最決昭和 33 年（1958 年）1 月 16 日刑集 12 巻 1 号 25 頁）、競輪の勝者投票券（名古屋高判昭和 27 年（1952 年）12 月 22 日判特 30 号 23 頁）、競馬の勝馬投票券（東京高判昭和 34 年（1959 年）11 月 28 日高刑集 12 巻 10 号 974 頁）がある。

刑法研究者が有価証券性を肯定しているものとして、商品券、クーポン（coupon）券、ビール（bier）券、タクシーチケット（taxi ticket）が挙げられる⁴。

他方、刑法上の有価証券に該当しないものとして判例が挙げたものに、預貯金通帳（大判昭和 6 年（1931 年）3 月 11 日刑集 10 巻 75 頁）、無記名定期預金証書（最決昭和 31 年（1956 年）12 月 27 日刑集 10 巻 12 号 1798 頁）がある。これらは、証拠証券であって、財産上の権利を化体するものではないからである⁵。

刑法研究者は、免責証券にすぎない下足札、手荷物預り証もまた有価証

2 同前 480 頁参照。

3 同前。

4 同前、西田典之『刑法各論（第 6 版）』（弘文堂・2012 年）336 頁参照。

5 山口・同前 481 頁、西田・同前。

券から除外している⁶。

最高裁は、収賄罪における没収・追徴としての関係ではあるが、ゴルフクラブ (golf club) 会員権を表章したものとはいえないとして、ゴルフクラブの入会保証金預託証書の有価証券性を否定している (最決昭和 55 年 (1980 年) 12 月 22 日刑集 34 卷 7 号 747 頁)。

また、印紙や郵便切手も、金券であって私法上の権利を化体したものでないから有価証券にはあたらないと解されている⁷。

なお、電磁的記録を必須の構成部分とするクレジットカード、プリペイドカード等の支払用カードについては、平成 13 年 (2001 年) の刑法改正により、新たに第 18 章の 2 として「支払用カード電磁的記録に関する罪」が新設され、これらが有価証券に該当するか否かに関する刑法上の議論は終結を見ている。

1 - 2. 金融商品取引法

金融商品取引法は、その 2 条 1 項において、同法上の「有価証券」とされる証券または証書を、1 号から 21 号まで、具体的に列挙するとともに、同条 2 項において、1 項で有価証券に表示されるべき権利 (有価証券表示権利) について、有価証券が発行されない場合においても、有価証券とみなす旨を規定している。さらに、同条 2 項は、証券または証書に表示されるべき権利以外の権利であっても、有価証券とみなして同法を適用するものとして、1 号から 7 号までの定めを設けている。同法 2 条 1 項 21 号および同条 2 項 7 号は、1 種の包括条項であると観察でき、具体的に政令で規定することにより、有価証券を幅広く追加しうる法構造となっている。

金融商品取引法は、企業経営に対する幅広い投資 (このような投資を目的とする商品) を規整することにその目的があるから、有価証券の定義は自ずと広いものになる。したがって、必ずしも証券または証書に化体され

6 各同前。

7 西田・注 (4) 前掲 336 頁。

た権利であるとの制約は見られない。

1-3. 民法

民法典中には、「有価証券」という単語は見受けられない。しかし、民法典は、「指図債権」(民 469、470、472)、「記名式所持人払債権」(民 471)、「無記名債権」(民 473) と称される、いわゆる証券債権に関する規定を置いている。証券債権には、上記以外に「記名債権」が存在することが一般的に認められている。

「証券債権」という語は、漠然と証券に表章された債権という意味で用いられているが、今日では、民法研究者の間にあっても、証券に表章された債権を中心に規定された、私法上定義されるところの有価証券(本章 2)に関する規定であると評価されているようである⁸。しかし、たとえば、民法 469 条の表現に観られるように、文理上は、債権を証券から切り離して捉えるがごとき規定ぶりとなっている(同条の文理上、指図債権は、当事者の意思表示の合致のみによって、証券とは関係なく譲渡が成立し、証券の裏書交付は対抗要件にすぎないとされている)。それゆえ、証券債権に係る民法の規定は、理論的にも実際的にも、有価証券の本質に反した規定であると批難されてきた⁹。そのためであろうか、民法の規定は、有価証券について規定したものではなく、「その一歩手前の、債権の譲渡や行使と証券の存在とが密接に関連している債権¹⁰」について規定したものであるとの、星野英一(1926~2012)の主張に係る見解が提唱されたこともあった。しかし、星野のこの表現はきわめて曖昧であり、こう解して証券債権を有価証券と区別することによって、具体的に何が変わるのか、必ずしも明らかではなかったといえよう。

解釈による著しい変容を受け、あるいは事実上適用を排除されることす

8 西村信雄編『注釈民法(11)』(有斐閣・1965年)401頁[沢井裕]参照。

9 同前[沢井裕]。

10 星野英一『民法概論(債権総論)』(良書普及会・1978年)214頁。

らあるとはいえ、民法の証券債権に係る規定は、私法上定義されるところの有価証券に関する規定であると解するのが妥当であろう。「指図債権」および「無記名債権」という用語は、商法でも用いられており（商 516 、517）、これを星野のように有価証券とは別物と解すると、有価証券については、指図債権等に関する商法 516 条 2 項および同 517 条の規定の適用がないと解される余地が生じることになって、たとえば有価証券に関して、その履行の場所（商 516 参照）または債務者の履行遅滞の時期（商 517 参照）に関する根拠規定が存在しないということになり、有価証券に関する法律関係が曖昧になってしまう¹¹。これら商法の規定をわざわざ有価証券に類推適用するというのもおかしい話だからである。

2. 私法上の有価証券概念

（ア）私法上、「有価証券」という用語は、ドイツ語の Wertpapier に相当するものである。私法上、わけても商事法律関係は、その個性が希薄であるから、そこから生じる権利も同様に個性が希薄となり、したがって、最も輻輳流通せられるに適し、そのためにこれが証券に体化されることになる。民事法律関係においても取引の対象が債権にまで拡大することは必然的成行きであるから、民法の立案者も民法上の証券債権が一般に利用されるものと期待していたと思われる¹²。しかしながら、証券債権においては、債権が証券に一体化しているのであるから、両者を分離することが不都合であるにもかかわらず、民法がそれに即応しない規定を設けたため、民法上の証券債権の利用は行われていないのが実情である。

有価証券という用語は、文字どおり、価値ある証券を意味する。元来、経済的価値を有しない「紙」が、その上に権利関係が記載されることによって大きな経済的価値のある「有価物」として取り扱われる現象を解明する

11 前田庸『手形法・小切手法』（有斐閣・1999年）2頁。

12 於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・1972年）322頁。

ことが、有価証券法の出発点である¹³。

(イ) 小橋一郎 (1923～) によれば、有価証券という観念は、ドイツ法およびドイツ私法解釈学によって展開されてきたのであって、いわばドイツ法特有のものであるとされている¹⁴。そして、わが国の有価証券法ないし有価証券の観念は、元来、ドイツからの輸入であって、その基礎はドイツ法にあるとしたうえ¹⁵、有価証券法を纏めて1つの法分野として考察することもドイツ法学が始めたものであって、それがわが国の法学に影響を及ぼしたのであるとされている¹⁶。

確かに、小橋の小括を裏づけるように、平出慶道も、また高窪利一 (1930～2003) も、わが国で承認されている有価証券概念の淵源を、ドイツの商法研究者、ハインリッヒ・ブルンナー (Heinrich Brunner, 1840～1915) が提唱した、「私権に関する証券であって、その私権の利用が証券の所持によって私法上条件づけられているもの」との見解に求めている¹⁷。西原寛一もまた然りである¹⁸。なお、上の3人が引いた原典 (Die Wertpapiere, in Endemanns Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Band II (Zweites Buch. Die Objekte des Handelsverkehrs, Abschnitt 3), S. 140ff, Leipzig, 1882., Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Heinrich Brunner zu Berlin.) は、庄子良男 (1943～) による和訳が公表されている¹⁹。

13 小橋一郎『有価証券法の基礎理論』(日本評論社・1982年) 1-2頁参照。

14 同前2頁。

15 同前3頁。

16 同前4頁。

17 平出慶道「有価証券の機能と本質」竹内昭夫：龍田節編『現代企業法講座5』(東京大学出版会・1985年) 3頁、高窪利一『手形・小切手法通論』(三嶺書房・1982年) 51頁。

18 西原寛一『商行為法(第3版増補)』(有斐閣・1973年) 102頁。

19 庄子良男訳「『有価証券論』(その1) ハインリッヒ・ブルンナー著」千葉大学法学論集9巻2号(1994年) 187頁以下、同「(その2・完)」千葉大学法学論集9巻3号(1995年) 179頁以下。庄子訳版では、同9巻2号195頁において、注(17)前掲の平出・高窪の引用部文が訳出されている。

(ウ) 上のブルンナーの定義を基礎に、わが国においてまず提唱された有価証券の定義は、「有価証券とは、財産権を表章する証券であって、その権利の発生・行使・移転の3者の全部または少なくとも一部が、原則として証券の占有と分離することができないものである²⁰⁾」というものであった。もっとも、この定義は、西原寛一が説くように、「権利の発生だけに証券を要するようなものを有価証券と認める趣意ではなく、証券が権利の発生・行使・移転の3者全部に必要なもの(たとえば、手形、小切手)、行使・移転の2者に必要なもの(たとえば、貨物引換証、船荷証券、倉庫証券など)、移転のみに必要なもの(たとえば、株券[西原は、権利の「行使」に株券を要するとの構成は、下に述べるように、擬制に過ぎるとの立場を採る])、という3種の組合せを予想し、ただこれを簡潔に表現しようとしたにすぎない²¹⁾」ものであったといえよう。

上のような意味で、権利の発生・移転・行使の全部が証券によってなされることを要する有価証券を「完全有価証券」というが、上の定義は、完全有価証券(本章4-1)を念頭に、証券と権利の発生との関係を定義中に付加したものと観察することができる。そこで、完全有価証券以外の有価証券では、権利の発生・移転・行使の一部、とりわけ権利の移転または行使のみが証券によってなされることを要するにとどまり、加えて、権利の発生が証券の作成によって制約されうるかどうかの問題は、当該有価証券が設権証券性または無因証券性を有するかどうかということにすぎないとして、権利の発生の問題を有価証券の定義中に取り入れるることについて疑義が生じた²²⁾。

(エ) それゆえ、有価証券において権利と証券とが結合されるのは、権

20 田中耕太郎『手形法小切手法概論(訂正第4版)』(有斐閣・1937年)95頁、伊澤孝平『手形法・小切手法』(有斐閣・1949年)51頁、西原・注(18)前掲102頁。

21 西原・同前。

22 服部栄三『手形・小切手法』(商事法務研究会・1967年)226頁。

利に流通性を生ぜしめるためであることに着目して²³、権利の移転に重点を置く説が主張された。仮に第1説と呼ぼう。すなわち、第1説は、「有価証券とは、財産権を表章する証券であって、その権利の移転に、証券の占有または引渡しを要するものをいう²⁴」とする定義である。石井照久(鴻常夫)は、有価証券に共通する要件を「実質的に考察しても、権利と証券との結合は、権利の流通化のためのものであることに鑑がみるとき、有価証券の概念は、流通すなわち権利の移転を中心として考うべきであるから、このように解することが正しいというべきである²⁵」と説いている。加えて、「有価証券の概念は、権利の証券化による流通を本質的な目的とする制度であると思うべきであるから、権利の移転に証券を要することが本質であり、したがって流通が予定される権利の行使として(証券の呈示がないと、その証券によって権利が移転されており、請求者が権利者でないという危険があるので)、証券の呈示により、その権利の所在を証明するほかないという意味で……権利の行使にも証券の呈示を要するにすぎないものとする。また、権利の流通ということ的前提としないで、権利の行使につき証券を要するというを第一に考えることは、権利と証券の結合そのものを重視しすぎる有価証券としての考え方にとられるものと評するほかなく、その論理は、まさに逆であるというほかない²⁶」とも述べている。揚足を取るつもりは毛頭ないけれども、上のように主張するならば、「乗車券の有価証券性については、乗車券が集団的な運送関係を処理するための技術であって、流通を目的とするものではないことから、これに疑問を示す立場がある。しかし、集団的な関係の処理の技術もまた有価証券の存在理由の一つと認められるのであって、乗車券も、権利の行使に

23 平出・注(17)前掲4頁。

24 小町谷操三：田中耕太郎『商法(商行為法・取引所法)』(日本評論社・1938年)66頁(合本のうち、小町谷『商行為法(1)』のページを表示。以下、小町谷として引用)、石井照久：鴻常夫増補『手形法・小切手法(商法)』(第2版)』(勤草書房・1972年)15頁。

25 石井：鴻・同前。

26 同前16頁。

証券の占有が必要であると考えられる以上は、……その有価証券性を否定する必要はないと考える²⁷⁾」との記述が、同じ論者によって表明されていることとの整合性は、どうなるのであろう。第1説のように考えるなら、乗車券の有価証券性は否定的に捉えられるべきが筋ではなからうか。

(オ) ともかくも、証券の流通性に重きを置く上の第1説に対する対立軸として、「有価証券は、権利の移転および行使の両者がともに証券によってなされることを要するものである」とする定義がある。これを仮に第2説と呼ぼう。第2説を支持する者は、上述の第1説に対し、次のように反論する。平出慶道の以下の主張が標準的なものであろう。すなわち、「権利の移転に証券の交付が必要であることと、権利の行使に証券の呈示が必要であることとの間には、相互に論理的関係が存し、両者を切り離して考えることはできない。有価証券は権利の流通性を高めるための技術であるから、有価証券上の権利は、少なくとも、他の権利よりも安心して譲受けることができるものとされていなければならない。権利移転の對抗要件として譲渡人による通知が必要であるにとどまるときと同様に、証券の交付が権利移転の對抗要件として必要であるにとどまるならば、権利の譲受人は、譲渡人による通知がなされるまでは、または譲渡人から証券の交付を受けるまでは、譲渡人がその権利を他に二重譲渡し、後の譲受人が先の譲受人に優先する可能性があるから、権利を確定的に譲受けたものと安心してすることはできない。しかし、有価証券においては、権利の移転に証券の交付が効力要件として必要であるから、証券の交付を受けることにより権利を譲受けたときは、譲渡人がその権利を他に譲渡することはもはや不可能であり、譲受人は権利を確定的に譲受け、自己以外に権利者は存在しえないものとして安心してすることができる。もし、権利の行使(義務の履行請求)には証券の呈示が効力要件として必要でないものとするれば、義務者は、権利者でないために証券を所持せず、したがって証券を呈示しえない無権利

27 石井照久：鴻常夫『商行為法(商法)』(勁草書房・1978年)185頁。

者に対して弁済しても、免責を受けうる可能性がある。義務者が免責されるときは、権利を譲受けても、譲受人の関知しない間に、譲受けた権利が第三者によって消滅せしめられてしまうことになり、かかる不確実な権利は安心して譲受けることができない。しかし、有価証券においては、証券を交付しなければ権利を移転しえず、かつ、証券を呈示しなければ権利の行使（義務の履行請求）をなしえないという消極的作用を証券が有するために、証券の交付を受けることにより権利を譲り受け、かつ証券を所持している限り、譲受人は、自己のみが権利者であるとともに、自己以外の者によってその権利を消滅せしめられることはありえないものとして、安心して権利を譲受けることができる。すべての有価証券には、証券のもつ消極的作用に基づいて、譲受人のためのかかる確保的機能が認められる²⁸。」

第2説の要諦は、証券と権利とに上述のような結合を与えることによって、「物理的存在でない財産としての権利に、譲受人の視点から、取引の対象として、最低限度必要な安心感を与える」という点にある。もちろん、証券に上のような作用を具備させたからといって、証券の譲受人に完全な安心感を与えることにはならない。しかし、証券と権利とに上のような結合を与えることによって、「証券上の権利に、有体物たる動産や不動産と並んで、取引の対象としての最低限度の安全・確実性（物理的存在でない権利を有形化して取引の対象とする手段）を与えたことになる」との評価は可能であろう。

(カ) 田邊光政によれば、第1説と第2説との対立は、そもそも記名株券が有価証券でありながら、その権利行使が株主名簿の記載を基準とすることに基因するものであったと解説されている²⁹（もちろん、両説の対立は、平成2年（1990年）商法改正による無記名株券制度廃止より遥かに古く遡る）。記名株券（平成2年以降は、単に「株券」といえば足りる）の場合には、株券を会社に提示して権利行使するのではなく、株主名簿の

28 平出・注 (17) 前掲 4 - 5 頁。

29 田邊光政『商法総則・商行為法（第3版）』（新世社・2006年）208 - 209 頁。

記載・記録に基づいて権利行使が行われるのであり、しかも会社法 131 条は株券が有価証券であることを定めているのであるから、権利の行使と証券の提示とが必ずしも結びついておらず、株券を含みえない有価証券の定義は、定義として無意味であるというのが、第 1 説の論拠であるといえよう³⁰。確かに、株券の権利行使は、株主名簿の記載・記録に基づいて行われるが、これは、継続的・反覆的かつ集団的に行使される株主権の特殊性から、株主による権利行使とそれに対応する会社の義務の履行を円滑に処理することを可能ならしめるべく、株主名簿の記載・記録をもって株券の提示に代えたことによるものであり、しかも、株主名簿の名義書換えには、株券を現実に提示する必要があり、株主として株券を取得し所持することを確認のうえ、会社は株主名簿の書換えに応じるのであるから、株券についても、本質的には、権利の行使に証券の提示が必要であると理解する³¹。以上が第 1 説に対する第 2 説の反論である。西原寛一が説くように、流通の要請が権利の証券化の唯一絶対の目的であるとすることは、制度の沿革・現状および法体系的考慮からして、なお疑問を免れず、また、権利の行使と移転との必然的関連を主張する説（上記第 2 説）も、これを株券に適用するに当たっては擬制に過ぎるとの指摘³²は、留意されるべきであるが、説得性という点では、第 2 説に軍配を上げるべきかと考える。

（キ）有価証券概念の定義づけの問題は、冒頭で述べたように、ドイツ法学的手法の輸入（影響）の産物である。このような本質論の展開そのものに疑問を呈する研究者もいた。木内宜彦（1942～1988）である。彼は、ある法学上の概念を定義づけるということは、その定義を前提として、そこから一定の法律効果を生みだそうとすることにあるが、有価証券を厳密に定義づければづけるほど、その有価証券概念は乏しくなる（たとえば、完全有価証券と呼ばれるものは手形・小切手しかないことになる

30 同前 209 頁参照、平出・注 (17) 前掲 5 頁参照。

31 同前参照、平出・同前 5 - 6 頁参照。

32 西原・注 (18) 前掲 103 - 104 頁。

が、そこでは有価証券という概念は各種の有価証券を括るものとしてほとんど機能しなくなる)、反対に、なるべく多くの有価証券的証券を有価証券として把握しようとするれば、その有価証券という概念はほとんど何の法的効果をも決定しえなくなって、法的概念としての役割を演じえなくなってしまうであろうと説いた³³。そして、「抽象的概念」はその適用領域が広くなればなるほど、それゆえに抽象の程度が大きくなればなるほど、内容がより貧弱なものとなると述べている³⁴。これは、概念ピラミッド (pyramid) の方法で法学の体系を形成する方法論に対する、痛烈な批判ともなっている。

木内の上のような考え方は、河本一郎の以下の言に示唆を受けたものと考えられる。河本は、有価証券法学が「法律学としてなすべきことは、眼に見えない権利が眼に見える紙に表わされていることから、権利の発生・譲渡および行使の場合に、一般の債権法の諸原則とは、どのように異なった法的効果が生ずるかをこまかく追求して行くこと以外にはないと思われる³⁵」と、その方法論を明示している。そして彼は、有価証券の概念定義にそれほど重大な意義があるとは思えないのであって、どのような定義を立てるかは、法律学にとっては便宜性ないし適当性の問題のように思われると説いている³⁶。

(ク) 有価証券概念の定立を巡る学説の展開状況を駆足で俯瞰すれば、およそ以上のごとくである。それでは、さしあたり、どの地点から出発すべきであるか。この点に関しては、森本滋が説くように、「有価証券制度は、無形の権利(財産権)を有形の証券に表章して、権利関係を、可能な限り証券の所持を基準に処理し、権利の譲渡(流通)と行使を円滑確実に

33 木内宜彦『手形法小切手法(企業法学) (第2版)』(勁草書房・1982年) 29 - 30頁脚注参照。

34 同前。

35 河本一郎「有価証券制度」矢沢惇編『現代法と企業(岩波講座現代法9)』(岩波書店・1966年) 219頁。

36 同前。

する技術的制度である³⁷⁾と捉え、この技術的制度が、一般の財産法の諸原則と比して、どのような特徴を有するかを分析するという姿勢をもって臨むべきであろう。

3. 有価証券制度の特徴

有価証券制度は、上に述べたように、権利関係を可能な限り証券を基準に処理しようとするところにその特徴がある。

よって、証券上の権利を取得するためには、その権利を表章している証券自体を取得しなければならない³⁸⁾。証券上の権利を譲渡するには、証券の交付が不可欠である。証券上の権利を行使する際には、必ず証券を提示することを要し、債務者は、証券と引換えにのみ給付をすれば足りる。証券を所持しない者に対し、債務者は、その者が権利者であるといかに主張しようとも、給付をする必要がない。これが基本原則である³⁹⁾。

以上によれば、証券を所持する者は、その所持を失わない限り、己れのみが確定的な権利者であるとの地位を保ち続けうるとともに、己れの与り知らぬ間に権利を喪失せしめられる危険がないことになる。また、証券の所持人は、自らの実質的権利を証明することなく、証券を提示して権利を行使することができ、債務者も証券所持人に履行すれば免責を得ることになる。

証券の正当所持人が、何らかの事由で、その証券を喪失したときも、上の特質は貫かれる。すなわち、債務者は、証券の所持人であった者が喪失の事実を証明しようとも、給付をなす必要はない。証券の喪失者がその権利を実現するには、原則として、喪失証券につき、厳格な法定手続に従って、裁判所による除権決定を得ることが(非訟114以下)その前提となる。すなわち、ひとたび有価証券が作成されれば、私人が勝手に証券に表章さ

37 森本滋『会社法・商行為法手形法講義(第2版)』(成文堂・2011年)332頁。

38 田邊・注(29)前掲209頁。

39 同前210頁。

れた権利を取り除いたり、無効にすることはできない。唯一、裁判所だけが所定の手続を踏んだ後、除権決定によって喪失証券を無効にすることができる。裁判所が申立人の申立てに基づいて除権決定をなせば、当該決定以降、証券は無効となり、喪失者は除権決定を示して債務者に給付を求める形式的資格を回復する⁴⁰。ただし、株券については、会社法において、株券喪失登録制度という特則が設けられている（会 221 以下）。これについては、別途述べる（第 2 章 3 - 5）。

なお、証券を所持している限り、己れの与り知らぬところで権利を喪失する危険がないことを、有価証券の確信的機能・安全化機能ないしは「有価証券の消極的作用」と称する。また権利を譲り受けた証券所持人が、自らの実質的権利を証明することなく（これは、後に述べるように、証券の所持に資格授与的効力が認められ（商法 519 条適用証券につき、本章 6 - 6 - 2 、6 - 6 - 3）、その延長線上に善意取得制度が認められている（同じく本章 6 - 6 - 4）からであるが）、証券を提示して権利を行使することができる（これまた後に述べるように債務者の免責法理（同じく本章 6 - 6 - 6）と一体のものであるが）という能動的な側面における証券の所持機能を「有価証券の積極的作用」という。

4. 有価証券の種類

4 - 1. 完全有価証券・不完全有価証券

証券と権利との結合の程度に着目した分類である。

「完全有価証券」とは、権利と証券との結合が最も完全で⁴¹、権利の発生・行使・移転のすべてに証券の占有を要件とするものをいう。手形や小切手がこれに属する。

「不完全有価証券」とは、権利の行使および移転のみに（上記第 1 説によれば、権利の行使・移転の両者または移転のみに）、証券の占有を要件

40 以上、同前。

41 西原・注 (18) 前掲 106 頁。

とするものをいう。貨物引換証、船荷証券、倉庫証券などがこれに属する。これらの証券の権利の発生は、運送契約または寄託契約に基づくものであるが、その権利の行使や移転には、証券の占有を必要とする。不完全有価証券といえど、有価証券としては、完全な証券である。

4 - 2. 債権的有価証券・物権的有価証券・社員権的有価証券

証券が表章する権利の内容に着目した分類である。

債権を表章するものを「債権的有価証券」、物権を表章するものを「物権的有価証券」、社員権を表章するものを「社員権的有価証券」という。

わが国には、純粹に物権だけを表章する有価証券はない⁴²。わが国における質入証券（商 598 以下）や抵当証券（抵当証券法（昭和 6 年（1931 年）法律第 15 号）は、質権または抵当権付の債権を表章する有価証券である⁴³。物の引渡請求権（債権）を表章する有価証券である貨物引換証、倉庫証券および船荷証券を物権的有価証券と呼ぶことがあるが、それはこれらの証券がいわゆる物権的効力（証券の引渡しと物品の引渡しと同一の効力を有すること - 商 575、604、627、776、国際海運 10）を有することによるものであって、その表章する権利が物権たることによるものではないから、本来の、物権を表章する証券としての物権的有価証券と混同しないことを要する⁴⁴。

上のような混同を避けるため、権利の内容に着目した分類として、「債権証券」「物権証券」「社員権証券」という呼称が用いられることもある。

手形をはじめ、わが国の多くの有価証券は債権的有価証券（債権証券）に属する。わが民商法も、この種の証券を主たる対象として規定を整備していると観ることができる。社員権的有価証券（社員権証券）に属するも

42 大隅健一郎『商行為法（第 4 版）』（青林書院・1960 年）54 頁、小橋・注（13）前掲 42 頁。

43 抵当証券の要諦については、田邊・注（29）前掲 206 - 207 頁。

44 小橋・注（13）前掲 42 頁、大隅・注（42）前掲 54 頁。

のは株券である。

4 - 3. 記名証券・指図証券・無記名証券・選択無記名証券

証券の権利者の指定方法に着目した分類である。

4 - 3 - 1. 記名証券

証券上に特定の者が権利者として指定・記載され、当該権利者に対して、証券上の義務者が給付をなすこととされている証券（たとえば、「A 殿限りにお渡しいたします」といった記載がある）である。指図禁止手形（手 11 ）、指図禁止貨物引換証（商 574 ただし書）などがこれに属する。これら記名証券は、民法的見地からは、指名債権を表章するものであると観察しうる⁴⁵。事実、指図禁止手形に関する手形法 11 条 2 項は、この証券につき、「指名債権ノ譲渡ニ関スル方式ニ従ヒ且其ノ効力ヲ以テノミ之ヲ譲渡スコトヲ得」と定めている。しかし、記名証券に表章される指名債権を、一般のそれと同視することは有価証券の特質を無視することになるので、通説は、指名債権譲渡の一般原則の他に、証券の交付（引渡し）を譲渡の要件とし、権利の行使に際しても証券の提示を要すると解している⁴⁶。

記名証券の譲渡は、証券の交付を成立要件とする他は、民法の一般原則に従い、債務者への通知またはその承諾を対抗要件とし（民 467 ）、しかも債務者以外の第三者に対抗するためには、当該通知・承諾に確定日付のある証書を要する（民 467 ）こととなるはずであるが、記名証券においては、証券が交付されたならば、それによって権利の移転が完成し、債務者以外の第三者に当然対抗しうるに至るものであるから⁴⁷、第三者対抗要件としての確定日付のある証書は事実上不要となる。

以上の点を除き、記名証券に表章される債権は、一般の指名債権と同様

45 西村編・注 (8) 前掲 404 頁 [沢井裕] 参照。

46 同前 [沢井裕]、田邊・注 (29) 前掲 211 頁、大隅・注 (42) 前掲 54 頁。

47 鈴木竹雄『手形法・小切手法』（有斐閣・1957 年）32 頁脚注 (22)。

である。すなわち、証券を所持していても、債務者が要求すれば、自己が実質的権利者であることを立証しなければ権利を行使できず、その反面、債務者は、民法 478 条が適用される場合を除いて、真実の権利者に弁済しない限り免責を受けえない。証券の善意取得制度は認められず、民法 468 条 1 項の適用ある場合を除いて、抗弁制限の制度も認められない⁴⁸。

それでもなお、記名証券は、有価証券の確保的機能を有しており、このような確保的機能が、その限りで、権利の流通性を増大することに資することにはなるのである⁴⁹。

4 - 3 - 2. 指図証券

証券に記載された特定の者（最初の権利者）またはその者の指図した者を権利者とする証券である。指図は、「裏書」という行為によってなされるから、指図証券とは裏書譲渡をなしうる証券である⁵⁰。当事者が証券上に指図文句（「A 殿またはその指図人にお渡し下さい」といった記載）を記載するのが通常であるが、手形、小切手、貨物引換証、船荷証券、倉庫証券などのように、たとえ指図文句の記載がない場合であっても、「指図禁止」または「裏書禁止」の旨の記載がない限り、法律上当然に指図証券と認められるものもある（手 11 、小 14 、商 574 本文、603 本文、627 、776）。このような証券を「法律上当然の指図証券」という。

4 - 3 - 3. 無記名証券

証券上に特定の権利者の記載がなく、証券の所持人に対し給付がなされる証券（たとえば、「この証券の持参人にお渡し下さい」といった形式で作成される）である。証券上の権利は、証券の引渡しのみによって移転される。「持参人払証券」「所持人払証券」とも称される。わが国においては、

48 西村編・注 (8) 前掲 404 - 405 頁 [沢井裕]。

49 鈴木・注 (47) 前掲 30 頁参照。

50 大隅・注 (42) 前掲 55 頁。

ほとんどの小切手がこの形式をもって作成される。

4 - 3 - 4. 選択無記名証券

証券上に記載された特定の者または証券の所持人が権利者たりうべき旨が記載された証券（たとえば、「A 殿またはこの証券の持参人にお渡し下さい」といった記載がある）である。「選択持参人払式証券」「記名持参人払式証券」とも称される。これに関する商法の規定（商 519 ）については、後述する（本章 6 - 2）。

4 - 4. 文言証券・非文言証券

公信力の有無による分類である。

「文言証券」は、証券の善意の取得者が、証券記載の文言に従って権利を取得し、証券に記載のない事実をもって対抗せられないものである⁵¹。「形式権的有価証券」「公信的有価証券」とも称する。手形、小切手はこれに属する。また、貨物引換証、船荷証券、倉庫証券もこれに属する（商 572、776、602、627 ）。

「非文言証券」は、証券に記載のない実質権が善意の取得者に対しても効力を有するものである⁵²。「実質権的有価証券」とも称する。株券がこれに属する。

上述の説明は、西原寛一の説くところであるが、伊澤孝平も同様の捉え方をしている⁵³。これらの考え方は、小橋一郎の示唆するところによれば、おそらくブルナーの学説の影響が大きいのではないと思われる⁵⁴。大隅健一郎も、文言証券性を善意の第三取得者との関係でのみ意味を持つものと解するような表現をしている。すなわち、「証券上の権利の内容が証

51 西原・注 (18) 前掲 107 頁。

52 同前 108 頁。

53 伊澤・注 (20) 前掲 55 - 56 頁。

54 小橋・注 (13) 前掲 70 頁参照。

券記載の文言のみによって定まり、証券上の義務者は証券の善意の取得者に対しては証券に記載のない事項をもって対抗することができない証券を⁵⁵⁾ 文言証券というと言っている。

他方、竹田省は、文言証券から生じる文言責任は、証券そのものの具有する性質であり、所持人が直接の相手方であるか第三者であるか、またその第三者が善意であるかどうかによって差異はないと説く⁵⁶⁾。彼は、文言証券性とは、証券行為が証券の記載を内容とする意思表示によって構成される法律行為であり、したがって、証券行為をなす者が証券の文言どおりの債務を負担することを意味するものであると解するわけである⁵⁷⁾。この考え方は、小橋一郎・上柳克郎の示唆するところによれば、やはりドイツの商法研究者、オイゲン・ウルマー (Eugen Ulmer, 1903~1988) の説と相似形をなすものと思われる⁵⁸⁾。発行者の証券行為 (法律行為) としての意思を重視する考え方であると評価できる。小橋一郎は、ウルマーの説を敷衍して、文言証券性の意義を以下のように言っている。「[文言証券性の意義] を善意の第三者に対する関係でのみ意味をもつものと理解すれば、抗弁制限の法則とほぼ同じことになるし、発行者と最初の取得者との間でも認められるものと理解すれば、抗弁制限の法則の一つの根拠にはなっても、これと同一ではないことになる。たしかに文言証券性は、証券の第三取得者との関係において、抗弁制限の法則と関連して、實際上大きな意味をもつ。むしろ、有価証券が第三者によって取得されることが予定されているからこそ、特に文言証券性が問題にされるとさえいえる。しかし、第三取得者との関係で文言証券性があることは、その証券に元来その性質があるからであり、したがって最初の取得者との間でも文言証券性を認めるのが適切である。そして、その文言責任は、発行者の意思に基づくことに

55 大隅・注 (42) 前掲 55 頁。

56 竹田省「証券の文言性の限界」『商法の理論と解釈』(有斐閣・1959年) 486頁。

57 同前 478頁参照。

58 上柳克郎「手形の文言性」『会社法・手形法論集』(有斐閣・1980年) 345 - 346頁参照、小橋・注 (13) 前掲 71頁参照。

なる⁵⁹。」小橋説に従えば、証券授受の直接の相手方に対しても、文言証券の発行者の証券行為（法律行為）たる意思に依拠して、原則として、債務者は、証券に記載されたとおりの債務を履行しなければならないことになる。ただ、証券授受の直接の相手方に対しては、例外的に、あらゆる人的抗弁をもって対抗しうると構成することになろう。

不佞は、文言証券性の基礎が、発行者の意思にあると解することに異存はないが、わが商法 572 条等の規定ぶりから観れば、作成者は、証券が第三取得者の手に渡ることを見越して、この者のために、証券に記載されたとおりの責任を負う旨の意思を証券に表明しているものと考え、したがって、大隅説に与したいと思う。証券授受の直接の相手方については、手形法 6 条のごとき特別の規定が存しない限り、授受された証券が文言証券たることそれ自体を理由とする特別の責任は生じないのではないかと考える。

4 - 5. 要因証券（有因証券）・不要因証券（無因証券）

証券上の権利が証券の記載上その証券作成の原因となった法律関係と関連するか否かに着目した分類である。

「要因証券」とは、証券上の権利の成立に一定の原因となる関係が必要であり、証券にもそれが記載されるとともに、証券上の権利が当該原因関係の影響を受けるものである。すなわち、証券上の権利の効力が、原因関係たる行為の効力に左右されるものをいう。たとえば株券がこれに属する。表章される有効な株式が存在しないにもかかわらず株券が作成されようと、当該株券は無効であって、一片の紙きれにすぎない。

「不要因証券」は、証券上の権利が、その原因関係の存否または有効無効と関係することなく、これと別個独立に効力を有するものである。すなわち、証券発行のための原因となった法律関係が証券上の権利の成立の要件とならないものをいう。証券上に原因関係が記載されることもない。手

59 小橋・同前 71 - 72 頁。

形および小切手がこれに属する。

5. 有価証券と区別すべき概念

5 - 1. 免責証券

有価証券は、単なる免責証券と区別される。「免責証券」とは、一般に、所持人に債務者のためにする資格を与えるものであって、債務者は、免責証券の所持人に弁済すれば、所持人が無権利者であっても、悪意・重過失がなければ免責されるものである⁶⁰。「資格証券」とも称される。レストラン (restaurant) のクローク (cloakroom に由来する和製外語) 等で利用される携帯手荷物預り証などがこれに属する。免責証券にあっては、債務者は、証券所持人が真正の権利者であるか否かを調査する義務がなく、また証券所持人は、所持の事実のみによって債務の履行を受ける資格があるが、これを受ける権利があるか否かは別問題である⁶¹。すなわち、たとえ所持人が証券を提示しようとも、この者に権利者たることの証明を求めることができ、証明があるまでは、履行をすることを要しない。また、権利者の側も証券を所持しなければ権利を行使できないというわけではない。証券を紛失した権利者は、他の立証手段によって自己が権利者であることを証明しえたならば、証券の提示をせずとも、権利を行使することができる。

免責証券は、有価証券と同様の積極的作用を有するものの、有価証券と異なり、消極的作用を有しない。ここから伺えるように、有価証券は免責証券性を有するといえる⁶²。しかし、その逆は真ならずである。

5 - 2. 証拠証券

有価証券は、証拠証券 (証明証書) と区別される。「証拠証券」とは、

60 平出・注 (17) 前掲 9 頁、西原・注 (18) 前掲 104 頁。

61 西原・同前。

62 服部・注 (22) 前掲 228 - 229 頁。

権利または法律的に意味のある事実（広く法律関係）の存在を証明するために作成された文書であり、これを証明する 1 方法としてその用に供せられるものである。借用証書その他の契約書類、預金証書などがこれである。

証券の有無は法律関係の有無とは無関係であり、これを有すれば法律関係の証明が容易になるにとどまる。したがって、権利者は、これを有しなくとも、自己の権利を証明できれば、権利を行使しうる。また、権利の譲渡に際し、証券の引渡しが必要なければこの譲渡が効力を生じないわけではない。

有価証券は、証拠証券性を有するが、証拠証券は、有価証券と異なり、消極的作用も積極的作用も有しない⁶³。

5 - 3. 設権証書（設権証券）

「設権証書」とは、権利または法律関係の成立の要件として作成される証書である。書面の作成（書面行為）自体が特定の法律関係の成立要件とされるものである。遺言証書、書面によって作成された会社定款などがその例である。必ずしも権利を表章するものではなく、同時に必ずしも流通を目的としない。

有価証券中には、手形、小切手のように、権利の発生に書面行為が必要とされるものもあり、このような有価証券は設権証券性をも有する。しかし、設権証券であっても、権利の移転および行使のために利用されるものではなく、消極的作用を有しないものであれば、有価証券ではありえない⁶⁴。

5 - 4. 金券

「金券」は、財産権を表章するから価値を有するというものではなく、証券自体が法律上一定の価値を有しているものとして扱われる証券である。

63 平出・注 (17) 前掲 10 頁。

64 同前。

たとえば、郵便切手、収入印紙、紙幣などがこれに属する。金券にあっては、除権決定制度の適用はなく、証券と価値とを分離することは一切認められない⁶⁵。金券は、むしろ有体物の観念の中に入る⁶⁶。

6. 商行為編総則中の有価証券規定

6-1. 緒言

商法典の商行為編総則においては、断片的で不完全ではあるが、有価証券一般に関し、若干の規定が設けられている。

商行為編総則においては、「指図債権」「無記名債権」という用語が用いられ(商 516、517)、同時に「金銭その他の物又は有価証券の給付を目的とする有価証券」という用語が用いられている(商 518、519)。商行為編総則は、有価証券に関する特別規定を設けるにあたり、債権的有価証券を念頭にこれを整備したものと観察することができる。

「指図債権」「無記名債権」という用語は、繰り返し述べるように、民法典中でも用いられている(民 469、470、472、473)。この用語が、私法上の(債権的)有価証券につき、証券上の権利を標準として表現したものであることもまた、繰り返し述べたとおりである。民法と商法との関係から、形式的な解釈によれば、民法は、指図債権(指図証券)一般、無記名債権(無記名証券)一般を規定した一般規定であるのに対し、商法はとくに商業証券たる指図債権(指図証券)および無記名債権(無記名証券)その他の有価証券を規定したものと解する他なかろう⁶⁷。商法が、指図債権、無記名債権等を商行為編中に規定しているのは、これらの証券に関する行為を商行為とする見地からであり、証券に関する行為が商行為であるのは、とくに商業証券に関する行為たるときであるからである⁶⁸(商 501)。先

65 服部・注(22)前掲229頁。

66 西原・注(18)前掲104頁。

67 大森忠夫『商法総則・商行為法(改訂版)』(三和書房・1975年)184頁。

68 竹田省『商行為法』(弘文堂書房・1931年)35頁。

に述べたように (第1帖第3章2-1-5)、商業証券とは、手形を典型とする金銭債権を表章する信用証券であるが、商法504条4号の規定は、金銭その他の物または有価証券の給付を目的とする有価証券に類推適用されるべきものである。これらの証券は、通常、商取引の客体とされる有価証券である⁶⁹。よって、理論上、商行為編総則において規定される商法上の有価証券とは、商行為から生じた債権を表章するそれであるということになる。

しかし、実質的に観れば、商法の規定はいずれも有価証券自体の本質に由来するものであり、なお不徹底なところがあるものの、ことに有価証券を権利を表章する証券の側面から捉え、証券を中心として規定している点において、これを権利の側面から捉えている民法の規定よりも、はるかに有価証券の本質に即しているといえる。それゆえ、商法の規定はこれを有価証券一般に及ぼし、民法の規定は商法の規定と矛盾しない範囲においてのみ適用あるものと解さなければならない⁷⁰。

また、商行為編総則の有価証券に関する一般規定も、他の商法上の諸制度と同様に、商法上の特定の有価証券 (貨物引換証、倉庫証券、船荷証券、株券、新株予約権証券、社債券、新株予約権付社債券、手形、小切手) に関して、一般規定に抵触する持有の規定があれば、その規定が適用され、それらに関する特有の規定によって排除されない限りにおいて、適用があるということになる。

6-2. 選択無記名証券の効力

金銭その他の物または有価証券の給付を目的とする有価証券であって、選択無記名式のものは、無記名証券とみなされ、これと同一に扱われる (商519 小5)。民法の規定によれば、記名式所持人私債権には、民法470条が準用されるのみである (民471)。民法の立案者は、この債権

69 大森・注 (67) 前掲 189 頁参照。

70 大隅・注 (42) 前掲 51 頁、竹田・注 (68) 前掲 35 頁参照。

を記名債権の1変形と考えたために、この債権は、債務者が証券所持人に弁済することによってその責めを免れうべき免責的効力を有するにすぎないとし、債権譲受人の保護に関する特別の定めを設けなかった⁷¹。しかし、現在では、民法上の記名式所持人払債権につき、民法研究者の間においても、これを無記名債権の1変形と解し、譲受人保護のための抗弁制限については無記名債権に関する規定（民473、472）を準用すべきであると主張されるに至っており、なお、無記名債権の善意取得の規定（民86、192）を準用すべきところ、有価証券の善意取得の規定（商519、手16、小21）がより強力であるので、後者によるべきものと一般に解されている⁷²。形式的にいえば、選択無記名商業証券およびこれに準ずる金銭その他の物または有価証券の給付を目的とする選択無記名証券は商法の規定に服し、これを除く選択無記名証券は民法の規定によるものと解せられる⁷³。しかし、かかる区別をすべき実質的理由は乏しく、選択無記名証券には、証券法理で勝る商法の規定を一般的に適用すべきであろう⁷⁴。

6-3. 履行の場所

この点については、すでに述べた（本帖・上の巻第1章6-1）。

商法516条2項は、指図債権（指図証券）および無記名債権（無記名証券）に係る規定であるが、記名証券も有価証券であって、指図証券および無記名証券と同様に、債権者が証券上の債務の履行を請求するためには、その効力要件として証券を提示することが必要であり（提示証券、本章6-4）、債務者は証券と引換えでなければ債務の履行をなすことを要しないから（受戻証券）、記名証券についても、その有価証券としての性質上、同様に原則として取立債務と解すべきであろう⁷⁵。すなわち、同条同項は、

71 於保・注（12）前掲327頁。

72 同前参照。

73 大隅・注（42）前掲56頁参照。

74 同前参照。

75 平出慶道『商行為法（第2版）』（青林書院・1989年）191頁。

記名証券に準用される。

6 - 4. 履行遅滞の要件

指図債権（指図証券）または無記名債権（無記名証券）の債務者は、その履行につき期限の定めがあるときでも、その期限が到来した後に証券の所持人が証券を提示して履行の請求をした時から遅滞の責任を負う（商517）。

民法上は一般に、債務の履行につき確定期限があるときは、債務者は、その期限の到来した時から当然に遅滞の責任を負うことになっている（民412）。すなわち、民法は、履行遅滞の責任につき、「時は人のために催告す」あるいは「期限は人に代わって催告す」という原則を採用している。しかし、指図証券や無記名証券上の債権については、債務者の側において現時の債権者を探知することが困難であるのみならず、これらの証券上の権利については、権利者は証券と引換えでなければ履行を求めることができないことになっているから、商法517条のような特則が認められる。このような証券を「提示証券」といい、またこのような債務を「催告債務」という⁷⁶。

証券の所持人が、履行の場所に証券を持参して出頭したにもかかわらず、債務者が、その場所にいなかった場合には、当該出頭をもって提示とみなすべきである。提示を受けることができない事情は債務者のみに存し、その危険を債権者に転換するのは、衡平の觀念に反するからである⁷⁷。

商法は、指図証券および無記名証券について上述の提示証券性を規定しているが、記名証券についても、本章6-3に述べたとおり、その有価証券としての性質上、同様に解すべきである⁷⁸。

裁判上の請求に提示と同様の付遅滞効を認めるべきか。この問題は、手

76 大森・注(67)前掲190-191頁。

77 小町谷・注(24)前掲72頁。

78 平出・注(75)前掲192頁。

形に関して最も問題となり、古く大審院はこれを積極的に解した。初めは、訴えの提起に付遅滞効を認めたとが（大判明治 36 年（1903 年）10 月 3 日民録 9 輯 1042 頁）、その後、訴状の送達の時から債務者は遅滞の責めに任ずるものとした（大判明治 42 年（1909 年）4 月 1 日民録 15 輯 314 頁、大判大正 6 年（1917 年）2 月 9 日民録 23 輯 133 頁、大判昭和 2 年（1927 年）12 月 10 日民集 6 卷 12 号 681 頁）。判例の主たる論旨は、実体法上の行為をもって証券上の債務者を遅滞に付するには証券の提示が必要であるが、公法上の行為たる訴訟行為による時は、訴状の送達により遅滞の効力を生じるのが原則であるから、有価証券もその例外ではないというものである。竹田省は、訴状の送達を証券の提示と同一の効力を有すると解し、以下のように説いている。すなわち、「有価証券上の権利を行ふ為めの訴訟が提起された場合には、訴状の送達は証券の呈示と同一の効力を有するものと解するを相当とする。……有価証券上の権利を行ふ為めの訴訟に於ては、請求者が証券を所持してゐることが訴訟の要件となつてゐるのであつて、手続上、訴の提起のときに之を裁判所に提出することこそ必要とはいへぬが、訴訟中何時にても之を提出し得べき状態に於て之を所持してゐることは必要であつて、若し之を所持せざる場合には、訴を不合法として却下すべきものである。故に訴が提起され且訴状が相手方に送達された場合には之に呈示の効力を認めることは不当ではない⁷⁹⁾。」これに対し、西原寛一は、証券の不所持がそのまま訴状の不備となるものではない以上、証券の不所持は請求棄却の原因とはなつても、訴えの却下の原因となるものとは考えられないと述べ、証券所持という条件付で訴状の送達に付遅滞効を認めるのは、債務者の地位を不確定にするもので首肯し難いと反論している⁸⁰⁾。西原寛一そして平出慶道によれば、債権者が証券を提示することなく突然訴えを提起すれば、訴えの提起に当たり証券を裁判所に提出することを要求されていない以上、債務者は、これが正当な所持人の請求か否か

79 竹田・注（68）前掲 38 頁。

80 西原・注（18）前掲 114 頁脚注（3）。

知ることができず、さらに、証券を受け戻しえないから、供託しない限り、二重弁済の危険を冒さなければならなくなるので、訴状の送達に、時効中断の効力を認めることはよいが、債務者遅滞の効力までを認めることはできないとされている⁸¹。西原・平出の主張が通説である⁸²。鈴木竹雄は、通説に対し、普通の債権に基づく裁判上の請求において、訴状の送達があっても債務者が直ちに弁済しえないのは、有価証券に基づく請求訴訟と同様であり、正当な所持人が否か不明であるという点では訴状送達のととき証券を所持していなければその効力を生じないだけであって、一般原則を変える必要はないと反駁している⁸³。これまた西原寛一が、については、有価証券が受戻証券であって、普通の債権と異なる点を指摘すべく、については、竹田説と同様の難点があるとして、その反駁を退けている⁸⁴。無記名証券または指図証券の場合には、証券の提示があれば、または裏書の連続ある証券の提示があれば、形式的資格を証明する所持人に弁済すれば、所持人が無権利者の場合にも、債務者は悪意・重過失がなければ免責されるのであるから、債務者は証券の提示を求めうるものとされなければならない。したがって、債務者を遅滞に付するためには、証券自体を現実に提示することが必要であることは、裁判上の請求の場合にも同様であって、訴状の送達に証券の提示と同一の効力を認めることはできない⁸⁵。やはり通説に分があるというべきである。なお、記名証券も権利の移転および行使が証券によってなされることを要する有価証券であるから、指図証券および無記名証券と同様に、裁判上の請求の場合にも、証券の提示をもとめない履行請求は請求としての効力を有せず、訴状の送達には付遅滞の効力がないものと解すべきであろう⁸⁶。

81 同前 113 頁、平出・注 (75) 前掲 192 頁参照。

82 田中・注 (20) 前掲 426 頁、伊澤・注 (20) 前掲 188 頁。

83 鈴木・注 (47) 前掲 290 - 291 頁脚注 (8) 参照。

84 西原・注 (18) 前掲 114 頁脚注 (3)。

85 平出・注 (75) 前掲 193 頁。

86 同前。

6 - 5. 有価証券喪失に対する救済

有価証券は、権利の流通性を高めるための技術であって、証券はそのための手段であるから、有価証券の所持人が証券を喪失しても、これにより、証券の所持人とともなう形式的資格を失うにすぎず、証券上の権利をも当然に失うものではない。有価証券といえど、元来、紙片自体に固有の価値があるものではないからである。そこで、すでに述べたように（本章 3）、一定の厳格な手続に従って、権利と証券との関係を切断することが認められている。これすなわち、公示催告手続による除権決定という制度である。

有価証券を喪失した者は、喪失証券の無効を宣言するために、裁判所に対し、公示催告の申立てができる（非訟 114）。当該申立てにより、裁判所は公示催告（有価証券無効宣言公示催告）をなし（非訟 117）、権利を争う旨の申述の終期までに、権利を争う旨の申述をし、かつ、有価証券を提出する者がいなければ、除権決定により、申立てに係る有価証券を無効とする旨を宣言しなければならない（非訟 118）。除権決定により、申立人は、その申立てに係る有価証券により義務を負担する者に対し、当該有価証券による権利を主張することができる（非訟 118）。繰り返し述べるように、株券については、別異の制度（株券喪失登録制度、会 221 以下）が会社法中に設けられている（第 2 章 3 - 5）。

しかし、有価証券無効宣言公示催告の期間（公示催告を官報に掲載した日から権利を争う旨の申述の終期まで）は、2 ヶ月を下ってはならず（非訟 117、103）、その間に、債務者の資産状態の悪化や給付目的物の滅失・損傷のおそれがある。それゆえ、商法は、金銭その他の物または有価証券の給付を目的とする有価証券の所持人がその有価証券を喪失した場合において、非訟事件手続法 114 条に規定する公示催告の申立てをしたときは、その債務者に、当該債務の目的物を供託させ、または相当の担保を供して当該有価証券の趣旨に従い履行をさせることができる旨を規定し（商 518）、証券喪失者のために便法を提供した。

商法 518 条は、法文上は「金銭その他の物又は有価証券の給付を目的とする有価証券」に適用されることになっているが、その立法趣旨に鑑みれ

ば、その他の有価証券であっても、非訟事件手続法 114 条により、公示催告の申立てをなしうる有価証券であれば、等しくこの法則の適用を受けることができると解されよう⁸⁷。もっとも、株券については別異の制度があり、商法 518 条の表現は、債権的有価証券をほぼ網羅しているので、商法 518 条の文言に含まれないその他の有価証券を例示し難い。

商法が、証券喪失者に、供託または相当の担保を供することを条件とする履行の請求権を認めるにとどめたのは、除権決定が確定するまでに、他に正当な所持人がありうることを予想しなければならないからである⁸⁸。つまり、公示催告の申立てをただけでは、証券の所持人が他に存在して、この者が権利を争う旨の申述をすることが考えられ、その権利者から債務者に履行請求があれば弁済を拒みえず、債務者が二重の給付を強いられる危険があり、その場合には担保として提供を受けているものによって喪失者へ給付した分をカバーするためである⁸⁹。

証券喪失者が、商法 518 条に基づく権利を行使するためには、証券上の債務の履行期が到来していなければならないこと、当然である。

請求に応じて供託をした債務者は、確定的に債務を免れる。したがって、供託後は、たとえ証券の善意取得者が債務者に対して請求しても、債務者において債務の消滅を主張でき、善意取得者は供託物から証券上の債権の満足を得ることとなる。ゆえに、公示催告申立人は、除権決定を得るまでは、善意取得者が現われる可能性があるため、除権決定を得た後でなければ、供託物を受領しえないと解される。

なお、倉庫証券の喪失の場合には、所持人が、公示催告の申立てをする
と否とを問わず、相当の担保を供したうえで、証券の再交付を請求することが
できるという特則が設けられている（商 605、627 ）。

87 同前 214 頁、西原・注 (18) 前掲 115 頁、小町谷・注 (24) 前掲 74 頁、大隅・注 (42) 前掲 61 頁、大森・注 (67) 前掲 191 頁。

88 小町谷・同前 75 頁。

89 田邊・注 (29) 前掲 218 頁参照。

6 - 6. 有価証券の譲渡

6 - 6 - 1. 手形法・小切手法上の諸法則の準用

商法 519 条 1 項は、金銭その他の物または有価証券の給付を目的とする有価証券の譲渡方法につき、手形法および小切手法が規定する法則を準用している。これらの法則は、いずれもある証券が流通証券である場合について、その流通証券たる性質に応じて設けられた特則である。したがって、商法の法文上は「金銭その他の物又は有価証券の給付を目的とする」債権を表章する有価証券にのみこれらが準用されることになっているが、上述したところと同様に、その他の権利または法律上の地位を表章する流通証券にもまた、これらの法則が準用されると解すべきである⁹⁰。

6 - 6 - 2. 指図証券の譲渡

指図証券は、裏書によって譲渡される。商法 519 条 1 項は、以下のように手形法および小切手法を準用しているが、その各規定の詳細は、手形法・小切手法の記述に譲ることとし、ここでは、概略にとどめる。

裏書は単純でなければならない。裏書に付した条件は記載なきものとみなされる。一部裏書は無効である。持参人払いの裏書は白地式裏書と同一の効力を有する（以上、商 519 手 12）。

裏書は証券上または補箋上にこれを記載し、裏書人が署名しなければならない。白地式裏書も認められるが、白地式裏書は証券の裏面または補箋上になさなければならない（以上、商 519 手 13）。

白地式裏書の所持人は、（ア）自己または他人の名をもって白地を補充すること、（イ）白地式によりまたは他人を表示してさらに裏書すること、（ウ）白地を補充せずかつ裏書をしないで証券をそのまま第三者に譲渡すること、のいずれをもなすことができる（以上、商 519 手 14）。

なお、商法 519 条 1 項は、裏書の権利移転的効力に係る手形法 14 条 1

90 大森・注 (67) 前掲 192 頁。

項および小切手法 17 条 1 項のいずれをも準用していない。しかし、裏書には、その本質的効力として、証券上的一切の権利を移転する「権利移転的効力」が認められる。あえて準用しなかったのは、これが裏書が帯有する当然の効力であるがためであるからと観るべきであろうか。

裏書には、資格授与的効力が認められる (商 519 小 19)。「資格授与的効力」とは、証券の占有者が裏書の連続 (これについても、その詳細は手形法の記述に譲る) によってその権利を証明するときは、適法の所持人との推定を受けることをいう。

6 - 6 - 3. 無記名証券の譲渡

無記名証券および無記名証券とみなされる選択無記名証券 (商 519 小 5、本章 6 - 2) は、当事者の意思表示と証券の引渡しによって譲渡される。この場合の証券の引渡しは、権利移転そのものの要件であって、単に譲渡をもって第三者に対抗するための対抗要件ではない。

このような証券の引渡しには、証券上の権利を移転する効力、すなわち権利移転的効力が認められる。さらに、無記名証券の引渡しにこのような効力が認められるのであれば、証券を現に所持している者は権利者であるとの蓋然性もまた高くなる。それゆえ、このような所持人は、権利者であると推定される資格が認められるべきである (会 131 類推)。つまり、無記名証券の引渡しにも資格授与的効力があるということになる。

6 - 6 - 4. 証券の善意取得

上に述べた資格授与的効力を、証券譲受人の利益に適うよう拡大した延長線上に、指図証券および無記名証券の善意取得という制度がある。商法 519 条 2 項によれば、この制度の保護の対象たる有価証券は、法文上は「金銭その他の物又は有価証券の給付を目的とする有価証券」に限られているが、これまた上に述べたと同様に (本章 6 - 5、6 - 6 - 1)、加えて、善意取得制度は証券特有の流通方法による流通の安全を期する趣旨に出たものであるから、証券の権利内容の如何によって差があるべきものではない。

く⁹¹、その他の権利または法律上の地位を表章する有価証券に準用される。

商法 519 条 2 項は、小切手法 21 条の規定を準用している。よって、事由の何たるを問わず、有価証券の占有を失った者がある場合において、その証券を取得した所持人は、証券が無記名式であるときまたは指図式のもので所持人が裏書の連続によってその権利を証明するときは、これを返還することを要しない。ただし、悪意または重大な過失によって当該証券を取得したときはこの限りでない。

善意取得の適用要件は、さしあたり、以下のとおりである（手形の記述において再考する予定である）。

第 1 に、有価証券に特有の流通方法により証券を取得したことである。指図証券にあっては、裏書によりこれを取得し、かつ、裏書が連続しているか最後の裏書が白地式裏書であることである。無記名証券・選択無記名証券にあっては、証券の引渡しにより、これを取得したことである。それゆえ、民法の指名債権譲渡の方式をもってなされる記名証券にはこの規定は適用されない。たとえ指図証券・無記名証券・選択無記名証券であっても、相続・合併などの包括承継の場合にもこの規定の適用はない。

第 2 に、無権利者から証券を取得したことである。それは、この制度が民法 192 条と同じく、権利者の占有の喪失にかかわらず、前者の有した占有の公信力を保護する規定に他ならないからである⁹²。法も、有価証券の「占有ヲ失ヒタル者アル場合ニ」といって、権利者の占有の喪失によって譲受人の権利取得が妨げられる場合を救済しようとする趣旨を明らかにしようとしている⁹³。制限行為能力者・瑕疵をともなう意思表示をした者からの取得については、善意取得の適用は否定される。

第 3 に、取得者に悪意または重過失がないことである。悪意または重過失がないことは、譲渡人が無権利者であることについて存しなければなら

91 西原・注 (18) 前掲 111 頁。

92 同前。

93 大隅・注 (42) 前掲 58 - 59 頁。

ない。ただし、譲渡人が権利者でないことは知っていたが、処分権者であると信じたときは、なお善意と解すべきである⁹⁴。悪意または重過失の有無は、証券取得の時を標準とし、かつ、取得者の直接の譲渡人の無権利についてのみ問題とすれば足りる。取得者の悪意または重過失は、これを主張する者が立証するを要する。

なお、上の法則は、指図証券の裏書による質入れ、無記名証券・選択無記名証券の引渡しによる質入れの場合にも、類推適用されなければならない⁹⁵ (大判大正6年(1917年)3月23日民録23輯403頁)。

6-6-5. 抗弁の制限

(ア) 商法519条は、有価証券上の債務者が譲渡人に対して有するいわゆる人的抗弁の制限に係る手形法17条または小切手法22条を準用していない。したがって、この点に関しては、商法上の有価証券といえど、民法472条および同473条によると解さざるをえない。すなわち、指図証券の裏書による譲渡または無記名証券の引渡しによる譲渡が行われた場合について、証券上の債務者は、その証券に記載した事項および当該証券の性質から当然生ずる結果を除き、原債権者に対抗することをうべかりし事由をもって、善意の譲受人に対抗することができない。

一般の指名債権譲渡にあつては、債務者は、その譲渡に際し、異議をとどめないで承諾をしない限り、譲渡人に対する抗弁を譲受人にも対抗するのであるが(民468)、証券債権にあつては、流通を促進し、譲受人を保護すべく、上に示したように、抗弁の制限を認めている。民法472条は、いわゆる人的抗弁制限効を、物的抗弁とされるものを除き、善意の譲受人に対抗できないという形式をもって表現しているものと観察できよう。

(イ) ところで、民法472条(同473条)の下で、指図証券または無記名証券に表章される権利の成立に係る事由は、どう扱われるであろうか。

94 同前59頁。

95 同前。

証券（証券上の権利）成立に係る法律行為に瑕疵がある場合の、商法 519 条適用証券の効力については、民商法に特段の規定が存在しない。よって、これについては、一般原則に従わざるをえないことになる。そうであるとすれば、証券成立に係る法律行為が無効であれば、証券は当然に無効であり、取消事由があつて取り消されれば、証券はその行為時に遡って無効となり、証券所持人は、証券上の債務者に対し、何らの権利も有しないことになる。ところが、指名債権の譲渡にあつては、債務者による異議をとどめない承諾があれば、債権の成立・成立上の瑕疵・不発生を含め、そのような瑕疵は承諾によって治癒されるのである。これは、公信の原則の適用によって、善意の譲受人を保護し、債権譲渡の安全を保障すべく、異議をとどめない承諾に公信力を認めて抗弁を喪失せしめるものであると説かれている⁹⁶。ここに、権利の存在に対する債権譲受人の不安を解消する法政策としては、指名債権譲渡における意義をとどめない承諾を求める方が、商法 519 条適用証券を譲り受けるよりも安全であるという、1 種の逆転現象を生じる。民法の見地からは、証券上の権利の成立に係る事由は、そもそも抗弁の問題となりようがないのではなからうか（証券成立に係る法律行為に瑕疵があり、無効あるいは取消事由に基づく取消しという事態になれば、債務者がどこにも存在しない以上、抗弁以前の問題となる）。これでは、せっかく指図証券・無記名証券が作成されても、証券譲受人は、証券上の権利の存在に対する不安を抱えざるをえないことになる。

証券譲受人の証券上の権利の存在に対する不安を減殺し、証券の流通を図るためには、商法 519 条適用証券の種類に応じて、個別に当該証券の社会的・経済的機能を勘案して、適宜に民法の一般原則を修正する理論（たとえば、権利外観理論）を立てるべきかと思われる。伊澤孝平は、この場合に、手形法 17 条または小切手法 22 条を準用すべきであると説くが⁹⁷、証券成立における瑕疵を抗弁と位置づける立法論としては評価しえるもの

96 於保・注 (12) 前掲 315 頁。

97 伊澤孝平『商法要論』（有信堂・1961 年）169 頁。

の、現行法体系上、解釈論としては困難であると思われる。

(ウ) 民法 472 条によれば、証券上の債務の一部または全部の支払い・相殺・代物弁済などの事実、これが証券に記載されれば、物的抗弁となる。他に、満期の未到来、提示場所が証券上の支払場所と相違することなども、同条の「その証券に記載した事項」に当たる⁹⁸。また、いったん成立した証券債権が、権利の性質または法の規定によって消滅・変更したときも、証券に記載しうるものは、記載してはじめて物的抗弁となる。しかし、時効・供託・除権決定による失効は、当然の物的抗弁である⁹⁹。

(エ) 民法 472 条にいう「その証券の性質から当然に生ずる結果」とは、通常、裏書の不連続、証券の提示をとみなわない請求、署名押印の効力などがその例とされる¹⁰⁰。しかし、この他に証券に表章される権利自体から生じる事由が、たとえば有因証券における原因関係の消滅・変更が、証券に影響を及ぼすこともまた当然である¹⁰¹と解さざるをえない。他方、無因証券は、かかる事由は証券上の権利に何ら影響を与えるものではない。したがって、証券は、無因とすることによって強い流通性を与えられるが、すべての証券につき一様に無因性を考えることは、個々の類型の特殊性を無視しており、その妥当性は疑わしい¹⁰²。これまた証券の種類に応じて、その社会的・経済的機能を勘案して解決を図るべきことにならうが、当該証券の文言証券性の有無が結論を大きく左右しそうである。

(オ) 民法 472 条は、「善意の譲受人に対抗することができない。」と規定しているから、文理解釈上、所持人は、自己が善意であることを立証してはじめて抗弁制限の恩恵に与ることになるはずである。しかし、商法 519 条適用証券の譲渡には資格授与的効力が認められているから、それと同じ観念に立って、悪意の挙証責任は債務者側にあると考えるべきであ

98 西村編・注 (8) 前掲 423 頁 [沢井裕]。

99 同前 [沢井裕]。

100 同前 [沢井裕]。

101 同前 [沢井裕]。

102 同前 424 頁 [沢井裕]。

る¹⁰³。

6 - 6 - 6. 債務者の免責

商法 519 条は、支払請求を受けた者の調査義務等に係る手形法 40 条 3 項または小切手法 35 条を準用していない。したがって、この点に関して、民法の規整に委ねられる。

民法 470 条は、指図債権（指図証券）に係る弁済債務者の免責規定である。同条は、「指図債権の債務者は、その証書の所持人並びにその署名及び押印の真偽を調査する権利を有するが、その義務を負わない。ただし、債務者に悪意又は重大な過失があるときは、その弁済は、無効とする。」と規定している。

指図証券の債務者といえども、真生の債権者に弁済すべきが当然であること、いうを待たない。ところで、指図証券の所持人が真正の債権者であるためには、裏書が連続し、かつ、証券上の署名・押印がすべて真正のものであって、しかも所持人と債権者が一致していることを要する。しかし、裏書の連続は形式的に調査することが容易であるが、その他の事項は調査が困難である。そこで民法は、債務者は調査の権利を有するが義務を負わないということにした。このように、債務者は、調査の権利を有するから、調査のために弁済が遅延しても、調査に必要な相当の期間は履行遅滞の責めを負わない。また、調査の義務はないから、調査しないために真正の債務者でない者に弁済したとしても、その弁済は有効になる。ただし、債務者に悪意または重大な過失があったときは、その弁済は無効である。この規定は、債権の準占有者（民 478）または受取証書の持参人（民 480）に対する善意弁済の保護と同趣旨であるが、指図証券の流通性に鑑み、とくに悪意または重過失の場合を除き、有過失でも善意弁済を保護し、かつ、債務者の挙証責任をも軽減したものである¹⁰⁴。

103 同前 [沢井裕]。

104 以上、於保・注 (12) 前掲 324 - 325 頁。

無記名債権（無記名証券）は指図債権（指図証券）以上に流通性を有するものであるから、債務者の善意弁済は、いっそう保護されるべきである。にもかかわらず、民法は、無記名証券の債務者の善意弁済に係る特段の規定を設けていない。したがって、理論上は、債権の準占有者（民 478）または受取証書の持参人（民 480）に対する善意弁済の保護に満足する他ないということになりそうである¹⁰⁵。しかし、こう解すると、弁済者の主観的要件（民法 478 条・同 480 条に依拠して弁済者が保護されるためには善意無過失を要求される）の点で、指図証券の債務者保護との権衡を失することになる。よって、無記名証券は有価証券たる記名式所持人払証券と同じ効力を持つことを理由に、民法 471 条を類推し、そこから民法 470 条と同様の善意弁済に係る保護を与えるという構成が適当であろう¹⁰⁶。

105 同前 329 頁参照。

106 西村編・注 (8) 前掲 422 頁 [沢井裕] 参照。

第2章 商行為編各論および会社法上の有価証券

1. 貨物引換証

1-1. 貨物引換証の意義

貨物引換証は、運送人が運送品の受領を認証し、到達地においてこれを証券所持人に引き渡すべき義務を負担することを約する有価証券である。

この証券は、海上運送における船荷証券の制度を陸上運送に応用したものであって、商法の規定の形式からいうと、貨物引換証に関する規定が船荷証券に準用されているけれども（商776）、これは、法典上、貨物引換証の方が、船荷証券よりも前に規定されているために、その体裁を重んじたものにすぎない¹。

国内に高速輸送網が張り巡らされた21世紀の今日にあって、わが国で貨物引換証が利用されることは、皆無に等しい。しかし、貨物引換証に関する商法の規定の多くは、国際海上物品運送法（昭和32年（1957年）法律第172号）上の船荷証券にも準用されており（国際海運10）、その仕組みを学ぶことは、国際取引を学ぶ一助となるものである。

売主（荷送人）は、貨物引換証によって運送中の貨物を代金取立てのために振り出した為替手形の担保となし、その手形の割引を受けることによって売買代金を迅速に回収することができるようになり（荷為替）、また、買主その他の所有者（証券所持人）は、これによって運送中の貨物を他に譲渡することができる²。また、荷送人は、これによって運送中の貨物を質入れして、金融の便を得ることも可能である³。

1 小町谷操三：田中耕太郎『商法（商行為法・取引所法）』（日本評論社・1938年）219頁（合本のうち、小町谷『商行為法（2）』のページを表示。以下、小町谷として引用）。

2 平出慶道『商行為法（第2版）』（青林書院・1989年）520頁。

3 西原寛一『商行為法（第3版）』（有斐閣・1973年）318頁。

1 - 2. 貨物引換証の発行

すでに述べたとおり（本帖・上の巻第4章3-4-1-2（イ））、運送人は、荷送人の請求があるときは、貨物引換証を作成し、これを荷送人に交付しなければならない（商571）。ただし、荷送人がこれを請求しうるのは、運送のために運送品を引き渡した後でなければならない。運送人は、荷渡指図書のごときものを入手したのみで、未だ現実に貨物の引渡しを受ける前であれば、貨物引換証を発行することを要しない⁴。

商法571条1項は、運送人の貨物引換証交付義務という形式でこれを規定しているが、これは、運送品受領後、荷送人から、貨物引換証交付契約締結の申込みがあった場合に、運送人に契約締結を強制しているものと観ることができよう。運送人の側から、荷送人に対し、この者の便宜を考えて、貨物引換証交付の提案（交付契約締結の申込みの誘引）をなすことも許されると思われるからである。

1 - 2. 貨物引換証の方式

貨物引換証には、下記の事項を記載し、運送人がこれに署名しなければならない（商571 柱書）。記名押印をもって署名に代えることができる（商32）。貨物引換証は要式証券である。法定列挙事項を記載し、作成者が署名することが要求されているだけであるから、その記載の方法、証券の材料等については何ら制限がない。その記載の方法についていえば、その用語が日本語だと外国語だとを問わず、記載の順序が商法規定の列挙順に従うと否とを問わず、印刷によると手書だとを問わないのであって、いやしくも証券の全文を通じて、法定の要件の記載ありと認めうれば足りる⁵。

貨物引換証の要式証券性をどこまで厳格に要求すべきか。これについては、以下の見解が趨勢である。すなわち、商法が貨物引換証につき一定の

4 竹田省『商行為法』（弘文堂書房・1931年）191頁。

5 小町谷・注（1）前掲222頁。

記載事項を法定したのは、証券の授受をなす者に証券の記載自体により運送品の個性および運送契約の内容を知らしめ、これにより運送中の貨物の取引を円滑に行わせようとするにあるためであるから⁶、この要請に反しない限り、法定事項の一部でも欠けば証券を無効と解するのは、かえって取引の安全を害することになる⁷。以上によれば、貨物引換証は、法定記載事項の一部を欠いても、券面上、いかなる運送品が、いかなる運送人によって受領され、いかなる場所における引渡しが約束されているかが明瞭である限り（運送品の同一性が認められ、運送人による受領と目的地における引渡義務が確認できる限り）、貨物引換証として有効であると解される⁸。逆に、法定記載事項のみを羅列しても、当該書面が貨物引換証たることの表現が券面上曖昧であり、運送品引渡しの約束も、一般取引觀念上、券面から推認することができず、そもそもまた作成者が運送人であるか否かも分からないごとき場合には、この書面を貨物引換証であると解することができない⁹であろう。

法定の記載事項以外の任意的記載事項については、商法上、とくに制限されておらないから、強行法規および貨物引換証の本質に反しない限り、何を記載しようとする自由である。なお、貨物引換証の場合には、その記載により証券自体が無効となるような有害的記載事項はない¹⁰。

法定記載事項は、以下のとおりである。

運送品の種類・重量または容積および荷造りの種類・個数ならびに記号（商 571、570）

これは、運送品の個性と数量とを明らかにし、一方において、運送人が、貨物引換証の所持人に、いかなる運送品の引渡義務を負担するかを明瞭な

6 石井照久：鴻常夫『商行為法（商法Ⅴ）』（勤草書房・1978年）167頁、小町谷・同前。

7 平出・注（2）前掲 521頁、西原・注（3）前掲 319頁参照。

8 各同前。

9 竹田・注（4）前掲 193頁参照。

10 平出・注（2）前掲 522頁。

らしむるとともに、他方、証券の授受によって取引をなす者に、その取引の客体を明瞭ならしむるに資する記載事項である¹¹。したがって、必ずしもこれらのすべてを含まなくとも、運送品の個性とその品質・数量その他の記載により、一般取引觀念上、運送品の同一性を認めうる程度の記載があれば足りるとするのが通説である¹²。判例も古くからそう解している(大判昭和10年(1935年)8月30日民集14巻1631頁、大判昭和12年(1937年)12月11日民集16巻1819頁)。なお、運送品の「記号」とは、運送品の識別に必要な主要記号であって、荷送人が自己の便宜のために運送品に付けたその他の記号は、たとえ荷送人の請求があっても、運送人において、記載義務はない¹³。

到達地(商571、570)

これは、運送人が貨物引換証の所持人に運送品の引渡しをなすことを約した地である。到達地の表示はまた、その引渡しの時期を予想させる重要な記載事項であるから、特別の商慣習がない限り、これを欠くときは証券は無効となる¹⁴。「地」とは、最小独立の行政区画たる地域を意味するものと解されよう。

到達地内にある「引渡場所」の記載がないときは、商慣習によって決し、商慣習もなければ運送方法・種類や運送品の性質により決する他ない¹⁵。

荷受人の氏名または商号(商571、570)

荷受人は、原則として、貨物引換証の名宛人を意味する。この規定から、無記名式または白地式の貨物引換証の発行は許されないとも見えるが、貨物引換証が、記名式・指図式または無記名選択式でありうることは、商法の規定上明らかである(商519、574ただし書)から、無記名式のもの

11 小町谷・注(1)前掲225頁。

12 平出・注(2)前掲523頁、西原・注(3)前掲318頁。

13 小町谷・注(1)前掲225頁。

14 大隅健一郎『商行為法(第4版)』(青林書院・1960年)152頁、石井：鴻・注(6)前掲168頁。

15 小町谷・注(1)前掲226頁、平出・注(2)前掲523頁、西原・注(3)前掲318頁。

を否定する理由はなく、同時に白地式のものも許されると解されている¹⁶。したがって、荷受人の記載を欠いても、証券の効力に影響はない。

荷受人の記載をいかにするかは、荷送人の選択に従うべきであって、運送人は、荷送人の指定する者を荷受人とする貨物引換証を荷送人に発行しなければならない¹⁷。必ずしも運送契約上の荷受人であることを要せず、荷送人は、自己を荷受人として記載せしむることもできる。

荷送人の氏名または商号 (商 571)

これは、運送人が、何人から運送品を受け取ったかを明らかにするとともに、貨物引換証によって取引をする者に、運送品の出所を示して、その価値判断の資料を与えるのに役立つものである¹⁸。したがって、この記載は貨物引換証にとって必ずしも大きな意味を持つものではなく、この記載を欠いても証券は無効とならない¹⁹。また、これを記載する場合にも、必ずしも運送契約の当事者たる運送人に限らず、たとえば運送取扱人の締結した運送契約について発行される貨物引換証に運送取扱委託者を荷送人として記載することも差し支えない²⁰ (大判昭和 12 年 (1937 年) 12 月 1 日民集 16 卷 1810 頁)。

運送賃 (商 571)

これは、貨物引換証の所持人が、運送品の受取りに当たり、運送人に対して負担する主要な債務 (商 583) の内容を明らかにし、かつ、証券所持人と運送人との間においてこれを決定する記載である²¹。それゆえ、所持人にとっても、運送人にとっても、重要な記載事項である。しかし、運送賃の記載は、ただ上述の意味を有するにとどまり、その記載の欠缺または不明瞭は、貨物引換証によって取引をなす者に、多少の不便を感ぜしめ

16 平出・注 (2) 前掲 524 頁、西原・注 (3) 前掲 318 頁、竹田・注 (4) 前掲 194 - 195 頁、大隅・注 (14) 前掲 153 頁。

17 平出・同前。

18 同前 524 - 525 頁、小町谷・注 (1) 前掲 227 頁、西原・注 (3) 前掲 319 頁。

19 平出・同前 525 頁、大隅・注 (14) 前掲 153 頁。

20 大隅・同前。

21 小町谷・注 (1) 前掲 227 頁、平出・注 (2) 前掲 525 頁。

るにすぎない。かつまた、運送賃は、その記載を欠く場合にも、おおむね当該運送品に対する運送相場により、その概算をなすものであるから、この記載を欠いても、証券は無効とならないと解するのが正当である²²。ただし、荷送人の請求に対し、かかる重要な法定記載事項を欠いた貨物引換証を発行した運送人が、貨物引換証交付義務違反（不完全履行）の責任を問われ、損害賠償の責めを負うことはありえよう（このことは、荷送人の請求に係る他の法定記載事項を欠く場合にも同様である）。

貨物引換証の作成地および作成年月日（商 571 ）

これは、運送人が貨物引換証に署名した地および日付のことである。「作成地」は、通常は、運送品の発送地（荷送人からの受取地）と一致するから、これらの記載は、到達地の記載と相俟って、証券所持人に運送品の到達時期を予期せしめるものであり、貨物引換証にとって本質的なものでなく、その欠缺は、証券の効力に影響はない²³。よって、作成地の表示は、必ずしも最小独立行政区画たることを要せず、「愛知県」といった表示でも差し支えない。また、作成地が発送地と異なる場合には、荷送人は発送地の記載をも請求することができる²⁴。

1 - 3. 貨物引換証の効力発生時期

貨物引換証は要因証券であるから、したがって、証券上の権利の成立には原因関係たる運送契約が必要であって、証券上の権利もまた当該運送契約の影響を受ける。それでは、貨物引換証は、どの時点で、有価証券としての効力を生じるのか。

運送契約が成立し、この契約に基づいて運送人が運送品を受け取ると、運送品は運送人の保管下に置かれ、運送が物理的に可能な状態を生じる。運送には通常相当の時間を必要とするから、先に述べたように（本帖・上

22 以上、小町谷・同前 228 頁参照。

23 平出・注 (2) 前掲 527 頁。

24 同前、小町谷・注 (1) 前掲 228 頁、西原・注 (3) 前掲 319 頁。

の巻第4章3-4-1-2(ウ))、市場の景況や買主(荷受人)の信用状態の変化等に対処すべく、荷送人には運送契約上の付随的な権利として、運送の中止、運送品の返還その他の処分を指示するいわゆる運送品処分権が与えられ(商582前段)、運送品が到達地に到達した後は、荷受人もまた同様の権利を取得する(商583)。荷受人が運送品の引渡しを請求するときは、荷送人の処分権は荷受人の処分権に劣後するに至る(商582)。荷送人の処分権および後発する荷受人の処分権は、上のような性質を持つ独特の債権である。かかる処分権の中核をなすのが運送品引渡請求権であろうが、この請求権は、貨物引換証の作成がなされない限り、このような性質を有する指名債権であること、明らかであろう。

平出慶道は、「[貨物引換証が]発行されていれば、運送人に対する運送品引渡請求権はこれに表章され、荷送人および荷受人の権利はすべて貨物引換証の所持人に吸収される²⁵⁾」と説く。この記述を咀嚼して、貨物引換証の作成行為の正体を探れば、以下のようにいえるのではなからうか。すなわち、貨物引換証の発行行為は、運送契約に基因する上述の運送品処分権を、証券化することによって単一の請求権に纏め、かつそれを原則指図債権化する(商574本文)行為であると解されよう。証券に化体されるのは、荷送人の運送契約上の権利であるが、証券発行によって、本来は後発するはずであった荷受人の権利も、当初から証券に吸収され、単一の請求権に融合されることになるわけである。

指図債権は、証券を介して流通に置かれることが予定されているから、運送人は、自己の負担する債務の内容を、所持人が容易に知りえるよう、証券上に簡明に要式化、定型化して記載する(商571)。このようにして、貨物引換証には、正当な所持人に対して、証券記載の運送契約上の債務を負担するという運送人の意思が表示されることになる。

このような運送人の証券上の債務は、運送人が貨物引換証を作成して、

25 平出・注(2)前掲520頁。

これを荷送人に交付するまでは発生しないこと、当然であろう。貨物引換証が荷送人に交付されない限り、荷送人は依然として指名債権としての運送品処分権を有しているはずだからである。貨物引換証が荷送人に交付されてはじめて、荷送人が有していた指名債権が消滅するとともに、その権利内容が同一性を損なうことなく、証券債権として効力を有することになるのである。このような両者の権利の発生、消滅の関係は、貨物引換証交付契約の成立によって最も明快に説明できるのではないかと考える。

荷送人が、自己を荷受人として指定した貨物引換証の交付を受けた場合には、荷送人は当然に貨物引換証の所持人として処分権を行使しうる。

他人が荷受人として指定された貨物引換証の交付を受けた荷送人の地位はどうであろう。他人を荷受人とする貨物引換証の発行を受けた荷送人は、これを荷受人に交付しさらに荷受人から証券上の権利を取得するまでは証券上の所持人に当たらないとする見解がある²⁶。この見解によれば、他人を荷受人とする貨物引換証の発行を受けた荷送人は、これを荷受人に交付する前に証券を事実上所持していても、証券の第1所持人として処分権を行使できず、かかる荷送人は、貨物引換証を運送人に返還して証券発行のない状態を回復することにより、荷送人として処分権を行使することになると説かれる²⁷。しかし、このような見解は、あまりにも形式的に過ぎるように思われる。むしろ、荷送人は、指名債権としての処分権が消滅すると引換えに、指図債権たる証券上の処分権を、証券受領とともに取得すると観察するのが自然ではなかろうか（もちろん、荷送人が貨物引換証を運送人に返還して、両者の法律関係を証券発行前に復帰せしめることは自由である。荷送人が証券所持人として自ら処分権を行使するときは、証券を提示のうえ、これと引換えに行使することになるから、実際にはさしたる違いはない）。証券上、誰が荷受人として指定されているかは、単に形

26 同前 463 頁。

27 同前。

式的資格の問題にすぎない²⁸。荷送人の名称が荷受人として記載されていれば、荷送人は裏書によって証券上の権利を移転することになるが、他人の名称が荷受人として記載されていれば、実質的権利者たる荷送人は、その者に証券を交付することによって権利を移転することになるだけのことでなかろうか。荷受人として指定された者の名称何如を問わず、当初の証券上の実質的権利者は荷送人であると解されよう。もちろん、かかる実質的権利を荷送人が立証することは、きわめて容易であろう。

1 - 4. 貨物引換証の交付欠缺の問題

運送人と荷送人との間で運送契約が締結され、運送人が運送品を受領した後、荷送人の請求に従って貨物引換証を作成したが、これを荷送人に交付する前に、たとえば盗難あるいは紛失によって、当該書面が不正常に流出・流通してしまった場合はどうなるであろうか。

このような場合には、貨物引換証の効力が発生していないのであるから、運送人と荷送人との間にあっては、荷送人はなお指名債権としての運送品処分権を失わず、この処分権を自由に行使することができ、運送人はその指示に従わなければならない。荷送人において、貨物引換証の再発行を請求しうること、当然である。

不正常に流出してしまった上述の貨物引換証は、たとえ運送契約に瑕疵がなくとも、有価証券としての効力が発生していないのであるから、無効であるということになる。理論上は、以下のような構成で、無効の結論を導くことになるのではないと思われる。すなわち、貨物引換証発行行為は、証券行為という特殊な法律行為であるが、法律行為である以上は、発行者たる運送人の意思表示をその要素として成立するものである。証券上になされる運送人の意思表示もまた、他の一般の意思表示と同様に、効果意思・表示意思・表示行為から成るものである。これを貨物引換証発行行為について観察すれば、運送人が、荷送人の請求に従って（荷送人の意

28 石井：鴻・注（6）前掲146頁参照。

思表示を受けて)、記載事項を証券に記載し終えたならば、運送人の意思表示は、効果意思・表示意思の完成段階にまで至ったものと評価することができよう。貨物引換証にあっては、運送人が、当該証券を荷送人に交付する行為が表示行為に当たり、これをもって作成者たる運送人の意思表示(交付契約承諾の意思表示)が完成し、貨物引換証の効力が発生する(交付契約の法律効果が生じる)ことになると解されるのではなかろうか。そうであるとすれば、上述の貨物引換証は、表示行為を欠くがゆえに、運送人の証券上の意思表示が未完成であり、したがって無効であるということになる。

ところで、一般の意思表示にあっては、表意者が表示行為をなす段階に至るまで、この者の内心の意思を外部者が知りうることは、通常ありえない。これに対し、有価証券上の意思表示の厄介にして最大の特徴は、証券行為者(表意者)が証券上にこれを記載した段階、換言すれば、行為者の効果意思・表示意思が完成した段階に至れば、表示行為を待たずして、その記載から、表意者の内心の意思を外部者が知りえるという点にある。しかも証券上、証券の第三取得者は、証券行為者の表示行為が完了しているか否かを知りえないのである。

上のような有価証券上の意思表示の特徴、すなわち表示行為を欠くにもかかわらず(意思表示が未完成であるにもかかわらず)、証券の記載から、自己の内心の意思を他者に推認せしめてしまうという特徴は、表意者たる証券行為者に、強い警告を促すことになろう。自己の内心の意思を他者に推認せしめることを安易に許すことは、取りも直さず、表示行為に比肩する側面があることを否定しえないからである(表示行為の相手方は、あくまでも荷送人であるから、他者の推認を許すことは、表示行為そのものではないこと、当然である。よって、便宜上、「比肩」という単語を選んだ)。それゆえ、証券行為者は、証券の記載および署名を終えた後、相手方にこれを交付するまでは、社会通念上相当と認められる細心の注意をもって、証券を管理しなければならない(自己の内心の意思を他者に推認せしめることを防がなければならない)ということになるのである。これが唯一、

証券上の意思表示を通常の意味表示に近いものにする方法といえるのである。

もし、この注意を欠いて、貨物引換証を不正に流出・流通させてしまった場合には、運送人は、交付欠缺による証券の無効を主張することは可能であろうが、証券行為上の表意者として、あまりに軽率であって帰責性が高いということになれば、権利外觀理論によって結論を修正し、善意の第三取得者に対しては、履行不能に準じた処理準則によって対応すべきであると考えられる。そうしなければ、当該運送人の信用の失墜を招くにとどまらず、貨物引換証そのものの社会的信用を損ねかねないからである。

なお、民法 526 条 1 項によれば、隔地者間の契約は、承諾の通知を発した時に成立するものとされている。しかし、有価証券行為においては、その意思表示の効力もまた、証券を標準に考えるべきであろう。たとえば、荷送人の金沢支店で運送品を受領した運送人が、荷送人の請求により、貨物引換証をその名古屋本店において交付しなければならぬときは、当該証券が名古屋本店に到達した時をもって、運送人の表示行為が完成し、両者の間に貨物引換証交付契約が成立すると観るべきである。すなわち、有価証券交付契約においては、民法 526 条 1 項の適用は排除されるものと解される。

運送人において、不正に流出した貨物引換証について、公示催告手続の申立てをなし、除権決定を求めうることは、当然である。

1 - 5. 貨物引換証の流通

貨物引換証は、法律上当然の指図証券であるから、たとえ記名式で作成されたものであっても、とくに「指図禁止」あるいは「裏書禁止」の表示がない限り、裏書による譲渡が可能である（商 574）。また、とくに荷送人の同意がない限り、運送人は裏書の禁止されていない貨物引換証を交付する義務を負うと解すべきである²⁹。

29 平出・注 (2) 前掲 529 頁、大隅・注 (14) 前掲 155 頁。

貨物引換証の裏書には権利移転の効力があること当然である。また、資格授与的効力も認められる (商 519 小 19)。民法 472 条の規定に従い、人的抗弁制限効も認められる。

選択無記名式、無記名式または白地式の貨物引換証は、証券の引渡しが譲渡の効力要件である。かかる引渡しにも、裏書と同様に、権利移転の効力、資格授与的効力および人的抗弁制限効 (民 473) が認められる³⁰。

指図禁止貨物引換証にあっては、証券の引渡しが譲渡の効力要件であるが、債務者に対する対抗要件として、譲渡の通知を必要とする (民 467)。証券所持人は権利者と推定されず、譲受人は人的抗弁制限効の恩恵に与ることができない (民 468)。

貨物引換証は、指図証券性が排除されていない限り、裏書または引渡しによる移転の場合に、善意取得が認められる (商 519 小 21)。しかし、注意すべきは、この場合に善意取得者が取得するのは証券上の債権であって、直接に運送品そのものの上における物権ではないことである。もちろん証券の善意取得者は、後に述べるように、これによって運送品の占有を取得することになるのであるが (商 575)、それは占有だけのことであって、その運送品上の物権そのものを取得することにはならない。証券取得者が同時に譲渡人を運送品上の物権者と信じていたときは、その物権をも取得することになるが、これは民法 192 条以下の規定に基づくのであって、証券の善意取得に係る商法 519 条 2 項、小切手法 21 条の規定の直接の効果ではない。商法の規定により、証券上の債権を善意取得する結果、運送品の占有を取得し、ひいて民法の規定により、物権の即時取得を生じるのである³¹。

30 平出・同前。

31 以上、竹田・注 (4) 前掲 195 - 196 頁参照、大隅・注 (14) 前掲 155 頁参照。

1 - 6. 貨物引換証の効力

1 - 6 - 1. 貨物引換証の債権的効力

1 - 6 - 1 - 1. 貨物引換証の文言証券性

商法 572 条は、「貨物引換証ヲ作りタルトキハ運送ニ関スル事項ハ運送人ト所持人トノ間ニ於テハ貨物引換証ノ定ムル所ニ依ル」と規定している。

運送契約は、運送人と荷送人との間で締結されるのであるから、この両者の間では、運送に関する事項（運送契約に基因する権利義務関係）は、当然に当該運送契約の内容に従うべきことになる。そうであるとすれば、荷送人から証券を譲り受けた所持人と運送人との間の権利義務も運送契約の内容に従わざるをえないことになりそうであるが、証券の取得者は、証券の記載を信頼してこれを取得するのであるから、商法は貨物引換証に文言的効力を認め、証券の所持人と運送人との間に関しては、証券の記載を基準として、その債権的關係を定めることとしたのである³²。商法 572 条の意義は、およそ以上のように説明されている。運送人と貨物引換証所持人との間の債権的關係を定める効力を「貨物引換証の債権的効力」という。

上の説明に従えば、運送契約の内容と貨物引換証の記載との間に相違があるとしても、証券所持人は、証券の記載（文言）に従って債務の履行を請求しうることになり、他方、運送人は、証券に記載されていないことをもって、所持人に対抗しえないことになるはずである。これすなわち、貨物引換証の文言証券性である。

なお、貨物引換証に文言証券性が認められるのは、証券の記載文言を信頼した者を保護する趣旨に出るものであるから、貨物引換証取得の時点で、証券取得者は善意でなければならない。たとえば、品違いや数量・容積等の違いを知っていた悪意の証券取得者に対しては、かかる文言的効力は認められない³³。

32 田邊光政『商法総則・商行為法（第3版）』（新世社・2006年）290 - 291頁参照。

33 同前 292頁。

1-6-1-2. 文言証券性と要因証券性との関係

(ア) 貨物引換証が要因証券たることに関しては、異論を見ない。条文上に根拠があるわけではないが、貨物引換証は、運送契約を前提とし、その運送品の受取りを原因として発行されるべきものであるという、その制度に理由を求められる³⁴。

問題となるのは、貨物引換証の要因証券性と文言証券性との関係である。たとえば、運送品を受領した事実がないのに（運送契約が存在しないのに）貨物引換証が発行されればどうなるのか。事実受け取った運送品と証券記載の運送品が相違している場合はどうなるのか。前者が空券の問題であり、後者が品違いの問題である。貨物引換証の要因証券性と文言証券性との関係は、この2つの問題を中心に展開されてきたと観察してよい。なお「空券」の読みであるが、本章引用文献の索引を観察するに、西原寛一はこれを「くうけん」と読み、平出慶道はこれを「からけん」と読んでおり、必ずしも統一されていないようである。

(イ) 判例によれば、空券たる貨物引換証に係るリーディングケースである大審院大正2年（1913年）7月28日判決民録19輯668頁は、要因証券性を重視し、原因を具備せず目的物の欠缺した証券は無効であると判示した。また、証券の発行後に運送品が運送人に引き渡されても、運送品を受け取ることなく発行された証券は無効であると判示したものもある（大判昭和13年（1938年）12月27日民集17巻2848頁）。これも要因証券性を重視したものであると評価できる。

品違いに関しては、貨物引換証の事案ではないが、この問題においてはこれと同一に考えるべき質入証券につき、不可抗力の場合を除いて、証券に記載された物品が実際の寄託物と相違していても、証券を作成した倉庫業者は免責されず、損害賠償責任があるとして文言証券性を重視したと評価しうる判断を下すものがある（大判昭和11年（1936年）2月12日民集

34 同前。

15 卷 357 頁)。その後も、倉荷証券の品違いの事案において、証券に受寄物の内容について責任を負わない旨の不知約款があったとしても、受寄物の内容を容易に知りえるようなときは、倉庫業者は免責約款を援用できないと判示し、文言証券性を重視している判例を見出すことができる(大判昭和 14 年(1939 年)6 月 30 日民集 18 卷 729 頁)。

(ウ) 学説状況はまさに百家争鳴と観察してよい。その詳細な俯瞰は先行業績³⁵に譲り、ここでは、従来の典型的な要因性重視説と文言性重視説とを掲げ、両説の欠点につき、正鵠を射て明快である、西原寛一の指摘を示すこととする。

典型的な要因性重視説はおよそ以下のようなものである。すなわち、貨物引換証の文言性は原因である実質的契約たる運送契約の存在という制約を受けざるをえない。したがって、空券の場合には原因を欠くものとして証券は無効であり、また事実受け取った物品と証券記載のそれが相違した場合にも事実受け取った物品を返還すれば足りる。これらの場合に証券の記載を信頼して不測の損害を受けた証券取得者の救済は、証券発行者の不法行為責任ということで解決されるべきである³⁶。

典型的な文言性重視説はおよそ以下のようなものである。すなわち、貨物引換証は要因証券であるが、ここにいわゆる要因とは証券の文言に原因の記載を要するという意味にすぎないものである。したがって、空券の場合であろうと品違いの場合であろうと、証券は記載されたとおりの効力を生じる。記載どおりの証券上の債務を履行することができなければ、証券発行者は債務不履行責任を負うべきである³⁷。

35 この議論状況を知るには、原秀六「貨物引換証の要因性と文言性」北澤正啓：浜田道代編『商法の争点』(有斐閣・1995 年)240 頁が適当である。より入門的なものとして、岡田豊基「運送取引」法学教室 216 号(1998 年)39 - 40 頁がある。詳細な分析として、藤原雄三「貨物引換証の債権的効力」戸田修三：宇田一明編『長谷川雄一教授還暦記念・有因証券法の研究』(成文堂・1989 年)138 - 149 頁がある。

36 鴻常夫「倉庫証券の債権的効力」鈴木竹雄：大隅健一郎編『演習商法』(有斐閣・1960 年)76 頁参照。

37 同前参照。

西原寛一の指摘に係る要因性重視説の欠点はおよそ以下のようなものである。この説によれば、文言性とは証券の記載に一応の証拠能力が認められるにすぎず、また、文言性の支配を受ける記載事項は比較的軽微な事項に限られると解することになる。しかし、証券文言が実質的な運送契約の存在を前提とするものであるならば、契約内容の一部についてのみ文言性の優位を認めるのは、首尾一貫しない³⁸。

同じく、西原の指摘に係る文言性重視説の欠点はおよそ以下のようなものである。証券への原因記載が責任発生要件ならば、運送人の運送品返還債務は、実質的運送契約とは無関係の抽象的無条件のものでなくてはならない。現にこれを根拠として空券や品目違いの場合の運送人の責任を推論するのである。ところが、この立場を採りながら、不可抗力による運送品の滅失の場合の免責とか、運送契約の無効または取消しの場合には、証券発行行為は有効でも証券上の権利は存在しないと、運送契約の内容が証券記載よりも証券所持人に有利な場合、所持人はこれを立証して契約所定の請求ができるとか、論者により多少の範囲の広狭はあるが、都合のよいときには実質的運送契約を持ち出している。これまた首尾一貫しない態度といわざるをえない³⁹。

(エ) かくして、貨物引換証の要因性と文言性との関係は、遂に大橋光雄 (1906～1993) をして、「不調和なる命題⁴⁰」とまでいわしめるに至ったのであった。しかし、1980年代以降は、落合誠一によって、従来のように、商法 572 条に基づいて証券の性質を確定した後に発行者の責任構成を試みるという迂遠な方法によるのではなく、運送の実態を考慮しつつ、不実記載を惹起した発行者の帰責事由と、文言どおりの権利を取得しうるとの信頼利益を有する証券所持人の主観的要件とをふまえ、発行者の責任の根拠、要件、効果を検討すべきであるとの新たな方法論の提示を見るに至っ

38 西原・注 (3) 前掲 321 頁。

39 同前。

40 大橋光雄「船荷証券の要因性」法学論叢 39 巻 2 号 (1938 年) 239 頁。

ている⁴¹。

(オ)ところで、貨物引換証の債権的効力を検討する際に、従来からの検討手法を踏襲しつつ、同時に上のような新たな方法論を考慮して考究を進めることは、何らの抵触にはならず、十分に両立可能であると思われる。すなわち、貨物引換証の不実記載がなされた場合に、従来の検討手法の延長線上で商法 572 条の守備範囲を明らかにし、その上で、同条の保護の網から零れる善意の証券所持人があるならば、その所持人が保護に値するものであるか否かを検討し、保護に値するならば、その救済の法的枠組みを新たに提言された視座から構築するという手順が試みられてもよいのではなかろうか。以下では、この手順による考究を試みることにしたい。

1-6-1-3. 具体例の提示

以下に 4 つの具体例を掲げる。わが国が広大な大陸国家であるとの想像^{たくま}を逞しくして読まれたい。

[例 1] 運送人 A が荷送人 B に脅されて、通常料金の半額で契約せよと強要され、やむなくこれに応じた。この契約を基に、貨物引換証が作成・交付された。後に、A は、強迫を理由に運送契約を取り消した。貨物引換証の善意の所持人 C は、証券の文言性を理由に A の文言責任を問いたいと欲している。

[例 2] 岡山県に営業拠点を置く運送人 A が、荷送人 B から、「西条農業高校」まで農業機械の運送を依頼され、隣県の「広島県立西条農業高校」まで運送すればよいと思って運送契約を締結した。しかし、B の意図したのは四国の「愛媛県立西条農業高校」であった。この契約を基に、貨物引換証が作成・交付された。後に、A は、運送契約の錯誤無効を主張した(あるいは、この例は錯誤無効ではなく契約不成立であるとの異論があるかも知れない。運送契約の錯誤無効に係る適当な具体例を思い付かなかった)。貨物引換証の善意の所持人 C は、証券の文言性を理由に、A の文言

41 落合誠一「物品証券不実記載発行者の損害賠償責任」江頭憲治郎編『鴻常夫先生還暦記念・80年代商事法の諸相』(有斐閣・1985年)263頁以下。

責任を問いたいと欲している。

〔例 3〕 運送人 A が荷送人 B から甲国産の器機の運送を依頼され、運送契約を締結した。甲国産の器機は精度の信用性が低く、市場の評価も劣る。そこで B は、A の貨物引換証作成行為に干渉し、無理やり乙国産と表示するよう強要した。貨物引換証の善意の所持人 C は、証券の文言性を理由に、A の文言責任を問いたいと欲しているが、A は貨物引換証作成時に強迫があったことを理由に、証券行為の取消しを主張している。

〔例 4〕 運送人 A が荷送人 B から「こうのとりの学名：Cionia cionia boyciana)」の運送を依頼され、運送契約を締結した。この契約を基に、貨物引換証が作成されたが、作成時に、A は、「こうのとりの学名が「Nipponia nippon」であると思って、運送品の種類を「Nipponia nippon」と記載した。これは「朱鷺^{と鷺}」の学名である。貨物引換証の善意の所持人 C は、証券の文言性を理由に、A の文言責任を問いたいと欲しているが、A は、貨物引換証作成時に錯誤があったことを理由に、証券行為の無効を主張している（現実には、天然記念物や国際保護鳥が任意に運送の対象とされえないこと、当然である）。

上のうち、〔例 1〕 および 〔例 2〕 は、原因契約たる運送契約に瑕疵すなわち無効取消事由が存する場合である。他方、〔例 3〕 および 〔例 4〕 は、運送契約は有効に締結されたものの、証券発行行為自体に瑕疵すなわち無効取消事由が存在する場合である。従来の議論は、もっぱら 〔例 1〕 および 〔例 2〕 のような場合を念頭になされ、〔例 3〕 および 〔例 4〕 のような場合が看過されていたのではなかろうか。

錯誤および強迫の例を挙げたのは、これらの場合の意思の不存在・瑕疵ある意思表示に係る民法の規定（民 95 本文、96 ）が意思主義に依っているからである。手形法において詳述するが、意思の不存在・瑕疵ある意思表示に関する民法の諸規定を手形行為に適用してよいか否かに関しては、手形行為論の中で活発に議論されてきた。手形行為の性質をどのように構成しようとも、意思主義に依った民法の規定をそのまま手形行為に適用することは、手形の流通保護の観点から問題があるという結論に異論はない

であろう。貨物引換証もまた流通の保護が図られるべき有価証券であることに変わりはない。それゆえ、民法が意思主義を採っている錯誤および強迫の具体例を提示したわけである。

1-6-1-4. 運送契約自体の瑕疵と商法 572 条

(ア) 貨物引換証が荷送人の手許にあるときは、貨物引換証の文言的効力は問題とならない(第1章4-4)。荷送人と運送人との間の権利義務関係は、証券外の実質的關係(運送契約の具体的内容)によって決定されるからである。「運送二関スル事項」を要式化、定型化して証券に記載したのは、上に述べたように(本章1-6-1-1)、運送契約の内容を直接に知りえない爾後の所持人の便宜のためであり、貨物引換証の流通の促進という要請のためである。したがって、荷送人と運送人との間においては、「運送二関スル事項」はもっぱら運送契約の定めるところによって決せられるのが当然である⁴²。もっとも、荷送人が貨物引換証を所持しているときは、荷送人と運送人との間にも、文言的効力以外の証券的効力は存在している⁴³。すなわち、荷送人は、貨物引換証に化体された指図債権としての運送品処分権の実質的権利者である。荷送人がこの権利を行使するとき、貨物引換証をもってしなければならない。

(イ) 上に述べたように、荷送人と運送人との間においては、貨物引換証に表章される権利の具体的内容は、常に実際の契約内容によってのみ定まる。このような結果になるのは、貨物引換証に表章された債権債務関係が、当該の運送契約関係に他ならないからである。すなわち、貨物引換証上の債権は、具体的な運送契約に基因する運送品引渡請求権が証券化されたものに他ならず、同証券上には、原因たるべき運送契約上の債権がそのまま表章されているからである⁴⁴。そうであるとすれば、貨物引換証が要因証券であるという場合の「要因性」とは、まさに運送契約そのものを原

42 大隅・注(14)前掲156頁。

43 田中誠二『新版商行為法[再全訂版]』(千倉書房・1970年)251頁参照。

44 大橋・注(40)前掲262頁。

因とするとの意味であると解さなければならないであろう⁴⁵。

文言性重視説の強力な推進者であった竹田省も、上の点については以下のように述べている。すなわち、わが商法上、貨物引換証の債権は単に典型的または形式上の運送債権たればよいのではなく、特定具体的な運送契約上の債権たることを要することは明瞭であり既存の運送債権の再現たるは疑いのないところである。したがって、基本契約たる具体的運送契約が当然に証券の内容となっているのであり、その証券上の文言に反する範囲において証券上の権利の内容となることができないだけのことである⁴⁶。

つまり、具体的な運送契約に基づいて、爾後の証券所持人に対しどのような内容の運送債務を負うかは、その運送債務を要式化、定型化して貨物引換証として作成する運送人の書面意思にかかっているのである。かかる書面意思、文言責任は、原因契約の存在を当然の前提とするものである。わが商法上、運送契約と絶縁された抽象債権を貨物引換証上に認めることは、そもそも困難なのではなからうか⁴⁷。

(ウ) 以上から導かれるところによれば、上に掲げた [例 1] および [例 2] の場合、原因契約たる運送契約自体が無効であり、または取消しがなされているのであるから、必然的に証券上に表章されるべき具体的な権利が存在しないということになる。何ら具体的な権利を表章しないものであるからには、これらの証券は、貨物引換証として無効であるといわざるをえない。したがって、かかる証券に商法 572 条所定の文言性を認めることはできないことになる。すなわち、[例 1] および [例 2] のような場合において、善意の証券所持人 C は、原則として、商法 572 条の恩恵に与ることはできない。ここに、「原則として」と記すのは、後に述べるように (本章 1-6-1-6 (オ))、運送人 A の帰責性が相当に高い場合には、

45 谷川久「船荷証券記載の効力」法学雑誌 9 巻 1 号 (1962 年) 46 頁。

46 竹田省「証券の文言性の限界」『商法の理論と解釈』(有斐閣・1959 年) 所収 498 頁。

47 大橋・注 (40) 前掲 263 頁参照。

例外を認めようとの趣旨である。

(エ) しかし、上の結論は、[例 1] および [例 2] のような事例における善意の証券所持人 C が、原則として、商法 572 条に依拠して保護を受けられないということとどまるものであることに注意されたい。不佞は、決して、このような場合の C が保護されるべきではないと主張するものではない。このような場合の C の保護の根拠規定を、ひとり商法 572 条のみに求めるべきではないと述べているにすぎない。換言すれば、不佞は、商法 572 条に関して、運送契約を離れて証券の文言自体に権利関係の創造的効力を認めたり、部分的に無因証券化するような解釈を加えるべきではないと強調したいのであり、貨物引換証上の権利の不存在に対する所持人の不安への対処は、同条を離れて別異に考える余地があると述べているのである。

1-6-1-5. 貨物引換証発行行為自体の瑕疵と商法 572 条

(ア) 従来 of 学説を概観する限り、貨物引換証においては、証券発行行為自体に意思の不存在・瑕疵ある意思表示が存するときは、その証券的効力の帰趨は民法の一般原則によって定まるものと解されているようである。

たとえば、手形行為の意思の不存在・瑕疵ある意思表示について、民法の適用を排し、手形に特有の理論を樹立する必要を繰り返し主張した⁴⁸鈴木竹雄ですら、こと貨物引換証に関しては、その証券的効力は証券作成行為自体に瑕疵があればもとより発生しない⁴⁹と、いとも簡単に片付けている。文言性重視を徹底し、証券流通の保護に大きく踏み込んだ竹田省も、証券的意思表示の有効、無効は、民法の一般原則により定まると結論づけている⁵⁰。商法 572 条の内容を、法が善意の取得者保護のために設けた技術的な抗弁制限法則であると解する谷川久 (1929 ~) も、貨物引換証

48 鈴木竹雄『手形法・小切手法』(有斐閣・1957年)139頁参照。

49 鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法』(弘文堂・1965年)53頁脚注(3)。

50 竹田省「有因債権証券の証券的性質」『商法の理論と解釈』(有斐閣・1959年)所収463頁。

に記載をなすということそれ自体は、運送人の意思の証券上への表示なのであるから、証券作成についての意思表示上の瑕疵に基づく抗弁は当然には制限されない⁵¹、と述べている趣旨から推して、証券発行行為自体の意思の不存在・瑕疵ある意思表示に関しては、民法の一般原則の適用を肯定するものと思われる。

(イ) 以上の考え方は、必ずしも首肯しうるものではないように思われる。有価証券行為に関する民法の意思表示の瑕疵に係る一般原則の適用の可否をめぐる議論においては（これは、手形法において考究する予定であるが）、民法の一般原則が、たとえば売買・消費貸借のような固定的な特定の当事者間の法律関係を予定しているのに対し、有価証券行為は不特定人の間を輻輳流通する証券上の行為であるから、不用意な行為者の利益よりも、何ら非難すべき点のない証券の第三取得者の利益を重視すべきであるという利益衡量を重んじるべきではなかろうか。

(ウ) 上に挙げた [例 3] および [例 4] は、ともに証券発行行為自体の意思表示に意思の不存在・瑕疵ある意思表示が認められるというものである。その結果、証券に表示された運送品が実際の運送契約上の運送品と異なることになったという、いわゆる「品違い」の状態が惹起されたものである。これに対して、従来議論で扱われた「品違い」とは、竹田省などの論稿の文脈から推して、おそらく、運送人が実際に受け取った運送品自体の過誤に出た（すなわち、その過誤には荷送人が多かれ少なかれ関与している）ことに基づくその記載相違を指すものであろうと思われる。そうであるとすれば、[例 3] および [例 4] の場合のような「品違い」と、受領物品自体の過誤に出た「品違い」と、証券発行者の帰責性がより高いと認められるのは、いずれであろうか。

強迫の場合とはともかく、錯誤に関していえば、[例 4] の場合、その失態を演じたのはもっぱら証券発行者たる A である。これに対し、受領物品

51 谷川・注 (45) 前掲 75 頁。

の過誤に出た品違いに関しては、必ずしもひとりAの側にのみ責めに帰すべき事由があるとは限らない。たとえば、荷送人Bが運送状の記載相違（故意の場合もあれば過失の場合もあろう）をなすことによって影響を及ぼすこともありうるし、そもそもBが物品の渡し間違いを犯すこともある。こう考えると、証券発行行為自体の錯誤による意思表示によって結果的に品違いが生じたような場合に、善意の証券所持人Cに対して、運送人Aの証券発行行為の錯誤無効の主張を許すのは、いかにも均衡を失っているように思われるのである。

（エ）そうであるとすれば、以下のように考えることはできないであろうか。

商法 572 条に規定される「所持人」が貨物引換証の流通保護のため、その記載を信頼してこれを取得した善意の所持人を指すものであることは、ほぼ一致して認められている。すなわち、同条は、本来証券発行者たる運送人と直接契約関係に立たない証券の譲受人と運送人の間を律するものである。したがって、商法 572 条は、運送人の証券発行行為自体に意思の不存在・瑕疵ある意思表示があった場合の、運送人の証券的意思表示の効果について、運送人と善意の第三取得者たる証券所持人との関係を規律するに相応しい規定であると思われる。こう解するならば、法律行為としての運送人の証券発行行為自体の意思の不存在・瑕疵ある意思表示に関して、商法 572 条は、一律に意思主義を排斥して表示主義を採用することを明らかにした規定であって、民法の一般原則に関する特則であるということになる。それゆえ、運送人は、貨物引換証の善意の所持人に対して、民法の一般原則に依拠した主張を許されないということになるわけである。もちろん、荷送人と運送人との間については、民法の一般原則によって処理されるが、ひとたび証券が流通に置かれたときは、善意の証券所持人と運送人との間は、もっぱら商法 572 条によって処理されるのである。

（オ）以上のように解すれば、上の [例 3] および [例 4] のような事例こそが、そもそも商法 572 条によって律せられるべき例であるということになる。かかる場合、A は、貨物引換証発行行為の錯誤無効や強迫によ

る取消しを善意のCに対抗できず、証券記載の文言どおりの責任を負うことになる」と解される。したがって、Aが証券に記載された物品をCに引き渡すことができなかつたときは、債務不履行の処理準則が働くこととなる。こう解することと、たとえば運送人に不可抗力による運送品の滅失の場合の免責の主張を許すこと等は、両立しえるものと思われる。

1-6-1-6. 空券と商法 572 条

(ア) 先に述べたように(本章 1-6-1-2 (ア))、貨物引換証の要因性と文言性をめぐる従来の議論は、主として「品違い」および「空券」の場合を念頭に展開されてきた。それゆえ、「空券」についても解を示しておかなければならない。

ここに「空券」とは、広く、実質的のみならず形式的にも運送契約が存在であるにもかかわらず発行された貨物引換証を指すものであるとの前提で考究してみよう。上に述べたように、商法 572 条を、運送人の貨物引換証発行行為自体に意思の不存在・瑕疵ある意思表示があった場合の、運送人と所持人との間の証券的意思表示の効力に関する民法の特則であると解した場合、空券はどう位置づけられることになるのであろうか。

(イ) 上のような意味における空券が流過程に置かれることは、きわめて限られる。おそらく、空券の作成者からその交付を受けた第1所持人が、任意にこれを譲渡するというのが、通常生じうる場面であろう。そうであるとすれば、かかる空券の第1所持人が、譲渡の意思をもってこれを流通に置いたとき、それまでの一連の行為をもって、空券作成者と第1所持人との間には、原因契約たる運送契約の存在につき、通謀虚偽表示類似の関係が生じると評価することができないであろうか。そうであるとすれば、善意の証券取得者は、当該運送契約について、民法 94 条 2 項所定の「善意の第三者」に該当し、空券作成者たる運送人は、この者に運送契約の不存在を対抗できなくなると構成することができる⁵²。そして、このよ

52 証券取得者を民法 94 条 2 項所定の第三者として扱うとすれば、この者は、通謀虚偽表示の当事者(空券作成者と第1所持人)の外形行為によって形成され

うな、不存在を対抗しえない運送契約を前提として、空券作成者の証券作成行為自体の意思の不存在・瑕疵ある意思表示の有無を検証することになるわけである。

(ウ) まず、運送人が、運送契約が存在しないことを認容しつつ、あえて貨物引換証発行行為を行った場合を考えてみよう。この場合、運送人の証券上の意思表示は、心裡留保になるものと認められよう。すなわち、運送契約が存在しないことを知りながら、あえて証券発行を行ったものであるから、運送人には運送債務を負うとの効果意思の形成はないものと思われる。それにもかかわらず、証券記載の債務を負う旨の表示行為が存在するのであるから、心裡留保に該当するものというべきである。こう解すれば、かかる場合の空券の効果に関して、運送人と証券の善意の所持人との間は、商法 572 条によって処理されるべき問題であるということになる。

(エ) 次に、運送人が、運送契約が存在しないことを認容を欠いて、貨物引換証発行行為を行った場合を考えてみよう。換言すれば、実質的にも形式的にも運送契約が存在しないにもかかわらず、存在するとの誤信の下に貨物引換証発行行為がなされた場合である。この場合、純理論的には、かかる証券発行行為は運送人の動機の錯誤に出てなされたものと解すべきことになろう。その限りでは、運送人とかかる証券の善意の所持人との間に商法 572 条の適用を認めることは困難であるようにも思われる。しかし、このような空券については、以下のように考える。そもそも貨物引換証発行行為は誰にでも可能な法律行為ではない。その発行は、手形等の場合と異なり、運送営業を商人として専門に手掛ける運送人に限られているので

る法律関係（運送契約の締結）に対し、別個の法律関係（貨物引換証の授受）によって新たに法律上利害関係を有するに至ったのであるということになる。したがって、証券取得者の善意悪意は、証券取得時に判断されることになる。問題があるとすれば、善意の立証責任が、善意の第三者であることを主張する者の側にある（すなわち証券取得者の側にある）という点であろうが、民法 94 条 2 項は、善意であることに無過失であることを要しないと解されているし、実際上も、証券流通の阻害要因とまで過大評価すべき欠点とまではいえないと思われる。

ある。運送人は、運送営業の専門家として、一般取引通念上期待される相当の注意を尽くして、貨物引換証発行行為をなさなければならない。そうであるとすれば、証券発行に際し、運送契約が実質的にも形式的にも存在していないということの認容を欠くことは、証券発行に係る最も根幹をなす注意を欠いたということであるから、そのこと自体が責められなければならない。すなわち、かかる場合には、運送契約の不存在を認容しつつ証券を発行したのと同程度の重過失があるというべきである。したがって、この場合には、理論的には心裡留保に該当しないものの、運送営業の専門家としての証券発行者の重過失を認めて、心裡留保と同様に扱うことが妥当であると解する。したがってこの場合も、運送人と善意の証券所持人との間は、商法 572 条によって処理すべき問題であるということになる。

(オ) 空券に係る問題の基本的な処理は、上に述べたとおりであるが、ところで、先に掲げた [例 1] および [例 2] も、空券の 1 類型に該当するものと観察しうる。

[例 1] および [例 2] の場合、荷送人 B は、運送人 A に当該貨物引換証を返還すべき義務を負っている。逆に、A は、貨物引換証の返還を請求しうる立場にあるが、実際に A が B に対してこの権利を容易に行使しうるか否かは区々であろう。もし、A が容易に貨物引換証返還請求権を行使しうる状況にあるにもかかわらず、これを行使することなく、B による流通を許してしまったような場合には、C に対する関係で、A の帰責性は相当に高いものと判断されよう。このような例外的な場合には、やはり運送契約の存在につき、A B 間に通謀虚偽表示類似の関係を認めてよいと思われる。そして、上述の構成により、C に対する A の文言責任を商法 572 条に依拠して認めるという処理を例外的に許してもよからう。

しかし、A の帰責性がそこまで高いと認められないような場合には、C は、商法 572 条に依拠して保護を受けることはできないと解する。

1-6-1-7. 運送契約自体の瑕疵と善意の証券所持人の保護

繰り返し述べるように、先の [例 1] および [例 2] の場合、C は、原則として、商法 572 条に依拠して保護を受けられない。しかし、C には、

同条以外の別異の根拠に基づいて保護を受けるに値すると評価される可能性が残されている。

Cの救済を図るにあたり、証券発行者の不実記載発行そのものを責任の基礎に据える法律構成によるべきであるとの視座から、その責任原因発生規定（根拠）を商法572条に置くことなく、証券発行者の損害賠償責任の発生を基礎づける一般的な民法原則に根拠を置く他ないとする落合誠一の考え方⁵³は、まさに正鵠を射たものといえよう。落合は、運送人の証券不実記載発行による損害賠償責任の発生の根拠を、契約締結上の過失の理論に依拠して構成することを試みている⁵⁴。このような責任発生を認めて善意の証券所持人に対する救済の途をひらくことは、とりわけ [例1] および [例2] のような、商法572条の保護の網から零れる所持人にとって有益であると思われる。

不実記載証券発行者が証券所持人に対してその信頼利益の賠償責任を負う根拠を、権利外観理論によって基礎づけようとする藤原雄三（1930～ ）の試み⁵⁵も、解決の方向性自体は、落合と一致するものと評価できよう。この側面では、田邊光政が、有価証券取引の一般的な処理準則としての外観法理の可能性を強く示唆している⁵⁶。有価証券法理の枠組みの中で、善意の所持人の保護を考えるという点で、この方向は支持されるべきであろう。ただし、貨物引換証の場合には、不実記載発行への荷送人の関与をどう評価し、その帰責性を証券所持人保護法理の中にどう取り込んで行くべきかという課題が残っている。

商法572条の規整の域外にある不実記載に関しては、やはり外観理論に依拠して、証券発行者側の帰責事由と証券の外観を信頼して取得した善意の所持人の主観的要件を、個々の事例において比較検討して妥当な結論を求めるより他あるまい。証券所持人の信頼利益を保護する場合には、債務

53 落合・注(41)前掲321-322頁参照。

54 同前322-325頁参照。

55 藤原・注(35)前掲159-163頁。

56 田邊・注(32)前掲292-293頁参照。

不履行に準じた処理準則に委ねられよう⁵⁷。

1 - 6 - 2. 貨物引換証の物権的効力

1 - 6 - 2 - 1. 商法 575 条の意義

運送中の物品は、運送人の占有保管下に置かれ、空間を移動している。かかる物品を対象に、商人は、これに対する投下資本の還元たる譲渡あるいは担保価値の利用たる質権設定等を、商機を逸することなく迅速に行う必要に迫られる。しかし、運送中の物品について、譲渡の對抗要件たる引渡し（民 178）や質権設定の成立要件たる引渡し（民 344）をなすことは、物理的に必ずしも容易ではない。それゆえ、運送にとまなう上のような物理的障害を克服し、物品の処分（物品の経済的価値の利用を含む）を容易にするための法技術が必要となる。

商法 575 条は、「貨物引換証ニ依リ運送品ヲ受取ルコトヲ得ヘキ者ニ貨物引換証ヲ引渡シタルトキハ其引渡ハ運送品ノ上ニ行使スル権利ノ取得ニ付キ運送品ノ引渡ト同一ノ効力ヲ有ス」と定め、貨物引換証の引渡しに、当該引渡しをもって、運送品の上に行使する所有権あるいは質権等の権利の取得につき、運送品自体の占有移転があったのと同一の効力を与えている。このような、物品引渡請求権を表章する債権的有価証券を、物品自体の占有移転に利用すべく生み出された特殊な効力が、いわゆる「貨物引換証の物権的効力」と称される効力である。つまり、貨物引換証が、運送品の上における物権的関係を定める効力を有するわけである。

1 - 6 - 2 - 2. 物権的効力の法律構成

この効力に関しては、物の処分を貨物引換証の引渡しにかからしめるといふ、いわば簡易な処分方法に、いかに安全性を保障するかという視座から、その法律構成について、従来から学説の対立が見られる。

その法律構成は、周知のように、大きく相対説と絶対説とに分かれ、相

57 同前 293 頁。

対説は、さらに代表説と厳正相對説とに分かれる、と一般的に觀察されている⁵⁸。

相對説は、運送人による運送品の直接占有を前提に、証券所持人が運送人に対する物品の引渡請求権を有することを通じて運送品の間接占有を有すると捉え、証券の引渡しは、かかる間接占有の移転であると構成するものである。このうち、厳正相對説は、証券による占有移転も厳格に民法の規定に従うべきであって、民法 184 条の指図による占有移転の要件をも具備しなければならない（証券譲渡人が、直接占有者たる運送人に対し、以後譲受人のために物品を占有することを命じなければならない）とするものである。しかし、このような考え方は、民法 184 条の要件の具備を要求することによって、占有移転につき結局は貨物引換証を無用のものとするから、わが商法上、この解釈をとることはできないとして⁵⁹、単に抽象的に論じられてきたにすぎず、わが国においてこの説を支持するものはいないと観てよい。代表説は、証券が運送人の直接占有下にある運送品をいわば代表するものであり、民法の原則と無関係に、証券の引渡しによってのみ運送品の占有移転の効果を生じると構成するものである。代表説は、従来からわが国の通説的地位にある⁶⁰。また、古い判例もこれによるものと思われる（大判明治 41 年（1908 年）6 月 4 日民録 14 輯 658 頁、大判大正 4 年（1915 年）5 月 14 日民録 21 輯 764 頁）。

絶対説は、証券の引渡しそのものが、商法で認められた運送品の占有移転の絶対的方法であり、民法の占有取得原因と無関係に独立して、証券の引渡しによって物品の占有移転を生じると構成するものである。証券所持人の地位の強化と証券流通の保護という観点から有力に主張されている⁶¹。

58 石井吉也「貨物引換証の物權的効力」北澤正啓：浜田道代編『商法の争点』（有斐閣・1995 年）242 頁参照。

59 竹田・注（4）前掲 202 頁参照。

60 松本蒸治『商法大意』（岩波書店・1926 年）296 頁、西原・注（3）前掲 324 - 325 頁、竹田・注（4）前掲 202 - 203 頁、大隅・注（14）前掲 162 頁。

61 我妻栄『近代法における債權の優越的地位』（有斐閣・1953 年）125、128 頁、鈴木・注（50）前掲 53 - 54 頁脚注（4）。

以上は、貨物引換証の物権的効力に積極的意義を認めようとの立場に基づく議論である。これらに対し、谷川久は、貨物引換証の受戻証券性(商584)に基づき、運送品につき第三者が現実の占有を取得することの保障があれば、証券所持人の保護が可能であるとして、物権的効力の存在意義に否定的な見解(物権的効力否定説)を示している⁶²。

1-6-2-3 諸説の検討

(ア) 上に整理した諸説のうち、まず物権的効力否定説に関しては、貨物引換証にとって、かかる効力を認めることが必要不可欠なものといえるか否かとの再検討を喚起したという点に意義を見出せるものの⁶³、現状では支持しえないものとする。この立場によれば、証券を善意取得した者が運送品自体の物権を善意取得するのは、証券取得の時ではなく、現品の引渡しを受けた時と解さざるをえないが、証券取得の時に善意無(重)過失であっても、現品引渡しの時に善意無過失でないならば、証券取得者は運送品自体の物権の善意取得をなしえず、このことは、証券の効力を減殺する結果を招くであろう⁶⁴。運送品の現実の引渡しの前に対抗要件たる占有の移転を認める必要がないとはいえないこと⁶⁵、証券所持人が運送人以外の者に対して権利を主張する必要があること⁶⁶等を考えれば、物権的効力の存在意義を否定することはできない。物権的効力否定説によれば、商法575条の規定の趣旨は、運送品の売買当事者間における履行の問題に関するものにすぎないということになる(売主による契約の履行は、証券の引渡しをもって完了すると解することになる)、これは同条の解釈論の域を超えるものであろう⁶⁷。したがって、この説を支持することはできず、結局は、上述の代表説と絶対説のいずれがより妥当であるかが比較

62 谷川久「貨物引換証の物権的効力」鈴木竹雄：大隅健一郎編『商法演習』(有斐閣・1960年)89-91頁参照。

63 石井・注(58)前掲243頁。

64 小島孝「処分証券について」彦根論叢92号(1962年)293頁。

65 平出・注(2)前掲555頁。

66 江頭憲治郎『商取引法(第7版)』(弘文堂・2013年)302頁脚注(11)。

67 西原・注(3)前掲324頁、小島・注(64)前掲293頁参照。

検討されるべきことになる。

(イ) 代表説と絶対説との比較検討に際しては、さしあたって、次の姿勢を出発点とすべきものとする。すなわち、本来、物と証券とは物理的にその存在空間を異にし、別個の移動がなされるにもかかわらず、できる限り証券的側面において物権法上これを統一的に理解しようとする法技術が証券の物権的効力という問題である以上、物理的制約に基づいて、そこには必ずと限界があるのは当然というべきである。したがって、そのような限界をふまえ、物理的な制約の中で証券と物との関連性を可能な限り維持しつつ、証券所持人の地位の強化と証券の流通保護を図るに資する解釈論を探らなければならない。

(ウ) 代表説から絶対説に向けられた批判は、およそ以下のようなものである。すなわち、絶対説によれば、当初何故に、物品が運送人に引き渡され、運送人が占有を開始しないと物権的効力が発生しないのか説明することができないけれども、この点において代表説の理論は一貫している⁶⁸というものである。加えて、絶対説の構成は、商法 575 条が運送人の占有下にある貨物を前提としていることと矛盾するおそれが強い⁶⁹との批判もなされている。しかし、貨物引換証が要因証券であることからすれば、運送人が運送品の占有を取得することを要するのは当然のことであるといいうるから⁷⁰、上の批判は、必ずしも絶対説にとって致命的なものとはならないと思われる。

代表説の弱点として指摘されるのは、運送人が一時的に運送品の占有を失ったような場合には、その間における証券の引渡しに物権的効力を否定せざるをえないから、証券譲受人は、自己の関知しないところで不利益を受けるおそれがあるというものである⁷¹。絶対説によれば、かかる不利益

68 竹田省「引渡証券の物権的効力に就て」『商法の理論と解釈』（有斐閣・1959年）所収 523 頁。

69 服部栄三『商法総則・商行為法講義』（文真堂・1978年）230 頁。

70 平出・注 (2) 前掲 555 頁。

71 石井：鴻・注 (6) 前掲 181 頁。

は避けられる。しかし、この指摘に対し、代表説はその考え方を弾力化し(弾力化された代表説)、たとえ運送人が直接占有を失おうとも、運送人において占有回収の訴権を有する限り、なお証券は運送品の間接占有を代表しているとして、実質的な結論を絶対説に接近せしめ、証券所持人の不利益を回避しようと試みている⁷²。この点につき、占有訴権を占有そのものと同様に解するのは無理があるとの批判がある⁷³。

運送人の一時的な占有喪失の場合(これが現実にとどのような状態を指すのか、従来の議論からは必ずしも明確ではないし、「一時的」という文言も曖昧であるが)において、証券譲受人の被る不利益を回避すべく、上に述べたように、弾力化された代表説は、運送人による占有回収訴権の保持というところまでその直接占有概念を拡大して、物権的効力の効果を維持しようとしている。そして、従来の商法学界の議論に従う限り、先の批判に目を瞑るならば、運送人の一時的な占有喪失の場合においても、絶対説と弾力化された代表説との実質的な結論には大差がないと評価されてきたように思われる。しかし、不佞が思うに、運送人が具体的にどのような状況の下で占有を失ったのかによって、両説の結論には大きな差異が生じるのではなかろうか。以下のとおりである。

運送人が占有回収の訴えを認められるためには、民法 200 条 1 項の「その占有を奪われた」という要件を必要とするのである。すなわち、運送人の占有に基づく運送品返還請求権の要件は、他人による「占有侵奪」にある。したがって、典型的には、たとえば武装集団によって運送品が強奪されたような場合は、当然に運送人に占有回収訴権が認められるであろう。このときは、絶対説によるうとも、弾力化された代表説によるうとも、強奪犯の手許に運送品が存在する限り、証券の物権的効力は失われない。他方で、運送人がその意思に基づいて任意に占有を移転した場合には、占有

72 西原・注 (3) 前掲 323 頁、大隅・注 (14) 前掲 162 頁、服部・注 (69) 前掲 230 頁。

73 石井：鴻・注 (6) 前掲 181 頁参照。

回収の訴えは認められない。たとえば、運送人が欺罔されて自ら他者に占有を移転したような場合には、占有侵奪は存在しないのである⁷⁴。そうであるとすれば、弾力化された代表説によろうとも、この場合には証券の物権の効力は否定されることになる。しかし、絶対説によれば、この場合であっても、悪意の占有者の手許に運送品が存在する限り、証券の物権の効力は失われない。

今日、実際問題として運送人の直接占有の一時的喪失が生じる場面を想定するならば、武装集団等によって占有侵奪がなされる場合と、無権利者等が運送人を欺罔して表面上は平穩に占有を移転させる場合と、いずれの場合が現実的な問題となる可能性が高いか。明らかに後者であろう（わが国の今後の治安を考えると、前者も増加することが予想されるが、それでもなお後者に重点を置いて考えることが現実的である）。にもかかわらず、弾力化された代表説は、後者の場合に、証券譲受人を十分に保護することができないのである。

(工) さらに、船荷証券を視野に入れて考察してみよう。今日の運送技術の発達は、運送の高速化を進めている。その結果、とりわけ海上運送において、船荷証券が未着であるなどの事情によって、船荷証券の提示を待てない買主が、「証券と引換えでなく運送品を引き渡したことにより、海上運送人が被る一切の損害につき責めに任ずる」旨を記載した保証状 (letter of guarantee) を差し入れることにより、海上運送人から、船荷証券なしに、運送品の引渡しを受けるという商慣習が生じた⁷⁵。いわゆる「保証渡し」と呼ばれる商慣習である。この商慣習を勘案した場合、海上運送よりも遥かに運送の高速化が実現している陸上運送においては、理論上ではあるが、次のような問題が顕在化する可能性が高いのではなかろうか。

いま、甲地にある売主 A が、乙地にある買主 B との間で物品の売買契約

74 川島武宜編『注釈民法(7)』(有斐閣・1968年)191頁[広中俊雄]参照。

75 江頭・注(66)前掲307-308頁。

を締結したと仮定しよう。Aは、この契約を履行するため、運送人Cに、乙地への物品の運送を依頼し、物品をCに引き渡すとともに、Cから貨物引換証の交付を受けた。ところが、物品の運送中に、A B間で何らかの紛争が生じ、AはBとの売買契約を解除した。それにもかかわらず、Bは、乙地において、Cに対する保証状の差入れという欺罔的手段を用いて、Cから物品の引渡しを受けた。一方、Aは、乙地における新たな転売先を求め、Dとの間で改めて売買契約を締結するとともに、同人に貨物引換証を交付した。しかし、この交付は、Cが物品の占有を喪失した後に生じたものであった。上記の事情を知ったCは、Bに対して物品の返還の交渉を開始したものの、Bは頑なにこれを拒んでいる。

このような場合、貨物引換証の所持人たるDの立場から、その具体的処理方法をどう構成すべきであろうか。先に述べたように、CによるBに対する物品の占有移転は、Bの欺罔的手段によるものであるから、占有侵奪と評しえないこと、当然である。したがって、Cは、Bに対する占有回収の訴えを認められない。

代表説によれば、Cによる物品占有喪失という事態の下でなされた貨物引換証の物権的効力は否定されざるをえないから、A D間の貨物引換証の引渡しは、物品の引渡しとしての効力を生じないことになる。ところで、A D間の売買契約は、両当事者間において、窮極的に運送物品の所有権の移転を生ぜしめることを意図した契約であるから、わが民法下においては、原則として、当該契約の中に物権的意思表示も含まれているものと観なければならぬ。ただ、この例のように、運送人による物品の空間的移動をともなうような場合には、現実に物権変動の生じる時期、すなわちA D間で物品の所有権が移転する時期に関して、当事者の意図をどう捉えるべきかが問題となろう。売主Aが負担する物品引渡義務は、物品の事実的支配を移転する行為に他ならないから、その義務の履行は、すなわち同時に物品の所有権をも移転するものとして意識されるのが通常であろう。そうであるとすれば、動産の引渡しは、民法上単なる対抗要件にすぎない（民178）とはいえ、とりわけ売主が買主に物品を受領させるべく運送人との

間で運送契約を締結したような場合には、一般的に、物品の買主への引渡し完了するまでは、所有権の移転も完成しないものと意識されていると観るのが、素直な評価といえるのではなからうか。A D間の上の意識を前提とすれば、代表説に立って、Dが悪意の占有者たるBから、訴訟によって物品の回復を試みる場合、Dが選択すべき無難な構成は、以下のようなものになるであろう。

A D間の売買契約に基づき、Dは、Aに対する目的物の給付請求権を有している。他方、A B間の売買契約はすでに解除されており、Bは物品を占有する根拠を失っている。したがって、A B間において、AはBに対して所有権に基づく物品返還請求権を有している。よって、Dは、Aの債権者として、AのBに対する返還請求権を代位行使しうる（民423 本文）、という構成である。この構成によって、Dは、最終的にBから物品を回復することが可能であると思われる。ただし、DのBに対する請求は、あくまでも「当該物品をAに引き渡せ」との趣旨に基づくものである。もっとも、本設例のような特定物の返還請求権の代位行使の場合には、代位債権者たるDに直接に目的物の引渡し認められるわけであるから、このような構成によろうとも、本設例に関する限り、Dの保護は、後述する絶対説に基づく構成と比較しても、実質的に不利益はないといえよう。しかし、貨物引換証がDからE、さらにFというように輻輳譲渡された場合には、EやFを保護するための構成は、代位の代位、さらにその代位、といったきわめて技巧的なものにならざるをえない。また、上の例において、Dの証券の所持に至る原因が、質権設定を目的とするものであった場合には、代表説によれば、Dはそもそも質権の成立要件を満たしていないことになるわけであるから、その保護ははじめから問題とならない。この点は、後述するように、絶対説に基づく構成に比べて圧倒的にDにとって不利である。

一方、絶対説によれば、本設例は、どのような構成によって解決されることになるであろうか。Cによる物品の占有の喪失にもかかわらず、A D間における貨物引換証の引渡しに物権的効力が認められるとすれば、貨物

引換証の引渡しこそが、まさに物品の占有移転の効力を有するわけであるから、Dは、無理なくして自らの物品所有権の取得を主張しうることになろう。したがって、Dは、貨物引換証の所持人として、自ら直接に悪意者たるBに対して、所有権に基づく物品返還請求訴訟を提起すればよいことになる。Dからさらに証券を譲り受けた者も同様である。この構成によれば、経済上の無駄を省略することができるから、それだけDの保護に資するものであるといえる。加えて、この構成によれば、Dは、物品自体の即時取得者の出現を防止すべく、Bに対する物品返還請求権を被保全権利として、Bを相手に、物品の処分禁止の仮処分（民保23）を容易に申し立てることができるであろう。なお、Dが質権設定を目的として証券の引渡しを受けた場合の構成については、下で述べる（本章1-6-2-4）。

（オ）以上に鑑みれば、証券の利用が発達普及しているという状況および保証渡しの商慣習がいっそう一般化しているという事実（繰り返し述べるように、これらは船荷証券を視野に入れた観察である）に立脚して、証券所持人の保護のために、絶対説が支持されるべきものと思われる。

1-6-2-4. 民法353条との関係

貨物引換証の物権的効力に関して、絶対説の採用に踏み切った場合の、貨物引換証の引渡しによる質権設定と、民法353条との関係に言及しておかねばならない。

民法上、動産質における質権者による目的物の占有という事実は、きわめて重要であるから、民法353条の法意として、質権者は、設定者が目的物を奪ったような場合は格別、それ以外の占有喪失の場合においては、質権自体に基づいて返還請求をすることを認められないとされている。すなわち、民法353条は、質権者に、質権自体に基づく本権の訴えを禁じる趣旨を示すものである⁷⁶。

絶対説によれば、物品が悪意の占有者の手許にある限り、貨物引換証の

76 柚木馨：高木多喜男『担保物権法（新版）』（有斐閣・1973年）106頁。

物権的効力は失われないから、質権設定のために貨物引換証の交付を受けた者は、物品の上に有効に質権を取得しうる。この場合、貨物引換証の所持人は、本権たる質権に基づいて、物品自体を悪意で占有する第三者に対する返還請求訴訟の提起を認められるべきであると考えられる。商法 575 条は、物品の占有移転原因と独立して、特別法として占有移転方法を定めたものであるから、同条が適用される場面においては、民法 353 条の適用は排除されるべきである。

1-6-2-5. 物品の滅失、物品自体の即時取得があった場合

たとえ絶対説によろうとも、物品の滅失や第三者による物品自体の即時取得が生じた場合（本章 1-6-2-6（イ））には、占有の基礎である物そのものが存在しないに至るのであるから、もはや証券の物権的効力は維持できず、証券所持人に対する物権的救済は不可能になる（大判昭和 7 年（1932 年）2 月 23 日民集 11 巻 148 頁）。これが、貨物引換証の流通保護の限界であるが、物自体の流通保護がより重視されるべきであろうから⁷⁷、やむをえない。この点は、代表説によろうとも同一の結論になる。

1-6-2-6. 貨物引換証の処分証券性

（ア）貨物引換証に物権的効力が認められる結果、商法 573 条は、貨物引換証が発行されているときは、運送品に関する処分は、当該証券をもってしなければならない旨を規定している。すなわち、貨物引換証には処分証券性が認められる。したがって、運送品の処分をなしうる者は、適法な証券所持人に限られる（大判大正 13 年（1924 年）7 月 18 日民集 3 巻 10 号 399 頁）。

商法 573 条にいう「運送品ニ関スル処分」とは、広い意味であって、運送品の譲渡・質入れなどの物権的処分の他、運送品処分権（商 582）による債権的処分をも包含するものと解されている⁷⁸。

77 服部栄三：柿崎栄治『演習商法上巻（商法総則・商行為法）』（法学書院・1966 年）245 頁。

78 平出・注（2）前掲 557 頁、服部・注（69）前掲 231 頁。

(イ) しかし、たとえ貨物引換証が発行されていようと、たとえば無権利者が貨物引換証によらないで直接に運送品の処分（売却、質入れ）をなしたときに、当該運送品の引渡しを現実に受けた者が、貨物引換証が発行されているために運送品の処分権が制限されていることおよび直接に処分をした者が無権利者であることにつき、善意かつ無過失であって、平穩かつ公然に運送品の占有を開始したならば、即時に運送品について行使する権利（所有権、質権）を取得する（民 192）。この場合には、上に述べたように（本章 1 - 6 - 2 - 5）、運送品自体の即時取得者の権利が、貨物引換証の所持人の権利に優先する。

2. 倉庫証券

2 - 1. 倉庫証券の意義

商法典中に「倉庫証券」という単語は用いられていない。一般に、倉庫証券とは、倉庫営業者に対する倉庫寄託契約上の寄託物返還請求権を表章する有価証券であって、運送中の物品について発行される貨物引換証または船荷証券と同様に、これにより寄託中の物品を簡易迅速に譲渡または質入れすることを可能ならしめる技術的制度である⁷⁹と説明される。

わが商法は、倉庫証券として、預証券および質入証券、または、倉荷証券、を認め、いわゆる併用主義を採用している。

倉庫証券として、いかなる証券を認めるかについては、2つの主義がある。すなわち、複券主義（二券主義）と単券主義（一券主義）である。両者を採用するのが、併用主義である。

「複券主義」とは、倉庫営業者をして、預証券と質入証券とを発行せしむるものである。この主義は、質入証券によって寄託物の質入れをなし、預証券によって、質権を負った寄託物の譲渡をなすことをえしむるものであって、寄託物に対する金融の便を得るのに、最も便利な制度である⁸⁰と

79 平出・同前 596 頁。

80 小町谷・注 (1) 前掲 303 頁参照。

説明される。換言すれば、預証券は寄託物の所有権の移転の目的に、質入証券はその質入れの目的に用いられるのであって、荷主たる者は、一方質入証券によって金融の便を得ておき、他方預証券によって好機を待って在庫品を売り渡すことができる仕組みになっているのである⁸¹。

「単券主義」とは、寄託物の質入れ、譲渡等、ひとつにこの証券によってこれをなすものである。しかし、金融を計る上において、遙かに複券主義に及ばない⁸²とする小町谷操三の評価が存する。この主義は、あたかも貨物引換証のごとき1枚の倉庫証券（倉荷証券）を認め、かつこれに物権的効力を付する主義であって、所有権の移転も質権の設定も、ともにその1枚によってこれをなすを要するものである⁸³。

2 - 2. 複券主義から併用主義へ

明治32年（1899年）制定当初のわが商法は、複券主義を採用した。立法理由書には、以下のごとく記されている。すなわち、「寄託者ハ倉庫營業者ニ対シテ如何ナル証券ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ルヤニ付テハ各国立法例ニ主義二分レ英吉利、^{オーストリー}澳太利、^{スペイン}西班牙等ノ諸国ニ於テハ寄托証券ノ交付ノミヲ請求スルコトヲ得ルモノト為シ仏蘭西、伊太利、^{ベルギー}白耳義等ノ諸国ニ於テハ預証券及ヒ質入証券ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ルモノト為ス而シテ我国従来ノ慣習ニ依レハ単ニ寄託証券ノミヲ発行スルカ如シト雖モ一方ニ於テ寄託物ヲ質入シ他方ニ於テ其後之ヲ譲渡スルカ如キ場合ニ在テハ預証券及ヒ質入証券ノ並ヒ存スルコト實際上便宜甚タ多ク而カモ之カ為メ倉庫營業者ニ不利益ヲ感セシムルコト尠ナルヘキヲ以テ [わが商法は] 後者ニ倣ヒ……寄託者ハ預証券及ヒ質入証券ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ルモノト定メ⁸⁴」たとされている。つまり、金融の便を得るに勝る複券主義を採

81 大隅・注 (14) 前掲 179 頁。

82 小町谷・注 (1) 前掲 303 頁。

83 竹田・注 (4) 前掲 222 頁。

84 東京博文館蔵版『商法修正案理由書』（1898年）301 - 302 頁。

用したと述べられている。この主義は、松本烝治も肯定的に評価していたようであり、「二券主義ノ一券主義ニ優レルハ各国学者ノ殆ト一致シテ二券主義ヲ可トスルト……各国立法ノ趨勢カ二券主義ノ採用ニ向ヘルトニ依リテ明瞭ニ証セラルル所⁸⁵」であると評していた。

しかし、わが国の実業界が二券の利用に慣れず、二券が事実上分離せずに利用され、単券主義と異なるところがなかったため、明治44年(1911年)商法改正に際し、二券に代えて一券(倉荷証券)の発行をも求めることにしたのである⁸⁶。すなわち、同年改正後商法383条ノ2において、寄託者は、預証券と質入証券との二券の発行を求めるか、倉荷証券の発行を求めるか、の選択権を有するものとした。この法政策は、今日の商法627条に承継されている。

上の改正の主たる理由は、当時、日本銀行が、二券を付した手形でなければこれを受領せず、預証券と分離された質入証券の割引を拒絶していたことによるものであったらしい⁸⁷。

松本烝治は、複券主義から併用主義の採用へと移行した明治44年改正に対し、以下のような強烈な批判をしている。違大な研究者の人となりを見うに足る興味深い記述であるため、あえて紙幅を割いて紹介しておく。「しばしば実際家ハ屢々余輩法律家ニ注文シテ曰ク、いわ乞フ机上ノ空論ヲ為サスシテ少シク商業ノ実際ヲ研究セヨト。余ノ如キハ此注文ニ応シタル毎ニ実際家カ故ナクシテ法律ヲ無視スルカ又ハ之ヲ濫用セルノ甚シキニ驚キテ実際研究ノ多ク学問ニ益ナキコトヲ嘆息セリ。余ハ実際家ニ注文シテ曰ハシ、がらんろ乞フ少シク古器ヲ玩弄シちようちく詩酒ヲ徵逐スル寸暇ヲ割テ法律ヲ研究セヨト。二券主義反対論ノ如キ亦法律ノ誤用ニ出ルナケレハ幸ナリ。ここ茲ニ卑近ノ譬喩ひゆヲ採ルヲ許セ。小兒ノ箸ヲ用クル者多ク握にぎりばし箸ヲ為ス、之ヲ移シテ正当ナル使用方法ヲ教クルモ之ヲ不便トセサル者アルコトナシ。今ノ実際家カニ

85 松本烝治『商法改正案評論』(巖松堂書店・1911年)136頁。

86 小町谷・注(1)前掲303頁。

87 松本・注(85)前掲138頁参照。

券ヲ利用スルコトヲ知ラサルハ略^ほホ之二類ス多ク論スルニ足ラサルカ如シ⁸⁸」(適宜、句読点を付した)。34歳にして、実務家を子供扱いしている。まさに、松本烝治の前に松本烝治なく、松本烝治の後に松本烝治なし、との感を強くする。実務家とともに、天下りを見越してこれに阿諛^{あゆ}追^{つい}従^{しゅう}する官僚に一読させたい文章である。

上のような批判にもかかわらず、現在の取引では、もっぱら倉荷証券が利用され、複券は倉庫営業者側に印刷用紙の準備もないほど空文化している⁸⁹といわれる。

わが国で複券制度が空文化したのは、預証券所持人の有限責任(商607)のため、債権者たる質入証券所持人の地位が不安であること、しかも債権実行の手續に不渡手形の場合のような迅速・厳格性が要求され(商609以下)その煩に堪えないこと、實際上複券が分離利用されない以上(銀行が質入証券に対して金融の便を与えない)、単券主義の方が発行者・利用者の双方にとって簡便であることなどに原因があるとされているようである⁹⁰。しかし、他面においては、倉荷証券の質入後における寄託物の売買に関し、仮渡しや空券発行などの脱法行為が少なくないことから、むしろ現行の複券制度の煩雑性を合理化し、預証券所持人には債務に対する全責任を負担せしめて、複券主義を維持すべきであるとの見解もある⁹¹。この点、西原寛一^が、問題は合理的ながら複雑な制度を消化する経済的地盤の存否の認識にあると⁹²指摘しており、金融機関をはじめとする証券を扱う実務家の意識の変革が可能となるような制度の構築が今後の立法政策を方向づけると考えているようである。

88 同前 137 頁。

89 西原・注(3) 前掲 362 頁。

90 同前 364 頁脚注(2) 参照。

91 平出・注(2) 前掲 598 頁参照。

92 西原・注(3) 前掲 364 頁脚注(2)。

2 - 3. 倉庫証券の発行主体

倉庫証券の発行主体に関しては、商法上、別段の制限はなく、倉庫営業者であれば、寄託者の請求を受けて、いつでもこれを発行しうることになっている (商 598、627)。しかし、倉庫業法 13 条 1 項は、倉庫証券を発行できるのは、国土交通大臣の許可を受けた倉庫業者に限るものとしている。なお、国土交通大臣が上の許可をしようとするときは、その業務を適確に遂行するに必要な経験または能力を有すること、その業務を適確に遂行するに足る資力信用を有すること、という基準によらなければならないとされている (倉庫業 13)。また、倉庫業者が、国土交通大臣の許可の取消しを受け、その取消しの日から 2 年を経過していない者であるとき、

法人である場合において、その役員が に該当する者であるとき、国土交通大臣は、その許可をしてはならないとされている (倉庫業 13)。

もっとも、倉庫業法に違反して発行された倉庫証券も、倉庫証券としての効力を有すると考えられる⁹³。

2 - 4. 預証券および質入証券

2 - 4 - 1. 証券の発行

倉庫営業者は、寄託者の請求により、寄託物の預証券および質入証券を交付しなければならない (商 598)。証券発行義務は、貨物引換証と同様、寄託物を受け取った後に発生するものであり、商法 598 条もまた、倉庫営業者に、証券交付契約の締結を強制しているものと観察しえよう。

2 - 4 - 2. 証券の方式

預証券および質入証券には、以下の事項および番号を記載し、倉庫営業者がこれに署名しなければならない (商 599 柱書)。記名押印をもって、署名に代えることができる (商 32)。

93 小町谷・注 (1) 前掲 304 頁、大隅・注 (14) 前掲 180 頁。

研究ノート

受寄物の種類・品質・数量およびその荷造りの種類・個数ならびに記号（商 599 ）

この記載は、地方の慣用による記載方法で足りる。したがって、たとえば、米の産出年度の記載のみをもって足りる場合もありうる⁹⁴。

寄託者の氏名または商号（商 599 ）

保管の場所（商 599 ）

保管料（商 599 ）

保管の期間を定めたときはその期間（商 599 ）

受寄物を保険に付したときは、保険金額、保険期間および保険者の氏名または商号（商 599 ）

通常は火災保険であるが（倉庫業 14）、必ずしもこれに限られず、水害保険や盗難保険等をも含み、さらに倉庫営業者の責任保険をも含む⁹⁵。地震保険も含まれよう。

証券の作成地およびその作成の年月日（商 599 ）

以上の7項目である。商法は、預証券および質入証券である旨の文句の記載を要するとの直接の規定を設けていない。しかし、2つの異なった作用を営むところの、異なった名称の証券の作成交付義務を認めている点、この両者に代えて1枚の倉荷証券を作成する場合と記載事項が共通するから（商 627 599）、その記載がないと、各証券が倉荷証券として流通する危険があること等に鑑み、預証券および質入証券である旨の名称の記載を要するものと解すべきである⁹⁶。

預証券および質入証券は要式証券であるが、上述の法定記載事項に欠缺があっても、預証券または質入証券たることを券面上認めることができ、権利者および権利の目的たる寄託物が特定され、かつ義務者たる倉庫営業

94 小町谷・同前 306 頁脚注 (2)。

95 平出・注 (2) 前掲 598 頁。

96 同前 599 頁、小町谷・注 (1) 前掲 306 頁、大隅・注 (14) 前掲 183 頁。

者が署名していれば、倉庫証券として有効と解してよいこと⁹⁷、貨物引換証と同様である。

預証券および質入証券は、貨物引換証と同様、指図式および記名式（商 603）の他、選択無記名式（商 519 小 5）さらに無記名式で作成することも認められる⁹⁸。寄託者の記載も必ずしも必要ではない⁹⁹。また、法定記載事項以外の記載も、証券の本質に反しない限り、その効力を有する¹⁰⁰。その記載により、証券自体が無効となるような有害の記載事項がないこと、貨物引換証と同様である。

2 - 4 - 3. 2 枚の証券の性質および効力ならびに関係

2 - 4 - 3 - 1. 性質および効力

(ア) 預証券および質入証券は、2 枚が一体となって、1 個の倉庫証券として、寄託物の返還請求権を表章する有価証券であると捉えられる。倉庫寄託契約を前提とする要因証券である。その有価証券としての効力発生時期および交付欠缺の問題は、貨物引換証と同様に捉えてよい（本章 1 - 3、1 - 4）。

(イ) 預証券および質入証券は、法律上当然の指図証券である（商 603 本文）。したがって、証券に裏書を禁ずる旨の規定がない限り（商 603 ただし書）、裏書によって譲渡または質入することができる。一方の証券のみの裏書を禁止することは許されないと解する。寄託者の同意のない限り、倉庫営業者は、裏書の禁止されていない証券を交付する義務を負う。

預証券の所持人が、まだ寄託物の質入をなさない間は、預証券および

97 平出・同前参照、大隅・同前 182 - 183 頁参照、竹田・注 (4) 前掲 223 - 224 頁参照。

98 平出・同前。無記名選択式が認められる以上、無記名式で発行しうると解さなければならない（大隅・同前 183 頁）。

99 平出・同前。

100 同前。

質入証券の所持人は、各別にこれを譲渡することをえない（商 603）。それまでは、2枚の証券は一体となって流通する。そうしなければ、預証券の譲渡人が、すでに寄託物の所有権を失ったにもかかわらず、質入証券によって寄託物の上に質権を設定するおそれがあるからである¹⁰¹。それゆえ、預証券の裏書譲渡をなすときは、質入証券もこれに付属せしめられて、預証券とともに譲受人に交付される¹⁰²。このとき、質入証券に裏書をなす必要はない。

上述の裏書には、当然に権利移転的効力が認められる。また、資格授与的効力も認められる（商 519 小 19）。

（ウ）預証券および質入証券は文言証券である。すなわち、寄託に関する事項は、倉庫営業者と証券所持人との間においては、その証券の定めるところによって決せられる（商 602）。要因証券性と文言証券性との関係については、貨物引換証の場合と同様にこれを解したい（本章 1-6-1-4 ないし 1-6-1-7）。ただし、繰り返し述べるように（本章 1-6-1-2（イ）参照）、倉庫証券に関し、判例は、文言証券性を重視したと評価しえる判断を下している（大判昭和 11 年（1936 年）2 月 12 日民集 15 卷 357 頁、大判昭和 14 年（1939 年）6 月 30 日民集 18 卷 729 頁）ことに留意されたい。

（エ）預証券および質入証券は受戻証券である。したがって、これを発行したときは、証券と引換えでなければ、寄託物の返還請求をすることができない（商 620）。ここに証券とは、預証券および質入証券の両証券をいうのであって、両者が一体となって受戻証券をなす¹⁰³。したがって、預証券のみをもっては、寄託物の返還を請求することができない。もし、後述するように（本章 2-4-3-2）、質入証券によって寄託物が質入れされたときは、預証券の所持人は、質入証券の所持人に対し、証券記載の債権

101 小町谷・注（1）前掲 308 頁。

102 大隅・注（14）前掲 183 頁。

103 同前 184 頁。

額を弁済のうえ質入証券を受け戻し、これと預証券との両者をもって寄託物の返還請求をしなければならないのが原則である¹⁰⁴。

ただし、預証券の所持人が、質入証券に記載された債権の弁済期前に、その債権の全額および弁済期までの利息を倉庫業者に供託したならば、預証券のみで寄託物の返還を請求することができる(商 621)。また、寄託物が同種類であって同一の品質を有し、かつ、分割ができるものであるならば、預証券の所持人は、債権額の一部およびその弁済期までの利息を供託して、預証券のみで、その支払額の割合に応ずる寄託物の一部の返還を求めることができる(商 622 前段)。 の場合には、倉庫業者は、預証券上に供託を受けた金額および返還した寄託物の数量を記載し、当該預証券が残存寄託物に係る証券であることを明らかにしておかねばならないとともに、その旨を帳簿(倉庫証券控帳、本帖・上の巻第4章5-3-2-2(オ))に記載しなければならない(商 622 後段)。なお、 の場合における預証券の所持人は、寄託物の一部出庫に関する費用を負担しなければならない(商 622)。

以上の および のいずれの場合も、倉庫業者は、質入証券の所持人のために供託金を保管するものであるから、質入証券所持人の権利は、その供託金の上に存する(商 623)。この供託金をもって質入証券に記載された債権の一部を弁済したときは、倉庫業者は、その支払った金額を質入証券に記載のうえ当該証券を所持人に返還し、かつその旨を倉庫証券控帳に記載しなければならない(商 623 612)。

しかし、この便法に問題がないわけではない。この便法が利用されたとき、質入証券の所持人は、証券と引換えに、倉庫業者から供託金の支払いを受けることになるが、倉庫業者に破産手続開始の決定があった場合、当該供託金は破産財団に属することになるから、質入証券の所持人保護が判然としないと思われるからである。

104 同前。

(オ) 預証券および質入証券は、物権的効力を有し、証券の記載により証券の権利者たる資格を持つ者に証券を引き渡したときは、その引渡しは、寄託物の上に行使する権利の取得につき、寄託物の引渡しをしたのと同一の効力を有する (商 604 575)。したがって、預証券および質入証券が発行された場合には、寄託物の処分は証券をもってしなければならない (商 604 573)。

2-4-3-2. 質入証券による質入れ

(ア) 質入証券の意義

質入証券は、もっぱら寄託物の質入れの用に供せられる証券であって、したがって、先に述べたように (本章 2-4-3-1 (イ))、質入れがなされない間は、預証券に付属せしめられ (つまり、それ自体、未だ独立した価値を有さない)、各別にこれを移転することはできない (商 603)。ただし、質入証券によらずに寄託物の上に質権を設定することができないというわけではなく、預証券と質入証券とを分離することなく、裏書交付をすることによっても、寄託物の上に質権を設定しうることは、貨物引換証による質権設定の場合と異ならない¹⁰⁵。

しかしながら、寄託者または爾後の証券の正当所持人が、寄託物を質入れすべく、質入証券に質入裏書をしてこれを質権者に交付すると、質入証券は被担保債権およびこれを担保する寄託物上の質権の両者を表章する有価証券として、独立に流通することになる¹⁰⁶。

しかも、以下で詳述するように、債務者たる質入証券の第1裏書人は、手許に残しておいた預証券により、機をみて寄託物を売却処分できるから、これを巧みに利用するならば、その便益はすこぶる大きい¹⁰⁷。これが、複券主義の長所である。

105 竹田・注 (4) 前掲 226 頁。

106 平出・注 (2) 前掲 601 頁、大隅・注 (14) 前掲 185 頁。

107 大隅・同前。

(イ) 第1の質入裏書 (質権の設定)

預証券の所持人が、質入証券によって、寄託物の上に質権を設定しようとするときは、質入証券に、被担保債権額、その利息および弁済期を記載しなければならない(商606)。寄託物の上の質権は、上記の記載をした質入証券に第1の質入裏書をしてこれを質権者に交付することによって、その効力を生じる(商604-575)。ただ、預証券が別に流通することに鑑み、第1の質権者(最初の被裏書人)が、債権額、その利息および弁済期を預証券に記載して署名するのでなければ、第1の質権者およびその後者は、当該質権をもって、第三者に対抗することができない(商606)。預証券は、質入証券と離れて別に流通することになるから、預証券による寄託物の譲受人は、かかる記載がなければ、その寄託物の上に存する質権の範囲を知りえないからである¹⁰⁸。

(ウ) 第2以降の裏書 (質入証券の流通)

質入証券は、さらに第2以降の裏書によって譲渡することができる。質入証券の譲渡には、法律上当然の指図証券性が認められ(商603)、裏書の要件・方式、白地式裏書の効力、裏書の資格授与的効力および質入証券の善意取得については、手形・小切手に準ずる(商519)。第2以降の裏書は、質権を追加的に設定するものではなく、質入証券の所持人が有する証券上の権利を移転することを目的とするものである¹⁰⁹。第2以降の裏書には、いわゆる担保的効力も認められ、第2以降の裏書人は、第1の質入裏書人と同様に、遡求義務を負担することになる(商613)。それゆえ、質入証券は、質入証券の裏書人に対する遡求権をも表章する。

(エ) 預証券の流通

質入証券の第1の質入裏書がなされたときは、預証券の所持人は、預証券のみによって寄託物を処分することができる。預証券の譲渡には、法律上当然の指図証券性が認められ(商603)、裏書の要件・方式、白地式裏

108 同前186頁。

109 平出・注(2)前掲605頁。

書の効力、裏書の資格授与的効力および預証券の善意取得については、手形・小切手に準ずる（商 519）。

預証券の被裏書人は、預証券の引渡しを受けることにより、質入証券の所持人が有する質権負担物の寄託物の上に行使する所有権等の権利を取得することになる（物権的効力）。

（オ）質入証券の所持人の権利

質入証券の所持人は、証券に記載された債権および質権を有することとなる。

本来、質入証券の所持人に対する債務者は、第 1 の質入裏書の裏書人であるが、この者が、預証券を譲渡した後に自ら進んで債務の弁済をするということを期待するのは無理があるから¹¹⁰、その債権の債務者は、その時々々の預証券の所持人であるべきである。この観点から、商法 607 条は、預証券の所持人は、寄託物をもって債権額および利息を弁済する義務を負うと規定した。すなわち、商法は、預証券の所持人が、質入証券上の債権の債務者であるが、その債務は、寄託物をもってする物的有限責任であるとしたのである。預証券の譲受人としては、寄託物の価格から、債権額およびその利息を差し引いて譲渡人との代金の協定、換言すれば、預証券の譲受けの対価を決定すればよいことに鑑み、商法は、とくに預証券の所持人に証券に記載された債権額などを弁済する義務を課するとともに、預証券が流通することに鑑み、預証券所持人の利益を保護する必要から、その弁済義務を物的有限責任としたのである¹¹¹。

質入証券の所持人は、質入証券および預証券に記載した弁済期に、倉庫営業者の営業所において、預証券の所持人から弁済を受けることになる（商 608）。質入証券上の債権の弁済場所を倉庫営業者の営業所としたのは、両証券が互いに別異に流通するので、債権者および債務者が互いに相手方が何人であるか知りえないからである。したがって、弁済期において、預

110 石井：鴻・注（6）前掲 211 頁。

111 同前。

証券の所持人と質入証券の所持人とが、倉庫営業者の営業所で、相会して弁済をなすこととなっている¹¹²。

質入証券の所持人が弁済を受ければ、預証券の所持人は質入証券を取得し、両証券が再び一体となって、証券所持人は寄託物の出庫を請求することができる地位を取得するに至る（商 620）。

(カ) 質権の実行

質入証券の所持人が、預証券の所持人から債権の弁済を受けることができなかつたときは、以下のような措置を執ることができる。

まず、寄託物から弁済を受けるべく、質権の実行ができる。すなわち、手形に関する規定（手 84）に従って、拒絶証書を作成させ（商 609）、拒絶証書作成の日から1週間を経過したときは、寄託物の競売を請求することができる（商 610）。この1週間という期間は、預証券所持人に考慮ないし資金調達の猶予を与えるためである¹¹³。もっとも、拒絶証書の作成は、遡求権保全の要件にすぎないから、拒絶証書を作成しなかつた場合には、弁済期から1週間を経過すれば、競売の請求ができるものと解されている¹¹⁴。しかし、拒絶証書の作成期間が、手形に準ずるとすれば、弁済期日およびこれに次ぐ2取引日以内と解される（手 44 参照）ので、拒絶証書作成期間経過後1週間を経る必要があるのではなからうか。

競売がなされると、倉庫営業者は、競売代金の中から、競売に関する費用、受寄物に課すべき租税、保管料その他保管に関する費用および立替金を控除した後、その残額をもって、質入証券の所持人に対し、その証券と引換えに、当該証券記載の債権、利息、拒絶証書作成の費用を支払わなければならない（商 611）。こうして、質入証券の所持人は、債権の弁済を受けるわけであるが、余剰があるときは、倉庫営業者は、これを預証券と引換えに、その所持人に支払わなければならない（商 611）。

112 大隅・注(14)前掲187頁。

113 石井：鴻、注(6)前掲213頁。

114 小町谷・注(1)前掲313頁。

(キ) 償還請求（遡求）

競売代金をもって、質入証券記載の債権の全部を弁済することができなかったときは、倉庫営業者は、その支払った金額を質入証券に記載して、当該証券を所持人に返還し、かつその旨を倉庫証券控帳に記載しなければならない（商 612）。この場合、その所持人は、手形の場合に準じて（手 45 ・ ・ ・ 、48 、49、50 ）、自己の前者たる質入証券の裏書人に対し、その不足額について、償還請求（遡求）をすることができる（商 613）。ただし、質入証券の所持人が、拒絶証書を作成せしめなかったとき、または拒絶証書作成の日から 2 週間以内に寄託物の競売を請求しなかったときは、償還請求権を喪失する（商 614）。これは、償還義務者をして、相場の変動による損失を負担せしめないようにする趣旨である¹¹⁵。

上の遡求制度は、預証券所持人の責任を物的有限責任としたことから、とくに法定された担保責任制度である¹¹⁶。石井照久・鴻常夫は、この点に質入証券金融を阻害する原因のひとつがあるので、立法論としては、遡求手続を若干簡素化することも検討に値する¹¹⁷と指摘している。

なお、預証券の所持人が、本章 2 - 4 - 3 (工) に述べた便法を利用して、寄託物の一部出庫をした場合（商 622）には、質入証券の所持人は、供託金の払渡しにより満足を受けることになるが、供託金が質入証券記載の全額に満たないときは、上述の場合に準じて、倉庫営業者は、その支払った金額を質入証券に記載のうえ当該証券を所持人に返還し、かつその旨を倉庫証券控帳に記載しなければならない（商 623 612）。かくして、質入証券の所持人は、遡求権を保全したうえで、不足額を裏書人に遡求することになる。

(ク) 時効

質入証券所持人の、預証券所持人に対する請求権は、弁済期から 1 年、

115 同前 314 頁。

116 石井：鴻、注 (6) 前掲 214 頁。

117 同前。

質入証券の裏書人に対する償還請求権は、寄託物につき弁済を受けた日から6ヵ月、をそれぞれ経過したときは、時効によって消滅し、また、質入証券裏書人の、その前者に対する請求権（再遡求権）は、償還をした日から6ヵ月を経過したときは、時効によって消滅する（商615）。

2-4-4. 補遺

預証券および質入証券の双方を所持する者は、倉庫営業者に対し、寄託物を分割し、かつ、その各部分に対する預証券および質入証券の交付を請求することができる（商601 前段）。この場合には、所持人は、従前の預証券および質入証券を倉庫営業者に返還しなければならない（商601 後段）。証券所持人が、寄託物を分割して、譲渡または質入れをする便宜を図るため用意された規定であり、当然の理を規定したものにすぎない。

預証券または質入証券が滅失したときは、その所持人は、相当の担保を供して、さらにその証券の交付を請求することができる（商605 前段）。この場合には、倉庫営業者は、その旨を倉庫証券控帳に記載しなければならない（商605 後段）。このような便法を認めたことにつき、立法理由書は、「公示催告手続ヲ經テ除権判決〔今日では除権決定〕確定シタル後ニ新証券ヲ発行スルトキハ倉庫営業者ニ取りテ……危険ナシト雖モ之力為メニ少ナカラサル時日ヲ要シ其間ハ寄託物ニ付キ何等ノ処分ヲ為スコトヲモ得サラシムルハ寄託物又ハ其承継人ニ対シテ苛酷ナルノミナラス經濟上策ノ宜シキヲ得タルモノニアラス故ニ本条ハ一方ニ於テハ証券ノ所持人ヨリ相当ノ担保ヲ供セシメテ倉庫営業者ノ危険ヲ予防シ他方ニ於テハ直チニ証券ノ交付ヲ求ムルコトヲ得セシメテ所持人ノ便宜ヲ図リタリ¹¹⁸⁾」と記している。しかし、大隅健一郎によって、立法論としても、このような法政策の当否は疑わしいと指摘されている¹¹⁹⁾。

118 東京博文館蔵版・注(84)前掲308頁。

119 大隅・注(14)前掲182頁

2 - 5. 倉荷証券

(ア) 倉荷証券は、貨物引換証と同様、単券をもって、寄託物の譲渡・質入れ等の目的を達しようとするものであり、わが国においては、もっぱらこの証券が利用されている。

倉庫営業者は、寄託者の請求があるときは、預証券および質入証券に代えて、倉荷証券を交付しなければならない(商 627)。寄託者は、当初より倉荷証券の交付を求めるとともに、いったん交付を受けた預証券と質入証券とを返還して、倉荷証券の交付を請求することもできる¹²⁰。倉荷証券は、寄託物返還請求権を表章する有価証券である。

商法は、倉荷証券について、ほとんど規定を設けることをせず、預証券に関する規定を包括的に準用している(商 627)。それゆえ、その形式、流通方法および効力等については、預証券に準じて決せられる。それゆえ、倉荷証券は、貨物引換証と同様に、債権的効力(商 627 602)および物権的効力(商 627 604 575)が認められる。受戻証券(商 627 620)であり、処分証券(商 627 604 573)である。

(イ) 倉荷証券所持人が、寄託物に質権を設定するには、債権者との間で質権設定契約を締結し、質権者に倉荷証券を引き渡さなければならない(必ずしも裏書をすることなく、単なる引渡しをもって足りる)と解するのが趨勢である¹²¹。倉荷証券には、質入証券に関する規定が準用されないから、民法 363 条に依拠して、証券の引渡しをもって足りると解するのであろう。

これに疑問を呈するのが、平出慶道および西原寛一である。彼らによれば、倉荷証券も法律上当然の指図証券性を有し(商 627 603)、これが指図証券である以上は、引渡証券として有する物権的効力は証券の被裏書

120 小町谷・注(1)前掲317頁。

121 大森忠夫『商法総則・商行為法(改訂版)』(三和書房・1975年)310頁、小町谷・同前、大隅・注(14)前掲189頁。

人について生じるものと解する他ないとされている¹²²。したがって、倉荷証券が指図証券である場合には、寄託物の質入れには、所持人が、倉荷証券に裏書をして、これを質権者に交付することを要すると説かれている¹²³。

もし平出・西原のように解するならば、この理は、貨物引換証によって運送品に質権を設定する場合にも貫かれなければならない。貨物引換証もまた、法律上当然の指図証券である（商 574）からである。しかし、貨物引換証にせよ、倉荷証券にせよ、質入裏書の制度は認められていない。これらの証券が質権に係る物権的効力を生じる「引渡し」に裏書を要求すれば、その裏書は単純な裏書をなす以外になく、譲渡裏書と券面上区別がつかなくなる。これは、いわば隠れた質入裏書であり、法的に評価すれば、寄託物の譲渡担保ということになる。そうであるとすれば、倉荷証券所持人が、証券に裏書して、これを質権者に交付するというのは、寄託物の所有権を失うおそれがあることになって、あまりに危険なのではなからうか。結果、寄託物の所有者が譲渡担保権の設定を甘受する場合は格別、それを欲しなれば、倉荷証券を用いて金融の便を図ることの阻害要因となるのではないかと考える。

よって、倉荷証券の所持人は、債権者と質権設定契約を交し、かつ、これに裏書をして質権者に証券を交付することによっても（所持人に裏書を禁じる必要はない）、または、単に証券を質権者に引き渡すことによっても、この証券を寄託物の質入れに利用できると解したいと思う。

（ウ）倉荷証券の所持人が寄託物を質入れしたときは、いずれにせよ、倉荷証券が質権者に引き渡されているから、弁済期に被担保債権を弁済して、証券を受け戻さなければ、寄託物の返還を倉庫営業者に請求できないのが道理である。しかし、とくに質権者の承諾があれば、寄託者は、債権の弁済期前であっても、寄託物の一部の返還を請求することができる（商 628 前段）。この場合には、倉庫営業者は、返還した寄託物の種類・品質

122 平出・注 (2) 前掲 608 頁、西原・注 (3) 前掲 366 頁脚注 (5)。

123 各同前。

および数量を倉荷証券に記載し、かつその旨を倉庫証券控帳に記載しなければならない（商 628 後段）。質権者の利益を害しない範囲で、質権設定者たる寄託物返還請求権者の便宜を図る趣旨である¹²⁴。

2 - 6. 倉庫証券の発行の場合における保管料の支払い

（ア）保管料の債務者は、理論的には、契約の当事者である寄託者である。しかし、倉庫証券が発行された場合には、保管料の支払義務者が誰であるか、これをどのように構成するかにつき、諸説がある。倉庫証券が発行されると、寄託者と出庫請求者（証券所持人）とが異なることになるが、物品運送の場合における商法 583 条 2 項のような規定がないため、証券所持人が寄託物の出庫請求をなすに際し、寄託者が負担した保管料の支払いその他の債務を負担するか否か、必ずしも明らかではないからである。もっとも、実務上、約款では、保管料の支払義務者として、寄託者と証券所持人とを同列に並べて掲げている¹²⁵。

（イ）従来の多数説の構成は、以下のようなものである。すなわち、倉庫営業者は、寄託物の上に留置権（民 295、商 521）および先取特権（民 320）を有するから、倉庫証券所持人は事実上その支払いをなさざるをえず、そうであるとすれば、倉庫証券の所持人は、常に保管料の支払いをなす意思をもって証券を譲り受けるものと解し、換言すれば、証券所持人がこれを取得するときは、証券記載の文言に従って、保管料支払債務を引き受ける旨の意思の合致があるものと解し、そのような意思を根拠に、証券所持人が支払義務者になるという構成である¹²⁶。この構成は、債務引受説と呼ばれている。最高裁昭和 32 年（1957 年）2 月 19 日判決民集 11 卷 2 号 295 頁は、「倉荷証券に寄託物の記載のほか、なお保管料等寄託物に関

124 平出・同前。

125 同前 591 頁、石井：鴻・注（6）前掲 209 頁。

126 松本蒸治『商行為法（改訂 32 版）』（中央大学・1929 年）301 - 302 頁参照、田中耕太郎『商行為法講義要領』（田中耕太郎発行：松井方利印刷人・1935 年）198 頁参照。

する費用は証券所持人が負担するものとする趣旨の文言がある場合、第三者が裏書譲渡によりその倉庫証券を取得したときは、特段の事情のない限り、各当事者間に、その所持人が記載の文言の趣旨に従い右費用支払債務を引受けるという意思の合致あるものと解するを相当とする」と述べており、微妙ではあるが、債務引受説を踏襲していると評価しえる。

(ウ) 以上に対し、独自説として、以下のような構成がある。倉庫寄託契約において寄託者と出庫請求者とが異なるときは、実質上物品運送に関する商法 583 条 2 項のごとき法則を認める必要があるのみならず、商法が保管料を倉庫証券の記載事項として要求していることから考えると、運送の場合に準じて、倉庫証券の所持人が寄託物の返還を受けるときは、証券記載の保管料その他の費用を支払う義務を負うと解するのが適当であるとの構成を主張するものがある¹²⁷。この構成の延長線上で、同様の視座から、商法 583 条 2 項の類推適用を考える説もある¹²⁸。さらには、寄託者と証券所持人との人格融合（これは、おそらく荷送人と荷受人との人格融合理論から考えられたものであろう）という理論を介して、商法 583 条 2 項の類推を導くという構成も主張されている¹²⁹。

(エ) いずれの構成によろうとも、証券所持人が義務者となるという結論に変わりはないが、独自説に対しては、次のような批判がなされている。すなわち、証券の記載から明らかでない費用をも含めて、寄託者の有する権利義務が倉庫証券に当然に表章されているものと解することは困難であり、また物品運送における荷受人の義務は、運送にともなう地理的特殊性から、貨物引換証の発行の有無にかかわらず商法がとくに規定したものであって、立法論はともかく、解釈論として倉庫証券所持人に荷受人に関する商法 583 条 2 項を類推適用するのは困難である¹³⁰。人格融合論について

127 大隅・注 (14) 前掲 178 頁。

128 服部・注 (69) 前掲 241 頁。

129 西原・注 (3) 前掲 360 頁。

130 平出・注 (2) 前掲 592 頁。

も、倉庫証券には保管料は記載されてもその他の費用額は通常は記載されないから、この見解によっては、証券所持人は保管料の支払義務を負うにとどまり、証券所持人が寄託者と同一の地位を取得することにはならない¹³¹と反論されている。

(オ) 上のような独自説に対する批判・反論は、保管料支払義務が倉庫寄託契約に基づく義務であるから、契約当事者である寄託者が負うのが原則であって、倉庫証券の取得者がそれを負うとするためには、商法 583 条 2 項のような特別規定があるか、または当事者間に特約があるか¹³²、少なくとも当事者にその意思が存在することが必要である¹³³との判断に根ざすものであろう。この理は、倉庫証券が発行され、これに保管料の記載があったその支払義務者として証券所持人を加えてあっても異ならない¹³⁴。

この見地からは、保管料の記載のある倉庫証券を受け取った場合に、保管料支払義務の負担ないし承認について黙示の意思表示をしたか否かを検証すれば足りるということになり、多数説は、これを債務引受けの一般理論に求めて証券取得者の保管料支払義務を基礎づけているのである、との説明が一応は可能である¹³⁵。

(カ) 石井照久・鴻常夫は、広い意味では、債務引受けの理論によって倉庫証券取得者の保管料支払義務負担の基礎づけを試みることは不可能でないとしつつも、なお一般的に言えば、保管料の支払義務者は、倉庫証券が発行されている場合であっても、寄託者であることに変わりはなく、証券所持人による出庫請求の場合にも、倉庫営業者としては、保管料債権につき留置権・先取特権による保護を受けるにとどまり、かかる担保物権の行使により、事実上、証券所持人による保管料の支払いを受けうるにとど

131 同前。

132 石井：鴻・注 (6) 前掲 209 頁参照。

133 平出・注 (2) 前掲 592 頁参照。

134 石井：鴻・注 (6) 前掲 209 頁。

135 同前 210 頁参照。

まるものと解さなければならないとしている¹³⁶。そして、倉庫業者が、担保物権の保護によらずに保管料の支払いを確保しようと欲するなら、証券所持人との間で、(証券外で)、保管料の支払いにつき、別段の明示または黙示の合意が必要であると説く¹³⁷。さらに、多数説が認めるように、倉庫証券の取得により当事者間に債務引受けの合意があると認められるとしたにせよ、証券取得者の保管料支払義務の発生時期を証券の裏書による譲受けの時と観ることは何としても無理であって、債務引受けの理論によるならば、証券取得者が自らその証券によって寄託物を受け取った時に、債務引受けの黙示の意思表示の停止条件が成就するものと解すべきであると主張するのである¹³⁸。こう解すれば、証券の譲受人が出庫請求をすることなく、その証券を第三者にさらに譲渡したときは、中間の証券所持人は保管料の支払義務を負うことにはならず、商法 583 条 2 項の規定との均衡も得られる。

石井・鴻の考え方は、倉庫証券の譲受人の保管料支払義務の負担の根拠を、証券取得の効果と直接に結びつけて考えない¹³⁹という点で、多数説との差別化が可能である。彼らは、その義務負担の根拠を、証券の記載を通しての、約款自体の拘束力に求めている¹⁴⁰。平出慶道も、債務引受けの理論に解の基礎づけを求めつつ、倉庫証券の場合には、通常の個別的な債務引受けと異なり、倉庫証券による寄託物の取引については、倉庫業者との関係は約款の規定によるという白地商慣習の存在を認め、約款の条項に従い、証券所持人は、証券の譲受けにより、寄託物の返還を受けることを停止条件とする債務引受けの意思表示をなしているものと解すべきであろう¹⁴¹と結論づけている。

136 同前、なお、小町谷・注 (1) 前掲 325 頁。

137 石井・鴻・同前。

138 同前。

139 同前 210 - 211 頁。

140 同前 211 頁参照。

141 平出・注 (2) 前掲 593 頁。

この最後の解をもって至当とすべきであろう。

3. 株券

3-1. 緒言

すでに述べたように（第1帖第5章3-5-1）、「株券」とは、株式すなわち株主たる地位（株主権）を表章する有価証券である。

これまたすでに述べたように、株式会社の株式は、商法制定以来、これが発生すると必ず株券にこれを表章すべきものとされてきたが、平成16年（2004年）商法改正によって、会社は定款をもって株券を発行しない旨を定めることができるとして（同年改正後商227）、株券不発行制度（株券廃止会社の許容）を導入した（第1帖第5章3-5-7）。さらに、平成17年（2005年）の現行会社法は、前年改正の原則と例外とを入れ替えて、株式会社は原則として株券を発行しないものとし、株券の発行を定款で定めた場合にのみ、これを発行できる（会214参照）ものとした（第1帖第5章3-5-8）。

3-2. 株券の性質

（ア）株券発行会社にあつては、株式の流通は、株券によってのみ可能となる。すなわち、株券発行会社の株式を譲渡・質入れするには、株券を交付することが効力要件となる（会128 本文、146）。この場合には、譲渡・質入れの当事者その他の会社を除く関係者間においては、株券の交付のみで、株式の譲渡・質入れの効力を生じるが、対会社関係においては、株主名簿の名義書換えをしなければ、株式の移転を会社に対抗できない¹⁴²。株券発行会社であっても、自己株式を処分するに際しては、これと同時に株式取得者に株券を交付することを要せず、自己株式を処分した日以後遅滞なく、取得者に対して株券を交付すればよい（会128 ただし書、129

142 江頭憲治郎『株式会社法（第4版）』（有斐閣・2011年）169頁。

)。この場合には、会社によって株主名簿への記載・記録がなされるので(会 132)、取得者に不利益を生じないからである¹⁴³。

(イ) 株券は、会社の成立または募集株式の発行等によって、すでに有効に発生している株式を表章するものであり(会 215 参照)、株券の作成によって株式が発生するのではないから、設権証券ではない。株式が存在しないのに株券が発行され、または株券に事実と反する記載があるときは、そのような株券またはそのような記載は無効であるから、株券は、無因証券でも、文言証券(商 572、602 参照)でもない。株券には法定の事項を記載することを要する(会 216)から、要式証券であるが、法定事項の1個でも欠けば株券たる効力を有しないほど厳格な要式証券ではない。なお、株券は、「金銭その他の物又は有価証券の給付を目的とする有価証券」(商 518、519 参照)ではない。したがって、会社法は、株券の善意取得について、商法 519 条 2 項によらず、会社法 131 条 2 項という独立した条文を設けている¹⁴⁴(第 3 帖第 2 章 2 - 3 - 1 - 2)。

繰り返し述べるように、いったん株主名簿の書換えを完了すれば、株券所持人は、権利の行使の都度、株券の提示をなす必要がない。しかし、権利行使の基礎をなす名義書換えのために、株券の提示を要するのであるから、また会社も株券の提示を受けて名義書換えに応じるのであるから、株券についても、本質的には、権利の行使に証券が必要であると理解しうる(第 1 章 2 (オ))。

なお、株券発行会社の株主が、取得請求権付株式につき取得を請求するときは、その株式に係る株券を会社に提出しなければならない(会 166 本文)。権利の行使に証券を必要とすることの顕現である。

(ウ) 会社法 214 条は、種類株式発行会社(会 2)が、一部の種類の株式についてのみ株券を発行することができる旨の定款の定めを許さないことを明らかにしている。平成 16 年(2004 年)改正に際しても、株券不

143 近藤光男『最新株式会社法(第 6 版)』(中央経済社・2011 年) 132 頁。

144 以上、北澤正啓『会社法(第 6 版)』(青林書院・2001 年) 183 - 184 頁参照。

発行を定款で定めた会社が数種の株式を発行している場合、すべての種類の株式につき株券を発行できない¹⁴⁵と解されていた。会社法は、この解釈を追認している。制度の複雑化を避ける趣旨である。

3 - 3. 株券の方式

3 - 3 - 1. 法定記載事項

株券は要式証券であり、会社法 216 条が法定記載事項を列挙している。これ以外に、証券が株券であることの表示を要する¹⁴⁶と解されているが、券面上、株券であることが客観的に明瞭であれば、必ずしも、たとえば標題で明示するがごとき表示までも要求しなくてもよからう。

法定記載事項は、以下のとおりである。

株券発行会社の商号（会 216 ）

当該株券が、いずれの会社の株式を表章するかを明示するための記載事項である。券面上、発行会社が特定できる限り、正確な商号でなくとも、当然には株券は無効とならない。会社が商号を変更したときも、名義書換えのために株券が提出される都度、その記載事項を訂正するか、または新商号を記載した株券と引き換えれば足りよう。その意味では、株券の記載と実際の商号とが一致しなくても、株券は当然に失効するものではないが、その訂正を怠ったため損害を受けた者がいるときは、会社はその賠償の責めを免れない¹⁴⁷。

当該株券に係る株式の数（会 216 ）

株券には、それが表章する株式数により、1 株券、10 株券、50 株券、100 株券、500 株券、1,000 株券などの種類がある。このような株券の種類は、定款の任意的記載・記録事項として、定款をもって定めてもよいが、

145 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第4版）』（有斐閣・2005年）165頁。

146 酒巻俊雄：龍田節編集代表『逐条解説会社法第3巻』（中央経済社・2009年）176頁 [戸田暁]、江頭・注（142）前掲169頁。

147 以上、上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（4）』（有斐閣・1986年）50頁 [高鳥正夫]。

定款授權に基づき、たとえば取締役会が定める株式取扱規定で定めることも少なくないとされる¹⁴⁸。しかし、単元株制度（第1帖第5章3-4-3）の場合を除き、1株刻みの株式譲渡の自由を保障するため、会社は、1株券の発行を拒絶できない¹⁴⁹。すなわち、会社は、定款をもってしても、1株券を発行しないことを認められない¹⁵⁰。

株主は、たとえば1,000株券1枚を100株券10枚に分割し、または100株券10枚を1,000株券1枚に併合すること（株券の分合）を会社に請求することができる。ただし、株主は、会社が定める手数料を支払わなければならない¹⁵¹。もっとも、株主が、必要もないのに、会社を困惑させる目的で、1,000株券の1株券への分割を請求するがごとき行為は、権利濫用となる場合がある¹⁵²。

当該株券に係る株式が譲渡制限株式であるときはその旨（会216）

この記載事項は、その沿革を昭和13年（1938年）改正後商法225条1項6号に遡ることができるが、株式の自由譲渡を徹底した昭和25年（1950年）改正時に、いったん断絶し、昭和41年（1966年）改正時に商法225条8号として実質的に復活した記載事項である。株式を譲り受ける者が、定款の規定（会107・108）または登記（会911）を確認しなくとも、株券を見れば、これを知ることができるようにする趣旨である。

種類株式発行会社（会2）にあつては当該株券に係る株式の種類・内容（会216）

この記載事項も、形式的には、昭和13年（1938年）改正後商法225条1項5号に遡ることができるが、実質的には、平成17年（2005年）改正前商法225条3号ないし5号を株式制度の整序にともない、承継したもの

148 北澤・注（144）前掲184頁参照。

149 江頭・注（142）前掲169頁脚注（1）。

150 北澤・注（144）前掲184 - 185頁。

151 同前185頁。

152 江頭・注（142）前掲169頁脚注（1）。

と評価することができる。やはり、株券を見れば、その内容を知ることができるようにする趣旨である。

株券番号 (会 216 柱書)

発行会社が、それにより、株主名簿と照合して、株券の重複発行を避け、正当に発行した株券であることを識別する目安にするものである¹⁵³。

以上を記載のうえ、株券発行会社の代表取締役 (委員会設置会社であれば、代表執行役) がこれに署名し、または記名押印しなければならない (会 216 柱書)。

3 - 3 - 2. 法定記載事項の変遷

上で言及したように、現在の会社法 216 条は、平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 225 条の後継規定であるが、法定記載事項に若干の変容をとまなっている。商法旧 225 条を承継しなかった必要的記載事項は、会社成立の年月日 (平成 17 年 (2005 年) 改正前商 225)、株券発行の年月日 (同年改正前商 225 柱書)、および、株主の氏名 (同年改正前商 225 柱書)、である。

について、明治 32 年 (1899 年) 制定当初の商法 148 条 1 項は、その 2 号において、本店所在地において設立の登記をした年月日の記載を要求していた。昭和 13 年 (1938 年) 改正により、設立登記をもって会社の成立時期とした (同年改正後商 57) ため、同年改正後商法 225 条 1 項 2 号において、会社成立の年月日を法定記載事項とするよう改められた。この記載を要するのは、商号だけでは会社の同一性を認識させるに不十分な場合もあるからである¹⁵⁴との理由が挙げられていた。おそらく、これが株券にとって本質的な記載事項でない¹⁵⁵とともに、この記載を欠いても、さほど不都合はないとの観点から、削られたのであろう。

153 上柳：鴻：竹内編・注 (147) 前掲 53 頁 [高島正夫]。

154 同前 50 頁 [高島正夫]。

155 北澤・注 (144) 前掲 187 頁参照。

は、昭和 56 年 (1981 年) 改正に際し、株式の数とともに追加された記載事項であった。これは、株式の併合や分割を行い易くするため、併合または分割に適した株券は、併合または分割後の株式数を記載した株券とみなす (株券の読替えを認める) ことができるようにしたことによる (昭和 56 年 (1981 年) 改正後商 293 ノ 3 ノ 3 、 293 ノ 3 ノ 4 ・ 、 293 ノ 4) ものであった。株主としては、その株券について読替えが行われるかどうかを判断するには、株式の数と株券の発行年月日の記載が役立つからであった¹⁵⁶。しかし、会社法は、この読替処理を廃止したので (会 219 ・ 、 215 参照)、 の記載は必要でなくなったものである¹⁵⁷。

については、平成 2 年 (1990 年) の商法改正に際して追加されたものである。現在の株券は、かつての記名株券の系譜に属する証券であるが、この年の改正によって、無記名株券の制度が廃止され (第 1 帖第 5 章 3 - 5 - 6)、株券がすべて記名株券となったための措置であった¹⁵⁸。これを受け、実務では、株券の表面に株券発行時の株主の氏名を、株主名簿の名義書換えの時に株主名簿上の現株主の氏名 (および名義書換えの年月日) を記載していた。しかし、株主の氏名の記載は、有価証券たる株券の譲渡の効力に関係がないことから、会社法は、株主の氏名・名称を記載事項としなかったのである¹⁵⁹。

上記 ないし の他、平成 2 年 (1990 年) 改正前にあっては、会社が発行する株式の総数 (同年改正前商 225) と会社の成立後に発行された新株発行の年月日 (同年改正前商 225) も法定記載事項とされていた。しかし、平成 2 年の改正法は、これらを実用性に乏しいとして削除した¹⁶⁰。

156 上柳：鴻：竹内編・注 (147) 前掲 53 頁 [高島正夫] 参照。

157 酒巻：龍田編・注 (146) 前掲 176 頁 [戸田暁]。

158 北澤・注 (144) 前掲 187 頁参照。

159 以上、江頭・注 (142) 前掲 169 - 170 頁脚注 (2)。

160 北澤・注 (144) 前掲 187 頁。

3 - 4. 株券の発行

3 - 4 - 1. 株券発行会社における株券発行の義務と禁止

3 - 4 - 1 - 1. 株券発行義務

株券発行会社は、株式を発行した日以後、遅滞なく、当該株式に係る株券を発行しなければならない(会 215)。「株式を発行した日」とは、株式の効力が発生した日をいい、具体的には、会社成立の日(会 50 参照、102 参照)、募集株式発行の効力発生の日(会 209 参照)である。

また、株券発行会社は、株式の併合をしたときは、株式併合の効力発生日(会 180)以後、株式の分割をしたときは、株式分割の効力発生日(会 183)以後、それぞれ遅滞なく当該株式に係る株券を発行しなければならない(会 215)。

これらの規定は、平成 17 年(2005 年)改正前商法 226 条 1 項本文を承継する規定と観察しうるから、株券が発行されないと、株主の株式譲渡による株式の換価に支障を来たす¹⁶¹との趣旨をもって説明されるのが一般的である。株式の譲渡の便宜を勘案して、龍田節は、株券発行会社になることを選択した会社は、遅滞なく株券を発行すべき義務を従来よりも重く受け止めなければならない¹⁶²と述べている。「遅滞なく」という文言を商法会社編時代よりも厳格に捉えるべきであるとの主張である。他方、あえて株券発行会社の株主となろうとする以上は、そうでない会社の株主に比して、株式譲渡の円滑を一定程度犠牲にしても、株券の発行を受け、株券を占有するという利益を重視するものと観る余地も、ただちには排除し難い¹⁶³という見解もある。会社法が株券発行会社を認め、かつ株式譲渡の方法の相違を認める以上、株券発行会社における株式譲渡の容易性をそうでない会社のそれに接近させる必要が真にあるか否かも明らかでない¹⁶⁴と説かれている。この見解によれば、「遅滞なく」という文言につき、株式譲

161 前田庸『会社法入門(第 12 版)』(有斐閣・2009 年) 181 頁。

162 龍田節『会社法大要』(有斐閣・2007 年) 232 頁。

163 酒巻：龍田編・注(146)前掲 171 頁 [戸田暁]。

164 同前 [戸田暁]。

渡の自由との関連をさほど強調することなく、株券発行会社をして株券発行の実態を備具せしめることにより、株券発行会社の株主の諸利益に配慮したものと解せば足りる¹⁶⁵ことになる。

いずれにせよ、株券発行会社は、株主に対し、株券発行義務を負い（逆に株主は株券交付請求権を有し）、会社は、会社法に別段の定めのない限り、定款をもってしても、株主の株券交付請求権を制限することはできない。会社が遅滞なく株券を発行しないときは、株主に対して損害賠償の責任を負う¹⁶⁶。なお、株券発行の費用は、当然に会社が負担する。遅滞なく株券を発行しなかったときは、所定の者は、過料の制裁を受ける（会 976）。

非公開会社（全株式譲渡制限会社）である株券発行会社にあつては、各株主から株券発行の請求がある時まで、株券を発行しないことができる（会 215）との例外が認められている。平成 17 年（2005 年）改正前商法 226 条 1 項ただし書の後継規定である。このような会社の株式は、通常、譲渡・質入れが頻繁に行われるわけではないので、株主が株券の所持を必要としない例が多いからである¹⁶⁷。

株券不所持制度については、すでに述べた（第 3 帖第 2 章 2 - 3 - 3 - 2）。合理的な期間内に株券が発行されない場合の株式の譲渡についても、すでに述べた（第 3 帖第 2 章 2 - 3 - 1 - 4）。

3 - 4 - 1 - 2. 株券発行の禁止

会社法 215 条 1 項の反対解釈として、会社は、株式の成立前に株券を発行してはならない。これは、権利株（第 2 帖第 3 章 4 - 4 - 4 - 5）すなわち会社の成立前または募集株式発行の効力発生前における株式引受人の地位の譲渡が会社に対抗することができない（会 63、208）とする法政策に照応して、株券発行会社の権利株の取扱いが煩雑になることを避ける

165 同前 [戸田暁]。

166 北澤・注 (144) 前掲 188 頁。

167 江頭・注 (142) 前掲 172 頁。

ため、権利株の有価証券化を避ける意味がある。

この禁止に違反して発行した株券は無効であると解される¹⁶⁸（会 976 参照）。ただし、株券を発行した者に対する損害賠償の請求を妨げない¹⁶⁹。しかしながら、このような無効な株券も、株式発行の効力発生後には有効となると解してよいとするのが趨勢である¹⁷⁰。この禁止は、上述の権利株の譲渡制限に関する規制にすぎず、会社が無効な株券を回収して改めて有効な株券を発行するというのも形式的に過ぎるからである¹⁷¹。無効な株券が株式の効力発生後に有効になると解する立場から、さらに踏み込んで、会社に対し名義書換えを請求する者が、たとえ当該株券により権利株を譲り受けた者であっても、会社側は株式の効力発生前に株券を発行している以上、会社はこの者による名義書換請求を拒めないと言くものもある¹⁷²。ここまで認めるのであれば、株券発行会社は、権利株を表章した有価証券（株式の効力発生を停止条件として株券となる有価証券）を発行することを許されると解するのが、むしろ理に適うのではないかと思われる。

3 - 4 - 2. 株券の効力発生時期

（ア）株券の効力が何時発生するかについては争いがある。

判例および通説は、交付時説である。すなわち、株券は、株主に交付されることによりその効力を生じ、株主の手に渡る前に流通に置かれたときは、その株券は常に無効であり、かつこれについては善意取得が認められないという見解である¹⁷³。最高裁昭和 40 年（1965 年）11 月 16 日判決民

168 同前 171 頁脚注 (1)、北澤・注 (144) 前掲 188 頁。

169 北澤・同前。

170 同前、鈴木竹雄：竹内昭夫『会社法（第 3 版）』（有斐閣・1994 年）123 頁、江頭・注 (142) 前掲 171 頁脚注 (1)。

171 北澤・同前参照。

172 江頭・注 (142) 前掲 171 頁脚注 (1)、鈴木：竹内・注 (170) 前掲 124 頁脚注 (1)。

173 大隅健一郎：今井宏『会社法論上巻（第 3 版）』（有斐閣・1991 年）388 - 389 頁。

集 19 卷 8 号 1970 頁は「[商法 226 条 - 現在の会 215] にいう株券の発行とは、会社が商法 225 条 [現在の会 216] 所定の形式を具備した文書を株主に交付することをいい、株主に交付したとき初めて該文書が株券となるものと解すべきである。したがって、たとえ会社が前記文書を作成しても、これを株主に交付しない間は、株券たる効力を有しないこというまでもない」と判示している。なお、大審院時代の判例も交付時説を採っている (大判大正 11 年 (1922 年) 7 月 22 日民集 1 卷 413 頁)。

これに対し、株券作成時説も有力に主張されているが、これは取引の安全保護を重視するものである¹⁷⁴。

(イ) この時期に関しては、株券をめぐる善意の第三者 (株券の差押債権者や善意の取得者) と、株主 (株券を受領すべき者) との利害の衝突が問題の中心となるべきものであり、会社 (株券を交付すべき者) の利害状況は考慮の外に置いてよいものと思われる。この点で他の有価証券とは、問題状況が異なるといえる。

端的には、作成されたがまだ株主に交付される前の株券が何らかの理由で喪失した場合に、不正常的形で流通に置かれた当該株券の善意取得 (会 131) が成立するか、という問題において、交付時説・作成時説のいずれを採るかによって、結論が別れる。

交付時説を徹底すれば、喪失したものは単なる紙片にすぎないから、これが流通に置かれようと、株券の善意取得ということはありえない。これを有効な株券と信じて取得した者は、決して株主たりえない。他方、作成時説を採れば、喪失したものは有効な株券であり、よって、これが流通に置かれれば、善意取得がありえることになる。

上の問題の解決に、いずれの説を採るべきかは、結局、作成された株券の交付を受けるべきであった株主を保護すべきか、喪失した株券の善意の取得者を保護すべきかということに他ならない¹⁷⁵。こうなってくると、こ

174 前田・注 (161) 前掲 182 頁、鈴木：竹内・注 (170) 前掲 124 頁。

175 北澤・注 (144) 前掲 190 頁。

の問題の解決は、個々の研究者の価値観に左右されることにならざるをえない（こういってしまうと身も蓋もないのであるが）。現に、河本一郎は、次のように説く。「この問題は、最初から交付契約説だの、発行説だの、創造説だのときめてかかって、そこから結論を出すべき性質のものではなく、どのような結論が当事者の利害関係をもっともよく調整できるかをまず考えて、それには株券がいつから効力を生ずるとみればよいか、という論法でいくべきである、と思う¹⁷⁶」と。

河本の手法を踏襲すれば、株主の犠牲において善意の取得者の保護を図るべきであると考えれば、作成時説ということになり¹⁷⁷、株主の与り知らない間に、また株主に何ら責任も過失もないのに、株主から権利を奪ってしまうことが不都合であると考えれば、交付時説ということになる¹⁷⁸。

（ウ）作成時説を採る者は、およそ以下のように主張する。すなわち、株主権を失ってしまう株主の損害は、喪失株券に付された運送保険（実務上、発行会社ないし株主名簿管理人は、募集株式発行に際し、株主に送付される株券について、運送保険を付しているのが、従来の一般的慣行であった¹⁷⁹）によって賠償すれば、その保護として十分であるし、株主としても、新株券は郵送という喪失の危険をとまなう方法によって送付されることを予知しているからやむをえない。さらに、新株券を株主に交付する場合に、株券に運送保険や損害賠償保険をかけるが、喪失したものが単なる紙片にすぎないとすれば、これは法律上まったく無意味なことをしていることになる¹⁸⁰。

（エ）しかし、上の主張を観るに、将来にわたって維持しえたはずの株主たる地位を、自己に落度がないのに失った者に対する損失の補償が、は

176 河本一郎『株券の法理（商事法研究第2巻）』（成文堂・2013年）35頁。

177 同前参照、北澤・注（144）前掲190頁参照。

178 田邊光政『会社法要説（第8版）』（税務経理協会、2003年）103頁。

179 河本・注（176）前掲34頁参照。

180 加美和照『新訂会社法（第10版）』（勁草書房・2011年）168頁。

たして一時的な金銭賠償で十分なのか。運送保険は、経済実質的には、会社のそれに関連する費用（つなぎ株主に交付する株券を会社が第三者から買い入れる費用等）を填補する費用保険であるから、同保険が未交付株券の株券としての有効性を前提としていると解すべき必然性はなく¹⁸¹、付保が無意味であるというのは、速断に過ぎるのではないか。このような反論が可能である。

株券不発行が原則となった今日にあって、江頭憲治郎は、次のように問う。すなわち、「金融商品取引業者が売買を取り扱う株式の未交付株券の善意の取得者は、たとえ無効株券として株主名簿の名義書換えを拒まれても、通常、取引した金融商品取引業者に対し代り株券の交付を請求できるので、損害は被らない。そこで問題は、閉鎖型のタイプの会社の盗取・紛失株券を善意で取得した（と称する）者は、果たしてどの程度保護に値するのだろうか¹⁸²」と。付言すれば、閉鎖型タイプの会社が、あえて株券発行会社となる途を選択するメリットは、必ずしも大きくない。彼は、会社において、株券不着という株主の主張の真否を完全に確認する手段がない以上、判例の見解の下でも、実務的には株券喪失登録により株券を無効とした後でなければ株券の再発行はできないから、どのような見解を探ろうと会社の利害状況に変わりはないと指摘したうえで、未交付株券の善意取得を保障すべき実質的理由が乏しいことを理由に、判例の見解を支持すべきであると結論づけている¹⁸³。この結論を是とすべきであろうか。

（オ）株券の効力発生時期が関係するもうひとつの問題は、会社によって作成された株券の株主に交付される前の強制執行に係るものである。先に掲げた最高裁昭和 40 年（1965 年）判決は、交付時説を採用して、株券の差押えの効力を認めなかったものである。それでは、交付時説に立った場合に、株主の債権者は、その株式以外に十分な財産がないときは、いか

181 江頭・注 (142) 前掲 172 頁脚注 (2)。

182 同前 171 - 172 頁脚注 (2)。

183 同前 172 頁脚注 (2)。

にして自己の債権の満足を図るべきか。このような株券に対する強制執行は、株主の有する株券交付請求権を差し押さえ、株券を債権者に引き渡すべきことを会社に請求する手続によることになり（民執 167 、145、163 ）、この引渡しは、債務者たる株主に代わって執行官が受け取るから、株主に対する交付と同視され、これによって株券が有効に成立するという方法によるべきことになる¹⁸⁴。他方、作成時説によれば、上の株券に対する強制執行は、会社が執行官に対して任意に株券を提出すれば動産の差押えの方法によることになり（民執 122 、124、123 ）、会社が任意に株券を提出しないときは、株券引渡請求権（株券交付請求権ではない）を差し押さえ、株券を執行官に引き渡すべきことを会社に請求する方法によることになる¹⁸⁵（民執 145、163 ）。

河本一郎は、「要するに、判例の立場では、未交付の株券については、株主の債権者は、有体物に対する強制執行の形をとったのでは駄目であるが、有体物引渡請求権に対する強制執行の形をとれば満足を得ることができるということになる¹⁸⁶」と小括したうえで、実質的には両者は同じであるにもかかわらず、何故に頭から交付時説と決めてかからなければならないのかとの疑問を呈している¹⁸⁷。交付時説の妥当性に再検証を促す意味で留意されるべきであるが、強制執行をめぐる問題は、未交付株券の善意取得の成否の問題に比べれば、その重要度は、相対的に高くないと思われる。

3 - 5. 株券の失効（株券喪失登録制度）

3 - 5 - 1. 制度創設の沿革

平成 14 年（2002 年）の商法改正前にあっては、株券を喪失した者は、

184 北澤・注 (144) 前掲 189 頁、なお、河本・注 (176) 前掲 33 頁。

185 北澤・同前。

186 河本・注 (176) 前掲 33 - 34 頁。

187 同前。

他の有価証券を喪失した者と同様に、当時の公示催告手続及び仲裁手続二関スル法律（明治 23 年（1890 年）法律第 29 号）に従って、公示催告手続を経た後、除権判決を得て、株券の再発行を受けることになっていた（旧公催仲裁 777 以下）。

しかし、この制度については、以下のような問題が指摘されていた。すなわち、証券喪失者にとっては、喪失した証券の価額如何によっては、公示催告のための費用が多額に上ること、公示催告期間（公示催告がなされてから、除権判決がなされるまでの期間、当時は少なくとも 6 ヶ月（旧公催仲裁 783））中に喪失証券が善意取得されてしまうと、せっかく費用をかけてこの手続を執っても無駄になってしまうこと、等の問題がある。

喪失証券の取得者にとっては、公示催告または除権判決の公告を見ることが困難で、ことに除権判決の公告を見逃すと、除権判決後に悪意重過失なく喪失証券を取得しても権利者となることができず、不測の損害を被ること、等の問題がある。証券上の義務者にとっては、公示催告制度と証券上の権利行使との間に連関がないので、公示催告期間内でも証券上の権利の行使がなされればそれに応じざるをえないこと、等の問題がある。証券の所持人にとっては、自己の与り知らぬ間に、その証券につき公示催告および除権判決がなされてしまい、不測の不利益を受けることもありうる¹⁸⁸。

以上の問題点は、ひとり株券のみに係るものではないが、有価証券喪失者の救済方法を改善すべきであるとの主張は、従来から根強かった¹⁸⁹。

平成 14 年（2002 年）の商法改正は、株券に限って、証券喪失の場合の救済について、新たな方法の実現を目指したものである。株券に限って新しい制度を創設し、それ以外の有価証券を除外したのは、新たな制度が、株主名簿制度およびそれに関連する株式の名義書換制度が前提とされてお

188 以上、前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説（1）」商事法務 1621 号（2002 年）12 頁。

189 前田庸『手形法・小切手法』（有斐閣・1999 年）541 頁以下参照。

り、これをこれらの制度が存在しない他の証券に適用しても効果がないからである¹⁹⁰と説明されている。

新たな株券失効制度は、平成 14 年（2002 年）改正時に突如として提起されたものではない。この制度の検討は、昭和 45 年（1970 年）7 月 8 日に発足した、社債法等研究会¹⁹¹において提起された「賠償証書制度の立法に関する社債法等研究会試案」（昭和 48 年（1973 年）公表。その内容は、同年のジュリスト 550 号 35 頁以下に同研究会の名をもって公表されている）にまで遡ることができる。昭和 61 年（1986 年）5 月 15 日に法務省民事局参事官室によって公表された「商法・有限会社法改正試案¹⁹²」の中に、上述の試案を参考にした「株券失効制度¹⁹³」創設の提言が盛り込まれている。

このような長年の研究の蓄積が、平成 14 年（2002 年）改正で結実したのである。当時は、株券発行が原則であったが、会社法は、株券発行会社につき、基本的に、同年改正に基づく制度を踏襲している。株券については、公示催告手続による除権決定の手続は、適用されない（会 233）

3 - 5 - 2. 株券喪失登録制度の概要

3 - 5 - 2 - 1. 株券喪失登録簿の作成

株券発行会社は、株券喪失登録簿を作成し、これに、以下の事項（株券喪失登録簿記載事項）を記載・記録しなければならない（会 221 柱書）。株券喪失登録簿を作成することは、株券発行会社の義務である。株券喪失登録簿記載事項は、以下のとおりである。すなわち、株券喪失登録請求（会 223）に係る株券の番号（会 221 ）、株券喪失者の氏名・名称および住所（会 221 ）、上記の株券に係る株式の株主または登録株式質

190 前田・注（188）前掲 12 頁。

191 前田・注（189）前掲脚注（37）を参照のこと。

192 その全文は、商事法務 1076 号（1986 年）11 頁以下に掲載されている。

193 同前 19 頁参照。

権者として株主名簿に記載・記録されている者（名義人）の氏名・名称および住所（会 221 ）、上記の株券につきないしに掲げる事項を記載・記録した日（株券喪失登録日）（会 221 ）、以上である。

株券喪失登録簿は、利害関係を有する者の閲覧に供されるので（会 231 ）、株券を取得しようとする者は、その株券の発行会社の株券喪失登録簿を閲覧することにより、取得しようとする株券につき、株券喪失登録がなされていないか（株券が失効していないかも含む）を容易に調べることができる¹⁹⁴。なお、会社がその株式（種類株式発行会社にあつては、全部の種類株式）に係る株券を発行する旨の定款の定めを廃止した場合であっても、定款の変更をした日の翌日から起算して1年を経過するまでは、株券喪失登録簿の作成および記載・記録義務は消滅しない（会 221 柱書第1 かつこ書）。

株券発行会社は、定款をもって、株券喪失登録の事務を委記する「株主名簿および株券喪失登録名簿管理人」を置くことができる（会 222、123）。

3-5-2-2. 株券喪失登録の請求

株券を喪失した者は、法務省令で定めるところにより、株券発行会社に対し、当該株券についての株券喪失登録簿記載事項を、株券喪失登録簿に記載・記録するよう請求することができる（会 223）。この請求は、株券喪失登録請求者の氏名・名称および住所ならびに喪失株券の番号を明らかにしてしなければならない（会施規 47 ）。

請求者が当該株券に係る株式の株主・登録株式質権者として株主名簿に記載・記録されている者と一致するときは、株券の喪失の事実を証する資料を会社に提供して請求すれば足りる（会施規 47 ）。そうでないときは、請求者が、喪失株券を取得した事実および喪失の事実を証する資料を会社に提出して請求しなければならない（会施規 47 ）。要は、株券喪失の事実を疎明して、請求できるということである。

194 前田・注 (161) 前掲 188 頁。

当該会社が、株券を発行する旨の定款の定めを廃止する定款の変更をしたときは、その翌日から起算して1年を経過しない場合であっても、喪失登録請求をなしえなくなる（会 221 第1かつこ書による会 223 の除外）。

3-5-2-3. 株券喪失登録簿への記載・記録および閲覧等

適法な請求を受けた会社は、株券喪失登録簿に、株券喪失登録簿記載事項を、記載・記録しなければならない（会 221）。

株券発行会社が株券喪失登録者に対して行う通知または催告は、株券喪失登録簿に記載・記録された住所（登録者が別に通知・催告を受ける場所・連絡先を会社に通知した場合にあっては、当該場所・連絡先）に宛てて発すれば足り（会 232 ）、かかる通知または催告は、これが通常到達すべきであった時に、到達したものとみなされる（会 232 ）。

株券発行会社は、株券喪失登録簿を、その本店（株主名簿管理人を置くときは、その者の営業所）に備え置かなければならない（会 231 ）。何人も、株券発行会社の営業時間内は、いつでも、株券喪失登録簿（利害関係がある部分に限る）につき、請求の理由を明らかにして、記載・記録事項の閲覧または謄写等の請求をすることができる（会 231 ）。

3-5-2-4. 名義人等に対する株券喪失登録の通知

株券喪失登録がなされた場合に、株券喪失登録簿に記載・記録された株券喪失登録者が当該株券に係る株式の名義人でないときは、会社は、遅滞なく、その名義人に対して、当該株券につき喪失登録がなされたこと、

対象株券の番号、株券喪失者の氏名・名称および住所、株券喪失登録日、を通知しなければならない（会 224 ）。名義人に対し、その所持する株券に係る喪失登録がなされた場合に、登録の抹消の申請（会 225 参照）をして、喪失登録の抹消の機会を与える趣旨である。すなわち、名義人が、自己の与り知らない間に、この制度により株券を失効させられることを防止する趣旨である¹⁹⁵。

195 同前 191 頁。

同様の趣旨により、株券喪失登録のなされた株券が、権利行使のために会社に提出された場合にも、会社は、遅滞なく、その株券を提出した者に対し、喪失登録がなされている旨を通知しなければならない(会 224)。

3-5-2-5. 株券喪失登録の抹消

(ア) 株券所持人による申請

喪失登録がなされた株券を現に所持する者は、当該株券に係る喪失登録日の翌日から起算して1年を経過するまでに、会社に対し、喪失登録の抹消を請求することができる(会 225)。この申請は、株券を提示・提出するとともに、申請者の氏名・名称および住所を明らかにしてしなければならない(会 225 、会施規 48)。

この申請があったときは、会社は、遅滞なく、株券喪失登録者に対し、申請者の氏名・名称および住所ならびに株券番号を通知しなければならない(会 225)。

会社は、上の通知をした日から2週間を経過した日に、喪失登録を抹消のうえ、当該株券を、抹消申請者に返還しなければならない(会 225)。株券を所持する者は、適法な所持人と推定される(会 131)からである。上の2週間という期間は、抹消申請者を無権利者であると考える喪失登録者に、当該株券に関する占有移転禁止の仮処分(民保 23)をなす時間を与えるものである¹⁹⁶。

これ以降は、いずれが真の株主であるか、抹消申請者と喪失登録者との間で、訴訟によって争われることになる。

(イ) 喪失登録者による申請

喪失登録者は、会社に対し、自ら株券喪失登録の抹消を申請することができる(会 226)。この申請にあつては、申請に係る喪失登録者の氏名・名称および住所ならびに株券の番号を明らかにしてこれをしなければならない(会施規 49)。たとえば、紛失したと思っていた株券が、喪失登録後に発見されたような場合に、自ら抹消を求めることができるようにする趣

196 江頭・注(142) 前掲 177 頁脚注(7)。

旨である。

申請を受けた会社は、当該申請を受けた日に、当該申請に係る株券喪失登録を抹消しなければならない（会 226 ）。

（ウ）定款変更による場合

株券を発行する旨の定款の定めを廃止する定款の変更をする場合には、会社は、定款の変更の効力が生じる日に、株券喪失登録を抹消しなければならない（会 227）。ただし、喪失登録者が名義人でない場合には、当該登録は抹消されず（会 227 第 2 かっこ書）、喪失登録者は、喪失登録日の翌日から起算して 1 年を経過した日以後に株主名簿の書換請求ができ（会 230 、会施規 22 ））、また、喪失登録者が名義人であっても、当該株券喪失登録に対し、株券所持人から喪失登録抹消請求（会 225 ））がなされている場合にも当該登録は抹消されず（会 227 第 2 かっこ書）、会社法 225 条 4 項に定める期間の経過を待って抹消される。

3-5-2-6. 株券喪失登録の効力

株券喪失登録がなされた株券に係る株式については、当該喪失登録が抹消された日、喪失登録日の翌日から起算して 1 年を経過した日、のいづれか早い日までの間は、会社が株主名簿の名義書換えをすることを禁じられる（会 230 ）。したがって、登録期間中に剰余金の配当などをするとき、会社は、名義人を株主として扱えばよい¹⁹⁷。また、会社は、登録抹消日後でなければ、株券を再発行することもできない（会 230 ）。喪失登録された株券に係る株式については、会社が所在不明株主の株式の競売・売却手続（会 197 ・ ））をすることも禁じられる（会 230 ）。

喪失登録者の側も、この者が株式の名義人でない限り、登録抹消日までの間は、株主総会（種類株主総会も）において議決権を行使することができない（会 230 ）。

3-5-2-7. 株券の失効および再発行

喪失登録がなされた株券は、抹消の申請によって登録が抹消された場合

197 青竹正一『新会社法（第 3 版）』（信山社・2010 年）181 頁。

を除き、喪失登録の翌日から起算して1年を経過した日に無効となる(会228)。その日が法定の休日であった場合でも、その日に失効する¹⁹⁸。1年というのは、喪失登録対象株券の取得者が、その期間内に名義書換えをする機会を与えるためである。すなわち、名義書換えの請求その他の株式についての権利を行使すべく会社に株券を提示・提出すれば、当該株券につき喪失登録がなされておれば会社からその旨の通知がなされるから(会224)、株券取得者は、喪失登録抹消の申請をする機会が与えられることになるが、株券取得者の名義書換え請求が事業年度の期末になされることが多いとされていることに配慮し、これを1年と定めたのである¹⁹⁹。これ以降、当該株券の善意取得は生じない。

株券が無効となれば、会社は、株券喪失登録者に対し、株券を再発行しなければならない(会228)。喪失登録者が名義人でないときは、再発行を受けた株券をもって、名義書換えの請求をすることになる。

なお、株券が失効する前に、喪失登録株券を善意取得した者(会131)は、喪失登録手続により株券所持人たる資格を回復した登録者に対し、自己の実質的権利を立証して、失効株券に代えて、再発行された株券の引渡しを請求しうることになるが、多くは訴訟によって結着をつけるべきことになる。喪失登録対象株券を譲り受ける際に、当該株券発行会社の株券喪失登録簿を閲覧等して確認しなかったことが、株券取得者の重過失に該当するか否かは、個々の事例において、具体的に判断するより他ないと思われる。

3-5-2-8. 異議催告手続との関係

株券発行会社が、株式の併合をはじめ、会社法219条1項所掲の行為をなす場合には、同条同項に従い、その行為の効力が発生するまでに株券を会社に提出しなければならない。しかし、株券の提出ができない者がいるときは、会社は、この者の請求により、異議催告手続を執ることができる

198 前田・注(161)前掲195頁。

199 同前195-196頁。

という便法が認められている（利害関係人に対し、3カ月を下ることのできない一定の期間内に、異議があればこれを述べる旨を公告することができる）（会 220）。喪失登録者が異議催告手続の請求をした場合には、会社は、その公告期間の末日が株券喪失登録日の翌日から起算して1年を経過する日の前に到来するときに限り、公告をすることができる（会 229）ものとされている。つまり、異議催告手続によるほうが、喪失登録手続によるよりも早期に株券の再発行を受けられる場合に、喪失登録者は、異議催告手続を請求することを許されるわけである。

喪失登録者の請求による異議催告手続が執られる場合には、会社法 220 条 1 項に基づく公告をするとき、会社は、当該公告をした日に、当該公告に係る株券についての株券喪失登録を抹消しなければならない（会 229）。

3 - 6. 株券を発行する旨の定款の定めを廃止

株券発行会社が、株券（種類株式発行会社にあつては、全種類の株式に係る株券、以下同様）を発行する旨の定めを廃止する定款の変更を、総会決議によって決定したときは（会 466、309）、当該定款の変更の効力

発生日の2週間前までに、株券を発行する旨の定款の定めを廃止する旨、定款の変更の効力発生日、当該効力発生日に株券が無効となる旨、を公告し、かつ、株主および登録株式質権者には、各別にこれを通知しなければならない（以上、会 218）。株券は、定款の変更の効力発生日に、自動的に無効となる（会 218）。株券提出手続は不要である（会 219 対照）。

上述の公告・通知が要求されるのは、名義書換未了の株主や略式株式質権者に対し、名義書換え、株主名簿への記載・記録の請求を促す趣旨であるが、会社の行為によって株券を無効とする以上、少なくとも、上記 ないし の事項を公告・通知すべきは当然であるといえる²⁰⁰。

200 酒巻：龍田編・注（146）前掲 185 頁 [戸田暁]。

上述の手続により、株券が無効となることを知った略式株式質権者は、定款の変更の効力発生日の前日までに、会社に対し、質権者の氏名・名称および住所、質権の目的である株式、を株主名簿に記載・記録するよう請求することができる(会 218)。株式に質権を設定する場合、株主名簿への記載・記録の請求は、質権設定者がなすべきものである(会 148)。しかし、この場合には、株券が無効となることにより質権を維持できなくなる(会 147 参照)に備えて、略式株式質権者をして自ら単独で第三者対抗要件を保全せしめる途が与えられるわけである(特例登録株式質、第 3 帖第 2 章 3 - 3)。

株式の全部につき株券を発行していない株券発行会社が、このような定款の変更をする場合には、定款の変更の効力発生日の 2 週間前までに、株主および登録株式質権者に対し、当該廃止の旨と当該効力発生日とを通知すれば足りる(会 218)。当該通知に代えて、公告をなすことでもよい(会 218)。この場合には、株券が無効になることがないからである。

4. 新株予約権証券・社債券・新株予約権付社債券

これらの証券については、会社の資金調達との関係で記述するのが適当と思われるので、後に述べることとする(第 5 帖を予定)。