

◆特集《商取引法の現代的課題》

商取引における指図による占有移転

江頭憲治郎

- I はじめに
- II 条件・期限付きの指図による占有移転
- III 運送品の権利移転の場合

I はじめに

一 指図による占有移転の例

現在の商取引においては、動産または有価証券の権利移転（譲渡・担保化）が、指図による占有移転（民一八四条）の方法により行われていると考えられる事例が多い。重要な類型として、次のようなものがある。

- (1) 資本証券の移転⁽¹⁾ 株券・債券等の資本証券（投資証券）の権利移転には、有価証券の交付を要するが（商二〇五条一項。無記名債券については解釈上そう解される）、当該有価証券は、権利者（投資家）の手元ではなく、その流

通に關係する第三者の手に保管されている場合が多い。投資家からすれば、利息・配当金・売却代金等当該有価証券から發生するキャッシュ・フローが確實に入手できれば、有価証券を手元に保管すべき必要性はなく、また、自己の手に置かない方が、安全面でも流通面でも便宜なことが多いからである。

右のような実態を反映して、その権利の移転を、権利者の請求に基づき第三者の手元の口座簿等を書き換えることにより行ふ制度が、いくつかの特別法により設けられている。株券等に関する「株券等の保管及び振替に関する法律」（昭和五九法三〇号）に基づく保管・振替制度、社債等に関する「社債等登録法」（昭和一七法一一号）に基づく登録債の制度、国債に関する「国債二関スル法律」（明治三九法三四号）に基づく国債の登録制度である。しかし、そうした特別な権利移転制度の適用のないまま、民法上の指図による占有移転の方法により権利移転が行われていると見られる例も多い。⁽³⁾

たとえば、外国株券・外国債券を日本国内の投資家が売買する場合である。国内の投資家が国内の証券会社に委託して買い付けた当該有価証券は、原株券・原債券が国内に持ち込まれることはなく、外国の保管機関（外国の銀行、外国の保管振替機関等）に、外国の法令・慣行に従い保管される。外国保管機関に対する関係では、寄託者の名義は証券会社（国内に上場された外国株券の場合は日本証券決済株式会社）であり（日本証券業協会の作成に係る「外国証券取引口座約款」四第二条三項・一五一条一号二号）、日本の投資家の名は、証券会社の帳簿の上のみにある。したがって、当該有価証券は、外国保管機関の直接占有の下にあり、日本の証券会社がそれに第一段階の間接占有を有し、日本の投資家は、他の国内投資家とともに当該証券会社に対し混蔵寄託を委託する形で第二段階の間接占有を有する形になる。⁽⁶⁾ 投資家が国内で当該有価証券を第三者に売却し、証券会社に対し口座名義の書換えを依頼すれば、それは、日本法に基づく間接占有の指図による占有移転であらう。⁽⁷⁾

より取引量が多いのは、国債の振替決済制度（ブックエントリー・システム）⁽³⁾である。この制度は、国債の登録制度とは別に昭和五五年に開始されたもので、投資家（顧客）は国債証券を金融機関・証券会社等（参加者）に寄託（混蔵寄託）し、参加者はそれを受寄機関である日本銀行に再寄託（混蔵寄託）する。そして、顧客が売買等を行つたことによるその保有国債の増減は、参加者の手元の顧客帳簿に記帳され、参加者が異なる顧客間の権利移転は、受寄機関の手元の参加者帳簿上の各参加者の口座（参加者口座の「顧客口」）の増減として記帳される。国債の登録制度と異なり、国債振替決済制度は特別な法律に基づき行われているわけではないので、その権利移転は、やはり、混蔵寄託国債（共有持分）に対する占有を民法上の指図による占有移転の方法で移転することにより行われていると解される（日本銀行の作成に係る「国債振替決済制度に関する規程」一四条）。

(1) 無記名債券の交付（引渡し）は、規定の上では権利移転の對抗要件のように見えるが（民八六条三項・一七八条）、現在の有価証券法理からは、その交付は権利移転の効力要件と解されている（石井照久「有価証券理論の反省」商法における基本問題九二頁（勁草書房・一九六〇）、前田庸・手形法・小切手法二四頁（有斐閣・一九九九））。なお記名社債の移転は、社債原簿および債券面の名義書換えをしなければ会社その他の第三者に対抗できないとされているが（商三〇七条一項）、実務上、記名社債は殆ど使用される例がない。

(2) 動産・不動産・有価証券等の投資物件が投資家ではなく第三者の手元にあるもののうち、売買がもつぱら投資家とその販売業者との間で相対でなされるものは、指図による占有移転ではなく、占有改定（民一八三条）および簡易の引渡し（民一八二条二項）の形になるので、本稿の関心外である。

(3) 日本の会社が外国で株式を公募発行することは殆どないので、ここでの「外国株券」は、外国会社の発行株券と考えてよい(証取二条一項九号参照)。日本の証券取引所に上場されているものとそれ以外のものがあるが、本稿の問題に関する限り、取扱いに差異はない。

(4) 債券は、外国で発行される例が多い。日本の会社が外国で発行する社債は、日本の社債等登録法に基づく登録はなされないで、本稿の関心の対象となる。外国会社等が円建てで日本において発行する社債等（サムライ債）は、以前は日本の社債等登録法に基づき登録債とされるのが常であったが、最近個人の購入分が増えたせい、登録債となる比率は高くないといわれる。

(5) 江頭憲治郎「外国証券の日本における流通」証券研究一〇二巻六四頁、六七頁（一九九二）。

(6) 河本一郎・有価証券振替決済制度の研究二七五頁（有斐閣・一九六九）。

(7) 河本・注（6）の文献二七六頁。間接占有が重層的な場合にも、自己の占有代理人に対する指図により物権の移転が可能なこと（*Staudinger/Wiegand* (1995) Rn 5 zu § 931 BGB）。

(8) 国債振替決済制度については、浜田恵造編・国債・発行・流通の現状と将来の課題三二二頁（大蔵財務協会・一九九七）参照。

(9) 日本銀行の国債振替決済制度に関する規程一三条・一四条は、権利移転が、同一参加者の顧客間の取引の場合は参加者の手持ちの現物債の指図による占有移転、参加者が異なる顧客間の取引の場合は受寄機関の手持ちの現物債の指図による占有移転の方法によるものであることを明言している。詳しくは、日本銀行・国債振替決済制度の仕組と法律構成一四頁（一九七九）参照。

(2) 倉庫寄託物の権利移転 商人間の売買では、売買目的物を倉庫営業者に寄託したまま目的物の引渡しが行われることが多い。その場合、売主から買主に対し倉庫営業者発行の倉荷証券（商六二七条）を引き渡す形がとられることは、わが国ではきわめて稀である⁽¹⁰⁾。そして、売主は自己を発行者とする倉庫営業者宛ての荷渡指図書を買主に交付し、買主がそれを倉庫営業者に対し呈示する形がとられる例が多い⁽¹¹⁾。

売買契約上の合意に基づき買主が倉庫営業者に対し売主発行の荷渡指図書を呈示することが民法上の指図による占有移転に当たるかにつき、学説上、それを肯定するものもある⁽¹²⁾。しかし、最高裁・下級審を通じて、裁判例にはそれを肯定した例はほとんどなく、一般に、荷渡指図書の呈示には寄託物の占有移転の効果はないとされている⁽¹³⁾。ところが、荷渡指図書の呈示を受けた倉庫営業者が、寄託者の意思を確認した上で寄託者台帳の寄託者名義を買主に

変更した事案につき、寄託物の指図による占有移転を認めた（その結果として買主の寄託物の即時取得を認めた）判例がある（最判昭和五七・九・七民集三六巻八号一五二七頁）。判旨は、当該業界にそれを占有移転と認める趣旨の商慣習があったというのであるが、「寄託者の意思の確認」が指図と解されるのか、「寄託者台帳の名義変更」が占有移転と解されるのか、その後の下級審裁判例においても、当該判旨の理解が分かれている⁽¹⁴⁾。すなわち、現在のわが国の商人間の売買において、指図による占有移転により倉庫寄託物（売買目的物）の引渡しが行われる例があることは疑いないが、何がそれに当たるのかは、はなはだ不明確な状態にある⁽¹⁵⁾。

(10) 江頭憲治郎・商取引法「第二版」三四頁（弘文堂・一九九六）。倉荷証券の利用が少ない理由は、おそらく、倉庫営業者から交付（商五九八条・六二七条一項）を受けるにつき時間・費用を要すること、および、商品を投機取引として転帳譲渡する場合には倉荷証券は便利であるが、仕入れた物を小口に分けて転売する実需取引には必ずしも便利でないことにあると思われる。

(11) 江頭・注（10）の文献一四頁。荷渡指図書が、買主の手を経ず売主から直接に倉庫営業者に対し呈示される場合もあるが、法的効果は同じである。

(12) 小町谷操三「荷渡指図書に関する判例の総合研究」志林五八巻二号一三四頁（一九六〇）参照。

(13) 指図による占有移転を否定した例として、最判昭和四八・三・二九判時七〇五号一〇三頁、東京高判昭和四九・一一・一八高民二七巻五号三八九頁、東京地判昭和五六・四・三〇判時一〇二二号一三三頁、東京地判昭和五七・二・一六判時一〇五六号二四六頁参照。

(14) たとえば、東京高判昭和六二・四・二二判時一二五〇号一二三頁は、倉庫営業者による「寄託者意思の確認」の重要性を強調している。それに対し、大阪高判昭和六一・三・二六高民三九巻二二二頁は、倉庫営業者による「寄託者台帳の名義変更」しか重視していない。

(15) 民法学者は、本文記載の判例につき、「指図による占有移転により即時取得が成立し得るか」の点のみに関心をもち、「指図に

よる占有移転が存在するか」の点には、関心が薄いようである。田中整爾「判批」民商八八巻五号六七八頁（一九八三）、米倉明「判批」法協一〇一卷四号六五五頁（一九八四）、鎌田薫「判批」法セ二八巻四号四九頁（一九八四）、塩崎勤「判解」最高裁判例解説民事部・昭和五七年度六五二頁（法曹会・一九八七）参照。しかし、荷渡指圖書の呈示のみでは指図による占有移転に当たらないとして買主の寄託物即時取得を否定してきた過去の裁判例と対比すると、同事案の何が指図による占有移転に当たするのかは、きわめて興味ある論点である。

(3) 運送品の権利移転 運送の過程において運送品（売買目的物）につき売主から買主へ権利移転が行われることも少なくない。しかし、伝統的には、運送品に関し間接占有の移転が何時生ずるかを論ずる必要性は乏しかった。

なぜなら、陸上運送・航空運送・内航運送については、荷受人（買主）は、短期間のうちに目的物の直接占有を取得してしまう。また、海上（外航）運送については、通常、運送人が荷送人（売主）に対し指図式の有価証券である船荷証券を交付し（国際海運六条・一〇条、商五八四条）、荷送人から買主に対し当該証券が引き渡されると、その引渡しは、運送品の上に行使する権利の取得につき、運送品自体の占有移転があったのと同じ効力を発生させると法定されている（物権的効力。国際海運一〇条、商五七五条）。したがって、運送品については、売主・買主間の費用負担・危険負担の限界を明確にする（二〇〇〇年版FOBインコタームズA―五・六・九、同B―五・六、二〇〇〇年版CIFインコタームズA―五・六・九、同B―五・六等）とか、有価証券たる運送証券が使用されない場合につき荷送人の運送品処分権（商五八二条、ワルソー条約一二条）を制約する方法を明確にする（ワルソー条約一二条三項）とかは重要であっても、占有移転の時期については、とりたてて問題にする必要性は乏しかったのである。

ところが、最近、運送品についても、それが問題になりはじめた。その理由は、海上運送につき船荷証券を使用しない動きが始まったからである。⁽¹⁷⁾ とくに、運送中に権利が転移移転する原油等バラ積み貨物の取引については、一九九〇年代前半から、船荷証券の引渡しをEDIにより代替する試みが、いろいろ出始めた。⁽¹⁹⁾ そして、一九九〇年に、インコタームズの中に、売買当事者が合意すれば、売主の買主に対する船荷証券（またはその他の運送書類）の交付をそれと等価値のEDIメッセージ（equivalent electronic data interchange message）の使用により代替できる旨の条項が設けられるとともに、万国海法会（CMI）は、関係者がその規則に従い取引をなす旨を合意した場合に適用される自主ルールの形式をとった「電子式船荷証券のためのCMI規則」（以下、「CMI規則」⁽²⁰⁾ という）を作成した。現在、ボレロ（BOLERO）⁽²¹⁾ とかエデン（EDEN）⁽²²⁾ とか呼ばれる船荷証券の引渡しをEDIにより代替する実証実験がいくつか行われているが、それらは、基本的には、CMI規則の構想に基づいている。

船荷証券の引渡しに代わるEDIシステムが満たさねばならない最低限の要件は、①運送人が目的地において誰に運送品を引き渡すべきか（最終の荷受人）を知り得ること、②運送契約上の権利が連続した買主に承継されること、③電子的な情報伝達が書面による情報伝達と同一の機能を果たすこと、④一定レベル以上のシステムの安全性である。⁽²³⁾ CMI規則は、②に関しては、運送品処分権を転移移転する形をとっている（CMI規則七条）。⁽²⁴⁾

しかし、もし当該EDIシステムに船荷証券の完全な「機能的等価物」（functional equivalent）の役割を期待するのであれば、①④に加えて、⑤運送品に関する占有移転の効力（物権的効力）を生じさせること、⑥継続的取引関係のない企業でも利用できるオープンEDIであることも必要になる。⁽²⁵⁾ ⑤は、船荷証券の引渡しに物権的効力があることは、日本法を含む大陸法といわず、英米法といわず、世界中で認められてきた事項だからである。とくに日本法の場合、運送契約上の権利（債権）の移転に第三者対抗要件を備えるのは手続的にめんどろであるから、EDIシステムの下で売主・買主間に運送品に関する物権移転（占有移転）の効力を生じさせることへの要請

は強い。⁽²⁶⁾そこで、運送品に関しても、指図による占有移転への要請が出てくる。

- (16) ワルソー条約二条三項によれば、運送人は、荷送人に交付した航空運送状の呈示がなされた場合でなければ、荷送人による運送品の取戻し、留置き、荷受人以外の者への引渡し等の指図（運送品処分権）に従ってはならないとされている。これは、信用状発行銀行等が荷送人（売主）に対し売買代金を支払う際に、荷送人から航空運送状の引渡しを受けることにより、運送品を譲渡担保の対象等として確保することを可能とするための措置である。航空運送状のこうした機能は、「阻止証券」（*Sperrpapier*）の機能と呼ばれ、ワルソー条約以外にも、国際道路運送（CMR条約二条五項（a））、国際鉄道運送（COTIF条約三〇条二項・三項）等、多くの運送制度で採用されている（*Helm in Grobkomm. HGB (4 Aufl. 1994) § 426 Rdn. 64*）。
- (17) 江頭憲治郎「海上運送状と電子式運送書類」海法会誌復刊三二号三頁（一九八八）、同「電子式船荷証券のためのCMI規則について」海法会誌復刊三四号五頁（一九九〇）、同「EDI」海法会誌復刊四二号五一頁（一九九七）、山下友信「海上運送状に関するCMI統一規則」海法会誌復刊三四号二九頁（一九九〇）、西田哲也「貿易金融EDIの最近の動向と課題」NB L六三九号三七頁（一九九八）、新堀聡・貿易取引入門二二八頁（日本経済新聞社・一九九二）、八尾晃・国際取引と電子決済「改訂版」一七三頁（一九九九）参照。

(18) バラ積み貨物以外（定期船の貨物）は、運送中の権利移転といっても、荷送人（売主）、為替手形の割引銀行、荷受人（買主）の三者間の移転にとどまるのが通例である。

(19) 一九八三年にインタータンカー（International Association of Independent Tanker Owners）とチェイス・マンハッタン銀行が計画したSEADOCと呼ばれるシステムは、計画の早い段階で挫折したものの、船荷証券システムと電子取引の折衷ともいえるべき形のもので、船荷証券現物を中央登録機関に寄託した後、その権利移転を電子的に行おうとするものであった。その挫折の第一の原因は、単一の中央登録機関（銀行）の地位が、取引当事者の利益より銀行自身の利益に基づく行動を意図したものだと思われるに受け取られたことにある。第二の原因として、船荷証券が発行されている以上、信用状発行銀行等としては、中央登録機関にある当該証券の記載が信用状条件に合致したものであるか否かの点を看過できないという問題があった（Norton, Reed & Wal-

den, *Cross-Border Electronic Banking* 107 [1995]）。

- (20) 江頭・注（17）の文献（一九九〇）参照。
- (21) 一九九四年にヨーロッパの銀行、船会社等が中心となり事業化をめざした実証実験を開始したボレロは、一九九九年九月二七日に事業として稼動し始めたと伝えられる（一九九九年九月二八日・日本経済新聞朝刊）。もっとも、広く商取引に利用されるようになるのはまだ先のこともいわれている。
- (22) Norton, Reed & Walden, *supra* note 19, at 109.
- (23) 江頭・注（17）の文献（一九九〇）二〇頁参照。
- (24) Norton, Reed & Walden, *supra* note 19, at 109.
- (25) 英米法につき「*Scrutiny on Charterparties and Bills of Lading* 185 (20th ed. 1996) ; UCC § 7-502 (1) (b) 参照」。
- (26) 江頭・注（17）の文献（一九九〇）一〇頁参照。

二 本稿の目的

このように、現在の商取引においては、動産・有価証券の権利移転が指図による占有移転の方法により行われていると考えられる事例は多いが、国債の振替決済制度のように関係者が意図して指図による占有移転の形に制度を構築しているもの、倉庫寄託物の権利移転のようにときどきそうした認定がなされるもののいかなる場合がそうか明確でないもの、運送品（外航貨物）の権利移転のように最近その要請が顕在化しつつあるもの等、その発展段階はさまざまである。

しかし、そうした多様な指図による占有移転の事例を横断的に見ると、個々の事例を単独で見ている場合によくわからなかった問題の解決の糸口が見つかる面があるように思われる。本稿は、国債の振替決済制度から得られる

示唆を出発点として、倉庫寄託物および運送品の指図による占有移転に関する若干の解釈論を行うことを目的としている。

II 条件・期限付きの指図による占有移転

一 資本証券の「時点決済」

文献でふれられることはほとんどないが、現実の商取引にしばしば現れるのは、指図による占有移転の「指図」の効力発生が、条件・期限に関わらず行われているケースである。

その典型例は、国債の振替決済制度に見られる。ここでは、参加者（金融機関・証券会社等）の受寄機関（日本銀行）に対する振替指図は、日銀ネット国債系システムと呼ばれるオンライン・ネットワークを使用してなされる。その指図の際に参加者は、①指図の到達後直ちに帳簿上振替の記帳がなされる方式（即時決済。優先処理ともいう）を選択することもできるが、②直ちに振替決済はなされず、当日の午後三時の時点において一日分の複数の「売り」・「買い」を一括し振替の記帳がなされる方式（時点決済。一般処理ともいう）を選択することもでき、現在の実務では、②の方式でなされる決済が圧倒的に多い。

参加者が②の方式を好む理由は、その方が参加者の費用・労力の節約になるからである。具体的には、たとえばある参加者がある銘柄の国債につき、一日に一〇〇億円の売りと八〇億円の買いとの決済をする必要がある場合、②の方式を使えば、同参加者は午後三時までに二〇億円分の国債を準備しておくことにより当日の決済を終了させることができる。ところが①の方式の場合、参加者は、二〇億円の残高に加え、まず八〇億円の買いを決済し、その後に一〇〇億円の売りを処理しなければならない。つまり、一日のうちで決済の順序を考えねばならないという

事務負担がある。また、国債振替決済制度にせよ国債の登録制度にせよ、日本銀行を通ずる国債の権利移転は、平成六年四月以後、債券の受渡しとその資金決済が同時に行われる国債DVP⁽²⁷⁾ (Delivery Versus Payment) の形で行われているので、先の①の例の場合、参加者は、一日間とはいえ八〇億円分の資金手当てを強いられるということがある。

こうした理由から、現在は②の時点決済が好まれているが、複数の国債の売り買いを一時点でまとめて決済しようとする、誤って保有量を超える売り建ててしまふとか、空売り分の買戻しができなかった等の理由により、決済時点において売主側の残高不足が生じるケースが皆無とはいえない。残高不足が生じた場合には、受寄機関は決済を行わず、事後処理（一部の取引を合意解除する等の解決）を当事者に委ねるようである。しかし、ある取引が解除されると次にその買主側参加者の残高不足が発生するという、決済不能の連鎖が生じる可能性があり、その処理に手間取る間に関係参加者の経営破綻が生じないという保障もない。そこで日本銀行は、西暦二〇〇〇年末までに時点決済を廃止し即時決済一本にするRTGS (real-time gross settlement) 化を計画している。しかし、現在のところ、時点決済は広く行われているわけである。

時点決済は、法的に構成すれば、一定の時点（当日の午後三時）に指図の効力を発生させることを意図した、「期限（始期）付き」の指図といえよう。物権移転の對抗要件は、本来、それを先に備えた者が他の権利取得者に対し優先する仕組みであるから、このように、複数の一日分の指図の効力を同時に発生させ、それ相互間に優劣を設けない仕組みは、異例なもののように見える。しかし、その仕組みにも、前述のような経済合理性がある以上、違法・無効とはできないであろう。また、時点決済にせよ即時決済にせよ、売主側参加者の残高不足が生ずると、受寄機関は存在する残高分の決済をするのではなく、およそ決済を行わないので、国債振替決済制度における振替

指図は、売主の残高不足が生ずることを効力発生の「解除条件」とする指図であるといえよう。

(27) 日本銀行は、平成六年四月以後、国債の権利移転(国債振替決済制度・国債登録制度)を処理する日銀ネット国債システムと日本銀行当座預金取引等の資金決済を処理する営業システムとをリンクさせることにより、参加者間の債券の受渡しとその資金決済とを同時に処理する国債DVPシステムを稼働させている。これは、時点決済・即時決済のいずれであるかを問わない。国債DVPシステムの目的は、いうまでもなく、国債証券を引き渡したのに代金が入らない、または、代金を支払ったのに国債証券を入手できないという決済リスクをなくするためである。

二 荷渡指図書の呈示

I (2)で述べた荷渡指図書の呈示による倉庫寄託物の引渡しも、「条件付き指図」の形をとった指図による占有移転と解することができないであろうか。

前述したように、買主が倉庫営業者に対し売主発行の荷渡指図書を単に呈示しただけでは、裁判例は一般に、倉庫寄託物につき指図による占有移転が成立したとは認めない。その理由として、裁判例は、第一に、荷渡指図書は、その文言上、寄託者(売主)が受寄者(倉庫営業者)に対し荷受人(買主)へ寄託物を引き渡しうる権限を与えるとともに、受寄者にとつてその履行を完了すれば本来の(寄託者に対する)寄託物返還義務を免れる趣旨のものであり(免責的效果)、荷受人が寄託物を受領できるのはその反射的效果に過ぎない、あるいは、第二に、業界に荷渡指図書の呈示自体を「引渡し」として取り扱う慣習がないという点をあげる。⁽²⁸⁾

第一の点、すなわち荷渡指図書の文言の点についていえば、筆者の知る限り、その文言は「下記貨物『A(荷受人)殿』へお渡し下さい」とか、「下記物品『A(荷受人)殿』に本書引換えにお渡し願います」と記載されたも

のが多い。つまり文言そのものは、受寄者に対し「現実の引渡し」を許容するものであり、代理占有者に対し「爾後第三者(荷受人)ノ為メニ其物ヲ占有スベキ旨ヲ命」ずるという民法一八四条の文言とは、たしかにほど遠い。⁽³⁰⁾しかし、筆者は、荷渡指図書の呈示が指図による占有移転と解されるか否かにつき、書面の文言が決定的であるとは考えない。倉庫寄託物は、比較的短期間のうちに買主への現実の引渡しが行われると予想されるものであるから、文言上は現実の引渡しを想定した表現が使われるに過ぎないのであって、荷渡指図書の呈示後も受寄者の直接占有が継続する場合につき指図による占有移転の効果を発生させないのが当事者の意図であると、文言だけから断言すべきではない。指図による占有移転がなされたか否かの判断は、当事者がそれを意図したか否かを全状況から判断することによりなされるべきものである。⁽³¹⁾

荷渡指図書の呈示により当事者が何を意図しているかについては、第二の点、すなわち業界の慣習は重要な意味を持つ。業界が一般に荷渡指図書の呈示自体を指図による占有移転と認めない理由は、次のような事情に基づくものと思われる。

昭和五七年の最高裁判例を含め、過去の裁判例において荷渡指図書の呈示の効力が争われたケースは、基本的パターンとして次のような事案である。⁽³²⁾甲が乙に寄託物を売却し、乙に荷渡指図書を交付する。乙は丙にそれを転売し、甲発行の荷渡指図書と乙発行の荷渡指図書の二通を丙に対し交付する。丙が倉庫営業者に対し二通の荷渡指図書を呈示したが、寄託物の現実の引渡しを未だ受けない間に、甲は乙の債務不履行を理由に売買契約を解除する。解除の遡及効の結果、丙は無権利者から寄託物を購入したことになるが、倉庫営業者に対する荷渡指図書の呈示が民法上の指図による占有移転であれば、丙は即時取得(民一九二条)または解除の効力が及ばないこと(民五四五条一項但書)を甲に対し主張できることになる。その主張は成り立つか。

倉庫営業者は、右のような形で甲・丙が争う場合、甲の利益を擁護し、甲に対し寄託物を引き渡したがる。⁽³³⁾ なぜなら、通常甲は当該倉庫営業者の継続的取引先であるのに対し、丙は倉庫営業者にとつて「この馬の骨か」といった存在に過ぎないからである。その結果、業界には、荷渡指圖書の呈示自体を指図による占有移転と認める慣習はないことになる。

では、昭和五七年の判例の事案においては、なぜ指図による占有移転が認められたのか。判旨は、当該業界では「(荷渡指圖書の呈示または送付を受けた倉庫営業者が) ①寄託者の意思を確認する措置を講じたうえ、②寄託者台帳上の寄託者名義を右荷渡指圖書記載の被指図人に変更する手続をと(る)」ことにより売買当事者間の目的物引渡しを完了したものと処理が広く行われていた、と認定している。この判旨中の①寄託者意思の確認を重視する見解は、当該意思確認に際してなした寄託者の意思表示が指図による占有移転に当たると解するようである。たしかに、現実の引渡しを許容する文言の荷渡指圖書の呈示は指図による占有移転に当たらないが、意思確認に際し寄託者が「以後寄託物を買主のため保管せよ」と指示すれば指図による占有移転に当たると、というのは、一つの理屈である。⁽³⁴⁾ しかし、前述のようにその意思解釈は形式的に過ぎるし、昭和五七年の判例の事案における意思確認が、「買主のための保管」を許容することの確認であつたのか否かは、必ずしもはっきりしない。

他方、②寄託者台帳上の寄託者名義を買主に変更した点はどうか。現行の倉庫実務上、倉庫営業者による寄託者名義の変更(名変)にいかなる法的意義があるかといえば、新たに寄託者となつた者は、その時以後倉庫営業者に⁽³⁵⁾ 対し保管料の支払義務を負い、かつ、寄託物を保険の目的とする火災保険契約の被保険者となる。このことは、商人なら誰でも知っている。そして、新寄託者の倉庫営業者に対する関係における保管料支払義務の発生および被保険利益の発生は、理論的には必ずしも売主(前寄託者)・買主(新寄託者)間の費用負担・危険負担関係に直結し

ないが、実際上は、名変により売買当事者間においても寄託物に関する費用・危険が買主に移転するのが通常であろう。そして、国内売買においては、費用・危険の移転時期と売買目的物の引渡し時期とは一致するのが原則である。そう考えると、昭和五七年の判例が寄託者台帳上の寄託者名義の変更により売買目的物の引渡しを完了したと認定したことは、まったく不思議ではない。つまり、判旨のポイントは②なのである。

筆者は、右に述べた現行の倉庫実務に鑑みると、倉庫営業者が寄託者の指示に基づき寄託者名義を変更した場合に寄託物の間接占有が移転したものと取り扱うことは、一地方・一業界の慣習ではなく、全国・全業界に共通のものではないかと推測する。そして、当該「寄託者の指示」として「買主のため保管せよ」との指示を要する業界もあるかもしれないが、現実の引渡しを許容する文言を記載した荷渡指圖書の呈示に基づき倉庫営業者が寄託者名義を変更した場合も当該「寄託者の指示」があつたと認める業界も少なくないのではないかと推測する。現実の引渡しを認容する旨の指示も指図による占有移転の指図も、自己の意思で占有を手放すことを認容する趣旨を含む点で大きな差異はないからである。

右の方式により寄託物の占有が買主に移転する時期は、費用・危険が移転する寄託者名義変更時と解される。つまり、荷渡指圖書の呈示等寄託者の指示は、倉庫営業者が寄託者名義を変更することを停止条件とする「条件付き指図」の形をとつた指図による占有移転である。⁽³⁷⁾ したがって、売買目的物の即時取得の要件である譲受人の善意・無過失(民一九二条)の判断時点は、指図の到達時ではなく倉庫営業者が寄託者名義を変更する時点である。また、二重譲渡がなされた場合の對抗要件の具備の先後(民一七八条)は、指図到達の先後によるのではなく、寄託者名義変更の先後による。

- (29) 最判昭和四八・三・二九判時七〇五号一〇三(一〇四)頁参照。
- (30) 荷渡指図書の文言は、受寄者が寄託物を現実に引き渡した場合は免責するが、現実の引渡しをしない場合は依然寄託者のために占有せよとの意思表示であると解するものとして、藤田友敬「判批」ジュリ九三二号一〇一頁(一九八九)参照。
- (31) Staudinger/Wiegand, *supra* note 7, at Rn 35 zu § 931.
- (32) 注(13)参照。
- (33) 藤田・注(30)の文献一〇二頁。
- (34) 注(14)および藤田・注(30)の文献一〇一頁参照。
- (35) 寄託者が電話により買主への寄託者名義の変更、または、以後買主のため保管すべきことを倉庫営業者に対して命じた場合につき、指図による占有移転に当たると認定した裁判例はある。名古屋高金沢支判昭和五四・一二・二四判タ四一二号一五六頁、大阪地判昭和五六・五・一五判タ四五〇号一三一頁参照。
- (36) 寄託者の倉庫営業者に対する保管料支払義務につき倉庫寄託約款四八条一項、寄託者を被保険者とする火災保険の付保につき同約款三二条一項(江頭・注(10)の文献一七頁、三〇八頁、三一頁)参照。
- (37) 指図による占有移転という法律構成を排除して、解釈上、倉庫営業者による寄託者名義の変更自体を正面から一つの占有移転の方法と認めるべきであるという見解もあるかもしれない(株券保管振替二七条二項参照。江頭憲治郎「判批」ジュリ七八四号一三八頁「一九八三」はその見解を示唆する)。しかし、寄託者の指示に基づく寄託者名義の変更でなければ当該効果は発生しないと解するのであれば、「条件付き指図」の形による指図による占有移転という法律構成を維持すべきことになろう。

III 運送品の権利移転の場合

一 一般

I (3)で述べたように、外航海運とりわけバラ積み貨物の取引については、船荷証券の引渡しをEDIにより代

替する試みに関係して、EDIシステムの下で売主・買主間に運送品の物権移転(占有移転)の効力を生じさせたことの要請が強い。

もともと、その国際的な性格から、問題の解決は容易ではない。船荷証券に物権の効力がある点では国際的な統一性があっても、それを離れると各国の物権法は大きく異なるし、かつ、物権法は国際的な統一がきわめて困難な分野だからである。⁽³⁸⁾しかし、少なくとも日本の法律家としては、問題が日本法の下ではどうなるかの点のみは検討しておく必要がある。

CMI規則によれば、物品(運送品)の売主(荷送人または現荷主)は、運送人に対して自己の有する運送品処分権を第三者(買主)に移転する旨を通知し、通知を受けた運送人は、運送契約の内容を構成する情報を当該第三者に伝送する。それに応じて第三者が、権利を受領する旨を運送人に対し通知すると、運送人は当該第三者に対し他人の同一性および運送契約の同一性を証するため必要な暗号等を発給し、これによって運送品処分権の移転は完了する。⁽³⁹⁾これらの全プロセスがEDIシステムを通じて行われる。

CMI規則自身は、運送品に関する物権の移転に言及していない。⁽⁴⁰⁾しかし、売主が運送人に対してなす運送品処分権の移転の意思表示に、同時に買主に対し運送品の占有を移転する旨の「指図による占有移転」の意思表示の効果を持たせることは、その旨をシステム参加者間の契約(規約)に明定すれば可能であろう。⁽⁴¹⁾もちろん、使用されるEDIシステムに一定水準以上の安全性・信頼性が欠けておれば、裁判において指図による占有移転の存在が認定されないケースも出てこようが、それは技術的領域の問題に過ぎない。⁽⁴²⁾

一つの問題は、売主の当該意思表示が運送人に到達して以後のどの時点で運送品に関する占有移転の効果が発生するものとするべきかである。IIで述べたように、指図による占有移転の「指図」の効力発生を条件・期限に関わら

しめることは可能だからである。買主の利害からすればできる限り早い効力発生が望ましいに決まっているが、運送人の立場からすれば、早くても自己が当該指図の到達を確実に認識できる状態になった後、あるいは、目的港において迅速に荷受人による運送品の受取りがなされることを確保する必要からは買主の買受け意思確認後でなければ、その効果を発生させたくないかもしれない。商人間の取引であるから、この点は当事者の自治にまかせてよいものと考ええる。

(38) 国連国際商取引法委員会 (UNCITRAL) は、一九九六年に「電子商取引に関するモデル法」を採択し、その第二部には二か条からなる「物品運送」に関する章が設けられている (内田貴「電子商取引と法」(一) NBL六〇〇号四三頁 [一九九六])。モデル法の適用対象には運送品に関する物権 (rights in goods) の移転も含まれ (Art. 16(f))、かつ、既存の法制度が書面 (船荷証券の占有移転等) を要求している場合にデータ・メッセージで代替できる旨が規定されている (Art. 17(1)(2))。しかし、データ・メッセージがどうなった段階で運送品の権利移転が生ずるのかといった具体的なことまではモデル法には規定されていない。筆者は、同年二月に開催されたモデル法第二部を検討する作業部会に出席したが、その席上、ある国 (シリア) の代表が運送品の占有移転時期に関しモデル法の中に規定を置くべきことを熱心に主張したのに対し、他の国の代表は、それは各国の船荷証券法制の内容に踏み込むことになるので適当でないと支持しなかったことを記憶している。

(39) 江頭・注 (17) の文献 (一九九〇) 八頁、二〇頁参照。

(40) 江頭・注 (17) の文献 (一九九〇) 一〇頁、二二頁参照。

(41) 契約 (規約) 中にその意思表示が指図による占有移転である旨を明定することは、国債の振替決済制度等において行われている (注 (9) 参照)。また、運送中の物品の指図による占有移転が可能なることも疑いなく (Staudinger/Wiegand, *supra* note 7, at Rn 36 zu § 931)。ボレロ (注 (21)) のルール・ブックには「現荷主が新権利者 (a new Holder) を指定 (Designation) することにより、運送品に対する間接占有 (constructive possession) が移転する旨規定されている (BOLERO Rulebook 3.4)。」

(42) UNCTRAL Model Law on Electronic Commerce, Art. 17 (3) (4) 参照。

(43) 一九九七年六月に行われたCMIの第三四回国際会議において報告したヴァン・デル・ツィール氏 (船会社 P & O Nedlloyd の法務担当) は、運送品に関する物権移転は売主が運送人に対しその意思を通知 (notification) し、運送人が売主に対しその内容確認 (confirmation) をした時点で効力が発生するものとすべきである、と主張した (江頭・注 (17) の文献 (一九九七) 五九頁参照)。ボレロにおいては、運送人 (実際には、運送人が自己の代理人として指名した「ボレロ・インターナショナル」の手元の権利登録簿 (Title Registry) が前権利者の指図に基づき新権利者名義に書き換えられた時点において当該指図の効力が発生し、同時に運送品の間接占有が新権利者に移転するものとされている (BOLERO Rulebook 3.4; Op Rule 11)。

二 物権の移転と運送契約上の権利等 (債権) の移転との関係

運送取引のEDI化に関しては、指図による占有移転により運送品に関する物権を買主に移転させる手当てだけでなく、債権譲渡に関する第三者對抗要件についても手当てすることが必要であるとの意見がある⁽⁴⁴⁾。

その主張者が「債権」として何を念頭においているのか、必ずしも明らかでない。運送人に対する債権 (運送品処分権、そしてその一部である運送品引渡請求権) を考えているのであろうか。たしかに、日本法に基づく指図による占有移転制度の下においては、ドイツ法 (ドイツ民法九三一条) 等と異なり、買主は物権移転については第三者對抗要件を備えたが、直接占有者 (運送人) に対する物品引渡請求権 (債権) については第三者對抗要件 (民四六七条二項) を具備できず、売主が倒産した場合に破産管財人が運送人から運送品の引渡しを受けること等を阻止できないという事態は生じ得る。

しかし、その事態が生じたからといって、買主は困らないのではないか。自己に物権は移転しているのだから、運送品の取戻権 (破八七条) を行使し、または代償的取戻権 (破九一条) を行使することは可能だからである。運送

人が破産管財人に対しその旨を説明すれば、通常破産管財人は運送品の引渡しを請求しないであろう。万一引渡し
がなされたとしても、運送品が無権利者に対し引き渡されてしまう事態は、保証渡⁽⁴⁵⁾しの場合を始めれば生ずる
ことであり、それを困ると言い出せばきりがないのである。

あるいは、第三者対抗要件に関する手当てが必要と主張される「債権」とは、運送人に対する債権ではなく、運
送品につき付保された貨物海上保険の保険金請求権であろうか。しかし、貨物海上保険に関する保険金請求権は、
保険の目的物（運送品）の移転に伴って当然に買主に移転し（商六五〇条一項）、かつ、運送品の権利移転により
売主は当然に被保険利益を喪失するから、売主の破産管財人等との関係における第三者対抗要件の具備の必要性は
およそ出てこない⁽⁴⁶⁾。

以上に述べたように、運送取引のEDI化に関しては、債権譲渡に関する第三者対抗要件についての手当ては、
とくに必要はないのではないかと考える。

(44) 西田・注(17)の文献四三頁参照。

(45) 江頭・注(10)の文献二五〇頁参照。

(46) 保険金請求権の譲渡を保険者に対抗するため対抗要件の具備（民四六七条一項）を要するかについては、従来から見解が分か
れており、火災保険契約に関しそれを要するとした判例がある（最判平成五・三・三〇民集四七巻四号三三八四頁）。しかし、筆
者はこの判例の見解に反対であり（江頭・注(10)の文献三七九頁）、保険の目的物の譲渡が当然に予想される貨物海上保険とい
ては、もちろん保険者に対する対抗要件の具備は不要と考えている。

〔完〕

（東京大学教授）