

# 荷渡指図書の法的性質と効力

## —寄託者発行の荷渡指図書について—

平野 充好

1. はじめに
2. 荷渡指図書の有価証券性
3. 荷渡指図書の交付と指図による占有移転
4. 荷渡指図の撤回
5. むすびに代えて

### 1. はじめに

近時、荷渡指図書をめぐる判決が相次ぎ、荷渡指図書の法律関係に関する議論が昂まってきている<sup>1)</sup>。荷渡指図書は商取引の必要が生みだした証券であるが、現在のところそれに関する法規定がないため、商慣習（法）の役割が重要となり、したがって、判例が商慣習（法）の成立についてどのような判断を示しているのかが問題となる。

荷渡指図書とは発行者が物品の保管者（広義の受寄者、したがって海上運送人等を含む）に宛ててその正当な所持人に対して物品の引渡を委託する趣旨の証券であるが<sup>2)</sup>、本稿では、その証券に関する判例の動向を探り、荷渡指

1) 栗田和彦・荷渡指図書の比較法的研究（昭和54年）、石井吉也「荷渡指図書の性質と効力」法経論集（愛知大学）96号1頁以下（昭56年）など。

2) 荷渡指図書の呼称として、荷渡依頼書、出荷指図書、Delivery Order (D.O), Order などがあり、また名義書類依頼書も同様の機能を有しているといわれる。

図書の法律関係について検討するものである。まず、荷渡指図書はいかなる権利ないし権限を表章する証券であり、したがって、有価証券といいうるか否かという問題、次いで、荷渡指図書の所持人はその交付によって物の引渡と同一の効力を有すると主張しえるか否かといういわゆる物権的効力の有無の問題、最後に、以上との関連において荷渡指図の撤回に関する問題を取り扱う。

ところで、荷渡指図書には発行当事者の具体的関係に応じて種々の種類があるが、一般的には三つの類型に分類されている<sup>3)</sup>。すなわち、受寄者がその使用人または履行補助者に宛てて発行したもの（第Ⅰ類型）、寄託者が受寄者宛に発行したもので受寄者の副書があるもの（第Ⅱ類型）、そして寄託者が受寄者宛に発行したにすぎないもの（第Ⅲ類型）という分類である。

本稿では、第Ⅲ類型の寄託者発行の受寄者宛荷渡指図書に焦点をあてて考察を加える。これは、荷渡指図書の議論の重要な課題として、第Ⅰ類型、第Ⅱ類型の物権的効力の有無の問題について触れていないこと、しかも、荷渡指図書に関するほとんどの文献がいずれの類型をも分析の対象にしていることを考えると、あるいは疑問のある問題限定といわざるを得ないかもしれない。しかし、第Ⅲ類型の荷渡指図書を主としてとりあげて検討する理由は、まず、近時の判決例に現われた荷渡指図書はほとんど第Ⅲ類型のものが多く、その意味でこの点の分析が今日的な問題と思われるということ。第二に、第Ⅲ類型が荷渡指図書の典型例であるということ。第Ⅰ類型の荷渡指図書は特殊な形態であり、また第Ⅱ類型の荷渡指図書は実際にはあまりみられないということにすぎない<sup>4)</sup>。その意味で、決して三類型化方法を否定するものでは

3) 小町谷操三「荷渡指図証論」海法研究5巻1頁以下。荷渡指図書の研究のほとんどはこれによっており、我が国においてほぼ定着した分類方法である。

4) 近藤良紹「荷渡指図書による取引の実態と法律上の問題点(下)」NBL 60号25頁は、第Ⅱ類型のいわゆる副書型はないのではないかと指摘する。稲脇修一郎「荷渡指図書の研究(五)」貿易クレームと仲裁6巻3号15頁は、第Ⅰ類型の自己宛は特例であるという。なお、自己宛の荷渡指図書に関する判決例としては、東京高判昭和30年12月26日下民集6巻12号2766頁、大阪地判昭和32年4月19日判例タイムス69号98頁などがある。

ない。

また、荷渡指図書は海上運送に関して発行される場合と倉庫寄託に関して発行される場合があり、取り扱われる業界としても鉄鋼業界、木材業界、冷蔵食品業界などさまざまである。いずれも、荷渡指図書は法定の証券ではなく、実務上作りだされてきた証券であるだけに、それが使われる場において異なる内容、効力を有することも十分ありうることである。いわゆる「場」の問題である<sup>5)</sup>。本稿では、判決例の多い倉庫寄託に関して発行された荷渡指図書を念頭において考察をすすめるが、海上運送に関して発行される場合も、差異はないものと思われ<sup>6)</sup>、海運の場における荷渡指図書に関する文献についても特に限定しないで考察の対象にした。

## 2. 荷渡指図書の有価証券性

荷渡指図書に免責的効力があることについては、学説・判例とも異論はないが、それ以上、一体如何なる権限・権利を表章するものなのか、あるいは、発行者の担保的責任が認められ、その証券としての流通性は確保されうるのかどうかについて問題がある。これは一般には荷渡指図書に有価証券性が認められるかどうかという形で議論されている。本稿では、前述の通り、第Ⅲ類型の寄託者発行の荷渡指図書に限定してその有価証券性について検討する<sup>7)</sup>。

寄託者が受寄者宛に発行した荷渡指図書について少数説は有価証券性を肯定するが、理由づけにおいて更にいくつかに分れる。まず第一は、他人宛の

5) 異なる取扱い主張する者として、小谷武男・荷渡指図書の研究1頁。田中誠二・新版商行為法(全訂版)269頁。後者は倉庫業者・通運業者発行のものについてちがいを指摘する。

6) 栗田・前掲書222頁。

7) なお、自己宛荷渡指図書(第Ⅰ類型)および副書付荷渡指図書(第Ⅱ類型)の有価証券性について、石井吉也・前掲8頁以下参照。

荷渡指図書を直ちに発行人の所持人に対する引渡義務を表章した約束証券であると解し、他人宛の荷渡指図書は自己宛荷渡指図書と同様、実質関係上の考慮からして、すなわち、荷渡指図人の受取人は発行者の支配下にある物を買ったのであるから、第三者たる受寄者をも売主たる発行人の「履行補助者」とみなすという考え方を前提とする見解である<sup>8)</sup>。第二は、荷渡指図書の発行をいわゆる「指図」(Anweisung)であるとする立場に立ちつ、その有価証券性を肯定する見解である<sup>9)</sup>。荷渡指図書の発行をいわゆる「指図」とする考え方は受寄者宛の荷渡指図書によって受取人に受領権限を、受寄者に弁済権限を証券上の指図という行為によって授権するというものである。さらに、この見解は、証券に表章される「実体」の理解の仕方によって、受寄者宛の荷渡指図書を財産価値ある法律上の地位たる物品受領権限を表章する証券であるとか<sup>10)</sup>、指図受取人は指図の引受あることによって、被指図人に対する指図法上の権利を取得しうべき期待的地位を有するとして<sup>11)</sup>、有価証券性を肯定する立場に分れる。第三は、荷渡指図書が実際界で頻繁に行なわれている状況に着眼したうえで、荷渡指図に関する指図理論を是認しつつ、荷渡指図書の発行が発行人の受寄者に対する寄託物返還請求権を所持人に譲渡した旨の通知と占有移転の指図を含めたものであるとして有価証券性を肯定する立場である。この立場によれば、寄託者は荷渡指図書の所持人に対し、受寄者を通じて寄託物を給付する債務を負担する旨の意思表示をしたものとする。したがって、荷渡指図書は受寄物の引渡を受ける権限を表章するものとして、

8) 大橋光雄「倉庫寄託品の荷渡依頼書は債権的効力もないか」判例評論第24号16頁以下。

9) 指図については、伊沢孝平「指図(Anweisung)の本質」法学協会雑誌48巻11号、49巻6号参照。

10) 伊沢孝平「荷渡指図書」民商法雑誌1巻6号54頁、稲脇修一郎「荷渡指図書の研究(五)」貿易クレームと仲裁6巻3号11頁。なお、前田庸「荷渡依頼書」運輸判例百選142頁は、この受領権限は荷渡依頼書に表章されて輾転流通するから依頼書を回収しなければ権限を撤回できないとし、荷渡依頼書の法律関係を為替手形の支払委託のそれと類似であるとしながらも、その有価証券性についての判断は留保される。この点について、平出慶道・商行為法596頁参照。

11) 浜田一男「荷渡指図書」契約法大系V70頁。

商慣習によって形成された有価証券であるとする<sup>12)</sup>

これに対して、多数説は荷渡指図書の有価証券性を否定し、荷渡指図書は免責的効力を有するにすぎないとする<sup>13)</sup> この立場もその論拠に相違がみられる。第一は、寄託者が荷渡指図書を受寄者宛に発行することは、寄託者が倉庫寄託契約の債権者たる地位に基づいて寄託物の返還を請求し、かつ寄託物を受取人に引渡すよう依頼することであり、倉庫営業者が指図通りに寄託物を引渡すことによって倉庫寄託契約は消滅し、倉庫営業者は免責されると解する見解である<sup>14)</sup> その理由として、荷渡指図書の発行によって寄託物の処分権能が寄託者から倉庫営業者に譲渡されたとみるべきではない。荷渡指図書の所持人に寄託物を引渡すことは、倉庫営業者が寄託物を返還したと同様な効果を生ずるものとして、受取人に寄託物を引渡したことになり、従って寄託物の引渡は倉庫営業者にとっては返還義務の履行であるとともに、寄託者の指示に基づいてその「履行補助者のような地位」において受取人に引渡すことなのである。倉庫営業者は、ただ寄託物を返還したと同様な効果を生ずるものとして（自己の直接占有下にある）寄託物を受取人に引渡す権限を有するに至るだけである、とする。第二は、荷渡指図書の所持人は証書に記載された寄託物を受領する権限を有するが、寄託物引渡請求権は有しない。したがって、荷渡指図書は有価証券と認めるべきではないとする立場である<sup>15)</sup> 第三は、第Ⅲ類型の荷渡指図書が物品引渡請求権という確定した独立の権利を表章していないことから、直ちに有価証券性を否定するのは妥当でなく、発行人に何らかの担保責任が認められるということを含めて、商慣習法上そのことが是認されれば物品受領権限を表章する有価証券と認めることも可能であるが、判例が商慣習法の存在に否定的態度をとっている現段階で

12) 小町谷操三「荷渡指図書の性質と効力」法学教室（旧版）5号160頁。

13) 大住達雄・倉庫（法律学体系・理論篇7）45頁。西原寛一・商行為法368頁。

14) 有田喜十郎・倉庫証券法の実証的研究376頁。

15) 石井照久＝鴻常夫・商行為法下巻（商法V - 2）204頁。

はその有価証券性を否定せざるを得ないとする立場である<sup>16)</sup>

判例は、寄託者が受寄者に対し寄託物の引渡を依頼する受寄者宛の荷渡指図書について一貫して免責証券説を採用し、そのことから荷渡指図書に関する法的問題を処理している。例えば、近時の判例によれば、「(荷渡指図書の)所持人は受寄者から寄託物を受領する資格を有し、受寄者が右証書と引換に寄託物を引渡したときには免責されるが、それ以上に寄託物に対する引渡請求権を表章するものとして証書の所持人にこれを取得させる効力を有するものではなく、また、その引渡が寄託物に対する占有移転の効力を有するものでない」として荷渡指図書の所持人は免責証券としての効力しかもたず、それ以上に債権的効力や物権的効力を主張しえない旨明らかにしている<sup>17)</sup>

荷渡指図書の有価証券性については、有価証券概念の理解との関連において問題となるが、本稿ではその点について立ち入らない<sup>18)</sup>。もっとも、荷渡指図書の有価証券性を認めることが荷渡指図書の債権的効力を是認することを意味するならばともかく、そうでなければ、有価証券性を認めることの意味、すなわち商法519条の適用可能性を考えておかなければならない<sup>19)</sup>

荷渡指図書の有価証券性を肯定する少数説がその有価証券性の論拠を商慣習ないし商慣習法に求めるのでなければ問題である。その意味で、その点を指摘する小町谷説は示唆的である。しかし、この見解は荷渡指図書の発行・交付に債権譲渡が行なわれるという商慣習の存在を前提にするところに無理があるように思える。そこで、免責証券説を検討してみると、第一の見解に対しては、荷渡指図書の発行は単に引渡請求の意思表示を書面によって表明

16) 川又良也「荷渡指図書の効力」商法演習(旧版)Ⅲ134頁。石井吉也・前掲6頁。落合誠一「荷渡指図書の性質と効力」商法の争点284頁。平出慶道・前掲597頁。近藤良紹「荷渡指図書による取引の実態と法律上の問題点」(下) NBL 60号27頁。

17) 東京高判昭和57年7月27日金融商事判例657号31頁以下、なお同旨判決例として大阪地判昭和57年12月20日判例時報1080号144頁以下。

18) 有価証券概念について、さしあたり小室金之助「有価証券の意義」商法の争点208頁。河本一郎「記名株券の有価証券性」神戸経済大学創立五十周年記念論文集法学編Ⅲ・49頁以下参照。

19) 河本一郎「有価証券制度」現代法と企業219頁参照。

したということであれば、受取人の受領権限は原因関係たる倉庫寄託契約における寄託者の引渡請求そのものにほかならないということになり、倉庫営業者にとっては、返還義務の履行であるという側面をもつことになるから、受取人との関係においても履行補助者というわけにはいかず、履行補助者のような地位というあいまいな立場を認めることに問題がある<sup>20)</sup> 第二説は荷渡指図書には債権的効力が表章されていないから有価証券性は認められないというが、荷渡指図書の受領権限は、引渡前の為替手形の表章するものと同様に考えることができ、厳密な意味で権利といえないものを表章するからといって有価証券性を否定することには問題がある<sup>21)</sup> 荷渡指図書が免責証券といわれ、これは受寄者の為の制度であり、債務者の免責に主眼があることは<sup>22)</sup> たしかであるが、一方では、元来、免責証券とは権利の流通が予定されたものではなく、債権者は当初の者に固定している<sup>23)</sup> という指摘も一理ある。ということであれば、荷渡指図書の表章する権限に着目して、その権限の財産性、権限と証券の結合、そしてその証券の流通性などのことが考えられ、荷渡指図書を受領権限を表章する有価証券と把握する前提条件は揃っているとみることできる。しかし、法の規定がない以上、荷渡指図書を有価証券と認める商慣習法の存在が肯定されなければならないが、より具体的には、権限を財産的価値たらしめかつ流通を実質的に保証する関係である、発行人に受寄者の物品引渡義務を担保すべき義務を負担せしめる旨の商慣習法の存在が肯認されなければならないであろう<sup>24)</sup>

20) 栗田・前掲190頁、なお倉沢康一郎「荷渡指図書が発行された場合における荷渡指図書の撤回の要件および効力」金融商事判例471号3頁は、発行者の名において寄託物を受領しうるとするのであれば委任状の意義しかなく荷渡指図書の効力は減殺され、しかも免責的効力を認める根拠が不明であると指摘する。

21) 川又・前掲133頁。落合・前掲284頁。石井吉也・前掲6頁。

22) 川島武宣「荷渡依頼書の撤回の可能性とその時期—取引当事者間における物権変動の時期—代金不払の場合には失効するとの特約ある特定物売買における所有権移転の時期」法学協会雑誌78巻4号90頁。

23) 稲脇修一郎・前掲貿易クレームと仲裁6巻3号11頁。

24) 担保責任を認めるということになるとその責任を問う条件、裏書人も同様の責任を負うかなど解決すべき困難な問題が多い(川又・前掲134頁)。

そこで、荷渡指図書の発行者は、その所持人が受寄者の引渡拒否にあった場合に、原因関係とは別に引渡担保義務を負うかどうかを検討してみる。この点について<sup>25)</sup> 発行人の担保責任を明確に肯定する見解<sup>26)</sup>もあるが、多数説は肯定の可能性を指摘しつつも、結局は肯定するのが困難であると解している<sup>27)</sup> もっとも発行人の担保責任を肯定的に把えようとする場合にその論拠が問題になる。この点については発行者の黙示的な引渡担保の証券的意思表示だけに重点を置いたり、また、発行人に対する受寄者の物品引渡を担保すべき義務を負担せしめる旨の商慣習法の存在だけに重点を置くのではなく、商慣習法の存在を前提にしたうえで黙示的にしろ発行人の意思を根拠に担保責任を認めると構成するのが妥当であろう<sup>28)</sup> いずれにしろ、担保責任についての商慣習法の存在を肯定的に把えるかどうかの問題になる。判例はこの点について、傍論ではあるが、「もし、倉庫業者において自らの或いは荷主よりの申出に基く何等かの事由により、右所持人に荷物を引渡さない場合には、その所持人は所謂悪意の所持人でない限り発行者たる荷主に対し、荷渡依頼書表示の物品の引渡を請求し得るものと解せられないこともない」としながら、「断定は、本件において差控える」<sup>29)</sup>としていることからすれば、場合によっては商慣習法の存在が是認される可能性は高いものの、他の判決例で、この点について明確に否定している<sup>30)</sup> 現状では商慣習法があり当事者も

25) 受領権限は指図人に物品受領を妨げないことを請求しえる権利を含むとする見解がある(伊沢孝平・前掲54頁)が、これが発行人の引渡担保責任を認めたものであるというわけにはいかないであろう。

26) 稲脇修一郎「荷渡指図書の研究(七)」貿易クレームと仲裁6巻5号3頁は、信義公平を論拠とする。小町谷操三「荷渡指図書に関する判例の総合研究」法学志林58巻2号97頁, 122頁, 124頁。

27) 石井吉也・前掲7頁。川又・前掲134頁。大森忠夫「荷渡依頼書(荷渡指図書)の性質及び効力」商事法務242号41頁。山下朝一「荷渡依頼書に関する商慣習とその性質及び効力」金融法務事情239号15頁。

28) 大森・前掲42頁。山下・前掲15頁。川又・前掲134頁参照。なお、手形における担保責任の論拠に関する議論が参考になる。鈴木竹雄「手形法の基礎理論」手形法・小切手法講座(1)1頁以下, 河本一郎・約束手形法入門(第3版)150頁参照。

29) 名古屋地判昭和30年12月19日下級民集6巻12号2630頁以下。

30) 東京高判昭和34年6月27日高裁民集12巻8号348頁以下。



それによる意思があったものと認めるわけにはいかないのではなからうか。しかし、「商人の才智が案出したものといわれる荷渡指図書の制度として、指図人（発行人）が何等の債務を負わないものとして果してその制度が維持できるか」<sup>31)</sup>という問いは重要である。

### 3. 荷渡指図書の指図による占有移転

荷渡指図書の物権的効力に関する議論の焦点はむしろ第Ⅰ類型のいわゆる自己宛荷渡指図書および第Ⅱ類型の副書付荷渡指図書の場合についてどうかということにある<sup>32)</sup>。その意味で本稿で考察の対象にしている第Ⅲ類型の受寄者宛の荷渡指図書については、学説・判例ともほとんど異論なく物権的効力を否定しているといつてよい<sup>33)</sup>。受寄者の関与しない荷渡指図書に関して債権的効力を認めることができない以上、荷渡指図書の交付に物品の引渡と同一の効力を認めることはできないというのがその理由である。これに対して、小町谷教授は荷渡指図書の指図に債権譲渡と占有移転の通知の効力を認めることを前提として、所持人が受寄者に荷渡指図書を呈示するまでは指図による占有移転の効力が生じないが、受寄者に呈示した後は受寄者が呈示者のために占有することになるから、それ以後に、もしその荷渡指図書が流通すれば、それは物権的効力を有すると主張される<sup>34)</sup>。この見解に対して、荷渡指図書の研究者の多くが一定程度肯定的な評価を加えつつも<sup>35)</sup>、荷渡指図書の交付は受領権限授与であり寄託物引渡請求権の授受したがって債権譲渡といえるか疑わしいと批判が加えられている<sup>36)</sup>。たしかに、荷渡指図書の発行だけで占有移転の効力を導きだす理論構成には無理があるといえる。指図

31) 山下・前掲13頁。

32) 石井吉也・前掲18頁，栗田・前掲181頁以下参照。

33) 落合・前掲285頁。

34) 小町谷・前掲法学教室161頁。

35) 石井吉也・前掲18頁，栗田・前掲197頁。

はあくまでも給付実現の為の方法であり、給付そのものでなく、指図書の交付だけで給付が実現されたと解するわけにはいかない。判例もくりかえし、受寄者宛の荷渡指図書について物権的効力を否定する判断をくだしている<sup>37)</sup>。商取引の世界では荷渡指図書が頻繁に利用され、荷渡指図書の交付が寄託物の引渡と同視しえるともいえる関係が作りだされている状況のなかで、商慣習（法）の成立について判例の判断に問題がなくはないとも考えられるが<sup>38)</sup>、判例の第Ⅲ類型の荷渡指図書について物権的効力を否定するとする考え方はほぼ定着したといえなくもない。しかし、荷渡指図書に関する最近のいくつかの判決例を検討してみると、そこに少しばかり変化のきざしを見ることができるようになる。

荷渡指図書に関する判決例は戦後のもので、しかも、債権的効力、物権的効力について直接言及していないものを除けば木材の取引に関するもの8件<sup>39)</sup>、鋼材の取引に関するもの11件<sup>40)</sup>、冷蔵食品の取引に関するもの3件<sup>41)</sup>、その他の商品の取引に関するもの5件<sup>42)</sup>の計27件を数えることができる<sup>43)</sup>。そのうちほとんどが第Ⅲ類型の荷渡指図書に関するものである<sup>44)</sup>。これらの判決例のなかで、商慣習法を是認して、物権的効力を認めるまでにはいかないが、

---

36) 小島孝「寄託者発行の荷渡指図書は債権譲渡通知たる効力を有しない」商事法務350号14頁は、荷渡指図書の呈示だけでは受寄者には債権譲渡の存否の判断がつかず、所持人は債権譲渡がなされたことおよび荷渡指図書がその通知であることを立証しなければならないから、このような立証あるまで債権譲渡通知の効力を債務者に主張しえないようなものが民法467条にいう債権譲渡といえるか疑わしいとされる。

37) 東京地判昭和57年2月16日判例時報1056号246頁、東京高判昭和57年7月27日金融商事判例657号31頁、大阪地判昭和57年12月20日判例時報1081号144頁。

38) 大森忠夫「荷渡依頼書（荷渡指図書）の性質及び効力」商事法務研究224号42頁は、商慣習の存否の判定はかなり微妙とされている。

39) 名古屋地判昭和37年11月30日判例時報342号33頁、東京高判昭和44年4月18日判例時報561号51頁、最判昭和48年3月29日判例時報705号103頁（昭和44年東京高裁判決の上告審）、大阪地判昭和52年1月27日判例タイムス360号252頁、東京地判昭和55年2月25日判例時報967号113頁、東京地判昭和57年2月16日判例時報1056号246頁、東京高判昭和57年7月27日金融商事判例657号31頁、東京地判昭和57年7月28日判例時報1063号211頁。

結果としては寄託物の占有権の移転，したがって物権的効力を是認した場合と同様な関係が作りだされたと思われる判決例が4件ある。①昭和52年1月27日大阪地裁判決，②昭和54年11月27日東京高裁判決，③昭和55年2月25日東京地裁判決，④昭和56年5月15日大阪地裁判決である。これらは，それぞれの取引界における個々の取引の特殊な状況のなかでの判決例であり，その意味で容易に一般化することはできないにしても，受寄者宛の荷渡指図書について，一定の場合には物権的効力ないしそれに近い効力を容認する商慣習（法）の成立可能性を示唆するものではないかと思われる。これらの判決例は荷渡指図書における「指図による占有移転」をめぐって展開され，受寄者宛の荷渡指図書の交付・呈示に指図による占有移転の効力を認めることができないう問題が中心である。

荷渡指図書の交付・呈示に指図による占有移転の効力を認めることができ

- 
- 40) 東京地判昭和27年6月24日判例タイムス34号60頁，大阪地判昭和28年2月29日下級民集4巻2号179頁，東京高判昭和30年12月26日下級民集6巻12号2766頁，東京高判昭和30年12月28日下級民集6巻12号2816頁，大阪地判昭和31年2月7日下級民集7巻2号266頁，東京地判昭和31年9月6日下級民集7巻9号2398頁，大阪地判昭和32年4月19日判例タイムス69号98頁，東京高判昭和34年6月27日高裁判集12巻8号6頁，東京地裁昭和35年4月30日判例時報224号32頁，東京高判昭和49年11月18日高裁判集27巻5号389頁，大阪高判昭和57年12月20日判例時報1080号144頁。
- 41) 東京高判昭和54年11月27日判例時報948号104頁，大阪地判昭和56年5月15日判例時報1037号126頁，最判昭和57年9月7日判例時報1057号131頁（昭和54年東京高裁判決の上告審）。
- 42) 名古屋地判昭和30年12月19日下級民集6巻12号2630頁（セメントの取引について）大阪高判昭和32年2月4日下級民集8巻2号219頁（ハンカチの取引について），最判昭和35年3月22日民集14巻4号501頁（昭和32年大阪高裁判決の上告審判決），大阪地判昭和52年6月16日判例時報882号106頁，東京地判昭和56年4月30日判例時報1021号133頁。
- 43) 戦後のものに限定して検討の対象としたのは，商慣習の成否ということ念頭においただけで，戦前の古いものについて今日どれだけの商慣習（法）性があるか疑問に思われたからである。検証を必要とするところであろう。戦前のものを含めて優れた荷渡指図書の総合判例研究として，小町谷操三「荷渡指図書に関する判例の総合研究」法学志林58巻2号80頁。荷渡指図書に関する問題の検討にとって判例研究の重要性は指摘するまでもないが，判例を通じて形成された理論がどのように実務に反映されそれが更に荷渡指図書に関する商慣習の形成にどのような影響を与えているかという問題もふまえておかねばならない。

るかという問題について、学説・判例とも否定するのが一般である。学説は、小町谷説が荷渡指図書の交付に債権譲渡とともに占有移転の通知を含ませて解するほかは、<sup>45)</sup> 荷渡指図書の呈示に指図による占有移転の意味をもつと解する可能性を指摘するにとどまっている<sup>46)</sup> 判例もこの効力を否定し、<sup>47)</sup> その理由として受寄物の引渡までは荷渡指図書の撤回を通例としているから、荷渡指図書の交付・呈示によって受寄物の引渡が完成するとの慣習は確立しておらず、したがって、荷渡指図書の交付・呈示に指図による占有移転の効力は認められないというものである<sup>48)</sup> このように、一般的には荷渡指図書の交付・呈示に指図による占有移転の効力を認めないという状況のなかで、前述の4つの判決例は一定の場合に指図による占有移転を認めたともいえる事例である。

まず、①判決および④判決は寄託者が直接受寄者に占有移転の指図をした場合である。①判決では、木材を倉庫業者に寄託した者が、木材を在庫のまま売却し、同様に順次転売された場合に、各売主が売買と同時に、いずれも寄託者である最初の売主を名宛人として、自己に対応する各買主に木材を引渡すことを依頼した出荷指図書を作成しこれを名宛人である寄託者に交付したという事案に対して、大阪地裁は「倉庫に保管中の木材の転売買において、転売者より第一の売主に対し出荷指図書が交付された場合、右出荷指図書は転売者が第一の売主に対し、木材を転買者に引渡すことを依頼するとともに、転買者において木材を引取るまでの間、第一の売主においてこれを保管することを命じた趣旨を含むものと解されるから、右出荷指図書の交付には指図による占有移転の効力がある」と判示した<sup>49)</sup> 指図の名宛人が倉庫業者では

44) 第I類型の荷渡指図書に関する事例について、第1節注(4)参照。

45) 小町谷・前掲法学教室160頁。

46) 末弘巖太郎『同時履行の抗弁—売品の引渡ありたりや否やの認定問題—慣行に依る「引渡」』判例民事法大正11年度版110頁、川又・前掲136頁。

47) 前掲東京地判昭和56年4月30日、東京地判昭和57年2月16日および大阪地判昭和57年12月20日の各判決例。

48) 前掲大阪地判昭和57年12月20日。

49) 前掲大阪地判昭和52年1月27日判例タイムス360号252頁。

なく寄託者であり出荷指図書の交付先も買主たる荷渡先ではなく寄託者である点において、本稿の考察の対象である受寄者宛の荷渡指図書とは異なっている。しかし、荷渡指図書そのものに占有移転の指図の趣旨が含まれると解した点は後述の荷渡指図書に占有移転の指図が含まれるかどうかという意味で重要である。たしかに、この判決は買主により寄託者宛の荷渡指図書が寄託者に交付される場合には、荷渡指図書の交付のほかに占有移転の指図の意思が慣習（法）上是認されると解するか、あるいは、本件のような荷渡指図書の発行の場合にかぎって荷渡指図書の荷渡指図に占有移転の指図が含まれていると解するほかないようにも思えるが、荷渡指図書の発行一般に占有移転の指図の意思表示の包含可能性を示すものと解することもできる。たとえば、寄託者が荷渡指図書を正副二通作成して一通を直接受寄者に交付する場合もあるが、この場合にはこの判旨の論理をそのままあてはめることはできないであろうか。④判決は、「冷凍食品の寄託者が受寄者たる冷蔵保管業者に寄託中の商品を他に売却して受寄者に対し電話で買主を権利者とするよう命じたのち、買主が右商品を転売して受寄者に対し電話で転買人のため占有するよう命じたときは、寄託者が発行していた受寄者宛の寄託者名義変更依頼書の呈示がなくとも、右商品の占有権は指図による占有移転によって転買人に移転し、かつ、受寄者に対する寄託物返還請求権も転買人に譲渡される」<sup>50)</sup>というものである。本事例は口頭による指図による占有移転が問題とされた場合である。そのこと自体は問題ないとしても、荷渡指図書と同様の機能を有すると解されている名義変更依頼書を発行しておきながら、それとの関係なしに、直接、指図による占有移転の効力を認めるということの意味を考えておかねばならない。これを実質的に考えれば、名義変更依頼書の発行という関係を前提に口頭による指図による占有移転が認められたと解することができるのではないか。こうして、二つの判決例において、寄託者が受寄者に対する指図による占有移転によって買主は寄託物の引渡を受けたと同様の関係となり、所有権の対抗要件を備えるにいたり、寄託関係も同時に移

50) 前掲大阪地判昭和56年5月15日金融商事判例637号47頁。

転されたものと解されることになるのである<sup>51)</sup>

これに対して、受寄者宛に荷渡指図書が発行され、その所持人によって呈示された場合として、②判決および③判決が注目される。②判決は「食肉業者間の冷凍食品の売買において買主が正副二通の荷渡指図書を発行したうえ、その一通を冷凍食品の受寄者に他の一通を買主に各交付し、右交付を受けた受寄者が、その寄託者台帳上の寄託者名義を売主から買主（被指図人）に変更した場合には、買主は右名義変更により売主から冷凍食肉につき指図による占有移転を受けたことになる」と判示した<sup>52)</sup> ③判決は、受寄者が荷渡指図書の所持人に対して引渡義務を承認したときは、「寄託者の指図に基づき受寄者において独立の物品引渡義務を負担するに至った」のであり、この場合、「承認の相手方たる荷渡先に対して寄託者から指図による占有移転がなされたと同視しうる法律効果が生ずるものというべきである」と判示した<sup>53)</sup> これらの判決例は、それぞれの業界における特殊な事例に対する判決例でありその一般化には注意を要するが、荷渡指図書が交付・呈示され、名義書換がおこなわれたり、または引渡義務の承認がなされた場合には、荷渡指図書の呈示を前提にして指図による占有移転の効力を是認するものである。この点について、昭和44年東京高裁判決は、傍論であるが、「占有移転があったといいうるには、荷渡指図書の発行・交付・呈示のほかに、これに合して現物の引渡があったと認めるに適わしい他の行為なり意思表示のなされることを要する<sup>54)</sup>」と判示しており、ある意味では二判決例は予想されたも

51) 稲本洋之助・注釈民法(7)30頁参照。なお大阪地判昭和56年5月15日は、「所有権及び占有権の移転により、本件商品についての寄託関係も同時に変更（移転）されたものと解するのが相当である。もとより、指図による占有移転と寄託物についての寄託関係の移転とは一応別個のものと考えられるべきであるが、寄託物につき、売買により所有権が移転されたうえ、指図による占有移転により、占有権も移転され、かつ、これにより、その返還請求権も譲渡されたとみるのが相当であるから、もはや寄託関係のみを残存させておく実益がないと考えられるからである。」と判示している。

52) 前掲東京高判昭和54年11月27日判例時報948号104号。

53) 前掲東京地判昭和55年2月25日判例時報967号113号。

54) 前掲東京高判昭和44年4月18日判例時報561号51頁。

のであるといえた。しかし、学説はいずれもこれらの判決例に対して批判的で、二判決例を従来の判例理論の枠内で体系的に把握することに苦慮している。判決の論理を把握する方法として、第一に、(②判決の判例批評で)「D/Oの発行には債権譲渡が前提となっている、という商慣習(法)が存在しているか、D/Oのフォームが債権譲渡通知の適格性(要件)を備えている必要があるであろう」としたうえで、本判決が「指図による占有移転に占有代理人の承諾を必要とするという考え方に立ったのであれば、寄託者台帳上の名義変更をもって承諾と解することになるであろう…」<sup>55)</sup>する考え方がある。また、第二には、(②判決の判例批評であるが)「荷渡指図書の発行・交付がなされた寄託物の売買当事者間においては、寄託物返還請求権の譲渡が当然になされており、荷渡指図書には債権譲渡の通知および占有移転の指図としての効力が認められ、さらに受寄者が名義変更を行うことにより、旧名義人の債務について新名義人による免責的債務引受も行なわれた」<sup>56)</sup>とでもいわなければならないとして、債務引受を持ちだして寄託者としての地位の承継ないし移転が行なわれたということを占有移転の前提にする考え方がある。第三には、(③判決の判例批評で)荷渡指図書に占有移転の指図が含まれていないと解さざるを得ない以上、「引渡義務の承認＝占有移転という論法はいわば論理の飛躍であり、占有理論の限界を超えたもの」であるとして判決を批判し、判決の結論を肯定するには、荷渡指図書に「占有移転の指図」が含まれていると解する(慣習法上の根拠を無視しているので採りえないが)しかないとする考え方がある<sup>57)</sup>。前二者が荷渡指図書の交付に債権譲渡の商慣習(法)性を前提にしているのに対し、第三の立場は荷

52) 前掲東京高判昭和54年11月27日判例時報948号104号。

53) 前掲東京地判昭和55年2月25日判例時報967号113号。

54) 前掲東京高判昭和44年4月18日判例時報561号51頁。

55) 栗田和彦『倉庫寄託者が発行した荷渡指図書の呈示(とそれに伴う寄託者台帳上の名義書換)による「指図による占有移転」』判例評論257号36頁。

56) 平出慶道「荷渡指図書による占有移転と即時取得」判例タイムス439号171頁。

57) 高田正明「荷渡指図書の指図の撤回の許される時期、その他」海運639号84頁。

渡指図書に占有移転の指図が含まれているかどうかということの商慣習(法)性に焦点を置いている点がことなる。たしかに、荷渡指図書の発行・交付に指図による占有移転の効力が認められないとする判例の考え方からすると、これらの判決例は必ずしも従来の判例理論の枠組みのなかで捉えることは困難である。②判決および③判決はいずれも名義変更もしくは引渡義務の承認に寄託物の引渡と同視しうる慣行の存在を前提にして、それと荷渡指図書における呈示を結びつけて展開しているものである。しかし、これらの判決例は名義書換および引渡義務の承認という所持人と受寄者との債権関係を是認するという「債権移転性」に着目したものであり、その意味で、荷渡指図書の交付・呈示があつて「債権移転性」が伴えば占有移転の効力を何らかの形で是認したと解することができる。

一般的にいえば、名義書換、引渡義務の承認など寄託物返還請求権の譲渡と同視しうる関係があれば荷渡指図書の呈示に占有移転の効力を認めてもよいということになる。この関係を法的に把握する場合に、実体的関係をそのまま法的関係に反映させて、荷渡指図書の呈示に関係なく名義書換などの「債権移転性」の事実指図による占有移転の効力が生ずると説明<sup>58)</sup>では荷渡指図書の呈示は意味をもたないものになってしまう。とすれば、荷渡指図書の呈示に占有移転の指図が含まれ、名義書換などの事実が行なわれたとき、占有移転の効力が生ずるとでも解せざるを得ないということになる<sup>59)</sup>。その意味で、③判例のように「指図による占有移転と同視しうる法的効果」として、名義書換と荷渡指図書の呈示によって指図による占有移転と類似の関係いわば間接占有の移転と考えて指図による占有移転そのものでないが、それに類似の占有移転方法であると考えていくことも可能であろう。しかし、荷渡指図書に注目し、荷渡指図書を中心に考えていくとすると、や

58) 田中整爾「荷渡指図書に基づき倉庫業者の寄託者台帳上の寄託者名義が変更され寄託の目的物の譲受人が指図による占有移転を受けた場合と民法192条の適用」民商法雑誌88巻5号108頁参照。

59) 栗田和彦「荷渡指図書の撤回が可能となる時期」ジュリスト昭和55年度重要判例解説118頁参照。



はり荷渡指図書の荷渡指図に占有移転の指図を含むと解せざるを得ない。そうすれば、荷渡指図書の交付・呈示により名義書換、引渡義務の承認がおこなわれても、呈示に対する効力の問題として考えることができ、したがって必ずしも名義書換、引渡義務の承認などという「債権移転性」に着目しなくても荷渡指図書に含まれている占有移転の指図の問題として考えることができるのである。この考え方に対して、第一に、荷渡依頼が本来の意思であって占有移転の指図をも含めることは証券発行人の意思に反するのではないか<sup>60)</sup>という批判がありうる。これには、この点について肯定した①判決をもってこたえることもできる。もっとも、この点について、②③判決の結論は、荷渡指図書に占有移転の指図を含めしめる慣行の存在を認めるきざしがあると考えすることはできないだろうか。第二に、荷渡期間の終了まで保管料は寄託者が、その後は荷受人または指図書の所持人が負担するのが一般的であるというところから、そのような占有移転の指図の意図を導きだしえないという批判がある<sup>61)</sup>。これに対しては、倉庫料は寄託契約の対価であり、寄託契約関係は占有移転によって当然に移転するわけではなく、別個の関係であり<sup>62)</sup>、したがって、倉庫料の支払方法については基本的には荷受人と寄託者の契約によって定まることであり、そのことから占有移転の指図の意思を汲みとれないわけではない。第三に、寄託動産の譲渡を受寄者に対抗する為には、その引渡を要しないという判決例<sup>63)</sup>から対抗要件の充足が呈示後の撤回を否定する為の論拠になりえないと指摘され、荷渡指図書における占有移転の指図の無意味性が示唆されている<sup>64)</sup>。これについては、この判決例そのものに学説上反対も多く問題があるが<sup>65)</sup>、仮りにその判決例を是認したとしても、荷渡指図書の呈示後であっても引受または引渡までは占有移転の効力

60) 稲脇修一郎「荷渡指図書の性質」商事法務研究155号9頁。

61) 稲脇・前掲貿易クレームと仲裁6巻2号5頁。

62) 稲本・前掲30頁。

63) 大判昭和13年7月9日民集17巻1409頁。

64) 川島・前掲90頁以下。

65) 徳本鎮・注釈民法(6)397頁参照。

が生じなければともかく、その間に占有移転の効力が生ずることを認めるのであれば、それは寄託物の引渡が終了したと同様のことを意味し、同時に寄託関係も移らざるを得ないのであり、この場合には解除しないかぎり撤回はできないという関係を考えるべきであろう<sup>66)</sup>

そこで、解釈論として、慣行の成熟度との関係において若干問題があるが、少くとも、荷渡指図書の効力についての今後の方向性をふまえて、荷渡指図書の指図に商慣習（法）上占有移転の指図が含まれていると解しえないものかと思う。そのように解することができれば、民法184条の占有移転の指図の論理で考えることになり、占有移転の効力発生時期を名義書換時もしくは引渡義務の承認時点におくことは問題となる<sup>67)</sup>。荷渡指図書の指図を占有移転の指図を含めて解するならば、むしろ率直に荷渡指図書が呈示され、正当な所持人であることが確認されるならば、それによって受寄者に占有移転の指図命令の意思が伝わり、指図による占有移転の効力が生ずると解することはできないであろうか。もちろん、これは物権的効力を認めることとは全く別問題である。正当な所持人であることの確認というのは、引受ということではなく、荷渡指図書が真正に作成されたことが確認されれば足り、したがって、その指標として受寄者が荷渡指図書を受取り代りに受取証を交付するとか、あるいは、保管証明書が交付されるとか、場合によっては一部受取がおこなわれるとか、あるいは立会確認がなされることなどが考えられる。

---

66) 寄託者と転得者との関係において転得者が対抗要件をそなえているかどうかは寄託者と直接の買主との間の契約が解除された場合に問題になる。その場合には第三者たる転得者が寄託者との関係において対抗要件を備えているとき、寄託者は撤回は可能なのか、契約を解除して撤回したとしてその第三者に対して撤回の効力を主張しえるか。たとえば、東京地判昭和55年2月25日判例時報967号120頁、東京地判昭和57年2月16日判例時報1056号248頁等参照。

67) 栗田和彦「荷渡指図書の撤回が不能となる時期」ジュリスト昭和55年度重要判例解説118頁参照。

#### 4. 荷渡指図の撤回

荷渡指図書をめぐり紛争は寄託物品について荷渡指図書が発行され、それが寄託物品の輾転売買とともに交付される場合に（あるいは、荷渡指図書の受取人が更に受寄者宛に荷渡指図書を発行して権限の移転をはかる場合も含めて）、最後の買主である荷渡指図書の所持人が予期しないにもかかわらず、最初の買主の代金不払等を理由に指図が撤回される場合に関しておこるのがほとんどである。第2節および第3節で取り扱った問題も荷渡指図書を信頼して取引したものの保護をどの程度はかるか、そしてその手だてはどうかということである。本節の問題もその第2節ないし第3節の問題と表裏の関係にある。荷渡指図の撤回が有効になしうるとすれば、荷渡指図書の所持人の「権利」は否定されることになり、逆に、荷渡指図書の所持人に「権利」が是認されれば指図の撤回はできないということでもある。荷渡指図書の撤回に関する問題は、一般的に撤回が可能であるか、可能であるとした場合にいつまで撤回しえるかという撤回の期限の問題、さらには、撤回の方法との関連で荷渡指図書の回収は必要か、書面による必要はあるのかなどである。

##### (1) 撤回の可能性

荷渡指図書の発行者は所持人に受領権限を与えながら任意にそれを撤回しえるのか。すでに考察したように、荷渡指図書の発行により物品引渡請求権ないし記載物品について第三者に対抗しうべき所有権が与えられるわけではない。しかも、受領資格は「その資格者の利益のための制度ではなく弁済者の利益のための制度」<sup>68)</sup>であるから、弁済受領資格を与えた後に指図を撤回しても、所持人はそれによって「侵害されたとみなさるべき権利（指図撤回によって否認され得ぬような既得権）」<sup>69)</sup>を有しないと解する考え方が支配的

68) 川島・前掲90頁。

69) 川島・前掲90頁。

である<sup>70)</sup>。また、我が国の通説は指図理論の影響をうけ、指図の撤回についてもドイツ民法790条が指図人は被指図人が指図証書受取人に対して未だ引受をなさずまたは給付をしない間は、被指図人に対して指図を撤回できるとしていることから、指図の撤回を認めることに異論をさしはさまない<sup>71)</sup>。なお、荷渡指図書の発行者たる寄託者は所有権に基づいて荷渡指図を撤回するわけではなく、寄託契約の当事者として撤回するのであるから、売買契約を解除し所有権を回復してから撤回する必要はない。しかし、寄託者の紛争当事者が受寄者でなく荷渡指図書の所持人である転得者である場合に解除が前提になり、解除の効果が対抗しえる第三者かどうか争われることになる。

## (2) 撤回の期限

いつまで撤回しえるかということは、どのような時点で荷渡指図書の所持人が「権利」を取得するかということでもある。学説には、呈示前はまだ指図による占有移転の効力が生じていないから、それまでは撤回をなし得るとする少数説<sup>72)</sup>と荷渡指図書の呈示後でも、物品の引渡前または受寄者による引受承認前までは撤回できるとする多数説<sup>73)</sup>がある。判例は昭和35年3月22日最高裁判決<sup>74)</sup>において、「第三者がこれを受寄者に呈示する以前は寄託者において受寄者に対する通知により依頼を撤回することを妨げない。」と呈示以前は撤回可能であるとしているが、呈示後は撤回を一切認めない趣旨かどうか不明である<sup>75)</sup>。その後、昭和49年11月18日東京地裁判決<sup>76)</sup>は呈示後で

70) 倉沢康一郎「荷渡指図書が発行された場合における荷渡指図の撤回の要件および効力」金融商事判例471号4頁以下。

71) 浜田一男「荷渡指図書」契約法大系(5)74頁以下、ドイツ民法790条は指図一般についても妥当するものであるということから、荷渡指図書の場合における荷渡の撤回の可能性を根拠づける。なお、倉沢・前掲4頁参照。

72) 小町谷・前掲法学教室(旧版)5号161頁。田中誠二・新版商行為法(再全訂版)285頁。

73) 川島・前掲91頁、落合・前掲285頁、平出・前掲597頁、神崎克郎・商行為法(I)108頁。なお、川又・前掲139頁は副署後は有効に撤回できないとする。

74) 民集14巻4号501頁。

75) 川島・前掲91頁。

あっても、引渡・引受前ならば撤回は可能であると判示した。

私は、荷渡指図書の発行に指図による占有移転を含めて考えるべきであるという立場から、荷渡指図書の所持人が被指図人に呈示し、それが受理されるまで——具体的には印鑑照合、電話照合など寄託者の意思確認手続がおこなわれれば足りる——撤回できるがそれ以後は認めないとしたらどうかと考えている。荷渡指図書が適法に作成されたことを認めて受理されたときは<sup>77)</sup> 指図による占有移転が効力を生じ、したがって、所持人は寄託物品の引渡請求権を取得することになるのであるから、それ以後はもはや寄託者は撤回をなしえないものというべきではなからうか。なお、荷渡指図書に荷渡期間・有効期間の記載がある場合にはその期間内は撤回できないと解されているが<sup>78)</sup> 有効期間等を撤回不可能な期間と解することには疑問がある。有効期間等は倉庫料負担の時期的関係を意味を有するに過ぎない<sup>79)</sup> ことから考えれば期間中も撤回できないというわけにはいかないであろう。

### (3) 撤回の方法

荷渡の撤回は被指図人たる受寄者に対してなされるが、その為は何らかの方式を必要とせず、書面によると口頭によるとを問わない。もっとも、実際界では、赤字による荷渡指図書（通称赤伝ともいう<sup>80)</sup>）によって撤回の意思を表明する場合もある。荷渡指図書の回収を必要とするかどうかについては見解が対立している。回収を不要とするのが多数説であるが、荷渡指図書を回収しなければ荷渡指図書の権限証券性が消滅しないことから撤回には回収

76) 高裁民集27巻5号389頁。

77) 昭和32年2月4日大阪高判（下級民集8巻2号219頁）は「荷渡依頼書所持人と倉庫業者との法律関係はその依頼書が適法に作成されたことを認めて倉庫業者に受理されたときに生じ、そのときに権利義務関係が発生すると解するのが相当である」と判示している。

78) 稲脇修一郎「荷渡指図書の研究」(七)貿易クレームと仲裁6巻5号10頁。

79) 大阪地判昭和28年2月7日下級民集4巻2号180頁。

80) 昭和54年11月27日東京高判（判例時報948号108頁）の事案では実際に行われているようである。

を必要とする見解がある<sup>81)</sup>。また荷渡指図書が発行者である寄託者の直接の相手方である受取人の手元にある場合はともかくすでに第三者の手中にある場合には事実上回収は不可能であろう。いずれにしろ、現段階において証券それ自体の有価証券性を否定せざるを得ない以上、撤回に何らの方式を必要とする理由はなく、したがって、撤回には回収を必要としないというべきであろう<sup>82)</sup>。

## 5. むすびに代えて

荷渡指図書の効力について不十分ながら一定の解釈の方向を示唆したが、荷渡指図書に関する紛争が跡をたたず、判決例にあらわれたケースをみても、荷渡指図書に関する商慣習の内容が必ずしも明確でないため、確定した規準で対応しえない状況にあることを考えると立法による規制が必要な段階にあるように思われる。立法問題について、今ここで具体的な提案<sup>83)</sup>をするなど十分に展開することはできないが、立法のさいの問題点について若干の指摘をしておきたい。

荷渡指図書に関する紛争の多くは寄託動産が荷渡指図書とともに輾転売買され、最初の売主である荷渡指図書の発行者が代金未受領の為に荷渡指図書を撤回した場合に荷渡指図書の所持人を保護すべきか、それとも最初の売主である寄託者を保護すべきかどうかという問題である。たしかに、荷渡指図書が荷渡の便宜に基づいて寄託者の都合により、受寄者のために考案されたものであるにしても、それが少なくとも流通を予定するものとして発行され

---

81) 前田・前掲142頁。

82) 久留島隆「荷渡指図書が発行された場合における指図撤回の要件及び法律効果」金融商事判例620号50頁。

83) 栗田・前掲書272頁はモデルコードの作成は時期尚早としながらも、商法601条を参考にすべきことを指摘している。

実際に流通しているかぎりにおいて<sup>84)</sup> 典型的な免責証券と異なるわけであり、その荷渡指図書に受領権限が表章されているものとする以上その交付を受ける者の地位を考慮しないわけにはいかないであろう。したがって、荷渡指図書の発行者は契約の相手方とは私法上の論理で決着をつけるべきであるにしても、荷渡指図書の流通が是認される以上、少なくとも荷渡指図書の所持人との関係においては証券法理を導入して決着をはかるべきではなかろうか。これが、荷渡指図書に関する立法問題の基本点視点でなければならないと思う。いずれにしろ、どのような商慣習（法）が形成され、定着しつつあるのかをふまえてそれを理論化するという方向で立法化をすすめるべきであり、決してそこに生まれつつある商慣習（法）を無視すべきではない。そうした意味で、荷渡指図書に関する商慣習（法）の内容理解に最大の関心が払われ、そのなかから具体的な立法案を提示すべきであるが、商慣習（法）の実態調査および立法例の研究をふまえたうえでないかぎり、具体的な提案はさしひかえるべきであろう。本稿では、第一に、荷渡指図書の性質に関して、荷渡指図書の発行人は引渡担保義務を負うべき旨を規定<sup>85)</sup>すべきではないかということと、第二に、荷渡指図書の物権的効力に関して、その立法論の過渡的議論として第3節で展開した指図による占有移転との関連が重要な意味をもちうるということだけを指摘しておきたい。

84) 受領権限を譲渡する方法として荷渡指図書をそのまま流通せしめる方法のほかに、荷渡指図書の受取人が更に荷渡指図書を被指図人宛に発行する方法などがある。この点についても立法のさいには統一すべき問題であろう。

85) なお、UCC§7-502(1)d, 参照。