

権利質権の制度的変遷とその影響

原 謙 一

[目 次]

はじめに

第1 権利質権の変遷

I. 民法上の権利質権

- 1 起草者の見解とその後の学説の支持
- 2 学説における解釈論の変化
- 3 実務における問題の発生
- 4 権利質権に関する規定の改正

II. 特別法上の権利質権

- 1 知的財産権を目的とした権利質権
- 2 電話加入権を目的とした権利質権
- 3 有価証券を目的とした権利質権
- 4 電子記録債権を目的とした権利質権

III. 小 括

- 1 占有・要物性の後退現象
- 2 後退現象から引き出される二つの可能性

第2 変遷が質権に与える影響

I. 効果面への影響

- 1 担保価値維持義務
- 2 転質

II. 要件面への影響

- 1 占有改定禁止の趣旨
- 2 質物の任意返還と質権の存否

III. 若干の検討

- 1 権利質権の変遷から理解しうること
- 2 質権制度の不十分さと改善の方向性
- 3 改善する必要性の有無

おわりに

はじめに

これまでの日本の担保制度をみると不動産が突出した利用を見せてきた。もっとも、過剰な担保の要求は財産を持たない者の資金調達を阻むことになる。とはいえ、担保のような債権の引き当てなく、無担保での融資を行えば、金融機関は破綻の道をたどる。

そこで、資金調達者にとっては様々な調達手段のメニューが用意され、資金調達規模や目的に合わせて、それらを選択できることが望ましく、これは資金提供者となる金融機関などにとっても債権の引き当てを用意されるという点でメリットがある。

このように、多様な資金調達・提供手段を設ける流れの中で、財産権の担保化は重要な位置を占めるべきものと期待されているように思われる。そこで、これまで筆者は財産権(無体物)を担保化するにあたって、その担保価値の維持という最重要な問題に、どのような理論枠組みを与えるべきかの検討を中心に研究を進めてきた。

すなわち、このような解釈論の小窓を通じ、財産権の担保化をめぐる法律問題をより明確化し、担保の利用者にとってわかりやすく活用しやすい制度設計を図ることを試みてきたのである⁽¹⁾。

というのも、実態の存在しない無体物の担保化にあたっては、有体物の場合以上に、担保価値の維持が重要と思われるものの、この問題を扱う明文上の制度が日本の民法には存在せず、財産権の担保化を進めるにあたって、これが一つの阻害要因となり得ると考えたからである。

この点については権利を担保化する明文規定が存在する権利質権に注目し、その母法であるフランス法⁽²⁾を比較の対象としながら日本の制度につ

(1) 原謙一「債権質の拘束力について—担保価値維持義務の法的根拠に関する考察—」横浜国際経済法学21巻2号(2012年)53頁以下及び原謙一「『担保価値の維持』に関する理論枠組みについて」横浜法学23巻2号(2014年)65頁以下を参照。

(2) フランス法上の制度を参考にした日本の旧民法の規定は現行民法の基礎となっており、特に日本の現行質権制度が動産、不動産、権利といった質権の目的毎に規定を用意していることも勘案すれば、不動産質権が存在しないドイツよりもフランス法が日本の質権制度の母法といえよう(このことを指摘するものとして、柚木馨=高木多喜

いての考察を深めてきた⁽³⁾。もともと、権利質権は日仏を通じて一般法・特別法上に多数存在しており、各制度には特徴があるため、要件・効果（制度の骨格）を把握した上で、一般法・特別法との関係をふまえ、日仏の比較・検討を行う必要がある⁽⁴⁾。

そこで、本稿では、筆者がこれまで権利質権の効果面との関係において取り上げてきた一般法・特別法上の権利質権制度について、今度は要件面から制度の検討を試みることによって、財産権の担保化に関して、日本が今後進むべき方向の一つの可能性を示すものである。

すなわち、民法は第2編第9章の第4節において権利質権に関する条文を設けている。権利質権に関するこの条文は平成に入っていくつかの変更を余儀無くされてきた。

たとえば、平成15年の担保・執行法に関する改正、平成16年の民法の現代語化、さらに、平成17年の会社法の制定及びその平成18年からの施行にともなって、内容の変更や条文の削除がなされてきたのである。

そして、権利質権制度は以下で詳細を述べるように、平成15年や29年の民法改正において重要な変更を受けているため、本稿では、その改正の内容を概観し、権利質権制度の変遷が質権全体に及ぼす影響とその意義を考察したい。

男『担保物権法 [第3版]』 [有斐閣・1982年] 7頁がある。

(3) フランスの債権質権及び生命保険証券の質権について要件面を考察するものとして、原謙一「フランス法における債権質権—債権質権における占有を中心として—」横浜法学22巻1号（2013年）79頁以下、そして、フランスにおける債権質権の効果面について考察するものとして、筆者が2014年に横浜国立大学大学院国際社会科学研究所に提出して博士の学位を取得した原謙一「債権質権の制度的研究—占有と担保価値維持概念を中心として—」第3章第2節がある（なお、後掲・注124も参照）。

(4) たとえば、日本の民法上の質権の議論を著作権法上の質権に応用することを論じるものとして、原謙一「著作権の質権に関する考察—民法との理論的關係について—」著作権情報センター編『第9回著作権・著作隣接権論文集』（2014年）26頁以下があり、フランスの映画の著作権を目的とする質権制度の考え方を日本の制度に応用するものとして、川瀬真＝原謙一『知的財産権を用いた資金提供・調達 日仏における実態調査をふまえて』（日本評論社・2016年）100～134頁 [原謙一]、フランスの知的財産権を目的とした質権全体を考察し、その発想を日本の制度に応用するものとして、原謙一「知的財産権の担保化について」日本工業所有権法学会年報（2018年）41号23頁以下がある。

このように、権利質権の様々な姿を要件面から眺めることは、民法内外で多数存在する権利質権制度に共通し、また、個別の解釈論に影響を与える概念を抽出することを可能とする。これは質権全体における重要な解釈問題に一定の指針を与えるという理論的意義を有するだけにとどまらない。

このような作業によって解釈論に指針を得ることは、今後、財産権の担保化制度を利用者にとって、わかりやすく活用しやすいものとして設計する際の参考にもなり、現実的な意義も有する。

そこで、以下では、まず、民法内外の権利質権制度の流れを概観し（「第1 権利質権の変遷」）、その後、この制度の変遷が個別の解釈論にどのような影響を与えるのかを検討して（「第2 変遷が質権に与える影響」）、最後に、まとめと今後の課題を示す（おわりに）⁽⁵⁾。

第1 権利質権の変遷

I. 民法上の権利質権

1 起草者の見解とその後の学説の支持

(1) 起草者の示した見解

民法の起草者は権利質権における占有に関して次のように理解していた。まず、原則として、債権質権をはじめとした権利質権には引渡しや占有を観念できないとみており、この質権には、引渡しや占有を前提とした9章1節の総則規定または動産質権・不動産質権（以下では両者をあわせて、「物上質権」とする）の規定を準用できないと理解されていた⁽⁶⁾。とはいえ、実際には債権証書が存在することも多く、その場合、証書の交付を物

(5) 本稿は原「債権質権の制度的研究」・前掲注(3)の博士論文に、その後の研究の成果及び法改正などを加え、大幅に加筆・補正を行ったものであることをお断りしておく。

(6) 梅謙次郎『民法要義 卷之二（オンデマンド版）』（有斐閣・2001年）〔明治44年版を復刻したもののオンデマンド版〕428、434及び486頁並びに富井政章『訂正 民法原論 第2巻 物権（復刻版）』（有斐閣・1985年）（大正12年合冊版の復刻版）435及び517頁を参照。

上質権における質物の引渡しに代えることができるので、立法当時の民法363条では例外的に証書の交付を要求している⁽⁷⁾。

このような起草者の理解は以下の3点で特徴を有する。すなわち、①債権に証書が存在することは「多い」ことを前提とし、②そのような債権に質権を設定する際、「証書の交付＝質物の引渡し」とみて、権利質権を物上質権に引きつけて要物性を観念している。とはいえ、③債権のうち証書の存在しないものに質権を設定する際、引渡しや占有を要求し得ず、それゆえ、物上質権の規定が権利質権に準用できないことを「原則」であるとしている。したがって、要件（引渡し）の面で、権利質権と物上質権の整合性を保てないことを建前として明確に意識していたのである。

(2) その後の学説の支持

そして、起草者が示した上記のような民法363条の解釈は、その後の学説からも支持を集めた。すなわち、物上質権は物の引渡しを要件とする以上、債権を目的とする質権についても、証書が存在するのであれば、その証書を引き渡すことを要すると考えることが物上質権と権利質権の権衡を保ち、さらに、第三者に対する質権の公示としても適当であると理解されたのである⁽⁸⁾。つまり、公示との関連も新たに指摘されつつ、(1)で示した特徴②に対応する内容が、その後の学説で支持されたといえる。

もっとも、物上質権の規定を権利質権に準用するとしても、それは証書が存在する債権に質権を設定する場合に限定され⁽⁹⁾、逆に、証書の存在しない債権に関する質権については、占有や留置を前提とする物上質権の規定は準用されないとと言われる⁽¹⁰⁾。したがって、(1)で示した起草者の解

(7) 梅・前掲注(6)486～487頁及び富井・前掲注(6)517～518頁を参照。

(8) たとえば、岡松参太郎『註釈民法理由 中巻 物権編 [8版]』（有斐閣・1899年）502～503頁、鳩山秀夫講述『担保物権法』（国文社出版部・1928年）149頁及び石田文次郎『担保物権法論 下巻 [全訂版]』（有斐閣・1947年）421頁を参照。

(9) こうした考え方を述べるものとして、鳩山・前掲(8)152頁を参照。

(10) このような立場は、中島玉吉『民法釈義 卷ノ二下 [4版]』（金刺芳流堂・1918年）989及び993頁並びに林良平編『注釈民法（8）物権（3） [復刊版]』（有斐閣・2013年）[初版・1965年] 341及び344頁 [林良平] を参照。

積の特徴③の原則部分についても、その後の学説から支持を集めたといえる。

こうして、学説は一方で原則的に物上質権と権利質権の距離を保っている。しかし、他方で学説は民法363条の解釈として質権の目的となる権利に証書(有体物)を伴う場合に質権設定契約の要物性を貫こうとしており⁽¹¹⁾、起草者の権利質権における例外ルールも承認されてきたことを意味する。

2 学説における解釈論の変化

(1) 債権証書の位置づけの変化

しかし、ア)指図債権や動産とみなされる債権(無記名債権や記名式所持人払式債権)以外の債権についてみると、債権証書の交付は質権設定者から債権を処分する権能を奪うものではなく、イ)ましてや質権の成立を公示するのに充分なものでもないことが指摘されるようになる⁽¹²⁾。

すなわち、ア)債権証書は単に債権の存在を示す証拠に過ぎず、通常は債権の行使にあたって証書の所持が必要とされない以上、債権証書を設定者から奪っても、設定者は質権者に無断で債権を行使することも可能であり、設定者の弁済を促す機能は果たされない⁽¹³⁾。また、イ)債権質権の對抗要件は民法364条に用意されており、あえて債権証書の占有によって債権質権の存在を公示する必要性はない⁽¹⁴⁾。

加えて、現実的に債権に証書が存在しない場合も多いことが指摘され⁽¹⁵⁾、民法の起草者が想定したような債権に証書が存在することが通例であるという理解にも疑問が呈されるべき状態に至った。

こうして、起草者が述べた特徴のうち、①債権に証書が伴うことが多い

(11) 我妻栄『新訂 担保物権法』(岩波書店・1968年)181頁に至ると、本文のような評価が述べられている。

(12) 我妻・前掲注(11)183頁を参照。

(13) その意味で、物上質権が質物の占有移転を要件とし、設定者から有体物を奪うことで債務の履行を促す点と違いが生じていることが意識され始めたといえる。

(14) 本文のア及びイにつき、林・前掲注(10)344頁[林]を参照。

(15) この指摘につき、道垣内弘人『担保物権法』(三省堂・1990年)83頁及び近江幸治『担保物権法〔新版補正版〕』(弘文堂・1998年)309頁を参照。

という前提を維持すべきか疑問が生じ、また、②証書を伴う債権に質権を設定する際、権利質権にも要物性を観念するという（権利質権の）要件面に関する例外ルールの合理性に揺らぎが生じることとなった。

（2）民法363条の制限的な解釈の登場

（1）で述べたように、民法363条の基本的理解に疑問が呈されると同時に、民法363条を徹底せず、制限的な解釈を提示する学説が登場している。

たとえば、設定者が証書の存在を秘して（証書が存在しない債権であるなどと述べて）債権を質入れした場合、質権設定の効力が発生するか否か解釈問題とされた。この問題に関して、証書が存在する債権において交付要件が満たされなかったとしても、その債権への質権設定の効力が肯定されるようになった⁽¹⁶⁾。このような結論を承認する学説は、次のような観点から質権の設定を肯定している。

まず、債権証書が存在することから民法363条を徹底すると、証書の交付が要件となり、交付しなければ質権設定の要件を欠き、設定は無効と解すべきである。しかし、債権証書の存在・不存在が質権者に判断しがたいにもかかわらず、設定者の証書隠蔽行為の結果として設定が無効となれば、過失なき質権者が不利益をうける。

そこで、質権者は本来自己の利益のために行われる証書の交付を無視することもできると解された。すなわち、そもそも証書のない債権の質入れも認められる以上、存在する証書を交付されずに質権が設定されても、それは証書の存在しない債権に質権を設定したものとして効力を認めればよいということである⁽¹⁷⁾。

(16) このような解釈論は中島・前掲注(10)995～996頁によって示され、道垣内・前掲注(15)83頁も同様の立場を示す。この制限的な解釈に一定の理解を示すものとして、林・前掲注(10)345頁〔林〕がある。なお、存在した債権証書が何らかの事情で滅失して交付できない場合に本文と同様の結論を採用するものとして、勝本正晃『担保物権法 下巻（オンデマンド版）』（有斐閣・2014年）374～375頁〔1954年の改訂新版のオンデマンド版〕がある。

(17) 以上につき、中島・前掲注(10)995～996頁、林・前掲注(10)345頁〔林〕及び道垣内・前掲注(15)83頁を参照。

このように、証書の交付という要物性を徹底しない解釈論は他の場面においても示されている。たとえば、証書の存在が通常予期される債権(保険金請求権など)につき、証書の作成がなされる前に質権が設定されたとしても、その質権は有効に成立し、証書は後日交付されればよく、証書が他の債権者に交付されて二重に質権が設定されても、複数の質権者の優劣を対抗要件の有無で決するとの処理を行う学説が登場した⁽¹⁸⁾。

以上のように、証書の交付による要物性を緩やかに解する立場が登場すると同時に、交付された証書の占有を継続することへの意識の低下も見られるようになる。すなわち、債権証書が交付された場合でも、債権証書の占有には民法345条の準用はなされないとして、交付された証書が設定者などに返還されても、債権質権が消滅することはないとの解釈も示されるに至ったのである⁽¹⁹⁾。

証書の交付を質物の引渡しと同視するならば、その交付の欠如や事後的な喪失は後述の第2-IIでみる学説の一部からみると、質権設定の要件を満たさず、当然に権利質権の設定や設定後の効力に影響すべきとみる余地もあるものの、前述の学説では、証書の交付を定める民法363条を緩やかに解するようになる。このように、立法当時の民法363条の合理性は乏しく、その厳格な適用は理論的に放棄されつつあり⁽²⁰⁾、証書が存在する債権に質権を設定したからといって、その質権を物上質権に引きつけて要物性を承認することに理論的な限界がきていたといえる。

3 実務における問題の発生

以上のように、学説では民法363条が債権証書の交付を要求することの間

(18) 我妻・前掲注(11)181~182頁を参照。

(19) 我妻・前掲注(11)183頁及び林・前掲注(10)345頁[林]がこの解釈を示しており、同様の立場と思われるものとして、道垣内・前掲注(15)83頁がある。

(20) 道垣内弘人=山本和彦=古賀政治=小林明彦『新しい担保・執行制度』(有斐閣・2003年)28頁[道垣内弘人]及び小林秀之=角紀代恵『わかりやすい担保・執行法改正』(弘文堂・2004年)71頁[角発言]を参照。

題点が指摘され、解釈に変容をきたしてきた。これに加え、実務においても、民法363条に関する問題が意識されるようになる。その問題の中心は、どのような書面が債権証書に該当し、その交付を要求されるのかという点にあった。以下では、この問題を扱ったいくつかの下級審裁判例を紹介し、民法363条に関する実務上の問題点を指摘する。

(1) 大阪地判平成8年3月29日（判例タイムズ919号169頁）

大阪地判平成8年3月29日（以下、「大阪地裁判決」とする）の事案は次の通りである。すなわち、まず、平成2年3月6日、甲とZが建物の賃貸借契約を締結し、甲からZに対して保証金が差し入れられた。

その際、賃貸借契約書が作成され、同契約書には、賃貸借全般についての取決めが記載され、加えて、甲がZに対して一定額の保証金を預託すること、また、Zが賃貸借契約終了の際に契約で定めた金額を控除した残金を甲に返還する旨の記載がなされていた。

そして、Zは保証金の支払いを受けるにあたって乙に受け取りを委託したことから、甲は乙に保証金を支払った。その際に、乙は、Zに渡すべき保証金を預かった旨を記載した預り領収証を作成した。

その後、Y銀行は、平成7年6月20日、甲に3000万円を貸し付け、平成7年8月31日には同債権を担保するために、甲のZに対する保証金返還請求権に質権の設定を受け、上記の賃貸借契約書の写しの交付を受けた。

ところが、その後、甲が破産し、Xが管財人に選任された。XはZとの賃貸借契約を解除し、建物を明け渡して、保証金の支払いを請求した。これに対して、Y銀行が保証金返還請求権に関して質権の存在を主張したため、Zは債権者を確知できないとして、保証金の支払いを拒んだ。

そこで、XがY銀行に対して質権を有していないことの確認を請求し、Zに対しては保証金の支払いを請求した。

これに対して、本判決は、「本件賃貸借契約書は、賃貸借契約全般についての取決めを記載したものであると同時に、本件保証金の返還請求権についての取決めをも記載したものであって、その両者を兼ねているものと

解され…他方、預り・領収証の内容も、右認定したとおりであるが、同書面は、仲介者の乙が、甲から被告Z社に渡すべき保証金を預かった旨が記載されているものの、しかし、被告Z社がこれを受け取ったことを記載しているものではないとし、「本件賃貸借契約書は本件債権の証書と認められるが、しかし、預り・領収書は、本件債権の証書と認めることができない」と述べている。

すなわち、債権証書概念については明言していないものの、賃貸借契約書には保証金返還請求権(質入債権)に関する記載があり、同債権の債権証書と認められるものの、預り領収証には保証金に関してZとの関係は記載されていないため、質入債権の債権証書とみることができないと理解されたのである。

もっとも、この判決は「本件賃貸借契約書は、全体として、一体になったものであって、同契約書中から保証金の返還請求権に関する部分を分離し、それを交付するということが出来ない」として、「被告Y銀行が、甲から本件質権の設定を受けるにあたり、本件賃貸借契約書の交付を受けることができないことは、やむをえないことであって、被告Y銀行が、右証書の交付を受けていないとしても、そのことで、質権設定の効力を否定することは相当でない。本件では、債権証書がない場合に準じ、質権設定の効力が認められるというべきである」と述べて、債権証書の存在しない債権の例にならぬ、証書の交付がなくても質権設定の効力が発生することを承認し、原告Xの被告らに対する請求を棄却している。

(2) 神戸地判平成8年9月4日(判例タイムズ936号223頁)

このように賃貸借契約書の交付が不要と解された大阪地裁判決に対して、神戸地判平成8年9月4日(以下、「神戸地裁判決」とする)では、賃貸借契約書を債権証書と評価した上で、その原本の交付が必要とされた。

この判決の事案は次のようなものであった。すなわち、平成2年6月に甲は乙と未登記建物の賃貸借契約を締結し、敷金を差し入れた。その後、甲はXとフランチャイズ契約を締結して食材などの提供を受け、上記建物

で居酒屋を経営していた。

甲は、Xに対して現在及び将来負担する一切の債務を担保するために、甲の乙に対する敷金返還請求権にXのための質権を設定し、その旨を記載した書面を交わし、乙が異議なくこの質権設定を承諾した。

その後、甲が借り受けていた上記建物はYに保存登記がなされ、Yが乙の貸主としての地位を承継した。そして、平成6年4月末日までには甲Y間の賃貸借契約は解除され、建物がYに明け渡された。

そこで、Xは、甲の建物明渡時点の売掛金残高について、質権者の直接取立権に基づき、Yに対して、敷金の支払いを請求した。

このような事案の下で、裁判所は民法363条が「債権質の成立には当該債権の債権証書の交付を要する旨規定し、ここにいう債権証書とは債権の存在を証する書面をいうものと解すべきところ、前記認定事実によれば、本件賃貸借契約書には、敷金受領文言の直接的な記載は見当たらないが、賃借人である甲が『賃貸と同時に敷金を差入れする』との文言とともに、本件賃貸借契約を解除する場合、契約締結日から起算した経過年数により敷金から控除される金額の割合、さらには、敷金の返還時期を定めるなど敷金の返還に関わる基本的な約定を記載しているのであるから、本件賃貸借契約書は敷金返還請求権の存在を証する書面」であるとし、民法363条が「債権質の成立についても債権証書の交付を要件としたのは、動産質、不動産質について質物の引渡を要件とした趣旨を債権質にも及ぼし、それとの均衡を保たせるとともに第三者に対する公示の目的を達しようとしたものであるから、ここにいう債権証書は原本をいうものであって、原本を債務者の手元に留め、その写しの交付を受けるのみでは債権質は成立しない」と判断した。それゆえ、債権証書が存在する場合には、その交付を要しないということとはできないとして、Xの請求を棄却した。

この神戸地裁判決では、債権証書の意義が明らかにされ、その上で、賃貸借契約書は敷金返還請求権（質入債権）の債権証書であると評価された。また、民法363条が物上質権との整合性をとるために証書の交付を要求していること及び公示の徹底という法の趣旨から、賃貸借契約書の原本の交付

が要求されているのである。

このように実務では、平成8年の段階で、賃貸借契約書が民法363条の債権証書であることは共通するとしても、その交付を要求されるのか否かが一義的に明らかでなかった。

(3) 東京高判平成13年1月31日(判例時報1743号67頁)

上記のような大阪地裁判決及び神戸地裁判決の登場後も、さらに、1審と控訴審において、債権証書の範囲や賃貸借契約書の交付の要否について判断が分かれた判決が存在している。それが、東京高判平成13年1月31日(以下、「東京高裁判決」とする)であり、事案は次の通りである。

まず、昭和63年6月27日、乙丙間において建物賃貸借契約が締結され、建物が引き渡された。この契約の際に作成された賃貸借契約書によると、乙は丙に対して保証金を二度に分けて支払うことが定められており、一度目の支払いは既に契約時になされ、乙はその旨の預り証の交付を受けた。

昭和63年8月19日には、甲が乙に貸し付けを行い、この貸金債権を被担保債権として、乙が丙に対して有する保証金返還請求権に甲のための質権設定がなされた(なお、昭和63年10月18日に丙が質権設定を承諾している)。この質権設定にあたって、甲は乙丙間の賃貸借契約書のコピーを交付されていた。

昭和63年8月22日には、乙から丙に対して、保証金の残額が支払われ、乙はその旨の預り証の交付を受けている。

これに対して、Yは、乙から債務の保証委託をうけており、乙の債権者丁と実際に保証予約契約を締結した。そのため、Yは、平成7年5月1日、乙に対して将来取得する求償権を被担保債権として、乙の丙に対する保証金返還請求権に質権の設定をうけ、上記の賃貸借契約書及び保証金の預り証二通の原本を交付されている。なお、この当時、Yは乙より保証金返還請求権に質権の設定はないとの説明をうけており、その後、丙からも同様の説明を受けていた。

さらに、平成9年1月16日には、Xが甲の乙に対する債権及び質権の譲

渡をうけ、平成9年1月20日には乙に対して、平成9年3月14日には丙に対して内容証明郵便により上記の譲渡について通知した。

その後、保証予約が完結され、平成10年3月31日には、Yが丁に支払いを行ったことから、乙に対する求償権を取得した。加えて、同年7月8日に乙から丙へ、ようやく内容証明郵便にてYのために質権が設定された旨の通知がなされたところ、Yは、丙から、保証金返還請求権に既に第一の質権が設定されている旨の連絡を受けて、質権設定の事実を認識した。

そこで、Yは既に平成7年12月31日に上記賃貸借契約が終了していたため、平成11年1月19日に質権を実行して、丙に対する保証金返還請求権の差押及び転付命令を得た。そのため、XがYに対して、保証金返還請求権について質権を有することの確認を求めたのが本件である。

東京高裁判決の無記名の解説によれば⁽²¹⁾、原審（東京地裁平成12年4月27日判決）では、賃貸借契約書は保証金返還請求権についての具体的な記載があるため、民法363条の債権証書といえると判断されたが、預り証については、債権証書ではないと判断されたとのことである。

さらに、原審は、賃貸借契約書が賃貸借契約全般についての具体的内容と保証金返還請求権についての具体的内容を記載しており、両者が一体となったものであるため、賃貸借契約書から保証金返還請求権に関する部分のみを物理的に分離して交付できないとして、賃貸借契約書の原本の交付がなくても、質権設定契約は有効に成立すると判断して、Xの請求を認容したので、Yが控訴した。

控訴審は、まず民法363条において、債権証書を要求する趣旨から、証書の意義を導出している。すなわち、「民法363条が、債権をもって質権の目的とする場合に、債権証書があるときは、質権設定者から質権者に対する債権証書の交付をもって質権設定の成立要件とした趣旨は、質権の目的となる債権証書を質権設定者から質権者に交付させて、質権設定契約の成立要件としての要物性（民法344条参照）を貫いて、質権設定者から当該債権を処分する権能を奪い、又は質権設定者がこれを処分することを困難とし、

(21) 金融・商事判例1115号（2001年）15頁を参照。

質権の成立を公示しようとするところにあるものであるから、右の債権証書とは、債権の成立及び存在を証する文書であり、かつ、その原本をいうものと解するのが相当である」と述べた。

さらに、証書の範囲や交付の要否について、「民法363条所定の債権証書とは、本件賃貸借契約書の原本及び本件保証金預り証の原本の両者であると解される。けだし、本件保証金の支払及び返還に関する合意は本件賃貸借契約の重要な内容となっており、本件保証金の支払金額と支払時期及び返還金額と返還時期など本件保証金の支払と返還に関する基本的な合意の内容が…本件賃貸借契約書中に明記されているから、本件賃貸借契約書は、本件保証金の支払及び返還の合意の成立を証する文書であるというべきであり、かつ、本件保証金預り証は、右の合意に従って本件保証金が支払われた事実を証する文書であるとともに、本件保証金返還請求権の成立を証する文書でもあるというべきであるから、本件賃貸借契約書の原本及び本件保証金預り証の原本の両者が一体となって、本件保証金返還請求権の成立及び存在を証する文書となっているものというべきであるからである」と判断している。

こうして、甲が質権設定者乙から賃貸借契約書の原本及び預り証の原本の交付を受けていない以上、甲乙間の質権設定契約は成立していないため、原判決は取り消され、Xの請求は棄却となった。

この事案では、一方で、原審は先に紹介した大阪地裁判決と同種の立場を採用し、賃貸借契約書の交付を不要と解したものの、他方で、東京高裁判決が神戸地裁判決と同様に民法363条の趣旨から判断して、賃貸借契約書の原本の交付を要求した。

このように、いつくもの下級審裁判例において判断が分かれたことから、どのような書類を民法363条の証書と評価し、その交付が必要となるのかという点について一義的には明らかでなくなるという問題が生じ、実務上の混乱を招いていた⁽²²⁾。

(22) このことを指摘するものとして、道垣内ほか・前掲注(20)28～29頁〔道垣内〕及び山野目章夫＝小粥太郎「平成十五年法による改正担保物権法・逐条研究(2) ●債

4 権利質権に関する規定の改正

(1) 平成15年改正の内容

平成15年改正以前の理論・実務の状況は前記の通りであり、いずれにおいても問題点が指摘されていた。このような状況をふまえ、立案担当者より、平成15年の改正の趣旨として以下の事項が指摘された。

まず、既に学説から指摘があったように、譲渡にあたって証書の交付を要する債権（証券的債権⁽²³⁾）以外の指名債権については必ずしも証書が存在するとは限らず、質権設定の効力発生に証書の交付が必要となるかがわからず、また、存在していた証書の所在不明あるいは隠匿などの場合、質権設定の効力が生じないことになるのか疑問となるとの従来の状況が認められている⁽²⁴⁾。

加えて、指名債権の種類によっては、何が証書に該当するか明確に判断できないケースも実務上登場しているという前述の内容も指摘され、仮に、何らかの証書が交付されていても、それによって質権設定の効力が発生しているか否かを予測できず、当事者にとって危険な状況にあることも指摘されている⁽²⁵⁾。

こうして、証書が存在する債権への質権設定に際して「一律に」証書の交付を要求してきた民法363条は改正され、証券的債権以外の指名債権に質権を設定する際には、証書が存在しても、その交付を質権設定の効力発生要件としないとの変更が実現された⁽²⁶⁾。

この平成15年の改正は従来の問題点を解消して債権質権を利用しやすく

権質・不動産の収益に対する抵当権の効力」NBL779号（2004年）48頁を参照。

(23) 証券的債権の性質を有価証券と同一に解すべきか、異なる性質と解するか、については見解の対立がある（詳細は中田裕康『債権総論 第3版』〔有斐閣・2013年〕572～573頁を参照）。

(24) 谷口園恵＝筒井健夫編『改正 担保・執行法の解説』（商事法務・2004年）18～19頁が本文の内容を述べる。

(25) 谷口＝筒井編・前掲注(24)19頁を参照。

(26) すなわち、363条は「債権ニシテ之ヲ譲渡スニハ其証書ヲ交付スルコトヲ要スルモノヲ以テ質権ノ目的ト為ストキハ質権ノ設定ハ其証書ノ交付ヲ為スニ因リテ其効力ヲ生ズ」との内容に改められた。

するだけでなく⁽²⁷⁾、民法363条が債権一般から指名債権を取り除いた残りの債権(つまり、証券的債権)に限定して適用されることになり、条文の適用範囲が狭められている⁽²⁸⁾。

とすると、民法363条から取り除かれた指名債権に設定される質権は解釈論のみならず、条文上も要物性を放棄するに至ったことになる。これは指名債権を目的とする質権の占有担保性を希薄化するものと理解されている⁽²⁹⁾。

この改正は法制審議会において、ほとんど異論なく承認されたといわれており⁽³⁰⁾、1-(1)で述べた民法起草者が示す権利質権の例外事項⁽³¹⁾は、前述の2で指摘した学説だけでなく、立法にまで受け止められたことに注目すべきである⁽³²⁾。

(2) 平成15年改正から平成29年改正への経過

証書が存在しない指名債権は1-(1)で述べたように現行民法の立法当初から要物性の希薄化と引渡しなどを観念できないとの原則が指摘されてきた。この原則の妥当範囲は以後の学説で拡大され、平成15年改正ではより広がっているものの、この改正後もあいかわらず証券的債権は要物性

(27) 建入則久=今井和男編『Q&A新しい担保・執行制度解説』(三省堂・2004年)192頁が本文のような評価を述べる。

(28) このような指摘をするものとして山野目=小粥・前掲注(22)49頁を参照。

(29) 田高寛貴『クロススタディ物権法』(日本評論社・2008年)192頁及び加賀山茂『債権担保法講義』(日本評論社・2011年)306~307頁を参照。

(30) 道垣内ほか・前掲注(20)29頁[道垣内]を参照。

(31) すなわち、①債権に証書の存在する比率が「高い」という前提、そして、②そのような債権に質権を設定する際に権利質権を物上質権に引きつけて要物性を観念することである。

(32) もっとも、平成15年改正当時には、改正後も質入債権の存否・内容確認及び債権取立ての際の立証などのために、従前どおり、債権証書を質権者へ交付する実務が継続される可能性が示唆された(たとえば、建入=今井・前掲注(27)194頁及びを錦野裕宗「債権に質権を設定するときには、どのような手続が必要か。」金融法務事情1700号[2004年]12頁参照)。しかし、II-3で後述するペーパーレス化が進む有価証券の場合と同様に考えると、債権質権においても質権者が証書を預かる負担感の増加や証書喪失のリスク回避の必要があり、平成15年改正以後もなお債権証書を交付する実務が従前どおり維持されるべきか疑問がある。

を維持している。

とはいえ、現行民法の立法当時に指摘された例外事項（権利質権に要物性を維持すべきことなど）の妥当場面は確実に狭まりつつある。こうして、民法上の指名債権質権は抵当権のような非占有担保物権的性格を有するようになり、権利に設定され得る非占有担保物権（譲渡担保）と比較すると、その違いはわずかであるといわれる⁽³³⁾。

このような状況を加速させるのが平成29年の改正であるが、それ以前に、権利質権は平成16年の民法現代語化を経て、II-3(2)で後述の会社法改正との関係によって影響を受けている。すなわち、株式・社債についての質入れを定める民法364条2項及び365条が、平成17年の会社法の制定とその平成18年の施行によって会社法に引き受けられ、削除されるに至った。

なお、この平成17年の改正によって民法365条が削除されたことに伴い、民法366条（証券的債権の一種である指図債権質入れの対抗要件に関する規定）が365条に変更され、証券的債権の質入れに関する規定は民法363条及び365条が民法物権編に残存することになった。

しかし、平成29年の債権法改正によって民法第三編「債権」に証券的債権が有価証券として整理されることになり⁽³⁴⁾、有価証券の質入れもあわせて規定される。したがって、証券的債権の質入れに関する363条・365条は有価証券の節に取り込まれ、削除される。

すなわち、証券的債権の質入れに関する前記両規定は債権編におかれる有価証券の通則的な規律にまとめられ、民法に有価証券の一般的規律とも

(33) 本文のような評価は中田・前掲注(23)553頁及び錦野裕宗「指名債権を担保に取るとき、譲渡担保と債権質のいずれを選択すべきか。」金融法務事情1700号（2004年）13頁を参照。

(34) 前掲注(23)記載のように、証券的債権の性質に関しては諸見解が存在するものの、平成29年改正の際に、法制審議会民法（債権関係）部会是有価証券と区別される意味での証券的債権に関する規律を民法に設けないとしており（商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』〔商事法務・2013年〕260頁を参照）、証券的債権そのものが改正以後に承継されていない（この評価を述べるものとして、浅木慎一「改正民法に見る有価証券規定」大塚龍児先生古稀記念論文集刊行委員会編『民商法の課題と展望—大塚龍児先生古稀記念—』〔信山社・2018年〕218頁がある）。

いえるものが設けられる⁽³⁵⁾(なお、有価証券規定の詳細はⅡ-3(1)で後述)。

よって、民法第2編「物権」第9章「質権」に中心的に規定される債権質権は基本的に証書(有体物)の交付を要件としないものだけに限定されることになる。つまり、平成15年改正によって民法上の債権質権における要物性の希薄化が進められ、この希薄化は平成29年の改正によって民法物権編内部でいっそう明確となったように思われる。

以上のように、民法物権編の内部では、債権質権の要物性を認めるべき場面がほぼなくなったといっても過言ではない⁽³⁶⁾。その結果、債権質権は非占有担保的な様相を強固なものとしたが、債権質権以外の他の権利質権

(35) 神作裕之「有価証券」NBL1046号(2015年)27頁、浅木・前掲注(34)218頁及び田邊宏康『有価証券法理の深化と進化』(成文堂・2019年)2頁が本文の評価を述べる。このような有価証券に関する規定を民法に挿入することは、債権取引において重要な役割を担う有価証券の基礎概念を一覧的に私法的一般法(民法)上に定めることになり、歓迎されている(山野目章夫『新しい債権法を読み解く』[商事法務・2017年]135頁、この点に結論として賛成するものとして、神作・前掲27頁及び浅木・前掲注(34)220頁がある)。

(36) もっとも、不動産賃借権を目的とする質権は不動産(有体物)を伴う関係で、学説では地上権への質権設定に準じて質権者への不動産の引渡しを要求するという立場が存在しており(道垣内弘人『担保物権法[第4版]』[有斐閣・2017年]109頁、山野目章夫『物権法[第5版]』[日本評論社・2012年]275頁、松岡久和『担保物権法』[日本評論社・2017年]218頁)、その観点からは、債権質権の内部において、いまだに一定の要物性が維持されているといえる。しかし、判例によれば、不動産賃借権への質権設定の際、不動産そのものは質権の客体ではないので、これを質権者に引き渡すことは要しないと解されている(大判昭9年3月31日法律新聞3685号7頁)。この立場からは、不動産賃借権を目的とした債権質権でさえ要物性を喪失しているともいえる。なお、債権以外の財産権でいえば、地上権及び永小作権が権利質権の客体となる(債権以外で権利質権の客体となる財産権の種類については、道垣内弘人編『新注釈民法(6)物権(3)』[有斐閣・2019年] [直井義典]539~540頁を参照)。たとえば、地上権に権利質権を設定するならば、地上権の目的となっている不動産は質権者に引渡しが必要となり(民法344条)、不動産の使用・収益権は質権者に移転する(民法356条)と解されている(以上につき、道垣内・前掲106~107頁参照)。その意味では、債権以外の客体を想定すると、いまだに、民法物権編の内部の権利質権に要物性を必要とするものが残存している。とはいえ、不動産賃借権や地上権を目的とする権利質権について要物性を残しているとみても、それらの権利質権の客体である財産権そのものを占有・留置することまで承認されないことはもちろんであり、要物性の内容・範囲は権利質権全体でみても限定されたものといえる。

はいかなる状態にあるか。

特に、特別法上に存在する各種の権利質権にも要物性が希薄化し、非占有担保化しているものが存在するのか。このことを確認するために、以下では、特別法上の権利質権の概要を順次みていくことにする。

Ⅱ. 特別法上の権利質権

1 知的財産権を目的とした権利質権

(1) 概要

まず、知的財産権を目的とした質権については各法律に具体的な規定が存在する。たとえば、産業財産権法をみると、特許法95条、実用新案法25条1項、意匠法35条1項、商標法34条1項が質権について定め、また、著作権法では、著作権、出版権、著作隣接権に質権を設定する制度が存在している（著作権法66条、87条、103条前段が66条を準用）⁽³⁷⁾。

これらの知的財産権に質権を設定する場合、もはや、完全に要物性が失われ、非占有担保物権とみられている。よって、その性質は抵当権と同視されており、特別法上の権利質権における要物性喪失の最たる例といえる。以下では、産業財産権のうち代表的なものとして、まずは特許権を目的とした質権を中心に概観し、その後、著作権を目的とした質権について述べる。

(2) 特許権などを目的とした質権

i) 制度の概要と要物性 産業財産権のうち、特に、特許権を目的とした質権をみると、特許法95条が特許権、専用実施権又は通常実施権を目的として質権を設定することを認めている。

(37) 知的財産権を目的とした担保や資金調達一般については、田代泰久『知的財産権担保融資の理論と実務』（清文社・1996年）3～71頁、高石義一『知的所有権担保』（銀行研修社・1997年）73頁以下、鎌田薫編『債権・動産・知財担保利用の実務』（新日本法規出版・2008年）363～396頁〔吉羽真一郎・大宮立〕、作花文雄『著作権法 制度と政策〔第3版〕』（発明協会・2008年）300～306頁及び川瀬=原・前掲注(4)8～36頁〔原謙一〕を参照。

すなわち、特許権者は「業として特許発明の実施をする権利を専有する」(特許法68条本文)ため、特許権は業としての発明の独占的实施権であり、この権利について他者に専用実施権(特許法77条1項)や通常実施権(78条1項)を設定することができる。こうした権利について、質入れすることが認められている⁽³⁸⁾。

そして、特許権及び専用実施権に対する質権の設定は登録が効力要件であり(特許法98条1項3号)⁽³⁹⁾、この登録をもって対抗要件と理解されている⁽⁴⁰⁾。

これに対して、通常実施権は、独占的な権利である専用実施権(特許法77条2項)と異なり、契約で内容を定める不作為請求権に過ぎず、債権法理に従って、その成立・発生には当事者の合意で足りる⁽⁴¹⁾。

この通常実施権に質権を設定した際の対抗については、かつて特許法99条3項で登録が対抗要件とされていた。しかし、通常実施権については当然対抗制度が導入され、この実施権発生後の特許権や専用実施権の譲受人などに当然に対抗できることになり、通常実施権の登録制度が廃止されている(特許法99条3項は現在削除された)。

それに伴い、通常実施権への質権設定では登録が問題にならない。その結果、この質権も当然に対抗力を有するとの見解⁽⁴²⁾も存在するが、これに対して、民法の原則に戻って民法364条に従って対抗力を有するとの見解⁽⁴³⁾も存在している。

(38) これに対して、特許を受ける権利は質権の目的とすることはできないが(特許法33条2項)、異論もある(たとえば、中山信弘『特許法〔第3版〕』[弘文堂・2016年]164~165頁及び島並良=上野達弘=横山久芳『特許法入門』[有斐閣・2014年]54~55頁[横山久芳]を参照)。

(39) なお、専用実施権につき質権を設定する場合には、専用実施権者は特許権者から質権設定の「承諾」を受けることも必要である(特許法77条4項)。

(40) 中山信弘=小泉直樹編『新・注解 特許法〔第2版〕【中巻】』(青林書院・2017年)1576頁[林いづみ]が本文のような理解を示している。

(41) この点については、中山・前掲注(38)506~507頁を参照。

(42) 中山・前掲注(38)494頁がこの立場を示している。

(43) この見解を示すものとして、高林龍『標準 特許法〔第6版〕』(有斐閣・2017年)203及び219頁並びに島並ほか・前掲注(38)238頁[横山]を参照。なお、通常実施権への質権設定は特許権者や専用実施権者の「承諾」を得る必要がある(特許法94

このように、特許権を目的とする質権の設定については、民法上の債権質権の場合と同様に権利を表章する証書の存在が全く前提となっていない。

ii) 占有 以上の要件を満たせば特許権に質権が設定される。その際、質権者は契約で別段の定めをした場合を除き、当該特許発明の実施をすることができない(特許法95条)。すなわち、別段の定めがなければ特許権の実施権能は基本的に質権設定者が有することになる。

この点につき、かつては95条のような規定が存在しなかったため、発明の実施権能を有するのは質権者なのか質権設定者なのかが争われ、解釈論が展開されていた⁽⁴⁴⁾。

すなわち、学説には、一方で、①民法362条2項を介して不動産質権に関する民法356条を準用することにより、質権者の実施権能を肯定する見解が存在した⁽⁴⁵⁾。

他方で、②特許権を目的とした権利質権につき、一般法である民法362条2項に立ち返って民法350条が準用される結果、留置権に関する民法297条及び298条を準用し、設定者の承諾がない場合には質権者の実施権能を否定する見解も登場した⁽⁴⁶⁾。

もっとも、これらはいずれも有体物を占有する担保物権の規定を準用する解釈である。これらと異なり、③特許権を目的とした質権は抵当権的な性質を有するとして、実施権能が設定者に残されると考え、質権者の実施権能を否定する立場も登場していた⁽⁴⁷⁾。

条2項)。

(44) 以下の議論概要については、豊崎光衛『工業所有権法 [新版]』(有斐閣・1975年) 320～321頁、播磨良承「無体財産権の担保」星野英一ほか編『担保法の現代的諸問題』別冊NBL10号(1983年) 127頁及び中山ほか編・前掲注(40)1572頁 [林]を参照。

(45) たとえば、この立場を示すものとして、清瀬一郎『特許法原理』(中央書店・1922年) 284頁及び榛村専一『著作権法概論 [改訂再版]』(巖松堂・1936年) 131頁がある。なお、本文で指摘した理由と異なる観点から質権者が実施権能を有するという結論を採用するものとして、竹内賀久治『特許法』(巖松堂・1938年) 329頁及び石田・前掲注(8)477頁がある。

(46) たとえば、中島・前掲注(10)981～982頁、我妻・前掲注(11)206頁、勝本・前掲注(16)395頁及び柚木馨『担保物権法』(有斐閣・1958年) 138頁を参照。

(47) たとえば、末弘巖太郎編集代表『現代法学全集 第8巻』(日本評論社・1928年) 40

以上のような見解の対立が存在したものの、①・②の学説は有体物の占有を前提とする規定を準用しており、無体物たる特許権の性質と合致しない⁽⁴⁸⁾。実際に、工業所有権制度改正審議会の答申においても、特許権を目的とした質権制度を廃止して、③のような抵当権制度へ改めることとなった⁽⁴⁹⁾。

ところが、質権の実行には民事執行法193条のような実行規定が存在するものの、権利に関する抵当権として制度をあらためると、新たに実行に関する規定を設けなければならない困難が予想され、立案過程において旧法の質権制度を維持することが決定された⁽⁵⁰⁾。こうして、質権という性質決定を前提に特許権者(設定者)へ実施を許容する余地のある(②説に近い立場の)現行特許法95条が設けられた。

このように、質権という性質決定がなされたものの、特許権の客体である発明の実施権能さえ設定者に与えられることがあり、客体の占有は観念できない⁽⁵¹⁾。したがって、特許権を目的とする質権は実質的に抵当権のような非占有担保物権と同視できるとの評価が支配的となり⁽⁵²⁾、優先弁済の効

頁〔債権総論、末弘厳太郎〕及び永田菊四郎『工業所有権論』(富山房・1950年)422～423頁が本文の見解を述べる。なお、兼子一＝染野義信『新特許・商標』(青林書院・1960年)148頁は、特許権を目的とした質権が抵当権へ接近していることを認めながらも、財団抵当制度類似の登録型の質権制度を採用すべきと述べる。同趣旨と思われるものとして、萇優美『改訂 工業所有権法解説—四法編』(ぎょうせい・1982年)271～272頁を参照。

(48) この評価は永田・前掲注(47)422～423頁及び播磨・前掲注(44)127頁が述べる。

(49) 特許庁編『工業所有権制度改正審議会答申説明書』(発明協会・1957年)39頁を参照。

(50) これを指摘するものとして、兼子＝染野・前掲注(47)149頁、中山・前掲注(38)494頁注2及び中山ほか編・前掲注(40)1572頁〔林〕を参照。

(51) このような性質を指摘するものとして、鎌田編・前掲注(37)363頁〔吉羽・大宮〕がある。なお、同種の指摘として、島並ほか・前掲注(38)256頁〔横山〕を参照。

(52) 本文のような評価を述べるものとして、中山・前掲注(38)494頁、高林・前掲注(43)219頁、鎌田編・前掲注(37)367頁〔吉羽・大宮〕、中山ほか編・前掲注(40)1572頁〔林〕、金井高志『民法でみる知的財産法〔第2版〕』(日本評論社・2012年)149頁、渋谷達紀『特許法』(発明推進協会・2013年)624～625頁及び平嶋竜太＝宮脇正晴＝蘆立順美『入門 知的財産法』(有斐閣・2016年)111頁〔平嶋竜太〕があり、このほかに、民法学の立場から本文のような評価を述べるものとして我妻・前掲注(11)206頁がある。

力を主たる効力とすることになる⁽⁵³⁾。

なお、特許権と同じように産業財産権に整理される意匠権及び実用新案権は特許権に関するのと同様の規定を設けている。また、商標権に関しては通常使用権の登録制度が残っており、その質入れは登録が対抗要件となる点（商標法34条2項）が異なるものの、やはり、無体物を客体とする質権であって、要物性や占有が欠ける点では特許権の場合と同様といえよう。

（3）著作権などを目的とした質権

i) 制度の概要と要物性 著作権法においては、先に触れたように、著作権、出版権、著作隣接権に質権を設定する制度が存在している。

まず、著作権及び著作隣接権に関しては、その全部又は一部に質権を設定することが可能である。著作権の一部への質権設定としては、たとえば、著作権の支分権たる複製権（著作権法21条）についてのみ質権を設定するようなケースが考えられる。

そして、著作権及び著作隣接権は著作物の創作や伝達行為と同時に発生し、その登録が効力要件になっていない（無方式主義、著作権法17条2項、89条5項）。したがって、これらの権利に関する質権の設定は当事者間での合意（質権設定契約）によって効力を生じる。発生した質権の存在を公示するものとして登録が用意されており、登録が質権の対抗要件となっている（著作権法77条2号、104条）⁽⁵⁴⁾。

また、出版権は「承諾」を得た場合に限って質権の設定が可能であり（87条）、出版権への質権設定は当事者間の合意で効力を生じることを前提として、登録が対抗要件と規定されている（著作権法88条1項2号）。

(53) このことを指摘するものとして、紋谷暢男＝紋谷崇俊『知的財産権法概論』（発明推進協会・2017年）243頁がある。

(54) なお、プログラムの著作物に関する著作権は文化庁長官が指定する指定登録機関が登録事務を行う（著作権法78条の2、プログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律5条1項）。したがって、プログラムの著作物に関する著作権に質権を設定する際、文化庁ではなく指定登録機関である財団法人ソフトウェア情報センターで登録を行うことになる（その際、プログラム著作物の複製物を文化庁長官に提出することが必要、プログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律3条、著作権法77条）。

以上のように著作権などを目的とした質権は合意が効力要件であり、登録が対抗要件となる。したがって、この質権は権利を表章する証書の存在が全く前提となっていない点で、特許権を目的とした質権と同様に要物性を完全に欠いているといえる。

ii) 占有 では、このような質権における占有は、どのように理解されているのか。まず、旧法下では、著作権などを目的とした質権の規定が欠いていたことから、特許権に関する議論とパラレルな見解の対立が存在していた⁽⁵⁵⁾。

まず、①著作権を目的とする質権については一般法である民法上の権利質権に立ち返り、民法362条2項を介して不動産質権に関する356条を準用し、質権者だけに著作権の行使を認める見解が登場している⁽⁵⁶⁾。

逆に、②民法362条2項及び350条を介して、留置権に関する民法297条及び298条を準用し、著作権者(設定者)の承諾があれば質権者が著作権を行使する余地もあるが、そうでなければ著作権者(設定者)が著作権を行使するという見解も存在していた⁽⁵⁷⁾。

これらの見解のように有体物を占有する担保物権の規定を準用するのではない見解も登場している。すなわち、③著作権を目的とした質権は抵当権的な性質を有するとして、著作権者(設定者)だけが著作権を行使できるという見解も登場していた⁽⁵⁸⁾。

現行著作権法の立法担当者によると、現行著作権法66条1項は②説に近

(55) この議論の全体像については、加戸守行『著作権法逐条講義 六訂新版』(著作権情報センター・2013年)462~463頁を参照。

(56) この立場を示すものとして、榛村・前掲注(45)131頁が存在する。なお、本文で指摘した理由と異なる観点から質権者が実施権能を有するという結論を採用するものとして石田・前掲注(8)477頁がある。

(57) この立場を示すものとして、中島・前掲注(10)981~982頁、我妻・前掲注(11)206頁、勝本正晃『日本著作権法』(巖松堂・1940年)205~206頁、城戸芳彦『著作権法研究』(新興音楽出版社・1943年)313頁、勝本・前掲注(16)395頁及び柚木・前掲注(46)138頁が存在している。なお、民法298条2項のみ準用すると述べるものとして、萇優美『条解著作権』(港出版社・1961年)132頁がある。

(58) たとえば、末広・前掲注(47)40頁を参照。

い立場を採用しているといわれている⁽⁵⁹⁾。なお、立法担当者の評価によると、②説の位置付けに本稿との若干の違いがある⁽⁶⁰⁾。

このような形で現行法が成立した後、著作権そのものが無体物であることから、これに質権を設定する際に目的物の引渡しという観念が存在しないと述べられるようになり⁽⁶¹⁾、著作権などを目的とした質権には留置の効力がなく、優先弁済の効力が中心となることが認められている⁽⁶²⁾。

したがって、著作権などを目的とする質権は実質的に抵当権と同様の機能をはたすと評価され⁽⁶³⁾、著作権法領域だけでなく民法学説においても同様の評価がなされている⁽⁶⁴⁾。よって、著作権などを目的とする質権は、要物性が制度的に完全に失われ、非占有担保物権的な様相を呈しているのである。

(59) このことを示すものとして、加戸・前掲注(55)463頁がある。

(60) 加戸・前掲注(55)463頁によると、②説のうち城戸・前掲注(57)313頁及び萼・前掲注(57)132頁は、我妻・前掲注(11)206頁、勝本・前掲注(57)205～206頁及び勝本・前掲注(16)395頁と異なる立場との評価が述べられている。しかし、我妻・前掲注(11)206頁、勝本・前掲注(57)206頁及び勝本・前掲注(16)395頁は、著作権を目的とした権利質権の効用が抵当権に接近することを指摘し、このことに城戸説・萼説が言及しない点においてのみ異なるだけであり、これらの諸見解は処理内容の帰結において実質的に同趣旨だと思われる。

(61) 半田正夫「著作権の準占有、取得時効」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系第27巻 知的財産関係訴訟法』（青林書院・1997年）287頁、作花・前掲注(37)300頁、紋谷暢男『知的財産権法概論〔第3版〕』（有斐閣・2012年）265頁、半田正夫『著作権法概説〔第16版〕』（法学書院・2015年）214頁及び角田正芳＝辰巳直彦『知的財産法〔第8版〕』（有斐閣・2017年）420頁〔角田正芳〕を参照。

(62) 紋谷・前掲注(61)265頁、角田＝辰巳・前掲注(61)420頁〔角田〕及び紋谷・前掲注(53)243頁を参照。

(63) このような評価を述べるものとして、加戸・前掲注(55)463頁、作花・前掲注(37)300頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタル2 第2版〔26条～88条〕』（勁草書房・2015年）828頁〔飯島澄雄＝飯島純子〕、紋谷・前掲注(61)265頁、角田＝辰巳・前掲注(61)420頁〔角田〕、高林龍『標準著作権法〔第3版〕』（有斐閣・2016年）214頁、半田・前掲注(61)『著作権法概説』214頁及び愛知靖之＝前田健＝金子敏哉＝青木大也『知的財産法』（有斐閣・2018年）304頁〔前田健〕を参照。

(64) たとえば、勝本・前掲注(16)395頁、薬師寺志光『物権法概論』（法政大学出版局・1961年）163頁、横悌次『担保物権法』（有斐閣・1981年）106頁を参照。

2 電話加入権を目的とした権利質権

次に、前記の知的財産権を目的とした質権と制度的な類似性を有するものとして、電話加入権質に関する臨時特例法(以下、「特例法」とする)で認められている権利質権について概説する。

まず、電話加入権を有する者は、この権利に質権を設定することが可能であり(特例法1条)、特例法上に規定が存在しない以上、設定に関しては民法の原則に戻って、当事者の設定契約(合意)で足りるといえよう。なお、この質権の設定、変更、移転又は消滅は電話取扱局に備える原簿に登録しなければ第三者への対抗力を持たない(特例法5条)。

そして、質権実行の方法として、転質及び流質は禁止されているもの(特例法4条)、質権者は裁判所に申し立てることで、質入れされた電話加入権の換価(特例法11条本文)が可能であり、物上代位の余地も認められており(特例法12条2項)、質権者の優先弁済の権能が機能の中心であることを認識できる。

以上に関しては、知的財産権を目的とした質権と同種の制度が用意されているといえる。特に、設定に際して合意で足り、登録を対抗要件としている点は著作権を目的とした権利質権と同一の制度といえる。ただし、このような類似点のほかに、いくつかの特徴的な違いを見てとることもできる。

たとえば、前記のように、電話加入権を目的とした質権者が自己の質権を実行し、この権利を換価するにあたって、裁判所の指示が無ければ、質権者は当該電話加入権について鑑定人の評価を経ることを要しないという点である(特例法11条2項)。このように、特例法では、電話加入権を目的とした質権の優先弁済権能を実現するにあたって、鑑定の要否についての手続規定が用意されている。

加えて、特例法8条では、質入れされた電話加入権を有する者は、質権者の承諾がなければ当該電話加入権に係る契約の解除などを行うことができないとされ、また、同法9条では、東日本電信電話株式会社又は西日本

電信電話株式会社が買入れされた電話加入権に係る契約の解除をしようとするときや当該契約の内容を変更したときは、速やかに質権者に通知を要すると定められている。

このように、特例法では、質権設定者や通信事業者⁽⁶⁵⁾に対して、質権の客体である電話加入権の存立の基礎となる契約を解除することを禁じ、また、通信事業者に電話加入権にかかる契約内容の変更を禁じており、質権の客体の消滅や変更がないよう拘束している。これは電話加入権を目的とした権利質権の担保価値を維持するための規定といえる。

以上のように、質権の実行に関する規定を設けることで、そのための手続や担保価値の維持に関する具体的な規定を設けている点で、これらの規定を欠く知的財産権を目的とした権利質権との違いを知ることができる。

なお、電話加入権を目的とした権利質権の制度と民法上の債権質権を比較すると、債権質権は取立権という優先弁済の実現手段を規定しながらも、優先弁済に至るまでの担保価値の維持に関する定めを欠くという点で、電話加入権を目的とした権利質権と大きな違いがあるといえる⁽⁶⁶⁾。

以上のような違いがありながらも、電話加入権を目的とした権利質権においては、有体物を占有することが想定されておらず、優先弁済的効力が中心的な機能となっている。この点では、債権質権や知的財産権を目的とした権利質権と同様である。

3 有価証券を目的とした権利質権

前記の通り、知的財産権を目的とした質権や電話加入権を目的とした質権は制度として要物性が前提ではなく、占有を承認する余地がなかった。

(65) すでに本文で述べたように、東日本電信電話株式会社又は西日本電信電話株式会社が該当し（特例法5条括弧書）、電話加入権を有する者に電話による通信を提供する事業者が想定されているので、あたかも債権質権における第三債務者に相当する立場と言えよう。

(66) その他にも、質権者が特定の者に限定されている点（特例法2条）あるいは質権の二重設定を禁じる点において（特例法3条）、債権質権との違いが生じているといえる。

これに対して、有価証券の存在が基本的に前提となっている領域の権利質権はどうだろうか。この質権について以下で概観する。

(1) 株式・社債以外を目的とした権利質権

i) 手形 まず、手形について質権を設定する方法として、裏書の際に「担保のため」、「質入れのため」などの質権設定を示す文言を記載して行われる質入裏書の方法が存在する。これは被裏書人を質権者として、手形上の権利の上に質権を設定することを目的とする裏書である(手形法19条1項、77条1項1号)。

この場合も手形上の権利は金銭債権であり、この債権を質入れしている以上、債権質権の効力と違いはないといわれる⁽⁶⁷⁾。裏書を行うので証券の交付がなされており、要物性のある質権の設定といえるが、実務的には質入裏書は利用されることが少なく、質入目的で通常の裏書譲渡を行う「隠れた質入裏書」(法的性質は譲渡担保)がなされることが多いといわれる⁽⁶⁸⁾。

さらに、指図禁止などの文言を記載した手形は指図禁止手形となる。この手形は譲渡の方式・効力ともに債権譲渡の規定に従う必要があるが(手形法11条2項)⁽⁶⁹⁾、その他に、有価証券であることから証券の交付を要するか否かについては見解の対立がある⁽⁷⁰⁾。

いずれにしても、指図禁止手形に関する質入れの規定は手形法上に存在しない。そこで、一般法たる民法に立ち返り、記名証券である指図禁止手形は平成29年改正後の民法520条の19第1項の適用を受けて質権を設定する

(67) この点につき前田庸『手形法・小切手法』(有斐閣・1999年)388頁を参照。

(68) 前田・前掲注(67)395頁、道垣内・前掲注(36)107頁、早川徹『基本講義 手形・小切手法 [第2版]』(新世社・2018年)162頁を参照。

(69) したがって、譲渡裏書はもちろん、質入裏書も許されないとされる(前田・前掲注(67)344頁を参照)。

(70) 交付を要しないとの見解として、たとえば、田邊・前掲注(35)24~25頁があり、これに対して、交付を要するという立場として、たとえば、早川・前掲注(68)128頁及び弥永真生『リーガルマインド 手形法・小切手法 [第3版]』(有斐閣・2018年)117頁がある。なお、債権譲渡の方式は必要なく、証券の交付のみ必要とする立場として、前田・前掲注(67)344頁がある。

ことになる⁽⁷¹⁾。

もっとも、民法520条の19は、証券交付の要否に関して前述の見解の対立のうち、特定の立場を採用するものではない⁽⁷²⁾。そこで、質権設定に証券の交付が必要との見解にたてば、この質権は要物性をなお維持しているといえるが、証券の交付が不要との見解に立てば、もはや要物性が希薄化した質権といえる。

ii) 小切手 次に、小切手についてみると、小切手法には質入れの規定がないので、この質入れのために一般法である民法の定めに戻ると、民法には平成29年の改正によって以下のような有価証券に関する規定が設けられている⁽⁷³⁾。

まず、①「Aまたはその指図人」のように特定の者または特定の者が指示する別人に対して給付をする旨の指図文句が証券上に記載された指図証券（民法520条の2～520条の12）が設けられている（例：記名式小切手など）。この証券を質入れするには裏書のうえ、証券の交付を要するので（民法520条の7、民法520条の2）、要物性のある質権といえる。

次に、②「Aまたは持参人」のように特定の者または証券の正当な所持人に対して弁済をすべき旨が証券上に記載された記名式所持人払証券（民法520条の13～520条の18）も設けられた（例：記名式持参人払小切手など）。この証券の質入れは証券の交付によってなされるので（民法520条の17、民法520条の13）、やはり要物性のある質権といえる。

さらに、③債権者を指名する旨が証券上に記載された①及び②以外の記名証券（民法520条の19）も登場している（例：裏書禁止小切手など）。これは債権質権の方法に従って質入れがなされる（民法520条の19第1項）。もっとも、i) で述べたように、同条に証書交付の有無は明示されていない

(71) このことを示すものとして、神作・前掲注(35)34頁及び田邊・前掲注(35)23～25頁を参照。

(72) このことは、商事法務編・前掲注(34)264頁が明らかにしている。

(73) 以下の有価証券の定義は松岡久和＝山田希＝田中洋＝福田健太郎＝多治川卓朗『新プレミアム民法3 債権総論』（法律文化社・2018年）216～217頁〔多治川卓朗〕に、具体例は筒井健夫＝村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務・2018年）212頁を参照した。

いので、この点は解釈に委ねられている。

最後に、④特定の者に対して給付をする旨が証券上に記載されておらず、債務者が証券の所持人に対して給付をなすべき無記名証券（民法520条の20）についても規定が設けられた（例：無記名式小切手、商品券など）⁽⁷⁴⁾。この質入れは②の記名式所持人払証券の規定が準用され（民法520条の20、民法520条の17、民法520条の13）、証券の交付によるので要物性が認められる。

ここで小切手法をみると、受取人は任意的記載事項であり、権利者の表示（小切手法5条）は様々である。たとえば、指図式もしくは記名式で指図禁止文句のない小切手（小切手法5条1項1号⁽⁷⁵⁾）は裏書譲渡を要する指図証券である（小切手法14条1項）。よって、これは前記①の指図証券に関する民法の規定に従って、裏書と証券交付によって質入れされる要物性のある質権である。

また、「Aまたは持参人に支払え」などの記載がある記名式の持参人払小切手（小切手法5条2項）は前記②記名式所持人払証券に関する民法の規定によって質入れされ、「持参人に支払え」などの記載しかない無記名の持参人払小切手（小切手法5条1項3号⁽⁷⁶⁾）及び受取人の記載が一切ない無記名小切手（小切手法5条3項）は前記④の無記名証券に関する民法の規定によって質入れされ、いずれも証券の交付を要するので要物性が認められる。

(74) この規定が設けられたことで、無記名債権（商品券など）を動産とみなす民法86条3項が削除された。このことで、平成29年改正以前には無記名債権を目的とする質権は動産質権であったものの、改正後は有価証券を目的とした権利質権となるとの指摘がある（このことを指摘するものとして、佐久間毅『民法の基礎2 物権 [第2版]』 [有斐閣・2019年] 15～16頁を参照）。

(75) 小切手法5条1項2号が記名式で指図禁止文句の入った小切手を想定しているため、これを反対解釈すれば、1号の記名式小切手は指図禁止文句の入っていないものと解される（この趣旨を示していると思われるものとして、前田・前掲注(67)732頁を参照）。

(76) 小切手法5条2項が記名式で持参人払いの小切手を想定しているため、これを反対解釈すれば、5条1項3号の持参人払式の小切手は無記名のものと解される（この趣旨を示していると思われるものとして、森本滋編『手形法小切手法講義 [第2版]』 [成文堂・2010年] 228頁注5 [戸田暁] を参照）。

なお、記名式で指図禁止文句の入った小切手（小切手法5条1項2号）は記名証券であるが、指図禁止であり裏書が不可能となっており、かつ、持参人払いでもない。したがって、前記①・②以外の記名証券といえるので、債権質権の方法に従って質入れされるものの、前述のように民法520条の19第1項に証券交付の有無は明示されていない。よって、証券の交付も必要という学説⁽⁷⁷⁾に従うならば、この質権は要物性を残していると評価できる。

以上のように証券交付を要する質権が多く、いまだに要物性を維持しているものの、小切手は短期決済が前提であり（小切手法29条）、実際に小切手上的金銭債権に質権を設定することは稀であるといわれている⁽⁷⁸⁾。

iii) 商法 平成30年改正以前の商法には、有価証券として運送証券と倉庫証券が存在していた。運送証券とは、①貨物引換証（改正前商法571条）及び②船荷証券（改正前商法767条）であり、倉庫証券とは、③預証券・質入証券（改正前商法598条）に加えて、④倉荷証券（改正前商法627条）のことを指す。

もっとも、長期間の利用がなかったことを理由に、①及び③は平成30年の商法改正によって削除されている⁽⁷⁹⁾。そのため、かつて①の規定を②及び④に準用していたところ、規定が改められている。

すなわち、②船荷証券の場合、運送品に関する処分は船荷証券によってしなければならず（改正後の商法761条）、また、船荷証券の引渡しは運送品について行使する権利の取得に関して運送品の引渡しと同一の効力を有する（改正後の商法763条）。なお、④倉荷証券の寄託物についても同一の効力が認められる（改正後の商法605条・607条）。

とはいえ、これらの証券が物権を表章しているわけではなく⁽⁸⁰⁾、これは

(77) たとえば、小切手の譲渡に関して証券交付を要するものとして、前田・前掲注(67)344及び732頁、または、森本・前掲注(76)234頁〔戸田〕がある。

(78) 林・前掲注(10)334頁〔林〕を参照。

(79) この点については、①について弥永真生『リーガルマインド 商法総則・商行為法〔第3版〕』（有斐閣・2019年）137頁注9、③について江頭憲治郎『商取引法〔第8版〕』（弘文堂・2018年）386～387頁注1を参照。

(80) 倉荷証券について、この点を指摘するものとして、近藤光男『商法総則・商行為

運送品や寄託物そのものを質入れする趣旨であり、動産質権と構成されるといわれる⁽⁸¹⁾。そうであれば、荷送人や寄託者などが自らの手元を離れた物を質入れ(改正後の商法606条本文・762条本文)する際に民法344条の引渡し⁽⁸²⁾を認められるという点で、上記の効力が意味を発揮する⁽⁸³⁾。

よって、これらの有価証券に関する質権は本稿の考察対象とする権利質権とはいえないように思われる。

iv) まとめ 以上から、株式・社債以外の有価証券の領域では、裏書が禁止される手形や小切手については証券の交付を要するかにつき学説上で対立があり、また、商法上の有価証券は動産質権と構成されるので権利質権の問題ではなかった。したがって、この領域で認められる権利質権が要物性を留めているとしても、手形・小切手に関するものに限定されよう。

とはいえ、かつて手形・小切手についてもペーパーレス化が検討され⁽⁸⁴⁾、また、現在は手形・小切手を各地の手形交換所においてイメージデータの送受信によって決済する電子交換が検討されている⁽⁸⁵⁾。このような状況の中で、手形・小切手が今後も質入れに際して要物性を維持していくか否かは注視する必要があるといえよう。

法[第8版]』(有斐閣・2019年)261頁がある(船荷証券についても同様に物権を表章するものではないことを示していると思われるものとして、弥永・前掲注(79)140頁を参照)。

(81) 以上の理解を示すものとして、林・前掲注(10)335頁[林]がこの見解を示しており、同種の理解と思われるものとして、道垣内・前掲注(36)89頁を参照。

(82) 商法には船荷証券や倉荷証券を質入れすることを認める規定は存在するものの、その要件を定める規定が存在しないため、動産質権に関する民法上の規定に立ち返ることになる。

(83) 船荷証券について本文の指摘をするものとして、弥永・前掲注(79)140～141頁があり、また、倉荷証券について本文の指摘をするものとして、近藤・前掲注(80)261頁を参照。

(84) 手形・小切手に関してもペーパーレス化が検討されており、一部の金融機関では実用化されていることを指摘するものとして、松田政行ほか「手形・小切手の電子化(ペーパーレス化)をめぐる法的研究」(金融庁研究センター・2003年)1頁、3頁、7頁などを参照(最終閲覧日:2019年6月28日、<https://www.fsa.go.jp/frtc/seika/discussion/2003/20030815.pdf>)。こうした制度が本格的に拡大すれば、有価証券の領域における要物性はさらに限定されるのではなからうか。

(85) この点につき、一般社団法人全国銀行協会のウェブサイト(<https://www.zenginkyo.or.jp/news/2019/n061301/>)を参照のこと(最終閲覧日:2019年6月28日)。

そこで次に、以下では有価証券を目的とした権利質権の残りとして、会社法上の株式・社債に関する制度を概観する。

(2) 株式を目的とした質権

i) 株券の発行と株式の振替制度 株式とは株式会社における株主の地位を細分化した割合的単位である。株式は平成16年に商法の改正がなされる以前は、有価証券化することが要求され、株式を表章する株券の発行が必要であった。これは、株主の会社に対する権利関係を証券によって可視化することで明確化し、また、株式の譲渡や投資を容易にすることが目的であった⁽⁸⁶⁾。

しかし、証券取引所に上場しているような会社（以下、「上場会社」とする）以外の会社（たとえば中小企業）においては、株式の譲渡は頻繁ではなく、譲渡を想定してあえて株券を発行しておく必要性が意識されず（違法に発行していない会社も実際に多く）、これに対して、上場会社では株式に高度の流通性が必要となるので、株券の発行、保管、移転に費用を要し、さらに株券の移動・保管中の事故に伴う紛失や盗難のおそれがあることから、株券を発行することの強制は問題点があった⁽⁸⁷⁾。

そこで、平成16年の商法改正によって、会社は定款で定めなければ株券を発行しないとの制度が設けられた。会社法はこのような理解を受け継いだものの、条文の構造としては、会社は原則として株券を発行しないこととされ、例外的に株券の発行を定款で定めた場合に株券を発行することとされた⁽⁸⁸⁾。

また、株券の不発行と連動して、株式の振替制度が発展してきた。すな

(86) 神田秀樹『会社法〔第21版〕』（弘文堂・2019年）93頁がこのことを指摘する。

(87) このような問題については、神田・前掲注(86)93頁、伊藤靖史＝大杉謙一＝田中亘＝松井秀征『会社法〔第4版〕』100頁〔田中亘〕及び酒井太郎「株式（3）」法学教室397号（2013年）78頁を参照。

(88) このような変化を指摘するものとして、神田・前掲注(86)94頁がある。会社法214条が「株券を発行する旨を定款で定めることができる」と規定していることから、株券の不発行が原則であって、あえて株券を発行する旨を定める場合は例外であるといえる。

わち、上記の通り、株券の発行、保管、移転には多額の費用を要し、また、株券の紛失や盗難によって権利を失うリスクが伴った。そこで、昭和59年には株券の保管及び振替に関する法律が制定され、口座振替の方法によって株式を譲渡する制度が導入された。もっとも、同制度の下でも株券交付による譲渡は承認されており、両制度の併存がコストを増していた。

そこで、証券のペーパーレス化による流通を促進すべく、平成16年に社債等の振替に関する法律が全面改正され、株式を含めた制度として社債、株式等の振替に関する法律(以下、「振替法」とする)が成立した。この施行は平成21年1月であり、これに伴って前述の株券の保管及び振替に関する法律は廃止された⁽⁸⁹⁾。

ii) 株式に関する質権制度 このように株券の不発行が原則となり、株式の振替制度を利用できるようになったこととともなって、株式に関する質権の制度も複数登場している。以下では、それらの制度について株券の存在、株券の交付や占有の有無を中心としてみていく。

①振替株式の場合 まず、会社が株券を発行していない場合(株券不発行の場合)には、振替制度を利用することが可能となる(振替法128条1項)。その効力要件は、質権者が自己の口座における質権欄に質入れに係る数の増加の記載・記録をすることである(振替法141条)。

この記載・記録によって、振替株式の権利の帰属が定まるため、これと同時に質入れの対抗要件も充足されることになる⁽⁹⁰⁾。そのため、別個に対抗要件制度は設けられていないし、会社法上の対抗要件に関する規定は適用除外されている(振替法161条1項)。

なお、振替機関が質権者の氏名などの情報を振替株式の発行会社に通知するか否か(株式を発行する会社が質権設定の事実及び質権者を知り得る

(89) 株式の振替制度は上場会社には強制されている。なぜなら、保管振替株券に係る株式について株券を発行する旨の定款の定めを設けていても、株券を発行する旨の定款の定めを廃止する旨の定款変更を決議したものとみなされ(平成16年法88号改正附則6条1項)、上場会社の株券は廃止されたからである。これらの点について、伊藤ほか・前掲注(87)112~113頁[田中]及び酒井・前掲注(87)79頁を参照。

(90) このことは、高橋康文編『逐条解説 新社債、株式等振替法』(きんざい・2006年)357頁及び酒井・前掲注(87)78頁注7)が述べる。

か否か)によって、登録株式質権か略式株式質権かを区別できる。

すなわち、会社に上記の情報を通知することを質権者が申し出れば(振替法151条3項、4項)、登録株式質権となり、質権者が会社に知られたくない場合には、上記の申し出をしないため略式株式質権となる。

これらの質権は、いずれにしても、株券という有価証券の存在を欠くので、効力要件・対抗要件の両方で証券の交付や占有を要しない。したがって、要物性を欠いているといえよう。

②株券不発行会社の株式の場合 次に、株券不発行会社の場合で、以上のような振替制度を採用しない会社では、株券が発行されていないので、当該会社の株式の質入れ(会社法146条1項)は当事者間の意思表示によってのみ効力を生じることになる。

そして、質入れの対抗要件は株主名簿への記載又は記録であり、民法364条の対抗要件に関する規定は適用除外となっている(会社法147条1項、3項)。この場合、対抗要件として必ず株主名簿への記載・記録を要するので、必然的に登録株式質権となる。

この場合も有価証券の存在を欠き、効力要件・対抗要件の両方で証券の交付や占有を要しない要物性を欠く質権といえる。

③株券発行会社の株式の場合 以上の質権と異なり、株券発行会社の場合には、株券の交付が質権設定の効力要件であり(会社法146条2項)、株券の継続占有が対抗要件となるので、民法364条の対抗要件の規定を排除している(会社法147条2項、3項)。

以上に加えて、質権設定者が質権者の情報を株主名簿へ記載・記録することを要求すれば(148条)、登録株式質権となり、そうでなければ、略式株式質権となる。

これらの質権の場合には、株券という権利を表章する証券が存在しており、効力要件・対抗要件ともに、株券の交付と占有を要求されるため、要物性が維持されているといえる。

iii) まとめ このように、株式を目的とした権利質権は株券の交付や占有を欠く要物性なき質権が増加しており、その内部において、「制度

的」には要物性を前提とする質権の範囲は狭まっていると評価できる。

もっとも、前記の振替株式は先にも触れたように株式の流通性を高めることを目的とし、そのための負担や危険を排する制度であり、その適用対象がもっぱら上場会社⁽⁹¹⁾であるとみれば、その実際の利用主体はかなり狭い可能性がある。また、質権設定の事実を公示することになる登録株式質権は実際の利用は極めて稀であるといわれている⁽⁹²⁾。

これらの点からすると、株券発行型の略式株式質権の利用件数が多いならば、実態としては、株式を目的とする権利質権は要物性のある質権を利用の中心としているともいえる。しかし、株券を発行する会社においては、株式の譲渡担保が広く利用されているという現状からすれば⁽⁹³⁾、株券発行型の略式株式質権（要物性ある質権⁽⁹⁴⁾）の利用件数は多いとは言い切れない。

なお、いずれの質権も物上代位を行うことが認められている（会社法151条以下を参照）ので、優先弁済的効力が承認されているといえる。

(3) 社債を目的とした質権

有価証券を目的とした権利質権の最後として、社債を目的としたものをみる。まず、社債とは、会社法の「規定により会社が行う割当てにより発

(91) 伊藤ほか・前掲注(87)23頁 [大杉謙一] によれば、平成28年3月末時点で、株式会社は249万479社であり、そのうち上場会社は約3711社であって全株式会社数からみれば圧倒的に少数である。

(92) 江頭憲治郎『株式会社法 [第7版]』（有斐閣・2017年）228頁注7がこのことを指摘する。

(93) 伊藤ほか・前掲注(87)118頁 [田中] を参照。

(94) なお、振替株式などの場合でも口座を通じた事実的支配を介して占有を観念する理解も示されている。たとえば、フランス法との比較法の手法を用いて、このことを論じるものとして森田宏樹「有価証券のペーパーレス化の基礎理論」金融研究25巻（2006年）39～40頁がある。また、商事留置権との関係において、このことを論じるものとして、前田重行「社債株式等振替法における有価証券のペーパーレス化と商事留置権の成否」金融法研究会報告書（22）『有価証券のペーパーレス化に伴う担保権など金融取引にかかる法的諸問題』（2013年）1頁以下があり、口座を通じた占有に否定的と思われるものとして、神作裕之「電子化された有価証券の担保化—「支配」による担保化」前掲・金融法研究会報告書12頁以下を参照。

生ずる当該会社を債務者とする金銭債権であって、第六百七十六条各号に掲げる事項についての定めに従い償還されるものをいう」（会社法2条23号）。

社債も株式と同様に社債券の不発行が原則となり、社債券が発行されるとすれば、社債券を発行する旨の定めが必要である（会社法676条6号）。

実務で発行される社債は基本的に無記名社債であるといわれており⁽⁹⁵⁾、この場合には常に社債券が発行される⁽⁹⁶⁾。したがって、無記名社債の質入れは社債券の交付が効力発生要件となり（会社法692条）、社債券の継続占有が対抗要件となる（会社法693条2項）。

記名式の社債の場合に、社債券が発行されていれば、上記の無記名社債と同様の処理になる。これに対して、記名社債で社債券の発行がない場合には、質権設定契約（合意）によって社債への質権設定が効力を生じ、対抗要件は社債原簿への記載・記録である（会社法693条1項）。

以上と異なり、社債券が発行されていない場合には、振替制度を利用することも可能である（振替法67条1項）。この場合、質権者の口座に増額の記載・記録をすることが質権の効力要件となる（振替法74条）。

この記載・記録で権利が確定し、会社法693条1項の対抗要件制度の適用を除外している以上（振替法86条の3）、株式の場合と同様に口座への記載・記録で対抗要件も満たされるとみるべきであろう。

このように社債については、社債券不発行が原則となり、社債券が発行されない場合、社債を目的とした権利質権は要物性が失われ、社債券が発行される場合に限って、質権設定やその対抗に社債の交付・占有が観念され、要物性を維持しているといえる⁽⁹⁷⁾。

(95) 伊藤ほか・前掲注(87)354頁〔松井秀征〕を参照。

(96) 会社法681条4号括弧書では、無記名社債を「無記名式の社債券が発行されている社債」と定義しており、社債券の発行が当然の前提とされているからである。

(97) なお、国債に関しても平成15年以降振替法の下に一本化され、国債券は存在しなくなりつつあるといわれている（道垣内・前掲注(36)107頁）。国債に関しても、社債と同様に振替国債の質入れは、質権者がその口座における質権欄に当該質入れに係る金額の増額の記載又は記録を受けることで効力を生じるとされている（振替法99条）。この記載・記録が対抗要件となることも社債と同様と解してよいであろう。

4 電子記録債権を目的とした権利質権

(1) 質権制度の概要

電子記録債権とは、その発生又は譲渡について電子記録を要件とする金銭債権をいう(電子記録債権法2条1項)。この債権について、質権を設定することが認められる。この質権の設定は「質権設定記録をしなければ、その効力を生じない」とされ(電子記録債権法36条1項)、記録が効力要件となっている。

このように、記録が効力要件とされたのは、①質権設定も電子記録債権の処分であるから、この債権の譲渡(電子記録債権法17条)と同様に記録を効力要件とし、そして、②動産・不動産への質権設定の場合に引渡しも効力要件とされており、また、振替社債や振替株式に対する質権の設定も口座の質権欄に増加の記録をすることが効力要件とされている(振替法74条、141条)こととも整合的であるから、と説明されている⁽⁹⁸⁾。

これに対して、対抗要件に関する明文規定は存在していないが、上記のような記録をするだけで、だれに対しても権利を主張できることになり、効力要件主義を採用し、対抗要件主義は否定したといわれている⁽⁹⁹⁾。

う(道垣内・前掲注(36)107頁を参照)。とすれば、国債を目的とした権利質権も要物性を失いつつあるといえる。なお、信託受益権に質権を設定する際も、証券が発行されていない場合は、振替制度を利用するなら口座への記載・記録が効力要件(振替法127条の17)かつ対抗要件となり、振替制度を利用しないならば質権設定契約(合意)で設定され、対抗要件は民法364条による(以上のように解するものとして、道垣内弘人『信託法』[有斐閣・2017年]341頁を参照)。証券が発行されている信託受益権へ質権を設定する場合には、証券の交付が効力要件となり(信託法199条)、証券の継続占有が対抗要件となるので(信託法200条1項)、その規律や要物性の有無という点で会社法上の制度と類似の様相を呈している。

(98) このような理解を立案担当者が示したものとして、始関正光＝高橋康文『一問一答電子記録債権法』(商事法務・2008年)142頁を参照。

(99) 池田真朗『債権譲渡と電子化・国際化—債権譲渡の研究 第4巻—』(弘文堂・2010年)288頁を参照。もっとも、電子記録が請求の順に記録され(電子記録債権法8条1項)、この電子記録の名義人が電子記録による債権上の権利を対外的にかつ適法に有するものと推定されていることから(電子記録債権法9条2項)、対抗要件類似の優劣規範が示されているとの説明もなされている(青木則幸「質権」池田真朗ほか編『電子記録債権法の理論と実務』別冊金融・商事判例[2008年]95～96頁)。

(2) 質権における占有

上記のように、電子記録債権を目的とした質権においては、知的財産権を目的とした質権と同様に、証書や証券などは存在せず、要物性は認められない。このことは立案担当者も前提としていたようである。

すなわち、電子記録債権も債権である以上、質権設定の際に民法の債権質権に関する規定が適用されるとしながらも、証書の存在を前提とする平成29年改正前の民法363条は適用の余地がなく、また、指図債権に関する平成29年改正前の民法365条も適用されないことが示されている⁽¹⁰⁰⁾。このことから、電子記録債権が証書と切り離されたものであることがうかがわれる。

加えて、電子記録債権法は、この債権の質入れにあたって、民法362条2項を適用しないと明示し（電子記録債権法36条2項）、電子記録債権法36条3項において、準用すべき条文を個別に明記している。その際、有体物の存在を前提とする民法344条、345条、347条が電子記録債権に準用されていないことから⁽¹⁰¹⁾、ここでは要物性が意図されていないということをいっそう明確に認識できる。

したがって、電子記録債権を目的とした権利質権はこの債権の占有を観念するものではなく⁽¹⁰²⁾、その効力としては優先弁済的効力が認められるだけである（電子記録債権法36条3項では民法342条が準用され、前述のよう

(100) これに触れるものとして、始関＝高橋・前掲注(98)143及び145頁注1を参照。

(101) この点については、始関＝高橋・前掲注(98)145頁注2を参照。なお、留置権に関する民法298条1項が準用されているもの（電子記録債権法36条3項）、電子記録債権は有体物でないため占有を観念することができず、298条1項を文言通り適用することはできない。これは電子記録債権の質権者が、質入れされたこの債権について、善良な管理者の注意をもって扱うことを明らかにする趣旨にとどまると指摘されている（池田真朗＝太田穰編『解説 電子記録債権法』〔弘文堂・2010年〕184頁）。

(102) この理解は池田＝太田編・前掲注(101)185頁が示している。もっとも、商事留置権の成否との関係についてはあるが、債務者の権利行使が制限されることで債権者が事実上の支配権限を取得し、このことをもって権利の占有を観念できると述べ、電子記録債権にも事実上の支配（占有）を認める立場が存在する（加藤貴仁「電子記録債権と商事留置権—試論—」前掲・注(94)金融法研究会報告書72～74頁）。しかし、神作・前掲注(94)16頁では、こうした解釈は立法論の問題と述べられている。

に、留置的効力を定める民法347条の準用はされていないため)。

Ⅲ. 小 括

1 占有・要物性の後退現象

以上でみてきた内容をここで簡単に整理すると、以下のとおりである。

まず、民法上の債権質権は立法当初から証書が存在しないものについてははともかくとして、証書の存在する債権については、その質入れに際して証書の交付が要件とされていた(平成15年改正前の民法363条)。その意味で、物上質権が引渡しを要件とすること(民法344条)と足並みがそろえられており、債権という無体物を目的とする質権についても要物性が認められていたのである。

しかし、無体物の担保化にあたって要物性を承認する不合理が学説・実務を通じて意識されるようになり、平成15年の民法改正によって、要物性を承認する範囲は縮減された。つまり、証書の交付は債権の中でも証券的債権についてのみ要件とされるようになり、民法363条の適用範囲が狭められたのである。別の視点からみれば、証書の交付(要物性)が問題とならない領域が債権質権の内部で拡大したといえる。

そもそも、債権のような無体物そのものについて占有は承認しがたいところであり、権利質権において、財産権の引渡しや占有を観念しえないことは立法当初から認められてはいたものの、そのことが平成15年の改正(証券的債権以外の債権を民法363条から除外すること)によって、「消極的」に認められたといえよう。このことは、権利質権が抵当権に類似した非占有型の担保物権のような性質を有することを意識させるものであった。

このような現象は平成29年の民法改正で「積極的」に明らかにされたように思われる。なぜなら、要物性のある証券的債権が物権編の外に取り出され、有価証券として債権編に規定され、あわせて、それらの質入れに関する規定も物権編から取り出されたからである。

こうして、民法の物権編に定められた権利質権については、証書の交付(民法363条)や裏書(民法365条)に関する規定は削除されるに至り、要

物性を残す民法上の権利質権は（解釈論の対立はあるものの）いずれにしても、それほど多くのもではなくなったように思われる。

このような要物性の後退現象は民法物権編における権利質権の内部だけでなく、特別法上の権利質権についても明確に進行していた。すなわち、占有担保的性格を示す権利質権は、特別法における権利質権においても、その領域を狭めつつあり、非占有型の権利質権が広がっていったのである。

たとえば、有価証券の領域では、手形・小切手を目的とする権利質権の多くが要物性を留めているものの、会社法上の株式・社債、そして、国債・信託受益権を目的とする権利質権の一部においては証券のペーパーレス化の影響に伴って、証券の交付を要件としない質権（要物性が欠ける質権）が増加していた。

これに対して、知的財産権を目的とした権利質権、電話加入権を目的とした権利質権及び電子記録債権を目的とした権利質権は、有価証券とは切り離されており、権利を表章する証券が存在しないため、もはや、制度的に占有が全く観念できず、完全に要物性が排除されていた。中でも、電話加入権を目的とする権利質権は質権実行の手續や実行までの担保価値の維持に関する規定が用意され、また、電子記録債権を目的とした権利質権は民法の準用関係についてきめ細やかな整理がなされていた。

ここから理解できることは、非占有担保的な性格を示す権利質権の拡大は民法が中心として予定している債権質権内部の問題だけでなく、権利質権の全体的な傾向であることが確認できる。それにともなって、占有や要物性の意義は権利質権において、その意味を失いつつあるといえるだろう。同時に、特別法上の権利質権の内部において知的財産権の領域では著しい制度の不足が生じていることも理解できる。

2 後退現象から引き出される二つの可能性

こうした占有や要物性の意義の低下は、ペーパーレス化や電子化という時代の流れに伴ってより拡大・進行することはあっても、その逆は考えに

くいものがある。そうであれば、もはや、一般法・特別法を問わず、権利質権の内部において、占有（あるいは要物性）やそれを前提とした留置的効力は認められないか、認められるとしても、その領域は狭まるような、揺れ動く存在であって本質的な概念とは言えないように思われる。そのことはなにを意味するのか。ここでは二つのことを指摘することができる。

（1）質権及び担保物権全体に関わる指摘

まず、これまで質権と抵当権という約定担保物権は占有（や留置的権能）の有無を基準に区別され、権利質権を含む質権全体が占有型の担保であると「一応は」整理されてきた。しかし、権利質権における占有や留置の意義が上記のように低下しつつあるならば、従来のように占有・留置を基準とした抵当権との厳格な区別は見直しを迫られるのではないだろうか。

特に、これまで非占有型の担保物権といわれてきた抵当権の領域においても占有を承認する事態に至っている。すなわち、最判平成11年11月24日（民集53巻8号1899頁）に加え、最判平成17年3月10日（民集59巻2号356頁）は、いずれも抵当権の事案であるが、本来は非占有担保物権である抵当権の事案で、抵当権者に抵当目的物（不動産）を占有する余地が認められている。

このように、抵当権の実行段階においては、判例も非占有担保物権に占有を承認する方向にシフトしており⁽¹⁰³⁾、非占有型担保の分野においても占有要件の排除が徹底されない場面が登場しており、占有という面で抵当権と権利質権は区別しがたい。

(103) 内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕債権総論・担保物権』（東京大学出版会・2005年）439～440頁では、非占有担保物権であるからといって、引渡請求が不可能であると理解はあまりに硬直的であり、担保物権の実行段階に入れば、抵当権者も占有に介入でき、執行手続への協力の態様として、自ら管理することも認められるとの理解が示されており、学説から、少なくとも非占有型の担保物権であるからといって厳格に占有の移転を禁止するという理解は貫かれないことが示された。以上のことから、抵当権と権利質権の接近を感じさせるものの、さらに、抵当権と不動産質権も接近していることを指摘するものとして、能見喜久＝加藤新太郎『論点体系 判例民法3 担保物権〔第3版〕』（第一法規・2019年）131頁〔今村与一〕がある。

実は、日本の質権制度の基礎となったフランスの担保物権制度⁽¹⁰⁴⁾は2006年に改正され、現在は動産・不動産という担保客体の性質によって各種の担保物権を分類することを主眼とし、占有の有無は大きな分類視点としては捨て去られた⁽¹⁰⁵⁾。

担保を設定する当事者はどのような法制度を利用するかではなく、どのような財産を担保にするかという視点から、担保化のために利用する法制度を選択するのが通例だとすれば、占有の有無ではなく担保客体毎の整理は利用者にとって活用しやすい整理となるように思われる。また、占有に拘泥しないとすれば、登録を要件とする質権を民法上で認める余地も生じるだろう⁽¹⁰⁶⁾。

つまり、抵当権と権利質権の接近は、質権の要件の変化や新たな質権の創設など、権利質権の内部問題にとどまらず、担保物権の体系的整理のように質権を越え、担保物権全体にまで関わる大きな問題や視点に影響を与える可能性を想起させる。とはいえ、これは細かな議論を積み重ねてはじめて断言できることであり、本稿では一つの可能性の指摘にとどめ、今後の検討課題としたい。

(2) 質権内部にとどまる指摘

そのため、本稿においては、後述の第2との関係で質権制度内部にとどまるであろう、以下の指摘について、より重視したい。

繰り返しになるが、Ⅲ-1でまとめたような権利質権の変化を受け止めるならば、占有（それを前提とした留置的権能）の位置づけや評価は希薄化する。つまり、権利質権の本質は優先弁済権能にあり、この権能は物上質権においても当然に認められるものであるから、質権全体の本質は優先弁済権能にあるといえる。

(104) フランス法が日本の質権制度の基礎となったことについては前掲注(2)のほか、野村豊弘『民法Ⅱ 物権 [第2版]』（有斐閣・2009年）219及び222頁を参照。

(105) この点については、原「フランス法における債権質権」・前掲注(3)114～116頁を参照。

(106) たとえば、フランス民法はこれを認めていることについて、後掲・注(156)を参照。

そして、この権能は民法上の質権だけでなく、特別法上の権利質権についても共通する基礎概念であり、一般法・特別法における質権全体を貫くものといえる。これに対して、質権内部で相対的に意義が低下しつつある占有・留置は、物上質権の内部においてさえも優先弁済権能を補助するにすぎない副次的な位置づけとみるべきであり、これらは質権全体に関連する重要問題の解釈上の指針とすべきではないように思われる。

第2-IIで後にみるように、物上質権の要件面において占有や留置的権能が解釈論に関わる場面があることからすれば、前記のような位置づけの転換は質権内部において解釈論に影響を与え得る。また、権利質権の効力と関わる解釈問題として、担保価値の維持という課題があるとすれば、この課題には権利質権の優先弁済権能が影響するように思われる。

このように、権利質権の制度的な変遷は質権の要件・効果両面における様々な問題点と深くかかわる。そこで、次の第2では、前述の権利質権全体の制度的変遷が質権内部の解釈論に与え得る影響について、問題点毎に概観していくことにする。

第2 変遷が質権に与える影響

第1で述べた権利質権の制度的な変遷が質権の個別の解釈論に影響を与える場面として、以下では、権利質権の効果面と関連する問題として、担保価値維持義務の問題及び転質の問題を中心に取り上げ、また、要件面と関連するものとして、物上質権の引渡し要件の意義と質物の任意返還の問題を取り上げる。

I. 効果面への影響

1 担保価値維持義務

(1) 問題の所在と議論の概要

まず、権利質権のうち特に債権質権については、質入債権の消滅・変更

をどのように防止するかという問題が議論されてきた。

この問題は民法の立法当初は権利質権が物権であるか否かという問題（権利質権の物権性やその法律構成）との関連で議論されたものの、権利質権の物権性が正面から承認されるようになった後は、おおむね債権質権の効力の問題として論じられてきたように思われる⁽¹⁰⁷⁾。この点について、いまだ定説はないものの、簡単に学説の状況を述べると、以下のとおりである。

まず、中島玉吉によって、学説としておそらくはじめて、質権の効力を維持するために、設定者には「目的債権を保存する義務」が課され、質入債権の取立てなどが禁止されることが論じられ、民法481条の準用が主張された⁽¹⁰⁸⁾。

その後、鳩山秀夫によって民法481条が準用される仕組みが明確化され⁽¹⁰⁹⁾、ついに、我妻栄が以下のような定式を述べるに至った。それは、債権質権が「その目的たる債権について、その支配する交換価値を破壊する行為を為すことを禁ずる力」（拘束力）を有するというものであり⁽¹¹⁰⁾、この効力が差押えと対比されることで、民法481条を類推適用して、質入債権の消滅・変更行為が禁止されたのである。

このように我妻が拘束力を担保物権の効力の中に位置付け、民法481条の類推適用による具体的な事案への適用を示したことは大きな影響力をもった。我妻は拘束力を質権の留置的効力と関連させて理解しているようにも思われ、その後、留置的効力との関連で債権質権の拘束力を論じる学説が登場している⁽¹¹¹⁾。

しかし、昭和中期以降から徐々に権利質権（特に、債権質権）における留置的効力の存在が疑われるようになり、次第に債権質権の拘束力は留置

(107) 学説の流れの詳細は、原「債権質の拘束力について」・前掲注(1)99～159頁を参照。

(108) このことは中島・前掲注(10)1012頁が指摘する。

(109) 鳩山秀夫「債権質と第三債務者の相殺（質疑解答）」法學志林19巻8号（1917年）30～31頁を参照。

(110) 我妻・前掲注(11)191頁を参照。

(111) 勝本・前掲注(16)387～388頁及び林・前掲注(10)357～358頁〔林〕を参照。

的効力からはなれて論じられ、その傾向が明確なものとなったのが、石田喜久夫が示した次のような理解である。

すなわち、債権質権は「留置的権能を欠き優先弁済権能を中核とするが、客体が債権であり、債権は債務者の弁済などによって消滅するため、質入債権の消滅を防ぐ措置が講じられなければ、優先弁済権能は画餅に帰する」ので、「明文の規定を欠くが、債権質の効力として、設定者・第三債務者が質入債権を消滅させ変更したとしても、これらの行為をもって質権者に対抗しえない」との理解が示されたのである⁽¹¹²⁾。

こうした中で、平成15年の担保法改正によって前述の通り債権質権が要物性を失い、非占有担保的な性格を強めたこと、加えて、債権質権に担保価値維持義務を承認する最判平成18年12月21日民集60巻10号3964頁の登場もあり、学説上では完全に留置的効力から離れた法律構成が定着したように思われる。

その構成は多様であり、契約や信義則を法的根拠とするもの⁽¹¹³⁾に対して、拘束力を担保物権の効力に位置付ける理解も多く⁽¹¹⁴⁾、中でも、担保物権の優先弁済的効力から論じるもの、また、この効力との関係において担保価値維持義務を一般的な概念と位置付けるものなどが登場しており、留置的効力による説明から離れつつあるということが大きな傾向として一致して

(112) 石田喜久夫「債権・その他の財産権の質権の内容、効力」同『物権法拾遺』（成文堂・1986年）154～155頁〔初出、加藤一郎＝林良平編『担保法大系（第2巻）』（金融財政事情研究会・1985年）〕を参照。

(113) たとえば、近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権 [第2版補訂]』（成文堂・2007年）7頁は、債権を担保によって保全する関係を担保関係と呼び、信義則から担保価値維持義務を一般的に認めている。また、制限物権関係という一種の継続的契約関係として、設定者が制限物権者の権利を害してはならない義務を負うと説明するものとして、鈴木禄弥『物権法講義 [5訂版]』（創文社・2007年）463～464頁があり、同趣旨を示すと思われるものとして、鈴木禄弥「権利質」同『物的担保制度の分化』（創文社・1992年）525頁〔初出、谷口知平＝加藤一郎編『新民法演習2』（有斐閣・1967年）〕がある。さらに、理論的には担保価値維持義務が契約や信義則を根拠とする余地があることを指摘するものとして、清水恵介「担保価値維持義務について—最高裁判所平成十八年十二月二日判決に示唆を受けて—」民事法情報250号（2007年）21頁がある。

(114) 道垣内・前掲注(36)116～118頁を参照。

いる⁽¹¹⁵⁾。

さらに、近時、留置的効力と比肩するような効力として、権利質権には権利行使を制約する効力を認め、この効力から質入債権の消滅・変更行為が禁止されると理解する立場⁽¹¹⁶⁾、さらには、物上質権の善管注意義務と同水準の義務を設定者側が負うとの説明を行う見解も登場している⁽¹¹⁷⁾。

これは担保価値の維持という担保物権の最重要問題につき、どのような法的根拠・法的性質を示すかという解釈問題である。

同時に、担保価値の維持という担保権者にとっての最重要問題を「人の意思」に基づく（場合によっては人の意思で義務を認めないこともあり得る）問題と位置付けるのか、あるいは、「物権に由来するもの」と位置付けるのか（しかも担保物権の本質的効力から説明するかそうでないか）という違いに関わり、この議論は「担保（物権）」をどのような制度とみるのかという問題に関連する。

すなわち、担保（物権）とは、①人の意思によってその価値をどのように維持すべきかが左右される揺らぎのある制度なのか、あるいは、②目的となる財産の価値を物権的に把握し、それを基本的には万人に主張し得る強力な制度とみるのか、という対立に関連する問題であると思われる。

いずれにしても、学説の法律構成は多様であるものの、多くの見解が「結論として」質入債権の消滅・変更行為を否定しており、学説において質入債権の担保価値を維持すべきという考え方が定着しているように思われる。

(115) たとえば、債権質権の拘束力が優先弁済的効力を根拠とするとの理解について、平野裕之『基礎コース民法Ⅰ 総則・物権法 [第3版]』（新世社・2005年）413～414頁、平野裕之『担保物権法 [第2版]』（信山社・2009年）245～246頁、平野裕之『コアテキスト民法Ⅲ 担保物権法 [第2版]』（新世社・2019年）168～170頁が存在する。また、担保価値維持義務を優先弁済的効力との関係で一般的な概念と位置付けるものとして、山野目・前掲注(36)218頁及び274頁を参照。

(116) 松岡・前掲注(36)223～224頁を参照。なお、この見解も留置的効力そのものから上記の制約を認めるわけではなく、むしろ債権質権においては留置的効力を認めないからこそ、新たな効力（権利行使を制約する効力）を論じている点で、留置的効力から離脱する学説の傾向に反するものではないであろう。

(117) 白石大「担保設定者の権限と義務」法学教室416号（2015年）69頁を参照。

(2) 権利質権の制度的変遷からの影響

第1で見たように、民法上の債権質権をはじめとして、特別法上の権利質権の多くも要物性を喪失している現状をみれば、質権の効力の中でも、留置的効力から拘束力を説明することが困難となる⁽¹¹⁸⁾。したがって、権利質権の効力の中に拘束力を位置づけるならば、拘束力は質権の残された効力のうち、優先弁済的効力と接近しているといえる。

このような状況を前提とすれば、権利質権を対抗される者には、この質権の優先弁済的効力を害さないよう、この効力を維持すべき拘束が課されているとみることができるとはなからうか⁽¹¹⁹⁾。特別法上の権利質権にも共通する優先弁済的効力という基礎概念から、担保価値の維持に関する問題を論じることは、特別法との関係においても議論の共通基盤を形成することにもなり、解釈論としてのわかりやすさを提供することになる。

これは、既に第1-II-2でみた電話加入権を目的とした権利質権のように、担保価値の維持に関する具体的な規定を法制度として用意している場合にはともかく、この問題に明文規定を用意していない権利質権(債権質権、知的財産権を目的とした権利質権、有価証券を目的とした権利質権、電子記録債権を目的とした権利質権など)については重要な関心事となる。

とりわけ、知的財産権や株式を目的とした権利質権の領域において、担保価値の維持が議論されてはいるものの、結局、この問題に関して特別法

(118) なお、学説では、契約や信義則を根拠とするか担保物権の効力を根拠とするかにかかわらず、多くの見解が具体的には民法481条などの条文を類推適用することで、質入債権の消滅・変更行為を制限するという説明を行う。しかし、拘束力が民法481条などを類推することで現実的な事案へ適用されるとすれば、契約や信義則といった私人の行為のみを前提とする法律構成に基づいて、国家による権力的な行為(差押え)を背景とした条文の類推が可能であるのかは疑問の余地がある。民法481条などを類推適用するならば、担保物権という強力な権利による担保目的(質入債権)の価値把握こそ、差押えのような国家による権力的行為と比較され、類推の基礎を形成するとみるべきではなからうか。もっとも、そもそも差し押さえなどの対比において、この問題を論じることに疑問を呈するものとして、梶山玉香「『債権質の拘束』に関する覚書」同志社法学68巻7号(2017年)484頁以下がある。

(119) このことを従来の判例・学説との関係で検討し、担保価値維持義務の問題を理論構成する試みとして、原「『担保価値の維持』に関する理論枠組みについて」・前掲注(1)127頁以下を参照。

上の権利質権が明文規定を欠く以上、一般法である民法上の議論が問題解決のよりどころとなる⁽¹²⁰⁾。しかし、この点に関して現状としては前記(1)で示した結論の限りにおいてしか解釈論上の一致を見ていない。

よって、この問題についてはなお特別法上の権利質権や物上質権なども視野に入れた総合的な検討課題が残されているといえる。その際に権利質権の制度的変遷からうかびあがる優先弁済的効力を解釈論の指針とすると、一つの突破口となるのではないか。

もっとも、抽象的・一般的に担保価値維持義務の根拠や性質を論じることには必ずしも実益はないようにみえるが、前記の解釈上の提案には一定の実益が認められる。たとえば、株式を目的とした権利質権において設定者が質権者に対して担保客体の価値を減少させることはできず⁽¹²¹⁾、これを行った場合には、価値の減少分について増担保請求できるといわれている⁽¹²²⁾。このように、特別法上では担保価値の維持と増担保を関連させて議論している。

増担保の法的根拠は（特に担保の設定契約に定めが存在しない場合に）一定の議論があるものの、この点も定説をみない状況にある⁽¹²³⁾。よって、①「優先弁済的効力を維持すべきという拘束」＝「担保価値維持義務」とみて、その法的根拠・性質を説明し、②この義務に違反して優先弁済を害した場合の具体的な効果として増担保請求を認めるとすれば、①及び②と

(120) たとえば、民法上の議論を特許権に応用するものとして、中山＝小泉・前掲注(40)1576～1577頁[林]があり、著作権に応用するものとして、原「著作権の質権に関する考察」・前掲注(4)26頁以下がある。なお、株式に関しての議論は後述の注121及び122を参照。

(121) この点を明示したのものとして、最決平成15年3月18日刑集57巻3号356頁がある。

(122) この点に言及する学説として、たとえば、竹内昭夫「担保としての株式」同『会社法の理論Ⅰ 総論・株式』（有斐閣・1984年）290～291頁〔初出、鈴木竹雄＝大隅健一郎＝上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新商法演習Ⅰ－会社(1)』（有斐閣・1974年）、上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版 注釈会社法(3) 株式(1)』（有斐閣・1986年）214～216頁〔前田庸〕、江頭憲治郎＝中村直人『論点体系 会社法Ⅰ 総則、株式会社Ⅰ』（第一法規・2012年）530頁〔田澤元章〕及び山下友信編『会社法コンメンタールⅢ－株式(1)』（商事法務・2013年）445～446頁〔森下哲朗〕を参照。

(123) 学説の状況については、林・前掲注(10)248頁[林]を参照。

いう二つの解釈問題を共通の基礎概念から説明することができるだけでなく、これらの問題が一般法だけでなく特別法にも及ぶ以上、両者の関係を適切に接合することができるように思われる。

このような解釈論を目指さない場合、特別法上の権利質権には以下の困難が生じる。すなわち、知的財産権、株式及び電子記録債権などの無体物を目的とした権利質権の効果については、各特別法上に詳細な規定は存在していないため、この点については民法に戻る必要がある。

しかし、民法における権利質権の規定のほとんどは債権を対象としており(民法362条以下)、この権利質権の規定に不足があれば無体物を客体とする質権に物上質権の規定まで準用しなければならない(民法362条2項)。これは第1-Ⅱ-4でみたような電子記録債権に関するきめ細やかな条文の準用が制度内で示されるなど手当てがなされていないならば、極めて難解な解釈となる。

ここでは解釈の方向性を示すにとどめるものの、上記の不合理を解消するためにも、さらに、基礎概念からの解釈論の追究を課題としたい。なお、日本の権利質権制度の母法であるフランス法では、知的財産権を目的とした質権について、民法の条文を参照した応用的な解釈によって担保価値を維持する方法を示しており、担保価値の維持に関する解釈論としても、一般法と特別法の適切な接合という意味においても参考に値する⁽¹²⁴⁾。

以上のような解釈論をどのように深めていくかは、第1-Ⅲ-1で述べたように、知的財産権を目的とした権利質権の領域において、特に、著しい制度の不足が生じていることからすれば、喫緊の課題と言える。

(124) この点を指摘するものとして、原「知的財産権の担保化について」・前掲注(4)39～40頁を参照。なお、フランス法上の債権質権が民法上の解釈論として、どのように担保価値を維持しているかは、原「フランス法における債権質権」・前掲注(3)100～101頁において一部を示したが、その詳細は、原「債権質権の制度的研究」・前掲注(3)の博士論文第3章第2節で示している。この点は加筆・補正のうえで今後公表予定である。

2 転質

(1) 問題の所在と議論の概要

以上のような質入れされた財産権の担保価値を維持するという問題と共通するように思われる課題として、転質権の効力の問題が存在している。

転質の法律構成には一応定説が存在している。すなわち、原質権の対象（客体）だけを再度質入れすることを転質と考える質物質入説が、民法348条前段の「質物」について転質を行うという文言に即しており、通説といわれている⁽¹²⁵⁾。

ただ、通説に従って純粹に質物のみが質入れされると考えると、原質権及びその被担保債権は転質権の対象範囲外となり、そこには転質の効力が及んでいないことになる。これでは転質権者は、たとえば原質権の被担保債権の債務者が債務を弁済して原質権を消滅させたとしても、そのことを転質権の効力として阻止しえない。

原質権が消滅すれば、原質権に依存している転質権も消滅することになるため、転質の効力として原質権及びその被担保債権になんらかの効力が及び、原質権の被担保債権の債務者などにも一定の拘束力が生じると解すべきである。

(2) 権利質権の制度的変遷からの影響

この問題について、学説では、質物そのものを再び質入れするにあたって、転質の付随的効力として原質権の被担保債権にも転質の効力を拡張すると解されている⁽¹²⁶⁾。転質が権利質権にも当然認められることから、この付随的効力による拘束力を権利質権との関係で見ると、この質権は優先弁済的効力を中心とするものであり、この効力の拡張として、原質権の被担保債権への拘束力を承認できるのではないか。

このように転質の効力の拡張問題に関しても、担保価値維持義務の問題と同じ枠組みで捉えるならば、質権全体に共通する優先弁済的効力との関

(125) 道垣内・前掲注(36)100頁を参照。

(126) 山野目・前掲注(36)264頁及び道垣内・前掲注(36)98頁を参照。

係で統一的な解釈ができるのではないだろうか。すなわち、転質権者が優先弁済を実現することができる状態を犯さないという拘束(担保価値維持義務)が転質権を対抗される転質権設定者や原債務者にも課されているとみることができる⁽¹²⁷⁾。

この解釈を原質権の目的が債権である場合だけでなく、同じように転質を承認し得る特別法上の権利質権にも及ぼすとすれば、特別法上の権利質権にも共通する優先弁済的効力という概念で問題を処理することが可能となり、明快である。

もっとも、この問題は権利質権だけでなく、原質権の目的が有体物である物上質権について本来的には議論が進展してきた。当然、物上質権にも優先弁済的効力は承認され、第1-Ⅲ-2(2)で示したように、物上質権における留置的効力が解釈上の指針として後退するならば、前記の優先弁済的効力を起点にした論理は物上質権についても同じように当てはまる。

そうだとすれば、権利質権を参考にした制度的な変遷は、単に権利質権の領域にとどまらず、物上質権にまで及び、質権全体にわたって解釈論的な影響を及ぼす可能性を指摘できる。この点についても、解釈の一定の方向性を示すとどめ、質権全体を対象とした詳細な検討は今後の課題としたい。

Ⅱ. 要件面への影響

1 占有改定禁止の趣旨

(1) 民法345条の趣旨に関する従来の説明

では、最後に質権の要件面との関係についてみていく。ここでは、Iと異なり、権利質権の問題ではなく、物上質権に固有の問題に権利質権の制

(127) すでにこのような発想を取り入れていると思われるものとして、七戸克彦『基本講義 物権法Ⅱ 担保物権』(新世社・2014年)105~106頁を参照。なお、転質権の付随的効力の対抗については明文規定が存在しないものの、解釈上、転抵当に関する民法377条あるいは364条を類推適用し、転質権の設定を原質権設定者(原債務者)に対抗することで対処することができる。よって、原債務者への通知またはその承諾を要することになろう。

度的変遷が及ぼすと思われる影響を観察することにする。

まず、物上質権の設定要件における占有の位置付けについて確認する。物上質権の設定に際しては質物の引渡しが必要となる（民法344条）。もっとも、344条の引渡しには占有改定が含まれていない。というのも、民法345条が占有改定による質権設定を禁じているからである。

では、この民法345条が定められた趣旨はどのような点にあるのか。まず、①第三者の利益のために質権の公示を徹底させることに目的があると解する立場⁽¹²⁸⁾が存在し、また、②質権の留置の効力を確保することが目的であるとの立場⁽¹²⁹⁾も主張されている。

(2) 第1説の問題点と考え方の方向性その1

もっとも、①の立場については、ア) 動産所有権については占有改定による引渡しに対抗力を認めながら、この所有権より下位の質権について占有改定による引渡しでは公示として不足があるというのは矛盾が生じているとの指摘がある（これは占有改定による動産譲渡担保を承認することによってさらに明確になる）。また、イ) 不動産質権については引渡しが権利を公に示すもの（公示）ではないので、公示を徹底させるという説明で

(128) この立場については、中島・前掲注(10)886～887頁、田島順『担保物権法』（弘文堂書房・1935年）114～115頁、石田・前掲注(8)407頁、横・前掲注(64)88頁、北川善太郎『物権（民法講要Ⅱ）[第3版]』（有斐閣・2004年）242頁及び石田稜『担保物権法』（信山社・2010年）163頁を参照。

(129) この立場については、我妻・前掲注(11)103～104頁及び130頁、柚木＝高木・前掲注(2)99～100頁、松坂佐一『民法提要 物権法 [第4版・増訂]』（有斐閣・2012年）266頁 [1984年のオンデマンド版]、中井美雄『担保物権法』（青林書院・2000年）66頁、平井一雄『民法Ⅱ（物権）』（青林書院・2002年）227～228頁、内田・前掲注(103)492頁、高木多喜男『担保物権法 [第4版]』（有斐閣・2005年）63頁、近江・前掲注(113)89～90頁、山野目・前掲注(36)263頁、清水元『プログレッシブ民法 [担保物権法] [第2版]』（成文堂・2013年）159頁、角紀代恵『はじめての担保物権法』（有斐閣・2013年）111頁、河上正二『担保物権法講義 [第2版]』（成文堂・2015年）84頁、松岡・前掲注(36)217頁、松井宏興『担保物権法 [第2版]』（成文堂・2019年）131頁、平野『コア・テキスト民法Ⅲ』・前掲注(115)149～150頁及び本田純一＝堀田親臣＝工藤祐巖＝小山泰史＝澤野和博『新ハイブリッド民法2 物権・担保物権法』（法律文化社・2019年）188頁 [小山泰史]を参照。

は、民法345条が不動産質権についてまで占有改定を禁じる根拠の説明とはならないとも言われる⁽¹³⁰⁾。

たしかに、ア)についてみると、占有改定による引渡しには動産所有権の対抗力が認められ、占有改定による動産譲渡担保さえ承認されているものの、質権のような制限物権については、これを認めないとすれば、バランスを欠いているようにもみえる。しかし、質権には所有権や譲渡担保権に認められていない留置的効力という特殊性がある以上、所有権と異なつて占有改定による引渡しでは足りないことはやむを得ない。

このように留置的効力との関係で占有改定による引渡しを認めないならば、民法345条の存在理由は前記②のとおり、留置的効力の確保という立場につきるかといえ、そうともいえない。実は、②の点についても問題点が指摘されているからである。

すなわち、留置的効力は質権者の利益のために承認されているはずなのに、この効力を確保するために占有改定を排除し、この方法での容易な引渡しを行えば、質権の設定は無効と解するならば、逆に、質権者の不利益になるという矛盾が生まれるとの指摘である⁽¹³¹⁾。

では、この点をどのように考えるべきか。まず、既にみたように、留置的効力を要する物上質権において、質権成立の時点においては占有改定による引渡しでは足りないことは正面から認めるべきであろう。

とはいえ、これを承認したとしても、②説のように、ことさら留置的効力を強調することは適切でない。というのも、第1-Ⅲ-2(2)でみた視点からいえば質権全体において重要な機能は優先弁済的効力であり、留置的効力は質権者が質物を留置することで債務者・物上保証人から質物を引き剥がし、優先弁済を容易化するために働くからである。

つまり、動産であれば競売開始のために動産を提出(民事執行法190条1項1号)しやすくなり、また、動産・不動産のいずれであれ債務者または

(130) ①の立場について本文のような問題点を指摘するものとして、たとえば、我妻・前掲注(11)103頁、高木・前掲注(129)63頁及び生熊長幸『担保物権法 [第2版]』(三省堂・2018年)185~186頁を参照。

(131) この指摘につき、道垣内・前掲注(36)86~87頁を参照。

物上保証人から担保客体が引き剥がされることで、その担保の価値を毀損される危険性が低下し、担保物権の実行までの間、その価値を維持しやすくなる。すなわち、留置的効力は結局のところ優先弁済的効力という本質的効力を補助するための機能に過ぎないのである⁽¹³²⁾。

とすれば、留置的効力の確保という②説の趣旨説明を受け入れるとしても、質権の優先弁済的効力の実効性を確かにする手段という限りにおいて理解すべきであり、最低限、質権設定時点で占有改定を禁じ、留置的効力を意味あるものとすれば足りる。

よって、質権設定以後もなお占有改定の禁止が継続されるべきか否かといえ、それは質権者が自己の優先弁済に必要な範囲で判断すればよい事項といえよう。したがって、動産質権の対抗力を欲するならば、継続して質物の占有が必要となり（民法352条）、優先弁済に占有や対抗力を必要としないと質権者が判断した場合には、占有を放棄しても、その判断は尊重されるべきである。

（3）第1説の問題点と考え方の方角性その2

問題点アについて以上のように考えても、前記①の立場には、既に述べたようにもう一つの問題が存在した。すなわち、イ）民法345条は不動産質権にも適用されるところ、占有改定禁止の趣旨を第三者保護のために公示を徹底すると観点から説明すれば、この説明は、占有を公示とせず登記を公示としている不動産質権には該当しないという問題が生じる。

しかし、イ）の点については異なる考え方もあり得る。なぜなら、第三者が不動産登記を確認できない（あるいは、していない）段階においては、不動産質権の権利関係を第三者へ知らせて保護するために、所有者から不動産の占有を引き剥がすことが有益だからである。

そもそも、日本では不動産に担保を設定する際に現地確認することが通

(132) 同様の指摘として、石田・前掲注(8)369頁、勝本・前掲注(16)301頁及び林良平「質権設定と代理占有」同『金融法論集』（有信堂高文社・1989年）136頁〔初出、柚木馨＝谷口知平＝加藤一郎編『判例演習 物権法』（有斐閣・1963年）〕を参照。

常であるといわれる⁽¹³³⁾。このことから、たとえば、占有改定以外の方法で質権者に不動産が引き渡され、登記の申請も行なわれているが、いまだに登記が完了していない段階では、その後、不動産に担保の設定を受ける者が現地に赴いて不動産占有者へ権利関係を尋ねることに一定の意味が生じる。つまり、このような現地確認は当該不動産の権利関係を認識する契機となる。

仮に、不動産質権の登記が完了していたとしても、新たに不動産に担保の設定を受ける者が登記事項証明書を取得するよりも先に、まずは現地確認を優先することもあろう。この場合、やはり、不動産占有者にその権利関係を尋ねることは当該不動産の権利関係を認識する契機となり、その後、必要に応じて、登記(公示)の確認を促す機能を果たすといえよう。

以上の点からすると、不動産の引渡しは不動産質権の公示そのものではないとしても、占有改定以外の方法によって、当該不動産を設定者から現実に引き剥がしておくことで、当該不動産に権利関係を取得しようとする者に、既に設定された質権の存在を知らしめるきっかけとなる可能性を指摘できるのである。

とすれば、民法345条は①説の述べるように、不動産質権の場合でさえ、第三者を保護するため公示を徹底させることに一定程度関連しているといえる。したがって、345条の機能としては、まず、質権の公示を徹底させるためということを第一次的なものとすべきである。

そのうえで、質権の留置的効力は、公示されるべき優先弁済的効力を実効性あらしめる限りにおいて、ひとまず確保されればよいという程度の副次的な機能と考えるべきではなかろうか。したがって、②説の述べる留置的効力の確保は質権の設定時点でなされていればよく、以後の留置は質権者の判断にゆだねられる。

優先弁済的効力を質権全体の本質とみれば、留置的効力の確保は副次的

(133) たとえば、不動産への抵当権設定の際に現地確認が通常であることを指摘するものとして、道垣内・前掲注(36)218頁がある。非占有型の担保である抵当権を設定する場合だけでなく、占有を移転しなければならない(民法344条)不動産質権についても、占有移転前の事前調査として現地確認の必要があるといえるだろう。

なものとならざるを得ず、質物の価値の把握とそこからの優先弁済の可能性を公示することが民法345条の主たる趣旨となる。いずれにしても、質権全体の共通本質からは345条の趣旨が二元的であることを正当化できるように思われる⁽¹³⁴⁾。

2 質物の任意返還と質権の存否

(1) 問題の所在と従来の議論

さて、以上のように民法345条の趣旨を理解すると、この説明との関係において、質権者が質物を任意に返還して、質物の占有を喪失した場合、質権の存否をどのように考えるべきか問題となる。

この問題について、留置的効力を物上質権の本質的効力とみて、また、その効力を徹底するという民法345条の趣旨を強調した解釈を前提とすれば、質物を返還して占有を失った場合、その質権はもはや本質的効力を失っており、消滅すると考えることになる⁽¹³⁵⁾。

これに対して、学説上は、占有を喪失しても質権は消滅せず、対抗力を失うだけであるとの立場も存在している⁽¹³⁶⁾。

(134) 本文と同様に二元的な理解を示すものとして、薬師寺・前掲注(64)162頁、林・前掲注(132)134頁、林・前掲注(10)256頁〔石田喜久夫〕、横・前掲注(64)88頁、伊藤進『ホーンブック 民法Ⅱ 物権法 [改訂版]』(北樹出版・2005年) 156頁、松尾弘=古積健三郎『物権・担保物権法 [第2版]』(弘文堂・2011年) 283頁〔古積健三郎〕及び安永正昭『講義 物権・担保物権法 [第3版]』(有斐閣・2019年) 384頁がある。

(135) この立場を示すものとして、我妻・前掲注(11)131～132頁、156頁及び168頁がある。同様の立場として、川名兼四郎『物権法要論』(金刺芳流堂・1915年) 229～230頁、半田正夫「不動産質権」中川善之助=兼子一監修『担保 不動産法大系第2巻』(青林書院・1971年) 60～62頁、松坂・前掲注(129)266～267頁及び278頁、柚木=高木・前掲注(2) 101頁及び129～130頁、平井・前掲注(129)227～228頁、高木・前掲注(129)63頁、近江・前掲注(113)90頁、山川一陽『担保物権法 [第3版]』(弘文堂・2011年) 84頁、清水・前掲注(129)159頁、角・前掲(129)112頁並びに松岡・前掲注(36)236～237頁がある。また、動産質権については消滅するが、不動産質権については消滅しないと述べるものとして、中井・前掲注(129)66頁及び81頁並びに松尾=古積・前掲注(134)284頁及び293頁〔古積〕がある。なお、民法345条の趣旨を公示に求めながらも、質物の任意返還の際に質権が消滅すると述べるものとして、中島・前掲注(10)861頁及び888頁がある。

(136) この立場として、富井・前掲注(6)432～433頁、三瀧信三『全訂 担保物権法 [改訂

(2) 考え方の方向性

占有や留置的効力は質権全体に通じる重要問題の解釈論的な指針とすべきでなく、それは質権の本質的効力である優先弁済的効力に任せられるべきことだとすれば(第1-Ⅲ-2参照)、留置的効力は副次的な存在に過ぎない。

とすると、留置的効力は質権設定時点でひとまず満たされればよく、以後の質物留置は質権者の判断にゆだねられる。そのため、質権者が留置的効力を失うことについて覚悟したうえで、質物の占有を喪失した場合、その占有喪失と質権そのものの効力の喪失を連動させるまでもない⁽¹³⁷⁾。

よって、占有及び留置的効力が喪失しても、それらは質権の消滅を導かないと考えるべきで、占有が対抗要件となる動産質権については、その公示を失うことになり、質権を第三者に対抗できず、質権の設定者及びその包括承継人以外には質物の返還を請求できないと扱われるべきであろう。対して、登記を公示とする不動産質権については、もはや何らの影響もなく、設定者以外に対しても、当然、質権に基づいて質物の返還請求が可能とみるべきだろう⁽¹³⁸⁾。

以上の説明は、たしかに、第1でみた権利質権の制度的な変遷と対比す

第20版]』(有斐閣・1930年)289頁及び293~294頁、近藤英吉『物権法論』(弘文堂書房・1934年)158頁、田島・前掲注(128)118~119頁、小林俊三『改訂 担保物権法』(巖松堂書店・1939年)119~120頁及び159頁、石田・前掲注(8)365~366頁、368~370頁、408頁注3及び410頁、勝本・前掲注(16)301頁、葉師寺・前掲注(64)177頁、林・前掲注(10)259頁[石田]、宗宮信次=池田浩一『物権法論(新版)』(有斐閣・1979年)276頁、林・前掲注(132)136~137頁、横・前掲注(64)88頁、北川・前掲注(128)243頁、伊藤・前掲注(134)157頁、川井健『民法概論2(物権)』[第2版]』(有斐閣・2005年)282頁及び294頁、高橋眞『担保物権法[第2版]』(成文堂・2010年)62~63頁及び73~74頁、加賀山・前掲注(29)292頁、山野目・前掲注(36)263頁、安永・前掲注(134)385頁、生熊・前掲注(130)189頁、松井・前掲注(129)134頁並びに本田ほか・前掲注(129)188頁[小山]を参照。

(137) 同様の発想と思われるものとして、山野目・前掲注(36)263頁、生熊・前掲注(130)189頁及び本田ほか・前掲注(129)188頁[小山]がある。

(138) このような帰結は判例も採用しているところである。不動産質権の事案だが、動産質権にも触れて本文と同じ論理を示すものとして大判大5年12月25日民録22輯2509頁がある。

るまでもなく、物上質権の内部において、留置的効力を重視するか優先弁済的効力を重視するかという単純な効力の対立・優劣の問題につきるともいえる。

しかし、単に物上質権の内部において何を重視するかという小さな視点や議論に終始せず、質権全体として何を共通本質とみるのかという広い視点から、個別の解釈論にアプローチすることは以下の意味がある。

すなわち、質権全体の共通概念を確定し、それを個別の解釈論の基礎にすえることでこそ、物上質権の二つの効力の対立とその優劣の決定に新たな理論的背景を与え、それが個別の解釈問題（民法345条の趣旨や質物任意返還の際の質権の存否）をより説得的に論じる契機となるのではなかろうか。

本稿では第1において、権利質権の変遷にもなって質権全体で優先弁済的効力に本質がシフトしているという現象を指摘したところであり、この現象は物上質権の解釈にも一定の影響を与えていると評価できる。というのも、Ⅱで取り上げてきた物上質権の解釈問題をめぐる学説の中には、民法345条の趣旨として優先弁済的効力の存在を公示することを掲げるものが登場しており⁽¹³⁹⁾、さらに、質物の任意返還の際に質権の消滅を否定する見解の中にも、優先弁済的効力を明示的に重視するものが登場していたからである⁽¹⁴⁰⁾。

なお、近時の有力説は、質権設定契約を要物契約とは解さず、契約は（質物の引渡しと切り離して）合意のみで成立する諾成契約と解している⁽¹⁴¹⁾。この見解は、質物の任意返還によって質権が消滅することを認めな

(139) 林・前掲注(132)134頁、林・前掲注(10)256頁〔石田〕、横・前掲注(64)88頁及び伊藤・前掲注(134)156頁を参照。

(140) 石田・前掲注(8)365～366頁、368～370頁、408頁注3及び410頁、勝本・前掲注(16)301頁、林・前掲注(132)136～137頁、林・前掲注(10)259頁〔石田〕、宗宮＝池田・前掲注(136)276頁、高橋・前掲注(136)62～63頁及び73～74頁、安永・前掲注(134)385頁並びに松井・前掲注(129)134頁を参照。

(141) 鈴木・前掲注(113)324～325頁、内田・前掲注(103)489頁、道垣内・前掲注(36)86頁、山野目・前掲注(36)262頁、平野『コア・テキスト民法Ⅲ』・前掲注(115)150頁注12-5及び松岡・前掲注(36)214頁を参照。

がらも、その後も設定契約はなお残存すると考え、この「契約」に基づいて質物の返還請求は可能であると述べる⁽¹⁴²⁾。

このように、質権が消滅した際に質物を取り戻すことができないという不合理を解消すべく、異なる視点から合理的な結論を示す有力な立場が登場している。この点でも、質権の消滅を認めず、質権に基づく質物の返還を認めるという立場に、本稿が新たな理論的背景を加える意味があると考えられる⁽¹⁴³⁾。

Ⅲ. 若干の検討

1 権利質権の変遷から理解しうること

以上のように、権利質権の制度的変遷から生じる理解を前提に、いくつかの解釈論の方向性を概観してきた。このことから、何を知り得るのだろうか。

まず、権利質権は価値支配権だが、「有体物」を客体としていないことはもちろんであり、その点で、物上質権と「客体」の性質に関する違いを生じさせてはいた。しかし、権利質権は「無体物」を対象としながらも、その価値支配権であるという点では物上質権と共通項も存在していた。

そこで、第1-I-1でみたように現行民法の立法にあたって権利質権は物権編に挿入され、当初は、この質権が物権か否かさえ議論されたことは第2-I-1で簡単に指摘した。当時は、権利質権が物上質権と一体と

(142) 鈴木・前掲注(113)324~325頁、内田・前掲注(103)492頁、道垣内・前掲注(36)87~88頁、平野『コア・テキスト民法Ⅲ』・前掲注(115)151頁及び松岡・前掲注(36)236頁を参照。

(143) とはいえ、質物任意返還の際に質権が消滅しないという立場を有力説と比較すると、結論の違いはわずかと指摘される。これを述べるものとして、川井・前掲注(136)282頁、鈴木・前掲注(113)324頁及び大村敦志『新基本民法3 担保編 物的担保・人的担保の法』(有斐閣・2016年) 27頁がある。両見解に相違点があるとすれば、たとえば、「設定者」に質物を任意返還した際、有力説では契約に基づく引渡し請求となること、本稿の立場では質権に基づく物権的請求権を行使し得るという点をあげることができる。このように、質物を「設定者」へ「任意」に返還した事例において物権的請求権の行使を認めても、「第三者」への対抗力を問題とする民法352条及び質物を「奪われた」場合を前提としている民法353条に抵触するものではない。

して質権の章にまとめられたことから、引渡し要件を設ける必要があり、権利質権のうち民法が中心的に規定を用意した債権質権に関して証書の交付が要件とされた。

これは物上質権と権利質権をなるべく同様に整理するという方針であって、ある意味では、わかりやすい制度の一つの整理方法といえる。というのも、このように債権証書を質物の引渡しとみて要物性を維持する解釈は、一方で、物上質権との整合性という点でいえば一体感を生じるからである。

他方で、その後、権利質権の制度として、その合理性に疑問が呈されるようになり、債権質権に要物性を維持することは限界がきた。物上質権と権利質権という異なる質権をある共通項で整理することは前記のとおり一定の意義を有する妥当な整理といえるが、その共通項に無理があれば、その整理は以下のような不整合を生じさせる。

まず、物上質権は有体物（客体）そのものを占有・留置する質権であり、権利質権のうち証券的債権を目的とするものは、「権利＝証券」という仕組みの下で有価証券の占有・留置を物上質権と同様に解することができる。つまり、質物や証券という「有体物＝質権の客体そのもの」を占有・留置する点で共通項を有し、これをまとめることができる。

しかし、権利質権の多くについてみると、その客体である財産権は必ずしも証書と等価値の関係になく、その客体はあくまで財産権という無体物なのだから、証書という有体物をいくら占有・留置したところで、権利質権の客体を占有・留置したことにはならない。したがって、物上質権と権利質権には占有要件という面での共通項は認められないことが多いのである。

にもかかわらず、占有要件の点で共通化を図った現行民法の整理が時を経て不整合をおこしたことは当然といえよう（第1－I－2及び3を参照）。

この点で、質権の母法フランス法をみると、類似の系譜をたどっていることがわかる。すなわち、フランスでは動産を有体動産と無体動産に区別

し、財産権のような無体物を動産として整理している⁽¹⁴⁴⁾。このような制度の下では、質権内部において、その客体が有体物か無体物かを問わず、要件・効果は可能な限り同じように規律され、当初は債権質権にも有体物を客体とする質権と同様に証書の交付が必要と解されてきた。

しかし、これは2006年の改正によって解消され、債権質権の設定は証書の作成で足り、ただ、第三債務者に対する対抗要件としてのみ証書の通知を要する制度となった⁽¹⁴⁵⁾。こうして、フランスの債権質権は証書の交付という要物性から解放され、有体物を目的とした質権と必ずしも同じ枠組みで整理されずに、異なる方向に向かったのである。

この日仏の対比からわかることは、一方で、複数の概念に共通する事項に着目して制度を整えることで、その法制度やその解釈のわかりやすさにつながるものの、他方で、共通化すべき概念の本質的な違いを無視せずに、きめ細やかな配慮をしなければ、無理や限界に直面するということである。

その意味では、現在の民法上の質権は、以下のとおり、まだまだきめ細やかな配慮を欠く不十分な状態にあることを理解することができる。

2 質権制度の不十分さと改善の方向性

質権制度に不十分さがあり、改善するとして、まずはどの点について、どのような形で手を付けるべきだろうか。

たとえば、債権質権でいえば取立権(民法366条1項)が存在しながら、電話加入権を目的とした権利質権が用意したような担保価値維持に関する規定(第1-II-2参照)は存在しなかった。つまり、民法上には質入債権の価値を取り立てるまで、その価値の維持・管理を要するものの、そのための手段に関する定めが存在していないのである。

この点については、第2-I-1において、担保価値維持義務(拘束力)が認められるものの、詳細は解釈に委ねられていることを指摘した。

(144) このことを指摘するものとして、たとえば、Christian Atias, *Droit civil Les biens*, 12^eéd., Litec, 2014, n°44, pp.32-33がある(なお、フランス民法典の529条1項も参照)。

(145) フランスの債権質権制度に関する改正前後の変化については、原「フランス法における債権質権」・前掲注(3)83~101頁を参照。

なお、増担保についても同種の状況にあった。

また、転抵当は抵当権に再度の担保設定を行うという規定ぶりになっており（民法376条1項）、民法377条のような担保価値の維持に関する規定も存在しているが、このような規定は転質に存在せず、転質は質物を再度質入するという規定（民法348条）になっている。

したがって、第2-I-2においてみたように、質物を再度質入れすると考えざるを得ず、そうなると、原質権やその被担保債権と転質権の関係が切断されるので、それらの価値を維持すべき義務が課され、ここでも拘束力を生じさせるという解釈をせまられることになった⁽¹⁴⁶⁾。

以上は物上質権についても同じ状況にあるといえる。すなわち、物上質権の領域においても、その担保価値の維持、増担保、転質の拘束力については、権利質権と同様に理論的背景が明確になっているとは言い難い⁽¹⁴⁷⁾。

このように、質権には全体的に未説明の問題が多いので、きめ細やかな制度設計とはなっていない。とすれば、本稿の考察対象であった権利質権

(146) 本文で示したような転質権の対抗力や拘束力に関する規定の不足以外にも、権利質権については、次の点で制度的な不足が存在する。まず、転質の際に原質権の被担保債権の弁済期が先に到来した場合、原債務者が転質権の被担保債権の範囲で供託をし、転質権者は供託金還付請求権のうえに転質権を有することになるが、このような処理に関して、民法366条3項に類する規定が存在せず、制度的な不足がある（物上質権についても同様）。また、債権質権についても流質は原則的に禁止されるものの（民法362条2項、349条）、債権質権に被担保債権の範囲で直接取立権が存在するならば（民法366条1項及び2項）、実質的に流質を認めるのと同義であり、清算義務さえ認めれば、権利質権の場合には流質を承認するという制度設計もあり得るように思われるが、清算に関する規定は権利質権の節に設けられていないのが現状である（最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁が清算義務を認めている譲渡担保と比較すると、物上質権についても同様のことを指摘できる）。

(147) また、本稿の主題からはなれて物上質権固有の制度的な課題を指摘すると、動産質権の場合に質入れした動産が詐取・遺失されたなら、「奪われた」ことを前提とする民法353条は適用できないため、質物回収の手段が欠けることを制度的にどのように解消すべきか、さらには、不動産質権を今後どのような形で存続させるべきか（あるいは存続させるべきではないのか）など課題は多い。特に、最後の点に関しては、不動産質権の改善に言及するものとして、鈴木祿弥「不動産質制度再活用のための立法論」同『物的担保制度の分化』・前掲注(113)534頁以下〔初出、NBL264号（1982年）〕及び下村信江「不動産質権規定を残す必要があるのか—抵当権に統合することの可能性」椿寿夫＝新美育文＝平野裕之＝河野玄逸編『民法改正を考える』法律時報増刊（2008年）148～149頁を参照。

は当然のことながら、物上質権まで含めて、法制度の精緻化を目指すべきである。

その意味でいうと、平成29年改正によって民法上に有価証券の規定が用意され、民法の規定を商事法と接続すべく詳細な定めが設けられたこと(第1-I-4及びII-3参照)は、前記の観点からみると、きめ細やかな配慮をしたと評価できる。

とはいえ 知的財産権を目的とした権利質権など、商事法と異なる分野においてみると、いまだに一般法との詳細な接続関係や調整が図られていない(第1-II及びIII参照)。つまり、特別法上の無体物を担保化する場面であるにもかかわらず、民法の物上質権の規定まで遡るなど複雑な準用関係になっている。

これは、せめて電子記録債権を目的とした質権(第1-II-4参照)程度にまで規定を整理すべきであり、現状は問題が多い。

このように、民法や特別法との関係で解釈論として質権制度を改善する方向性がみえてくる。そこで、本稿では民法上の質権全体に共通であり、同時に、特別法にも通じる基礎概念から質権の法制度を整理する可能性について検討を試みた。

すなわち、本稿では権利質権全体における要物性の希薄化とそれに伴う非占有担保化によって、質権の優先弁済的効力が注目すべき点であることを述べた。このことは権利質権における担保価値維持義務の法的根拠・法的性質の説明、増担保の法的根拠・法的性質の説明及び転質に関する拘束力の解釈論に影響した。これらの解釈問題は権利質権に特有の問題ではなく、実は、物上質権にも共通の課題であった。

また、物上質権に特有の問題として、占有改定による引渡し禁止の趣旨をどのように説明するか、そして、質物を任意返還した際の質権の存否に関してどのように説明するかについて従来の議論が存在した。これらの議論においても、優先弁済的効力を中心にすえた理解が、解釈論を明快なものとする視点を本稿では提供している(第2-II参照)。

以上に関する本稿の検討は試論を示したに過ぎない。よって、優先弁済

的効力という質権全体の共通項を認識しつつ、今後は各質権の相違点も意識しながら、なお検討を進めて詳細で具体的な制度設計をすべきであるように思われる。

このような検討を深めることは以下の意味で、担保（物権）を民事法において、どのように位置づけるかという大きな視点と関連する。

まず、これまで担保法の領域では、その議論の中心的な課題として抵当権をとりあげながら、一方でこの権利を債権に近づける議論がなされ⁽¹⁴⁸⁾、他方で、それを否定しながら、この権利を物権法の領域にとどめる試みがなされてきた⁽¹⁴⁹⁾。このような担保（物権）の位置づけをめぐる大きな視点の対立は、担保価値の維持をめぐる一連の議論においても類似の背景を有していた。

そのことは、第2-I-1で言及したものの、簡単に振り返るならば、担保価値の維持を契約などに基づく人的なものとの関係で議論するか、あるいは、担保物権の効力との関係において位置づけるかという違いに応じて、異なる担保観が見いだされることを指摘したのである。

よって、本稿の試論に基づいて、今後、質権に関する具体的な個別問題の検討を進めることは、担保（物権）の位置づけという大きな視点と関連しながら、同時に、質権とそれ以外の担保物権との関係においても、その体系的整理などの面で大きな変化を生じさせる可能性を秘めているのである（第1-III-2参照⁽¹⁵⁰⁾）。

(148) たとえば、鈴木祿弥「『債務なき責任』について」同『物的担保制度をめぐる論集』（テイハン・2000年）41頁以下〔初出、法学 47巻3号（1983年）263頁以下〕及び加賀山茂「『債権に付与された優先弁済権』としての担保物権」國井和郎先生還暦記念論文集『民法学の軌跡と展望』（日本評論社・2002年）291頁以下などがある。

(149) たとえば、鳥山泰志「抵当本質論の再考序説(1)～(6・完)」千葉大学法学論集23巻4号1頁以下、24巻1号1頁以下、24巻2号1頁以下、24巻3＝4号1頁以下、25巻3号1頁以下、25巻4号45頁以下（2009～2011年）及び阿部裕介『抵当権者の追及権について－抵当権実行制度の再定位のために』（有斐閣・2018年）などがある。

(150) なお、第1-III-2(1)で示したような担保客体ごとの整理を検討するものとして、近江幸治「現行担保法制をどのように考えるべきか」椿ほか編・前掲注(147)140～141頁及び鳥谷部茂「非典型担保はどのように規定すればよいか」椿ほ

3 改善する必要性の有無

以上のように、本稿では質権の改善可能性とその今後の方向性を試論として示した。これは解釈論として質権制度を現状より、明確でわかりやすくするものであり、利用者にとって資金を引き出す手段である担保をいっそう使いやすく改善する試みである。この試みは現代において必要なものであるのか。

これまでは、ながらく①物的担保を用いて資金調達をすることが主たる手段であったが、一時期には、②資産を信託あるいは証券化し、流動化することが注目を集めた。ここでは、資産が平時に生み出す価値を担保的に利用しているのであった⁽¹⁵¹⁾。

しかし、信託や証券化は大口資金の調達には向くものの、このような仕組みは総じて大規模になり、日本の多くの中小企業には実現が困難である。そこで、小口の資金調達手段として、③ABLや④事業性評価融資などが検討された。

すなわち、③は債務者の業務状態や担保の状態を観察しながら融資する形態であり、④は企業が保有する諸財産(たとえば質権その他の財産権)などから企業の財務体質を全体的に評価して融資する形態である。

③であれば物的担保の出番はまだ存在するものの、④の場合に無担保融資を行うならば、もはや質権をはじめとした物的担保の登場可能性はないようにみえる。

さらに、近時注目されている⑤クラウドファンディング(ソーシャルレンディング)や⑥トランザクションレンディング(データレンディング)⁽¹⁵²⁾のように、⑤インターネットを通じて不特定多数の人から少額の資金を調達する手法、または、⑥企業のインターネット上で取得可能な情報

か編・前掲注(147)168~169頁を参照。

(151) このことは、内田貴「担保法のパラダイム」法学教室266号(2002年)7頁以下が述べている。

(152) この資金調達制度については、巖山智美「日本でもIT大手やベンチャー、銀行などが続々と事業展開」金融財政事情69巻43号(2018年)12頁以下及び尾木研三「小規模企業向けデータレンディング成功のポイント」金融財政事情70巻7号(2019年)26頁以下を参照。

を分析したデータを通じて少額を貸し付ける資金調達制度が登場している。

⑤及び⑥によって資金調達するのであれば、もはや、物的担保の必要性は乏しく、そうであれば、物的担保のうち質権の解釈論を前記のように鮮明に打ち出す必要性もまた乏しいように思われる。

しかし、現実の融資を見ると、⑤についても貸付型のものが存在し、⑥でさえ債務者から担保の提供を要する場面も生じるといわれる⁽¹⁵³⁾。ましてや、③であれば当然に物的担保の法制度を前提とするし、④も融資に際して担保が提供されることはある⁽¹⁵⁴⁾。

とすれば、資金調達の制度が多様化しても、いまだに資金提供者にとって、優先的な弁済を実現する手段である物的担保が意味を失うとはいえない。特に、⑤や⑥のように、インターネット上の金融手段で担保を取得するならば、無体の財貨を担保に供するほうが簡易であり、その意味で権利質権という手段は今後注目に値する。

以上のように、権利質権にも一定の存在意義があるとすれば、この制度を解釈論として洗練することによって、この制度を明確かつ機能的なものとする必要性は高いといえる。このような変化は、質権制度の利用者にわかりやすく、魅力的な金融手段を提供することになる。

本稿で示した解釈論の詳細は今後譲る点が多いものの、ひとまず本稿

(153) たとえば、クラウドファンディングについて担保を用いる可能性については、佐々木敦也『ザ・クラウドファンディング』（きんざい・2016年）22頁の図表1-6「③貸付型、仕組み」の項目を参照。また、トランザクションレンディングで担保を用いる可能性については、田中貴一「FinTechにみる融資取引とその法的課題」NBL1075号（2016年）67～68頁を参照。

(154) たとえば、行政が介入して企業の知的財産権を評価し、融資を促進する試みが実際に進められている。これは知的財産権の担保化を進める試みではないものの、実際に資金を提供する段階において、担保の有無が問題とされることある。この点について、伏本正典「知的財産権（知財）を評価した融資の促進について～知財ビジネス評価書を活用した事業性評価～」金融820号（2015年）5頁を参照。なお、知的財産権を基準とした事業性評価融資に関する取り組みについては、知財金融委員会「中小企業知財金融促進事業 最終取りまとめ」（2019年）を参照（<https://chizai-kinyu.go.jp/reference/docs/kinyusaisyu.pdf>から閲覧可能、最終閲覧日：2019年6月20日）。

において、全体に共通するひとつ基礎概念から質権制度を解釈によって洗練する可能性を提示できたことは、今後の金融分野で権利質権の利用を選択肢に含める足掛かりになるのではないか。

なお、現在、譲渡担保の立法化を検討する動きがある⁽¹⁵⁵⁾。譲渡担保についてみると、第1-I-4で指摘したように、制度的には債権質権と債権譲渡担保が接近していた。このことからみても、質権制度の必要性が低下していくとの評価はあり得る。

とはいえ、質権の占有要件に拘泥しないならば、制度を転換することで、動産・不動産質権をむしろ譲渡担保へ接近させていくという可能性も認められる(たとえば、登録型の動産質権の創設など⁽¹⁵⁶⁾)。

特に、企業以外も利用可能な動産の登録制度を認め、動産を担保化するならば、近時注目を集めている「ブロックチェーン」という記録技術を用いて、登録制度を創設する可能性を検討することも一定の価値があるかもしれない⁽¹⁵⁷⁾。

そもそも、ブロックチェーンはネットワーク上の記録技術であり、無体

(155) たとえば、動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会の試みを参照 (<https://www.shojihomu.or.jp/kenkyuu/dou-tanpohousei>、最終閲覧日:2019年6月20日)。

(156) 日本の質権制度の母法であるフランス法では、2006年の改正において、登録型の動産質権が承認されている。その詳細は、白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在—近年の担保法改正・担保信託導入をふまえて—」比較法学46巻2号(2012年)65頁以下及び白石大「フランスの動産・債権担保制度」池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権担保—比較法のマトリクス』(商事法務・2015年)171～179頁を参照。

(157) 不動産のように既に電子的な登記記録が実現された分野では、これをブロックチェーンに置き換える必要は薄いと思われるが(原謙一「ブロックチェーンによる法的記録の生成可能性」福岡県土地家屋調査士会 会報ふくおか [2019年] 124号7～11頁参照)、網羅的な登録制度がいまだ充実していない動産や著作権などの分野においては、このような最新技術でコストを抑えた記録の生成可能性があれば、制度創設を検討する価値はあろう。特に、著作権の登録制度には様々な問題点が指摘されており、今後洗練される必要があり(このことを指摘するものとして、原謙一「99.登録と対抗要件(1)―背信的悪意者〔Von Dutch事件:控訴審〕」小泉直樹＝田村善之＝駒田泰士＝上野達弘編『著作権判例百選 [第6版]』[有斐閣・2019年]201頁がある)、このような最新技術の活用が期待される。なお、ブロックチェーンが採用する技術の詳細及びその活用事例に関しては、原謙一「仮想通貨(暗号通貨)の法的性質決定及び法的処遇—ビットコインを中心として—」横浜法学(2018年)27巻2号83～113頁を参照。

の財貨との親和性も高い。そうであれば、一般法・特別法上で財産権を担保化する手段たる権利質権も、このような最新の技術や前記の最新の資金調達手段（⑤及び⑥）を受け止めて、法制度を活用可能性あるものとして変容させる方策を探求することが必要となる。

このように、権利質権については見直すべき必要性がまだ残っているといても過言ではない。

おわりに

これまでみたように権利質権は有価証券に関するものの一部を除き、一般法・特別法を問わず徐々に非占有化している。この傾向はペーパーレス化・電子化の進展とあいまって、今後進むことはあっても、後退することは考えにくい。

とすると権利質権は今後ますます優先弁済的効力を本質的なものとして先鋭化させ、同時に、この効力は特別法上の権利質権や物上質権に共通の基礎概念として注目に値する。

もちろん、担保物権が債権の担保のために客体の価値把握を行う物権であると理解すれば、把握した担保価値から優先的に弁済を受けるという共通項が質権全体に存することは当然のようにも思われる。

しかし、学説では、特に物上質権との関係において留置的効力を本質的とみて解釈論を展開するものも存在している。権利質権だけでなく、物上質権においても優先弁済的効力が本質であることを示し、留置的効力の位置付けが後退していることをより鮮明に示すことには、物上質権の解釈論（占有改定を要件面で拒絶する趣旨、さらに、質物を任意に返還した際の質権の存否）との兼ね合いでも重要な意味がある。

また、優先弁済的効力という基礎概念が質権の全体において本質といえるならば、それは一般法・特別法上の権利質権における個別の解釈問題（担保価値維持義務、増担保及び転質権における拘束力を担保物権の効果

などとの関係でどのような法的根拠・法的性質とみるか)にも影響することを本稿では指摘した。

このように、質権の制度(要件・効果)をめぐる解釈論の進展は、いまだ不十分な質権制度を補うものであり、この制度をよりきめ細やかで洗練されたものとするを意味している。これは、ながらく放置されたこの法制度の不十分さをぬぐいさり、あらたな資金調達制度が登場する中で、そこに質権を適合させる契機にもなる。

上質な料理が多数そろった料理店だからこそ、客はその料理店に入店し、上質な料理を多数そろえたメニューの中から注文をするのであるならば、資金提供・調達のためのメニューも全体として粗末なままでは選択・利用されることはないであろう。

その意味では、個別の解釈については今後の詳細な検討に委ねるとしても、本稿において、権利質権を用いた資金提供・調達メニューをよりよく発展させる方向性を示したことは、この制度を活用可能なものとする余地を見出す現実的意義を有するものといえよう。

同時に、優先弁済的効力という一般法・特別法上の多くの担保物権に共通した基礎概念から個別の解釈問題を統一的に説明する可能性を提示したことは、理論的に一つの視点を提供するものであり、担保(物権)の位置付けや体系にも影響を及ぼし得る。

そこで、今後は本稿で示した個別の解釈問題について、質権の母法フランス法に立ち返りながら、さらに検討を重ねていくことを課題としている。

(本稿はJSPS科研費 JP 19K13583及び西南学院大学研究インキュベートプログラム)の助成を受けた研究成果の一部である)