

SOPHIA LAW REVIEW

上智法學論集

第67卷 1-3 合併号

論 説

動産譲渡担保権に基づく物上代位

—動産・債権担保法改正における中間試案までの議論を中心に—
..... 小山 泰史

費用負担をめぐる独占禁止法と建設業法

..... 楠 茂樹

盗撮行為における迷惑防止条例と性的姿態撮影等処罰法との
関係について

—最決平成 20 年 11 月 10 日刑集 62 卷 10 号 2853 頁、
最決令和 4 年 12 月 5 日裁時 1805 号 7 頁を素材として—
..... 富山 侑美

判例研究

不当な取引制限により会社に課された課徴金を取締役の
対会社責任を通じて取締役に転嫁することの可否

..... 遠藤 元一

雑 報

上智大学法学会

論 説

公害等調整委員会の軌跡と展望

北村 喜宣

結合企業における悪意判断の法的構造（2・完）

—グループ会社間での情報伝達の法的規律をふまえて—

溝渕 将章

アートメイク規制の合憲性について

—「イレズミ」をめぐるもうひとつの憲法問題—

上田 健介

議決権信託の有効性について

早川 咲耶

「上智法学論集」第 67 卷 1-3 合併号

■目 次

論 説

- 動産譲渡担保権に基づく物上代位
——動産・債権担保法改正における中間試案までの議論を
中心に——
……………小山 泰史（ 1 ）
- 費用負担をめぐる独占禁止法と建設業法
……………楠 茂樹（ 73 ）
- 盗撮行為における迷惑防止条例と性的姿態撮影等処罰法との
関係について
——最決平成 20 年 11 月 10 日刑集 62 卷 10 号 2853 頁、最決
令和 4 年 12 月 5 日裁時 1805 号 7 頁を素材として——
……………富山 侑美（ 99 ）

判例研究

- 不当な取引制限により会社に課された課徴金を取締役の対会社
責任を通じて取締役に転嫁することの可否
……………遠藤 元一（ 129 ）

雑 報

論 説

動産譲渡担保権に基づく物上代位 ——動産・債権担保法改正における中間試案ま での議論を中心に

小山 泰史

- I 問題の所在
- II 物上代位に関する「中間試案」までの議論の経過——「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」と法制審議会担保法制部会
- III 「動産・債権担保法改正に関する研究会」及び「中間試案」における「担保設定者の処分権限」に関する議論の概要
- IV 「通常の事業の終了」をもたらす私的実行と「固定化」——「動産・債権担保法改正に関する研究会」及び「中間試案」における「一部実行・連続実行」等に関する議論
- V 「倒産手続開始後に設定者が取得した財産に対する実行の可否」をめぐる議論の変遷と固定化
- VI 結びに代えて

I 問題の所在

1 かつて最決平成 22・12・2（民集 64 卷 8 号 1990 頁）は、以下のように述べて、漁業組合の共済契約に係る漁業共済金請求権に対する物上代位を肯定した。

「構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権は、譲渡担保権者において譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産（以下「目的動産」という。）の価値を担保として把握するものであるから、その

効力は、目的動産が滅失した場合にその損害をてん補するために譲渡担保権設定者に対して支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶと解するのが相当である。もっとも、構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるから、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上代位権を行使することは許されないというべきである。」

2 2022年12月に公表された「担保法制の見直しに関する中間試案」においては、上記最決平成22・12・2等を前提として、次のような提案がなされている。

「第1章 担保権の効力

第3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力

6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等

- (1) 新たな規定に係る集合動産担保権は、設定者が通常の事業を継続している間は、特定範囲に含まれる動産の売買、滅失又は損傷によって設定者が受けるべき金銭その他の物に対し、行使することができないものとする。
- (2) 上記(1)につき、次のような例外を設けるかは、引き続き検討する。
 - ア 当事者が別段の合意をした場合
 - イ 権限範囲を超える処分がされた場合
- (3) 第三者が特定範囲に含まれる動産を滅失又は損傷させた場合における担保権者独自の損害賠償請求権については、特段の規定を設けないものとする。」

この規定の提案は、基本的には上記最決平成22・12・2の示した判例法理を明文化する方向を指向するものである⁽¹⁾。また、最決平成22・12・2以

前に、既に最決平成 11・5・17（民集 53 卷 5 号 86 頁）が、個別動産の譲渡担保に基づき売却代金債権に対して物上代位を肯定したことを前提として、中間試案は以下のような提案を行っている。

「第 1 章 担保権の効力

第 I 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実体的効力

3 物上代位

- (1) 新たな規定に係る動産担保権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとする。
- (2) 新たな規定に係る動産担保権の担保権者は、上記(1)に基づいて金銭その他の物に対して権利を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとする。
- (3) 新たな規定に係る動産担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的とする担保権との優劣関係について、次のいずれかの案によるものとする。

【案 1.7.1】物上代位とその目的債権を目的とする担保権との優劣は、上記(2)の差押えがされた時点と、その目的債権を目的とする担保権が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする。

【案 1.7.2】物上代位とその目的債権を目的とする担保権との優劣は、物上代位を生じさせた目的物に設定された担保権が対抗要件を具備した時点と、その目的債権を目的とする担保権が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする（注）。

（注）原則として【案 1.7.1】の規律によるが、目的物に設定された新たな規定に係る動産担保権の設定について登記がされたときは、登記の時点を基準とする考え方がある⁽²⁾。

(1) 「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」30 頁（2023 年）。

(2) 中間試案の物上代位と債権譲渡等との競合の提案に関する詳細な検討として、和田勝行「動産譲渡担保権に基づく物上代位の目的債権をめぐる競合問題に関する覚書」法学論叢 192 卷 1～6 号（2023 年）563 頁以下がある。

この「第1章第1、6」の提案が改正提案における物上代位の原則規定であり、集合動産に関する担保権の物上代位を定める「第1章第3、6」の提案がその特則として位置づけられる。

一見すると、これら新たな提案は、既存の判例法理を明文化する方向を基本姿勢としつつ、物上代位と他の担保権との優劣については、最判平成10・1・30（民集52巻1号1頁）が示す抵当権の賃料債権に対する物上代位と債権譲渡との優劣、及び、最判平成17・2・22（民集59巻2号314頁）が示す動産売買先取特権に基づく物上代位と債権譲渡との優劣の異同を踏まえるなど、判例法理では明らかになっていない点については解釈に委ねるか、さらに検討を必要とする姿勢を見せるなど、比較的穏当な提案に落ち着いている印象を与える。

しかしながら、中間試案の他の部分では、例えば「新たな規定に係る担保権」について、「実行後に特定範囲に加入した動産に対する再度実行の可否」⁽³⁾や、「集合動産の一部について実行がされた場合に固定化が生ずる範囲」⁽⁴⁾など、最決平成22・12・2の示す「物上代位権行使が認められる「営業の終了」概念などに関係しうる他の提案が複数なされている。これらの新たな提案が、物上代位権行使にどのような影響を与えるのかについては、なおも検討を要するようと思われる。

3 一例を挙げればこうである。中間試案のある規定は、以下のような定めを置く。

「第11 新たな規定に係る集合動産担保権の実行

1 新たな規定に係る集合動産担保権の実行の手続

新たな規定に係る集合動産担保権の実行について、次の規定を設けるものとする。

(1) 新たな規定に係る集合動産担保権の私的実行をしようとするときは、担

(3) 中間試案「第11 新たな規定に係る集合動産担保権の実行 2」

(4) 中間試案「第11 新たな規定に係る集合動産担保権の実行 1 新たな規定に係る集合動産担保権の実行の手続」「3 集合動産の一部について実行がされた場合に固定化が生ずる範囲」。中間試案補足説明108頁16行目以下を参照。

保権者は、帰属清算の通知（担保権者が評価した目的物の価額が被担保債権額を超える場合にあっては、これに加えて清算金の提供等）又は第三者への目的物の処分に先立って、設定者に対し、担保を実行する旨を通知しなければならない。

（中略）

- (3) 上記(1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合動産の構成部分であった動産の処分権限を失う。（以下、略）

この(3)について、中間試案の補足説明では、「新規加入物に対して担保権の効力が及ばなくなる一方で、既存の集合動産の構成部分について引き続き設定者が処分をすることができるのであれば、担保目的物の価値は減少し続けることになり、集合動産担保権者に不利益が生ずる。特に、後記2のとおり実行後の再度実行を否定し、一回実行すれば担保権は消滅するという従来の集合動産譲渡担保と同様の規律を採るとすると、このような結論は当事者の意思に反すると考えられる。・・そこで、本文(3)では、実行通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合動産の構成部分であった個々の動産の処分権限を失うものとしている。」⁽⁵⁾、と述べられている。

けれども、前掲最決平成22・12・2は、流動動産譲渡担保が実行された後に物上代位権が行使された事案であった⁽⁶⁾。果たして、「一度実行すれば集合動産譲渡担保権は消滅する」と解することが、当然に自明の理であると断定してよいかは、やや疑問がある。物上代位の目的債権の発生原因である、集合物を構成する個別動産（養殖魚）に譲渡担保権の効力が及んでおり、その価値変形物である共済金請求権に対しても担保権の効力が及んでいるなら⁽⁷⁾、担保物権の不可分性から、追加の実行としての物上代位権行使を認める余地もあるのではないかと。

(5) 「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」104頁2～9行目。

(6) 最決平成22・12・2の事実関係については、小山泰史「最決平成22・12・2判批」NBL950号（2011年）26頁ほかを参照。

(7) 栗田口太郎「最決平成22・12・2判批」事業再生と債権管理133号（2011年）14-15頁参照。小山・前出注(6)「最決平成22・12・2判批」28-29頁。

また、上記「第11、1(3)」において、実行通知の到達により設定者が個別動産の処分権を失うことは、いわゆる「固定化」の発生を意味するが⁽⁸⁾、最決平成22・12・2が示す物上代位の行使要件としての「通常の営業の終了」(不継続)との関係がどうなるのかは、一義的には明確ではない。

以上のように、「中間試案」は物上代位権を一般的に肯定するものの、その規律が単純に判例法理を明文化するだけにとどまるものであるのかについては、慎重な検討が必要であると考えられる。そこで、本稿は、中間試案までの検討の過程を参照しつつ、その各部分での検討が物上代位権行使についてどのような影響を与えるのかについて、若干の検討を試みるものである。

4 なお、法制審議会担保法制部会における審議の開始に先立ち、商事法務研究会が設置した「動産・債権担保法制に関する研究会」(以下、単に「研究会」という)において、現状の動産譲渡担保等に関する判例法理を前提としつつ、これらを明文化する際、どのような制度設計が可能かが検討された。

すなわち、同研究会の第1回資料(研究会資料1)では、「動産・債権等を目的とする担保に関する法制度を整備するに当たっては、「新たな担保物権を創設するという方向性」(以下、①とする)と、「財産権の移転のうち一定の態様のもの(例えば、担保目的でされた財産権の移転)について適用されるルールを設けるという方向性(以下、②とする)が示されている⁽⁹⁾。この2つの方向性は、上記研究会だけでなく、その後の法制審議会担保法制部会においても「①債務を担保する目的でされた一定の種類の契約を適用の対象として、その契約の効力を定める方法(以下「担保目的取引規律型」という。)、②質権、抵当権等と並ぶ担保物権を新たに創設する方法(以下、「担保物権創

(8) 「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」102頁22行目～34行目を参照。固定化の意義については、小山泰史「動産譲渡担保Ⅱ」森田修編『新注民法(7)』(有斐閣・2019年)578～586頁を参照。本稿では、中間試案と同様、主として「実行対象である個別物を確定する」という意味で「固定化」を用いる。

(9) 研究会資料1・6頁。なお、この「研究会」と同時期に、中小企業庁が「取引法制研究会」を、金融庁が「事業者を支える融資・再生実務のあり方に関する研究会」を組織し、動産・債権担保法改正に関する議論を行っているが、これらはいわゆる「事業担保」の構想の検討が中心であり、本稿では取り上げない。

設型」という。) ⁽¹⁰⁾」として基本的に維持されている。

ただ、議論の出発点において、研究会では当初、「担保目的で所有権を移転した場合のその契約の効力に関する規定として書いていくのか」(上記①)、あるいは、「新しいタイプの担保権を作るという法律として、ルールとして書いていくのか」(上記②)によって、個々の場面でのルールの仕組み方が変わってくるのが既に指摘されていた ⁽¹¹⁾。例えば、最判平成 18・7・20 (民集 60 卷 6 号 2499 頁) が言及する後順位譲渡担保権の設定については、担保権創設型 (②) であれば、抵当権と同様に、純粹に担保権を順位をつけて設定することになるのに対し、担保目的取引規律型 (①) によれば、第 2 順位者は、設定者がもはや所有権を有しないので、所有権ではなく、設定者留保権を取得することになる点が指摘されている ⁽¹²⁾。

しかしながら、その後の法制審議会担保法制部会が中間試案をまとめていく過程で、担保目的取引規律型については、「動産や債権を目的とする担保取引としては、現行法においては、債務を担保するため動産の所有権を移転したり (動産譲渡担保)、留保したり (所有権留保) するなどの取引形式が用いられており、このような形式との連続性がある点で実務上も受け入れられやすい」とされる一方、担保権創設型にあっては、「担保物権を創設するだけでなく、債務を担保する目的で動産の所有権を移転する契約、債務を担保する目的で動産の所有権を売主に留保する売買契約などの担保取引については、新たな担保物権を設定する契約とみなす」等の規定を併せて設けることで、「担保目的取引規律型と担保物権創設型は規定の方法の違いにすぎず、ほぼ同様の実質を規律することができる」と評価されている ⁽¹³⁾。

(10) 「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」3 頁。

(11) 研究会第 13 回議事録 4 頁。

(12) 研究会第 13 回議事録 24 頁。研究会第 14 回議事録 11～12 頁における議論も参照。

(13) 「中間試案に関する補足説明」3 頁。担保法制部会における議論について、生態長幸「担保目的取引規律型・担保物権総説型および動産譲渡担保権・留保所有権の実行方法について (1) (2・完)」立命館法学 397 号 92 頁・398 号 180 頁以下 (2021 年) を参照。また、生態長幸『担保法制の見直しに関する中間試案 (前注)』および『第 3 章 担保権の効力 第 1 個別動産を目的とする新たな章の規定に係る担保権の実体的効力』とその問題点」立命館法学 407 号 (2023 年) 170～176 頁も参照。

よって、以下では、物上代位に関する規律に関する議論の変遷を検討する過程では、断らない限り、担保目的取引規律型と担保権創設型を区別せずに論じることとする。

また、「研究会」での議論の段階、および、法制審議会担保法制部会の議論においても、特に異論がなく当初から修正が殆どなかった項目、例えば上記の「新たな規定に係る担保権」について、担保設定者について倒産手続が開始された場合に、破産手続・民事再生手続については別除権として(破産法2条10項、民事再生法53条)、会社更生手続については更生担保権として扱う(会社更生法2条11項)⁽¹⁴⁾等、これまでの異論のない判例法理を明文化した規定案については、必要な限りにおいて言及するに留める。

さらに、物上代位に関する「第1,7」の規律は、個別債権を目的とする譲渡担保権の実体的効力にも準用される(「第2,1」)が、本稿では、債権を目的とする担保権については扱わない。

II 物上代位に関する中間試案までの議論の経過—— 「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」 と法制審議会担保法制部会

1 2019年3月から2021年3月にかけて、公益社団法人商事法務研究会の下、「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」(座長:道垣内弘人

(14) 「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書」(2021年4月・商事法務研究会。以下「報告書」と略称する)「第5章各論4—動産・債権等を目的とする担保の倒産手続における取扱い 第1 別除権としての取扱い」同・報告書104頁、および、中間試案「第4章担保権の倒産手続における扱い 第16 別除権としての取扱い」22頁参照。別除権としての扱いにつき、担保法制部会資料32・5頁18～23行目。判例として、所有権留保についての民事再生手続上別除権として扱う最判平成22・6・4(民集64巻4号1107頁)、譲渡担保を会社更生法上更生担保権として扱うとした最判昭和41・4・28(民集20巻4号900頁)。なお、会社更生手続においては、債務者に更生手続が開始されている場合は、物上代位権者は目的債権を差し押さえることができない(会社更生法50条1項)ことに注意。担保権者は、更生担保権の届出(同法138条1項)をすることによって物上代位権を行使することになる。伊藤眞=園尾隆司編『条解民事執行法〔第2版〕』(弘文堂・2022年)1780～1781頁。

教授、以下「研究会」と略称する)が組織され、28回にわたって論点の洗い出しと整理が行われた。その報告書が同年5月に公表され、その後法制審議会担保法制部会が発足し、中間試案に到るまでの議論がなされてきた。

そこで、まずこの「研究会」において、物上代位についてどのような議論がなされたかを概観する。

2 物上代位一般については、第2回研究会において、最初に以下のような論点整理がなされた⁽¹⁵⁾。

〔第1 物上代位〕

動産や債権等を目的とする新たな担保権に関する規定を設けるに当たり、その担保権に基づく物上代位権の行使を認めるべきであるか。どのような範囲の代償物について担保権を行使することができることとすべきか。例えば、次のような債権等についてどのように考えるか。

- ① 担保の目的である財産が譲渡された場合の代金債権
- ② 担保の目的である財産が毀損・滅失した場合に、その損害をてん補するために設定者に対して支払われる損害賠償請求権
- ③ 担保の目的である財産が賃貸された場合の賃料債権

同箇所における整理では、「動産や債権を含む様々な財産を目的とすることができる新たな担保権に関する規律を設けるとすれば、担保権が代償物に及ぶことを法定しなくても、当事者が設定行為において代償物を担保権の目的に含めておく(例えば、在庫商品について担保権を設定する場合に、併せて、商品が売却されたときの代金債権や、滅失した場合の保険金請求権等を担保権の目的としておく)ことによって担保権の効力を代償物にも及ぼすことができるため、あえて物上代位を認める実益は大きくない」として、「物上代位を認めない」とする整理(「A2」とする)が示された。この整理については、法務省の担当者から、制度として設けるのではなく、例えば目的物の売買代金債権への転化等が予見できる以上、当事者の設定行為に委ね、そ

(15) 研究会資料3・1頁以下。

れらを併せて担保権の設定を受ける、言い換えれば、物上代位をあえて肯定せず、当事者が価値代替物に広く担保権を設定する、という考え方である旨が紹介される。他方、物上代位が、「①設定者が担保の目的である財産の代償物を得ながら担保権の負担を免れるという利益を得ることは、担保権設定の趣旨に反する、②担保権はその目的である財産の価値を支配するという性格を有することなどを根拠とする」としたうえで、その趣旨は新たに設けられる担保権にも妥当するとして、新制度の下でも物上代位権を設ける案(「A1」とする)とが示されている⁽¹⁶⁾。

次に、以上の2つの考え方(以下、論点①とする)を前提として、売買代金債権に対する物上代位と、目的物が滅失、損傷した場合の損害賠償請求権に対する物上代位とが議論の俎上に載せられる。前者について、抵当権の物上代位については、目的物本体について実行が可能であるから物上代位を認めるべきでないとする説が有力だが、第三者が動産を即時取得しうる動産譲渡担保の場合にも同様の理が妥当するかは疑問とされる⁽¹⁷⁾(以下、論点②とする)。他方、損害賠償請求権については、物上代位肯定説が通説として紹介される一方、道垣内説に代表される物上代位否定説が紹介される⁽¹⁸⁾。加えて、民法371条を新たな担保権に準用すべきかについても検討がなされる⁽¹⁹⁾。

論点①については、A2の考え方との関連では、動産譲渡登記上、動産だけでなくその売却代金債権についても、私的実行が可能である(担保権の効力が及ぶ)ことを理由に物上代位は不要であるとの分析が示される。しかし、仮に物上代位の差押えが不要となるなら、差し押さえられた債権の債務者の地位が不安定となることが指摘され、また、動産譲渡登記の公示により代金債権が公示されると解することには疑問が呈される。また、代金債権を個別動産と別途担保の目的とするには、債権譲渡担保の法制が2017年の債権法改正後(特に譲渡禁止特約から譲渡制限特約への制度変更により)容易に

(16) 研究会資料3・3頁。

(17) 研究会第3回議事録3頁。

(18) 研究会第3回議事録3~4頁。

(19) 研究会第3回議事録4頁。

なったとすれば、A2のような考え方もあり得るが、対抗要件具備のコストについても考慮が必要であることが言及される⁽²⁰⁾。

以上の議論に続けて、動産譲渡登記で仮に売却代金債権についても公示されていると考え、債権譲渡登記を備えた債権譲渡と競合した場合、動産譲渡登記の公示力が弱いために、むしろ動産売買先取特権と同等であると考えて、差押えと債権譲渡登記との先後で優劣を考えてはどうか、という見解が提示される⁽²¹⁾。しかし、抵当権の物上代位との類推で動産譲渡担保に基づく物上代位を考えるのであれば、むしろ登記の先後で決すべき、との考え方も示される。この論点は、「新たな担保権」につき物上代位を肯定することを前提として、中間試案にあっても論点として残ることになる⁽²²⁾。

3 さらに、物上代位との関係では、

〔2 設定者が目的物について重複して担保権を設定した場合の法律関係

(1) 動産等を目的とする新たな担保権に関する規定を設けるに当たり、既に担保権が設定されている目的について後順位の担保権を設定することができることとするかどうかについて、どのように考えるか。また、後順位の担保権を設定することができるものとする場合に、どのような点に留意する必要があるか。〕、との問題提起がなされた⁽²³⁾。この関連では、後順位担保権の本来的効力の一貫として、仮登記担保法における実行（仮登記担保法第4条

(20) 以上につき、研究会第3回議事録5～7頁。

(21) 研究会第3回議事録9頁。

(22) その後の前掲・中間試案「第1章 担保権の効力第I 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力7物上代位」(3)【案1.7.1】および同【案1.7.2】を参照。動産売買先取特権に基づく物上代位と債権譲渡との優劣が問題となった事案（最判平成17・2・22民集59巻2号314頁）では、先取特権が売買目的物に対する追及効がない（民法333条参照）との対比では、追及効の認められる譲渡担保とは状況が異なること、および、動産売買先取特権に基づく物上代位では、差押債権者との関係では物上代位は後れてもよいとしていることが指摘される。研究会第3回議事録10頁も参照。

もともと、この第2回研究会の議事録18頁において、改正の方向の検討をするうえで、「動産譲渡登記の位置づけを現行法と同じにしておくかというのが論点になっている」との指摘がある。同21頁も参照。なお、本提案の②の不法行為に基づく損害賠償請求権については、加害者に対する担保権者からの直接請求を肯定すれば、物上代位は不要ではないか、との指摘がなされた。研究会第3回議事録11頁。

(23) 研究会資料3・10頁。

第1項、第2項)を参考にした制度が提案され⁽²⁴⁾、この提案が、清算金への物上代位を効力の中心として、後順位担保権者の権利を認める考え方であるとされる⁽²⁵⁾。この考え方では、後順位の譲渡担保設定の可能性を認めつつ、その私的実行を排斥した最判平成18・7・20(民集60巻6号2499頁)との関係が意識されるべきである⁽²⁶⁾。もっとも、先順位の担保権が実行された際、後順位の担保権が消滅して目的物の所有権が買受人に移転する、いわゆる消除主義を採用する⁽²⁷⁾なら、後順位担保権者による清算金への物上代位を観念する余地はないように思われる⁽²⁸⁾。

なお、後順位担保権を設定者が設定できる権限を有する旨の同旨の提案は、第13回の研究会の資料においても示されている⁽²⁹⁾。

4 さらにその後、物上代位の原則規定については、第13回の研究会で次のような案が示された⁽³⁰⁾。

〔6 物上代位〕

- (1) 新たに規定を設ける動産担保権は、その目的財産の売却【、賃貸】、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとする。
- (2) 担保権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して担保権を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとする。ただし、担保権について動産譲渡登記がされているときは、登記事項証明書を交付するとともに物上代位権を行使する旨の通知をすれば足りるものとする。〕

(24) 研究会資料3・同11頁(2)。

(25) 研究会第3回議事録21頁(G氏発言)。

(26) 小山・前出注(8)572頁。

(27) 研究会第6回議事録25頁以下の議論を参照。

(28) もっとも、その後の研究会資料6・9頁以下「4 同一動産に担保権を有する者が複数いる場合の担保権実行(1)イ但書」では、消除主義を採りながら、先順位担保権実行後も被担保債権額を換価した目的物の売却額が上回る場合には、後順位担保権者に清算金に対する物上代位を認める提案が示されている。

(29) 研究会資料13・12頁「第3 担保権設定者の目的物の処分権限(2)」。

(30) 研究会資料13・18頁。

研究会資料 13 における説明では、動産譲渡担保に基づく価値代替的物上代位を認めた判例（最決平成 11・5・17 民集 53 巻 5 号 863 頁、最決平成 29・5・10 民集 71 巻 5 号 789 頁、最決平成 22・12・2 民集 64 巻 8 号 1990 頁）を引用しこれを肯定する方向を採用しつつ、抵当権の付加的物上代位を参考に、新たな動産担保権についてもこれを肯定する方向が採用されている⁽³¹⁾。

一方、「代償物である債権を目的とする担保権との優劣」については、抵当権および先取特権の物上代位について明文の規定を欠く中で、動産を目的とする担保権についてのみ物上代位と債権譲渡等との優劣について規定を設けることの困難さから、規定化は見送られる方向となった⁽³²⁾。しかしながら、物上代位の公示が不十分であるのは、動産担保権に限らず抵当権でも変わらないとの指摘を受けつつ、次のような説明を新たに加えて、動産譲渡登記による物上代位権の公示を説明する。

すなわち、「現在の動産譲渡登記においては、何人も登記事項概要証明書（動産・債権譲渡登記特例法第 11 条第 1 項）、概要記録事項証明書（同法第 13 条第 1 項）の交付を請求することができるが、これらにはいずれも譲渡の目的動産を特定する事項は記載されておらず、利害関係人以外の者はどのような動産について譲渡がされたかを知ることができない。」「その公示の程度は抵当権設定登記と差があるから、物上代位の目的債権に担保権の効力が及ぶことの公示は動産譲渡登記によっては十分ではないとの考え方も成り立つ。」「しかし、そのような登記であっても元物について担保権者が第三者に対して優先権を主張することができる（逆に、その元物については他の債権者は担保権者に優先されてもやむを得ない立場にある）のであり、現在の動産譲渡登記における公示によっても元物について第三者の保護に欠けるところはないとされている以上、代償物について公示が十分ではないとする理由は乏しい⁽³³⁾」、と。

以上を前提として、研究会資料は、新たな動産担保権に基づく物上代位と債権譲渡との優劣は、抵当権の質料債権に対する物上代位に関する最判平成

(31) 研究会資料 13・20 頁。

(32) 研究会資料 13・20～21 頁。

(33) 研究会資料 13・21 頁 21 行目～34 行目。

10・1・30 (民集 52 巻 1 号 1 頁) と同様、動産担保権の対抗要件具備と債権譲渡の第三者対抗要件具備との先後によるべきことを示す⁽³⁴⁾。

5 新たな動産担保権による物上代位の行使要件として、本提案では、執行裁判所が関わる民法 304 条 1 項但書の差押えとともに、「担保権について動産譲渡登記がされているときは、登記事項証明書を交付するとともに物上代位権を行使する旨の通知をすれば足りる」とした。その趣旨は、物上代位を私的実行として可能とする場合を想定し、第三債務者が誰に対して弁済すべきかが明らかになれば足りるから、差押えと並んでこの方法を列挙する⁽³⁵⁾。また、物上代位の対象となる価値代償物については、ある法形式をとる取引を担保目的の取引であると推定する規定 (「担保目的取引規律型」) を設ける場合に、民法 304 条の列挙する価値代償物について、「財産権の移転」に伴う効果を基礎として修正を試みた⁽³⁶⁾。

以上の提案について、登記事項証明書の送付による物上代位権行使については、担保権者が持ってきた登記事項証明書に書かれている動産と、自分が購入したり (第三取得者)、壊したり、借りたりした動産との同一性の判断の負担を第三者の側が負うことや、裁判所による物上代位命令の第三債務者への送付の際に裁判所のチェックが入る (被担保債権の弁済期の到来、売買目的物と債権との牽連性等) のに対して、登記事項証明書の送付による私的実行では、通知に対して第三債務者が弁済しなければならず、担保権の行使要件が充足されているかの確認ができない点が指摘された⁽³⁷⁾。また、現在の登記事項証明書の記載内容では公示力が弱く、かえって動産売買先取特権に近いものとして評価すべきではないか、との指摘もあった⁽³⁸⁾。登記事項証明書の送付による物上代位権行使を可能とするには、まず動産譲渡登記のあり方の見直しが必要であり、この提案は、その後の法制審議会では登場していない。

(34) 研究会資料 13・21 頁 34~36 行目。

(35) 研究会資料 13・21~22 頁

(36) 研究会資料 13・22~23 頁。

(37) 第 14 回研究会議事録 16 頁 (座長発言) および 17 頁。

(38) 第 14 回研究会議事録 17 頁 (J 氏発言)。

6 おおよそ第 21 回研究会において第 2 読会が終了し、第 23 回から研究会としての見解のまとめ作業が開始された。

研究会資料 21 (コメントつき) では、物上代位一般について、以下のようなまとめがなされている。

〔6 物上代位

- (1) 担保所有権は、その目的財産の売却【、賃貸】、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとする。
- (2) 担保所有権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して担保権を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとする。
- (3) 担保所有権に基づく物上代位とその目的である債権を目的とする担保権との優劣関係については次のような考え方があり、引き続き検討するものとする。

案 1.6.1 担保所有権者は、担保権が設定されて第三者対抗要件が具備された債権に対しては、物上代位権を行使することができない。

案 1.6.2 担保所有権に基づく物上代位とその目的である債権を目的とする担保権との優劣は、元物に設定された担保所有権が対抗要件を具備した時点と、その目的である債権についての担保権が対抗要件を具備した時点との先後によるものとする。」

まず、【案 1.6.1】については、提案理由として、「債権者 A が売掛債権について先順位の担保権が存在しないことを確認した上で、これに譲渡担保権の設定を受けて融資をしたところ、これに先だって債権者 B のために在庫を目的とする譲渡担保権が設定されており、B が物上代位権の行使として売掛代金債権を差し押さえたというような場面が想定されるが、このような場面で B が優先すれば、A にとっては最先順位の担保権を取得したはずの売掛代金債権について B に優先されることになり、その保護に欠ける。B は売掛代金について担保権の設定を受けることもできたのにそうしなかったこ

とも考慮すると、このような場面ではAを優先させることが妥当であるとも思われる」とする。ここでは、「現在の動産譲渡登記においては、何人も登記事項概要証明書（動産・債権譲渡登記特例法第11条第1項）、概要記録事項証明書（同法第13条第1項）の交付を請求することができるが、これらにはいずれも譲渡の目的動産を特定する事項は記載されておらず、利害関係人以外の者はどのような動産について譲渡がされたかを知ることができない。」「その公示の程度は抵当権設定登記と差があるから、物上代位の目的債権に担保権の効力が及ぶことの公示は動産譲渡登記によっては十分ではない、という⁽³⁹⁾。

これに対して、【案1.6.2】については、抵当権の質料債権に対する物上代位と債権譲渡との優劣が問題となった最判平成10・1・30（民集52巻1号1頁）を参照し、現在の動産譲渡登記であっても「元物について担保権者が第三者に対して優先権を主張することができる（逆に、その元物については他の債権者は担保権者に優先されてもやむを得ない立場にある）のであり、現在の動産譲渡登記における公示によっても元物について第三者の保護に欠けるところはないとされている以上、その代償物について元物の担保権者が第三者に優先しても不当ではない」とされる⁽⁴⁰⁾。

研究会の議事録での議論は、【案1.6.1】を支持する委員が複数見られる。まず、この案が、「物上代位行使としての差押えと、それから目的債権の第三者対抗要件の先後で（優劣を）決める⁽⁴¹⁾」規律であることが確認される。そのうえで、「抵当権設定登記は誰でも、いつでも見ることができ」る。「そして、その目的物が明確に物的編成主義であるために記載されているというところが、（動産譲渡登記や占有改定とは）決定的に違う。」動産譲渡登記については、登記事項証明書を取得し得る者が限定されているから、公示力という点で、抵当権と動産譲渡登記を同一視して、動産譲渡登記で物上代位権が公示されていると解することはできない。よって、【案1.6.1】を支持すべきである、というわけである⁽⁴²⁾。

(39) 研究会資料21 コメント付き・19頁8行目～22行目。

(40) 研究会資料21 コメント付き・19頁24行目～31行目。

(41) 第23回研究会議事録15頁（E氏、法務省担当者発言）。

これに対して、【案 1.6.2】を支持する立場の委員は、登記の公示力の違い（抵当権設定登記と動産譲渡登記）については、登記事項証明書を取得し得る者が限定されているからといって、動産譲渡の公示方法として対抗力が譲渡登記に与えられていることが説明できなくなると指摘する⁽⁴³⁾。また、「不動産について抵当権設定登記がされているときと、個別動産についてシリアルナンバー等で特定された形で動産譲渡登記がされているとき」とでは、目的物の記載の程度に関してはあまり変わらない。さらに、占有改定でさえ動産譲渡の対抗要件とされ（民 178 条）、「動産譲渡担保権者は、もとの動産については、公示力がないとされる占有改定による引渡しによって対抗要件を備えた場合であっても、その動産が譲渡等されたときは、動産譲受人等に対してその担保権をもって追及することができる」のに、「それにもかかわらず、その動産が債権へと変形した途端に、動産譲渡担保権者に対して厳格な公示を備えることを求めるというのは、バランスが悪い」⁽⁴⁴⁾。加えて、研究会資料 21 の説明コメントが指摘するように、譲渡担保の目的物である個別動産の売却代金債権についても担保にとっていけばよい、という価値判断を採用するなら、およそ約定担保権については物上代位は認めるべきではない⁽⁴⁵⁾、という点が疑問として指摘されている。

結局のところ、【案 1.6.1】と【案 1.6.2】のどちらを採用するにしても、「対抗要件ないしは登記ファイル制度をどのように仕組むかという問題と多分絡んでくる⁽⁴⁶⁾」ことは避けられない。

(42) 第 23 回研究会議事録 16～17 頁（B 氏発言）。同 17 頁の E 氏の発言も同旨。

(43) 第 23 回研究会議事録 17～18 頁（F 氏発言）。

(44) 第 23 回研究会議事録 18 頁（F 氏発言）。

(45) 第 23 回研究会議事録 18 頁（F 氏発言）。

(46) 第 23 回研究会議事録 16 頁（座長発言）。この点で、その後の中間試案ではいわゆる「担保ファイリング」の採用が見送られ、動産譲渡登記について目録などを設けることで後順位担保権を公示する、あるいは、目的物の記載を現行の制度より修正する方向が示されていることは、物上代位の議論においてもその「公示力」の強化の方向につながることとなろう。青木則幸「動産債権担保法制の見直しにおける担保ファイリング案と登記優先ルールの意義」登記情報 737 号（2023 年）42 頁以下、および、本橋寛樹「動産譲渡担保の公示に関する考察～動産譲渡登記と占有改定の比較を中心に」登記情報 737 号（2023 年）54 頁を参照。

7 他方で、第5回の会議では、特に流動動産譲渡担保を念頭に、物上代位について、次のような整理が研究会資料において示されていた⁽⁴⁷⁾。

「動産・債権等を目的とする担保権についての検討事項(4)

第2 構成部分の変動する集合動産・集合債権の担保化

3 集合動産を目的とする担保を設定した設定者の権限

- (1) 構成部分の変動する集合動産や集合債権が担保権の目的とされている場合には、設定者は、通常の営業の範囲で、その構成部分である財産を処分することができる旨の規定を設けることについて、どのように考えるか。
- (2) 前記(1)に規定する場合に、設定者が、通常の営業の範囲を超えてその構成部分である財産を処分したときに、担保権者がどのような権利を有するかについて、どのように考えるか。
- (3) 前記(1)に規定する場合に、設定者の担保価値維持義務に関する規定を設けるか、設けるとしてどのように規定するかについて、どのように考えるか。」

物上代位については、前掲の「第2、3(1)(2)」との関連で、以下のような整理がなされている⁽⁴⁸⁾。すなわち、「担保権の目的である集合物の構成要素である個別動産や担保権の目的である債権が譲渡された場合に、担保権者がその代金について物上代位権を行使することができることとするかどうか問題となる」として、最決平成22・12・2(民集64巻8号1990頁)に言及しつつ、「これは、構成部分の変動する集合動産譲渡担保は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであることを理由としており、これを前提として考えれば、動産を目的とする担保権一般について物上代位を認めるかどうかはともかく、通常の営業が継続している場合においては物上代位は認められないとすることが考えられる」、と。

(47) 研究会資料5・3頁。

(48) 研究会資料5・13~14頁。

また、第2回研究会の物上代位一般（念頭にあるのは個別動産の譲渡担保）における整理を前提として、次の整理が示される。

「第2 構成部分の変動する集合動産・集合債権の担保化

5 第三者が個別動産を毀損した場合の法律関係

第三者が担保の目的である集合物の構成部分である動産を毀損した場合に、担保権者は設定者の第三者に対する損害賠償請求権に物上代位権を行使することができることとするかどうか、担保権者に独自の損害賠償請求権を認めるかどうかについて、どのように考えるか。」

続いて、以下のような整理（説明）が示されている⁽⁴⁹⁾。

すなわち、「1 第三者が個別動産を毀損した場合の法律関係については、①個別動産の所有者である設定者が個別動産を毀損した第三者に対して不法行為を理由とする損害賠償請求権を取得し、担保権者がこれに物上代位権を行使することができるか、②担保権を有する担保権者独自の損害賠償請求権が成立するのかなどが問題になり得る。」「2 物上代位については資料3、第1において取り上げたが、動産等を目的とする新たな担保権について物上代位を認めないという考え方を採るのであれば、ここでも物上代位を認めないことになる。他方、一般的には物上代位を認めるとしても、前記のとおり、判例は通常の営業が継続している間は、個別動産が滅失した場合に保険金請求権への物上代位を否定しており、その趣旨は第三者が個別動産を毀損した場合の不法行為にも妥当すると考えられるから、通常の営業が継続している場合には物上代位を否定することが考えられる。」

以上の整理を前提として、第6回研究会においては、最決平成22・12・2の規律と、「流動的な集合物」につき、例えば、「譲渡担保権設定者が通常の営業の範囲を超える処分をした場合に、その通常の営業が継続しているときでも、譲渡担保権者は、その売買代金債権について物上代位権を行使することが許される」か等⁽⁵⁰⁾、物上代位について「固有のルール」があるかどうか

(49) 研究会資料5・16～17頁。

かが論じられた⁽⁵¹⁾。これについては、「通常の営業の範囲を超える処分をしたのに、まだ通常営業が継続しているといえるか」との疑問や⁽⁵²⁾、そもそも「バルクセールを始めているような状況で、通常の営業の範囲を超える処分をしていると評価した上で、もう通常の営業は継続していない」と評価しうるのではないかと。さらに、被担保債権の弁済期が既に到来していることを要するのかどうか、座長より確認された⁽⁵³⁾。

すなわち、最決平成22・12・2の事案のように、物上代位の目的債権が本来の目的物が滅失して金銭債権に転化したような場合(例、損害保険金請求権)には、債務不履行(被担保債権の弁済期の到来)がない場合であっても、物上代位権が行使できるという見解がある。これに対して、売買代金債権については、被担保債権の弁済期の到来が前提となっているとの指摘がなされる。さらに、集合物の個別物の処分後、当該個別物に対して担保権が追及していくことと、その個別物の売買代金債権に物上代位できることは両立するかという問題と、個別物の売却後、新たに代替物が補充されたとして、集合物全体に担保権が及ぶことと、売買代金債権に物上代位できることが両立しうるのか、という問題が提起された⁽⁵⁴⁾。

しかし、従来は、集合動産については、流動性がある(担保設定者による個別物の処分が継続されている)間は、それが売却されていても物上代位性は認められないと解するのが一般的ではなかったかとの疑問が呈され、流動性が止まって固定化後に個別物が売却された場合に初めて物上代位が認められるのではないかと、との反論がされた⁽⁵⁵⁾。加えて、売却代金債権については別途担保にとっておけばよく、その担保を取らなかった債権者を動産担保権の物上代位で救済する必要はないのではないかと、という点が議論された⁽⁵⁶⁾。

(50) 研究会第6回議事録11頁(A氏発言)。

(51) 研究会第6回議事録2頁(法務省担当者発言)。

(52) 研究会第6回議事録11頁(A氏発言)。

(53) 研究会第6回議事録12頁(座長、G氏発言)。

(54) 研究会第6回議事録12～13頁(D氏発言)。

(55) 研究会第6回議事録13頁(G氏発言)。

(56) 研究会第6回議事録14～15頁。本稿Ⅱ章「2」の【提案A1】を参照。

この第6回研究会における物上代位をめぐる議論では、その直前に個別動産の「通常の営業の範囲内の処分」をめぐる効力の検討がなされ⁽⁵⁷⁾、そちらの議論に関連づけて物上代位の要件が検討されている。周知のように、最決平成22・12・2の原審は、損害賠償請求権について物上代位を認めるに際して、新たに養殖魚の補充をしていないこと、及び、損害賠償請求権の取得が担保設定者の通常の営業の範囲内の処分とはいえないことを物上代位権行使の要件とした⁽⁵⁸⁾。しかし、最高裁はこの原審の理論を採用せず、わざわざ判決理由を差し替えている。

研究会の議論では、「譲渡担保権設定者が通常の営業の範囲を超える処分をした場合に、その通常の営業が継続しているときでも、譲渡担保権者は、その売買代金債権について物上代位権を行使することが許される」かについて、物上代位の対象が損害保険金請求権の場合と売却代金債権である場合とを明確に峻別し得ることを前提として議論している。「営業の終了」はあくまで損害保険金請求権の場合の物上代位の行使要件であり、その判決の射程が売却代金債権については妥当しないことは、研究会での議論でも明示されている⁽⁵⁹⁾。換言すれば、売却代金債権については、最決平成22・12・2が示した「通常の営業の継続中であっても物上代位権行使を認める特約」の規律は及ばない、ということが含意されていると研究会では認識されていたのであろう。もっとも、売却代金債権について、個別物の処分が継続中であっても、損害保険金請求権の場合と同様、「通常の営業の継続中」（おそらくこの場合には通常の営業の範囲内での処分が継続していることと同義であるといつてよい）であっても、売却代金債権について物上代位を認める特約」を認める余地があるかについては、特段の議論はなされていない⁽⁶⁰⁾。

なお、売却代金債権について物上代位を考える場合、処分した個別物の補充を考慮する必要性が生じるが、第6回研究会では担保価値維持義務についての議論はなされていない⁽⁶¹⁾。

(57) 研究会資料5・9～13頁特に11～12頁、および、研究会第6回議事録8頁。

(58) 小山・前出注(6)「最決平成22・12・2判批」28頁。

(59) 研究会第6回議事録10頁(F氏発言)。

(60) 研究会第6回議事録12～14頁の議論を参照。

8 続いて、第15回研究会においては、集合動産譲渡担保権等に基づく物上代位につき、次のような提案が示された。

〔5 集合動産を目的とする担保権における物上代位等

- (1) 集合動産を目的とする担保権は、設定者が通常の営業を継続している間は、集合動産の構成部分である動産の売買、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対し、行使することができないものとする。ただし、前記3(1)アの範囲を超える処分がされた場合は、この限りでないものとする。
- (2) 第三者が担保の目的である集合物の構成部分である動産を毀損した場合における担保権者独自の損害賠償請求権については、特段の規定を置かないこととする⁽⁶²⁾。]

上記「5(1)但書」で言及される「3(1)」は、以下のような規定である。

〔3 集合動産を目的とする担保を設定した設定者の権限

- (1) 構成部分の変動する集合動産が担保権の目的とされている場合における設定者の処分権限や担保権者の権限について、次のような規定を設けるものとする。
 - ア 設定者は、通常の営業の範囲で、その構成部分である動産を処分することができる。
 - イ 設定者が通常の営業の範囲を超えてその構成部分である動産を処分するおそれがあるときは、担保権者は、その予防を請求することができる。
 - ウ 設定者が通常の営業の範囲を超えてその構成部分である動産を処分したときは、担保権者は、当該動産について、原状回復を請求することができる。]

(61) 資料として、研究会資料5・14頁を参照。

(62) 研究会資料14・12頁。

上記「5 (1)」は、最決平成 22・12・2 を前提として、個別動産について通常の営業の範囲内の処分⁶³の継続中には物上代位を認めないとするものである。研究会資料 14 の説明では、第 6 回研究会（説明の中での標記は「一読（第 1 読会）」）での議論において、「通常の営業の範囲を超えて処分が行われた場合において即時取得が成立したときの売買代金請求権について上記平成 22 年最決の射程は及ばないのではないかという主張がされた。確かに、平成 22 年最決のように、設定者が担保権の目的である動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるという点に着目するのであれば、通常の営業の範囲を超えて処分が行われた場合には状況が異なるし、即時取得が成立し、担保権の効力が消滅したときにまで物上代位を認めないこととするのは、担保権者に酷であるとも考えられる。この点については、通常の営業の範囲を超える処分が例外的だとすれば、通常の営業の範囲を超えて処分がされた時点で通常の営業が継続しているといえな⁶³」い、との整理がなされている。

上記提案「5 (1) (2)」の提案を受けて、第 15 回研究会では、「5 (1) 但書」の要否に対する質問がなされた。すなわち、「通常の営業が継続していればそれほど担保権者の保護は必要ではないとの価値判断」が前提にあるなら、「個別に通常の営業の範囲を超える処分がされていたとしても、その後、なお通常の営業が継続されているのであれば、個別の処分のいわば不当性を捉えて、そこだけ物上代位を許すということが」必要なのか、という疑問である⁶⁴。これに対して、法務省の担当者は、「3 でも」「別に通常の営業の範囲を超えた処分がされて、あとから補充されればいいのではないかな」るので、「3 と 5 を整合的に考える必要がある」との返答をしている⁶⁵。また、「3 (1) ウ」について、別の委員からは、処分される個別動産につき「即時取得」が争われるのであれば、担保権者とすれば新しい在庫を増やしてもらう方がよく、「補充義務あるいは担保価値維持義務で解決する」方が望ましい。同様に、物上代位についても、「5 (1) 但書」で通常の営業の範

(63) 研究会資料 14・13 頁 9 行目～17 行目。

(64) 研究会第 15 回議事録 30 頁（G 氏発言）。

(65) 研究会第 15 回議事録 31 頁（法務省担当者発言）。

囲を超えた以降の売買代金に物上代位で係っていけるとしても、実効性があまりない救済にとどまる、との指摘がある⁽⁶⁶⁾。

以上の、研究資料15「5(1)但書」の前提となる「通常の営業の範囲内の処分」については、上記「3(1)」について、「現時点の処分行為、現時点の対抗要件具備の効力が、将来の入替動産に及ぶ」という集合動産を目的とする担保権に関しては、「担保価値維持義務、妨害排除請求権、妨害予防請求権、原状回復請求権、物権的請求権の中身として客観的な、しかし規範的な線がある」との指摘がある⁽⁶⁷⁾。すなわち、個別動産の「搬出との関係で言えば『通常の営業の範囲』になるけれども、より一般的に、担保価値の維持を相当の範囲で維持しなければならないという設定者側の義務と裏腹の請求権が物権的に存在するという考え方を採ると、それは結局のところ、普通の処分する範囲でいればいい」、「あるいは普通に補充しなければいけない」という規範的な基準に収斂する、という指摘である⁽⁶⁸⁾。

上記「5(1)」本文の、通常の営業が終了した段階で物上代位を認める規律は、最決平成22・12・2に沿った定め方である⁽⁶⁹⁾。他方で、「5(1)但書」の規律は、もっぱら個別動産の処分から生じる売買代金債権について物上代位を認めるための要件であろう。ここでの議論の整理が、その後の法制審議会担保法制部会の議論を経て、中間試案の「第3 集合動産・集合債権

(66) 研究会第15回議事録31頁(C氏発言)。

(67) 研究会第15回議事録22頁(C氏発言)。

(68) 研究会第15回議事録21頁(C氏発言)。同19頁においては、譲渡「担保設定者と担保権者との間で維持すべき最低限の担保価値を約定」し、「担保価値が維持されていれば、担保目的物の処分が『通常の営業の範囲』によるものであるかはあまり関心は持たず、目的外の処分であっても処分後の担保目的物の価値が維持されるのであれば(担保権者は)口出しをしない」とされる(I氏発言)。また、同18頁では、「担保の目的財産が、入っては出ていく」「というのが集合動産譲渡担保の本質である」。「『通常の営業の範囲』という概念」であるなら、設定者との関係でその処分権限を画し、第三者との関係で承継取得を帰結する」が、これは「まず担保権者との関係で、あるべき担保価値の維持のために『出』をコントロールする概念として存在する」。「『通常の営業の範囲内の処分』として目的財産が出て行ったとしても、それらが何ら補充もされない場合には、少なくともそのままになってしまうので、補充義務が必要となる」から、「『通常の営業の範囲』と『補充義務』とは、強く関連する」とされる(同18頁B氏発言)。

(69) 第15回研究会議事録24頁における法務省担当者の説明。

を目的とする担保権の実体的効力」「6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」の「6 (1) (2)」につながっていくことになる。

なお、第 15 回研究会では、集合財産の担保設定者の一般債権者からの差押えに対して、担保権者が第三者異議の訴え（民執 83 条）を提起しうるかについても提案がなされた⁽⁷⁰⁾。これについて、銀行取引約定書の期限の利益喪失条項に、「担保の目的物について差押え、または競売手続の開始があったとき」という条項が設けられていれば、差押命令が設定者に届く前に固定化が生じることが指摘された。すなわち、担保目的物である A 倉庫・B 倉庫のうち、A 倉庫にのみ差押えがあれば、差押えに対抗するために A 倉庫のみに固定化を生じて実行を開始しなければならないから、これは譲渡担保の一部実行を認めて、その一部についてのみ固定化を生じる余地を認めることになる⁽⁷¹⁾。

9 その後、集合動産の担保権に基づく物上代位については、全体案のとりまとめについて、研究会資料 21 において、以下のような提案が示された。

〔4 集合動産を目的とする担保権における物上代位等

- (1) 担保権の目的が範囲によって特定され、当該範囲に、現に設定者が所有せず又は現に発生していない動産が加入し得る動産譲渡担保権は、設定者が通常の営業を継続している間は、担保権の目的の範囲に含まれる動産の売買、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に

(70) 「設定者の債権者による差押え

集合動産又は集合債権が担保権の目的とされていた場合において、設定者の債権者がその構成部分である個別動産又は個別債権を差し押さえたときは、担保権者は、【担保権の実行に着手するまでは、】第三者異議の訴えによってその不許を求めることはできないものとする。」研究会資料 14・11 頁 19～24 行目。その後の担保法制部会資料 3「第 1、5」も参照。また、生熊長幸「集合動産譲渡担保および集合債権譲渡担保の立案をめぐる問題について」立命館法学 402 号（2022 年）262 頁以下も参照。

(71) 第 15 回研究会議事録 29 頁（法務省担当者発言）。なお、法制審議会担保法制部会における中間試案公表後の部会資料第 31 の「第 1、9」においては、中間試案「第 11、1 (1)」を受けて、動産競売や動産の差押えによって固定化が生じることを提案していることに注意を要する。担保法制部会資料 31・2 頁 28～24 行目、および、同 4 頁末～7 頁 11 行目までを参照。

対し、行使することができないものとする。ただし、当事者が別段の合意をした場合及び設定者が有する権限を超える処分がされた場合は、この限りでないものとする。

- (2) 第三者が担保の目的の範囲に含まれる動産を毀損した場合における担保権者独自の損害賠償請求権については、特段の規定を置かないこととする⁽⁷²⁾。」

研究会資料 21 では、さらに、集合物・集合債権の担保設定者の処分権限については、以下のような提案がさらに示されることとなった。

〔2 集合動産・集合債権を目的とする担保を設定した設定者の権限

- (1) 動産譲渡担保権の目的が範囲によって特定され、当該範囲に、現に設定者が所有せず又は現に存在しない動産が加入し得る場合における設定者の処分権限や担保権者の権限について、次のような規定を設けるものとする。
- ア 設定者は、【通常の営業の範囲内で／担保権の目的である動産の構成について通常の過程で生じ得る変動の範囲内において】、担保権の目的である動産を担保権の目的から逸出させる権限を有する。ただし、設定行為に別段の定めがあるときはこの限りでない。
- イ 設定者がその権限を超えて担保権の目的の範囲に含まれる動産を逸出させるおそれがあるときは、担保権者は、その予防を請求することができる。
- (2) 債権譲渡担保権の目的が範囲によって特定され、当該範囲に、現に設定者が保有せず又は現に発生していない債権が含まれる場合は、設定者は、担保権の目的の範囲に含まれる債権を取り立て、弁済として受けた金銭その他の物を収受する権限を有する。ただし、設定行為に別段の定めがあるときはこの限りでない。
- (3) (1)及び(2)に規定する場合について、担保価値維持義務や担保権の目的の

(72) 研究会資料 21 コメント付き・37～38 頁

範囲に含まれる動産又は債権が処分又は取り立てられたときにおける補充義務については、規定を設けないものとする⁽⁷³⁾。]

この規定の体裁では、弁護士委員から、「通常の営業の範囲内の処分については、……例えば、廉価売買などを考えたとき、『通常の過程で生じる変動の範囲内』という用語はあわない」という指摘があった⁽⁷⁴⁾。「確かに担保権者は設定者が親族に廉価で売ったりするようなことは考えていないと思うし、許したつもりもおそらくない⁽⁷⁵⁾」。通常の営業で生ずるような状況を超えた量的減少をおそらく気にして、その結果としてその量がそれほどでもない、普通の変動の範囲に収まっている場合に、その持ち出した後の譲渡先、あるいは譲渡価格が安くて「も、それは通常の営業で起こっている範囲にとどまって、また同じように補充されていくということであれば、一部流用が起こったとしてもそれほど気にならない。」「担保権の内容としては、結局通常の範囲で、あるいは通常想定されている構成物の変動の幅に収まっていれば、担保権としてはいいのではないかという考え方もある⁽⁷⁶⁾」、と。

「実務的には、担保権者は日々その担保物の数量や品質の確認は行っていないし、「現実的に出来ない。担保設定契約書では、例えば、月末における在庫の数量を定めたり、担保評価額として幾ら以上を在庫として維持するという定めがされるのが一般的である⁽⁷⁷⁾」。一方で、「確かに通常の営業の範囲外の方法で売却されると、契約書で合意した担保内容が確保されない危険性はあるかもしれ」ないが、「たくさん売れて一時的に在庫がなくなっても、その売上代金をもって新たな在庫を仕入れたり、新たな商品を製造して、それで確保されるのであれば、担保権者は許容する⁽⁷⁸⁾」、という。

もっとも、補充義務や担保価値維持義務が本文「2(1)ア」のような設定者

(73) 研究会資料 21 コメント付き・28 頁 30 行目～29 頁 14 行目。

(74) 第 24 回研究会議事録 2 頁 (B 氏発言)。

(75) 第 24 回研究会議事録 2 頁 (B 氏発言)。

(76) 第 24 回研究会議事録 2～3 頁 (B 氏発言)。

(77) 第 24 回研究会議事録 3～4 頁 (C 氏発言)。

(78) 第 24 回研究会議事録 4 頁 (C 氏発言)。

の処分権限の裏返しであるとすれば、まさに設定者及び担保権者間の合意によるべきものであり、補充義務や担保価値維持義務について規定する必要性は小さい⁽⁷⁹⁾とされ、動産の場合「通常の営業の範囲内において」等の文言が契約書にあれば、営業終了時には設定者の処分権限はないのではないかと、等の疑問が呈された⁽⁸⁰⁾。また、動産については、以上のような規律でいいとしても、「通常の営業の範囲内において」等の文言が契約書にあれば、営業終了時には設定者の処分権限はないのではないかと、等の疑問が示された⁽⁸¹⁾。

これらの議論は、研究会資料 21 における以下の規律に反映された。

〔3 設定者の債権者による差押え

2(1)及び(2)に規定する場合において、設定者の債権者が担保権の目的の範囲に含まれる個別動産又は個別債権を差し押さえたときは、担保権者は、設定者が当該個別動産を担保権の目的から逸出させる権限又は当該個別債権を取り立て、弁済として受けた金銭その他の物を收受する権限を有する限り、第三者異議の訴えによってその不許を求めることはできず、また、配当要求をすることができないものとする⁽⁸²⁾。]

この提案については、差押えによっても設定者の処分権限が存続する限り、担保権者は第三者異議の訴えを提起できないことと関係して議論されていた⁽⁸³⁾。

第 24 回の研究会の議論で注目すべきなのは、物上代位との関係でも規定の提案上で登場する「通常の営業の範囲」という用語自体が、意味として狭いのではないかという指摘がなされていることである⁽⁸⁴⁾。ここでの指摘が、

(79) 研究会資料 21 コメント付き・35 頁 24 行目～28 行目。

(80) 第 24 回研究会議事録 7 頁 (F 氏発言)。

(81) 第 24 回研究会議事録 7 頁 (F 氏発言)。

(82) 研究会資料 21 コメント付 36 頁 4～9 行目。

(83) 第 24 回研究会議事録 7 頁 (座長、F 氏発言)、同 8 頁 (法務省担当者発言)。

(84) 第 24 回研究会議事録 12 頁 (座長発言)。

後の法制審議会担保法制部会において、「通常の営業」に代えて「通常の事業」という用語⁽⁸⁵⁾が提案される契機となったと考えられる。

ところで、上記提案の「2 (2)・2 (3)」および「3」を前提とすれば、担保設定者が通常の営業の範囲内の処分を継続している限り（営業の終了まで来ていないので）、譲渡担保権者は物上代位権を行使し得ず、かつ、第三者異議の訴えも提起できないことになる。この点について、研究会では、「本来、この動産譲渡担保権者も、対抗要件を具備していれば、破産管財人に対しては別除権者として対抗できる以上は、その別除権の行使としての物上代位による差押えを破産手続開始決定後であっても、できないとおかしい」のであり、「それとの整合性からすれば、動産譲渡担保が差押えに優先することにならなければ、理屈が通らない⁽⁸⁶⁾」との指摘がなされた。すなわち、動産売買先取特権に基づく物上代位の場合、一般債権者の差押え、および、破産手続開始決定後も行使できるとするのが判例である（差押えにつき、最判昭和 60・7・19 民集 39 巻 5 号 1326 頁、破産手続開始決定につき、最判昭和 59・2・2 民集 38 巻 3 号 431 頁）。本研究会での提案「3」は、動産譲渡担保権に基づく物上代位を動産売買先取特権に基づく物上代位よりも弱める提案を行っている、という評価をすることができる。

ただ、このような評価も、「差押えがあれば担保設定者の処分権限が自動的に消滅する、ないし、担保権の実行通知によって固定化が生じる」という特約⁽⁸⁷⁾を担保設定契約に入れておくことで、「3」の差押えの規律を排除する可能性も、従前の議論を前提とする限り、考えておく必要があると思われる。

10 第 27 回の研究会では、物上代位の原則規定について、次のような最終報告書の案が示された⁽⁸⁸⁾。

(85) 例として、中間試案「第 3、2 (1)」等を参照。

(86) 第 24 回研究会議事録 14 頁（G 氏発言部分）。

(87) 例、道垣内弘人「集合動産譲渡担保の再検討——目的物の中途処分」『非典型担保法の課題』（有斐閣・2015 年）130 頁（＝初出・金融法研究資料編 5 号 128 頁以下（1989 年））。

(88) 研究会資料 25 コメント付き・18 頁 18 行目以下。

〔6 物上代位〕

- (1) 担保所有権は、その目的財産の売却【、賃貸】、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとする。
- (2) 担保所有権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して権利を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとする。
- (3) 担保所有権に基づく物上代位とその目的である債権を目的とする担保権との優劣関係については次のような考え方があり、引き続き検討するものとする。

案 1.6.1 担保所有権に基づく物上代位とその目的である債権を目的とする担保との優劣は、(2)の差押えがされた時点と、その目的である債権を目的とする担保が対抗要件を具備した時点との先後によるものとする。担保所有権者は、担保権が設定されて第三者対抗要件が具備された債権に対しては、物上代位権を行使することができない。

案 1.6.2 担保所有権に基づく物上代位とその目的である債権を目的とする担保権との優劣は、元物に設定された担保所有権が対抗要件を具備した時点と、その目的である債権についての担保権が対抗要件を具備した時点との先後によるものとする。

(注) (1) について、当該担保所有権について担保ファイリングがされているときのみ、物上代位を認めるべきだとする意見がある。」

研究会資料 25 (コメント付き)における上記の物上代位の規律案と、その提案理由の説明については、これまでの研究会の議論から大きな変更はないようである。

なお、上記の(注)については、研究会で、担保ファイリングを備えることが「物上代位という実体的効力が導かれるための要件なのか、それとも物上代位権の行使として差押えをするときの便利な要件なのか」という問題があって、担保ファイリングがないときに物上代位権を否定するというふうにならずもつながるわけではないのではないか、との指摘がなされた⁽⁸⁹⁾。

その後の「研究会報告書」は、集合動産の担保権に基づく物上代位について、以上の研究会資料 21 の案をそのまま採用した⁽⁹⁰⁾。

この「研究会報告書」で示された物上代位の原則規定等は、その後の法制審議会担保法制部会でも維持され⁽⁹¹⁾、文言の整理はあるものの、「中間試案」にあってもほぼそのまま採用されるに到っている⁽⁹²⁾。よって、以下では、法制審議会担保法制部会において、物上代位の原則規定および集合動産の担保権に関する物上代位の規定案について、研究会後に追加された議論の概要のみをまとめるに留めることとする。

11 担保法制部会当初の部会資料 2 での物上代位の原則規定に関する整理は、次のようなものであった。

〔5 物上代位

- (1) 非占有型の動産担保制度において、担保権は、その目的財産の売却【、賃貸】、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとしてはどうか。
- (2) 担保権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して権利を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとしてはどうか。
- (3) 担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣関係については次のような考え方があるが、どのように考えるか。

【案 2.2.5.1】担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣は、(2)の差押えがされた時点と、その目的債権を目的財産とする担保が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする。

(89) 第 27 回研究会議事録 29 頁（座長発言）。

(90) 研究会報告書「第 3 集合動産・集合債権の担保化 4 集合動産を目的とする担保所有権における物上代位等」。研究会報告書 45 頁参照。

(91) 例として、担保法制部会部会資料 2・18 頁、担保法制部会資料 12・9 頁、担保法制部会資料 3 の第 1 の 6 を示す同 30 頁、担保法制部会資料 13・21 頁等。

(92) 中間試案「第 1 章 担保権の効力 第 3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力 6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」〔中間試案の補足説明〕90～91 頁参照。

【案2.2.5.2】担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣は、元物に設定された担保権が対抗要件を具備した時点と、その目的債権を目的財産とする担保が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする⁽⁹³⁾。】

上記「5(3)」の2つの案について、どちらの案を基本とすべきかについての議論は拮抗した。片山委員から、付加的物上代位については、【案2.2.5.2】ルールによる一方、代替的物上代位については、【案2.2.5.1】ルールによるという意見が出された。一方、水津委員からは、むしろ逆に、付加的物上代位については、【案2.2.5.1】ルールによりながら、代替的物上代位については【案2.2.5.2】ルールによるとする見解が示され、議論は軌を一にしない⁽⁹⁴⁾。

むしろ、担保法制部会の第2回の審議で示された、「担保の目的物について、そもそも例えば売却権限があるのか」、「売却したときにはどのような法律関係になるのか、そういうことの設定ないし議論を抜きにして物上代位について独立に語るというのは難しいのではないか」、という意見⁽⁹⁵⁾が重要であろう。すなわち、「通常の事業の範囲」内で処分される限り、個別動産に対して集合動産の担保権は追及できないので物上代位を観念する必要があるが、その前提として、個別動産の処分権の範囲を検討すべきである、という指摘である。この点を踏まえて、部会資料2-2を加えての検討が第3回審議会でも継続された⁽⁹⁶⁾。

例えば、売却代金債権等を個別に別途担保を取得すれば、物上代位の規定は不要ではないか、という点については、仮に物上代位の効力を今回の改正で弱めるなら、現行の約定担保物権に基づく物上代位の解釈論にも影響する

(93) 提案には、さらに「(注)(1)について、当該担保権ファイリングがされる時のみ物上代位を認め、あるいは物上代位の手続的要件として担保ファイリング登録事項証明書¹の提出をしなければならないとする意見がある。」、が付されている。

(94) 担保法制部会第2回会議議事録44～45頁。

(95) 担保法制部会第3回会議議事録3頁(道垣内部会長発言)、同第2回議事録39～40頁(藤澤幹事発言)。

(96) 担保法制部会第3回会議議事録1～15頁。

ので注意すべきであるという指摘がなされ⁽⁹⁷⁾、【案 2.2.5.1】【案 2.2.5.2】のどちらが適当か等と絡めて議論がされている。また、物上代位の根拠規定として、抵当権であれば 371 条で賃料債権に係っていくことは説明できるが、新たな動産担保権では 304 条 1 項但書の準用は不可避ではないか、担保権の公示（例、動産譲渡登記）から売却代金債権についての物上代位が公示されるか、等が指摘されている⁽⁹⁸⁾。ここで、担保権が、登記等（占有改定を含む）により売却代金債権についても公示されると解するなら【案 2.2.5.2】となりそうだが、なおも差押時を基準とする（差押えによって効力が公示される）と解するならば、【案 2.2.5.1】ではないか、という議論⁽⁹⁹⁾がなされた⁽¹⁰⁰⁾。

次に、これら 2 つの提案と大差のない部会資料 12 の【案 12.1.7.1】と【案 12.1.7.2】については、部会の第 12 回会議においても、第 2 回とほぼ同様の議論がなされるにとどまった⁽¹⁰¹⁾。

他方で、集合動産の担保権に基づく物上代位については、研究会の段階での議論から中間試案に到るまで、基本的な考え方に大きな変更はない。担保法制部会においては、まず部会資料 3 の「第 2、5⁽¹⁰²⁾」において、最決平成

(97) 担保法制部会第 3 回会議議事録 15 頁（水津幹事発言）。

(98) 担保法制部会第 3 回議事録 5～6 頁（沖野委員、道垣内部会長発言）。第 3 回会議の議論全体の整理について、生熊長幸——法制審議会・担保法制部会『中間試案のとりまとめに向けた検討（1）』に寄せて——立命館法学 401 号（2022 年）286～287 頁参照。

(99) 担保法制部会第 3 回議事録 6～7 頁（片山委員、道垣内部会長発言）。

(100) 担保法制部会資料 12・10 頁 24～29 行目の第 2 回会議の意見の整理を参照。

(101) 担保法制部会第 12 回会議議事録 26～32 頁参照。部会資料 12・10 頁 24～29 行目の第 2 回会議の意見の整理で挙げられたものと同じ議論が展開されたにとどまり、むしろ物上代位について（3）の規律を設けることには抵当権や動産売買先取特権による物上代位への影響を懸念して、消極的な意見が目立った（例、水津幹事）。同議事録 30 頁を参照。また、部会資料 12 について詳論するものとして、生熊・前出注（98）280 頁以下を参照。さらに、粟田口太郎「動産・債権譲渡担保法制見直しの動向と展望」事業再生と債権管理 176 号（2022 年）82～83 頁も参照。

(102) 「第 2、5 集合動産・集合債権を目的とする担保権における物上代位等

(1) 新たな規定に係る担保権の目的物が集合動産である場合には、当該担保権は、設定者が通常の事業を継続している間は、特定範囲に含まれる動産の売買、滅失又は損傷によって設定者が受けるべき金銭その他の物に対し、行使することができないものとしてはどうか。ただし、【当事者が別段の合意をした場合及び】権限範囲を超える処分がされた

22・12・2(民集64巻8号1990頁)を踏まえて、担保設定者が通常の営業を継続している間は物上代位権を行使できないとした上、例外として、当事者が別段の合意をした場合にはその限りでないとする規律が出発点となっている⁽¹⁰³⁾。もっとも、担保法制部会第14回会議では、部会資料13の「第2、5集合動産・集合債権を目的とする担保権における物上代位等について」に関して、「通常の事業が継続している状況下で、権限を超える処分がされたというだけで物上代位を認めなければならないか」という問題提起が佐久間委員からなされた⁽¹⁰⁴⁾。すなわち、「当事者の別段の合意」も「通常の事業の範囲」も当事者(担保権者・担保権設定者)関係に依存するから、これら2つを区別する必要があるのか。別段の合意の但書は本来担保権侵害の際に物上代位をなし得ることを意図するが、通常の事業が継続される限り、補充でもって処理できるなら「通常の事業」が継続していることを意味するので、「権限の範囲」のみを独立して物上代位の行使要件として切り出す必要はない、という問題提起である。つまり、権限を超える処分が認定されているときは、既に個別動産の補充でもって対応しうる状態には既になく、通常の事業は継続していない状態になっているのではないか、という疑問である⁽¹⁰⁵⁾。

加えて、被担保債権が不履行になって弁済が期待できない場合には、設定者の処分権限を失わせた上で物上代位をなし得ると解するか、それとも一足飛びに物上代位を認めるとすべきかについても、論点である旨が指摘された⁽¹⁰⁶⁾。にもかかわらず、部会資料13「第2、5」の但書の体裁は、設定者の権限を失わせた上でさらにその権限を超える処分がされないと物上代位ができない、と解する余地があるように見える、という指摘がなされた⁽¹⁰⁷⁾。

場合は、この限りでないものとしてはどうか。

(2)第三者が特定範囲に含まれる動産を滅失又は損傷させた場合における担保権者独自の損害賠償請求権については、特段の規定を置かないこととしてはどうか。」

(103) 担保法制部会資料13・21頁「第2、5」、および、担保法制部会資料21・13頁「第3、6」ほか。

(104) 担保法制部会第14回会議議事録13頁(佐久間委員発言)。

(105) 担保法制部会第14回会議議事録13頁(佐久間委員発言)。

(106) 担保法制部会第14回会議議事録15頁(阿部幹事発言)。

Ⅲ 「動産・債権担保法改正に関する研究会」及び「中間試案」における「担保設定者の処分権限」に関する議論の概要

1 以上の「研究会」ないしその集大成である「研究会報告書」、及び法制審議会担保法制部会における議論の経過からも明らかなように、物上代位、特に集合動産に関する担保権の物上代位の行使要件としては、「設定者が通常の事業（研究会報告書まで表現では「営業」）が継続している間は」物上代位権を行使できないとする最決平成 22・12・2 の原則論を継承しながら、その延長線上として、最決平成 22・12・2 の示す「当事者が「別段の合意」をした場合、および、「権限範囲を超える処分がされた場合」には物上代位をなし得るとする⁽¹⁰⁸⁾。

よって、物上代位の行使要件をめぐる議論の中心は、集合動産等の「新たな規定に係る担保権」の設定者の処分権限の範囲（「通常の事業の範囲」）に関する規律にあるといい得る。そこで、以下では、法制審議会における「担保設定者の処分権限」に関する議論について、改めて議論の推移を検討していくこととする。

もっとも、「通常の事業の範囲」に関わる議論は、「設定者に倒産手続が開始された後に設定者が取得した財産に担保権の効力が及ぶか（固定化後の設定者処分権限の問題）⁽¹⁰⁹⁾」、「設定者・担保権者間の行為について否認権が行使されうるか⁽¹¹⁰⁾」等、今回の改正の様々な局面に関わっている。「通常の事業の範囲」をめぐる議論が、これら全ての局面で物上代位と同じ文脈で語られるわけではないため、以下では、あくまで物上代位に関連する限度に

(107) 担保法制部会第 14 回会議議事録 15 頁（阿部幹事発言）。

(108) 中間試案「第 1 章 担保権の効力 第 3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力 6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」「中間試案の補足説明」90～91 頁参照。

(109) 例として、「中間試案第 19、2」。

(110) 「中間試案第 21」を参照。

において検討するに留める。

2 集合動産を目的とする「新たな規定に係る担保権」の設定者の処分権限については、部会資料3の「第1、2」、部会資料13の「第2、2」でそれぞれ示され、中間試案前の部会資料21の「第3、3」では、以下のような提案となっていた⁽¹¹¹⁾。

「第3 集合動産・集合債権の担保化

3 集合動産の構成部分である動産の設定者による処分

(1) 設定者が、通常の事業の範囲内で、かつ、権限範囲を超えて、集合動産の構成部分である動産を処分した場合には、次のいずれかの案によるものとする。

【案3.3.1.1】 処分を受けた者は、その動産について権利を取得するものとする。

【案3.3.1.2】 処分を受けた者は、設定者による処分が権限範囲を超えていることを知らなかった場合には、その動産について権利を取得するものとする。

【案3.3.1.3】 処分を受けた者は、設定者による処分が権限範囲を超えていることを知らず、かつ、知らなかったことにつき過失がないときは、その動産について権利を取得するものとする。

(2) 設定者が、権限範囲を超えて、かつ、通常の事業の範囲を超えて、集合動産の構成部分である動産を処分した場合には、次のいずれかの案によるものとする。

【案3.3.2.1】 処分を受けた者は、設定者による処分が通常の事業の範囲であると信じていた場合には、その動産についての権利を取得するものとする。

【案3.3.2.2】 規律を設けず、処分を受けた者は、即時取得が成立するときに限り、保護されるものとする。

(111) この規定案に関する議論については、生熊長幸「集合動産譲渡担保および集合債権譲渡担保の立案をめぐる問題について」立命館法学 402号(2022年)245頁以下を参照。

- (3) 前記 2 (1)並びに(1)及び(2)で処分を受けた者が集合動産の構成部分である動産について権利を取得しない場合に担保権者のとり得る手段については、引き続き検討する⁽¹¹²⁾。」

また、この「第 3、3」の前に、「第 3、2」は、以下のような提案を示す。

「第 3 集合動産・集合債権の担保化

2 集合動産を目的とする担保を設定した設定者の権限

新たな規定に係る動産担保権の目的物が特定範囲に属する動産の集合体であって、設定後に新たに動産がその集合体に参加することが予定されているもの（以下「集合動産」という。）である場合における設定者の処分権限や担保権者の権限について、次のような規定を設けるものとする。

- (1) 設定者は、通常の事業の範囲内で、集合動産の構成部分である動産を処分し、又は集合動産から逸出させる権限を有する。ただし、設定行為に別段の定めがあるときは、その定めに従う。
- (2) 設定者が (1) の権限の範囲（以下「権限範囲」という。）を超えて集合動産の構成部分である動産を処分し、又は逸出させるおそれがあるときは、担保権者は、その予防を請求することができる⁽¹¹³⁾。」

前掲の部会資料 21「第 3、3」が設定者の処分権限の範囲、特に設定者の処分、逸失ないし搬出の基準を示すのに対し、同「第 3、2」は、その処分権限に基づき個別物が処分された場合の効力を定める⁽¹¹⁴⁾。これらの規定案の前提にあるのは、いうまでもなく最判平成 18・7・20（民集 60 巻 6 号 2499

(112) 担保法制部会資料 21・12 頁 1～18 行目。

(113) 担保法制部会資料 21・11 頁 25～35 行目。

(114) もっとも、部会資料 3 の「第 1、2」につき、担保法制部会第 3 回会議では、本来はこの「通常の事業（営業）の範囲」という基準は、集合動産の流出についての基準であるところ、立法化にあたっては流入と併せて設定者の権限と義務、担保権の内容を画する基準（ただし担保価値維持義務ないし補充義務がその裏付けにあることに注意）として考えるべきことが指摘された。担保法制部会第 3 回会議議事録 39 頁（井上委員発言）・45 頁（沖野委員発言）。

頁)である。担保法制部会の第25回会議において、ある委員から、上記第3「2 集合動産を目的とする担保を設定した設定者の権限」によれば、「設定者は通常の事業の範囲内で、集合動産の構成部分である動産を処分し、又は集合動産から逸失させる権限を有する」ので、「反対から」いえば、「通常の事業の範囲外であれば、集合動産の保管場所として、例えば倉庫が設定されているとすれば、そこから勝手に逸失させる権限は有しない」ことになることが指摘された⁽¹¹⁵⁾。

他方で、最判平成18・7・20は、傍論(「所在場所から搬出されずともその処分が通常の営業の範囲外であれば、譲受人は担保権の対抗を受ける」)ではあるが、「集合物から逸失した動産については、第三者がそれを担保権の負担のない状態で承継取得する余地がある」ことを示唆する。しかし、上記第3「3 集合動産の構成部分である動産の設定者による処分」では、「集合物の構成部分である状態で動産を処分した場合には書かれている」ものの、「構成部分から逸失させられてしまった状態で、そこで設定者が動産を処分したということについては書かれていない」。これについて、最判平成18・7・20の傍論の考え方を取るのか、それとも「3」のような結論を採るのか、を明確にする必要がある、と⁽¹¹⁶⁾。すなわち、「集合体から外れた状態に、通常の営業の範囲外で」倒産のような「状態が生じたときにどういうふうなことになるのかという」ことについて「3の話」とは別個議論を要する⁽¹¹⁷⁾のである。

加えて、債権と同様、集合動産について「処分し、あるいは逸失させ、といたときに、その上で処分した代金を自らのために利用できるということも当然に(設定者の処分権限に)含まれ」、個別動産は「担保権の負担を外した形で処分できる⁽¹¹⁸⁾」とする必要がある。もっとも、「最低限、処分がいわゆる権限範囲に入っている場合だったら、引渡しの前であっても、(個別動産の譲受人が)その権利を取得するということは多分、コンセンサスが

(115) 担保法制部会第25回会議議事録42頁(藤澤幹事発言)

(116) 担保法制部会第25回会議議事録42頁(藤澤幹事発言)。

(117) 担保法制部会第25回会議議事録42頁(道垣内部会会長発言)。

(118) 担保法制部会第25回会議議事録43頁(井上委員発言)。

できる」が、「(譲受人が) 権限範囲を超えたときに、引渡しもないのに、主観だけで権利取得できていいのか⁽¹¹⁹⁾」というところ(最判平成18・7・20の傍論)に関しては、コンセンサスの形成は十分ではなかった。

以上について、中間試案の補足説明は、「第3、2」において「新たな規定に係る動産担保権の目的物が特定範囲に属する動産の集合体であって、設定後に新たに動産がその集合体に加入することが予定されているもの」について、集合動産を目的とする担保権の設定者の個別動産の処分権限を、「設定契約の時点で担保権の目的物が個別に特定された動産に確定しているのではなく、その後新たな構成部分が当該範囲に加入をすることが予定されている場合には、既存の構成部分を処分し、その代金を投下して新たな構成部分を取得するというサイクルが予定されているのが通常である⁽¹²⁰⁾」ことを前提とするもの、と表現している。これは、研究会段階でも確認されたように、設定者が補充義務(担保価値維持義務)を履行する必要があることも含意している。

その後、以上の部会資料の第21の「第3の1」から「3」までの「逸出・加入」及び「処分」の概念について、これらをより明確にするための提案が部会資料25において追加され⁽¹²¹⁾、さらに部会資料27の「中間試案(案)」を経て、中間試案「第3、2」は若干の文言の修正を経てその提案にまで至り、中間試案後の担保法制部会の審議においても、部会資料28「第4 集合動産を目的とする譲渡担保権に関する規律」の「3 集合動産譲渡担保権設定者による処分」に至り、なおも中間試案「第3、2(1)」と同内容となっている⁽¹²²⁾。

3 ところで、担保設定者の処分権限との関係では、以下の議論をも参照すべきであろう。すなわち、「中間試案」とりまとめ直前の部会資料21では、以下の提案がなされていた。

(119) 担保法制部会第25回会議事録44頁(阿部幹事発言)。

(120) 「中間試案の補足説明」22頁31～34行目。

(121) 担保法制部会資料25・2頁「3 集合動産を構成する動産の『逸出・加入』及び『処分』の概念等について(部会資料21第3の1から3までについて)」。

(122) 担保法制部会資料28・16頁35行目。

「第3 集合動産・集合債権の担保化

1 動産の集合体に対する新たな規定に係る動産担保権の設定の可能性

新たな規定に係る動産担保権は、種類、所在場所、量的範囲の指定その他の方法により特定された範囲(以下「特定範囲」という。)に属する動産の集合体(設定後に新たに動産がその集合体に加入することが予定されているものを含む。)を一括して目的とすることができるものとする(注)。

(注) 集合体として扱われるための適格性に関する何らかの要件(経済的若しくは取引上の一体性又は「取引上の社会通念に照らし、構成部分が変動しても集合体としての同一性を維持して存続すると認められる」ことなど)を必要とする考え方がある⁽¹²³⁾。」

この提案に関連して、担保法制部会では、次のような議論がなされた。すなわち、「担保権の設定契約において、処分権限に合意による制約を付けることはできる」。「その合意による制約について、ある一定の事由が発生したときに、制約が強まったり、あるいは弱まったりするという⁽¹²⁴⁾」。その点については、「従来の(部会)資料において、集合物への加入が止まる時点と、設定者が構成部分の処分権限を失う時点が異なることがあり得るかという問題として議論されていたところ、設定者の処分権限は担保権者から設定者に対して合意によって付与されているのだとすると、合意によって法律とは異なるタイミングで処分権限を失わせることもできるのではないかということ」になる、と⁽¹²⁵⁾。

他方で、「部会資料の21で、集合動産の定義として、『設定後に新規加入の予定されているもの』とした上で、逸出については、設定者の権限として、『通常の事業の範囲内で処分又は逸出させる権限を有する』としつつ、そこについては、ただし書で、設定行為における別段の定めを許していると」していたので、部会「資料21は、新規加入物には及ぶのだけれども、設定行為に別段の定めをすると、逸出を許さないか、あるいは逸出された

(123) 担保法制部会資料21・10頁31～39頁、11頁1行目。

(124) 担保法制部会第26回会議事録24頁(道垣内部会長発言)。

(125) 担保法制部会第26回会議事録24頁(笹井幹事発言)。

後、処分したときの代金を全額担保権者への弁済に充てるのが、担保の中身として認められる、そういう担保権の設計ができるという前提に立っていると理解⁽¹²⁶⁾」できるものであった。

この箇所の議論は物上代位に関してなされたものではなく、「どこかの一時点で存在する在庫を、優先的、排他的に把握するのにとどまらず、継続的に入ってき続ける在庫の価値を、ずっと継続して担保権者が排他的に把握することも、資料 21 は合意をすれば認めるという立場」（いわゆる累積型の担保設定の合意）であり、これと「再度実行を例外なく強行的にできないとする立場とはどのような関係に立つ⁽¹²⁷⁾」のか、に関する議論であった。

4 では、この「特約」による処分権限の制約と、物上代位の行使要件（本稿 I 参照）との関係はどうか。

既に述べたように、「中間試案」第 1 章 担保権の効力 第 3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力 6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」が示す方向からすれば、「通常の事業の継続」中は物上代位を認めないという基本的な方向は、設定者の処分権限の範囲を広げる、もしくは狭める合意によって左右されることはなく、上記「第 3、6 (2) ア」の「別段の合意」は、個別動産の処分権限の範囲と直接関連づける必要はない。

他方、中間試案「第 3、6 (2) イ」の「権限範囲を超える処分がされた場合」に例外として物上代位を認めるかどうかは、「通常の事業の範囲」内の処分が「設定者に与えられた権限」によって画される限り、権限の範囲が「通常の事業の範囲」より特約により狭められている場合、さらに、「通常の事業の範囲」より特約により拡張されている場合に、その処分の相手方である譲受人が当該動産を取得しうるかの議論に関連することになる⁽¹²⁸⁾。

「通常の事業の範囲」より狭められた処分権限しか設定者が有しない場合、客観的に定まる「通常の事業の範囲」内であるが狭められた処分権限を超え

(126) 担保法制部会第 26 回会議議事録 24 頁（井上委員発言）。

(127) 担保法制部会第 26 回会議議事録 24 頁（井上委員発言）。

(128) 中間試案「第 3、3 集合動産の構成部分である設定者による処分」が、その処分の効力を規律する。「中間試案の補足説明」23 頁 15 行～26 頁 13 行目を参照。

る処分をした場合には、中間試案「第3、6（2）イ」の権限の範囲について「別段の合意」が存在し、その範囲を超える処分がなされたため、物上代位権行使が可能となるとも考えられる。他方で、設定者が、「通常の事業の範囲」より広く定められた処分権を有する場合、「通常の事業の範囲」を超えても、約定の処分権限で拡張された範囲を超えた処分をしない限り、物上代位をなしえない、と解することとなろう。

このように考えると、前掲の「中間試案」「第1章 担保権の効力 第3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力 6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」においては、「通常の事業の継続中」には物上代位を行えないとしつつ、その例外として「ア 当事者が特段の合意をした場合」（特約による場合）と「イ 権限範囲を超える処分がされた場合」とされているが、「ア」も「イ」も、設定者の事業の継続中には物上代位をなしえない原則を修正する点では共通する。しかし、「ア」は、事業の継続中で、通常の事業の範囲内での処分が継続されている間であっても、個別事由を特約で定めることで、物上代位を可能にする特約、いわば「物上代位行使事由列挙型特約」であるのに対して、「イ」は、事業の継続中であつ通常の事業の範囲内での処分が繰り返されている状況で、個別物の処分が「通常の事業の範囲」を超える場合に、物上代位の行使を可能にする特約（事業範囲超過処分時物上代位行使特約）であり、こちらは、必ずしも特約の有無によって物上代位権の行使の可否を左右しない、といえよう。ただし、「イ」について、さらに処分権限の範囲を「通常の事業」から縮小ないし拡張する特約によって、物上代位権行使の範囲が変わる可能性がある、ということになる。

この点、本稿Ⅱの末尾で触れたように、「権限を超える処分が認定されているときは、既に個別動産の補充でもって対応しうる状態には既になく、通常の事業は継続していない状態になっているのではないか」、という指摘⁽¹²⁹⁾、及び、中間試案「第3、2（2）」の原案である部会資料13「第2、5」の但書の体裁は、設定者の権限を失わせた上でさらにその権限を超える処分

(129) 担保法制部会第14回会議事録13頁（佐久間委員発言）。

がされないと物上代位ができない、と解する余地があるように見える、という指摘⁽¹³⁰⁾は、いずれもあたらないというべきであろう。もっとも、この処分権限に関する諸合意を「ただ単なる契約というか、債権的な契約の問題として捉えるのか、どこまでの合意を、物権内容に関する合意として捉えるのか」という問題が⁽¹³¹⁾あるという指摘は、なお看過してはならない。

Ⅳ 「通常の事業の終了」をもたらす私的実行と「固定化」——「動産・債権担保法改正に関する研究会」及び「中間試案」における「一部実行・連続実行」等に関する議論の概要

1 本章では、最決平成 22・12・2 が譲渡担保の私的実行後の物上代位権行使の事案であったことに鑑み、同様の実行方法が「新たな規定に係る担保権」の法制の下でも可能かどうかについて若干の検討を試みる。私的実行によっていわゆる「固定化」が生じ⁽¹³²⁾、設定者の「通常の事業（営業）」が終了するとすれば、最決平成 22・12・2 の示す規律により物上代位が可能となるからである。

2 まず、法制審議会担保法制部会以前に、第 18 回研究会用の研究会資料 17 において、「集合動産を目的とする担保権」の実行について、以下のような提案がなされていた。

「第 2 構成部分の変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行について

(130) 担保法制部会第 14 回会議事録 15 頁（阿部幹事発言）。

(131) 担保法制部会第 26 回議事録 26 頁（道垣内部会長発言）。なお、中間試案後の、担保法制部会資料 32・25～27 頁「第 8、3」【案 8.3.1】～【案 8.3.3】は、集合動産の担保権の設定者の処分権限につき、「通常の事業の範囲」を用いるかどうかについて、新たな議論を展開している。

(132) 「動産・債権担保法改正」以前の議論のまとめとして、小山・前出注（8）578～586 頁を参照。

1 構成部分が変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行の手続

動産譲渡担保権の目的物を範囲によって特定した場合の私的実行について、次のような規定を設けるものとする。

- (1) 動産譲渡担保権の目的物を範囲によって特定したときは、動産譲渡担保権者は、目的物を自己に帰属させる意思表示又は第三者への譲渡に先立って、設定者に対し、担保権を実行する旨を通知しなければならない。
- (2) (1)の通知が設定者に到達した後に動産譲渡担保権の目的物を特定するための範囲に含まれるに至った動産は、当該通知に係る実行手続の対象とならない。
- (3) (1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で動産譲渡担保権の目的物を特定するための範囲に含まれる動産を譲渡することができない⁽¹³³⁾。」

以上の研究会資料 17 における提案は、その後、第 26 回研究会で、再度「第 11 構成部分が変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行について」として取り上げられ、次のような提案に修正された。

「第 11 構成部分が変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行について

1 構成部分が変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行の手続

前記第 3、1 の担保取引（集合物を目的とする担保取引）における私的実行について、次のような規定を設けるものとする。

- (1) 集合物を目的とする譲渡担保権を実行しようとするときは、動産譲渡担保権者は、目的物を自己に帰属させる意思表示又は第三者への譲渡に先立って、設定者に対し、担保権を実行する旨及び被担保債権の額を通知しなければならない。

(133) 研究会資料 17・6 頁。

- (2) (1)の通知が設定者に到達した後に集合物に加入した動産は、当該通知に係る実行手続の対象とならない。
- (3) (1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合物に含まれる動産の処分権限を失う⁽¹³⁴⁾。」

ここでは、「案 7.2.1⁽¹³⁵⁾」を前提として、「実行にあたって実行通知をしなければならず、1週間の猶予期間を設けるという案を設けた関係⁽¹³⁶⁾」で、「この案を採用するのであれば、本文(1)の記載はこれと重複するから、集合動産について新たに規定を設ける必要はない。これに対し、案 7.2.2においては動産の担保所有権一般については実行通知を要するものとはしていないため、集合動産に関する規定として、本文(1)のような実行通知に関する規定を設ける必要がある⁽¹³⁷⁾」とされた。

3 また、「集合動産について1度実行がされた後に当該場所に参加してきた動産について担保権の効力が及ぶのか」について、「全部実行後の再度実行」(いわゆるシリーズ実行⁽¹³⁸⁾) および一部実行の可否の検討も開始された。

(134) 研究会資料 23 コメント付き・4 頁 23 行～34 行目。

(135) 「2 私的実行の通知

【案 7.2.1】

15 (1) 担保所有権者が前記 1 ①又は②による実行をしようとするときは、被担保債権の弁済期以後に、前記 1 ①又は②による実行をする旨及び被担保債権の額を通知しなければならないものとする。

(2) (1)の通知が設定者に到達した時から1週間が経過したときは、担保所有権者は、後記 3 に従って目的物を自己に帰属させ、又は後記 4 に従って第三者に対して目的物を譲渡することができるものとする。

【案 7.2.2】

債務者が弁済期に被担保債権の弁済をしないときは、担保所有権者は、後記 3 に従って目的物を自己に帰属させ、又は後記 4 に従って第三者に対して目的物を譲渡することができるものとする。」研究会資料 22 コメント付き 20 頁 13～24 行目。

(136) 研究会第 26 回議事録 1 頁 (法務省担当者発言)。

(137) 研究会資料 23 コメント付き・6 頁 6～9 行目。

(138) 「担保権実行後に新たに搬入された財産に対する担保の効力を認めて再度の担保権実行が許容されること。」(小林信明・大川剛平「将来財産に対する譲渡担保権の法的倒産手続開始後の効力」東京弁護士会倒産部編『担保法と倒産・金融の実務と理論——担保法の検討課題』(商事法務・2021 年) 131 頁注 (2))。沖野眞巳ほか「(座談会) 2 包括担

「全部実行後の再度実行及び一部実行の可否⁽¹³⁹⁾

- (1) 集合動産を目的とする譲渡担保権の設定において、その実行後に担保の目的の範囲を画するために設定された範囲に加入した新たな動産(新規加入物)も担保の目的とする旨の合意をすることができるかについては、これに関する規定の要否も含め、引き続き検討する。
- (2) 集合動産を目的とする譲渡担保権において、その一部を実行することが可能かについては、これに関する規定の要否も含め、引き続き検討する⁽¹⁴⁰⁾。]

提案理由は、こうである。すなわち、「担保の設定に当たり、その目的の範囲の定め方として、いったん実行がされた後の新規加入物も担保の目的となることを定めることも原則として可能⁽¹⁴¹⁾」であるから、その合意を否定するならその正当化根拠を考える必要がある。まず、「実行後の新規加入物を担保の目的とすることの弊害としては、担保権者は設定者の事業が継続する限り被担保債権全額の満足を得るまで何度でも実行することができるため、設定者の営業活動に不相当な制限を加えることになったり、他の債権者(特にその集合物について劣後する担保権を有する債権者)に不当な不利益を与える⁽¹⁴²⁾」。他方、「いつ実行通知がされるかは担保設定時には予測できず、実行通知がされた時点以降の担保対象の動産の累積の残高も予測できないから、当該累積の残高を基礎として与信がされるということは考えにくい。また、一旦実行がされれば事業の継続に致命的な影響があることも多く、その後に新規加入物が発生するということを確認に予測できる場合も少ない。したがって、当事者の合理的意思として、実行通知がされた以後に担保権設定

保をめぐる問題」東京弁護士会倒産部編・同書252～258頁、264～269頁、および田高寛貴ほか「(座談会)動産債権担保権の実行、法的倒産手続における取扱い、及び所有権留保との関係」同書313頁(藤澤発言)も参照。

(139) なお、研究会資料23コメント付き・7頁では、番号の付記についてはペンディングとなっており、ここでは番号は付されていないことに注意。

(140) 研究会資料23コメント付き・7頁26～33行目。

(141) 研究会資料23コメント付き・7頁38～39行目。

(142) 研究会資料23コメント付き・8頁5～8行目。

者が取得した新規加入物にも担保権が及ぶとは考えにくいように思われ、複数回の実行を許容する集合動産譲渡担保のニーズがどの程度存在するかには、疑問もある⁽¹⁴³⁾。」「これに対し、実行時点の集合動産の残高を基礎として与信額を算出するとしても、たまたま何らかの事情で現実の実行時点での残高が予測を大幅に下回った場合などには、全部実行後に範囲に加入する動産に当初の担保権の効力を及ぼさせるべきであるという考え方もあり得る」、という⁽¹⁴⁴⁾。

第26回研究会では、「債務者は同じ」である「が目的物の保管場所が東京、埼玉にあったり、東京でも数か所にあったり、名古屋、北海道、大阪にあったりといった件で、しかし、その譲渡担保の実行日と、実際に現場で目的物を把握する日を違えた（執行官のスケジュールと実際の保全執行をする日にちを同一日とするため）」という事例⁽¹⁴⁵⁾が紹介される。「場所的な特定をした」集合動産譲渡担保が「幾つかあって、それで東京、大阪と順次執行ができる」。「集合物が幾つかあってそれぞれの集合物全体を1つずつ実行したという評価もできる一部実行」であって⁽¹⁴⁶⁾、このような事例は、「1つの集合物譲渡担保についての量的一部実行であり」かつ「(1)のシリーズ実行（全部実行後の再度実行）」でもあり得る事例と位置づけられる⁽¹⁴⁷⁾。

第18回研究会用の研究会資料17および第26回研究会用の研究会資料23における以上の提案は、担保設定者に対する実行通知をもって私的実行が開始されることを定める。このとき、「具体的な実行のプロセスにおいては、実行の対象となる動産の範囲が確定していなければ、それを帰属させる意思表示をしたり第三者に譲渡したりすることはできないし、事前に引渡請求をすることもできないから、実行の対象となる動産の確定は実行のプロセスの初期の段階でする必要がある⁽¹⁴⁸⁾」。「そこで、構成要素が変動する集合物を

(143) 研究会資料23 コメント付き・8頁9行～17行目。

(144) 研究会資料23 コメント付き・8頁18～21行目。

(145) 研究会第26回議事録8頁（C氏発言）。

(146) 研究会第26回議事録10頁（B氏発言）。

(147) 研究会第26回議事録8頁（座長発言）。

(148) その後の「研究会報告書」69頁以下では、私的実行の方法として、従来の判例法理で認められてきた帰属清算と処分清算が規定案として提案される。研究会報告書「第4章

目的とする担保権(担保権の目的を範囲によって特定した場合)の実行に当たっては、特定物を目的とする動産譲渡担保権の実行とは異なり、設定者に対して担保権を実行する旨の通知(以下「実行通知」という。)をしなければならないこととし、実行通知が設定者に到達した後に担保権の目的を画するための範囲に加入した動産(以下「新規加入物」という。)については、その実行の対象にならないこと⁽¹⁴⁹⁾、とされた。すなわち、実行通知により、「その実行通知に係る実行のプロセスにおいてどの範囲の動産が譲渡等の対象になるかという実行手続上の問題⁽¹⁵⁰⁾」にいわゆる「固定化」の効果を認めるものであった。

4 実行通知の結果、設定者によるその後の個別動産の処分は認められなくなる。「新規加入物に対する実行をすることができなくなる一方で、既存の構成要素について引き続き設定者が処分をすることができるとすれば、その実行手続の対象となる担保目的物の価値は減少し続けることになり、担保権者に不利益が生ずる。特に、担保権の実行が一回しか予定されておらず、一回実行すれば担保権は消滅するという従来の集合動産譲渡担保においては、このような結論は当事者の意思に反する⁽¹⁵¹⁾」。「累積的な集合物を担保権の目的とすることができるものとする場合⁽¹⁵²⁾」には、担保権者の上記の不利益は一定程度回避することができるが、目的物の価格の評価をやり直したり、第三者に譲渡した目的物を引き渡すことができなくなったりすることがあり得ると、担保権の実行手続が混乱する。そこで、集合動産譲渡担保の実行通知が債務者に到達すると、債務者はその時点で集合物の構成要素となっている個々の動産の処分権を失う⁽¹⁵³⁾、として規定化された(上記第2・1(3))。この意味での「固定化」が生じていれば、実行通知の到達によりその

各論3—担保の実行」の「3 帰属清算方式による実行手続等」(同73頁)、「4 処分清算方式による実行」(同77頁)を参照。

(149) 研究会資料23コメント付き・5頁20～25行目。

(150) 研究会資料23コメント付き・6頁26行～29行目。

(151) 研究会資料17・8頁1行～6行目。

(152) いわゆる「累積型」の担保権の設定を指す。「中間試案」106～108頁を参照。

(153) 研究会資料17・8頁6行目～11行目、研究会第18回議事録19頁の法務省担当者による説明。

時点で担保設定者の個別動産の処分権限が消滅するため、設定者による通常の事業（営業）の範囲内の処分だけではなく、事実上「営業の終了」も生じるのであれば⁽¹⁵⁴⁾、最決平成 22・12・2 の示すとおり、実行通知の設定者への到達時以降は物上代位権の行使も可能となろう。これは、私的実行後に物上代位を行うという、最決平成 22・12・2 で実践された実行方法である。

もっとも、実行通知後に在庫品がさらに新規で納品されると、これらについて設定者が処分権を有しないとすれば、実行通知後、譲渡担保の対象ではない在庫品が積み上がっていく。担保権者がこれらの実行通知後の新規搬入分まで、追加的な私的実行が可能かについては、争いがある⁽¹⁵⁵⁾。例えば、在庫に 1000 万円の価値があると信じて 1000 万円を貸し付けたところ、1 回実行してみたら在庫が少なく 900 万円分しかなかったときに、10 日後にまた在庫が入ってくるならもう 1 度実行をしようか、という選択肢⁽¹⁵⁶⁾を認めるかどうかが問題となる。累積的な担保設定が許容されるなら、実行通知後に搬入された動産についても、2 度目の実行等の複数回の実行（「シリーズ実行⁽¹⁵⁷⁾」）が可能、と解釈する余地が出てくる⁽¹⁵⁸⁾。複数回の実行を可能と

(154) 研究会第 18 回議事録では、実行通知により「いきなり七首を突きつけて、そこから搬入した分には及ばないけれども、ここにある分については、固定化というか対象を限定して処分し、事業の過程で回っているはずの在庫等の動産の動きを止めると、……、それは債務者にとって息の根を止められるようなところがある」という。同第 18 回議事録 23 頁～24 頁。

(155) 研究会第 18 回議事録 20～21 頁参照。「例えば、継続的に毎月 25 日に在庫が搬入される取引をしているケースで、法的整理の申立てが一番（在庫が）少ない 20 日に行われた場合、担保権者は 25 日に在庫が搬入されるということを期待」しており、「そのような期待を何らかの形で保護する必要がある」（研究会第 18 回議事録 27 頁 B 氏発言）。また、「場所で特定されている集合物動産の場合に、場所を動かす方は問題がある（中略）。動産を動かす場合も……、新しい倉庫を造る際に動かす場合もあれば、倉庫に雨漏りが生じて移さざるを得ないというようなケースもあります。こういう場合に、設定者の権限から外れてしまうのか、即ち、これが通常の営業の範囲内なのかどうか問題」であり（担保法制部会第 3 回会議事録 43 頁（大西委員発言）、実行時にそれまでの処分が設定者の権限の範囲内でないとされると、そもそも実行の対象とはならないことになる。

(156) 研究会第 18 回議事録 26 頁。

(157) 研究会第 18 回議事録 31 頁の表現。「集合動産を繰り返して実行できるかという点については、通常はできないと考えられているものの、……通常時であれば 1000 あったはずの在庫が、実行時に」「『設定者側』の作為により 700 に下がっているケース」がある（同

するためには、1回の実行通知によって直ちに担保設定者の処分権限を剥奪しない方がよい、という考え方を採用するのであれば、1回(目)の実行通知のみで設定者の処分権限が消滅し、物上代位も可能となる、という解釈は避ける必要がある。

このとき、「担保権実行までは担保設定契約に基づいて(担保価値維持義務としての)補充義務を負」うが、担保権実行後までその補充義務がなお生きるのか。それとも、他の債権者との平等の観点から、その補充義務はもう負っていない」と考えて「以後は……補充しないようにすべき⁽¹⁵⁹⁾」なのかについての検討も必要となる。「一定の搬入義務・補充義務が(担保価値維持義務として)あるとともに、一定の搬出が通常の営業の範囲で認められるという状況が、1回目の担保の実行後も続くと言うためには、累積的に譲渡ができる、という」前提が必要ではないか⁽¹⁶⁰⁾。この「全部実行後の再度実行」を認めるかどうかの議論は、その後第19回の研究会でも議論が継続された⁽¹⁶¹⁾。

その後の「研究会報告書」において、「再度実行・一部実行」については、次のようにまとめられた。

「第4 集合動産を目的とする担保所有権の私的実行について

2 全部実行後の再度実行の可否

集合動産が担保の目的で譲渡され、一度その構成部分全部について実行がされた後、特定範囲に新たな動産が加入した場合、これにも当初の譲渡の効力が及んでいるものとして再度の実行をすることができるかどうかについて

第18回議事録28頁)。そうであれば、1回目の実行通知以降も設定者による処分を継続させ、担保目的財産の価値の回復を図ってから再度の実行を検討する方がよい、ということになる。

(158) 第18回研究会議事録23頁。

(159) 第18回研究会議事録26頁。

(160) 第18回研究会議事録27頁。

(161) 研究会第19回議事録6~7頁、9~11頁参照。なお、以上の点は、後述する「倒産手続開始の設定者が取得する財産に対して担保権の効力が及ぶか」の議論にも深く関係する。

は、仮に認めるとすればどのような範囲で認められるかなどを含め、制度が過度に複雑にならないかなどの観点も踏まえて引き続き検討する必要がある⁽¹⁶²⁾。』

〔3 一部実行の可否

集合動産が担保目的で譲渡された場合において、担保所有権者が集合物の一部について実行することが可能かについては、集合動産担保所有権において複数回の実行を許容するかどうか、実行の対象である『一部』をどのように特定する必要があるかなどに留意しながら、これに関する規定の要否も含め、引き続き検討する必要がある⁽¹⁶³⁾。』

こうして、再度実行・一部実行に関する議論は、法制審議会担保法制部会における議論に委ねられることとなった。

5 法制審議会担保法制部会第7回会議では、部会資料7「第2 集合動産を目的とする担保権の私的実行について 1 集合動産を目的とする 担保権の私的実行の手続」において、以下の案が検討された。

〔第2 集合動産を目的とする担保権の私的実行について

1 集合動産を目的とする担保権の私的実行の手続

集合物を目的とする担保取引における私的実行について、次のような規定を設けるものとしてはどうか。

- (1) 集合物を目的とする担保権を実行しようとするときは、担保権者は、目的物を自己に帰属させる意思表示又は第三者への譲渡に先立って、設定者に対し、担保を実行する旨を通知しなければならない。
- (2) (1)の通知が設定者に到達した後に集合物に加入した動産は、当該通知に係る実行手続の対象とならない。
- (3) (1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合物に含まれる動産の処分権限を失う⁽¹⁶⁴⁾。』

(162) 「研究会報告書」90頁。

(163) 「研究会報告書」92頁。

(164) 担保法制部会資料7・7頁16～26行目。

検討の焦点となったのは、実行によって流動性を喪失させ、集合物を目的とする一つの譲渡担保権を、個々の構成要素を目的とする複数の個別動産譲渡担保に転化させるプロセス、いわゆる「固定化」の意義であった。固定化概念の要否については従来から争いがあるものの⁽¹⁶⁵⁾、少なくとも「集合物の構成部分は日々変動していくため、そのうちいずれが実行対象になるのか、すなわち、どの範囲で動産の所有権が譲渡担保権者又は第三者(処分清算方式で私的実行がされた場合の譲受人)に帰属するのかをいずれかの段階で確定する必要がある⁽¹⁶⁶⁾」。本規定案での「実行通知」は、新たな規定による動産担保権について、担保権者から設定者について通知(実行開始通知)を送付し、その到達時をもって実行となる対象である個別動産を確定させる効果を持つ⁽¹⁶⁷⁾。実行通知到達後に担保権を設定させるために設定当初定めた範囲内⁽¹⁶⁸⁾に流入した個別物には担保権の効力は及ばず、実行対象にならないのが原則である⁽¹⁶⁹⁾。もっとも、その後の検討過程で、「実行開始通知の効力は、例えば後順位の担保権者などの第三者の利害にも影響するため、これによって当事者の合意によって新規加入の停止と設定者の処分権限の喪失という二つの効果が生ずることやその時期を変更することはできないが、これに加えて、当事者の合意により、新規加入が停止する事由や処分権限の喪失事由を定めることは可能である⁽¹⁷⁰⁾」とされ、また、「集合物の流動性を基礎づける二つの側面が、それぞれ異なる根拠によるとすると、当事者が定める新規加入の停止事由と処分権限の喪失事由が同一である必要はなく、これらが異なる時点で生ずることもあり得る⁽¹⁷¹⁾」、と解されている。

(165) 小山・前出注(8)578~583頁。

(166) 担保法制部会資料7・8頁11~14行目。

(167) 担保法制部会資料7・8頁24~28行目。

(168) 「中間試案」第1章第3、1は、「種類、場所、量的範囲その他の方法により特定された範囲に属する集合体」と定め、最判昭和62・11・10(民集41巻8号1559頁)による集合物の特定基準を採用している。「中間試案の補足説明」19頁以下も参照。

(169) 担保法制部会資料7・8頁24~28行目。

(170) 担保法制部会資料16・21頁32~36行目。

(171) 担保法制部会資料16・21頁36~38行目。

しかし、実行通知により設定者の処分権限が全て消滅し、実行の対象が全て確定すると解すると、いったんこれらについて実行がなされたものの、被担保債権全額を満足するに足りない状況が生じ、一方で、設定者が実行通知後に担保権の成立する範囲内に流入してきた個別物に担保権が及ばないと解すると、担保権者の保護に欠けるのではないか。この論点を扱うのが、「全部実行後の再度実行の可否」及び「一部実行の可否」であり、研究会での検討後、担保法制部会第7回以降でも扱われることとなった。

「実行後の再度実行の可否」については、「累積的な担保設定」（新たな規定に係る集合動産担保権について、担保権がいったん実行された後の新規加入物になお担保権の実体的な効力が及ぶという意味での）の合意が認められるかどうかを検討する必要がある⁽¹⁷²⁾。また、「一部実行の可否」は、そのような累積的な担保設定の合意が認められないことを前提として、担保権者が集合動産の一部について実行した場合に、その一部についてのみ固定化が生じるか、を扱うものである⁽¹⁷³⁾。

部会資料7は、以上の2点について、以下の問題提起を行う。

〔第2 2 実行後の再度実行の可否〕

担保の目的財産とされた集合動産について、実行の時点で存在する構成部分である動産全部について実行がされた後、特定範囲に新たな動産が加入した場合、これにも当初の担保の効力が及んでいるものとして再度実行をすることができるかどうかについて、どのように考えるか⁽¹⁷⁴⁾。〕

〔3 集合物の一部について実行がされた場合の効果〕

集合動産に担保権が設定され、担保権者が集合物の一部について実行した場合に、その他の部分について流動性が維持されるか、その他の部分についてその後の実行が可能であるかなど、一部実行がされた後の法律関係について、どのように考えるか⁽¹⁷⁵⁾。〕

(172) 「中間試案の補足説明」106頁36行目～107頁2行目。

(173) 「中間試案の補足説明」108頁24～26行目。

(174) 担保法制部会資料7・10頁25～29頁。

(175) 担保法制部会資料7・12頁15～18行目。

担保法制部会第 7 回においては、累積的な担保権設定を認めると、過剰担保のように、濫用的な担保権実行もしくは担保権設定がなされてしまう（他から融資を受けるチャンスを事実上奪い取る形で担保を取って、さらに再度実行で根こそぎ回収を図る⁽¹⁷⁶⁾であるとか、被担保債権の額を大きく超える動産に担保権が設定され、財産の処分や新たな資金調達が困難になる、担保債権者に対する弁済の原資がなくなる⁽¹⁷⁷⁾等）とか、一度実行をしてしまえば設定者は事業の継続が困難になるから、果たしてそのような累積的な担保設定のニーズがあるかどうか疑問であり⁽¹⁷⁸⁾、そのような配慮については、むしろ倒産手続開始後に設定者が取得した財産に担保権の効力が及ぶかどうかの論点で扱うべき⁽¹⁷⁹⁾、という指摘がなされた。

また、一部実行については、研究会での議論と同様、「複数の保管場所を持つ債務者について、その保管場所や運送中の在庫なども含める趣旨で在庫一切という担保権設定をしたという事案において、そのうち A 倉庫の在庫について差し当たり担保権の実行をしたという場合に、それ以外の場所にある在庫についての実行可能性がどうなるのか」、及び、「運送中だった動産がその後 A 倉庫に運び込まれたというような場合には、A 倉庫が安全地帯になってしまって、A 倉庫に運び込まれた限りは二度と実行の対象とならないのか」等について、検討する必要があるとされた⁽¹⁸⁰⁾。

6 以上の「第 2、2 実行後の再度実行の可否」及び「3 集合物の一部について実行がされた場合の効果」に関する議論を、物上代位の可否との関

(176) 担保法制部会第 7 回会議事録 26 頁（佐久間委員発言）、同 22～23 頁（井上委員発言）。むしろ、そのようなニーズには事業成長担保権で対応すべき、という指摘である。同 29 頁（本多委員発言）、同 31 頁（阪口幹事発言）も参照。

(177) 部会資料 7・11 頁 31～33 行目。

(178) 担保法制部会第 7 回会議事録 26 頁（佐久間委員発言）、同 27 頁（大澤委員発言）、

(179) 担保法制部会第 7 回会議事録 27 頁（大澤委員発言）、同 29～30 頁（本多委員発言）。また、生熊長幸「集合動産譲渡担保の目的物の範囲の特定と実行方法」立命館法学 399・400 号（2021 年）51～54 頁も参照。

(180) 担保法制部会第 7 回会議事録 28 頁（藤澤幹事発言）。研究会での議論を前提とするコメントとして、松尾吉洋・石川直基「集合動産譲渡担保権の私的実行」金法 2172 号（2021 年）56 頁がある。

係でみると、最決平成 22・12・2 のように、個別物に対する担保権実行後、未回収債権についてさらに物上代位の差押えをする、という例は、形式上は「全部実行後の再度実行」に類似するものの、むしろ「一部実行」としての実質を有するように思われる。というのはこうである。すなわち、最決平成 22・12・2 は、個別物である生け簀の養殖魚に対して譲渡担保の私的実行がなされた後、設定者の廃業後に損害保険金請求権の実質を有する共済金請求権に対して物上代位の差押えがなされた事案であった。このとき、物上代位の差押えの対象である債権は、当初集合動産の担保権の実行対象となった動産の売却代金債権のように直接の牽連性があるとは限らず、一応別個の担保目的物であると解するならば、このような担保権の実行は、「一部実行」といってよいであろう。

ただ、研究会と法制審議会担保法制部会で議論された類型の「一部実行」は、あくまで別々の場所にある倉庫に複数の集合動産の譲渡担保が設定され、その一部が実行の対象となる、という事例である。これに対して、最決平成 22・12・2 は、本来の集合動産に対する私的実行と、それら集合動産についての損害保険金請求権に対する物上代位という、二段構えの実行形態である。本稿は、このような態様での実行も、当初の担保目的物とは異なる目的財産について、それぞれ実行がなされたと捉え、「一部実行」として検討するものである。

7 以上の担保法制部会第 7 回資料の検討を経て、集合動産の担保権に関する私的実行の手続一般については、担保法制部会資料 16 において以下のように提示された。

〔第 3 集合動産を目的とする担保権の私的実行について〕

1 集合動産を目的とする担保権の私的実行の手続

集合物を目的とする担保取引における私的実行について、次のような規定を設けるものとしてはどうか。

- (1) 集合物を目的とする担保権を実行しようとするときは、担保権者は、目的物を自己に帰属させる意思表示又は第三者への譲渡に先立って、設定者に対し、担保を実行する旨を通知しなければならない。

- (2) (1)の通知が設定者に到達した後に集合物に加入した動産には、担保権の効力は及ばない。ただし、その到達の時点で集合物の構成部分であった動産と分別して管理されていないときは、この限りでない。
- (3) (1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合物の構成部分であった動産の処分権限を失う⁽¹⁸¹⁾。」

部会資料 7「第 2、1」との違いは、(2) は部会資料 7「第 2、1」と異なり、担保権が及ぶか否かという実体法上のルールとして定められていること⁽¹⁸²⁾、および、上記部会資料 16「第 3、1 (2)」は、(2) に但書が追加された点である。その本文において実行通知後の新規加入物には担保権の効力が及ばないことを原則とした上で、但書において「設定者が適切にその分別をしていない場合には、分別されていない新規加入物にも担保権が及ぶという例外を設けるもの⁽¹⁸³⁾」と位置づけられる。

他方、部会資料 16 における「実行後の再度実行の可否」、「一部実行の効果」については、次のような提案とされた。

「第 3 2 実行後の再度実行の可否

担保の目的財産とされた集合動産について、実行の時点で存在する構成部分である動産全部について実行がされた後、特定範囲に新たな動産が加入した場合、これにも当初の担保の効力が及んでいるものとして再度の実行をすることはできないものとしてはどうか⁽¹⁸⁴⁾。」

「第 3 3 集合物の一部について実行がされた場合の効果

集合動産に担保権が設定され、担保権者が集合物の一部について実行した場合には、当該一部が所在場所によって他の部分と区別される場合を除き、その他の部分にも上記 1(2)及び(3)の効果が生じるものとしてはどうか⁽¹⁸⁵⁾。」

(181) 担保法制部会資料 16・19 頁 27～38 行目。

(182) 担保法制部会第 18 回会議事録 38 頁 (工藤関係官発言部分)。

(183) 担保法制部会資料 16・20 頁 28～29 行目。

(184) 担保法制部会資料 16・22 頁 34 行目～23 頁 2 行目。

(185) 担保法制部会資料 16・24 頁 15 行～18 行目。

「全部実行後の再度実行の可否」について、「集合物を目的財産とする担保権が一旦実行されても、その後に構成部分となった動産を含む集合物に担保権の実体的な効力が更に及ぶという趣旨での累積的な担保権設定の合意をした場合に、その合意内容のとおり効力を認めるかどうかという問題⁽¹⁸⁶⁾」につき、第7回会議（第1読会）において否定的な意見が強かった⁽¹⁸⁷⁾ことを反映して、そのような累積的な担保設定の合意を認めないとした。また、一部の委員から、再度実行の禁止の規律は、いったん実行するとそれによって既存の担保権は全て消滅する、という前提があるのではないか、その前提があってこそ、先順位担保権の実行によって後順位担保権も固定化するのではないか、という指摘がなされた⁽¹⁸⁸⁾。集合物の担保権については、劣後担保権は固定化せず、先順位担保権が実行された個別物には及ばず、その後の新規加入物について及ぶ、という解釈もあり得るのではないか、という指摘である⁽¹⁸⁹⁾。この指摘を受ければ、「第3、1(2)但書」の規律の射程が問題となり得る。

また、「一部実行の可否」については、「担保権者は実行に当たって固定化が生じる範囲として集合動産の一部を指定することができるかという問題⁽¹⁹⁰⁾」につき、「第3、2」において累積的な担保設定の合意が認められないならば、いったん実行が完了した部分に再度の実行を観念することはできないから、残部について2度目の実行をするためには、実行済みの部分と残部の部分とが所在場所によって区別されないと、残部について流動性が維持されないことになる⁽¹⁹¹⁾。「しかし、保管場所が前もって区別されている場合には、むしろそれぞれの保管場所毎に別々の集合物に対する担保権設定の合意がなされていると解するなら、一時実行ではなくその一つの合意部分に対する全部実行がなされた」と解することになる⁽¹⁹²⁾。」ただ、審議会では、

(186) 担保法制部会資料 16・23 頁 7～10 行目。

(187) 担保法制部会資料 16・23 頁 12～22 行目参照。

(188) 担保法制部会第 19 回会議議事録 5 頁（片山委員発言）、同 6～7 頁（阿部幹事発言）。

(189) 担保法制部会第 19 回会議議事録 7 頁（阿部幹事発言）。

(190) 担保法制部会資料 16・24 頁 23～24 行目。

(191) 担保法制部会資料 16・24 頁 33～36 行目。

(192) 担保法制部会資料 16・25 頁 10～14 行目。

このような合意の解釈によって、再度実行は原則として認められないという規律がすり抜けられることへの警戒感が示された⁽¹⁹³⁾。

8 その後の「担保法制の見直しに関する中間試案」において、集合動産の担保権の再度実行・一部実行については、以下のようにまとめられた。

「第11 新たな規定に係る集合動産担保権の実行

2 実行後に特定範囲に加入した動産に対する再度実行の可否

新たな規定に係る集合動産担保権の担保権者は、実行の時点で存在する構成部分である動産全部について実行をした後に新たに特定範囲に加入した動産に対して、当初の担保の効力が及んでいるものとして再度の実行をすることはできないものとする(注)。

(注) プロジェクト・ファイナンス等の現在の実務に影響を与えることがないか、事業担保等の他の制度との関係にも留意しつつ、引き続き検討する⁽¹⁹⁴⁾。』

「第11 3 集合動産の一部について実行がされた場合に固定化が生ずる範囲

前記1(1)の通知の到達による前記1(2)及び(3)の効果は、その集合動産全体について生ずるものとし、ただし、その通知において、【所在場所により特定された範囲／種類、所在場所、量的範囲の指定その他の方法により特定された範囲】を実行の対象として指定したときは、この限りでないものとする⁽¹⁹⁵⁾。』

「実行後の再度実行の可否」については、中間試案「第11、2」において「累積的な担保権設定」の合意は認められないとの整理がなされたのに対し⁽¹⁹⁶⁾、「一部実行の効果」については、「少なくとも、固定化が生ずる一部と固定化が生じない残部とを明確に区別することができるなどの一定の要件を満たす場合には、実行通知において集合動産の一部を実行の対象として指

(193) 担保法制部会第18回会議議事録52頁(道垣内部会長発言)。

(194) 「中間試案の補足説明」106頁19～24行目。

(195) 「中間試案の補足説明」108頁16～20行目。

(196) 「中間試案の補足説明」108頁7～8行目。

定することによって、当該一部についてのみ固定化を生じさせることができる⁽¹⁹⁷⁾」、と整理された。この経緯から見る限り、最決平成22・12・2のように、当初個別物について私的実行をした後に、集合動産の処分から派生した債権について物上代位で差し押さえる、という実行方法は、当初に私的実行する部分を選択し、その後物上代位権を行使することで、当初実行した担保の目的財産と異なる財産に新たな実行を行うという態様での「一部実行」と評価するならば、この中間試案の規律の下でも否定されていない、と評価できそうである⁽¹⁹⁸⁾。

(197) 「中間試案の補足説明」109頁19～22行目。なお、和田勝行「集合担保の法的構成をめぐる議論と今後の方向性」ジュリスト1579号(2023年)25頁および26頁注(31)も参照。

(198) 他方で、中間試案では、集合動産に限らず、新たな規定に係る動産担保権の実行一般については、次の整理が示された。

「第11 新たな規定に係る集合動産担保権の実行

1 新たな規定に係る集合動産担保権の実行の手続

新たな規定に係る集合動産担保権の実行について、次の規定を設けるものとする。

- (1) 新たな規定に係る集合動産担保権の私的実行をしようとするときは、担保権者は、帰属清算の通知(担保権者が評価した目的物の価額が被担保債権額を超える場合にあっては、これに加えて清算金の提供等)又は第三者への目的物の処分に先立って、設定者に対し、担保を実行する旨を通知しなければならない。
- (2) 上記(1)の通知が設定者に到達した後に集合動産に加入した動産には、担保権の効力は及ばない。ただし、その動産が上記(1)の通知が到達した時点で集合動産の構成部分であった動産と分別して管理されていないときは、この限りでない。
- (3) 上記(1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合動産の構成部分であった動産の処分権限を失う。
- (4) 上記(1)の通知は、設定者の承諾を得なければ、撤回することができない。
- (5) 上記(4)の撤回は、上記(1)の通知の時に遡ってその効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない。」「(中間試案の補足説明)101～102頁)。

上記の中間試案「第11 1」は、その(1)から(3)までは、「研究会報告書」の「第4 1」の(1)から(3)までにほぼ等しく、これに通知の効力発生時期に関する

(4)(5)を追加したものとなっており、大きな変化はみられない。ただし、上記(3)

(4)は、「第10 同一の動産に複数の新たな規定に係る動産担保権が設定された場合の取扱い」の「1 劣後担保権者による私的実行の可否及び要件」、「第10 2 優先担保権者の同意なくされた劣後担保権者による私的実行の効果」、及び「第10 3 新たな規定に係る動産担保権の私的実行にあたっての他の担保権者への通知」を前提とする(「中間試案の補足説明」90頁、92頁、94～95頁を参照)。特に、上記「第10、3」について、優先する担保権者の「私的実行がされた場合における劣後担保権者の権利行使方

V 「倒産手続開始後に設定者が取得した財産に対する 実行の可否」をめぐる議論の変遷と固定化

1 以上の「(一部) 実行後の再度実行の可否」については、「平時において、集合物を目的財産とする担保権が一旦実行されても、その後に構成部分となった動産を含む集合物に担保権の実体的な効力が更に及ぶという累積的な担保権設定の合意の効力をどのように考えるかが問題となるが、仮に平時においてそのような合意の効力を認めるとしても、倒産手続開始後において異なる取扱いとすることはあり得る⁽¹⁹⁹⁾」との問題提起もなされた。すなわ

法としては、設定者が受けるべき清算金請求権への物上代位」、すなわち、「劣後担保権者が清算金への物上代位権の行使によって被担保債権の回収を図ることができるよう、優先担保権者による私的実行に際して、劣後担保権者に対してその旨を通知することにより、劣後担保権者が権利行使をする機会を確保する」ことになる(「中間試案の補足説明」95頁28～30行目。この点につき、生熊長幸「担保目的取引規律型・担保物権創設型および動産譲渡担保権・留保所有権の実行方法について(2・完)」立命館法学398号(2021年)220～22頁を参照)。もっとも、優先もしくは劣後する動産担保権者が占有改定によって対抗要件を備えていた場合、この者に対して担保権の実行通知が送られるかどうかは定かではない。「新たな規定に係る担保権」について、中間試案では、それまで議論されてきた「担保ファイリング」構想を放棄して、動産譲渡登記を改良することを目指す案が示された(「中間試案の補足説明」51～57頁)。「新たな規定に係る担保権の私的実行に当たり、登記を備えている者を通知の相手方とするのであれば、通知の相手方の範囲が明確に画されることとなるから、担保権者の通知の負担は大きいものではない。また、登記を備える者に限って通知を受けられるものとすることによって、登記優先ルールとあいまって登記を備えるインセンティブが高まる結果、登記の公示性を高めることができる」(「中間試案の補足説明」96頁11～15行目)。本稿第1章で列挙した中間試案の「第1章第1、7 物上代位」の(3)における【案1.7.1】ないし【案1.7.2】のいずれが採用されるかによって、物上代位全般だけでなく、集合動産の担保権に基づく物上代位においてさえ、他の権利との優劣の決定基準が定まることになる。ただ、動産譲渡登記を物的編成主義の不動産登記に近づけるのが今後の改正の動向であるとしても、登記一元化を見送り、不完全な公示手段である占有改定をそのまま対抗要件として残す限り、不動産登記と同様の機能、例えば抵当権の順位譲渡・放棄を動産担保権において実現することは困難になる。また、所有権留保についても物上代位が認められるなら、対抗要件を不要とする案(中間試案「第2章第4(1)(ア【案4.2.1.1】)でも、「引渡し」によるとする案(【案4.2.1.2】)でも、物上代位権の公示には問題が残る。

ち、「倒産手続開始後においてそのような合意の効力を認めるとすると、管財人又は再生債務者が費用を投下して事業を継続したことによって発生した動産が担保権者の優先弁済に充てられ、一般債権者の負担の下で別除権者が利得を得ることになって相当でないという問題が妥当」し、また、「担保権者による再度実行が行われるとその動産を用いることができなくなるから、担保権者による再度実行があり得る状態で事業の再生を目指すことは困難になる⁽²⁰⁰⁾」、というのである。

もっとも、既にみたように、中間試案「第 11、2」は、全部実行後の再度実行を認める累積的な担保権設定の合意を認めないとする方向を示している⁽²⁰¹⁾から、以上の問題提起について詳しく検討する必要はないとも考えられる。そのため、以下ではこの「倒産手続開始後に設定者が取得した動産に担保権の効力が及ぶか」に関する議論について、物上代位に関連すると考えられる部分のみに絞ってごく簡単に検討するにとどめる。

2 従来、動産売買先取特権に基づく物上代位について、買主の破産手続開始決定後でも物上代位権行使が可能であるとされてきた（最判昭和 59・2・2 民集 39 巻 5 号 1326 頁）。また、動産・債権担保法改正の中間試案においても、「新たな規定に係る担保権」は、倒産手続においては別除権（破産法 2 条 10 項、民事再生法 53 条）ないし更生担保権（会社更生法 2 条 11 項）として手続外で行使し得ることとされている⁽²⁰²⁾。

他方で、本稿 I ですでに述べたように、中間試案における集合動産・債権を目的とする「新たな規定に係る担保権」に基づく物上代位については、担保設定者の事業が終了した場合にのみ物上代位をなし得ることを原則とし、例外として特約のある場合、および、設定者の処分がその処分権限を超える場合にも行使可能とする⁽²⁰³⁾。

(199) 担保法制部会資料 9・11 頁 23～27 行目。

(200) 担保法制部会資料 9・11 頁 28～33 行目。

(201) 担保法制部会での議論について、担保法制部会第 21 回会議議事録 12～29 頁を参照。

(202) 「中間試案第 4 章 担保権の倒産手続における取扱い 第 16 別除権としての取扱い」。
従来の判例として、最判平成 22・6・4 民集 64 巻 4 号 1107 頁（所有権留保につき、再生手続上別除権として扱う）、最判昭和 41・4・28 民集 20 巻 4 号 900 頁（更生担保権）。

(203) 「中間試案」第 3、6。

では、集合動産の「新たな規定に係る担保権」の設定者につき倒産手続が開始されたとき、当該担保権者が別除権として物上代位をなし得る要件はどのようなか。

前提として、一般的には、担保への実行の着手が行われてはじめて設定者の処分権限が失われると解され、それまでは、設定者は通常の事業(営業)の範囲内で個別動産の処分権限を有すると解されている⁽²⁰⁴⁾。他方で、倒産手続の開始によって設定者が集合物のその時点での構成部分の処分権限を失うとすれば、事業の円滑な継続に支障が生ずる。また、会社更生手続においては、担保権者が担保権を実行することができないため、手続開始時の構成部分については設定者も担保権者も処分することができないことにならないかも問題になる⁽²⁰⁵⁾。

従来の議論としては、「倒産手続開始決定によって集合物は固定化し、その後の新規加入物には担保権は及ばないとする見解、倒産手続開始後の新規加入物にも担保権の効力は及び、譲渡担保権者による実行によって担保目的物が固定されるという見解、倒産手続開始時の価値枠で固定するという見解などがあるが、将来債権の譲渡と同様に、近時は倒産後の新規加入物にも担保権の効力が及ぶという見解が有力になっている」、とされる⁽²⁰⁶⁾。

3 中間試案直前の部会資料22「第19 倒産手続開始後に生じ、又は取得した財産に対する担保権の効力」「2 倒産手続の開始後に取得した動産に対する担保権の効力」は、「二読資料から実質的な変更はない」とされ⁽²⁰⁷⁾、部会資料17の「第4 倒産手続開始後に生じ、又は取得した財産に対する担保権の効力」「2 倒産手続の開始後に取得した動産に対する担保権の効力」

(204) 担保法制部会資料9・10頁12～13行目。

(205) 担保法制部会資料9・10頁32～35行目。

(206) 「中間試案の補足説明」162頁15～21行目。野村剛司・赫高規・赤木翔一「担保法制への提言第7回 倒産手続中に生じ又は取得した財産に対する担保権の効力」金法2177号(2022年)64頁、72頁以下、小林・大川・前出注(138)144～147頁。倒産手続開始によって固定化が生じるかについては、小山・前出注(8)585頁を参照。集合債権譲渡担保に関する議論の簡単なまとめとして、小山泰史「日本民法学史・流動(集合)債権譲渡担保」平井一雄=清水元編『日本民法学史・続編』(信山社・2015年)217～255頁特に251～254頁。

(207) 担保法制部会資料22・30頁25行目。

と軌を一にする。

その部会資料 17 の「第 4、2」は、以下のような提案であった⁽²⁰⁸⁾。

〔2 倒産手続の開始後に取得した動産に対する担保権の効力

集合動産を目的財産とする担保権の設定者について倒産手続が開始された場合に、この担保権の効力が、倒産手続開始後に管財人又は再生債務者が当事者となった契約に基づいて取得した動産に及ぶか否かについては次のような考え方があるが、どのように考えるか。

【案 17.4.2.1】倒産手続が開始された後に取得した動産には担保権の効力が及ぶが、優先権を行使することができるのは、倒産手続開始時まで取得した動産の評価額を限度とする（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によっては、処分権限を失わない。）。

【案 17.4.2.2】倒産手続が開始された後に取得した動産であっても、担保権者が担保権を実行するまで（実行通知が設定者に到達するまで）に取得したのものには、担保権の効力が及ぶ（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によっては、処分権限を失わない。）。

【案 17.4.2.3】倒産手続開始後に取得した動産には、担保権の効力は及ばない（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によって処分権限を失う。）。

この提案の前身は、担保法制部会資料 9 の「第 1、2」である。すなわち、〔2 倒産手続の開始後に取得した動産に対する担保権の効力 集合動産を目的財産とする担保権の設定者について倒産手続が開始された場合に、この担保権の効力が、倒産手続開始後に管財人又は再生債務者が当事者となった契約に基づいて取得した動産に及ぶか否かについて、どのように考えるか。〕との問題提起⁽²⁰⁹⁾に対して、「①手続開始後の新規加入物にも担保権は及ぶ一方で設定者も処分権限を失わないこととするが、担保権者が把握すること

(208) 担保法制部会資料 17・31 頁 1～14 行目。

(209) 担保法制部会資料 9・9 頁 10～13 行目。

ができる価値は倒産手続開始時の評価額を限度とする、②民事再生手続及び会社更生手続においても、その開始によって、その後の新規加入物には担保権が及ばなくなるとともに、設定者は個別動産の処分権限を失うものとする」ことが考えられる。さらに、動産については「集合動産」が担保権の目的財産であることからすると、「③手続開始後の新規加入物にも担保権は及ぶ一方で設定者も処分権限を失わないこととするが、管財人又は再生債務者に『固定化』の権限を付与し、管財人又は再生債務者の意思表示があったときは、それ以降に生じた新規加入物には担保権は及ばず、設定者は個別動産の処分権限を失うものとする(担保権者も実行開始通知をすることによって同様の効果を生じさせることができるので、どちらかがあった時点で効果が生ずる)。」との3つの考え方が示された⁽²¹⁰⁾。

部会資料9の以上の説明は、「現在では民事再生手続又は会社更生手続の開始によって『固定化』は生じないという見解が有力である」ことを出発点としている⁽²¹¹⁾。

4 流動動産譲渡担保においては、最決平成22・12・2の示すとおり、「通常の営業(事業)」が設定者に継続される限り原則として物上代位は認められないのであるから、倒産手続が開始されることによって「通常の事業(営業)」が継続されなくなるのかが、重要である。まず、倒産手続の開始によって、直ちに設定者の事業(営業)の全てが終了するとは考えにくい。破産手続開始決定が出て、営業活動ないし設定者の事業がすぐさま清算に到るわけではない。ましてや、民事再生の申立てがなされても、再生手続自体が事業の継続を目指す手続である以上、事業活動の終了を観念する前提を欠く。また、実行後ないし倒産手続開始後の新規流入物に担保権の効力が及ぶなら、個別動産の売却と新たな仕入れという循環が継続することが前提とされるから、この時点に到ってもなお「事業(営業)活動」の終了が生じたといい得るかは微妙である。

これらの点に関連して、中間試案「第19、2」は、以下のような規定案を

(210) 担保法制部会資料9・10頁17～27行目。

(211) 担保法制部会資料9・10頁28～29行目。

示す。

〔第 19 倒産手続開始後に生じ、又は取得した財産に対する担保権の効力

2 倒産手続の開始後に取得した動産に対する担保権の効力

新たな規定に係る集合動産担保権の設定者について倒産手続が開始された場合に、当該担保権の効力が、管財人又は再生債務者を当事者とする契約に基づいて倒産手続開始後に取得した動産に及ぶか否かについては次の 3 案のいずれかによるものとする。

【案 19.2.1】倒産手続が開始された後に取得した動産には担保権の効力が及ぶ（注）が、優先権を行使することができるのは、倒産手続開始時まで取得した動産の評価額を限度とする（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によっては、処分権限を失わない。）。

【案 19.2.2】倒産手続が開始された後に取得した動産であっても、担保権者が担保権を実行するまで（実行通知が設定者に到達するまで）に取得したのものには、担保権の効力が及ぶ

（注）（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によっては、処分権限を失わない。）。

【案 19.2.3】倒産手続開始後に取得した動産には、担保権の効力は及ばない（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によって処分権限を失う。）。

（注）ここで「担保権の効力が及ぶ」とは、倒産手続が開始した後に取得した動産の換価価値から担保権者が優先弁済を受けることができるという趣旨であり、個別の動産が担保権の目的になることを必ずしも意味しない（集合物論を前提とすれば、倒産手続が開始した後に取得した動産を含む集合物が担保権の目的になると構成される。）⁽²¹²⁾。〕

倒産手続開始によって「固定化」が生じ、設定者の処分権限が消滅すると解するなら、その時点で「通常の事業」も終了して、以後、別除権としての

(212) 「中間試案の補足説明」161 頁 27～162 頁 12 行目。

物上代位権行使が可能となるとも解し得る。【案 19.2.1】および【案 19.2.2】は、倒産手続の開始によっても設定者の処分権限は消滅しないとすることから、通常の事業が継続されるため、物上代位をすることは認められない。【案 19.2.3】のみが、倒産手続の開始によって物上代位が可能となる、と解し得る。もっとも、中間試案「第3.6(2)ア・イ」の例外、すなわち、通常の事業が終了していない段階でも「ア 当事者が別段の合意をした場合」、および「イ 権限範囲を超える処分がされた場合」については、例えば民事再生手続の再生債務者が、当初の担保設定者の地位をそのまま承継して、当該「集合動産に係る新たな担保権」者との間の特約に拘束されるのかを検討する必要がある。

5 なお、研究会段階からなされた議論で、「倒産手続開始後によっていわゆる「固定化」が生じ、新規加入物が生じない「いう場合でも、その後に費用負担の問題が生じる」ことが指摘されていた⁽²¹³⁾。このとき、「ある商品の在庫が担保となっているとして、ある商品を得ればその代金でまた新しく在庫を仕入れることができる」場合に、譲渡担保権者がその実行をせず(設定者に)処分権限を与える場合、担保権者としては「自分が担保権を持っていたものが担保権の対象から外れて、その対価が別に物上代位をするわけでもなく、新しいものになっていく」ならば、「担保権者がその費用⁽²¹⁴⁾を負担している」とみる余地もある。そのいっぽうで、「在庫が増えたりその価値が増えていくという場面を考えると、循環していても結果的に倒産財産の中からお金が新しく出て、担保の目的物が補充されていく」場面では、「購入費用等を倒産財団が負担している⁽²¹⁵⁾」とされる。

集合動産では、実行時・倒産手続開始時に担保権の効力を止める(固定

(213) 研究会第21回議事録20頁(法務省担当者発言)。

(214) 研究会資料19・1頁「第1動産・債権等を目的とする担保権の倒産手続における取扱い 1 担保の目的である財産に係る費用の負担譲渡担保権の設定者について倒産手続が開始した場合に、倒産手続開始後に生じた担保の目的である財産に係る費用の負担者に関する規律を設けるかどうかについて、どのように考えるか。」この点につき、「研究会報告書」129頁以下、中間試案「第4章第20 担保権の実行がされた担保目的財産に関する費用の負担」および「中間試案の補足説明」164頁を参照。

(215) 研究会第21回議事録21頁(法務省担当者発言)。

化)するのが一般的にとらえ方であるとするれば、「そこから後は、もう数次の実行はできない」こととなり、実行後等の担保権者の費用負担等を議論する必要はなく、逆に、実行後ないし倒産手続開始後に新規流入する動産・債権に担保権の効力が及ぶと解した場合（累積的な譲渡担保の設定である場合）に初めて、実行後等の費用負担の問題を考える必要が生じることになる⁽²¹⁶⁾。

VI 結びに代えて

1 中間試案公表後のパブリックコメントでは、中間試案「第1、7 物上代位」の(1)(2)については、「現在の判例通説の立場に沿うもの」であり、現行法の抵当権等と同様に扱う点で異論はみられない⁽²¹⁷⁾。しかし、同(3)については賛否が分かれる。【案1.7.1】に賛成する意見では、動産譲渡登記を抵当権設定登記による公示と同列に扱うことは困難であるという評価を出発点として、その公示性の低さから、「新たな規定に係る担保権」による物上代位の差押えの時点と、目的債権を担保の目的とする債権担保権が対抗要件を具備した時点とを基準時とすべき、という意見が顕著である。また、【案1.7.1】を前提に、【注】の規律に賛成する意見もあった。これに対して、【案1.7.2】を支持する意見としては、動産への担保権設定と同時にその保険金請求権等への担保権設定を併用する実務対応はなされていないので、【案1.7.1】は支持できないであるとか、動産担保権の対抗要件具備が登記による場合に限ってこの案を支持する意見があった⁽²¹⁸⁾。また、2つの

(216) 研究会第21回議事録23頁(G氏発言)。一部実行後の残部実行を認める必要は、累積型でないスクリーンショット型の譲渡担保設定では不要であることとなる。「スクリーンショット型」と「累積型」については、「動産・債権担保法制に関する研究会」研究会資料18・10頁～11頁注(28)および研究会資料24・27頁注(74)、さらに、(最終)報告書149頁注(237)に詳しい記述がある。また、井上聡「担保権者が把握するものと一般債権者に残すもの」東京弁護士会倒産法部編『担保法と倒産・金融の実務と理論——担保法の検討課題』(商事法務・2021年)91頁、中原利明「銀行取引実務の視点から」ジュリスト1579号(2023年)43頁も参照。また、費用負担について、田高寛貴ほか・前出注(138)318～320頁も参照。

(217) 担保法制部会資料29-1・22頁35～37行目。

案の折衷案を主張する意見もみられた⁽²¹⁹⁾。

この2つの案の採否は、今後の動産譲渡登記の制度設計によるところが大きいことは確かだろう。

2 次に、中間試案「第3、2 集合動産を目的とする新たな規定に係る担保権を設定した設定者の権限」の(1)については、反対する意見はみられず⁽²²⁰⁾、設定者が「通常の事業の範囲」内で個別動産を処分し得る点には、コンセンサスがあるといってよい。ところが、「第3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力」「6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」については、賛否が大きく分かれている。

おそらくその理由は、最決平成22・12・2の理解にあると思われる。まず「第3、6(1)」については、「通常の事業の範囲」内での処分により「担保権の付着しない」態様で個別動産が処分される以上、物上代位は認められるべきであるとの意見に対して、(1)に反対する意見は、通常の事業を継続している間に物上代位権行使を認めないという制約は、被担保債権の債務不履行を要件としない代替的物上代位(最決平成22・12・2のように損害保険金請求権の場合等)の場合に限定すべき、とする⁽²²¹⁾。

最決平成22・12・2が示した「通常の事業の継続中は物上代位権行使ができない」というルールの特例である「別段の合意」((1)(ア))について、例えば、「設定者の処分権限を当事者間で合意できるなら、物上代位も当事者間の合意によってよい」という賛成意見に対して、最決平成22・12・2の判示事項の趣旨も不明であるから明文化は避けるべき、との反対意見がみられる⁽²²²⁾。さらに、通常の事業の継続中でも設定者の処分「権限範囲を超える処分がされた場合」に物上代位を認める「(2)(イ)」については、最決平成22・12・2を前提とすればこの例外を規定すべきである、という賛成意見のほか、「33、3 集合動産の構成部分である動産の設定者による処分」と関

(218) 担保法制部会資料29-1・24頁23~32行目。

(219) 担保法制部会資料29-1・25頁21行目。

(220) 担保法制部会資料29-1・43頁2行目~44頁23行目。

(221) 担保法制部会資料29-1・59頁19~27行目。

(222) 担保法制部会資料29-1・59頁5~7行目、同15~16行目。

連づけての検討が不可欠、という指摘がなされた⁽²²³⁾。他方、反対意見として、通常の事業の継続中は、権限の範囲を超える処分がなされても新規の補充で担保価値は維持され、物上代位を認める必要はない、であるとか、「通常の事業の継続」と「通常の事業の範囲」の関係の整理が必要である、等の指摘がなされた⁽²²⁴⁾。

3 中間試案後の担保法制部会の審議過程で、「新たな規定に係る担保権」に基づく物上代位を認めるルールは、規定として生き残ると予想されるが、集合動産の担保権に関する物上代位の特則が規定として残るかどうかは、やや微妙な状況であろう。意見の分布から見ると、再度、最決平成22・12・2の射程を再検討する必要があるようである。

また、「第11、3 集合動産の一部について実行がされた場合の固定化が生ずる範囲」については、賛成意見が圧倒的多数を占め⁽²²⁵⁾、また、「所在場所で特定された範囲」または「種類、所在場所、量的範囲の指定その他の方法により特定された範囲」での一部実行で、その特定された範囲でのみ固定化するとする案（例、場所の離れた複数の保管場所に個別物が所在している場合）に賛成がみられた⁽²²⁶⁾。このような規律は、特定された範囲でのみ固定化が生じ、残余の範囲では流動性が維持されるため、担保設定者の事業の継続にも資するものである。

その一方で、「第11、3 実行後に特定範囲に加入した動産に対する再度実行の可否」について、これを否定する中間試案の提案については賛否が分かかれ、反対する意見の側は、「中間試案に関する補足説明」で示されたニーズ（例、ストラクチャード・ファイナンス等）に加え⁽²²⁷⁾、「集合債権については累積的な担保設定を認める実務が定着している」こととのバランスの点から、疑問を呈している⁽²²⁸⁾。

(223) 担保法制部会資料29-1・60頁21～22行目、同29～30行目。

(224) 担保法制部会資料29-1・60頁37～61頁3行目、同61頁8行目。

(225) 担保法制部会資料29-3・9頁19行～10頁27行目。

(226) 担保法制部会資料29-3・10頁33行～11頁5行目。

(227) 担保法制部会資料29-3・6頁29行目以下、および、「中間試案に関する補足説明」107頁参照。

(228) 担保法制部会資料29-3・6頁30～38行目。同様に、中間試案「第19 2 倒産手続の

4 では、最決平成22・12・2の事案のように、「新たな規定に係る(集合動産の)担保権」が実行され、未回収の債権についてさらに物上代位をすることは、この新たな制度の下でも可能か。上記の中間試案「第11、3」及び「第11、2」は、先順位の集合動産の担保権が実行されれば、後順位担保権も全て消滅することを前提とるように見える⁽²²⁹⁾。民事執行法上の動産競売の規定(民執190条)の規定を準用し、私的実行に加えて法的実行を可能とする提案を行い「中間試案第12、1」、特に「第12、5」の【案12.5.1】及び【案12.5.2】は、いずれも消除主義を採用する。私的実行もこれに倣うものと予想され、いったん私的実行のなされた「新たな規定に係る担保権」は、これにより消滅するものと解される⁽²³⁰⁾。

以上を前提とすれば、「中間試案」は、最決平成22・12・2のような、「私的実行後の物上代位権行使」を認めないという方針を採用するようにみえる。けれども、本稿でのこれまでの検討の過程からは、「動産・債権担保法改正に関する研究会」及び法制審議会担保法制部会の議論を通じて、判例の帰結を変更するような議論は看守できなかった。むしろ、「全部実行後の再度実行」や「一部実行の可否」についての議論からは、最決平成22・12・2の認めた実行の方法を許容する余地もあると思われる。したがって、この点については、判例を新たな立法で修正するという方向は、未だ採られておらず、なお今後の議論に委ねられている、と理解すべきであろう。

開始後に取得した動産に対する担保権の効力」についても、3つの案について賛否が分かれた。担保法制部会資料29-4・43頁~49頁25行目を参照。

(229) 「第10 同一の動産に複数の新たな規定に係る動産担保権が設定された場合の取扱い」「4 担保権者間の分配方法についての合意内容の通知」は、そのような制度設計を前提とするように読める。また、担保法制部会資料29-2・100頁13行目のパブリックコメントは、明らかにそのような理解に立脚している。

(230) 中間試案に対するパブリックコメントでは、「私的実行により全ての担保が消滅する」という理解がみられる(担保法制部会資料29-2・100頁13行目)。また、中間試案「第10 同一の動産に複数の新たな規定に係る動産担保権が設定された場合の取扱い」「4 担保権者間の分配方法についての合意内容の通知」(「中間試案の補足説明」100~101頁)は、私的実行により全ての担保権が消滅する、という制度設計を前提とするように読める。

動産譲渡担保権に基づく物上代位——動産・債権担保法改正における中間試案までの議論を中心に〔小山 泰史〕

* 本稿は、科研費基盤（C）〔課題番号 22K01260〕の補助による研究成果の一部である。

（本学法科大学院教授）

論 説

費用負担をめぐる独占禁止法と建設業法

楠 茂樹

- 一 はじめに
- 二 制度の整理
 - 1 独占禁止法と建設業法
 - 2 標準請負約款の位置付け
 - 3 建設業法 19 条の 3 及び 4 の意味するもの
 - 4 公正な競争、適正な競争へ向けた制度パッケージ
- 三 価格転嫁円滑化問題：エンフォースメントの硬軟
 - 1 特別調査開始、緊急調査報告
 - 2 特別調査の継続
 - 3 競争唱導
 - 4 確約手続
 - 5 公表
 - 6 優越的地位濫用規制の射程
 - 7 請負契約に特有な問題
- 四 建設業法上の対応：パートナーシップ構築のための法的戦略

一 はじめに

昨今、独占禁止法上⁽¹⁾の優越的地位濫用規制⁽²⁾の動きが活発である。デジタル・プラットフォーマーに関連する規制のあり方や、フリーランス人材市場の拡大を受けた働き方をめぐる公正な取引環境の整備の必要性が盛んに議論される中、同規制の適用のあり方が大きく注目されるようになった。

(1) 昭和 22 年法律第 54 号。

(2) 独占禁止法 19 条、2 条 9 項 5 号。

これらの問題も含めて同規制は、公正取引委員会の競争唱導(アドボカシー)活動の強力な武器として、その存在意義がますます高まってきた⁽³⁾。現在進行形のイシューの一つは、資材高騰局面や労働賃金高騰局面におけるコストの分担問題である。公正取引委員会は、令和4年6月から翌年5月にかけて、「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に係るコスト上昇分の価格転嫁円滑化の取組に関する緊急調査」を行った⁽⁴⁾。これは、令和3年12月に公表された、内閣官房(新しい資本主義実現本部事務局)、消費者庁、厚生労働省、経済産業省、国土交通省、公正取引委員会の各省庁共同で示された方針である、「パートナーシップによる価値創造のための価格転嫁円滑化施策パッケージ」(令和3年12月27日)⁽⁵⁾を受けてのものである⁽⁶⁾。

-
- (3) 公正取引委員会のウェブサイトでは「競争唱導(アドボカシー)活動」について次の通り説明されている(<https://www.jftc.go.jp/dk/advocacy/index.html>)。

公正取引委員会では、今後成長が期待される分野や規制分野などにおける取引慣行や規制制度について、実態調査の実施や有識者による検討会によって問題点を整理し、その結果を報告書にまとめて公表しています。報告書では、取引慣行や規制制度についての独占禁止法・競争政策上の考え方を明らかにすることを通じて、事業者や事業者団体による取引慣行の自主的な改善を促したり、所管省庁による規制制度の見直しなどを提言したりしています。

また、実態調査等で明らかとなった問題点について、ガイドラインの形で周知することにより、独占禁止法違反行為の未然防止に努めています。

このような取組は、アドボカシー活動や競争唱導活動などと呼ばれています。

- (4) 公正取引委員会ウェブサイト(https://www.jftc.go.jp/partnership_package/tokubetsu/chosa.html)参照。
- (5) 内閣官房ウェブサイト(https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/pdf/partnership_package_set.pdf)より。
- (6) 公正取引委員会(独占禁止法)関連のものを以下まとめておこう(前注資料中、「2. 価格転嫁円滑化に向けた法執行の強化」より)。

(1) 価格転嫁円滑化スキームの創設【公正取引委員会・中小企業庁・事業所管省庁】
・業種別の法遵守状況の点検を行う新たな仕組みを創設する。この新しい仕組みにおいては、公正取引委員会・中小企業庁が事業所管省庁と連携を図り、事業者について、①関係省庁から情報提供や要請、②下請事業者が匿名で、「買ったたき」などの違反行為を行っていると思われる親事業者に関する情報を公正取引委員会・中小企業庁に提供できるホームページの設置(「違反行為情報提供フォーム」)を通じて、広範囲に情報提供を受け付ける。このため、価格転嫁に関する関係省庁連絡会議を内閣官房に設

その主戦場の一つが道路貨物運送業であるが、建設取引も例外ではない。建設工事の契約は請負契約であり、設計図書に基づく工事完成を以て契約履行とするものであり、契約通りであれば資材の高騰のリスクは受注者側が負うことになる（一方、下落場面ではその差額が利益になる）というのが契約の基本である。しかし現在、建設資材の急激な高騰について極端な費用負担の偏りが、受発注者間、元下間で深刻な問題を生じさせている⁽⁷⁾。

建設工事をめぐる費用負担問題は、単に独占禁止法だけの問題ではない。

置する。

・今年度末までに把握した情報に基づき、来年6月までに、事例、実績、業種別状況等について公正取引委員会・中小企業庁が報告書を取りまとめ、公表する。これにより、問題点を明らかにするとともに、法違反が多く認められる業種については、公正取引委員会・中小企業庁と事業所管省庁が連名で、事業者団体に対して、傘下企業において法遵守状況の自主点検を行うよう要請を行う。

・また、公正取引委員会、中小企業庁は、これらの情報に基づき、労務費、原材料費、エネルギーコストの上昇分の転嫁拒否が疑われる事案が発生していると見込まれる業種について、重点立入業種として、毎年3業種ずつ対象を定めて、立入調査を行う。

(2) 独占禁止法の適用の明確化【公正取引委員会】

・下請代金支払遅延等防止法（昭和31年法律第120号。以下「下請代金法」という。）の適用対象とならない取引（※）についても、労務費、原材料費、エネルギーコストの上昇を取引価格に反映しない取引は、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号。以下「独占禁止法」という。）の「優越的地位の濫用」に該当するおそれがあることを公正取引委員会は明確化し、周知徹底する。

（※）資本金要件を満たさない取引（例：資本金2億円の企業と資本金1,500万円の企業の取引）や、売買などの委託以外の取引、自家使用する役務を委託する取引（「事業者が業として行う提供の目的たる役務の提供」の委託）

(3) 独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関する緊急調査及び法執行の強化【公正取引委員会・事業所管省庁】

・独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関して、労務費、原材料費、エネルギーコストの上昇分の転嫁拒否が疑われる事案が発生していると見込まれる業種について、これまでは荷主と物流事業者との取引のみ調査を行っていたが、今年度内に対象業種を追加的に選定し、来年度に緊急調査を公正取引委員会において、実施する（「買ったたき」の指導実績が多い道路貨物運送業のほか、関係省庁からの情報提供や要請、令和3年9月に実施した取組のフォローアップ調査の結果を踏まえて選定）。調査結果については、報告書を取りまとめ、公表する。また、公正取引委員会が取引価格への転嫁拒否が疑われる事案について、立入調査を行う。さらに、関係する事業者に対し、具体的な懸念事項を明示した文書を送付する。

- (7) そして資材の供給業者（流通業者）と購入業者（受注業者）の間でも問題になり得るが、これは売買契約であり、ここでは扱わない。

もう一つ、建設業法⁽⁸⁾も深くこの問題に関連し、むしろ同法こそがこの問題の起点になっているといっても過言ではない。昭和28年に独占禁止法において不公正な競争方法の規定を見直し、不公正な取引方法規制の一環として優越的濫用規制を設けたことに先駆けて、昭和24年制定の建設業法は受発注者関係、元下関係について公正な取引の観点からの規律を定めていた。元下関係については独占禁止法の特例法である下請代金支払遅延等防止法⁽⁹⁾に代わり建設業法がこれを専ら扱うものとなっている。

以下では、建設取引における価格転嫁円滑化問題を念頭に置いて、(1)独占禁止法上の優越的地位濫用規制に係る昨今の動きを踏まえつつ批判的にこれを考察、検討し、また(2)建設業法上の適正取引に係る規制について同様の視点から考察、検討し、問題解決の一つの出口である約款のあり方見直しについてコメントを行うこととする。

二 制度の整理

1 独占禁止法と建設業法

関連する知識を整理しておこう。

昭和24年に制定された建設業法は、昭和22年制定の独占禁止法よりも後発ではあるが、その理念である、格差のない立場を前提にした取引の実現という観点からは独占禁止法よりも先行するものであった。というのは独占禁止法に優越的地位濫用規制が導入されたのは、不公正な競争方法規制が不公正な取引方法規制に変更された昭和28年のことである⁽¹⁰⁾が、この段階で原

(8) 昭和24年法律第100号。

(9) 昭和31年法律第120号。

(10) 根岸哲「優越的地位の濫用規制来し方・行く末：覚書」商學討究71巻臨時号(2021)28~29頁参照。この改正において定められた(旧)2条7項は、「不公正な取引方法は、左の各号の一に該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公取委が指定するものをいう」と定め、その5号で、「自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること」と定めた。公正取引委員会は、これを受けてその不公正な取引方法に係る告示(一般指定)の10として、「自己の取引上の地位が相手方

始建設業法には現在も存在する 18 条の理念規定が既に存在していた。元下関係も同様の観点から規律され得るので、昭和 31 年に独占禁止法の特例法として下請法が制定された後も、先行する建設業法を優先させる対応となった⁽¹¹⁾。現在でも下請法は建設業法が射程とする建設請負契約においては適用されていない。ただ、建設業法は独占禁止法に優先するものではなく、いわゆる二重規制となっている。

建設業法はその名の通り業法であり、独占禁止法と異なり特定の業の適正な環境の整備をその所管の官公庁、地方自治体の監督下で実現することをミッションとしている。そこで中央建設業審議会が標準請負約款を定める形で

に対して優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして相手方に不当に不利益な条件で取引すること」と定めるに至った。以下、同前 29 頁から。

2 条 7 項が、不公正な取引方法の一類型として、5 号に「自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること」と定めるに至ったのは、昭和 28 (1953) 年の改正により従来存在した「不当な事業能力の格差の排除に関する規定が削られたのに対処して、大規模事業者や事業者の結合体等がその優越した地位を利用して、中小企業その他を不当に圧迫するような取引を行う場合にこれを厳に取り締まる為」に新たに追加されたものであると説明されていた（公取委事務局編『改正独禁法解説』（唯人社昭和 28 (1953) 年) 214 頁)。独禁法により大規模事業者・中小企業間の取引条件に直接介入できる中小企業保護の橋頭堡としての役割が期待されたのである。しかしながら、他方では、大規模事業者間の自由な競争と中小企業間の自由な競争の中で取引先を選択し相互の取引条件が設定されるのであるが、公取委が、そのようにして設定される取引条件に直接介入することを認めるものであり、優越的地位の濫用規制は自由な競争との緊張関係に立つことになる。

- (11) 元下規制が建設業法に委ねられるのは、下請法が明示的に建設請負に係る下請取引を除いているからである。以下、2 条 4 項を示しておく。

この法律で「役務提供委託」とは、事業者が業として行う提供の目的たる役務の提供の行為の全部又は一部を他の事業者に委託すること（建設業（建設業法（昭和 24 年法律第 100 号）第 2 条第 2 項に規定する建設業をいう。以下この項において同じ。）を営む者が業として請け負う建設工事（同条第 1 項に規定する建設工事をいう。）の全部又は一部を他の建設業を営む者に請け負わせることを除く。）をいう。

下請法は独占禁止法を排除するものではないと同様、建設業法も独占禁止法を排除するものではない。いずれにせよ、建設請負工事はその全般に渡って独占禁止法の射程内にある。

公正な取引を推進しようとしている(建設業法34条2項)。建設業法には独占禁止法と同様の一定の禁止規定を設けているが、独占禁止法との二重規制故に、重複する部分については建設業法の独自性がないというのであれば、唯一、独占禁止法では「事業者」性の要件を満たさない公的発注機関を「発注者」に対する地位の不当な利用の規制のみが建設業法独自の有効な規制となる(同19条の6)。

2 標準請負約款の位置付け

標準請負約款は必ずしも独占禁止法や建設業法違反の予防のためにある訳ではないが、適正な取引に向けた環境の整備という観点からは、独占禁止法や建設業法の理念に沿うものとなっている。例えば、民間建設工事標準請負契約約款(甲)の31条は次のように定めている。

- 第31条 発注者又は受注者は、次の各号のいずれかに該当するときは、相手方に対して、その理由を明示して必要と認められる請負代金額の変更を求めることができる。
- 一 工事の追加又は変更があったとき。
 - 二 工期の変更があったとき。
 - 三 第三条の規定に基づき関連工事の調整に従ったために増加費用が生じたとき。
 - 四 支給材料又は貸与品について、品目、数量、受渡時期、受渡場所又は返還場所の変更があったとき。
 - 五 契約期間内に予期することのできない法令の制定若しくは改廃又は経済事情の激変等によって、請負代金額が明らかに適当でないと認められるとき。
 - 六 長期にわたる契約で、法令の制定若しくは改廃又は物価、賃金等の変動によって、この契約を締結した時から一年を経過した後の工事部分に対する請負代金相当額が適当でないと認められるとき。
 - 七 中止した工事又は災害を受けた工事を続行する場合において、請負代金額が明らかに適当でないと認められるとき。

- 2 請負代金額を変更するときは、原則として、工事の減少部分については監理者の確認を受けた請負代金内訳書の単価により、増加部分については時価による。

これは請負代金に関する契約変更に係る規定であるが、特別の事情があってもこのような契約変更がなされ得ないということは、あるいはその交渉の過程に参加しないということは、当事者間の力関係に何らかの格差があり、その立場の違い故に、一方が不利益に甘んじざるを得ない構造があるので、と疑われる事情となる。もちろん、そのような構造が存在しなくても（言い換えれば、完全に対等な関係を前提にしても契約変更が進まないこともあるので）、そのような結果に至ることもある。しかし、このような約款の規定があることでそのような問題を未然に予防することに役立ち、少なくとも対等な関係を前提にした取引の推進という建設業法の理念に合致する。既に述べたように、建設業法の理念と独占禁止法の理念は後者が前者に追い付く形で整合的なものであり、それは建設業法 18 条にあるように、「建設工事の請負契約の当事者は、各々の対等な立場における合意に基いて公正な契約を締結し、信義に従って誠実にこれを履行しなければならない。」というものであって、約款規制はそのような関係を維持、促進することに役立つものである。上記約款 31 条の規定を意図的に抜く民間契約もあるといい、その場合、それ自体ある種の取引上の力の格差の存在を示しているという見方もなされ得よう。

請負標準約款それ自体は建設業法における地位の不当利用規制、あるいは元下規制とは異なるものであり、当事者間の力の格差を前提にするものでは必ずしもない。しかし、一律に対等な関係が担保されているのであれば、契約変更に係る契約条項はそもそも当事者間で決めればよいのであって約款の推奨は意味がなく、ただの（お節介な）サンプルにすぎない。しかし、約款に係る事項が建設業法に根拠があるものであるならば、建設業法 1 条の「建設業を営む者の資質の向上、建設工事の請負契約の適正化等を図ることによつて、建設工事の適正な施工を確保し、発注者を保護するとともに、建設業の健全な発達を促進し、もつて公共の福祉の増進に寄与する」という目的に

資するとともに、取引関係を律する理念たる「建設工事の請負契約の当事者は、各々の対等な立場における合意に基づいて公正な契約を締結し、信義に従って誠実にこれを履行しなければならない」とする18条の規定と整合的でないといけない。特に後者は、契約の規律そのものであり、契約約款は受発注者、元下関係において「各々の対等な立場における合意に基づいた公正な契約」の実現のための手段であると考えなければ、契約約款に係る建設業法上の位置付けが説明できなくなってしまう。

3 建設業法19条の3及び4の意味するもの

官民間では受発注者間の格差の程度の違いがあるだろうし、官公需の中でも発注者の規模等によっても程度が異なるだろう。民間も同様で、受発注者間で対等な関係もあるだろうが、そうでない場合もあるだろう。建設業法19条の3(不当に低い請負代金の禁止)及び4(不当な使用資材等の購入強制の禁止)は、各々の禁止事項の主語が単に「注文者」になっているので、そこで想定されている主体の官民を問わない。一般的には官公庁、地方自治体の優位が問われることが多い。それは特に土木分野においては、特に地方の中小建設業者の官公需への依存度が高く、地域要件等の関係で、地元以外の工事を受注することが十分期待できない事情があるからであろう。民間工事の場合には、カテゴリー的に受発注者どちらが優位にあるかを論ずることはできず、それはケースバイケースである(官公需でも一定の傾向性はあるだろうが、カテゴリー的にいえないのは同様である)。しかし、建設業法19条の3及び4が官公需、民需問わずその主語を「注文者」としている以上、ケースによっては官民間問わずこの問題が生じ得ることを少なくとも法令は想定しているということになる。

やや奇妙に見えるのは、これらの規定を受けた建設業法19条の6である。その第1項は次のように定めている。

建設業者と請負契約を締結した発注者(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(昭和22年法律第54号)第2条第1項に規定する事業者)に該当するものを除く。)が第19条の3又は第19条の4の規定に違反した場合

において、特に必要があると認めるときは、当該建設業者の許可をした国土交通大臣又は都道府県知事は、当該発注者に対して必要な勧告をすることができる。

発注者が独占禁止法上の事業者（2条1項）でない場合、この条項が適用されることになるのだが、建設工事の契約主体で事業活動をしていない注文者となると、それは官公需の発注主体、すなわち国や地方自治体ということになる⁽¹²⁾。無償での公共サービスの提供、インフラ整備のため発注は、事業者ではないとの理解が定着している。故に公的発注に係る建設業法19条の3及び4違反への対応として同6の規定が存在しているということになる。

繰り返すと、建設業法は同法の射程においては下請法の適用は排除されるが、独占禁止法との関係においては独占禁止法と二重規制となっている。しかし、建設業法を所管する国土交通大臣又は都道府県知事の対応は、独占禁止法違反が認められる限り同法にその対応を委ね、それから漏れる部分についてのみ対応するという形をとって二重規制の問題が二重行政にならないように工夫されている。ただ、両者の射程が異なるのであれば別途の検討が必要となる。その際、19条の6のような対応が私的発注者による19条の3や4（の独占禁止法の射程をはみ出す範囲）違反に対してなされないのは何故か、という問題が生じることになろう。

残る問題は、では受注者側に対するこの種の規制はどうか、である。受注者は元下関係においては建設業法の厳しい規制を受けているが、そもそも受発注段階での規律はどうか。この点について建設業法は特に定めがないので、純粹に独占禁止法の問題ということになる。建設業法1条は明確に「発注者の保護」を謳っているのにも拘らず、発注者による地位の利用のみに言及しているのは確かに違和感があるが、これは主として官公

(12) 事業者の意味に関する判例は、都営芝浦と畜場事件最高裁判決（平成元年12月14日審決集36巻570頁）であるが、そこでいう「なんらかの経済的利益の供給に対応し反対給付を反覆継続して受ける経済活動（を行う者）」という解釈からは、一般の公共事業の実施主体は含まれないように見えるが、都が運営する費用徴収型の事業はこの射程内となる。

需の発注者が念頭に置かれてきたことがその背景にあるということは想像に難くない⁽¹³⁾。

建設業法18条が契約関係の対等性を謳っておきながら、発注者と元請会社(これもある意味発注者である)を規律する規定を置くだけで受注する側を問題にしない。結局は、独占禁止法の問題になるのだから不都合はない、との見方も可能ではあるが、建設業社が発注者に優越している場合の、建設業法上の対応が欠如している点は尚も否めない。建設業法42条1項は、「国土交通大臣又は都道府県知事は、その許可を受けた建設業者が第19条の3、第19条の4…の規定に違反している事実があり、その事実が私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第19条の規定に違反していると認めるときは、公正取引委員会に対し、同法の規定に従い適当な措置をとるべきことを求めることができる。」と定めているが、19条の3、19条の4はその主体が発注者となっており、とするならば、建設業者が発注者になる場合、つまりは建設業者が他の建設業者との間で建設工事の請負契約をする場合に限られる(そのほとんどが元下関係の問題として扱われるものだろう)。建設業者の非建設業者に対する地位の不当利用等はここでは問題にされない。建設業法2条2項で「この法律において「建設業」とは、元請、下請その他いかなる名義をもつてするかを問わず、建設工事の完成を請け負う営業をいう。」とし、その5項で「この法律において「発注者」とは、建設工事(他の者から請け負ったものを除く。)の注文者をいい、「元請負人」とは、下請契約における注文者で建設業者であるものをいい、「下請負人」とは、下請契約における請負人をいう。」と定めているので、売買契約等は含まない。

4 公正な競争、適正な競争へ向けた制度パッケージ

建設業法と独占禁止法はパラレルな立法である⁽¹⁴⁾。とはいえ、その射程

(13) 建設業法は官公需と民需との違いを明確にしていない。当事者間の力のバランスも事情に応じてまちまちであるので、主として官公需を念頭に置いて説明されるいくつかの規定は改めて位置付け直す必要があるかもしれない。

(14) 建設業法42条1項は、19条の3等違反が認められたケースにおいて独占禁止法上違反が認められれば、国土交通大臣等は公正取引委員会に対し適当な措置をとるべきことを

が同じならば建設業法 19 条の 3 及び 4 は 19 条の 6 の場面でしかその独自性を活かすことができず、独占禁止法と被る部分は独占禁止法の適用に事案の処理が委ねられる。公正な取引、適正な取引の環境整備という意味では、禁止規定の体系をとる建設業法 19 条の 3 及び 4 は、18 条の理念規定の下に続く義務付け規定である「建設工事の請負契約の内容の書面記載等」「現場代理人の選任等に関する通知」（19 条、19 条の 2）と同系列である⁽¹⁵⁾。その契約内容、取引内容を拘束する義務付け規定との比較で緩やかな、推奨されるものとしてその適用が勧告される契約内容、取引内容に係る規定を定める請負約款も、19 条以下の規定と同様に 18 条の理念規定に導かれた一連のルールであると位置付けることができる。

建設業法研究会が編集、出版している現在において最も定評があるコメントである『建設業法解説』⁽¹⁶⁾は、中央建設業審議会が標準請負約款を作成し、その適用を勧告する仕組みについて次のように説明している⁽¹⁷⁾。

…標準請負約款を定めたり、入札参加者の資格の基準や予定価格の基準を定めたりすることは、本来契約当事者、あるいは注文者が自由に判断し、決定すべきものであって、一行政機関がこれを一方的に作成して使用を勧告する性質のものではない。しかし請負契約を締結する当事者間の力関係が一方的であるならば、たとえば大発注機関と受注者との契約であるならば発注者に有利に、また一般消費者と建設業者との請負契約であるならば受注者に有利に契約内容や請負代金が定められてしまうおそれが強い。実質的な当事者間の平等性を確保するために契約内容を適正なものとし、また契約の履行を確保するために紛争処理機関を設置するというのが本法の基本的な態度であり、そのためには抽象的な規定を設けるより、当事者間

求めることができる、と規定している。これは独占禁止法違反が認められない建設業法違反の余地を認めるものではあるが、この余地について研究上、実務上の検討が詰めてなされた歴史的な形跡は確認できない。

(15) 書面記載義務は独占禁止法ではなく下請法の規定事項であることを考えれば、建設業法はこれら二つの立法の中間的存在であるようにも見える。

(16) 建設業法研究会『[逐条解説]建設業法解説（改訂 13 版）』大成出版社（2022）556 頁。

(17) 同前。

の権利義務の内容を定めることが最も適当であるので、このような見地から標準請負契約約款等を作成することとしたものである。

当事者間の力の格差がなければ、このような標準請負約款は確かに不要である。一方、当事者間の力の格差がなければ、このような力の格差を解消するための標準請負約款に準拠しても不都合はあるまい。個別の実情に応じて修正は必要だろうが(だから標準のそれなのである)、対等な関係が前提なのであるならば実現されるだろう適正な取引の実現のための標準的な契約モデルなのだから、力の格差の問題がない場合に、この標準モデルが支障になることはない。

独占禁止法2条9項5号や建設業法19条の3及び4は、力の格差が取引関係に歪みを生じさせた場合にこれを事後的に矯正する行政上の取締規定である。一方、標準請負約款はそうした歪みが生じないようにする予防的な私法上の規律である。そのような力の格差の問題への事前、事後の立法パッケージとして理解することでこれら制度をよく理解することができよう。建設業法19条及び19条の2のように義務付け規定にまで至らない(これを中央建設業審議会の勧告という形にしている)のは、契約の自由への配慮であると同時に、独占禁止法2条9項5号や建設業法19条の3及び4による事後的手続が用意されているからである。優越性の要件や不当利用される地位の要件の充足性に係る困難があり、仮にこれらの法令が機能しないのであれば約款規制がより強い形で行われるべきだという立法論に至ることになるう。

三 価格転嫁円滑化問題：エンフォースメントの硬軟

1 特別調査開始、緊急調査報告

冒頭に掲げた「パートナーシップによる価値創造のための転嫁円滑化施策パッケージ」に対する公正取引委員会の対応として注目すべき動きは、以下の記述に係るものである。

独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関して、労務費、原材料費、エネルギーコストの上昇分の転嫁拒否が疑われる事案が発生していると思込まれる業種について、これまでは荷主と物流事業者との取引のみ調査を行っていたが、今年度内に対象業種を追加的に選定し、来年度に緊急調査を公正取引委員会において、実施する（「買ったたき」の指導実績が多い道路貨物運送業のほか、関係省庁からの情報提供や要請、令和3年9月に実施した取組のフォローアップ調査の結果を踏まえて選定）。調査結果については、報告書を取りまとめ、公表する。また、公正取引委員会が取引価格への転嫁拒否が疑われる事案について、立入調査を行う。さらに、関係する事業者に対し、具体的な懸念事項を明示した文書を送付する。

その緊急調査の結果は令和4年12月に公表されている⁽¹⁸⁾が、そのポイントは以下のようにまとめられる。

調査の結果は違反行為の存在を指摘するものではない。言い換えれば、個別の行為の違反要件の充足が認定された訳ではない（もちろん、調査の結果としてそのような蓋然性が認められた行為も相当程度あっただろうことは想像に難くない）。違反行為の疑いに対する「警告」や将来の違反行為の可能性に対する「注意」のような行政指導とは異なり、広く産業を跨ぐ大規模調査の結果公表であって（法令に係る）意識の喚起の趣旨が強い。しかし、「労務費、原材料価格、エネルギーコスト等のコストの上昇分の取引価格への反映の必要性について、価格の交渉の場において明示的に協議することなく、従来どおりに取引価格を据え置くこと」「労務費、原材料価格、エネルギーコスト等のコストが上昇したため、取引の相手方が取引価格の引上げを求めたにもかかわらず、価格転嫁をしない理由を書面、電子メール等で取引の相手方に回答することなく、従来どおりに取引価格を据え置くこと」といったい

(18) 独占禁止法43条は、「公正取引委員会は、この法律の適正な運用を図るため、事業者の秘密を除いて、必要な事項を一般に公表することができる。」と規定している。ただ公表自体には処分性がないので法的には争えず、この点に業者側からの不満の声をしばしば耳にする。

わゆる濫用行為として想定される具体的な(不作為として描写される)行為が特定されている以上、違反認定の一步手前の問題意識の下でなされていることは明らかである。そうでなければ「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関する緊急調査の結果について」(傍点筆者)などというタイトルを付ける訳がない。この調査結果の報告においても上記の行為を「独占禁止法上の優越的地位の濫用の要件の1つに該当するおそれがある行為として挙げている」と述べている。

2 特別調査の継続

公正取引委員会は令和5年5月末に、上記緊急調査報告に続く、「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に係るコスト上昇分の価格転嫁円滑化の取組に関する特別調査」を行うことを公表した⁽¹⁹⁾(やや混乱を招くのは、令和4年6月段階で開始した調査も「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に係るコスト上昇分の価格転嫁円滑化の取組に関する緊急調査」と呼ばれていたことである。この調査の中に前半の半年において緊急調査報告がなされ、その後調査が継続され、1年間の取組期間満了前にこれをバージョンアップさせた形で継続するという説明になる⁽²⁰⁾)。そこで「…公正取引委員会は、今回の書面調査等の結果を踏まえ、必要に応じて発注者向けの書面調査を実施するとともに、発注事業者と受注事業者との間で協議を経ない取引価格の据置き等が疑われる事案について立入調査を実施」し、「問題につながるおそれのある行為が認められた事案については、関係事業者に対し注意喚起文書を送付するなど必要な対応を採るとともに、令和5年内を目途に調査結果を取りまとめ」している。

緊急調査のところでも出てきたが、必要に応じて公正取引委員会は立入調査を行う、という。「立入」(独占禁止法47条1項4号)という手法に出る以

(19) https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2023/may/230530_tokubetsu.html.

(20) 「令和5年度において、独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に関して、労務費、原材料価格、エネルギーコスト等のコストの上昇分の価格転嫁が適切に行われているかなどを把握するための更なる調査として特別調査を実施することとし、本日、11万人を超える事業者に対して調査票を送りました。」とある(同前)。

上は、それは公正取引委員会による「事件について必要な調査」のために行われる（47条柱書）ものであり、それが「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に係るコスト上昇分の価格転嫁円滑化の取組に関する特別調査」の中で行われる以上、違反を構成する要件である地位の優越までもが意識されているのは明白である。明らかに無関係な事案についても違反を懸念するというのはあり得ない。これは緊急調査の結果公表についても、同様である⁽²¹⁾。なお、立入調査は間接強制と呼ばれるように、正当な理由なく検査を拒み、妨げ、又は忌避した場合、あるいは物件を提出しない場合には罰則（94条）が適用されることがあり、これによって強制力を働かせる手続である。

特別調査のアウトプットは「注意喚起文書を送付するなど必要な対応を採る」ことなので、確約手続や排除措置命令等の行政処分までにはいくつかのステップが残っている。緊急調査と同様、違反の認定の外で、あるいは行政処分よりも手前の段階で、あるべき競争環境、取引環境の整備を促す、いわゆる「アドボカシー（競争唱導）」と呼ばれる活動の一環として理解することができる。

3 競争唱導

独占禁止法違反が認められれば、必要に応じて排除措置命令や課徴金納付命令が公正取引委員会によってなされる。疑いの段階に止まれば警告、将来的に違反の可能性を孕む場合には注意といった措置がなされることもある。不当な取引制限や私的独占等の違反が認められ、その重大性、悪質性等が認められる場合には刑事告発がなされることもある。

最近、こうした個別の事件処理ではなく、ある産業分野やある取引分野を広く念頭に置いて、その競争環境、取引環境の適正化を目指した公正取引委員会のアドボカシー活動が目立っている。具体的には、システム調達、デジタル調達といわれる分野におけるロック・インの解消へ向けた一連の取り組み⁽²²⁾や、フリーランス人材をめぐる公正取引委員会の一連の取り組み⁽²³⁾が

(21) 43条が、「この法律の適正な運用を図るため」と書かれている以上、法令違反の存在が念頭に置かれていることは明らかである。

(22) 本稿後掲注（25）に掲げた文献参照。

その例である。

一般的には、対象となる分野の競争状況、独占禁止法違反との関連性、あるべき取引、契約のあり方といった事項についての分析、考察が有識者による研究会によってなされ、その報告書が作成、公表されることが出発点となり、提言がなされる。各種調査の結果、問題が認められたケースにおいては公正取引委員会から何らかの形で注意喚起が行われる。それは事業者に対して個別に行われる場合もあるだろうし、調査結果の公表という形で広く一般に向けてなされることもある。

こうした政策レベルでの環境整備を目指した取り組みは当然、個別のケースにおける事件処理とリンクするものである。問題点が指摘されていたのにも拘らず、その問題が改善されないままになっていた場合、個別の事業者、事業活動に対する事件処理という形で出口が見出されることになる。その場合、アドボカシー活動は問題の喚起で、事件処理は問題の解決という対比となる。

4 確約手続

留意すべき点は、事件処理の形である。一般的には違反を認めた上での行政処分が想起されるが、確約手続(48条の2他)による事件処理が現在では可能であり、制度導入後、積極的にこれが用いられている。要するに、違反を認定しない前提で対象事業者からの改善計画が公正取引委員会によって認められれば、(行政処分という形で)その内容での認定となる。違反を認定しないので事業者にとっても公正取引委員会にとっても負担が少なく、事件の迅速な処理が可能であるというメリットがある。法政策的に言えば事業者インセンティブを与え、誘導する仕組みであり、アドボカシー活動を効果的ならしめるための手段である。ただ、違反の射程が曖昧にされてしまうリスクはある。

(23)「人材と競争政策に関する検討会報告書」及びそれに続く公正取引委員会の取り組み参照。

5 公表

その他、問題があると認定される事業者の公表がなされることもある。これは処分量がないので警告や注意と同様、法的には争いようがない。この公表は、独占禁止法 43 条の「公正取引委員会は、この法律の適正な運用を図るため、事業者の秘密を除いて、必要な事項を一般に公表することができる。」の規定を受けてのものである。既に警告事案については公表の対象になっているのであるから、その延長線上で考えられる。上記緊急調査の結果発表時に特に顕著な問題があると考えられた事業者の名前が公表された⁽²⁴⁾ものについては、警告のそれに準じるものが対象になっているようだ。

提言された競争環境、取引環境に適応しない事業者を公に名指しすることは是非は今後も問われるだろう。ただ、個別の違反類型とは切り離されて扱われるものではなく、上記の緊急調査や特別調査のように何らかの違反の問題とリンクさせた上でアドボカシー活動がなされている以上、公表されるということは、その名前は「法律の適正な運用」のための「必要な事項」だということになり、当然に違反の疑いあるいはその蓋然性が意識されているはずである。しかし、公表と非公表の線引きは相対的にならざるを得ず、その判断は行政の裁量ということになるが、事業者からすればその差は雲泥のものがあり、法的には争えない以上、事業者側からの不満は大きいものがあるだろう。しかも、多くのケースではコンプライアンス対応として拒絶反応を示す訳にもいかず、とすると公正取引委員会のこのような対応は実質的に法令違反の枠外で事業者の行動の変化を促すある種の強制力として働くことになる。法執行のあり方として果たして妥当かは、さまざまな意見があるだろう⁽²⁵⁾。

(24) 対象となったのは 13 の事業者であった。

(25) 例えば、楠茂樹「株式会社サイネックス及び株式会社スマートパリュールから申請があった確約計画の認定について（公正取引委員会令和 4 年 6 月 30 日認定）」公正取引 867 号 52 頁以下（2023）参照。

6 優越的地位濫用規制の射程

上記緊急調査、特別調査はいずれも「独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に係る……調査」である。ここで、優越的地位濫用規制を念頭に置いた上での留意点について触れておこう。なお、濫用する側は「事業者」であるが、濫用される側は「取引の相手方」と規定されているので、事業者ではない個人も含まれるが、以下では事業者間同士の問題を扱おう。

優越的地位濫用規制はその名の通り、地位の優越性が前提にありこれを濫用した場合に違反となる。およそビジネスである以上、取引上の地位の優劣は必然的に生じるものであり、競争上強みのある事業者にそうでない事業者が必ずしも恵まれたとはいえない条件で契約し、以後依存関係が生じること(悪い言い方をすれば「ぶら下がること」)は、むしろ自然な現象ではある。取引において優位に立ち、できる限りよい条件での契約を目指して事業者がマーケットの要請に応えようと努力、工夫しているのであって、どこから先が濫用でどこまでが濫用でないのかの線引きは難しい。何よりも、この規制が自由競争基盤としての取引主体の自主性、独立性に着目しているので、多分に被害者側の属人的要素に左右されることになる。仮にある事業者がある事情から経営上困難な状況にある場合、自主性、独立性が侵されたと評価され易くなってしまいかねない。また、濫用の射程を広げ過ぎると、優位に立つ事業者の優位性それ自体に反規範性を見出す事態になってしまう⁽²⁶⁾。

だからこの種の規制の射程はできる限り抑制的に捉えておいた方が望ましい。これまでは要求が常軌を逸していると常識的に見て評価されるだろうケースに限定されてきた⁽²⁷⁾。

しかし、近年になって、同規制の射程は広がりを見せているように思われ

(26) このような問題意識は筆者に特有のものではなく、多かれ少なかれ、この分野に所属する研究者にある程度共有されているものである。この規制への賛否には濃淡があるが、自由競争に対するイデオロギーをよく反映するものではある。根岸・前掲注(10)30頁の記述が非常に参考になる。

(27) ローソン事件(公正取引委員会勧告審決平成10年7月30日審決集45巻136頁)がその例だろう。いずれにしても、一般人の目からみて常軌を逸したように映るものばかりである。

る。柔軟性を帯びてきたといってもよいかもしれない。第一に、取引の相手方は従来の法実務では事業者に限定されてきたが、法の規定上事業者に限定されていないことからこれを個人にまでその射程が拡大されて議論されるようになり、実際、Eコマースの分野においては個人を被害者とする優越的地位濫用規制のあり方が模索されるようになってきた⁽²⁸⁾。

第二に、環境の大きな変化によって当初の取引条件が一方当事者にとって大きく不利に偏った場合に、この条件の変更に応じないことが濫用に当たるという認識がなされるようになったということである。コンビニの24時間営業をめぐる本部と店舗との対立問題は、一つの例である。

第三に、マーケットの要請に応えるという正当化、消費者の利益のためにという正当化は効かないということが近年のケースの積み重ねで明らかにされてきた、ということである。楽天の送料無料問題に象徴されるように、多面的市場における各種ステークホルダーの利益を満遍なく配慮するという要請がこの規制にかけられている。マーケットへの要請に応えるためにという理由であっても一部取引相手にとって不満が生じる条件変更がこの規制の射程として扱われることは、緊急停止命令の申し立てがなされたこの事件において明らかになった（ただ裁判所の判断を待たずに事業者が方針を撤回したので司法の判断が下された訳ではない）。

アドボカシーの一環として上記の緊急調査、特別調査がなされたということ、そのような同規制の射程の拡大、柔軟化という流れの中で位置付けて考える必要がある。言葉遣いとしてはやや古くなりつつあるが、（独占禁止法という）ハード・ローを（アドボカシー活動として）ソフト・ローの形で用い、要件の充足を前提にした行政処分等という事件処理によらない政策誘導を試みているのである。

地位の優越性の認定に際しては、濫用行為がなされた際に取引相手の変更がコスト上容易であることがポイントになるが、これは検討対象となる取引の個別の事情によるのであるから必然的にケースバイケースである。短期的

(28) 例えば、「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（令和元年12月17日公正取引委員会（改正：令和4年4月1日）参照）。

には他の取引相手を選ぼうと思えば選べるが、より長期の関係を意識して相手の変更躊躇する場合もあるだろう。こういった場合、実際かかるコストは見え難く、長期的な関係を断ち切ることへの将来への不安のような心理的障壁であるかもしれない。どのような基準、視点を以て取引相手の変更可能性を論じるべきかは、必ずしも明らかにされてこなかった点多々ある。これもまた不確定要素となるものであって、アドボカシー活動や確約手続において同規制の運用が積極化される際には、事業者はコンプライアンス対応に苦慮するかもしれない。法適用においては予測可能性の担保が重要なものはいうまでもなく、際限なく適用の範囲が広がる恐れがあるような運用は控えるべきであることをここで確認しておきたい。

7 請負契約に特有な問題

請負契約は決められた取引条件で請け負った作業を完成させることで契約の履行となる。総価一式で行われるか否かに拘らず、公序良俗にでも反しない限り当初の条件が決定的な出発点となる。もちろん、契約条項で契約変更に係る規定が設けたり、契約変更に向けて当事者間で任意に交渉を行ったりすることは妨げられていない。要するに、契約の自由の下、請負契約に係る取り決めは柔軟に行い得るのである。

ではこの分野に独占禁止法はどのように係ることになるのであろうか。不当取引制限規制違反を構成する入札談合のケースでは悩まない。請負契約それ自体ではなくその契約締結過程における競争制限が問題にされるから、違反要件の充足はその契約締結の前段階のそれを検討すれば足りる。

優越的地位濫用の場合、違反要件の充足はトータルでの契約過程において問題にしなければならない。継続的に繰り返される売買契約のような場合、その一連の過程において契約条件の不利益変更がなされること、あるいは契約外での不利益要求がなされることが、濫用行為として想定される。その継続性の中で力の格差が生じ、どちらかがどちらかに関係上依存する状況になっているのであれば、優越性要件の充足性が認められることとなる。

フランチャイズ契約やEコマースサイトの利用契約のように一つの契約で一定期間の継続性が認められ、その期間内での特定行為の禁止要求や契約

条件の変更をフランチャイズの本部やデジタル・プラットフォーマーが要求することもある⁽²⁹⁾。

請負契約、特に建設工事のそれは、一定期間の継続性があるのが当然であり、その期間中に資材価格が高騰し、一方当事者がその費用負担に苦しむケースがある。一方、一つの請負契約の履行後に新たな請負契約を同じ発注者との間で結ぼうとする際、費用高騰を反映しない価格での新規契約を余儀なくされるケースもあるだろう。これらは発注者が優位にあるケースであるが、受注者が優位にある場合には、高騰した分の費用を発注者に全部、または多くの部分を持たせようとするケースもあるかもしれない。地位の優位の存否は個別の事情によるのであって、力の格差によって平等な費用負担が歪められる場合に、この規制の適用が問題になる。

ここでいくつかポイントがある。

第一に、継続的な取引関係の下において一つの契約終了後、新規契約に際して条件変更が認められない場合について、同規制の射程となることは争いがないだろうが、一定の継続性がある建設工事のような請負契約の過程における条件変更はどうだろうか。

第二に、契約変更に応じたか、応じないか、という事実だけでは法的評価は下せない、ということである。契約変更に応じるか否かだけでは地位の不当な利用は明らかではない。発注者が受注者の要請に応えず契約変更がなされない場合だったとしても、そのことをもって発注者の優越性が認定できる訳ではない。発注者は将来において当該受注者との契約の機会を失うかもしれないが、それでもよしと考えるの判断かもしれない。そういった関係においては地位の優越もなければ、当然に濫用行為にもならない。特に建設工事請負契約は実に多様であって一部を切り取って全体を論じることは厳に慎まなければならない。

第三に、より一般的な問題として、優越的地位濫用規制の発動は、問題があるとされた事業者は価格設定等の取引条件について後から変更を余儀なく

(29) 消費期限がある食品の値引き販売の禁止が前者の例であり、Eコマースにおける送料無料化の契約上の義務付けは後者の例である。

されることになるのであるが、これはビジネスを遂行する際の大きな不確実性を生むのではないか、ということである。同規制の発動による条件変更はある意味、絶対的に優位な地位にある国家権力による法的強制なのであって、場合によっては重要な計画の変更を余儀なくされる。ただ、優越的地位濫用規制の考え方として、仮に地位の優越があつたとしても合理的な範囲で費用負担を相手に求めることは許される。それは確かに相手方にとってビジネスを遂行する際の大きな不確実性となる。それが法的な強制力を伴うというのであれば、劣後の地位にある取引の相手方からの一定の費用負担の要請に応えなければならないという不確実性をかかえることになる⁽³⁰⁾。

第四に、契約変更に応じないビジネス上の合理的理由が存在するが、一方、地位の優越もあつた場合はどうするか。これは合理的理由が優先するというのが基本的考え方だ。もちろん負担の程度にはさまざまあるので、判断は相対的になされるべきものであって、程度の問題ということにはなる。

なお、独占禁止法と建設業法の間でどう棲み分けを行うのか、あるいは行わないのか、これまでの議論の積み重ねは皆無といってよい。しかし、建設業法についての立法作業が現実的なものとなる中、この議論がないまま実務を先行させるのは、建設行政の不確実性を生み出すだけの結果となりかねない。

四 建設業法上の対応：パートナシップ構築のための法的戦略

公正取引委員会の上記緊急調査報告がなされたのは令和4年12月のことであつたが、これを受けて令和5年1月、日本経済団体連合会、日本商工会議所、そして経済同友会の経済三団体は共同で「[「パートナーシップ構築宣言」の実効性向上に向けて]と題する文書を発出した⁽³¹⁾。以下、引用しよ

(30) 特に不動産会社が発注者となる建設工事の場合、その先の市場に対するコミットメントが先行していることが多い。マンションやオフィスビルの場合、費用面を含む一連の事業計画の不確実性が増すとそもそも事業そのものに支障をきたすという指摘がある。

(31) <https://www.keidanren.or.jp/policy/2023/001.html>

う（下線部は筆者による）⁽³²⁾。

わが国経済は、過去 20 年以上にわたり物価、賃金、生産性がほぼ横ばいという停滞が続いてきた。現下のエネルギー・原材料価格の高騰、人手不足の深刻化といった内外の環境変化を契機に、わが国経済を停滞から成長へと転換させ、多くの人が豊かさを実感できる社会の実現につなげることは経済界の責務でもある。

このためには、新たな付加価値の創造による「成長」と、公正・適正な取引や賃上げを含む人への投資による「分配」の好循環の実現が不可欠である。

この観点から官民挙げて推進している「パートナーシップ構築宣言」は、サプライチェーン全体での成長と分配の好循環を目指すものとして極めて重要な取組である。

しかしながら、宣言企業数は増加しているものの、昨年末の公正取引委員会や中小企業庁の調査結果で浮き彫りになったように、宣言の趣旨が自社調達部門等の取引現場に十分に浸透していない企業があるのが実態であり、宣言の実効性向上が急務である。

費用負担問題でいえば、この発出文書では「「パートナーシップ構築宣言」の趣旨および自社の宣言内容について、自社調達部門等の取引現場への浸透徹底を図るとともに、取引先に明示する。」「受注側企業におけるコスト（労務費、原材料費、エネルギー価格等）上昇分について、積極的に価格協議に応じるとともに、取引対価へ円滑に反映する。」といったことが謳われている。

(32) 政府と日本経済団体連合会、日本商工会議所、そして経済同友会の経済三団体等、官民共同で形成された「未来を拓くパートナーシップ構築推進会議」が令和 2 年 5 月、「パートナーシップ構築宣言」を行った。この宣言は、事業者が、取引先との共存共栄を目指し、(1) サプライチェーン全体の付加価値増大と、新たな連携（IT 実装、BCP 策定、グリーン調達の支援等）、(2) 下請企業との望ましい取引慣行（「振興基準」）の遵守、特に、取引適正化の重点 5 分野（①価格決定方法、②型管理の適正化、③現金払の原則の徹底、④知財・ノウハウの保護、⑤働き方改革に伴うしわ寄せ防止）において取り組むことを「代表権のある者の名前」で宣言し、ポータルサイトで公表するものである。

公正取引委員会の上記調査結果は優越的地位濫用規制を入り口にはしているが違反を認定するものではなく、アドボカシーとして環境整備を促すものである。経済界の反応も違反の有無を問うものではなく、そうした政策提言に積極的に呼応しようというものである。これまで議論してきた点に絡めるのであれば、建設業法や独占禁止法の要件が充足されるかどうかには拘るのではなく、これら違反が疑われる、あるいはその可能性を孕む問題状況が指摘されたことを受けて、より先を見た環境整備を行う必要性を官民あげて共有するものである。だからこそ、経済三団体は「パートナーシップ構築宣言」の実効性確保を指摘しているのである。しかし、このようなある種の「焦り」が経済界にあるということは、各種業界の反応はまちまちということであり、それは業界による独占禁止法上の対応の効果には限界があるということを示すものでもある。

では、業法である建設業法上の対応についてはどうだろうか。国土交通省の「持続可能な建設業に向けた環境整備検討会」⁽³³⁾が令和5年3月に取りまとめた報告書において、建設業法19条の3に係る手続を見直し、問題業者への国土交通大臣等による勧告（それを公表の対象とする）を可能にする旨の提案がなされている⁽³⁴⁾。社会評判のダメージを回避したいという業者側のインセンティブに訴えかける手続の整備は一つの実効性確保方法であるが、第三章で指摘した問題と同様の問題、すなわち法適用の不確実性の問題は避けられない。元下間であれば両者とも建設業であり、（地方自治体も含め）所管故の効果もあろうが、発注者にはさまざまあり、どこまでこの「業法」が機能するかは不明な部分もある。（担当部署のあり方次第だが）一定程度の機動力は期待できる。独占禁止法との射程の異同についてはまずは詰めた議論が必要だ。

パートナーシップ構築を目指した、受発注者間における契約変更へ向けての協議条項の標準請負約款のあり方見直しについてはどうか。上記検討会報告書では、建設業法上、中央建設業審議会が作成、その利用を勧告する標準

(33) 国土交通省ウェブサイト（https://www.mlit.go.jp/tochi_fudousan_kensetsugyo/const/content/001599759.pdf）参照。

(34) 国土交通省「持続可能な建設業に向けた環境整備検討会」報告書（2023）21頁。

請負約款の利用の促進が提唱されている。具体的には、「民間約款の利用を促進するため、元下ガイドラインにおける元下約款の利用と同様に、受発注者ガイドラインにおいて、「民間約款又はこれに準拠した内容を持つ契約書による契約を締結することが基本」である旨を明記」「民間約款の利用を促す観点から、契約書において民間約款又はこれに準拠した内容を持つ請負契約であるか否かについて表示するよう措置」「ガイドラインによる措置で効果がないのであれば、民間約款の利用を建設業法上の努力義務とすることも視野に検討」といった記述がなされている⁽³⁵⁾。

公共事業の場合、社会基盤整備の公共的な必要性からその品質維持が強く求められ、そのために会計法等による契約過程の規律を補完する公共工物品質確保法が制定され、その一環として公的財源を原資として官公需契約と費用負担問題の解決を図ることができる。標準請負約款における契約変更の協議条項はその条項があるから機能しているのではなく、契約変更に応じることを可能とする金銭的バックグラウンドが発注者側に存在するからである。しかし民間の建設取引の場合はそうはいかない。ビジネスとして展開される民需における建設取引の場合、その品質は発注者がマンション販売、オフィスビル賃貸、あるいは自社工場の稼働というユーザー視点に立った自由市場の論理で保証されるものあって、工事価格の高低はそうした自由市場のリスクを考慮してなされるべきだという意見はもっともではある。発注者は費用高騰局面において負担を拒絶するということはそこで発生する費用負担のアンバランスのリスクを受け入れるということを意味する。そういった自由市場の論理に対する過度にパートナーシップ的な介入はその正当化が難しい。しかし、業法というのは、そういう自由市場の論理に一定の法的な枠を設けること、あるいは行政によるグリップを効かせるためのものであって、敢えて約款についてまで業法で言及しているのは、建設業がそれだけ特殊な市場構造、産業構造にあるということの意味するものでもある。もちろん、官民の違い、元請け段階と下請け段階の違いを踏まえたものでなければならぬが、約款のあり方の大胆な見直しは、パートナーシップ構築へ向けた基

(35) 同前 19～20 頁。

盤整備そのものであり、受発注者双方を委員とした中央建設業審議会の場においてコンセンサスに至ることが前提にあるのであるから、中長期的にはFIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils: 国際契約約款)⁽³⁶⁾型の費用分担モデルの導入も含めて、そこには持続可能な環境整備として問題解決の大きな可能性があるのではなかろうか。

(本学法学部教授)

(36) FIDICについては、建設関係、法律関係の各種サイトで解説がなされている。本文の記述に係るものとして、例えば、西村あさひ法律事務所所属弁護士による解説「FIDIC 契約約款のポイント(第2回) 物価調整条項」(https://www.nishimura.com/sites/default/files/images/newsletter_construction_infrastructure_20221219.pdf) 等参照。

論 説

盗撮行為における迷惑防止条例と性的姿態 撮影等処罰法との関係について

——最決平成 20 年 11 月 10 日刑集 62 卷 10 号
2853 頁、最決令和 4 年 12 月 5 日裁時 1805 号 7
頁を素材として——

富山 侑美

- 一 はじめに
- 二 判例
 - 1 平成 20 年決定
 - (1) 事実概要
 - (2) 決定要旨
 - (3) 田原裁判官の反対意見
 - (4) 本決定の位置づけ
 - 2 令和 4 年決定
 - (1) 事実概要
 - (2) 決定要旨
 - (3) 本決定の位置づけ
 - 3 小括
- 三 学説の状況
 - 1 条文の文言からの限定
 - 2 保護法益からの限定
 - 3 表現の自由・肖像権との関係
 - 4 検討
 - 5 小括
- 四 条例と法令の関係について
 - 1 徳島市公安条例事件

- (1) 事実概要
- (2) 判旨
- 2 性的姿態撮影等処罰法の制定
- 3 迷惑防止条例と性的姿態撮影等処罰法との関係
- 4 小括
- 五 結び

一 はじめに

我が国の性犯罪規定は、近年の性犯罪の実情や、性的自己決定権を尊重する考え方、諸外国の性犯罪規定との関係等の事情に鑑みて、今般大幅に改正された⁽¹⁾。本改正の内容は多岐に渡るが、その一環として、性的な姿態を撮影する行為等の処罰及び押収物に記録された性的な姿態の影像に係る電磁的記録の消去等に関する法律(令和5年法律第67号)(以下、「性的姿態撮影等処罰法」とする。)が制定された。法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会(以下、「法制審」とする。)第1回会議(令和3年10月27日開催)議事録によると、これは、相手方の意思に反する性的姿態の撮影行為等に対する適切な処罰を確保し、その画像等を確実に剝奪できるようにするための実体法及び手続法の整備を目的として制定されたものであるが、具体的には、①性的姿態の撮影行為及びその画像等の提供行為に係る罪を新設すること及び②性的姿態の画像等を没収・消去することができる仕組みを導入することによってこれを実現しようとしている⁽²⁾。①に含まれる行為として、当初、⑦強制性交等などの犯行の場면을撮影する行為、⑧被害者に気付かれずに撮影する行為、⑨アダルトビデオへの出演の強要など欺罔や威迫によって同意させた上で撮影する行為、⑩ユニフォーム姿のスポーツ選手の胸部や臀部を殊更にアップにして撮影したり、脚を開くなどの特定の姿勢を撮影したりする行

(1) 本稿において、改正された性犯罪規定とは、令和5年6月16日に成立し、同年7月13日に施行された、「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」(令和5年法律第66号)及び「性的な姿態を撮影する行為等の処罰及び押収物に記録された性的な姿態の影像に係る電磁的記録の消去等に関する法律」(令和5年法律第67号)によるものを指す。

(2) 法制審第1回会議議事録5頁。なお、同会議配布資料「性犯罪に対処するための法整備に関する諮問」(諮問第117号)も参照。

為、④子供の水着姿やブルマ姿の姿態を撮影する行為が挙げられており⁽³⁾、④はいわゆる盗撮行為を想定している。このようにして、性的姿態撮影等処罰法第2条1項1号イにおいて、性的姿態等撮影罪及びその未遂罪を規定し、盗撮行為を処罰することとなった。

従来、電車や店舗等の公共の場所において、女性の下着等を撮影する盗撮は、各都道府県のいわゆる迷惑防止条例により処罰の対象とされてきた⁽⁴⁾。このうち、下着等が現に写っていない盗撮（未遂）についても、迷惑防止条例の処罰対象とする「卑わいな言動」となるとされた事例として、最決平成20年11月10日刑集62巻10号2853頁⁽⁵⁾（以下、「平成20年決定」とする。）及び最決令和4年12月5日裁時1805号7頁⁽⁶⁾（以下、「令和4年決定」とする。）がある⁽⁷⁾。後述する通り、これらの判例の事案のように、着衣の臀部を撮影する行為や、カメラをスカートの方向に差し向けるような盗撮（未遂）行為が「卑わいな言動」という迷惑防止条例の条文の文言に該当するとすることに対して、批判的な立場が少なからず存在し、未遂を含む盗撮行為をどこまで処罰の対象とするのかが明らかではなかった。また、条例の文言

(3) 法務省「性犯罪に関する刑事法検討会（以下、「検討会」とする。）取りまとめ報告書（令和3年5月）39頁。

(4) 公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例（昭和37年東京都条例第103号）を皮切りに、現在では同種の条例が全47都道府県で制定されており、その全てで盗撮行為を処罰の対象としている。本稿では、これらを総称して、迷惑防止条例とする。なお、盗撮行為における迷惑防止条例に関する先行研究として、合田悦三「いわゆる迷惑防止条例について」『小林充先生＝佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上）』510頁、合田悦三「迷惑防止条例における盗撮行為の規制の改正を巡って」『日高義博先生古稀祝賀論文集（下）』141頁以下、坂田正史「迷惑防止条例の罰則に関する問題点について」判タ1433号21頁、佐藤拓磨「不同意撮影罪と性的画像記録の没収・消去の立法について」刑ジャ69号126頁がある。

(5) 判時2050号158頁、判タ1302号110頁。本決定の評釈として、三浦透「判批」最判解（刑事）平成20年度699頁、金澤真理「判批」法学（東北大）74巻2号134頁、五十嵐さおり「判批」明治学院ロー12号93頁、杉本一敏「判批」刑ジャ15号134頁、金尚均「判批」法七増・速報判例解説5号155頁、匿名「判批」法時81巻11号136頁がある。

(6) 本決定の評釈として、内藤恵美子「判批」ジュ1588号97頁、天田悠「判批」法セ819号134頁、船橋亜希子「判批」刑ジャ76号141頁がある。

(7) この他、撮影に至らない行為に対するものとして、広島高松江支判平成28年2月26日高刑速平成28年236頁。

は各都道府県によって異なるため、処罰範囲が一定ではないということも問題となってきた⁽⁸⁾。さらに言えば、実務上、スマートフォン等で被害者の下着等を撮影する行為に及んだ者を検挙したものの、撮影された画像が不鮮明であったり、撮影された画像が記録された記録媒体が逃走の際に投棄されるなどしたことによりその確認が不可能となったりし、下着等を撮影した事実を認定することができず、「卑わいな言動」に当たるとして起訴する事案や、大まかにはスマートフォン等を被害者の足付近に向けた事実自体は認定できるものの、防犯カメラ映像や目撃者の供述等からは、当該スマートフォン等と被害者との位置関係を厳密には特定することができず、その結果、法的評価として、「卑わいな言動」にも当たらないと主張される事案が少なくない⁽⁹⁾。スマートフォン等の技術やSNS等の発展による盗撮及びその拡散による被害の状況に比して、とりわけ、撮影未遂行為に対する処罰は軽いものとなってきたのが現状のようである。

この点につき、性的姿態等撮影罪・同未遂罪が新設されたことにより、処罰範囲が明確化された。他方で、本罪の保護法益が、性的自己決定権の保護にあるとされている⁽¹⁰⁾点、迷惑防止条例の保護法益とは異なっており、処罰の重複や間隙が生じる可能性がある。

そこで、本稿では、まず、従来、盗撮行為をどのような範囲で処罰してきたか、ということ、上述の2つの最高裁決定を比較検討することによって明らかにする。その上で、2つの最高裁決定に対する学説の状況から、迷惑防止条例違反となる盗撮行為の範囲を検討する⁽¹¹⁾。次に、盗撮行為における迷惑防止条例違反と性的姿態等撮影罪との関係を、集団行進及び集団示威

(8) 例えば、航空機内や電車内における盗撮のように、二つ以上の都道府県にまたがって盗撮行為を行っていた場合、どちらの都道府県の条例を適用すべきか、といった問題が発生する。佐藤・前掲注(4)130頁。

(9) 島本元気「判批(東京高等裁判所令和4年5月12日判決(上告取下げ・確定))」研修899号19頁。立件の困難性を同様に挙げるものとして、坂田吉郎「判批」警察学論集61巻2号196頁以下がある。

(10) 法制審第5回会議事録17頁以下。

(11) 但し、紙幅の都合上、参考とする最高裁決定が対象とした北海道及び東京都の条例のみとの関係で議論することとする。

運動に関する条例（昭和27年徳島市条例第3号）（以下、「徳島市公安条例」とする。）と道路交通法との関係が問題となった、徳島市公安条例事件⁽¹²⁾を参考に検討する⁽¹³⁾。以上を踏まえた上で、盗撮行為をいずれの罪名でどこまで処罰とすべきか、若干の私見を示すこととする。

二 判例

盗撮行為の処罰範囲を明らかにするために、まず、盗撮行為が迷惑防止条例違反であるとされてきた、平成20年決定について整理・検討する。

1 平成20年決定

(1) 事実概要

被告人は、正当な理由がないのに、平成18年7月21日午後7時ころ、旭川市内のショッピングセンター1階の出入り口付近から女性靴売り場にかけて、女性客（当時27歳）に対し、その後を少なくとも約5分間、40m余りにわたって付けねらい、背後の約1ないし3mの距離から、右手に所持したデジタルカメラ機能付きの携帯電話を自己の腰部付近まで下げて、細身のズボンを着用した同女の臀部を同カメラでねらい、約11回これを撮影したことが、公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例（昭和40年北海道条例第34号）（以下、「北海道迷惑防止条例」とする。）2条の2第1項第2号及び第4号⁽¹⁴⁾に当たるとして起訴された。

(12) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。本判決の評釈として、小田健司「判批」裁判解（刑事）昭和50年度156頁、京藤哲久「判批」警研52巻8号53頁、武田誠「判批」同志社法学28巻6号107頁、三井誠「判批」別ジュ57号22頁・別ジュ82号14頁、竹内正「判批」ジュ臨増615号144頁、茂田忠良「判批」別冊判タ9号238頁、阿久津正好「判批」別冊判タ26号488頁など。この他、憲法・行政法学的観点からの評釈が多数存在するが、紙幅の都合上、取り扱わないものとする。

(13) なお、福岡県青少年保護育成条例と刑法・児童福祉法との関係が問題となった、いわゆる福岡県青少年保護育成条例事件（最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁）は、紙幅の都合上、取り扱わないものとする。

(14) 北海道条例2条の2第1項「何人も、公共の場所又は公共の乗物にいる者に対し、正当な理由がないのに、著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような次に掲げる行為

第一審⁽¹⁵⁾は、北海道迷惑防止条例2条の2第1項2号は、「衣服等で覆われているその内側の身体や下着をのぞき見たり、盗撮するというのぞき見や盗撮行為の顕著な場合だけを対象としていると解するのが相当である」⁽¹⁶⁾とし、本件では被告人は被害者の衣服等の上から被害者を撮影したものであるから、同条同項2号に該当しないとした。また、同条同項4号の該当性については、「被告人が、被害者の後ろ姿全体を撮影しようとした可能性も否定できない」ため、「被告人が被害者の臀部をねらって撮影したとの検察官の主張は採用できない」⁽¹⁷⁾とした上で、「約5分間にもわたって被害者を付けねらった上、その約一メートルないし三、四メートルの至近距離まで近づいて、何度となく、右手に持った携帯電話を自己の腰付近まで下げるといふ体勢で携帯電話を構えて被害者の後ろ姿を撮影したことは、確かに、不審かつ不気味であり、その場所が、地域住民の安心して買物できるはずのデパート内であったことを考慮すれば、被告人により撮影に至るまでの行為は、人に性的しゅう恥心を抱かせ、かつ不安を覚えさせるものであるといえなくはないが、しかし、その程度は、社会通念上、容認できないほどはなほだしいと認められるほどの卑わいな行為と認めることはできない」⁽¹⁸⁾ため、同条同項4号にも当たらないとして、無罪を言い渡した。

これに対し、検察官が控訴し、訴因を4号違反に絞る訴因変更が行われた控訴審⁽¹⁹⁾は、「被告人が、被害者の臀部をねらって撮影したこと、この撮影行為が迷惑防止条例2条の2第1項4号に該当することは明らかであるから被告人を無罪とした原判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな事実の誤認及び法令の解釈適用を誤った違法がある」⁽²⁰⁾として破棄自判した。争点

をしてはならない。(1)衣服等の上から、又は直接身体に触れること。(2)衣服等で覆われている身体又は下着をのぞき見し、又は撮影すること。(3)写真機等を使用して衣服等を透かして見る方法により、衣服等で覆われている身体又は下着の映像を見。又は撮影すること。(4)前3号に掲げるもののほか、卑わいな言動をすること。】

(15) 旭川簡判平成19年3月9日刑集62巻10号2890頁。

(16) 刑集62巻10号2894頁。

(17) 刑集62巻10号2897頁。

(18) 刑集62巻10号2898頁。

(19) 札幌高判平成19年9月25日刑集62巻10号2900頁、判タ1271号346頁。本判決の評釈として、坂田・前掲注(9)196頁がある。

は、①被告人が被害者の後ろ姿全体ではなく臀部をねらって撮影したか否かと、②被告人の盗撮行為が人を著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような卑わいな言動に当たるか否かの2点に整理される。①については、被害者を被写体として撮影した11枚の画像全てに臀部がほぼ中央に位置する状態で写っていること、本件前に撮影した本件当日の画像のほとんどに女性の臀部が写っている上、女性が前傾姿勢になったため臀部が被告人側に突き出る体勢になった瞬間をとらえて撮影したものや本件画像を含めてフレームが設定されている画像が2枚存在すること、女性の臀部を撮影した画像が被告人の捜査段階の自白に沿うものであることなどを重視し、被告人の撮影した画像のとらえ方を原判決と異にしている⁽²¹⁾ことから、「被告人が、被害者の後を付けねらい、…至近距離から被害者の臀部をねらって約11回にわたりその臀部等を撮影した事実を優に認めることができる」⁽²²⁾とした。②については、「被告人の本件撮影行為は、一見して不審な態様であることは明らかであり、被告人は、買い物客でにぎわうショッピングセンターにおいて、一般的に盗撮されれば、女性が著しくしゅう恥し、不安を覚える部位である臀部をねらって、執ように被害者の後を付けながら約11枚の画像を隠し撮りしたものであり、それが、社会通念上容認できない行為であることはもとより、…本件撮影行為が迷惑防止条例2条の2第1項4号にいう公共の場所にいる者に対し、著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような卑わいな言動に当たることは明らかである」⁽²³⁾とした。なお、4号は、犯罪行為の内容が極めて不明確であり、法が求める構成要件の重要な要素である行為が特定されておらず、憲法31条、39条に違反し、無効であるとの弁護人の主張に対しては、「迷惑防止条例2条の2第1項4号の構成要件は、同条1項本文の文言と相まって明確なものであり、憲法違反をいう点は理由がない」⁽²⁴⁾として退けた。

(20) 刑集62巻10号2902頁。

(21) 判タ1271号346頁。

(22) 刑集62巻10号2908頁。

(23) 刑集62巻10号2909頁。

(24) 刑集62巻10号2910頁。

これに対し、被告人側が北海道迷惑防止条例2条の2第1項4号の「卑わいな言動」の構成要件が不明確であり、憲法31条、39条に違反し、被告人の本件行為は同号に該当しないとして上告した。

(2) 決定要旨

「公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例(昭和40年北海道条例第34号)2条の2第1項4号の『卑わいな言動』とは、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな言語又は動作をいうと解され、同条1項柱書きの『公共の場所又は公共の乗物にいる者に対し、正当な理由がないのに、著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような』と相まって、日常用語としてこれを合理的に解釈することが可能であり、所論のように不明確であるということとはできない」⁽²⁵⁾として上告を棄却した上で、被告人の行為の2条の2第1項4号該当性につき、職権で以下のように判断した。

「被告人の本件撮影行為は、被害者がこれに気付いておらず、また、被害者の着用したズボンの上からされたものであったとしても、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな動作であることは明らかであり、これを知ったときに被害者を著しくしゅう恥させ、被害者に不安を覚えさせるものといえるから、上記条例10条1項、2条の2第1項4号に当たるといふべきである。」⁽²⁶⁾

(3) 田原裁判官の反対意見

本決定には、被告人の行為は、本件条例2条の2第1項4号の構成要件に該当せず、したがって、被告人は無罪であるとする田原睦夫裁判官の反対意見が附されている⁽²⁷⁾。田原裁判官は、本条1項4号に定める「『卑わいな言動』とは、同項1号から3号に定める行為に匹敵する内容の『卑わい』性が認められなければならない」とした上で、「その『卑わい』性は、行為者の

(25) 刑集62巻10号2854頁以下。

(26) 刑集62巻10号2855頁。

(27) 刑集62巻10号2856頁以下。

主観の如何にかかわらず、客観的に『卑わい』性が認められなければならない」が、本件被告人の行為は、「『卑わい』な行為と評価すること自体に疑問が存するのみならず、被告人の行為が同条柱書きに定める『著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような行為』に当たるとは認められない」とした。

このように解する根拠として、まず、臀部を撮影する行為の前の行為である「視る」行為の卑わい性について、臀部に顔を近接させて「視る」ような場合ではない場合には卑わい性が認められず⁽²⁸⁾、「『視る』行為それ自体に『卑わい』性が認められないときに、それを『写真に撮影』する行為が『卑わい』性を帯びるとは考えられない」ことを前提としている。その上で、ズボンを履いた女性の臀部を「視る」行為に卑わい性がない以上、その撮影を行った被告人の行為も「卑わい」ではないとした。次に、仮に本件撮影行為が「卑わい」な行為に該当するとしても、被害者をして「著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような行為」ではないとする。すなわち、「本条1項の対象とする保護法益は、『生活の平穩』であるところ…、それと同様の保護法益を保持することを目的とする法律として、軽犯罪法があり、本件の規制対象行為に類するものとしては、『正当な理由がなくて人の住居、浴場、行為上、便所その他人が通常衣服をつけないでいるような場所をひそかにのぞき見た者』（2条23号）や、…『不安若しくは迷惑を覚えさせるような仕方他人につきまとった者』（1条28号後段）が該当するところ、…その法定刑の著しい差からすれば、本条1項柱書きに定める『著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせる行為』とは、軽犯罪法が規制する上記の各行為に比して、真に『著しく』『しゅう恥、又は不安』を覚えさせる行為をいうものと解すべき」なのである。

被告人の本件撮影行為は、「カメラを構えて眼で照準を合わせて撮影するという、外見からして撮影していることが一見して明らかな行為とは異なり、外形的には撮影行為自体が直ちに認知できる状態ではなく、撮影行為の

(28) 但し、「視る」対象を追尾したような場合には、軽犯罪法1条28号後段の「不安若しくは迷惑を覚えさせるような仕方他人につきまとった者」とされる場合があり得るとしている。

態様それ自体には、『卑わい』性が認められない」とした。

(4) 本決定の位置づけ

本決定の根本的な問題は、公共の場所において、ズボンを履いた臀部等、隠されていない部分を見ること自体は基本的に許された行為であり、その写真撮ることも、視ることとの間で質的な違いはないのではないかという点である⁽²⁹⁾。本件においては、ねらった対象が臀部であること、相当に執ような態様で撮影をしていることなどの具体的な事情に基づいて、「被害者を著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような、卑わいな言動」に当たるとされたと考えられ⁽³⁰⁾、この結論に問題はないと思われる。しかし、本件を突き詰めると、通常疑問なく行われている写真撮影行為までが罰則に当たることになったり、罰則の適用範囲が不当に広がる恐れが生じたりする可能性が出てくる⁽³¹⁾。この点は、後述する通り、議論の余地を残すものとなっている。

2 令和4年決定

上述のとおり、平成20年決定において、衣服の上からの盗撮行為が迷惑防止条例違反になることが示されたが、衣服を着用した身体に対して写真機を構える行為、すなわち、平成20年決定で罰則の対象とされた撮影行為に至らない差し向け行為が、迷惑防止条例違反になるか否かについて争われたのが令和4年決定である。

(1) 事実概要

本決定の第一審⁽³²⁾では、被告人が、正当な理由なく、令和2年5月29日午後3時54分頃から午後4時7分頃までの間に、東京都町田市○×丁目×番×号○○ビル×階○○店において、Aに対し、手に持った小型カメラを使用して、Aの左横又は後方から、Aのブラウス着用の胸部付近やスカート着

(29) 判時2050号159頁、判タ1302号111頁。

(30) 判時2050号159頁、判タ1302号111頁。

(31) 三浦・前掲注(5)714頁。

(32) 東京地立川支判令和3年1月15日判時2537号65頁。

用の臀部を撮影するなどし、もって公共の場所において、卑わいな言動をし、人を著しく羞恥させ、かつ、人に不安を覚えさせるような行為をしたことが、公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例（昭和37年東京都条例第103号）（以下、「東京都迷惑防止条例」とする。）5条第1項⁽³³⁾に当たるとして起訴された。

ここで認定された事実は、大別すると以下の3点である。

ア 被告人は、午後3時57分頃、本件店舗のグッズコーナーにおいて、約1分間にわたって、Aの左横付近に立ち、その間に、右手に握った本件カメラで、画面の大部分に被告人自身の身体が写り、画面に左端にAの膝辺りから靴までが写っている動画（動画①）と、Aの顎付近から靴までの範囲の左半身が写っている約5秒間の動画（動画②）を撮影した。

イ 被告人は、午後3時58分頃、Aの近くから離れ、本件店舗から退去し、午後4時4分頃、再度入店し、午後4時7分頃、書籍コーナーにおいて、Aの背後付近に立ち、本件カメラで、陳列棚に対面した状態で立っているAの後ろ姿が約5秒間にわたって写り、同様に立っているAの左横からの姿が約3秒間にわたって写っている約23秒間の動画（動画③）を撮影した。

ウ 被告人は、動画③を撮影した直後、Aの左後ろに立ち、Aのスカートの裾と同じ程度の高さの位置で本件カメラを持ち、レンズをAの下半身の方に向けた状態で小型カメラを構えた（行為④）。

この事実認定に基づいて、以下のように判示して、被告人を無罪とした。

(33) 「何人も、正当な理由なく、人を著しく羞恥させ、又は人に不安を覚えさせるような行為であつて、次に掲げるものをしてはならない。(1) 略。(2) 次のいずれかに掲げる場所又は乗物における人の通常衣類で隠されている下着又は身体を、写真機その他の機器を用いて撮影し、又は撮影する目的で写真機その他の機器を差し向け、若しくは設置すること。(イ) 住居、便所、浴場、更衣室その他人が通常衣類の全部又は一部を着けない状態であるような場所(ロ) 公共の場所、公共の乗物、学校、事務所、タクシーその他不特定又は多数の者が利用し、又は出入りする場所又は乗物(イに該当するものを除く。)(3) 前二号に掲げるもののほか、人に対し、公共の場所又は公共の乗物において、卑猥な言動をすること。」

「被告人が撮影した動画①については、Aの足元が約1秒間写っているにすぎず、性的な意味合いのある部位を狙ったものとはいえない。動画②については、Aのマスクを着けた顎付近から靴までの左半身が写っており、胸元や胸部のみが強調されている映像とはいえず、Aが前かがみの姿勢をとっていたことを考慮しても、客観的にみて胸元や胸部という特定部位を狙って撮影された動画とまでは認められないし、ブラウスの形状や素材に加えてブラウスの胸部付近が日傘と左前腕で隠されていることによって、動画からはAの胸部の形状はほとんど分からないものといえる。そして、動画③については、Aの後ろ姿と左横からの姿が写っているものであるが、Aのスカートの形は臀部の体形が分かるものではない上、スカート丈は特に短いものではなく、Aは陳列棚に対面した状態で両足を地面につけて立っていて、後ろ側のスカート丈が上がってしまっている様子も認められない。さらに、被告人がAの動画を撮影したのは、動画①ないし③の3回で、Aが写っているのはそれぞれ数秒以内にとどまり、動画①②と③の間には8分間程度の時間が空いており、その間に被告人は一旦本件店舗から退店していて、Aの後も付けていないのであって、被告人は動画撮影のためにAを付け狙うなどの執拗な行為はしていないものといえる。

以上によれば、前記認定の被告人の一連の行為は、…社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな「卑わいな言動」で「人を著しく羞恥させ、又は人に不安を覚えさせるような行為」に当たるといえることはできない。」⁽³⁴⁾

これに対し、動画①、動画②の各撮影行為と動画③の撮影行為及び行為④との間には時間的間隔があり、退店している等同一の機会にされたものではないため、一個の行為とみるには無理があるとして、動画③・行為④に限定した訴因に変更した上で、検察官が控訴した。控訴審⁽³⁵⁾における訴因は、被告人は、正当な理由なく、令和2年5月29日午後4時7分頃、東京都町

(34) 判時2537号66頁。

(35) 判時2537号60頁、判タ1503号40頁。本判決の評釈として、金澤真理「判批」法セ813号122頁、栗木傑「判批」警論75巻7号121頁、梶原明日香「判批」研修886号81頁がある。

田市〇×丁目×番×号〇〇ビル×階〇〇店において、A に対し、本体の大部分を黒色ビニールテープで覆う細工をして判別困難にした小型カメラを下方に下げた左手に持ち、A の背後の至近距離から、A の下半身に向けた同カメラでスカート着用の臀部等を約 5 秒間撮影し、さらに、前かがみの姿勢をとった A に対し、そのスカートの裾と同じくらいの高さの位置で、A の下半身に向けて同カメラを構え、もって公共の場所において、卑わいな言動をし、人を著しく羞恥させ、かつ、人に不安を覚えさせるような行為をしたというものであり、具体的な撮影態様を明示した点及び行為④を明らかにした点が、第一審とは異なる点である。

控訴審は、以下のような理由から破棄自判し、被告人を有罪とした。まず、東京都迷惑防止条例における「卑わいな言動」に当たる行為の判断方法として、「衣服を着用した身体を撮影し、又は衣服を着用した身体に対して写真機を構える行為であっても、その意図、態様、被害者の服装、姿勢、行動の状況や、写真機等と被害者との位置関係等を考慮し、被害者や周囲の人から見て、衣服で隠されている下着又は身体を撮影しようとしているのではないかと判断されるものについては、本件条例 5 条 1 項 3 号が規定する『人を著しく羞恥させ、又は不安を覚えさせるような行為であつて、人に対し、公共の場所又は公共の乗物において、卑わいな言動をする』行為（本件禁止行為）に当たると解するのが相当である」⁽³⁶⁾と解した上で、「被告人の目的、本件カメラの形状、被告人の行為態様、A の服装、姿勢及び行動の状況並びに本件各行為における本件カメラと A との位置関係、そのレンズの向き等を総合すると、被告人は、スカートの中等を動画で撮影しようとする企図し、周囲からは容易に気付かれないように本件カメラを準備・所持した上、本件店舗において、直ちに録画ボタンを押す態勢を整え、撮影の機会をうかがいながら本件各行為に及んだものであり、本件各行為は、A や周囲の人から見て、A のスカートの中等を撮影しようとしているのではないかと判断されるものであったということが出来る。」⁽³⁷⁾以上のことからすると、「本

(36) 判時 2537 号 62 頁。

(37) 判時 2537 号 64 頁。

件各行為が「人を著しく羞恥させ、又は人に不安を覚えさせるような行為であつて、人に対し、公共の場所又は公共の乗物において、卑わいな言動をすること」(本件禁止行為)に当たることは明らかというべきである。⁽³⁸⁾

これに対し、被告人側が東京都迷惑防止条例5条第1項の「卑わいな言動」の構成要件が不明確であり、憲法31条、39条に違反し、被告人の本件行為は同号に該当しないとして上告した。

(2) 決定要旨

最高裁は、以下のようにして、上告を棄却した。「被告人は、東京都内の開店中の店舗において、小型カメラを手に持ち、膝上丈のスカートを着用した女性客(以下「A」という。)の左後方の至近距離に近づき、前かがみになったAのスカートの裾と同程度の高さで、その下半身に向けて同カメラを構えるなどしたというのである。このような被告人の行為は、Aの立場にある人を著しく羞恥させ、かつ、その人に不安を覚えさせるような行為であつて、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな動作といえるから、公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例(昭和37年東京都条例第103号)5条1項3号にいう『人を著しく羞恥させ、人に不安を覚えさせるような卑わいな言動』に当たるというべきである。」⁽³⁹⁾

(3) 本決定の位置づけ

本決定は、まず、平成20年決定との事案の類似点・相違点という観点からの評価がなされている。類似点としては、ともにズボンやスカートといった衣類の上からの撮影事案であるという点であり、平成20年決定の田原裁判官の反対意見における視点からの批判が、本決定に対しても可能となろう。すなわち、明確性の原則から、「卑わいな言動」の適用範囲に関する疑問は残ると言わざるを得ない⁽⁴⁰⁾。相違点としては、被告人が現に下着の撮

(38) 判時2537号64頁。

(39) 裁時1805号7頁。

(40) 同様の指摘として、天田・前掲注(6)134頁、船橋・前掲注(6)145頁。また、控訴審の判決に対して同様の指摘をするものとして、金澤・前掲注(35)123頁。

影を企図しているか否かである。確かに、両事案の被告人ともに、「性的意図」から写真や動画を撮影していることは同様であるが、その対象が、平成20年決定は、下着ではなく形がハッキリわかる着衣の臀部の写真であるのに対し、本決定は、スカートの中を撮ろうとしている。盗撮という行為類型としては様々ある⁽⁴¹⁾にせよ、下着そのものや、衣服や下着で通常隠されている部分を撮影する行為がその代表であるとする、本決定の事案の方が、より明確に「卑わい」性を有する盗撮行為であり、その撮影したものに現に下着等が写っていないなかったという点で、盗撮の「未遂」の段階を「卑わいな行為」として処罰し得るか、という問題であったと整理することができるように思われる。他方、平成20年決定は、撮影された対象物を含めて考慮しても、撮影行為そのものに「卑わい」性があるのかが問題となったという点で、より複雑な条文解釈上の問題を抱えていたといえる。

3 小括

迷惑防止条例によって処罰される盗撮行為は、一般的には、北海道迷惑防止条例2条の2第1項2号や、東京都迷惑防止条例5条第1項2号の規定するような、現に通常衣類で隠されている下着又は身体を撮影する行為であるが、平成20年決定は、通常衣類で隠されている下着又は身体ではない、着衣の臀部を撮影する行為も、条例の処罰対象とする「卑わい」な行為であるとし、令和4年決定は、通常衣類で隠されている下着又は身体を撮影しようとしてこれを遂げなかったカメラを構える行為も、条例の処罰対象とする「卑わい」な行為であるとした。「卑わいな言動」の文言の解釈適用範囲を示す事例判断としての意義がある。

このような判例の立場には、先に述べた通り、残された問題がいくつかある。とりわけ、処罰範囲が明確ではない、という批判がなされており、この点に関し、以下、整理・検討することとする。

(41) 中村孝「いわゆる迷惑防止条例違反の成否が問題となった事例」研修671号117頁。

三 学説の状況

迷惑防止条例の定める「卑わいな言動」に当たるか否かを判断した判例として、平成20年決定及び令和4年決定があるが、これらの判例の射程は、その決定要旨から直ちに明らかになるわけではない。端的に言えば、「いつ」「誰を」「著しく」「しゅう恥」させる「卑わいな言動」な言動をすることが処罰の対象となるのが明確ではない。この点につき、学説の状況は、明確性の原則に反するとして批判的な立場が多いように思われる。すなわち、「卑わいな言動」の条文解釈に当たって、これら二つの決定の内容では、処罰範囲が容易に拡大してしまう恐れがある⁽⁴²⁾。そこで、これらの学説の立場を整理・検討することによって、迷惑防止条例によって処罰される盗撮行為の範囲を明らかにすることとする。そのために、①条文の構造からの解釈とその限界に関するもの、②迷惑防止条例の保護法益からその限界を検討するもの、③表現の自由や被害者の肖像権という観点から検討するものに分けて検討する。このことによって、2つの決定の射程範囲を明らかにすることとする。

1 条文の文言からの限定

先述の通り、全47都道府県が制定する迷惑防止条例には、いわゆる「卑わいな言動」を処罰する規定を設けており、その文言はそれぞれ異なるが、大別すると、以下の3つの類型に整理される⁽⁴³⁾。すなわち、(a)単に「卑わいな言動をしてはならない」として規制対象行為を一般的に規定するもの、(b)「卑わいな言動であって次に掲げるものをしてはならない」とした上で、身体接触行為、衣服内の窃視・盗撮行為などを具体的・限定的に列挙するもの、(c)身体接触行為、衣服内の窃視・盗撮行為「等」の「卑わいな言動をしてはならない」とするものの3つである。(b)と(c)の相違点は、

(42) 杉本・前掲注(5)138頁。

(43) 詳しくは、合田・前掲注(4)小林・佐藤古稀520頁以下、佐藤・前掲注(4)127頁以下、杉本・前掲注(5)135頁以下参照。

列挙には該当していない盗撮を包括条項により処罰できるか否かである。北海道迷惑防止条例及び東京都迷惑防止条例は、これらのうち、(b)に該当し、列挙には該当していない盗撮を包括条項により処罰できる、いわば「受け皿構成要件」を具備している。このことから、現に衣服で覆われていない身体や下着ではない部分の盗撮行為が、この受け皿構成要件の範囲内に含まれるか否か、ということが問題となり、実際に平成20年決定及び令和4年決定で判断されたのである。そうすると、柱書きの部分にかかる、「人を著しくしゅう恥させる」行為であれば、列挙された行為以外であっても処罰の対象とすることができることになる。

撮影対象については、より細かい差異が各都道府県間で存在している⁽⁴⁴⁾。具体的には、住居等の人が衣服を全部又は一部を着けない状態であるような場所における盗撮については、「そのような状態にある人」に限定されたり、「人の姿態」としたり、「人の通常衣服で隠されていない下着又は身体」としたりしている。どのような文言になっているかによって、プライベートな空間に対する適用範囲は大きく異なることが分かる。他方、公共の場所等における盗撮については、「衣服等で覆われている身体又は下着」に限定されているものが多いが、『通常』衣服等で覆われている身体又は下着』として、衣服に覆われていない部分も対象とし得る文言のものもみられる。北海道迷惑防止条例は前者の類型であり、先述の「受け皿構成要件」がなければ、ズボンの上からの撮影行為は処罰されないことになる。これに対し、東京都迷惑防止条例は、本来、受け皿要件を用いなくても、スカートの上からの撮影行為を処罰することが可能である。

行為類型としては、撮影そのもの以外に盗撮の目的で撮影機器を設置したり、差し向けたりする行為も含まれるものが多く、北海道及び東京都はいずれもこれらの行為類型を含むものとなっている。そうすると、盗撮「未遂」行為をも条例で捕捉することが可能であるといえる。

以上の整理からすると、北海道迷惑防止条例及び東京都迷惑防止条例においては、盗撮未遂行為に代表されるような「卑わいな言動」の中に何がどこ

(44) 佐藤・前掲注(4) 129頁。

まで含まれるのか、ということ、条文の文言から限定することが難しいといえる。そこで、各条例の保護法益から限定をするということが、学説上行われてきている。

2 保護法益からの限定

処罰範囲を明らかにする際、その規定する犯罪の保護法益が何かということは重要な基準である。この点につき、大別すると、(a) 社会的法益であるとする説と (b) 社会的法益であるとしつつ、第一義的には個人的法益であるとする説との2つがある。

(a) 説の根拠は、迷惑防止条例の目的規定(1条)が、各都道府県に存在する人の平穏な生活一般の維持となっていること⁽⁴⁵⁾や、各条例の禁止する「卑わいな言動」が行われる場所として、「公共の場所や乗物」という場所的要件が必ず附されていることからすると、本規定が個人的法益を保護する趣旨ではないと考えられること⁽⁴⁶⁾、「卑わいな言動」とは、「社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな言語又は動作」をいい、「卑わい」それ自体が一般人の健全な社会常識といった社会的基準によって内容を確定・補充される規範的概念であるため、社会的法益を侵害する行為として観念されることになること⁽⁴⁷⁾等が挙げられる。他方、(a) 説に対する批判としては、以下のようなものが挙げられる。すなわち、迷惑防止条例が禁止するダフ屋行為等とは異なり、「卑わいな言動」をされた「被害者」、即ち「法益侵害を受けたと観念される特定の個人が存在する」⁽⁴⁸⁾ため、個人的法益の侵害も同時に含むものと考えられること、「強制わいせつ罪の『わいせつ』性を、公然わいせつ罪にいう所謂『わいせつ三要素説』という社会基準に従って認定したとしても、そこから直ちに『強制わいせつ罪』が個人法益(自由)に対する罪としての本質を失うことにはならず、被害者がその個人的自由を侵害され強制されるに至った行動が、社会的基準に照らして『わいせつ』と形

(45) 合田・前掲注(4) 小林・佐藤古稀 514頁以下。

(46) 合田・前掲注(4) 小林・佐藤古稀 517頁以下。

(47) 杉本・前掲注(5) 137頁。

(48) 杉本・前掲注(5) 137頁。

容される領域の事柄である、ということが要求されるに過ぎない」のと同様に、「卑わいな言動」も「個人の性的感情に対する侵害部分と、それが地域社会において『卑わい』と見られ社会感情・生活の平穩を害するという部分との二層構造を有している、と解するのが妥当であ」⁽⁴⁹⁾ること、「本罪を社会法益に対する罪と見ると、ただでさえ不明確な文言が用いられ…修飾語関係も必ずしも明瞭ではない卑わい罪の条文解釈にあたって、処罰範囲が通常人に予想不可能なところまで容易に拡大してしまう恐れがある」⁽⁵⁰⁾ことが挙げられている。このような理由から (b) 説のように、「社会法益に対する罪としての側面を有することは否定しえないとしても、文言が許す限り、行為対象となった特定人の『性的感情・性的羞恥心』を侵害する罪としての個人法益侵害の側面を重視して、文言解釈を進めるべきである」⁽⁵¹⁾と考えることが可能である。さらに、東京都迷惑防止条例を例にすると、条文の文言上、個人の利益を侵害する類型と社会の利益を侵害する類型が混在している。具体的には、5条第1項2号イは、「人が通常衣服の全部又は一部を着けない状態であるような場所」という場所的限定要件を附しているため、個人の私生活の平穩やプライバシー権への配慮が想定されているのに対し、同号ロは、「不特定又は多数の者が利用し、又は出入りする場所又は乗物」という場所的要件からは、都民全体の平穩な生活を保護していると考えられ、その受け皿要件としての5条第1項3号は、この両方の観点を含むと解するのが相当であると考えられることも、(b) 説をとる根拠となり得るのである⁽⁵²⁾。

平成20年決定及び令和4年決定は、その保護法益を社会的法益と捉えて判断しているように捉えられ、少なくとも (b) 説のように盗撮罪の保護法益を捉える立場からは批判的見解がほとんどである⁽⁵³⁾。

(49) 杉本・前掲注(5) 137頁以下。

(50) 佐伯千似「迷惑防止条例」立命法学53号10頁。これを紹介するものとして、杉本・前掲注(5) 138頁。

(51) 杉本・前掲注(5) 138頁。

(52) 天田・前掲注(6) 135頁。

(53) 杉本・前掲注(5) 138頁、天田・前掲注(6) 135頁、船橋・前掲注(6) 145頁、金澤・前掲注(35) 123頁など。

3 表現の自由・肖像権との関係

上述の (b) 社会的法益であるとしつつ、第一義的には個人的法益であるとする説から考えると、盗撮行為を、表現の自由（憲法 21 条）や肖像権（憲法 13 条）との関係から検討することもできる。

盗撮行為を処罰するか否かの前提として、本来は、撮影行為自体は表現の自由という基本的人権として保障されている行為である、ということを出発点とした上で、盗撮行為には当たらない行為であれば処罰の対象としないと考える⁽⁵⁴⁾。すなわち、「盗撮でない撮影行為は適法と評価すべきであり、または相手方の承諾を得ないで撮影しているのならば、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしにみだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由、つまり人格権としての肖像権侵害として民法上の不法行為を理由とする損害賠償請求の対象として取り扱うべきである」が、「盗撮行為でなく、また民法上の問題として処理するだけでは足りないような撮影行為として『卑わいな言動』が問題となる」⁽⁵⁵⁾として、「卑わいな言動」の範囲を限定することができる。

このような視点から考えると、「卑わいな言動」性の判断基準としては、客観的要素に加えて、被害者に実害が及ぶ可能性があるか否かという観点が必要となる。すなわち、「被害者が撮影を知っていたならば、自己の人格権の行使としてこれに同意する可能性のある撮影行為であったか否かを検討し、その際、同意のない場合に撮影行為が著しくしゅう恥させ、または不安を覚えさせるようなものであったかを検証する必要がある」⁽⁵⁶⁾。そうすると、「たとえ事前の同意がなくても、事後的に被写体である本人に気に入るような写真であった場合にまで本号が適用されることはない」ということになり、結局、事前の同意がなくかつ著しくしゅう恥させた場合が本罪の適用範囲とい

(54) 金・前掲注 (5) 155 頁以下。

(55) 金・前掲注 (5) 156 頁。

(56) 金・前掲注 (5) 157 頁。「もし行為者の卑わいな言動の実行を知ったならば羞恥心を抱くだろうと仮定されること」を仮定的羞恥とし、「しゅう恥」の判断基準に考慮する考え方も、これと同様の観点からの考え方であるように思われる。杉本・前掲注 (5) 138 頁。

うことになるが、結局その判断基準が不明確であり、「罪刑法定主義の明確性原則に対する抵触の疑念は払拭しがたい」⁽⁵⁷⁾と考えられる。

4 検討

以上の通り、迷惑防止条例が禁止する「卑わいな言動」としての盗撮（未遂）行為は、その文言や、保護法益、その根底にある肖像権やプライバシー権との関係から考察したとしても、その適用範囲が明らかとなるわけではなく、明確性の原則に反するという批判がなされている。とりわけ、「卑わいな」性の判断基準を被告人や被害者の主観的要素ではなく、客観的要素から判断すべきとする判例の立場に対しては、強い批判がある⁽⁵⁸⁾。

しかしながら、平成20年決定は、「人の通常衣服で隠されている下着又は身体」を撮影の対象とせず、衣服を着用した臀部を対象とするものであっても、対象部位、衣服の形状、執ようさ等を具体的に考察して、「卑わいな言動」に当たるとしたと評価され⁽⁵⁹⁾、この点は客観的な行為態様に着目した判断であり、本罪の保護法益は、社会的法益であると解される。

また、令和4年決定の控訴審は、平成20年決定のように、諸般の状況を総合的に考慮する判断枠組みを踏襲して評価したものと思われる。確かに、「多岐にわたる考慮事項を挙げる反面、衣服で隠された部位が写っているか、執拗性があるかについてはさほど重要と評価しなかった。これにより、衣服で隠された部位の撮影及びその準備行為のみならず、それを目的としているのではないかと見られうる行為も禁止対象とされ、例えば、微妙な態勢の撮影対象の体に付着した希少な動物の撮影をねらう場合も、卑わいな言動と認定されかねない点に疑いを残した」⁽⁶⁰⁾ということや、「撮影の際に被害者を追い回したとか、カメラを被害者にことさらに近づけたとか、撮影回数が幾度にもわたったとの事情は認めがたい」中で、「本件行為が『卑わいな言動』に当たるとして本決定の判断には疑問が残る」⁽⁶¹⁾ということも考えられる

(57) 金・前掲注(5) 158頁。

(58) 金澤・前掲注(35) 123頁。

(59) 三浦・前掲注(5) 715頁。

(60) 金澤・前掲注(35) 123頁。

が、カメラの加工等の本件の撮影の態様が、執拗性に代わる事情として考慮されており、考慮内容が異なっているからといって「卑わいな言動」に該当するか否かの限定が不十分であるとはいえない。控訴審が「Aや周囲の人」を基準とする点は、平成20年決定で、実際には卑わいな言動の対象とされていることに気付いていない被害者であった場合も含めての記述である。これは、被害者の立場に置かれた一般通常人の認識を基準として、構成要件該当性を判断しているものと思われる⁽⁶²⁾。最高裁も「Aの立場にある人」を基準としており、同様の理解であると考えられるのではないだろうか。

以上の検討から、結果として性的意味合いのある身体の部位が撮影されたか否かという点だけではなく、行為態様等を総合的に考慮した、「被害者の立場に置かれた一般通常人」の認識を問題とする点で、本罪の保護法益は、社会的法益であると考えられる⁽⁶³⁾。このことを踏まえると、「いつ」「誰を」「著しく」「しゅう恥」させる「卑わいな言動」をすることが処罰の対象となるのか、ということへの回答は、「行為時」「被害者の立場に置かれた一般通常人を」「一定の限度を超えて」「性的恥じらい」を感じさせる「社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだら」な動作に限られるということになる。このように考えると、少なくとも、平成20年決定の事案のように、着衣の臀部をねらって、執ように付けまわす行為がこのような範囲に含まれるとすることに異論はないであろうし、令和4年決定の事案のように、カメラを加工するなど常習的にスカートの中の下着を撮影していた被告人が、たまたまその撮影に失敗してスカート着用の姿態を撮影したに過ぎなかった行為がこのような範囲に含まれるとすることも異論はないであろう⁽⁶⁴⁾。

もっとも、「著しく」つまり「一定の限度を超えて」いるということの判断基準が明確ではなく、無限定に処罰範囲が広がることも考えられる。ま

(61) 天田・前掲注(6)135頁。

(62) 栗木・前掲注(35)134頁。

(63) 梶原・前掲注(35)90頁など。

(64) もっとも、令和4年決定は、その控訴審とは異なり、カメラの細工等の事情や被告人の意図、本件撮影行為の具体的状況等を認定せずに、本要件該当性を認めている点には注意が必要である。その意味で、客観的・外形的事情を重視した判断であったと評価し得る。同様の指摘として、内藤・前提注(6)99頁以下がある。

た、社会一般から見て「卑わい」に感じるか否かということは、行為者の身なりや行動によって左右される可能性がある。このような不安定性があつてよいのかという疑問は残されることになる。

さらに、盗撮行為を処罰するのは、本来は「被害者の」性的羞恥心であるというのも確かである。そうすると、社会的には「卑わい」ではなくても、被害者にとっては「著しく」羞恥するような撮影行為である場合には、本罪の処罰対象とはならず、処罰の間隙が生じることとなる。

5 小括

以上みてきた通り、平成 20 年決定や令和 4 年決定は、社会的法益の保護という観点から迷惑防止条例の禁止する「卑わいな」言動を捉え、文言の解釈を行った結果、「行為時」「被害者の立場に置かれた一般通常人を」「一定の限度を超えて」「性的恥じらい」を感じさせる「社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだら」な動作を処罰対象としていることが明らかとなった。その際、行為の執拗性や悪質性といった事情を考慮していた。しかし、社会的法益を保護するということは、その処罰範囲が不必要に広がり得るといふ危険も孕んでいる。また、盗撮被害の実情を鑑みると、迷惑防止条例では処罰の対象とならない侵害領域が存在し得るといふ問題が残されている。撮影罪が、先に述べた、迷惑防止条例の処罰の間隙を埋めるものであるならば、全面的に捕捉することになるが、そうでないならば、どのような関係に立つのであろうか。

四 条例と法令の関係について

先にも述べた通り、今般、性犯罪規定が大幅に改正され、性的姿態等撮影罪・同未遂罪が新設された。そうすると、従来、迷惑防止条例で対応していた盗撮（未遂）事案を新設された同罪で全面的に捕捉するのか、一定の棲み分けを図るのか、という問題が生じてくる⁽⁶⁵⁾。この点について、徳島市公

(65) 性的姿態等撮影罪の新設の意義について、児童ポルノ法の製造罪や軽犯罪法上の窃視

安条例と道路交通法との関係が問題となった、徳島市公安条例事件を参考に検討し、今後の新設犯罪の適用の範囲を探ることとする。

1 徳島市公安条例事件

(1) 事実概要

本判例の事実概要は、以下のとおりである。「被告人は、日本労働組合総評議会の専従職員兼徳島県反戦青年委員会の幹事であるところ、昭和43年12月10日県反戦青年委員会主催の…集団示威行進に青年、学生約300名とともに参加したが、右集団の先頭集団数十名が、…だ行進を行い交通秩序の維持に反する行為をした際、自らもだ行進したり、先頭列外付近に位置して所携の笛を吹きあるいは両手を上げて前後に振り、集団行進者にだ行進をさせるよう刺激を与え、もつて集団行進者が交通秩序の維持に反する行為をするようにせん動し、かつ、右集団示威行進に対し所轄警察署長の与えた道路使用許可には『だ行進をするなど交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと』の条件が付されていたにもかかわらず、これに違反した」⁽⁶⁶⁾。このうち、被告人が「自らもだ行進した」点が道交法77条3項、119条1項13号に該当し、被告人が「集団行進者にだ行進をさせるよう刺激を与え、もつて集団行進者が交通秩序の維持に反する行為をするようにせん動した」点が徳島市公安条例3条3号、5条に該当するとして、起訴された。

第一審⁽⁶⁷⁾は、道交法77条3項、119条1項13号に該当するか否かの点については被告人を有罪としたが、徳島市公安条例3条3号、5条に該当するか否かについては、以下の理由から無罪とした。すなわち、「道路交通法77条は、表現の自由として憲法21条に保障されている集団行進等の集団行

罪、都道府県条例上の盗撮罪との関係で論ずるものとして、佐藤・前掲注(4)127頁がある。また、この問題は従来、環境公法と環境関連の条例との関係において、いわゆる横出し条例(法律と同じ目的を有するが、法律が規制していない対象に規制の範囲を広げる条例)と、上乗せ条例(法律と同一の目的を有するが、同一の対象について強い規制をする条例)の扱いに関して議論されてきた。大塚直『環境法〈第4版〉』38頁以下参照。

(66) 刑集29巻8号494頁以下。

(67) 徳島地判昭和47年4月20日刑集29巻8号552頁。

動をも含めて規制の対象としていると解され、集団行動についても道路交通法 77 条 1 項 4 号に該当するものとして都道府県公安委員会が定めた場合には、同法 3 項により所轄警察署長が道路使用許可条件を付しうるものとされているから、この道路使用許可条件と本条例 3 条 3 号の「交通秩序を維持すること」の関係が問題となるが、条例は、「法令に違反しない限りにおいて」、すなわち国の法令と競合しない限度で制定しうるものであつて、もし条例が法令に違反するときは、その形式的効力がないのであるから、本条例 3 条 3 号の「交通秩序を維持すること」は道路交通法 77 条 3 項の道路使用許可条件の対象とされるものを除く行為を対象とするものと解されなければならないところ、いかなる行為がこれに該当するかが明確でなく、結局、本条例 3 条 3 号の規定は、一般的、抽象的、多義的であつて、これに合理的な限定解釈を加えることは困難であり、右規定は、本条例 5 条によつて処罰されるべき犯罪構成要件の内容として合理的解釈によつて確定できる程度の明確性を備えているといえず、罪刑法定主義の原則に背き憲法 31 条の趣旨に反する」⁽⁶⁸⁾。

控訴審⁽⁶⁹⁾は、第一審の判断に過誤はないとして、検察官の公訴を棄却した。これに対し、検察官が、原判決の判断につき、憲法 31 条の解釈適用の誤りを主張して上告したのが本件である。

(2) 判旨

「道路交通法は、…道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図ること等、道路交通秩序の維持を目的として制定されたものであり、…

これに対し、本条例の対象は、道路その他公共の場所における集団行進及び場所のいかんを問わない集団示威運動であつて、学生、生徒その他の遠足、修学旅行、体育競技、及び通常の冠婚葬祭等の慣例による行事を除くものである。

このような集団行動は、通常、一般大衆又は当局に訴えようとする政治、

(68) 刑集 29 卷 8 号 495 頁以下。

(69) 高松高判昭和 48 年 2 月 19 日刑集 29 卷 8 号 570 頁。

経済、労働問題、世界観等に関する思想、主張等の表現を含むものであり、表現の自由として憲法上保障されるべき要素を有するのであるが、他面、それは単なる言論、出版等によるものとは異なり、多数人の身体的行動を伴うものであつて、多数人の集合体の力、つまり潜在する一種の物理的力によつて支持されていることを特徴とし、したがつて、それが秩序正しく平穩に行われぬ場合にこれを放置するときは、地域住民又は滞在者の利益を害するはかりでなく、地域の平穩さえ害するに至るおそれがあるから、本条例は、このような不測の事態にあらかじめ備え、かつ、集団行動を行う者の利益とこれに対立する社会的諸利益との調和を図るため、1条において集団行進等につき事前の届け出を必要とするとともに、3条において集団行進等を行う者が遵守すべき事項を定め、5条において遵守事項に違反した集団行進等の主催者、指導者又はせん動者に対し罰則をさだめ、もつて地方公共の安寧と秩序の維持を図つているのである。…

地方自治法14条1項は、普通地方公共団体は法令に違反しない限りにおいて同法2条2項の事務に関し条例を制定することができる、と規定しているから、…条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによつてこれを決しなければならない。例えば、…特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によつて前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであつても、国の法令が必ずしもその規定によつて全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間には何らの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえないのである。」⁽⁷⁰⁾

(70) 刑集29巻8号496頁以下。

2 性的姿態撮影等処罰法の制定

迷惑防止条例における盗撮行為の禁止と、新設された性的姿態等撮影罪との関係は、徳島市公安条例事件のように、条例が国の法令に違反するという状況になるか否かを検討する。そのために、まず新法の内容を整理する。

性的姿態撮影等処罰法1条は、「この法律は、性的な姿態を撮影する行為、これにより生成された記録を提供する行為等を処罰するとともに、性的な姿態を撮影する行為により生じた物を複製した物等の没収を可能とし、あわせて、押収物に記録された性的な姿態の影像に係る電磁的記録の消去等の措置をすることによって、性的な姿態を撮影する行為等による被害の発生及び拡大を防止することを目的とする。」と規定され、具体的な処罰対象となる撮影行為について、同法2条第1項は、「次の各号のいずれかに掲げる行為をした者は、三年以下の拘禁刑又は三百万円以下の罰金に処する。(1) 正当な理由がないのに、ひそかに、次に掲げる姿態等（以下「性的姿態等」という。）のうち、人が通常衣服を着けている場所において不特定又は多数の者の目に触れることを認識しながら自ら露出し又はとっているものを除いたもの（以下「対象性的姿態等」という。）を撮影する行為（イ）人の性的な部位（性器若しくは肛門若しくはこれらの周辺部、臀部又は胸部をいう。以下このイにおいて同じ。）又は人が身に着けている下着（通常衣服で覆われており、かつ、性的な部位を覆うのに用いられるものに限る。）のうち現に性的な部位を直接若しくは間接に覆っている部分（ロ）イに掲げるもののほか、わいせつな行為又は性交等（刑法（明治四十年法律第四十五号）第七十七条第一項に規定する性交等をいう。）がされている間における人の姿態（2）刑法第七十六条第一項各号に掲げる行為又は事由その他これらに類する行為又は事由により、同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ又はその状態にあることに乗じて、人の対象性的姿態等を撮影する行為（3）行為の性質が性的なものではないとの誤信をさせ、若しくは特定の者以外の者が閲覧しないとの誤信をさせ、又はそれらの誤信をしていることに乗じて、人の対象性的姿態等を撮影する行為（4）正当な理由がないのに、十三歳未満の者を対象として、その性的姿態等を撮影し、又は十三

歳以上十六歳未満の者を対象として、当該者が生まれた日より五年以上前の日に生まれた者が、その性的姿態等を撮影する行為」と定めている⁽⁷¹⁾。

その保護法益については、「意思に反して性的な姿態を撮影したり、これにより生成された姿態の記録を提供するといった行為がなされれば、当該記録の存在や拡散等により、他の機会に他人に見られる危険が生じ、ひいては不特定又は多数の者に見られるという重大な事態を生じる危険があることから、それらの行為を処罰するものであり、これらの罪は、意思に反して自己の性的な姿態をほかの機会に他人に見られないという性的自由・性的自己決定権」⁽⁷²⁾を保護するものであるとしている。

3 迷惑防止条例と性的姿態撮影等処罰法との関係

以上の条文の内容から、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかを検討する。

まず、迷惑防止条例は、先にも述べた通り、各都道府県に存在する人の平穏な生活一般の維持等の社会的法益の保護がその大きな目的である。内容及び効果としては、盗撮やその未遂行為を処罰することが可能であり、盗撮とされる行為の範囲も、ズボンを着用した臀部の撮影も含まれる。他方、当該撮影が複数の都道府県に跨っていたり、航空機内の撮影行為であったりする場合には処罰することができない、すなわち、全国一律の処罰をすることができない状況が問題となっていた⁽⁷³⁾。

これに対し、性的姿態撮影等処罰法は、全国一律に、被害者の個人的法益としての被害者の性的自己決定権を保護することを目的に制定された。盗撮行為は、それが撮影者の個人的な鑑賞の対象とされることが問題なのではなく、それが拡散され、デジタル空間に残り続けることが問題であるとも言わ

(71) なお、同法2条第2項「前項の罪の未遂は、罰する。」同法2条第3項「前二項の規定は、刑法第七十六条及び第七十九条第一項の規定の適用を妨げない。」と規定されている。

(72) 「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律等の一部施行に伴う関係規定の適切な運用等について(通達)」。なお、佐藤・前掲注(4)130頁。

(73) 法制審第3回会議議事録14頁以下。

れている⁽⁷⁴⁾ことから、迷惑防止条例とは異なった目的、内容及び効果を有している。

したがって、盗撮行為における迷惑防止条例が性的姿態撮影等処罰法に違反しているとはいえ、併存することが可能である。また、その処罰範囲は、明確に異なる。すなわち、性的姿態等撮影（未遂）罪は、その撮影対象が人の性的な部位又は人が身に着けている下着に限られることから、平成20年決定のように、ズボンを着用した臀部を撮影したとしても同罪は成立し得ない。他方、令和4年決定の事案は、スカートの中の下着を撮影しようとして、撮影結果が発生しなかった場合であるから、端的に性的姿態等撮影未遂罪が成立することになる。この場合、迷惑防止条例も同時に成立することとなるから、観念的競合となる。

4 小括

以上の検討から、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかを検討した結果、迷惑防止条例が、社会的法益の保護、すなわち、周りから見た「卑わい」性を重視するのに対し、性的姿態撮影等処罰法は、被害者の個人的法益としての性的自己決定権の保護を重視している点で異なっており、条例が法令に違反する場合ではないといえる。したがって、法律の先占の問題は生じない。

五 結び

本稿では、まず、従来、盗撮行為をどのような範囲で処罰してきたか、ということ、平成20年決定及び令和4年決定を比較検討することによって明らかにした。すなわち、着衣の上からの撮影行為や、下着の撮影の未遂行為であっても、行為態様によっては、盗撮の「受け皿構成要件」としての「卑わいな言動」にあたるとして、迷惑防止条例違反とされてきていた。次に、盗撮行為における迷惑防止条例違反と性的姿態等撮影（未遂）罪との関

(74) 法制審第5回会議事録 17頁以下。

係を明らかにするために、徳島市公安条例と道路交通法との関係が問題となった、徳島市公安条例事件を参考に検討を加えた。それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかを検討した結果、迷惑防止条例が、社会的法益の保護、すなわち、周りから見た「卑わい」性を重視するのに対し、性的姿態撮影等処罰法は、被害者の個人的法益としての性的自己決定権の保護を重視している点で異なっており、条例が法令に違反する場合ではないと結論付けた。令和4年決定の事案のような場合には、両罪が同時に成立し、観念的競合となるが、今後は、多くの場合には、性的姿態等撮影(未遂)罪によって盗撮行為の処罰が可能となるように思われる。

もっとも、社会的法益の侵害行為としての盗撮行為を依然として処罰すべきか否か、あるいは平成20年決定のような場合に、処罰しないべきかについては検討することができなかった。確かに、盗撮行為は、社会的にも「迷惑」な行為であり、被害者の性的自己決定を侵害してなくても処罰すべき場合があるかもしれない。例えば、「被害者」が、電車などの公共の場所で撮影機材等をスカートの中に差し向けることに同意していた場合、性的姿態等撮影(未遂)罪は成立しないが、迷惑防止条例を維持する場合には、「卑わいな言動」にあたり、処罰することとなる。この点については、今後の検討課題としたい。

(沖縄大学経法商学部専任講師)

判例研究

不当な取引制限により会社に課された課徴金を取締役の対会社責任を通じて取締役に転嫁することの可否

遠藤 元一

東京高判令和 5 年 1 月 26 日
LEX/DB 文献番号 25595301

目次

- 一 事案の概要
- 二 判決の要旨
- 三 研究
 - 1 本判決の意義
 - 2 法令遵守義務違反
 - 3 独禁法で課された課徴金を取締役に転嫁することの可否

一 事案の概要

本件は、アスファルト舗装等の建設事業、ストレートアスファルト等の原材料から合材等の舗装資材を製造・販売する合材事業を業とする Z 社（会社法上の大会社であり、取締役会設置会社・監査役会設置会社。補助参加人）の株主 X（原告・被控訴人）が、Z 社の取締役である Y1～Y4（被告・控訴人）らを相手に提起した株主代表訴訟であり、X らは、Z 社において遅くとも平成 20 年 6 月から同 27 年 1 月 27 日までの間、同業他社 8 社との間（以下「9 社会」）で共同してアスファルト合材（合材）の販売価格の引上げを行っていく旨の合意（このうち平成 23 年 3 月以降のものを以下「本件合意」）をすることにより、公共の利益に反して、我が国における合材の販売分野における競争を実質的に制限していた行為（本件違反行為）につき、公正取引委員会より、独禁法 2 条 6 項に規定する不当な取引制限に該当し、同法 3 条の規定に違反するなどとして、令和

元年7月30日、排除措置命令及び課徴金28億9781万円の納付命令を受け、令和2年3月2日までに上記課徴金を納付した(同年1月29日、Z社は、課徴金の一部である18億3417万円を超える部分は課徴金算定対象外の売上についてであると争い、課徴金納付命令の一部取消請求訴訟を提起したが、現時点では請求棄却が確定している⁽¹⁾)。Xは、Z社が上記排除措置命令及び課徴金納付命令を受け、課徴金の納付を余儀なくされたことについて、当時の取締役又は代表取締役であったY1～Y4には善管注意義務違反があり、そのためにZ社は納付した18億3417万円相当の損害を被ったと主張して、会社法423条1項に基づく損害賠償請求として、Y1に対して17億3227万円、Y2に対して18億3417万円、Y3・Y4に対して各15億7942万円および遅延損害金をZ社に支払うことを求めるといものである⁽²⁾。原審(令和4・3・28判時2550号73頁)は、Xの請求をいずれも認容したところ、Yらがこれを不服として控訴した。

二 判決の要旨

Y4の責任を認めた箇所と損害の有無・金額の箇所に限り取上げる。本判決が引用する原審の判決文を含む。番号等は筆者が適宜付与した。

1 Y4が本件行為について取締役としての善管注意義務に違反したか否か

(1) Y4は、平成16年6月に取締役に就任し、平成24年4月1日に代表取締役に就任しているところ…、[製品事業部、事業推進本部の本部長、副本部長、営業部長、工務部長などを務めたことはなく]…本件違反行為当時、…本件合意に基づく9社会方針の確認に直接関与したり、本件合意に基づく合材の販売価格の引上げに関する社内通達の発出に関わったりしたわけではない。

(2) しかし、Y4は、…代表取締役として、Z社の売上高及び利益等の業績について最終的な責任を負い、会社全体の経営計画を最終的に決定する立場にあったこと、主力の合板事業と建設事業で用いられ、価格交渉が厳しい状況にある

(1) 東京地判令和3・8・5金判1639号38頁は請求棄却、東京高判令和4・6・8LLI/DB判例秘書は控訴棄却、上告棄却・不受理決定となっている。

(2) Yらに対する各請求金額は、実行期間(平成24年1月28日～同27年1月27日までの36か月間)におけるYらの代表取締役・取締役の在任期間を考慮して、自認課徴金額を前提に、Y2は18億3417万円全額、Y1は36分の34、Y3、Y4は36分の31と算定されている。

こと等から合材の販売価格の引上げは、会社全体の業績や経営計画を左右する重要な要素であり、合材の販売価格の引上げの要否等の問題は代表取締役として関心を払うべき最重要事項の1つである。

(3) それにもかかわらず、…Y4も代表取締役として経営会議に出席するようになってから、同様に（注・従前の代表取締役と同様）、合材の販売価格の引上げの要否等について自ら意見を述べることもなかった。これは、Y4が代表取締役に就任した時点において、本件合意の存在及び内容並びに製品事業部ないし事業推進本部が本件合意に基づく9社会方針に沿って合材の販売価格を引上げることを既に認識し、それを容認していたからである。経営会議で合材の販売価格の引上げの要否等について質問はないが、販売価格の引上げの達成状況についてはY4も含めて必ず質問がされたのは、本件合意に基づく9社会方針に従って実際に販売価格の引上げができていないかに関心を持っていたからであると理解するのが相当である。

(4) Y4は、平成24年4月1日に代表取締役に就任した時点では、既に本件合意の存在及び内容を認識していたところ、同月から平成27年1月27日に至るまで、製品事業部が本件合意に従って合材の販売価格の引上げ方針を決定し、上記方針をZ社の指示内容とすることを妨げなかったことが認められる。

(5) 取締役は、会社を名宛人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべき全ての法令を遵守する義務を負うものであるところ、Y4の上記の行為は、事業者であるZ社を名宛人とし、Z社が遵守すべき独禁法3条（独禁法2条6項に規定する不当な取引制限の禁止）に違反する行為を黙認したものである。したがって、Y4は、本件合意について取締役としての善管注意義務（法令遵守義務）に違反したと認められる。

2 損害の有無及びその金額について

…Z社は、遅くとも平成23年3月から平成27年1月27日までの間、本件9社において行った本件合意に基づき合材の販売価格の引上げをしていたこと（本件違反行為）が独禁法2条6項の規定する不当な取引制限に該当し、独禁法3条に違反するなどとして、本件排除措置命令及び本件課徴金納付命令を受け、本件課徴金納付命令に係る課徴金全額（本件自認課徴金額を含む。）を納付したものである。…Yらは、本件合意の存在及び内容を認識しながら、本件違反行為に直接関与し又はこれを黙認したものであるから、少なくともYらの法令遵守義務違反とZ社による本件自認課徴金額の納付との間に相当因果関係があることは明らかである。

YらがZ社の取締役を務めていた時期と本件課徴金命令に係る課徴金額の算定の基礎となるZ社の売上額に係る本件実行期間の重なりを考慮すると、Yらは、本件自認課徴金額のうち、XのYらに対する各請求額相当額の損害を賠償する義務を負うというべきである。

三 研究

1 本判決の意義

本判決は、独占禁止法(以下「独禁法」)の不正な取引方法規制に違反した会社に課された課徴金を取締役の対会社責任を通じて損害賠償を認め、実質的に転嫁することを肯定した初めての裁判例であり理論的・実務的に重要な意義がある⁽³⁾。しかし、会社に課される課徴金を取締役への転嫁の当否については様々な議論があり、極めて高額な独禁法の課徴金の転嫁を無条件で認めることは疑問がある。また、違法行為に関与せず、黙認した代表取締役に法令遵守義務違反ではなく、善管注意義務違反を認めたことも理論的に検討する意義がある。

2 法令遵守義務違反

先に二1(5)が、違法行為を黙認した代表取締役に法令遵守義務違反ではなく、善管注意義務違反を認めたのはどのようなロジックに依拠しているかを検討する。

1 野村証券損失補填事件判決の会社法423条1項における整理

取締役は、会社を名宛人とする法令についても会社に遵守させる義務を負い、その法令は会社が遵守しなければならない全ての法令が含まれるとする二1(5)前半は、旧商法266条1項5号所定の取締役の責任に関する最判平成12・7・7民集56巻4号1767頁(野村証券損失補填事件)が示した判断を会社法423条の任務懈怠責任にあてはめたものと考えられる。しかし、旧商法266条1項

(3) 先行評釈には得津晶・ジュリ1587号(2023)6頁、原審の評釈には得津晶・資料版商事法務460号(2022)146頁、柏木裕介・ジュリ1576号(2022)6頁、山部敏文・ジュリ1582号(2023)97頁、浜田道代「カルテル課徴金の役員への転嫁に関する一考察—世紀東急工業株主代表訴訟事件を契機として—」商事法務2319号(2023)4頁、木下崇・新・判例解説 Watch 商法 No.173がある。

5号の取締役の対会社責任と会社法423条1項の任務懈怠責任とでは、規定振りや文言に相違があり、旧商法下の判例の説示を会社法423条1項にあてはめうるかを確認する必要がある。

取締役の行為により会社が会社を名宛人とする法令に違反することになった場合に取締役が対会社責任を負うかについては、会社の財産の健全性を確保することを目的とする規定に違反した場合に限られるとする考えや、会社・株主の利益を保護することを意図して立法された規定および公序良俗に違反した場合に限られるとする考え方（限定説）と⁽⁴⁾、現行の法令すべてについて、法令に違反した場合を含むとする考え方（非限定説）とがあるが、前掲最判平成12・7・7は、①会社は当然に法令を遵守すべき義務があるとした上で、②会社が法令を遵守するためには、会社の業務執行を決定し、執行にあたる権限を有する立場にある取締役が、職務執行に際して会社を名宛人とする法令を遵守することも、取締役の会社に対する職務上の義務に属するという論拠（会社の運営に携わる取締役は会社をして法令を遵守させる義務を負う、それゆえ会社による法令違反行為は、そのような取締役の会社に対する義務違反として評価され、取締役は、会社に生じた損害の賠償責任が課されるとのロジック）⁽⁵⁾を示して、旧商法266条1項5号の法令には、③取締役を名宛人とし、取締役の受任者としての義務を定める一般規定（善管注意義務・忠実義務）およびそれを具体化する形で取締役が職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定が含まれ、さらに、④商法その他の法令中の、会社を名宛人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定も含まれると述べて、非限定説に立った。

会社法423条1項の任務懈怠責任は、「法令違反」を取締役の会社に対する損害賠償責任の成立要件とする旧商法266条1項5号と異なり、条文の構造上は「法令違反」を取締役の会社に対する責任を直結させる構造ではない。しかし、通説は、任務懈怠の構造につき、①会社が法令を遵守すべき義務があることを当然とした上で、②取締役は法令遵守義務を負う（会社法355条）ことを論拠として、③善管注意義務・忠実義務（会社法330条、会社法355条）以外に、具体的な法令違反それ自体が任務懈怠にあたりと解する二元説を採用し^{(6)・(7)}、さらに、④「法令違反」には、取締役が会社が事業を行う際に遵

(4) 前者が近藤光男「取締役の経営上の過失」『取締役の損害賠償責任』（中央経済社1996）3、6頁、後者が森本滋『会社法〔第2版〕』（有信堂1995）253頁注5。

(5) 船津浩司「法令遵守に係る取締役の義務と責任に関する基礎的考察—外国法令の遵守を素材として—」同志社法學61巻2号（2019）340頁。

(6) 会社法423条1項の要件事実につき東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ〔第

守すべき法令すべてについて遵守しないこと(会社にそれを遵守させないこと)が含まれるとして、任務懈怠を構成すると捉えている⁽⁸⁾。つまり、①～④は、前掲最判平成12・7・7の①～④の踏襲であり、会社法423条1項にも適用される考えられている⁽⁹⁾。このように二1(5)前半は、前掲最判平成12・7・7の判断を踏襲することを確認した説示としての意義がある。

2 本件合意に基づくY1らの独禁法違反行為を黙認したY4の善管注意義務違反

二1(5)後半が、自らは独禁法に違反する行為に関与せず、Y1～Y3らの違法行為を黙認したY4をどのようなロジックで「法令遵守義務違反」ではなく、「善管注意義務(法令遵守義務)違反」としたかを検討する。

本稿では省略したが、本判決は、Y1～Y3につき、9社会において本件合意

3版] 222～223頁、田中亘『会社法[第4版]』(東京大学出版会)294～295頁。二元説では、役員等の責任を追及する側は、①役員等の任務懈怠(法令違反の場合は法令違反事実)、②会社の損害、③(①と②の間の)相当因果関係を主張立証することで足り、役員等は、④自己に帰責事由がないことを証明すれば任務懈怠責任を免れる。法令違反を認識するに至らなかったことにやむを得ない事情があった場合は、過失が否定される。二元説は、上記の立証責任を行為者に負わせることが合理的とする(これに対し、一元説では、当該事情は任務懈怠の有無として責任を追及する側が立証する必要がある)。

(7) 善管注意義務・忠実義務(会社法330条、会社法355条)以外の法令違反の場合にも、それが善管注意義務違反と評価される場合に限り任務懈怠に当たるとする一元説も有力である。吉原和志「会社法下での取締役の対会社責任」黒沼悦郎ほか編『企業法の理論(上)』(有斐閣、2007)525頁以下、森本滋「会社法の下における取締役の責任」金法1841号(2008)15～16頁。

(8) 久保田安彦『会社法を学び方』(日本評論社、2018)108頁、伊藤靖史「取締役:注意義務と任務懈怠責任」法学教室490号(2021)97～98頁。

(9) ①につき、なぜ会社は法令を遵守すべき義務があるか、②につき、会社に法令を守らせることが取締役の会社に対する義務の内容になるのかについてなお理論的に検討の余地がある。船津・前掲注5)341～346頁が①につき自然人類推説、社会的存在説等を、②につき取締役の損害賠償責任を通じた抑止機能、公益主義等を説く。小栢徳武ほか『基礎から学ぶ商法』(有斐閣、2022)96～97頁も参照。ドイツ法も、法令遵守義務という概念は、法律上も判例上も定義付けられておらず、様々な考え方があり、また、伝統的な立場は法令遵守義務を、内部的な法令遵守義務(会社に対する内部関係において取締役に課される義務)と外部的な法令遵守義務(外部関係で会社が負う義務を遵守すべき取締役の義務)と分類するが、必ずしもコンセンサスを得られていないとのことである。大山俊彦「いわゆる取締役の法令遵守義務について—ドイツにおける有益な法律違反の問題に関連して—」法学新法127巻11号(2021)269、276-283頁。

がなされたことの認識、合材の販売価格の引上げに関する社内通達・メールの発出の全部又は一部に関与した事実を認定し、二1(5)の説示前半部分の「違反する行為を黙認した」の代わりに「取締役としての法令遵守義務に違反した」と認定した。

これに対して、Y4については、「製品事業部が本件合意に従って合材の販売価格の引上げ方針を決定し、その方針をZの指示内容とすることを妨げなかったこと」は、Zが遵守すべき独禁法3条に違反する行為を「黙認した」もので、「善管注意義務（法令遵守義務）に違反した」とした。これは、前掲1で示した①～④のうち③につき取締役の受任者としての義務である善管注意義務違反としたと理解できる。なぜこのような論理構成を採用したのかは判然としないが、Xの主張するリスク管理体制構築義務（①価格カルテル再発リスクに対応し得る程度の管理体制〔独禁法違反行為を未然に防止する措置、早期に発見するための措置〕を整える義務違反とその主位的主張、②本体価格カルテルの発生を予見すべき特別な事情が存在していたとして価格カルテル再発を防止し得る程度の管理体制〔製品事業部の担当者に対するヒアリング実施や社内リネンシー制度の整備〕との予備的主張）違反の可否は、違法行為時に整備すべきであったベンチマーク（体制の水準・具体的な内容）を示し、それと対比して不備を認定する判断のため、違反の認定は容易ではないが、Y4の対応が、Y1～Y3の、Zが遵守すべき独禁法3条に違反行為に該当する行為（法令遵守義務違反）を黙認したことを「不作為による法令遵守義務違反」と構成すれば（監督義務違反との見解もある）⁽¹⁰⁾、義務違反は認定しやすい。すなわち、原告の主張である、「善管注意義務（リスク管理体制構築義務等）違反」を裁判所が「善管注意義務（法令遵守義務）違反」と法的構成し直したと解するのが合理的であろう。従前の判例・裁判例にも、内部統制システムの構築・整備といいながら、監視・監督義務、調査義務・是正義務の問題と整理できるものが見られ⁽¹¹⁾、本件はその1事例を付け加えるものとの評価もできなくはない。さらに、任務懈怠行為を規範的評価と捉え⁽¹²⁾、いかなる事実が評価根拠事実

(10) 得津・前掲注3) 原審判批150頁は監視義務違反構成を採る。木下・前掲注3)も同旨。取締役には監視・監督義務として違法行為の調査義務・是正義務があるため、説得的な見解だが、判旨にそのような理解につながる文言は見当たらない。

(11) 例えば最判平成21・7・9判時2055号147頁、大阪高判平成27・5・21判時2279号96頁、東京地判平成28・7・14判時2351号69等。取り急ぎ遠藤元一「不正会計に対して取締役はどう対処すべきか」NBL1176号(2020)12頁、13頁注14参照。

(12) 規範的要件については、河村浩=中島克己『要件事実・事実認定ハンドブック〔第2

となるかについて限界を画するのは困難であるため⁽¹³⁾、当事者が主張立証した諸事実から裁判所の側で評価根拠事実を再構築することが許される場合もありえよう。しかし、当事者の主張と異なる法的主張を採用したことは、訴訟の審理の進捗次第では、不意打ちの疑義を払拭できない。

3 独禁法で課された課徴金を取締役に転嫁することの可否

次に、二2は、本件合意の存在及び内容を認識しながら、本件違反行為に直接関与又は黙認したことを理由に、Zの自認課徴金額が全てYらの法令遵守義務違反・善管注意義務違反との間に相当因果関係のある損害と認めた。取締役の法令違反行為(あるいは善管注意義務違反)により会社に課された罰金・課徴金を取締役の対会社責任(任務懈怠)を通じて取締役に転嫁できるかについて議論されている。

まず、刑事罰については、①刑罰の一身専属性に反する、②法人に対する罰金の上限額は法人の資力に応じて大きくする法人重課の規定があり、法人向けの多額の罰金をそのような資力のない自然人に転嫁することは法人重課の趣旨に反する、③転嫁される取締役が刑事罰の対象となっている場合は実質的に二重処罰に該当する、さらに、④罰金相当額を取締役に賠償させて、これを会社役員賠償保険で補填することになるとの問題も生じる等の理由で反対する学説が有力である⁽¹⁴⁾。

次に、課徴金については、罰金と異なり、法人重課や、実質的な二重処罰の問題がなく、理論的には罰金より転嫁が認められやすいともいえる⁽¹⁵⁾。その

版]」(日本評論社、2017)240～241頁。任務懈怠行為を規範的要件と捉える見解につき、東京地裁8部がウェブで公表した資料の1部である。東京地方裁判所商事部「取締役の任務懈怠に関するフローチャートと訴状等の参考書式」1頁注4参照。同書式は、東京地裁8部がウェブに資料を公表した趣旨等につき内林尚久「会社訴訟チェックリスト等の概要」商事法務2329号(2023)21頁以下参照。

(13) 労働法に関わる記述であるが、山川隆一『労働紛争処理法[第2版]』(弘文堂、2023)194～195頁。

(14) 佐伯仁志「法の実現手法」長谷部恭男ほか編『岩波講座現代法の動態(2)』(岩波書店、2014)20頁、同「企業のコンプライアンスと刑法の役割」金判1575号(2019)1頁、松井秀征「会社に対する金銭的制裁と取締役の会社法上の責任」江頭還暦記念『会社法の理論〈上〉』(有斐閣、2007)583～586頁、至田圭佑「会社の刑事罰金について取締役の民事責任—反トラスト法遵守における取締役の会社に対する義務と責任を中心に」同志社法学61巻1号(2009)295頁。

(15) 笠原武朗「会社への制裁と取締役の会社に対する損害賠償責任」山田泰弘=伊東研祐

反面、独禁法の課徴金（現行法）は、①違法行為を抑制し利得を剥奪する目的で利得相当額以上の金員を徴求できるため、極めて高額となる可能性があり、かような課徴金の取締役への転嫁は過剰制裁になりかねない（取締役への転嫁の可否は、会社＝株主と取締役が制裁金をどのように負担するのが適切かという問題であるが、課徴金を取締役に転嫁して損害回復をすれば、違法行為抑止・不当利得剥奪機能は機能しない）⁽¹⁶⁾、②課徴金の取締役への転嫁を認めると、違反行為の証拠収集に資する趣旨の課徴金減免制度（2 番以降の申請者も申請受付ができ、協力度合いに応じて相応の減算率が定められている）のインセンティブが削がれる⁽¹⁷⁾、③会社賠償責任保険を会社が保険料を全額負担できる（会社法 430 条の 3）が、罰金や課徴金のリスクを保険でカバーすることは公序良俗に違反して許されず、罰金や課徴金の転嫁は、保険で全額をカバーするに等しく、違反行為抑制機能・不当利得剥奪機能が損なわれる等⁽¹⁸⁾、を理由に転嫁を否定すべきとの見解もある。

しかし、学説では、違法行為の抑止の観点から、取締役への転嫁を認める見解が多数説であり⁽¹⁹⁾、裁判例でも国内外の罰金・制裁金⁽²⁰⁾、金商法の課徴金について⁽²¹⁾、各々転嫁を肯定する多くの裁判例がある。

『会社法罰則の検証』（日本評論社、2015）300 頁。

- (16) 浜田・前掲注 3）12～13 頁。役員には 1 人の人間として「行為」に相応しい責任しか追及されない基本的な人権があるはずなのに、本来会社が負担すべき責任を個人に押し付けるのは人権侵害であるとする、上村達男『会社法は誰のためにあるか』（岩波書店、2021）160～163 頁に賛意を示す。
- (17) 浜田・前掲注 3）14 頁。反対に、笠原・前掲注 15）301 頁は他の違反者の取締役に報告を行うインセンティブを与え減免制度の機能を促進すると考え、高橋陽一「法人に対する罰金・課徴金と役員等の損害賠償責任」JSDA キャピタルマーケットフォーラム〔第 3 期〕論文集（2021）91 頁もそれに賛成する。
- (18) 浜田・前掲注 3）13 頁、佐伯・前掲注 14）21 頁。松井・前掲注 14）576、580、585 頁以下は、罰金や課徴金はそれぞれの法律の趣旨により違法行為を抑止するために科せられ、任務懈怠と相当因果関係にある損害には含まれないとする。
- (19) 高橋・前掲注 17）89 頁、得津・前掲注 3）7 頁。
- (20) 東京地判平成 8・6・20 判時 1572 号 27 頁（米国罰金・国内罰金）、大阪地判平成 12・9・20 判時 1721 号 3 頁（米国罰金）、東京地判平成 16・5・20 判時 1871 号 125 頁（米国罰金）。東京高判平成 29・6・15 資料版商事法務 403 号 101 頁は否定説。
- (21) 仙台地判平成 27・1・14 LLI/DB 判例集未搭載、仙台高判平成 27・9・18 LLI/DB 判例集未搭載、東京地判平成 28・3・28 判時 2327 号 86 頁、東京地判平成 29・4・27 資料版商事法務 400 号 119 頁、東京地判平成 30・3・1 金判 1544 号 35 頁、東京地判平成 30・3・29 判時 2426 号 66 頁。東京高判令元・5・16 判時 2459 号 17 頁。東京地判平成 30・9・25 金

この点、例えば、取締役の故意・過失にという観点で類型化を試みると、故意に違法行為を行った取締役については、罰金や課徴金の性質論を根拠として、罰金・課徴金相当額を取締役の損害賠償責任から当然に除外することは許されないが、継続的になされていた違法行為に途中から関与した場合には、故意に関与したとはいえ全額について転嫁を認めてよいのか(一定の限度に減縮すべきではないか)を検討する余地はある。これとは逆に、行為者に過失があるにすぎない場合や、不注意で違法行為を看過した(監督・監視義務違反)場合には、全額の転嫁を否定すべきであるとはいえるが、違法行為が行われているのを知っていたが、担当外であるため黙認したために違法行為の継続を助長してしまった者は取締役としての注意義務(監視・監督義務)を著しく懈怠し、賠償額の減額を認めてよいのか慎重な検討が必要となる。このような単一の観点での類型化では基本的な方向性を見出すのは困難で、現時点で、この問題に対する決定的、最終的なアプローチや解は存在しない。しかしながら、民事法の問題と罰金・課徴金の問題とを切り離して考えるのではなく、実質的・総合的に考察して、法秩序全体の観点から、合理的に調和を図る結論を目指すべきであり⁽²²⁾、(1)罰金・課徴金の性質論、(2)法人としての会社への制裁が取締役の対会社責任を通じて取締役の個人責任として追及されることが当該制度の制裁内容として予定されているか少なくとも許容されているか⁽²³⁾、(3)各個の取締役の①関与の度合い(直接的な関与か、間接的な関与か、監視・監督者)・②権限・担当職務の内容(違法行為が生じたのが自らの担当業務か、担当外の業務か、違法行為が行われた業務だけでなく、業務全般を担当する職務権限を有し、その他の取締役を統括・指揮監督する職務か)、③主観的要件(違法行為につき故意か過失か)、(4)法人処罰・課徴金による違法行為の抑止と株主代表訴訟による違法行為の抑止の各々の役割分担を認めるかを検討し、(5)完全に転嫁することを否定する結論を採るとしてその論拠を、相当因果関係論⁽²⁴⁾、割合的認定、寄与

判1555号24頁は否定説。

(22) 佐伯・前掲注14)1頁。

(23) 松井・前掲注14)549、559頁、笠原・前掲注15)291、297頁。

(24) 判例・裁判例の「相当因果関係」は予見可能性ルールに従って判断した結果、賠償すべき損害の範囲に含まれるという結論に達した場合に「相当因果関係」があると表現しているにすぎないことにつき、奥田昌道・佐々木茂美『新版 債権総論上』(判例タイムズ社、2000)293頁注1。相当因果関係説に関して簡潔に整理したものとして中田裕康『債権総論 第四版』(岩波書店、2000)193以下参照。また、東京地判平成8・6・20判時1572号27頁は「司法取引の過程や結果が通常予測されうるところと著しく異なる等の特段の事

度⁽²⁵⁾、損益相殺・過失相殺⁽²⁶⁾、さらには危険責任・報償責任等⁽²⁷⁾、それぞれ異なる視点を複合的に考察して検討すべき問題と捉えるべきである。これらの概念や理論の適用範囲(射程)や論拠、減額される損害賠償額を数値化できる程度の子測可能性を確保できる程度に数値化することが困難な現状では事案に即して、幾つかのものを選定して、それを援用して結論を導くことが適切ではなかろうか。

本件では、Y1～Y3は独禁法違反行為に自ら関与し、Y4はY1～Y3の独禁法違反行為を知りながらこれを容認し、課徴金減免制度の利用も検討していないこと、課徴金の対象期間が抑制的に認定されていること、各取締役に對する請求金額が自認課徴金額を前提に代表取締役・取締役の在任期間を考慮して決定され、割合的認定が考慮されていると評価する余地があること等を考えると、結論として是認できよう。

(本学法科大学院非常勤講師)

情が認められる場合」は因果関係が否定される余地を認め、東京地判平成30・9・25金判1555号24頁は性質論に触れつつ因果関係が否定されるとする。

- (25) 東京地判平成8・6・20判時1572号27頁は寄与度に応じて4割などの責任の限定を行っている。
- (26) 前掲最判平成12・7・7の河合伸一裁判官の補足意見は損益相殺・過失相殺・割合的因果関係を説く。
- (27) 浜田・前掲注3) 14～15頁は、民法715条に関する最判昭和51・7・8民集30巻7号689頁、令和2・2・28民集74巻2号106頁の報償責任・危険責任論を役員らの行為が会社や第三者にもたらした損害を会社・役員間でいかに分担するかについても同様に考えるべきとする。また、会社の経営にある程度の影響力を行使できる大株主(Block Holders)が平時には適正経営に関与・協力せず、違法行為が発覚した場合、株主代表訴訟を通じて違法行為の制裁(課徴金)を会社の損害として損害賠償請求を行うことを信義則違反と評価すべきとする得律・前掲注3) 153頁も報酬責任の法理と通底しているように思われる。

上智大学法学会教員名簿

(アルファベット順 ●法学会会長 ○編集委員)

- | | | | |
|-----|----|-----|-----|
| ○阿部 | 和文 | 楠 | 茂樹 |
| 安西 | 明子 | 桑原 | 勇進 |
| 朝山 | 芳史 | 卷 | 美矢紀 |
| 東 | 史彦 | 松本 | 尚子 |
| 筑紫 | 圭一 | 三浦 | まり |
| 出口 | 耕自 | 溝渕 | 将章 |
| 江藤 | 淳一 | 森下 | 哲朗 |
| 羽生 | 香織 | ○永野 | 仁美 |
| 原 | 強 | 永下 | 泰之 |
| 早川 | 咲耶 | 越智 | 敏裕 |
| 堀口 | 健夫 | 大橋 | 真由美 |
| 伊藤 | 栄寿 | 岡部 | みどり |
| 伊藤 | 涉 | 奥田 | 純一郎 |
| 伊藤 | 雄司 | 佐藤 | 結美 |
| 岩崎 | 政孝 | 宍戸 | 博幸 |
| 岩下 | 雅充 | ●田頭 | 章一 |
| 兼原 | 敦子 | 照沼 | 亮介 |
| 加藤 | 浩三 | 富永 | 晃一 |
| 川瀬 | 剛志 | 土田 | 亮 |
| 北村 | 喜宣 | 対木 | 和夫 |
| 小林 | 俊彦 | 上田 | 健介 |
| 駒田 | 泰土 | 梅村 | 悠 |
| 小山 | 泰史 | 善塔 | 章夫 |

令和6年1月10日 印刷

令和6年1月20日 発行

編集兼発行人 田頭 章一

発行所 上智大学法学会

102-8554 東京都千代田区紀尾井町7-1

03(3238)3231 / 03(3238)3232

<http://www.sophialaw.jp/law-web/>

制作 成文堂

SOPHIA LAW REVIEW

Vol. LXVII No. 1-3 2023

CONTENTS

Articles

- Propriety Tracing Rights to Proceeds on Chattel Mortgages:
The Tentative Proposals regarding Law Reform of Japanese Personal
Property Security Law
..... Yasushi Koyama (1)
- Anti-monopoly Law and Construction Business Law on Cost Burden
..... Shigeki Kusunoki (73)
- Which Law's Article Covers the Photo Voyeurism, Anti-Nuisance
Ordinance or New Sexual Offense?
.....Yumi Tomiyama (99)

Case Notes

- Shifting a Surcharge for Unfair Restraint of Trade to a Director by the
Company exercising a Claim for Damages based on Negligence of Duty
against the Director
..... Motokazu Endo (129)

Miscellaneous

**Published by the Sophia Law Society
Sophia University, Tokyo**

Address all Communications to the Sophia Law Society,
Sophia University, 7-1 Kioi-cho, Chiyoda-ku, Tokyo (102-8554)

ISSN 0447-7588