慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	脱法的条項の効力規制について(一) : 一括支払システム契約における代物弁済条項および債権譲渡契約における停止条件条項をめぐる近時の二つの最高裁判決を契機として
Sub Title	De la clause frauduleuse dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de la fraude en droit japonais
Author	片山, 直也(Katayama, Naoya)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2007
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.80, No.11 (2007. 11) ,p.1- 39
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20071128-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

脱法的条項の効力規制について（一）

――一括支払システム契約における代物弁済条項および債権譲渡契約における停止条件条項をめぐる近時の二つの最高裁判決を契機として――

片山直也

一　はじめに
二　脱法的条項をめぐる近時の二つの最高裁判決
三　脱法行為論の展開……（以上本号）
四　脱法行為論から分析した二つの最高裁判決
……（以下八十一巻二号）
五　結びに代えて―フランスにおけるフロード（fraude）法理からの示唆

一　はじめに

本稿は、一括支払システム契約における代物弁済条項および債権譲渡契約における停止条件条項をめぐる近時の二つの最高裁判決[1]を契機として、脱法的条項（合意）に対する効力規制の問題について検討を行うことを目的としている[2]。さらに、わが国におけるいわゆる「脱法行為論[3]」の展開を踏まえ、かつフランスにおける「フロー

ド（fraude）法理[4]」に示唆を得て、動的な視角[5]から新たな自由社会における法規制および法秩序形成のあり方[6]を模索することができればと考えている。

二　脱法的条項をめぐる近時の二つの最高裁判決

㈠　一括支払システム契約における代物弁済条項の効力に関する最高裁平成一五年一二月一九日判決

手形に代わる決済方法として、いわゆる「一括決済方式」が大企業で用いられているが、本事案で用いられた「一括支払システム」は、そのうち最初に考案され、昭和六一年に公正取引委員会によって認められたもので、債権譲渡担保方式を採る点に特徴がある。本判決によって代物弁済条項の効力が否定されたので、今日は用いられておらず、現在は、ファクタリング方式、信託方式、併存的債務引受方式、一括手形方式などが試行中である[7]。

一括支払システム（債権譲渡担保方式）とは、大企業（本件では上告補助参加人である大手スーパー）と取引先との継続的取引によって取引先が取得する売掛代金債権を取引先が担保のために金融機関（本件では上告人である都市銀行）に譲渡し、金融機関は取引先との間で別途に締結した当座貸越契約に基づいて譲渡を受けた売掛代金債権を担保として、取引先に貸付を行うことを内容とする三者間の契約である。

問題は、取引先が国税を滞納していた場合であり、国税徴収法は、納税者からの滞納処分でなお不足が生じる場合には、譲渡担保財産から国税を徴収できるとし、譲渡担保権者（金融機関）を第二次納税義務者とみなして、物的納税責任を負わせるとしている（国税徴収法二四条一項）[8]。一般に国税債権と担保権の被担保債権との優劣は、法定納期限と担保権設定の先後関係で調整が図られる。よって、法定納期限前に譲渡担保財産になっていることの証明があれば、譲渡担保権者が物的納税責任を負わされることはないが（同法二四条六項）[9]、その証明がない場

合には、国は国税を譲渡担保財産から徴収できる。ただし譲渡担保権者にとって不意打ちとならないように、あらかじめ「告知」を行うこととされ（同条二項）、告知書発出から一〇日経過した日までに完納されていない場合、国は、譲渡担保権者を第二次納税義務者とみなして、譲渡担保財産につき滞納処分を執行することができるとした（同条三項）。

なお、告知後に譲渡担保権実行により譲渡担保財産を消滅させ滞納処分を回避しようとする事態が生じるおそれがあるので、それに対処するため、「二項の規定による告知をした後」に納税者の財産の譲渡により担保される債権が債務不履行その他弁済以外の理由により消滅した場合においてもなお譲渡担保財産として存続するものとみなして、同条三項を適用するとしている（同条五項）[10]。ところが、「告知をした後」とは同項の趣旨から「告知書が到達した後」と解されるので、告知書発出から告知書到達までの時間的な間隔がうまれる。そこに目をつけたのが本件の停止条件付代物弁済条項であり、告知書の発出と同時に代物弁済がなされるとすることによって、告知書が到達した時点では、すでに実行がなされ譲渡担保財産でなくなっているとの状態を作出し、五項の適用を回避して国税に優先することが考案されたのである[11]。

本件では、この条項（合意）の効力が争われたが、最高裁は、「同条五項の適用を回避しようとするものであるから、この合意の効力を認めることはできない」として、この条項（合意）の効力を否定した。以下、脱法的条項の効力規制という視点から事案の概要および第一審から最高裁までの判示内容を紹介しておこう。

【最判平成一五年一二月一九日民集五七巻一一号二二九二頁】

1．事案の概要

平成四年一二月八日、原告・控訴人・上告人X（都市銀行）、上告補助参加人Z（大手スーパー）およびその取引先A（商品納入業者）は、AがZとの間の継続的取引によって取得する売掛金債権を担保のためXに譲渡し、XはAに対

して別途締結した当座貸越契約に基づき上記売掛金債権残高を貸越極度額として貸付けを行うなどを内容とする一括支払システムに関する契約（以下「本件契約」）を締結した。

本件契約においては、Xに担保のために譲渡された売掛金債権について、国税徴収法二四条二項に基づく告知が発せられたときは、これを担保としたXの当座貸越債権は何らの手続を要せず弁済期が到来するものとして、同時に担保のため譲渡した売掛金債権は当座貸越債権の代物弁済に充てるなどを内容とする合意（以下「本件合意」）がされている。

Xは、本件契約及び前記当座貸越契約に基づき、AがZに対して有する売掛金債権（約二五〇〇万円）をAから担保のため譲り受け、取引会社に上記各債権と同額の貸付けを行った。ところが、Aは、平成五年五月一三日に銀行取引停止処分を受けて事実上倒産した。被告・被控訴人・被上告人Y（国税局長）は、Aが既に法定納期限等（平成四年一二月二二日）を徒過した本件国税を滞納していたので、平成五年五月二〇日、国税徴収法二四条二項に基づき、Xに対し、上記売掛金債権からAの国税を徴収する旨の告知書（以下同告知書による告知を「本件告知」）を発出し、同告知書は同日Xに到達した。

本件は、XがYに対し、本件告知（ただしYによって取り消された一部を除く）の取消しを請求した事案である。Xは、本件合意により、Yの本件告知が発せられた時点で、本件代金債権がXに確定的に帰属し、譲渡担保財産でなくなるため、本件告知は違法である等と主張した。

2．第一審判決（東京地判平成九年三月一二日判時一六一八号四三頁）

請求棄却。「本件条項は、右のとおり譲渡担保財産に対する滞納処分に先立ち法二四条二項の告知が行われることに着目し、右告知が発せられることを条件に譲渡担保財産である代金債権が当然に被担保債権の代物弁済に充てられることをあらかじめ合意することにより、右告知が発せられた時点で、譲渡担保権を消滅させることとしたものであって、その結果、Xに右告知が到達した時には、常にその譲渡担保権の実行が完了していることになり、告知の要件である譲渡担保財産の存在が欠けることとなる。したがって、本件条項は、本件譲渡担保が国税の法定納期限等の後に設定され

たもので、国税に劣後している場合であっても、国税債権者が法二四条に基づき当該譲渡担保財産から国税を徴収する機会を、事実上全く奪ってしまうという効果をもつものであり、このことは、法の規定にかかわらず、私人間の合意により、同条に基づく国税の徴収の対象とならない譲渡担保財産を作り出すことにほかならないというべきであって、同六項の趣旨（国税と譲渡担保権との優劣を定める）、さらには同五項の趣旨（告知を契機として滞納処分までに譲渡担保権の実行を完了して国税の徴収を回避することを防止しようとする）を完全に没却するものであることが明らかである。しかも、本件条項は、前記のとおり、Xが担保のために譲り受けた代金債権に対する物的納税責任を回避しようとする意図の下に定められたものであって、他に本件条項を定めるに至った合理的理由は何ら窺うことができないのである。

そうすると、本件条項は、法二四条の規定に反し、私人間の合意によって、国税の徴収が及ばない譲渡担保財産を創出するものであり、当事者間においてその効力を認めることはともかくとして、少なくとも国税債権者との関係では、原告は、右合意の効果を主張して、代金債権が譲渡担保財産でなくなったことを理由に法二四条に基づく物的納税責任の追及を免れることができないと解するのが相当である。」

3．原審判決（東京地判平成一〇年二月一九日判時一六四七号八六頁）

控訴棄却。原審において、Xは、「私人間で差押のできない財産を作出する契約も、そこに経済的合理性がある限りは許されるとするのが、最高裁大法廷昭和四五年六月二四日判決（民集二四巻六号五八七頁、以下「昭和四五年最判」という。）及び最高裁第一小法廷昭和五一年一一月二五日判決（民集三〇巻一〇号九三九頁、以下「昭和五一年最判」という。）の判断であり、本件条項もその射程距離内の問題である」として、本件合意（本件条項）が有効であるとの主張を付加した。これに対して原審判決は、「法は、相殺による担保的効果を他の担保とは同一視せず、租税債権も相殺との関係では一般の私法上の債権と同一の立場にあるとしたのに対し、譲渡担保については、租税の優先徴収権の確保という観点から、国税債権について特別の地位を定め譲渡担保の効力を他の担保権並に制限するという考え方を採用

したものと解される。したがって、国税徴収に関し、譲渡担保権の効力を制限する規定である法二四条との抵触が問題となる本件は、昭和四五年最判とは事案を異にするというべきである。」とした。

さらにXは、「故意に脱税を図る意図を持ってされる場合は別としても、正常な経済取引を円滑に進めるために外見上は租税回避とみられる方式がとられたとしても、租税の賦課・徴収は控えるべきであることを前提として、本件条項は、手形を用いた金融形態を手形を用いない方式にするため、手形の譲渡担保と同等の効力を持つ約定をしたものであって、故意に租税回避をしたものではないから、無効とされるべきではない」と主張した。これに対して原審判決は、「ある取引等が租税法の賦課・徴収の要件を充足していれば、賦課・徴収を控える必要はないのであって、正常な経済取引を円滑に進めるためであるか脱税目的であるかというような当該取引等の当事者の主観的意図は問題にならないから、Xの主張は失当である」などとした。

4．最高裁判決

上告棄却。「（国税徴収法二四条）二項による告知は、譲渡担保財産から納税者の国税を徴収することができる場合に、譲渡担保権者にとって不意打ちとならないようにするため、あらかじめ同項所定の事項を通知しようとするものである。そして、同条五項にいう『第二項の規定による告知（中略）をした後』とは、同条二項の告知書が譲渡担保権者に到達した時点以後を意味するが、同条二項の告知の発出と到達との間の時間的間隔をとらえ、告知書の発出の時点で譲渡担保権者が譲渡担保権を実行することを納税者とあらかじめ合意することは、同条二項の手続が執られたことを契機に譲渡担保権が実行されたという関係があるときにはその財産がなお譲渡担保財産として存続するものとみなすこととする同条五項の適用を回避しようとするものであるから、この合意の効力を認めることはできない。」

なお、亀山継夫裁判官の補足意見（福田博裁判官も同調）は、一般論として、「強行規定の趣旨を没却するような私人間の合意は、脱法行為として、あるいは当該規定の解釈として無効であるとする考え方は、一般論として是認することができるが、当該規定が租税の賦課、徴収に係るものであるときは、租税法律主義の趣旨にかんがみ、当該規定の立

法の経緯及び文理、当該合意を明文をもって禁止することの容易さ、当該合意の社会的、経済的合理性、相当性の有無、程度、当該合意に関する当事者と徴税当局とのかかわり合いの状況等諸般の事情を総合的に考慮して、当該合意を無効とすることが一般法理によって制限される場合があるかどうかを検討すべきものと考える」と述べるが、「本件においては、本件合意をもって明白な脱法行為であると即断するのは一面的にすぎないと考えられるものの、国税庁のした本件告知が信義則に違反しているとまで認めるには足りないといわざるを得ない」とする。

ここでは、脱法的条項の効力規制という視点から、第一審判決、原審判決および最高裁判決を対比しておこう。

第一審判決は、「本件条項は、……（国税徴収法二四条）六項の趣旨（国税と譲渡担保権との優劣を定める）、さらには同五項の趣旨（告知を契機として滞納処分までに譲渡担保権の実行を完了して国税の徴収を回避することを防止しようとする）を完全に没却するものであることが明らかである。しかも、本件条項は、前記のとおり、Xが担保のために譲り受けた代金債権に対する物的納税責任を回避しようとする意図の下に定められたものであって、他に本件条項を定めるに至った合理的理由は何ら窺うことができないのである。」として、客観的に、本件合意（本件条項）が国税徴収法二四条五項六項の趣旨を没却するものであるとするとともに、主観的に、「回避意図（物的納税責任を回避しようとする意図）」を認定し、「他に本件条項を定めるに至った合理的理由は何ら窺うことができない」と分析している点が特徴である。さらに効果としては、「当事者間においてその効力を認めることはともかくとして、少なくとも国税債権者との関係では、原告は、右合意の効果を主張して、代金債権が譲渡担保財産でなくなったことを理由に法二四条に基づく物的納税責任の追及を免れることができないと解するのが相当である」として、当事者間においては無効とせずに、国税に対して合意の効果を主張できないと構成している（いわゆる「対抗不能構成」）。

これに対して原審判決は、「ある取引等が租税法の賦課・徴収の要件を充足していれば、賦課・徴収を控える

必要はないのであって、正常な経済取引を円滑に進めるためであるか脱税目的であるかというような当該取引等の当事者の主観的意図は問題にならない」として、「当事者の主観的意図」を問題としないとしている。

この点、最高裁は、「（本件合意が）同条五項の適用を回避しようとするものであるから、この合意の効力を認めることはできない」とし、第一審判決と対比すると、定型的な判断をなし、効果としては、「合意の効力を認めることはできない」とした点を特徴として指摘することができる。

各判決の意義[12]については、章を改め検討する（四　脱法行為論から分析した二つの最高裁判決参照[13]）。

㈡　停止条件付集合債権譲渡担保契約の否認に関する最高裁平成一六年七月一六日判決

かつて広く行われていたいわゆるサイレント方式の集合債権譲渡担保は、債務者の信用状態の悪化を知らしめることになるとの懸念から、設定段階では譲渡通知を留保しておいて、危機時期に至ってから実行通知をなすのが一般的であった。ただ旧破産法七四条一項によって対抗要件を否認されるおそれがあるので、実務では昭和五〇年代後半以降、債務者の支払停止等を債権譲渡の効力発生の停止条件とする停止条件付債権譲渡担保契約（以下、「停止条件型」）や債務者の経済的破綻時に予約完結権の行使を行う旨を定める予約型債権譲渡担保契約（以下、「予約型」）が行われるようになった。これは、同法七四条一項所定の一五日の期間が、権利移転の原因たる行為の日ではなく、当事者間において権利移転の効果が生じた日から起算される点[14]に着眼して、権利移転の時期を停止条件等によって担保設定時から担保実行時にずらせることにより、譲渡通知が対抗要件否認の対象となることを回避するために考案された形態である。

ところが、これに対しては、平成一〇年頃から様々な構成で否認を肯定する多くの下級審裁判例が出現するようになってきた[15]。担保法のパラダイム転換に伴って、流動資産の担保化の重要性が実務界・学界の共通認識とな

り、さらには特例法の登記による公示制度が整備された今日においては、サイレント型の集合債権譲渡担保については否定的な評価をせざるを得ず、否認の対象とすべきとの結論自体はおそらく争いのないところであろうが、最高裁がどのような法律構成で否認を認めるかが注目されていた。本判決は、危機時期においてなされた債権譲渡と同視して、旧破産法七二条二号の危機否認を認めたのである。以下、まずは事案の概要および第一審から最高裁までの判示内容を紹介しておこう。

【最判平成一六年七月一六日民集五八巻五号一七四四頁】

1．事案の概要

破産会社A株式会社は、鋼材の販売、加工等を業とする会社であるが、平成一一年二月、Yとの間でA破産会社がYに対して負担する一切の債務の担保として、Aの特定の第三債務者らに対する現在及び将来の売掛債権等をYに包括的に譲渡することとし、その債権の譲渡の効力発生の時期は、Aにおいて、破産手続開始の申立てがされたとき、支払停止の状態に陥ったとき、手形又は小切手の不渡処分を受けたとき等の一定の事由が生じた時とする旨の契約（以下「本件債権譲渡契約」）を締結した。平成一二年三月三一日、Aは、手形の不渡りを出し、支払を停止したが、Aは、同年四月三日以降、上記第三債務者Bらに対し、確定日付のある証書による債権譲渡の通知をなしていた。Aは、同年六月一六日、名古屋地方裁判所において破産宣告を受け、Xが破産管財人に選任された。

Xは、本訴において、Yに対し、本件債権譲渡契約に係る債権譲渡については旧破産法七二条一号又は二号に基づき、債権譲渡の通知については同法七四条一項に基づき、それぞれ否認権を行使し、債権譲渡に係る債権につき、①Yが第三債務者B等から弁済を受けたものについては、その受領した金員が不当利得であるとしてその返還を求め、②B等が支払を留保しているものについては、当該債権がXに帰属することの確認を求め、③B等が弁済供託をしたものについては、その還付請求権がXに帰属することの確認を求めるなどの請求をなした。

2．第一審判決（名古屋地判平成一三年四月二〇日）

請求認容。旧破産法七二条一項二項の適用・類推適用は否定したが、同七四条一項本文（対抗要件否認）の適用について、「もともと、担保目的の債権譲渡契約にしろ、抵当権設定契約にしろ、契約締結時にその効力を生じさせることで何ら差し支えないものであり、その効力の発生を債務者について支払停止等の事由の発生にかからしめる必要ないはずであるが、それにもかかわらず右のような停止条件を付する目的は、ひとえに、法七四条一項本文の規定の適用を免れることにあ（り）」、「本件債権譲渡契約においても、そのような停止条件を付したのは、ひとえに、七四条一項本文の右規定の適用を免れ、YにおいてAの支払停止があってから急遽対抗要件を具備して優先権を主張しようとしたことは明らかである」と認定して、「しかし、破産手続においては、破産者の財産から優先的に満足を受ける者と破産財団から平等弁済を受けるしかない一般の破産債権者との利害の調整や公平の確保という要請を無視することはできず、破産法上の否認に関する各規定もそのような観点から規定されているものと解されるところ、本件債権譲渡契約の効力を破産会社の支払停止等の事実の発生にかからしめるという契約技法をもって法七四条一項本文の規定の適用外となることは同規定の予想しないところであり、右規定の精神からすると、このような場合、一五日の期間は、停止条件が成就した日からではなく、本件債権譲渡契約締結の日から起算すべきであると解すべきである」と判示し、対抗要件否認を認めた。

3．原審判決（名古屋高判平成一三年八月一〇日）

控訴棄却。「（停止条件を付したのは）、七四条一項本文の右規定の適用を免れ、YにおいてAの支払停止があってから急遽対抗要件を具備して優先権を主張する目的によると認められ、……停止条件が対抗要件否認を避ける目的で付されている以上、これが法七四条一項本文の潜脱ではなく、停止条件付債権譲渡契約が脱法行為でないとは到底いえない」とし、第一審の解釈につき、「Yは、同解釈は最高裁判所昭和四八年四月六日判決（民集二七巻三号四八三頁）に反すると主張するが、本件債権譲渡契約は上記判例の存在を利用して対抗要件否認の潜脱を図る脱法行為であるから、

本件事案は、上記判例と事案を全く異にし、上記判例の射程外にあるというべきである」と補強する。

さらに、「本件債権譲渡契約は、破産会社の支払停止前に締結されたとはいえ、……その実質において、支払停止を知って締結された債権譲渡契約（法七二条二号）と変わりがな（く）、……その実質において、破産債権者を害することを知って締結された債権譲渡契約（法七二条一項）と変わりがない。……したがって、本件債権譲渡契約が、否認の要件を形式的には満たしていないからといって、否認の対象にならないとすることは、破産法所定の否認制度の趣旨を没却するものというべきであり、信義則に照らして、法七二条一号又は二号の類推により、本件債権譲渡契約自体も否認することができると解すべきである。」とした。

4．最高裁判決

上告棄却。「債務者の支払停止等を停止条件とする債権譲渡契約は、その契約締結行為自体は危機時期前に行われるものであるが、契約当事者は、その契約に基づく債権譲渡の効力の発生を債務者の支払停止等の危機時期の到来にかからしめ、これを停止条件とすることにより、危機時期に至るまで債務者の責任財産に属していた債権を債務者の危機時期が到来するや直ちに当該債権者に帰属させることによって、これを責任財産から逸出させることをあらかじめ意図し、これを目的として、当該契約を締結しているものである。

上記契約の内容、その目的等にかんがみると、上記契約は、破産法七二条二号の規定の趣旨に反し、その実効性を失わせるものであって、その契約内容を実質的にみれば、上記契約に係る債権譲渡は、債務者に支払停止等の危機時期が到来した後に行われた債権譲渡と同視すべきものであり、上記規定に基づく否認権行使の対象となると解するのが相当である。」

第一審判決は、正常時の債権譲渡契約を否認することは、旧破産法七二条一号二号の適用・類推適用によっても不可能であることを前提とし、同七四条一項本文により対抗要件の否認を認めた。すなわち、「停止条件を付したのは、ひとえに、七四条一項本文の右規定の適用を免れ、YにおいてAの支払停止があってから急遽対抗要

件を具備して優先権を主張しようとしたことは明らかであ（り）」、「本件債権譲渡契約の効力を破産会社の支払停止等の事実の発生にかからしめるという契約技法をもって法七四条一項本文の規定の適用外となることは同規定の予想しないところ」であるとして、七四条一項本文の解釈（一五日の期間を本件債権譲渡契約締結の日から起算するとの解釈）によって、同規定（対抗要件否認）の適用を認めている。この点は原審判決によって、「Yは、同解釈は最高裁判所昭和四八年四月六日判決（民集二七巻三号四八三頁）に反すると主張するが、本件債権譲渡契約は上記判例の存在を利用して対抗要件否認の潜脱を図る脱法行為であるから、本件事案は、上記判例と事案を全く異にし、上記判例の射程外にあるというべきである」と補強されている。

他方、原審判決は、「本件債権譲渡契約が、否認の要件を形式的には満たしていないからといって、否認の対象にならないとすることは、破産法所定の否認制度の趣旨を没却するものというべきであり、信義則に照らして、法七二条一号又は二号の類推により、本件債権譲渡契約自体も否認することができると解すべきである」としている。このうち最高裁判決は、危機否認（七二条二号）の対象となることを認めた。ただし類推適用とはしておらず、「停止条件とすることにより、危機時期に至るまで債務者の責任財産に属していた債権を債務者の危機時期が到来するや直ちに当該債権者に帰属させることによって、これを責任財産から逸出させることをあらかじめ意図し、これを目的として、当該契約を締結しているものである」として、「上記契約の内容、その目的等にかんがみると、上記契約は、破産法七二条二号の規定の趣旨に反し、その実効性を失わせるものであって、その契約内容を実質的にみれば、上記契約に係る債権譲渡は、債務者に支払停止等の危機時期が到来した後に行われた債権譲渡と同視すべきものであり、上記規定に基づく否認権行使の対象となると解するのが相当である」と判示している。この最高裁判決の判示をどのように位置づけ、評価すべきか、議論の分かれるところである。(16)

㈢ 共通の分析視角の設定

この二つの最高裁判決は、まったく紛争類型を異にするものではあるが、それぞれ国税徴収法二四条五項の適用を回避する目的で、あるいは旧破産法七四条一項本文の適用を回避する目的でなされた合意（実務サイドでは工夫を凝らし考案した条項）の効力をどのように規制するかという共通の側面を有する。本稿を、「脱法的条項の効力規制について」と題した所以である。

ところで両判決は、脱法的条項（合意）の規制の仕方について、かなり異なったアプローチをなしている。本稿では、この二つの最高裁判決を契機にして、脱法的条項（合意）に対する効力規制の問題をより広く動的な視角から検討し、新たな自由社会における法規制の共通のルール作りを模索できればと考えている。それに先だって、まずは、わが国におけるいわゆる「脱法行為論」の展開を整理しておこう。

三　脱法行為論の展開

㈠ 従前の議論

(1) 脱法行為とは何か？

脱法行為に関する議論[17]は、鳩山『法律行為乃至時効』によってわが国に導入されたといわれる[18]。その後、このテーマを本格的に取り扱った研究は必ずしも多いとは言えないが[19]、教科書・体系書のレベルでは、「脱法行為」の項目が置かれることが通例となっている。ただし「脱法行為」については、二種の異なる説明が存するようである。

(ア) 「回避行為」としての説明

鳩山『法律行為乃至時効』は、「脱法行為トハ、禁止法ノ法網ヲ潜ル行為ヲ云フ。詳言スレハ、法律カ或ル法律行為ヲ禁スルカ故ニ、其法律行為ノ効果ト殆ト同一ナル効果ヲ他ノ迂回セル方法ニ依テ達セントスル法律行為ナリ。」[20]（句読点、片山）と定義する。我妻『新訂民法総則』も、「強行法規の禁じていることは、これを回避する手段を弄してこれを免れること（脱法行為）も許さない」[21]と同趣旨の説明をなしている。星野『民法概論Ⅰ』は、「強行規定に反する目的でこれをくぐる手段を用いた、外形上は有効な法律行為」[22]とする。近時の教科書では、四宮＝能見『民法総則（第七版）』が「強行規定に直接ふれない方法でその禁じていることを免れようとする行為」と定義し、「強行規定の禁止する手段によって達成されるのと同一の目的を他の手段をもって達成しようとする企て」[23]と説明する。いずれにおいても、脱法行為を、「回避行為」すなわち強行規定の「回避」（迂回、潜る、免れる）を「目的」とする「手段」として位置づける点において共通している。

(イ) 「実質的違法行為」としての説明

これに対してたとえば石田穣『民法総則』は、「強行規定に直接違反する行為ではないが、実質的には強行規定に違反する行為」[24]とする。『新版注釈民法(3)』【森田修】においても、「形式的にはある強行規定に違反しないが、実質的には当該規定に抵触する内容を実現する法律行為」[25]と定義されている。近時の教科書では、奥田＝安永編『法学講義民法1総則』【滝澤】が、「強行法規に直接には違反しないが、実質的には違反する法律行為を脱法行為という」[26]とする。ここでは、脱法行為の説明からは、回避目的やその手段という視点が脱落し、端的に、「実質的な違法行為」との説明がなされている点が特徴である。

(ウ) 折衷的な説明

両者の折衷的な説明も存する。たとえば川島『民法総則』は、「法律行為の実質的な内容は強行法或いは公序良俗に違反しているが、そのような法の禁止を免れる目的をもってなされるところの・法の禁止に該当しない外

形を伴う法律行為[27]」と定義する。同様に、幾代『民法総則』も「強行法規の法文に直接正面から違反しない形式をとってなされているが、実質的には当該強行法規による禁止を回避し該法規の適用をまぬかれる目的をもってなされるところの法律行為を、脱法行為とよぶ[28]」とする。近時の教科書では、加藤雅信『新民法大系Ⅰ民法総則』は、「形式的には強行規定に正面から抵触しないが、実質的には強行規定による禁止を回避し、その適用を免れる目的でなされる法律行為[29]」と説明をなしている。ここでは、「実質的違法行為」であることと併せて「回避目的」も強調されている点が特徴であるといえよう。

以上の脱法行為についての説明の違いは、実はわが国における脱法行為（論）の独自性をめぐる伝統的な対立を反映したものである。

(2) 脱法行為（論）の独自性

脱法行為（論）の独自性をめぐっては、それを肯定する学説（肯定説）と独自性を否定し強行法規の類推解釈・適用の問題に収斂させる学説（否定説）との対立がある[30]。さらに脱法行為を社会的な現象と捉えて動的な視角から分析する学説も存する。

(ア) 独自性肯定説

三潴論文は、脱法行為とは、「法文（Gesetz）ガ禁ジタル法律行為アル場合ニ之ヲ回避シテ他ノ方法ニ依リ同一又ハ少クトモ殆ンド同一ノ結果ヲ得ントスル真意的（ernstlich）行為」であると定義し、狭義の違法行為、虚偽表示、詐欺、法律の拡張解釈等と区別し、脱法行為の独自性を強調する[31]。すなわち、脱法行為は、広義では、法規に直接違反する違法行為と同様の結果を生じることもあるが、「狭義ニ於テハ之ト異ナリ成文法ガ禁ジタル事項ヲ回避シ他ノ方法ニ依リテ同一又ハ之ニ酷似スル効果ヲ得ントスル行為ニシテ」、「法規ノ直接違反ニハ非ズ

シテ法ノ回避（Umgehung）タルニ過ギズ」[32]という。また法規の拡張解釈（法文又ハ文字ニ付テ当然潜在的ニ存スル事項ヲ検出シテ之ヲ拡張的ニ解スルこと）や類推解釈（法規ノ欠ケタル場合ニ於テ類似ノ法規ヲ応用スル方法）とも異なって、脱法行為は、法規の有無にかかわらず、「此適用ヲ故ラニ回避シテ他ノ法規ノ適用ヲ受ケントスルモノ」であるとする。さらに三潴論文は、「唯漠然ト法典ノ目的社会国家ノ目的利益較量等ニ藉口シテ法文ヲ拡張的又ハ縮少的ニ解セントスル一派ノ自由解釈トモ同一ニ非ザルコト多言ヲ要セザル所ナリ」と強調する[33]。

(イ) 独自性否定説（強行規定類推説）

これに対して、石坂説は、独自性肯定説は誤りであるとし、「脱法行為モ亦違法行為ノ一種ナリ」とする。そして、「法典ニ於テハ脱法行為ノ効力ニ関シ特ニ規定スル所ナキカ故ニ第九十一条ノ規定ヲ適用シ違法行為トシテ無効ナルモノトナササルヘカラス」との理由を挙げる。ただし脱法行為は通常の違法行為と異なり、「法律ノ直接ニ表示スル意義ニ違反スルニアラス其間接ニ表示スル意義ニ違反スル場合」に生ずる。よって脱法行為は、「或法規ノ拡張解釈又ハ類推解釈ニ依リテ得タル原則ニ違反スル行為」であって、脱法行為や否やは、「法律解釈ノ問題」であるとする[34]。

このように類推説は、脱法行為を、強行規定Aに直接違反する法律行為ではないが、Aの類推によって見出される強行規定B（隠れた強行規定）に違反する行為（＝実質的な違法行為）とするのである。

(ウ) 社会現象説（抵抗説）

なお上記の独自性肯定説と否定説の対立とは別の視角から、脱法行為を社会における現象として動的に捉えて、「脱法行為は、社会における実際上の需要が法の命令に対して抵抗する現象である」[35]と分析する見方も有力に主張されている。かかる視角は、以下に検討する脱法行為の基準をめぐる議論を投影したものである。それでは、脱法行為の基準についての議論の進展に目を移すことにしよう。

(3) 脱法行為の基準

一般に、脱法行為であることの効果は「無効」であるが、ただ脱法行為が常に無効となるわけではなく、無効とされる脱法行為と無効とされない脱法行為があると説明されることが多い。[36] 前者すなわち無効となる脱法行為を、「狭義の脱法行為」[37] あるいは「真の脱法行為」[38] として区別をなす場合もある。問題は、「狭義の脱法行為＝無効」となるか否かの基準であり、その点をめぐっては、議論の進展が見られる。

(ア) 「目的の禁止」と「手段の禁止」

鳩山『法律行為乃至時効』は、「法律ノ禁止ノ趣旨カ其目的トセル事項ノ発生ヲ禁止スルニ在ルトキハ脱法行為ハ無効ナリトス。之ニ反シテ単ニ当該ノ手段ヲ禁スルニ止マルトキハ有効ト云ハサルヘカラス。」[39]（句点、片山）として、強行規定の禁止の趣旨が、目的自体を禁止する趣旨か、それを達成するための手段を禁止する趣旨かによって、無効か有効かを判断すべきだとの基準を提示した。「目的の禁止」か「手段の禁止」かという基準は、批判を受けつつも、一応の目安として承継されているということはできよう。[40] そして、初期の判例や学説[41]によって、債務者が債権者に不解除特約付きで恩給の取立を委任することが無効と解されるのは、恩給法一一条が恩給担保という目的を禁止しているからであるのに対して、判例[42]が動産の譲渡担保（売渡担保）を無効と解さないのは、民法三四五条や三四九条において占有改定や流担保を禁止しているのは、動産担保の手段として質権を設定する場合についてだけであり、両規定がその他の手段によって動産担保の目的を達成する場合まで禁止してはいないからであるとの説明がなされてきた。[43]

(イ) 社会の新たな需要と強行規定の理想との対立

しかしその後、「目的の禁止」か「手段の禁止」かという基準は、「理由づけの論理構成」[44]であって、背後での

実質的な判断を直視すべきであるとの指摘がなされるようになった。[45] 我妻は、「要するに、脱法行為の行われるのは、社会の新らたな事情に基づく経済的必要が、[46] 旧来の強行法規を不便とする場合に多い。従って、脱法行為の範囲を定めるには、旧来の強行法規の有する理想と、新たな経済的必要とを比較較量して、これを判定しなければならない。」とし、「経済的弱者の保護を唯一の目的とする法規などについては、その脱法行為を無効とする趣旨が比較的強く維持されるに反し、経済取引の安全を主たる目的とする法規などについては、その逸脱行為は、比較的軽くとり扱われる必要があ（り）」、それが恩給担保を目的とする脱法行為があくまでも無効とされるのに、動産譲渡担保が有効とされる根本の理由であるとする。[47]

また幾代は、「脱法行為は、社会における実際上の需要が法の命令に対して抵抗する現象である」と捉えた川島[48]の分析視角をさらに発展させて、「社会の新たな需要の強さや合理性と、当該強行法規の内容を今日なお貫徹させることの合理性との、二つを比較考量しての価値判断の結果として、裁判所が法律外の事実の力に譲歩する場合」が、「無効とされない脱法行為」[49] だと説明する。

このような実質的な判断を経て、脱法行為の問題は、強行規定の解釈（解釈方法）に帰着するとの米倉説が登場する。

(二) 近時の有力説

(1) 米倉説

(ア) 直接適用説

米倉説は、類推説をより徹底して、脱法行為とは、まさに強行規定A自体に直接違反する法律行為に他ならず、ただ外見上、Aの文理に直接抵触することがないだけであり、問題は、強行規定Aの解釈（あるいは解釈方法）

に帰着するという。[50]

すなわち、脱法行為を定義すると、「強行規定Aに違反する（これに公序良俗違反を附加する考え方もある）目的をもって、しかしそれに違反しない形式をとって、なされた法律行為」ということになり、「それによって――形式上はAは破られていないが、実質にかんがみると――Aが禁じている結果が実現される」のである。[51] かつて、独自性肯定説（乙説）と独自性否定説（強行規定類推説―甲説）の対立が存したが、「両説ともにAが存在していることじたいは認めるしかない。そのうえで、乙説は、脱法行為を現象面でとらえて、先のように説いているのであるが、他方、甲説は、その現象面が実は何を意味するのか、換言すれば、Aの適用をわざわざ回避してCの適用を受けようとすることが何を意味しているのか（その性質いかん）を問題にするのであり、こうみてくると、両説は脱法行為のいわば異なった側面をとりあげて説明を試みているのであって、相互に排斥しあう関係には立たない。」と分析する。ただ「脱法行為にあっては、(i)Aじたいは破られていないが、それは回避されて、実質的には破られているとか、(ii)Aじたいではなく、Aの類推によって見出されるBに違反するのだとか、いってみても（そういわれているわけだが）、結局、Aじたいを破っていること、Aじたいに違反していることなのではないか。」「問題はAの解釈（あるいは解釈方法）にかかっている」のであって、「Aの規定の解釈を、その文理にきわめて忠実に行うのであれば、Aの拘束力のおよぶ範囲（Aの射程といってもよい）はどうしても狭くなるので、(i)とか(ii)とかの説明をすることになる（が）」、「これに対して、Aなる規定を、その文理にさほどとらわれないで、その立法趣旨に即して広く解釈するのであれば、実質的にはAを破っている場合とか、Bに違反している場合とかは、まさにAじたいに直接に違反しているということになる」とする。[52]

(イ) 有効・無効を分ける基準

従来の通説は、禁止規定の趣旨から、「結果重視規定」と「手段重視規定」の二種類に分け、前者を回避する

法律行為はすべて無効となるが、後者を回避する法律行為は手段いかんによっては有効となると説明した。確かにこの「二分論」は巧妙であるが、「禁止規定を二種類に分けているのは、説明・理由づけのためなのであって、これは法律論として重要であるが、それに劣らず大切なことは、問題の結果の実現を許すべきか否かは、何によってきまるのか」であり、それは「実質的な価値判断」、「諸ファクターの比較衡量による決断」によって決まるというしかない。具体的には、「問題の行為を有効（無効）と解することによって、だれのどのような利益が保護されるか（保護されないか）、現在の社会・経済状態にかんがみて、行為者がめざしている結果の実現を許すことが妥当なのかどうか、結果実現に対する需要は法律の眼からみてみたされるべきものかどうか、等々を慎重に吟味して、最終的に決断を下すことになる」とする。[53] そこでは、我妻説と同様に、経済的弱者の保護、経済取引の需要などが考慮されている。

以上の米倉説は、学界に相当な影響を与えたと推測される。[54] あるいは「脱法行為論は、最近ではあまり流行らない」[55] というのが今日における一般的な認識であるのかも知れない。その中にあって、次に紹介する大村論文は、脱法行為論に新たな光を照射することになったのである。

(2) 大村説

(ア) 分析視角の拡大——法解釈から法適用へ

大村論文は、「問題となるのは単に法解釈の方法だけではなく、それをも含めた法適用の方法ではないか」と問題提起する。すなわち、「脱法行為」が「何か実体を持った独自の法理を伴うものではない」とする点で米倉説の問題意識をさらに進めるとともに、「強行規定の解釈問題に一元的に還元するのではなく、強行規定の適用問題として捉え、法適用過程に即して多元的な処理を提案する」というのである。その上で、「形式」と「実質」

を対比ではなく、「当事者が行う事実評価・性質決定（さらに法解釈）と裁判所の行う事実評価・性質決定（さらに法解釈）のギャップが脱法行為の問題の核心である」と位置づける。[56] 脱法行為（論）が独自の法理を伴うものではないとする点にはにわかに賛同し得ないが、大村論文が、脱法行為論を「法解釈」の問題に閉じ込めずに、それをも含めた「法適用」全般に分析視角・検討対象を広げた点は画期的であり、高く評価されよう。

(イ) 脱法行為（法律回避行為）の類型

次いで大村論文は、「脱法」的行為（「法律回避行為」と呼ぶ）に含めることができる行為にはいろいろなタイプのものがあり、それに対する法的対応も一様ではないので、類型に応じた基礎づけと法的対応を考えるべきではないかと提言する。[57] すなわち、「法律回避行為（広義の脱法行為）」は、「強行規定Aの適用が明らかな違法行為と、これとは別の規定Cによって規律されAの適用余地のないことが明らかな適法行為との間のグレーゾーンに存在する行為の総称」として広くとらえ、これらの行為に対して広い意味での法適用（法規範の解釈、事実認定・評価、規範の事実へのあてはめ）がなされ、当該行為の効力が判定されるのだという。[58]

具体的な類型としては、まず「積極的回避行為（真性回避行為）」と「消極的回避行為」を大別する。前者は、「強行規定Aとは別の規定Cが適用されるべき行為であり、形式上は適法とされる行為」を指し、従来、脱法行為論が念頭に置いてきた行為類型である。他方、後者（消極的回避行為）は、「単に強行法規Aが適用されるかどうかが明らかでないという行為」であり、この類型には、「変性行為」（本来強行規定Aが適用されるべき行為とはなにがしかの違いがあるために直接適用に抵抗があるが、Aを柔軟に解釈する（拡張・類推する）ことによって、その適用が可能となる行為）と、「表層行為」（一見すると強行規定が適用されないように見えるだけで、実質的あるいは客観的にみれば強行規定Aが適用される場合にあたる行為）が含まれるが、これらに対しては、強行法規Aを拡張もしくは類推適用または適用することにより対処が可能である。[59]「消極的回避行為」の類型としては、消費者契約に

おけるキャッチセールスや役務抱き合わせ販売などのいわゆる「悪徳商法」が想定されている。[60]

(ウ) 積極的回避行為（真性回避行為）に対する対処

従来から古典的に脱法行為の典型とされてきた「積極的回避行為（真性回避行為）」すなわち「強行規定Aとは別の規定Cが適用されるべき行為であり、形式上は適法とされる行為」に対する対処としては、当事者が当該行為につきCが適用される（Aが適用されない）との主張に対して、裁判官の取り得る手段として以下の三つを提示する。[61]

(i) Cに配慮しつつ（一般条項などを用いて）これと両立する規範を定立して、これによって強行規定Aの適用にできるだけ近い結果を得るというやり方

(ii) Cの適用対象たる行為cを細分化して、強行規定Aが適用されるc1と適用されないc2とに分けるというやり方

(iii) 画一的に行為定型を定立するのではなく、個別の行為ごとに具体的な全事情を考慮してCの適用をはずしAを適用するというやり方（いわゆる「否認」）

その上で、「ある行為を実際にどのように処理するかは、法適用にかかわる諸条件に依存する（が）」、「個別規範を超えた法原理が確立されている場合には類推は容易になる」[62]とし、「否認」と並ぶ処理方法として「定型定立」という方法があり、「個別的な否認を類型化・固定化するということが定型を定立することだともいえる」[63]と分析する。ここでは、動的な視角から複数の対処方法（個別否認と定型定立）を段階的に位置づけている点が注目されよう。だが、「一定の規律を伴った行為定型（たとえば、清算義務を伴う譲渡担保という定型）の定立がいかにしてなされるのか。また、そこでなされる操作の性質・メカニズムはいかなるものか。不明な点が多い。」[64]と説く。

以上が大村論文の骨子であるが、ここでは、同論文によって、①脱法行為論につき、「法解釈」レベルにとどまらず、それをも含めた「法適用」全般に分析視角・検討対象が拡大された点、②それとも関連するが、脱法行為（積極的回避行為）に対する法規制としては、「個別否認」と「定型定立」という二つの対処方法があり、「定型定立」は「個別否認」を「類型化・固定化する」という形で段階的に行われるという動的な視角が提示された点を確認しておこう。

㈢　脱法行為論における行為と規範

それでは以上の脱法行為論をめぐる議論の展開を踏まえて、本稿の考察にとって必要な視点を整理しておこう。

⑴　「行為アプローチ」と「規範アプローチ」

従前の議論を整理するならば、脱法行為に対する法規制のあり方としては、基本的に二つのアプローチがあることがわかる。[65] 一つは、強行規定Aの背後には、隠れた強行規定Bがあって、当該行為は隠れた強行規定Bに反するとして、それを無効とするというアプローチである。これは従来の類推説や適用説などに見られた発想であり、脱法行為の出現に対して、強行規定に着目し、それを解釈によって規範を広げることによって対処しようとするアプローチ（以下「規範アプローチ」と呼ぶ。）といえよう。二つは、強行規定の解釈によるのではなく、手段として用いられた行為（合意）に着目し、当該行為（合意）の中に強行法規の適用を回避しようとする意図を見出し、それゆえにその行為の効力を否認するというアプローチ（以下「行為アプローチ」と呼ぶ。）である。「行為アプローチ」では、当該行為の効力が否認される根拠は、個々の強行規定自体に求められるのではなく、法秩序全体に内包されている「強行規定を回避する目的で手段としてなされた行為（合意）の効力を認めない」とのメタ規範に求められる[66]（この点からは、「行為アプローチ」（メタ規範アプローチ）とするのがより正確であろう）。独

自性説の考え方は、これに近いと推測される。

従前は、この両アプローチのいずれが是かを論じる傾向にあったが、そもそも、両アプローチは二者択一の関係にあるわけではなく、法秩序は両方のアプローチを許容していると考えるべきではないか。確かに、「規範アプローチ」は、脱法行為が社会類型的に行われるようになる局面においては実効的であり、さらに「規範アプローチ」を通して、法規の推進形成がなされるという点での法創造機能も重要であろう。その点からは、「行為アプローチ」は、「規範アプローチ」に解消されるとの主張が有力に説かれていたところではある。[67] しかしながら、脱法行為に対して、直ちに「公序の拡大」により対処すべしとするのは短絡的ではないか。それは、少なくとも初期段階において、法律主義・法治主義の原則に反するし、何よりも私人の自由な社会的経済的活動を萎縮させるおそれがある。[68] まずは、脱法意図を要件として、著しい逸脱行為の効力を否認するという「行為アプローチ」（メタ規範アプローチ）を出発点とすべきではなかろうか。少なくとも、新たな公序が形成されるまでの段階において、著しい逸脱行為を排除できる仕組み（自己防衛（self-defence）システム）を法秩序から奪うべきではない。これは法の権威（l'autorité du Droit）に係わる問題だからである。[69] その点では、脱法行為論の独自の意義は、むしろ「行為アプローチ」（メタ規範アプローチ）に存するともいえよう。

このように考えるならば、両アプローチは相互に排斥的なものではなく、法秩序が本来備えるべき二つの機能に対応していると考えるべきであろう。社会における脱法行為の態様に応じて、脱法的な行為に対する法規制のあり方を「動的」に把握するという視角が重要ではなかろうか。[70]

(2) 脱法行為の諸類型

改めて定義するならば、脱法行為とは、「ある法律行為につき強行規定の適用の回避を目的として（あるいは

強行規定によって禁止された法律効果を達成することを目的として）用いられる手段としての行為（合意）」である。手段としての行為（合意）は、それ自体は本来的には有効な行為（合意）であるが、強行規定の回避目的のために用いられるゆえに脱法行為として法的に非難される。ところで、手段として用いられる行為（合意）は様々な形態を採りうる。従来、①強行規定が適用される法律行為の形式とは異なる法律行為の形式を用いることにより、強行規定の適用を回避しつつ同一または類似の法律効果を実現しようとする場合が典型例とされたが、それに留まらず、②法律行為に付款や特約を付すことにより、当該法律行為につき強行規定の適用を回避しようとする場合（停止条件、代物弁済条項）や、③強行規定が法律行為に適用される前提となる法律関係を、別の行為（合意）をなすことによって変動させ、それによって強行規定の適用を回避しようとする場合も想定されよう。それぞれの形態に脱法行為としての本質的な差異が存するわけではないが、今後の考察の便宜のために、一応の目安として、以下の三類型を措定しておこう。

①「脱法的法律行為形式」類型……強行規定が適用される法律行為の形式とは異なる法律行為の形式を用いることにより、強行規定の適用を回避しつつ同一または類似の法律効果を実現しようとする類型[71]

②「脱法的条項」類型……法律行為に付款や特約を付すことにより、当該法律行為につき強行規定の適用を回避しようとする類型

③「脱法的前提行為」類型……強行規定が法律行為に適用される前提となる法律関係を、別の行為（合意）によって変動させ、それにより強行規定の適用を回避しようとする類型[72]

本稿において取り上げる二つの最高裁判決の事案は、このうち②「脱法的条項」類型に関する事案である。そ

れでは章を改め、二つの最高裁判決を契機として②「脱法的条項」類型中心に、脱法行為に対する効力規制のあり方について検討を行う（第四章）。他の二類型については、可能な限り言及することにしたい。ところで、脱法行為に対する効力規制のあり方を検討する際には、「行為アプローチ」（メタ規範アプローチ）と「規範アプローチ」を段階的に位置づけるという動的な視角が不可欠であろう。「規範アプローチ」の効力規制のあり方は比較的単純である。すなわち、脱法行為につき、強行規定を適用ないし類推適用するということであり、米倉説が説くように、強行規定の解釈問題に帰着する。これに対して、「行為アプローチ」（メタ規範アプローチ）については、効力規制のあり方は、基本的に、強行規定の解釈によるのではなく、それを回避する目的のために手段としてなされた行為の効力を否認するというものである。ただ、その詳細については、我が国においては必ずしも十分な議論の蓄積があるとはいえない。この点、脱法行為論を、中世ローマ法以来の法諺「詐害はすべてを無にする（*fraus omnia corrumpit*）」の適用の問題と位置づけ、「フロード（fraude）法理」、特に「法律に対するフロード（fraude à la loi, fraus legis）」の一般法理として実定化させてきたフランス法の議論[73]に耳を傾けることが有用であろう。

（1）最判平成一五年一二月一九日民集五七巻一一号二二九二頁および最判平成一六年七月一六日民集五八巻五号一七四四頁。

（2）なお本稿は、池田真朗「一括決済方式の展開と電子記録債権法制への対応―最高裁平成一五年『一括支払システム契約』判決の影響をふまえつつ―」法学研究八〇巻五号（二〇〇七年）一頁以下、北居功「合意の対外的効力に関する一考察―債権譲渡担保における譲受人の物的納税責任をめぐって―」法学研究八〇巻七号（二〇〇七年）一頁以下に続く、誌上シンポジウム「一括支払システム事件判決が残した問題」の最終回に位置づけられる論稿である（同企画の趣旨につき、池田・同一～二頁参照）。

（3）　わが国の脱法行為論に関する主要な先行業績として、三潴信三「脱法行為ト違法行為」国家法学会雑誌二八巻九号（一九一四年）一二二一頁以下、米倉明「法律行為（一三）～（一五）―脱法行為ほか」法学教室五六号七八頁以下、五七号四〇頁以下、五八号一八頁以下（一九八五年）、同「法律行為（一六）―公序良俗違反の法律行為―」法学教室五九号（一九八五年）三〇頁以下、大村敦志『『脱法行為』と強行規定の適用」同『契約法から消費者法へ（生活民法研究Ⅰ）』（東京大学出版会・一九九九年）一二九頁以下など参照。

（4）　フランスの「フロード（fraude）法理」につき、古典的業績として、*cf.* Vidal (José), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : Le principe «fraus omnia corrumpit»*, (thèse Toulouse), Dalloz, 1957, 近時の重要な研究として、*cf. ex.* Houzelot (Pierre), *Des moyens de fraude aux droits d'autrui, Contribution à la théorie générale de la fraude en droit privé*, (dacty.), thèse Bordeaux, 1996; Romain (Jean-François), *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé, des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, 2000, Bruyant; *etc.*, 概説的なものとして、*cf. ex.* Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4e éd. avec Muriel Fabre-Magnan, 1994, n°s 809 et s., pp. 797 et s.; Rontchevsky (Nicolas), *L'effet de l'obligation*, 1998, Economica, n°s 119 et s., pp. 71 et s.; Cayron (Jocelyne) et Fages (Bertrand), La fraude — Règles générales, *Lamy, Droit du contrat*, étude 240, 1999, n°s 240-4 et s.; *etc.* 簡略な紹介として、拙稿「フランス私法におけるフロード（fraude）法理の一素描―不動産賃料の詐害的な処分に対する法規制の変遷を中心として―」日仏法学二三号（二〇〇四年）一八一～一八三頁以下参照。権利・権限の「濫用（abus）」との関係につき、*cf. ex.* Moracchini-Zeidenberg (Stéphanie), *L'abus dans les relations de droit privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n°s 506 et s., pp. 289 et s.; *etc.*

（5）　そもそも「生ける法」の自由な法発見を主張する自由法論、法の推進形成の余地を認める利益法学などは、法の解釈による「法創造」機能を承認するものであり（田中成明『現代法理論』（有斐閣・一九八四年）二三〇頁以下など参照）、そこには、法を固定化したものではなく、動的なものとして見る視角が内包されていたということができよう。また近時は、「動的理論」として、ヴィルブルク（オーストリア）によって提唱された「動的システム論」の紹介（山本敬三「民法における動的システム論の検討―法的評価の構造と方法に関する序章的考察―」法学論叢一三

八巻一＝二＝三号（一九九五年）二〇八頁以下、熊谷芝青「〈翻訳〉ヴィルブルグ『民法における動的体系の展開』（高知短期大学）社会科学論集八二号（二〇〇二年）二九三頁以下参照」、フランス・ベルギーにおける「法認識論」の紹介（大村敦志『法源・解釈・民法学（フランス民法総論研究）』（有斐閣・一九九五年）七九頁以下）がなされている。なおフランスにおける不動産賃料の詐害的な処分に対する法規制の変遷を動的な視角から分析したものとして、拙稿・前掲「フランス私法におけるフロード（fraude）法理の一素描」一七九頁以下参照。

(6) 問題の背景には、九〇年代以降の一連の構造改革・規制緩和政策によってもたらされた「日本法システムの変容」がある（吉田克己「九〇年代日本法の変容」法時七二巻九号（二〇〇〇年）五頁以下、大島和之『日本の構造改革と法』（日本評論社・二〇〇二年）一八九頁以下など参照）。これに対して、近時、自由社会論の文脈において、法をアリストテレス的な「実践知」（法的賢慮）と捉える葛生栄二郎『自由社会の自然法論』（法律文化社・一九九八年）、法をポパー的な「暫定的提案」として捉える桂木隆夫『自由社会の法哲学』（弘文堂・一九九〇年）などによって、新たな自由社会における法規制のあり方について、異なる二つのアプローチから総論的な提言がなされている。共通するのは、法を「動的なもの」と捉える視角である。新たな世紀を迎え、我々は、改めて法を「動的なもの」と捉えて、「ディアレクティークな法秩序形成」を目指すべきであろう（後掲・注(70)参照）。

(7) 以上の経緯につき、池田真朗「債務引受と債権譲渡・差押の競合―一括決済方式における債権譲渡方式と併存的債務引受方式との比較を契機に―」法学研究七七巻九号（二〇〇四年）二～七頁など参照。

(8) 譲渡担保権者である金融機関は、物的納税責任を負うことになっても、一括支払システム契約における瑕疵担保条項に基づいて支払企業に対して求償を行う。よって、本件においても二重払いのリスクを負う支払企業が補助参加している。この点に関連して代物弁済条項が当事者間においても無効となるのか否かが問題となる（東京地判平成一七年六月一三日金判一二一九号三六頁、鳥谷部茂「判批」リマークス三三号（二〇〇六年）一〇一頁以下参照）。

(9) なお将来債権については、譲渡担保財産になった時期がいつかが問題となるが、その点については、最判平成一九年二月一五日民集六一巻一号二四三頁、池田真朗「判批」金法一八一二号（二〇〇七年）三〇頁以下、北居・前掲論文三五頁以下参照。

(10) そもそも国税徴収法二四条五項自体が「租税回避」（徴収回避）の個別的否認規定としての側面を有しているこ

とになろう（志場喜徳郎「新国税徴収法と譲渡担保」ジュリ一九二号（一九五九年）二〇頁は、「殊に告知をした後滞納処分を執行するまでの間に、租税回避のためにこのような状態とすることは容易に考えられる」ので、『担保される債権が債務不履行その他の弁済以外の事由により消滅した場合においても、なお譲渡担保財産として存続するものとみなして』滞納処分はできる旨の規定が設けられた」との説明をなしている）。平成一五年判決の「解説」は、「譲渡担保権者が、告知を契機として、滞納処分までの間に譲渡担保権の実行を完了して国税の徴収を回避しようとすることを防止し、反面、告知の前に、譲渡担保権者が譲渡担保財産を確定的に取得した場合には、その利益を保護し、当該財産からの国税の徴収をしないこととして、国税収入の確保と譲渡担保権者の利益とを調整しているものと解される」と、同項の趣旨の二面性を指摘している（高世三郎「解説」法曹五六巻八号（二〇〇四年）二一四頁参照）。

(11) 新堂幸司「修正一括支払システムの有効性」金法一一八三号（一九八八年）一二頁以下など参照。

(12) 本件の解説・評釈などとして、高世・前掲「解説」二一二頁以下、遠山浩之「判批」金法一六九九号（二〇〇四年）八頁以下、高橋祐介「判批」民商一三一巻二号（二〇〇四年）九八頁以下、小粥太郎「判批」平成一五年度重要判例解説（ジュリ一二六九号・二〇〇四年）六七頁以下、池田真朗「判批」金法一七一六号（二〇〇四年）四一頁以下、竹内俊雄「判批」法律のひろば五七巻八号（二〇〇四年）六〇頁以下、武川幸嗣「判批」法教二八五号（二〇〇四年）八二頁以下、神田秀樹「判批」別冊ジュリ一七三号、手形小切手判例百選第六版（二〇〇四年）二一六頁以下、鳥谷部茂「判批」リマークス三〇号（二〇〇五年）二二頁以下、今尾真「債権の譲渡担保と債権譲渡の関係に関する序論的考察――一括支払システム・代物弁済条項をめぐる二つの最高裁判決を契機として――」（明治学院大学）法学研究七八号（二〇〇五年）一頁以下などがある。

(13) 本判決と脱法行為論・租税回避否認との関係につき、小粥・前掲「判批」六八頁、高橋・前掲「判批」二八〇頁以下など参照。

(14) 最判昭和四八年四月六日民集二七巻三号四八三頁参照。宗田親彦「判批」民商七〇巻一号（一九七四年）一一六頁以下など参照。

(15) 長井秀典「停止条件付集合債権譲渡の対抗要件否認―売掛金を巡る貸金業者と管財人の争い」判タ九六〇号（一

九九八年）三七頁以下、飯島敬子「集合債権譲渡担保契約の否認」判タ一一〇八号（二〇〇三年）二〇頁以下、拙稿「判批」金法一六八四号（二〇〇三年）六八頁以下など参照。

(16) 本件の解説・評釈として、宮坂昌利「解説」ジュリスト一二八四号（二〇〇五年）一三二頁以下、田原睦夫「判批」金判一一九七号（二〇〇四年）二頁以下、山本和彦「判批」NBL七九四号（二〇〇四年）四〇頁以下、角紀代恵「判批」判タ一一七三号（二〇〇五年）一〇五頁以下、吉田光寿「判批」銀行六四一号（二〇〇五年）二二頁以下、栗田陸雄「判批」判例評論五五七号（二〇〇五年）二〇〇頁以下、山本克己「判批」金法一七四八号（二〇〇五年）六〇頁以下、宗田親彦「否認権における破産者の行為不要説―最高裁（第二小法廷）平成16年7月16日判決に接して―」明治学院大学法科大学院ローレビュー一巻二号（二〇〇五年）一頁以下、松下淳一「判批」平成一六年度重要判例解説（ジュリ一二九一号・二〇〇五年）一四一頁以下、中井康之「判批」民商一三三巻一号（二〇〇五年）一一九頁以下、渡邉拓「判批」横浜国際経済法学一三巻三号（二〇〇五年）五一頁以下、並木茂「判批（上）（下）」金法一七四七号六八頁以下、一七四九号八九頁以下（二〇〇五年）、櫻本正樹「判批」法学研究七八巻一号（二〇〇五年）一二七頁以下、松下淳一「判批」別冊ジュリ一八四号倒産判例百選［第四版］（二〇〇五年）七〇頁以下、田頭章一「判批」リマークス三二号（二〇〇五年）一二六頁以下などがある。

(17) なお本稿の範囲を超える課題ではあるが、租税法上には、「租税回避行為」および「租税回避行為の否認」をめぐる議論の蓄積があり、私法上の「脱法行為」論を展開するに際しても参考にされるべきであろう（代表的な業績として、金子宏「租税法と私法―借用概念及び租税回避について―」租税法研究六号（一九七八年）一頁以下、松沢智「私法上の取引と租税回避行為―法的所得概念の確立」同五五頁以下、清永敬次『租税回避の研究』（ミネルヴァ書房・一九九五年）など、近時の議論の動向について、岡村忠生「租税回避行為の規制について」税法学五五三号（二〇〇五年）一八五頁以下、占部裕典「最近の裁判例にみる『租税回避行為の否認』の課題―実体法的・証拠法的視点から―」同二七五頁、八ツ尾順一『租税回避の事例研究―具体的事例から否認の限界を考える（三訂版）』（清水社・二〇〇七年）、中里実「租税法における事実認定と租税回避否認」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣・二〇〇七年）一二一頁以下など、概説的なものとして、金子宏『租税法［第11版］』（弘文堂・二〇〇六年）一二七頁以下、清永敬次『税法（第七版）』（ミネヴァ書房・二〇〇七年）四四頁以下など参照）。

一般的な説明としては、「租税回避」とは、「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済的目的ないし経済的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除すること」であり、「租税回避行為の否認」とは、「租税回避があった場合に、当事者が用いた法形式を租税法上は無視し、通常用いられる法形式に対応する課税要件が充足したものとして取り扱うこと」をいうと定義される（金子・前掲書一二七～一二八頁参照）。

租税回避の概念の要素として「租税回避の意図」を含めるかどうかについては、「結果として生ずる租税負担の軽減ないし排除が負担公平の見地から問題となるのであって、回避意図があるかどうかは重要でないから、租税回避の概念としては租税回避の意図を含めないのが適切であろう」としつつも、「租税立法の上で回避意図を伴う租税回避のみを否認の対象とすることは可能であり、それは立法政策の問題である」との指摘が存する（清永・前掲『税法』四六～四七頁参照）。

(18) 鳩山秀夫『法律行為乃至時効（註釈民法全書第二巻）』（巌松堂・合本第七版・一九一九年）八四～八五頁。大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一三五頁注(5)参照。

(19) 前注(3)の三潴論文、米倉論文、大村論文が主要な先行業績である。

(20) 鳩山・前掲書八四～八五頁参照。

(21) 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店・一九六五年）二六七頁参照。

(22) 星野英一『民法概論Ⅰ（序論・総則）』（良書普及会・一九七九年）一八六～一八七頁参照。

(23) 四宮和夫＝能見善久『民法総則（第7版）』（弘文堂・二〇〇五年）二三六頁参照。

(24) 石田穣『民法総則』（悠々社・一九九二年）二九五頁参照。

(25) 川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)法律行為Ⅰ』（有斐閣・二〇〇三年）二二五頁【森田修】参照。

(26) 奥田昌道＝安永正昭編『法学講義民法1総則』（悠々社・二〇〇五年）七四頁【滝澤昌彦】参照。

(27) 川島武宜『民法総則』（有斐閣・一九六五年）二二七頁参照。

(28) 幾代通『民法総則（第二版）』（青林書院新社・一九八四年）二〇四頁参照。
(29) 加藤雅信『新民法大系Ⅰ民法総則』（有斐閣・二〇〇二年）二二四頁参照。
(30) 学説の対比につき、米倉・前掲「法律行為」（一六）三〇頁、大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一三三～一三四頁など参照。
(31) 三潴・前掲「脱法行為ト違法行為」一二三七頁参照。
(32) 三潴・前掲「脱法行為ト違法行為」一二四四～一二四五頁参照。
(33) 三潴・前掲「脱法行為ト違法行為」一二四〇頁参照。
(34) 石坂音四郎「恩給受給委任ト脱法行為」同『民法研究第四巻』（有斐閣・一九一七年）五六四～五六五頁参照。同旨、松本烝治「売渡抵当及動産抵当論（承前）」法協三一巻四号（一九一三年）七八～七九頁参照。松本論文は、脱法行為を「類推ニ依リテ知ルコトヲ得ヘキ隠レタル禁止規定ノ違反行為」と定義する。
(35) 川島・前掲書二二七頁、幾代・前掲書二〇五頁参照。
(36) 鳩山・前掲書八五頁、幾代・前掲書二〇四～二〇五頁、星野・前掲書一八七頁、前掲『新版注民』【森田】二二五頁など参照。ただし、我妻・前掲書二六八頁は、「脱法行為となすべき範囲」として論じて、「強行法規に違反するようにみえる結果を生ずる行為であっても、その強行法規の趣旨が、広くこれを回避する手段を禁ずるほどの意義のないものである場合には、その行為を脱法行為というべきではない」とする。
(37) 前掲『新版注民』【森田】二二五頁。
(38) 幾代・前掲書二〇四頁参照。
(39) 鳩山・前掲書八五頁参照。
(40) 山主政幸「脱法行為」柚木馨他編『判例演習』（有斐閣・一九七三年）九六～九七頁、星野・前掲書一八七頁、幾代・前掲書二〇四頁など参照。
(41) 大判大正四年一二月二日民録二一輯一九七一頁、末川博「判批」民商一巻四号（一九三五年）一〇五～一〇六頁、谷口知平「判批」民商一五巻二号（一九四二年）一〇三頁、四宮和夫「判批」判例民事法昭和一六年度三一八～三一九頁など参照。なおその後の判例は、不解除特約のみを無効とするものが多数である（大判大正六年一二月一二日民

録二三輯二〇七九頁、大判昭和九年九月一二日民集一三巻一六五九頁など）。

(42) 大判大正六年一一月一五日民録一七八〇頁、大判大正八年七月九日民録一三七三頁など参照。

(43) 我妻・前掲書二六八頁、山主・前掲論文九六～九七頁、星野・前掲書一八七頁、幾代・前掲書二〇四頁など参照。

(44) 幾代・前掲書二〇五頁参照。

(45) 古くは、四宮・前掲「判批」三一九頁が、「社会の状勢と法の理想とに照した解釈の後始めて明らかにせられるもの」としていた。

(46) 山主・前掲九八頁は、「経済的必要」とあるところは、「経済的必要その他の社会的要求」と言い換えてやや広くとらえるべきとする。

(47) 我妻・前掲書二六九頁参照。さらに我妻は、①社会の経済的必要に迫られて生ずる脱法行為を無効とすることは、社会の経済的必要を法律の保護の外に放置することになり、②一定の理想を有する強行規定について、社会の経済的必要のためにこれを回避することを認めることは、それだけ不都合を伴うことになるとして、立法としては、いずれに対しても、適当な処置を講じて、社会の経済的必要に対して妥当な法律的規律を与えることに努めるべきとする（二六九頁）。

(48) 川島・前掲書二二七頁参照。

(49) 幾代・前掲書二〇五頁参照。

(50) 米倉・前掲「法律行為（一六）」三一頁参照。Medicus (D.), *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 1982, § 44 I, S. 225 を引用する。

(51) 米倉・前掲「法律行為（一五）」二七頁、同・前掲「法律行為（一六）」三〇頁参照。

(52) 米倉・前掲「法律行為（一六）」三〇～三一頁参照。

(53) 米倉・前掲「法律行為（一五）」二八～三〇頁参照。

(54) 前注（24）～(26) に引用した文献には米倉説の少なからぬ影響が伺われる。

(55) 奥田＝安永編・前掲書【滝澤】七五頁は、以下のように米倉説とほぼ同趣旨の説明をなしている。「もっとも、脱法行為論は、最近ではあまり流行らない。強行法規に直接に違反するか（直接ではないが）実質的に違反するかは

結局『程度の差』であり、しかも脱法行為概念自体にそれほど積極的な意味はない。法律行為は『脱法行為だから』無効になるのではなく、ある法律行為が強行法規に反するので無効とされるべきときに（しかし必ずしも直接に違反しているわけではないときに）『脱法行為である』といわれるにすぎない。法律行為が無効か否かの判断は、その強行法規をどのように適用すべきかという法律の解釈の問題として解決されるのであり、脱法行為か否かはその解釈の結果なのである。」

(56) 大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一五七頁、一五八頁参照。なお、租税法上の租税回避否認について、裁判官の判断構造から分析する論稿として、谷口勢津夫「司法過程における租税回避否認の判断構造―外国税額控除余裕枠利用事件を主たる素材として―」租税法研究三二号（二〇〇四年）五三頁以下が参考となる。

(57) 大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一四六頁、一五〇頁。概説書のレベルでは、山本敬三『民法講義Ⅰ総則［第二版］』（有斐閣・二〇〇五年）が、大村論文を引用しつつ、①強行法規の単純適用（脱法行為の解釈）、②強行法規の拡張・類推、③例外ルールの創設の三つの可能性を検討する（同二三七～二三八頁）。③は、「一見すると強行法規の要件をみたし、あるいは強行法規の趣旨から無効とされるべき行為であっても、特別な理由からそれを有効とするような例外ルールを創設する可能性」であると説明する（同二三八頁）。

(58) 大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一五四頁参照。

(59) 大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一五〇～一五二頁参照。

(60) 大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一三六～一三九頁参照。

(61) 大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一五二～一五三頁参照。具体的には、(i)については、恩給取立委任について不解除特約のみを無効とする大審院判決を、(ii)については、譲渡担保に関する今日の学説を想定している。(iii)については、フランスにおける「法律詐害」や、ドイツ法において「法律回避」の独自性を強調する学説にこの傾向が見受けられるとする。わが国でも、消費者契約関係で、法人格や抗弁切断を「否認」する方法がこれに近いと分析する。

(62) 大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一五五～一五六頁参照。「また、裁判官にどのような権限が認められているかによるところも大きい。あるいは、当事者が強行規定を回避して適用を受けようとする規定Cの性質（の

理解）も重要である。」とする。

(63) 大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一五四～一五六頁参照。

(64) 大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一五九～一六〇頁参照。

(65) フランスのフロード(fraude)法理についても、「主観説（conception subjective）」と「客観説（conception objective）」の対立が古くから存するが（*cf. ex.* Vidal, *op. cit.*, pp. 111-121）、わが国の脱法行為論における独自性説と類推説の対立に対比することが可能であろう。フランスにおいては、ヴィダルを中心に主観説が圧倒的な通説であったが、近時は客観説からの批判も有力になりつつある。ウズロは、ヴィダル説を批判しつつ（Houzelot, *op. cit.*, n°s 269-279, pp. 436-451）、ヴィダルが個人の自由（liberté individuelle）を過度に強調し、フロードの適用を「禁止されていないことはすべて許される（Tout ce qui n'est pas défendu est permis）」領域についてのみ厳格に限定したために（*cf. ex.* Vidal, *op. cit.*, pp. 120, 178, 211; *etc*）、今日、公序（ordre public）の観念が拡大している実定法にもはや適合し得なくなっていると批判するとともに（Houzelot, *op. cit., surtout*, n° 269, pp. 436-437, n° 279, p. 450）、実務におけるフロードの挑戦に対応するために、フロードの一般理論は、より客観的かつより広義のフロードの観念を実現すべきだと提言する（n° 326, p. 527）。フランスにおける客観説の代表的論者はカルボニエであり、「法律は字義通り解釈されるわけではないので、法律の間接的な違反（その精神の違反）は、当然に、その文言の違反と同視されるべきである。重点は、もはや契約当事者の心理にではなく、法律の心理に置かれる。」と述べている（*cf.* Carbonnier (J.), *Droit civil*, t.II: *Les biens, Les obligations*, Quadrige, PUF, 2004, n° 991, pp. 2046-2047）。しかしなお今日のフランスの多数説は、主観説である（*cf. ex.* Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, n°s 818-819., pp. 807-809; Rontchevsky, *op. cit.*, n° 163, pp. 91-92; Cayron et Fages, *op. cit.*, n° 240-49; *etc.*）。ゲスタン＝グボーは、「窮屈な法律は、他の規定が機能することによって効果的に回避される。それゆえ法律違反を帰結するために、立法者が目指した目的が達成されないということを主張するだけでは不十分である。策謀を制裁するためには、さらにそれ以上のものが必要となる。それは詐害的意図（l'intention frauduleuse）に他ならない。」（n° 818, p. 808）「法規の強行的性質は、その適用を免れようとするすべての行為を詐害的とするには十分ではない。」（n° 818, p. 808, note 53）とする。

租税法の領域においては、わが国では、租税法律主義に照らし、個別否認規定がない限り、租税回避否認を認められないと解するのが通説であったが（金子・前掲書一二九～一三〇頁、清永・前掲『税法』四五～四六頁など参照）、九〇年代末から、わが国の租税回避行為論に新たな流れが生じており、（従来の「狭義の租税回避の否認」に対して、「広義の租税回避の否認」と呼ばれる。）、それは、（A）課税要件事実の認定レベルにおいて考慮するアプローチ（いわゆる「私法上の法律構成による否認」論）、（B）個別租税法規の解釈（課税減免規定の限定解釈など）において考慮するアプローチに大別することができるとされる（占部裕典「租税回避に対する新たなアプローチの分析」税法学五四六号（二〇〇一年）二七頁以下、同・前掲「最近の裁判例にみる『租税回避行為の否認』の課題」二七五頁以下など参照）。本稿の分析視角と対比するならば、「従来の租税回避の否認」は、本稿の「行為アプローチ」（メタ規範アプローチ）に、「広義の租税回避の否認」のうち（B）個別租税法規の解釈は、本稿の「規範アプローチ」にほぼ対応していると分析できよう。（A）「私法上の法律構成による否認」論（一般に「事実認定による否認」と呼ばれる）は、多元的な側面を有しており、本稿の二つのアプローチの両方との対応関係を検討する必要があるように思われる（後注(71)参照）。

(66) フランスでは、メタ規範として、中世ローマ法学において定式化された「フロードはすべて破る *«fraus omnia corrumpit»*」の法諺を承継し、一九世紀初頭から破毀院によって、判例法理として、「フロードはすべての規則の例外をなす *«La fraude fait exeption à toutes les règles»*」との規範が援用されるようになり、今日に至っている（以上の経緯の簡略な整理につき、*cf. ex.* Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, n° 809, pp. 796-798; Picod (Yves), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Bib. dr. privé, t. 208, L.G.D.J., 1989, n°s 46 et s., pp. 63 et s.; Roland (H.) et Boyer (L.), *Adages du droit français*, 3e éd., 1992, n° 144, pp. 288 et s.; *etc.*）。もっとも *«fraus omnia corrumpit»* のラテン語表記が定着化するのは、一九世紀の後半に至ってからであるとされる（*cf.* Vidal, *op. cit.*, p. 55, note 8; Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, n° 809, p. 798; *etc.*）。

これに対して、わが国においては、独自性否定説が、「法典ニ於テハ脱法行為ノ効力ニ関シ特ニ規定スル所ナシ」と批判するところである（前注(34)参照）。また、租税法上の租税回避については、一九七七年のドイツ租税基本法（Abgabenordnung）が、「法の形成可能性の濫用によって租税法律を回避することはできない。濫用が存す

るときは、経済的事実に相応する法的形成をした場合に発生すると同じように租税請求権が発生する。」（四二条）との租税回避行為否認の一般的実定規定を置くことが広く知られているが（清永敬次『租税回避の研究』（ミネルヴァ書房・一九九五年）一〇七頁、二六二頁、八ツ尾・前掲書八頁、金子・前掲書一二八～一二九頁など参照）、わが国においては、昭和三六年七月の税制調査会が、「諸般の事情の発達変遷を考慮するとき、……租税回避行為は課税上これを否認することができる旨の規定を国税通則法に設けるものとする」との答申をなしたにもかかわらず、反対意見が強く、結果として立法化が見送られたとの経緯が存する（八ツ尾・前掲書九頁など参照）。

しかしながら、少なくとも私法の領域においては、一般条項などを根拠に、「強行規定を回避する目的で手段としてなされた行為（合意）の効力を認めない」とのメタ規範を法秩序（私法秩序）に内在するものとして観念することを不可能とまではいえないであろう。

(67) 米倉説（三　脱法行為の展開㈡近時の有力説(1)米倉説参照）やカルボニエ（注(65)参照）の主張するところである。

(68) 三潴論文が、「唯漠然ト法典ノ目的社会国家ノ目的利益較量等ニ藉口シテ法文ヲ拡張的又ハ縮少的ニ解セントスル一派ノ自由解釈トモ同一ニ非ザルコト多言ヲ要セザル所ナリ」としていた点を想起されたい（前注(33)参照）。

(69) ゲスタン＝グボーは、「法が耐えられないことは、法規に対する策謀・無視の勝利である。そこには法秩序の転覆の危険がある」とする（*cf. ex.* Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, n° 818, p. 808; *v. aussi*, Vidal, *op. cit.*, pp. 119-121, pp. 211-212）。仮に、実定法秩序が暫定的な秩序であるとしても、法秩序には、暫定的な「権威」が必要であろう。

(70) 大村論文の主張する「個別否認」と「定型定立」との関係（前注(63)参照）が参考となろう。筆者自身はかつてフランスにおける詐害的賃料処分に対する法規制の変遷を分析するに際して、フランスにおけるフロード(fraude)法理が、「一般法理と個々の実定規定の解釈、新たな立法の間の絶え間ない対話（incessant dialogue）によって形成されている」との理解に基づき、詐害的な賃料処分の法規制の変遷を考察する分析視角として、①形式的規定（la règle formelle）→②例外としてのフロード（la fraude originaire qui fait l'exception à la règle）→③要件緩和による客観化（objectivation de la fraude avec l'atténuation de l'élément subjectif）→④新たな規定の創設（créa-

tion ou transformation de la nouvelle règle formelle）という動的モデル（théorie dynamique）を提言し（拙稿・前掲「フランス私法におけるフロード（fraude）法理の一素描」一八三頁）、わが国においても「ディアレクティークな法秩序形成」を目指すことが重要であると指摘した（同二一九頁）。本稿における脱法行為論の「行為アプローチ」は、動的モデルの②に、「規範アプローチ」は同モデルの④に対応する。

(71) 恩給担保事件が典型例である。近時の例としては、買戻特約付売買契約の形式を採りながら目的不動産の占有の移転を伴わず債権目的で締結された契約を譲渡担保契約と認定した最判平成一八年二月七日民集六〇巻二号一二四頁が取り上げられるべきである（拙稿「判批」金法一七八〇号（二〇〇六年）四〇頁参照）。この「脱法的法律行為形式」類型に関しては、「行為アプローチ」につき、「行為」の「効力否認」という側面に、「行為」の「法的性質決定」という側面が加わるので、やや複雑な様相を呈することになる。また「法的性質決定」は、回避意図を認定して個別になされるならば、「行為アプローチ」（メタ規範アプローチ）に留まるが、定型的に行われるならば、新たな規範創造を伴う「規範アプローチ」の側面を有することになろう。多元的・動態的に把握する必要がある（契約の法的性質決定における当事者と裁判官との関係につき、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣・一九九七年）二二一頁以下、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約―リース契約を手がかりとして―」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向下―民法一般』（有斐閣・一九九二年）二九四頁以下など参照）。

なおこの点に関しては、租税法における新たな流れ（広義の租税回避の否認）のうち、（A）課税要件事実の認定レベルにおいて考慮するアプローチ（いわゆる「私法上の法律構成による否認」論）、その中でも「第三類型」とされる「契約の法的性質の決定により、当事者の選択した法形式を否定して真実の契約関係を認定する場合」（占部・前掲「租税回避に対する新たなアプローチの分析」二八頁など参照）に関する議論との摺り合わせが必要であろう（前注(65)参照）。

(72) 離婚を禁止したフランス法を免れるために国籍を変更するなどといった国際私法の例が挙げられる（*cf. ex.* Audit (B.), *Droit international privé*, 3e éd., 2000, Economica, nos 230 et s., pp. 202et s.; わが国における国際私法との関係につき、大村・前掲「『脱法行為』と強行規定の適用」一四九頁など参照）。ボーフルモン王女（Princesse de Bauffremont）事件が知られている（Civ. 18 mars 1878, DP 78.1.201, S. 78.1.193, *note* J.-E. Labbé）。

法人格や匿名組合の濫用も典型例となろう。いわゆる「法人格否認の法理」については、周知のように最判昭和四四年二月二七日民集二三巻二号五一一頁は、「法人格が全くの形骸にすぎない場合、またはそれが法律の適用を回避するために濫用されるが如き場合においては、法人格を認めることは、法人格なるものの本来の目的に照らして許すべからざるものというべきであり、法人格を否認すべきことが要請される場合を生じるのである」と判示している（法人格否認の法理につき、江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会・一九八〇年）など、租税回避行為との関係につき、松沢・前掲「私法上の取引と租税回避行為」七五頁以下など参照）。

(73) フランスの「フロード（fraude）法理」につき、前注(4)、(65)、(66)参照。