脱法的条項の効力規制について（二・完）

——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……………（以上八〇巻一一号）
- 四 脱法行為論から分析した二つの最高裁判決
- 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……………（以上本号）

四 脱法行為論から分析した二つの最高裁判決

本章では、前章において考察した「脱法行為論」の展開を踏まえて、最高裁平成一五年一二月一九日判決および最高裁平成一六年七月一六日判決⁽¹⁾を中心に、一括支払システム契約における代物弁済条項の効力および債権譲渡契約における停止条件条項の効力（広く集合債権譲渡担保の否認）に関する判例・学説の考え方を分析・検討す

る。ここでは、「脱法行為論」における二つのアプローチ——「行為アプローチ」(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)と「規範アプローチ」(脱法行為の出現に対して、強行規定に着目し、解釈によって規範を広げることにより同規定を適用・類推適用して対処しようとするアプローチ)——を分析視角として用いて、脱法的な行為に対する法規制のあり方を「動的」に把握することを試みたい。⁽⁴⁾

(一) 脱法行為論から分析した最高裁判平成一五年一月九日判決

(1) 第一審判決、原審判決および最高裁判決の対比

(ア) 第一審判決

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(原告・都市銀行)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。」とする。

第一審判決は、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完全に没却するものであることとともに、「しかも」として、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)」があることを認定している。客観的な国税徴収法の趣旨の没却が必要条件なのであって、主観的な回避意図は補足的な十分条件に過ぎないとの見方もできなくはないが、主観的な回避意図を明確に認定することは明らかである。しかも、「回避意図」については、本件合意に至る「動機」を説明し、「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」との個別的な認定がなされている。⁽⁶⁾

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、当事者間における効力を無効とするのではなく、国税債権者に対して合意の効果を主張できないと構成している。この点については、次の二点から分析すべきである。第一には、あくまでも国税徴収の回避の問題ゆえ、合意の当事者（私人）間の効力には影響を及ぼさず、国税債権の徴収が可能となる（物的納税責任を負う）という効果が認められればよいとの趣旨と理解することができる。⁽⁷⁾第二には、より広く、脱法行為の効果一般として、対外効を否定する（合意により回避しようとした強行法規の適用を可能とする）に留まり、それを超えて合意の当事者間の効果を奪うものではない（当事者間では有効）と判示したものと見ることも可能であろう。⁽⁸⁾

以上、第一審判決は、①「回避意図」を認定している点、②効果は、無効ではなく、国税債権者に対して合意の効果を主張できないと構成している点において、脱法行為論における「行為アプローチ」が典型的に想定する判断方法に拠って、脱法的条項の効力否認（個別否認）を行った代表的な裁判例として位置づけることができる。

(イ) 原審判決

原審判決⁽⁹⁾は、あくまで「控訴人の当審における主張に対する判断を付加するほかは、原判決の理由説示のとおりである」とするものの、脱法行為論における二つのアプローチの対比という視角からは、第一審判決とはかなり異なった判断構造を示していると分析できる。すなわち、控訴人が、「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」と主張したのに対して、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」を問題としないとする。⁽¹⁰⁾この前提には、「国税徴収法二四条は」、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であるから、「本件条項のような私人間での合意を法が許容しているということができず」、「国税債権者との関係で、右合意の効果を主張できない」ゆえに、租税法の賦課・徴収の要件を充足しているとの認識がある。

当事者の個別的な「主観的意図」は問題とせずに、定型的に、本件条項のような私人間の合意は法二四条によって許容されておらず、同条に違反し合意の効果を国税債権者に主張できないゆえに、課税・徴収要件を充たす(二四条五項を適用する)というのであるから、脱法行為論における二つのアプローチの中では、「規範アプローチ」を採るものと分析することが可能であろう。

(ウ) 最高裁判法⁽¹¹⁾

最高裁は、「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」として、

簡略に、「適用を回避しようとするもの」との理由で、「この合意の効力を認めることはできない」と述べるに留ま⁽¹²⁾っている。

簡略な判示ではあるが、「規範アプローチ」により法規（国税徴収法二四条）が許容するか否かを論じた原審判決とは異なり、最高裁判決は、「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、「回避意図」を根拠とする点において、第一審判決と対比するとやや定型的な判断とはなっているものの、基本的には「行為アプローチ」に立脚していると分析すべきであろう。

なお効果については、「合意の効力を認めることはできない」と判示するに留まるので、合意の当事者間においても無効となるとする趣旨なのか、国税債権者に対する関係においてのみ効力が認められない（合意の効果を主張できない）という趣旨なのかについては、今後の課題として残されることになった。⁽¹³⁾

いずれにせよ本判決は、「（強行）法規の適用を回避しようとする合意の効力は認められない」との「行為アプローチ」による「脱法行為論」を正面から認めた最初の最高裁判決と評価することができよう。今後、最高裁によって同様の判断が積み重ねられることを想定するならば、本判決は、わが国において、「（強行）法規の適用を回避しようとする合意の効力は認められない」とのメタ規範が判例法理として確立するに至るリーディングケースの一つとして位置づけられることが予想される。⁽¹⁴⁾

それでは、平成一五年判決の位置づけを行うに先だって、第一審判決、原審判決および最高裁判決に対する評釈等を中心として主要な学説を整理しておこう。

(2) 学説

(ア) 有効説 (物的納税責任否定説)

一括支払システムおよび代物弁済条項を考案した銀行サイドの主張は別として、本件の第一審判決、原審判決および最高裁判決に対しては、租税法研究者を中心として、租税法主義の観点から、代物弁済条項を無効とする点を批判する学説が散見される。

たとえば山田(二郎)評釈は、本件代物弁済条項は、「技巧的であり」、「相当に強引な約定であること」は否定できないが、「代物弁済条項の効力を否定するには、『法二四条の趣旨』というような曖昧なことではなく明文の法律の規定が必要である」というべきであり、「本件のようにすでに定着していた銀行業務を覆すようなときには、法律の明文の規定によって否定すべきであり、本件のような税務行政を裁判所が安易に肯定するということになると、わが国に租税法主義が根づくのは難しいことになってしまう」と警鐘を鳴らす。⁽¹⁶⁾

同様に、高橋(祐介)論文は、「……現行の制度は、法定納期限と担保権設定の先後という優劣の基準よりも譲渡担保権を優遇しているが、この優遇こそが本件の発端であり、また本件合意は同優遇の最大限の利用を図ろうとしたものであるから、脱法行為や濫用とはいいがたいこと」、「本件合意を無効とするのは、いわゆる徴収回避の否認にあたり、租税法主義の観点からは、明文の個別規定が必要である(ること)」から、最高裁判決は妥当ではないと批判する。⁽¹⁷⁾ 詳言すれば、「租税回避」(課税要件充足の回避による不当な税負担の減少)と同様、「徴収回避」(徴収の要件を回避することによる税負担回避)についても、「租税法主義の観点からすれば、徴収回避を否認するためには個別的否認規定が必要であると解すべき」ところ、最高裁判決は、「課税(徴収)要件自体を変更することにより課税(徴税)を行おうというもの」ではなく、「課税(徴収)要件事実そのものを変更して、変更されていない課税(徴収)要件に当てはめてしまおうとするもの(これを、仮に課税「徴収」要件事実の変更

による租税回避の否認という。」である。これは、徴収要件を変更・新設していないので、「租税法主義からすれば少なくとも形式的には問題がないといえる」が、「このような徴収要件事実の変更による徴収回避の否認」は、第一には、「租税法関係の二重構造を無視しており」、第二には、「伝統的な意味での租税回避の否認と同じ結果を達成しながら租税法主義の制限を免れ、課税結果の予測可能性を確保しがたくするという意味で、租税法主義を骨抜きにしている」ゆえに、きわめて問題であると指摘する。⁽¹⁸⁾

これに対しては、本件では、課税要件規定（租税実体法）の回避ではなく、徴収要件規定（租税手続法）の回避が問題となっている点に注意すべきであろう。⁽¹⁹⁾そこでは、租税債権が発生した後の、租税債権と担保権との優劣関係が問われており、私法上の法律関係としての側面が強い。租税回避否認一般につき、近時有力に主張されている「私法上の法律関係による否認」の是非はひとまず措くとして、本判決を契機として、徴収要件規定に関しては、租税法主義が緩和され、判例法として、「租税徴収」法規の適用を回避しようとする合意の効力は認められない」とのメタ規範が定立されつつあるとの見方が可能ではないか。

(イ) 無効または効力否定説（物的納税責任肯定説）

(a) 公序良俗違反Ⅱ無効説

石田（喜久夫）評釈は、本件第一審判決に賛成しつつ、本件条項の効力を否定する法理について、「脱法行為のゆえに公序良俗に反する」と構成すべきだと主張する。⁽²¹⁾それは、公序良俗違反とみるほうが、「さまざまのトポスを設定して、その対抗・競合の総括から、柔軟な法的対応を講じる手法に親しみるから」であり、その点では、「九〇条における公序良俗違反の類型化の観点からすれば、強行法違反を九〇条で扱うことが有益である」⁽²²⁾との近時の傾向が支持されるべきとする。⁽²⁴⁾なお、九〇条違反による無効ということであるから、国税債権者に対

する効果が否定されるだけでなく、当事者間においても無効となると考えているようである。⁽²⁵⁾

「行為アプローチ」なのか、「規範アプローチ」なのかは、必ずしも明らかではないが、「行為アプローチ」を前提に「メタ規範」を九〇条に求めるというよりも、違法行為(強行法規違反行為)およびその脱法行為をともに九〇条で無効とするというわけであるから、規範を広げる「規範アプローチ」の側面が強いと推測される。

(b) 規定の趣旨違反≠無効説

高世解説は、最高裁判決が、本件合意(条項)は、国税徴収法二四條五項の「趣旨」に反して、「無効」であると判断したと分析する。すなわち、「(法二四條五項の)趣旨は、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して滞納処分を執行することができることにありと考えられる。そうすると、本件合意は、同条五項の趣旨に反するといふべきである。そして、法律が定める賦課、徴収の要件が充足されている限り、租税行政庁は、法律で定めたとおりに賦課、徴収しなければならないとする租税負担公平の原則に照らせば、同項の趣旨に反する合意は無効であるといふべきである。」⁽²⁶⁾と思考プロセスを推測している。

同解説は、租税回避行為一般については、租税法主義との関係が問題となるが、「形式的には法律の規定の文言に合致しないとしてもそのことを理由に当該規定の適用を否定することがその趣旨に反することが明らかなる場合」という限度では、租税法規を適用することに異論はないとする。⁽²⁷⁾おそらく同解説は、本件を、「規定の趣旨に即した解釈の結果として、否認を認めたのと同じ結果になることがある」とされるいわゆる「解釈による否認」の例に対応するものと位置づけていると思われる。⁽²⁹⁾「趣旨」により規範の範囲を広げる点で典型的な「規範アプローチ」であるが、最高裁判決の分析としての確であるかは疑わしい。⁽³⁰⁾

(c) 租税徴収法上の例外的無効説

中里論文は、「租税法は、私法上、一定の行為を強制するものとは考えにくいので、一般的には、個別の租税法規の趣旨に反する取り決めが強行法規に反して私法上無効となるとは考えにくい」し、「一般的には、租税法の趣旨に反する取引が公序良俗に反するとは考えにくい」ので、「本件においては、譲渡担保との関係で執行免脱財産の創出という側面が重視された結果として、きわめて例外的に、私法上無効であると判断されたものと考えられない」とする。⁽³¹⁾ すなわち、「租税実体法は、あくまでも私法上の契約等を前提として、その上で課税関係を規律するものであり、そもそも、私法上の取引関係を規律しようというものではない（く）」、「租税回避の否認規定が発動された場合においてさえ、そのことは、私法上の効力に影響を及ぼさない」のであるから、「きわめて例外的に、取引の私法上の効力が租税法の趣旨に反して無効となるということが認められるとしても、徴収関係の、さらに本件のようなきわめて特殊な場合に限られよう」と本判決の射程を限定的にとらえている。⁽³²⁾

ただ例外的にせよ、私法上の効力が無効となる場合の無効の根拠については必ずしも明らかにされていない。
 (d) 強行法規違反Ⅱ 対外効否定説

脱法行為論につき、米倉明は、本稿第三章「脱法行為論の展開」で検討したように、一貫して「規範的アプローチ」に立脚して、「直接適用説」を主張してきたが、一括支払システムの代物弁済条項に関しては、「通常いわゆる脱法行為」とは異なり、「端的に徴収法二四條違反」ととらえれば足りるとする。⁽³³⁾ すなわち、「脱法行為という場合には、強行規定の予定しているのとは別の形式がとられている局面が想定されている（恩給担保禁止における委任を一例としてあげうる）。しかるに本件条項についてみると、『別の形式』がとられているところか、強行規定どおりにことが運ばれているのだから、通常いわゆる脱法行為とは異なるというべきであろう。」と述べる。⁽³⁵⁾ その上で、「本件条項は、強行規定の手前さすがに遠慮して、別の形式を迂回することにしたというのではなく、強行規定に便乗して強行規定を実質上空文化しようというたくらみであって、端的な強行規定違反というべきで

あ(り)」、「脱法(別の形式をとる)」という一見リモートな法形式をとった場合でさえも、実質的に考察して無効という判定を下すのであれば、リモートなどと遠まわしなことをせず直接に骨抜きを図る企ては、まして無効(対外効否定)とされてしかるべきである⁽³⁶⁾とする。なお法律論としては、公序良俗違反を挙げることができても、もし公序良俗違反とされるなら、対外効否定を超えて「当事者間における無効」までが引き起されるので適切でないとする⁽³⁷⁾。

効果を「対外効否定」とすることには賛同すべきであるが、徴収法二四条違反(ひろく強行規定違反)の効果がないであろうのか、(広義の)脱法行為の類型の中で、「脱法的法律行為形式」類型と「脱法的条項」類型との間に本質的な差異が存するか否かなど不明瞭な点は残されている。

(e) 徴収回避行為Ⅱ相対的効力否定説

小粥評釈は、最高裁判決は、国税徴収法二四条五項の「適用を回避しようとするものである」ことを理由に代物弁済条項の効力を否定した点で、「脱法行為ないし法規適用回避行為」の領域に位置づけられるとするが、①「本件に本来適用されるべき法規が単純に強行規定といえるものではなく、租税関係法であること」、②「無効」という言葉を用いず、単に条項の『効力は認められない』としたサンクション⁽³⁸⁾に特殊性があるとする。

①については、「特定の条項が国税徴収法を僭脱するからといって、その効力を簡単に否定することは適切でない(く)」、「端的に国税徴収法二四条違反を理由として本件条項を無効とする見解を支持することはもちろん、同二四条五項を拡張ないし類推解釈した上で適用することも躊躇される」とする。その上で、「とはいえ、本件代物弁済条項は、債権者(課税当局)に対する詐害行為的な性格を持つ徴収回避行為であ(り)」、「詐害行為の効力が否定され得ることは論を待たない(税通四二条参照)ことも考慮すれば、本件条項の効力を否定することも許されないだろうか」との提言をなす⁽³⁹⁾。

②については、「本判決のサンクションは、国税徴収法二四条五項の適用ないしその解釈から導かれる強行規定の適用（その結果としての条項の「無効」ではなく、二四条五項の適用ができないことを前提としつつ、その適用回避を阻止するためのものであり⁽⁴⁰⁾」、「国税徴収法二四条五項の適用回避（徴収のがれ）を阻止するために必要な限りで、——詐害行為取消しの効果に関する相対的無効説と同じ発想に立つものだが——Y（徴税当局）との関係でのみ本件条項の効力を否定したものと理解すべきであろう⁽⁴¹⁾」と分析する。

小粥説の骨子は、(i)「規範アプローチ」ではなく、「行為アプローチ」によって対処すべきだとする点、(ii)その際の行為否認の根拠を「詐害行為取消」に求める点、(iii)それゆえ効果は徴税当局との関係においてのみ相対的に効力を否認する点の三点からなる。事柄の本質を射抜いた分析として高く評価されよう。(ii)は、徴収回避行為には、法規の回避とともに、租税債権者に対する詐害行為としての側面があることを指摘するもので、「脱法行為論」と「詐害行為取消論」とを比較・統合する分析視角の有用性を示唆している。

(f) 合理的解釈Ⅱ適用説

西山（由美）評釈は、「私法上は有効であるが、通常もちいられない法形式を選択することで、第二次納税義務の回避をはかる場合もまた、そこに租税回避行為が認識されうる」との前提の下、「租税回避の一般否認規定がわが国に存在しない以上、その行為が当然に租税法上否認されるものではないが、徴収法二四条五項の告知の時点と譲渡担保実行時点の先後を判断するにあたり、国税債権者はもとより、契約当事者においても認識しえない擬制的時点をもって譲渡担保実行時とすることは、同規定の合理的解釈から逸脱するものといえる⁽⁴³⁾」と判断し、「譲渡担保の法的性質の特殊性から、徴収法二四条の規定の一応の合理性を前提とすれば、契約当事者のみの合意により擬制的時点を譲渡担保実行時点とする特約条項は、告知処分発信時には譲渡担保実行に伴う清算金の有無および額が確定していないことも含めて、徴収法二四条五項の適用を退けるほどの合理性が認められない⁽⁴⁴⁾」と

する。

西山説は、徴収法二四条五項の「合理的解釈」を行い、それを逸脱する不合理な特約条項によっては、讓渡担保につき二四条五項の規定の適用を阻止し得ないと構成する。「規範アプローチ」である。条項(合意)の効力について必ずしも明確にされていないが、規定の「解釈」によって、合理的な範囲でのみ特約条項の効力を認めるか、あるいは合理的な範囲を逸脱する不合理な特約条項は無視して規定が適用されることになろう。

それでは、以上の主要な学説の検討を踏まえて、脱法行為論の視角から平成一五年判決の位置づけを行うことにする。

(3) 平成一五年判決の位置づけ

第一審判決は、①「回避意図」を認定している点、②効果は、無効ではなく、国税債権者に対して合意の効果を主張できないと構成している点において、脱法行為論における「行為アプローチ」が典型的に想定する判断方に拠って、脱法的条項の効力否認(個別否認)を行ったものと分析することができた。

これに対して原審判決は、当事者の個別的な「主観的意図」は問題とせず、定型的に、本件条項のような私人間の合意は法二四条によって許容されないと判断し、課税・徴収要件を充たす(二四条五項を適用する)というのであるから、脱法行為論における二つのアプローチの中では、「規範アプローチ」を採るものと分析できる。

この兩判決の対比の中で、最高裁判決を位置づけるならば、その判示事項は簡略なものにとどまるが、「適用を回避しようとするもの」との理由で、「この合意の効力を認めることはできない」としていることから、第一審判決に近く、「行為アプローチ」による判断を下したものと分析することが可能であろう。その意味するところは次の二点にある。

第一点は、合意の効力が否定される根拠（形式的根拠）が、回避しようとされた規定自体に求められるのではなく（その点で強行規定違反でもなく、公序良俗違反でもない）、その規定の外にある「脱法行為を禁ずるメタ規範」に求められるという点である。

第二点は、合意の効力が否定される根拠（実質的根拠）は、合意の中の「回避意図」に求められるという点である。

回避しようとされた規定に効力否定の根拠が求められない限り、「回避意図」がなければメタ規範は発動できない。「回避意図」が要件となる所以である。⁽⁴⁵⁾

以上、平成一五年判決は、「行為アブローチ」による「脱法行為論」を正面から認めた最初の最高裁判決と評価することができよう。今後、最高裁によって同様の判断が積み重ねられることを想定するならば、本判決は、わが国において、「（強行）法規の適用を回避しようとする合意の効力は認められない」とのメタ規範が判例法理として確立するに至るリーディングケースの一つとして位置づけられることになるであろう。⁽⁴⁶⁾

なお効果については、「合意の効力を認めることはできない」と判示するに留まるので、その趣旨は必ずしも明らかではないが、「無効」としているわけではないので、適用の回避を阻止するために必要な限りで、すなわち国税債権者に対する関係においてのみ効力が否定される（合意の効果を主張できない）と解すれば足りるのである。⁽⁴⁸⁾

ところで、平成一五年判決によって採用された「行為アブローチ」による効力規制のあり方、すなわち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やり方については、残念ながら、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に耳を傾けることが有用と思われる。この点については、章を改め(五「結びに代えて」、言及することにした)。

(二) 脱法行為論から分析した最高裁判平成一六年七月一六日判決

(1) 従前の裁判例・学説

まずは、本件第一審判決および原審判決も含めた停止条件付集合債権譲渡担保の否認に関する従前の裁判例・学説の動向を整理しておく。

いわゆる停止条件付集合債権譲渡担保については、平成一〇年頃から、否認を肯定する裁判例・学説が多数をしめるようになった。⁽⁴⁹⁾ 否認肯定の実質的な根拠は、①譲渡担保が設定されているにもかかわらずそれを公示せず、危機時期になって突然対抗要件を具備して優先的に債権を取得することが、総債権者の利益および債権者間の公平を害するという点、②本契約型であれば危機時期における対抗要件具備行為が旧破産法七四条一項によって否認の対象となるにもかかわらず、停止条件の付加という技術的な操作でそれを回避するのは、否認制度の潜脱であるという点に求められていた。⁽⁵⁰⁾ さらに、③破産債権への配当原資の確保という政策的な理由を挙げられるものも存した。⁽⁵¹⁾ これに対して否認否定説は少数にとどまっていた。⁽⁵²⁾

ところで周知のように、流動資産担保としての集合債権譲渡担保の需要が日増しに高まり、「危機対応型」ではなく、「正常業務型」として機能させるための法整備が進められ、一方では、平成一〇年に債権譲渡特例法(現・動産債権譲渡特例法)が制定されるとともに、他方では、民法四六七条の通知・承諾を前提とした上で、集合債権譲渡担保の対抗要件の適正なルール作りが模索されていたところ、最高裁は、平成一三年一月に二つの

重要な判決（「本契約（取立委任）型」を集合債権譲渡担保の原則形態として位置づけた平成一三年一月二二日判決⁽⁵³⁾、および予約の通知・承諾による債権移転の第三者対抗力を否定した平成一三年一月二七日判決⁽⁵⁴⁾）を下し、問題の解決に一定の方向付けを行った。両判決（以下、両判決を指して「平成一三年判決」と呼ぶ。）は、停止条件付集合債権譲渡担保の否認についても、大きな影響を及ぼすことになる。ここでは、「平成一三年判決」の影響に留意しつつ、裁判例・学説がどのような構成によってこの問題に対処しようとしてきたか、動的な視角から整理を行うこととする。法律構成は、(ア)非典型担保（「仮通知」担保）構成と(イ)脱法行為構成に大別することができよう。

(ア) 非典型担保（「仮通知」担保）構成

平成一〇年には、いくつかの大阪の下級審裁判例⁽⁵⁵⁾が、停止条件付集合債権譲渡担保契約は、単なる停止条件付債権譲渡とは異なる非典型担保の担保権設定契約であり、契約時点で既に当事者間において担保権設定の効力が現実に生じているとする構成を採用して判決を下していた。これによると、右担保権の対抗要件である包括的通知を発することなく、支払停止等の時点に至ってはじめてなされた個別的な通知は、旧破産法七四条一項によって否認の対象となる。これらの判決は、長井論文⁽⁵⁶⁾（前注⁽⁵⁰⁾参照）の構成に従ったものであると言われている。同論文は、条件付債権譲渡（担保権設定）の包括的通知・承諾を、債権質に関する民法三六四条を類推して認め、それは仮登記担保の仮登記に似た「仮通知」であるとする。

同構成は、担保理論上きわめて注目すべき構成であったが、「平成一三年判決」の登場により、事実上否定されたものと考えざるを得ない。すなわち、「平成一三年判決」のポイントは、①本契約（取立委任）型をいわゆる集合債権譲渡担保の原則形態と位置づけ、設定契約の時点で債権移転の効果が確定的に生じることを前提とし、その債権移転は四六七条二項の通知・承諾によって第三者対抗要件を具備できるとする点、②債権譲渡の予約に

ついで通知・承諾がなされても、債権の移転（帰属の変更）が生じた事実を認識するものではないから、予約完結による債権移転の効力を第三者に対抗するためには、別途その通知・承諾を要する点にあったが、この二点を敷衍するならば、③停止条件や予約によって、設定契約時においては債権移転の効果を生じさせず、効果発生を実行時まで留保する担保形態（「効力未発生型」）については、仮に当事者がその合意をなしたとしても、担保権者の地位は債権的なものにとどまり、かつ当事者間で設定された担保権を第三者に対抗するため（優先的債権移転請求権を保全するため）の公示方法を法は認めないという点が帰結されるからである。この点からすると、停止条件付集合債権譲渡担保を非典型担保と捉え、三六四条（四六七条）を類推して担保権設定を公示できることを前提とした「非典型担保（「仮通知」担保）構成」には否定的にならざるを得ない状況にあったといえよう。⁽⁵⁸⁾

(イ) 脱法行為構成

停止条件付集合債権譲渡担保が、否認制度を潜脱する脱法的な契約であると評価する構成である。これは、担保設定契約自体を否認の対象とする構成（担保設定契約否認構成）と、停止条件条項の効力を否定する構成（停止条件条項効力否定構成）とに分かれる。

(a) 担保設定契約否認構成

東京地判平成一〇年七月三十一日金法一五二九号六一頁は、「本件契約は、一般の破産債権者間の平等を害して債権譲受人のみが優先的、排他的に債権の回収を図り、破産法所定の否認の制度を潜脱することを目的とする脱法的な契約であるというほかない。そうすると、本件契約が単に否認の要件を形式的には満たしていないとの一事をもって否認の対象と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ふべきであり、信義則に照らし、本件契約は破産法七二条一号又は二号の準用により否認することができる」と解すべきである。」

とした。本件原審判決(名古屋高判平成一三年八月一〇日)も、「準用」のところを「類推適用」とする点で異なるが、基本的にはほぼ同様の構成で「本件債権譲渡契約自体も否認することができる」とする⁽⁵⁹⁾。

この構成の特徴は、危機時期における対抗要件具備行為ではなく、正常時の担保設定契約そのものを否認の対象とする点にある。否認制度を潜脱する脱法的な契約であることあるいは否認制度の趣旨を没却するものであることを理由として、信義則を根拠に否認の形式的要件不備を補う形で規範を広げて旧破産法七二条一号または二号を準用・類推適用するという点において、基本的には、「規範アプローチ」に立脚するものと分析できる。

(b) 停止条件条項効力否定構成

(i) 田頭評釈は、「支払停止等を停止条件として突然一般債権者に優越する地位を得ようとする特約は」、支払停止等の発生によって形成される破産法の強行的な規律(実質的な破綻時期として債権者間の公平および債権者の利益を害する行為を禁止する)を潜脱するものであり、「特約当事者の意図とは関係なく、破産手続との関係では無効とする解釈」も可能であると主張し、同趣旨の先例として、会社更生手続に関して、所有権留保付動産売買について支払停止等を解除原因とする特約の効力を会社更生手続の趣旨、目的(会社更生法一条参照)を害するものであるからその効力は認められないとした最判昭和五七年三月三〇日民集三六卷三号四八四頁を挙げる⁽⁶⁰⁾。このように停止条件付集合債権譲渡の停止条件の定めを無効と解することにより、基本的には契約時点から破産法旧七四条の一五日が起算され、対抗要件否認が可能となる⁽⁶¹⁾とする。

(ii) 下級審裁判例としては、大阪地判平成一四年九月五日金法一六七〇号六五頁が、「破産法七四条一項による否認の可否の判断に際しては、被告は、信義則上、原告に対して、本件契約において債権譲渡に停止条件が付されているという事実を主張することができず」、一五日の起算日は、契約締結日となると判示している。

(iii) これに対して、本件第一審判決(名古屋地判平成一三年四月二〇日)は、同様の結論に至るが、「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適用外となることは同規定の予想しないところであり、同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て、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」と説明している。本件原審判決は、「本件債権譲渡契約は上記判例（最判昭和四八年四月六日民集二七卷三号四八三頁、片山注）の存在を利用して對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べき」と補強する。

以上、「停止条件条項効力否定構成」は、契約自体・全体を否認の対象とするのではなく、停止条件条項（特約）によって当事者が適用を回避しようとした旧破産法七四条一項を適用し、結果的に對抗要件否認を認める点において共通しているが、説明の仕方は微妙に異なる。敢えて踏み込むならば、(i)(ii)は、破産手続きの關係では条項が無効である、あるいは条項（が付されているという事実）を主張できないとして、条項（当事者の合意）に着目し、その効力を否定するという構成（「行為アプローチ」であるのに対して、(iii)は、法規（七四条一項）に着目して、法規の解釈につき、判例（昭和四八年判決）によらずに、契約時点を一五日の起算日とする解釈をなすべきとの構成（「規範アプローチ」）によっていると分析することは可能であろう。

なお裁判例・学説の動向について、筆者は、一方では、脱法行為論の動的な視角から（「行為アプローチ」と「規範アプローチ」を対比させて）、「停止条件条項効力否定構成」が、「契約全体を否認の対象とするのではなく、端的に回避の手段とされた特約の効力を否定すること（無効・対抗不能）によって、当事者がまさに適用を回避しよう」と意図した強行規定（破産法七四条一項）の適用を可能とする点」につき、きわめて合理的な構成であり、基本的には是認されるとしつつ、「まずは、推定の余地を認めつつも、原則として当事者の意図（回避意思）を要件とすべきであり」、「一歩進んで、信義則等を根拠とした客観的判断さらには定型的な判断が可能か否か

は今後の判例法形成の課題である（以上の点につきフランスのフロード (Fraude) 法理が参考になる）」とコメントしたが、さらに他方では、「平成一三年判決」を前提とし「担保設定段階において債権的な効力しか生じていないのであるならば、むしろまずは実行段階での権利移転行為（特定行為）あるいはそれに準じた對抗要件具備行為の故意否認・危機否認の可否について検討がなされるべきであろう」との指摘をなしておいた。⁽⁶²⁾

(2) 平成一六年判決の分析

以上のような下級審裁判例・学説の状況において、最高裁（最判平成一六年七月一六日判決）は、原審判決（名古屋高判平成一三年八月一〇日）が、旧破産法七四条一項本文（對抗要件否認）の適用、同七二条一号（故意否認）または二号（危機否認）の類推適用の三つの可能性を提示していたのに対して、危機否認（旧七二条二号）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、以下で検討を行う。⁽⁶³⁾

(ア) 「擬制」構成——実質的事実認定による回避否認

(a) 否認権行使の対象

まずは、判旨において、否認権行使の対象となるのは、「上記契約」か「上記契約にかかる債権譲渡」かが論じられている。⁽⁶⁴⁾ すなわち、一方では、「停止条件付集合債権譲渡担保設定契約が、危機時期より前に締結された場合であっても、契約締結行為自体が破産法七二条二号により否認できることを認めた」とする分析があり、⁽⁶⁵⁾ 他方では、否認の対象としては、①譲渡担保設定の契約、②危機時期発生後の債権譲渡、③債権譲渡にかかる對抗要件具備行為が想定されるが、このうち②すなわち「契約の結果として発生する債権譲渡の結果の脱法性を問題としてそれを危機否認等の対象とする見解」を採用したものとの分析がなされている。⁽⁶⁶⁾ 後者の分析がやや有力であるが、⁽⁶⁷⁾ これに対しては、「かかる理解は、いわば物権行為の独自性を認める見解に親和するものと思われるところ、かかる立場を採用することを判例が示唆しているとまで理解することは困難であろう」⁽⁶⁸⁾ との批判、原因となる契約とは区別された債権譲渡を否認の対象とすることには、少なくとも法文上は「行為」を否認の対象とする旧破産法・現行破産法の建前との関係で、疑問の余地が残されている⁽⁶⁹⁾ との指摘がなされている。

破産者（債務者）の行為の要否をめぐる議論⁽⁷⁰⁾ についてはひとまず措くとして、平成一六年判決においては、①の担保設定段階ではなく、②の担保実行段階の「行為」ないしは「効果」が否認の対象とされていることを確認しておこう。そこで最高裁判決が、「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」とする構成が問題となる。

(b) 「擬制」構成

この点については、「擬制」ないし「一種の擬制」によるとするもの、すなわち最高裁は「危機時期以降の『契約』に基づく債権譲渡と同視するという擬制により、改正前破産法七二条二号（一六二条一項一号イのうち同

条三項の推定の働く部分、及び同号ロ）を適用するという法律構成を採用した」との分析が多数である。⁽⁷¹⁾

「擬制」とは、本質の異なるものを一定の法律的取扱（法適用）において同一のものとみなして同一の効果を与えることを指す。⁽⁷²⁾ 法律の規定によって定められている場合と、法律の規定はないが、法適用者（裁判官・行政官およびそれを踏まえた学説）によってなされる場合とがある。前者の例として、遺留分減殺請求権に関する民法一〇三九条前段を挙げておこう。同規定は、「不相当な対価をもってした有償行為は、当事者双方が遺留分権利者に損害を加えることを知っていたものに限り、これを贈与とみなす」と規定し、「擬制（法律上の擬制）」によって、遺贈と贈与に対象が限定されている遺留分減殺請求権（一〇三一条）の行使を可能とする。今回の最高裁判決は、後者の「擬制（裁判上の擬制）」の例である。

まずは、法適用の前提としての事実認定の局面として現れるが（「行為アプローチ」、ここでは、裁判官が「擬制」を行うことができるのはいかなる場合でかつその基準（ルール）は何かを検討する必要がある。⁽⁷³⁾

次いで「事実から出発しながら、既存の法規範に対する例外を、したがって一つの法規範を、『要件―効果』論の形で創造する⁽⁷⁴⁾」という局面が想定される（「規範アプローチ」⁽⁷⁵⁾）。平成一六年判決がいずれの局面にあるかも見極めておくべきであろう。

ここでは、それに先だつて、平成一六年判決の「擬制」構成が、従前の裁判例・学説の構成（「脱法行為」構成）とどこが異なるのか、なぜ最高裁判決は、「擬制」構成を採用したのかについて分析を試みることにしたい。

(c) 従前の裁判例・学説との対比

下級審裁判例・学説の「脱法行為構成」との連続性を指摘するものも存する。たとえば原田（剛）評釈は、「本判決は、破七二条二号のみの脱法行為論により、本件の解決を図ったと考えられ得る⁽⁷⁶⁾」とする。また、中井（康之）評釈は、「脱法行為構成に立って危機否認の成立を肯定した」ものであり、「危機時期後に行った『行為』

と『同視』できるのは、単にそれが『偏頗行為』であるだけでは足りず、まさに脱法行為性を肯定できる『隠れた優先性』、『虚偽性』や『詐害性』が必要であると解される⁽⁷⁷⁾と分析する。

次いで、従前の裁判例・学説が、信義則や脱法行為などの一般法理によっていたところ、それが破産法上の否認制度の中に発展的に取り込まれたと分析するものがある⁽⁷⁸⁾。たとえば、並木評釈は、従前の裁判例・学説の変動を、「否認否定説↓非典型担保説↓停止条件否定説↓脱法行為説」と整理した上で、「本判決は、この種の停止条件付債権譲渡契約に関する裁判例や学説を踏まえながらも、最高裁判平成一三年判決と整合性を保ち、しかも、端的に危機否認の範囲内でこの種の債権譲渡の効力を失わせる判例法理を編み出したと評価することができ⁽⁷⁹⁾」と位置づけている。動的な視角からの議論の鳥瞰は、細部に異論は存するものの、概ね賛同を得られるところであろう。また「平成一三年判決」との整合性を指摘する点は重要であり、この点は改めて(i)で検討する。

最後に、その点とも関連して、「(平成一六年判決が)下級審判決のいわゆる『潜脱・脱法行為構成』を採用したものと評価することについていささか躊躇を覚える⁽⁸¹⁾」として、下級審裁判例と最高裁判決との理論構成における「質的な相違」を指摘するものが存するので、ここで取り上げておきたい。渡邊(拓)評釈は、従前の下級審裁判例の採る「潜脱・脱法行為構成」においては、「支払停止後の権利移転にあまり意味はなく、むしろ危機時期以前の停止条件付債権譲渡契約自体に『実質』がある⁽⁸²⁾と見ている」のに対して、平成一六年判決の採る「潜脱・脱法行為構成」においては、「危機時期以前の停止条件付契約にはあまり意味はなく、支払停止後の権利移転に『実質』を見るため、旧破産法七二条二号の危機否認についても『準用』ないし『類推適用』という構成を採る必要はなかった⁽⁸³⁾」と分析する。まさに正鵠を射た分析である。では、最高裁によってなぜこのような視点の転換がもたらされたか。それはまさしく「平成一三年判決」によって形成された集合債権譲渡担保法理との整合性という点に求められよう。

(イ) 「平成一三年判決」による集合債権譲渡担保法理の形成と平成一六年判決

先にも言及したとおり、「(1)従前の裁判例・学説」参照、「平成一三年判決」(①最高裁判平成一三年一月二二日判決、②同平成一三年一月二七日判決)は、本契約(取立委任)型を「いわゆる集合債権譲渡担保」の原則形態と位置づけ、設定契約の時点で債権移転の効果が確定的に生じることを前提とし、その債権移転は四六七条二項の通知・承諾によって第三者對抗要件を具備でき、同時に譲渡人(設定者)への取立委任への協力がなされても對抗要件の具備を妨げるものではないとする点(①判決)、債権譲渡の予約について通知・承諾がなされても、債権の移転(帰属の変更)が生じた事実を認識するものではないから、予約完結による債権移転の効力を第三者に對抗するためには、別途その通知・承諾を要するとする点(②判決)を明らかにした。

かつてわが国の譲渡担保法制のあり方としては、停止条件型(広く予約型を含めて、設定契約時においては債権移転の効果を生じさせず、効果発生を実行時まで留保する「効力未発生型」)を集合債権譲渡担保の一形態として容認するかどうかの選択肢が存していたのだが、最高裁は「平成一三年判決」によって、停止条件型(効力未発生型)を容認しないという方向に大きく舵を切ったわけである。その点からは、平成一六年判決には、「平成一三年判決」によって形成された「集合債権譲渡担保法理」を完成させるといふ重大な任務が託されていたといっても過言ではなからう。

すなわち「平成一三年判決」から導かれる方向性は、③停止条件型(効力未発生型)については、仮に当事者がその合意をなしたとしても、担保権者の地位は債権的なものにとどまり、かつ当事者間で設定された担保権を第三者に對抗するため(優先的債権移転請求権を保全するため)の公示方法を認めないということである。そうすると、停止条件付集合債権譲渡担保の否認については、筆者がかつて指摘しておいたように、必然的に「担保設定段階において債権的な効力しか生じていないのであるならば、むしろまずは実行段階での権利移転行為(特定

行為)あるいはそれに準じた對抗要件具備行為の故意否認・危機否認の可否について検討がなされるべき」ということになるはずであった。⁽⁸⁵⁾この点では、「このような平成一三年判決の理解は、停止条件付債権譲渡契約について、契約時ではなく支払停止後の条件成就時の権利移転時に実質を見る理解へと繋がっている」との渡邊評釈の分析は正鵠を射ている。⁽⁸⁶⁾

かくして、「平成一三年判決」および平成一六年判決によって、「集合債権譲渡担保法理」はほぼ確立したと見てよいであろう。動的な視角から分析するならば、「脱法行為論」は、集合債権譲渡担保の否認に関する新たな法秩序形成に寄与しつつ、否認制度の解釈論に発展的に解消されたと評価することが可能であろう。⁽⁸⁷⁾

(ウ) 再び、「擬制」構成——「擬制」規範の創設

それでは再び、「擬制」構成に戻ろう。「擬制」すなわち「実質的にみれば」、「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」場合とは、どのような場合か。最高裁判決は、契約の内容、目的等に鑑みて、契約が旧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ることを要件としている。ただ、当該事案における個々具体的な契約について、個別的に、意図や目的を認定しているわけではなく、むしろ定型的な判断をなしたと思われる。すなわち、「債務者の支払停止等を停止条件とする債権譲渡契約」について、「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」と認定しており、ちょうど民法一〇三九条に相当するような「擬制」規範（債務者の支払停止等を停止条件とする債権譲渡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みなす）を判例法として創設したと読むのが素直な読み方ではないか。またそれが、「平

成一三年判決」によって形成された判例法理の趣旨にも合致しよう。

以上から、平成一六年判決は、法適用の前提としての事実認定の局面（「行為アプローチ」を超えて、法規範を創設する局面（「規範アプローチ」）に立つものとは分析することが妥当だと思われる。よって、「擬制」の要件としては、「停止条件付債権譲渡契約に係る債権譲渡」であれば足りることになろう。また本判決は、旧七二条二号が要件とする相手方の危機時期についての「悪意」に言及していないが、危機時期の始期のメルクマールである支払停止を停止条件とする契約を締結すること自体が、「悪意」の要件に代替する（「悪意も擬制される」との見方が有力である⁽⁸⁸⁾）。

(エ) もう一つの構成——對抗要件具備行為の否認・取消

それでは、平成一六年判決により、判例法として「擬制」規範が創設されたということで考察を終えてよいのであろうか。そもそも「擬制」というテクニクは、法創造機能を有することは確かであるが、一般には、過渡的な構成であり、それも包含する上位概念を明らかにすることにより法（秩序）が発展するものと理解されるところである⁽⁸⁹⁾。その意味からは、まずは、「平成一三年判決」により形成された集合債権譲渡担保法理の受け皿として、平成一六年判決が採用した「擬制」構成以外に、他の構成を採用する余地がなかったのか点検をしておく必要があるように思われる。

仮に「平成一三年判決」から、「契約時ではなく支払停止後の条件成就時の権利移転時に実質を見る」との方向性が導かれるとするならば、着目すべきは、②危機時期発生後の債権譲渡と同時に、③債権譲渡にかかる對抗要件具備行為ということになろう。その趣旨から、筆者自身は、「担保設定段階において債権的な効力しか生じていないのであるならば、むしろまずは実行段階での権利移転行為（特定行為）あるいはそれに準じた對抗要件

具備行為の故意否認・危機否認の可否について検討がなされるべきであろう」との指摘をなしていた⁽⁹¹⁾

まずは、對抗要件否認(旧破産法七四条、新一六四条)に関しては、「停止条件の効力を否定して對抗要件否認を認める考え方は、停止条件が成就してはじめて債権譲渡の効力が生じて對抗要件を具備すべきと考えている当事者に対し、……当事者に履行の期待できない行為を求め、それができないこと(遅れたこと)を理由として否認を認めるもので、法的構成として技巧的にすぎ、かつ当事者の納得も得にくいものである」との批判的な見解が有力であるが「契約条項中の特定の特約につき破産法の規律を潜脱するとしてその効力を否定する先例(倒産法との関係では最判昭和七年三月三〇日民集三六卷三三四四頁、国税徴収制度との関係では、平成一五年一月九日民集五七卷一〇号二二九二頁参照)が存在する点も考慮するならば、破産法(否認制度)潜脱の有無を——契約本体とは区別して——停止条件等の付款につき論ずる意味が当然に否定されるわけではない」と考えるべきである。

しかしながら、脱法行為構成を過度的な構成と位置付けるならば、端的に解釈論として、「對抗要件具備行為」の故意否認・危機否認(詐害行為否認・偏頗行為否認)の可否を論じるべきであろう。⁽⁹⁴⁾「對抗要件具備行為」は、債権譲渡契約の履行行為としての側面を有しており、また集合債権譲渡担保契約に関しては、特定行為(責任財産減少行為)に近接した行為である。停止条件付債権譲渡については、②危機時期発生後の債権譲渡につき「行為」を観念することができないので、それに近接する③對抗要件具備行為を否認の対象とすることはあながち不当とはいえない。

実は、民法上の詐害行為取消権に関しては、周知のように平成一〇年判決(最判平成一〇年六月二二日民集五二卷四号一一二二頁)が、同じく停止条件付集合債権譲渡担保に関する事案につき、債権譲渡の通知は詐害行為取消権行使の対象とならないとしており、「平成一三年判決」および平成一六年判決を踏まえて、再検討が迫られ

ているところである。今後は、少なくとも詐害行為取消権に舞台を移して、議論を積み重ねる必要があるように思われる。⁽⁹⁵⁾

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

(i) 本稿では、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（平成一五年判決および平成一六年判決⁽⁹⁶⁾）を契機として、脱法的条項（合意）に対する効力規制のあり方について検討を行った。その際、「脱法行為論」の展開を踏まえて、「行為アプローチ」（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）と「規範アプローチ」（脱法行為の出現に対して、強行規定に着目し、解釈によって規範を広げることにより同規定を適用・類推適用して対処しようとするアプローチ）——を分析視角として用いて、脱法的な行為に対する法規制のあり方を「動的」に把握すること⁽⁹⁸⁾を心掛けた。

その結果、平成一五年判決、平成一六年判決は、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していたにもかかわらず、両判決は、異なったアプローチをなしており、両判決の意義・位置づけについても違った評価が与えられるべきことが明らかにされた。

(α) 平成一五年判決は、「規範アプローチ」により法規（国税徴収法二四条）が許容するか否かを論じた原審判決とは異なり、「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」と判示して、「回避意図」を根拠とし、第一審判決と対比するとやや定型的な判断とはなっているものの、基本的には

「行為アブローチ」に立脚していると分析できる。その特徴は、第一には、合意の効力が否定される根拠（形式的根拠）を回避しようとした規定自体に求められるのではなく（その点で強行規定違反でもなく、公序良俗違反でもない）、その規定の外にある脱法行為を禁ずる「メタ規範」に求めるという点、第二には、合意の効力が否定される根拠（実質的根拠）を、合意の中の「回避意図」に求めるという点にある。

平成一五年判決は、「行為アブローチ」による「脱法行為論」を正面から認めた最初の最高裁判決と評価することができ、今後、最高裁によって同様の判断が積み重ねられることを想定するならば、わが国において、「強行」法規の適用を回避しようとする合意の効力は認められない」とのメタ規範が判例法理として確立するに至るリーディングケースの一つとして位置づけられることになるであろう。⁽⁹⁹⁾

(β) 平成一六年判決は、對抗要件否認や広く否認制度の趣旨を没却する脱法行為として對抗要件否認の一五日の起算点を変更する解釈、危機否認・故意否認の規定の類推解釈など「規範アブローチ」に立脚して規範を拡張する従来の手法で対処した第一審判決・原審判決とは異なり、再び「行為」に着目し、「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」との「擬制」構成を採用している。しかしこれは個別的に実質的な事実認定を行った（「行為アブローチ」というよりも、典型的に「債務者の支払停止等を停止条件とする債権譲渡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みなす」との擬制規範を創設した（「規範アブローチ」と分析できる）。

これは、集合債権譲渡担保について「本契約（取立委任）型」を原則形態と位置づけ、「停止条件型」（広く「効力不発生型」）を容認しないとすると「平成一三年判決」の政策的価値判断を受けて、集合債権譲渡担保の判例法理を確立するためと推測される。平成一六年判決によって、「脱法行為論」は、集合債権譲渡担保の否認に関する新たな法秩序形成に寄与しつつ、否認制度の解釈論に発展的に解消されたと評価することが可能であろう。⁽¹⁰⁰⁾

(ii) 以上の平成一五年判決および平成一六年判決の考察を通じて、脱法的条項の効力規制のあり方を検討する際には、「行為アブローチ」と「規範アブローチ」を段階的に位置づけるという「動的」な視角が不可欠であり、ディアレクティクな法秩序形成（法創造）の起点にあるものが、「行為アブローチ」を根拠づける「メタ規範」の存在であることが明らかになったと思われる。その意味で、「（強行）法規の適用を回避しようとする合意の効力は認められない」との「メタ規範」の存在を認識した平成一五年判決の意義は大きい。今後の判例法理の形成が期待される場所である。

さらに本稿において、平成一五年判決だけではなく、敢えて平成一六年判決と対比して考察したのは、動的かつディアレクティクな法秩序形成という視角が今後のわが国の法律学にとって不可欠との認識に基づく。停止条件型集合債権譲渡担保をめぐるこの一〇年来の議論の展開はそのことを如実に物語っているといえよう。その意味では、「脱法行為論」は、新たな自由社会（事後処理型社会）における法秩序形成の一つの範型となると推測される。⁽¹⁰⁵⁾

(iii) そして、新たな自由社会における法秩序形成という視角から「脱法行為論」を位置づけるに際しては、フランスにおける「フロード（fraude）法理」⁽¹⁰⁴⁾から得るべきところが多いと考えている。詳細は別稿を草して論じる予定であるが、ここでは要点のみを整理して、結びに代えることにしたい。

①第一には、「フロード法理（*théorie de la fraude*）」は、中世ローマ法学において定式化された「フロードはすべてを破る」*«fraus omnia corrumpit»*の法諺に由来するものであるといわれるが、同法理の生成自体がディアレクティクな法秩序形成の歴史そのものであるという点を指摘すべきであろう。すなわち、まずはローマ法に数多くのフロード（*fraus, fraude*）に関する法文が存し、*«fraus omnia corrumpit»*の法諺は、後にそれらの法文を前提として、中世ローマ法学者の解釈論⁽¹⁰⁶⁾として生み出されたものである。次いで一般法理が定立された後に

においては、個々の実定規定の例外則として、道徳秩序の要求、諸々の社会的関係の調和の要請、正義の考慮に依るための法秩序に内在する「法の自己防衛装置 (mécanisme d'autodéfense du droit)」として機能する⁽¹⁰⁸⁾。さらに戦後まもなく、フロード法理自体を条文化しようとする試みがなされている。「フロード法理」は、まさに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)⁽¹⁰⁹⁾ によって形成されているといっても過言ではないであろう。

②次いで、フロード法理は、様々なイデオロギーを包摂しうる柔軟な法理であるが、法構造上、あくまでも「例外則」であり、「個人の自由 (liberté individuelle)」を起点⁽¹¹⁰⁾として、その逸脱を契機に重層的に新たに規範を創設するというダイアレクティクな法秩序形成にとつて、極めて有用な思考枠組みだという点である。

③続いて、フロード (fraude) 概念は多義的であるが、*« fraud omnia corrumpit »* の法諺によって体现される「フロード法理」については、定義、要件、効果が明確だという点は重要である。すなわち「実定法の領域においてはその結果を攻撃し得なくなるような有効な手段を意図的に用いることによって、法主体が義務的規定の履行を免れようとするとき、フロード (fraude) ありとされる」とのヴィタルの定義⁽¹¹¹⁾がしばしば援用され、ここから、フロードの要件として、①義務的規定 (la règle obligatoire) ②詐害意図 (l'intention frauduleuse) ③有効な手段 (le moyen efficace) の三要素が抽出される⁽¹¹²⁾。サンクシオンについては、原則として、「対抗不能 (inopposabilité)」すなわち法規に反する結果を導く範囲での「効果不発生 (inefficace)」という点でほぼ一致⁽¹¹³⁾が得られている。

④最後に、フランスの「フロード (fraude) 法理」は、「法律に対するフロード (fraus legis, fraude à la loi)」と「第三者に対するフロード (fraus alterius, fraude aux droits des tiers)」によって構成され⁽¹¹⁴⁾、前者においてわが国でいう「脱法行為」論が取り扱われているが、後者については、その代表例が詐害行為取消権 (action paulienne-

ne)であり、議論の広がりをも有する点を指摘することができよう。⁽¹¹⁸⁾

以上がフランスの「フロード (Fraude) 法理」の要点である。新たな自由社会における法秩序形成という視角から「脱法行為論」を位置づけるに際しては、フランスにおける「フロード (Fraude) 法理」から得るべきところが多いであろう。わが国においては、平成一五年判決によって、「強行」法規の適用を回避しようとする合意の効力は認められない」との「メタ規範」の存在が認識されたばかりであるが、フランスにおいても、破毀院によつて「フロードはすべての規則の例外をなす *la fraude fait exception à toutes les règles*」との準則が承認されたことによつてはじめて「フロード (Fraude) 法理」が実定化したという点を付言しておきたい。今後の判例法理の展開が期待されるところである。

(1) 最判平成一五年一月一九日民集五七卷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卷五号一七四四頁。兩判決の紹介については、本稿「脱法的条項の効力規制について(一)」第二章「脱法的条項をめぐる近時の二つの最高裁判決」(本誌八〇巻二二頁以下、八頁以下)参照。

(2) 脱法行為論の両アプローチにつき、本稿「(一)」第三章「脱法行為論における行為と規範」(本誌八〇巻一一号二三頁以下)参照。なお、「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ので、「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る。

(3) なお租税法の領域においても、近時、租税回避否認をめぐる新たな流れがあり(近時の動向の概要および租税法学史上の位置付けにつき、吉村典久「納税者の真意に基づく課税の指向」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣・二〇〇七年)二二〇頁以下など参照)、本稿の分析視角にとり示唆に富む。それらは、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、具体的には、(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 (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「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・証法的視点から―」税法学五五三三号 (二〇〇五年) 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、「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、回避意図を認定し個別的になされるならば、「行為アプローチ」、定型的になされるならば、「規範アプローチ」に対応することになる (本稿「(一)注(65)(71)参照」)。

(4) 「動的」把握については、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) 一二九頁以下が、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・検討対象を拡大し、②脱法行為 (積極的回避行為) に対する法規制として、「個別否認」と「定型定立」という二つの対処方法を想定し、「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を提示している (本稿「(一)二二―二三頁参照)。また筆者自身は、かつてフランスにおける許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、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 (création ou transformation de la nouvelle règle formelle) とする動的モデル (théorie dynamique) を指し (拙稿「フランス私法におけるフロード (fraude) 法理の一素描―不動産賃料の許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) 一八三頁)、わが国においても「ディアレクティックな法秩序形成」を目指すことが重要であると指摘した (同二一九頁)。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。

- (5) 東京地判平成九年三月二日判時一六一八号四三頁。同判決の評釈として、米倉明「一括支払システム代物弁済条項の効力―東京地裁平成九年三月二日判決について」NBL（一九九七年）六頁以下、石田喜久夫「判批」判例評論四七一号（判時一六三一号・一九九八年）一七頁以下、松本恒雄「判批」判タ九七三号（一九九八年）六六頁以下、江頭憲治郎「一括支払システムの代物弁済条項の効力」ジュリ一三八号（一九九八年）一一八頁以下、山田二郎「判批」自治研究七四卷九号（一九九八年）一一三頁以下など参照。
- (6) 米倉・前掲「一括支払システム代物弁済条項の効力」一四頁は、「本件条項は、(1)もつばら物的納税責任を回避する目的の下に、(2)そして常にそれを回避しうることをねらって、(3)業界の力を結集していわば組織の企てとして、創作されたところに特色を有する。これらの要素のうち、おそらく(1)が最重要視されるべき要素なのである。しかし果たしてそう断言しうるのか、(2)(3)の要素のウエイトはどの程度なのかについては、今後の裁判例を観察して判断するより他ない。」と指摘する。
- (7) 租税法律関係の二重構造を前提とした、租税法の趣旨に反する法律行為の私法上の効力に関する一般的理解である（中里実「『租税法と私法』論再々考」税研一九卷六号（二〇〇四年五月号）八三―八四頁、高橋・後掲「判批」民商一一三卷二号一〇七一―一〇八頁など参照）。
- (8) 米倉・前掲「一括支払システム代物弁済条項の効力」一二頁参照。
- (9) 東京高判平成一〇年二月一九日判時一六四七号八六頁。同判決の評釈として、松本・前掲「判批」判タ九七三号六六頁以下、山田・前掲「判批」自治研究七四卷九号一一三頁以下。
- (10) ちなみに租税回避否認一般については、「回避意図」を要件としないのが通説である（清永敬次『税法』（第七版）（ミネルヴァ書房・二〇〇七年）四六―四七頁など）。高橋・後掲「判批」民商一一三卷二号一一四頁も、「そのような意図で当事者の税負担に差が生ずべき説得的理由があるのかについては、それが租税法上否定されていると考えるならば、疑問のあるところである」と指摘する。ただ近時の「私法上の法律構成による否認」（「事実認定による否認」）においては、「回避意図」が重要な判断要素とされる傾向にはある（近時の動向につき、岡村忠生「税負担回避の意図と二分肢テスト」税法学五四三号（二〇〇〇年）三頁以下など参照）。
- (11) 解説・評釈として、高世三郎「解説」法曹五六卷八号（二〇〇四年）二二―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」民商一三二卷二号(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」別冊ジュリ一七三三号(手形小切手判例百選第6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、森富義明「判批」判タ一一八四号(二〇〇五年)二四八頁以下、今尾真「債権の譲渡担保と債権譲渡の關係に関する序章的考察——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。

(12) 亀山補足意見については、まず、「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、一般論としては是認することができる」とするが、この部分と法廷意見との結びつきには、後述するように、慎重な判断が必要であろう。次いで、原則上無効としつつ、「当該規定が租税の賦課、徴収に係るものであるときは、租税法主義の趣旨にかんがみ……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つ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」と述べるが、この点については、「信義則の機能が逆である」が、「租税法主義を重視して明文の根拠なき租税回避否認を認めない租税法説とはちょうど逆に、亀山裁判官が一般論として明文の根拠なくして(課税)徴収一要件事実の変更に よる)租税回避否認を肯定しているために生じる現象である」との指摘がある(高橋・前掲「判批」民商一三二卷二号一一〇——一一頁参照)。しかしこの部分についても法廷意見との関連は慎重に判断されるべきであろう。

(13) ちなみに平成一五年判決後に、「本件代物弁済条項に係る合意は、国家社会の一般的利益を害するから、公序に反するものとして当事者間においてもその効力を認めることができない」とした東京地判平成一七年六月一三日金判一二一九号三六頁が現れている(鳥谷部茂「判批」三三三号(二〇〇六年)一〇一頁以下参照)が、最高裁平成一五年判決の趣旨に合致しているか疑わしい(後注(48)引用部分参照)。

(14) 法人格否認の法理を認めた最判昭和四四年二月二七日民集二三卷二五号五一頁、会社更生手続きに關して、所有権留保付動産売買について支払停止等を解除原因とする特約の効力を会社更生手続きの趣旨、目的(会社更生法一

条）を害するものとして否定した最判昭和五七年三月三〇日民集三六卷三号四八四頁なども同趣旨の先例として位置づけられよう。

(15) 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、辻田泰徳「一括支払システムの契約改訂について―停止条件付代物弁済の特約追加―」金法一一八三号（一九八八年）六頁以下、新堂幸司 田淵智久「一括支払システムと国税滞納処分―国税不服審判所裁決（平成7・6・16 関裁（諸）平六第六七号）の問題点―」金法一四三五号（一九九五年）六頁以下など参照。

(16) 山田・前掲「判批」自治研究七四卷九号一二四、一二五頁参照。

(17) 高橋祐介「一括支払システムによる譲渡担保財産の代物弁済条項と国税徴収法二四条」岡山法学会雑誌五三卷三二四号（二〇〇四年）六一〇〜六一一頁参照。

(18) 高橋・前掲「判批」民商二九〇〜二九一頁参照。高橋・同二九一頁は、「租税法主義を回避して、租税回避を否認するということは、皮肉でさえある」と揶揄する。

(19) 中里・前掲『租税法と私法』論再々考」八三、八四頁など参照。

(20) 吉村・前掲「納税者の真意に基づく課税の指向」二二〇頁以下など参照。

(21) 石田・前掲「判批」判例評論四七一号二二頁参照。

(22) 石田・前掲二一頁参照。「ドイツ民法一三四条のように『制定法の禁止に反する行為は、制定法の別段の定めがないときは、無効である。』という規定があれば、……木目細かく違反行為を法律的に処理することが可能と云いうるであろう」が、「わが民法にはそれに対応する規定を欠（き）」、「のみならず、そのようなドイツ民法のもとにおいても、良俗概念の多様化とそれに伴う効果の相対化を承認するむきが、主流化しつつある」（同二二頁）とのドイツ法との対比を踏まえた主張である。

(23) 中舎寛樹「民法九〇条における公序良俗違反の類型」椿寿夫 田伊藤進編『公序良俗違反の研究―民法における総合的検討―』（日本評論社・一九九五年）二二六頁参照。

(24) 石田・前掲二一頁参照。

(25) 「もし公序良俗違反とされるなら、対外的否定を超えて『当事者間における無効』までが引き起こされるので適

当ではない」(米倉・前掲「一括支払システム代物弁済条項の効力」一二頁参照)との米倉説を批判している(石田・前掲二二頁参照)。

(26) 高世・前掲「解説」法曹五六巻八号二二九～二三〇頁参照。

(27) 高世・前掲二二三頁、二二三頁(注2)参照。森富・前掲「判批」判タ一一八四号二四九頁も、「本件合意が法二四条の趣旨を没却し、これに違反することが明らかである以上、本件合意を無効として租税法規を適用しても、私人の予測可能性や法的安定性は何ら損なわれることはなく、租税法律主義の問題は生じない」とする。

(28) この部分は、「規定の趣旨に即した限定・縮小解釈の結果として、否認を認めたのと同じ結果になることがある」との金子宏『租税法(第九版)』(弘文堂・二〇〇三年)一二八頁の引用(高世・前掲二二三頁(注2)参照)であるが、同書が想定しているのは、税負担の免除・軽減規定についての「限定・縮小解釈」であり、広く「規定の趣旨に即した解釈」を容認するものではない。しかも、金子宏『租税法(第一二版)』(弘文堂・二〇〇六年)一三一頁では、「ただし、租税法律主義の趣旨からして、この限定解釈の法理の適用については、十分に慎重でなければならぬ」と考える」とされている。

(29) 高世・前掲二二三頁(注2)参照。

(30) 亀山補足意見は、「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」とするが、高世解説は、このうち法廷意見が、「強行規定の趣旨を没却するような私人間の合意は、当該規定の解釈として無効であるとする考え方」を採用したものと分析していることになる。しかし、亀山補足意見と法廷意見との結び付きは必ずしも明らかではない。法廷意見が「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」と判示している部分を素直に読むならば、法廷意見は、むしろ「脱法行為として無効であるとする考え方」の方に近いのではないか。

(31) 中里・前掲「『租税法と私法』論再々考」八三頁参照。

(32) 中里・前掲八三～八四頁参照。

(33) 米倉明「法律行為(二三)」(二五)「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）三〇頁以下参照。

(34) 米倉・前掲「一括支払システム代物弁済条項の効力」NBL六一七号一二頁参照。

(35) 米倉・前掲「一括支払システム代物弁済条項の効力」一二頁参照。米倉論文は、本稿の指定する脱法行為の三類型、すなわち「脱法的法律行為形式」類型、「脱法的条項」類型および「脱法的前提行為」類型（本稿「一」二五頁参照）のうち、「脱法的法律行為形式」類型のみを「脱法行為」と位置づけるわけである。

(36) 米倉・前掲「一括支払システム代物弁済条項の効力」一二頁参照。「強行規定をそのとおり遵守しているという形をととのえているだけ、本件条項は脱法行為よりも巧妙で、たちの悪いものである」（合鍵型強行規定違反）と評価している（同一二頁）。具体的には、本件条項は、①もっぱら物的納税責任を回避する目的の下に、②そして常にそれを回避しうることをねらって、③業界の力を結集していわば組織の企てとして創作された点などを考慮して本件条項の対外効が否定されるべきだとする（同一〇〜一二頁、一四頁参照）。

(37) 米倉・前掲「一括支払システム代物弁済条項の効力」一二頁参照。なお「本来なら国税債権者は物的納税責任を追及しうる地位にあるのに、本件条項はそれをくつがえそうとするのであるが、このことは民法典中に散在する規定（三九八条、五三八条、一三〇条、片山注）に照らしても、よい評価を受けない。少なくとも、それらの規定に顔のぞかせている法の精神とは調和しない。……本件条項の対外効を否定する解釈論上の根拠として右の諸規定を援用することはできないけれども、利益状況を考察するにあたり、要素のひとつとすることは許されるであろう。」（同一二頁）とする点は示唆に富む。

(38) 小粥・前掲「判批」平成一五年度重要判例解説六八頁参照。

(39) 小粥・前掲六八頁参照。

(40) この種のサンクションとしては、「法人格否認の法理が」知られており（最判昭和四四年二月二七日民集二三巻二号五一頁）、そこでは、事案の解決に必要な限りで法人格が否定される（小粥・前掲六八頁参照）。

(41) 小粥・前掲六八頁参照。

(42) 後述するように、フランスの「フロード (Fraude) 法理」は、「法律に対するフロード (fraus legis, fraude à

- la loi) および「第三者に対するフロード (fraus alterius, fraude aux droits des tiers)」によって構成され、前者においてわが国でいう「脱法行為」論が取り扱われ、後者の代表例が詐害行為取消権 (action paulienne) であると位置づけられている (後注(117)および(118)参照)。
- (43) 西山由美「判批」ジュリ一〇四号 (一九九七年) 一九〇頁参照。
- (44) 西山・前掲一九一頁参照。
- (45) 後述するように、フランスの脱法行為論である「フロード (fraude) 法理」については、主観説が通説であり、「詐害的意図 (intention frauduleuse)」がフロードの本質的な要件と解されている (後注(116)参照)。
- (46) 法人格否認の法理を認めた最判昭和四四年二月二七日民集二三卷二五二頁、会社更生手続きに関して、所有権留保付動産売買について支払停止等を解除原因とする特約の効力を会社更生手続きの趣旨、目的 (会社更生法一条) を害するものとして否定した最判昭和五七年三月三〇日民集三六卷三三四頁なども同趣旨の先例として位置づけられよう。
- (47) 後述するように、フランスにおいても、破産院が一九世紀初頭から「フロードはすべての規則の例外をなす *fraude fait exception à toutes les règles*」との準則を援用するようになって、脱法行為論に相当する「フロード (fraude) 法理」が実定化したとの経緯が存する。すなわちフランスにおいても、「フロード (fraude) 法理」の実定化は、判例法理の所産なのである (後注(119)参照)。
- (48) 小粥・前掲「判批」平成一五年度重要判例解説六八頁など参照。後述するように、フランスの脱法行為論である「フロード (fraude) 法理」においては、効果は、詐害行為取消権 (action paulienne) の効果と同様、「対抗不能 (inopposabilité)」すなわち法規に反する結果を導く範囲での「効果不発生 (inefficacité)」とされている (後注(116)参照)。
- (49) 裁判例につき飯島敬子「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) 二四頁以下など参照。
- (50) 長井秀典「停止条件付集合債権譲渡の対抗要件否認」判タ九六〇号 (一九九八年) 三九頁、伊藤眞「破産法」全訂第三版増補版』(二〇〇一年) 三九頁など参照。
- (51) 酒井廣幸「債権譲渡特例法の施行最前線」金判一〇六三号二頁 (一九九九年) など参照。

- (52) 石渡哲「判批」判評四八九号(判時一六八五号・一九九九年)三八〇三九頁、上原敬「停止条件付集合債権譲渡担保契約と否認権について」銀行五五八号(一九九九年)一四頁以下など参照。
- (53) 最一小判平成一三年一月二二日民集五五卷六号一〇五六頁。
- (54) 最三小判平成一三年一月二七日民集五五卷六号一〇九〇頁。
- (55) ①大阪地判平成一〇年三月一八日金法一五二三号七五頁、②大阪高判平成一〇年七月三十一日、③大阪高判平成一〇年九月二日金法一五二八号三六頁など参照。なお③につき最決平成一三年一〇月一六日(上告不受理)(公判物未登載、飯島・前掲二五頁参照)がある。
- (56) 長井・前掲論文四二頁、田高寛貴「判批」判タ一〇九一号(二〇〇二年)四六頁など参照。
- (57) 仮登記担保との対比につき、角紀代恵「判批」金法一六五九号(二〇〇二年)九頁など参照。最高裁は、債務者をインフォメーション・センターとしその認識を基軸として公示機能を確保するという四六七条の對抗要件の構造からすると、債務者に債権の帰属の変更以外の過大な情報管理責任を負わせることはできないと判断したものと推測されている(石田剛「判批」ジュリ一二二四号(二〇〇二年)七九頁、富越和厚「解説」法曹五四卷一〇号(二〇〇二年)一七四頁など参照)。
- (58) 飯島・前掲論文三一頁、三三頁、富越・前掲「解説」法曹五四卷一〇号一七〇頁、池田真朗「判批」NBL七四一号(二〇〇二年)七一頁など参照。
- (59) 本件原審判決(名古屋高判平成一三年八月一〇日)と同様、大阪高判平成一四年七月三十一日金法一六六八号七六頁も、旧七四条による對抗要件の否認とともに、旧七二条一号二号の類推適用または準用による契約自体の否認を認容している。なお大阪高判平成一四年七月三十一日は、「平成一三年判決」後の判決であり、平成一三年判決(最判平成一三年一月二二日)にいわゆる集合債権譲渡担保(本契約+取立委任型)と対比して、「(停止条件付効力発生の特約は)、前記いわゆる集合債権譲渡担保契約により同内容的法的・経済的目的を達成し得るといえる場合であるにもかかわらず、……第三者に不利益を及ぼす可能性のある目的ため第三者對抗要件を具備せずに開示情報の公示を回避し、支払停止等の危機状況において一般債権者に優先して排他的に本件目的債権を取得するという明らかに一般債権者の利益を害する事態を目的とされたものということができ、総債権者の利益及び債権者間の公平を害する

行為を禁ずる破産法の法秩序に反した又はこれを潜脱した不当なものというべきである」と不当性を摘示し、同様の考え方を述べる先例として動産所有権留保と会社更生手続に関する最判昭和五七年三月三〇日民集三六卷三号四八四頁を挙げる。

(60) 田頭章一「判批」リマークス一九号(一九九九年)一五二頁参照。

(61) 田頭・前掲一五二頁参照。

(62) 拙稿「判批」金法一六八四号(二〇〇三年)七〇〜七一頁参照。併せて、同「判批」奥田昌道他編『判例講義民法Ⅱ債権』(悠々社・二〇〇二年)五八頁参照。

(63) 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」NB L七九四号(二〇〇四年)四〇頁以下、原田剛「判批」法セミ六〇〇号(二〇〇四年)一六頁、角紀代恵「判批」判タ一一七三三号(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」明治学院大学法科大学院ローレビュー一卷二号(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」民商一三三卷一号(二〇〇五年)一一九頁以下、渡邊拓「判批」横浜国際経済法学一三卷三号(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」法学研究七八卷一号(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。

(64) 判旨の文章構造からは、「否認権行使の対象となる」の主語は、「上記契約にかかる債権譲渡は」と読むのが素直であるが、「上記契約は」が主語であるとの読み方もできないわけではない。

(65) 山本克己「判決の評価と解釈上の論点」金法一七二二号(二〇〇四年)一七頁参照。

(66) 山本(和)・前掲「判批」NB L七九四号四二頁、四四頁参照。並木・前掲「判批(上)」金法一七四七号七四頁も、「本判決は否認権行使の対象を、停止条件が成就したことによる債権譲渡と捉えたと解するべきである」とする。

- (67) 松下・前掲「判批」倒産判例百選七一頁は、「偏頗行為否認の目的が債権者平等の確保にあり、債務者の行為性は否認対象の要素として本質的ではなく、債権者平等を害する効果こそが本質的であることから、本判決は、譲渡担保契約とは別に債権の帰属を変更させる行為を觀念して（物権行為の独自性を認めて）、これを否認の対象とするのではなく、端的に法律効果を否認の対象としたとも理解できる」とする。
- (68) 吉田・前掲「判批」銀行六四一号二四〇二五頁参照。
- (69) 山本（克）・前掲「判批」金法一七四八号六三頁参照。
- (70) 伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣・二〇〇七年）三八一～三八三頁、中島弘雅『体系倒産法Ⅰ』（中央経済社・二〇〇七年）三三三～三三五頁など参照。
- (71) 松下・前掲「判批」倒産判例百選七一頁参照。その他、宮坂・前掲「解説」ジュリスト一二八四号一三三頁、田頭・前掲「判批」リマークス三一号一二八頁、吉田・前掲「判批」銀行六四一号一三頁、中井・前掲「判批」民商一三三巻一号一三〇頁など参照。中井・同一三〇頁は、「債務者の行為性については、債権譲渡行為の擬制によりその存在を肯定しようとするものである」とする。
- (72) 竹内昭夫他編『新法律学辞典（第三版）』（有斐閣・一九八九年）二二二頁、山田晟『法学「新版」』（東京大学出版会・一九六四年）九六頁など参照。
- (73) 「法律における擬制（legal fiction, Rechtsfiktion）」については、末弘『嘘の効用』が知られているが、同書は、いわゆる「大岡裁き」を引いて、「その方法は『嘘』です。当時の『法律』は厳格で動かすことはできなかつた。法を動かして人情に適合することは不可能であつた。そこで大岡越前守は『事実』を動かすことを考えたのです。」と説いている（末弘巖太郎『末弘著作集Ⅳ嘘の効用「第二版」』（日本評論社・一九八〇年）九〇～九一頁、併せて、米倉明『法学入門』（東京大学出版会・一九七三年）三七二頁参照）。フランスにおける「擬制（frictions）」をめぐる議論に *cf.* ex. Bergel (Jean-Louis), *Methodologie juridique*, PUF, 2001, pp. 73 et s.; etc.
- 租税回避否認について、伝統的な課税要件事実認定の方法を「擬制」として説明するものがある。すなわち吉村・前掲「納税者の真意に基づく課税の指向」は、「租税回避行為について、当事者の選択した（私）法形式を無視し通常の（私）法形式を擬制して課税を行う租税回避行為の否認の可否が語られることになる」（同二三三頁）と問題設

定を行い、「租税回避の否認が、当事者の選択した私法形式を通常用いられる私法形式に引き直すことを意味するか、それとも、当事者が用いた私法形式を租税法上無視し、通常用いられる私法形式を想定する課税要件が充足されたものとして課税を行うだけにすぎないのかについては明確でない」としつつも、前者の場合、「税務行政庁が通常用いられる私法形式を擬制しなければならないことになる(が)」、「この場合に手がかりとなるのは、租税回避行為とされる納税者の行為によって実現された経済状況と納税者の意図であ(り)」、「納税者の意図にしたがって取引の全体構造を把握し、実現された経済状況から見てもっとも端的と思われる通常の私法形式が擬制されなければならない」(同二二五頁)とする。本稿の考察にとり示唆に富む。

(74) これは、来栖の言説(来栖三郎「文学における虚構と真実」『法における擬制』論の準備のための学習ノートのつづき)国家学会編『国家学会百年記念・国家と市民第三卷民事法・法一般・刑事法』(有斐閣・一九八七年)二八七―二八九頁、三三六頁注(31)参照)を瀬川が「裁判上の擬制」に即して理解したものである(瀬川信久「民法の解釈」星野英一他編『民法講座別巻1』(有斐閣・一九九〇年)三〇頁参照)。また末弘は、メイン、イエーリングを引用して、「法律発達の歴史をみると、『嘘』は実に法律進化の仲介者たる役目を勤めているものであることがわかります」とする(末弘・前掲『嘘の効用』二〇頁参照)。

(75) 法的性質決定が問題となる「脱法的法律行為形式」類型においても、同様の「行為アプローチ」と「規範アプローチ」の動的把握が必要となる(本稿「(-)」注(71)参照)。

(76) 原田・前掲「判批」法セミ六〇〇号一一六頁参照。

(77) 中井・前掲「判批」民商一三三卷一号二二八頁、一三五頁参照。

(78) 宗田・前掲「否認権における破産者の行為不要説」一頁は、「従前から」信義則や脱法行為という一般法理により補充的に否認の結果を導くものであり、その方法によらずに、より基本的な否認権理論に基づいて否認されるべきであると考えられていた」とする。また並木・前掲「判批(上)」七五頁は、「本判決は、それらの脱法性を慎重に避けて判示しているように思われる。否認権の行使を可能にするに足る場合に、脱法行為などという大なたを振るまでの必要はないであろう。」と指摘する。

(79) 並木・前掲「判批(下)」金法一七四九号九一頁、九二頁参照。

- (80) 先述したように(本稿「二」一六〇一八頁参照)、むしろ停止条件否定説は脱法行為説の一範疇にとらえて、脱法行為構成の中で、担保設定契約否認構成と停止条件条項効力否定構成とが同時進行的に主張されてきたと分析する方がより正確であろう。
- (81) 渡邊・前掲「判批」横浜国際経済法学一三卷三三頁六一頁参照。
- (82) 詳言すれば、「危機時期以前の停止条件付債権譲渡契約自体は『潜脱・脱法』の手段に過ぎずあまり意味はなく、実質は支払停止後の権利移転にあると見る。言い換えれば、停止条件型の債権譲渡担保の実行というのは、支払停止を知って急いで債務者の下に駆けつけ、債権譲渡契約を締結し、直ちに確定日付ある通知を出させることと実質的には同じと理解している。」(渡邊・同六〇頁)
- (83) 渡邊・前掲「判批」横浜国際経済法学一三卷三三頁五九〇六一頁参照。
- (84) 停止条件付債権譲渡担保が当事者間で債権的効力を有するに過ぎない点は、「判旨が改正前破産法七二条四号(二六二条一項二号)を問題としていないのは、当初の譲渡担保契約も当事者間では有効であり、したがって債権譲渡は義務に基づくものである、との前提をとっているからであろうか」(松下・前掲「判批」倒産判例百選七一頁参照。同旨、中井・前掲「判批」民商一三三卷一三〇頁、角・前掲「判批」判タ一一七三号一〇七頁など参照)との理解と整合する。
- (85) 拙稿「判批」金法一六八四号(二〇〇三年)七〇〇七一頁参照。併せて、同「判批」奥田昌道他編『判例講義民法(2)債権』(悠々社・二〇〇二年)五八頁参照。なお、吉田評釈の「自然に導かれる論理ではなく、そこには一種の擬制が働いていることは否定し得ない。なお、かかる判断をするにあたっては、契約内容の脱法性に加え、對抗要件を具備しない担保設定契約については、その内容を第三者に対抗し得ず、弱法的保護しか与えられていないことも考慮したのではないかと思われる。」との指摘(吉田・前掲「判批」銀行六四一四二頁)も同様の趣旨と解することができよう。
- (86) 渡邊・前掲「判批」横浜国際経済法学一三卷三三頁六四頁参照。
- (87) 筆者がかつて、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」との理解に基づき措定した動的モデル

- (theorie dynamique) は(前注(4)参照)、こゝでの集合債権讓渡担保の否認をめぐる議論の展開にも妥当しよう。
- (88) 山本(克)・前掲「判批」金法一七四八号六三頁、松下・前掲「判批」倒産判例百選七一頁など参照。
- (89) 竹内他編・前掲『新法律学辞典(第3版)』二二二頁、末弘は、「法律の中に『擬制』がたくさん使つてあることは合理的に考えてあまり喜ぶべき現象ではなく、むしろそこに法律改正の必要が示されているものだ、と考えるのが至当です」とする(末弘・前掲「嘘の効用」二四〇二五頁。併せて米倉・前掲『法学入門』三七五頁参照)。
- (90) 渡邊・前掲「判批」横浜国際経済法学一三卷三三六四頁参照。
- (91) 拙稿・前掲「判批」金法一六八四号七〇〇七一頁参照。併せて、同・前掲『判例講義民法II債権』五八頁参照。
- (92) 中井・前掲「判批」民商一三三卷一三一頁参照。同旨、山本(和)・前掲「判批」NBL七九四号四五頁、渡邊・前掲「判批」横浜国際経済法学一三卷三三六四頁など参照。
- (93) 田頭・前掲「判批」リマークス三一号一二八頁参照。
- (94) 新法下での對抗要件具備行為の否認をめぐる論議につき、伊藤眞Ⅱ松下淳Ⅱ山本和彦編『ジュリスト増刊・新破産法の基本構造と実務』(有斐閣・二〇〇七年)四二四〇四二七頁など参照。特に、集合物讓渡担保における否認について、伊藤・前掲『破産法・民事再生法』三九五〇三九六頁など参照。併せて前注(91)参照。
- (95) 筆者はこの点につき、以下のような指摘を行っている。「……今後は、いわゆるサイレント方式に対して消極的な評価を下さざるを得ないと思われる。具体的には、①の包括的担保権設定行為によつては責任財産に対する債権的な支配しか生じておらず、四二四条においては、新たな債務負担行為として詐害性を判断するより他ないのであつて、むしろ端的に②の実行段階における特定行為を「財産減少行為」としてその詐害性を判断すべきであろう。以上の点は履行行為の詐害性一般の問題と議論の枠組みを共有し得る。すなわち債務の履行としてなされる登記は原則として詐害行為とならないが、同じ履行行為でも金銭債務の履行(弁済)は、不動産などの特定物の履行と異なり、履行段階の特定によりはじめて財産移転の効果が生じるゆえに、履行行為である弁済が取消の対象となり得るのである。こゝでも同様に、②の特定行為によつて具体的な財産移転の効果が生じるとして、それを取消の対象とすべきであらう。ただ停止条件型のごとく条件成就により効果が当然に生じ、②に該当する債務者の行為を観念することが難しい場合には、現実的には②と直結している對抗要件具備行為(讓渡通知)の取消を論じる必要があるように思われる。なお

債権者平等・債権回収の自由を前提とする限りにおいては、弁済と同様に「通謀」を要件とするのが妥当な解決ではなからうか。」（拙稿・前掲『判例講義民法II債権』五八頁参照）。併せて、潮見佳男『債権総論II「第三版」債権保全・回収・保証・帰属変更』（信山社・二〇〇五年）一〇六～一〇八頁参照。

(96) 本稿「(一)」注(1)参照。

(97) 本稿「(二)」注(2)、「(3)」参照。

(98) 本稿「(二)」注(4)参照。

(99) 本稿「(二)」第四章脱法行為論から分析した二つの最高裁判決「(一)」二頁以下参照。

(100) 本稿「(二)」第四章脱法行為論から分析した二つの最高裁判決「(一)」四頁以下参照。

(101) 両判決を同一の俎上に乗せて議論する必要性については少しずつ学界の共通の認識になりつつある。たとえば、山本(和)・前掲「判批」NB1七九四号は、「実質的な価値判断については、特に一括支払システムに関する判例（最判平成一五・二二・一九民集五七卷二二号三二九二頁）との類似性が感じられる」、「国税徴収や倒産手続といった公益的な制度に対して法的な技巧を駆使してその適用の回避をすることに対する判例の否定的な評価が見られる」（四五頁）、「技巧的・人工的な契約条項等によってその契約の経済的実質にそぐわないような取扱いがされることは一般に相当でない」（四七頁）と指摘する。また、田原・前掲「判批」金判一九七号三頁は、「技術的な解釈によって法の目的を潜脱することは許されないとする最高裁のメッセージといえよう（なお、国税徴収法との関係で一括支払システムの効力を否定した最二小判平成一五・一二・一九本誌一一八二号一三頁参照）」とコメントしている。

(102) 動的かつディアレクティブな法秩序形成の必要性につき、本稿「(二)」(4)参照および拙稿「フランス私法におけるフロード (fraude) 法理の一素描」日仏法学二三号一八二～一八三頁、二二八～二二九頁参照。

(103) 新たな自由社会における法規制のあり方につき、本稿「(一)」注(6)参照。動的把握のモデルにつき本稿「(二)」注(4)参照。

(104) フランスの「フロード (fraude) 法理」について、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* (Faus omnia corrumpit), 2000, Bryvant; etc.; 概説的著作として、cf. ex. Chestin (J.) et Goubeaux (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd. avec Muriel Fabre-Magnan, 1994, n^{os} 809 et s., pp. 797 et s. Rontchevsky (Nicolas), *L'effet de l'obligation*, 1998, Economica, n^{os} 119 et s., pp. 71 et s.; Cayron (Jocelyne) et Fages (Bertrand), *La fraude — Règles générales, Lamy, Droit du contrat*, étude 240, 1999, n^{os} 240-4 et s.; etc.; 権利・権限の「濫用 (abus)」との関係として、cf. ex. Moracchini-Zeidenberg (Stéphanie), *L'abus dans les relations de droit privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n^{os} 506 et s., pp. 289 et s.; etc.; 法認識論の視角から分析するものとして、Bergel (Jean-Louis), *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, pp. 379 et s.; do., *Théorie générale du droit*, 3^e éd., 1999, Dalloz, n^{os} 239 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」日仏法学二三号一八二—一八三頁以下参照。

(105) ヴィタルは「フロード法理は、バルトルス学派 (Barтолistes) の「綜合の精神 (l'esprit de synthèse)」の所産である」として (cf. Vidal, *op. cit.*, p. 37)、「主としてバルトルス (Bartolus, Bartole) およびバルドゥス (Baldus, Balde) の著作を分析してなる (pp. 37 à 38)」。またフランスでは「一六世紀にキュシヤス (Cujas) によつて、『フロードは常に例外とみなされる *fraus semper excepta videtur*』として公式化された」として (p. 39)、「フロード法理を發展させた要因としては、①一三—一四世紀のローマ法学者の解釈方法論と、②法に対する道德の影響の二点が指摘されてゐる (Rotondi, *Gli atti frode alla legge*, Turin, 1911, pp. 160-163, cité par Vidal, *op. cit.*, pp. 34-35)」。②については「ユベニスとあるキュシヤスが、『*fraus significat eventum et consilium*』として「詐害意思 (intention frauduleuse) を要件化した点が重要である (p. 39)」。

(106) 典型的には「主たる主人の詐害 (fraus patroni)」を規定する Dig., 38.5: Si quid in fraudem patroni factum sit / Des aliénations faites par l'affranchi en fraude de son patron (解放奴隷によつて主人を詐害してなされる讓渡) に集められた法文「主たる主人の詐害 (fraus creditorum)」を規定する Dig., 42.9: Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut resituantur / De la révocation des actes faits en fraude des créanciers (債

権者を詐害してなされた行為の廃罷)に集められた法文などがそれである (cf. *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t. V, 1804, pp. 490-500, t. VI, 1804, pp. 414-430). V. aussi, Vidal, *op. cit.*, pp. 11 et s.

(107) 例えば、森征一「中世ローマ法学者の法解釈論」法学研究七一巻三号(一九九八年)一四〇一五頁は、「法律の外延的拡張 (extension legis)」について、中世の法学者にあつては、「外延 (extentio)」もしくは「類推」は、「法規が予定していない新しいケースが現れた場合の法欠缺の補充のために用いられる解釈活動であつて、外延的解釈は衝平と理性に基礎づけられたと分析した後、「このように理性の導入により法解釈は形式的にはコルプス・ユーリスの法文に拘束されながらも、実質的にはそれから解放され、コルプス・ユーリスはそれを構成する各法文が相互に論理的かつ体系的に調和する法の総体として構築され、その適用範囲は飛躍的に拡大することになった」と指摘する。

(108) Cf. ex. Ghessin et Goubeaux, *op. cit.*, n° 760, p. 746; Bergel, *Méthodologie juridique*, p. 382; Crayron et Pages, *op. cit.*, n°s 240-4; etc.

(109) 終戦直後、民法典の全面的改正にむけて一九四五年六月七日デクレにより発足した民法改正委員会は、法律行為の有効要件の一つである「目的 (but)」の箇所に以下のようなfraudeの要件・効果についての一般的规定を置くことを提言した (art. 25 de l'Avant-Projet relatif aux conditions de fond des actes juridiques, *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, année 1945-1946, p. 165)。

【二五条】

第三者の権利を詐害してなされた行為は、フロードの首謀者または共謀者によつて第三者に対抗し得ない。行為の無効は、それが詐害的行為の結果生じる損害を回避または回復する唯一の手段である場合には言い渡され得る。しかしながら有償行為に関しては、すべての当事者がフロードを知っていた場合のみ無効が言い渡され得る。

Art. 25

L'acte fait en fraude des droits d'un tiers ne peut lui être opposé par les auteurs ou les complices de la fraude. La nullité de l'acte peut même être prononcée si elle apparaît comme le seul moyen d'éviter ou de réparer le préjudice résultant de l'acte frauduleux. Toutefois, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, la nullité

ne peut être prononcée que si toutes les parties ont eu connaissance de la fraude.

- (10) Cf. ex. Aïas (Christian), *Épistémologie du droit, que-sais-je?*, 1994, pp. 31-32; etc.
- (11) 本稿「(一)注(95)で言及したとおり、フランスのフロード (fraude) 法理について「主観説 (conception subjective)」と「客観説 (conception objective)」の対立が古くから存する (cf. ex. Vidal, *op. cit.*, pp. 111-121)」。この点は、わが国の脱法行為論における独自性説と類推説の対立 (本稿「(一)一五」一六頁参照) に対比することが可能であろう。たとえば、ウズロは、個人の自由を過度に強調するヴィタル説が、今日、公序 (ordre public) の觀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ころも、この (Houzot, *op. cit.*, n°s 269-279, pp. 436-451 *sur tout*, 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觀念を実現すべきだと提言している (n° 326, p. 527)」。
- (12) Cf. Vidal, pp. 120, 178, 211 は「フロードが機能するのは「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)」領域であることについてだ。
- (13) Cf. Vidal, *op. cit.*, p. 208.
- (14) Cf. ex. Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, n° 816, p. 805; Ronchevsky (Nicolas), *L'effet de l'obligation*, 1998, Economica, n° 144, pp. 81-82; etc.
- (15) Cf. ex. Vidal, *op. cit.*, p. 62; Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, n° 816, p. 805; etc.
- (16) Cf. ex. Vidal, *op. cit.*, p. 392; Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, n° 827-828, pp. 817-820; etc. 併せて、前注(10)参照。なお、フランスにおける「対抗不能 (inopposabilité)」について cf. ex. Japiot (René), *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, (thèse Dijon), 1909, A. Rousseau; Bastian (Daniel), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, (thèse Paris), 1929, Sirey; 加賀山茂「対抗不能の一般理論について——対抗要件の一般理論のために——」判タ六一八号 (一九八六年) 六頁以下、拙稿「フランスにおける許害行為取消権の法的性質論の展開——二〇世紀前半における『対抗不能』概念の生成を中心に——」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二六号 (一九八七年) 三頁以下、同「許害行為取消制度の基本構造」私法五五号 (一九九三年) 二二頁以下、野澤正充「フランスにおける『対抗不能』と『相对無効』立教法学四〇号 (一九九四年) 二二六頁以下

など参照。

- (III) *cf. ex. Ghestin et Goubeaux, op. cit., n^{os} 814 et s., pp. 802 et s.; Crayton et Pages, op. cit., n^{os} 240-22 et s.; etc.*
- (II8) 詐害行為取消権（四二四条）の転用論につき、拙稿「フランス私法におけるフロード（Fraude）法理の一素描」日仏法学二三号二一八〜二一九頁以下、奥田昌道・池田真朗・潮見佳男『法学講義民法4債権総論』（悠々社・二〇〇七年）一五二頁「片山」など参照。
- (II9) *Cf. ex. Req., 3 juill. 1817, S. 1818.1.338 (S. 1815-1818.1.342); Req., 6 fév. 1821, S. 1821.1.420 (S. 1819-1821.1.377); etc.*

〔後記〕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——最高裁判平成一五年『一括支払システム契約』判決の影響をふまえて——」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關する一考察——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。諸般の事情から本稿の掲載が当初の予定を大幅に遅れたことを心よりお詫び申し上げます。読者諸兄には、改めて同企画の趣旨につき、池田教授の巻頭辞（法学研究八〇巻五号一〜二頁）をご一読いただければ幸いである。