
種 別： 論説

タイトル： 改正・詐害行為取消権の規定に関する逐条的考察——判例理論及び比較法を基礎として—— (1)

著 者： 佐藤 岩昭

所 収： 『上智法学論集』第63巻1号（令和1年7月）1-43頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

改正・詐害行為取消権の規定に関する逐条的
考察——判例理論及び比較法を基礎として—— (1)

佐藤 岩昭

はじめに

第 424 条

〔条文の概要〕

I 序論

II 詐害行為取消権の法的性質

III 詐害行為取消権の法的効果に関する基礎理論

IV 第 424 条（詐害行為取消請求）の改正点について

V 詐害行為取消権行使のための要件

VI 詐害行為に関する債務者・受益者・転得者の主観的要件
—債務者の詐害の意図を中心にして

VII 詐害性（無資力要件及び詐害の意思）の判断の基準時

VIII 主観的要件と客観的要件との関係について（相関的考慮説）

IX 特殊な詐害行為類型——株式会社の新設分割

X 詐害行為取消訴訟の訴訟物

XI 近時の外国法の動向

XII その他の隣接する制度との関係

第 424 条の 2

〔条文の概要〕

I 旧規定下における相当の対価を得て行われた財産の処分について

II 旧規定の判例との比較・検討

第 424 条の 3

〔条文の概要〕

I 旧規定下における判例について

II 改正第 424 条の 3 の規定の要件について

第三款 詐害行為取消権

第一目 詐害行為取消権の要件(第一目は新設)

はじめに平成29年に民法の一部が改正され、それに伴い詐害行為取消権の規定が大幅に改正された。本稿はそれらの規定に関して、旧規定および旧規定下の判例・判決例との関連を視野に入れつつ、改正規定の検討を逐条的に試みるものである。なお改正規定は、2020年4月より施行される予定なので、改正規定に関する判例・判決例については、当然のことではあるが、叙述の対象とはできなかつたことをお断りしておきたい。

第424条⁽¹⁾

(詐害行為取消請求)

第424条 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者(以下この款において「受益者」という。)がその行為の時において債権者を害することを知らなかつたときは、この限りでない。

2項 前項の規定は、財産権を目的としない行為については、適用しない。

(1) 【参考文献】(第424条—第424条の9まで)

我妻栄『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』岩波書店(1964年)、平井宜雄『債権総論(第2版)』弘文堂(1994年)、飯原一乗『詐害行為取消訴訟』悠々社(2006年)、松坂佐一『債権者取消権』谷口知平=有泉亨編『総合判例研究叢書 民法(7)』有斐閣(1957年)、佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』東京大学出版会(2001年)、奥田昌道『債権総論(増補版)』悠々社(1992年)、中田裕康『債権総論(第3版)』岩波書店(2013年)、淡路剛久『債権総論』有斐閣(2002年)、中野貞一郎『民事執行法(増補新訂5版)』青林書院(2006年)、奥田昌道編『新版・注釈民法(10)Ⅱ・債権(1)』有斐閣(2011年)〔下森定〕、中田裕康・大村敦志・道垣内弘人・沖野眞巳『講義 債権法改正』商事法務(2017年)、商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き)』別冊NBL No.143(2013年)、商事法務編『民法(債権関係)部会資料集・第1集第1巻』261頁以下・商事法務(2011年)、伊藤眞『破産法(第4版補訂版)』有斐閣(2006年)、佐藤岩昭『包括的担保法の諸問題』有斐閣(2017年)

3項 債権者は、その債権が第一項に規定する行為の前の原因に基づいて生じたものである場合に限り、同項の規定による請求（以下「詐害行為取消請求」という。）をすることができる。

4項 債権者は、その債権が強制執行により実現することのできないものであるときは、詐害行為取消請求をすることができない。

〔条文の概要〕制度の目的；この制度の目的は、一般債権者の被保全債権の強制的回収のために、受益者または転得者に対して行使できる包括的担保権の一種として法律が与えた権能である。

平成29年の改正点の重要事項は、旧第424条1項の「法律行為」という文言が単なる「行為」へと変更された点にある。この改正の意義についてはIVの解説中で説明する。

その他の改正事項は、第3項と第4項が新設されたことである（これについてもIVを参照）。

I 序論

1 本条は詐害行為取消権と呼ばれる。そしてその沿革及び制度趣旨は比較的明確である。まず第1に、その淵源はローマ法の *actio Pauliana*（パウルスの訴権）であり、フランス民法第1341-2条（2016年のフランス債務法の改正により条文の序号および内容が変わった。なお改正前の条文は1167条である）の *action paulienne*（詐害行為取消し訴権）である。それらがボアソナード民法草案361条を直接の母体として現行の424条として制定されたことには異論がない。そしてその制度趣旨は、債務者による詐害行為によって債務者に対する債権（以下「被保全債権」という）の弁済の満足を妨げられた債権者が、詐害行為の目的物（以下「逸出財産」という）から被保全債権の弁済の満足を受けさせることにある。なお、本条の定める権利（訴権）の名称は詐害行為取消権又は債権者取消権と呼ばれるが、平成16年（2004年）の民法の口語化に伴い詐害行為取消権が公式名称となった。さらに第3編第1章第2節第2款として「債権者代位権及び詐害行為取消権」という見出しが新たに設けられ、債権者代位権と詐害行為取消権との体系上の関連の密接

性をうかがわせるに至った。しかしながら平成29年6月2日(2017年)の債権法改正では、第3編第1章第2節第2款「債権者代位権」、第3款「詐害行為取消権」という章立てとなり、両者は独立した款となった。けれども、債権者代位権と詐害行為行為取消権とが民法典中に規定され、それに加えて両者が隣接する制度として存在する点は、平成16年の民法の口語化以来変化しておらず、それゆえ両者が密接な関係を有する制度であることには変わりがないと評価できよう。以上の理由により、わが国の詐害行為取消権がフランス民法の規定する *action paulienne* と深い関係を維持し続けているという沿革および比較法的性質も変わっていないと評価することができるのである。

2 このように詐害行為取消権の沿革及び制度趣旨は明確であるけれども、その権利の法的性質及び権利の行使の法的効果については判例・学説上において大きな論争がある。それは次のごとき内容である。すなわち、旧第424条1項本文は「債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる」と規定している。この条文の文言のゆえに、詐害行為取消権は裁判上においてのみ行使できる権利であると解されているが、この点をめぐりこの権利の法的性質及び法的効果に関して判例・学説が種々の説を述べてその間で議論を行っているのである。したがってこの論争に対して、いかなる理論的視角—いかなれば詐害行為取消権に関する基礎理論—に基づいてこの議論を分析すべきであるのかが重要な論点となると考えられる。

3 それと同時に権利の行使の効果、すなわち「取消し」の効果とはいかなるものかについて、判例の準則においても古くから変遷がみられ、大連判明治44・3・24民録17輯117頁〔27521470〕⁽²⁾が従前の「絶対的取消し」理論を変更し、「相対的取消し」理論をとる旨を明示した。けれども、その

(2) 本稿は第一法規判例データベースを利用して判例・判決例を引用している。それゆえ〔27521470〕は第一法規判例データベースで用いられている判例番号である。以下の引用判例・判決例等の番号も同様である。

「相対的取消し」理論をめぐる学説においても判例に賛成する説とこれを批判する説に分かれ、この権利の法的効果—「取消し」の効果—に関する論争を行っている。それゆえ以下ではこの権利の法的性質の問題を起点として判例を紹介し、それに続けて「取消し」の効果に関する判例・学説の議論の紹介及び分析を行うことにしたい。さらにそれらの作業に続けて要件論に関する種々の論点の整理及び解説を行うことにしたい。

II 詐害行為取消権の法的性質

1 詐害行為取消権の法的性質に関しては、上記の大連判明治 44・3・24 民録 17 輯 117 頁〔27521470〕が次のように判示している。すなわち「詐害行為廃罷訴権は債権者を害することを知りて為したる債務者の法律行為を取消し債務者の財産上の地位を其法律行為を為したる以前の原状に復し以て債権者をして正当なる弁済を受くることを得せしめて其担保権を確保するを目的とする」⁽³⁾ 訴権であると判示した。そして、この判示事項を根拠として、詐害行為取消権の法的性質を判例が次のように考えていると学説は理解してきた。すなわち、詐害行為を取り消すための形成権と、逸出財産を取り戻すための請求権とが合体した権利であるという理解である。けれども右のような形成権及び請求権という実体法（私法）上の権利概念に依拠して、この問題（権利の法的性質）を論じてきた点に従来の学説の発想法の特色及びその問題点が潜んでいたと考えることができる。

2 その理由は以下のごとくである。すなわち前掲明治 44 年大連判〔27521470〕の判示事項を注意深く検討すると、明治 44 年大連判が詐害行為取消権の法的性質を実体法上の権利であると考えていたと推論できる根拠は薄弱なのではないかと思われるからである。なぜならば従来の学説の理解によれば、明治 44 年大連判は、詐害行為取消権を形成権（取消権）と請求権（逸出財産の債務者の財産への取戻しを請求する権利）とが合体した権利であると判示したと理解してきた。そしてこのような理論を「折衷説」と呼んで

(3) 判決文の原文は旧仮名遣いカタカナ文である。

きたのであるけれども、果たしてそのような実体法的かつ単純な2種類の権利の合体という理論が、明治44年大連判の理解に適切なものであったかについては多大の疑問が残る。すなわち前掲明治44年大連判はこの権利を「詐害行為廃罷訴権」と呼んでおり、それゆえ実体法的解釈ではなく訴権法的解釈に基づいてこの権利の法的性質を判示していたのではないかと推測できるからである。ここにおいて「訴権」とは実体法上の権利と訴訟法上の権利が未分化の状態の権利(actio, action)を意味する。そうだとすると、詐害行為取消権の法的性質に関するリーディング・ケースとされる明治44年大連判を、実体法的発想に基づいて単純な折衷説を述べた判例であると理解する学説に対しては、今日においてはもはや賛成すべきではないと私は考える。しかしながら、後述するように平成29年の債権法改正における立法者は未だに実体法的発想に基づき詐害行為取消権を、形成権と請求権とが合体した権利であると理解している。なお、このような折衷説から生ずる問題点についても後述することにする。

3 そうだとすると前掲明治44年大連判〔27521470〕は、詐害行為取消権の法的性質について、そもそも訴権法的性質を有するという見解を示していたのであり、そのような基本的発想法(この権利を実体法と訴訟法とが未分化の状態の権利として考える発想法)が以下に述べる債務者の被告適格や、詐害行為取消判決の相対性に関する判示事項として明示されていたと理解すべきであろう。したがって詐害行為取消権の法的性質は「訴権(actio, action)」であると考えべきであり、それを基礎理論として明示した判例が前掲明治44年大連判〔27521470〕であるという基礎的視角から、詐害行為取消権の効果に関する諸問題——立法論上の問題を含む——の考察を行うべきであると私は考える。以下では上述した基礎理論に従って叙述を行うことにしたい。

4 このように、本大審院連合部判決が詐害行為取消権の法的性質を「訴権」としてとらえているという基礎理論に基づくときには、詐害行為取消権の法的性質を実体法上の権利としてとらえる学説一本判決がそのように判示

していると考えられる学説も含む一は、本条においては批判的に取り扱われる。例えば、形成権説、請求権説、折衷説、責任説（この学説は詐害行為取消権を責任法的無効という効果を生じさせる形成権であると主張する）などである。このほかにも、詐害行為取消権を実体法上の権利としてとらえる近時の学説として次のような考え方が唱えられている。例えば、財産上の責任と債務者の債務とを分離して考える学説や新形成権説と呼ばれる学説である。これらの学説の内容及びそれらに対する批判は、Ⅲで具体的に論ずることにした。なぜならば、これらの学説の議論の核心が詐害行為取消権の法的性質からこの権利の法的効果の具体的内容へと移っているからである。したがってこれらの学説の問題点を具体的に指摘するためには、効果論の内容に具体的に立ち入らなければならない。それゆえに、これらの学説の実体法的思考方法に対する批判はⅢで詳しく行われるべきであると考えられるからである（後述Ⅲを参照）。

〔事実の概要〕

前掲明治44年大連判〔27521470〕一事案は山林の詐害的譲渡でありその概要は以下のごとくである。すなわち、X（取消債権者）は、債務者Y1から受益者Y2への山林の売買が詐害行為に当たることを理由に、Y1=Y2間の上記売買契約の取消しと、Y1からY2への山林の所有権移転登記の抹消とを求めて訴えを提起した。ところが、Y2は上記山林を転得者Aに転売していたため、Y2に対する抹消登記請求は不可能となっていたことが判明した。そこで原審（大阪控判明治43・3・19民録17輯119頁）はXの訴えを却下しその理由を次のように述べた。すなわち、詐害行為取消権（以下では「取消権」という）は債務者の給付能力の回復を目的とするものであるから、逸出財産が転得者の手もとにあるときには、債務者及び受益者を被告とする判決の効力が転得者に及ばないがゆえに、転得者に対し取消権を行使しなければ上記の目的を達成し得ない。したがって、転得者を被告とせず、かつ、債務者=受益者間の法律行為の取消しだけを訴求するXの訴えは法律上許されるべきではないというものである。この原判決に対しXは次の理由で上告した。すなわち、取消権は債務者の行った法律行為の取消しのみを目的とするものであるから、転得者を被告とせず取消しのみを訴求する訴えも適

法であるというものである。

大審院はXの上告に対して次のように判示して、Xの上告理由のうち債務者Y1に関する上告は棄却したが、受益者Y2に関する上告については原判決を破棄し原審へ差し戻した。その理由は以下の4点である(本稿注・原文は旧仮名遣いカタカナ文)。

(1) 取消権の法的性質については「詐害行為廢罷訴権は債権者を害することを知りて為したる債務者の法律行為を取消し債務者の財産上の地位を其法律行為を為したる以前の原状に復し以て債権者をして其債権の正当なる弁済を受くることを得せしめて其担保権を確保するを目的とする」訴権であると判示した。なお通説はこの判示事項を根拠として、取消権の法的性質は、形成権と請求権とが合体したものであるという理解——折衷説という——をしている。そして債権法改正の立法者もこの立場に立っている。

(2) 次に取消しの効果及び被告適格については「詐害行為の廢罷は……一般法律行為の取消と其性質を異にし其効力は相対的にして……其法律行為は訴訟の相手方に対しては全然無効に帰すべしと雖も其訴訟に干与せざる債務者受益者又は転得者に対しては依然として存立することを妨げざる」ものであり「債権者が……受益者又は転得者に対して訴を提起し之に対する関係に於て法律行為を取消したる以上は其財産の回復又は之に代るべき賠償を得ることに因りて其担保権を確保するに足るを以て特に債務者に対して訴を提起し其法律行為の取消を求むるの必要なし」と述べて従来の大審院判決(大判明治38・2・10民録11輯150頁〔27520744〕)が判示した「絶対的取消し」理論(債務者・受益者・転得者すべてを被告としなければならず、その結果として詐害行為取消しの効果が債務者にも及ぶと考える説)を変更する旨を明示するとともに、詐害行為取消訴訟における債務者の被告適格を否定する旨を明示した。

なお、債権法改正においては改正後の条文により相対的取消し理論を捨て、絶対的取消し理論に近い考え方(立法者によれば絶対的取消し理論でもないという。なぜならば転得者を被告とする場合には、債務者・受益者間に取消しの効力が及ばないからであると説明されているのであるけれども、理論的には不明確な説明であろう。)を採るに至ったが、その内容については個々の改正条

文(424条の6、424条の7、425条)の箇所具体的に説明することにする。

(3) さらに、被告の選択については「債務者の財産が転得者の有に帰したる場合に債権者が受益者に対して廃罷訴権を行使し法律行為を取消して賠償を求めると転得者に対して同一訴権を行使し直接に其財産を回復するとは全く其自由」であると判示した。

(4) 最後に、取消しのみを請求については「民法は……訴権の目的として単に法律行為の取消のみを規定し取消の結果直ちに原状回復の請求を為すと否とを原告債権者適宜の処置に委ねたるを以て此二者は相共に訴権の成立要件を形成するものにあらず」と述べて、Xの提起した取消しのみを訴えが適法であると判示した。

Ⅲ 詐害行為取消権の法的効果に関する基礎理論

上述の大連判明治44・3・24民録17輯117頁〔27521470〕の判旨が示した判示事項が、有名な「相対的取消し」理論と呼ばれる判例の準則であり、旧規定(平成29年改正前の規定を以下ではこのように記す)の詐害行為取消権の効果に関する判例・通説の根幹を形成する重要な判例理論である。しかしこの理論は有名であると同時に、その内容に対して他の学説からの疑問や批判がなされており、詐害行為取消権に関する中心的な論争点となっている。それゆえ以下の解説では、第1に「相対的取消し」理論の定義(内容)を確定する作業を行う。この作業を行わないと旧規定の判例の準則である「相対的取消し」理論の正確な評価を行うことができないからであり、それに続く学説の評価、さらには改正法の規定の意味および問題点についての理解も正確さを欠くものとならざるを得ないからである。次に「相対的取消し」理論を批判する諸学説を紹介しそれらの評価を行うことにする。第2に「相対的取消し」理論を含めた諸学説の有する問題点の整序及びそれらの位置づけを行ったうえで、判例の準則である「相対的取消し」理論の評価と理論上の位置づけを示すことにしたい(425条以下を参照)。

1 「相対的取消し」理論の登場

(1) 判例の「相対的取消し」理論は、前掲明治44年大連判〔27521470〕の

判旨(2)によれば、「詐害行為ノ廢罷ハ……一般法律行為ノ取消ト其性質ヲ異ニシ其効力ハ相對的ニシテ……其法律行為ハ訴訟ノ相手方ニ對シテハ全然無効ニ歸スヘシト雖モ其訴訟ニ干与セサル債務者受益者又ハ転得者ニ對シテハ依然トシテ存立スルコトヲ妨ケサル」という効力を有する。そして、それまでの大審院判決が示していた「絶対的取消し」理論を否定したことに大きな意義があった。したがって「絶対的取消し」理論は大連判明治44年において日本の判例理論では捨て去られたといつてよいであろうし、この「絶対的取消し」理論又はその亜流の復活は我が国の詐害行為取消権の基礎理論にとって何の意味も有しないであろう。要するにそのような「復活」は解釈論及び立法論の双方において混乱を招くだけであると評価せざるを得ない。この結論は比較法的検討を要するので、本稿ではそれに深く立ち入ることはしないが、近時のドイツ法、フランス法の改正を見るならば、明白な事実であると言つて良いであろう。

(2) 「相對的取消し」理論の意味の確定

「相對的取消し」理論は、詐害行為の「取消し」の意味を実体法的に、すなわち民法上の効力としてとらえていると理解されている。したがって、この「取消し」の相對的効力を実体法的に、すなわち民法上の効力としてとらえ、これを分析するという考え方が従來の学説に共通する考え方であった。例えば我妻説は次のように説明している(我妻・民法講義Ⅳ 201頁) — 「その相對的取消—詐害行為を債權者と、返還請求の相手方とされる受益者または転得者との關係で取り消すということ—は、結局、債務者の一般財産との關係で取り消す(否認して効力のないものとする)という意味に歸するよう思われる」 — このような「相對的取消し」理論の説明ないしは理解は、結局のところ、詐害行為取消しの効果の判決手続上の効果及び強制執行手続上の効果に何ら言及することなく、その理論の意味を説明しようとするものであり、Ⅱにおいて述べた私見(「訴權法」的視角)から考察すると、あいまいな理解にとどまっているといわざるを得ない。さらに近時の学説の中にはより実体法的な説明をするものが見受けられる。例えば、奥田昌道教授の見解や中田裕康教授の学説である。これらの学説は「相對的取消し」理論を次のように説明する。すなわち、債務者(人)の負っている債務と、逸出財産

(物)が負っている責任とを分離して考察し、「取消し」の効果は人には及ばないが逸出財産にだけ及ぶという説明の仕方をする。このような学説(これらの学説については、奥田・債権総論284頁、中田・債権総論(第三版)278頁を参照。なお、この問題は中田説の説くように「相対的取消し」理論の「精緻化」によって解決できる問題でもないし、さらには精緻化を通り越して、「絶対的取消理論」への回帰によっても解決できない問題であることは比較法的見地からみて明らかである。特に、近時のドイツ破産外取消法の改正(1994年改正、1999年施行。同法はヘルビツヒの「相対的取消し」概念を排除し、債務法説を維持する方向へと条文を明確化した)を参照するならば、上述のような私見からの問題点を強く指摘せざるを得ない。)は日本の責任説(責任法的無効概念を主張する一詳細については後述する)の一種であるといわれているが、それゆえに詐害行為取消権による「取消し」の効果の説明するには理論的困難を有する学説であると私は考える。その理由はこうである。第1にドイツの責任説とは内容があまりにも隔たりすぎていて責任説と呼べるのか疑問が残ること、第2に執行忍容訴訟を否定するがゆえに判例の「相対的取消し」理論の欠陥を克服できず、それ故に判例と同じ理論的欠陥を引きずっていることなどを挙げることができる。以上の問題については詳論すればより多くの紙数を必要とするが故に、本条ではこれ以上立ち入らないが、詐害行為取消権に関する重要な論点であることを重ねて指摘しておきたい。

2 学説の展開について

(1) しかし上記の判例の準則に対しては早くからそれを批判する学説が存在した。その口火を切った学説が石坂音四郎博士の形成権説である(1913年)。形成権説(石坂音四郎博士の形成権説(「廃罷訴権論」)の概略については、佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』東京大学出版会(2001年)26頁以下を参照)は詐害行為取消権を121条の意思表示の取消権と同じ形成権であると解する。したがって本条の取消しの効果は絶対的であり債務者=受益者間の法律行為の効果は無効となる。そのため取消債権者は債務者及び受益者を共同被告としなければならないと説いて判例を批判する。

(2) 上記の形成権説に対して雉本朗造博士の請求権説(雉本朗造博士の請求

権説(「債権者取消ノ訴ノ性質」)の概略については、佐藤・前掲27頁以下を参照)が登場して論争が開始された(1916年)。その内容は、取消権は逸出財産を債務者の責任財産中へ返還せよと請求する権利であり、取消訴訟の被告は受益者又は転得者である。形成権説に従うと詐害行為を取り消した後に、債権者代位権に基づいて逸出財産の返還を求める給付訴訟を提起しなければならず迂遠な逸出財産の取戻方法となる。また折衷説に従うと単一の権利に2種類の権利が混在するという奇妙な結論になってしまうと述べ、この学説は判例・形成権説を批判した。しかし、請求権説は取消しの効果についても述べていないという欠点を有していたと評価されている。

(3) このような批判がなされたにもかかわらず、判例の準則(前掲明治44年大連判〔27521470〕をリーディング・ケースとする一連の大審院判例及び最高裁判例である)は学説においても通説的地位を占めていくとともに、強固な判例法理を形成するに至った。その主な理由は、形成権説や請求権説のような欠点がないこと、「相対的取消し」理論(この「相対的取消し」理論の解釈が問題とされているが、後述するように判決効の相対性の原則を述べたものと解すべきであろう)が取消しの効力をこの制度に必要な範囲に局限しようとするものであると評価されたこと、の2点にある。判例の準則によれば、土地の贈与の取消しの場合を念頭に置くと、取消債権者は受益者を被告として、贈与の取消し(形成訴訟)と土地の登記名義の債務者への返還(抹消登記手続請求=給付訴訟)とを請求することになる。そして贈与の取消しの効果は、取消訴訟の原告=取消債権者と被告=受益者との間には及ぶが、取消訴訟に関与しなかった債務者には及ばないことになる。問題点は、請求権説が批判するように1つの権利に、形成権と請求権という2つの権利が存在する点にあるが、この点に関する論点については後述する。

(4) 判例の準則が通説化していく中で、昭和34~35年にかけて下森定教授、中野貞一郎教授が責任説(責任法説とも呼ばれる)を提唱した(1959~1960年)。この学説は、ドイツ旧破産外取消法(1879年法)の解釈論において「取消し」の効果を責任法的無効ととらえる Gotthard Paulus の責任(法)説と呼ばれる学説に範をとるものであるが、その内容は Paulus の学説と同一ではないし、下森説と中野説との間にも相違が見受けられる)。責任説は、取消権を責任法的無

効という効果を生じさせる実体法上の形成権であると主張する。責任法的無効とは、詐害行為によって債務者の責任財産から逸出し、そのために債権者によって行われる強制執行の対象から免れた目的物に再び強制執行の対象としての適格を与える効果である。そしてこの学説によれば、取消訴訟は受益者を被告とし責任法的無効という法律状態を創出させる形成訴訟となる。また、債務と責任とを峻別する考え方に立脚するがゆえに、逸出財産の原状回復方法については判例・通説のように目的物の現実の取戻しを考えずに、受益者又は転得者の手中にある目的物に対する強制執行を行い、その売得金から被保全債権の満足を得れば十分であると説く。そのために、受益者又は転得者を被告として被保全債権の満足のために詐害行為の目的物に対し強制執行をすることができる旨の判決—執行忍容判決（＝責任判決）—を得て、取消債権者は被保全債権の満足を得ることができると責任説は主張する。また、詐害行為取消訴訟の確定を待つて取消債権者は執行忍容判決を得ることになるが、取消訴訟と併合して執行忍容訴訟を提起できると責任説は主張する。したがって、取消債権者は受益者を被告として、①詐害行為取消訴訟を提起し勝訴した後に、受益者を被告として執行忍容訴訟を提起するか、②受益者を被告として取消訴訟と執行忍容訴訟とを併合提起することになる。そして取消判決の効果は責任法的無効という効果のみを生じさせるので、土地の贈与を念頭におくと、債務者＝受益者間で行われた贈与は有効のままである。

責任説は判例の準則から生ずる理論的欠陥を鋭く指摘した。①判例によれば抹消登記によって不動産の登記名義が債務者に返還されることになるが（大判大正6・3・31民録23輯596頁〔27522397〕）、これは「相対的取消し」理論と矛盾する。また、②判例・通説は登記名義を債務者の名義にした後に、取消債権者は債務者に対する債務名義に基づき不動産に対する強制執行を行うことができると説いている。しかし「相対的取消し」理論によれば不動産はいまだ受益者の所有物である。そうだとすると、この強制執行は債務者に対する債務名義をもって受益者の所有物に対する強制執行を許すという理論的欠陥を有している。この致命的欠陥が看過されてきた理由は、執行対象たる不動産が誰の所有物であるかという実体法上の問題を執行機関が職権

で審査できないため、民事執行法上の要件(民事執行法23条、民事執行規則23条1号)を具備する以上、強制執行を開始せざるを得ないからだと言説は「相対的取消し」理論の有する欠点を鋭く指摘した。

(5) 責任説の問題提起は理論的に正しかったが、①「債務と責任の峻別」というドイツ法特有の理論の提唱、②執行忍容訴訟という日本法になじみの薄い制度の提唱、という2点を主な理由として多数説とはならなかった。その後、責任説の発想に触発され、その考え方をさらに発展させることを試みる学説があらわれた。それが訴権説(私見)と呼ばれる学説(1987~2001年)であり、その内容はおおむね以下の3点である。①川島武宜博士の学説と同様に詐害行為取消権は実体法上の権利と訴訟法上の権利とが未分化のまま融合している「訴権=アクチオ(actio, action)」と解する、②比較法的・沿革的研究によれば、旧規定の424条は執行忍容訴訟そのものを定めた規定である、③旧規定の425条は詐害行為取消判決=執行忍容判決の判決効を取消債権者以外の総債権者(その範囲については後述する)に拡張するという法技術的意義を有する規定であり、民事訴訟法115条1項1号の例外を定めているという内容である。

(6) 訴権説に対し平井宜雄教授から次のような学説が主張された(1993年)。すなわち詐害行為取消権が「訴権=アクチオ(actio, action)」であるという認識には賛成するが、訴権説が主張する執行忍容訴訟が判例の準則とあまりにもかけはなれている。それゆえ、できるだけ判例の準則の枠内で訴権説の主張に近い原状回復方法を探るとしたら、それは受益者を被告とする価格賠償の請求である。そしてこの価格賠償の請求において旧425条の法意をできるだけ極小化し、判決効の拡張という具体的意義を捨て去るべきであるという解釈論である。したがってこの学説(以下「価格賠償説」という)によれば、旧425条を空文化する点で判例の準則と一致するが、価格賠償を原状回復方法の原則と考える点(価格賠償の原則)で判例とは異なっている。

IV 第424条(詐害行為取消請求)の改正点について

[改正の概要] 第1項が詐害行為取消権の取消しの対象等(「法律行為」から「行為」への変更等)についての改正点を明示している。第3項および第4項

は新設された項であり、その内容については以下に分説する。

1. 以上に述べた基礎理論に関する論争を前提にして、平成 29 年の民法改正は、第 424 条に関し、第 1 に以下の文言に関する改正を施した。それは詐害行為取消の対象についてである。すなわち旧第 424 条 1 項によれば取消の対象は「法律行為」とされていたが、改正第 424 条 1 項は、それを単に「行為」という文言に修正した。立法担当者によれば、その理由は以下の如くである。すなわち、旧規定の下でも取消の対象として、弁済、時効中断としての債務の承認、法定追認の効果を生ずる行為などを含むと解されてきたが、これらはいずれも厳密な意味での法律行為に含まれるものではないから、法律行為を「行為」に変えたというものである。取消の対象が厳密な意味での法律行為——すなわち内心の効果意思を中核とする法律行為概念に該当するもの——であるか否かについては、1879 年のドイツ破産外取消法を継受したと考えられる旧第 424 条 1 項の文言の解釈が問題となろう。すなわち、旧規定（明治民法）では、ドイツ法にならい、*Rechtshandlungen* の取消しを「法律行為の取消し」と翻訳したのであるが、ドイツ法においては、*Rechtshandlungen* は法律行為（*Rechtsgeschäft*）と区別された概念であり、それを翻訳するならば「法的行為」と翻訳されるべき概念であることが近時の研究により明らかにされた。

2. この論点は、「法的行為の取消し」とはいかなる内容・効果を有するものなのかというより大きな問題に連なる論点であるので、詐害行為取消の効果論において再び論ずることにしたい。そのような理由で、債権法改正が法律行為を行為に改めたことは、上記に示したより大きな論点へと発展する契機となるものと考えられる。

改正第 424 条 1 項但書きは、受益者の主観的要件に関して、旧規定の内容を維持するものである。

なお、上記の行為は第 424 条 2 項によれば「財産権を目的としない行為」には、第 424 条 1 項は適用されない。これは旧第 424 条 2 項の規定をそのまま維持するものである

3. 第424条3項は、被保全債権が詐害行為の前に生じたものであることを要するとする判例理論(最判昭和33・2・21民集12巻2号341頁〔27002705〕、最判昭和46・9・21民集25巻6号823頁〔27000619〕——将来の婚姻費用の支払に関する債権であっても、いったん調停によってその支払が決定されたものである以上、詐害行為取消権行使の許否に当たっては、それが婚姻費用であることから、直ちに、債権としてはいまだ発生していないものとするとはできないと判示した)を明文化したものである。さらに被保全債権を元本債権として生じた遅延損害金について、それが詐害行為の後に生じた場合であっても、詐害行為取消権によって保全される(強制的回収の)対象となるという判例理論(最判平成8・2・8集民178号215頁〔28010541〕)にしたがうことを本項は示すとともに、被保全債権が詐害行為の前の原因に基づいて生じた場合一般について詐害行為取消権の行使を肯定する旨をも示す新設の項である。

4. 第424条4項は解釈論上、学説において異論のない点を明文化したものであると立法担当者は説明している。詳言すれば、詐害行為取消権の目的は取消債権者の有する被保全債権の強制的回収にあるから、どのような考え方を取るにせよ、逸出財産に対する強制執行によって被保全債権の回収をはかることに行き着く。そうだとすると、被保全債権は強制執行によってその回収が実現できる性質を有していなければならない。このような性質を有すべきことを被保全債権に対して本項は要求している。

5. 被保全債権に関するその他の問題点——以下に述べる被保全債権に関する要件については明文の規定が新設されていないため、改正法は判例理論にしたがうものと思われる。

(1) 被保全債権の金額が確定していること、及び、被保全債権の履行期が到来していることを必要とするか。被保全債権の金額の確定について、大審院は詐害行為取消権の行使のための要件ではないと判示した。その理由は、保護すべき被保全債権が存在する限りその金額が確定していなくとも詐害行為を廃罷する必要があるからだと述べている(大判大正8・5・20民録25輯788頁〔27522841〕)。

被保全債権の履行期が到来していることについても、これを必要としない
と大審院は判示した。その理由は、債権者のための共同担保は債権の弁済期
にあると否にかかわらずその債権のために存在するからであるというもの
である(大判大正9・12・27民録26輯2096頁〔27523182〕)。

前掲・最判昭和46・9・21民集25巻6号823頁〔27000619〕は、将来の
婚姻費用の支払に関する債権であっても、いったん調停によってその支払が
決定されたものである以上、詐害行為取消権行使の許否に当たっては、それ
が婚姻費用であることから、直ちに、債権としてはいまだ発生していないも
のとすることはできないと判示した。したがって最高裁の判例理論も被保全
債権の数额の確定、及び、弁済期の到来は、被保全債権の要件としては不要
であるという見解をとっていると考えられる。

しかし、IIで述べたように、詐害行為取消権の判例の準則が、詐害行為取
消権の効果を、詐害行為を取り消し、逸出財産を債務者の財産中に取り戻し
た後に、その目的物から被保全債権の弁済を得るものと考えている以上、詐
害行為取消権の行使の後に続く逸出財産に対する強制執行をも考慮に入れな
ければならないであろう。そうだとすると被保全債権の要件として、①履行
期の到来、②債権額の確定、③条件の成就等を必要と解すべきであろう。こ
のような解釈論は、詐害行為取消判決を執行忍容判決と解し、その判決によ
って受益者の手中にある逸出財産に対し直ちに強制執行ができると解する私
見においては、当然に必要とされる要件である。また比較法的にみても、フ
ランス法においては、①～③の要件が必要と解されているし、ドイツ破産外
取消法2条においても明文で①～③の要件が要求されている。そうだとする
と、我が国の判例理論は比較法的にみて孤立した見解をとっていると評価せ
ざるを得ない。また理論的に考えてみても、履行期が到来していない債権を
保全するために詐害行為を取り消し得ると解することは、取消債権者に過大
の保護—債権者代位権(改正第423条2項)とのバランスを想起されたい—
を与えることになり適切ではないと考えられる。したがって、判例理論はフ
ランス法、ドイツ法のように変更されるべきであろう。

(2) 被保全債権は特定物の引渡しを目的とする請求権(以下「特定物債権」
という)でもよいか。この問題については、最大判昭和36・7・19民集15

卷7号1875頁〔27002271〕が次のように述べる。すなわち、「特定物引渡請求権（以下特定物債権と略称する）といえどもその目的物を債務者が処分することにより無資力となった場合には、該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができるものと解するを相当とする。けだし、かかる債権も、窮極において損害賠償債権に変じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様だからである。大審院大正7年10月26日民事連合部判決（民録24輯2036頁）が、詐害行為の取消権を有する債権者は、金銭の給付を目的とする債権を有するものでなければならないとした見解は、当裁判所の採用しないところである」。

この大法廷判決により、特定物債権を被保全債権とする場合でも、債権者は詐害行為取消権を行使できることが明らかにされた。ただし上記判決が「かかる債権も、窮極において損害賠償債権に変じうるのであるから」と述べていることから、遅くとも詐害行為取消権の行使時までには特定物債権は金銭債権に変じていなければならないと、有力学説によって解されている。

このような学説の理解は次に示す最高裁判例により支持されていると考えられる。それは最判昭和53・10・5民集32巻7号1332頁〔27000226〕である。この判決が扱った事案は不動産の二重譲渡において第1譲受人が詐害行為取消権を行使したという事案である。そしてこの事案において最高裁は次のように判示した。すなわち、①「特定物引渡請求権（以下、特定物債権という）は、窮極において損害賠償債権に変じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様であり、その目的物を債務者が処分することにより無資力となった場合には、該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができるものと解すべきことは、当裁判所の判例とするところである」、②「しかし、民法424条の債権者取消権は、窮極的には債務者の一般財産による価値的満足を受けるため、総債権者の共同担保の保全を目的とするものであるから、このような制度の趣旨に照らし、特定物債権者は目的物自体を自己の債権の弁済に充てることはできないものというべく、原判決が「特定物の引渡請求権に基づいて直接自己に所有権移転登記を求めることは許されない」とした部分は結局正当に帰する」。

この事案においても第1譲受人の特定物債権は第2譲受人が対抗要件を具備したことによって履行不能となっており、損害賠償請求権(金銭債権)に変じている。したがって、前掲昭和36年最大判〔27002271〕に関して学説が述べるように、遅くとも詐害行為取消権の行使時までには金銭債権に変じていなければならないことを示す判例として注目に値するであろう。なお判旨②は、取消債権者は登記を自己名義に移転せよとの請求をすることはできないことを明示する判示事項であり、取消債権者はあくまでも金銭による原状回復(価格賠償)を請求しなければならない旨を述べるものとして注目に値する判示事項である(詐害行為取消権の効果論の検討で再度ふれる)。

なお、前述したように、詐害行為取消権の被保全債権の範囲には、詐害行為後に発生した遅延損害金も含まれる(最判平成8・2・8判タ906号237頁〔28010541〕)。

V 詐害行為取消権行使のための要件

1. 詐害行為の存在

債権者が詐害行為取消権を行使するためには、債務者の行った詐害行為の存在を必要とする。詐害行為の構成要件の第1は債務者が無資力になるか、又は、その無資力状態がより悪化することを必要とする。したがって「債権者を害する」という要件の中核は債務者の無資力要件を意味することになる(フランス法の解釈論においても、「債権者を害する行為」とは債務者自身が「貧困化」する行為であると説かれている。また、1994年のドイツ倒産外取消法においても同様の定義が条文によって明示されている(同法2条を参照))。第2の要件は債務者が債権者を害することを知って詐害行為を行ったことである。現在の有力学説によれば、判例理論は第1の要件と第2の要件とを総合的に判断していると指摘されている。しかし本稿では、伝統的要件論に従い2つの要件の分析(客観的要件、主観的要件)によって、判決例の分析を試みることにしたい。なぜならば、このような要件の立て方(2分法)が比較法的にみて一般的だからである(このように旧来の通説の要件論に従う理由は、比較法的にみて(フランス民法旧1167条、1341-2条、ドイツ倒産外取消法第2条、第3条参照)客観的要件、主観的要件の区別がいまだになされているから

である)。

2. 債務者の資力の悪化(無資力要件—客観的要件)

判例理論によって債務者の無資力要件が必ずしも明確に定義されているわけではない。しかし古い大審院判決の中には、一般論として「民法第424条に関する訴の要件の一たる債権者を害することとは債務者が財産権を目的とせる或法律行為を為し之に因りて其債権者の為め一般担保を組成する自己の財産を減少し債権者に対する弁済の資力を薄弱ならしめたる場合を云ふ」(本稿注・原文は旧仮名遣いカタカナ文)(大判明治37・10・21民録10輯1347頁[27520694])と判示するものがある。この判示事項が現在の判例理論にどれだけの影響を与えているのかを明言できるわけではない。しかし、前記の判示事項は債務者の一般財産(共同担保)が減少して、債権(取消債権者の被保全債権額が一応は基準となろう)を弁済するに足らなくなる(既に不足している場合にはその不足分が増大すること)を意味している(平井・債権総論(第2版)283頁を参照)と理解できるであろう。そうだとすると、以下では前記の大審院の基準に従って具体的な債務者による一般財産の減少行為の具体例を検討することにしたい。

債権譲渡が詐害行為となることを肯定した判例が多数存する。例えば最判昭和29・4・2民集8巻4号745頁[27003184]は、債務者との間で特定の債権について取立委任契約を締結していた債権者が、取立委任契約の目的となっていた債権を代物弁済として譲り受けたという事案について、その債権のほかに価値ある財産のない場合には詐害行為となると判示した。このほかにも最判昭和42・6・29判時492号55頁[27403033]、最判昭和48・11・30民集27巻10号1491頁[27000461]などが代物弁済としてなされた債権譲渡の詐害性を肯定している。

代物弁済以外にも債権譲渡が詐害行為となる場合がある。例えば無償の債権譲渡や廉価での債権譲渡も詐害行為となり得る(前掲昭和42・6・29最判[27403033]、大判昭和3・5・9民集7巻329頁[27510629])。

なお債権譲渡の対抗要件である債務者への通知は、詐害行為の債務者が自己の債務者である第三債務者にこれを行った場合であっても詐害行為取消権

の対象とはならない。なぜならば、第三債務者への通知は債権譲渡の対抗要件であって債権の譲渡行為とは別個の行為であり、債権譲渡行為自体が詐害行為を構成しない場合には譲渡通知のみを切り離して詐害行為として取り扱うことは相当ではないからである（最判平成10・6・12民集52巻4号1121頁〔28031251〕）。

親族法・相続法上の行為が詐害行為となるか否かについては、それぞれの行為の法的性質を考慮しなければならない。最高裁判例もそのような考え方に基づいて詐害性（「債権者を害する」という要件の充足性）の有無を判断しているといつてよいであろう。以下ではその具体例を紹介する。

① 相続放棄は、相続人の既得財産を積極的に減少させるというよりはむしろ消極的にその増加を妨げるにすぎない行為であり、かつ、身分行為であるから他人の意思によって強制されるべきではない。また、取り消し得ると解すると相続の承認を強制する結果となるので詐害行為取消権の対象とはならない（最判昭和49・9・20民集28巻6号1202頁〔27000420〕）。

② 離婚に伴う財産分与が一般債権者の共同担保を減少させたとしても、その財産分与が768条3項の趣旨に反して不相当に過大であり、前記財産分与に仮託してなされた財産処分であると認められるような特段の事情のない限り詐害行為とはならない（最判昭和58・12・19民集37巻10号1532頁〔27000028〕）。

③ 離婚に伴う慰謝料支払の合意は原則として詐害行為とはならないが、配偶者の一方が負担すべき損害賠償債務の額を超えた部分については詐害行為となる（最判平成12・3・9民集54巻3号1013頁〔28050534〕）。

④ 最判平成11・6・11民集53巻5号898頁〔28040917〕によれば「共同相続人の間で成立した遺産分割協議は、詐害行為取消権行使の対象となり得るものと解するのが相当である。ただし、遺産分割協議は、相続の開始によって共同相続人の共有となった相続財産について、その全部又は一部を、各相続人の単独所有とし、又は新たな共有関係に移行させることによって、相続財産の帰属を確定させるものであり、その性質上、財産権を目的とする法律行為であるといえることができるからである。」と判示された。

VI 詐害行為に関する債務者・受益者・転得者の主観的要件—債務者の詐害の意図を中心にして

1. 「詐害の意思」の定義

債務者が「債権者を害することを知って」行為を行ったことが必要である(第424条1項)。この要件は債務者の「詐害の意思」と呼ばれ主観的要件とされてきた。その内容は、債務者が詐害行為によって総債権者に対する弁済資力に不足をきたすことを知っていたことを意味すると理解されている。例えば、最判昭和35・4・26民集14巻6号1046頁〔27002461〕は「詐害行為の成立には債務者がその債権者を害することを知って法律行為をしたことを要するが、必ずしも害することを意図しもしくは欲してこれをしたことを要しない」と判示している(「暖簾」とは一定の営業から生ずる無形の経済的利益を指すのであるから、「暖簾代」にはいわゆる信用が含まれている趣旨であるとされた事例)。また、最判昭和50・12・19金融法務779号24頁〔27404483〕も「詐害行為の成立には、債務者がその一般の債権者を害することを知って法律行為をしたことを要するが、必ずしも特定の債権者を害することを意図し、又は意欲してこれをしたことを要しないと解すべき」であると述べている(連帯保証人がその一般債権者を害することを知ってすれば足り、特定の債権者を害することを意図し又は意欲してすることを要するものではないとされた事例)。このように判例理論における債務者の「詐害の意思」の要件は、特定の債権者を「害することを意図しもしくは欲してこれをしたことを要しない」と定義されている点に意義があると考えらるべきであろう。

(1) 詐害行為が代物弁済又は本旨弁済の場合

以下((1)～(3))に示す判例は、旧第424条に関するものであるが、改正第424条の3の要件としても重要性を失っていないので、若干詳しくそれらを紹介する。

詐害行為が代物弁済又は本旨弁済の場合には、「詐害の意思」の定義が変化することに注意しなければならない。代物弁済については最判平成元・4・13金融法務1228号34頁〔27804650〕が債務者と受益者との通謀の存在を肯定したうえで詐害性を肯定した(債務の弁済に代えて、在庫商品を仕入価

格で受益者に譲渡させ、かつ201口の売掛代金債権を受益者に譲渡させ、預かっていた代表者印を使用して債権譲渡通知をする等の事情のあるときは、上記債権譲渡は、債務者・受益者が通謀して行った詐害行為に当たるとされた事例)。けれども最高裁の判例理論において、代物弁済における「詐害の意思」をどのように定義するかはやや不明確である。なぜならば、「通謀」という要件を必要とする旨を判示しているが、「他の債権者を害する意思」が必要か否かについては、その見解が不明だからである。なお冒頭で述べたように、改正法は第424条の3に偏頗行為としての債務消滅行為に関する特則を置くが、それに関する詳細は後述する。

(2) これに対し、代物弁済について近時の下級審判決は、弁済と同様に債務者の「詐害の意思」の要件を加重すべきであると述べている点に注目すべきであろう。例えば、東京高判平成10・12・25金融法務1563号57頁〔28042736〕は次のように判示している。「代物弁済も一種の弁済であるから、相当な価格のものをもってされたときには、訴外B〔債務者〕において訴外C〔受益者〕と通謀し、他の債権者を害する意思をもってした場合を除き、詐害行為にはならないというべきである」。

この判決は、一般論として代物弁済における「詐害の意思」の要件を弁済と同視すべきであると述べた注目すべき判決である（土地建物を代物弁済しその詐害性が問題となった事例である）。

東京地判昭和53・12・12判時918号91頁〔27404990〕も代物弁済の詐害性を肯定するに際して「詐害の意思」について前掲平成10年東京高判〔28042736〕と同様に解しており、下級審判決の解釈は(1)に述べた要件に収斂していると考えてよいのではなかろうか。

(3) 詐害行為が本旨弁済の場合には、「詐害の意思」の内容は加重される。これは大審院判決からの判例の準則といってよいのであり、最高裁判例も大審院判例を踏襲している。その要件は「通謀的害意」と呼ばれており、次の最高裁判決がそれを明示している。すなわち、最判昭和33・9・26民集12巻13号3022頁〔27002624〕が一般論として述べるころの「債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもつて弁済したような場合」という要件である。

2. 国税徴収法 39 条の第二次納税義務と詐害の意思との関係

国税徴収法第 39 条は、形式的にある財産が第三者に帰属している場合であっても、実質的に納税者にその財産が帰属していると認められるときには、形式的に財産が帰属していると認められる者に対して補充的に納税義務を負担させている。いわゆる第二次納税義務と呼ばれる義務を定めた規定である。この第二次納税義務を課すにあたり、債務者である滞納者に詐害の意思の存在が必要か否かが争われた最高裁判決がある。それは、最判平成 21・12・10 民集 63 卷 10 号 2516 頁〔28154014〕である。この判決は「なお、所論は、同条所定の第二次納税義務が成立するためには滞納者にいわゆる詐害の意思のあることを要するともいうが、前記事実関係によれば、A（滞納者を指す一筆者）に詐害の意思のあったことは明らかである上、そもそも同条の規定によれば、滞納者に詐害の意思のあることは同条所定の第二次納税義務の成立要件ではないというべきである。」と述べて、詐害の意思の存在は、国税徴収法 39 条の第二次徴収義務の成立要件ではないと判示した。同法 39 条の文言および制度の趣旨を考慮すると、きわめて正当な判断である。

Ⅶ 詐害性（無資力要件及び詐害の意思）の判断の基準時

1. 債務者の無資力の判断時期についての判例・通説（平井・債権総論（第 2 版）284 頁、我妻・民法講義Ⅳ 183 頁、奥田・債権総論 291 頁等を参照）の見解は以下のごとくである。すなわち問題とされた行為が詐害性を有するか否かは行為当時の事情で決まると解されている（大判大正 14・4・20 民集 4 卷 178 頁〔27510858〕、最判昭和 38・10・10 民集 17 卷 11 号 1313 頁〔27001985〕）。なお近時の下級審判決例において、詐害性の客観的要件については、停止条件が成就して債権が特定した時を基準として判断すべきであると判示したものがあつた（東京地判平成 9・7・24 金融商事 1039 号 48 頁〔28030720〕—将来債権を含む包括的な債権譲渡が停止条件付きでなされた場合においてその詐害性の有無が問題とされた事例）。

詐害の意思の有無についての判断時期も、判例によれば問題となった行為がなされた時を基準として判断される（前掲最判昭和 38・10・10〔27001985〕、東京高判平成 10・12・25 金融法務 1563 号 57 頁〔28042736〕）。

2. しかし詐害行為後に債務者の資力が回復して詐害行為取消権行使時(事実審の口頭弁論終結時)に無資力でなくなっていれば詐害行為は成立しない(大判昭和12・2・18民集16巻120頁〔27500477〕、東京地判平成3・4・16判時1404号88頁〔27810407〕一債務者が唯一の価値ある不動産を処分したことによって無資力状態に陥り、債権者に詐害行為取消権が発生した場合にも、その後前記売却代金の一部で債権者の債権額をはるかに上回る不動産を取得してその資力を回復したことが認められる限り、前記詐害行為取消権の行使は許されない旨を述べた)。

VIII 主観的要件と客観的要件との関係について(相関的考慮説)

VI及びVIIで述べたように、詐害性の要件は客観的要件(無資力要件)と主観的要件(「詐害の意思」とに分けて論じられるのが一般的である。また比較法的にみてもこのような2つの要件に大別して詐害性の有無が論じられている(フランス法の *action paulienne* (フランス民法1167条)、ドイツ法の破産外取消法2条、3条などを参照されたい)。しかし有力学説(下森定「債権者取消権の成立要件に関する研究序説」求栖三郎=加藤一郎編『民法学の現代的課題』岩波書店(1972年)225頁)に従うと、判例においてはこの2要件は峻別されて適用されておらず、2つの要件を相関的に判断して詐害行為の成否を判断していることが指摘されている。したがって本条1項の定める要件は一般条項化しているという学説からの指摘がなされている。

IX 特殊な詐害行為類型——株式会社の新設分割

1. 株式会社を新設し分割することが詐害行為に該当するか否かが問題となる場合がある。たとえば、債権者に債務を負っている株式会社が、新会社を設立し、新会社に自己の保有する担保価値のある積極財産を承継させ、自らは無資力に陥るという場合である。このようなケースは下級審判決例でも、その詐害性の有無が問題とされていた。たとえば、①東京高判平成22・10・27金融・商事判例1355号42頁、金融法務事情1910号77頁〔28163333〕においても、会社の新設分割の詐害性が問題となった。この問

題に関して、上掲・東京高判は、「新設分割が会社法に基づく組織法上の法律行為であるとしても、新設分割は、新設分割会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を新設分割設立会社に承継させる法律行為であって財産権を目的とする法律行為というべきであり、また、法人格の取得という点に着目して新設分割による会社設立をいわば身分上の行為であるということができるとしても、そのことによって新設分割が財産権を目的とする法律行為でなくなるものではない。」と述べて、株式会社の新設分割が詐害行為となることを肯定し、被告である受益者（新設会社）に対して価格賠償を命じた（原状回復方法として現物返還を命じることが著しく困難な事案であることを理由として価格賠償を命じた一審判決（東京地判平成22・5・27判例時報2083号148頁、判例タイムズ1332号206頁（28161880）を支持した）。②次に、福岡高判平成23・10・27金融・商事判例1384号49頁、金融法務事情1936号74頁〔28175946〕を挙げることができる。この判決も、株式会社の新設分割が詐害行為に該当することを肯定した。その理由として、上掲・福岡高判は次のように述べている——「新設分割は、分割会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を新設会社に承継させる法律行為であって、その事業に関して有する権利義務は財産権というべきであるから、財産権を目的とする法律行為であるということができると一般論を述べたうえで、「ところで、本件会社分割自体あるいはP2店舗に関する権利義務又は権利（資産）のみの承継を取り消しても、既に本件株式が譲渡され、さらに本件増資も行われていること、新設会社である控訴人において事業が継続されてきており、その個別の資産の変動も生じていることが推認されること、その一方で、分割会社である被告Y1が平成19年11月には閉店した後解散して清算中であること等からすれば、逸出した資産を個別に特定した上で返還させることは著しく困難ということができると。そうすると、本件においては、現物の返還に代えて、その価格の賠償の方法での返還を認め得ることになる」と判示して、被告である受益者（新設された分割会社）に対して価格賠償を命じた。③このほかにも、名古屋地判平成23・7・22判例時報2136号70頁、金融・商事判例1375号48頁、金融法務事情1936号118頁〔2817084〕が、会社の新設分割が詐害行為に当たるとし、逸失した財産の現

物返還が著しく困難であると認められることを理由に、被保全債権の額を限度とする価額賠償を命じている。

2. このように、下級審判決例が、株式会社の新設による会社分割の詐害性を肯定する傾向を強めるなかで、最高裁も同様の見解を示すに至った。それが、最判平成 24・10・12 裁判所時報 1565 号 2 頁、金融・商事判例 1402 号 16 頁、資料版商事法務 344 号 47 頁〔2818217〕である。これは最高裁が、会社分割の詐害性を肯定した初めての判例として意義のあるものである。この判決は次のように述べている——「5 新設分割は、一又は二以上の株式会社又は合同会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を分割により設立する会社に承継させることであるから（会社法 2 条 30 号）、財産権を目的とする法律行為としての性質を有するものであるということができ、他方で、新たな会社の設立をその内容に含む会社の組織に関する行為でもある。財産権を目的とする法律行為としての性質を有する以上、会社の組織に関する行為であることを理由として直ちに新設分割が詐害行為取消権行使の対象にならないと解することはできないが（大審院大正 7 年（オ）第 464 号同年 10 月 28 日判決・民録 24 輯 2195 頁参照）、このような新設分割の性質からすれば、当然に新設分割が詐害行為取消権行使の対象になると解することもできず、新設分割について詐害行為取消権を行使してこれを取り消すことができるか否かについては、新設分割に関する会社法その他の法令における諸規定の内容を更に検討して判断することを要するというべきである。

そこで検討すると、まず、会社法その他の法令において、新設分割が詐害行為取消権行使の対象となることを否定する明文の規定は存しない。また、会社法上、新設分割をする株式会社（以下「新設分割株式会社」という。）の債権者を保護するための規定が設けられているが（同法 810 条）、一定の場合を除き新設分割株式会社に対して債務の履行を請求できる債権者は上記規定による保護の対象とはされておらず、新設分割により新たに設立する株式会社（以下「新設分割設立株式会社」という。）にその債権に係る債務が承継されず上記規定による保護の対象ともされていない債権者については、詐害行為取消権によってその保護を図る必要性がある場合が存するところであ

る。

ところで、会社法上、新設分割の無効を主張する方法として、法律関係の画一的確定等の観点から原告適格や提訴期間を限定した新設分割無効の訴えが規定されているが(同法828条1項10号)、詐害行為取消権の行使によって新設分割を取り消したとしても、その取消しの効力は、新設分割による株式会社の設立の効力には何ら影響を及ぼすものではないというべきである。したがって、上記のように債権者保護の必要性がある場合において、会社法上新設分割無効の訴えが規定されていることをもって、新設分割が詐害行為取消権行使の対象にならないと解することはできない。

そうすると、株式会社を設立する新設分割がされた場合において、新設分割設立株式会社にその債権に係る債務が承継されず、新設分割について異議を述べることもできない新設分割株式会社の債権者は、民法424条の規定により、詐害行為取消権を行使して新設分割を取り消すことができると解される。この場合においては、その債権の保全に必要な限度で新設分割設立株式会社への権利の承継の効力を否定することができるというべきである。」——このように述べて、上掲・最高裁判決は被告たる受益者に現物返還(逸出財産たる不動産の抹消登記手続)を命じた。この判決によって、最高裁も下級審判決例と同様に、株式会社の新設分割が詐害行為に該当することを肯定することが明らかになったのであり、本判決が今後の最高裁の判例理論に大きな影響を及ぼすものと思われる。

3. 但し、この問題に対する解決案は会社法の改正等においても論じられており、その詳細については同法の解釈論および立法論を注視していかなければならない(会社法の改正においては、分割された残存会社が残存債権者を害することを知って物的分割をした場合に、残存債権者の新設会社(承継会社)等に対する債務履行請求権の立法化を提案しているとの指摘がある。)

X 詐害行為取消訴訟の訴訟物

1. 詐害行為取消訴訟における審判の対象、すなわち訴訟物は何かという問題について、明確に見解を述べた最上級審判決はこれまで見当たらなかった。ところが、最判平成22・10・19集民235号93頁、金商1355号16頁

〔28163160〕は、この問題について最高裁判例として初めて明確な見解を明らかにし、次のように述べた。すなわち、「そこで検討すると、詐害行為取消権の制度は、債務者の一般財産を保全するため、取消債権者において、債務者受益者間の詐害行為を取り消した上、債務者の一般財産から逸出した財産を、総債権者のために、受益者又は転得者から取り戻すことができるとした制度であり、取り戻された財産又はこれに代わる価格賠償は、債務者の一般財産に回復されたものとして、総債権者において平等の割合で弁済を受け得るものとなるのであり、取消債権者の個々の債権の満足を直接予定しているものではない。上記制度の趣旨にかんがみると、詐害行為取消訴訟の訴訟物である詐害行為取消権は、取消債権者が有する個々の被保全債権に対応して複数発生するものではないと解するのが相当である。

したがって、本件訴訟において、取消債権者の被保全債権に係る主張が前記事実関係等のとおり交換的に変更されたとしても、攻撃防御方法が変更されたにすぎず、訴えの交換的変更には当たらないから、本件訴訟の提起によって生じた詐害行為取消権の消滅時効の中断の効力に影響がないというべきである。」という判示事項を前記判例は述べた。

2. 上記の判示事項に述べられている特色を指摘したい。それは「上記制度の趣旨にかんがみると、詐害行為取消訴訟の訴訟物である詐害行為取消権は、取消債権者が有する個々の被保全債権に対応して複数発生するものではないと解するのが相当である。」という部分の意味についてである。なぜならば、この判例の見解によれば、詐害行為取消訴訟の訴訟物、すなわち詐害行為取消権は、たとえ複数の債権者が存在する場合であっても、一個の詐害行為取消権のみが存在するだけである、と解釈できるからである。この推論は、上記判決が扱った一人の取消債権者が複数の被保全債権を有する場合のほか、既に述べたように、複数の債権者が存在し複数の被保全債権が存在する場合も同様と考えられるからである。すなわち、被保全債権は詐害行為取消訴訟においては攻撃防御方法に過ぎず、訴訟物そのものではないからであり、それゆえ、債権者（取消債権者）が複数存在しても、同時に行使される取消権は一個であると考えられるからである。

XI 近時の外国法の動向

1. 日本の詐害行為取消権の効果論を解釈論として考察する際に、外国法の立法の動向が参考となる。なぜならば、日本法はフランス法やドイツ法の影響を強く受けて立法され、その解釈論もそれら外国法の影響を強く受けているからである。

2. それらの中でも注目すべき立法例は、1994年10月5日に公布され、1999年1月1日から施行されたドイツの「倒産手続外の債務者の法的行為の取消しに関する法律」(Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens Vom 5. Oktober 1994.)である(以下では、「倒産外取消法」と略記する。——筆者)。そして、この倒産外取消法の前身が、1879年に制定された破産外取消法であった(以下では旧取消法と略記する。——筆者)。旧取消法下において、ドイツでは債権者取消権(詐害行為取消権と同義であるが、ドイツ法の呼び名に違っこのように記す。)の取消し(取消請求権)の効力が債務法的効力なのか、物権的効力なのか、責任法的効力なのか、判例・学説において激しく争われたのであった。そして、旧法下におけるドイツの判例・通説は、破産外取消法による取消しの効力は、詐害行為の当事者間の法的効力に全く影響を与えない債務法的効力であると論じていた。また、旧法の立法趣旨の説明においても同様の見解がとられていた。これをドイツでは債務法説と呼んでいる。このような見解が1994年の法改正により、変化するのか、あるいは、維持されるのかが注目された。その結果は、倒産外取消法第1条の基本原則に関する条文の文言を明確にするという方法により、債務法説を維持することを明確に示したのである。すなわち、旧取消法がその第1条で、「債務者の行為は取消債権者に対しては無効として取り消すことができる」と規定し、その「取消債権者に対しては無効として」という文言に関して、物権的相対的無効説、強制執行拡張説、責任法説などが主張され、学説状況を複雑にしていた。新法はこれらの状況を改善することを目指し、基本原則を定める第1条を次のように改めた。それは以下のような条文である。——「第1条(基本条項) 第1項 債務者の法的行為(Rechtshandlungen)であって、その債権者に不利益を与えるもの

は、倒産手続外において、以下の規定に従い、これを取消することができる。

第2項 不作為は法的行為と同様の状態にある（同様に扱われる。）——この第1条第1項において、旧法の条文にあった「取消債権者に対しては無効として」という文言を削除して、物権的相対的無効説、強制執行拡張説、責任法説が解釈論として生ずる可能性を排除したと説明されている。すなわち、新法第1条は物権的無効説を表明するものではなく、従来の判例・通説である債務法説を踏襲することを明確にするために改正された規定なのである。従って、ドイツの新・倒産外取消法において、債務者と受益者間の法的行為には、債権者取消権の効力は全く及ばず、有効のまま存続するという解釈が立法により確定されたのである。

3. 次にフランス法について述べる。詐害行為権の効果に関しては、近時の破棄院判決を判例・通説として示すことができる。それはフランス破毀（棄）院第一民事部（室）2006年5月30日判決である。この判決によれば「ポーリエヌの對抗不能性は、訴追者である債権者に、裁判所の決定により、かつ、その債権の限度において、その権利を詐害することにおいてなされた財産移離の効果を避けることを許すものである。それは場合によっては第三者の手中にある目的物の差押えをなすためである。」と判示している。この判決は、債務者への不動産および金銭の現実の返還を命じた控訴院判決の破棄を命じるためにこのような判示を行っている。さらに、この判決を受けて、2008年に出版されている、*Droit des obligations, 2^e éd., Christian Lapoyde Deschanps et Laurent Bloch et Stephanie Moracchini-Zeidenberg*, の99頁によれば、「犠牲者である債権者は、この財産が債務者の資産中に戻さしめられることなく、第三者の手中において財産の差押えをなし得るであろう」と述べている。これらの叙述によれば、「對抗不可性」とは、究極的には、第三者の手中において目的物に差し押さを行う効力を意味しており（Grouber, Marty et Raynaud, Planiol et Ripert et Esmein も同様である）、「詐害行為の効力を原告債権に対してのみ對抗できなくする」という説明は、廃罷訴権の実体法的効果の側面のみを論じているに過ぎないと考えられる。

さらにフランス債務法は2016年2月10日に改正・公布され、同年10月1日に施行された。そして詐害行為取消権の規定は第1167条から第1341-2

条へと序数が変わりその体系的位置づけ(フランスの学説の理解によれば包括的担保権の1つとなった)および文言も変化したが、上述の「対抗不可性」に関する見解は一層明確化されている。

4. 上記のドイツ法、フランス法の検討によれば、以下の結論を得ることができよう。すなわち、詐害行為取消権(債権者取消権)の効果は、取消債権者と受益者(または転得者)との間においてのみ債務法的効果を生ずるのみであり、その他のいかなる意味においても債務者と受益者との間の法的行為の効果に影響を与えるものではないという結論である。そして、その債務法的効果はドイツ法およびフランス法の双方において、いわゆる強制執行忍容訴訟を大前提として生ずる点も共通している。

5. 以上の結論を前提にすれば、日本法の詐害行為取消権の効果についても同様の解釈論を採るべきである。なぜならば、日本法の詐害行為取消権はフランス法およびドイツ法の影響を強く受けているからである。これ以外の結論——取消の絶対的効力説、相対的効力説、責任法的無効説——などは、解釈論としても立法論としても排斥されねばならない。

XII その他の隣接する制度との関係

債権者代位権、詐害行為取消権、直接訴権の相互の関係ないしは体系的位置づけについて——これまで、詐害行為取消権の要件、効果に関する判例(および学説等)を検討してきた。それらによれば、詐害行為取消権は、詐害行為により逸出した財産から、取消債権者の被保全債権の弁済を得るための制度であるという点においては、見解が一致しているようである。そうだとすると、一般債権者が債務者の現在または過去の財産から、債権の弁済を得るための制度はほかにはないであろうか。このほかにも、そのような制度は存在するのであり、債権者代位権(423条)がその一つである。また、債権者代位権が特定の債権者のための債権回収制度へと変容したものが直接訴権(第613条など)である。そうだとすると、一般債権者のための共同担保の確保のための制度(債権回収のための制度)は、これらの三つの制度を総合的に考察して初めて体系的かつ完全な法的解釈論を提示しようと言っても過言ではないであろう(実際に、フランス民法ではそのような考察が古くから行わ

れている。）。従って、詐害行為取消権（および債権者代位権）の考察だけでは不十分な考察であり、その欠陥を埋めるような努力が今後の民法学に求められるであろうし、それがこの分野を研究する者にとっての義務であることを、改正第 424 条の考察の結びとして記すことにしたい。

第 424 条の 2（相当の対価を得てした財産の処分行為等の特則） 債務者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、受益者から相当の対価を取得しているときは、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、その行為について、詐害行為取消請求をすることができる。

- 一 その行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類変更により、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害することとなる処分（以下この条において「隠匿等の処分」という。）をするおそれを現に生じさせるものであること。
- 二 債務者が、その行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。
- 三 受益者が、その行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。

〔条文の概要〕 本条は新設条文であり、破産法第 161 条 1 項と同様の規定を設けている。旧規定（第 424 条）の下では、債務者の資力の悪化（無資力要件—客観的要件）に該当するという理由により判例によって詐害性が肯定されていた、相当の対価を得て行われた債務者の財産の処分行為の詐害性の要件について、特に本条を新設することによってその要件を明確かつ厳格にするものである。従って、本条に関する判例・判決例は未だ存在しないが、旧規定の下で問題とされた類似の事案に関する判例は存在するので、それらとの比較において本条の詐害性に関する要件を検討することにした。

I 旧規定下における相当の対価を得て行われた財産の処分について

- 1 第 1 に、旧第 424 条の下では、一般論として、無資力要件に関して「債権者を害することとは債務者が財産権を目的とせる或法律行為を為し之

に因りて其債権者の為め一般担保を組成する自己の財産を減少し債権者に対する弁済の資力を薄弱ならしめたる場合を云ふ」(本稿注・原文は旧仮名遣いカタカナ文)(大判明治37・10・21民録10輯1347頁〔27520694〕)と判示されていた。そして、その中でも、相当価格による不動産の売却も詐害行為となり、その理由は債務者の資産の合計額は変化しないが、債務者の資産が消費されやすい金銭に変わるからであると判示されていた(大判明治39・2・5民録12輯136頁〔27520930〕)。

2) しかし、本条(第424条の2)は、その第1号から第3号に厳格な要件を設けて、それらのすべてに該当する場合に限り、詐害行為取消権(改正法の用語によれば、詐害行為取消請求)の対象に該当するとの特則を設けた。1号から3号の要件の詳細については条文に譲るが、以下にその概要を摘示することにした。

1号——その行為が、不動産の金銭への換価その他の財産の種類の変更により、債務者により財産の隠匿、無償の供与等の債権者を害することになる処分をするおそれを現に生じさせるものであること。(以上は条文の概要であり、以下も同様である——筆者)。

2号——債務者が、その行為の当時、対価として取得した金銭等について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。

3号——受益者が、その行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと(受益者の悪意)。

以上の3要件をすべて満たした場合にだけ、債権者は詐害行為取消権に基づいて当該行為の取消し(この取消しが何を意味するかについては、学説・判例の議論が多いので後述する)を裁判所に請求することができる。

II 旧規定の判例との比較・検討

1. したがって新設された第424条の2によれば、大審院の判例の要件と比較すると、詐害行為取消の要件が著しく厳格化されており、その結果、相当価格を得て行った債務者の財産の処分が詐害行為に該当するケースは極めて稀になるであろうことが予想される。これは、前述した大審院判例を覆す立法であり、このような立法が詐害行為取消権制

度にどのような影響を及ぼすのかについては、今後の判例・判決例の動向を見守らなければならないであろう。注意すべき点は、このような要件の厳格化により、取消債権者にとって詐害行為取消権という制度が使いにくい制度に化してしまわないように本条の解釈を行わなければならないという点であろう。なぜならば、本条の要件は詐害行為の成立要件というよりは、本条の明文が示すように「隠匿行為」の成立要件に特化していると考えられるからである。このような本条の性質は、本条が破産法第 161 条 1 項にならった規定であり、その内容も極めて類似したものとなっていることに由来する。このように破産法第 161 条を参考にした理由として、立法担当者は経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方が否認権の行使の可能性を意識して萎縮するおそれがあることを考慮して破産法 161 条が規定されているが、詐害行為取消権においても同様の問題が存するので参考にしたと述べている。また、旧規定下では否認権の対象にならない取引行為が、詐害行為取消権の対象となっているので、このような「逆転現象」を解消するために詐害行為取消権に特則を定めたと説明している。

2. しかし、はたして、詐害行為取消権において、債務者と取引をする受益者を萎縮させるという問題が生じているのかは明確ではなく、また、逆転現象を問題視するという思考様式は、そもそも破産法の否認権と詐害行為取消権の機能を同列に論じようとする思考様式なのであり、比較法的には（ドイツ法、フランス法を参照）見受けられない思考様式である。それらの諸点を考慮すると、改正規定はむしろ詐害行為を蔓延させ、債権者の権利を害する恐れがありはしないかという疑念が生ずる。特に、破産法研究者からも破産法の否認権と詐害行為取消権とは、目的・内容等の一部に共通性こそ認められるが、「法律上の権利としては別個・独立のもの」であるとの指摘がなされている以上（伊藤眞「破産法（第 4 版補訂版）」371 頁・有斐閣・2006 年）、詐害行為取消権の成立要件を破産法の否認権にそろえるという改正法の発想には多大の疑念を抱かざるを得ない。
3. 本条の上記の問題点については、沿革的、比較法的、かつ、実務的に

見ても重要かつ複雑な論点であるので、今後の判例等の動向を注視することにしたい。

第424条の3(特定の債権者に対する担保の提供等の特則) 債務者がした既存の債務についての担保の供与又は債務の消滅に関する行為について、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、詐害行為行為取消請求をすることができる。

- 一 その行為が、債務者が支払不能(債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態をいう。次項第一号において同じ。)の時に行われたものであること。
- 二 その行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

2項 前項に規定する行為が、債務者の義務に属せず、又はその時期が債務者の義務に属しないものである場合において、次に掲げる要件のいずれにも該当するときは、債権者は、同項の規定にかかわらず、その行為について、詐害行為取消請求をすることができる。

- 一 その行為が、債務者が支払不能になる前三十日以内に行われたものであること。
- 二 その行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

[条文の概要] 本条も新設であり、改正によって加えられた新たな条文である。したがって、本条に関する判例・判決例は未だ存在しないが、第424条の2と同様に旧第424条に関して論じられていた論点に関する新設条文なので、旧規定下における判例との比較において本条を解説することにした。特に本条第1項は既存の債務のための担保の供与、および、既存債務の消滅に関する条項であり、旧規定の下における判例との比較が容易である。本条第2項は、既存の債務のための担保の供与等が債務者の義務に属しない

場合について規定されており、旧規定下における判例との比較が困難である。また第1項、第2項ともに詐害行為に該当するための要件として、債務者の「支払不能」という概念を用いており、詐害行為取消権の要件の問題と言うよりは、破産法の否認権の要件（破産法第162条1項、同条2項）の問題に近くなっているという点を指摘しておかなければならない。

I 旧規定下における判例について

1. 一部の債権者への担保の供与は詐害行為に当たる（大判大正8・5・5民録25輯839頁〔27522845〕、最判昭和32・11・1民集11巻12号1832頁〔27002754〕、最判昭和35・4・26民集14巻6号1046頁〔27002461〕）。なぜならば他の債権者の共同担保を減少させる結果となるからであるというのがその理由である。

しかし生計費及び子女の教育費を得るためになされた譲渡担保（最判昭和42・11・9民集21巻9号2323頁〔27001023〕）や牛乳小売業の継続のために合理的限度を超えない範囲で仕入先のためになされた譲渡担保（最判昭和44・12・19民集23巻12号2518頁〔27000751〕）は詐害行為とはならない、という判例理論が旧規定の下で形成されていた。

上記の例理論について有力学説は次のような理解を示していた。すなわち、詐害性の要件は客観的要件（無資力要件）と主観的要件（「詐害の意思」とに分けて論じられるのが一般的である。また比較法的にみてもこのような2つの要件に大別して詐害性の有無が論じられている（フランス法の *action paulienne*（フランス民法1167条）、ドイツ法の破産外取消法2条、3条などを参照されたい）。しかし有力学説（下森定「債権者取消権の成立要件に関する研究序説」来栖三郎=加藤一郎編『民法学の現代的課題』岩波書店（1972年）225頁）に従うと、旧規定下の判例においてはこの2要件は峻別されて適用されておらず、2つの要件を相関的に判断して詐害行為の成否を判断していることが指摘されている。したがって旧第424条1項の定める要件は一般条項化しているという学説からの指摘がなされていた。

2. 一部の債権者に対する弁済が詐害行為となるという点については以下

の判例が存在する。すなわち、大判大正5・11・22民録22輯2281頁〔27522307〕は、既存債務の弁済は債務者に他の債権者を害する意思がない場合には詐害行為に当たらないが、債務者が一部の債権者と共謀してその全財産を弁済に充てるような場合には、特に他の債権者の利益を害する故意(=通謀的害意)をもって行った行為であるから詐害行為となり得ると判示した。

この大審院判決を踏襲して、最判昭和33・9・26民集12巻13号3022頁〔27002624〕は一般論として次のように判示した。「債務超過の状況にあって一債権者に弁済することが他の債権者の共同担保を減少する場合においても、右弁済は、原則として詐害行為とならず、唯、債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合にのみ詐害行為となるにすぎないと解するを相当とする」。この判示事項は例外的に既存債務の弁済が詐害行為となる場合の要件を示しており、それは「債務者が一債権者と通謀し他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合のみ」であると述べている。これは前掲大判大正5年〔27522307〕と同趣旨である。したがってこの判決で、判例理論は既存債務の弁済が詐害行為となるためには、債務者と一部の債権者との間の「通謀的害意」を必要とするという判例理論を形成したと考えてよいであろう。しかし、事案の解決においては、前掲最判昭和33年〔27002624〕は「本件においては、訴外会社は、法律上当然支払うべき自己の債務につき、債権者たる原告人から強く弁済を要求された結果、やむなく義務を履行した関係にあるものと認むべきことは当然である。而して本件弁済が、このような関係でなされたとすれば、単に原審認定の如き経緯だけでは、未だ債務者が他の債権者を害する意思をもって、債権者と通謀の上なしたものであるとは解し難い」と述べて、弁済の詐害性を否定した。このように概観すると、最高裁の既存債務の弁済に関する見解は、一般論としては判例理論として確立しているが、それを具体的事案に適用してはいないという点において判例の準則という強固なルールとなっていないというべきであろう。

ところが、最判昭和46・11・19民集25巻8号1321頁〔27000601〕は、債務者から一部の債権者に対してなされた本旨弁済(ただし事案の概要を検

討すると、問題の行為は本旨弁済ではなく代物弁済ではないかとの疑問も提示されている）をめぐる受益者からの配当要求の可否について次のように判示した。

「ところで、取消債権者が受益者または転得者に対し、取消にかかる弁済額を自己に引き渡すべきことを請求することを許すのは、債務者から逸出した財産の取戻しを実効あらしめるためにやむをえないことなのである。その場合、ひとたび取消債権者に引き渡された金員が、取消債権者のみならず他の債権者の債権の弁済にも充てられるための手続をいかに定めるか等について、立法上考慮の余地はあるとしても、そのことからただちに、上告人のいわゆる配当要求の意思表示に、所論のような効力を認めなければならない理由はないというべきである」。

このように、前掲最判昭和46年〔27000601〕は受益者から取消債権者に対して行う「受益の意思表示」又は「配当要求の意思表示」の効力を否定したところに意義のある判決ではある。しかしその前提として、債務者が受益者に対して行った既存債務の弁済の詐害性を肯定している（特に理由は明示されておらず原審の判断を追認する形で詐害性を肯定する）のであるから、この判例を既存債務の本旨弁済が詐害行為に該当することを肯定した最高裁判決であると考えてもよいのではなかろうか。

II 改正第424条の3の規定の要件について

1. 以上の論点に関して、改正規定は、一部の債権者に対する担保の供与および既存債務の一部の債権者に対する弁済については上記の判例理論および有力学説を採用せずに、破産法第162条第1項・2項を参考にした規定を新たに設けるに至った。その理由の概要は以下の通りである。すなわち、偏頗行為の否認権に関する破産法の規定をほぼそのまま詐害行為取消権の中の1箇条として定めるものであり、偏頗行為に関する破産法の要件と一部の債権者に対する弁済を詐害行為とする判例の通謀的害意という要件の双方を要求する趣旨の規定として破産法第162条の偏頗行為否認とは、支払不能または破産手続開始申立てから破産手続開始までの時期を形式的危機時期とし、この時期になされた一部の債権者に対する担保供与や既存債務の弁済を偏頗

行為と呼び否認権の対象とする制度である(伊藤・前掲書383頁)。そして、本条(第424条の3)の規定はこの考え方の中の支払不能という要件を詐害行為取消権に適用するという規定である。また、支払不能要件に関する定義規定も破産法第2条11項からそのまま受け継いでいる(詳細については後述する)。

しかし、本条(第424条の3)の規定によれば破産法第162条と比較すると、支払不能要件だけがそのまま受け継がれており、形式的危機時期という要件は明記されていない。この点が大きな違いであり、これこそが、破産法の否認権と詐害行為取消権とが本質的に異なることを改正法自らが示している点であり注目に値する。なぜならば、詐害行為取消権は取消債権者の被保全債権の強制的回収を目的とし取消債権者個人の名義で行使される権利であるので債務者の無資力要件は被保全債権額を基準として決定される。ところが破産法は債権者平等原則の徹底を理念として、偏頗行為否認では支払不能という複雑な要素を有する要件(破産法第2条11項参照)で否認の可否が決められる。両者に、このような違いがあるにも拘わらず改正法は偏頗的担保の供与および偏頗弁済に関しては破産法第162条の支払不能要件をそのまま用いることとした。そこで「支払不能」要件について、破産法のテキストを参考にして概説する。

2. まず本条の文言によれば、支払不能とは「債務者が支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態をいう」と定義されている(第423条の3・1項1号)。この定義は、前述したように、破産法第2条11項の定義と(細部を除き)ほぼ同一なので、重要な要件については破産法を参照して以下に解説する。第1に、「弁済能力を欠く」とは、財産、信用、あるいは労務による収入のいずれをとっても債務を支払う資力がないことを意味する(伊藤・前掲書72頁の叙述による)。第2に、弁済能力の欠乏は、一般的かつ継続的でなければならないとされる。一般的とは、「総債務」の弁済について債務者の資力が不足しているという意味であり、継続的とは、一時的な手元不如意を排除する意味である。つまり一次的な借り入れなどにより弁済能力があるように見

えても客観的に資力が不足していれば支払不能と判断される。第3に、支払不能は客観的状态を意味し、債務者が主観的に弁済不可能と判断することは支払不能概念とは関係がないとされる(以上は、伊藤、前掲書72頁に負う)。

3. 本条1項について——以上を前提にして、第424条の3第1項の既存債務のための担保の供与または債務の消滅行為の詐害性の要件を分説すれば以下の如き内容となろう。本項は破産法第162条1項に倣うものであり、担保供与義務が存する場合または既存債務の弁済、支払期限にある債務の弁済に関する偏頗行為の取消(請求)に関する規定である。その要件の第1に、同条同項1号が要求する支払不能要件の充足がある。ここでは、上述したように、債務者の「総債務」の弁済について債務者の資力が不足していることを要求されるので、その他の詐害行為の無資力要件とはその内容が大きく異なる。すなわち債務者の無資力要件に関して、取消債権者の被保全債権額が基準とはならない点で、伝統的な詐害行為の無資力要件とは全く異なる内容となっている点に注意しなければならない。第2の要件は、2号の債務者と受益者との通謀という要件である。これは代物弁済および本旨弁済の詐害性についての判例理論であった(前述の判例を参照)。したがって既存債務のうち弁済期の到来した債務の本旨弁済に関しては判例理論を踏襲したといえるであろうが、一部債権者への担保の供与については判例理論にない新たな要件を課するものと言えよう。

4. 本条2項について——本項は破産法第162条2項に倣うものであり、前項に規定する行為のうち担保供与義務のない場合または債務者の義務に属しない行為の偏頗行為の取消請求に関する規定である。そして、債務者の義務に属しない行為とは、従来の判例によれば、たとえば債務者の義務ではない代物弁済が典型例であるといえよう。なお、代物弁済についての旧第424条下での判例は、最判平成元・4・13金融法務1228号34頁〔27804650〕が債務者と受益者との通謀の存在を肯定したうえで詐害性を肯定した(債務の弁済に代えて、在庫商品を仕入価格で受益者に譲渡させ、かつ201口の売掛代金債権を受益者に譲渡させ、預かっていた代表者印を使用して債権譲渡通知をする

等の事情のあるときは、上記債権譲渡は、債務者・受益者が通謀して行った詐害行為に当たるとされた事例)。さらに下級審判決は、代物弁済に関して弁済と同様に債務者の「詐害の意思」の要件を加重すべきであると述べている点に注目すべきであろう。例えば、東京高判平成10・12・25金融法務1563号57頁〔28042736〕は次のように判示している。「代物弁済も一種の弁済であるから、相当な価格のものをもってされたときには、訴外B〔債務者〕において訴外C〔受益者〕と通謀し、他の債権者を害する意思をもってした場合を除き、詐害行為にはならないというべきである」。東京地判昭和53・12・12判時918号91頁〔27404990〕も代物弁済の詐害性を肯定するに際して「詐害の意思」について前掲東京高判平成10年〔28042736〕と同様に解しており、下級審判決の解釈は上述した要件に収斂していたと評価してよいであろう。

これに対して本項の内容は、旧規定下の判例よりも要件が加重され詐害性を肯定しにくい立法となっている。この点は破産法第162条第2項1号・2号の要件を一瞥すれば明白であろうと思われる。したがって、以下では本項1号・2号の要件を分説する。

その時期が債務者の義務に属しないものとは、弁済期前の弁済(債務消滅行為)が典型例であろう。本項によれば、これらの行為には、次の2つの要件が必要とされている。すなわち、第1号の定める「その行為が支払不能になる前三十日以内に行われたものであること」という要件、および、第2号の定める債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図(通謀的害意)を以て行ったこと、という要件である。1号の要件は、危機時期の判断を1項よりも最長で三十日遡らせる規定であり、その日数分だけ偏頗行為としての取消しの対象が拡大される。債務者が義務無き行為を危機時期に行うからである。2号の要件は1項と同様であり、弁済の詐害性に関する最高裁の判例にしたがうものと考えられる。

5. 総括——以上の考察から、次のような改正法の基本姿勢が窺われる。それは民法の詐害行為行為取消権の規定を、限りなく破産法の否認権の規定に近づけようという発想である。その根底には、破産法の否認権で否認でき

ない行為が、民法の詐害行為取消権で取り消す（その効果の内容も重要な論点であるが、ここでは立ち入らずに後述する）ことができるのは、「逆転現象」であり、かような現象はできるだけ取り除かれるべきであるという発想法である（商事法務編「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」別冊 NBL No. 143、61 頁、商事法務、2013 年を参照）。このような考え方は、比較法的にみてきわめて稀な発想法である。ドイツの 1994 年の改正倒産外取消法の規定を概観しても、2016 年改正のフランス債務法の第 1341-2 条（詐害行為取消権）の規定に関する判例・学説を見ても、上記のような考え方は見受けられない。すなわち、詐害行為取消権と破産法とは隣接はしているが、別個・独立の法制度なのであり、したがってその要件および効果も完全に異なるものであるという考え方である。両国の詐害行為取消権（法）は旧民法および明治民法の制定において、わが国の旧規定の制定に際し、多いに参考にされたものであるだけに、上記のような立法における根本的発想法の相違というものは、今後のわが国の詐害行為取消権——あるいは、隠匿行為取消権および偏頗行為取消権といった権利に変質しているのかもしれない——の適用に多大の問題を提起するのではないかと思われる。

客観的に条文を解説することが本稿の目的であるが、各規定を支える発想到理論上の争点が存在する以上、それに対して沈黙をもって答えることは研究者にとって、自らの義務の不履行になると言わざるを得ないので、抽象的ではあるが一言する次第である。

[未完]

(本学法学部教授)