

詐害行為取消権に関する近時の学説展開と債権法改正

SHITAMORI, Sadamu / 下森, 定

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

110

(号 / Number)

3

(開始ページ / Start Page)

203

(終了ページ / End Page)

320

(発行年 / Year)

2013-02

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00008602>

詐害行為取消権に関する近時の学説展開と債権法改正

下 森 定

目次

はじめに

第一章 責任説

第二章 責任説後の学説の展開

第三章 債権法改正における詐害行為取消権制度の改正

第一節 民法（債権関係）の改正及び詐害行為取消権制度改正に関する基本方針

第二節 詐害行為取消権制度の目的と機能及び詐害行為取消訴訟の在り方

第三節 要件に関する規定の見直し

第四節 効果に関する規定の見直し

第五節 詐害行為取消権の行使期間

むすび

はじめに

二〇〇九年一月、諮問第八八号は、法制審議会に対して、民法のうち債権関係の規定について、民法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般にわかりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に直直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい旨諮問した。これを受けて法制審議会での審議が開始され、第一ステージ（二〇〇九年一月～二〇一一年三月）で「中間的な論点整理」が行われ（二〇一一年四月二日第二六回部会審議で決定）、パブコメ手続がとられた後（二〇一一年六月）、第二ステージが開始され（二〇一一年七月）、中間試案（二〇一三年二月を目標とする）に向けての審議が、三つの分科会を設けて開始され、二〇一二年五月八日段階で、部会審議は四六回、三つの分科会での審議は二～三回と精力的に行われている由であり、その後も今日に至るまで引き続き行われている。

今回の民法（債権関係）の改正は契約を中心とするものであり、改正の目的は、第一に「国民一般にわかりやすい民法」を作ること、第二に「社会・経済の変化への対応」を図ることにあるという。そして、「わかりやすい民法」を作る方法として、①判例ルールの明文化、②不明確な条文の明確化、③書かれていない前提、原則、定義を補うことが基本方針として掲げられ、「社会・経済の変化への対応」としては、現代国際社会における取引市場のグローバルな拡大を受け、契約法の国際的共通化が潮流となっており、アジア市場にもいずれ共通の契約法が要請されるとの予想の下に、日本の契約法の透明性を高めることで取引ルールに対する国際的評価を高め、短期的には国際取引の準拠法交渉で有利な材料を作り、中長期的にはアジアの共通契約法のモデルとなりうることを狙い、ひいては日本再生

の一助となることを目標とするという。

ところで、前述した「中間的な論点整理」の事実上の叩き台である「民法（債権法）改正検討委員会」の公表した「債権法改正の基本方針」は、詐害行為取消権を倒産法上の否認権と類似の制度としてとらえ、この制度をできるだけ総債権者のための制度に純化させ、個別債権者の債権回収機能を否定あるいは制限してゆく方向性を示している。その帰結として、取消の範囲を取消債権者の債権額に限定せず（原則として全部？）、取消しの効果が債権者にも及ぶこととし（その結果、取消訴訟の被告に債権者を加える〔必要的共同訴訟〕、判例の相対的取消、相対効を否定し、限定的な絶対効とするようだがその内容は必ずしも明確ではない）、逸出財産の原状回復・取戻しを原則とする（取消債権者の受益者または転得者に対する直接の交付請求権を認める。交付先は債権者または取消債権者）。そのうえで、取消しの効果は総債権者に及ぶべきことを強調し、取消債権者の個別的回収機能を否定ないし制限する。この基本方針は細部にわたりよく練られた案ではあるが、残念ながら、賛成できない。その理由はこうである。

現行民法上、詐害行為取消権制度は破産手続き開始に至っていない前段階で、個別債権者が自らの債権回収つまり強制執行の準備手続きとして行使する制度として構築されており、総括的執行・清算を目的とする倒産処理手続（さらには同様に集団的債務処理手続きではあるが、企業の再生・更生を目的とする民事再生法や会社更生法上）の否認権とは異なる制度として構築されているのであり、両制度は現行民法典成立後今日に至るまでそのような役割分担に基づいて判例・学説の努力により、日本社会に定着し、機能してきた。

判例・通説の根本的問題点は、相対的取消・取消の相対効という基本的立場に立脚しながら、逸出財産の原状回復・取戻しに気を取られ、個別債権者の強制執行の準備手続きとしての責任財産の保全という制度の究極目的への配慮が希薄となっていた点にある。折衷説に対して寄せられた批判のほとんどは、逸出財産に対して直接強制執行を認

める制度を構築すれば、解決する筈である。逸出財産への直接的強制執行を認める法的構成につき、請求権説を採用か、対抗不能論を採用か、責任説あるいはその他の法的構成によるかの差異はあれ、ドイツ、フランス、アメリカの諸法は、いずれもこのような制度構築をしており、原状回復を原則とする日本の判例・通説は比較法的には異質である。

要するに、詐害行為取消権に関する限り、「検討委員会」の基本方針の内容は、判例法理を継承し、それを前提として個別的にその難点を修正するというよりは、現行の詐害行為取消権制度とその解釈に関する判例・通説法理を根本的に覆し、これに逆行する改正となるように思われてならない。この基本方針で立法すれば、多数にして複雑な条文が必要となって、分かり易い民法を作るという目標、現在の実務との連続性の維持、さらにはグローバル化への対応という自らが掲げる債権法改正の基本方針に反する結果となるのではあるまいか。

具体的対案を提示しない批判は無責任である。かねて筆者が主張してきた責任説が判例法理の問題点の一つの解決策であり、近時、責任説の問題提起に始まる一連の原状回復否定説が学説上有力に主張されて来ていることは、近刊の『新版注釈民法一〇巻Ⅱ』で紹介したところである。「中間的論点整理」も、その文面上に「責任説の問題意識を踏まえつつ」として一定の配慮を示しつつ、しかし、「まずは」、「判例法理の問題点を個別的に克服していく方向で、更に検討してはどうか」という形で整理し、パブリック・コメントが求められた。

法制審の議事録や配布資料によると、潮見、鹿野、高須、山野目幹事などにより、責任説をはじめとする原状回復否定説の、「検討委員会」の公表した「基本方針」（個別修正説と略称されている）に対する理論的・実務的優位性が説かれている。また、パブリック・コメントにも、筆者の属するドイツ民法研究会有志から詳細なコメントが提出されているほか、これとは別に、筆者自身もまた簡単なコメントを寄せた。しかし、現時点では少数意見にとどまって

いる。

近時筆者は、法律時報編集部から、九人の呼びかけ人の「民法（債権関係）改正についての提言」を受けて、今回の債権法改正作業について現時点での忌憚のない意見を述べてほしいとの要望を受け、小論稿を発表した。しかし、この論稿は、紙数の限定された雑誌原稿であるため十分に意を尽くさず、詳細は他日に譲るとして終わった。本稿はこれを受けて私見の詳細を発表するものである。第一章では責任説の概要を、第二章では、責任説後のわが国の学説の展開状況を紹介し、第三章では、「民法（債権法）改正検討委員会」の公表した詐害行為取消権改正の基本方針を批判的に考察したうえ、責任説からの立法論的提案を行うものである。第一章、第二章は、近時公刊した『新版注釈民法一〇巻Ⅱ』とほとんど重複するが、公刊後の学説（修正訴権説Ⅱ中西俊二説）等を補充的に紹介している。第三章では、法務省に提出した筆者のパブリック・コメント及び前述した法律時報の論稿を基本として、パブリック・コメントが求められた「中間的論点整理」の内容に沿ってより詳細に私見を展開する。

なお一言お詫びすべきことがある。「詐害行為取消権に関する近時の学説展開と債権法改正」と題した本論文の主たる狙いは、民法（債権関係）改正における詐害行為取消権制度の改革につき、責任説の立場からの問題提起をすることにある。ところが、民法（債権関係）改正さらには詐害行為取消権制度の改革に関する立法関係資料や学説さらには実務界からの意見書は今日膨大である。学問的には、これらのすべてに目を通して体系的に整理・分析し、意見を述べるべきであるが、現在の筆者には、残念ながら体力的に限界があり、かつ、「中間試案」のとりまとめまでに間に合わせたいとの希望もあって時間的制約がある。そこで、これを絞って、「検討委員会試案」と「中間的論点整理」を中心対象として検討し、私見を述べることにした。その前提として、参考までに、責任説の概要とその後の学説展開につき、昨年末に公刊した有斐閣刊『新版注釈民法』一〇巻Ⅱの拙稿の一部を利用してこれに若干の補充・訂正を

加え、第一章と第二章とをまとめ、第三章につなげる論文構成をとった次第である。本稿のテーマにつき、貴重な意見を公表されている研究者や実務界の方々々に失礼をお詫びする次第である。

第一章 責任説

(i) 責任説は、その立論の出発点を、詐害行為によって害される債権者の不利益の分析に求める。すなわち、近代法の下では、債務者には、破産手続き開始決定や特定財産への強制執行以前には、その所有財産に対する排他的独占の支配権が承認され、他方、債権者は、債務者の処分行為によって惹起される責任財産の増減・変動を甘受しななければならない。そして、債権者が債務者の財産から強制執行によって債権の満足を受ける権限は、担保物権におけるとは異なって、原則的には単に債務者その人の財産に対してのみ行使しうるのであるから、債務者が譲渡その他の方法によって失った財産は責任財産から除外される。つまり、財産の逸出ないし消失は同時に責任の逸出ないし消失を意味する。いわゆる詐害行為によって債権者が蒙る不利益とは、財産の逸出それ自体というよりは、正確にはそれに伴う責任の消失（これを「責任的反射効」あるいは「責任法的反射効」と呼ぶ）ということになる。

そこで、責任説は、詐害行為取消権行使の効果としては、詐害行為それ自体を相対的にはあれ取り消して無効とする必要はなく、財産逸出に伴う責任的反射効のみを取消によって無効にすれば必要かつ十分である、と説く。つまり責任説は、詐害行為取消権をもって責任的無効（あるいは責任法的無効）という効果を生ずる一種の形成権とみるのであるが、その行使としての取消訴訟は形成訴訟だという（当初、確認訴訟説を唱えていた下森説は、その後中野説をいれて改説した）。

(ii) 具体例で説明してみよう。債権者Xの債務者Aが、他に資産がないにもかかわらず、唯一の不動産をY(受益者)に贈与し、YはこれをZ(転得者)に譲渡し、それぞれ移転登記をしたという事例を取り上げる。

責任説では、取消の効果は債務者の地位に直接影響を及ぼすものではないから、Aを被告とする必要はなく、受益者Yまたは転得者Zを相手とすればよい。そこで、XはまずYを相手に取消訴訟を提起し、かつ、既に転得者Zに目的物が転売されているときは責任(財産)の回復に代えて価格賠償の請求をなしうる(形成訴訟と給付訴訟)。また、Xは、Zのみを相手としてA・Y間の贈与行為を詐害行為として、詐害行為取消訴訟を提起してもよく、この場合、取消判決が確定すると、A・Y間の贈与行為の責任的取消の結果、当該不動産はYのもとでAの責任財産を構成していたことになり、その地位をZが承継したことになる(責任的取消の限度で絶対効)。そこでZは、その不動産所有権を相対的にはあれ失うわけではないが、その所有名義のままXの債権につき物的有限責任を負う形となる(物上保証人のような地位に立つ)。これで責任財産の回復目的は達成されたことになり、債務者の下への現実の取戻しを求める取戻訴訟の必要はないが、責任関係の実現のためには、Zに対する強制執行忍容訴訟(責任訴訟Ⅱ給付訴訟)を取消訴訟と同時にまたはその後提起する必要がある。つまり、XはZに対する取消判決および責任判決(執行忍容判決ⅡZに対する債務名義)を得たうえで、Aに対する債務名義(ただし、中野説はAに対する債務名義は不要とする——後掲論文参照、下森説は必要とする)に基づき、Z名義の当該不動産に対して直接強制執行をなすことで満足を受けうる。回復された責任財産からの債権回収の手続は判例・通説の立場と変わらない。ZからAに現物や登記名義を現実に取り戻す必要がない点異なる。

(iii) なお、責任説では、取消の範囲は取消債権者の被保全債権額に限定されず、詐害行為の全部取消しを原則とする。取消の効果は責任的取消の限度で絶対効であり、回復された責任財産は総債権者の共同担保となる。したがっ

て、取消債権者以外の債権者も、債務者に対する債務名義に基づいて（民執五一条・一五四条）、回復された責任財産に対する取消債権者の強制執行に際して配当加入の請求をなしうる（民四二五条）。

この場合、取消の効果が及ぶ総債権者の範囲につき、詐害行為成立後に債務者に対して債権を取得した債権者も含まれるか、さらには、取消の相手方の配当加入をも認めるかは議論の分かれるところであり、この点は責任説の内部でもそうである。最終的には、立法による解決が待たれている問題点である（この点は立法論のところでは後述する）。

（Ⅳ）ドイツ法と異なり、取消債権者は、取消訴訟に要した費用について先取特権を持つ以外は、優先弁済受領権を持たない。債務者・受益者間さらには受益者・転得者・転々得者間の行為はいずれも物権的には有効であるから、債権者による強制執行がなされた後剰余金が出た場合は、債務者ではなく、取消の相手方に渡されることになる。したがって、全部取消しを認めても、取消しの相手方の取引安全に与える影響は、絶対的物権的無効説に比べて少ないし、四二五条の趣旨にもかなう。取引安全保護の見地から、原則として取消の範囲を取消債権者の被保全債権額に限る相対的無効説の下では、他に配当加入してくることが確実な債権者がいる場合に例外を認める必要が生じ、取消訴訟に参加せず、配当加入もしなかった債権者から後日詐害行為取消訴訟が提起される可能性があり、取消の相手方は再度の取消訴訟に巻き込まれる恐れがある。一回の取消訴訟で逸出財産の責任回復が全てでき、しかも取消しの相手方に与える影響も少ない点においても、責任説は訴訟経済上有益である。

（Ⅴ）最後に、取消権行使の結果、受益者または転得者から債務者の下へ責任財産の回復またはこれに代わる価格賠償がなされた場合、債務者とこれらの者との間の利害の調整問題が起こる。相対的効力説を代表する学説は、この点につき、詐害行為が無償行為（贈与や債務免除など）の場合には、受益者に不当な損失はないが、有償行為の場合には、受益者が支払った対価につき債務者の一般財産がそれだけ不当利得することになるとして、現存利益の返還請

求権が認められるという。しかし、この説に対しては、取消の効果を相対効としつつ、対価について不当利得を認めるのはおかしい、との批判がある。そこでこの請求権を追奪担保で根拠づけたり、債務者が回復された財産によって免れた債務の額を不当利得とみるべきだという。この問題につき、責任説（特に私見）はこう考える。詐害行為が財産譲渡行為の場合、その（責任的）取消の結果、取消の相手方は他人（債務者）の債務につき責任を負った形となるから、民法五六七条を類推適用して、転得者は受益者の、受益者は債務者の担保責任を問いうる（ただし、受益者善意で転得者が悪意の場合においても転得者を相手とする取消権の行使が認められるとする説〔いわゆる相対的構成〕において、取消訴訟で敗訴した悪意の転得者は善意の受益者の担保責任を問えない）。しかし、無償行為の場合には担保責任を問えない。さらに、回復された責任財産に対して取消債権者が強制執行して債権を回収し、債務者が債務を免れた場合には、第三者の弁済となるから、受益者または転得者は債務者に対する求債権を取得し、弁済による代位をなしうる。なお、詐害行為に際して受益者が債務者に対して支払った対価の不当利得返還請求は認められない。債務者・受益者間の行為は（債権的のみならず物権的にも）有効だからである。つきに、弁済や代物弁済などの債務消滅行為が詐害行為として取り消された場合には、消滅した債権が復活し、受益者は復活した債権に基づいて、回復された責任財産に対する強制執行に際して配当加入の請求をなしうる。もっとも、その請求には前述したように債務名義が必要なので、一定の制約がある。

わが国で責任説を初めて提唱したのは、中野貞一郎・下森定の二人である。⁽¹⁾その後、この考え方に立法論として、さらには解釈論としても共鳴あるいは妥当性を肯定し、あるいは検討に値するとするものがあらわれてきた。すなわち、この説は債務者の責任財産を保全して強制執行に備える、という詐害行為取消権制度の目的に適合した形にその制度内容を限定して構成し、判例・通説である折衷説の理論的難点を解決した点で優れていると評価するものである。⁽²⁾

最近でも、この傾向は続き、責任説を基本的あるいは積極的に支持⁽³⁾、あるいは、部分的に支持又は修正し、その理論的・実務的問題点を具体的に指摘して、問題点の掘り下げた考察をしている⁽⁴⁾。また、破産法の観点からの支持論文もある⁽⁵⁾。

しかし、責任訴訟はわが国では明文上認められていないから解釈論としては無理だとするものが多く、いまだ少数説である⁽⁶⁾。

(vi) なお、相対的取消の考え方をとりつつも、責任説に示唆を受け、取消判決の効力は人としての債務者（債務の主体）には及ばないが、責任財産（責任の担い手）には及ぶものとし、これによって責任財産が執行の対象たりうるといふ考え方が、奥田教授によって提唱された⁽⁷⁾。一つの説明の仕方ではあるが、問題は、債務者名義に財産の名義を現実に回復することの可否にある。この考え方によるときは、例えば取戻しの目的物が不動産の場合、受益者名義から債務者名義になおしたうえで強制執行をするのであるか、それとも受益者名義のまま債務者の責任財産として強制執行をなしうるといふのであろうか。前者だとすると、現在の判例・通説の立場と差異はなく、説明の仕方が若干変るといふにとどまり、後者だとすると、具体的な執行手続をどうするのかについて答える必要が生ずることにならう（しかし、おそらく、前者と考えられているのであろう）。「取消債権者を取消権行使の限りにおいて責任財産の管理人的立場に立つものと理解する」という説明は分らないではないが、名義を債務者名義に回復することから生ずる様々な障害を考えると、端的に受益者名義のまま強制執行を許す方が、法技術としてはベターであろう（ただし、奥田説は基本的には相対的取消の理論を維持する考え方である〔奥田二八五〕。奥田説に対する近時の批判として淡路二八〇以下参照）。

さらに、奥田説と類似の発想に立ち、取消の効果は逸出財産に対する清算手続きとの関係でのみ生ずるといふ手続

的相対効とし（否認の相対効と同様に考える）、したがって、手続き内では債務者にも効果が及ぶが債務者は管理処分権を有さず、受益者等は手続きとの関係で取戻財産につきなした処分をなしえない、詐害行為取消権は形成権であり、そのほかに請求権としての取消権を觀念する必要はないとする見解があらわれている。⁽⁸⁾ この説に対する批判としては、奥田説および前田説に向けられた批判が一部あたらう。

- (1) 中野貞一郎「債権者取消訴訟と強制執行」民事訴訟雜誌六号（昭三五）五三以下、同「訴訟関係と訴訟行為」（昭三六）所収一六〇以下（以下中野「訴訟関係」として引用する）。下森定「G・パウルス」債権者取消権の意義と諸形態」志林五六卷三号二〇三（昭三四）、同「債権者取消権に関する一考察」志林五七卷三号（昭三四）四四以下、三二四号（昭三五）一七六以下（以下下森「考察（1）（2）」として引用する）。
- (2) 川島武宜新説「民法第二部講義案」（昭三九）一九七、同判批「法協八一巻三三三〇七、三ヶ月章「民事訴訟研究II」（昭三七）一九六、新堂審判批法協八二巻六号（昭四二）八六七、星野英一判批法協八三巻一号（昭四二）一三三、飯原一乗「司法研究報告書」（昭四二）一八冊二五〇以下飯原「研究」として引用する）、林（安永）Ⅱ石田Ⅱ高木「債権総論（第三版）」（平八）（石田執筆）一九〇、安達三季生「債権総論講義（第四版）」（平二二）二二九以下（以下「安達」として引用する）、林錫璋「債権者取消権」民法講座IV（昭六〇）二〇四など。
- (3) 潮見佳男「債権総論II」（平一七）九一以下、山野貞章夫「詐害行為取消権の法的構成は、どのように展望すべきか」『現代契約と現代債権の展望』（一）（平二）一一四。
- (4) 平野裕之「ブラクティス債権総論」（平一七）二九七（以下「平野」として引用する）、淡路剛久「債権総論」（平一四）二八七以下（以下「淡路」として引用する）、加藤雅信「新民法大系III」（平一七）二三四以下（以下「加藤雅」として引用する）。
- (5) 上原敏夫「否認（詐害行為取消し）の効果と受益者の債権者」新堂古稀「民事訴訟法理論の新たな構築」（下）（平一三）四三七以下。
- (6) 松坂佐一「債権者取消権の研究」（昭三七）二三九（以下「松坂研究」として引用する）、鈴木緑弥「債権法講義（四訂版）」（平一三）一二四、船越隆司「詐害判決論—債権者取消権と管理処分権に関する考察」新報七四巻四二五（昭四二）一三二以下（ただし、債権者取消権の法的根拠については支持、なお、中田淳一「破産法・和議法」（昭三四）一五〇参照。最近では、飯原一乗「詐害行為取消訴訟」（平一八）二二七、三六二以下（実務の見地からの考察に基づき、現段階では実務への移植は困難とする）（以下飯原「訴訟」と

詐害行為取消権に関する近時の学説展開と債権法改正（下巻）

- して引用する)、内田貴「民法Ⅲ(債権総論・担保物権)(第三版)【平一八】三〇〇(以下「内田Ⅲ」として引用する)。
 (7) 奥田昌道「債権総論(増補版)【平四】二八一(以下「奥田」として引用する)。
 (8) 奥田説と後述する前田説との折衷説の見解、長井秀典「詐害行為取消権の構造」司法研究報告書八六号【平四】八二以下。

第二章 責任説後の学説の展開

(1) 訴権説

(i) 責任説の登場後、責任説と基本的には同様の発想に立つ訴権説が提唱された。「訴権説」は、大略次のように説く。①民法四二四条はその沿革的・比較法的考察に基づけば、実体法的思考と訴訟法的思考が未分化である「訴権」を規定した趣旨と解すべきである。したがって取消権が形成権か請求権かといったその実体権的性質如何にとらわれることなく(この点は責任説と異なる)、四二四条は端的に執行認容の訴えを規定したものと解すべきである。これにより相対的取消理論に明確な理論的基礎が与えられ、逸出財産の所有名義を債務者に回復することを要せずに強制執行が可能となり、相対的取消理論の欠点は克服される。②民法四二五条は詐害行為取消判決(執行認容判決)の判決効を原告債権者(≡取消債権者)以外の債権者にも拡張するという法技術的意義を有する規定である(これにより債務者の一般財産保全の趣旨が完全に生かされる)。③訴権説の立場から相対的取消理論を分析すれば、その内容は民事訴訟法上の「既判力の相対性」原則を明示しているにすぎず、実体法上の意味をまったく包含していない概念である。④訴権説によれば、民法四二四条そのものが訴権であると解するので、取消判決(強制執行認容判決)だけで足りるから、一回の訴訟ですむという利点がある。

(ii) この訴権説に対しては、①訴権という概念を認めることの問題性、また、このような概念を使わなければ、訴権説の主張するような効果を導きえないものか、一回の訴訟ですむとはいえず、実際の訴訟では、結局、取消訴訟と給付訴訟（あるいは責任訴訟）の併合審理と同じことになるのではないか（前田⁽¹⁰⁾）、②今日では、民法典全体が裁判規範なのであり（いわゆる司法的実体法）、民法に規定される権利は、訴権を実体法的に「構成」したものである（川島前掲六七）から、今日の時点における民法の解釈としては、起草者の立法技術の未熟さととらわれるべきでなく、実体法的に構成しなおして解釈するのが筋であり、単に詐害行為取消権が訴権だということから論理必然的に、訴権説の主張するような効果が導き出されるかは疑問である、また、③取消訴訟が訴権だということから論理必然的に、忍容訴訟が実務家によりそうたやすくは認められまい（下森⁽¹¹⁾）等の批判があった。

(iii) しかし他方において、訴権説を高く評価する見解もあらわれた。すなはち、この説は、取消権の訴権法的構成に着眼しつつ相対的取消理論の理論的欠陥を克服しようとするものであってその発想の斬新さ、さらにまた四二五条の法技術的意義を再発見してこれに明確な解釈論的基礎を与えた点においてその功績が大であること、責任説に比し、ドイツの学説のみに依拠せず、沿革的・比較法的に深く掘り下げて問題を検討していること、また、責任説のいう「責任法」・「責任法的無効」といった独特の発想や概念から生じる違和感を与えない点で優れていることから、これを高く評価するとの見解である（平井⁽¹²⁾）。もつともこの見解には、訴権説の解釈論上の帰結は判例・通説とあまりにも遠く、特に判決効の拡張という認識を現行民法解釈論の基礎に置くときは（学説史的認識としては正しいとしても）、解決困難な問題が続出し、取消権の利用の道を閉ざすおそれがある、したがって、執行忍容の訴えという基本的発想はこれを生かしつつ、判例の準則とさほど離れることのない、理論的基礎づけをもった解釈論を試みるべきである、との論評も付け加えられている（平井⁽¹³⁾）。なお、平井教授自身は訴権説に対する上記の論評の上に立って、「侵

先弁済肯定説」と呼ばれる考え方を提唱されている。⁽¹⁴⁾ さらに、訴権説に対する批判として、山野目(前掲(注3))論文)、飯原(「訴訟」二七) 批判等がある。

- (9) 佐藤岩昭「詐害行為取消権の理論」〔平一三〕(以下佐藤「理論」)として引用する。
- (10) 前田達明「詐害行為取消訴訟試験 判夕六〇五号」〔昭六一〕二、その後「口述債権総論〔第三版〕」(以下「前田」)として引用する。二六六で再批判。これへの反論、佐藤「理論」三三七。
- (11) 下森定旧「注釈民法」一〇卷(以下下森「旧注民」)(10)として引用する。四二四条15エ③。これに対する反論、佐藤「理論」三二四、三六五。
- (12) 平井宜雄「債権総論〔第二版〕」〔平上〇〕二七九以下(以下「平井」)として引用する。
- (13) 平井二八一。この論評への肯定的応接、佐藤「理論」四三八。
- (14) この点については下森「新版注釈民法一〇卷Ⅱ」(以下下森「新注民」)(10)Ⅱとして引用する。四二五条Ⅳ参照。

(2) 新形成権説

(i) 他方において、新形成権説とでもいうべき説があらわれた(前田⁽¹⁵⁾)。この説は、詐害行為取消権をもって、逸出した財産を一旦債務者の一般(責任)財産に戻して債権者がそれによって満足を得る制度であるとみる。そして、訴えの相手方としては、債権者は、債務者と受益者全員を被告としなければならない、とし、判決主文で、債務者の法律行為を取り消し(不動産の登記は手続上からみて債務者へ戻させ)、さらに債務者に債権者への給付を命じ、したがって、この判決主文をもって債務者の一般(責任)財産(第三債務者の手許にあるものであっても)に民事執行が可能になるといっわけ、実質的に一回の訴訟で解決しうる、という。また、価格賠償は民法四二四条の問題ではないとし、不法行為に基づく損害賠償請求の一種とみる。なお、この考え方に対しては、不動産の場合を別として、

民法四二四条の解釈としては形成権説であり、それとは無関係の債権者の債務者へのごく普通の給付の訴えをくつただけではないか、という批判があるが、そのようにとられてもよいと思量しているとのことである。この説はかつての形成権説に対する批判に応え、債権者代位訴訟を不要とし、判決主文や民事執行手続きとの関係も考慮するものである。⁽¹⁶⁾

(ii) この説に対して筆者は、かつて次のごとく批判した。「この説に対しては形成権説に対する批判の中、とくに、債権者取消権制度の目的からみて過剰な手段を許すものであり、取引の安全に対する侵害が大きいという批判があてはまるであろうが、論者はこれに対して、『そもそも、債務者の一般(責任)財産を構成していた財産であるのだから、全面的に復帰させてもさほど不都合ではあるまい(債務者も受益者も「善意」があるのだから)』とこたえている。しかし、債務者・受益者の悪意は害意たることを要しないのであり、他方、もし主観的要件につき害意を要求するというのであれば、それは沿革的にみて客観主義的色彩を強くしてきた今日の債権者取消制度にそぐわず、制度の機能領域をせばめるものであって、妥当性を欠くといえよう。取戻しの目的物が不可分物で被保全債権の額が目的物の価格をはるかに下回り、しかも他に債権者がいない場合を考えると、この説の結果の不当性が明白のように思われる。また、取消の効果を絶対効とみるのか相対効とみるのか(おそらく前者と思われるが)、悪意(害意でなく単なる認識の場合)の転得者があらわれているときはどうなるのか、従来形成権説の問題点とされている点について必ずしも具体的に明確になっていない」⁽¹⁷⁾と。もっとも、後述するように、近時の民法(債権法)改正検討委員会の改正案は、前田説的発想が強く、今後の動向が注目される。

(15) 前掲(注10)前田論文二以下。その後「前田」二六七以下。

(16) 中田裕康「債権総論(新版)」(平三三)二五九。

詐害行為取消権に関する近時の学説展開と債権法改正(下稿)

(17) 下森「旧注民」(10) 四二四条一五エ④「新注民」(10) 二八〇八。その後の前田説批判として佐藤「理論」三七〇以下、淡路一七八などがある。なお、右の佐藤・淡路批判への再反論として、前田達明「民法学の展開」民法研究第二巻(平二四)第六章「詐害行為取消権について」三一以下があり、同じく下森批判への再反論がある(同冊三四九以下)。すなわち、①「善意」としたのは民法の条文を引用したままで、その内容は判例通説と同様「認容」である、②取戻しの目的物の価額と取消債権者の被保全債権額との均衡が取れていない場合には過大な取戻しになるというが、そのような事例は稀であり、債権者、受益者、転得者には「認容」があるのだから取消のリスクは覚悟すべきであるし、判例通説のとる「総合判断」の解釈で対処すればよい、その際取消訴訟の被告となっている債権者は自己の利益主張ができるので自説はかかる設例の下でも、役に立つ理論である、③私見が絶対効であること、転得者との関係は、すでに「口述債権総論第三版」(平五)二八三頁で提示しているところ、という。

(3) 修正責任説

(i) さらに注目すべきは、修正責任説を提唱する加藤雅信説の登場である。⁽¹⁸⁾ 加藤説は、①従来の責任説は詐害行為取消訴訟の被告適格を受益者ないし転得者に限定し、債権者・債務者間に存在する債権の消滅につき債務者をどのように位置づけるかという問題に注意を払っていなかったこと、②当初の責任説は、詐害行為取消訴訟(形成訴訟)と同時にまたはその後に責任訴訟(強制執行忍容訴訟)を提起することが必要という二段階構造をとる迂遠な法的構成であったうえ、現行のわが国の民事訴訟法が責任訴訟という訴訟形態を知らず、解釈論上の問題があることを自認していた、という二点の問題点を有していたので、その克服をめざすという問題意識に立つ。

(ii) そこで、①詐害行為取消訴訟の結果、回復された責任財産への強制執行があれば、被保全債権は消滅するのであるから、詐害行為取消訴訟の被保全債権は、詐害行為時以前に発生し、取消権行使時(口頭弁論終結時)までに弁済期の到来した金銭債権であることを要する。②詐害行為取消権行使の効果は、取消権者の有する被保全債権の執行力を債務者以外の受益者・転得者にも拡張することにあるのであるから、被保全債権が執行力を有することが必

要である。つまり、被保全債権に債務者についての債務名義が必要である。ただし、この債務名義は取消権行使時（口頭弁論終結時）までに取得できれば足りる。しかし、訴え提起の段階で既にこの債務名義が存在する場合とそうでない場合とでは、訴訟手続きが異なるので、訴訟提起時に債務者に対する債務名義が存在している場合の詐害行為取消訴訟類型（存在型）とそれが存在していない場合の類型（不存在型）の二つの類型に分けて詐害行為取消権行使の手続きを考える必要がある。

(iii) まず、債務名義存在型においては、詐害行為取消訴訟の被告適格としては、将来の求償権行使を考え、本来的には債務者・受益者（転得者がいる場合は転得者も含めて）を相手とする固有の共同訴訟とするのが論理的であるが、これまでの実務との接合性を考慮して、被告適格は受益者、または転得者に限定することを一応の結論とする（ただし、求償権行使との関係で被告になった者に他の利害関係者に対する訴訟告知義務を課す）。また、詐害行為取消権行使の基本的効果は、責任説の下では、債権者が受益者・転得者に対して逸出財産に対する物的有限責任を追及することを許すものであり、さらに状況によっては、逸出財産の価値の範囲内で人的有限責任を追及するもの（価格賠償の請求）である。そして、四二五条により取り消しの効果は取消債権者以外の債権者にも及ぶとされているので、この訴訟の法的性質は対世的効力としての形成力をもつ形成の訴えとしての性格を帯びる必要があるから、結局、債務名義存在型の詐害行為取消訴訟は形成の訴えと執行受忍の訴えとの複合的訴訟形態になると考える。このように考えてくると、詐害行為取消訴訟判決が確定した後には、責任訴訟等の名のもとに特別な訴訟手続きをとる必要も、責任判決の名のもとに執行受忍判決等の特別な判決を取得する必要もない（この点は、責任説に賛成する安達説が既に提唱したところであり、安達説によると、責任説による詐害行為取消訴訟の手続きは、取消訴訟の判決には責任法的取り消しを宣言するとともに、被保全債権及び差し押さえをなしうる被告所有の財産の範囲が明示される、そ

ここでこの判決を債務名義として原告は被告の財産に差押をなしうる。被告はこの差押に第三者異議の訴えでこれを排除することはできなくなる、としている〔安達一三〇〕。さらに、平野説、佐藤説も同一結論を主張しているが、この結論は正当である。

(iv) ついで債務名義不存在型においては、債権者の債務者に対する給付訴訟、債務者・受益者間の責任法的取消を内容とする形成訴訟、受益者または転得者の執行受忍訴訟、以上三種の複合的訴訟形態となり、必ず被告としなければならぬのは債務者と受益者(固有必要的共同訴訟)、転得者は場合によって被告となり、この場合は三当事者が被告となる。以上いずれの場合も形成判決については対世的効力が付与される。また、取り消しのみを訴求する詐害行為取消の訴提起は認められないという。

加藤(・安達)説の考え方は、強制執行忍容訴訟を解釈論として認めうるかの問題はしばらくおき、従来の責任説の難点とされた問題を一定の範囲で解決しており、評価できよう。

(18) 前掲「加藤雅」一三四以下。

(4) 水野吉章説(仮称「債務者行動の総合考慮支配説」)

(i) 水野説は、一九八四年のUFTA以降の新しい現代的取引、現代社会の変容を踏まえたアメリカの詐害取引法理を分析・紹介し、日本法の解釈論・立法論に寄与することを目的とした見解である。⁽¹⁹⁾ 水野論文は、まず、従来の日本の議論では、「(債務者の行動による)信用収縮の発生と詐害行為取消権がそれを防止するメカニズム」について問題意識が欠如あるいは不十分であり、そのことが、詐害行為取消権の存在意義や問題解決へのメカニズム、要件

論、効果論の展開に影響を与えているとの問題意識のもとに、近時のアメリカ詐害取引法の法理と対比しつつ問題点を検討し、①詐害発生のメカニズム、②詐害行為取消権の存在意義、③問題解決へのメカニズムに関する現代アメリカ法の詐害取引法理を分析・紹介する。⁽²⁰⁾ 法と経済学的手法も駆使して展開されているアメリカ法理の紹介は新鮮で興味深い。ついで、これを基にして、日本法の検討に入り、詐害行為取消権の存在意義、要件論、効果論について一定の具体的提言をおこなっている。⁽²¹⁾ この説をどのように呼ぶべきか適当な名称が考えつかないので、とりあえず「債権者行動の総合考量支配理論」と名づけておく。

(ii) この説はまず、詐害行為取消権の存在意義について、「詐害行為取消権は、債権者と債務者との関係を規律し、債務超過時における債務者の行動の変化、端的には、「意思決定の歪み」——それが債務者の資産価値に影響を与える——を詐害行為として規制するもの」とする。詐害行為取消権制度を責任財産保全あるいは責任秩序の維持制度と見る従来の考え方をもう一步進め、債務超過に陥った債務者が平常時とは異なった非合理的な財産処分行動に走ることが及ぼす債権者との間の信用秩序(＝責任秩序)への影響、そしてこれに対する取引相手方の対応行動、さらにはこれらの行動に対する詐害行為取消権制度の存在がもつ抑止力といった(詐害発生のメカニズムの分析)角度から、制度の存在意義を多面的・総合的に捉えなおす必要があるとの問題提起といえようか。債務者の行動(＝意思決定の歪み)の内容を掘り下げて分析し、それに対応する詐害行為取消権の抑止力の影響を検討した視角が新鮮である。これを受けて、要件論につき、不法行為説に始まる日本の総合的相関的判断論の普及が詐害行為取消の拡張機能をもたらしていることに一定の前向きな評価を与えつつも、「総合考量を支配する理論」⁽²²⁾を欠くためその内容が不明確であって、理論なき総合判断のもたらす弊害のおそれを既に学説から批判されており、類型化による判断基準確立の試みがあるとはいえ(旧注民第一〇卷四二四条、四二五条(下森)を引用)、それは既存の判例を類型化したにとまり、

詐害行為取消権に関する近時の学説展開と債権法改正(下森)

総合判断を支配する理論とはいえない(端的にいえば、判例の結論への後追的追隨にすぎない)と批判する。⁽²³⁾そして、「弁済」のように当初は「詐害」とは理論上区別されていたものを「詐害」に取り込んだためにこれまでの日本法の要件論は混迷を極めているとも批判する。

(iii) そのうえで、先に提起した「詐害行為取消権の存在意義」を判断基準として、端的に「弁済」の詐害性なども判断すればよく、それが債務者の行動(経営判断)によって行われ、資産価値の下落をもたらすものであれば取消の対象となりうるとすればよいという。そして「弁済」においては、詐害と偏頗は重なり合っているから、両者を二分して弁済を偏頗行為と性質決定し、後者は倒産法によって処理されるものであるから、詐害行為取消の対象とはなりえないと割り切ることには問題があるとして、わが国の改正破産法(平成一六年法律第七五号)以来強まった弁済の詐害性否定説(小林、沖野、内田、森田(修)⁽²⁴⁾)については、債務者の意思決定による行動であるから、合理的意思決定がなされず意思の歪みがあらわれうる。担保権の設定による資金調達もそうである。債務超過時における自己資産の流動化(現金化)は、使途についてコミット(下森)どのようなコミットなのか、その内容は明らかでない。当事者間の契約によるコミットか、それとともに法的介入つまり取消権行使の許容をもうものであろうか)されていない場合には、「意思の歪み」のおそれ故に、債務者の資産価値の下落となる(下森)それ故取消を認めることでコミットしておく必要がある?。コミットがなされている場合には、その使途によつた場合における資産価値の増加を問題にすればよい(下森)増加があれば取り消しを認めない?。このほか、社会政策的考慮による取消権行使の制限判断もありうるが、これは債務者の意思決定によって発生する「詐害」性とは相関しない判断基準である(生計費や子女の教育費に当てるための資産の流動化など)。また被保全債権が「租税債権」や「不法行為債権」である場合には若干

異なる考慮が必要である。「租税債権」については信用秩序維持の問題ではなく、「不法行為債権」の場合にも、債権者を詐害行為取消権で保護しないでも信用秩序は破壊されないから、この場合にも異なる考慮が働くこととなる〔下森「被害者保護法理?」〕。このように考えれば伝統的な要件論の内容がより精密になるであろうが、ここでは視点の提示に止め詳細は他日を期すという。

(iv) ついで効果論に進み、大要以下のように説く⁽²⁵⁾。まず、詐害行為取消権制度は一般信用に資するための制度(信用秩序維持制度)である、換言すると、「債務者のガバナンス(資産管理を指す)の低下を最も安価にやり繰りできる者(主として取消債権者を指す、債務者の取引相手である受益者も監視機能をもつという)に債務者の行動を監視させ債務者の行動を倒産政策上合理的たらしめるよう支援させる制度」であるという論者の「存在意義論」からして、「取消の後始末」としての効果論上、「あらゆる場面において(何らかの形で、例えば取消債権者の債権に共益費用の先取特権を認めることで)取消債権者に優先弁済受領権を与えることが至当」という⁽²⁶⁾。按分弁済とすると債権者の取消行動が抑制され、あるいは取消権行使の意欲が減退し、結果として、債務者資産の毀損が強まり、ひいては信用の収縮につながるからという。そして、四二五条の意義については、取消債権者が優先弁済を受けた後の部分について、「取消しの効果についての判決効の拡張を受けた(佐藤説)総債権者」が配当要求をすることができる、つまり、判決効の拡張が「総債権者のために」の意義であるという。

(v) このような見地から、さらに、取消しの効果として現物返還(取戻し)が是か、執行忍容が是かについては、こう説く。伝統的学説の上記問題設定は、倒産法制として解体型の包括的清算手続きである旧破産法を念頭に置くものであるが、倒産法制として再建型法制、破産法における一体清算(営業譲渡)が重要な機能をもつ今日においては、取り戻しによる資産価値上昇の相乗効果が望める現物返還が、優先弁済を維持しつつも資産の一体性を回復できる点

で至当となる場面も存在する。そして詐害行為取消権の簡易破産的機能面をも考え合わせると、詐害行為取消権の効果論上も、現物返還か、相手方の下での執行忍容かの二者択一でなく、その両者に加え金銭による賠償方式も含めて、個々の事例ごとに、債務者資産の最大化・信用の回復のためにもっとも有効な方式の選択を許すのが妥当であること、そしてその選択権は取消権を行使する債権者に与え、また裁判官が釈明権を行使して、取消権者の主張を取戻請求へと誘導することが重要であると説く。もっとも、取戻しを認める場合には、債務者の下に戻された資産について再び詐害取引が行われないようにする仕組みの工夫が必要という。

(vi) 結局のところ、論者は、効果論上もっとも重要なことは信用秩序の維持やその回復にとってもっとも望ましい効果をもたらす方式を工夫することという。例えば、債務者の行動が財貨（物や金銭）の移転取引による場合には、対象物が金銭か物かの形式的基準にこだわらず、ともに取消債権者に優先弁済受領権を認める。他方において、債務者の行動が金融取引による場合には、取引の相手方が債務者の経営判断について、もっとも（場合によっては債務者よりも）責任ある決定をなしうるのであるから、その者のもつ債権者に対する債権については、その他の総債権者に劣後させることで、取引相手方に適切な行動規範を与える（つまり、そうすることで債権者に対する単なる債権者としての立場からは見落としがちな、いわば株主的な立場からの債務者企業の経営に関するよりよい経営判断・監視を可能ならしめる）といった方式である。論者の狙いは、いわば、前者では、取消債権者の優先弁済権を保証すること（つまり債権者に詐害行為取消行動意欲をかきたたせることで）、後者では、詐害取引の相手方債権者の債権を劣後させることで、ともに詐害的取引行為発生を抑止力を生じさせ、信用秩序の維持・回復を狙うものといえようか。論者は、このような理論を基礎とした解釈は、相対的取消理論をとる判例理論に適合的であり、その帰結である「取消し・取戻し」をよく説明しうるものであるという。そして、他方において、解体型清算手続きを念等においた場合

には、受益者のもとにある逸出財産に対して総債権者が執行するのが至当という解釈が合理的であるけれども、倒産処理制度として解体型清算手続き以外の倒産手続きが出現している今日の時点での「一般的信用秩序維持」(詐害行為取消権の存在意義)の見地から見ると、「取消し・取戻し」、「執行忍容」のいずれにも一理があるのであって、解体型倒産手続きを念頭に置いた時代の「責任説」では社会の変遷に対応できないという。

この批判については、責任説の立場からは、以下のように答えることとなろう。前述したように、再建型法制においては、その目的に適した保護手段として「取戻し」が妥当であることに異論はない、しかし、再建型法制でもちろん、解体型でも総括的な清算手続きである否認権の場合と異なり、個別的清算手続きである詐害行為取消権の領域では、原則として「執行忍容」が今日でもなお合理的であり、その点は水野説も認めるとおりであろう、と。

(vii) なお、要件論につき、総合的相関的判断論は「総合考量を支配する理論」を欠くためその内容が不明確であって、理論なき総合判断のもとらす弊害のおそれがあり、類型化による判断基準確立の試みがあるが、それは既存の判例を類型化したにとまり、総合判断を支配する理論とはいえない(端的にいえば、判例の結論への後追いの追隨にすぎない)との批判についても一言しておこう。

筆者は最近、要件論について、近時の判例・学説の展開を踏まえて従来の私見を補正し、より詳しく展開する機会を持った。すなわち、無資力状態の下で債務者が行った財産処分行為について、立法政策上、法は、第一に債務者に承認した財産管理自由の原則と、第二に債権者保護のための責任財産保全の原理、第三に利益者・転得者の保護との関係で、それらの取引の安全をどう図るか。あるいは、詐害行為が弁済とか代物弁済といった債権者同士の詐害行為取消訴訟においては、債権者間の平等をどう図ったらいいか。このような三つないし四つの価値判断の基準原理に基づいて債務者・受益者間の行為を評価し、それらの利益の比較考量に基づいて、関係当事者間の対立する利害関係を

公平かつ妥当に調整することが要請されること、ついで、行為の詐害性成否の具体的判断基準として、たとえば、①債務者の行為の動機や目的の正当性、②手段・方法の妥当性（以上、債務者の財産管理自由の尊重）、③受益者や転得者の主観的事情（取引安全保護の尊重）、④受益者が既存債権者の一人であった場合には、取消債権者との関係をどうみるかの問題（債権者平等の尊重の是非）などの諸点に留意しつつ、⑤終極的には、債務者の責任財産保全（制度の目的である債権者保護、責任秩序の維持）との調整をいかにはかるべきかの総合判断のうえで取消の可否の判断を下すべきであるとの一般論を述べ、これを基準にして判例の類型的分析を具体的に展開し、詐害行為の各類型毎に詐害性判断の基準を明らかにすることを試みた。これも水野説の言う「総合考量を支配する理論」の一種と思うが、これを批判する水野説でやや気がかりなのは、法と経済学的手法による無資力状態下での債務者行動（意思決定の歪み）の内容分析を主要な前提とし、それに対応する詐害行為取消権の抑止力の影響を中心に要件論・効果論を組み立てることのみでよいかの疑問である。換言すると取消の相手方である受益者や転得者の取引安全への考慮、受益者が債権者の一人である類型の債権者平等への考慮などをどういう形で具体的に取り込むかの問題である。例えば、論者は、詐害行為取消権の効果論上もっとも重要なことは信用秩序の維持やその回復にとってもっとも望ましい効果をもたらす方式を工夫することとし、現物返還か、相手方の下での執行忍容かの二者択一でなく、その両者に加え金銭による賠償方式も含めて、個々の事例ごとに、債務者資産の最大化・信用の回復のためにもっとも有効な方式の選択を許すのが妥当であること、そしてその選択権は取消権を行使する債権者に与え、また裁判官が積明権を行使して取消権者の主張を取戻請求へと誘導することが重要であると説く。しかしそうなると、選択権を与えられた債権者としては、自己に最も有利な詐害行為の全部取消し、全部取戻しを選ぶことになる可能性がきわめて高い。この結果の取り消しの相手方の取引安全に与える悪影響への考慮不足が明確である。ただ、水野論稿では、要件論の具体的・詳

細な展開は将来の課題とされ、現時点では視点の提示にとどまりその内容が不明確であるので、この問題提起の功罪の判断については、将来の展開の結果に待ちたい。

(四) 筆者が特に気がかりな点は、判例法の類型化による判断基準確立の試みは、既存の判例を類型化したにとまり、総合判断を支配する理論とはいえず、判例の結論への後追いの追隨にすぎないとの批判である。ここには、法解釈学・予防法学における判例研究の重要性に関する過小評価・認識不足の懸念が感ぜられる。いうまでもなく民法は裁判規範であるが、それは同時に行為規範として機能するから、法と経済学的手法も有用であるが、判例研究による判断基準確立の努力も有用である。つまり、法化社会の進展した今日では、取引行為にあたりいかなる取引行為をしておけば将来の法的紛争を避けうるかの予防法学的考慮が重要であり、そのためには将来の裁判の予測としての判例研究が必須である。論者の言う「許害的取引行為発生の抑止力」となりうるのは、成文の民法典の知識のみならずそれが実際に具体化された裁判例の知識である。そして判例を研究することの意義・目的は、判例法の客観的分析・認識にとどまらず、それを土台として将来の望ましい裁判形成へ働きかけるといふ極めて実践的な研究活動を行うことにある。少なくとも、筆者の行っている判例の客観的・类型的分析に基づく許害行為取消権成否の判断基準確立の試みは、このような理論的・実践的問題意識に基づいて展開したものである。⁽²⁷⁾判例法の類型化による判断基準確立の試みは、果たして、「端的にいえば、判例の結論への後追いの追隨にすぎない」との抽象的な一言で切って捨てうる程度のものであろうか。論者の将来の研究展開で、筆者の試みが結果として「判例の後追いの追隨」になっ⁽²⁸⁾ていくことを具体的に論証・指摘したうえで、私見の判断基準の有効性を批判していただきたい。

それはともかく、現代取引社会の変容分析を踏まえた、水野論文の解釈論・立法論に対する斬新な問題提起は興味深い。論者が今後の課題として掲げる問題を中心とした研究の一層の進展を期待したい。

- (19) 近時のアメリカ法の動向については下森「新住民」(10) Ⅱ四二四條13オ(七八八以下)及びそこで引用した文献参照。
- (20) 水野吉章「詐害行為取消権の理論的再検討」(1) Ⅴ7・完」北大法学論集五八卷六号三二四六、五九卷一号四九八、三号一五九八、六号三五三八、六〇卷一七九〇、五号二二四八、六一卷三号一〇四〇(平二〇〇、平二二)。
- (21) 北大法学論集五八卷六号、五九卷一号、三号、六号、六〇卷二号。
- (22) 北大法学論集六〇卷二号、五号、六一卷三号。
- (23) 早川真一郎「詐害行為取消権からみた債務者の行為規範」倒産手続きと民事実体法(別冊NBL六〇号)(平二二)二三三―二五〇、吉田邦彦「リアリズム法学と利益考最論」、同「民法解釈と揺れ動く所有論」(平二二)五三―五四を引用。
- (24) 北大法学論集六一卷三号一〇三二。
- (25) 北大法学論集六一卷三号一〇二六。
- (26) 北大法学論集六一卷三号九八〇、九八四、九九三、一〇〇二。
- (27) 下森定「債権者取消権の判例総合解説」(以下下森「判総解」として引用する)(信山社、平二二)四三以下。同・前掲「新住民」(10) Ⅱ四二四條Ⅱ八二以下。
- (28) 筆者の判例研究方法論については「判例研究の方法」法学教室一〇〇号(一九八九年)九〇頁以下、「川島法学における判例研究方法論」ジュリスト一〇一三号(一九九二年)四三以下参照。また、判例の先例的意義の決定における客観的認識の問題と実践的主張の関係を扱った近時の具体的判例研究として、下森「債権者取消権をめぐる近時の動向」②「日本法」(成蹊法志六六号(二〇〇八年)一以下)で取り上げた最判平一七・一一・八民集五九卷九号三三三三についての研究(二四以下、とくに三〇以下)参照。

(5) 修正訴権説(中西俊二説)

中西説は、論者の説明によると、actio Paulianaに遡る沿革的理由およびフランス法およびドイツ法の通説・判例の見解に基づいて、詐害行為取消権を對抗性否認権と執行忍容請求権とが複合的に結合した訴権と解する見解とい⁽²⁹⁾う。ここにいう對抗性否認権とは、実体法上の効果を生じさせる権利であり、執行忍容請求権は訴訟法上(厳密には執行法上)の権利だという。またここでの對抗性とは、契約により有効に財産権を取得した者は、第三者に対して自

己が権利者である旨を主張できるというフランス法的内容を意味するものという。そして、この對抗性を取消債権者との関係で実体法上否認する効力を有するのが詐害行為取消権であると説明する。そこで、詐害行為取消権行使の方法としては、債務者を被告とする必要はなく、被告は受益者又は転得者とする。そして、債務者に対し一定の範囲で詐害行為取消しの効果を及ぼすこと及び債務者の手続的保障を図る必要があるときは、訴訟告知（民法法五三条）をすればよいという。また詐害行為取消権行使の効果について、取消権行使の結果としての執行対象財産が不動産の場合と金銭を含む動産の場合とは、その効果を異にすべきであると主張する。すなわち、具体的には、不動産の場合は取消権行使による差し押えの効力は責任財産保全の趣旨から詐害行為前の総債権者に及ぶが、金銭・動産については、取消原告と訴訟参加した債権者にのみ目的物に対する執行力の効果が及ぶものと解する。この考え方は民法四二五条の縮小解釈論に基づくものである。論者はさらに民法改正試案についても具体的提言をしている。

この中西研究は、佐藤教授の訴権説を基本的に受けつぎ、さらに責任説からの判例・通説への批判に「刺激され」、相対的無効の理論と民法四二五条の「すべての債権者の利益」とをどのようにして調和させることが可能かの問題意識の下に、ローマ法にはじまる詐害行為取消権の沿革およびポアンナード草案を含む立法者の意思並びにフランス法およびドイツ法の通説・判例を丹念に検証して自説を展開したもので、責任説にはじまる近時の一潮流の延長線上に立つ問題提起作といえよう。

(29) 詳細については、中西俊二「詐害行為取消権の法理」(信山社、平三三)二二七以下参照。その他、同「詐害行為取消権試験」(岡山理科大学紀要第四六号B、平三三)、同「詐害行為取消権に関する試験」(私法第四七号(平二四)二〇四以下)。

(6) 近時の学説展開の總括

(ア) 責任説の登場後、一九八〇年代以降から最近までにあられた近時の学説の問題状況につき、大要、次のような整理(大村整理)⁽³⁰⁾がある。

議論の方向は三つに別れる。第一は、既存の見解の修正を試みる方向である。判例・通説に立ったうえでその修正を試みた奥田説、および形成権説の再評価を試みた前田説がその代表例である(長井説もここに入る)。第二は、責任説と同様な帰結を別の法律構成によって実現しようと試みた訴権説であり(佐藤、平井)、ドイツ法固有の「責任法無効」とか「執行忍容判決」といった特殊な概念を使わず、制度の沿革的研究・比較法的研究(仏独米)を基礎にして、四二四条は逸出財産に対して直接執行できる「訴権」を債権者に付与したものと説明するとともに、これまでもあまり注意されていなかった四二五条につき、これは他の債権者に対する判決効拡張の規定であることを明らかにし、これを考慮した解釈の必要性を説いた点に特色がある。しかし、その解釈論上の帰結は判例の準則とあまりにも遠く、難題が生じすぎることから、第三に、訴権説の発想に立ちつつ、四二五条を無視して判例との整合性を維持しようとする「優先弁済肯定説」(平井)があらわれた。しかし、この説も判例・学説の大勢から大きく離れているといふべきかもしれない。

(イ) この大村整理後、さらに最近の体系書その他で議論が続いている。すなわち、

(i) 従来の判例・通説を積極的あるいは修正を加えて支持するもの(前者は近江一五五以下、後者として相対的取消の理論的精緻化Ⅱ奥田説の方向性、破産に至らない段階での実体法規範の発見や民法四二五条の位置づけ等の必要性を指摘しつつ支持を表明する中田二六〇以下)。

(ii) 責任説を基本的に支持し、その方向でさらなる展開を模索するもの(潮見Ⅱ七五以下、山野目前掲論文、後

掲高須、神尾論文。

(iii) 基本的に責任説や訴権説的発想に立ちつつ、執行忍容訴訟の解釈論的根拠づけとして形成訴訟と給付訴訟の複合訴訟(こう解すると一回の訴訟ですむ)とみ、この執行忍容訴訟による取消判決によって、被告受益者又は転得者の手許にある目的物が債務者に対する債権の執行対象となり、取消債権者が総債権者のために管理処分できる信託財産を形成するとの見解(責任説と奥田説との一種の折衷説・小林秀之Ⅱ角紀代恵、「手続法から見た民法」〔平五〕一九四)。

(iv) 一部で相対的取消説と執行忍容訴訟説とを組み合わせ、また一部で責任説および訴権説に従うとし、取消の効果は「相対効」(それは取消債権者と取消の相手方である受益者(または転得者)との間でのみ生ずる相対的無効、詐害行為の契約当事者間(債務者・受益者更には転得者間)では有効)で、フランス法にいう「対抗不能」(受益者が債務者との間の契約の存在を取消債権者に対抗できない)と結論的に同じ、しかし原状回復は認めず、執行忍容訴訟を許容するという新たな折衷説(淡路二八七以下)。

(v) 責任説に妥当性を認めつつも、裁判所による採用可能性という訴訟戦略的見地から、現在のフランス法にいう「対抗不能」論の提唱(一種の形成権の行使、片山直也「詐害行為取消制度の基本構造」私法五五号〔平五〕二二六以下(その後「詐害行為の基礎理論」〔平二三〕四六九以下に所収)に依拠し、詐害行為取消の効果は債務者と受益者間では有効なまま、しかしそれ以外の者との間ではすべて無効、一種の相対効ではあるが、判例のいう相対効とは異なり、取消債権者と受益者との関係においてのみ無効となるのではなく、形成権説のように絶対的無効でもないという点で、相対的取消の難点は克服できるという見解(平野三二六以下)。

(vi) 現行法下における判例・執行実務を踏まえて、責任説や訴権説(両者をまとめて強制執行忍容説と呼ぶ)の

唱える強制執行忍容訴訟の解釈論による導入の可能性を丹念に検討したうえ、この考え方は理論的に優れた面はあるが、わが法制や実務のまったく知らない裁判形式・執行形式なので、今すぐその解釈論を採用するための土壌があるとはいいいがたいとの見解(飯原一乘「強制執行忍容説と裁判・執行実務」判タ九三五号〔平九〕二八以下)。

これらの諸見解の他、(Ⅶ)修正責任説(加藤〔雅〕説)や(Ⅷ)債務者行動の総合考量説(Ⅸ)修正訴権説(中西説)が登場してきたことは前記のとおりである。

この問題をめぐる今日の学説状況は、まさに百家争鳴の感がある。ここでこれらの諸見解につき一々応接することは避けるが、大局的見地から一言しておこう。

(ウ)これらの学説の潮流を俯瞰するとき、①従来の確定判例・圧倒的通説に対して、新たに登場した責任説が一石を投じ、その基本的発想の理論的妥当性・実際の有用性が次第に理解されて、学説に流動化現象が生じたこと、②しかし、執行忍容訴訟という手続規定を欠く日本法の下で解釈論としてこの訴訟を認めることが困難であり、その克服のための諸種の努力も目下のところ実務を動かすまでには至っておらず、その可能性も少ないと思われること、③ただ、比較法的に見ると、再建型・解体型を問わず総括的清算手続きである破産否認の場合とは別として、個別清算手続きである詐害行為取消権については、ドイツ・フランス・アメリカの諸国では、法的構成や手続きは異なるものの、いずれも結果としては取消権行使の効果として原状回復を認めず、原則として受益者あるいは転得者の下にある逸出財産への直接の強制執行を認めることで責任財産の保全・回復がなされており、それが不可能あるいは許されない場合に例外的に価格賠償による救済が行われていること(この点、特にフランスの制度の詳しい沿革やアメリカ法の問題状況を明確にしたのは佐藤研究・片山研究の功績、アメリカ法に関する水野論文さらに中西論文の沿革研

究も興味深い)、この点で日本法の現状は比較法的に見て異質であり、理論上のみならず、実務上もいろいろな困難がある(実務上の問題点については飯原・研究、同訴訟が詳しく、参考となる)ことが共通認識となっていること、といった大きな流れがあることが読み取れよう。

(エ)ところで、二〇世紀末から国際社会はグローバル化が進み、国内外の取引法・債権法の改正あるいは立法が大きな流れとなっている。その中で、国際社会における政治的力関係からアメリカ法の影響力が強まり、アメリカ法を中心としたグローバル化が進む一方で、EU諸国をはじめ、中国・韓国・東南アジア諸国等でも、グローバル化の影響を受けつつも、それぞれの独自の伝統的法文化を踏まえた法改正や新立法さらには国際統一法の試みが展開されているのも事実である。この世界的な潮流のなか、日本法の下でもまた流動化現象が始まりつつあり、いまや解釈論から立法論の必要な時代に突入している。既に手続法特に倒産諸法・執行法の改正による改革がなされ、ついで債権法改正の動きも進行中である。この動きは当然ながら責任財産保全制度のあり方についても大きな影響を与える。

(オ)このことと大いに関連するが、日本民法学の近時の議論をみると、やや気がかりな流れがある。責任説批判にも典型的にあらわれているが、「ドイツ法特有の発想だから云々」の一方的切捨て論である。日本民法典がフランス法、ドイツ法、英米法その他の影響の下に立法されていることは周知のところであるが、とくに大正時代以来のドイツ法の圧倒的影響への反省から、フランス法、英米法に詳しい研究者からこのような批判がしばしばなされ、それはそれとして一つの有用な問題提起ではあった。しかし、その圧倒的影響の下でも、既存の判例・学説は外国法の無批判的承継ではなく、相対的取消説にも見られるように、わが国社会や法制度の実状を踏まえ、それなりに独自の合理的解釈論をつくり上げ、日本社会に定着させ、強固な法文化を形成して今日に至っているのである。この先人の努力と伝統を踏まえつつ、しかし、未解決の実務的・理論的問題点の克服、さらには新しい類型の法的紛争解決・社

会的経済的ニーズへの対応をめざして、民法学は絶え間のない努力を続けるべきであり、その際、広く深く諸外国の法制度を沿革的・比較法的に研究し、個々の問題ごとに是非々々の立場で承継あるいは修正承継し、将来に向けて有用な法システムを構築することが肝要であること、改めていうまでもない。たとえば、詐害行為取消の効果につき、仮に「対抗不能論」を是とする主張がなされたとき、それはフランス法特有の概念であって日本法にはなじまないという一方的に切り捨てた態度は妥当といえようか。「対抗不能」概念がフランス法独自の概念であり、「責任」概念が仮にゲルマン法固有の独自の概念であったとしても（前述したように、ダウエルンハイムによると、責任説の発想はドイツ法にとってなじみの薄い考え方という。つまりこの考え方はドイツ法の下でも独創的な発想であったのである）、それが、現時の日本法の問題解決に有用かつ合理的概念であるとすれば、これを取り入れるに憚ることはあるまい。問題は、現時点の立法論や解釈論において、伝統的法文化を踏まえ、それとの調和・継続性を図りつつも、現代社会のニーズに応えるために、どのような制度設計・システム構築・法技術の開発をするのがより合理的あるいは妥当性に富むかにある。

(カ) 当面の問題についてみると、近代法の下では、特定の人の一般財産に対する「責任」は「債権」の効果として吸収され、特定財産に対する「責任」のみが担保物権として物権法の世界に属することとなり（川島二三）、その結果「債務」と「責任」を分離し、独立概念としての「責任」概念を残す必要性が一般的には薄れたとしても、担保物権法の領域では「責任」概念はなお実体法上残っており、一定の有用性をもっているのである（債務なき責任とされる抵当権の実行に給付判決は必要とされていないことを考えよ）。

そして、責任財産保全制度の領域において、日本法が詐害行為取消権を実体法上の制度として制度設計し、このシステムを今後も維持することとする以上、「責任」は実体法上の「債権」の効果として手続法に全面的に吸収されて

はいないのであるから、担保物権におけると同様、その目的の範囲内において、かつそれが必要あるいは有用である限り、債務者の下から逸出した特定の財産に対する「責任」（あるいは「責任的無効」）概念を実体法上の概念として使用することには合理性があるろう。

フランス法、ドイツ法、アメリカ法と異なり、執行法上きわめて有用な制度である強制執行忍容訴訟あるいは逸出財産への直接の執行を許す制度・手続きを用意していない日本法の下で、かかる制度の必要性・有用性を認めて解釈あるいは立法論としてこれを導入するにあたって、「責任」概念は、手続法上の制度である強制執行忍容訴訟に実体法上の根拠を与える有益かつ有力な武器を提供するものといえよう（たとえば、担保権の実行につき、他国では債務名義を必要とするのにわが国ではそれを必要としないことは是非を問題とし、ドイツ法の物権的名義による執行忍容にならって、わが国でも担保権の実行に執行忍容判決を立法論のみならず解釈論でも認めようとする竹下説が注目される（竹下守夫『担保権と民事執行・倒産手続』（平二一七八））。

（キ）実体法と手続法の分化が基本的に確立された後のドイツ民事訴訟法の下で、それが未分化であった時代に立法された実体法たる債権者取消権法が、民法典の外に特別法として制定されていたこともあって法典成立後もそのまま放置されたため、強制執行忍容訴訟と実体法との関連性が不明確となり、詐害行為取消権と執行忍容訴訟との関係をめぐって取消権の法的性質論争が起こった。

しかし、債権者取消権法が目的物の返還請求権を認める形で立法されていることおよび強制執行忍容訴訟で取消権者の法的保護を図ってきた伝統的慣行があったために、実務的にあまり支障がなく、債権説が今なお通説的地位を占め、この流れが一九九四年の現行法にも受け継がれてはいるが、パウルスの提唱にかかる責任説は理論的に見てきわめて優れた法的構成であって、それはドイツ現行法や判例にも一定の影響を与えており、今後の動きが注目されてい

る。³¹⁾

他方、強制執行忍容訴訟という執行手続きをもたないフランス法の下では、判例が取消債権者の被告（＝受益者）に対する金銭による損害賠償請求権（実体法上の請求権）を認めるという便法で逸出財産への直接の強制執行を許す道を開いたけれども、その損害賠償請求権の法的根拠や性質は必ずしも明確でなく、またこれを認めたために日本法における「第二次納税義務」をめぐる難問の起こる恐れのほか、取消債権者と受益者の債権者グループとの優先関係（責任説では物的有限責任だが、損害賠償義務を課すと受益者の全財産が執行の対象〔無限責任〕となるため）が問題となる（日本法の下でも、相対的取消説や對抗不能説をとるときはこの点をどう考えるかまで詰めておく必要がある）。このように、ドイツ法、フランス法もそれぞれ特有の問題点を今日なお抱えているのが実状であるから、それぞれの長所・短所を十分に分析・整理したうえで、これを参考にして日本法の解釈論や立法論を練り上げ、その成果を国際社会に発信するのが今後の日本民法学の課題といえよう。

（ク）最後に、指摘しておきたいことは、近時、強制執行忍容訴訟と同じ機能ないし効果をもたらす法的構成に関する興味深い判例と学説が現れていることである。

第一は、最高裁判平成二三年六月二十九日判決（民集六四・四・一二三五）である。この判決は、権利能力なき社団に対する金銭執行において、債務名義に記載される債務者（当該社団）と執行対象財産たる不動産の登記名義人が異なっている場合（当該社団の構成員以外の者の名義になっていた事例）の強制執行の方法について、債務名義上の債務者（権利能力なき社団）と異なる第三者名義の不動産に対しても、その不動産が当該社団の構成員全員の総有に属することを確認する旨の確認判決その他これに準ずる文書を添付することにより強制執行が可能である旨判示した。この判旨の論理をもってすれば、債務者の下から詐害行為により受益者あるいは転得者に所有権が移転した財産につき、

詐害行為取消権の行使によりその財産がなお債務者の責任財産であることの存続が認められれば、そのことを明らかにする責任（確認）判決の取得を要件として強制執行を許すことは十分に可能というべきであろう。⁽³²⁾

筆者は、責任説をはじめて唱えた際、強制執行忍容訴訟を知らない日本法の下でも解釈論により同一結論を導き出しうる法的構成として「詐害行為取消訴訟Ⅱ確認訴訟説」を提唱した。すなわち、詐害行為取消権を責任法的無効という効果を生ずる一種の形成権（民法総則の取消権とは異なった特殊の取消権）とみたらうえ、債権者は取消訴訟の訴状中で詐害行為を取り消す旨表示し、これに基づいて逸出財産がなお自己の債権のための責任財産たる地位にあることの確認を求める確認訴訟を提起、これを受けて裁判所が取消の成否につき理由中の判断においてその結論を示し（必ずしも判決主文で取消す旨宣言する必要はない）、債権者勝訴の判決が確定すれば、取消債権者は取消の相手方の名義あるいは占有下にあるままの状態で逸出財産に対して債務者に対する債務名義に基づいて強制執行をすることが可能となるという法的構成である。⁽³³⁾その後強制執行忍容訴訟は日本法の下でも解釈論として可能という中野説を受けてこの説の主張は取り下げたが、五〇年経た今日、上記最高裁判決に接し感慨深いものがある。

第二は、債権法改正論議と関連して、新法で責任説を採用する上での障害である民事執行法の改正を必要とする強制執行忍容訴訟の導入困難性を避け、民法の改正で対処可能な法的構成として先取特権制度を利用することによる問題解決策である。すなわち、詐害行為取消権行使の効果を責任法的無効と解する責任説においては、その結果として取り消しの相手方は取得した財産につき他人の債務のために責任を負うこととなり、一種の物上保証人的地位（物的有限責任）に立つこととなる。そこで、債権回収の手段として強制執行忍容訴訟に代わる手段として、取消債権者及び債務者の総債権者（但し詐害行為時まで発生した債権に限る）のために、民法典中に法定担保物権の発生を認める規定を新たに設け、債権回収を担保執行手続きによって行うこととすればよいとの提案である（神尾説）。法定担

保物権としては、「法定抵当権」ではなく、一種の「一般の先取特権」を認めることが妥当という。そして、詐害行為取消訴訟は、責任法的取消（形成の訴え）を求めるとともに、取消判決が確定することを条件として、その責任法的無効の効果としての一般の先取特権の設定登記請求訴訟を併合提起することができるかと解するのが妥当という。この神尾論文は、民法（債権法）改正検討委員会の詐害行為取消権に関する「基本方針」の問題点を詳細に検討し、さらに責任説を基調とした具体的な判決主文例や立法試案も提示しており、理論と実務、実体法と手続法、詐害行為取消権と否認権の相互関係を多面的に考察した示唆に富む論稿である。⁽³¹⁾

(30) 大村敦志『基本民法Ⅲ（債権総論・担保物権）（第三版）』（平一七）（以下大村Ⅲとして引用する）一七七。

(31) 下森『新注民』（10）Ⅱ四二四条13エ。（七八三以下）。

(32) 高須順一「詐害行為取消権の法的性質に関する実証的検討（下）」——責任説をめぐって（NBL九五〇号（二〇一一・四・一）四六注三七）。

(33) 下森「債権者取消権に関する一考察（二）」志林五七巻三〇四号（昭三五）二二六以下、特に二二八・二二九。ちなみに形成訴訟と確認訴訟との併合訴訟という構成もありえよう。

(34) 神尾明彦「詐害行為取消権に関する一考察」下森傘寿記念論集『債権法の近未来像』（酒井書店・平二二）八三以下、特に一一〇以下。なお、前記下森傘寿記念論集に登録されている高須順一「民法（債権法）改正に関するささやかなテキスト」（七三以下）および同「詐害行為取消権の法的性質に関する実証的検討（上）（下）」——責任説をめぐって（NBL九四九号八、九五〇号四四）（平二二）も前記「基本方針」の「詐害行為取消権における債権者の平等」の考え方につき責任説の立場から批判している。

第三章 債権法改正における詐害行為取消権制度の改正

第一節 民法（債権関係）の改正及び詐害行為取消権制度改正に関する基本方針

（1）民法（債権関係）の改正に関する基本方針

本稿「はしがき」で前述したように、今回の民法（債権関係）の改正は契約を中心とするものであり、改正の目的は二つの課題すなわち、第一に「国民一般にわかりやすい民法」を作ること、第二に「社会・経済の変化への対応」を図ることにあるという。そして、「国民一般にわかりやすい民法」を作る方法として、①判例ルールの明文化、②不明確な条文の明確化、③書かれていない前提、原則、定義を補うことが基本方針として掲げられ、「社会・経済の変化への対応」としては、現代国際社会における取引市場のグローバルな拡大を受け、契約法の国際的共通化が潮流となっており、アジア市場にもいずれ共通の契約法が要請されるとの予想の下に、日本の契約法の透明性を高めることで取引ルールに対する国際的評価を高め、短期的には国際取引の準拠法交渉で有利な材料を作り、中長期的にはアジアの共通契約法のモデルとなりうることを狙いとするという。これらは日本再生の基本戦略に連なるものとする。³⁶⁾

（2）詐害行為取消権制度改正に関する基本方針

パブリック・コメントの対象とされた「中間的な論点整理」の事実上の叩き台とされていると思われる「民法（債権法）改正検討委員会」（以下「検討委員会」という）の公表した「債権法改正の基本方針」（二〇〇九年四月公表）は、詐害行為取消権制度に関する基本方針につき以下のように説明している。「(a) 現行の詐害行為取消権は、その中核の規定である現民法四二四条が一般条項的な規定であって、そのもとで解釈の展開がなされており、規定としての透明性が低い。要件及び効果について、その帰結を極力明快にすることが適切である。(b) その場合には、「倒産

処理手続きとの連続性、否認権との整合性を考慮する。」と。これをうけて、制度の趣旨・構造、要件、効果、取消債権者の地位、詐害行為取消訴訟、期間制限の各項目についての基本方針を述べている。⁽³⁷⁾

ここで注目すべきは、基本方針として「要件及び効果について、その帰結を極力明快にする」にあたり、「倒産処理手続きとの連続性、否認権との整合性を考慮する。」ことを明確に掲げ、以後この方針が一貫して貫抜かれている点である。この点を内田貴法務省民事局参与は「債権法改正の基本方針」の概要を説明する解説書の中で以下のように解説している。「詐害行為取消権（民法四二四条）については、破産法との調整が大きな立法課題になっていた。そこで、破産法の否認権にできないことが詐害行為取消権を使うとできるというのは基本的には適当でないという発想から、相当程度の整合性を図り、従来よりも取り消しうる行為を限定するという提案をしている。」⁽³⁸⁾

この基本方針を下に策定された詐害行為取消権に関する「検討委員会」の試案（以下「委員会試案」という）を叩き台として法制審民法部会での審議が開始されて「中間的な論点整理」が策定された。審議にあたっては、詐害行為取消権に関する現行法の規定がわずか三ヶ条で、具体的な要件・効果の内容の多くを判例法理ないし学説に依拠している現状の下、今回の債権法改正において初めて明文化される部分が多く、新法の制定にも等しい作業となったこと、そこでこの部分の改正作業を始めるにあたっては、まず、詐害行為取消権の法的性質の検討から出発したという。

そして具体的には、第一読会において、これまでの判例法理である折衷説を前提としてその問題点を個別に修正する見解（高須幹事はこれを「個別修正説」と略称している）と、責任説とが議論され、その結果、「中間的な論点整理」では、学説上責任説も有力に主張されていることを指摘したうえで、「まずは」個別修正説を検討する方向性が示されたという。⁽³⁹⁾ 個別修正説の内容が、基本的な上記「委員会試案」を踏襲するものであることは、この経緯の過程さらには、「中間的な論点整理」の内容からして明確である。

責任説の問題提起を踏まえつつ、判例法理（折衷説）の問題点を個別的に克服してゆく方向で検討してゆくという基本方針については、抽象的には筆者も異論はない。問題はその具体的内容・出発点にある。すなわち、詐害行為取消権と破産否認権とは大局的にみると、沿革的にも、目的・機能の点でも、類似性を持つ制度であるから、制度間の連携を図ることはもちろん必要といえる。しかし、詐害行為取消権制度は個別債権者が自らの債権回収つまり強制執行の準備手続きとして行使する制度であり、総括的執行・清算を目的とする倒産処理手続き、さらには同様に集団的債務処理手続きまではあるが、企業の再生・更生を目的とする民事再生法や会社更生法上の否認権とはそれぞれその目的を異にする別個の制度である。したがって、この制度の固有の目的に沿って、取消債権者、債務者、受益者あるいは転付者等の利害関係者間の利益調整をどう図るのが公平かつ妥当であるかを、詐害行為の具体的類型毎に検討して、要件論・効果論・行使方法・責任財産の回復方法・取消の範囲等について、具体的な改正案を策定すべきである。

「破産法の否認権にできないことが詐害行為取消権を使うとできるといえるのは基本的には適当でないという発想」つまり民法上の詐害行為取消権制度を破産法上の否認権制度の下位的な制度と位置づける発想（もちろんこの考え方も一つの立法政策ではあるが）を当然の出発点とすることについては今一つ慎重でありたい。換言すれば、単なる解釈論的な法的性質の検討から出発するのではなく、法的性質論の背後にある制度論、法政策論の見地からの発想を出発点とすることの重要性をここで指摘しておきたい。

前述したように、近時のアメリカ法にならい、法と経済学的手法による無資力状態下での債務者行動（意思決定の歪み）の内容分析から出発し、それに対応する詐害行為取消権の抑止力の影響を中心に要件論・効果論を組み立てるべしとの発想の下に、例えば、詐害行為取消権の効果論上もっとも重要なことは信用秩序の維持やその回復に与って、もっとも望ましい効果をもたらす方式として、現物返還か、相手方の下での執行忍容かの二者択一でなく、その

両者に加え金銭による賠償方式も含めて、個々の事例ごとに、債務者資産の最大化・信用の回復のためにもっとも有効な方式の選択を許すのが妥当であること、そしてその選択権は取消権を行使する債権者に与え、また裁判官が釈明権を行使して、取消権者の主張を取戻請求へと誘導することが重要であると説く水野説の問題提起もこの次元での問題提起である。すなわち、水野説は、詐害行為取消権制度を責任財産保全あるいは責任秩序の維持制度と見る従来の考え方を批判し、無資力債務者の平常時とは異なった非合理的な財産処分行動が及ぼす債権者との間の信用秩序（＝責任秩序）への影響、そしてこれに対する取引相手方の対応行動、さらにはこれらの行動に対する詐害行為取消権制度の存在がもつ抑止力といった（詐害発生のカニズムの分析）角度から、制度の存在意義を多面的・総合的に捉えなおすべしとの問題提起だからである。

かくて、詐害行為取消権制度改正の基本方針として、「委員会試案」の説く「総括的執行・清算を目的とする倒産処理手続きとの連続性、否認権との整合性」重視が是か、水野説の説く「無資力債務者の非合理的行動への抑止力、債務者資産の最大化・信用の回復」重視が是か、それとも、筆者の説く「個別債権者の強制執行準備手続き、当該詐害行為利害関係者全員の公平かつ妥当な利益調整」重視が是か、のいずれを現時点での立法政策として選択すべきかの根本問題についての大局的検討を出発点とすべきであると筆者は考える。もちろん、この三方針の具体化にあたっては、相互に競合・あるいは関連し合う事実的・法的問題が多いから、要件論・効果論等の具体的検討作業にあたっては、これらの基本方針（さらにそれ以外の基本方針が考えられるならそれらをも含めて）との関連性を常に念頭に置きながら作業を進めてゆくこととなる。以上のことを前提として、以下パブリック・コメントに付された「中間的論点整理」につき、その項目に沿って私見を述べてみたい。なお、筆者はすでに、二〇一一年八月一日に法務省に対してコメントを提出しているが、筆者の所属するドイツ民法研究会有志から提出された詳細なパブリック・コメ

ント(このコメントは責任説的発想を受け継ぎ、これをさらに実体法と手続法、理論と実務の両面にわたってより発展させたものである)との重複を避け、簡単なコメントにとどめた。本稿第三章第二節以下は、筆者のこのコメントを基本としつつ、その後の展開をも含めてより詳しく執筆したものである。

(35) 前述した「はじめに」および本文の記述は、二〇一二年五月九日、日経ホールで行われたシンポジウム「債権法の未来像」における内田貴法務省民事局参与の基調講演「民法(債権関係)改正の背景と法制審議会審議状況」による。

(36) 法制審民法部会で開始された審議状況の実態について述べるものとして、加藤雅信「民法(債権法)改正——民法はどこにゆくのか」(日本評論社・二〇一二年)五以下、第二章 民法部会の審議方針——「白紙でのスタート論と、その実態」がある。「検討委員会」の「債権法改正の基本方針」が、事実上の叩き台となっていることは確かであり、責任当局としては一定の準備をして審議に臨むことは当然であり、そのこと自体は特に問題とするには当たらない。問題は今後の運営・展開の仕方をどうするかにある。

(37) 民法(債権法)改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」別冊NBL二二六号一六四以下、同「詳解債権法改正の基本方針Ⅱ」(商事法務・二〇〇九年、以下「詳解Ⅱ」として引用する)四四九以下。

(38) 内田貴「債権法の新时代——「債権法改正の基本方針」の概要」(商事法務・二〇〇九年)一一九以下。

(39) 高須順一(法務省法制審議会民法(債権関係)部会幹事・政法大学大学院法務研究科教授・弁護士)「詐害行為取消権(部会資料三五の第二)についての意見」法制審第四一回(二〇一二年二月一四日)委員等提供資料一。

第二節 詐害行為取消権制度の目的と機能及び詐害行為取消訴訟の在り方

(1) 詐害行為取消権制度の目的と機能

はじめに、「検討委員会」のとする個別修正説の基本的考え方について総論的な検討をしておこう。前述したように、「委員会試案」(個別修正説)には、詐害行為取消権制度の改正にあたり、「倒産処理手続きとの連続性、否認権との

整合性を考慮する。」との基本方針が掲げられていることから明らかなように、詐害行為取消権を倒産法上の否認権と類似の制度としてとらえ、この制度をできるだけ総債権者のための制度に純化させ、個別債権者の債権回収機能を否定あるいは制限して行こうとの姿勢が伺われる。すなわち、この基本方針からの帰結として、取消の範囲を取消債権者の債権額に限定せず、詐害行為の全部（または一部）取消しを認め、取消しの効果が債権者にも及ぶこととし（その結果、取消訴訟の被告に債権者を加える〔必要的共同訴訟〕、逸出財産の原状回復・取戻しを原則とする。そのうえで、取消しの効果は取消債権者のみならず総債権者に及ぶべきことを強調し（判例の相対的取消、相対効を否定し、「限定的な絶対効」とみているようであるが、後述するように、その内容は必ずしも明確ではない）、取消債権者の個別的回収機能を否定ないし制限しようとする。この基本方針は細部までよく考えて練られた案であり、首肯できる一面もあるが、基本的には、賛成できない。

前述したように、現行民法上、詐害行為取消権制度は、破産手続き開始に至っていない前段階で、個別債権者が自らの債権回収つまり強制執行の準備手続きとして行使する制度として構築されており、総括的執行・清算を目的とする倒産処理手続（さらには同様に集团的債務処理手続きではあるが、企業の再生・更生を目的とする民事再生法や会社更生法上）の否認権とは異なる制度として構築されているのであり、両制度は現行民法典成立後今日に至るまでそのような役割分担に基づいて判例・学説の努力により日本社会に定着し、機能してきているのである。特に旧破産法下における破産制度の硬直性を補う簡易破産的機能をこの制度が果たしてきたことは周知のとおりであろう。破産法の改正によりその硬直性はかなり緩和されてきたとはいえ、詐害行為取消権制度の有用性がなくなったわけではなく、現にドイツ法、フランス法はもちろん、アメリカ法の下でもこの制度は存続しているのである。債務者の詐害行為をめぐる法的紛争が破産手続き・否認権ですべて合理的に解決できるのであれば、この制度を民法に残しておく必要は

ない。しかし、この制度の有用性を認め、今回の改正で民法に残しておくことにする以上は、破産否認権と一定の関連性は持たせつつも基本的には別個の制度として制度構築がなされてしかるべきである。「否認権でできないことが取消権を使えばできる」ということは基本的には適当でない」とは必ずしも言えまい。両制度の目的・機能の差異に着目すれば、否認権でできないことが取消権ではできるとしても必ずしも不当ではあるまい。すべての詐害行為が破産手続きで解決されているわけではなく、詐害行為取消訴訟のみで終わるケースも多いのであり、他方において詐害行為取消訴訟による解決に不満がある当事者は、破産手続きへの移行を選択すればよいし、そうしているでもある。現行法上それに対応する手続き規定が不備であればそれを整備すれば足りよう。

そもそも否認権制度は、債務者の総財産の管理権を与えられた管財人に対し、しかも破産・会社更生あるいは再生という、利害関係人の公平な処遇を主眼とした裁判上の手続で認められた権能であり、その適用範囲や行使の手続についても、おのずから積極的な行使が期待されるが、債権者取消権の場合には（四二五条が存ずるとはいえ）、一債権者に対して、その債務者のなした財産処分行為への干渉を許すという、異例の制度である。したがって、その適用範囲・運用については、慎重な考慮が必要とされる点で、両者には大きな相異がある。管財人もおらず、裁判所の監督もない、ただ債権者・債務者の関係が存在する領域において取消債権者に管財人的立場を期待する制度を構築することは、詐害行為取消権制度の限界を超える制度構築といえよう。⁽⁴⁾

結論としていえば、詐害行為取消権制度を総債権者のための制度であると位置づけ、個別の債権回収機能を否認あるいは制限したうえで、取消権行使の範囲を取消債権者の債権額に限定しないとすると「検討委員会」の基本方針の内容は、判例法理を継承し、それを前提として個別的にその難点を修正するものというよりは、現行の詐害行為取消権制度とその解釈に関する判例・通説法理を根本的に覆し、これに逆行する改正となるように思われてならない。この

基本方針で立法すれば、多数にして複雑な条文が必要となって、分かり易い民法を作るという目標、さらにはグローバル化への対応という自らが掲げる債権法改正の基本方針に反する結果となるのではあるまいか。むしろ、詐害行為取消権を個別債権者による責任財産保全を目的とする制度として位置づけ、債権回収機能については詐害行為取消権のレベルにおいて要求される債権者平等原則（簡易破産的機能は含むが破産手続そのものとは一線を画す）の維持の限度においてこれを制限し、かつ、詐害行為取消権行使については原則として取消債権者の債権額による上限を設ける現在の判例法理あるいは責任説による制度設計のほうがより適切である。判例法理の問題点は、後述するように逸出財産の原状回復を原則とすることにある。

因みに、否認の効力は、破産管財人と受益者との間の相対的無効と解されており、破産管財人は、当然には、受益者に対する否認の効果を転得者に対して主張できない。そこで法は、破産管財人が転得者に対して否認権を行使することについて特別の要件を設けているのである（破一七〇、伊藤真破産法第四版補訂版四〇四頁参照）。すでに否認権についてすら否認の効果を相対効としているのに、詐害行為取消権の効果を限定的とはいえ絶対効と見るべきだとするのは、破産否認権との整合性を主張する立場と、どう整合するのであろうか。限定的な絶対効の内容が具体的に説明されるべきである。

(2) 債務者の責任財産の回復方法

(ア) 判例（折衷説）の問題点

従来の判例・通説の根本的問題点は、相対的取消・取消の相対効という基本的立場に立脚しながら、逸出財産の原状回復・取戻しに気を取られ、個別債権者の強制執行の準備手続きとしての責任財産の保全という制度の究極目的へ

の配慮が希薄となっている点にある。すなわち、判例・通説は、原則として取消によって逸出財産の帰属自体を（相対的にとはいえ物権的に）債務者に回復し、登記名義あるいは占有も債務者に現実に返還させるので、取戻財産の処分可能性まで債務者に回復させることとなり、かえって債権者の擱取を脅かしかねない結果を招来させている。その結果、学説から、①判決の既判力と実体法上の効力とを混同するもの、②相対的にてはあれ物権的に法律行為を無効ならしめることの必要性・妥当性への疑問、③物権的相対的無効概念の意味内容の不明確性・原状回復と取消の相対効との矛盾性、④取消債権者固有の取戻請求権あるいは価格賠償請求権発生根拠の理論的不明確性、⑤相対的無効と異なるながら不動産譲渡行為の取消の場合など抹消登記を認める結果、絶対効を認めた場合と実問題の処理がさほど変りのない結果となることの問題性（現行不動産登記法は相対的抹消登記を認めていない。なお、抹消に代えて移転登記を命ずることもあるが、両者の関連、その理論的根拠は必ずしも明確でない）、⑥取り戻された財産に対する強制執行は常に債権者と債務者との関係において遂行されるものであるのに、債務者に取消しの効果が及ばないという致命的欠陥、⑦相対的取消という基本的立場は個別局面において必ずしも貫徹されておらず、たとえば取戻財産が金銭の場合における取消債権者の相殺による事実上の優先的弁済受領において、受働債権とされる債務者の取消債権者に対する不当利得返還請求権の法的根拠の説明が相対効構成の下では困難、あるいは⑧転得者が生じている財産を転得者から債務者の下に戻そうとするから取引の安全が害されるのであり、また、金銭を債務者に引き渡そうとするから、取消債権者への引渡しも認めざるを得なくなり、さらに被保全債権と債務者の取消債権者に対する不当利得返還請求権との相殺を許すことで取消債権者に事実上の優先弁済権を認めることの不当性が問題となる、といった批判をこれまで浴びていたのである。⁽¹⁾

（イ）「中間的論点整理」の基本的立場

詐害行為取消権に関する近時の学説展開と債権法改正（下森）

折衷説のこれらの問題の発生する根本原因は、債務者の責任財産の回復方法として、逸出財産の原状回復を原則とすることに起因する。詐害行為取消権行使の相手方たる受益者あるいは転得者の下にある逸出財産に対して債務者に対する債務名義に基づいて直接強制執行を認める制度を構築すれば、それで右の問題のほとんどは解決するはずである。前述したように、ドイツ法、フランス法、アメリカ法は、いずれもこのような制度構築をしており、原状回復を原則とする日本の判例・通説は比較法的には異質である。しかし、第一読会における審議でなされた「中間的論点整理」では、詐害行為取消権制度の構造・趣旨を「責任財産の保全のため、債務者の下へ財産の回復をはかる制度」としてとらえる「検討委員会」の基本方針が受け継がれ、責任説の問題提起に始まる一連の原状回復否定説も学説上有力に主張されていると指摘して、文面上に「責任説の問題意識を踏まえつつ」、との一応の配慮を示したうえで、しかし、「まずは」、「判例法理（折衷説）」の問題点を個別的に克服していく方向で、更に検討してはどうか」という形で整理され、パブリック・コメントが求められた。

責任説的発想が受け入れられなかった原因としては、従来から指摘されていたドイツ法固有の「責任的無効」、「責任判決」概念採用に対する違和感、日本では強制執行忍容訴訟が認められていないので解釈論としては無理といった理由の他、①立法論としては、責任訴訟（執行忍容の訴え）という新たな訴訟類型の手続き規定を整備する必要があるが、今回の改正では手続法の改正にまで手が回らないこと、②詐害行為取消権の行使がつねに強制執行を伴うことになるので、詐害行為が取り消された後は任意売却ができなくなり、私的整理の場面において活用しにくくなること、③債務者が倒産した場合における否認権との接合に困難が生ずること、④現在の実務との連続性が損なわれることなどが問題とされたようである。⁽¹³⁾

(ウ)「委員会試案」（個別修正説）の検討

債務者の責任財産の回復方法として債務者の下へ財産の回復をもとめることを原則としつつ、判例法理の問題点を個別的に解決する方法として「委員会試案」（個別修正説）が掲げる修正案は果たして合理的かつ妥当な案といえようか。この点については、法制審議会民法（債権関係）部会の審議（第一読会・第二読会）において一貫して責任説の有用性を主張した高須順一幹事の意見およびドイツ民法研究会有志の提出したパブリック・コメントが詳細に検討し、批判している。⁽⁴⁵⁾

高須意見は、個別修正説の責任説批判の論拠である①否認権との接合困難性、②私的整理上の障害性につき、個別修正説の提案が責任説よりとくに優位であるとは言えない旨具体的に反論し、また③責任訴訟の創設は困難でないとしてその立法提案や手続法の改正をせざるも責任訴訟と同様な効果をもたらす先取特権規定の新設による解決を目指す立法提案（前掲神尾明彦「詐害行為取消権に関する一考察」）を紹介し、さらに個別修正説の難点を指摘し、批判している。

また、法制審部会の審議議事録をみると、高須幹事の詳細な発言（とくに第四三回議事録）の他に、責任説的発想を支持する発言（鹿野・潮見・山野目幹事の発言など）もあり、さらに公開された「パブリック・コメント」中にもそれが見られる。また、さかのぼるが、修正責任説を唱える加藤雅信教授を代表者とする民法改正研究会の改正提案がとくに責任説的発想の上に立った改正提案をしていることは周知のところといえよう。⁽⁴⁶⁾

ここでいちいちこれらの内容を紹介して検討することは避けるが、この他前述した最高裁判成二二年六月二九日判決（民集六四・四・一二三五）が判示した確認判決による解決も検討されてよからう。個別修正説と責任説との関係につき、すでに第二ステージの部会審議の中で議論が始まっているようであるが、さらなる議論の展開を期待する。⁽⁴⁶⁾ なお、「委員会試案」（個別修正説）の問題点については、後に効果論（本稿第四節）のところでさらに詳しく検討す

る。

(3) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位

詐害行為取消訴訟における債務者の地位につき、「委員会試案」は、「詐害行為取消訴訟においては債務者と、詐害行為取消しによる返還請求等の相手方（受益者または転得者）とを被告とする」という。この提案は、相対的取消しの考え方から債務者を被告とすることを不要とした判例法理（大連判明治四四年三月二四日民録一七輯一一七頁）や通説の変更を提唱するものである。「検討委員会」の基本方針（制度設計）の下では、債務者に対し一定の範囲で詐害行為取消の効果が及ぶこと、債務者の手続き保障をはかる必要があること、受益者や転得者の地位への配慮の観点等を踏まえたものという。⁽⁴⁷⁾

「検討委員会」は、本提案に対する予想される批判として、①債務者行方不明の場合の手続きの重さ、②否認権の場合には倒産債務者が被告とされていないこととの均衡性、③現行法との連続性を欠く、の三点をあげ、それに対する反論として、①は公示催告手続の履践による処理、②は倒産の場合は破産管財人による破産財団の全面管理が可能であるのに対し、詐害行為取消の場合には取消債権者がそのような地位にないので、より債務者の関与を要すること、③現行実務に変更を迫ることは確かであるが、制度の合理化のためには必要と割り切る。⁽⁴⁸⁾

なお、詐害行為取消訴訟の相手方としては、転得者が登場していない場合には債務者および受益者であるが、登場している場合は、債務者と返還請求の相手方（受益者または転得者）のみを相手とすればよく、つねに受益者と転得者の双方や、転々と転得者が続いた場合にはそのすべてを被告とする必要はないとし、この点では現行法を変更するものではないという。⁽⁴⁹⁾

この提案が、部会審議・第五回会議で審議され、意見の交換の後、「中間的な論点整理」に基本的に承継された。その後、部会資料三五の二では、第五回会議での審議を受けてこの提案は甲案（併合提起を義務付ける旨の規定を設ける）として整理され、この他に乙案（併合提起を義務付けず、受益者または転得者のみを被告とすれば足りるが、債務者に対しては訴訟告知をしなければならぬ旨の規定を設けるものとする）⁽³⁰⁾が付加された。

詐害行為取消訴訟における債務者の地位につき、債務者をつねに被告とすることを要するという「検討委員会試案」やそれを受けた「中間的な論点整理」の背後には、詐害行為取消の効果に関する次のような基本的考え方がある。すなわち、詐害行為取消を、責任財産を回復するための取り消しと位置づけたい。この取消しは詐欺取消し等の意思表示の取り消しとは異なる、特別な取消しである、としつつ、ここにいう取消の効果は、「債務者におよそ効力が及ぶわけではないことを意味するのではなく、たとえば、債務者に対する直接の請求権の発生など」【3.1.2.16】（受益者に対する財産の返還請求等）⁽¹⁰⁾参照）、責任財産の回復および関係者の利害調整に必要な範囲で、債務者にも効力が及ぶことを前提とする」という考え方である。⁽³¹⁾

この説明は要するに、「債務者に対し一定の範囲で詐害行為取消の効果が及ぶこと」を言っているわけであるが、持って回った言い回しで分かりにくい。「詐害行為取消しは詐欺取消し等の意思表示の取り消しとは異なる、特別な取消し」であり、それは「責任財産を回復するための取り消し」であるとする点は、判例・通説のいう「相対的取消・相対的無効」論、責任説のいう「責任的取消・責任的無効」でも同様である。問題はその具体的内容である。この両者と個別修正説との重要な差異は、取消債権者に、取消の相手方である受益者又は転得者に対する、債務者の下への直接の（財産返還請求等の）返還請求権の発生を認めた点にある。このねらいは、相対的無効論の理論的難点とされた「取消債権者固有の取戻請求権あるいは価格賠償請求権発生根拠の不明確性」、「取り戻された財産に対する強

制執行は常に債権者と債務者との関係において遂行されるものであるのに、債務者に取消しの効果が及ばないという致命的欠陥」を補正するために、明文の規定を設けて、取消債権者に対して、取消の相手方に対する、「逸出財産の債務者の下への直接の返還請求権」を認めることでその法的根拠を立法により明らかにしようとした点にあるといえよう。しかし、債務者に対してどのような効果が及ぶのか（取消の効果は絶対効か、相対効か、それともそれ以外の効果か）、「債務者に対し一定の範囲で詐害行為取消の効果が及ぶ」ということの具体的内容、またそれと関連する債務者・受益者間さらには受益者・転得者間の契約の効力に及ぼす影響、あるいはまた受益者・転得者の債権者グループとの関係についても必ずしも明確にされておらず、しかもその規定内容は複雑である。

例えば、個別修正説は、取戻しの効果は債務者のすべての債権者に及び、受益者を含むすべての債権者は、回復された財産から、民事執行法の規定に従い、強制執行または担保権の実行をすることができる、とする。他方でまた、受益者のなした債務者に対する反対給付の返還請求権を認めてそれに基づく配当加入を許し（しかも、先取特権を認めて優先権を与える）、あるいは取消債権者が取消の相手方から金銭等の交付を受けたときは、これを債務者に引き渡す義務を負い、それに相応する債務者の取消債権者に対する金銭債権を強制執行の対象財産とすることができ、これを受働債権として取消債権者の債権を自働債権とする相殺を許し、さらに余剰があればこれを債務者に返還すべきものとする（3.1.2.17）。また、結果としては否定されたが、債務者の下に回復された財産に関する債務者の処分権の制限規定を設ける必要性も検討されている。⁽³²⁾

これらのことから推測すると債務者・受益者間の行為を絶対的無効と考えているようにも見えるが、他方において、転得者との関係を検討する場面では、前述したように転得者が登場している場合には、転得者のみを相手とする取消訴訟の提起をも認め、つねに受益者を被告とする必要なしとする。しかし、転得者を相手とする詐害行為取消訴訟で

も取消の対象行為は債務者のなした行為であるから、詐害行為が契約である場合は、取消の効果を絶対効とするそれは当然受益者にも及び、転得者からの受益者に対する責任追及の恐れがある以上、詐害行為取消訴訟で債務者を被告とすることの必要性を強調した論理からすると、受益者もつねに被告とするのが筋であると思われるが、この点はどう考えるのであろうか。しかし、そうかといって、転得者さらにはそれに続くすべての転得者をつねに被告とすることの不当性は、この説も認める通り明らかといえよう。あちらを立てればこちらが立たずの悩みを抱えることとなる。さらに言えば、そもそも、債務者・受益者間の不動産売買契約が詐害行為として取り消され、その効果が溯及的に絶対的無効となるとされれば、詐害行為の目的不動産が転々と転売された場合など、この間の受益者から転得者への一連の取引行為がすべて物権的に無効となる恐れさえあり、取引の安全に与える影響は過大である。したがって、個別修正説はここまでの絶対的無効は考えておらず、「一定の範囲で」取消の効果が及ぶと限定しているのであるが、その範囲の内容は明らかでなく、将来に禍根を残す表現である。

これらの問題は要するに、取消の効果につき原状回復を原則とし、取消しの範囲を被保全債権の範囲に限定しない（原則として全部取消しを認める）基本方針に由来するものである。しかも、取消しの範囲を被保全債権の範囲に限定しない結果、判例法理が抱えた問題以上の問題（かつて形成権説に加えられた批判）を抱え込んでしまうように思われる。

これに対し取消の効果として原状回復を認めず逸出財産への強制執行にとどめる（物権的效果はそのままとし、責任的效果のみの取り消しにとどめ、その限度で全部取消し、絶対効を認める）責任説においては、この間の法律関係はすこぶる簡明である。責任説では受益者または転得者との関係で同人等の所有する逸出財産に対する強制執行（あるいはそれに代わる価格賠償の請求）が許されるかどうかが問われるにすぎないので債務者を詐害行為取消訴訟および

び責任訴訟の被告とする必要はない。もっとも、判決確定後の強制執行のために取消債権者の債務者に対する債務名義も必要とする立場（私見は必要説）では、取消債権者が債務名義をまだ得ていない場合には、別途債務者に対する給付訴訟を提起する必要があるが、併合提起を義務付ける必要はない。取消債権者の判断に委ねればよい。なお、債務者・受益者間さらには受益者・転得者間の契約の効力に及ぼす影響、あるいはまた受益者・転得者の債権者グループとの関係についても簡明な結果が得られるがこの点は後述する。

(4) 詐害行為が競合した場合の処理

責任説においては、責任的取消の効果は責任消滅効を適及的に無効とする限度で全面的な絶対効であり、取消判決が他の債権者との関係においても効力を有するので、複数の詐害行為取消訴訟が別々に提起された場合には、類似必要的共同訴訟と理解し、併合審理とする余地があろう。訴訟法の観点からのより詳細な検討に委ねたい。⁽⁵³⁾

(40) 高須順一前掲「詐害行為取消権の法的性質に関する実証的検討(下)」(NBL九五〇号四七以下)が以上の点を鋭く指摘している。なお、法務省に提出した筆者の「パブリック・コメント」は、前掲注(34)で引用した高須順一および神尾明彦の論稿及びドイツ民法研究会有志の提出した詐害行為取消権に関する「パブリック・コメント」(担当責任者は神尾)を踏まえて執筆したものであり、本稿も、理論と実務、実体法と手続法の各面において責任説をさらに発展させたこれらの論稿(及びその後に表示された論稿)の成果に負うところが大きいことを感謝し、ここに指摘しておく。本稿ではこれらの成果との重複をできるだけ避け、詳細はこれらの論稿に譲る。

(41) 詳細については、下森前掲「新注民法」(10)II七九七以下参照。

(42) 前掲「詳解II」四四九以下。

(43) 商事法務編「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」(二〇一一年、以下「補足説明」として引用する)七四頁。なお「詳解II」四八四以下参照。

(44) 注(34)で引用した高須・神尾論文の他、前掲ドイツ民法研究会有志の提出したパブリック・コメント(神尾担当)、注(39)で引用した高須「許害行為取消権(部会資料三五の第二)についての意見」および法制審第四三回(二〇一二年三月二十七日)委員等提供資料「許害行為取消権の法的性質に関する責任説の有為性について」、さらに部会審議第六回、第四一回、第四三回会議事録参照。

なお、この後公刊された高須順一「続・許害行為取消権の法的性質に関する実証的検討——責任説をめぐって」(法政法科大学院紀要第八巻第一号六九以下・二〇一二年六月)は前掲NBL論文の続編であり、同論文を批判する特高規「許害行為取消権の争点」(ジュリスト一四二八号九一(二〇一一年))への再反論である。特論文は、自説は「強制執行手続きによる被担保債権の回収を取消権者にとつてのゴールとする点において責任説と共通しており、個別論点についての結論は極めて責任説に近く、法的性質に起因して結論が異なりうる主要論点は一点にすぎない」としつつも、最終的には責任説は断念されてよいとして個別修正説を支持するものである。この見解は、同弁護士が所属する大阪弁護士会の改正案と同一内容のものであり(大阪弁護士会編「民法(債権法)改正の論点と実務」(上)〔商事法務・二〇一一年〕一七六)、この提案は基本的に大阪弁護士会の意見とみられるという。ただ、この提案は個別修正説支持といっても、その実際の内容は「検討委員会案」とは大きく異なり、責任説による解決と結論的には多くを共通にするものともいう。学者同士の議論に加え、実務弁護士あるいは弁護士会同士の間、更には理論家と実務家間での大いなる論争の高まり、忌憚らない議論の応酬は、よりよき債権法改正実現への契機となるものであり、歓迎すべき現象といえよう。

(45) 民法改正研究会編「民法改正 国民・法曹・学会有志案」(仮案の提示)法律時報増刊(二〇〇九年一月)。

(46) 部会審議第四三回会議(二〇一二年三月二十七日)議事録八以下の、潮見、高須、山野自発言を受けた神野幹事および内田委員の発言は重要である。この点については効果論の検討の部分で論述する。

(47) 前掲「詳解Ⅱ」五一五。

(48) 同右五一六。

(49) 同右五一七。

(50) 前掲「補足説明」七四、「議事の概況等」参照。

(51) 前掲「詳解Ⅱ」四八二以下、五一五以下他。

(52) 同右四九三。

(53) 前掲高須「許害行為取消権(部会資料三五の第二)についての意見」一三及び前掲ドイツ民法研究会有志の提出した許害行為取消権に関する「パブリック・コメント」(担当責任者は神尾)の当該箇所参照。

第三節 要件に関する規定の見直し

(1) 要件に関する規定の明確化等

(ア) 被保全債権に関する要件

被保全債権に関する要件については、判例と同様に、原則として詐害行為よりも前に発生した債権に限るとするのが妥当である。「検討委員会」案も、この点は現行法の判例・通説の立場を維持している(【3.1.2.12】)。詐害行為取消の範囲につき原則として全部取消しを認め、取消の効果を債務者の総債権者に及ぼす「検討委員会」案(【3.1.2.14】【3.1.2.15】【3.1.2.17】)の下では、被保全債権の要件として詐害行為後に発生した債権も含まれうると解する余地があるが、詐害行為取消債権では、破産手続きのような集団的清算手続きは予定されておらず、個別の強制執行の準備段階の確保にとどまること、本来はその自由に委ねられるべき債務者の財産管理への介入であることから、ここは、「謙抑的」な姿勢を維持することにした⁽⁵⁵⁾という。この点では、詐害行為取消債権の目的・機能が正確に把握され、確保されている。

ただ、原則はそうであるが、例外を認める余地も残しておくべきである。「委員会試案」は、被保全債権が発生してさえいればその内容は確定していなくてもよいが、遠い将来に具体化するような場合には発生を否定すべき場合もあるろう、しかし、この点は解釈による対応に任ずとして、「発生」の判断について解釈の余地を残している⁽⁵⁵⁾。しかしもう一步進めて、詐害行為後に発生した債権であっても例外的に被保全債権たりうる余地を残しておきたい。例えば、厳密な意味ではいまだ債権が発生していないとも、債権発生的基础となる法律関係は既に存在するか、あるいは債権発生の蓋然性を見越して債権者があらかじめ財産を処分したような場合には、行為後発生した債権を被保全債権と

して取消権の行使を認めてよからう。このことは判例や下級審判決例でも認められている。⁽⁵⁶⁾この点も、解釈による対応に任ずることも考えられるが、「委員会試案」(3.1.2.12)(ア)のような形で明文の規定を設けてしまうとやや気にかかる。立法技術の問題ともかかわるが、一つの問題点として指摘しておきたい。

「委員会試案」は、強制力のない債権は被保全債権たりえないとする。その提案と、その理由には賛成である。もともと、明文の規定は必ずしも必要ではないのではあるまいか。被保全債権の履行期到来の不要や特定物引渡請求権の処理の場合の提案同様、解釈による対応でよいように思われる。

(イ) 無資力要件

詐害行為取消権の目的・機能から見て、債務者の無資力は当然の前提なので、解釈による対応に委ねておけばよく、長文となる明文の規定不要とも思えるが、国民に分かり易い民法という基本方針からいえば、「委員会試案」(3.1.2.08)に、積極的に反対することもないと考える。

(2) 取消の対象行為の要件

類型化による成立要件の明確化には基本的に賛成である。

(ア) 財産減少行為

(a) 相当価格の処分行為

(i) 「委員会試案」は、相当価格の財産処分行為の否認を、原則として否認の対象とせず、例外的に、対価として取得された財産について破産者が隠匿や無償の供与等破産債権者を害する処分をする意思を有し、相手方が行為当時そのような破産者の意思を知っており、かつ、当該行為がそのような破産者による処分の恐れを現に生じさせるよう

な性質である場合に限って否認の対象とするという、従来の倒産法の原則と例外を逆転させた新破産法(破一六一條)を受けて、これと同様な趣旨の規定を設けた(3.1.2.11)。この趣旨は、相当価格の財産処分行為を詐害行為と認める判例法理がもたらす財産取引の萎縮効果を除去することで、経済的窮境にある債務者の資金調達等の安定性を確保するという実務上の要請に應えるというものである。

(ii) しかし、詐害行為と破産否認権の制度目的の差から見て、現行判例法理が妥当と考える。破産に至った事態で行使される否認権と破産に至る前段階で行使される詐害行為取消権とで、問題の解決方法が異なることとなっても常に不合理・不当とはいえない。⁽⁹⁷⁾

「検討委員会」の主張する否認権の要件に整合させる案には反対である。経済的窮境にある債務者の資金調達等の安定性を確保することへの配慮はもちろん必要であるが、従来の判例法でもこの点は十分考慮されている。すなわち、判例は、債務者が弁済その他有用な資産を調達するために相当の対価で財産を売却し、かつその代金を実際にその目的に当てたときとか、有用な物の購入資金とし、かつその物が現存するときには取り消しえないが、その事実の取消の相手方において主張・立証すべきものとしている。この判例法理を明文化すればよからう。従来の判例法理の原則と例外を逆転させるのは、債務者の詐害行為を一般的に助長する恐れがあり、債権者保護に欠け、ひいては信用取引秩序の維持・安定性を害する結果をもたらす、新たな信用取引開始に当たって担保の提供を従来以上に要求されかねなく、担保を持たない市民の経済活動を萎縮させ、経済の成長・発展の阻害要因となる効果をもたらす恐れがあることにも留意すべきである。「委員会試案」は、この点への配慮に欠ける一面的な立法政策といえないか。要は、「現に経済的窮境に陥っている債務者の資金調達等の安定性を確保する」ことを原則とすべきか、それとも「新たな取引活動を開始しようとする市民の資金調達等の利便性を確保すること」を原則とすべきかの、選択しないしは調整問題なので

ある。また、詐害行為の成立する場面が少なくなる点では受益者の取引安全保護が図られるが、一旦それが認められると、原則として全部取消し・取戻しを認める「委員会試案」では、受益者保護は判例法理より減縮し、取引委縮行為を除去しようとする当初の意図と異なる結果となり、一貫性を欠く試案である。

(b) 同時交換的行為

担保を提供して新たに借り入れする場合等のいわゆる同時交換的行為についても「委員会試案」は相当価格処分行為の否認と同様の要件を設けることを提案しているが、この点についても、上記(a)の相当価格の処分行為の場合と同様、現在の判例法理の明文化で足りると考える。⁽³⁸⁾

(c) 無償行為

無償行為についての特則を設けることには賛成。ただ、その内容としては、無償否認と同様な要件を認めるのではなく、詐害行為取消権の目的・機能に即した要件論を構築すべきである。無償行為が原則として詐害性を帯びることについては異論があるまい。ただ、日常のあるいは慣習的贈与を除くことの明文化は一案である(ドイツ法参照)。問題は主観的要件である。まず、債務者のそれについては、悪意の推定規定を設けることが考えられる。次いで受益者については受益者の主観的要件を不要とすること(「委員会試案」)に賛成する。転得者については従前どおり悪意を要件とすべきである。

(イ) 偏頗行為(弁済等の債務の消滅行為)

債務消滅行為、担保の供与については、現在の判例は、本旨弁済は原則として詐害行為とならないが、通謀的害意があれば例外的に詐害行為となりうるとし、代物弁済についてはそれが本来の債務の履行行為でないことを理由に、目的物の価格を問わず、原則として詐害性を認めている。また、担保の供与については、判例は、一部の既存の債権

者に対し抵当権の設定その他の担保を提供することは、担保権者に他の債権者に対する優先弁済受領権を与え、共同担保を減少させるものだから詐害行為となるとし、他方において、弁済その他有用な資を得る目的で担保を提供して新たに借り入れをする場合の担保の設定（同時交換的行為）については詐害性を否定的に解している。以下、弁済、代物弁済、既存債務に対する担保の提供についての「検討委員会」の改正方針について順次検討してみよう。

（a）弁済

弁済の詐害行為性につき、「委員会試案」は、新破産法における否認権制度の見直し（故意否認・危機否認類型から財産減少行為（廉価売却行為等）否認・偏頗行為（債務消滅行為）否認・無償行為否認類型への転換）を受けて、甲乙二案を提示し、いわゆる本旨弁済（義務行為）については、詐害行為取消の対象とせず、期限前弁済等の非義務行為であって、かつ通謀がある場合にのみ詐害行為取消の対象とする甲案と、非義務行為を含めて、詐害行為取消権の対象からすべて除外し、それへの対処は全面的に倒産法上の否認権に委ねる乙案とを提案した。⁽⁵⁹⁾ ついで「中間的整理」では、「破産法等の改正により、いわゆる偏頗行為否認の时期的要件として支払不能概念（破産法第二条一）が採用されたこと等に伴ない、支払不能等になる以前に行われた一部の債権者への弁済は、倒産法上の否認の対象から除外されることになった。このため、債務消滅行為に関しては、平時における詐害行為取消権の方が否認権よりも取消しの対象行為の範囲が広い場面があるといった現象（逆転現象）が生じている」と指摘したうえ、こうした逆転現象発生への対応策として四つの対応策、すなわち①債権者平等は倒産手続きにおいて実現することとして、債務消滅行為は詐害行為取消の対象から除外すべきとする考え方、②倒産手続きに至らない平時においても一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであるとして、特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な債務消滅行為に限り、詐害行為取消の対象とすべきであるとの考え方、③偏頗行為

否認の要件（破産法第一六二条）と同様の要件を設けるべきであるとの考え方、④判例法理を明文化すべきであるとの考え方を紹介し、意見を求めた。⁽⁶⁰⁾

弁済や代物弁済さらには担保供与行為等のいわゆる偏頗行為（債務消滅行為）の詐害行為類型は、受益者の取引安全保護との調整となる財産減少行為（廉価売却行為等）類型と異なり、受益者は債権者の一人なのであるから、債権者同士が争う紛争類型であり、ここでは詐害行為取消権制度の領域で債権者間の平等をどの程度はかるべきかが問題の核心となる。新破産法は、偏頗行為に関する否認権の改正を主として弁済等の法的安定性の確保という要請から行ったものとされるが、詐害行為取消権制度においても、この要請は尊重されるべきであろうか。『詳解債権法改正の基本方針』は、この問題の基本方針策定にあたり、破産法改正後の詐害行為取消権の解釈において、上記改正を踏まえて提唱された次の三つの見解を引用して検討している。⁽⁶¹⁾

第一は、債権者間の公平を問題とする偏頗行為否認類型は、倒産法上の否認権制度においてのみ行うべきであり、詐害行為取消権制度においては、財産減少行為と非義務行為のみを対照すべしとする内田説。この見解によれば、本旨弁済や義務である担保の供与については、詐害行為取消しの対象とならないことになる。

第二は、偏頗行為否認類型についても、詐害行為取消権制度によって対応すべきであるが、否認対象行為と、詐害行為取消対象行為を比較して、否認対象行為より詐害行為対象行為の方が広いことは、制度上、適切ではないから、詐害行為取消しが成立する範囲は否認の範囲に限定されるべきであるという潮見説。この見解によれば、本旨弁済や義務である担保の供与については、債務者の支払不能後の行為のみが詐害行為取消しの対象となる。

第三は、否認の要件との体系的整合性を考慮しつつも、詐害行為取消権には特有の制度意義があることを理由に、必ずしも否認制度と連動させることなく、その要件化を行うことを提唱する中田説。この見解は、支払不能概念の民

法への導入は、取消債権者に支払不能の証明責任を課すことになって過重な負担であり、詐害行為取消権の行使困難性、その機能に対する大きな制約をもたらすもので妥当でなく、行為の客観的態様・主観的態様の両面で詐害性が高い場合に取消しを認めるべきものとするものである。

検討の結果、「委員会試案」では、上記第三の見解は、民法への支払不能概念の導入見送りと通謀要件の維持の点では受け入れられたが、否認権との連動性の重視についてはこだわらざる必要なしとの主張は採用されず、甲案・乙案が策定された。甲案は、弁済行為の安定性確保に対する実務界の要請に応え、さらに倒産処理手続きにおける債権者間の公平確保手段を詐害行為取消権制度に導入することに伴う詐害行為取消権制度の重厚化をきらって、本旨弁済の効力否定による債権者間の公平は、法的倒産処理手続きに委ねることとしたものという。さらに、従来の通謀要件が、単純に支払い不能状態における特定の債権者への弁済行為の共同の認識以上の、加重された要件を想定するとすれば、結局、それは支払い不能の段階における非義務行為の問題となり、少なくともそれが中心であろうから、要件の明確化の観点から、類型を非義務行為に限定し、主観的要件に関しては、従来の判例の定式である通謀要件を維持することにしたものという。⁽⁸²⁾

甲案は、予想される反対意見についても丁寧に応接し、細部まできめ細かに練り上げられた案であり、そのよって立つ「基本方針」の下では優れた立法案と評価できよう。しかし、ここでも、詐害行為取消権と破産否認権の制度目的の差を重視する私見の基本的立場からは、本旨弁済をすべて詐害行為取消権の対象から除外する甲案には賛成できず、現行判例法理の明文化が妥当と考える（中田説に基本的に賛成）。判例は、大審院時代より、債権の本旨に従った弁済は原則として詐害行為とならないが、例外的に債権者がとくに一部の債権者と共謀し他の債権者を害する意思をもって弁済をなした場合には詐害行為となりうる旨判示してきた。しかし、これまでのところこの点は傍論にすぎ

ず、通謀的害意を理由に弁済の詐害性を認めた事例は、下級審にいくつかあるが、最上級審判決には明確なものは見当たらない。弁済の詐害行為性を肯定した下級審判決例の事案は、債務者と弁済を受けた債権者とが実質上同一人格に近い事例（たとえば、債務者が受益者の個人会社の事例）とか、被保全債権が租税債権の事例などであり、実務界の要請という弁済行為の安定性が害されるような事例で取消しが認められた裁判事例はこれまでのところ事実上存在しないのであり、実務界の恐れは杞憂といえよう。⁽⁶⁾「委員会試案」が、相当対価取得行為において、詐害行為取消権の行使が否定される際の悪意の推定規定の対象者として掲げている、いわゆる内部者（たとえば法人の理事、取締役、債務者の親族等、【3.1.2.三】〈3〉〈ア〉〈イ〉〈ウ〉）に対する本旨弁済（義務行為）について、「委員会試案」は、これを常に詐害行為取消の対象外とし、法的倒産処理手続きたる否認権に委ねる趣旨であろうか。それともこれらは非義務行為にあたるとして詐害行為取消を認めるのであろうか。前者とすればその結論は妥当性を欠き、後者とすれば「義務行為」、「非義務行為」の区別の基準が明確性を欠くように思われる。

支払不能時における本旨弁済（および代物弁済）さらに支払不能前の一定期間（たとえば三〇日）以内における非義務行為に対する詐害行為取消しを認めても、それは、新破産法が偏頗行為に対する故意否認を否定した趣旨に悖るわけではなく（前掲神尾コメントが指摘）、むしろ、支払不能時における本旨弁済の実態および破産開始申し立てが支払不能に至った直後に申し立てられるとは限らないことに照らせば、詐害行為取消権の簡易破産機能や破産手続きへの架橋機能を重視して詐害行為取消権の行使を認めるのが妥当というべきであろう。なお、判例法理である「債務超過＋通謀的害意」の内容は、支払不能の認識にほぼ等しいから、逆転現象が生ずる事例は少なく、判例法理を明文化し、実際の運用を裁判官の判断に委ねても、これまでの判例法から見て不都合はあるまい。もっとも、主観的要件である通謀的害意の内容が不明確であるため、立証が困難となり、内部者への弁済についても、取消しが否定されか

ねない点に問題がある。したがって、判例法理を明文化する場合には、「相手方が、債務者の債務超過（あるいは「支払不能」）または「債務者がその債務につきその財産をもって完済することができない状態にあること」および当該行為が債権者を書しることを知っていた場合には、通謀的害意があったものと推定する」旨の推定規定を設けることも一案である。⁽⁴⁾

以上の見地からすると、非義務行為を含めて、債務消滅行為を詐害行為取消権の対象からすべて除外し、それへの対処は全面的に倒産法上の否認権に委ねる乙案に賛成できないことは明白といえよう。

(b) 代物弁済

過大な代物弁済は、財産減少行為に該当するから、詐害行為取消権の除外対象にならないことは「委員会試案」も認めるところで、この点に異論はない（ただ取消の範囲については問題が残る。本試案は、超過部分のみの一部取り消し、ただし通謀的害意ある場合は全部取消しとするが、判例のとる常に全部取消しとする（ただし被保全債権額による制限を伴う）のが妥当であろう）。また、優先権を有する担保権者に対して担保の目的物件を代物弁済として譲渡する行為は、価格が相当である限り詐害行為とならず、過大な場合は担保債権額を超える部分についてのみ詐害行為となる（詐害行為の一部不成立・一部取消し、ただし、通謀的害意ある場合は全部取消し）。問題となるのは相当価格の代物をもってする一般債権者への代物弁済である。甲案、乙案ともにこの場合は詐害行為取消権の除外対象となすとするが、賛成できない。通謀的害意を要せず、単なる悪意であっても詐害性を認める判例法理の明文化が妥当である。

因みに、経済的窮境にある債務者の資金調達等の安定性確保、弁済や代物弁済等の債権回収行為の安定性確保に対する実務界の要請という、もっともな名目の裏側に潜む現実的問題点も見落としてはなるまい。債務消滅行為の詐害

行為類型における債権者間の平等・公平を判断する上で重要なひとつの視点は、債務者の倒産の気配をいち早く察知し、有利な弁済、代物弁済、担保権の設定を受けうる立場にあるのは、いわゆる内部者のほか、一般に債権者に対して生殺与奪の権限をもっている大口の取引先や金融機関などの債権者だという事実である。そして、情報に疎い小口の弱小債権者が債務者の支払不能の事実を知り、あわてて駆けつけたときは、時すでに遅く、泣き寝入りするか、近時少しは解消されたとはいえ、なお、多大な時間と金と労力を要する破産手続きを避け、やむなく個別的債権回収の準備手続きたる詐害行為取消権制度に頼って、やりたくもない訴訟を起こすことになる現実である。勤勉な債権者が勤勉でない債権者に劣後するのはおかしい、といってすまされる状況ではないのが、現実の厳しさといえよう。立法者は、声の大きい者の声のみならず、声の小さい者、声なき者の声をも汲み取るべきである。危機的状況にある債務者が一部の債権者と謀って、他の債権者に対し抜け駆け行為をしたような場合には、代物弁済の場合も弁済の場合と同様（否それ以上に）、債権者間の公平を図るために取消権の行使が認められてしかるべきであろう。実務経験豊かな裁判官が、長年かかって積み上げてきた判例法理には、形式論理を超えた合理性があり、簡単に原則と例外を入れ替えるべきではあるまい。⁽⁶⁵⁾

なお、実際問題としては、債務者の支払い不能を知った債権者としては、いち早く駆けつけて回収を図るのが有利であることに間違いはない。意識的に他の債権者の回収を待って、その後でその債権者を相手に詐害行為取消訴訟を提起して優先弁済を図るといった迂遠な手段をとるのは愚であり、机上の空論にすぎない。取消訴訟にかかる時間的・経済的・労力的負担や敗訴の危険性に思いを致すべきである。詐害行為取消訴訟にまきこまれないよう配慮してまず回収を図るのが得策である。他の債権者が常に取消訴訟を提起するとは限らないし、巻き込まれ、敗訴しそうな場合は示談で解決するなり、勝訴の自信があれば受けて立てばよからうからである。

(c) 既存債務に対する担保の供与

「委員会試案」は、担保の供与について、債務の消滅行為と同列に位置付けることとし、同様の要件化を行っている。すなわち、甲案は、原則として、詐害行為の対象から除外し、例外的に、「債務者が、既存の債務についてした、債務者の義務に属しない行為であって、かつ、債務者と受益者たる債権者とが通謀してその債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った場合」にのみ取消を認める。乙案は、担保の供与行為についてはすべて詐害行為取消の対象から除外するものである。

この点についても、上記ア(ア)(イ)(相当価格の処分行為、同時交換行為)イ(偏頗行為)で述べた趣旨からして、判例法理の原則と例外を入れ替える必要はなく、現在の判例法理の明文化で足りると考える。

この問題について筆者はかつて次のような見解を表明した。まず、弁済と担保供与とを区別して考えることの是非につき、弁済の義務行為およびそれが、債権者取消権制度がその準備手続的機能を営む強制執行制度の究極目標であることのために、弁済は詐害性を原則として欠くかあるいは極めて微弱であること、これに対しとくに既存債務への担保供与行為は義務行為でないのみならず、それは弁済の確保を目的とするものであって弁済そのものではないから、両者は一線を画すのが妥当であり、弁済よりは原則として詐害性が強いものとみてよい。そこで、他のファクターとの相関的検討の上で詐害行為となりうる余地が弁済より大とみてよい。かつ、この場合の判断基準として重要なものは、弁済の場合と同様、債権者間の平等をどう考えるかである。そして既存債務と新規債務のための担保供与行為とは、詐害性の実質的判断基準を異にする面があるので、分けて考察すべきである。後者では、関係当事者間の利害関係の衝突を調整する判断基準は、債務者の財産管理の自由、経済的更生、受益者の取引安全保護を、責任秩序の維持(責任財産ないし共同担保の保全)にどの程度調和せしめるべきかであるのに対して、前者では、受益者(債権者の一

人)の取引安全保護という問題よりはむしろ、また、債務者の経済的更生という問題は背後に退いて(既存債務のための担保供与だから債務者の手に入るものは何もない)、債権者間の平等をどの程度図るべきかが判断の基準として重要だからである。破産手続が容易に行われえないわが国の実状を踏まえて考えるとき、債権者取消権にある程度の簡易破産的機能を認めるかどうかの政策判断の問題である、と。この問題提起後、学説上、債権者同士の争いの類型においては、詐害性の判断基準を異にすべきであるとの共通認識が広まった。⁽⁶⁶⁾

近時の倒産立法の展開により破産手続きがかかり容易に行われるようになったが、基本的には未だ上記見解を改める必要を感じていない。⁽⁶⁷⁾

「検討委員会」の甲案は、行為の義務性と非義務性、既存債務と新規債務とを区別した点は、私見と同様であるが、詐害性認定の原則と例外を逆転し、かつ「通謀」要件を課した点で異なり(単なる「認識」で足りると考える)、賛成できない。

(d) 對抗要件具備行為

對抗要件具備行為については、判例法理と異なり、通謀的害意ある場合には債務消滅行為(弁済等)に関する判例法理と同様詐害行為になりうる旨の明文の規定を設けるのがベターと考える。この問題については近時判例・学説上の議論がかなり進んでいるので、少し詳しく検討しておく。

「委員会試案」は、對抗要件具備行為については特段の手段をせず、詐害行為取消の可否は、一般規定【3.1.2.(83)】の解釈に委ねることとしている。⁽⁶⁸⁾その理由として次のような説明がなされている。すなわち、對抗要件否認(破一六四条)は、支払いの停止等の後になされた具備行為を対象とし、支払いの停止等を知ったものであることを要求しており、争いはあるものの、支払いの停止等の前になされた對抗要件具備行為は否認の対象とならないも

のと解されている。このことからすると、詐害行為取消しにおいても、支払の停止などの後の行為に限定し、主観的要件についても配慮をするのでなければ、否認権との間で逆転現象が生じることとなる。倒産手続きが開始していない段階を問題とする詐害行為取消しにおいて支払の停止(等)やそれについての主観的要件を問題とすることには、かなりの困難が伴う。また、対抗要件具備行為といっても、不動産の物権変動の場合と債権譲渡の場合とは、様相が異なり、真正の権利移転の場合と担保権の設定や担保目的での権利移転の場合とでも、状況は異なるため、倒産手続きの開始していない段階において、およそ一律に、対抗要件否認と同様の規律を設けることが相当であるかについては、疑問が残る。したがって、特段の規定は設けず、一般規定の解釈に委ねることとした、という。

ここでも、否認権と詐害行為取消権の両制度の平準化方針へのこだわりがみられる。倒産手続きが開始していない段階を問題とする詐害行為取消しとそれが開始している段階を問題とする対抗要件否認とは抱えている問題状況が異なるから、一律に同様な規定を設けることに疑問があるという点は、まさにそのとおりである。そうだとすると、問題状況が異なる以上、「逆転現象」が生じてても、各制度の目的達成の上で、その結論が妥当であり、必要であれば、それはそれでかまわないともいえるはずであろう。「逆転現象」をおよそ許さないと切って捨てるのは硬直すぎる。さればこそ、「検討委員会」も、ここでは特段の規定を設けず、一般規定の解釈に委ねることとしたのであろう。それはそれで一つの解決策であるが、今一步踏み込み、逆転現象が生ずるような明文規定を設けることの合理性・妥当性について検討してみたい。

まず、取消債権者の被保全債権成立前になされた法律行為に基づいて、被保全債権成立後に履行行為たる登記などの対抗要件具備行為がなされた場合、債権者は被保全債権成立前になされた前記行為を詐害行為として取り消しうるかについて、争いがあった。周知のように、古くから判例は否定説をとり、最高裁もこれを踏襲した。通説は判例に

賛成しているが、有力な反対説があった（我妻）。その理由は、「登記のない間は、一般債権者は受益者の権利取得を無視して差し押えることができるのだから、受益者は債権者に対する関係でも登記をしたときに移転行為が行なわれたことを対抗しうるにとどまり、従って取消の対象となりうるといわねばならない」という。⁽⁶⁹⁾ この考え方は一般債権者との関係でも登記の時に詐害行為があったとみる、いわば法律行為（所有権移転行為）と登記移転行為を一体的に捉える考え方といえよう。しかし、債権者の差押等によって当該財産が具体的に摺手され、特定の責任財産となった場合には、担保物権に準じて優先効を登記の先後によって決定してよいが、差し押さえ前の単なる一般債権者の段階では、不動産の譲受人は移転登記をえていなくとも債務者の責任財産からの逸出効を主張しうる（つまり単なる一般債権者と所有権の取得者とは対抗関係に立たない＝通説）とみるのが妥当であろう。かくて、当該逸出財産に差押をしていなかった一般債権者に関しては、債権者取消権により保護をうけうるのは詐害行為前に債権を取得した債権者のみであり、行為後の債権者はその保護をうけなくてもやむをえまい。本来その財産は特別事情のない限り（通謀的害意により登記を遅らせてその間に信用をえた場合など）、客観的には、彼が責任財産として期待できるべきものではないものだからである（同旨飯原）。ただ、他の債権者が取り消した場合に、四二五条により消極的に利益享受の道が開かれていることで満足すべきものといえよう。

つきに、被保全債権成立前になされた法律行為から生じた債務の履行行為である登記移転行為や債権譲渡の通知行為が被保全債権成立後になされた場合に、両者を切り離して、具備行為のみの詐害行為取消が許されるかが問題となる。我妻説は、前述したようにこの点につき、登記をする実体的な法律行為を問題とすべきであって、それと切り離して登記をする行為だけを取りあげて詐害性を判断すべきではなく、両者は一体としてとらえるべきだ、という。旧破産法七四条一項（現行法一六四条）、旧会社更生法八八条一項（現行法八八条、民事再生法二二九条）は登記移転

行為のみの否認を認めるが、これはこれらの手続の特殊性によるものであって、これと債権者取消権の場合とは同一視できないと考えるものである。

近時、取消権者の被保全債権の発生前になされた債権譲渡にもとづいてその発生後に債権譲渡の通知がなされたという事案の下で、この譲渡通知を詐害行為として取り消し得るかが争われた事件において、債権譲渡の通知のみの詐害行為取消しを否定した判決が現れた（最判平一〇・六・一二民集五二巻四号一一二二頁）。被保全債権の発生前になされた債権譲渡行為のゆえに、債権譲渡行為自体が詐害行為とならない場合には、これと切り離して、譲渡通知のみを詐害行為としてその取消しを請求することは認められないというのである（一体説を採る我妻説を否定したことになる）。この判決は不動産譲渡行為における對抗要件具備行為である登記移転行為につき取消しを認めない判例法理（最判昭和五五・一・二四民集三四巻一号一一〇頁）と軌を一にするもので原則的には妥当な判決である。しかし、判例は、他方において要物契約たる代物并済行為（債権譲渡による代物并済をも含め）の詐害性を一般的に認め、履行行為たる并済についても、通謀的害意がある場合には、例外的に詐害行為となりうるとしている。そうだとすると、債務の履行行為たる登記の移転や債権譲渡の通知についても同様に解する余地がないわけではなく、この点は今なお、残された問題といえよう。⁽⁷⁰⁾ なお、従来多くの学説は、詐害行為の取消対象たる「法律行為」のなかには、準法律行為である「債権譲渡の通知」も含まれるとしていたが、その法的根拠は必ずしも明確ではなかった。⁽⁷¹⁾ その後、学説に一段の進展があった。まず、（集合）債権譲渡担保の場合につき、実務では、（集合）債権譲渡担保設定の時点で、白地の債権譲渡通知書を債権者が預かり、債務者の経営が悪化した時点で白地を補充して通知をするという扱いはあることを踏まえて、債務者が債務超過に陥ってからこのような行為がなされると、詐害行為取消の対象または倒産法上の否認（破七四条一項、会更八八条一項）の対象となるとの説があらわれた。⁽⁷²⁾ もつとも、私見は「極めて通謀的害

意性が高い場合」に限定して取消を認める余地ありとしていたが、この説はとくにこのような限定を設けていない。さらに、近時、この問題は債権譲渡担保の場合のみならず、債権譲渡一般について債権者取消権制度の目的に照らし、一般債権者の責任財産保全の期待を保護するためには、逸出した責任財産の取戻しをどの時点まで認めるのが適切かという評価との関連で考えるべきであり、また、譲渡の客体が所有権でなく、より抽象的・観念的存在である債権において、その移転が対外的に公示され、一般債権者にも認識できるようになった時点ではじめて、責任財産保全手段を行使する機会が一般債権者に実質的に確保されることからみて、譲渡通知には對抗要件を具備する以上の機能があるから、担保目的での債権譲渡に限らず、一般的に、譲渡通知を取消すことが認められてよいとの主張が現れた。¹³⁾

この考え方は、債権譲渡の場合は登記の場合と異なり、債務者への通知によってはじめて責任財産の逸出行為が完成するとみた前記最高裁判決の原審判決（東京高判平八・三・一三）の判断構造と発想を同じくするものである。他方これらの説に対して、判例支持説も表明された。否認権行使の効果は全ての債権者を平等に扱うのに、詐害行為取消の場合は、四二五条の規定があるにもかかわらず、取消債権者が事実上優先弁済を受けうる可能性がある。前掲最高裁判成一〇年六月一二日判決の事案は相前後して（一週間から、一〇日間ほどの違い）、新規に融資したXとYとが、いずれも、Aの有する債権を担保（停止条件付代物弁済）に取り、その對抗要件具備を留保しており、二重に設定された担保目的物をいずれかが取るというイーブンな競争関係にある。したがって、本来、先に對抗要件を具備した者が優先するという對抗のルールで優劣が決せられるべき関係にある（佐藤岩昭・判批、判評四八五・二八（判時六七三・一九〇）参照）。それにもかかわらず、通知行為自体の詐害行為取消を認めれば對抗関係で優先すべきXが劣後し、逆にYが優先して独り占めする結果となるし、もしYの通知が先であればXが取消権を行使すればXが優先する結果となって落ち着きの悪い結論と言わざるをえない、したがって、本件では判旨に賛成するというものである。¹⁴⁾

た、債権を二重に譲り受けたもの相互の優劣は對抗要件の先後で決するのが公平であり、對抗要件だけを取消しても、取消権の応酬により對抗要件のない債権譲渡ばかりが残ってしまい、紛争の抜本的解決につながらない、したがって、對抗要件具備行為は、一般に、取消権の対象とならないと考えるべきだという主張もある。⁽⁷⁶⁾ また、登記や債権譲渡通知を弁済と同視し、弁済が取消の対象となることからすると、取消しを否定することは難しいようであるが、①登記手続きは登記所に対する登記権利者と義務者の共同申請行為であるから、この登記申請行為が取消の対象となると思われるけれども、登記申請行為の取消は認められず、仮にそれが認められるとしても、実体上の譲渡行為が有効である以上既存の移転登記は有効であるから抹消登記の請求は許されない、②また、債権譲渡通知の取消しを認めたとしても、譲渡の有効性は否定できないから、紛争の抜本的解決にならないとの見解がある。⁽⁷⁶⁾

この問題、どう考えるべきか。まず、これまで繰り返し述べてきたように倒産法上の否認権と詐害行為取消権とは制度の目的と行使の効果が異なるから、両者を軽々に同じ扱いとすることは合理的ではない。また、譲渡の客体が債権の場合は、所有権に比し、その抽象的・観念的性格ゆえに、債務者への通知によってはじめて責任財産逸出の効果が確定するとの議論にも直ちには賛同しえないものがある。占有や登記の移転を伴わない所有権譲渡もまた、第三者からすれば抽象的・観念的存在であり、登記の移転がない限り、責任財産からの逸出の効果は確定していないからである（債権者は債務者名義のままになっている不動産に強制執行をなしうる等）。二重の譲渡や代物弁済行為の場合には、對抗のルールで処理せよという議論もそれだけでは説得力を欠く。特定債権保全のための詐害行為取消権の行使を認めるのが今日の判例・通説だからである。債権者同士の場合に、取消の相手方たる受益者の配当加入を許さず、取戻の目的物が金銭の場合に取消債権者の事実上の優先弁済を許す判例法にも問題がある。これらの問題を総合的に踏まえた理論的検討が必要といえよう。最高裁平成一〇年六月一二日判決の事案は、たまたま、被保全債

権の発生が詐害行為と目される債権譲渡後であったために、詐害行為と切り離して、譲渡通知のみを詐害行為として取消すことが許されるかどうかが問題となったのであるが、この事件はX・YそれぞれのAに対する新たな融資に伴う二重の（集合）債権譲渡担保設定の事例であり、第三者対抗要件たる譲渡通知がなされたのは、担保権設定時ではなくAが手形の不渡りを出した後であった事例である。後述することく、新たな融資に伴う担保権の設定は詐害行為とならないというのが、判例・通説であるから（なお、破一六二―I柱書かっこ書参照）、この事件で仮に取消債権者の被保全債権の発生が詐害行為と目される債権譲渡前であったとしても、上記の点が争点となれば取消権の行使は認められない事案であった。そして、譲渡担保権（停止条件付代物弁済契約）設定時ではなく、その後しばらく経って手形が不渡りになった後でなされた譲渡通知は、停止条件付代物弁済契約の条件成就に伴う債務の履行行為としてなされたのであるから、弁済と同視できる行為であった。そうだとすると、弁済の詐害行為性に関する判例法理から見ても、通謀的害意のない限り取消権の行使は認められないはずであり、この観点から考察すると、判旨の結論には何ら問題のない事案であったといえよう。他方において、通謀的害意がある場合に限って取消権の行使を例外的に認める立場では、二重の譲渡あるいは代物弁済による債権者同士の争いの類型ではあるが、取消権行使の効果として、受益者の配当加入が認められないとしても、通謀的害意性が要件とされている以上、それは受益者が甘受すべき止むを得ない結果といえよう。この観点からみるときは、包括的清算手続きで債権者間の公平がとくに重視される倒産法上の否認権と四二五条の規定があるとはいえ個別的強制執行の準備手続きである詐害行為取消権との制度目的の差異から要件論・効果論につき、両者別異の処理をすることの法的根拠についても、一応の説明が可能といえよう。このような意味において、筆者は、受益者に通謀的害意が認められるような例外的場合は、前記最高裁判決の射程距離外の問題であって、譲渡通知行為のみの取消しの余地がなお残っていると考えるものである。また、対抗要件具備行為の詐

害性が問題となるのは、二重譲渡型の場合に限られるものではないから、一般的にその詐害性を否定し去ることは疑問である。さらに二重譲渡型において、對抗要件の具備行為が取消された場合、取消権者の特定債権そのものの保全のために取消権の行使が認められたわけではなく、對抗要件の具備が遅れたために債権の取得が不能となり、損害賠償請求権に転化した金銭債権が被保全債権なのであるから、取消債権者はその債権について債務名義を得た上で、債務者の下に回復された当該責任財産（不動産・動産・債権等）に対して強制執行することで満足することができるのみであることは、特定物債権保全のための詐害行為取消権行使の効果として、判例・通説が確定しているところである。ただ少し違うところは、對抗要件具備行為のみの取消であって、譲渡行為そのものは取消されていないのであるが、對抗要件具備行為が取消され、取消債権者が当該目的物を差し押さえてしまえば、取消の結果對抗要件を失った取消の相手方はそれが自己の所有財産であることを取消債権者に主張できず、第三者異議も封ぜられてしまうから、結果としては同じ結論となると考える。なお、登記所に対する登記申請行為は取消の対象となりえないとの批判があるが、取消の対象は公法行為たる登記申請行為ではなく、その行為が同時にもつ私法上の効果たる履行行為（Ⅱ弁済）を取消の対象とするのである。さらに、仮にこの取消を認めても実体法上の譲渡行為は有効だから既存の移転登記は有効であり抹消登記の請求はできないとの批判に対しては、登記の有効要件として、実体的有効要件と形式的有効要件が要求されており、為された登記が現在の実体的権利関係に合致していたとしても、登記義務者の全く知らない間に登記権利者が偽造文書で移転登記を得たような登記申請意思を全く欠く場合には、抹消登記が許される余地のあることを挙げておこう。

問題は、為された登記が現在の実体的権利関係に合致していたとしても、對抗要件の具備行為であるその登記行為のみの詐害行為取消を許すことの必要性、妥当性があるかどうかにある。もし對抗要件の充足行為の詐害行為取消が

許されるとした場合には、前述のように取消債権者は差押によって責任財産保全目的を達成しようと見てよいのではあるまいか。前記批判的見解（飯原）は「ただし、債務者が受益者と通謀して、登記を遅らせて債権者から融資を受けたような場合には譲渡行為の取消しを認めてもよい」として、譲渡行為の取消を認める、つまり被保全債権発生前の譲渡行為にも詐害性を認めて取消しを許すことで、結果的に私見と同一結論を導くが、譲渡行為の時点ではかかる通謀がなく、その後にかかる通謀がなされることもありうるのであるから、なお對抗要件充足行為のみの取消しを認める余地を残しておく実益はあるものと考ええる。さらに、この場合に、取消の相手方となった受益者の配当加入の可否が問題となるが、債権者同士が争う類型（弁済や代物弁済の詐害行為取消が問題となった類型）の場合には、判例と異なり取消の相手方たる受益者にも配当加入を認めるべきだとする私見の立場でも、その者に通謀的害意があった場合には、これを拒否すべきだと考える。このように考えると、取消権の応酬により紛争の抜本的解決にならないとの懸念には及ばないことになろう。

以上の検討結果から、私見は、對抗要件具備行為については、判例法理と異なり、通謀的害意ある場合には債務消滅行為（弁済等）に関する判例法理と同様詐害行為になりうる旨の明文の規定を設けるのがベターと考える次第である。因みに、以上の検討は、新版注釈民法（一〇）Ⅱで詳述したところであるが、同書の刊行が遅れたため、「検討委員会」の検討に際して参照されていなかったように思われるので、重複をいとわず、本稿で改めて紹介した次第である。⁽¹⁷⁾

(3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件

(ア) 問題の提起

『中間的論点整理』に対するパブリック・コメントにおいて、筆者はこの論点につき、次のような簡単なコメントを提出した。

「取消しの効果を相対効とする判例法理の下では、受益者が善意であっても、転得者が悪意の場合には、転得者に対する詐害行為取消権の行使が認められるとする判例法理（いわゆる相対的構成）には妥当性がある。ここでも、破産否認権との制度目的の差異からして、整合化・均一化の必要はない。なお、否認権においては、転得者に対する否認権の行使の要件として、「転得者が転得の当時、それぞれその前者に対する否認の原因のあることを知っていた」ことを要求している。この文言からすると、受益者が善意であった場合には、受益者につき否認の原因はないことになるから、破産法は、いわゆる「絶対的構成」をとっていることになる。少なくとも詐害行為取消権の場合には、「相対的構成」をとる判例法理には実務上合理性があり（いわゆる薬人形を立てる弊害の防止）、ここでも、否認権と異なっても（逆転現象は）背理とはいえない。なお、転得者が無償行為によって転得した場合には、転得者の悪意は不要としてよからう。

しかし、仮に責任説を採用する場合には、取消しの効果が責任的取消しの限度で絶対効となるので、転得者が悪意でも、受益者が善意であれば取消権の行使は認められない（絶対的構成）とするのが整合的であるが、この点をどう考えるべきか、検討の必要がある（神尾コメントにおける提案参照）。

しかし、その後の検討の結果、「委員会試案」には、取消訴訟の相手方・効果論や反対給付の返還請求等とも関連してかなりの問題点があるように思われ、もつと詳細な検討を加える必要性があると考えるにいたった。そこで改め

て以下に検討する。

(イ)「委員会試案」の内容とその検討

(一)「委員会試案」は、「転得者に対する詐害行為取消し」につき、長文の規定を提案している【3・1・2・18】。要件論について、その内容を要約すると、①転得者(あるいはすべての転得者)が(それぞれの)転得の時点で債権者を害すべき事実を知っていた(悪意)ときに限り取り消しを請求できる。この場合、受益者もまた悪意であったことを要する【3・1・2・08】【3・1・2・09】いわゆる絶対的構成。なお、受益者については、無償行為の場合の悪意擬制の規律【3・1・2・13】無償行為の特則)がこの場合にも適用される。②転得者(転得者からの順次の取得者を含む)が、無償で、当該権利を取得したとき、または、転得者(転得者からの順次の取得者を含む)が債務者の内部者【3・1・2・11】(一)であるときは、当該転得者は悪意であったと推定する。転得者は債務者の詐害行為の直接の相手方ではないことを考慮して、受益者の場合と異なり、悪意の「擬制」ではなく、「推定」にとどめるといふ、きめ細かい配慮がなされている。

問題はこのような要件論を構築した場合の取消権行使の方法、効果論である。効果論については後述することとして、ここでは取消権行使の方法特に詐害行為取消訴訟の相手方について検討しておく。『委員会試案』は、詐害行為取消権の行使は、現行法同様、裁判所に取消を請求するものとするが【3・1・2・08】、取消訴訟の相手方については、債務者と返還請求の相手方とをつねに被告としなければならないものとする【3・1・2・19】。この提案の趣旨として、「本試案の詐害行為取消権の制度の下では、債務者に対して一定の範囲で詐害行為取消の効果及ぶこと、債務者の手続保障をはかる必要があること、受益者や転得者の地位への配慮の観点等を踏まえ、現行の判例・通説の考え方と異なり、詐害行為取消訴訟においては、否認権の場合と異なり、債務者をも被告とすることにしよう。」⁽⁷⁸⁾

この提案の解説において、解説者は、債務者を被告とすることの当否につき、賛否両論の主張を挙げて検討したうえで、結論として債務者を被告とすることが妥当だとし、更にこの立場をとる場合の残された問題点をも指摘している。ここで挙げられている賛否両論のそれぞれの主張は、いずれももっともな主張であり、一概に一方の優位性を認めてその説に軍配を挙げるのは困難ともいえそうである。ただ一つ言えることは、「委員会試案」が採用された場合には、実務上、詐害行為取消権の行使がかなり制約されることになりそうだという事実である。このことこそまさに「検討委員会」の詐害行為取消権制度改革に関する基本方針に他ならないといえればそれまでであるが、果たしてそれでよいか問題である。ここでも否認権制度と詐害行為取消権制度の目的及び機能の捉え方の違いが、見解あるいは結論の相違となってくるのである。

(ii) 次に進もう。「委員会試案」は、取消訴訟の被告として、債務者と、「詐害行為取消しによる返還請求等の相手方(受益者または転得者)とを被告とするという」ということは、転得者が登場している場合、債務者と、返還請求をする相手方のみを被告とすればよく、常に、受益者と転得者の双方や転々と取得が続いた場合にそのすべての主体を被告とすべきものとはしておらず、この点で現行法を変更するものではない。この結論と「委員会試案」の言う取消しの効果の限定効(あるいはその内容)との関係が問題となるように思われる。「委員会試案」は、「詐害行為取消しを、責任財産を回復するための取消しと位置づけ、その意味で、詐欺取消し等の意思表示の取消しとは異なる、特別な取消しであると位置づけている。これは、債務者におよそ効力が及ぶわけではないことを意味するのではなく、たとえば、債務者に対する直接の請求権の発生など(3.1.2.16)(受益者に対する財産の返還請求等)へ(10)参照)、責任財産の回復及び関係者の利害調整に必要な範囲で、債務者にも効力が及ぶことを前提とする。」ものという。この説明の前段にいう「詐害行為取消しを、責任財産を回復するための取消しと位置づけ、その意味で、詐欺取消し等

の意思表示の取消しとは異なる、特別な取消しであると位置づけている。」とする点は、判例通説のいう「相対的取消」、責任説のいう「責任的取消」でもそうであり、これらとの相違は、後段にいう「債務者に対する直接の請求権の発生など」〔§. 1. 2. 16〕（受益者に対する財産の返還請求等）〈10〉参照）、責任財産の回復及び関係者の利害調整に必要な範囲で、債務者にも効力が及ぶことを前提とする。」という点にある。ところで、取り消し請求において、取消債権者に認められる受益者に対する逸出財産の債務者の下への返還請求権の直接の帰属主体は、取消債権者であつて債務者ではない（つまり取消しの結果債務者が取得した返還請求権を取消債権者が代位行使するものではない）から、取消し請求によるこの請求権発生の直接の効果は債務者に及ぶわけではない。右の解説にいう債務者に効果が及ぶ「債務者に対する直接の返還請求権」というのは、〔§. 1. 2. 16〈10〉〕により受益者に認められた、受益者が債務者に対してなした反対給付の価額償還請求権を意味し、その請求権行使の相手方（債務者）となるという効果が債務者に及ぶことを意味するものであろう。そうだとすると、このことを別の角度から見ると、判例・通説のとる「相対的取消」、「相対的無効」論を否定する「委員会試案」は、債務者をつねに被告とすべきとし、取消しの範囲を取消債権者の被保全債権額に限定せず、原則として全部取消し・取戻しとする等の点において、一見、債務者・受益者間の詐害行為取消しの効果につき、「形成権説」的発想を採るように見えるが（当初罪者はそのように（ただし限定的絶対効論と）受け取っていた）、そうではなく、むしろ、債務者・受益者間の詐害行為を有効としつつ、取消債権者に受益者または転得者に対する直接の責任財産返還請求権あるいは価額賠償（価額償還）請求権のみを認める「請求権説」的発想に近いようにも受け取れる。というのは、もし債務者・受益者間の行為が取消により、相対的無効でなく絶対的（物権的）無効というのなら、債務者もまた取消の相手方に対して直接の返還請求権を取得することとなり、この請求権と、取消債権者の取得する直接の責任財産の返還請求権あるいは価額賠償（価額償還）請求権との関係が

問題となるはずである。例えば、取消の効果が生ずる「委員会試案」の下では、取消債権者以外の債権者が債務者の返還請求権を代位行使してくる場合も論理的には予想され、その場合に取消債権者の取得した相手方に対する直接の返還請求権との競合関係如何について複雑な調整が必要となろう。しかし当該試案はこの点については何ら触れていないことから見て、債務者自身の返還請求権の発生は認めていないように思われるからである。

(iii)このことは、さらに転得者を相手とする取消訴訟の場合を見ると明らかになる。同案は、転得者が登場している場合、債務者と、返還請求をする相手方のみを被告とすればよく、常に、受益者と転得者の双方や転々と取得が続いた場合にそのすべての主体を被告とすべきものではないとしている。もし取消の効果絶対的(物権的)無効とするならば、たとえ一部取消し・一部無効あるいは限定的無効であっても、利害関係者すべてにその効果が及ぶから、取消訴訟の被告は原則として債務者・受益者・転得者等の利害関係者のすべてということになりそうである。しかし、債務者と、返還請求をする相手方のみを被告とすればよいのであるから、債務者・受益者間、受益者・転得者間さらにそれに続くすべての転得者間の行為の効力は、取消しにもかかわらず、取消債権者との関係はしばらくおき、少なくともそれらの一連の当事者間では有効と考えているようにも受け取れるのである。もし筆者のこの理解が正しいとすれば、つぎの様な疑問が生ずる。

(iv)まず、取消請求の結果、取消債権者に認められる受益者に対する逸出財産の債務者の下への直接の返還請求権発生の法的根拠如何の問題、つぎに、債務者に効果が及ぶとする受益者の「債務者に対する直接の返還請求権」つまり受益者が債務者に対してなした「反対給付の価額償還請求権」発生の法的根拠如何の問題である。まず、前者については、当該試案の下では、詐害行為取消債権制度の目的から法がとくに認めた法定請求権と説明するのであろう。問題となるのは、受益者の債務者に対する反対給付の価額償還請求権の法的根拠である。債務者・受益者間の行為が

取消の結果絶対的（物権的）無効となるというのなら反対給付の返還請求権の発生根拠の説明は容易である（不当利得）。しかし、それが有効であるという以上、何らかの説明が必要となる。「委員会試案」は、周到にも「反対給付の返還請求権」といわず、「反対給付の価額償還請求権」といつている。したがって、ここでも、法がとくに認めた請求権（一種の不当利得）と説明することになる。それはそれで一つの説明であるが、あまり説得的とは言えない。さらに関連して問題となるのは、取消の効果が限定的であって、単純な絶対的取消しても相対的（物権的）取消してもないというのなら、債務者の下に回復された逸出財産は登記名義や占有が回復されただけであって、果たして債務者の責任財産の回復になったといえるのか、その法的根拠をどう説明するのかの疑問である。これらの問題は取消の範囲や効果論と密接に関連するので後にまとめて検討することとし、ここでは問題点の指摘にとどめる。

(v) 最後に指摘しておきたい問題点は、以上のように考えてきたとき、果たして、債務者をつねに被告とする必要があるのかの疑念である。債務者・受益者間の行為が無効でなく有効とする以上、単に、（実際には無資力のためにはほとんど）実効性のない反対給付の価額償還請求権の相手方となる程度の効果が債務者に及ぶにすぎないのに、債務者の手続保障をはかる必要性ありとして、必要的共同訴訟とするのは疑問なしとしない。もっとも、受益者や転得者の地位への配慮の点については、別途考慮すべき問題があるが、この点は取消の範囲・効果の問題と関連するので、後述する。

(ウ) 相対的構成を採った場合の責任説の問題点

前述したように、仮に責任説を採用する場合には、取消しの効果が責任的取消しの限度で絶対効となるので、転得者が悪意でも、受益者が善意であれば取消権の行使は認められない（絶対的構成）とするのが整合的であるが、この点をどう考えるべきか、検討の必要がある。

この点につき、前述した神尾コメントは、次のように述べている。「責任法的取消の効果として、総債権者（詐害行為時までに発生した債権に限る）（この点は議論の分かれるところ、当初限定説を採っていた私見はその後改説したII下森）にとつて、共同の一般先取特権の発生を認める責任説でも、責任法的取消の範囲では絶対効が生じ、受益者の財産のもつて、先取特権が存在していたことになり、その地位を転得者が承継したことになり、民法三三三条との関係で、理論的には、絶対的構成に親和性がある。しかしながら、悪意の転得者が善意の薬人形を介在させる弊害を防止するためには、利益衡量上、判例の相対的構成にも魅力がある。そこで、絶対的構成に立ちつつ、悪意の転得者が善意の薬人形を介在させた場合には、例外として、受益者が善意であっても、債権者は、悪意の転得者に対し、詐害行為取消権を行使することを認めるとともに、この場合には、悪意の転得者が善意の前主に対して、担保責任を追究することを制限するのが妥当である。なお、破産否認権については、立法論として、受益者の悪意を要求する合理性があるかどうかにつき議論があり、二重の悪意の要件の見直しが先送りされた経緯があることからすれば、倒産否認の規定を詐害行為取消権に合せる方向で改正を検討してはどうか。」

筆者も、「相対的構成」を採る立場に賛成である。ただし、これまで議論の対象となっていないが、転得者が次々と連続して現れた場合には、善意の転得者が表れた時点で、特別事情のない限り、原則に帰って「絶対的構成」に転換すると解するのが妥当であろう。この場合には取引安全保護を優先するのが妥当と考えるからである。もっとも、取消権行使の期間制限もあるし、現実にはあまり起こりえないケースだから、この点は明文化せず、解釈論に委ねればよからう。

(4) 詐害行為取消訴訟の受継

破産管財人に逆転現象対応のための規定を設ける必要があるのなら、そうすれば良からう。責任説の立場については神尾コメント参照。

- (54) 前掲「詳解Ⅱ」四七一。また、前掲「補足説明」七五（議事の概況等）参照。古い学説には行為後の債権者にも取消権を認める見解があった（加藤正治（四二五条を根拠とする）、石坂晋四郎（形成権説）等、下森前掲「新注民」(10) 二八三〇参照。なお、要件論全体の今後の立法論的課題についての私見の詳細は、下森前掲「新注民」(10) 二八九二以下参照。
- (55) 前掲「詳解Ⅱ」四七一～四七二。
- (56) 下森前掲「新注民」(10) 二八三二参照。
- (57) 相当価格をもってする財産売却行為の詐害性についての私見の詳細は、下森前掲「新注民」(10) 二八五七以下参照。
- (58) 物的担保供与行為の詐害性についての私見の詳細は、下森前掲「新注民」(10) 二八八五以下参照。
- (59) 前掲「詳解」四五九以下参照。
- (60) 前掲「補足説明」八〇。
- (61) 前掲「詳解」四五九以下参照。
- (62) 前掲「詳解」四六一以下参照。
- (63) 弁済の詐害性についての判例法の詳細は、下森前掲「新注民」(10) 二八四七以下参照。
- (64) 前掲ドイツ民法研究会の提出したパブリック・コメント（神尾担当）がこの点を的確に指摘している。なお、否認権の改正が本旨弁済の詐害行為性に与える影響について詳しく検討したものととして、神尾明彦「否認権改正の詐害行為取消権に対する影響——本旨弁済に対する詐害行為取消しの可否・要件を中心として——」（遠藤光男元最高裁判所判事喜寿記念文集（論果編））（ぎょうせい平一九、六五二以下）がある。

また、従来の判例通説が弁済の詐害性の判断基準としてあげている「通謀的害意」論に対して、その基準原理の機能的有効性に疑問を投げかけ、判例法の背後に隠れている無意識的な判断枠組み抽出の重要性を指摘する見解が現れている（森田修「債権法回収論義」初版五六頁以下とくに六三以下、第二版六七以下）。この発想の根底には、新破産法が支払停止前の実質的危機時期における偏頗弁済を詐害行為否認の対象からはずし、もっぱら偏頗行為否認の問題とする一方で、否認の対象となる弁済の時期を一般的には「支払停止」に先行する「支払不能」の後とすることで、従来の危機否認の範囲を拡張した点に着目し、「支払不能」という要件事実の認定の弾力的運用により否認権と債権者取消権の両制度は実質的に平準化され、あるいは平準化されうるといふ発想がある。具体的には、と

詐害行為取消権に関する近時の学説展開と債権法改正（下森）

くに私的整理と債権者取消権の關係が問題となる領域において、「複数の債権者が形成した債権回収の集团的秩序」維持の観点からの問題の考察や裁判例の分析を図ることの重要性を指摘する。その結果として、従来詐害性の判断基準としていた「并済の義務性」、それ以外の行為（代物并済や資産の売買・担保権の設定等）の「非義務性」という基準に拘泥する必要は必ずしもなく、義務行為であっても取消の行使が制約され、非義務行為であってもそれが制約されないという判例の判断枠組みの抽出の有用性・必要性を指摘する。例えば、債権者取消権の要件論において、債権者同士が争う類型においては、詐害性判断の中核は、債権回収の集团的秩序が債権者に課す行為義務に照準を置くべきであつて、債務者の詐害行為への関与は付随的な位置付けに止めるべきであり、両当事者の「通謀の害意」というよりは、端的に受益者である「債権者の害意」を問題とすべきだといふ。詐害行為取消権制度の目的・機能の捉え方につき、私見とは見解を異にするようであるが、斬新で興味深い問題の提起であり、一つの検討課題といえよう。

(65) 代物并済の詐害性についての判例・学説の詳細は、下森前掲「新注民」(10) Ⅱ八八〇以下参照。

(66) 担保の供与についての判例・学説の詳細は、下森前掲「新注民」(10) Ⅱ八八五以下参照。

(67) 物的担保供与行為の詐害性についての私見の詳細は、下森前掲「新注民」(10) Ⅱ八八五以下参照。

(68) 前掲「詳解」四六八以下参照。

(69) 我妻榮「新訂債権総論(民法講義Ⅳ) 一七九。近時、我妻説の正当性を認めた上、修正責任説の立場から、對抗要件の具備が自己の債権取得以後であれば債権行為自体はそれ以前であつても、詐害行為取消権の行使は可能とし、その理由として、不動産・動産・債権等の譲渡があつた場合、對抗要件が具備されて始めてその財産は債務者の責任財産でなくなり、受益者あるいは転得者の下での被執行適格性をもつことになるのであるから、その中間で被保全債権が成立した場合には、譲渡行為と對抗要件具備行為とが一体として詐害行為となり、取消しの対象となるとの見解が表明されている(前掲加藤「雅」二六一以下)。

(70) 登記移転行為の詐害性につき下森・判批、民商八三・三・四四六、同昭五五・重判解五三以下(昭五六)でつとにこの点を指摘しておいた。

(71) 下森前掲「旧注民」(10) Ⅱ八〇四の他、奥田昌道「債権総論増補版」二八九参照。

(72) 道垣内私人「担保物権法」三〇〇(三省堂平二)、同旨内田四九三(平八)、片山直也・判批、法教二〇・二四(平一一)。但し、その後、道垣内私人「担保物権法」(有斐閣平一六)は、平成一〇年六月の最高裁判決を受けて表現を緩め、取消しまたは否認の対象となりうるとし(三四一)、内田二版(平一六)は、對抗要件具備行為は詐害行為取消の対象とならないと改説(三〇六、三〇七頁、三版三〇八、三〇九)した。

(73) 潮見佳男「債権総論Ⅱ」一〇七。

- (74) 安永正昭・判批、金融判例研究九号（金法一五五六・一八、平一一・九・五日号）。
- (75) 内田（二）版、平一六三〇六、三〇七、（三）版、平一七三〇八、三〇九。
- (76) 飯原前掲「訴訟」二七三、②につき内田三版三〇八。
- (77) 下森前掲「新注民」（10）二八六九以下参照。
- (78) 前掲「詳解」五一四以下、提案要旨および解説参照。
- (79) 前掲「詳解」五一五。

第四節 効果に関する規定の見直し

(1) はじめに

- (ア) 詐害行為取消権行使の効果につき、「委員会試案」は、以下の六点の基本方針を掲げている。
- (a) 受益者の下での強制執行を可能とするのではなく、債務者の下に財産を回復する制度として構成する。
- (b) 回復された財産については、すべての債権者の責任財産とする。
- (c) 取消の範囲は、取消債権者の債権額に限定されないものとする。
- (d) 強制執行への強制的・自動的な架橋は行われぬ。回復された財産に対する債務者の処分の禁止については、特別の手当てを設けない（仮差押え、差押さえによるものとする）。
- (e) 受益者の権利行使を明文化し、受益者が反対給付をしているときは、その反対給付は優先的に回復できるものとする（これにより、反対給付を除いた分が責任財産として回復されるという実質を実現する）。ただし、取消債権者の詐害行為取消訴訟費用償還請求権との優先劣後関係については、取消債権者の権利が優先するものとする。

(丁) 転得者は、一定範囲で、直接、債務者に回復された財産について権利行使ができるものとする。

この基本方針に基づいて、詳細な条文試案が作成されている。【3. 1. 2. 08】(詐害行為取消権) 【3. 1. 2. 14】(取消の範囲) 【3. 1. 2. 15】(詐害行為取消の効力) 【3. 1. 2. 16】(受益者に対する財産の返還請求等) 【3. 1. 2. 17】(回復された財産への権利行使) 【3. 1. 2. 18】(転得者に対する詐害行為取消) がそうである。

(イ) この試案の方針・内容について、「解説」は大意以下のごとく説明している。

(a) この提案は、詐害行為取消権の制度を強制執行の準備のため、総債権者のための責任財産の保全をはかる制度として位置づけ、その制度の性格に即して詐害行為取消しの効果を構築することを提唱するものである。否認権制度が倒産管財人によって管理された倒産債権者のためのひとまとまりの財産群へ財産の回復をはかる制度であり、倒産処理手続きに必要な範囲で、債務者の行為の効力を否定するものであるように、詐害行為取消権制度も、強制執行のためのひとまとまりの財産群たる責任財産の回復をはかる制度とし、強制執行の準備としての責任財産の保全のために必要な範囲で、債務者の行為の効力を否定するものとして位置づけた。

(b) また、この提案は、詐害行為取消請求の内容が、詐害行為の取消しと目的財産の返還の両方である点は、現行法の判例・通説と同様であるが、相対的取消しの考え方を採用するものではない。この考え方の問題点を解決するために、受益者や転得者の権利行使について特有の規定を設けており、単純な絶対的取消とも異なる。「相対的取消し」という枠組みを設定してそこから演繹するのではなく、具体的な法律関係を極力明らかにする姿勢をとっており、強いていえば「責任財産保全のための特殊な取消し」を提唱するものである。取消の相手方の下に名義や財産をとどめたまま責任財産性のみを回復をはかる制度とする責任説に代表される考え方は異なるが、相対的取消しに向けられた責任説からの批判とその実は、本試案に実質的には組み込まれており、責任説の実を取るものともいえ

る。

(c) 責任説の考え方は、日本法の立法論として十分に考えられる方向の一つともいえるが、民事訴訟法上の整序の他、たとえば、なお検討されるべき一三点の検討事項があり、これらの点については逐一立法的当てを行ふことが可能とはいえず、既存の議論の蓄積状況を勘案し、現行の民法上の制度との親和性、現行の詐害行為取消権制度との連続性を重視し、否認権との接合や機能分担をも考慮して債務者への責任財産の回復という現在の構成を維持することにした。

(ウ) 右の方針を叩き台として部会審議が行われ、「中間的論点整理」がまとめられ、効果に関する規定の見直しについて、(1) 債権回収機能(事実上の優先弁済)の当否、(2) 取消の範囲、(3) 逸出財産の回復方法、(4) 費用償還請求権、(5) 受益者・転得者の地位、(ア) 債務消滅行為が取消された場合の受益者の債権の復活、(イ) 受益者の反対給付の扱い、(ウ) 転得者の反対給付の扱いの項目につき、パブリック・コメントが求められた。⁽⁸⁰⁾

(エ) 以下に、効果論に関するこの五項目について検討するが、その前提として、効果論の基本方針について総論的な印象を述べておきたい。

(a) これまで繰り返し述べてきたように、現行民法上、詐害行為取消権制度は、破産手続き開始に至っていない前段階で、個別債権者が自らの債権回収つまり強制執行の準備手続きとして行使する制度として構築されており、総括的執行・清算を目的とする倒産処理手続の否認権とは異なる制度である。否認権制度は、債務者の総財産の管理権を与えられた管財人に対し、しかも破産・会社更生あるいは再生という、利害関係人の公平な処遇を主眼とした裁判上の手続で認められた権能であり、その適用範囲や行使の手続についても、おのずから積極的な行使が期待されるが、詐害行為取消権の場合には(四二五条が存するといえ)、一債権者に対して、その債務者のなした財産処分行為へ

の干渉を許すという、異例の制度である。したがって、その適用範囲・運用については、慎重な考慮が必要とされる点で、両者には大きな相異がある。にもかかわらず、裁判所の監督もない、ただ債権者・債務者の関係が存在する領域において単なる一債権者にすぎない取消債権者に管財人的立場を期待する制度を構築することは、詐害行為取消制度の限界を超える制度構築であり、そのような期待は実現性のない期待であるといえよう。

(b) 詐害行為取消請求の内容は、取消しかつ取戻しの両者とし、取消の効果は限定的であって、「責任財産保全のための特殊な取消し」を提唱するものというが、その内容は不明確である。詐害行為取消権を債権的な取戻請求権とみる請求権説（詐害行為は有効）、単純な絶対的取消・絶対的無効を説く形成権説、取消かつ取戻しを求める権利であるがその効果は相対的とする折衷説のすべてを否定し、さらには、責任的取消・責任的無効とする責任説をも否定しつつ、強制執行の準備手続きとして総債権者の責任財産の保全をはかる特殊な取消しであって、その実質は、責任説の実を取るものというが、これだけの説明では納得できかねる。取消債権者に認められた取消の相手方に対する返還請求権行使の結果、債務者の下に帰ってきた逸出財産の登記名義や占有はいかなる意味で債務者の責任財産の回復となっているのかが明らかでないからである。取り戻された財産に対して強制執行を許しあるいは私的整理を許すことにより、債権の回収を認める明文規定を設けることで問題の解決をはかっていることは明瞭であるが、その法的根拠がいま一つ明確に説明されていない。端的に言うと、債務者・受益者間の行為は取消により無効となるのか、有効のままなのか、換言すると回復された財産の所有権は実体法上債務者に復帰しているのか、そうではなく債務者の責任財産としてのみ回復されているのか、そうだとするとその法的内容・理論的根拠をどう説明するのかを明らかにしておらず、法律でそう決めるのだからそうなるのだというにすぎない。

(c) 債務者・受益者間の行為は取消により無効となるというのであれば、責任財産回復の根拠は明白であるが、

単純な絶対的取消し・相対的取消しでもない、債務者に限定的な効果がおよぶ（だからつねに債務者も被告とすべし）というだけの「特殊な取消し」と説明しているのみなので、では、責任財産として回復されることになるという法的根拠はなにかを問われ、「限定的な効果」、「特殊な取消し」の内容を具体的に明らかにせよとの批判を浴びよう。また債務者・受益者間の行為は取消によって無効とはならず有効のままであるとするのなら、取り戻されたのは実体的権利を伴わない単なる登記名義や占有にすぎないこととなるから、責任財産の回復にならないのではないかと批判もされよう。これに対して、取消債権者に認められた取消の相手方に対する直接の取戻請求権の行使の結果、債務者の下あるいは取消債権者の下に登記名義や占有が移った時点で強制執行の準備手続きが完了し、責任財産の回復（＝実体的権利関係の復帰）があったものと看做すというのであれば、この趣旨の規定を明文化するのが妥当であろう。

「委員会試案」【3.1.2.17(1)】および【3.1.2.18(9)】は、債務者に回復された財産に対して、債務者のすべての債権者（受益者・転得者を含む）は、民事執行法の規定に従い、強制執行または担保権の実行をすることができるにとどまり、責任財産回復の結果の実体法的根拠や内容を明示していない。この点は解釈に委ねるといえるであろうか。それとも、強制執行による債権回収を許すとしている以上、それで十分であり明示する必要はないというのであろうか。なお、後述するように、本試案【3.1.2.17(6)】(7)は、取消債権者が弁済行為の取消や価額償還請求により受益者から金銭の交付を受けた時または取消債権者による当該金銭についての詐欺行為取消訴訟が確定した時のいずれか遅い時から（二ヵ月あるいは一ヵ月）を経過したときは、取消債権者は、受益者から交付を受けた金銭につき債務者に対する返還債務と債務者に対する自己の債権とを相殺することができるとし、この場合において、相殺後なお余剰が生じるときは、取消債権者は、その余剰を（受益者でなく）債務者に交付しなければならぬ（それれに代えて供託することもできる）と定めている（つまり、取消債権者に一定範囲での優先的回収を認め、他の債権

者は債務者が取消債権者に対して有することになるこの残額請求権について強制執行することができる。そこでその場合に備えて取消債権者に供託の途を用意しているが、それは強制ではない⁽⁸⁾。この点だけから見ると、この試案は、取消の絶対効を認めているように読めるが、単純な絶対的取消してはないとしていることとの関係(回復された不動産への強制執行で余剰が出た場合の処理など)はどうなるのか。さらに、特に当該強制執行に参加していなかった債権者との関係をめぐって複雑な問題が発生しそうである。たとえば、余剰を無資力な債務者に返還したのでは、当然すぐ消費され、他の債権者の利益を害しそうである。それを防ぐためには供託を義務付けるのがベターであるが、試案はこれを義務付けていない。

あるいはまた、債務者への実体的権利関係の回復を伴う責任財産の回復時点は、取消判決確定の時点か、それとも取消債権者の取戻請求権行使の結果、債務者(あるいは取消債権者)の下に財産の取戻や価額償還が為された時点なのであろうか。前者だとすると、法文上、取消債権者に認められた取消の相手方に対する直接の財産返還請求権や価額償還請求権を、取消の効果が全ての債権者に及ぶとする以上、取消訴訟に参加しなかった他の債権者も、裁判上あるいは裁判外でも行使できることになりそうであるが、それでよいのか。とくに受益者・転得者にもまた全ての効果が及ぶとすると、形式論理的には、これらの者もまた財産返還請求権を取得するという結果となり、その不当性は明白だからこれを制限する規定を設ける必要も生じよう。

これらを否とし、取消債権者しか行使できないとする場合はその法的根拠をどう説明するのか。さらにはまた、他の債権者が、債務者に復帰した実体的権利関係に基づく財産返還請求権や価額償還請求権を債権者代位権に基づいて代位行使してきたらどうなるのか。この難点を回避するには責任財産回復時点を後者としてこれを解決できそうである。しかし、そうだとすると、詐害行為取消訴訟が確定した時から(三カ月あるいは一カ月)を経過したとき

は、相殺を許すことは、受働債権がまだ発生していないのにこれを許すこととなる不都合が生ずるのではあるまいか。

いずれにせよ、当然発生が予想されるこのような問題点につき、審議会の部会ではどのような議論がなされたのであろうか。今後の審議でさらに討議が深められることを切に期待する次第である。

(d) 要するに、詐害行為取消権制度を「総債権者のため、強制執行の準備として、責任財産保全のために必要な範囲で、債務者の行為の効力を否定するもの」というのであれば、何もわざわざ手間暇かけて逸出財産全部の原状回復をする必要はなからう。「逸出財産すべての原状回復」にこだわるから、回復の方法や回復された財産への権利行使につき、長文にして複雑な規定を設けることを余儀なくされ、一般市民にとってはもちろん、法律専門家にとっても、きわめて分かりにくい規定となっているのではあるまいか。取消の相手方たる受益者あるいは転得者の下での強制執行を許せば、それで十分にその目的は達成されよう。「責任説の実を取る」のに、無用にして複雑な手段を用いる必要はあるまい。以上の難点を理論的にも実務的にも比較的無難かつ簡明に解決できるのが責任説的発想であると私見は考える次第である。

(2) 責任財産回復の方法および回復された財産への権利行使に関する「委員会試案」の内容

「委員会試案」は、逸出財産の回復方法および回復された財産への権利行使について、前述したように民法の規定としては、長文にしてすこぶる複雑な規定を提案している。その内容は、大要次のとおりである。

(ア) 逸出財産の回復方法については、受益者に対する返還請求(3.1.2.16)と転得者に対するそれ(3.1.2.18)とを分けて規定した。まず、受益者に対する返還請求についての一般規定を設け(3.1.2.16)へ、「そのう

えて財産の性質に従い、債務者への財産の回復に必要な行為を請求できることを一般的に定める(5)とともに、さらに個別に代表的な類型について、①登記・登録のある財産(2)、②金銭その他の動産と交付先(3)、③債権(4)、④現物返還の原則と価額償還(6)、⑤返還の範囲と善意の受益者(無償行為の場合)の特則(7)の規定を設けている。また、詐害行為取消訴訟が複数係属し、複数の判決が確定したときの処理規定をも設けている(8)(9)。ついで、転得者からの逸出財産の回復方法については、受益者からの回復規定(3.1.2.16)の(1)から(9)までを準用している(3.1.2.18)。(e)'

(イ)回復された財産への権利行使については、特別の清算・分配制度は設けず、前述したように、債務者のすべての債権者(受益者・転得者を含む)は、債務者に回復された財産に対して、一般の民事執行法の規定に従い、強制執行または担保権(先取特権が念頭にある)の執行をすることができる(3.1.2.08)【3.1.2.17(1)】【3.1.2.18(6)】。他方でまた、受益者のなした債務者に対する反対給付の価額の償還請求権を認めてそれに基づく配当要求を許し(しかも、先取特権を認めて優先権を与える)、あるいは取消債権者が取消の相手方から金銭等の交付を受けたときは、これを債務者に引き渡す義務を負い、それに相応する債務者の取消債権者に対する金銭債権を強制執行の対象財産とすることができ、これを受働債権として取消債権者の債権を自働債権とする相殺を許し、さらに余剰があればこれを債務者に返還すべきものとする(3.1.2.17)。また、結果としては否定されたが、債務者の下に回復された財産に関する債務者の処分権の制限規定を設ける必要性も検討⁽⁸²⁾されている。

以上の効果論に関する総論的検討を踏まえ、つづいて、パブリック・コメントが求められた項目に沿って、各論的検討に進もう。

(3) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否

(ア) 強制的債権回収に当たり、優先主義が是か、平等主義が是かは古くから争いのあるところである。

周知のように、日本法は、ドイツ法と異なり、詐害行為取消権の行使には債務名義を要求せず、個別的強制執行においては、差押え優先主義をとらず、フランス法系譜の債権者平等主義を採用し、詐害行為取消権においても、四五条により、取消債権者の優先権を認めず、取消の効果はすべての債権者に及ぶものとしている。しかし、わが国の個別執行制度が採用する平等主義には極めて大きな不備があることがつとに指摘され、破産法の制定により総括執行手続きが完備された段階以降では旧民事訴訟法の施行当時には存在していた平等主義の正当性の根拠はかなり失われてしまった。これを受けて、判例は、大正中期から優先主義への事実上の接近を始め、学説もこれを支持し、民事執行法の制定にあたって、配当要求を為し得る者に関して、無名義債権者の配当要求を原則として禁止し、有名義債権者（及び仮差押債権者）に限ってのみ配当要求を認めることとした（民執五一条、及びこれを準用する二二一条・一八八条一八九条⁽⁸³⁾）。

詐害行為取消権についても、この傾向が認められる。まず、判例は、取消債権者が、受益者または転得者に対して返還すべき金銭を直接自己に引き渡すよう請求することを認め、取消債権者は、受領した金銭の債務者への返還債務と被保全債権とを相殺することにより、他の債権者に事実上優先して、自己の債権回収を図ることを認めている。また、判例は詐害行為取消権行使について原則として取消債権者の債権額による上限を設けて全部取消しを認めず（但し他に配当加入することが確実な債権者がいる場合に取消の範囲の拡張を許す）、さらに前述したように、民事執行法の制定により、取消債権者による回復された責任財産への強制執行にあたり無名義債権者の配当加入が許されなくなったことなどで、現行法上債権者平等主義をとる四二五条の適用範囲が狭められてきている。

(イ)これに対し、「委員会試案」は、詐害行為取消権制度を「総債権者のための強制執行の準備手続き」と位置づけ、原則として詐害行為の全部取消（取消の効果は「限定的絶対効」？）、逸出責任財産の全部取戻しを認め、総括執行手続きである破産法上の否認権への接近をはかることで平等主義的傾向を強めている（もっとも、本試案の下でも、無名義債権者の配当加入を原則として禁止する民事執行法の制約を受け、取消権行使後の個別強制執行において平等主義は貫徹されえない）。しかし、他方において、取戻しの対象が金銭の場合における取消債権者の優先弁済権については、取消債権者に受益者あるいは転得者に対する供託請求権のみを認めることで平等主義を貫徹する方途を選択せず、平等な分配のための特別な手続きを別途設けることによる制度・手続きの肥大への懸念、いったん逸出した財産を取り戻す労をとることへのインセンティブの付与を考慮して、相殺の時期を制限するという方法での一定の限定の下で、取消債権者に相殺による事実上の優先的回収を認める立場を採用した。⁽⁸³⁾

(ウ)さて、詐害行為取消権の改正作業に関する法制審民法部会の審議は、詐害行為取消権の法的性質論の検討から出発し、第一読会で、「委員会試案」（個別修正説）と責任説とが議論され、その結果、中間的論点整理では、責任説の主張の有為性を認めつつも、「まずは」個別修正説を検討する方針が採用された。⁽⁸⁵⁾ これを受けて、第二読会で、「中間的論点整理」に従って、逸出財産の回復方法および回復された財産への権利行使の妥当性が検討されたところ、いくつかの問題点が浮上したという。そこでこの問題点を克服するために、高須幹事から、二度にわたり、責任説の有為性を主張する意見書が委員等討議資料として提出された。この意見書には、個別修正説と責任説の差異を検討する「比較一覽表」及び「責任説に基づく条項案の骨子」が付記されている。⁽⁸⁶⁾ この意見の詳細は、法務省のホームページで参照できるので、詳しい紹介は避けるが、要点はこうである。

(一)逸出財産の債務者への取戻は迂遠である。端的に受益者・転得者の下での強制執行を認めるのが直截かつ簡

便である。

(ii) 逸出財産が金銭・動産の場合、取消債権者の直接的引渡し請求権を認め、取消債権者の有する債権との相殺による事実上の優先弁済を認めるのは、制度趣旨を責任財産の保全・強制執行の準備手続きと捉える立場にそぐわない。相殺による優先弁済は禁止すべきである。

(iii) 逸出財産すべての取消し、取戻しを認めるのは、理論的にも実務的にも問題がある。すなわち、理論的には、取消債権者は強制執行においても自らの債権額に応じた権利行使しかできないのに対し、その準備段階であるはずの詐害行為取消権では全部取消し・全部取戻しという形で、自らが有する債権以上の権利を行使できることになってしまふのは不自然であり、おかしい。また、取消債権者に破産管財人的立場を認め、あるいはこれを期待することは制度上無理がある。実務的には、仮に全部取消し・取戻しを認め、相殺禁止規定を設けるなどの事後的調整規定を設けても、「強すぎる詐害行為取消権制度の存在が債権者と受益者・転得者間において、現在以上に和解的解決のインセンティブを高め、詐害行為取消権制度を個別債権回収のための制度として機能させてしまふ⁽⁸⁵⁾。この点こそ、今回の改正にあたって最も重大かつ留意すべき弊害であり、このような弊害だけは絶対もたらしすべきでない」と考える。

(iv) 個別修正説と呼ばれる立場にも、大別して、①直接相殺モデル、②全面的回復モデル、③上限設定モデルの三つの方向性があることが部会審議の過程で明らかとなったが、①は、詐害行為取消権の制度趣旨に反し、取消債権者の優先弁済を認める結果、債権者間の平等を害する。また、立法技術的（多数にして複雑な手続き規定の制定など）にも、運用上（費用償還請求権の扱いなど）にも様々な問題が生ずる。②は、取引安全に関する過度の干渉となり、受益者・転得者の保護に欠ける。また、当事者間においてこれまで以上に取消

債権者優位の和解的解決が促進される可能性が高まり、この面でも制度趣旨に反する結果となる。取消の範圍を取消債権者の被保全債権額に限る③は、取消債権者の保護に欠ける面があるが、他の二つのモデルに比べれば考慮に値する。しかし、取消の効果を終債権者に及ぼす我が国の詐害行為取消権制度の趣旨から見て、最善の策とはいえず、次善の策でしかない。

(エ) 高須幹事のこの批判は、まさに正鵠を射た意見といえよう。ところで、高須幹事の第二の意見書が委員等討議資料として提出された本平成二四年三月二七日の第四三回部会審議において、個別修正説と責任説をめぐる興味深く重要な議論が交わされているので、つぎに、その内容を紹介しておこう。

鎌田部会長の指名により、高須幹事から、当日配布された高須幹事提出の前述の意見書に基づき、その内容が詳しく報告された。ついで、この報告についての討議に移り、まず、山野目幹事が、今後の作業の進め方について、一つの案に絞らず、複数の案を一般に問うような形で論議を進めていただきたいとの発言があり、ついで、潮見幹事から、今回の改正で責任説を採用するのは「雰圍氣的には若干難しい」という感じがするが、会社法の改正をめぐる中間試案では、濫用的な会社分割や事業譲渡について責任説的な考え方に近い立場が採られていることにも鑑みると、今回責任説が採用されなくとも、「これをもって将来民法の改正がされるときに責任説の枠組みが否定されたということには決してならない」と考え、将来の検討課題としておいていただければ有難いとの発言がなされた。

これを受けて、沖野幹事から、反論があり、①前記三人の幹事から提起された個別修正説の問題点については、それを今後個別に汲み取って入れてゆく可能性はあると考えるので今後の検討課題とすること、しかし、②責任説については、一口に責任説といっても、様々な内容のものがあり、一枚岩ではないので、中身を詰めてゆく必要性があり、そうシンプルではないこと、③濫用的会社分割や事業譲渡についての試案は、まだ試案の段階なので最終的にどうな

るかわからないこと、また、この案は、行為そのものは有効としつつ、受益者にあたる者に対して不利益を受ける債権者が直接その債権を行使できることになっており、その場合、その債務を負担することになった者は、詐害行為にあたる行為によって取得した財産等を上限として、かつ、次々と権利行使がなされるといふ想定になっているようであるが、もしそうだとすると、責任説の下で、いったん受益者に対して強制執行がなされ、その剰余が受益者に渡された場合、当該強制執行に参加しなかった他の債権者がその後当該受益者にかかってゆく場合、今度は価格賠償的な、一種の保証的な請求になるのか、それとも一般財産を引き当てとした端的な請求あるいは強制執行となるのであるか。そうではなく、最初の強制執行で打ち切られることになるのであれば、会社法でいわれる考え方とは違っているように思われるが、こういった問題もあるのではないか。④そして、もし、そこで打ち切られるのであれば、個別修正説の下で、一旦責任財産を回復して、剰余があった場合には受益者に対して支払われるとすれば、責任説と実質は近くなり、責任説を採用しなくても、その発想を取り入れる制度構築をすることが可能である。そうだとすると、責任説を採ればシンプルになる、とは必ずしもいえないという印象であり、今後の検討においては、具体的にどのようなことが必要なのかを見極めつつ最終的な検討をする必要があると思う、との発言があった。

引き続き内田委員より発言があり、私自身は大学教授時代責任説に共感を持っており、そのメリットは十分に理解しているつもりと断ったうえ、高須幹事に一つの質問が出された。すなわち、偏頗弁済の事例において、金銭による弁済がなされ、受益者の下で金銭が特定性を失ったとき、(この行為が詐害行為として取消しが認められた場合―下森)責任説ではその後どうなるのか、ごく素朴に考えると、その弁済された金額の限度で責任が生じ、受益者の総財産が強制執行の対象となりそうであるが、そうだとすると、受益者としてはどの財産が差し押さえられるかわからないので、たまたま、それを避けるために任意に弁済したいということになりそうである。それは可能なのか。またど

ういう根拠で、誰に対して弁済され、その後はどうなるのか、という面白い質問である。この質問に対して、高須幹事より、それは、価格賠償の問題として処理することにせざるをえないであろうが、この点は責任説でもまだ十分に議論されておらず、今後の課題であるが、現時点では、任意に支払うという方法を仮にとすると、いわゆる和解でしてしまふとこれは詐害行為でなかったことになるので、後で他の債権者から同様の詐害行為取消訴訟が起された場合、すでに支払っているといえず、問題が生じそうである。そこでこの質問に対する返答としては、とりあえずは、本来なら強制執行という形でなされるべきところをそれによらず、任意にその義務の履行をするという方法を制度として認める必要があるかと考える、との返答がなされた。

さらに、沖野幹事から濫用的会社分割や事業譲渡に関する会社法改正試案と詐害行為取消権との関係について、つぎのような発言がなされた。すなわち、会社法制部会では、残存債権者を書ることを知って会社分割又は事業譲渡がなされた場合、残存債権者は、承継会社等に対して承継した財産の価額を限度として、当該債務の履行を請求できるものとする規律を導入する方向で検討していること。この規律は、主観的要件は詐害行為取消権と同様であり、法的効果についても責任説的な発想で説明できる余地もあるけれども、それは、詐害行為取消権の特則あるいはそれにとつて替わるルールとして考えられているものではなく、それとは別途独立した新たな制度と考えられており、したがって詐害行為取消権の主張は別途可能という前提に立っていること。また、この規律は、沖野幹事指摘のように、分割会社又は事業譲渡した会社の残存債権者に、承継会社に対する直接請求権を与えることでその救済を図ることを目的とするもので、おそらく残存債権者間では早い者勝ちになると考えられるし、分割会社が破産手続きに移行した場合にも、残存債権者だけを保護する制度であるから、恐らく破産管財人に受継されないことにならう、そういう意味では、この試案は詐害行為取消権制度とパラレルに考えられるわけではないと理解している、と。

以上の議論の後、鎌田部会長より、これらの意見を踏まえてさらに検討を続けるので、事務局および提案した委員、幹事のそれぞれがさらに検討されることを希望する旨のまとめがあつて、詐害行為取消権に関する当日の審議は打ち切れ、他の項目（多数当事者の債権及び債務）の審議に移った。

この審議内容は非常に興味深く、かつ重要である。ここで提起された問題点につきどう考えるか。責任説を主張する身として、当然これに応える責務があるが、ここでの問題は次項の取消しの範囲と逸出財産の回復方法とも密接に関連する問題なので次項で一括して検討しよう。

(4) 取消しの範囲と逸出財産の回復方法

(ア) 詐害行為取消の範囲と逸出財産の回復方法についての「委員会試案」の内容は前述したところなので繰り返さない。これを受けて「中間的論点整理」は、取消しの範囲につき、判例は取消の範囲を原則として取消債権者の被保全債権額に限っているが、「仮に詐害行為取消権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定または制限する場合には、判例のように制限を設ける合理的な理由が乏しくなることから」、全部取消しを認めるかどうかにつき更に検討してはどうかとして、パブリック・コメントを求めた。

しかし、詐害行為取消権の債権回収機能（優先弁済）を否定又は制限することが、どうして詐害行為取消しの範囲の制限を原則として撤廃することにつながるものであるのか、「中間的論点整理」の考え方は理解しがたい。個別的強制執行の準備手続きとして責任財産の保全を図る制度趣旨からして、相対的取消としつつも、現物による取戻しを認める判例法理の下では、詐害行為の全部取消・逸出財産の全部取り戻しを認めることは、とくに詐害行為が可分物の財産譲渡のような財産減少行為である場合には、取消しの相手方の取引安全保護に欠ける結果となることが明白で

あるし、それが偏頗行為の場合であっても、債権回収機能の肯定・否定の如何を問わず、取消し・取戻しの範囲を制限するのが妥当である。なお、「委員会試案」は、回復された逸出財産からの債権の回収において、取消債権者が受益者から金銭の交付を受けて、相殺により債権の回収をした後なお余剰が生じたときは、「その余剰を債務者に交付しなければならぬ」。この場合において、取消債権者は、それを供託することができる」との規定(3.1.2.17(7))を設けている。しかし、そうすると、無資力な債務者は交付された金銭を(あるいは供託された金銭の交付を受けてこれを)直ちに費消する可能性が高く、取消債権者のなす強制執行に配当加入しなかつた、あるいは債務名義の取得が間に合わず配当加入できなかった他の債権者の保護に欠ける結果となろう。取消の範囲を原則として被保全債権額の範囲にとどめ、残りの逸出財産を債務者に比べ資力のある取消しの相手方の下に残しておけば、他の債権者は、改めてこの残りの財産にかかってゆけるから、現行判例法理には合理性がある。「委員会試案」の立場は、この面でも詐害行為取消権の機能を制約するものである。

そもそも、詐害行為の絶対的取消、全部取消し・取戻しを認めることは、かつて形成権説に向けられた批判をそのまま受け継ぐこととなるし、相対的取消説を採用してその難点を解消している判例法を真っ向から否定するものであつて、個別的債権回収の準備手続にすぎない詐害行為取消権制度の目的を超える権限を取消債権者に与えるものといえよう。取消の効果を終債権者に及ぼすという四二五条の趣旨は、破産財団の全面的管理が任される破産管財人のような権限と義務とを取消債権者に認めるものではない。単に、回復された責任財産から取消債権者が優先的に弁済を受けることを制限する消極的效果を認めるものにすぎず、取消債権者が総債権者に代わつて責任財産を回復し、それを分配する権限や義務までをこの者に認めるものではないからである。「委員会試案」や「中間的論点整理」の考え方は、判例法理の修正というよりは、否定であり、この制度の目的から見て過剰あるいは妥当性を欠く立法試案とい

うほかない。

逸出財産の回復方法につき、責任説的立場が採用されず、判例法理（折衷説）を維持するときには、財産の種類に応じた具体的な回復方法の規定をおくことは検討に値するが、これまでの判例の積み重ねである程度解決できているから必要最低限度に押さえることが望ましい。価額賠償の算定基準、算定の時期についても同様である。責任説については、前述したところ及び神尾コメント参照。

(イ) では、取消しの範囲、逸出財産の回復方法および回復された財産への権利行使について、責任説ではどうか。前項で残しておいた問題点及び第四三回部会審議で指摘された責任説の問題点についての検討に入ってゆこう。

(a) 責任説の概要についてはすでに本稿第一章で説明し、各論の問題点についてもこれまでの論述で説明しているので、ここ（効果論）での検討に必要な範囲で再説明する。まず、沖野幹事からの問題提起①に伝えておくと、責任説にもその中身はいろいろであり、今後詰めてゆく必要があるから、そう簡単ではないとの批判については、これまでの責任説は現行法の解釈論として展開されてきたのであるから、立法論となると問題は別で、中身を詰めてゆく必要があることは当然であり、この点ほどの説を採っても同じであること、問題は大局的に見て、どのような基本方針を採用するのが理論的・実務的に妥当であるかにある、と答えることになるう。

(b) 次に、債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否について検討しよう。

(i) 取消しの効果として現実の取戻しを要せず、受益者又は転得者の下にある逸出財産に対する強制執行の忍容にとどめる責任説の立場では、取戻しの目的が金銭の場合には、詐害行為によって債務者から受益者に（贈与あるいは弁済などにより）逸出した金銭の回復は、金銭所有権の特殊性により相手方の一般財産に混入して特定性を失っているため、当該詐害行為の責任的取消判決・強制執行忍容判決に基づき、受益者（又は転得者）の一般財産に対する、

取消債権者の債務者に対する債務名義に基づく強制執行手続きによる債権回収となると私見は考える（なお後注（88）参照）。そして、責任的反射効の切断にとどまる責任的取消においては、詐害行為の全部取消が認められ、その効果は絶対効であつて総債権者に及ぶから、債務名義を有する他の債権者は、取消債権者の行う強制執行に配当加入が許され、四二五条の趣旨が損なわれることはない（なお、ドイツ法と異なる四二五条の原則的維持には賛成である）。また強制執行による債権の回収であるから取消債権者の相殺による優先弁済は許されず、さらに逸出財産について取戻し構成をとらないので、取消債権者優位の和解的解決を促進する内容のものとはならないから、和解的解決に与える影響は中立的であつて、制度趣旨にもっとも適うといえよう。これらの点でも責任説は合理的である。なお、財産減少行為類型における詐害行為取消権の行使事例で、相手方の手元にある逸出財産に対して取消債権者がなした強制執行において、その剰余が取消の相手方に渡された場合、当該強制執行に配当加入しなかつた他の債権者は、その後当該相手方にかかつてゆく場合、逸出財産はすでに金銭に換価され、その剰余金が当該相手方に渡されてその一般財産に混入しているので、冲野幹事指摘の通り、今度は価額賠償的な請求となる。

(ii) そこで、右と同様に回復の目的物が金銭である受益者又は転得者に対する価額賠償（価額償還）請求の場合はどうなるか。責任説によれば、いわゆる価額賠償義務は当該目的物の返還義務の履行不能によるものではなく、取消の結果として回復される物的有限責任が、目的物の費消・毀損・譲渡等により実現されないことに基づいて、その代償として生ずる人的責任とみる（取消の相手方の故意過失は不要であり、相手方は、その物または権利の価額を限度として、債務者の負う総債務につき責任（他人の債務のための一種の人的保証責任＝法定責任）を負う。そこで、この場合には取消債権者は、（総債権者に効果が及ぶ）詐害行為取消訴訟において、これと併合して、自己の債権につき、将来の給付請求として、この人的保証責任の履行（＝金銭の支払）を取消の相手方に対して請求することにな

る、と考⁽⁸⁸⁾える。この場合、取消自体の効果は総債権者のために生ずるが（責任的取消の限度で絶対効）、取消債権者が金銭の支払を命ずる判決をえて、取消の相手方に対してなす執行は、自己の債権の回収のためになされる執行であるから、被保全債権額が逸出財産の価額より少ない場合には、その債権額を請求の限度とするのは当然であるし、その執行によって取消債権者が金銭を取得した後に、他の債権者がその金銭からの配当を求めえないのも当然である。この場合は、取消債権者が事実上優先弁済を受けることになる。しかし、責任判決（取消判決）の効果は他の債権者にも及ぶから（絶対効）、他の債権者にははや詐害行為取消訴訟を提起する必要はなく、前記人的保証責任の履行（金銭の支払）を相手方に対して請求し、取消債権者が満足をえた残りの額を限度として、相手方の一般財産から、その債権につき満足をうけることが可能である、と考⁽⁸⁹⁾える。

(c) 次に内田委員の質問、すなわち、金銭による弁済がなされ、受益者の下で金銭が特定性を失ったという偏頗行為（弁済）の事例において、①この行為が詐害行為として取消しが認められた場合、責任説ではどうなるのか、そして、②この場合、取消の相手方は、強制執行を免れるために任意弁済をすることができるのか、弁済の相手方、その後の展開如何、の検討に移ろう。まず、前段①の質問については、取戻しの目的物が金銭の場合について述べた前項(b)の記述が回答となる。次に②の任意弁済の可否、その効果についてみよう。

取消債権者は、当該詐害行為の責任的取消判決・強制執行忍容判決に基づいて、受益者（又は転得者）の一般財産に対する、取消債権者の債権者に対する債務名義に基づく強制執行手続きによる債権回収を為し得ることは前述したとおりであるが、これに対して相手方は執行を免れるために、債務者の債務を任意に弁済することでこれを回避できることには何ら問題はあるまい。何故なら、利害関係のある第三者は債務者の意思に反しても弁済できるのであり（民四七四条二項）、責任的取消判決により、取消の相手方は一種の物上保証人的立場（物的有限責任）、あるいはそ

れが実現不可能な場合にはその代償たる人的責任（他人の債務のための一種の人的保証責任）を負うのであるから、任意弁済が許されない理由はあるまい。そして、任意弁済したときは、債権者の弁済受領文書の提出により、債務者が強制執行の停止を求めうることは法の認めるところだからである（民執三九条一項八号）。その後の他の債権者の法的保護については前項（b）で述べたとおりである。

この結果は、総括的執行・清算を目的とする倒産処理手続上の否認権と異なり、破産手続き開始に至っていない前段階で、個別債権者が自らの債権回収つまり強制執行の準備手続きとして行使する制度として構築されている詐害行為取消権制度に特有な効果といえよう。ここでも、詐害行為取消しによる債権者平等の実現には制約がある。詐害行為取消権を倒産法上の否認権と類似の制度としてとらえ、この制度をできるだけ総債権者のための制度に純化させ、個別債権者の債権回収機能を否定あるいは制限していこうとする「委員会試案」では、取消の相手方の任意弁済を認めない趣旨であろうか。そうだとするとその法的根拠を明らかにするか、明文の規定を新たに設ける必要があるのではあるまいか。

(d) 以上みてきたように、取消債権者が相手方から金銭の支払を受けてしまうと、事実上独占的・優先的に満足をうる結果になるが、これに対して他の債権者は現行法上いかなる対抗手段を有するかをみておこう。まず、取消債権者が取戻金銭から債権の満足を受ける方法につき強制執行説を採用した上で、取消債権者の執行前に、他の債権者が自ら強制執行ないしは仮差押をなすという方法（実効性はあまりない）以外には、債務者の破産を申し立てる方法しかない。破産になれば、多くの場合破産管財人は取消債権者が取り戻したものを破産財団へ取り返すことができ（破六一〇、一六一、一六二、一六五、七一）、もしいまだ取消訴訟の係属中であればその訴訟手続は中断し、破産管財人がこれを受継することができるから（破四五）、他の債権者は取消債権者と平等な割合で取り戻したのから配当を受

けうることになる。しかし、わが国の実状では、破産手続は周知のように時間と費用の点で問題があり、この方法はあまり実効性がない。そこで、他の債権者としては、自分も債権者取消権を主張して別訴を提起し、弁論を併合してもらうか、もしくは他の債権者の提起した取消訴訟に参加する方法をとることがまず考えうる⁽⁹⁾。つぎに、すでに取消訴訟が終了しており、それに参加する余地もない場合には、取消債権者の掌中に金銭が入る前に、将来発生する債務者の取戻金銭の返還請求権を、債務者に対する債務名義にもとづき、差押ないし仮差押するという方法がある、との見解がある⁽⁹²⁾。

(e) さらに、濫用的会社分割や事業譲渡について検討しておこう。この問題についての会社法改正試案は、冲野幹事や神作幹事指摘のように、分割会社又は事業譲渡した会社の残存債権者に、承継会社に対する直接請求権を与えることでその救済を図ることを目的とするもので、詐害行為取消権制度とは別途独立した新たな制度として策定されており、したがって詐害行為取消権の主張は別途可能という前提に立っているようである。

ところで、日本法には、会社又は事業譲渡した会社の残存債権者に、承継会社に対する直接請求権を与えることでその救済を図ることを目的とするこの規律と類似の機能を持つ制度がすでに存在する。それは、国税徴収法における第二次納税義務制度(国税徴収法二条以下)である。たとえば国税滞納者が当該国税の法定納期限後にその所有財産を自己の債権者に譲渡担保として提供し、納税資力に不足をきたした場合、詐害行為取消権の行使とは別個に、国は、当該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(国税徴収法二四条一項、譲渡担保権者の物的納税責任)。その際、その譲渡担保権者は国税滞納者の負担している納税義務につき第二次納税義務者とみなされ、徴収職員はその譲渡担保財産につき滞納処分を執行することができる(同法同条三項)。また、滞納者が当該国税の法定納期限一年前に、その所有財産を無償または著しく低い対価で譲渡した場合、受益者に現存利益の限度で(その者が親族等の場

合は受けた利益の限度で）第二次納税義務が課され、国はこれらの者に直接納税請求ができる（同法三九条）。これはまさに、他人の（納税）債務についての責任を法律の規定により負わせたものであり、第三者の手中にある債務者の逸出財産への執行を可能とする道を開いたものである。わが執行法に、ドイツ法のような強制執行忍容訴訟制度（あるいは詐害行為取消権につき責任説的発想）があれば第二次納税義務をわざわざ課すまでもなく、執行法上の制度ないしは責任法上の制度として制度構築することも可能であったはずであるが、それがなかったため、第二次納税義務を法律上課するという媒介項を介して、執行〔滞納処分〕を可能とする道を開いたものといえよう。しかし、いわば実体法上の義務として第三者に直接の納税義務を課したために、第一次納税義務との関係、さらには、第二次納税義務賦課の反射的效果として、（価格賠償の場合以外に）第三者の一般財産にも執行が可能となる場合が生じ、その者の債権者との間や時効問題などで複雑な問題が生ずるおそれがある。⁽⁹³⁾ 会社法改正試案についてもこれと同様の問題が生ずる可能性があることをここで指摘しておきたい。

沖野幹事は、先に紹介したように、この問題に関する会社法改正試案の規律と責任説との関係についてふれ、取消債権者の強制執行後に、当該執行に参加しなかった他の債権者の権利行使の方法について両者に差異があるかどうか、そしてもし差異があるとすれば（つまり責任説が最初の強制執行で打ち切りとするのであれば）、個別修正説の下で一旦責任財産を回復して、剰余があった場合には「受益者」に対して支払われるとすれば、責任説と実質は近くなり、責任説を採用しなくても、その発想を取り入れる制度構築をすることが可能であり、そうだとすると、責任説を採ればシンプルになる、とは必ずしもいえない、と指摘した。責任説に立つ私見は、この点については、前項（b）で述べたとおり、最初の強制執行に参加しなかった他の債権者は、最初の強制執行の剰余の範囲で、さらに相手方にかかってゆけると考えるので会社法の試案とこの点は同じである。また、剰余があった場合には「債務者に支払われる」

とする立場をとる個別修正説の立場を「受益者に支払われる」ともと変えるのは、その主張する効果論に大きな変更を加えることになり、個別修正説の全体構想が崩壊する危険性があり、そう簡単ではないように思われるが、どうであらうか。

最高裁は平成二四年一〇月二日に濫用的会社分割行為につき詐害行為取消権の行使を認めたが、濫用的会社分割行為によって害された残存債権者の保護は詐害行為取消権制度に一本化して、責任説的発想の下に新設会社に移された財産への強制執行で問題解決を図るのが、第二次納税義務が抱える問題点を避けることができる点で妥当と考える。⁽⁹⁵⁾

(f) 最後に、高須幹事の提案する「責任説に基づく条項案の骨子」と「委員会試案」提案の条文案とを比較すれば、どちらが簡明かは一目瞭然といえよう。また、責任的取消しの効果として一般の先取特権の発生を認める場合については神尾コメント参照。

(5) 費用償還請求権

費用償還請求権について「委員会試案」は、「取消債権者は、回復された財産について、他の債権者に先立って、詐害行為取消訴訟に関する費用償還請求権の弁済を受ける権利を有する」とする(3.1.2.17(3))。これを受けて、「中間的論点整理」は、債権者に対する費用償還請求権及び共益費用に関する一般の先取特権の付与についての検討に関し、コメントを求めた。

費用償還請求権について明文の規定をおくこと、及び共益費用についての一般の先取特権を付与することには賛成である。責任説の立場でもこの規定の明文化は望ましい。⁽⁹⁶⁾

(6) 受益者・転得者の地位

(ア) 債務消滅行為が取消された場合の受益者の債権の復活

(i) 「委員会試案」は、受益者もまた債権者の一人であり、詐害行為が弁済等の債務消滅行為であったとき、仮に債務消滅行為を詐害行為取消権の対象とする場合には、弁済等を受けた受益者については、その債権が復活することとしている(【3.2.1.16(1)】)。この場合、受益者は復活したこの債権に基づいて、自ら強制執行手続きを取り、あるいは取消債権者のなす強制執行において配当要求を為すことが許されるという(【3.2.1.17】)。しかし、配当要求には債務名義が必要であり、とくに取戻しの目的物が金銭の場合は、前述したように一定の制約があるとはいえず、取消債権者に相殺による優先弁済が許されるので実効性はあまりなく、それがあるのは剰余がある場合であろうが、剰余が供託されている場合は別として、取消債権者には剰余を供託することは義務付けられておらず、債務者に返還することが原則となっているので、債務者に返還されれば無資力債務者は直ちにこれを消費する可能性が高く、実効性は低い。また、取戻しの目的物が金銭以外の財産(代物弁済の事例等)の場合でも、動産の場合は、民事執行法上、執行手続き参加や配当要求に一定の制約があるから、ここでも、実効性は低い。これらの難点は、「委員会試案」の解説も自ら認めているところである。すなわち、これは、現行の強制執行制度自体が、一定時期までに債務名義を取得した者に手続への参加を限定する仕組みをとっており、強く債権者平等の結果の実現を志向するものでなく、その実現は倒産処理手続きに委ねていることによるのであって、そのような難点があったとしても、それは現行の民事執行・倒産法制の認めるところである(から仕方がない?)と割り切っている。⁽⁹⁶⁾つまり、詐害行為取消権を倒産法上の否認権と類似の制度としてとらえ、この制度をできるだけ総債権者のための制度に純化させ、個別債権者の債権回収機能を否定あるいは制限して行こうとの基本方針の貫徹には限界があることを自認しているわけである。

(ii) 責任説をとる私見もまた、債務消滅行為が取消された場合に受益者の債権の復活を認める。すなわち、この場合、当該行為の責任的取消の結果、債務者から給付された当該財産（金銭およびその他の財産）は、従前と同様に債務者の責任財産を構成するものとして復活するのであるから、それが一般的に担保していた受益者の債権もまた当然復活することとなる。そして、受益者は、取消債権者のなす強制執行に際して配当加入を為し得ると解する。そこで、前記「委員会試案」と同様の難点を抱えることになる。しかし、詐害行為の成立制限によるこの難点の回避、さらには、物権的絶対的無効・全部取戻しを認めないことで、この難点の多くは回避されうる。すなわち、まず弁済の詐害性については、判例法理同様、原則としてこれを否定し、内部者への弁済等不当な抜け駆け的弁済や通謀的害意ある場合に限りこれを認め、取消の効果として、責任の回復・受益者の債権の復活を認めるが、信義則上、四二五条にいう総債権者からこの受益者を排除してその配当要求を認めず、復活した債権は債務者に対する行使にとどめる。この結果は、先に弁済を受けた債権者（受益者）の保護に欠けるとの批判はあろうが、通謀的害意がある以上、受益者は甘受すべきである（因みに、私見は詐害行為後に債権を取得した一般債権者については配当要求を認める立場である。この点は当初の否定説を変えている）。

(iii) ついで、代物弁済の場合には、私見は、判例法理と同様、相当価格の場合でも詐害行為取消し及び債権の復活を認める。そして、通謀的害意がある場合は別として、それが単なる悪意の場合には、受益者に配当要求を認める。なお、責任説では、この場合、受益者の所有に帰し、かつその手元にある逸出財産への強制執行となるから、自己の配当を受けた後でも（または、通謀的害意の故にあるいは債務名義の取得が間に合わず配当要求が出来なくとも）、なお剰余がある場合には、それは受益者に渡される点が「委員会試案」と異なり、受益者の損失は少なくなる。⁽⁹⁷⁾

(イ) 財産減少行為あるいは期限前弁済が取り消された場合の受益者の反対給付の扱い

(i) 「委員会試案」は、財産減少行為（廉価売却）や期限前弁済が取り消された場合の受益者の反対給付の扱いについて、前述したように、受益者のなした債務者に対する反対給付の価額の償還請求権を認めてそれに基づく配当要求を許し、しかも、先取特権を認めて優先権を与える。ただし、詐害行為当時、反対給付として取得した財産について債務者が隠匿等の処分をする意思を有し、受益者がそれを知っていたときは、この限りでないとする（[3.1.2.17]〈2〉）。これを受けて「中間的論点整理」は、「取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、受益者が債務者から取得した財産を返還した場合において、受益者は、その財産を取得した際に債務者に反対給付をしていたときであっても、直ちにその返還を求めすることはできず、取消債権者が現実に被保全債権の満足を受けたときに限って、債務者に対して不当利得の返還を請求することができるにすぎないと解されている。しかし、破産法上は、受益者の反対給付については、原則として財団債権として扱われるとされており、これとの整合性を図る観点から、取り消された詐害行為において受益者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付の返還又はその価額の償還を請求することができるものとするかどうかについて、さらに検討してはどうか。また、仮に受益者に優先的な価額償還請求権を認める場合には、取消債権者の費用償還請求権との優劣についても、さらに検討してはどうか。」として、コメントを求めた。⁽⁹⁸⁾

(ii) 個別的債権回収の準備手続きである詐害行為取消権の場合には、破産法上の処理と異なり、受益者の反対給付の返還又は価額償還請求権の優先的行使を認めないことが妥当と考える。そもそも、責任説の下では、取消しの効果は責任的反射効の切断に止まり、債務者受益者間の取引行為の効果は有効であるので、反対給付の返還請求権が発生しないから、反対給付の返還問題は生じない。受益者は、取消債権者が受益者の手元にある逸出財産への強制執行により、現実に被保全債権の満足を受けた場合に、それによって債務者が債務を免れた範囲で、他人の債務の弁済に

よる求償権を取得し、さらに弁済による代位を主張できるものと考えらる。

この場合、債務者は無資力であるのが通常だから実効性がなく、受益者としては債務者の資力の回復を待つほかないので、その保護に欠けるとの批判はあろうが、受益者の取引安全の保護は、まず、その主観的要件（善意）あるいは詐害行為成否の総合的判断で図られ、さらに取消が認められた場合でも、受け入れた逸出財産は債務者に返還されず、この財産に対して取消債権者がなした強制執行において余剰が生じた場合には、その残余財産は受益者の下にどまるので、この点に限っていえば、「委員会試案」に比べ、受益者の保護に手厚い結果となる。責任説を採用しない場合でも、判例の相対的無効の立場及び取消の範囲を原則として取消債権者の被保全債権額に限る立場を維持し、反対給付の返還あるいは償還請求権を認めず、前述のような他人の債務の弁済構成で処理するのが、簡明かつ妥当と考える。債務者に対する反対給付の価額の償還請求権を認めてそれに基づく配当要求を許し、しかも先取特権を認めて優先権を与える試案の立場は、詐害行為取消制度の持つ詐害行為の抑止機能を奪い、詐害行為を助長する点で、金融取引秩序を害する結果を生むことにも留意すべきである。

先に要件論（代物弁済）で指摘しておいたごとく、経済的窮境にある債務者の資金調達等の安定性確保、弁済や代物弁済等の債権回収行為の安定性確保に対する実務界の要請という、もっともな名目の裏側に潜む現実的問題点も見落としてはなるまい。金融取引秩序の維持、さらには、情報に疎く、強力でもない債権者の保護にも意を尽くすべきであり、詐害行為発生の抑制機能から目をそらすことには問題がある。

（ウ）転得者の反対給付の扱い

（イ）転得者の反対給付の扱いについて、「委員会試案」は、転得者が反対給付をしていた場合（逸出財産の購入）、あるいは債権を消滅させていた場合（逸出財産を受益者から代物弁済として取得）には、返還等を行った転得者は、

債務者の責任財産として回復された財産に対して権利行使ができるものとする。この場合の権利行使は、受益者に対して詐害行為取消権が行使された場合に受益者ができた権利を代位行使するものとする（3.1.2.18 (4) (5) (6)）。したがって、転得者の権利行使は、基礎となる受益者の権利によって左右される。受益者の場合には、反対給付としての新たな出損の場合と債権回収に伴う債権の消滅の場合とで扱いが異なるのに対し、転得者についてはその前者である受益者（転々得者の場合は転得者）から新たな取引によって財産を取得し、それに対して反対給付をした場合も、債権の回収として財産を取得し、それにより自己の債権を消滅させた場合も、この限りではともに出損として同列に扱う。いずれについても、転得者による権利行使の範囲は転得者がその前者に対してした出損に相当する範囲に制限される。

これを受けて、「中間的論点整理」は、破産法との整合性を図った受益者の場合と同様、「仮に受益者に優先的な価額還請求権を認める場合には（前記（イ）参照）これとの均衡を保つ観点から、転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるようにするかどうかについても、さらに検討してはどうか。」として、コメントを求めた。⁽⁹⁾

(ii) 詐害行為取消権の場合には、前記（イ）で述べたように受益者の反対給付の返還又は価額還請求権の優先的行使を認めないことが妥当と考えるので、同様の趣旨から、転得者の前者に対する反対給付の価額の優先回収を認める必要もないと考える。すなわち、前記（ア）、（イ）で述べたように、責任説の下では、取消しの効果は責任的放射効の切断に止まり、債務者受益者間の取引行為は有効であり、したがってまたその後の一連の取引行為も有効であるから、前者に対する反対給付の返還請求権が発生せず、反対給付の返還問題は生じない。転得者は、取消債権者が転得者の手元にある逸出財産への強制執行により、現実に被保全債権の満足を受けた場合に、それによって債務者が

債務を免れた範囲で、直接債務者に対して、他人の債務の弁済による求償権を取得し、さらに弁済による代位を主張できるものと考ええる。

なお、悪意の受益者に対する追奪担保責任の追及も一定限度で許されることにすることも考えられよう。また、いわゆる「相対的構成」をとり受益者が善意の場合でも転得者が悪意の場合には詐害行為取消を認めるとした場合には、善意の受益者に対する追奪担保責任の追及は許されない旨の明文規定を設けるのがよからう。⁽¹⁰⁾

(80) 本文(ア)、(イ)、(ウ)につき、前掲「詳解」四七六以下の条文、提案要旨および解説参照。

(81) 前掲「詳解」四九五、四九六。

(82) 詳細は、前掲「詳解」四七八以下の提案要旨および解説参照。

(83) 三ヶ月章「民事執行法」二〇五以下、とくに二二二参照。なお、債権回収機能(事実上の優先弁済)の可否をめぐる現行法の解釈論の詳細については、下森前掲「新住民」(10) Ⅱ九三以下参照。

(84) この問題をめぐる諸議論については、前掲「詳解」四八六以下、前掲「補足説明」八四・八五参照。また、優先弁済に関する国会審議については、第四二回部会審議(二〇二・三・六) 議事録参照。

(85) 第一院会での審議後、第二院会用法務省民事局が作成した部会資料三五には、第一院会の審議を踏まえて、「委員会試案」と異なる内容の制度の在り方を示す記述があるという。すなわち、まず、①詐害行為取消権の法的性質については、引き続き個別修正説を維持し、「取消債権者が、訴えをもって債務者がした詐害行為の取消を請求し、取消しの効果を取消債権者、債務者及び受益者又は転得者との間で生じさせ、かつ、当該詐害行為により逸出した財産がある場合には受益者又は転得者に対して当該逸出財産の取戻を請求する制度」と理解しよう⁽¹¹⁾と指摘し、これに基づいて、②詐害行為取消権の行使により、受益者又は転得者が逸出財産である金銭その他の動産を返還すべき場合又は逸出財産の価額を償還すべき場合には、取消債権者は、受益者又は転得者に対し、直接自己への引き渡しを要求することができる旨の規定を設けるものとしてどうか、として取消債権者への直接の引渡し請求権を肯定しようとする。そして、③受益者又は転得者が返還又は償還すべき金銭を取消債権者に対して直接引き渡すことを認めようとして、取消債権者とその金銭の債務者への返還債務と債権者に対する被保全債権との相殺をすることについては、これを禁止する旨の規定を設けることにしてはどうか、と提案している。この③の点は「委員会試案」にかかる個別修正説A案の内容とは異なる。また、④被保全債権の額が詐害行為の目的である財産の価額に満たず、かつ、その財産が過分である場合には、取消債権者は、被保全債権の額の範囲でのみ詐害行為を取り消す

ことができる旨の規定を設けるといふ考え方がありうるが、どのように考えるかとも提案し、この提案においても個別修正説A案と異なる可能性を打ち出している。高須幹事はこの変化を評価しつつも、しかし、部会資料が個別修正説に引き続き依拠している点について、問題点を残すものと指摘している。注(44)で紹介した高須順一「統・詐害行為取消権の法的性質に関する実証的検討——責任説をめぐって」(法政法科大学院紀要第八巻第一号)八五注(28)。

(86) 高須順一「詐害行為取消権(部会資料三五の第二)についての意見」(法制審民法部会第四一回(二〇二二・二・一四)委員等提供資料、「詐害行為取消権の法的性質に関する責任説の有為性について」(法制審民法部会第四三回(二〇二二・三・二七)委員等提供資料。以上法務省ホームページ、法制審議会—民法(債権関係)部会参照。

(87) 前掲高須「詐害行為取消権(部会資料三五の第二)についての意見」四以下の(注)がこの点を詳しく検討している。また、高須前掲「統・詐害行為取消権の法的性質に関する実証的検討——責任説をめぐって」(法政法科大学院紀要第八巻第一号六九以下)で、さらに詳細な検討が展開されている。

(88) 中野貞一郎「訴訟関係と訴訟行為」(昭三六)一九二以下。なお、中野教授はこの場合、取消債権者は、取消請求と責任判決を求める請求とさらに責任判決の執行不能を条件とする価格支払い請求とを併合することができる、後二者は、いわゆる本来的給付請求とその執行不能の場合の代償請求の一つの場合であるとされるが(一九八注(21))、責任判決の執行が不能なことが明らか場合は、債権者に対する債務名義で相手方の一般財産に対して強制執行することの忍容を求めることができるというのが簡明ではあるまいか。もっとも、中野説では、取消の相手方に対する強制執行においては、債務者に対する債務名義は不要とされていることとの関係もある。いずれにせよ、責任説を採る場合には、さらに、この点の手続について結める必要がある。

(89) なお、この点につき、下森前掲「新注民」(10) 二九三八(エ)参照。

(90) 下森前掲「新注民」(10) 二九三九(オ)参照。

(91) 榎永有利「債権者取消訴訟」奥田他編「民法学4」一六五。

(92) 榎永・前掲論文一六六。なお、本項の問題については飯原「研究」二五八以下、同「訴訟」五一九以下参照。

(93) この問題はすでに下森前掲「新注民」(10) 二七七五以下で指摘したところである。なお、詐害行為取消権と第二次納税義務との関係につき、三ヶ月章「民事訴訟法研究」(昭和四九)第二巻一九一、浅田久治郎編「第二次納税義務制度の理論と実務」大蔵財務協会(昭和五四)二六四以下参照。

(94) 濫用的会社分割と詐害行為取消権については、すでにいくつつかの下級審判決と多数の研究論文とがあるが、ここでは筆者も関わりを持った、東京司法書士会の平成二三年度第二回判例・先例研究会(平成二四年一月三一日)の研究報告「大越一毅」濫用的会社分割

と詐害行為取消権」および筆者の同報告の講評（東京司法書士会「判例・先例研究」平成三年度版四九以下に所収）を挙げておく。判例及び参考文献については同書参照。

(95) 前掲「詳解」四九五、四九九。前掲「補足説明」八六。

(96) 前掲「詳解」四九七以下参照。

(97) 取消の効果及ぶ総債権者の範囲についての判例及び学説の詳細は、下森前掲「新注民」(10) 四九〇以下参照。

なお、この問題に関し、詐害行為後に債権を取得した一般債権者の配当加入問題に関する私見の変遷（否定説から肯定説への改説、ついで詐害行為が財産減少行為である場合の受益者や転得者の配当加入問題、つづいてそれが債務消滅行為である場合の受益者の配当加入問題についての近時の私見については、同九四七（一）アイ参照。

(98) 前掲「補足説明」八七。

(99) 前掲「詳解」五〇八、五一〇以下。前掲「補足説明」八七以下。

(100) 取消権行使の結果、取消債権者の返還請求権と受益者または転得者の債権者との間の優先関係がどうなるか、さらには、債務者、受益者、転得者間の法律関係がどうなるかについての議論の詳細は、下森前掲「新注民」(10) 四九三以下の(3)、(4)参照。とくに、相対的無効説を採る我妻説と責任説（私見）との差異についての叙述九五五（一）ウを参照。

第五節 詐害行為取消権の行使期間

(i) 「委員会試案」は、①詐害行為取消権行使の期間制限につき、主観的起算点と組み合わせた短期期間を二年、客観的起算点と組み合わせた長期期間を二〇年とする。そして、②主観的起算点については、現行法の「詐害行為取消の原因」に関する判例・通説の解釈「債権者が債務者が債権者を害することを知って行為をした事実を知った時」とする。さらに、③詐害行為取消権の期間制限に関しては現行の中断・停止事由、提唱される債権時効の場合の障害事由、形成権の期間制限の障害事由はいずれも適用ないし準用されないものとし、絶対的な出訴期間として構成する(3.1.2.20)。これを受けて、「中間的論点整理は「消滅時効制度の見直しを踏まえて、検討してはどうか」として、

詐害行為取消権に関する近時の学説展開と債権法改正（下稿）

コメントを求めた。^(四)

(ii) 消滅時効制度についての見直しの方向性を踏まえて、詐害行為取消権の行使期間について検討すること自体については賛成である。

(四) 前掲「詳解」五一八以下。前掲「補足説明」八八。

むすび

(i) 本稿の「むすび」として、その狙いである「検討委員会試案」(いわゆる個別修正説)と私見(とくに責任説)との差異を簡潔にまとめておこう。

(ア) 詐害行為取消権制度の目的・機能の把握の差異

「委員会試案」(個別修正説)は、詐害行為取消権制度を倒産法上の否認権と類似の制度としてとらえ、倒産処理手続きとの連続性、否認権との整合性を考慮し、この制度をできるだけ総債権者のための制度に純化させ、個別債権者の債権回収機能を否定あるいは制限して行こうとする。これに対して、私見は、この制度は、総括的執行・清算を目的とする倒産処理手続き、さらには同様に集団的債務処理手続きではあるが、企業の再生・更生を目的とする民事再生法や会社更生法上の否認権とは、それぞれその目的を異にする別個の制度であり、個別債権者が自らの債権回収つまり強制執行の準備手続きとして行使する制度であり、この目的の範囲内で当該詐害行為の利害関係者全員の公平かつ妥当な利益調整を図り、それを通じて金融取引秩序の維持、詐害行為発生抑制を旨う制度とみるものである。

「委員会試案」の立場は、詐害行為取消権の行使を従来以上に制約する点で、この制度が本来持つ詐害行為発生の抑止的機能を減少させ、むしろそれを助長しかねない危険性がある。

(イ) 詐害行為取消訴訟の在り方の差異

「委員会試案」は、詐害行為取消権の行使方法につき、取消訴訟の被告につねに債務者を加え(必要的共同訴訟)、逸出財産全部の原状回復・取戻しを原則とする。訴訟の形態は、原則として取消訴訟(形成訴訟)と取戻訴訟(給付訴訟)となる。これに対して、私見では、原則として資任的取消訴訟(形成訴訟)と強制執行忍容訴訟となり、取消訴訟の被告に常に債務者を加える必要はなく、逸出財産の原状回復・取戻しは不要である(取消の相手方の下にある逸出財産への強制執行、ただし、価額賠償のときは相手方の一般財産となるが、この点は「委員会試案」と同様である。なお、強制執行忍容訴訟が認められない場合の別案は第二章(6)ク参照。この他安達説、これを支持する加藤雅信説もある)。

(ウ) 要件論上の差異

詐害行為の成否に関する判断基準つまり要件論については、責任説の採否と直接の関わりはない。詐害行為取消訴訟を債権者同士の争いの事例(偏頗行為)と、そうでない事例(財産減少行為)の大きく二類型に分けて検討することの必要性・有用性、あるいは「総合的・相関的判断論」については、一九七二年に公表した川島遯厓記念論文「債権者取消権の成立要件に関する研究序説」でつとに提起したところであり、これと同趣旨に立つ「委員会試案」には基本的に賛成である。ただ個別的には、相当価格による財産処分行為(代物弁済・同時交換行為等を含む)、弁済、既存債務に対する担保の供与については、基本的に判例法理を支持し、その明文化で可とする。「委員会試案」には反対。しかし、對抗要件具備行為については、判例法理にも、「委員会試案」にも反対である。無償行為の特則を設

けることには「委員会試案」に賛成。ただ、その内容としては、無償否認と同様な要件を認めるのではなく、詐害行為取消権の目的・機能に即した要件論を構築すべきと考える。

転得者との関係では、いわゆる「絶対的構成」をとるか、「相対的構成」をとるかが問題となるが、私見は判例同様原則としては「相対的構成」をとり、否認権との整合性・均一化の必要はないと考える。この点と関連するが、先に指摘した取消権行使の効果についての「委員会試案」の「限定的絶対効」内容の不明確性については、今後の部会審議の中で是非検討し記録を残しておいていただきたい。不明確のままに立法されると、将来の解釈論に禍根を残すことが明白だからである。

(エ) 効果論上の差異

「委員会試案」は、その基本方針からの帰結として、取消の範囲を取消債権者の債権額に限定せず、原則として詐害行為の全部取消し・逸出財産の全部取戻しを認め、取消しの効果は債務者、さらには取消債権者のみならず総債権者（受益者・転得者を含む）に及ぶべきことを強調する。つまり、判例の相対的取消、相対効を否定し、「(限定的な)絶対効」とするものである。さらに注目すべきは、取消債権者に相手方に対する直接の逸出財産返還請求権を認容し（債務者の受益者または転得者に対する返還請求権の成否とその代位行使の可否については不明確）、その結果、債権者（あるいは取消債権者）の下に原状回復された財産からの債権回収については、債務者のすべての債権者（受益者・転得者を含む）が、債務者に回復された財産に対して、一般の民事執行法の規定に従い、強制執行または担保権（先取特権が念頭にある）の実行をすることができるとする。なお、その際、取消債権者の個別的回収機能（相殺による優先弁済）を一定範囲で制限する。今一つ注目すべき対策は、受益者の反対給付返還請求権（さらに転得者によるその代位行使）を認めた上、これに優先弁済権を付与する点である。

これに対して、私見は、「委員会試案」同様詐害行為の全部取消し、責任の全部回復を認め、責任的取消の効果は絶対効とするが、それは詐害行為の責任的反射効（責任の消滅）の切断に止まる。そこで、詐害行為が財産減少行為である場合には、債務者（あるいは取消債権者）の下への原状回復を認めず、取消の相手方の下での強制執行による債権回収あるいは価格賠償請求による回収とする。また、受益者・転得者の反対給付の返還請求権を認めず、取消債権者等のなした強制執行により、債務者が債務を免れた限度で債務者に対する求償権の行使・弁済による代位に止めて、債権者の保護を受益者・転得者の取引安全保護に優先させる。つぎに詐害行為が偏頗行為である場合には、原則としての詐害行為不成立（本旨弁済など）、成立する場合（代物弁済など）には、受益者の消滅した債権の復活とそれに基づく配当要求を認容するが、通謀的害意ある場合には配当要求を拒否することで債権者間の公平を図るものがある。

（オ）まとめ

要するに、「委員会試案」は、本来個別債権者の為の強制執行準備手続きにすぎない詐害行為取消権制度を総債権者の為の保護制度に近づけようとし、詐害行為の「全部取消し」、「逸出財産すべての原状回復」にこだわるから、責任財産回復の方法や回復された財産への権利行使、さらには受益者の反対給付請求権とその優先的行使の認容等の問題解決につき、長文にして複雑な規定を設けることを余儀なくされ、一般市民にとってはもちろん、法律専門家にとっても、きわめて分かりにくい規定となっているのではあるまいか。取消の相手方たる受益者あるいは転得者の下での強制執行を許し、取消の相手方の保護は詐害行為の成立要件ではかり、取消債権者等の強制執行後の事後処理は、債務者に対する求償権の認容にとどめれば、詐害行為取消権制度の目的は、それで十分に達成され、立法上も簡潔にして明確な規定となるのではあるまいか。

「委員会試案」のかかえる以上の難点を理論的にも実務的にも比較的無難かつ簡明に解決できるのが責任説的発想であると私見は考ふる次第である。

(ii) 最後に一言。おもえば、私の詐害行為取消権の研究成果の公表は、一九五九年(昭和三四年)に法学志林で公表した二論稿、「G・パウルス『債権者取消権の意義と諸形態』」と「債権者取消権に関する一考察(一)」にはじまる。それから本稿に至るまでの五〇年余、断続的に、いくつかの論文・注釈書・判例研究等を公表してきたが、本稿はその総仕上げともいえる論稿である。私のこの間の研究環境は、当初の私学のマスプロ教育にはじまり、法政大学では二〇年近くも続いた激しい学生運動と大学紛争、その間およびその後も大学行政への関与、さらに法政大学退職後の成蹊大学における法科大学院教育担当など、厳しい環境に追い回され、研究の進展は遅々として進まず、馬齢を重ねてようやく本稿にたどり着いた次第で、感慨深いものがある。

時おりしも、民法(債権関係)の改正作業が始まり、民法及び民法学は未来に向かって新しい展開を遂げつつある。この展開に本稿がいくばくかの寄与ができればこれに越した喜びはない。責任説に基づく具体的立法試案はすでに責任説を承継する高須順一・神尾明彦両君によって公表されているし、修正責任説に立つ立法試案も加藤雅信教授によって公表されている。強制執行忍容の訴えが立法により採用されない場合の代案もいくつか検討されつつあることは本稿で述べた。これらの検討は次の世代に託する。責任説が採用されるかどうか、その見通しは目下のところ暗いが、採否の有無を問わず、その評価は民法改正後の判断に委ねよう。次世代の努力により素晴らしい世界に跨れる債権法が出来上がることを期待しつつ本稿の筆をおく。

以上