

## 詐害行為取消権に関する「相対的取消し」理論と民法第425条

—外国法の見解と判例法を踏まえて—

中西 俊二

岡山理科大学工学部生体医工学科

(2012年7月9日受付、2012年11月1日受理)

### はじめに

大審院民事連合部判決明治44年3月24日(民録第17輯117頁)は、(1)取消訴訟は常に債務者と受益者とを被告すべき必要的共同訴訟か、(2)取消しの効果は絶対的なものか相対的なものか、について、従来の判例[(1)について、大審院民事部判決明治38年2月10日(民録第11輯151頁)、(2)について、大審院民事部判決明治39年9月28日判決(民録第12輯1155頁)]を変更して次のように判示した。

1 「債権者カ債務者ノ財産ヲ譲受ケタル受益者又ハ転得者ニ對シテ訴ヲ提起シ之ニ對スル關係ニ於テ法律行為ヲ取消シタルトキハ該財産ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ルコトニ因リ其擔保權ヲ確保スルニ足ルヲ以テ特ニ債務者ニ對シテ訴ヲ提起シ其法律行為ノ取消ヲ求ルノ要ナキモノトス」

2 「詐害行為ノ廢罷ハ民法カ「法律行為ノ取消」ナル語ヲ用ヒタルニ拘ラス一般法律行為ノ取消ト其性質ヲ異ニシ其效力ハ相対的ニシテ何人ニモ對抗スヘキ絶対的ノモノニアラス詳言スレハ裁判所カ債権者ノ請求ニ基ツキ債務者ノ法律行為ヲ取消シタルトキハ其法律行為ハ訴訟ノ相手方ニ對シテハ全然無効ニ歸スヘシト雖モ其訴訟ニ干與セサル債務者受益者又ハ轉得者ニ對シテハ依然トシテ存立スルコトヲ妨ケサルト同時ニ債権者カ特定ノ對手人トノ關係ニ於テ法律行為ノ效力ヲ消滅セシメ因テ以テ直接又ハ間接ニ債務者ノ財産上ノ地位ヲ原状ニ復スルコトヲ得ルニ於テハ其他ノ關係人トノ關係ニ於テ其法律行為ヲ成立セシムルモ其利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ」

上記1の判示により、取消訴訟は常に債務者を被告とすべき必要的共同訴訟ではなく、受益者または転得者を相手方とすれば足りることが確定した。また、上記2の判示により、この判決で初めていわゆる「相対的取消し」理論が採用された。この「相対的取消し」理論は、極めて強固な判例法を構築し、爾来これに従わない判例はないといわれてよいとされている<sup>1</sup>。

現に比較的最近の判例<sup>2</sup>でも明確に「相対的取消し」理論が採用されている。事案は、資力の乏しい債務者Aが唯一の財産である「NEOS」という登録商標の商標権を、AのYに対する債務の担保として受益者Yに譲渡した。本件商標権を取得したYは、譲渡を原因とする移転登録を受けた後、第三者Bと本件商標権使用許諾契約を締結した。この商標権使用許諾契約に基づき、YはBから2年6か月にわたる使用許諾料として2202万円余の使用許諾料を得た。そこで、Aの債権者Xは、①AのYに対する担保としての本件商標権の譲渡につき、詐害行為取消権に基づいて同行為の取消しを求めた。また、併せて②債権者代位権に基づいて、Yに対してYが譲渡担保によって取得した本件商標権の使用許諾料相当額の内金2000万円及びその遅延損害金の支払いを求める訴えを提起した。これに対し、原審は、YはAからの説明及び資料開示によりその財産状態を知っていることは明らかで、善意とは認められないとしてYの悪意を認定した上で、上記Xからの①②の請求をいずれも認容した。これに対してYが上告し、最高裁は次のように述べて債権者代位権に基づく②の請求を棄却した。曰く、「詐害行為の取消しの効果は相対的であり、取消訴訟の当事者である債権者と受益者との間においてのみ当該法律行為を無効とするに止まり、債務者との関係では当該法律行為は依然として有効に存在するのであって、当該法律行為が詐害行為として取り消された場合であっても、債務者は、受益者に対して、当該

<sup>1</sup> 飯原一乗「判例を中心とした詐害行為取消権の研究」司法研究報告第18輯第2号225頁(1967年)。

<sup>2</sup> 最判平成13年11月16日判時1810号57頁。

法律行為によって目的財産が受益者に移転していることを否定することはできない。そうすると、Yが本件商標権の使用許諾を締結して、Bから支払を受けた使用許諾料は、Aとの関係で法律上原因がないとはいえない。」と。

しかしながら、このように強固な判例法を築き上げた「相対的取消し」理論は、わが国では、法文上の根拠を有しない。果たして妥当な理論と言えるのであろうか。筆者は、これを肯定すべきであると考えている。その論拠として、詐害行為取消権の沿革およびフランス法・ドイツ法から「相対的取消し」理論の検証を行い、その検証の過程で、ボワソナードによる独創条文と言われる民法425条の沿革と現代における存在理由について考察を加えたいと考える。

## 第一章 フランス法による検証—相対的取消しと対抗性不能

まず、フランス法の見地から「相対的取消し」理論の検証を行いたい。それは、星野英一教授は、民法解釈の基礎的作業として、各規定の母法に遡る沿革の研究の重要性を指摘されている<sup>3</sup>からでもある。先ず、わが民法典起草者であるBoissonadeの見解から考察してみよう。

### 第1節 ボワソナード草案(以下 草案 と略す)

草案361条1項は次のように規定している<sup>4</sup>。すなわち、「債権者を詐害してなされた行為の取消しは、この債権者の側から債務者と取引をなした者に対して、そして必要な場合には、転得者に対して、次条にさだめる区別(有償名義か無償名義か—筆者注)に従って、取消訴権(action révocatoire)により裁判上請求される。」と。このことから、ボワソナードも詐害行為取消訴訟の被告は受益者または転得者であると考えていたことが明白である。そして、同条の注釈[159]において、「その訴権は、債務者がその行為の有効性を維持することができるためにも、判決が債務者に対して対抗できる(opposable)ためにも、債務者と取引をなした者に向けられなければならない。」と叙述している<sup>5</sup>。この表現から、取消権の行使にもかかわらず、債務者・受益者間の法律行為は有効であることになる。したがって、ボワソナードは、詐害行為取消権の効果をいわゆる「相対的無効」と解していたと考えられる。この点に注目すれば、大審院以来の強固な判例法である「相対的取消し」理論は、民法起草者の意思に合致していることになる。次にフランス法およびドイツ法を概観する。

### 第2節 フランス法における「相対的無効」

フランス法における相対的無効(nullité relative)は、私的利益を保護する目的を有する場合をいい、法が保護しようとした一定の者によってしか援用されない。一方、絶対的無効(nullité absolue)は、一般的利益や公序を保護する目的を無効が有する場合であって、利害関係のあるすべての人によって援用される。相対的無効の例として、同意の欠缺や仏民第1125条の未成年者および禁治産者の無能力(仏民502条)の場合をWeill et Terréのテキストは取り上げている<sup>6</sup>。さらに、錯誤、強迫または詐欺による契約債務は無効にして取り消し得る(仏民1109条、同1117条)。この場合の無効もこれらの瑕疵ある意思表示をした者のみが主張し得る相対的無効と解されている<sup>7</sup>。結局、「相対的無効」は、保護される者の利益のために認められ、無効または取り消されるべき債務は債務の不成立とは異なり、無効または取消しの判決があるまでは法上有効に存在している。しかし、該債務は、その法律行為の瑕疵のために判決によって遡及的に消滅する。それによって、無能力者や瑕疵ある意思表示をした者の利益が保護されるのである。第三者が、その合意(convention)の無効・取消しを主張することはできない。かかる意味において、フランス法における「相対的無効」の概念は、わが国の「相対的取消し」理論の意味内容とは異なったものである。では、わが国の「相対的取消し」理論に相当する法概念はフランスには存在しないのであろうか。

<sup>3</sup> 星野英一「民法学の方法に関する覚書」(『民法論集第5巻』所収)98-101頁(有斐閣、1986年)。

<sup>4</sup> Gustave Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, t. II, nouv. éd., 1891, p. 144.

<sup>5</sup> Id. n° 159, p. 194.

<sup>6</sup> Weill et Terré, *Droit civil, les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 1975, n° 292, p. 325, n° 303, p. 331.

<sup>7</sup> 田中周友・川上太郎・小野木常・谷口知平・木村健助『現代外国法典叢書仏蘭西民法[III]財産取得法(2)』247頁(有斐閣、1956年)

### 第3節 対抗不能性(inopposabilité)

#### 第1款 対抗性

そもそも対抗性ということは何を意味するのであろうか。ここで注意しなければならないのは、ドイツ法やわが民法で用いられる不動産の二重譲渡の場合のような同一目的物について、二人の人物が自己の権利を互いに主張し得るという意味ではないということである。

フランス法における対抗性(opposabilité)とは、次のように解されている。Duclosは、「法律行為特に契約は、契約が法秩序の要素を構成する限りにおいて対抗できるもの(opposable)として承認されている。」と述べる<sup>8</sup>。また、Planiol et Ripertは、「契約はすべての者に対して価値を有する。契約は物権あるいは債権を創り出し譲渡するという意味において、すべての者は、契約が当事者間に生じさせた契約の効果を認めなければならない。」と叙述し対抗性について説明している<sup>9</sup>。さらに、Weill et Terréは、契約の存在と契約が作り出した法的状況の第三者に対する対抗性を認める。そして、契約はすべての人に対して対抗可能な絶対的法的状況を創り出すことができると述べ、その例として、物権の譲渡ないし設定をする契約と夫婦財産契約を挙げる。夫婦財産契約および自己の財産に対する権限を第三者に対する関係で婚姻の時点に遡って認められることを規定する限りで、夫婦間で創設された夫婦財産契約は、第三者に対抗できるとする<sup>10</sup>。

#### 第2款 対抗不能性

これは法律行為特に契約のもつ対抗性を無視することを意味する。Bastianは対抗不能性を次のように定義する。「対抗不能性は、法律行為の締結によって、あるいは、法律行為の無効によって生じる権利が、第三者に対して効力を生じないこと(inefficacité)である<sup>11</sup>。」対抗不能性は、特に詐害行為取消権(action paulienne以下a.p.と略す)に関して用いられる。

Weill et Terréは次のように述べる<sup>12</sup>。a.p.における取消しは、訴訟を提起した債権者の利益にしか行われない。すなわち、詐害行為は、原告債権者に引き起こした損害の範囲でしか取り消されない。その行為は、その他のすべての点で、特に債務者および第三取得者との間では有効に存続する。a.p.は、無効訴権(action en nullité)と損害賠償のための賠償金訴権(action en indemnité)との中間的な特殊な法的性質を有する。それは、賠償としての根拠に基づく対抗不能性訴権(action en inopposabilité)である。a.p.は、債権者に詐害行為の対抗性を無視する手段を与える。しかし、対抗不能性はa.p.を行使した債権者しか保護しない。」

また、Mazeudは、「a.p.は対抗不能性訴権である。法的行為は、契約当事者の債権者に対抗できることは明らかである。a.p.は債権者に与えられる対抗性という効果を取り除く手段である。その結果、a.p.は、その訴権を行使した債権者にしか利益を与えない。攻撃された行為は、他の全ての人に対して対抗できる。」と叙述している<sup>13</sup>。

フランスにおける判例もa.p.は対抗不能性訴権と捉えていると解される。夫婦共通財産の取戻清算手続において、債務者たる夫が妻にその弁済として不動産を譲渡した事案について、1894年5月7日破棄院民事部は夫の債権者からのa.p.の提起により当該行為を詐害行為と認めて次のように判示した<sup>14</sup>。①理由があると認められた詐害行為取消権の必然的帰結は、詐害行為は当事者間では効果を有するけれども、取り消された法律行為は、債権者に対しては対抗できない(*rendre inopposable l'acte annulé aux créanciers*)ということである。②したがって、売主の債権者を詐害してなされた不動産売却の取消しは、売却された不動産が債権者に対する関係では、債務者に帰属することを止めなかったと見なさせるという効果をもつ。

Bastianはこの判決をa.p.の対抗不能性(inopposabilité)を認めた判決として評価している<sup>15</sup>。したがって、現在のフランスにおける通説・判例は、a.p.を対抗不能性訴権(action en inopposabilité)と理解

<sup>8</sup> J. Duclos, *L'opposabilité*(Essai d'une théorie générale), 1984, n° 24, p. 49.

<sup>9</sup> Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, 1952, n° 328, p. 417.

<sup>10</sup> Weill et Terré, *Droit civil les obligations* 2<sup>e</sup> éd., 1975, n° 517, p. 580.

<sup>11</sup> D. Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, 1929, p. 3.

<sup>12</sup> Weill et Terré, *op. cit.*, n° 877, pp. 939-940.

<sup>13</sup> H. Mazeud-J. Mazeud et F. Chabas, *Leçon de droit civil obligations*, 9<sup>e</sup> éd., t. II, 1998, n° 1002, pp. 1068-1069.

<sup>14</sup> Civ. 7 mai, D. 94, 1, 505.

<sup>15</sup> Bastian, *op. cit.*, p. 153.

していると解して間違いないと思われる。訴権行使の効果は、取消債権者にしか利益を与えないという点を除けば、まさにa.p.のこの効果こそ、わが判例法たる「相対的取消し」理論そのものと言えるのではなかろうか。a.p.の効果は、取消債権者にのみ帰属するのか、それとも総債権者の利益となるのかは、わが民法425条との関係で章を改めて後に考察を加えることになるであろう。

## 第二章 ドイツ法による検証

### 第1節 形成権説

ドイツ普通法上の判例・学説において actio Paulia は債権的返還義務 (eine schuldrechtliche Restitutionspflicht) を生ずるに過ぎないとされていた。しかし、BGBが1900年に施行せられ、一般の法律行為の取消しに関するBGB142条の規定は、actio Paulianaにも適用せられるべきであり、したがって、債権者取消権の効果は物権的無効 (dinglich rechtvernichtend) であるとの学説がHellwigによって提唱された。Hellwigは、破産法および破産外取消法の取消し (Anfechtung) の実体は、BGBの取消可能性の基準と一致するように根本的に変更されるべきであるとし、取消しの遡及効を定めたBGB142条および意思表示による取消しを規定したBGB143条を引用する<sup>16</sup>。そして、取消しは、直接的物権的無効とする意思表示 (die direkt und dinglich wirkende Ungültigkeitserklärung) のための確実な法技術的表現であるとする<sup>17</sup>。それ故に、この物権説では、取消しは裁判外の意思表示によっても行使できる。そして、このHellwigの物権的無効は、旧破産法29条 (旧破産外取消法1条に相当) の「破産債権者 (債権者) に対して効力を生じないものとして (als den Konkursgläubigern (diesem Gläubiger) gegenüber unwirksam)」という規定上の文言および法律上特定人の保護を目的とする相対的譲渡禁止を定めるBGB135条との調和を図るため相対的無効 (relativ nichtig) であると解する。すなわち、取消債権者に対する関係で相対的に物権的無効なのである。したがって、債務者・受益者間の法律行為も取消債権者に対しては遡及的に無効になると解され、わが判例の採る「相対的取消し」とは相容れないと考えられる。なお、1999年1月1日より施行されているドイツ新取消法 (Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens) 1条では、旧取消法1条にあった「この者 (債権者) に対して効力を生じない “als diesem (dem Gläubiger) gegenüber unwirksam” という表現が削除されている。これによって、物権説は条文上の根拠を失い、今日、法的に主張する者もなく既に時代遅れ (überholt) となったとNerlich/Niehusは述べている<sup>18</sup>。

### 第2節 ドイツにおける通説・判例—債権説

ドイツにおいては、債権説 (Obligationslehre) が通説・判例である。

#### 第1款 Jaegerの見解

債権説の主唱者であるJaegerによると、次のごとくである。債権者取消権は、債権者の不利に受益者によって譲渡された債務者財産の目的物を、第1に現物で、補充的には価値で、あたかもその目的物が債務者財産から逸出していないかのごとく、債権者の擱取 (Gläubigerzugriff) に委ねる請求権である<sup>19</sup>。取消しは、執行の、より厳密に言えば金銭執行の補助手段 (Hilfsmittel) である。取消権は、単に公法上の執行権の派生でもなく、取消しは執行行為 (Akt der Vollstreckung) でもない。返還義務 (Rückgewährverbindlichkeit) は、私法上の純粋な債務関係 (rein privatrechtliches Schuldverhältnis) を意味する<sup>20</sup>。そして、取消請求権は、法律行為的意欲でも不法行為的債務関係でもなく、もっぱら合目的性と衡平 (Zweckmäßigkeit und Billigkeit) の考慮に基礎を置く、直接的に法律に基づく債務関係 (obligatio ex lege) である。債権者取消権は、債権 (Kredit) 保護のために創造された実定法上の例外規定である<sup>21</sup>。そして、個別取消しは、個々の詐害された債権者の特権 (Sonderrecht)

<sup>16</sup> K. Hellwig, Die verträge auf Leistung an Dritte, 1899, §58, S. 380-381.

<sup>17</sup> Id. S. 380.

<sup>18</sup> Nerlich/Niehus, Anfechtungsgesetz; Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens, 2000, S. 16.

<sup>19</sup> Ernst Jaeger, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses, 1905, S. 23.

<sup>20</sup> Id. S. 44.

<sup>21</sup> Id. S. 51.

を形成する(旧取消法1条、7条)<sup>22</sup>。これが、ドイツの通説・判例が採る法定債務説(Theorie von der Legalobligation)である。さらに、Jaegerは、取消請求権は、債権者にとって有害な取り消された法律行為の結果を除去する債権を形成する。債権者取消権は、単に債権的効果(obligatorische Kraft)しか有しない。そして、最近の判例でも物権説は断固として排斥されていると述べる<sup>23</sup>。

したがって、債権説によれば、取消権の行使によっても、債務者・受益者間の行為は有効に存続し、受益者のもとで執行名義を有する債権者の強制執行に委ね、その利益は取消債権者にものみ及ぶと解することになる。取消権の行使によっても、債務者・受益者間の法律行為はその有効を保持し、取消債権者に対してのみその有効性を主張できない結果となる。かかる観点に立てば、ドイツ債権法もわが「相対的取消し」理論も同様の内実を有していると考えられる。

#### 第2款 ライヒ裁判所の判例:民事部1909年5月18日判決<sup>24</sup>

本判決は、Warneyer-Bohnenbergによれば、債権説を採用した確定的究極的(abschließend endlich)判決であり<sup>25</sup>、後のライヒ裁判所の判例に与えた影響は大きいものがある。

本件は、抵当権付き債権の譲渡が債権者取消権の対象となった事案であり、その際に取消原告は、債務者も受益者と共に共同被告となるべきであると主張した。

##### (1)ライヒ裁判所の判示

「①債権者取消しは、物権的ではなく債権的(obligatorisch)にのみ作用する。②取消原告に対しても、取り消された法律行為は、客観的(objektiv)にはその効力を保持する。③取り消し得る取得物の返還は、原則として、その物が現物のままで取消相手方のもとになお存在する限り、この財物に対する強制執行を受忍することに存し、その目的物が現物のままで存在しない場合には、価格賠償の支払いの点に存する。④取消相手方は、取消訴訟において下された判決に基づいて法形式的には執行債務者であり、債務者ではない。債務者は、ただ実質的意味においてのみ執行債務者である。(中略)取消しの効果は、次のことに尽きるのである。すなわち、⑤取消相手方は、ただ自己の財物をまるでなお債務者の財物であるかのごとく取り扱わせる債務法的義務を負う(obligatorisch verpflichtet)ということである。⑥実質的には、取消相手方は、他人の債務のために自己の所有物への強制執行を受忍しなければならないということである (Sachlich bedeutet dies daß, er[=Anfechtungsgegner] die Zwangsvollstreckung in sein Eigentum für fremde Schuld dulden muß.)。⑦取消しの訴えは、確認の訴え(Feststellungsklage)ではなく、給付の訴え(Leistungsklage)である。債務者の側でも、取消された法律行為の無効を認めなければならないという点での債務者に対する確認の訴えはなおのこと存在しないからである。」

上の判例の見解によれば、債務者・受益者間の法律行為は、取消債権者に対しても有効であり、取消権行使の効果は、取消被告の強制執行受忍義務の発生である。この見解によっても、債務者・受益者間の法律行為は取消権の行使にもかかわらず有効である。しかし、わが判例の採る「相対的取消し」理論は、「取消しはすべての債権者の利益のためにその効力を生ずる」と規定する民法425条を意識するために、逸出財産の債務者責任財産への取戻しを指向する点で、ドイツ取消法とは袂を分かちと解される。

#### 第3款 責任説

##### (1) Paulusの責任説

Paulusによれば、「(旧)取消法第1条の規定は、債務者の一定行為を債権者の満足に関して、債権者に対してのみ無効と定めているが、これは、債権者に対してその満足に関し無効と見なすのであれば、債権者の状態を不利にする行為の結果すなわち責任法的反射効(haftungsrechtliche Reflexwirkung)を意味することに外ならない。したがって、取消可能性は責任法的無効(haftungsrechtlicher Unwirksamkeit)に基づいている。(旧)取消法所定の要件事実が存在すれば、債務者・受益者間の法律行為は当然に取消債権者に対して責任

<sup>22</sup> Id. S. 24.

<sup>23</sup> Id. §1, Anm. 15, S. 54-55.

<sup>24</sup> RGZ. 71, 176.

<sup>25</sup> Warneyer-Bohnenberg, Anfechtungsgesetz, 1955, S. 12.

法的に無効となる<sup>26</sup>。」ということである。そしてそのことは、「取り消し得る行為が財産目的物の譲渡である場合には、その目的物がなお、債務者財産の構成要素であるかの如く受益者は、その目的物をもって他人のために責任を負っている(mit dem anfechtbaren Erwerb für fremde Schuld haftet)<sup>27</sup>」ことを意味している。債権者は満足を得るために、「強制執行忍容の訴え(Duldung der Zwangsvollstreckung)を提起すると共に取り消し得る第三者に譲渡された目的物に関する換価権が自己に属すると主張し、強制執行忍容の訴えは、不動産執行を規定するZPO第864条による」ことになる<sup>28</sup>。ただ、取消相手方の差押受忍義務は、私法的受忍義務ではなく、公法的受忍義務である<sup>29</sup>。

では、Paulusは、債権者取消権(Gläubigeranfechtungsrecht)の法的性質をどのように捉えていたのだろうか。私は形成権と考えていたと解する。それは、Paulusの次の記述からの明らかであると考えられる。「相対的無効」の範疇は、したがって、すべての《責任関係(Haftungsverhältnisse)》と名付けられた担保(Sicherung)のために請求権に取り入れられる。しかし、その相対的無効の範疇は、このような意味でその処分の要件に当たるとはならず、全く有効に譲渡された目的物は、今まで通りに、保護される債権者のために受益者の財産に結合したままであることを意味するはずである。この種の差押えはまた、債権者取消権によって基礎づけられる。何故ならば、取消権は形成権(Gestaltungsbefugnis)であり、その行使は、取り消される処分の相対的無効およびそれによる譲渡された財物の責任的拘束(Haftungsbindung)という結果になる。したがって、債権者は抵当の性質を有する担保(pfandartige Sicherung)を取得する。その担保は債権者に「責任関係の現実化のための返還(Herausgabe zur Realisierung des Haftungsverhältniss)》に向けての給付要求をもって取消相手方に訴えを提起することを可能にするであろう。」と述べる<sup>30</sup>。ここから、相対的無効をもたらす取消権は形成権であり<sup>31</sup>、その無効の内容が問題であり、その無効は物権的無効でも債権的無効でもなく、責任法的無効なのであるとPaulusは主張していると解される。そして、取消相手方に対する執行忍容の訴えは給付の訴えである。この見解に立てば、取消権の行使にもかかわらず、債務者・受益者間の法律行為は有効であるが、逸出した目的物の責任だけは、債務者のもとに留まることになる。わが判例の採る「相対的取消し」理論とは、財産法体系において債務と責任とを分離し、取消権を責任的無効をもたらす形成権と捉える点において大きく相違するものである。

## (2) 責任説に対する批判

(i) Paulusの責任説がわが国に紹介されて以来<sup>32</sup>、債務と責任を分離して捉える責任説の評価は極めて高いものがある<sup>33</sup>。中野教授は、わが国の判例・通説が採る「相対的取消し」理論は、移離財産の取戻しだけに目を奪われて、究極の目的である詐害された債権者の満足のためにする移離財産に対する強制執行の準備の用をなさないとして次のように批判される。

①相対的取消しの理論では、取消債権者に対する関係で詐害行為を取り消したとしても、債務者と受益者との関係では、目的財産の権利者は受益者であるはずである。②取消債権者は債務者に対する債務名義しか取得できないから、受益者に対する債務名義がない以上、逸出財産に対する強制執行はできない。③要するに、相対的取消し、相対的原状回復の理論は、決して回復された財産に対し、債務者に対する債権者の債権についての強制執行における執行対象としての適格を与えることに成功していない。④その欠陥が判例によって

<sup>26</sup> Gotthard Paulus, Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, 1956, AcP. Bd. 155, S. 300.

<sup>27</sup> Id. S.299.

<sup>28</sup> Id. S. 305.

<sup>29</sup> Id. S. 302.

<sup>30</sup> Id. S. 298.

<sup>31</sup> 中野貞一郎「債権者取消訴訟と強制執行」民訴雑誌6巻86頁(1960年)は、「債権者取消権は純然たる形成権であり、その行使としての債権者取消訴訟は形成訴訟である。」と明確に述べる。

<sup>32</sup> 下森定「G. パウルス『債権者取消権の意義と諸形態』」志林56巻3号(1959年)203頁以下が、最初に紹介したものと思われる。

<sup>33</sup> 中野・前出注(31)83頁は、債権者にとって問題なのは、責任財産の維持であって、債務者の財産構成の復元ではないのである。責任説の考えは、詐害行為の効力を保存し、否認による取引の安全への影響を最小限に食い止める。その意味で、責任説の立場は、もっと注目され、もっと評価されてよいと主張する。；下森定「債権者取消権に関する一考察(2)」志林57巻3=4号223頁以下(1960年)。

看過されてきたのは、執行対象財産が実体法上債務者に帰属するかどうかは執行手続上職権をもって斟酌されないからである。<sup>⑤</sup>また、受益者は取消債権者との関係では、また、債務者との法律関係が取り消されているため、自己の権利(目的財産が不動産の場合は所有権)を主張して第三者異議の訴え(民執法38条)を提起できない立場にあるからである<sup>34</sup>。

(ii)確かに、中野教授の相対的取消理論に対する批判は、的確で鋭く説得力がある。その根拠は、相対的取消理論では、取消債権者の債務名義の名宛人と取消権行使後のいわば執行債務者とが異なることは不条理であるということに尽きると思われる。この点、責任説では、債務者・受益者間の法律行為は取消債権者対しても有効であるが、受益者に移転した財産のもつ責任だけは債務者財産に留まるものとして責任法的無効を生じると解し、そうすれば、債務名義の債務者と執行債務者とは同一であり、相対的無効の内包する矛盾は解消されると考えるのである。

しかし、責任法的無効により債務名義と執行債務者とが同じであれば、何故改めて執行忍容判決ないし責任判決を請求しなければならないのであろうか。取消債権者が現有している債務名義で、受益者のもとで債務者の責任財産から逸出していないとみなされる責任に対する執行を認めてもよいのではないかと考えられる。また、そもそも、所有権から分離した責任という概念は、余りに観念的で、財産権の実態的構成に合致しないのではなかろうか。

(iii)Campeは反対説を紹介する。取り消し得る債務負担行為(anfechtbares Verpflichtungsgeschäft)を責任法的に無効とみなすことは、通常の無効といかにして区別されるか明白ではないという。また、債権譲渡(Forderungsabtretung)の取消可能性について、結果において、譲渡の完全な無効と一致する<sup>35</sup>。反対説は、処分権限と責任機能を区別することはドイツ法にとっては、なじみがないことをその理由に挙げる<sup>36</sup>。付言すれば、ドイツ倒産法第143条における否認権行使の効果としての「取戻し(Rückgewähr)」も債権的請求権(schuldrechtliche Ansprüche)と解されているのである<sup>37</sup>。

### 第三章 民法425条論

#### 第1節 学説概観

現行民法425条は、ボワソナード草案363条を継承したものである。草案363条は次のように規定していた。「取消しは詐害行為より以前にその権利が成立している債権者によってしか訴求され得ない。しかし、取消しが得られる場合には、債権者間に優先権の法律上の原因が存在しない限り、取消しは区別なく総債権者の利益となる<sup>38</sup>。」これは、取消しの効果に関していわゆる「絶対的効力説」を採用したものである。これに対して取消しの効果は取消債権者にのみ及ぶと解する見解が「相対的効力説」と呼ばれる<sup>39</sup>。そして、Weill et Terré<sup>40</sup>、J. Carbonnier<sup>41</sup>、Stark-Roland et Boyer<sup>42</sup>、Maurie et Aynès<sup>43</sup>そしてMazeaud et Chabas<sup>44</sup>をはじめ現代のフランスにおける通説および判例は、圧倒的に「相対的効力説」を支持しているのである<sup>45</sup>。では、何故ボワソナードは、当時でも少数説であった「絶対的効力説」を採用したのであろうか。

絶対的効力説は、仏民2093条の「共同担保(gage commun)」の文言を根拠とする。すなわち、a.p.の効果

<sup>34</sup> 中野・前出注(31)60-61頁。

<sup>35</sup> M. Campe, *Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich*, 1996, S. 264-266.

<sup>36</sup> Id. S. 263.

<sup>37</sup> Eickmann, u. a., *Insovenzordnung*, 1999, S. 536; Eva Hutemann, u. a., *Der Gläubiger im Insolvenzverfahren*, 1999, S.148.

<sup>38</sup> Boissonade, op. cit., pp. 144-145.

<sup>39</sup> 佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』97頁(東京大学出版会、2001年)、佐藤教授はGrouberにならって、これらの用語を使用されている。

<sup>40</sup> Weill et Terré, *Droit civil les obligations*, 1975, n°884, p. 943.

<sup>41</sup> Jean Carbonnier, *Droit civil 4/ Les obligations*, 1956, n° 141, p.533.

<sup>42</sup> Stark-Roland et Boyer, *Droit civil Obligations 3. Régime general*, 1989, n° 616, p. 264.

<sup>43</sup> Malaurie et Aynès, *Cours de Droit civil, t. VI, Les Obligations*, 4<sup>e</sup> éd, 1993, n° 1038, p. 590.

<sup>44</sup> H. Mazeaud-J. Mazeaud et Chabas, *Leçons de Droit civil, t. II, Obligations* 9<sup>e</sup> éd, 1998, n° 1005, p. 1070.

<sup>45</sup> 平井宜雄「不動産二重譲渡と詐害行為」(太田知行・荒川重勝編『民事法学の新展開』所収)190頁(有斐閣、1993年)。

によって、詐害的に債務者によって譲渡された財産は、あたかもその財産が債務者の財産から逸出しなかったかのごとく、債務者の財産に復帰すると見なされる。そして、それ故に、再び総債権者の共同担保となると考えるのである<sup>46</sup>。一方、「相対的効力説」の根拠は、仏民1351条の既判力(*autorité de la chose jugée*)の相対効を根拠とする。仏民1351条の文言上、既判力は判決の対象となった者との関係でしか生じない。取消しを宣言する判決は、原告債権者と被告第三者との間にしか与えられない。したがって、その判決はその訴訟で当事者とならなかった他の債権者にとっては無関係である。その判決は、他の債権者に対しては既判力を有しない。各債権者は自己の利益のために権利を行使するのであって、債権者がa.p.によって訴求するものは共同担保ではないのである<sup>47</sup>。

絶対的効力説に立った場合、取消債権者はいかなる法的地位を有するのであろうか。Colmet de Santerreは、取消債権者は他の債権者の事務管理者(*le gérant d'affaires*)であると解する。そして、a.p.は、事務管理者と見なされうる取消債権者のみを利益に与らせず、詐害行為後の債権者も取り戻された積極財産に応じてなされる配当に与ることができる旨主張している<sup>48</sup>。また、Laurentは、取消債権者は、a.p.の性質自体により他の債権者を代理する(*représente*)と考える。詐害行為は総ての債権者を詐害してなされたものであり、目的物が共同担保に取り戻されることにより、詐害行為の取消しは総債権者の利益となると記述する<sup>49</sup>。Laurentは取消債権者を他の債権者の代理人(*représentant*)と解していることが分かる。

一方、ボワソナードは、取消債権者の法的地位をどのように解していたのだろうか。草案の注釈において、彼は、取消債権は他の債権者の事務管理者であるとも、また、代理人であるとも叙述していない。ただ、債務者財産が債権者の共同担保であることのみを理由として「絶対的効力説」を採用しているように解される。因みに、草案1001条は仏民2093条に相当する共同担保(*gage commun*)の規定である。

## 第2節 草案363条の立法趣旨

草案363条の規定する総債権者とは、詐害行為後の債権者をも含むと解されるが、では、なぜ詐害されてもいない債権者が取消しによる利益を受けることができるのであろうか。注釈[166]において、ボワソナードは、a.p.の効果は詐害行為前の債権者のみを受けるときで、詐害行為後の債権者は取消しの利益を受けるときではないとするいわゆる混合説の見解を批判して次のように叙述している。「しかし、取消しの利益は詐害行為前の債権者だけにしか属してはならないということをサポートすることは、詐害行為前の債権者の利益を過大評価するものであろう。そのことは、債権者を2つの範疇(*categories*)と分配すべき利益の2つの財産群(*masses de biens*)を作り出すことであり、それは、破産制度(*faillite*)と支払不能(*déconfiture*)の根本原則に反するものである。」と<sup>50</sup>。ここで用いられている*déconfiture*という用語は、「家資分散」と訳され、フランス民法典上もその用語が散見される。例えば、1276条(免責的債務引受の旧債務者が責任を負う事由)、1613条(売買の不安の抗弁)、1913条(元本償還義務のない定期金契約で元本償還義務が生じる場合)、2003条(委任の終了事由)、2032条(保証人の事前求償権)等である。これらの条文では、いずれも*déconfiture*という用語が用いられている。辞書では、「(商人以外の一般債務者の)支払不能」と訳されている。しかし、筆者は、*déconfiture*とは民事破産(*faillite civile*)を意味していると考えて間違いないと考える<sup>51</sup>。

旧フランス商法437条は、商人破産主義を定め、446条以下では破産法における否認権に相当する規定が設けられていた。一方、わが旧商法978条も商人破産主義を採用していた。そして、商法草案を起草したRoeslerは、商人破産主義を採用した草案1034条の注釈において、私人(*Private*)に対する破産手続は、民法典に委ねられる必要がある旨強調しているのである<sup>52</sup>。

Carbonnierによれば、*déconfiture*とは、積極財産が消極財産に対抗できない場合に、*déconfiture*と呼ばれ

<sup>46</sup> C. Demolombe *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, t. II, 1869, n° 264, pp. 263-264.

<sup>47</sup> *Id.* p. 267.

<sup>48</sup> Colmet de Santerre, *Cours analytique code civil*, 1883, 82 bis XIV, XV, pp. 135-136.

<sup>49</sup> F. Laurent, *Principes de droit civil*, 1887, n° 488, p. 567.

<sup>50</sup> *Id.* n° 166, p. 199.

<sup>51</sup> 町村泰貴「フランス消費者倒産の実務(上)」商学討究47巻2・3合併号(1997年)255頁も、*déconfiture*という言葉がいわゆる民事破産(*faillite civile*)を指すものとして用いられて点を指摘している。

<sup>52</sup> Carl Roesler, *Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar*, Bd. III, 1884, S. 251.



る。それは実効性のない差押えによって周知のものとなった支払不能(*insolvabilité*)であり、会社の更生や裁判上の清算のような組織化された手続を惹起しないと述べる<sup>53</sup>。また、Mazeaud et Chabasは、Treichardの言葉として「商人でなくても破産し得る。実のところ、その場合、破産は*déconfiture*と呼ばれる。しかし、実体が同じものである場合は、名称はどうでもよいことである。」と叙述し、Pothierはこの解釈を正当化していたと述べている<sup>54</sup>。Malaurie et Aynèsは、「a.p.は個別的なものであって、その訴権を行使する債権者しか利さない」と述べた後で、「しかし、a.p.は、債務者の破産の場合(en cas de *«faillite» du débiteur*)に行使されるときは、全債権者(*tous les créanciers*)を利する。何故なら、債権者間の平等原則(*le principe de l'égalité entre les créanciers*)が適用されるからである」と債務者破産の場合に言及している<sup>55</sup>。

以上から、草案363条は債務者の民事破産の場合の処理を規定したものであるということが明白になったと考える。詐害行為後の債権者が取消しの利益を受け得るのは、草案363条(現行民法425条)が、民事破産を予定した規定だからなのである。

### 第3節 「相対的取消し」理論と民法425条

草案363条に基づく現行民法425条が、商人破産主義の下での民事破産を予定した規定だと解すると、債務者の破産財団たる共同担保を詐害行為取消権により回復するのに最も資する法理論としては、「相対的取消し」理論であると言うべきであろうか。否、むしろ形成権説(物権説)を挙げるべきであろう。わが国において主張された形成権説は、詐害行為取消権を一般の意思表示に基づく法律行為の取消しと同じく、詐害行為の効力を遡及的に消滅させる権利、すなわち一種の形成権と解する見解である<sup>56</sup>。なお、民法起草者の一人である梅博士も、詐害行為取消権もまた一つの取消権であり、民法121条の規定は本条(民法424条)にも適用すべきであると述べて、形成権説に立つことを明確にされた<sup>57</sup>。元来この学説は、冒頭引用した明治44年3月24日の大審院民事連合部判決が採用した折衷説と「相対的取消し」理論に対する批判として提唱されたものである<sup>58</sup>。折衷説は、現在の判例・通説であり、詐害行為の効力を否認することと逸出財産を取り戻すことの両者をもって取消権の本体と解する。

しかしながら、逸出財産の取り戻しという点では有効であっても、わが国の形成権説が債務者の法律行為を遡及的に無効と解する点は、不当に取引の安全を阻害するものであって採り得ない<sup>59</sup>。そして、既に第二章ドイツ法による検証の第1節で述べたようにドイツにおいては、現在では、物権説は条文上の根拠を失い、今日法的に主張する者もなく、既に時代遅れとなったと解されているのである。

ところが、『債権法改正の基本方針』(以下『基本方針』と略す)は、内田教授によれば、「従来の判例のような「相対的取消し」の構成を採らず、債務者をも被告とする訴訟によって債務者の行為が実体的に取り消されるという構成を採用している」と説明され、その理由として詐害行為取消権は、あくまで総債権者のために責任財産を保全するための制度だからとする<sup>60</sup>。しかし、筆者は以下の理由から、民法425条の墨守を放棄すべきであると考えられる。

(1) 詐害行為取消権を総債権者のための責任財産保全制度と解する根拠は民法425条が存在するからである。その立法理由は、現行破産法が一般破産主義(法1条・15条)を採用している今日、すでに妥当しいと言わねばならない。民事破産も現行破産法により処理されるからである。

(2) 第一章フランス法による検証で概観したように、フランス法における判例・通説は、a.p.を対抗不能性訴権と捉え、取消しの効果は取消債権者のみに及ぶとするいわゆる「相対的効力説」を採用しているのである。2006年に公表されたPierre Catala名誉教授を中心として構想されたいわゆる「カタラ草案」(『フランス債

<sup>53</sup> Jean Carbonnier, op. cit., n° 369, p. 642.

<sup>54</sup> H. Mazeaud-J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 1026, p. 1084.

<sup>55</sup> Malaurie et Aynès, op. cit., n° 1038, p. 590.

<sup>56</sup> 石坂音四郎「債権者取消権(廢罷訴権)論」志林13巻8・9号350頁以下(1911年); 仁井田益太郎「債権者ノ取消権ヲ論ス」法協31巻12号91頁以下(1913年)。

<sup>57</sup> 梅謙次郎『民法要義之三債権編』82頁(書肆明法堂、1897年)

<sup>58</sup> 佐藤・前出注(39)26頁。

<sup>59</sup> 林錫璋「債権者取消権」(『民法講座4』所収)149頁(有斐閣、1985年)。

<sup>60</sup> 内田貴『債権法の新時代』122頁(商事法務、2009年)。

務法および時効法改正草案(Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription)』)1167条2項は、「詐害的であると宣言された行為は、債権者に対抗できない(inopposable aux créanciers)」と規定している。さらに、1167条の1では、「1167条に規定された訴権は、訴えを提起した債権者およびその訴訟に参加した債権者に対してのみ利益となる。」と規定されている。

(3)ドイツ法においても、新取消法は、旧取消法と同様、取消債権者の要件として執行可能な債務名義(vollstreckbaren Schuldtitel)の取得を要件として、11条において、取消しによる法律効果(Rechtsfolgen)については、詐害行為により債務者財産から逸出した財産は、「その満足に必要な限り債権者の処分に任せられなければならない(muß dem Gläubiger zur Verfügung gestellt werden)」と規定している。

(4)わが国においても、比較的最近、平井教授が不動産の詐害的二重譲渡に関して「民法425条空文化説」ともいべき高見を展開された<sup>61</sup>。教授は、「action paulienneへの回帰を意図して」という副題の下に、訴権説に与することを表明されながら、民法425条の下でも優先主義を目指してもよいのであって、民法425条を「空文化」すべきであると提言される。その理由は、次の通りである。①民法425条を純実体法的に解する限り、民法425条と強制執行における平等主義とは論理的関係に立たない。取消制度と強制執行における平等主義とは別個のものである。②取消訴訟を提起し、詐害行為の存在を立証するのは多くの費用と時間を要する仕事であるので、「合理的」債権者に優先的地位を認めるべきである。制度をよく知り、よく利用した者が「合理的」なのであり、その者に対して投下したものと見合うだけの利益が与えられて然るべきである。③判例<sup>62</sup>は、逸出不動産の価額が取消債権額を超えていても、全部の取消しを認めるが、一部取消しすなわち価格賠償を命ずるべきである。そして、結果的に取消債権者の独占的満足を承認するべきである。④民法425条を「空文化」するような解釈論とは、その基本的発想において、取消権を総債権者ではなく、取消債権者固有の、その個人的利益のための権利として捉え直すことである。

以上述べた平井説に依拠したとしても、突き詰めれば結局、民法425条の墨守は思い切って放棄されるべきであると考えられる。

#### 第四章 判例の見解と試論

##### 第1節 特定物引渡請求権(以下、特定物債権と略す)と詐害行為取消権(最大判昭和36年7月19日民集15巻7号1875頁)

###### 1 事実

債務者(抵当権設定者)Aが、他に見るべき資産もないにもかかわらず、10万円以上の価格を有する抵当家屋を抵当権者Yに対して、その被担保債権(8万円)に対する代物弁済として譲渡し、それがさらに転得者Zに譲渡され、AからZに直接所有権移転登記がなされた。その後、先にこの家屋を買い受けることになっていたX(譲渡担保権者)が、Zを相手に取消訴訟を提起し、代物弁済の取消しとZからAへの移転登記手続を訴求した。

###### 2 判旨

「民法424条の債権者取消権は、総債権者の共同担保保全を目的とする制度であるが、特定物引渡請求権(以下特定物債権と略称する)といえどもその目的物を債務者が処分することにより無資力となった場合には、該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができるものと解するのを相当とする。けだし、かかる債権も、究極において損害賠償債権に変じうるのであるから<sup>63</sup>、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様だからである。大審院大正7年10月26日民事連合部判決(民録24輯2036頁)が、詐害行為の取消権を有する債権者は、金銭の給付を目的とする債権を有するものでなければならないとした見解は、当裁判所の採用しないところである。……(中略)……なお、論旨は、原判決のような判断が許されるときは、Xは登記を了しないのに、既に登記したZに対し所有権の移転を対抗し得ると同一の結果となり、民法177条の法意に反すると主張するが、債権者取消権は、総債権者の利益のため債務者の一般財産の保全を目的とするものであって、しかも債権者の無資力という法律事実を要件とするものであるから、所論177条の場合と法律効果を異にすることは当然である。」

<sup>61</sup> 平井・前出注(45)171-195頁。

<sup>62</sup> 最判昭和30年10月11日民集9巻11号1626頁他により判示されている。

<sup>63</sup> 我妻栄『新訂債権総論(民法講義IV)』(岩波書店、1973年)180頁は、本判例に関して「必ずしも履行不能になることを必要としない。取消権を行使するまでに金銭債権に変ずればよい」とする。

### 3 試論

詐害行為の法的性質をどのように解するかが問題となる。上記事例は、不動産の二重譲渡の問題と詐害行為取消権が絡んだ問題である。本来、詐害行為取消権は、不法行為たる実体を有すると解される。債務者が自己が無資力であることを認識しながら、唯一の財産を第三者に譲渡して自己の債権者を詐害して損害を与えるものだからである。Starkもa.p.を仏民1382条(不法行為の規定)による損害賠償を補填するために詐害行為を取り消す権利として理解している<sup>64</sup>。ボワソナードも、草案361条の注釈[159]において、本条(361条)は、債務者の詐害行為によって債権者に対して引き起こされた損害の賠償を債権者が獲得する手段と方法を規定すると叙述している<sup>65</sup>。したがって、債務者の詐害行為によって債権者に発生するのは不法行為に基づく損害賠償債権すなわち金銭債権である。特定債権であっても該債権が侵害された場合には金銭債権が生じると解される。この金銭債権を被保全債権として債権者は詐害行為取消権を受益者(本件の場合は転得者)に対して行使し得る。判例が、総債権者の利益に言及しているのは、単に民法177条の適用場面ではないことの強調手段に過ぎないと解される。

## 第2節 目的不動産価額が取消債権者の債権額を超える場合と取消しの範囲(最判昭和30年10月11日民集9巻11号1626頁)

### 1 事実

合計70万円の債務を負う夫が、その唯一の財産である時価54万円の建物1棟を妻に贈与し、これに対して45万円の債権を有する債権者が取消しを訴求した。

### 2 判示

「民法424条に依る債権者の取消権は、債権者の債権を保全するためにその債権を害すべき債務者の法律行為を取り消す権利であるから、債権者は故なく自己の債権の数額を超過して取消権を行使することを得ないことは論を待たないが、債務者のなした行為の目的物が不可分のものであるときは、たとえその価額が債権額を超過する場合であっても行為全部について取り消し得べきことは、すでに大審院判決の示したとおりである。(明治36年12月7日大審院判決、民録9巻1345頁、大正7年5月18日同判決、民録24巻995頁、大正5年12月6日同判決、民録22巻2373頁、大正9年12月24日同判決、民録26巻2024頁各参照。)」

### 3 試論

詐害行為取消権による被保全債権は、債務者の不法行為の基づく金銭債権と解される。したがって、本件のように目的物が不可分な不動産の場合にも、本来、取消債権者は自己の債権額の範囲で取消権を行使し得るに過ぎないと言うべきである。その結果、取消債権者は目的物を換価して自己の債権額相当の金銭を他の債権者に優先して取得し得る。その意味で詐害行為取消権は一種の特権である。残余の額は、受益者の手元に残存することになる。判例の立場は、民法425条の存在を意識した結果もたらされたものと推測される。

フランス法においては、Weill et Terréは、「債権者は自分の利益の範囲においてしか訴求できない」と述べている<sup>66</sup>。Mazeaudは、「対抗不能性は部分的でしかない。何故なら、詐害行為は債権の範囲でしか債権者に対抗できないからである」と記述している<sup>67</sup>。

民法425条を存置する立場に固執すれば、同条との関係で、保全されるべき債権は債務者に対する「総債権」かそれとも「取消債権者の債権」かという問題が意識されなければならない。詐害行為取消権は、総債権者に対する平等弁済の実現を任務とする否認権と異なり、破産外における個別的強制執行の前提として、個々の債権のためにその責任財産を増加することを目的とするものであるから、保全されるべき債権は、取消債権者の債権と解するべきであり、民法425条は、単に消極的に、取消しの結果復帰した財産については、取消債権者といえども優先弁済権を有するものではないことを明らかにしたに留まると考えるべきではなかろうか<sup>68</sup>。但し、取り戻された財産が金銭の場合には、相殺によって、事実上取消債権者が優先弁済を得ることになる。

<sup>64</sup> Sark-Roland et Boyer, op. cit., n° 615, p. 263.

<sup>65</sup> Boissonade, op. cit., n° 159, p. 193.

<sup>66</sup> Weill et Terré, op. cit., n° 881, p. 941.

<sup>67</sup> H.Mazeaud-J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 1006. p. 1070.

<sup>68</sup> 下森定『債権者取消権の判例総合解説』133頁(信山社、2010年)。

大島教授は、原物返還を請求するか価格償還を請求するかは取消債権者の選択に委ねるべきであると主張されている<sup>69</sup>。また、平井教授は、現物返還請求にはその量的変形物である価格賠償請求が当然含まれると考え、裁判所は価格賠償を認めることができると解し、「現物返還の原則」を否定し、その代りに「価格賠償の原則」を定立すべきことを提唱されている<sup>70</sup>。目的物が不動産等の不可分物である場合も、取消債権の満足のためには、究極的には金銭に換価されざるを得ないのであり、結果的に取消債権の範囲での取消しが実行されたことになり妥当な結論を導くことができると考える。

### 第3節 按分額の支払拒絶(最判昭和46年11月19日民集25巻8号1321頁)

#### 1 事実

債権者Xは、債務者Sから一部弁済を受けたS他の債権者Y(受益者)に対して債権額の範囲内での取消しと、同額の支払いを請求した。これに対して、Yは抗弁として、自己のSに対する債権について配当要求の意思表示をしたから、Xは本訴でYに対し両者の各債権の按分額を請求しうるとどまると主張した。原審の広島高判昭45・3・2はこの抗弁を認めなかったので、Yから上告、原判決の見解だとXが優先弁済を、しかもYの出捐によって受けたの同様であり不公平である等と主張した。

#### 2 判示(上告棄却)

「所論は、原判決が、上告人の配当要求を理由とした按分比例による配当の主張を排斥したのは違法であると非難する。そして、所論は、そのいわゆる配当要求は、強制執行法上の配当要求ではなく、受益の意思表示であるというのであるが、実定法上、かかる意思表示の効力を認むべき根拠は存在しない。本来、債権者取消権は、債務者の一般財産から逸出したものを、総債権者のために、受益者または転得者から取り戻すことができるものとした制度である。もし、本件のような弁済行為についての詐害行為取消訴訟に対する債権をもって、上告人のいわゆる配当要求をなし、取消にかかる弁済額のうち、右債権に対する按分額の支払を拒むことができるとするときは、いちやく自己の債権につき弁済を受けた受益者を保護し、総債権者の利益を無視するに帰するわけであるから、右制度の趣旨に反することになるものといわなければならない。」

#### 3 試論

本判決も、債務者の一般債権者に対する弁済の詐害行為取消権に基づく取消請求に対する按分額の支払拒絶の抗弁を総債権者の利益(民法425条)をもち出して排斥したものである。結果的には、同一債務者の債権者間で「遅い者勝ち」を認めたことになる。これに対して星野教授は、自己の債権の回収により勤勉な債権者がより保護されることは当然であるとして、受益者＝債権者は、自己の債権額と取消債権額との比率による取消債権額の部分の支払いを拒みうると解される<sup>71</sup>。さらに、受益者＝債権者からの要求があった場合には、取消債権者は自己の債権額プラス受益者＝債権者の債権額まで請求を拡張しうると解したうえで、受益者＝債権者の配当要求を認める福永有利教授の見解もある<sup>72</sup>。

しかし、この問題は、取消債権者に取消権行使の要件として債務名義の取得を求めることにより解決すべきであると考え。債務名義を取得している債権者と取得していない債権者との優劣は自ずと明らかであろう。ドイツ旧取消法2条は、執行可能な債務名義(vollstreckbaren Schuldtitel)の取得を取消債権者の要件としていたし、1999年施行の新取消法2条においても同様に執行可能な債務名義の取得が求められているのである。

私見は、actio Paulianaの沿革並びにフランス法における通説・判例およびドイツ法における通説・判例を踏まえて、詐害行為取消権を対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<sup>73</sup>。そして、詐害行為取消権の効果を、「相対的効力説」の立場から、取消債権者の利益にのみ生じると考える。したがって、執行忍容請求権としての法的性質から、取消債権者には、債務名義の取得を要件とすべきであると考えられるものである。

<sup>69</sup> 大島俊之「民法425条論序説2・完」法律時報54巻2号135頁(1982年)。

<sup>70</sup> 平井・前出注(45)193頁。

<sup>71</sup> 星野英一『民事判例研究第3巻2』48-49頁(有斐閣、1990年)

<sup>72</sup> 下森・前出注(68)175頁。

<sup>73</sup> 中西俊二『詐害行為取消権の法理』133-139頁(信山社、2011年)。

#### 第4節 「相対的取消し」理論と相殺([ア]大判大正10年6月18日民録27輯1168頁、[イ]最判昭和37年10月9日民集16卷10号2070頁)

[ア]大判大正10年6月18日民録27輯1168頁

##### 1 事実

Aから製薬権を譲り受けたYの先代Zは、その代金債務1,000円について、Aに対する債権と相殺しないことを特約していたにも拘わらず、その後この特約を解除し相殺した。その後、Aの債権者Xが、その相殺を詐害行為として取消しを求め勝訴した。そこで、XがZの家督相続人Yを相手に直接売買代金1,000円の支払いを求めたところ、原審は詐害行為取消の勝訴判決を受けても、取消債権者は受益者に対して直接自己にその目的物を支払えと請求し得ないものとして、Xの請求を認容しなかった。

##### 2 判旨

「取消ノ効力ハ総債権者ノ利益ノ為ニ生ズルモノナルニ依リ、取消債権者ハ詐害行為ノ効果トシテ受益者又ハ転得者ノ受ケタル利益又ハ財産ヲ自己独リ弁済ヲ受クル為ニ、直接之ガ請求ヲ為スコトヲ得ザルハ勿論ナルモ、他ノ債権者ト共ニ弁済ヲ受クルガ為ニ、受益者又ハ転得者ニ対シ其受ケタル利益又ハ財産ヲ自己ニ直接支払又ハ引渡ヲ為スコトヲ請求シ得ルモノト謂ハザルベカラズ。蓋シ詐害行為取消ノ効力ハ相対的ニシテ何人ニモ對抗シ得ベキ絶対的ノモノニアザルニヨリ、詐害行為取消ノ裁判ハ独リ訴訟当事者タル債権者ト受益者又ハ転得者トノ間ニ於テノミ法律行為ヲ無効ナラシムルニ止リ、訴訟ニ関与セザル債務者ニ対シテハ法律行為ハ依然トシテ有効ニ存在スルガ故ニ、債務者ハ取消ノ裁判ニ基キ受益者又ハ転得者ニ対シテ此等ノ者ガ受ケタル利益又ハ財産ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ザルハ勿論、取消債権者モ亦債務者ニ対スル自己ノ債権ニ関スル債務名義ニヨリ、受益者又ハ転得者ニ対シ其ノ受ケタル利益又ハ財産ヨリ弁済ヲ受クル為メニ対シ執行ヲ為スコトヲ得ズ。果シテ然ラバ、取消債権者ハ詐害行為取消ノ裁判ヲ受クルモ到底其効果ヲ取ムルコトヲ得ザルガ如キ不合理ナル結果ヲ生ズルニ至レバナリ。」

##### 3 試論

本判決は、従来の「相対的取消し」理論に立ちつつも、民法425条に触れ他の債権者と共に弁済を受けるために、取消債権者からする、受益者・転得者に対しての債務者より受領した金銭の自己への引渡請求を認容したものである。「他ノ債権者ト共ニ」とは述べてはいるが、取消債権者が引渡しを受けた金銭を他の債権者に分配する手続等はなにも定まっていないし、判例もこの点については何ら詳述していない。結果的に、取消債権者の優先弁済を認めている。民法425条存置のもとで、いかなる論理により、取消債権者は、取消目的物たる金銭の優先弁済を得るのであろうか。私見は、相対的効力説に立つので、取消債権者が取消目的物たる金銭から優先弁済を受けるのは当然の帰結となる。

[イ]最判昭和37年10月9日民集16卷10号2070頁

1 無資力のAがその債権者であるX(銀行)に対してりんごボイル缶を譲渡担保として譲渡したので、別訴で他の債権者Yが詐害行為取消訴訟を提起したところ、取消しが認められたが、目的物がすでに第三者に譲渡されていたので、価格賠償金としてYの被保全債権額である86万余円の支払いがXに命じられた。そこで、一旦この金額をYに支払ったXが改めてYに対し本訴を提起し、詐害行為取消しの効果は民法425条により総債権者に及ぶから、YがXから支払いを受けた上記金銭も総債権者の間で分配されるべきであると主張して、Aに対する総債権額に対する自己の債権額の分配割合計算に基づいて算出した79万余円の支払いを訴求した。これに対してYは、Aに代わってXから直接支払いを受けた金銭はすでにAに対する債権を自働債権としてAへの引渡し債務と相殺したからXに分配する余地はないと主張した。

##### 2 判旨

「詐害行為の取消しは、総債権者の利益のためにその効力を生ずる(民法425条)。すなわち、取消権の行使により、受益者又は転得者から取り戻された財産又はこれに代わる価格賠償は、債務者の一般財産に回復されるものとして、総債権者において平等の割合で弁済を受け得るものとなるのであり、取消債権者がこれにつき優先弁済を受ける権利を取得するものではない。このことは、取消債権者が取消権行使により財産又は価格賠償を自己に引渡すべきことを請求し、よってその引渡しを受けた場合においても変わることはない。しかしながら、債権者が債務者の一般財産から平等の割合で弁済を受け得るといえるのは、そのための法律上の手続がとられた場合においてであるというにすぎない。従って、Xの本訴請求にあるように取消債権者が自己に価格賠償の引渡しを受けた場合、他の債権者は取消債権者の手の中に入った右取戻物の上に当然に総債権者と平等の割合による現実の権利を取得するものではない。また、取消債権者は自己に引渡しを受けた右取

戻物を債務者の一般財産に回復されたものとして取り扱うべきであることは当然であるが、それ以上に、自己が分配者となって他の債権者の請求に応じ平等の割合による分配を為すべきことは、分配の時期、手続等を解釈上明確ならしめる規定を全く欠く法のもとでは、否定するほかない。以上によれば、上告人Xの本訴請求は、主張自体失当というべきものであって、被上告人Y主張の相殺の適否について判断するまでもなく、Xの本訴請求は排斥を免れなかったものである。」

### 3 試論

本判決は、被上告人Yの相殺の主張に正面から答えることなく、債務者の一般財産に回復された金銭の他の一般債権者への平等分配の時期・手続の規定が存在しない法の欠缺の故に、事実上取消債権者たるYの優先弁済を認めたものである。原審仙台高判昭和34年7月8日は、Yに取り戻された賠償金は、Yに対する関係では債務者Aの原状に回復した資産を構成するものであるから、YにはこれをAに返還すべき債務があるというべく、この返還債務と自己の債権を相殺することは有効であるといわなければならない、と判示している。

しかし、「相対的取消し」理論を採る以上、問題の金銭は、債務者・受益者間では、受益者のみに帰属するものとして扱われなければならない。取消しの効果が生じるのは、取消債権者と取消相手方たる受益者との関係においてであって、取消しの効果が債務者に及ぶことはない。そうであれば、取消債権者が受益者から引渡しを受けた金銭に対して、債務者がこれを不当利得として返還請求は出来ない道理であり、取消債権者の債務者に対する債権を自働債権として、これと取消し後債務者が取消債権者に対して有することになるとする不当利得返還請求権を受働債権とする相殺は、構成に無理があると考えられる。

そこで、潮見教授より法定委任説が主張されている。これは、債務者と取消債権者との間には法定委任関係が成立していると解し、委任関係に基づく債務者の取消債権者に対する受領物引渡請求権(民法646条)を受働債権として捉えて債権者の債権との相殺を理論付けるものである<sup>74</sup>。しかし、取消債権者が詐害行為取消権の行使により、受益者から引渡しを受けた金銭について、債務者が取消債権者にその受領を委託したと言えるであろうか。詐害行為取消権は法的制度ではあるにしろ、法定委任が成立すると解するのは、取消債権者と債務者の合理的意思にそぐわないのではなかろうか。民法425条の存置に固執するとすれば、取消債権者は取消目的物の引渡しを受けた時点で、債務者の事務管理者となったと解する方がまだ自然ではなかろうか。なぜなら、他の一般債権者の債権が取消債権者の受領した金銭の分配により減少することは、本人たる債務者のためであり利益となると解されるからである。事務管理と解した場合、事務管理者は本人への受取物引渡債務が生じる(民法701条・646条)。この受取物返還請求権を受働債権として取消債権者は自己の債務者に対す債権を自働債権として相殺できると解した方が、妥当な理論と言えるのではないかと考える。

## 第5節 取消し対象である目的物が不動産と動産の場合(最判昭和39年1月23日民集18巻1号76頁)

### 1 事実

S会社が営業不振で支払停止となった直後に、S会社の役員が同一事業を目的とするZ会社を設立した。そして、Sは所有する本件動産(石炭等)と建物をY(Sの役員)へ売却し(代金は、YのSに対する貸金債権と相殺)、Yは右動産をZ会社へ転売した。Sに対して手形債権を有するX(銀行)は、右売買を詐害行為とし、その取消しと、動産のXへの引渡し、および移転登記の抹消を求めた。第一審(横浜地判昭和34年12月22日)は、右売買の目的が債務の弁済であっても手形債権を害するとして、Xの請求を認容した。すなわち、S-Y間の売買契約を取消し、受益者たるYに対しては該建物の移転登記の抹消を、そして、転得者たるZに対しては該動産をXに引渡すように命じた。第二審の東京高判(昭和35年11月29日)もY、Zからの控訴を棄却した。そこで、Yらは、①本件動産をXに引渡す理由がない、②債務弁済のための処分は詐害行為にはならない、と主張して上告した。2判旨(上告棄却)

「上告理由①について。詐害行為取消訴訟において、取消債権者は、他の債権者とともに弁済を受けるため、受益者、転得者(本件ではZ)に対し、直接にその受けた財産の引渡しをなしうべきことを請求し得るものと解するのが正当である。」

「上告理由②について。原判決の引用する第一審判決は、S会社がYに対し昭和31年10月22日第一審判決別紙第二目録記載の物件(本件物件)を、同月24日同第一目録記載の建物(本件建物)を売渡し、YがSに対して負担する本件物件および本件建物の買受代金債務約130万円を現実に支払うことなく、当時右両被告間において

<sup>74</sup> 潮見佳男『債権総論II[第3版]』172頁(信山社、2008年)。

S会社がYに対して負担する約180万円の借入金債務と対等額において相殺する旨の合意がなされたこと、その他判示の諸事情を認定した上、たとえ右売買が既存債務弁済を目的としてなされたとしても、それは反証のない限りXの本件手形債権を害するものと認むべきである旨判示しており、右判示は正当と認められる。また従来の大審院判例によるも、代物弁済や相殺が詐害行為となり得る場合のあることを判示しており(大審院判決、大正10年6月18日、民録27輯1168頁、同、昭和16年2月10日、民集20巻79頁参照)、原判決の前記判示が詐害行為取消に関する判例に反するものとは認められない。」

### 3 試論

民法425条存置の下では、私見は民法425条を佐藤教授に倣って<sup>75</sup>判決効の拡張規定と解しつつも、その制限的解釈を提言してきた<sup>76</sup>。すなわち、差押えに続く、換価・配当という執行行為の効力は、不動産については、総債権者に及ぶが、金銭・動産については、取消債権者および訴訟参加した一般債権者についてのみその効力が及ぶと解するのである。本件については、不動産に対する執行行為の効力の拡張は詐害行為前の総債権者に及ぶから、取消債権者にのみ引渡すことは不当であるが(抹消登記は他の一般債権者の目的不動産への配当加入の機会を与えることになる)、動産については、他の一般債権者の訴訟参加がなければ、取消債権者にのみ引渡されるのは妥当な結論である。ただし、不動産の抹消登記を認めることは、「相対的取消し」理論からは、債務者・受益者間の法律行為を遡及的に無効にすることであって、法理論上は統一を欠くと言わざるを得ない。

なお、『債権法改正の基本方針』[3.1.2.16] (2)において、受益者が債務者から取得した財産が、「登記または登録のある財産であるときは、取消債権者は、受益者に対し、詐害行為を原因とする登記もしくは登録の抹消手続または債務者への登記もしくは登録の移転手続を請求することができる。」と規定している。さらに同(3)において、受益者が債務者から取得した財産が「金銭その他の動産であるときは、取消債権者は、受益者に対して、債務者への交付を請求し、またはそれに代えて、自己への交付もしくは供託を請求することができる。」と規定している。また、[3.1.2.15]は、「詐害行為取消しの効力は、債務者のすべての債権者に及ぶ。」と定めている<sup>77</sup>。

不動産等について抹消登記・末梢登録を認めることは、「実体的取消し」の見地からの規定と解されるが、移転登記・登録を認めることは、債務者・受益者間の法律行為の有効性を前提とした効果であって、理論的一貫性を欠くものと評する他はない。また、取消しの効力は債務者の総債権者に及ぶとしながら、目的物が金銭・動産の場合には、取消債権者に自己への引渡請求権を認めるのは、取消債権者のみの優先弁済を認めるものであって、いかなる理論によるものか判然としなない。おそらく、これまでに見てきた判例の準則を明文化したものであろうが、規定上一貫性を欠くものを言わざるを得ない。取消しの効力は総債権者に及ぶとする規定を放棄してはじめて納得のいく条文案である。

なお、冒頭引用した明治44年3月24日の大審院民事連合部判決は物権的相対的無効説を採用したものと解する見解がある<sup>78</sup>。しかし、物権的効果は絶対的(対世的)なものであり、取消債権者に対してのみ取消しの効力が及ぶと解するのは理論的に自己矛盾を内包していると考える。総債権者に対して物権的相対的無効と解するのであれば、一応理論的には落ち着くが、債務者・受益者間の法律行為は依然とし客観的には有効であり、物権的無効からは説明が困難と解される。第二章ドイツ法による検証第1節形成権説において見たように、ドイツにおいては今日、形成権説(物権説)を主張する者はなく既に時代遅れと解されているのである。

## 第6節 詐害行為取消権の行使方法(最判昭和39年6月12日民集18巻5号764頁)

### 1 事実

Xは、訴外A会社との間に商取引関係があり、相互に手形による金融の便をはかっていた。XがAに振り出した約束手形をYが裏書により取得した。Aは、その後営業不振で手形の不渡りをし、取引停止処分を受けた。YがXに対して手形金の請求をしたのに対して、Xは、該約束手形は金融目的のために振り出された

<sup>75</sup> 佐藤・前出注(39)318頁。

<sup>76</sup> 拙著・前出注(73)258-261頁。

<sup>77</sup> 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』169頁(商事法務、2009年)。

<sup>78</sup> 飯原一乗『詐害行為取消訴訟』496頁(悠々社、2006年)。

もので、Yはこの事実につき悪意であること、さらに仮定抗弁として、手形の裏書は民法424条の詐害行為にあたり取消すと主張した。第一審・第二審ともにXが敗訴していた。

## 2 判旨(上告棄却)

「民法424条の詐害行為の取消は訴の方法によるべきであって、抗弁によることは許されないものと解するのを相当とする。けだし、取消権の行使は相手に対する裁判外意思表示によってこれを行うべき場合があり、裁判上の意思表示によってこれを行うべき場合があり、あるいは相手方に対する訴によってこれを行うべき場合があるが、そのいずれの方法によるべきかは、各場合における法律の規定を解釈してこれを定めなければならない。取消すべき法律行為の取消については民法123条に『相手方ニ対スル意思表示ニ依リテ之ヲ為ス』と規定しているのに反し、民法424条に『裁判所ニ請求スルコトヲ得』と規定しているから、訴の方法によるべく、抗弁の方法によることは許されないものと解するのを相当とする。」

## 3 試論

民法424条が「債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求できる。」と規定しているので、詐害行為取消権は訴えとしてのみ行使すべきで、抗弁としては行使できないと解すべきであろうか。最判昭和40年3月26日(民集19巻2号508頁)に見られる事例では、債務者財産を差し押さえた債権者に対して、債務者から目的財産の贈与を受けた受益者が、第三者異議の訴え(旧民訴法549条・現民執法38条)を提起してきた場合に、差押債権者が当該贈与契約を詐害行為として取消し、受益者の目的財産の権利者としての差押債権者に対する対抗性を抗弁として否認することができるかという問題である<sup>79</sup>。ただし、上記判例自体は、第三者異議の訴えに対し反訴請求を提起し、この反訴にもとづく贈与契約の取消しを理由にして原告の本訴の請求棄却を求めたものである。

判例・通説は、(ア)取消権の行使は第三者の利害に重大な影響を及ぼすこと(民法425条)、(イ)詐害行為取消権の要件の存否を裁判所をして慎重に判断させる必要があること、(ウ)取消し的事实を他の債権者に公示して債権者間の公平をはかる必要があること等の理由から、詐害行為取消権の行使は抗弁ではなく訴えによるべきものと解している<sup>80</sup>。しかし、詐害行為取消権の抗弁による行使は、これを肯定すべきである<sup>81</sup>。理由は以下の通りである。①詐害行為取消権は、債務者財産の保全を目的として破産法上の否認権と同じく、ローマ法上の *actio Pauliana*(パウリアナ訴権)に起源を有する。わが破産法173条は、否認権は訴えによる他抗弁によっても行使しうる旨規定している。さらに、会社更生法95条1項および民事再生法135条3項も抗弁による否認権の行使を定めている。民法424条の「裁判所に請求する」の文言に抗弁も含まれると準用ないし類推することは十分可能である。②ドイツ旧取消法5条および新取消法9条は、抗弁(Einrede)による取消しを規定している。私見は、沿革的理由から詐害行為取消権を対抗性否認権と強制執行忍容請求権が複合的に結合した訴権と解するが<sup>82</sup>、対抗性否認権の効果のみの主張も取消債権者の利益に奉仕する限り可能である<sup>83</sup>と考える。③訴えによらなければならないとする説は、民法424条の文理上詐害行為取消訴訟は形成訴訟であり、取消しはその旨を判決主文で表示しなければならない(形成判決)とする<sup>83</sup>。婚姻取消しの訴え(民法747条)、縁組取消しの訴え(民法805条)、離婚取消しの訴え(民法764条)、株主総会決議取消しの訴え(会社法831条1項)等の判決の効力が当然第三者に及ぶ場合とは異なって、詐害行為取消判決は、判例・通説によっても相対的効力しか有しないのである。対世的効力について明文がある(人事訴訟法24条1項、会社法838条)上記の場合と詐害行為取消権とを同一に解さねばならない理由はないと思われる。④抗弁ではなく反訴によっても目的は達成できるとの見解が成り立つかもしれないが、上記の事例で反訴請求である取消請求が認容されても、該請求が確定するまでは取消しの効果は生じないとすると、本訴請求である第三者異議の訴えは、取

<sup>79</sup> 新堂幸司「判批」法協82巻6号870頁(1966年)。

<sup>80</sup> 大判明治30年10月15日民録3輯9巻58頁、大判大正8年9月10日民録25輯22巻1591頁、松阪佐一「詐害行為取消権の行使方法」民商52巻2号189頁-192頁(1965年)、於保不二雄『債権総論』197頁(有斐閣、1972年)、平井宜雄『債権総論第二版』288頁(弘文堂、1994年)。

<sup>81</sup> 抗弁による行使を肯定する学説：加藤正治「廃罷訴権論」『破産法研究4巻』296頁(有斐閣、1919年)、新堂幸司「判評」法協82巻6号154頁(1966年)、高橋宏志「判批」民訴判百II115号341頁(1992年)、飯原一乗『詐害行為取消訴訟』329頁(悠々社、2006年)、加賀山茂『債権担保法講義』76頁(日本評論社、2011年)等。

<sup>82</sup> 拙著・前出注(73)133-139頁。

<sup>83</sup> 前田達明「詐害行為取消訴訟試論」3頁-4頁判例タイムズ605号(1986年)。



消反訴確定以前の段階で認容されることになる。その結果、差押債権者の強制執行は取り消され、取消判決が確定することにより、改めて債権者は強制執行手続を開始しなければならないことになる。手続的にも迂遠である<sup>84</sup>。詐害行為取消権の抗弁による行使を認めれば、差押債権者の強制執行を取り消す必要もなく、単純明快に受益者の提起した第三者異議の訴えを排斥でき、訴訟経済にも適う。よって、取消しは必ずしも判決主文で表示する必要はなく、攻撃防御方法として判決理由中で判示すれば足りるというべきである<sup>85</sup>。

#### 終わりに

以上見てきたように「相対的取消し」理論と民法425条との間には合理的同調性は存在しない。すなわち、「相対的取消し」理論という法理論と民法425条の「債権者平等原則」という法制度とは二律背反するのである。突き詰めれば、「相対的取消し」理論の意図する「取引の安全」を採るか「債権者平等原則」を採るかという二者択一の問題となる。すでに第三章民法425条論で述べたように、民事破産を前提とした「債権者平等原則」は、その沿革的立法理由からして、一般破産主義を採用する今日、すでに妥当しないのである。そして、「債権者平等原則」は、実質的には、実は残りカスの平等にすぎないという指摘がなされているのである<sup>86</sup>。したがって、債権法の改正が真剣に議論されている今日、民法425条を放擲して、「取消しは取消債権者に対してのみ効力を生じる」とするフランス法・ドイツ法の採る「相対的効力説」を採用すべきである。このことを再度強調して本稿を終りたいと思う。

#### [参考文献]

##### 1 邦語文献

- (1) 飯原一乗『詐害行為取消訴訟』（悠々社、2006年）
- (2) 同 「詐害行為取消権の行使方法」ジュリスト821号(1984年)
- (3) 同 「判例を中心とした詐害行為取消権の研究」司法研究報告書18輯2号(1967年)
- (4) 石坂音四郎「債権者取消権(廃罷訴権)論」志林13巻8・9号(1911年)
- (5) 伊藤眞『破産法第4版』（有斐閣、2005年）
- (6) 内田貴『債権法の新時代』（商事法務、2009年）
- (7) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権篇』（書肆明法堂、1897年）
- (8) 加藤正治「廃罷訴権論」『破産法研究4巻』（有斐閣、1919年）
- (9) 大島俊之「民法425条論序説2・完」法律時報54巻2号(1982年)
- (10) 於保不二雄『債権総論』（有斐閣、1972年）
- (11) 加賀山茂『債権担保法講義』（日本評論社、2011年）
- (12) 北居功「詐害行為取消権の行使方法」（松本恒雄・潮見佳男編『判例プラクティス民法II債権』）
- (13) 佐藤岩昭「詐害行為取消権に関する一試論」法協104巻12号(1987年)
- (14) 同 『詐害行為取消権の理論』（東京大学出版会、2001年）
- (15) 潮見佳男『債権総論II[第3版]』（信山社、2008年）
- (16) 下森定「G. パウルス『債権者取消権の意義と諸形態』」志林56巻3号(1959年)
- (17) 同 「債権者取消権に関する一考察(2)」志林57巻3=4号(1960年)
- (18) 同 『債権者取消権の判例総合解説』（信山社、2010年）
- (19) 鈴木祿彌「債権者平等の原則」論序説」法曹時報30巻8号(1978年)
- (20) 高橋宏志「形成力の発生時期」民訴法判百II(115号)(1992年)
- (21) 田中周友・川上太郎・小野木常・谷口知平・木村健助『現代外国法典叢書仏蘭西民法[III]財産取得法(2)』（有斐閣、1956年）

<sup>84</sup> 北居功「詐害行為取消権の行使方法」『判例プラクティス民法II債権』76頁(信山社、2010年)。

<sup>85</sup> 飯原一乗「詐害行為取消権の行使方法」ジュリスト821号97頁(1984年)。

<sup>86</sup> 鈴木祿彌「債権者平等の原則」論序説」法曹時報30巻8号12頁(1978年)。

- (22) 中西俊二『詐害行為取消権の法理』(信山社、2011年)
- (23) 中野貞一郎「債権者取消訴訟と強制執行」民訴雑誌6巻(1960年)
- (24) 仁井田益太郎「債権者ノ取消権ヲ論ス」法協31巻12号(1913年)
- (25) 平井宜雄「不動産二重譲渡と詐害行為」(鈴木禄や先生古稀記念「民事法学の新展開」所収)(有斐閣、1993年)
- (26) 同 『債権総論第2版』(弘文堂、1994年)
- (27) 星野英一『民事判例研究第3巻2』(有斐閣、1990年)
- (28) 同 『民法概論III(債権総論)』(良書普及会、1978年)
- (29) 同「民法学に関する覚書」(『民法論集5巻』所収)(有斐閣、1986年)
- (30) 前田達明「詐害行為取消訴訟試論」判例タイムズ605号(1986年)
- (31) 町村泰貴「フランス消費者倒産の実務(上)」商学討究47巻2・3号合併号(1997年)
- (32) 松阪佐一「詐害行為取消権の行使方法」民商52巻2号(1965年)
- (33) 松本恒雄・塩見佳男編『判例プラクティス民法II債権』(信山社、2010年)
- (34) 民法(債権法)改正委員会編『詳解債権法改正の基本方針II』(商事法務、2009年)
- (35) 民法改正研究会編『民法改正と世界の民法典』(信山社、2009年)
- (36) 山口俊夫『フランス債権法』(東京大学出版会、1990年)
- (37) 林錫璋「債権者取消権」(『民法講義4』所収)(有斐閣、1985年)
- (38) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義IV)』(岩波書店、1964年)

## 2 フランス語文献

- (1) Daniel Bastian, *Essai d'une théorie générale de l' inopposabilité*, 1929.
- (2) Gustave Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, t. II, nouv. éd., 1891.
- (3) Jean Carbonnier, *Droit civil 4/les obligation*, 8<sup>e</sup> éd., 1975.
- (4) Pierre Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2006.
- (5) Colin et Capitant, *Cours de élémentaire de droit civil français*, t. II, 1915.
- (6) José Duclos, *L' opposabilité(Essai d' une théorie générale)*, 1984.
- (7) F. Laurent, *Principes de droit civil français*, 4<sup>e</sup>., t. XVI, 1887.
- (8) Malaurie et Aynès, *Cours de Droit civil*, t. VI, *Les Obligations*, 4<sup>e</sup> éd, 1993.
- (9) H. Mazeaud-J. Mazeaud et Chabas, *Leçon de Droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 10<sup>e</sup> éd., 1991.
- (10) H. Mazeaud-J. Mazeaud et Chabas, *Leçon de Droit civil Obligations*, 9<sup>e</sup> éd., t.II, 1998.
- (11) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, 1952.
- (12) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VII, 1954.
- (13) Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, t. V, 1883.
- (14) Stark, Roland et Boyer, *Droit civil obligations*, 3. Régime general 3<sup>e</sup> éd., 1989.
- (15) Weill et Terré, *Droit civil les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 1975.

## 3 ドイツ語文献

- (1) Moritz von Campe, *Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich*, 1996.
- (2) Eickmann, u.a., *Insolvenzordnung*, 1999.
- (3) Konrad Hellwig, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, 1899.
- (4) Konrad Hellwig, *Anspruch und Klagrecht*, 1900.
- (5) Harald Hess, *Die Rechtsnatur der Anfechtung nach der InsO und EGIInsO*, in *Wienberg/DennerFestschrift für Karlheinz Fuchs zum 70.Geburstag*, 1996.
- (6) E. Hutemann, u. a., *Der Gläubiger im Insolvenzverfahren*, 1999.
- (7) E. Jaeger, *Die Gläubigeranfechtung des Konkurses*, 1905.
- (8) Kilger/Huber, *Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens*, 8 Auf., 1995.
- (9) Kübler/Prütting, *Das neue Insolvenzrecht*, Bd. II, 1994.

- (10) Nerlich/Niehus, *Anfechtungsgesetz Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens*, 2000.  
 (11) G. Paulus, *Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung*, AcP. Bd. 155, 1956.  
 (12) C.F. Roesler, *Entwurf eines Handels-Gesetzbuchs für Japan mit Commentar*, Band III, 1884.  
 (13) O. Warneyer-H. Bohnenberg, *Anfechtungsgesetz*, 4. Aufl., 1955.

## A study on the theory of “Relative Cancellation ” concerning the Fraudulent Conveyance in the precedents and §425 in Japanese Civil Law

—The inspection of European laws and the essay on the precedents  
of Japanese Supreme Court concerning §424 and §425 in the civil  
law(the law of obligations).—

Shunji NAKANISHI

*Department of Biomedical Engineering, Faculty of Engineering,  
Okayama University of Science  
1-1 Ridai-cho, Kita-ku, Okayama 700-0005, Japan*

(Received July 9, 2012; accepted November 1, 2012)

This thesis handles the theory of relative cancellation concerning the fraudulent conveyance which was adopted by Supreme Court of Japan in the year of 1911 and has been sustained till today. However, that theory includes various problems one of which is the view of offset. According to the theory, the effect of cancellation by §424 does not extend to the debtor, nevertheless the precedents have affirmed the offset by the creditor toward the debtor. Can this view be supported still now? In order to answer the unreasonable problems produced by this theory, this study purposes to inspect this relative cancellation theory from the viewpoint of European laws and make efforts to present the theoretically consistent opinion based on the recent theory.

**Keywords:** word1; relative cancellation, word2; fraudulent conveyance, word3; the theory of relative effect.