



Title	詐欺行為取消権の理論的再検討（1）
Author(s)	水野, 吉章
Description	論説
Citation	北大法学論集, 58(6), 576[1]-531[46]
Issue Date	2008-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/32575
Type	departmental bulletin paper
File Information	vol58-6_p576-531.pdf



詐欺行為取消権の理論的再検討(1)¹

水 野 吉 章

目 次

第1章 序論

- 1 目的 —— 詐欺行為取消権の存在意義
 - 1.1 日本における詐欺行為取消権の存在意義に関する説明
 - 1.2 日本の議論における不十分性 —— 理論的意義
 - 1.3 日本の社会状況 —— 現代的意義
- 2 対象 —— アメリカ詐欺取引法と日本詐欺行為取消権の存在意義に関する議論
 - 2.1 1980年代のアメリカにおける存在意義に関する議論
 - 2.2 立法当初から現在に至るまでの日本における議論
 - 2.3 その他の対象の限定
- 3 方法 —— 「存在意義による基礎付け」の意義
 - 3.1 [存在意義そのものについて]
 - 3.2 [基礎付け]
 - 3.3 [政策的思考]
 - 3.4 [議論の多様性]
- 4 叙述の順序

第2章 アメリカ詐欺取引法理の展開

- 1 詐欺取引法の歴史的展開 —— その概略
- 2 エリザベス法 Statute of Elizabeth, 1570, 13 Eliz. Ch. 5 (1570)

¹ 本稿は、北海道大学法学研究科の課程博士授与対象論文である（2005年度に修士学位論文として提出したものを基礎として視点と内容についての修正を加えた上、2007年度に博士学位論文として提出したものである）。なお、加筆部分については、「財団法人 松下国際財団」からの研究助成による。

- 2.1 立法理由 (以上、本号)
 - 2.2 問題——「詐害の意図」を構成する事実とは如何なるものか
 - 2.3 解決——Twyne's Case (1601) と「詐害の徴憑 badges of fraud」
 - 2.4 小括——「詐害の徴憑 badges of fraud」による認定の困難の救済
 - 2.5 残された問題——「詐害の徴憑」の発展と「詐害の意図」からの乖離(「ずれ」)
 - 2.6 その後——アメリカへの継受とコモンロー化
 - 2.7 小括
 - 3 統一詐害取引法 The Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA) (1918)
 - 4 理論の不在による判例法の「ゆらぎ」——Foreclosure Sale
 - 5 統一詐害取引法 The Uniform Fraudulent Transfer Act (UFTA) (1984)
 - 6 総括
- 第3章 詐害取引法の存在意義——機能的分析の視点から
- 1 現代取引とLBO
 - 2 詐害取引法の存在意義に関する議論
 - 3 要件論
 - 4 詐害取引法と周辺の法理・倒産法制との接続
 - 5 総括
- 第4章 現代取引——Leveraged Buy-Out (LBO) を中心として
- 1 LBO (MBO) スキーム
 - 2 LBO (MBO) の目的
 - 3 MBO に対する詐害取引法の適用
 - 4 再考——文脈化；「社会の変容」「法理の役割」と「総合判断」
- 第5章 日本法の史的考察——存在意義に関する議論の視点から
- 1 明治—大正中期における議論の契機とその特色
 - 2 大正後期の議論
 - 3 明治から大正にかけての議論の小括——性質決定と目的考慮
 - 4 その後の議論——目的考慮の徹底——責任説・訴権説へ
- 第6章 日本法の分析と日本法への示唆
- 1 日本とアメリカの比較
 - 2 検討の導入——アメリカの理論による補充
 - 3 要件論(総合考量を支配する理論)——④について
 - 4 効果論・実効の理論——⑤について

- 5 「取消しの後始末」について
- 6 「効果論」——「取消し・取戻し・執行忍容」——「総債権者」について
- 7 総括
- 第7章 結論とその他の示唆
- 課題
- 参考文献

第1章 序論

1 目的——詐害行為取消権の存在意義

本稿においては、民法424条に規定される詐害行為取消権²の存在意義——債権者保護法制としての詐害行為取消権とは何故存在しているのか——を説明することを目的とする。

なお、「存在意義」とは解釈の指針となる制度趣旨、制度の目的のことに他ならないが、これは伝統的に「趣旨・目的」とされているものとは異なるものであるので敢えてこの用語法による。以下においては、この存在意義に関する議論を行うことの意味を確認するために、これについての日本における議論とその理論的な不十分性、そして、そのことがもたらしていると思われる現代的な問題について、簡単に説明しておこう。それによって、分析すべき対象、分析の方法も明らかになるであろう。

² 詐害行為取消権に関する民法の規定は以下の通りである。

424条1項「債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時ににおいて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りではない。」

424条2項「前項の規定は、財産権を目的としない法律行為については、適用しない。」

425条「前条の規定による取消しは、すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる。」

1.1 日本における詐害行為取消権の存在意義に関する説明

一般的な説明によれば、詐害行為取消権とは、一般債権者達の引当てとなっている債務者の財産（責任財産；共同担保とも称する。以下においては、主に「責任財産」と記すが、引用文においては原作の記述によることにする）を、債務者が減少させてしまう行為（詐害行為）について、債権者に当該行為を取り消す権能を与えるという制度のことである。したがって、同制度は、債権者が、この詐害行為を取り消し得るとすることによって、債権者達の引当てとなる債務者の財産（「責任財産」）を保全し、ひいては責任財産秩序を維持するために存在するとされる³。このように、日本における判例・学説は、詐害行為取消権の趣旨について、共通して、責任財産の保全のためにあるとし、その根拠は公的な責任財産秩序の維持にあると説明する⁴。さらに、星野は、学説の共通認

³ 下森定「424条」奥田昌道編『注釈民法(10)』779、785頁（有斐閣、1987）を参照されたい。この点につき学説・判例は共通している。

⁴ 下森・前掲書注3、779頁、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）補訂版』（良書普及会、1992、初出1978）106頁。なお、下森・前掲書注3、785頁にあるように、法的根拠論としては、不当利得説、不法行為説、衡平説、責任秩序維持説（責任財産維持説）がある。ただし、法的根拠としては衡平説や責任秩序維持説に立ちながらも、法技術的な実践として、「不法行為」の法律構成を用いる考え方もあり得る。例えば、山中康雄「詐害行為取消権の本質」早稲田大学法学会『訴訟法学と実体法学』中村宗雄教授還暦記念祝賀論集519頁以下（有斐閣、1955）や、竹屋芳昭「債権者取消権に関する一考察」法政研究24巻3号331頁以下（1957）、同「詐害行為と詐害の意思」大分大学経済論集11巻3＝4号205頁以下（1959）においては、「責任財産秩序の維持」説に立ちつつも、「不法行為」構成を用いることにより、不法行為法学の違法性審査における柔軟な総合考量判断を利用すべきという主張がなされることになる。その論理とは、不法行為制度によって保護すべき法益のひとつに信用秩序ないし責任財産秩序を包摂することによって総合考量という判断を導くというものであろう。「不法行為」構成の意味は、これのみには留まらず、「衡平」説にも馴染むものである。その点については、本稿による分析によって明らかにする。

日本においては、立法当初——当時フランス民法の条文を枠としてドイツにおける学説により肉付けを行った——から現在に至るまで、あらゆる学説が、信用秩序ないし責任財産秩序の維持を詐害行為取消権における重要な役

識を代弁して、「契約履行までの間に債権者があてにしていた債務者の財産が減少すると、債権者にとっては困ることになる（圈点、本稿筆者）」⁵と説明を加えている。

ここに、学説は、制度をとりまき、それを利用するところの、私人である個々の債権者の視点から、「責任財産秩序の維持」という公的な法制度の存在意義を説明するに至っていることが確認されよう。この視角——法制度を、それをとりまく個々の私人の性質と結びつけて説明すること——は重要である。なぜならば、法制度といえども、実際に利用するのはその制度をとりまく個々の私人であり、彼らの間の利害を調整し、それらの行動を規整することが法制度の役割であるとするならば、制度をとりまく個々人の行動を織り込むような形での法制度の存在意義に関する説明が必要となるからである。その説明なくしては、制度の存在意義を全うするような解釈論（要件論・効果論）を導くことはできない。

1.2 日本の議論における不十分性——理論的意義

しかし、債権者からの視点、特にその行動に着目するならばこそ、先に挙げた説明には若干の補われなければならない点も存在するように思われるのである。

まず、先の学説の説明についてまとめておこう。先の学説の説明における債権者が「困る」論理は、先の視角——債権者の視点——からすれば、以下のようなものであろう。すなわち、債権者は、責任財産が減少しないことを「あて」にして行動しており、それに反して、責任財産が減少してしまった場合に「困る」。そして、この時、債権者の当初の予測（「あて」）がはずれてしまうならば、責任財産秩序が破壊されてしまうのであるから、その問題を解決するために「責任財産の保全」が必要となるというわけである。

次に、この説明について、三点にわたって、指摘しておこう。

割としており、それを具現化するものが、「責任財産の保全」であると考えているといえる。

⁵ 星野・前掲書注4、89頁、なお、109頁も参照されたい。

第一に、債権者は、その性質上「困る」のであろうか。債権者に、取消権のような「権利」・「救済」を与えずとも、彼らは自己防衛をなし得るはずである。すなわち、債権者達は融資の時点で、債務者の後の行動によって責任財産が減少し、自己の融資債権が回収不能になるリスクを計算し、予めそのリスクを織り込んだ利率を融資契約において設定することにより、そのリスクを回避できる。また、債権者は、融資時に、その融資契約条項によって債務者の行動を規律することもできる。このような、やや現代的な債権者——現代の信用社会において重要な地位を占める銀行をはじめとする金融債権者（現代的とは言っても民法典の起草時以来、この金融債権者は信用において重要な地位を占めていると思われる）——を想定するならば、債務者の責任財産減少行為を放置していたとしても、債権者は困らないともいえるのである⁶。

こうして、債権者は、回収不能のリスクを予め回避することができるとするならば、少なくとも、債権者を「困る」ものと評価した上で、保護する必要はないはずである。この視角からは、詐害行為取消権による保護の必要がないように見えるような、十分にリスク回避手段を備えた債権者を何故保護する必要があるのか、についての説明が必要となる⁷。

⁶ 日本においては、立法当初より、このような債権者が想定されていると評価し得る。そのことは、後述するが、**雫本朗造**「債権者取消ノ性質（廃罷訴権）」法学志林17巻3号1頁、同17巻12号63頁（大4；1915）、同18巻1号19頁（大5；1916）においても現われている。すなわち、雫本は、信用の促進と債権者保護を結びつけて説明している。

⁷ また、次のような議論も可能である。債権者に債権回収のためのオプションを与えて、債権者を保護したとしても、それによって債権者に得られる利益は、融資時の利率の低下、すなわち、債権者の“飯の種”の消滅によって相殺されてしまう。すなわち、債権者に回収のオプションを与えることにより、債権者が保護されていることにはならない（債権者のためにはならない）。さらに言い換えれば、事後的な債権者の保護によって、債権者に生じる利益が、事前の融資時における債権者の損失によって相殺されているならば、この制度によって社会的な富がもたらされているとは言い難い（社会のためにもならない）。では、敢えて債権者にこのようなオプションを与える必要性とは如何なるものなのか。

これらの問題意識は、決して突飛なものではない。例えば、**金本良嗣**＝**藤**

債権者の性質に着目して、さらに詐害行為取消権の存在意義が探求されなければならない。これが、第一点目からの示唆である。

第二に、債権者の予測（あて；信頼とも言い得る）は制度の存在意義を説明するものであろうか。先の学説の説明において、債権者の予測（「あて」）は、詐害行為取消権の存在を前提としてはじめて生じ得るものであるともいえるかもしれない。なぜならば、詐害行為取消権が存在するからこそ責任財産が減少しないという予測が生まれるからである。逆に言えば、詐害行為取消権が存在しないならば、そのような期待は生まれないのであるから、それを保護するための詐害行為取消権も不要のものとなる。ここに、伝統的な学説は、制度の存在意義を説明するために現行制度の存在を前提としているとの評価も成り立ち得ることになる。ここにこうして、この説明はやや循環的な側面を覗かせるのである。この視角からは、制度の存在を想定せずに制度の存在意義が説明されなければならない。これが、第二点目からの示唆である。

これら二つの点から伝統的な学説の説明を補強し得る可能性を指摘したが、学説によって、現行詐害行為取消権に関する先のような説明が受け入れられていること⁸は、解釈者達によってこの制度の「存在意義」が暗黙の内に見出されていること、したがって、「債権者が困ると評価した方が良い」と考えられていることを推測させる。加えて、重要なのは、このような評価が、「古くから」与えられてきたことである。そのことは、この制度が「時代の展開」や「社会の変容」を通して一定の役

田友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』（東京大学出版会、1998）191頁以下を参照されたい。このような問題意識の法学研究への応用も既に先鞭がつけられている。例えば、**沖野眞巳**「約定担保物権の意義と機能——UCC 第9編の『効率性』に関する議論の素描」学習院大学法学会雑誌34巻1号75頁（1998）等。

⁸ この制度はローマ以来存在しており（**石坂音四郎**「債権者取消権（廃罷訴権）論」法学志林13巻8-9合併号331頁以下（明44、1911）、**松坂佐一**『債権者取消権の研究』（有斐閣、1962）その他も多数）、また、現代においても、世界各国に存在している（石坂「同」、**大島俊之**「はしがき」『債権者取消権の研究』（大阪府立大学経済学部、1986）参照）。ただし、責任財産「保全」という色彩を強く打ち出しているのは日本法のみである。

割を果たしてきたことをも推測させる。したがって、この制度の意義を認識するためには、「単に、今この制度が如何なる意義を有しているか」というだけではなく、「社会の変容に対してこの制度が如何なる意義を有しているか」をも考慮に入れなければならないであろう。

以上より、詐害行為取消権の「存在意義」に関して、今、求められているのは、以下の問題に対する、以下の着眼点からの説明であるといえる。すなわち、「リスク回避の手段を多様に有する債権者達に対してもなお、債務者の行動への一定程度の信頼——詐害行為が起らないという予測（「あて」）——を、制度によって人為的に生じさせしめることが責任財産秩序や信用秩序にとって如何なる意義を有するか」という問題に対して、「制度の存在する世界と存在しない世界における債権者達をはじめとする関係者達の行動の比較」「社会が変容してゆくことを考慮に加える」という着眼点からの説明である。この意味における「存在意義」を議論することは、現時点における「制度趣旨」について、補うべき点と、維持すべき点についての示唆を得ることに他ならない。

第三に、学説は、先に制度の趣旨として説明されているところの「責任財産の保全」を幾つもの解釈的帰結に直結させているかに見えるが、その解釈的帰結は、実際、「保全」の意味内容が不明確であるが故に、不安定なものとなっている。このことは、先の二つの点からの検討の不十分性によって、論理的にも推察される。なぜならば、制度の存在意義が、法制度の機能すべき範囲を規定するもの（「保全」の内容を補い、解釈の指針となるもの）——そして、その範囲において制度を実際に機能させるものが要件・効果である——とするならば、その存在意義に関する議論の不十分性は、「保全」の内容の不十分性、すなわち、要件論・効果論の不十分性に直結すると考えられるからである。詳しくは、後述するが、「保全」の内容の不明確性について、簡単に説明しておこう。

学説は、制度の「効果」を規定する425条には「総債権者の利益の為に其効力を生ず」とあったことから⁹、その意味を「保全」であるとする。

⁹ 現代語化された後は「すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる」となっている。

そこから、「効果」について、特定の法的帰結を目指し、華々しく議論が行われている（以下、「効果論」と記す）。いわゆる、形成権説（取消し）・請求権説（取戻し）から責任説・訴権説（執行忍容）への展開である¹⁰。しかし、元来は、制度の「存在意義」から、「保全」が意味付けられ、さらにそこから425条の文言の意味内容が解釈されるべきものであるのにもかかわらず、ここにおいては、条文の文言から、それ自体多義的に解釈し得る「保全」という概念を導いた上で、それによって幾つもの異なる場面において特定の解釈的帰結を導くというように、論理が逆転（ないしは小回り）しているように思われる¹¹。したがって、

¹⁰ 詳しくは後述するが、日本における詐害行為取消権論の主戦場は効果論——詐害行為取消権の効果を如何に解すべきかについての議論——である。そこにおける展開は簡単にいうとこうである。詐害行為「取消」の効果として、民法121条にいう取消権のような形成的効果によって瞬時に権利義務関係の変動が引き起こされ詐害行為前の原状に復帰する（例えば、詐害的譲渡の対象資産は、その所有権ないし権利状態が債務者のもとに復帰する）という取消権＝形成権説から、権利義務関係の変動は引き起こされず詐害行為によって利益を受けた受益者のもとへ債権者が執行することさえなし得れば十分であるという責任説・訴権説へと展開されている（その展開の概観については、各体系書に記載があるが、差し当たり下森・前掲書注3に詳しい。個別的には、取消権＝形成権説については、石坂・前掲注8を、責任説については、川島武宜『債権法総則講義』56-58、64-74頁（岩波書店、1949）から、中野貞一郎『債権者取消権と強制執行』民訴雑誌6号53頁（1960）、下森定「債権者取消権に関する一考察（一）（二）」志林57巻2号44頁（1959）、57巻3＝4号、176頁（1960）を参照）。その展開を基礎付けてきたのは、債権者の「責任財産を保全」する方法としての詐害行為取消権の効果は、「保全」さえなし得れば十分であるという思想である。すなわち、債務者のもとに詐害的譲渡の対象資産についての権利の帰属を回復させる（例えば、所有権を受益者から債務者に戻す）ことを認める必要は無く、受益者のもとに帰属する資産に対して執行さえ認められれば十分であるというわけである。

¹¹ 佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』（東京大学出版会、2001、初出は1987-88にかけての法学協会雑誌104巻10号、12号、105巻1号、3号である、詳しくは佐藤・同上「はしがき」参照）375頁は、取消しの後始末の問題について、合理的な制度を良く知った債権者に報いるために取消権行使者に優先弁済受領権を与えるべしと主張する平井説に対して、以下のように評価する。平井

一定の確信の下に解釈を行おうとすれば、これらの解釈的帰結が先の意味における存在意義によって基礎付けられているものであるのかについて、今一度、確認されなければならないだろう。さらに、学説においては、同じく「保全」の意味について、取消しが行われた後に債権者達は如何なる分配を受けるべきかという問題（以下、「取消しの後始末論」と記す）について、特定の「保全」観を導きに、総債権者が債権者平等の原則にしたがって均等に分配を受け得るべしとする説と、取消権行使債権者が優先弁済を受け得るべしとする説¹²との対立が見られるところである。この対立自体が、先の分析——存在意義によって法的帰結が基礎付けられていない——の現われ（小回り）とも評価し得るし、したがって、同じこと（存在意義による基礎付けの必要性）が言い得てあろう。

次に、日本においては、「効果論」「取消しの後始末論」——取消しが行われたならば与えられるであろう法的帰結——について華々しく議論が展開されているのとは対照的に、如何なる場合に「保全」が必要となるかを問題にする「要件論」に関しては、議論はほとんど存在して

の議論は制度の在り方、すなわち制度の設計「——解釈論及び立法論を含むものと考えられる——」について良く知った者が保護されるべきという思考によって特定の結論を導くものであるが、その設計のあり方については伝統的な議論によってもわかっていないのであるから、それを前提に特定の結論を導くことは「いささかトートロジカル」であるという。そして、平井のその点に関する説明からは特定の法的帰結は導かれなかった後に、沿革の探求によって特定の法的帰結の導出を、したがって、「保全」の内容を補完しようとする。

このことは、以下のことを示している。①既存の理論が「保全」の意味を特定していないこと。②さらに、佐藤はそのことを自覚しつつも、解釈的帰結を導くために、上記論文にて沿革研究を行なっていること。本稿においては、「保全」の内容を確定する制度の設計がわからないという問題(①)について、沿革調査(②)によるのではなく、「制度の設計」(①)をより深く詰めることにより、沿革の機能的意味を整理し、解釈的帰結を導きたい。

¹² 大島・前掲書注8（1986）、平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為－action paulienne への回帰を意図して」太田知行・荒川重勝編『民事法学の新展開－鈴木禄弥先生古希記念』170頁（1993）。

いないと評価し得る。すなわち、要件論においては、判例法が従来から行っている総合判断を理論的に正当化するような総合考量説——あらゆる要素から行為の悪質性を総合的に判断する——が提供されているのみであるところ¹³、その総合考量における各考量要素の相関関係を支配する理論が十分には存在していない。結果、伝統的に問題となっていた「詐害」と「偏頗」との関係なども未だ不明確なものとなっている¹⁴。また、「信用」とは直接関係の無い要素も入り込んでいる¹⁵。これでは、債権者達の「あて」にはならないし、何よりも裁判所による判断の追認に繋がりがかねないとも指摘されている¹⁶。これらの各考慮要素の相関関

¹³ 山中・前掲注4、竹屋・前掲注4参照。もっとも、総合考量判断は受け入れられているが、不法行為構成については受け入れられていないようである。その理由は、古くに不法行為説は克服されたのであり（石坂・前掲注8にも記述がある）、現時点においてそれを唱えることは、詐害行為に対する救済制度の史的発展に逆行するものと言えるというものである（下森・前掲書注3、784頁、下森定「債権者取消権に関する一考察（一）」志林57巻2号44頁以下（1959）71頁。飯原一乗『詐害行為取消訴訟』（悠々社、2006）17、75頁）。

¹⁴ 山中・竹屋前掲注4において明らかなように、総合考量説の法実践の一つは、詐害行為取消しの総合判断の枠組みに「弁済」を取り込むことであった。これによって、「詐害」「偏頗」を区分けする伝統的な議論との間で緊張が生じることになる。この要件論の混迷は、現在の論考においても、改正破産法の導入によってますます混迷を深める形で、見られるところである。このことは、内田貴『民法Ⅲ（3版）』（東京大学出版会、2005）と、森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）とが、それぞれ別の枠組みを利用して「弁済と詐害」の関係を処理していることから窺える。

¹⁵ 「租税債権者」「不法行為債権者」が詐害行為取消権を行使し得るかという問題。

¹⁶ 早川眞一郎「詐害行為取消権からみた債務者の行為規範」『倒産手続と民事実体法』別冊NBL60号233-250頁（商事法務研究会、2000）は、詐害行為取消権の要件論において学説上も支持されている総合考量判断について、総合判断故に行為規範（基準）が不明確になっている旨を指摘する。また、吉田邦彦「一章 リアリズム法学と利益考量論に関する『基礎理論』的考察」『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000、初出 瀬川信久編『私法学の再構築（北大法学部ライブラリー2）』（北大図書館刊行会、1999）53-54頁は、日本法における一般的な特徴として、あらゆる要素の総合判断を指摘した上で、

係を支配する理論として有力なもののひとつとして、制度の「存在意義」が考えられるが、それについては補う余地があることを先述した。

こうして、「存在意義」について補う余地がある以上、その現われとしての「要件論」「効果論」「取消しの後始末論」の目指した法的帰結は、(少なくとも、現時点においては) 不安定になっているといえる。言い換えておこう。「保全」の内容を敢えて不明確にしておくことが、社会の変容に柔軟に対応するために必要な制度設計上の戦略(法解釈という戦略)であるとするならば、その戦略を上手く活用するために、現時点において、「保全」の内容を検討し補充するための理論の提供が必要となろう。

ともかくも、「存在意義」によって、各法的帰結を基礎付けなければならないこと。これが三点目からの示唆である。

以上、学説は、債権者の視点から制度の意義を説明するに至ったが、存在意義に関する説明そのものにも、したがって、そこから演繹される解釈論においても、未だに、補われるべき余地も残しているように思われる。ここに、「存在意義」に関して更なる議論を行うことが、理論的には重要であるということになる。

1.3 日本の社会状況——現代的意義

この理論的な積み残しは、即座に、現代的な問題としても立ち現われることになる。その問題は、近時、急速に進む信用に関する社会状況の変容——それは、新しい取引(以下、「現代取引」とも記す)の出現や、近時の倒産法制の整備¹⁷に良く現われている——に由来している。以下に、それぞれについて、詐害行為取消権の理論的な問題が如何にして現われるのかを見てゆこう。

その相関判断を指導する理論の欠落が、裁判官による判断の「追認」に繋がりがねないと危惧を表明する。

¹⁷ 1999年(平成11年)の民事再生法制定・和議法廃止にはじまり、2002年(平成14年)の会社更生法改正を経て、2004年(平成16年)の破産法改正によって完結する。

まず、詐害行為取消権と現代取引との関係において、先の理論的な問題が如何にして現われ得るのかを説明しよう。ここにいう現代取引とは、資金調達、企業再編に関する様々な取引を組み合わせで構成されるひとつの取引スキームのことをいう。例えば、証券化 Securitization¹⁸、レバレッジド・バイ・アウト (Leveraged Buy-Out ; 以下、「LBO¹⁹」と記す)、グループ企業間保証 Inter corporate guarantee²⁰等のようなものである。近時、日本においても、これらの取引が、出現していることが確認されている²¹。これらの現代取引は、以下の特色を持つ。まず、これらの現

¹⁸ 証券化 Securitization とは、企業（オリジネーターと称する）にあるキャッシュフローを生み出す資産（クレジット会社の顧客に対する債権・売掛代金債権などの刻々と発生する資産や、不動産など刻々と収益を生み出す資産）を、包括的に特定目的会社（SPC・SPV）に譲渡することによって、オリジネーターの信用、すなわち一般債権者から隔離し、対象資産から刻々と生じる収益を証券にして一般投資家や銀行から資金を調達するための技術である。企業にとっては、会計上のリスク資産を簿外に移せ（オフバランス化）、企業の運営するその他の業務と証券化対象資産を隔離することにより、その対象資産に対してのみ融資を受け得るというメリットがあるとされる（以上、西村総合事務所『ファイナンス法大全（上）』（商事法務、2003）10頁、『同（下）』（商事法務、2003）257、301頁等参照）。

¹⁹ LBO とは、負債によって資金調達を受け leveraged、株式を買い取る buy-out という企業再編のための手法である。ここに、LBO は負債 Leveraged と支配権の変更 Buy-Out をその重要な要素とするところの金融と企業の再編が結合したスキームであるといえる。

本稿においては、LBO 中の MBO (Management Buy-Out) のみを取り扱う。

MBO とは、経営陣（取締役）が、自らの経営する企業の資産を担保に供することによって資金調達を受け、その資金を利用して株式を買い取るという取引である。

²⁰ Inter corporate guarantee は、例えば親会社の負債を子会社が保証をするような場合である。子会社は、子会社の事業とは直接関係がない親会社の負債の肩代わりをすることになる。これにより、子会社の債権者は、自己の融資の引当てとしていた子会社の資産を奪われる形になっている（Barry L. Zaretsky, *Fraudulent Transfer Law as the Arbiter of Unreasonable Risk*, 46 S. C. L. REV. 1165(1995)等）。

²¹ 近時、日本においても、ライブドアがフジテレビを買収するためにとり得る方法の一つとして、LBO を検討していると報じられた（例えば、2005.3.17

代取引は、金融取引を含む幾つかの取引の複合からなる。これが、ストラクチャード・ファイナンス（仕組み金融；Structured Finance）と呼ばれるゆえんである。次に、この取引群は、一体として、債務者企業に融資²²を行っている既存の一般債権者に対して、その有する債権が回収不能となるリスクを負わせながら、債務者企業（に投資している株主）の利益を増大させる（ひいては債権者にもリターンが存在する）かに見えることである。

そこで、まず、債権者保護法制の代表格である詐害行為取消権の適用が検討されることになる。他方において、これらの取引は取引社会のニーズから生まれてきており、社会にとっても有益であるとの推定も働く。故に、これらの現代取引に対して、詐害行為取消権を適用する際には、過度な規制とならないような慎重さが要求されることになろう²³。ここ

報道ステーション等)。また、その後、ワールド (nikkei. net. 2005.7.25) や、ポッカがこの手法を利用すると報道された (nikkei. net. 2005.8.22)。村上市彰氏の投資ファンド（通称；村上ファンド）が、TBSに対して、この手法を利用して株式を買い取ることを要請していたという報道もある (nikkei. net. 2005.8.31)。

また、Nikkei. net. 2006.10.7において、以下の記事が配信されている。

買収相手先の資産などを担保に M&A（企業の合併・買収）の資金を融資する手法が日本でも広がってきた。日本企業が絡んだ同手法による買収資金融資額は2006年1－6月で2兆円規模に達し、05年年度の3倍を超えた。M&A が活発になるなかで、資金を機動的に手当てしようとする企業のニーズが高まっている。大手銀行も態勢を強化、融資を競っている。

買収先企業の資産やキャッシュフローを担保とするこの融資手法は『レバレッジドファイナンス』と呼ばれる。大型 M&A などの資金調達手法として日本企業の利用が増えている。

このように、日本にも、現代取引の波は押し寄せつつあるといえる。

²² 金融債権者は勿論、企業に対して売掛代金債権を有している取引債権者なども含む。

²³ 先に述べた本稿の素朴な問題意識——詐害取引法が存在してもしなくても債権者は困らない——からは、このような弊害があるならば、なお更、債権者保護は不要であるということになろう。そして、アメリカにおけるある学説

に、詐害行為取消権をこれらの複雑な取引に適用とするならば、精密な適用が要求されることになるわけである。

こうして、この「社会の変容」という局面において生じる複雑に絡み合った複数の取引に対して、“債務者と受益者との間の一つの取引（三当事者を想定している）を取り消す”というイメージを抱かせるところの詐害行為取消権の適用を検討するのか、適用を検討するとすれば、その際、「害する」とは如何なる意味に解すべきか、その効果としての「保全」とは如何なる意味に解すべきか、という先に述べた理論上不明確となっている問題が、まさに現実の法的問題として現われることになる。これが明らかにならなければ、実務は、自己の行う取引において、いつ取り消されるかわからないというリスクを負担することになる²⁴。さらに、その問題が（例えば、詐害取引法の適用除外によって）回避されたとしても、詐害行為取消権の目指す信用秩序にとって望ましい取引のコントロール——規整——をもたらしているかが問題となる²⁵。

次に、詐害行為取消権と近時の倒産処理諸法の整備との関係において、先の理論的な問題が如何にして現われ得るのかを説明しよう。近時、日

（後述）はまさにこの問題意識から、同制度の適用範囲を限定するべきであるとも理解し得る主張を行ったことは注目に値する。

²⁴ 存在意義を提示することにより、実務は、法ルールがわからないこと（不確実性）による問題（取引の萎縮）から解放されることになる。もっとも、存在意義の提供による不確実性の解消自体は一律に行われるので、特定の取引主体に、その競争相手に対して優位な地位をもたらすわけではない。しかし、知らなければ、競争相手に対して劣位に立たされることは間違いないであろう。

すなわち、存在意義に関する理論的説明を提示することの意義は、次のことにあると思われる。それが提示されることにより、ビジネス社会は、法律家（弁護士）の力を借りながら、豊富にある現場の情報を存在意義に関する理論に照らして解釈し存在意義に関する理論の具現化であるルールの適用のされ方を可及的に予測し、競争を行うということである。こうして、ビジネスによって、存在意義の理論に沿ったスキームが実践され、（理論が狙う）望ましい社会を形作ることになる。

²⁵ 実務の予測を確保することのみであれば、無適用・完全適用が合理的である。しかし、制度の本懐は、規整である。規整を行うために、意図的に基準を不明確にしておくことにも意味があるかもしれない（後述；2章・4章）。

本においては、倒産法制が整備されたことは周知のことである。これら、近時の倒産処理諸法においては、現代の信用秩序が、例えば再建型倒産処理法制の強化として、良く現れているといえよう。そうであるとすれば、それとは異なる秩序を前提としているかもしれない伝統的な詐害行為取消権論の目指した解釈的帰結——それは、過去の特定の「保全」観に基礎付けられているかもしれない——そのものが、現時点において合理性を有するののかについては、再検討されなければならないことになろう。ちぐはぐな規制は、現在の信用秩序そのものを破壊しかねないからである。

先に説明したところの理論的な問題は、ここにこうして現代的な問題に直結した形で立ち現われるのである。したがって、「現在における詐害行為取消権の存在意義」を議論することは、意義深いといえよう。

2 対象——アメリカ詐害取引法と日本詐害行為取消権の存在意義に関する議論

そこで、本稿においては、日本における詐害行為取消権の存在意義を議論するための手がかりとして、アメリカ詐害取引法の存在意義に関する議論を調査し、分析することになる。したがって、分析対象は、まず、「アメリカ詐害取引法の存在意義に関する議論」、次に、「日本の詐害行為取消権論におけるそれ」ということになる。ただし、その分析はこの目的の範囲に留まることになる。以下、順に、説明しよう。

2.1 1980年代のアメリカにおける存在意義に関する議論

[1980年代のアメリカ] 本稿においては、詐害行為取消権の存在意義を探るという本稿の目的を実現するために、1980年代のアメリカにおける議論を分析の対象とする。何故、アメリカなのか。それは、当時のアメリカにおける社会状況による。以下に説明しよう。

1980年代のアメリカにおいては、世界に先駆けて複雑怪奇な「現代取引」が出現した²⁶。そこにおいては、現代取引に対して、債権者保護法

²⁶ アメリカは、それ以前にも、既に幾つかの現代取引の波に直面している。すなわち、1960年代における企業買収（merger and acquisition）の波、1970年

制の代表格である詐欺取引法²⁷を適用すべきか否かが問題となった²⁸。

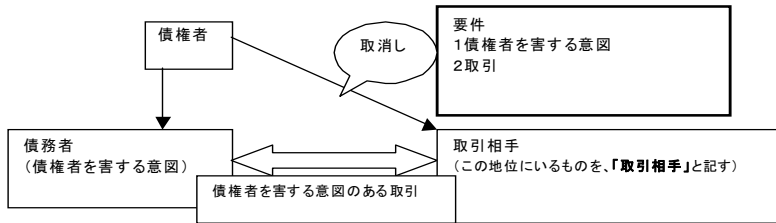
代における敵対的買収 (hostile tender offer) の波、そして、1980年代における LBO と借入れによる再編 (LBOs and leveraged restructuring) の波である。そして、それぞれの波毎に議論が巻き起こった。以上については、Michael C. Jensen, *Active Investors, LBOs, and the Privatization of Bankruptcy*, in : JENSEN, A THEORY OF THE FIRM-GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS, (Harvard University Press, Michael C. Jensen ed., 2000) (Originally published in Journal of Applied Corporate Finance. 2, no. 1, at 35 (1989)) を参照されたい。

なお、本稿にいう「現代取引」とは、1980年代に出現した、新しい取引群のことを指す。

²⁷ 本稿における詐欺取引法とは、日本において詐欺行為取消権と倒産法上の否認権の一部と同様の役割を果たす法制度のことを指す。それは、以下の四つの法源からなる。すなわち、①アメリカにおける統一州法である The Uniform Fraudulent Conveyance Act (1918年制定) と② The Uniform Fraudulent Transfer Act (1984年制定)、③連邦法である連邦倒産法544条(b)、④548条、及び、それらに関する判例法全体である。(民法424条は「債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる」と規定している。)

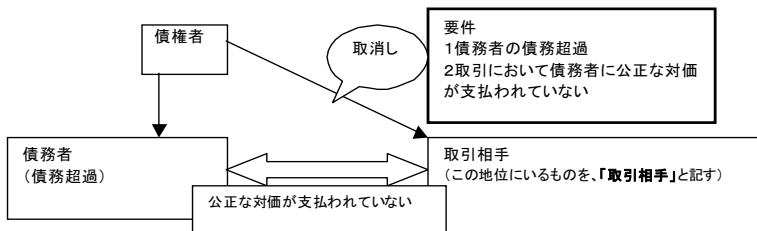
まず、本稿において主たる検討の素材となる日本における民法上の詐欺行為取消権と対応する州法上の詐欺取引法について説明しておこう。州法上の詐欺取引法は、①②共に、大きく分けて以下の二つの要件からなる。「**現実の詐欺 actual fraud**」の要件と「**法定詐欺 constructive fraud**」の要件である。「現実の詐欺 actual fraud」の要件とは、債務者が、「債権者を害する意図」を有して資産を流出させた場合、債務者資産に対する引当てを奪われた債権者は、その資産を取り戻すことができるというものである (母法のイギリスにおけるエリザベス法1条に規定される「詐欺の意図の要件」、UFCA 7条・UFTA 4条(a)に規定される「現実の詐欺の要件 actual fraud の要件」である)。次に、「法定詐欺 constructive fraud」の要件とは、債務者の「債権者を害する意図」にかかわらず、「債務超過 insolvent」の債務者による取引において、債務者に「公正な対価」が支払われていない場合に、それによって引当てを奪われることになる債権者はその取引を取り消すことができるというものである (UFCA (4条)・UFTA (5条(a)) に規定される「法定詐欺 constructive fraud の要件」である)。以下に、この二つの要件を図示しておこう。

「**現実の詐欺 actual fraud**」；「債務者 debtor」が「債権者を害する意図」を有して行った「取引 transfer or obligation」を「債権者」は取り消し得る。



ex. 「債務者」が、「債権者」による執行を逃れたくて、資産を友人に譲った。

「法定詐害 constructive fraud」；「債務超過 insolvent」の「債務者 debtor」が「公正な対価 fair consideration」を与えられない「取引 transfer or obligation」を行うか、「債務者」が「公正な対価」を与えられない取引によって「債務超過」になる場合、「債権者」はその取引を取り消し得る。



ex. 「債務超過」になった「債務者」が、自分の所有する羊を「友人」に二束三文で売り払った。

次に、倒産法上の詐害取引法である③・④について簡単に説明しておく。まず、連邦倒産法544条(b)(1)は、管財人や DIP (debtor in possession ; DIP とは、連邦倒産法により規定される再建手続 (ch11) において、倒産手続が開始された後も、債務者にそのまま経営に携わらせ、倒産処理における主要な役割を担わせる制度のこと。または、その制度によって、債務者の地位に居座り続け倒産処理のための機関として活動する債務者のことをいう。ちなみに、日本の民事再生法38条も DIP 制度を採用している旨を宣言している) が、債権者の持つ州法上の権利を引き継ぐことを規定している。これによって、先に述べた、州法上の詐害取引取消権が、管財人や DIP に引き継がれることになる (THOMAS H. JACKSON, THE LOGIC AND LIMITS OF BANKRUPTCY LAW (Harvard University Press, 1986), at 68 ; DOUGLAS G. BAIRD, ELEMENTS OF BANK-

この「法規が想定していない取引」との関係で問題となった要件の曖昧さに対して、アメリカ法学は、先に述べた意味における詐欺取引法の存在意義に関する議論を精密化させることによって応じる道を選んだと評価し得るのである²⁹。すなわち、詐欺取引法が存在しない世界の想定

RUPTCY, Fourth Edition (Foundation Press, 2005), at 153 ; BRIAN A. **BLUM**, BANKRUPTCY AND DEBTOR/CREDITOR, Fourth Edition (ASPEN, 2006), at 362-363 ; DAVID G. **EPSTEIN**, BANKRUPTCY AND RELATED LAW IN A NUTSHELL, Seventh edition (West, 2005), at 230.)。

これとは別に、倒産法548条は、倒産法独自の詐欺行為取消権を規定している。この規定の存在意義は、州法の規定の簡略化にあるとされる (*Ibid.*)。すなわち、548条は、先の544条(b)を利用すると、州 (50州) によって制度が異なることにより発生するところの取消権者が逐一州法を参照しつつ取消権を行使しなければならないというコストを削減するために、倒産法が独自に州法の詐欺取引法を統一したものを倒産法内に設けたものとされる (Jackson, *Ibid.*, at 147)。

²⁸ Douglas G. **Baird** & Thomas H. **Jackson**, *Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain*, 38 VAND. L. REV. 829 (1985) ; Douglas G. **Baird**, *Fraudulent Conveyance Law and Leveraged Buyouts*, 546 PLI/ Comm 101 (1990) ; Douglas G. **Baird**, *Fraudulent Conveyances, Agency Costs, and Leveraged Buyouts*, 20. J. LEG. STUD. 1. (1991) ; David Gray **Carlson**, *Leveraged Buyouts in Bankruptcy*, 20 GA.L.REV. 73 (1985) ; Zaretsky, *supra* note 20 ; Marie T. **Reilly**, *The Latent Efficiency of Fraudulent Transfer Law*, 57 LA. L. REV. 1213 (1997) 等。Carlson は、先に挙げた1985年の論文において、LBO が詐欺取引との関係にて問題となるマクロ的な背景について、以下のように述べる。

LBO は、企業買収のためのポピュラーな方法である。経営者達は、比較的小さな投資を行い、大きく利益を刈り取ることによって儲けを得る。これまでは、ほとんどの LBO は相対的に、倒産に向かわなかったことは、金融債権者によって、思慮分別ある LBO が選択され、金融が行なわれたことを示唆している。しかし、金融市況は循環するものである。幾つかの LBO は確実に倒産に帰することになり、そして、多くの一般債権者達が金融担保権者の担保権や譲渡抵当や、保証を詐欺取引として攻撃することになり。

²⁹ 法規が想定していないことについては、統一詐欺取引法 (UFTA) の制定年が「1984年」であり、LBO に対する詐欺取引法の適用をはじめて問題視し議論した Baird & Jackson, *supra* note 28 の発表年が「1985年」であることから

下で、詐害取消制度によって人為的に債権者達に詐害取引が起これないという一定の信頼を生じさせることの社会的な意義を議論することによって、要件論・効果論を精密化し、現代取引を規整しようとしたのである³⁰。

この「立法の思考的な再現」とも言うべき存在意義に関する議論を可能にしたのは、1980年代初頭より、アメリカにおける実定法学のこの分野³¹に応用されつつあった「法と経済学 law and economics」をはじめとする政策学的方法論である。比較的近時に行われたところのアメリカの議論においては、この可視性の高い分析道具とその実践としての「立法の思考的な再現」とも言うべき存在意義に関する議論の蓄積過程（または、蓄積のさせ方）、そして、さらには、その実践ともいうべき要件・効果論の導出過程までもが見て取れるのである。

[1980年代から2000年までの学説における議論；限定] この導出過程こそが本稿の分析対象となる。なぜならば、本稿の目的——アメリカの

も窺われよう。

ただし、後の2章、3章にて説明するが、実際の存在意義の必要性を感じさせる出来事は歴史的な文脈においても散見される。後に説明を行う判例法の対立もその必要性を自覚させるものであり（2章）、そして、存在意義に関する議論の必要性を自覚したかのような議論も存在した（John C. **McCoid**, *Constructively Fraudulent Conveyances: Transfers for Inadequate Consideration*, 62 TEX. L. REV. 639(1983)）。そして、もちろん、判例法のゆらぎを手当てするために制定されたUFTA（1984）の出現も、そのひとつの現れであると見ることもできる。

³⁰ Baird & Jackson, *supra* note 28.

³¹ 実際の展開はこうである。まず、THOMAS H. **JACKSON**, *THE LOGIC AND LIMITS OF BANKRUPTCY LAW* (Harvard University Press, 1986)へと結実する論文群が連邦法である連邦倒産法を債権者による交渉モデル（creditors' bargain model）という理論によって説明したことにより、その理論が、Baird & Jackson, *supra* note 28 (1985)によって、一般の「債務者—債権者法 debtor-creditor law」、とりわけ州法の詐害取引法の分析へと応用されることになった。もっとも、詐害取引法への「法と経済学」的な分析は、後に、本稿にて紹介する John C. **McCoid**, *Constructively Fraudulent Conveyances: Transfers for Inadequate Consideration*, 62 TEX. L. REV. 639(1983)によって先鞭がつけられている。

議論から、存在意義に関する考え方を導出し、日本においても応用可能な形にすること（あるいはその導出の仕方そのものを学ぶこと）——のためには、まず、この部分に関する理解が不可欠であると考えからである。したがって、アメリカ詐欺取引法に関する現在の議論を取り上げることは、むしろ、二次的な意味しか持たないことになる。同じく、判例法は、二次的な位置付けを与えられることになる。

【それ以前の議論】ただし、それ以前の詐欺取引法の展開過程については、以下の二つの意味において重要であると思われるので、その限りにおいて取り上げることにする。まず、1980年以前の詐欺取引法の展開（存在意義に関する議論の不在）が、1980年代に起こる問題（混乱）の理論的な布石を打ったという意味において重要である（2章）。ここからは、存在意義に関する議論の必要性が導出される。

次に、1980年以前の詐欺取引法理の展開過程（そこにおいて法理に与えられた社会的役割）が、実は、1980年代以後の議論においても一定の支配力を持っているという意味において重要である（4章）。1980年代以降の議論を読むには、それ以前の展開という「文脈」に位置付けなければならない。これによって、単に、1980年代の議論を参照するのとは異なる情報を読み取ることができる。すなわち、「社会の変容」に直面してもなお、従前に与えられた法理の意義を全うしなければならないという課題を与えられた場合に、アメリカ詐欺取引法が一体如何なる対応を行ったかという読み方が可能となる。ここからは、社会の「変容」を考慮に入れた際に、「一般法」としての詐欺取消法制が如何なる具体的な形・機能を有していなければならないかについての示唆が得られることになる。

【小括】以上をまとめて、アメリカにおける議論の特徴はこうである。まず、アメリカにおいては既に、世界に先駆けて、現代取引の規整という問題に直面したこと。次に、アメリカにおいては、その問題の解決のために「立法の思考的な再現」ともいうべき存在意義に関する一般理論を媒介させて、要件・効果の精密化を図ったこと。さらに、社会の変容に直面して新しいタイプの議論が行われる中においても、それ以前の法の展開が、なお一定の支配力を持つものとして観察できること。

これらの特徴を有するアメリカの議論を分析することは、今、社会の

変容に直面し、未だ、詐害行為取消権の存在意義に関する議論に補うべき余地があると思われる現時点における日本の詐害行為取消権論にとっては、「補うべき点と、維持されるべき点」について考えさせてくれるという意味において、有益であるといえよう。そのためには、既に、古くなってしまった感があると評されるかもしれない「1980年代に行われた存在意義に関する議論」を、それ以前との比較において分析することが、重要な意味を持つことになる。

【先行研究】 この分析対象について、先行研究との関係をごく簡単に示しておこう。「アメリカ詐害取引法」を取り上げるという点について、日本においては既に、佐藤による研究が存在している³²。しかし、先に示した問題意識、したがって、調査の対象や方法は異なるものであるので、必要な限りで、再度分析を行なうことにする。具体的には、佐藤は、分析対象として効果の態様を、1984年の UFTA に至るまでにわたって調査を行なっているが、本稿においては、寧ろ、それ以後に行なわれた存在意義に関する議論に焦点を当てることになる。そして、それ以前の議論については、「存在意義」を抽出するために重要であるならば佐藤よりも詳しく、そうでないならば、それよりも簡単に紹介することになる。

さらに、本稿の取り上げる分析対象が企業の行う商取引に関わるものであることから、アメリカの議論を参照する商法領域の研究とも、その問題意識や分析対象が重複することになる。その限りにおいて、金本＝藤田³³の研究に多大なる示唆を受けている本稿ではあるが、以下の相違点が存在するものと思われる。まず、本稿においては、「詐害」に特化して分析を行うということである。ここからは、先行研究を「詐害」の側面から見直したことになる。次に、そのこととほぼ同義であるが、本稿においては、その問題意識に「社会の変容」を含み、その分析対象を「1980年代の前・後」とすることである。すなわち、「社会の変容」を詐害取消法理が吸収する様を、その存在意義を示すものとして、見る

³² 佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』（東京大学出版会、2001）189-238頁。

³³ 金本良嗣＝藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』（東京大学出版会、1998）。

ことである。ここからは、伝統的に「衡平」の名によって基礎付けられてきた「詐欺行為取消権の機能」—— あえて言うならば民法的な詐欺取消法理—— の観点から、これらの応用領域にて行なわれている先行研究に意味付けをなし得るかもしれない。より大きな問題として言うならば、「特定の文脈における特別法と一般法の関係」を扱うことになる。さらには、本稿の狙う法的帰結への補充が、主に、民法・倒産法の研究に向けられていることである。

これらの点において、本稿は、民法・商法・倒産法領域の研究として行なわれているものと異なり、したがって、独自の意義を有するものであるといえよう。

2.2 立法当初から現在に至るまでの日本における議論

以上、「アメリカ詐欺取引法」を分析対象とすることを述べたが、それによって得られるものは、あくまでもアメリカ法についての分析である。アメリカにおける議論を基礎理論として、そこから日本法に対しての示唆を得るためには、「すりあわせ」が必要となる。そこで、本稿においては、日本の立法当初以来の学説の展開を存在意義の視点から分析し、受容し得る部分を確定することになる（5章、6章）。

本稿においては、詐欺行為取消権論における代表的な論点であるところの「要件論」、「効果論」、「取消しの後始末論」に対して示唆を得るものとする。したがって、それらについての日本の学説が先行研究となる。

2.3 その他の対象の限定

以上に、分析対象の確定をしたが、その他に、幾つか確認しておこう。**[LBO、とりわけ MBO]** 本稿においては、現代取引の例として、議論の契機となり継続して議論が行われたところの、LBO、とりわけその中でも MBO についてのみ取り上げることにする^{34 35}。ここには、LBO

³⁴ ただし、アメリカの議論も、もちろん本稿における議論も、存在意義に関する議論を主題とする以上、その示唆は MBO に対するだけという狭いものではない。Margaret Howard, *Vern Countryman and Barry Zaretsky: A Legacy of Ideas*, 75 AM. BANKR. L.J. 283 (2001) は、Zaretsky, *supra* note 20 による詐欺取

引法に関する分析——LBO と Inter corporate guarantee に関するもの——が、「証券化 Securitization の分析に直結する貢献をしている」とコメントしている。Howard の議論は、大略して、以下のようなものである。

Zaretsky は、詐害取引法の存在意義に関して、「企業のとるリスクを合理的な程度に保っておくための道具である」（詳しい意味は後述）と論じる。LBO は企業の一般債権者のリスクを増大させる。そして、証券化もその点について同様である。これはまさに詐害取引法が扱うべき問題そのものであるといえる。故に、法の状況が、現在のものとは違った発展をして、詐害取引法が、LBO には適用されないということになっていたならば、この適用除外の議論が、同様に洗練された取引である証券化にも当てはまっていたといえる。また、逆に、詐害取引法制定時に念頭に置かれていた「エリザベス時代の無償の羊の取引」とは異なる取引である LBO は（詐害取引法の適用から）除外されない、とするならば、同じく証券化も除外されていないといえる。（Howard, *ibid.*, at 291）

そして、その上で、大略して、以下のように評価する。

Zaretsky, *supra* note 20 は、詐害取引法を、LBO に適用したことで、（LBO のみならず、証券化への）この法理の拡張に関する理論的な先例を作ったという意味で意義がある。（Howard, *ibid.*, at 292）

³⁵ さらに、Howard は、LBO への詐害取引法の適用の可否について、大略して、こう述べる。

LBO においては、取引に参加していない対象企業（被買収会社；本文後掲の図参照）における一般債権者が引当てにすることができていた資産が、LBO 債（LBO を行うための資金調達を行う際に行うローン契約において発行する負債）の支払いのために提供されてしまう（後述）。また、証券化においても、同様に、初めはオリジネーターに所属していた資産、故に、オリジネーターの一般債権者が引当てとしていた資産を、彼らの手の届かないところに移転されてしまう（証券化は寧ろそのこと自体を目的としている）。（Howard, *ibid.*, at 292）

そして、これらの取引のリスクを調整するために、詐害取引法を適用することについて、肯定的な意見を示す（Howard, *ibid.*, at 292, at 290-292.）。また、Lois R. Lupica, *Asset Securitization: The Unsecured Creditor's Perspective*, 76 Tex. L. Rev. 595 (1998), at 648-49 も同趣旨である。

これに対して、Schwarcz は、LBO について、大略して、こう述べる。

詐害取引と判断されないように、債務者企業の資金状態が「健全 solvent」である時に行われるので、詐害取引法は問題にはならない（Steven L. Schwarcz, *Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors*, 17 CARDOZO L.

とその一形態である **Management Buy-Out**（以下、「MBO」と記す）という取引スキームについて、簡単に説明しておこう。LBO とは、企業買収・再編 (M&A) のためのスキームである。そこにおいては、「被買収会社（以下、「対象企業」と記す）」の資産を担保に提供しつつ買収のための資金を調達し、対象企業に対する買収を行う。ここに、LBO は、資金の調達（負債；Leverage）と支配権の変更（Buy-Out）をその重要な要素とするところの金融と企業の再編が結合したスキームであるといえる³⁶。このス

REV. 647 (1996), at 683)。

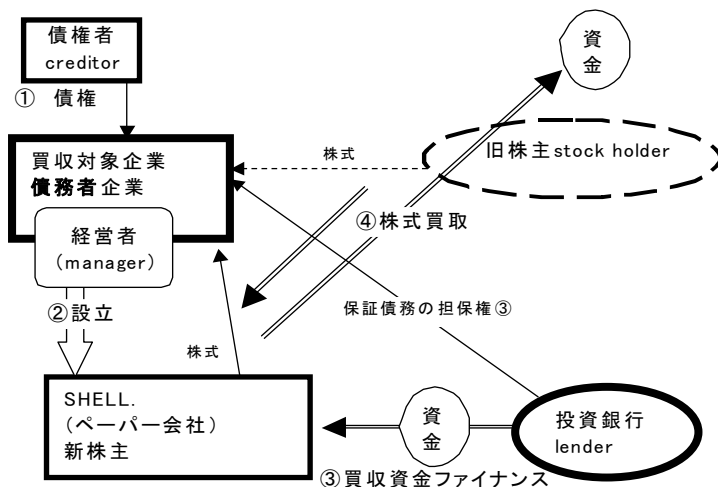
ここまでの記述によれば、Howard、Lupica と、Schwarcz の意見は対立しているように見える。すなわち、前者は、詐欺取引法と LBO との関連性を重視し・後者はそれについては否定的に見える。しかし、この議論は、前提を異にして行われていることに注意しなければならないであろう。すなわち、Schwarcz の議論からしても、現代取引が詐欺取引法とは関係が無いとはいえないのである。理由は、以下の通り。

Schwarcz は、LBO について詐欺取引法が問題にはならない理由として、Houlihan Lokey Howard & Zukin Inc 等の、専門家によって、対象企業の資金状態が「健全 solvent」であることが確保されていることを挙げている。これは、詐欺取引法によって、LBO が取り消されてしまうことを恐れた当事者が「健全 solvent」であることを確保した結果であるといえ（詳しくは後述する）、“詐欺取引法の威圧の下、行動した結果であるといえる”のである（柏木昇「レンダー・ライアビリティ論の現状」『倒産手続と民事実体法』別冊 NBL60号（商事法務研究会、2000）も参照）。すなわち、彼によれば、詐欺取引法が現代取引に適用されることを前提に、関係者が行動した結果、そのような現象（LBO については詐欺取引がほぼ問題とならないという現象）と分析していることになる。

このように、Schwarcz は、証券化の文脈においても、詐欺取引法は、実証のレベルにおいてまで、機能し実務の行動を規律している、と評価しているわけである。したがって、両者とも、現代取引（LBO、証券化）に対して、理論上は、詐欺取引法の適用を肯定しているといえ、Zaretsky の議論が、証券化の問題についても、実証のレベルにおいてまで、影響を与えていると評価している、と分析し得る。

³⁶ Baird & Jackson, *supra* note 28 ; Zaretsky, *supra* note 20 ; Kevin J. Liss, Note, *Fraudulent Conveyance Law and Leveraged Buyouts*, 87 COLUM. L. REV. 1491 (1987).

キームは、他企業の買収のみに利用されるのではない。現経営陣が、自己が経営する企業を買収する際にも利用される。この場合を「MBO」と称し、本稿においては、これについて取り上げる³⁷。



図：1980年代の出来事 MBOスキームの登場(Baird & Jackson(1985)を参照)

(Shell が、調達した資金によって、旧株主の株式を買い取る。この時の買収価格は、市場価格を1.5倍程度上回る(買収プレミアムが付く)というのが一般的である。資金調達に関わる負債は対象企業の資産によって担保される。)

³⁷ これは、様々な目的で利用されているようである。子会社が親会社から独立するために親会社の影響下において子会社の経営陣が行うもの(親会社にとっては、事業についてのいわゆる集中と選択を促進する目的が達成される；さらに、子会社を清算するよりも、子会社を維持することにより取引先にも迷惑をかけず、社員を解雇せずに済む、社員のインセンティブ報酬としての意味をも持つ等、積極的な評価もある(西村総合法律事務所『ファイナンス法大全(上)(下)』(商事法務、2003)、西村ときわ法律事務所『ファイナンス法大全アップデート』(商事法務、2006)、村上勝＝北村元哉『MBO入門』(東洋経済新報社、2000)、丹波哲夫『図解でわかるMBO』(JMAM、2000)、片庭浩久『図解MBOのしくみがわかる本』(中経出版、2000)、佐藤孝幸『M&Aがよくわかる講座』(かんき出版、2007)))、買収防衛策としての非上場化のため、成熟した産業分野における企業の経営効率改善のために行われているようである(Michael C. Jensen, *Agency Cost of Free Cash Flow Corporate Finance*

【基礎理論】 本稿の目的が基礎理論的な部分の抽出である以上、MBO に対する日本の詐害行為取消権の適用についての具体的な帰結を導くわけではない³⁸。具体的な適用のためには、本稿にて提示することになる考慮要素についての更なる理論的・実証的評価が必要となる。加えて、具体的な適用のためには、日本の商法に関する分析も必要であろう。その作業は、本稿筆者の能力を超えるものである。そこで、本稿は、実際の現代取引への適用に向けての足がかりとして、基礎理論を整備するものになる。

【企業】 MBO を主に取り上げることからも、当面は企業取引に限定して分析を行う。これは分析の簡易化に資する。さらに、これによって、逆に、債務者が「自然人」の場合にしかあり得ない考慮要素を浮き彫りにできることになる³⁹。

加えて、本稿において債務者「企業」という場合は、「有限責任制度」

and Take over, 76 AM. ECON. REV. 323 (1986) ; Jensen, *supra* note 26 ; Barry E. Adler and Larry E. Ribstein, *Debt, Leveraged Buyouts, and Corporate Governance*, Cato Policy Analysis No. 120 (1989) <http://www.cato.org/pubs/pas/PA120.HTM> (2005.6.11現在) ; Baird, *supra* note 28)。

³⁸ Gerald K. Smith & Frank R. Kennedy, *Fraudulent Transfers and Obligations: Issues of Current Interest*, Symposium on Bankruptcy: The Trustee's Avoiding Powers, 43 S. C. L. Rev. 709 (1992) ; Baird, *supra* note 28 (1990) (1991). この点については、アメリカにおいても多くの積み残しが存在している。

³⁹ 債務者が自然人である場合は、人間としての最低限度の生活が与えられるべきであるという要請が憲法上存在し、それについての支出は、それが詐害的であるか否かにかかわらず、債権者に対する弁済に優先する。例えば、離婚の際に、債務者から配偶者に対して行われる財産分与は、それが詐害的であるか否かにかかわらず、一定程度必ず与えられなければならない。これらは、詳しくは後述するが、政策上、債務者または受益者に対して、強行的に、債権者によって与えられる「一種の保険」であると考えることができる。

「強行的な保険」についての考え方や、調査対象を企業に限定することによってこの強行的な保険の性質を浮き彫りにするアプローチは既に学説において存在している。例えば、菱田雄郷「消費者倒産法制の基本構造について」法学66巻2号(2002)は、「企業」に関する倒産処理を記述することにより、企業とは異なる自然人の倒産処理、とりわけ強行的な免責制度の存在意義を明らかにする。

の適用を受けるものに限ることとする。有限責任制度下においては、よく知られた特殊な問題（「債権者－株主間のエージェンシー問題 agency problem⁴⁰」（詳しくは後述））が発生するが、この問題が詐害取引法一般の問題を考えるのに重要な意味を有するからである。

この「企業」の仮定は、後に、緩められることになる。

3 方法——「存在意義による基礎付け」の意義

本稿の採用するところの「存在意義」という方法に関して、幾つかの方法論的特徴とその意義を確認しておこう。

3.1 [存在意義そのものについて]

先にも述べたように、本稿は、存在意義を理論化することによって、既存の学説の展開を分析し、特定の学説を基礎付けるという方法を採用する。

本稿にいう存在意義とは、先に述べたように、制度が存在しない世界を想定してもなお、当該制度が必要とされ許容されるべき理由のことである。具体的には、リスク回避の手段を多様に有する債権者達に対してもなお、債務者の行動への一定程度の信頼——詐害行為が起らないという「あて」——を、制度によって人為的に生じさせしめることについての責任財産秩序や信用秩序にとっての望ましさのことである。

このことから、政策的考慮も加味して法制度の意味を考えるということになる。

3.2 [基礎付け]

この方法による実益は、先に述べた通り、制度の存在意義を全うするために仕組まれるべき要件・効果論についての既存の主張（解釈論）を評価し、整理・可視化し、強固に基礎付けることができるということである。学説は、この視点から見れば、「存在意義」に関する議論を十分

⁴⁰ この分析道具を使っているものに、金本＝藤田・前掲書注7、藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」法学教室223号（1999）がある。これらの論文においては、エージェンシー問題が簡潔明瞭に描写されてある。

に有していなかったがために、正当に主張されている特定の解釈を強固に基礎付けることができていないと評価し得た。

3.3 [政策的思考]

このような、存在意義に関する議論が学説によって十分に与えられていなかったのは、この方法自体の持つ政策論的（帰結主義的）な思考様式に原因があるのかもしれない。すなわち、この政策的な思考は、解釈論とは区別されるところの立法論や制度設計であって、法的思考ではないと評され、法学研究の方法として一定の距離を保たれている観がある⁴¹。そこで、政策効果の分析を行うアメリカの議論を用いて法学研究を行なう本稿の意義（特に、現代的な意義）について一言述べておく。その有意義性は、司法システム（議会・裁判官・学者・弁護士・ビジネスの協働によって運用されている）において、その政策的考慮の持つ意義を説明することによって、明らかになると思われる⁴²。具体的な論証は本文

⁴¹ 佐藤・前掲注11の平井説に対する評価を参照されたい。佐藤は、平井の議論を制度設計の問題と評した後、平井のその点に関する説明からは特定の法的帰結は導かれなかった後に、沿革的な解釈論によって法的帰結を補完しようとする。ただし、佐藤は、同時に自説と平井説との違いを、設計についての立場の違いとしている点からも政策的な思考には寛容であると思われる。

⁴² 平井宜雄『法政策学 制度設計の理論と技法（2版）』（有斐閣、1995）5頁においては、「現代の法現象における変化が、既存の法律学によっては十分に対応できない状態を示しはじめており、したがって既存の法律学を補うものとして法政策学の構想が必要となる」とある。平井は、6頁において、現代的な法現象の一つに政策形成訴訟の登場を挙げており、そこにおける裁判官の役割を「政策・法制度のあり方を構想し、選択し、かつ判断する政策決定者であり、法制度の設計者である」とする。社会の変化に対応する形での、司法システムの各担い手の役割の変化に注目しているという意味において、本稿は、同じ視点によっていると考える。また、この議論は、後注に述べるように、吉田により補われている。また、社会の変容の文脈において、法社会学的分析が必要となることについては、碧海純一『法と社会』（中公新書、1967）、同『新版 法哲学概論 全訂第二版補正版』（弘文堂、2000）に指摘がある。本稿においては、一般的な議論を行うことは筆者の能力上の問題から今後の課題とすることにして、本稿の問題とする具体例にそくして、これらの論説において描かれている一側面の例証を行いたい。

において行うことになるので、以下においては、簡単な説明に留めるものとする。

3.3.1 学者が行なう研究方法としての政策的方法

まず、「政策的思考は法的思考と異なる」という言説には、政策的思考を裁判官が行うべきではないとの意が込められていること⁴³には注意が必要である。これによって、裁判官は、解釈的帰結のもたらす政策効果については考えずに、政策効果を持つ判断を行なうことができるということになる⁴⁴。しかし、これによって、司法システム上は、特定の解釈がもたらす政策効果について予測・予防するための仕組みは全く存在しないことをも意味することになる。そこで、その役割の担い手としての学者の研究の役割がクローズアップされることになろう。

特に、社会の変容（新たな科学的・法的技術の開発や法の受容者達の認識の変容）は、従前に採用されてきた法解釈的帰結に、従前とは異なる意味をもたらす可能性がある。社会の変容を全く無視して従前の解釈を堅持することも、実質的には、裁判官に立法を行なわせていることに他ならない。裁判官に実質的な立法を行なわせることを否とするも是とするにしても、解釈がもたらす政策効果を可及的に認識するという学者の役割は重要性を増すことになろう^{45 46}。

⁴³ 吉田・「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』」前掲書注16（初出、ジュリスト997-999号（1992））202、205-207頁は、様々な実益的考慮（予測が外れた際の責任問題や、訴訟当事者を政策目的形成のための手段と位置付けることによる哲学的な問題）から、裁判官の思考様式である「法的思考」は、紛争当事者に「場面」を限定した上での事後的・回顧的な判断となるとする。前者の実益的な考慮からすれば、裁判官に、一種の免責を与えることがこの言説の目的の一つということになろう。

⁴⁴ その実益的な意味については、前注43参照。

⁴⁵ この点について、吉田は、前掲書注16、205頁において、かかる政策論について「学者の作業としての意義を否定するつもりは全くない」と付言している。さらに、吉田・前掲書注16、265頁も「たしかに効率性アプローチ」（政策的考慮の一種）「には限界がある（その基準が妥当しない場合がある）が、学者が行なう作業としては、直ちに思考様式の相違という形で方法論的批判に走るのではなく、できるところまで「効率性分析」を行なうことは有意味ではな

具体例を示しておこう。社会の変容に伴って生まれた、複数の取引・複数の参加者によって成り立つリスク・リターンを伴う取引を詐害行為取消権の審査に服せしめるべきか。この文脈において、法学者による政策論が行なわれなければ、却って、法的思考を行なうべき裁判官に、事実上、過大な政策的考慮・制度設計の負担を負わせ、解釈によって引き起こされ且つ予見し得る社会問題をも放置することになりかねない。ここには、「政策的思考は法的思考と異なる」という言説を、「学者が行なう法学研究も政策的思考によるべきではない」と理解した場合には、法的思考によるべきである裁判官に政策的思考・立法機関としての役割を強いてしまうという逆効果が見て取れる（後述、小括）。

3.3.2 裁判官の行なう解釈論における政策的考慮

さらに、裁判官の思考様式においても、事案に係る各当事者を法的に評価する前提となるのは、各当事者が置かれている「場面」である⁴⁷。ヨリ具体的に言うならば、「同じものを同じに扱う」という公平の原則を体现するためには、法的評価の対象となる者が同じものであるのかが評価されなければならない。そして、その評価のためには、比較対象となる者が存在する「場面」の社会における意味の分析が必要となり、それを行なうためには、やはり、多角的な評価が必要となろう。そして、その「多角的」の中には「政策的」も含まれることは当然であろう。

このことは以下の二つ示唆をもたらす。まず、裁判官の思考とも言えども政策的評価からは逃れられないということ⁴⁸。そして、そうであるな

うか」（下線部、本稿筆者）としている。

⁴⁶ 政策的考慮の全てを議会に委ねる場合には、議会の立法によって、社会の変容が手当てされることになるが、そのためには、立法機関が十分に機能していることが必要となる。その場合においても、法学者は、それに対する補助として（社会の変容を法の場面に持ち込むという意味を有する）立法提案をすることになる。

⁴⁷ 吉田・前掲書注16、205頁には、裁判官による判断様式を法的思考とした上で、その特徴を、「紛争当事者に『場面』を限定しての事後的・回顧的判断である」と指摘されている。

⁴⁸ 実際の裁判過程においても、完全に予測し得ないことは、予測すべきこと（高

らば、「その場」の分析や理解——認識——は、事前に、研究によってこそ提供されなければならないこと。

このことを、具体例によって示しておこう。「取消しの後始末」の場面において、各利害関係者（取消権行使債権者・取消権者・詐害行為後に現われた債権者）を、法的に同じ債権者と評価するか否かという問題を考える⁴⁹際に、考慮すべきは彼らが取得しているのが形式的な意味における「一般債権」であるということだけではない。詐害行為取消権制度が問題にしている状況は如何なる場面なのか、その場面において生じる問題とは如何なるものであるか、その問題と各当事者は如何なる関係を有しているのかも当事者に対する事後的・法的評価の前提であるその「場面」の評価として——ないしは「取消権行使者が『一般債権者』といえるか否か」の問題として——当然に、考慮されなければならないだろう⁵⁰。すなわち、解釈論においても、場の理解を助けるための政策的考慮は重要となり得る。この部分に関する意識的な議論の不十分性が、この分野における解釈の不安定をもたらしめていることは先に確認した通りである。

3.3.3 小括

以上の二つのことを裏付ける言説を、裁判官 Abram は行っていると評価できる。Abram は、LBO の登場によって生じた解釈上の混乱について大略してこう述べる。

度の蓋然性をもって予測し得ること）までを予測する必要がないということまでは意味しないのではないだろうか。例えば、回顧的判断によって、同程度に法命題から演繹できる二つの解釈が成り立つ場合において、その二つが異なる政策効果を持つものであるならば、裁判官としては、その中から、制度の存在意義に照らして、政策的にも望ましいと思われるものを選択するべきとはいえないか。

⁴⁹ 学説上は、この「一般債権者」の法的評価について争いがある（前注12参照）。

⁵⁰ 道垣内弘人『買主の倒産における動産売主の保護』（有斐閣、1997）においては、「場面」の分析によって、「一般債権者」であったものが、所有権留保売主という担保権者として保護されるようになるまでが描かれ、さらに、買主倒産時における取戻権者として保護されるべきことが示唆される。

LBOに対する詐欺取引法の解釈問題について、議会も学説も十分なガイドラインを示さないの、裁判官は、多くの法律家によって彼らが担うべきものとして期待されている制限的な役割にもかかわらず、議会や学説の行なう任務——新しい取引と制度の念頭に置いていた取引とのギャップの間を埋める任務——を背負わなければならない。その結果、その解決は、裁判官の独自の衡平観に委ねられ、解決はアド・ホックになってしまっている⁵¹。

この議論は、政策論を含むガイドラインの不在こそ⁵²が、裁判官の独自の衡平観によるアド・ホックな解決を導き、裁判官に議会や学問の行なうべき任務を担わせることになっているというパラドックスを言い当てているものとして評価できよう。以上の分析によって、アメリカにおいて、社会の変容に直面し、議会が動かず、裁判官が自己の職責を全うできずに嘆くという文脈の中で、学者によって「立法の思考的な再現」が行われたことは、注目に値すべき現象として評価できることになる⁵³。

以上の理由——特に、社会の変化が著しい場面において法的思考のみに貫かれた研究のみが行なわれる世界では却って法的な不安定・不公平を招来しかねない——から、本稿においては、政策的な思考をも用いて存在意義の分析を行なわなければならないと考える。さもなければ、形式的一律的な法的評価によって、公平を害し、社会問題を放置し、社

⁵¹ Barry L. Zaretsky & Prudence B. Abram, *Commentary on Mr. Whites Paper: Leveraged Buyouts* (Proceedings and Papers of a Bankruptcy Law Symposium Held at the New York University School of Law, April 12, 1991), 1991 ANN. SURV. AM. L. 433 (1991), at 439における Abram の発言を参照。

⁵² ここでは、議会がなかなか法制度による対応を行なわないこと（これはこのシンポジウムに参加している Zaretsky によっても指摘されている）を前提としており、学者が、議会と共に、ガイドラインを提示する役割を担うべきプレーヤーとして位置付けされていることは注目に値する。

⁵³ このように政策論自体を司法システムの中に位置付けることによって、政策的思考と法的思考（または、その調整）というような二項対立によって行われがちな方法論議にも、少なくともこの文脈においては、一つの示唆が得られるのではなからうか。この点については、本稿筆者の能力上の問題もあり、これ以上は論じない。

会問題を悪化させることにもなりかねないからである。この観点からすれば、少なくとも、学者による解釈論は政策的思考に裏付けられていたとしても、何の問題もなく、寧ろ、社会的には望ましいといえよう。

3.4 〔議論の多様性〕

本稿は、存在意義について（既に、先述した）特定の観点から光をあてることによって議論の多様化を目指すものである。よって、当然のことながら、伝統的な議論を否定するわけではない。

4 叙述の順序

以上にのべたことのまとめとして、叙述の順序を示しておこう。

2章においては、詐害取引法の展開を説明する。そこにおいては、歴史的には、新しい取引を、債権者保護の観点から規整する法制度として確立した詐害取引法であったが、そこにおいて、存在意義に関する議論が行われなかったことが、1980年代における混乱の理論的な布石となっている様子を描く。詐害取引法の展開の原因となっている出来事と、この理論の不在とは密接不可分である。そして、「理論の不在」に関する調査結果は、わが国の詐害行為取消権論に対しても、存在意義に関する議論の必要性を示唆してくれるだろう。

3章においては、「債権者保護法制としての詐害取引法の存在意義に関する議論」について、分析を行なう。まず、1980年代における現代取引の出現により、**2章**において積み残されていた理論上の問題である「理論の不在」が現実問題として顕在化し、その不在を埋めるべく「存在意義に関する議論」が行われるようになる様子を描く。本章におけるテーマは、この議論の中から、精密化された存在意義に関する議論（理論）と、それを導きとしてピックアップされることになる考慮要素、その考慮要素間の相関関係について、論者が有している共通の考え方を理論として抽出することである。

そして、理論の抽出は、同時に要件論の精密化をも意味する。その結果、「現代取引」における法規整において一般的に想定される法的問題——如何なる場合に、如何なる者を相手方にして取消権が行使されるべきか——に対する考え方について、一定の示唆（適用のための理論）

を得ることができるであろう。

4章においては、詐欺取引法の適用対象である MBO についての分析を紹介する。3章において適用のための理論を導出したが、それに照らして、MBO は如何なるものかを評価しなければならない。その分析の一例を紹介する。この一例は、そのほかの現代取引の分析においても参考になろう。

その後、それまでの議論を、2章において明らかにされているところの、(社会の変容によって生じる) 新しい取引を法の網にかけることによって、規整し社会に受容するという役割を果たす詐欺取引法という観点から俯瞰し、整理し直すことにする。詐欺取引法が歴史的に担ってきた役割を重視すれば、幾つかの条件の下、この「客観性の後退」が、「望ましいもの」として、正当化されることになる。結果、この文脈からみれば、「法定詐欺」の適用排除を主張する Baird & Jackson の議論も、「詐欺取引法」の適用は肯定するものと読み直すことができる。これによって、「詐欺取消法理の拡張性・包括性・補充性」という性質が浮き彫りになるであろう。

以上が、存在意義に関する理論となる。

5章においては、先のアメリカの理論から得られる日本法への示唆を扱う。ここにおいては、「すりあわせ」として、日本とアメリカにおける存在意義に関する理論の類似性、日本におけるその議論の不十分性、したがって、アメリカにおける理論の導入可能性を分析する。

6章においては、以上の議論に基づいて、解釈に対しても指針を与えることになる。具体的には、本稿において「要件論」「効果論」「取消しの後始末論」について若干のコメントを行うことになる。

その過程を通して、本稿の方法論——存在意義によって解釈を評価し、基礎付ける——が、既存の議論と如何なる点において異なるかも明らかになろう。また、この方法によって、伝統的に「衡平」の名によって基礎付けられてきたこの法理について行われてきた議論を、本稿の視点から、意味付けることもできよう。

7章においては、簡単に、課題を述べることにする。

第2章 アメリカ詐害取引法理の展開

この章においては、主に1980年代までのアメリカ詐害取引法の展開過程、その中でも、特に、現代的な詐害取引法の発動要件とされる「法定詐害 constructive fraud」の概念の生成過程を中心に分析を行なう。

ここにおいて中心的に示したいことは、以下の通りである。①詐害取引法は、1918年の「法定詐害」の要件の創設によって債権者保護のための法制度として確立したこと、②しかしながら、詐害取引法の発展の歴史においては、1980年代にいたるまで、本稿の問題意識である債権者保護法制としての詐害取引法は何故存在するのかという「存在意義に関する議論」が行われなかったこと、③その議論を始める契機となり得る出来事のたびに、存在する判例の結論の一つを「追認すること」により事態を解決してきたこと、④この根本的な部分についての議論の不在が、1980年代に起こる混乱の理論的な布石となっていること。(3章へ) ⑤その流れとは別に、現代的な要件である法定詐害の展開は、旧来の要件である「現実の詐害」の残存と、その機能をも浮き立たせること。(4章へ)

以上の分析は、現在の日本法に対しても、示唆的なものとなろう(6章へ)。

なお、アメリカ詐害取引法については、既に、佐藤岩昭による精密な分析が存在する⁵⁴。本稿における分析は、「アメリカ詐害取引法」を取り上げるという意味における分析対象が重複することになるが、本稿とは問題意識が異なることになる。すなわち、佐藤は、実際の制度が機能している態様を問題にするのに比して、本稿においてはアメリカにおける詐害取引法の要件・効果を導く存在意義を問題にする。その結果、分析の具体的な対象が異なることになる。例えば、佐藤は、1980年以前の議論に着目するが、本稿はそれ以後に展開された議論に着目し、それ以前の議論はそこに至る布石として位置付けることになる。

以上の問題意識の違い、したがって、分析対象の違いは、得られる示唆の違いとなり、実際の日本法に対する示唆(6章)において、佐藤説と

⁵⁴ 佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』(東京大学出版会、2001) 189-238頁。

は異なる帰結（その補充）を導くものとして、明確に現われるであろう。

1 詐欺取引法の歴史的展開——その概略

まず、アメリカ詐欺取引法の展開とその理論的な問題について述べるに先立ち、同法が歴史的にどのようなルートをたどって現行の形にたどり着いたかを大雑把に述べておく⁵⁵（次図参照）。

現在のアメリカには、詐欺取引法に関わる三つの制定法が存在する。すなわち、統一州法である **Uniform Fraudulent Conveyance Act**（1918；以下、「**UFCA**」と記す）・統一州法である **Uniform Fraudulent Transfer Act**（1984；以下、「**UFTA**」と記す）・**連邦倒産法（1978）544条(b), 548条**である⁵⁶。

これらは沿革的には、相互に、密接に、関連している。というのは、これらは、すべて、イギリスの Statute of Elizabeth, 1570, 13 Eliz. Ch. 5（以下、「エリザベス法」と記す）に起源を有するからである⁵⁷。この時期に、Tyne's Case によって、現行法の要件論を考える上で重要な法技術「詐欺の徴憑 badges of fraud」が生み出されることになる⁵⁸。

その後、イギリスにおける成果が植民地時代のアメリカに継承され、各「法域」（後述）において、制定法・判例法の形態を採り発展する。それにより、「各法域におけるルールの間には齟齬」が発生することになる。この問題を解決し、州際取引の際の予測を確保するために、統一州法典として **UFCA** が1918年に制定される。この際、本章における主たる分析対象となる「法定詐欺 constructive fraud」の要件が新設されることになる。

⁵⁵ この部分の記述の参考文献は、後掲する。

⁵⁶ 1章における前注27参照。

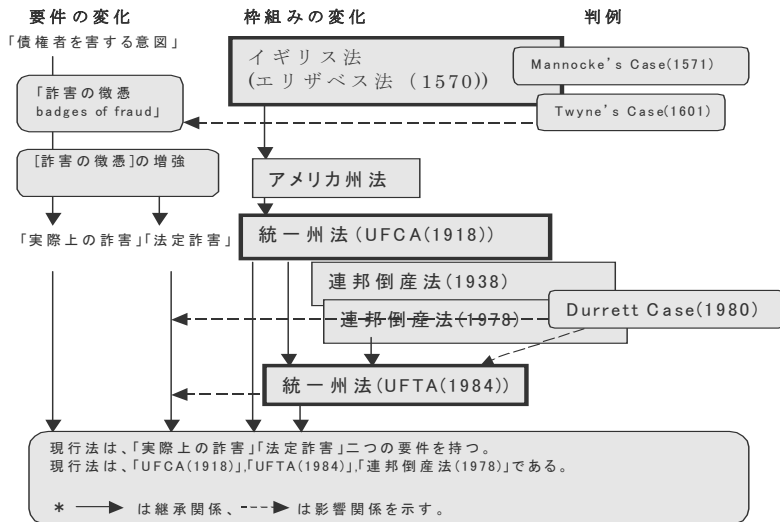
⁵⁷ 簡単に説明すると、こうである。エリザベス法は、もともと税法や刑法の側面を有していた。そのエリザベス法は、判例である Mannock's Case (1571) (3 Dyer 295a, 73 Eng. Rep. 661.)・Tyne's Case (1601) (3 Co. Rep. 80b, 76 Rng. Rep. 809.)についての注釈 (Edward Coke 卿による、判例法の注釈 restatement のことをいう) により、次第に、私法としての性質を強めてゆく。

⁵⁸ Mannock's Case では、公法的意味合いが否定される (佐藤・前掲書注54、198頁)。

その後、UFCA は、**倒産法 (1938)**⁵⁹にも受け継がれ、さらに判例法として発展を遂げる。

しかし、それを受け継いだ**改正倒産法 (1978**；ただし、1978年以降の議論においては単に「倒産法」と記すこともある) にて、詐害取消しに関わる条文の文言が改変される⁶⁰ことにより UFCA の文言と倒産法の文言との間に齟齬が発生することになる。また、1918年以來、各法域において発展した判例法の間にも齟齬が生じることになる。これらの問題に対して、再度手当てを施すために、1984年に、統一州法として **UFTA** が制定されることになる。

以上が、ごく大雑把なアメリカ詐害取引法の歴史的展開 (下図参照) であるが、ここからは、本稿の問題意識に則して、これらの現象と存在意義の関わりについて、示してゆこう。



図：詐害取引法・その要件の展開

⁵⁹ Chandler Act, 11 U. S. C. 67 (d) (52 Stat. 840, 877-78), 107(d) (1976).

⁶⁰ 11 U. S. C. 548 (1978).

2 エリザベス法 Statute of Elizabeth, 1570, 13 Eliz. Ch. 5 (1570)

この法律を理解するためには、制定当時（1570年）の社会状況の認識が重要であるので、以下、簡単に当時の状況を概観する^{61 62}。

2.1 立法理由

当時のイギリスにおいては、王の権力であろうとも立ち入ることがで

⁶¹ ORLANDO F. **BUMP**, *FRAUDULENT CONVEYANCES* (Beard Books, 2000, originally published in 1872) ; GARRARD **GLENN**, *FRAUDULENT CONVEYANCES AND PREFERENCES*, revised edition vol.1/2 (William S. Hein & Co., Inc., 2001, originally published in 1940 (Glenn (2001a)と記す)), at 79 ; GARRARD **GLENN**, *THE LAW OF FRAUDULENT CONVEYANCES* (William S. Hein & Co., Inc., 1996, originally published in 1931 (Glenn (2001b)と記す)), at 7. を初めに、Douglas G. **Baird** & Thomas H. **Jackson**, *Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain*, 38 VAND. L. REV. 829 (1985), at 829-830. ; Peter A. **Alces** and Luther M. **Dorr, Jr.**, *A Critical Analysis of the New Uniform Fraudulent Transfer Act*, 1985 U. ILL. L. REV. 527 (1985) ; Barry L. **Zaretsky**, *Fraudulent Transfer Law as the Arbiter of Unreasonable Risk*, 46 S. C. L. REV. 1165 (1995) ; MARK J **ROE**, *CORPORATE REORGANIZATION AND BANKRUPTCY: LEGAL AND FINANCIAL MATERIALS*, University Casebook (2000) 等多くの文献に、この当時の時代背景についての記述がある。以下の本文は、オリジナルであると思われる Bump、Glenn の論文を中心的な参考文献とする (Glenn の1931年の論文(b)に歴史的記述を加えたものが Glenn の1940年の論文(a)である。そのことは、GLENN (b)の preface を参照されたい)。

⁶² 制定時を1570年としたが、1571年とする書物もある。佐藤・前掲注54を初め、例えば、MARGARET **HOWARD**, *BANKRUPTCY, CASES AND MATERIALS*, Fourth Edition (West, 2005)は、前者の立場であり、GLENN (2001a), *supra* note 61, at 79, at 85, n21 (1571年の Mannoche's Case は the Statute of Fraudulent Conveyances が議会を通過した年に判決された」と記述されている), at 87や、ELIZABETH **WARREN** = JAY L. **WESTBROOK**, *THE LAW OF DEBTORS AND CREDITORS, TEXT, CASES, AND PROBLEMS*, Fifth Edition (ASPEN, 2006), at 80 ; DOUGLAS G. **BAIRD**, *ELEMENTS OF BANKRUPTCY*, Fourth Edition (Foundation Press, 2005), at 154は後者の立場である。

また、GLENN (2001a), *supra* note 61, at 87, n24においては、the Statute of Fraudulent Conveyances は、13 Eliz., c. 7であり、the Bankruptcy Act は、13 Eliz. c. 5であると記述されている。ただし、Warren = Westbrook, *Ibid*, at 80においては、詐欺取引法を13 Eliz. c. 5と記述されている。これらの点については、特に、本稿の行論と直接は関係が無いので検討しない。

きない「聖域 sanctuary」が存在していた⁶³。聖域というのは、慣習や、聖書により保護された特定の領域（例えば、教会とその付近の土地）のことを指し、その法的性質上、もし、一度「債務者」がその聖域の中に入ることができたら、債権者は彼の身柄を（王の力を利用した）執行により補足することができなくなる^{64 65}。この執行を逃れることができる

⁶³ GLENN (2001a), *supra* note 61, at 84.

⁶⁴ Bump は、詐害取引が発生する大前提として、①“商業が発達していること”（同時に、債権者が債務者に“ローン”を提供するという“契約”が有効であること）と、②“債務者の詐害取引に対する制裁”が厳しくないことが必要条件であるとしている（BUMP, *supra* note 61）。以下に、Bump の説明を要約した上で、紹介する。

①前者について、ローマ時代初期における取引でありローマ法によって規定されている *mancipium* or *mancipatio* は、5人の証人 *witnesses*、売主 *vendor*、買主 *vendee*、代金としての銅塊を計るための天秤を持った証人 *libripens* の存在を要していたことから、取引は取引現場において当事者が交換を行うという形態（即時売買）によって行われていた。（なお、*libripens*, *mancipium* or *mancipatio* については、春木一郎「十二表法」京都法学会雑誌第1巻8、9、10、11号、2巻1号（1906-1907）、春木一郎「売買ノ發展史ニ於ケル *mancipatio*」法学新法・35巻1号（1925）、碧海純一『法と社会 新しい法学入門（28版）』（中公新書、1983、初版、1967）を参照されたい。）詐害取引は、債権者が債務者に融資を行うという取引形態が存在して初めて行われるものである。その前提に契約（債権債務の発生）という法技術と商業の存在が必要となる。故に、それらが存在しないこの段階においては、まだ詐害取引は起こりようがない。この後、必要性から、時間的制約が取り去られ、詐害の契機が生まれることになる。この例は、ローマ法のものであるが、これ（即時売買から、商取引への発展）は、あらゆる社会に妥当する一般理論である（BUMP, *supra* note 61, at 51）。

②後者について、ローマ初期の法においては、非常に厳しい制裁が債務者に課せられていた。それによると、債権者に返済を行えない債務者は、奴隷にされるか死に至らしめられる制裁が規定されていた。時代が下り、支払不能の債務者が農奴とされるようになってもその状況は変わらなかった。この状況においては、債務者は詐害を行おうとは思わない。

その結果、ローマ初期の十二表法時代においては、詐害取引を規制する法律は存在しなかった（BUMP, *supra* note 61, at 51-53）。

このように、詐害取引が横行するには、商取引や契約の概念が発達することと、詐害に対する制裁が厳しくないことである。エリザベス法制定当

権利とその濫用はヨーロッパの倒産法においては良く知られている⁶⁶。

時のイギリスにおいては、少なくともこれらの条件は満たしていた。すなわち、支払不能の債務者が「特権に守られた場所」に逃げ込んだならば、「逮捕」や「民事手続き」から免れ得たことにある (Bump, *supra* note, 61, at 53)。なお、Bump はローマ法とイギリス詐欺取引法との関連を意識していることはこの記述からも窺えよう。このことについては、後注66にて若干説明する。

⁶⁵ GLENN (2001a), *supra* note 61, at 84参照。身体に対する執行 (body in execution) とある。

⁶⁶ GLENN (2001a), *supra* note 61, at 84参照。この記述において、「ヨーロッパの倒産法制」となっていることから窺えるように、Glenn もイギリス詐欺取引法とローマ法との繋がりを意識している。また、そのことはBumpについても同じであった (前注64参照)。このイギリス詐欺取引法とローマ法の繋がりについて、両者は具体的な項目を立てて説明していることから、そのことが窺われよう。

まず、Bump は、ローマ法とエリザベス法の「文言の類似性」を指摘した上で、BUMP *supra* note 61, at 54-55において、以下のように述べる。

詐欺取引法 (エリザベス法) がローマ法から継受されたことについての証拠が十分ではないことから、断定はできないが、その他の (領域においての) イングランド法の沿革からも、その (継受の) 疑いは強まる。ただし、その文言の類似性は、沿革によってのみ説明されるものではない。というのは、詐欺取引法は、商業的緊急性によって要請され、それに適用するための「共通誠意 common honesty」によって基礎付けられているからである。もし、現行法を消滅させたとしても、同じようなものがまた再び出現するであろう。

他方、Glenn は、GLENN (2001a), *supra* note 61, at 82-83において、この類似性について以下のように述べる。一般的にローマ法の影響は避けられないが、正確にはその具体的な関連性はわからない (*Ibid.*, at 82) とした上で、それらの文言の類似性が「イギリスの起草者たちの独創であることは信じられるであろうか」(*Ibid.*, at 83) としている。

ここから二つの事実の確認と示唆が得られる。①まず、実際の事実としての、歴史的な関連性には疑問符が呈されるところであるが、アメリカにおけるこの分野の理論的な基礎を構築した理論家達はその関連性を意識していることは、紛れも無い事実である。②次に、実際、ローマとアメリカの関連が薄いとしても、機能的には、同様のルールが必要になるだろうと、アメリカのこの分野の

議会は、以下のような“濫用”についての、具体例を挙げている。

債務者が、自分のために友人に資産を譲渡し、そして、聖域に入れば、彼のために維持されている財産や彼の身体に執行できない債権者が諦めて債務を減額するまで、平穩に長い時を過すのである。そして、債権者との和解により、債務を減額された結果、通常の生活に戻り、再び、借入れをする⁶⁷。

ただし、このような聖域の濫用を禁止するための法は、1570年以前より存在している。そうであるならば、この記述に若干補足説明をしておかなければならないであろう。以前よりこの聖域の濫用を禁止する法が存在するならば、エリザベス法は特に必要は無く、既存の法を確認したものという意義を持つことになる。すなわち、「以前より聖域の濫用を禁止する法が存在した」ことは、エリザベス法の「存在意義」に関わるものである。以下には、この部分に関する Glenn の説明を紹介する。

現に、**Francis Bacon** (*Reading on the Statute of Uses*) は、エリザベス法制定以後に、詐害取引について語っているが、そこにおいては、エリザベス法について言及していない。すなわち、Bacon にとっては、詐害取引法とはエリザベス法以前に存在していた聖域に関する法のこととなる⁶⁸。(下線部、本稿筆者)

理論家達が考えていることである。これは、本稿における 3 章・4 章・5 章における分析——歴史（特に、その沿革）とはやや距離を置いた形で、同制度の社会的な存在意義を考える——に直接つながるものといえるだろう。

⁶⁷ 50 Edw. III, ch. 6.; 3 H. VII, ch. 4等にこのような実践についての記述がある。BUMP, *supra* note 61, at 56., at 583 ; GLENN (2001a), *supra* note 61, at 84にもその旨の記述がある。また、Baird & Jackson, *supra* note 61, at 829においても、この濫用的な実践は引用されている。そして、GLENN (2001a), *supra* note 61, at 84においては、「不思議なことに、1623年に聖域が廃止されたにもかかわらず、1824年まで倒産法から聖域に関するルールが削除されることはなかったのである」とある。

⁶⁸ GLENN (2001a), *supra* note 61, at 83。GLENN (2001a), *supra* note 61, at 83, n

この Bacon の理解について、Glenn はこう加えている。

完全な解答は、Twyne's Case に関する **Edward Coke** の有名な著作の中に用意される。そこにおいて、Coke は、詐欺取引が必ずしも聖域に逃げ込む債務者に関係して起こらなかったことを示している。このように、Twyne's Case においては、「債務者」「取引相手」共に、ずうずうしくも、彼らの居住地である Hampshire において居座り続けている。… (略) …このように、詐欺取引法（エリザベス法）は聖域の法よりも、広い射程を持ち、当時の利便性に資するように機能したのである⁶⁹。
(下線部、本稿筆者)

詐欺取引法（エリザベス法）は、このような理解によれば、聖域について定められていた従前の法を一般に拡張すること⁷⁰にその意義があったようである。エリザベス法は、(特に、聖域によらなくても) 譲渡・信託⁷¹による踏倒しをより広く禁止するために制定されたといえよう。

13. においては、エリザベス法以前に聖域の濫用について語られ債権者に何らかの権利を与える法は多く存在していることが記述されている。例えば、50 Edw. III, ch. 6 (1376), 2 Ric. II, ch. 3 (1379), Hen. VII, ch. 4 (1487), 19 Hen. VII, ch. 15 (1504) 等。

⁶⁹ GLENN (2001a), *supra* note 61, at 85-86.

⁷⁰ 及び、一般化した判例法を確認すること。GLENN (2001a), *supra* note 61, at 85, n21においては、Twyne's Case のみならず、Mannocke's Case も、聖域の事例ではないとの指摘がある。

⁷¹ 信託 (uses) の出現、発展がこの法の背景にある。なぜならば、債務者・取引相手の望み (債権者の債務者資産に対する執行を妨害しながら、資産から生じる利益を維持する) を実現する法技術が信託であるからである。すなわち、信託によって、債務者の有する資産のコモンロー上の権原 (legal title) を第三者に移転させ (これにより債権者はその資産に執行することが不可能となる) ながらも、その資産より発生する利益のみを債務者が得ることが可能となる (BUMP, *supra* note 61, at 56)。

このことは、現代においても意義をも有する。なぜならば、現代的に重要とされる商事信託においても、「物や債権」の所有者 (債務者) の「物や債権」

もっとも、その3条において、取消権の行使によって返還された資産の半分は王に罰金として支払うことが規定されており、制定時においては、税法や刑法として定められていたことが窺える⁷²。以下に、取消しの要件に関する条文（1条）の要約を紹介する。

1条「債務者」が「債権者を妨げ hinder、手間取らせ delay、または欺く defraud 目的及び意図」（以下、「債権者を害する意図」、または、「詐害の意図」とも記す）を有し、資産を譲渡した場合、譲渡の効力は無効となる（エリザベス法1条⁷³）

に執行ができない「所有者の債権者」が発生するという法的構造に代わりが無いからである。そのことは、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）220頁においても正当に指摘されている。そこにおいては、信託の「副作用」を調整する法理として、詐害行為取消権の存在が挙げられている。

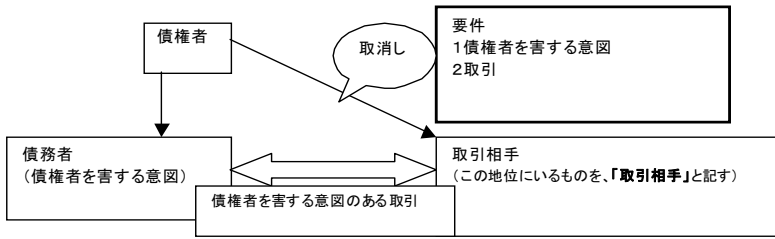
⁷² 共謀した当事者は、刑罰に加えて、そこから発生する1年分の価値、その物と、その物の対価として支払った金銭を没収、そして、それが、半分は王へ、半分は債権者に対して分配された（GLENN (2001a), *supra* note 61, at 86, 95後注73、エリザベス法3条）。また、Alces and Dorr, Jr, *supra* note 61は、「元々刑法として制定され、6ヶ月の懲役があった」としている。

⁷³ 佐藤・前掲書注54、196頁には、エリザベス法の訳が掲載されている。なお、BUMP, *supra* note 61の付録にもエリザベス法（1条、2条、3条、6条、7条）が掲載されている。以下に、佐藤・前掲書注54、196頁の訳を転載する。

1条「本条は詐欺的譲渡（fraudulent deeds, alienation, & c.）に関する法律であり、債権者及び正当な法律上のあらゆる請求権を有するものを妨げ（hinder）、手間取らせ（delay）、または欺く（defraud）目的及び意図を持って、封土公示譲渡（feoffments）、贈与（gifts）、譲渡（grants）…その他あらゆる詐欺的行為が行われた場合に、右の詐欺的行為を無効にし、かつ、右の行為の効力を奪う（avoiding and abolishing）ための法律である」。

2条「…前条で宣言した詐欺的意図と及び詐欺的目的を持ってなされた土地、動産、家畜に関するあらゆる方法による譲渡及び、その他の詐害行為は、邪魔され（disturbed）、妨げられ（hinder）、手間取らせ（delayed）、欺かれたもの（defrauded）、及び、右のものの相続人、承継人、管財人に対してのみ、明白かつ完全に（clearly and utterly）無効と見做される」。

3条「…前述した詐害行為の全ての当事者は、詐害行為の目的物から得られ



ex. 「債務者」が、「債権者」による執行を逃れたくて、資産を友人に譲った。

図：エリザベス法

(なお、本稿においては、便宜上の理由から、取消権を行使することになる地位にいる者を「債権者」、「債権者」が融資を行う相手方で、詐欺取引を行っている主張されることになる者を「債務者」、同じく、その詐欺取引について「債務者」の相手方の地位にいる者を「取引相手」と記すことにする。本稿の定義によると、「取引相手」は、譲受人・譲渡人・債権者であることもあり、また、必ず「債権者」によって、「債務者」「取引相手」間において行われた取引が詐欺取引である、として攻撃されることになる。この「地位に関する定義」は、後々、重要になるのでここにおいて留意されたい。)

この制定法の考え方は、「債務者」が、その資産に対する「債権者」の執行に先んじて、その資産を他人に譲り渡すことにより、その資産に対する執行が不可能となっていた状態を救済するものである。ここに、判決債権者は、詐欺的な取引(先の取引)が存在していないかのように、詐欺的譲渡の対象財産に対して執行し得るという(アメリカの)現行法の考え方の芽生えが見て取れる⁷⁴。

る1年分の収益、または、動産の全価額を没収されるものとする。没収された財物の半分は、女王陛下に引き渡され、残りの半分は詐欺されたものに引き渡されるものとする。そして、[詐欺行為の当事者が] 有罪になった場合には[その者は] 半年間投獄されるものとする」。

6条「本法は、対価 (good consideration) に基づき、且つ、善意 (bona fide) で目的物を譲り受け、且つ、右の目的物を譲り受けた時に債務者の詐欺的意図を知らなかった譲受人には適用されない」。

⁷⁴ GLENN (2001a) *supra* note 61, at 84-85; Alces and Dorr, Jr, *supra* note 61; Roe, *supra* note 61. エリザベス法は、そもそも税法や刑法として定められており、債権者保護の制度として確立するのは判例法による発展を待つことになる。Mannocke's case (1571), 3 Dyer 295a, 73 Eng. Rep. 661は、詐欺取引法が適用され、譲渡物が「債務者」に対して、返還された後も、規定 (3条; 前注73参

照) されている刑罰が執行されないことにより、債権者保護のためのみにこの制度が機能することを確認した先例であるという(佐藤・前掲書注54、198頁)。また、この事例は、取引を無視して、債権者の資産に対して直接執行することを認めるという詐害取引法の実質を示す先例として、紹介されている (GLENN (2001a), *Ibid*, 61, at 96)。