



Title	詐害行為取消権の理論的再検討 (6)
Author(s)	水野, 吉章; Mizuno, Yoshiaki
Description	論説
Citation	北大法学論集, 60(5), 104[145]-29[220]
Issue Date	2010-01-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/42616
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR60-5_005.pdf



詐害行為取消権の理論的再検討(6)

水 野 吉 章

目 次

- 第1章 序論
- 第2章 アメリカ詐害取引法理の展開
- 第3章 詐害取引法の存在意義——機能的分析の視点から
- 第4章 現代取引——Leveraged Buy-Out (LBO) を中心として
- 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
(以下、本号)
 - 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
(以上、本号)
- 第6章 日本法の分析と日本法への示唆
- 第7章 結論とその他の示唆
- 課題
- 参考文献

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

この章においては、「先の全ての章における議論」を視角として、日本法の議論を俯瞰した上で、それらを分析することにする。

日本の詐害行為取消権は、フランス民法1167条をその範としてい

る¹。その簡素なフランス民法²を継承した日本民法は3条(424、425、426条)よりなる。これによって、条文の内容は不明確になっており、その結果、これを補うために、特に、「取消しの訴えにおける当事者」・「取消しの効力」に関して、学説や判例において議論が紛糾することになる³。

ここにおける具体的な作業は、日本に展開されているこれらの議論を「存在意義に関する議論の視角」から、大雑把に把握することである。この作業を、わが国の詐害行為取消権論の中に点在ないし偏在する政策論の痕跡をたどることによって行う。これによって、次のことを確認ないし主張したい。日本において断片的に(政策学的な意味での)存在意義に関する議論が行われていること⁴、その議論が不十分であること、

¹ 石坂音四郎「債権者取消(廃罷訴権)論」志林13巻8、9号331頁以下(1944、明44)336頁、その他、佐藤・後注149、41頁等。

² ただし、大島俊之「はしがき」『債権者取消権の研究』(大阪府立大学経済研究叢書63冊)(大阪府立大学経済学部、1986)によれば、フランス民法においては通則的な1167条の他に、各則的な622、788、865、882、1447条が存在すること、フランス法系のケベックにおいては15か条同じくフランス法系のルイジアナ法においては、30か条の規定をおいているとある。ドイツにおいては、債権者取消法が特別法として立法されている(前注1、5、松坂・後注39、46、佐藤・後掲書注149等)。だとすると、日本民法には最も規定が少ないことになる。

³ 石坂・前掲注1、339頁、竹屋芳昭「詐害行為と詐害の意思」大分大学経済論集11巻3=4号(1959)221頁、大島・前掲書注2等を参照されたい。その他にも、これらの点が論点となることについて、鳩山秀夫『日本債権法(総論)(68版)』(岩波書店、1924;大正13)、下森・前掲書注5等参照。

⁴ 帰結主義的な政策論的思考方法と、演繹的な法的思考とを過度に二項的に対置し図式化、選択する姿勢は望ましくないことは、第1章にて先述。それらにはほとんど差異はなく明確には区別できないとされている(STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (Foundation press, 2004), at 2-3)。なぜなら、法的思考(実際の解釈論)においても、法ルールや解釈が社会に与える影響を考えないわけではないし(考えなければならぬ)、何が望ましいのかについて特定の基準に基づいて規範的判断を行うからである。異なる点としては、①法ルールの影響を判断するのに、モデルや実証データを利用することと、②思考のはじめの段階での合理性の仮定を他のアプローチよりも強く置くことと、③望ま

しらの判断基準に社会の利益という明らかな基準を置くことであるとされる。しかし、この点も、①法学的な解釈論においても法ルールの実行にまつわる実務的なデータなどの「経験的な認識」は重要視されるし、②法学的な解釈論においても「将来を見通して行動する合理人の仮定」を置くことはあるし、政策論的な思考においてもこの合理性の仮定を弱めてより精密な規範認識につながることも多々ある。さらに政策論であっても事後的な分配について議論することもある。また、③法的思考においても規範認識をしないわけでもなく、それは特定の価値基準にしたがってなされるものであり、政策論的な議論においてもどの価値をどの程度重視するのが望ましいのかについて議論することもできる。いずれも論じる事柄において仮定の強さが変わるという意味で同様であり、その差は程度の差というものでしかない。また、論じられる場所においても、如何なる要素にウェイトを置くべきかは変わり得る。第1章において述べたように、裁判の場においては、裁判官に政策的思考を強い予測がはずれることの責任を負わせるような過度な負担を負わせてはいけないという考慮から法的な議論によらざるを得ない場合もある（吉田邦彦・「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』」『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000、初出、ジュリスト997-999号（1992））202、205-207頁参照）。それでも、法的思考による解釈論に仮体して政策的考慮が一定の意味を持ちえることは十分にあり得ることは先述した。加えて、裁判官が法的思考によって解釈を行うことは学問的な解釈論としての政策論を否定するものでもない。吉田は、他方で、前掲書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、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、できる限り『効率性分析』を行なうことは有意義ではなからうか」としていることも先述した。その他、裁判官による解釈と学者によるそれとは異なるものであることや、むしろ異なるのが望ましいと明示的に指摘するものもある（吉田克己「民法学の方法・覚書」ジュリスト11266号254頁以下。吉田克己は、川島武吉によってこの事は既に指摘されているとしつつ行論する。本稿においては従来から存在する議論によって提示されているあり方を、ある具体的な一場面においてある角度から実践しようとする。）。

以上より、本稿においては、まず、政策論と法的思考の差は程度の差であるということ、なにより、この分野の伝統的な法的思考も政策論的な考慮を行っていること、次に、学問としての政策論的な展開は寧ろ望ましいことを導きとして、政策的思考と許害行為取消権論のすりあわせを行うことにする。

これによって解釈の不安定が生じていること、しかし、その断片はアメリカで発展している基礎理論（視角）とはほぼ同様の議論であると評価し得ること、故に、その基礎理論——結論ではなく視角や考え方——がそのまま導入可能であること、そして、そこから、既存の学説の整理、ないし、解釈論の基礎付け、さらには、具体的な幾つかの問題提起（現在においては不十分な点の指摘）や向うべき方向性の提示が行えること。

以下の分析は、正当に解釈論を展開している各論文に対して、外から光を当てたもの、すなわち、政策論の観点から把握し直すものであるので、各論文が書かれたときにそれらが有していた目的からすれば、それらに対する批判とはなり得ないものであることを留意しておく。

また、以下に行う分析は、この目的の範囲のものがある。日本における詐害行為取消権の論点・学説を網羅的に取り上げるものではない⁵し、沿革を網羅するわけでもない。

なお、用語について、以下に紹介する論者によっては「債権者取消権」と表記しているものもあるが原文の引用に当たる部分以外は「詐害行為取消権」と記すことにする。また、425条の文言については、「総債権者の利益の為に其効力を生ず」が、民法の現代語化により「すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる」と改められたが、引用する論文において「総債権者」とされているのでそちらに統一する。

さらに、現在、債権法改正作業が進んでおり詐害行為取消権についてはかなりの議論が行われておりその成果が一部公表されている⁶。それ

⁵ 網羅的なものに下森定「424条」「425条」奥田昌道編『注釈民法（10）債権（1）債権の目的・効力 § 399-426』776頁以下（有斐閣、1987）、857頁、飯原一乗『詐害行為取消権』（悠々社、2006）等がある。個別の論点、学説のまとめについては、これらの文献において精密に行われているので、それらを参照されたい。

⁶ 立法関係資料として、民法（債権法）改正委員会編『債権法改正の基本指針別冊 NBL/No.126』（商事法務、2009.3）や債権法改正ホームページ内（<http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/indexja.html> [2009年時点]）の「議事録と資料」をはじめ対談などが組まれている。また学界の議論においては、椿寿夫＝新美育文＝平野裕之＝河野玄逸編『民法改正を考える』（日本評論社、2008.9）、加藤正信（民法改正研究会）『民法改正と世界の民法典』（信山社、

についての言及は本稿がそれ以前に執筆された論稿をベースにしていることから、原則的に他日を期することにする。

1 明治一大正中期中における議論の契機とその特色

日本における議論の口火を切ったのは石坂論文⁷である。石坂は、これらの理論上の難問を収束させるために、これらの論点に言及した大審院明治44年3月24日判決に対して批評を行う形で議論を行った。そして、各論者は、石坂・判決に対してレスポンスを行う形で、詐害行為取消権論がスタートする。

この時期における日本の議論の特色は、特に効果論について——これ以後も、日本においては効果論についての議論が主流となるのだが——であるが、日本民法典における条文解釈や諸外国の法⁸との比較により、詐害行為取消権の権利の性質を決定した上で、その後、その性質に直結した法的帰結を演繹するというアプローチにある。

このアプローチにおいて、「目的考慮（詐害行為取消権は如何なるための制度なのか）」は、「性質決定」に影響を与えるものという位置付けを与えられることになる。そして、以後の議論は、この「目的」の影響を強めることによって、当初採用されていた「性質決定」を相対化してゆく作業を行うことになる。

2009.7)等、実務においては東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム『民法改正を知っていますか——全容・諸論点』（民事法研究会2009.5）多くの議論がある。

⁷ 石坂・前掲注1。

⁸ 石坂・前掲注1は、ローマ・中世イタリア都市法・ドイツ普通法・プロイセン・ドイツ法・中世フランス・フランス民法を比較の対象としているが、決定的に意味を持たせているのは（特に大正-昭和戦前期にかけては）ドイツ法（特に、物権説といわれる学説）である。この点については、大島「はしがき」・前掲書注2参照。また、この時期の雫本・後掲注39、加藤・後掲書注70、その後の、松坂・後掲書注46、下森・後掲注120についても同様である。この時期から、周知のように、川島・後掲書注81の指摘もあり、佐藤・後掲書注149の訴権説に見られるようなフランス法の影響が強く見られるようになる。その際の比較の対象は自然とフランス法となる。例えば、竹屋・前掲注3・大島・前掲書注2等である。

1.1 大審院明治44年3月24日判決⁹ (1911)

本判決は、その後の石坂論文による批評の対象となること、したがって、本稿の目的である存在意義に関する議論にとっても重要な意味を持つので紹介することにする。

本判決の判示した点は、①取消しの効力についての相対的効力(後述)、②資産が受益者(本稿においては「取引相手」と表記しているが、日本法の分析においては「受益者」と記す)から転得者に移転した場合において、債権者は受益者に対して行為の取消し、または、損害の賠償を求めることができること、③詐害行為取消権は、その性質として取消権と原状回復請求権よりなる(いわゆる折衷説)が、取消権のみを行使しても良いとしたこと、④取消訴訟の性質についての債務者を必要的に共同被告としなくて良いとしたこと、である。

この判決の説示の中で、大審院は詐害行為取消権の目的にも言及している。すなわち、「民法424条に規定する詐害行為廃罷訴権は債権者を害することを知りて為したる債務者の法律行為を取消し債務者の財産上の地位を其法律行為を為したる以前の原状に復し以て債権者をして其債権の正當なる弁済を受くることを得せしめてその担保権を確保するを目的とするは此の訴権の性質上明確一点の疑を容れざる所なり」「債務者の資産を脱したる財産の回復またはこれに代わるべき賠償を求むること」¹⁰と。そして、さらに判決はそこから各種の法的帰結を導いていると評価し得る。

まず、判決は従来の判例である債務者・受益者・転得者を相手方とする必要的共同訴訟とする訴訟の性質を否定し、「法律行為の取消なる用語を用ひたるに拘らず一般法律行為の取消と其性質を異にし其効力は相対的にして何人にも対抗すべき絶対的のものにあらず」「訴訟の相手方」¹¹

⁹ 大判民録17輯117頁。

¹⁰ 前注9、120頁。

¹¹ この点については、ドイツの相対的無効を支持する説の説示とはことなる点が後に石坂により指摘されている(石坂・前掲1、404頁)。すなわち、ドイツの相対的無効説は、「債権者との関係で当該取引が無効」となるものである。これに対して、判決は「相手方に対して無効」としており、石坂は、これでは

に対しては全然無効に帰すべしと雖も其訴訟に干与せざる債務者受益者または転得者に対しては依然として存立することを妨げざる」(いわゆる相対的無効)とする(①)。

これは、民法121条にいう「取消」の持つ一般的な意味が、424条に規定される当該訴訟の文脈においては、その目的によって修正されていることを示唆している。そして、判決はここから、相手方に対してのみ無効となるのであれば、その他の利害関係に何ら影響を与えるわけではないので、「債務者の財産の回復または之に代わるべき賠償」によって債権者の「担保権」(共同担保；責任財産の意)を確保することができるとして、債務者を取消訴訟の共同被告として訴訟に引き込む必要性を否定している(④)^{12 13}。

小括

大審院は、取消権の効果について、受益者との関係で無効説であるとする相対的無効説、取消権の性質について、取消権と請求権の性質を持つとする折衷説を採用することを明示した。これらの法的帰結は目的の考慮によって導かれていると評価し得ることが重要である。すなわち、共同

債務者との関係では取引は有効となることになり資産が債務者に復帰する理由を説明できないとする。

¹² それ以前は、債務者受益者、及び転得者を共同被告としなければならないのが判例であった(大判明治38年2月10日民録11輯150頁、鳩山・後掲注71、222頁、下森・前掲書注5、836頁等参照)。

¹³ その他の論点については、若干敷衍しておく。②については、債務者のもとから受益者に脱した財産が、さらに転得者に移転された場合において、転得者を相手方しなければならないのか受益者を相手に賠償請求をしてもよいのかということが問題になるが、判決は債務者の財産の回復という目的実現のために受益者を相手にすれば十分であるとした。③については、詐害行為取消権は財産の回復やこれに代わる賠償を目的とするものであるならば、取消権の行使のみでは、その目的に資することはなく、したがって、訴えの利益が存在しないのではないかとすることが問題になるが、これについて判決は、条文上は取消権の行使のみを目的としており、受益者に対しては取消しによって行為の無効に既判が生じるという利益はあるのだから、訴えの利益は存在するとした。

担保の保全¹⁴という目的を実現させるために最適な効力を持てば足りるとの観点から、121条に規定される一般的な取消権とは異なる効果を詐害行為取消権に与え、相対的無効とし、その権利の性質については、取消権（形成権）と賠償請求権（請求権）である¹⁵としている。そして、相対的無効であることから、単に受益者または転得者を訴訟の相手方にすれば足り、債務者を訴訟の被告とする必要は無い、などの帰結を導くことになる。

1.2 石坂論文の議論¹⁶（1911；明44）—— 形成権＝取消権説

1.2.1 存在意義

日本における詐害行為取消権論についての本格的な論考は、先に紹介した明治44年判決に対する形で、石坂によってなされた。石坂は、詐害行為取消権の必要性について、大略して、以下のように述べる¹⁷。

まず、債権者は債権を持つに留まることから債務者の財産に対して支配権を持つわけではなく、債務者の財産処分（信託その他の行為¹⁸）により自己の債権が満足されなかったとしてもその権利を害されているとすることはできない。

次に、債権者はその事態を回避するために、担保をとることができるが、担保の設定が不可能な場合もあり、また、たとえそれができたとし

¹⁴ 判決文の文言上は、取消しの目的について、債権者の「本来享有せる担保の実現」としており、責任財産の保全のみならず債権者による債権実現まで目的に含めて、すなわち、債権者が債務者のもとに財産を戻すように請求するのみならず、直接自己に賠償を要求することをも目的に含めているというように読めなくもない。そのように読むならば、この点は、学説が、あくまでも債務者への資産またはそれに代わる利益の返還を、取消権の目的としていたこととずれるようである。

¹⁵ そして、取消権のみの行使でも足りるとする。

¹⁶ 法学志林13巻8-9号331頁。

¹⁷ 石坂・前掲注1、331-334頁。

¹⁸ 財産処分と代金の消費・親族のための処分（例えば贈与）・特定の債権者への弁済または担保の設定・新たな債務の負担を挙げている。

でも今日の信用社会においては担保の設定が望ましいとは限らない場合がある。故に、対人信用を保護するために債権の効力を債務者の財産に及ぼすことが必要となる。取消権はこの目的のために公平の観点に基づいて存する¹⁹。そして、取消権の要件については、第三者に影響を及ぼすことから、制限の必要がある。

以上のように目的を考えた上で、石坂は、詐害行為取消権の権利の性質を決定し、そこから当時議論があった「取消しの訴えにおける当事者」・「取消しの効力」をはじめとする論点についての法的帰結を導いてゆく。

1.2.2 法的帰結

石坂は、当時の議論の紛糾について、その原因を「取消権其ものの性質が明確ならざるが為めなり」とする。ここに、石坂は、権利の性質論を議論することによって問題にアプローチすることになる。その結果、詐害行為取消権を民法121条に規定される瑕疵ある意思表示に関する取消と同じく形成権と性質決定し²⁰、その効果として絶対的無効説を採用することになる²¹。その理由は以下のとおりである²²。

¹⁹ 石坂・前掲注1、358頁

²⁰ 梅『民法要義卷之3』（有斐閣、1897；明23）82-83頁もこの立場である。

²¹ ドイツの物権説（Hellwig）と同様の説明である。ローマ期における詐害行為取消権の原型である *actio pauliana* は、訴権かつ不法行為請求の性質を持ちその内容は詐害行為の結果不法に財産的価値を保持している者から責任財産への返還またはそれに代わる賠償の請求であった。その伝統は普通法時代のドイツにも受継がれ、当初はそのように理解されていた。しかし、その後、ドイツ民法典（BGB）が制定されそこにおいて「取消権」を独立に裁判外の意思表示によってのみ行使し得る形成権として構成したために、このBGBの取消権にあわせて詐害行為取消権の性質を「取消権」と理解する見解（Hellwig）が現れたというわけである（ただし、ドイツの物権説は裁判外の意思表示により形成の効果を発生させることができ、その効果は相対的無効となる（石坂・前掲注1、347頁、加藤・後注70、186頁、川島・後掲書注81、68頁）。そして、従来どおりに理解する見解と対立が生じ、その対立は日本においても受継がれる

「性質決定」については、まず、424条の文言が「取消」の用語を使用していること。次に、効果に関して、121条(取消権についての形成効)を参照できるので便利であること。さらに、425条が「総債権者」の語を用いているので、自己に直接引き渡すことができるとするドイツの請求権＝債権説(債務法説)が否定されること。そして、取消権であるとすることによって債務の免除、または、債務負担行為の効力を消滅させることができること。

こうして、取消権であることから、石坂は詐害行為取消権についての幾つもの法的な帰結を導いてゆく。議論は詳細を極めるので、本稿の目的との関係で、その幾つかを説明するに留める。ただし、その取消権であるという性質決定は、目的論的考慮によって基礎付けられていることは忘れてはならない(後述、小括)。

「効果」については、詐害行為取消権の性質が取消権＝形成権であることから、絶対的無効となる²³。すなわち、債務者と取引相手の取引を、誰に対しても無効となる²⁴。

次に、「要件」については、債権者保護の目的のために本制度が存在するのであるから、債権者が実際に害されていなければならないとする。そして、その基準を債務者の責任「財産の減少」と「支払不能²⁵」に求めることになる。

ことになる。

ドイツにおいては、この物権説は少数説に留まり、従来どおり取消権を給付請求権と理解する見解が、判例・通説となっているとある(石坂・前掲注1、川島・後掲書注81、68頁)。

²² 石坂・前掲注1、350-351頁。

²³ 取消権の行使により、行為が誰に対しても無効となる。

²⁴ 石坂・前掲注1、398頁。この点は、先にあげた明治44年判決に対して為されている。

²⁵ これには説明を要する。石坂は前掲注1、392頁にて、ドイツ・オーストリアでは支払不能をその要件とし、スイスでは財産不足(債務超過)であるとした上で、この支払不能を“一般的な支払不能、すなわち債務者が永久的にその債務を支払うことができない状態”ではなく、“単にある債務者に満足を与えることができない状態である”とする。

最後に、「訴えの性質」について、訴えは、形成の訴えとなる²⁶。そして、その訴えの被告は、取消しの効果が絶対的無効であるが故に被取消行為に関与した者を訴訟に引き込まねばならないことになる。その結果、訴えは、債務者と取引相手を被告とする固有必要的共同訴訟となる²⁷。

1.2.3 小括—— 目的的考慮の影響

①石坂論文は、その目的的考慮に大きな影響を受けている。そこにおける目的とは、こうである。「債務者の処分権」と、「債権の相対性」が無担保債権者にとっては引当て資産の逸出を招くという状況を招来せしめ、それが無担保金融における信用収縮を招く。これを是正するための方法として担保契約のみに頼らせることは、社会にとって不都合である（無担保債権の有する社会的意義を減殺する）という理由から、一般債権の効力としての債務者の処分行為に介入する方法が必要である。

ここにおいては、既に、信用秩序ともいうべき、金融債権者達を念頭においた社会が想定されている点と、担保契約との対比において一般債

²⁶ 石坂・前掲注1、391頁。故に、債権者は、資産の「債務者へ」の返還を実現するには、取消権を行使して詐害取引を無効にした上で、無効によって発生した債務者の取引相手に対する資産返還請求権について、債権者が債権者代位権（423条）を行使することになる（同上414頁）。これについては、訴訟によって実現するために、424条の取消訴訟と423条の代位訴訟を提起しなければならず、かつ、両者は併合できないので、迂遠であると雉本によって指摘されることになる（雉本・後掲注39、17巻12号64頁）。

しかし、石坂は、これに答えて、債権者が「自己の債権を実現をする」には、より簡便な方法が存在するとする（石坂音四郎「雉本博士ノ「債権者取消ノ訴ノ性質」ヲ評ス」法学志林18巻7号23-24頁）。それは、債権者が424条の取消権を行使した後に資産の返還請求権について執行を行うというものである。すなわち、形成権＝取消権説によれば、債権者が、最も需要のあると思われる自己の債権の実現については、簡便に行うことができるということになる。このことからすれば、逆に、後に述べる請求権＝債権説は「債権者が債務者への返還請求をする」というレアケースにおいてのみ意味を持つことになる。

²⁷ 石坂・前掲注1、395頁参照。しかし、転得者については、行為が取り消されることによって転得者は反射的に影響を受けるのみであるのだから、常に被告になるわけではないとする（同上、395-396頁）。

権が信用秩序にとって重要な役割を果たすがある場面においては「債務者の処分権」・「一般債権者の債権の相対性」という原則的構成が機能せずかえって信用収縮を招いてしまうことが指摘されている点が重要である。

これらの点については、先に紹介したアメリカの議論に出てくる要素であり、したがって彼の国の議論と同質のものであると評価できるだろう（したがって、後に石坂によって演繹される法的帰結もアメリカのものと同質することになる）。

以下においては、この石坂による目的論的考慮と主張する各法的帰結との繋がりを説明してゆこう。

まず、要件論について。石坂は、要件論に、その目的論的考慮を直接反映させる。そして、責任財産保全という目的論的考慮から、「支払不能」（ただし、一般的、永続的な支払能力の欠落という意味での「支払不能」ではなく、ある債権者に支払ができないという意味）と「財産減少」（対価が均衡していないというのと同旨）を導く²⁸。これも、アメリカにおいて、UFCAの役割としての債権者保護が確認されたことによって、「債務超過」「対価の不均衡」という要件が出現したのとパラレルに理解できるものである。

次に、効果論をはじめとしたその他の法的帰結については、「取消権の性質決定」を行うことによって、導く。ただし、その性質決定にも目的論的考慮が影響しているという意味で、議論を支配しているのは目的論的考慮であると評価できよう。以下、このことを説明しよう。

石坂は、取消権の性質については、単なる文言解釈ではなく、目的論的考慮による「文理解釈」である点を強調している²⁹。このことは、詐害行為取消権の性質を、121条にいう取消権と同じものであるとする根拠を、425条の「総債権者」の文言におくことから明らかである。すな

²⁸ 石坂・前掲注1、361-363頁。

²⁹ 例えば、石坂・前掲注1等を参照。石坂の議論である形成権＝取消権説は、424条の文言に忠実な解釈という点が強調されがちであるが、本稿に見たように目的論がその本体であることが窺える。この文理解釈という言葉は、現在一般的に使われている文理解釈（その多くはここでいう文言解釈に近い）とは異なった用法となっている。

わち、こうである。日本の詐害行為取消権は、「総債権者」のために存在する。したがって、詐害行為の対象となった資産は、債務者のもとにその帰属・占有が取り戻されなければならない（そうしなければ、財産は総債権者の引当てとは為し得ない）。その「目的実現」は、物権的且つ絶対的な権利変動を生じる形成権である取消権によってはじめて達成し得る³⁰。

加えて、それによった効果論・取消訴訟の性質論についても、目的的考慮の影響を受ける点を強調する。石坂は、誰が誰を相手にすべきかという点については、通常の121条の取消しと異なり、目的的考慮から、債権者が債務者と受益者を相手とすることになるとする³¹。

さらに、121条の取消しは意思表示のみによって行うことができる一方で、424条の取消権行使は意思表示のみならず訴えによる必要があるとされている理由についても、以下のように述べる。すなわち、取消権は本来有効な債務者の行為を債権者のために無効にすることになり、受益者に損害が発生することになることから、その要件の充足について慎重に判断しなければならず、したがって、訴えによる必要がある。要するに、その目的的考慮から、形式論的には意思表示のみによって行使できるはずである取消しを、詐害の文脈においては修正し利用することになる。

以上に、日本における詐害行為取消権論は、その目的的考慮に大きな影響を受けていることが確認されるだろう。このことは、要するに、424条が、目的的考慮から取消権＝形成権だとされながらも、その法的帰結については目的的考慮から121条の「取消権」のものに拠らないとされている点に顕著に現れている。

以下には、存在意義に関する議論をその主題とする本稿との関係において注目すべき点を、さらに幾つか挙げておこう。

②まず、目的的考慮の現れである取消しのための要件論³²については、

³⁰ ただし、後の責任説、訴権説は、この帰結をたどらずとも、詐害行為対象資産に対する「総債権者」のための引当化を実現する。

³¹ 前注1。

³² 石坂論文においてはこの命題が如実に当てはまるであろう。

債務者の責任財産の減少が必要となることから、「債務者の出捐に対し同一の価額ある対価を得たる場合」は資産の変更に過ぎず「債権の満足を供すべき財産の減少なきが故に取消権を行使することを得ず」としている³³。これについては、「対価が相当である」ことが決定できることを前提にしている点³⁴と、「支払不能(財産不足)」と「対価の不均衡」という伝統的な要件論からは、相当価格の売買は詐害取引とならないという考えも相当有力に帰結されるという点が重要である。後者の点については、後に更なる展開が見られることになる。

③また、効果論についても、「総債権者」の利益のために効果をもたらさなければならないとして、絶対的無効であるとする。

④さらに、取消し後に行われる債権者による債権回収の行い方(以下、「取消しの後始末」と記す)について、425条が「総債権者の利益の為に其効力を生ず」としていること、ドイツ法と執行制度が異なることから、取消しを行った債権者の優先弁済受領を否定する³⁵³⁶。これについては、後の議論にとっても、本稿の目的からも重要なので、後の雑本の議論との関係で再び取り上げることにしよう。

³³ 石坂・前掲注1、360頁。

³⁴ 相当な対価についての思想の違いは、先述したアメリカにおける Durrett ケースにおける判断基準が「70%ルール」と評されることに現われていると言える。すなわち、アメリカにおいては公正な対価というものを決定することが難しいという前提に立ち、「市場価格の何%であれば公正な対価ではない」という基準を構築しようとする動きがあるのに対して、日本においては相当な価格を如何に決定するかについては議論が存在しないように思われる。

³⁵ 石坂・前掲注1、415-416頁。(すなわち、債権者の執行に差押え質権、すなわち、優先弁済権を認めるドイツ法においては、債権者の執行は債権者が他の債権者に先駆けて優先弁済を受ける権利を手に入れることが正当化され、したがって、詐害行為取消しが行使された後も取消債権者が執行債権者と同様に優先的に満足を受けることができるという結論になるのが自然だが、日本法においては「総債権者のため」に詐害行為取消権が効力を持つはずなので取消債権者は他の債権者と按分の平等によって債権の満足を受けるとする議論。雑本においてより明示的に提案され、日本においては広く受け入れられている議論である。しかし、論理が飛躍していることは後述。)

³⁶ 梅・前掲書注20も同旨(後注143、173、特に173参照)。

⑤最後に、要件論・効果論にまたがる議論について、石坂は興味深い言説を行っている。それは、詐害行為取消権の目的を実現するための、「一体的取消」についてのものである³⁷。この議論も、法人格にとらわれずに、「取引相手」と債務者との間に介在する法主体を「導管体 conduit」として無視し、詐害行為取消権の網をかけ目的を実現するというアメリ

³⁷ 石坂・前掲注1、378頁。石坂は「取消権の物体（対象）」の項目において、まず、「債務者の行為」であると前置きをしつつ、そうした場合の困難な問題について、jaegerの記述を引用しながら以下のような事例を紹介する。以下は、原典に忠実な現代語訳である。債務者は実際においてはその財産を出捐するが債権者の取消しを免れるために他人をして出捐の行為を行わせることがある。すなわち、債務者である甲が直接に丙に給付を行う代わりに、乙に乙の名義をもって丙に給付を為さしめることがある。この場合には、乙は甲より取得した資金をもって丙への給付をしているのかもしれないし、乙は既に甲に対して債務を負担しているのでその支払に代えて丙に給付をしているのかもしれないし、乙は丙への給付によって甲に対してその補償を求める権利を取得することになるのでそれと甲が既に乙に対して有している反対債権と相殺できるからそうしているのかもしれないが、様々な方法によって、乙は丙に対する給付の補償を甲より受けることができる。この場合、乙の丙に対する給付は甲の計算において為されているので、債権者を害する点においては甲自ら出捐をなしている同じである。しかし、この場合に単に甲の乙に対する委任若しくは指図を取り消したとしても、甲の債権者を保護するには足りない。したがって、乙が甲の指図を受けて丙に給付を為す行為全部を取り消すことができると解すべきである。この問題は、債権説においては生じないことも明示されている（同、377頁）。（圏点、本稿筆者）なお、石坂の『日本民法（上巻）』（有斐閣、大正5；1916、初版明治44；1911）723頁等ではこの記述は削除されている。

述べられている解釈論は、詐害行為取消しの法的構成（「取消権説」）に、社会が応じて、その構成（取消し）を逃れようとする行動に対して、詐害の網を拡張させる解釈（「一体的取消し」）を示唆するものと評価し得る。アメリカ法の議論と類似しており、また、日本において転得者への取消しに対して相対的構成がとられていることなども、詐害の実体が三当事者ですまないものが通常であることを念頭にしていることによる可能性が高いと思われる。加えて、かかる構成上の問題が債権説的構成では生じないことが明示されている点も、近時、詐害行為の要件論の拡張を理論的に根拠付ける不法行為説（後述）や、訴権説等の請求権的構成が有力に主張されていることも併せて、興味深い。

カ法の議論を想起させるものである。ただし、この議論は、後に論じられることはなくなる。

⑥そして、この石坂説が、形成権＝取消権説を主張する意味、すなわち、取消権の法的性質をまず決定した後にそれを根拠に各法的帰結を導こうとするこの意味は、制定後、間もない民法を機能させるためにまず効果を比較的わかりやすく馴染みのある121条の取消権と性質決定すべきであるという発想があったのかもしれない³⁸。

1.3 雉本論文の議論³⁹ (1915；大4) —— 請求権説＝債権説

雉本は、石坂の議論の中でも「訴えの性質論」に焦点を絞り議論を展開する。しかし、その前提となるのはやはり詐害行為取消権の権利の性質であり、そこに影響を与えるのはやはり目的論的考慮であると考えられるスタンスは石坂と共通している⁴⁰。そして、雉本は石坂の主張と判例について、詐害行為取消権の目的に照らせば不必要な過大な効果をもたらし、且つ、目的を十分に実現できるわけでもないとして批判した上で、請求権説＝債権説を主張することになる。ここが、効果論において「取消し」の意味を相対化させることによって、受益者の下にある資産に対して取消

³⁸ 石坂は、後の雉本の議論に対して、石坂・前掲注26法学志林18巻7号にて、請求権＝債権説だとすると、その法的帰結がわかりにくいと指摘している。また、本文に述べたように、詐害行為取消権の「取消権」を121条の「取消権」とするとその効果がわかりやすいということを理由に挙げていることも併せて参照されたい。ただし、この時、既に、大審院は相対的無効説を採用して、「取消権」の意味を121条にいう「取消権」とは異なる法的帰結——石坂のいうところのわかり易い帰結とも異なる——をもたらすものとして解釈していることは、本文において述べた。

³⁹ 雉本朗造「債権者取消ノ訴ノ性質（廢罷訴権）」志林17巻3号p1、同12号65頁（1915；大4）、同18巻1号19頁（1916；大5）

⁴⁰ 雉本・前掲注39、18巻1号20頁において、詐害行為取消の性質を、同制度の根拠及び目的に顧みて定めるべきとして請求権＝債権説を主張している。また、雉本・前掲注39、17巻3号10-11頁、18巻1号19頁においては、石坂の主張に対して、目的を無視した文言解釈に陥っていると批判していることからそのことは窺える。これに対して、石坂は、石坂・前掲注26、18巻6号1頁において応答し、雉本こそが…としている。

し債権者による直接の執行を認めることを主張する「責任説・訴権説」(後述)への展開の出発点である。

1.3.1 存在意義

雉本は、同制度の目的を探るために、詳細に沿革をたどっている。そして、各法系において破産内外に詐害行為に関する取消法は存在しているが、その目的は同じであるとする。

そして、その制度の存在意義について、重要な言説を行う。すなわち、「債務者に財産の処分権を認め、債権者は債務者に対して給付を請求し得るのみ」という法理が絶対である故に生じる結果が「一般信用制度を助長する」妨げになるので、衡平の要求に基づいて「共同担保を保全するための」詐害行為取消権が存在する⁴¹、と。

⁴¹ 雉本・前掲注39、18巻1号29-30、30、30-32頁の該当箇所を以下に抜粋する(以下、抜粋中の番号、筆者)。

①「債務者は債務を負担するか為めに其財産を管理し処分する権利を失うものに非すと云えとも、其財産の管理権を有するに任せ、或は債権者を害するの意思を以て、其弁済資力を減少すべき行為を為し、或は又斯る意思を有せずとするも、無償行為若くは之と同一視すべき有償行為を為し又は支払停止後若くは其前短き期間内に弁済資力を減少すべき行為を為し、因りて債権者に損害を及ぼしたる場合には、寧ろ受益者が受けたる利益を債務者に返還せしめ、依りて債権者に其債権の満足を受くべき共同担保を得せしむるか、衡平の要求に合すと云うに在り」(29-30頁)、「約言せは、債権者取消権は、衡平の要求を充たすか為め、法律の規定に依りて直接に債権者に認めたる請求権にして、其内容は受益者又は転得者に対して、其の受けたる利益を債務者に返還すべきこと即債務者の弁済資力を原状に復すべきことを請求するに在り」(30頁)、②「吾人は、右の論者(債権者が、受益者又は転得者に対して受益を債務者に返還するよう請求できるのは債務者の行為が“無効である”という論理に基づいてなされるべきであり、債務者と受益者の行為を有効と考えながら受益者又は転得者に請求できるとするのは法的構成上欠陥があるとの議論;括弧内は本稿筆者による原典の訳である)に対して、債権者取消制度の立法上の根柢か、単に受益者を保護するよりも、債権者を保護するか、衡平に合すといふ法的確信に在ることを三思せんことを切望せざるを得ず。夫れ、債権は債務者の給付を目的とし、直接に債務者の財産を目的とせず。又た債務者は債務の給付を目的とし、直接に債務者の財産を管理し処分する権利を失はずといふは、動かすへか

1.3.2 法的帰結

この存在意義に基づいて、雉本は石坂の議論に対して以下の批判を加

らざる法理にして、之を覆すべき法理あることなし。唯右法理の結果は債権者に厳にして、且一般信用制度を助長する所以にあらざるが故に、衡平の要求に従いて、この結果を救済せんとするは、恰かも債権者取消制度を認めたる所以なり。其間何んぞ法理的構成を容るるの余地あらんや。既に、法理の要求の結果を非なりとして、僅かに衡平を以て之を救い、さらに又其の法理的構成を試みんとするかきは、到底自家撞着と云わざるへからず(圏点、本稿筆者)」(31-32頁)

以上の記述について、①が詐害行為取消権を請求権であるとしその法的根拠(構成的な根拠)が衡平にあると述べ、②がその法的構成上の問題点に対する指摘に対して衡平を根拠としてそれに応答したものであることから、法的根拠論としてのいわゆる衡平説を主張するものと評価されている。この記述における衡平説に対しては、法が何故にとくに認めたのか、認めるのが何故衡平なのかにつき説明はなく、問いをもって問いに答えた感があると評されている(竹屋・後掲注76、222頁、星野『民法概論Ⅲ(債権総則)補訂』(良書普及会、1992、初出、1978)、下森・前掲書注5、785頁、飯原一乗『詐害行為取消訴訟』(悠々社、2006)、19頁)。

しかし、この批判は、法的構成、または法律概念上、言い換えれば、形式論上の根拠の観点からのものであることに注意しなければならない。実際、この雉本の記述は、何故、衡平という語を用いて一般債権における通常の原則的な構成を乗り越えなければならないのかについて十二分に具体的・実質的な根拠を説明していると言えよう。すなわち、この雉本による説明は、本稿の問題意識に最も近いものであると評価できる。なぜなら、何故詐害行為取消権は存在するのかという問いに対して与えられる応答(責任財産を保全するために必要であるという応答)に対しての更なる問い(何故責任財産保全が必要か)に対しての応答(財産秩序の維持が必要となる)に対しての更なる問い(何故財産秩序の維持が必要か)に対する応答(「債務者の処分権」「債権の相対性」の原則を貫くことによって、この場面で一般債権者を保護しなければ、一般信用が収縮してしまうから)となっているからである。制度の機能に着目した際の存在意義を真摯に追及しようとするものだからである。であるとすると、この議論は、星野の言う「債権者にとっては困ったことになる」または「責任財産保全」「財産秩序維持」という制度目的の真意を、説明する契機となるものと評価し得る(本文の検討=小括①②参照)。先に紹介した衡平説にまつわる批判的な言説は、その批判者の意図をも超えてやや一人歩きしている感がある。

える。

まず、雉本は詐害行為取消権の性質について。①詐害行為取消権は121条の瑕疵ある意思表示の取消しに関わるものではない。②425条の「総債権者」の文言を根拠とする石坂の取消権説（絶対的無効説）に対して、同様の帰結はその性質を「取消権」とせず「請求権」とした上でその内容を「受益を債務者に対して返還せよという給付請求」とすることによっても実現ができる。詐害行為取消権を取消権（形成権）だと理解すると、取消権を行使した後に、債権者代位権を利用して債務者のもとに財産を返還するよう権利行使しなければならないが、これは迂遠である（「迂遠」の意味については後に分析する）。さらに、③詐害行為取消権の性質を請求権とすれば、取消権説では取り消せない債務者の不作為による責任財産の減少に対しても対処できる⁴²。

次に、その訴えの性質について、以下の二点にわたり、その目的実現の観点から迂遠であると批判を行う。④石坂の説によれば、受益者のみならず、債務者を被告としなければならない「固有必要的共同訴訟」となり、これは迂遠である。また、⑤石坂の説によれば、「債務者のもとへ資産を返却させるために、条文により要求される詐害行為取消訴訟を提起した後に、債権者代位訴訟を提起しなければならない、両訴訟は併合できない」のだから、迂遠である⁴³。

以上より、雉本は、石坂の説によると、（詐害行為取消権の目的的考慮に照らせば）不必要、且つ、過大な、それにもかかわらず不十分な法的効果を取消権に与えることになる、と批判していることがわかる。こうして、雉本は、その打開策として、請求権＝債権説を主張することになる。すなわち、債権者は、受益者または転得者に対して、詐害行為取消権として「債権者は、債務者へ資産を返還するように、受益者に対して請求することができる権利」を持つことによって、必要且つ十分な目的の実現が行える、というわけである。

⁴² 雉本・前掲注39、18巻1号31頁。

⁴³ この点によって、判例に対しても批判を行っている。

1.3.3 検討

雉本の議論の具体的な行論やその結論については、後に石坂による詳細な反論を受けることになる⁴⁴が、その存在意義に関する議論については特筆に価する。以下、四点にわたって検討を行おう。

①まず、目的的考慮によって、条文の意味が決まるとし、424条の「取消」の文言の性質決定を行うという点において石坂に同調している⁴⁵。

②そして、その上で、その制度の存在意義を、「債務者の自己の財産についての処分権限と債権者の給付請求権という法の在り方を採用した結果生じる一般信用の縮小を、同制度により是正する」としている。これは、石坂の議論に重要な積み上げを行っていると同評価できよう。すなわち、詐害行為取消権による一般債権者保護の必要性の根拠を、(個々の権利関係を越えた)一般信用の助長に、明示的に、求めている。

ここに、この議論を、先のアメリカ法の分析と合わせて、以下のように展開しても差し支えないであろう。すなわち、この議論は、詐害行為取消権は、債務者の財産処分権限と債権者の給付請求権という法の在り方を採用した結果、(債務者の資金状態が健全である場合においては、債務者と債権者の利害が一致し、債務者に資産処分の決定を委ね放置しておいたとしても一般信用が十分に維持・拡大されるのに対して、債務者の資金状態が悪化している場合においては、債務者の有する処分権限故に、債務者に過剰なリスクテイクのインセンティブが発生してしまう。この問題に対して事前に債権者が回避行動をとることによって)一般信用が収縮してしまう問題を是正するために、存在するというものである故に、アメリカにおける議論(先述)と機能的骨格において共通の基礎が見られる、と。

その理論によると、債務者を訴訟に参加させ当事者とすることは、既に、詐害行為対象資産について利害がなくなってしまった債務者を当事者とすることになり、訴訟を混乱せしめることになる。この観点によると、債務者に被告適格を与え、訴訟に参加させることは、迂遠であるばかりか、望ましくないことになるという強力な基礎付けを行い得るだろう。

⁴⁴ 石坂・前掲注26、40等。

⁴⁵ もっとも、結論においては雉本(請求権=債権説)・石坂(形成権説=取消権説)に相違があり、それによって雉本は石坂を批判しているが。

③さらに、雉本は、自説である債権＝請求権説を主張する上で、非常に興味深い記述を行っている。それは、この部分に関する石坂の議論に対する反論に現れる。

まず、石坂は、自らが取消権＝形成権説を採る理由の一つとして、次のように論じる。すなわち、ドイツ法においては詐害行為に関わる取消権行使の後、債権者は受益者から直接自己に詐害的譲渡対象物の返還を請求できるので、その権利の性質を請求権と解するのが妥当である一方、日本法においては425条「総債権者の利益の為にその効力を生ず」があるのでそのような理解は採り得ず、したがって、取消権＝形成権説が妥当である。

これに対して、雉本は、以下のように反駁する⁴⁶。

ドイツ法の債権者取消法7条1項にも、「債権者はその債権の満足に必要な範囲内に於いては、取消を受くべき行為に因りて債務者の資産より譲渡、離脱若くは放棄せられたるものを、尚ほ債務者に属するものとして、受益者より返還すべきことを請求することを得」と規定しているが、そこから債務者に返還すべきか、取消債権者に返還すべきかを明言しておらず、その問題は解釈にゆだねられている。そしてドイツにおける jäger の解釈によると、次のように解釈される。受益者の取得した財産が現存する場合においては、その財産に対して強制執行を為せば足りる。他方、受益者が金銭を受け取るか、受益者が取得した財産が現存しない場合においては、その返還を請求しなければならない。しかし、この場合において、もし受益者はまず債務者に返還し、債権者は更に返還された財産に対して差押さえをしなければならないのならば迂遠のみならず、もし他の債権者が先んじて差押さえを為すならば、取消債権者は返還された財産より債権の満足を得ることができない恐れがある。故に、この時取消債権者は受益者に対して直接に自己に給付すべきことを

⁴⁶ 雉本・前掲注39、17巻3号11頁、注4（特に13-15頁の記述をほぼ忠実に現代語訳したものである）。また、松坂佐一「ドイツにおける債権者取消権」『債権者取消権の研究』（有斐閣、1962）133頁なども参照。

請求することができるものと解することができる。

これはドイツ債権者取消法の解釈であり、その解釈はドイツ訴訟法の差押さえ債権者優先主義（差押さえにより差押さえ質権を生ずるという主義）を前提とするものに他ならない。つまり、受益者から債務者に返還せしめ、取消債権者においてその財産を差し押さえ得るものとするならば、差押さえ質権の効力として、他の債権者に優先するが故に、実際の結果においては直接に取消債権者に返還させるのと異なることはなく、しかも、迂遠の弊がある。我が民事訴訟法は差押さえ質権を認めず、債権者平等主義を採るが故に、債権者取消の訴えにつき、形成権＝取消権説を採るも債権的効力説を採るも、ドイツ法のもとにおけるとは結果を異にすることはもとより論がない。したがって、吾人は「ドイツ法においては、債権者は受益者または転得者に対し、直接に自己に給付を為すべきことを請求することを得るが故に、債権者は債権的請求権を有すると為すを得べし」（石坂説）という論旨の根底に潜在すべき論理を発見するに苦しむ。（圏点、本稿筆者）

ここに雉本は、執行における、ドイツ執行法上の優先主義と日本執行法上の平等主義が、取消権の効果「総債権者の利益の為」の解釈——取消債権者とその他の一般債権者は取り戻された資産より按分弁済を受ける——に深く関わっているとす。ただし、雉本の議論は、石坂の理解（取消債権者に直接引渡し請求が生じるドイツ法においては、請求権＝債権説が妥当と理解できるのに対して、日本法においては425条があるので取消権を債権（請求権）とは理解できない）を（ドイツ法においても、取消債権者への直接請求権の原因は、執行法の優先主義によるものであって、債権説（請求権）ではなく、したがって日本法においても、請求権＝債権説はあり得ると）反駁する限りのものである。すなわち、日本における「執行における平等主義」の帰結として、「取消債権者は（総債権者の為）債務者に対する資産の引渡しを請求することができる」とする結論⁴⁷を導くためだけのものである。両者ともに、執行法上の主義（ドイ

⁴⁷ 石坂は、取消権（形成権）の行使として債務者のもとに資産が戻るとするのに対して、雉本は、取消債権者が受益者に対して資産を債務者に返還するこ

ツ＝優先主義、日本＝按分平等主義) から、取消し後に債務者のもとに返還された資産について、取消債権者とその他の債権者は按分的平等弁済を受けるということには変わりはない。

③-1 しかし、その説明として執行法の理解を持ち出した故に、この議論は更なる奥行きを持つことになる。すなわち、「総債権者の利益の為に」の解釈に「執行法における平等主義」が結び付けられた結果、債務者のもとに取り戻された資産の分配について、執行法上按分的平等主義を採用する日本においては、総債権者による「按分的平等弁済受領」が妥当であるという理解が自然と導かれることになるのである^{48 49}。

③-2 ここで留意を促さなければならないのは、ドイツにおける解釈者の解釈の背後に見え隠れする価値判断である。これに関して、雉本は正確に捉えているとは言いがたい。そして、その不正確性は以後、近時の大島・平井論以前まで引き継がれることになる⁵⁰。

とを請求しえらる。両者共に、債務者のもとに流出した資産を戻すことについて、さらに、戻された資産は債権者がそこから按分弁済を受けることについては、異論が無い。

⁴⁸ 現にその後、このような論の運びが採用されている点について、加藤・後掲書注65、330頁、下森・前掲注5、「425条」、佐藤・後掲書注149、318頁等を参照。鳩山・前掲書注3、187頁は、結論的には、「債権者は優先権を取得せず。之れ第425条の規定する所にして我が民法の獨法と異なる所なり。故に債権者が自己の債権の満足得んと欲せばさらに強制執行等の方法によらざるべからず。」とする。これも実体法上の優先権を与えず、執行法によるものとするわけであるから、同趣旨であろうか。

⁴⁹ 加藤・後掲書注70、331頁には、日本における破産法は旧商法破産編に規定されており(商人破産主義が採用されており)そこで、非商人以外は利用できない破産制度をでき得る限り既存の道具立てで実現しようとの考慮から、詐害行為取消権を簡易な破産制度として機能させようと按分弁済が意味を持ったとされる。そこから、加藤は、本旨弁済も詐害行為となるという結論を導く。

我が国において、詐害行為取消権に関する解釈に、執行法上の平等主義が現れる場合は以下の3パターンであるといえる。①要件論において偏頗弁済を包摂するための理論として、②効果論において債務者に財産を(全部あるいは一部)返還させるための理論として、③取消しの後始末としての効果論において按分弁済を導く理論として。

⁵⁰ 大島・前掲書注2、平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為－ action

そのドイツの解釈者の価値判断を説明するためには、取消しが行われた後執行法上の優先主義によって債権回収が行われることを想定すればよい。この時、取消し債権者によって執行が行われた後、他の債権者が先に執行をかけてくる可能性がある。これは詐害行為取消権そのものに請求権的な効果を持たせてその請求権に他の債権者より優先的に自己の債権を回収する力を与えるのとは全く異なる帰結である。さらに言い換えよう。少なくとも、この記述の限りにおいては、ドイツ法の解釈者は、取消権の行使により取消権行使債権者に直接回収させなければ、迂遠というよりも、寧ろ不都合が生じると実体的に判断しているという可能性も存在する⁵¹。すなわち、ドイツの解釈者の価値判断とは、債務者に資

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—鈴木祿弥先生古希記念』170頁。ただし、大島・平井論文でも、詐害行為取消権と執行法との関係（解釈上執行法をどこまで参照すべきか）については言及しておらず、平井宜雄論文が優先主義的解決を志向するにあたって、執行法上の平等主義の解釈に言及していることから、日本においては執行法上のポリシーと詐害取消しの効果とがリンクされる傾向（詐害行為取消権の「総債権者」の解釈を執行法上の平等主義との均衡に基づいて行う傾向）が見て取れる。（ただし、平井宜雄論文においては執行法上の主義はあくまでも一要素として、自己の規範認識を実現するための技術的な解釈として言及されておりそれほど執行法を重視しているものでもない。）執行法上の平等主義は「同じものを同じに扱う」という原則に過ぎず、違うものを同じに扱う必要はない。そして、同じものか違うものかは、実体法固有の解釈問題であって、それを執行法が反映するのみである。したがって、論理的には、実体法上（詐害行為取消権の存在理由に鑑みて）、取消債権者とその他の債権者とが異なると判断されれば、それにしたがって、「総債権者」の意味も明らかにされ、その実体関係を実現するべく執行が行われれば良いのであって、その際には「異なるものを異なるように扱っている」に過ぎないのだから「同じものを同じに扱う原則に反している」ということにはならない。詐害行為取消権の効果を決定するにあたって、執行法上の主義に配慮する必要（詐害行為取消権の効果に特定の意味を持たせるために執行法上の主義を相対化する必要も）は全くない。

⁵¹ 「迂遠」というのは、同じ結論を導けるにもかかわらず、遠回りを行う様に対しての評価だと思われるが、この場合においては、結論が異なることに留

産を返還せしめると、他の債権者が差押さえを行ってくることになり、さらにそこに優先主義が適用されることによって、取消債権者が（取消権を行使したにもかかわらず）返還された財産より債権の満足を得られなくなってしまうことを恐れている（先述、雉本論文による引用参照）——端的に言えば、執行法上の優先主義に邪魔をされて取消債権者が優先権を得られないことを恐れている——というものである。したがって、「執行法の差押え質権を超えた実体法上の優先弁済受領権を与える」というのが、ここでの詐害行為取消権の効果として必要だと判断されていた実体的効力ということになる。

ここには、寧ろ執行法の優先主義のみによると不都合が生じるので、それ以上の優先権を取消債権者に与えようという実体的な価値判断が行われている可能性すら窺える。「この実体的な優先権」は、「優先主義によってもあたえられないもの」であるから、「執行法における主義に関わりのないもの」である。

詐害行為取消権の効果が「執行法における主義に関わりのないもの」であるとすると、その効果を基礎付けるのは、詐害行為取消権の存在意義に他ならない。その存在意義が信用収縮を防ぐことにあるならば、債務者がリスク中立的ではない行動を行ったなら、取消権が行使されなければならないことになる。そのためには、速やかに適度な程度で債権者に取消権を行使させるために、取消権を行使した債権者の優先弁済受領

意しなければならない。すなわち、債務者に資産が返還されたならば、他の債権者がその資産に対して執行をかける可能性が存在するが、取消債権者が直接請求できるとなるとそのおそれが無くなることになる。そこには単なる迂遠では済まされない、取消権者に（事実上の、且つ、執行法上のものとは異なる積極的な）優先権を与えようという実体的な価値判断が潜んでいるのである。この点について、雉本は、ドイツの解釈（jaegar）の紹介においては、「迂遠のみならず、もし他の債権者が先んじて差押えを為すならば、取消債権者は返還された財産より債権の満足を得ることができないおそれがある」としていたが、それに対する自身の評価においては、「迂遠」という言葉のみによって評価しなおしており（本文参照）、若干意味をすりかえているように見える。これは、一見して単純に結びつきそうな「総債権者＝債権者平等」という命題を理論的に説明しようと思えば如何に困難であるかを窺わせるものである。

権をなんらかの形で確保しなければならないということになる⁵²。これによって債務者は社会的に望ましくない行動（過剰なリスクテイクや経営無関心による）を採った場合には、取消しによる取引覆滅を恐れたその取引相手に相手にされないのだからそのような行動が抑えられるからである⁵³。

まとめると、諸外国においては、詐害行為取消権の効果として少なくとも取消し債権者の取消し後の取り分について優先主義的な解決が採用されているが、これは、執行法上の主義とは関わりなく詐害行為取消制度の存在意義から合理的に演繹され、且つ、その中核を構成する法的帰結である——しかし、そのことは執行法の主義によって見えにくくなっているが——という理解も相当有力に成り立つ。そして、「少なくとも取消債権者に優先弁済受領権を付与すること」によって、詐害行為取消権が目的どおりに機能することになり、事前の段階で債務者のリスク中立的な行動を促すのであれば、詐害取引は起こらないのであるから「総債権者のために」十二分に資するのである。なぜならば、取消権が機能した結果、「詐害」の発生が抑えられ、取消権は行使されないようになるからである。以上のことは、先述したアメリカ法の分析において、取引相手の債務者に対する事前の監視によって、事後的な詐害取消しが減少しているという実証についての評価によっても支持されるかもしれない⁵⁴。

⁵² 100の債権につき、100の利益があるとして権利を行使するのが、通常の債権の請求行動であるので、直感的には、100の債権の行使につき100の利益が生じるように取消権を仕組む（すなわち、優先弁済）ことが合理的であると考ええる。ただし、この点については、十分に検討できていない。

⁵³ こうして、債務者が自己の行動を制御できないという問題を、債権者・受益者（取引相手）の最安価な監視によって実現させるというのがアメリカでの理論であった。

⁵⁴ 第1章の Steven L. **Schwarz**, *Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors*, 17 CARDOZO L. REV. 647 (1996), at 683における分析。すなわち、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という指摘。これは、詐害取引法の規制を回避するために、事前に、当事者がその要件に当たらないような取引（法の目的にかなった取引）を行うことを示唆するものである。

他方、「取消しの後始末」として、取消債権者⁵⁵とその他の債権者⁵⁶に、按分弁済が行われるというルールの下では、債務者のリスク中立的ではない行動を行った後に取消権が行使されるということにはならない。なぜなら、取消債権者が詐害行為を取り消したとしても、按分弁済によって何ら見返りを得ることができなくなってしまう、債権者達は取消権を行使することをためらうようになるからである⁵⁵。その結果、債務者と取引相手は、取消権が行使されないことを良いことに、債務者の資産を減少させることになる。さらに言い換えるならば、債務者の資産状態の悪化を見越した取引相手が、取消権が行使されないのを見越して、必ずしも債務者にとって有利ではないが、自己にとっては有利な取引を持ちかけるようになる。要は、詐害行為取消権が機能しない結果、取消権は行使されず、債務者の財産減少は続いてゆくことになる。そのような中で、債権者は、債務者の資産が減少しないという「あて」（予測）を持つことはできないだろう。

これらのことが取消権の実質だとするならば、「総債権者の利益のため」の解釈は、「総債権者に何らかの法的効果が生じること」ということになり、それで十分である。すなわち、取消権者が満足を得た後にその他の一般債権者が取り分を得られるようにしておくことで十分であろう。「総債権者」の解釈的意義について判決効を拡張するという解釈が後の佐藤によって明示的に主張されることになる⁵⁶。

加えて、「責任財産保全」という目的的考慮は、その制度趣旨である「信用秩序」に結び付けられることによってこそ、その具体的な内容が理解されなければならないであろう^{57 58}。そうであるとするならば、「総債

⁵⁵ いわゆるフリーライド問題。

⁵⁶ ただし、佐藤は、総債権者の解釈として取消債権者も含めた債権者間の按分弁済も主張する。この点について、私見とは異なる。

⁵⁷ この思考は、日本の学説においては不十分であるというのが本稿における分析である。このことは後述してゆく。

⁵⁸ この場面での債権者平等——取消し債権者にはなら優先権を与えずに他の債権者(その他の取消し債権者及びそれ以外の一般債権者)との按分弁済——を主張するならば、本稿に挙げた存在意義論との関係で、その有用性を議論しなければならない。

権者の利益」とは、事前における債務者の行動適正化に関わる利益のことを指し、事後的には、「総債権者の利益」に反する行動について、少なくとも取消債権者に優先権弁済を受領させ、他の債権者にも「分配についての何らかの関与」を認めることを指す（すなわち、何らかの法的効果を総債権者に帰属させるという意味に解釈することになる）。具体的に言うならば、取消しの後始末における分配については、「少なくとも取消債権者が優先弁済を受領し、その残余があればそれについて他の一般債権者が按分弁済を受けること」が、その存在意義に最もかなった解釈であるということになる。

そして、この分配ルールは、執行法の主義とは無関係であり得ることは先述した⁵⁹。結論としては、「執行法の主義」とは別に、取消権による実体法上の優先権付与効を論じることは実体法の解釈として十分あり得るし、それが存在意義に最も忠実な解釈であるということになると考えたい⁶⁰。例えば、取消権によって取消権行使債権者は実体法上の優先権を得た上で、債務者のもとに戻された資産に対して、その他の債権者による執行が許されるという解釈も、「総債権者の利益のために」の解釈として十分有力に成り立つと考え得るのである。この「総債権者の利益のために」の解釈指針については、総債権者への法的効果帰属という意味において、佐藤論文によって決定的な前進が見られ、取消し債権者の優先権という実体的な意味において、大島・平井論文によって展開が見られるので、後に改めて再論することにしよう。ここにおいては、榎本論文による意味の持ち込みを確認した上で、一応、私見としての仮説

⁵⁹ したがって、逆に、日本の執行法が優先主義になったとしても、詐害行為取消権の後始末の問題において、優先的な解決が、その必然として、解釈論上正当化されるかは疑問である。なぜならば、取消権が行使された後、債権者が執行を行い、それについて優先主義が適用されるという論理的な可能性も存在するからである。

⁶⁰ 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－鈴木祿弥先生古希記念』170頁（1993）189頁に一般論として記述されており、森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）55頁はこの部分を引用している。その心は本文に記述される内容であろうか。

的な帰結を提示するに留めておく。

④最後に、雫本の議論においては、詐害行為取消権制度が、「破産外取消法」として想定されていることが窺われる⁶¹。すなわち、「破産」「外」から、「倒産法制としての破産法（特に、解体清算手続き）」や「強制執行の準備段階の制度」として、詐害行為取消権が位置付けられているということが窺われる。

以後も、この想定のもとで、詐害行為取消権の目的を最適に發揮させるような同制度の解釈が、さらに、展開されていくことになる。

1.3.4 小括

以上をまとめると、雫本は存在意義についての積み上げを行い(①②)、執行法の平等主義を「総債権者」の解釈に導入する一般論を展開した(③)。そして、さらに、石坂・雫本のみならず以後の議論も詐害行為取消権を、「破産」外取消権であるとする。その意味は、詐害行為取消権を、強制執行や法的倒産（すなわち、解体清算）の準備手続としての想定を行っている(④)。

アメリカ法の存在意義に関する議論による示唆はこうである。①②については理論を補充する余地があるが補充されないまま現在に至る、③については日本法の解釈には詰められるべき余地があるが詰められないまま後に受け継がれてゆく、④については現代的な問題として解体清算型ではない再建型倒産法制のもとでも、同様の法的帰結が望ましいか再検討する余地がある。

1.4 鳩山論文の議論⁶² (1916 ; 大5)

この論文は特定物請求権が詐害行為取消権における被保全債権となるか、について石坂の説⁶³に反論するものである。その議論は、目的考的

⁶¹ のみならず、あらゆる論者がそうである(石坂・前掲注1、加藤・後掲書注70)。

⁶² 鳩山秀夫「特定物ノ引渡ヲ目的トスル債権ト廃罷訴権」法学志林18巻3号p53(1916 ; 大5)。

⁶³ 石坂音四郎『日本民法第3篇2巻』(1912 ; 明44) 719頁、石坂・前掲注1、374頁も同じ。

慮により要件論を導くものというアプローチを採る点で、そして、その過程を通じて現われる議論が本稿におけるアメリカ法の分析や、後述する日本法への示唆（その方法論）との関係で重要であるので紹介する。

1.4.1 目的論的考慮による「害する」の解釈——要件論

まず、この点についての石坂の議論を紹介しよう。もっとも、以下の記述は鳩山論文において石坂の議論として紹介されているものを参照したものである。

いわゆる不動産の二重譲渡の事案⁶⁴において登記を備えた第二買主が第一買主により詐害行為取消権を行使されることを認めることはできない。なぜなら、177条と「矛盾」するからである。すなわち、登記を既に備えた第二買主に対して、第一買主が取消権を主張できるとするならば、登記を備えずして第三者に対抗することができることになってしまい177条と矛盾を来たすのである。したがって、特定物請求権は詐害行為取消権の被保全債権とはならない（177条によって対抗力を備えた者は取消権の適用を受けない）。

これに対する反論が、すなわち、特定物請求権は詐害行為取消権の被保全債権になり得るという主張が、鳩山の主張である⁶⁵。鳩山は、大略

⁶⁴ 石坂は、不動産売買・動産売買について論じているが、鳩山の設定が不動産売買についてのものである。

⁶⁵ 石坂の説示は、当初は、判例によっても採用されていた。すなわち、大審院明治43年12月2日民録16輯873頁（1910）は、424条が177条と矛盾することを一般論として述べた上、177条を優先させるために424条の詐害取消しを否定していた。ただし、この判決の事例は、登記を備えていない不動産の賃借権者が、不動産の譲受人に対して取消権を行使した事例でありいわゆる典型例とは異なるものである。大審院大正7年10月26日民録24巻2036頁は、425条が「総債権者の利益の為」にその効力を生じるとしていることから、特定物引渡し請求権は、詐害行為取消権の被保全債権にはなり得ないと判示する。この判決は、詐害行為取消権について、「それが責任財産全体の問題であること、特定の財産の弁済だけの問題でないこと（たとえば、家屋引渡債権の目的たるその家屋

して、以下のようにこの議論に答える。

177条（物権と物権との関係を規律する）と424条（債権と物権との関

が他人に売られたというただそれだけの事実——責任財産の全体がその債権の価格（損害賠償）をカバーするか否かに関係なく——があるだけでは、この権利を行使し得ないということ」を承認していたとされている（川島・後掲書注81、66頁の解説）。また、大審院昭和8年12月26日民集12巻2966頁（1933であるので鳩山の議論以後のもの）は、登記を備えた第二譲受人に対して、売主から贈与を受けていた者が取消権を行使した事案において、鳩山らの取消し肯定説に大きく配慮をしながらも（説示においては、明治43年判決の理由付けである177条と424条が矛盾するという言説を否定し、加えて、大正7年判決の理由付けも債務者に復帰した資産に対して他の債権者が差押えをすることが可能であることから否定し、一般的に424条の被保全債権を当初より金銭債権に限定することに理由はないとしており、鳩山らの議論を全面的に肯定している）、「土地所有者が土地を他人に贈与し未だ登記を為さざるに先ち更に同一土地を他に売渡し既にこれが登記手続きを完了したる場合に」取消しを認めるならば177条の趣旨に反し、425条の趣旨も併せて、取消権行使を否定している（苦しい解釈をしてまで大審院が否定するのは、家督相続のための養子が離縁されたことによって不動産贈与を行った原因が消滅した後、離縁前の贈与にかかる請求権を保全するために取消権が行使されていることや、原告が行っている債務者に残存する贈与対象となる不動産についての引渡し請求は原告の請求が認められているという事情も影響してか）。その後、この一般論は、最高裁昭和36年7月19日民集15巻7号1875頁によって変更されることになる。判決は、以下のように述べる。「特定物引渡し請求権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取消すことができるものと解するを相当とする。けだし、かかる債権も、究極において損害賠償債権に變じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様だからである」と。

学説については、石坂は先述したように、177条と424条は矛盾するので177条を優先すべしとして、424条の適用を否定する。これに追随するものとしては、星野英一『民法概論Ⅲ』（良書普及会、1992、初出、1978）108頁がある。

他方、鳩山論文・昭和36年判決以後の学説の多くは、取消し肯定説に立つものが多い。例えば、鈴木禄弥『債権法講義（四訂版）』（創文社、2001、初出1980）232頁がある。加藤・後掲書注70、312頁もこれに賛同する。以上の整理は、同じ問題を扱っている平井宜雄「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、特に、36年判決については175-176頁に詳しい。

係を規律する⁶⁶⁾とはその適用場面が違う。石坂の言う矛盾というのは直接の矛盾ではなく、間接的なものである。石坂の主張は以下のようなものである。《177条によれば物権を取得したものであっても、対抗要件が備わっていなければ第三者に対しては対抗できず、対抗力を備えた物権変動を無効とすることはできない。債権を有している者であれば、なおさら対抗力を備えた物権変動を否定することはできない⁶⁷⁾。》しかし、この考えに従うことはできない。まず、424条は、単なる金銭債権によっても生じるのであるから、偶々それが特定物請求権であったとしても424条の適用は否定されない。次に、424条の場合は、「無資力の要件」が加わっている。この無資力の要件があるので、債権の場合には「なおさら…」は論理必然の帰結とはならない。

鳩山は、このように、一般論として、特定物請求権は詐害行為取消権の被保全債権となると述べた後、常に第424条の適用ありとする説も誤りであるとして、要件論を進める。そして、そこにおける適用の制限(要件論)の指導原理となるものが詐害行為取消権の目的的考慮であると評価し得る。

これについて、鳩山は、以下のように論じる。「債権者を害する」の意味は、直接特定物の履行が実現されなくなったとしても、その損害賠償請求をなし得るならば「未だ債権者を害したるものではない」。『債権者を害する結果を生ず』とは、債務者の財産の減少に因りて所謂共同担保の減少を生じ債務者無資力の状態を生ずるがために債権について金銭的賠償を受くることをも得ざるにいたらしむという意味である」。

1.4.2 小括

①まず、「債権者を害する」の意味について、目的的考慮(共同担保の保全)から無資力の要件を提示したことは、これは、アメリカに言う、「詐害の意図」を認定するための「債務超過」「対価の不均衡」(法定詐

⁶⁶⁾ あくまでもこの場面において、であろう。

⁶⁷⁾ この物権の優越性に関する判示は、大審院昭和8年判決・前注65にも採用されている。同じく、平井・前掲注65、174頁参照。

害)を想起させるものである⁶⁸。この考慮によって、取消権が行使されるべき範囲を限定することになる。

②さらに、後の昭和36年(1961)の最高裁判決において採用されることとなる特定物請求権の不履行についての議論⁶⁹は、契約違反の損害賠償が、その他の一般債権と共に、債務者の資産でまかなうことができ、すなわち、債務者に債務者の行動による社会的な損失が内部化される(資産超過になっている)ならば債務者の行動は合理的である(したがって、詐害行為ではない)というアメリカの議論とも整合していると評価し得よう。

③鳩山の議論は、解釈方法として、物の譲渡という詐害行為類型において一見して生じ得る(ように見える)177条(二重譲渡)と424条(詐

⁶⁸ UFCA が制定される1918年以前のアメリカにおいては、一部の地域を除き、伝統的な「詐害の意図」の要件について「債務超過」「対価の不均衡」という間接事実のセットが備われば、「詐害の意図」を認定するという実務が行われていた。ここにおいては、このような条件を満たす特定の行動を採っていたら「意図がある」と判断されるということである。この間接事実のセットが、後のUFCA 制定によって、取消しの要件(「詐害の意図」を要求しない要件)として明文化されることになった。このことについて、歴史的な沿革を重視して、「債務超過」「対価の不均衡」が備わったとしても、債務者の心理状態としての詐害の意図(債権者を害する意図)が備わっていないことが反証されるなら取消しは行い得ないという解釈もありえたが、立法者見解はこの意見を明示的に排除している。したがって、「心理状態としての債務者の意図」がなくても、「特定の事実的な条件さえ備われば詐害取引は成立する」ことになっている(もともと、近時は、この歴史的な沿革を重視する見解が現代取引という社会の変容の文脈において機能的な分析による裏づけを得て再び息を吹き返していることは先述した)。

他方、日本法に目を向けると、「詐害意思」が要件となっているが、これについては「害意(詐害の意図)」は必要ないとされ、特定の行動(間接事実)が備われば詐害意思があったと認定され、取消しが認容されている。(債務者の主観的な意味での意思(意図とほぼイコールであろう)は実際上証明できないのでこのことは当然である。)実質的には、両国ともに、特定の間接事実の具備によって取消しが行われており、その要件は、ほぼ同じものであると言える。

⁶⁹ 前注65。

害)との対立を、各条文を重疊的に理解することによって消滅させたことに意義がある。ここにおいて、鳩山は、詐害の問題を詐害取消法理の目的に沿って慎重に分析すれば、その他の法理とも矛盾なく理解できる余地があることを示唆している。この方法論は、後の本稿における帰結(「弁済」について)にとって示唆的なものとなる。

2 大正後期の議論

その後、判例理論を何らかの形で支持する加藤論文⁷⁰(1918;大8)・鳩山体系書⁷¹(1925;大14)が登場する。これらの説は、詐害行為取消権の目的の適切な実現のために424条の「取消」の意味を、121条の「取消権」とは異なる意味に理解するという判例理論に近い結論を支持することになる。そして、折衷説・(物権的)相対的無効説を軸とする判例理論が通説的な地位を占めるに至る。

例えば、加藤論文は、詐害行為取消権の性質について形成権としつつも、その効力については債務者の法律行為の効力を債権者・債務者・受益者との関係において制限(否認)し、詐害的譲渡の対象となった財産の返還を内容とする債権的請求権を発生させる⁷²ものとする。すなわち、

⁷⁰ 加藤正治「廢罷訴権論」『破産法研究 4 卷』(有斐閣、1918) 137頁。

⁷¹ 鳩山秀夫『日本債権法(総論)改版』(岩波書店、1925;大14) 200頁は、形成権=取消権説(鳩山・前注3、『同上(68版)』(岩波書店・1924) 184、186、187頁)から改説したことを明示する。

⁷² 判例や石坂説との違いは、財産を当然復帰させないで債権的請求権の発生に留まるとする点にある。顕著な違いは、受益者の債権者との関係——特に、受益者が倒産した場合——において現われる可能性がある。石坂や判例のように取消権の帰結に物権的効力を認める場合においては、受益者に対する詐害行為対象物の請求権が物権に基づく請求権となるので、受益者の一般債権者に優先することになる。

さらに、加藤は、否認権と詐害行為取消権の制度趣旨が同じであることから上記の否認権の解釈理論を詐害行為取消の理論に導入する。すなわち、そこにおける否認の意味とは、後の学説が言うように、詐害行為を受益者は、債権者との関係においてのみ対抗し得ないというものである。そして、その背後にある思想は、詐害行為取消制度の目的のための最適な取消しである。

取消権の効力としては（債権的）相対的無効が最適であるとする。この考え方は、判例の採る物権的相対的無効説を、過剰なものであると評価してさらに弱める考え方である⁷³。これは、効果論において、目的の考慮に最も適った形に取消権の効果を制限することを意味している。まさに、目的のための最適な取消しを思想を体現する考え方である。これが川島説に受け継がれ、後の議論を生み出してゆく。また、鳩山体系書は、詐害行為取消権の性質について債務免除や債務負担行為のような行為はその効力を消滅させることによって取消権の目的を達成することになるので、その性質については、形成権＝取消権説でなければならないとしながらも、実際問題として、その取消しの後に必要となるものの、受益者に対して行使される（債務者へ資産を返還するように求める）返還請求の場面においては、別個に債権者代位によらなければならないのは不都合であるとして、その際には取消権に加えて請求権の性質を帯びることになるとする折衷的見解を支持する。これは、「保全」の効果の迅速化を目指すという意味において、目的の考慮によって説明され得るかもしれない。この思想も後の議論に受継がれて行く⁷⁴。

さらに注目すべきは、この時期、すなわち、大正11年（1922）に破産法が制定されている。そして、破産法制定は、各論者の中に、弁済が詐害行為となるかという問題に関する姿勢に影響を与えている。すなわち、破産法制定以前の、加藤体系書（1918）においては、詐害行為取消権に破産制度の不在を補う役割を担わせ、弁済を詐害行為として取り消すことを容認する議論が主張されたが、それ以後の、鳩山体系書（1925）においては、弁済は偏頗行為（債権者平等の問題）であるとして、それは破産法に任せ、したがって、詐害行為取消権によっては弁済を取り消し得ないとする議論が主張されるに至った。

⁷³ 加藤・前掲書注70、218-219頁、279頁は、契約は有効としつつその効力を債権的に制限（否認）するのが妥当であるとする。その理由として、物権的な効力を持つのに相対的な効力であるというのは論理矛盾であることが挙げられており、さらに、石坂説（物権的絶対的無効）は過大な効果を与えてしまうことを挙げる。

⁷⁴ 佐藤説は、迅速性を追及し、一回の訴訟によって取消しの目的を実現できるとする（後述）。

3 明治から大正にかけての議論の小括——性質決定と目的的思考

①日本における議論の特徴は、先述したように「性質から、効果を導くこと」である。これは、民法典を導入して間もない時期に、詐害行為取消権という抽象的な3ヶ条の条文を事案に適用し法的な効果を付与しなければならぬという要請にこたえる形で、「諸外国の学説の継受」と「性質決定」の思考様式が必要だったことがその原因かもしれない⁷⁵。そのことから、「性質決定論」は、議論のたたき台として、すなわち、議論の出発点として機能しているといえよう。したがって、論者においても完全に、「性質決定」や「取消」の文言から効果を演繹するわけではない。

要するに、詐害行為取消権の目的を既存の道具立てによって如何に実現するか、が課題であったと評価し得る⁷⁶。

②この「取消の文言に拘らない傾向」は、当初より明治44年判例自身が、取消権の性質についての折衷説・効果についての相対的無効説により追認しているところであり、そのお墨付きを得た上で、——判例を批判する形でだが——学説は展開されてゆく。この路線は、その後の学説にも受け継がれ⁷⁷、更なる展開を見せることになる。すなわち、川島説以後の、判例よりも、さらに、「取消」の意味を制限的に理解する考え方の登場である⁷⁸。

⁷⁵ 424条の「取消」の文言を、121条の「取消」と同じ意味に解するかが問題となったことは先述した。これについて、石坂は、「取消」を121条の「取消」と同じに解することで、その法的効果が明確になると、その性質決定によるメリットを説いている。他方、石坂・前掲注26、「雉本博士ノ「債権者取消ノ訴ノ性質」ヲ評ス」法学志林18巻7号）は、雉本の説を、424条の「取消」を請求権と解すると効果が不明確になってしまうと批判している。このことは、本文のように評価する理由となろう。

⁷⁶ 竹屋芳昭「詐害行為と詐害の意思」大分大学経済論集11巻3＝4号（1959）221頁は、「合目的な解釈が許されるのではあるまいか」として、既存の議論をその表れとして引用していると考えることができる。

⁷⁷ 前注76参照。

⁷⁸ そこにおいては、「性質論」から「効果」を導くという構造から、「性質論」を除外し、より合目的な「効果」を探るといふ風に発展してゆく。

以上に、この時代の特徴は、①性質決定アプローチと、②目的実現のための最適な取消しの思想の二点である。そして、何れの特徴も③目的的な考慮に基礎付けられている。

③このように、目的的な考慮が学説の土台となっていることが確認されたが、この目的が如何なるものであるか、この制度は一体如何なる社会的な機能を営んでいるのかという議論（存在意義に関する議論）に関しては、雉本の議論からはさほど進展しているわけではないことも確認してきたとおりである。

④ただし、同じく検討を行ったように、日本においても、その議論の基礎にある思考はアメリカ法において発展したそれとほとんど同一のものと評価でき、それによって、アメリカの存在意義に関する議論を接続し得ることも同時に確認される。そして、この視点から見れば、「取消しの後始末」の問題については、若干の特色——執行法上の平等主義のやや形式的な持込み——が見られることをも確認した（雉本論文の紹介における検討参照）。

以上に、明治から大正末期にかけての議論を紹介した。この時期の議論において、日本における目的考慮の根付き、それと存在意義との関連性についての記述の不十分性、したがって、その要件効果論の不十分性が確認された。ここで確認された基調は、後においても、ほとんど変わらない。

4 その後の議論——目的考慮の徹底——責任説・訴権説へ

以後も、先の学説の確立した方向性——目的の実現のための最適な取消しによる効果の模索——をさらに追及してゆくことになる。その結果、この目的考慮の強調により、先の時代に強調されていた性質決定から法的帰結を導くアプローチは次第に後退していくことになる。

これが、責任説をはじめとする次の時代の特徴となる。そして、この傾向はさらに続き、訴権説による、以前とは違う形での性質決定論の復権へと繋がって行くことになる⁷⁹。

⁷⁹ 責任説はドイツの考え方を参考に、訴権説はフランスの考え方を参考にしている。

これらの説は、共に、詐害行為取消権が結局は債権者達の強制執行の準備段階であるという機能を直視し、その効果の面における利便性を追及することをその特徴とする。具体的には、原告債権者が、債務者と受益者の行為を有効としつつも、取消訴訟の勝訴判決を債務名義に被告である受益者の手中にある詐害行為の目的物に強制執行を行うことを認めることになる⁸⁰。

以下においては、存在意義に関する議論をその視角として、昭和初期—中期にかけての川島・竹屋＝山中・下森＝中野（責任説）を見た後、その後の佐藤（訴権説）を、紹介してゆこう。

4.1 川島体系書の議論⁸¹（1949）——責任説・訴権説の萌芽

川島は、詐害行為取消権の目的⁸²を論じた後、その目的のための最適な取消しを模索してきた沿革を重視し、それを実現するために、同制度がフランス法の訴権的な構成を採っていること⁸³を指摘する。訴権であることを宣言することによって、川島は、424条の「取消」の意味を、伝統的な理解（物権的相対的無効）よりもさらに弱めようとする。

川島は、これについて、以下のように述べる。「取消ということは、給付請求あるいは請求拒絶のための論理的観念的な前提にすぎず、債権者取消の目的は責任財産から不当に分離された財産の返還請求にある⁸⁴。その結果、フランスの解釈によって⁸⁵、詐害行為取消権を請求権とする。

⁸⁰ 佐藤・後掲書注149、88頁参照。ドイツ・フランスにおける取扱いは、共通している。

⁸¹ 川島武宜『債権法総則講義』56-58、64-74頁（岩波書店、1949）。

⁸² 川島・前掲書注81、56-58頁。これについては、石坂のものとはほぼ同じである。

⁸³ 佐藤・後掲書注149、122頁は、この評価は正当であるとする。

⁸⁴ 川島・前掲書注81。

⁸⁵ 川島・前掲書注81、67頁によれば、詐害行為取消権が訴権であることに何ら重きを置いていない。このことについて、民法典の権利全てにわたり裁判規範であるのだから、相手方が任意に権利行使に応じない場合は、常に「裁判上請求する」必要を生ずることになるのが通常であり、偶々、詐害行為取消権はフランス法を母法とすることからその構成にならい「裁判所に請求することを

ここからも窺えるように、川島は、「取消」の意味を「相対的無効」よりもさらに弱め、単に、受益者が、債務者との詐害行為の有効性を債権者との関係で対抗できないというものに留まるとする⁸⁶。以後、この「対抗できない」⁸⁷の説示が、学説の特徴となる。

そして、その「対抗できない」の具体的意味はこうである。取消債権者の被告（受益者）はその所有名義となっている財産に対し、そのままの状態、債務者の責任財産を構成するものとして強制執行し得る⁸⁸。こうして、取引行為の効力にふれることなく（有効としたまま）、ただ債権者との関係において相対的に取引行為の効力が主張され得なくなる。相対的「無効」ですらない⁸⁹——すなわち、効力は訴訟法上のもの

得」という文言を入れただけであると説明する。

この点は、後の佐藤による訴権説とは、その主観のレベルにおいて、若干トーンが異なることになる。すなわち、佐藤は、訴権であることを非常に重視している。ただし、その訴権であることの重視に対しては、訴権説においても訴権であることから如何ばかりの効果が導かれるのかは疑わしい、と下森・前掲書注5は述べる。これらについては、本稿の目的との関係でも重要であるので、後の本文において検討することにしよう。

⁸⁶ これは、加藤説（債権的相対的無効）の「制限する」とほとんど同趣旨だと思われる。

⁸⁷ 佐藤・後掲書注149、92頁には、この語の、フランスにおける登場の過程が記述されている。

⁸⁸ 後の中野論文（後掲注122）には責任説と分類されている。

⁸⁹ 川島・前掲書注81、73頁。これに対して、後の責任説の提唱者である中野は、川島説の結論は支持しつつも、債権者が直接執行する際の債務名義を「取消訴訟の勝訴判決（債務者のもとへ逸出した財産を返還せよ）」とすると、執行内容（債権者の直接執行）と債務名義（受益者は債務者に資産を返還せよ）の内容が不一致となると指摘する。加えて、この直接執行の債務名義を「先に債権者が債務者に対して有していた勝訴判決（債務者は債権者に金銭を支払え）」だとしても問題があるとする。なぜなら、この時、詐害行為取消によって必要な効果は、債権者が行う直接の執行について「受益者の執行法上の異議を封じること」にあるはずであるが、取消判決の判決の主文が「受益者は、債務者に対して資産を返還せよ」というものであるならば、取消の意味（執行を受忍する）と、取消訴訟の主文（債務者に資産を返還せよ）とは一致しないことになり、さらには債務名義に表示されていない第三者の資産が何故に執行の対象に

にすぎない——というわけである。

4.2 山中論文の議論⁹⁰ (1955) 竹屋論文の議論^{91 92} (1957、1959)

4.2.1 法的帰結——総合考量・相関判断説

山中は、詐害行為取消権を不法行為⁹³と性質決定して、その目的のた

なるかを説明できていないとする。

⁹⁰ 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（有斐閣、1955）。

⁹¹ 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（1957）。

⁹² 竹屋芳昭「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（1959）。

⁹³ 山中は、不法行為説に向けられる批判、すなわち、詐害行為取消権の成立に詐害の意図を要求する主観主義から詐害の認識で足りるとする客観主義の流れに反する、すなわち、詐害取消しによる救済拡大の流れに反するものであるという批判に対しては、不法行為においては近時無過失責任なども認められていると反論する（批判については、下森・前掲注120、57巻2号71頁、下森・前掲書注5、784頁）。ここでは客観主義化によって詐害行為による救済が拡大されていることが指摘されていることに注意したい。

なお、ここでの「客観主義」は、アメリカの議論で用いられるところの客観要件のみで取消権の要件が充足されるという意味での客観化とは異なるが、ともに債権者保護の拡張をもたらすものである。アメリカにおける客観化は、客観要件のみで取消しを認めることだが、先に述べた日本において客観主義と呼ばれているものは主観要件を必要としつつその要件について「詐害の意図」ではなく「詐害の意思」で足りるとする考え方であるので注意を要する。アメリカの客観化には、主観要件を要求することによって生じる費用を削減する機能（「債務超過」「対価の不均衡」が供えられているケースであれば、大抵の場合は詐害の意図が備わっているであろうから、その場合には主観的な意図の証明を不要とすることによって、その証明作業によって生じる当事者や裁判所の費用を削減する）があるが、日本の客観主義化においては主観要件が維持されるのでそのような機能はない。ただし、日本においては、客観要件が具備されればそのことを当然に認識しているであろうから主観要件も原則的には具備されるという認定技術上の論理をたどって同様の結論が導かれることになるのが通常だろう。そうであるならば、「日本における客観主義化」は「主観要件を削除すること」とさほど変わらないことになり、客観化・客観主義化によってもたらされるのは、詐害取消しの拡張ということになる。しかし、詐害の意図を要求するという意味での主観主義（詐害の意図）の中であっ

めに「取消」の効果を判例よりもさらに制限的に考える。すなわち、判例が「取消」の効果を絶対的なものとは考えないことを評価した上で、さらに絶対的にでも相対的にでも取り消して無効とするまでもなく「詐害行為という不法行為に基づく原状回復のために、詐害行為をして取消債権者（執行債権者）⁹⁴に対抗することをえぬものにする⁹⁵」、「およびその際、詐害行為により債務者より逸出した利得があれば、右利得につき債権者に引渡請求権が発生すること」であると解する⁹⁶。

また、同じく、竹屋は、詐害行為取消権の性質を不法行為と性質決定した上で、受益者は取消債権者に詐害行為の有効性について「対抗し得ず」との効果を生じると解すべきとして、具体的には、「債権者が債務者に対する債務名義により、直接債務者の手中にある物に対して執行し得る」とする。この点については、先の川島とほとんど同じと理解してもよい⁹⁷。

さらに、要件論について、重要な展開が見られる。山中＝竹屋共に、

でも、アメリカでは間接事実の総合考量化によって、詐害取消しが拡張されていたことを考えれば、詐害の意図までは要求しないという意味での客観主義化は、取消し拡張のための唯一の手段というものでもない。下森の批判や、山中の反論はこれらの文脈に位置付けることもできる。アメリカでは、近時、現代取引という社会の変容の文脈で、その場合に限って再び詐害の意図がある場合に詐害取消しを限る解釈が主張されていることも注意すべきであるが、これは先述。）

⁹⁴ 山中・前掲注90、538頁。

⁹⁵ 山中・前掲注90、537頁は、「否認」するの意だとしている。また、538頁においては、行為を取り消すのではなくて、効果を取り消すとしている。これによって、山中は、取消しの対象を「法律行為」に限らずに、時効中断なども、取り消して、受益者をしてその効果を対抗せしめないようにすることができる（同上539頁）。

⁹⁶ 山中は、不法行為に基づく原状回復を詐害行為取消権の目的としていることから、債務者のもとに詐害的譲渡の対象となった資産を返還するという結論を支持しているようである。そのことは、原状回復の方法として、既存の議論が提示している「取消し」「取戻し」「取消しと取戻し」を挙げていることから窺える（山中・前掲注90、532頁）。この点について、竹屋と異なっている。

⁹⁷ ただし、この具体的な帰結については、山中とは異なっている（前注96）。

取消権の性質を不法行為⁹⁸ 99とすることによって、その要件の成否の判断基準に不法行為法の一般理論を導入することになることは注目に値する。すなわち、詐害行為取消しが為されるには、不法行為が成立するといえるような悪質性が受益者に備わっていることが必要であるとした上で、その基準を「侵害行為の態様、処分財産の債務者の資産中しめる重要性、債務者の資産状態や右行為の目的、侵害行為のなされた前後の事情、債権者の詐害された損害の程度、(受益者の受益行為の悪質さ¹⁰⁰) その一切の事情を総合考量して決定せねばならぬ」¹⁰¹ 102とする¹⁰³。これ

⁹⁸ これに対する反論は、下森・後掲注121、282頁参照。

⁹⁹ 山中は、詐害行為取消権を不法行為請求と性質決定することから、受益者に対して訴えを行う場合に、債務者における悪意（行為の詐害性についてははっきりした認識）及び受益者におけるその共謀の認識を要するとして、この主観要件の充足を強調する。

¹⁰⁰ 山中・前掲注90、547頁。

¹⁰¹ 山中・前掲注90、540-543頁。

¹⁰² 竹屋・前掲注91、92参照。特に、竹屋・前掲注92、227頁は以下のように述べる。「詐害行為をもつばら債権者の被った損害という面から設定しようとするれば、弁済、代物弁済、担保の設定、不動産の売却等、特にそれらが財産をマイナスの方向に向かって減少せしめた限度、たとえば、不動産の廉価売却であれば、適正価格との差額の限度においてのみ、詐害行為の成立が認められるに過ぎなくなり、詐害行為の範囲を非常に狭め、かつ債権者取消権の範囲をも狭めるものである。詐害行為は通説が考えているような赤裸々な法律行為ではない。常に行行為者の主観との結びつきによって評価せられる主観客観の全体なのである。だから、債務者及び第三者の主観的要素は、単なる債権者取消権の成立要件の一つとしての地位に止まるのみならず、それは、同時に規範的評価機能としての採用をも合わせ持っているのものであると思う。本来有効な法律行為が否定せられるには、そこに規範的評価なくしては考えられぬことである。」これによって始めて判例法を統一的に理解できる、と。続けて、詐害行為の違法性の判断については、山中・前掲注90を引きつつ、総合考量して決定するとする。

¹⁰³ 総合考量説に対する批判として、要件の不明確性が挙げられる。この不明確性の批判は「弁済が詐害行為となるか」という論点において、「弁済は詐害行為とはなり得ない」と考える論者によって為されていたようである。

すなわち、「弁済が詐害行為とはなり得ない」という論者は、総合考量説に

によって、従来、理論的には、客観要件（責任財産の減少）を満たさないことにより、詐害行為取消の網をかけることについて理論上の問題があった「弁済」¹⁰⁴ ¹⁰⁵「相当な対価の売却」¹⁰⁶ ¹⁰⁷にも、その悪質性を総合

対して、二つの批判を挙げる。①「弁済も詐害行為取消権の総合判断に服することになるので、弁済受領者の予測が害されてしまう」と批判することになる。②弁済は破産法上の問題であって一律に詐害行為とはなり得ないと主張する。

山中はこれに対して、以下のように反論する。①に対しては、弁済は「適法性の強い行為」であるのでほとんど詐害行為とはなりにくく、受益者・転得者の「悪意を要する」ので、弁済受領者の取引の安全が害されることは無い。②に対しては、執行法における優先主義を採用する（破産＝平等弁済・執行＝優先弁済の区分がはっきりしている）ドイツにおいては「弁済は破産法上のものであって、詐害行為たり得ない」といえるが、日本においては平等主義を採用しているので、結論が異なる。

¹⁰⁴ 弁済や相当価格での売却の場合は、責任財産が減少しない。弁済については、弁済が行われた場合、弁済された金額分積極財産が減少するが、同じだけ消極財産も減少し、差し引きで責任財産の減少は無い。また、相当価格での売却は、債務者は、売却して失われた資産価値と同じ価値を持つ対価を得ることができるので責任財産の減少は無い。

¹⁰⁵ 竹屋・前掲注91、24頁、同・前掲注92、223頁、下森・前掲書注5、823-824頁。

履行期後の弁済は一般に詐害行為とはならないというのが判例（大審院明治40年3月11日民録13輯252頁、同大5年11月22日民録22輯2281頁、最高裁昭和33年9月26日民集12巻13号3022頁、同55年7月12日判例時報867号58頁）である。学説はこれに従うもの（我妻『民法講義Ⅳ（新訂）』185頁（岩波書店、1964）・前注、鳩山・前掲書注71、209-210頁）、反対し取り消され得るとするもの（石坂・前掲注1、加藤・前掲注70、324-331頁）がある。ただし、判例も、債権者が共謀する場合には取り消され得るとする（大審院大正5年11月22日民録22輯2281頁の傍論、最高裁33年9月26日民集12巻13号3022頁の傍論）。取消し否定説が通説であるとされるが、現在は本文で紹介した総合考量説が主流になりつつあり、現在においても通説が否定説であるかは疑わしいとされている（下森・『同上』824頁。ただし、近時の破産法改正（2004）によってこの学説状況に変化が見られることは後述する）。これらの点について、論者の主張の背景には、破産法制定を初めとした、時々の社会事情の変化があると思われるが、それについては、後注176を参照されたい。

他方、履行期前の弁済については、竹屋は当然に詐害行為となるとしている。

考量しながら対処できるようになるとする^{108 109}。

ここに、要件の成否の判断において、主観要件と客観要件を相関的に判断する総合考量・相関関係説の端を見る。これらの学説は、総合考量を主張することによって、上記の行為類型を詐害行為取消権の網の中に包摂することを狙いとしていることは重要である。すなわち、この理論

¹⁰⁶ 当時、学説は詐害行為の成立に対して否定的であった(石坂・前掲注1、我妻・前掲書注105、185頁)。他方、判例は、金銭が費消しやすい特徴を持つことにより、債権者の一般担保を害するとして、相対的に、取消しを認める方向にある(大審院明治39年2月5日民録12輯133頁、同明治44年10月3日民録17輯538頁)。以上の点につき、竹屋・後掲注91、24頁、下森・前掲書注5の評価等参照。

¹⁰⁷ その他の例については、以下のように述べる(山中・前掲注90、542頁)。「同じ債務にしても、故意に他の債権者には弁済を回避する目的で、特定の債権者に対してのみとくに秘密裡に履行したり、あるいはとくに抵当債権者に対して、抵当権より解放された不動産を処分してかくしやすく消費しやすい現金にかえる目的をもって他の諸債権者を避けて履行するがごときは、悪質性の程度を強めるものというべく、またたとえばおなじ時価をもってする処分行為といえども、それをなした債務者の目的が、期限の到来した債権を弁済せんがため、または公租公課を支払うため、また右代金に相当する他の(一般債権者の共同担保として)安全確実な物件を購入せんがため、または右金銭を自棄的に消費し(投機的なことに浪費する等)あるいはかくしてしまうため等等目的のいかんによって、悪質性の有無のていどの決定相当の影響をおよぼすべきものと解すべきである。詐害行為のなされた前後の事情も、それが詐害行為のときと時間的に接着しており、したがってそれらを包括して一つの行為と考えられるようなものであるかぎりは、これを悪質性のていどの判断資料にとりいれるべきであり…」。

¹⁰⁸ この一般論は、学説にそのまま受継がれている。例えば、下森・前掲書注5、814頁、内田貴『民法Ⅲ(2版)』(東京大学出版会、2004、初出1996)309頁等。

¹⁰⁹ 判例においても主観要件と客観要件は相関的に判断されているという指摘がなされている。例えば下森・前掲書注5、424頁は、以下のように述べる。「詐害性判断にあたり、判例が、その言葉の構成はともかく、実際の判断基準としているものが、主観・客観両態様の総合的・相関的判断にあたることは、判例法理の支持・不支持の如何を問わず、共通の認識となっていることは、ほぼ確実である」と。その他、内田・前掲書注108等も同様の分析を行っている。

は、あらゆる行為類型を詐害の網に包摂し、詐害の観点から柔軟に評価するという機能を、詐害行為取消権に付与しようとしたことになる。

そして、山中論文においては、取消権行使（取戻し¹¹⁰）の後始末としての効果論について、425条により、取消債権者の優先権を否定しつつ¹¹¹、他の債権者（弁済受領を否定された債権者や詐害行為後の債権者）に配当加入権¹¹²を認めるとする¹¹³。

4.2.2 小括

①まず、目的実現のための取消権の思想（目的的考慮）を継承し、取消権による帰結については、川島説をほぼ踏襲している。

②そして、要件論については、取消権を不法行為と性質決定することにより、その一般理論を導入し、要件の成否については主観・客観を総合考量して決定するとする。これは、論点となっていた「弁済」「相当対価の売却」を、一般的に詐害行為取消権の審査の網にかけるための拡張理論として機能している。このような拡張現象は、アメリカにも見られ、詐害取引法の機能として積極的に——「コモンローとしてのエリザベス法として」「現実の詐害として」「近時は、現代取引における総合判断や取引相手の選択理論として¹¹⁴」——確認されるものであった。繰り

¹¹⁰ 424条の「取消」の文言を121条の「取消」の意味に解する立場（取消権＝形成権説・物権説）によると、詐害行為取消権の効果は「取消し」となり、他方、返還請求権の意味に解する立場（請求権＝債権説）によると、詐害行為取消権の効果は「取戻し」となる（下森・後掲注121、281頁）。

¹¹¹ ただし、取消しの範囲は、425条を根拠として、取消債権者の債権額の範囲に留まらないとする（山中・前掲注90、545頁）。すなわち、425条により他の債権者が配当要求をしてくる可能性を考えて、債権保全のために必要といえるような場合に限り、債権の限度を超えて取消権を行使し得るとする。これについて、後注190に、山中論文を抜粋したので参照されたい。

¹¹² ただし、相当の期間内に配当要求を行わなければならないとする。

¹¹³ 訴えを提起しなかった他の一般債権者は、民法425条により、債務者に対する債務名義で、第三者の手中にある財産に対して強制執行しうるものと解する。もちろん債権者取消権にもとづく判決の既判力は当事者以外には及ばぬが、取消の効果は他の債権者に及ぶものである（竹屋・前注91、79頁、注20）。

¹¹⁴ さらにいえば、Baird & Jacksonの「法定詐害適用除外論」でさえ、総合

返しになるが、その機能面を強調しておく、「債務超過」「対価の不均衡」という要件からはじまった詐害行為取消権は、総合考量説によって、従来のそれに包摂されない別の要件を（従来の解釈的要件によって説明するか否かは別にして）手に入れたことになる。以後、この総合考量説が、その包括性・柔軟性を評価され、判例・学説における主流となってゆく¹¹⁵。

③しかし、その他方において、この理論は、従来詐害には包摂されない異質なものとされた偏頗弁済¹¹⁶などにも取消権の網をかけることになったため、それによってかえって詐害行為取消権の内容は一層混迷を極めることになる。この現象を如何に分析するかが、後の問題として残されることになる。

こうして、以後、日本の学説は判例後知恵的な類型化を行うことによって、この射程の曖昧性を埋める努力を行うことになる。しかし、その指導原理となるべき存在意義に関する議論については、雉本以降、さほど進化していないことは先述したとおりである¹¹⁷。この状況も、1980年代初頭のアメリカにおけるものと類似していることを指摘しておこう。

④最後に、取消しの後始末論においては、425条の解釈について、取消権者の優先権を否定しつつ按分弁済が妥当であるとする¹¹⁸。これについては、既に雉本のところにおいて指摘したとおりである。ただし、山

考量（拡張）の示唆であるとも読めることは5章において示した。なぜなら、ルール型の「法定詐害」の適用除外を示唆しておきつつ、拡張的に機能し得るスタンダード型の「現実の詐害」の要件を適用除外としないからである。

¹¹⁵ 下森定「11債権者取消権」『民法学4〈債権総論の重要問題〉』奥田昌道他編145頁（有斐閣、1976）148頁は、相当対価の不動産の売却が客観要件との関係で、議論になり得ると述べた上「最近の学説上、詐害行為の類型ごとに当事者の主観的態様、詐害行為の客観的態様及びその効果などの一切の事情を総合的かつ相関的に判断して、詐害行為の成否を決すべきだとする主張が有力となりつつあるし、判例もまた、事実上そのような総合判断、相関判断のうえにたって処理しているようである」とする。また、下森・前掲書注5、795頁等も同旨。

¹¹⁶ 前注105参照。

¹¹⁷ ただし、アメリカと同様、精密化させる必要も無かったのかもしれない。

¹¹⁸ 前注111参照。

中は、「ほんらいは詐害行為取消権の本質的内容をなすことがらではないのであるが」と前おいた上で、議論を行っている点に留意が必要である。すなわち、この「後始末」の問題について、「執行法の問題であって、詐害行為取消権の問題ではない」と考えているようである¹¹⁹。これは、後に述べる訴権説——詐害行為取消権を、実体法・訴訟法・執行法上の権利の混合したものとする——とは対蹠的である。

4.3 下森論文の議論^{120 121} (1959、1967)、中野論文の議論¹²² (1960) ——責任説

責任説の基本的発想も、川島以来の「詐害行為取消権の目的実現のための最適な取消し」（目的論的考慮）である。逸出した資産を債務者のもとの「わざわざ取戻さなくても、取消の相手方の所有乃至名義そのままの状態、当該財産が取消債権者のための責任財産たる地位にあるような法律状態を作れば、それで制度の目的は充分達成しうるのではなからうか」¹²³というものである。そして、この制度の目的を実現たらしめるのが責任説であるということになる。

4.3.1 存在意義

そしてその基本的な帰結を導く目的論的考慮に関する発想はこうである¹²⁴。

近代法においては債務者にその財産に対する排他的な支配権が与えられており、債権者は債務者の責任財産に対して単に抽象的な執行可能性を有するのみである。故に、破産宣告や強制執行が起こるまでは、債権者は債務者の行為の帰結を甘受しなければならない。

¹¹⁹ このような論理は、既に、鳩山・前掲書注3（1924）、177頁に見られる。

¹²⁰ 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）、志林57巻3号4、176頁（1960）、下森・前掲書注5、790-791頁。

¹²¹ 下森定「債権者取消権に関する一考察」私法29号281頁（1967）。

¹²² 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）。

¹²³ 下森・前掲注121、282頁。

¹²⁴ 下森・前掲注120、志林57巻2号80-82頁。

こうして、債務者の財産についての権利帰属状態により、債務者の責任が決定するが、詐害行為によって失われるのはこの責任の喪失である（責任法的反射効¹²⁵）。この詐害行為を無制限に認めると、信用を与えた債権者の期待が裏切られ、債権関係をその背後で支えている責任秩序が破壊されることになってしまう。

そこで、責任秩序維持のために、詐害行為取消制度が存在することになる。下森は以下のように述べる。

制度の法的根拠を単に個々の私的な権利や契約関係の保護に求めたのでは理解できず、それを超えた、いわば公的な責任秩序の維持と結びつけてはじめてよく理解できるのではなからうか。¹²⁶ (圏点、本稿筆者)

この考え方によると、権利の帰属自体（所有権の帰属先）は変えずに、責任財産秩序だけを維持する（受益者に責任を負わせる）ことが、適切な法的帰結となる。

4.3.2 法的帰結

果たして、効果論については、行為自体の効力を奪わず、責任法的反射効を切断する（責任法的無効）とする¹²⁷。すなわち、財産の帰属は変えずに責任関係を変動させるとするわけである¹²⁸。

具体的には、詐害的な財産譲渡が発生した時に、所有権を受益者に保ちながら¹²⁹、受益者は債務者が債権者に有していた責任のみ負うことに

¹²⁵ 下森定〈紹介〉「G・パウルス「債権者取消権の意義と諸形態」」志林56巻5号203頁（1959）206頁にいう Paulus の説。

¹²⁶ 下森・前掲注121、284頁。

¹²⁷ 下森・前掲注120、志林57巻3＝4号222頁等。

¹²⁸ 中野・前掲注122、54頁等参照。

¹²⁹ 形成権＝取消権説によれば、取消権の行使により、絶対的または相対的に無効となり、所有権が債務者に復帰することになる。また、純粋な請求権＝債

なるので¹³⁰、受益者は、債務者の責任財産を所有するものとして、債権者によって執行を受けることになる。

これは、川島説以来の、「受益者は、債権者に対してその詐害行為の有効を対抗し得ない」から導かれる結論と、実質的に、同じである。結局、これらの説は、判例の立場である424条の「取消」の意味を“相対的無効とするまでもない・債務者のもとに受益者の詐害的受益を取り戻すまでも無い”と考えるわけである。これにより、受益者のもとにある財産に対して執行を行うことになるので、詐害的譲渡の対象物が不可分である場合において、その全部取消し¹³¹の必要はなく、一部取消しと同様の効果を発生させることができるということになる¹³²。

また、訴えの性質については、詐害行為取消権を責任関係を変動させる形成権とすることから、形成訴訟によるということになる¹³³。具体的な、権利行使のプロセスについては、以下のようになる。まず、実体法上は、取消しによる責任関係の変動によって、受益者は、債権者達の物上保証人と同様の地位に立たされることになる¹³⁴。次に、取消債権者は、

権説によれば、取消権者は債務者に所有権を復帰させることを請求する権利を持つことになる。これらの説は、結果的に、詐害的譲渡の対象物を、最終的には、債務者の下に回復させることを目指しているという意味において、責任説によれば、過剰な効果を与える説であるということになる。

¹³⁰ 下森・前掲注120、志林57巻3＝4号222頁等参照。

¹³¹ 最高裁昭和30年10月11日民集9巻11号1626頁は全部取消しが請求された場合は全部取消しを認める。

¹³² 下森・前掲注121、286頁には、判例理論によっても、価格賠償請求権を認めることによって全部取消しを回避することができるが、当然に価格賠償を命じうるのかは問題になるとある。近時は、価格賠償が積極的に利用されているようであるが（東京地裁平成11年12月7日判例時報1710号125頁。ゴルフ会員権に関する預託金返還請求権を被保全債権として、営業譲渡に対して詐害行為取消権を行使する事案。ただし、この事案においては価格賠償が請求されている）、釈明権によって誘導されているのであろうか。

¹³³ 中野・前掲注122。下森・前掲注120は、当初確認訴訟としていたが、中野説を容れて、形成訴訟説に改説したとある（下森・前掲注121）。

¹³⁴ 下森・前掲注5、790-791頁。なお、責任的取消しとの関係では絶対効となる（下森・前掲注5、790-791頁）。さらに、詐害行為が取り消され、責任関

受益者の手中にある詐害的に譲渡された物に対する執行の債務名義となる責任判決（執行忍容判決）を、取得することになる。そして、これら二つの訴訟は併合提起することが可能であるので、この目指す結果は一回の訴訟で実現できるということになる。さらに、責任判決を債務名義として、強制執行を行う。その他の債権者は、自ら責任訴訟を提起して、強制執行を行う他、民事執行法51条の要件（責任判決を本案としての仮差押え）を満たせば配当要求をすることができる¹³⁵。

ここから、取消しの後始末としての分配については、総債権者による按分弁済を至当とすることになる¹³⁶。ただし、この点について、下森・中野は、立法論上は、一定の問題があるとする¹³⁷（後述）。

4.3.3 小括

①存在意義について、責任説は、「責任秩序の維持」を挙げる。彼らによれば、詐害行為取消権は、私的な権利や契約関係を越えた、公的な責任秩序の維持の為に存在する¹³⁸。これは、石坂や雫本論文¹³⁹に言う「一般信用」のための詐害行為取消権の思想をこの時点において確認したものととして意義がある¹⁴⁰。

係が変動することによって、その目的は達せられるとする（下森・前掲注120、志林57巻3＝4号227-228頁）。この責任関係の変動は、取消債権者の債権額に限られず、現実の執行の範囲が債務名義（債権額）に限られるとする。そして、他の債権者は、その取消債権者の債務名義の範囲において配当加入を認められ、それ以上の分配を得るには別途責任訴訟を要することになる。この場合においては、詐害行為取消訴訟を提起する必要はなく、責任訴訟で足りる点で実益があるとす。

¹³⁵ 平井・前掲注65、182頁、186頁、注29参照。

¹³⁶ 中野・前掲注122 88頁。

¹³⁷ 下森・前掲注120、志林57巻3＝4号226頁、236頁等。中野・前掲注122、94頁、注16も同旨。

¹³⁸ 前注126参照。

¹³⁹ 雫本・前掲注39。

¹⁴⁰ 雫本はこの「一般信用の維持」を衡平の内容としているのであるから、既に、ほぼ責任説の言う存在意義と同じものを提案していると評価できる（ただし、

②そして、「効果論」については、学説の「目的実現のための最適な取消し」の思想にのっとり、取消しの効果としての責任法的無効を提唱する。その言わんとするところは、詐害行為は有効にしつつ（資産の帰属先は変えずに）、しかし、受益者はその行為の効果を取消債権者（または一部債権者）に対して、完全には対抗できないとするものである。具体的には、取消債権者は、受益者の名義¹⁴¹にある受益者の占有資産に対する強制執行をすることができる。

③さらに、「取消しの後始末」については、「総債権者」の解釈により、受益された資産の強制執行に関する配当加入を、「平等主義」的に債権者に認めることになる（按分弁済）。

ただし、この帰結が生み出す平等主義的な解決について、下森は、立法論上は問題があるとする。このことについて若干敷衍しておこう。

下森は、以下のように述べる¹⁴²。

吾が民法の建前では、まず債務者の責任財産を復元し（ここまでは法的保護の直接の目的であり内容である）、然るのちに一般の規定にしたがって（例えば、債務名義なき場合は債務名義を得た上で、あるいは、期限未到来の債権においては、期限が到来した上で）、他の債権者と同等な立場で任意的もしくは強制的弁済を受けることとなっているのである。因みに、立法政策上かかる建前をとることの是非については問題があるといえる。吾が民法の如き制度の下においては、取消債権者は総債権者の為に「身を殺して仁を為す」の趣きがあり、自己の権利保全に熱心な債権者の保護に薄すいものという感が深い。（圈点、本稿筆者）

「責任秩序」を守るのは、「一般信用を維持するため」という関係にある）。これが本文において、責任説は、存在意義について雉本説を確認したものであると評価する所以である。前注41も併せて参照されたい。

¹⁴¹ 名義を債務者に変える必要はないとするところが判例の相対的無効論と異なる。

¹⁴² 下森・前注120、志林57巻3＝4号226頁。なお、この規範認識は、236頁においても示されている。

これについて二点確認して置こう。

③-1まず、下森は、詐害行為取消権の直接の目的を責任財産の保全（責任財産の回復）であるとして、そこからの分配の問題（本稿における後始末の問題）を間接の目的としている点である。この傾向は、先の山中論文にも見られたものである。この点も、既に雉本の議論についての検討において述べたが、「一般信用」「責任秩序」の維持を保護法益とするならば、権利のあり方が「一般信用や責任秩序」に資するように機能するのかという観点からの議論が必要となるはずである。

しかし、その観点からの検討は加えられず、「取消しの後始末」の問題に日本の執行法特有の主義である「平等主義」と結びつけ、「総債権者の利益の為に」を「按分弁済」と解釈する姿勢は起草時¹⁴³以来変わらない¹⁴⁴。

③-2他方、にもかかわらず、権利の保全に熱心な債権者の保護に薄すいとして、425条の存在を立法論上批判している点が注目される。さらには、責任説においては、詐害取引法を執行法の準備段階として位置付けていることから窺えるように、「執行に関するルールも詐害行為取

¹⁴³ 梅謙次郎『民法要義 卷之三』（有斐閣、1897；明23）83-84頁は、『取消の効力は当時既に債権者である者のみならずその後に債権者となった者のためにも生じて皆その利益を受け』『単に債務者の財産中よりふとうにいでたるものを取り戻し、再び債権者の財産中に入れるにすぎず、あえてそれによって特定の債権者に特権を与えるものではない。故に通常の債権者は皆平等にその権利を行使することができる』としている。すなわち、取消し後の分配の問題において、取消しの効果は、①詐害的に譲渡された物を債務者のもとに取り戻し（権利の帰属を戻す）、②それを総債権者の引当てたらしめ（責任の対象とする）、③平等の弁済を与える（平等に分配する）ということになる。この分析を、ここでは確認しておく。ちなみに、請求権＝債権説・責任説・訴権説は、①については重要な要素ではないとする。

穂積の見解は梅と同旨である。しかし、富井は、上記見解に対して、優先弁済説を支持する。法典調査会においては、穂積と富井の間で議論が行われ、穂積（と Boissonade）の説が採用された。梅は欠席している。これらの点については、大島・前掲書注2、121-125頁参照。

¹⁴⁴ 権利実現のプロセスについては、前注135参照。

消理論に包摂される」ことについて意識され始めている^{145 146}。この価値判断——「優先主義」「執行段階まで詐害行為取消しの問題として捉える」——は、後の大島論文、平井論文にも受け継がれ、立法論ではなく解釈論として、昇華されることになる。

④また、この考え方は、川島以来の、詐害行為取消権という制度の持つ「強制執行の準備」という機能を直視した帰結であるが、詐害行為取消権を取り巻く債権回収に関わる制度として、個別的債権回収手続きとしての「強制執行」あるいは、集合的債権回収手続きともいべき法的倒産手続としての「破産」（解体清算）のみを念頭においたものであることには留意しておこう。

4.4 昭和初期—中期の議論の小括

—「最適な取消し思想の踏襲」による「相対的無効論・性質決定論の希釈化」—

この時代の議論は、先の時代によって確立された「詐害行為取消の目的実現のための最適な取消し」の思想（目的的考慮）を踏襲することになる。そして、これを徹底することを至上命題として発展しているように思われる。このことは、川島以後の学説に、二つの特徴となって顕著に現れることになる。

¹⁴⁵ 佐藤・後掲書注149、286頁は、以下のように述べる。

「いわゆる責任説の提唱者である下森教授及び中野教授はドイツにおいて有力となりつつあるあるが、通説とはなっていないパウルス責任説の紹介を通じてドイツの通説・判例の採る執行忍容の訴えという制度を日本に紹介した。ここにおいてはじめて、詐害行為取消権の実体法上の効果と強制執行法上の効果とのつながりが明確に意識され始めたと言ってよいであろう（圈点、本稿筆者）。しかしながら、日本の責任説は詐害行為取消権を「訴権＝アクチオ」として明確に認識してはいないようである」。

したがって、「詐害行為取消権の効果を訴権法的視角から検討して—即ち、実体法上の効果と訴訟法上の効果（さらに判決手続と強制執行手続とに分かれる）の両者を視野に入れて—その解釈試論を呈示することにした」。

¹⁴⁶ このことは、佐藤の訴権説の持つ基礎理論的意義からも窺える。これについては、後述する。

①まず、これらの学説は、424条の「取消」の意味について、特徴的な理解を示す。すなわち、先の時代に確立した判例・通説が「取消」の意味を「相対的無効」と考えるのに対して、この時代の学説は、「相対的無効」とする必要すら無いとして、「有効であるが、債権者の執行に対して、受益者が対抗し得ない」と解すべきとする。「最適取消し」のためには、無効という過大な効果は不要であるというわけである。

②同時に、ここに、先の時代に顕著に見られたところの、「詐害行為取消の目的」⇒「性質決定論」⇒「その性質に見合った法的帰結を導く」というアプローチから、「性質決定論」が抜け落ちていることが確認される。これは、「詐害行為取消の目的」に最適な「法的帰結」を考えれば済むので、「性質」という中間概念を介在させる必要は無いことが意識されてのことだろうか。その背後には、立法当初、法典の意味内容を明確にするため・議論のたたき台とするために必要だった「性質決定論」が、その役割を終えたという事情があるのかもしれない¹⁴⁷。ともかくも、「最適取消し」が強調されることによって、「性質決定論」は後退することになる。

③また、「有効であるが、債権者の執行に対して、受益者が対抗し得ない」という言説からも見られるように、詐害行為取消権が執行法の効果と連動することが意識されている。これは、後の訴権説に続く胎動と評価できよう¹⁴⁸。

④ただし、「対抗し得ない」という言説のもとで目指された具体的帰結の意味自体が、責任説の登場時点において、既に変わりつつあることも確認されなければならない。なぜならば、信用社会そのものが変遷しているからである。以下、説明しよう。

¹⁴⁷ 石坂の議論においては、この二つの特徴、すなわち「性質決定論による法的帰結の予測可能性の評価」「法的帰結に対する目的的考慮による修正」が顕著に現れている。まず、石坂は「性質決定」から「法的帰結」がわかりやすく演繹されることが一つの価値として主張している（この点によって、雫本の議論を批判している）。次に、石坂は、「詐害行為取消権」を「取消権＝形成権」としながらも、121条の取消権とは異なる法的帰結をもたらすものとして考えている。

¹⁴⁸ 前注145参照。

先において指摘したように、「対抗し得ない」の目指した具体的な帰結は、受益者の下に詐害的譲渡対象物の所有権を維持したまま——物の帰属を変えずに——、「債権者」の執行の対象にするということである。この法的帰結は、執行手続としての強制執行、あるいは、法的倒産処理としての破産（さらに言えば、解体清算）のみが存在する社会が念頭に置かれている。すなわち、この帰結（責任説）の背後には、詐害的譲渡対象物が取り戻されたとしても、いずれ強制執行が為されるのだから、取り戻されなくても強制執行の対象となるのならばそれで十分であるという実質論が存在する。同様に、倒産処理（破産処理）との関係においても、詐害的譲渡対象物が取り戻された後に債務者が破産するのと、取り戻されずに受益者に対する執行という形で売却されるのとでは、たいした相違が無いという実質論が存在する。

しかし、この責任説が主張された時点（1959、1960）においては、既に倒産法制として一体型再建処理を目指す「会社更生法」（1952；昭27）が、アメリカ法を範として、制定されている。言い換えれば、信用秩序に——「資産の有機的な一体性」を重視する方向への——変化の萌芽が見られるのである。それ故に、理論上は、これら倒産法制が目指し始めた一体型処理と、責任説が前提とする解体型処理との関係について意識し判断することが新たな問題として認識されなければならないという。

具体的にはこうである。この「一体性」の観点からは、債務者の資産が一体として価値があり、その中の重要な一部が詐害的譲渡の対象となったことによってその一体としての価値が喪失させられているような場合においては、取り戻されて一体性が回復した上で処理されること（一体清算・再建）と、取戻されないで受益者の資産として執行売却されること（解体清算）とは、實際上、一般債権者（信用）にとって大きな差が生じる可能性があるということに留意されなければならない。（このことは、再建型倒産法制をより充実させた近時の信用秩序においてはなおさらのこととなる。）敢えて「責任説」に立つのならば、「責任」は、この責任説の主張する具体的な処理によって全うされるのかという、「責任」の内容についての議論が必要となるであろう。この点については、後述する。

以上の現象をより端的に言い換えるならば、詐害行為取消権の存在意義が如何なるもので、それを実現する効果は如何なるものかを考える契機となる社会の変容が、この時点で既に存在しているといえよう。

以上では、この四点のみを確認して、その他の点については、これらの点について、更なる展開が見られる佐藤論文の議論を参照した後に、改めてまとめることにする。

4.5 佐藤論文の議論¹⁴⁹ (1987、2001) —— 訴権説

4.5.1 法的帰結

佐藤の議論も、その基本的発想は伝統的な「目的実現のための最適な取消し」である。そして、目指す帰結は、川島・竹屋・下森＝中野と変わらない。すなわち、「取消判決の結果、受益者は、債務者との詐害行為の有効性を総債権者との関係で対抗できない」とする。具体的には、「原告債権者は、受益者を被告として、詐害行為訴訟を提起する。そして、右の勝訴判決を受益者に対する債務名義として、受益者の登記名義になっている不動産に対して強制執行を行い、その強制執行手続の中で被保全債権の弁済を受ける」¹⁵⁰とする。

そして、佐藤は、この結論を、424条の詐害行為取消権が「訴権 actio」に由来するものであることを理由として¹⁵¹、そのまま訴権として理解することによって実現しようとする。これによれば、既存の理論の中では、最短のルートで実現できるという。すなわち、先述した、責任説(下森・中野)では、424条の詐害行為取消権を責任関係の変動をもたらす形成権と理解していたことから、取消訴訟(形成訴訟)と、受益者の有する資産に執行を行う執行忍容訴訟を行う¹⁵²ことが必要(合計2回;ただし

¹⁴⁹ 佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』(東京大学出版会、2001;ただし初出は1987である。本稿においては改訂後の2001を使用する。)

¹⁵⁰ 佐藤・前掲書注149、307頁

¹⁵¹ 川島・前掲書注81の説示を踏襲したものである(前注83も参照されたい)。また、前注85において説明したように、佐藤論文においては、「訴権であること」という事実に対する評価が、川島におけるそれよりも積極的になされている。このことが佐藤の訴権説を理論にまで高めているように思われる。

¹⁵² 債権者は債務者に対する債務名義によっては、受益者に詐害的受益の帰属

併合可)となるのに対して、訴権説では、424条の詐害行為取消権を訴権と理解することから、その行使が執行忍容訴訟となり、そののみを行えばよいことになる(合計1回)^{153 154}。

さらに、取消しの後始末としての効果論、すなわち、425条の「総債権者の利益の為」の解釈についても新たな積み上げを行う。詐害行為取消権が「訴権 actio」であることから、取消しによって、訴訟法上の効果である「判決効の拡張」が起り、そして、総債権者が「債権者平等」の原則にしたがって按分弁済を受けることになるとする¹⁵⁵。これについては、続く検討において、若干、分析を深めよう。

4.5.2 検討——訴権説の意義と存在意義の関係を中心として

佐藤は、学説の基本路線である「目的実現のための最適な詐害行為取

(所有権)を認めたまま、当該受益に対して執行を行うことはできない。すなわち、受益者に執行しようと思えば別個の債務名義が必要となる。その債務名義獲得のための訴訟が執行忍容判決である。

¹⁵³ 佐藤・前掲書注149、307頁の記述を参照されたい。佐藤は、形成権＝取消権説だと3回の訴訟を、請求権＝債権説及び折衷説は2回の訴訟を要するとする。すなわち、形成権＝取消権説によれば、取消し・取戻し・給付(3回)、請求権＝債権説及び折衷説によれば取戻し・給付(2回)ということになろう。

¹⁵⁴ これに対して、前田達明「詐害行為取消訴訟試論」判例タイムズ605号2頁(1986)2頁は、実際の訴訟においては、「形成訴訟と給付訴訟(あるいは責任訴訟)の併合審理というのと同じことになる」と批判を行なう。その理由は、以下の通りである。①訴権説の立場で請求を認める判決主文は、「取消判決」というのだから「…取消す」と書くことになるはず(さまなければ既判力を得られない)であるが、②同時に、受益者・転得者に対してそれを債務名義として執行を行い得るとするのであるから、給付文言も挿入しなければならない。結局、主文には、取消し・給付の文言が入ることになり、詐害行為取消訴訟は取消訴訟と給付訴訟の併合形態となる。

¹⁵⁵ 実際の権利実現のプロセスは、こうである。訴権の行使としての執行忍容訴訟の勝訴判決を債務名義として、受益者の詐害的譲渡に関わる資産に対して執行を行う。その他の債権者には、勝訴判決の判決効が拡張し、取消債権者の判決を債務名義として執行を行い、また、民事執行法51条の要件の下、配当要求を行うことになる。この点については、平井・前掲注65、182-183頁、186頁、注30参照。

消権」(目的的考慮)を踏襲する。そして、その目的についても、同じく「受益者は、詐害行為の有効性について、債権者には対抗し得ず、取消債権者は受益者の資産に対して直接執行を行うことができる」とする。さらに、佐藤説の特長は、この目的を、従来の構成上無理のある手段とは異なる手段、すなわち、詐害行為取消権を「訴権 actio」と性質決定することによって実現することにある。

これに対しては、結局、「訴権」であるという性質決定が、先述した結果(目的)にとって、必ずしも論理必然のものではないことから、「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うとは思われない」と批判¹⁵⁶が行われることになる。現に、責任説は詐害行為取消権を訴権と理解するわけでもないのに同様の結論を導けるではないか、というわけである¹⁵⁷。

4.5.3 訴権という性質決定の意義——存在意義的視点から

そこで、以下では、存在意義に関する議論との関係においてのみであるが、まず、佐藤論文が詐害行為取消権を訴権であると性質決定したことの意義を明らかにしよう。佐藤論文は、その沿革研究の中で、ローマ法・フランス法・ドイツ法・アメリカ法における詐害行為取消権¹⁵⁸の扱いの調査を行っている。こうである。まず、ローマでは同権利が訴権として発生し、それがフランス・ドイツに踏襲されたことが導かれる。次に、フランスではそのまま訴権として発展し¹⁵⁹、ドイツではBGBの制

¹⁵⁶ 詐害行為取消権を訴権とせずとも、同様の効果を導けることは先述している。例えば、責任説を参照されたい。果たして、責任説を主張する下森・前掲書注5、792頁に、この批判が記述されている。その他、前田・前掲注154も同様の批判を行っている。

¹⁵⁷ 前掲注156。

¹⁵⁸ ただし、ドイツにおいては債権者取消法・アメリカにおいては詐害取引法(UFCA, UFTA)である。

¹⁵⁹ これは、ポアソナードによって旧民法に導入された。その際に、ポアソナードは、フランスにおける説の中の一つである絶対的効力説(Colmet de Santerre；資産が債務者に戻ったと見なして、総債権者の引当てとする。判決効も総債権者に拡張する)を導入したことが佐藤によって証明されている。そして、通説的見解であった

定により民法典に取消権（形成権）が明文化されることになる¹⁶⁰。その頃から、ドイツにおいては、「訴権」を「実体法・訴訟法・執行法」とに分解する思考が登場したが、それでもドイツ・フランス両国においては、同じく「詐害行為の有効性を、その受益者は債権者に対して対抗し得ない」という法的帰結を実現することになる。

ここに、実体法と手続法（訴訟法・執行法）とが分化されて理解されている現代（特に日本）において、あえて詐害行為取消権を訴権であるか、訴権であったと宣言することの意義が見出せる。すなわち、その意義とは、以下のものであろう。

詐害行為取消権は、訴権——今でいう実体法・訴訟法・執行法にまたがる——の内実を持っており¹⁶¹、これは、今でいうならば、その担わされている実体的な目的を、実体法・訴訟法・執行法を有機的に関連させつつ実現するものである。訴権であったことを認識することによって、記述的 positive には、詐害行為取消権という訴権によって実体法・訴訟法・執行法が有機的に運動して実現しようとした目的に思いを馳せることができるようになる。さらに、規範的 normative には、その実体的な目的¹⁶²を指導原理として、実体法・訴訟法・執行法上のあらゆる手段を使って実現するべきである¹⁶³という思考に繋がる。

訴権説には、以上の基礎理論——訴権と呼ばれるものには、今でいう実体法の要素が混在しているので、実体関係を規律するものとして考えなければならない、手続法の要素が混在しているので手続を規律するものと

相対的効力説（Demolombe；判決効を原告取消債権者のみに及ぼさせる）は、導入されなかった。以上のフランスの学説については、佐藤・前掲書149、98-106頁に詳しい。また、日本への導入については同123-125頁、250-257頁等に詳しい。¹⁶⁰ 日本においては、ドイツに倣い民法121条の「取消権」が創設された。この出来事にあわせて、ドイツでは物権説が登場したが、同様に、日本においても形成権＝取消権説（石坂説）が主張されることになる。

¹⁶¹ 前注145参照。

¹⁶² この法理は、結局、如何なる問題を如何にして解決したいのか、ということ。

¹⁶³ 各国において、法理の目的があらゆる手法（実体法・訴訟法・執行法）を使って実現されていることは、佐藤論文に記述されている。

しても考えなければならない——としての意義があると評価できる¹⁶⁴。この基礎理論によって、今のように「実体法と手続法」に分化されるに当たって、当初法理の持っていた重要な意味内容が捨象されなかったのか、についてはじめて、認識・評価の対象とすることができるのである¹⁶⁵。

4.5.4 佐藤説の存在意義的特徴——沿革研究と存在意義論の回避・既存の規範への準拠

そして、以上のように「訴権であると宣言すること」の意義を考えるならば、まず、訴権によって実現されている、または実現すべき、「詐害行為取消制度の実体的な目的」とは如何なるものであるか——存在意義——が問題になる。そして、次に、その存在意義に照らして、如何にその権利の内容・要件効果を設定するのが望ましいかが問題となる。

ただし、佐藤論文では沿革研究のアプローチが意図的に採用されているため、以上のような行論からすると先決問題であったところの、詐害行為取消権の実体的な目的（存在意義）が如何なるものか、一体この法理は社会に如何なる働きかけを持っているのかという問いへの答え（存在意義）については、既存の学説に準拠していると考えられる¹⁶⁶。結果、

¹⁶⁴ 責任説は、訴権説と同じ結論を導くものであるから（さらに結論においては責任説を援用したものであるとも評価できることは後述する）、訴権説が訴権であると宣言したところで、批判たり得ないであろう。したがって、前注156のような批判を行うことになるのは自然なことである。

¹⁶⁵ 実際に、佐藤は、そのアプローチによって、現行民法典起草時において、詐害行為取消権の持つ判決効拡張機能が、捨象されてしまったことを導出する。ただし、このような訴権理論の理解は、本文にて再三注意したとおり、本稿筆者による存在意義論的な加工によったものである。佐藤の真意に沿うものであるかは不明である（現に、佐藤論文は制度の存在意義よりも沿革を重視しているように窺える）。もし、誤った理解であるならば、それは本稿筆者による訴権説の可能性についての別個の論考として了解されたい。

¹⁶⁶ そもそも、佐藤論文においては、制度の設計（存在意義）から各要件効果論に至る行論が、設計のあり方については伝統的な議論によっても明らかになっていないことを理由に、避けられ沿革研究を行うことが明示されている。その結果、説得的に詐害行為取消権が訴権であることが証明されており、佐藤のアプローチにとって存在意義を深める必要は全くないことは注意を要する。

この時期の他の学説（責任説）の到達した帰結と結論的に同じになるのは自然なことであろう。そして、この点において、先述してきた、既存の学説における存在意義に関する議論の不完全性まで継受していることになる。このことが、次に述べる「取消しの後始末」の問題において、また、さらに後に述べる「受益者に対する執行忍容という帰結」に影響していると評価できよう。

4.5.6 佐藤説の存在意義的特徴——規範認識

さらに、佐藤は、訴権であることから、その効果論において、まず、総債権者が、詐害的譲渡の対象となった資産を引当てとできるようにと、「総債権者に判決効が拡張される」という法的帰結を導く。この点について、佐藤は詳細に沿革をたどり、結論を導く。

すなわち、旧民法草案起草時において、ボワソナード Boissonade が、当時フランスに存在していた効果論についての絶対効説（Colmet de Santerre；総債権者に対して判決効が拡張する）、相対効説（Demolombe；判決効は拡張しない）のうち、前説を旧民法に採用した¹⁶⁷ことが、新民法に受け継がれたが、判決効については新民法立法者の理解不足により忘れ去られたとして、前説の理解にしたがって、判決効の拡張を認めることを主張する。

この判決効の拡張という帰結を、取消権を訴権であると性質決定することによって導くのであるから、その行論の背後には、先に述べたように、目的をあらゆる手段を使って実現すべきという規範理論を潜ませていることになる。具体的には「判決効を拡張するほうが法理の目的に資する」というものであろう¹⁶⁸。要するに、結局、要件・効果は訴権によって効率的に実現された目的の現われと位置付けられることになる。

本稿は、この存在意義（設計）のほうに注目して分析を行うものであるから、佐藤論文の補強にこそなれ、それに対する内在的な批判には結びつかない。

¹⁶⁷ ちなみにフランスでの通説は、後説であるので、Boissonadeの採用は独断だとされる（佐藤・前掲書注149、98-106頁、前注159、平井・前掲注65、190頁等）。

¹⁶⁸ ただし、この部分について、佐藤は、既存の学説・判例によっているのかもしれない。そのことを伺わせる記述が佐藤・前注149、320頁にある。

4.5.7 規範認識の現れ——425条論における平等主義的解決の検討

この目的の現れたる取消しの後始末について、425条は「債権者平等の原則を定めたものである」として、取消債権者を含めた総債権者による按分弁済(以下、「平等主義的解決」と記す)を主張することになる¹⁶⁹。そして、425条の「総債権者の利益のために」の法的帰結を平等主義的解決であると理解すべき理由については、幾つかのものを挙げている。

(i) まず、鈴木論文¹⁷⁰の「個別執行において、複数の債権者が存在する場合に、複数の債権者全員が特定の執行の目的物の換価代金からの満足を得ようとし、しかも換価代金が複数の債権を全て満足させるには足らぬ場合が『債権者平等の原則』の問題となる一場面である(圏点、本稿筆者)」という記述を大前提とし、各学説が詐害行為取消権の行使方法を論じる箇所「目的物が不動産の場合は強制執行をしなければならない旨を説くテキストが多い(圏点、本稿筆者)」ことを小前提として、詐害行為取消しの後始末の場面が「債権者平等の原則が問題となる一場面ではないだろうか」¹⁷¹としている。

(ii) 次に取消債権者が「優先権を持つものではないことを抽象的に記した」とされる梅体系書が、物権と債権の違いについて、債権は優先権を持たず、強制執行において引当て財産が不足する場合においては按分弁済をもたらすものである¹⁷²ことを記述していることから、詐害行為取消権の後始末には債権者平等の原則が適用されるという帰結を導く¹⁷³。

¹⁶⁹ 実際には、③についても「債権者平等」を根拠に結論を導くが、本稿における行論上順序を逆転させた。すなわち、佐藤説においては、「債権者平等」を実現するのが425条で、具体的には「判決効を総債権者に拡張」し「取消債権者と総債権者に平等弁済を与える」ことになる。

¹⁷⁰ 鈴木緑弥『債権者平等の原則』論序説』法曹時報30巻8号1頁(1978)。

¹⁷¹ 佐藤・前掲書注149、318頁、同354頁における注145参照。

¹⁷² 梅・前掲書注143、3-4頁。

¹⁷³ 加えて、梅・前掲書注143、83-84頁の「民法425条」には、「廃罷訴権の効力は単に之を行いたる者のみの為に生ずべきか又他の債権者のために生ずべきかは一問題なり然れとも本条に於ては其効力は総債権者の為にも生ずるものとせり例えは債務者か其所有の不動産の譲渡に因りて無資力と成りたる場合に於いて其譲渡の取消は当時既に債権者たりし者の1人より之を請求したりとする

(iii) さらに、「フランスにおける絶対的効力説¹⁷⁴の主唱者である Colmet de Santerre が『債権者平等の原則の原型』と目されるフランス民法2093条を、その説の根拠条文に挙げていること」を根拠にする¹⁷⁵。

(iv) また、商人破産主義を採用していた当時のフランスにおいて、簡易な破産の機能を営ますために絶対的効力説が主張されたこと、破産法を持たなかった日本において¹⁷⁶、Boissonade も同様に考えたことな

も其取消の効力は「当時既に債権者たりし者の全員のみならず其後に債権者と成りたる者のためにも生じて皆その利益を受くべきものとす是れ他なし廢罷訴権は単に債務者の財産中に入るるに過ぎずして敢えて之か為めに或債権者に特権を与ふるものに非ず故に尋常の債権者は皆平等に其財産に付いて其権利を行うことを得ずんはあるへからず」とある。

¹⁷⁴ これがポアソナード Boissonade を仲介して旧民法・新民法に受継がれたとする（前注159）。

¹⁷⁵ 佐藤・前掲書注149、355頁における注145参照。

¹⁷⁶ 破産法は1922（大正11）年交付（施行1923；大正12）、旧商法破産編は1890年（明治23）公布（施行1893；明治26年）、旧民法は1890年（明治23）公布であるから、旧民法起草時は、旧商法の商人破産主義が念頭にあったか、そもそも破産法が念頭に無かったかのいずれかであろう。

この時期は、一般私人の破産処理手続きが弱く、民事執行法における債権者平等原則は、簡易な破産処理法としての機能が民事執行法に期待されたことの現れと評価し得るであろう。ただし、本文にて後述するように、分析的に見れば、倒産法制（信用秩序）の現れとしての破産法と債権者平等原則（按分弁済・平等弁済）は、目的と手段の関係にあり、場面によっては乖離・対立する。このことは、道垣内・後掲書184にも描かれていると評価し得る。この論文において、道垣内は、買主の倒産時に問題となる売主による所有権留保の効力について、買主の他の一般債権者との関係を規律する債権者平等原則に反する所有権留保の効力を認め（これは、債権者平等原則には反する）、さらに、会社更生の場面において、所有権留保売主の連鎖倒産の恐れがある場合には、取戻権を認める。これは、倒産法制（信用秩序）の要請から、債権者平等原則の例外化や倒産時の優先的処遇が導かれることを意味している。すなわち、信用秩序を実現する破産法（倒産法制・信用秩序）の要請と、債権者平等原則は、目的と手段の関係にあり、目的の限りで、手段である債権者平等の原則は維持される関係にあるので、理論的に見れば、場合によって、破産の要請と債権者平等の原則は乖離・対立することになる。

同時に許害行為取消権によって偏頗弁済を取り消すという考え方も破産法と

ども理由として挙げられている。

以下、これらの理由について検討しよう。

(i) について、鈴木論文の主眼は、債権者平等の原則というものを、結局のところ、結局、実体法上の優劣を区分けを経た後に残った同じものを同じに扱うという射程の狭い原則であること述べるものであることに着目しなければならない。すなわち、まず、同一順位の金銭債権者間での個別執行においては、その優劣は執行法上の政策に委ねられるべきもので実体法上必然のものではなく、次に、現行日本法の執行手続きにおいてはフランス平等主義的按分弁済が行われているが、これも解釈上導かれているにすぎないものであること¹⁷⁷や、さらに、当然に、実体法上同一順位ではない債権については当然に優先劣後の問題が生じるものであること¹⁷⁸や、最後に、破産の中ではその実体法上の優劣の区分けの問題は顕著に生じ、優先権を持つ者が債権の回収を行った後に残った同一順位の債権者間の弁済に適用されるものが債権者平等の原則であるに過ぎない(「残りカス同士の平等」)ことを述べるものである。詐害取消権行使債権者とそれ以外の債権者との間に、同じものを同じに扱うという債権者平等の原則が適用されるべきと見るには、取消権行使者とその他の一般債権者とを「同じもの」と見る必要があるが、鈴木論文はそれについては言及をしていない。この両債権者を同じものと見るか違うものと見るかが、ここにおける最も重要な点であるが、これについて佐藤は行論上、既存の学説の判断によっていることになる。この既存の学説の価値判断は、もともと「一般債権」であり、「取り消されて債務者のもとに資産が取り戻されたなら」執行の問題になるという単純な理解によっている。すなわち、これらの学説の理解は、実体法的に取り消されたら債務者のもとに資産が復帰することになるので、後は、執行の問題

関係している。この点については、後に分析を行う。

¹⁷⁷ ただし、現行執行法(1978、80年施行)においては、互いに配当要求を認めるという形で、平等主義が明定されている。

¹⁷⁸ 鈴木論文における金銭債権者間で債権者平等が問題となる例として挙げられている具体例自体が、既に、同順位の債権者同士である場合についての例であることに注目されたい。

として処理するのが通常であろうというような実体法・手続き法分断思考を前提としているのである。その実体法・手続法分断思考によって、訴権から抜け落ちた要素を補うべく佐藤は論を行うが、この場面においては、その批判すべき伝統的学説による結論に対して何ら検討が行われずに追認をしているかにも思われる¹⁷⁹。問題は、取消し訴権行使の効力によって、取消権行使債権者は実体法上通常の債権者と比して如何なる地位に立ち、そのことが執行手続きに如何なる影響を与えるのかであるが、この観点を見落としている既存の学説に準拠していることになる¹⁸⁰。(ii)についても、同様である¹⁸¹。したがって、まだ、この観点からは、

¹⁷⁹ 佐藤は、「判決効の拡張」については、佐藤・前掲書注149、322頁にて「民法425条が、判決効の相対性の原則を定めた民事訴訟法115条1項に対する例外を名文で定めた規定である」と解するとしながら、それに対して、「詐害行為の無効を主張し得る債権者のうちで、誰が配当要求できるのかという問題」については、同上・323頁にて、「民事執行法の規定、及び、その解釈によって解決されるべきである」と述べる。前者については、訴権的思考（詐害行為取消権を、その目的の実現のために実体法的・訴訟法的機能を備えた訴権だと考える見方）を徹底するが、後者については、執行法上の一般論（詐害行為取消権という一般信用秩序を担う制度に関わる権利行使の一環としての執行の場面であるという個別事情を捨象した上で、単に、一般債権者が執行を行う場面であるからという理由により、執行法における一般的な債権者についての分配ルールである債権者平等原則が適用されるとする）を持ち込む姿勢を見せている。訴権説の持つ意義ないし可能性（「実体法・手続法分断思考にとらわれない思考」）からすればさらに議論の余地が残されていると評価し得よう。

¹⁸⁰ 近時は、後に述べるように、取消し後の按分弁済について、取消権者を優先させるべきことを主張する学説が増えつつあり、また、この場面についての取消権行使債権者とその他の債権者との実体法的な位置づけを異にすべきかという点についても、前掲170の鈴木論文を受け「比例弁済の前提条件が整えられていない状態の下では、同コストは非常に高くなるが、それを取消債権者に負担させることが妥当かという視点」があり得ること、すなわち、両者はやはり区別され得るという議論も一応は成り立つことが示唆されている（中田裕康「債権者平等の原則の意義」法曹時報54巻2号1283頁以下（2002）、特に1308頁）。本稿は後にさらにことなる視点からこの問題を評価することになる。

¹⁸¹ そもそも起草者は、訴権的思考を理解していなかったのであるから、法理の目的を如何なる手段（実体法・訴訟法・執行法）によって実現するかについての記述の信憑性は薄いはずである。実際に、フランス法を当時正確に理解し

議論の余地があると評価し得よう。

そして、(iii) について、佐藤は、取消しの後始末が「平等主義的解決—判決効拡張」によって行われるという推測を裏付けるものとしてボアソナード (Boissonade) の議論を紹介している。その記述はこうである。

ある者が述べるように、廃罷の利益は詐害行為前の債権者のみに帰属すべきである旨を支持することは、その有利さを誇張することになろう。そのように考えることは、債権者を二つの範疇に分け、且つ、分配すべき財産を二つに分けることになる。右のようなことは破産の基本原則に反する。¹⁸² (圏点、本稿筆者)

この記述は、「詐害行為前の債権者のみ」に、取消しによる利益の帰属 (分配) を与えることに対して異を唱えるものである。すなわち、「詐害行為前の債権者と詐害行為後の債権者」に分け隔てなく判決効を拡張し¹⁸³分配手続きに参加させるべきであるということ以上のことは言って

ていたのは穂積のみであるとある (前佐藤・掲書注149、261-264頁)。穂積はフランスにおける相対的効力説を採り、「取消」とは原告債権者のためにだけ、逸出した財産に対して差押えを許すという効果を生ぜしめるものであるとする。その他のものは、訴権的思考を理解せずに、Boissonade の絶対的効力説を曲解して、取消を121条の (実体法的な) 「取消」の意味に理解していたことが記述されている。それによって、《過剰に》「取消しによる絶対的無効」という実体的効果を与え、《不備として》判決効の拡張を忘れ《法理の目的を実現できない》というのが佐藤の主張になる。

確かに、前注173に挙げた梅の議論においては、誰が分配手続きに参加するかという点と、どの程度分配を受けることができるかという点とが明確に区分されてはいない。

¹⁸² 佐藤・前掲書注149、321頁参照。大島・前掲書注2、120頁も、この部分についての引用を行うが、大島は結論的に取消債権者に優先弁済を与えることを肯定することに留意しなければならない。このように、両論文は、歴史認識を同じくし、規範認識を異にしていることから、「沿革の強調が秩序の構想をめぐる議論の決め手にはならない」と評価するものに森田・前掲書注60、55頁がある。

¹⁸³ 実体法上の請求権的な効力が、総債権者と受益者の間に生じ、そのことに

はいない（特に、取消権行使債権者とその他の債権者の間の分配の程度を扱ってはいない）。結局、「皆が分配の手続きに参加できること」さえ実現できれば、勿論、理解の仕方によってはあるが、このボアソナード Boissonade の指摘する財産が二つに分かれるという問題は発生しないとも十分に言い得る。したがって、以上の理解によれば、分配手続きに参加した「取消権を行使した債権者—詐害行為前の債権者—詐害行為後の債権者」間に、如何なる程度の帰属が生じるのかについては開かれていると理解し得ることになる。すなわち、この言説は「取消債権者—取消権を行使しなかった債権者（以上、詐害行為前の債権者）—詐害行為後の債権者」間の按分弁済についてのものではないという見方もできよう。そうであるならば、この議論だけを持って、「誰が手続に参加し得るのか」「いかなる程度の分配を得るのか」という二つの異なる局面の問題について、前者を「総債権者」、後者を「按分弁済」と評価することには一種の判断が含まれているといえよう。

以上のように、フランスにおける絶対的効力説が、論理的には別のものである“判決効の拡張と平等主義的解決（按分弁済）”について、前者に主眼を置きつつ議論した上で、その条文上の根拠を、「債権者平等の原則の原型」と目されるフランス民法2093条においているのだとすれば、「平等の部分」については、ヨリ実質的な分析が必要となろう。

この問題に関して、確かに、当時のフランスにおいて、この場面においても、平等主義的解決が至当とされていたのかもしれない¹⁸⁴。そして、そのような実体的解決を狙って絶対的効力説が立てられていたのかもしれない。そうであるとする、確かに、平等主義的な解決が、以上の言

ついて判決効が総債権者に拡張すること。

¹⁸⁴ 若干適用の場面がことなるが、道垣内弘人『買主の倒産における動産売主の保護』（1997）303頁には、当時のフランスが徹底した平等主義を採用しており、優先権を得ようと債務者に何らかの働きかけを行った債権者（道垣内論文においては所有権留保売主）が債権者平等の原則によって一般債権者として扱われていたことが記述されている。

そして、この債権者平等の原則は、一般信用を増進させるために存在しており、現在においては、債権者平等の原則はかなりの程度弱められていることも述べられている。

説における Boissonade の真意だとの推論は正当であろう。

しかし、そうであったとしても、その絶対的効力説は、そのフランスにおいても否定された学説なのである。すなわち、債権者平等の原則が徹底されていた時代であればこそ、なおさら取消しによって生じる判決効について当初採用されていたとされる絶対的効力説が、判例・通説により否定され¹⁸⁵、債権者平等の原則を抜けるような解釈が採用されたことの実体的意味は大きい。それは、まさに訴権の解釈として、訴権的な思考により、目的を実現し得ない(すなわち、妥当ではない)学説だと評価されたからだとも言い得る¹⁸⁶。フランスにおいて、絶対的効力説が採用され得なかった理由について、佐藤論文376頁は、フランス民法1351条が「判決の相対性の原則」を定めていた¹⁸⁷からとするが、それは理由の説明としてはまだ補われる余地があると考えられることもできる。なぜならば、訴権だと理解するならば、なおさらのこと、その訴権の効果についての絶対効説の不採用には単なる訴訟法上の意味以上の実体的な意味が込められていると理解でき、そうであるとするならば、実体的な側面からの理由付けが必要となるからである¹⁸⁸。

以上から言えることは、少なくとも、規範的な解釈として、この平等主義的な解決を、正当化するには、ヨリ実質的な理由が必要であるということであろう。

(iv) そこで、平等主義的解決を導く実質的な理由が存在すると考える論者は、こう考えるかもしれない。破産法が存在しない時代においては¹⁸⁹、その代替物として、執行法上の平等主義が観念され、詐害行為取

¹⁸⁵ 佐藤・前掲書注149、104-106、376頁参照。105-106頁には、判例においても、当初、絶対的効力説が採用されていたが、相対的効力説へと変更されたことが記述されている。

¹⁸⁶ 平井・前掲注65、189-190頁はこの点を、指摘していると思われる。

¹⁸⁷ 佐藤・前掲書注149、106頁。

¹⁸⁸ 例えば、フランスにおいて手続法が実体的な意味を持つことを描くものに、**北村一郎**「契約の解釈に対するフランス破産院のコントロール(1) - (10)」法学協会雑誌93巻12号、94巻1号、3号、5号、7号、8号、10号、95巻1号、3号、5号(1976-78)がある。

¹⁸⁹ 又は、破産法は存在しても、破産法が一般的に適用されない時代において

消権による取消しの後始末は、まさに執行の場面であるのだから、そこにおいては、平等主義的な解決が至当となる、と。そして、この言説は、破産法が存在する現代においても、維持され得る。なぜなら、現代においても、簡易な破産処理として、詐害行為取消権行使の後始末を位置付けることができるからである¹⁹⁰。

はと言い換えてもよからう。

¹⁹⁰ 詐害取引法を簡易な破産処理として位置付ける思考は、山中・前注90、544-545頁等にも見られる。すなわち、山中は、544頁にて、以下のように述べる。

ドイツ法におけるように、取消債権者に、他の債権者に優先して、受益者または転得者よりの返還財産につき、その債権の満足をうけうる権利をみとめ、その民事訴訟法が差押質権の成立を認めて差押優先主義をとっているようなところでは、たしかに一理あると思われるのであるが、わが法のように詐害行為の「取消は総債権者の利益のために其の効力を生ず」（425条）とし、強制執行法上はすべて執行に参加しきたる債権者を平等にとりあつかう主義がとられているところでは、かならずしもそうでなくてはならぬという理論的必然性はないように思われるのである。むしろ私は詐害行為のなされた時の事情のいかんによっては、簡単な私的強制執行手続（私的破産の意か一本稿筆者）とでもいうべき平等弁済の手続を詐害行為訴権によって実現させることの方が、かの破産法上の手続をそこでとることがあたかも鶏をさくに牛刀をもってするがごとき感のある場合には、適切妥当なのではなからうかと思うのである。たとえば債務者が債務超過、支払不能、支払停止の状態にあり、しかも知れ樽債権者の数も多くなく、詐害行為訴権によって取戻したる財産が債務者の積極財産中主要なものであるということがごとき場合には、実質的に詐害行為訴権を債務者の財産の簡素な清算手続というかたちにおいて運営することは、大いに考えられてよいことではなからうかと思うのである。

さらに、山中は、弁済を総合判断による取消しの対象であるとすべきとした上、「この問題に関連してひとつの問題がある」として、「取消債権者が自己の債権額を超過するていどに、債務者の詐害行為を取消しうるか」が問題になると述べる。そして、これについて、（原則は肯定できないとしながらも）「425条により参加し配当を要求する他の債権者がありうべきことにかんがみて、それらを考慮に入れて債権保全のために必要なりとみとめえられる限度では、債

確かに、詐害行為取消権の「後始末」は、簡易な破産処理の性質を持つという言説は正当である。しかし、問題は、この“詐害行為取消しが簡易な破産処理の機能を有する”という言説が正しいか否かではない。問題は、この言説が、詐害行為取消権の「後始末」として、平等主義的解決をもたらすものとして正しいか否かである。

結論を先に言うならば、(簡易な)破産機能を持つことは、必ずしも平等主義的な解決には、直結しない。理由はこうである。破産とは、複数の債権者が債務者の資産の分配手続きに参加するという、包括執行手続きのことを意味する。そして、破産であることそれ自体には、その手続きに如何なる債権者が参加するべきか、その手続きにおいて各債権者が如何なる分配を受けるべきかという問題に対する解答は存在していない¹⁹¹。その解答は、当該問題となる債権者にこの場面において如何なる処遇を与えることが信用秩序にとって望ましいのか、に依存している¹⁹²。

すなわち、結局のところ、詐害行為取消権行使の後始末という固有の場面を、破産処理手続きや簡易な破産処理と位置付けたとしても、平等主義的な解決を採用するのが、信用秩序にとって望ましいのか否か、すなわち、取消債権者とその他の債権者が平等弁済を受け得るべきか、に

権の数额をこえても取消権を行使しうべきものと解すべきである」と結論する。ここに、詐害行為取消制度を、簡易な破産手続きと見ることによって、それによって、偏頗弁済を禁止し、債権者に対する平等弁済を確保する手段と捉える思想が窺える。

¹⁹¹ 債権者の中には、別除権者として扱われるものもいれば、破産手続きにおいて、優先弁済を受けえる者もいる。

¹⁹² アメリカの倒産法学におけるフレームワークを形成したとされる Thomas H. Jackson, *Logic and Limits of Bankruptcy Law* (Harvard University Press, 1986) を初めとした、各論文 (Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditor's Bargain*, 91 YALE L.J. 857 (1982); Douglas G. Baird, *A world without bankruptcy*, 50 Law and Contemporary Problems 173 (1987) ; DOUGLAS G. BAIRD, *ELEMENTS OF BANKRUPTCY*, Fourth Edition (Foundation Press, 2005)) を参照されたい。また、日本においては、山本和彦＝中西正＝笠井正俊＝沖野眞己＝水元宏典『倒産法概説』(弘文堂、2006) を初め、「倒産実体法」というカテゴリの仕方自体がこの考え方に立っていると思われる。

については、実体法¹⁹³—信用秩序—の問題として、一度考えなければならぬことになる。

これを債権者平等の原則に引き直して言えばこうである。債権者平等という原則は、同じものを同じに扱う原則なのであるから、違うものについてはその原則は適用されない¹⁹⁴。たとえ、破産が、通常の一般債権者間に、債権者平等の原則の適用をもたらすとしても、問題となる債権者が、その原則の適用にふさわしい一般債権者と同じものなのか、それともそうではないものなのか、について、まず答えなければならない。その先決問題こそが、ここにおける問題なのである。一般債権者と評価すべきか否かが問題になっているにもかかわらず、「一般債権者」であることを理由に結論を導くのは循環以外の何ものでもない。

まとめると、詐害行為取消権行使の後始末が、簡易な破産処理の機能を持つという事実から、全く相反する二つの結論を同等程度正当に導けるのであるのだから、この二者択一の問題において、同権利が「破産処理機能」を持つと性質決定をすること自体には、「実体法上」は何の意味も無いことになる。そして、この場面において、詐害行為取消権に包括執行としての機能——破産処理機能——を営ますために少なくとも、必要なのは、複数の債権者に対する判決効の拡張（分配手続きへの何らかの関与）であり、按分弁済ではない。したがって、「総債権者」という文言に、判決効の拡張以上の意味を持たそうとするなら、さらなる検討を要することになる。すなわち、平等主義的解決の許否については、全くのブランクであると見るか、少なくとも、別の考慮に基づくべきものと考えたほうがよい。

ただし、これについては、先にも述べたように、当時のフランスにおいては、徹底した平等主義が採られていたかもしれない¹⁹⁵。しかし、で

¹⁹³ 手続法であっても実体的な意味は持ちえるし、積極的にそれを付与されることがあるという広い意味での実体法。

¹⁹⁴ 担保権者は、破産手続きにおいても優先権を与えられる。破産手続きの本質は、あらゆる債権者が参加する集団的な倒産手続きであるという点に尽きるなのであって、分配ルールについては、実体法ないし実体法的観点によってなされるべき考慮に対して開かれている。前掲注170並びに本文参照。

¹⁹⁵ 道垣内・前掲書注184には、一般債権者の平等主義から、信用秩序からの

あればこそ、なおさら、そのフランスにおいてさえ、その平等原則から逃れる機能を持つ相対的効力説が通説の地位を獲得したことが、その訴権の持つ実体的な意味内容の理解において意味を持つことは先述した。

以上より、佐藤の言説は、結局、平等主義的な解決が望ましいと述べる点については、更なる実質的な根拠が与えられる必要がある。この詐害行為取消権行使の後始末という固有の場面において、平等主義的な解決が望ましいか否かを実質的に決定する理論は、佐藤が行論から外した設計の問題、すなわち、詐害行為取消権の存在意義に関する議論であることも明らかになろう。なぜならば、簡易な破産における平等主義的解決を基礎付けるものは、詐害行為取消法理の根拠である信用秩序にとっての望ましさに他ならないからである。

そして、詐害行為取消権の存在意義によった際の、結論については、既に述べたようなものではあるが、改めて、後の「日本法への示唆」において述べるとしよう。

4.5.8 小括——佐藤説の特徴——存在意義の視点から

以上に、存在意義の視角からの分析により、「後始末の問題」における平等主義的な解釈には、その解釈を導く規範的判断の根拠について、さらに詰めなければならない点が残されていることが明らかになった。

ここに、佐藤論文の存在意義論的な特徴が浮き彫りになろう。すなわち、こうである。佐藤は詐害行為取消権が訴権であると強調した。これによって、「詐害行為取消権の目的」が、訴権——実体法・訴訟法・執行法——の解釈によって柔軟に実現されていることを認識し、それを目指す解釈の可能性が開けたが、佐藤自身は、後者の部分（効果論）にその焦点を当てている。そして、その中でも、とりわけ、判決効の拡張の点を指摘することに注意を注いでいる。その必然として、前者の問題、存在意義に関する議論——詐害行為取消権が信用秩序に如何なる働きかけを持っているか——については空白であり、この点については既存の学説（その不十分性については先述）によっていることになる。

この存在意義に関する議論の空白が、以上に検討してきた、佐藤によ

考慮によって、所有権留保という担保権を切り取ってきた様が描かれている。

る詐害行為取消権行使の後始末論における分析に影響を与えているといえる。すなわち、この点について、「具体的な目的を持つ」訴権の解釈に「執行法上の平等主義」の持込みを行うことになる。このこととの関係において、同じく訴権説を採る平井論文が、425条の「総債権者の利益の為」についての解釈において、「総債権者」の意味を空文化し、事実上の優先弁済を導くことには注目すべきである¹⁹⁶。これについては、後述する日本法の分析にて述べる。

これらを踏まえて、アメリカにおいて、1980年代以降の学説——佐藤が参照したもの以降のもの——によって発展するものである。そして、そのアメリカにおける存在意義に関する議論は、佐藤の議論の主たる方法からすれば、正当に調査の対象外とされるものである。この視角から、日本における学説の展開（形成権＝取消権説・請求権＝債権説・責任説・訴権説）を俯瞰すると、今まで述べてきた一つの分析が可能になる。

以下においては、昭和以後の議論を簡単に概観した後に、本稿の総括をかねて、そのことを確認しよう。

4.6 佐藤説と昭和以後の議論についての小括

まず、佐藤説の特徴を述べた上で、次に、昭和以後の議論をまとめよう。

佐藤説においても、昭和初期から中期にかけての議論において至上命題となった「詐害行為の最適な取消し」の思想は、変わらずに踏襲されることになる。

①すなわち、まず、「相対的無効」説に対して、「無効」という必要す

¹⁹⁶ 同時に、平井・前掲注65、188頁は、民法425条と強制執行における平等主義とが論理的に直結されていないことを指摘する。ここから、森田・前掲書注60、55頁は、「訴権説にならって民法425条を取消訴訟の判決効を他の債権者に及ぼすための規定であると捉えても、そのこと自体は、当然には債権者平等の原則の宣言を意味せず、債権者取消権を取消債権者の優先的満足のための制度と捉えることを必ずしも妨げないことになる」と論を進める。ただし、この時点においては、帰結を根拠付けることになる実体法上の根拠が与えられているとはいえないので、「妨げない」「妨げる」と両方の解釈のが同程度に成立し得る。少なくとも、佐藤は、そのことを指摘していることになる。

ら無いとして、「有効であるが、債権者の執行に対して、受益者が対抗し得ない」と解すべきとする。

②しかし、先の時代には弱められていた「性質決定」が復権することになる。すなわち、「訴権」という性質決定である。

③それによって、詐害行為取消権が、今で言う実体法・訴訟法・執行法の意味を持つものであるということが明確に認識され、「目的実現のための最適な取消し」の思想をより徹底することへの可能性が示されている。

これらを踏まえて、以下に、昭和初期から佐藤説に至るまでの議論の存在意義の視点から見た小括を行おう。

④昭和初期からの学説が目指した法的帰結は「詐害行為の有効性について、受益者は債権者に対抗し得ない」というものであり、具体的には、債権者は、受益者の「所有する」資産に対して、直接執行を行えるようにすること、であった。

しかし、その指導原理となる「目的論的考慮」は、それ自体内容が不明確な「責任財産保全のため」というものであり¹⁹⁷、「存在意義に関する議論」とまでは言えなかった。ただし、下森論文における責任説が、同制度を、私法関係を越えた、より一般的な、責任財産秩序を維持するために存在する、と述べ、先の時期における雉本の存在意義に関する議論を確認している。したがって、為すべき作業は、この信用秩序から、各法的帰結を論理によってつなぐ作業であると言えよう。

そして、訴権説の発想は、「制度の目的を実現するために実体法・訴訟法・執行法を総動員するのが訴権という思想であること。他国における議論によって導かれた法的帰結をその観点から眺めなければならないこと。そうすれば、取消債権者に何らかの優先権——実体法上・訴訟法上・執行法上——を与えることが目的実現に資すると思われること。そのことが、存在意義である一般的な責任財産秩序・一般信用を充実させるために作用していること。よって、訴権である詐害行為取消権は特別法的に解釈されなければならないこと。」という記述理論・規範理論に繋がる可能性があるものであった（先述）。

¹⁹⁷ このことを理由として、沿革研究に舵を切るのが佐藤の行論であった。

以上をまとめると、責任説が提示した「一般信用・責任財産秩序維持」という法理の「存在意義（目的）」と、訴権説に含意される「目的一手手段思考」の理論があれば、詐害行為取消権に関する、実体法・訴訟法・執行法という「手段」を、有機的に関連させながら「一般信用（目的）」に資するように解釈できる可能性があった。

訴権説は、その持つ有益な視角を提示し、そこから、判決効の拡張に関する理論を導いたが、さらに、それを存在意義に関する議論まで繋げることはなかった（そしてそのことは以下の⑤、⑥に具体的に現れる）。これは、訴権説を提唱した佐藤論文の方法が沿革研究であり、その問題関心が存在意義に関する議論ではなく効果論、特に「判決効の拡張」にあったことによるものであろう。以上より、詐害行為取消権論の個別的解釈において、正当に主張されている諸説も、制度の構造によって基礎付けられることが不十分である故に、為すべきことの一部しか為し得ていないという評価ができよう。

⑤その結果、その効果論の部分において、特に、「425条における取消しの後始末」については、伝統的な思考様式に留まっている。すなわち、訴権説が最も忌むべきであった「実体法—手続法分断思考」によって、「日本における執行法上の一般論である債権者平等原則」の適用がなされることになる。「訴権である」と性質決定を行うことによって生じる可能性は、この限りにおいて、十分に実現されていないと評価できよう。加えて、効果の解釈においても信用秩序にとっての望ましさを考えなければならぬことは、「効果論」としての「責任説・訴権説」の帰結である「受益者に対する執行忍容」に対する再検討をも示唆することになる。

⑥また、要件論については、詐害行為の成否を、悪質性を総合考量して決定するという説（山中＝竹屋；総合考量説・相関関係説）が見られるようになる。この説は、「弁済」「相当価格による売却」などに詐害行為取消制度の網をかけるという役割を持って登場したものである。これは、アメリカ詐害取引法が、一般条項として機能する「詐害の意図」の要件を時代を経ても頑なに残存させることによって果たしている重要な役割——新しい取引をその網の中に包摂し、評価し、規整し受容する（5章）——と同様の役割を詐害行為取消権に付与するものである。日本法の詐害行為取消権は、当初より、ドイツの学説から、厳格な「債務超過」

「対価の不均衡」(客観要件)という要件を導入しており、この拡張機能は有さなかった故に、この理論は、以上の観点からすれば、必要なものを導入するという意味において、積極的に評価されよう。ただし、この考え方は、従来異質とされていた「弁済」等を詐害の審査に包摂し、その基準は、“悪性を総合判断する”というものであるために、詐害行為取消権の要件(射程)は益々曖昧になってしまうことをも意味する。

これに対処するために、以後学説は再び類型化を行うことになる。しかし、悪質性を判断するための相関判断を支配する理論は存在していない。これは、1980年代以前のアメリカにおける状況と類似している。

⑦最後に、あらゆる学説が、詐害行為取消権を、強制執行または破産(解体清算)の準備のための制度として想定している。そして、その想定は、現在においても変わらないと思われる。