



Title	詐害行為取消権の理論的再検討 (7・完)
Author(s)	水野, 吉章; Mizuno, Yoshiaki
Citation	北大法学論集, 61(3), 224[155]-154[225]
Issue Date	2010-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44015
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-3_006.pdf



詐害行為取消権の理論的再検討(7・完)

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
- 第6章 日本法の分析と日本法への示唆 (以下、本号)
 - 1 日本とアメリカの比較
 - 1.1 問題——近代法の原理による意思の歪みと過剰(過少)投資(①)
 - 1.2 債権者——債務者の取り得る対処と詐害行為取消制度の存在意義(②)
 - 1.3 機能——問題解決に至るメカニズム(③)
 - 1.4 要件論——フレームワーク(④)
 - 1.5 効果論・実効のための理論(⑤)
 - 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
 - 3.1 「弁済」についての伝統的な理解
 - 3.2 「弁済」についての本稿の見解
 - 3.3 「伝統的学説」に対する分析・補充
 - 3.4 「相当価格による売却」
 - 3.5 「社会政策的考慮」
 - 4 効果論・実効の理論——⑤について
 - 4.1 [帰結その1:取消しの後始末における取消権行使債権者の優先弁済受領権]

- 4.2 「帰結その2：効果論における執行忍容に対する「取消し・取戻」しの優位性
 - 5 「取消しの後始末」について
 - 5.1 判例
 - 5.2 学説による評価
 - 5.3 分析——規範理論の抽出
 - 5.4 規範的解釈としての不十分性——存在意義に関する議論の不在
 - 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

（以上、本号）

6章 日本法の分析と日本法への示唆

以上に、本稿における問題意識——存在意義に関する議論——との関係において、アメリカにおける議論を参照、分析加工した上（**2章、3章、4章、5章**）で、その理論を分析の視角として、日本における学説の分析を行ってきた。アメリカの理論から得た示唆をひとことで述べると、制度の社会的な存在意義に照らして、要件効果を議論すべきということになる。したがって、既に、述べるべきことは述べてきたが、ここにおいては、まとめとして、二つのことを行う。

まず、アメリカの議論によって日本の議論を補う。次に、日本法に得られた示唆について若干の検討を行う。なお、ここにおいて列挙するアメリカ法の分析は簡単なものであるので、詳しくは先述したことによる。

1 日本とアメリカの比較

以下においては、アメリカの議論と、日本の議論の比較をしながら、日本の議論を補充していくことにする。便宜的に、存在意義に関わるものとして、①（詐害の発生のメカニズム）、②（詐害行為取消権の存在意義）、③（問題解決へのメカニズム）、存在意義の現われとして、④（要件論）、⑤（効果論・実効のための理論）について説明を行なう。

なお、以下の説明において、日本法独自の考え方については、番号に「”」をつけることによって表現する。「”」が不十分性を示すものとして現れるのは、存在意義に関わる議論（①、②、③）、したがって、要件論（④）である。他方、「”」が十分性を示すものとして現れるのは、効果論・実効のための理論（⑤）である。ただし、当然のことであるが、①、②、③（存在意義）の不十分性は、⑤においても議論の不安定さとして現れていると評価し得る。

以下に、紹介してゆこう。順序は、まず、簡単にアメリカの議論について触れ、次に、日本の議論について説明を行なう。なお、「小見出しの囲み」は、以下の文章が、アメリカにおいて存在するが、日本法には不十分な形においてしか存在しないことを示す。

1.1 問題——近代法の原理による意思の歪みと過剰（過少）投資（①）

日本においても、詐害の根本的な原因になり得る法技術の存在、すなわち、「債務者の所有権」（使用・収益・処分）と、「債権者の債権」（債務者の処分にタッチできない）については、明確に認識されている。さらに、その法技術を、如何なる場合（債務超過の場合）においても堅持した場合に、一般の融資行動において引き起こされる信用収縮についても明示的に認識されている。ただし、信用収縮の発生と、詐害行為取消権がそれを防止するメカニズムについては、十分に記述されていない。それゆえ、詐害行為取消制度の社会的な意義と制度を機能させる要件・効果論が分断されて議論されているか、あるいは、「目的」とされる抽象的な命題（責任財産保全のため）が特定の解釈的帰結を形式的に正当化するために（信用という実質に関係付けられないまま）利用されるに留まっており、そのことが、②、③、④、⑤に影響を与えていると評価し得る。

《アメリカ》

① [一般信用による社会的分業] 債務者に引当て資産の処分についての意思決定権限が与えられ、債権者には投下資本の回収についての債務者に対する優先権が与えられるという原理が存在する。（3章）

①-1 [債務者健全時] この時、債務者は、債権者は引当て資産を運用

し増加させることによって、その資産から債権者に対して弁済を行った後に残る自己の取り分を増加させることが可能となるからである。債権者と債権者の利害が大枠で一致する結果、債務者の引当て資産の処分に委ねておくことが債権者にとっても利益になる。このようにして、社会的な分業が行われている。（大まかな考え方については、3章を参照。）

①-2 **〔債務者債務超過時——過剰なリスクテイク・経営無関心〕** しかし、債務超過の場合には、以上のメカニズムは機能せず、債権者・債務者の利益状況は大きく変化する。債務超過時においては、債務者は、自己の有する財産を少々上手に運用したとしても、その収益は債権者を利するのみとなる。また、自己の有する財産を目減りさせたとしても、もともと債権者の弁済のための原資となるはずのものが目減りしただけのことであって、債務者にとっては痛くも痒くも無い。さらに言い換えると、この状況下においては、債務者にとっては、その引当て資産をハイリスク投資にあて大きな運用益を得たならば、その可能性が万の一つであっても、取り分が復活する可能性がある（もちろん、債権者もその場合には満足を得ることになる）し、引当て資産を清算しそのまま大人しく債権者に弁済を行うならばその取り分は0のままとなる。債務者にとっては、引当て資産を、「清算して債権者に弁済を行うことや、リスクに見合っていないが少額のリターンに伴う投資を行う」よりも、「過剰なリスク投資——そのリターンがリスクに見合わないものであったとしても、とにかく、確率的に自己の取り分を回復させる可能性があるような投資（例えば、宝くじを買う）——に全てつぎ込む」方が、自分にとっては合理的であるということになる。

以上をまとめると、債務超過の状態では、債権者の本来得るはずの引当て資産を、債務者はリターンの伴わないハイリスク投資や健全時ならば行わないであろう投資に回してしまう可能性があり（そのリスクは債権者が全て負担することになり）、分業が失敗してしまう。この問題が、1980年代の **Baird & Jackson** をはじめとする法政策的な研究によって明示的に説明されたエージェンシー問題である。

この債務超過の状態で債務者に起こる法的状況（債務者は一定以上の負担を負わなくてもよい）の代表的な原因は、株主有限責任の原則とされるのが一般的であるが、それだけではない。無限責任であったとして

も、倒産免責によって法的に責任が限定されるので同様に投げやりな行動にでてしまうことも考えられるし、そのような場合に、倒産免責が解除されることにより投げやりな行動を抑える法制があったとしても、負債に対して持ち合わせている資産が物理的に過少な場合には、債務者は自己の資産の最大化を諦めてしまうので、同じように投げやりな行動にでてしまう。結局、債務者が有限責任の適用を受ける法人であるか否か、自然人であるか否かに関わらず、この問題は生じ得るし、それに対して「法人格否認（有限責任から無限責任に切り替える）」「倒産免責の解除」などの手当てによって改善されるにしても、また、放置しておいても評判の低下を恐れる債務者自身やその利益代表者によって幾分かは改善されるにしても、やはり、債務者の投げやりな行動を完全に防ぐことはできない。その債務者の問題行動による抽象的な損失を、実際に問題が起こってから、事後的に負担するのは、債権者ということになる。そして、そのリスクは、金融債権についての潜在的な回収不能率の上昇という形で現れる。

①-3 **[信用の縮小]** 社会に存在する潜在的な金融債権者は、このことを予め察知することによって、一般的に、その融資時における融資契約条項において、この回収不能リスクを織り込むことになる。その結果、債務者の契約条項に行動の制限が書き込まれるか、それがコスト高になるというのなら、債務者の信用調達コストの増加（利率の上昇）が起こる。

①-4 **[取引の縮小]** これによって一般信用は縮小し、その信用を使って行われる取引の量も縮小する。（3章）

《日本》

① **[近代法の原理]** 債務者に引当て資産の処分についての意思決定権限が与えられ、債権者には投下資本の回収についての優先権が与えられるという近代法の原理が存在する。これらは、石坂・雉本・川島・下森など伝統的な学説によって指摘されていた。

①"-2 債務者の処分によって、債権者はその債権が回収不能となる¹。

¹ ただし、近時の道垣内弘人『ゼミナール民法入門第4版』（日本経済新聞社、

①”-4 これによって責任秩序が維持されず、一般信用が維持できない（雫本・下森）。

1.2 債権者——債務者の取り得る対処と詐害行為取消制度の存在意義（②）

ここには、先の問題と同じ問題が見て取れる。取消権による法的帰結が、信用に資するメカニズムについての記述が十分にはなされていない。

特に、第一に考えられるべき、「債権者の契約による問題発生を抑止」について議論がなされていない。厳密に言えば、担保契約との対比における無担保融資の重要性は石坂によって記述されているが、無担保融資における契約条項によって債務者を規律付けられないかについての議論は存在していない。これらは、詐害行為取消権の存在意義を考え、取引類型毎の取消しの程度を考える上で致命的に重要な考慮要素であった。（なぜなら、一般債権者が契約条項によって比較的安価に債務者を規律付けができるのであれば、その範囲において、詐害行為取消権は機能する必要がないからである。）

したがって、これらの要素についての説明の不在が、後の要件論・効果論に影響していると考えられる。

《アメリカ》

② **【目的・必要性】** この債務者の「インセンティブの歪み」を是正することが信用秩序の回復に繋がる。（3章）

②-1 **【融資時の契約一期限の利益喪失・損害賠償】** 債権者は、この問題の被害を受ける第一の関係者であるので、自己が債務者に融資を行う際にその融資契約条項によって、この問題を低下ないし消滅させる動機を一般的に持つ。

しかし、契約によって、債務者（株主）－債権者は、信用調達コストの増加を防ぐことはできない。理由は以下の通り。

まず、Zaretsky が指摘したように、特定の行為・取引を契約によって禁止する場合には、事前にその行為・取引が認識されていなければな

2008、初版2002）316頁の債権者代位権の項目においては、エージェンシー問題からの説明がなされている。

らないが、契約時においてはその取引が未知のもので特定されないこともあり得る。このような場合、取引の性質や利害得失が認識されていることが前提とされる契約条項で対応するには不十分か相対的にコスト高になるので、債権者の契約による債務者の規律付けが万全に機能するとは限らない。特に、LBO が出現した段階ではこのことが問題とされた。

次に、Reilly が指摘したように債務者は、自らの債務超過時の問題行動の禁止を、債権者の信用できる形で確約（コミット）することができない。なぜなら、特定の場面で特定の行動を行わないことを契約上約しても、実際、その特定の場面が現出した場合には、すでに債務者の資産状態は債務超過状態となっていて、その際の債務者財産はすべて債権者の引当てとなっていることから、契約による制裁は債務者にとっての制裁たりえず、結果、問題行動の抑止には繋がらないからである。このことは、既に、融資時において自明のことなので、債権者は債務超過時の行動の禁止を債務者に約束させることに何の意味も見い出さない。（ただし、道徳的な規律付け程度の意味はあろう。）債務超過の際に期限の利益を喪失させても、それによる負担は契約を締結した債権者自身を含めた一般債権者全員が負担するのみであって、債務者はその損失を負担せず、問題行動のインセンティブはなくなる。（3章）

したがって、融資債権者による契約による規律は、十分に機能しない場面が幾つか存在しそうである。問題は、債務者にとっても、債務超過時に問題行動を起こさないことを確約し、融資時における利率を下げたいのに、そのような契約ができないことにある。

②-2 [第三者効] そこで、第三者効が必要となる。第三者効の働きについては後述（③-1）。

②-3 [担保権] McCoid が指摘するように、担保契約を結ぶこと自体に費用がかかるので、いつ如何なる場合も担保契約を結ぶべきだったという風には言えない。

②-4 [法制度] そこで、債務者の問題行動を一律に禁止し、その禁止の実効を確保するために第三者効を持つ詐欺行為取消制度が必要となる。

②-5 [取消権] そのために、債権者に、その問題行動の現われである詐欺行為を、事後的に取り消すことを認める詐欺行為取消権を与える。

《日本》

②” [目的・必要性] 責任財産を回復し、総債権者のために保全（平等主義的解決のことと一般的に言われている）することが信用秩序の維持に繋がる。

②-2 [第三者効] そこで、第三者効が必要となる（石坂・雉本・鳩山・加藤・川島・下森等）。

②-3 [担保権] しかし、「担保権」を使わない方がよい場合もある（石坂）。

②-4 [法制度] そこで、責任財産を保全するために詐害行為取消制度が必要となる。

②-5 [取消権] そのために、債権者に、その問題行動の現われである詐害行為を、事後的に取り消すことを認める詐害行為取消権を与える。

1.3 機能——問題解決に至るメカニズム（③）

問題発生メカニズムについての記述が不十分（①、②）であるために、問題解決についての記述も不十分となっている。日本の議論は、取消権が信用秩序に如何に働きかけるのかについての議論は存在しない。

これが、④の要件論における総合判断を支配する理論の不在と、⑤における安易な平等主義的解決の主張に影響を与えることになる（ただし、判例法のレベルでは修正されている）。

《アメリカ》

③ [機能] 詐害行為取消権は、債権に第三者効を与えること、すなわち、債権者に、債務者の詐害取引を事後的に取り消す権能を与えるものである。これにより、取引相手は債務者の取引が詐害取引であるかを監視するようになる。

③-1 [メカニズム] そのメカニズムはこうである。取引相手は、取引後の取消しを恐れ、取引前に、自己の行う取引が詐害取引であるかに注意を払う。そして、もし、問題があれば事前に取引を回避するようになる。この結果、債務者は、取引には応じてもらえない。

③-2 [効果—ガバナンスの再現—信用秩序の維持] こうして、この取引相手の監視によって、債務者の問題行動は事前に回避され、債務者が健全時であるならば行っていないであろう取引が可及的に予防されるこ

とになる（ガバナンスの再現）。

③-3 **〔示唆〕** この機能を全うするならば、債務者が詐害行為を起こした場合に、債権者に適切な程度の取消しの要求が為されるように仕組みなければならない（⑤へ）。

1.4 要件論——フレームワーク（④）

日本においては、従来より存在した「債務超過」「対価の不均衡」という要件を、総合考量することによって（山中＝竹屋）、詐害行為取消権の網を拡張し包摂する理論が存在する。もともとの狙いは、「弁済」を詐害のあみに包摂することであったが、この理論の提案によって、あらゆる債務者の行為——新しい取引も含む——が、詐害の網の中に包摂され、詐害行為取消権の審査に服することになった。これは、「規整」の観点からは、有益な機能である。他方、同時に、この包摂性によって、詐害性判断の基準は「悪性」のみとなり、（さらに、伝統的には、「詐害」とは異なるものとされてきた「弁済」を詐害行為に包摂したことによって）要件論は混迷を極めることになる。総合判断を支配する理論は、通常は、法の趣旨や機能であるが、①、②、③が明確に記述されていないことから明らかなように、それは十分には与えられていない。理論なき総合判断は学説によって批判されている²。ただし、類型化は存在している³。

² 早川眞一郎「詐害行為取消権からみた債務者の行為規範」別冊 NBL60号233-250頁（商事法務、2000）。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、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」に繋がりがかねないと危惧を表明する。

³ 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』。しかし、判例を類型化したに留まる。また、解釈論は分かれており、不安定な状況である。すなわち、「要件」については、曖昧であり、「効果」については100年来判例と学説の乖離が続いている。

《アメリカ》

④ [あらゆる取引に網をかける] コモンローとしてのエリザベス法「現実の詐害 actual fraud」や、「法定詐害」の適用の可否について議論された総合判断に現われる。すなわち、伝統的に「現実の詐害（債権者を害する意図を有していること）」の要件は、広く新しい取引を詐害取引の審査に包摂してきたし、時代と共に取消される場合の類型化が進んだとしても、削除されずなお存置されてきた。「法定詐害」の要件が創設され、その要件が近時の現代取引に対して規制しすぎてしまうという幣が指摘された場合にあっても、その論者である **Baird & Jackson** によっても「現実の詐害」の要件の適用除外が主張されることはなかった。（2章・5章）

④-1 [契約の代替物] 詐害行為取消制度は、「債務者」「債権者」が望んでも実現できなかった融資契約条項の代替物という性質を持つから（②-1）、「債務者（株主）－債権者－取引相手」が「一般的に望むもの」でなければならない。すなわち、詐害行為取消制度は、「債権者－債務者－取引相手」が、十分な時間と機会と交渉能力を有していたなら結ばれていたであろう一般的な契約条項の代替物となる（**Baird & Jackson** の creditor's bargain model）。（3章）

④-2 [狭い or 広い] しかし、この「あらゆる債権者・債務者が望むであろう融資契約条項の代替物」という性質がある故に、広すぎる詐害行為取消制度は、望まれない。広く取消しが認められる制度のもとでは、債権者・債務者が望む取引も規制されてしまうからである。もし、この状況下においても、その取引を望むなら、詐害取消制度の適用を解除されなければならない。そのためには取消しの利害関係者である全ての債権者（将来的な債権者も含めて）の合意を調達する必要がでてくる。この合意の調達は現実的には不可能である。他方、狭すぎる詐害行為取消制度も、望まれない。債務者と債権者の契約によって追加的に債務者を規律することによっては、第三者効は十分には得られないからである（3章：②-1）。

④-3 [交渉のスタート地点としてのルール設定の限界] 以上により、債権者－債務者間の契約による微調整が難しい詐害行為取消制度のあり方は、「一般的に望まれる必要最小限のもの」でなければならない。交

渉のスタート地点としての詐害行為取消制度という考え方（任意規定としておけば、当事者による交渉が行なわれ適切な程度の制限が契約されるであろうという考え方）にも限界がある。

④-4 **[適切なルールを探る必要性]** 「一般的に望まれる」とは如何なる考慮により決まるか。詐害取消制度は、債権者と取引相手に債務者の行動をより安価に監視させるために、両者に監視の役割を分担させる機能を有する。取引相手に債務者の監視を分担させる場合（債権者による債務者の監視が相対的に困難になる場合）では、取消権が肯定される。例えば、債務者の債務超過時に生じがちになる債務者の過剰なりスクテイクや無関心に対しては、債権者の契約による監視が困難になることから、取消しが容認されることになる。これにより、取消しをおそれた取引相手によって、取引の事前の段階で詐害取引（過剰なりスクテイクや無関心による投げやりな取引）が忌避されあるいは取引の内容が取り消され得ないようなものへと修正されることになる。こうして、取引相手によって、債務者の行動が監視されることになる。

④-5 **[考慮要素]** したがって、取消しを認めるか否かの判断においては「債権者の契約による監視能力」と、「取引相手の債務者に対する監視能力」とが重要となる。取引相手に監視を行わせて意味があるのは、取引相手に監視能力がある場合のみである。

④-6 **[取引相手の能力]** 取引が、市場価格のわかりにくいことならについて行われるような場合には、取引相手の監視能力は低いレベルに留まる。物の取引のような場合には、一般的に債務者の資金状態を監視することもほとんど無い。この場合に、取引相手に監視させるならば、取引相手は取引を萎縮させてしまう。取消しは正当化されない。

④-7 **[取引相手の能力]** 他方、取引が、金融取引のような場合（取引相手も債権者としての性質を有するような場合）においては、取引相手は、債務者の健全性・取引の利益性などを評価した上で取引に入るので、これらの点について、相対的に高い監視能力を持つことになる。さらに、場合によっては、LBOのように、債務者の経営判断自体を取引相手が行う場合がある。（むしろ、取引全体を支配するような関係者を「取引相手」と評価する理論が存在する。）少なくとも、この場合においては、詐害行為取消制度の積極的な適用が基礎付けられることになる。

④-8 **【裁判所の能力】** ただし、理論上は、債務者の有する資産価値を増加させる取引を取引相手が行えば取消権の行使は回避できる、とされていても、実際に、取引相手が重視するのは、それについて裁判所が行うであろう判断である。

そこで、裁判所が「取引の合理性・債務者の資金状態」（経営者の経営判断）を判断する能力があるか、債権者・取引相手がそれを予測できるか否かによっても議論が左右されることになる。ビジネスサイドが理論を信じて、充分に予測を行ったとしても、裁判所の判断能力が不十分であるならば、その予測がはずれ思わぬ損失が発生することが予想される。逆に、ビジネスサイドが裁判所の不十分な判断能力まで織り込んで予測を行い、それを基に行動するならば、そもそも詐害行為取消制度の目的——「規整」——が実現され得なくなる。完全に、詐害行為取消制度の目的を実現するには、裁判所の判断（または裁判所が採用する評価基準）が正確で、且つ、確実でなければならない。

したがって、究極的において、取消しの許否は、「裁判所の判断の仕組み」や、「債務者価値の評価基準の開発状況」や、「市場（専門家・ビジネス）の競争」に依存することになる。

④-9 **【倒産政策】** さらに、エージェンシー問題の解決法としては、債務者価値の最大化のほかに、債権者価値の最大化も有り得る。本稿の議論においては、債務者価値の最大化という考え方にそって説明している。すなわち、債務超過のときには、全体としてみて債務者の資産を最大化させない（リターンに見合わないリスクテイク）行動が起こる可能性があるが、それを防止するために、詐害行為取消権を位置付けている。したがって、詐害取引となる基準は、資金状態が健全である債務者ならば行なわないであろうリスクに見合わないリターンの取引となる。これに対して、リスクにリターンが見合っているにもかかわらず、債権者にとってはリスクが大きすぎる場合というものも存在する。債務者価値の観点からは望ましいものでも、債権者から見ると、債権者の損失において行なわれている取引も計算上はあり得る。どの場合が一体詐害取引なのかについての解答については提示できない。考え方としては、債務者の業種（例えば石油掘削）によって、ある程度のリスク（石油掘削事業のリスク）を債権者も覚悟しているというように個別的に考える余地もあり得る。こう考

えるなら、通常の業務から逸脱した行為を行う場合には詐害取引と考えることになる。

さらに、一般的には、倒産法政策や、債権政策が影響するかもしれない。なぜならば、詐害行為取消制度は、倒産の前段階における債務超過の債務者の行動に影響するものであり、債務者の資金難の状況を如何なる計画で規律するかという倒産政策に大きく影響を受けるべきであるからである。すなわち、考え方によっては、債務超過時の債務者を取引相手に監視させるという方法もあれば、早期に倒産手続きを開始させ、その構造的な原因である「債務超過」そのものを取り去るという方法もある。債権者価値最大化という考え方は、債務超過時には債務者の取引そのものに債権者の利益を相対的に多く反映させ、取消しの範囲を大きくし債務者の取引を抑制するという考え方であるので、金融危機状態の債権者・債務者・取引相手の再交渉を促進させ、債務者の清算や私的・法的再建を早めることに繋がるかもしれない。

④ -10 **[ルールかスタンダードか]** 実際の適用においては、関係当事者の萎縮を防ぐために、個別事案の厳密な評価（スタンダードの評価）よりも、個別的には間違いがある可能性を無視してより可視的一律的な基準（ルールの評価）が重視されることもあり得る（場合によってはそのほうが効率的であり得る）。

ただし、この考慮も、以上のフレームワークを基礎に行われなければならない。すなわち、ルールの基準を採用するからといって、以上に述べてきた考慮要素とその相関である「フレームワーク（利益衡量）」が不要ということにはならない。そのフレームワークに従って、ルールの合理性の判断が行われる必要があり、その合理性は当該ルールの適用の許否に影響し得る。**Baird & Jackson** の指摘するように、ルール型の要件の適用には、そのルールの創設された社会状況（「法定詐害が創設された時代には、債務超過債務者による対価の不均衡な取引は、大抵、債務者の詐害の意図に基づいて行われていた」）が現在にも妥当していること、したがって、当該ルールによって、詐害取引法が為すべき処理を適切に為しえることが必要となる。この考慮からすると、現在の商取引においては、多くの債務超過債務者による対価の不均衡な取引は、債務者の詐害の意図に基づいて行われているわけではない。加えて、債務

超過や対価の不均衡を審査するにも、企業の経営についての評価的な判断（経営判断が合理的かについての審査）を要することになる。彼らは、経営判断として行われるLBOに対する審査を非専門家である裁判所が行うことによって生じる予測不能性が取引相手に与える萎縮効果（債務者の取引の阻害）を危惧し、法定詐害による広い取消しを否定すべきこと、その後、「現実の詐害」の基準にしたがって総合的にその悪性を判断すべきことを主張した（もちろん、萎縮を避けるために、彼は結論として取消しには謙抑的な姿勢を見せる）。また、後に、LBOが社会的に認知を受け、債権者が一般的な融資契約条項にLBOの禁止を書き入れるという段階に至っては、その態度を取消し肯定の方向へと軟化させているようにも見える。単に、ルール型の要件にあてはまるから、取消し得るとするような単純な考慮は見られない。特に、詐害取引法の文脈においては、同法が「新しい取引を規整する」という役割を有している以上、ルールが社会の変容に耐えられるかを考えることなく、完全にルール化しそれを硬直的に適用することには限界がある。

④-11 **【社会政策的な要因による解除】** これとは別に、債務者やその家族の厚生のために、債務者の特定の行動が詐害取引であろうと無かろうと、許されなければならない場合がある。例えば、債務者の行動に一定の社会保障機能を担わせたい場合や、債務者自身の生活の厚生のために必要な場合である。

信用秩序は、人々の幸せのために存在するので、人々の幸せのために必要であるならば、信用秩序が維持されなくても認められることになる。この時、実質的には、信用社会（すなわち「債権者」）が、信用調達コストの上昇を保険料として、債務者に厚生（債務者の特定の行動）のための保険を与えていると言い得るであろう。

④-12 **【フレームワーク-まとめ】** 詐害取引法の適用は、一般論としては「債務者の過剰なリスクテイク・無関心」に対して「債権者・取引相手どちらが高度な監視能力を有するか」によって決まる。ここには、「裁判所」や「ビジネス」の能力も関係する。特に、監視能力の判定において、一般的に、問題となる取引類型が、「物の取引か金融取引か」に結論が左右されることになる。物の取引であれば取消し否定の方向へ、金融取引であれば取消し肯定の方向へと。そして、債務超過時から支払

不能時の債務者の行動を規整する倒産政策全体によっても影響を受ける。

要件論の視点からまとめると、取引に対する詐害取引法の規制は、エージェンシー問題の禁止を最低ライン（④-4）として、それに規制を追加する形で、もろもろの考慮要素を考えながら、信用秩序にとって最も望ましいものを考えればよい。それとは別に、社会政策にも影響を受ける（④'-11）。それが債権者達が望むものとして（④-1）説明されることになる。それを実現する法律構成は、「『法定詐害（債務超過・対価の不均衡）』を規範的に柔軟に解釈すること」かもしれないし、「『法定詐害』の適用を除外した上で、『現実の詐害』によってより柔軟に処理する」ことかもしれない。

《日本》

④ [あらゆる取引に網をかける] 詐害行為取消権は、導入時に、債権者保護制度として導入された。後に、あらゆる取引がその規制の対象となり得ようになる（不法行為説・総合考量説）。結果、要件は、「債務超過」「対価の不均衡」「受益者（取引相手）の認識」を基本として、その「拡張」——「弁済」「相当価格による売却」に対して——が見られる。

④"-1～12 [基準——総合考量・相関判断] 総合考量・相関判断をして悪性を判断する（山中＝竹屋・通説）。

④"-11 [社会政策] 弁済・債務者による社会保障（離婚の際の財産分与や、教育のための担保借り入れ）などは、適法性の高いもの（悪性を弱めるもの）として相関判断に相関要素として組み込まれる。

1.5 効果論・実効のための理論（⑤）

日本においては、「取消しの効果」について、分厚い積み上げが存在する。しかし、①、②、③の議論の不十分性がここにも影響を与えている。詐害取引法の目的を実現するために柔軟に法的帰結を選択すべきという主張は多く見られるが、詐害取引法の目的（①②）に裏打ちされていない。以下、詐害取消権の直接的な効果についての議論を「効果論」とし、取消権が行使された後の債権者達の分配のあり方についての議論を「取消しの後始末論」とするならば、それぞれにおいて、存在意義（制度の設計）についての議論からの基礎付けが不十分であることが確認さ

れる。後者の取消しの後始末の点については、近時、佐藤に異を唱える平井・大島論文が存在するが、その関係でも後に若干説明する。なお、ここにおいては便宜的に日本についての議論を先にまとめておく。

《日本》

⑤” [目的-手段思考] 日本においては、もとより、目的-手段思考によって、詐害行為取消権の効果を柔軟に理解してきた。すなわち、判例や学説は、424条の「取消し」という言葉にとらわれることなく、その効果を解釈している。

⑤”-1 [効果論] 判例は、その目的的思考の現われとして、「取消し」の意味を、「相対的取消し」と考え、学説においては、その他「絶対的取消し（取消し）」「債権の発生（取戻し）」等の詐害行為の受益者から債務者への詐害行為対象資産の返還を主張するものから、「責任の変動」とそれに基づく「執行忍容」とすることによって、受益者が詐害行為対象資産を維持したまま、取消債権者を初めとする債権者が回収を行なうことを主張する見解が主張されている。さらに、近時に至っては、その帰結をより簡便に実現するために、取消権を、「訴権」と理解することによって、詐害行為取消権に関わるルール（実体法・訴訟法・執行法）を解釈すべきとの示唆を含む訴権説が提案されているといえよう（佐藤：訴権理論⁴）。

⑤”-2 [取消しの後始末論——取消権行使のインセンティブ] 自己の債権回収について熱心な債権者を保護するため、取消権が存在するので、それを行使させるインセンティブを与えなければならないという議論が存在する（大島・平井）。これに対して、佐藤は反対する。ここにおいては、何れにせよ、取消権が何故行使されるべきか、何故行使されてはならないのかについての説明がない。これについては、後に検討を行なう。

⑤”-3 [一体的取消し] 法形式を超えて適用を行わなければならない。取引当事者が、法形式を操作することによって、詐害取引を助長支援する可能性があるからである。（石坂論文において、目的のための包括的

⁴ ただし、本稿によって存在意義に関する議論の視角から理論化した。

な取消しを認めるかに見える記述が見られる⁵⁾。

《アメリカ》

⑤ **【目的－手段思考】** アメリカにおいても、詐害取引法の要件・効果を目的－手段思考によって理解している。

⑤-1 **【効果論】** 当初より取引相手（受益者）のもとに執行をかけることができたことから⁶⁾、日本のように取消しか取戻しか執行忍容かという議論は存在せず、取引相手に対する執行、債務者取引相手の処分の禁止、その他、状況が必要とする救済等柔軟な処理が UFTA によって認められている⁷⁾。これは佐藤の研究が示すように、当初より取消権が訴権として捉えられていたことによるのかもしれない（先述、日本法の分析⑤”-1及び訴権の意義についての5章における本稿の分析を参照）。

⑤-2 **【取消しの後始末論】** 取消権行使債権者には、優先的満足が与えられるので、日本のように取消しのインセンティブが弱まってしまうというような問題提起は存在しない。ただし、取消権の行使によって実現されるのが、詐害対象財産を上限とする救済であることから、取引相手への制裁にならないとの興味深い批判が存在し、取消権の効果がこの問題にも答えるものになっている⁸⁾。この問題は他日を期する。

⁵⁾ 債務者が、受益者との間に複数の人間を介在させることによって取消権を脱法する可能性について示唆されている。詳しくは、5章において先述した。

⁶⁾ 旧法である UFCA § 9 は、自己の債権が満期になっている取消債権者について、詐害的な譲渡を無効にし義務の負担を免除するか、譲渡された資産に対して直接に執行できるとする一方、§ 10 は、未だ満期になっていない取消債権者について、裁判所が債権者の権利保全のために必要な措置を講ずることができる。すでに、取消しや受益者への直接の執行が認められていることになることに加えて、未だ満期になっていない取消債権者については、裁判所による柔軟な処理が一定の範囲で認められていることになる。

⁷⁾ 後の UFTA § 7 は、UFCA において未だ満期になっていない債権者についてのみ認められていた「取消しの効果としての裁判所による必要な措置」を全ての取消し債権者が利用できるように拡張・一般化している。

⁸⁾ Gerald K. **Smith** & Frank R. **Kennedy**, *Fraudulent transfers and Obligations: Issues of Current Interest*, 43 S.C.L.Rev. 709 (1992), at 712-713 には、この問題を指摘する Carlson の議論 (David Gray **Carlson**, *Is Fraudulent Conveyance Law*

⑤-3 **[一体的取消し]** 近時、上記の指摘も踏まえて、取引相手を柔軟に選択する理論が存在している。またその際の訴権の内容は損害賠償的なものになりこれが認められているが⁹、これについての更なる分析も他日を期する。詐害取引法は、形式ではなく実質を見るという法命題は一般的なものとなっている。

2 検討の導入——アメリカの理論による補充

以上に、アメリカと日本における議論を対置させた。

①②の存在意義について、アメリカと日本における詐害取消制度は基本的な目的——詐害の生じる根本的な原因の認識と制度の存在理由——を同じにしており、その基礎を同じくしていることがわかる。しかし、同時に、日本における議論には、何故信用の破壊が起こるのかについて（①）と、信用の破壊についての債権者の防衛手段について（②）と、詐害行為取消権（責任財産の回復）がそれに対して如何にしてアプローチしていくか（③）についての記述には補う余地があることも見て取れる。

ここに、日本においては、本稿における意味での存在意義に関する議論は補い得る形で存在していることが見て取れるだろう。この補い得る余地が種々の部分（④、⑤）において現れることになる。

そこで、以下の手順によって日本の議論を補うことにする。

- ・まず、日本の理論における①、②、③について、アメリカの理論によって補う。
- ・次に、要件論（④）を再整理する。
- ・さらに、効果論（⑤”）について、⑤”-1（「効果論」）、2（「取消しの後始末」）について、議論の対立があるので、補った理論をもとに、後に検討を行う。

以下、④要件論と、⑤効果論・実効のための理論について検討を行い本稿を閉じるとする。

Efficient?, 9 Cardozo L.Rev 643 (1987), at 652) が紹介されている。

⁹ Gerald K. **Smith** & Frank R. **Kennedy**, *supra* note 8.

3 要件論（総合考量を支配する理論）——④について

要件論については、既に、2章にて説明をした。そこにおいては、現時点において、日本法における条文及びそれを補充する解釈論と、1980年代のアメリカ許害取引法の主要な要件は類似している。すなわち、日本においては、当初より、「債務超過」「対価の不均衡」（客観要件）を取消しの要件としており¹⁰、その硬直性が、1950年代の不法行為説——「弁済」「相当価格の売却」を許害行為取消権の網の中に包摂するという実践を主張する——（総合考量説）^{11 12}により緩めらることになる。この

¹⁰ 石坂音四郎「債権者取消（廃罷訴権）論」志林13巻8、9号331頁（1944、明44）、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』等参照。

¹¹ この考え方は、責任財産の減少をもたらさないので客観要件を満たせない「相当対価による売却」「弁済」について、「主観要件・客観要件を総合的相関的に判断して悪質性（許害性）を判断する」と述べることにより、許害行為取消権の網の中に包摂するために生み出された拡張理論である。

¹² オリジナルの総合考量説は、許害行為取消権を不法行為請求権と性質決定するがこの点については、受け入れられてないようである。

例えば、松坂佐一「ドイツにおける債権者取消権—わが民法との比較において—」『債権者取消権の研究』127頁（有斐閣、1962）131頁は、こう述べる。不法行為説は、ドイツにおいては普通法上は有力であったがドイツ法では早くに克服された。しかし、近時は、日本における山中康雄「許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）・フランスにおける Sinay によって主張されている。

さらに、松坂は、以下のように述べる。取消権は相手方には、「過失ある違法な状態の存することを要しない」こと、不法行為は損害賠償を目的とすることが取消権は返還を目的とすることから、「取消権はそのものとして、いかなる場合においても、不法行為に基づく請求権ではない」と。

また、下森・前掲書注10、790頁は、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）に対して、債権者取消権の本体を不法行為の一種と見ることには問題があるとして、その理由を以下のように述べる。「客観主義的傾向を強めた現代の債権者取消制度全体を不法行為思想で一元的に説明するのは問題であり（主観要件につき、単なる認識で足りると解するのが通説である）、逆に、制度の適用を通謀的害意ある場合に限るべしとするのは、制度の機能を大幅に制約するものとなって、許害行為に対する救済制度の史的発展に逆行するもの

結果、「弁済」については、債務者と受益者（取引相手・偏頗弁済受領者）が共謀している弁済を受領したような事例は詐害取消しの対象となることが理論的にも正当化されることになる¹³。以上から、日本においては、アメリカにおける「法定詐害」「現実の詐害」と同様に機能する詐害行為取消権——「債務超過・対価の不均衡」という伝統的な要件と、総合考量によって拡張されることによって創設された要件——が形成されている。日本においては、その利便性が高いことや具体的に妥当な結論を導き得ることから、拡張機能を有した総合考量説が普及することになる一方で、総合考量を支配する理論は存在していない。さらに、「弁済」などのように、当初は詐害とは理論上区別されていたものを詐害に取り込んだが故に、ますます要件論は混迷を極めることになる¹⁴。

ただし、わかりにくいからといって総合考量を排除すべきではないことがアメリカの理論によって示唆される。客観的硬直的な要件によって

といえ」と。

しかし、エリザベス法の主観要件が、近時（1918、1984）になっても維持され、依然として、新しい取引を規整するために、その拡張性と総合考量判断が維持されていることを考えれば、不法行為説が行なおうとした、拡張や包摂や総合考量は評価されなければならないであろう。

¹³ アメリカについては、2章参照。日本においては、判例として、大審院大正5年11月22日民録22輯2281頁（他の債権者を害する意思のもと弁済を行なえば詐害行為が成立するとの一般論のもと、詐害の意思のない通常の弁済の事案につき詐害行為の成立を否定）、最高裁昭和33年9月26日12巻13号3022頁（ただし、通常の弁済につき詐害行為否定例）等がある（下森・前掲書注10、823頁）。学説として、下森・前掲書注10、824頁（網羅的な紹介）、山中・前掲注12、竹屋・前掲注12も参照。内田貴『民法Ⅲ（2版）』（東京大学出版会、2004）、309頁には、「主観要件は独立の要件ではなく、行為の詐害性との相関で判断されるものだということである」とあり、また、同311頁には、「判例は、贈与のような詐害性の強い行為については、主観的要件は単なる認識で足りるとし、さらにそれも推定する等して、容易に詐害行為の成立を認めるが、弁済のような詐害性の弱い行為については、主観要件として害意・通謀等の強い非難可能性を要求している」「行為の目的・動機等主観的事情も合わせて斟酌し、総合的な判断を行っている」と述べる。

¹⁴ このことは、適用基準が曖昧であり行為規範として機能しないと学説により批判されているところである。

詐害行為取消権を運用することは、社会の変容を包摂し評価し吸収しなければならないこの法理の意義(「規整」)を減殺してしまうことになる。したがって、総合考量を行いつつ理論により予測を担保することが必要となる。あるいは、たとえ、客観的硬直的な要件による一律の処理(ルール化)を認めるにしても、それは総合考量と理論を背景にした「一過性のもの」であるとの認識が必要となろう。

また、アメリカにおいても日本においても、「債務者の意思の歪み」が対象となる。すなわち、詐害行為取消権は、債務超過時における債務者の行動の変化、端的には、「意思決定の歪み」——それが債務者の資産価値に影響を与える——を詐害行為として規制するものと位置付けられる。

その上で、以下においては、アメリカの理論にに基づいて、日本における幾つかの論点(「弁済」「相当価格による売却」、「社会政策的考慮」)について、示唆を得る。すなわち以下の通り。

3.1 「弁済」についての伝統的な理解

「弁済」が民法上の詐害取消しの対象となるか否かについては、歴史的に、倒産処理法上の「偏頗行為」との関係において、論じられてきた。そして、近時、改正破産法(2004)によつての、偏頗行為の扱いが、この「弁済」と詐害行為取消権の関係に影響を与えている。そこで、まず、沿革を概説した後に、本稿による「詐害行為取消権」——債務者の問題行動の規制——の観点から、「弁済は詐害行為となり得るか」について、論じることとする。

[学説1922年以前] 破産法制定(1922;大11)以前は、破産法の代替物として、詐害行為取消権が機能することが期待され、それを理由として、詐害行為取消権によって偏頗弁済が取り消されることが主張される。加藤はこう述べる¹⁵。

「強制平等分配は破産に於いてのみ認めらるるものに非ずして
個々の強制執行の場合に於いても又認められる故」「債権者相互の

¹⁵ 加藤正治「廃罷訴権論」『破産法研究4巻』(有斐閣、1918)324-332頁、特に328頁以下参照。

關係に於ける平等分配を確保する為めに廢罷訴権を認むるは寧ろ我國民事訴訟の主義にも又適合するものと謂うべきなり」「殊に破産手續に於ける救済は總ての場合を包容するに足らず蓋し破産は現行法としては商人に限る又破産法上の否認権は本問に適用ありて救済を与ふる場合は旧商法第991条なれとも同条は債務者の支払停止後の行為に限り適用あり然るに支払停止後の弁済又は担保の提供のみを否認し得たるのみにては不十分なり」「若し弁済又は担保供与が既に第996条に包含するものとすれば之と同趣旨に出づる民法第424条の場合にも又其適用ありと言はざるべからず。」(圈点、本稿筆者)

[学説1922年以後] 破産法制定以後は、破産法という債権者平等を図る法制度が制定され、その中に偏頗行為否認(旧破産法72条2号)が規定されたことにより、詐害行為取消権の純化を目指す説が目立つ。すなわち、詐害行為－偏頗行為峻別論、したがって、偏頗行為の性質を持つ弁済が詐害行為取消権によって取り消されることはないとする説が台頭することになる。すなわち、鳩山¹⁶は、「強制的平等分配は破産の場合に於いてのみ法律の之を認むるものなるが故に詐害行為とならざるものと解さざるべからず(圈点、筆者)」とする。

ただし、弁済を詐害行為によって取り消すべしという思想は、破産法制定以後であっても、詐害行為取消権を「簡易な破産処理制度(破産の前倒し)」と位置付けることによって残存することになる。先の加藤の主張である民事執行法と詐害行為取消権との均衡や、詐害行為取消権によって破産法の機能不全を補うという理由のうち特に後者は、たとえ破産法が制定されていたとしても揺るがないことは一見して明らかである。

以上の議論における共通の前提を確認しておこう。「弁済」について詐害行為取消しを肯定する説、それを否定する説、何れの説においても、「弁済」を破産法にて規律されるべき「偏頗行為」とカテゴライズしている。そして、議論の分かれ目は、詐害行為取消権を破産法の否認権の代替物(破産の前倒し)として考えるか否かにある。ここに、論者は、弁済については、元來、破産法が手当てすべき偏頗行為であると考へて

¹⁶ 鳩山秀夫『日本債権法(総論)改訂版』210頁(1925)。

いる点において一致していることが確認されるのである。

〔学説1950年以後〕先の流れ——「詐害」「偏頗」峻別論——を受け、我妻も弁済について詐害行為取消しを否定する¹⁷。すなわち、「通謀をして他の債権者を害する意思をもって、といっても、債権者が平等に（比例的に）弁済を受けることを強制されるのは、強制執行または破産において清算される場合に限るべきである」と。

他方、これに関して新たな流れが生じる。1950年代には、債務者が支払不能（法的倒産に適正な状態）になっているのに、支払停止（否認権行使の要件充足）になかなかならないという前記加藤論文が指摘した社会事実の残存を受けて、再び、詐害行為取消権によって偏頗弁済を取り消すべしという議論が台頭し、総合考量説という理論を生み出すことになる¹⁸。その理論に基礎付けられてか、あるいは、判例法の判断に妥当性を見出してかは定かではないが、破産法学説にも変化が現われる。当時の状況を説明するものには「当時の通説を代表していた中田博士が、その判例評釈において、判例は妥当な実質的判断をしており従来の通説は間違っていたという、いわば総ざんげするような学説の変更を契機として、雪崩を打ってこの判例を支持する方向に学説は動いた」とある¹⁹。

¹⁷ 我妻栄『民法講義Ⅳ（新訂）』185頁（岩波書店、1964）。

¹⁸ 山中・前掲注12、竹屋・前掲注12参照。ただし、本稿の主張によれば、総合考量説の理論的意義が、このことだけに留まらないことこそが重要である。

¹⁹ 小林秀之発言・小林秀之＝沖野眞巳『わかりやすい新破産法』（弘文堂、2005）、170頁。本文中の中田論文については、最高裁昭和42年5月2日についての判例評釈である民商法雑誌57巻6号908頁（昭43. 3；1968）である。従前の裁判例においては、支払停止後、破産宣告より1年以上前の弁済について、72条2号の危機否認（偏頗弁済禁止）によって取り消すことができないことから、72条1号の故意否認（倒産法における詐害行為取消しと類似のもの）によって取り消すことを認めていた。この判決は、支払停止前、破産宣告より1年5ヶ月前の弁済の72条1号による取消しを認めた事例であり、従来の判断を一步進めたものである（新堂幸司「判批」法学協会雑誌85巻5号（昭43. 5；1968）759頁参照。なお新堂はさらにこの事案の特徴として、他の詐害されている債権が期限未到来であるのにも拘わらず否認を認めていることを指摘しつつ判旨に賛成している）。

それ以降は、総合考慮の理論の下に詐害行為取消しの審査に服させしむ総合考量説は、支持を集め、その結果、当時において、弁済について、詐害行為取消し否定説は通説であるかは疑わしいと評される程になる²⁰。

[学説2004年以後] こうして、詐害行為取消権によって、「偏頗行為としての弁済」を取り消し得るという議論は主流となったが、この議論は、近時、改正破産法（2004）における偏頗行為についての扱いの変化によって、大きく影響を受けることになる。すなわち、改正破産法162条によって、「支払不能時以後の弁済について否認の対象となる」とされると、その反対解釈として、支払不能以前の弁済について（民法上の詐害行為取消権によっては）取り消され得ないとする説が、再び有力化することになる²¹。その論理は、以下のようなものであろう。倒産法によって倒産手続適正時である支払不能以後の「弁済」を偏頗行為として取消し得ると規定されたのだから、その反対解釈として、それ以前の段階を規律する民法上の詐害行為取消権によっては取り消し得ないと解すべきである。

例えば、内田は、詐害行為取消権によっては弁済は取消し得ないとい

中田は、この事例についての評釈において、形式的な危機時期（支払停止や破産申立て）以前においても「実質的には支払不能の破産状態」となっていることが有り得て、債務者がそれをひた隠しにしながら、他方、特定の債権者に対しては、従前の恩顧に報いるために、或いは将来の恩恵を期待して、この債権者にだけあえて弁済するというような場合には、旧破産法72条1号によって取り消されるべきことを主張した上、従前の自説を改説している。

²⁰ 下森・前掲書注10（1987）、824頁による。又、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）補訂版』（良書普及会、1992、初版1978）にも、同じく、判例支持が多いとある。大島俊之『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）20-23頁は、判例評釈レベルでは、判例を支持し、体系書レベルにおいては否定説が主流とする。この現象は、理論的には、詐害と偏頗行為を別だとした上、実際に焦点を当てる判例評釈においては、詐害行為否認（すなわち、詐害行為取消）によって、弁済を取り消し得るとする説が多いと評価できようか。

²¹ 小林秀之＝沖野眞己『わかりやすい新破産法』（弘文堂、2005）、170-174、特に173頁参照。

う解釈論を提示する²²。すなわち「改正破産法は、一部の債権者に対する優先的な弁済行為（偏頗行為と呼ばれる）につき、支払不能に陥る前は否認の対象としていない（破産162条）。…（中略²³）…弁済行為について、破産の局面で機能する否認権より債権者取消権による取消しが広く認められるというのはバランスを失する。そこで、破産法との整合性を考慮し、弁済期にある債務の弁済行為は詐害行為には当たらないと解するのが妥当ではないかと思われる（弁済の効果を否定したければ破産手続きによるべきである）。（圏点、本稿筆者）」と。

【小括】 このように、破産法における偏頗弁済についての改正によってもたらされたところの、民法における詐害行為取消権の解釈の変容からも、学説は、伝統的に、①論理的には、偏頗行為と詐害行為を区別した上で、倒産処理法の偏頗行為否認の代替物として詐害行為取消権を見るべきか否かという議論を行っていたと評価することができよう。そして、②支払不能時以後の偏頗行為が破産法上の否認の対象となることが明示されたことにより、偏頗行為である「弁済」は、詐害行為とはなり得ないという解釈的帰結が演繹されていると考えられる。

3.2 「弁済」についての本稿の見解

以上の議論を、本稿の視角によって評価すると一定の分析が行い得る。まず、先にも述べたように、詐害行為取消権は、債権者と債務者との関係を規律し、債務超過時における債務者の行動の変化、端的には、「意思決定の歪み」——それが債務者の資産価値に影響を与える——を詐害行為として規制するというものである。

そうであるとすれば、「弁済」が端的に、債務者の行動によって行われ、債務者の資産価値を下落せしめるか否か——それが詐害行為なのだから——を考えればよい。任意弁済は、複数の債権者が存在する時に、如何

²² 内田貴『民法Ⅲ（3版）』（東京大学出版会、2005）312頁。

²³ 「支払不能とは、債務者が支払能力の欠乏のために弁済期にある債務を一般的かつ継続的に弁済できない状態（破産2条11項）であり、破産手続きの開始原因である（破産15条）。」

なる債権者に如何程の金銭を支払うかべきを債務者が決定するという行為である。債務者が行う「この弁済に関する判断」は、正に、債務者の資産価値に影響を与えるところの債務者の経営判断に他ならない。そして、債務超過時におけるこの債務者の判断には一定の行動の変化が見られる場合がある。

したがって、弁済は、詐害行為として、正当に詐害行為取消権の審査に服することになる²⁴。すなわち、前記②命題は誤りであろう。ただし、理論上、弁済が詐害行為にカテゴライズされる場合があるとしても、実際において、即、取り消されるかというところではない。詐害行為取消しの要件を完全に満たさなければならないからである。特に、弁済受領者（取引相手・受益者）は、「弁済が債務者の資産価値を下落せしめること」についての「悪意」を満たさないことが通常であろう。満たすとすれば、それは、従来、判例法が挙げてきた「債権者—弁済受領者共謀事例」のような場合のみであろう（例えば、伝統的に言われてきたような、債務者と債権者が共謀の上、期限未到来の債権について弁済を行ったような場合）。

他方、伝統的学説のように、詐害行為と偏頗行為を完全に区分し、弁済を偏頗弁済にカテゴライズすることによって、弁済に対する詐害行為取消しを否定するという理論構成を採用した場合には、以下の理論上・実際上の問題が生じる。すなわち、理論上、前記の濫用的な弁済が取り消し得ないことにならないか。なぜならば、弁済は、偏頗行為なので如何なる場合であっても、倒産法によって処遇されるべきものだからである。内田は「弁済期にある債務の弁済は詐害行為にはあたらない」とするが、弁済期以前の弁済であろうと、濫用的な弁済であろうと、弁済は、理論上、偏頗行為なのであるから、（債務者の自由になるものとされ）詐害行為によっては取り消し得ないことになる。前記内田の言説——「弁

²⁴ 小林秀之の発言・小林秀之＝沖野眞巳『わかりやすい新破産法』（弘文堂、2005）170-171頁には、弁済が経営判断であることについて明確に記述されている。小林は、「支払不能に陥らない限りは、（弁済をするか否か—括弧内本稿筆者）むしろ誰に弁済するか、債務者の自由ではないかというふうに考えられる」とする。この点について、本稿は、経営判断であるからこそ詐害行為取消の対象と一応はなり得ると考える。

「済期にある債務の弁済は詐害行為にはあたらない」——の裏に、弁済期未到来の債権の弁済については詐害行為に当たるといような規範的判断があるとするならば、その法的帰結を導く理論は、弁済が詐害行為にもカテゴライズされることがあることを認めた上で、その経営判断を審査するという本稿におけるようなものではなからうか。

〔一般化〕このことを、総合考量説に照らして説明するところである。1950年代に展開されたところの総合考量説が、詐害取消しの対象とした「弁済」には、二つの側面がある。

ひとつめは、偏頗行為としての弁済という側面である。これは、伝統的に問題視されて来た社会事情とそれに対する法の欠陥——「支払不能」にはなっているので破産理論上は偏頗行為として否認されるべき弁済も、「破産法の否認権行使の要件である支払停止」には至っていないので条文上は取り消しえない——を補うために、詐害行為取消権を破産法上の否認権の前倒しとして活用するという文脈において検討されるところの“弁済に対する詐害行為取消権の代替的な行使”という側面である。この時の取消権は、「債権者と債権者の間の利害調整」を行い、債務者支払不能時の債務者資産の解体を抑制するために機能する²⁵。この側面から見れば、弁済は原理的には詐害行為取消し（「債務者と債権者の間の利害の調整」を行なうもの）の対象ではないということになる。

そして、もうひとつは、詐害行為としての弁済という側面である。これは、債務超過債務者が共謀の上、特定の債権者に対して期限の利益を放棄して弁済を行うといような経営上望ましくない債務者の行動である²⁶。このように「弁済は取消しの対象となる」と理解しておいたとし

²⁵ このような考え方については、DOUGLAS G. BAIRD, ELEMENTS OF BANKRUPTCY, Fourth Edition (Foundation Press, 2005), at 157等参照。

²⁶ 通常、弁済は、10の資産を、5と5に分けるか、8と2に分けるかの違いに過ぎず、弁済による分配によって「総債権者に手に入る債務者資産の総量10」には影響しない。しかし、誰に弁済するかも経営判断である以上、特定のものに対する弁済が、債務者資産の価値に影響を与える場合がある。そして、債務者が債務超過の場合には、例の悩ましい問題も生じる。恐らく、この場合においては経営無関心が生じ得る。そして、それによった代物弁済の場合には、資産の解体などを導くことも多いと考えられるが、金銭による弁済の場合にも

でも、先述したように、債務者の弁済について、弁済を受領する債権者
がその合理性を判別することは不可能に近いのであるから、弁済が事実
上取り消されることは稀であろう。しかし、弁済が取り消される論理が
異なるので、その取消しの範囲（要件）は異なるものとなる。

このように、詐害行為としての弁済が取り消されにくいことは、詐害
行為取消制度の存在意義からも説明し得る。すなわち、債務超過時の弁
済が一律に禁じられるのであれば、債務超過時の無担保融資（または任
意弁済）が債務者の資産価値を上昇させる場合にも、その融資の回収が
禁じられてしまうのであるから、その望ましい経営行動を阻害してしま
うことになりかねない²⁷。債務者が債務超過時にあっても健全時と同じ
行動を再現させるという詐害行為取消制度の役割を果たすことができな
い。こうして、債務超過時の弁済は緩めに規整し（それでも、無秩序に
債務者の自由に委ねるわけではない）、支払不能時の弁済は厳しく禁じ
ておくことに意味があることになる。

企業の価値に影響することはあるだろう。その経営判断の非合理性を弁済受領
債権者（受益者・取引相手）が認識して債権の回収を行ったような場合には、
そのエージェンシー問題の現れについて、その債権者が監視できる立場にある
ので、一般的には、詐害行為として取り消されることになる。しかし、弁済受
領債権者（受益者・取引相手）の監視能力は皆無に等しい。又、實際上、証明
も不可能に近い。したがって、ほとんど認められないだろう。

²⁷ 昭和42年5月2日判決についての新堂評釈(新堂・前掲注19)763頁において、
新堂は、従前の学説が、破産法72条1号の故意否認により本旨弁済が取り消さ
れることを承認していた判例法に対して反対していた実質的な理由として以下
のような推論を行っている。故意否認の「債権者を害することを知りて」とい
う要件の判断によって、否認の可否を決めるため、どのような弁済まで否認の
可能性があるのか予測がはなはだ難しくなり、これにより、債務者の再建への
努力——たとえば特定の債権者に弁済するかわりに材料の供給を継続してもらおうというような個別的
折衝——に水をさす虞があると。ここには、債務者の意思による弁済が経営判
断的な意思決定として行われること、それによって債務者の価値が実質的に変
動することが指摘されている。新堂は、このような虞を生じさせない場合、す
なわち、弁済受領債権者が債権者の意図を理解していたような場合には、予測
を害することも、したがって、一般的に債権者への再建の努力を阻害すること
もないとして弁済を故意否認として取り消した裁判所の判断を是認している。

以上より、債務超過時の弁済は、経営判断として非合理的な場合（受益債権者はそのことを認識している場合）に、取り消されることになる。他方、支払い不能時以降の弁済は、倒産処理法の前倒しとして取り消される可能性がある（受益債権者は支払不能であることを認識している場合）。従来の、「弁済＝偏頗行為⇒倒産処理法」というような理論枠組みを用いずに、本稿のような理論枠組みを用いても、實際上、弁済が詐害行為となる場合は、例外的であろう²⁸。すなわち、弁済が詐害行為として取り消され得る場合は、弁済受領債権者がインサイダーである場合や、債務者と債権者が予め特定の債権者に嫌がらせをしようとしたような場合（いわゆる共謀の場合）に限られるであろう。また、同様の実質を持つ「先立つ負債に対する担保権の設定」も、同様に、弁済として処理されれば足りる。

3.3 「伝統的学説」に対する分析・補充

以上に述べてきた、「弁済」が帯びる特徴（偏頗行為としての弁済）については、既に、あらゆる先行研究において指摘されてきたと考えてもよい。例えば、古くは、鳩山体系書の記述がこのことを明確に指摘し、弁済に対して詐害行為取消しを行うことを否定している。また、取消しを認める加藤論文においても、破産法不在時に詐害行為取消権によって破産法上の偏頗行為否認を代替させると明示している点から、この弁済の特異性を認識していると評価し得よう²⁹。

さらに、近時、下森は、詐害性の判断についての「重要な視角」として、以下のように述べている。

「詐害行為の相手方が債権者の一人である場合（弁済や代物弁済の詐害性が争われた場合など）と、そうでない場合（不動産の贈与行為や譲渡行為で受益者が債

²⁸ 前注26参照。インサイダーの場合には、取消しが認められる余地がある。

²⁹ 後注34参照。我妻榮『民法講義Ⅳ（新訂）』185頁（岩波書店、1964）、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（有斐閣、1987）、796頁、沖野＝小林・前掲書注24にはより顕著に現れている。

権者の一人ではない場合）」とは基準の基礎となる原理を異にする³⁰と。すなわち、「前者では、取消債権者と受益者たる債権者との間の公平をどの程度考慮すべきかが問題であるのに」対して「後者では、債務者の財産管理の自由ないしは経済的更正の保護および受益者の取引安全の保護を債権者の保護との均衡上どの程度考慮すべきかが問題である」ので、原理的に異なるというわけである³¹。

この議論は、総合考量において、詐害行為取消しの網の中に含まれた偏頗行為（「前者」）を、元来の詐害行為（「後者」）と区別して認識するものとして重要であるが、本稿の視点によって、さらにこの視角を精密化できる。すなわち、後者の類型（詐害行為）においても「取引相手」が債権者である場合も存在することを指摘できる（LBOの場合はまさにそうである）。さらに、下森の分類において、債権者と債権者の利害が対立するかに見える前者（偏頗行為）の類型に当てはまるかに見える弁済であっても、経営判断（後者の類型）として詐害行為取消法理によって審査されなければならないことも再三指摘した通りである。すなわち、後者の類型にあてはまる場合も存在する³²。

まとめると、特定の行動についての経営判断の側面（債務者の意思決定の規整）を問題にするならば、後者（詐害行為）の類型であり、債権者平等（回収競争）の側面を問題にするならば前者である。両者の類型は、重なることがある、結局のところ、弁済については、理論上、「偏頗行為」の性質も「詐害行為」の性質も持ち得る。

このように、「弁済」においては、詐害と偏頗が重なることがあるという点は、伝統的な学説が見落としている点であると評価し得ないか。すなわち、学説は、偏頗と詐害を二分した上で、弁済を偏頗行為と性質決定し、偏頗行為は倒産法によって処理されるものであるから、詐害行為取消権においては扱われないと考える³³。特に、改正破産法（2004）

³⁰ 下森・前掲書注10、795-796頁、**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）152-154頁参照。

³¹ 下森・前掲書注10、795-796頁、下森・前掲注30、152-154頁参照。

³² 下森・前掲注30、154頁は、この問題は存在しないと述べる。

³³ 小林＝沖野・前掲書注24、170-174頁。

以降は、この二分論的な傾向が強く、総合考量説が打ち立てた、弁済を詐害行為として取り消すという解釈は排されたと見る向きがある³⁴。

しかし、本稿はこの見解を正当とせず、総合考量説の示す帰結（したがって、一定の弁済について詐害行為取消しを認めるような一般論を展開していた判例法）は、まだ生きてると評価することにする。改正破産法によって、明示されたのは、倒産法上の偏頗弁済禁止を、支払不能時より前の段階においては、前倒しとしての詐害行為取消権に担わせないということ——債務超過時の「偏頗」弁済を、詐害行為取消権によって取り消すことは認められないということ——のみであると理解するのが合理的であろう。すなわち、①支払不能時以降ならば、詐害行為取消権が倒産処理法上の否認の前倒しとして（偏頗的）「弁済」が取り消されることはあり得るし、②債務超過時においても濫用的な（詐害的）「弁済」が取り消されることもあり得る。

先述した、いかなる場合にも弁済は詐害行為たりえないとする解釈は、破産法の反対解釈として正当ではないし、実際上も、不当な結論を導くことになる。

[森田] また、森田は、判例の採用する「通謀的害意論」（債務者と弁済受領権者が債権者に対する害意を持って弁済を受けている場合においてはその弁済は取り消され得るとする理論）を機能的に分析した上で、そこには、倒産法上の考慮（債権者対債権者）が多分に存在していることを理由にして、民法による倒産法の前倒しである①については認め（それによって、民法と倒産法の均衡が図られる点については正当である）。②については残されているとしながらも、否定的に解するかに見える³⁵。この②について、「弁済」の有する経

³⁴ 小林＝沖野・前掲書注24、170-174頁、とりわけ173頁。また、内田・前掲書注22、312頁。森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）55頁、63頁は、「債務者の害意」に取消しの根拠を求める「弁済」が問題となる文脈において発展した通謀的害意論について、この文脈においては、もはや、妥当しない旨を論じる。

³⁵ 森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）55頁、61-65頁。特に、61頁において、「債権者取消権の意義は残り」として偏頗行為禁止についてのみ検討を行っている。他方、同時に、61-62頁において、「新破産法は、支払停止前の実質的危機時期における偏頗弁済を、詐害行為否認の対象から外し、もっぱら偏

営判断の側面（特に、債務者が企業の場合においては、誰に如何なる程度の弁済を与え

頗る行為否認の問題とする一方で、対象となる弁済の時期を支払停止後ではなく、『支払不能』後とした。『支払不能』が支払停止に先行するのが一般であろうから、その限りでは従来の危機否認の範囲を拡張することで偏頗行為に対処する選択をしたものと解される。旧法下においても、支払不能時になされた偏頗弁済に、故意否認で対処する判例の方向と並んで、危機否認の対象行為の時期の前倒しを主張する有力説があり、新破産法はこの説を採用している。『弁済の否認の実体法上の中核は、『支払不能』に求められる』とする。同時に、63頁においては、『支払不能』時前に、偏頗行為否認の対象となり得ないが民法の債権者取消権の対象とはなり得る弁済を用意しなくて良い…（略）。』とする。

ここに、森田は、従来、故意否認でカバーされていた「弁済」を、危機否認の支払不能要件の柔軟化・規範化によってカバーすべし、且つ、民法上の詐害行為取消権は原理的には「弁済」を取り消し得ないと解釈を導いていると評価できようか（同上・62頁）。そのことは、60頁において、一つの債権回収行動について詐害行為取消権と否認権が異なる評価をすることは妥当ではないという価値判断からも推測できる（これについて本稿は反対する）。そうすると、弁済が詐害行為取消権によって取り消され得るのは、支払不能概念が柔軟化されたことによって拡張した危機否認（偏頗行為禁止法理）が詐害行為取消権を通して現れているからと説明することになろう。すなわち、ここにいう詐害行為取消権は、倒産処理法上の否認権の前倒し（代替物）としてのものとなり、原理的には詐害行為取消権は弁済を取り消し得ないと評価しているように思われる。66頁において、私的整理における弁済を規律するために、詐害行為取消権の利用が示唆されていることも、簡易な倒産処理法制（否認権の前倒し）として詐害行為取消権を位置付けてのことである。

さらに、注目すべきは、63頁（注22）において、支払不能時前の「弁済の取消しの余地を残すとして、民法の債権者取消権を否認と棲み分ける解釈論の方向もありえる」と示唆されている点である。さらに続けて、「この方向にたてば、否認要件としての『支払不能』概念は、債務者の客観的財産状態として、評価規範的性格を脱色させることが容易になろう。」とする。

この方向性は、「弁済」を、詐害行為取消しの対象とする（且つ、故意否認の対象とする）という意味において、本稿の私見の目指すもののようにも思われる。ただし、本稿は、「支払不能」概念が、規範的要件であること自体は否定しないが、「支払不能」概念は、倒産的考慮のみによって基礎付けらるべきであり、同時に、「債務超過（詐害取消法）」も、その存在意義に基礎付けられる範囲において規範的のものとなるべきであると考えられる。

るかは債務者の判断によって行われ、債務者の資産価値に影響してくる)を見れば、ひとつの考え方——「弁済」は債務者の意思の現われとも言えるのであるから「詐害行為」の性質を持つ——も有り得ることが示唆されよう。このような切り取り方の方法は、既に、鳩山論文によって提供されている³⁶。すなわち、単に、詐害取消法理の視点から、「弁済」を見ればよいだけである。

すると、まず、問題になるのが、詐害行為取消権と倒産法との均衡性である。すなわち、倒産法上は詐害行為否認(160条)と偏頗行為否認(162条)とを区別し、弁済は後者に含まれる故に支払不能時以前の弁済については取り消し得ないにも拘わらず、それ以前の段階においても詐害行為取消権によって取消され得るとすると倒産法制による判断を無視しているのではないかということが問題になろう。この問題意識は、(単に文言の不均衡に留まらず)ちぐはぐな機能を持たないかというものである。これに対しては、寧ろ、倒産法上の詐害行為否認(故意否認)にも、「民法」のルールが読み込まれることによって均衡が図られるべきであると答えることになる。すなわち、倒産法上も、詐害行為として、その要件にしたがって「弁済」は取消し(160条)の審査を受けることになるかと解されるべきである。倒産法が改正したのは「偏頗行為」としての「弁済」についてのルール(危機否認についてのもの)のみであり、これについてのルールが、従来のルールに付け加わったに過ぎないと理解することになる。したがって、「弁済」は「危機否認・故意否認」両方によって取り消され得るようになったと理解することになろう。

次に、そのように解するとすると「弁済」が「債務超過」時に、取り消され得る際の実害について考えなければならない。「弁済」を詐害行為たり得ないとする学説の背後には、「ストラクチャード・ファイナンスや、ベンチャーの保護」のために「弁済」を取り消され得ないとすべきであるという思想が存在すると言い得る³⁷。

³⁶ 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53頁(1916;大5)。

³⁷ 森田・前掲書注35、60頁注17は、倒産法改正の背後には、「ストラクチャード・ファイナンス」の保護のために、このような考慮があるという。また、小林発

この考慮（産業保護）が正当であるとしても、まず、一般法の改造によって手当てすべきではなく、従来の枠組みにしたがって、個別的な要件の審査において取消しが否定されやすいとしておけば、十分である（實際上、「債務超過」時においては、「弁済」は、詐害行為取消しによって取り消され得ることはまれであることは、先に述べたし、詐害の審査においてもこれらの取引類型はかなり甘く判断されることは理論上示唆されている）。若しくは、特別法によって手当てすべきであろう（そしてその際も、その規範の硬さは、一過性またはゆるいものとなる）。

ここにおいては、むしろ、そもそも、根本的に、最も「詐害」が起りやすいこの現代取引の文脈において、現代取引の中核をなす弁済を一律に取消しの対象外とすること、すなわち、「詐害法理」の役割である「規整」を後退させることの是非こそが論じられなければならない。加えて、詐害行為取消法理は、現在の一時点において、認識されている特定の取引（やその複合体）だけを問題としているわけではないことも既に2章・5章において述べた。過去の学説が理論の発展によって付け加えた「拡張・規整機能」を、完全に取り外すことについての慎重な議論が必要であろう。

以上のような機能的分析（私見）によれば、債務者と受益者の共謀が見られる「弁済」を詐害行為として、詐害行為取消権による取消しの対象と宣言してきた判例理論（「通謀的害意論」）は、弁済をはじめとした様々な取引を詐害の審査の対象とするという政策を言語的に表明するという意味において一般論としても完全に正当であるし、且つ、その運用においてほとんど弁済が取り消されてこなかったことから、妥当な結論をも導いて来たという意味付けられよう。一般論として、弁済を取り消し得るとしながらも、個別的に弁済に対する取消しを否定することには、以上のような（債務者の経営判断としての弁済を威圧しておくための、または社会の変容に対応するための）考慮が存在すると分析し得るといふわけである。そうであるならば、たとえ、総合判断によって、現実に取り消しが行われることについては謙抑的になるとしても、現行法においても、従来の民法の分野にて発展した法理論は妥当させておくことが望ましいのではなからうか。加えて、先に示したように、このあり方のほうが、条文の形式的

言・小林＝沖野前掲書注24、176-177頁は、ベンチャー保護をその関心事として、取消しの否定を主張している。

解釈（破産法の反対解釈）としても無理が無いように思われる³⁸。あるいは、たとえ、「弁済」について、詐害行為取消しの対象となり得ないという風に結論するにしても、その結論を基礎理論による基礎付けの薄いもの（若しくは、一過性のもの）と評価し、社会にそぐわなくなった時のために解釈的な切り崩しの準備をしておくことが必要ではなからうか。それが、この場面における理論の役割である。

結局、本稿の分析によれば、「詐害性判断」の中核は、今も昔も、債務者対債権者の文脈における財産の減少であり、それ以外の帰結（支払不能時以降の弁済の取消し）は、詐害行為取消理論によって別の法理の機能が代替されているに過ぎないものと見るべきであろう。（先章（2章）の注において紹介してきた「弁済」についての判例とその分析³⁹——「弁済」も一般的に詐害の審査の対象となり、さらに、「good faith」（取引相手の善意）の解釈によって詐害行為として取り消され得ることが示唆される——は、「弁済」に対しても詐害の審査をするということ、「取引相手」の善意の解釈によってコントロールするということを示すものとして興味深い。さらには、「執行行為」の一種である、foreclosureにおいてでさえ、「債務者の意思が、価格に影響を与えるならば」詐害の問題となり得ることが明示されていることも示唆的であ

³⁸ 破産法改正によって、弁済について詐害行為取消しを否定する解釈を採用することが、必ずしも論理必然的な帰結ではないことを明示的に指摘するものに小粥太郎『民法の世界』（商事法務、2007）147-149頁がある。ここにおいては、幾つかの可能性が指摘されている。まず、本稿の本文にも紹介したところの支払不能概念の規範化・柔軟化によって偏頗行為否認を前倒しすることを目指す森田・前掲書注35、52-63頁の考え方である。（この考えを進めれば、倒産手続きの前倒しの処理を行うために詐害行為取消権を代替的に利用することも考えられることになる。森田は、同上・66頁以下において、この考慮によって私的整理全体が詐害行為取消権によって規律される可能性を示唆する。）次に、端的に、偏頗行為否認の考え方を前倒しし、詐害行為取消権にその役割を代替させることによって、弁済を処理する潮見佳雄『債権総論Ⅱ』（信山社、2005）144頁）の考え方である。いずれの考え方も、倒産手続き（集合回収手続き）の前倒し、すなわち、簡易な倒産処理法制として詐害行為を位置付けるもの（原理的には詐害行為取消権によって弁済は取消し得ないとしながら、倒産上の否認権の代替物として詐害行為取消権を利用しようとするもの）である。これらとは異なり、本稿では、弁済を原理的に詐害行為と扱う可能性を示唆することになる。

³⁹ Note, *Good Faith And Fraudulent Conveyances*, 97 HARV. L. REV. 495 (1983), at 495-496.

る。）弁済はどちらの法理の審査対象にもなり得る。

先の森田の分析に以上のような帰結を付け加えることができるのではなからうか。森田が主張するように「支払不能」も規範的な概念であると共に、「詐害行為取消法理」（とその要件）も、歴史的にも、比較法的にも、機能的にもそれと同様に、規範的な概念であると考えたい⁴⁰。

何れの法律構成上によっても同じ帰結を導けるような気がするが⁴¹、ここにおいては、目指すべき帰結と問題点を確認しておくことにした。

3.4 「相当価格による売却」

他方、「相当価格による売却」は、債務者の意思決定によって行なわれている行動であるから、意思の歪みが現れ得る。担保権の設定による資金調達についても同じである。債務超過時における、債務者の自己資産の流動化（現金化）は、使い道について何らコミットされていないならば、債務者の「意思の歪み」の虞れ故に、債務者価値の下落を意味す

⁴⁰ 日本の詐害行為取消法理は、簡易な倒産処理機能を営むことが期待されているので、詐害行為の要件である「債務超過」と、森田のいう規範的判断としての「支払不能」は帰結において、同じものとなり得る。

しかし、実際の分析においては、例えば「通謀的害意論」の評価については、森田説と私見とは大きく分析を異にするように感じる。加えて、法実践的にも、「債務超過」の段階と「支払不能」の段階——法的倒産手続に関連付けられている（さらにいえば「支払不能」とは法的、あるいは「簡易ではない」倒産が視野に入った時における関係者の行動を規律する概念ではなからうか）——において、債務者を初めとする利害関係者に対して、それぞれ異なった決め細やかな行為規範を、分かり易い形にて与えられるほうが望ましいのではないだろうか。さらには、私的整理を合理的に規律することができる柔軟性とネットワークを持つ概念として債務超過（もしくは、「債務超過」「支払不能」の協働）を考慮しておいても良いのではないか。したがって、これについても、「弁済」についての私見と同様に、重畳的な適用が望ましいと考える。ただし、この点については、未だ検討が不足しており、他日を期する。

⁴¹ 濫用的な「弁済」を、「弁済」プラス「無償譲渡」と性質決定した上で、後者を取消しの対象にする余地もある。ただし、そのような技術的な法実践——「濫用的な弁済」も取消しえないとはしない——を基礎付けるものは、本稿の提示したような理論によるべきである。

る⁴²。使い道についてまでコミットされている場合⁴³には、その使い道によった場合の債務者価値の増加を問題にすればよい⁴⁴。

3.5 「社会政策的考慮」

社会政策的考慮は、問題となる行為が詐害的であるか否かにかかわらず、行われることになる。この要素は、債務者の意思決定によって引き起こされるという意味における「詐害」性とは相関してはいない。伝統的整理において、社会政策的な考慮は「社会的適法性」として、弁済とひとくりにされてきたがその実質は若干異なるものとなることは認識しておく必要がある⁴⁵。

先に説明したように、弁済の方は、「偏頗行為の部分を除いた部分」が、「詐害」の相関判断になり得るが、社会政策の方は、厳密な意味においては、詐害性とは相関していない可能性もある⁴⁶。言い換えれば、社会

⁴² 通常時の資産流動化は、証券化・流動化取引に代表されるように、企業価値を高めるものであろう。しかし、これとは対照的に、債務超過時における資産の流動化（現金化も含む）は、その資金を合理的に利用するインセンティブを債務者が持ち合わせていないことから原則的には詐害行為であり、取引相手の監視能力如何によっては取消され得る。

⁴³ 通常をつなぎ融資はこの類型であろう。アメリカにおいても、運転資金調達のための融資は詐害行為取消しの対象とはならないと述べられている。

⁴⁴ そのような規範を与えておけば、「取引相手」は合理的に行動するであろう。ただし、「取引相手」の監視能力が高い類型においてのみこのような理解が妥当するであろう。

⁴⁵ この点は、既下森・前掲書注10、796頁に指摘されている。伝統的な学説は、弁済が義務であるから社会的な適法性が備わり易い（したがって、通謀的な善意によった弁済しか取り消され得ない）とする。これに対して、森田は、「義務」の有無ではなく機能の視角から整理すべきであるとする。本稿は、森田の帰結には必ずしも沿うものではない（先述、「弁済」参照）が、その点については賛同するものである。

⁴⁶ ただし、生計や子女の教育費にあてるため、家財を売却し、それに対して、譲渡担保を設定した場合において、それが相当価格で無いならば詐害取引となる。これについては、最高裁昭和42年11月9日民集21巻9号2323頁も同趣旨である。

また、この場合において、さらに、家財の売却が相当価格であったとしても、特に子女の教育のために家財という生活に必要な資産を売却してしまう（自己・

政策的考慮は、憲法における社会権の現れ（それと信用秩序との関係）であるが、弁済については信用秩序固有の問題である。

それとの関係で、「租税債権」や「不法行為債権」を被保全債権とする場合には、若干考慮が異なる可能性がある。「租税債権」については、信用秩序の問題ではないと言い得る。また、「不法行為債権」については、不法行為債権者を詐害行為取消権の「債権者」として保護せずとも、信用秩序は破壊されない（一般の「債権者」の融資が鈍らない）という意味においては異なる考慮が背後にあると言える。

こうして、伝統的な要件論の内実をより精密に認識し得るであろう。ただし、この部分については視点の提示だけに留めて、他日を期することにする。

4 効果論・実効の理論——⑤について

これについても先述したように、詐害行為取消制度の存在意義についての議論（①、②、③）が不足していることにより、実効の理論（⑤）に問題が生じている。

4.1 [帰結その1；取消の後始末における取消権行使債権者の優先弁済受領権]

この⑤の問題について、佐藤は、詐害行為取消権は訴権であると指摘し、そして、それによって、実体法・訴訟法・執行法を詐害行為取消権の目的にかなって解釈し得る可能性を提示したと評価し得る。しかし、それによって示唆されたところの具体的な帰結は、訴訟法上の判決効の拡張に留まっており、「取消の後始末」については佐藤自身も伝統的

家族の厚生を放棄して子女の教育のために資金調達をしてしまう）債務者の行動の承認が、債務者の厚生（社会保障政策）の観点から合理的であるかは問題として残されている。もし、それが問題行動であるならば、そのような融資行為を抑止するために、その融資が、詐害行為取消権によって取り消され得ると評価される余地も残されている。

しかし、もはやそれは、既に詐害性の問題ではないことは留意しておこう。そして、この問題の背後には、社会保障制度の不備があることも併せて指摘しておく。

な執行法上の一般論を適用している（⑤”-2）。その結果、佐藤は、取消しの後始末における分配の問題について、平等主義的解決（按分弁済）を主張することになる。この「判決効については民事訴訟の一般原則である判決効の相対性の例外としながらも、執行段階の分配についてはその一般原則である債権者平等原則を適用する」という現象について、先に見たように、詐害行為取消権の存在意義を考えることによって、はじめて補い得る余地を見出し得ることになる⁴⁷。

そこで、本稿においては、詐害行為が起ったならば、その行為はリスク中立的な債務者ならば取り消しを求めらる程度に取り消されなければならないという存在意義による示唆を根拠に、取消しを行った債権者については少なくとも、何らかの形で優先弁済受領権を与えるのが正当であると考える。この場面において、按分弁済によってしまうと、取消し債権者の取消し行動が抑制される結果、取消権の機能が阻害され、その目的が阻害されることになる。すなわち、リスク中立的な債務者であるならば行わなかったであろう行為の取消し（それによるリスク中立的な債務者行動の再現）が行われなくなる⁴⁸。なぜならば、取消債権者は、たとえ取消しの要件の主張立証に成功したとしても、取消し対象資産の分配において他の債権者と平等に分け合わなければならないならば、取消権を行使する意欲を著しく減退させることになるからである。債務者によって、リスクに見合わないリターンしか伴わない取引が行われたとしても、取消しを行う意欲が減退している以上、取消しが実際に主張される場面が限定されてしまい、そのような帰結が所与のものであれば、債務超過時の債務者資産の毀損は激しさを増すことになる。これがそのまま信用収縮に繋がることになる。

判例は、取消権行使者が、受益者から金銭を受領した際⁴⁹に、債務者

⁴⁷ ただし、再三説明したように、佐藤論文は存在意義（制度の設計）については言及を行うことを目的としていないのであるから、佐藤論文においては、この問題についてはもとより議論の対象外である。

⁴⁸ 取消債権者に過剰な報酬を与えてはならないが、過少な報酬を与えるのも合理的ではない。なぜならば、リスク中立的な債務者の行動の再現が実現し得ないからである。

⁴⁹ 取消債権者が、受益者から金銭を交付される場合は、二つある。まず、詐

に対する不当利得返還債務と、自己の債権を相殺することによって「事実上の優先弁済」を受領することを認めているが、この「事実上の優先弁済」構成は、存在意義によりその結果が基礎付けられ、訴権理論によって、あらゆる手法を使い取消債権者に「何らかの優先弁済受領権」を与えるための法律構成としては言い得て妙であるといえよう。

4.2 「帰結その2；効果論における執行忍容に対する「取消し・取戻し」の優位性

また、「効果論」において、学説は、「取消し・取戻し」という帰結を目指すところの形成権・請求権説から、「執行忍容」を目指すところの責任説・訴権説へと展開されて来た。しかし、これは、それ自体多様な意味を持ちえる「保全」という目的を目指すものであり、現状においては「信用」に裏打ちされた形での再考が必要となる。

以下、順に論じていく。まず、「取消しの後始末」(⑤"-2)については、同様の結論を支持する先行研究が存在する。そこで、以下においては、本稿とこれらの学説との関係を探り、その体系の中に、本稿を位置付ける。次に、「効果論」(⑤"-1)について、信用の観点から、伝統的な判例の立場である「取消し・取戻し」の意義について考えよう。

5 「取消しの後始末」について

——優先弁済支持諸説における本稿の位置付けと積み上げ（基礎理論による基礎付け）

取消債権者の優先弁済受領権を支持する議論が、既に存在している⁵⁰ ことについては、先に述べた (⑤"-1)。古くは下森論文⁵¹ (1959)、中野

害的行為として金銭が受益者に移転された場合に、取消債権者が受益者に対して金銭の回復を請求した場合である。次に、詐害的行為として物が受益者に移転されたが、取消債権者の債権額が物の価格を下回り、且つ、その際に、取消債権者による金銭賠償が認められた場合である。

⁵⁰ 森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）55頁等にもそのことが記述されている。

⁵¹ 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 = 4、176頁（1960）、特に志林57巻3 = 4号222頁。

論文⁵²（1960）であり、近時の大島論文⁵³（1982、1986）と平井論文⁵⁴（1993）、平井体系書⁵⁵（1994）である。付言しておく、下森論文、中野論文においては、この問題はあくまでも立法論上の問題として指摘されているのに対して、大島論文と平井論文においては、下森論文、中野論文と同じ規範認識⁵⁶に立ちつつ、解釈論として昇華されている。平井体系書はこの流れを確認するものである⁵⁷。本稿における存在意義に関する議論は、解釈論としてのものではなくその根底に存在すべき規範認識のために必要な基礎理論を提供することを目指している、立法論か解釈論かの差異にかかわらずに、これらの学説が共有する規範認識の部分を検討の対象とする。

そこで、以下においては、これらの論文について簡単に言及することにより、これら学説に対する「本稿による積み上げ」を確認したうえで本稿を閉じることとする。まず、判例理論を説明し、それらに対する学説の評価と理由付けを説明し、その根底にある規範認識を抽出しよう。

5.1 判例

【原則；現物返還——平等主義的解決】日本の判例においては、周知の通り、取消権行使の結果として、債務者のもとに詐害的譲渡の対象物が回復され、それに対して、総債権者が執行を行うことになる。

⁵² 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）、94頁注16参照（この点は、森田・前掲書注50、53頁注4において指摘されている）。

⁵³ 大島「第四章債権者取消権行使の効果」前掲書注20、114頁（1986、ただし、初出は法律時報54巻1号、2号（1982）である。本稿においては、1986のものを利用する。）

⁵⁴ 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）

⁵⁵ 平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂、1994）274頁以下。

⁵⁶ 結論についての価値判断のこと。

⁵⁷ 平井体系書の初版である平井宜雄『債権総論』（弘文堂、1985）においては佐藤の訴権説の帰結を支持するかに見えたが、平井・前掲注54（1993）を挟み、2版においては、それと反する立場を確認することになるのでその意義は大きい。

その結果、総債権者の間で、平等主義的解決が図られる。

【例外；金銭賠償——優先主義的解決】 同時に、この原則の「例外」が存在している。すなわち、金銭賠償が、一定程度許されている⁵⁸。そして、その際、取消債権者は、詐害的譲渡の相手方である受益者（取引相手）から、直接金銭を授受することを認められており、取消債権者は受領した金銭についての債務者への返還債務と、自己の債務者に対する金銭債権を相殺することになる⁵⁹。

その結果、取消債権者が「事実上の優先弁済」を受け得ることになる。

5.2 学説による評価

以上の判例理論に対して、平等主義に異を唱える学説は、如何に評価するのだろうか。以下に、紹介しよう。ここにおいて、特に、重要なのはその理由付けである。

①下森論文は、**【原則】**については、立法論政策上考える余地があるとする⁶⁰。他方、**【例外】**については、肯定的に評価する⁶¹。その理由はこうである。

「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い。⁶²

⁵⁸ 詐害的譲渡の対象物が金銭である場合・詐害的譲渡の対象物が不可分であり、且つ、担保権者に対して弁済として支払われた場合・詐害的譲渡の対象物に対して抵当権付けられておりその抵当権が実効された場合等である。

⁵⁹ 事実上の優先弁済を受ける構成については、相殺説・弁済充当説・強制執行説・責任説がある。詳しくは、**福永有利**「12債権者取消訴訟」奥田昌道他『民法学4〈債権総論の重要問題〉』160頁（有斐閣、1976）164頁、下森・前掲書注10、860-863頁参照。

⁶⁰ **下森定**「債権者取消権に関する一考察（二）」、志林57巻3 = 4、176頁（1960）、222頁。

⁶¹ **下森**・前掲注60、222頁、236-237頁。**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）、94頁の[注16]も同旨。

⁶² **下森**・前掲注60。

②同じく、大島論文は、**[原則]**については、判例によれば現物返還が為される場合においても、金銭賠償を要求できるようにするべしという解釈論を提案する⁶³。他方、**[例外]**については、肯定的に評価する⁶⁴。その理由はこうである。

取消債権者が敗訴の危険をいとわず、無報酬で、費用と時間をかけて、やっと勝訴したにもかかわらず、最終的な満足を得る段階で、取消債権者と一般債権者とを同じように扱うことが、「平等主義」の名に値しようか。一方は、自己の権利の確保のために無報酬で熱心に努力した者であり、他方は、なんらの行動もしなかった者である。これら両者に対して、異なった取扱をすることこそ、実質的な意味で平等といえるであろう。この点において優先主義がすぐれているのである。

また、債権者取消権という制度をじゅうぶんに機能させるためにも、この権利を行使する者に対して、経済的誘因を与えなければならぬであろう。この点からも優先主義が優れているのである。⁶⁵

③同じく、平井論文は、**[原則]**については、判例によれば現物返還が為される場合においても、金銭賠償を要求できるようにするべしという解釈論を提案する⁶⁶。他方、**[例外]**については、「合理的」債権者の行動に或る程度答える」と肯定的に評価する^{67 68}。その理由はこうである⁶⁹。

⁶³ 大島・前掲書注53、137頁。

⁶⁴ 大島・前掲書注53、137頁。

⁶⁵ 大島・前掲書注53、136頁。

⁶⁶ 平井・前掲注54、191-193頁。

⁶⁷ 平井・前掲注54、178頁。

⁶⁸ 平井・前掲注54、191-193頁。

⁶⁹ 平井論文は、現物返還の中でも、不動産の事例（そこにおいては、177条と424条のジレンマが問題となる（本文においても鳩山論文の紹介において問題を紹介した））についてのものであるが、以下本文において述べる理由付けは、詐害行為取消制度一般について広く当てはまる（佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』（東京大学出版会、2001）、374-375頁）。

取消訴訟を提起し、詐害行為の存在を立証するのは多くの費用と時間を要する仕事である。すでに述べたように、「合理的」債権者ならばそれに見合うだけのものを要求するはずであり、そうでなければ「合理的」制度とはいえないのではあるまいか。⁷⁰

5.3 分析——規範理論の抽出

以上に、学説の議論を紹介した。それによれば、各論者とも優先主義的解決を主張する理由として共通のものを挙げている。すなわち、『自己の債権の回収に熱心であったものに対して、平等主義的解決によっては報いることができない』というものである。

しかし、「自己の債権の回収に熱心であったものを何故に保護すべきか」についての説明は存在しない。現に、「債権者の回収行動が熱心」なだけは、当該債権者を保護する理由にはならない。このような回収行動は、偏頗弁済の場面においては、法によって完全に否定される。これについて、平井は、偏頗弁済の場面においては、たとえ回収行動が制度により否定されたとしても、そのことを債権者は、織り込み済みであり（また、織り込むべきであり）、（偏頗弁済受領者は、後に否認される可能性があることをわかって回収行動を行っているのであるから、そのリスクが実現して否認されたとしても）問題は無いとする（括弧内、筆者）⁷¹。

⁷⁰ 平井・前掲注54、188-189頁参照。その他にも、以下の理由を述べている。①通説のように424条を準実体法的に解する限り、424条と強制執行における平等主義とは論理的関係に立たないと解すべきであることや、執行法上も配当要求しうる債権者の範囲・配当要求の時期に関し平等主義を修正するに至っていること（188頁）。②判例では、金銭賠償の場合において取消権者に事実上の優先弁済を受けることを認めていること（188頁）。③沿革的に、424条は Boissonade の独創であり、フランスでは取消債権者に優先弁済が与えられていること（190頁）。①について、佐藤論文についての検討において議論したことと同旨であろう。②について、本稿においては規範理論を先決だと考えるので考えない（平井論文は、判例理論を正当化し得る解釈を提供することもその目的としている）。③についても、同じく、佐藤論文についての検討において議論した。

⁷¹ 平井・前掲注54、189頁参照。さらに、「自己の債権回収に熱心である債権者」が報われない例えとして、複数の取消訴訟が提起され、後に訴訟を提起したものが先に勝訴判決を得た場合を挙げる。この時、後から来た取消訴訟の提起者

しかし、そうであるとすると、詐害行為取消の場面においても、制度をよく知る取消権行使債権者は、制度によってもたらされる平等主義的解決を織り込み済みであるので、取消権を行使せずとも、また、配当要求に総債権者が入ってこようとも、何ら問題は無いということになりかねない。債権者は、そのような制度を所与の物として行動しているのであり、また、そうすべきだからである。

そこで、優先主義的解決を擁護する大島は、詐害行為取消権を行使する経済的誘因（インセンティブ）を与えるために優先主義が必要なのだという。しかし、「詐害行為取消権を行使させることが、詐害行為取消権の存在意義に適うものなのか」、「優先主義によって誘導された取消権行使が過剰な行動ではないのか」という問題意識は補われなければならない。また、この点に関して、平井は、先の論理を逆転させ、（おそらくこの場面において）自己の債権の回収に熱心であったものに、見合った報酬を与えることが「合理的」制度であるとする。

ここに、各論者の見解から、暗黙の共通認識となっている規範理論を抽出し得る。すなわち、この場面において、制度の合理的な存在意義に資する形で債権者が行動しているならば、その債権者、すなわち、取消債権者の行動は「合理的」と評価され、その行為はその限りにおいて、支援され促進されるべきであるというものである⁷²。これは、佐藤論文において分析されていることと同旨であろう⁷³。そして、同時に、各論

が、先に取消訴訟を提起した「熱心な債権者」に劣後させられ、報われないというわけである。これに対しても、平井は、本文に述べたと同様、それは制度を熟知すべき債権者の自己責任の問題であるとする。

本稿の立場に寄れば、この点については、偏頗弁済受領の場合と異なり、大問題であると考ええる。

⁷² おそらく、平井論文に言う「合理的」とは、制度の目的に適ったという意味(reasonable)と、目的に応じて手段を合理的に設定するという意味(rational)とを調整したものであろう。

⁷³ 佐藤・前掲書注69、375頁は、結局は、詐害行為取消制度を如何に設計するかの問題であるとする。佐藤はこう述べる。「詐害行為取消権制度というものは、判例の準則や諸学説によって、その制度目的・効果について著しく異なった見解が唱えられており、私見である訴権説を含めて未だ決定的な見解は見受けら

者の胸のうちには、「制度の合理性についての認識」が、各論者の論じる結論を導くように存在している⁷⁴ことが窺える。

5.4 規範的解釈としての不十分性——存在意義に関する議論の不在

以上に、「制度の存在理由に見合った行動を採ったものに報酬を与える」という規範理論が明らかになったが、同時に、その規範理論を稼働させるための肝である「制度の存在理由」については議論が行われていないことから、この「場面」において、「自己の債権の回収に熱心なもの」がその制度の存在理由に適ったものあるのか否かについては判断できないことが分析された。

ここから、佐藤は、平井理論を評して、以下のように指摘する。平井の理論は「制度設計」の問題⁷⁵である、と。そして、さらに述べる。「『合理的』債権者に合致しないという理由だけで（425条を）「空文化」ないしは「死文化」して（取消債権者による優先弁済受領を導いて）良いのであろうか（括弧内、本稿筆者）」と。

この言説は、この各論者の「優先弁済が至当である」という規範認識に魂を吹き込む基礎理論（目的論；制度の存在意義・合理性についての説明）が存在していない現段階においては、単に「自己の債権の回収に熱心なだけ」で保護される理由とはならない旨を指摘するという意味においては正当であろう。それは、先の本稿による分析によって指摘した

れないと私は考えている。そうだとすると、「制度」をよく知り、「制度」に合致した行動をする者が「合理的」債権者であるという平井教授の理論は、結局は詐害行為取消権制度をどのように設計—解釈論及び立法論の双方を含むものと考えられる—するののかという当初の命題に帰着し、その限りでは、いささかトートロジカルな側面を覗かせるのである。（中略）そして、この部分において、平井説と私見との間には大きな相違がある。」と。

この分析は、以下の点を指摘している。①まず、平井説は、合理的な制度の望む行動を採ったものを合理的と評価するということ。②次に、その制度の合理性については、定見が存在しないこと。

⁷⁴ そして、各論者の論文は、これについて論じることを目的とするものでもない、その部分についての認識が胸のうちにしまわれていることになる。

⁷⁵ 前注73。

ことと同旨である。

しかし、その批判は先の分析に指摘したように佐藤説に対してもそのまま当てはまる。

すなわち、各論者は、正当に、優先主義的解決や平等主義的解決を導く精密な解釈論を提示してはいるが、その解釈の優劣を決する（またはその帰結を強固に基礎付ける）規範認識については、存在意義に関する理論（制度の存在の合理性についての議論；制度の趣旨論）を介在させていない以上、その解釈は不安定なものとなっている。規範認識を基礎付ける議論である「熱心な債権回収には保護を与えなければならない」、「制度があるから使われなければならない」は未だ補う余地を残している。同じく、平等主義的解決を目指す議論についても、全く同じことが言える。すなわち、先の佐藤論文についての検討において分析したように、「平等が良い」「破産＝とにかく平等」という理由が補われるべき規範認識になっている（破産であるということは、同じであるものを同じに扱うべきであることをいうに過ぎない。ここにおいては、同じであるか否かが問題となっている）。

こうして、伝統的学説は、制度趣旨の理解に必須であるところの理論——制度の存在意義についての議論——を制度設計の問題として研究対象からはずした故に⁷⁶、直感的な規範認識を根本に据えて解釈を行っていることになっており、その解釈論的帰結について不安定となっていると評価できるのではないか。

そこで、以上に述べてきた本稿により、制度の合理的な存在理由についての説明（理論）によって議論を補うことにする。その結果、佐藤論

⁷⁶ 本文は佐藤論文によく当てはまる。他方、平井論文については、「論文の目的からして、論じなかった故に」とするのがよいと思われる。（もともと平井の問題関心は、『法政策学（2版）』（有斐閣、1995）に見られるように多角的アプローチであり、本稿もそれにならうところである。）両論文ともに、「存在意義の部分」については、行論上論じないのが正当であるのだから、本稿による指摘は、両論文に対しての外在的な視点によるものである。

ただし、各論者の論文を「詐害行為取消権論」という地図の上に配置してゆくと、最も基礎理論的な「存在意義」に関する理論が不在であるが故に、その展開される解釈は、正当ではあるが安定していないことも、本稿により分析されるところである。

文・大島論文・平井論文が提示した精密な解釈論に息を吹き込むことができよう。すなわち、取消権を訴権的に柔軟且つ包括的な制度と構成しつつ、少なくとも、取消権行使者に何らかの優先弁済受領権を与えることが必要となろう。彼は、取消権の行使によって（世の中のすべての取引相手にその債務者のガバナンスを是正させるように、仕向けたのであるから）取消権の公益的な目的に寄与したと評価できる。

6 「効果論」——「取消し・取戻し・執行忍容」——「総債権者」について

以上に述べたように、あらゆる場面において、取消債権者に優先弁済受領権を与えることが至当ということになる。このような解釈は、既に大島論文・平井論文において示されているところであるが若干敷衍を行おう。優先弁済を認めるということになると、「総債権者」の意味が問題となる。この文脈においての本稿の主張は、一般信用に資するように「総債権者のために」の意を解釈すべし、ということに他ならない。したがって、制度が機能するように優先弁済を維持しつつ、信用を支配する倒産法制と連動させればよいことになる。そして、近時の倒産法制が目指している「資産の一体性の維持」の観点からすれば、「優先弁済」を維持しながら資産の一体性を回復させるために、「取消し・取戻し」が、——その扱いが信用（総債権者・債務者の資産価値）にとって資する範囲において——、至当となる場面が存在すると言えるかもしれない。そうであるとすると、伝統的な学説が行ってきた「責任説・訴権説へ」という展開が、「存在意義に関する議論」を持ち合わせなかった故に、行うべき議論の一部にしか過ぎなかったと評価できることになる。

以下、私見を説明しよう。

事後的な総債権者の取り分の最大化

①詐害行為の対象が不可分物である場合（且つ、取消債権者の債権額<物の価格）には、当該物は債務者に取戻されることになる。そして、その物について、取消債権者は優先弁済受領権を得ることになる⁷⁷。そ

⁷⁷ ただし、特定物履行請求権が被保全債権である場合も、取消債権者は特定

して、取消債権者が優先弁済を受けた後の部分について、取消しの効果についての判決効の拡張を受けた総債権者(民法425条に関する佐藤説)が配当要求をすることができる。すなわち、判決効の拡張が、「総債権者」のためにの意味である。

②このように、一度、債務者のもとに物の帰属を移さなければならぬのは、債務者について倒産申立て、ないし、私的整理が行われることに備えてのことである（法的倒産手続きの場合、手続きが管財人または再生債務者に受継されるが、その際においても、取消債権者は優先弁済を受けなければならない）。物の場合は、債務者のその他の資産と一体性を持つことによって相乗効果（シナジー）が生まれ、債務者の価値を増加させることになるからである⁷⁸。取消債権者が受益者に対する金銭賠償を要求する場合は問題となるが、裁判所の釈明権の行使により取戻し請求へと誘導すべきだろう。

③他方、取消債権者の債権額が物の価格を上回る場合（取消債権者の債権額>物の価格）、取消債権者は物を債務者に戻させても、自己に引渡を要求しても、金銭賠償を要求してもよいことになる。取消債権者に

物請求はできない。

⁷⁸ また、受益者について倒産申立てが行われた時にも、「債務者のもとに帰属が移されなければならないという」この命題は意味を持つ。すなわち、取消権の効果として、受益者破産の際の取戻権を債務者（又はその背後にいる総債権者）に持たせるために、である。下森・前掲注51、志林57巻3＝4号223頁は、責任説によっているが、受益者が破産宣告を受けた場合には、取消権者は「当該破産財団に対し取戻権を主張し得るものと解する（圏点、筆者）」という。責任説は、財産の帰属についてはタッチしないところに意味があるのだから、受益者が倒産したとしても、取戻権を行使し得ず、「受益者」の一般責任財産における「債務者総債権者集団」の引当てとなる「責任」部分に包括的な優先権が認められるという結論になりそうだが、もし、取戻権を認めるというのなら、受益者の下に存在する債務者の責任財産を債務者の総債権者のための信託と見るかもしれない。

さらには、問題は、「責任」の内容に何を盛り込むかにもかかってくる。信用秩序が、「取消し・取戻し」をも選択肢としているならば、その反映として、責任説によってもその帰結（責任の取り方）は変わるかもしれない。そうであるとすれば、責任説に立ったとしても、ほとんど帰結は変わらないことになる。

物の帰属先を決定させればよい⁷⁹（ただし、金銭賠償の際に優先弁済受領権を得られるとするならば、債務者の下に資産が取り戻されたとしてもそこから優先弁済受領権を得られるとしなければならない）。取消債権者が、債務者に詐害的譲渡対象物を戻させたことによって、債務者のその他の資産と当該物とのシナジーが生まれる場合には、債務者への取戻しを行った上で債務者について倒産申立てを行うことによって、当該物についての優先弁済と、それによっても生じる不足部分について債務者の資産から一般債権者と共に弁済を受けることになる。

この場合（取消債権者の債権額＞物の価格）においては、取消債権者は、自己の利益を最大化すれば、総債権者の引当てである債務者資産が最大化することになる。すなわち、取消債権者は債務者財産を最大化させるインセンティブを有する。したがって、取消債権者は、総債権者の引き当ての最大化を安価に実現できる者である。且つ、取消権行使の意欲を維持しておかなければならないので、取消債権者には如何なる場合においても、優先弁済受領権を与えなければならない。それによって、この者に資産の帰属先——取戻しか受益者の帰属としたまま執行か——を決定させれば、「総債権者」の取分が最大化する可能性が高い。

ただし、取消債権者が、詐害取引対象資産の債務者への取戻しを選んだ際、現実的な取消債権者の債権回収は、法的倒産申立てによる分配によって行われることには注意を要する。法的倒産手続による利益の分配には、相当の時間を要するので、（たとえ、後に述べるように取消債権者に対して常に優先弁済受領権を認めたとしても）このことは、真実、資

⁷⁹ 取消債権者の債権額が10、物の価格が7であるとする。債務者の資産が1あるとする。取消権によって優先弁済受領が導かれる場合においては、取消債権者が満足を受け得られなかった3については、一般債権者として再度、債務者のその他の資産から分配を受けることになる。この時、物が債務者に戻された際には、債務者のその他の資産と一体となり債務者の資産が2になるとするならば、取消債権者としては、物に対してそのまま執行を行い、優先弁済を受けるよりは、債務者の下に資産を戻し、そこから優先弁済を受け、取戻しによって増加した債務者の資産2から按分弁済を受けることが合理的となる。

この論理は、特に、取消債権者の取消し後の後始末の分配ルールが平等主義的な解決であっても同様である。

産が債務者に返還された方がよい場合においても、取消債権者が受益者に対する金銭賠償の請求を選択してしまいかねないことをも意味することになる。その際には、やはり取消債権者の主張を、取戻し請求へと誘導する裁判所による釈明権の行使による誘導が、再び重要となろう。

以上に述べた主張は、何が何でも債務者への資産の返還を実現すべきであるということでもない——取戻しにも制度の目的のために重要な意義がある（責任財産保全のためという目的から論理必然的に受益者に対する執行という帰結にはならない）という指摘に留まる——ことを付言しておこう。一般信用にとって望ましい範囲で、その取戻しという作業は行われるべきである。たとえ、債権者が債務者への資産の取戻しを主張したとしても、（受益者の下で大きなシナジーを生み出す場合については）公益的な観点から、金銭賠償の主張へ誘導することも重要となる⁸⁰。それについては、再び、裁判官の役割（釈明権の行使等）が重要であるだろう。債権者への権利義務の付与のみではワークし得ない場合においては、当然、その部分については裁判所の運用（公）による協力が必要となる。理論上は、以上のような帰結になるだろうが、實際上、釈明権の行使による誘導が費用高になるのであれば、やはり、取消債権者の優先弁済受領権は確保した上で（後述）、原則取戻し、という処理が妥当ということになるだろう。さらに、返還の対象が金銭のような場合においても、理論上は、債務者のもとへの取戻しの道が開かれてもよいであろう。實際上、現金が債務者資産の価値を高めることがあり得る（現金があれば、いわゆる商権などの喪失を防ぐ場合があり得る）からである。

ただし、取戻しを認める際においては、債務者のもとに戻された資産について、再び詐害取引が行われないようにするための仕組みが必要であろう。取消債権者が選択したのではなく、裁判所が釈明によって取戻

⁸⁰ この時、無理に取戻しを認めることにより、受益者の資産から物を引き離すことによって損失が生まれることになることを一度評価しなければならない。受益者の詐害行為への加担（主導）についての制裁として是認するか、物の引き離しにより受益者に生じる損失が、物が債務者資産と結合して得られるシナジーより大きい場合は、取戻しを否定するか。この点については、更なる分析が必要となるが、他日を期することにする。

しへと誘導する場合（先述）においては仕組み上、再度の詐害が起らないようにすることが必要となる。加えて、後述するように、金銭が取戻された場合においても、その金銭に対する優先弁済（解釈的には債務者資産に対する取消債権者の価値の返還請求権や一般先取特権ということになるか）は確保されなければならないのは言うまでも無い。「金銭」が詐害的譲渡の対象となった場合や、金銭賠償の場合について、「取消債権者」に対する直接の支払いが認められている理由は、かかる技術上の理由のみであり、理論上は取戻しへも道が開かれているというものであろう。結局、詐害行為に関わった資産についての効果は、信用秩序にとって望ましいように解釈すればよいことになるので、「金銭だから」「物だから」ということによって、理論上、特定の帰結が導かれるわけではないということについて指摘することになる。ただし、現実の解釈においては、技術的に価値の返還請求権の困難性やさらなる詐害を防ぐための制度の不備を加味することになるので、現状のような帰結が導かれる。この理論と実際の齟齬は、議論、すなわち、新たな解釈論や立法論の契機となろう。

他方、債務者の行動が物（金銭）の移転ではなく、金融取引における場合においては、取引相手が実際上の債務者の経営判断について最も——場合によっては債務者よりも——責任ある決定を行い得る可能性がある。この時、取消しの効果として、取引相手が債務者に対して有する債権を、その他の総債権者に対して、劣後化させることによって、取引相手に対する適切な行動規範を与えることになる。なぜならば、取引相手はこの時、実質的には、債務者企業の——債権者ではなく——株主と同じ地位に立つことによってよりよい経営監視が行えるからである。これは、現に存在している理論である相対的取消理論（ないしその修正）によって可能となる。なぜならば、取引相手は相対的取消しによって、自己の債務者に対する行為の有効性を責任財産（総債権者）との関係においては主張し得ず、債務者のその他の資産との関係において主張し得るのみとなるという帰結が導かれることになるので、取り戻された責任財産に関して、総債権者に劣後することになるからである^{81 82 83}。そして、株主と取引相手との関係が問題となる場合においては、債務者と取引相

⁸¹ 既に、石坂論文において指摘されている。

手の関係において取引は有効であるという相対的無効論によって、取引相手を優先させるという帰結を導くことも可能であろう。これは、「衡平法上の劣後化」と言われる処理とほぼ同様のものとなる。

以上のような本稿の理論を基礎とした解釈を行う場合、既存の理論よりも実際の判例理論の帰結、特に、「取消し・取戻し」をよく説明し得ると思われる（ただし、それでも完全には一致しない）。なぜならば、「取戻し」に意義を認めるからである。伝統的学説は、それ自体意味が曖昧な責任財産保全という趣旨から、受益者の下にある詐害行為対象資産の帰属を変えないことを導いたが、それは詐害行為取消権が為すべき作業の一部にすぎない。それが認められるべきなのは、一般信用にとってその解決が望ましい範囲においてのみである。すなわち、伝統的学説は、「保全」の意味を明らかにできていない。信用にとって望ましい責任財産保全のあり方は様々な可能性があるのもあって、詐害行為取消権の存在意義——一般信用の維持——に照らせば、債務者への「取消し・取戻し」「執行忍容」どちらにも、一理ある場合がある。

この分析は、責任説と判例理論との調和をも実現させることになるかもしれない。すなわち、この文脈での「責任」は信用に基礎付けられた概念であるはずだから、時の信用秩序を内容として盛り込めばよい。そうであるとするならば、「受益者の下に帰属を置いたままそれに対して執行する」という処理が必ずしも、現時点において、「責任のとり方」として至当ということにはならない。現在日本において存在している責任説も、その出所である時代や社会に制約されている説（「責任」説の中のひとつのバージョン）であることを認識することが必要である⁸⁴。

⁸² 詐害取消しを行使された受益者（債務者に対する返還請求権者）と株主との優先関係は残された問題となろうが、相対的取消の理論や詐害行為取消権の意義（債権者のための制度）によれば、株主よりも受益者のほうが優先することになるか。

⁸³ さらに、劣後化のみに留まらず、取引相手に対する損害賠償の請求も認められる余地もある。これらの点については、未だ、詰められていないので他日を期することにする。

⁸⁴ 本稿は、現在存在している責任説の規範認識についてはこれを相対化するものであるが、責任説の持つ基礎理論的な意義については、他の学説には為し

以上①-③は、倒産処理制度として、解体清算手続き——近時の倒産処理法改正までの伝統的な倒産法制が主としていた処理——以外の手続きを想定した際に、詐害行為取消制度をその準備として機能させることを目指した場合における法的帰結である。すなわち、以上は、詐害行為取消権を、簡易な倒産処理機能⁸⁵を持つ信用秩序を維持する——具体的には債権者の信用供与を望ましいレベルに保つ——ための制度と理解した際の法的帰結である。他方、倒産処理制度として解体清算のみを念頭において法的帰結を導いた場合は、先述した、優先弁済のみが必要であり、その他の帰結は、伝統的な責任説・訴権説（佐藤）の帰結（受益者に対する執行）によるのが至当ということになるだろう。なぜならば、先述したように、倒産手続として解体清算（伝統的な破産法）を念頭に置いた場合においては、資産は結局のところバラ売りされるわけであるから、債務者の下に資産を帰属させ（返還させ）て、破産法や、私的整理を利用して、その他の資産と有機的な一体として処分⁸⁶（または再建）する必要も無いからである。

得なかった、ヨリ現代的には重要な視点を提示し得ていると評価するものである。責任説は、「受益者に、財貨の帰属を維持したまま、責任を負担させる」処理、すなわち、「所有権の所在を受益者のもとに維持したまま（処分の効果を維持したまま）、その資産についての優先権を取消権行使債権者（や総債権者）が取得する」という処理を可能にした。ここに、責任説は、理論的には既存の学説の中では唯一財貨の帰属の問題と優先権の問題（責任のあり方）とを切り離し別々に論じる可能性を手に入れている。責任説には、「受益者への執行を導くために」「責任的無効」という大鈍を振るったとの批判がなされるが、まさにこの点、すなわち、民法学が扱えなかった「責任のあり方」の問題をはじめて直視することに成功したという点に、重要な意義があるように思われる。これについての分析も他日を期する。

⁸⁵ 破産であったとしても、近時は、一体清算の役割が破産法に期待されているのであるから、やはり、本稿のような帰結になるであろう（後注86参照）。

⁸⁶ 2006年破産法改正により、破産手続開始決定後には、管財人が裁判所の許可を得た上で事業を譲渡することが可能となった（破産法78条）。このことは、担保権消滅制度（破産186条以下）とあいまって、破産手続においても解体清算以外の効果（財団を構成する資産についてその有機的一体を保ったまま清算を行う処理；いわゆる一体清算）をもたらすことが期待されている（佐藤鉄男「病院倒産」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』（日本評論社、

この場合においては、受益者の下にある詐害的譲渡の対象となった資産に対して、総債権者が執行を行うのが至当という解釈が合理的であろう。しかし、現状においては、破産法と機能しない和議法という倒産法制を持つ50年前の日本⁸⁷やドイツの信用秩序において至当とされていた処理が、一体清算処理をも期待されている破産法・再建型倒産法制としての民事再生法・会社更生法を持つ現在の日本の信用秩序においても至当とされるべきかは一度考える必要があるだろう。

事前における総債権者の引当ての最大化

④また、優先弁済受領権を取消債権者に与えることによって、事前のレベルにおいて、適切な程度に近いレベルで詐害取引を抑止できる。これによって、債務者のガバナンスは可及的に回復する。ただし、この点については、果たしてそれで十分か、十分でないとして、返還以上の救済が許されるのか否か、という観点で検討が進められなければならないだろう。

以上の①-④の法的帰結は、詐害行為取消権を、簡易な破産制度として位置付ける伝統的学説と何ら変わらない。違いは、破産の意味につい

2006) 327-328頁)。

なお、民事再生においても、事業譲渡を容易になし得るようになり(民事再生法42条、43条)(佐藤・同335頁)、事業を譲渡した後、債務者については清算処理を行うこともなし得ることになる(松嶋英機「ノンバンク倒産」高木=伊藤『同』393頁参照。この場合、条文上は「再生のために必要であると認める場合に限り」事業譲渡が許されるのであるから、前記、譲渡後債務者が解体清算される場合において、「債務者の清算をもたらす」かかる事業譲渡が許されるかが問題となり得るが、この「再生のため」は、譲渡の対象となる営業が譲受人のもとで再生することも含まれると理解されているので問題は無いとされる(山本和彦=中西正=笠井正俊=沖野真己=水元宏典『倒産法概説』(弘文堂、2006) 382-384頁)。

⁸⁷ 日本においては、1952年に再建手続を可能にするために会社更生法が、制定されている。しかし、再建型処理倒産法制が、さらに充実したのは、2000年に入ってから倒産法制の整備によってである(2000年の民事再生法、2002年の改正会社更生法、2006年の改正破産法の制定)。

て、現実においては既に存在しない法命題である「破産＝債権者平等（解体清算）」とせず、「破産＝信用秩序の維持のための望ましい分配（解体清算・一体清算・再建）」とし、集合的利益について管財人のようには個人的利益を有さないところの「一債権者」が集合利益に沿った行動を“可及的に”採り得るように帰結を修正しようと試みた点にある。

7 総括

私見をまとめておこう。存在意義に関する理論により、伝統的な学説が導いた法的帰結の三つを修正する。

まず、「要件論」について、総合考量説の内部で行うべき考え方——考慮要素の特定とその相関関係——を提示した。それによって、「弁済」については、「経営判断の現われ」「偏頗弁済」二つの性質を持つことを確認した。前者が詐害行為取消しの対象となるものである。後者は倒産法上の否認権の代理者としての詐害行為取消権が取消しの対象とするものである。そして、改正破産法において、後者について言及されたことによって、前者については、何ら変化はないと解釈し得る。前者については議論が存在していない。

次に、「効果論」について、伝統的学説は「取消し」をせずに「対抗し得ない」とする効果、すなわち、「詐害的譲渡に関わる資産の帰属を受益者に維持したまま、その物に対して執行を行う」という効果を導いた。しかし、この考え方は、倒産法制として、旧破産法しか念頭においていない。倒産法制として再建型法制、破産法における一体清算（営業譲渡）が重要な機能を営む今日においては、シナジーを維持するために「取消し：詐害的譲渡に関わる資産の債務者のもとでの維持」の効果が、詐害行為取消しの存在理由である信用秩序の基礎付けを得て、再度検討されるべきであろう。詐害行為取消権を簡易な破産制度（倒産処理制度）と見る先進的な日本法であればこそ、このような解決はより馴染むものとして受け入れられよう。

そして、その帰結は、（信用によって基礎付けられているはずの）「責任説」とも（柔軟に法の目的を実現することを至上命題としている）「訴権説」とも調和し得る。

最後に、「取消しの後始末」について、取消し債権者に優先弁済を受

領させるべきである。解釈論としては、取消権を行使した取消権者の債権は、共益費用についての先取特権（民法307条）とすればよいが⁸⁸。

7章 結論とその他の示唆

本稿においては、以下の作業を行った。まず、アメリカにおける存在意義に関する議論を抽出した（1章、2章、3章）。次に、その視点から、新しい取引（MBO）が評価された（4章）。アメリカにおいては、「新しい未知の取引」を規整するために、条文による明確性を後退させ、明確化の任を学説とビジネスに委ねる形で、存在意義に関する議論が行われたことに留意しなければならない（5章）。

そして、最後に、日本における存在意義に関する議論の展開を探り、以上のアメリカにおける議論とその基礎を同じくすることを確認した上で、日本の議論の不十分性、したがって、アメリカの議論の導入可能性を導き、伝統的学説に積み上げを行った（6章）。分析を通して、解釈的な補強以外の方法論的な副産物も多く得られた。

アメリカの議論から見い出された基礎理論（存在意義）を視角として、伝統的な学説の分析を行うと、日本のこの分野の解釈学説は——ともすれば見かけ上性質決定論など概念的形式的な議論が多いように見えるが——機能論や法政策的考慮に大きな影響を受けていることが見て取れる。また、個々の学説はそれぞれ個別的な解釈的目的を有しており、そのために正当に議論を展開しているが、その総体を基礎理論（存在意義や制度の設計）の視点から見た場合には、存在意義についての議論やそれによる個別の解釈の基礎付けが不十分となることによって解釈的な不安定がもたらされている傾向が見て取れた。加えて、アメリカにおいて、社会が、新しい取引という変容に直面し議会がその指針を提示することができず司法に政策判断を委ねた際、立法の思考的な再現とも言うべき政策論的考慮を——学者が、解釈論として——行うことによって、制度の役割や方向性（その役割をまっとうするための解釈論）を導きその変容を吸収しようとしたことは非常に示唆に富んでいる。政策的考慮を学者が解釈論とし

⁸⁸ 「共益」に関わる費目は、訴訟費用だけではない。

て行うことは、事実上政策判断を強いられている裁判官を補助するという意味において、（裁判官は政策判断をできるだけすべきではないと思うなら）なおさら望ましいことである。

今現在、日本における現実的な問題は、「現代取引に対する詐害行為取消権の適用」としては生じていない。しかし、実際は、実質的に同じ問題が既に指摘され、論じられている。たとえば、信託に対する嫌悪観などはその一例であろう⁸⁹。イギリスにおける Twyne's Case がまさに隠れた信託についての問題であったように、信託は、所有権制度に基づく分業をその前提として、さらに、所有の中に別の責任財産を作り出すものであるから、一般債権者にとっては詐害の問題に他ならない。これは、まさに、「新たな取引」を、既存の法体系に包摂する際に生じる問題を現しているといえよう。逆に言えば、詐害行為取消権は、信用にとって害のある範囲において、取引の全部・一部を取り消すことによって、新しく生まれ来る取引を規整し、その悪性を取り去り、社会に受容する役割を持つ。したがって、詐害行為取消権の理論は新しい取引——「水に浮かぶ油」——を社会に調和せしめるという意義がある。

MBO が日本で取り立てて詐害の問題として現れることがなかったとしても、アメリカにおいて新しい取引に直面した際に行われた議論を参照することにはその存在意義を考える上で、大きな意義がある。詐害行為取消権は、——学問的には、民法・商法・倒産法・経済学・経営学の結節点となる制度であることは言うまでも無く——、所有制度と金融を基礎とする社会的分業によって生じる問題を是正し、新しい取引のメリットをできるだけ残しつつデメリットを削り取ることによって信用社会（社会的分業）に受容する社会的役割を持つ（アメリカにおいてはエリザベス法が残存し続け、日本においては歴史的には一度消滅した不法行為説が復活したことによってその機能が想起される）。

この役割に着目するならば、詐害行為取消権の理論は、社会の変容が著しければ著しいほど——形式的な法制度としての詐害行為取消権の中において論じられるかは別問題であるが——活動するものであろう。その役割をヨリよく担えるように詐害行為取消権の要件・効果は仕組まれ

⁸⁹ 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）1 - 2 頁に紹介がある。

る必要がある。

課題

幾つもの課題が残されたままになっている。ここにおいてはその一部を幾つか紹介して、後の研究課題としたい。本稿においては、詐害行為取消権を債務超過時の債務者のガバナンスの緩みを債権者と取引相手に是正させるものとして位置付けているが、ガバナンスの緩みを如何なる状態と考えるかについては答えを得られていない。一例として、債務者価値が有り得る債務者の選択肢の中で最大化していないことという基準を示した。これに対しては、債権者の価値が最大化していないことをガバナンスの緩みと考えることもできる。また、その問題とは別に、如何なる場合に取消権を行使させるべきか、を論じることもできる。債務者価値最大化を目指す場合においても、債権者価値が最大化していない場合に債権者に取消権を行使させることによって、債務者を倒産処理や私的整理に誘導し債務超過を改善させ、債務者価値を最大化させるというやり方も有り得るからである。債務者の金融危機時期の規律のあり方や債権をどのように考えるかなどのより大きな視点からの議論が必要であるが、到底この問題についても扱い得なかった。

加えて、MBOが日本の法制度において如何に扱われるかについても答えを得ていない。筆者の能力上の問題もあり、アメリカ詐害取引法について中心に検討されている議論（これについても基礎理論を抽出するため有益な、一時代の一部のもの）を参照しながら、現代的な問題を特定し、そこにおいて詐害行為取消権に期待されている役割（そして伝統的にもそれを期待されていた）について基礎理論的な示唆を得たのみである。

こうして抽出した基礎理論をもとに伝統的な要件論を整理し、効果論については取消し取戻しを目指す判例理論に基礎付けを与えることになった。特に、効果論の中でも「取消しの後始末」に関しては、本稿は、取消債権者に優先弁済受領権を付与すべきことを主張することになったが、その根拠は詐害行為取消権の基礎理論（機能的な存在意義）にある。すなわち、そうしなければ詐害行為取消権が適切にその任をまっとうできないことをその根拠としている。他方、この問題について優先弁済受

領を目指す見解の中にも別のルートからの理由付けが有り得る。すなわち、詐害行為取消権の後始末の問題を執行の問題と捉えた上、執行法上の平等主義を立法論的に弱めるか、それほど強力ではないことを特定することにより、詐害行為取消権の後始末としての優先弁済を導くやり方である。取消しの後始末論において、取消債権者に優先弁済受領権を付与する議論も、注意深く見れば、このふたパターンのいずれか、若しくは、いずれをも含んでいる⁹⁰。（本稿の立場は、あくまでも詐害行為取消しの効果の文脈に限って取消権者に優先弁済を与えるものである。対して、後者の立場は、優先弁済を広く認めた上で詐害行為取消しの効果の文脈でも優先弁済を認めるものである。）

本稿はもちろん前者の方法を採用するものであるが、後者の方法を採用するにはさらに慎重な検討が必要であるように思われる。これについては、雉本論文の検討の際に述べたが、執行法上の主義が、詐害行為取消権の効果としての優先弁済には結びつかない可能性や、執行法上の優先主義化についてのさらなる検討の必要性が指摘されるからである。ドイツやアメリカにおいて優先主義が採用されておりそれが取消権の後始末につ

⁹⁰ 福永有利「12債権者取消訴訟」奥田昌道他『民法学4〈債権総論の重要問題〉』160頁（有斐閣、1976）169頁はまさにこの問題を指摘している。並びに、**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』等参照。他にも、**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）188頁は、優先主義的解決を導くひとつの根拠として、執行法の平等主義が若干修正されたことを挙げているが、詰めて考えれば、やはりこの問題が存在している。（ただし、同時に、平井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。**森田修**『債権回収法講義』（2006）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。）他方、学説には、執行法上の優先主義を改訂することによってこの問題を扱うべきという問題意識も強いように思われる。例えば、**栗山朗子**「フランスにおける債権者平等と競争の報酬」早稲田法学71巻2号（1996）を参照されたい。

いての優先弁済受領を導いている（対して日本は執行法上の平等主義であるからその帰結は採用できない）と説明されることが多いが、厳密に考えれば、取消権が行使され譲渡の効果が無効とされた後に、取消債権者以外の者が差押えを行った場合にその者が取消債権者に優先してしまうというのが、執行法上の優先主義（差押え質権）を貫いた際に生じる論理的な帰結である。各法系においてこのような結論が採用されていないとするならば、そこには、（差押え者ではなく）取消権行使者に特別の実体法上の優先権を与えるという政策判断が介在している可能性が非常に高い。もしかしたら、取消権を訴権（実体法上の権利に執行法も含む手続法上の権利が付着したもの）と構成しなければならないのは、取消権の行使により差押え質権を与える必要があるからなのかもしれない。そうであるならば、その判断の背後には実体法上の政策判断が介在している可能性がある。すなわち、執行法上の主義を負かすほどの実体法上の優先権が付与されることが詐害行為取消しの効果だと暗黙のうちに考えられている可能性がある。加えて、後者の方法を採用際には、執行法上の主義について、機能的な検討が必要であろう。詐害の場面を修正するために、執行法の主義を変えるならば今まで執行法が担ってきた重要な機能が捨て去られる可能性があるからである。

さらに、「効果論」について、本稿で扱った詐害行為取消権の存在意義——債務者のガバナンスの低下を最も安価にやり繰りできる者に債務者の行動を監視させ債務者の行動を倒産政策上合理的たらしむよう支援させる——を進めると、伝統的な議論の認識しなかった議論への扉が開かれる。

すなわち、まず、効果として一理あるとした「資産の取戻し」についても、それだけでは、利害関係者に適切な監視を行わせるには不十分であることに思いが至る。詐害譲渡に関わる資産とその対価が巻き戻すだけでは、受益者は最悪利益が得られないだけのことからである。加えて、債務者の取引をコントロールできる取引相手も直接の受益者である必要はないのであって、その者への訴権の行使を認めるとするならば、詐害行為取消権はまさに不法行為訴権的な性質を帯びることになる。これが現代取引を適切に規制するために詐害行為取消権が有していなければならない議論の方向性と思われる。これについては、一部しか扱えて

おらず、他日を期することにする。

加えて、本稿の検討から、効果論として、詐害取消法理と衡平法上の劣後化⁹¹をはじめ様々な法理との関係が意識されるところであるが、相対的取消しとの関係など未だ詰めるべき点が多い。様々な課題が浮き彫りになったがこれも存在意義についての議論を検討したことの成果と言える。今後の研究課題としたい。

参考文献

- 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）
- 浅香吉幹『現代アメリカの司法』（東京大学出版会、2001、初版1999）
- 浅香吉幹担当部分・北村一郎（編）『アクセスガイド外国法』（東京大学出版会、2004）
- 飯原一乗『詐害行為取消訴訟』（悠々社、2006）
- 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（明44、1911）
- 石坂音四郎「雉本博士ノ「債権者取消ノ訴ノ性質」ヲ論ス」法学志林17巻3号1頁、17巻12号63頁（1915）、18巻1号19頁（1916）
- 伊藤秀史「序章インセンティブ設計の経済学」伊藤秀史＝小佐野広『インセンティブ設計の経済学』（勁草書房、2003）
- 内田貴『民法Ⅲ（第2版）』（東京大学出版会、2004）（初版1996）
- 内田貴『民法Ⅲ（第3版）』（東京大学出版会、2005）
- 梅謙次郎『民法要義卷之三』78頁（有斐閣、1897；明30）
- 太田勝造（訳）『Robert D. Cooter, Thomas S. Ulen『法と経済学』』（商事法務、1997）
- 大島俊之『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）
- 大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995）
- 奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、2000、初版1982）

⁹¹ 倉部真由美「倒産手続における債権の劣後化」同志社法学58巻6号（2007）はアメリカにおける議論状況を描写している。

- 沖野眞已「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号165頁（1998）
- 加藤正治「廃罷訴権論」『破産法研究4巻』137頁（有斐閣、大7、1918）
- 角紀代恵〈注釈〉「Steven Wechsler, Trough the Looking Glass: Foreclosure by Sale as DE FACTO Strict Foreclosure – An Empirical Study of Mortgage Foreclosure and Subsequent Resale, 70 CORNELL L. REV. 850 (1985)」アメリカ法1987-1、149頁（1987）
- 角紀代恵〈注釈〉「Patrick B. Bauer, Statutory Redemption Reconsidered : The Operation of Iowa's Redemption Statute in Two Counties Between 1881 and 1980, 70 IOWA L. REV. 342」アメリカ法1987-1、154頁（1987）
- 柏木昇「レンダー・ライアビリティ論の現状」別冊NBL60号（商事法務、2000）
- 片庭浩久『図解MBOのしくみがわかる本』（中京出版、2000）
- 北川徹「マネジメント・バイアウト（MBO）における経営者・取締役の行為規整」経済産業研究所ポリシーディスカッションペーパー <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/summary/07070007.html>（2007）
- 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）
- 北村元哉＝村上勝『MBO入門』（東洋経済新報社、2000）
- 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』191頁（東京大学出版会、1998）
- 川島武宜『債権法総則講義』56-58、64-74頁（岩波書店、1949）
- 雉本朗造「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）
- 倉部真由美「倒産手続における債権の劣後化」同志社法学58巻6号（2007）
- 栗山朗子「フランスにおける債権者平等と競争の報酬」早稲田法学71巻2号（1996）
- 小粥太郎『民法の世界』（商事法務、2007）
- 小林磨美「企業金融と負債の役割」経済論叢別冊調査と研究第26号（2003）
- 小林秀之・神田秀樹『法と経済学入門』（弘文堂、1986）

- 小林秀行＝沖野眞己『わかりやすい新破産法』（弘文堂、2005）
- 坂井秀行＝栗田口太郎「証券化と倒産」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』119頁（日本評論社、2006）
- 佐藤岩昭〈注釈〉「Frank R. Kennedy, The Uniform Fraudulent Transfer Act, 18 U.C.C.L.J. 195-215（1986）」アメリカ法1987-1、159頁
- 佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』（東京大学出版会、2001、初出1987-1988- 法学協会雑誌104巻10号、12号、同105巻1号、3号）
- 佐藤鉄男「病院倒産」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』321頁（日本評論社、2006）
- 潮見佳雄『債権総論Ⅱ』（信山社、2005）
- 下森定「債権者取消権に関する一考察（一）（二）」法学志林57巻2号44頁、同57巻3＝4号176頁（1959）
- 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）
- 下森定「債権者取消権に関する一考察」私法29号281頁（1967）
- 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（有斐閣、1987）
- 下森定「11債権者取消権」奥田昌道他編『民法学4〈債権総論の重要問題〉』（有斐閣、1976）
- 丸戸善一＝常木淳『法と経済学』（有斐閣、2004）
- 渋谷年史『アメリカ統一商事法典』（木鐸社、1994）
- 新堂幸司「判批」法学協会雑誌85巻5号（昭43. 5；1968）
- 鈴木禄弥『債権法講義4訂版』232頁（創文社、2001、初出1980）
- 鈴木禄弥「『債権者平等の原則』論序説」法曹時報30巻8号1頁
- 高木新二郎「私的整理の過去・現在・未来」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』（2006）
- 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）
- 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）
- 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）
- 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）
- 道垣内弘人『ゼミナール民法入門第4版』（日本経済新聞社、2008、初

版2002)

- 中野貞一郎**「債権者取消権と強制執行」民訴雑誌 6 卷53頁 (1960)
- 中田裕康**「債権者平等の原則の意義」法曹時報54卷 2 号1283頁以下(2002)
- 中田淳一**「支払停止以前における本旨弁済と否認権の行使」民商法雑誌 57卷 6 号908頁 (昭43. 3; 1968)
- 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)
- 鳩山秀夫**『日本債権法 (総論)』(68版) (岩波書店、1924; 大正13)
- 鳩山秀夫**『日本債権法 (総論)』改版 (岩波書店、1925; 大14)
- 早川眞一郎**「詐害行為取消権からみた債務者の行為規範」別冊 NBL60 号233-250頁 (商事法務、2000)
- 林田清明**『法と経済学 (第2版)』(信山社、2002、初版1997)
- 春木一郎**「十二表法」京都法学会雑誌第 1 卷 8、9、10、11、第 2 卷 1 号 (1906-1907)
- 春木一郎**「売買ノ発展史ニ於ケル mancipatio」法学新報第35卷 1 号(1925)
- 菱田雄郷**「消費者倒産法制の基本構造について」法学66卷 2 号183-226 頁 (2002)
- 平井宜雄**『債権総論』209頁 (弘文堂、1985)
- 平井宜雄**『債権総論 (第二版)』(弘文堂、1994)
- 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 (有斐閣、1993)
- 平井宜雄**『法政策学第 2 版』(有斐閣、1995)
- 福永有利**「12債権者取消訴訟」奥田昌道他編『民法学 4 〈債権総論の重要問題〉』(有斐閣、1976)
- 藤田友敬**「株主の有限責任と債権者保護」法学教室223号 (1999)
- 藤田友敬**「市場、国家、法」あうろーら16号126-131頁 (1999)
- 星野英一**『民法概論Ⅲ (債権総則) 補訂版』(良書普及会、1992、初版、1978)
- 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)

- 松阪佐一『債権者取消権の研究』（有斐閣、1962）
- 松嶋英機「ノンバンク倒産」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』393頁（日本評論社、2006）
- 森田修「債権回収法講義」法学教室 No285、66（2004）
- 森田修「債権回収法講義」法学教室 No286、88（2004）
- 森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）
- 森田修『アメリカ倒産担保法「初期融資者の優越」の法理』（商事法務、2005）
- 中野貞一郎「債権者取消権と強制執行」民訴雑誌6号（1960）
- 柳川範之＝藤田友敬「会社法の経済分析」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』1頁（東京大学出版会、1998）
- 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（有斐閣、1955）
- 吉田克己「民法学の方法・覚書」ジュリスト1126号254頁
- 吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2001）
- 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）
- 山本和彦『倒産処理法入門（第2版補訂版）』（有斐閣、2006）
- 我妻栄『民法講義Ⅳ』（岩波書店、1940）

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)

Barry E. **Adler**, *Bankruptcy and risk allocation*, 77 CORNELL L. REV. 439 (1992)

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)

Douglas G. **Baird** & Thomas H. **Jackson**, *Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain*, 38 VAND. L. REV. 829 (1985)

Douglas G. **Baird** & Thomas H. **Jackson**, *Bargaining After the Fall and the Vontours of the Absolute Priority Rule*, 55 U. CHI. L. REV. 738 (1988)

Douglas G. **Baird**, Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy

- :A Reply to Warren, 54 U. CHI. L. REV. 815 (1987)
- Douglas G. **Baird**, *A world without bankruptcy*, 50 Law and Contemporary Problems 173 (1987)
- 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)
- DOUGLAS G. **BAIRD**, *ELEMENTS OF BANKRUPTCY*, Fourth Edition (Foundation Press, 2005)
- Lucian Arye **Bebchuk**, *A New Approach to Corporate Reorganization*, 101 HARV. LAW REV. 775 (1988)
- Lucian Arye **Bebchuk**, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claim in Bankruptcy*, 105 YALE L. J. 857 (1996), (SSRNversion (p1-88))
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=417960
 (2005. 4時点、2006. 1時点においても確認済み)
- Michael **Bradley** & Michael **Rosenzweig**, *The Untenable Case for Chapter 11*, 101 YALE L. J. 1043 (1992)
- BRIAN A. **BLUM**, *BANKRUPTCY AND DEBTOR/CREDITOR*, Fourth Edition (ASPEN, 2006)
- ORLANDO F. **BUMP**, *FRAUDULENT CONVEYANCES* (Beard Books, 2000, originally published, 1872)
- David Gray **Carlson**, *Leveraged Buyouts in Bankruptcy*, 20 GA. L. REV. 73 (1985)
- David Gray **Carlson**, *Is Fraudulent Conveyance Law Efficient?*, 9 CARDOZO L. REV. 643 (1987)
- Robert C. **Clark**, *Duties of corporate debtor to its creditors*, 90 HARV. L. REV. 505 (1977)
- FRANK H. **EASTERBROOK** AND DANIEL R. **FISCHEL**, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW* (1991)
- DAVID G. **EPSTEIN**, *BANKRUPTCY AND RELATED LAW IN A NUTSHELL*, SEVENTH EDITION (West, 2005)
- GARRARD **GLENN**, *THE LAW OF FRAUDULENT CONVEYANCES* (William S. Hein

& Co., Inc., 1996, originally published in 1931)

GARRARD **GLENN**, FRAUDULENT CONVEYANCES AND PREFERENCES, revised edition vol.1/2 (William S. Hein & Co., Inc., 2001, originally published in 1940)

J. B. **Heaton**, *Financial Contracts and Non-contractual Legal Rules: The Case of Debt Capacity and Fraudulent Conveyance Law*, SSRN (1998)

Margaret **Howard**, *Vern Countryman and Barry Zaretsky: A Legacy of Ideas*, 75 AM. BANKR. L.J. 283 (2001)

Margaret **Howard**, BANKRUPTCY, CASES AND MATERIALS, *Fourth Edition* (West, 2005)

Thomas H. **Jackson**, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditor's Bargain*, 91 YALE L.J. 857 (1982)

Thomas H. **Jackson**, *Avoiding Powers in Bankruptcy*, 36 STAN. L. REV. 725 (1984)

Thomas H. **Jackson**, *Translating asset and liabilities to bankruptcy forum*, 14 Journal of Legal Studies 73 (1985)

THOMAS H. **JACKSON**, THE LOGIC AND LIMITS OF BANKRUPTCY LAW (Harvard University Press, 1986)

Michael C. **Jensen** and H. **Meckling**, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305 (1976)

Michael C. **Jensen**, *Agency Cost of Free Cash Flow Corporate Finance and Take over*, 76 AM. ECON. REV. 323 (1986)

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)

Michael C. **Jensen** and Donald H. **Chew**, *U.S. Corporate Governance: Lessons from the 1980s.*, in : JENSEN, A THEORY OF THE FIRM – GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS, (Harvard University Press, Michael C. Jensen ed., 2000)

(Originally published in the Portable MBA in Investment, ed. Peter Bernstein (New York:John Wiley and Sons, 1995) p.377-406)

Michael C. **Jensen**, *Introduction*, in : JENSEN, A THEORY OF THE FIRM – GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS, (Harvard University Press, Michael C. Jensen ed., 2000)

Frank R. **Kennedy**, *The Uniform Fraudulent Transfer Act*, 18 U.C.C.L.J. 195 (1986)

Laura **Lin**, *Shift of Fiduciary Duty upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors's Duty to Creditors*, 46 VAND. L. REV. 1485 (1993)

Stephen J. **Lubben**, *Beyond True Sale-Securitization and Chapter 11*, 1 N.Y.U. L. J.L. & BUS. 89 (2004)

Lois R. **Lupica**, *Asset Securitization: The Unsecured Creditor's Perspective*, 76 TEX. L. REV. 595 (1998)

John C. **McCoid**, *Constructively Fraudulent Conveyances: Transfers for Inadequate Consideration*, 62 TEX. L. REV. 639 (1983)

James A. **McLaughlin**, *Application of the Uniform Fraudulent Conveyance Act*, 46 HARV. L. REV. 404 (1933)

Merton H. **Miller**, *Leverage*, in: FOUNDATIONS OF BANKRUPTCY LAW (Barry E. Adler,ed.,Foundation Press, 2005) (originally published in 46 JOURNAL OF FINANCE 479 (1990))

Franco **Modigliani** and Merton H. **Miller**, *The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment*, 48 AM. ECON. REV. 261 (1958)

Robert K. **Rasmussen**, *Debtor's choice: A menu approach to corporate bankruptcy*, 71 TEX. L. REV. 51. (1992)

Marie T. **Reilly**, *The Latent Efficiency of Fraudulent Transfer Law*, 57 LA. L. REV. 1213 (1997)

Steven L. **Schwarcz**, *Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors*, 17 CARDOZO L. REV. 647 (1996)

Thomas A. **Smith**, *The Efficient Norm For Corporate Law : A Neo Traditional Interpretation of Fiduciary* 98 MICH. L. REV. 214 (1999)

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)

CHARLES J. **TABB**, BANKRUPTCY ANTHOLOGY (Anderson, 2002), ch7, at 331-360

Frederick **Tung**, *Limited Liability and Creditor's Rights: The Limits of Risk Shifting to Creditors*, 34 GA. L. REV. 547 (2000)

ELIZABETH **WARREN**=JAY L. **WESTBROOK**, THE LAW OF DEBTORS AND CREDITORS, TEXT, CASES, AND PROBLEMS, Fifth Edition (ASPEN, 2006)

Michele J. **White**, *The corporate bankruptcy decision*, 3 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES (1989)

Robert J. **White**, *Leveraged Buyouts and Fraudulent Conveyance Laws under the Bankruptcy Code--Like Oil and Water, They Just Don't Mix*, 1991 ANN. SURV. AM. L. 357 (1992)

Jack **Williams**, *Revisiting the Proper Limits of Fraudulent Transfer Law*, 8 BANKR. DEV. J. 55 (1991)

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)

Barry L. **Zaretsky**, *Fraudulent Transfer Law as the Arbiter of Unreasonable Risk*, 46 S.C. L. REV. 1165 (1995)

NOTE（または学生との共著）

Alon **Chaver**, Jesse M. **Fried**, *Managers's Fiduciary Duty Upon the Firm's Insolvency: Accounting for Performance Creditors*, 55 VAND. L. REV. 1813 (2002)

Kevin J. **Liss**, Note, *Fraudulent Conveyance Law and Leveraged Buyouts*, 87 COLUM. L. REV, 1491 (1987)

Note, *Good Faith And Fraudulent Conveyances*, 97 HARV. L. REV. 495 (1983)

その他

UNIFORM LAWS ANNOTATED, Master Edition.7A. II (1999)

UNIFORM LAWS ANNOTATED, Master Edition.7A. II , 2004Cumulative

Annual Pocket Part. For Use in 2004-2005 (2004)

Uniform Law Commissioners

The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
ホームページ

<http://www.nccusl.org/Update/> (2004. 11. 3時点)

以下は、同ホームページ内にある

Final Act (The Uniform Fraudulent Transfer Act (統一詐害取引法),
Prefatory Note (1984) (2005. 5. 18時点) [http://www.law.upenn.edu/bll/
ulc/fnact99/1980s/ufta84.htm](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1980s/ufta84.htm)

Why States Should Adopt the.... (2005. 5. 18時点) [http://www.nccusl.
org/Update/uniformact_why/uniformacts-why-ufta.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_why/uniformacts-why-ufta.asp)

Summary (2005. 5. 18時点) [http://www.nccusl.org/Update/uniformact_
summaries/uniformacts-s-ufta.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_summaries/uniformacts-s-ufta.asp)

Few Facts About The.... (2005. 5. 18時点) [http://www.nccusl.org/Update/
uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ufta.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ufta.asp)

野村証券証券用語解説集 <http://www.nomura.co.jp/terms/> (2005. 5. 18
時点)

NIKKEINET (日本経済新聞社) <http://www.nikkei.co.jp/> (2005. 5. 18
時点)

(なお、裁判例は、本文中の引用に代える。)