

債権者取消権に関する一考察

竹屋, 芳昭
九州大学法学部 : 助手

<https://doi.org/10.15017/1325>

出版情報 : 法政研究. 24 (3), pp.63-80, 1957-12-20. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

債権者取消権に関する一考察

竹 屋 芳 昭

目 次

一 詐害行為と詐害の意思

二 債権者取消権の法的性格

一 詐害行為と詐害の意思

一 詐害行為というものは、民法上いかなる地位を占めるものであろうか。私は、それが不法行為としての本質を有するものであると解する。^(一) かかる結論に対する反対論として考えられるものは、債権の非排他性・相対性を理由として、詐害行為によってたとえ債権の十分なる満足が得られなかったとしても、これを不法行為とすることはできぬ、という議論であろう。すなわち、債務過重となった債務者は、自己の財産に対する処分権を失うものでもなく、第三者もかかる債務者との取引行為を否定せられることもないはずである。債務者が不動産を廉価売却することによって、債権者が債権の十分な満足を得られなかったとしても、それはやむをえないことである。これが、少くとも近代法における債権の原理なのであろう。だからこそ、衡平観念にもとづいて、特に債務者及び第三者の詐害の意思と、債権者の被った損害とを要件として、債権者に取消権を与えたものである。そうだとすれば、債権者の受けた損害ということは、債権の非排他性・相対性との関係においては、いかなる意味を持つものであるか。詐害行為が弁済期到来前の債務の弁済である場合をみると、債権の非排他性・相対性、ひいては債権者平等の

原則が、破産外においては主張できぬものであるとするならば、債権者の被った損害は、期限の利益の放棄のみであるにかかわらず、この場合にも、詐害行為取消の範囲は、少くとも債権者の債権額の限度において取消しうるものであるとされている。これは、債権者の受けた損害以上の救済を債権者に許すものである。他方、法が特に認めたということについても、債権の非排他性、ひいては債権者平等の原則が破産外においては主張できないという法則が、この場合例外として破られているのだとするならば、弁済期到来後の債務の弁済も、詐害行為となるであろう。これは、明らかに判例学説の態度と矛盾する。以上のとき二つの場合の損害をみても、その各々に矛盾するものを含んでいる。だから、判例学説も詐害行為になるか否かについては、上述の二つの債権者取消権成立の要件とは別に、期限到来後の債務の弁済は、債務者の義務の履行であり、期限到来前の債務の弁済は、債務者の義務の遂行ではない、との理由によって、詐害行為の成否の判定をしているのである。しかし、債務者は、必ず債務の到来した順に、その債務の弁済をしなければならぬという義務を負うものではない。判例学説が詐害行為の成否に関して、債務者の義務違反というような、規範的評価の要素を要求したことは、注目されてよい。近代法における債権の原則からすれば、債務者が債務超過となったからといって、彼のなした法律行為が取消される理由はないのである。かかる近代法の債権の原則にもかかわらず、詐害行為が取消される要因は、債務者及び第三者の主観的要素について、それが債権者を害することに対する債務者の単なる認識ではなく、より積極的に、債権者を害しようとする債務者の心理的状态ないし意図 (*intention de nuire*)²⁾ であることにもとづくのではなからうか。

以下、民法第四二四条の母法たる仏法の学説を参考としながら、この点に関する検討を進めることにする。

二 債務の弁済

(a) 弁済期到来後の債務の弁済は一般に詐害行為にならず、とするのが判例学説の立場である。しかし、大審院

判決は傍論ではあるが、債務過多の債務者が多数の債権者より請求を受けているにもかかわらず、一債権者と共謀して全財産を換価し、全部を一債権者に弁済するときは、詐害行為になると論じ、東京高裁の判決において、債務者が債務超過の状態にあるとき唯一の資産たる債権をある債権者が自己の債権の弁済を受ける目的で譲受けることは、ある債権者だけが優先して、通常行われる債務の弁済とは異なる特異の方法によって弁済を受ける結果となり、詐害行為になる、とされている。判例は、原則として期限の来た債務の弁済は債務者の当然の義務を履行することであって、結果的には他の債務者を害する事態が発生するとしても、その弁済行為を詐害行為であることはできぬとしている。しかし、期限の来た債務の弁も、(i)債務者と受益者とが共同謀議で他の債権者を害する目的でなされた場合、(ii)その他、通常の方法でない弁済方式で弁済がなされたときは、詐害行為になるとしている。前者は、明らかに、詐害の意思は、単なる支払不能または損害の認識で足り、とする従来の判例の態度とは異なるものであり、単なる認識以上の高度の心理状態が債務者及び第三者に存在する必要を認められたものである。後者も、決して前者と異質なものではない。債務の弁済がたとえ他の特異な方法でなされたとしてもそれだけで、これを詐害行為と非難するには当らぬ。債務超過の債務者がかかる特異な方法で債務の弁済をなすときは、往々にして債務者と弁済受領者たる第三者との間に、前記のごとき通謀的詐害の意思が存在するのである。しかし、かような通謀的詐害の意思を立証することは困難である故、債務の弁済が特異な方法でなされるときは、その弁済行為の背後にはかかる通謀的詐害の意思が隠されているものと推定してはいるのではあるまいか。

右のごとくみてくれば、債務者及び受益者の主観的要素が当事者の行為に意味を付与し、本来債務者の正当な義務の遂行たる債務の弁済行為をして詐害行為にまで高めるものと言わなければならぬ。期限到来後の債務の弁済に否定的価値評価を与えうる唯一のものは、結局債務者及び第三者の主観的要素以外には存在しない。判例が詐害行

為を認定するに当って、特に行為当時の事情を考慮するのは、いつにかかる通謀的詐害の意思の推定に向けられて
いるものといってよい。

(b) 履行期到来前の弁済は、判例学説^(五)ともに、詐害行為になるものとしている。弁済行為が詐害行為になるか否かを、その必要性及び義務といった点に求めるならば、一応期限前の弁済は義務違反として詐害行為になるようだが、債務者において債務は必ず履行期の到来した債務の順に弁済をしなければならぬという義務は存在しないと思う。また、現存の財産は未来の財産よりも価値が大きいから、履行期後の弁済は債務者の財産を減少せしめないが、履行期前の弁済は債務者の財産を減少せしめるから不当であるとしても、詐害行為となるのは期限の放棄のみであり、したがって「中間利息」の限度で取消されるにすぎぬ。私は、履行期後の弁済が詐害行為になる場合があると同様、履行期前の弁済についても、詐害行為となる可能性が非常に大であると言いたい。その理由は次のとおりである。破産しかかった債務者が大体履行期前に債務の弁済をなすことは、通常の場合考えられないことである。むしろ、弁済の遅滞がなされるのであるが、それが行われるのは近親者の債権であったり、第三者の債権であっても後日何らかの形で利益の返還が債務者になされるよう第三者と謀られている場合が多い。それ故、債務超過の債務者が履行期前に自己の支払不能を知ってなした債務の弁済は、多分に共同謀議の詐害の意思の存在が推定されるのである。この場合には、原告債権者は、債務者が自己の支払不能を知り、目づ第三者もそれも知っていることを立証すれば十分である。そこには、立証の軽減があるのみである。履行期後の弁済はあらかじめかかる詐害の意図を排除するが、ただ履行期前の弁済はそれを排除しない。

代物弁済の場合でも、同様である。代物弁済物の価格の高下は、かかる詐害の意図の推定において重大なる標準になるにすぎぬ。通説判例^(六)は、代物弁済の価格が不当に安い場合にのみ詐害行為としているが、詐害行為を債権者

の受けた損害という面からすれば正当な価格との差のみであり、この限度においてだけしか、取消しえないことになる。

(c) 多数の債権者の一人に担保の設定を許すことについては、判例学説とも積極的である。^(七)それは、あたかも期限到来前の債務の弁済と同一視されるものだからである。議論は、期限到来前の債務の弁済と同一である。

三 不動産の売却については、債務超過の債務者がその財産を相当な価格以下で売却した場合に詐害行為の成立をみることは、異論のないところであるが、相当な価格で売却された場合には、学説は否定的であるが、判例は相對的積極説に傾いている。^(九)不動産を金銭に変える行為はその一般担保力を薄弱ならしめるものであるから、かかる売買は一応詐害行為と推定せられ、債務者が、履行期の来た債務の弁済、公租公課の支払、その他必要な費用にその代金を使用したことを立証しない以上は、詐害行為が存在すると、判例は論じている。

一般に売買のごとき法律行為は、交換と同じく債務者の財産を増加減少せしめるものではない。ただ、売買には、債務者の詐害の意図を含みうる法律行為として、詐害行為になりうる可能性が存在するにすぎない。判例が売買代金の使用の行方を詮索するのは、いわば債務者の詐害の意図の探求にあるといつてよい。だから、昭和五年三月三日大審院第一民事部の判決に、次のような事件が現われている。漁業を営む甲は、造船業者乙（被上告人）に一隻の漁船を作らせたが、造船代金がなかった。そこで出漁してうべき利益金をもって、毎月乙に造船代金を支払うことにして、漁船の引渡を受けた。甲は出漁資金もなかったので、やむなく丙（上告人）から資金の融通を受けるため、漁船を売渡抵当として丙に譲渡した。不幸にして不漁が続き、乙に債務の支払ができなかったので、乙は売渡担保が詐害行為であるとして、その取消を求めた。原審は、売渡担保が乙を害する事実並びに甲及び丙の悪意を認めて取消の請求を許したが、大審院は、原判決を破毀差戻した。判例は、「甲ハ漁船ヲ担保ニ供スルノ外出漁

ノ途ナク又ソノ債務ヲ弁済スヘキ方法ヲ有セザリシモノト認ムヘキハ当然ニシテコノ資金ヲ調達スルハ艦ヲ漁船建造ノ目的ヲ遂行スル所以」であると論じている。

四 以上我国の判例の態度を二、三の行為について簡単に検討してきたが、学説では肯定否定に分れる所にも、判例は詐害行為の存在の可能性を認めていることは注目してよい。特に、仏の判例においても、詐害行為の存否に關する見解に關してはほとんど我国判例と同一であり、詐害行為の態様に従って、詐害の意思の解釈を非常に嚴格に解したり、ゆるやかに解したりしていることは、興味あることである。^(一〇)従来^(一一)の学説は詐害行為になるか否かについて、行為自体を抽象的に取り出してこれを検討してきたけれども、前に掲げた諸種の行為について見ても行為自体からはその詐害行為性を認めることができないのである。されば、詐害行為をもっぱ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って減少せしめた限度、例えば、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うるにすぎなくなり、詐害行為の範圍を非常に狭ばめ、かつ詐害行為取消の範圍をも狭ばめるものである。^(一二)詐害行為は通説が考えているような素朴な赤裸々な法律行為ではない。常に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作用をも合せ持っているのであると思う。本来有効な法律行為の効力が否定せられるには、そこに規範的価値評価なくしては考えられぬことである。債務者及び第三者の主観的要素を規範的評価機能という面でとらえることによって、始めて判例の態度を統一的に説明することができるのではあるまいか。この様な規範的評価機能を有する債務者及び第三者の主観的要素は、害する意思の合意 (Paecord d'intention de nuire) でなければならぬ。詐害行為の違法性は、

かかる詐害の意思から生ずるものと断じなければならぬ。故に、債務者及び第三者の詐害の意思を決定せんがためには、法律行為の態様、処分財産の資産内に占める重要性、債務者の資産状態やその行為の目的、侵害行為のなされた前後の事情等を考慮して決定されなければならぬ。^(一三) また、前述のとき詐害の意思の立証は非常に困難である故、債務者の財産のマイナス方向への減少——廉価売却、無償譲渡、無償債務の引受——の場合には、かかる意思の事実上の推定がなされるものとして、単なる支払不能の認識で十分である。これは立証の面で軽減せられていくだけであって、害する意思はその行為の背後に常に推定せられているのである。無償行為については詐害の意思を不必要としている立法例があるが、これは無過失賠償責任を認めたものであるとの説もさることながら、^(一四) 債務過重の債務者が無償で他人に財産を譲渡するときには、十分詐害の意図ありとしてその立証を免除したものであると考へる。

要するに日仏判例を通じて詐害行為に流れるものは、債務者及び第三者の主観的要素から生ずる違法性であるといえよう。かかる意図が詐害行為の態様その他の事情によつて推定せられるか否かによって、そこに挙証責任の転換が行われていると考へるべきである。^(一五) それ故、債権者取消権の成立要件として従来掲げられてきた「支払不能を知っていること」「債権の十分な満足がえられぬこと」を十分満足しても、なお詐害行為不成立の場合がある。債権者取消権の第三の要件として、詐害行為の違法性を掲げなければならぬ。

(一) 仏においては詐害行為が不法行為の一種であることは通説の認めるところである。詳細は、Acher, *La nature de l'action paulienne*, *Rev. trim.* 1950, p. 85 et s. 参照。この説をとる学者は、Planiol et Ripert (*Traité prat.* t. 7, 1954, n° 967), Huc (*Commentaire theor.*, t. 7, 1894, n° 217), Aubry et Rau (*Cours*, t. 4, 1902, § 313), Jasserand (*Cours de droit civil positif français*, t. 2, 1930, n° 703 et s.) 等多数。ローマ法においても、債権者取

消権は不法行為に対する救済手段として存在していた (Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1924, p. n. 1107 et s.)。松坂「*Actio Pauliana* の史的変遷と債務者の受働的適格とに就て」民商一八卷一〇頁以下、井上「詐害行為に対する救済制度の変遷」論叢二〇卷八三六頁以下参照。我国で不法行為説をとる学者は、岡村・債権総論一一六頁、小池・債権法総論一五六頁。最近では、山中「詐害行為取消権の本質」(中村宗雄教授還曆論文集五一九頁以下参照)。山中博士によれば、いわゆる「権利侵害」を他人の法益の侵害という広い意味に解釈され、詐害行為により債権の十分な満足がうけられなかったことは、これを十分「権利侵害」と構成しようと主張せられる。この理論に対する当否は別にして、私は「詐害の意思を債務者と第三者との間に計られた詐害の意図、というように程度の高い故意、悪質な意図と理解することによって、詐害行為が一種の「公序良俗違反」としての不法行為の本質を有するものある、と理解したい。

(二) 大審明治四〇・三・一一民録一三集二五三頁、同大正五・一一・二二民録二二集二二八一頁、その他多数。同旨学説、我妻・民法講義Ⅲ一〇六頁。仁井田「債権者取消権を論ず」法協三一巻七七頁。鳩山・日本債権法二〇九頁。反対学説、勝本・債権総論中巻(3)三七六頁。石坂「債権者取消権論」改纂民法研究下巻七三三頁。仏においても同旨 (Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 7, 1924, n. 1065 ; *Planiol et Ripert*, op. cit., n. 948)。

(三) 大審大正五・一一・二二民録二二集二二八一頁。

(四) 東京高裁昭和二六・一〇・二三下級裁民集二卷一二三八頁。

(五) この問題を直接取扱った判例は見当らぬ。多分債務過重の債務者が現金で債務の支払をすることはほとんどなく、不動産の売却、抵当権の設定、債権譲渡といった形式を踏む場合が多く、仮にあったとしても当事者以外に判明する機会がほとんどないのであるか。判例の立場——期限到来後の債務の弁済は債務者の義務の履行とする立場——からすれば、当然詐害行為になるものと思われる。学説も、当然詐害行為になるものとしている (勝本・前掲書三七四頁。詳細は板木「詐害行為の若干の問題」法と経済五卷一七六頁以下参照。仏でも同旨 (Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit*

français, t. 2, 1953, n° 446 ; Demogue, op. cit., n° 1065 ; Planiol et Ripert, op. cit., n° 948)。

(六) 大審大正一四・四・二〇民集四卷一四九頁。勝本博士は、価格の高下は必ずしも詐害行為成立の理由にはならぬとされ、適正な価格による代物弁済で詐害行為の成立を認められる(勝本・前掲書三八三頁)。私の判例通説も同旨(Demogue, op. cit., n° 1067 ; Planiol et Ripert, op. cit., n° 949)。

(七) 大審明治四〇・九・二一民録一三集八七七頁。同大正八・五・五民録二五集八四四頁。同旨学説、勝本・前掲書三八〇頁、鳩山・前掲書二一〇頁、小池、中島その他多数。反対説、我妻・前掲書一〇六頁。

(八) 否定説、我妻・前掲書一〇六頁。肯定説、新井・判例民事法昭和三年九三事件評釈。不動産が適正な価格で売られる場合には、共同担保を減少させるものではないが、債務過多の債務者が不動産を売るといった通常行われない法律行為をするには、そこには何か適確な目的があるのが通常である。正当な目的なく不動産を売却するには、多分財産隠匿により債権者の執行を免かれようとする意図があると思われるのである。学説がこの場合にだけ特に計算的損害がないとして、詐害行為にならぬとしているのは、利解しがたい。

(九) 大審明治三九・二・五民録一二集一三三頁、同明治四四・一〇・三民録一七集五三八頁。

(一〇) Aubry et Rue は詐害行為を有償行為(les actes à titre onéreux)と無償行為(les actes à titre gratuit)とを区別し、前者については、害する意思が必要であるが、後者については、債務者が行為の時に、彼が債権者に被らせようとした損害について有していた単なる認識で足るとしている(Aubry et Rue, op. cit., p. 224, note 18)。たとえば、第三者の詐害の意思については、判例は次のように変化している(Demogue, op. cit., n° 1044)。即ち(1)債務者の支払不能を知つた(2)と(3) (connaissance d'insolvabilité du débiteur) (2)債務者の詐害の意思を知つた(3)と(4) (connaissance de la fraude) (3)債務者の詐害の意思に協力する(4) (concours à la fraude) (4)共謀詐害の意思 (fraude Concertée)。(一一) 板木・前掲論文法と経済五卷一七六頁以下参照。教授は、特に詐害行為の不当性という面から、債務者の財産をマイナ

スの方向に向って減少せしめる以外は詐害行為の成立を認められない、とされる。

(一一) 山中・前掲書五四〇頁以下参照。

Demogue, op. cit., n° 1150 et s.

(一二) 山中・前掲書五二七頁。

(一四) Josserand, op. cit., n° 689 参照。

二 債権者取消権の法的性格

一 詐害行為を不法行為の一種であると理解するならば、債権者取消権は、まさにかかる不法行為に対する賠償請求権であるともみることができ^(二)。詐害行為が法律行為の形をとっているという特殊性が、民法の原則である金銭賠償という方式をとらせることなく、法律行為自体の取消ないしは原状回復といった方式を採用させたとみなければならぬ^(三)。ここにいう取消がいわゆる固有の意味でいう取消であるにせよ、法律行為が一応取消されることによつて、形式的にはまさに原状回復がなされたといえよう（取消権説ないし形成訴訟説^(三)）。しかし詐害行為という法律行為によって事実上の変動がなされている場合——たとえば詐害行為が有体動産の売却で、かつその履行がなされているとき——には、かかる形式的原状回復では不十分であるとして、取戻（債権説ないし給付訴訟説及び折衷説^(四)）が主張せられる。しかるに、詐害行為の態様は、(1)不動産の売却、(2)会社の設立、(3)債務の免除等、千差万別である。(1)には取戻が妥当し、(2)には取消取戻、(3)には取消が妥当するとされている^(五)。だとすれば、債権者取消権の法的性格を一元的に説明しようとした学説は、青い鳥を求めたチルチル・ミチルと同視すべきだろうか^(六)。私は、判例、学説のいう取戻しということが、債権者取消権制度の目的からして如何なる意義を有するかを検討し、かり

にその意義なしとすれば、債権者取消権をかなり一元的に説明しうるのではなからうか、と考える。

二 取戻説（給付訴訟説及び折衷説）の目的とするところが実質上の原状回復であるならば、そのことが果してどれだけの意味を有するのか、判例について検討してみる。判例によれば、取消権は、「他ノ債権者ト共ニ弁済ヲ受クルカ為メニ受益者又ハ転得者ニ対シソノ受ケタル利益又ハ財産ヲ自己ニ直接支払又ハ引渡ヲ為スコトヲ請求シ得^(七)」るとし、「債権者ハ之ヲ債務者ノ財産ニ歸シタルモノト看做シテ直チニ自己ノ債権ノ弁済ニ充ツルコトヲ得ルモノトス^(八)」としている。この判例が、債権者取消権の行使によって自己の金銭債権の満足を一度にうることを意味するものとするのであれば、これは原状回復以上の回復である。何故なら、詐害行為がなかったなら受えなかつたであろう以上の利益を得るからである。債権者取消権の判決の既判力は、被保全債権自体に及ぶものではないのであり、その判決自体によって有体物の換価執行を許したり、また返還せられた利得を直ちに自己の債権の弁済に当てることは違法であるといわねばならぬ。これは、債権者取消権制度を強制執行制度にまで高めるものである^(九)。他方、前掲の判例が、債権者が取戻したものについて、債務者に対する債権の債務名義による執行をなさんがために、自己の手中に取戻すことを意味するのであれば、これもまた、無意味なことである。けだし、判例は、債権者取消権の効果について相対的無効説を固守しており、取消権の行使によって受益者、転得者の手中から物を取戻しても、それは債務者の所有に帰するものではないからである。だから、債権者の手中に取戻した物に対して債務者に対する債務名義による執行をなさんとするも、不可能である。事実、判例も、それを認めている^(一〇)。結局、判例の相対的無効説からは取戻しということは無意味である。

この不合理を救済するため、絶対無効説^(一一)が主張せられるのである。取消の効果は債務者に及ぶことにより、債務者に対する債務名義による執行が可能となる。絶対無効説の意図するところが、取戻したものについての執行換価

を、債務者に対する債務名義により可能ならしめる点は、正しいけれども、取消の効果を債務者にも帰せしめることは、判例が永年にわたって固守してきた、債権者取消権による原状回復をその必要な範囲に限定しようとした努力を全く無視するものである。^(一一) また、債権者取消権は、この権利の行使により債務者自身を何ら利せしむるものではない。詐害行為によって譲渡せられた財産が債務者の所有に帰せしめれば、再び詐害行為によって財産を譲渡する可能性がある。さらに、この点に関しては債務者の受働者適格として論ぜられるところであるが、^(一二) 仏においても、債務者を債権者取消権の被告として訴える必要はないとするのが通説判例であり、たとえ被告としても違法の訴とならないだけであると解せられている。^(一三) 特に債務者を取消権の被告にすべきであるとの学説からも、取消の効力の相対性が主張せられていることは注目すべきことである。Actio Pauliana は、債権者の利益のために導入せられたものであって、債務者と第三者との関係、即ち債権者の利益の見地からは全く無頓着な関係に、何等変更を加えるものではないと。^(一四) 要するに、右の学説によれば、取消の効果が債務者と第三者との関係において生じないということは、判決の既判力自体にもとづくものではなく、債権者取消権の目的にもとづくものであるとしている。

いずれにせよ、取消の効果を債務者に及ぼすことは、債権者取消権の史的性格及び目的に反するものである。債権者取消権による原状回復ということは、債務者の詐害行為を取消して、債務者のために財産保全をする。換言すれば債権者が債務者財産の管理人として立働くことにつきるのではなく、より積極的に、債務者に対する債権をもつて、詐害的に譲渡せられた財産に対し、強制執行をなしうることを可能ならしめる道を開くことである。詐害行為をなすような悪質な債務者に対して、終日詐害行為を行わないか注意し、詐害行為をすればその物を債務者の財産中に取戻し、債権の履行期の到来するのを首を長くして待つことは、債権者にとっては実際たまらないことなのである。

債権者取消権の目的は、この制度が、はじめは執行制度、ついで破産上の強制執行制度と共に発展してきたと考へ合はすと、^(二五)単なる債務者の財産保全につきるのではなく、詐害行為をなした債務者に対する債権による執行を可能ならしめてやるといった、より積極的な使命を有する制度なのである。債権者取消権は、それ故、簡易破産的性格を有するものであるといえる。^(二六)独民法においては、(1)債権者の債権が履行期にあること、(2)債権者の債権に債務名義が存することを必要としている。^(二七)これは明らかに、債権者取消権が債務者に対する強制執行を前提として行使されることを意味するものである。

三 取戻ということは、判例の固守する相対的無効理論からすれば、その換価執行という面で難点があり、だからといって、絶対無効説から主張されるがごとく、債務者のもとに財産の返還をなすことは、制度自体の目的にも反するものである。本来意思表示の瑕疵にもとずかぬ法律行為を取消すことは、法律関係を複雑にするばかりか、詐害行為の原状回復を必要以上に拮げるものである。

債権者取消権制度の歴史的背景、またそれがはたす制度の目的及び「取消の効果は総債権者の利益のために生ず」という規定を考慮して、私は、債権者取消権の法的性格を次のごとく結論したい。

(a) 債権者取消権は、不法行為としての本質を有する詐害行為の、効果として生ずる原状回復請求権を本体とするものである。かかる見解は、債権者取消権の被告が必ずしも債務者の直接の相手方たる受益者のみならず、詐害の意思を有する転得者に及ぶ理由を、十分説明しうる。債権者取消権が単に法律行為自体の取消を目的とするならば、債務者の直接相手方たる受益者間の法律行為のみの取消しかなしえないはずである。転得者が債権者取消権の受働者適格を有することは、彼が共同不法行為者としての責任を負っているものと解すべきである。

(b) 取消の意味は、債権者取消権の制度からする目的論的考察によって、民法第一二一条の効果を有する取消し

でもなく、さらに判例通説の論ずるがごとく、相対的、關係的無効でもなく、「對抗し得ず」との効果を生ずとの意味に解すべきである。かかる取消の効果によって、債権者は債務者に対して有する債権の債務名義により、直接債務者の手中にある物に対して執行し得る^(二八)。たとえば、詐害行為が制限物権の設定であれば、債権者はかかる制限物権の負担なきものとして執行しうるし、債務の免除であれば、その債権を差押えうる。債権者取消権による原状回復は、このように特殊な法的効果の発生を目的とするものである。このように取消の意味を民法本来の取消とは異った意味に解することについては、多くの非難があるであろう。しかし、判例においてすら、債権者取消権の制度の目的から合目的・調和的に取消の意味を解釈しているのであるから、取消を対抗し得ずとの意味に解するのは、決して不当な態度とはいえない。取消の意味をこのように最小限に限定するのは、判例がつとめて詐害行為の当事者間の法律關係をなるべくそのままに保存しておこうとする態度とあいまって、全く正当な解釈と思う^(二九)。

(c) 詐害行為をなした債務者は、自己の一般債権者の共同担保権を毀損または減少したものととして、期限の利益を喪失するものであると考える^(一三七 条二項)。債権者取消権制度が破産法を補うものとして発達し、簡易破産としての性格を有するものであり、詐害行為をなす債務者はまさに破産一步前まできているのであり、わざわざ大げさな破産という制度を用いなくても——實際判例に表われた事案においても、詐害行為の目的物はその債務者にとって唯一の財産であり、かつ多数の債権者が存在し、破産によっても實際の効果はあまり上らず、債権者の方で債務者の資力回復を待つといったような場合が多い——、債権者取消権によって、ある程度の按分比例的満足を得ようとすることは、民法第四二五条の規定とあいまって、この制度の目的からして妥当な結論ではあるまいか^(三〇)。

(d) 詐害行為者間の後日の決済は、共同不法行為者の不真正連帯債務關係で解決すべきである。即ち利得の限度において責任を負うものと解すべきである。学説判例は、追奪担保か第三者の弁済として解決する態度であるが、

追奪担保責任は取引の安全を目的とするものであり、詐害行為の当事者のごとき悪意の者を救済する制度ではない。仮に追奪担保が認められるとしても取引の前者に対してであり、後者に対しては求償の余地はない。かなりの資産を有する悪意の後者が、たまたま訴権からのがれたがために全く責任を負わぬとするのは、不合理である。特に、前者が無資力の場合はそのようである。第三者の弁済にしても、受益者転得者が債権者に財産、利得を返還するのは、債務者のためにその債務を支払ってやるのではなく、債権者取消権の追及をのがれんがために利得を返還するのであり、結果的に債権者がそれを自己の債権の弁済に充当しても、第三者の弁済とみることはできぬ。仮に第三者の弁済として債務者に求償権を有するといっても、実効はほとんどないに等しい。

(e) 最後に、物が善意の第三者に譲渡されて、債権者が受益者に対して利得の請求のみをなす場合は、債権者取消権は取戻即ち給付の訴であると結論するのが妥当のように思える。債権者取消権の本来的姿は、詐害的に譲渡せられた物自体から債権の満足を得るにあり、利得の請求はむしろ例外であるから、この二つの場合を、訴の形式として別々に考えうる余地は多分にある。しかし、前述のごとく利得の返還が債権者になされると、詐害行為が発生しなかつたら債務名義による執行換価の手段を踏まねばならなかった債権者を利せしめるものである。故に、利得の返還を目的とする債権者取消権の訴も、一種の形成の訴であると結論づけ、その判決により、債権者は、債務者に対する債務名義により受益者の一般財産へ執行しうるものと解する。かかる結論によっても受益者は債権者に利得の返還をなすことによって、自己の一般財産に対する執行を回避することができるので、実際にはさほど受益者に不利とは考えられぬ。

(一) 仏においても債権者取消権の法的性格については、賠償請求権説、取消権説、折衷説が存在する (Colin et Capitant,

op. cit., n° 450 ; Planiol et Ripert, op. cit., n° 967 ; Demogue, op. cit., n° 1111 ; Huc, op. cit., n° 217)。

- (二) 仏法においては、我國のごとく損害賠償の方法として金銭賠償を原則としない故、原状回復ということは何の抵抗なしに受入れられている (Demogue, t. 4, n. 489 et s.)。山中・前掲書五二九頁以下参照。
- (三) 取消権説(形成訴訟説)の一般に非難される点は、債権者代位権を利用しなければ實際の効果が上らぬ点、及び、訴の提起がなされても仮差押、仮処分ができぬ点にあるとされている(加藤・破産法研究第四卷二二二頁以下参照)。この説、中島・民法研究二卷八二頁以下。仁井田・前掲論文法協三一卷一二七頁。
- (四) 債権説(給付訴訟説)を取る学者は、雉本(民事訴訟論文集四四七頁以下)加藤(前掲書二七九頁以下)。この説の難点は、詐害行為の回復が取消のみで十分な場合を説明することができぬとされている。また、取戻の前提に一応取消というところが裁判外においてなされているのでなければ、受益者及び転得者の一般債権者の債権と競合する不合理が生ずる。それ故、加藤博士は給付訴訟の前提として、否認を裁判外において行使するとされている。判例は折衷説をとっているが、詐害行為の態様により、形成訴訟(取消)、形成給付合供訴訟(取消、取戻)を認めているようである。大審大正六・三・三一民録二三集六一〇頁、同大正八・四・一一民録二五集八〇九頁。同旨学説、我妻・前掲書一〇二頁、勝本・前掲書三〇九頁、鳩山・前掲書二〇〇頁。
- (五) 山中・前掲書五三二頁以下参照。
- (六) *Colin et Capitant*によれば、*Action paulienne*は幾世紀にわたって債権者の権利と善意の第三者の権利との調和によって形成せられたものであり、これを一元的に説明することは無駄な努力であるとする(*Colin et Capitant, op. cit., n. 450*)。
- (七) 大審大正一〇・六・一八民録二七集一一七〇頁。
- (八) 前註所掲判例。
- (九) この点を特に強調するのが板木教授である(法と経済一一卷八頁)。

- (一〇) 大審大正八・四・一一民録二五集八〇八頁。
- (一一) 板木教授がこの説を主張せられる。もっとも教授の絶対無効は訴の被告となった相手方を限界とし、それ以後の転得者に対してはその効果は及ばないとされる(板木・前掲論文法と経済一一卷四九一頁以下、特に五一三頁以下参照)。
- (一二) 大審明治四四・三・二四民録一七集一一七頁。
- (一三) Demogue も、嚴格に言えば、Action paulienne を損害賠償訴権 (Une action en réparation) であるとすれば、債権者は債務者と第三者を共同被告とする必要なく、第三者のみを被告となすべきであろうが、実際は用心のため債務者と第三者を共同被告となすべしとする。尤も、彼も、action paulienne が現代においては主として第三者に対し提起せられることを認めている (Demogue, op. cit., n.º 1089 et note 2)。松坂・前掲論文民商一八卷四五九頁以下参照。
- (一四) 松坂・前掲論文民商一八卷四八一頁以下。
- (一五) Girard, op. cit., p. 1107 et s.; 船田・羅馬法第三卷五五九頁以下参照。
- (一六) 山中・前掲書五四三頁以下参照。
- (一七) 例外として債務名義なしの債権者取消権を認めているが、債権者が執行力ある債務名義をうることを条件としている。一八七九年七月二一日法の第二条・第四条・第一〇条、一八九八年五月一七日修正 (Demogue, op. cit., n.º 1156)。
- (一八) 仏における通俗判例の立場である (Planiol et Ripert, op. cit., n.º 961)
- (一九) 以上の結論からすれば、債権者取消権は原状回復を目的とする請求権ではあるが、有体物、金銭等の返還を請求する給付の訴ではなく、一種特殊な法的效果の発生を目的とする形成の訴であると結論づけられる。この取消権が特殊な法的效果の発生を目的とするところから、仮差押・仮処分申請をなしうるものと思う。
- (二〇) 訴を提起しなかった他の一般債権者は、民法第四二五条により、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。

(二一) 受益者が善意で転得者が悪意の場合には、判例は、悪意の転得者に対して財産の返還を請求しうるが、受益者は追奪担保の責任を負わねばならぬ恐れがあるだろう(板木・前掲論文法と経済一巻五〇九頁以下参照)。