

形骸に基づく法人格否認の法理における 形骸概念の再構成 (十四)

——日仏法間の比較を中心として——

井
上
明

目次

第一 問題意識

一 序

二 形骸概念に関する通説的見解

三 形骸概念に対する諸批判

四 形骸概念に関する通説的見解および形骸批判説の、評価

五 以上の検討のまとめ

六 本稿の目的および方法

——以上「成城法学」第二十五号——

第二 比較対象の決定

一 序

二 形骸に基づく、金銭債務伸張型法人格否認の法理および金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の

法理の、適用事実関係の類似性および法律効果の本質的同一性

(一) 形骸に基づく、金銭債務伸張型法人格否認の法理の、諸事例

(二) 形骸に基づく、金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の法理の、諸事例

(三) 法人格の形骸化が認められず、法人格否認の法理により金銭債務の伸張がなされなかった諸事例

(四) 適用事実関係の類似性および法律効果の本質的同一性

— 以上「成城法学」第二十六号 —

三 形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の法理と、同様の機能を有する他の法理・法規範が、我が法に存するか

(一) 序(考察の目的および方法)

(二) 商法二三条

I 要件および効果の考察

II 形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の法理との、現実的機能の同一性の有無の考察

1、商法二三条適用諸事例における具体的適用事実関係および具体的効果の、考察

2、商法二三条と、形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の法理との、現実的機能の同一性の有無に関する、結論

— 以上「成城法学」第三十号 —

(三) 商法五〇四条

I 要件および効果の考察

II 形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の法理との、現実的機能の同異の考察

1、適用諸事例における現実的機能の同異の考察

2、商法五〇四条の、比較対象としての適格性

— 以上「成城法学」第三十五号 —

(四) 商法第二六六条の三第一項

I 要件および効果の考察

— 以上「成城法学」第四十号 —

II 形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の法理との、現実的機能の同異の考察

- 1、適用諸事例における現実的機能の同異の考察
- 2、商法第二六六条の三第一項の、比較対象としての適格性

— 以上「成城法学」第四十一号 —

(五) 取締役の任務遂行債務の不履行責任

I 要件および効果の考察

II 形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の法理との、現実的機能の同異の考察

- 1、適用諸事例における現実的機能の同異の考察
- 2、取締役の任務遂行債務の不履行責任の、比較対象としての適格性

— 以上「成城法学」第五十二号 —

(六) 法人格濫用に基づく法人格否認の法理

I 要件および効果の考察

— 以上「成城法学」第五十五号 —

II 形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の法理との、現実的機能の同異の考察

- 1、適用諸事例における現実的機能の同異の考察
- (1) 第一型 同一機能の蓋然性の高い場合
- (2) 第二型 同一機能の一面を有する場合
- (3) 第三型 同一機能の蓋然性はあるが、必ずしも高くはない場合

(4) 第四型 機能の異なる場合 (その一)
— 以上「成城法学」第五十八号 —

(5) 第五型 機能の異なる場合 (その二)
— 以上「成城法学」第六十一号 —

(6) 第六型 機能の異なる場合 (その三)
— 以上「成城法学」第六十二号 —

(7) 第七型 機能の異なる場合 (その四)
— 以上「成城法学」第六十五号 —

2、法人格濫用に基づく法人格否認の法理の、比較対象としての適格性
— 以上「成城法学」第六十九号 —

(七) 債権者取消権・否認権

I 要件および効果の考察

1、要件・効果の概観

(1) 債権者取消権

(2) 破産法上の否認権

(3) 民事再生法及び会社更生法上の否認権

2、要件からみた、具体的形骸法理適用事实现象への適用可能性

3、効果からみた、形骸法理担当問題解決可能性

4、結論

— 以上「成城法学」本号 —

(七) 債権者取消権・否認権

I 要件および効果の考察

引き続き、前記二型の形骸法理(Ⅱ形骸に基づく、金銭債務伸張型法人格否認の法理、及び、金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の法理)と同様の機能を果たしている我が法の諸法理・法規範を見つけ出す為には、ここでは、民法上の債権者取消権並びに破産法、民事再生法及び会社更生法上の否認権を採り上げ、これらと前記二型の形骸法理との機能の同異を考察する。

ここでは、その第一段階として、債権者取消権及び否認権に、その用いられた膨大な数の諸判決を検討し形骸法理との機能の同一性を考察する労をとるに値する、形骸法理との機能の同一性の蓋然性があるか否かを判断する。その為に、前記第四規準及び第八規準又は形骸第七規準、形骸第七規準一、形骸第七規準一三、形骸第八規準及び形骸第八規準一¹に従い、①先ず、債権者取消権及び否認権の要件・効果(Ⅱ同諸権利発生のための法律要件、及び同法律要件の法律効果として発生する同諸権利の法的性質)を概観し(後述一)、②次いで、これらの諸権利が、要件的にみて、前記具体的形骸法理適用事実理想形²の幾つかで用いることが出来るか否かを考察し(後述二)、③最後に、同諸権利の法的性質に着目して、同諸権利が具体的形骸法理適用事実理想形で用いられる場合、同理想形に存すると考えられる前記二型の形骸法理の担当問題、を解決し得ると考えられるか否かを考察する(後述三)。

- (1) 拙稿「比較法方法論——機能的比較法における比較対象の決定方法——」成城大学法学会編「二世紀を展望する法学と政治学——成城学園八〇周年記念・成城大学法学部二〇周年記念（信山社・一九九九年）七三頁以下、前掲拙稿」形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成（三三）成城法学第三十号四六頁、前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成（五）」成城法学第四十号三二頁参照。
- (2) 本稿1、2、要件からみた、具体的形骸法理適用事案理想形への適用可能性、参照。

1 要件・効果の概観

先ず、上記第四規準以下の諸規準を用いて形骸法理との機能の同一性の蓋然性があるか否かを判断する為に必要な程度に、債権者取消権並びに破産法、民事再生法及び会社更生法上の否認権につき、同諸権利の発生原因たる法律要件及び同法律要件の法律効果として発生する同諸権利の法的性質を概観する。

(1) 債権者取消権

A 債権者取消権の法律要件

ここでは、民法四二四条以下の法源を手がかりに、債権者取消権が生じるための法律要件を概観する。ところで、債権者取消権が生じるための法律要件として、(1)債務者が債権者を害する法律行為（詐害行為）をしたこと（Ⅱ客観的要件）、及び(2)債務者及び受益者または転得者が、詐害行為または転得行為の当時、同詐害行為が債権者を害することを知っていること（悪意）（Ⅲ主観的要件）が必要と、一般に解されている。¹⁾

1 客観的要件

債権者取消権を生じるためには、先ず、債務者が債権者を害する法律行為（詐害行為）をしたこと、が必要である。

(1) 債権の最後の効力は債務者の一般財産（≡積極財産及び消極財産の双方を含めた、総財産）中の共同（一般）担保たる資産を金銭に換えてそこから強制的に弁済を受けることであるから、同資産は債権の最後の堡壘であり、債権者取消権はこの最後の堡壘を確保することを目的とするものとされる。²⁾従って、債権者を害するとは、この共同担保たる資産を害することである。共同担保たる資産を害する代表的な三場合を、以下に記す。

① 共同担保不足の発生・増大

共同担保たる資産を害する場合の典型は、債務者の一般財産（≡総財産）を減少させ、計算上総債権者の共同担保たる資産の不足を生じ、債権の完全な弁済ができなくなる場合である。ところで、債務者の一般財産は積極財産（資産）と消極財産（債務）から構成されるが、積極財産には、(a)総債務の共同担保（一般担保）である資産と、(b)しからざる資産、即ち特定債務の特別担保（特別の物的担保の目的）である資産及び差し押さえが禁じられてい
る資産とが存する。一般財産を減少させ、計算上総債権者の共同担保たる資産の不足を生じ債権の完全な弁済ができなくなることは、一般財産中の上記(a)共同担保たる資産を減少させ（例えば、財産贈与、廉価売却等）又は同資産を共同担保とする債務を増加させ（例えば、債務引受、一定金額の贈与契約等）、共同担保たる資産とそれを共同担保とする債務との間で計算上債務超過（又は既存の債務超過の程度の増大）を生ぜしめることである。⁴⁾⁵⁾

② 不動産等の相当対価売却

(a) 次に、（当該不動産以外に弁済資力が無い場合の）共同担保である不動産の相当対価売却は、不動産を相当対価たる金銭に代えるだけであるから計算上共同担保たる資産総額の増減をきたさないが、共同担保たる資産の種類を消費・隠匿されにくい資産である不動産から消費・隠匿されやすい金銭に代えるのであるから、原則として（総

債権者の) 共同担保たる資産を害する(ことを知つてなしたと推定される)とされる(判例)⁽⁶⁾。

しかし、売買代金が既存債務の本旨弁済に充てられ又は有用な物の購入資金とされかつその物が現存するとき等、売買代金が有用の資に充てられたときは、原則として共同担保を害することにならず、取消の対象とならない(但し、有用の資に充てられた事實は、取消の請求を受けた相手方が主張・立証責任を負う)とされる(判例)⁽⁷⁾。

(b) しかし、(イ) (売買代金が既存債務の本旨弁済に充てられたときでも) 債権者が多数の債権者のうちの債権者と通謀し、売買代金を他の債権者を害して通謀債権者のみに対する弁済の資金に供する目的で売却したような場合は、同不動産売却は詐害行為となるとする判決がある⁽⁸⁾。また、債務超過の債務者が、特に或る債権者と通謀し、(他の債権者を害して)通謀債権者のみを優先的に債権の満足を得しめる意図で、重要な財産(洋服生地等の商品)を同債権者に売却して、同売買代金債権と同債権者に対する債務とを相殺する旨の約定をした場合は、売買価格が適正価格であったとしても、同売却行為は詐害行為にあたりと判示されている⁽⁹⁾。これらの行為は、後述の通謀に基づく本旨弁済の場合と同様に、通謀に基づく偏頗行為として、信義則ないし公平の理念に照らして是認できないとの趣旨であろう⁽¹⁰⁾。(ロ) これに対して、(上記(イ)の諸場合のように当初から、他の債権者を害してある債権者のみを優先的に債権の満足を得しめる意思に出たもの、ではなくて)単に法律上履行せざるべからざる既存債務の弁済資金を得るため誠意をもつて行った売却行為は、その売買代金がある債権者のみに対する弁済に充てられたと否にかかわらず、売却にあたり詐害の意思がないから詐害行為とならない旨判示されている⁽¹¹⁾。

③ 本旨弁済

債務超過にある債務者が、一部の一般債権者に対し共同担保たる資産により本旨弁済をする場合、共同担保たる資産が減少するが同資産により担保される債務も減少するから、計算上共同担保たる資産とそれを担保とする債務の総和(=共同担保不足額)に増減を生じない。しかし、平等弁済の視点にたてば、本旨弁済を受けた債権者が平等

弁済額を超えて弁済を受けた額だけ、弁済を受けない他の債権者の共同担保を減少させるから、他の債権者のレベルでは共同担保が害されることになる。しかし、破産手続き等の開始前は債権者、債務者は原則として平等弁済の拘束をうけるべきでなく、且つ本旨弁済はそれをするしないの自由がない義務の履行であるから、債務者が弁済を受ける債権者と通謀し、他の債権者を害し通謀債権者のみに優先的に弁済する意思で行う場合でないときは、原則として、本旨弁済は詐害行為とされない⁽¹²⁾とされる(判例)。

これに対して、債務者が弁済を受ける債権者と通謀し、他の債権者を害し通謀債権者のみに優先的に弁済する意思で行う場合は、本旨弁済は詐害行為となる旨判示されている。⁽¹³⁾破産手続き等の開始前は債権者、債務者は原則として平等弁済の拘束をうけるべきでないが、通謀に基づく本旨弁済の場合は通謀に基づく偏頗行為として、信義則ないし公平の理念からみて是認できないとの趣旨であろう。⁽¹⁴⁾

(2) 債権者を害する法律行為は、財産権を目的とするものでなければならぬ。財産権を目的としない法律行為、例えば婚姻、縁組、離婚による財産分与、相続の承認・放棄等の身分上の行為は、たとえ結果として一般財産を減少し共同担保を害する場合にも、詐害行為とはならない(民法四二四条二項)。そうでないと債務者の自由を不当に侵害することになるとされる。⁽¹⁵⁾

財産権を目的とする法律行為には、一般財産に属する共同担保たる資産を直接に減少させる処分行為(財産贈与、廉価売却等)と、同資産により担保される債務を直接に増加する債務負担行為(債務の引受、一定金額の贈与契約等)とが含まれる。⁽¹⁶⁾

また、法律行為は、契約に限らず、単独行為(権利放棄、債務免除等)及び合同行為(会社設立行為等)を含み、また債権行為、物権行為及び準物権行為を含む。⁽¹⁷⁾

2 主観的要件

次に、主観的要件として、債務者及び受益者または転得者が詐害行為または転得の当時、同詐害行為が債権者を害することを知っていること（悪意）が必要である（害することを意図することまでは必要とされない）（判例⁽¹⁸⁾）。

しかし、前述したように、売買代金が既存債務の本旨弁済に充当され又は売買代金債権が既存債務との相殺に充てられた場合の不動産等の相当対価売却については、それが詐害行為となるためには、債務者が或る債権者と通謀し、他の債権者を害して通謀債権者のみを優先的に満足させる意思（意図）で売却することが必要とされているものと解される⁽¹⁹⁾。同様に、既存債務の本旨弁済が詐害行為となるためには、債務者が弁済を受ける債権者と通謀し、他の債権者を害し通謀債権者のみに優先的に弁済する意思で弁済することが必要とされる⁽²⁰⁾。

主観的要件が必要とされるのは、主として、債権者の共同担保の確保の要請と調和的に実現されるべき取引の安全の要請に基づくものである。

立証については、債務者の悪意については取消債権者が立証責任を負うが、同悪意が立証された場合は受益者または転得者の詐害行為または転得当時の悪意が推定される（判例⁽²¹⁾）。

- (1) 於保不二雄「債権総論（新版）」有斐閣一八一頁、我妻榮「新訂債権総論（民法講義Ⅵ）」岩波書店一七六頁以下参照。
- (2) 我妻榮・有泉亨「法律学体系・コンメンタール編3」債権法」日本評論新社六八頁、前掲於保一七八頁、林錫璋「債権者取消権」—編集代表星野英一「民法講座4債権総論」有斐閣一四四頁参照。
- 共同担保と言う言葉は、①同一の債権の担保として数個の物の上に担保物権が存在すること、を意味するとされる（新版・新法律学辞典（有斐閣）が、②全ての債権者の共同の弁済の引き当て、の意味にも用いられている（上記於保一七八頁、上記林一四一頁）。本稿では、共同担保の語を②の意味に用いた。
- (3) 前掲於保一八四頁参照。

（4） 下森定「民法四二四条注釈」注釈民法(10)債権(1)（有斐閣）八〇六頁、前掲於保一八四頁、前掲我妻（二六三）参照。

（5） 一般財産の意義と詐害行為

一般財産の意義については、必ずしも一義的に用いられていないように思われる。即ち、一般財産とは、本文で記したように、ある人の全財産（総財産）の意味に用いられるのが普通である（新版新法律学辞典・有斐閣）。他方、一般財産は、積極財産（資産）と消極財産（債務）とから構成されるとされ、また債務者の財産上に物上担保権を有している債権がある場合は、当該債務を消極財産から控除するとともに、当該担保財産は積極財産から控除して、債務者の資力の有無を算定すべきであるとされる（前掲於保一八四頁）。このような用語法に従えば、結局、詐害行為とは本文に記したようになると思われる。

これに対して、一般財産は、すべての債権者の引き当て、即ち共同（一般）担保の目的となる債務者のすべての資産、債務者に用いられることもある（新版新法律学辞典・有斐閣）。一般財産をこの意味に用いれば、債権者を害するとは、債権者の一般財産を害することと表現されることになる。そのような場合としては、本文に記したところ（本稿Ⅰ、1、(1)債権者取消権、A、1、(1)、①②③）と同様に考えてよからう。

（6） 大審院明治三十八年（オ）第五百九十四号・明治三十九年二月五日判決（民録第十二輯一四〇一—一四一頁）、大審院明治四十四年（オ）第五百五十三号・明治四十四年十月三日判決（民録第十七輯五四二—五四三頁）、大審院大正七年（オ）第五百五十一号・大正七年九月二十六日判決（民録第二十四輯一七四一—一七四二頁）。

（7） 前掲大審院明治四十四年十月三日判決（民録第十七輯五四二—五四三頁）、大審院大正六年（オ）第五百五十三号・大正六年六月七日判決（民録第二十三輯九四〇—九四一頁）、前掲大審院大正七年九月二十六日判決（民録第二十四輯一七四一—一七四二頁）、大審院明治三十七年（オ）第四百五十六号・明治三十七年十月二十一日判決（民録第十輯一三〇一—一三五一頁）。なお最高裁判昭和四〇年（オ）第一四九八号・同四一年五月二十七日判決（民録第二十巻第五号一〇〇五頁）参照。

（8） 前掲大審院大正六年六月七日判決（民録第二十三輯九四〇—九四一頁）、大審院大正十二年（オ）第六九一号・同十三年四月二十五日判決（民録第三巻一六五頁）参照。

（9） 最高裁判昭和三十七年（オ）第一〇七号・同三十九年一月一七日判決（民録第一八巻第九号一八五三頁）参照。

（10） 山木戸克己「破産法」青林書院一九〇頁参照。

- (11) 前掲大審院大正十三年四月二十五日判決(民集第三卷一六四—一六六頁)、前掲大審院大正六年六月七日判決(民録第二十三輯九四〇—九四一頁) 参照。
- (12) ①大審院明治三十九年(才)第三百三十三号・明治四十年三月十一日判決(民録第十三輯二五六—二五七頁)、②大審院大正五年(才)第五百六号・大正五年十一月二十二日判決(民録第二十二輯二二八九—二九一頁、二二九四頁)、③大審院大正七年(才)第五百九号・大正七年七月十五日判決(民録第二十四輯一四六五—一四六六頁)、④最高裁判昭和三十一年(才)第四二〇号・同三十三年九月二十六日判決(民集第七二卷第一三三—一三〇二五頁) 参照。
- (13) 前掲大審院大正五年十一月二十二日判決(民録第二十二輯二二九〇頁)、前掲最高裁判昭和三十三年九月二十六日判決(民集第七二卷第一三三—一三〇二五頁) 参照。
- これらの判決では、債務者が弁済を受ける債権者と通謀し、他の債権者を害する意思で本旨弁済をする場合は、詐害行為となる旨判示されているが、通謀の事実^ハは認定されていないから、同判示は仮定事実に基づく判断として傍論と解する余地がある。
- (14) 前掲山木戸一九〇頁参照。
- (15) 前掲於保一八三頁、前掲我妻(二二五四) 参照。
- (16) 前掲下森八〇六頁、前掲我妻・有泉コンメンタール七五頁、前掲我妻(二二六三) ハ、前掲於保一八四頁参照。
- (17) 前掲於保一八一頁、前掲我妻・有泉コンメンタール七七頁、前掲我妻(二二五五) 参照。
- (18) 最高裁判昭和三十三年(才)第三六二号・同三十五年四月二六日判決(民集第十四卷第六号一〇四八—一〇四九頁)、大審院明治三十六年(才)第四百三十三号・明治三十六年十一月二十七日判決(民録第九輯一三二五頁) 参照。
- (19) 本稿I、1、(1)債権者取消権、A、1、(1)、②、及び前記注(8)(9)(11)の諸判決参照。なお、本旨弁済の諸判決(前記注(12)(13)参照。
- (20) 本稿I、1、(1)債権者取消権、A、1、(1)、③、及び前記注(12)(13)の諸判決参照。
- (21) 大審院明治三十六年(才)第三百八十四号・明治三十六年九月二十一日判決(民録第九輯九七四—九七五頁)、大審院昭和七年(才)第三五九一号・同八年五月二日判決(民集第十二卷第十一号一〇五八頁)、大審院大正六年(才)第一六九号・大正六年三月二日判決(民録第二十三輯六〇一頁) 参照。

B (法律効果としての) 債権者取消権

1 上記 A の法律要件が満たされると、その法律効果として、債権者に債権者取消権が生じる。条文の表現によれば、債権者取消権とは、債務者のなした詐害行為の「取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」る権利である（民法四二四条）。これは、どのような権利と考えるべきであろうか。

債権者取消権の法的性質については見解の対立があるが、実質的機能を探る目的からは、判例の見解が重要である。判例の見解は次のようなものと解される。即ち、債権者取消権は、債権者が自己の名において（Ⅱ債務者に代位せず自己の権利として）、①詐害行為（債務者・受益者間の行為）を取消し、②（同取消を根拠として）逸失財産の返還（取戻し）を請求する権利であり、且つ裁判上、即ち訴えにより行使しなければならぬ権利とされる。⁽³⁾ この場合、訴えは形成の訴えと給付の訴えとの合したものとされている（但し、取消のみを求めることもでき、その場合は形成の訴えとされる）。⁽⁴⁾ また、この権利は実体法上の権利であり、訴訟法上の権利ではないと、一般に解されている。⁽⁵⁾

ここで、債権者取消権の権能の一つとされる、①形成の訴えにより行使される、詐害行為を取消す実体法上の権能とは、一般に、裁判上行使を要する形成権と解されているようである。即ち、同権能は、一方的意思表示により詐害行為を取消す（Ⅱ詐害行為の効力を消滅させる）権能（Ⅱ形成権）だが、裁判上行使するを要するⅡ詐害行為取消の意思表示（Ⅱ詐害行為の効力を消滅させる旨の意思表示）をするだけでは取消の効果Ⅱ詐害行為失効の効果を生ぜず、裁判所の判決で同意意思表示をする要件（該当事実）の存することが確認されて初めて取消の効果を生じると解されているようである。⁽⁶⁾ また、裁判上の行使は、逸出財産の返還又はそれに代わる損害賠償の請求の相手方たる転得者又は受益者を被告とする形成の訴えによらねばならず、抗弁によることは許されないとされる。⁽⁷⁾ 要するに、詐害行為取消の効果発生を明確化する必要から、裁判外の取消の意思表示のみでは直ちには詐害行為取

消の効果は生ぜず、詐害行為取消の意思表示をする要件（該当事実）の存在（並びに同意意思表示の存在及びそれに基づく詐害行為失効）の主張を請求とする形成の訴え、を提起し（且つ、同訴え提起を通して詐害行為取消の意思表示をし）、同要件（該当事実）の存在（及び同取消の意思表示の存在）を確認（し、詐害行為の取消失効を宣言）する形成判決の確定を待つて初めて詐害行為取消（失効）の効果を生じるとされているものと思われる。⁽⁸⁾

次に、債権者取消権のもう一つの権能とされる、②逸失財産の返還（取戻し）を請求する実体法上の権能とは、上記形成判決（取消判決）による詐害行為の効力消滅（の結果として一般財産に回復された権利関係）を根拠として、債権者が自己の名において（債権者に代位せず自己の権利として）、⁽⁹⁾転得者又は受益者に対して、債務者の一般財産への逸失財産の返還又はそれに代わる損害賠償を請求し得る権能である。ただ、取戻の目的物が金銭や動産等の場合、債務者が返還受領を拒む場合に備えて、債権者は自己への（債務者の一般財産としての）直接引渡しを請求することもできるとされる。⁽¹⁰⁾ いずれにせよ、債権者は、同請求権を裁判上、即ち給付の訴えにより行使しなればならない。

2 かくして債権者は、形成の訴え及び給付の訴えを結合して債権者取消権を行使し、詐害行為の取消と逸出した財産の債務者の一般財産への返還を訴求することができる。しかし、形成の訴えにより（財産取戻しの前提として）詐害行為の取消のみを訴求することも妨げないとされる。⁽¹¹⁾

この場合、(a) 債権者の共同担保の確保の要請と取引の安全の要請を可及的に調和させるため、取消債権者は、原則として、自己の債権額に相応する範囲でのみ詐害行為を取消し得る。⁽¹²⁾ また同理由に基づき、詐害行為を取消す形成判決及び財産返還を命じる給付判決は、債務者の一般財産の回復により取消債権者を保護するに必要な限度でのみ効力を生ずるものとされる。即ち、同形成の訴え及び給付の訴えにおいては、そもそも債務者に被告適格はなく逸出財産返還または損害賠償の請求を受ける転得者又は受益者のみが被告適格を有する（但し、財産が転

得者の所有に帰した場合は、受益者を被告として財産回復に代わる賠償を求めるか転得者を被告として財産の返還をもとめるかは債権者の自由である。そして、詐害行為を取消す形成判決は原告たる債権者と被告たる転得者又は受益者との相対的關係においてのみ取消の効力を生じ、(II詐害行為を失効させ)、訴訟に關与しなかつた者との關係では取消の効力を生ぜず(II詐害行為は有効なものとして存続し)、したがってまた債務者・受益者間又は受益者・転得者間の相対的關係では同者間の法律關係に影響しない。⁽¹³⁾

そして、取消債権者は、(a)債務者又は自己に(取消判決及び給付判決に基づき)債務者の一般財産として取り戻された財産(又はそれに代わる価額賠償)に対して、金銭債権として強制執行し(他の債権者と平等の立場で)自己の債務の弁済を得ることができ(この場合、他の債権者は法律上の手続きをとり配当加入を申し出て平等の割合で弁済を受けることができるが、配当加入手続きがとられない場合、取消債権者は、自己が債務者の一般財産として直接財産の引渡しを受けた場合でも、自己が分配者となつて他の債権者の請求に応じて自己の受領した取戻物を平等分配すべき義務はない)⁽¹⁵⁾、(b)また財産が自己に返還された場合は、同財産の一般財産への返還債務と自己の債権とを相殺し事実上の優先弁済を受けることもできるとされる。⁽¹⁶⁾

3 かくして、取消判決及び給付判決に基づき、原告たる取消債権者と被告たる転得者又は受益者との相対的關係において詐害行為は失効し、債務者の一般財産に逸出財産又はそれに代わる価額が回復され、取消債権者による同財産または価額に対する強制執行または同財産・価額の返還債務と債権との相殺がなされ、転得者または受益者は損失を被ることになる。この場合、同取消判決は、債務者・受益者間又は受益者・転得者間の相対的關係では詐害行為を無効とすることはなく同者間の法律關係になんら影響を及ぼさないから、損失を被つた転得者または受益者は行為の相手方たる受益者又は債務者に救済を求めることはできず、ただ債務者との關係で不当利得返還請求権を取得するにすぎない、とされる(但し、この不当利得につき、一般財産に存する反対給付とする説と、一般財産

に回復された財産であるとの説がある⁽¹⁷⁾。これに対しては、債務者・受益者間及び受益者・転得者間の相対的關係では詐害行為は取消により影響を受けず有効であるとする以上、債務者・受益者間及び受益者・転得者間では第一次的には追奪担保責任の問題が生じる(民法五六七条類推適用)、とする説もある⁽¹⁸⁾。

- (1) 大審院大正六年(オ)第百六十九号・大正六年三月三十一日判決(民録第二十三輯六一〇―六一一頁⁽⁷⁾) 参照。
- (2) 大審院明治四十三年(オ)第百四十八号・明治四十四年三月二十四日民事連合部判決(民録第十七輯二〇―二二五頁) 参照。下森定「民法四二四条注釈」注釈民法(10)債権(1)有斐閣七八八頁、於保不二雄「債権総論(新版)」有斐閣一八〇頁、我妻榮「新訂債権総論(民法講義IV)」岩波書店(二四六)(二四九)、林・石田・高木「債権総論(改訂版)」青林書院新社一六六頁参照。

本文に記した判例の見解と異なる見解として、債権者取消権を、(a)「詐害行為を取消し、その効力を溯及的・絶対的に無効ならしめる形成権」であるとするもの(形成権説)、(b)「詐害行為の結果債務者の一般財産から逸出した財産の取戻しを請求する権利」であるとするもの(請求権説)、(c)「詐害行為による財産逸出にともなう責任の消失(責任的反射効)、のみを無効ならしめる形成権」であるとするもの(責任説)、等々、種々のものがある(前掲下森七八五―七九五頁、林錫璋「債権者取消権」―編集代表星野英一「民法講座4債権総論」有斐閣一四四―一六〇頁等参照)。

- (3) 抗弁による行使は許されない。大審院明治十九年第五三六号・明治三〇年一〇月一日判決(民録第三輯第九卷六四頁)、最高裁昭和三八年(オ)第六八〇号・昭和三十九年六月二二日判決(民集第一八卷第五号七六六頁) 参照。(なお、大審院大正五年(オ)第八〇七号・大正五年十一月二四日判決(民録第三輯三〇四―三〇五頁) 参照。)
- (4) 前掲大審院明治四十四年三月二十四日民事連合部判決(民録第十七輯二二一―二二四頁) 参照。前掲下森八三五頁、前掲於保一八〇頁、前掲我妻(二九五)、前掲林・石田・高木一八五頁参照。
- (5) 前掲於保一七九頁、前掲下森七九三頁参照。
- (6) 「新版・新法律学辞典」(有斐閣)形成権及び形成の訴えの項、「法律学小辞典(増補版)」(有斐閣)形成権及び形成の訴えの項参照。なお、三ヶ月章「民事訴訟法」(有斐閣)四三―四四頁、四九頁以下、参照。
- (7) 前記注(3)(4) 参照。

(8) 「新版・新法律学辞典」(有斐閣) 形成権・形成の訴えの項、法律学小辞典(増補版)「(有斐閣) 形成権及び形成の訴えの項、前掲林錫璋一四四—一四六頁、一五一—一五三頁、兼子一「民事訴訟法体系(増補版)」酒井書店「一六三」(一六五)、新堂幸司「新民事訴訟法」弘文堂一七七—一七八頁参照。なお、前掲三ヶ月四三—四四頁、四九—五〇頁、三ヶ月章「民事訴訟法(補正版)」弘文堂一三三—一三五頁も参照。

しかし、判例のように債権者取消訴訟を形成訴訟(と給付訴訟の合したものと)と解すると、本文に記したように、詐害行為取消の意思表示をする要件(該当事実)の存在(及び同意意思表示の存在)を確認(し)、詐害行為の取消 \parallel 失効を宣言)する形成判決の確定を待つて初めて詐害行為取消(\parallel 失効)の効果を生じることになるが、そうすると、同形成判決の確定以前は、詐害行為失効を前提とする逸出財産の返還又はそれに代わる損害賠償の給付判決はできないことになってしまふ筈であり、論理的には不合理であると批判される(中田淳一「破産法・和議法」有斐閣一六八頁参照)。

このような判例理論の弱点を嫌ってか、一方、形成の訴えを一定の法律要件 \parallel 形成要件)該当事実(に基づく法律状態の変動)の主張を請求とする訴えとし、法律状態の変動の効果は形成要件該当事実の存在を確認(し、法律状態の変動を宣言)する判決の確定を待つて初めて生ずるとするが、他方、債権者取消権に基づく訴えは形成の訴えでなくて、取消の意思表示によつて既に生じている取消の効果を前提とする、給付又は確認の訴えである(但し、取消の結果を訴えのなかで主張しなければならぬ)と構成する説もある(前掲兼子「一六四」、前掲新堂一八〇—一八一頁参照)。

(9) 前掲大審院大正六年三月三十一日判決(民録第三三輯六一〇—六一二頁)参照。

(10) 前掲我妻(二八二)、前掲下森八四九頁(イ)以下参照。

(11) 前掲明治四十四年三月二十四日民事連合部判決(民録第十七輯二二三—二四頁)、前掲於保一八〇頁参照。

(12) 前掲於保一九九頁、前掲我妻(二八〇)参照。

(13) 前掲大審院明治四十四年三月二十四日民事連合部判決(民録第十七輯二二—二三頁)、大審院大正七年(才)第四十六号・大正七年四月二十九日判決(民録第二四輯七九九頁)、大審院大正七年(才)第四十一号・大正八年四月十一日判決(民録第二五輯八一—八二頁)参照。

(14) 前掲我妻(二五九)参照。

(15) 最高裁昭和三四年(才)第一〇八四号・同三七年一〇月九日判決(民集第一六卷第十号二〇七二頁)参照。前掲於保二〇一頁、前掲林・石田・高木一九〇頁参照。

(16) 前掲於保二〇一頁、前掲林・石田・高木一九〇頁参照。

(17) 前掲於保二〇二頁、前掲我妻(二二八九)、前掲下森八七三―八七四頁、前掲林・石田・高木一九一―一九二頁参照

(18) 前掲下森八七四―八七六頁参照。なお、前掲林・石田・高木一九一頁、一九二頁注(5)参照。

(2) 破産法上の否認権

以下、前記第四規準又は形骸第七規準以下の諸規準を用いて破産法上の否認権と形骸法理との間に機能の同一性の蓋然性があるか否かを判断する為に、必要な程度に、同否認権が生じるための法律要件(1)破産法における否認の要件)及びその効果としての否認権(の法的性質)を概観する。

- (1) 前掲拙稿「比較法方法論 ― 機能的比較法における比較対象の決定方法 ―」成城大学法学会編「二二世紀を展望する法学と政治学」(信山社・一九九九年)七三頁以下参照。前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(三)」成城法学第三十号四六頁、前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(五)」成城法学第四十号三二頁参照。

A 破産法上の否認権の法律要件

先ず、破産法上の否認権を生じるための法律要件を概観する。ところで、最近、破産法につき、新法(平成十六年六月二日法律第七十五号)が立法・公布され、旧法(大正十一年法律第七十一号)は廃止された(新法附則第二条)。しかし、比較法対象の第一次的スクリーニングという目的からは、現時点では破産法旧法がより重要である(また、否認権に関しては、新法は旧法上の判例の態度を踏襲するものようであり、実質的内容はあまり変更されてはいないようである)。そこで、ここでは、主として旧法第七二条以下の法源を手がかりに、法律要件を概観す

ることにする。

一 故意否認（破産法旧法第七二条一号）の要件

破産者が破産債権者を害することを、知つてなした行為であつて、受益者もその行為の当時破産債権者を害することを、知つていたものは、否認できる（破産法旧法第七二条一号）⁽¹⁾

これは、民法上の債権者取消権とほぼ同趣旨の規定である。以下、前記第四規準又は形骸第七規準以下の諸規準を用いるために必要な限度で、故意否認の要件を概観する。

1 破産宣告前の破産者の故意行為により破産債権者が害されたこと

1 破産債権者を害するとは、債権者の共同担保である（将来、破産財団となるべき）資産を害し、（将来の）破産債権者の受けるべき満足を低下させることである。⁽²⁾

(1) この点については、債権者取消権について記したところとほぼ同様と考へてよいと思われ⁽³⁾。破産債権者を害する代表的な三場合を取り上げ、略説する。

① 共同担保不足の発生・増大

共同担保を害する典型的場合は、共同担保たる資産の減少（譲渡・処分）または同資産により担保される債務の増加（債務負担）により、同資産と同債務間で計算上債務超過（又はその程度の増大）を生じ、既存の全債権者が害される場合である。⁽⁴⁾

② 不動産の相当対価売却

（当該不動産以外に弁済資力が無い場合の）共同担保たる不動産の相当対価売却についても、債権者取消権について記したところとほぼ同様と考へられる。即ち、

(a)この場合は計算上、共同担保たる資産の増減をきたさないが、共同担保たる資産の種類を消費・隠匿されにくい資産（不動産）から消費・隠匿されやすい資産（金銭）に換えるのであるから、売買代金が現在も保管されており又は他の財産に変形されて存在していることが立証されない限り、原則として（既存の全債権者の）共同担保を害することになる、と判示されている。⁽⁵⁾

(b)また、破産者が、一部の債権者に対する弁済期の到来した債務を弁済する（為の資金を得る）目的で、且つ一部の債権者に対して弁済をするときは当然他の債権者を害するに至るべきことを予見して不動産の相当対価売却をし、その後間もなく（その翌月）破産申立を受け、その後破産宣告を受けた場合は、同不動産売却は破産法旧法第七二条第一号に所謂「破産債権者ヲ害スルコトヲ知りテ為シタル行為」に該当する旨判示されている。⁽⁶⁾この点、破産者と同一部の債権者との通謀までは要求されていず、通謀を要件とする債権者取消権よりも要件が緩和されている。⁽⁷⁾さらに、破産者が（未登記抵当権者たる）債権者と通謀して、同債権者だけに優先的に債権の満足をえさせる意図のもとに、その唯一の資産たる（未登記抵当権の目的）不動産を、売買代金債権と（被担保）債務とを相殺する約定のもとに同債権者に売却し（且つ直後に同相殺が行われ）、その後間もなく（数カ月後）破産申立を受け、その後破産宣告を受けた場合は、たとい売買価格が適正であっても破産法旧法七二条一号の詐害行為として否認権行使の対象となる、とする判決がある。⁽⁸⁾

これら(b)の判決は、売買代金を消費・隠匿せずに、一部の債権者に対する弁済充当等、一部の債権者のみの債権の満足の為に充当する目的の（したがって、共同担保たる資産の種類が消費・隠匿され易い資産に換えられるとは言えない性質の）不動産相当対価売却に関する事例である。したがって、同判決は、このような不動産相当対価売却を、既存の全債権者の共同担保を害する行為とは捉えず、売買代金による満足を得た一部の債権者以外の他の債権者の共同担保のみを害する偏頗行為と捉える（後述③本旨弁済、参照）。そして、他の債権者の共同担保のみを

害し、やがて開始されるべき破産手続きにおいて他の債権者のみ(Ⅱ平等弁済)を害することを予見してなされた偏頗行為、したがって(支払い停止又は破産申立前であっても)同予見を可能とする一種の危機時期における偏頗行為(Ⅱやがて開始されるべき破産手続きにおける平等弁済の目的を害する偏頗行為)⁽⁹⁾と捉えて、否認の対象としているものと解される。

③ 本旨弁済

債務超過にある債務者が、一部の一般債権者に対して共同担保たる資産により本旨弁済(履行期の到来した既存債務の弁済)をする場合、計算上共同担保たる資産とそれを共同担保とする債務の総和に増減を生じないが、本旨弁済を受けた債権者が平等弁済額を越えて弁済を受けた額だけ、弁済を受けない他の債権者の共同担保を減少させるから、他の債権者のレベルでは共同担保が害されることになる。この場合、否認権事例においては、債権者取消権の事例と異なり、次のように判示されている。即ち、破産者が支払停止以前にした本旨弁済でも、その弁済が他の債権者を害することを破産者が知つてなしたものであり、これを受領した債権者も他の債権者を害する事実を知つていたときは、(後に破産宣告がなされる場合は)、破産法旧法第七二条一号により否認することができるものと解するのが相当である旨、判示された。⁽¹⁰⁾

この点、破産者と受益者たる債権者との通謀までは要求されていず、通謀を要件とする債権者取消権よりも要件が緩和されている。⁽¹¹⁾これは、破産者と受益者たる債権者との間に通謀がなくとも、両者に他の債権者を害することの認識、即ち他の債権者の共同担保を害し、やがて開始されるべき破産手続きにおいて他の債権者(Ⅱ平等弁済)を害することの認識さえあれば、同認識に基づく本旨弁済は、後に破産宣告がなされる場合は、支払停止・破産申立前になされた本旨弁済であっても、やがて開始されるべき破産手続きにおける不平等弁済を予測させる一種の危機時期における偏頗行為(従って、やがて開始されるべき破産手続きにおける平等弁済の目的を害する偏頗行為)

と評価され、否認の対象とされるのであろう。⁽¹²⁾

④したがって、破産法旧法第七二条一号に所謂「破産債権者ヲ害スル」とは、(a)共同担保たる資産と同資産を共同担保とする債務の計算上の残額の減少により債務超過又はその程度の増大を生じ(又は、唯一の共同担保たる資産の種類が消費・隠匿され易い資産に変換され)既存の全債権者の共同担保が害される場合と、(b)一部の債権者に対する本旨弁済または一部の債権者のための弁済資金獲得目的の不動産相当対価売却等により(計算上の残額は変わらないが)他の債権者の共同担保のみが害される場合(＝平等弁済が害される場合)、の両場合を含むこととなる。⁽¹³⁾

(2) 破産債権者を害する行為とは、法律行為のみならず、広く、法律的效果を生じる意思の実現(＝いわゆる法的行為)を含み、しかも私法上の行為だと公法上の行為だとを問わないとされる。⁽¹⁴⁾例えば、登記、弁済や、訴訟行為(裁判上の自白、請求の放棄・認諾、裁判上の和解等)等を否認し、これらによって惹起され又は裏づけられた破産者の財産関係に関する実体的変動を、破産財団のために否定無視できるとされる。⁽¹⁵⁾

2 破産者が「破産債権者ヲ害スルコトヲ知」っていたこと

破産者が「破産債権者ヲ害スルコトヲ知」ること(破産者の詐害意思)(破産法旧法七二条一号)の意味については、かつては見解が加害意思(害意)説(判例)と加害認識説(学説)に分かれていたが、現在では、学説の多数説は加害の認識で足りると解しており、⁽¹⁶⁾また判例も一般論として加害認識説をとることを明らかにし、学説・判例間の見解の対立は解消されたとされる。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

ところで、前述したように、破産債権者を害する場合には、(a)全債権者の共同担保を害する場合と、(b)本旨弁済等の偏頗行為により、一部の債権者は満足しその共同担保は害されず、他の債権者の共同担保のみが害される場合

の、二場合がある。加害の認識とは、(a)の場合は、全債権者の共同担保を害することの認識であり、(b)の場合は、他の債権者の共同担保のみを害し、やがて開始されるべき破産手続きにおいて他の債権者を害する(Ⅱ平等弁済を害する)ことの認識ということになる⁽¹⁹⁾。

破産者の詐害意思(悪意)の立証責任は、破産管財人にある⁽²⁰⁾。

破産者の詐害意思が要件とされるのは、破産債権者の保護を取引の安全と調和的に実現するためである。

2 受益者が行為の当時「破産債権者ヲ害スベキ事実ヲ知」つていたこと(破産法旧法七二条一号但書)。

受益者が行為の当時「破産債権者ヲ害スベキ事実ヲ知」とは、破産者の行為が破産債権者を害する事実を知る(Ⅱ認識する)の意味に解されている⁽²¹⁾。立証責任に関しては、(破産者の悪意が立証された場合)受益者が否認を免れるためには善意(Ⅱ行為の当時破産債権者を害する事実を知らなかったこと)の立証責任がある⁽²²⁾。

受益者の悪意が要件とされるのも、破産債権者の保護を取引の安全と調和的に実現するためである。

(1) 破産法新法にも同様の規定がある(新法第一六〇条一項一号・二項、同一六一一条)。この内、新法第一六一一条は、相当対価による不動産等(の消費・隠匿されにくい財産)の譲渡に関する旧法判例の態度を踏襲し、リファインして明文化したものと解される。

(2) 中田淳一「破産法・和議法」(有斐閣)一五四頁、山木戸克己「破産法」(青林書院)一八八頁参照。

(3) 本稿I、1、(1)債権者取消権、A、1、(1)①③参照

(4) 前掲中田一五四頁、前掲山木戸一八八頁参照。本稿I、1、(1)債権者取消権、A、1、(1)①参照

(5) 大審院昭和六年(才)第三五一九号・同八年四月一五日判決(民集第十二卷第七号六六三頁)、大審院昭和八年(才)第二千二百一十一号・昭和九年四月二十六日判決(新聞三千七百一十一頁)。なお、本稿I、1、(1)債権者取消権、A、1、

(1)、②参照。

- (6) 前掲大審院昭和九年四月二十六日判決(新聞第三千七百一十号)参照。
- (7) 本稿I、1、(1)債権者取消権、A、1、(1)、②、(b)参照。
- (8) 最高裁昭和四四年(オ)第一二三四号・同四六年七月一六日判決(民集第二五卷第五号七八〇―七八二頁)参照。なお、本判決は、未登記抵当権者は抵当権設定を破産債権者に対抗できないから、抵当権の目的不動産は全価額について破産債権者の共同担保となる、との判断を前提としている。
- (9) 前掲中田一六〇―一六一頁参照。
- (10) 最高裁昭和三九年(オ)第一六六号・同四二年五月二日判決(民集第二二卷第四号八六〇―八六一頁)参照。但し同最高裁判決は、大審院昭和七年(オ)第二二四〇号・同七年二月二日判決(民集第一一卷三二六六頁)及び大審院昭和八年(オ)第一五五一号・同八年二月二八日判決(民集第二二卷三〇四三頁)を参照判決として挙げている。これらの参照判決をみてみると、そこでは以下のように判示されている。即ち、破産者が他の債権者を犠牲にして、特定の債権者にのみ利益を与えようとの意思(又は目的)に基づいて弁済をなし(又は強制執行を招致)、受益者たる債権者もこの事実を知っていた場合は、破産法旧法第七二条第一号の故意否認の対象となる(これに反して、破産者にこのような悪意がなく、単に自己の負担する既存の債務を履行する為に誠意をもって弁済したに過ぎない場合は、故意否認の対象とならない)旨、判示されている(民集第十一卷第二十一号二二七―二二七二頁、民集第十二卷第二十四号三〇五―三〇五四頁。なお、大審院昭和十四年(オ)第一七七二号・同一五年九月二十八日判決・民集第十九卷第二十一号一九三―一九三四頁も参照)。そして、そもそも大審院判決にいわゆる債権者加害の意思とは、加害結果認容の心理状態があれば満たされるとの趣旨と解される(前掲大審院昭和八年五月二日判決・民集第十二卷第十一号一〇五六―一〇五七頁、及び後述注(18)破産者の詐害意思に関する判例、1大審院、①参照)。したがって、上記最高裁判決の趣旨は、弁済が他の債権者を害することを破産者が知っていたときは、破産者には他の債権者を犠牲にして特定の債権者へのみ利益を与えようとの意思、少なくとも、他の債権者が犠牲になってもしかたがないとの意思(加害結果認容の心理状態)―があるとして解される、との趣旨と解する余地がある。
- (11) 本稿I、1、(1)債権者取消権、A、1、(1)、③参照。
- (12) 本稿後述、二危機否認の要件、1、(1)、参照。
- (13) 前掲山本戸一八八頁参照。

- (14) 前掲中田一五八頁以下、前掲山木戸一八九頁参照。
- (15) 前掲中田一五九頁、前掲山木戸一八九頁、宗田親彦「(新訂) 破産法概説」(慶応義塾大学出版会) 一三二六頁、伊藤眞「(全訂第3版補訂版) 破産法」(有斐閣) 三五八—三六六頁等参照。
- (16) 前掲山木戸一九二頁、前掲中田一五六頁、前掲宗田一三二頁、前掲伊藤三四五頁参照。
- (17) 前掲伊藤三四五頁参照。
- (18) 破産者の詐害意思に関する判例
破産者の詐害意思に関する判決の流れを以下に略述する。

1. 大審院

① 総債権者が害される場合

大審院は、債権者取消権に関してではあるが、総債権者の共同担保を害する、設備と共にする湯屋営業の安価売却の事例において、「債権者ヲ害ス」(加害)とは、共同担保(資産又は積極財産)を減少し、その為債権者に対する弁済の程度が低下せられることをいい、債務者が「(債権者ヲ害スルコトヲ) 知りテ」とは、害することの単なる認識では足りず、より積極的能動的的心理状態である「害スルノ意思」(加害の意思)を行為当時有する、の意味と解していた(「加害意思説(害意説)」(前掲大審院昭和八年五月二日判決・民集第十二卷第十一号一〇五六—一〇五七頁参照)。

ここで「害スルノ意思」(加害の意思)は次のように説かれている。即ち、「害スルノ意思」(加害の意思)とは、心の向かうところ其處(「加害」)にあることを意味し、加害の単なる認識が消極的であるのに比し積極的の心的状態であり、受動的に非ずして能動的である。しかし、害する結果を認識しながら害する行為を敢えてする以上、反証なき限り加害の意思があると認める可きである。ただ、害する結果を認識すると共に別に他の意思が働いて、そのために害する意思は存する余地が無く又は他の意思に圧倒されて影を秘める場合は、害する意思はないと認めざるを得ない。例えば弁済をする場合は、心の向かうところはもっぱら債務履行にあり、他の意思はこれに圧倒されるから、共同担保減少の認識はあつても害意は存しない、と一応は認めざるを得ない。しかし、例えば親善な交誼あるため特にこれを庇護するため弁済をなすような場合のように、履行の意思が純粹でなく、「ソレダケ他ノ債権者ニ対スル弁済ヲ減縮スルモ厭フ、トコロニ非ストイウ所存」がある場合は、加害の意思があるといえる、と説かれる(民集十二卷第十一号一〇五六—一〇五七頁参照)。

したがって結局、本判決において積極的能動的心的状態と言われる「害スルノ意思」(加害の意思)が存するためには、債権者に対する加害があつても仕方がないとする加害結果認容の心理状態があれば十分である、との趣旨と解される。

なお、本判決は直接には、債権者取消権についての判断で、否認権に関する判断ではない。しかし、本判決は否認権に関する判断をも含むと解されているようである(前掲山本戸一九二頁、前掲中田一五六頁参照)。

② 偏頗行為

大審院によれば、本旨弁済の場合は、破産者の加害の意思とは、他の債権者を犠牲にして弁済受領債権者へのみ利益を与えようとする意思のこととされていた(これに対して、破産者にこのような意思がなく、単に自己の負担する既存の債務を履行する為に誠意をもって弁済したに過ぎない場合は、故意否認の対象とならないとされる)(前掲大審院昭和八年二月二十八日判決・民集二二卷二四号三〇五二頁、前掲大審院昭和十五年九月二十八日判決・民集一九卷二二号一九三二頁、前掲大審院昭和八年五月二日判決・民集二二卷一一号一〇五七頁参照。なお、前掲大審院昭和七年二月二一日判決・民集一一卷二〇号二二七二頁も参照)。したがって、本旨弁済については加害意思説をとるものと解される。

不動産の相当対価売却については、一部の債権者に対する本旨弁済のための資金供給の目的に出(且つ売買代金が既存債務の本旨弁済に充当され)た場合について、破産者の「債権者ヲ害スルコトヲ知りテ」の意味は、一部の債権者に対して弁済をするときは他の債権者を害することになることの見と解されていたようである(前掲大審院昭和九年四月二十六日判決(新聞第三千七百二十号十頁))。したがって、不動産の相当対価売却については加害意思説をとるものと解される。

しかし、加害意思といい加害認識といつても、結局は加害結果認容の心理状態があればよいとする趣旨と解する余地がある(上記一 大審院①、及び注(10)参照)。

2 最高裁

① 総債権者が害される場合

最高裁は一般論として(したがって総債権者が害される場合についても)、大審院の加害意思説(害意思説)を改め加害認識説をとることを明らかにしたとされ、その根拠として前掲最高裁昭和三年(才)第三六二号・同三五年四月二十六日判決(民集第十四卷第六号一〇四八―一〇四九頁)が挙げられる(前掲伊藤三四五頁)。しかし、本判決は、直接

には、債務超過（無資力）の債務者が一部の債権者のために自己の不動産に抵当権を設定し登記した場合（Ⅱ偏頗行為）に関し、且つ債権者取消権に関するものである。上記学説は、この偏頗行為・債権者取消権に関する判決が総債権者が害される場合についての否認権に関する判例としても働くと解しているものと思われる。

② 偏頗行為

最高裁は、偏頗行為についても加害認識説をとるものと解される。即ち、破産者が支払停止以前にした本旨弁済でも、その弁済が他の債権者を害することを、知ってなされたものであり、これを受領した債権者も他の債権者を害する事実を知っていたときは、破産法旧法第七二条一号により否認できるものと解するのが相当である、と判示された（前掲最高裁昭和四二年五月二日判決（民集第二二巻第四号八六〇—八六一頁）。（但し、前掲最高裁昭和四六年七月一六日判決・民集第二五巻第五号七八〇—七八二頁参照）

なお前述したように、最高裁判決の加害認識説と大審院判決の加害意思（害意）説の関係については、加害結果認容の心理状態として統一的に理解する余地がある（前記注（10）参照）。

(19) 本稿Ⅰ、1、(2)破産法上の否認権、A、一、故意否認の要件、1、1、(1)、①—④参照。前記注（18）破産者の詐害意思に関する判例、2最高裁参照

但し、(b)偏頗行為により、一部の債権者は満足しその共同担保は害されず、他の債権者の共同担保のみが害される場合の、加害の認識については、他の債権者に対する加害結果認容の心理状態と解する余地がある（前記注（10）参照）。なお、次のように説く学説がある。即ち、(a)総債権者が害される場合については、弁済資力が不足していること、及び行為の結果として責任財産を減少させるといふ認識があれば、詐害意思を認定してよいとされ、(b)偏頗行為の場合には、それらに加えて、倒産に至ることが避けられず、そのときに適用される債権者平等原則を潜脱するために特定債権者に弁済をなす旨の破産者の意思が認定される必要がある、と説かれている（前掲伊藤三四五頁）。

(20) 最高裁昭和三七年（オ）第四二二二号・同三七年二月六日判決（民集一六巻二二二—二二五頁）参照。

(21) 前掲最高裁昭和三九年（オ）第一六六号・同四二年五月二日判決（民集第二二巻第四号八六〇—八六一頁）参照。

これに対して大審院は、受益者が破産債権者を害することを知らず、破産者が加害の意思をもって行為した事実を知るの意味であると判示していた（前掲大審院昭和八年五月二日判決・民集第二二巻第一一〇—一〇五八頁、前掲大審院昭和十五年九月二八日判決・民集第一九巻第二二号一九三一頁参照）。

(22) 前掲最高裁昭和三十七年二月六日判決(民集一六卷二二号三二五頁)参照。前掲山本戸一九三頁参照。

二 危機否認(破産法旧法第七二条二一四号)の要件

破産者が支払いの停止又は破産の申し立てのあった後、例外的にはその三〇日前になした担保の供与、債務の消滅に関する行為その他破産債権者を害する行為は、破産者の詐害意思を要件とせず、否認の対象となる。これには以下の三場合がある。

1 義務ある行為(破産法旧法第七二条二号)の否認の要件

(1) 「破産者が支払いの停止又は破産の申し立てのあった後になした、担保の供与、債務の消滅に関する行為その他破産債権者を害する行為で、破産者の義務に属するもの」は否認の対象となる(破産法旧法第七二条二号⁽¹⁾)。

ここで、①担保の供与とは、質権、抵当権や譲渡担保権の設定等で破産者の義務に属するものである⁽²⁾。②債務消滅に関する行為とは、弁済・更改等で破産者の義務に属するものである⁽³⁾。これら①②の行為は、平常ならば本旨弁済として正当視されるべき行為であるが、破産の差し迫った危機時期においては、やがて開始されるべき破産手続きにおける平等弁済の目的を妨げる偏頗行為として、否認の対象となるとされる⁽⁴⁾。③その他破産者を害する行為の意味については、弁済や担保の供与のような、債権者の平等弁済を害する行為とする見解と、第一号の破産債権者を害する行為(＝債権者の平等弁済を害する行為の他、既存の全債権者を害する行為を含む)と同義とする見解がある⁽⁵⁾。

(2) 受益者の悪意 破産債権者の保護を取引の安全と調和的に実現するため、受益者の悪意(受益者が行為の当時、支払停止または破産申立があったことを知っていたこと)が要件とされる(旧法第七二条二号但書⁽⁶⁾)。受益者の悪意の立証責任は、破産管財人の側にあるとされる⁽⁷⁾。

(3) 破産者の詐害意思 破産債権者の保護を取引の安全と調和的に実現するため、破産者の詐害意思も否認の要件となる筈であるが、破産に瀕した危機時期においては通常、破産者は債権者を害することを知っていると考えられるから、(主観主義に客観主義を加味し) 破産者の詐害意思は要件とされない⁸⁾とされる。

(4) また、否認理由となった支払停止または破産申立に基づいて破産が宣告された(Ⅱ両者の間に因果関係がある)場合でなければ、否認できないとされる⁹⁾。これは、本否認は破産者の行為が破産の差し迫った危機時期においてなされたことを理由とするので、支払停止または破産申立があっても実際には危機時期でなかった場合(Ⅱ支払停止または破産申立があっても、それが後に解消しまたは取り下げられ、破産が宣告されなかった場合)は本否認は許されない、との趣旨であろう¹⁰⁾。

なお、破産宣告より一年前になされた行為は、支払停止の事実を(受益者が)知っていたことを理由に否認できない(破産法旧法八四条)¹¹⁾。破産宣告より一年前になされた行為は、たとい支払停止後になされたものであっても、危機時期になされたものとは解されない趣旨であろう。

(1) 破産法新法でもほぼ同様に規定されている(新法第一六〇条一項一号、同一六二条一項一号)。しかし、担保の供与、債務の消滅に関する行為については、旧法では「支払ノ停止」があった後になした行為(旧法七二条二号)と規定していたのを、新法では「支払不能」になつた後にした行為と改正している。即ち、破産者が「支払不能」になつた後にした担保の供与又は債務の消滅に関する行為は、破産者の義務に属するものも義務に属しないものも共に、否認の対象となる、と規定されている(新法一六二条一項一号、同条二項二号)。これは、「支払不能」(Ⅱ弁済能力欠乏のために、即時に弁済すべき債務を一般的且つ継続的に弁済することができない客観的状态(前掲山本戸四六頁、前掲中田三八頁))となれば、「支払ノ停止」(Ⅱ支払不能であることを外部に表示する債務者の行為ないし挙動(前掲中田四〇頁、前掲山本戸四七頁))がなくとも、すでに破産の迫つた危機時期に入つたと評価する趣旨であろう。なお新法では、支払の停止があつた後は支払不能であつたものと推定される(新法第一六二条三項)。

- (2) 前掲中田一六二頁、前掲山木戸一九五頁参照。
- (3) 前掲中田一六二頁、前掲山木戸一九五頁参照。
- (4) 前掲中田一六〇―一六一頁、前掲山木戸一九四―一九五頁参照。
- (5) 前掲中田一六一頁、前掲山木戸一九五頁参照。
- (6) 破産法新法でも、ほぼ同様に規定されている(新法第一六二条第一項一号但書)。
- (7) 前掲中田一六二頁、前掲山木戸一九五頁。但し新法では、破産債権者を害する行為の場合は、立証責任が逆転し、受益者に善意の立証責任がある(新法第一六〇条第一項二号但書)。
- (8) 前掲山木戸一九三頁。なお、前掲中田一六〇頁参照。
- (9) 前掲中田一六一頁、前掲山木戸一九四頁参照。
- (10) 前掲中田一六一頁参照。
- (11) 前掲中田一六二頁、前掲山木戸一九五頁参照。

2 親族・同居者に対する行為(旧法第七二条三号)、の否認の要件

「上記1で記した義務ある行為が、親族・同居者に対するものである場合」は、受益者の悪意(行為当時、支払停止または破産申立を知っていたこと)の立証責任が転換され、受益者たる親族・同居者が善意の立証責任を負う(破産法旧法第七二条三号但し書き)⁽¹⁾。親族・同居者が受益者である場合は、悪意の蓋然性が高くなる為と解される。

この立証責任の転換の点を除けば、否認の要件は、1の義務ある偏頗行為について記したところと同様である。

- (1) 前掲中田一六二―一六三頁、前掲山木戸一九五頁参照。新法もほぼ同様に規定しているが、善意の立証責任を負う受益者の範囲が広がられている(新法第一六〇条一項二号但書、同一六二条一項一号)。

3 義務なき行為（破産法旧法第七二条四号）、の否認の要件

(1) 「破産者が支払いの停止又は破産の申し立てのあった後、又はその前三〇日以内になした、担保の供与又は債務の消滅に関する行為で、破産者の義務に属しないもの（破産法旧法第七二条四号）」も、否認の対象となる⁽¹⁾。例えば、特約がないのに行う担保提供・代物弁済・期前弁済等の、行為である。これらの行為は、1の義務ある行為よりも破産債権者に対する有害性が強いので、否認の要件が緩和され、支払停止又は破産申立の後でなくとも、その前三〇日以内になした場合も否認の対象となる⁽²⁾。

(2) 債権者の悪意 取引の安全の見地から、債権者の悪意（行為当時、支払停止又は破産申立のあったこと、それ以前の行為の場合は破産債権者を害すること即ち平等弁済を害すること、を知っていたこと）が必要である⁽³⁾。

しかし、義務ある行為の場合と異なり立証責任が転換され、債権者が善意の立証責任を負う（旧法第七二条四号但書⁽⁴⁾）。危機時期において破産者が義務なき行為を行うのは、悪意の債権者の激しい請求に基づく蓋然性が高いと考えられるからであろう。

(3) 破産者の詐害意思 この場合も、義務ある行為について述べたと同様、破産者の詐害意思は特に否認の要件とされない⁽⁵⁾。

(1) 破産法新法もほぼ同様に規定している。即ち、「破産者が支払不能になった後又は破産手続開始の申立てがあった後」又は「支払不能になる前三十日以内」にした、担保の供与又は債務の消滅に関する行為で、破産者の義務に属しないものは否認の対象となる（新法第一六二条一項一号二号、同条二項一号）。旧法では「支払ノ停止」のあった後またはその前三十日以内と規定されていた（旧法七二条四号）のに対して、新法では「支払不能」になった後又はなる前三十日以内と規定されている。これは、既述のように、「支払不能」となれば、「支払ノ停止」がなくとも、既に破産の迫った危機時期となったとの評価を前提とする規定と解される（前記二危機否認の要件、1義務ある行為の否認の要件、

注(1)参照。

(2) 前掲伊藤三五二一三五三頁、前掲山木戸一九五十一一九六頁、前掲中田一六三三頁参照。

(3) 前掲中田一六三三頁参照。

(4) 前掲中田一六三三頁、前掲山木戸一九六頁、前掲伊藤三五二一頁参照。なお、破産法新法もほぼ同様に規定している(新法第一六一二条一項但書、同条二項二号)。

(5) 前記二、1義務ある行為の否認の要件、(3)参照。

三 無償否認(破産法旧法第七二条五号)、の要件

1 「破産者が支払停止若しくは破産申立があった後又はその前六月内になした無償行為又はそれと同視すべき有償行為」は、それだけで否認の要件を満たす(破産法旧法第七二条五号)⁽¹⁾。

無償行為とは、対価なしで資産を減少し又は債務を増加する一切の行為(例、贈与、遺贈、債務免除、権利放棄、時効利益の放棄、他人の債務についての保証・担保提供等)を意味する⁽²⁾。

2 他の要件を必要としない。破産者の詐害意思も受益者の悪意も必要としない。

支払停止若しくは破産申立があった後又はその前六月内に無償行為がなされる場合、破産者の詐害意思は疑うに十分であるから特に要件とされない⁽³⁾のであり、また、受益者は利益を得るために代償を払ったわけではないので、取引の安全の観点に立つても受益者の悪意は要件とされない⁽³⁾。

(1) 破産法新法も同様に規定している(新法第一六〇条三項)。

(2) 前掲山木戸一九六頁、前掲中田一六四頁参照。

(3) 前掲中田一六三三頁参照。

四 転得者に対する否認(破産法旧法第八三条)の要件

否認の効果は相対的であり、受益者に対して否認権を行使しても、否認の効果は転得者には及ばないので、別に転得者に対する否認を認める必要があるとされる。⁽¹⁾

以下の(1)又は(2)のいずれかの要件が満たされる場合は、転得者を相手方として破産者の行為を否認できる⁽²⁾(破産法旧法第八三条)。

(1) ①転得者のすべての前者について否認の原因が有り、②転得者が悪意の(1)①の事実を知っている) 場合(破産法旧法八三条一項一号)。

転得者の悪意の立証責任は原則として破産管財人にあるが、転得者が破産者の親族又は同居者であるときは、立証責任が転換され、転得者に善意の立証責任が生じる⁽³⁾(破産法旧法八三条一項二号)。

(2) ①転得者のすべての前者について否認の原因が有り、②(転得者の善意・悪意を問わず) 転得者が無償行為又はこれと同視すべき有償行為により転得した場合(破産法旧法八三条一項三号)。

(1) 前掲山木戸一九七頁、前掲伊藤三六七頁参照。

(2) 前掲山木戸一九七頁、前掲中田一七四頁参照。破産法新法もほぼ同様に規定している(新法第一七〇条)。

(3) 前掲山木戸一九七頁。破産法新法もほぼ同様に規定しているが、立証責任が転換される転得者の範囲がひろげられている(新法第一七〇条一項二号)。

B (法律効果としての)否認権

上記Aの法律要件が満たされると、その法律効果として、否認権が生じる(破産法旧法七二、八三条)。この否認権の法的性質については、以下のように説かれている。即ち、

1 破産管財人により行使される権利である(破産法旧法七六条)。但し、否認権の帰属主体、破産管財人がいかなる資格に基づいて否認権を行使するのかについては見解上の争いがある。

2 相手方に対する一方的意思表示により、破産宣告前の破産者の前記諸行為を、破産財団と否認の相手方との関係において遡及的に無効とする、実体法上の形成権である。

その行使により破産者の行為が破産財団との関係において遡及的に無効となる結果、破産財団の財産関係は、原則として、その行為のなかった状態に当然に復帰する。例えば、破産者が譲渡した財産権は当然に破産財団に復帰し、負担した債務や設定した担保権は消滅し、免除した債務や放棄した権利は復活する。しかし、権利の当然の復帰が不能の場合もあり(例えば、金銭の給付が否認された場合や、相手方が権利を他に譲渡したまたは物が既に滅失しているような場合)、このような場合は、給付の返還またはその価額の償還を請求する債権が発生するにとどまる(破産法旧法七七条一項)。

3 裁判上行使を要する形成権Ⅱ破産管財人が訴え又は抗弁により行使する形成権である(破産法旧法七六条)。しかし、裁判上否認の意思表示をすれば効果を生じ、形成判決を要しない。この点、形成の訴え(又は、同訴えと給付の訴えの合したもの)により行使しなければならぬ債権者取消権とは異なる(相手方当事者は、受益者又は転得者であり、破産者は当事者適格を有しない)。

(1) 訴えによる否認権の行使 否認権は、先ず、訴えにより行使される。即ち、破産管財人が、給付又は確認の訴え(例えば、受益者又は転得者を被告として、破産者が譲渡した財産の返還若しくはそれに代わる損害賠償(価額の償還)を命じる給付判決、又は財産が破産財団に属することの確認判決を求める訴え)を提起し、請求(例えば、譲渡財産の返還若しくはそれに代わる損害賠償を求める法的地位、又は財産の破産財団への帰属、の主張)を根拠づける前提として、訴状その他の準備書面の送達を通して又は口頭弁論期日において破産者の行為(例えば

ば、財産の譲渡)を否認する意思表示を(し、その旨を主張)することにより行使される。(7) 抗弁による行使の場合との統一の構成の観点等から、形成の訴えによると解すべきでない(8)とされる。

(2) 抗弁による否認権の行使 次に、否認権は、抗弁によっても行使することができる。即ち、相手方の訴え(例えば、取戻権の主張を請求として、破産財団所屬財産の引渡を命ずる給付判決を求める訴え)に対し、破産管財人が、答弁書の送達を通して又は口頭弁論期日において、相手方の請求を基礎づける破産者の行為(例えば、財産譲渡)を否認する意思表示を(し、その旨を抗弁事実として主張)するという仕方で行使する。(9)

- (1) 前掲伊藤三六九頁参照。
- (2) 前掲伊藤三六九—三七〇頁参照。
- (3) 前掲山木戸一七六頁参照。前掲中田一六八頁参照。
- (4) 前掲山木戸二三四頁以下、前掲中田一七一頁以下、前掲伊藤三七五頁以下参照。
- (5) 本稿I、1、(1)、B(法律効果としての)債権者取消権、参照。
- (6) 前掲伊藤三七〇頁、前掲中田一六九頁、前掲山木戸二二八頁、二二〇頁等参照。
- (7) 大審院昭和十三年(オ)第千七百十四号・昭和十四年五月十九日判決(新聞四千四百四十八号十二頁)、大審院昭和十七年(オ)第九十号・昭和十七年七月三十一日判決(新聞四千七百九十一号七頁)参照。但し、大審院昭和六年(オ)第千二百六十一号・昭和七年六月二日判決(新聞三千四百四十五号十二頁)参照。前掲山木戸二二八頁以下、前掲中田一六九—一七〇頁参照。
- (8) 前掲山木戸二二九頁、前掲中田一六七頁以下参照。
- (9) 前掲山木戸二二二頁、前掲中田一七〇頁参照。

(3) 民事再生法及び会社更生法上の否認権

民事再生法及び会社更生法上の否認権の要件・効果については、規定の仕方が破産法上の否認権に非常に類似し

ており、前記第四規準以下又は形骸第七規準以下の諸規準を用いた比較法における比較対象の第一次スクリーニングという目的からは、破産法上の否認権の要件・効果の考察の結果をそのまま利用してよいと思われるので、考察を省略する。

2 要件からみた、具体的形骸法理適用事実理想形への適用可能性

さて、債権者取消権又は否認権を発生せしめる法律要件（以下、発生要件という）を上記のごときものとするとき、先ず、同取消権又は否認権は、発生要件的にみて、具体的形骸法理適用事実理想形のいくつかに於いて、行使可能であろうか（前記第四規準及び第八規準¹又は形骸第七規準²、形骸第七規準³一、形骸第八規準、形骸第八規準³一、参照）。

前述したように、抽象的形骸法理適用事実理想形とは、「①会社の設立が複数の社員への利益分配の為でなくて、税金対策の為、融資を受ける為等、背後者の一個人的設立動機により行われ（＝一個人的設立動機）、②背後者が全額出資し、（または実質的に全額出資し、華人形社員を用いて）、会社を設立し（＝一人全額出資）、③株主總會・取締役会不開催、取締役が名目にすぎない等、会社の機関が実質的に機能せず、背後者の、機関を通さぬ直接支配または代表機関等としての意のままの支配がなされ（＝機関不機能と、背後者の直接支配又は意のままの支配）、④会社と背後者（または他の関連会社）それぞれの活動・行為が、共通の場所、共通の指揮者、共通の従業員により、類似商号を用い、類似営業目的をもって渾然と行われ（＝不区分営業活動）、⑤会社と背後者（または他の関連会社）間で、（a、一方の資産の、他方による使用・消費・取得、他方の債務支払いへの充当、他方の債務のための担保化、b、他方の債務の為の手形振出、c、他方のための債務負担等が、相互交錯的に行われる等）、双方

の資産が双方の生活の為に一括・不区分的に充当されており、かつ収支も明確に分別して計算・把握(会計処理)されていず、一括・不区分的に計算・把握されているにすぎない(Ⅱ不区分財産管理)、という①―⑤のすべての事実から構成される抽象的事実関係」であり、具体的形骸法理適用事実理想形とは、この「抽象的形骸法理適用事実理想形に該当する具体的事実関係」である。⁽⁴⁾

この抽象的形骸法理適用事実理想形の構成要素たる事実⑤(Ⅱ不区分財産管理)に着目するとき、債権者取消権又は否認権の発生要件を満たし、同諸権利を用いることの可能な具体的形骸法理適用事実理想形の、存在を想定することができる。即ち、不区分財産管理の構成要素たる個々の行為に着目するとき、その幾つかを債権者取消権又は否認権の対象たる行為と捉え得る、具体的形骸法理適用事実理想形を想定できる。例えば不区分財産管理に含まれる、背後者と形骸会社間での①一方の資産の他方による取得(Ⅱ他方への移転)、②一方の資産の他方の債務のための担保化、または③一方の資産による他方の債務の弁済等が、(その結果として一方の共同担保不足を発生・増大させ、行為当事者が悪意である等)債権者取消権の対象たる詐害行為の要件を満たす、具体的形骸法理適用事実理想形を想定することが出来る。また、背後者又は形骸会社につき破産、民事再生又は会社更生手続きが開始した場合を想定すれば、これらの行為が故意否認・無償否認等の要件を満たす、具体的形骸法理適用事実理想形を想定することも出来る。

かくして、債権者取消権又は否認権の発生要件を満たす具体的形骸法理適用事実理想形の存在を想定し得ることになる。

(1) 前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成」(三)「成城法学第三十号四六頁参照。

(2) 前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成」(五)「成城法学第四十号三二頁参照。

(3) 前掲拙稿「比較法方法論 ― 機能的比較法における比較対象の決定方法 ―」成城大学法学会編「二世紀を展

望する法学と政治学」(信山社・一九九九年) 七三頁以下、参照、

- (4) 前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成」(二) 成城法学第二十六号一―二―三頁、前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成」(三) 成城法学第三十号五―二頁注(14)(15)、参照。

3 効果からみた、形骸法理担当問題解決可能性

さて、上記のように、債権者取消権又は否認権の行使可能な具体的形骸法理適用事理想形の存在を想定し得ることになるが、同諸権利を同理想理想形において行使したと仮定するとき、同諸権利は、同理想理想形に存すると考えられる形骸法理担当問題を解決し、前記一型の形骸法理(Ⅱ形骸に基づく、金銭債務伸張型法人格否認の法理、及び、金銭執行の際の第三者異議の訴え請求棄却型法人格否認の法理)の代替機能を果たし得るであろうか(前記第四規準⁽¹⁾及び第八規準⁽²⁾又は形骸第七規準、形骸第七規準―二、形骸第七規準―三、形骸第八規準及び形骸第八規準―二参照)。

今、2、で上記したところに基づき、債権者取消権又は否認権の発生要件を満たす具体的形骸法理適用事理想形として、(1) 具体的背後者 Y_1 の一個人的設立動機に基づく具体的形骸会社 Y_2 会社の設立、 Y_1 の Y_2 会社への全額一人出資、 Y_2 会社における機関不機能と Y_1 の意のままの支配、及び Y_1 ・ Y_2 会社間の不区分営業活動が存し、且つ、(2) Y_1 ・ Y_2 会社間に不区分財産管理が存するが、同不区分財産管理の構成要素たる諸行為のいくつか(例えば一方の資産の他方への移転、一方の資産の他方の債務の為の担保化、一方の資産による他方の債務の弁済等)を、債権者取消権又は否認権の対象たる行為と捉え得る、具体的形骸法理適用事理想形を想定する。

- (1) この想定理想形に、一方、前記二形の形骸法理を適用する場合に実現する効果は、「 Y_1 ・ Y_2 会社の法人格異

別性の否認を通しての、① $Y_1 \cdot Y_2$ 会社間の金銭債務伸張、又は②金銭執行の際の第三者異議の訴えにおける、 $Y_1 \cdot Y_2$ 会社間の第三者性の否定⁽⁴⁾である。これは、本質的には、「 $Y_1 \cdot Y_2$ 会社双方の資産（ \parallel 双方それぞれ、債権者のための排他的責任財産）の、双方の全金銭債権者各々のための共同責任財産化」と捉えることができることは既述のとおりである。⁽⁵⁾

(2) 他方、この想定理想形において債権者取消権又は否認権を用いる場合、実現する効果は何であろうか。

これは、「 $Y_1 \cdot Y_2$ 会社の債権者または破産管財人等が、不区分財産管理に含まれる詐害行為または故意否認・無償否認等の対象たる行為（例えば Y_1 及び Y_2 会社の一方の資産の他方への移転、一方の資産の他方の債務の爲の担保化、一方の資産による他方の債務の弁済等）を取消しまたは否認し、同詐害行為等により逸出した一方の資産またはその価額を一方の一般財産または破産財団等に取戻し、一方の債権者の金銭債権者としての満足を実現すること」である。これは、その本質を「不区分財産管理に含まれる詐害行為等により $Y_1 \cdot Y_2$ 会社の一方の債権者の責任財産から他方の債権者の責任財産となった資産の、一方の（金銭）債権者のための責任財産化（責任財産の回復）」と捉えることが出来る。⁽⁶⁾ したがって又、形骸法理の効果たる「 $Y_1 \cdot Y_2$ 会社双方の資産（ \parallel 双方それぞれ、債権者のための排他的責任財産）の、双方の全金銭債権者各々のための共同責任財産化」の一翼を担うものと捉えることが出来る。

(3) したがって、上記想定理想形において、債権者取消権または否認権は、形骸法理の効果の少なくとも一翼を実現し、そこに存すると考えられる前記二形の形骸法理の担当問題解決の一翼を担い得る（ \parallel 前記二形の形骸法理の機能の一翼を代替し得る）、と考えることができる（前記第四規準又は形骸第七規準——参照）。

(1) 前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成 (三)」成城法学第三十号四六頁参照。

- (2) 前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(五)」成城法学第四十号三三頁参照。
- (3) 前掲拙稿「比較法方法論——機能的比較法における比較対象の決定方法——」成城大学法学会編「二一世紀を展望する法学と政治学」(信山社・一九九九年)七三頁以下、参照。
- (4) 前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(二)」成城法学第二十六号三一一—三三頁、前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(三)」成城法学第三十号四八頁注(4)、五〇頁注(9)参照。
- (5) 前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(二)」成城法学第二十六号一一三頁以下参照。なお、前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(三)」成城法学第三十号四八頁注(4)、五〇頁注(9)参照。
- (6) 背後者・形骸会社間の責任財産の回復
不区分財産管理に含まれる、① Y_1 (背後者)及び Y_2 会社(形骸会社)の一方から他方への資産の移転、及び②一方の資産の他方の債務のための担保化については、その取消または否認の効果の本質を、本文に記したように「不区分財産管理に含まれる詐害行為等により Y_1 ・ Y_2 会社の一方の債権者の責任財産から他方の債権者の責任財産となった資産の、一方の(金銭)債権者のための責任財産化(責任財産の回復)」と捉えることは問題ないであろうが、③ Y_1 ・ Y_2 会社の一方の資産による他方の債務の弁済の場合は、そのように捉え得るかは多少問題かもしれない。しかし、③の場合も同様に捉えることができる。即ち、③の場合、債務弁済は、 Y_1 ・ Y_2 会社の一方の資産(一方の債権者の責任財産)により他方の債権者が満足(但し債権の強制的実現を経ずに満足)するのであるから、「不区分財産管理に含まれる詐害行為(Ⅱ弁済)による、 Y_1 ・ Y_2 会社の一方の資産(一方の債権者の責任財産)の他方の債権者のための責任財産化」と解し得る。したがって、この債務弁済の取消または否認の効果(Ⅱ Y_1 ・ Y_2 会社の一方の資産により弁済を受けた他方の債権者からの、給付またはその価額の一方の一般財産または破産財団等への取戻及び一方の債権者の金銭債権者としての満足)は、その本質を「不区分財産管理に含まれる詐害行為等により Y_1 ・ Y_2 会社の一方の債権者の責任財産から他方の債権者の責任財産になった資産の、一方の(金銭)債権者のための責任財産化(責任財産の回復)」と捉え得る。

4 結論

以上より、債権者取消権または否認権は、①その発生要件からみて、具体的形骸法理適用事実理想形のいくつかで行使可能であり、且つ、②その実現効果からみて、同理想形において、前記二型の形骸法理の担当問題解決の一翼を担い得る（＝形骸法理の機能の一部を代替し得る）ことが判った。従って、債権者取消権または否認権が本来前記二型の形骸法理の適用されるべき事実関係において行使され、前記二型の形骸法理の機能の一部を代替している（＝形骸法理担当問題を一部解決している）と考えられる現実の事例の存在が、予想される。したがって、債権者取消権または否認権は、その現実の行使事例における事実関係および具体的実現効果に着目し、前記諸規準を用いて、前記二型の形骸法理と現実の機能を同じくするか否かを考察し、本稿の比較の対象とすべきか否かの検討を試みる価値があるものと結論される（前記第四規準又は形骸第七規準、形骸第七規準——二参照）。

- (1) 第一規準、第二規準、第三規準、第五規準及び第六規準（前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成」（三）成城法学第三十号四五頁、四九頁注（6）（7）、九一頁注（9）、第七規準（拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成」（四）成城法学第三十五号六六頁注（8））、並びに、形骸第一規準、形骸第二規準、形骸第三規準、形骸第四規準、形骸第四規準——二、形骸第五規準、及び形骸第六規準（前掲拙稿「比較法方法論——機能的比較法における比較対象の決定方法——」成城大学法学会編「二世紀を展望する法学と政治学」（信山社・一九九九年）五三頁—七二頁）、参照。

- (2) 前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成」（三）成城法学第三十号四六頁参照。

- (3) 前掲拙稿「比較法方法論——機能的比較法における比較対象の決定方法——」成城大学法学会編「二世紀を展望する法学と政治学」（信山社・一九九九年）七三頁以下参照。

(本稿は成城大学「特別研究助成金」による研究成果の一部である。)

(いのうえ・あきら II 法学教授)