

現代

民事裁判の課題 ①



不動産取引

小川英明 編
長野益三

新日本法規出版株式会社



不動産の処分と詐害行為

竹内 康二

- 一 はじめに
- 二 比較法の資料
- 三 詐害行為取消しと一般原則
- 四 判例について

一 はじめに

公簿に明らかな所有者の連鎖を信頼しても、そのいずれかの前者につき発生する原始的なあるいは後発的な無権利に帰因する危険は、買主が負担をする（公信の原則のないこと）にも拘らず、我が国の不動産取引は活発であり、土地に対する国民や企業の関心には尽きないものがある。この点は、権利保証保険を購入して、せめて売買代金の確保を求める実務が我が国にないことに照らすと、より感慨深い（この現状は、不動産登記制度が一本化され完備しており、権利の変動と制限とが、その実体に沿っ

て公示されていること、更には不動産所有権が単純所有権に絞られていること等による。尚、善意取引者の保護は権利保証、保険の制度をもつ法制においても存在する。）。ところで、買主からすれば、かつての前主の一般債権者にすぎず、所有権の連鎖からは伺い得ない全く無関係の者（あるいは時に、管財人という機関）が登場し、詐害行為を理由に買主のその地位を覆滅するという法律上の危険は、その意外性、衝激性において前主の無権利による危険よりも相当に高い筈である。しかし、現実の不動産取引は、これをまるで頓着しないかにみえる。例えば法務省司法法制調査部「民事・訟務・人権統計年報」によると、昭和六十一年の不動産の売買による所有権移転登記の件数は、土地・建物を含算して二、三六三、七四六件である。これに対して現実に提起される詐害行為取消訴訟は、右の取引件数に比較すれば極めて限られていると考えられる（この点の直接の司法統計はない。しかし、昭和六十一年司法統計年報によれば、全国地方裁判所の通常訴訟の新受件数一一一、九三七件に対して、仮りに昭和六十一年民事訟務人権統計年報による国が当事者である新受訴訟四、七九四件のうち詐害行為取消訴訟の件数四件の占める割合（ $\frac{4}{111,937} \times 100 \approx 0.36\%$ ）を便宜採用したとしても、その件数は、九二件である。なお、倒産に必ず詐害行為の件うわけではないが、参考までに、同じく昭和六十一年の倒産件数は負債一、〇〇〇万円以上で、一七、四七六件（東京商工リサーチ調査部）であった。）。この現象が、そもそも売主に詐害行為のないことによるのか、買主が慎重に振舞っていることによるのか、それとも土地に執着する国民性からかなり法的には危険のある取引がなされているものの債権者、管財人、あるいは司法が十分に対処しきれないことによるのかは、明らかではない。ただ、少くとも、取引関係者の利害に重大な影響を及ぼさずには終わらない原理であるのに、数多

くの判例に不統一もあり、学説が区々に分かれしかも、判例と対立し、当事者にとって予測が容易につかないという困難な状況が、経済レビューでの盛んな取引実例との比較において際だっていることが認識される（類似の現象は、アメリカにおいて、しかも現代大型金融取引の花型である *mergers/acquisitions* をめぐって存在している。LBO's (Leveraged Buyouts) と呼ばれる取引がそれである。そのエッセンスは他人資本を効率よく用いて、会社を支配する手法でそのうち株式取得タイプ (stock acquisition LBO's) の典型は、ターゲットになる会社の株式を取得するに当たり、取得者は、まず持株会社を設立し、金融機関はこの持株会社に第一の無担保融資をし、これをもって持株会社はターゲット会社の株主から株式を取得する。次いで、金融機関はこのようなターゲット会社の資産を担保に第二の融資を実行し、この融資金は直ちに持株会社に移され、第一の融資の返済に用いられる。他方、財産取得タイプ (asset acquisition LBO's) の典型は、取得者が新会社を設立し、この新会社がターゲット会社の資産を取得すると共に、負債をも引き受ける。その後、金融機関がこの新会社に対しその資産を担保に融資を実行し、この融資金はターゲット会社に支払われ、その解散等の手法により株主に流れる仕組みである。これらが実行されると、結局ターゲット会社（あるいは新会社）の一般債権者が害される道理である。連邦控訴裁判所は、このような部類の取引を詐欺行為として州法 (Fraudulent Conveyances Act) を適用して取り消（破産外の取消し）した (United States v. Tabor Court Realty Corp. 803F.2d 1288 (3rd Cir. 1986)。(これに端を発する最近の深刻な問題状況については、Murdoch, Sartin & Zadek, Fraudulent Conveyances and Leveraged Buyouts, 43

BUSINESS LAWYER 1 (1987))。金融分野では、更に、親会社債務のための子会社の担保提供（これを一般に Upstream guarantee と呼ぶ。）について、その破産外の詐欺性がやはり度々問題とされる。）。

ところで、純粋に法学の分野に絞っても、我が国で詐欺行為取消訴訟の有用性が疑われ（債権者が成果を独占できないこと）、現実の訴訟手続上の難点（主観的要件の立証について）が訴訟法学者によって指摘されてから、既に二七年を経た（三ヶ月章「強制執行と滞納処分」の統一的理解」民事訴訟法研究第2巻一九二頁以下）。この間、民法は動かなかったし、強制執行法も十分には動かずに終わった。判例は動いてはいるが、その方向は同一方向ばかりとは限らない。

以下、このような現況のなかで、不動産売買（多くのケースでは公正な市場価格による売買がなされるであろう。）を対象とし、主として民法による詐欺行為取消しの観点からこれをどのように評価すればよいのか、そしてまた、この方面での今後の課題を少しく検討することとしたい（倒産法の否認権のうち、いわゆる故意否認（破七二①、会社更生七八①）は、性質論、法的構造等を別にしても少なくとも要件の範囲では民法の詐欺行為取消しと同一とされる（中田淳一・破産法・和議法（法律学全集）一四五頁）ので、以下述べることはこの限度で、倒産法にも妥当するものと考えていただきたい。）。

二 比較法の資料

詐害行為取消権については、民法学者あるいは訴訟法学者による旧くからの研究と発表とがあり、これを最初に知ったローマ法を始めとして、後にこれを継受したフランス法やドイツ法に関する一般的な状況は既に継続して明らかにされている（英米法については、井上直三郎「英破産法に於ける否認権の問題」(ないし)(b)法学論叢五巻六号四五頁以下や加藤正治「英国破産法の特徴」破産法研究六巻一頁のあとは、あまり多くの報告をみない）。ここでは、もとより、このような諸法を論じることができないので、これまでの成果の表層を、重要項目に注目しながら極く簡潔にながめておく（英米法以外は、主として松坂佐一・債権者取消権の研究一頁以下による。また煩瑣にわたるので、条文や出典も省略する。）。ローマ法については、Digestaあるいは Institutiones のいずれによっても、その正確な内容を復原することが極めて困難のようではあるが、どうやら詐害行為の取消しの請求は、財産管理者 (curator bonorum) により、後には個別債権者（執行による売却 venditio の後であることを要したかは学説が別れる）も資格を認められ、全債権者の利益のために詐害行為による取得者例外的に債権者を相手方として提起され、命令の内容は、譲渡の取消しとこれによる債務者への回復を前提とした訴求者への逸出財産の引渡しであった、というのがおぼろげながら浮び上ってくる姿である。フランス法は、訴えの被告として第三者（受益者、転得者）の外に、債務者を加える必要があるかについては学説と判例との間に

対立があるようであり、原告は資力減少行為のなされる前の債権者が、その自己の債権（その種類は金銭債権に限定されない。債務名義も不要）の満足ののためにのみ資格を認められる。訴えの性質については、損害の賠償を請求する訴権とするもの、債務者の行為を取り消す訴権とするもの、これらを折衷した賠償の目的を有する取消訴権とするものがあるようである。判決の効果は、詐害行為を原告債権者に対してのみ、かつ、その満足に必要な範囲においてのみ取り消すことにある。したがって、債務者と第三者（受益者）との関係において、また債務者と訴訟の当事者ではない他の債権者との関係において、詐害行為は依然存続する。取消しを得た債権者（後に訴訟に参加した債権者を含む）は、彼との関係においては詐害行為が生じなかったこととなるから、譲渡財産があたかも債務者の財産中にあるかの如く第三者の手中においたまま差し押えることができる。さて、同じくローマ法を継受したドイツ法はどうか。取消しは訴え（又は抗弁）により、詐害行為の受領者に対してのみなされ、債務者は当事者とならない。原告は、弁済期にある有名義債権者でその債権（金銭債権に限る）につき債務者からの取立てが不能であった、若しくはその見込みのないときに限られる。訴えの性質については、衆知のとおり、本来的に不法行為であるとするもの、不当利得とするもの、詐害行為を物権的に消滅させる取消権とするもの、一定の法律要件を充たすことにより生じるところの取り消しうべき行為により取得されたものの返還を目的とする債権とするもの等がある。取消しは、その原告債権金額の範囲に限られ、取消しによる返還義務の意味は、譲渡財産が取消債権者に移転するという趣旨ではなく、その財産がなお債務者に属するが如く、債務名義の

満足のため供される（これを受忍する）というように理解される。取消しの効果については、相対的無効であって、取消権者の取消しの相手方に対する関係においてのみ無効である。したがって、詐害行為の当事者においては有効のままであり、取消しの利益は他の債権者には属しない。

続いて、多くの余裕はないが、ローマ法と対極にある英米法が、詐害行為についてどのように対処しているのか（特に近時、極めて重要な改正と進歩とがある）を大雑把にみておきたい。イギリス法の（破産外の）詐害行為取消しはローマ法を継受したものでなく、またコモン・ローのなかで発展したでもない（Cork, Insolvency Law and Practice, Report of the Review Committee 274）。通常、Statute of Elizabeth I（正確には the Fraudulent Conveyances Act 1571 (13 Eliz. 1, C.5)）と呼ばれる制定法によって創設され、その後 the Law of Property Act の一七二条に定められた、債権者を害する意図をもってなされた財産の処分取消しを内容とする権利（“every conveyance of property … with intent to defraud creditors, shall be voidable at the instance of any person thereby prejudiced”）である。英法でも、詐害の意図の認定方法（行為の結果が債権者を害するに至るべきことを知ってなされたときに害意を推定してよい）、対価の提供されていたときの適正な対価の内容（金銭評価をして対等を要するか）、あるいは一部債権者のみを利し、他の債権者を害する意図でなされた本旨弁済の取消しの可否等々をめぐって様々の議論がなされていた。他方、個人（the Bankruptcy Act 1914）そして会社（the Companies Act 1948）の倒産手続が、別個の法律により規定されていたものを、関連諸問題と共に整理統合する作業が一九七七年から進められ、the Insolvency Act 1985が成立し、こ

れに the Companies Act 1985の一部が統合され、the Bankruptcy Act 1914を廃じて統一法（the Insolvency Act 1986）が成立している。詐害行為の観点からは重要な変更があった。すなわち、右に紹介した the Property Act 1925, S.172を撤廃し、詐害行為（transactions defrauding creditors）は、債権者が、財産価値を下まわる対価（at an undervalue）をもってこれを処分し、かつ債権者（債務名義を有することを要しない）の追及をかわしあるいはこれを害する目的であったとき（for the purpose of putting assets beyond the reach of a person who…has a claim…or of otherwise prejudicing the interests of such a person）に限って当該債権者が全体の利益のため行使することと定められた（the Insolvency Act 1986, §423, 424, 425）。これにより、一応金銭評価をして対価が財産価値を下まわらないときには、およそ詐害行為とならないとの一般原則が採用された（この原則は、個人の破産や会社についての倒産手続のなかで、詐害意思を要件とする取消しと同一である）。この制定法上の転換が、判例法のなかでどのように個別事件において具体化され、拡大あるいは限定されるかは、今後を待つしかない。イギリス法を更に独自に展開させているアメリカ法の事情は、これとはやはり異なっている。ほぼ、すべての州法において、Statute of Elizabeth Iを持ち、更に二七州では、一九一九年の the National Conference of Commissioners on Uniform State Lawsの提案する the Uniform Fraudulent Conveyance Actを併せて採用している（その後一九八四年には、UFCAを修正した the Uniform Fraudulent Transfer Actが提案され、現在、八州が既に採用した）。州法レビューでは、この外、詐害行為に何らかの形で関連するルールとしては、債務者がその営業

在庫品を第三者に一括処分し債権者に債権全額の支払をしない行為 (bulk transfers) が詐害行為にならないための手続・要件を定めた the Uniform Commercial Code, Art. 6 あるいは、同様の趣旨で、債務整理のための信託譲渡を定めた Assignments 法理がある。参考までに、連邦破産法のレヴェルでは、このような州法による詐害行為取消しを管財人が行使しうるとする条項 (BC§548(b))、州法の UFCA とほぼ同じ内容を盛りこむ詐害意図による行為の取消しに関する条項 (BC§548)、そして偏頗弁済 (Preference) の取消しを定める条項 (BC§547) という構成である。そこで、極めて限られた範囲で UFCA を紹介すれば、取消債権者は、債務名義を要しない (§9)、無資力等を理由に主観要素を必要としない取消しは詐害行為時の債権者に限る (§§33c) が詐害意思や詐害を予測し得た場合の取消しは、詐害行為後の債権者にも許される (§§6.7)。「適正対価 (Fair Consideration)」は、等価物が信義則に従って (in good faith) 提供されることと定義 (§3) され、「債務超過 (Insolvency)」は、現在市場処分価値による資産よりも満期到来時に支払うべき債務の金額が上まわることとされる (§2)。取消しに関する基本原則は、第一に、債務者が債権者を害する現実の意思をもってなした行為の取消し (§5)、第二に債務者の意思如何を問わず、債務超過にあるとき (又は当該行為により債務超過になることを含む) になされた適正対価によらない行為の取消し (§4)、第三に、債務者の意思如何を問わず、事業者である者がなした適正対価によらない行為でこれによる残余資産が資本として過少であるときの取消し (§5)、第四に、債務者が支払不能に陥ることを意図しあるいは知りながら、適正対価によらないでなした行為の取消し (§6) である。取消しの認容は、詐害行為を取り

消すことを宣告するか、あるいは詐害行為がなかったものとして仮差押をし、あるいは本執行をすることである (§9)。冒頭に紹介した LBO の取消しは、第七条 (害する意図)、第六条 (支払不能に陥ることを知りながら不適正対価)、第四条 (適正対価を欠き債務超過になった。) によるものであった。

以上がローマ法を継受した諸法と、ローマ法とは別に成育した別の諸法 (英米法) の極めて荒い、しかも既に多くは知られている事項の素描である (法律要件に関する比較なども一部省略している)。ただ、敢えてこのように平列的な紹介を試みたのは、発生的に同じ法であるべきものが、要点と目すべき点において、それぞれに独自の手続構造を持ち実体要件も相違し、まるで相互に無縁であるかの如く存在するという事実を改めて示しておきたいと考えたからに外ならない。この示唆するところは、それぞれの法制において、その法律家が、その歴史、経済、文化環境、司法制度、法の表現形式、判例法の形成の経過等々を十分に踏まえて、着実に固有の詐害行為取消権の法理を作りあげている経過があることであろう。

三 詐害行為取消しと一般原則

各国の法制は右にみたように様々であり、その背景に異なる法的価値判断や法思想がある。詐害行為取消権の規範を平面的に比較することや、歴史を叙述することだけでは、到底、現代の内外に

における理論的混迷状況を打破できないと考えて、詐欺取消制度が保護しようとする債権者の利益の性質や内容、これを支える規範的判断、そしてその法体系における機能を分析しようとする鋭い試みが既にある（下森定「債権者取消権に関する一考察」(一)「法學志林五七卷二四四頁以下」）。これによって教えられるところ（論者によってなされた歴史的解明。「債権内容の終極の実現を保障する国家の強制権力が予定するところの責任秩序」が根拠とされる。）によっても、法原則とされるもの、あるいは権利として認識せられるものは、それぞれ、歴史的な生産物であり、ある過去の一時期の文化環境と法を宣告しうる権力（あるいはこれに対する影響力）の所在とによって、結局、存在意義と根拠と機能とを別にする（不法行為だ、不当利得だ、あるいは衡平が根拠だといわれれば、それぞれがそのとおりであろう。）という外はないものの如くである。とはいっても人的執行が財産執行に移行し、私的所有権の絶対が確立し、債権の強制的実現を国家が独占するに至ってから、複数の世紀を経ているのであって、各国の司法と経済とは、この詐欺行為取消権をめぐる独自に多くの経験（多くの詐欺行為とその取消しを求める試み）を積んでいるから、一方で、すべての法制においても、その正当性を主張しうる本質論というべきものあるいは理論的根拠というべきものは見出し難いとしても、なお逆に一つの法制において他の法制の示す結果をその良心を揺るがすことなく承認できる（この限度で共通といえる。）原型ともいうべき規範がそれぞれに育っている筈ではある。このような意味での詐欺行為取消権のエッセンスは、資力を喪失しあるいはその状況の迫っている債務者が共同担保につき為した行為（資産・負債の数量や構成を移動する行為）で、債権者の本来的権利

の満足に対する危険を拡大する傾向のあるものはこれを否定的に（あるいは少なくとも要注意として）評価し、債権者の満足に供しうるように国家が強制力を行使する体制をとるものとし、債務者に対する集合的な手続の有無に応じ、行為の客観状況とその関係した者の行為の主観要素を基準として採用し、権力行使の態様と技術を構成するであろうと思う。そして、窮極的には、関係者の特定の行為を容認するかそれとも否定するか判断であるから、行為者の行為がなされたときの状況、目的、動機、態様、実現された結果等全体を看破して主観・客観のそれぞれにおいて総合判断せざるを得ず、つまりは、行為の合理性、信義誠実性、良識ある人々の秩序、衡平、正義といった一般原則が結論するといわざるを得ない（そして、この場合、判断者が詐欺行為の客観要件の有無をいうか、それとも主観要素（関係者の善意）の有無をいうかは説明の順序の問題でしかない。我が国では、後に触れるとおり、伝統的には不動産売却は、価格如何に拘らず詐欺行為たりうるとしたうえで、举证責任を転換して、取消しを免れうる主観要件の検討をするという形式をとっている。あとは、個別的事件の具体的な事実のセットのなかで、どのような事実のかたまりが否定され、あるいは肯定されたかではないかと思う。）。学説に、主観要素を論じて「誠実義務違背の認識という概念で問題は簡潔に片附くと考える。」と説くのも（有泉享・判民昭和八年度七四事件評釈二八八頁）、客観要件として「正義公平に反するといったような意味における相当重大な不当性を帯有することを要するもの」というのも（板木郁郎否認権に関する実証的研究三八九頁。もっとも、ここでの論者は、詐欺行為成立の可能性を絞り込むために、不当性を追加要件としている。）、「詐欺行為は債権者に対する信義則違反、

公序良俗違反の行為である」というのも（沢井裕「弁済を詐害行為であると認めた判断が違法とされた事例」関西大学法学論集八巻六号七五頁）結局、すべて、この方向に傾斜しつつあることを示していると考えられる。

そこで、仮りに一般原則の復帰を得ることが正しいとして、その立場からは、「不動産と金銭とでは担保としての実質に差があることは判例の説く通りである。しかもなお、これに賛成することができない。売却代金の使途によって詐害行為の成否を決するとき、受益者は売買契約後の債務者の行為を監視しなければなるまい。取引の安全を害すること甚だしい。」（我妻栄・新訂債権総論（民法講義IV）一八八頁）という理論をどのように考えたらいのかの問題がある。ここでは、とりあえず、実務的観点（あるいは司法が現実には正義を実現するという観点）から考えてみたい。第一に、財産的危険状況にあったとしても、債務者は倒産の宣告がなされるまでは財産に対する管理処分権を失わないと考えるし、その管理処分によって刑事処分を受けるのは、単純素朴な隠匿に類似した行為（しかも倒産の宣告が要件）であると考え、他方、第三者は債務者の資産のなかで欲しいものがあれば何としても購入したいと考えるのであるから、そこには様々の複雑で巧妙な技術を駆使して、なお、美しい外被を装うことも（これを欲するときには）可能である。問題は、この場合に、債務者と第三者（受益者）との間の法律関係のみを対象としてとりあげ、そこで適正な価格の移転があるかを否かを調べ、回答が肯定的であれば、もはや当該行為にまつすべての主観客観の状況と結果を検討するまでもなく当該行為を容認すべきかという疑問である。我妻説のように考えると、

関係者には、「債務者との直接関係における適正対価の支払」という安全切符（英米法流に言えば、safe harbor。あるいは、判断する側からいうと、安直な a rule of thumb）が与えられることになり、裁判所が、問題行為を個別具体的な関係行為者、取引環境、結果、動機、目的等々の項目にわたり法廷に明らかにした事実を総合判断をし公平と正義を実現する機会を自ら放棄することになる。第二に、その逆になるが、第三者が何かと画策を図るという問題ではなくて、かえって何もせず、しかも知らない振りをすることを助長する結果になるという問題がある。取引を検討し始めてからその完了する迄の間に、正常で慎重な購入者（本来的に法が保護するに値する者）であるならば、売主について調査をし現況を確認するなど一定の活動をする。そして疑問があれば、その解明をするものである。ところが、対価が適正でありさえすればよいのだとすると、右に述べたような調査や疑問の解消を求めるのは、全く無用の事柄であり、経費をかけしかも売主の必ずしも歓迎しないことをするという無駄に終る。慎重で善意で合理的であろうとする購入者が、本来、契約法の原則から当然になすべきを逆に押しとどめる方向に作用する法原則はやはり健全ではない（実務家が依頼人に「知らない方がよい」と忠告するとき、多くはこの点に気がついている）。別の表現をすれば、我妻説によれば、信義誠実原則（good faith）に従った関係者の行動を法がもはや要求しないという欠陥に至るのである。売主や購入物件の現状などに照らして、合理的に信義に則って行動した者を法は保護すべきである。状況により、不作為を決めこむことは明らかに信義に反する場合があるのである。このように言った場合、我妻説からは、①右の各ケース（少くとも、積極的画策のあるとき）

では、無効とされる余地があるから問題ではないという反論がある（我妻・前掲書一八八頁）。しかし、無効とされる実体があるというのに、そのときの請求の形式が詐害行為取消では救済しないというのでは、逆に、無効原因（通謀虚偽表示）があっても詐害行為取消が許されるという同説の主張（我妻・前掲書・七七頁）とは齊一を欠く。また、②、売却後の事情を考慮に入れているという反論がある（我妻・前掲書一八八頁）。しかし、少くとも購入を思い切った時から契約を経て所有権移転時（決済と登記移転）までには一定の時間があり、この期間には、危険な事実があるとすれば、その徴候の見られるのが通常である。しかも関係者の行為は、一定の意思目的に指導された継続した性質を有するのであって、全体として一個の意思による行動とみうるのにも拘らず、これを契約時（我妻・前掲書一八八頁）あるいは売買完結時を基準に人為的に断ち切りその瞬間においてのみ分析をすることは必ずしも賢明とは考えられないのである。したがって、やはりこれらの批判は該らないというべきであろう。第三に、このような客観化の方向、あるいは客観要素と主観要素の分析的アプローチ自体は司法の方法論（順序論）としては当然に正当であるので、右にみたように客観的行為の一部（適正対価の交付）を捉え、これに決定的機能を営ませることは誤りであるとしても、できる範囲で、裁判所の判断（そしてこれに伴う私人による予測）を客観化し合理化することが必要である。考えてみると、我が国民法が「債務者カ其債権者ヲ害スルコトヲ知リテ為シタル法律行為」とのみ述べて、文理上はあらゆる種類の法律行為が、その経済的インパクトの大小やその作用の直接間接を問うことなく、詐害行為の対象となると表現したうえで、その制限要素として「其債権者ヲ害スルコ

トヲ知リテ」との主観にわたる事実を置く形式は、発生的にみても諸国の伝統の手法である（例えば、ドイツ破産外取消権法三条一項の“Rechtshandlungen,welche der Schuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat.”フランス民法一六七条の“ils peuvent aussi... attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leur droits.”イギリスStatute of Elizabeth Iの“For the avoiding and abolishing of feigned,covinous and fraudulent feoffments,gifts,grants,alienations... and executions... which... are devised and contrived of malice,fraud,... or guile, to the end purpose and intent,to delay,hinder or defraud creditors and others...”あるいはアメリカUFCA第七条の“Every conveyance made and every obligation incurred with actual intent...to hinder,delay,or defraud either present or future creditors,is fraudulent as to both present and future creditors.”）。したがって、これ自体を批難することの意味はないもの、かくて主観要素によって司法の決断が左右され、基準が明確ではないということから、「債権者を害する行為」と「債権者を害する意思」とを分析的に区分する努力がなされたのである（ドイツ法が「一般要件」と「特別要件」を区分し、フランス法が「資力減少行為（actes d'appauvrissement）」というのもこれである）。ただ、人間の客観的行為は主観の意思とは切り離せるわけではなく、しかも一定の意思のもとに、繋りがあるから、客観的行為の一部を証明対象として、これに決定的な資格を付与するわけにはいかない。そこで、現代の司法にとって適わしい客観化の作業は次のようなものではないかと思う。（1）主観要素は直接には観察できないから、これを示す一定の間接事実（これには当然、何種類かがありうる）が揃ったときには、積極的に要件とされる主観要素を事実上推

定し、あるいは少くとも準証責任（証拠をもって立証手続をする義務）を転換すること（判文中にもそのような経過を積極的に示すこと）。(2)このような推定が働いたり準証責任の転換があるとみるときには、そのような心証形成のなされたことを憶せず、当事者に示して（あるいは、心証を明かにしないで単に一定の立証を促すということでも十分である）、それぞれの立場による訴訟進行になった立証をさせること（裁判所がこの推定による心証を既に得ているのに、責任分配を考慮しない主観的要素に係る主観的陳述を聞き続けるのは、裁判所にとっても、立証をしている当事者にとっても無駄である）。(3)裁判所に提出される証拠を広い意味で客観化すること、即ち、旧態たるスポーディングセオリーによる各自の手持証拠による裁判ではなく、関係する証拠が双方に開示されるための方法（商業帳簿提出命令など）を積極的に活用して判断ができるようにすること。(4)債務者の財産状態、経営成績、資金の流入出を、帳簿、計算書類、資金繰り書類などから、経営学的手法（経営分析、財務分析、資金分析）を十分に用いて復原しこのような客観資料による判断をすることである。以上は、いずれも心証形成過程の客観化に資することになるものであるが、既に述べたように、最終的な判断テーマが、主観要素を含む問題行為の全体的総合的評価を必要とし、信義誠実、衡平、合理性などという一般原則の支配する分野であることは動かない。

そこで、次に、具体的に、これまでの判例を検討し、それぞれの具体的事実のセットから何が法なりとして宣告されているかをみたい。

四 判例について

不動産の売買につき詐害行為取消が争われた事件を主たる対象（併せて譲渡担保の事例を加えて）として、大審院及び最高裁判例の重要なものを検討する（この側面では、二〇年を経過したが、飯原一乗・判例を中心とした詐害行為取消権の研究八三頁がある）。

①大判明四四・一〇・三（民録一七輯五三八頁）

(一) 判決が前提とした事実

破産に類していたS（債務者）がその所有の不動産をY（受益者）に売却。X（取消債権者）は債務名義を有し、S及びYに対する右売却を詐害行為とする取消請求。

大審院としては、売却価格が相当か否かについての判断はしていない。

(二) 判 旨

一般論として「然レトモ債務者カ其有スル或不動産ノ外ニ債務ヲ辦済スヘキ資力ヲ有セサル場合ニ其不動産ヲ賣却シテ消費シ易キ金錢ニ代フルハ債權擔保ノ効力ヲ削減スルモノナリ故ニ其代價ノ相當ナルト否トヲ問ハス其實買ハ債權者ヲ害スルノ行爲ナリト謂ハサル可ラス」（①論）と述べ、次いで、「若シ夫レ他ノ債權者ニ對スル辦済其他有用ノ資ヲ辦スル爲メ相當ノ代價ニテ之ヲ賣却シ以テ其資ニ充ツルカ如キハ固ヨリ債務者ノ正常ナル處分權行使トシテ他ヨリ容喙スルヲ許ササル所ナレハ苟モ債務者カ其實却代金ヲ有用ノ資ニ充テタルノ事實存スルニ於テハ其代價ノ不相當ナラサル限りハ其實買ヲ債權者ヲ害スルノ行爲ナリトシテ之ヲ取消ヲ請求ス

ルヲ得スト雖モ債務者カ代金ヲ有用ノ資ニ充テタルノ事實ハ取消ノ請求ヲ受ケタル相手方ニ於テ之ヲ主張シ立證セサル可ラス」(②論)と判示。

ただし、事案としては、受益者たるYにおいて、この点を主張せず立証もしなかったので、売買の代価が相当か否かを問うまでもなく、Yの上告を棄却。

② 大判大六・六・七・第二民(民録二三輯九三二頁)

(一) 判決が前提とした事実

Sは債務超過。Sは、その不動産多数筆をY₁及びY₂に合計代価五、一〇〇円にて売却。価格は、明言されていないが相当であるとの前提。

当該不動産には複数銀行の担保権設定あり。売買代金のうち、約三、二〇〇円はこれら銀行へ弁済された。

(二) 判旨

一般論として「共同擔保トシテ其効力ノ最モ確實ナル不動産ヲ賣却シテ費消若クハ隱匿シ易キ金銭ニ換フルノ行爲ハ其賣買價額ノ相當ナルト否トヲ問ハス一應之ヲ詐害行爲ト推定スヘキモノナルコトハ從來當院ノ判例(明治三十九年二月五日判決同三十八年(オ)三一八號事件明治四十四年十月三日判決同年(オ)一五三號事件)ノ示スカ如クナレトモ」(①論)としたあと、「債務者カ既ニ履行期限ノ到來セル債務ヲ辦済シ若クハ公租公課ノ支出其他必要ナル資ニ供センカ爲メ相當價額ヲ以テ不動産ヲ賣却スルカ如キハ固ヨリ債務者カ自己ノ財産ニ對して有スル正當ナル處分權ノ行使ニ出ルモノニシテ他債權者ニ於テ猥リニ容喙スルコトヲ許ササルモノトス(大正五年十一月二十二日判決同年(オ)五〇六號事件參照)」(②論)とし、続いて、しかし、「例ヘハ多

數債權者ヨリ辦済ノ請求ヲ受ケ居ルニ拘ハラス債務者ニ於テ其内ノ一債權者ト共謀シ他債權者ヲ害スルノ目的ヲ以テ特ニ一債權者ニ辦済ヲ爲スカ如キ場合ハ格別」(③論)と述べ、一定の留保を置いている。

そして、本件では、「少クトモ右三千二百余円ニ相當スル賣買ニ付テハ詐害行爲ヲ組成セサルモノ」と判断して、売買目的物が多数筆であるので、詐害行為となる部分を分割しうるので、その審理のため破棄差戻し。

③ 大判大七・九・二六(民録二四輯一七三〇頁)

(一) 判決が前提とした事実

連帯債務者Sにつき、無資力で係争不動産を除いて資産なし。Sは、Yとの間でこの不動産をもとに、借入、抵当権設定そして売買を結ぶ。

(二) 判旨

一般論として「民法第四百二十四條ノ規定ハ債權者ノ一般擔保ノ目的タル債務者ノ資産ヲ維持シテ其擔保權ヲ確保シ債權者ヲシテ正當ノ辦済ヲ受ケシメントスルノ目的ニ出ツルモノナルヲ以テ債務者カ他ニ債權ヲ辦済スル資産ナキニ拘ハラス其所有ノ不動産ヲ賣却シ消費シ易キ金銭ニ代ユルカ如キハ其價格ノ相當ナルト否トヲ問ハス債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ナリト推定スヘキモノトス」(①論)とし、更に「從テ債務者カ期限ノ先ツ到來シタル他ノ債權者ニ辦済センカ爲メ又ハ其代金ニ相當シタル他ノ有益ナル物件ヲ購買セシメカ爲メ相當代價ヲ以テ不動産ヲ賣却シ且ツ右代金ヲ以テ現ニ辦済ヲ爲シ又ハ物件ヲ購求保有セルカ如キ債務者ノ爲シタル法律行爲カ債權者ヲ害スルノ意思ニ出テサルコト明ニシテ右推定ヲ覆スニ足ルヘキ事由ノ存スル場合ニハ須ク取消ノ請求ヲ受ケタル相手方ニ於テ之ヲ主張シ且ツ立證セサルヘカラス而シテ此旨趣ハ夙ニ當院

判例ノ示ス所ナリ(明治三十八年(オ)第三一八號明治三十九年二月五日言渡判例及明治四十四年(オ)第一五三號同年十月三日言渡判決参照)(②論)と述べる。ただし、本件ではYがこの推定を覆す事由があるとの主張をしていないので売却代金の相当であるかについて判断をしなかったのも相当であるとして、Yの上告棄却。

④大判大一一三・四・二五(民集三卷四号一五七頁)

(一) 判決が前提とした事実

S₁、S₂は保証人であったが、S₁、S₂ともに多額の債務を負担し弁済に窮しており、その整理をしていた。S₁はその所有の各動産を、Y₁に対しては抵当権八〇〇〇円の負担付で金二、三〇〇円をもって売り渡し、Y₂に対しては、金三二、〇〇〇円で売り渡した(この外Y₃ないしY₅に対しては抵当権設定あり)。売価はいずれも相当な価格。売掛金等債権者Xからの詐害行為取消請求。

(二) 判旨

まず一般論として、第一段階で「債務者カ法律上履行セサルヘカラサル債務ヲ履行スルニ必要ナル資金ニ充テシムルニ相当價格ヲ以テ自己ノ不動産ヲ賣却シタルトキノ如キハ自己ノ財産ニ對シテ有スル處分權ヲ正當ニ行使シタルモノト認ムルヲ當然トシ如上ノ場合ニ於テ數多ノ債権者アルトキハ債務者カ其ノ賣得金ヲ舉ケテ或債権者ノミニ對シテ辦済スレハ之カ爲ニ他ノ債権者カ害セラルルニ至ルコトナキニ非スト雖支配的權能ヲ有セザリシ債権ノ性質上已ムコトヲ得サル所ニシテ」(①ないし③の各判例からいうと②論に該る。①がないのは当然のことと省略したのだと思われる)と述べる。このあと、「債務者カ特ニ或債権者ト共謀シ他ノ債権者ヲ害シテ或債権者ノミニ對スル辦済ノ資金ニ供スルノ目的ヲ以テ自己ノ不動産ヲ賣却シタルカ如キ場合ハ詐害ノ意思ニ出テタルコト明白ナルモ其ノ賣却行為カ當初ヨリ何等債権者ヲ害スルノ意思ニ出テタルコトナク單ニ自己ノ履

行セサルヘカラサル債務履行ノ資ニ供センカ爲ニ誠意ヲ以テ爲シタルモノナルトキハ其ノ賣得金カ或債権者ノミニ對スル辦済ニ充テラレタルト否トニ拘ラス其ノ賣却行為ハ詐害ノ意思ニ出テタルモノト謂フヘカラス」(③論)と続ける。そして、本件においては、債務者が多額の債務の弁済に窮し整理資金のため不動産を相当時価で売却し、特にある債権者を害する意思に出たものではなく誠意をもって行ったとし、Xにおいて整理から特に除外されたという主張もないので、Xの上告を棄却。

⑤大判昭八・五・二(民集一二卷一一号一〇五〇頁)(本件では湯屋営業とその設備が売却されたもの)

(一) 判決が前提とした事実

Sは湯屋営業。Xからその土地建物を担保に借入するも、価格下落によりXは貸金の一部につき無担保。Sは、この外には無資産で、経営困難に陥った。Sは、湯屋営業と設備をY₁に金七、〇〇〇円で譲渡し、大むね負債の弁済に充当。営業権はY₁からその後Y₂へ譲渡。Xからの取消請求。売却価格は相当価格よりも低廉。

(二) 判旨

例によって、一般論として「蓋已に形ヲ金錢ニ變スル以上其ノ消費散逸隱匿ノ機會ハ從前ニ比シ甚大ナルモノアリ財産ノ安定性ハ著ク動搖シタリト云ハサルヲ得ス而モ債権者ニ於テ居常瞻目注視以テ當該金錢ノ行衛ヲ監守スルコトノ竟ニ不能ナルニ於テ縱令時價相當ニモセヨ換價ソノモノ業ニ已ニ債権者ヲ害スト爲スニ非サルヨリハ夫ノ詐害行為癡癡(若ハ否認權)ノ制度ヲ設ケタル精神ハ之ヲ貫クニ由無シ」(不動産に密着した権利であるので①論)と述べ、次いで「債務者Sハ其ノ債権者ヲ害スルコトヲ知リテY₁ニ本件湯屋営業ヲ譲渡シタルコトハ之ヲ肯定スルニ余有ルヲ以テ善意ノ立証責任ハ受益者及転得者タル被上告人等ニ存スルヤ言ヲ俟タズ」

(同じく③論)と続ける。そして、本件では、原判決が受益者及び転得者の善意を認定した過程が証拠にとほしく審理不実又は理由附備があるとした。

〔6〕最判昭四一・五・二七(民集二〇卷五号一〇〇四頁)

(一) 判決が前提とした事実

Sが唯一の不動産をYに相当価格二〇万円で売却。その結果Sは無資力。売却目的はその抵当債務三五万円の弁済のため。Sは、売却金からの一五万円と他から借入した八万円をもって抵当権者に対し弁済し、その抹消登記を得た。XはSに対する委任事務(債務整理)による必要費などの債権を有し、Yに対し取消請求(所有権移転登記の抹消)。

(二) 判 旨

「債務者が既存の抵当権付債務の弁済をするために、右被担保債権額以下の実価を有する抵当物件たる所有不動産を相当な価格で売却し、その代金を右債務の支払に充てて当該抵当権の消滅をはかる場合にあつては、その結果右債務者の無資力を招いたとしても、右不動産売却行為は、一般債権者の共同担保を減少することにはならないから、民法四二四条所定の詐害行為にあたらなと解するのを相当とする。」とした(④論)。(この部分は、②論に該るとも言えようが、当該目的物の被担保債権の弁済に当てられており思考段階で、客観要件にも既に当たらないとの趣旨をもっているので、④論とした)。

〔7〕最判昭四二・一・九(民集二二卷九号二三三頁)(本件は、ダンス・着物・羽織などといった動

産が譲渡担保に供された)

(一) 判決が前提とした事実

S₁は電機機具商を営んでいたが倒産し生活困難。妻S₂と共にYから、その生計費及び教育費として二回にわたって合計金一六万円を借入。担保として本件動産を譲渡担保として提供。その価額(金一〇万円)は借入金を超えない。Xは、S₁・S₂に対し、倒産時の債権につき債務名義を得て強制執行。Yからの第三者異議に對抗して詐害行為取消請求。

(二) 判 旨

不動産売買に関する類似の一般論で「右のような事実関係に徴すれば、前記各譲渡担保による所有権移転行為は、当時宇治田夫妻は他に資産を有していなかったから、債権者の一般担保を減少せしめる行為であるけれども、」(①論)としたうえで、更に「前記のような原審の確定した事実の限度では、他に資力のない債務者が、生計費及び子女の教育費にあてるため、その所有の家財衣料等を売却処分し或は新たに金借のためこれを担保に供する等生活を営むためにした財産処分行為は、たとい共同担保が減少したとしても、その売買価格が不当に廉価であったり、供与した担保物の価格が借入額を超過したり、又は担保供与による借財が生活を営む以外の不必要な目的のためにする等特別の事情のない限り、詐害行為は成立しないと解するのが相当であり、右と同旨の見解に立つて本件詐害行為の成立を否定した原判決の判断は、正当として是認できる。」(動産の譲渡担保のケースであるので、⑤論)とした。

〔8〕最判昭四三・一・二(民集二三卷二号八五頁)(本件は不動産の譲渡担保についての破産否認の事例で

あるが故意否認に係る)

(一) 判決が前提とした事実

Sは危殆状況にあり唯一の不動産を譲渡担保に供して延滞に係る従業員給料資金金三〇万円をY₁及びY₂から調達。当初、Y₁及びY₂のために、売買予約による仮登記が、次いで売買を原因とする所有権移転登記が經由された。その後、Y₁、Y₂から、Aへ所有権移転がされた(その経緯は、Sの代表者においてY₁、Y₂から本件不動産を買い戻しこれをAへ転売し、Y₁、Y₂に買受代金を払って、中間省略によりAへ登記)。

(二) 判 旨

「しかし、本件物件の譲渡担保が、原判決の判示するとおり、先取特権のある従業員の給料債権の支払に充てる資金の借入として破産会社の必要資金の獲得のためにされたとしても、破産法七二条一号に基づく否認権の行使を否定するためには、特別の事情のないかぎり、譲渡担保の目的物件の価額とその被担保債権額との間に合理的均衡の存することを要するものと解すべきところ、原判決は、元金三〇万円(利息一割)の貸金債権の担保のために本件物件が譲渡担保に供された事実を確定したのみで、本件物件の価額を確定せずに、前記の原判決の事実関係から、本件否認権の行使が全部許されないと判示したのは、法令の解釈・適用をあやまった結果、審理不尽の違法をおかしたものである」といふべく、この点をつく論旨は理由がある。」(不動産の譲渡担保であるので⑥論)。

[9]最判昭四四・一二・一九(民集二三卷二二号二五二八頁)(本件は、不動産の譲渡担保がなされたもの)

(一) 判決が前提とした事実

Sは、Yのためその建物に限度額一五〇万円の根抵当権を設定し、また停止条件付代物弁済予約(一五〇万円の債権について)をして、Yから継続して商品仕入をしていたが、ある時期に買掛残二四四万円の支払を遅延。そこで、SとYの間で和解をし、右未払債務を分割払とし、これと将来の代金債務担保のため、Yのため右建物を含めて一切の資産を譲渡し建物につき登記を経由。右和解の成立直前にSに八〇万円を貸金したXから、不動産につき取消請求。和解当時の譲渡資産の価値は原判決によれば、二四四万円を超えており、従前の担保権部分一五〇万円を超えていたYの債権部分は、本来は無担保であった。尚、Sの営業は和解後一年で再び破綻。Yが建物敷地を地主から買いとって併せて売却し、先順位担保とYの債権を超える剰余二〇四万四九五八円(但しS代表者の建物分を含む)をSに返戻した。

(二) 判 旨

「原審の事実認定は、挙示の証拠関係に照らし首肯することができる。そして、右事実関係に徴すれば、本件建物その他の資産を被上告会社に対して譲渡担保に供した行為は、被上告会社に対する牛乳類の買掛代金二四四万円の支払遅滞を生じた訴外有限会社上田乳業食品およびその代表取締役上田四郎が、被上告会社からの取引の打ち切りや、本件建物の上の根抵当権の実行ないし代物弁済予約の完結を免れて、従前どおり牛乳類の供給を受け、その小売営業を継続して更生の道を見出すために、示談の結果、支払の猶予を得た既存の債務および将来の取引によって生ずべき債務の担保手段として、やむなくしたところであり、当時の諸般の事情のもとにおいては、前記の目的のための担保提供行為として合理的な限度を超えたものでもなく、かつ、かかる担保提供行為をしてでも被上告会社との間の取引の打ち切りを避け営業の継続をはかること以外には、右訴外会社の更生策として適切な方策は存しなかったものであるとするに難くない。債務者の右のような行為は、それによって債権者の一般担保を減少せしめる結果を生ずるにしても、詐害行為には当たらないとして、これに対する

他の債権者からの介入は許されないものと解するのが相当であり、これと同旨の見解に立って本件につき詐害行為の成立を否定した原審の判断は、正当として是認することができる。」(⑥論とも思われるが、価格の均衡よりもむしろ、事業継続の必要性に力点があるので、⑦論)

10 最判昭四六・七・一六(判時六四一号五七頁)

(一) 判決が前提とした事実

Sは破産宣告を受け、管財人Xが就任。Sは、破産前その代表者に任じていた会社と連帯してYから数回にわたって金九〇〇万円を借り入れ、同じ頃Yのため不動産(山林持分)に抵当権を設定したがYはこれを未登記。Sは、当時、他にも債務合計六〇〇万円以上を負担し、外には資産なし。Yは、Sに対する破産申立のあった翌月(但宣告前)本件不動産のYへの売却(代価四五〇万円)と、代金債務と貸金の一部との相殺を求め、双方の合意により、これを実施。原審認定によると山林持分価格は、三二〇万円以下とされる。原審が売買価格が相当であり、抵当権付債権との相殺であるから共同担保を害しなかったのを破棄し、X請求認容の第一審判決を維持した。

(二) 判 旨

まず、未登記抵当権であった点をとらえて、「しかしながら、抵当権の設定を受けた者であっても、その登記を経ない間に設定者が破産宣告を受けた場合には、右抵当権設定をもって破産債権者に対抗することができないものと解すべきであるから、このような未登記抵当権者は、他の破産債権者に優先して当該担保物件から被担保債権の弁済を受けることはできないのであって、右の被担保債権額の如何にかかわらず、目的不動産は、

その全価額について破産債権者の共同担保となるものと解すべきものである」と判断した。

次いで、詐害行為の問題に入って、「したがって、破産者が未登記抵当権者たる債権者と通謀して、右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右債権者に売却した場合には、たとえ右売買価格が適正であるとしても、右売買は破産法七二条一号所定の詐害行為として否認権行使の対象となるものと解するを相当とする。」という(④論が適用されないとしたうえで③論)。

右に一望したところから、少くとも真正な不動産売買の実体があるケースでは、大審院、最高裁ともに一貫して同じアプローチをもって臨んでいることをみるべきである。その論理過程は、まず第一に、既に資力を欠く(あるいは問題行為により資力を欠くに至る)債務者が、共同担保をなす不動産(すべて特定の担保権者に属し、これに対する弁済に当てるものを除く趣旨。④論)を売却する行為は、その売却価格の如何に拘わらず、先ず詐害行為たりうるとする(原告は、これで立証責任を果たした)(以上は前述の①論)。第二に、受益者・転得者において、その売買価格が適正であって、目的が期限の到来した債務の弁済や有益必要なる資に供するものであることなど誠意をもってなしたことを主張立証すべきとする(これは前述の②論)。そして、第三に、この場合にあっても、取消債権者は、債務者が一債権権者と共謀し他の債権者を害して一債権者に弁済するためなど特別の事情を示せば、さらなる例外として詐害行為になるとする(前述の③論)。(尚、実体が譲渡担保であるものについては、⑧の判例が担保目的物価額の適正を求めていると考えられるのに対し

て、⑨は目的物価額が債権を超えることが示されているケースでしか、これを容認している。その趣旨がどこにあるのかは不明であるが、おそらく、全体としての妥当性（即ち、事業継続の必要、将来の発生することが確実な債務の担保、超過額の著しくないこと、清算などの事情によるものと思う。）このような転換と分配とは、我が国司法の最高機関の思考方法として長きにわたって引き継がれてきたといえよう。今後は、このような一般性を有するアプローチが、(1)親族など特別縁故者あるいは支配会社が受益者である事例において、更に流動化するのか、(2)また有償で相当価格の立証責任債務の弁済・有益有用の資に充てることなどの立証責任、一定の債権者との共謀など害する意思の立証責任などがこれまでどおりの内容と分配でよいのか、(3)企業が危険に瀕したときにとる処置を特別の対象としてそのルールを設定するか、などが課題であろう。（また、アメリカの判例が、badges of fraudsとして、詐害行為を推定できる個々の具体的間接事実を重ねる（例えば、訴訟が始まってからの行為、秘密に通常業務外でなされた行為、必要な調査を欠いたこと、外観を工作したか、形式と矛盾する秘密の信託要素等々）のも、一つの参考ではある。）（Phiko Finance Corp. v. Pearson, 331 F. Supp. 33 (N.P. Miss. 1971)）。そして、この多くは、判例を重ねる責務をもつ我が国法律家に課せられた仕事であるように考える。

現代 民事裁判の課題①〔不動産取引〕

不 許
複 製

平成元年 9 月 20 日 印 刷
平成元年 9 月 25 日 初版発行

定 価 6,000 円
(本体 5,825 円)

編 集 小 川 英 明
長 野 益 三

発 行 兼 新日本法規出版株式会社
印 刷 者 代表者 河 合 善 次 郎

発行所 新日本法規出版株式会社
本 社 東京都新宿区市谷砂土原町 2 / 6
支 社 名古屋・札幌・仙台・大阪・広島・
高松・福岡

・落丁、乱丁本はおとりかえいたします。

© 1989 Printed in Japan