

論
説詐害行為取消訴訟の原状回復方法に
関する一考察(一)

——債権譲渡および担保権付不動産の譲渡を中心として——

佐藤 岩 昭

第一章 序 論

第一節 本稿の目的

- 一 「原状回復」の意義について
- 二 現物返還と価格賠償との関係

第二節 問題の所在

- 一 実体法上の問題点
- 二 手続法上の問題点
- 第三節 分析視角の呈示
 - 一 目的物の帰属について
 - 二 債権回収の実効性
 - 三 手続法との整合性
 - 四 叙述の順序
- 第二章 詐害行為に該当する債権譲渡の原状回復方法
 - 第一節 判例・判決例の錯綜
 - 一 序 説
 - 二 取立未了のケースについて（以上本号）
 - 三 取立完了のケースについて
 - 四 本節の要約
 - 第二節 学説の対応
 - 第三節 訴権説による問題点の分析及び代替案の呈示
 - 第三章 詐害行為に該当する担保権付不動産の譲渡の原状回復方法
 - 第四章 原状回復方法から考察した手続法上の問題点の整理
- 第五章 結 語

第一章 序 論

第一節 本稿の目的

一 「原状回復」の意義について

(1) 民法四二四条の規定する詐害行為取消権の法的性質及び効果に関しては、判例・通説たる折衷説十「相対的取消」理論をはじめとして数多くの学説が存在しており、それらの間での議論は現在でも活発である⁽¹⁾。しかし、詐害行為取消権の行使による債務者の共同担保 (le gage commun)⁽²⁾ すなわち一般財産の具体的な復元方法に目を転ずると、学説の議論はあまり活発とは言えないように思われる。むしろ、この問題は、個々の詐害行為類型ごとに個々の裁判例によって、カズイスティッシュに解決されていると言つてよいであろう⁽³⁾。従つて、債務者の共同担保の復元方法すなわち共同担保の「原状回復」方法に関する限りでは、裁判例に現われた解釈論の方が、学説をリードしていると言つてよいであろう。

このような状況を踏まえた上で、私は、次のような作業を試みることにしたい。すなわち、より進んだ見解を有していると考えられる裁判例においてさえ、「原状回復」方法につき、著しい見解の相違が存する二つの詐害行為類型に関して、できるだけ統一的な「原状回復」方法を訴権説の立場から呈示するという試みである。そして、右の二つの詐害行為類型とは、(i)債権譲渡および(ii)担保権の付着した不動産の譲渡である。この二つの類型を選んだ

理由は、——繰り返しになるが——裁判例に現われた「原状回復」方法に関して、理論的な統一性が見られないからである。この点を、少し敷衍して説明しよう。例えば、①債権譲渡の取消の場合には、受益者が、詐害行為の目的たる債権の弁済を受けている場合か否かに応じて、金銭の支払いが命じられたり・債権そのものの返還が命じられたりするという「原状回復」方法の相違が見受けられる。さらに、②受益者が当該債権の弁済を受けていない場合だけについて概観しても、受益者に取消通知を命じたり・第三債務者（譲渡された債権の債務者）に金銭の支払いを命じたりするという相違が存在する。⁽⁵⁾

また、③担保権付不動産の譲渡の取消についても、詐害行為の全部を取り消すのか・その一部を取り消すのかについて、不統一性が見受けられる。⁽⁶⁾そして、④右の全部取消か一部取消かに応じて、逸出した不動産の返還⁽⁷⁾登記名義の回復を命ずるべきか、あるいは、価格賠償⁽⁸⁾金銭の支払いを命ずるべきかについて、多くの最高裁判決が現われており、さらには、これらの判例相互間の理論的關係をどのように理解すべきかという問題も存在する。⁽⁷⁾

このように、右に概観しただけでも、複雑な問題を多く含んでいる二つの類型について、これらの問題を生ぜしめる判例法における理論上の原因の析出と、判例法のカズイッシュな解決に替わる統一性のある理論の呈示とが本稿の目的となる。

(2) (1)次に、本稿の検討の対象となる「原状回復」というテクニカル・タームの意義を明らかにしておきたい。

その理由は、「原状回復」というタームが、詐害行為の目的物そのものを債務者の共同担保中に返還すること（現物返還）を意味する術語として用いられることがあり、⁽⁸⁾この問題に関する議論に混乱を生ぜしめる可能性がある⁽⁹⁾と考えられるからである。

(ロ)まず、「原状回復」というテクニカル・タームは、詐害行為取消権による共同担保の復元方法の全体を指称する語として、これを用いることにしたい。すなわち、詐害行為取消権による共同担保の復元方法としての、①目的物自体を共同担保に戻す方法 \parallel 現物返還と②目的物にかわる金銭の支払い \parallel 価格賠償の二つを包含する概念として、「原状回復」という語を用いることにする。

このように、「原状回復」を、現物返還および価格賠償の上位概念として用いるという術語の使い方は、日本法の母法たるフランス民法学や、日本の学説に影響を与えたドイツ破産外取消法の解釈論にも存在するものである。

例えば、フランス法では、*action paulienne* による「原状回復」に相当する概念を「*la réparation du préjudice*」と呼び、その中に「*la restitution d'un corps certain* (現物返還)と「*la versement de dommages-intérêts* (価格賠償)との二つの方法がある」という説明をしている⁽¹⁰⁾。また、ドイツ法でも、「原状回復」に相当する概念として「*Rückgewähr*」というタームを用いており、その中に、「*Rückgewähr in Natur* (現物返還)と「*Rückgewähr durch Wertersatz* (価格賠償)」との二種類があると説明が為されているのである⁽¹¹⁾。

右に紹介したようなフランス法・ドイツ法に見られるテクニカル・タームの用い方にならえば、共同担保の復元方法の総体を意味するターム(原状回復)と、目的物自体の返還を意味するターム(現物返還)とが混同されるおそれはなくならないであろう。そして、このようなタームの意識的な使い分けによって得られるメリットは、抵当権付不動産の詐害的譲渡の原状回復方法を論ずるときに、明らかになるであろう⁽¹²⁾。その理由はこうである。すなわち、この詐害行為類型につき、詐害行為後に抵当権設定登記が抹消された場合に、抹消された抵当権登記の復活を伴う現物返還が可能か否かという問題が論じられ、抵当権の登記を復活させて不動産の登記を債務者名義に戻すことが、

「原状回復」なだと論じられることがある。⁽¹³⁾そして、このような考え方には、次のような誤解を生ぜしめる虞れがあるように思われる。すなわち、目的物を詐害行為前の法的状態——先の例で言えば抵当権が附着していた状態——に戻すことだけが「原状回復」なのであって、その目的物を抵当権等が抹消されたままの状態で共同担保を構成する財産として取り扱うことは「原状回復」にあたらぬかのような印象を生ぜしめるおそれが生ずると考えられるのである。

このような考え方に對し、詐害行為前の法的状態に復元できなくとも——登記の復活を必要とする場合などは、登記手続上、特に困難な場合が多いであろう——何らかの方法で、当該不動産を共同担保中に復帰せしめる方法を現物返還と呼び、それは上位概念としての「原状回復」方法の中に包含される概念なのだ、という区別を明確にし、ておきさえすれば、右のような複雑な議論を避けることができると考えられるからである。⁽¹⁴⁾この点については、第三章で詳述することにし、ここでは右のようなメリット——議論の論理を簡明にし得るといふメリット——があることを指摘するに止めたい。

(ii)以上を要するに、(i)比較法的にみても、共同担保の復元方法の総体を意味する術語と現物返還を意味する術語とが区別されて用いられていること・(ii)このように、意識的に術語を区別して用いることは、抵当権付不動産の譲渡の取消を論ずる際に、その議論を明確ならしめること、の二点を理由として、「原状回復」というテクニカル・タームに(i)で述べたような定義を与えることにしたい。

二 現物返還と価格賠償との関係

(一) 詐欺行為取消権に基づく原状回復としては(i)現物返還と(ii)価格賠償の二種類があることは周知の事実であり、説明する必要もないであろう。⁽¹⁵⁾そして、この両者の関係について、判例は、現物返還が可能な場合には原則としてこの方法を用いるべきであり、価格賠償は現物返還が不可能となった場合に例外的に認められる方法であると説いている。⁽¹⁶⁾また、学説においても、この判例理論に対して異を唱えるものは存在しないようである。⁽¹⁷⁾

しかし、本稿の検討の対象とする二つの詐欺行為類型について概観すると、価格賠償(ないし金銭の支払い)が原状回復方法として、裁判例で認められる場合がかなり多いのである。まず第一に、債権譲渡の取消の場合であつて、取立完了のケース(受益者たる譲受人が第三債務者から弁済を受けているケース)では、最高裁判例が取消債権者への金銭の支払いを認めている。⁽¹⁸⁾また、取立未了のケースであつても、取消債権者への金銭の支払いを肯定する下級審判決例も存在する。⁽¹⁹⁾

第二に、抵当権付不動産の譲渡の取消の場合にも、目的物が善意の転得者に移転していない場合であつても、価格賠償しか許されないケースが存在する。⁽²⁰⁾

このように見てくると、原状回復方法としての価格賠償の占める比重が、最上級審判例および下級審判決例の双方において、増えつつあるのではないかという疑問が生じてくる。もし、この疑問が正しいとすれば、その原因は判例理論に言うところの現物返還の内容に問題があることになりはしないだろうか。すなわち、判例理論のいう現物返還は、目的物を実際に債務者の財産に戻すことを意味する。⁽²¹⁾このように、現物返還の意味を、債務者の資産中への目的物の現実の返還と捉える限り、原状回復の原則が現物返還であるという抽象論を判例が述べたとしても、

その原則が適用されるケースは少なくなってしまうであろう。なぜならば、不動産のように登記・登録を伴う目的物ならば、その登記・登録を債務者名義に戻すことで債務者への現実の現物返還を達成することは容易である。しかし、目的物が動産や金銭のように、登記・登録を伴わない物であると、右のような現物返還を行うことができなくなり、取消債権者への直接引渡を肯定せざるを得なくなるからである。⁽²²⁾

そうだとすると、原状回復方法について以下の二つの問題点が判例理論の中に潜んでいるように思われる。まず第一点は、現物返還が原則であり価格賠償が例外であるという判例の抽象論が、実際の裁判例——下級審判決をも含む——には妥当しなくなってきたのではないかという疑問である。

第二点は、このような原則と例外との言わば逆転現象を引き起こしている原因は、判例理論が説示する現物返還の実行方法に問題があるのではないかという疑問である。

これらの二つの問題点のうち、第一点については第二章・第三章で、判例および下級審判決例の分析を通じて実証的に検討することにした。けれども、第二点については、詐害行為取消権の効果に関する理論的な問題点が含まれているので、次節で、その内容にやや詳しく立ち入ることにしたい。

(1) 代表的な学説として、形成権説(石坂)・請求権説(雑本)・折衷説(通説・判例)・責任説(下森・中野)・新形成権説(前田)・訴権説(平井・佐藤)などがある。各々の学説の概要及び分類については、①下森定・注釈民法(10)七八六一七九五頁、②広中俊雄「債権者取消権の性質(法的構成)」(広中「民法論集」所収)四六頁、③拙稿「詐害行為取消権に関する一試論」(法協二〇四卷一〇号一四〇四—一四一〇頁等を参照されたい。より詳細な参考文献についても、右の

- ①～③に掲げられている文献を参照されたい。
- (2) このテクニカル・タームの持つ法技術的意義については、拙稿「債務者の責任財産の保全1」法学教室一一五号五三頁以下を参照されたい。
- (3) 例えば、『総合判例研究叢書・民法(7)』一九六頁以下(松坂佐二)、飯原一乗『判例を中心とした詐害行為取消権の研究』司法研究報告書第一八輯第二号、下森定・注釈民法(10)八一四頁以下(4)類型的考察、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第63冊)一二六―一三三頁等を見れば、本文中で述べたことを理解して頂けるであろう。
- (4) 私見の内容については、前掲・拙稿(四・完)法協一〇五巻三号二九五頁以下、拙稿「債務者の責任財産の保全3・完」法学教室一一七号六五頁以下、『私法』第五〇号八七頁以下を参照されたい。
- (5) これらの判決例については、飯原・前掲書一八四―一八五頁、野村豊弘「詐害行為となる債権譲渡の取消」ジュリスト九〇一号九六頁以下を参照。
- (6) 下森「債権者取消権と不当利得」(谷口遷暦記念・『不当利得・事務管理の研究(3)』一七一頁以下に所収)、同・最判昭和六三年七月一九日評釈(法律時報別冊・『私法判例リマックス』一号六九頁以下)、森田宏樹・最判昭和六三年七月一九日評釈・判例評論三六七号(判時一二三二五号)二〇〇頁、井田友吉・最判昭和五四年一月二五日解説・民法判例百選Ⅱ〔第三版〕20事件等を参照。
- (7) 最大判昭和三六年七月一九日民集一五巻七号一八七五頁、最判昭和五四年一月二五日民集三三巻一号一二頁、最判昭和六二年四月七日金融法務事情一一八五号二七頁、前掲最判昭和六三年判例時報一二九九号七〇頁などである。
- (8) 例えば、東京地判平成元年三月二八日判例時報一三二五号七三頁、東京地判平成元年五月二四日判例時報一三五一七号四頁などは、本文中で述べたような用い方をする。

- (9) 本文中で述べたように、「原状回復」と「現物返還」とが異なる意義を持つ点を指摘する文献として、前掲・森田(宏)・最判昭和六三年評釈(判評三六七号四二頁を参照)がある。
- (10) Weill et Terré, *Droit Civil, Les obligations*, 4^e éd [1986] n° 881, p. 890; Boris Starck, *Droit Civil, Obligations* [1972] n° 2610, p. 791; Jean Carbonnier, *Droit Civil t. 4, Les obligations*, 14^e éd [1990], n° 367, p. 640; Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil t. 2*, [1952] n° 1447, 1449, 1451, pp. 500-501; et voy. H. Sinay, *Action paulienne et responsabilité délictuelle a la lumière de la jurisprudence récente*, *Rev. trim. de Droit Civil*, t. 46 [1948], pp. 183, n° 1, 3; Jaeger, Ernst., *Die Glaubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens* [1938] S. 262 f, S. 264 f; Warneyer-Bohnenberg, *Anfechtungsgesetz* (Kommentar), 4 Aufl. [1955] S. 183 ff; Böhle-Stamschröder/Kilger, *Anfechtungsgesetz* (Beck'sche Kurz-Kommentar), 7 Aufl., [1986] S. 73 ff; vgl. Gerhardt, Walter., *Vollstreckungsrecht* 2 Aufl., [1982] S. 169 ff; Gerhardt, W., *Grundbegriffe des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts* [1985], IV-160, 161, S. 104 ff.
- (12) 前掲最大判昭和三六年、最判六三年などに現われた事案である。なお、右の二件の評釈については、注(6)に掲げた文献を参照されたい。
- (13) 前掲・森田(宏)・最判昭和六三年評釈・判評三六七号四二頁、及び下森・最判昭和六三年評釈・『私法判例リマークス』一七二頁の指摘を参照。
- (14) 前掲最判昭和六三年の分析・拙稿(判例紹介)民商法雑誌一〇〇巻二号三一九頁以下、特に三二五―三二六頁を参照。
- (15) 例えば、我妻・民法講義IV新訂債権総論一九一―一九二頁を参照。リーディング・ケースとしては、大連判明治四四年三月二四日民録一七輯二七頁が、本文中で述べた二つの方法があることを明示している。右の大連判明治四四年の判示事項の概略については、平井『債権総論』[昭和六〇年]二二―二三頁を参照。

(16) 大判大正一二年七月一〇日民集二卷五三七頁、大判昭和九年一月三〇日民集一三卷二一九一頁を参照。但し、前掲大連判明治四四年は、受益者及び転得者ともに悪意の場合には、取消債権者は、(i)受益者に対する価格賠償の請求と、(ii)転得者に対する現物返還の請求とを、自由に選択できる旨を判示している。

(17) 例えば、我妻・前掲書一九二頁は、現物返還が原則であり、価格賠償が例外であると明言している。林||石田||高木『債権総論(改訂版)』(一九八二年)一八七頁も同旨である。

(18) 例えば、最判昭和二九年四月二日民集八卷四号七四五頁である。

(19) 東京地判昭和六〇年九月一九日金融商事判例七五一号三〇頁。

(20) 前掲最判昭和六三年七月一九日判時一二九九号七〇頁。

(21) 例えば、不動産の譲渡を取り消すときには抹消登記により、登記名義を債務者名義に戻すという方法が採られている(大判大正六年三月三一日民録二三輯五九七頁)。従って、取消債権者は、目的物が不動産の場合には自己に移転登記をせよと請求することはできないと、判例理論は説示する(最判昭和五三年一〇月五日民集三三卷七号一三三三頁)。

(22) 目的物が金銭の場合については、大判大正一〇年六月一八日民録二七輯一一六八頁・最判昭和四六年一月一九日民集二五卷八号一三二一頁の二件が、取消債権者への直接引渡を肯定する。動産の場合につき、最判昭和三九年一月二三日民集一八卷一号七六頁も同旨である。

第二節 問題の所在

一 実体法上の問題点

(1) 現物返還の実行方法として、目的物を現実に債務者の資産中に戻すという方法には、次のような理論上の問題点がある。

まず第一に、不動産の登記名義を債務者名義に戻すことは、大連判明治四四年三月二四日以来の準則たる「相対的取消」理論と矛盾するのではないかという問題点⁽¹⁾が、責任説により、かなり早くから指摘されている。

同様の問題は、債権譲渡の取消における取立未了のケースの原状回復方法についても生ずる。なぜならば、下級審判決例の中には、取立未了のケースについては当該債権の現物返還を為すべきであり、その方法は受益者から第三債務者（譲渡された債権の債務者）への取消通知であると判示するものがある⁽²⁾。そして、これらの下級審判決の論旨を追って行くと、取消通知による債権の現物返還も、「相対的取消」ではなくて、債務者にも取消の効力の及ぶ「絶対的取消」なのではないかという疑問が生ずるからである⁽³⁾。

以上を要するに、判例・判決例が採用している現物返還の方法は、判例自身が立脚しているはずの「相対的取消」理論という大前提と矛盾しているのではないか、という問題点が存在するのである。

(2) 第二に、登記名義の回復や取消通知により、詐害行為の目的物たる不動産や債権を債務者の資産中に現実に戻したとしよう。そうすると、債務者は、これらの目的物を、自己の所有物ないし権利として自由に処分できるのではないかという疑問が生じてくる。しかし、判例の準則たる「相対的取消」理論の内容は、取消の効果は債務者

には及ばないというものだから、この理論と整合性を有する現物返還ならば、右のような問題——復帰した目的物を債務者が処分してしまう危険性——は生じないであろう。

けれども、判例の現物返還の方法は、前述したように、「絶対的取消」という効果を生ぜしめるのではないかとある疑問がある。そうだとすると、やはり、無資力の債務者が復帰した目的物を処分したり費消したりする虞れがあることを理論的には否定しきれないのである。要するに、判例のいう現物返還によつて復帰した目的物は、いったい誰に帰属することになるのかという問題である。また、それと同時に、無資力の債務者による目的物の処分あるいは費消の可能性を残すような現物返還は、共同担保の復元により債権者の債権回収を可能ならしめるという詐欺行為取消権の制度目的に合致するのだろうか、という根本的な問題をも含んでいるのである。

(3) 第三に、価格賠償(弁済として受領した金銭の返還をも含む)による原状回復について、判例理論は、債務者が受領を拒んだ場合には逸出した財産の取戻しの実効性が失われることを理由に、取消債権者への金銭の直接引渡を肯定している。⁽⁴⁾ その結果として——この点も既に多くの学説が指摘していることのだが——取消債権者が、事実上優先弁済を受けることになり、民法四二五条に反することになりはしないかという問題がでてくる。⁽⁵⁾

この問題は、民法四二五条という比較法的に見ても類のない規定⁽⁶⁾に関するものであり、かつ、実体法上および手続法上の両面にわたる法技術的意義にかかわる問題である。このように言い得る理由については、本節二で詳述することにし、ここでは、判例理論が採用する価格賠償が「総債権者ノ利益ノ為メニ其効力ヲ生ズ」る結果とはならない、という民法上の問題点があることを指摘するに止めたい。

二 手続法上の問題点

(1) (イ)判例理論の採用する不動産の現物返還方法に対して、責任説(中野説)から目的物に対する強制執行の可能性について、次のような——これも既に著名な問題提起となっているが——指摘がなされている。それは以下の如き内容である。すなわち、判例の現物返還方法によれば、詐害行為取消判決を得た後に受益者の登記を抹消し、債務者名義の登記に戻すことになる。⁽⁷⁾そして、取消債権者は、債務者に対する債務名義を得た後に、右不動産に民事執行法に基づいて強制執行をすれば債権回収を行うことができるように見える。しかし、判例の準則たる「相対的取消」理論によれば、詐害行為取消訴訟の被告適格をもたない債務者には取消判決の効力は及ばないのだから、⁽⁸⁾取消債権者と債務者との間では——登記名義だけは債務者名義に戻っているが——右不動産の所有権は受益者に帰属しているはずである。そうだとすると、取消債権者は、債務者に対する債務名義をもって、受益者の所有物に対する強制執行を行うことになり、判例の準則はこのような重大な理論的欠陥を看過してきたのである、という批判である。⁽⁹⁾

この中野教授の批判は、強制執行手続の側面から、判例の「相対的取消」理論の問題点のみならず、現物返還の方法——債務者の資産中への現実の返還という方法——の問題点をも鋭く指摘したものと評することができよう。また、「相対的取消」理論に対する批判をも含むがゆえに、取消判決後に目的物の所有権が誰に帰属することになるのかという、実体法上の問題とも密接に関係する問題提起なのである。

(ロ)そうだとすると、中野説の問題提起は、債権譲渡の取消の場合の現物返還方法にも妥当すると考えられる。その理由は以下の如くである。すなわち、取立未了のケースにおいて、現物返還の方法として取消通知を命ずる下級

審判決例が存在することは前述したとおりである。⁽¹⁰⁾ そうすると、受益者から第三債務者への取消通知が為されたとしても、その取消の効果は「相対的取消」なのだから債務者に当該債権が復帰することにはならず、取消債権者が債務者に対する債務名義を得て当該債権に対する強制執行を行うことは、理論的には不可能なのではないかと考えられるからである。同様の理由で、取消訴訟が確定した後に、取消債権者の債務者に対する債権を被保全債権として、債務者に復帰したはずの債権を代位行使する(民法四二三条)こともできないのではないかと考えられる。そうだとすれば、この場合に、取消債権者は、どうやって適法に自己の債権回収をはかればよいのかという手続上の問題が浮かびあがってくるのである。特に、目的物が債権の場合には当該債権の帰属が不明なままであると、(イ)で説明した不動産に対する強制執行手続とは異なり、登記名義を基準にして曲りなりにも強制執行手続をすすめるということができない。従って、債権の現物返還後の債権回収手続に関する問題は、理論上のみならず実務上も困難な問題を生ぜしめるであろう。⁽¹¹⁾

(2) 第二の手続法上の問題点は、取消判決の効力についてである。私は、以前、「詐害行為取消権に関する一試論(一)」(四・完)⁽¹²⁾と題する論文で、民法四二五条は、取消判決の判決効を総債権者に拡張するという法技術的意義を有する規定であり、民事訴訟法二〇一条一項の例外を定めた規定と解すべきことを主張した。⁽¹³⁾ その概要は以下に示すものである。即ち、詐害行為取消権は「訴え」によってしか行使され得ないのであるから(民法四二四一条一項本文参照)、「取消」という効果も、この「訴え」に対応した判決によってのみ生ぜしめられる。そうだとすると、取消判決の効力の及ばない債権者は、「取消」から生ずる利益——目的物の売得金から債権の弁済を受けるという利益——を享受できないはずである。それゆえ、民法四二五条には、(i)取消判決の効力を総債権者に拡張す

るといふ判決手続上の効力・(ii)その判決効の中の執行力の拡張の結果として配当要求をなし得るといふ強制執行手続上の効果・(iii)さらには、一般債権者を平等に扱おうとする「債権者平等の原則」の理念、という三段階の意義が含まれていると解釈しなければならない、という内容である。⁽¹⁴⁾

右の私見が正しいとすると、従来の判例理論及び学説には、民法四二五条の判決効の拡張といふ判決手続上の効果に言及することなく、いきなり強制執行手続上の平等主義に言及するといふ理論的欠陥が存在していたことになる。⁽¹⁵⁾従つて、この取消判決の効力の拡張といふ問題も、現物返還及び価格賠償の双方を通じて検討されなければならない問題点である。

(3) 以上の叙述から、手続法上の問題点には、(i)判決手続∥民事訴訟法に関するもの・(ii)強制執行手続∥民事執行法に関するもの、の二種類があることが明らかになつたと思う。

それらの問題点を、より具体的に示すならば次の如き内容とならう。即ち、①取消判決の効力の拡張を明示できるような判決主文（およびそれに対応する請求の趣旨）は如何なるものか・②このような判決の対象となる訴訟物は何か・③判決効の拡張を受ける債権者の手続保障をどのように考えるべきか・④被告となる受益者、転得者の手続保障をどう考えるべきか（何度も詐害行為取消訴訟にさらされる危険をどう処理すべきか）・⑤執行力の拡張を民事執行法の規定の解釈にどのように反映させるべきか・⑥配当要求の機会をどのように保障すべきか、という諸点である。⁽¹⁶⁾

次節では、右の諸点を、どのような視角から分析するのかという点について、その概略を述べることにする。

- (1) 下森「債権者取消権に関する一考察(二)」法学志林五七卷三・四合併号二二三頁を参照。下森教授によれば、現行不動産登記法については、その抹消登記を絶対的抹消と解釈するほかないから、このような現物返還方法は「相対的取消」理論と相入れないものである、と説明される。なお、「相対的取消」理論の内容については、平井・前掲書二二頁、拙稿「詐害行為取消権に関する一試論(一)」法協一〇四卷一〇号一四〇一—一四〇三頁を参照。
- (2) 大判昭和一六年二月一〇日民集一〇卷一七九頁の一審判決、大阪地判昭和三年九月二八日判夕六六号七九頁などである。
- (3) この点については、第二章第一節二で詳述する。
- (4) 弁済の詐害性が問題とされた最判昭和四六年一月一九日民集二五卷八号一三二二頁が、この点につき次のように判示している。即ち、それは「……ところで、取消債権者が受益者または転得者に対し、取消にかかる弁済額を自己に引き渡すべきことを許すのは、債務者から逸出した財産の取戻しを実効あらしめるためにやむをえないことである。……」という部分である。
- (5) この問題に関する代表的な判例評釈として、星野英一・最判昭和四六年評釈・法協九一巻一号一八三頁(同)『民事判例研究第三巻2』(一九九〇年)四三頁以下に所収)および川島武宜・最判昭和三七年一〇月九日民集一六卷一〇号二〇七〇頁評釈・法協八一巻三号三〇一頁、の二件を挙げることができる。
- (6) 日本法の母法たるフランス民法典第一一六七条もこのような規定を有しないし、ドイツ破産外取消法もこのような規定を持たない。
- (7) 前掲大判大正六・三・三一民録二三一五九七及び、最判昭和五三・一〇・五民集三二七一一三三二を参照。
- (8) 前掲大連判明治四四・三・二四を参照。

- (9) 中野貞一郎「債権者取消訴訟と強制執行」民事訴訟雑誌六号五三頁(一九六〇年)、特に六〇—六一頁を参照。また、中野「民事執行法・上巻」(昭和五八年)二六〇頁注(1)も参照されたい。この中野教授の問題提起を重要なものとして受け止め、これに賛意を表する学説として、奥田昌道「債権総論(上)」(昭和五七年)二八二—二八三頁、平井・前掲書二二—二三頁、拙稿「詐害行為取消権に関する一試論(四・完)」法協一〇五卷三号三〇三頁がある。
- (10) 注(23)に掲げた判決例を参照。
- (11) これらの理論上、及び、実務上の問題点については、第一章第三節で詳述する。
- (12) 各々、法協一〇四卷一〇号一三八一頁以下、同一〇四卷二二号一七四六頁以下、同一〇五卷一号一頁以下、同一〇五卷三号二六〇頁以下に掲載されている。
- (13) その論証過程の詳細については、前掲拙稿(二)法協一〇四卷二二号一七八二—一七九二頁、及び、(四・完)法協一〇五卷三号三二〇—三二四頁を参照。
- (14) 同右。なお、拙稿「債務者の責任財産の保全1—3・完」法学教室第一一五—一一七号所収(特に一一五号五四頁以下、及び、一一七号六五頁以下)も参照されたい。
- (15) 前注に掲げた拙稿を参照。
- (16) この他に、保全処分上の問題点として、新たに制定された民事保全法第六五条の解釈という論点がある。即ち、同条は、詐害行為取消権を保全するための仮処分における解放金に対する権利実行の方法を定めているが、その際に、供託金還付請求権を、一旦、債務者——仮処分の当事者ではない詐害行為の債務者——に帰属せしめるというテクニクを用いているのである(山崎潮「新民事保全法の解説」一四四頁以下参照)。そうすると、このような規定の内容が、判例の準則たる「相対的取消」理論と矛盾することになりはしないかという点や、執行忍容訴訟の考え方を導入すれば、このような技

巧を用いなくても済むのではないかという点が疑問点として浮かび上ってくる。それゆえ、右の疑問点については慎重な検討を要すると考えられるので、詳しい検討は第四章の末尾で行うことにしたい。なお、民事保全法の解説としては、①山崎・前掲書〔平成二年・きんざい〕、②三宅弘人Ⅱ荒井史男Ⅱ岨野俤介編『民事保全法の理論と実務』(上)(下)〔平成二年・ぎょうせい〕、③ジュリスト臨時増刊『民事保全法の運用と展望』(一九九〇年。有斐閣)がある。また、制定過程における問題点の検討をも含んだ詳細な論稿として、④松浦馨「仮差押え及び仮処分法改正私見(一)——(五・完)」(民商法雑誌九二巻二号一五五頁、九二巻三号二九七頁、九二巻四号四三七頁、九九巻一号一頁、一〇〇巻一号三三頁に各々所収)がある。同条については、特に民商法一〇〇巻一号六八頁以下の、松浦教授の解説を参照されたい。

第三節 分析視角の呈示

一 目的物の帰属について

(1) 前節までの叙述により、本稿の検討の対象となる二つの詐害行為類型における、判例理論の原状回復方法に関する問題点が明らかになったと思われる。それゆえ、それらの問題点を分析するための視角も、各々の問題点に対応する形で(概ね前節で指摘した問題点の順序で)呈示することにしよう。

まず第一に、現物返還に関する問題点を分析するための視角は、——判例の現物返還方法によって生じた権利の変動を直視するならば——、目的物たる債権や不動産は、一体、誰に帰属することになるのか、という問題意識となろう。この目的物の帰属という視角から、逆に、判例の準則たる「相対的取消」理論の妥当性やこの理論に基づく強制執行の可能性を探ることができよう。

(2) さらに、目的物の帰属という視点から見ると、責任説及び訴権説が解釈論として唱える執行忍容訴訟 (die Klage der Duldung des Zwangsvollstreckung)⁽¹⁾ が、いかに目的物の帰属を理論的に明確ならしめることができ、且つ、目的物への強制執行をも理論的な破綻をきたすことなく説明し得るか、という点についても説明を加えることにしたい。

以上を要するに、現物返還を実行した後の目的物の帰属を明確に説明し得るか否かという点が、第一の分析視点となる。

二 債権回収の実効性

(1) 第二の分析視角は、取消債権者及び他の総債権者が、どれだけ確実かつ迅速に、詐害行為の目的物から彼らの債権を回収し得るのかというものである。

なぜ、このような視角が必要かと言うと、詐害行為取消権という制度は、単に債務者の責任財産＝共同担保の保全を目的とするだけではなく、さらに一步進んで取消債権者等の債権回収を確実にするための制度であると考えられているからである。⁽²⁾ それゆえ、判例の採用する目的物の現実の返還という方法が、債権回収の確実性と迅速性という二つの要求を満たすものなのか否かという点を、個々の判決例ごとに検討する。

また、執行忍容訴訟が、この点においても優れた制度であることを、個々の判決例が扱った事案にあてはめて示すことにしたい。

(2) 価格賠償については、取消債権者の債権回収の実効性のみならず、その他の総債権者にも債権回収の機会が

あるのか否かという点も、民法四二五条との関連で、重要な分析視角となるのは言うまでもないであろう。

それゆえ、価格賠償については、民法四二五条の趣旨をどれだけ実現できるかという点も、判例理論による価格賠償と私見たる訴権説による価格賠償とを比較する視点となるのである。

三 手続法との整合性

第三の分析視角としては、判例の採用する原状回復方法が、民事訴訟法および民事執行法の解釈と整合性を保っているのか否かという点を挙げるべきであろう。この視角は、第二節二(1)で述べた中野説の問題提起および第二節二(2)で述べた民法四二五条に関する私見から、導き出されるものであり、あらためてその内容をくり返すまでもないであろう。

さらに、この分析視角から検討されるべき具体的な問題点は、第二節二(3)で列挙した①～⑥であり、民事訴訟法および民事執行法の重要な部分に該当しているのである。従って、この視角からは、詐害行為取消訴訟の性質及び構造という根本的な問題が検討されることになる。民事訴訟法学にくらい私にとって、このような根本的問題にどこまで迫れるのかはなほだ不安ではあるが、原状回復方法に関する判例理論の問題点の分析にとって必要不可欠な視角と考えられるので、この作業を試みることにしたい。

四 叙述の順序

このように、(i)目的物の帰属・(ii)債権回収の実効性・(iii)手続法との整合性という三点の分析視角から、まず第一

に①債権譲渡の取消に関する判例・判決例の原状回復方法を検討することにした。それにつづき、②債権譲渡の取消に関する学説を分析する。最後に、③訴権説の立場から、判例・判決例の分析を再度行ない、その後に代替案を示すことにしたい(第二章)。

第二に、担保権付不動産の譲渡の取消についても、右と同じ順序で分析と代替案の呈示を行うことにする(第三章)。

第三に、以上の検討から得られた結果を基礎として、詐害行為取消訴訟の訴訟法上の性質と構造についての試論を呈示し、訴権説(私見)が現行の民事訴訟法上で十分に機能し得ることの論証を試みることにしたい(第四章)。以下では、右に述べた順に従って、本稿の叙述を進めていくことにする。

- (1) 執行忍容訴訟については、本章第一節の注(9)に掲げた中野教授の諸論稿を参照されたい。また、ドイツ語文献としては、Warneyer-Bohnenberg, a. a. O., S. 178, S. 183 ff; Böhle-Stanschräder/Kilger, a. a. O., S. 72 (III); Gerhardt, Walter, Grundbegriffe des Vollstreckungs und Insolvenzrechts [1985], S. 104 ff; Gerhardt, Vollstreckungsrecht, 2 Aufl. [1982] S. 169 ff. 等を参照されたい。

- (2) 日本法の母法たるフランス民法第一一六七条の *action paulienne* についても、このような説明がなされている。voy. Weil et Terré, Droit Civil, Les obligations 4^e éd [1986] n° 881; Jean Carbonnier, Droit Civil t. 4, Les obligations 14^e éd [1990] n° 367, p. 642; Boris Starck, Droit Civil, Obligations [1972] n° 2610 et n° 2612; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VII, [1954], n° 961; Alexandre Grouber, De l'action paulienne en droit civil français contem-

prain (thèse 1913), n° 224, p. 408; Planiol—Ripert—Boulangier, Traité élémentaire de Droit Civil, t. 2 [1952], n° 1412, n° 1449 et suiv.; Répertoire de Droit Civil, 2^e éd. t. 1, relais [automne 1988], art. 2, n° 94 (Pierre—Yves Gautier).

第二章 詐害行為に該当する債権譲渡の原状回復方法

第一節 判例・判決例の錯綜

一 序 説

(1) 債権が譲渡人と譲受人との間の合意によって譲渡され得ることは、民法四六六条が明文を以って規定している。従って、債権譲渡も、有体物(動産・不動産)の譲渡と同様に、詐害行為の成立要件を満たせば、民法四二四条一項本文の定める「取消」の対象になり得る。

しかし、債権といっても様々な種類があり、詐害行為取消権の対象となる代表的なものが金銭債権であること⁽¹⁾は言うまでもないであろう。そして、金銭債権の譲渡を詐害行為として取り消す場合には、一般的に以下に示す三つの問題点がある。第一点は、債権譲渡の態様が当事者の合意内容に応じて種々に変化するという点である。すなわち、債権の売買・取立のための債権譲渡・担保のための債権譲渡・代物弁済としての債権譲渡などの態様が存在する⁽²⁾。このように、債権譲渡の態様(取引態様)が区々に別れているがゆえに、問題とされた債権譲渡が詐害行為

に該当するか否かを判断するためには、当該債権譲渡の外形だけではなく、当事者が企図した経済上の目的（経済的実体⁽³⁾）をも十分に考慮しなければならないし、実際の判決例においても右の点について問題とされることが多いのである。⁽⁴⁾

(2) 第二点は、本稿のテーマである原状回復方法についてである。すなわち、受益者が、詐害行為の目的物たる債権の債務者—第三債務者から、当該債権の取立を行っていない場合と、取立を完了している場合とでは、原状回復方法にかなりの違いが生ずるのである。⁽⁵⁾ 前者（取立未了）の場合について、有力説は、取消のみの訴求を許した大審院判例（大判昭和六年三月一七日民集一〇卷一七〇頁）に対して、取消債権者が当該債権を差し押えて、転付命令を得ることができるとを理由に、取消のみの訴求を許すことに一応賛成する。⁽⁶⁾ しかし、それと同時に、「債務者をその債権の主体として差し押え、転付命令を取得することが許されるかどうかは疑問であろう。」と述べて強い疑念を呈示している。⁽⁷⁾ けれども、（取立未了の場合の）原状回復方法——就中、現物返還の方法——を、どう解すべきかについては、この有力説は黙したままである。⁽⁸⁾

このような学説の対応に対し、古い下級審判決（大判昭和一六年二月一〇日民集二〇卷七九頁の第一審判決）には、受益者から第三債務者への取消通知を為すべき旨を命じたものがある。⁽⁹⁾ そして、近時の下級審判決にも右の取消通知を命ずるものが存するが、他方で、第三債務者に対し取消債権者への金銭の支払いを命ずるものもある。⁽¹⁰⁾ 以上の取立未了の場合に対し、取立完了の場合については、大審院判例及び最高裁判例ともに、当該債権譲渡の取消と同時に、受益者に対し、取り立てた金銭の取消債権者への支払いを命ずる、という方法を採用している。⁽¹¹⁾

(3) 第三点は、取消債権者が取消判決を得た後に、自己の債権の弁済を受ける方法についてである。この問題は、

(2)で述べた点と深く関連すると同時に、民事執行法とも密接に関連する点である。すなわち、判例・判決例の採用する原状回復方法が、民事執行法一四三条以下の規定する債権執行——特に、同法一四五条(差押命令)・一五四条(配当要求)・一五五条(金銭債権の取立て)・一五九条(転付命令)といった重要な規定——と、どのような関係に立つのかが検討されねばならない。¹²⁾

以下では、(i)取立未了のケース、(ii)取立完了のケースの順に、各々のケースに関する判例・判決例を紹介し、個々の判例・判決例の問題点を分析するという作業を、まず最初に行うことにしよう。

二 取立未了のケースについて

(1) はじめに、受益者から第三債務者への「取消通知」を命ずることによって、現物返還をはかる判決例の紹介及び分析を行う。

〔1〕 大審院昭和一六年二月一〇日民集二〇卷一七九頁の第一審判決(裁判所名および判決年月日不詳)

〈事実の概要〉 X(取消債権者)は、A(債務者)に対し、約束手形金債権一万四三〇〇円を有していた。ところが、Aは、酒類販売業に失敗し、合計約六万円余の債務を負うに至り、その債務を完済することができなくなった。然るにAは、X及びその他の債権者を差し置き、Y(受益者)に対して、AがBら(第三債務者)に対して有していた約七五〇〇〇円の債権を代物弁済として譲渡した。Xは、AのYに対する右の債権譲渡が詐害行為にあたることを主張し、その取消を訴求した。

〈第一審判決の主文〉 「訴外Aカ昭和十三年二月十五日被告Yニ対シ為シタル別紙目録記載ノ債権譲渡行

為ハ之ヲ取消ス被告Yハ訴外Aカ昭和十三年二月十五日被告Yニ対シ為シタル前項記載債権ノ讓渡行為ノ取消ヲ別紙目錄記載ノ各債務者ニ通知スヘシ(以下は省略する——筆者¹³)

〔分析〕(イ)本判決は、下級審判決にも拘わらず、債権讓渡を取り消した場合の現物返還方法についてのリーディング・ケース的地位を占める判決である。¹⁴なぜならば、後述するように、本判決と同じ方法を判示する下級審判決例が、最近のものも含めて、三件存在するからである。¹⁵また、本判決の上告審判決においても、本判決の主文が判示する現物返還方法は破棄されておらず、大審院により黙示的に支持されている¹⁶、と解することができるからである。

(ロ)しかし、このような方法をなぜ採用すべきなのかについては、民集の中にその記載が存しない。それゆえ、右の点については、その理由を明示している、より新しい判決を素材にして検討することにした。

〔2〕 大阪地判昭和三十一年九月二十八日判例タイムズ六六号七九頁¹⁷

〔事実の概要〕X(取消債権者)はY₁(債務者)に対し、鋼材等の売掛金債権二三〇万円を有していた。Y₁は、それらの鋼材をA(第三債務者)に転売し、その売買代金約二二〇万円のうち、約一〇三万円の支払いをAより受領したにも拘わらず、右金員をXに支払わなかった。さらに、Y₁がAに対して有する残代金債権(約一二〇万円)をも、Xの強制執行を免れる目的で、昭和二十九年七月二三日に、Y₁はY₂に讓渡し(Y₁とY₂の間に通謀があった)、かつ、Aに対する債権讓渡の通知をも完了した。このような事実関係の下で、Xは、(i)主位的請求として、Y₁からY₂への債権讓渡が通謀虚偽表示(民法九四条)にあたり、無効であることとを理由に、本件債権が依然としてY₁に帰属する旨の確認を求めた。(ii)次に、Xは、予備的請求として、本

件債権譲渡を詐害行為として取り消すことを訴求した。その際に、Xは、原状回復方法として、第一に、Y₂(受益者)からXへの本件債権の譲渡を求めた。第二に、仮りにXへの直接の債権譲渡が認められない場合には、Aに対し、本件債権譲渡が詐害行為として取り消された旨を通知すべきことを求めた(Y₁に対して求めたのか、Y₂に対して求めたのかは不明である——筆者)。

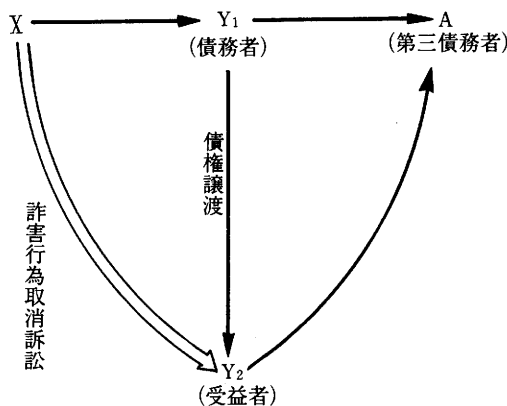
△判旨▽ 一部認容。(一)通謀虚偽表示を理由とするXの主位的請求については、証拠不十分を理由として、これを斥けた。

(二)詐害行為取消請求については、Xの後半部分の請求を認めて、次のように判示する——「……取消の結果本件債権は当然譲渡人から債務者に復帰するものであって、これを譲受人(Y₂)から債権者(X)に譲渡する余地はない。

〔中略〕しかしながら、Y₂はAに対し、本件債権譲渡が詐害行為として取消されたことを通知すべき義務があるから、Y₂に対しAに右趣旨の通知をすることを求めるXの請求は正当として認容しなければならない。』

△分析▽ (イ)本判決は、取立未了の場合の原状回復方法として、現物返還を命じた戦後の最初の下級審判決

△参考図▽



であると思われる。それと同時に、大審院時代の〔1〕判決の結論を受け継いでいる点においても、判例法上、注目に値する判決である。なぜならば、〔1〕〔2〕の二件が同じ結論を採ったことにより、「取消通知」という方法の「準則性」の程度が高まり、「規範言明」として検討に値するものになったと考えられるからである。

(ロ)本件の事案においては、債権の譲受人 Y_2 (受益者)が取立を完了していないため、金銭(一二〇万円)の現実の占有は Y_2 に移転していない。従って、判例の準則たる「相対的取消」理論に立脚するならば、現物返還の方法としては、 Y_1 から Y_2 への債権譲渡を、取消債権者 X と受益者 Y_2 との関係においてのみ取り消せばよいことになる。その方法として、本判決は、受益者 Y_2 に対し、第三債務者 A に債権譲渡が取り消された旨の通知をせよと命じたものと考えられる。この Y_2 からの通知が A に到達すれば、 A が Y_2 に債務の弁済をする可能性はなくなり、逸出した債権の取り戻しという目的は、一応達成されたかに見える。しかし、この方法には、次に述べるような理論上の問題点が潜んでいるのである。

(ハ)本判決が「相対的取消」理論¹⁸⁾に立脚しているならば、取消通知の内容は次の二点から構成されるはずである。即ち、(i) $X—Y_2$ (取消債権者—受益者)間では、債権譲渡は取り消され、当該債権は債務者に復帰する。(ii) $Y_1—Y_2$ (債務者—受益者)間では、債権譲渡は有効であつて、当該債権は受益者に帰属している、という二つの内容である。そうだとすると、一方で受益者 Y_2 は、右の(ii)を理由として、 A から金銭を取り立てることも——理論上は——可能であると解することができる。他方、取消債権者 X は、右の(i)を理由として、債務者 A に復帰した債権に対して債権執行を開始することも可能となるはずである。このような場合に、当該債権は、一体、誰に帰属していると考えればよいのだろうか。換言すれば、取消通知という方法を採用し

たとしても、「相対的取消」理論に依拠するがぎり、債権の帰属が不明確のままであるという状態が続くことになる。この点においても、「相対的取消」理論の欠陥を見出すことができよう。

(二)しかし、本判決は、「取消の結果本件債権は当然譲渡人から債務者に復帰するものであって……」と暗示しており、「絶対的取消」理論(債務者—受益者の譲渡も無効と解する説)を採っていると本判決を理解する余地もある。もし、そうだとすると(イ)で述べた筆者の批判はあたらないことになる。しかし、本判決は「絶対的取消」理論を採ることを明示していないこと、及び詐害行為取消訴訟の被告を受益者一人に限定していること(「絶対的取消」ならば Y_1 Y_2 の二人に取消を命ずるはずである)から考えて、本判決は「相対的取消」理論に立脚していると考えて差し支えないであろう。

(ホ)右に述べた理論上の欠点は、現物返還の方法として、いわゆる執行忍容訴訟(die Klage der Duldung des Zwangsvollstreckung)を導入すれば、それらを回避できる。なぜならば、現物返還を執行忍容訴訟により行う場合には、詐害行為の目的物たる債権に対して、執行忍容判決を受益者に対する債務名義として債権執行を行うことになるからである。換言すれば、当該債権が受益者に帰属したままの状態——その債権が、あたかも債務者の資産中に復帰したかの如くにみなして——取消債権者は、当該債権に対し債権執行を行い、自己の債権回収をはかることができるからである。従って、当該債権は受益者に帰属したままであり、本判決の取消通知による場合のように、債権の帰属が不明確になるという欠点は全く存在しないのである。なお、責任説によれば、執行忍容訴訟は詐害行為取消訴訟とは別個の訴訟であるのに対し、私見たる訴権説は、詐害行為取消訴訟そのものが執行忍容訴訟であると解している、という相違がある。¹⁹⁾ 右に述べた諸点について

は、本章第三節及び第四章で詳述することにし、ここでは右の結論を指摘するだけに止めたい。

[3] 東京高判昭和六一年一月二七日金融・商事判例七六八号一四頁

△事実の概要▽ $X_1 \setminus X_4$ (取消債権者) は、A (債務者) に対して売掛代金債権を有していた。A は水産物 $Y_1 Y_2$ (第三債務者) に販売し、売掛金債権を有していたが、昭和五七年九月二一日に倒産した。A の取締役 Z (受益者) は、自己の預金を担保に入れて信用金庫から借り入れた資金を、さらに A に貸付けていた。

しかし、A が倒産すると同時に以下の詐害行為を、Z は A との間で実行した。第一に、Z が A に貸付けていた金員の弁済を受けた。第二に、A が $Y_1 Y_2$ に対して有していた売掛代金債権を、A から Z に譲渡した。右の事実を知った $X_1 \setminus X_4$ は、(i) A から Z への弁済、(ii) A から Z への債権譲渡が、各々、詐害行為に該当することを理由に、それらの取消を訴求した。そして、 $X_1 \setminus X_4$ は、原状回復方法として、(i) Z に対しては受領した弁済金の $X_1 \setminus X_4$ への支払いを、(ii) $Y_1 Y_2$ に対しては Z に譲渡された債権の支払いを直接請求した。

第一審判決は、この $X_1 \setminus X_4$ の Z (受益者) 及び $Y_1 Y_2$ (第三債務者) に対する請求をいずれも認容した。⁽²⁰⁾ この一審判決に対して、 $Y_1 Y_2$ は控訴した。その控訴理由は以下の如くである。即ち、一審判決は取消の効力を「相対的」だと解しているのだから、詐害行為取消の効果は、第三債務者である $Y_1 Y_2$ に及ぶことはなく、それゆえ $X_1 \setminus X_4$ は $Y_1 Y_2$ に当該債権の直接の支払請求をなし得ない、というものである。

また、取消の効力が「相対的」である以上、当該債権が債務者 A に復帰することもあり得ないから、 $X_1 \setminus X_4$ は、A に代位して (民法四二三条)、 $Y_1 Y_2$ に支払請求をすることもできない、と $Y_1 Y_2$ は主張した。

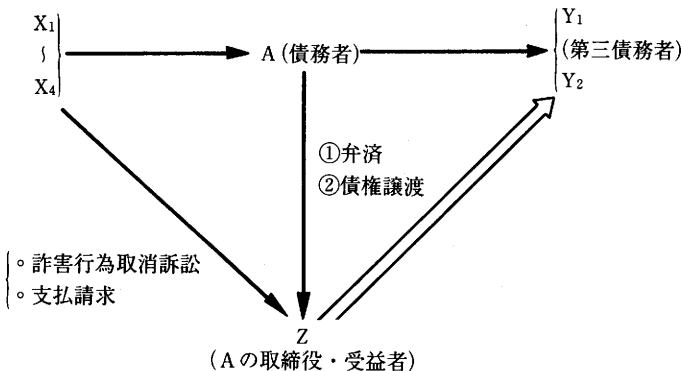
△判旨▽ 原判決を一部変更し、原状回復方法につき次のように判示した——「……詐害行為取消の効力は、

相対的であつて、訴訟当事者である債権者と受益者又は転得者との間においてのみ生じるにすぎず、債務者には及ばないから、本件においては、被控訴人 Y_1 Y_2 に対し履行の請求を求めるところはできないと解すべきである。しかし、他方被控訴人 X_1 、 X_4 は、詐害行為取消による原状回復を計る方法として、控訴人 Z に対し、第三債務者である控訴人 Y_1 Y_2 に対し債権譲渡が詐害行為により取消された旨の通知をすることを求めることができると思すべきである。」

△分析▽ (イ) 本件の事案では、弁済と債権譲渡の詐害性の有無が争われているが、本稿のテーマである債権譲渡の詐害行為取消に関連する事項についてのみ言及する。⁽²²⁾

(ロ) 本判決は、先行する(2)判決と同様に、受益者から第三債務者への取消通知を、受益者に命ずることにより現物返還をはかっている。しかし、(2)判決と本判決との間には、詐害行為取消権の効果に関して、見解の相違が見受けられるのである。なぜならば、(2)判決は「取消の結果本件債権は当然譲渡人から債務者に復帰するもの」と判示しているのに対し、本判決は

△参考図▽



「詐害行為取消の効力は、〔中略〕債務者には及ばないから、本件においては、 X_1 と X_4 は、債務者であるAに代位して第三債務者である Y_1 Y_2 に対し履行の請求を求めることはできないと解すべきである。」と判示しているからである。そうすると、〔2〕判決は——この判決が「相対的取消」理論に立脚しているか否か自体が判然としていないとも言えるのではあるが——取消債権者に対する関係では、当該債権が債務者に復帰すると解しているが、本判決はそのように解してはいないという違いがあることになる。この違いは、本判決が判示するように、取消後に取消債権者が債権者代位権により当該債権を取り立てることができるか否か、という違いになって現われる。そして、本判決は債権者代位権による取り立てを明示的に否定する。しかし、そうなると、① X_1 と X_4 は取消通知後にどうやって債権回収をはかればよいのか・②当該債権は、取消通知後には、一体誰に帰属することになるのか・③さらに、取消通知後に、 X_1 と X_4 は、民事執行法に則って当該債権に対する債権執行を行うことができるのだろうか、という一連の疑問が生じてくる。このように、本判決は、結論こそ〔2〕判決と同じであるが、取消債権者に対する関係においてさえ、当該債権の債務者への復帰を認めていないと考えられるがゆえに、右の①と③の三点において、理論的不明確さの程度が増大していると言えよう。(ii)このような理論的不明確さを考慮した結果か否かは明らかではないが、最近では、取消通知による現物返還と、取消通知後の代位権行使による債権回収とを肯定する判決が現われている。次は、その判決を検討しよう。

〔4〕 東京地判平成元年五月二四日判例時報一三五一号七四頁

△事実の概要▽ X (取消債権者) は、 A (債務者) に対して有する約束手形金債権 (合計七五九万円) —

以下では被保全債権と呼ぶ)に基づき、Aの Y_1 (受益者)に対する代物弁済としての債権譲渡が詐害行為に該当することを理由に、その取消を訴求した。それと同時に、Xは Y_2 (第三債務者)に対し、譲渡された債権の全額七四七万円を直接自己に支払うべき旨を請求した。この Y_2 に対する直接請求の根拠として、Xは以下の二点を挙げている。即ち、第一点は詐害行為取消権の効果として Y_2 に直接請求ができるというものであり、第二点は、右第一点の主張が認められないとしても、債権者代位権に基づき、詐害行為取消の結果Aに復帰した債権を代位行使して、 Y_2 に直接請求をすることができるといものである。

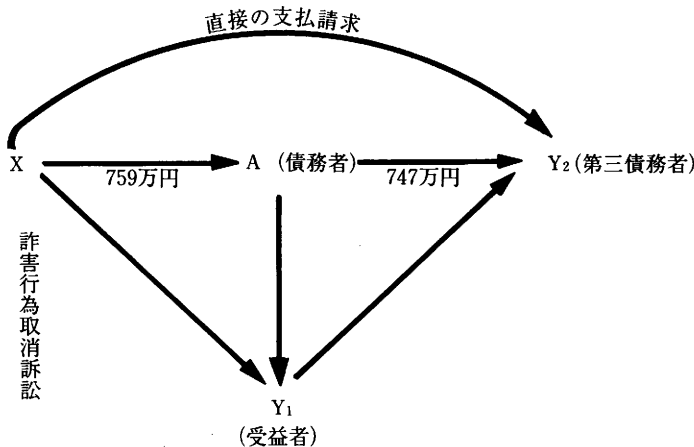
右のXの主張に対し、 Y_2 は次のように反論した。即ち、詐害行為取消権による原状回復方法としてXに許されることは、 Y_1 から Y_2 に対し債権譲渡が詐害行為として取り消された旨の通知を為すべきことを、 Y_1 に請求できるだけであると主張した。また、詐害行為取消の効力は相対的なものであり、債務者A及び第三債務者 Y_2 には及ばないから、取消債権者Xは債務者Aに代立して、債権の支払いを Y_2 に請求することもできない、と Y_2 は主張した。⁽²⁴⁾

〈判旨〉一部認容「……詐害行為取消は、債務者の不当な責任財産減少行為を取り消して原状回復をさせ、責任財産を保全するための手続きであつて、詐害行為取消により金銭の取戻し又は他の財産の返還に代る賠償を求める場合に、取消債権者に受益者又は転得者に対する自己への直接の給付請求を認めるのは、受益者又は転得者に対し債務者に対する右の金銭給付を命じたとしても、債務者がその受領を拒み、又は受領した金銭を費消する等して責任財産保全の目的を遂げ得ない虞れがあることを慮つての例外的な取扱いであるから、そのような虞れのない場合にまでこれと同様の請求を認めることは、詐害行為取消制度の目的の範囲を

逸脱することとなり、認め難い。

したがって、債権譲渡につき詐害行為としてその取消を訴求する場合、取消債権者は、〔中略〕債権の譲受人又は転得者が第三債務者から譲受債権の弁済を受けてないときは、原状回復の方法として、取消債権者が債権譲渡の取消を第三債務者に対抗し得るように、債権の譲受人又は転得者に対し当該債権の譲渡が詐害行為として取り消された旨第三債務者に通知することを求めることができるに止まり、裁判所は右原状回復としてこれを命ずる必要があるが、取消債権者が第三債務者に対し譲受人又は転得者の未回収の債権を回収するためその金銭の支払いを求めることは、詐害行為取消による責任財産保全としての原状回復の範囲を超えるものであって、許されない。また、債権の譲受人又は転得者がいまだ第三債務者から譲受債権の弁済を受けてない債権譲渡の詐害行為取消について、取消債権者が詐害行為取消とともに債権者代位権に基づき第三債務者に対する当該債権の履行を請求することは、当該債権譲渡が詐害

△参考図▽



行為として取り消され、その旨の通知がなされて、はじめて債権譲渡の取消を第三債務者に対抗し得ることとなり被代位債権の存在を主張し得ることになることに反するから、これを認めることはできない。」

△分析▽ (1) 本判決も、〔2〕〔3〕と同様に、取消通知による現物返還を命じている。そのうえ、取消債権者の第三債務者に対する直接の支払請求が認められない理由、及び、現物返還が取消通知によつて為されなければならぬ理由を詳細に判示している点において、「反論可能性」が〔2〕〔3〕よりも大きく、「良い法律論」であると評することができよう。⁽²⁵⁾ そうすると、次は、本判決の法律論が反論に耐え得るか否かをテストしなければならぬ。

(ロ) まず第一に、本判決は、現物返還方法としての取消通知を、詐害行為取消という効果を第三債務者に対抗し得るようになすため、對抗要件の一種だと判示している。そうだとすると、右の取消通知は、民法四六七条一項の債務者に対する對抗要件と類似した構造を有することになる。即ち、取消通知を受けた第三債務者に債権譲渡の取消の有無を認識させ、第三債務者に債権の帰属状態を第三者に対して表示せしめるという構造である。⁽²⁶⁾ 換言すれば、不完全ではあるが、第三債務者に一種の公示機能を果たさせようとする構造であると言えよう。しかし、本判決が、大連判明治四四年三月二十四日以来の「判例の準則」である「相対的取消」理論に立脚しているとすると、〔2〕判決の△分析▽で述べたように、このような取消通知を第三債務者が受け取ったとしても、当該債権の帰属状態は不明確のままであり、第三債務者に公示機能を果たさせることは不可能となろう。⁽²⁸⁾ つまり、取消通知を命じても、当該債権の帰属という重要な法律問題に関して、何らの解決ももたらされないことになる。⁽²⁹⁾

(イ)しかし、本判決は、詐害行為取消の効果を——間接的な説示の仕方においてではあるが——「絶対的取消」だと考えているようである。なぜならば、本判決は、取消通知が為された後に、取消債権者が債権者代位権により、自己の被保全債権を回収できると述べているからである。詳言すれば、取消の効果が債権者にも及び、当該債権が債務者の資産中に絶対的に——即ち、債務者—受益者間の関係においても——復帰すると解さない限り、債権者代位権による被保全債権の回収を理論的に説明することはできない筈だからである。つまり、本判決は、「相対的取消」理論を捨て去り、「絶対的取消」理論を採用したと理解できるのである。そして、そのメリットとして、取消通知後の当該債権の帰属状態——取消債権者及び受益者の双方に対する関係において債務者に帰属する——が明確になるといふ点を挙げる事ができる。

(ニ)しかし、取消債権者の被保全債権の回収の実効性という観点からは、「絶対的取消」理論に対しては疑問が残る。第一に、無資力の債務者が、自己の資産中に復帰した債権を行使してその取立を実行し、取り立てた金銭を費消する虞れが生ずる。この危険を避けるために、取消債権者は、取消判決が確定してから債権回収を行うまでの間に、仮差押命令を得てその執行を行わなければならない(31)。そうだとすると、取消債権者にとっては、債権回収に至るまでの一連の手続——例えば、保全処分・債務名義の取得・強制執行手続などが考えられる——に必要な時間と費用がかかり過ぎることになりはしないだろうか。そして、取消債権者が詐害行為取消訴訟を提起した意義の過半が、右に述べた理由によって、失われることになるのではないかと筆者は考える。

第二に、民法四二五条との関連で疑問が残る。即ち、本判決が「絶対的取消」理論を——間接的な説示の

仕方ではあるが——採用するという工夫をなしたとしても、総債権者の利益にはならないと考えられるからである。なぜならば、「絶対的取消」という効果は詐害行為取消判決によつてのみ生ずるから(民法四二四一条一項本文により「取消」を「許え」によつてしか請求できないことからの論理的帰結である)、取消判決の判決効が及ばない原告以外の総債権者は、債務者に復帰した債権に対する強制執行手続に配当加入することができない、と考えられるからである。そうだとすると、民法四二五条が取消判決の効力を他の総債権者に拡張するという法技術的意義を有する点に言及していない本判決——他の判決も同様なのであるが——は、原告以外の総債権者の債権回収の機会を保障しているとは言い難いのである。

第三に、原告たる取消債権者自身の債権回収に限定して考えてみても、取消債権者は、(i)債務者に対する債務名義を得るために、もう一度、給付訴訟を提起するか・あるいは(ii)債権者代位権という迂遠な方法によつて債権を回収するか、という二度手間を強いられることになる。⁽³²⁾

このように、本判決の現物返還方法及び理論構成には、①債権の帰属を明確にすることができるといふ長所はあるが、②取消債権者の債権回収の実効性、及び、③他の総債権者による配当加入の機会の保障、という二点に関しては無力であるという短所が存するのである。

(ホ)しかし、執行忍容訴訟を現物返還の方法として導入し、且つ、民法四二五条は執行忍容判決の効力(就中、その執行力)を総債権者に拡張するという意味を持った規定だと解するときには、右の①、③の問題点をすべて解決できる。右の見解(私見||訴権説)の内容及び民事執行法との整合性については、本章第三節で詳論することにして、ここでは右の結論のみを指摘するに止めたい。⁽³³⁾

(2) 次に、第三債務者に対して、詐害行為の目的物たる債権の取消債権者への弁済を命ずることによって、原状回復を計る判決例を紹介する。つまり、現物返還ではなくて金銭の支払いによって原状回復を計る判決例である。

〔5〕 東京地判昭和六〇年九月一九日金融・商事判例七五一号三〇頁

〈事実の概要〉 本判決は、前掲〔3〕判決の第一審判決であるので、事実の概要については〔3〕判決の該当箇所を参照されたい。

〈判旨〉 一部認容「……ところで、Xらは、訴外Aがした前記債権譲渡の取消しと併せて、被告Zに対し、右取消しの通知を被告Y₁及びY₂にすることも求めているが、当裁判所は、債権譲渡を詐害行為として取り消す場合には、詐害行為取消権の効力として、譲渡債権の債務者に対し、右取消しによって復帰する債権につき債権者代位権の行使をまつまでもなく、その履行を求めることができ、この場合、右債務者に対する債権譲渡取消の通知は要しないと解するのが相当であると思料する。ただし、詐害行為取消権の効力は相対的なものであるから、譲渡債権の債務者が右取消権行使の相手方とされない場合には、右債務者に対し債権譲渡取消の効果を当然に主張することはできない筈であり、右取消権の実効を期するためには、その効力として債権譲渡の取消と併せこれにより復帰した債権の履行をも訴求できなければならないと考えるからである。」

〈分析〉 (イ)冒頭でも述べたように、本判決は、〔1〕〔4〕判決とは異なり、取立未了の場合であっても、取消債権者は第三債務者に対して、当該債権の支払いを、詐害行為取消権自体の効果として、直接請求できると判示している。その理由として、詐害行為取消の効果が「相対的」であって、取消訴訟の被告ではない第三債務者に及ばない以上、取消の効果を第三債務者に主張できないことを挙げている。また、その結果と

して、取消通知をする必要もないと判示している。それゆえに、詐害行為取消権の実効性 \parallel 債権回収の実効性を期するために、第三債務者に対する直接請求を肯定しなければならぬとの結論に達している。

(ロ)右の判示事項のうち、取消判決の効力が、被告ではない第三債務者に及ばないという点は、理論的に正当である。また、取消権行使の実効性 \parallel 債権回収の実効性に留意している点も、この制度の問題点を直視していると評価することができよう。しかし、本判決には、以下に述べるような疑問点が存在する。即ち、第一点として、本判決の判旨自体からは、取消判決が確定した時点で当該債権が誰に帰属しているのが明らかではない。この点では、当該債権が債務者に帰属することを——間接的にはあるにせよ——判示する〔4〕判決の方が優れている。第二に、取消債権者が優先弁済を受ける結果を生ぜしめることについて、その理由が明らかではない。民法四二五条という明文がある以上、この条文と正反対の帰結を生ぜしめる判示事項には何らかの理由付けが必要だったのでなからうか。第三に、債権回収の実効性を説くことに急ですぎず、民事執行による債権回収の可能性について全く考慮がなされていない。私見たる訴権説から一言すれば、取消債権者は受益者に対して執行忍容請求権を有するにすぎず、従って、取消債権者は受益者に帰属したままになっている当該債権に対して、民事執行法による債権執行を行うという債権回収手続を踏むことになる。それゆえ、本判決が、単に債権回収の実効性のみを理由として、取消債権者に直接の支払請求権を与えたことには、論理の飛躍があると筆者は考える。

(ハ)要するに、本判決が採る原状回復方法は、一見すると効率的であるように見えるが、①目的物の帰属・②民法四二五条及び民事執行法との関係、という二点において理論的不明確さを残していると言わざるを得

ない。③それゆえ、原告以外の総債権者による配当要求（債権回収）の機会の保障という論点も、本判決の視野には入っていないのである。従って、本稿の分析視角から検討すると、本判決の原状回復方法は、問題点の多いものだと評価せざるを得ない。

(3) ここまで、五件の取立未了のケースを検討してきたが、いずれの判決も理論上の問題点を内在せしめていることが明らかになったと思われる。次は、取立未了のケースを検討し、やはり理論的問題点が、かなり潜んでいることを明らかにしよう。

(1) 最近の下級審判決例の中に、金銭債権以外の債権が詐害行為取消権による取消の対象となり得るか否かが争われた興味深い事例がある。それは、東京地判平成元年三月二十八日判例時報一三二五号七三頁である。この事件では、時価八億円のマンションの買主たる地位（契約上の地位）の無償譲渡が詐害行為に該当するか否かが争われた。この買主たる地位には、当該マンションの所有権の引渡請求権（債権）と、その代金三億円の支払い義務とが含まれていた。従って、右の買主たる地位には、マンションの時価とその代金との差額〓五億円の経済的価値が含まれていると認定され、それゆえ、右買主の地位（マンションの引渡請求権という債権が経済的価値を有する）の無償譲渡は詐害行為取消の対象となると、右判決は判示している。このように、金銭債権でなくとも——右判決の事案における特定物の引渡請求権のように——その譲渡が詐害行為となり得ることがある。なお、右判決の問題点の詳細については、拙稿・本件評釈・判例評論三七五号（判時一三四〇号）一九〇頁以下を参照されたい。

(2) 本文中で述べた債権譲渡の態様のうち、取立のための債権譲渡・及び・担保としての債権譲渡（代理受領などの債権の

譲渡担保)については、譲受人にどのような権限が譲渡されると解するかにつき、多くの議論がかわされている。そして、取立のための債権譲渡については、これを(i)債権の信託的譲渡と(ii)単なる取立権能の授与、の二つの場合に分けて論じられるのが通例である。

これらのうち、(i)の場合には、債権は譲受人に移転し、(ii)の場合には、譲渡は生ぜず、形式上の譲渡人が実質的には債権者であると解するのが多数説である(我妻栄・新訂債権総論(昭和三九年) 五五〇—五五四頁、林良平||石田喜久夫||高木多喜男・債権総論(改訂版・一九八二年) 四七一—四七四頁、奥田昌道・債権総論(下)(昭和六二年) 四五七—四六一頁、星野英一・民法概論Ⅲ(昭和五四年) 二二三—二四頁、平井宜雄・債権総論(昭和六〇年) 九三—九四頁、前田達明・口述債権総論(第二版・平成二年) 四〇二—四〇三頁等を参照)。そして、本稿のテーマとの関連では、①取立のための債権譲渡が為された後に、②正式の債権譲渡が為され、③對抗要件(民法四六七条)も具備された場合に、どの時点で詐害行為が生じたと解すべきかが問題となる。この点については、第二章第一節三「取立完了のケースについて」で検討を加えることにする。

次に、代理受領について簡単に説明すると、債権を目的物とする譲渡担保の一種である。(詳細については、高木多喜男・担保物権法〔有斐閣法学叢書2・昭和五九年〕三一一頁を、また、その実態については、鈴木祿弥・物権法講義(三訂版・昭和六〇年) 二七八頁を、各々、参照されたい。)この代理受領についても、代理受領契約後に当該債権を代物弁済として譲渡し、その詐害性が問題とされることがある(最判昭和五〇年七月一九日民集二九卷六号一一一九頁及び、星野英一・本件評釈・法協九三卷一一号一三五頁(星野「民事判例研究」第三卷・2(一九九〇年)・三六頁以下に所収)を参照)。この場合には、代理受領という非典型担保が、第三者に対する対抗力を有する担保なのか否かが問題とされる。この点については、代理受領契約の内部関係に関する最判昭和四四年三月四日民集二三卷三号五六一頁(右契約に反して、債務

者—譲渡人に弁済した第三債務者の不法行為責任を肯定した)が、この非典型担保の対第三者効力の有無を考察する際の一つの手掛りとなるであろう。しかし、学説は對抗要件としての手段がないことを理由に、対第三者効力の存在を否定している(高木・前掲書・三二一頁)。なお、実務における代理受領の沿革については、岩城謙二「実務から見た担保権利用の問題点」(『金融担保法講座』第一巻に所収)六三頁、七六頁を参照されたい。

(3) 平井・前掲書・前掲箇所を参照。

(4) 例えば、最判昭和二十九年四月二日民集八巻四号七四五頁では、譲渡人と譲受人との間で、まず取立委任契約が締結された後、その契約上の義務の履行に替えて債権譲渡が為されている。また、注(2)で掲げた最判昭和五〇年七月一九日の事案も、前述したように、代理受領契約に引き続いて、債権譲渡が行われたというものである。従って、これらの事業では、取立委任と債権譲渡・代理受領と債権譲渡が、各々、どのような関係に立つのかが一つの論点となる。それらの実質は、一連の譲渡行為にすぎないと認定されれば、詐害性を肯定しやすくなるであろう。逆に、完全に分離した二つの契約であり、且つ、取立委任や代理受領が、強い効力を持つ非典型担保としての性質を有すると解することができれば、詐害性は弱くなるであろう。これらの諸点は、本節三で詳述する。

(5) この点の概略については、飯原一乗「判例を中心とした詐害行為取消権の研究」司法研究報告書第一八輯二号一八四頁以下、野村豊弘「詐害行為となる債権譲渡の取消」ジュリスト九〇一号九六頁、野口恵三「詐害行為として債権譲渡の取消を求める訴訟において、第三債務者に当該債権の弁済を請求できるか」NBL四四九号四八号、を各々参照されたい。なお、前掲拙稿・判例評論三七五号(判時一三四〇号)二八頁以下にも、この点についての判例理論の叙述がある。

(6) 我妻栄・民法講義IV新訂債権総論(昭和四九年版)二〇四頁参照。

(7) 同右。但し、柚木説は、債権譲渡につき取消のみの訴求を許した大判昭和六年三月一七日民集一〇巻一七〇頁を、何ら

の留保も付さずに紹介していることから、この大審院判例に賛成しているようである(柚木馨著・高木多喜男補訂・判例債権法総論〔昭和五十一年版〕二二〇頁参照)。

(8) 我妻・前掲書・前掲箇所を参照。柚木・高木・前掲書二二〇頁も同様である。

(9) 民録二〇輯八四頁を参照。

(10) この点についての概略は、野村・前掲論文九六頁以下を参照。なお、本稿では、本節二で右の点につき詳しい検討を行う。

(11) 大判明治三十六年一月二七日民録九輯一三二〇頁、最判昭和二十九年四月二日民集八巻四号七四五頁である。しかし、最高裁判例の中には、受益者に対し、取り立てた金銭を第三債務者に返還せよと命ずる方法を支持するものもある(最判昭和五〇年七月一九日民集二九巻六号一一一九頁)。以上の判例の詳細については本節三で紹介する。

(12) これらの規定については、鈴木忠一「三ヶ月章編集・注解民事執行法(4)〔昭和六〇年〕三五〇頁以下、中野貞一郎・民事執行法・下巻〔昭和六二年〕五一八頁以下、三ヶ月章・民事執行法〔昭和五六年版〕三七三頁以下等を参照されたい。

(13) 民録二〇輯八四頁参照。

(14) 本文中で述べたように、下級審判決を「先例的な」判決と位置付けることに対しては、最高裁判例と下級審判決を同列に扱うことになり判例評釈の伝統的な方法に反するものだと批判が寄せられるかも知れない。しかし、たとえ下級審判決であっても最上級審判例の存在しない領域の法律問題について、何らかの「規範的言明」を含む場合には、それは最上級審判例に準ずる程度の「準則性」を有すると考えてもよいのではないだろうか(「規範言命」・「準則性」というタームの意義については、平井宜雄「判例研究方法論の再検討(3・完)」ジュリスト九六(三)号一四三頁以下を参照)。もし、このような考えが正しいとするならば、本判決は現物返還の方法についての規範言明——その理由付けが乏しいので、「良

い法律論」とは言い難いではあるが——を明示しており、この問題点に関する「反論可能性」の程度を多少なりとも大きくしているが故に、「先例的」下級審判決として扱ってよいのではなからうか（「反論可能性」という基準が法律論にとって重要であること・及び・その基準の内容については、平井「法解釈論の合理主義的基礎づけ——法律学基礎論覚書・その二——」法協一〇七巻五号七二五頁以下、特に七八八—八一四頁の「四」「反論可能性テーゼ」再説」を参照されたい。また、「反論可能性テーゼ」と判例研究法論との関係については、平井・前掲論文ジュリスト九六二号一四四頁を参照）。

(15) ①大阪地判昭和三十一年九月二八日判例タイムズ六六号七九頁、②東京高判昭和六一年一月二七日金融・商事判例七六八号一四頁、③東京地判平成元年五月二四日判例時報一三五—一七四頁の三件である。

(16) もっとも、上告審では、Xが取消を請求できる範囲は、Aの総債務額に対する総資産額の割合（つまり純資産額の割合）を超過する部分に限られるのか否かが争われた。即ち、Yの主張によれば、Aの純資産は総資産額の約五割であるから、YのAに対する一万一千円の債権も五千五百円の限度で正当な弁済を受けることができることになる。このYの主張に対し、大判昭和二六年二月一〇日は、「……凡ソ詐害行為ノ取消ハ民法四二五条ニ依リ総債権者ノ利益ノ為メニ其効力ヲ生スルモノナルカ故ニ〔中略〕右五千五百圓ノ限度ヲ超過セサル部分ノ譲渡ハ依然トシテ詐害行為タル性質ヲ失ハサルヘキモノナルヲ以テ原審カ本件売掛代金債権ノ譲渡ノ全部ノ取消ヲ認容シタルハ所論ノ如ク違法ナルモノト云フヲ得ス……」と判示し、債権譲渡の全部取消を肯定したのである。従って、上告審での争点は、現物返還方法が如何なるものかという点からずれてはいるものの、一審判決の現物返還方法は破棄されていないのである。

(17) この判決は、下民集七巻九号二七一六頁にも掲載されている。

(18) 大連判明治四四年三月二四日民録一七輯一一七頁以下を参照。

(19) なお、責任説と訴権説との相違については、拙稿「詐害行為取消権に関する一試論——その効果論を中心として——」（四・

完」法協一〇五卷三号三二一—三二八頁を参照されたい。

(20) 第一審判決は、東京地判昭和六〇年九月一九日金融・商事判例七五一号三〇頁である。この判決については、本節(2)で検討する。

(21) △事実の概要▽では触れなかったが、Z(受益者)も、弁済は詐害行為とはならないと主張して、控訴していた。

(22) 一部の債権者に対する弁済が詐害行為にあたと判示した最高裁判例としては、①最判昭和三三年九月二六日民集二二卷一三号三〇二二頁、②最判昭和四六年一月一九日民集二五卷八号一三二二頁、の二件がある。特に、②判決は、受益者が自己の債権額に対応する弁済金の支払いを拒むことができるか否かについて、民法四二五条の解釈が争点となった判例として著名である。

(23) 大判昭和一〇年三月一二日民集一四卷四号四二八頁は、債権者が、自己の債務者に対する金銭債権を被保全債権として、債務者の第三債務者に対する金銭債権を代位行使する場合には、直接、自己債権者への金銭の引渡しを請求できると判示している。従って、取消債権者は、取消後に債権者代位権を行使できれば、事実上の優先弁済を受けることができるのである。

(24) なお、本件の事案においては、詐欺行為の目的物たる債権に譲渡禁止特約(民法四六六条二項参照)が付されていた、という特殊な事情が存する。この特約の存在が、Xの詐害行為取消権の行使に及ぼす影響については、判例評論(三八三号)に掲載の拙稿(本件評釈)を参照されたい。

(25) 「反論可能性」及び「良い法律論」というタームについては、次に示す平井宜雄教授の画期的な一連の論稿——そのうちの二つについては注(14)でも紹介したが——を参照されたい。①『法律学基礎論覚書』(一九八九年・有斐閣)、②『法解釈論の合理主義的基礎づけ——法律学基礎論覚書・その二——』法協一〇七卷五号七二七頁(一九九〇年)、③『判例

研究方法論の再検討——法律学基礎論覚書・その三——(1)——(3・完)ジュリスト九五六号六一頁、九六〇号四

一頁、九六二号一三六頁、の三論文である。これらのうち、①については九八頁以下、②については七八八—八〇二頁、

③については九六二号一四三頁以下に、前記の二つのタームに関する詳しい叙述があるので、それらを参照されたい。

(26) 民法四六七条の對抗要件の構造については、最判昭和四九年三月七日民集二八卷二号一七四頁が、本文中に述べたよう

な説明をしている。その内容を、池田真朗教授の表現を借りて示すならば、次の如くなる。即ち、第三債務者の「正式な認識」を基軸とし、彼にインフォーメーション・センターとしての役割を与え、不完全ながら一種の公示機能を果たさせようとするものである。(池田「債権譲渡の對抗要件具備の衝突」民法の争点Ⅱ(一一一)六二頁からの引用である。)

(27) 民録一七輯一一七頁を参照。

(28) 繰り返しになるが、(i)取消債権者—受益者間では債権が債務者に復帰しているし、(ii)受益者—債務者間では、債権は受益者に譲渡されたままになっているという状態を、 Y_2 は認識する訳である。従つて、第三債務者 Y_2 は、誰を正当な債権者として扱つたらよいかについて迷うことになる。

(29) この点においても、「相対的取消」理論が、もはや無力であることを理解して頂けるであろう。

(30) 取消の効力は、債務者—受益者間にも及び、その結果、当該債権は右の二者の関係においても、債務者に復帰すると解する理論である。

(31) 民事保全法二〇—二二条、及び五〇条を参照。なお、新しく制定された民事保全法の仮差押えについては、山崎潮「新民事保全法の解説」(平成二年)一一二—一二四頁・一二四—一二五頁および「民事保全法の運用と展望」ジュリスト臨時増刊九六九号(一九九〇年)に収められている関連する諸論稿(第Ⅲ部の17〔佐賀〕・18〔福水〕・32〔矢尾〕等を参照されたい。

(32) 本判決自身も、このような状態に陥ることを、判決理由中で認めている(判時一三五一号七八頁参照)。

(33) なお、本文中で触れた私見の概要については、判例評論三八三号二〇七頁(本件評釈)を参照されたい。私見の詳細については、本稿の第四章で述べることにする。

〔未完・次回に続く〕

〔筆者の浄書の都合上、第二章第一節三・四の本文及び注は、次回にこれをまわすことにした。読者の方々に、不体裁をお詫びする次第である。〕