

〔論文〕

## 債権者取消権の効力について

高 森 哉 子・中 原 愛

名古屋学院大学 / 朝日大学大学院法学研究科博士課程

### 要 旨

債権者取消権の効果は、相対的で、取消権者と受益者又は転得者との間でのみ法律行為が取消され、その他の者との間の法律関係には影響を及ぼさないと解されている。この見解によれば、善意者から転得した者が悪意である場合に、その前者が善意であっても、悪意の転得者に対して債権者取消権を行使できると解されている。本研究では、債権者取消権の沿革と本質から、上記の考え方を批判的に検討することを試みたい。私見は、独立的善意者が現れた段階で詐害行為性は無くなることを理由に、転得者が「悪意者」であっても、その者に対して、債権者取消権の行使は認められないと考えている。本論文は、債権者取消権制度の歴史と概要を論じた上で、この問題を考察し、さらに、類似性のあるテーマとして、二重譲渡における背信的悪意者からの転得者と民法177条の「第三者」の問題を取り上げ、この両者の問題に共通する相対的構成の妥当性を、学説及び判例の研究から批判的に考察する。

キーワード：債権者取消権（民法424条）、相対的構成、独立的善意者、背信的悪意者

## A Study of “Actio Pauliana”

Chikako TAKAMORI, Megumi NAKAHARA

Nagoya Gakuin University / Graduate School of Law Administration Asahi University

---

発行日 2015年10月31日

## 目 次

- 一 序
- 二 債権者取消権制度の概要
- 三 判例——最判昭和49年12月12日金融商事判例474号13頁——
- 四 背信的悪意者の判例との比較——最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁——
- 五 考察
- 六 結

## 一 序

債権者取消権（民法424条）とは、総債権者の共同担保である債務者の一般財産を保全するために、債権者を害することを知りながらこれを不当に減少させる債務者の行為（詐害行為）を取消し、債務者の一般財産から逸出したものを債務者の許に戻すことを目的とする制度である、と一般的に理解されている。債権者取消権には、その法的性質（形成権説、請求権説、折衷説、責任説など）及びこれとの関係で被告適格を有する者は誰であるか、取消の具体的効果など様々な問題があり、成立要件についても、債務者が債権者を害する法律行為（詐害行為）をしたこと（客観的要件）、債務者及び受益者又は転得者が詐害の事実を知っていること（主観的要件）が必要とされ、各々について種々の議論がなされている。その中でも、本稿では、受益者と転得者の善意・悪意の関係を中心に考察したい。

債権者取消権が生ずるためには、主観的要件として、債務者及び受益者又は転得者が悪意であることが必要とされている（424条1項本文）。まず、受益者・転得者の両者が悪意の場合には、どちらに対しても取消権を行使できる。また、受益者が悪意で、転得者が善意の場合には、受益者に対してのみ取消権を行使できる。そして問題となるのが、受益者が善意で、転得者が悪意の場合に、転得者に債権者取消権を行使することができるかどうかである。これについては、学説は分かれている。消極説（善意の受益者から転得した悪意転得者に対しては行使できないとする説）は、受益者が善意、転得者が悪意のときは、そもそも詐害行為がないことになるから、悪意転得者に対しても取消権は行使できない<sup>1)</sup>とし、もしこの場合でも取消権の行使を認めると、取消権の影響を受けてはならない善意の受益者が、悪意の転得者から561条以下の追奪担保の責任を問われることとなり、不合理であると主張する<sup>2)</sup>。これに対して、積極説（善意の受益者から転得した悪意転得者に対して行使できるとする説）は、債権者取消権の目的は取消そのものよりも、むしろ財産の回復にあり、取消の効果は債権者に対する関係においてのみ生ずるとする判例理論から推及すると、取消の相手方に悪意があれば十分であり、直接訴訟に関係しない受益者又は転得者の善意・悪意は問題ではないとする<sup>3)</sup>。また、取

1) 川島武宣『債権法総論講義第一』（岩波書店、1949）70頁

2) 勝本正晃『債権総論中巻之三』（巖松堂、1936）408頁、山中康夫『債権総論』（巖松堂、1953）121頁、鈴木祿弥『債権法講義』（創文社、1992）175頁

3) 我妻栄『新訂債権総論民法講義Ⅳ』（岩波書店、1964）199頁、於保不二雄『債権総論（新訂）』（有斐閣、1972）179頁以下、石本雅男『債権総論』（法律文化社、1961）141頁、柚木馨＝高木多喜男『判例債権総論（補訂版）』（有斐閣、1971）229頁、星野英一『民法概論Ⅲ』（良書普及会、1978）116頁、永田菊四郎『新

消の効果が善意の受益者に及ばないことと、悪意の転得者がその得た利益を喪失することは別事であって、その利益の喪失は転得者の悪意に基づくものであることを考え合わせると、転得者はその悪意により得た利益を失い損害を被っても、受益者に対して追奪担保の責任を問う余地はない<sup>4)</sup>という視点から、転得者に対して取消権を行使することができる<sup>5)</sup>と主張している。なお、最判昭和49年12月12日金融商事判例474号13頁は、「民法424条の詐害行為の受益者又は転得者の善意・悪意は、その者の認識したところによって決すべきであって、その前者の善意・悪意を承継するものではないと解すべきであり、また、受益者又は転得者から転得した者が悪意であるときは、たとえその前者が善意であっても、債権者の追及を免れることはできない」として、転得者に対する取消権の行使を認めている<sup>5)</sup>（最判昭和49年12月12日については、三章において考察する）。

この問題と類似性のあるテーマとして、二重譲渡における背信的悪意者からの転得者と民法177条の「第三者」の問題がある。かつては背信的悪意者の権利取得について、それ自体が民法90条にいう公序良俗違反として絶対的に無効になると判断し、背信的悪意者が無権利となる限り、その者からの譲受人たる転得者も当然無権利となるので、転得者は善意でも保護を受け得ないとして、いわゆる絶対的構成が採られていた。例えば、最判昭和36年4月27日民集15巻4号901頁がそれである。しかし、最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁は、不動産の二重譲渡において、背信的悪意者である第二買主からの転得者が登記を備えた場合、転得者は民法177条の「第三者」に当たるかについて、「登記を経由した者がこの法理（筆者注：背信的悪意者の法理）によって『第三者』から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄である」と判示して、相対的構成を採っている。背信的悪意者からの善意の転得者を保護するという点では相対的構成が優れており、この相対的な考え方を推し進めるならば、背信的悪意者に当たらない第二譲受人からの転得者との関係について、第一譲受人は、場合によっては背信的悪意者排除の主張をすることが許されることになるだろう（最判平成8年10月29日については、四章において考察する）。

そこで、もし債権者取消権の場合でも、いわゆる相対的構成を採るならば、受益者善意、転得者悪意の場合にも、転得者に対する取消権行使が認められてもよいことになりそうである。しかし、中間者（債権者取消権における受益者、二重譲渡における第二譲受人）が、「わら人形的善意者」の場合には、結論として相対的構成を採っても妥当であるといつてよいが、中間者が真に「独立的善意者」である場合のその者からの転得者に対する関係で、はたして、相対的構成が妥当であるかどうかは問題のあるところである。そこで、この両者の問題に共通する相対的構成の妥当性を、学説及び判例の研究から批判的に考察していきたい。

民法要義第3巻（上）債権総論』（帝国判例法規出版社、1961）156頁、森田三男『債権総論』（学陽書房、1978）210頁、梅謙次郎『民法要義巻之三債権編』（和仏法律学校、1904）85頁

4) 梅・前掲85～86頁

5) 悪意の転得者に対して取消権を行使できるとする、最判昭和49・12・12金判474号13頁は、いわゆる相対的構成を採用していると評する見解もある。潮見佳男『債権総論』（信山社、1994）375頁、内田貴『債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2005）316頁、奥田昌道・池田真朗・潮見佳男『法学講義民法4債権総論』（悠々社、2007）170頁

## 二 債権者取消権制度の概要

本稿で取り上げる問題を考察する前提として、まず、債権者取消権の意義・性質、要件、行使、効果、時効についてまとめてみたい。

### (一) 債権者取消権の意義と性質

#### 1. 意義

債権者取消権（民法424条）とは、総債権者の共同担保である債務者の一般財産を保全するために、債権者を害することを知りながらこれを不当に減少させる債務者の行為（詐害行為）を取消して、債務者の財産上の地位をその法律行為をなす以前の原状に復することによって、その担保権を確保することを目的とする裁判上行使しなければならない取消権である。

#### 2. 法的性質

この債権者取消権の法的性質については、様々な説があるが、主要なものとして、形成権説、請求権説、折衷説、責任説がある。

##### (1) 形成権説

形成権説とは、詐害行為の効力を否認することをもって取消権の本体とする説<sup>6)</sup>であり、取消権は詐害行為を取消し、その効力を遡及的・絶対的に無効にする権利であると解されている。したがって、訴えの被告は、取消されるべき行為の当事者である債務者と受益者又は転得者とされ、その取消の効果として、受益者又は転得者は権限なく債務者の財産（逸出財産）を保有することになり、債務者に対して不当利得としてこれを返還すべき義務を負うことになる。なお、債務者が返還の請求をしない場合、債権者が逸出財産を債務者の財産に取戻すためには、債権者代位権（民法423条）を行使するしかないとされている。この説は、民法424条の「法律行為の取消しを裁判所に請求することができる」と定めた文理に最もよく適合するが、財産を取戻すにはさらに債権者代位権を援用しなければならないため不便であると考えられている<sup>7)</sup>。

##### (2) 請求権説

請求権説とは、詐害行為によって債務者の一般財産から逸出した財産を取戻すことをもって取消権の本体とする説<sup>8)</sup>で、取消権は詐害行為の結果、逸出した財産の取戻しを請求する権利であると解されている。したがって、訴えの被告は、財産返還請求の相手方（受益者又は転得者）とされ、その請求の効果は、債権者と被告の間で相対的に生じ、債務者・受益者、受益者・転得者間の法律行為には何らの影響を及ぼさないことになる。この説は、制度の目的に最もよく適合するとされているが、民法が「法律行為の取消しを……請求する」と規定して、取消すことをもって取消権の効力としている

6) 石坂音四郎「債権者取消権（廃罷訴権）論」法学志林13巻8号・9号（1911）

7) 我妻・前掲173頁、松坂佐一『民法提要債権総論（第3版）』（有斐閣、1976）115～116頁、潮見・前掲350～351

8) 雉本朗造「債権者取消の訴の性質」法学志林17巻3号・12号、18巻1号（1916）

の無視することになる点や、詐害行為の効力をそのままにして返還を請求することができるというだけでは理論構成が不十分であり、少なくとも、財産の返還を請求する基礎として詐害行為の効力を奪うことを取消権の一内容とするのが至当である、との批判がなされている<sup>9)</sup>。

### (3) 折衷説

折衷説とは、詐害行為の効力を否認することと財産を取戻すこととの両方をもって取消権の本体とする説で、取消権は詐害行為を取消し且つ逸出した財産の取戻しを請求する権利であると解されている。今日、この折衷説が通説・判例（大連判明治44年3月24日民録17輯117頁<sup>10)</sup>）となっているが、

#### 9) 我妻・前掲173頁

- 10) 大連判明治44・3・24民録17輯117頁以前の大審院判例（明治38・2・10民録11輯150頁）は、取消の効果を債務者・受益者間の法律行為をも無効にする絶対的効力であると解し、さらに取消訴訟の被告は債務者及び受益者であり（転得者がいればそれをも含む）、この両者は必要的共同被告であると判示していた。しかし、大連判明治44年3月24日はそれを変更し、取消の効果は原告たる取消債権者と被告たる受益者又は転得者の間のみ及びと解し、訴訟に関与しない債務者には及ばない旨判示した。この大連判明治44年3月24日は、その後の判例の準則及び通説の基軸を形成した重要なリーディングケースとされている（佐藤岩昭「詐害行為取消権の性質（大連判明治44・3・24民録17輯117頁の判例評釈）」民法判例百選Ⅱ債権〔第6版〕30～31頁）。以下判旨のみを引用する。

「民法第424条ニ規定スル詐害行為廢罷訴権ハ債権者ヲ害スルコトヲ知りテ為シタル債務者ノ法律行為ヲ取消シ債務者ノ財産上ノ地位ヲ其法律行為ヲ為シタル以前ノ原状ニ復シテ債権者ヲシテ其債権ノ正当ナル弁済ヲ受クルコトヲ得セシメテ其担保権ヲ確保スル目的トスル」

「詐害行為ノ廢罷ハ……一般法律行為ノ取消ト其性質ヲ異ニシ其効力ハ相對的ニシテ何人ニモ對抗スヘキ絶対的ノモノニアラス……裁判所カ債権者ノ請求ニ基ツキ債務者ノ法律行為ヲ取消シタルトキハ其法律行為ハ訴訟ノ相手方ニ對シテハ全然無効ニ帰スヘシト雖モ其訴訟ニ干与セサル債務者受益者又ハ転得者ニ對シテハ依然トシテ存立スルコトヲ妨ケサルト同時ニ債権者カ特定ノ相手人トノ關係ニ於テ法律行為ノ効力ヲ消滅セシメ因テ以テ直接又ハ間接ニ債務者ノ財産上ノ地位ヲ原状ニ復スルコトヲ得ルニ於テハ其他ノ關係人トノ關係ニ於テ其法律行為ヲ成立セシムルモ其利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ」

「債権者カ……受益者又ハ転得者ニ對シテ訴ヲ提起シ之ニ對スル關係ニ於テ法律行為ヲ取消シタル以上ハ其財産ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ルコトニ因リテ其担保権ヲ確保スルニ足ルヲ以テ特ニ債務者ニ對シテ訴ヲ提起シ其法律行為ノ取消ヲ求ムルノ必要ナシ」

「詐害行為廢罷ノ訴権ハ詐害行為ニ干与シタル者ニ對シテ其詐害ニ因テ生スル債務者ノ法律行為ヲ取消シ相手方カ尚債務者ノ財産ヲ所有スルトキハ直接ニ之ヲ回復シ相手方カ之ヲ所有セサルトキハ其財産ヲ回復スルニ代ヘテ之カ賠償ヲ為サシメテ其担保権ヲ確保スルコトヲ目的トスルモノニシテ其財産回復ノ義務タルヤ受益者又ハ転得者カ其財産ヲ所有スルカ為メニ負担スル依物義務ノ一種ニアラスシテ其行為ニ因リテ債務者ノ財産ヲ脱漏セシメタルカ為メニ生シタル責任ニ胚胎スルモノナレハ其財産ヲ他人ニ讓渡シタルニ因リテ之ヲ免脱スルコトヲ得ス却テ其財産ノ回復ニ代ヘテ之ヲ賠償スルコトヲ要スルハ詐害行為ノ性質上明白ナルヲ以テナリ故ニ債務者ノ財産カ転得者ノ有ニ歸シタル場合ニ債権者カ受益者ニ對シテ廢罷訴権ヲ行使シ法律行為ヲ取消シテ賠償ヲ求ムルト転得者ニ對シテ同一訴権ヲ行使シ直接ニ其財産ヲ回復スルトハ全ク其自由」

「民法ハ法律行為ノ取消ヲ請求スルト同時ニ原状回復ヲ請求スルコトヲ以テ詐害行為廢罷訴権行使ノ必要条件ト為ササルノミナラス却テ訴権ノ目的トシテ単ニ法律行為ノ取消ノミヲ規定シ取消ノ結果直チニ原状回復ノ請求ヲ為スト否トヲ原告債権者適宜ノ処置ニ委ネタルヲ以テ此二者ハ相共ニ訴権ノ成立要件ヲ形成スルモ

この折衷説の立場には、判例理論のほかに、取消に重点をおく説、請求に重点をおく説がある。

(i) 判例理論（大連判明治44年3月24日民録17輯117頁 前頁注10）

判例理論によれば、債権者取消権は、債務者の法律行為（詐害行為）を取消し、逸出財産を原状に回復させることを目的とするものであるとし、債権者は詐害行為の目的物又はこれに代わる利得を保有する受益者又は転得者に対して、その返還を請求することができるとしている。なお、債務者の詐害行為を取消することもこの権利の内容なので、返還請求の場合にも、判決の主文で取消を命じなければならないとされている。また、債権者は受益者又は転得者に対して返還を請求せず、これらの者に対して取消だけを請求することもできるとしている。そして、「訴の被告は返還請求をする相手方（取消だけを訴えるときは、詐害行為によって利得を得た者）だけである。けだし、一般的な理論によれば、第三者がある法律行為の取消を訴求する場合には、その行為の当事者を被告とするのが通則であるが、詐害行為の取消は、債権者が相手方から詐害行為の目的たる財産又はこれに代るべき利得の返還を請求する基礎として必要な限りにおいて、債権者に対する関係においてだけ詐害行為の効力を否認するもの（相対的取消）——その他の者の相互の関係においては、詐害行為の効力は影響を受けずに存続するもの——だからである。」<sup>11)</sup>と説明されていることから、取消の効果は、債権者と被告との間で相対的に生じるとしている。

(ii) 取消に重点をおく説<sup>12)</sup>

この説は、形成権説に近く、この説によれば、債権者取消権は、取消だけでなく詐害行為の目的たる財産又はそれに代わる利得の返還請求を伴うものであるとする点では判例と同一の立場をとりながら、その取消はあくまでも詐害行為をその当事者間において効力のないもの（取消の効果は絶対的）とするのでなければならないとしている。よって、取消の効果は、絶対的無効と解し、訴えの被告は、常に詐害行為の当事者、特に債務者を含まなければならないとされる。判例も前記の明治44年の連合部判決以前は、この説と同一に解しており、債務者も被告とする必要的共同訴訟としていた。

(iii) 請求に重点をおく説<sup>13)</sup>

この説は、債権者取消権は、返還を請求すべき者だけを相手方とする訴えであるとする点では判例と立場は同じであるが、取消をもって財産や利得の返還を請求する訴えの前提に過ぎないものだから、債権者は裁判上取消の意思を表示すれば充分であり、判決主文をもって取消を命ずべきものではないとされている。

通説・判例とされている折衷説は、形成権説と請求権説の欠点を補正する点では正当であるが、この説のうち、判例理論が最も優れたものであるかについては、多少の疑いがあるとされている。まず、取消の効力を相対的とすること、取消だけを目的とする訴えもできるとすることについては、取消の相対的効力なるものは条文上の根拠なしという非難は甘受するとしても、その相対的ということの

ノニアラス」

11) 我妻・前掲174頁

12) 鳩山秀夫『増改訂版日本債権法総論』（岩波書店、1925）200頁、221頁以下

13) 加藤正治「廃罷訴権論」富井先生還暦祝賀法律論文集1243頁以下

内容は必ずしも明瞭ではなく、また、その結果が果たして妥当かどうか、そして、債権者取消権は結局は財産の取戻しを請求せずにはその目的を達することができないものであるにもかかわらず、何らの制限なしに、まず取消だけを目的とする訴えを許すことは、訴訟経済上果たして妥当であるかが疑問視されている<sup>14)</sup>。しかし、制度の目的を考察し、取消の効力をこれに必要な範囲に局限しようとするものとして、多くの学者は、大体においてこれを支持している<sup>15)</sup>。

#### (4) 責任説

責任説とは、債権者取消権を、逸出財産が受益者又は転得者の所有のまま、以前に債務者の所有下にあったときと同様に、債権者の責任財産となるという効果を生じさせる制度とし、債権者取消権は責任法的無効を生ずる一種の形成権であるとする説<sup>16)</sup>であると解されている。本来、債務者の処分行為によって失われた財産は、責任財産から排除され、債権の擱取力の対象から外れる（責任法的反射効）が、債務者が無資力になったときには、その財産処分行為の責任法的反射効の結果、債権者は債務者の責任財産から充分な弁済を受けられず、債権者の期待が裏切られることになり、責任秩序の崩壊を招くことになる。そこで認められたのが、債権者取消権の制度である。つまり、原則的には責任財産から逸出した財産についても、その受益者又は転得者の所有のまま、債権者の責任財産として強制執行を許し、詐害行為それ自体の効力を奪うのではなく、責任の切断をもたらす効力（責任法的反射効）だけを消滅させるということになる（責任法的無効）。その結果として、受益者又は転得者は、一種の物上保証人的地位におかれ、物的有限責任を負うことになる。次に、債権者取消訴訟によって実体法上の権利関係が形成された後の具体的執行手続として、債権者は、取消訴訟と同時に又はその後責任訴訟（執行忍容の訴え）を提起し、逸出財産についてこれを責任財産として執行をなすという内容の責任判決（執行忍容判決）を得て、取消判決と責任判決とを債務名義（責任名義）として、受益者又は転得者の財産に執行をかけることになるとされている。この説は、判例及びこれまでのどの学説によっても克服されなかった難問を見事に解決し、また、債権者取消権制度と強制執行手続との間に架橋しようとするものであり、高く評価する見解もあるが<sup>17)</sup>、この説に対しては、責任判決（執行忍容判決）は民事執行法でも認められていない点や、取消判決の効力が及ばない受益者の固有債権者に対して優先権を主張できる点について説得力がない点、債務と責任についてや、相手方の過失を問わない価額賠償義務などについては検討しなければならないと指摘されている<sup>18)</sup>。

14) 我妻・前掲175～176頁

15) 我妻・前掲176頁、於保・前掲179頁以下、柚木＝高木・前掲189頁、石本・前掲125頁・138頁、磯谷幸次郎『債権法論』（巖松堂、1925）359頁、永田・前掲148頁、末弘巖太郎『債権総論』（日本評論社、1928）22頁

16) 中野貞一郎『債権者取消訴訟と訴訟行為』「訴訟関係と訴訟行為」（1961、弘文堂）、下森定「債権者取消権に関する一考察」法学志林57巻2号・3＝4号（1959、1960）

17) 石田喜久夫他『債権総論』（青林書院、1978）168頁、星野英一『民法講座4債権総論』（有斐閣、1985）林錫璋「債権者取消権」204頁、新堂幸司・法協82巻6号151頁、星野英一・法協83巻1号132頁

18) 潮見・前掲353～354頁、林・前掲155～156頁、松坂・前掲116～117頁、前田達明『口述債権総論』（成文堂、1993）272頁

## (二) 債権者取消権の要件

債権者取消権が成立するためには、債務者が債権者を害する法律行為（詐害行為）をしたという客観的要件と、債務者及び受益者又は転得者が詐害の事実を知っていたという主観的要件が必要である。

### 1. 客観的要件（詐害行為）

#### (1) 債務者が法律行為をしたこと（424条1項）

債権者取消権の対象になるのは、債務者がした法律行為であるため、債務者以外のなした法律行為は、取消の目的とはならない。また、詐害行為は法律行為に限られているが、その法律行為は、種類を問わないため、契約だけでなく、単独行為（債務免除、権利の放棄など）、合同行為（会社設立行為）でもよいが、単なる不作為や事実行為又は純然たる訴訟行為は、取消することはできない（ただし、訴訟行為が同時に法律行為である場合には取消することができる。例えば、訴訟上の相殺、和解、請求の放棄、認諾など）。

そして、法律行為が成立しない場合や無効な場合も、取消の対象にはならない（無効な行為は取消す必要がないから）。したがって、詐害行為は債務者と受益者の通謀虚偽表示（94条）によってなされることが多いとされているが、虚偽表示については取消権を行使できないことになるとされている<sup>19)</sup>。また、虚偽表示に基づいて登記又は占有が移転され、あるいは虚偽表示が裏書をもってなされた場合にも、登記の抹消・占有の返還又は裏書の抹消を求めるのに、債権者取消権を行使することはできないとされている（判例は最初これを肯定したが、後に否定した<sup>20)</sup>）。しかし、虚偽表示の無効は善意の第三者に対抗できないから（94条2項）、転得者が虚偽表示について善意であったとしても、詐害の事実を知っている場合には、なお転得者に対する関係においては虚偽表示であっても取消することができる<sup>21)</sup>。なお、一部の学説では、受益者に対する関係においてもまた債権者が詐害行為の要件を証明して、取消を求めるときは、虚偽表示も債権者取消権も結局同一の作用を営むものであるから、被告は虚偽表示であることを主張してこれを阻止できないとしている<sup>22)</sup>。

#### (2) 財産権を目的とする行為であること（424条2項）

債権者取消権は、債務者の一般財産の保全を目的とするものであるから、直接に財産権を目的とする法律行為でなければならない。したがって、債務者の法律行為のうち財産権を目的としない法律行為は含まれないため、婚姻、縁組、相続の承認・放棄などは、詐害行為とはならない<sup>23)</sup>。なお、財産権を目的とする行為でも、その財産権の差押が禁止されている場合は、詐害行為とはならない。

---

19) 大判明治41・6・20民録14輯759頁

20) 大判明治41・6・20前掲注19)、大判明治41・11・14民録14輯1171頁

21) 大判昭和6・9・16民集806頁

22) 我妻・前掲177頁、於保・前掲182頁、柚木=高木・前掲193頁

23) 離婚に伴う財産分与については、それが相当のものである限り、詐害行為とはならないが、不相当に過大であるときは、財産分与に仮託してなされた処分行為として詐害行為になり得るとされている（最判昭和58年12月19日37巻10号1532頁（傍論））。

(3) 債権者を害する法律行為であること（424条1項）

(i) 債権者を害する法律行為とは、債務者の行為によって債務者の一般財産が減少し、債権者が債権の完全な満足を受けられなくなることをいう。なお、財産減少行為は、財産の贈与や廉価に売却するような積極財産を減少させる処分行為だけでなく、債務の引受けもしくは保証人となるような消極財産を増加させる債務負担行為も含まれる。

(ii) 債権者取消権を取得する債権は、最初から金銭債権であることを要しないが、取消権を行使できるのは損害賠償債権、すなわち金銭債権としてその効力を保全するのに必要な場合に限られる。したがって、特定物の引渡を目的とする債権によって債権者取消権を行使することはできないとされ<sup>24)</sup>、不動産の二重譲渡についても同様の判示がなされた<sup>25)</sup>。なお、特定物の引渡しを目的とする債権については、債務不履行により損害賠償債権に変更した後においてのみ、債権者取消権を行使できると判示された<sup>26)</sup>。しかし、学説はこれに対し、債権者取消権を行使できる債権者を、金銭債権を有する債権者のみに限ることは不当であり、特定物債権者であっても、債務者がこの目的物を処分することで無資力になるときは、その行為を取消すことができると解すべきであるなどの批判をし<sup>27)</sup>、その後、最高裁は大法廷判決をもって学説の見解に同調して連合部判決（大連判大正7・10・26民録24輯2036頁）を変更した<sup>28)</sup>。

(iii) 質権・抵当権の物的担保を伴う債権の債権者は、その担保物によって弁済を受けることができない額についてのみ債権者取消権を行使できるが<sup>29)</sup>、第三者（物上保証人）の財産上に物的担保を

24) 大連判大正7・10・26民録24輯2036頁

木材の二重売買がなされ、引渡しを受けなかった第一譲受人が引渡しを受けた第二譲受人に対して取消を求めた事案で、債権者取消権の行使を認めなかった。

25) 大判昭和8・12・26民集12巻2966頁

26) 大判大正11・11・13民集1巻649頁

27) 鳩山・前掲207頁、我妻・前掲180頁、於保・前掲191頁

28) 最大判昭和36・7・19民集15巻7号1875頁

Xは債務者（抵当権設定者）Aとの間に本件家屋を目的とする売買契約を締結し、同人に対してその引渡請求権を有していたところ、Aは他に見るべき資産もないのに、本件家屋に債権額8万円の抵当権を有するBに対して、その債権に対する代物弁済として、10万円以上の価格を有する本件家屋を譲渡し、Aは無資力となった。そして本件家屋はさらに転得者Yに売却され、Bの抵当権抹消登記及びAからYへの所有権移転登記がなされた。その後、XがYを相手に取消訴訟を提起し、代物弁済の取消とYからAへの所有権移転登記手続を訴求した事案である。

最高裁は「民法424条の債権者取消権は、総債権者の共同担保の保全を目的とする制度であるが、特定物引渡請求権（以下特定物債権と略称する）といえどもその目的物を債務者が処分することにより無資力となった場合には、該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができるものと解するを相当とする。けだし、かかる債権も、窮極において損害賠償債権に变じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様だからである。大審院大正7年10月26日民事連合部判決（民録24輯2036頁）が、詐害行為の取消権を有する債権者は、金銭の給付を目的とする債権を有するものでなければならないとした見解は、当裁判所の採用しないところである。」と判示した。

29) 大判昭和7・6・3民集11巻1163頁

有する場合には、債権の全額について取消権を行使できるとされている<sup>30)</sup>。また、保証人・連帯債務者のような人的担保を伴う債権は、これらの者が債務の弁済をするのに十分な資力を有していても、必ずしも優先弁済が保障されるものではないので、債権者は全額について取消権を行使できるとしている<sup>31)</sup>。しかし、債権者が保証人の行為を取消す場合には、保証人は検索の抗弁権を有するので（453条）、保証人から主たる債務者に弁済の資力があり、かつ、執行が容易であることを証明された場合は、取消権は成立しないとしている<sup>32)</sup>。

(iv) 債権者の債権は、詐害行為以前に発生したものでなければならないのが通説・判例である<sup>33)</sup>。ただし、債権は主体の変更によってその同一性を失うことにはならないため、詐害行為以前に成立した債権を、詐害行為後に譲り受けた者であっても、取消権を行使することができる<sup>34)</sup>。債権譲渡の對抗要件を具備した時期については、詐害行為の前後を問わないが<sup>35)</sup>、債権成立前に不動産所有権の移転を目的とする実体的な法律行為が行われ、債権成立後に登記がなされたとしても、債権者は取消権を行使できないとされている<sup>36)</sup>（しかし、これに対する反対説もある<sup>37)</sup>）。そして、債権が詐害行為以前に発生したものであれば、詐害行為の当時、履行期が到来していなくてもよいとされている<sup>38)</sup>。

(v) 債権者を害するかどうかを判定する標準時期は、詐害行為の当時に無資力となったことだけでなく、取消権の行使の当時（第2審口頭弁論終結時）にも無資力でなければならない<sup>39)</sup>。したがって、行為当時に債権者を害しない限り、その後の物価の値下がりなどにより資力が悪化しても取消権は成立せず<sup>40)</sup>、また、行為当時は無資産であっても、後にその資力が回復したり<sup>41)</sup>、債務が減少する<sup>42)</sup>などによって、取消権行使時に債権者を害さなくなっているときは、取消権の行使は認められない。

30) 我妻・前掲182頁、於保・前掲192頁、大判昭和20・8・30民集24巻60頁

31) 大判大正7・9・26民録24輯1730頁、大判大正9・5・27民録26輯768頁

32) 大判昭和4・3・14民集8巻166頁（傍論）

33) 大判大正6・1・22民録23輯8頁、最判昭和33・2・21民集12巻2号341頁

34) 松坂・前掲122頁、大判大正12・7・10民集2巻537頁、大判昭和4・3・14前掲

35) 於保・前掲193頁、大判昭和10・1・23新聞3802号7頁

36) 於保・前掲193頁、柚木＝高木・前掲198頁、大判明治40・3・11民録13輯253頁、大判大正7・7・15民録24輯1453頁、大判大正6・10・30民録23輯1624頁、大判昭和11・7・23新聞4039号10頁、最判昭和33・2・21前掲

37) 我妻・前掲179頁「詐害行為が、不動産所有権の移転などのように、對抗要件として登記を必要とするものである場合に、債権成立前の行為として取消権が及ばないものとするためには、登記も債権の成立前になされることを必要とすると解すべきものと思う。」

38) 大判大正9・12・27民録26輯2096頁

39) 最判昭和38・10・10民集17巻11号1313頁

40) 大判大正10・3・24民録27輯657頁、大判大正14・4・20民集4巻178頁

41) 大判大正8・10・28民録25輯1908頁、大判大正15・11・13民集5巻798頁

42) 大判昭和12・2・18民集16巻120頁

## 2. 主観的要件（悪意）

### （1）債務者の詐害の意思

債権者取消権を行使するためには、債務者が法律行為の当時それによって債権者を害することを知っていたことを要する（424条1項本文）。これを債務者の詐害の意思というが、これを欠くときは受益者や転得者に対して取消返還を請求することはできないとされている。なお、詐害の意思は、詐害行為となるものであることを知っていること（悪意）で足り、意欲や害意は必要としないと解されている<sup>43)</sup>。したがって、債務者が詐害行為の当時、その行為によって債権者を害することを知っていたことを要するため、現に知らない限り、それが過失に基づく場合であっても、債権者取消権は成立しないとされている<sup>44)</sup>。そして、債務者の悪意の举证責任は、取消権を行使する債権者にあると解されている。

### （2）受益者・転得者の悪意

受益者とは、債務者の法律行為（詐害行為）によって利益を受けた者、すなわちその行為の相手方である。また、転得者とは、詐害行為の目的物の全部又は一部（抵当権の取得を含む）を受益者から更に取得した者である。転得者から更に転得した者も転得者である<sup>45)</sup>。

債権者取消権が生ずるためには、債務者の詐害の意思のほかに、受益者又は転得者が、詐害行為又は転得の当時、債権者を害することを知っていることが必要である（424条1項ただし書）。この受益者又は転得者の悪意の有無についての举证責任は、受益者又は転得者側にある。受益者又は転得者は善意を举证しなければ、取消権の行使を阻止することができない<sup>46)</sup>。

## 3. 判例における詐害行為の具体的類型

債権者取消権の行使の要件は、客観的要件と主観的要件とに分かれているが、判例では、2つの要件を相関的・総合的にとらえて詐害行為の成否を判断していると考えられる<sup>47)</sup>。

### （1）一部の債権者に対する弁済

債務者が一部の債権者に債務の本旨に従った弁済をすることは、常に詐害行為にはならない。理由として、債務の弁済は積極財産を減少させるとともに同額の消極財産も減少させるから、全体としては債務者の資力に増減がないだけでなく、破産の場合のような特別の規定がない民法では、債務者は

43) 我妻・前掲189頁、於保・前掲194頁、柚木＝高木・前掲217頁、大判明治36・11・17民録9輯1320頁、最判昭和35・4・26民集6巻1046頁。ただし、私見によれば、「債務者が債権者を害することを知っていた」場合は、単なる悪意ではなくて、害意であると解すべきである。

44) 大判大正5・10・21民録22輯2069頁

45) 我妻・前掲190頁

46) 最判昭和37・3・6民集16巻3号436頁

47) 山川一陽「詐害行為と詐害の意思」別冊ジュリスト巻号43頁は、「①取り消される行為の類型（弁済・代物弁済・担保の供与）、②行為当時の債務者の資産状況（既に無資力であったのか行為により無資力となったのか）、③処分財産が資産中で占める割合（不動産の場合には共同の担保になりやすい）、④行為の態様（有償・無償・相当の対価）、⑤行為の動機や目的の正当性などがその考慮の対象とされるといってよいであろう」と述べている。

他に債権者がいても弁済を拒絶することはできないからである<sup>48)</sup>。ただし、一部の債権者と共謀して他の債権者の利益を害するために故意に弁済することは、詐害行為となる<sup>49)</sup>。

### (2) 代物弁済

不相当な価格による代物弁済は詐害行為にあたとされている<sup>50)</sup>。そして、相当価格でなされた代物弁済は、本旨弁済と同様に、債務者の資力が増減がないため、詐害行為とならないと考えられている<sup>51)</sup>。しかし、判例理論は必ずしも一貫しておらず、物的担保を有する者に担保の目的物を代物弁済として譲渡することは、目的物の価格が被担保債権額に相当する場合には、詐害行為とならないが<sup>52)</sup>、一般債権者に対してなす代物弁済は、目的物の価格の如何にかかわらず、他の債権者を害する意思があれば、詐害行為になるとされている<sup>53)</sup>。また、債権を譲渡して代物弁済をする場合には、譲渡債権額が消滅する債権額より少ない場合や、譲渡された債権を取立てて債務に充当して残額を返還する特約のある場合にも、詐害行為の成立を認めている<sup>54)</sup>。

### (3) 財産の譲渡

不動産やその他の財産を無償で譲渡したり、廉価で売却することは詐害行為になり得るが<sup>55)</sup>、相当価格で不動産その他の財産を売却することが詐害行為となるかについて、判例では、不動産を売却して消費又は隠匿し易い金銭に替えることは、共同担保の効力を減らすものであるから、その代価が相当であるか否かを問わず、詐害行為になると解されている<sup>56)</sup>。なお、その売買代金を優先権を有する債権者への弁済に充てたときや、有用な物の購入資金に充て、かつ、その物が現存するときに限り、取消権行使の相手方がそのことを挙証することを条件として、詐害行為の成立を否定するとしている<sup>57)</sup>。しかし、多数の学者は、相当価格による不動産の売却は、債務者の資産を減少させず、これを詐害行為とすることは、債務者が不動産を換価して有利にこれを運用して経済的更生をはかることを妨げ、また、売買の相手方が関知しない売却代金の用途によって取消権を成立させることは、取引の安全を害するおそれがあるとして、相当の代価をもってする不動産の売却は常に詐害行為とならない

48) 我妻・前掲185頁、於保・前掲186頁、柚木=高木・前掲205頁

49) 大判大正5・11・22民録22輯2281頁、大判大正6・6・7民録23輯932頁、大判大正13・4・25民集3巻157頁、最判昭和33・9・26民集12巻13号3022頁、最判昭和39・1・23民集18巻1号76頁、最判昭和39・11・17民集18巻9号1851頁

50) 最大判昭和36・7・19前掲注28)

51) 我妻・前掲186頁、松坂・前掲124頁

52) 大判大正14・4・20前掲注40)、大判昭和11・7・31民集15巻1587頁

53) 大判大正8・7・11民録25輯1305頁、大判昭和16・2・10民集20巻79頁

54) 最判昭和29・4・2民集8巻4号745頁

55) 大判大正9・12・27民録26輯2096頁

56) 大判明治36・2・13民録9輯170頁(動産)、大判明治39・2・5民録12輯136頁、大判明治44・10・3民録17輯538頁、大判大正7・9・26前掲注31)、大判昭和3・11・8民集7巻980頁、大判昭和7・6・29新聞3448頁、最判昭和33・7・10新聞111号9頁(不動産)

57) 大判明治37・10・21民録10輯1347頁、大判明治44・10・3前掲注56)、大判大正7・9・26前掲注31)

とし、これに反対している<sup>58)</sup>。

#### (4) 一部債権者に対する担保の供与

一部の債権者に対し抵当権の設定その他の担保を供与することは、債務者の財産に増減はないけれども、担保権者をして担保物につき他の債権者に優先して自己の債権の弁済を受けさせ、他の債権者の共同担保を減少させることになるため、詐害行為となると解されている<sup>59)</sup>（しかし、これに対する反対説もある<sup>60)</sup>）。

#### (5) 担保供与による新たな借入

新たに担保権を設定して金銭を借受けることについては、債務者の財産に増減はないが、既存の共同担保が消費し易い金銭に変化するため、共同担保の効力が減ることから、不動産の売却行為と同じく、詐害行為となると解されている<sup>61)</sup>（しかし、これに対する反対説もある<sup>62)</sup>）。ただし、債務者の経済的更生をはかるために適切な手段であるような場合には、詐害行為とすべきではないとされており<sup>63)</sup>、判例も、新たに更生のための事業資金調達<sup>64)</sup>又は弁済資金調達<sup>65)</sup>のために担保権を設定した場合や、生計費及び子女の教育費に充てるために譲渡担保を設定し、金員を借入れた場合<sup>66)</sup>は、詐害行為とならないとした。

### (三) 債権者取消権の行使

#### 1. 債権者取消権の行使方法

424条が「裁判所に請求することができる」と定めていることから、債権者取消権は、訴えによっ

---

58) 我妻・前掲188頁、於保・前掲189頁、柚木=高木・前掲212頁

59) 大判大正8・5・5民録25輯839頁、大判昭和12・9・15民集2巻1409頁、最判昭和32・11・1民集11巻12号1832頁

60) 我妻・前掲187頁「他の債権者の共同担保がそれだけ減少することは明らかだが、被担保債権額だけマイナスの数額も減少する。債務者の財産に増減はない……。もちろん他の債権者が弁済を受けうる額は変更する……。然し、詐害行為取消権は平等の割合で弁済を受けうることを保障する制度でない……。」

於保・前掲187頁「(a) 債権者取消権は、共同担保の保全を目的とするものであって、債権者の平等弁済まで保障するものではないこと、(b) 債務者の資力の算定においては、債務額と担保物価額とが差引計算されて、物的担保の供与によっては増減がないこと、(c) 正当な弁済や相当な価額をもってする代物弁済・相殺・不動産の売却が詐害行為とならないことなどからすれば、正当な担保の供与を詐害行為とすべき理由はありえない。」

61) 松坂・前掲126頁

62) 我妻・前掲188頁「不動産の売却行為と同視し、抵当権（根抵当権を含む）の設定は常に詐害行為とならず、譲渡担保は目的不動産の価格が被担保債権額を超過する場合にだけ詐害行為となる、とすべきものと思う……。」

63) 松坂・前掲126頁

64) 大判昭和5・3・3新聞3123号9頁（譲渡担保）

65) 大判昭和5・10・4新聞3196号9頁（譲渡担保）、大判昭和6・4・18評論20巻民778頁（抵当権）

66) 最判昭和42・11・9民集21巻9号2323頁

て行使しなければならないとし、抗弁によることは許されないとしている（424条1項<sup>67)</sup>。また、債権者が自己の名において行使するものであり<sup>68)</sup>、債務者の代理人としてこれをなすのではない。そして、債権者は財産又は損害賠償を自己に直接引渡し又は支払いを請求することができる<sup>69)</sup>。

訴えの性質は、普通は、詐害行為を取消すことと、それを理由として受益者又は転得者に対して目的物の返還又はこれに代わる賠償を請求すること、すなわち形成の訴えと給付の訴えを合わせたものであるが、取消だけを目的とする形成の訴えでもよいとされている<sup>70)</sup>。

## 2. 取消権行使の相手方

取消される行為は債務者の行為であり、受益者・転得者の行為ではないが<sup>71)</sup>、訴えの被告は、判例によれば、詐害行為の取消は相対的に効力を生ずるにすぎないので、被告は常に利得返還請求の相手方（受益者又は転得者）のみであり、債務者を被告に加える必要はないとされている<sup>72)</sup>。

受益者・転得者について、ともに悪意のときは、債権者は、受益者を被告として、これに対する関係において詐害行為を取消し、損害の賠償を請求でき、また、転得者を被告として、これに対する関係において詐害行為を取消し、財産の返還を請求できる<sup>73)</sup>。また、受益者が悪意で、転得者が善意のときは、債権者は、受益者を被告として、損害の賠償を請求し又は転得者に影響を及ぼさない限度において、財産の返還を請求することができる（受益者が転得者に抵当権を設定したとき、抵当権付きのままで回復しても債権を保全できるときは、目的物の返還を請求できる<sup>74)</sup>。しかし、受益者が転得者のために不動産の価格を上回る被担保債権について抵当権を設定している場合は、所有権取得登記の抹消を請求できない<sup>75)</sup>）。

そして問題となるのは、受益者が善意で、転得者が悪意のとき、転得者に対して債権者取消権を行使することができるかどうかである。学説は、消極説と積極説に分かれている。消極説とは、善意の受益者から転得した悪意転得者に対しては、債権者取消権を行使できないとする見解である。受益者が善意、転得者が悪意のときは、そもそも詐害行為がないことになるから、悪意転得者に対しても取

67) 最判昭和39・6・12民集18巻5号764頁

68) 大判大正6・3・31民録23輯596頁

69) 大判大正10・6・18民録27輯1168頁、大判昭和8・2・3民集12巻175頁、最判昭和39・1・23民集18巻1号76頁、債務者の許に戻っても、債務の弁済のために使われることから、債務者としては返還されても受取る意味がないため、受取を拒否することができるので、債権者は直接引渡し又は支払いを請求することができる。ただし、登記は直接引渡しの請求はできない。所有権移転抹消登記請求が認められると、債務者に意思に関係なく、判決で抹消登記が実現されるからである。

70) 大連判明治44・3・24前掲注10)

71) 北川善太郎『債権総論（民法講要Ⅲ）』（有斐閣、1993）186頁において、債権者は、債務者・受益者間、または、受益者・転得者間の詐害行為を取消すことができるとしている。

72) 大連判明治44・3・24前掲注10)

73) 大連判明治44・3・24前掲注10)、大判大正9・5・25民録26輯776頁

74) 大判大正6・10・3民録23輯1383頁

75) 最判昭和39・7・10民集18巻6号1078頁

消権は行使できない<sup>76)</sup>。もしこの場合でも取消権の行使を認めると、取消権の影響を受けてはならない善意の受益者が、悪意の転得者から561条以下の追奪担保の責任を問われることとなり、不合理であると主張するのである<sup>77)</sup>。これに対して、積極説とは、善意の受益者から転得した悪意転得者に対して、債権者取消権を行使できるとする見解である。債権者取消権の目的は取消そのものよりも、むしろ財産の回復にあり、取消の効果は債権者に対する関係においてのみ生ずるとする判例理論から推及すると、取消の相手方に悪意があれば十分とし、直接訴訟に関係しない受益者又は転得者の善意・悪意は問題ではないとする<sup>78)</sup>。さらに、取消の効果が善意の受益者に及ばないということと、悪意の転得者とその得た利益を喪失することとは別事であって、その利益の喪失は転得者の悪意に基づくものであることを考え合わせると、転得者はその悪意により得た利益を失い損害を被っても、受益者に対し追奪担保の責任を問う余地はない<sup>79)</sup>という視点から、転得者に対して取消権を行使できると主張している<sup>80)</sup>。しかし、積極説に対しては、賛成し難い。これについては次章で述べる。

### 3. 取消権行使の範囲

債権者が債務者の行為を詐害行為として取消することができるのは、原則として、債権者を害する限度においてのみ許されており、一般的には、債権者の債権額が限度となる<sup>81)</sup>。したがって、詐害行為の目的物が可分であれば、債権保全に必要な範囲で取消することができる<sup>82)</sup>。しかし、詐害行為の目的物が一棟の建物のように不可分である場合には、その債権額を超過しても、全部を取消することができる<sup>83)</sup>。例えば、不動産の贈与を詐害行為として取消す場合には、債権者の債権額がその不動産の価額に満たない場合であっても、その贈与の全部を取消することができる<sup>84)</sup>。ただし、抵当権が設定されている家屋の代物弁済が詐害行為になるときは、その取消は、家屋の価格から抵当債権額

76) 川島・前掲70頁

77) 勝本・前掲408頁, 山中・前掲121頁, 鈴木・前掲175頁

78) 我妻・前掲199頁, 於保・前掲179頁以下, 石本・前掲141頁, 柚木=高木・前掲229頁, 星野・(注3) 116頁, 永田・前掲156頁, 森田・前掲210頁, 梅・前掲85頁

79) 梅・前掲85～86頁

80) なお、この問題に関しては、最判昭和49・12・12金融商事判例474号13頁では、受益者が悪意、転得者が善意、転々得者が悪意である事案で、転々得者を相手とする取消訴訟において、「受益者または転得者から転得した者が悪意であるときは、たとえその前者が善意であっても債権者の追及を免れることができない」と判示されており、いわゆる相対的構成を採用していると評する見解もある、潮見・前掲375頁, 内田・前掲316頁, 奥田・池田・潮見・前掲170頁。ただし、この判例は、転々得者を受益者と同視してもよい事案であった（未成年の子供と母親との関係）。このことをこれらの学説は無視しているように見える。

81) 大判大正9・12・24民録26輯2024頁

82) 大判明治36・12・7民録9輯1339頁, 大判明治42・6・8民録15輯579頁

83) 我妻・前掲193頁, 柚木=高木・前掲223頁。しかし、松坂・前掲130頁は、「債権者の損害を救済するのに必要な限度にとどめられるべき取消権の趣旨からみて不当である。債権者は、一部取消の限度において、財産の回復に代え価格の賠償を請求すべきである」と述べる。

84) 最判昭和30・10・11民集9巻11号1626頁

を控除した残額部分に限り許され、価格賠償を請求するほかはないとされた<sup>85)</sup>。

#### 4. 現物返還の原則

相手方から詐害行為の目的たる財産自体の返還を請求できる場合は、原則として、これを請求すべきであり、特別の事由のない限り、その財産の評価額の返還を請求することはできないとされている<sup>86)</sup>。詐害行為の一部のみの取消が許される場合でも、詐害行為の目的物が可分なときは、財産の返還を請求し、不可分なときにのみ、財産の回復に代えて、価格の賠償を請求すべきとされている<sup>87)</sup>。

### (四) 債権者取消権の効果

#### 1. 責任財産の回復（取戻）方法

債権者取消権の効果は、総債権者の利益のためにその効力を生ずる（425条）。受益者・転得者から取戻された財産又はこれに代わる損害賠償は、債務者の一般財産となり、総債権者は回復された債務者の一般財産から債権額に応じて平等の割合で満足を受けることになる<sup>88)</sup>。また、債権者が財産又は損害賠償を自己に直接引渡し又は支払うべきことを請求した場合においても同様と解されている<sup>89)</sup>。しかし、金銭の引渡を請求して受取った場合、債権者はその受取った金銭を債務者に返還する債務と、自分の債権とを相殺することができるため、事実上、優先弁済権を有している。そして、取戻された財産が金銭以外の財産である場合には、取消債権者はその債権の弁済を受けるためには、さらにその財産に対し強制執行の手続をとらなければならないとされている<sup>90)</sup>。

#### 2. 取消の相対効

取消の効果は相対的で、取消債権者と受益者又は転得者との間でのみ、債務者と受益者間の法律行為が取消されるので、その他の者との間の法律関係には影響を及ぼさない。したがって、取消の効果としての財産の回復又はこれに代わる賠償を請求する権利も、債権者と受益者又は転得者に対する関係でのみ発生し、債務者はそれらに対して何ら直接に権利を取得するものではないとされている<sup>91)</sup>。

#### 3. 不当利得返還請求権

詐害行為の効果としての取消（取戻）の効果は、債権者と悪意の受益者又は悪意の転得者との関係においてのみ生じるので、債務者・受益者間の法律行為及び受益者・転得者間の法律行為の効力は、債権者取消権の行使による影響を受けないため、財産の返還又はそれに代わる損害賠償を支払った受

---

85) 最大判昭和36・7・19前掲注28)

86) 大判大正12・7・10民集2巻537頁，大判昭和9・11・30民集13巻2191頁

87) 大判明治36・12・7前掲，大判大正7・5・18民集11巻993頁，最大判昭和36・7・19前掲

88) 大連判大正7・10・26民録24輯2036頁

89) 大判大正10・6・18前掲注69)，大判昭和8・2・3民集12巻175頁

90) 我妻・前掲181頁，於保・前掲201頁

91) 大判大正8・4・11民録25輯808頁

益者又は転得者は、債務者が利得した限度において、債務者に対して不当利得の返還を請求できる。

### (五) 債権者取消権の消滅時効、除斥期間

#### 1. 消滅時効

債権者取消権は、債権者が取消の原因を知った時から2年間行使しないときは、時効によって消滅する(426条前段)。取消の原因を知った時とは、債務者が債権者を害することを知って法律行為をした事実を債権者が知った時であり<sup>92)</sup>、単に債務者が財産を処分したことを知るだけでは足りず、当時の債務者の財産状態からみて債権者を害するものであることを知ることを要すると解されている<sup>93)</sup>。なお、債権者が詐害行為を知ってから2年を経過したことは、時効を援用する相手方(受益者又は転得者)が挙証すべきとされている。そして、この時効の起算点は、転得者に対する関係でも同様であり、転得者が悪意で転得したことを債権者が知った時からではなく、詐害行為が行われたことを債権者が知った時からであると解されている<sup>94)</sup>。

#### 2. 除斥期間

債権者取消権は、行為の時から20年経過したときも消滅する(426条後段)。この場合の行為とは、詐害行為であり、転得者に対する関係でもこれが起算点とされる<sup>95)</sup>。

### 三 判例——最判昭和49年12月12日金融商事判例474号13頁

#### (詐害行為取消、所有権移転登記抹消登記手続等請求事件) ——

本章では、債権者(X)が、受益者(B)・転々得者(Y)らに対する関係において詐害行為である贈与契約を取消するとともに、悪意の受益者であるBに対し、所有権移転登記抹消登記を、善意の転得者であるC社からの悪意の転得者(転々得者)であるYに対し、根抵当権移転付登記抹消登記を求めたという事案において、善意の転得者からさらに転得した者が悪意である場合に、その前者が善意であっても、悪意の転得者に対して債権者取消権を行使できるとした最判昭和49年12月12日金判474号13頁を考察することとする。

#### (一) 事実の概要

Xは約束手形2通の所持人であり、その手形2通の共同振出人であるAに対して合計530万円の手形金債権を有していた。N社の代表取締役であるAは、Xに対する530万円の他にも1,500万円を超える多額の債務を有しており、積極財産は価値200万円足らずの不動産しかなかった。ところが、Aはそれらの債務の支払いをせず、昭和38年8月25日、かねて借財の処理につき相談相手であり、戸

92) 大判大正4・12・10民録21輯2039頁

93) 於保・前掲203頁、柚木=高木・前掲234頁、我妻・前掲207頁(債務者に詐害の意思のあることまで知る必要はないとしている)、大判大正6・3・31民録23輯596頁、大判昭和7・3・22民集11巻346頁

94) 大判大正4・12・10前掲注92)、大判昭和9・4・19新聞3701号9頁

95) 我妻・前掲207頁

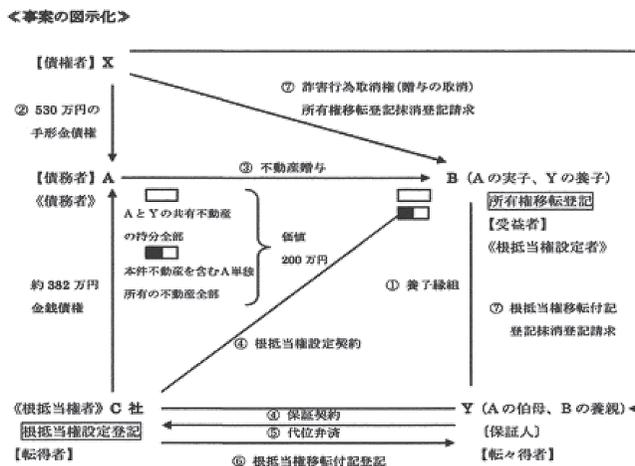
籍上姉弟（実際には伯母甥）の関係にあったYと相談のうえ、B（当時は未成年）に対し、本件不動産（宅地、居宅1棟、物置1棟）を含むA単独所有の不動産全部とYとの共有不動産の持分全部を贈与し、所有権と持分権の移転登記手続を了し、Aは無資力者となった。なお、Bは昭和23年10月17日、Aの長男として出生し、昭和24年6月8日、Yと養子縁組をし、Yの養子となっている。

その後、Bは、AのC社に対する金銭債務につき、本件不動産に債務者をA、根抵当権者をC社として、債権極度額を500万円とする根抵当権を設定し、その旨の登記手続がなされ、Yが保証した。そしてYは、昭和40年3月15日、AのC社に対する債務金382万9,214円を代位弁済して右根抵当権の移転を受け、付記登記手続がなされた。

そこでXは、受益者たるB及び転得者（転々得者）たるYはいずれも、その受益の当時及び転得の当時、右贈与行為がAの債権者を害することを知っていたものであるから、B・Yらに対する関係において詐害行為たる右贈与行為を取消するとともに、Aの財産の返還（原状回復）として、Bに対し所有権移転登記の、Yに対し根抵当権移転付記登記の、それぞれ抹消登記手続を求めた<sup>96)</sup>。

なお、B・Yは第1審において、AからBに対して贈与を原因とする所有権移転登記手続がなされた事情として、以下のように主張している。Yは昭和38年3月頃に、Aの依頼により、Aの銀行借入金500万円の担保としてY所有の不動産を提供し、これに抵当権を設定したが、その頃、AはN社の代表取締役として宅地造成事業を営んでおり、造成宅地を分譲することによって相当額の収益をあげる見込みであった。ところが、昭和38年8月下旬頃、AはYに対し「造成宅地は格安で分譲したくない。相当相場か将来の値上がりを待って売却したいが、そのためには日時を要するから、銀行からの借入金をYに支払ってもらいたい。その代償として、Yに本件不動産を譲渡するほか、Aが本来相続人でないのに戸籍上相続人となっていたためYと共同相続した不動産の持分もYに返還する。」旨申し出たので、銀行からの借入金500万円の支払引受に対し、本件不動産の評価額は約150万円であり、多大の損失となるが、かねてからAに要求していた相続財産の持分の返還が得られ、相続財産について多年の念願であったYの単独所有名義になることを考え、この申出を承諾し、500万円の借入

96) 事案が複雑なので、図示化したものを掲載しておく。



金の支払いを引受ける代償として、昭和38年8月下旬頃、Yにおいて本件不動産及び共有不動産の持分を譲受けたものである。しかし、Y所有のものは、いずれ将来はBに相続されることと、所有権移転に要する諸経費等を考慮した結果、Yは、昭和38年8月25日、Bに対し、これらを贈与し、登記手続に際しては中間省略登記をすることとして、移転登記手続をしたのである。したがって、AのYに対する本件不動産の譲渡は詐害行為に該当せず、また、Yはその譲受当時、BはYから贈与を受けた当時、いずれもAにおいて債権者を害する意思があったことを知らなかった。そして、Yが本件不動産について根抵当権を譲受けた行為は、Aの行為に由来する転得行為ではないから、詐害行為にいう転得に該当せず、Yも転得者に該当しない旨主張している。

### 《第1審判決》Xの請求認容

Aは多額の債務の返済に苦慮していたところ、積極財産としては本件不動産を含めたX主張の不動産しかないような状態であったが、「昭和38年8月25日、かねて借財の処理につき相談相手であり、戸籍上姉弟（実際には伯母甥）の関係にあったYと相談のうえ、自己の実子で、Yの養子である未成年のBに対し、右不動産全部を贈与した事実を認めることができる。」ことから、「Aは本件不動産をBに贈与し、かつその贈与は……約束手形金債権を害することを知らなされたものであることが明らかである。……そして、……Bが本件不動産の贈与を受けるにあたり、またYがX主張の根抵当権の移転を受けるにあたり、前示事情を知悉していた悪意の受益者（前者）、転得者（後者）であることが明らかである。」として、BとYが悪意であることを認めた。

そして、「法人格を有するN社の財産と、その経営者（代表取締役）たるAの財産をたやすく同一視することは、特段の事情の存しないかぎり、これをなし得ない事理」であり、「また、およそ、数人が連帯債務を負担する場合にあっては（合同債務の場合も、同じ。）、債権者は、その債務者の1人に対し、または、同時もしくは順次総債務者に対して、債権の全部もしくは一部の履行を請求することができるのであるから、債権者としては、債務者の1人が債権者を害することを知ってなした法律行為の取消を訴求し得べきことはいうまでもなく、他の債務者が債務の弁済をするに十分な資力を有しているかどうかは、債権者の詐害行為取消権の行使に何らの影響を及ぼすものではないというべきである。そればかりでなく、……N社はAが代表取締役として経営していた会社であって、長崎市内に約6,000坪の山林ないし原野を所有し、これを宅地に造成する事業をしていたが、昭和38年夏頃における同会社の経営状態は、右宅地造成が完成し、かつ、これが予定していたとき高価格で他に転売できれば、収支を償い得る見込みも残っていたものの大雨の影響もあって、右宅地造成の土木工事に欠陥があらわれていたうえ、該事業遂行のため高利の融資を受けていた金融業者より、担保に供していた右土地について任意競売の申立を受けるまでのひっばくした状態に陥っていたことが窺われるのであるから……、かように、N社の経営状態が危たいに瀕した時期である昭和38年8月25日になされた本件贈与行為が、Xを含む債権者を害すべきものであったことは、否定し得ないところである。

そうすると、すでに説示したごとく、本件贈与行為は、これをなしたAの債権者（Xを含む。）を害するものであり、かつ、その行為の当時、債務者たるAにおいて詐害の意思を有していたものといわざるを得ない」として、AのBに対する贈与行為は詐害行為であることを認め、Xの請求をすべて

認容した。なお、B・YのAからBに対して贈与を原因とする所有権移転登記手続がなされた事情についての主張は、認められなかった。

B・Yは以下のように主張して控訴した。

- (1) Yは、AのC社に対する債務につき保証をし、代位弁済したことで本件根抵当権の移転を受けたのであり、その善意、悪意を問題とする場合、Yが右保証をした時期をもって標準とすべきである。Yは右保証によってAの事業資金調達を容易にし、Aに事業を完遂させ、Xを含む全債権者に対する弁済を可能にさせようとしたのだから、Yは善意である。
- (2) Yは、C社より根抵当権の移転を受けた当時、C社が本件不動産につき根抵当権の設定を受けたことや本件贈与と行為について、それらが債権者を害するものであると知らなかったので、善意の転得者である。
- (3) Yは、C社より根抵当権の移転を受けたものであるから、C社の地位を承継したものであるところ、C社は本件贈与行為後においてAに新たな貸付をなし、その担保として本件不動産につき根抵当権の設定を受けたのであるから、善意の転得者たることは明らかである。したがって、Yは善意の転得者として取扱われるべきである。

#### 《原審判決》B・Yの控訴棄却

「XがYの心的状態（善意、悪意）を問題としているのは、本件贈与行為の受益者たるBの法定代理人（親権者）としてのそのほか、Yが悪意の転得者（転々得者）にあたることを理由に、Yに対して逸出した一般財産の返還（本件根抵当権移転の付記登記の抹消）を求めんがためにほかならないところ……、後者についてYの心的状態（善意、悪意）を問題とする場合にあっては、Yがその転得の当時詐害の事実を知っていたかどうか問われなければならない……。

そしてまた、……諸事情（Yは、本件贈与行為の当時、受益者たるBの親権者として法定代理人の立場にあったこと、本件贈与行為のなされた時期が、Aにおいて多額の借財を負い、その債権者より厳しい追求を受けていた頃であること、Aの積極財産としては、本件不動産を含めたX主張の不動産を除いては、他にみるべきものがなかったこと、これらの不動産の贈与を受けたBは、Aの実子であるとともに、Yの養子であり、AとYとは、戸籍上姉弟、実際には伯母甥という身分上の関係にあるうえ、かねてより借財の処理について相談をしてきた間柄でもあったことなど。）からすれば、Yとしては、BがAより本件不動産（及びX主張のその余の不動産の持分）の贈与を受けるについて、該贈与によってAの積極財産は殆んど無に帰し、それがためAの債権者（Xを含む。）が害されるべきことを知っていたものと推断し得べきところ、……Yがかように詐害行為（本件贈与行為）の当時その詐害の事実を知っていたものである以上、その後になされた転得行為（本件根抵当権の移転）の当時においてもまた、やはり詐害の事実を知っていたものと推認するのが相当である。

……民法424条に定める債権者取消権は、債権者がみずからの権利としての訴訟の相手方（受益者または転得者）に対する関係においてのみ詐害行為の効力を失わしめるにすぎないものであり、その他の者の間の法律関係には何らの影響を及ぼすものでないことにかんがみれば、よしや、Yが本件根抵当権の移転を受けたC社（直接の転得者）が善意であったからといって、悪意の転得者（転々

得者)たるYに対して逸出した財産の返還を請求し得なくなるものではないと解するのが相当である……。」として、B・Yの控訴を棄却した。

Yは以下のように主張して上告した。

- (1) 仮にYが、根抵当権の転得の当時、悪意であったとしても、右根抵当権の移転はYが保証人としてC社(根抵当権者)に対しAに代位して弁済したため、法律上当然に(民法500条)、C社のAに対する貸金債権とともに、その代位弁済した金額の範囲内において、根抵当権もYに移転したのであるから、右移転について詐害行為となるかどうかを判定するには、原因行為たるYの右保証の時点における心的状態(善意、悪意)を問題とすべきであり、保証の時点において保証人が善意であれば、その保証の結果、将来当然の義務履行として為されるであろう代位弁済及び代位弁済の結果当然に起こるべき貸金債権と根抵当権との移転は、移転時点における保証人の心的状態の如何に拘わらず、詐害行為取消の対象外となるべきものである。
- (2) C社はYの保証及び根抵当権設定を条件として、Aらが経営するN社の宅地造成資金の一部としてAに貸金をしたものだから、右貸金は当然に全債権者の利益となるものであるので、いわゆる善意であり、根抵当権設定行為は詐害行為取消の対象外である。よってYは保証人としての代位弁済をした結果、その弁済の範囲内において、当然に、右根抵当権の一部がYに移転したものであるから、右根抵当権の移転は、すなわちC社の地位がそのまま、心的状態をも含めて、Yに移ったものであるから、その移転当時のYの心的状態の如何に拘わらず、詐害行為取消の対象となるべきものではない。

## (二) 最高裁判旨

### 上告棄却

「民法424条所定の詐害行為の受益者又は転得者の善意、悪意は、その者の認識したところによって決すべきであって、その前者の善意、悪意を承継するものではないと解すべきであり、また、受益者又は転得者から転得した者が悪意であるときは、たとえその前者が善意であっても同条に基づく債権者の追及を免れることができないというべきである。」

## (三) 検討

### 1. 本判例の事案の要約と特徴

本判例は、AがXに対する債務の支払いをせず、Yと相談のうえ、B(当時未成年者、Aの実子でありかつYの養子)に対し、唯一の資産である本件不動産を贈与し、移転登記手続を了したことで、Aは無資力者となり、その後、BがAのC社に対する金銭債務につき、本件不動産に根抵当権を設定し、その旨の登記手続がなされ、Yが保証人となったが、YがAのC社に対する債務金を代位弁済して右根抵当権の移転を受け、付記登記手続がなされたので、Xが、B・Yらに対する関係において詐害行為たる贈与行為を取消するとともに、悪意の受益者であるBに対し、所有権移転登記抹消登記を、善意の転得者であるC社からの悪意の転得者(転々得者)であるYに対し、根抵当権移転付記登記抹消登記を求めたという事案に対して、最高裁が、詐害行為の受益者又は転得者の善意、悪意の決定は、そ

の者が認識したところであり、その前者の善意、悪意を承継するものではないと解し、また、受益者又は転得者から転得した者が悪意である場合に、その前者が善意であっても悪意の転得者に対して債権者取消権を行使できると判断したものである。

本判例は、「受益者又は転得者から転得した者が悪意であるときは、たとえその前者が善意であっても同条に基づく債権者の追及を免れることができないというべきである。」という判旨から、相対的構成を採っていると評されている（注5参照）。学説でも、善意の受益者からの悪意の転得者に対する債権者取消権の行使について、相対的構成を採ると解しているものが多い<sup>97)</sup>。債権者取消権の場合、善意の受益者からの悪意転得者に対する債権者取消権の行使を肯定する見解（積極説）を相対的構成と称しているようである。筆者は、債権者取消権の効果としての相対的効力説を（現時点において）否定するものではないが、相対的効力から直ちに相対的構成が導き出されるものではなく、「相対的効力説」と「相対的構成」は同義ではないと思う。筆者は、原則として、善意の受益者又は転得者から転得した者に対する債権者取消権の行使はできないと考える消極説の立場に立つものであり、この立場から、以下いわゆる相対的構成を批判的に検証する。

## 2. いわゆる相対的構成に対する批判

### (1) 川島武宜説

債務者をA、受益者をB、転得者をCとした場合において、「Bが善意、Cが悪意のときにも、そもそも詐害行為がないことになるから、Cに対しても訴え得ぬ（すなわち債権者取消権なし）。」<sup>98)</sup>としておられる。この川島説は、私見と同旨である。

### (2) 鈴木禄弥説

債権者を乙(X)、債務者を甲(A)、受益者を丙(B)、転得者を丁(Y)、再転得者を戊(Z)とした場合において、「受益者Bが善意であるときでも、Y自身が悪意でありさえすればXのYに対する取消訴訟が可能か（かりにYもまた善意であっても、かれからの再転得者Zが悪意であれば、同じ問題が生じる）については、説が分かれている。Yに対する取消訴訟はYのみを被告とするもので、その効力もYのみに及ぶ相対的なものであるから、この場合にも、XのYに対する取消訴訟が認められるべきであるかのように思える（これを、債権者取消権に対する善意者保護についての相対的効力説という）。しかし、これが認められるとすると、YはBに対して売買目的物の権利の瑕疵についての担保責任を追求しうることになるといわざるをえず、また、Bがこの宝石をYに売却しようとするれば、かれのAからの宝石取得が（B自身は善意であったとはいえ）Xを害すべきものであったことをYに秘匿して、Yとの取引を完結してしまうほかはなく（さもなければ、Yは取引の相手方となることを尻込みしてしまうであろう）、かくては、B自身が取消訴訟の被告とされるのと結果的にはあまり変わらず、かれが善意のゆえにうけるはずの保護は、空洞化されてしまうおそれがある。それゆえ、以

97) 我妻・前掲199頁、松坂・前掲129頁、於保・前掲198頁、柚木=高木・前掲229頁。なお、北川・前掲193頁は、相対的構成をとるとしても、転得者の転得者についてまで同様に考えるべきではないとしている。

98) 川島・前掲70頁注1)

上の場合のYに対する取消訴訟は認められない、と解すべきである（これを、債権者取消権に対する善意者保護についての絶対的効力説という）。<sup>99)</sup>としておられる。

### (3) 私見

鈴木説がいう、善意者からの悪意転得者に対して取消訴訟が認められるとする相対的効力説では、目的物について善意者→悪意者→善意者→悪意者→……と転売が繰り返された場合に、どんなに遠くにいる悪意者に対しても債権者取消権を行使することが可能になってしまう。私見は、善意者から悪意で転得した者に対して債権者取消権を行使できるとした相対的構成については、この点を深く考察していないのではないかと考える。

そして、受益者が善意であれば、第三者の善意・悪意は関係なしに責任を問われることもないため、誰に売ってもよい地位にいるにもかかわらず、たまたま悪意者に売ってしまった場合に、債権者取消権が行使されると、債権者と転得者との関係において債務者・受益者間の契約が取消され、取消されると転得者の許にある目的物が債務者の許に戻ることになり、結果的には他人物売買になることから、理論上、受益者は転得者から担保責任を追及されることになる。私見は、理論的に考察して、転得者Yの受益者Bに対する権利の瑕疵における担保責任については、鈴木説が正当であると思う。鈴木説の言うとおり、善意の受益者が被告にならないといっても、結果的には被告とされるのとあまり変わらず、善意者の（真の所有権者としての）保護が空洞化されてしまうおそれがあるため、原則として、善意の受益者からの悪意の転得者に対しては、債権者取消権を行使できないと考える。

さらに、私見としては、善意の受益者は転得者との売買契約当時、自分の物として売っているはずであるから、担保責任を追及されるのならば、受益者は完全な権利を取得しているので、合意解除をすることが可能であろうと考える。例えば、債務者がほとんど資産がない状態にもかかわらず、唯一の不動産を善意の受益者に格安で売渡し、さらに悪意の転得者に再売買された場合に、悪意の転得者に対して債権者取消権を行使できるとすると、債権者と転得者との間で債務者・受益者間の契約が取消され、債権者は転得者の許にある不動産の引渡を請求できることになる。その一方で、転得者に完全な権利を移転したと信じていた善意の受益者は、債権者から詐害行為の悪意者として被告とされた転得者の存在を認識するに至って、転得者に完全な権利を移転した善意の受益者は、転得者との相談のうえ、あえて合意解除することが可能であると考え。これにより、契約は遡及的に効力を失うから、受益者に所有権が復帰することになり、合意解除をした受益者は、所有権に基づいて債務者に不動産の引渡を請求することができる。そして、不動産を取戻せば、再び別の転得者と取引することができるようになる（なお、合意解除に関して、545条1項ただし書「第三者の権利を害することはできない」に反するのではないかという批判があるかもしれないが、そもそも債権者は545条1項ただし書における第三者ではない。この第三者は転得者からの譲受人などであるから、545条1項ただし書に反しない）。そして、受益者が債務者から不動産を取戻して、再度取引することになれば、債権者は再び債権者取消権を行使することになり、同じことが繰り返されることになる。したがって、「独立的善意者」が現れた段階で詐害行為性は無くなるから、取消権は行使できないとみるべきである。

99) 鈴木・前掲175頁注2)

そもそも、フランス法<sup>100)</sup>とともにローマ法を引き継いだドイツ法では、譲渡が繰り返してなされた場合に、最後の取得者が返還義務を有するためには、第一の取得並びにすべての中間の取得が、取消の理由があるものでなければならないとされている<sup>101)</sup>。すなわち、目的物の譲渡が繰り返された場

100) 神戸大学外国法研究会編 田中周友『仏蘭西民法(Ⅲ) 財産取得法(2)』(有斐閣, 1988) 120～121頁では、「詐害行為の直接の相手方であっても、彼が善意且有償名義の取得者であるならば、上述する如く訴権は彼に対しては行使され得ないが故に、斯る前主を有つ転得者は、如何なる場合に於ても、仮令彼自身としては悪意且無償名義の転得者であっても、訴権の追及性は前主によって断絶濺除されるが故に、此の訴権の追及を受けることはないであらう。」と述べられている。

101) 松坂佐一『債権者取消権の研究』(有斐閣, 1962) 127～162頁

ドイツでは、1879年7月1日に「破産手続外における債務者の法的行為の取消に関する法律」(Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens)が公布された。その後、民法の改正に関する1898年5月17日の法律ならびに同月の施行法によって、破産法および債権者取消法が変更された。そして、取消法は1927年7月5日の破産防止のための和解に関する法律第98条によって補充され、それは1935年2月26日の和解法第130条2項によって維持された。つまり、取消法は民法よりも早く制定されたものである。

#### 1. 債権者取消権の要件

##### ①一般要件

- (1) 取消は債権者を害する法的行為を前提とする(取消法1条)。
- (2) 法的行為が債権者を害すること。

##### ②特別要件

加害の意思(Benachteiligungsabsicht)とその認識(Kenntnis)を必要とする(3条1号)。

#### 2. 債権者取消権の行使方法

①訴または訴訟上の抗弁(または再抗弁)によってのみしかできない。

②各債権者は、返還請求権を自己の権利として、かつ自己の名において行使することができる。

③訴の当事者は、取消権者と取消すべき給付の受領者であり、必要な場合は、受領者の承継人も含まれる(11条)。

- (1) 取消の訴は、債務者に対してはいかなる場合においても、単独にも、また同時に提起できない。これは、被告は、——原物で、補充的に価格で——債務者財産の損失において、彼に帰したところのものを返還することを目指すところの債権者取消の目的から生ずる。この返還は、取得者のみに命ぜられ、譲渡人に命ぜられない(7条, 9条, 11条)。
- (2) 返還義務者としては、まず債務者の財産から取り去られた財産の目的物の、最初の取得者である。そして、繰り返して譲渡がなされた場合に、最後の取得者が返還義務を有するためには、第一の取得並びにすべての中間の取得が、取消の理由あるものでなければならない。
- (3) 債権者は、取消すべき行為の相手方の承継人に対して、譲渡されたものの原物返還を請求することもできれば、さらに最初の取得者に対して価格賠償を請求することもできる。

なお、下森定『債権者取消権の研究—下森定著作集I—』(信山社, 2014)によれば、ドイツ破産法が、1994年10月5日に公布された後、1999年1月1日から施行され、これと対応して債権者取消権法も改正され、旧法は改正によって新法に引き継がれているようである。この改正は大幅に行われているが、基本的な内容は変わらないため、本稿で関係する条文を挙げることにとどめておく(478頁)。

#### 第15条 権利承継人に対する取消

- (1) 取消請求は、相続人又は取消の相手方の包括承継人に対しても行使することができる。

合に、その目的物を最後に取得した者に対して、債権者取消権を行使するためには、初めに目的物を取得した受益者並びにすべての中間取得者が悪意者でなければならないということである。つまり、ドイツ法の下では、善意者が現れた段階でその後の転得者（たとえ悪意でも）に対しては、債権者取消権を行使できないのである。

善意者からの悪意転得者に対する債権者取消権の行使を許容した最判昭和49年12月12日の事案は、受益者であるBが、当時未成年者であったために、Bの行為はすべて法定代理人であるYが行っていたことから、形式的には善意者からの悪意の転々得者であるけれども、実質的には受益者Bと転々得者Yは同一とみることができ、Yは転々得者というよりは、むしろ悪意の受益者とみるべきであろう。第一審におけるYの主張によれば、YはAから自ら贈与を受け、それをさらにBに贈与し、将来の相続のことを考慮して、中間省略登記によってAからBに直接所有権移転登記をしたものであると述べており、BとYを同一とみうることは一層明らかである。それ故、善意者からの悪意の転々得者であるYに対して債権者取消権を行使できるのであって、最高裁の結論自体は正当なものであると考える。しかし、善意者からの悪意転得者に対する債権者取消権の行使は、本判例のような場合や、中間介在者が「わら人形的善意者」として介在させられた場合に限り、認められるものである（なお、本判例はBをYがわら人形として介在させたともみなすことのできる事案であったことに注目してほしい）。中間介在者が「独立的善意者」であれば、その者が現れた段階で詐害行為性は無くなり、また、独立的善意者の完全な所有権者の地位を保護する観点から、たとえ転得者が悪意者であっても、その者に対して、債権者取消権の行使は認められないと考えるべきである。

さらに、民法424条1項ただし書の「ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時ににおいて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。」とする条文を素直に読めば、受益者が善意である時点で、また、転得者が善意である時点で、債権者取消権は行使できないと解することができるため、善意者から転得した者がたとえ悪意者であっても、その者に対して債権者取消権を行使できないとする消極説は、より説得力のあるものとなるであろう。

#### 四 背信的悪意者の判例との比較

——最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁——

不動産の二重譲渡において、背信的悪意者である第二買主からの転得者が登記を備えた場合、転得者は民法177条の「第三者」に当たるかについて、最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁は、「登記を経由した者がこの法理（筆者注：背信的悪意者の法理）によって『第三者』から排除されるかど

---

(2) その他の特定承継人に対しては、以下の場合に取消権を行使することができる。

- 1 当該権利承継人が、その取得の時に、前主の取得が取消しうることを基礎づける事情を知っていたとき
- 2 当該権利承継人が、その取得の時に、債務者と緊密な関係にある者（倒産法第138条）に属していた場合、ただし、この者がその取得の時に前主の取得が取消しうることを基礎づける事情を知らなかったときはこの限りでない。
- 3 当該権利承継人がその取得財産を無償で得たとき

うかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄である」と判示して相対的構成を採っていると解されることから、本章では、最判平成8年10月29日を考察する。

### (一) 事実の概要

X市は、昭和30年3月、旧国鉄松山駅前整備事業の一環として、貨物の搬出、搬入用の道路を造るために、Aから本件土地（合併1の土地の一部）を34万1,280円で買受け、同年4月30日に代金を完済し、X市とAは本件土地を合併1の土地から分筆して合併6の土地とすることにした。しかし、分筆登記の手續に手違いが生じ、昭和30年5月13日、実際に合併1の土地から分筆された土地は合併7の土地として表示され、登記簿や土地台帳上では合併7の土地ができ、合併6の土地はその後公簿上作られなかったため、合併6の土地として登記される予定であった本件土地はX市の所有権移転登記が経由されないままとなっていた。その後、X市は農地であった本件土地を公衆用道路に造成するため、昭和30年度の失業対策事業で盛土をして整備し、昭和44年6月21日から同年7月10日までの間に本件土地の北側と南側に側溝を、ほぼ中央部に市章入りのマンホールを2箇所設置するとともに、敷地全体をアスファルトで舗装して現況に近い形態の道路として整備し、昭和54年11月には、本件土地内に市道金属標を設置することにより本件土地がX市の管理に係る道路であることを明確にした。また、X市は、昭和43年3月に、地元民の道路境界査定申請に基づき本件土地とその南に接する合併8の土地との境界を査定したが、その査定調査には本件土地は「市道新玉286の1号線」と記載されており、X市が昭和54年に作成したX市備付道路台帳にも本件土地は「市道新玉286の1号線」として掲載された。右道路台帳には、右路線が幅員14.4m、長さ30.4mである旨の記載がある。このようにして本件土地は、遅くとも昭和44年7月までに、X市所有の道路（市道）として一般市民の通行の用に供され、付近住民からも市道として認識されてきた。

一方、A家に入出入りし、同家の財産管理に関与していたNは、昭和57年の夏、A夫婦から、本件土地を一例として、登記簿上Aの所有となっているため固定資産税が課されているが所在の分からない土地があるので、これを処分して500万円を得たい旨の相談を受けた。このため、Nは、知人のBにこの話を伝え、協力を求めた。Bは、C社、D社及びE社のオーナーとしてこれらの会社を実質的に経営する者であるが、Nからの話を聞き、土地登記簿謄本、野取図などに基づいて本件土地の所在場所を確認し、現地を見た上で本件土地を購入することにし、昭和57年10月25日、C社を代理して、Aを代理するNとの間で、代金を500万円とする売買契約を締結し、同月27日、C社名義で所有権移転登記を経由した。なお、その際、売買契約を締結しても確実に所有権を移転できる確信がもてなかったNは、万一本件土地が実在しない場合にもAに代金の返還を請求しない旨の念書をBからとった。昭和57年当時、道路でないとした場合の本件土地の価格はおよそ6,000万円であった。C社は、昭和58年1月、本件土地に関し市道の廃止を求めるため付近住民から同意書を徴するなどしたが、本件土地については、同年2月25日付でD社に、次いで昭和59年7月10日付でE社に、それぞれ所有権移転登記が経由された。Yは、昭和60年8月14日、E社から1億5,000万円で本件土地を買受けてその旨の所有権移転登記を経由し、同月28日、本件土地が市道ではない旨を主張して、本件土地上にプレハブ建物2棟及びバリケードを設置した。

そこで、X市は本件土地について所有権及び道路管理権を有すると主張して、Yに対し、(I)所

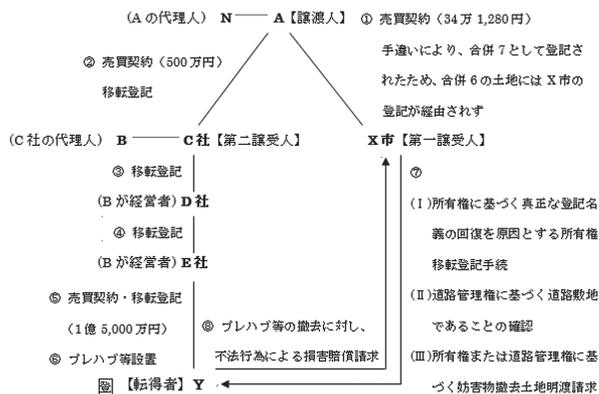
債権者取消権の効力について

有権に基づき真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続、(Ⅱ)道路管理権に基づき本件土地がX市道新玉47号線(旧同286-1号線)の敷地であることの確認、(Ⅲ)所有権又は道路管理権に基づき本件土地上に設置されたプレハブ建物及びバリケード等の撤去を請求した。これに対しYは、本件土地がYの所有であることを前提としてX市に対し、X市が本件土地上のプレハブ建物及びバリケード等を撤去して本件土地を執行官に保管させた上、市道としての使用に供することができる旨の仮処分決定を得て、その執行をしたことは、Yに対する不法行為に当たると主張して、損害賠償を請求した<sup>102)</sup>。

《第1審判決》X市の請求一部認容 [(Ⅱ)・(Ⅲ)], 一部棄却 [(Ⅰ)], Yの請求棄却

「本件土地は、BがX市道敷地になっていることを承知の上で、登記簿上の所有名義がAのままになっていることを知って、これを奇貨として、自己の経営するC社の名で買い受け、同土地を廃道にして利益を得ようと画策したが功を奏さず、関係のある会社名を利用して所有名義を転々とさせたものであろうと推認され、Yもまた、右の事情を知りながら買受人となったものと推認され得る。しかしながら、……X市の固定資産税課では、昭和48年から同56年までは、登記簿上の所有名義人のAに固定資産税を賦課する手続をしていて、道路維持課の責任者も、Bが前示道路境界査定申請をなした時点では、本件土地をX市が買収した事実を知らず、登記簿上の記載から単純に本件土地のいわゆる底地所有権が私人に属すると判断し、前掲乙第2号証(筆者注：本件土地が道路境界線を侵害していない旨の証明書)を発行していること、……本件土地にはYが所有名義を取得するまでの間に、相互銀行や信用金庫などを債権者として極度額等総額1億4,000万円の根抵当権などが設定されており、これら金融機関においては、本件土地が相当の担保価値があるものと判断していたと解し得る余地があることなどの事情も認められるのであり、右に認定の事実関係のみでは、C社からYに至るまでの全所有名義人、殊にYが、本件土地がX市により買収されていることをも知って、不正の目的を持ってその所有権を取得したとまでは断じ難」と判断した上で、「Yは、本件土地の所有権の取得をもってX市に対抗し得るが、その前者であるC社は、X市によりX市道敷地として適法に供用開始

102) 事案が複雑なので、図示化したものを掲載しておく。



された後に本件土地の所有権を取得したものであるから、その所有権は道路法4条所定の私権の行使の制限を受けたものであって、同人の権利の承継人であるYは、同法条により本件土地に対する権利行使の制限を受けるという限度で、X市から本件土地についての道路管理権を対抗される。」

よって、X市の請求は、Yに対する道路管理権に基づき、(Ⅱ) X市道敷地の確認請求及び(Ⅲ) 妨害物撤去土地明渡請求は理由があるとして認容されたが、(Ⅰ) 所有権に基づく所有権移転登記の請求は理由がないとして棄却された。

なお、YのX市に対する損害賠償請求については、「Yが本件土地についての所有権取得をもってX市に対抗し得ることは、前示認定のとおりであるが、本件土地がX市道の敷地であって、これにつきYがX市により、道路管理権を対抗されることも、前示認定のとおりである。そうすると、本件土地が市道敷地であると主張してなされた申請に基づき発せられた本件仮処分の執行の結果につき、本件土地が道路敷地でないことを理由にX市の責任を追及するYの請求は、爾余の点を判断するまでもなく、失当」であるとして、棄却された。X市附帯控訴、Y控訴。

#### 《原审判決》X市の附帯控訴認容、Yの控訴棄却

X市とC社は、本件土地を前所有者Aから二重に買受けた者であるといえるので、YとC社には対抗関係が生ずるものであるとした上で、「BがC社の代理人としてAから本件土地を買うにあたっては、本件土地が既にX市に売り渡され、事実上市道となり、長年一般市民の通行の用に供されていたことを知ったが、X市名義に所有権移転登記がされていないことを奇貨としてこれを買受け、道路を廃止して自己の利益を計ろうとしたものと認めることができるのであって、このような事情の下に本件土地を買受けたC社は、背信的悪意者であると評価されても致し方のないものといえることができる。したがってX市は本件土地の所有権取得につきその登記なくしてC社に対抗し得るものというべきである。」

次に、「C社から本件土地の所有権を譲り受けたD社ないしは、E社は、いずれもBが実質的経営者である会社であり、……Yは、昭和60年8月14日、本件土地をE社から買受けたことが認められるが、C社が背信的悪意者であって所有権取得をもってX市に対し対抗できない以上、D社、ないしE社を経て買受けたYもまた本件土地の所有権に関しX市に対抗し得ないものというべきである。」と判断して、(Ⅰ) 所有権に基づく真正な登記名義の回復を原因とするX市の所有権移転登記手続請求を認容すべきものとした。また、(Ⅱ) X市道敷地の確認請求、(Ⅲ) 妨害物撤去土地明渡請求及びYのX市に対する損害賠償請求については、第1審の判決を支持したため、X市の請求は全面的に認められ、Yの控訴は棄却された。

Yは、以下のように主張して上告した。

- (Ⅰ) 背信的悪意者であるC社もX市に対する関係では登記欠缺を主張できず、その限りで権利取得の効力が生じないだけであり、AからC社への物権変動が無効になるわけではなく、C社は無権利者となるわけではないから、D社が背信的悪意者でない限り、C社から有効に物権を取得しうる、いわゆる相対的無効説をとるべきであるところ、Yが転得行為について背信的悪意者と認定される証拠も存在せず且つまたこれについての判断も逸脱している。

- (2) BないしC社は背信的悪意者とは言い得ない。
- (3) 約27年間もの長きにわたって登記を懈怠したX市が背信的悪意者排除の主張を行うのは信義則に反する。

## (二) 最高裁判旨

一部破棄差戻〔(Ⅰ)に関する判断部分〕、一部棄却〔(Ⅱ)・(Ⅲ)に関する判断部分〕

「本件土地は、遅くとも昭和44年7月までに、土地の北側と南側に側溝が入れられ、ほぼ中央部に市章入りマンホールが2箇所設置されるとともに、全体がアスファルトで舗装された道路として整備され、一般市民の通行に供されてきており、近隣の住民からも市道として認識されてきたところ、C社の代理人Bは、現地を確認した上、昭和57年当時、道路でなければおよそ6,000万円の価格であった本件土地を、万一土地が実在しない場合にも代金の返還は請求しない旨の念書まで差し入れて、500万円で購入したというのであるから、C社は、本件土地が市道敷地として一般市民の通行の用に供されていることを知りながら、X市が本件土地の所有権移転登記を経由していないことを奇貨として、不当な利得を得る目的で本件土地を取得しようとしたものということができ、X市の登記の欠缺を主張することができないいわゆる背信的悪意者に当たるものというべきである。したがって、X市は、C社に対する関係では、本件土地につき登記がなくても所有権取得を対抗できる関係にあったといえる。」

しかし、「所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から二重に買い受け、更に丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとい丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって乙に対抗することができるものと解するのが相当である。けだし、(一)丙が背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であっても、乙は、丙が登記を経由した権利を乙に対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得を丙に対抗することができるというにとどまり、甲丙間の売買自体の無効を来すものではなく、したがって、丁は無権利者から当該不動産を買い受けたことにならないのであって、また、(二)背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法177条の『第三者』から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経していない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって『第三者』から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである。」と判断した上で、「Yは背信的悪意者であるC社から、実質的にはこれと同視されるD社及びE社を経て、本件土地を取得したものであるというのであるから、Yは背信的悪意者からの転得者であり、したがって、C社が背信的悪意者であるにせよ、本件においてY自身が背信的悪意者に当たるか否かを改めて判断することなしには、本件土地の所有権取得をもってX市に対抗し得ないものとすることはできないというべきである。」とし、原判決中本件土地の所有権移転登記手続請求(Ⅰ)に関する部分を破棄差戻した。

### (三) 検討

#### 1. 本判例の事案の要約と特徴

本判例の事案を要約すると以下の通りである。X市は、昭和30年3月Aから本件土地を買受けたが、分筆登記の手续に手違いが生じ、本件土地にX市の所有権移転登記が経由されないままとなっていたが、遅くとも昭和44年7月までにX市所有の道路（市道）として一般市民の通行の用に供され、付近住民からも市道として認識されていた。一方、C社、D社及びE社の経営者であるBは、Aから本件土地らの処分の相談を受けたNから話しを聞き、本件土地を現認した上で、本件土地を購入することにし、C社を代理して、昭和57年10月Aを代理するNと本件土地の売買契約を代金500万円で締結し、C社名義で所有権移転登記を経由した。昭和57年当時、道路でないとした場合の本件土地の価格はおよそ6000万円である。その後、本件土地はD社次いでE社に、それぞれ所有権移転登記が経由され、昭和60年8月E社からYへ代金1億5000万円で売買されて、その旨の所有権移転登記が経由されるとともに、Yは本件土地が市道ではない旨を主張して、本件土地上にプレハブ建物2棟及びバリケードを設置した。そこで、X市は本件土地について所有権及び道路管理権を有すると主張して、Yに対し、所有権移転登記手続、道路敷地であることの確認、妨害物撤去土地明渡を請求した。これに対し、Yは、本件土地の所有者であることを前提としてX市に対し、X市がプレハブ等を撤去したことは不法行為に当たるとして、損害賠償を請求したという事案である。

最高裁は、背信的悪意者からの転得者は「無権利者から当該不動産を買受けたことにならない」とした上で、「背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして、民法177条の『第三者』から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経していない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって『第三者』から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである。」と判断し、「Yは背信的悪意者であるC社から、実質的にはこれと同視されるD社及びE社を経て、本件土地を取得したものであるというのであるから、Yは背信的悪意者からの転得者であり、したがって、C社が背信的悪意者であるにせよ、本件においてY自身が背信的悪意者に当たるか否かを改めて判断することなしには、本件土地の所有権取得をもってX市に対抗し得ないものとするはできないというべきである」と判示して、原判決がX市の本件土地の所有権移転登記手続請求を認容した部分を破棄差戻した。本判例は、背信的悪意者からの転得者について、転得者が民法177条の「第三者」に当たるとした、初めての最高裁判例である。

#### 2. 背信的悪意者について

民法177条では、不動産に関する物権の得喪及び変更は登記しなければ第三者に対抗できない旨が定められており、この177条における「第三者」とは、当事者若しくはその包括承継人以外の者で、不動産に関する物権の得喪及び変更の登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者である<sup>103)</sup>。なお、

103) 大連判明治41・12・15民録14輯1276頁

悪意の第三者もここでいう「第三者」にあたる。177条は法文上悪意の第三者を排除しておらず、判例も177条の第三者について、善意・悪意を問わないとしている<sup>104)</sup>。

ただし、悪意の第三者も、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者であるといっても、それは正常な「正当な自由競争」の範囲内で取引をした場合に限られ、不動産登記法5条1項・2項に該当する者は、177条の「第三者」に当たらないとされている。不動産登記法5条1項では、「詐欺又は強迫によって登記の申請を妨げた第三者は、その登記がないことを主張することができない」と定められており、例えば、Aからの二重譲受人同士でもCがAを詐欺や強迫したりして登記を得た場合ならば、Bは登記なくしてCに対抗でき、CはBの登記の欠缺を主張できない。同条2項では、「他人のために登記を申請する義務を負う第三者は、その登記がないことを主張することができない」と定められており、例えば、Aの不動産を購入したBが司法書士であるCに登記の申請手を依頼したところ、かねてからその土地が欲しかったCは巧みにAから譲受けて登記を済ませた場合には、Bは登記なくしてCに対抗できる（売主Aの法定代理人もこれに当たる）。いずれも登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者とは考えられないからである。

そして、不動産登記法5条1項・2項にはあたらないが、それに準ずるような信義則上許されない悪意者、すなわち背信的悪意者も177条の「第三者」にあたらないとされている。それゆえ、物権取得者は背信的悪意者に対して登記なくして対抗できる。判例によれば、背信的悪意者とは、「当該第三者に、不動産登記法4条、5条<sup>105)</sup>により登記の欠缺を主張することの許されない事由がある場合、その他これに類するような、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由」がある悪意者のことであるとされている<sup>106)</sup>。さらに最高裁は、「実体上物権変動があった事実を知りながら当該不動産について利害関係を持つに至った者において、右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、かかる背信的悪意者は登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであって、民法177条にいう『第三者』にあたらない<sup>107)</sup>と判示し、判例理論を確立している。

どのような者が背信的悪意者に当たるのかという判断基準については、判例の類型的考察では以下のようなになる<sup>108)</sup>。

- (1) 第一の譲渡行為の登記の欠缺を主張することが、estoppelの法理ないし先行行為矛盾原則（venire contra factum proprium）に反する場合。

第一の譲渡行為の成立や履行に当事者の代理人・仲介人・立会人などとして関係し、あるいは第一譲渡について知っていたのみならず、それを積極的に容認し、それを前提として行為していた第二譲

104) 大判大正10・12・10民録27輯2103頁，最判昭和32・9・19民集11巻9号1574頁

105) 現在の不動産登記法では、5条1項、5条2項である。

106) 最判昭和31・4・24民集10巻4号417頁

107) 最判昭和44・1・16民集23巻1号18頁

108) 背信的悪意者に関する判例の類型的考察については、高森八四郎＝高森哉子『物権法講義（第1分冊）[補訂版]—物権法総論—』（2006、関西大学出版部）37～38頁を参照した。

受人が典型的である<sup>109)</sup>。

(2) 第二の譲渡行為の実現につき譲渡人を教唆するなど、第二譲受人の信義則に反する積極的な行為があった場合。

Aから山林を買受けて、23年余の間これを占有していたXのことを十分に知っていながら、Xの所有権取得の登記がなされていないのに乗じて、Xに高価で買取らせる目的で、当該山林を買って登記した第二譲受人などである<sup>110)</sup>。

(3) 第二譲受人が譲渡人に準ずる地位にある場合。

譲渡人と第二譲受人との間に、親子・夫婦などの身分関係があるか、法人とその代表者という関係があり、しかも無償に近い対価で取得して登記を済ませた第二譲受人がこれに当たる（下級審判決に多いといわれている）。

### 3. 背信的悪意者からの転得者について

かつては、背信的悪意者の権利取得について、それ自体が、公序良俗違反（民法90条）として絶対的に無効と判断し、背信的悪意者が無権利者となる限り、その者からの譲受人たる転得者も当然無権利者となり、善意でも保護されないとする「絶対的構成」を採っていた最高裁判例も存在していた<sup>111)</sup>。これに対して、背信的悪意者であっても、一応権利の取得は認められ、ただ対抗関係にある第三者に対する関係でのみ信義則に違反する者として、その者に対して登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者とは言い得ないにすぎないとするならば、背信的悪意者からの承継人たる転得者は、自らが第三者に対して反信義則的な容態をもった背信的悪意者とみなされない限り、完全に有効な権利を取得し、177条の「第三者」として、譲渡人からの譲受人に対して対抗関係に立ち、登記を取得する場合には、その者に優先し得る地位を得ると考える立場も有力に主張されていた。この考え方を「相対的構成」という。

最判平成8年10月29日は、この「相対的構成」を明示的に採用したわけである。背信的悪意者が177条の「第三者」から排除される理由を、第一譲受人に遅れて不動産を取得し、登記を経由した背信的悪意者が、登記を経ていない第一譲受人に対して登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし、信義則に反するがゆえに許されないということに求め、それゆえその者からの転得者が、右法理によって「第三者」から排除されるかどうかは、もっぱら転得者と第一譲受人との間で相対的に（信義則に従って）判断されるべきことを判示している。このような相対的構成はすでに下級審判決<sup>112)</sup>で示されていたが、最判平成8年10月29日は右下級審判決を是認したことになり、学説の大勢にも従ったことになる。

109) 最判昭和43・11・15民集22巻12号2671頁，最判昭和44・1・16前掲注107)，最判昭和35・3・31民集14巻4号663頁

110) 最判昭和43・8・2民集22巻8号1571頁

111) 最判昭和36・4・27民集15巻4号901頁

112) 大阪高判昭和49・7・10判時766号66頁，広島高裁松江支判昭和49・12・18日判時788号58頁，東京高判昭和57・8・31下民集33巻5～8号968頁

最判平成8年10月29日では、第一譲受人と背信的悪意者である第二譲受人からの転得者との間の対抗関係が問題とされ、最高裁はそのような場合に「相対的構成」を採用することを明らかにしたが、もし、この相対的な考え方を推し進めるならば、第一譲受人は背信的悪意者に当たらない第二譲受人からの転得者との関係について、場合によっては第一譲受人が背信的悪意者排除の主張をすることが許される場合があるであろう。例えば、背信的悪意者に当たらない善意の第二譲受人が、実は転得者によって介在された「わら人形」であった場合である。すなわち、上記の判例の相対的構成を、一般論として拡張して解釈するのは疑問である。背信的悪意者でない者からの転得者を背信的悪意者に間接することが許されるのは、善意の第二譲受人を「わら人形」として介在させた背信的悪意者たる転得者のケースだけではないかと考える<sup>113)</sup>。

なお、本判例は背信的悪意者からの転得者を保護した判例であり、「Yは背信的悪意者であるC社から、実質的にはこれと同視されるD社及びE社を経て、本件土地を取得したものであるというのであるから、Yは背信的悪意者からの転得者であり、したがって、C社が背信的悪意者であるにせよ、本件においてY自身が背信的悪意者に当たるか否かを改めて判断することなしには、本件土地の所有権取得をもってX市に対抗し得ないものとするはできないというべきである。」とした結論は妥当である。

## 五 考察

転得者が善意の第二譲受人を「わら人形」として介在させたケースと判断できる判例として、東京高判昭和57年8月31日下民集33巻5～8号968頁がある。

### (一) 事実の概要

昭和48年4月23日、B社は、本件土地（約55坪）を含む945番外1筆の土地をAから買受けた上、同日、その土地をX社に対し1億3,440万円で売渡し、X社はその代金を支払った。X社は右土地をC社へ転売する予定であったが、その後、都合により、X社・B社・C社の3者間で、右の売買経路を変更し、B社・X社間の売買契約を合意解除の上、あらためて、B社からC社へ、C社からX社へと順次売渡す旨の合意をし、昭和48年4月23日付でB社とC社との間で代金1億3,440万円の売買契約が締結され、次いで同年12月10日付でC社とX社との間で代金1億8,940万円の売買契約が締結された。なお、X社のC社に対する代金のうち、1億3,440万円及びC社のB社に対する同額の代金の支払いは、X社がすでにB社に交付した同額の金員を以て決済し、後日、X社はC社に残代金5,500万円を支払った。

ところで、AがB社に売渡した土地は公簿上1,513坪であったが、実際には1,800坪以上あるとみられていたので、そのうち1,600坪を売買の対象とすることにし、その差200坪分は、B社が実測、造成後にAに返還すること、実測の結果が1,800坪を越える部分は無償縄延び分としてB社が取得す

113) 高森=高森・前掲65頁も同旨である。

ることが約束された。また、B社・X社間のはじめの売買契約においても、同契約合意解除後のB社とC社、C社とX社との間の売買契約においても同様の約束がされた。その後、C社・X社間の売買に際し、土地を実測したところ、945番外1筆の土地は2,022坪あった。そのうち、115坪はAに返還され、Aに返還されるべきであったその他の85坪のうち、50坪は造成費代としてX社に残され、35坪はX社が新たに買受けた。したがって、Aへ返還する部分以外の土地は、X社が取得した。

しかし、C社やX社への所有権移転登記が未了の状態の間に、本件土地が昭和49年8月1日、B社からDへ譲渡され、同月5日、分筆登記の上、同月16日、所有権移転登記がなされ、昭和53年1月7日、さらに同土地はDからYに譲渡され、同月13日、所有権移転登記がなされた（なお、X社は、昭和53年4月頃、買受地をE社に売却した）。そこでX社が、Yに対し、本件土地の所有権移転登記を請求した<sup>114)</sup>。第1審でX社は勝訴し、Yは控訴した。

ところで、Yは、昭和42年X社に入社し、営業を担当、昭和46年4月東京支店土木営業部主任、昭和48年4月課長代理、昭和49年4月営業課長になっている。そのYは、昭和47年7月C社から用地を取得し、開発許可を得て、宅地造成をした後、売渡すという仕事を請負い、用地買収業務の責任者となったことがあり、また右業務に従事している間に、昭和48年4月2日、自己の全額出資でB社を作り、X社が土地を買収する際に地主との間に右会社を介在させ買収価格に上乗せした価格でX社に買取らせその差額をマージンとして取得することを目論み、その事実を隠すため、妻の弟を名義上の代表取締役として登記していたが、昭和52年1月10日、X社を退職して、昭和52年4月11日、B社の主宰者となった。そしてYは、かねてB社・C社・X社間の本件売買契約に深く関与し、本件土地についても、B社からC社を経てX社へ売買による所有権移転登記手続をする必要があることを知悉していた。

なお、Yは、Dが本件土地の所有権取得に際し善意の第三者であったから、Yが仮に背信的悪意者の立場であったとしても、中間にDが介在することによりYの本件土地取得について悪意が遮断されるし、そのように解さないと中間に介在する善意の第三者の所有権帰属も覆滅し、善意取得者の保護

114) 事案が複雑なので、図示化したものを掲載しておく。



に欠けることになるから、背信的悪意者である転得者に所有権を帰属せしめ、その者にはただ単に損害賠償義務を課すべきだと主張し、X社は、背信的悪意者の理論は、その者を登記制度の庇護の下から放逐しようとする信義則の理念に立脚しているもので、問題は対立当事者間において相対的に処理せられるべきものであり、そのようにしないと、徒らに背信的悪意者を悪意遮断の隠れ蓑によって免責することになりかねないと主張した。

## (二) 高裁判旨

### 控訴棄却

「YはX社及びB社における前述の地位、役割において、本件土地がB社からC社へ次いでX社へ順次その所有権移転登記がなされるべき関係を自ら作出しておきながら、他方、B社をして本件土地をDへ譲渡させて右義務の履行を不能ならしめ、しかも自らDから所有権の譲渡を受けてその旨の登記を経由した者であるから、信義則に照らし、X社の本件土地の所有権取得につきその旨の登記の欠缺を主張する正当の利益を有する者と認めるのは相当ではない（いわゆる背信的悪意者）。

Yは、本件においては、Yの前に善意の第三者であるDが中間取得者として介在しているので、Yの本件土地の取得については、悪意が遮断され、背信的悪意の理論を適用する余地はないと主張する。

しかし、背信的悪意論は、X社の主張するように、信義則の理念に基づいて背信的悪意者を登記制度の庇護の下から排斥せんとする法理であるから、登記欠缺者と当該背信的悪意者間の法律関係について相対的に適用されるべきものであり、善意の中間取得者の介在によって、その適用が左右される性質のものではないと解するのが相当である。蓋し、斯く解したからとて、その適用の結果が中間に介在する善意の第三取得者の法律関係、法的地位に影響を及ぼすものでもなく、又反面、Yの主張するような、悪意の遮断を認めると、善意の第三者を介在させることにより背信的悪意者が免責されるという不当な結果を認めることになるからである。」として、X社の請求を認め、Yの控訴を棄却した。

## (三) 検討

### 1. 本判例の事案の要約と特徴

本判例の事案を要約すると以下の通りである。昭和48年4月23日、Yが設立したB社が、本件土地を含む945番外1筆の土地をAから買受けた上、同日、その土地をX社に対し売渡したが、その後、売買の経路を変更し、B社・X社間の売買契約を合意解除の上、あらためて、昭和48年4月23日付でB社からC社へ売買され、次いでC社からX社へ売買された。しかし、C社やX社への所有権移転登記が未了の状態の間に、本件土地がB社からDへ譲渡、所有権移転登記がなされ、さらに同土地はDからYに譲渡、所有権移転登記がなされた。そこで、買受地をE社に売却していたX社が、Yに対し、本件土地の所有権移転登記を請求したという事案である。東京高裁は、Y自身が本件土地をB社からC社へ次いでX社へ順次その所有権移転登記がなされているべき関係を作成しながら、他方で、本件土地をB社からDへ譲渡させ、Dから所有権の譲渡を受けてその旨の登記を経由したものであることから、Yを背信的悪意者であると認定した上で、善意の第二譲受人Dからの背信的悪意者である転得者Yに対して、相対的に背信的悪意者論の適用を認めた。

本判例の特徴は、不動産が二重に譲渡され、第二譲受人が善意者で、その者からの転得者が背信的悪意者である場合に、善意者が中間に介在していても背信的悪意の遮断はされずに、背信的悪意者論が相対的に適用されるとしたところにある。

2. 善意の第二譲受人からの背信的悪意者である転得者に対して、背信的悪意者論が相対的に適用されることについて

本件では、YはB社・C社・X社間の売買契約に深く関与し、本件土地についても、B社からC社を経てX社への売買による所有権移転登記手続をする必要があることを知悉しており、また、本件土地を勤務先のX社に買わせるに当たって、Yは自分が設立したB社を介在させてマージン稼ぎを目論み、さらに同一物件を善意の中間取得者を経て最終的には自己のものにしようとしたのであるから、Yは背信的悪意者であると判断してよい。そして、B社はYが全額出資して設立した会社であり、Yがマージンを稼ぐためにB社を介在させたことから、譲渡人であるB社と転得者であるYは実質的には同一人とみることができるので、B社もまた背信的悪意者であるとみることができる。したがって、中間取得者Dの前主・後主が背信的悪意者であることから、DはYが「わら人形」として介在させた者と考えることができる。したがって、善意の第二譲受人Dからの背信的悪意者である転得者Yに対して、相対的に背信的悪意者論の適用を認めたことに関しては、異論はない。

しかし、認められるのはこのようなケースのみで、第二譲受人が完全な「独立的善意者」である場合には、背信的悪意者論の主張は認められないものとする。理由として、例えば、甲から不動産を乙が買受け、その登記が未了の間に丙がその不動産を甲から二重に買受け、登記を具備し、さらに丙から丁が買受け登記を具備した場合に、丙が背信的悪意者でない限り、先に登記を具備したのだから、不動産の所有権を丙が取得したというべきであり、特段の事情がない限り、乙は不動産の所有権を取得することはできないはずである。それなのに、たまたまその後丁が登場し、背信的悪意者と認定されたことにより、乙は不動産に対する権利を失ったにもかかわらず、再び権利を回復するというのは、乙に対して過度の保護を認める結果となり妥当ではないと思われる。そのような結論は、法的安定性の見地からも相当ではないからである<sup>115)</sup>。すなわち、中間取得者が背信的悪意者でなければ、それ以降の者に対しては、原則として、背信的悪意者は生じないと考えるべきである。

## 六 結

二重譲渡における善意の第二譲受人からの背信的悪意者である転得者のケースについて、東京高判昭和57年8月31日では、善意者が中間に介在していても背信的悪意の遮断はされずに、背信的悪意者論が相対的に適用されるとして、背信的悪意者である転得者に対して背信的悪意者論の適用が認められたが、判例の相対的構成を、具体的な事案と切り離して一般論として拡張して解釈するのは疑問であり、背信的悪意者でない者からの転得者を背信的悪意者に問疑することが許されるのは、善意の

115) 大分地判平成20・11・28判タ1298号167頁も判旨において、同様の判断を示している。

第二譲受人を「わら人形」として介在させた背信的悪意者たる転得者のケースだけではないかと考える。理由としては、不動産を二重に買受けた第二譲受人が、第一譲受人よりも先に登記を具備した場合、第二譲受人が背信的悪意者でない限り、先に登記を具備したのだから、不動産の所有権を第二譲受人が取得したというべきであり、特段の事情がない限り、第一譲受人は不動産の所有権を取得することはできないはずである。しかし、たまたまその後転得者が登場し、背信的悪意者と認定されたことにより、第一譲受人は不動産に対する権利を失ったにもかかわらず、再び権利を回復するというのは、第一譲受人に対して過度の保護を認める結果となり、妥当ではなく、そのような結論は、法的安定性の見地からも相当ではないからである<sup>116)</sup>。つまり、中間取得者が背信的悪意者でなければ、それ以降の者に対しては、原則として、背信的悪意者は生じないと考えるべきである。

では、債権者取消権における善意の受益者からの悪意の転得者のケースについてはどうか、ということになるが、この場合においても、背信的悪意者のケースと同様に、悪意の転得者が善意の受益者を「わら人形」として介在させた場合に限り、債権者取消権の行使が認められると考える。判例は、詐害行為の受益者又は転得者の善意、悪意の決定は、その者が認識したところであり、その前者の善意、悪意を承継するものではないと解し、また、受益者又は転得者から転得した者が悪意である場合に、その前者が善意であっても悪意の転得者に対して債権者取消権を行使できるとして、いわゆる相対的構成を採り、学説も相対的構成を採ると解している見解が多いが<sup>117)</sup>、私見としては、消極説の立場に立ち、原則として、善意の受益者からの悪意の転得者に対する債権者取消権の行使は認められないと考える。

善意の受益者・悪意の転得者の場合に、悪意の転得者に対して債権者取消権を行使できないとする根拠の一つとして、もしこの場合、債権者取消権の行使を認めるならば、善意の受益者は権利を奪われた悪意の転得者から561条以下の追奪担保の責任を問われることになるというのは不合理であるという点が挙げられている<sup>118)</sup>。消極説を採る主要な学説として川島説と鈴木説があり、債務者をA、受益者をB、転得者をCとした場合において、「Bが善意、Cが悪意のときにも、そもそも詐害行為がないことになるから、Cに対しても訴え得ぬ（すなわち債権者取消権なし。）」とした川島説は、真に妥当であると考えられる。そして、債権者をX、債務者をA、受益者をB、転得者をY、再転得者をZとした場合に、受益者Bが善意で、転得者Yが悪意である場合（仮に転得者Yも善意であっても、再転得者Zが悪意であれば、同じ問題が生じる）における、債権者Xの転得者Yに対する取消訴訟について、川島説を具体的事例をもって補強している鈴木説の見解をまとめると以下のようなになる。

- ①転得者Yに対する取消訴訟は転得者Yのみを被告とし、その効力も転得者Yのみに及ぶ相対的なものであるから、債権者Xの転得者Yに対する取消訴訟が認められるとする債権者取消権に対する善意者保護についての相対的効力説（すなわち積極説）は採らず、債権者Xの転得者Yに対する取消訴訟は認められないとする債権者取消権に対する善意者保護についての絶対的効力説（す

116) 大分地判平成20・11・28前掲注115)

117) 我妻・前掲199頁、松坂・前掲129頁、於保・前掲198頁、柚木=高木・前掲229頁

118) 勝本・前掲408頁、山中・前掲121頁、鈴木・前掲175頁

なわち消極説)を採る。

②債権者取消権に対する善意者保護についての絶対的効力説(消極説)を採る理由

- (a) 転得者Yに対する取消訴訟が認められると、理論的には受益者Bは転得者Yから売買目的物の権利の瑕疵についての担保責任を追及されることになる。
- (b) 受益者Bが目的物を転得者Yに売却しようとするれば、受益者Bの債務者Aからの目的物の取得が(受益者Bは善意であっても)債権者Xを害すべきものであったことを転得者Yに秘匿して、転得者Yとの取引を完結してしまうほかはない(さもなければ、転得者Yは取引の相手方となることを尻込みしてしまうであろう)。
- (c) 受益者Bが転得者Yから売買目的物の権利の瑕疵についての担保責任を追及されることになる、受益者B自身が取消訴訟の被告とされるのと結果的にはあまり変わらず、受益者Bが善意のゆえに受けるはずの(真の所有者としての)保護が空洞化されてしまうおそれがある。

以上のように、鈴木説で触れられている善意者からの悪意の転得者に対して取消訴訟が認められるとする積極説では、目的物が善意者→悪意者→善意者→悪意者→……と転売が繰り返された場合に、どんなに遠くに現れた悪意者に対しても債権者取消権を行使することが可能となってしまう。そして、受益者は善意であれば、第三者の善意・悪意は関係なしに責任を問われることもないため、誰に売ってもよい地位にいるにもかかわらず、たまたま悪意者に売ってしまった場合に、債権者取消権が行使されると、債権者と転得者との関係において債務者・受益者間の契約が取消され、取消されると転得者の許にある目的物が債務者の許に戻ることになり、結果的には他人物売買になることから、理論上、受益者は転得者から担保責任を追及されることになる。

私見は、理論的に考察して転得者の受益者に対する権利の瑕疵における担保責任については、鈴木説が正当であると考え。このような場合善意の受益者は、担保責任を負わないとした梅謙次郎説(注3)があるにもかかわらず、鈴木説では担保責任を負うとしているのは、債権者取消権における善意・悪意と、担保責任における善意・悪意とでは、内容が別であるからだと思われる。そして、鈴木説の言うとおり、善意の受益者が被告にならないといっても、結果的には被告とされるのとあまり変わらず、善意者の(真の所有者としての)保護が空洞化されてしまうおそれがあるため、原則として、善意者からの悪意の転得者に対しては、債権者取消権を行使できないと考える。

さらに、私見としては、善意の受益者は転得者との売買契約当時、自分の物として売っているはずであるから、担保責任を追及されるのならば、受益者は完全な権利を取得しているので、合意解除をすることが可能であると考え。例えば、債務者がほとんど資産がない状態にもかかわらず、唯一の不動産を善意の受益者に売渡し、さらに悪意の転得者に再売買された場合に、悪意の転得者に対して債権者取消権を行使できるとすると、債権者と転得者との間で債務者・受益者間の契約が取消され、債権者は転得者の許にある不動産の引渡を請求できることになる。その一方で、転得者に完全な権利を移転したと信じていた善意の受益者は、債権者から詐害行為の悪意者として被告とされた転得者の存在を認識するに至って、転得者に完全な権利を移転した善意の受益者は、転得者との相談のうえ、あえて合意解除することが可能であると考え。これにより、契約は遡及的に効力を失うから、受益者に所有権が復帰することになり、合意解除をした受益者は、所有権に基づいて債務者に不動産の引

渡を請求することができる。そして、不動産を取戻せば、再び別の転得者と取引することができるようになる（なお、合意解除に関して、545条1項ただし書「第三者の権利を害することはできない」に反するのではないかという批判があるかもしれないが、そもそも債権者は545条1項ただし書における第三者ではない。この第三者は転得者からの譲受人などであるから、545条1項ただし書に反しない）。そして、受益者が債務者から不動産を取戻して、再度取引することになれば、債権者はもしその転得者が悪意であったならば、再び債権者取消権を行使することになり、同じことが繰り返されることになる。したがって、「独立的善意者」が現れた段階で詐害行為性は無くなるから、取消権は行使できないとみるべきである。ドイツ詐害行為取消法はこのことを考え、転得者に対して取消権を行使しうするためには、前主のすべてが悪意でなければならない旨、規定した訳である。

したがって、善意の受益者からの悪意の転得者に対する債権者取消権の行使に関して、積極説が妥当であるかについては、背信的悪意者のケースと同様に、受益者が「わら人形的善意者」として介在させられた場合に限り、悪意の転得者に対する債権者取消権の行使が認められるものであって、受益者が完全なる「独立的善意者」である場合は、そもそも詐害行為性は無くなるから、債権者取消権の行使は認められないと考える。

