

# 詐害行為取消権について

前 田 達 明

## 一．本稿の目的

筆者は、これまで、詐害行為取消権について、形成権説を採用して、いくつかの解釈提案を行ってきた（以下、自説という）。前田達明『口述債権総論第三版』一九九〇（平成二二年二五九頁以下。判例タイムズ六〇五号（一九八六（昭和六一）年初出）。その後、多くの御高批を賜り、また筆者自身も、講義や研究会で、自説を修正すべき点のあることに気付いたが、未だ、試案の段階で、公表するほどに熟していない。ただ、佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』二〇〇一（平成一三年（以下、佐藤・前掲書という）。三七二頁において、いくつかの御批判と共に、自説が「沿革的見地から見て賛同しがたい」という御批判をいただいた（以下、佐藤第三批判という）。とりあえず、この点を中心に、解答させていただこう、というのが、本稿の目的である。

さらに、近時、民法（債権法）改正検討委員会が、改正案を公表したので、それにも、少しく言及しよう、と考えている。

## 二・佐藤第三批判の内容

(1) 佐藤第三批判の内容は、こうである。

「第三点として、この前田教授の解釈論には、詐害行為取消訴訟の基本的構造を見落とすという重大な欠陥が潜んでいるのではないかと私は考える。なぜならば、フランス法、ドイツ法、アメリカ法、ボアソナード民法草案、さらにはわが国の最上級審判例においても、詐害行為取消訴訟は、原告たる取消債権者と被告たる受益者または転得者との間で追行される通常の民事訴訟手続の形態を採っている。従って、債務者をこの訴訟の共同被告とするという学説はきわめて稀な考え方——大審院判例では明治四四年に変更された考え方である——であつて、本章第一節で検討した『法典調査会民法議事速記録三』での議論においても最終的には採用されなかつたことは、既に紹介したとおりである。従つて、前田教授の考え方は、この点においても、比較法的及び沿革的見地から見て賛同しがたい見解であると言わざるを得ない」(初出、一九八八(昭和六三)年)、というものである。

(2) それでは、「既に紹介」された『法典調査会民法議事速記録三』の議論とは、どのように、佐藤・前掲書で論じられているのであろうか。まず、その前提として、

① 現行民法第四二四条の原案は、第四一九条で、その第二項但書に「債務者及び転讓者ヲ其訴訟ニ参加セシムルコトヲ要ス」と定めていた。この点が、ここでは、問題点となる。

② 佐藤第三批判は、それについて、次のように記述している。

「4 現行民法草案四一九条二項但書の意味について

この但書について、穂積博士は次のように趣旨説明をしている。——まず『但書文ケガ既成法典ノ少シ欠点ト考ヘマス所ヲ補ヒマシタノデ既成法典ニ於テハ此廢罷訴権ニハ債務者ノ訴訟参加丈ケヲ規定シテ御座イマス併シ廢罷訴権と云フモノハ債務者ト取引ヲ致シタ者又ハ其利益ヲ転得シタ者ニ対シテモ為スコトガ出来ルノデアリマシテ其債務者丈ケヲ訴訟ニ参加サセルノハ転得ノナイ場合ニ於テハ夫レデ沢山デアリマス』と穂積博士は述べている。それに続けて、債務者が転得者に更に譲渡した場合には、その転得者に『判決ノ効力ヲ及ボス又場合ニ依テハ求償權ヲ求メラレルトモアリマセウガ夫レハ債務者ヲ訴訟ニ参加セシムルト同一ニ其転得者ト云フ者ヲ訴訟ニ参加サセナケレバイカヌコトデアアラウト考ヘマス』と説明している。それゆえ、本条二項但書においては、訴訟に参加せしめる者を『債務者及ヒ転讓者』としたのであると、穂積博士は改正案を説明している。——以上が穂積博士の解説である。即ち、穂積博士が旧民法財産編三四一条三項に修正を加えた理由は、転得者が生じた場合に、債務者に対してのみならず、転得者に対しても詐害行為取消判決の効力を及ぼさせることにあつたようである。しかしながら、本章本節二三において述べたように、旧民法財産編三四一条三項の母体であるポアソナード草案三六一一条三項は、フランス民事訴訟法の『強制参加』という制度を明文で規定したものである可能性が高いと考えられる。そして、右の推測が正しいとするならば、法典調査会における現行民法草案四一九条二項但書をめぐる議論は、債務者を強制的に訴訟に引き込むというフランス民事訴訟法上の制度を、明確には意識していなかつたと言つてよいのではなからうか。その例として、『取消』の意味を『法律行為の取消』の意味に解する田部委員は、訴訟参加では足りず、債務者を共同被告としなければならぬと主張している。さらに、磯部四郎氏も共同被告ではないかと発言している。以上の発言に加えて、法典調査会においては、現行民法草案四一九

条二項但書をめぐって、主参加なのか従参加なのか告知参加なのか、議論は紛糾している。けれども——繰り返し返しながら——ボアソナード草案三六一一条三項が『強制参加』を定めた規定であるという私の推測が正しいならば、この現行民法草案四一九条二項但書に関する起草者たちの議論は、正鵠を射ていなかったのではなからうかと思われる。従って、法典調査会の議事について、これ以上立ち入った検討を加えても、現行民法草案四一九条二項但書の意味は明らかにはならないであろうと考えられる。

以上が現行民法草案四一九条二項但書に関する法典調査会での議論についての一応の検討である。論証不足の箇所が多いという欠点は筆者自身が痛感しているところであるが、本書では右に述べた推測を私の一応の結論として呈示したい。そして、より詳しい検討は今後の課題とすることにした(「初出、一九九八(平成一〇)年」)。

### 三、佐藤第三批判への解答

(1) まず、右の現行民法第四二四条の原案第四一九条第二項但書についての、法典調査会での議論については、すでに吉村良一(「史料」債権総則(二四)「民商法雑誌八三巻六号(一九八一(昭和五六)年)一〇四三頁以下(以下、吉村論文という。))が明らかにしているところであるが、その前提として、旧民法(いわゆるボアソナード民法。一八九〇(明治二三)年公布。一八九三(明治二六)年施行予定だったが、いわゆる「法典論争」によって、施行されず。)における詐害行為取消権について言及しておく。何故ならば、法典調査会の議論は、旧民法(法典調査会においては、既成法典と呼ばれている。)の改正作業であったからである。

(2) そこで、詐害行為取消権についての旧民法の規定と、その立法趣旨について、ボアソナードによる理由書『民

法理由書第二卷財産編人權部』（ボワソナード民法典資料集成第二期二〇〇一（平成一三）年復刻版（雄松堂出版））を引用しておく。問題点は、次の旧民法財産編第三四一条第三項であるが、とりあえず関連条文全てを掲げておく。

旧民法財産編第三四〇条 右ニ反シ債権者ハ其債務者カ第三者ニ對シ承諾シタル義務、拋棄又ハ讓渡ニ付キ其損害ヲ受

ク但債権者ノ權利ヲ詐害スル行爲ハ此限ニ在ラス

債務者カ其債権者ヲ害スルコトヲ知りテ自己ノ財産ヲ減シ又ハ自己ノ債務ヲ増シタルトキハ之ヲ詐害ノ行爲トス

理由

「本條ニ規定スル所ハ即チ前條ノ規定ノ裏面タルモノナリ

夫レ債権者ハ其債務者ノ承継人タル資格ヲ有スルカ故ニ前條ニ定メタル如ク債務者ノ行爲ノ利益ヲ擧ケテ之ヲ享受スト雖モ亦其行爲ニ因リ債務者ノ資産ニ損失アルトキハ其結果ヲ被ラサル可ラス是ヲ以テ債務者贈与ヲ為シ又ハ有償ノ讓渡ヲ為スモ之ニ依テ得ル所少クシテ為メニ其財産ヲ減少シタルトキハ債権者ノ担保隨テ減少セサル可ラス又債務者更ラニ義務ヲ約シ其債務ヲ増加シタルトキハ從來ノ債権者ハ新債権者ト共ニ其財産ノ分配ヲ為サ、ル可カラサルカ故ニ其担保亦隨テ減少セサルヲ得ス

然レトモ前條ニ於ケルカ如ク本條ニモ亦例外タルモノアリ蓋シ債務者ノ讓渡及ヒ義務ニシテ債権者ニ其効力ヲ及ホサ、ルモノアリ「債権者ノ權利ヲ詐害スルノ行爲」即チ是レナリ此場合ニ於テハ債権者ハ最早承継人タルモノニ非スシテ第三者タルモノナリ何トナレハ債務者ハ自カラ其敵手ト為リタルヲ以テ債権者ヲ代表スルモノト謂フ可カラサレハナリ本條ハ先ツ原則ヲ定メ次ヒテ例外則ヲ設ケ且詐害ノ定義ヲ下シタリ

此点ニ關シ欧州諸国ニ於テハ法文ノ不備ナルヨリ数多ノ問題ヲ發生シ論議未タ決セサルヲ以テ本法ハ以下諸條ヲ以テ悉

ク之ヲ断定シタリ (前田達明の傍線)

本條ニ特ニ許害ノ定義ヲ下シタルハ許害ハ單純ナル損害ト同視スヘカラサルモ亦全ク之ト別視スヘカラス此兩者ヲシテ成ルヘ懸隔セシム可カラサルカ故ナリ抑損トハ債務者ノ行為ニ因リ債權者ニ及ホス所ノ損失ヲ云フ而シテ其損害タル善意ニテ之ヲ加フルコトアリ

詳カニ之ヲ言ヘハ債權者ニ害ヲ及ホスノ意ナクシテ之ヲ惹起スルコトアリ又之ト異ナリ債務者債權者ニ害ヲ加ヘントスルノ意思アリタルモ遂ニ實際ノ損害ノ生セサリシトキハ亦タ債權者敢テ苦情ヲ唱フヘキニ非ス何トナレハ債權者ハ苦情ヲ唱フルモ毫モ為メニ利益を得ル所アラサレハナリ蓋シ利益ハ訴權ノ正當ノ原因ニシテ利益ナケレハ訴權アラサルナリ故ニ本條ニ所謂許害ノ行為アリテ之カ為メ債權者其行為ヲ廢罷スルノ權利ヲ行フヲ得ルハ債權者ニ損害ヲ加ヘントスルノ意思ト實際ノ損害ト並ヒ存スルヲ要ス即チ事實ト意思トアルコトヲ要ス

然レトモ債務者ハ必ス其債權者ニ害ヲ加ヘントシタルノ意思ヲ力メテ隱蔽スルカ故ニ債權者ハ其意思ノ直接証拠ヲ挙クル能ハサルコト最モ多カルヘシ是ヲ以テ本條ハ債務者自カラ其現ニ無資力ナルコトヲ知リタルコト又ハ其行為ノ為メニ無資力ヲ来スヘキヲ知リタルコトヲ以テ債權者ヲ害スルノ意思アリタル証拠ト為スニ足レリトセリ然レトモ債務者知ラス識ラス既ニ無資力ナルカ又ハ既ニ無資力ナルコトヲ知ルモ更ラニ其新行為ヲ以テ資力ヲ回復スルヲ得ヘシト信シタリシトキハ仮令其行為ノ為メ債權者ニ大ナル損害ヲ及ホシタルトキト雖モ猶ホ債權者ヲ許害スルノ行為アラサルモノトス本條ノ規定ハ範圍頗ル広キモノニシテ総テ債務者ノ資産ヲ減少シ之カ為メ債權者ノ担保ヲ減少スル所ノ一切ノ行為ヲ攻撃スルヲ得セシメ敢テ其性質如何ヲ問ハス其債權者ノ担保ヲ減少スルニ直接ナルコト即チ讓渡若クハ既得權ヲ拋棄シタルト間接ナルコト即チ新義務ヲ負擔シタルトヲ區別スルヲ要セス加之損害ト之ヲ加ヘントスル意思トノ二個ノ條件ヲ要スルノ点ニ関シテハ有償行為ト無償行為トヲ區別スルニ及ハサルモノトス或ハ論者中贈与ニ在テハ取得者利益ヲ保存セ

シコトヲ求ムルモノナルカ故ニ損失ヲ免レントスル所ノ債権者ニ比スレハ保護ヲ加フルコト較ニ少ナキヲ以テ足レリトスト云フ者アラン然レトモ是レ謬説スルヲ免レサル所ニシテ債務者実情ニ出テ恩義ニ酬ヒ又ハ慈愛ノ心ニ因リ贈与ヲ為サント欲シ敢テ債権者ヲ害セントスルノ悪意ニ出テサル限りハ決シテ其債務ヲ負担シ之ニ対スル債権者アルカ為メ之ヲシテ贈与ヲ為スノ權ヲ失ハシムヘキニ非サルナリ只次条ニ断定スル所ノ問題ニ関シテハ有償行為ト無償行為トニ就キ區別ヲ設ケタリ

又或ハ反對論者中受贈者ヲ措テ債権者保護シ債務者ノ意思ノ善悪ヲ問ハスシテ債権者ニ其贈与尅能スルノ權ヲ与フヘシト主張スル彼ノ贈遺ノ有効ナルハ残余ノ相続財産ヲ以テ死者ノ債務ヲ弁済スルヲ得ル場合ニ限ルヲ以テ贈与ノ場合ニ於テモ亦同一ノ法則ヲ取ル者アラン然レトモ此論捩タル容易ニ駁撃シ去ルヲ得ルモノナリ蓋シ贈与ト遺贈トノ間ニハ此点ニ就キ大ニ異ナル所アリ即チ債務者死去シタルトキ先ツ其債務ヲ弁済シタル後ニアラサレハ遺贈ノ履行ヲ為ス可カラストセサルニ於テハ債権者到底弁済ヲ得ルコト能ハサルニ至ルヘキモ債務者ノ生存スル間ハ債権者未タ必スシモ到底弁済ヲ得サルノ危害アリト謂フ可カラス

然レトモ亦贈与ノ場合ニ於テハ行為有償ナル場合ニ比シ取得者ノ為メ較ニ不利ナル所アリ蓋シ贈与ノ包括名義ナルトキハ先ツ贈与者ノ債務ヲ弁済シタル後ニアラサレハ其効ヲ奏セサルナリ何トナレハ債務者包括贈与ヲ為サハ必ス無資力タルヲ知ラサル可カラサルヤ明カナレハナリ然リ而シテ此場合ニ於ケルモ猶ホ債権者其弁済ヲ請求スルヲ得ルハ詐害行為アルカ故ニ非ス包括ノ贈与ハ一種ノ相続ナリトノ原則ニ基クモノナリ

唯債務者既得權ヲ讓渡シタル場合ト其權利ノ言込ヲ受ケタルニ当リ之ヲ取得セサル場合トハ本条ノ適用ニ関シ須ラク區別スルヲ要スルモノナリ此區別タル既ニ羅馬法ニ於テ行ハレタル所ニシテ条理ニ基キタルモノナルカ故ニ現時ニ至ルモ尚ホ之ヲ為サ、ル可ラス蓋シ債権者ハ債務者カ自己ノ担保ヲ減少スルコトヲ防塵シ其行為ヲ廢罷スルヲ得ルモ是レ債権

者其担保ニ就キ自ラ既得權ヲ有スルカ故ナリ然レトモ債權者ハ債務者更ニ其担保ヲ増加スヘキコトヲ求ムルヲ得ス仮令人アリテ債務者ニ贈与ノ言込ヲ為シタルトキト雖モ債權者決シテ債務者ニ之ヲ取得スヘシト望ムコト能ハス又債務者ニ代ハリ自ラ之ヲ受諾スヘシト称スルコト能ハス何トナレハ贈与ノ言込アリタルトキ縱令言込ノ名望高キトキト雖モ猶ホ之ヲ受クルト否トハ一ニ債務者ノ適宜ニ任セ其自由ニ委セサル可カラサレハナリ仮令債權者斯ノ如キ權利アリト称スト雖モ到底本条ニ依ルヲ得スシテ前条ニ依ルヘキノミ然ルニ前条ニ依レハ贈与ヲ受諾スルハ純然タル權能ニシテ債務者ノミ独リ行フヲ得債權者ノ行フヲ得サルモノナリ

本条ノ法文ハ汎博ナリト雖モ亦債權者ハ差押フ可カラサル物ヲ目的トシタル讓渡行為ヲ以テ自己ヲ詐害シタルモノトシ之ヲ廢罷セシムルヲ得サルヤ多弁ヲ要セサルナリ蓋シ此場合ニ於テハ債權者自己ノ為メ損害アリト称スルコトヲ得ス何トナレハ其財産ハ讓渡シ得ヘキモノナルトキト雖モ猶ホ債務者ノ純然タル意思ニ依ルニ非サレハ之ヲ以テ其債務ノ弁済ニ供スルコト能ハサレハナリ」

同第三四一条 詐害ノ行為ノ廢罷ハ債務者ト約束シタル者及ヒ轉得者ニ對シ次條ノ區別ニ從ヒ債權者ヨリ廢罷訴權ヲ以

テ之ヲ請求ス

債權者カ原告タルト被告タルトヲ問ハス詐害スル意思ヲ以テ故サラニ訴訟ニ失敗シタルトキハ債權者ハ民事訴訟法ニ從ヒ再審ノ方法ニ依リテ訴フルコトヲ得

右孰レノ場合ニ於テモ債務者ヲ訴訟ニ參加セシムルコトヲ要ス

債權者ガ詐害ノ行為ノ廢罷ヲ得ル能ハサルトキハ被告ニ對シテ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得

理由



「本条ハ債権者債務者ノ詐害行為ニ因リ被リタル損害ノ賠償ヲ求ムルカ為メ用ユルヲ得ル所ノ方法ヲ規定スルモノナリ其第一ノ方法ハ通常用ユヘキ所ノモノニシテ債権者ヲ詐害スルノ行為ヲ取消スコトヲ以テ目的トスル訴権ナリ此訴権ヲ以テ他ノ削除訴権ト區別スルカ為メ之ヲ称シテ「廢罷訴権」ト云フ

第一項ニ廢罷訴権ハ債務者ト約束シタル者ニ対シ又付随シテ詳カニ之ヲ言ヘハ時宜ニ依リ法律ノ許ス限りハ転得者ニ対シ行フヲ得ルモノトセリ蓋シ此訴権ハ債務者ノミニ対シ行フコトヲ得サルヤ明カナリ其理由ニアリ第一債務者カ第三者ト為シタル所ノ合意ハ復タ債務者ノ善意ノミヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ヘカラス第二債務者ハ固ヨリ無資力ナルヘキカ故ニ之ニ対シ訴権ヲ行フモ債務者ノ為メ何等ノ利益ヲモ生セサルヘシ是ヲ以テ廢罷訴権ハ債務者ト約束シタル者ニ対シ之ヲ行ハサル可ラス但第三項ニ之如ク債務者ヲシテ訴訟ニ参加セシメ之ヲシテ其行為ノ有効ナルコトヲ主張スルヲ得セシムルヲ要ス然ランニハ債権者第三者ニ対シ得タル所ノ判決ヲ債務者ニ対抗スルコト能ハサルヘシ

而シテ廢罷スヘキ行為カ第三者ニ対シ債務者ノ負担シタル義務又ハ債務者ノ之ニ対シ有シタリシ債権ノ放棄ナル場合ニ於テハ第三者ノミ独リ被告タルヘシ故ニ廢罷訴権ハ必ス之ニ対スル対人訴権（前田達明の傍点）タリ而シテ第三者ハ債権者ト約束シタルモノニ非サルカ故ニ其訴権ハ契約ヨリ生スルモノニ非スシテ第三者ノ詐害ニ通謀シタルニ因リ加ヘタル不正ノ損害又ハ其不当ノ利得ニ因リ發生スルモノナリ

又讓渡ヲ廢罷スヘキ場合ニ於テモ讓渡物尙ホ取得者ノ所有タルトキハ其廢罷訴権ハ対人訴権ナリ其理由ハ前段ニ陳ケル所ト同一ナリ又縱令取得者既ニ其物ヲ他ニ讓渡シタルトキト雖モ猶ホ或ル場合ニ於テハ法律上転得者ニ対シ廢罷ヲ行フヲ得セシメタリ是レ法理上然ラサル可カラサル所ナリ蓋シ転得者ニ対シ廢罷ヲ行フヲ得セシメサルトキハ到底損害ノ賠償ヲ為ス能ハサルコト多カルヘシ然レドモ亦毫モ詐害ニ与ミシ通謀ヲ為サ、リシ第三者ニ対シ訴権ノ効力ヲ及ホシ之ニ損害ヲ加フ可カラサルカ故ニ転得者ニ対シテハ次条ニ定ムル所ノ區別ヲ為スコトヲ要ス此區別ニ從ヒ転得者ニ対シ廢罷

訴権ヲ行フ場合ニ於テモ亦其訴権ハ普通ノ損害ニ基クモノナルカ故ニ対人訴権ナリ

第二項ハ債務者ノ詐害行為ニシテ契約ニ非サルモ亦廢罷スルヲ得セシメサル可カラサル所ノモノヲ規定ス蓋シ債務者債権者ヲ詐害スルノ意思ニ出テ第三者ヨリ訴訟ヲ委ケ被告タルニ当リ自ラ能ク弁護セスシテ故ラニ敗訴シ又ハ第三者ニ対シ訴訟ヲ起スモ外面上攻撃ヲ為スニ止マリ實際力メテ其權利ヲ主張セス遂ニ其請求ヲ却下セラル、ニ至リ而シテ債権者第三百五十九条第二項ニ定メタル所ノ訴訟參加ノ權利ヲ行ハサリシトキハ裁判所全ク債務者ノ為メニ誤マラレタルモノナルカ故ニ債権者ニ其判決ヲ攻撃スルヲ許スモ決シテ裁判所ノ判決ヲ尊重スヘキノ原則ニ戻ルモノニ非ス故ニ此事ニ関シテハ特別ナル非常上訴ノ方法ヲ設ケタリ之ヲ稱シテ再審ト云フ（民事訴訟法第四百八十三条ヲ參看スヘシ）<sup>①</sup>

但法律ニ於テハ何レノ場合ニアルモ必ス債務者ヲ訴訟ニ參加セシムルコトヲ要ストセリ此場合ニ於テハ債務者ハ第三者ニ付隨シテ被告タルヘシ何トナレハ債務者ハ其行為ヲ防禦シ之ハ約束シタル者ヲ保護スルノ責務アルモノナレハナリ（民事訴訟法第四百八十三条ヲ參觀スヘシ）

末項ハ廢罷ノ実効ヲ奏スルコト能ハサル場合詳カニ之ヲ言ヘハ詐害行為ノ廢罷ヲ為スコト能ハサル場合ヲ規定スルモノナリ此場合ニ於テハ其行為ノ廢罷ニ代フルニ損害賠償ノ請求ヲ以テシ債権者ノ損害ヲ補償スヘキモノトス今其実例ノ主タルモノヲ挙ケンニ詐害行為タル讓渡ノ目的動産物ニシテ而シテ取得者之ヲ隱蔽シ遂ニ之ヲ発見スルコト能ハサルニ至リタルトキ又ハ詐害讓渡ノ目的動産タルカ又ハ不動産タルモ取得者之ヲ善意ノ第三者ニ転売シ次条ノ規定ニ從ヒ之ニ対シ廢罷訴権ヲ行フコト能ハサルトキノ如キ即チ是レナリ

何レノ場合ニ於ケルモノノ転得者ニ移リタルトキハ詐害ヲ被リタル債権者転得者ニ対シ廢罷訴権ヲ行ハスシテ単ニ第三者ニ対シ損害賠償ノ訴権（前田達明の傍点）ヲ行フニ止マルコトヲ得何トナレハ転得者ニ対シ廢罷訴権ヲ行フハ大ニ困難ナルコトアレハナリ」

(1) 旧民事訴訟法第四八三条は、「第四編 再審」の中の規定で次のように定めていた。

「第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ第三者ノ債權ヲ詐害スル目的ヲ以テ判決ヲ為サシメタリト主張シ其判決ニ対シ不服ヲ申立ツルトキハ原状回復ノ訴ニ因レル再審ノ規定ヲ準用ス  
此場合ニ於テハ原告及ヒ被告ヲ共同被告ト為ス」

同第三四二条 債權者ハ攻撃スル行為ノ如何ヲ問ハス其債務者ノ詐害ヲ證スルコトヲ要ス此他有償ノ行為ニ付テハ債務

者ト約束シ又ハ之ト訴訟シタル者ノ通謀ヲ證スルコトヲ要ス

讓渡ニ對スル廢罷訴權ハ有償又無償ノ轉得者カ最初ノ取得者ト約束スルニ當リ債權者ニ加ヘタル詐害ヲ知りタルト  
キニ非サレハ其轉得者ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ス

理由

「本条ニ断定スル所ノ三個ノ問題ハ數多ノ外国法典ニ於テ明瞭ニ規定セサルヨリ今ニ至ルマテ尚ホ法學者間ニ論議一定セサル所ノモノナリ

其第一問題ニ對スル論決ハ既ニ第三百四十四条ノ説明ヲ為スニ當リ之ヲ開示シタリ今詳カニ之ヲ説明センニ詐害行為ノ廢罷ヲ為スニハ縱令其行為無償ナルトキト雖モ猶ホ未タ単ニ債權者ニ損害アルノミヲ以テ足レリトセス其行為ノ有償ナルト無償ナルトヲ問ハス廢罷訴權ニ必要ナル基本ハ實際ノ損害ト併セテ詐害ノ意思トノ存スルニ在リ而シテ詐害ハ之ヲ推定スヘキモノニ非サルヲ以テ債權者ハ其証拠ヲ挙ケサル可ラス但前ニ述ヘタル如ク債務者其無資力ナルヲ知りタルノ証拠アレハ以テ詐害ノ意思ノ証拠ト為スニ足ルモノトス何トナレハ債務者ノ心裡ノ善悪ヲ証スルハ到底為シ能ハサル所ナレハナリ

第二問題ニ対スル論決ハ無償行為ト有償行為トニ関シ異なるモノニシテ廢罷訴権ノ事ニ関シ行為ノ有償ト無償トヲ區別スルハ一ニ此問題ニ就テ然ルノミ即チ行為ノ無償ナルトキハ債務者ト約束シタル所ノ第三者善意ナルモ猶ホ廢罷訴権ヲ被ルヲ免カレサルヘシ然ルニ有償權原ニテ約束シタル所ノモノハ其通謀シタルトキ詳カニ之ヲ言ハハ債權者ニ対シ行フタル詐欺ニ参与シタルトキニ非サレハ其行為ノ利益ヲ失フコトナシ而シテ其詐害ニ通謀シタルノ証拠ハ債權者詐害ノ情状ヲ知りタルノ證明ヲ為スヲ以テ足レリトス斯ノ如ク無償行為ト有償行為トノ間ニ設ケタル區別ハ羅馬法以來法學者ノ齊シク認メタル所ニシテ其基ク所ノ趣旨頗ル至当ナリト雖モ亦往々論者其趣旨ヲ誤リ極端ニ走り之ヲ適用スル者アリタリ其趣旨トハ何ソヤ曰ハク「受贈者ハ利益ヲ保有セシコトヲ求ムルモノニシテ詐害ヲ被リタル債權者ハ損失ヲ免レンコトヲ求ムルモノナルカ故ニ債權者ヲ保護スルコト受贈者ニ比シ一層厚キヲ要ス」ト之ニ反シ債務者ト有償權原ニテ約束シタル者ハ廢罷ノ効ヲ争ヒ以テ債權者ト同シク損失ヲ免カレンコトヲ求ムルモノナリ故ニ其間位置ノ優劣アルモノニ非ス然ルニ同一ノ位置ヲ有スル者ノ間ニ訴訟ノ起リタルトキハ既ニ完結シタル所ヲ維持シ各自ヲシテ其既得シタル位置ヲ保有セシメ占有者ノ位置ヲ勝レリト為ス」ヲ至当トス

又詐害行為契約ニ非ス訴訟ニシテ債務者其債權者ヲ詐害スルカ為メ故ラニ敗訴シタル場合ニ於テモ亦右ト同一ノ區別ヲ為サ、ル可カラス詳カニ之ヲ言ハハ有償行為ニ基キ訴訟ノ起リタルトキハ相手方債務者ト通謀シタルトキニ非サレハ判決ノ廢罷ヲ目的トスル所ノ再審ヲ許ス可ラス之ニ反シ贈与ニ基キ訴訟起リ其履行ニ関シ訴訟アル場合ニ於テハ受贈者債務者ト通謀セサルモ債務者其債權者ヲ詐害スルノ意思アリタルヲ以テ再審ノ訴ヲ許スニ足レリトス

第三問題ニ対スル論決ハ即チ第二項ニ掲ケタル所ニシテ其一点ニ就キ通常外國ノ判決例ニ於テ認ムル所ト趣旨ヲ異ニシタリ(前田達明の傍線)蓋シ既ニ説明シタル如ク廢罷訴権ハ債務者ト約束シタル者ニ対シ之ヲ行フコトヲ得セシメサル以上ハ充分其目的ヲ貫徹スルコト能ハサルモノナリ然レトモ詐害ヲ被リタル債務者ト其權利ヲ詐害シテ債務者ノ讓渡シタ

ル物上ニ物權ヲ保有スト謂フ可ラス蓋シ債權者ノ財産ヲ以テ一般ノ担保トスルモ其担保タル特ニ質權ヲ得又ハ抵当ヲ設定セシメテ得タル所ノ特別ノ担保ト同一ノモノニ非ス是ヲ以テ債權者ハ物權固有ノ効力利益タル真ノ追及權ヲ有ス可ラス唯轉得者ノ位置義務ノ要素ヲ有スルトキハ之ニ對シ対人訴權ヲ行フコトヲ得ヘキノミ

是ヲ以テ惡意ノ轉得者即チ当初債權者ノ權利ヲ詐害シタルノ事情ヲ知りタル所ノ轉得者ニ對シテハ廢罷訴權ヲ行フヲ得ヘキヤ未タ曾テ異議ヲ唱ヘタル者アラサルナリ蓋シ此場合ニ在テハ前二述ヘタル如ク轉得者ハ不当ノ利得ヲ受ケタルモノナレハ之ヲ返還スルノ責アルヤ明カナリ然レトモ轉得者当初詐害アリタルコトヲ知ラス其讓受ヲ為スニ當リ善意ナリシトキハ論者概ネ一ノ區別ヲ為シ有償債權原ノ轉得者ハ廢罷訴權ヲ被フルコトアル可カラス但無償債權原ノ轉得者ハ「損失ヲ避ケンコトヲ求ムル債權者ニ對立シ利益ヲ保有センコトヲ求ムル者ナル」カ故ニ廢罷訴權ノ効力ヲ被ルヘシト云ヘリ是レ上段ニ於テ論者往々此原則ノ趣意ヲ謬リタリト言ヘル所ナリ

本法ハ歐洲ノ法學者間ニ行ハル、所ノ通説ト其趣意ヲ異ニシ（前田達明の傍線）善意ノ轉得者ハ其取得ノ權原如何ヲ問ハス換言スレハ其有償ノ取得者タルト無償ノ取得者タルトヲ問ハス均シク之ヲ保護シタリ蓋シ債權者ニ加ヘタル詐害アリタルコトヲ知ラスシテ贈与ニ因リ轉得ヲ為シタル者ハ偏ニ「利益ヲ保有スルコトノミヲ求ムル」モノト謂フ可カラス又他人ノ財産ヲ不当ニ利得シタルニ因リ返還ノ義務ニ服從スヘキモノナリト謂フ可カラス實ニ受贈者モ其贈与ヲ有効ニ取得シタルモノト自信シタルニ當リ忽然之ニ其利益ヲ奪フトキハ亦買主ト同シク損害ヲ被ルモノト謂ハサル可ラス蓋シ受贈者其贈与者其贈与ヲ受ケ安心シテ其利益ヲ保有スルヲ得ヘシト信シタルトキハ其生計ノ状態ヲ變シ或ハ結婚シ或ハ商業若クハ工業ヲ起シタルコト無シトセス然ルニ之ニ其贈与ノ利益ヲ奪フトキハ總テ其資産ヲ傾倒シ之ヲシ零落セシムルニ至ルコトアルヘキナリ彼ノ詐害行為ヲ為シタル債務者ヨリ直接ニ贈与ヲ受ケタル者ニ至テハ多少之ニ懈怠ノ責ヲ帰セサル可ラス就中贈与者ノ地位ヲ穿鑿シ而シテ後贈与ヲ受ケヘキニ其注意ヲ為サ、リシハ其責ヲ免カル可カラスト雖モ

転得者タル受贈者ニ至テハ最初ノ讓渡ヲ為シタル者即チ詐害ヲ為シタル債務者ヲ識ラサルヘキカ故ニ毫毛之ニ懈怠ノ責ヲ歸ス可カラス

是ヲ以テ本条ハ此点ニ就キ断然通説ト其趣意ヲ異ニシタリ」

**同第三四三条** 廢罷ハ詐害行為ニ先タチ權利ヲ取得シタル債權者ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ廢罷ヲ得

タルトキハ聽債權者ヲリス但各債權者ノ間ニ於テ適法ノ先取原因ノ存スルトキハ此限に在ラス

**理由**

「本条ニ掲クル所ノ規定中其第一ニ付テハ毫毛疑義ノ容ルヘキモノナ(シ)ト雖モ其第二ニ至テハ較ニ論議ヲ生スルコトアルヘシ

抑々債務者詐害行為ヲ遂ケタル後ニ至リ始メテ之ト約束シタル所ノ債權者ハ詐害ヲ受ケタリト謂フコト能ハサルヤ明カナリ蓋シ該債權者ハ債務者ノ意思ヲ了知シ其財産ト債務トノ現状如何ヲ知ラサル可カラサルカ故ニ決シテ之カ為メニ誤ラレタリト謂フ可カラス是ヲ以テ廢罷訴權ハ詐害行為ノ行ハレタル以前ニ在テ債權者タリシ者ニ非サレハ之ヲ行フコト能ハス

然レトモ亦或ル学者ノ唱ヘタルカ如ク一旦廢罷訴權ヲ行フタル後其廢罷ノ利益モ亦詐害行為以前ノ債權者ニノミ屬スヘシトスルハ其債權者ノ利益ヲ保護スルコト過当ナリト謂ハサル可カラス(前田達明の傍線)若シ果シテ然ルヘシトセハ遂ニ債權者ヲ二階級ニ分チ其間ニ分配スヘキ財産ヲ二団ニ別ツニ至ルヘキモ斯ノ如キハ破産及ヒ無資力ノ原則ニ背馳スル所ナリ

抑々廢罷ノ効力ハ事物ヲシテ詐害行為ノ未タ行ハレサリシトキノ状態ニ復セシメ債務者ノ資産ヲシテ其以前ノ旧状ニ復

セシムルニ在ルモノナリ故ニ詐害行為カ債権者ノ一人ニ対シ約束シタル義務ナルトキハ其債権者ノミ独リ債務者ノ財産分配ニ加フルコト能ハス之ヲ除外シタルノ利益ハ自余ノ債権者ニ屬スヘキナリ

又債務者其有スル債権ヲ伴テ拋棄シ以テ債権者ヲ詐害シタルトキハ其拋棄ヲ受ケタル者其債務ヲ弁済スヘク総債権者之ヲ分配スルノ利益ヲ享受スヘシ讓渡ヲ廢罷シタル場合ニ於テモ亦其趣意同一ニシテ讓渡シタル物更ニ債務者ノ資産ニ復歸シ之ヲ売却シテ其代価ヲ総債権者間ニ分配スヘシ然レトモ廢罷ノ言渡ヲ受ケタル者モ亦自カラ其讓渡ノ対価ヲ給付シタリシトキハ自余ノ債権者ト共ニ分配ニ与リ己レカ曾テ払フタル所ノ代価又ハ有償物ノ返還ヲ受クルコトヲ得ヘシ

本条末段ニ債権者間ニ適法ノ先取原因ノ存スル場合ヲ以テ本条ヲ適用スヘキ限ニ在ラサルモノトシタリ是レ亦廢罷シタル行為ハ未タ曾テ存セサリシモノト看做スノ趣意ヲ適用シタルモノナリ例ヘハ債権者中讓渡物ノ上ニ先取特權ヲ有シタリシ者ハ亦之ヲ保有スヘシ加之廢罷ヲ行フル者ハ之ニ因リ先取特權ヲ得ルコトアリ即チ廢罷ノ為メ訴訟ヲ起シタル債権者ハ其回復シタル財産ノ価額ヲ以テ嘗テ訴訟ノ為メ其支出シタリシ立替金及ヒ費用ヲ自余ノ者ニ先チ返還セシムルヲ得是レ総債権者ニ利益ヲ与ヘタルニ因リ生スル所ノ先取特權アル場合ナリ」

**同第三四四條** 廢罷訴權ハ詐害行為ノ有リタル時ヨリ三十年ニシテ時効ニ罹リ消滅ス若シ債権者カ詐害ヲ覺知シタル

トキハ其覺知ノ時ヨリ二個年ニシテ消滅ス

右ノ時効ハ再審申立ノ訴權ニ之ヲ適用ス

**理由**

「対人訴權ノ時効ノ期間ニシテ其最モ長キモノヲ三十年トス是証拠編ニ於テ規定スル所ナリ廢罷訴權ノ場合ニ於テモ亦其時効ノ期間ヲ三十年トス蓋シ其期間ヲ三十年ト定メタルハ債権者ヲシテ自己ヲ傷害シタル詐害ヲ覺知スルニ充分ナル

時ヲ得セシメンカ為メナリ然レトモ一旦債権者詐害ヲ覚知シタルトキハ其訴権ヲ行フノ期間ヲ二ヶ年ニ短縮スルモ又以テ十分ナリト認メタリ又詐害行為アリタル時ヨリ二十九年ヲ経テ始メテ詐害ヲ発見シタリシトキハ三十年ノ残期間ノミ訴権ヲ行フヲ得ルニ過キス」

(3) 以上から、明らかなように、まず、旧民法の詐害行為取消権は、ボアソナアの独創部分が多く(前田達明の傍線)、比較法的にみて、他の外国法と多くの「断絶」がある、ということである。

さらに、佐藤第三批判との関係で重要な点としては、旧民法財産編第三四一条第三項において、債務者も訴訟に関与させなければならぬ、とされていた点である。これは、フランス民事訴訟法における「強制参加」、すなわち、一般的には、訴訟当事者の一方が、これまで訴訟に現れていない第三者を、強制的に訴訟に引き込み、判決を、その第三者に対抗せしめるために設けられた制度を意味する、と推測されている(佐藤・前掲書二四七頁)。このように、債務者を詐害行為取消訴訟に関与させなければならない理由は、理由書にあるように、債務者は自己の法律行為によって受益者(や転得者)の利害に積極的に関与したのであるから、債務者には、その自己の行為(son acte)の防禦と行為の相手方保護の「責務(son rôle)」がある、というのである。また、第一に、債務者にその行為の有効性を主張させる機会を与えるためであり、第二に、詐害行為取消判決の効果を債務者に対抗せしめるようにするためである、という推測もなされている(佐藤・前掲書二四七頁)。この推測には、賛同するのである。何故ならば、これこそ、自説が形成権説を採用する二大根拠だからである(前田達明『口述債権総論第三版』一九九三(平成五)年二七一、二七二頁)。いずれにしても、旧民法においては、債務者を排除して訴訟を進めることはできない、ということになっていた点を記憶しておく必要がある。なお、この点、母法のフランス法においては債務者の被告適格については殆ど言及されていない、



ということであるが（佐藤・前掲書九五頁）、しからば、旧民法財産編第三四一条第三項の規定が、ポアソナードの独創によるものか、あるいは、当時のフランスでの詐害行為取消訴訟においては、債務者を強制参加させるのが一般的であったのか（ポアソナードが、それにヒントを得て、立法したのか）不明であるが、とにかく、日本民法における詐害行為取消権の原案が、比較法的に、断絶したものとなった原因の一つが、ここにあることを注目すべきである。

次に、たしかに、ポアソナードは、「訴権」という用語を用いているが、それは、実体法上の「請求権」といった程度の意味で用いているのではないかと考えられる（前田達明の傍点）。

(4) そして、法典調査会における詐害行為取消権の規定の原案は、次のようである。

「原案第四一九条 債権者ハ債務者カ其債権者ヲ害スルコトヲ知りテ為シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

前項ノ請求ハ債務者ノ行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ其転得者ニ対シテ之ヲ為ス但債務者及ヒ転讓者ヲ其訴訟ニ参加セシムルコトヲ要ス」

この規定についての法典調査会の議論、特に原案第四一九条第二項但書の議論は、前述のように、既にわれわれの共同研究（前田達明ほか「史料」債権総則（二）「民商法雑誌八一巻三号（一九七九（昭和五四）年）一〇〇頁以下）によって明らかとなっているので、吉村論文から引用する。なお、カッコ内の「一八巻」というのは、学術振興会版『法典調査会民法議事速記録』の巻数である。

#### 【起草趣旨】

穂積陳重（一八巻一二〇丁表～一二二丁表）

本条と次条併せて、いわゆる廢罷訴権を定めたものである。まず本条で廢罷訴権を起すことが出来ることを定

め、次条において、その場合を詳しく規定した。

本条は旧民法財産編第三四〇条三四一条を少し修正したものである。

- (1) 第一項は第三四〇条と三四一条一項を併せたもので実質は変らない。
- (2) 第二項本文は、如何なる人に対して廃罷訴権を起すことができるかを定めたもので、旧民法と異ならないが、ただ『債務者ト約束シタル者』とあるのを『債務者ノ行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者』と改めた。
- (3) 但書だけが少し改めてある。すなわち、旧民法では債務者の訴訟参加だけを規定してあるが、この廃罷訴権は債務者と取引をした者やその利益を転得した者に対しても為し得る。従つて、それらの者を訴訟に参加させなければならぬと考える。
- (4) 第三四一条二項の再審に関する規則は民事訴訟法で十分であり、第四項の損害賠償の方は言うまでもないことなので、この二つは削除した。

【主要審議】

一 二項削除提案について

高木豊三(一八巻一二二丁表～一二三丁表)

旧民法法五一一条二項<sup>①</sup>によれば詐害するために二人で共謀していれば共同被告とすることになる。ところが、本条では、どちらか一方を被告として置いて、他の一人を『参加トシテ引附ケル』というようになってゐる。この関係はどうなつてゐるのか。

穂積陳重(一八巻一二二丁裏)

民法との関係は「私ノ眼中ニナカツタ」。

梅謙次郎（一八卷一二二丁裏）

旧民訴法五一条は、第三者に主参加の権利を与えたものだが、本条は、従参加として訴訟に参加させなければならない、ということの規定したもので、抵触しない。

田部 芳（一八卷一二三丁裏）

訴訟法上の従参加は、『其人ニ対シテ裁判ノ全体ニ絶対的ノ効力』が及ぶ場合に、後で訴訟の仕方が悪いと苦情を言うことはできないため、その人を参加させる趣旨である。ところが本条の場合はそうではない。原則として当事者の外には裁判の効力が及ばないのだから『転讓者債務者ニモ其効力ヲ及ホサウト云フニハ二人ヲ相手取ツテ往カナケレバナラヌ』。それ故、本条のような場合、明文がなくても、『皆一緒ニ』訴えることになるから、二項は削除する方がよい。

高木豊三（一八卷一二四丁表）裏

田部委員の案に賛成。旧民訴法五三条の<sup>(2)</sup>従参加は、自分の利益のために原告や被告を助けるため自ら進んで参加する場合である。告知参加は、後で自分が賠償を求めるとか、求められるとかいうことを通知するためのものである。更に旧民訴法六二条の場合<sup>(3)</sup>は、占有者が訴を受けたとき、所有者が答弁するまでは自分も答弁しないと云える旨規定している。従って、以上の規定によれば、民法で参加と言ってみても、民訴法の規定では本条のような参加はできないことになる。できるとすれば旧民訴法五一条の主参加の場合である。

梅謙次郎（一八卷一二四丁裏）一二五丁表

旧民訴法五九条六一条<sup>(4)</sup>では、本条で規定した参加はできない。それ故、我々は第二項を置くことにしたのである。本条が採用されれば民訴法の参加の規定を修正したい。しかしその参加の性質は五九条と同じである。五一条につ

いては、これは『原告被告が共謀シタ場合』の規定であり、本条は『共謀セヌトキニ之ニ依ルノデアリマスカラ五条ノ場合ハ此中ノ狭イ適用ニ過ギナイ』。従つて五一条があるから本条二項を削除してよい、ということにはならない。

磯部四郎（一八巻一二五丁表～一二六丁表）

本条は訴訟参加ということが書いてあるが、『共同被告』ということではないのか。本条の規定は民訴訟の主参加でも従参加でもなく、『初メノ債務者及ヒ転讓者ハ共ニ關係人デアルカテ訴ヘナケレバナラス』という規定ではないのか。そうだとすると『共同被告トスルコトヲ要ス』という意味に読める。意味からいって『両方合併シテ債権者ヲ害シタモノデアルカラ共同被告トシテ訴ヘル』ということではないか。

穂積陳重（一八巻一二六丁表～一二七丁表）

本条二項の『参加』は『共同被告』という意味ではない。本条は法律行為によつて利益が他の所に移つた場合、その利益をもとに取り返すという規定である。すなわち『利益ヲ受ケタ者丈ケニ対スル訴デアル』。その利益を譲渡した人は、その人の手から利益が離れているのだから、その人なしでも判決ができる。つまり『但書ガナクテモ動キガ取レル』。しかしそうすると債務者より利益を受けた者やその利益を転讓した人が非常に迷惑するので、これらの人の利益を考えて但書を設けたのである。それ故被告はあくまで『現ニ利益ヲ受ケテ居ル者』である。

田部委員に聞きたいが、第二項を削つたならば、誰を相手どるかが分るのか。また、現在利益を受けている者までの『道筋ノ者』が『同等ノ被告』になるのか。

田部 芳（一八巻一二七丁表～一二八丁表）

『詐害行為廢罷ノ訴』は、物や利益を取戻すものではなく、『債権者ニ対シテ害ヲ為シタ所ノ行為ヲ取消ス』もの

である。従つて『ドウシテモ其行為ニ關係シタ者皆訴ヘナケレバ其目的ヲ達セラレヌ』。『其行為ニ關係スル人ハ被告トシテ訴ヘナケレバナラヌト云フコトハ性質カラ出テ来ル』。

磯部四郎（一八卷一二八丁表―一二九丁表）

第二項但書が、転得者や利益を受けた者の便利を保護するためのものとすれば、旧民法五九条だけで十分である。廢罷訴権において債務者や転讓者を訴えなければならぬのは当然であり、従つて、もし明文で定めるなら共同被告人としなければならず、そうでなければ第二項は当然のことだから不要になつてしまふ。

穂積陳重（一八卷一二九丁表―一三〇丁裏）

廢罷訴権によつて法律行為の取消を裁判所に請求するときは、その当事者を必ず双方共『共同被告』にしなければならぬわけではない。法律行為の取消は、法律行為によつて受けた利益を皆『取消シテ後へ戻ス』ことが目的である。本条二項は、法律行為に關係した者を皆共同被告にする『手数ノコトハシナクテモ』其利益を受けている人に対して『詐害行為ニ依テ得タモノデアルカラ其売買ト云フモノハ無効デアルカラ返セト云フコトガ言ヘ』ることを定めたものである。『此第二項ト云フモノハ大變便利ノ規定デアリマス』。しかし、共同被告にしなければならぬという議論が出てくるぐらいなので、裁判の効力を全ての人に及ぼすために但書に『其訴訟ニ参加セシムルコトヲ要ス』と定めたのである。

梅謙次郎（一八卷一三〇丁裏―一三二丁表）

二項削除説について二つの点が理解できない。①旧民法五一条二項は『第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ』と規定してあるが、『共謀ト書イテハ強過ギテイケンナイ』ので、本条では『害スルコトヲ知りテ』と書いた。債務者も相手方も知つていたときでも旧民法五一条二項の適用をうけない場合もあり、従つて民法の規定があるか

ら、本条二項が不要ということにはならないのではないか。②旧民訴法五九条では、訴訟告知に拘らず訴訟を執行することができるのであり、それに対し本条では原告が債務者及び転讓者を参加させる手続をとらなければ、被告は『訴訟ノ答弁』をする義務がない。両者は違っているのだから、民訴法だけで良いことにはならない。

磯部四郎(一八卷一三二丁裏―一三四丁表)

利益を受けた者や転得者の便利のため参加させる方が良いというのなら、それは旧民訴法五九条の法文で足りる。また本条の場合は旧民訴法五一条は関係がない。本条の場合『名ハ参加人デアツテ其実ハ共同被告人ノコトヲシナケレバナラヌ』。法文も『参加セシメルコトヲ要ス』と言っているのであり、廢罷訴権についてこれらの人間を参加させないときは裁判所は訴を下げてしまうかもしれない。だとすれば、訴訟を起こすときは、いつでも債務者又は転讓者を参加させなければならなくなる。そうすると『是レハ共同被告人ト云フ意味デハアルマイカ』。

鳩山和夫(一八卷一三四丁表―裏)

田部委員の案に賛成。第二項を削れば結果は『法律行為ヲ有効ニ取消スコトニ付テ必要ナル人丈ケヲ被告人ニスルト云フ結果ニナル』。そうだとすれば、本条のような民訴法のどの参加にもあたらないような『一種無類ノ参加』を規定する必要はない。債務者が債権者を害する意思でその財産を減らした場合、これを讓渡すれば讓渡した人と讓渡を受けた人が被告になる。転々していくならば、現在その財産を持っている人と債務者とが被告になるかもしれない。

高木豊三(一八卷一三四丁裏―一三六丁表)

本条二項は、早く言えば『訴訟ノ仕方ヲ教ヘル』ためのものである。このような規定は民法のための『欠点』であり、そのようなことは『当局者ニ任カセテ置イテ宜イコトト思フ』。つまり、訴訟法に譲っておいてさしつかえ

ない。

## 二 『共同被告』への修正提案

高木豊三（一八卷一三七丁裏―一三八丁表）

折衷説を協議してもらいたい。本条原案にしても、債務者・転讓者を被告と『一ツニ引附ケル』という趣旨には違いない。そうすれば『利益ヲ受ケタ者又ハ債務者転得者及ヒ転讓者ヲ共同被告トシテ訴フルコトヲ要ス』としたらどうか。つまり『被告ト云フノト参加ト云フノト名ガ変ルダケデ裁判ノ効力モ確定力モ』変らない。

梅謙次郎（一八卷一三八丁表）

結果は同じことになるから『削ラレルヨリハ寧ロ今ノ方ガ宜イト思』う。私だけは賛成する。ただ、文言は『又ハ転得者及ヒ債務者並ニ転讓者ヲ共同訴訟人トシテ参加セシムルコトヲ要ス』とした方がよい。

穂積陳重（一八卷一三八丁表―一三九丁表）

参加と共同訴訟人とは手続が違つてきはしないか。詐害行為の廢罷というのは『行為ノ結果ヲ廢罷スル訴権』である。歴史的にみても『其結果サヘ取消ラスレハ宜イノデアリマスカラ本条ノ方ガ宜シイト思フ』。

高木豊三（一八卷一三九丁表裏）

参加とするのと共同訴訟人とするのではもちろん手続が變つてくる。むしろ参加とするよりは『簡易ニ出来テ費用モ減ジ裁判モ一ツニ往ク』ことになる。

富井政章（一八卷一四〇丁裏―一四一丁表）

全部削除よりは高木委員の方がよい。全部削除になると解釈が分れる。

## 三 二項但書削除提案

詐害行為取消権について

同志社法学 六一卷五号

一三三（一三六九）

井上正一

本条のようにになると、今の訴訟法で動くことができるのか。現在の民訴法では債務者転讓者を訴訟に参加させる手続はないのではないか。(一八卷一二三丁表)

二項の但書以外は原案に賛成する。しかし但書は『民事訴訟法ノ精神ニ反スル』のではないか。債務者転讓者を原告の方から訴訟に参加せしめなければならないというのは『何ダカ此受益者又ハ転得者デ主タル被告トナルベキ人ニ原告カラ世話ヲ焼イテヤルト云フ感ジガアル』。『既ニ御説ノアツタ民事訴訟法ノ告知参加デ自分ガ被告トナツタラ損害ヲ受ケタ即チ告知参加ヲスレバ夫レ便宜カラウ』。但書の削除を希望する。(一八卷一三六丁表裏)

長谷川喬(一八卷一三九丁裏―一四〇丁表)

井上委員に同意する。二項本文がなければ関係者を全て訴えなければならなくなる。

富井政章(一八卷一四〇丁裏―一四一丁表)

井上委員の修正案が通ると少し実質が変ることになる。

以上の議論の後、二項削除提案、但書削除提案、共同訴訟人へ改める提案の順に採決され、前二者が否決、最後の提案が賛成多数で可決された(一八卷一四二丁裏―一四三丁表)。その後、文章の修正は『整理ノ範圍内ニ置カレタイ』との穂積委員の発言があり(一八卷一四三丁表裏)、了承された。

【民法修正案理由】

本条乃至第四百二十七条ハ所謂廢罷訴權ニ関スル規定ニシテ本条ハ既成法典財産編第三百四十条及ヒ第三百四十一条ヲ合シテ之ニ修正ヲ加ヘタリ。即チ既成法典第三百四十条第一項前段ノ規定ハ特ニ明文ヲ要セズ、且本条第一



項ノ規定ノ裏面ヨリ推知スルコトヲ得ベク、又既成法典同条第二項ハ許害行為ノ解釈ヲ下スモノニシテ之レ亦本案ノ法文ニ依リ自ラ明白ナルヲ以テ共ニ之ヲ削リ、独リ既成法典同条第一項但書ノ趣旨ニ本ヅキテ本案第一項ノ規定ヲ設ケ債権者ガ債務者ノ法律行為ヲ取消シ得ルコト及ビ其場合ヲ明示セリ。

本条第一項ハ何人ニ対シテ廢罷訴権ヲ主張シ得ルカラ規定セリ。既成法典第三百四十一条第一項ハ債務者約束シタル者及ビ転得者ニ対シテ起訴スルモノトシ、又同条第三項ハ債務者ヲシテ訴訟ニ参加セシムルコトヲ要スル規定ヲ置キタリト雖モ是レ皆手續ニ属スルモノナレバ本案ニ於テハ之ヲ掲ゲザルコトトセリ。

(5) その後、整理会において、起草委員より、原案四一九条四二〇条を一条にまとめた案が提案された（民法整理会議事速記録三卷一四四丁表裏）。

「第四百二十条 債権者ハ債務者カ其債権者ヲ害スルコトヲ知りテ為シタ法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ転得者カ其行為又ハ転得ノ当時債権者ヲ害スヘキ事実ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ財産権ヲ目的トセサル法律行為ニハ之ヲ適用セス」

この提案につき、穂積陳重委員は、次のように趣旨を説明し、以下のような議論がなされた（三卷一四四丁裏一四八丁表）。

穂積陳重君 之ハ主義ハ前カラ少ナクトモ吾々ノ中ニハ定ツテ居ル此廢罷訴権ノ箇條ニ付テハ本議場ニ於テモ余程議論カアリマシテ其議論ヲ末遂ニ此黒字ノ如ク改ツタノデアリマスガ改マリマシタ結果後ノ四百二十五條坏ニ於キマシテ

ハ「前條ノ規定ニ依リ取消スコトヲ得ヘキ行為ハ」何々「知りタルニ非サレハ其取消ヲ請求スルコトヲ得ス」ト云フヤウナ文章カアリマス、ソレテ此中テ訴訟ノ仕方丈ケハ訴訟法ニ譲ルト云フコトテ此二箇條ヲ斯ウ合セテ一箇條ニズラリト書テ仕舞ウコトカ出来ル。唯タ「共同訴訟人トシテ訴フルコトヲ要ス」ト云フノヲ除キマシタノハ訴訟法ニ譲ル積リテアリマス。其他ハ少シモ實質ヲ變ヘヌテ一箇條ニ纏メタ丈ケニ止ツテ居リマス、ソレカラ之ニ第二項ヲ加ヘマシタ「前項ノ規定ハ財産権ヲ目的トセサル法律行為ニハ之ヲ適用セス」之ハモウ諸君モ御分リニ為ツテ居リマセウガ、債権者ヲ害スルヤウナ法律行為ハ本條ニ依ツテ取消スコトカ出来ル、サウシマスルト隠居トカ婚姻トカ云フヤウナモノモ法律行為テアリマスナラハ債権者ヲ害スルコトヲ知ツテ隠居ヲシタ、サウスルト其隠居ヲ取消スコトカ出来ル。債権者ノ迷惑ニ為ルト云フコトヲ知りナカラ婚姻ヲシタ、サウスルト其婚姻ヲ取消スコトカ出来ル斯ウ云フ事ニ為ツテハ困ル畢竟法律行為トシテ本條ノ適用ノアルモノハ財産権ノ方丈ケニ止マルモテアリマスカラソレ故ニ如斯制限ヲ置ク必要カ生シマシタ此必要ハ既ニ親族法ニ是迄規定ヲ置キマシタ所カラ起ツタコトテ、ソレハ諸君ノ中カラモ御論カアリ吾々カラモ述ヘテ置キマシタガサウ云フ疑ヒハ向フテ唄ウヨリモ此廢罷訴権ノ所ニ断ハル方カ宜シイト云フ考テアリマス其主義ニ基テ此新ラシイ二項ヲ加ヘマシタ

田部 芳君 此舊トノ第二項ノ規定ハ成程善イ悪ルイト云フコトハ別問題トシテモ兎ニ角是々ノ者ニ対シテヤラナケレハ取消ハ出来ナイト云フヤウナコトハドウモ民事訴訟法ノドコニ言ツテ宜シイカ共同訴訟ノ所ニシタ所ガ既ニ民法中テ關係カ極ツタ以上ニハあそこニ共同訴訟カ出来ルト云フコトヲ書クノテアルカラスウ云フ類ノコトヲ民事訴訟法ノ中ニ書クノハ少シク穩當テナイト云フコトニ為リハ致シマスマイカ。舊トノ黒字ノ第二項ノ規定ガ或ハ悪ルイト云フコトテ改正スルノハ別問題テアリマスガ、サウ全体ヲ譲ルト云フコトハドウテゴザイマセウカ矢張り此処テハ民法上ノ一般ノ廢罷訴権ノ事ヲ極メタノテアルカラ序テニ此処ニ極テ置カナイテ之ヲ民事訴訟法ニ置クノハ少シク穩當テナ

カラウカ知ラヌト云フ考カアリマス

梅 謙次郎君 只今ノ田部君ノ御説ニ別ニ反対スルノテモアリマセヌガ吾々ガ之ヲ削ツテ民事訴訟法ニ入レヤウトシタ理由ニ付テ丁度只今田部君ノ御論シニ為ツタ場合ヲ簡單ニ申シマスルト如何ニモ之ハ民事訴訟法ニ這入ラナケレハナラヌ規定トハ思ヒマセヌガ極公平ニ言ヘハドツチニ這入ツテモ宜シイ規定ト思ヒマス何セドツチニ這入ツテモ宜シイ規定カト言フト、現ニ共同訴訟人ニ関スル民事訴訟法ノ四十八條ニドウ云フ場合ニ「訴ヲ為シ又ハ訴ヲ受クルコトヲ得」ト云フ規定カアリマス。斯ウ云フ箇條モアリマスカラ田部君ノ言ハレルヤウニ民法ノ規定ニシナケレハナラヌト云フコトハナイ。ソレテアリマスカラ此処ヘ今ノ通りテハ往カヌカモ知レマセヌガ之ヲ書クノハ面倒テナイ共同訴訟手續ノコトヲ民事訴訟法ニ掲ケテ場合ヲ民法ニ掲ケルト云フコトナラソレテモ宜シイ、訴訟ノ仕方テアリマス權利ノ有ル無イト云フコトテナイ其アル權利ヲ訴ヘルニハドウ云フ方法ヲ以テスルカ共同訴訟人トシテ關係人ヲ皆訴ヘルカ一人トシテ訴ヘルカ、ドウモ……ノ棒ガカツテアルト思ヒマス。加之ナラスサウ云フ事ヲ同シク民法ニ定メルノハ危険テアル。現ニ今ノ民事訴訟法ト民法トハ往々ニシテ合ハナイ事ノアルノハ皆さんノ御承知ノ通りテ此廢罷訴權ト名ケタモノニハ外ノ共同的ノ訴訟ニ為ツテ居ナイ、所カ民事訴訟法ノ裁判ニ対スル廢罷訴權ニ付テハ共同訴訟人トシテ訴ヘルト云フコトニ為ツテ居リマス。あれらハドウモ實ニ困リマス。一体同シ性質ノ訴テアル一ツハ普通ノ法律行為テアルシ一ツハ訴訟行為テアル、ケレドモ、ドチラモ債權者ヲ害スル意思ヲ以テ為シタル行為テアル然レニ一ツ共同訴訟トシナイ一ツハ共同訴訟トスル實ニ不都合極マルテアリマスカラ、可成此手續ニ関スル事ハ民事訴訟法カ後トカヲ定メラレルカラ、ソレハ民法ニ定メタヤウニ可成抵觸シナイヤウニハ出来マセウガ其時ニ為ツテ能ク考ヘテ手續ヲ民法テ極メタノハ不都合テアツタ民法ニ極メタ丈ケテハ不便テシヤウガナイト云フコトカアツテモ一旦民法テ極メタ以上ハ大概ナラハソレニ拠ツテ變ヘナイヤウニ一緒ニ出来ル法典テ變ヘルトカ同時ニ出ル法律ニ抵觸シタ事カアル

ト云フヤウナコトハ極ハメテ不体裁テ今日ノ法典ノ非難ノ一部ニ為ルヤウナ恐レカアリマス、ソレテ自分共ノ責ヲ免レル為メテハアリマセヌガ實際ニ是カ斯ウ行レルト云フヤウニスル手續ニ関スル事ハ民事訴訟法ニ讓ツテこちらテハ規定セヌ方ガ宜シイト思ヒマス是非トモ書カナケレハナラヌモノハ充分利害ヲ討究シテ手續ニ関シテ此処ニ書テ置カナケレハナラヌ事ナラハ矢張り書テ置カナケレハナラヌノテアリマスガ左モヤケレハ讓ル是迄規定ニ為ツタ八百條ノ中此処一箇條丈ケテ外ニナイ此処丈ケ置クノ理由カナイノテアリマスカラ旁々以テ削ルコトニ致シマシタ

田部 芳君 能ク當時ノ議場ノ有様ヲ覺エテ居リマセヌガ何ンテモ書キ方ニ付テハ斯ウ「コトヲ要ス」ト云フコトヲ今迄使ヒマシタガ書キ方ハ如何ニモ善クナイト思ヒマス、ケレトモ併シ此取消ヲ「誰々ニ対シテ請求スルコトヲ得」ト云フ風ニ書イタナラハ決シテ形チニ於テモ黒字ノ二項ノヤウナ見悪クイ規定テハナカラウト思ヒマス又「誰々ニ対シテ取消ヲ請求スルコトヲ得」ト云フヤウニ為ル方ガ至當ト思ヒマス、ドウモ取消ト云フモノハ誰々ニ対シテナケレハ効力カ無イゾト云フ即チ効力ノコトヲ極メルノガドウモ民法ノ範圍テハナイカト考ヘマスカラ尚ホ一応諸君ノ御考ヲ願ツテ置キマス

議長(箕作麟祥君) 「裁判所ニ」ト云フ字カ第一項ニアリマスガ此処ハ「裁判所ニ」トアツテモ宜シイノテスカ外ハ「請求、請求」トアリマスガ

梅 謙次郎君 単ニ「請求」ト言フト争ヒカアレハ裁判所ニ往ク此方ハ利害カ第三者ニ及フノテアリマスカラ、ソレテ是非裁判所ニ出ナケレハナラヌ

議長(箕作麟祥君) 只今ノ田部君ノ御説ニハ賛成カナイヤウテアリマスカラ此四百二十條ハ朱書ノ通りニ決シマス

(一) 旧民訴法五二条「他人ノ間ニ權利拘束ト為リタル訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一分ヲ自己ノ為ニ請求スル第三者ハ本訴訟ノ權利拘束ノ終ニ至

ルマテ其訴訟カ第一審ニ於テ繫屬シタル裁判所ニ当事者双方ニ対スル訴（主参加）ヲ為シテ其請求ヲ主張スルコトヲ得

第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ自己ノ債權ニ損害ヲ生スルコトヲ主張スルトキモ亦同シ

(2) 旧民訴法五三条「他人ノ間ニ權利拘束ト為リタル訴訟ニ於テ其一方ノ勝訴ニ依リ權利上利害ノ關係ヲ有スル者ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス權利拘束ノ継続スル間ハ其一方ヲ補助（從參加）スル為メ之ニ附随スルコトヲ得」

(3) 旧民訴法六二条「第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スルコトヲ主張スル者其物ノ占有者トシテ被告ト為リタルトキハ本案ノ弁論前第三者ヲ指名シ之ニ陳述ヲ為サシムル為メ其呼出ヲ求ムルトキハ第三者ノ陳述ヲ為シ又ハ之ヲ為ス可キ期日マテ本案ノ弁論ヲ拒ムコトヲ得

第三者カ被告ノ主張ヲ争フトキ又ハ陳述ヲ為ササルトキハ被告ハ原告ノ申立ニ応スルコトヲ得

第三者カ被告ノ主張ヲ正当ト認ムルトキハ被告ノ承諾ヲ得テ之ニ代リ訴訟ヲ引受クルコトヲ得

第三者カ訴訟ヲ引受ケタルトキハ裁判所ハ被告ノ申立ニ因リ其被告ヲ訴訟ヨリ脱退セシム可シ其物ニ付テノ裁判ハ被告ニ対シテモ効力ヲ有シ且之ヲ執行スルコトヲ得」

(4) 旧民訴法五九条「原告若クハ被告若シ敗訴スルトキハ第三者ニ対シ担保又ハ賠償ノ請求ヲ為シ得ヘシト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ受ク可キコトヲ恐レルル場合ニ於テハ訴訟ノ權利拘束間第三者ニ訴訟ヲ告知スルコトヲ得

訴訟ノ告知ヲ受ケタル者ハ更ニ訴訟ヲ告知スルコトヲ得」

(5) 旧民訴六一條「訴訟ハ訴訟告知ニ拘ハラス之ヲ続行ス

第三者参加ス可キコトヲ陳述スルトキハ從參加ノ規定ヲ適用ス」

(6) 以上から明らかかなように、債務者を共同被告としなければならぬ、というのが法典調査会の決定事項であり、ただ、それは、訴訟手続上の問題であるから、民事訴訟法に譲るとしたのである（現行民事訴訟法でいえば、第四〇条、第四七条が、それである）。すなわち、旧民法、現行民法の日本民法典立法史上、詐害行為取消訴訟においては、いずれの形にせよ、債務者を、その訴訟手続に参加させなければならない、というのが、一貫した立法者意思であったのである。すなわち、フランス法、ドイツ法、アメリカ法は措くとしても、ボアソナード民法（旧民法）においても債務者

を「強制参加」させなければならぬとし（旧民法第三四一条第三項）、現行民法においては、共同被告としなければならぬとしていたのである。そして、立法者は、ドイツ民事訴訟法を範とした当時の日本民事訴訟法を前提として議論しているのであって、フランス民事訴訟法を意識していなかったのは、当然であり、それをもって、立法者を批判することは妥当でない。むしろ、フランス民事訴訟法の「強制参加」よりも、当時の日本の民事訴訟法を念頭において、先述の利益衡量を実現するには、債務者を「共同被告」とするのがよい、というのが、立法者の考えだったのである。すなわち、日本民法の体系が範としたのは、ドイツ民法の体系であった。ドイツ民法の体系は、ヴェイントシャイトの「洗礼」を受けて、「訴権」とは訣別し、実体法上の権利の体系として立法されたのである。したがって、日本民法に規定された詐害行為取消権も、実体法上の権利として、解釈するのが、妥当であり、「訴権」などという「先祖返り」した概念を用いて解釈することは妥当でない。さらに、理解し易い民法学を目指して、可能な限り「中間概念」を排除しようという近時の民法学界の動向にも、この「訴権」説は反していると評さざるを得ない。そして、ここに、比較法史研究が、日本民法の詐害行為取消権の「解釈」論には、有効でないことの証左がある。

したがって、佐藤岩昭教授の（日本民法の）「解釈論にこそ、（日本の）詐害行為取消訴訟の基本的構造を見落とす」という重大な欠陥が潜んでいると考えざるを得ない。逆に自説にこそ、日本の詐害行為取消訴訟の解釈論として、賛同すべきであろう。しかも、それは、単に日本民法立法史研究からのみでなく、後述の如き詐害行為取消訴訟の機能とその理論的根拠からしても、自説は妥当なものといえよう。

最後に、佐藤岩昭教授の前田達明に対する第一と第二の批判について、簡単に述べておく。

佐藤第一批判は次の如くである。

「前田説の概略は以下のごとく内容である。即ち、民法四二四条の定める取消権は、『責任財産保全の為に、実体法が

認められた取消権、したがって債務者の法律行為を取消することができるという形成権（裁判上訴えの形式で行使しなければならぬ）という実体法上の権利がまず与えられている」と解すべきだと前田教授は主張されている。しかし、比較法的研究、及び、わが国の詐害行為取消権の沿革的研究から得られた結論を参考にする限りでは、前田教授の右の主張を裏づける根拠はほとんど無いと言つてよいと私は考える。このように私が考える理由については、第二章から第五章第一節までの叙述において述べてきたので、その詳細についてはここでは繰り返さない。しかし、敢えてその要約を述べるならば、フランス法、ドイツ法、アメリカ法においても、詐害行為取消権は一種の『訴権』として立法され、また、そのように解釈されてきている。そして、ボアソナード民法草案も詐害行為取消権を『訴権』として起草したのである。このような『訴権』法的な立法及び解釈論に対して、実体法的な解釈論を唱えた学説は、ドイツにおいて単独説に終わったHellingの形成権説、及び、大審院以来の判例の準則を含めた日本の各種の学説のみである。また、ドイツのPaulusの責任説ですら、債権者取消権の行使は、執行忍容訴訟によることを認めているのであるから、これも一種の訴権法的解釈論であると評価して差し支えないと私は考えている。そうだとすると、有力な根拠も無しに、詐害行為取消権を直ちに実体法上の権利であると断言し、これを私法上の形成権であると主張する前田説には、比較法的見地、及び、沿革的見地から考慮しても賛成できないのである。

また、理論的に考えても、債務者⇨受益者間の法律行為の意思表示に、瑕疵が無いにもかかわらず、詐害行為取消権の行使に民法一二一条と同じ効果を与えなければならぬ理由が前田説には明示されていないのではないだろうか。このように考えてくると、前田説の大前提——即ち、詐害行為取消権を実体法上の取消権（形成権）と考える立場——に私は賛成できないのである」。

まず、フランス法、ドイツ法、アメリカ法については措くとして、旧民法においては、確かに「廢罷訴権」という用

語が用いられている（旧民法財産編第三四一条、同第三四二条、同第三四四条）。しかし、旧民法において「訴権」という用語は、直接履行請求権を「直接履行ノ訴権」（旧民法財産編第一章第一節）、損害賠償請求権を「損害賠償ノ訴権」（旧民法財産編第一章第二節）としている。そして、それぞれの条文は、ほぼ同じ内容で現行民法典に引き継がれている。そうすると、佐藤岩昭教授によれば、現行民法典の解釈においても、直接履行請求権や損害賠償請求権は「訴権」である、と主張されるのであろうか。さらに、前述のように、ボアソナド自身が「訴権」を実体法上の「請求権」といったほどの意味で用いていたと考えるのが妥当である。そして、詐害行為取消権が、少なくとも現行民法典においては、立派な実体法上の権利である、ということは、前述の法典調査会の議論から明白であり、もし、「訴権」などという（未分化の）訴訟上の権利であるとすれば、前述の整理会の議論からして、詐害行為取消権自体の規定が、民法からは削除されて、民事訴訟法に規定されたであろう。さらに、起草者の一人である梅謙次郎が「形成権」という実体法上の権利である、としていたことも有力な証左といえよう。

次に、債務者⇨受益者間の法律行為の意思表示に瑕疵がない、というのは誤解である。というのは、民法第九六条が「詐欺又は強迫」を「瑕疵」と把握し、その被害者に取消権を付与しているように、民法第四二四条は、債務者と受益者の「害意」を「瑕疵」と把握し、その被害者たる債権者に取消権を付与したのである。しかし、他人間の法律行為の効力を失わせることは、他人の契約自由の原則、私的自治原則に介入することであり、さらに、後述の如き詐害行為取消権をめぐる複雑な利益衡量からして、裁判所の訴訟手続を経て行使することとし、厳格な手続的保障を要求したのである。これを単に「もっぱら沿革的理由に由来する」（平井宜雄『債権総論』一九八五（昭和六〇）年二一四頁）というのは妥当でない。なぜなら、ローマ法以来の法制度が、現代にも保持されているのは、現代においても、その必要性があるからである。その必要性こそ、右に述べた詐害行為取消訴訟をめぐる実状なのである。



次に、佐藤第二批判は次の如くである。

「前田説の第二の問題点は、民法四二五条の判決効の拡張という法技術的意義に全く触れていないことである。そうだとすると、前田教授が、その実務に関する該博な知識を総動員されて、『取消の絶対的効力』と債務者に対する給付判決とを結合した理論を展開されたとしても、総債権者に対してどうやって詐害行為の取消しという判決手続上の効力を拡張されるのかについての説明が全く欠けていることになるであろう。

右の論点を詳論すれば以下のごとき内容となる。即ち、前田教授によれば、詐害行為取消判決は絶対的効力（債務者⇨受益者間の法的行為の効力をも覆滅する）を有する形成判決であり、また、債務者をも共同被告とする形成訴訟である。さらに、これと同時に債務者に対する給付訴訟——債務者の資産中に戻った目的物からの被保全債権の弁済の請求を意味するらしい——を同時に提起できると解すれば、一回の訴訟手続で、取消債権者は被保全債権の回収が可能となると述べられている。しかし、繰り返し述べてきたことであるが、いくら取消債権者、受益者、及び債務者に取消の絶対的効力を及ぼしたとしても、取消債権者以外の債権者に、詐害行為取消という判決によって生じる効力が拡張される根拠は見あたらず、従って他の債権者が強制執行手続において配当要求をできる余地は生まれてこないのである。従って、『四二五条は、受益者が取消債権者に引き渡せという従来の給付判決（責任説や訴権説も）を否定する条文と、私は解しています』という前田説は、何ら民法四二五条の意義を説明するための解釈論とはなり得ていないことを、ここで私はあらためて指摘しておきたい」。

これに対する解答は、次の通りである。

詐欺や強迫の場合に、私人間の口頭による取消権の行使にさえ、「絶対的効力（対世効）」が認められるのであり、詐害行為の場合には、裁判手続という厳格な手続保障の下に取消権が行使されるのであるから、これに「絶対的効力（対

「世効」を認めることは、当然である。さらに、判決の効力という点に、こだわらなければ、この判決が形成判決であると答えることで十分であろう（一般的承認義務。鈴木正裕「形成判決の効力」法学論叢六七巻六号（一九六〇）（昭和三五）年二七頁）。

さらに、次のような批判もある。

「また、前田説に従って、詐害行為取消訴訟が実務上で実現された場合を考えてみよう。この場合の債務者は無資力である。それゆえ、詐害行為の目的物が、債務者に現実に返還されたとなると、債務者がそれを隠匿したり、消費したりする——特に金銭の場合など——恐れが考えられる。そうだとすると、わざわざ、無資力の債務者の資産中に、詐害行為の目的物を現実に戻すということは、かえって取消債権者による被保全債権の回収の可能性を減少させる恐れが出てくると評価できる。このような見地からも、私は前田教授の学説には賛成できないのである。以上が私見に立脚した前田説の評価である」。

このような批判は、全くの杞憂である。もし、自説が実務上採用されるならば、債権者（の弁護士）は、民事保全法上の手続をもって、その財産を確保し、詐害行為取消訴訟と併合した給付訴訟の確定判決をもって債務名義とし、民事執行法上の手続をもって、その財産を執行するであろう。それは煩雑である、と主張するならば、民事手続法の完備した日本において、そこまで詐害行為取消権を野放しにするのか、という批判に晒されることになるであろう。

(1) この条文については、徳田和幸「独立当事者参加における請求の定立について——詐害防止参加の沿革を中心として」新堂幸司先生古稀祝賀（上）二〇〇一（平成一三）年七〇五頁参照。

(2) 奥田昌道「ヴァイントシャイトの『アクチオ論』について（一）、（二）」法学論叢六三巻三号（一九五七）（昭和三二）年一頁、六四巻一号（一九五八）（昭和三三）年二二頁、「ドイツ民法の請求権概念について（一）、（二）、（三・完）」六四巻六号（一九五九）（昭和三四）年二二六頁

#### 四. 結び

(1) ところで、近時、民法(債権法)改正検討委員会において「詐害行為取消権」について重要な改正提案が行われている(民法(債権法)改正検討委員会「債権法改正の基本的方針」別冊NBL二二六号(二〇〇九(平成二二)年一六四頁以下)。この改正提案には、筆者は、全面的に賛成であり、特に本稿との関係で「債務者もまた被告とすべきである」(同一六五頁、同一七三頁。3、1、2、19)という点は大賛成である。<sup>1)</sup>筆者としては、この提案要旨に賛同するものであるが、そこに、次のような一文がある。

「これに対して、本提案の詐害行為取消権の制度の下で債務者を被告とすべき理論的必然性の有無、債務者への訴訟告知による手続保障、債務者を常に被告とすることに伴う詐害行為取消訴訟の実効性の阻害等を勘案し、現行の判例および通説と同様に、債務者を常に被告に加えなければならぬものとはしないと考える方もある。」(同一七四頁)。

このような立法提案への反論に対しては、前田達明『口述債権総論第三版』一九九〇(平成二)年の記述を引用して、再反論しておく。

(3) しかし、中小企業の倒産の場合には「内整理」というのが一番よく行なわれます。これは法律用語でなく、一般の取引社会で使われる言葉として、これは、今いった破産、和議、会社整理、会社更生が裁判所の手を経て行なわれるのに対し、内々で行なうものです。裁判所の手をわずらわせると時間も費用もかかるので、中小企業の倒産で要らぬ時間と金を使うよりも、債権者間で話し合っ内々に片付けよう、というもので、中小企業で、これが一番よく行なわれ

ています(詳しくは、谷口安平『倒産処理法』一九七六(昭和五一)年(筑摩書房)二八頁)。債権者取消権は、この「内整理」の際に非常によく問題になるのです。例えば、債務者Sに対して債権者G<sub>1</sub>G<sub>2</sub>G<sub>3</sub>がいるとします。G<sub>1</sub>が一〇〇万円の債権を持っているので、Sの取引状態が危ないと聞か否や、先ずれば人を制す、とばかり、Sのところへ行って、Sの虎の子の一〇〇〇万円の銀行預金の債権を代物弁済として債権譲渡させ、うまいことをした、と大喜びでいるわけです。ところが、もう一枚上手がいて、G<sub>3</sub>は四二四条を知っていて、待つてましたとばかりに、G<sub>1</sub>を相手取って、その行為は四二四条の要件を満たすから詐害行為である、G<sub>1</sub>のおろした一〇〇〇万円を引渡せ、と訴えるのです。本来なら債務者に引渡せと言うことになるのですが、現在の実務では後述のように、G<sub>3</sub>はそれを受け取ることができます。受け取ってしまったって、G<sub>3</sub>は自分の債権と相殺してしまうのです(そこで、辻正美「詐害行為取消権の効力と機能」民商法雑誌九三巻四号(一九八七(昭和六二)年)四七四―四八九頁は、債権者取消権を、自己の債権満足のための一手段と考えるべきであるとします)。こんな形で、実は四二四条がよく使われるのです。ですから、いわば四二四条は「先手必敗の原則」なのです(吉原省三「詐害行為取消権についての一考察」判タ三〇八号(一九七四(昭和四九)年)六一頁)。こういう人間関係があるので、債権者取消権についてはいろいろな利害対立を調整しなければならぬのです。四二三条の債権者代位権の場合は、それほど細かい利益調整はいらないわけで、せいぜい債権者と債務者の利益調整です(責任財産を保全したいという債権者の利益と自己の財産管理を自分で行ないたいという債務者の利益の調整だけを考えればよかったです)。しかし、四二四条では、責任財産を保全したいという債権者の利益と、自己の財産管理を自由に行ないたいという債務者の利益(特に自己の財産を処分して経済的な更生をはかろうとする利益)の他に、受益者や転得者の利益すなわち取引安全の保護という利益、さらに、競合する債権者間の利益(これは四二四条が今いったような場面で使われるということから)、という四つの利益を考慮しなければいけない、ということになってくるわ

けです」(二六三頁)。

「以上から明らかなように、私の考えでは、債権者は、債務者と受益者、あるいは債務者と転得者を訴えなければなりません。実は、このように債務者を常に訴訟に引っぱり込まなければならぬという考え、すなわち単なる参加ではなくて共同被告にするという考えは起草者の考えでもあつたわけであり(民商法雑誌八三卷六号一四九頁)、ただ、これが手続法上の規定であるということで、民法典から削られたのです。ゆえに、この解釈は起草者の意図にも適うものです。そもそも、債務者のなした意思表示を取消すわけであり、私的自治、意思自由、法律行為自由の原則という民法の大原則の例外をなすものであるのですから、当該意思表示者を抜きにして彼の意思表示の効果を奪ってしまうことは正に人権無視といつてよいはずで、そして、『債権者取消権における利害の対立と調整』という観点からしても、債務者が自己財産の処分により経済的更生をはかろうとするとき(奥田二七四頁)、彼を訴訟に加えないことは片手落ちでしょう。それは、債務者が勝手に訴訟参加すればよいといつた問題ではなく、債権者取消権そのものの構造からいって、債務者を共同被告とすべきであると考えます(転得者を被告とする場合でも、取消の対象は受益者と転得者の間の行為ではなく債務者の法律行為なのです。大判大正五・三・三〇民録二二・七六一)(二七一頁)。

(2) なお、このような考え方に立つたとき、その判決主文は、どのように書くべきか、という問いに対しては、前田達明『口述債権総論第三版』一九九〇(平成二)年二六九頁に、その解答を留意している。

(1) この改正案に対して、片山直也「詐害行為取消権」法律時報一〇一三三(二〇〇九(平成二二)年)二四頁は、民法の「個人主義・自由主義」を尊重して、「絶対的効力」説に反対している。自説も、民法の「個人主義・自由主義」を尊重し、債務者「個人の自由」をも重視して、詐害行為取消訴訟に債務者も介入させるべきである、と考えるのである。さらに、「相対的効力」説を採用しても、敗訴した受益者や転得者は、債務者に対して訴求し得るのであるから(奥田昌道『債権総論(増補版)』一九九二(平成四)年三二六頁、実質的には、「無効」の効力は、

債務者にも及ぶのである。とすれば、自説のように考えるのが、もっとも妥当な解釈論といえよう。

(後記) 奥田昌道先生は、本年(二〇〇九年)、めでたく喜寿をお迎えになった。これまで、先生からは、京都大学法学部において、引き続いて、同志社大学法科大学院において、公私共に、多大の御恩を賜わった。その御恩に対して深甚なる感謝の念をこめて、本稿を、奥田昌道先生に捧げる次第である。