

判例評釈

再生債務者が無償行為若しくはこれと同視すべき有償行為の時に債務超過であること又はその無償行為等により債務超過になることは民事再生法 127 条 3 項に基づく否認権行使の要件か

(最高裁判平成 29 年 11 月 16 日第一小法廷判決、平成 29 年 (受) 第 761 号：再生債権査定異議事件、民集 71 卷 9 号 1745 頁)

八 木 敬 二*

- I 事実の概要
- II 判旨
- III 評釈

I 事実の概要

A 社は、各種電気機械器具の製造販売業等を目的とする株式会社である。平成 26 年 4 月、B 社は、C 社から 13 億円を借り入れ、当該資金をもって A 社の発行済株式を全て取得し、その親会社となった¹⁾。同月 18 日、B 社は、A 社から 6 億円を借り入れ、C 社に対し、前記借入金 13 億円のうち 6 億円を弁済した。C 社は、同年 8 月 29 日、B 社と代表取締役を同じくする X 社（原告・控訴人・上诉人）に対し、C 社の B 社に対する残債権を譲渡した。また同日、A 社は、X

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 18 卷第 1 号 2019 年 3 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) B 社は A 社株式の保有を目的とした特別目的会社（SPC）で、A 社株式以外にほとんど資産を有していなかったようである。田中寛明「判解」曹時 70 卷 9 号（2018 年）2537 頁注 2 参照。

社との間で、A社が上記残債権に係るB社の債務を連帯保証する旨の契約（以下「本件連帯保証契約」という）を締結した。

平成27年2月18日、A社は、東京地方裁判所に対し、民事再生手続の開始を申し立て、同月23日、本件再生手続開始決定を受けた。それと同時に、Y（被告・被控訴人・被上告人）が管財人に選任された。X社は、同年4月8日、本件再生手続において、再生債権として本件連帯保証契約に基づく履行請求権等（元金7億円のほか、利息及び遅延損害金も含む。併せて、以下「本件債権」という）を届けた。これに対し、Yは、民事再生法127条3項に基づき否認権を行使したとして、本件債権の全額を認めない旨の認否をした。この認否を受け、X社は本件債権の査定を申し立てたが、同年10月、本件債権の額をいずれも0円とする旨の決定（以下「本件決定」という）がされた。本件決定を不服とするX社は、本件決定の変更を求めて異議の訴え（民事再生法106条1項）を提起した。

第一審（東京地判平成28年8月5日民集71巻9号1773頁）及び原審（東京高判平成29年1月18日民集71巻9号1792頁）では、本件連帯保証契約に係る無償行為否認の可否及びその効果が争われた。具体的には、本件連帯保証契約は無償行為といえるか、無償行為時及び手続開始決定時にA社が債務超過であることが必要か、本件否認権の行使は権利濫用にあたるか、無償行為否認の効果について規律する民事再生法132条2項が適用されるかなどが争われた。そして、第一審と原審のいずれにおいても、本件決定を認可すべき旨のほぼ同様の判断が示された。

行為時の債務超過の要否に関する原判決の判断は、要旨次の通りである。民事再生法127条3項により認められる無償行為否認は、無償行為が財産減少により再生債権者の利益を害する程度が大きく否認の必要性が強いこと、無償行為の相手方は無償で当該利益を取得しているので、それを否認したとしても取引の安全を害する程度は小さく、むしろ具体的出捐を行ったにもかかわらず反対給付の回収ができない一般債権者との間での公平に資することから、これらの行為を専ら行為の時期と無償性とに基づいて取り消し、再生債務者の財産の回復を図ろうという趣旨で定められたものである。したがって、無償行為否認は、同項に定める

時期になされれば足り、本件否認権行使にあたって、再生債務者が本件無償行為の時点で債務超過であったことや本件無償行為によって債務超過に陥ることまでは要しないと解すべきである。同項が無償行為時の債務超過を規定していないのも、無償行為について相手方の取引の安全等を考慮する必要性に乏しい反面、債権者に与える不利益が大きいこと、否認対象行為が支払の停止等の前6か月以内のものに限定されていることから、債務超過を要件としない趣旨である。

これに対し、X社が上告受理申立てをした。その内容は、上記争点全てに言及するものであったが、最高裁は、上告受理申立て理由のうち、無償行為否認の要件（民事再生法127条3項）に関する部分のみを取り上げ²⁾、次のように判断した。

II 判旨

上告棄却

「民事再生法127条3項は、再生債務者が支払の停止等があった後又はその前6月以内にした無償行為等を否認することができるものとし、同項に基づく否認権行使について、対象となる行為の内容及び時期を定めるところ、同項には、再生債務者が上記行為の時に債務超過であること又は上記行為により債務超過になることを要件とすることをうかがわせる文言はない。そして、同項の趣旨は、その否認の対象である再生債務者の行為が対価を伴わないものであって再生債権者の利益を害する危険が特に顕著であるため、専ら行為の内容及び時期に着目して特殊な否認類型を認めたことにあると解するのが相当である。そうすると、同項所定の要件に加えて、再生債務者がその否認の対象となる行為の時に債務超過であること又はその行為により債務超過になることを要するものとすることは、同

2) 木村真也「判批」新・判例解説 Watch 20号（2018年）211頁は、本判決が「現に受けている利益」（民事再生法132条2項）の解釈について沈黙していることに一定の意義を見出す。もっとも、田中・前掲注1）2545頁、2547頁注23が、要件論以外の上告受理申立て理由が排除された理由について、B社が実質的に新たな与信をしていないからA社にとってもX社にとっても無償行為性を肯定できたこと、現存利益は事案の性質により異なり得ることを指摘している点には注意を要する。

項の趣旨に沿うものとはいい難い。

したがって、再生債務者が無償行為等の時に債務超過であること又はその無償行為等により債務超過になることは、民事再生法127条3項に基づく否認権行使の要件ではないと解するのが相当である。」

Ⅲ 評釈

1 本判決の意義

民事再生法127条3項は、「無償行為及びこれと同視すべき有償行為」（以下「無償行為等」という）のうち、「再生債務者が支払の停止等があった後又はその前六月以内にした」ものについて否認を認めている（いわゆる無償否認または無償行為否認）³⁾。一見、再生債務者の財産状態を問題としない規定のように思われるが、Ⅲ3(1)で後述するように、詐害行為否認について規律する民事再生法127条に属することなどから、無償行為等の時点で債務者が債務超過であるか又はその無償行為等により債務超過となること（以下「行為時の債務超過」と総称する。ここでいう債務超過は、後述する危機時期を示す徴表の一つである）の要否について、争いのあるところであった。本判決は、この問題について初めて判断した最高裁判決であり、無償行為否認において行為時の債務超過は不要であることを明らかにした点にその意義がある。

本判決のほかに無償行為否認に関する判断を示した最高裁判例としては、同族会社の代表者で実質的な経営者でもある破産者が会社のためにした保証の無償行為性を肯定した最判昭和62年7月3日民集41巻5号1068頁（以下「昭和62年最判」という）がある⁴⁾。本判決との関係でいえば、同最判が、平成16年改正前破産法上の無償否認の根拠について、「その対象たる破産者の行為が対価を伴わないものであって破産債権者の利益を害する危険が特に顕著であるため、破産

3) 次節で後述する平成16年改正による否認類型の再編後、詐害行為否認・偏頗行為否認と語感を合わせて無償行為否認と表現される場面が増えたように見受けられる。このことから、本評釈では、主として無償行為否認という用語を用い、故意否認・危機否認との関係性が論じられる文脈に限って理解の便宜を図るために無償否認という用語を用いることとする。

者及び受益者の主観を顧慮することなく、専ら行為の内容及び時期に着目して特殊な否認類型を認めたことにある」と判示している点が注目される。このような根拠論に対し、Ⅲ 2(2)で後述するように受益者と倒産債権者との間の公平こそが無償否認の根拠であるとする見解が有力に主張され、その影響からか、下級審裁判例の一部には無償行為否認を拡大的に適用しているものが出現していた。その意味で、昭和62年最判を引用こそしないものの、ほとんど同旨を述べて昭和62年最判の論旨がなお無償行為否認の行使要件を決定付ける論拠として機能することを明らかにしている点にも一定の意義があるといえる。

検討は以下の順序で進める。まず、検討を進める前提として、現行否認制度における無償行為否認の特則性及びその根拠を確認する(Ⅲ 2)。次に、本判決で問題となった行為時の債務超過の要否に関する学説及び裁判例と本判決との関係を吟味し(Ⅲ 3)、最後に本判決の射程と残された課題を明らかにする(Ⅲ 4)⁵⁾。なお、厳密にいえば、本判決は民事再生法が適用される事案であるのに対し、昭和62年最判は破産法が適用される事案であるという差異が存するが、無償行為否認の趣旨、目的及び条文の文言が(会社更生法も含む)各法ではほぼ共通しているため、実質的な差異は存しないと仮定できる⁶⁾。以下では、便宜的にいずれの手続に関する議論かを区別せずに取り上げ、条文としては本判決で問題となった民事再生法の規定を用いることとする。

-
- 4) そのほか、昭和62年最判と通底する判断を示した一連の最高裁判決として、最判昭和62年7月10日集民151号369頁、最判昭和62年7月10日金法1174号29頁があり、古くは、昭和62年最判も引用する大判昭和11年8月10日民集15巻1680頁が保証の無償行為性を肯定している。また、最判平成8年3月22日金法1480号55頁も、Ⅲ 3(3)で後述する東京高判平成4年6月29日判時1429号59頁の正当性を指摘して上告を棄却した判決で、実質的な判断は示していないものの、無償行為否認に関する最高裁判決の一つと位置付けられる。
- 5) 本評釈は、2018年10月15日に行われた一橋大学民事法総合問題(民事法研究会)での報告を基にするものである。報告から脱稿に至るまで、複数の先生方から有益な示唆を賜ることができた。ご教示いただいた先生方には記して感謝申し上げる。
- 6) 才口千晴=伊藤眞監修『新注釈民事再生法(上)[第2版]』(金融財政事情研究会、2010年)706頁[中西正]、笠井正俊「判批」金法2085号(2018年)16頁参照。

2 現行否認制度における無償行為否認の位置付け

(1) 無償行為否認の特則性

現行の破産法、民事再生法及び会社更生法（以下「倒産法」と総称する）は、否認対象行為を財産減少行為（狭義の詐害行為）と偏頗行為に分類し、それぞれについて異なる要件を定めている。例えば、民事再生法127条1項は財産減少行為について一般的な否認要件を⁷⁾、民事再生法127条の3第1項は偏頗行為について一般的な否認要件を規定している。これは、平成16年改正前の倒産法では故意否認・危機否認・無償否認という類型によって否認権が規律されていたのに対し、現行倒産法が、行為の性質に着目して基本類型を詐害行為（財産減少行為）否認と偏頗行為否認に峻別し、両者の関係を排他的なものとして位置付けたことに由来する⁸⁾。

無償行為等については、実質的な改正はなされず従前の規律が基本的に維持されたものの、財産減少行為の一種であるという理解の下、詐害行為否認について規律する民事再生法127条の中に組み込まれた⁹⁾。一般の詐害行為否認との関係に着目した場合、無償行為否認には次のような特則性が認められる。すなわち、①民事再生法127条1項1号に比して再生債務者の詐害意思を要しない点（以下「特則性①」という）、②民事再生法127条1項2号に比して支払停止等の前6月まで否認の範囲が拡大されている点（以下「特則性②」という）、③民事再生法127条1項両号に比して受益者の主観的要件を要しない点（以下「特則性③」という）において、一般の詐害行為否認よりも軽減された要件での否認が許容されるのである¹⁰⁾。

7) 本評釈では、民事再生法127条1項1号又は2号による否認を一般の詐害行為否認と呼称する。この呼称は、竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法』（青林書院、2007年）632頁 [山本和彦]、垣内秀介「詐害行為否認」竹下守夫＝藤田耕三編集代表『破産法大系Ⅱ』（青林書院、2015年）447頁等に倣うものである。

8) 竹下・前掲注7) 621頁 [山本]、伊藤眞ほか『条解破産法 [第2版]』（弘文堂、2014年）1061頁、三木浩一「否認権総論」竹下守夫＝藤田耕三編集代表『破産法大系Ⅱ』（青林書院、2015年）406頁等参照。

9) 山本克己「否認権（上）」ジュリ1273号（2004年）79頁、三木・前掲注8) 414-415頁。

10) 竹下編集代表・前掲注7) 632頁 [山本]。伊藤眞『破産法・民事再生法 [第4版]』（有斐閣、2018年）580頁は、遡及性・客観性と特徴付ける。

(2) 無償行為否認の根拠

上記特則性の根拠は、㊦無償行為等は有償行為に比べて有害性が強いために否認の必要性も強いこと（以下「根拠㊦」という）、及び㊧無償行為等の相手方は無償でその利益を取得しているため、当該行為を否認したとしても公平に反せず、取引の安全を害する程度も小さいから相手方保護の必要に乏しいこと（以下「根拠㊧」という）の2点に求められるとするのが通説である¹¹⁾。昭和62年最判も、無償行為否認の根拠を「その対象たる破産者の行為が対価を伴わないものであって破産債権者の利益を害する危険が特に顕著であるため、破産者及び受益者の主観を顧慮することなく、専ら行為の内容及び時期に着目して特殊な否認類型を認めたことにある」として、無償行為等と有害性との結び付きの強さに着目しており、これは根拠㊦に相当するものと理解できる。根拠㊧の位置付けについては必ずしも明らかではないが、受益者（相手方）との関係ではなく破産者（破産財団）との関係で保証の無償性を審査していることから、相対的に根拠㊦を重視していることが窺われる。というのも、受益者の側からみれば有償となる行為も否認対象となり得る以上、根拠㊧は付加的なものにとどまるからである¹²⁾。倒産財団の価値の減少如何を中心に考え、取引の安全よりも倒産債権者の利益を重視する昭和62年最判の立場は、倒産債権者のために倒産財団を拡充すべく設けられた否認権の制度趣旨にも適合的といえる¹³⁾。他方、受益者の主観的事情を考慮せず否認が認められる（特則性㊢）ことから、善意の受益者との公平を図るべく、原状回復の範囲を制限する民事再生法132条2項が設けられており¹⁴⁾、この規定が根拠㊧を調整的に担保する機能を果たしている¹⁵⁾。

11) 文献によって微妙に表現は異なるが、伊藤・前掲注10) 580頁、竹下編集代表・前掲注7) 632頁 [山本]、伊藤ほか・前掲注8) 1078頁等参照。才口=伊藤監修・前掲注6) 720頁 [中西] 等も、この見解が通説であるとしている。

12) 竹下編集代表・前掲注7) 632頁 [山本]、山本和彦「無償否認に関する若干の考察」伊藤真ほか編集代表『倒産法の実践』（有斐閣、2016年）252頁注21参照。

13) 松下淳一「判批（最判昭和62年7月3日民集41巻5号1068頁）」伊藤真=松下淳一編『倒産法判例百選 [第5版]』（有斐閣、2013年）71頁。

14) 竹下編集代表・前掲注7) 682-683頁 [加藤哲夫]、伊藤ほか・前掲注8) 1137頁等参照。

15) 伊藤真「無償否認における善意の受益者の償還義務の範囲」判時2307号（2016年）39頁、山本和彦「無償否認と立法論」金判1532号（2018年）1頁。

これに対し、昭和62年最判の示す根拠論に反対し、根拠④こそが無償行為否認の根拠であると説く中西正教授の見解も有力である。中西教授は、無償否認制度の沿革に係るドイツの議論を参考に、「ある責任財産が支払不能となった場合に、対価を支払うことなくそこから利益を取得した者と、そこへ一定の給付を行ったにもかかわらず反対給付を得ることができなくなった者がいるときには、前者の得た利益については、後者を前者に優先させるのが公平である」（以下単に「受益者・倒産債権者間の公平」（性）又は「公平性」という）点に無償行為否認の根拠を求める¹⁶⁾。ただし、Ⅲ3(2)で後述する危機時期に関して、専ら支払不能が問題とされている点には注意を要する。また、中西教授の見解を参考に、現行法上も無償行為否認を第三の否認類型と考える立場もあるが¹⁷⁾、倒産財団の価値を問題にする詐害行為否認の有害性と受益者・倒産債権者間の公平性は別個の評価概念であり、二元的な有害性に基づく否認類型の分類それ自体と中西教授の見解を接合するのは困難なように思われる¹⁸⁾。

以上のような無償行為否認の根拠論は、主に保証の無償行為性との関係で論じられてきたものである¹⁹⁾。そのため、無償行為否認の一般的要件に焦点が当てられることがほとんどなく、必ずしも明らかでないが、通説が根拠⑦①の双方を要求することの意義は、否認の必要性和許容性を区別し、無償行為否認の行使と効果の双方から否認の正当性を吟味する点にあると解される。すなわち、無償行為否認の行使の場面では否認の必要性を基礎付ける根拠⑦が、その効果の場面で

16) 中西正「無償否認の根拠と限界」法と政治41巻2・3号(1990年)289頁。オ口=伊藤監修・前掲注6)720頁[中西]、山本克己ほか編『新基本法コンメンタール破産法』(日本評論社、2014年)361-362頁[中西正]等では、中西教授の見解が簡潔に紹介されている。

17) 北秀昭「法人(事業会社)保証と無償否認」椿寿夫ほか編『法人保証・法人根保証の法理』(商事法務、2010年)316、322頁。粟田口太郎ほか「《座談会》5つの重要倒産判例で考えるその射程と今後の金融実務」金法2087号(2018年)23頁[杉本和土発言]は、本判決をこの立場に近いものと理解している。

18) 無償行為等に財産減少行為としての有害性が認められ得ることを否定するのは難しい。また、中西教授が指摘する公平性の内容には受益者にとっての無害性が含意されており、倒産債権者を害するかどうか(詐害行為否認の場合、倒産財団の価値が減じられるか否かに焦点が当てられる)という観点のみを問題とする有害性概念では語りきれない。

19) 保証の無償行為性に関する議論については、山本研「無償否認」竹下守夫=藤田耕三編集代表『破産法大系Ⅱ』(青林書院、2015年)500頁以下等参照。

は否認の許容性を担保する根拠④が決定的な論拠として重視されるのである。

もう少し通説の含意を明らかにしておく、有害性の強さ、すなわち「対価を伴わない」ことによる有害結果発生「顕著な危険」性に着目したのが無償行為否認であると考えた場合、そのような特性を有しない行為を対象とする一般の詐害行為否認や過大代物弁済等の否認とは区別して適用されなければならないことになる。具体的にいうと、過大部分があるとはいえ無償行為と同視できない程度には対価が提供されているのであれば、「対価を伴わない」ことによる有害結果発生「顕著な危険」が認められないため、民事再生法 127 条 1 項又は 2 項で処理されるべきは必ずである²⁰⁾。しかし、下級審裁判例の中には、上記特性を重視しないものがある。その一つは、破産者が弁護士に支払った報酬等のうち適正額を超える部分について無償行為否認が主張された神戸地伊丹判決平成 19 年 11 月 28 日判時 2001 号 88 頁である。同決定は、「着手金ないし報酬金の支払行為において支払金額が役務の提供と「合理的均衡を失する場合」にはその部分の支払行為のみを否認の対象とすることも許される」とする。もう一つは、同種の事案につき、「その金額が、支払の対価である役務の提供と合理的均衡を失する場合、破産者はその合理的均衡を欠く部分については支払義務を負わないといえるから、当該部分の支払行為は、破産法 160 条 3 項の「無償行為」に当たり、否認の対象となり得る」とした東京地判平成 23 年 10 月 24 日判時 2140 号 23 頁である。いずれも、合理的均衡の有無を審査するのみで契約の対価性は肯定していることからすると、上記特性に基づいて類型化された無償行為否認の適用は、債務者又は受益者を害するおそれがあり、相当でない²¹⁾。

20) 伊藤ほか・前掲注 8) 1079 頁注 12、竹下編集代表・前掲注 7) 633 頁 [山本]。東京地判平成 9 年 3 月 25 日判時 1621 号 113 頁、東京地判平成 22 年 10 月 14 日判タ 1340 号 83 頁も参照。

21) 山本・前掲注 12) 243 頁注 7 で指摘されている通り、前記東京地判平成 23 年 10 月 24 日に関しては支払義務の不存在を認定しているので、否認の問題とすること自体が相当でないともいえる。偏頗行為に無償行為否認を適用する下級審裁判例も出来していることからすると、これらの裁判例は、前述した中西教授の見解に影響され、過大部分の利益について倒産債権者を優先するのが公平に適うとして無償行為否認を拡大的に適用したと考える余地がある。偏頗行為に無償行為否認を適用する裁判例の不当性については、山本・前掲注 12) 246 頁以下参照。

3 行為時の債務超過の要否

(1) 学説の対立と下級審裁判例

ここまで、無償行為否認が一般の詐害行為否認とはやや異なる規律に服することとその根拠を確認できた。ここからは、無償行為否認が一般の詐害行為否認と共通するのではないかという観点も加味しつつ、行為時の債務超過の要否に関する議論を参照する。一般の詐害行為否認の場合、債務者の責任財産を絶対的に減少させる点に有害性が求められる²²⁾。もっとも、そのことをもって直ちに有害性が認められるわけではなく、財産減少行為は、債務者が債権者に対して責任財産を維持すべき義務を負う時期（以下「危機時期」という）になされて初めて詐害行為と評価され、有害性が認められる²³⁾。そして、行為時に債務超過である場合、債権者に対する弁済原資を減少させ、債権者の受けるべき満足を低下させる結果を招来せしめるとして、有害性が認められ得る²⁴⁾。そうだとすれば、一般の詐害行為否認の延長線上に位置付けられる無償行為否認にも行為時の債務超過が要求されるのではないかという疑問が生じる。行為時の債務超過を要求する見解としては、このような観点を論拠とするもの²⁵⁾、この観点に加え、故意否認との関係で特則性を見出し、無償否認は故意否認の主観的要件を擬制したのだから故意否認の客観的要件である無資力要件を要するとするもの²⁶⁾がある。

これに対し、行為時の債務超過を不要とする見解は、根拠⑦⑧のどちらを強調するかでその論拠を大きく異にする。根拠⑧こそが無償行為否認の根拠であるとする立場からは、受益者の取得形態を問題とする以上、平常時になされた行為で

22) 伊藤・前掲注10) 561頁、伊藤ほか・前掲注8) 1062頁等参照。否認対象行為の有害性に関する一元説・二元説の対立については、山本・前掲注9) 76頁参照。

23) 伊藤ほか・前掲注8) 1072頁、竹下編集代表・前掲注7) 627頁 [山本] 等参照。これに対し、加藤哲夫『破産法(第6版)』(弘文堂、2012年) 297-298頁は、財産減少行為性のみで有害性を認めているように読めるが、偏頗行為否認との違いを説明する文脈での記述であり、その趣旨は明らかでない。

24) 危機時期については、債務超過時のみであるとする見解、支払不能時やそれらが近い将来確実に予想される時期も含まれるとする見解などが対立している。学説の対立状況については、伊藤真ほか編『新破産法の基本構造と実務』(有斐閣、2007年) 384-387頁、垣内・前掲注7) 448-451頁、宇野瑛人「債務者の財産状態と財産減少行為否認の有害性」法学82巻4号(2018年) 367-370頁等参照。

25) 山本克己編『破産法・民事再生法概論』(商事法務、2012年) 245頁注20 [畑穂穂]。

あっても、対価を伴わない場合には、対価を回収できない債権者に譲らなければならないことが論拠とされる²⁷⁾。他方、根拠⑦を重視する立場から、行為時の債務超過を要求することが規定の文言に調和しないこと及び無償行為否認の機能を確保すべきことを論拠とするものが存在する²⁸⁾。昭和62年最判を前提とするならば相対的に後者の論拠が一般に受け入れやすいものといえようが、あまり活発な議論が見られるわけではない²⁹⁾。そのほか、会社更生手続との関係で、更生手続開始による個別的権利行使の禁止を受けたことそれ自体による抽象的な損害発生があり、そのような抽象的損害で否認の有害性は足りるとする見方もある³⁰⁾。この見方は、倒産手続開始による財産拘束の遡及をいうものと理解できるが、無償行為否認に妥当するかは定かではない。

行為時の債務超過の要否について述べた裁判例としては、本判決の第一審判決及び原判決のほか、名古屋高判平成17年12月14日LLI/DB判例秘書(L06020724)があるのみである。この名古屋高判平成17年12月14日は、自ら取締役を務める会社の借入金債務について再生債務者がした連帯保証契約が否認された事案について、無償行為否認は、「債権者の利益を害する危険が特に顕著なものと考えられる」無償行為等を「専ら行為の時期と無償性とに基づいて取り消し、再生債務者の財産の回復・復元を図ろうとするものであるから、当該行為の時点において再生債務者が債務超過等責任財産の絶対的不足を生じていたことまでを要するものではない」として、無償行為否認の根拠について昭和62年判決を踏襲しつつ、行為時の債務超過を不要とした。同判決は、無償行為否認の対象期間内の行為であれば、「それが社会的に相当な行為である等の特段の事情が認められ

26) 福永有利監修『詳解 民事再生法 [第2版]』(民事法研究会、2009年)380頁[水元宏典]。この見解に対して、山本・前掲注19)498頁は、故意否認と無償否認が類型を異にするの理解を前提とすれば、両者を関連付けて主観的要件の存在擬制に意義を見出す必要はないとする。故意否認・危機否認を対比軸とした場合の無償否認の位置付けの難しさについては、山本和彦ほか『倒産法概説 [第2版補訂版]』(弘文堂、2015年)276頁[沖野真巳]、山本・前掲注19)496頁参照。

27) 中西・前掲注16)287頁。山本・前掲注19)498頁も、この立場に近いように読める。

28) 伊藤・前掲注15)39頁。

29) また、池田靖=志甫治宣「詐害行為否認」伊藤真ほか編集代表『倒産法の実践』(有斐閣、2016年)293頁注34は、根拠⑦と特別性②に着目する。

30) 兼子一監修『条解会社更生法(中)』(弘文堂、1973年)34頁。

ない限り、再生債務者の責任財産を減少させるものとして、再生債権者にとって有害な行為であると言わざるを得ない」と続けており、条文上の要件を充足すれば有害性が認められるとの定型的な理解を前提としているように思われる。他方、本件の第一審判決は根拠⑦及び⑧を理由として、原判決はとりわけ根拠④と特別性②を理由として行為時の債務超過を不要としている。根拠④が一定程度考慮されている点が特徴的だが、根拠④が結論との関係でどのような意味を有しているかは判然としない。

(2) 本判決の検討

(a) 本判決の分析

以上のような議論状況と比べると、行為時の債務超過を不要とする本判決の論旨は非常に簡潔である。すなわち、(i) 無償行為否認の対象行為及び時期を定める民事再生法127条3項には行為時の債務超過を要件とすることを窺わせる文言はないこと(以下「論旨(i)」という)、(ii) 否認対象行為が対価を伴わないものであって再生債権者の利益を害する危険が特に顕著であることから、専ら行為の内容及び時期に着目して特殊な否認類型を認める点に同項の趣旨があること(以下「論旨(ii)」という)の2点を理由に、同項所定の要件に加えて行為時の債務超過を要求する必要はないと結論付ける。

一般の詐害行為否認における債務者の財産状態の問題が「再生債権者を害する」との文言と結び付けられていることからすると³¹⁾、論旨(i)は同様の解釈をする手掛かりがない旨を指摘するものといえる。しかし、無償行為等が「再生債権者を害する」行為の言い換えであるとするならば³²⁾、無償行為等には「再生債権者を害する」ことが含意されており、「再生債権者を害する」無償行為等が否認対象行為であると解釈することも不可能ではないはずである。その意味で、論旨(i)は、無償行為等が「再生債権者を害する」行為の言い換えではな

31) 山本・前掲注9) 80頁、伊藤ほか編・前掲注24) 384-387頁参照。

32) 無償行為否認が詐害行為否認の特殊類型と位置付けられ、無償行為否認の効果を定める民事再生法132条2項が「再生債権者を害する事実」の存在を前提とする規定である以上、このような理解もあり得るだろう。

いと理解を前提とするものと考えられる。もっとも、無償行為否認が詐害行為否認の特殊類型とされるならば、無償行為等と有害性は無縁ではあり得ない。そこで、行為の時期に言及されている点に目を配ると、本判決は時期的要件も含めた形で「再生債権者を害する」（おそれのある）行為が条文化されたとしているように読める。すなわち、「支払の停止等の前……六月以内にされた無償行為」等に詐害性ないし有害性が認められるとの見方である³³⁾。そのような条文化の実質的な根拠は、判文を読む限り、論旨（ii）にあると考えるしかないだろう。論旨（ii）を前提とするならば、無償行為否認における有害性の中味は、対価を伴わない行為によって再生債権者の利益を害する顕著な危険を生じさせる点に求められていると見るのが自然である。

(b) 無償行為否認における有害性

論旨（ii）を前提とした有害性の承認については、あくまで再生債権者を害する危険でしかなく、再生債務者の管理処分権を制限する否認権の行使を正当化するには足りないとの批判があり得る³⁴⁾。この問題を考えるにあたっては、無償行為否認の根拠論を敷衍する必要があるだろう。Ⅲ 2(2)で前述したように、根拠⑦と④の双方を要求するのが通説であり、本判決の結論との関係で決定的な意味を有する論旨（ii）は、根拠⑦に相当する。根拠⑦は、無償行為等の有害性の強さを指摘するものであるが、債権者の受けるべき満足を低下させる程度が問題なのであれば、流出財産と流入財産の価値の差がマイナス方向に大きいほど有害性が強いはずであり、対価を伴う財産減少行為に比して無償行為等は有害性が強いとはいえないはずである。それにもかかわらず、無償行為等は有害性が強いとされるのは、危機時期になされる「対価を伴わない」財産減少行為が受益者・再生債権者間の公平を害するために再生債権者の要保護性が相対的に高く（否認の必要性。受益者にとっての無害性という意味では否認の許容性を基礎付ける）、一方で取引の安全等の観点からみて受益者及び債務者の要保護性が低い（否認の許

33) 伊藤ほか・前掲注8) 1062頁、伊藤・前掲注10) 547頁では、詐害行為否認における有害性は行為の詐害性の中に内包されるべきとされる。

34) 笠井・前掲注6) 22頁参照。

容性) という行為時の利益状況を、倒産財団の価値を問題にする有害性概念から評価した結果ではないかと思われる³⁵⁾。すなわち、有害性の強さとは、否認の許容性が類型的に担保されている無償行為等によって倒産財団の価値が減じられた場合に、否認の必要性を、再生債権者の利益を害するおそれの段階で認める理由にほかならない。この有害性の中味は、責任財産の危殆化と考えられるが、その強さを文字通りに観念することは難しい。視点を変え、将来の配当に向けた責任財産の保全の必要性が行為時からみた詐害行為否認の必要性である点を捉えれば、ここでの有害性は保全の必要性と等しく、有害性が強いとは、一般の詐害行為否認に比して先取的でも保全の必要性が認められることを比喩的に表現したものと把握し直すことができる³⁶⁾。

このように考えた場合、本判決を前提とすると、債務超過は保全的な否認の必要性を基礎付ける徴表に過ぎないことになる。このことは、債務超過もしくは支払不能が発生し又はその発生が近い将来確実に予想されるとき（以下「実質的危機時期」(説) という³⁷⁾を危機時期とする立場と親和的である³⁸⁾。実質的危機

35) 無償行為否認以外の詐害行為否認については、倒産債権者の要保護性が相対的に低く、取引の安全等に配慮する必要性も高いため、債務者の財産状態のほかには債務者や否認対象行為の相手方の主観面も加味することで、否認制度を介した債務者の管理処分権の剥奪が承認されていると解される。宇野・前掲注24) 383-387頁も参照。なお、伊藤眞「債権法のパラダイム・シフトを倒産法はいかに受け止めるか」Law & Practice 7号(2013年) 71頁注22は、倒産手続開始原因としての債務超過を保全的な目的のものとして腑分けする。

36) 債務者と受益者(必ずしも倒産債権者でない)の利益が利益衡量における変数になるという意味で、偏頗行為否認の基準時を前倒しする議論(伊藤ほか編・前掲注24) 402-407、413-416頁参照)とは前提を異にしていると見ることができ、このことは現行法において故意否認と危機否認の区別を不要とする見方(議論の詳細につき、水元宏典「新しい否認権制度の理論的検討」ジュリ1349号(2008年) 61頁参照)につながり得る。支払不能に基づく財産拘束を軸とする才口=伊藤監修・前掲注6) 716頁〔中西〕等については、このような視角から疑いを差し挟む余地がある。

37) 伊藤・前掲注10) 562頁、伊藤ほか編・前掲注24) 385頁〔山本和彦発言〕、竹下編集代表・前掲注7) 627-628頁〔山本〕。伊藤・前掲注35) 77頁で、「無償否認の制度趣旨は、その詐害性が極端であることを考慮して、一定期間に限っていわば無制限に否認を認めるところにある」とされるのも、上記理解が背景にあると思われる。

これに対し、垣内秀介「否認要件をめぐる若干の考察」田原陸夫先生古稀・最高裁判事退官記念論文集『現代民事法の実務と理論』(きんざい、2013年) 224頁は、どの程度債務超過に陥る蓋然性が高ければそれが確実といえるかを画定するのは困難であり、予測可能性の観点からより明確な時期的限定を付すべきであると論難する。

時期の具体化が「支払の停止等……の前六月以内」という時期的要件であると考えれば、特則性②も説明できる³⁹⁾。否認の期間制限に係る適用除外も（民事再生法 131 条かつこ書）、時期的な緩和傾向を示すものといえる。

無償行為否認のほかに責任財産の危殆化による有害性が認められるものとしては、相当対価処分の否認（民事再生法 127 条の 2）がある。相当対価処分の否認の場合、責任財産の減少ではなく、責任財産が現に減少する具体的危険を新たに生じさせた点に否認対象行為の有害性が求められる⁴⁰⁾。すなわち、費消の予定された相当対価財産への変換（財産の種類の変更）による責任財産の危殆化・質的な脆弱化をもって有害性が認められるのである⁴¹⁾。このこととの対比でいえば、無償行為等は、（実質的危機時期に）量的に責任財産を減少させることによって将来的な配当不足のおそれを高めるという意味で、責任財産を危殆化させる行為といえる。

もっとも、無償行為否認であれば有害性がおよそ問題とならないというわけではない。平成 16 年改正前破産法に係る下級審裁判例ではあるが、代表取締役が既存の包括的な保証債務と重疊的に新たな保証債務を負担した事案について、東京高判平成 4 年 6 月 29 日判時 1429 号 59 頁（最判平成 8 年 3 月 22 日金法 1480 号 55 頁の原審）、大阪地判平成 8 年 5 月 31 日金法 1480 号 55 頁は、否認の一般的要件としての有害性を欠くことを理由に新たな保証契約に係る無償否認の成立を否定している。いずれの判決も、それによって従前以上の負担が課されるもの

38) ただし、山本和彦「債権法改正と倒産法（下）」NBL 925 号（2010 年）92 頁、山本・前掲注 15）1 頁等で述べられているように、基準時の適切性については立法論上の疑義があり得る。

39) 田中・前掲注 1) 2542 頁は、特則性②の実証的な正当性を示唆する。もっとも、支払停止等の前 6 月において現に債務超過又は支払不能が近い将来確実に予測されるとは限らないことから、この時期的要件は、佐藤鉄男「無償行為否認と詐害行為否認の関係」伊藤真ほか編集代表『倒産法の実践』（有斐閣、2016 年）275 頁や田中・前掲注 1) 2544 頁が指摘するような、情誼等による処分を抑止する行為規範的な性質を有するものと解される。

40) 山本・前掲注 9) 81 頁、水元宏典「否認権の意義および性質」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、2008 年）246 頁、水元・前掲注 36) 60 頁。

41) 竹下編集代表・前掲注 7) 636 頁 [山本]、山本ほか・前掲注 26) 289 頁 [沖野]。伊藤ほか・前掲注 8) 1083 頁、伊藤・前掲注 10) 569 頁では、実質的な詐害性が認められると表現される。これに対し、水元・前掲注 36) 60-61 頁は消極的であるが、垣内・前掲注 37) 229 頁は、主観的要件による限定を通じた間接加害の類推の余地を認める。

ではないことをその理由とする。ここまでの検討を踏まえると、両判決は、倒産財団の価値に実質的に変更が生じないことから責任財産の危殆化もないという例外的な無償行為に関する裁判例と整理できる⁴²⁾。

他方、ここまでの二元的な有害性に依拠した検討とは異なる視点を提示する垣内秀介教授の見解も注目される⁴³⁾。垣内教授は、ドイツで有害性が直接加害・間接加害に分けて議論されていることを参考に、債務者の財産状態と有害性の判断基準時の観点から有害性概念の再構成を試みる⁴⁴⁾。そして、無償行為否認との関係でも、間接加害的な考えを導入し、(危機時期を債務超過時とした上で、)否認権行使時ないし事実審の口頭弁論終結時における債務超過が認められれば行為時の債務超過は不要となり得ることを示唆している⁴⁵⁾。この見解は、危機時期に関する学説の対立を発展的に解消させようとするものでもあり⁴⁶⁾、予測可能性の観点から特則性②も説明し得る。また、本判決の論旨(ii)は、根拠㉠に符合的ではあるが、間接加害に寄せて考えることも可能であり、間接加害類型であることをもって「特殊な否認類型」であるとの理解が排除されているわけでも

42) 杉本和士「判批」法教450号(2018年)141頁、栗田口ほか・前掲注17)23頁[杉本和士発言]は、有害性の検討が無償行為性の判断に収斂する可能性があるとするが、それは突き詰めれば「再生債権者を害する」無償行為等との解釈にほかならず、誤解を招くおそれがある。仮に無償行為性と有害性を同一視する趣旨なのであれば、前記東京高判平成4年6月29日が、無償行為否認の対象となった連帯保証契約の有害性を否定しつつも補足的に無償行為等にもあたらないと判示し、有害性と無償行為性を別個のものとして扱っていることとの関係が問題になる。伊藤・前掲注10)581頁は、無償行為否認の対象行為には「当然に詐害行為性が認められる」とするが、無償行為が詐害的であるとの趣旨にとどまり、事案の特殊性から有害性が否定される可能性までは排除していないと思われる。

43) 垣内・前掲注7)446頁注7、垣内・前掲注37)213頁以下参照。いずれも無償行為否認を直接の検討対象とするものではないが、本判決の評釈である垣内秀介「判批」金法2097号(2018年)51頁において、無償行為否認にも妥当し得ることが示唆された。

44) 直接加害は、否認対象行為から直ちに有害性が生じる場合で、行為時から不変的に債務超過であることをもって有害性の継続を擬制するもの(宇野・前掲注24)387-389頁)と理解できる。行為後に他の事情が加わって有害性が生じる間接加害については、水元・前掲注36)66頁注4も偏頗行為否認との関係でその適用可能性を析出する。

45) 垣内・前掲注43)51頁。

46) 垣内・前掲注37)224頁、垣内・前掲注7)451頁は、実質的危機時期説を間接加害に還元する。もっとも、行為時における有害性を保全的なもの(責任財産の危殆化)で足りるとすれば、行為時に主眼を置く説明も成り立つ。この分岐は、資産超過の場合の解釈論に差異を生じさせる。

ない。したがって、本判決は、間接加害的な理解にも開かれた判決だと評価できる。もっとも、間接加害類型と考えた場合、後述する詐害行為取消権との関係が問われることとなる。

(c) 無償行為否認の効果との関係

ここまで詳述した有害性の理解によっても、無償行為否認の効果を決める民事再生法 132 条 2 項には「再生債権者を害する事実」との文言があり、相手方の善意の対象が再生債務者の債務超過ではないかとの問題は残る⁴⁷⁾。もっとも、善意又は悪意の対象事実が不存在の場合も善意に含意させることで一応の解決は可能であり⁴⁸⁾、あるいは債務超過又は支払不能が近接している（責任財産が危殆化している）という行為時の事実の認識をもって「再生債権者を害する事実」の認識があったと拡張的に解釈することもできる⁴⁹⁾。このような否認の効果の問題は、善意の受益者が返還すべき「現に受けている利益」（民事再生法 132 条 2 項）の内容も含め、今後検討が深められるべき課題である⁵⁰⁾。

(d) 小括

以上で本判決の内在的な検討を終える。ここまでの検討で、無償行為否認の有害性の中味については、責任財産の危殆化に求める方向性と間接加害に求める方向性の 2 つがあり得ることがわかった。2 つの方向性の違いは、間接加害に関する議論をどの程度類推することができるかという問いに帰着する。配当減少それ自体ではなく財産減少性を有害性の中味と捉えるならば前者が受け入れやすいように思われるが、前者の理解によるとしても、否認制度を介した債務者の管理処分権に係る実質的根拠を明らかにする必要があるだろう。

47) 笠井・前掲注 6) 23 頁。

48) 伊藤・前掲注 15) 39 頁、笠井・前掲注 6) 23 頁注 17。

49) 伊藤・前掲注 10) 632 頁注 359。

50) 現在の議論状況につき、伊藤・前掲注 15) 39、45 頁参照。

(3) 詐害行為取消権との関係

ここまで見てきた議論は、民法上の詐害行為取消権をめぐる議論とはやや趣を異にしている。詐害行為取消権と詐害行為否認は、行使主体、要件、効果などの点で差異はあるものの、起源と目的（責任財産回復）を同じくし、相互に参照されるべきものとされてきた⁵¹⁾。詐害行為取消権の場合、解釈上の要件として行為時の無資力が要求され、無資力の内容は一般に債務超過とされる⁵²⁾。これは直接加害の帰結と理解できるところ、有害性の究極的な根拠が配当減少で、本来的には行為時の債務者の財産状況を関知しない間接加害的な視点を重視した場合、詐害行為取消権と無償行為否認との径庭は相当大きいことになる。このことは、見方を変えれば、無償行為等が直接加害的であり得ることは否定し難いにもかかわらず、間接加害的な視点から行為時の債務超過を不要とした本判決への否定的な評価にもつながり得る。他方、民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）に結実した債権法改正論議では、かなり早い段階で検討課題から外れたようではあるが、民法にも無償行為等の場合の特則を設けるかが議論されていた（「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」第10の2(2)イ(ウ)）。解釈論としても立法論としても、無償行為否認が詐害行為取消権とどの程度照応する制度なのかを明確にしていく必要があるように思われる⁵³⁾。

(4) 資産超過のときの無償行為否認の可否

本判決の立場が正当であるとしても、否認権行使時ないし（否認訴訟の）事実審の口頭弁論終結時に資産超過である場合にまで無償行為否認を認めると、受益者・再生債権者間の公平を害し、根拠④が損なわれる可能性がある⁵⁴⁾。根拠④

51) 中田裕康「詐害行為取消権と否認権の関係」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、2008年）301頁、山本ほか・前掲注26）277頁〔沖野〕、伊藤・前掲注10）544頁、伊藤ほか編・前掲注24）380-383頁等参照。

52) 中田・前掲注51）303頁注14。これに対し、伊藤・前掲注37）70頁は、履行期を考慮しない債務超過概念を無資力概念と同視することに疑問を呈する。杉山悦子「詐害行為取消権と否認権」山本和彦＝事業再生研究機構編『債権法改正と事業再生』（商事法務、2011年）240頁、宇野・前掲注24）379-381頁も参照。

53) ドイツにおける無償否認と実体法の関係につき、水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』（有斐閣、2002年）15-17頁参照。

を担保するための解釈論上の方策としては、そのような無償行為否認の効果として監督委員や管財人の善管注意義務違反の余地を認めることが考えられる⁵⁵⁾。他方、この場面でも根拠[㊦]に着目し、否認権行使時ないし事実審の口頭弁論終結時に責任財産の危殆化が回復して有害性が欠けるとする解釈もあり得るが、それは実質的に倒産債権者への配当減少に有害性を求めているように思われ⁵⁶⁾、それならば、無償行為否認を一種の間接加害類型と整理する方が一貫する⁵⁷⁾。

4 本判決の射程と残された課題

民事再生法 127 条 3 項は破産法 160 条 3 項及び会社更生法 86 条 3 項に、民事再生法 131 条は破産法 166 条及び会社更生法 90 条に、民事再生法 132 条は破産法 167 条及び会社更生法 91 条に相当する規定であり、各法で条文構造に違いは見られない。また、本判決の結論は、倒産手続開始による財産拘束の遡及から導かれたものではないと解されるため、民事再生・会社更生手続の開始原因が破産手続よりも緩和されていることを重く見る必要もない。したがって、本判決の射

-
- 54) 中西・前掲注 16) 288 頁では、「責任財産が支払不能となり、有償行為に基づく権利が完全な満足を得ることができなくなった場合」に限って受益者は倒産債権者に後れるとされる。
- 55) たとえ無償行為否認の効力によって受益者が当該手続との関係で債権者としての地位を失うとしても、資産超過の場合、否認権の行使は本来不要なはずであり、そうだとすれば、上記否認がなければ再生債権者であったはずの受益者を保護する監督委員又は管財人の職務上の義務を觀念し、当該義務が履行されたかどうかを審査すべきであるように思われる。もっとも、田中・前掲注 1) 2556 頁注 41 が示唆する権利濫用の如き一般的要件を觀念して否認を阻却する方が定跡に近いように思われ、最善手でない可能性がある。
- 56) 換言すれば、責任財産の危殆化を意味する有害性と配当減少の現実化を審査する有害性でズレが生じてしまい、直接加害的に説明することが難しいということである。同様に責任財産の危殆化が問題となる相当対価処分の否認について、竹下編集代表・前掲注 7) 641 頁 [山本] は、規定の文言及び受益者の保護の十分性から現実の処分の有無は否認の可否を左右しないと解釈し、否認権の行使とその効果の場面を分断することでもって直接加害的な有害性の継続の擬制から解放されており、間接加害的な有害性による説明及び否認権行使時の有害性を起点に直接加害性の緩和を説く宇野・前掲注 24) 395 頁と好対照をなす。
- 57) 田中・前掲注 1) 2537 頁注 5 によると、本事例において A 社に資産超過の事実は認められないようである。なお、佐藤鉄男「判批」民商法雑誌 154 卷 3 号 (2018 年) 588 頁は、行為時に資産超過であった場合に抗弁が成立する余地を認めるが、原判決が民事再生法 132 条 2 項との関係で A 社の債務超過を認定していることからすると、本判決が当該抗弁の余地に触れていないことを説明し難い。

程は破産法及び会社更生法が適用される事案にも及ぶといえる⁵⁸⁾。ただし、本判決があくまで行為時の債務超過の要否について判断したにすぎない点には留意すべきであり、前述した資産超過のときの無償行為否認の可否の問題は、無償行為否認における有害性や無償行為否認の効果をどのように考えるかという点も含め、今後に残された課題である。

58) 垣内・前掲注43) 51頁、笠井・前掲注6) 16頁等。