

判例評釈

民事手続法最高裁判例研究  
民事手続法最高裁判例研究会  
(代表者 松村 和 徳)

最判平成29年11月16日民集71卷9号1745頁

中 本 香 織

## 無償行為否認の要件としての債務超過の要否 (最判平成29年11月16日民集71巻9号1745頁)

1. 事案の概要
  2. 判決要旨：上告棄却
  3. 評釈
- 
- 

### 1. 事案の概要

平成26年4月、Dを債権者、Aを主たる債務者とする13億円の金銭消費貸借契約と、AのDに対する借入金債務を担保するためAの代表取締役であるBを連帯保証人とする連帯保証契約が締結された。その後、AはDに対し、上記借入金債務のうち6億円を弁済したが、この6億円は、Z（Aの完全親会社）がAに貸し付けたものであった。

同年8月29日、DはX（Dの代表取締役CはXの代表取締役でもある。）との間で、DのAに対する金銭消費貸借契約に基づく残債権7億円分をXに譲渡する旨の債権譲渡契約を締結した。この債権譲渡がなされた後に、XからAに対する7億円の貸付に係る金銭消費貸借契約と、ZがXのAに対する貸付に係る借入金債務を連帯保証する旨の連帯保証契約が締結された。

ところが、平成27年2月18日、Zが自己を債務者とする民事再生手続を申し立て、同月23日に民事再生手続開始決定がされ、管理命令の発令によりYが管財人に選任された。この再生手続において、Xは保証債務履行請求権7億円分を再生債権として届け出たところ、管財人Yはこの債権について全額認めない旨の認否をした。そこで、Xは民事再生法105条1項により裁判所に債権査定を申し立てた。しかし、管財人Yが、本件連帯保証契約は民事再生法127条3項の無償行為に当たるとして否認権を行使したところ、再生裁判所はYの否認権行使について理由があると認め、Xの届出債権額を0円とする査定決

定をした。

そこで、Xはこの査定決定を不服として、民事再生法106条1項による異議の訴えを提起した。

第一審（東京地判平28・8・5民集71巻9号1773頁）及び原審（東京高判平29・1・18民集71巻9号1792頁）は、いずれも、無償行為否認の要件として、無償行為時に債務者が債務超過に陥っていることや、当該行為によって債務超過に陥ること（以下、「債務超過等」とする。）は必要でない、として、Xの請求を棄却した。なお、原審は、無償行為否認の要件として債務超過等が不要である理由として、無償行為の場合は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、否認の対象行為が、支払の停止等（民事再生法127条1項2号かっこ書参照）の後又はその前6月以内のものに限定されていることを挙げている。

## 2. 判決要旨：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のは、同項の趣旨に沿うものとはいえない。

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。」

### 3. 評釈<sup>(1)</sup>

#### (1) 問題の所在

民事再生法127条3項の無償行為否認について、条文の文言からは、①債務者による無償行為及びこれと同視すべき有償行為であること、②その行為が支払の停止等の後又はその前6月以内になされたことが要件であることが分かる。同項が定める要件で特徴的な点は、民事再生法127条で定められている他の否認類型と異なり、無償行為の受益者の善意悪意が問われていないことである。すなわち、受益者の善意悪意とは関係なく、①②の要件を満たせば否認をすることができることになる。もっとも、支払の停止等の後又はその前6月以内になされた行為という期間の要件について、この期間内であっても、債務者の財産状態が支払不能や債務超過となっていない可能性がある。このような平常時に無償行為がなされた場合であっても、当該行為が同条3項の期間内になされたのであれば否認できるとすると、取引の安全を害することになるおそれがある。そこで、同条1項1号の詐害行為否認について、学説上、再生債務者の行為の詐害性は、財産の実質的減少を伴う行為であって、行為時に債務者の財産状態が悪化し無資力(債務超過)になっていること<sup>(2)</sup>、又は、支払不能又は債務超過の状態が発生し若しくはその発生が確実に予想される時期にあること<sup>(3)</sup>

(1) 本判決の評釈等として、山本和彦「無償否認と立法論」金判1532号1頁(2018)、杉本和士「判批」法教450号141頁(2018)、笠井正俊「判批」金法2085号16頁(2018)、木村真也「判批」新・判例解説 Watch22号209頁(2018)、粟田口太郎ほか「《座談会》5つの重要裁判例で考えるその射程と今後の金融実務」金法2087号6頁(2018)、佐藤鉄男「判批」民商154巻3号182頁(2018)、田中寛明「判解」曹時70巻9号199頁(2018)、垣内秀介「判批」金法2097号48頁(2018)、黒田直行「判批」JA金融法務571号52頁(2018)、石毛和夫「判批」銀法824号61頁(2018)等がある。

(2) 伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務』(ジュリスト増刊)386頁〔山本克己発言・松下淳一発言〕(2007)、山本克己編著『破産法・民事再生法概論』239頁〔畑瑞穂〕(商事法務, 2012)、垣内秀介「否認要件をめぐる若干の考察—有害性の基礎となる財産状態とその判断基準時を中心として」田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念225頁(きんざい, 2013)。

(3) 伊藤眞『破産法・民事再生法〔第4版〕』562頁(有斐閣, 2018)、竹下守夫編集代表『大コンメンタール 破産法』627頁〔山本和彦〕(青林書院, 2007)。

により基礎付けられる、と解されているように、同条3項の無償行為否認についても、債務者の財産状態の悪化が否認の要件となるかが問題となる。

なお、本件で無償行為とされているものは、XとZの間で締結された連帯保証契約であるが、保証契約の締結がそもそも無償行為に当たるか、という点については、本件の下級審で争点となっている。第一審及び原審は、本件連帯保証契約が無償行為に当たると判断したが、最高裁はこの点を取り上げていない。この問題に関して、破産者が義務なくして他人のためにした保証又は担保の供与は、破産者が対価として経済的利益を受けない限り、無償行為に当たると判断したのとして、大判昭11・8・10民集15巻1680頁と、それを踏襲した最判昭62・7・3民集41巻5号1068頁（以下、「昭和62年最判」とする。）があり、本判決はこれらの判例を前提としているものと思われる。

本件ではZの民事再生手続において無償行為否認の可否が問題となったため、民事再生法の条文の解釈が問題となっているが、民事再生法127条3項と同じ内容の条文が、破産法160条3項・会社更生法86条3項でも定められている。以下、本稿では、本件で適用された民事再生法の条文を用いて検討を進める。

## （2）債務超過等の要否に関する議論

### ア 裁判例

無償行為否認の要件として債務超過等が必要であるかが争われた裁判例として、名古屋高判平17・12・14 LEX/DB28110378<sup>(4)</sup>がある。

事案は、株式会社AのXに対する借入金債務を連帯保証したBについて、その連帯保証契約後6月以内に民事再生手続が開始し、Bの民事再生手続において監督委員として否認の権限を付与されたYが、当該連帯保証契約について無償行為否認を請求したところ、これを認容する旨の決定がなされたので、XがYに対し、民事再生法137条1項に基づき、否認の請求の認容決定の取消しを求めたというものである。名古屋高裁は、「いわゆる無償行為否認は、…再生債務者が支払停止等…があった後、又はその前6月以内にした無償行為またはこれと同旨〔原文ママ〕すべき行為については、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ことから、上記期間内のこれら行為を、専ら

(4) 評釈として、慶應義塾大学民事手続判例研究会（三木浩一監修）「判批」Lexis判例速報6号58頁（2006）、森恵一「判批」NBL834号42頁（2006）がある。

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いうべきである。」(〔 〕内は筆者による。)と判示した。

この判決は、無償行為の時点で再生債務者が債務超過に陥っていることは、無償行為否認の要件としては必要でないとする理由を述べるにあたって、無償行為否認は、無償行為の時期と無償性とに基づいて当該行為を取り消すものであることを指摘している。これは、本件最判が、無償行為否認の趣旨を、「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ものと述べたのと同様に、行為の無償性及び時期を重視するものである。

## イ 学説

### (ア) 概要

学説では、無償行為否認の要件として債務超過等を必要とする見解(以下、「必要説」とする。)と、不要とする見解(以下、「不要説」とする。)が主張されているが、後者については論者によってその理由付けが異なる。

必要説の論者は、無償行為否認において主観的要件が課されていない点について、否認要件の緩和を正当化する根拠は、無償行為については、債務者財産の価値最大化を阻害する程度が大きく、否認された場合の受益者の不利益が少ない、ということに求められる<sup>(5)</sup>という。そして、このような無償行為否認の要件緩和の意義は、故意否認における主観的要件(再生債務者の詐害意思及び受益者の悪意)の存在を擬制することにあるのだから、行為の当時に責任財産が総債権者の債権を弁済するのに十分であったときには否認できず、すなわち無資力要件が必要である<sup>(6)</sup>と述べる。

不要説については、第一に、無償行為の根拠に着目する見解がある。この見解は、無償行為否認の根拠は、「ある責任財産が支払不能となった場合に、そこから対価を支払うことなく利益を取得した者(無償で利益を得た受益者)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い者(有償で行為をした者)がいるときには、前者の得た利益については、後者

(5) 福永有利監『詳解 民事再生法〔第2版〕—理論と実務の交錯—』376頁〔水元宏典〕(民事法研究会, 2009)。

(6) 福永監・前掲注(5)380頁〔水元〕。山本(克)編著・前掲注(2)245頁注20〔畑〕も必要説に立つ(なお、同書では、無資力要件と債務超過要件とが同義に扱われている。同書239頁参照)。

を前者に優先させるのが、公平である」という観念に求められるとする。そして、このような根拠からすると、無償行為否認は、行為のなされた時期や債務者の財産状態ではなく、無償取得の形態を基礎とするものであり、言い換えると、平常時になされた行為であっても、対価を伴わないものは、債務者が支払不能となり対価を回収できない者が出て来れば、彼らに譲らなければならないという価値観を基礎としている<sup>(7)</sup>、と指摘する。したがってこの見解は、無償行為については、平常時であっても否認されうる（すなわち、債務超過等の要件は不要）、という立場であることがわかる（この見解を、「不要説（i）」とする）。

次に、無償行為否認が否認の類型の中でどの類型に分類されるかという観点から、債務超過等の要件を不要とする見解がみられる。すなわち、無償行為否認は、故意否認と危機否認という軸においては、債権者の詐害意思と受益者の主観的要件を要しない点で故意否認と異なるものであり、支払の停止等の前6月まで対象時期が拡大されている点と相手方の主観的要件を要しない点で、危機否認とも異なるものであって、無償行為の脆弱さという実体法上の性質を反映させた特殊な否認類型（故意否認・危機否認と並ぶ第三の類型）であると分類する。その上で、無償行為否認を故意否認・危機否認とは異なる第三の類型と位置付ける限りにおいては、故意否認における主観的要件の存在意義を前提とする必要はなく、行為の時点において債務超過に陥っている等、責任財産の絶対的不足を生じていたことまでも要するものではないとする<sup>(8)</sup>（この見解を、「不要説（ii）」とする）。

#### （イ）必要説と不要説の差異

このような学説の差異は、大きく分類すると以下の2つの観点から生じている。

(7) 以上につき、中西正「無償行為否認の根拠と限界」関学41巻2・3号41頁以下（1990）。

(8) 以上につき、山本研「無償否認」竹下守夫＝藤田耕三編集代表『破産法大系 第2巻』496、498頁（青林書院、2015）。なお、伊藤眞「無償否認における善意の受益者の償還義務の範囲—詐害行為の回復と善意の受益者保護の調和を求めて—」判時2307号39頁（2016）は、債務超過を要件とすると、規定の内容と調和せず、実質的にみても、無償行為否認の制度の機能を損なうおそれがあるとして不要説を主張し、受益者の保護は、民事再生法132条2項の効果の規定の解釈によって図るべきとする。

**(A) 無償行為否認の位置付けの観点**

否認の類型の分類としては、第一に、故意否認と危機否認という分類がある。故意否認とは、債務者の詐害意思に着目しこれを否認の要件とする類型であり、他方で危機否認とは、債務者の詐害意思を要件とせず債務者の客観的な財産状況の悪化に着目し、そのように債務者の財産状態の悪化した時期（「危機時期」）になされた行為であることを否認の要件とする類型である<sup>(9)</sup>。旧破産法はこの分類を採用していた（旧破産法72条参照）。

このような故意否認・危機否認という分類から無償行為否認をどのように位置付けるかが、必要説と不要説（ii）の違いである。すなわち、必要説は、無償行為否認の要件の緩和には、故意否認における詐害意思を擬制するという意義があるとしていることから、無償行為否認を故意否認の一類型と捉えていると思われる。これは、詐害意思（すなわち債務者が無資力であるにもかかわらず財産減少行為をするという意思）が擬制されているのだから、そもそも債務者が無資力（債務超過）でないときには、詐害意思を擬制する前提が存在せず、否認できない、という立場であろう。他方で不要説（ii）は、上述のように無償行為否認を第三の類型と考える結果、故意否認において要求される、債務超過等の要件は不要であるとする考え方である。

ところで、否認の類型の第二の分類として、詐害行為否認と、偏頗行為否認との分類があり、これは、現行法が基本とする分類である。この分類では、無償行為否認は究極の財産減少行為であるので、詐害行為否認（財産減少行為の否認）の一類型ないし特殊類型、と解するのが一般的である<sup>(10)</sup>。

**(B) 無償行為否認の根拠・趣旨の観点**

次に、必要説と不要説（i）との間で異なる点が、無償行為否認の根拠及び趣旨の理解である。

無償行為否認の根拠については、学説上、必要説が示すように、危機時期において無償でその財産を減少させる債務者の行為がきわめて有害性の強いこと、及び、受益者の側でも無償で利益を得ているのであるから、緩やかに否認を認めても公平に反しないこと（受益者の要保護性・取引の安全）、という2

(9) 山本和彦ほか『倒産法概説 [第2版補訂版]』275頁〔沖野眞己〕（弘文堂、2015）。

(10) 加藤哲夫『破産法 [第6版]』302頁（弘文堂、2012）、伊藤・前掲注（3）581頁、山本（和）ほか・前掲注（9）276頁〔沖野〕、山本（研）・前掲注（8）496頁（不要説（ii）も、この立場である。）など。

つの観点が挙げられることが多い<sup>(11)</sup>。本件の原審も、無償行為否認について債務超過等が要件として規定されていない理由として、この2点を挙げる。

他方で、不要説(i)は、対価なく利益を受けた者は、それによって他人の権利が害される場合にはその他人に譲らなければならないという法理を、無償行為否認の根拠とし、このような場合には、平常時になされた行為であっても、対価なく利益を受けた者は当該他人に譲らなければならない、という。すなわちこの見解は、無償行為否認では平常時の無償行為も否認の対象とされている(債務超過等の要件が不要である)ことを前提に、平常時になされた無償行為を否認できることをどのように正当化するのかという問題意識の下、その正当化根拠を、無償行為否認の根拠に求めていることがわかる。なお、不要説(i)は、ドイツ法の無償行為否認の根拠を日本法にも援用するものであるところ、ドイツ法においても、出捐の時点における給付者(債務者)の財産状態は、無償給付の否認の規定であるドイツ倒産法134条(旧ドイツ破産法32条)の適用にとって重要でないとされており、債務超過等は要件とされていない<sup>(12)</sup>。

### (3) 検討

以上の裁判例及び学説を踏まえて、本判決の検討を行うこととする。

#### ア 本判決の位置付け

本判決は、無償行為否認において債務超過等の要件を不要とする根拠として、条文中債務超過等の要件が求められていないという形式的理由と、無償行為否認の趣旨という実質的理由を挙げる。

無償行為否認は、「再生債権者を害する行為の否認」というタイトルの下、通常の詐害行為否認と同一条文の中で規定されており(民事再生法127条参照)、条文の構造からは、詐害行為否認の一種と理解することが可能である。この場合、通常の詐害行為否認において学説上主張されているのと同じく、行為時に、債務者の財産状態が債務超過にあること又は当該行為により債務超過に陥ることが要求されるようにも思えるが、本判決はそのように解していない。財産を減少させる点で無償行為は詐害行為と同じ性質を有するものである

(11) 伊藤・前掲注(3)580頁、山本(和)ほか・前掲注(9)276頁〔沖野〕、竹下編集代表・前掲注(3)632頁〔山本(和)〕など。

(12) Vgl. Jaeger/ Henckel, Konkursordnung, 9. Aufl., 1997, § 32 Rn. 11; K. Schmidt/ Ganter/ Weinland, Insolvenzordnung, 19. Aufl., 2016, § 134 Rn. 20.

が、対価のない行為であって詐害行為の極端例であり<sup>(13)</sup>、それゆえに民事再生法127条3項において独立した詐害行為類型として切り取られたものである。すなわち、民事再生法127条は、債務者の財産減少行為という括りの下、各項において一定の類型をそれぞれ別個に否認の対象として規定しているものであって、したがって各項で要件が異なるものと読むことに問題はないであろう。しかし、条文の文言と構造だけで判断するのであれば、必要説不要説どちらの解釈も採りうる。

そこで本判決は、債務超過等を不要とする第二の根拠として、無償行為否認の規定の趣旨が、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ことを挙げている。同様の記述は、無償行為否認の根拠として、昭和62年最判で既に示されているところである。

ここでは、無償行為否認が「特殊な否認類型」であるとされているが、これはいかなる趣旨であろうか。まず、本判決は、「専ら行為の内容及び時期に着目した特殊な否認類型と述べていることから、対価を伴わない行為であって、支払の停止等の後又はその前6月以内になされたものであるという、無償行為の客観面を重視した特殊類型、と解していると思われる。そうすると、本判決は、(必要説のように)故意否認における主観的要件の擬制が、無償行為否認の要件緩和の意義であると捉えるものではなく、故意否認と危機否認という観点からは、不要説(ii)のように、独立した第三の「特殊な類型」と捉えているのではないかと思われる。また、無償行為の内容に着目するのであれば、無償行為は究極の財産減少行為であるので、詐害行為否認と偏頗行為否認という観点からは、やはり詐害行為の一つとして分類すべきであり、本判決もそのように捉えているものと解することができよう。

ところで、本判決は、無償行為否認の規定の趣旨を述べるにあたって、「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」ことのみを挙げ、無償行為否認の根拠に関する多数説のよう

(13) 佐藤鉄男「無償行為否認と詐害行為否認の関係—代理人の報酬否認事件から考える」伊藤眞ほか編集代表『倒産法の実践』270-271頁(有斐閣、2016)参照。

(14) 山本(和)・前掲注(1)1頁は、このような本判決による無償否認の理解について、再生債権者側からみた無償性の重視(受益者側からみた無償性の軽視)をさらに徹底する側面があると分析している。

に、受益者の要保護性が低いことについては言及していない<sup>(14)</sup>。すなわち、専ら行為の無償性及びその時期のみを、無償行為否認の規定の趣旨（昭和62年最判によれば、無償行為否認の「根拠」）として重視している。無償行為の相手方の要保護性が低いことをも無償行為否認の判断要素とすると、債務者にとっては対価がない場合でも、受益者の側から見れば有償行為と解する場合に、その行為を否認できない可能性が生じる。この点について、昭和62年最判は、破産者の保証若しくは担保の供与があるために債権者が主たる債務者に対して貸付等の出捐をした場合であっても、上述のような行為の無償性及び時期を重視して、（受益者の要保護性に言及することなく）保証行為の無償性は専ら破産者を基準として判断すれば足りると判示した。昭和62年最判と同様に、行為の無償性及び時期の観点を無償行為否認の趣旨として挙げる本判決は、無償行為否認の趣旨（ないし根拠）について、昭和62年最判の立場を踏襲するものであるといえる。否認の対象となるのは再生債務者の行為であって、究極の財産減少行為である無償行為それ自体の無償性及び行為の時期に着目して、通常の詐害行為否認とは異なる独立の規定が設けられていることからすると、受益者の要保護性や取引の安全という観点は、付加的な根拠にとどまるものと解すべきである<sup>(15)</sup>。

#### イ 民事再生法132条2項との関係

民事再生法132条2項（破産法167条2項も同様の規定である。）は、無償行為の相手方は、無償行為の当時、支払の停止等があったこと及び「再生債権者を害する事実」を知らなかったときは、現存利益を償還すれば足りるとしており、無償行為の相手方を一定の場合に保護している。この規定との関係で、その善意の対象（「債権者を害すること」）は、債務者が債務超過に陥っている等債務者の財産状況であると解釈すべきではないか、ひいては、それが否認の要件となるのではないかが問題である<sup>(16)</sup>との指摘がなされている。本件の無償

(15) 山本和彦「無償否認に関する若干の考察—最近の裁判例を手がかりに」伊藤真ほか編集代表『倒産法の実践』252頁注21（有斐閣、2016）参照。なお、昭和62年最判が、無償行為否認の根拠として行為の内容及び時期を挙げ、行為の無償性は破産者を基準に判断すべきと判示したことについて、伊藤・前掲注（3）582-583頁は、判例に賛成の立場から、「行為の有害性という意味では、破産者にとっての無償性が基本であり、受益者にとっての無償性は補強的なものにすぎない」と補足する。この点については、篠原勝美「判解」最判解民事篇昭和62年度385-386頁（1990）も参照。

(16) 笠井・前掲注（1）23頁。

行為の相手方であるXも、債務超過等の要件が必要である理由としてこの点を指摘していた。本判決がこの点について言及していないことについて、疑問を呈する見解<sup>(17)</sup>もある。

民事再生法132条2項の趣旨は、無償行為否認が相手方の主観的事情のいかんに関わらない類型であるので、無償で利益を受けた者が債権者を害する事実について善意である場合に同条1項の原則を制限することによって、その相手方が過大な不利益（無償行為によって得た財産を費消した後にその価額の償還や返還を求められる不利益）を被ることを回避することにより、公平を図ることにある<sup>(18)</sup>とされている。この規定は、あくまで無償行為否認の効果の面で善意者を保護する規定であって、否認権行使の要件を規定するものではない<sup>(19)</sup>。したがって、無償行為否認の要件として、民事再生法132条2項を根拠に債務超過等の要件が必要と論じることはできないと思われる。

#### ウ 無償行為否認の有害性について

では、無償行為否認を詐害行為否認の一類型ないし特殊類型と分類し、かつ、債務超過等の要件を不要と解すると、否認の一般的要件である有害性を、無償行為否認についてはどのように考えるべきであろうか。例えば、債務者の財産状態が健全な時に無償行為がなされ、その後当該行為と全く関係のない事情により債務者の財産状態が悪化し倒産に至った場合であっても、無償行為が支払の停止等の6月前になされたものであれば、例外なく無償行為否認の対象となるのだろうか。

現行倒産法は、否認の基本類型として詐害行為否認と偏頗行為否認を明示的に区別していることから、否認対象行為の有害性は、詐害行為否認については債務者の財産を減少させ債権者全体を害する点に、偏頗行為否認については倒産債権者間の平等を害する点に求めるといふ、二元的な思想を前提とするものであるとされている<sup>(20)</sup>。そして、通常の詐害行為否認の「有害性」について

(17) 笠井・前掲注(1)22-23頁。

(18) 竹下編集代表・前掲注(3)683頁〔加藤哲夫〕。

(19) 無償行為否認の要件と善意者保護の要件とは区別して解釈すべきと指摘するものとして、伊藤眞・前掲注(3)632頁注359。なお、田中・前掲注(1)216-217頁注28も参照。

(20) 山本克己「否認権(上)」ジュリ1273号76-77頁(2004)参照、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 第2巻』407-408頁(青林書院, 2015)。

は、詐害性の中に内包され、行為の詐害性が認められるのは、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に入っていることが前提となる。なぜならば、平常時であれば債務者の財産処分が当然に認められるからである<sup>(21)</sup>。そして、詐害行為性が認められる時期については、(i) 債務者の財産状態が悪化し無資力(債務超過)になっていることが前提であるとする見解<sup>(22)</sup>と、(ii) 支払不能または債務超過の状態が発生し若しくはその発生が確実に予想される時期にあることが前提であるという見解<sup>(23)</sup>がみられる。

本判決が、無償行為否認の要件として債務超過等を不要としていることからすると、無償行為否認の有害性の内容として、(i) の見解を採用するものではないと思われる。無償行為否認の個別の要件として債務超過等を不要としたにもかかわらず、否認の一般的要件である有害性の内容として、債務者の財産状態が債務超過にあることを要求すると、結局、無償行為否認が認められるのは債務超過にある場合に限られることになり、否認の一般的要件である有害性要件と無償行為否認の個別の要件との間で、矛盾が生じることになる。

ところで、無償行為否認が詐害行為否認の一類型ないし特殊類型であるとしても、無償行為否認の「有害性」は、詐害行為否認の有害性とは異なる内容を有するものであるとして、行為が無償であること及び当該行為が支払の停止等に近接した時期になされたことのみを、有害性の内容と解することが考えられる。すなわち、民事再生法127条3項は、債務者の財産状態は問題にせず、専ら行為の無償性と時期によって、当該行為が有害なものであるとみなす規定であると解することもできよう。本判決が、行為の無償性及び時期を重視して無償行為否認の趣旨を述べていることからすると、本判決も、無償行為であることと行為の時期の要件を充足すれば、否認が否定される余地はない(すなわち、民事再生法127条3項で明記された要件を充足する行為は、全て否認の網にかけられる)と考えているようにも思える。たしかに、無償行為は究極の財産減少行為であり、それが支払の停止等に近接した時期になされたものであれば、典型的に、そのような無償行為はその後の倒産に影響を与える蓋然性が高いといえるであろう。しかし、一定の時期になされた無償行為が典型的にその後の倒産に影響を与え、債権者を害する程度が大きいとしても、債務者の財産状態が健全な状態であり、無償行為とその後の倒産との間に因果関係が存しな

(21) 竹下編集代表・前掲注(3) 627頁〔山本(和)〕。

(22) 前掲注(2)の文献を参照。

(23) 前掲注(3)の文献を参照。

い場合もありうる。そのような場合には、債務者の財産処分に介入する正当化根拠がなく、したがって「債権者を害する」行為とは評価できないと考えられる。そのため、無償行為否認においても、(上記の見解(ii)が主張するように、債務超過にまでは至っていなくとも、支払不能状態にあるか、支払不能または債務超過の発生が確実に予想される程度の)債務者の財産状態の悪化<sup>(24)</sup>が、否認の一般的要件としての「有害性」として求められることになろう<sup>(25)</sup>。本判決はあくまで、無償行為の時に債務者が債務超過等ではないことだけをもって、民事再生法127条3項の否認権行使を否定することができない旨を判示したものであり<sup>(26)</sup>、無償行為否認の有害性の内容として、債務超過等に至らない程度の債務者の財産状態を要求することは、本判決と矛盾しないと思われる。

#### (4) おわりに

本判決は、無償行為否認の要件として、無償行為時に債務者が債務超過に陥っていることや、当該行為によって債務超過に陥ることは不要であることを判示した初めての最高裁判決である点で、意義を有する。

民事再生法127条3項は、債務者の財産を減少させる行為のうち、対価を伴

(24) 債務超過でなくても支払不能となっていれば、債権者は倒産手続を開始することができるため、債務者の財産処分を拘束する権限を有すること、また、倒産原因の発生が確実に予想される時期においては、債務者の行動について有害行為に限ってその自由が制限されることもやむを得ないと考えられることから、このような債務者の財産状態が詐害行為否認の有害性(詐害性)の前提とされる(竹下編集代表・前掲注(3)627頁〔山本(和)〕参照)。

(25) もっとも、支払の停止等に近接してなされた無償行為が、典型的にその後の倒産に影響を与える蓋然性が高いものとして、無償行為否認が通常の詐害行為否認から独立して規定されたものであることからすれば、民事再生法127条3項は、そのような無償行為の有害性を推定する規定であると解することができる。この場合、債務者の財産状態が健全な状態であったこと(無償行為の当時、債務者が支払不能の状態になかったこと又はその発生が確実に予想される時期ではなかったこと)は有害性を阻却する事由と位置付けられることになろう。

なお、「資産超過」を無償行為否認の成立を阻却する抗弁と位置付けることを示唆するものとして、佐藤・前掲注(1)588頁参照。

(26) 田中・前掲注(1)220頁注40参照。

わない無償行為を取り出して、独立に否認の対象とする規定である。したがって無償行為否認は詐害行為否認の特殊類型であり、無償行為という究極の財産減少行為が支払の停止等に近接した時期になされる点で、当該行為がその後の倒産に影響を与える蓋然性が高く、債権者を害する危険が大きい。もっとも、無償行為否認においても否認の一般的要件としての「有害性」が求められ、行為の無償性及び時期という客観的要件を充足する場合であっても、当該行為が債権者を害するものといえなければ、否認が否定されることになる。無償行為も詐害行為の一種であることからすれば、詐害行為否認と同様に、債務者の財産状態が一定程度悪化して初めて、平常時とは異なり債務者の財産処分に介入する正当化根拠が認められ、そのような財産状態の下でなされた財産処分行為であるからこそ「債権者を害する行為」であるといえることになろう。そして、債務者が債務超過でなくとも、支払不能状態にあれば、民事再生手続を開始することができ、債権者が債務者の財産を拘束できる地位にあるため、無償行為否認で求められる有害性としては、無償行為時に債務者の財産状態が債務超過状態にあるか、又は、当該無償行為により債務超過に陥ることまでは必要ではなく、少なくとも支払不能状態にあるか、その発生が確実に予想される程度の財産状態の悪化であれば足りる。したがって、無償行為否認の要件として、債務超過等を不要とした本判決の結論に賛成したい。

また、本判決は債務超過等を不要とする根拠について、条文の文言だけでなく無償行為否認の趣旨も挙げているが、無償行為自体の無償性と行為の時期を重視し、受益者の要保護性や取引の安全に言及しない点で、多数説の理解とは異なる内容である。もっともその内容は、旧法下の昭和62年最判でも既に示されていたものであって、この点については特に新規性を有するものではない。無償行為否認が通常の詐害行為否認よりも要件を緩和する趣旨として、受益者の要保護性が低いことをも重視すると、上述のように、受益者にとって有償である（＝受益者の要保護性が高い）といえる場合には、債務者にとっては無償である行為でも否認できないことになりかねないが、そのような結果は、責任財産の回復を図って倒産債権者の公平な満足を図るという否認権制度の目的から逸れるものになってしまう。したがって、昭和62年最判を踏襲して、無償行為否認の趣旨を、行為の無償性と時期のみに着目した本判決の立場は正当なものとして評価できる。

なお、本判決は民事再生事件における判断であるが、同様な条文を持つ破産法、会社更生法上の無償行為否認（破産法160条3項、会社更生法86条3項）

にも射程が及ぶと思われる。

(2019年2月脱稿)

**【追記】**

\*本稿脱稿後に、畑瑞穂「判批」判例秘書ジャーナル文献番号HJ100041(2019)、田頭章一「判批」リマークス58号122頁(2019)、水元宏典「判批」平成30年度重判解136頁(2019)、八木敬二「判批」一橋法学18巻1号313頁(2019)に新たに接した。