

債務者の財産状態と財産減少行為否認の有害性

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	1
Ⅰ．序——本稿の問題意識と検討対象	2
Ⅱ．日本法の現状の確認	3
1. 財産減少行為否認における有害性	3
(1) 行為時の債務者の債務超過を要求する見解	3
(2) 否認権行使時の債務者の債務超過を要求する理解	4
(3) 行為時の債務者の支払不能（ないしその近接）を要求する理解	4
(4) 間接加害理論の応用による各説の溶接	5
2. 小括	6
Ⅲ．旧法下における有害性論	8
Ⅳ．民法の詐害行為取消権に関する議論	9
1. 詐害行為取消権における詐害性の判断構造	10
2. 詐害性と債務者の「無資力」	11
(1) 必要条件としての無資力	11
(2) 基準時	11
(3) 要件性の根拠	12
(4) 具体的内容	13
Ⅴ．検討	14
1. 現行法倒産法の議論と他領域の議論の比較	14
(1) 旧破産法	14
(2) 民法	15
2. 債務超過説の基礎	17
(1) 否認権行使時の債務超過	17
(2) 行為時の債務超過	19

3. 支払不能説の評価	25
(1) 手続開始の効果の「遡及」？	25
(2) 支払不能と直接加害	27
(3) 特殊な間接加害としての支払不能類型	29
VI. 結語	31

I. 序——本稿の問題意識と検討対象

我が国における破産法⁽¹⁾上の財産減少行為の否認においては、解釈論上、行為時又は（ないし、及び）否認権行使時に債務者の財産状態が悪化していることを何らかの形で要件とするのが一般的である。具体的には、支払不能と債務超過という二種類の概念を中心に、如何なる場面でいずれの指標が否認を基礎付けるのか、ということが問題とされている。これらいずれの指標を採用するかという問題は、その結論を異にするのは勿論のこと、それ以前の問題として、債務者の財産状態の悪化が如何なる意味で否認を基礎付け得るのか、ということにも関わっている。

この議論は、現行法の立法の時期を境に、とりわけ支払不能を取り上げる学説の登場を契機に論点として意識されるようになったものと思われるが、それ以前の旧法下においては、議論の前提状況の違いもあって、債務者の財産状態悪化が有害性論において持つ意味につき現行法下とは理解を異にしていたように思われる。現行法下において同じ結論を採用する学説が、同様の理論的前提に立つ説明を加えているのかもまた、分明ではない。さらに、現行法下の学説には民法の詐害行為取消権の議論の影響が見られるが、その影響の意味も必ずしも明らかにされていない状態にある。

以上のような状況からすると、債務者の財産状態の悪化が、何故に財産減少行為の否認を基礎付け得るのか、を問うことが議論の整理にとって有益であるように思われる。本稿は、このような問いを通じて議論状況を整理すると共に、ある意味において債務者の財産状態の悪化を示す指標を設定すべきと

き、如何なる考慮から如何なる指標が導かれ得るのかを検討する。

Ⅱ．日本法の現状の確認

破産法上の否認権の行使には、否認類型を問わず一般に対象行為に「有害性」が備わっている必要があると言われる⁽²⁾。この「有害性」の解釈論の中で、ある時点における債務者の財産状態の悪化、具体的には債務超過又は支払不能を要求するという理解が採られてきた。

1. 財産減少行為否認における有害性

(1) 行為時の債務者の債務超過を要求する見解

有害性が認められる為には、否認の対象となる行為時点において債務者が債務超過である必要がある、という理解は、おそらく通説と言って良いと思われる⁽³⁾⁽⁴⁾。

ここで言う「債務超過」の意義について、近時は継続企業価値によって算定されると説かれるようになってきている⁽⁵⁾。敢えて債務超過の内実に踏み込まないものも散見されるが、明示に継続企業価値以外の算定方法、例えば清算価値による算定に基づく債務超過を説く立場は管見の限りでは存在しない。

もっとも、仮にこうした見解が結論として通説的な地位を占めるに至っているとすると、何故債務超過が要件となるのかという点については、様々な説明がなされている。バランス・シート上債務超過であるのにさらに資産を減少させて債務超過の幅を拡大することが、全債権者に対する弁済額が低減するという意味で否定的に評価されるという理解⁽⁶⁾、共同担保が不足している場合でなければ有害性を肯定できないとする理解⁽⁷⁾、責任財産の維持義務を基礎付けるとする理解⁽⁸⁾、債務者財産の管理処分への介入の必要性和許容性を肯定する為の要件と位置付ける理解⁽⁹⁾、将来の収入等によっても債務全

額を弁済できない可能性がある以上やむを得ないとの理解⁽¹⁰⁾がある。

民法上の詐害行為取消権との類似性を強調する見方もある⁽¹¹⁾。

また、広い意味での財産減少行為（無償行為否認や相当対価行為）の場合にも、同様の要件を立てる立場もある⁽¹²⁾一方、民事再生法上の無償行為否認については、近時最高裁が行為時の債務超過を不要とする旨の判断を下している⁽¹³⁾。

（2）否認権行使時の債務者の債務超過を要求する理解

債務超過に関しては、否認権行使時においても、なお債務者が債務超過であることを必要と見る見解がある⁽¹⁴⁾。一般的な手続開始原因である支払不能が必ずしも債務超過を伴わないことを前提に、支払不能のみに該当する債務者について否認を否定する見解である⁽¹⁵⁾。

（3）行為時の債務者の支払不能（ないしその近接）を要求する理解

（i）中西説

中西説は、少なくとも財産減少行為によって債務者が支払不能に陥る場合に有害性を肯定し、他方で、支払不能でない場合には、たとえ債務超過であっても有害性は肯定できないとする⁽¹⁶⁾。

支払不能が否認を正当化する根拠は、債務者は支払不能となるまでは管理処分の自由を有するが、支払不能後は財産拘束を理由にその財産を減らしてはならず、また、自らが支払不能とならないよう管理処分権を行使する義務を負うことにある⁽¹⁷⁾。

債務超過では足りないとする根拠としては、管理処分権の制限がないこと、債務超過であっても支払不能でなければ、各債務の履行期に弁済のための原資が確保できることを挙げる⁽¹⁸⁾。

(ii) 伊藤説

伊藤説は、財産減少行為否認における有害性⁽¹⁹⁾について、財産を絶対的に減少させる行為であるだけでは足りず、債務者が債権者に対して責任財産を維持することが求められる時期に入っていること（財産管理の自由が制約される時期であること⁽²⁰⁾）が否認の前提となるとして、破産原因が発生したはその発生が確実に予測される時期⁽²¹⁾であることが必要であるとする⁽²²⁾。中西説をさらに進めて、支払不能より前の時点でも否認が認められるとする点に特徴がある⁽²³⁾。

(iii) 山本和彦説

これと類似の立場に立つのが山本和彦説であり、財産減少行為についても⁽²⁴⁾債権者が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否認の前提であるとし、支払不能となっている限り債務者の財産処分を債権者が拘束できる以上、それ以後の行為について（債務超過でなくとも）否認が肯定されるとし、さらに、破産原因の発生が確実に予想される時期においても、債務者の自由が財産減少行為に限って制限されることもやむを得ず、同じく否認が肯定されるとする⁽²⁵⁾。伊藤説に近い立場ではあるが、行為態様が限定されていることを指摘する点で理論的射程を限定している。また、山本和彦説は債務超過が否認を基礎付け得ることを否定していない⁽²⁶⁾。

(4) 間接加害理論の応用による各説の溶接

近時、垣内説によって、財産減少行為否認の有害性について債務超過及び支払不能の両概念に新たな視角からの分析が加えられている⁽²⁷⁾。

垣内説によれば、基本的には、債務超過でない限り債権者に対する配当が減少することはない以上、財産減少行為否認の有害性を基礎付ける債務者の財産状態は債務超過であり⁽²⁸⁾、その上で、いつの時点の債務超過を問題とすべきかという問いを立てることが有意義である⁽²⁹⁾。そして、債務者の

財産状態に全く問題がない段階では経済的合理性を欠く取引であっても制約を受ける理由はないから、少なくとも債務超過が確実に予測されることは必須であり⁽³⁰⁾、かつ予測可能性の問題があることから基本的には否認対象行為時点で現に発生している債務超過を問題とすべきである⁽³¹⁾。もっとも、債務者が行為時に支払不能であった場合に限定して、否認権行使時の債務超過でもって有害性を肯定することも不可能ではないことを示唆する⁽³²⁾。

この考え方は、従来から有害性の一般的理解として、否認対象行為時に有害結果が生じていること、つまり直接加害が認められることが必要である、とする一般的な見解に基本的には沿いつつ、一定の場合には、否認対象行為後の債務者の財産状態の悪化を捉えた間接加害的な（債務者の財産状態の悪化を含む、行為後の後発事情によって有害性が生ずる場合に否認を認める⁽³³⁾）規律を採用することが可能であり得ることを指摘するものである。垣内説を分析的に見れば、従来債務超過を有害性と関連付けてきた議論の内債務超過と債権者への弁済額の低減という帰結を結びつけてきたと見られる見解、債務超過を債務者への介入条件として位置付けていた見解と同趣旨の指摘を（しかし後者については必ずしも既発生までは必須と見ず、予測可能性という視点を加味して既発生を基礎付けている）含み、支払不能であることが債務者や受益者に対する相対的に広範囲な否認権行使を許容することを基礎付ける、という意味で、支払不能を一般に債務者への介入条件と見てきた学説と類似する面を持っている。いわば垣内説は、従来の債務超過説・支払不能説を組み合わせる形で有害性論を再構築したものと見ることができる⁽³⁴⁾。

2. 小括

現行倒産法に関する議論としては、財産減少行為の否認の有害性を基礎付ける債務者の財産状態について、大きくは債務超過を問題とするか支払不能を問題とするかの二つの立場に分かれている。また、とりわけ債務超過説に

(370)

関して、行為時と否認権行使時を区別して、双方の時点での債務超過を要求する見解も近時は見られるが、支払不能説の論者がこの点をどのように考えているのかは明らかでない。

もっとも、通説と目される債務超過説も、如何なる論理で債務超過という指標が導かれるのか必ずしも明瞭でない部分がある。既に見た通り、様々な言葉で説明がなされているが、そこで責任財産を維持する義務があるとか、財産を減少させることが許容されないという場合に、何故そうなのかは明らかでないし、そもそもそれらは同様の発想に基づいているのかもどうかも不明である。

また、行為時と否認権行使時双方が問題となり得るものの、一般的には特に後者に対する意識が希薄であると言うことができる。他方、垣内説の論理は、むしろ否認権行使時における債務超過こそが配当減少という意味での有害性にとってより本質的なものと見てしていると評価できる。垣内説における行為時の債務超過というのは、否認権行使時の債務超過に加えて付加的に要求される要件であり、なおかつ、行為時の債務超過は他の要件との兼ね合いで必ずしも必要がないものであり得る⁽³⁵⁾。ここに、同じ債務超過説であっても、通説と垣内説は把握方法を異にしていると見ることができそうである。

また、支払不能説も、その中には複数の種類の視点・結論を含んでいる。そもそも、支払不能説の中には、支払不能（に少なくとも近接すること）を必要条件と見る立場（伊藤説・中西説）と、債務超過と並列して支払不能も否認を基礎付けると見る立場（山本和彦説）がある。そして、そこで支払不能が否認を基礎付ける（あるいは債務超過のみでは否認を基礎付けない）理由としても、債権者に対する配当額の低減の条件に着目する議論（中西説）と、破産手続開始の効果でもある管理処分権の剥奪と結びつけてそれ自体否認の正当化要素となるという議論（伊藤説・山本和彦説）が含まれている。

Ⅲ．旧法下における有害性論

現行法制定後の議論は、以上に確認した通りである。ここで、時系列を遡って、旧法下での議論状況に目を転じてみることにしたい⁽³⁶⁾。

前提として、旧破産法においては、現行法と異なり、行為類型毎に条文を別立てする形態になっておらず、むしろ債務者の主観面（詐害意思）に着目する類型（故意否認）と否認対象行為が行われた時期に着目する類型（危機否認）に大別され理解されていたことは周知の通りである⁽³⁷⁾。要件としても、現行法のような類型ごとの細かな規定が存在せず、概括的な文言の中でその解釈が争われる状況であった。

この内故意否認（旧破産法 72 条 1 号）との関係では、「破産債権者を害することを知りて為したる行為」が否認の対象となっており、この文言との関係で、どのような行為が、どのような状況で行われたことが客観的要件及び主観的要件として必要となるのかが議論の対象となった⁽³⁸⁾。

この類型の典型例として挙げられたのは、現行法において財産減少行為として整理される行為、例えば廉価売却であった⁽³⁹⁾。先に挙げた垣内説が関心を向ける直接加害・間接加害の理論との関係では、事後的な財産の価格高騰は考慮されないとされ、直接加害を前提としつつも⁽⁴⁰⁾、逆に価格が下落したような場合には有害性が失われるとも説かれていた⁽⁴¹⁾。

もっとも、旧法下においては、ここまでに見てきた現行法下の議論とは異なり、廉価売却行為が一定の財産状態悪化時になされていることを殊更要求する見解は（ごく一部の例外を除いて⁽⁴²⁾）見られず⁽⁴³⁾、むしろ、廉価売却行為が債務者・受益者双方の認識の下行われたような場合には、否認は肯定されて然るべきとの考え方が支配的であったように思われる⁽⁴⁴⁾。その原因は、故意否認と危機否認という枠組みを旧法が前提にしていたことから、「故意否認は行為の時期を問わない」との一般論が強調された点にある⁽⁴⁵⁾、あるいは、債務者の財産を計数上悪化させる行為が、後に述べるような疑義の生

(372)

ずる類型と比較して、端的に有害性を肯定することの容易い類型だと考えられた⁽⁴⁶⁾可能性がある。

例外的に債務者の財産状態が故意否認において問題となったのは、より有害性の有無に争いがある類型の行為であり、例えば弁済や適正価額での財産売却であった。これらの場合においては、行為類型ごとにいくつかの要素を総合的に考慮することで否認の可否が決されるという枠組みが提示されていた⁽⁴⁷⁾。こうした学説においては、その考慮要素の一部に「債務者の財産・営業の状態」が挙げられる場合があった⁽⁴⁸⁾。但し、ここでの財産・営業状態というのは、あくまで考慮される要素の一つという位置付けが与えられていたにとどまり、債務者の財産状態悪化が否認の「要件」となるという発想は依然として希薄であった⁽⁴⁹⁾。また、この総合判断という発想においておそらく重要な位置を占めていたのは、行為の有害性の認識ないし詐害意思という主観的要件を、一般論として認識か意思かという二項対立に持ち込むのではなく、行為の類型（客観的要件）に応じて柔軟化する（ことを志向していると思われる判例を説明する）という問題意識であり⁽⁵⁰⁾、債務者の財産状態は後者の一部に位置付けられるものであったに過ぎない上、類型化に際して重要であったのは行為の種類であり、財産状態の客観的要件の中での重要度は決して高くなかったように見受けられる。

Ⅳ．民法の詐害行為取消権に関する議論

最後に、民法の詐害行為取消権（民法424条）に関する議論を参照する⁽⁵¹⁾。詐害行為取消権については、今般の債権法改正において、倒産法における否認権との平仄を意識した条文に文言が改められているが、本稿が取り上げるのは主として改正前の議論である⁽⁵²⁾。改正を前提とした議論の蓄積が十分でないこと、本稿が対象とする典型的な財産減少行為との関係では、改正前後で大きな議論状況の変化があるわけではないと考えられること

がその理由である。

1. 詐害行為取消権における詐害性の判断構造

まずは、以下の議論の前提として、詐害行為取消権の要件全体の判断構造を確認しておく必要がある。

詐害行為取消権の成否を判断するに当たっては、少なくとも一定時期以後の学説においては、行為に詐害性があるという客観的要件と、行為に当たって債務者が詐害意思を有していたという主観的要件を個々独立の要件として検討するのではなく、両者を総合的ないし相關的に考慮して、取消しの可否を判断すべきであるという理解が主流となっていた（この考え方を指して、以下「相関判断説」とする）⁽⁵³⁾。

詐害行為取消権においては、そこで主観的要件として要求される詐害意思が、詐害性の認識を意味するのか、より積極的な害意が要求されるのかという対立が存在したところ、判例が事例によって主観的要件を異なって理解する傾向があることが看取された為、その説明として行為類型毎に主観的要件の内容が変動するという理解が打ち出されるに至った⁽⁵⁴⁾。そして、より積極的に、詐害性をより一般的な文言として総合判断的に把握する見解が理論的にも主流を占めるに至ったことが窺えるのである。総合判断の具体的内容としては、債務者の財産状態、行為の態様（有償か無償か）、処分された財産の重要性、行為の動機や目的と手段としての相当性、相手方の属性、害意・通謀の有無が考慮されるものとされていた⁽⁵⁵⁾。やはり、主として念頭に置かれていたのは、弁済や適正価額で財産が処分されたようなケースであり、より典型的な財産減少行為がこのような議論の射程に含まれていたかどうかは定かでないところもあるが⁽⁵⁶⁾、無償行為が対象に含まれることを前提としていたことからすると、弁済や適正価額での財産処分以外の行為も、一応はこの一般的な理論の中に包摂されるものとして把握されていたように思わ

れる。

2. 詐害性と債務者の「無資力」

(1) 必要条件としての無資力

このように、民法の議論は旧破産法の議論と共通性も有するが、少なくとも旧破産法下の議論にはなかった特徴が一つ存在する。それは、債務者の無資力（具体的内容については後述）が詐害行為取消権行使の一般的な必要条件となるという理解が採られていた、ということであり、1で述べたような総合判断の枠組みのいわば外側に、独立の要件としてこれが位置付けられる、ということである⁽⁵⁷⁾。そもそも、詐害性概念は、財産の減少と共に債権者が完全な弁済を受けられなくなったことを含む形で定義されるのが一般的である⁽⁵⁸⁾。先に述べた相関ないし総合判断の枠内に現れる「債務者の営業・財産状態」というのは、むしろ無資力の存在を前提に、行為時に既に無資力であったのか、当該行為によって無資力が発生したのかを区別し、前者の場合に取消しを肯定する方向に傾く要素としてこれを考慮するという趣旨で挙げられている⁽⁵⁹⁾。

(2) 基準時

この要件との関係で重要となるのが、無資力はどの時点で存在していれば良いか、という問いである。結論として、現在の学説は一致して取消対象行為時点と、詐害行為取消権の行使（正確には、取消訴訟の事実審最終口頭弁論終結）時点の両時点において無資力が必要としており、特段この点に異論は見られない⁽⁶⁰⁾。また、行為時に無資力であった債務者が無資力から脱した場合、その後再び無資力に陥った結果消権行使時時に無資力であっても、詐害性ないし取消権は復活しないとの理解が一般的である⁽⁶¹⁾。

この両時点で要求される無資力について、単に二時点での無資力が必要で

あるという帰結を超えて、両者の論理関係を明らかにするような叙述を展開するものも見られる。すなわち、詐害性の判断基準時というより一般的な問いを立てた上で、それは行為時であるという理解を前提に⁽⁶²⁾、まずは行為時の無資力を要件として要求しつつ（この脈絡では、行為後に財産価値が変動するなどして債務者の財産状態が変化した場合⁽⁶³⁾にも、詐害性が事後的に生ずることはないことが導かれる）、仮に行為時に詐害性が認められる場合であっても、事後的に債務者が無資力から脱した場合には、詐害性は消滅する、という把握である（資力回復の抗弁と言われる場合もある）⁽⁶⁴⁾。この整理は、行為時と行使時双方において無資力が必要というよりも、行為時の無資力というのが最も基本的な要件として存在し、行使時まで無資力が解消した場合において例外的に詐害性を阻却する発想であると言える。

また、基準時を行為時とする脈絡では、主観的要件としての認識を備える為にそのような理解を採ることが必要であることを示唆する議論がある⁽⁶⁵⁾。

（3）要件性の根拠

無資力が必要とされるのは、一般論としては、詐害行為取消権が債務者の責任財産保全の為に、債務者の自由な財産管理に重度に干渉する権利であることから、その必要が相当程度に高い局面に限ってこれを認めるのである⁽⁶⁶⁾。

もっとも、一部学説の整理を見る限り、（2）で確認した二時点の無資力は、その趣旨をやや異にする。すなわち、取消権行使時の無資力は、無資力が解消された以上、もはや責任財産保全ないし取消権行使の必要がなくなったことを要件論に反映する為に要求されている⁽⁶⁷⁾。他方、行為時の無資力は、そのような必要性が行為時に既に生じていることが必要とされることに加え、債務者の財産管理の自由に対して制約を及ぼす為の正当化としての側面も有する⁽⁶⁸⁾。特に後者については、詐害行為取消権の目的ないし必要性

という視点と、債務者に対する重度の制約の正当化という視点が混在している⁽⁶⁹⁾。

(4) 具体的内容

最後に、ここで言う「無資力」の具体的内容について確認しておく。

(i) 修正された債務超過

基本的には、債務者の財産でもって債権者が満足を受けられない状態、つまり債務超過がベースにあることが窺える⁽⁷⁰⁾。もっとも、単純に計算上積極財産が消極財産を下回るという意味での債務超過ではなく、一定の修正を加えたものを意味するとされるのが一般的である⁽⁷¹⁾。

すなわち、積極財産にはのれんや信用（有力な融資元があること）も計上されると解され⁽⁷²⁾、担保権の付着した価値は除外される（同時に被担保債権も消極財産から除かれる）⁽⁷³⁾が、支払不能概念とは異なり⁽⁷⁴⁾換価困難な財産が除外されるということはないともされる⁽⁷⁵⁾。

(ii) 支払不能

もっとも、歴史的にはこのような債務超過をベースとする理解ではなく、支払不能に着目する見解も存在した。例えば、加藤正治博士⁽⁷⁶⁾は、債務者が債務超過である場合、無形の信用、労務等を活用することで弁済期の到来した債務全てについて不履行を来さない状態にある可能性があり、そのような場合には、債権者を害することは無いとして、債務超過を基準とする立場⁽⁷⁷⁾を否定する⁽⁷⁸⁾。

加藤説は、この議論を（対象行為時ではなく）取消権行使時の財産状態に関する議論として述べていたことが窺える。というのも、これと対応する破産法の議論として、手続が実際に開始した場合これによって否認権が発生すると見ている（つまり、ここで問題となっている財産状態は明らかに行為時のそれではない）からである⁽⁷⁹⁾。加藤博士が、詐害行為取消権の行為時について、何

らかの財産状態要件を前提としていたのかは定かではない。もっとも、後の加藤博士の破産法上の否認権に関する論文⁽⁸⁰⁾を見ると、否認権対象行為時を基準として否認の可否を判断すべきであるとして、行為時にも財産状態の悪化（ここでは支払不能）を要求し、行為後の財産状態の回復によって取消しの必要性も消滅すると説かれている⁽⁸¹⁾。

V. 検討

1. 現行法倒産法の議論と他領域の議論の比較

(1) 旧破産法

旧破産法においては、故意否認と危機否認の類型に大きく区別して否認権規定を捉えるのが一般的であり、故意否認では破産者の主観面が否認の根拠となり、危機否認では行為が危機時期（当時においては支払停止後）になされたことが否認の根拠となると考えられてきた。こうした枠組みの中で、財産減少行為の否認は、主として故意否認の中で扱われる題目であったが、現行法下とは異なり債務者の行為時等の財産状態が取り立てて議論となることはほぼなかった。

故意否認と危機否認というカテゴリ分けが重視されたことで、故意否認においては行為の時期を問わないという理解が強調されたことが、債務者の財産状態が取り上げられ辛い環境を作り出していた可能性はある。もっとも、故意否認の領域では有害性の判断方法として民法類似の総合考慮的な発想も見られ、その総合考慮の内側に債務者の財産状態が取り込まれていたきらいもある。しかし、そもそも廉価売却のような比較的疑義の少ない類型は、こうした総合考慮の議論の射程に含まれていたのかさえ明らかではなく、テキスト上は債務者の財産状態悪化が殊更取り上げられることなく、主観的要件さえ満たせば当然に否認が可能な類型として観念されていたようにも見える。

(378)

ここで現行法に目を移すと、現行法は故意否認・危機否認というカテゴリ分けを条文上は主軸とはしていない。むしろ、行為の種類毎に条文を書き分けるという発想に基づく。とはいえ、否認の究極的な根拠が債務者の主観の状態にあるのか行為の時期にあるのかという区別自体は、現行法においてもなお意味を持っており、実際に、行為種類毎の条文の中で、債務者の主観的要件に言及するものと、行為の時期が支払不能ないし支払停止であることに言及するものが別々の種類として定められている。学説の議論においても、例えば破産法 160 条 1 項 2 号における支払停止要件について、債務者の主観面を推定ないし擬制する議論と、支払停止という財産状態から直接に債務者の処分を制限する効果を導く議論とが存在していることから、なお理論的な意義を失っていないとの評価が可能であろう⁽⁸²⁾。

いまひとつ、故意否認と危機否認の区別とは別に、典型的な財産減少行為は行為それ自体として有害性が肯定しやすい類型だと扱われていた可能性もある。すなわち、先に述べた総合判断の枠組みの中では、比較的疑義の大きかった弁済や適正価格売却行為が主として扱われていたことと対比すると、典型的な財産減少行為というのはそうした判断に至るまでもない類型だと見られていたのかもしれない。こうした発想自体は、現行法下の山本和彦説にも（財産状態悪化は不問とはいかないまでも緩和できるという議論として）見られるところである。

(2) 民法

民法においては、債務者の無資力が詐害行為取消権の成立のいわば必要条件として位置付けられており、この点が明確であることが旧破産法下の議論との好対照を成す。近時の破産法学は、むしろこちらに沿った流れとして評価することもできよう。

より詳細に見れば、民法においても行為時と取消権行使時の無資力が共に

要求されている。さらに民法においては、両者の論理関係が明瞭であり、大前提として許害性判断基準は行為時であるという命題が認められその結果行為時の無資力が要求されるということが出発点となり、取消権行使時の無資力の不存在がいわば阻却事由的に働くという理解に立っている。このことは両時点における無資力要件の趣旨理解にも現れており、行為時の無資力は取消しないし責任財産保全の必要性和債務者に対する重度の介入の正当化という二つの要素が混在する傾向にあるのに対し、取消権行使時の無資力についてはもはや取消しの必要性が失われたことに根拠が求められる。この把握方法は、否認権行使時の債務超過を主軸とするように読める垣内説の整理とは論理が異なっているように思われる。

もっとも、民法において「行為時基準」との前提が何故導かれてくるのかは明らかではない。大審院の判例及び学説の一部には、認識要件と絡めてこのことを導くものがあるが、この説明が受け入れられていたのかは定かではない。行為時基準の内容の一部に、行為時の無資力が含まれており、その要求趣旨が、先に確認した通り保全の必要性和債務者への介入正当化に求められるとすれば、そこで説かれているのは垣内説、あるいは否認権に関する支払不能説の問題意識の一部（債務者の取引制約根拠）と重なっており、そうだとすると、行為時を基準とするという前提的な態度決定自体をどう理解し、それとの関係で行為時と行使時の無資力要件の関係をどう理解すべきか、なお検討の必要がある。

無資力の内容については、債務超過をベースとしつつも、一定の修正が加えられることに争いはなかった。破産法においては、積極財産を継続企業価値で算定するという考えが採られていたことが窺えるが、民法における無資力概念は、より積極的に信用やのれんを含め、算定基準論では捉えきれない要素を含んでいる。こうした民法の方向性は、実質的には支払能力に信用等を含む支払不能概念に（少なくとも積極財産の把握方法としては）接近してい

る⁽⁸³⁾。この現象は、かつて存在した詐害行為取消権に関する支払不能説を可能な限度で取り入れたものとも見得るが、そうすると、破産法において（こうした修正を伴わない）債務超過を取り上げることが、支払不能に着目する見解に対して、民法と整合しているという評価を単純に与えられるかどうか問題となる。そもそも、類似とはいえ前提状況の異なる制度であることからすると⁽⁸⁴⁾、（可能な限り要件をズラさない方が安定的であるとしても）民法との整合が語れるのがどの限度までなのかも問題である。

2. 債務超過説の基礎

以上を踏まえて、財産減少行為否認を基礎付ける財産状態について考えていきたい。まずは、債務超過を必要としてきた通説的見解の基礎を明らかにする。前述の通り、これらの見解は必ずしもその趣旨が完全には明らかでなかった。また、垣内説の指摘や民法における議論状況を踏まえると、いつの時点の、具体的には対象行為時と否認権行使時いずれの、財産状態を問題とするのかを分けて考察することが有益であろう。

なお、以下の議論で単に「債務超過」と言う場合には、民法で行われるような信用のれん等の考慮といった発想は前提とせず、（算定方法の問題は残るにしても）積極財産・消極財産の比較に拠ることを念頭に置く。

(1) 否認権行使時の債務超過

まず、否認権行使時の債務者の財産状態について考えてみよう。

(i) 財産状態悪化の必要性

否認権の行使が現実の問題となっているということは、既に何らかの倒産手続が開始している局面である。破産手続の場合、既に債務者は自身の財産の管理処分権を剥奪されている。そうだとすれば、この段階で改めて否認権による債務者の財産管理への介入という制約を独立に問題とする必要はない

ものと思われる。

他方、仮に否認権行使時に何らの財産状態悪化を要件としないという発想を採る場合には、債務者に残された他の財産による債権者の満足可能性を問わず、端的に逸出財産（的価値）を債権者の引当てと見て良い、ということの意味する。素朴に考えれば、債務者に残された財産で債権者が完全な満足を得られるのであれば、敢えて詐害行為取消権や否認権を行使することは無意味とも思われ、何故この場合に否認権の行使を認める必要があるのか検討の必要がある。

議論の可能性としては、逸出した財産の方が（取消権や否認権を行使する手間を考慮してもなお）迅速に換価が可能であるといった事情から、より有効な債権者の満足に資するという場合、なお逸出した財産を引当てにできることが有意義であり得る。関連して、破産法 161 条は、取引前後で責任財産の総価値に変動がない場合でも、逸出・流入した財産の性質によっては債権者にとってその意味が異なり得ることを前提とした規律であり⁽⁸⁵⁾、そうだとすれば、逸出した財産と残存する財産の性質（但し、161 条において考慮されるものとは質が異なる）の違いを考慮して考察することも不可能ではなからう。もっとも、少なくとも破産法上の否認権との関係では、管財人によって破産者の財産が包括的に管理・換価されることが念頭に置かれ、そのすみやかな換価の為に管財人に種々の権限を付与していること、仮に換価によりコストのかかる財産が存在するのであれば財団から当該財産を放棄することも可能であることからすると、今述べたような意味での財産の有用性を考慮する必要のある場面はないように思われる。

そうすると、行使時の債務者（破産財団）の財産状態を問わずに無限定に否認権の行使を認める必要はないと考えられる。

（ii）破産手続における否認の「必要性」

かくして、如何なる場合に否認が必要となるのか、という問いが残ること

になる。破産手続における否認の必要性との関係では、民法における責任財産の「保全」という観点は相対的に希薄なものとなるように思われる。破産手続が開始した時点で、既に債務者財産の清算に向けて動いているのであり、そこでの関心事は最終的な債権者に対する配当の原資となる財産、つまり破産財団の増殖である。この局面において否認権を行使する最低限の必要性を基礎付けるのは、否認を行うことによって債権者に対する配当が向上するかどうかという点にある⁽⁸⁶⁾。

このような意味での必要性を基礎付ける財産状態は、基本的には債務超過であると考えられる。破産債権の現在化がなされていること、清算段階に入った以上信用・労務の考慮に意味がないことから、この局面で支払不能を持ち出すのは無意味であり、逆に資産超過の場合にはいずれにせよ 100% の弁済が実現できる以上否認の必要はない⁽⁸⁷⁾。ここでいう債務超過は、手続内で債権者にどれだけの配当が実現できるかという視点から判定されれば良いから、手続において継続企業価値に即した換価価値が実現する（例えば、事業譲渡がなされる）とすれば、継続企業価値を基準として算定されることになる（この点は実際の手続内での換価方法に依存する）。これに対して、民法において無資力概念に支払不能類似の発想が盛り込まれ得るのは、そこで問題となるのがあくまで「保全」の必要性であり、取消権行使時からさらに先の財産状態を予測する必要があることによるものと理解できる（したがって、この場面においては破産法と詐害行為取消権で用いるべき指標が異なり得る）⁽⁸⁸⁾。

(2) 行為時の債務超過

(i) 財産状態悪化の必要性

行為時との関係でも、財産状態悪化を問うことなく否認を認めることが不可能かどうか、検討を要する。(1) で述べた通り否認権行使時には債務超過であることが要件となるとすると、行為時の財産状態を問わないルールを採

用することは、当該財産を否認権の行使によって取り戻すことが有益・必要でさえあれば、(少なくとも財産減少行為性と主観的要件が認定されることで)直ちに否認を肯定して良いという態度決定を意味する。

これを支え得る視点の一つは、行為類型が財産減少行為に限定されているということである。旧法下においては、一部の争いある類型を除いたいわば典型的な財産減少行為は、容易に否認が認められるという理解も見られた。現在においては、そこで争いがあった類型(偏頗行為に相当する行為や相当対価行為)には別途規定が設けられるに至っているから、現行法の160条1項1号の範囲内の行為には否認が容易に認められて良い類型が残るという理解もあり得そうである。とはいえ、同号の対象行為の範囲が専ら争う余地のない類型のみに安定したというわけではなく、財産減少行為と相当対価行為いずれに該当するかが類型的にも微妙な行為が新たに問題となる場合もある⁽⁸⁹⁾ほか、廉価売却が問題となるケースでさえ、相当対価行為と財産減少行為の境界は、対象財産の価額評価に依存する⁽⁹⁰⁾。そうだとすれば、財産減少行為とその認識があったことだけでは、対象財産(価値相当額)の容易な引当化を認めるにはやはり不十分であると考えられる⁽⁹¹⁾。また、財産状態を要件とすることを前提とする場合にも、それ以外の要件として対象が財産減少行為であることを強調することがどこまで可能か慎重に考える必要があるように思われる。

故意否認の類型であること、換言すれば、別途債務者の主観面が要件とされていることから、行為がどのような時期に行われたかを取り立てて問題にする必要はない、という理解の可能性もある。これに対しては、近時の学説が、否認一般について財産処分が制限される時期に入っていることが必要だという理解を(具体的指標はともかく⁽⁹²⁾)示しており、また、民法においても一般要件として無資力を語る際に「介入の正当化」という要素が現れることから検討の余地が残る。財産処分が制限されているということを筆者なり

に敷衍すれば、当該処分を客観的にしてはならないという規範が成立しているということであり、それに違反したことを根拠に否認が認められるということである。仮に、主観的要件によってこれを代替できるとすれば、この行為規範が成立していないのになお否認を認めるだけの要素になっている必要がある。現在の一般的な理解を前提とする限り、要求されている主観的要件はあくまで「認識」であり⁽⁹³⁾、客観的に問題がない筈の行為を自己認識したことでネガティブな評価を受ける謂れはない。このように、主観的要件をあくまで認識として構成するのであれば、客観的に一定の条件を付加しなければ（それが客観的に意味を持つのか、主観的要件の対象に取り込まれることで意味を持つのかはともかく）否認の正当化は困難になってくるのではないか。

最後に、直接加害の必要性という議論があり得る。我が国の倒産法学においては、伝統的に行為時を基準として有害性を判断すべしとの理解が採られてきた。これは、民法の詐害行為取消権において同様の考え方が採られてきたことを反映したようにも見受けられ、実際に民法においても、行為の詐害性判断基準時は行為時であるという理解が一般的である⁽⁹⁴⁾。もっとも、なおそのような態度決定がなされる理由は十分に明らかではなく、垣内説は、この根拠をより実質的に考察する意義を持つものとしても理解可能である。垣内説においては、行使時の債務超過でも場合によっては有害性を基礎付け得るという理解を示唆しつつ、行為時の債務超過を、付加的に、予測可能性の見地から要求している。主観的要件がドイツ法に比べて緩やかに肯定される日本法の下では有害性をも緩やかに肯定することは取引の安全にとって望ましくない、という価値判断を含む⁽⁹⁵⁾。直接加害は不要だとすると、事後的な事情の変化によって否認が認められるかどうかが決定的になることになるが、これを無限定に認めることは、取引当事者から見ると結果責任的に取引結果を覆滅させられることになり適切でないように思われる。したがって、ひとまず直接加害が必要であるという伝統的な考え方に沿って考察を進

めることが穏当であろう。

(ii) 処分制限根拠としての債務超過

まずは、行為時に一定の財産状態が存在することで、債務者の財産処分を制限することが正当化される、という視点について検討する。

もっとも、債務超過そのものの存在は、それほど強力な正当化要素とはならない。確かに、債務超過が存在することで、債権者の債権回収にとってそれなりの危険を生じていることは確かであり、債務者としては平時に比べてより慎重な行動を要求されるようになったとしても、あながち不当ではないのかもしれない⁽⁹⁶⁾。しかし他方で、債務超過の状態は、ある債務者がその後事業を遂行していくに当たってごく自然に陥る状態でもあるのであり、債務者の行為規範を債務超過の故に一般に厳格化することには問題もある。

とりわけ、我が国の倒産法制は、少なくとも自然人について、手続の開始原因をあくまで支払不能とすることで、単なる債務超過の時点では債務者の自由がなお尊重されるという態度決定を経ていると見るのが可能である⁽⁹⁷⁾。法人の場合には、債務超過によって生ずる抽象的な危険が存在しさえすれば、法人の持つ特殊性（有限責任）が故に手続開始を許容し得るとしても、一般には債務超過によって生ずる抽象的危険によって債務者の行動を制約できると考えることはできない。こうした難点は、債務超過自体を継続企業価値によって算定するといった形で多少は克服可能であると考えられる⁽⁹⁸⁾が、それでもなお開始原因レヴェルでは法人に限られた議論であり、かつ立法論として債務超過要件自体に批判があることも見過ごすことはできない⁽⁹⁹⁾。

以上の通り、さしあたっては、債務超過の存在によって債務者の財産処分を介入することは、直ちには困難である⁽¹⁰⁰⁾。但し、ここで問題となるのが破産法 160 条 1 項 1 号であり、別途主観的要件がかかることからすると、債務超過のみならずその認識を債務者が備えることによって、否認を正当化で

きという議論の余地が残る。この場合、債務者が債務超過であること自体というよりも、債務超過によって抽象的な危険が生じていることを債務者自身が認識することに眼目があり、警告機能に期待する議論ということになる。

(iii) 直接加害と債務超過

前述の通り直接加害が必要だとして、破産における「直接加害」とは何を意味するのであろうか。垣内教授の説明を借用すれば、「有害な結果が否認対象行為のみによって直ちに生じる場合」に直接加害があるということになる⁽¹⁰¹⁾が、(1) (ii) で述べた理解に立つ限り、「有害な結果」にとって否認対象行為時の財産状態が持つ意味は、否認権行使時の財産状態が持つ意味と異なる位置付けを与えざるを得ない。否認対象行為時というのは、必然的に手続が開始する前であるから、その時点で配当増減を直接論ずることはできず、行為時に有害結果が生じるということの意味自体必ずしも明らかでない。これに対して、詐害行為取消権の議論においては、行為時であれ行使時であれ、責任財産保全がより将来に起こる執行という事柄に関心を向けているには変わりがないから、両者を連続的に、保全の必要性の観点から把握することも可能であり（せいぜい、タイムラグの大きさが異なるに過ぎない）⁽¹⁰²⁾、否認権とは前提状況が大きく異なる。

確かに、行為時に債務超過の状態であれば、全債権者への弁済ができない状態である以上、配当減少があるようにも思われる。しかし、そこで言う「全債権者への弁済ができない」というのは、「直ちに清算をすれば」あるいは「直ちに全債権者が執行すれば」弁済ができないという意味であり、今問題となっている破産後の配当減少とは想定する時間軸を異にしている⁽¹⁰³⁾。この直ちに清算すれば弁済ができない状態と、実際の破産後の配当減少とを関連付けるとすれば、行為時の債務超過と破産後に存在する債務超過が連続的であれば、破産後に生じている配当の減少と、行為時に生じないし悪化し

た（即時清算を仮定した場合の）配当減少との同一性を一応は肯定できる。この同一性の存在を捉えて、「直接加害がある」と表現することができそうである。もっとも実際には、この場合であっても、行為から破産までに様々な事情が介在することが想定され、（とりわけ一切の期間制限がない法制を前提とする場合には）この「同一性」は相当程度擬制を含む⁽¹⁰⁴⁾。

行為時の債務超過をこの視点から根拠付ける場合、行為時に債務超過が存在することに加え、その状態が否認権行使時まで継続しているということが必要となる。一度債務超過が断絶した場合には、そこで同一性が失われ、有害性を肯定することはできない。もっとも、ある時点の債務超過と否認権行使時の債務超過が共に認められる場合、その間の継続性は事実上推認可能である、と考えることはなお可能であろう⁽¹⁰⁵⁾。ここでいう債務超過の内容としては、行使時に要求されるそれと連続的なものとして、同様の算定基準に拠ればたりよう。

もっとも、このように考えてくると、有害性の認識という主観的要件の内容が問題となるように思われる。仮に、認識の対象に有害性を構成する要素が全て含まれるのだとすれば、今述べたような継続性まで含めて認識対象となる筈であるが、継続を行為時に認識することは不可能である⁽¹⁰⁶⁾。このことは、民法において詐害性の判断基準時について語る際に、認識要件の存在から行為時基準を導く見解にも現れている。もっとも、(ii)で述べたように、債務超過は一定程度債権者の債権回収に対する抽象的危険を発生させるものではあるが、行為時にこれが認識されることは、債務者において少なくともこのような危険を認識したことは意味する。この危険の認識でもって、不確定的であれ将来債務超過が解消されないで債権者に損害を与える可能性までは認識されていると考えれば、この故に否認を正当化すると考えることは不可能ではない。もっとも、これはあくまで可能性の認識であり、十分な正当化たり得るかどうかはなお検討を必要としよう（後述）。

債務超過とその認識で最低限の介入正当化をクリアできる（(ii)）としても、直接加害を厳格に考える限り、債務超過が単に行為時に発生しているというだけでは、直接加害を基礎付けたことにはならない。もっとも、だからといって債務超過に着目することが凡そ不適切というわけでもなく、一定の補助ルールを想定することがなお可能であることになる。また、以上の議論が示す通り、直接加害が認められるということは、やや擬制的ではあるものの、債務超過を認識すること＝債権者侵害の危険性を認識することを現実化の観点から支える機能を有すると見ることができようか。

3. 支払不能説の評価

(1) 手続開始の効果の「遡及」？

債務者の管理処分権を制約できる時期になっていることを必要とする立場には、このことを開始原因の存在と結びつけ、支払不能ないし少なくともその近接の必要性を導くものがあつた⁽¹⁰⁷⁾。もっとも、2 (2) (ii) で述べた通り、債務者の主観面を併せ考えることで、債務超過でも否認の正当化は可能であり、支払不能が必須というわけではない。

他方、支払不能（あるいは法人における債務超過⁽¹⁰⁸⁾）はそれ自体として破産手続開始をもたらし得る程度に悪化した財産状態であり、破産手続の開始があれば破産者は自身の財産の管理処分権を剥奪されることになることから、否認の肯定がある意味で当該行為の効果を後から、あたかもその時点で管理処分権が失われていたかのように見る実質を持ち得ることに思いを致すと、行為時に手続開始と同等の条件が具備されていることで否認も（十分条件ないし別ルートとして）正当化され则认为の可能性がなお残る。従来から危機否認の領域では、手続開始原因との同一性を強調する理解が存在していたが⁽¹⁰⁹⁾、法理論として遡及効はないという理解⁽¹¹⁰⁾を前提としても、同等の要件でもって類似の帰結を正当化しようとするという意味ではなおこうした

見解も検討の余地がある。

もっとも、手続開始相当の状態であるということから、直ちに否認が正当化されるということにはならないように思われる。破産手続開始によってその時点以後債務者から管理処分権は剥奪され、最終的に法の想定する方法でその財産が処理されることになり、開始原因はこうした作用を正当化していると考えられる。他方、否認の局面では、当該行為が、後に破産手続が実際に開始されることを条件として、事後的に、一度は相手方との関係で有効に成立した行為を覆滅することを正当化していることになる。両者は、必ずしも同一の効果を伴っているわけではなく、たとえ類似のものだからといって当然に同じ条件があれば良いということにはならない。また、単純にいずれが重いかを比較できるものでもないから、一方が認められれば況や他方も認められるという関係にあるわけでもない。

こうした発想を目的論的に捉えて、一定時点で手続が開始したのと同様の効果を（その要件を認識した者との関係でのみ）もたらす特別の規律だと否認権の制度を理解しようとするとしても、なお問題が残る。この見方がより端的に現れる場面としてはやはり危機否認の局面があるが、旧法下から説かれてきたように、危機否認においてまず想定されていたのは弁済や担保提供といった債権者平等に関わる行為であり、純粋な財産減少行為（＝債権者全体に等しく影響する行為）はその埒外であった。確かに、旧法下において財産減少行為の危機否認自体は立場によっては承認を見てきたものの、それは故意否認に弁済を含んだことによる反射的な帰結であったに過ぎない⁽¹¹¹⁾。偏頗行為について危機否認が認められることは、手続開始の効果を現実の手続開始時ではなく、それ以前の、開始原因が具備された段階にも及ぼし、手続開始によって希求される目的を貫徹する目的のものとして理解することが可能である。そこで希求される目的とは、立場によっては債権者平等であったり、集合行為問題の解決であったりするであろうが⁽¹¹²⁾、いずれにせよ債権者の債

権回収行動に関心があることには相違がない。しかし、債務者の管理処分権の剥奪までも、こうした関心を離れて独自に手続開始原因具備時において徹底すべきものであるかどうかは、なお検討の必要がある⁽¹¹³⁾。財産減少行為において問題となるのは、債務者が自らの財産を、少なくとも短期的には損なう形で処分することであり、このような現象を、手続開始要件が具備された時点を基準に徹底的に排斥しなければならないのかは問題であり、とりわけ、民法の詐害行為取消権の議論から離れて、倒産法において特にこのような制度を認めるとすれば、何故それが特に必要であるのかを説明する必要がある。突き詰めれば、手続開始によって管理処分権が剥奪されるのは何故か、ということ自体問題であり、例えば弁済のような前述の手続目的達成を直接阻害する行為の効力を奪う根拠を与える必要があるという点に求められ得るが⁽¹¹⁴⁾、そうだとすれば、財産減少行為への対処は（それが財産減少行為という性質を備えた特定の類型であるという事情を踏まえてもなお）別次元の問題である。

したがって、支払不能の存在を直接の根拠として財産減少行為の否認を認めることは困難である。

(2) 支払不能と直接加害

支払不能説からの批判の一つとして、支払不能でなければ弁済原資が確保できる以上有害性を欠く、というものがあつた⁽¹¹⁵⁾。

この指摘は、直接加害性を否定する議論としても理解できそうである。つまり、弁済原資を確保できる状態であれば、最終的に破産して配当額の減少が問題となったとしても、行為時に有害結果が生じていたとは評価できない、という理解である。しかし、行為時に債務超過だが支払不能ではない、つまりその後財産状態の回復可能性が残されている状態だとしても、否認権行使時の目から見て客観的に同一性ある債権者損害が行為によって発生した

と言える場合、回復可能性は現実化しなかった以上、(支払不能までは認められなくとも) 直接加害性を認めて差し支えないと考えられる。したがって、債務超過のみでもって直接加害を肯定することが直ちに不当であるとは言えない。

むしろ、この批判は、直接加害が認定できないというよりも、こうした意味での直接加害が認められるだけでは否認の正当化に十分でないのではないかと、というレベルの批判を含んでいるように思われる。すなわち、仮に直接加害を基礎付ける財産状態(債務超過)とその認識でもって否認が肯定されるとすると、債務者や受益者が、行為当時に債務超過と財産減少行為性を認識していたが、予想に反して財産状態が回復しなかったという場合に、否認が肯定され得ることになる。先に述べた通り、債務超過の認識のみで否認を認めることは、危険性が(平時よりは)相対的に強く認識されたということにとどまり、それだけで直接加害を要求した趣旨が果たされているかどうかはなお検討の必要がある。直接加害の必要性が客観的に事後事情に依存してさえいなければ良いということなのか、当事者の主観面においても十分な予測可能性が確保されているという趣旨をも含むのかがなお問題である。もっとも、仮に後者だとして、そこで本質的に問題なのは、本来であれば否認対象行為者に対して十分な正当化機能を果たすはずの直接加害性が、主観的要件の側が単純な事実認識として構成されることでその機能を十分には果たしていないという問題である。とすれば、主観的要件の側に一定の追加ルールを想定することでなお対処が可能である可能性があり、例えば、債務超過を認識しても回復可能性があることを主観面において認識していた場合にはなお否認が否定される余地がある、と考えることもできよう⁽¹¹⁶⁾。少なくとも、支払不能が必須条件となることまで導けるわけではない。

また、そもそも支払不能であることで直接加害を肯定できるかどうか自体問題である。支払不能が認められる場合には、将来的な弁済原資の不足の確

実性ないし高い蓋然性が認められることになる⁽¹¹⁷⁾から、支払不能があれば（資産超過でも）直接加害の存在を肯定できるのではないかと、とも思われる。しかし、仮に確実性があるとは言えても、あくまで予測判断の確度が高まっているという状態に過ぎず、客観的に有害性が行為時に「既に」発生していたと評価することは困難である。この意味で、支払不能が行為時に認められる場合であっても、完全な直接加害と評価することには（債務超過以上に）擬制を伴う。

（3）特殊な間接加害としての支払不能類型

結局のところ、先に直接加害について述べた通り、直接加害を念頭に置いた場合の行為時の財産状態を考える際には、ここで問題とする加害が破産後という将来の特殊なシチュエーションにおいて生じるものであるが故に、行為と加害とを予測判断や回顧的判断でつなぐ必要があり、かつ後者の判断方法による場合にも、行為者の認識レベルでは時間軸のズレという特質から逃れることが困難になってくる、という点にこの議論の難しさがあるように思われる。仮に債務超過説に立って認識まで厳格なレベルで要求する（2）と、実際には否認が肯定できる場面はそれほど多くないことにもなりそうである。

このことを重く見るとすれば、以下のように考えることはできないだろうか。すなわち、支払不能が存在する場面については、前述の通り直接加害だと言い切ることは困難だとしても、なお特殊性が残る。伝統的に問題となってきた間接加害類型は、行為後に処分した財産の価額が高騰したような場合である。この場合、確かに事後的な事情の変化によって偶然的に有害結果が生じたに過ぎず、否認を肯定することには問題がある。しかし、行為時に支払不能の状態であり、かつ実際に破産して債務超過の状態を伴っているということは、行為時に予測された結果が現実化していると見得るから、単に事

後の事情変化によって偶然的に有害結果が生じたようなケースとは異なる。また、債務者自身や相手方の主観面としても、支払不能が認識されるということは、このような意味での「予測」を当該アクターの主観面としても備えたことを意味するから、そのような実質を持つ「認識」の存在と相俟って、否認を肯定できる、と考えることも可能であるように思われる。

これと同様の効果を、行為時に要求される債務超過を民法にいう「無資力」のように理解する形で再構成することで得ることも、選択肢としては十分にあり得るように思われる。ここで問題となる予測判断は、民法における保全の必要性の判定（判断時よりも将来の債務者財産の状態の先取り）と実質的には重なり合う面もある⁽¹¹⁸⁾。もっとも、依然としてこの意味での無資力の認定・認識が問題となることを考えると、支払停止による推定を利用できる支払不能の方が、実効性には資するかもしれない⁽¹¹⁹⁾。但し、支払不能に履行期到来債務が必要だとする通説的理解を前提とする限り、それを要しない無資力要件にもなお一定の存在意義が残る可能性がある⁽¹²⁰⁾。

こうした考え方が採用できるか否かは、直接加害の必要性という本稿でも採った前提をどこまで相対化できるかということに懸かっている。少なくとも財産状態の悪化に関する限り、債務超過とその継続を前提とする場合であっても、直接加害の存在認定はある種の擬制を伴い、支払不能に過ぎない場合は直接加害は認められないという議論は若干程度の違う議論の1ヴァージョンでしかないとも見得る⁽¹²¹⁾。そうだとすれば、直接加害性を極めて厳格に捉える態度からは否認権の行使可能な範囲を有効に切り分けることはできず、そこで直接加害の要請が果たしている機能を損ねないと言える範囲はどこまでかを別途探求する必要があるように思われる。債務超過を基準とする場合に直接加害性が持つ意味は、行為時の債務超過の認識が持つ意味（危険性認識）を客観面から裏打ちするということである（2（2）（iii））という本稿の検討を前提とするならば、最低限行為時に認識対象たり得るだけの、将来

の配当減少と客観的に結びついた既発生 of 財産状態を基礎とする限りで⁽¹²²⁾、直接加害の要請を緩めることがなお可能なのではないか⁽¹²³⁾。この場合の直接加害性は様々な要件と並ぶ否認正当化の一方法でしかないとも見得るのであり、他の要件の構成によってその目的に抵触しないのであれば直接加害の存在を厳格に要求する必然性まではない^{(124) (125)}。もっとも、その限界がどこにあるかはなお問題であり、本稿はそれが許容され得る一つの類型を括り出したものに過ぎない⁽¹²⁶⁾。

VI. 結語

やや複雑な議論になってしまったきらいもあるが、最後に本稿の結論を簡単にまとめておきたい。

財産減少行為否認の成立には、まずは否認権行使時の債務超過が必要である。これは、否認によって債権者への配当が増加しない限り否認の必要がないことによる⁽¹²⁷⁾。

行為時の財産状態としては、①行使時まで継続する債務超過が認められることで否認を基礎付ける。但し、この場合における主観的要件のあり方については検討の余地が残る。また、②行為時に支払不能や「無資力」が認められることでも否認を肯定することが可能である。とりわけ②について、理論的には直接加害の要請の存在意義・議論の射程について改めて問い直す必要があるものと思われる。

* 本稿の執筆に当たっては、東京大学民事訴訟法研究会及び東北大学民法研究会において参加者の皆様から多くの貴重なご意見を頂戴した。ここに感謝の意を表したい。

* 本稿は、科研費（課題番号：16H01991）による研究の成果の一部である。

- (1) 本稿においては、基本的には破産法を念頭に議論を展開することとし、再建型手続については適宜註で触れるにとどまる。
- (2) 山本克己編著『破産法・民事再生法概論』（商事法務，2012）234頁〔畑瑞穂〕，伊藤眞『破産法・民事再生法 第3版』（有斐閣，2014）503頁，山本和彦ほか『倒産法概説 第2版補訂版』（弘文堂，2015）279頁〔沖野眞己〕。以上の文献は，太字部分のみで引用する。
- (3) 概論239頁〔畑〕，伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務』（有斐閣，2007）386頁〔山本克己発言〕（以下，同書を「基本構造と実務」とする），小川秀樹『一問一答 新しい破産法』（商事法務，2004）219頁。山本克己教授は，後述の伊藤・山本和彦説との関係で，債務超過が現に発生している場合に限定して有害性を肯定することを明示する。
- (4) なお，当該行為によって債務超過となる場合（行為のその瞬間には債務超過ではなかった場合）を含むかどうかは議論の余地があり得るが，行為時の債務超過を要求する理解で，このことを明示に否定するものは見られない。
- (5) 伊藤517頁註209），竹下守夫編代『大コンメンタル破産法』（青林書院，2007）628頁〔山本和彦〕（以下，同書を「大コンメ」とする），基本構造と実務385頁〔山本和彦発言〕，同386頁〔山本克己発言〕。但し，伊藤説は開始原因と否認の基準との同一という理論的前提を有するようにも読め，そうすると債務超過が否認要件となるのは法人のみに限られそうである（破産法16条1項参照）が，詳細は不明である。
- (6) 基本構造と実務385頁〔山本和彦発言〕（但し，後掲註8文献では異なる角度から把握されてるように読み得る）。
- (7) 基本構造と実務387頁〔山本克己発言〕。
- (8) 大コンメ627頁〔山本和〕。
- (9) 概論239頁〔畑〕。
- (10) 小川・前掲註3 219頁。
- (11) 基本構造と実務386頁〔山本克己発言〕は，この点を強調する。前掲註7文献の山本克己説に繋がるのだとすると，債権者への弁済額の低減を民法も問題としているとの把握であろうか。他方，畑説（前註9及びそれに対応する本文参照）が，実質論としては民法の理解に近いとも思われる（後註69参照）が，民法との平仄を強く意識しているのかどうかは定かではない。
- (12) 概論245頁注20，244頁〔畑〕。
- (13) 最判平成29年11月16日民集71巻9号1745頁。

- (14) 基本構造と実務 386 頁 [田原発言及び松下発言]。
- (15) 基本構造と実務 386 頁 [田原発言]。田原発言は、このことと、行為時に債務超過である必要があり、支払不能は否認を基礎付けないとする議論を接続するようにも見える。また、この種の議論は、偏頗行為否認においても説かれる場合がある（松下淳一「新たな否認権と相殺制限の理論的根拠」『最新 倒産法・会社法をめぐる実務上の諸問題』39 頁（民事法研究会、2005）46 頁以下）。
- (16) 山本克己ほか編『新基本法コンメンタール 破産法（別冊法セミ 233 号）』357 頁以下 [中西]。
- (17) 山本ほか編・前掲註 16 357 頁 [中西]。
- (18) 山本ほか編・前掲註 16 358 頁 [中西]。
- (19) なお、以下の議論は、伊藤説のワーディングを厳密に追えば「詐害性」が認められるか否かの議論であり（伊藤 516 頁参照）、これと「有害性」は後者が前者に包含される関係にあると整理されている（伊藤 504 頁）。伊藤説内在的には、本文で述べるような議論は有害性以外の詐害性を基礎付ける要素として位置付けられそうであるが、究極的にはラベリングの違いであり、本稿では「有害性」の問題として整理する。山本和彦説についても同様（大コンメ 627 頁 [山本和] 参照）。
- (20) 伊藤 517 頁註 209) 参照。
- (21) 支払不能概念自体について履行期到来債務不要説を採用する場合、伊藤説を採るまでもなく実質的に同様の結論が導かれる可能性が残る（但し、「確実に予測される」場合が履行期到来不要以上の含意を持つ可能性もある）。伊藤説は、必ずしも履行期到来債務不要説そのものに与していないところ（伊藤 108 頁参照）、この場面でのみ履行期到来不要説にコミットするということかもしれない。
- (22) 伊藤 516 頁以下。なお、伊藤説は債務超過も否認を基礎付け得るとするが、あくまで「破産原因たる」債務超過を問題としておりニュアンスに富む。
- (23) 但し、山本ほか編・前掲註 16 358 頁 [中西] は、伊藤説（あるいは次で挙げる山本和彦説）の採用可能性について明示に結論を留保しており、この考えに反対というわけでもないようである。
- (24) 基本構造と実務 386 頁 [山本和彦発言] 参照。
- (25) 大コンメ 627 頁以下 [山本和]、基本構造と実務 385 頁 [山本和彦発言]。

- (26) 大コンメ 627 頁 [山本和] 参照。
- (27) 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 記念論文集 現代民事法の実務と理論 (下)』213 頁 (金融財政事情研究会, 2013)。
- (28) 垣内・前掲註 27 222 頁以下。
- (29) 垣内・前掲註 27 215 頁, 223 頁。
- (30) 垣内・前掲註 27 223 頁以下。
- (31) 垣内・前掲註 27 224 頁以下。
- (32) 垣内・前掲註 27 225 頁。
- (33) この用語法及び従来一般に論じられてきた所謂間接加害の議論の問題関心と垣内論文の問題関心との関係については、垣内・前掲註 27 216 頁以下参照。
- (34) 垣内説自身、間接加害の規律の導入可能性について、「リレーション・バック説を限定的に再構成したもの」と位置付けている (垣内・前掲註 27 233 頁 (注 32))。他方、支払不能に至るまでは信用等弁済原資が確保できる (以上、有害性が否定される) という考え方 (前註 18 及びそれに対応する本文参照) にはコミットしていないことになる。
- (35) 垣内説は、理論的な可能性としては、行為時の財産状態を一切問わず、否認権行使時の債務超過を条件として否認が許容されることもあり得ることを示唆している。
- (36) 兼子一『破産法 [完]』(弘文堂, 1953), 中田淳一『破産法・和議法』(有斐閣, 1959), 山木戸克己『破産法』(青林書院, 1974), 林屋礼二ほか『改訂 破産法』(青林書院, 1980), 谷口安平『倒産処理法 第 2 版』(筑摩書房, 1980), 石川明『破産法』(日本評論社, 1987), 霜島甲一『倒産法体系』(勁草書房, 1990), 斎藤秀夫ほか編『注解 破産法 第 3 版 (上巻)』(青林書院, 1998)。以上の文献は太字部分のみで引用する。
- (37) 前註に掲げた諸文献もこの区別を前提に解説している。
- (38) これ以外に、同条 2 号の所謂危機否認の対象として条文上明示に列举された偏頗行為以外の行為を含むかという問題があり、これも広い意味での財産状態の悪化と財産減少行為の否認の成否に関わる問題ではあるが、この点は後の検討に際して簡潔に触れるにとどめる (後註 111)。
- (39) 兼子 57 頁, 中田淳 154 頁。
- (40) 中田淳 154 頁以下, 林屋ほか 176 頁 [福永], 谷口 248 頁。判断基準時

が行為時であることにつき、霜島 315 頁。

- (41) 兼子 57 頁、中田淳 155 頁、林屋ほか 177 頁 [福永]、谷口 248 頁。
- (42) 注解 432 頁 [宗田親彦] がそのように読み得るが、やや位置付けがはっきりとしない面もある（同 465 頁では弁済の故意否認における詐害意思と結び付けられている）。さらに古い時期にまで遡ると、加藤正治説という例外が存在し、支払不能説の萌芽と見られる見解を展開しているが、詐害行為取消権の議論と関係する為後述する。
- (43) 例えば、中田淳 154 頁以下。谷口 248 頁は、偏頗行為について「実価の低下している時期」を問題とするのに対し、他の類型について時期に関する記述を欠く。山木戸 186 頁は、相当価格での売却後の相殺については危殆時期に言及があるものの、廉価売却（208 頁）との関係ではそのような考慮は見られない。やや不明ながら石川 220 頁や注解 465 頁 [宗田] は、詐害意思や受益者の悪意の認識対象に財産状態の悪化が含まれることを前提とするように見える。
- (44) 但し、否認権一般の総論的記述として、債務者の財産状態悪化がその規定趣旨の前提とするところであるかのような記述自体は散見されるところであり（加藤要論 155 頁、中田淳 143 頁、林屋ほか 166 頁 [福永]、石川 215 頁、霜島 304 頁）、十分に意識されていなかっただけで債務者の財産状態の悪化が典型的な故意否認の局面でもやはり前提のものとなっていたとの理解は成り立ち得ないではない。もっとも、上記のような総論的記述は、（要件となるかは別にして）否認権一般の典型的な機能局面がそうであるという認識にとどまる可能性（霜島 304 頁）や、破産法特有の制度であった危機否認の類型を意識してなされた記述である可能性も残る。いずれにせよ、債務者の財産状態の悪化が条件となるという意識は希薄であった、と言えよう。
- (45) 谷口 257 頁。中田淳 144 頁以下が述べるような、主観主義と客観主義という大きな枠組的な対比が念頭にあったのかもしれない。
- (46) 山木戸 208 頁は「害する行為であることは明白」とする。石川 220 頁は、詐害行為の否認には本来時間的制約はないとする。有害性の捉え方によっては、この場面では破産債権者の満足が問題となっているわけではなく、資力の減少そのものを捉えて有害性を語っているという可能性もあるが、そのような立場を前提としなくともなおこの傾向が看取される（林屋ほか 176 頁 [福永]）。
- (47) より細かく見れば、不当性という一般要件に解消しようとするもの（山木戸 190 頁以下）、民法の議論を参照した上で相関判断という手法を唱える

- もの（林屋ほか 171 頁以下 [福永]，霜島 321 頁**）が存在したが，いずれも，複数の要素を総合する性質を持つものであったことには相違がない。
- (48) 山木戸 191 頁。谷口 250 頁は，受益者の悪意の内容の一つに債務者の窮状の認識を挙げる。もっとも，総合判断という議論の性質にも起因してか，具体的にそれが債務超過なのか支払不能なのかという議論は（議論の前提として支払停止前になお財産状態が悪化したケースを捉えていたと思われる弁済類型でさえ）それほど活発ではなかったと見られる。谷口 250 頁の「窮状」は支払停止とは区別されるようではあるが，その内容は必ずしも明らかでない。山木戸 191 頁も，債務超過・支払不能・倒産寸前を並列する。
- (49) 広い意味での考慮利益として債務者の管理処分権，債権者の債権実現，取引安全，債権者平等が挙げられ（林屋ほか 172 頁 [福永]），主観の状態，行為態様，否認対象といった事情が財産状態以外の考慮要素とされた（山木戸 191 頁）。
- (50) 例えば，山木戸 192 頁参照。
- (51) 我妻栄『新訂 債権総論』（岩波書店，1974），星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会，1978），奥田昌道『債権総論 増補版』（悠々社，1992），平井宜雄『債権総論 第2版』（弘文堂，1994），奥田昌道編『新板注釈民法（10）Ⅱ 債権（1） 債権の目的・効力（2）』（有斐閣，2011），中田裕康『債権総論 第3版』（岩波書店，2013），平野裕之『債権総論』（日本評論社，2017），潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社，2017）。以上の文献は，太字部分のみで引用する。
- (52) 一部，改正をも踏まえた体系書も参照する（潮見，平野）が，少なくとも典型的な詐害行為取消の局面において，改正前後で劇的に状況が変化したという理解は採られていないものと見受けられる。
- (53) 星野 112 頁以下，奥田 286 頁，平井 283 頁以下，注釈民法 822 頁以下，857 頁 [下森定]，中田裕 241 頁，平野 181 頁。
- (54) 星野 114 頁，平井 283 頁，注釈民法 852 頁以下 [下森]，中田 248 頁以下参照。我妻 189 頁以下は，判例のように行為類型を広げるのであれば，このような判断方法になると見る。
- (55) 奥田 286 頁以下，平井 284 頁以下，中田裕 253 頁以下。
- (56) 星野 112 頁以下，中田裕 248 頁以下（特に 253 頁），平野 195 頁，潮見 773 頁参照。
- (57) 平井 284 頁，平野 182 頁。注釈民法 823 頁 [下森] も参照。我妻 189 頁はややニュアンスを異にしており，債務超過下での廉価売却や無償譲渡によ

って、悪意の認定が容易になるとする。

- (58) 我妻 183 頁, 星野 110 頁 (弁済不可能を「債務超過になる」ことだと敷衍している), 奥田 270 頁, 平井 283 頁, 注釈民法 846 頁 [下森]。中田裕 245 頁はさらに, 弁済資力の不足の必要性和明確に結びつけている。債権回収可能性の復元を問題とする平野 174 頁も参照。
- (59) 奥田 286 頁 (同 292 頁も参照), 平井 284 頁, 中田裕 253 頁以下。
- (60) 星野 111 頁, 注釈民法 850 頁 [下森], 中田裕 247 頁, 潮見 759 頁。
- (61) 中田裕 247 頁, 平野 184 頁, 潮見 759 頁以下。
- (62) 大判大正 10 年 3 月 24 日民録 27 輯 657 頁, 我妻 176 頁, 奥田 294 頁, 平井 284 頁, 平野 184 頁, 潮見 759 頁。
- (63) 倒産法の脈絡では, 財産価値の変動ないし直接加害の必要性という議論は, 処分対象財産の価値の変動による廉価売却性の事後的発生に関する議論として把握されるのが一般的である (破産法学における直接加害論の直接の射程につき, 垣内論文の前註 33 引用部分を参照) が, 民法の脈絡ではそれに議論の対象が限定されているわけではない (例えば, 我妻 184 頁, 星野 111 頁, 注釈民法 850 頁 [下森]。対象財産の価値変動も議論の対象とはなる (星野 111 頁, 奥田 294 頁))。
- (64) 大判大正 8 年 10 月 28 日民録 25 輯 1908 頁, 大判昭和 12 年 2 月 18 日民集 16 卷 2 号 120 頁, 奥田 295 頁, 平井 284 頁, 平野 184 頁, 潮見 759 頁, 注釈 850 頁。我妻 184 頁もこの把握に近い。
- (65) 注釈民法 850 頁 [下森]。大判大正 10 年 3 月 24 日・前掲註 62 もそのように読める。
- (66) 我妻 176 頁。
- (67) 大判大正 8 年 10 月 28 日・前掲註 64, 我妻 184 頁, 奥田 295 頁, 注釈民法 850 頁 [下森], 中田裕 247 頁, 潮見 759 頁。例外的に, こちらでも債務者の自由制約の観点を強調するものとして平野 182 頁がある。
- (68) 中田裕 247 頁, 潮見 756 頁。後者を強調するものとして, 平野 182 頁。勿論, 必要性があることはその正当化の一部を成すものとも理解できるが, ここでいう「正当化」というのは, 「必要性」があるかどうかとは別のレヴェルでの (必要性があっても付加的に必要となる, あるいは必要性を離れて制約を正当化するものとしての) 正当化要素を意味する (「許容性」と言っても良い)。
- (69) 例えば, 中田裕康説は, 目的と効果の重大性の二つの視点を挙げ, 潮見説は必要な限度という視点と債務者への不当な干渉防止という視点を挙げ

る。

- (70) 星野 110 頁, 平野 182 頁, 潮見 757 頁以下。支払不能を要件とすべきでないとの立場として, 中田裕 255 頁以下。
- (71) 但し, 資力の回復を問題とする古い時期の判例においては, こうした発想が未だ意識されていなかった可能性がある (大判昭和 12 年 2 月 18 日・前掲註 64 参照)。
- (72) 我妻 184 頁以下, 星野 110 頁, 奥田 293 頁, 平井 283 頁, 注釈民法 846 頁 [下森], 中田裕 255 頁, 平野 182 頁。
- (73) 我妻 183 頁, 奥田 293 頁, 平井 284 頁, 潮見 759 頁。
- (74) 伊藤 107 頁参照。
- (75) 中田裕 255 頁。
- (76) 加藤正治「廃罷訴権論」同『破産法研究 第 4 巻』137 頁 (有斐閣, 1919) 162 頁 (初出=1918)。
- (77) 但し, その当時の「債務超過」が現在なされるような修正を想定していたのかは定かではない (前註 71 も参照)。
- (78) 加藤・前掲註 76 160 頁以下。
- (79) 加藤・前掲註 76 167 頁以下。
- (80) 加藤正治「否認権論」同『破産法研究 第 10 巻』417 頁 (有斐閣, 1943)。同論文においても支払不能を基準とする立場は維持されている (同 434 頁以下)。
- (81) 加藤・前掲註 80 436 頁。
- (82) 同号につき, 後註 119 も参照。
- (83) 中田裕 255 頁。支払不能において信用が考慮に含まれることは一般に承認されており, むしろ債務超過と比較した場合の支払不能の特徴と見られている (伊藤 107 頁等)。債務超過との異質性を指摘するものとして, 潮見 758 頁。
- (84) 注釈民法 763 頁以下 [下森] 参照。脈絡を異にするが, 我妻 178 頁も参照。目的の相違によって要件論にズレがあり得る例として, フランス法における有害性論を挙げることができる (詐害行為取消権につき, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS ET Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., 2016, n°1145. 否認権に相当する制度 (疑わしき期間の無効) につき, Cass. com., 16 févr. 1993: *Bull. civ.* 1993 IV n°62)。
- (85) 伊藤 520 頁以下等を参照。
- (86) 勿論, 破産財団を増殖させるという作用はある意味では財産保全と連続

的なものであり得るが完全に重なるわけではない。とりわけ、保全という観点からは有益な権利行使（例えば否認によって債務者の財産的価値がより高い状態に保たれる場合）であっても、配当向上に結びつかないという場合には、否認権行使は無益であり、以下述べるように否定されるべきであろう（仮に債務者の財産価値を過剰に高めたとしても手続終了時に否認の効果は失われる（伊藤 576 頁註 348 参照））。

- (87) 実際には、債務超過の状態で破産すれば、（開始直前まではどうあれ）以後支払不能の状態を必然的に伴うと考えられる。この意味で、支払不能が否認の基礎だと表現することもできるが、資産超過の場合を敢えて例外に置くような構成を採る必要はないであろう。
- (88) 保全の必要性を求める立場は、ある行為が債務者の財産を純粋に減少させている場合であっても、残る債務者財産から債権者の債権回収が可能であることが見込まれる場合、敢えて債務者の行為に介入して責任財産を可及的に充実させる必要（本文 2（1）で論じたことを責任財産保全の観点から言い換えるとこのようになる）はないとするものと理解できる。もっとも、ここでいう「債権回収」というのは、必ずしも取消権を行使した債権者個人の執行可能性だけの問題としては把握されておらず、保全の必要性は、「当該時点において全債権者が執行に出た場合」あるいは「当該時点において債務者財産を清算した場合」という仮定を含む形で判定されている。この仮定は、場合によっては本来すぐには執行ができない債権者を考慮に入れ、あるいは直ちには破産手続が開始できない場合（無資力だが支払不能ではないような場合）にも即時の清算を想定するという擬制を含む。しかし、「保全」の必要性を考えるに当たっては、行為時にせよ取消権行使時にせよ、一定程度将来の事象を先取りせざるを得ない面があることも確かであり、そのような見通しを与える一つの指標として、債務超過をより動態的な概念に組み替えて用いることにもそれなりに合理性があるものと思われる。
- (89) 例えば、濫用的会社分割が一例である。また、賃貸借契約について、賃料の多寡を問わず賃借権の存在自体を有害と判定する例もある（金沢地判平成 25 年 1 月 29 日金判 1420 号 52 頁）。
- (90) そもそも、旧法下の故意否認において疑義のあった弁済や相当対価行為が規定上別立てとなった（弁済に関しては排除されたということになる）という立法の流れからすると、現行法の 160 条（3 項を除く）の類型はその残余を対象とする規定として理解することも可能であり、最狭義の「財産減少行為」という均一的な対象を取る規定として理解して良いかどうか問題とな

ろう。

- (91) こうした問題に対応する方法としては、旧法下同様に、類型化と類型に応じた要件論の設定を現行法の少なくとも 160 条 1 項 1 号との関係では引き続き行うというものがあり得るが、それでも対価の価額評価の問題が残ることになる。
- (92) 支払不能説がこれを掲げることが多いが、債務超過説も例外ではない（山本和彦説は債務超過もこの観点から理解しており、垣内説も少なくとも債務超過が近接することを要求するに際して同様の視座を提供する）。
- (93) 伊藤 518 頁。
- (94) 破産法との関係では、この議論は処分目的物の価額の変動の場面に念頭に置いた議論であったと言われており、資料もそのような理解を支える（前掲註 40 及び 41 文献参照）が、民法における詐害性判断基準時の議論は、債務者の財産状態を算定する基準時の議論としても把握されていたことは前述の通りである。
- (95) 垣内・前掲註 27 225 頁以下。
- (96) 債務者は債権者の債権の実価を損ねない限度でのみ財産管理を保障されるとの言明として、奥田 275 頁（平野 174 頁も同趣旨か）。この見解は、実質的には債務超過＋財産減少の場合を捉えて、債務者にそのような自由はないことを述べるものと言えよう。
- (97) 念のために付言しておけば、以下の議論は手続開始原因性と否認要件性を直接連動させることを意図しているわけではなく、そこなされている実質的考慮が否認の局面にも妥当することを述べるものである。
- (98) そもそも、開始原因の議論においてこのような見解が現れたのは、ここで述べたような問題意識に基づいている（谷口 76 頁以下）。
- (99) 中西正「破産手続開始原因——債務超過」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）82 頁以下。
- (100) したがって、小川・前註 10 引用部分は、少なくとも文字通り受け取る限りでは問題があるように思われる。財産減少行為に対象を限定したとしてもなお問題が残ることについては 1 (2) (i) の通りである。
- (101) 垣内・前掲註 27 216 頁。これは標準的なドイツ法における理解である（垣内論文引用の文献のほか、*Henckel/Gerhardt*, Jaeger *Insolvenzordnung Großkommentar*, 2008, § 129 Rn. 91[*Henckel*])。
- (102) 別の言い方をすれば、行為時すぐにもでも詐害行為取消権を行使し得たかどうかを考察することが可能である。

- (103) 中田淳 154 頁は「(将来の) 満足低下」としており、この時間軸のズレを示唆する。
- (104) 例えば、複数の財産減少行為があった場合や、完全とはいかないまでも若干財産状態が回復したという場合に、ある特定の行為時の財産減少結果がそのまま配当減少に結実しているということを確実に論証することはできないであろう。
- (105) 他方、行為時に債務超過があったからといって、行使時にも債務超過が継続しているという推認を働かせることは危険である。債務超過を権利開始原因とすることに批判的な学説が存在することからわかる通り、債務超過はその後克服される可能性があるという見方が一般的であるからである。もっとも、民法におけるのれんや信用の考慮といった学説は、これを乗り越える方法として見ることも可能であり、かつ行使時にもなお債務者の財産状態の変動可能性が確定的には分からない民法において特に有用であろうか（注釈民法 850 頁以下〔下森〕参照。継続性を内包する支払不能概念にも、支払停止の（停止時における）推定機能との関係で（開始申立てまでの）継続推定が働くことが参考になろう）。
- (106) 垣内論文も指摘するように、ドイツにおいては故意の内容がより厳格であり、少なくとも未必の故意を要求する（BGH Urteil v. 27. Mai 2003-IX ZR 169/02, BGHZ 155 75）。これを前提とすると、間接加害の許容を前提としても、「破産時の配当減少」に向けられた債務者の主観面を想定することができるのに対し、「認識」に拘る法制度の下では、債務者の主観面は基本的には当該認識時点で客観的に確立しているものを対象にとることになる。この不整合は、直接加害を要求したとしても、そこにいう「加害」が将来の事象と結びついている限り同様に問題となる。
- (107) これに反対するものとして、基本構造と実務 406 頁〔山本克己発言〕があり、山本克己説は、同様の発想を偏頗行為のみに限定して認める。
- (108) 但し、債務超過要件が支払不能が一般的開始原因であることとは異なる特殊な趣旨を含むとすると（松下・前掲註 15 50 頁）、以下の議論は当然には妥当しなくなる。
- (109) この議論については、基本構造と実務 406 頁以下参照。山木戸 175 頁は、否認権規定全体をこのような理解を支えにして捉えているようにも読める。
- (110) 兼子 55 頁。
- (111) 旧破産法 72 条 2 号の「その他債権者を害する行為」というのが、弁済

や担保提供以外の、典型的な財産減少行為をも意味する文言なのか、という点については、危機否認があくまで債権者平等確保の為のルールであることを強調する理解（中田淳 160 頁以下は理論的にはこの立場であった）と、財産減少行為の危機否認を肯定する理解（山本戸 188 頁以下、谷口 258 頁、伊藤眞『破産法 全訂第 3 版補訂版』（有斐閣、2001）351 頁）に分かれていた。もっとも、後者の立場の理論構成は、否認類型を問わず「債権者の配当を減少させること」が有害性の本質であるとする所謂有害性一元説を前提にするか（山本戸説）、故意否認の方の対象に弁済を含めたことで危機否認と故意否認の境界が流動化したこと（伊藤説）に依拠する。しかし、一元説も、その問題意識は弁済の故意否認を認めることにあった（山本戸 188 頁以下）のであり、これらの見解は弁済の故意否認を認めたことで、その波及効果として財産減少行為の危機否認も認められるという理解として共通のものであるように思われる。

- (112) 松下淳一『民事再生法入門 第 2 版』（有斐閣、2014）2 頁註 1）、山本和彦『倒産処理法入門 第 4 版』1 頁以下（有斐閣、2012）。
- (113) 高田裕成「更生手続における否認権とその行使」判タ 1132 号 158 頁（2003）159 頁。実際に、開始前の保全処分や再建型手続における DIP の採用のように、管理処分権の剥奪は債権者の個別的権利行使の防止に比べると、その徹底が必ずしも図られていない。
- (114) 垣内・前掲註 27 231 頁（注 28）。
- (115) このことは、支払不能が手続開始原因であることにも関係していると思われるが、以下の議論では開始原因であること自体ではなく、その実質的意味に関心を向ける。
- (116) 結果的には、債務超過の継続性が客観的に必要であるということと、認識対象を可及的に揃えるという理解になろうか。
- (117) 支払不能に関する中西説（中西正「破産手続開始原因——支払不能・支払停止」前掲註 99 書 79 頁）は、これがストレートに表現されているが、通説も、支払能力・一般性・継続性といった要件を通じてこれを見通す要素を含むことには違いがない（加藤・前掲註 76 158 頁も参照。所謂無理算段に関して、山本和彦「支払不能の概念について——偏頗行為否認の要件を中心に」同『倒産法制の現代的課題』（有斐閣、2014）54 頁以下）。
- (118) 清算時の配当の減少というある種の終着点に対して、行為時と詐害行為取消権行使時という時点は共にその前段階にあるという位置付けも可能であろうか。

- (119) また、160条1項2号の支払停止後の財産減少行為の否認を、このような趣旨で理解することも可能であろうか。本稿の検討からすると、そもそも、財産減少行為否認の危機否認という発想自体に問題がある。そうすると、2号も1号の特則として捉える可能性が残るが、支払停止は客観的な支払不能の存在を推定し、かつ債務者の主観面において支払不能の認識がある場合だとすると、(3)で述べたような意味での特殊な間接加害類型の一つとして捉えることができそうである。もっとも、こう考えると、1号との交通整理が必要ではないか、債務者の主観面を前提としない黙示の支払停止をどう扱うか、支払停止が誤信に基づいていた場合にどうなるか、なお検討の必要がある。
- (120) 民法における無資力要件の構成が、実質的には支払不能のおそれを捉えていると評価することが許されるならば、この局面で支払不能に期待されている機能にとって履行期の到来という要素が必ずしも本質的でないことを意味し得る（ドイツ法においては、故意否認（弁済を除く）における故意の推定には支払不能のおそれたりとされる（BGH Urteil v. 13. April 2006-IX ZR 158/05, BGHZ 167 190））。一部の学説が述べる「支払不能の近接」はこのような意味で理解することもできそうである（前註21も参照）。
- (121) 破産手続以上に直接加害なる現象を観念し難いと思われる再建型手続（再建型手続における加害とは、計画弁済における弁済率の低下を意味すると考えられるところ、この意味での加害は再建計画上再編成された債務者の財産状態を前提としてしか算出できず、破産の場合以上に行為時にこれを先取りして直接加害を擬制することが困難である）においては、そのような方向性がどこまで実現可能かがより重要な問題となるように思われる。
- (122) もっとも、「予測」や「現実化」という視点を強調していくと、結局は行為時にある程度の予測が立っていることがポイントになっているという理解も成り立ち得るところであり、特定の財産状態（無資力ないし支払不能）の既発生さえ問題とせず、端的に予測の有無を問題とする方向性も理論的には検討に値する。
- (123) 換言すれば、この場合における支払不能と債務超過の相違点は、ただ行為時に直ちに清算した場合の配当減少がないということに尽きており、そのことは破産における有害性にとって本質的な差異ではないということである。
- (124) 霜島313頁によれば、代物弁済のケースでは目的物の事後的な価額高

騰が考慮されるとする例もある。このことは、直接加害の必要性を語る最も一般的な場面においてさえ、行為時基準との命題が貫徹されていたわけではないことを意味する。

(125) 垣内論文において直接加害性は、主観的要件や支払不能といった他の否認要件と並列・相関可能な要素として把握されていた。このような考え方は、旧破産法や詐欺行為取消権における総合考慮・相関判断といった発想に接近している（あるいは、そもそも相関判断なる考え方が有力化したことには、実はこのような理論的背景があった）とも評価できる。否認権規定を行為類型毎に規定した現行倒産法の下で、生の相関判断を採用すること自体は困難であるとしても（倒産法における類型化と民法の従前の議論の関係につき、注釈民法 892 頁以下 [下森]。債権法改正の一つの理解として、潮見 775 頁）、有害性のような一般的な要件を有する規定におけるものごとの認識枠組みとして、各種の否認要件をどのように位置づけるべきかを計る方法論的意義がなお残り得る。

(126) 例えば、行為時の債務超過を要求しない無償行為否認に関する近時の最高裁判決（前掲註 13）は、無償行為否認規定の特殊性を前提にするものと理解することも可能である（この議論と同判決の関係については、笠井正俊「判批」金法 2085 号 16 頁（2018）に詳しい）が、財産減少行為の延長として無償行為を捉えつつ、極めて限られた行為類型において直接加害の必要性を排除することも不可能ではないように思われる。

(127) なお、これは有害性の問題と整理すべきなのか、管財人の行為規範の問題と整理すべきなのかという議論もあり得よう。もっとも、いずれで考えるとしても、本稿が主として対象にした行為時の財産状態悪化の問題が、まさに行為時ではなくより将来の事象と結びつけて理解される必要があることに違いはないことを付言しておきたい。