

# 詐害行為取消権の見直し論について

— 国税徴収実務の観点から偏頗弁済を中心に —

栗 谷 桂 一

〔 税 務 大 学 校 〕  
〔 研 究 部 教 授 〕

## 要 約

### 1 研究の目的（問題の所在）

「偏頗行為」とは、「偏っていて不公平な行為」であり、詐害行為取消権との関係では、「偏っていて不公平な債務消滅行為（本旨弁済、代物弁済等）」を指す。

本研究で主に採り上げるのは、「偏頗行為」のうち「本旨弁済」（以下「偏頗弁済」という。）であり、国税徴収実務上、次のような事案が問題とされてきた。

債務超過に陥った会社が、唯一の資産を売却し、その譲渡代金を代表取締役等内部者に対する借入金の返済等に充てて、無財産となった。その後、事業年度が終了し、前記資産の売却代金について法人税等が発生したが、滞納となった。当該会社は、既に事業を廃止しており、実体がない。

このような事案については、通常の滞納処分<sup>1</sup>の執行が不可能であり、第二次納税義務の対象にもならないため、詐害行為取消権（国税通則法 42 条において準用する民法 424 条）を行使（訴訟を提起）して、上記弁済行為の取消しを求め、弁済を受けた内部者に対して、弁済受領金相当額を国に支払うよう請求することになる。

ところが、現在、法制審議会民法（債権関係）部会（以下「法制審部会」という。）において、詐害行為取消権を含む債権法の改正作業が進められており<sup>(注)</sup>、その結果如何によっては、上記のような事例に対応できなくなるお

---

(注) 平成 21 年 11 月 24 日に部会第 1 回会議が開かれ、詐害行為取消権については、平成 22 年 3 月 9 日開催の部会第 5 回会議、及び同月 23 日開催の部会第 6 回会議において審議が行われた。その後、平成 23 年 1 月 11 日開催の部会第 21 回会議において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台(1)」が示され、若干の修正が行われた後、同年 4 月 12 日開催の部会第 26 回会議において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間的論点整理」という。）が決定された。この「中間的論点整理」については、パブリックコメントの手続が実施されることになっており、その実施期間が、平成 23 年 6 月 1 日から同年 8 月 1 日までと決定された（平成 23 年 5 月 20 日法務省HP掲載）。また、その実施に当たり、法務省民事局参事官室の責任において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」作成され、公表された（平成 23 年 5 月 25 日法務省HP掲載）。

それがある。

そこで、本研究では、過日、法制審部会から示された「中間的論点整理」の中の偏頗弁済に関する部分について、国税徴収実務の観点からその是非を考察するとともに、仮に改正された場合における対応策（第二次納税義務制度の拡充）について検討する。

## 2 研究の概要

### (1) 「中間的論点整理」に示された主な内容と国税徴収実務への影響

上記枠内のような事案について詐害行為取消権を行使するためには、理論的前提として、①弁済も詐害行為取消しの対象になり得ること、及び②課税期間中の行為（国税債権発生前の行為）も詐害行為取消しの対象になり得ること（詐害行為後に発生した債権も被保全債権となり得ること）が必要であり、現在の判例・裁判例は、そのいずれについても肯定しているが、「中間的論点整理」では、それらの点が検討の対象とされている。その概要と国税徴収実務への影響は、下表のとおりである。

	現在の判例・裁判例	中間的論点整理	徴収実務への影響
被保全債権	詐害行為の当時既に債権成立の基礎たる事実が発生し、近い将来においてその成立が高度の蓋然性をもって見込まれる場合、その見込みのとおり債権が成立したときは、右債権は詐害行為の被保全債権となる。	判例と同様に、詐害行為よりも前に発生していることを要するものとするかどうかについて、詐害行為取消しの効果との関係にも留意しつつ、更に検討してはどうか。	現在、課税期間中の行為も取り消し得るが、「詐害行為より前に発生していることを要する」旨明文化されると、現在の解釈が成り立ちにくくなる。

	現在の判例・裁判例	中間的論点整理	徴収実務への影響
取消しの対象となる行為及び取消しの要件	<p>債権者が、弁済期の到来した債務の弁済を求めることは、債権者の当然の権利行使であって、他に債権者があるからといって、その権利行使を阻害されるいわれはなく、また、債務者も債務の本旨に従い履行を為すべき義務を負うものであるから、他に債権者があるからといって、弁済を拒絶することもできない。そして債権者平等分配の原則は、破産宣告をまって、始めて生ずるものであるから、債務超過の状況にあって、一債権者に弁済することが他の債権者の共同担保を減少する場合においても、右弁済は、原則として詐害行為にならないものとすべきである。しかし、債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合においては、詐害行為になるものと解するのを相当とする。</p>	<p>平時における詐害行為取消権の方が否認権よりも取消しの対象行為の範囲が広い場面があり、そのような「逆転現象」への対応策として、以下の考え方などを対象として、更に検討してはどうか。</p> <p>【1案】債権者平等は倒産手続において実現することとして、債務消滅行為については詐害行為取消しの対象から除外する。</p> <p>【2案】倒産手続に至らない平時にも一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであり、</p> <p>【2案の1】特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な債務消滅行為（期限前弁済等）に限り詐害行為取消しの対象とすべきである。</p> <p>【2案の2】偏頗行為否認の要件（破産法162条）と同様の要件を設ける。</p> <p>【2案の3】現在の判例法理を明文化する。</p>	<p>【1案】【2案の1】では、偏頗弁済を詐害行為として取り消すことができなくなる。</p> <p>【2案の2】は、現在「債務超過」の状態では偏頗弁済が行われれば詐害行為となり得るものを、「支払不能」となった後の偏頗弁済でなければ取り消すことができないこととするものであり、取消しの対象となる行為が狭くなる。</p> <p>また、「支払不能」の判定に際し、未発生の債権や弁済期未到来の債権が考慮されないとする、偏頗弁済時に納税義務が成立していない租税債権については、詐害行為取消権を行使できなくなる。</p>

## (2) 各案の問題点

以上のとおり、「中間的論点整理」に示された各案（【2案の3】を除く。）は、いずれも徴収実務に大きな影響を与えるものである。ただし、詐害行為取消権は、本来私法上の制度であり、税法はそれを準用しているに過ぎないことを考慮すると、各案の是非を論ずるに当たっては、単に租税債権の立場や国税徴収実務への影響を強調するだけでなく、純粋に私法上の制度としてみた場合にどうか、といった観点からの考察が必要であろう。以下は、そのような観点からの、各案に対する私見である。

イ 被保全債権を詐害行為前に発生した債権に限定することについて

「判例と同様に」というが、判例は、例外の存在を否定していない。リーディングケースとされる最高裁昭和33年2月21日判決（民集12巻2号341頁）は、たしかに「民法424条の適用ありとするには、その行為が債権発生の後であることが必要なのである」と判示しているが、同判決が参照する大審院大正6年10月30日判決（民録23輯1624頁）からは、「既に減少した債務者の財産を目的として債権関係を発生させた」とはいえない場合には、被保全債権性が認められる余地を見出すことができる。また、最高裁昭和46年9月21日判決（民集25巻6号823頁）は、「債権は、確実に現存していないとしても、近い将来発生する蓋然性が高ければ足りる」旨を示唆しており、下級審裁判例には、それを明確に肯定したものが複数ある。

「詐害行為取消しの効果との関係にも留意しつつ」とは、詐害行為前の債権者に取消権の行使を認めると、現行制度の下では、事実上その債権者だけが優先弁済を受け、詐害行為後の債権者が保護されないという問題があることを踏まえつつ、仮に、取り戻した財産から総債権者が平等弁済を受けられるような仕組みが整えられるのであるならば、被保全債権を制限する必要性はない、という趣旨であろうと思われるが、そのような方向で制度化されることが望ましいと考える。

ロ 【1案】（偏頗弁済を詐害行為取消しの対象から除外する案）について

【1案】の基礎には、①詐害行為取消権の制度趣旨は、責任財産の保全であるが、弁済の場合は、計数上プラスマイナスゼロであって、責任財産を減少する行為とはいえない。②弁済の効力の否定は、債権者間における公平・平等の確保を狙いとするものであり、それはもっぱら倒産手続において実現すべきである、という考え方がある。しかしながら、(イ) ①について、「弁済は、責任財産を減少する行為とはいえない」という考え方は誤っている。たしかに、弁済後も積極財産と消極財産の差額（純資産額）に変化はないが、弁済によって責任財産（共同担保＝積極財産）の総額は減少し、責任財産の不足の程度が強まる。

(ロ) また、②について、たしかに、債権者平等分配の原則の実現は、詐害行為取消制度の所管事項ではなく、倒産手続の所管事項である。しかしながら、偏頗弁済の取消しは、債権者平等分配の実現を目的としていることは否定できないものの、同時に、偏頗弁済によって減少した責任財産の回復・保全も目的としているのであり、「もっぱら倒産手続の所管事項であって、詐害行為取消制度の所管事項ではない」とはいえない。

もっとも、特定の債権者に対し優先的に弁済が行われたとしても、「私的自治の下における通常取引行為の範囲内であり、他の債権者が弁済を受けられなかったのは同人の努力不足というほかない」と評価し得るのであるならば、当該他の債権者に対し、その弁済の結果を是正する機会を付与する必要はないであろう。しかしながら、「通謀＋積極的詐害意思」をもって偏頗弁済が行われた場合は、事情が異なる。当該弁済から除外された債権者は、通常取引行為の結果として弁済を受ける機会を逸したわけではなく、債務者と特定の債権者との合意によって、平等弁済を受ける機会を積極的に侵害されたのである。したがって、当該他の債権者には、そのような侵害結果を是正する手段が付与されてしかるべきであり、しかも、倒産手続開始後に是正の機会が付与されれば足りるとか、倒産手続が開始されなければ是正の機

会が付与されなくてもやむを得ない、とはいえない。

ハ 【2案の1】(非義務的な弁済だけを詐害行為取消しの対象とする案)について

【2案の1】は、「抜け駆け的な回収を否定する考え方である」と説明されているが、そうであるならば、本旨弁済たる偏頗弁済についても、「通謀+積極的詐害意思」がある場合には、取消しの対象とすべきである。

ニ 【2案の2】(詐害行為取消しの対象範囲を、「債務超過状態での偏頗弁済」から、否認権と同様、「支払不能となった後の偏頗弁済」に変更する案)について

【2案の2】の背景には、破産法の改正により、平時における詐害行為取消権の方が、破産後の否認権より取消しの対象行為の範囲が広いという「逆転現象」が生じており、それを正当化することは困難という認識がある。しかしながら、

(イ) 否認権の改正理由が詐害行為取消権にも妥当するといえてこそ、はじめて、「逆転現象」が不当であるといえるのではないだろうか。この点、否認権の改正理由は、債務者との取引に対する躊躇を軽減し、かつ、取引安全・予測可能性の確保を図ることにあるとされるが、偏頗弁済が詐害行為となるためには、「通謀+積極的詐害意思」の存在が必要とされているから、取引に対する躊躇や取引安全・予測可能性を損なうなどの危険性が、改正後の否認権より大きいとはいえないし、取消しの対象範囲を「支払不能後の弁済」とすることによってそのような危険性が弱まるともいえない。否認権と詐害行為取消権の対象範囲のズレは、「中間的論点整理」においても検討事項とされているように、破産管財人が否認権に加え詐害行為取消権も行使できるとすることによって、解決できるものと考ええる。

(ロ) 【2案の2】の最大の問題点は、破産法上の「支払不能」の概念がそのまま詐害行為取消権に持ち込まれた場合には、「支払不能となっ

た後の弁済」かどうかの判定に際し、未発生の債務や弁済期未到来の債務が負債総額から除外され、それらの債権者は、詐害行為取消権を行使できないとされる可能性が大きいということである。

A 破産法上の「支払不能」の意義については、反対説もあるが、破産法改正時の立案事務担当者は、「支払不能は、弁済期の到来した債務の支払可能性を問題とする概念であり、弁済期未到来の債務を将来弁済できないことが確実に予想されても、弁済期の到来している債務を現在支払っている限りは、支払不能ではない」と解説しており、同旨の下級審裁判例が複数ある。

B しかしながら、偏頗弁済において放置される債権は、債務者からみて相対的に履行意思が働きにくい債権であるから、弁済期到来済の債権よりも、弁済期未到来の債権や未発生の債権の方がターゲットにされる可能性が高い。しかも、特定の債権者への弁済原資を確保するため敢えて放置しようというのであるから、それなりの金額である場合が多いといえる。【2案の2】の趣旨が、一定の範囲内で詐害行為取消権の行使を認めようというものであるにもかかわらず、そのような典型的事例が取消しの対象から除外されてしまうのは不合理というほかない。

したがって、仮に【2案の2】を採用するとしても、破産法上の「支払不能」概念をそのまま持ち込むのではなく、未発生の債権等も支払不能の判断基準となる負債に含まれるよう措置すべきである。

### (3) 租税債権についての新たな対応策

以上のことからすると、国税徴収実務の観点からは、①被保全債権について「詐害行為よりも前に発生していることを要する」といった制限は設けるべきでなく、また、②偏頗弁済に関する取消しの対象範囲については、【2案の3】か、少なくとも【2案の2】+「未発生の債権等も支払不能の判断基準となる負債に含める」とすることが望まれる。



しかしながら、仮に、被保全債権について上記のような制限が設けられ、あるいは、取消しの対象範囲について上記以外の案が採用された場合には、冒頭に記したような事案について徴収が困難となるため、新たな対応策（徴収制度の創設）について検討する必要がある。

イ 新たな対応策として考えられる内容

(イ) 税法に詐害行為取消権の特別規定を設ける方法（例えば、国税通則法 42 条の「民法第 424 条（詐害行為取消権）の規定は、国税の徴収に関して準用する」に続けて、読替規定を設ける）と、第二次納税義務制度を拡充する方法が考えられるが、詐害行為取消権を私債権者が行使するのか租税債権者が行使するのかによって、被保全債権の範囲や取消しの対象となる行為の範囲が異なると、私法上の法律関係が複雑になる。私法上の法律関係に影響を及ぼすことなく、国税徴収の目的を達成するという観点から、後者が妥当である。

(ロ) 具体的な規定

現行の詐害行為取消権と全く同様の効果が得られるようにするという観点から、「課税期間開始日以降、債務超過状態で、滞納者と債権者が通謀し、租税債権を害する意思をもってされた本旨弁済の債権者」を第二次納税義務者とするという考え方も、あり得なくはない。

しかしながら、偏頗弁済に係る詐害行為取消権の見直しの議論が、否認権との逆転現象に端を発していることを考慮すると、新たな第二次納税義務制度を検討するにあたって、現行の否認権規定とのバランスを無視することは妥当でない。そこで、否認権の規定をベースとしつつ、国税徴収確保の観点から、ただし、私債権と租税債権の性質の違い等を理由として合理的に説明が可能な範囲内において、要件及び手続の特例を加味した規定とすることが考えられるところであり、一つの案として、次のような内容のものが考えられる。

- 1 滞納者の国税につき滞納処分を執行してもなおその徴収すべき額に不足すると認められる場合において、その不足すると認められることが、当該国税の課税期間の開始日以後に滞納者が行った弁済、代物弁済その他債務の消滅に関する行為（以下「弁済等」という。）で、滞納者が支払不能になった後にしたものに基因すると認められるときは、その弁済等を受けた者は、その弁済等を受けた額の限度において、その滞納に係る国税の第二次納税義務を負う。ただし、弁済等を受けた者が、その弁済等を受けた当時、支払不能の事実を知っていた場合に限る。
- 2 前項に規定する支払不能とは、支払能力を欠くため、債務（既に債務成立の基礎たる事実が発生し、近い将来においてその成立が高度の蓋然性をもって見込まれるものを含む。）につき一般的かつ継続的に弁済することができないと認められる状態をいう。
- 3 第1項の適用については、弁済等の相手方が次に掲げるいずれかであるときは、その相手方は、当該弁済等の当時、支払不能の事実を知っていたものと推定する。
  - 一 滞納者の親族その他の特殊関係者
  - 二 滞納者が法人である場合のその理事、取締役、執行役、監事、監査役、清算人又はこれらに準ずる者

ロ 新たな第二次納税義務制度の正当化根拠

(イ) 上記のような規定を設けると、租税債権者と私債権者の間に次のような差異が生ずる。

A 私債権者にとっては、詐害行為取消権を行使することができず、かつ、否認の対象にもならないにもかかわらず、租税債権者は、第二次納税義務を賦課することにより徴収できる場合がある。

B 否認の対象となる場合であっても、私債権者は、破産手続開始後でなければ否認の効果を享受することができないのに対し、租税債権者は、破産手続開始決定の有無を問わず、第二次納税義務を賦課することによって徴収することができる場合がある。

(ロ) しかしながら、以下のとおり、租税債権には、私債権に比べて履行の確保が困難な面があるのであり、それを補うためには、破産法上の

否認権制度を超えた、徴収確保を図るための法的な制度を整備する必要がある。

イ 発生の特異性に基因する徴収確保の困難性

私債権者は、取引開始に際してあらかじめ担保を徴することが可能であり、また、取引継続中に相手方が財産の処分を開始したときは、取引を継続するか中止するかを選択し、後者を選択すれば債権の発生自体を回避することも可能であるが、租税債権については、租税債権発生前にあらかじめ担保を徴することはできず、課税期間中に納税者が財産を処分してしまったとしても、課税期間経過後に、法律の定めに従って自動的に発生する。

ロ 直接不利益がなく履行意思が働きにくいことに基因する徴収確保の困難性

私法上の債務については、不履行が生ずると信用が失墜し事業の継続が困難となるため、債務者は、期限未到来の債務についても、その弁済資金を確保しないまま内部者に対する債務の返済を優先させようという意思は働きにくい。租税債務については、それを履行せずとも直ちに公共サービスが受けられなくなるわけではないから、特に納税義務成立前や納期限未到来の租税債務については、その納税資金の確保よりも、内部者に対する債務の返済を優先させようとする意思が働きやすい。

## 目 次

はじめに	162
第1章 中間的論点整理で示された検討項目と国税徴収実務への影響	164
第2章 被保全債権に関する要件について	169
1 「中間的論点整理」で示された考え方	169
2 被保全債権は詐害行為よりも前に発生していることを要するとすべきか	169
第3章 取消しの対象に関する規定（特に偏頗弁済）について	180
第1節 「中間的論点整理」で示された考え方とそれまでの経過	180
1 「中間的論点整理」で示された考え方	180
2 「中間的論点整理」までの経過	181
第2節 各案についての考察	184
第1款 【1案】について	184
1 【1案】の基礎にある考え方	184
2 偏頗弁済の取消しは「責任財産の保全」と無関係か	185
3 「偏頗弁済の取消しは、債権者間における公平・平等の確保を狙いとするものであり、もっぱら倒産手続において実現すべきものである」のか	190
第2款 【2案の2】について	197
第3款 【2案の2】について	199
1 【2案の2】の背景にある考え方	200
2 否認権との「逆転現象」が生じていることは不合理か	200
3 未成立の債権等についても、詐害行為取消権を行使できるような措置すべきである	205
第4章 租税債権についての新たな対応策	210
1 新たな対応策として考えられる内容	210
2 新たな第二次納税義務制度の正当化根拠	212

3 本件私案についてのその他の問題点	219
おわりに	228

## はじめに

現在、法制審議会民法（債権関係）部会（以下「法制審部会」という。）において、債権法の改正に向けた検討が行なわれているが<sup>(1)</sup>、債権法は、国税の徴収手続に深く関わっている。例えば、「民法 423 条（債権者代位権）及び 424 条（詐害行為取消権）の規定は、国税の徴収に関して準用する」とされていること（国税通則法 42 条）は、その典型例といえることができるであろうが、それ以外にも、国税の徴収手続を定めた法令（以下「徴収関係法令」という。）には、「民法の規定を準用する」旨や「民法の規定による」旨の規定が複数みられる<sup>(2)</sup>。また、徴収関係法令には、債権法上の概念がそのまま引用されていることも多い<sup>(3)</sup>。さらに、国税通則法 40 条は、「督促状を発送した日から起算して 10 日を経過した日までに完納されない場合には、滞納処分を行う」旨規定しており、滞納処分の代表例は、「滞納者の財産」を差し押さえることであるが（国税徴収法 47 条）、差押えの目的財産が債権である場合には、当該債権の存否及び帰属等は債権法によって定まるのであり、また、債権の差押えと譲渡が競合し

- 
- (1) 平成 21 年 11 月 24 日に部会第 1 回会議が開かれ、詐害行為取消権については、平成 22 年 3 月 9 日開催の部会第 5 回会議、及び同月 23 日開催の部会第 6 回会議において審議が行われた。その後、平成 23 年 1 月 11 日開催の部会第 21 回会議において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台(1)」が示され、若干の修正が行われた後、同年 4 月 12 日開催の部会第 26 回会議において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間的論点整理」という。）が決定された。この「中間的論点整理」については、パブリックコメントの手続が実施されることになっており、その実施期間が、平成 23 年 6 月 1 日から同年 8 月 1 日までと決定された（平成 23 年 5 月 20 日法務省 HP 掲載）。また、その実施に当たり、法務省民事局参事官室の責任において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」が作成され、公表されている（平成 23 年 5 月 25 日法務省 HP 掲載）。
  - (2) 国税通則法 8 条（国税の連帯納付義務についての民法の準用）、国税通則法 121 条（供託）、国税徴収法 26 条 4 号（国税及び地方税等と私債権との競合の調整における複数の私債権者に対する換価代金の配当の順序）、同法 126 条（公売における担保責任）、同法 129 条（配当の原則）等
  - (3) 国税徴収法 25 条 1 項に規定する「買戻しの特約」、同法 54 条 1 項に規定する「債権」、「賃借権」（取り立てることができない債権を除くとされているが、その除く前の「債権」は、民法 399 条に規定する債権と同義である。）等

た場合の優劣関係や、第三債務者による反対債権との相殺の可否等についても、債権法によって規律される<sup>(4)</sup>。このように、債権法の改正は、国税の徴収手続に大きく影響することになるのである。

もっとも、例えば、ある民事債権の発生要件に関する規定の改正が予定されており、その結果、これまで債権として差押えの対象となり得たものが、そうではなくなると見込まれる場合であっても、滞納者がある民事債権を有しているかどうかは、元々債権法によって定まるものであり、国税当局は、債権法の規定を前提として、差押えの目的となり得る民事債権の有無を判断し、差押えを執行してきたにすぎない。したがって、民事債権の発生要件が改正された場合には、国税当局は、それを前提として差押えの目的となり得る民事債権の有無を判断する以外にないのであって、その改正内容自体に意見を述べる立場には、基本的にないというべきであろう<sup>(5)</sup>。

しかしながら、詐害行為取消権については、事情が異なる。詐害行為取消権は、本来民法上の制度であるが、「国税の徴収について準用する」とされている結果、私債権者だけでなく、租税債権者のための制度ともなっているのであり、租税債権者は、私債権者と同列にその制度を利用することが認められているのである。しかも、後述のとおり、今後予定されている改正の結果如何によっては、国税の徴収に重大な影響が生ずるおそれがある。したがって、詐害行為取消権の改正に関しては、国税当局も、その是非を論ずることが許されるであろう。

そこで、本稿では、先般、法制審部会から公表された「中間的論点整理」のうち、詐害行為取消権に関する部分について、国税徴収実務の観点から各案の是非を考察するとともに、仮に改正された場合における新たな対応策（詐害行為取消権に代わる新たな徴収制度の創設）についても検討するものである。

---

(4) その他、租税徴収手続と民法の関わり合いについて、中山裕嗣「租税徴収実務と民法」（大蔵財務協会、2007）参照。

(5) もちろん、そのような改正を所与の前提とした上で、国税徴収実務への影響を分析し、必要な対策を講ずべきことは当然である。

## 第1章 中間的論点整理で示された検討項目と 国税徴収実務への影響

「中間的論点整理」で示された検討対象項目と論点は、多岐にわたっているが、それらのうち、国税の徴収に大きな影響を及ぼすのは、被保全債権に関する要件と、取消しの対象（特に本旨弁済<sup>(6)</sup>）についての部分である。

すなわち、これまでの国税徴収実務上、詐害行為取消権が行使されてきたのは、主として次のような事案についてである。

債務超過に陥った会社が、唯一残っていた資産を売却し、その譲渡代金を代表取締役等内部者に対する借入金の返済等に充てて、無財産となった。その後、事業年度が終了し、前記資産の売却代金について法人税等が発生したが、滞納となった。当該会社は、既に事業を廃止しており、実体がない。

このような事案については、通常の滞納処分執行が不可能であり、かつ、第二次納税義務の対象ともされていないため、詐害行為取消権（国税通則法 42 条において準用する民法 424 条）を行使（訴訟を提起）して、上記弁済行為の取消しを求め、弁済を受けた内部者に対して、弁済受領金相当額を国に支払うよう請求する以外に徴収の方途がない。

- (6) 取消しの対象については、①相当価格処分行為、②同時交換的行為（新たな借入れのための担保提供等）、③無償行為、④債務消滅行為（弁済、代物弁済）、⑤既存債務に対する担保提供行為、⑥対抗要件具備行為が検討の対象とされている。国税徴収実務の観点からみると、①については主として相当価格による不動産の売却が問題となり得るところ、売却代金が課税対象となることが多いため、売却自体について詐害行為取消権を行使することは少ない。②及び⑥については、現在の判例上詐害行為とならないと解されているものを、否認権と同様の要件で詐害行為とするかどうかの問題であり、③については、第二次納税義務の対象とされているから（国税徴収法 39 条）、特に反対すべき理由はない。⑤については、滞納発生後に担保権が設定されたとしても租税債権の方が優先し（国税徴収法 15 条、16 条）、ただ、法定納期限等到来前（課税期間中や税務調査中）に租税債権を害することを知りながら既存債務のために担保提供したような場合には、詐害行為取消権の行使を要する場合がありますが、ケースは少ない。なお、④については、代物弁済の取消請求事例も相当数みられるが、仮に弁済について詐害行為取消権が存続するのであれば、代物弁済についても、少なくとも同一の要件で存続するものと思われるため、本稿では、弁済を中心に論ずる。



そして、その場合にポイントとなるのは、①弁済も詐害行為になり得るといふこと、及び②課税期間中（納税義務成立前＝債権発生前<sup>(7)</sup>）の行為も詐害行為になり得る（詐害行為後に発生した債権も被保全債権となり得る）ということであり、現在の判例・裁判例は、そのいずれについても肯定しているのであるが、「中間的論点整理」では、それらの点が検討の対象とされており、仮に否定説が採用された場合には、上記枠内のような事案について、徴収が困難となるのである<sup>(8)</sup>。

- 
- (7) 租税債権の発生時期は、納税義務成立の時である（最高裁昭和42年3月14日判決・裁判集民事86号551頁参照）。なお、課税期間の終了と納税義務成立の時期とは、必ずしも一致しない（国税通則法15条2項参照）。
- (8) なお、国税の徴収について民法424条が準用されるとはいつても、「適用」ではなく、あくまで「準用」であり、「準用」とは、本来私法上の債権者を害する行為についての民法の規定をいわば借りてきて公法上の債権である租税債権に当てはめるものであるから、たとえ民法が改正されたとしても、その準用に当たっては、租税債権の特質を考慮して民法の規定に修正を施して適用することができると解する余地があると言えるかもしれない。例えば、東京高裁平成20年4月30日判決（訟務月報55巻4号1952頁）は、国税通則法8条（国税の連帯納付義務についての民法の準用）の解釈について、次のとおり判示している。「相続税法34条1項は、相続人や受遺者が2人以上ある場合に、各相続人に対し、自らが負担すべき固有の相続税の納付義務のほかに、他の相続人等の固有の相続税の納付義務について、当該相続又は遺贈により受けた利益の価額に相当する金額を限度として、互いに連帯納付義務を負わせているものである。したがって、この連帯納付義務は、国税通則法8条にいう「国税に関する法律の規定により国税を連帯して納付する義務」に該当するといえることができるところ、同条は、国税の連帯納付義務については民法の連帯債務に関する規定が準用されることを定めている（ただし、「準用」とは、ある事柄に関する法規を適当な修正を施して他の事柄に適用することを意味するものである。）。ところで、相続税法34条1項の連帯納付義務は、上記のとおり、相続税徴収の確保の目的で、当該相続税の本来の納税義務者でない相続人等をして、自らが負担すべき固有の相続税のほかに、本来は納税義務のない、他の相続人等の固有の相続税について納付義務を特別に負担させるもので、相続人の内部関係では連帯納付義務を負わされる相続人には負担部分がないことに照らすと、本来の納税義務者と当該連帯納付義務者との関係は民法上の主たる債務者と連帯保証人との関係に類似するもので、その本質は、民法上の連帯保証債務に準ずる特殊な法定的人的担保と解するのが相当である。このような納付義務の性質に照らすと、連帯保証について定める民法458条が同法434条から440条までの規定を準用しているにもかかわらず、連帯保証債務の時効の中断に関しては、同法440条が準用されず、同法457条1項が適用されると解されているのと同様に、相続税法34条1項の連帯納付義務の時効の中断に関しては、民法440条は準用されず、むしろ保証債務の時効の中断に関する民法457条1項が適用されると解するのが相当である。したがって、本来の納税義

以上をまとめると、下表のとおりである。

	現在の判例・裁判例	中間的論点整理	徴収実務への影響
被保全債権	<p>詐害行為の当時既に債権成立の基礎たる事実が発生し、近い将来においてその成立が高度の蓋然性をもって見込まれる場合、その見込みのとおり債権が成立したときは、右債権は詐害行為の被保全債権となる<sup>(9)</sup>。</p>	<p>判例と同様に、<u>詐害行為よりも前に発生していることを要するものとするかどうか</u>について、詐害行為取消しの効果との関係にも留意しつつ、更に検討してはどうか。</p>	<p>現在は、課税期間中の行為も取り消し得るが、「詐害行為よりも前に発生していることを要する」旨明文化されると、現在の解釈が成り立ちにくくなる。</p>

務者に対する履行の請求その他の事由による時効の中断は、相続税法 34 条 1 項の連帯納付義務者に対してもその効力を生ずるものと解される。」この裁判例からすると、仮に民法 424 条の要件規定が改正されたとしても、租税債権については同条の規定をそのまま適用する必要はなく、租税債権の性質を考慮して適当な修正を施して適用する余地はあるのかも知れないし、本稿は、そのような解釈論上の余地を否定するものではない。しかしながら、「準用するための変更を加えるに当たり、至極当然だと考えられる部分とそうでない部分とがある。法令を解釈するに際し、誰しも疑問なく変更が加えられるような部分については、わざわざ読替えのための規定を置かなくても心配ない。どう読み替えて適用すればよいか気が懸かりな部分であるとか、政策的配慮からの変更を加えるような部分については、変更のため読替規定を置く必要がある」(前田正道編「ワークブック法制執務」161 頁(ぎょうせい、1975)) のであり、読替規定なく解釈によって修正を施すことについては、その余地はあるとしても、限界があり、解釈論のみに依拠することは危険である。

(9) 大阪高裁平成 2 年 9 月 27 日判決(訟務月報 37 卷 10 号 1769 頁)ほか多数

	現在の判例・裁判例	中間的論点整理	徴収実務への影響
取消しの対象となる行為及び取消しの要件	<p>債権者が、弁済期の到来した債務の弁済を求めることは、債権者の当然の権利行使であって、他に債権者があるからといって、その権利行使を阻害されるいわれはなく、また、債務者も債務の本旨に従い履行を為すべき義務を負うものであるから、他に債権者があるからといって、弁済を拒絶することもできない。そして債権者平等分配の原則は、破産宣告をまって、始めて生ずるものであるから、債務超過の状況にあって、一債権者に弁済することが他の債権者の共同担保を減少する場合においても、右弁済は、原則として詐害行為にならないものとすべきである。しかし、<u>債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもつて弁済したような場合にあっては、詐害行為になるものと解するのを相当とする</u><sup>(10)</sup>。</p>	<p>平時における詐害行為取消権の方が否認権よりも取消しの対象行為の範囲が広い場面があり、そのような「逆転現象」への対応策として、以下の考え方などを対象として、更に検討してはどうか。</p> <p>【1案】債権者平等は倒産手続において実現することとして、債務消滅行為については詐害行為取消しの対象から除外すべきである。</p> <p>【2案】倒産手続に至らない平時にも一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであるとして、</p> <p>【2案の1】特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な債務消滅行為（期限前弁済等）に限り詐害行為取消しの対象とすべきである。</p> <p>【2案の2】偏頗行為否認の要件（破産法162条）と同様の要件を設けるべきである。</p> <p>【2案の3】現在の判例法理を明文化すべきである。</p>	<p>【1案】【2案の1】では、偏頗弁済を詐害行為として取り消すことができなくなる。</p> <p>【2案の2】は、現在「債務超過」の状態では偏頗弁済が行われれば詐害行為となり得るとされているのを、「支払不能」となった後の偏頗弁済でなければ取り消すことができないこととするものであり、取消しの対象となる行為が狭くなる。</p> <p>また、「支払不能」の判定に際し、未発生の債権や弁済期未到来の債権が考慮されないとすると、偏頗弁済時に納税義務が成立していない租税債権については、詐害行為取消権を行使できなくなる。</p>

(10) 最高裁昭和40年1月26日判決（裁判集民事77号129頁）

以上のとおり、「中間的論点整理」に示された各案（【2案の3】を除く。）は、いずれも徴収実務に大きな影響を与えるものである。ただし、詐害行為取消権は、本来私法上の制度であり、税法はそれを準用しているに過ぎないことを考慮すると、各案の是非を論ずるに当たっては、単に租税債権の立場や国税徴収実務への影響を強調するだけでなく、純粋に私法上の制度としてみた場合にどうか、といった観点からの考察も必要であろう。

以下の第2章及び第3章は、そのような観点から、各案の是非について検討したものである。

## 第2章 被保全債権に関する要件について

### 1 「中間的論点整理」で示された考え方

「中間的論点整理」では、被保全債権に関する要件について、「判例と同様に、詐害行為よりも前に発生していることを要するものとするかどうかについて、詐害行為取消しの効果との関係にも留意しつつ、更に検討してはどうか」とされている。

### 2 被保全債権は詐害行為よりも前に発生していることを要するとすべきか

#### (1) 私見の要約

「判例と同様に」というが、判例は、例外を認めていると解される。また、学説上は、「被保全債権は詐害行為よりも前に発生していることを要する」という考え方が通説であるとされるが、事案によっては、通説の論拠が妥当しない場合がある。したがって、そのような制限は設けるべきでないと考える。

「詐害行為取消しの効果との関係にも留意しつつ」とは、詐害行為前の債権者に取消権の行使を認めると、現行制度の下では、事実上その債権者だけが優先弁済を受け、詐害行為後の債権者が保護されないという問題があることを踏まえつつ、仮に、取り戻した財産から総債権者が平等弁済を受けられるような仕組みが整えられるのであるならば、敢えて被保全債権を制限する必要性はない、という趣旨であろうと思われるが、そのような方向で制度化されることが望ましいと考える<sup>(11)</sup>。

#### (2) 判例について

イ たしかに、リーディングケースとされる最高裁昭和33年2月21日判決（民集12巻2号341頁。以下「最高裁昭和33年判決」という。）は、

---

(11) なお、仮に取り戻した財産から総債権者が平等弁済を受けられるような仕組みが採用されたとしても、租税債権者は、租税優先権に基づいて優先弁済を受けることになる。

「債務者の行為が債権者の債権を害するものとして民法424条の適用ありとするには、その行為が取消権を行使する債権者の債権発生の後であることが必要なのである（大審院大正6年10月30日判決・民録23輯1624頁参照）」と判示しており、その後、最高裁昭和40年12月17日判決（裁判集民事81号615頁）<sup>(12)</sup>、及び同昭和55年1月24日判決（民集34巻1号110頁）<sup>(13)</sup>も、同様の趣旨の判示をしている。

ロ しかしながら、最高裁昭和33年判決が参照している大審院大正6年10月30日判決（以下「大審院大正6年判決」という。）は、その理由について、「何トナレハ詐害行為以後ニ発生シタル債権ニ在リテハ債権者ハ其既ニ減少シタル債務者ノ財産ヲ目的トシテ債権関係ヲ発生セシメタルモノト看做スヘク毫モ債権者ノ予期シタル担保ノ利益ヲ害セラレタルモノト謂フコト能ハサルヲ以テナリ」、すなわち、詐害行為後に発生した債権の債権者は、既に減少した債務者の財産を目的として債権関係を発生させたのであり、債権者が予期した担保の利益を害されたとはいえないからであると述べている。

そうすると、詐害行為後に発生した債権であっても、「既に減少した債務者の財産を目的として債権関係を発生させた」とはいえない場合には、被保全債権性が認められる余地がある。

ハ また、最高裁昭和46年9月21日判決（民集25巻6号823頁。以下「最高裁昭和46年判決」という。）からも、詐害行為後に発生した債権が被保全債権となり得る余地を見出すことができる。

- 
- (12) 「原判決は、訴外Mは訴外D株式会社に対し、上告人の右Mに対する債権発生前である昭和32年4月1日、知事の許可を停止条件として、本件農地を売渡したものに過ぎないのであるから、右Mの右行為は上告人の債権に対する詐害行為にならないと判断しているのであって、右判断は肯認できるところである」旨判示している。
- (13) 「債務者の行為が詐害行為として債権者による取消の対象となるためには、その行為が右債権者の債権の発生後にされたものであることを必要とするから、詐害行為と主張される不動産物権の譲渡行為が債権者の債権成立前にされたものである場合には、たとえその登記が右債権成立後にされたときであっても、債権者において取消権を行使するに由はない」と判示している。

(イ) 同判決は、調停により妻に対して毎月婚姻費用を支払うこととされた夫が、その後、唯一の財産を処分し無資力となった場合において、将来の期間に係る婚姻費用債権（妻の生存推定年数分の合計金額からホフマン式計算法で年5分の中間利息を控除した金額）が、詐害行為取消権によって保全され得るかどうか争われた事例につき、要旨次のとおり判示した。

- ① 事情の変動により婚姻費用の分担額が変化し得るものであっても、家庭裁判所が分担額を変更しない限り、この債権も既に発生した債権というを妨げない。なぜなら、これを未発生債権とみるときは、調停または審判の成立直後、いまだ第1回目の弁済期の到来する以前に、債務者が故意に唯一の財産を処分して無資産となったような場合には、債権者は、詐害行為取消権の行使により自己の債権を保全する機会を奪われることになり、右調停または審判が無意味に帰する結果を甘受しなければならなくなるからである。
- ② もっとも、事情の変動により消滅すること等もあるから、債権者の平均寿命に基づいて予測される同人の死亡時までの総債権額から中間利息を控除した額をもって詐害行為の被保全債権と断定することはできない。
- ③ しかしながら、当事者間の婚姻関係その他の事情から、右調停又は審判の前提たる事実関係の存続がかなりの蓋然性をもって予測される限度においては、これを被保全債権として詐害行為の成否を判断することが許される。

(ロ) 上記(イ)の①からは、「将来の給付を目的とする債権の債権者は、今後の事情の変動により当該債権が消滅する可能性がある場合であっても、債務者がその債権者を害する意思をもって財産を処分したときは、詐害行為取消権によって保護されるべきである」との趣旨が窺われる。

ところで、「詐害行為の時点で既に将来の給付を目的とする債権と

して発生しているが、今後、事情の変更により消滅する可能性のある債権」と、「詐害行為の時点では未だ債権として発生していないが、債権発生基礎となる法律関係が存在しており、近い将来発生する高度の蓋然性が認められる債権」とを比較した場合、「前者は保護する必要があるが、後者は保護する必要がない」といえるのであろうか。前者が詐害行為の被保全債権となるのであるならば、後者についても同様であるべきではなかろうか。

また、上記（イ）の①～③からは、ある債権が詐害行為の被保全債権となり得るかどうかの判断に際しては、「当該債権が詐害行為の時点で既に発生していたと評価できるかどうか」は決定的な要素ではなく、「将来現実に履行すべきこととなることが高度の蓋然性をもって予測され得るかどうか」が重要視されていることが窺われる。

(ハ) このように見てくると、最高裁昭和 46 年判決は、判断対象となった債権について「既に発生した債権というを妨げない」と評価することからスタートしており、その意味では、最高裁昭和 33 年判決の枠内で事案を処理しているわけであるが、その論旨からは、「必ずしも詐害行為の時点では債権として発生していない場合であっても、債権発生基礎となる法律関係が存在しており、近い将来発生する高度の蓋然性が認められるときは、詐害行為取消権の被保全債権となり得る」と解する余地を見出すことができる<sup>(14)</sup>。

ニ そして、最高裁昭和 46 年判決の後、現に「詐害行為取消権の被保全債権は、原則として詐害行為の前に成立したものであることを要するが、詐害行為当時には未だ債権が発生していなくても、その基礎となる法律

---

(14) 奥田昌道ほか編「注釈民法(10)債権(1)」800頁以下〔下森定〕(有斐閣・1987)は、「厳密な意味では未だ債権が発生していなくとも、債権発生基礎となる法律関係は既に存在すとか、あるいは債権発生蓋然性を見越して、債務者があらかじめ財産を処分したような場合には、行為後発生した債権を被保全債権として取消権の行使が認められてよからう」とし、それを認めた判例として、当判決を位置付けている。



関係が存在し、債権発生の蓋然性が高い場合には、詐害行為取消権の被保全債権になる」とした下級審裁判例が多数登場しており、特に、京都地裁平成4年6月19日判決（判例タイムズ813号237頁）は、「最高裁昭和46年9月21日判決参照」と明記しているのである<sup>(15)</sup>。

- (15) ①詐害行為当時発生していない債権であって、詐害行為当時その基礎となる法律関係が存在し、債権発生の蓋然性があり、債務者もそのことを熟知して詐害行為をなした場合には、債権者に詐害行為取消権を是認し得るものと解するのが相当であるところ、請負契約の履行不能による損害賠償債権は、本件詐害行為当時発生していないけれども、詐害行為当時その基礎となる法律関係（請負契約）は存在し、請負人の倒産によって損害賠償債権に変わる蓋然性が極めて高く、請負人はそのことを熟知して詐害行為をなしたものと推認するに十分であるから、前記損害賠償債権も詐害行為取消権の被保全債権たり得る（大阪高判昭和50年5月30日判決・民集33巻3号356頁）。②詐害行為取消権を取得する債権は、詐害行為の前に成立していなければならないところ、原告の債務者に対する求償権が具体化したのは、保証人として銀行や金融公庫に弁済した日であって、原告らが詐害行為であると主張する財産分与の行われた日以降であるが、右求償権発生の基礎となる法律関係である右銀行や公庫に対する連帯保証は本件財産分与の前に行われており、したがって、右連帯保証契約の時点において原告の債務者に対する求償権発生の蓋然性は生じていたのであるから、原告の債務者に対する求償権も詐害行為取消権を取得する債権と認めるのが相当である（大阪地裁昭和54年10月30日判決・家裁月報32巻9号53頁）。③財産分与債権は離婚によって生じる一つの私権たる性質を有する。しかしながら、離婚請求事件が地方裁判所に提起され、これに付随して財産分与請求の申立が行われている場合において、その訴訟事件が実質的に審理を重ね結審が間近に迫り、離婚、財産分与判決が出される蓋然性が極めて高く、当事者もこれを察知しているときには、詐害行為取消権が成立する。即ち、このような事実関係において、右本件事件の離婚、財産分与の判決が近く言い渡されることが、かなりの蓋然性をもって予測される場合には、その限度において、これを被保全権利とする詐害行為取消権が成立するものと解するべきである（最判昭46.9.21民集25巻6号823頁参照）。なぜなら、詐害行為取消権の被保全権利は、必ずしも、それが確実に現存していないとしても、成就の蓋然性の高い条件付債権、期限付債権などと同様に、債務者が近い将来発生する蓋然性の高い場合であれば足りるからである。そして、この場合、債務者がこれを察知してその債権者を害する意図のもとに行った詐害行為に対しても、取消権を行使できると考える（京都地裁平成4年6月19日判決・判例タイムズ813号237頁）。④詐害行為取消権の被保全債権となる債権は、詐害行為以前に発生したものであることを要するところ、財産分与請求権は、協議あるいは審判等によって具体的内容が形成されるものであり、また、慰謝料請求権も最終的には判決によって確定されるものであるが、詐害行為取消権の成否を判断するにあたっては、その発生がかなりの蓋然性をもって予測されれば足りると解すべきである（大阪地裁平成7年11月29日判決・判例時報1567号124頁）。⑤詐害行為取消権の被保全債権は、原則として詐害行為の前に成立したものであることを要するが、詐害行為当時には未だ債権が発生していなくても、その基礎となる法律関係が存在し、

ホ 以上によれば、たしかに、現時点での最高裁判決としては、「被保全債権は詐害行為より前に発生していることを要する」としたものがあるだけであるが、仮に最高裁において、「詐害行為当時には未だ債権が発生していなくても、その基礎となる法律関係が存在し、債権発生 of 蓋然性が高い場合には、詐害行為取消権の被保全債権となる」とした一連の下級審裁判例の考え方の適否が争われた場合には、最高裁がその考え方を排斥するとは考えられない。にもかかわらず、「詐害行為よりも前に発生していることを要する」という明文規定を設け、例外を認める余地を全く排除してしまうとすれば、それは、一見「判例と同様に」見えるようで、実は判例の趣旨に反することになってしまうものとする。

### (3) 学説について

学説上も、「被保全債権は詐害行為より前に発生していることを要する」とするのが通説であるとされるが<sup>(16)</sup>、その論拠からは、やはり、例外が認められる余地を見出し得る。

すなわち、通説の論拠として、①詐害行為当時まだ発生していない債権は、その行為によって害されることがないとか、②詐害行為取消権が発生するためには、債務者がこれを知って法律行為をしなければならないが、債務者がこれを知っているためには、行為当時債権が存在している必要が

---

債権発生 of 蓋然性が高い場合には、詐害行為取消権の被保全債権になると解される。原告らの求償権（編注：物上保証人の求償権）が確定的に成立したのは、本件根拠債権が実行され、売却許可決定により代金が納付されて、原告らが係争持分を失った時である。しかし、原告らが詐害行為であると主張する本件贈与がされたのは、競売開始決定に基づき売却が実施され開札期日が開かれる僅か 20 日前であり、原告らが求償権を取得する蓋然性が高かったことに照らすと、原告らの求償権は詐害行為 of 被保全債権となると解するのが相当である（青森地裁平成 15 年 10 月 30 日判決・判例タイムズ 1182 号 216 頁）。⑥詐害行為取消権の被保全債権は現に債権が発生している必要はなく、その基礎となる法律関係が存在するとか、債権発生 of 蓋然性を見越して債務者が予め財産を処分したような場合には、行為後に発生した債権を被保全権利として取消権の行使が認められるものと解すべきであり、このことをいう原判決の法令解釈に誤りがあるとは認められない（仙台高裁平成 16 年 7 月 14 日判決・判例時報 1883 号 69 頁（⑤の控訴審判決））。

(16) 飯原一乗「詐害行為取消訴訟」51 頁（悠々社、2006）

あるとか、③詐害行為取消権は、破産のように債務の総清算を目的とするものではなく、特定の債権を保全することを目的とするからである、などがあるとされるところ<sup>(17)</sup>、

イ 上記①は、大審院大正6年判決と同様、「詐害行為後に発生した債権の債権者は、既に減少した債務者の財産を目的として債権関係を発生させたものとみなすべきであり、債権者が予期した担保の利益を害されたとはいえない」という趣旨であろうと思われるが、詐害行為当時、既に債権成立の基礎たる法律関係が存在しており、近い将来発生することが高度の蓋然性をもって見込まれる状態にあった場合には、そのような指摘は妥当しないというべきである。

また、そのような場合には、債務者がその債権の発生を見越して責任財産を処分することがあり得るから、上記②の指摘も妥当しない。

ロ 上記③については、最高裁昭和33年判決の調査官解説でも、同判決を正当とする理由として同旨のことが述べられているところであるが<sup>(18)</sup>、おそらく次のような趣旨であろうと思われる。すなわち、「詐害行為取消しの効果は、総債権者のために生ずるとされており（民法425条）、詐害行為後の債権者による取消しの効果は、詐害行為前の債権者のためにも生ずるのであるから、詐害行為後の債権者による取消権の行使も認めてもよい」とする見解があるが、詐害行為取消権は、あくまで個別執行の準備手続であって、執行財団の増殖を図る制度ではないから、結果的に取消権を行使した債権者だけが取消しの効果を楽しむことが多く、特に、取戻しの目的物が金銭の場合には、相殺による事実上の優先弁済が認められ、取消しの相手方や他の債権者は配当加入の余地もない。したがって、詐害行為後の債権者に取消権の行使を認めた場合には、より強

---

(17) 飯原一乗「詐害行為取消訴訟」51頁（悠々社、2006）

(18) 最高裁判所判例解説民事編昭和33年度29頁〔北村良一〕は、「債権者取消権は弁済手続に入った場合における執行財団増殖の権利とは異なり、単に債権そのものを保護する見地から債権者に与えられた権利にすぎないとすれば、判旨の見解に左祖すべきものであろう」としている。

く保護されるべき詐害行為前の債権者が保護されないこととなり、不合理であると<sup>(19)</sup>。

しかしながら、詐害行為の当時、既に債権成立の基礎たる法律関係が存在しており、近い将来発生することが高度の蓋然性をもって見込まれる状況にあった場合において、その見込みのとおり債権が発生したときは、当該債権の債権者は、詐害行為前の債権者と同等に保護されてしかるべきである。そして、詐害行為取消権によって保護されるべき債権者が複数ある場合に、先に取消権を行使した債権者が独占する結果となるのは、立法の不備であって、独占を回避するために、詐害行為取消権によって保護されるべき債権者の取消権行使自体を制限するというのは、背理であるとする。

#### (4) 特に租税債権について

イ 以上の検討は、私債権を念頭に置いたものであるが、特に租税債権について述べるならば、租税債権については、以下のとおり、従来一貫して、「詐害行為後に発生（納税義務が成立）した租税債権も、詐害行為取消権の被保全債権となる」と考えられてきた。

(イ) 最高裁昭和 33 年判決が出される前においても、大審院大正 6 年判決が「被保全債権は詐害行為より前に発生していることを要する」としていたことは上記のとおりであるが、そのような状況の下においても、佐賀地裁昭和 32 年 12 月 5 日判決（訟務月報 4 巻 2 号 163 頁。以下「佐賀地裁昭和 32 年判決」という。）は、要旨次のとおり判示した。

被告は、「詐害行為取消により保全される債権は、譲渡行為当時具体的にも抽象的にも発生していなければならぬところ、本件の場合においては、当時これが発生していなかったものである」と主張するので、この点について判断するに、なるほど民法上の詐害行為取消の場合<sup>(20)</sup>においては、債権者は債務者の資産状態を前提とし、これを考慮

(19) 奥田昌道ほか編「注釈民法(10)債権(1)」799頁〔下森定〕(有斐閣・1987)

(20) 当時は、民法 424 条とは別に国税徴収法（現行の国税徴収法制定前の旧国税徴収

に入れて債権関係を成立せしめるものであるから、例えば資産を他に譲渡し無資力となった債務者と債権関係を結んだ債権者は債務者の無資力を前提としたものであるから、この様な債権者は債務者の譲渡行為を取り消してまで保護するに価しないといえるが、租税債権関係においては、その賦課等とはもとより納税者の資産状態如何を前提としてなされるものではなく、当該事業年度開始の時からその活動に伴い課税の基礎となるべき事実を継続的に時々刻々発生させているのであって、その事業年度の終了を待つまでもなく国との間に必然的に法人税法に定めるところに従い、それぞれ所定の法人税額を納付すべき関係が生じているのであって、納税者の資産状態との間には本質的な関係は存しないのである。そこで、たとえ譲渡行為が当該事業年度終了の日以前であっても当該事業年度開始後に譲渡が行われた限り、既に租税債権発生の基礎が存し、かつ、将来租税債権が発生する蓋然性の高い原因が現存する場合、詐害行為取消の対象となるものと解すべきである。

(ロ) 佐賀地裁昭和 32 年判決の直後に、最高裁昭和 33 年判決が出されたわけであるが、同判決は私債権者の有する手形債権についてのものであり、租税債権については、同判決の後も、次のように解されていた。

租税債権は、当事者間の契約によって成立するものではなく、租税実体法の定める課税要件を充足することによって自動的に成立するものであるから、租税債権が現実が発生する以前においても、すなわち課税期間がまだ経過していなくても、課税期間の始期を経過した後になされた納税者の法律行為であるならば、詐害行為として取消しの対

---

法（明治 30 年法律第 21 号）15 条）にも詐害行為取消権が設けられており、次のとおり規定されていた。「滞納処分ヲ執行スルニ当リ滞納者ノ財産ノ差押ヲ免ルル為故意ニ其ノ財産ヲ譲渡シタル場合ニ於テ政府ハ其ノ行為ノ取消ヲ求ムコトヲ得但シ譲受人又は転得者其ノ譲受又は転得ノ当時其ノ情ヲ知ラザリシトキハ此ノ限ニ在ラズ」。また、当時は、国税通則法 42 条のような準用規定は設けられていなかったが、上記旧国税徴収法 15 条に規定されていない事項については、当然に民法 424 条が準用されると解されていた（桃井直造「条解国税徴収法」412 頁（白桃書房、1957）。

象となるといわなければならない<sup>(21)</sup>。

(ハ) そして、大阪高裁平成2年9月27日判決(訟務月報37巻10号1769頁)は、①昭和56年7月10日、滞納会社が唯一の資産である土地を代金425,699,082円で売却、②同月21日、滞納会社が当該譲渡代金から代表者に対し116,113,363円を弁済し、その結果、滞納会社は無資力となった。③同年11月20日、滞納会社の事業年度終了(納税義務成立)、④昭和57年1月20日、滞納会社が法人税確定申告書提出(上記土地譲渡代金に係る法人税65,045,800円)、⑤国が④の法人税債権を被保全権利として②の弁済につき詐害行為取消請求訴訟を提起したという事例について、次のとおり判示し、それ以降、同旨の下級審判決が相当数出され、現在に至っている<sup>(22)</sup>。

A 控訴人は、民法424条所定の詐害行為取消権の行使によって保全されるべき債権者の債権は取消の対象となる詐害行為以前に成立していることを要すると主張する。しかしながら、右詐害行為当時既に右債権成立の基礎たる事実が発生し、近い将来においてその成立が高度の蓋然性をもって見込まれる場合、その見込みのとおり債権が成立したときは、右債権は詐害行為の被保全債権となるというべきである。債権の成立が近い将来高度の蓋然性をもって見込まれる場合、その発生を見越して、これを害する行為がされることはありえないではなく、このような場合にも債権者のために責任財産を保全する必要があるからである。

B 本件売買がなされた昭和56年7月10日の時点において、すでに、本件租税債権成立の基礎たる事実が発生し、本件事業年度の終了とともに本件租税債権が成立することが高度の蓋然性をもって見込ま

(21) 白井皓喜「民法と税法における債権者取消権」遠藤博也編『広報と経済法の諸問題上』481頁(有斐閣・1981年)

(22) 神戸地裁平成3年5月31日判決(訟務月報38巻5号771頁)、東京地裁平成3年6月27日判決(同38巻5号790頁)、横浜地裁小田原支部平成7年9月26日判決(同42巻11号2566頁)のほか、刊行物未掲載の判決が多数ある。

れる状態に至っていたものというべきである。

ロ 上記イの（イ）～（ハ）において論じられている内容は、最高裁昭和33年判決の基礎となった大審院大正6年判決の論旨（上記（1）のロ）、及び通説の論拠（上記（2））を前提とした上で、なお詐害行為後の租税債権に被保全権利性を認めるための理論として、十分なものであるといえよう。そして、「民法424条の規定は、租税の徴収に関して準用する」と税法に規定されている以上（通則法42条）、民法424条の改正に当たっては、私債権のみならず、租税債権をも念頭に置いた議論がなされるべきものとするべきである。

## 第3章 取消しの対象に関する規定 (特に偏頗弁済) について

### 第1節 「中間的論点整理」で示された考え方とそれまでの経過

#### 1 「中間的論点整理」で示された考え方

「中間的論点整理」では、偏頗行為のうち、債務消滅行為について、「次の考え方などを対象として、更に検討してはどうか」とされている(案の符合は筆者)。

【1案】債権者平等は倒産手続において実現することとして、債務消滅行為については詐害行為取消しの対象から除外すべきであるとの考え方

【2案】倒産手続に至らない平時においても一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであるとした上で、

【2案の1】特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な債務消滅行為に限り、取消しの対象とすべきであるとの考え方

【2案の2】偏頗行為否認の要件(破産法162条)と同様の要件を設けるべきであるとの考え方

【2案の3】判例法理を明文化すべきであるとの考え方

また、後述のとおり、今般の詐害行為取消権の見直し論は、破産法上の否認権との逆転現象に端を発している。そこで、次節以下における検討に資するため、現行の詐害行為取消権及び「中間的論点整理」における各案と、破産法上の否認権との比較を表で示すと、次のとおりである。



【偏頗弁済についての詐害行為取消権（民法）と否認権（破産法）の比較】

		債務超過状態での 本旨弁済	支払不能となった 後の本旨弁済	支払停止後の 本旨弁済	
破産法	平成 16 年 改正前	詐害性があれば否認可 (最判昭 42. 5. 2)		詐害性の有無を問わず 支払停止の事実を知って いれば否認可	
	平成 16 年 改正後	詐害性があっても 否認不可	詐害性の有無を問わず、 支払不能の事実を知っていれば否認可		
詐害行為	現行民法 (判例法理)	通謀+積極的詐害意思があれば詐害行為となる (最判昭 40. 1. 26)			
	中間的論点整理	【1案】	詐害行為取消権廃止		
		【2案の1】	通謀+積極的詐害意思をもってした非義務的弁済のみ取消可		
		【2案の2】	詐害行為取消権 廃止	詐害行為取消権存続 (主観的要件については、否認権と 同様とする趣旨かどうか不明)	
		【2案の3】	現在の判例理論を明文化し、詐害行為取消権を存続させる (否認権より行為時期は広いが、主観的要件は厳しい)		

## 2 「中間的論点整理」までの経過

課税期間中（納税義務成立前）に行われた偏頗弁済（非義務的ではない弁済期以後の本旨弁済を含む）について詐害行為取消権を行使するためには、【2案の3】が採用される必要があり、そのためには、同案の合理性と他の案の非合理性を論じなければならないが、その前提として、「中間的論点整理」が公表されるまでの経過を概観し、上記各案の基礎にある考え方を把握する必要がある。

- (1) 民法（債権法）改正検討委員会全体会議（第3回）（平成 19 年 7 月 24 日開催）<sup>(23)</sup>

(23) 民法（債権法）改正検討委員会第3回全体会議（平成 19 年 7 月 24 日開催）資料「詐害行為取消権（424 条から 426 条まで）について（第3回全体会議資料）第3準備会」6 頁

事務局から次の2つの考え方が示され、下記イ、ロのとおり説明されている。

- 〔5 A〕 取消権の対象は、財産減少行為に限定し、弁済等の債務消滅行為は対象としない。
- 〔5 B〕 取消権の対象は、財産減少行為に限定せず、弁済等の債務消滅行為をも対象とする。

イ 詐害行為取消権が対象とする債務者の行為類型について、弁済等の債務消滅行為を対象とするかどうかは、詐害行為取消権の制度趣旨にかかわる。弁済の場合には、計数上はプラスマイナスゼロであって、責任財産を減少する行為とはいえないこと、また、弁済の効力の否定は債権者間における公平・平等の確保を狙いとするものであり、責任財産の保全とは性質が異なることを踏まえると、詐害行為取消権の場合には、弁済等の債務消滅行為は対象とせず、債権者間の公平・平等を図ることは法的倒産処理手続及びそこでの否認権の行使に委ねられるべき問題であると考えられる。〔5 A〕はこのような考え方にに基づき、詐害行為取消権の対象とする行為類型を、財産減少行為に限定するものである。

これに対し、判例は、弁済行為であっても一定の主観的要件を備える場合には詐害行為取消権の対象となり得ることを抽象的には認めている。〔5 B〕は弁済であっても対象行為から一律に除外しない考え方である。

ロ 弁済等の債務消滅行為の扱いに関しては、法的倒産処理手続における否認権の制度においては、破産法の見直しに伴い、偏頗行為の否認の要件の見直しが行われ、弁済等の行為の法的安定性の確保が打ち出されたところである。そのため、〔5 B〕による場合にも、詐害行為取消権の対象となる場合については明確化を図る必要がある。その際、詐害行為取消権と否認権とで対象行為類型は異なり得るが、否認権の対象とする範囲の方が詐害行為取消権が対象とする範囲よりも広いことはあり得るが、逆は正当化が困難であろう。したがって、詐害行為取消権の対象となる

行為類型の検討に当たっては、否認権の場合の行為類型を比較参照しつつ検討する必要がある、詐害行為取消権の検討において現行法の否認権の制度よりも広く対象行為類型が設定されるならば、それは併せて否認権についても見直しを行うことになる。

(2) 法制審部会第5回会議（平成22年3月9日開催）

事務局から次の考え方が示され、下記イ、ロのとおり説明がなされている<sup>(24)</sup>。

債務消滅行為に関する詐害行為取消権の要件については、判例法理を明文化するにとどめるとする考え方もあり得るが、他方で、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも平時における詐害行為取消権の方が、取消しの対象行為の範囲が広いという問題（逆転現象）が生じていることを踏まえ、否認権の要件との整合性を考慮する場合には、次のような案も考えられる。

〔A案〕債務者がした債務消滅行為については、債権者の受けた給付の価額が消滅した債務の額より過大であるもの（過大な代物弁済）を除き、詐害行為取消権の対象としない。

〔B案〕特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的行為と、過大な代物弁済に限り、詐害行為取消権の対象とする。

イ〔A案〕は、過大な代物弁済を除き、債務消滅行為については詐害行為取消権の対象とはしないとするものであり、債権者間の公平を問題とする偏頗行為否認類型については、もっぱら否認権の対象として扱うこととしようとする考え方によるものである。過大な代物弁済が除外されるのは、これが偏頗行為に該当するのみならず、財産減少行為にも該当するためである。

ロ〔B案〕は、特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的債務消滅行為（期限前弁済、代物弁

(24) 法制審第5回部会（平成22年3月9日開催）資料7-1「民法（債権関係）の改正に関する検討事項(2)」57頁

足を得させる意図で行った非義務的債務消滅行為（期限前弁済、代物弁済等）についても、詐害行為取消権の対象とするものである。これは、詐害行為取消権を、債務者の責任財産の減少行為に対処する制度とともに、抜け駆けの回収を否定し、債権者間の公平を確保する制度としても構築することを意図する考え方である。もっとも、〔B案〕の下では、債務者が無資力に陥ってから、支払不能になるよりも30日以上前にされた特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的行為である債務消滅行為については、否認権の対象ではないのに詐害行為取消権の対象となるという現象（逆転現象）が生じることになる。

## 第2節 各案についての考察

### 第1款 【1案】について

【1案】は、「債権者平等は倒産手続において実現することとして、債務消滅行為については詐害行為取消の対象から除外すべきである」というものであるが、国税徴収実務の観点からは、上述したとおり、極めて影響が大きく、賛成しかねるといわざるを得ない。

また、仮に租税債権としての立場をさておき、純粋に私法上の制度としてみた場合にも、以下のような問題点を指摘することができよう。

#### 1 【1案】の基礎にある考え方

【1案】は、「債権者平等は倒産手続において実現することとして、債務消滅行為については詐害行為取消の対象から除外すべきである」とするものであるが、その基礎には、①詐害行為取消権の制度趣旨は、責任財産の保全であるが、弁済の場合には、計数上はプラスマイナスゼロであって、責任財産を減少する行為とはいえない。②弁済の効力の否定は、債権者間における

公平・平等の確保を狙いとするものであり、それは、もっぱら倒産手続において実現すべきである、という考え方がある。

## 2 偏頗弁済の取消しは「責任財産の保全」と無関係か

### (1) 私見の要約

「弁済の場合には、計数上はプラスマイナスゼロであって、責任財産を減少する行為とはいえない」という考え方は、「責任財産（特定の請求について強制執行により債権者の満足の用に供することのできる財産のことであり<sup>(25)</sup>、積極財産を指す<sup>(26)</sup>。共同担保の目的となる財産というのも同義<sup>(27)</sup>）の減少」と「積極財産と消極財産の総和（純資産額）の減少」を混同している。偏頗弁済は、積極財産と消極財産の総和（純資産額）の減少を生じさせるものではないが、責任財産（積極財産、共同担保）を減少させ、その不足の程度を強めるものである<sup>(28)</sup>。

「債権者を害する」とは、債務者の行為によって、共同担保（積極資産）に不足が生ずるか又はその不足の程度が強まり、そのために債権者に完全な弁済をすることができなくなることである。積極財産と消極財産の総和（純資産額）の減少を伴うことは必ずしも必要でない。したがって、偏頗弁済は、詐害行為となり得る。

また、仮に、債権者平等弁済の原則の実現は、詐害行為取消権の所管事項ではなく、破産手続の所管事項であるとしても、偏頗弁済の取消しは、共同担保（積極財産）の不足の程度を弁済前の状態に回復するものであり、

---

(25) 末川博編「全訂法学辞典（改訂増補版）」596頁（日本評論社、1982）

(26) 例えば東京地裁平成22年8月27日判決（刊行物未登載）は、「事業譲渡がなければ、納税者の責任財産となったはずである、積極的な資産価値を有し、担保権や差押え、換価等の対象となる個々の資産あるいはその総体」と表現し、責任財産が積極財産と同義であることを述べている。

(27) 末川博編「全訂法学辞典（改訂増補版）」28頁（日本評論社、1982）

(28) 最高裁昭和40年1月26日判決（裁判集民事77号129頁）は、「債務超過の状況にあって一債権者に弁済することが他の債権者の共同担保を減少する場合においても（後略）」と判示しており、偏頗弁済が共同担保の減少を招くことを認めている。

責任財産の回復にはかならないから、「もっぱら破産手続において実現すべきものである」とはいえない。

(2) 「債権者を害する」の意義

イ 民法 424 条に規定する「債権者を害する」の意義については、次のとおり説明されている<sup>(29)</sup>。

- ① 債権者を害する行為とは、一般的には、債務者の財産処分行為によって、その一般財産が減少し、共同担保に不足を生じ、もしくは既に不足している共同担保の不足が一層その程度を深め、そのために債権者に完全な弁済をすることができなくなることである。
- ② 債務者の一般財産は積極財産と消極財産（債務）とから構成されているから、財産減少行為は、積極財産を減少させる処分行為（財産の贈与、廉価売却）のみならず、消極財産を増加する債務負担行為（債務を引き受け、保証人となるような行為）をも含む。
- ③ そして、消極財産の総額が積極財産の総額を超えること、すなわち債務超過又は無資力となることが、債権者を害することになる。
- ④ 詐害性ないし無資力の算定に当たり、単なる計数上のプラス・マイナスの判断のみで足りるのか、それとも信用やのれん以外の要素（例えば、計算的には変化がないが強制執行が難しい財産に代わったことなど）をも加味して判断すべきかどうかは、相当価額をもってする不動産売却行為の災害性判断などをめぐって争いがあるところであり、判例は他の要素をも加味して判断している。

ロ 上記イについては、次のように理解することができよう。

- (イ) 「一般財産」という用語は、特別財産に対してある人の全財産をいうほか、ときに、一般担保の目的となる債務者のすべての財産の意味でも用いられるとされるが<sup>(30)</sup>、イの②によれば、「一般財産は積極財産と消極財産（債務）とから構成されている」というのであるから、イ

(29) 奥田昌道編「注釈民法(10)債権(1)」806頁〔下森定〕(有斐閣、1987)

(30) 末川博編「全訂法学辞典(改訂増補版)」196頁(日本評論社、1982)

の①でいう「一般財産」とは、前者の意味（ある人の全財産という意味）であり、また、イの①でいう「一般財産が減少し」とは、その構成要素たる積極財産の減少又は消極財産の増加によって一般財産の総額が減少すること、すなわち、積極財産と消極財産の総和＝純資産額が減少することを意味しているものと解される。

(ロ)「共同担保」という用語は、特別担保に対して債権者全員の共同の担保（一般担保）を意味し<sup>(31)</sup>、共同担保（一般担保）の目的となる財産とは、債務の引当となる財産<sup>(32)</sup>、すなわち積極財産を意味する。したがって、イの①でいう「共同担保に不足が生じ、もしくは既に不足している共同担保の不足が一層その程度を深め」とは、債務の引当となる財産に不足が生じ又はその不足の程度が強まったこと、すなわち、消極財産の総額との比較において積極財産の総額に不足が生じ又はその不足の程度が強まったことを意味しているものと解される。

(ハ)したがって、イの①は、「一般財産が減少、すなわち、純資産額が減少し、共同担保に不足、すなわち、(a)消極財産の総額との比較において積極財産の総額に不足が生じ又は(b)その不足の程度が強まった場合には、債権者を害することになる」という趣旨であり、イの③（消極財産の総額が積極財産の総額を超えることが、債権者を害することになるということ）も、(a)と同じ趣旨である。

ハ　ところで、イの①は、「一般財産が減少したこと（純資産額が減少したこと）」と「共同担保（積極資産）に不足が生じたこと」の両方が必要であるとしているのか。それとも、「共同担保（積極資産）に不足が生じたこと」だけで足りるとしているのか。

詐害行為取消権が、責任財産、すなわち、強制執行により債権者の満足の用に供することのできる財産の保全を目的とする制度であることからすれば、債務者を害するかどうかは、債務者の行為によって、共同

(31) 末川博編「全訂法学辞典（改訂増補版）」196頁（日本評論社、1982）

(32) 末川博編「全訂法学辞典（改訂増補版）」28頁（日本評論社、1982）

担保（積極財産）に不足を生じ、またはその不足の程度が強まったことこそが重要なのであり、必ずしも「一般財産の減少（純資産額の減少）」が伴わなければならない理由はないはずである。「一般財産の減少（純資産額の減少）」は、「共同担保（積極財産）に不足が生じ又は不足の程度が強まる」に至る典型的な過程であるとはいえるが、「一般財産の減少（純資産額の減少）」がなくても「共同担保（積極財産）に不足が生じ又は不足の程度が強まる」ことはあるのであり、その場合には、債務者を害することになるというべきである。

この点、最高裁判所昭和40年7月8日判決（裁判集民事79号703頁）は、破産法旧72条1号（現160条1項1号に相当）に関するものであるが、「破産債権者を害するとは、債権者の共同担保が減少して債権者が満足を得られなくなることをいうものと解するのが相当である」と判示しており、「共同担保（積極財産）の減少」に「一般財産の減少（純資産額の減少）」が伴っていることまでは要求していない。

上記イも、①において「一般的には・・・」と表現するとともに、④において「単なる計数上のプラス・マイナスの判断のみで足りるのか・・・争いがある」としているのであり、「一般財産の減少（純資産額の減少）」が伴わなくても債権者を害すると評価すべき場合があると考える余地を残しているといえよう。

ニ 以上をまとめると、次のようにいえるであろう。

債権者を害するとは、債務者の行為によって、共同担保（積極財産）に不足が生ずるか又はその不足の程度が強まり、そのために債権者に完全な弁済をすることができなくなることである。その場合に、一般財産の減少（純資産額の減少）が伴っている必要はない<sup>(33)</sup> (34)。

---

(33) なお、「共同担保の不足」の意味についても、計数的には積極財産の総額が消極財産の総額を下回っているとはいえない場合であっても、上記イの④で述べられているように、積極財産の中身が強制執行の難しい財産に代わったようなときは、実質的に「共同担保の不足」が生じたというべきである。その点については、東京高裁平成22年10月27日判決（金融法務事情1910号77頁）で是認された第一審東京地



裁平成 22 年 5 月 27 日判決（金融法務事情 1902 号 144 頁）が、次のとおり分かり易く判示している。「詐害行為取消権は、総債権者の共同担保となるべき債務者の一般財産（責任財産）を保全するための制度であるから、無資力である債務者が一般財産を減少させ得る法律行為をした場合に、これが債権者を害する債務者の一般財産減少行為、すなわち、詐害行為となるか否かについては、単に当該法律行為の前後において、計算上一般財産が減少したか否かという観点からだけではなく、たとえ計算上は一般財産が減少したとはいえないときでも、一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損して、債権者が自己の有する債権について弁済を受けることがより困難となったと認められる場合には、詐害行為に該当すると解するのが相当である（弁済の詐害行為を認めたものとして、最高裁昭和 40 年 1 月 26 日判決・裁判集民事 77 号 129 頁、相当価格による代物弁済について詐害行為取消しの対象となとしたものとして、最高裁昭和 48 年 11 月 30 日判決・民集 27 卷 10 号 1491 頁、適正価格による売買について詐害行為を認めたものとして、最高裁昭和 39 年 11 月 17 日判決・民集 18 卷 9 号 1851 頁参照）。（中略）新設分割は、新設分割会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を新設分割設立会社に承継させることであり、本件会社分割においては、（中略）被告 Y（新設分割会社）が被告 K（新設分割設立会社）に対し、資産（権利）として、金銭債権である受取手形、前払費用、短期貸付金、差入保証金及び長期貸付金（以上合計 1 億 1776 万 3872 円相当）並びに固定資産（3815 万 9387 円相当）、負債（義務）として、長期預り金及び預り保証金を承継させている。このうち、詐害行為となる本件会社分割の目的物である上記資産（金銭債権及び固定資産）が、可分であることは明らかである。したがって、本件会社分割を詐害行為として取り消す範囲は、詐害行為の目的物が可分である場合として、債権者である原告の本件被保全債権の額、すなわち、1911 万 5040 円を限度とするというべきである。」

- (34) 当該法律行為の取消しが責任財産の保全としての意味を有するかという点は、営業譲渡に関しても問題となり得る。営業譲渡が詐害行為となることがあること、及びその取消しの効果としては原則として価額賠償によるべきことが、一連の下級審裁判例によって承認されているといえるが、いずれの裁判例も、価額賠償の算定方法について明確に判示することなく、被保全債権の全額の支払を命じている。営業譲渡においては、①積極財産、②営業権、及び③それらと同額の消極財産（負債）を一括して譲渡し、③の引受けをもって①及び②の譲渡代金の支払に換えるという方法が採られることが多いところ、そのような場合、営業譲渡により債務者から流出した財産とは何なのかについて、例えば、流出したのは組織的有機的一体としての営業の価値であり、その金銭的評価額は、①積極資産+②営業権-③消極資産（負債）＝ゼロではないかという考え方もみられる（「税」2003 年 2 月号 153 頁（ぎょうせい、2003）。もっとも、この見解は、価額賠償額をゼロと考えているわけではなく、被保全債権額的全額の支払を求めることができるとしているものであり、その基礎には、仮に営業が継続されていたならば、たとえ債務超過の状態であったとしても、日々の収入の中から債権の回収は可能であったはずであるとの考え方があるのではないかと思われる。）。しかしながら、裁判例はそのように考えているわけではなく、「①積極財産+②営業権-③消極財産（負債）＝ゼロ」の場合であっても、流出した①積極財産の額をもって責任財産の減少額と捉えているものと考えられる（被保全債権の全額の支払を命じているのは、それが積極資産の範囲内であったからである。）。すなわち、「①積極財産+②営業権」が③消極財産（負債）の引受けという対

(3) 偏頗弁済は、一般財産の減少（純資産額の減少）を生ぜしめるものではないが、共同担保（積極資産）の不足の程度を強めるものである。

例えば、積極資産 1000、消極資産 1600（債権者A800、債権者B500、債権者C300）という状況にある債務者が、債権者Aのみに弁済したとする。

弁済の結果、会計仕訳の上では、積極資産△800、消極資産△800となり、一般財産の増減（純資産額の増減）は生じないが、消極財産の総額に対する積極財産の充足割合をみると、弁済前は  $1000/1600=0.625$  であったものが、弁済後は  $200/800=0.25$  に低下するのであり、残された債権者BCとの関係では、共同担保の不足の状態が大きく悪化したことになる。

また、例えば積極財産 800、消極財産 1600（債権者A800、債権者B500、債権者C300）という状況であった場合には、債権者Aのみに対する弁済の結果、債権者BCとの関係では、共同担保の不足の状態が悪化したどころか、共同担保が皆無になったのである。

以上のとおり、偏頗弁済は、一般財産の減少（純資産額の減少）を生ぜしめるものではないが、共同担保（積極財産）を減少させ、その不足の程度を強めるものであることが明らかである。

### 3 「偏頗弁済の取消しは、債権者間における公平・平等の確保を狙いとするものであり、もっぱら倒産手続において実現すべきものである」のか

#### (1) 私見の要約

たしかに、偏頗弁済の取消しが「債権者間の公平・平等の確保」を目的としていることは否定できない。そして、①詐害行為取消権は、債権者平

---

価でもって譲渡されたと捉え、かつ、譲渡対価が実際に支払われていないか支払われたとしても有益な資産の取得に充てられていない場合には共同担保が減少したと捉えているものと考えられるのであり、そのような捉え方は、相当対価による不動産譲渡等の詐害行為性と通ずるものであり、また、前掲東京高裁平成22年10月27日判決が、会社分割により積極財産と消極財産が引き継がれた場合に、詐害行為となるのは前者の部分であるとみていることとも通ずるものといえよう。

等分配の原則の実現自体を直接の目的とした制度ではなく、しかも、②現行制度の下では、詐害行為取消権を行使した債権者だけが取消しの結果を独占することになることを考慮するならば、「債権者間の公平・平等の確保」は、もっぱら、破産手続において実現すべきものであり、偏頗弁済を詐害行為取消権の対象とすることは認めるべきでない、という考え方もあり得る。

しかしながら、「通謀+積極的詐害意思」をもって偏頗弁済が行われた場合には、当該弁済から除外された他の債権者は、通常取引行為の結果として弁済を受ける機会を逸したわけではなく、債務者と特定の債権者との合意によって、平等弁済を受ける機会を積極的に侵害されたのである。したがって、当該他の債権者には、そのような侵害結果を是正する手段が付与されてしかるべきであり、しかも、破産手続開始後に是正の機会が付与されれば足りるとか、破産手続が開始されなければ是正の機会が付与されなくてもやむを得ない、ということではできない。

上記①については、偏頗弁済の取消しの目的が、「債権者間の公平・平等の確保」のみならず、上記2のとおり「責任財産の保全」にもある以上、偏頗弁済を詐害行為取消権の対象とすることが、制度の趣旨に反するとまではいえない。また、②は、現行制度の不備から生ずる問題であって、そのことのゆえに、平等弁済を受ける機会を積極的に侵害された債権者には是正の機会を付与すべき必要性が減少するわけではない。

上記②の問題を解消するよう制度の改正を図りつつ、偏頗弁済についても詐害行為取消制度を存続させるべきであると考えている。

(2) 「責任財産の保全」目的と「債権者間の公平・平等の実現」目的の並存

偏頗弁済の取消しは、優先的に弁済を受けた特定の債権者から、その弁済を受けた金員を取り戻し、その中から取消権者が自己の債権の弁済を受けようとするものであるから、「債権者間の公平・平等の確保」という目的を有することは否定できないが、上記2のとおり、偏頗弁済の取消しが「責任財産の保全」を目的としているということも事実である。

なお、最高裁昭40年1月26日判決（裁判集民事77号129頁）は、「債権者平等分配の原則は、破産宣告をまって始めて生ずるものであるから、債務超過の状況にあって一債権者に弁済することが他の債権者の共同担保を減少する場合においても、右弁済は、原則として詐害行為にならないものというべきである」と判示しており、この部分だけを一看すると、「弁済の取消しは、責任財産の保全とは無関係であり、債権者平等弁済の実現を目的とするものであるから、もっぱら破産手続によらなければならない」という趣旨であるかのようにみえなくもない。

しかしながら、当判決が、結論において、偏頗弁済も詐害性を有する場合があることを認め、かつ、その場合に、破産手続によることなく詐害行為取消権の行使を認めていることからすれば、上記判示は、①その前段階の「弁済を求めることは債権者の当然の権利行使であり、債務者も履行を為すべき義務を負うものであること等を考慮すると、弁済の結果、共同担保が減少したからといって、直ちに詐害性があるとはいえない」という判示を前提とした上で、②「詐害性があるとはいえないにもかかわらず、債権者平等分配の実現という目的だけで取消しを求めるというのであるならば、それは、詐害行為取消権の所管事項ではなく、破産法の所管事項である」ということを述べたにすぎず、「詐害性が認められる場合であっても、破産手続によらないで詐害行為取消権を行使することはできない」との趣旨を述べたものではないと解される。そして、後述のとおり、「通謀+積極的詐害意思」がある場合に偏頗弁済が詐害行為になるとされるのは、上記①のうち「当然の権利行使」「義務の履行」という面が打ち消され、「共同担保の減少」という面がクローズアップされるとともに、主観的詐害性が強化されるからであると考えられるのであり、結局、当判決に照らしても、「偏頗弁済の取消しは、責任財産の保全とは無関係であり、債権者平等弁済の実現を目的とするものであるから、もっぱら破産手続において実現すべきである」とはいえないのである。

(3) 偏頗弁済に詐害性がある場合にまで破産手続によらなければ是正できな

いのは不合理である。

イ 従来、偏頗弁済が詐害行為に当たるとされてきたのはどのような場合か

(イ) 最高裁昭 40 年 1 月 26 日判決（裁判集民事 77 号 129 頁）は、次のとおり論じている<sup>(35)</sup>。

A 債権者が、弁済期の到来した債務の弁済を求めることは、債権者の当然の権利行使であって、他に債権者があるからといって、その権利行使を阻害されるいわれはなく<sup>(36)</sup>、また、債務者も債務の本旨に従い履行を為すべき義務を負うものであるから、他に債権者があるからといって、弁済を拒絶することもできない。そして、債権者平等分配の原則は、破産宣告をまって始めて生ずるものであるから、債務超過の状況にあって一債権者に弁済することが他の債権者の共同担保を減少する場合においても、右弁済は、原則として詐害行為にならないものというべきである。

B しかし、債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合には、詐害行為になるものと解するのを

---

(35) 「判例法理は、本旨弁済は詐害行為とならないことを原則とした上で、例外的に特定の債権者と通謀し、他の債権者を害する意思（通謀的害意）をもってなされるような場合には詐害行為になるとする」としつつ、「ただし、実際にこの法理を適用して弁済の詐害行為性を肯定した判例は下級審判例にみられるだけで最上級審判決としては存在しないと説明される」との論評（高須順一「詐害行為取消権の法的性質に関する実証的検討（上）－責任説をめぐって」(NBL949 号 12 頁 (2011))）があるが、最高裁昭 40 年 1 月 26 日判決は、実際にこの法理を適用して弁済の詐害行為性を肯定した判決といえるのではないだろうか。同判決は、「債務者が一債務者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合にあっては、詐害行為になるものと解するのを相当とする。原判決は、右と同旨の見解に立って判断したものであり、そして原判決がD商店が上告人になした前記 58 万 9581 円の弁済は、右両者において第二順位の根抵当権付債権者たる被上告銀行を害することを十分知っていたのみならず、むしろそれを目的としていた旨の認定も、その認定せる事実関係からこれを肯認し得るところである。」と判示している。

(36) 債権者の立場からすれば、民法は私的自治の原則に立っているのであるから、勤勉な債権者が多くを回収するというのが原則で良しとすべきと点は認識されていいはずだとの指摘がある（法制審部会第 5 回会議（平成 22 年 3 月 9 日開催）議事録 47 頁（三井銀行法務部長三上徹氏発言））。

相当とする。

(ロ) 同判決は、次のように整理することができよう。

A 弁済が原則として詐害行為にならない理由は、①債権者が弁済を求めることは当然の権利行使であり、債務者も弁済を拒絶することはできないのであるから、その結果、共同担保が減少し、その不足の程度が強まったとしても、他の債権者から非難されるべき理由がなく、②また、債権者平等分配の原則の実現は破産手続の所管事項であり、そのためにのみ詐害行為取消権を利用することはできないからである。

B しかしながら、「債務者が一債務者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合」には、当該弁済が債権者にとって当然の権利行使であるとは言えず、債務者にとってそのような弁済を拒絶することができないともいえないから、共同担保の不足の程度を強めたことについて他の債権者から非難されるべき理由がないとはいえず、詐害行為となる。

ロ 「通謀+積極的詐害意思」があると、なぜ詐害行為となるのか。

ある行為が詐害行為に該当するかどうかについては、民法 424 条 1 項の規定を、客観的要件（「債務者」が「債権者を害する法律行為」をしたこと）と、主観的要件（債務者が債権者を害することを「知っていた」こと、及び受益者又は転得者がその行為又は転得の時に債権者を害すべき事実を「知らなかった」こと）とに分けて考察するのが伝統的手法であるとされるが<sup>(37)</sup>、判例は、主観的要件と客観的要件を各々完全に充足しなければならないとしているわけではなく、当該行為の客観面と主観面を総合的に考察して、民法 424 条が規定する詐害行為、すなわち、「債務者が債権者を害することを知ってした行為」と評価すべきかどうかを検討しているとされる<sup>(38)</sup>。そのような観点から最高裁昭 40 年 1 月 26 日

(37) 飯原一乗「詐害行為取消訴訟」68 頁（悠々社、2006）

(38) 飯原一乗「詐害行為取消訴訟」69 頁（悠々社、2006）参照

判決を分析すると、次のように考えることができよう<sup>(39)</sup>。

- (イ) まず、弁済によって共同担保が減少し、その不足の程度が強まることは否定できないが、弁済が債権者にとって当然の権利行使であり、債務者にとって法的な義務の履行であるということを重視するならば、当該行為の客観面（外形）としては、詐害性が弱いといわざるを得ない。また、債権者と債務者が、各々「弁済の結果、共同担保が減少し、その不足の程度が強まる」ことを認識していたとしても、それは弁済時に通常伴う認識であり、当該行為の主観面（当事者の内心）も詐害性が弱いといわざるを得ない。そして、このような客観面と主観面を総合的に考察すると、当該弁済が通常の経済取引の範囲を逸脱しているということはできず、当該弁済の結果、他の債権者が弁済を受けることができなくなったとしても、同人の努力が足りなかっただけのことであり、当該弁済を「他の債権者を害することを知ってした行為」、すなわち詐害行為と評価することはできない。
- (ロ) しかしながら、債務者が特定の債権者と通謀し、他の債権者を害す

---

(39) なお、仮に客観的要件と主観的要件に分けて考察するとすれば、次のように理解することになるか。まず、「通謀+積極的詐害意思」がない場合、「共同担保が減少し、その不足の程度が強まった」という事実は、客観的要件の充足を肯定する方向に働くが、弁済は、その性質上、「当然の権利行使」「拒絶できない義務の履行」であり、そのことは、客観的詐害性を減少させる方向に働く。また、「共同担保が減少し、その不足の程度が強まること」を認識していたという事実は、主観的要件の充足を肯定する方向に働くが、弁済にはそのような認識が当然に伴うものであることを考慮すれば、主観的詐害性を減少させる方向に働く。一方、「通謀+積極的詐害意思」がある場合には、「当然の権利行使」「拒絶できない義務の履行」から乖離することになり、「通謀+積極的詐害意思」は、客観的要件の減少要因を消去し、客観的要件を充足させる方向に働くことになる。同時に、「通謀+積極的詐害意思」は、それ自体、主観的要件として位置付けられる。結局、弁済については、「通謀+積極的詐害意思」という主観的要件が存在してはじめて客観的要件が充足され、主観的要件が存在しなければ客観的要件も充足されないという、複雑な構造を有することになるわけであるが、このように考えるよりも、本文のように、当該行為の客観面と主観面を総合的に考察して、民法424条が規定する詐害行為、すなわち、「債務者が債権者を害することを知ってした行為」と評価すべきかどうかを検討の方が思考過程として合理的であるし、条文の文言にも、より適合するといえるのではないだろうか。

る意思をもって、すなわち、債務者とその経済的内情を熟知した特定の債権者が、他の債権者には弁済せず当該特定の債権者だけに優先的に弁済するということについて意思を通じ、他の債権者を積極的に排除したような場合には、事情が異なる。当該他の債権者は、債務者と特定の債権者によるそのような行為がなければ、債務者から少なくとも平等弁済を受け得る可能性があったのであり、にもかかわらず、債務者と特定の債権者の行為によって、その可能性を積極的に侵害されたことになる。そのような結果は、客観的に、「通常の経済取引の結果としての共同担保の減少」というにとどまらず、「他の債権者を害する行為」に該当するというべきであり、かつ、主観面においても、通常の弁済時に当然伴う認識であるとはいえず、このような客観面と主観面を総合的に考察するならば、「債権者を害することを知ってした行為」、すなわち詐害行為と評価するに十分であるというべきである。

ハ 以上をまとめると、次のようにいうことができよう。

(イ) 偏頗弁済が行なわれた場合であっても、それが通常取引行為の範囲内であると認められるときは、弁済から除外された他の債権者もその結果を受け入れざるを得ないのであり、そうである以上、詐害行為取消制度を利用してその是正を求めることができないことは、当然である。ただ、その後、債務者について破産手続が開始された場合に、当該弁済がどのような取扱いを受けるかは、別問題である。

(ロ) これに対し、「通謀+積極的詐害意思」をもって偏頗弁済が行われた場合には、弁済から除外された他の債権者は、通常取引行為の結果として弁済を受ける機会を逃したわけではなく、債務者と特定の債権者との合意によって、平等弁済を受ける機会を積極的に侵害されたのである。したがって、当該他の債権者には、その侵害結果を是正する手段が付与されてしかるべきであり、かつ、破産手続開始後に是正の機会が付与されれば足りる（破産手続が開始されなければ是正の機会が付与されなくてもやむを得ない）ともいえない。



(ハ) もっとも、①詐害行為取消権は、債権者平等分配の原則の実現自体を直接の目的とした制度ではなく、しかも、②現行制度の下では、詐害行為取消権を行使した債権者だけが取消しの結果を独占することになることを考慮すると、不平等弁済の是正は、もっぱら、破産手続においてのみ実現すべきであり、詐害行為取消権の利用は認められないとの考え方も成り立ち得なくはない。しかしながら、①については、偏頗弁済の取消しが不平等弁済の是正を目的とするものであることは否定できないものの、同時に、責任財産の保全という目的も併有している以上、詐害行為取消制度の趣旨から逸脱しているとはいえないし、②は、現行制度の不備から生ずる問題であって、平等弁済を受ける機会を積極的に侵害された債権者にその是正の機会を付与すべき実際上の必要性を、いささかも減少させるものではない。

東京地裁小田原支部平成7年9月26日判決（訟務月報42巻11号2566頁）は、「被告は、平等弁済は破産手続によるべきである旨主張するが、特定の債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合にまで、破産手続のみによるべきものとすべきではない」と判示しているが、その背後には上記（ロ）のような考え方があるものと思われ、また、最高裁判所昭和40年7月8日判決も、明言はしていないものの、結論として詐害行為取消権の行使を認めている以上、やはり、同様の考え方が前提となっているものと思われる。学説にも、「債権者平等は破産手続に限るという理屈は、説得力に欠ける」との見解がある<sup>(40)</sup>。

## 第2款 【2案の2】について

【2案の2】は、【1案】と異なり、「倒産手続に至らない平時においても、

---

(40) 飯原一乗「詐害行為取消訴訟」141頁（悠々社、2006）

一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきである」とするものであるが、しかしながら、債務消滅行為の全部ではなく、「特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った債務消滅行為」で、かつ、「非義務的なもの（期限前弁済、代物弁済等）」だけを取り消しの対象とするものである。

国税徴収実務の観点からは、①本旨弁済が全面的に除外されている点、及び②代物弁済についても「特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った場合」に限られ、従来の判例理論よりも要件が厳格化されている点<sup>(41)</sup>において、影響が大きく、賛成しがたい。

【2案の2】の趣旨については、「詐害行為取消権を、債務者の責任財産の減少行為に対処する制度であるとともに、抜け駆け的な回収を否定し、債権者間の公平を確保する制度としても構築することを意図する考え方である」と説明されているが、抜け駆け的な回収を否定するというのであるならば、本旨弁済たる偏頗弁済についても、「特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った場合」には、取消しの対象とすべきなのではないだろうか。

【2案の2】の背景には、【1案】と同様、①弁済は、責任財産を減少させるものではなく、また、②「通謀＋積極的詐害意思」をもって偏頗弁済がされた場合であっても、なお、通常取引行為として許容され、破産手続が開始されない限り、弁済から除外された債権者の保護を図る必要はない、という考え方があるものと思われるが、その点については、第1款で既に述べた。

---

(41) 代物弁済が詐害行為となるための主観的要件について、「①判例は、代物弁済にあつては、弁済におけるような他の債権者を害する積極的意思ではなく、他の債権者を害することの認識をもって足りると解しているものようであるが、②そのような区別は、債務の本旨に従った履行でないことが債務者にとって不利に評価されるのを相当とする代物弁済についてのみ妥当するのではあるまいか」とされる（最高裁判所判例解説民事編昭和48年度278頁〔斉藤次郎〕。つまり、上記②の場合には、「通謀＋積極的詐害意思」ではなく「詐害の認識」で足りるとされてきたところ、【2案の2】によって一律に「通謀＋積極的詐害意思」を要件とされることになれば、従来の判例理論より主観的要件が加重されることになる。

### 第3款 【2案の2】について

【2案の2】は、【2案の1】と同様、「倒産手続に至らない平時においても、一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきである」という考え方を前提としつつ、【2案の1】より広く、債務消滅行為全般について、偏頗行為否認（破産法162条）と同様の要件の下で、詐害行為取消権制度を存続させようというものである。

ただし、その趣旨が、①現行の判例理論と同様、「通謀+積極的詐害意思」という主観的要件を維持しつつ、取消しの対象範囲だけを、「債務超過状態での偏頗弁済」から「支払不能状態での偏頗弁済」に狭めようという趣旨なのか、それとも、②主観的要件及び客観的要件のいずれについても、偏頗行為否認とまったく同様にする（「通謀+積極的詐害意思」は必要とせず、「支払不能の事実を知っていたこと」で足りることとする）という趣旨なのかは明らかでない。

国税徴収実務の観点からみると、【1案】及び【2案の2】とは異なり、偏頗弁済も取消しの対象とされていることは妥当であるといえるが、次のような影響が生ずる。

上記①の場合、従来、「債務超過での偏頗弁済」であれば取消しの対象となり得たものが、「支払不能となった後の偏頗弁済」でなければ取消しの対象とならなくなるため、取消しの対象となる偏頗弁済の範囲が狭くなる。もっとも、従来から「通謀+積極的詐害意思」の存在が要件とされており、その結果、偏頗弁済行為が行われる直前の時点では「債務超過状態」で足りるとしても、偏頗弁済行為が行われた直後には「支払不能状態」に陥ることが必要なのであって、そのような事案は、偏頗弁済行為の直前においても既に支払不能状態であったといえる場合が多いのかも知れない。しかしながら、当該偏頗弁済の結果、はじめて他の事案との関係で支払不能となることもあり得る以上、対象範囲が狭まること自体は間違いない。

上記②の場合、客観的要件が「債務超過状態で偏頗弁済が行われ、その結果、他の債権者との関係で支払不能となったこと」から「支払不能となった後に偏

頗り済が行われたこと」へと狭まるが、主観的要件が「通謀＋積極的詐害意思」から「支払不能状態での偏頗り済であることの認識」で足りることになるため、少なくとも、偏頗り済時において既に納期限が到来していた租税債権との関係では、「現行制度より取消しの対象となる場合が少なくなる」とはいい切れない。しかしながら、支払不能かどうかの判断資料となる債務の中に、弁済期未到来の債務や未発生の債務が含まれるのかという問題があり、その結論如何によっては、偏頗り済時に未発生の租税債権や納期限未到来の租税債権に基づいて詐害行為取消権を行使することができなくなり、極めて大きな影響が生ずることになる。

したがって、いずれにしても賛成しかねるところであり、以下反論を試みる。

## 1 【2案の2】の背景にある考え方

【2案の2】の背景には、①偏頗り行為の否認の要件が改正され、支払不能となった後の弁済しか否認できないこととされたという事実、及び②その結果、平時における詐害行為取消権の方が、否認権よりも取消しの対象行為の範囲が広いという「逆転現象」が生じており、それを正当化することは困難であるという認識がある。

## 2 否認権との「逆転現象」が生じていることは不合理か

### (1) 私見の要約

否認権の改正理由が詐害行為取消権にも妥当するといえてこそ、はじめて、「逆転現象」が不当であるといえるのではないか。この点、否認権の改正趣旨は、債務者との取引に対する躊躇を軽減するとともに、取引安全・予測可能性の確保を図ることにあるとされるが、偏頗り済に対する詐害行為取消権の行使については、「通謀＋積極的詐害意思」の存在が要件とされているから、債務者との取引に対する躊躇を生じさせたり、取引の安全や予測可能性を損なうなどの危険性が、現行の否認権より大きいとは必ずしもいえないし、取消しの対象範囲を【2案の2】のように変更したとして

も、それらの危険性の程度が弱まるともいえないのではないか。そうだとするならば、否認権の改正を所与の前提として現行の詐害行為取消制度の不当性を論ずることは、必ずしも的を射ていないことになる。

否認権と詐害行為取消権の対象範囲のズレは、破産管財人が否認権に加え詐害行為取消権も行使できるとすることによって解消すべきものと考えられる。

(2) 偏頗弁済に対する詐害行為取消権の行使については、「通謀+積極的詐害意思」の存在が要件とされている結果、改正前の否認権について指摘されていたような問題は生じない。

イ 破産法の改正理由については、①債務超過であるというだけで弁済が否認されるとすると、相手方が取引（事業資金の貸付等）を躊躇して事実上経済活動ができなくなり、また、②詐害意思の有無によって否認の成否が決まるとすると、取引安全及び予測可能性を奪うことになるからであると説明されている<sup>(42)</sup>。

ロ しかしながら、偏頗弁済が詐害行為となるための要件として、「通謀+積極詐害意思」の存在が必要とされている結果、以下のとおり、「現行の詐害行為取消権の方が、改正後の否認権よりも取引の相手方に与える萎縮効果大きい」とは必ずしもいえないし、「詐害行為取消権の行使について予測可能性がなく、取引安全の保護に欠ける」ともいえないのではないかと考える。すなわち、

(イ) 偏頗弁済が詐害行為となるためには、債務超過状態（積極財産が債務の総額に不足する状態）にある債務者と特定の債権者甲が、「他の債権者には弁済せず、甲だけに優先的に弁済する」ことを通謀してそれを実行し、かつ、その結果、現実には、他の債権者乙が弁済を受けることのできない状態（積極財産の残額が債権者乙の債権に不足する状態）に陥ったことが必要であるが、当該債権者乙が弁済を受けることがで

---

(42) 小川秀樹編著「一問一答新しい破産法」219頁～229頁（商事法務、2004）

きない状態とは、債務者が支払不能状態に陥っていることを意味する<sup>(43)</sup>。したがって、偏頗弁済が実行される前の時点では、支払不能状態にあったことは要件とされていなくても、弁済行為が行われると同時に支払不能状態に陥ったことが要件とされていることになるのであり、その時間差は瞬時である。

そうすると、例えば、債務者から融資の申込みを受けた者が、その申込みを受けた時点を基準として、将来弁済を受けた場合に詐害行為となる危険性を予測する場合、「債務超過状態で弁済を受けると詐害行為になるというのなら融資はしないが、債務超過状態で弁済を受けても支払不能状態でない限り詐害行為にならないのであれば融資する」と判断するであろうか。むしろ、自己が弁済を受けた途端に支払不能状態になるような債務者（現行制度下で詐害行為となる者）は、自己

---

(43) 支払不能とは、債務者の弁済能力（財産、信用、労力ないし技能を構成要素とする）が欠乏して金銭調達の見込みがなく、即時に弁済すべき債務を一般的かつ継続的に弁済することのできない客観的状況をいう。そして、一般的かつ継続的に弁済することができないとは、一般的な債務、すなわち債務者の債務の全部又は大部分を弁済できない状態をいい、特定債務の履行不能とか、個々の債務を債務者が争って弁済しないというだけでは足りないが、一時に多数の債務を請求されて支払えず、又は一個の巨額の債務を請求されて支払えない状態にある場合は、支払不能に当たり、もとより、日常の生活費や常務に要する経費さえも支払えないというほどに窮迫している必要はないとされる（斎藤秀夫ほか編「注解破産法【第三版】（下巻）」115頁（青林書院、2000））。偏頗弁済について詐害行為取消権が行使されるのは、債務者の積極財産が当該取消権を行使しようとする債権者の債権額に不足している場合であり、しかも、その債権額は比較的高額である場合が多いことからすれば、当該債権者が弁済を受けることのできない状態というのは、「債務者の債務の全部又は大部分を弁済できない状態」あるいは「一個の巨額の債務を請求されて支払えない状態」であるということができよう。また、支払停止があった後は、支払不能であったものと事実上推定することができ（破産法162条3項参照）、支払停止とは、弁済能力の欠乏のため、即時に弁済すべき債務を一般的かつ継続的に弁済できない旨の表示であるとされる（前掲斎藤ほか「注解破産法」120頁）。そして、偏頗弁済が詐害行為となるのは、債務超過状態にある債務者と特定の債権者甲が「他の債権者には弁済せず、甲だけに優先的に弁済する」ことを通謀してそれを実行し、その結果、当該他の債権者が弁済を受けることのできない状態に陥っている場合であるから、当該偏頗弁済の実行は、同時に他の債権者との関係で支払停止に当たるということができ、このような観点からも、偏頗弁済と同時に支払不能状態に陥ったと認定することができるといえよう。

が弁済を受ける時点でも既に支払不能状態に陥っている（【2案の2】の下でも詐害行為となる）危険性が高いと判断する者も多いのではないだろうか。

(ロ) また、①支払不能状態であることを知っただけで否認されるという制度と、②債務超過状態であることを知っただけで「通謀+積極的詐害意思」がない限り取り消されることはないという制度を比較した場合、①の方が安心して融資できることは、必ずしもいえないであろう<sup>(44)</sup>。

---

(44) 宮澤信二郎ほか「偏頗弁済の詐害行為取消しに関する分析—法と経済学の視点から—」新世代方政策学研究10号331頁(2011)が、法制審部会第5回会議(平成22年3月9日開催)で示された[A案](【1案】に相当)と[B案](【2案の1】に相当)(本稿第3章第1節2の(2)参照)について、債権者の事前の行動に及ぼす影響を経済学的手法を用いて分析しており注目される。同論文は、結論として、「倒産手続の方が民事執行手続よりも非効率であるような状況では、逆転現象が生じない状況においても、債権者の平等のみならず企業金融の効率性も確保できるため、取消しが確実に認められるB案が望ましいということが示唆される」としているが、【2案の2】【2案の3】も比較対象とした場合にどのような結論が導かれるか、関心が持たれる。

現行の 詐害行為取消権	比 較	否認権
<p>① 債権者甲が貸付 ↓ ↓ ↓ ↓ ↓</p> <p>② 債務超過状態で債権者甲が弁済を受けた場合、通謀＋積極的詐害意思があると詐害行為となる。</p>	<p>②と⑤を比べると、一見、②の方が時期的に早い（詐害行為取消権の方が対象が広い）ように見えるが、②の弁済が詐害行為となるためには、</p> <p>債務超過（積極資産が債務の総額に足りない）状態にある債務者と特定の債権者甲が、「他の債権者乙には弁済せず、甲だけに優先的に弁済する」ことを通謀して実行し、</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>-----</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>その結果、他の債権者乙が弁済を受けることができない状態（支払不能の状態）に陥ったことが必要である。</p> <p>このように、②と⑤の間に時間的なズレは殆どなく、しかも、②の方が⑤より要件が厳格であることからすれば、①よりも③の方が貸付を萎縮しやすいとは言い切れないし、②の弁済を受ける際に「通謀＋積極的詐害意思」を充足している以上、その弁済が詐害性を有することについて予見可能性がないとはいえない。</p>	<p>③ 債権者甲が貸付 ↓ ↓ ↓ ↓ ↓</p> <p>④ 債務超過状態で債権者甲が弁済を受けても否認されない。 ↓ ↓ ↓ ↓ ↓</p> <p>⑤ 支払不能となった後に債権者甲が支払不能の事実を知って弁済を受けると否認される。</p>



(3) もっとも、取引への躊躇、取引の安全及び予測可能性への影響という面では実質的に差異がないとしても、「債務超過状態」において「当該弁済の結果、支払不能状態に陥ること」を認識通謀して行うのと、「支払不能となった後」において「支払不能であること」を認識して行うのとでは、少なくとも取消しの対象となる行為の時期という点において、前者の方が広いことは間違いない。

しかしながら、現行破産法の下においても、他の法令に破産法上の否認権よりも広く詐害行為取消しを認める制度（例えば、受益者の詐害意思を不要とする信託法上の詐害信託取消権）がある場合には、「破産手続開始決定後も、管財人は、否認権とは別に、信託法上の詐害行為取消権も行使することができる」との見解がみられ<sup>(45)</sup>、「中間的論点整理」においても、「仮に否認権よりも詐害行為取消権の方が取消範囲が広い場面があるという問題（逆転現象）が解消されない場合には、破産管財人が受継する詐害行為取消請求訴訟の中に否認訴訟の対象とならないものが残ることになるが、このような訴訟について、破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま手続を続行できるとするかどうか、更に検討してはどうか」とされているところである。

私見としては、上述のとおり、詐害行為取消しの対象範囲を「債務超過状態での偏頗弁済」から「支払不能となった後の偏頗弁済」に狭めるべき合理的な理由はないと考えるところであり、その結果生ずる否認権と詐害行為取消権の対象範囲のズレについては、破産管財人が否認権に加え詐害行為取消権も行使できるとすることにより対応すべきであるとする。

### 3 未成立の債権等についても、詐害行為取消権を行使できるよう措置すべきである

【2案の2】の最大の問題点は、「支払不能となった後の偏頗弁済」に当た

---

(45) 斎藤秀夫ほか編「注解破産法〔第三版〕（上巻）」556頁〔宗田親彦〕（1999、青林書院）

るかどうかの判断に際して、未発生の債務や弁済期未到来の債務が負債総額から除外される可能性があり、仮にそうであるとすると、当該債務に係る債権は詐害行為取消権の被保全債権とならず、その債権者は、自ら詐害行為取消権を行使することができないとされる可能性があるということである。

- (1) 詐害行為取消権においては、従来、弁済期未到来の債権（納税義務成立後、法定納期限前の租税債権）についてはもとより<sup>(46)</sup>、詐害行為の時点では未だ発生していなかった債権（納税義務が成立していなかった租税債権）についても、上述のとおり、右詐害行為当時既に右債権成立の基礎たる事実が発生し、近い将来においてその成立が高度の蓋然性をもって見込まれる場合において、その見込みのとおり債権が成立したときは、右債権は詐害行為の被保全債権となるとされ、また、その前提として、当該債権自体、「債務超過」の有無を判断する際の債務としてカウントされてきた<sup>(47)</sup>。
- (2) これに対し、破産法 162 条 1 項では、「支払不能となった後に行われた偏頗弁済」のみが否認の対象とされており、この「支払不能」の判断に際しては、未発生の債権等は考慮されないという見解（消極説）が根強いようである。すなわち、破産法改正時の立案事務担当者は、同法 2 条 11 項が「支払不能とは、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にある者につき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態（中略）をいう」と規定していることを踏まえ、「支払不能は、弁済期の到来した債務

---

(46) 最高裁昭和 42 年 3 月 14 日判決（裁判集民事 86 号 551 頁）は、「論旨は、前同日には被上告人の判示課税処分が未だ行なわれていないから、被上告人の判示租税債権は未だ発生していないと解すべきであり、従って、訴外会社の判示行為は右租税債権を詐害する行為に当らないから原判決は違法であると主張する。しかしながら、租税債権は、法律の規定する課税事実の存在によって当然に発生するものであつて、国がなす課税処分は、単にその税額を具体的に明確にするものにすぎないと解すべきである。前記営業譲渡当時は、租税債権発生基礎である各事業年度は終了しているから、被上告人の課税処分が未だ行なわれていなくても判示租税債権が既に発生していると解した原判決は相当である。」と判示している。

(47) 未発生の債権も含めて「債務超過」かどうかを判断すべきことを明言した裁判例として、東京高裁平成 22 年 2 月 26 日判決（刊行物未登載）がある。

の支払可能性を問題とする概念ですので、弁済期未到来の債務を将来弁済できないことが確実に予想されても、弁済期の到来している債務を現在支払っている限りは、支払不能ではありません」としており、同様の考え方（以下「消極説」という。）を採った下級審裁判例が複数ある<sup>(48)</sup>。

これに対し、「債務者が、支払能力を欠くために、その債務を一般的かつ継続的に弁済することができない状態にある場合には、すべての債務が未だ履行期にない場合であっても、支払不能に該当する」という見解（積

---

(48) 東京地裁平成19年3月29日判決（金融法務事情1819号40頁）、東京地裁平成22年7月8日判決（判例時報2094-69）。後者は、次のとおり判示している。破産法における「支払不能」とは、債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態をいう（同法2条11項）。支払不能は、弁済期の到来した債務の支払可能性を問題とする概念であることから、支払不能であるか否かは、弁済期の到来した債務について判断すべきであり、弁済期が到来していない債務を将来弁済できないことが確実に予想されても、弁済期の到来している債務を現在支払っている限り、支払不能ということとはできない。この点、原告管財人は、履行期にある債務（将来に履行期が到来する債務についてもその債務不履行の確実性が現在の弁済能力の一般的欠如と同視できる場合は、当該債務も含めて）について、その請求があったか否かを問わず、客観的な支払能力の欠如をもって支払不能と解すべきであるとし、弁済期が到来していない債務についても、将来の債務不履行が確実に予測される場合には支払不能になり得ると主張する。しかしながら、上記の解釈は、支払不能とは「債務のうち弁済期にあるものにつき」一般的かつ継続的に弁済することができない状態をいうとする破産法2条11項の規定の文言からは相当に離れるものである上、現に弁済期の到来している債務を基準とすることなく、将来における「債務不履行の確実性が現在の弁済能力の一般的欠如と同視できる場合」であるか否かにより「支払不能」の有無を決するとすると、その判断には多分に相対的な評価が入らざるを得なくなり、支払不能の概念が不明確になるおそれが強いといわざるを得ない。破産法における「支払不能」は、破産手続開始の原因になる事情であるとともに、偏頗行為の否認における危機時期を画する基準にもなる重要な概念であって、基準としての明確性が強く要請されるものというべきところ、特に、破産法162条1項2号の規定は、破産者の義務に属せず、又はその時期が破産者の義務に属しない行為について、偏頗行為の否認の対象となる行為を「支払不能になる前30日以内にされたもの」にまで拡張しているのであって、同規定が、支払不能について、必ずしも明確ではない基準を採用したものと解し難い。むしろ、上記規定は、支払不能が弁済期の到来した債務の支払可能性を問題とする概念であることを前提として、その弁済期前に行われた偏頗行為（例えば、ある時点では弁済期未到来のため支払不能とはなっていないが、近々到来する弁済期において支払不能になることが確実であるというような場合に行われる債権者への担保提供行為）を一定の範囲で否認することを可能にしたものであると解するのが自然である。

極説)もある<sup>(49)</sup>。この見解は、「債務者が倒産手続開始申立て前に偏頗弁済をするについて、近い将来債務不履行が発生することを予見しながら、一部の債務を期限到来時に又は期限前に弁済してしまうという事態は十分に生じうる。弁済期末到来の債権者は、債務者が弁済期の到来した債権者に弁済するのを、指をくわえて見ていなければならないのか」という実質的な問題を意識しつつ、「上記消極説においても、返済見込みが立たない借入れ、商品の投売り等を行うことによって、表面的には弁済能力を維持しているように見える場合であっても、客観的に弁済能力が欠けていれば、この要件に該当するという考え方(無理算段説)が採られている以上、一つの債務が現に弁済期になければならないという意義は既に失われている」とし、破産法2条11項の定義規定を「その債務のうち(現実に又は将来の時点で)弁済期にあるものにつき、(弁済期が到来した時点において)一般的かつ継続的に弁済することができない(と認められる現在の)状態」というように( )部分を付加して読むべきであるとするのである。

ただ、積極説を採った裁判例は未だなく、しかも、上記東京地裁平成22年7月8日判決が、積極説の根拠の一つとなっている無理算段説を肯定しつつも、「これ(無理算段説)は、弁済期が到来している債務が存在し、当該債務について上記のような事情があるとして支払不能に当たると判断されているのであり、支払不能であるか否かは、やはり弁済期の到来した債務について判断されているものというべきである」としていることからすれば、消極説の根強さを否定することは、かなり難しいように思われる。

- (3) そこで、「支払不能」の意義について消極説によることを前提としつつ、詐害行為取消権の対象範囲を、否認権と同様「支払不能となった後の偏頗弁済」に制限した場合について考えてみると、次のような問題点を指摘することができる。

---

(49) 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—」新藤幸治ほか編『民事手続法と商事法務』153頁以下(商事法務、2006)

イ 詐害行為は、一般債権者を害する行為であるが、ある債権者が詐害行為取消権を行使しようとする場合には、当該行為によって一般債権者が害されただけでは足りず、自らがその一般債権者の一人として、当該行為によって害されたといえなければならない。そうすると、当該偏頗弁済が詐害行為、すなわち、支払不能となった後の偏頗弁済に当たるかどうかの判断に当たって、未発生債務や弁済期未到来債務を負債総額から除外し、弁済期到来債務のみを基準として判断するとした場合には、当該除外された債務の債権者との関係では、当該偏頗弁済は詐害行為ではないということになり、当該債権者は、自ら当該偏頗弁済を詐害行為として取り消すことはできないということになる。

ロ もっとも、その場合であっても、他の債権者を基準として詐害行為に当たるのであるならば、当該他の債権者によって取消権が行使される可能性があるから、今後の制度改正如何によっては、上記負債総額から除外された債務の債権者も、配当を得る余地が全くないとはいえない。

しかしながら、偏頗弁済において放置される債権は、債務者からみて相対的に履行意思が働きにくい債権であるから、弁済期到来債務の債権よりも、弁済期未到来債務や未発生債務の方がターゲットにされる可能性が高く、また、そのような債権だけが放置される可能性も高い。しかも、特定の債権者への弁済原資を確保するため敢えて放置しようというのであるから、それなりの金額である場合が多いといえる。【2案の2】の趣旨が、一定の範囲内で偏頗弁済に対する詐害行為取消権の行使を認めようというものであるにもかかわらず、そのような典型的事例が取消しの対象から除外されてしまうのは不合理というほかない。したがって、仮に【2案の2】を採用するとしても、破産法上の「支払不能」概念をそのまま持ち込むのではなく、未発生債務等も支払不能の判断基準となる負債に含まれるよう措置すべきである。

## 第4章 租税債権についての新たな対応策

これまで述べてきたとおり、国税徴収実務の観点からは、①被保全債権に関する要件について、「詐害行為よりも前に発生していることを要する」といった制限は設けられるべきではなく、また、②偏頗弁済に関する取消しの対象範囲については、【3案】か、少なくとも【2案の2】+「未発生の債権等も支払不能の判断基準となる負債に含める」とされるよう望まれるところである。

しかしながら、仮に被保全債権について上記のような制限が設けられ、あるいは、取消しの対象（特に偏頗弁済）について上記以外の案が採用された場合には、冒頭に記したような滞納事案について徴収が困難となるため、新たな対応策（税法上の新たな立法措置等）についても検討しておく必要がある。

### 1 新たな対応策として考えられる内容

- (1) 税法上に詐害行為取消権の特別規定を設ける方法（例えば、国税通則法42条の「民法第424条（詐害行為取消権）の規定は、国税に徴収に関して準用する」に続けて、読替規定を設ける方法）と、第二次納税義務制度を拡充する方法が考えられるが、詐害行為取消権を私債権者が行使するのか租税債権者が行使するのかによって、被保全債権の範囲や取消しの対象となる行為の範囲が異なると、私法上の法律関係が複雑になる。私法上の法律関係に影響を及ぼすことなく、国税徴収の目的を達成するという観点から、後者が妥当であると考え<sup>(50)</sup>。

(50) 旧国税徴収法（明治30年法律第21号）には、詐害行為取消権について独自の規定が置かれていたが、現行国税徴収法（昭和34年法律第147号）の制定に際し、訴訟により詐害行為を取り消すことは、日時を要し、徴税の早期確保に欠けるという問題意識から、詐害行為取消しの簡素化が検討された。その際、①詐害行為一般について行政処分により取り消すことができることとする、②詐害行為のうち一定の顕著な事由に該当するものに限り行政処分により取り消すことができることとする、

## (2) 規定についての私案

現行の詐害行為取消権と全く同様の効果が得られるようにするという観点から、「課税期間開始日以降、債務超過状態で、滞納者と債権者が通謀し、租税債権を害する意思をもってされた本旨弁済の債権者」を第二次納税義務者とするという考え方も、あり得なくはない<sup>(51)</sup>。

しかしながら、偏頗弁済に係る詐害行為取消権の見直しの議論が、否認権との逆転現象に端を発していることを考慮すると、新たな第二次納税義務制度を検討するにあたって、現行の否認権規定とのバランスを無視することは妥当でない。そこで、否認権の規定をベースとしつつ、国税徴収確保の観点から、ただし、私債権と租税債権の性質の違い等を理由として合理的に説明が可能な範囲内において、要件及び手続の特例を加味した規定とすることが考えられるところであり、一案として、次のような内容のもの（以下「本件私案」という。）が考えられる。

---

及び③詐害行為取消しの簡素化は第二次納税義務制度の拡充のような形において検討すべきである、等の考え方が示されたが、①②については、行政処分により私法上の法律効果を否認するような形成的行為を行なうことは私権保護の面から適当でないとの反対意見があり、現行国税徴収法は③を選択した（同時に民法 424 条を準用する旨の明文規定も設けた。）。国税通則法 42 条に読替規定を設けることは、行政処分によって詐害行為を取り消すことができるようにすることとは異なるが、租税債権のためにのみ私法上の法律効果を否認することになるという点では同じ問題を含んでおり、そのような観点からも、やはり第二次納税義務制度の拡充によって対応するのが妥当であるといえよう。

- (51) しかしながら、そのような規定を設けることについては、本文に記した否認権とのバランス論のほか、①民法上、従来の判例理論と異なる新たな詐害行為取消制度が構築された後も租税債権についてのみ従来の判例理論と同じ制度を存続させることが妥当なのか、②本件私案におけるような「支払不能の事実を知っていた」を超えて「通謀+積極的詐害意思」というような認定の困難な主観的要件を税法上の徴収処分の要件とすることが妥当なのかといった問題がある。

- 1 滞納者の国税につき滞納処分を執行してもなおその徴収すべき額に不足すると認められる場合において、その不足すると認められることが、当該国税の課税期間の開始日以後に滞納者が行った弁済、代物弁済その他債務の消滅に関する行為（以下「弁済等」という。）で、滞納者が支払不能になった後にしたものに基因すると認められるときは、その弁済等を受けた者は、その弁済等を受けた額の限度において、その滞納に係る国税の第二次納税義務を負う。ただし、弁済等を受けた者が、その弁済等を受けた当時、支払不能の事実を知っていた場合に限り。
- 2 前項に規定する支払不能とは、支払能力を欠くため、債務（既に債務成立の基礎たる事実が発生し、近い将来においてその成立が高度の蓋然性をもって見込まれるものを含む。）につき一般的かつ継続的に弁済することができないと認められる状態をいう。
- 3 第1項の適用については、弁済等の相手方が次に掲げるいずれかであるときは、その相手方は、当該弁済等の当時、支払不能の事実を知っていたものと推定する。
  - 一 滞納者の親族その他の特殊関係者
  - 二 滞納者が法人である場合のその理事、取締役、執行役、監事、監査役、清算人又はこれらに準ずる者

## 2 新たな第二次納税義務制度の正当化根拠

(1) 本件私案については、次のような問題について指摘を受けるであろう。

イ 当該第二次納税義務制度の創設の趣旨は、「従来の詐害行為取消権に代わる制度」ということであつたはずである。にもかかわらず、出来上がった規定は、破産法 162 条の規定、すなわち、債務者が債権者を害することを知つてしたかどうかを問うことなく、支払不能となつた後の偏頗弁済を一律に否定するという「危機否認」の規定をベースとしたものとなつており、「偏頗弁済の詐害性」を根拠として当該第二次納税義務制度の趣旨を合理的に説明することができるのか。

ロ 当該第二次納税義務制度の創設によって、私債権者と租税債権者との



間に次のような差異が生ずることとなるが<sup>(52)</sup>、そのことの正当性について、合理的に説明することができるのか。

【事例】債務者が、唯一の資産から債権者Aだけに弁済し、債権者B・Cを放置して無資産となった場合に、債権者Cが採り得る手段				
弁済時の債務者の資力		債権者Cが採り得る手段（私債権の場合）		私債権と租税債権の間に生ずる差異
		破産手続開始前	破産手続開始後	
Cの債権が未発生又は弁済期未到来	弁済期到来済債権との関係では支払不能ではないが、弁済期未到来債権を含めると支払不能状態であった。	<p>【1案・2案の1】 詐害行為制度廃止</p> <p>【2案の2】 「支払不能後の偏頗弁済」に該当せず、詐害行為とならない。</p>	「支払不能後の偏頗弁済」に該当せず、否認対象とならない。	① 私債権との関係では、詐害行為にも否認の対象にもならないのに対し、租税債権者は、第二次納税義務を賦課できる場合がある。
	弁済期到来済債権との関係で既に支払不能であった。	<p>【1案・2案の1】 詐害行為制度廃止</p> <p>【2案の2】 他の債権者Bの債権が弁済期到来済であれば、同債権者との関係では「支払不能後の偏頗弁済」として詐害行為となり、同人は詐害行為取消権を行使することができるが、債権者Cとの関係では「支払不能後の偏頗弁済」に該当せず、詐害行為とならない。</p>	<p>他の債権者Bとの関係で「支払不能後の偏頗弁済」となり、同人の申立てによって破産手続が開始され否認権が行使されれば、債権者Cも配当を受けられる。</p> <p>ただし、債権者Cとの関係では「支払不能後の偏頗弁済」に該当せず、同人には破産申立権がない。</p>	② 私債権者は、他の債権者の申立てにより破産手続が開始されない限り否認の効果を受けないのに対し、租税債権者は、破産手続開始の有無を問わず、第二次納税義務を賦課できる場合がある。

(52) 詳しくは、下表のとおりである。

Cの債権が 弁済期到来済	同上	<p>【1案・2案の1】 詐害行為制度廃止</p> <p>【2案の2】 債権者Cとの関係で「支払不能後の偏頗弁済」となるから、同人自ら取消権を行使することができる。</p>	債権者Cとの関係で「支払不能後の偏頗弁済」となるから、同人自ら破産申立てをすることができる。	<p>③【1案・2案の1】との比較において、私債権者は破産手続開始後でなければ否認の効果を享受できないのに対し、租税債権者は、破産手続開始の有無を問わず、第二次納税義務を賦課できる場合がある。</p>
-----------------	----	--	--	--

(イ) 私債権者にとっては、詐害行為取消権を行使することができず、かつ、否認の対象にもならないにもかかわらず、租税債権者は、第二次納税義務を賦課することにより徴収できる場合がある。

(ロ) 否認の対象となる場合であっても、私債権者は、破産手続開始後でなければ否認の効果を享受することができないのに対し、租税債権者は、破産手続開始決定の有無を問わず、第二次納税義務を賦課することによって徴収することができる場合がある。

(2) しかしながら、上記(1)の問題点については、次のとおり説明することが可能である。

イ まず、上記(1)のイの指摘に対しては、破産法162条は、詐害行為取消権についていわれるところの「詐害性」(以下、単に「詐害性」という。)と全く無関係の規定ではない、ということができる。

たしかに、破産法162条は、その文言上、債務者が債権者を害することを知っていたかどうかを問うことなく、支払不能となった後の偏頗弁済を一律に否認することとしている。また、同条の趣旨は、「支払不能となった後にされた弁済は、弁済期にある債務を全般的に支払うことができない状態にあるにもかかわらず、特定の債権者のみに満足を得させたという点において債権者間の平等を害する」からであると説明されて

おり<sup>(53)</sup>、これらのことからすると、同条は、一見「詐害性」とは無関係の規定のようにみえる。

しかしながら、「債権者間の平等を害すること」と「詐害性」とは、無関係の概念ではなく、「債権者間の平等を害すること」は、「詐害性」判断の一要素とされてきた。すなわち、上述したとおり、従来、「通謀＋積極的詐害意思」をもって偏頗弁済がされた場合に、それが詐害行為になるとされてきた理由は、当該弁済から除外された他の債権者は通常の実行行為の結果として弁済を受ける機会を逸したわけではなく、債務者と特定の債権者との合意によって、平等弁済を受ける機会を積極的に侵害されたと評価し得るからであると考えられるが、そうすると、「債権者間の平等を害する」という事実の存在が、「詐害性」ありと認定されるための前提となっていることになる。そして、単に債権者間の平等を害したというだけでは詐害行為となり得ないものが、「通謀＋積極的詐害意思」を伴うことによって詐害行為になるということは、「偏頗弁済の客観的な詐害性は弱い」ということを意味するが、しかし、詐害行為の成否が客観的な詐害性と主観的な詐害性の相関関係によって定まるものである以上、「客観的な詐害性がゼロ」と評価されているわけではないことも意味している。そうすると、破産法 162 条も、その文言上は、偏頗弁済の詐害性の有無を問題としていないかのように見えるが、偏頗弁済が否認の対象とされている理由が「偏頗弁済は債権者間の平等を害する」からである以上、当該偏頗弁済は、多かれ少なかれ、客観的な詐害性も伴っていると評価することができる。そして、同条が規定する偏頗弁済は、支払不能となった後の偏頗弁済であるから、むしろ、従来の判例において詐害行為になり得るとされてきた「債務超過状態での偏頗弁済」よりも、客観的な詐害性が強いといえることができる<sup>(54)</sup>。

---

(53) 小川秀樹編著「一問一答新しい破産法」228 頁（商事法務、2004）

(54) 改正後の破産法も、偏頗弁済に詐害的な面があることを否定しているわけではないといえよう。破産法 160 条は、「次に掲げる行為（担保の供与又は債務の消滅に関

このように、破産法 162 条は、債権者を害することを知ってしたこと（主観的詐害性）は要件としていないものの、同条が否認の対象としている「支払不能となった後の偏頗弁済」は、多かれ少なかれ、客観的詐害性を有していると評価することができるのであり<sup>(55)</sup>、そうである以上、同条の規定をベースとした本件私案について、「偏頗弁済の詐害性を根拠とするものであり、従来の詐害行為取消権に代わるものである」と説明することは、不可能ではないと考える。

ロ また、上記（1）のロの指摘についても、「私債権との関係では、債務者が他の債権者だけに優先的に弁済して無財産となってしまうことへの対抗策を法的制度として設けておく必要性は大きくないが、租税債権との関係では、その必要性が極めて大きい」といえるのであるならば、租税債権についてのみ、現行の否認権を超えた制度を設けることとしても、決して不合理ではないということができよう。そして、次のような観点から、そのような対抗策を設けることの必要性を説明することができる<sup>(56)</sup>と考える<sup>(56)</sup>。

---

する行為を除く。)は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。  
一 破産者が破産債権者を害することを知ってした行為(後略)」と規定しているが、上記かつこ書をわざわざ設けているということは、「債務消滅行為」の中にも「債権者を害する行為」があり得ることを前提としているといえる。

- (55) 旧破産法 72 条 1 項 2 号は、「支払ノ停止アリタル後ニ為シタ債務ノ消滅ニ関スル行為其ノ他破産債権者ヲ害スル行為」というように規定しており、この「債権者ヲ害スル」とは、故意否認についていうところの「債権者を害する＝共同担保の減少」とは異なり、「債権者間の平等を害する」という意味であると説かれてきたが、それに対し、「債権者間の平等を害する」とはいつでも、それは弁済額だけ破産者の共同担保が減少することを指し、危機否認はその弁済を否認して共同担保を回復することであるから、「破産債権者を害する」とは、故意否認でも危機否認でも共同担保の減少をいうとの見解があるとされる(斉藤秀夫ほか編「注解破産法〔第三版〕(上巻)」470 頁(青林書院、1999))。つまり、支払停止後の偏頗弁済が「債権者間の平等を害する」と評価されるということは、当該偏頗弁済が、詐害行為取消権にいうところの客観的詐害性(共同担保の減少)を有していることをも意味するということであり、私見の裏付けとなり得る。
- (56) 私債権と比較した場合の租税債権の特殊性については、佐藤英明「破産法改正と租税債権」租税法研究 33 号『租税徴収法の現代的課題』82 頁(有斐閣、2005)が参考となる。

- (57) 本文のような説明とともに、「既存の第二次納税義務制度との類似性」という観点からも、新制度の合理性を説明することが可能であると思われる。第二次納税義務制度は、形式的には第三者に財産が帰属している場合であっても、実質的には納税者にその財産が帰属していると認めても公平を失しないようなときにおいて、形式的な権利の帰属を否認して、私法秩序を乱すことを避けつつ、その形式的に権利が帰属している者に対して補充的に納税義務を負担させることにより、徴税手続の合理化を図るために設けられている制度であり（吉国二郎ほか編「国税徴収法精解」312頁（大蔵財務協会、2010））、次のように分類できる。（1）私法上対応策が存在しており、租税債権についてもそれが適用され得るが、簡易迅速な徴収のため、要件及び手続の特例を設けたもの（国税徴収法33条「無限責任社員の第二次納税義務」…会社法580条（無限責任社員の責任）の特例、国税徴収法34条「清算人等の第二次納税義務」…会社法486条（清算人の損害賠償責任）等の特例、国税徴収法39条「無償譲受人等の第二次納税義務」…民法424条（詐害行為取消権）の特例、国税徴収法41条「人格のない社団等に係る第二次納税義務」…登記・登録を要する財産に対する強制執行手続等の特例）、（2）私法上は対応策が存在しているが、租税債権についてはそれが適用されないため、代替措置として設けられたもの（国税徴収法38条「事業を譲り受けた特殊関係者の第二次納税義務」…事業譲渡による債権債務の移転及び商法26条（商号続用者の債務）の代替措置）、（3）課税原因と徴収の引当となるべき財産を一致させ、徴税の適正を図るための措置として設けられたもの（国税徴収法36条「実質課税額等の第二次納税義務」…資産の法律上の帰属者と、当該資産から生じた収益を実質的に享受していることを理由として納税義務を負う者が異なる場合の措置）、国税徴収法37条「共同的な事業者の第二次納税義務」…資産の所有者とその資産を利用して事業を行っている者が異なり、両者ともその事業から所得を得ているが、後者のみが一括して納税義務を負うこととされている場合（所得税法56条等）等の措置）、（4）徴収実務上多発した「徴収を回避する行為」への対応策として設けられたもの（国税徴収法35条「同族会社の第二次納税義務」…法人成りや第二会社を利用した徴収回避への対抗措置）。そして、上記表中の③については、上記（1）又は（2）に類似する制度として説明することが可能である。これに対し、上記表中の①及び②については、私債権との関係では否認権制度の対象から除外された（かつ、詐害行為取消権の対象からも除外されたと仮定する）行為について、租税債権との関係においてのみ、実質的に従来の詐害行為取消権と同様の制度を維持しようとするものであるから、上記（1）又は（2）に類似する制度であるというのは困難であり、上記（3）に類似する制度というのも無理がある（例えば、課税期間中に唯一の財産である土地を譲渡し、譲渡代金を特殊関係者への弁済に充ててしまった後、当該土地譲渡代金に対する課税が生じた場合に、当該弁済を受けた者に第二次納税義務を賦課することができることは、課税原因たる所得（譲渡代金）からの徴収を確保するための制度であるといえなくもないが、上記（3）に分類される既存の第二次納税義務は、所得の基因となった財産から徴収することができるというだけで、納税者がその財産を費消することまで禁止しているわけではない）。それでは、上記（4）に類似する制度、すなわち、課税期間開始後、特殊関係人に対して偏頗弁済を行い、その結果、納付資力を失ったことを、「徴収を回避する行為」として位置付けることはできないか。次のように考える。（A）上記国税徴収法35条（同族会社の第二次納税義務）は、個人の滞納者が法人成りし、あるいは、滞納法人が第二会社を設立して財産を移転した場合に、当該財産の移転を受けた法

(イ) 租税債権には、私債権に比べて履行の確保が困難な面があり、それを補うための法的制度を充実させる必要がある。

A 発生の特異性に基因する徴収確保の困難性

私債権者は、取引開始に際してあらかじめ担保を徴することが可能であり、また、取引継続中に相手方が財産の処分を開始したときは、取引を継続するか中止するかを選択し、後者を選択すれば債権の発生自体を回避することも可能であるが、租税債権については、租税債権発生前にあらかじめ担保を徴することはできず、課税期間中に納税者が財産を処分してしまったとしても、課税期間経過後に、法律の定めに従って自動的に租税債権が発生する。

B 直接不利益がなく履行意思が働きにくいことに基因する徴収確保の困難性

私法上の債務については、不履行が生ずると信用が失墜し事業の継続が困難となるため、債務者は、期限未到来の債務についても、その弁済資金を確保しないまま親族等に対する債務の返済を優先させようという意思は働きにくい。租税債務については、それを

---

人に第二次納税義務を賦課することができるという規定であるが、そのような財産移転行為については、債務（租税を含む）の履行を回避すること以外に合理的な理由が見出しがたく、しかも、財産の移転先は、滞納者を基準として同族関係が認められる法人であり、移転後の財産を滞納者が実質的に支配していることができるから、当該財産の移転を受けた法人に対し、その財産に相当する額の滞納国税の納付を求めることができることは、合理性があるといえよう。(B)これに対し、偏頗弁済は、債務の履行であるから、「他の債権者に対する債務の履行を回避すること以外に合理的な理由を見出しがたい」とはいえないし、上記国税徴収法35条が想定しているような「滞納者が外形上財産を他者に移転しつつ、なお、実質的に当該財産を支配している」場合であるともいえない。また、ある債権者が租税債権より先に弁済を受け、その結果、債務者が無資力に陥ったとしても、当該債権者が非難を受けるべき理由も、本来ない。(C)しかしながら、支払不能となる前の偏頗弁済についてはそのようにいえるとしても、支払不能となった後に偏頗弁済が行われた場合には、その結果放置された租税債権の徴収が不可能となることは明らかなのであるから、「徴収を回避する行為」と評価することができ、当該弁済を受けた債権者が支払不能の事実を知ってことを要件として、その弁済を受けた額の範囲内で第二次納税義務を賦課することには、合理性があると考えられる。

履行せずとも直ちに公共サービスが受けられなくなるわけでは  
ないから、特に納税義務成立前や納期限未到来の租税債務については、  
その納税資金の確保よりも、親族等に対する債務の返済を優先させ  
ようとする意思が働きやすい。

(ロ) 他の納税者との公平等を考慮する必要がある。

①内部者に対する債務は返済しつつ、国税は納付しない納税者、及  
びそれを知りながら返済を受けた内部者、並びに②国税の納付を優先  
させた納税者、及びその結果返済を受けられなかった内部者は、いず  
れも同一の公共サービスを楽しむことができるが、②から①をみた  
場合、不公平感が否めないであろう。また、特に源泉所得税や消費税  
等の預り金的な国税については、それが国庫に納入されず、納税者の  
内部者に対する債務の返済に充てられてしまうことは、これらの国税  
の負担者（給与所得者、消費者等）にとって極めて不合理である。

### 3 本件私案についてのその他の問題点

(1) 第二次納税義務の成立要件として主観的要件を設けることの是非

本件私案1項は、「弁済等を受けた者が、その弁済等を受けた当時、支払  
不能の事実を知っていた場合に限り」としているが、第二次納税義務の成  
立要件として、そのような主観的要件を設けることは妥当か。また、逆に、  
そのような主観的要件を設けないという選択はあり得るか。

イ 課税処分要件を定めた規定の中には、客観的要件だけでなく、主観  
的要件（納税者等の内心の事情）の充足を必要としているものがあるが  
(58)、そのような立法の存在自体を問題視する論評は見当たらない(59)。し

(58) 国税通則法65条5項に規定する「更正があるべきことを予知」、同法68条1項に  
規定する「隠ぺいし、又は仮装し」についての故意（最高裁昭和62年5月8日判決・  
裁判集民事151号35頁は、重加算税を課し得るためには、納税者が故意に課税標準  
等又は税額等の計算の基礎となる事実の全部又は一部を隠ぺいし、又は仮装し、そ  
の隠ぺい、仮装行為を原因として過少申告の結果が発生したものであれば足り、そ  
れ以上に、申告に対し、納税者において過少申告を行うことの認識を有しているこ

たがって、税法規定の中に主観的要件が存在すること自体は、許容されているものと考えられる。

ロ 第二次納税義務の成立要件（告知処分の要件）として主観的要件を規定することの是非については、現行国税徴収法の制定に向けた租税徴収制度調査会での議論が参考となる。

(イ) 同調査会では、訴訟により詐害行為を取り消すことは、日時を要し、徴税の早期確保に欠けるところがあるという問題認識の下、「基本的には現行制度によることとするが、詐害行為のうち、一定の顕著な事由を決定し、これに該当するものに限り、収税官吏の行政処分により取り消させるか」という案が提示され、次のように説明されている<sup>(60)</sup>。

A 顕著な例としては、次のようなものが考えられる。

---

とまでを必要とするものではないと判示している。) など。

- (59) 国税通則法 23 条 2 項 2 号は、申告期限から 1 年を経過した後であっても政令で定めるやむを得ない理由があるときは更正の請求ができる旨規定し、国税通則法施行令 6 条 1 項 1 号は、これを受けて、申告等に係る課税標準又は税額等の計算の基礎となった事実（以下「基礎事実」という。）に関する訴えについての判決等により、その事実が当該計算の基礎としたところと異なることが確定したときを規定している。そして、最高裁平成 15 年 4 月 25 日判決（訟務月報 50 巻 7 号 2221 頁）は、この「判決」に基づいて更正を請求するためには、申告時、納税者が、基礎事実と異なることを「知らなかったこと」が必要であると判示したが、上告人（納税者）は、上告受理申立書の中で、「主観的要件は、訴訟上、その事実認定が困難であることが多いことは、経験則上明らかであるにもかかわらず、この要件を付加することは、更正請求を受けた税務署長に過度な負担を強いるものであり、明らかに租税債務関係の早期確定及び税務行政の能率的運用の要請に反する。また、更正請求をしようとする納税者にとっても、その要件に該当するか否かを一義的に判断することができず、納税義務者の救済という要請にも反することになる」との主張を展開した。たしかに、行政処分の迅速性・適法性を確保する観点からは、認定の困難な主観的要件はなるべく設けない方がよいともいえるであろう。しかしながら、当該規定の制度趣旨を全うする観点から、明文上又は解釈上、主観的要件を付加するのが妥当と考えられる場合があることも否定できない。上記最高裁判決の原審も、主観的要件を必要とする理由について、「納税者が申告時に基礎事実と異なることを知っていたならば、当該認識に従って申告を行うことは可能であったのであるし、認識に反して申告を行うことは虚偽の申告を行ったことにもなるから、後に基礎事実と異なることが判決で確定されたからといって、申告期限後において、なお、その権利を救済する必要はないといわざるを得ないからである」と述べ、当該規定の制度趣旨を踏まえた判示をしている。

- (60) 大蔵省「租税徴収制度調査会主要審議資料」19 頁以下



- ① 贈与、遺贈、寄付行為等の無償行為又は著しく低廉な対価による譲渡行為若しくは物上保証等の行為のうち、滞納に係る国税の納期限より一定期限前になされたもの
- ② あらかじめ当事者間に契約がなく、又は弁済期が到来しないにもかかわらず、担保の提供、代物弁済又は期限前に債務の弁済をする等の行為のうち、滞納に係る国税の抽象的成立があったものとされたとき以後においてされたもの
- ③ 滞納に係る国税の抽象的成立があった後、権利の設定、移転又は変更についての第三者対抗要件を具備した行為のうち、その権利の設定、移転又は変更を生ずる原因行為があった日より一定期間を経過した後にされたもの

## B 理由

- ① 詐害行為の範囲を、滞納者の詐害の意思、譲受人の悪意等の主観的要件を必要としない程度に限定し得るよう、課税の公平上、課税権者がその取消しを主張することが妥当と考えられる行為に限ることとするとともに、取り消しによる公示方法を定めるとすれば、必ずしも行政処分による取消権の行使を排除する必要はない。
- ② 典型的な詐害行為にまで訴訟による煩瑣な手続を必要としない。
- ③ 現行制度は、訴訟等に日時を要し、徴税の確保及び徴税上の公平を欠くおそれがある。

(理由についての捕捉説明)<sup>(61)</sup>

一般的に行政処分によって詐害行為を取り消すということは、本来詐害行為の内容自体について第三者としての司法裁判所が判定をするという考え方に対していささか疑問があるわけでございますの

---

(61) 租税徴収制度調査会第10回速記録(昭和31年10月8日)における吉国幹事の発言(三ヶ月章ほか監修「租税法制定資料全集—国税徴収法〔昭和改正編〕(1)」327頁(信山社、2002))

で、この考え方はむしろ一定の定型的な詐害行為と申しますか、課税権を行使する上から見て当然取り消しても公平妥当ではないかとみられるような特定の行為を法定して、客観的要件によって、主観的要件を必要とせずに否認権の行使を認めるということにすれば、行政権で取消しをしても必ずしも不当ではないのではないだろうか（中略）といった考え方でございます。

C これに対して、次のような反対意見が考えられる。

- ① 行政処分により私法上の法律行為を否認するような形式的行為は、私権保護の面から適当でない。
- ② 詐害行為の取消しの簡素化は、むしろ、第二次納税義務の拡充のような形において検討すべきである。

(ロ) 以上の議論を整理すると、次のようになる。

- A 詐害行為取消権の成否については、本来、第三者機関としての裁判所が判定するものとされていることからすれば、行政処分によって、一般的に詐害行為を取り消すことができるようにするという考え方には、疑問がある。
- B しかしながら、詐害行為に該当する行為のうち、滞納者の詐害の意思、譲受人の悪意等の主観面を問うことなく、客観面のみを考慮した場合においても、そのような行為を放置することが明らかに租税負担の公平に反し、国税当局がその取消しを主張することが妥当という評価を得ることができると認められる類型のものについては、行政処分によって取り消すことができることとしても、必ずしも不当ではない。
- C ただし、行政処分によって私法上の法律行為を否認することは、私権保護の面から適当でなく、詐害行為取消しの簡素化は、第二次納税義務の拡充によって対応するのが妥当とも考えられ、その結果設けられたのが、「詐害行為に該当する行為のうち、無償又は著しく低額の譲渡について、主観的要件を問うことなく、客観的要件のみ

によって第二次納税義務を賦課することができることとした」ところの、国税徴収法 39 条である。

ハ 以上によれば、国税徴収法 39 条の無償譲受人等の第二次納税義務について、主観的要件が規定されていないのは、その客観的な詐害性に照らし、主観面を問うことなく第二次納税義務を賦課しても、租税政策上不当ではないとの評価が得られると考えられたからであるといえる。

ニ では、偏頗弁済の相手方について第二次納税義務制度を設ける場合はどうか。

(イ) 仮に当該第二次納税義務制度が、「偏頗弁済の詐害性」のみを根拠とするものであるならば、行為者の主観面を問うことなく、行為の客観面のみから判断して、「そのような行為を放置することは、明らかに租税負担の公平に反し、国税当局がその取消しを主張することが妥当」という評価を得ることは、かなり困難であるといえよう。上記ロの(イ)のとおり、非義務的な弁済については、上記租税徴収制度調査会において無償譲受人等と同様に扱うべく提案されたことがあるが、弁済期到来後の偏頗弁済については、当時も議論の対象とされていないし、また、最高裁が「債権者が弁済を求めることは当然の権利行使であり、債務者も弁済を拒絶することはできないのであるから、その結果、共同担保が減少し、その不足の程度が強まったとしても、他の債権者から非難されるべき理由はなく、原則として詐害行為とならない」と判示していることから、そのように考えることができる。そして、その場合の主観的要件は、本件私案のような「支払不能の事実を知っていた」だけでは足りず、従来の判例理論に従って「通謀＋積極的詐害意思」の存在を要件とすべきという考え方すらあり得よう。

(ロ) しかしながら、上記 2 の (2) のとおり、本件私案は、「偏頗弁済の詐害性」のみを根拠としているわけではなく、あくまで、「破産法 162 条の規定をベースとしつつ、国税徴収確保の観点から、租税債権の特殊性を根拠として合理的に説明可能な範囲内において、要件及び

手続上の特例を加味した制度」として位置付けようとするものである。したがって、破産法 162 条が、否認権の行使について「支払不能の事実を知っていたこと」で足りるとしている以上、国税徴収確保の観点から、それ以上に要件を厳格化する必要はないと考える。

(ハ) では逆に、国税徴収確保の観点から、主観的要件を軽減することはどうか。

この点についても、「破産法 162 条の規定上、支払不能となった後に偏頗弁済が行われ、かつ、弁済を受けた者が支払不能の事実を知っていた場合でなければ、当該偏頗弁済を否認することができないとされているにもかかわらず、租税債権との関係においてのみ、当該偏頗弁済を受けた者が支払不能の事実を知っていたかどうかにかかわらず、支払不能となった後に偏頗弁済が行われたという事実のみから判断して、『そのような行為を放置することは、明らかに租税負担の公平に反し、国税当局がその取消しを主張することが妥当』という評価を得ることができるか」という問題として考えることができよう。

そして、債権者が弁済を求めることは、本来当然の権利行使であること、及び破産手続が開始され、債権者平等原則の実現が強く要請される場面においてすら、そのような主観的要件が必要とされていることを考慮するならば、租税債権との関係においてのみ、しかも、破産手続開始の有無にかかわらず上記のような評価を得ることは、困難であると考える。

(2) 主観的要件の充足について推定規定を設けることの是非

本件私案 3 項は、偏頗弁済の相手方が滞納者の内部関係者である場合に、それらの者が支払不能の事実を知っていたものと推定することとしているが、その点については、次のとおり、合理性を説明することができよう。

イ 本件私案 3 項は、破産法 162 条 2 項の規定に倣ったものであるが、同項の趣旨については、「経験則上、破産者が対価として取得する財産を隠匿し、又は費消する等の意思で、内部者に対して重要財産の処分をした

という場合には、内部者も破産者の意思を知りつつこれに加担した蓋然性が比較的高いと考えられることや、危機時期においては、破産者とその内部者が通謀の上で財産の隠匿等の行為をするおそれがあり、このような行為については否認の立証を容易にする必要があること等を考慮したものである」と説明されている<sup>(62)</sup>。つまり、経験則を根拠として、推定規定の合理性が説明されているのである。

そうすると、租税債権との関係においても、支払不能となった後に内部者が偏頗弁済を受けた場合には、同様の経験則が働くというべきであり、本件私案のような推定規定を設けることには、合理性があるといえよう。

ロ また、税法にも、納税者との人的関係に基づいて認められる経験則を根拠とした推定規定がみられる。

所得税法 158 条（事業所の所得の帰属の推定）は、「法人に 15 以上の支店、工場その他の事業所がある場合において、その事業所の 3 分の 2 以上に当たる事業所につき、その事業所の所長、主任その他のその事業所に係る事業の主宰者又は当該主宰者の親族その他の当該主宰者と政令で定める特殊の関係のある個人が前に当該事業所において個人として同一事業を営んでいた事実があるときは、その法人の各事業所における資金の預入及び借入れ、商品の仕入れ及び販売その他の取引のすべてがその法人の名で行なわれている場合を除き、税務署長は、当該各事業所の主宰者が当該各事業所から生ずる収益を享受する者であると推定して、更正又は決定をすることができる」と規定しているところ、その趣旨については、「所得税を軽減する目的で法人を組織し、形式上は法人としての形態を装い、実質は個人が事業を営み、その損益も個人の自由に帰しているようなものが存在した」とか、「一つの法人に数多くの営業所があり、しかもそ

---

(62) 小川秀樹編著「一問一答新しい破産法」225 頁（商事法務、2004）

の営業所の大部分にはその営業所の個人営業時代からの店主が居座っているというような場合には、その法人は、仮装の法人であることが多い。このような経験に基づいて右のような推定規定が設けられた」と説明されている<sup>(63)</sup>。

所得税法 158 条の規定は、所得の帰属を推定するものであり、「知っていた」というような内心の意思を直接推定するものではないが、納税者との人的関係から認められる経験則を根拠として一定の事実を推定するという点では、上記破産法 162 条 2 項の規定と共通するところがあるといえるし、また、所得の帰属の認定に当たっては、客観的事実のほか、当事者の内心の意思（認識等）も考慮されること（例えば、大阪地方裁判所平成 9 年 3 月 13 日判決（税務訴訟資料 224 号 658 頁）は、金融業に係る 2 店舗の所得が、営業上用いられている名義どおり法人に帰属するのか、同法人の代表取締役個人に帰属するのかが争われた事例において、「被告人（代表取締役）は、法人設立後も、当該二店舗については、法人の経営する店舗とせず、従前どおり、被告人の個人経営の店舗とするという明確な認識を有していたのであり、また、経理処理の面でも、右認識に沿う形で、法人の経営とされた他の三店舗において取られていた処理を行わず、両店の収支を法人の決算及び法人税確定申告の対象としなかったのであり、さらに、貸付原資の提供及び事実上の収益の回収も、被告人個人においてなされていたのであるから、被告人は、当該二店舗を被告人の収支計算の下で経営していたと認められるのである。したがって、当該二店舗における事業上の収益は被告人個人に帰属するものと解するのが相当である」と判示しており、実質所得者とされた者の内心の意思と客観的な行為等の両方を考慮した判断を下している）からすれば、所得税法 158 条の規定は、そのような内心の意思を推定する趣旨も含んでいると解することができる。

---

(63) 武田昌輔監修「DHC コンメンタール所得税法」7123 頁参照（第一法規）

このような観点からも、本件私案のような推定規定を設けることは、決して不合理ではないということができよう<sup>(64)</sup>。

---

(64) 本件私案 3 項（破産法 162 条 2 項）のように「知っていたものと推定する」旨の規定がある場合に、相手方が「知らなかった」ことを証明することは必ずしも容易ではなく、実質的に主観的要件がないのと同じであるとの批判も考えられる。しかしながら、例えば、滞納会社の役員が偏頗弁済を受けたとして第二次納税義務を課されたが、実は名義上の役員であって、滞納会社の事業に全く関与しておらず、財務状況を知る立場になかったというような場合、それらの事実を証明することは不可能ではあるまい。

## おわりに

「中間的論点整理」にかかるパブリックコメントの実施期間が決定された後、法制審事務局である法務省民事局参事官から、次のようなメッセージが出されている<sup>(65)</sup>。

「中間的な論点整理までの第1ステージに続き、第2ステージでの中間試案の取りまとめを行い、再度のパブリックコメントの手続を実施することが予定されている。具体的な改正内容を詰めていく作業は、まだこれからである。(中略)積極的な議論が広汎に展開され、多方面から建設的な意見が寄せられることを、心から願っている。」

ここまで述べてきたように、詐害行為取消権は、本来、私法上の制度ではあるが、国税の徴収についても準用されており、今回の改正の成り行き次第では、大きな影響を受けることになる。国税の徴収実務に携わる者としては、改正の方向性それ自体について積極的に意見を述べるとともに、法制審での審議の状況を踏まえながら、新たな徴収制度の要否についても検討して行く必要があるといえよう。

---

(65) 金融法務事情 1922 号 1 頁 (2011)