慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔民法一七〕抵當權の設定が詐害行爲とされる場合に生ずる諸問題 (昭和三五年四月二六日最高裁三小法廷判決)
Sub Title	
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.2 (1961. 2) ,p.81- 85
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610215-0081

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

〔民法　一七〕抵當權の設定が詐害行爲とされる場合に生ずる諸問題

（昭和三五年四月二六日最高裁三小法廷判決　昭和三二年(オ)三六二號詐害行爲等取消請求事件　上告棄却・原審高松高裁　判例時報二三二號二頁）

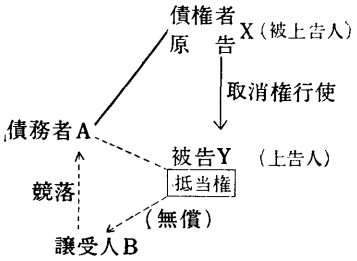
【事實】訴外Aは、四國松山市内で旅館業を經營。負債が相當にあつたらしい。昭和二九年七月八日、旅館の土地・建物につき、Aは實兄Yのために抵當權を設定。Yは、抵當權を實行して競賣の申立をなした後、その債權をBに無償讓渡し、けつきよく、Bが右不動產を競落し、現在その旅館を經營している。

原告Xは、Aにたいする債權者であるが、A・Y間の抵當權設定行爲を詐害行爲たるものであるとし、民法四二四條により、Yを被告として、詐害行爲の取消を請求したわけである。

原審の高松高裁は、Xの請求をみとめ、X勝訴（昭和三二年一月二六日判決）。Yは、つぎのような理由によつて、上告する。

【上告理由】(1)詐害行爲成立のためには、一般に、その行爲によつて債權者に損害を生ずることを要するのであるが、この場合、債務者の辨濟資力とは單なる計數上の債務超過のみを意味するわけではなく、債務者の信用などをも考慮すべきである。しかるに、原審は、Aの有する財產を不當に低く評價し、けつきよくAを債務超過により無資力なるものとみとめた。旅館業は相當の營業成績をあげていたものであり、Aの信用を考慮しないのは不當である。

(2)詐害行爲成立のためには、さらに債務者に債權者詐害の意思あることを要すべきは、すでに大判昭和八年五月二日（昭和七年(オ)三五九一號）により明らかである。しかるに、Aは、自己の財產をもつて負債を上廻るものと考えていたものであり、債權者詐害の意思を有してはいなかつた。



(3) XからYにたいする損害賠償請求は、みとめられるべきものではない。

【判示】 (1)民法四二四條にいう「債權者ヲ害スル」か否かは、債務者の單なる計數上の債務超過のみならずその信用等の存否をも考慮して判斷すべきものであることは、所論のとおりである。けれども……債務者訴外……の積極財産としては……當時の（甲）の土地建物の價格は營業用什器、暖簾代を含めて三百萬圓であり、（乙）の不動産の價格は七十萬圓位であつた事實を認めているのである。ところで、一般に暖簾というときは、一定の營業から生ずる無形の經濟的利益を指すのであるから、判示「暖簾代」にはいわゆる信用が含まれている趣旨であると解される。

(2)詐害行爲の成立には債務者がその債權者を害することを知つて法律行爲をしたことを要するが、必ずしも害することを意圖しもしくは欲してこれをしたことを要しないと解するのが相當である。……論旨引用の昭和八年五月二日の大審院判決に示された見解は、當裁判所の採用しないところである。

(3)詐害行爲取消權は、詐害の原因たる債務者の法律行爲を取り消し、受益者又は轉得者がなお債務者の財産を保有するときは直接これを回復し、これを保有しないときはその財産の回復に代えてその賠償をさせ、もつて債務者の一般擔保權を確保することを目的とするものである。そして、その財産の回復義務は受益者又は轉得者が詐害行爲によつて債務者の財産を脫漏させたために生じた責任に基因するものであるから、その財産を他人に讓渡したからといつてこれを免れるものではなく、また財産讓渡の結果利得の殘存すると否とを問うものでもないと解さなければならない。……この場合被上告人は訴外……が惡意であれば、同人から直接右金員の辨濟を請求することができるが、同人に抵當債權を讓渡した上告人に對してもまた利得に代る賠償として右債權額の限度内の金員の支拂を求めることができるものといわなければならない。

垂水・島・河村・高橋・石坂の五裁判官の全員一致により、上告棄却。

【參照條文】 民法四二四條

【研究】 判示の第二・第三點は正當であるが、第一點については、多少の疑問があるように思う。つぎに分說しよう。

一 すでに多くの學說によつて明らかにされているように、詐害

行爲が成立するためには、一般に、その行爲によつて債權者に損害を生ずること——いいかえれば、債務者の辨濟資力を不十分にすること——を要するのであるが（たとえば、小池・『債權法總論』一六〇頁以下など、我妻・『債權總論』一〇四頁以下など）、この場合、債務者の辨濟資力の有無を判斷するためには、單に積極財產および消極財產にかんする計數上の債務超過のみに依存すべきでなく、さらに債務者の信用などをも考慮すべきであること、おそらく疑問はない（我妻・前揭一〇五頁、柚木・『判例債權法總論』（上）二二〇頁、松坂・「債權者取消權」（總合判例・民法七）一七三頁以下など）。

上告理由が、原審は債務者の信用を評價していないと非難したのにたいし、判示は、債務者の財產の評價のさいに「暖簾代」をふくめており、この「暖簾代」といわれているものの中には、いわゆる信用がふくまれている趣旨であると解されるから不當ではない、と答えている。

一般に、一種の營業讓渡とみられる「暖簾」の取引にあたつては、特定の場所・周知された名稱・固定的な顧客ないし仕入關係・特殊な設備・技術・從業員・繼續的な賣上高・等々の有機的關連からなる營業上の有形・無形の利益の一切を包含し、これらの中には、たしかに信用なるものがふくまれているとは考えられるけれども、しかし、「暖簾」というのは營業上の觀念なのだから、そこにふくまれる信用も、主として營業上の信用のみに限られるわけであり、したがつて、それは個人的な信用とは別個のものではなかろうか。

もとより、自家營業のような形態においては、その營業と經營者個人とは密着しており、明確には區別しにくい場合が多いであろう。しかし、營業用の財產と個人的な固有財產とは異なるものであり、その意味で、營業用の財產の有する擔保力と個人的な固有財產の有する擔保力とは異なるはずであり、したがつて、また、營業上の信用と個人的な信用との區別も、可能なのではあるまいか。實際上、營業上の信用と個人的な信用とは密着していることが多いから、たとえば、本件におけるような旅館業においても、その信用なるものを考えるときには、おそらく、營業上の信用と個人的な信用とを一體として考えるのがふつうかもしれない。しかし、經營者が交替したような場合には、たとえ旅館の經營狀態に變化がなくても、その信用は、おのずから變化するにちがいない。そうだとすれば、營業上の信用と經營者の個人的な信用とは、明らかに區別することが可能だ、といわなければならない。

この意味において、本件の原審が、單に旅館業の「暖簾代」を評價したというだけでは、債務者（經營者）の個人的な信用をも評價したことにはならないのではあるまいか。あるいは、原審は、「暖簾代」の評價の中に經營者の個人的な信用までふくめるつもりだつたのかもわからない。しかし、それならそれて、經營者の個人的な信用をもふくむ旨を明言しておくべきではなかつたか。ここに、ま

だ明確を缺くところが殘つているように思われる。かくて、單に「曖昧代」にはいわゆる信用がふくまれている趣旨であると解されるというにすぎない本件判示には、なお若干の疑問が感じられるのである。

二　詐害行爲成立のための主觀的要件として、債務者がその法律行爲の當時「其債權者ヲ害スルコトヲ知リ」たることを要するのは、民法の條文上、明らかである。この債務者の「知リテ」という要件について、たしかに上告理由の指摘するように、單に債權者を害するという結果を認識する消極的な心理狀態ではなく、債權者を害する意思を有する積極的な心理狀態であるとするのが、從來の判例の態度であつた（大判・昭和八年五月二日民集一二卷一〇五〇頁）。

これにたいし、學說は、一般に、詐害の意思とはいうものの、それは意欲ではなく、單に知つていること——つまり認識のみで足りると解している（小池・前掲一六二頁、我妻・前掲一〇七、於保・『債權總論』一七四頁など）。そこで、本件判示は、態度をあらためて、通說にしたがつたものということができる。多くの學說の指摘するとおり、債務者の主觀的な心理の態樣によつて詐害行爲の成否を區別するのは妥當ではないから、このような判例の態度の變更は、やはり正當なものと思われる（柚木・前掲二三六頁、有泉・判例民事法（昭和八年度）七四事件、松坂・前掲二〇五頁など）。

三　判示の第三點は、內容的にみると、つぎのような三つの事項にわたつている。

(1)債權者取消權は、受益者または轉得者がなお債務者の財產を保有するときは、直接にこれを回復し、もし保有しないときは、これに代えてその賠償をさせる權利であること。

(2)債務者の財產が轉得者に歸した場合に、轉得者からその財產を回復してもよく、また受益者から、これに代えて賠償させてもよいこと。

(3)受益者に賠償を請求する場合、受益者に利得が殘存すると否とを問わないこと。

以上のうち、(1)と(2)については、明治四四年三月二四日大連判以來、同趣旨の判例も多く、現在では、判例・學說ともに、ほぼ固定化したともいいうるのであるが、さいごの(3)は、まだ先例のないもので、判示としては新しい意味をもつている。

債權者取消權の本質について、わが國の通說・判例は、詐害行爲を取消した上、債務者から逸出した財產を取戻す權利であるとしている（我妻・前掲一〇〇頁以下、柚木・前掲二〇〇頁以下）。その制度目的は、債權者保護のために債務者の辨濟資力の回復をはかるというところにあり、その目的を達するのに必要な範圍で、本來は有效なるべき債務者の財產處分行爲を制限しようとするものである。

債務者の辨濟資力の回復は、まず債務者から逸出した當該財產の

取戻――すなわち、原物返還――によつて行われるべきものではあるが、もしそれが不可能である場合には、原物返還にかわるべき賠償をみとめざるをえない。この賠償の性質が、原物返還債務の履行不能にもとづく損害賠償であるか、それとも債務不履行の法律構成によらない単なる代償であるかについては、多少の問題の餘地も存するけれども（加藤・「債權者取消權」綜法一巻五號三八頁）、いずれにせよ、債權者取消權の制度目的からして、債務者の辨濟資力を回復することがその狙いであり、その實質的な内容は、原物であろうと、他の代償物であろうと、問うところではなくなるわけである。

債權者詐害にかんする受益者の惡意を要件としてみとめられる賠償請求は、あたかも、不當利得における惡意の受益者の全部返還義務（民法七〇四條）に類似する法律構成を有するものとも考えられる。したがつて、本件判示が、受益者に賠償を請求する場合、そこに利益が殘存すると否とを問わないとしたのは、まつたく正當であろう。

なお、本件については、玉田助教授の批評がある。判示にたいし、ほぼ全面的に贊意を表しておられる（判例評論二九。一三頁以下）。

（田中　實）