

# クリストフ・トーレ 「債権者否認権の構成要件の評価」

河野 憲一郎 訳

## 【訳者前注】

本稿は、*Christoph Thole, Die tatbestandlichen Wertungen der Gläubigeranfechtung* ZZP Bd. 121, 2008, S. 67 - 93の全訳である。

本論文において取扱われている〈否認権〉の問題については、ドイツでは数多くの論文が著されてきた。しかし、個別の解釈論上の問題点をめぐって今日なお非常に活発な議論が交わされていることから分かるように、問題は必ずしも十分に解明されたわけではない。原論文は、こうした状況において、基礎理論的な観点からの否認権の再構成を試みるきわめて意欲的な研究である。従来の研究が、主として否認権の効果に着目してきたのに対して(後注6)参照)、著者は、否認権の基礎にある法的評価を明らかにすべく、その要件の分析を試みている。このような著者の分析視点から、本論文では、倒産外否認法(Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens; AnfG)による債権者否認権(なお、*Gläubigeranfechtung*は、一般には債権者取消権と訳されることが少なくないが、倒産法上の否認権[*Anfechtung*]との関係を考慮して、ここでは「債権者否認権」と訳しておく。)と倒産法(Insolvenzordnung; InsO)上の否認権の関係について、理論的に踏み込んだ検討が行われている。

翻ってわが国においては、平成16年の破産法改正によって否認権に関する規定が整備されたが、このことによって新たな破産法上の否認権の規律(破160条-同176条)と民法上の詐害行為取消権(民424条-同426条)における判例法理を中心とした規律の整合性が改めて問題となっており、これは債権法改正

をめぐる議論の一つの重要なトピックでもある。ドイツにおいては個別執行において優先主義が採られるなど、制度の前提がわが国とは異なる点には注意を要するが、基礎的な問題にまで遡って要件を比較するという試みは、わが国の議論にとってもきわめて有益な視点を提供するのではないかと考える。ここにその全文を紹介する次第である。

以下、きわめて簡単にはあるが、著者であるトーレの略歴について触れておこう：

1978年オルデンプルク (Oldenburg) の生まれ。パイロイト大学とミュンスター大学にて法学を学んだ後、ボン大学にてゲルハルト・ヴァーグナー教授に師事。2003年に「BGB829a条にもとづく裁判上の鑑定人の責任——責任の構成要件と効果」で博士号を取得（主査：ヴァーグナー教授，副査：エーベルハルト・シルケン教授）。この博士論文は、*ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB - der Haftungstatbestand und seine Folgen, 2004, Heymannsとして公刊されている。2009年に「倒産法による債権者保護——否認権と企業倒産における類似の規律手段」にて、教授資格を取得（主査：ヴァーグナー教授，副査：シルケン教授）。この教授資格論文は、*ders.*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht - Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, 2010, Mohr Siebeckとして公刊されており、本稿で取扱う問題ともきわめて密接に関連している。2010年からチュービンゲン大学教授（現職）。

なお、トーレの経歴と作品の詳細については、以下のウェブサイトを参照。

[http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren\\_und\\_dozenten/thole](http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/thole)

\* \* \*

## I. 序

## II. 内容に乏しく、きわめて包括的な説明手法としての債権者平等

## III. 否認構成要件のより強固な体系化の擁護

1. 歴史的背景——本旨弁済否認とアクチオ・パウリアーナの区別
2. 比較法に立ち返って：アングロ・アメリカ法における否認権
3. 「債権者競合」の場合の否認とその他の責任回避的な財産移転の否認
  - a) 評価原理を厳密に区別する傾向

- b) 「債権者競合否認」の基本的考え
  - c) 債務者に関連する否認権の基本的考え
- IV. 効果と具体的問題提起
- 1. 体系的な位置づけという問題事例
    - a) InsO131条1項3号の体系的な位置づけ
    - b) InsO132条の体系的な位置づけ
  - 2. 否認構成要件相互の関係
  - 3. 倒産否認と個別的な債権者否認の関係
  - 4. 債権者の法的行為への故意否認の拡張？
  - 5. 展望：国際的なコンテキストにおける区別の有用性
    - a) 否認権の法統一
    - b) ヨーロッパ抵触法
    - c) 否認の訴えの国際裁判管轄
- V. 要約

## I. 序

倒産法（以下「InsO」とする。）においても（InsO129条以下）、倒産外否認法（以下「AnfG」とする。）においても実現された債権者否認権は、手続的な衣をまとった実体法上の法制度を意味している。この問題のある位置づけにもかかわらず、債権者否認権の基礎への学問的な関心は、非常に減退してきたように思われる。AnfGについての論攷は稀少であり、また倒産否認の学問的な研究は、個別問題に満足している。基礎的な議論が疎かにされていることは、さまざま理由からきわめて不当な結果をもたらす。したがって、連邦通常裁判所（以下「BGH」とする。）第9民事部は、いわゆる公法上の債権者への強制的弁済（Druckzahlungen）という事例群に関して、それ自体につき故意否認を認め、その結果、InsO133条のルネサンスが話題になっている<sup>1)</sup>。この関連において債権者の法的行為へのInsO133条の類推適用が喧伝されているが<sup>2)</sup>、それ

1) *Bork*, ZIP 2004, 1684.

2) 後記 IV. 4.

は確かな価値理解という基礎にもとづいてのみ解決される問題である。さらに、「否認権による債権者保護」は、会社法上の資本家保護システムが、ひそかに浸食されてきた常態において理解されて以来、進行しているように見える<sup>3)</sup>。倒産法と執行法の国際化がさらに付け加わり、それは牴触法上の問題提起によって支配されたヨーロッパ倒産規則（以下「EuInsVO」とする。）の導入という結果になったが、またヨーロッパにおける〔法の〕調和という視点にも道を開いた<sup>4)</sup>。国境を越えた倒産における否認の訴えについての国際裁判管轄の正しい位置づけについての関連している議論もまた、今日まで、実体的な否認権の評価に立ち返ることを欠いている<sup>5)</sup>。このようなダイナミックな展開の局面の中で、この法領域の基礎になっている価値を明確にすることが重要である。

## II. 内容に乏しく、きわめて包括的な説明手法としての債権者平等

否認権の意味と目的が問題とされる場合には、議論は、早急に否認の効果と否認法上の巻戻しの体系的な位置づけに集約されている<sup>6)</sup>。法律効果に関する広範囲な議論にもとづいて否認権の作用の仕方は十分に解明されているが、これに対して否認権の要件の構造原理と目的は、それほど注目されてはこなかった。このことは時々定式化された、否認権は、不当な財産移転を原状に回復すると

---

3) この発展につき包括的には、*Thole*, KTS 2007, 293.

4) *McBryde/Flessner/Kortmann* (Hrsg.), *Principles of European Insolvency Law*, 2003. これについてはさらに、IV. 5.

5) これについては、BGH, ZIP 2007, 1415 (EuGHへの提示決定 [Vorlagebeschluss]); *Thole*, ZIP 2006, 1383 m. Nachw. 詳細は、後記IV. 5. c).

6) 基本的なのは、*G. Paulus*, AcP 155 (1955), 277 ff.; *Gerhardt*, *Die systematische Einordnung der Gläubigeraufhebung*, 1969, passim; さらに、*Costede/Kaehler*, ZJP 84 (1971), 395 ff.; *Henckel*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 813, 855 f. Rdnr. 99 [翻訳として、ヴォルフラム・ヘンケル (近藤隆司訳) 「ドイツ倒産法における否認制度(1)(2・完)」白鷗法學19号432頁, 同20号65頁 (いずれも2002年) がある。]; *Koziol*, *Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeraufhebung*, 1991, S. 42 ff.; *Marotzke*, KTS 1987, 1 ff.; *Wacke*, ZJP 83 (1970), 418.

いう目標を追求している、という命題の中にきわめて顕著である<sup>7)</sup>。妨害された「擷取可能性」を回復することもまた、否認権の予定された目的として語られている<sup>8)</sup>。いかなる評価が、ある財産移転を不当であると思わせるのかは、常に残されたままである。しばしば債権者平等の原則 (par conditio creditorum) が、包括的に全ての破産否認事例のための正当化根拠として援用される<sup>9)</sup>。若干の違いを示すのはBGHの最近の言い回しであり、それは、否認権の規律は、否認の規範によって時間的に前倒しされた総債権者平等の原則に対する立法者の否認の相手方の利益の衡量の結果であるという<sup>10)</sup>。これと同様の言明でもって、否認権は倒産の目的および倒産法による債権者の債権の回収に密接な結びつきをもたらす。区別がなされる限りにおいて、「一般の」(AnfGにおいても構成要件的に実現された)否認権と「特別の」(InsOにおいてのみ実現された)否認権、すなわちInsO130条、同131条における弁済否認を話題にしているにすぎない。しかし、このことによって述べているのはたいていは実体的な区別ではなく、形式的な区別であるにすぎない<sup>11)</sup>。

債権者平等の原則を指摘することは、財団への回復と倒産法上の分配メカニズムの間の論理必然的な関係を示唆しているが、それはそのような関連性はない。割合的な満足は、倒産債権者間での主張された分配メカニズムを示しているにすぎないという理由で、否認権は、実際的な帰結において債権者平等に資

7) BGH, WM 1955, 407, 409; Uhlenbruck-Hirte, Insolvenzordnung, 12. Aufl. 2003, § 129 Rdnr. 1.

8) M. Huber, AnfG, 10. Aufl. 2006, Einf. Rdnr. 24 (「擷取状況 [Zugriffslage]」); Kindl, NZG 1998, 319, 322; Uhlenbruck-Hirte (Fn. 7), § 129 Rdnr. 3.

9) BGHZ 59, 230, 232 (KO 30条に関して); BGH WM 1963, 748, 749; ZIP 1995, 1204, 1206 (その限りでBGHZ 130, 38では異なる); Paulus, in: Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, 434, 450 (しかし異なるのは, ders., in: Kübler/Prütting, Insolvenzordnung, § 129 Rdnr. 4); M. Huber, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2006, § 46 Rdnr. 7; Uhlenbruck-Hirte (Fn. 7), § 129 Rdnr. 1 (しかし, 部分的に異なる).

10) BGH, ZIP 1999, 406 re. Sp.

11) 例えば, M. Huber, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, § 47 Rdnr. 1; Nerlich/Römermann-Nerlich, InsO, § 132 Rdnr. 3; また, BGH, NZI 2005, 215, 216も参照。

する。しかし、まさにこの点に、財団の充実とそれによって促進される債権者平等の間の間接的な関連が存在するにすぎないが、それは同じように、それを用いて付加的な財団が生み出される管財人のあらゆる行為に際して観察されなくてはならない。それゆえ、前述された形態での債権者平等を成功した否認の単なる結論として指摘することは、特殊否認法的な理解を、さらに命題化して説明するのに適切ではない。債権者平等と法律効果サイドの記述を最終的に結びつけるだけではなく、そこに否認権の独自の根拠を認識する限りにおいて、故意否認と無償否認の場合には明白な困難に直面する。けだし、否認の相手方は、問題の法的行為の前にそもそも倒産債務者の債権者にはなってはならず、その限りにおいて、財産移転の時点において考えられる倒産手続においては、そもそも回収には服さないとされるからである。したがって否認権は、ある債権者が、債権者間の競争においてそれに倒産手続を申し立てるよりも多くを取得したがゆえに根拠づけられるのではない。もしあらゆる否認の構成要件を債権者平等に帰せしめようとするのであれば、さらにAnfGとの類似性が議論されているのではないか。けだし、AnfG3条、同4条の否認の規律で保護された優先主義を承認しなければならないかもしれないし、また結論において正反対の保護目的を持つかもしれないからである。結局、債権者平等は倒産否認法の目的への1つのアプローチを提供し得るにすぎないと思われる。

### Ⅲ. 否認構成要件のより強固な体系化の擁護

#### 1. 歴史的背景——本旨弁済否認とアクチオ・パウリアーナの区別

もし歴史的な視覚からアプローチするのであれば、債権者平等を包括的に指摘することは、若干、奇異の念を抱かせるに違いない。たとえ財産管理命令 (*missio in bona*) とこれに引き続く債務者財産の換価 (*venditio bonorum*) とともに、今日の包括執行の要素がまさにただちに認識されなくてはならないとしても、ローマのアクチオ・パウリアーナは、当初は破産手続外で今日の形態に定着をした。アクチオ・パウリアーナは、その対象物を財産差押えから免

れさせる目的を持つ第三者への古典的な財産移転を扱った<sup>12)</sup>。否認されるべき法的行為が行われたその人物は、常に債務者にとどまっている<sup>13)</sup>。贈与は、故意否認の下位事例をなしていた<sup>14)</sup>。これに対して、債権者平等という考えは、ローマの否認権にとっては、なおほるかに異質であった。したがって、履行期に達した債務の支払いはアクチオ・パウリアーナでは捕捉されないという当時の支配的な理解に、このことはよく対応している<sup>15)</sup>。もし債権者平等が決定的な基準となるのだとすれば、アクチオ・パウリアーナは、そのような本旨弁済行為を含めていなくてはならなかったのではないだろうか。執行手続がますます包括執行へと成熟してきたときにはじめて、否認権の意義も、少なくとも非本旨弁済行為から成長をした<sup>16)</sup>。北部イタリア法および中世ゲルマン法においては、弁済否認は、古典的なアクチオ・パウリアーナの影から現れた<sup>17)</sup>。この、いわゆる破産否認（破産パウリアーナ）は<sup>18)</sup>、現存の（実質的）倒産段階においてなされた支払いに特化された要件を定めていた。ハンブルクおよびリュベックでは、既に13世紀には債権者の債権額に応じた満足の原則、したがって

---

12) V. Schey, ZRechtsG XIII (1878), 120, 186 f.; Gerhardt, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, S. 52.

13) V. Schey, ZRechtsG XIII (1878), 120, 124; また, Motive zur KO, S. 114 = Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, S. 125も参照。

14) V. Schey, aa.O.

15) これについては, Franke, AcP 16 (1833), 125, 140; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 463 Nr. 6 mit Fn. 31; Laspenres, AcP 21 (1838), 35, 58 ff. m. w. N.; Puchta, Pandekten, § 380 Fn. c); V. Schey, ZRechtsG XIII (1878), 120, 134 f.

16) Kummer, FS Kirchhof, 2003, S. 393, 399; V. Schey, ZRechtsG XIII (1878), 120, 135.

17) こう述べていたのは, Hamburger Stadtrecht (1270), VI 15; Lübecker Stadtrecht von (1240), 128; 引用するのは, Gaugler, Die paulianische Anfechtung I, 1944, S. 32 Fn. 68; Gerhardt, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, S. 72. さらに, Ulmer Rote Buch (1376), Art. 185b, これはGaugler, aa.O., S. 51で抜粋して再現されている。

18) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891, § 43, S. 255; 全く同様なのは, Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907, S. 309.



債権者の平等が、その基礎として承認された<sup>19)</sup>。したがって、弁済否認の法が、次第に一般的な否認規定からは離れ、その他の、財産の贈与または故意による財産移転に関する構成要件と並んで確立した。

## 2. 比較法に立ち返って：アングロ・アメリカ法における否認権

ヨーロッパ大陸法と同様の傾向は、アングロ・アメリカ法にも生じていた。アングロ・アメリカ法は、当初は詐欺的な財産移転に関する一般的な規律を追求したが、しかし次第にそこからますます特別の否認の規律を引き出したのであり、それは現存する債権者の債権の弁済を取り扱った<sup>20)</sup>。イギリス法は、今日、偏頗行為、したがって個別債権者の優遇についての規律を知っているが（1986年の倒産法239条）、しかしアクチオ・パウリアーナに近い責任の回避のための故意による財産移転の規律（*debt avoidance*）をも知っており、それは倒産手続の外だけでなく、内部でも適用される（423条IA）。より強力に特徴づけられているのはアメリカ合衆国法における細分化であり、同法は、破産法典（Bankruptcy Code）において、2つの基本的構成要件に結実した。その一つは、現存する義務の弁済および担保供与を取り扱っているが（11 U. S. C. § 547）、これに対してもう一つは、特に贈与および適切な反対給付のない給付も含む、「詐欺的譲渡」（11 U. S. C. § 548）を対象にしている。

偏頗行為法（*preference law*）と詐欺的譲渡法（*fraudulent transfer law*）の間の区別は、実務上の経験の成果であるだけでなく、別々に成立した両領域の目的設定についての確固とした洞察に負っている<sup>21)</sup>。歴史的により新しい偏頗行為法は、完全に倒産手続によって義務づけられた集団化と結び付けられて

---

19) *Gerhard* (Fn. 17), a.a.O.

20) Statute of 13 Eliz., c. 5 (1571). 発展については、*Jackson/Kronman*, 60 Minn. L. Rev. 971, 977 (1976); *Countryman*, 38 Vand. L. Rev. 713, 714 ff. (1985); *McCoid*, 67 Va. L. Rev. 249, 250 (1981).

21) 枚举にいとまがないが、*Clark v. Security Pac. Business Credit* (In re Wes Dor, Inc.), 996 F. 2d 237, 240 (10th Cir. 1993); *Baird*, *The Elements of Bankruptcy*, 4<sup>th</sup> ed. 2006, S. 180.



いる<sup>22)</sup>。 *Union Bank v. Wolas*において、アメリカ合衆国最高裁判所は、債権者の平等と債権者間の有害な競争の防止を偏頗行為法の2つの決定的な目標として承認した<sup>23)</sup>。偏頗行為法は、不当な行為よりも広い意味で特色づけられた債権者間自体の関係における行為態様を取り扱っている<sup>24)</sup>。支払いまたは担保供与を強く要求する債権者は、倒産手続開始の前段階において倒産債務者の欠乏した資産からこの者に倒産手続がもたらすであろうよりも多くを受け取ることによって、他の競合債権者に対しての優位を作り出している。

倒産手続、倒産法上の分配原理および偏頗行為法の密接な結びつきが至る所で認められているのに対して、詐欺的譲渡法はその展開の経過においてはじめて倒産法と合流し、倒産法外の広い領域で発生した。それは、倒産手続内での事後的な取引の清算に限定されない広範な請求を追求している。したがって、個々の州法は、例えば統一詐欺的譲渡法 (*Uniform Fraudulent Transfer Act*) において列挙されているように、倒産手続の外にも詐欺的な法的行為についての否認の規律を知っている。その際に、詐欺的譲渡法は、他の債権者に対するある債権者の関係を規律しているのではなく、債務者－債権者法 (債権回収法 [*debtor-creditor-law*]) の一部である<sup>25)</sup>。それゆえ、詐欺的譲渡法の連結点は、欠乏した責任財産という背景の下に生じた他の債権者に対する当該債権者の優位または否認の相手方の行為ではない。むしろ倒産債務者の不当な行為態様であって<sup>26)</sup>、それが満足のために現存する財産を減少させ、またはこのことに適しているがゆえに、債権者に不利益をもたらすものである。割合的な分配が必然的に効力を失うというのではなく、単に、そこから債権者が満足を求めるところの財産のストックが減少させられるにすぎない。それゆえ詐欺

22) *Jackson*, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, 1984, S. 123.

23) *Union Bank v. Wolas*, 112 S. Ct. 527, 533 (1991).

24) *Jackson*, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, S. 124.

25) *Jackson*, 36 *Stan. L. Rev.* 725, 757, 777 (1986); さらに, *Note (o. V.)*, 97 *Harv. L. Rev.* 495, 501 (1983).

26) *Clark v. Security Pac. Business Credit (In re Wes Dor, Inc.)*, 996 F.2d 237, 240 (10th Cir. 1993); *Jackson*, *Logic and Limits of Bankruptcy Law*, S. 146 f.; *ders.*, 36 *Stan. L. Rev.* 725, 757, 777 (1986); *Tabb/Brubaker*, *Bankruptcy Law*, 2003, S. 392.

的譲渡法は本来的な倒産手続法の外にある法制度として認識されている<sup>27)</sup>。

### 3. 「債権者競合」の場合の否認とその他の責任回避的な財産移転の否認

#### a) 評価原理を厳密に区別する傾向

したがって、ドイツ法における近代的な破産手続の展開が、債権者平等の原則を全ての否認構成要件の説明手法としたのに対して、アメリカ合衆国法は、債権者平等の侵害に対して伝統的に倒産外に位置するアクチオ・パウリアーナの対応物を対置してきた。もちろん弁済否認と、不適切な財産移転を内容にもつ、一般的な「アクチオ・パウリアーナ」の間の目的論的な区別は、決してドイツ的理解に対する影響が全くないままであったわけではない。ドイツ大審院(RG)は、弁済否認は、故意否認とは対照的に、その満足請求権において、全債権者の平等な保護に奉仕するということを、副次的にはあるが判断していた<sup>28)</sup>。BGHは、たしかに倒産否認を債権者平等の原則を時間的に前倒したものの表現とみなしたが<sup>29)</sup>、しかし、2005年のある判決において、特別の倒産否認と一般の倒産否認の間に、形式的な区別だけでなく、評価の相違をも見出そうとしている<sup>30)</sup>。InsO130-同132条は、もし債権者全体にとって債務者の財産から十分な満足を得られる見込みがもはや存在しないのであれば、その請求権の強制的実現に対する債権者の権限は、債権者全体の保護の背後に退くということを示している<sup>31)</sup>。これに対して、故意否認は債務者には故意に個々の債権者を他の債権者に対して優遇し、そうすることによってその原則的に等しい満足の機会を侵害する権限はないという思想の表れである、という<sup>32)</sup>。こうし

27) *Baird*, EBOR 7 (2006), 199, 204.

28) RGZ 10, 325, 329 (強調を付した)。

29) BGH, ZIP 1999, 406 re. Sp.

30) NZI 2005, 215, 216. また、無償否認についてのBGHZ 58, 240, 245 = NJW 1972, 870, 871も参照。*Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2003, Rdnr. 21.55 S. 525に教訓的な命題がある。

31) BGH, NZI 2005, 215, 216. こう述べるのはまた、BGHZ 136, 309, 311 ff.; 157, 350, 353; BGH, NJW 2002, 2568, 2569.

32) BGH, NZI 2005, 215, 216.

たアプローチは、浅薄な債権者平等の指摘からの遅まきながらの転向への一歩ではあるが、それにもかかわらず依然として不精確なままである。故意否認は、すぐ後に示されるように、場合によっては、債務者は個々の債権者を他の債権者に対して優遇してはならないという原則をも述べている。しかし、故意否認はそれに尽きるわけではない。けだし、給付の相手方がそもそも債権者である必要はないからである。それに加えてBGHは、「特別の」否認と「一般の」否認の形式的整序を手がかりに、その理由づけの中で、そもそもAnfGとの親近性にもとづいて、内容的に立ち入ることなしに、体系的区別を行っているようにみえる。

#### b) 「債権者競合否認」の基本的考え

これに反して、実体法的に根拠づけられた区別を選ぶのであれば、否認構成要件の1グループのみが、競合債権者との関係における個々の債権者の不当な利益獲得を取り扱っているにすぎないという認識を避けて通ることはできない。このことは見かけ上弁済否認に関わっているが、それは「債権者競合否認」、あるいは——英米法のモデルにしたがって——「債権者偏頗否認」ともみなされている。弁済否認は、他の債権者との競合のリスクについて述べている。いかなる債権者といえども、倒産手続開始の前段階において他の債権者に対して優位を作り出してはならず、したがって実際上の結論においては、倒産手続法による清算方法にしたがわなくてはならない。こうした背景の下では、弁済否認が近代破産手続の形成と平仄を合わせて今日の形態を発展させたというのは、単なる歴史的偶然以上のものである<sup>33)</sup>。それは集団的に特徴づけられ、倒産手続と緊密な価値関係に立つ。債権者間では債務法上の法律関係が欠如していること<sup>34)</sup>は、債権者が債権者平等の観点の下で、財産が欠乏した場合の財産分配を害さないために、競合的な満足権に配慮しなければならないという義

33) 前記III.1。

34) これについては包括的に、しかし双方向的な調整責任の体系に関して、Häsemeyer, KTS 1982, 507 ff.

務づけを排斥してはいない。したがって弁済否認の場合には、それは債権者平等に間接的に法律効果の局面の上に奉仕するだけでなく、それはその点にその本来の基礎を有しているということが、徹底して語られる。最後に、弁済否認は、倒産法による清算方法からのオプト・アウトを阻止することに努めている<sup>35)</sup>。その基本的な規律を、決してInsO129条以下それ自体においてではなく、むしろInsO88条の〔執行行為の〕遡及的無効 (Rückschlagssperre)、緩和された弁済否認の否認事例において強く取り扱っている<sup>36)</sup>。

なぜ倒産手続の構造原理としての債権者平等が既に手続開始の前段階において妥当すべきなのは、循環論法なしには、もちろんほとんど摩擦なく説明されない。優先主義が財産の欠乏した場合にはもはや正当化されないのは明らかである<sup>37)</sup>。このことに関するより深い理由は、集団的な責任の実現にとっての不利益作用にある。もし一部の債権者が手続開始の前段階で他の債権者を顧慮することなく差押えをかけることができるとすれば、財団に対して後に平等に分配されなくてはならないものが十分に残ってはいないことになろう。それにもかかわらず、これら全てのことはこの規律の目的を十分には説明してはいない。とりわけ事前の関係人の行態への弁済否認のインセンティブと否認の規律の予防的効果は、ほとんどわずかにしか顧慮されていない。否認で問題となっているのは事後的な財団の増殖であるという言い古された命題は、この規律の存在が関係する規範の名宛人の行態を既に倒産の前段階において決定することを可能ならしめているということを、容易に忘れさせる。経済分析はこのことをずいぶん前から見抜いていた<sup>38)</sup>。こうした背景の下に、弁済否認の目的は、発生した状況を再び巻戻し、債権者平等を顧慮するという点だけではなく、債

---

35) *Mokal*, [2001] *Cambr. L. J.* 581, 594.

36) *Gerherdt*, FS Greiner 2005, S. 31, 37.

37) BGHZ 136, 309, 312.

38) *Rasmussen*, 51 *Vand. L. Rev.* 1679, 1683 f. (1998); *ders.*, 1994 *U. Ill. L. Rev.* 1, 19; *Schwartz*, 107 *Yale L. J.* 1807 f., 1820 (1998); *Skeel*, 1993 *Wis. L. Rev.* 465, 471; *Ayer*, 3 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 53, 67 (1995) 参照。

債権者の偏頗を決して生じさせないという点にある<sup>39)</sup>。もちろん弁済否認の予防的効果は、弁済を受けた債権者が最悪の場合は受け取った財産的価値の返還を計算しなければならない限りにおいてしか、はっきりとは現れない。このことは、この者に付加的な費用（裁判所費用等）を生じさせるが、しかし後から請求がなされることがありえない場合には、完全な満足を受ける機会によって償われることがありうる<sup>40)</sup>。ともかくInsO143条1項2文は、それが返還義務を有責には引き出されなかった利得に拡大し、したがって返還以上にただ否認の相手方自身が獲得した物を越える場合にも、強化された利得責任を指示することによって、否認可能性の回避に対してのさらなるインセンティブを創り出している。さらに弁済否認は、倒産申立てをなすというインセンティブを他の債権者に創り出している。債権者間の競争に遅れることを危惧しなくてはならない者は、このようにして、ある債権者が完全な満足をもって「逃げ切る」ことを阻止することができる。その限りにおいて、倒産否認が可能な限り早期の破産宣告への一般的な利益には奉仕しないとひとまとめに主張されているのも、正しくはない<sup>41)</sup>。

### c) 債務者に関連する否認権の基本的考え

その他の否認の事例は、債務者に関連する否認権として性格づけられる。この否認構成要件のグループは、とりわけ倒産が差し迫った際に生じる「機会主義のリスク」<sup>(訳注1)</sup>に向けられているが、それは債務者が責任を負った財産を社

39) しかし、これに対して、Keay, 18 Sydney L. Rev. 55, 79 (1996).

40) アメリカ合衆国法における議論については、Adler, 62 U. Chi. L. Rev. 575, 578 ff., 590 ff. (1995)。同論文は、偏頗行為法は非効率的なプロジェクトへの過剰投資をやめさせているのだと述べている。さらに、McCoid, 67 Va. L. Rev. 249, 263 f. (1981) m. w. N. in Fn. 90; Tabb, 43 S. C. L. Rev. 981, 986 ff. (1992).

41) こう述べるのは、Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, 1991, S. 40 f.

(訳注1)「機会主義のリスク (Opportunismusrisiko)」については、Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 13 ff.に詳しい。

会的に不適切なやり方で<sup>42)</sup>減少させ、または債権者の差押えから隔離し、かくして債権者の満足を挫折させた場合に現実化する。この〈債権者－債務者の否認権〉は、弁済否認よりもはるかに集団的な性格が弱く、倒産手続の目的とはわずかに関連しているにすぎない。拒絶に値する財産移転は、倒産手続が開始されたかどうかとはかかわりなく、対抗されなくてはならない<sup>43)</sup>。いずれにせよ、財産不足の際立った現象形態としての財団の欠乏した倒産についてもまた規律が期待されなくてはならず、したがって必然的にAnfG3条、同4条が関連してくる。このように叙述された否認構成要件のグループには、とりわけ無償否認と故意否認が属するが、それらは歴史的には同一の幹から生じた樹であるばかりではなく<sup>44)</sup>、それらにはその古典的形式において否認可能な法的行為のまさに典型例が基礎を置いている。これらの法的行為は、——経済分析の用語では——債権者と債務者の契約上の取決めの対象とされるがごときものである<sup>45)</sup>。債権者たちは彼らの利益の故意による無視を受忍することも、責任の満足のために必要とされる財団による無償の出損をすることも欲しない。

債権者平等の説明力を債務者に関連した倒産否認に関して退けることは容易であるが、債務者に関連する否認権の評価に、それにもかかわらず生命を吹き込む手頃な定式を提出することは、明らかに非常に困難である。結論において、後の倒産債務者の経済的展開にとって不可避の自由領域によってはもはやカヴァーされず、その信用を過度に信頼する一定の過度のリスクが問題である。もちろんこうした理解は具体的な問題の解決にとってはそれほど有効には働かないと思われるが、それはいずれにせよ何らかのこれまでに到達されてきた〈ア

---

42) *Bork*, ZIP 2004, 1684, 1691参照。

43) *Keay*, 18 Sydney L. Rev. 55, 80 (1996): 「……商業倫理に反している。債権者を害するような譲渡をしないというだけでなく、それが割に合わないような便益を与えられている。これは一般に承認しがたい行態であり、それは倒産法の原理に反している」。

44) *Kummer*, FS Kirchhof, 2003, S. 393, 394.

45) 仮定的な債権者間の交渉像については、*Baird/Jackson*, 38 Vand. L. Rev. 829, 835 f. mit Fn. 21 (1986).

ンフェアな) 債務者の財産移転の規律としての債務者に関連する否認<sup>46)</sup>の意義よりもいくぶん厳密であるかもしれない。この抽象性と、見かけ上存在するがそれ自体の側で理由づけることのできない公平と正義の考慮の指摘は、完全には解決されない。いずれにせよ債務者に関連する否認権において実現された価値は、この法領域の単独の現象ではなく、それは同様の形態において一般民法上顕在化しており、したがって一般的に了解可能なものであることを現している。たしかに民法(以下「BGB」とする。)138条1項<sup>(訳注2)</sup>の意味における法律行為の良俗違反は、一般には否認とは異なる性格の状況を前提としている<sup>47)</sup>。しかし、それはおそらくそのもっとも重要な事例群——通謀——においては、そのInsO133条1項に対する類似性が明らかである状況を予定している。相続法と贈与法もまた、責任の回避にサンクションを課す、したがってイギリス倒産法が適切にも*debt avoidance*と呼んでいるものに取り組んでいる<sup>48)</sup>。このことはBGB2287条に印象深く見られるが、それは契約によって拘束された債務者が加害の意図で行った贈与を視野においている。

#### IV. 効果と具体的問題提起

前述された否認構成要件の評価基礎は、抽象的のみにならず、解釈論上および実際上の諸問題の解決に際しても役立つものでなくてはならない。それゆえ、以下では様々な作業領域に注意が払われる。

##### 1. 体系的位置づけという問題事例

まず第一に、まさに獲得された否認構成要件の体系的位置づけが実りあるも

---

46) こう述べているのは、ヨーロッパ倒産法原則 § 8.1である。これについては、後記IV. 5. a) を注112) とともに。

(訳注2) わが国民法90条(公序良俗)に相当する規定である。

47) BGHZ 130, 314, 330; BGH, NJW 2000, 1259, 1263; 2000, 3138, 3139.

48) 前記III. 2。



のとされなくてはならないということがあてはまる。獲得された目的論的区別が特別の否認と一般の否認の間の形式的区別と一致することは、誤解を警告されなくてはならない。たしかにこのことは、特別の倒産否認の一部としてのInsO130条、同131条という中心的规定および一般の否認の一部としてのAnfG3条、同4条に関して常に妥当する。これに反して、InsO135条はAnfG6条の中に対応物をもっており、かくて一般の否認に数えられるが、これに対して、AnfGにおける対応物を欠いたInsO132条は、特別の倒産否認に属している。しかし、InsO135条は実際のところ弁済否認としてInsO130条、同131条とちょうど同じに競合の危険の表現であり、これに対して、InsO132条は、すぐ後ろで示されるように、正しくは債務者に関連した否認権に加えられなくてはならない<sup>49)</sup>。さらに争いがあるのはInsO131条1項3号の目的であり、それは通説によって、故意否認およびかくしてAnfGにおける対応物の欠如にもかかわらず、一般の否認に位置づけられている<sup>50)</sup>。したがって、否認構成要件のさまざまなグループの間の体系的-目的論的区分線を引き出すことが問題であっても、このことによって特別の否認と一般の否認の間の区別はただちには明らかにはならない。以下においてはこのことがInsO131条1項3号と同132条で確認される。

#### a) InsO131条1項3号の体系的位置づけ

InsO131条1項3号を故意否認に体系的に位置づけることが依拠しているのは、この規律には実質的倒産という要件が欠けており、それゆえにそれは債権者平等の考えによっては裏付けられえないという理解である<sup>51)</sup>。さらに、InsOの政府草案理由書の参照が示しているが、それは再びKO31条1号について展

49) 後記IV. 1. b) ; 結論においてここと同様なのは、*Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung*, S. 21 f.; *Prentice*, in: *Pettett* (Hrsg.), *Company Law in Change*, 1987, S. 69, 77.

50) *Begründung des RegE, BT-Druck. 12/2443*, S. 159; *Uhlenbruck-Hirte* (Fn. 7), § 131 Rdnr. 36; *Schoppmeyer*, *NZI* 2005, 185, 187; *diff. HK-Kreft, Insolvenzordnung*, 4. Aufl. 2006, § 131 Rdnr. 21; 拒絶するのは、*MünchKommInsO-Kirchhof*, 2. Aufl. 2003, § 131 Rdnr. 49.

51) *Schoppmeyer*, *NZI* 2005, 185, 187.

開された非本旨弁済の場合の証明軽減に関連しており、InsO131条1項3号はそれを引き継いだものとみなされている<sup>52)</sup>。この出発点にもかかわらず、倒産債務者の協力またはこの者の優遇の意思はもはや問題ではないということが承認されている<sup>53)</sup>。故意否認の付属物として、この規定は債務者の行為にいぜんとして限定されなくていなくてはならないという——首尾一貫した——帰結が、ときたま見られるにすぎない<sup>54)</sup>。實際上、通説は安易に、伝統的な歴史的典型に固執している。KOの歴史的立法者は、KO30条2号という前身規定の基礎に分裂した価値理解を置いており、それによれば支払停止または破産申立て前10日における非本旨弁済は、債権者平等の原則に還元されるのではなく、体系的に故意否認に位置づけるべきであったとする<sup>55)</sup>。こうした理解は、債権者平等と債権者の「破産請求権」<sup>56)</sup>は、支払停止によってはじめてその効力を発揮するのであり、それゆえ時的に拡張された法的行為を捕捉しえないという認識にもとづいている。そのような解釈は一見すると既に、KO30条2号に特徴的な主観的要件のゆえに突拍子のないものというわけではなかった。なぜならばKO30条2号は、KO31条と同じく、破産者の意図——もちろん既に当時非本旨弁済の時点による時的区別はなかったが——を前提としていたからである。しかしBGHは早くから、分裂した理解に代えて、統一的な特別の破産否認の目的の決定を、本旨弁済の場合だけでなく、非本旨弁済の場合にも設定するように努めた<sup>57)</sup>。弁済否認の目的は、今や平等待遇の要請の中に統一して認められ、優遇の意図や限定された公平の局面についてのその認識ははずされた。かくして、InsOを形成するにあたって妥当しなくてはならない価値理解

52) BT-Drucks. 12/2443, S. 159.

53) Uhlenbruck-Hirte (Fn. 7), § 131 Rdnr. 36.

54) こう述べるのは、おそらくSchoppmeyer, NZI 2005, 185, 187. Nerlich/Römermann-Nerlich, InsO, § 131 Rdnr. 61.

55) Henckel, ZIP 1982, 391, 394; ders., in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 813, 831 Rdnr. 40; Motive zur KO, S. 133 f. = Hahn, Materialien (Fn. 13), S. 125を見よ。

56) これについては、Henckel, a.a.O. m. N.

57) BGHZ 58, 238, 240; 59, 230, 232; Henckel, ZIP 1982, 391, 394.

が達成された。立法者は、InsO131条1項3号を優遇の意図という主観的要件への文言化から解放し、この規定に、文言上も体系上も、債務者の法的行為のみが否認を誘発するという指摘を組み込まなかった。この規律は特に債権者間の競争とそれによって危殆化された平等待遇の問題に向けられている。InsO131条1項3号が——KO30条2号とは異なって——InsO131条の非本旨弁済の内部の開始申立てに対する時間的近接にしたがって調整された体系の中に取り込まれたのは理由のないことではなく、したがってInsO131条1項3号は、開始申立て前2・3か月についての規律に関係しているにすぎない。

こうした背景から、弁済に関する諸規定の時代遅れの分裂した理解を復活させるきっかけは全く存在しない。ここで主張された債権者競合否認へとInsO131条1項3号を規範的に位置づけることに対して、131条1項3号において支払不能の要件が欠けているということは決定的な異議ではない<sup>58)</sup>。InsO131条1項3号は、債権者全体を詐害することに関しての倒産債権者の認識をまさに行為の時点で要求しており、それは債権者の満足が既にこの時点で不確実であった場合にはじめて考えられる<sup>59)</sup>。もしこのことを顧慮するのであれば<sup>60)</sup>、InsO131条1項3号は、実際の結論においてInsO131条1項2号に対しての1つの柔軟な受け皿規定になり、それ(2号)はたしかに技術的な意味における支払不能の立証を要求してはいないが、しかしおそらくは法的行為の時点において債権者を詐害することの立証とこれについての積極的な認識を要求している。実質的な倒産が、債権者競合否認という領域に割り当てるかまたは除外するかにとって唯一決定的であるならば、InsO131条1項1号は、この規定がまさに平等待遇の要請にもとづき、それゆえ純粹に客観的に形式化された否認の規律の1つのプロトタイプを意味しているにもかかわらず、等しく弁済否認から取り除かれなくてはならないことになろう。もしInsO131条1項1号

58) こう述べるのは、おそらくSchoppmeyer, NZI 2005, 187, 194.

59) 直接的な詐害性に関しては、BGHZ 128, 184, 187; BGH, NJW-RR 1986, 991, 922; NJW-RR 1993, 235, 237.

60) また、G. Fischer, ZGR 2006, 403, 412も参照。

が開始申立て前の弁済行為に際しての支払不能を要求していないのであれば、偶然に (a fortiori) InsO131条項2号において確認しているように、そこでは支払不能がこの時点で既に存在していたということを包括的に承認しているのである<sup>61)</sup>。それゆえInsO130条および同131条の全ての事例形態は、実質的倒産ないしはそれと同視されるべき、その発生が弁済否認の名宛人とされた債権者間の争いを解決するのに適した状況を基礎に置いている。InsO131条全体は、すなわちその1項3号を含めて、この争いの状況の解消に努めている。

### b) InsO132条の体系的位置づけ

上に示された実体法的に方向づけられた否認構成要件の2つのグループの間の区別は、InsO132条を体系的に位置づける際に、その試練を経験する。形式的には「特別な」倒産否認の規律として形作られているが、実質的観点においては否認構成要件の目的はそもそも明確ではない。判例と学説が、いずれにせよ倒産否認はまとめて債権者平等または先行する財団の減少を調整することに奉仕するということの確認で満足する限りにおいて<sup>62)</sup>、InsO132条1項は、弁済否認と同様に、債権者平等の表れであるという観念が支配的である<sup>63)</sup>。したがって、(後の)否認の相手方は(他の)債権者に対して有利な地位を手に入れたのであるから、獲得された法的地位を放棄しなくてはならないという。これは明らかにKOの立法者の立場であったし<sup>64)</sup>、またBGHはそれに従っている

---

61) 証拠法的な観点から同様なのは、Begründung des RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 159; *Henckel*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 813, 829 Rdnr. 37を参照。

62) 依然としてこう述べるのは、BGH, WM 1955, 407, 409. 前記II参照。

63) 前記II; BGH, NZI 2005, 215, 216; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2003, Rdnr. 21.66 (Abs. 1に関して); MünchKommInsO-*Kirchhof* (Fn. 50), §132 Rdnr. 1; *Gerhardt*, ZIP 1985, 582, 585 f.; *v. Campe*, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, 1996, S. 11 (しかしそこでは問題が意識されていない); 異説は, *Kübler/Prütting-Paulus*, InsO, §132 Rdnr. 1; おそらくまた, *F. Weber*, KTS 1959, 80, 85 f.

64) Motive zur KO, S. 117 = *Hahn*, Materialien (Fn. 13), S. 127: 「……その状況からそれ自体として利益を上げ、債権者に対する不誠実…… [を犯している]」。

ようである<sup>65)</sup>。したがって倒産債権者に対する弁済行為は、それが制定法上の競合した位置づけにもとづいて、InsO130条、同131条という誤って考えられた特別法 (leges specialis) に位置づけられる場合に、そしてその限りで、InsO132条1項によっては取扱われない<sup>66)</sup>。

この債権者競合否認への体系的な位置づけは、ここで述べられた基準によれば、納得の行くものではない<sup>67)</sup>。〔債権者〕平等が本当にInsO132条の決定的な評価基準を示し、しかしこの規定が他人の債務の弁済を結論的に含んでいないというのであれば<sup>68)</sup>、InsO130条、同131条を超え出るInsO132条1項の適用領域をそもそも何に認めるべきかが、依然として問われなくてはならない。次のような義務負担行為の否認のみが残されているといわれるが、それは、ある人がそもそも〔これから〕債権者になるという場合であっても、債権者の平等待遇が侵害されるということ、それにもかかわらず認めるのが難しいような事例である。もし平等待遇の規律を回復させたいのであれば、それは、それに加えて債務者の法的行為だけでなく、純粋な強制執行処分およびそれと並んで債権者の単独の法的行為をも含まなくてはならないかもしれない。詐害的な法律行為によって、契約者は倒産債権者のグループへ入ることになるという理由づけ

65) BGHZ 154, 190, 195 (「債務者の危機状況が有利な取引のために利用されている」)。

66) こう述べるのは、BGHZ 142, 284, 286, BGHZ 28, 344, 346 (しかし解釈学的な理由づけへの明白な固定が欠けている)；*Henckel*, in: *Kölner Schrift* (Fn. 61), S. 813, 834 Rdnr. 47；*Uhlenbruck-Hirte* (Fn. 7), § 132 Rdnr. 4；*v. Campe*, *Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich*, S. 191；*HK-Kreft*, *Insolvenzordnung* (Fn. 50), § 132 Rdnr. 2；*MünchKommInsO-Kirchhof* (Fn. 50), § 132 Rdnr. 5。

67) 結論において、*Koziol*, *Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung*, S. 21 ff.；*Armour*, in: *Armour/Bennett* (Hrsg.), *Vulnerable Transactions in Insolvency*, 2003, Rdnr. 2.23；*Prentice*, in: *Pettett* (Hrsg.), *Company Law in Change*, S. 69, 77。

68) 詳細は、*Henckel*, *ZIP* 2004, 1671 ff. m. N. アンビヴァレントなのは、*Uhlenbruck-Hirte* (Fn. 7), § 132 Rdnr. 4であり、他人の債務の弁済をInsO132条1項でとらえているが、a.a.O., § 130 Rdnr. 41は、InsO130条以下の拡張を肯定している。

も<sup>69)</sup>、説得的ではない。後の否認の相手方に（物的）債権者としての地位を作り出すのは、全ての、InsO133条以下でもカバーされた財産移転の効果である。反対に、この指摘は、根本においてInsO132条－同134条という共通の足場を隠ぺいしているにすぎない。すなわち、給付の相手方はまさに倒産債権者ではなく、決定的な時点において（依然として）債権者間の競争には参加しておらず、それゆえ否認されうる法的行為によっては他者に対する優先順位を得てはいない。むしろ（清算の）メリットを債権者全体の犠牲において獲得したのは債務者である。とりわけ不十分なのは、債務者に有利な契約の解約のごとく、一方的な法律行為の場合に、債権者が双方向的な義務を侵害したとしてInsO132条1項を正当化することであり<sup>70)</sup>、それはそもそも相手方の協力を前提とはしていない。最後に、InsO132条2項の場合の〔債権者〕平等による説明の脆さが明らかになる。ここで間接的な詐欺で満足する者は、後の責任財産の減少が全ての他の債権者と同じく否認の相手方に関係するような事例形態をも取り込んでいる<sup>71)</sup>。

こうした背景の下では、むしろ観点を変更することが当然である。債務者がその財産を危機時期に「廉価売却する」場合には、この点に債権者全体に対する債務者の不当な行為があるのであって<sup>72)</sup>、債権者の競合の問題ではない。まさにそれゆえに、InsO132条は、1項においても2項においても債務者の行為を放棄していないのである。したがって、否認の相手方側の主観的要件は、構

---

69) *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rdnr. 21.66.

70) そのような理解については、Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/2443, S. 159 zu § 147 InsO-RegE; HK-Kreft, InsO, § 132 Rdnr. 5; Kübler/Prütting-Paulus, InsO, § 132 Rdnr. 4.

71) *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, S. 22参照。

72) この方向においてまた、*Ehrliche*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 66; *Prentice*, in: Pettett (Hrsg.), Company Law in Change, S. 69, 77 (238条を作動させるのは会社による不当な行為であって、他の取引当事者のそれではない、ということに注意するのは重要である)；経済学的な観点から同様なのは、*Drukarczyk*, Unternehmen und Insolvenz, 1987, S. 226 参照（相手方が債権者ではない限りにおいて）。



成要件の正当化ではなくて、限定と思われる<sup>73)</sup>。このように有害とされた行為においては、たしかに相手方によって得られた利益、すなわち割合的要求の吸上げも存在するが、それは相手方がそれによって債権者の競合の争いにおいて優位を得たかもしれないということを理由としてはいない。そうでなければ、疑いをもって、手続開始後に営業上重要な対象を供給した債務者の納入者にも、この者が財団債権者に成り上がるために債務者の危機状況を利用したという非難がなされなくてはならないかもしれない。場合によっては、AnfGに対する調整が欠如していることは、InsO132条を債務者－債権者－否認権の異物にしているように思われる。債務者に関連する否認権を、公理のごとく倒産手続内外でのその普遍的な適用可能性に還元する者は<sup>74)</sup>、発見された位置づけを實際上疑問視しなければならないことになる。この異議に対処するのは容易ではない。もしInsO132条1項の狭い構成要件を勘定に入れるのであれば、その破壊力は弱まる。支払不能の要件の下では、AnfGにおける規律は必要ではない。というのは、この時点においてはいずれにせよ資本会社の倒産においては申立義務(GmbHG64条1項)が関連し、かくして手続が開始されるからである。倒産外の事例形態に関する同様の規律は、それが金融の危機という要件を放棄するときにはじめて意味を持ちうるかもしれない。しかし、そのような限定なしに機会主義的な行態からの過度な保護は生じるであろうか。倒産手続の外では、債権者はその債務者が詐害的な法律行為をする場合には、原則として甘受しなくてはならない。

かくして財団不足の倒産のみが問題事例として残っているにすぎない。実際、InsO132条1項の意味における詐害的な法律行為が、財団不足を理由とした手続の廃止の事例において否認の対象とされえないであろうことは、かなりの欠陥であるように思われる。しかし、InsOの立法者は、財団不足の倒産の

---

73) このようにInsO132条2項に関して述べるが、しかし批判的なのは、Eckardt, ZIP 1999, 1734, 1742.

74) Jackson, 36 Stan. L. Rev. 725, 777 (1984).



問題を一般的には、包括的に片づけてはいない<sup>75)</sup>。その上、倒産手続の外に InsO132条1項の対応物が欠けているということは、それらを否認権によって保護することを放棄しているということの意味しているわけではない。この否認権はむしろ一般の無償否認および故意否認に埋没している。ドイツの法状況は結論においてイギリス法に一致しており、それは対応する〔イギリス〕倒産法238条(廉価取引)に同じく一定の特別な役割を認めているが、しかしそれにもかかわらず債務者の「不当な行為」に対する関連を承認し、ほとんどの場合を、既に構成要件上同じように作られている〔イギリス倒産法〕423条IAの一般の故意否認によってとらえている<sup>76)</sup>。倒産手続に対する近接が、InsO132条を結局、債務者-債権者-否認と集団的な手続の間の橋頭堡にするにもかかわらず、その規範的な理由づけはやはり第一次的には倒産に特有の評価の観点にあるのではなく、いわゆる廉価売却の否認は、手続直前の機会主義的な行態を攻撃し、その限りで債務者の側での詐害に対する故意の証明を免除しているのである。

## 2. 否認構成要件相互の関係

否認構成要件相互の競合関係についての上で示された分類からは、いかなる帰結が生じるであろうか？法律上の否認構成要件が独立して相互に存在しているということは、一般的に承認された原則である<sup>77)</sup>。様々な否認事由が、それぞれ特別の状況を考慮しているのだとすれば、否認規定相互の自由な競合を承認することは単なる結論にすぎない。ある否認規定での構成要件上の要求を否

---

75) 詳細は、K. Schmidt, in: Kölner Schrift, 2. Aufl. 2000, S. 1199, 1216 f. Rdnr. 41; Kübler/Prütting-Noack, Gesellschaftsrecht, 1999, Rdnr.94; Uhlenbruck-Hirte (Fn. 7), § 11 Rdnr. 113.

76) Prentice (Fn. 72), aa.O.参照。

77) BGHZ 58, 240, 241; Uhlenbruck-Hirte (Fn. 7), § 129 Rdnr. 90; Kübler/Prütting-Paulus, InsO, § 129 Rdnr. 42; Jaeger-Henckel, KO, 9. Aufl. 1991, § 29 Rdnr. 198 (KOについて); また、M. Huber, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, § 47 Rdnr. 45も参照。

定することは、したがってもう一つのそれを肯定することを排除しない<sup>78)</sup>。弁済否認は、アクチオ・パウリアーナからのその歴史的な由来に鑑みて、特にそもそもっばら弁済の否認を規律しているのだという理解は、異なる目的という方向付けに鑑みれば、説得力をもっては主張されない<sup>79)</sup>。古い裁判の中で、BGHは弁済否認に対する無償否認の相違を目的論的な観点から承認したにもかかわらず、KO30条の「特別の破産否認」が、KO32条（現InsO134条）に対して、弁済の調達をもっばら規律しているのだという疑わしい見解を主張した<sup>80)</sup>。もし一方の領域が債権者の優遇にもとづいており、これに対して他方が、債務者による債権者の利益の不当な軽視にもとづいているのであれば、しかし弁済否認は無償否認を特別法関係という意味において排除することはできない。むしろ——何も結論において違いはないとしても——、現存する債権の弁済が、（部分的に）無償の給付を意味しているか否かが、第一次的に債務者に関連する否認権の評価にもとづいて獲得された無償否認の構成要件の解釈の問題である<sup>81)</sup>。

アメリカ合衆国法におけると同じように、両方の領域の区別が理論的にのみ成功し、これに対して実務上はもはや可能ではないということに対して当然に目を閉じてはならない。債権者間の争いと債務者と債権者の間の争いの間の厳格な二項対立は、維持されてはならないのではなかろうか<sup>82)</sup>。債務者自身がそれぞれの法的行為に関与するや否や競合状況は生じる。債権者の優遇は、非常にはっきりと、債務者による不適切な責任秩序の軽視を同時に基礎づける。このことは既にローマ法において、アクチオ・パウリアーナからの弁済行為の類型的な除外があまりにも狭く感じられたときに示されており<sup>83)</sup>、したがって今

78) とりわけ、BGHZ aa.O.

79) 故意否認の場合のこの議論については、Henckel, in: Kölner Schrift (Fn. 61), S. 813, 836-838; Paulus, WM 2000, 2225, 2230, ders., ZInsO 1999, 242, 249; Paulus/Schröder, WM 2000, 253, 255; Kübler/Prütting-Paulus, InsO, § 133 Rdnr. 6.

80) BGHZ 58, 240, 243 f., 245 = NJW 1972, 870, 872.

81) 結論においてまた、BGHZ 58, 240, 243 f.

82) Keay, 18 Sydney L. Rev. 55, 61 (1996).

83) 前記III. 1. を注16) とともに。

日、債務者の側からなされた非本旨弁済は、あたかも債務者の故意による詐害行為のプロトタイプに昇進させられているように見える<sup>84)</sup>。かくして他の領域に対してある領域を典型的に遮蔽することは、倒産否認に対して良い貢献をしないのではなかろうか。

例えば、全ての弁済行為を常にあるいは故意否認または無償否認の目に見えないほどのより高い要件の下のみ置き、あるいは不均衡な法律行為それ自体を部分的にInsO134条の下での無償の給付に位置づけ、かくして同時に、InsO132条1項の期間と制限を切り崩すのは、実際上また誤った結論かもしれない。当然のことながら、弁済否認と債務者に関連する否認権は相携えて同一の結論を得ようと努めなくてはならない。しかし、目的のための手段は、否認構成要件の個々のグループの間の誤って考えられた上位-下位関係から生じる排除効ではなく、構成要件上の要求の適切な操作である。とりわけ故意否認の場合には、アングロ・アメリカ法において展開された、債権者の優遇はそれ自体「詐欺的譲渡」ではないという原則が妥当するが、その結果、明確な条件なしに、個々の債権を意識的に取り出すことでさえ、故意による詐害を意味することはない<sup>85)</sup>。結局、ここで示された出発点からは弁済否認に対して債務者に関連する否認権を一般的に遮蔽することも、その逆も主張されないということが堅持されなくてはならないが、それにもかかわらず、全ての構成要件を調整された否認権の体系へ組み込むことの実際的な困難性がまとめて否定されてはならず、その都度個別の事件において解明されなくてはならない。

---

84) BGHZ 123, 320, 326; 155, 75, 84; BGH, WM 1961, 387, 388; WM 1968, 683 f.; ZIP 1997, 514, 515; 1998, 830, 835; 1999, 406, 407; 2003, 1799, 1800.

85) 明示的なのは、*Glenn*, *Fraudulent Conveyances and Preferences I*, 1940, § 289 S. 488; *Faulkner v. Magri*, 90 F.2d 808, 809 (4th Cir. 1937) (「単に偏頗行為をするだけではそれ自体としては詐欺を構成するのに十分ではない……」); *Irving Trust Co. v. Chase Nat'l Bank*, 65 F.2d 409, 410 (2d Cir. 1933) m. N. 全体については、*Thole*, *DZWIR* 2006, 191, 195.

### 3. 倒産否認と個別的な債権者否認の間の関係

倒産否認が目的論的に互換性があり、かつ同じ方向の規律の混合物ではなく、様々な評価を表わしているのだとすれば、InsOの規律とAnfGの規律の間の調整が、より詳細に分析される。たしかに債務者に関連する否認権は、倒産手続の外でも個別的な債権者否認の枠内において主張されうる構成要件に必然的に限定されているわけではない。しかし、故意否認および無償否認によれば、それは「一般の否認」にその重点があり、それはAnfG 3条、同4条の構成要件とInsO133条、同134条の構成要件の間の評価の競合を証明している。かくして解釈学的な観点においては、個別否認権と倒産否認権が一致しているかどうか、したがって個別否認権は倒産手続が開始された場合に（もちろん特別に形成された）法律上当然の承継（*cessio legis*）の方法でそもそも管財人に移転し、あるいは債権者否認権が倒産手続が開始されると完全に消滅し、倒産否認権として「新たに生み出」されるのかどうかという問題が出てくる。分析の出発点はAnfG16条であり、同条は倒産債権者によって提起された否認の請求を追求するという権限を倒産管財人に与えており、そこから同時に、なお提起されていない否認の請求を倒産開始後に主張することを個々の債権者に禁止することを帰結している<sup>86)</sup>。この規定はAnfG17条によって補完されており、同条は倒産管財人が既に個別債権者の請求について係属した法的争訟を受継し、訴えの申立てをInsO143条、同144条および同146条において予定された倒産否認の法的効果に適合させることができるということを予定している（AnfG17条2項）。AnfG18条は反対の事例を規律しており、そこでは倒産手続は終了し、今度は債権者が先に倒産管財人によって主張された否認の請求をAnfGによって主張することができるのである。

AnfGの構成要件と一般の倒産否認の構成要件との間のわずかな相違にもかかわらず、BGHと通説は、もちろん倒産手続の終了を解除条件とはするが、

---

86) M. Huber, AnfG, 10. Aufl. 2006, § 16 Rdnr. 11; ders., ZIP 1998, 897, 904; Nerlich-Niehus, AnfG, § 16 Rdnr. 11.

倒産手続の開始によって個別債権者の否認請求権は消滅するということから出発している<sup>87)</sup>。反対に、倒産否認は、倒産手続の開始とともに発生する、という。〔次のように言う。〕否認請求では、手続の開始によって新たな権利主体ともう一つの請求内容を含んだ請求権が問題となっている。InsO143条にもとづく請求権は、直接には廉価売却された給付の回復に向けられており、これに対して債務名義によって内容的に限定された差押えに向けられているのではない、と。したがって、BGHは確立した判例において、請求権の行使は不可分的に倒産管財人の職務に結びついているとして倒産管財人による否認請求権の譲渡可能性を否定する<sup>88)</sup>。破産では、個々の債権者のために責任財産に帰属させられることが、全体的満足の必要性と債権者平等の原則によって積み重ねられている、という<sup>89)</sup>。

この見解には異論の余地がある。通説が消滅構成と同じ調子で、倒産開始によってAnfGの否認請求権が倒産財団の構成部分に「なる」のだと述べる場合には、既にその理由づけに矛盾している<sup>90)</sup>。責任を負った財産に属する否認請求権がまさに全く新たに成立するか、否認請求権が既に倒産手続の前に現存し、それ自体として存続している場合にはじめてそれが財団の構成部分に昇格するかのいずれかである。AnfG16条1項の文言は、いずれにせよ倒産管財人は提起された債権者の否認請求を主張するものであり、新たに成立するのではないということから出発しているように思われる。そうでなければ、立法者が倒産手続の進行中に個別的な債権者否認請求による個別的追求の禁止を明記するため

---

87) こう述べるのは、RGZ 30, 67, 71; BGHZ 109, 240, 249; BGH, NJW 1995, 2783, 2784; *M. Huber*, AnfG, § 16 Rdnr. 8; おそらくまた、HK-Kreft, Insolvenzordnung, (Fn. 50), § 129 Rdnr. 86 (「もう一つの性質」)。

88) BGH, ZIP 1995, 1204, 1206 (この限りで、異なるのはBGHZ 130, 38), BGHZ 109, 240, 249, 基本的なのは、RGZ 30, 71, 74f.; 異説は、正当にも、*Eckardt*, KTS 1993, 585, 587。

89) *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, S. 182はUlpian D.42.8.6 § 7 a. E.を指摘する。

90) こう述べるのは、*M. Huber*, AnfG, § 16 AnfG Rdnr. 7; *Klumb*, Kollisionsrecht der Anfechtung, 2006, S. 85は、RGZ 30, 67, 70を指摘する。

に限定をすれば十分であったように思われ、倒産管財人へ明示的に訴訟追行権を委託することは、InsO129条以下における規律のゆえに、決して必然的に必要とはならない。消滅を承認することはAnfG18条とも調和していないが、同条は手続の終了の場合に、個々の債権者は請求をAnfGにより（「この法律により」）主張するが、同時に倒産管財人が主張することのできるような請求権が問題であるということを明示的に強調しているのである。AnfGの否認請求権がやはりあたかも倒産手続から独立して成立し、ないしは再び生き返る場合には、この規律はいかなる意味をもつのか？

したがって反対説は、手続の開始または手続の終了を解除条件とした法律上当然の承継ないし特別な態様の承継から出発すること<sup>91)</sup>、理由づけのために個々の債権者の請求権と倒産否認請求権の同一性を指摘することを躊躇しない。法律上当然の承継に対する明白な反対は、一方でAnfG、他方でInsOにおける同内容の規律の存在にある。もし管財人が常にAnfG3条、同4条による個別否認権を財団に有利な効力をもって主張するのであれば、なぜInsO133条、同134条がそもそも必要なのか説明がつかない。これは法律上当然の承継がAnfG16条の下では個別債権者により既になされた否認請求の提起に結び付いているのだという指摘によって困難に出くわす。個別否認請求権と倒産否認請求権の同一性の問題は、否認請求の提起によって左右されるのではない。ただし、その点に否認権は形成権であるという既に克服された克服された観念への借用が連動しているかもしれないからである<sup>92)</sup>。

この2つの構成のいずれに結論においてより説得力が認められるかは、難し

---

91) Kübler/Prütting-Paulus, AnfG, § 16 AnfG Rdnr. 5 (法律上当然の承継 [cessio legis]) ; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 35 IV 1, S. 553; Jaeger-Henckel, KO, 9. Aufl. 1991, § 37 Rdnr. 84; Henckel, JZ 1996, 527, 529; この方向において, ders., ZIP 1990, 137 f; Eckardt, Die Anfechtungsklage wegen Gläubigerbenachteiligung, 1993, S. 49; さらに, OLG Hamburg, KTS 1982, 305, 307; 破産債権者の損害賠償請求権については, BGH, NJW 1973, 1198, 1199参照。

92) 正当なのは, Häsemeyer, KTS 1982, 307, 312; 同様に拒否するのは, RGZ 162, 218, 220; Gerhardt/Kreft, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, 10. Aufl. 2006, Rdnr. 214.



い問題である。事実、さらに詳しく構成要件と法律効果の間で、したがって否認権それ自体と原状回復請求権の間で<sup>93)</sup>、区別することが提案されている。倒産否認と個別否認は法律効果の内容から根本的に異なっていると主張されるのであれば、たしかに正しくはない<sup>94)</sup>。両方の規律作業では否認しうる法的行為の巻戻しが問題になっている。しかし、一方で倒産否認、他方では個別否認で詳細において異なった法律効果の目的設定を否定する根拠は存在しない。個別的な債権者否認によって個々の債権者のための個別財産への差押えが追求されるが、これに対して倒産否認は財団の補完に奉仕する。したがって、倒産手続の開始後、分配に関しては債権者の平等のみが支配をし、優先主義は解除される<sup>95)</sup>。したがってAnfG17条2項は、倒産管財人に倒産の開始によって生じた分節点に訴えの申立てを適合させる訴訟上の権能を付与している。構成要件サイドでは事柄は異なっている。たしかに手続中にInsO129条以下のみが妥当するのだという見解を避けることはできない。AnfG17条2項は訴訟上の観点においてこのことを示しているが、InsO130条の参照を指示するAnfG16条2項の実体法的な規律からもまた引き出される。さらにAnfGの規律は倒産外で支配的な優先主義に適合させられている。したがって、期間は否認の時点から計算されるが、これに対して倒産法は手続開始の申立てが決定的であると宣言している。しかし、こうしたニュアンスのつけ方にもかかわらず、わずかな構成要件上の相違はAnfGとInsOの一般の否認の評価の競合を何一つ変更することはない。AnfG3条、同4条、InsO133条、同134条という類似した構成要件の形態は偶然または見落としではなく、基礎にある目的の同一性に関係している<sup>96)</sup>。これに対して債権者平等を全ての倒産否認の説明手法に選ぶ者は、実際AnfG

93) また、Palander, KTS 1972, 158, 159も参照。

94) しかし、こう述べるのは、BGH, NJW 1987, 2821, 2822; 価額賠償請求権の価額計算にとって破産宣告の時点が決定的であることについては、Bauer/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-, Vergleichsrecht, Bd. II, § 18.2. 正当なのは、Gaul, KTS 2007, 133, 145 ff.

95) G. Wagner, ZIP 1999, 689, 696 f参照。

96) Gerhardt, Festschr. f. Gaul, 1997, S. 139, 151.



に対する乖離を強調しなくてはならない。破産の目的による優越性は、BGHの決定的と考えたところであるが<sup>97)</sup>、しかしここで主張されている見解によれば、否認の規律に結び付けられた束を分離するために重きをもたない。普通法においては目的の同一性は常に認められており<sup>98)</sup>、その結果、今日これを異なってみなくてはならないところの理由を見て取ることはできない。それぞれの危機時機の位置づけにおける違いは、実質的な区別を引き受けえない。ただし、既にAnfGに対する理由書が、明示的に、この区別は「単なる外形的なものであって、否認請求権の内容には関わらない」ものであると述べているからである<sup>99)</sup>。こうした基礎にもとづいて、たしかに否認権の実現のために必要な請求権（InsO143条、AufG11条）が適用可能な構成要件と同様に変化するということを承認するが、実質的には区別は存在しないという細分化された見解が正しいといえるのかもしれない。特別な態様の権利承継というひな形がこれにはもっともよく適合するが、それはちょうど倒産管財人が個別的な否認権をAnfG3条、同4条にしたがって主張し、その要件を主張するように観念してはならない。倒産管財人はInsO133条、同134条で裏付けるが、この否認事由はまさにAnfG3条、同4条と同価値であるにすぎない。したがって、否認のための根拠は全く既に手続開始前にあるのであり、倒産否認請求権が手続開始によってはじめて発生するのではなく、AnfGによる否認の要件の充足によって発生するのである<sup>100)</sup>。反対に、特別な態様の権利承継と通説の消滅構成は、實際上、手続開始後の構成要件の基礎がまさにInsOの規律であって、もはやAnfGのそれではないという、この種の法律上当然の承継の特殊性を強調する場合にのみ、わずかに異なっているにすぎない。しかし、結論において否認の

---

97) BGH, ZIP 1995, 1204, 1206.

98) Motive zum AnfG, S. 8 = *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, AnfG, S. 733参照。

99) Motive zum AnfG, S. 29 = *Hahn*, AnfG, S. 749.

100) 結論において、BGH, ZIP 1996, 1475; AnfG2条は権利の成立に関係しないが、しかし、*M. Huber*, AnfG, § 2 Rdnr. 1.

規律の重複は、清算の規律が分節点によって変更し<sup>101)</sup>、InsO129条以下への統合が財団の充実のための管財人の否認権限についての統一的な規律作業を制定法化する長所を有するという理由でのみ必要とされる。

#### 4. 債権者の法的行為への故意否認の拡張？<sup>(訳注3)</sup>

ここで得られた理解は、最近議論されているInsO133条の類推適用という問題に、新たな推進力を与えることに貢献しうる。学説上の有力な見解は、故意否認を（詐害の意思をもってなされた）債権者の法的行為、すなわち強制執行処分に拡大することを支持している<sup>102)</sup>。BGHはこれを拒絶した<sup>103)</sup>。この問題は執行処分の否認および債務者が執行処分または倒産申立てが差し迫っているとの印象の下に特定の債権者に対して行った、公法上の債権者に対する「強制的弁済」の否認と大いに関係している。ここではこの問題を包括的に取扱うことはできないが<sup>104)</sup>、そのような類推を支持する者が、これまでも不確かな評価基礎にもとづいて議論をしていることがただちに明らかになる。もし債権者平等が求められ<sup>105)</sup>、因果関係の前提としての債務者の行為の問題が新たに立てられなくてはならず<sup>106)</sup>、それは故意否認で債務者の不正な行態がもはや要求されなくなって以来そうなるのだ<sup>107)</sup> という主張がなされるならば、債務者に関連する否認権の基本的な考え方が拙速にわきに追いやられることになる。この主張されている解決は、たしかになお非常にわずかな債務者の協力と純粋な債務者の受動性との間のいずれにしても狭い掘を架橋し、したがって強制執行処分

101) 参照すべきは、BGH, ZIP 1995, 1204, 1205 = JZ 1996, 527, 529（この点でBGHZ 130, 38では異なる）、この点において判旨賛成のHenckel評釈あり。

（訳注3）原文は、「債務者の法的行為」となっているが、誤りと思われる。

102) Rendels, ZIP 2004, 1289 ff.; Kreft, KTS 2004, 205, 218 f.; Marotzke, ZInsO 2006, 7, 10; ders., DZWIR 2007, 265, 278 ff.; Brinkmann/Luttmann, ZInsO 2007, 565, 569.

103) BGH, NZI 2005, 215, 216.

104) これについては既に、Thole, DZWIR 2006, 191 m. N.; 最近、包括的には、Marotzke, DZWIR 2007, 265.

105) Kreft, KTS 2004, 205, 218 f.; G. Brinkmann/Luttmann, ZInsO 2007, 565, 567.

106) Kreft, KTS 2004, 205, 218.

107) 基本的なのは、BGH, ZIP 2003, 1799, 1800.

の場合の故意否認を統一的な基礎の上に立てるという長所を有しているかもしれない<sup>108)</sup>。しかし、故意否認は決して債権者平等の表現ではない。この規律を債権者の行為に拡張するということは、したがってInsO133条を基本的な機能変化に服させるということの意味する。債権者の有害な行為をはずすために弁済否認を非常に狭すぎるとみなす者は、そこで問題を立てなくてはならず、したがってまさに弁済否認を限定していないInsO133条ではない。債務者が倒産の規律を「回避」しようと試みるか、あるいは債権者がその弁済期にある債権の満足を求めているのかは、それに加えてさらに観念上示されなくてはならない区別であるかもしれない。とりわけ稀にしか見られず、さらにAnfG3条の場合にそうである、拡張は望ましくないのではないだろうか。けだし、その場合には、InsO133条の目的論的な拡張が、AnfG3条にも及ぶかどうかという問題が判断されなくてはならないことになろうからである<sup>109)</sup>。このことは規範の評価の共通性に鑑みると望ましいのかもしれないが、しかし批判者の前提の下ではほとんど維持しえない。否認を首尾よく主張し、それから執行をする債権者は、彼が（否認可能な経過によって明らかになった）金融上の困難の認識を得たさらなる債権者たちに対しての優位を作り出したのだと咎められているはずではなかったか。このことは容易に否認の堂々めぐりという結果になる。結局、債務者の法的行為というメルクマールは適切な規制を提供しており、それは必然的に狭く解釈されるものではないが<sup>110)</sup>、しかし否認権の体系と歴史<sup>111)</sup>に合致するように組み込まれるのに適している。

---

108) 詳細かつ注目すべき議論を伴うのは、*Marotzke*, DZWIR 2007, 265, 278 ff.

109) 未解決なのは、*Kreft*, KTS 2004, 205, 219; 立法論としてこれに賛成するのは、*Marotzke*, ZJP 105 (1992), 451, 452 f.

110) BGH, NZI 2005, 215, 217. BGHZ 155, 75, 79 f. (執行官に対する支払い) ではさらに進んでいる。

111) 既に、*Laspenres*, AcP 21 (1838), 35, 49 f.参照; 「[破産者の] 協力はむしろ必要であり、したがって債権者にとって生じた不利益は、この者の責任によって惹き起こされなくてはならない、……」。

## 5. 展望：国際的なコンテキストにおける区別の有用性

目的論的に方向づけられた債権者競合否認と債務者に関連する否認権という細分化は、結局、ドイツの否認権という狭い枠を超え出る限りにおいて、さらに展開されるものであると判明しうる。このことが最後に、国際的な否認権を新たに構築する3つの「箇所」で、手短かに述べられる。

### a) 否認権の法統一

かくしてまず第一に、比較法と法統一の局面が取扱われなくてはならない。ヨーロッパの局面での倒産実質法の調和はいぜんとしてなお遠いと思われるにもかかわらず、前者には、この道への重要な歩みが欠けていない。それを表現しているのはヨーロッパ倒産法原則 (*Principles of European Insolvency Law*) であり、それは10のヨーロッパの法秩序からの15人の代表者から成る私的な研究者グループの提唱に由来する<sup>112)</sup>。否認権においては、それは一つの法制度のみを認めており、それは多種多様な類似性に鑑みれば、倒産法統一の推進力とみなされうるかもしれない<sup>113)</sup>。もちろんここで示された否認構成要件の実体法的分類を斟酌することは、(上記)原則では十分に成功しているわけではなく、それはドイツ法およびイギリス法のほかその他のヨーロッパ諸国においても<sup>114)</sup>、そして最近でも法史的に証明されていないであろう<sup>115)</sup>。原則の§8.1が否認権をまとめて取引のアンフェアな性質(アンフェアな有害性)に還元しようとし、表向き「債務者によってなされた行為」のみしか含めないのであれば、否認可能な弁済行為の典型例としての執行による擱取がまさに除外される。もちろん§8.2の事例のカタログは、それが就中故意による債権者の詐害ならびに現存する債務の弁済ではない担保の供与を否認可能性の適用事例として掲

112) In: McBryde/Flessner/Kortmann (Hrsg.), *Principles of European Insolvency Law*, 2003, S. 54- 56.

113) A.a.O., S. 56 f.

114) 例えば、フランス民法典1167条参照。フランス法については(一部古くなって  
いるが) *v. Campe*, *Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich*, 1996.

115) 前記III. 1., 2.

げる場合に、やはり再び細分化しようとしている。結局、債務者に関連する倒産否認に対する親近性にもかかわらず、倒産外の個別債権者否認は全く顧慮されないままである。明らかに真正の倒産法に検討枠組を意識的に狭めることに基礎を置いているが、獲得された評価の競合を不当に切断するという懈怠が、その点に存在する。将来的には、否認構成要件の二分割を斟酌することが、ここではますます問題になるであろう。

### b) ヨーロッパ抵触法

最後に述べた要請は、EuInsVOの中に統一された（EuInsVO13条との結びつきにおける）EuInsVO4条2項2文m）の準拠法についてもあてはまらなくてはならない。債権者平等を対象にはいない債務者に関連する否認権の保護目的が普遍的であるにもかかわらず、結論において、この規律によれば原則的に決定的な倒産法規が債務者に関連する否認権をも支配するというに疑いはない。要請されたEuInsVO4条2項2文m）の規則自律的な解釈に際しては、たしかに個別の債権者否認と「倒産法上のアクチオ・パウリアーナ」の共通した評価を、後者のルールをEuInsVO4条の適用領域から除外することによって考慮することは排除されないかもしれない<sup>116)</sup>。しかし、実際はEuInsVO4条2項2文m）の区別のない文言だけでなく、否認構成要件の実際的な事柄の関連性もまた、倒産において適用可能な否認の規律を抵触法上等置することにプラスの材料を提供している<sup>117)</sup>。それにもかかわらず、価値関係が完全に隠ぺいされてはならない。ヨーロッパの立法者は、倒産否認には抵触法上例外なく破産法廷地法（lex fori concursus）を割り当て、これに対して個別の債権者否認の抵触法上の規律（AnfG19条参照）を各国の立法者に委ねるこ

116) EuGVVO1条2項b)号の枠内における倒産法と民事法の区別についてのEuGHのGourdain定式(22. 2. 1979, Rs. C-133/78, *Henri Gourdain ./. Franz Nadler*)は、これを許容した。

117) 結論においてこう述べるのはまた、*Willemer*, Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzverordnung, 2006, S. 207 f.

とによって、この誤りを犯してしまった。このように分裂されてしまった法適用のシステムを結論において共に甘受するのかもしれない。しかし、法律の変更等の観点からの解釈論上および実際上の困難なしには何物も生じない<sup>118)</sup>。このことはとりわけアクション・ポーリエヌヌ（フランス民法1167条）をもつフランス法と423条IA（債権者を許害する取引）をもつイギリス法が、倒産の内外で同一でありうる規定を知っている場合に妥当する。EuInsVOにまとめられた倒産外否認権のヨーロッパでの抵触法上の統一は、一見これに反対に作用し得るかもしれない。

### c) 否認の訴えの国際裁判管轄

債権者平等の包括的な保護目的を拒絶することは、争われておりかつBGHによって<sup>119)</sup> EuGHに回付された否認の訴えの国際裁判管轄の問題において、当事者が勇み足をするをも戒める。この事案では、EuInsVOにおける明示的な規律を欠いた国際裁判管轄が、内国法、ヨーロッパ管轄規則（以下「EuGVVO」とする。）またはEuInsVO3条の類推によるヨーロッパ吸引主義(*vis attractiva concursus europaei*)の形態のいずれによって決定されるかが問題である。詳細はここでは展開されないが<sup>120)</sup>、債権者平等を一般的に指摘することによって、債務者に関連する否認権の倒産に特有の性格が理由づけられるわけではないということが指摘されなくてはならないであろう<sup>121)</sup>。かくして倒産裁判所に倒産否認の訴えを割り当てることは退けられないが、しかし論証の進め方を先鋭化し、さらなる熟考が促される。否認構成要件の混合性は、解釈学的演繹のみにもとづいた管轄問題の包括的な解決を阻止している。

118) これについては、*Klumb*, *Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung*, S. 80 ff.

119) BGH, ZIP 2007, 1415 (*Klöhn/Berner*による評釈あり)。

120) 枚挙にいとまがないが、*Leipold*, FS Ishikawa, 2001, S. 221, 234 ff.; 議論については、*Thole*, ZIP 2006, 1383 m. w. N.

121) こう述べるのは、例えば、*Trunk*, *Internationales Insolvenzrecht*, 1998, S. 116; *Haas*, NZG 1999, 1148, 1152.

## V. 要 約

結局、債権者平等が否認権を構成要件上包括的に説明することができるという考え方には、説得力のあるアプローチが対比させられなければならない。その際に、上述した基礎は、債権者平等に立ち返ることを示す唯一の排他的要求を課されるべきではない。否認権は、債権者、債務者および否認の相手方の利益の集合に調整をもたらすのであるから、多層的である。しかし、構成要件の位置づけの出発点として、ここで提唱された、一方で個々の債権者の偏頗の表現としての弁済、ならびに他方でその他の債権者の利益と合致しない財産移転へ分類をすることは適切であることが示されており、この基礎の上に否認権の将来の形成とさらなる展開についてのさらなる熟慮をすべきである。第一のグループにおいてのみ、債権者平等が論じられる種類の倒産手続に対する関係が強力であるが、これでさえも弁済否認の目的はいぜんとして正確かつ詳細ではない。これに対して、ここにいわゆるInsOの債務者に関連する否認権は、広範囲に、AnfGの倒産外否認で調整のなされた、承認に値しない行為からの普遍的な保護を追求している。

\* \* \*

### 【参照条文】

1. ドイツ倒産外否認法 (Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens; AnfG)

第3条 (故意による加害) ① 債務者が、否認前10年以内に債権者を害することを知って行った法的行為は、相手方が行為時に債務者の故意を知っていたときには、これを否認することができる。相手方が債務者の支払不能が差し迫っていること及びその行為が債権者を害することを知っていた場合には、債務者の故意を知っていたものと推定する。

② 債務者が親密な関係にある者 (倒産法 [InsO] 138条) との間で締結した有償契約で、債権者を直接に害するものは、これを否認することができる。



この契約が否認の2年以上前に締結されていたとき又は相手方が契約締結の時に債権者を害する債務者の故意を知らなかったときは、これを否認することができない。

第4条（無償給付） ① 債務者の無償給付は、否認することができる。ただし、給付が否認の4年以上前になされたものであるときは、この限りではない。

② 少額の日常的な贈答品の給付が行なわれたときは、否認はできない。

第6条（社員の貸付） ① InsO第39条1項5号の意味における貸付の返還を求める社員の債権又はこれと同等の債権のために以下のことをする法的行為は、これを否認することができる。

1. 行為が執行名義の取得の前10年以内又はその後になされたときは、担保を供すること、又は、
2. 行為が執行名義の取得前1年以内又はその後になされたときには、満足を与えること。

〔以下略〕

第16条（倒産手続の開始） ① 債務者の財産に関して倒産手続が開始されたときは、倒産管財人は、倒産債権者によって提起された否認請求を追求する権利を有する。得られたものからは訴訟費用が優先的に債権者に償還されることを要する。

② 倒産債権者が倒産手続の開始の前に既にその否認請求に基づいて担保又は満足を得ていたときは、InsO第130条を準用する。

第17条（手続の中断） ① 否認請求に関する手続が倒産手続の開始の時点においてなお係属しているときは、その手続は中断する。その手続は倒産管財人が受継することができる。受継が遅滞したときは、ZPO239条第2項乃至第4項を準用する。

② 倒産管財人は、訴えによる申立てをInsO第143条、第144条及び第146条によって拡張することができる。

③ 倒産管財人が訴訟の受継を拒絶したときは、この訴訟は費用の点につき各当事者が受継することができる。受継の拒絶によっては、InsOの規定によって否認請求を主張するという倒産管財人の権利は排除されない。

第18条（倒産手続の終了） ① 倒産管財人が主張することができた否認請求は、倒産管財人に対してその請求に対立する抗弁が獲得されていない限り、倒産手続の終了後は、各債権者がこの法律により訴求することができる。

② 否認請求が倒産手続の開始の時点において既に裁判上主張されていないかたときは、第3条、第4条において定められている期間は、その請求権が倒産手続の終了の後1年が経過するまでに裁判上主張された場合には、手続の時点から算定する。〔以下略〕

第19条（国際的な否認権） 渉外的な事実関係に際しては、法的行為の効力が服する法が法的行為の否認に関して決定的である。

（訳文は、三上威彦『ドイツ倒産法改正の軌跡』（成文堂、1997年）246頁以下を参照した。）

## 2. ドイツ倒産法（Insolvenzordnung; InsO）

第88条（手続開始前の執行） 倒産債権者が、倒産手続開始申立て前1月内又は申立て後に、強制執行によって倒産財団に属する債務者の財産に担保を獲得したときは、この担保は手続の開始によって無効となる。

第130条（本旨弁済） ① 倒産債権者に担保を供し若しくは満足を与え、又はこれらを可能にした法的行為は、以下の場合には、否認することができる。

1. 法的行為が倒産手続開始申立前3月内に行われ、債務者が行為時に支払

不能であり、かつ債権者がその当時支払不能を知ることができたとき、又は、

2. 法的行為が開始申立てに行われ、かつ債権者が行為時に支払不能又は開始申立てを知ることができたとき。

〔以下略〕

② 支払不能又は開始申立ての認識は、支払不能又は開始申立てを確実に推認させる事情の認識と同様とする。

③ 行為時に債務者と親密な関係にあった者（〔InsO〕138条）については、その者が支払不能又は開始申立てを認識していたものと推定する。

第131条（非本旨弁済） ① 倒産債権者に担保を供し若しくは満足を与え、又はこれらを可能にした法的行為であり、その者が請求することができなかったか又はその者がその方法あるいはその時期において請求することができなかったものは、以下の場合には、これを否認することができる。

1. その行為が倒産手続開始申立前1月内又はその申立後に行われたとき
2. その行為が倒産手続開始申立前2月目乃至3月目にかけて行われ、かつ債務者が行為時に支払不能であったとき、又は、
3. その行為が倒産手続開始申立前2月目乃至3月目にかけて行われ、かつ債権者が行為時にその行為が倒産債権者を害することを知っていたとき

② 第1項3号の適用について、倒産債権者を害することを知っていたとは、害することを確実に推認させる事情を知っていたことと同様とする。行為時に債務者と親密な関係にあった者（〔InsO〕138条）については、この者が倒産債権者を害することを知っていたものと推定する。

第132条（直接に不利益を与える法的行為） ① 倒産債権者を直接に害する債務者の法律行為は、以下の場合に否認することができる。

1. 法律行為が、倒産手続開始申立前3月内に行われ、債務者が法律行為の時に支払不能であり、かつ相手方がその当時支払不能を知ることができた

とき、又は、

2. 法律行為が開始申立後に行われ、相手方が法律行為の時に支払不能又は開始申立てを知ることができたとき。

② 債務者が権利を喪失し若しくは権利行使を不可能にするその他の債権者の法的行為は、倒産債権者を直接に害する法律行為と同様とする。

③ 第130条第2項及び第3項は、これを準用する。

第133条（故意による加害） ① 債務者が、倒産手続開始申立前10年内又は開始申立後、債権者を害することを知って行った法的行為は、相手方が行為時に債務者の故意を知っていたときには、これを否認することができる。相手方が債務者の支払不能が差し迫っていること及びその行為が債権者を害することを知っていた場合には、債務者の故意を知っていたものと推定する。

② 債務者が親密な関係にある者（[InsO] 138条）との間で締結した有償契約で、債権者を直接に害するものは、これを否認することができる。この契約が開始申立前2年より前に締結されていたとき又は相手方が契約締結時に債権者を害する債務者の故意を知らなかったときは、これを否認することができない。

第134条（無償給付） ① 債務者の無償給付は、否認することができる。ただし、給付が倒産手続開始申立ての4年より前に行われたときは、この限りではない。

② 少額の日常的な贈答品の給付が行なわれたときは、否認はできない。

第135条（社員の貸付） ① 第39条1項5号の意味における貸付の返還を求める社員の債権又はこれと同等の債権のために以下のことをする法的行為は、これを否認することができる。

1. 行為が倒産手続開始申立前10年以内又は開始申立後になされたときは、担保を供すること、又は、

2. 行為が開始申立前1年以内又は開始申立後になされたときには、満足を与えること。

〔以下略〕

第143条（法律効果） ① 否認されるべき行為によって債務者の財産から譲渡、売却又は放棄されたものは、倒産財団に回復されなくてはならない。相手方が法律上の原因の不存在を知っていた場合の不当利得の法律効果に関する諸規定が準用される。

〔以下略〕

（訳文は、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』（成文堂，1999年）を参照した）。

### 3. ドイツ旧破産法（Konkursordnung; KO）

第30条【破産否認】 以下の行為は、これを否認することができる。

1. 破産者が、支払停止又は手続開始の申立てがあった後に行った法律行為で、これにより破産債権者を害し、かつ相手方においてその行為の当時支払停止又は開始の申立てがあったことを知っていたとき。並びに、支払停止又は開始の申立てがあった後にある債権者に担保を供与し又は弁済をなすべき法的行為をなし、かつその債権者において行為の当時支払停止又は開始の申立てのあったことを知っていたとき。
2. 破産者が、支払停止若しくは手続開始の申立てがあった後又はその前最後の10日以内に、ある債権者に担保を供与し又は弁済を行った法的行為で、破産者の義務に属さず又はその方法若しくは時期が破産者の義務に属しないものであるとき。ただし、その破産債権者が、その行為の当時支払停止及び開始の申立てがあったこと及び他の債権者以上に自己を優遇する破産者の意図を知らなかった旨を証明しないときに限る。

第31条【故意否認】 以下の行為は、これを否認することができる。

1. 破産者が自己の債権者を害する目的をもってなした法的行為で、相手方がその目的を知っているもの。
2. 手続開始前1年以内に、破産者が婚姻前又は婚姻中の配偶者との間に、自己若しくは配偶者の尊属親又は卑属親との間に、自己若しくは配偶者の同父母若しくは異父母の兄弟姉妹との間に、又はこれらの者の配偶者との間に締結した有償契約。ただし、その契約締結により破産者の債権者を害し、かつ相手方において契約締結の時に債権者を害する破産者の意図を知らなかった旨を証明しないときに限る。

第32条【無償否認】 以下の行為は、これを否認することができる。

1. 手続開始前1年以内に、破産者がなした無償の処分。ただし、日常的な贈答品を目的とするときは、この限りではない。
2. 手続開始2年以内に、破産者が配偶者のためになした無償の処分。

#### 4. ドイツ民法 (Bürgerliches Gesetzbuch; BGB)

第2287条 (相続契約による相続人を害する贈与) ① 被相続人が、相続契約による相続人を害する意図で贈与を行ったときは、相続が発生した後、相続契約による相続人は不当利得の返還に関する諸規定に基づいて、受贈者から贈与物の返還を求めることができる。

② [略]

(訳文は、太田武男 = 佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』(三省堂, 1989年)を参照した。)

#### 5. イギリス倒産法 (The Insolvency Act 1986)

第238条 (廉価取引) (イングランド及びウェールズ)

- (1) 本条は、以下に定める場合に、会社についての手続に適用される。
  - (a) 会社に対して管理命令が発令された場合、又は、

(b) 会社が清算手続に入った場合。

また、「手続担当者 (office-holder)」とは、管理人又は清算人を意味する。

(2) 会社が否認期間に廉価取引を締結した場合には、手続担当者は、本条に基づいて、裁判所に対して救済命令を申し立てることができる。

〔以下略〕

#### 第239条 (偏頗行為) (イングランド及びウェールズ)

(1) 本条は、第238条と同様の場合に適用される。

(2) 会社が (次条に定義する) 関連時において偏頗行為を行ったときは、手続担当者は、本条に基づいて、裁判所に対して救済命令を申し立てることができる。

〔以下略〕

#### 第423条 (債権者を詐害する取引)

本条は、廉価で締結された取引に対して適用される。以下の場合には廉価取引を行っているとは認められる。

(a) 他者に対して贈与を行い又はそうでなくとも何らの対価を得ないで取引をしている場合、

〔以下略〕

### **6. アメリカ合衆国連邦破産法 (Title 11 of the United States Code; 11 U.S.C.)**

#### 第547条 (偏頗行為)

(a) 〔略〕

(b) 本条の(c)及び(i)に定める場合を除いて、管財人は、次の場合の債務者の財産上の利益の譲渡を否認することができる。

(1) 債権者に対し又はこの者の利益のために、

(2) その譲渡がなされる前から債務者によって負担されていた既存債務のために、



- (3) 債務者が債務超過である前になされ、
- (4)
  - (A) 申立書提出日前90日以内になされるか、又は、
  - (B) その債権者が譲渡の当時内部者であった場合は、申立書提出日前90日ないし1年の間になされ、
- (5) その債権者が次の場合に受取るであろう以上のものを受取ることを可能にするとき、
  - (A) 事件が本法第7章によるものであるとしたとき、
  - (B) その譲渡がなされなかったならば、
  - (C) その債権者が、本法の規定により定められた範囲でその債務の支払いを受け取ったであろう額。

#### 第548条（詐欺的譲渡と債務負担）

- (a)
  - (1) 管財人は、債務者の財産上の利益の譲渡（雇用契約にもとづく内部者に対する又はこの者のための譲渡を含む）又は債務負担行為（雇用契約にもとづく内部者に対する又はこの者のための債務負担行為を含む）であって、申立書提出以前2年以内になされ又は負担されたものを否認することができる。債務者が自発的に行ったか否かを問わない。
    - (A) 当該譲渡又は債務負担行為が、その譲渡又は負担をしたときに既に存在する、又はその後に生じた債権者の権利行使を妨害、遅延、欺罔する現実の意図によりなされたものであるとき、又は、
    - (B)
      - (i) 当該譲渡又は債務を負担する対価が合理的に同等とされる価値より少ないものを受領した場合で、かつ、
      - (ii)
        - (I) 当該譲渡がなされ又は債務を負担したときに債務者が債務超過であったか、又は当該譲渡がなされ又は債務を負担した結果、債務超

過となった場合、

- (II) 債務者が現に営んでいたか、又はこれから営もうとしていた業務又は取引にとって、不合理なほどに少ない資本しか残さない場合、
- (III) 履行期の到来した債務について債務者の支払能力を超えることを認識しつつ、あえて債務を負担し、又は信じて債務を負担した場合、又は、
- (IV) 内部者に対して若しくは内部者の利益のためにそのような譲渡を行い、又は内部者に対して若しくは内部者の利益のために、雇用契約にもとづいてかつ通常取引によらずにそのような債務負担をした場合。

[以下略]

(訳文は、高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』(商事法務研究会、1996年)を参照した。)

## 7. フランス民法 (Code civil)

第1167条 ① 債権者はまた、その債務者が債権者の権利を詐害して行った行為を、自己の名において攻撃することができる。

② ただし、債権者は、「相続」の章及び「夫婦財産契約及び夫婦財産制」の章に挙示する債権者の権利に関しては、そこに規定される規則に従わなければならない。

(訳文は、稲本洋之助『フランス民法典——物権・債権関係——』(法曹会、1982年)を参照した。)

## 8. ヨーロッパ倒産規則 (Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren; EuInsVO)

第4条 (適用法) ① 本規則に別段の定めのない限り、倒産手続とその効力

に関しては手続が開始された加盟国（以下「手続開始国」とする。）の倒産法が妥当する。

② 手続開始国の法は，倒産手続が開始されるための要件及び進行並びに終了の態様を規律する。とりわけ次の事柄を規律する。

〔略〕

m) 債権者全体を害するために無効，取消可能又は相対的無効とされる法的行為

〔以下略〕

第13条（詐害的な行為） 第4条2項m）は，債権者全体を害する行為によって利益を受ける者が，この行為にとって他の加盟国の法が手続開始国の法よりも決定的であり，かつこの場合において当該行為が当該法によっては攻撃されえないということを証明した場合には適用されない。

〔完〕

【付記】 本稿は，平成23-25年度科学研究費補助金若手研究(b)（研究代表者・河野憲一郎）「実効的債権回収システムの再構築」（課題番号：23730080）による研究成果の一部である。