



Title	無償行為否認の要件としての債務超過の要否：最一判 平成29年11月16日民集71巻9号1745頁
Author(s)	伊禮， 誠汰
Citation	阪大法学. 2024, 73(6), p. 161-181
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/94787
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

無償行為否認の要件としての債務超過の要否

——最一判平成29年11月16日民集71巻9号1745頁——

伊 禮 誠 汰

第一 事案の概要

B社は、平成26年4月1日、C社から13億円を借り入れたうえ、当該借入金を買収資金として、同月2日、A社の発行済株式をすべて取得し、その親会社となった。B社は、A社から6億円を借り入れたうえ、当該借入金を弁済資金として、同年4月18日、C社に対する前記消費貸借契約に基づく貸金債務13億円のうち、6億円を弁済した。その後、C社は、同年8月29日、B社に対する7億円の残債権を、X社（原告・控訴人・上告人）に譲渡した。同日、X社、B社及びA社等は、前記消費貸借契約に基づく貸金債権残金7億円を対象として、X社が、同年9月30日、B社に7億円を貸し付けること、及びA社等がB社の貸金返還債務を連帯して保証すること、を内容とする合意をした（本件連帯保証契約）。

その後、A社は、平成27年2月18日、東京地方裁判所に自己を債務者とする民事再生手続開始を申し立てた。同裁判所は、同月23日、民事再生手続開始決定及び管財人による管理命令をし、Y（被告・被控訴人・被上告人）が管財人に選任された。

X社は、本件再生手続において、A社に対する本件連帯保証契約に基づく履行請求権（本件債権）を、再生債権として届け出た。しかし、Yは、本件連帯保証契約について無償行為否認をし、本件債権の額を0円とする認否をした。X社は、Yを相手方として、同裁判所に対し査定の申立てをしたが、同裁判所は、本件債権の額をいずれも0円とする査定決定をした（本件査定決定）。

X社は、この査定決定に不服があるとして、民事再生法106条1項に基づく異議の訴えを提起した。第一審、原審のいずれも、Yの無償行為否認を有効な

ものと認め、本件査定決定を認可した。これに対し、X 社が上告受理申立てをした。

第二 判旨

【上告棄却】

「A は、平成26年8月29日、X との間で、B の X に対する7億円の借入金債務を連帯保証する旨の契約（以下「本件連帯保証契約」という。）を締結したが、平成27年2月18日、再生手続開始の申立てをし、その後、再生手続開始の決定を受けた。」

「本件は、上記の再生手続において、X が再生債権として届出をした本件連帯保証契約に基づく連帯保証債務履行請求権につき、その額を0円と査定する旨の決定がされたことから、これを不服とする X がその変更を求める異議の訴えであり、再生管財人である Y が本件連帯保証契約の締結に対し民事再生法127条3項に基づく否認権の行使をすることの可否が争われている。」

「所論は、民事再生法127条3項の否認が再生債権者を害する行為の否認の一類型であることなどから、再生債務者が無償行為若しくはこれと同視すべき有償行為（以下「無償行為等」という。）の時に債務超過であること又はその無償行為等により債務超過になることが同項に基づく否認権行使の要件であるというのである。」

「そこで検討すると、民事再生法127条3項は、再生債務者が支払の停止等があった後又はその前6月以内にした無償行為等を否認することができるものとし、同項に基づく否認権行使について、対象となる行為の内容及び時期を定めるところ、同項には、再生債務者が上記行為の時に債務超過であること又は上記行為により債務超過になることを要件とすることをうかがわせる文言はない。そして、同項の趣旨は、その否認の対象である再生債務者の行為が対価を伴わないものであって再生債権者の利益を害する危険が特に顕著であるため、専ら行為の内容及び時期に着目して特殊な否認類型を認めたことにあると解するのが相当である。そうすると、同項所定の要件に加えて、再生債務者がその否認の対象となる行為の時に債務超過であること又はその行為により債務超過になることを要するものとすることは、同項の趣旨に沿うものとはいえない。」

したがって、再生債務者が無償行為等の時に債務超過であること又はその無償行為等により債務超過になることは、民事再生法127条3項に基づく否認権

無償行為否認の要件としての債務超過の要否
行使の要件ではないと解するのが相当である」。

第三 検討

一 問題の所在

本最判は、いわゆる無償行為否認⁽¹⁾について、無償行為等の時に債務者が債務超過であること又はその無償行為等により債務超過になること（以下「債務超過要件」という）が否認権行使の要件であるか否かが問題となったものである。本最判は民事再生事件についてのものであるが、否認制度にかかる条文の構成や同制度の趣旨等は破産手続とおおむね共通する⁽²⁾。また、無償行為否認は、旧破産法から条文の文言の変更がみられないため、本評釈では、旧法下における判例及び学説も取り扱う。そのため、説明の便宜から、以下では破産法の条文を引用する。

さて、無償行為否認の要件につき定める破産法160条3項には、債務超過要件がみられない。では、なぜ本最判で債務超過要件の要否が問題となったのだろうか。

旧破産法は、否認の根拠に着目して、否認権を、故意否認、危機否認及び無償否認の三つの類型に分類していたところ⁽⁴⁾、現行の破産法は、否認の対象となる行為類型に着目して、否認権の類型を詐害行為否認及び偏頗行為否認⁽⁵⁾とに整理している。それに伴い、現行法は、否認対象行為の有害性につき、二元的な考え方（二元説）を採用したと解される。この二元説によれば、詐害行為否認については、債務者の財産状態が悪化した時期における共同担保の減少行為⁽⁷⁾を、有害性の根拠とする⁽⁸⁾。すなわち、財産状態が悪化していない段階では、債務者は、自己の財産をどのように処分しても、そのことで咎められることはない。しかし、債務者の財産状態が悪化している場合には、債務者は自己の財産を責任財産として維持することが求められているといえることから、債務者の財産管理処分権への介入が正当化されるのである。

では、現行法の採用する二元説においては、無償行為否認の有害性はどのように位置づけられるのだろうか。無償行為否認は、条文上は、詐害行為否認に内包されている。そうだとすると、無償行為否認においても、明文の規定こそ存在しないものの、詐害行為否認と同等の有害性が求められると解する余地がある。このような前提に立つならば、無償行為否認の要件として、否認の対象となる無償行為をした時に債務者が債務超過であることが要求されることとな

る（以下「必要説」という）。これに対して、無償行為否認の特殊性に着目するならば、その有害性について詐害行為否認と平仄を合わせる必然性はない。したがって、無償行為否認においては、詐害行為否認と異なり、債務超過要件は不要であるとの見解（以下「不要説」という）に傾きやすい⁽¹⁰⁾。

このように、債務超過要件の要否が本最判で争点となった背景には、無償行為否認における有害性の具体的内容についての解釈の相違が存在しているのである。そこで、本評釈では、無償行為否認の有害性という観点に着目しつつ本最判及びこれまでの議論を整理し、債務超過要件の要否を検討することとする。

なお、従来の議論では、「有害性」は多義的に用いられてきた。現行法は有害性につき二元説を採用しているというとき、ここでの有害性は、各種の否認制度を基礎づけるための一般的な根拠としての意味合いが強い⁽¹¹⁾。これに対し、個々の事案において、周辺の事情を斟酌して否認を肯定又は否定するための理論枠組みとして、有害性が援用されることもあるが⁽¹²⁾、本評釈では、主に前者の意味における有害性を念頭に置いて論を進める。

二 本最判が公表される前の議論

1 伝統的な学説における議論

先行評釈によると、伝統的な学説では、債務超過要件の要否や無償行為否認⁽¹³⁾における有害性の内容につき、明示的に論じられることはなかったようである。しかしながら、旧法下の体系書等では、とりわけ無償行為否認の趣旨にかかる記述につき、破産者の財産状態が悪化した時点での無償行為であることを前提とするような書きぶりがみられる⁽¹⁴⁾。先行評釈の中には、この点に着目し、「無償行為時に債務者の財産状態が悪化していることが、債務者の主観（詐害意思）を問うことなく、『純客観主義』の否認を認めるための当然の前提と見られていた」と解する余地があることを指摘する見解も存在する⁽¹⁵⁾。

このように、伝統的な学説も、債務超過要件の要否や無償行為否認の有害性の内容といった問題意識にまったく関心がなかったわけではないように思われる。しかし、学説が表立って議論を展開してきたのは、主に保証等の無償行為該当性についてであり、前述の問題意識は、未だ潜在的なものにすぎなかったといえる⁽¹⁷⁾。

2 昭和62年最判及び中西論文を契機とする議論の展開

学説がこれらの問題意識を捉えるに至ったのは、同族会社の代表者かつ実質的な経営者である破産者が当該会社のためにした保証又は担保の供与の無償行為が該当性について判示した最2判昭和62年7月3日民集41巻5号1068頁（以下「昭和62年最判」という）及び、昭和62年最判に対して疑問を呈した中西教授⁽¹⁸⁾による以下の論考による影響が大きいとみられる。

昭和62年最判は、無償行為否認における無償性は破産者を基準に判断すること及び「右の理は、主たる債務者がいわゆる同族会社であり、破産者がその代表者で実質的な経営者でもあるときにも妥当する」ことを判示したものであるが、本評釈の関心事との関係では、無償行為否認の根拠にかかる判示が重要である。昭和62年最判は、同制度が、無償行為が破産債権者を害する危険が特に顕著であることに照らし専ら行為の内容及び時期に着目した特殊な否認類型を認めたものである点に、無償行為否認の根拠を見出している⁽¹⁹⁾。この判示からは、昭和62年最判が有害性の内容をどのように解しているのかは必ずしも明確でないが、無償行為により共同担保の毀損が生じたことというよりは、無償行為の性質上そのような事態が生じる蓋然性が高いことに着眼しているように推察される。つまり、破産者につき支払停止等があった後又はその前6月以内に無償で財産を減少させる行為それ自体が、無償行為否認の有害性を基礎づけると解⁽²⁰⁾されていると思われる。

このような昭和62年最判の見解に対し、中西教授は、以下の疑問を呈される。第一に、危機時期の無償行為が有害というだけでは、善意の受益者との関係でも否認が認められることを説明できないのではないか、というものである⁽²¹⁾。第二に、無償行為の後もまだ支払不能になっていない場合には債権者はまだ満足を受けられるため、当該無償行為が直ちに有害とはいえないのではないか、というものである。昭和62年最判が不要説に親和的であるとの理解を前提に、債務超過要件が不要であることの根拠を問うものであろう⁽²²⁾⁽²³⁾。そして、以上の問題意識をもとに、中西教授は、ドイツ破産法における無償行為否認の根拠や、その規定の沿革などを参照しつつ、わが国における同制度の根拠を以下のように解するべきであると主張される。すなわち、「ある責任財産が支払不能となった場合に、対価を支払うことなくそこから利益を取得した者と、そこへ一定の給付を行ったにもかかわらず反対給付を得ることができなくなった者がいるときには、前者の得た利益については、後者を前者に優先させるのが、公平であ

る」⁽²⁴⁾ということである。この根拠論によると、まず債権者と受益者との間の公平という観点から、善意の受益者との関係であったとしても否認を根拠づけることができる。また、無償行為否認は、債務者の財産状態ではなく、「無償」という受益者の財産取得の形態そのものに有害性を見出すものであると理解されるため、債務超過要件は不要であるとの帰結を無理なく導くことが可能となる⁽²⁵⁾。中西説は、無償行為否認の有害性を無償行為性の判断に包含させる点で、⁽²⁶⁾昭和62年最判と方向性を同じくするが、上記の根拠論を採用することで、債権者と受益者との間の公平という観点から、このような帰結に対し理論的基盤を提供したことに意義があるといえよう。

昭和62年最判及び中西論文の公表を契機として、債務超過要件の要否について種々の見解が散見されるようになる。例えば、山本研教授は、無償否認につき時的要件及び主観的要件が緩和されていることから、無償否認を故意否認とも危機否認とも異なる第三の類型と位置づけつつ⁽²⁷⁾、この位置づけによる限り、「故意否認における主観的要件の存在擬制を前提とする必要はなく、行為の時点において、債務超過等の責任財産の絶対的不足を生じていたことまで要するものではない」とされる⁽²⁸⁾。この記述からは、山本教授が、無償行為否認における有害性は故意否認におけるそれと同一である必然性はないと解されていることが窺われる⁽²⁹⁾。

これに対し、必要説も有力に主張されてきた⁽³⁰⁾。例えば、水元教授は、「無償否認における否認要件緩和の意義は、故意否認における主観的要件の存在擬制にあると理解すべきである⁽³¹⁾」として、債務超過要件が必要である旨主張される⁽³²⁾。

以上のような債務超過要件の要否にかかる議論に加えて、無償行為否認における有害性に言及する見解も公表されている。例えば、工藤教授は、「無償否認における有害性は、対象行為の無償性の中に含まれており、無償性とは別に有害性を考慮すべき事案は、理論的には存在しない⁽³³⁾」とされる。

また、裁判例の展開に目を向けると、無償行為否認につき有害性が欠けるとして否認を否定した最2判平成8年3月22日金法1480号55頁や、不要説を採用した名古屋高判平成17年12月14日（LEX/DB 文献番号28110378）⁽³⁴⁾などの存在を指摘することができる⁽³⁵⁾。

前者は、連帯保証人が否認の対象となる連帯保証契約と同一内容の債務をすでに包括的債務保証により負担していたことを理由に否認を否定した原判決を是認したものであり、最高裁として実質的な判断を下したものである⁽³⁶⁾。しかし⁽³⁷⁾

し、原審が「破産者が義務なくして他人のためにした保証もしくは抵当権設定等の担保の供与は、それが債権者の主たる債務者に対する出捐の直接の動機となっている場合であっても、破産者がその対価として経済的利益を受けていない限り、破産法72条5号にいう無償行為に当たるものと解され、この限りで被控訴人（管財人）の主張は一般論としてはもっともである。しかしながら、前記の否認権制度の趣旨からすれば、同条により否認される行為は、これによって破産財団を減少させ、一般債権者を害するものに限られるべきこともまた当然である。」と判示しており、共同担保の毀損が有害性の内容であると解していることが窺われる。

後者は、本最判に先立って、不要説を採ったものである。有害性の判断に際して、昭和62年最判の同趣旨の根拠論を展開していることから、後者は、昭和62年最判と同一線上に位置づけることができよう。もっとも、本名古屋高裁判決が有害性の内実をどのように捉えていたのかは、判旨からは明らかではない。

三 本最判の検討

1 本最判における有害性の態様

本最判は、不要説を採る旨判示し、その理由として、条文の文言及び無償行為否認の趣旨を挙げている。このうち前者については、前述した議論状況に鑑みると決定的な論拠とはいいい難いため、以下では、主に後者を検討の対象とする。

本最判は、無償行為否認の趣旨につき「その否認の対象である再生債務者の行為が対価を伴わないものであって再生債権者の利益を害する危険が特に顕著であるため、専ら行為の内容及び時期に着目して特殊な否認類型を認めたことにある」と判示する。このような理解は、昭和62年最判と軌を一にするものであり、確立した判例法理であるといえる。他方で、判例が無償行為否認の有害性をどのように把握しているかについては、本最判の判旨からもなお、明確には読み取れない。この点も、昭和62年最判と同様に、無償行為の性質上、債権者を害する危険が顕著であることに求めていると解すべきであろうか。

しかし、このような理解を前提とすると、以下の点がなお問題となるように思われる。すなわち、なぜ債権者を害する危険が高いことのみで、否認権の行使が正当化されるのかという点である⁽⁴³⁾。

一般に、（その方法論的な当否は措くとして）ある裁判例の文言を既存の学

説に引き付けて解釈することで、当該裁判例の行間を埋め、その結論に理論的基盤を与える試みがなされることがある。しかし、本最判との関係では、このようなアプローチは取り難いように思われる。例えば、本最判の結論は、前述の中西教授の見解と親和的であるとの指摘がある⁽⁴⁴⁾。確かに、両者は、債務超過要件を不要とする点で結論を同じくする。しかし、債権者と受益者との間の公平を論拠とする中西説と本最判とでは否認の根拠にかかる前提は大きく異なると解するべきであり、本最判との関係ではなお、否認の正当化根拠が問われることとなろう⁽⁴⁶⁾。また、本最判と山本研教授の見解との親和性を指摘する見解も存在する⁽⁴⁷⁾。本最判は、確かに無償行為否認を特殊な否認類型とする点で山本説と通底する。山本説は無償行為否認につき時的要件及び主観的要件が緩和されていることに着目して無償否認を第三の否認類型に分類するものであるが、たとえこのような整理をしたとしても、直ちに不要説の帰結が導かれるわけではなく、なおその特殊な否認類型における有害性の内容を明らかにする必要がある⁽⁴⁹⁾。結局のところ、この点が必ずしも明らかでない同説からは、本最判の理論的基盤にかかる示唆を得ることができない。

このようなアプローチとは異なる視点から、本最判の説明を試みる見解も存在する。第一に、無償行為否認において主観的要件が緩和されることの根拠に立ち返り、そこで説かれる無償行為の「有害性の強さ」の意味内容を敷衍したうえで、本最判の論理の説明を試みる見解を挙げることができる。この見解は、無償行為否認の根拠の文脈で言及される「有害性の強さ」を、「債権者の受けるべき満足を低下させる程度」ではなく、無償行為否認が問題となる局面では債権者の要保護性が相対的に高く、債務者及び受益者の要保護性が相対的に低いことを有害性から評価したものであると理解し、この意味における「有害性が強い」ことが、「一般の詐害行為否認に比して先取り的でも（共同担保の）保全の必要性が認められる理由」であるとする⁽⁵⁰⁾。第二に、詐害行為否認の有害性を基礎づける債務者の財産状態を「支払不能又は債務超過の状態が発生し若しくはその発生が確実に予想される時期にあること」と解する有力説の見解を参照しつつ、無償行為否認の有害性の内容としても、債務超過等に至らない程度の債務者の財産状態の悪化を要求することで、判旨の説明を試みる見解がある⁽⁵⁴⁾。この見解は、無償行為否認においても、否認を正当化するためには、債務者の財産状態が一定程度悪化していることを要するとの認識を前提に、その財産状態につき、上記有力説の基準を採用するものである⁽⁵⁵⁾。

また、従前より「間接加害的な規律」⁽⁵⁶⁾の導入可能性を検討しておられた垣内教授は、本最判についても、「無償行為における有害性も本質的には一般の財産減少行為と同様であり、ただ行為後の財産状態悪化による間接加害でも否認が認められる点で要件が緩和されているにすぎない、との説明が可能である」とされる⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾。

以上のような理解を前提とすると、本最判の見解を理論的に説明できなくはないが、無償行為否認における有害性を詐害行為否認（又は危機否認）におけるそれと同等であると解する立場からは、後述のように反論の余地があろう。

2 債務超過要件の要否

本最判を従前の無償行為否認にかかる議論との関係でどのように位置づけるべきかについては、判旨の簡潔さも相まって難問であるが、不要説を採用した本最判の結論それ自体には、賛同する見解が少なくない⁽⁵⁹⁾。

他方で、本最判に賛同せず、なお必要説の立場を採る見解も存在する。必要説の要旨は、詐害行為否認（又は危機否認）と無償行為否認とで有害性の内実に差異を設けるべきではないということである。必要説は、その理論的根拠として、財産状態の悪化があつてはじめて債務者の財産管理処分権への介入や受益者の得た利益の剥奪が正当化されることを挙げる⁽⁶⁰⁾。有害性が認められるには債権者の「抽象的な不利益・危険」では足りず、「現実的不利益・危険」の発生を要するとし、その「現実的不利益・危険」の内実を「共同担保の減少等による債権者持分の毀損」と解する見解は、債務超過性が欠ける場合には債務者の財産管理への介入が正当化されないことを前提としている⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾。さらに、畑教授は、「無償行為否認の対象には無償行為と『同視すべき有償行為』も含まれ、無償行為と同視すべきでない有償行為との区別が難しい場合もありうる」ならば、無償行為と有償行為とで債務者の財産状態にかかる規律を区別しないほうが穏当であるという実質的な根拠も付加される⁽⁶⁴⁾。

加えて、本最判の公表前より必要説に立つことを表明されていた水元教授の一連の研究が注目に値する⁽⁶⁵⁾。水元教授は、現行法においても故意否認・危機否認・無償否認という類型に意義があることを前提に、まず、この3類型への分類は、母法であるドイツ破産法の体系によること⁽⁶⁶⁾、第3の否認類型としての無償否認は、無償行為の拘束力の弱さに由来することを確認される⁽⁶⁷⁾⁽⁶⁸⁾。そして、ドイツよりも贈与の拘束力を強く認め、また無償行為に基づく債権も一般の破産

債権として処遇する我が国においては、無償行為否認を故意否認の特殊な1類型と位置づけるべきと主張される。⁽⁶⁹⁾このような位置づけによると、無償行為否認についても、故意否認と同様、否認対象行為時に債務超過であることを要すると解されることとなる。⁽⁷⁰⁾水元説は、日独の無償行為にかかる実体法及び手続法の規定の差異に着目して無償行為否認の根拠を論じ、それにより必要説を基礎づけるところに特徴がある。⁽⁷¹⁾もっとも、以上の見解に対しては、河野教授による反論が存在する。河野教授は、無償行為否認の原型となったのはドイツ旧破産法の贈与否認(Schenkungsanfechtung)であるが、無償否認の対象は贈与に限られないことから、ドイツ倒産法では無償否認(unentgeltliche Anfechtung)という表現が用いられているということを理由に、ドイツでは贈与にかかる実体規定に依拠した理由づけは補足的なものにとどまるとされる。⁽⁷²⁾そして、ドイツでも無償行為の性質それ自体が無償否認制度を基礎づけると解されていること、⁽⁷³⁾このような理解は本最判と親和性があるということを主張される。⁽⁷⁴⁾両者の間には、母法であるドイツ法の理解につき齟齬が生じているように思われるが、河野教授もなお、以下の3点は承認されるようである。すなわち、第一に、ドイツ破産法の理由書で説かれた「無償である利益を得た者はそれによって自らの法的請求権につき一定の損害を被った者に譲らなければならない」という法理が、無償行為否認の根拠であること、⁽⁷⁵⁾第二に、この法理が、贈与契約を念頭に説かれていたこと、⁽⁷⁶⁾第三に、現行倒産法にかかるドイツ学説が、旧破産法時代から引き続き、無償否認の趣旨について贈与契約の特殊性から根拠づけるのが一般的であることである。⁽⁷⁷⁾

現時点では、両見解の当否には立ち入る用意がないため、本評釈では以下の点を指摘しておくにとどめる。両者は、母法であるドイツ法を参照しつつ解釈論を展開する点で示唆に富む。もっとも、両者の間には、母法であるドイツ法にかかる理解に齟齬が見られる。このような事態が発生したのは、前述の中西論文⁽⁷⁸⁾以降、無償行為否認にかかる比較法的な検討に間隙が生じているためであると思われる。これを埋めることが今後の課題として指摘できよう。⁽⁷⁹⁾例えば、前述のように、ドイツでは、かつて贈与否認と呼ばれた制度が無償否認とその名を変えているが、その際にどのような議論がなされたのか、贈与を念頭において形成された法理がその他の無償行為にも当然に妥当するののかといった点にかかる議論の蓄積を確認する必要があるであろう。⁽⁸⁰⁾

3 資産超過時の処理

以上の議論に鑑みると、不要説と必要説との対立は本最判の出現で解消されたわけではなく、なお検討すべき点が残されている。もっとも、不要説に立つ本最判も、あくまで債務超過要件が「民事再生法127条3項に基づく否認権行使の要件ではない」と判示したにとどまり、無償行為時又は否認権行使時に資産超過であった場合の処理について判示するものではない⁽⁸¹⁾。では、無償行為時又は否認権行使時に資産超過であることが受益者によって証明された場合にもなお、否認を認めてもよいであろうか。

この点、本最判の調査官解説は、「債務者が当該無償行為等の時に資産超過であることが立証された場合であっても、そのことのみによって無償行為否認における否認権行使が直ちに妨げられることはない⁽⁸²⁾」としつつ、否認権行使時に資産超過である場合には、管財人等につき権利の濫用を問う余地があることを示唆する⁽⁸³⁾。他方で、無償行為時に資産超過であることを、無償行為否認の成立を阻却する抗弁と位置づける見解も存在する⁽⁸⁴⁾。

本最判の有害性にかかる理解を前提とすると、無償行為時に資産超過であることを考慮に入れることは障壁が高いように思われるが、否認権行使時に資産超過であることを何らかの方法で考慮に入れることは、なお検討の余地がある。その際、前述の諸見解の提案する法律構成によることが考えられるほか、否認の一般的要件としての「不当性⁽⁸⁶⁾」を用いて否認を否定することも考慮に入れてよいと思われる。実際、債務者の財産状態が不当性の有無の判断要素の一つに挙げられることに、前例がないではない⁽⁸⁷⁾。もっとも、近時は否認の一般的要件としての不当性の有用性に疑義を差し挟む見解が有力に主張されている⁽⁸⁸⁾。すなわち、不当性による処理は、否認権の根拠を不明確にする、法的安定性の欠如を招来する及び否認訴訟のコストが増大するという問題点があることが指摘され⁽⁸⁹⁾、不当性が主な対象とした問題が立法により解決された以上、同概念に依拠する必要はないと主張されている⁽⁹⁰⁾。しかし、否認を阻却する方向にのみ働く不当性は法的不安定を招く程度が相対的に低いといえる⁽⁹¹⁾、現行法160条3項は旧破産法72条5号の文言をそのまま引き継いでいることから、無償行為否認に限っては、不当性に依拠すべき場面がもはや想定できないとはいえない⁽⁹²⁾と思われる。

四 その他の問題点

1 無償行為否認と現代型取引

本最判では、親会社の債務を主たる債務とする子会社の保証契約が否認の対象となっていて、保証契約の締結が無償行為否認の対象となり得ること⁽⁹³⁾及び、無償性の判断は破産者を基準に行うことは、確立した判例法理である。学説の関心も、上記判例法理を前提に、どのような場合に、行為の対価としての経済的利益が存在し、無償行為であるとはいえないのかを探求することへと移っている⁽⁹⁴⁾。

この点、本事案では LBO 類似のスキームが用いられていたことに留意すべきであろう⁽⁹⁵⁾。LBO とは、M & A において、買収者が、自己資金に加えて対象企業の資産価値や将来のキャッシュフローなどに基づいた借入れにより資金を調達し、対象企業の株式を買収することにより、買収企業の経営権を取得することを指す⁽⁹⁶⁾。買収資金の借入れに際しては、対象企業の保有する主要資産に担保を設定すること（全資産担保）や対象企業が当該債務を連帯保証することが行われることがあるところ、LBO の経済的合理性に照らして、同スキーム内の保証や担保の供与を当然に否認の対象とすることに否定的な見解も存在する⁽⁹⁷⁾。確かに、LBO のような現代型取引にも無償行為否認の趣旨が当然に妥当するのかは、今後検討を要する課題であろう。しかし、現行法の解釈論及び本最判を前提とすると、一連のスキームから無償行為を取り出して否認の対象とすることは、容易には否定できないと思われる。もっとも、形式的には無償行為否認の要件を充足する場合であっても、不当性を梃子にして、個々の複合的取引全体の態様に照らして否認を否定する余地は残されていると解するべきであろう。

2 無償行為否認の効果

無償行為否認は、要件だけでなく効果の面でも特則が設けられている。すなわち、破産法167条2項は無償行為否認の効果につき、「相手方は、当該行為の当時、支払の停止等があったこと及び破産債権者を害することを知らなかったときは、その現に受けている利益を償還すれば足りる」と定める。回復の範囲を限定することで、善意の受益者を保護する趣旨の規定である。そして、保証契約が無償行為否認の対象となった場合の「現に受けている利益」の内実につき、従来の通説は、これを保証料相当額であると解していた⁽⁹⁸⁾。これに対し、保⁽⁹⁹⁾

証料相当額は保証委託契約の対価であって、保証契約によって受益者が得る利益は保証債権の取得であることから、「現に受けている利益」を保証債権そのものであると解する見解も存在する。⁽¹⁰⁰⁾

本最判を前提とすると、効果論の局面で受益者の利益保護を図るほかないため、⁽¹⁰¹⁾「現に受けている利益」の解釈に際しても、受益者保護の観点が重要となろう。そこで、この観点から両見解を検討するに、保証債権につき高率の配当が見込まれる事案や保証債務を履行した場合の求償権の価値が高い事案では前者の理解が、それらの事情が存在しない事案では後者の理解が受益者の保護に資するといえる。⁽¹⁰²⁾ そうだとすると、「現に受けている利益」の内実につき、受益者に選択権を与えることを認めてもよいと思われる。⁽¹⁰³⁾

なお、本最判の原審は、後者の理解に親和的な判示をしていたが、本最判はこの点を取り上げていない。⁽¹⁰⁴⁾ したがって、「現に受けている利益」の解釈については、なお今後の議論に委ねられている。

- (1) 本最判の主な評釈は、田中寛明「判解」ジュリ1520号（2018年）104頁、田中寛明「判解」法曹時報70巻9号（2018年）199頁、岡成玄太「判批」法協255巻6号（2019年）255頁、垣内秀介「判批」金融法務事情2097号（2018年）49頁、籠池信宏「判批」金融法務事情2120号（2019年）31頁、笠井正俊「判批」金融法務事情2085号（2018年）16頁、河野正憲「判批」名古屋大学法政論集283号（2019年）289頁、木村真也「判批」新・判例解説 Watch22号（2018年）209頁、佐藤鉄男「判批」民商法雑誌154巻3号（2018年）182頁、杉本和士「判批」法教450号（2018年）141頁、中本香織「判批」早稲田大学法務研究論叢4号（2019年）209頁、田頭章一「判批」私法判例リマックス58号（2019年）122頁、畑瑞穂「判批」判例秘書ジャーナル（文献番号 HJ100041）（2019年）1頁、三木浩一「判批」松下淳一ほか編『倒産判例百選 [第6版]』（有斐閣・2021年）76頁、水元宏典「判批」平成30年度重判（ジュリ臨増1531号）（2019年）136頁、蓑毛良和「判批（上）（下）」銀行法務21 835号（2018年）28頁、836号（2018年）34頁、八木敬二「判批」一橋法学18巻1号（2019年）313頁等。
- (2) 八木・前掲注1）317頁、中本・前掲注1）213頁等。
- (3) 小川秀樹編著『一間一答新しい破産法』（商事法務・2004年）222頁、伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務』（ジュリ増刊）（有斐閣・2007年）390頁以下参照。
- (4) 山本克己ほか編『新基本法コンメンタール破産法』（日本評論社・2014年）351頁以下〔中西正〕。

判 例 研 究

- (5) 改正の経緯は、伊藤ほか・前掲注3)374頁以下参照。
- (6) 山本克己「否認権(上)」ジュリ1273号(2004年)79頁以下、山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』(判例タイムズ社・2008年)245頁〔水元〕等。
- (7) その具体的な態様については争いがあるが、本評釈では、「否認対象行為時に債務超過であること」と解することとする。学説の分布については、宇野瑛人「債務者の財産状態と財産減少行為否認の有害性」法学(東北大学)82巻4号(2018年)1頁・3頁以下、山木戸勇一郎「詐害行為類型に対する詐害行為取消権・否認権の要件」中島弘雅ほか編集代表『民法と倒産法の交錯——債権法改正の及ぼす影響』(商事法務・2023年)50頁・55頁以下参照。
- (8) 伊藤眞『破産法・民事再生法〔第5版〕』(有斐閣・2022年)559頁、三上威彦『倒産法』(信山社・2017年)369頁、山本克己ほか『破産法・民事再生法概論』(商事法務・2012年)239頁〔畑〕、竹下守夫ほか編『大コンメンタール破産法』(青林書院・2007年)627頁〔山本和彦〕等。
- (9) 伊藤眞ほか『条解破産法〔第3版〕』(弘文堂・2020年)1112頁。
- (10) 加えて、効果の面で無償行為否認の特則を定める破産法167条2項は相手方の善意の対象として「破産債権者を害する事実」と定められていることに照らすと、無償行為否認の要件として「破産債権者を害すること」すなわち行為時に債務超過であることを要するといえるのではないか、ということについても問題となり得るが、本評釈では取り扱うことができない。この点は、笠井・前掲注1)22頁以下を参照。
- (11) 山木戸・前掲注7)55頁以下が、詐害行為否認の有害性について論ずる文脈で、債務者の財産状態が否認権行使の必要性和許容性を基礎づけるとの認識を示しているが、ここでの有害性も、本文と同様の用法であろう。
- (12) 伊藤・前掲注8)563頁は、有害性について、旧法下における適正価格による不動産の売買や本旨弁済等において用いられた、「それ自体をみれば詐害性をもたないと思われる行為について、周辺の事情から詐害性を肯定するための理論枠組み」や、担保目的物による代物弁済等において用いられた、「行為自体をみれば詐害性を肯定されるものについて、周辺の事情から詐害性を否定するための理論枠組み」との例を挙げて説明する。
- (13) 笠井・前掲注1)26頁。
- (14) 岡成・前掲注1)260頁以下が指摘するところである。例えば、中田淳一『破産法・和議法』(有斐閣・1959年)163頁は、純客観主義の否認類型が認められる理由を説明する文脈で「対価なしに出捐することは、経済取引の常道ではないのに、すでにその財産状態が危うくなっている時期に、かかる無償行為をあえてする破産者」と述べており、現行法下の文献でも、同様の文脈で、財産状態の悪化した時期における無償行為を前提とするように読める記述を確認することができる

無償行為否認の要件としての債務超過の要否

(中島弘雅『体系倒産法Ⅰ』(中央経済社・2007年) 341頁等)。また、朝山二郎『破産法上の否認権に就て』(司法省調査課・1931年) 569頁以下は、東京控訴院判大正5年7月21日法律新聞1159号22頁を引用しつつ、否認の一般的要件である債権者侵害は、旧破産法72条5号にも妥当する旨述べる。しかし、同裁判例は、担保権を有している債権者への弁済が否認の対象となった事案であり、現行法下では、偏頗行為否認にかかる裁判例であると整理すべきであろう。

- (15) 岡成・前掲注1)260頁以下。もっとも、この見解も、債務超過要件の要否につき、明示的な対立があったことまでを示唆するものではない。
- (16) 伊藤眞「判批」判例評論353号(1988年) 58頁・62頁は、我が国における無償行為否認の議論が主に保証をめぐる展開されたこと、その契機となったのが大判昭和11年8月10日民集15巻1680頁であることを示唆する。
- (17) 岡成・前掲注1)261頁。
- (18) 中西正「無償否認の根拠と限界」法と政治(関西学院大学) 41巻2・3号(1990年) 1頁。
- (19) 昭和62年最判は、無償行為否認される根拠につき、「その対象たる破産者の行為が対価を伴わないものであつて破産債権者の利益を害する危険が特に顕著であるため、破産者及び受益者の主観を顧慮することなく、専ら行為の内容及び時期に着目して特殊な否認類型を認めたことにある」と判示する。
- (20) なお、岡成・前掲注1)263頁以下は、昭和62年最判と本最判の判旨を比較したうえで、昭和62年最判の時点では、無償行為否認につき『行為の内容及び時期』以外の客観的事情を一切顧慮しないとの含意までは存在しなかった」と理解する余地があることを示唆する。
- (21) 中西・前掲注18)40頁。中西教授は、有害であることが明らかである危機時期における偏頗弁済を否認する局面においても、受益者の悪意が求められることを引き合いに出し、否認制度は、行為の有害性だけでなく、善意の相手方との関係でも否認を正当化するための根拠を要すると説かれる。昭和62年最判は、この正当化根拠が不十分であるとの趣旨であろう。これに対し、通説は、無償行為の有害性に加えて、無償行為の相手方は要保護性が相対的に低いことを無償行為否認の根拠に挙げている(伊藤・前掲注8)597頁、三上・前掲注8)379頁以下等)ため、第一の疑問は妥当しない。しかし、通説においてもなお、直後に述べる第二の疑問は問題となり得るであろう(同41頁参照)。
- (22) 中西・前掲注18)40頁以下。
- (23) 後述する中西説の言説に照らすと、無償行為否認の根拠において債務者の財産状態に着目することの限界を示唆する問題提起であるともいえる。
- (24) 中西・前掲注18)43頁。この根拠の背景には、ドイツ破産法の理由書で説かれた「無償である利益を得た者はそれによって自らの法的請求権につき一定の損害

判例研究

を被った者に譲らなければならない」という法理が存在しているようである（中西・前掲注18）10頁以下参照）。

- (25) 中西・前掲注18）32頁。
- (26) 栗田口太郎ほか『《座談会》5つの重要倒産判例で考えるその射程と今後の金融実務』金法2087号（2018年）23頁〔杉本和士発言〕。
- (27) 山本研「無償否認」竹下守夫＝藤田耕三編集代表『破産法大系（2）破産実体法』（青林書院・2015年）496頁。
- (28) 山本・前掲注27）498頁。
- (29) 他方で、山本・前掲注27）499頁には、無償行為の有害性の強さを説明する文脈で、「財産減少行為の中でも危機時期に無償でその財産を減少させる破産者の行為はとりわけ債権者を害する危険性が高い」との記述があり、危機時期になされた無償行為を前提としているようにも読むことができる（この点を指摘するものとして、笠井・前掲注1）21頁）。もっとも、近時の山本教授による文献では、「危機時期に」という文言はみられない（加藤哲夫＝山本研編『プロセス講義倒産法』（信山社・2023年）291頁以下〔山本研〕参照）。
- また、山本・前掲注27）500頁は、無償行為否認にも否認の一般的要件が要求されるとしつつ、「無償行為であっても、それによって破産財団が減少しその結果一般債権者を害することになったとはいえない場合」には、否認することができないとする。この記述は、後述する平成8年最判を念頭に置いたものと思われるが（同510頁、山本研「保証と無償行為」明治学院大学法律科学研究所年報27号（2011年）337頁・338頁も参照）、無償行為否認の有害性が、無償性に内包しきれないことを示唆するものでもある。結局のところ、山本教授が、無償行為否認における有害性の内容をどのように解されているかは、既出の文献からは必ずしも明らかではない。
- (30) 佐藤鉄男「無償行為に対する詐害行為取消権・否認権の行使」中島弘雅ほか編集代表『民法と倒産法の交錯——債権法改正の及ぼす影響』（商事法務・2023年）145頁・163頁は、本最判が現れるまでは、「むしろ債務超過は必要とする見解が有力であったように思える」と評価する。これに対し、田中（曹時）・前掲注1）218頁注35は、不要説が一般的であるとする。
- (31) 福永有利監修『詳解民事再生法〔第2版〕』（民事法研究会・2009年）380頁〔水元〕。もっとも、このように解すべき理由は、当該文献では明らかではなかった。その後、水元教授は、本最判の評釈を含む一連の論考で、ご自身の見解を敷衍なさっている。本最判後の水元教授の見解については、後ほど言及する。
- (32) 山本克己ほか・前掲注8）245頁〔畑〕、三上・前掲注8）381頁も、これに賛同する。
- (33) 工藤敏隆「判批」法学研究（慶應義塾）87巻7号（2015年）112頁・123頁。も（阪大法学）73（6-176）1220〔2024.3〕

無償行為否認の要件としての債務超過の要否

つとも、ここで言及されるところの「有害性」は、否認を阻却するところの「有害性」であると読むことができるように思われる。

- (34) 平成8年最判の主な評釈は、以下の通りである。塩崎勤「判批」金融法務事情1518号(1998年)28頁、北秀昭「判批」銀行法務21538号(1997年)14頁等。
- (35) 本裁判例の評釈に、森恵一「判批」NBL834号(2006年)42頁がある。
- (36) その他、優先権の付された新たな債務の負担につき有害性を認めた東京高判平成25・7・18判時2202号3頁がある。本裁判例については、山本和彦「無償否認に関する若干の考察」才口千晴先生喜寿『倒産法の実践』(有斐閣・2016年)241頁・248頁以下、257頁以下を参照。
- (37) 塩崎・前掲注34)32頁。
- (38) 東京高判平成4年6月29日金判905号3頁。本裁判例の主な評釈は、以下の通りである。石川明「判批」判例評論403号(1993年)43頁、菅野佳夫「判批」判タ804号(1993年)46頁、西澤宗英「判批」法学研究(慶應義塾大学)66巻7号(1993年)147頁、吉岡伸一「判批」旬刊金融法務事情1348号(1993年)22頁、我妻学「判批」旬刊金融法務事情1367号(1993年)124頁等。
- (39) 筆者が補った。
- (40) 本最判の評釈でも、同様の見方が多数である。畑・前掲注1)6頁、水元・前掲注1)137頁、岡成・前掲注1)263頁、中本・前掲注1)218頁、八木・前掲注1)324頁以下。
- (41) 田頭・前掲注1)124頁は、「債権者利益を害する抽象的『危険』自体が無償行為の詐害性を形成(擬制)する無償否認のために行為時の債務超過等は不要であるという趣旨に読める」とし、八木・前掲注1)325頁は、「無償行為否認における有害性の中味は、対価を伴わない行為によって再生債権者の利益を害する顕著な危険を生じさせる点に求められていると見るのが自然である」とする。なお、ここでの「債権者を害する」の内実については、岡成・前掲注1)266頁以下の分析が示唆に富む。本評釈では、その内容を共同担保の毀損(及びそれに伴う配当額の減少)と解しているが、将来における倒産手続の開始それ自体を債権者詐害の内実と捉える立場も想定できるようである(同267頁)。
- (42) 平成8年最判のような二重の保証が問題となる事案は、債権者を害する危険すらないとして、有害性を否定することになろうか。八木・前掲注1)327頁以下参照。反対：工藤・前掲注33)131頁注51。
- (43) 笠井・前掲注1)22頁。昭和62年最判に対し、中西論文が提起した問題でもある。
- (44) 栗田口・前掲注26)23頁[杉本和士発言]。
- (45) 注24を参照。
- (46) 垣内・前掲注1)51頁は、本最判と中西説の親和性について、即断はできない

判例研究

とする。

- (47) 田中（ジュリ）・前掲注1）107頁。なお、その後に公表された田中（曹時）・前掲注1）219頁では、破産者の資産状況の悪化を要しないとする見解全般と本最判との親和性を説くにとどまる。
- (48) 山本・前掲注27）496頁以下。
- (49) 岡成・前掲注1）271頁注16。
- (50) 無償行為は、有償行為に比べて有害性が強いこと及び行為の相手方の保護の必要に乏しいことである（伊藤・前掲注8）597頁等）。
- (51) 筆者が補った。
- (52) 八木・前掲注1）325頁以下。
- (53) 伊藤・前掲注8）578頁以下、竹下ほか・前掲注8）627頁〔山本和彦〕。現行法の制定時における議論は、伊藤ほか・前掲注3）384頁以下参照。
- (54) 中本・前掲注1）220頁以下。
- (55) 中本・前掲注1）221頁は、本最判は、あくまで債務超過要件を不要と判示したにとどまるため、無償行為時に債務超過等に至らない程度の債務者の財産状態の悪化を要求することは、本最判とは矛盾しないとする。
- (56) この用語法は、ドイツ法においては、否認を基礎づける有害性が直接加害（unmittelbare Benachteiligung）に基づくものと間接加害（mittelbare Benachteiligung）に基づくものと分類されていることに由来する。ドイツにおける間接加害概念については、山本克己「不動産の適正価格売買の否認可能性についての立法論的試論——ドイツ否認法における『間接加害行為』の概念との比較において——」資産流動化研究9号（2003年）35頁・40頁、水元宏典「新しい否認権制度の理論的検討」ジュリスト1349号（2008年）59頁・60頁等を参照。ここで間接加害「的」とされていることの意義については、山木戸・前掲注7）58頁注22を参照。
- (57) 垣内秀介「否認要件をめぐる若干の考察——有害性の基礎となる財産状態とその判断基準時を中心として」田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念『現代民事法の実務と理論（下巻）』（きんざい・2013年）213頁・215頁。有害性の内実を、「法的倒産手続における弁済率の減少」と解したうえで、否認権行使時における債務者の債務超過は詐害行為否認の要件であると解するが、否認対象行為時に債務超過であることは要しないと解する見解（袁毛（下）・前掲注1）36頁以下）も、垣内説と同一線上に位置づけられるであろう。また、中西正「いわゆる『不当性の理論』の批判的検討——否認権の根拠論によるアプローチ」島岡大雄ほか編『倒産と訴訟』（商事法務・2013年）490頁、505頁以下も、「間接的有害性」概念を我が国の解釈論に取り入れることを提案する。
- (58) 垣内・前掲注1）51頁。なお、間接加害概念に親和的な説明は、旧法下にも存（阪大法学）73（6-178）1222〔2024.3〕

無償行為否認の要件としての債務超過の要否

在していた。例えば、朝山・前掲注14)569頁以下は、旧破産法72条5号における債権者侵害は、「単に間接的に惹起せられたるを以て足り直接損害即ち行為の當時既に損害が発生したることを必要とせない」と述べていた。

- (59) 垣内・前掲注1)51頁、中本・前掲注1)223頁、佐藤・前掲注1)194頁。
- (60) 籠池・前掲注1)38頁、畑・前掲注1)6頁以下。
- (61) 籠池・前掲注1)35頁以下。本最判が説く「再生債権者の利益を害する危険が特に顕著である」では足りないという趣旨であろう。
- (62) 籠池・前掲注1)36頁。もっとも、受益者の側が、行為時に資産超過であったことを主張・立証すべきであるとする(同44頁)。
- (63) 籠池・前掲注1)38頁。また、畑・前掲注1)6頁は、詐害行為取消権では、現に債務超過を前提としてはじめて債務者の財産管理への介入が認められていることを指摘する。詐害行為否認と詐害行為取消権との関係については、山木戸・前掲注7)50頁以下、無償行為否認と詐害行為取消権との関係については、佐藤・前掲注30)145頁以下を参照。
- (64) 畑・前掲注1)6頁以下。
- (65) 水元・前掲注1)136頁及び水元宏典「無償行為の否認と債務超過要件に関する一考察」多比羅誠先生喜寿『倒産手続の課題と期待』(商事法務・2020年)251頁。
- (66) 水元・前掲注65)253頁以下。
- (67) 水元・前掲注65)254頁以下。
- (68) 水元・前掲注65)255頁以下。
- (69) 水元・前掲注65)258頁以下。
- (70) 水元・前掲注65)259頁。
- (71) 河野・前掲注1)301頁。正しくは、水元・前掲注1)136頁に対する反論である。
- (72) 河野・前掲注1)298頁。
- (73) 河野・前掲注1)295頁以下。
- (74) 河野・前掲注1)300頁以下。
- (75) 河野・前掲注1)296頁以下。
- (76) 河野・前掲注1)296頁以下。
- (77) 河野・前掲注1)298頁以下。
- (78) 注18を参照。
- (79) ただし、現在の筆者の能力では、比較法を用いた研究をすることはかなわなかったため、今後の課題として指摘するにとどめる。
- (80) また、ドイツ倒産法において無償否認に債務超過要件が必要か否かについても、我が国の研究者の間に認識の食い違いがあるようである。佐藤・前掲注1)192頁は、「ドイツは否認権規定の冒頭に基本原則として、債権者を害する法的行為が否認対象であるとされており(§129 InsO)、その意味で無償給付の場合も、行

判 例 研 究

為の詐害性が要件となっている。したがって、本件に引き付けていえば、詐害性を基礎づけるべく債務超過が要件になっていて、否認権を行使する管財人のほうでこれを主張・立証しなければならない」とする。これに対し、河野・前掲注1)298頁や中本・前掲注1)217頁は、ドイツでは不要説が通説であることを示唆する。

- (81) 田中（曹時）・前掲注1)220頁注40。
- (82) 田中（曹時）・前掲注1)219頁。
- (83) 田中（曹時）・前掲注1)220頁注41。また、八木・前掲注1)330頁以下は、このような場合、管財人等につき善管注意義務違反の余地があるとする。
- (84) 佐藤・前掲注1)194頁、田頭・前掲注1)124頁以下。
- (85) 田中（曹時）・前掲注1)219頁、八木・前掲注1)331頁注56。
- (86) 本評釈は、個別具体の事案で否認を基礎づける又は阻却する方向で働く「有害性」ではなく、否認制度一般を基礎づけるための根拠としての「有害性」を観念しているため、ここでは「不当性」を用いることを提案している。これに対し、前者の意味における「有害性」をも措定する立場（伊藤・前掲注8)563頁等）からは、ここでの問題も「有害性」の領分となろうか。
- (87) 宗田親彦『全訂 破産法概説』（法学書院・1983年）201頁、209頁以下。
- (88) 中西・前掲注57)490頁。
- (89) 中西・前掲注57)495頁以下。
- (90) 中西・前掲注57)510頁。
- (91) 三木浩一「否認権総論」竹下守夫・藤田耕三編『破産法大系（2）破産実体法』（青林書院・2015年）405頁・436頁。
- (92) 小川・前掲注3)222頁、伊藤ほか・前掲注3)390頁。
- (93) 前述の昭和62年最判を参照。
- (94) 詳細は、村田典子「破産者による保証または担保の供与と無償否認——裁判例における『経済的利益』概念の検討——」東北学院法学71号（2011年）267頁を参照。
- (95) もっとも、本事案のスキームは、正当なLBOとはいえない杜撰なものであったようである。通常のLBOにおいては、既存の金融債権者に対してはSPCが調達した資金で全額返済され、またLBOローンの貸付人により対象企業のモニタリングが行われる。しかし、本事案では、既存の金融債権者への弁済が行われないうまま買収を実行した結果、モニタリングが有効に機能しておらず、再生債務者から、その親会社等への不透明な資金の移動が可能となっていたようである。詳細は、養毛（上）・前掲注1)28頁以下を参照。
- (96) 神田秀樹ほか『金融法講義 新版』（岩波書店・2017年）444頁以下。
- (97) 籠池・前掲注1)43頁以下は、実務上、LBOの実施に際しては実施計画が策定（阪大法学）73（6-180）1224〔2024.3〕

無償行為否認の要件としての債務超過の要否

されることから、当該実施計画等の内容の適正性・合理性を審査することで、同スキーム全体の有害性の有無を判断することができるとする。また、遠藤直哉「結合企業における物上保証に対する否認権行使——LBO 融資否認と昭和62年最判の比較検討——」永井和之先生古稀『企業法学の論理と体系』（中央経済社・2016年）89頁・108頁以下は、敵対的買収への対抗手段としての新株予約権の発行差止めの可否が問題となったニッポン放送事件（東京高決平成17年3月23日金判1214号6頁）において判示されたいわゆる「ニッポン放送事件4要件」をめぐる解釈において展開された「合法的LBO」と「詐欺的LBO」との分類を、否認の当否にかかる判断に応用することを示唆する。LBOにかかるこのような分類については、鬼頭秀郎「敵対的企業買収・合併に対する防衛策の裁判上の諸問題」法曹時報60巻12号（2008年）1頁・27頁を参照。

- (98) 伊藤ほか・前掲注9)1181頁。
- (99) 伊藤ほか・前掲注9)1181頁、竹下ほか・前掲注8)683頁〔加藤哲夫〕、山本・前掲注27)257頁。
- (100) 伊藤眞「無償否認における善意の受益者の償還義務の範囲——詐欺行為の回復と善意の受益者保護の調和を求めて——」同『伊藤眞古稀後著作集 民事司法の地平に向かって』（商事法務・2021年）272頁・273頁以下〔初出2016年〕。もっとも、ここで想定されているのは委託保証であって、CDSや無委託保証は除外されている。実際、CDSにおいては、プロテクションの買い手から売り手に保証料に相当するプレミアムを支払うこととなるため、仮に無償行為否認の対象となとしても、「現に受けている利益」は、プレミアム相当額となろう。CDSについては、吉田光碩「クレジット・デフォルト・スワップ（CDS）——その利便性と危険性」同『リスク対応と金融法』（日本評論社・2016年）87頁〔初出2013年〕参照。
- (101) 伊藤・前掲注100)273頁以下は、要件論ではなく効果論において受益者の利益保護を図るという発想を前提とする。
- (102) 田中（曹時）・前掲注1)211頁注23、伊藤・前掲注100)285頁を参照。
- (103) 田頭・前掲注1)125頁がその旨示唆している。なお、理論的には後者の理解が簡明であろうが、前者の理解も説明できなくはない（山本和彦「無償否認と立法論」金融・商事判例1532号（2018年）1頁参照）。
- (104) 木村・前掲注1)211頁は、本最判が原審の判示を維持したことは、実務上、一定の先例的価値があるとする。