

# 詐害行為否認と偏頗行為否認

—— 本旨弁済の否認について ——

宗 田 親 彦

## 1 はじめに

平成16年の新破産法の制定によって、旧破産法（大正11年法律第71号）は廃止され、新法において否認権規定は大幅に変更された。新法は、否認権を基本的に詐害行為否認と偏頗行為否認に大別して規定している。また、この破産法の制定に伴い、会社更生法と民事再生法の否認権規定も同様に変更された。新法は、2005年（平成17年）1月1日から施行されている。

そこで、これらの新否認権規定について、上記の詐害行為否認と偏頗行為否認は完全に区別された各々独立の目的と趣旨をもったものといえるか、両者の区別は貫かれているか、新否認権規定に不都合はないか、あるとすれば何か、それはどのように解決されるべきか等が問題となる。本稿では、このうち、本旨弁済の、詐害行為否認と偏頗行為否認について、とくに否認権一元論と二元論の問題、これとの関係で一部否認と全部否認の問題等に絞って検討することとする。

## 2 新破産法における否認権規定の主要な改正点

本稿で論じる問題に入る前に、新破産法で改正された否認法に関する主要な規定についてみると、以下のようになる。

### (1) 新法の否認権規定の主要な改正点

#### ① 破産債権者を害する行為の否認（詐害行為否

認）と特定の債権者に対する担保の供与等（偏頗行為否認）の条文を分け、前者が160条、161条に、後者が162条に規定されたのである。

② 詐害行為否認につき、特別否認類型を二つ定め、対価的均衡を欠く代物弁済等の否認（160条2項）と、相当の対価による不動産等の処分の否認（161条）を設けたのである。

③ 偏頗行為につき、162条で定めるものは、詐害行為否認の故意否認では否認できないこととし（160条1項柱書）、偏頗行為否認の時期的制限を支払停止と破産の申立てから支払不能と破産手続の申立て（162条1項1号）に改めたのである。非義務行為については、支払不能になる前30日以内としたのである（同条1項2号）。そして、本旨弁済につき、162条1項1号で偏頗行為否認として、支払停止前であっても支払不能等以後であれば、債務者の悪意を必要としないで否認できることとしているのである。従来は、本旨弁済の否認は、そのうち故意否認については、財産的危機状態において初めて詐害の悪意が認められるため、財産的危機時期以後の本旨弁済が故意否認で否認できるとするのが多数説、判例であったのであるが<sup>(1)</sup>、新法160条1項柱書はこれを認めないのである。そして新法162条は、本旨弁済等の偏頗行為否認の基準時期を破産手続開始の申立てと並んで支払不能とした点（ただし同条1項1号イでは、この支払不能後には支払不能のほかに支払停止が含まれるとする。）が注目される。すなわち、従来の本旨弁済の危機否認は、支払停止後又は破産の申立て後であったが、支払停止を新法162条は支払不

能に改めた点で、支払停止後がなくても支払不能であれば否認できる点で否認を拡大したといえるのである。

しかし、新法は、160条2項で詐害行為否認のうち債務の消滅に関する行為（これも偏頗行為である）について、一定の場合に否認できることにしたのである。そうすると、新法は、詐害行為否認と偏頗行為否認をこの点では区別していないことになるのである。この意味するところは何か。後述して3で論じる。

なお、偏頗行為の否認の162条1項の規定は、相手方が租税等又は罰金等の徴収権者であるときは、これを保護してこの規定は適用されず、否認できないこととされたのである（163条3項）。

④ 詐害行為否認（無償行為否認を含む）の効果として、管財人に相手方の共益債権、財団債権との差額の償還請求を認める（168条4項）等の規定が設けられたのである。

⑤ 破産手続においても、民事再生・会社更生と同様に、決定手続による否認の請求制度を設け、さらに否認訴訟・否認の請求の管轄を破産裁判所としたのである（174条、175条）。

⑥ 否認の登記について改良した規定を設けたのである（260条）。

⑦ 否認権のための保全処分制度を設けたのである（171条）。

### 3 詐害行為否認と偏頗行為否認

#### (1) 否認権一元論と二元論

旧法では、72条で故意否認と危機否認及び無償否認を定めており、解釈上、故意否認は、時期的制限がなく、破産者の詐害の悪意と破産財団の減少を根拠とし、危機否認は、支払停止等の後の財産流出を対象とし、破産者の悪意は不要であるが、そのうち債権者への財産の流出は、破産財団の減少と債権者平等違反のいずれが否認の根拠となるのかについて対立があった。すなわち、債権者平等違反でも破産財団が減少することによって変わりがなく、それは破産財団減少の態様において、それ以外の破産財団減少と相違するのみであるという一

元論と、債権者平等違反と財団減少とは否認の根拠を異にするという二元論の対立があったのである。

新法では、160条、161条を詐害行為否認とし、そのうち故意否認は、160条1項1号、同条2項中の1項1号に対応するもの、および161条であり、危機否認は、160条1項2号および同条2項中の1項2号に対応するものが定められている。また、162条は、特定の債権者に対する担保の供与等の否認という否認類型（偏頗行為否認）を定め、これは危機否認であるが、旧法が支払停止を時期的基準としていたのに代えて支払不能等を基準としたものである。新法が160条で詐害行為否認、162条で偏頗行為否認と条文を分けたところから、二元論を指摘するものがあるが、しかし新法においても否認の根拠に関する一元論と二元論は従前と同じ状況であるということが出来る。新法は、立法政策として、詐害行為の側面を対象とする否認権と、偏頗行為の側面を対象とする否認権とに分けた規定を設けたということが出来るのである<sup>(2)</sup>。問題は、その当否である。

#### (2) 本旨弁済と詐害行為否認

詐害行為否認と偏頗行為否認において、そのうち詐害行為否認は債務者の財産の減少を否認の根拠とし、偏頗行為否認は債権者平等違反を否認の根拠とする。しかし、偏頗行為は、同時に債務者の財産を減少させるから<sup>(3)</sup>、この点を指摘して、従来から一元論は、詐害行為否認も偏頗行為否認も共通に債務者の財産の減少すなわち詐害行為であるとする。詐害行為は、相手方を非債権者とするパターンと相手方を債権者とするものに分かれる。これに対して、偏頗行為否認は、相手方を債権者とするものに限られる。詐害行為否認では、非債権者を相手方とするパターンがある点で偏頗行為否認とは別の独立の守備範囲を有することになるのに対し、債権者を相手方とするものは、詐害行為否認と偏頗行為否認とで守備範囲は共通であることになる。

この債権者を相手方とする否認の典型例としての本旨弁済についてみれば、本旨弁済が詐害行為

否認の対象となるとしても、債権の実価が下落しているのに額面で弁済を受けるときは、額面と実価の差額が詐害行為となる。また、本旨弁済は、債権者平等に違反するが、その根拠となるのは、実価以上の弁済を受けた部分(額面と実価の差額)が平等に違反する点である。この平等違反が実は詐害行為すなわち財産の減少になることは、以下の例から明らかである。すなわち、否認権は、債務者の財産的危機状態において認められるものであるから、総負債100の債権に対して80の弁済しかできない状態(80パーセントの弁済率)で、債務者が期限の到来した20の債権額をもつ債権についての全額の20を弁済すると、残りは80の負債と60の資産になり、債務20を弁済した後の新しい弁済率は80分の60で、75パーセントとなり、弁済前の80パーセントの弁済率と比較すると5パーセント弁済率が悪化する。すなわち、これは財産の減少すなわち詐害行為となるのである。それゆえ、この場合は、この詐害行為となる部分の5パーセント分(20の債務の例では1にあたる分)が詐害行為となるのである。本旨弁済の否認のように債権者を相手方とする否認の場合はこうなるのである。債務者の財産状態が極度に悪化しており、配当率が0パーセントである状態(財団債権や優先債権には弁済できる資産があるが、一般債権者に対する配当の余地のないケース)で、20の債務に対して20だけ弁済したときは弁済した額の100パーセント全部を否認できることになる。また、弁済を受けた債権額が巨額であって全債権額中の大部分を占めるときも同様である。しかし、これらは稀なことである。

上記のとおり、一元論の意味するところは、偏頗行為の詐害性は、偏頗行為以前の弁済率よりも偏頗行為後の弁済率が悪化する部分についてであるので、詐害行為否認で偏頗行為を否認するときは、上記の弁済率が悪化した部分(弁済が債権の実価を超過する分)のみが否認されるということである(160条2項)。ここから、新法160条2項は、実に上記の偏頗行為に対する詐害行為否認を認めた規定であることが明らかになるのである。

つぎに、160条2項は、詐害行為否認で偏頗行為

を差額分(超過分)を否認する規定であるが、その差額分とは、弁済額と債権の額面額を比較して、その差額分を否認するのではなく、弁済額と債権の実価とを比較してその超過した差額分を否認するのである。弁済額と額面額を比較した処理は、正常時の代物弁済や譲渡担保などの非典型担保の清算において不当利得の返還請求が認められており、偏頗行為が詐害性を有するのは弁済額と債権の実価の差額分が、債務者の財産の減少をきたすために否認されるのである。

上記のとおり、160条2項は、債務の消滅に関する行為について詐害行為否認で否認できる場合を、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な場合の超過分を否認できる旨定めるが、これには代物弁済のみならず、本旨弁済も含まれ、また担保提供行為も同条を準用して否認できると解する。なぜなら、超過分を否認する根拠に照らすときは、これらを排除する理由はないからである。

160条2項が本旨弁済の否認にも適用があると解するのは、以下のとおりである。すなわち、①詐害の悪意と詐害性のある弁済(160条2項・1項1号)が、故意否認で否認されるべきであるのは、詐害の悪意は財産的危機状態において生じるのであるから、詐害の悪意を要件として詐害した分を回復することが否認の目的に合致すること、そして財産的危機状態とは破産債権について100パーセントの弁済ができない状態であり、ここでの弁済は上記のとおり詐害性があること、また、財産的危機状態は、後述のとおり、支払不能より広く、債務超過より狭い状態であり、民法424条の債権者取消権の無資力要件と一致すること<sup>(4)</sup>、②従来の判例と学説が本旨弁済の故意否認を肯定してきたものを、弁済を受けた相手方(倒産しなかった勝ち組)を①の場合にまで保護する必要はないこと、③詐害の悪意のない詐害行為の危機否認(160条2項・1項2号)は、ほぼ偏頗行為否認の162条と要件レベルが同様であって、それは危機否認で否認されてよいこと、④160条2項で本旨弁済の否認を肯定することは、同条1項柱書が、これを排斥していることと矛盾しないこと、すなわち2

項は、「債権者の受けた給付の価額」としており<sup>6)</sup>、これには金銭など債務の履行の目的が含まれ、かつ、同項は超過部分のみを部分否認するとしており(この最大値が全部否認である)、これに対して160条1項柱書で排除する趣旨は、詐害性を有する本旨弁済(詐害性を有する偏頗行為)であることによって、一律に当該行為を全部否認することはできないことを示したものであると解すべきであり、ここから160条2項は偏頗行為の部分否認を規定したものである。

そこで、上記①の財産的危機状態について検討すると以下ようになる。まず、詐害行為取消権における要件の「無資力」の判定については、債務者の資産の算定によることになり、これには債務者の信用・暖簾なども評価して判断するが、担保権が設定されている財産については、担保権の限度で積極財産から除外し、消極財産からも当該債務を控除して計算することになる。保証付債務もしくは物上保証付債務は、将来求償権の行使が考えられるために債務から除外するべきではない。こうして消極財産が積極財産より大であれば無資力といえることができる。当の行為によって無資力になれば、その行為の法律効果は詐害行為取消権の対象となる。

これが「無資力」要件であるが、これは支払不能に類似しているといえる。しかし支払不能は「即時に弁済すべき債務が弁済できないこと」であるから、将来履行期が到来する債務を支払えないことが確実であっても、現に履行期が到来している債務を弁済できている場合には支払不能ではないのである。これに対して無資力要件は積極財産と消極財産の比較で判定するのであり、この点で無資力要件は債務超過に似るが、しかし信用等をも要素に加えている点で、これを考慮に入れない債務超過と相違するのである。すなわち支払不能より広く、債務超過より狭いといえることができる。消極財産が積極財産を超過していても支払を継続できていれば破産手続を開始して清算する必要はないが、詐害行為取消権としては、それ以後の債務者の財産逸出等は他の債権者を害するものとしてその段階をもって「無資力」としたものとみる

ことができる。また債務超過については、債務超過に信用等を加えても融資や猶予が得られない場合を無資力と判断して詐害行為取消権の発動が認められれば足り、債務超過でも信用が得られていれば企業は活動しており、また債務超過でも企業は運営されているのが通例であることを考えるときは、この段階での行為は詐害行為とはいえないことになるのである。

そうすると問題は財産的危機状態と無資力の広狭であるが、両者とも債務者の財産をもっては債権者の弁済に不足を生じる状態といえることができる。すなわち制度としての破産であれ、ミニ清算としての詐害行為取消権制度であれ、債務者から流出した財産を回復し、その財産は平等弁済に充てるべき状態がそれを示すのである。そうして否認権と詐害行為取消権は基礎が同一で、債務者の財産をもっては債権者の弁済に不足を生じる状態において、その当時の財産は全債権者への弁済に充てられるべきであるという理念が現実発動されることから、否認権における財産的危機状態と詐害行為取消権における無資力とはその概念が一致することになるのである<sup>6)</sup>。

### (3) 本旨弁済と偏頗行為否認

本旨弁済の詐害行為否認、すなわち、偏頗行為の詐害性については上記のとおりであるが、つぎに本旨弁済の偏頗行為否認(162条)についてみる。偏頗行為否認の根拠は平等違反であるが、その平等違反の点について検討すると、結論は、この場合も同様になるのである。すなわち、偏頗行為否認(162条)は、他の債権者との平等に違反する範囲で否認できるのであるが、他の債権者と同一割合の弁済率を超過する部分が平等に違反することになり、この部分が否認されるのである。この超過した弁済率の部分が否認されるということは、弁済率を回復するのではなく弁済率を超過した金額を否認して回復するのであるから、この点で上記の詐害行為否認の場合と同一になるのである。すなわち、平等に違反する額が財産が減少する額に等しくなるためである。

そして、全部否認についてみれば、偏頗行為否

認で、弁済額が全部否認されるのは、一般債権者への弁済額が財団にない場合や、債権額が巨額の場合ということになる。この点も上記の詐害行為否認と同一となる。

そうすると、偏頗行為であれば、平等弁済額を超える部分の一部否認ではなく、偏頗行為否認として一律に弁済額全部を否認するべきであると解すべきか否かの問題となるが、もし全部を否認するとしても、否認して財団に弁済額全部を回復した後で、配当において他の債権者と同一レベルの配当額を再び同一債権者に支払うのであるから、従来の実務でも一般に、この場合に全部否認でなく、一部否認が用いられており、また上述のとおり理論上も超過部分の否認でよいと考えられるのである。現実には、弁済額が全部平等違反になるのではなく、弁済額のうち的一部分が平等違反になる場合が通常であるから、その場合は一部否認ということになる。もちろん、弁済額全部が平等違反の場合は全部否認となる。162条での偏頗弁済の否認は、上記のとおり平等を害する分だけ否認する一部否認が本来的な姿であり、これの最大値が全部否認であり、162条の法文は偏頗行為は全部まで否認することができるという条文であると解することになる。

そうすると、詐害行為否認でも偏頗行為否認でも部分否認が認められることになる。本旨弁済についてみれば、すなわち詐害行為否認でも偏頗行為否認でも差異がないのである。

そして立法政策としてみるときは、この両者は、一つの事実に対して異なる側面から光をあてて評価した規定ということになる。すなわち、法は、偏頗行為について、財産減少の側面と平等違反の側面からみた否認類型を設けたものであるということができる。

ところで、一元論、二元論との関係では、上述(2)のとおり一元論の意味するところは、偏頗行為否認は平等違反の側面にも同時に財産減少すなわち詐害行為という側面があるという点である。平等違反の側面をとらえた否認類型(162条1項)においてこういうことができるのであり、このことは、上記のとおり偏頗行為否認の一部否認、全部

否認にも共通していえるのである。

#### (4) 特定の債権者に対する担保の供与等の否認規定

新法162条1項1号、2号は、概ね旧法72条2号、3号、4号に対応するものである。しかし、162条1項柱書の「既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為に限る」の文書は、新設されたものである。この文言と160条1項柱書の「担保の供与又は債務の消滅に関する行為を除く」の文言によって、新法は後者が詐害行為否認を、前者が偏頗行為否認と区分したようにみえる。しかし以下にみるように前者の162条の条文の文言自体に問題があるのである。

162条の否認権は、偏頗行為の否認であって、危機否認の一類型であり、既存の債務についてされた担保の供与、債務の消滅に関する行為を否認の対象とする(162条1項柱書)。そして、162条1項2号では、既存の債務の消滅等に関するもので、それが破産者の義務に属さない行為又はその時期が破産者の義務に属さない行為で、支払不能前30日以内にされたものは、管財人によって否認される。ただし、新法は、債権者が行為の当時破産債権者を害することにつき善意を立証したときは、否認を免れるとするのである。これは、旧法72条4号但書にもあった文言である。ただし、旧法では、「支払ノ停止若ハ破産ノ申立アリタルコト又ハ」との文言が規定されていたものを、「破産債権者ヲ害スヘキ事実」だけを新法に採り入れたのである。これは、旧法の72条4号の解釈において同文言につき批判<sup>(7)</sup>があったために削除されたといえる。

この「破産債権者を害する事実」は、破産財団が減少し他の債権者に全額の弁済ができないということの意味すると解すべきであるから、この規定は、162条が平等違反の範囲を捉えた否認規定であるにもかかわらず、これに反することになる。

もし、この「破産債権者を害する事実」を平等違反と解すると、同一法典の中で160条1項1号、2号で示す「破産債権者を害する事実」は、前述のとおり財産の減少を意味し、162条1項2号で

は平等違反を意味するということになり、同一文言でありながら異なる意味を示している事態を生じることになって妥当でなく、逆に160条1項1号、2号の文言を平等違反と解する余地はまったくないから、この文言は、財産の減少を意味するのである。そうすると、162条は、偏頗行為の否認でありながら、債務者が破産債権者を害する事実の財産の減少を知らないときは否認されないということの規定したことになる。このことは、法文自体が、平等違反を根拠とする否認であっても、その弁済が財産の減少すなわち弁済当時の配当の配当率よりも弁済後の配当率が悪化することを知らなかったときは、否認を免れることを認めているのであるから、これは、偏頗行為否認(162条)において偏頗行為が実は詐害行為にほかならないことを認めているということができるのである。

(5) 以上の(2), (3), (4)から、要するに、理論的には否認権一元論になる。上述のとおり、詐害行為否認も偏頗行為否認も一つの事実を両面から光をあてたものということになるが、理論上は詐害行為否認(財産の減少)だけで処理できるのである。これが、結論である。また、逆に、偏頗行為否認による否認権の一本化は、偏頗行為はその性質上非債権者に対するものは含まないものであるので、できないのである。

では、なぜ立法政策として偏頗行為否認の規定を設けたのであろうか。すなわち、162条を設けなくても、理論上、160条の詐害行為否認で処理できるのに、162条を設けたのは政策上の必要からであるということになる。それは、本旨弁済の否認について、160条1項で、上述の財産的危機状態であつ詐害意思があれば、時間的制約なしに否認できるとするのでは取引の安全を害するので、相手方保護のために、本旨弁済の否認を制限する必要があるという政策である。そして162条では、債務者の詐害の意思を要せず否認できるために、新法は支払不能等以後という旧法よりも制約を緩和して調整し、本旨弁済は162条でだけ否認できることにしようというのである。また、故意否認の要件の財産的危機状態と詐害の意思については、そのうち、この前者は何をもって危機状態とする

かが明確でないという問題があり、そして後者は財産的危機状態であると詐害の意思が推認されるから<sup>(8)</sup>、前者の財産的危機状態の認定に吸収されるので、前者と同様に不明確なところが残るとみられるために、本旨弁済の否認は162条で詐害の悪意を不要とし、かつ支払不能後として時期的に旧法より拡大することで、本旨弁済の故意否認を排除することとしたと考えられるのである。

しかし、支払不能と財産的危機状態の区別、および財産的危機状態の基準は、上記(2)で述べたとおり解明されたのである。そして、財産的危機状態における詐害の悪意のある本旨弁済を否認しないで放置することは破産の目的(1条)に反するのであって、財産的危機状態における本旨弁済の否認が認められてよいのである<sup>(9)</sup>。

上記のとおり、理論上本旨弁済は詐害性を有しており、160条2項で否認できるのである。新法は、破産者の相手方たる債権者、すなわち倒産しなかった市場での勝ち組を優遇するという考え方<sup>(10)</sup>が立法の根底にあり、否認権を狭くし、ひいては破産の効力を制限するという政策によっているのである。そして、これは、本旨弁済を受けた相手方は本来の趣旨に従った弁済を受けたものを否認されなくてよいという認識(旧法当時の本旨弁済の故意否認を否定する見解の根拠)に基づくのである<sup>(11)</sup>。しかし、この認識は、弁済によって債務者の財産が減少し債権者を害することにかわりはないとして学説によって排除され、判例によっても上記の見解は斥けられていたのであった<sup>(12)</sup>。それにもかかわらず、新法は、旧学説で近時は少数説であった見解を復活させたのである。新法が、本旨弁済の故意否認を160条1項柱書で認めないという規定を設けたのは合理的ではなく説得的でないのである<sup>(13)</sup>。そして、上記のとおり新法160条2項で本旨弁済を否認することができるということが本稿で明らかになったのである。

新法は、160条2項によって、本旨弁済の否認が可能なのである。すなわち、債務者の財産的危機状態における本旨弁済は、支払不能前であっても財産的危機状態であれば、詐害の悪意を要件として故意否認で否認でき、危機否認の要件を具備す

れば、当然危機否認で否認できるのである。

## 注

- (1) 大判昭和7・12・21民集11巻21号2266頁、大判昭和8・12・28民集12巻24号3043頁、大判昭和15・9・28民集19巻21号1897頁、最判昭和42・5・2民集21巻4号859頁。  
学説には、中田淳一『民事訴訟判例研究』373頁(上記最判昭和42年の判批)(有斐閣、1972年)、小山昇『本旨弁済と否認』斎藤秀夫=伊東乾編・演習破産法415頁(青林書院新社、1973年)、飯原一乗『否認権をめぐる諸問題』実務法律体系9巻434頁(青林書院新社、1973年)、山木戸克己・破産法181頁(青林書院新社、1974年)、谷口安平・倒産処理法(第2版)250頁(筑摩書房、1980年)、宗田親彦『故意否認』破産法研究15頁(慶應通信、1995年)、同・注解破産法(第3版)上巻434頁(青林書院、1998年)、林家礼二ほか・破産法164頁(青林書院、1993年)、伊藤眞・破産法(全訂第3版)340頁(有斐閣、2000年)。
- (2) 否認の根拠に関する二元論として、山本克己『否認権(上)』ジュリスト1273号76頁・77頁、高田裕成『更生手続における否認権とその行使』判例タイムズ1132号158頁。一元論について、宗田親彦『否認権の対象』113頁以下(酒井書房、1979年)、同『新訂破産法概説』203頁以下、237頁(慶應義塾大学出版会、2001年)。詐害行為について、田山輝明『詐害行為の本質』『倒産法学の軌跡と展望』303頁以下(成文堂、2001年)、宗田親彦『否認権』『入門新破産法』下147頁以下(ぎょうせい、2005年)、宗田親彦『更生手続の再生手続における否認権の行使』清水直編著『企業再建の真髓』333頁以下(商事法務、2005年)。
- (3) 宗田親彦『新訂破産法概説』237頁(慶應義塾大学出版会、2001年)参照。
- (4) 宗田親彦『詐害行為取消権と否認権』同『破産法研究』104頁以下(慶應通信、1995年)。
- (5) 「破産法等見直しに関する要綱案(第1次案)」(第3部倒産実体法、第4、否認権)では、甲案と乙案を併記し、新法は乙案によっており、要綱案の中で、「債務の消滅に関する行為のうち、対価的均衡を欠く代物弁済等のように財産減少行為としての側面をも有する行為については」としていた(これは、同中間試案にはなかったものである)。すなわち、要綱案も偏頗行為も財産減少の側面を有することを認めているのである。
- (6) 宗田・前掲『詐害行為取消権と否認権』108頁、109頁、110頁。
- (7) 宗田親彦・斎藤秀夫等編『注解破産法〔第三版〕』上巻477頁(青林書院、1998年)参照。
- (8) 大判昭和15・9・28民集19巻1号1897頁。

- (9) アメリカ連邦破産法における、債務者のする弁済についての否認については、まず、偏頗弁済の否認は、547条(b)で、管財人(D.I.Pを含む)は、債務者が内部者(insider、このときは1年前も否認可能)を除く債権者への弁済について、申立書提出前90日以内にしたものを債務者の主観的要件なしに否認できる。これは544条(b)で下記のUFCAまたはUFTAによる各州の取消権の要件と比較して軽い方を選択できる。

つぎに、詐害弁済の否認は、上記544条(b)では州法に基づく取消権を有する無担保債権者がいるときは、管財人(D.I.Pを含む)は、これに代位して(subrogate)この否認権を行使でき(UFCA or UFTA)、かつ、548条で、申立前1年前までの弁済を、債務者の現実の意図(actual intent)を要件として否認できる。このときも上記と同じく要件の軽い方を選択できる。

それゆえ、弁済の否認は偏頗弁済の否認でも、詐害行為の否認のいずれでも可能であることになる。

ドイツ新破産法(1994年法、1999年1月1日施行)は、130条で本旨弁済の否認を定め、また133条で故意により債権者に不利益を与える行為を否認することができる旨を定める。133条の期間は申立て前10年又は申立て後とする。133条で本旨弁済の否認が認められるかについては、議論がある。ドイツ新法には、わが新法の160条2項にあたる規定と、わが160条1項柱書および162条1項柱書に該当する規定がないのである。この問題を肯定するものに、Kreft in HK-InsO, 1999, § 133 Rn 14. Stefan Smid (Hrsg.), InsO, 1999, § 133 Rn 20, 133条1項は、本旨弁済か非本旨弁済かについて明確な区別をしていないとするものに、Braun/Bearbeiter, InsO, 2002, § 133 Rdn 17. 債権者がBefriedigung又はDeckungを得ても不利益にあたらぬとするものに、Weis, Hess/Weis/Wienberg, InsO, 2. Aufl. 2001, § 133 Rdn 14.

- (10) 本来、勝ち組も負け組もないのである。両当事者があって市場と社会は成り立つものだからである。宗田親彦『Do for others』受験新報655号5頁(法学書院、2005年)。
- (11) 兼子一『強制執行法・破産法』(新版)216頁注記(弘文堂、1962年)、中田淳一『破産法・和議法』158頁(有斐閣、1959年)。
- (12) 注1の判例と学説。
- (13) 「破産法等見直しに関する要綱案(第3次案)」(第3部倒産実体法、第4、否定権)では、「近い将来支払不能になることが確実であると認められる時点で弁済法がなされた場合については、これが義務的行為であれば、当該破産債権者の満足は、破産債権者団におけるリスクの順序に従ったものであるから許容される」としている。しかし、リスクの順序は弁済期到来の順序で

はなく、弁済時に他の債権者を害するか否かであるから、これは妥当でない。これは、財産的危機状態での弁済が他の債権者を害する場合であり、とくにこれに詐害の悪意のある場合(故意否認)にこの弁済が放置されてはならないのであ

る。詐害の悪意のない場合(危機否認)も、これは、160条2項・1項2号では破産の申立て、支払停止後であり、この時期は、債権者を害することが明らかであるから、同様に否認されるべきである。