

《判例研究》

離婚に伴う財産分与と詐害行為の成否

高橋 敏

最高裁昭和五八年一月一九日第二小法廷判決（昭和五七年（ワ）第七九八号・詐害行為取消請求事件
判例時報一一〇二号四四頁・判例タイムズ五一五号九三頁）——上告棄却

【判決要旨】 離婚に伴う財産分与は、民法七六八条三項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為として、債権者による取消の対象となりえない。

【事 実】 訴外Aは、昭和二二年七月二五日Y（被告・被控訴人・被上告人）と婚姻し、昭和三一年から父所有の建物でクリーニング業を始めたが、昭和四九年頃からクリーニング業はYに任せ、白らは不動産業・金融業を始めるようになった。AはX信用組合（原告・控訴人・上告人）とも取引するようになり、一時は盛大に事業を営んでいたが、昭和五一年一月Xらに対し多額の債務を負ったまま手形の不渡を出して倒産するに至った。

AとYの間には二男三女があるが、Aは訴外B女と不貞関係を結び子供まで儲けたうえ、多額の負債をかかえて倒産するに及んだので、Yは、その精神的苦痛だけでなく、経済的にも自己及び子供の将来が危ぶまれると考えて離婚を決意した。そして、Aと協議の結果、Yにおいてこれまで子供らとともにやってきた家業であるクリーニング業を継続することによって子供らの面倒をみることにし、その基盤たる本件土地を慰籍料を含めた財産分与としてAよりYに譲渡することになった。そこで、Yは、昭和五一年二月二日Aと協議離婚するとともに、本件土地について代物弁済を原因とするYのための所有権移転登記がなされた。

そこで、Xは、本件土地はAの所有する唯一の資産であり、これをYに譲渡することによって全くの無資産となったのであるから、右譲渡行為は詐害行為となるものであり、それが離婚に伴う財産分与としてなされたものであっても同様であると主張し、Yに対し、本件土地につきなした代物弁済契約（昭和五一年二月二〇日付）の取消およびYの所有権移転登記の抹消を求めて訴を提起した。

これに対し、Yは、(1)財産分与にあたり、本件土地はA名義で購入したが、そのための借入金金はYらの経営するクリーニング業の収入から返済したものであることを考慮すべきであること、(2)本件土地の価格は九八九万円余である

が、Yは本件土地に対する抵当権を抹消するのに六八〇万円を支出しているので純価格は三〇九万円余にすぎないこと、(3)仮に本件土地の代物弁済契約が詐害行為にあたるとしても、Xはそのことを既に昭和五二年一月頃に知り二年の経過によって詐害行為取消権は時効により消滅したと反論した。

一審（神戸地裁洲本支部判昭和五六年七月七日）・二審（大阪高裁判昭和五七年四月一六日）は、ともに本件土地の譲渡行為は詐害行為とはならないとしてXの本訴請求を棄却したが、財産分与は離婚の際における夫婦財産関係の清算であるとともに、離婚後における生活困窮者の生活保障たる性格を有するもので、消極財産の有無にかかわらず、現に存在する積極財産につき双方の協力の程度その他一切の事情を考慮して分与すべきものであるから、たとえ本件の場合におけるが如く分与者たるAに分与財産を上廻る多額の債務を負担しており、右の財産分与が債権者の共同担保を減少させる結果になるとしても、財産分与が前記の如き制度本来の性格に照らして不相当と認められるものでない限り、これをもって詐害行為に当たらないとの理解に基づくものであった。

【上告理由】 Xは上告し、財産分与に関する「財産」を積極財産のみに限定して把握し、これを超える消極財産の存在を無視して、本件財産分与を以て適法とし、Xの詐害行為取消請求を排斥した原判決は、財産分与に関する民法七六八条第三項及び同第四二四条第一項の解釈を誤り不当にこれを適用した違法が存する、と主張した。

【判決理由】 これに対して最高裁は、「離婚における財産分与は、夫婦が婚姻中に有していた実質上の共同財産を離婚に伴う財産分与と詐害行為の成否（高橋）

清算分配するとともに、離婚後における相手方の生活の維持に資することにあるが、分与者の有責行為によって離婚をやむなくされたことに対する精神的損害を賠償するための給付の要素をも含めて分与することを妨げられないものというべきであるところ、財産分与の額及び方法を定めるについては、当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮すべきことは民法七六八条三項の規定上明らかであり、このことは、裁判上の財産分与であると協議上のそれであることによって、何ら異なる趣旨のものではないと解される。したがって、分与者が、離婚の際既に債務超過の状態にあることあるいはある財産を分与すれば無資力になるということも考慮すべき右事情のひとつにほかならず、分与者が負担する債務額及びそれが共同財産の形成にどの程度寄与しているかどうかも含めて財産分与の額及び方法を定めることができるものと解すべきであるから、分与者が債務超過であるという一事によって、相手方に対する財産分与をすべて否定するのは相当でなく、相手方は、右のような場合であってもなお、相当な財産分与を受けられることを妨げられないものと解すべきである。そうであるとするならば、分与者が既に債務超過の状態にあって当該財産分与によって一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、それが民法七六八条三項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為として、債権者による取消の対象となりえないものと解するのが相当である」。

そこで、右のような見地に立ち、原審の確定した事実関係のもとにおいて本件についてみるに、(1)本件土地は被告Yの経営するクリーニング店の利益から購入したものであり、その土地取得についてのYの寄与はAのそれに比して大であって、もともとYは実質的にAより大きな共有持分権を本件土地について有しているものといえること、

(2)YとAとの離婚原因はAの不貞行為に基因するものであること、(3)Yにとっては本件土地は従来から生活の基盤となってきたものであり、Y及び子供らはこれを生活の基礎としなければ今後の生活設計の見通しが立て難いこと、(4)その他婚姻期間、Yの年齢などの諸段の事情を考慮するとき、本件土地がAにとって実質的に唯一の不動産に近いものであることを斟酌してもなお、Yに対する本件土地の譲渡が離婚に伴う慰籍料を含めた財産分与として相当なものといえることができるから、これを詐害行為にあたるものとしてできないとした原審の判断は、正当として是認することができる、と判示し、原審の判断を全面的に支持して上告を棄却した。裁判官全員一致（宮崎梧一・木下忠良・鹽野宜慶・大橋進・牧圭次）。

（参照条文） 民法四二四条・七六八条

【研究】 一 本件は、個人事業を営み、債務超過の状態にある債務者（夫）が、協議離婚に際し配偶者に実質的に唯一の不動産に近い夫所有名義の本件土地を財産分与として譲渡したことが、夫の債権者との関係において詐害行為にあたるか否かが争われた事案であり、判決は、当該財産分与が「民法七六八条三項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為として、債権者による取消の対象となりえないもの」とした。

かかる離婚に伴う財産分与と詐害行為の成否をめぐる問題は、これまで下級審判決例、学説上の見解が対立してお

り、本判決は最高裁としての最初の判断であり、実務に与える影響は大きい。

二 本判決の検討にあたって、まず、これまでの判決例を分析し、学説上の論点を確認し考察しておきたい。

(一) これまで公刊されている判決例は次の一例がみられ、否定例が多数を占めるものの、今日まで帰一をみていなかった。⁽¹⁾

〈肯定例〉

- ① 高松地判 昭和三七年九月二四日（下民集一三卷九号一九四〇頁）
- ② 東京地判 昭和三八年二月一八日（判例タイムズ一四五号七〇頁）
- ③ 東京地判 昭和五七年七月一四日（判例タイムズ四七八号七三頁、判例時報一〇五二号九五頁）

〈否定例〉

- ④ 東京地判 昭和三一年一〇月一日（下民集七卷一〇号二八九一頁）
- ⑤ 大阪高判 昭和四四年一月一九日（判例時報五九六号五一頁）
- ⑥ 東京高判 昭和四九年一月二四日（判例タイムズ三二四号二二〇頁）
- ⑦ 大阪地判 昭和五四年一〇月三〇日（判例時報九六一号九五頁）
- ⑧ 京都地判 昭和五四年一月八日（判例時報九四九号一〇三頁）
- ⑨ 東京地判 昭和五五年一月三〇日（判例時報九六四号七六頁）
- ⑩ 東京地判 昭和五六年七月二四日（判例タイムズ四六五号一三四頁）

(1) 東京高判 昭和五七年一月二〇日（判例時報一〇六六号五七頁、判例タイムズ四九五号一二二頁）

まず、肯定例であるが、昭和三〇年代に①が「離婚に伴う財産分与であっても、分与者の財産状態が債権者取消権行使の要件を具備している場合、すなわち、その者が或財産を分与すれば無資力となるような場合には、分与者は本来分与すべき財産を有していないといふべきであり、債権者が他に何等資産を有しないにもかかわらず、離婚に際し或財産を分与した場合は、債権者取消権の他の要件を具備する限り」⁽²⁾「詐害行為となるとし、続く②もまた、財産分与の当否、その額・方法は「単に積極財産のみに着眼して定すべきでない」として同旨の判決をしている。さらに、後述の否定例（⑤）⁽³⁾⑩の続いた後、昭和五七年には専ら債権者の財産保全を目的として「財産分与に仮託してなされた財産処分」であるとして詐害行為性を肯定するものが現われている⁽³⁾。もっとも、これら肯定例の事案は、①においては、白紙委任状の悪用によって当該不動産を債務者（夫）名義へ変更直後に、夫が妻に贈与し離婚した事案であり、また③においては、当時債務者唯一の資産たる当該不動産を税理士の助言によって税金対策上財産分与の名目にしたものであること、さらには所有権移転登記後協議離婚届出まで、および協議離婚届出後実際の別居まで各一ヶ月もあったことが認定されている事案であって（②については不詳）、裁判所によって必ずしも断定されなかったものの、当該財産分与の前提たる離婚それ自体が仮装離婚の疑いの濃い事案である（仮装離婚であるならば、当然財産分与仮装である）ことを注意しておく必要がある。⁽⁴⁾

他方、否定例は、本問題を取扱った最初の判決例④にはじまり本最高裁判決に至るものであるが、その詐害行為性を否定する論拠は必ずしも債権者取消権の成立要件との関連において明快に示されているとは言いがたい。しかし、と

もかくこれら否定例は、例外なく「原則として、離婚に伴う財産分与は、たとえ債務者が債務超過の状態にあったとしても詐害行為とはならず、財産分与が民法七六八条三項の趣旨に照らして不相当または財産分与に仮託した不当な財産処分と認めるに足る特段の事情が存する場合に限り、詐害行為となりうるにすぎない」という基本構造をもって

いる。⁽⁵⁾
 そして、原則として財産分与の詐害行為性を否定する論拠として示されているところは、(イ)一般論的に「婚姻中の夫婦財産関係の清算であるとともに離婚後の生活困窮配偶者の生活保障（離婚後扶養）たる性格を有する財産分与制度本来の趣旨」から否定するもの⁽⁵⁾⁽⁸⁾⁽⁹⁾、(ロ)加えて、「財産分与は離婚が当事者の財産に及ぼす余後的効果」であるからとするもの⁽⁴⁾、あるいはまた、(ハ)債務者のなした財産分与は「自己の債務の正当な弁済をしたのと同視し得るもの」（本旨弁済）⁽⁶⁾、(ニ)「財産分与は離婚に伴う法律上の義務の履行」であるから⁽⁷⁾⁽¹¹⁾、などがあげられている⁽¹⁰⁾は不詳。

また、債権者取消権の成立要件との関連でみると、その受益者の主観的要件については、(イ)受益者が善意であったとされたもの⁽⁵⁾のほか、(ロ)主観的要件に単なる悪意（認識）のほかは債務者と共（通）謀して債権者を害する意思を加重してこれを否定したもの⁽⁶⁾⁽⁷⁾、さらには、(ハ)債務者および受益者の悪意を認定しついても当該財産分与の相当性判断に組入れて詐害行為性を否定したものもある⁽⁴⁾⁽⁸⁾⁽¹¹⁾。したがって、かかる主観的要件の充足は必ずしも詐害行為の成否に直結するものとはなっていない。しいて言えば、中井・本沢両教授らの指摘されるごとく、前述の肯定例⁽³⁾をも含めた近時の下級審判決例は、債権者取消権の成立要件（民法四二四条）たる債務者の債務超過状態と

いった客観的要件事実と債務者および受益者の善意・悪意、ないし詐害意思といった主観的要件事実を相関的に判断しながら、財産分与の相当性を民法七六八条三項の趣旨に照らして検討し、総合的に財産分与の詐害行為性を判断している⁽⁶⁾とみることができよう。⁽⁶⁾

そこで、財産分与の詐害行為性を否定した判決例は、常にその財産分与の相当性の判断枠組に結論を持ち込み、当該財産分与が相当なるがゆえに詐害性を否定している。そこでは、再度財産分与の性質論を展開し、その要素に応じた当該事案の具体的事実認定を対応させて相当性の説得力を持たせようとしている。すなわち、それらの判決例は婚姻中の夫婦財産の清算的要素および離婚後扶養的要素の二者を⁽⁴⁾⁽⁵⁾、さらに慰藉料的要素が含まれうることを前提としたうえで⁽⁶⁾⁽⁷⁾⁽¹¹⁾、(イ)清算的要素に対応させて——当該分与財産の購入資金の返済に対する受益者（妻）の寄与⁽⁵⁾⁽⁷⁾⁽¹⁰⁾、婚姻中の妻による婚姻費用の負担⁽⁵⁾、その他の夫婦財産取得に対する妻の寄与⁽⁶⁾⁽⁷⁾、債務者（夫）の事業に対する妻の協力⁽⁸⁾⁽¹¹⁾など、また、(ロ)離婚後扶養的要素に対応させて——離婚後は妻が未成年子を引取り養育すること⁽⁴⁾⁽⁵⁾⁽⁶⁾⁽⁸⁾⁽⁹⁾⁽¹¹⁾、妻に持病があり分与不動産の家賃収入で生計を立てる必要があったこと⁽¹⁰⁾、さらに^(イ)慰藉料的要素に対応して——破綻・離婚の原因が専らないし主に夫の不貞にあったこと⁽⁴⁾⁽⁵⁾⁽⁷⁾⁽⁸⁾⁽⁹⁾⁽¹¹⁾、または夫のギャンブル等の金銭問題⁽¹⁰⁾、夫の放縦な生活態度に起因している⁽⁶⁾などがあげられている。さらに、これら事案の共通する事情として、常に妻が受益者であり、婚姻継続年数が長期であり、かつ当該分与財産が受益者らの現住する不動産ないしは離婚後の生計維持に必要とされる不動産であることが特徴であり、これらの事情もまた結論に影響を与えた側面が多分にあると思われる。

(二) また、学説も財産分与の詐害行為性の成否につき、結論的には同様の対立を示している。

債務者が債務超過の場合に、離婚して配偶者に財産分与をすることが詐害行為となるかを判断する際に、一応、理論的には、民法四二四条の債権者取消権が責任財産の保全を目的とすることから、債務者の法律行為のうち「財産権ヲ目的トセサル法律行為」が除外されているわけで（同条二項）、まず、財産分与なる行為自体が同条の対象となるか否かが第一段階のチェックポイントになる。それが肯定されるならば、次に詐害行為のその他の要件との関連において、当該財産分与の詐害行為性が判断されることになる。

その点、財産分与の詐害行為性を肯定する見解（肯定説）は、結論的評価は別として、理論的には明快である。すなわち、肯定説を代表する柚木馨教授は、財産分与一般が財産権を目的とする法律行為か否かというレベルでこれを肯定し（財産分与は「離婚に伴う財産法的義務の履行」とされる）、「分与者の財産状態が債権者取消権行使の要件を具備している場合（無資力の状態にある場合）、……その者はそもそも現在分与すべき財産を有しないのではないか、将来取得すべき財産の分与契約をするのは格別、現在において債務超過状態である限り、「現在の財産を分与する」とは始めから第七六八条第三項の基準にはずれているのであり、分与義務の範囲を逸脱しているのである」として、常に詐害行為として債権者の取消の対象とする。

これに対して、財産分与の詐害行為性を否定する見解（否定説）は、当該財産分与が不相当に過大であって、財産分与に仮託された処分行為とみられない限りとしながら、(イ)一般論として婚姻、縁組、相続の承認・放棄と同様の「身分行為」⁽¹⁰⁾ないしは「離婚給付として多分に非財産的性格を伴うもの」、あるいは「間接的には債務者の財産状態

に影響を及ぼす行為であっても、直接に財産権を目的とするものではないから」、さらには、(ロ)「生活にかかわるものに債権者の介入を認めるべきではないこと」、あるいは、債務者の人格的自由の保護および妻（受益者）の生活権の保障という観点の強調から、財産的責任秩序維持の必要性に対する優先性を理由として、全体としての財産分与の詐害性を否定する。これら否定説の論拠がすべて同じ問題レベルで論じられているかは必ずしも明らかではないが、財産分与一般が財産権を目的とする法律行為か否かの問題レベルで、その否定的論拠として主張されたものと理解しているのだろうか。⁽¹⁵⁾その上で、例外的に当該財産分与が民法七六八条三項の趣旨に照らし、不相当に過大で財産分与に仮託された処分行為と認められる場合に限って詐害行為性を肯定するものと解する。そして、ここでは、当該財産分与の前提たる離婚自体の仮装性をも判断され、離婚が仮装であれば、財産分与も仮装なものとなり、離婚給付ではない純粋な財産的法律行為として、詐害行為取消権の対象となると解するのである。⁽¹⁶⁾

しかし、これら否定説が財産分与の詐害行為性成否のファクターの一つとして持出す「相当性」の意味は、むしろ、否定説が原則として財産分与といえども詐害行為となりうることを当然の前提とした上で、ただその成否判断に必要な一つの要件としての相当性の検討の必要性を、それが密接に身分行為に関連するが故に特に強調したものと解しようとして、支持する見解もみられることは注目したい。⁽¹⁷⁾

さらに、このほか、肯定説（柚木説）が財産分与義務が財産上の持分返還の思想を中核とする（夫婦財産の実質的清算）ものであって、分与者が債務超過の状態では問題となる余地がないとしたこと⁽¹⁸⁾に対応して、財産分与の性質論を展開し、その各要素と債権者の保全債権との優先性を考慮し、部分的取消を認める見解も提唱されている。財産分

与の性質については議論があるが、夫婦財産の實質的清算部分と離婚後の扶養的部分を含むことについては、ほぼ見解が一致しており、場合によっては慰藉料をも含めうるものと解されているようにも思われる。⁽¹⁹⁾ さすれば、清算的側面では消極財産を考慮しなければならないことは柚木説を否定すべくもないが、離婚後扶養としての部分は分与者の扶養義務の性質上一般債務に優先され、取消しえないと解するものである。⁽²⁰⁾

しかし、財産分与を實質的清算部分と扶養的部分とを分解して詐害行為性を論ずるかかる見解は、確かに肯定的判決例・肯定説の論拠とするところを念頭において理論化され、説得力を持ちうるものと評価できるが、本件を含めたかかる事案のように、分与財産が受益者ら（妻および子）の現住する不動産ないしは離婚後の生計維持に必要とされる不動産である場合などは、財産分与全体としてそうした意味をもつものであって、必ずしも妥当な法的処理とはいえないように思われる。⁽²¹⁾

三 以上の考察から本判決にたちかえり、私なりの評価と若干の問題点を指摘する。

本判決は、前述のように、債務者（夫）が債務超過の状態で協議離婚し、その際、夫の唯一に近い不動産を妻に財産分与したとしても、当該財産分与が民法七六八条三項の規定の趣旨に反して不当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足る特段の事情がない限り、詐害行為とはならない、とするもので、従来の下級審判決例の多数を占めてきた否定例および否定説（多数説）を基本的に確認したものとと言える。そして、財産分与の額及び方法を定めるについても、離婚時既に債務超過の状態にあることあるいはある財産を分与すれば無資力になるということも考慮事情の一つにすぎず、分与者が負担する債務額及びそれが共同財産形成にどの程度寄与している

かも含めて決定しうるものであるから、分与者の債務超過たる一事をもって、財産分与をすべて否定すべきではないことを判示しており、この点、清算的要素の側面のみを強調する点で疑問があるが、分与者の債務超過という一事をもって画一的に財産分与の余地なしとする論理を最高裁レベルで否定した点で評価できる。

そして、当該財産分与の「相当性」の判断においては、まず、財産分与が実質上の共同財産を清算分配し、離婚後の相手方の生活維持に資する（離婚後扶養）ことのみならず、慰藉料的要素をも含めうるとして、それぞれに対応する事実を認定し、当該財産分与全体としての相当性を判示するものとなっている。そして、本件分与土地に対する受益者（妻）の實質的共有持分の大なること、本件分与土地が従来から受益者の生活基盤となってきたもので、かつ受益者および子供らの今後の生活基盤となるべきものであること、さらには債務者（夫）の不貞行為に基因する離婚であることを強調し、相当性を判断している。

この点、前田・椿教授の指摘されるように、⁽²²⁾ 清算的要素についてその相当性の判断の際に債務者の無資力を一考慮事山としながら、なお積極財産の共有持分権だけを評価する理由は何か。また、離婚慰藉料的要素に関して、判旨は慰藉料債権の一般債権に対する優先性を論じておらず、これを肯定したと解すべきなのか、との疑問が生ずる。確かに、当該財産分与の清算的要素にかかわる相当性を強調してみても、前述した柚木説を理論的に否定することができず、一般債権者との関係において優先性を主張できるものではないと解する。さらに、慰藉料的要素についても、一般債権の劣位に置くことは否定できても、優先性を主張する根拠は乏しいと思われる。残るは、離婚後の扶養的要素の側面である。分与者の扶養義務については、その法的根拠について基本的問題を含むものの、⁽²³⁾ それが法的扶養義務

である以上、一般債権者に優先しうるし（破産法四七条九号・四九条参照）、詐害行為性が否定されるものと解する。⁽²⁴⁾ さらに、当該分与財産が、「離婚後の妻子の生活基盤ともなるべき居住土地であるときには、広く生活保障的観点からも財産分与の詐害性は否定さるべきである」とされる⁽²⁵⁾が、まさに本件においても妥当するものと解する。かかる意味において、本判決の判断は結論において具体的妥当性を有するものと評価できる。さらに、独断的評価が許されるならば、本判決における相当性の判断には当該離婚自体の非仮装性の認定も含み、慰藉料的要素に関して示された債務者（分与者）の有責性の認定・強調はその意味をもつものと解することができ、加えて、清算的要素に関してなされた受益者の実質的持分の大なること、財産形成への寄与の大なることの強調はまた、生活基盤としての分与不動産を確保してやることの必要性とその相当性を補強する意味になっているものとも解することができないであろうか。それによって、本件財産分与全体としての相当性を評価し、一般債権者に対する優先性を引き出すものとなっており、極めて司法政策的判断を内包した構成となっていると解する。

※本件については、塩崎勤最高裁判所調査官の解説（ジュリスト八一〇号六六頁）がある。

- (1) 本件以前の判決例の概観は、中井美雄「離婚財産分与と債権者取消権」ロースクール四五号六三頁、本沢「代子」離婚に伴う財産分与と詐害行為取消権（⑩の判批）」法律時報五五卷一〇号一二五頁、椿寿夫・前田泰「離婚財産分与の詐害行為性（⑩の判批）」法律時報五六卷六号一二五頁参照。
- (2) 本判決の論旨は、後述の柚木馨教授の見解（「離婚による財産分与は詐害行為にならないか（④の判批）」判例評論八号一六頁（判例時報一〇六号））を全面的に採用するものとなっている。

(3) なお、畑郁夫「離婚に伴う財産分与と詐害行為の成否（③の判批）」（実務民法一七二六四頁）は、判決例および後述の学説の分類につき、財産分与を民法四二四条二項所定の非財産権的行為と解するか否かを基準として、積極説・消極説に分類され、本稿で称する否定例および否定説の多くを条件附積極説に分類されており、この分類基準からすれば、③は結論的には逆でも条件附積極説の一例と解するのは正当であろう（本稿分類によれば、否定例に属する）。さらに氏は、③を評して、民法九四条一項に該当する無効行為取消の可否の問題に関するものと評価することも可能とされており、参照。

(4) この点の指摘については、山口純夫「離婚による財産分与と詐害行為取消権（③の判批）」判例タイムズ四九三号一三七頁参照。

(5) 否定例の論拠の分類及び分析は、本沢・前掲判批一二六頁を参照。なお、この点につき財産分与制度の趣旨に由来する論理と債権者取消権の成立要件に由来する論理とが基本となっているとの指摘もある（中井・前掲論文六六頁）。

(6) 中井・前掲論文六七頁、本沢・前掲判批一二六頁参照。また、かかる傾向は、行為を類型化し、主観的要件と客観的要件とを相互関連的に判断しようとする最近の債権者取消権一般の議論にも沿うものといえるとの中井教授の指摘がある。

なお、これら債権者取消権一般の傾向については、下森定「債権者取消権の成立要件に関する研究序説」（『民法学の諸問題（川島教授還暦記念Ⅱ）』二二五頁以下、星野英一『民法概論Ⅲ』一一二頁、奥田昌道『債権総論（上）』二八六頁、沢井裕『テキストブック債権総論』六八頁等参照）。

(7) 財産分与の法的性質については議論があるが、少なくとも判例は慰藉料をも財産分与に含ませうるものと解されている（最判昭和四六年七月二三日民集二五卷五号八〇五頁等）。

(8) 民法四二四条二項（債務者の法律行為のうち、財産権を目的としない行為は除外）によって、婚姻、縁組、相続の承認・放棄などの身分行為は、それらが間接的には債務者の財産を減少させるものであったとしても、詐害行為とはならないとするのが通説（於保不二雄『債権総論「新版」』一八三頁、我妻栄『新訂債権総論』一八三頁、柚木馨・高木多喜男『判例債権法総論「補訂版」』一九〇頁、奥田昌道『債権総論（上）』二九二頁、林良平・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論』一七一頁、森田三男『債権法総論』一九九頁など）および判例である（最判昭和四九年九月二〇日民集二八卷六号一二〇二頁——離婚に伴う財産分与と詐害行為の成否（高橋）

相続放棄につき、積極的に財産を減少させる行為でないこと、他人の意思に強制されるべきでないことを理由としている。しかし、離婚財産分与は、離婚という身分行為に密接に関連するものであるとはいえ、それ自体は財産権を目的とするものであるだけに、十分に議論の対象となりうる余地がある。

(9) 柚木・前掲判批一七頁、柚木Ⅱ高木・前掲書一九一頁。また、山口教授も否定的判決例・否定説が柚木説を必ずしも論駁していないことを批判しつつ、柚木説を支持(?)されている(山口・前掲判批一三七頁以下)。

なお、星野英一教授の見解を柚木説と同旨ととらえることは疑問であるが、財産分与は別に家族関係の設定・廃止そのものと直接に関係のない行為であって取消の対象となりうるとし(同『民法概論Ⅲ』一一〇頁)、少なくとも第一チェックポイントではこれを肯定されている。

(10) 於保・前掲書一八三頁、森田・前掲書一九九頁、奥田・前掲書二九一頁など。

(11) 板木郁郎「債権者取消権・債権者代位権」民法例題解説Ⅱ四四頁参照。

(12) 石田Ⅱ林Ⅱ高木・前掲書一七一頁参照。

(13) 沢井・前掲書六六頁参照。

(14) 下森定『新民法演習3』八七頁、本沢・前掲判批一二七頁参照。

(15) 山口・前掲判批一三七頁、福永政彦「⑩判例解説」実務民事法三号二二六頁もこのように把握されている。

(16) 板木・前掲論文四五頁参照。

(17) 畑・前掲判批二六五頁参照。また、中井教授は、肯定説の理解を山口・福永説と同様に解しながら、その立場を批判して、一般論として財産分与の財産行為性を前提とした上で、その詐害性を「分与者と受益者間の行為が債権者の信頼を裏切る行為であるか否かを基軸に、類型的な分析考察」の必要性を主張される(中井・前掲論文六七・六八頁)。

(18) 柚木・前掲判批一七頁参照。

(19) 最判昭和四六年七月二三日民集二五卷五号八〇五頁参照。ともあれ、本問題のような事案においては、いずれにせよ、具体的に当該財産分与に慰籍料を含む趣旨か否かの検討が必要である。

(20) 島津一郎『注釈民法②』二二六頁、三和一博「⑦判批」判例タイムズ四三九号六五頁、椿Ⅱ前田・前掲判批一二七頁参照。なお、慰籍料部分については、論者の間にも議論があることを注意。

(21) 本沢・前掲判批一二七頁参照。

(22) 椿Ⅱ前田・前掲判批一二八頁参照。当判例研究は、⑩判決例を対象とするものであるが、本判決についても紹介し、本文に挙示した点のほか、判定基準として用いられている受益者らの生活基盤の意味、また清算により持分権を取戻しかつ慰籍を取得する者が債務超過者に対してさらに扶養面での請求をなしうるのか、との疑問点を指摘されている。

(23) 浦本寛雄他『民法講義7』一四九頁、中川淳「財産分与制度の性質」家族法大系Ⅲ四二頁以下、右近健男「離婚扶養の根拠とその性質」大阪市大法学雑誌一五卷一号一二頁および拙論「精神病離婚の一考察」国士館法学一四号(三三三頁参照)。

(24) 板木・前掲論文四五頁、島津・前掲書二一六頁、椿Ⅱ前田・前掲判批一二七頁など参照。

(25) 本沢・前掲判批一二八頁。さらに、生活保障の意味あいをもつ財産分与の場合は、当事者のみならず、対社会的にも重視されるべきであるとされ、したがって、債権者の個人的利益に優先する人権的観点の必要性を主張される。これらは、⑩判決例に対するものであるが、本判決についても妥当しよう。