

## 第1編 総論

### 第1章 司法試験および予備試験における倒産法の特徴

第1節. 問題文の事実関係 p1

第2節. 設問の内容 p1～2

第3節. 答案作成のポイント p2～7

### 第2章 過去問の改題と答案の流れ p8～10

## 第2編 破産法

### 第1章 破産手続の開始

#### 第1節. 破産手続開始決定 p11～12

##### 1. 破産手続開始の申立権者

[論点1] 財団債権者となるべき者の申立権

[論点2] 債権質設定者の申立権

[論点3] 債務者の申立権を制約する合意の有効性

##### 2. 破産手続開始決定 p11～18

[論点1] 支払能力の判断基準（考慮要素）

[論点2] 弁済期の到来の要否

[論点3] 無理算段

[論点4] 支払停止の事実の持続性または継続性の要否

（判例1）手形不渡り（福岡高決 S52.10.12・百4）

（判例2）債務者が内部的に支払停止の方針を決めた行為（最判 S60.2.14・百28①）

（判例3）弁護士による債務整理通知の送付行為（最判 H24.10.19・百28②）

[論点5] 法人代表者の人的保証・物的保証

[論点6] 債務超過（破16条1項）の判断における資産の評価

[論点7] 「不当な目的」（破30条1項2号）の意義

[論点8] 「利害関係を有する者」（破33条1項、9条前段）の意義

（判例4）破産手続開始決定に対する即時抗告期間（最決 H13.3.23・百13）

##### 3. 破産手続開始決定の効果 p18～23

[論点1] 相手方が何人であるかを問わない権利取得と破48条1項

[論点2] 譲渡・転貸特約付の対抗力ある不動産賃借権の取得と破48条1項

[論点3] 「破産財団に関する訴訟」（破44条1項）の意義

（判例1）新たな取締役選任を内容とする株主総会決議の不存在確認訴訟が提起された株式会社の破産と訴えの利益（最判 H21.4.17・百14）

[論点4] 破産管財人の受継義務（破44条2項後段に基づく受継申立て）

[論点5] 株主代表訴訟の取扱い

[論点6] 破産管財人の受継義務（破45条2項後段に基づく受継申立て）

[論点7] 株式会社の破産手続開始決定時の取締役の地位

（判例2）破産者に対する条件付き海外渡航許可（東京高決 H27.3.5・百A5）

## 第2節. 破産手続開始決定前の保全措置 p23～25

### 1. 債務者に対する財産保全処分 p23

[判例1] 退職手当請求権と保全処分 (福岡高判 S59.6.25・百 A3)

[判例2] 弁済禁止の保全処分と履行遅滞 (最判 S57.3.30・百 76)

[判例3] 弁済禁止の保全処分と債務者に対する給付訴訟の可否 (最判 S37.3.23・百 A4)

### 2. 債権者に対する保全措置 p24

### 3. その他の保全措置 p24～25

## 第2章 破産手続の機関等

### 第1節. 破産管財人 p26

#### 1. 破産管財人の善管注意義務 p26

[論点1] 破産管財人の善管注意義務 (破 85 条 1 項) 違反の判断基準

#### 2. 破産管財人の任務終了 p26～27

[論点2] 破産手続終了後における破産管財人の当事者適格

#### 3. 破産管財人の法的地位 (解釈論の前提としての意味) p27～29

[論点3] 破産管財人の第三者性

[論点4] 善意または悪意の判断がなされるべき主体

### 第2節. 申立代理人 p29

[論点1] 申立代理人弁護士の義務 p29

### 第3節. 破産事件に関する文書の閲覧等 p29

## 第3章 破産財団と債権者

### 第1節. 破産財団 p30～34

#### 1. 破産財団 p30～31

[論点1] 退職金支払請求権

[論点2] 敷金返還請求権

[論点3] 生命保険契約に基づく解約返戻金請求権

[論点4] 死亡保険金請求権

#### 2. 自由財産 p32～34

[論点5] 慰謝料請求権の一身専属性

[論点6] 法人における自由財産

[論点7] 破産財団から放棄された財産を目的とする別除権の放棄の意思表示の相手方

### 第2節. 破産債権 p34～40

#### 1. 破産債権の意義・要件 p34～35

[論点1] 無委託保証人の事後求償権 (民法 462 条 1 項) の破産債権該当性

#### 2. 破産債権の行使・等質化 p35～36

[論点2] 自由財産に対する破産債権者の権利行使の可否

[論点3] 自由財産をもってする破産債権に対する任意の弁済の可否

#### 3. 破産債権の優先順位 p36～37

[論点4] 内部債権の劣後化

#### 4. 多数債務者関係と破産債権 p37～40

[論点 5] 手続開始時現存額主義と複数債権の一部の全部弁済

[論点 6] 手続開始時現存額主義と超過配当

5. 別除権と破産債権 p40

第3節. 財団債権 p41～43

1. 財団債権となる債権 p41

2. 財団債権の行使 p41～43

[論点 1] 代位弁済者による財団債権の行使の可否 (労働債権の例)

[論点 2] 代位弁済者による財団債権の行使の可否 (租税債権)

第4章 破産財団をめぐる契約・権利関係

第1節. 契約関係の整理 p44～52

1. 双方未履行双務契約総論 p44～47

[論点 1] 破産管財人による破 53 条 1 項に基づく解除権行使の制限

[論点 2] 倒産解除特約の有効性

[論点 3] 倒産解除特約の有効性 (民事再生)

[論点 4] 違約金条項の有効性

2. 双方未履行双務契約各論 p47～52

[論点 5] 所有権留保特約付売買契約の双方未履行双務契約該当性

[論点 6] 請負人破産における破 53 条 1 項の適用の可否

[論点 7] 前払金返還請求権の法的性質

[論点 8] 破産手続開始前の仕事に相当する部分の報酬支払請求権の法的性質

[論点 9] 請負契約が解除された場合の出来高部分の帰属先

[論点 10] ファイナンス・リース契約の法的性質

[論点 11] フルペイアウト方式のファイナンス・リース契約と破 53 条 1 項

[論点 12] ファイナンス・リース契約におけるリース業者の担保権

第2節. 取戻権 p52～54

1. 一般の取戻権 p52～54

[論点 1] 金銭の支払いを内容とする財産分与請求権の法的性質

2. 特別の取戻権 p54

第3節. 別除権 p54～68

1. 意義 p54

2. 別除権の行使 p54

3. 個別の担保権 p54～66

[論点 1] 破産手続開始後における商事留置権の留置的効力の肯否

[論点 2] 商事留置権が転化した特別の先取特権と抵当権の優劣関係

(判例 1) 破産手続開始後の商事留置権の留置的効力と任意の取立ておよび弁済充当の可否 (最判 H10.7.14・百 53)

(判例 2) 再生手続における商事留置権と弁済充当の可否 (最判 H23.12.15・百 54)

[論点 3] 破産手続開始後の「差押え」(民法 304 条 1 項ただし書) と物上代位

[論点 4] 倒産手続における譲渡担保権の処遇

[論点 5] 倒産手続における留保所有権の処遇

(判例 3) 自動車の所有権留保と登録名義 (最判 H22.6.4)

(判例4) 自動車の所有権留保と登録名義 (最判 H29.12.7・百 58)

4. 破産管財人の採りうる手段 p66～68

第4節. 相殺権 p68～82

1. 破 67 条の制度趣旨 p66～68

2. 相殺権の拡張 p69～73

[論点 1] 破産手続開始後に受働債権の停止条件が成就した場合における相殺の可否

[論点 2] 三者間相殺の可否

3. 相殺禁止 p74～81

[論点 3] 「専ら破産債権をもってする相殺に供する目的」の有無の判断基準

[論点 4] 「前に生じた原因」(破 71 条 2 項 2 号)の判断基準

[論点 5] 無委託保証人の有する事後求償権を自働債権とする相殺の可否

(判例 1) 割引手形の買戻請求に基づく買戻代金債権 (最判 S40.11.2・百 66)

(判例 2) 請負契約に基づく発注者の破産者に対する違約金債権による相殺 (最判 R2.9.8)

[論点 6] 相殺禁止規定に反する相殺を有効とする合意

4. 相殺権の行使 p81

5. 破産管財人による相殺への関与 p82

6. その他の局面における相殺 p82

第5節. 否認 p82～112

1. 概説 p82～85

(判例 1) 総破産債権の消滅と否認権の行使および詐害行為取消権の時効消滅と否認権の行使 (最判 S58.11.25・百 29)

2. 詐害行為否認 p85～95

[論点 1] 「破産債権者を害する…行為」(破 160 条 1 項 1 号本文)の意義

[論点 2] 否認の効果が及ぶ範囲

[論点 3] 否認の登記(破 260 条 1 項)の法的性質

[論点 4] 価額償還請求における価額評価の基準時

[論点 5] 「無償」性(破 160 条 3 項)の判断基準

(判例 2) 遺産分割と無償行為否認(東京高判 H27.11.9・百 A7)

[論点 6] 債務超過の要否

[論点 7] 処分の対価が既存債務の本旨弁済の原資に充てられた場合における当該処分の「その他の破産債権者を害することとなる処分」該当性

3. 偏頗行為否認 p95～99

[論点 8] 破産債権者がする相殺と偏頗行為否認(破 162 条 1 項)

[論点 9] 偏頗行為否認に伴う保証債務の復活の有無

4. 否認の特別類型 p99～107

[論点 10] 対抗要件具備行為と故意否認(破 160 条 1 項 1 号)

[論点 11] 債務者による債権譲渡の承諾と対抗要件具備行為の否認

[論点 12] 「権利の設定、移転又は変更があった日」(破 164 条 1 項本文)の意義

5. 否認の一般的要件 p107～112

[論点 13] 詐害行為の有害性

[論点 14] 偏頗行為の有害性

[論点 15] 借入金による弁済と偏頗行為否認

[論点 16] 担保目的物による代物弁済と偏頗行為否認

6. 否認権の行使 p112

7. 否認権のための保全処分 p112

第6節. 法人の役員の責任追及等 p113～114

1. 概説 p113

2. 役員の責任の査定手続および役員責任査定決定に対する異議の訴え p113

3. 役員の財産に対する保全処分 p113～114

## 第5章 破産手続の進行

第1節. 破産債権の届出・調査・確定 p115～118

[論点 1] 「責めに帰することができない事由」(破 112 条 1 項) の意義

(判例 1) 上告審係属中における当事者の破産と訴えの変更 (最判 S61.4.11・百 73)

第2節. 破産財団の管理・換価 p118～119

## 第6章 破産手続の終了

第1節. 配当 p120

第2節. 配当終結以外の破産手続終了原因 p120

## 第7章 免責手続および復権

第1節. 免責手続 p121～127

[論点 1] 「詐術を用い」た(破 252 条 1 項 5 号)には財産状態についての単なる不告知も含まれるか

[論点 2] 裁量免責(破 252 条 2 項)の判断基準

[論点 3] 「責任を免れる」(破 253 条 1 項柱書本文)の意義

[論点 4] 免責許可決定確定後になされた弁済合意

[論点 5] 免責許可決定確定後の詐害行為取消権の行使の可否

第2節. 復権 p127

# 第3編 民事再生法

## 第1章 再生手続の開始

第1節. 再生手続開始申立て p129

第2節. 再生手続開始決定 p129～130

[論点 1] 「債権者の一般の利益に適合する」(民再 25 条 2 号)の意義

第3節. 再生手続開始決定の効果 p130～131

第4節. 再生手続開始決定前の保全措置 p131～132

## 第2章 再生手続の機関等

第1節. 再生債務者 p133

[論点 1] 再生債務者の第三者性

第2節. 監督委員 p133

第3節. 調査委員 p133

第4節. 管財人 p133

第5節. 債権者集会 p133

### 第3章 再生債務者財産と債権者

第1節. 再生債権 p134～136

[論点1] 「少額」性（民再 85 条 5 項前段）の判断基準

[論点2] 「事業の継続に著しい支障を来す」（民再 85 条 5 項後段）の判断基準

[論点3] 「少額」性（民再 85 条 5 項後段）の判断基準

第2節. 共益債権 p136～137

[論点1] 共益債権の再生手続外行使の制限

第3節. 一般優先債権 p137

第4節. 開始後債権 p137

### 第4章 再生債務者財産をめぐる契約・権利関係

第1節. 別除権 p138～142

[論点1] 非典型担保の実行手続が中止命令の対象となるか

[論点2] 「事業の継続に欠くことのできない」財産（民 148 条 1 項）の意義

[論点3] 不足額確定合意を含む別除権協定が失効した場合の不足額確定合意の効力

第2節. 相殺権 p143～145

第3節. その他 p145～146

契約関係の整理／取戻権／否認権／法人の役員の責任追及等

### 第6章 再生手続の進行

第1節. 再生債権の届出・調査・確定 p147～148

第2節. 再生債務者の財産・事業 p149～151

[論点1] 「当該事業等の譲渡が事業の継続のために必要である」の判断基準

### 第7章 再生計画

第1節. 概説 p152

第2節. 再生計画の内容 p152～154

第3節. 再生計画案の作成・提出 p154

第4節. 再生計画案の付議決定 p154

第5節. 再生計画案の決議 p155

第6節. 再生計画の認可・不認可 p155～159

[論点1] 「不正の方法」（民再 174 条 2 項 3 号）の意義

[論点2] 「再生債権者の一般の利益に反する」（民再 174 条 2 項 4 号）の意義

第7節. 再生計画認可決定後の手続 p159～162

[論点1] 「やむを得ない事由」（民再 187 条 1 項）の意義

第8節. 再生手続の廃止・破産手続への移行 p162～163

## 第1編 総論

### 第1章 司法試験および予備試験における倒産法の特徴

A 速修 10~18 頁

#### 第1節. 問題文の事実関係

倒産法の問題文には、必ず民法や会社法といった平時実体法上の権利関係が記載されている。このような平時実体法上の権利関係に関する事実に加えて、倒産法特有の事実（たとえば、支払不能に関する事実、否認権行使に関する事実等）が記載されている。

試験の現場においては、まず、問題文の平時実体法上の権利関係を正確に分析することが必要不可欠である。この分析においては、債権的視点と物権的視点の両視点から分析することがポイントである。

平時実体法上の権利関係の分析が  
出発点

平時実体法上の権利関係のためには、その分析の前提として人物関係図および時系列を作成するとよい。この時系列の作成に当たっては、支払不能に陥った時期、支払停止が認められる時期、手続開始申立てをした時期、手続開始決定がなされた時期がいつなのかを記載することが必要である。これらの時期の前と後とによって適用される条文が異なるからである。

#### 第2節. 設問の内容

倒産法では、①倒産実体法および倒産手続法に関する問題、②破産法と民事再生法を比較させる問題、③実務の運用を問う問題が出題される<sup>1</sup>。

##### 1. ①倒産実体法および倒産手続法に関する問題

###### (1) 倒産実体法に関する問題

ここでは、倒産処理手続において実体的な権利関係がどのように処遇されるか、変容していくかが問われる。

倒産実体法には、主に、倒産債権の行使、取戻権・別除権・相殺権の行使、契約関係の処理、否認権の行使に関する規律等が含まれるところ、特に、双方未履行双務契約、相殺権および否認権からの出題が多い。

###### (2) 倒産手続法の理解を問う問題

ア. ここでは、破産法、民事再生法のそれぞれの手続が問われる。この問題類型は、さらに基本的手続（およびそれに関する判例知識）を問う問題と条文の検索能力・運用能力を問う問題に分けられる。

イ. 基本的手続を問う問題の対策については、速修テキストの読み込みで必要十分である。速修テキストに記載されている手続およびそれに関する論点知識・判例知識を答案上示せば足りる。

<sup>1</sup> 司 R5 採点実感は、今後の出題方針について、「今後も出題方針について特に変更すべき点はなく、特定の傾向に偏ることなく、具体的な事案を通じて、基本的な考え方や事項に関する理解を確認する問題、当該事案を正確に把握して適切に法令上の対応手段を導き出す能力を試す問題、倒産実体法及び倒産手続法に関する問題等、倒産法の基本的な理解ができているかどうかを問う出題を心掛けることが望ましいと考える」と述べている。

これに対して、普段の学習でみたことがない手続についても問われることがある。このような問題は、受験生の条文の検索能力・運用能力を問う問題である。試験の現場で、目次等を活用して当該手続に関連しそうな条文を探し、必要があれば解釈したうえで、適用する必要がある。

このような問題の対策としては、普段の学習から速修テキストにおける破産手続の流れおよび再生手続の流れを意識し、速修テキストに出てきた条文を逐一六法で引き、その周辺条文まで確認しておくことが有益である。

## 2. ②破産法と民事再生法を比較させる問題

- (1) ここでは、破産法と民事再生法の異同が問われる<sup>2</sup>。この問題類型は、主に民事再生法（第2問であることが多い）で出題される。
- (2) 破産法と民事再生法の異同が問われる場合というのは、当然ながら、破産法と民事再生法で規律が異なる部分が問われているのである。そのため、普段の学習から、破産法と民事再生法とで規律が異なる部分を試験に先取りする形で押さえておくことが重要である。

## 3. ③実務上の運用を問う問題

近年では、実務上の運用を問う問題が出題されている。たとえば、令和5年司法試験の第1問設問1(2)がこの問題類型に属する。

このような問題は、その出来が合否を左右するものではなく、また、このような問題に対応するための準備をするとすると学習範囲が極めて膨大になってしまうことから、実務上の運用がどのようになっているかについてまで学習範囲を広げる必要はない。

過去問を解いていく中で、その相場観・現場での逃げ方を習得していくことが、その対策の方法となる。

### 第3節. 答案作成のポイント

倒産法の答案作成のポイントは、他の7科目と大きく異なるものではない。特に、倒産法は、一般民事法の特別法であるから、民法、商法および民事訴訟法と同様に答案を作成すればよい。

ここでは、倒産法の答案の書き方のポイントをみていくこととする。その際、平成27年度以降の司法試験採点実感による裏付けも行う。

#### 1. 条文を中心とした答案作成

筆者のいう“条文を中心とした答案作成”とは、①適用条文を特定・摘示し、②全ての要件充足性を検討し、③効果発生（不発生）という結論を示すという流れで答案を作成することをいう。この答案作成の方法は全科目に共通するものである。特に、平時実体法である民法と会社法の答案がイメージしやすいと

<sup>2</sup> たとえば、「C 弁護士は…破産手続開始又は再生手続開始のいずれを申し立てるのが相当であると B に助言すべきか。解答に当たっては、…破産手続による場合と再生手続による場合を比較して論じなさい」(司 R2)。



思われる。

倒産法では、適用される条文を的確に把握し、当該条文を中心に答案を作成するだけで一応の水準の答案、すなわち、合格答案になる。

本論証集だけでも、4つの演習問題およびその解答例が記載されており、速修テキストには14の演習問題およびその解答例が記載されている。これらの解答例を用いて“条文を中心とした答案作成”を修得していただきたい。

短い論述であっても、根拠条文を逐一摘示し、要件を落とすことなく着実に当てはめを行っている答案は、一応の水準に達しているものと評価され、出題意図を大きく外した答案にはならないものと思われる(司R3採点実感)。

本小問においては、特に論点はないことから、淡々と条文の文言に当てはめて結論を導くことが求められており、これに沿った答案は「良好」以上の評価となっている(司R4採点実感)。

### (1) 適用条文の特定・明示の重要性

適用条文を誤ってしまうと、そのあとの要件充足性→効果発生の部分も誤ってしまうこととなる。そのため、問題文中の事実および誘導から、必要があれば六法の目次を活用して、本問において適用される条文を正確に把握することが必要である。

試験現場において適用条文を正確に把握するためには、インプットの段階から、今学んでいる条文がどのような場面で適用されるのかを意識して学習することが重要である。

この採点実感を一読すれば分かりますとおり、解答に当たっての思考の端緒となるものは、実定法の条文である。条文の重要性は、倒産法に限ったものではないし、ここで改めて指摘するまでもない(司R4採点実感、司R5採点実感)。

第2問は、いずれの小問も、民事再生法の基本的な知識を問うものであり、事例を適切に把握して、問われている内容を丁寧に把握した上で、それに適用され得る民事再生法の制度・条文(条のみならず、項・号まで)を正しく摘示して論述することができれば、高い得点を得ることができる問題である(司H30採点実感、司R1採点実感)。

### (2) 原則として“全”要件の充足性の検討をすること

適用される条文を特定し、明示することができたら、当該条文の“全”要件充足性の検討をすることになる。

たとえば、①、②、③及び④の要件が定められており、その効果として〇〇という効果が定められているとする。この場合、①、②、③の要件を満たしていたとしても、④の要件を満たしていなければ〇〇という効果は発生しない。すなわち、〇〇という効果発生のためには、①、②、③及び④の全要件を満たしている必要がある。このように、適用条文の“全”要件充足性を検討することが、原則として必要となる。

もっとも、時間的・紙面的な問題から、やむを得ずに、適用条文の“全”要件充足性を検討することができない場合には、当該事案において特に問題とならない要件の充足性を検討しないことも例外的に許されると思われる。

基本的な概念を理解した上で、根拠条文を的確に摘示し、要件を落とすことなく丁寧に当てはめを行うという法曹実務家に求められる基本的な能力の重要性を再認識し、常日頃からこの点を意識して学習することが求められる（司 R3 採点実感）。

条文に則して、これらの要件を落とすことなく、正確に説明する必要がある（司 R5 採点実感）。

事例によれば、破産法第 164 条第 1 項が適用されることに異論はないものと考えられることから、同項の定める要件を摘示して当てはめを行い、結論として否認権の行使が認められることを淡々と論ずることが求められる（予備 R4 出題趣旨）。

### （3）条文の摘示は正確に行うこと

これも倒産法に限ったことではないが、条文の摘示は正確に行うことが求められる。条文の摘示の方法は、原則として、『〇〇（文言）』（破〇条〇項）」という方法になる。条のみならず、項・号まで正しく摘示するのはもちろんであるが、前段・後段、本文・ただし書、柱書、かつこ書等まで正しく摘示することが求められる。

たとえば、詐害行為否認について定めた破 160 条を開いていただきたい。破 160 条に記載されている文言のうち“破産者が破産債権者を害することを知ってした行為”という部分を正しく摘示するとどのようなようになるか。これは、「破産者が破産債権者を害することを知ってした行為」（破 160 条 1 項 1 号本文）と摘示することになる。また、破 160 条に記載されている文言のうち“担保の供与又は債務の消滅に関する行為”という部分を正しく摘示するとどのようなようになるか。これは、「担保の供与又は債務の消滅に関する行為」（破 160 条 1 項柱書かつこ書）と摘示することになる。

全体を通じて、条文の摘示が全くなかったり、条文の摘示の仕方（本文とただし書との区別や項と号との区別）が正しくできていない答案がかなりの数あった。条文の読み方等の法律家としての基本的スキルが身に着いていないことによるものと思われる（司 H28 採点実感）。

条文を単に「第 85 条第 5 項」とのみ摘示するものが目立った。同項は、①前段で再生手続を円滑にするための弁済許可、②後段で再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すことを避けるための少額債権の弁済許可、という全く異なる制度を定めており、前段・後段のどちらの問題であるかを特定する摘示が必須である。単に第 85 条第 5 項とするのみでは足りない（司 H29 採点実感）。

明文の規定があるにもかかわらず条文を摘示しない答案や、条文番号や規律内容の摘示が不十分、不正確な答案が非常に目立った（司 R4 採点実感、司 R5 採点実感）。

## 2. 論証（解釈論）の取扱い

ここでは、答案における論証の取扱いについて説明したい。

なお、論証学習をする際には、どのような場面で当該論点を論じることにな

A

るのかを明確に意識することが重要であることも付言しておく。これを意識しないと、試験で当該論点が問われた際に、せっかくインプットした論証を展開することができず、反対に、試験で当該論点が問われていないにもかかわらず、誤った論証を展開してしまうおそれがあるためである。

詐術該当性については、積極的な詐術が必要か、不作為でも足りるかとの論点について検討する答案が多く見られたが、本問では上記のとおりAの言動があり、いずれの見解でも結論が変わるとは考え難いため、論ずる実益はない(司 H29 採点実感)。

### (1) 条文の要件または効果との関係で論証を展開すること

“条文を中心とした答案作成”が重要であることは上記のとおりである。

論証・解釈論というのは、条文との関係で出てくるものであるから、条文の文言に引き付けて論証・解釈論を展開する必要がある。

日頃の学習においても、論点とされている考え方、事柄がどの条文のどの文言に関するものであるのか、民事再生法の解釈適用の問題として理解すべきことに留意する必要…(司 R1 採点実感)。

清算価値保障の原則について言及している答案であっても、それが「債権者の一般の利益に適合する」との文言との関係で的確に論じることができていないものが目立った(司 R4 採点実感)。

### (2) 論証は、原則として、理由付けと規範で構成すること

いろいろな意見があると思われるが、筆者は、原則として、「論証＝理由付け＋規範」とすべきであると考え。出題趣旨および採点実感がこのように考えているからである。

もっとも、時間的・紙面的な問題から、例外的に、理由付けを省くことも例外的に許されるものと思われる。

制度趣旨を基に要件の解釈をした上で事案の当てはめを順次正確に行っているものは高い評価としている…(司 R2 採点実感)。

条文の文言についての解釈を示す場合は、その論拠として、文理、立法趣旨、沿革、条文相互の論理的な関係、判例等を指摘することになるが、常に全てを持ち出す必要はないものの、少なくとも一つは指摘する必要がある…(司 R3 採点実感)。

### (3) その他あてはめ等に関する注意点

その他あてはめ等に関する注意点のうち重要部分は、次のとおりである。

まず、①論証・解釈論といった抽象論と具体論を分けることである。これは、要するに、抽象論に具体的な事情を入れてはいけないということである。たとえば、抽象論において「A」や「甲土地」といった具体的事情は入れてはならない。

次に、②事実の摘示と法的評価を分けることである。

最後に、③規範の文言とあてはめの文言を対応させることである。定立した規範に問題文の事実をあてはめなければ法的三段論法とはいえない。そのため、定立した規範の文言とあてはめの文言とを一致させる必要がある。

相殺の可否を論ずるに当たっては、規範定立が求められるところ、事案

のあてはめと峻別できていない答案も多く見られた（司 H28 採点実感）。

同条の趣旨等を説明する論述と本問における当てはめに係る論述が一体としてされているものも散見された（司 R2 採点実感）。

判断基準を論じつつ、当てはめの段階でその基準を使っていないものも散見された（司 H27 採点実感）。

### 3. 原則論→修正論・例外論という流れで答案を作成すること

A

原則論から出発するというのはどの科目でも共通することである。また、倒産法は、一般民事法の特別法であるから、一般民事法の原則から思考することが求められることもある。

原則論→修正論・例外論という流れで答案を作成するというのは、次のような書き方を指す。すなわち、“原則として〇〇という結論になる。もっとも、△△という解釈ができないか”という流れで答案を作成する。はじめから“△△という解釈ができないか”という修正論・例外論から展開してはいけない。

民法 94 条 2 項類推適用についての問題が出題された場合に、どのように論じていたか。そこでは、“本件では、AB 間における通謀がないため、民法 94 条 2 項を直接適用することができない”（原則論）。“もっとも、同条を類推適用することができないか”（修正論）という流れで論じていた。原則論→修正論・例外論という流れは必ず意識していただきたい。

ただし書という例外の解釈適用が的確なものというためには、前提として、原則である本文の規定内容についての理解の確認が必要…（司 R1 採点実感）。

原則として再生計画によることなく個別に使用させることができないことを指摘することが求められる。そして、その例外として再生計画によることなく個別に使用させることが認められるかに関して、問題文の事実から、法第 85 条第 5 項前段の場面であることについて、その要件を条文とともに摘示した上で必要な事実を摘示して当てはめをし、結論を論ずることが求められる（予備 R5 出題趣旨）。

### 4. （余裕があれば）判例百選掲載判例を意識して答案を作成すること

B

#### （1）司法試験倒産法における判例の重要性

倒産法では、判例の理解がそのまま問われることがある（司 H27、司 R2、司 R4、司 R5 等）。ここでは、判例の理解がもろに答案の出来を左右することになる。

最判平成 23 年 12 月 15 日民集 65 卷 9 号 3511 頁 [倒産判例百選<第 6 版>54 事件] を題材とするものであったにもかかわらず、上記判例に言及することができている答案は極めて少なかった（司 R4 採点実感）。

他の年度の採点実感においても判例の重要性について触れられている

#### （2）答案における判例の使い方

上記のとおり、倒産法においては、判例百選掲載判例を意識して答案作成をすることが求められる。では、どのように答案を作成すれば、採点官に“判例百選掲載判例を意識している”と伝わるだろうか。

司 R4 採点実感がこの点について言及しているため、ここで紹介したい。

解答に際しての判例への言及について触れておきたい（昨年の租税法の採点実感において指摘されていたことを引用させていただく）。司法試験の解答に際しては、論点について判例がある場合、問題文に特に「判例に言及しつつ」などの指示がされていなくても、これに言及することが、原則として必要であると理解すべきである。限られた試験時間内で答案を作成する以上、答案における判例への言及といっても、特別なことが要求されるわけではない。例えば、「～については～と解すべきである（判例同旨）。」「判例によれば、～は～と解されている。」などの表現で、自説と判例との関係を自覚していることが示されていれば、一応は必要性を満たしている。また、判例の趣旨を理解していることが採点者に伝われば足りるので、一字一句判決文を暗記する必要もない（司 R4 採点実感）。

### （3）答案において判例とは異なる考え方、結論を採る場合の注意点

問題となっている論点について判例百選掲載判例がある場合、まずもって当該判例を示すことが求められる。司法試験が実務家登用試験であり、実務が判例をベースに動いている以上、第1に判例を意識して解答せよ、ということであろう。

判例と異なる考え方、結論を採る場合には、①判例の考え方を示した上で、②判例とは異なる考え方、結論を採るべき積極的理由とともに判例と異なる考え方、結論を示すことが求められている。

上記判例の考え方とは異なり、「将来の請求権」には該当しないとする答案も一定数見られ、その内容に応じて評価をしているが、判例とは異なる考え方、結論を採るのであれば、判例が存在する以上、まずは判例の考え方に言及することが必要であり、その上で、より説得的な論証が求められよう（司 R4 採点実感、司 R5 採点実感）。

## 5. 形式的問いに答えること

A

問題文には必ず問いかけ部分がある。答案では、当該問いかけに答えることが必要である。

たとえば、「裁判所は、本件再生計画案を決議に付することができるか」という問いかけがなされていた場合には、答案上、裁判所は、本件再生計画案を決議に付することができる（できない）と答えることになる。

第1問、第2問とも、問題文に答案構成についての明確な指示が書かれているにもかかわらず、それに従わない答案が相当数あった（司 H28 採点実感）。

本設問では、「充当することができるか」を問うているのであるから、「充当することができる（又はできない）」と答えるべきであるにもかかわらず、「請求できる」「相殺できる」「D 銀行の主張は認められる」などとする答案が散見された。細かい点ではあるが、設問に対して正面から解答するという姿勢は常に意識してもらいたい（司 R4 採点実感）。

## 第2章 過去問の改題と答案の流れ

A 速修 1~2 頁、24~26 頁

### 【演習問題 1】

令和 5 年 予備試験改題

(事案)

1. A 株式会社（以下「A 社」という。）は、自動車部品の製造および販売を業とする株式会社である。A 社は、順調な業績を維持していたが、令和 4 年度に初めて赤字決算となったことから、自己所有の甲土地を B 株式会社（以下「B 社」という。）に売却することとし、令和 5 年 9 月 15 日、B 社との間で、売買代金を取引相当額である 5000 万円とする売買契約を締結した。A 社は、同日、B 社から売買代金の支払を受けるのと引換えに、B 社に対し、甲土地を引き渡すとともに、所有権移転登記手続の申請に必要な書類を交付したが、その際、甲土地を買い戻す意思があり、近く買戻資金の手当ができる見込みなので、所有権移転の登記申請の実行を半年程度待つてほしいと要請した。

B 社はこの要請に応じたが、実際は、A 社において買戻資金を調達する予定はなく、むしろ、他の取引先から信用供与を得る可能性を残すために、甲土地の所有名義を A 社のままにしておくことが目的であった。

2. しかし、令和 5 年 10 月以降、A 社の売上げの半分以上を占めていた C 株式会社（以下「C 社」という。）からの売掛金の支払が滞るようになり、同年 12 月 5 日に C 社が破産手続開始の申立てをして C 社からの売掛金の支払が完全に途絶えたため、A 社は、資金繰りに窮することとなった。

そこで、A 社は、メインバンクを含む金融機関に緊急の融資を求めたものの、十分な額の融資を受けることができなかったことから、令和 6 年 1 月 25 日を支払期限とする D 株式会社に対する買掛金の支払を遅滞するに至ったほか、同月 31 日を支払期限とするメインバンク E 銀行に対する借入金の分割弁済もできなかった。

3. その後、A 社は、令和 6 年 2 月 20 日、代理人弁護士 F の名義で、取引先や取引金融機関に対し、A 社は近日中に F を申立代理人として破産手続開始の申立てを行う予定であり、債務の支払についてもそれまでの間停止する旨の通知（以下「本件通知」という。）を発した。

B 社は、令和 6 年 2 月 21 日に本件通知を受け取ったため、登記手続に必要な印鑑証明書を改めて A 社から取得して、同年 3 月 1 日、甲土地について B 社への所有権移転登記手続を行った。

4. A 社は、令和 6 年 3 月 6 日、F を申立代理人として、G 地方裁判所に対し、破産手続開始の申立てを行ったところ、G 地方裁判所は、翌 7 日、破産手続開始決定を発し、併せて弁護士 H を破産管財人に選任した。

(設問)

この事例において、破産管財人 H が、B 社が令和 6 年 3 月 1 日に行った登記手続を申請する行為を否認することができるか、論じなさい。

(解答例)

1. 「破産管財人」(破 173 条 1 項)たる H は、B 社が令和 6 年 3 月 1 日に行った登記手続を申請する行為(以下「本件登記手続申請行為」という。)を 164 条 1 項に基づき否認することができるか。

(1) 本件登記手続申請行為は、令和 5 年 9 月 15 日に A 社と B 社との間でなされた売買契約に基づく所有権移転の対抗要件を具備するための行為であるから、「権利の…移転…をもって第三者に対抗するために必要な行為」(同項本文)に当たる。

(2) では、本件登記手続申請行為は、「支払の停止等があった後」になされたといえるか。

ア. 「支払の停止」(164 条 1 項本文、160 条 1 項 2 号本文)とは、債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない旨を明示または黙示的に外部に表示する行為をいう(判例)。

イ. 本件通知には、A 社は近日中に F を申立代理人として破産手続開始の申立てを行う予定であり、債務の支払をそれまでの間停止する旨の記載がなされている。すなわち、本件通知には、債務者である A 社が弁護士 F に委任して自己破産の申立てを予定していることおよび債務の支払を一時的ではなく継続的に停止することが明記されている。

また、A 社に有用な経営資源があるという事情はなく、本件において合理的で実現可能性の高い再建計画が策定・提示されているといった事情もない。

これらの事情に鑑みると、A 社の代理人 F が令和 6 年 2 月 20 日に取引先や取引金融機関といった債権者一般に対し本件通知を発送した行為は、A 社が支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない旨を明示的に外部に表示する行為であるといえ、「支払の停止」に当たる。

したがって、本件登記手続申請行為は、「支払の停止」があった令和 6 年 2 月 20 日より「後」(164 条 1 項本文)の同年 3 月 1 日になされたといえる。

(3) 本件登記手続申請行為は、「権利…の移転…があった」令和 5 年 9 月 15 日「から 15 日が経過した」令和 6 年 3 月 1 日になされている。

(4) また、B 社は、令和 6 年 2 月 21 日に本件通知を受領している。そのため、受益者たる B 社は、同年 3 月 1 日の本件登記手続申請行為の時点で、A 社に「支払の停止…のあったことを知って」いたといえる。

2. よって、H は、本件登記手続申請行為を 164 条 1 項に基づき否認することができる。

## 【演習問題 2】

(事案)

1. A 社は、債権者 50 社に対して総額約 10 億円の負債を負っていたことから、破産手続開始の原因となる事実の生ずるおそれがあるとして、令和 6 年

7月8日に再生手続開始の申立てを行った。

同日、監督委員としてXが選任されたうえ、同月16日、A社についての再生手続開始の決定がなされた。

2. A社は、財産評定を完了し、令和6年8月28日、裁判所に対し、財産目録および貸借対照表を提出した。

これらによると、A社の再生手続開始の時点における資産総額は、3億円であった。また、A社の予想破産配当率は、10%とされた。

3. その後、A社は、裁判所に対し、令和6年9月27日、再生計画案を提出した。当該再生計画案における権利の変更の一般的基準の要旨は、次のとおりであった。

#### 記

再生債権は、再生計画の認可の決定が確定した時に、その95%の免除を受ける

#### (設問)

この場合に、裁判所が、A社の提出した再生計画案を決議に付する旨の決定をすることができるか、論じなさい。

#### (解答例)

1. 裁判所は、A社の提出した再生計画案（以下「本件計画案」という。）を決議に付する旨の決定をすることができるか（民再169条1項）。

裁判所は、再生計画案について174条2項各号（同項3号を除く）に該当する事由が存在すると認める場合（169条1項3号）には、再生計画案を付議することができないところ、本件計画案の定めは、「再生債権者の一般の利益に反する」（174条2項4号）といえないか。

(1) 174条2項4号の趣旨は、反対債権者に対する最低限の保護を図る点にある。

そこで、再生計画案の弁済率などを総合的に考慮し、再生計画によって配分される利益が破産における配当を下回る場合には、「再生債権者の一般の利益に反する」といえると解する（清算価値保障原則）。

(2) A社の予想破産配当率は10%である。これに対して、本件計画案の条項は、再生債権は、再生計画の認可の決定が確定した時に、その95%の免除を受けるとしている。そのため、本件計画案に基づく弁済の率は5%である。これは、A社の予想破産配当率である10%を下回る。

したがって、再生計画によって配分される利益が破産における配当を下回るといえる。

(3) よって、本件計画案の定めは、「再生債権者の一般の利益に反する」といえる。

2. 以上より、本件計画案について174条2項4号に該当する事由が認められる（169条1項3号）ため、裁判所は、本件計画案を決議に付する旨の決定をすることができない。



## 第2編 破産法

### 第1章 破産手続の開始

A 速修 27～65 頁

#### 第1節 破産手続開始申立ておよび破産手続開始決定

A 速修 27～60 頁

##### 1. 破産手続開始の申立権者

###### (1) 債権者 (破 18 条 1 項)

申立権を有する「債権者」(破 18 条 1 項)は、開始されるべき破産手続において破産債権者の地位が認められる債権者である。

###### [論点 1] 財団債権者となるべき者の申立権

C 司 H20

破産手続開始後に財団債権者となるべき者は、申立権を有するか。

破産手続が開始されると、財団債権となるべき債権は、破産手続によらずに随時優先弁済を受けることができる(破 2 条 7 項、151 条)。

そこで、破産手続開始後に財団債権者となるべき者は、申立権を有しないと解する。

###### [論点 2] 債権質設定者の申立権

B

債権質設定者は、質権の設定を受けた債権を申立債権として破産手続開始の申立てをすることができるか。債権質設定者も債権者である以上、「債権者」(破 18 条 1 項)に該当すると思えるため問題となる。

最決 H11.4.16・百 10

質権の目的とされた債権については、質権者が専ら取立権を有する<sup>1</sup>ところ(民法 366 条)、当該債権の債務者の破産は、質権者に対して破産手続による以外の方法で当該債権の取立てができなくなる(破 100 条 1 項)という重大な影響を及ぼすものである。

そこで、債権質設定者は、質権者の同意があるなどの特段の事情のない限り、破産手続開始の申立てをすることはできないと解する。

コメント：特段の事情について①質権者の同意がある場合(最決 H11.4.16・百 10)のほか、②少なくとも、⑦質権者の意思に反するとはいえない場合で、④破産手続開始申立てによる債務者財産の保全を図らなければ債権回収ができなくなるという状況が認められるときは、特段の事情が認められるといわれている。

###### (2) 債務者 (破 18 条 1 項)

###### [論点 3] 債務者の申立権を制約する合意の有効性

B

債務者 A は、債権者 B との間で、「A は、破産法、会社更生法、清算その他商法上の整理などについて B の事前協議および同意なしに一方的にこれを行わない」という合意をしている。このような合意は有効か。

東京高決 S57.11.30・百 6 参照

破産手続は、総債権者の利益のための手続であって、一部特定の債権者との間の合意によってその申立てを制限されるとするのは相当でない。

そこで、債務者の申立権を制約する合意は無効であると解する。

<sup>1</sup> これに対して、債権質設定者は、原則として債権の取立てを行うことができない。

## 2. 破産手続開始決定

### (1) 破産手続開始原因

#### ア. 支払不能（破 15 条 1 項、2 条 11 項）

支払不能とは、「債務者が、①支払能力を欠くために、②その債務のうち  
弁済期にあるものにつき、③一般的かつ継続的に弁済することができない  
状態」をいう（破 2 条 11 項）。答案上は、支払不能の定義（破 2 条 11 項）  
を示したうえで、事案に応じて下記の論証を展開していくこととなる。

#### (ア) ①「支払能力を欠くために」（破 2 条 11 項）

##### [論点 1] 支払能力の判断基準（考慮要素）

支払不能とは、「債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち  
弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない  
状態」をいう（破 2 条 11 項）。そして、支払能力の有無は、財産、信用  
および労務による収入を総合的に判断して決すべきであると解する。

コメント：財産は文字のとおりである。信用は、信用供与（与信）のこ  
とであり、他人から資金を借り受けることを意味する。労務  
は、労務による収入によって債務の弁済をするという意味で  
ある。<sup>2</sup>

#### (イ) ②「その債務のうち弁済期にあるものにつき」（破 2 条 11 項）

##### [論点 2] 弁済期の到来の要否

支払不能とは、「債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁  
済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状  
態」をいう（破 2 条 11 項）ところ、弁済期が到来していない債務を含め  
て判断すると将来の支払不能が確実に予想される場合に、支払不能とい  
うことができるか。

確かに、将来の近い時期に支払不能になることが確実に予測される  
場合には、支払不能といえることができるとする見解もある。

しかし、支払不能について定義規定が設けられた趣旨は、支払不能の  
意義および時点の明確化を通じて、平時取引の安全とその予測可能性・  
法的安定性を確保する点にある。そのため、基準の明確性が要求される。

また、「弁済期にあるもの」という条文の文言は、現実に弁済期が到  
来した債務を想定しているといえる。

そこで、支払不能であるか否かは、現実に弁済期の到来した債務につ  
いて判断すべきであり、仮に将来弁済することができないことが確実  
に予想されたとしても、弁済期の到来した債務を現在支払っている限  
り、支払不能ということとはできないと解する。

A 司 H20 司 H24 司 R3

A 司 H20 司 R3

A

A

A 司 H24

東京地判 H19.3.29・百 26 参照

<sup>2</sup> “労務”は、非事業者である自然人の場合を念頭にした表現であり、法人ないし事業者の場合は、“労務による収入”に代えて、事業利益による収益としてやればよい。

コメント：本論点は、現在弁済期が到来している債務については弁済が可能だが、近い将来に弁済期が到来する債務を含めるとその弁済が不可能であるという事案で論じることとなる。

本論証例を前提にすると、支払不能の認定は、①弁済期が到来した債務の存在とその金額を認定し、②当該債務について、債務者に支払能力があるかどうかを〔論点 1〕の 3 要素を総合的に判断して決するという流れになる。

A

### 〔論点 3〕無理算段

B

債務者である A 社は精密機械の製造・販売を業としていたが、令和 4 年以降、その業績が悪化し、それに伴い資金繰りが悪化した。その後、令和 6 年に入ってから、A 社の業績は回復しなかった。このような状況で、A 社は、同年 6 月頃、B 銀行から全く返済の見込みの立たない借入れを行い、当該借入金を原資として期限の到来した債務を弁済していた。

このような場合に、A 社が、支払不能であるといえないか。<sup>3</sup>

支払不能とは、「債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態」をいう（破 2 条 11 項）ところ、支払不能であるか否かは、弁済期の到来した債務について判断すべきであり、弁済期が到来していない債務を将来弁済できないことが確実に予想されたとしても、弁済期の到来している債務を現在支払っている限り、原則として支払不能ということはできない。

高松高判 H26.5.23・百 27 は、百 26

と同じ一般論をまず示している

しかし、債務者が弁済期の到来している債務を現在支払っている場合であっても、少なくとも債務者が無理算段をしているような場合<sup>4</sup>には、いわば糊塗された支払能力に基づいて一時的に支払をしたにすぎないのであるから、客観的にみれば債務者において支払能力を欠くというべきであり、それがために弁済期にある債務を一般的かつ継続的に弁済することができない状態にあるのであれば、支払不能と認められると解する。

### （ウ）③「一般的かつ継続的に」（破 2 条 11 項）

すべての債務との関係において（一般的）、給料日前の一時的な手元不如意などの一時的なものではない（継続的）という意味である。

**Tips**：答案上「一般的かつ継続的に」という要件のあてはめが適切にされている答案はわずかであったとされているため（司 R3 採点実感）、上記の定義をあてはめにおける評価として“一言”示すだけで高評価を得られるものと思われる。

B

全要件充足性を検討する姿勢を答案上示していただきたい。

<sup>3</sup> 糊塗された支払能力を基準として支払不能か否かを判断してよいか、という問題である。

<sup>4</sup> “無理算段”には、たとえば、全く返済の見込みの立たない借入れや商品の投売りなど経済的合理性を欠く資金確保行為（高松高判 H26.5.23・百 27 参照）のほか、不正不当な手段または目的・態様による資金確保行為、支払猶予取得行為も含まれる（百選 9 頁）。

イ. 支払停止（破 15 条 2 項）

（ア）概説

支払停止とは、債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない旨を明示または黙示的に外部に表示する行為をいう（判例）。

支払停止それ自体は破産手続開始原因ではないが、支払停止があれば破産手続開始原因である支払不能が推定される（破 15 条 2 項）。

（イ）論点

〔論点 4〕支払停止の事実の持続性または継続性の要否<sup>5</sup>

支払停止の事実、あくまで一定時点における債務者の行為である。そこで、支払停止の事実、破産手続開始決定の時点まで持続または継続している必要はないと解する。

（ウ）具体例

（判例 1）手形不渡り

判旨：（支払停止の定義を示したうえで）「債務者振出の巨額の手形が不渡処分<sup>5</sup>に付せられた場合においては、債務者は…原則として、その後における債務の支払を一般的に停止する意思表示をしたものと解するのが相当である。けだし、現在の手形社会において、手形交換所から銀行取引停止処分<sup>5</sup>に付せられるが如きは、信用を重んずべき商人にとっては致命的な打撃を被ることを意味し、何人もその防止対策に尽力するところであるから、巨額の手形不渡の事実は、特段の事情のない限り、当該手形の振出人又は引受人においてその努力に拘らず資金の融通に窮した結果、その後における債務の支払を一般的に停止せざるをえない状態に陥ったと認めるほかはないからである。」

解説：本裁判例は、手形の不渡りが黙示的な支払停止に当たるということを示した裁判例として理解されている。

前提知識として、以下の知識が必要である。

我が国では、1 回目の手形不渡りを出した後、6 か月以内に 2 回目の不渡りを出した場合に、手形交換所によって銀行取引停止処分が行われる。①1 回目の手形不渡り⇒②（①から 6 か月以内の）2 回目の手形不渡り⇒③銀行取引停止処分という流れである。

我が国では、手形取引ができることは一般に事業の継続にとって不可欠なことであるので、銀行取引停止処分は経済上の死刑宣告に等しい。商人であれば、銀行取引停止処分は必ず避けるべきである。銀行取引停止処分を受けたことは、これを避けるべき防止対策ができなかったことを示すものであることから、③銀行取引停止処分は、支払停止に当たるとされている。同様の理由から、②（①

A 司 H29 司 R2 司 R3 予備 R4

最判 S60.2.14・百 28①

C

B 司 H22

福岡高決 S52.10.12・百 4

通常、2 回目の手形不渡りをもって支払停止とされるが、不渡り前後の

<sup>5</sup> 本論点を明示的に大展開することはないと思われる。答案上は、本論証例の見解を前提に、支払停止の事実があれば支払不能が推定される（破 15 条 2 項）ことを示し、この推定が覆されるかという認定の場面で、債務者が債務の免除や弁済の猶予を受けて弁済を再開したという事実を用い、評価していけば足りる。

から6か月以内の)2回目の手形不渡りも支払停止に当たるとされる。本裁判例は、②について判断した裁判例である。

**(判例2) 債務者が内部的に支払停止の方針を決めた行為**

判旨：(支払停止の定義を示したうえで)「債務者が債務整理の方法等について債務者から相談を受けた弁護士との間で破産申立の方針を決めただけでは、他に特段の事情のない限り、いまだ内部的に支払停止の方針を決めたにとどまり、債務の支払をすることができない旨を外部に表示する行為をしたとすることはできないものというべきである」。

**(判例3) 弁護士による債務整理通知の送付行為**

事案：債務者Aは、弁護士Bらに債務整理を委任した。そして、Bらは、Aの代理人弁護士として、Aの債権者一般に対し、債務整理通知(以下「本件通知」という。)を送付した。本件通知には、債権者一般に宛てて、「当職ら、この度、後記債務者から依頼を受け、同人の債務整理の任に当たることになりました。」「今後、債務者や家族、保証人への連絡や取立行為は中止願います。」などと記載され、Aが債務者として表示されていた。もっとも、本件通知には、Aの債務に関する具体的な内容や債務整理の方針は記載されておらず、BらがAの自己破産の申立てにつき受任した旨も記載されていなかった。

争点：本件通知の送付行為が支払停止に当たるか。

判旨：「本件通知には、債務者であるAが、自らの債務の支払の猶予又は減免等についての事務である債務整理を、法律事務の専門家である弁護士らに委任した旨の記載がされており、また、Aの代理人である当該弁護士らが、債権者一般に宛てて債務者等への連絡及び取立行為の中止を求めるなどAの債務につき統一的かつ公平な弁済を図ろうとしている旨をうかがわせる記載がされていたというのである。そして、Aが単なる給与所得者であり広く事業を営む者ではないという本件の事情を考慮すると、上記各記載のある本件通知には、Aが自己破産を予定している旨が明示されていなくても、Aが支払能力を欠くために一般的かつ継続的に債務の支払をすることができないことが、少なくとも黙示的に外部に表示されているとみるのが相当である。

そうすると、Aの代理人であるBらが債権者一般に対して本件通知を送付した行為は…『支払の停止』に当たるといふべきである」。

解説：本判決の射程については、①一定規模以上の企業で(⇔給与所得者たる個人)、②有用な経営資源がある(⇔有用な経営資源なし)などの理由により③合理的で実現可能性が高く、金融機関等との間で合意に達する蓋然性が高い再生計画が策定、提示されている(⇔合理的で実現可能性の高い再生計画の策定、提示なし)ケース

事情などから、1回目の手形不渡りが支払停止とされることもある

B 司 R3

最判 S60.2.14・百 28①

A 司 H29

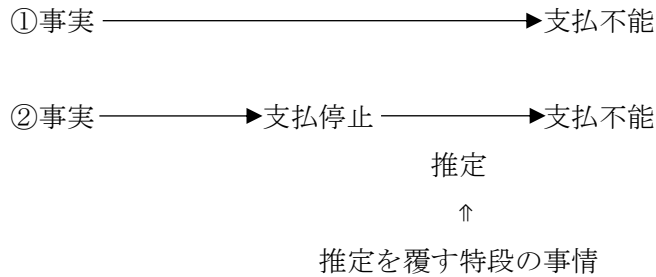
最判 H24.10.19・百 28②

A

には及ばない可能性がある（須藤補足意見参照）

＜支払不能の認定の2つのルート＞

- ①直接に支払不能の有無を認定する（破15条1項）
- ②支払停止の事実を認定し、支払不能が推定されることを示す（破15条2項）。その上で、この推定を覆す事情がないかという観点から支払不能の認定をする（司H29出題趣旨・採点実感参照）



**Tips:** 試験において「支払不能」の認定として①のルートと②のルートのどちらで行くかは、問題文中の事実で決すべきである。問題文中に、ある時点で支払不能を客観的に認定できるだけの事実が詳細に記載されている場合には、①のルートを選択するべきである。

A

破162条1項1号の「支払不能」の認定も同じ構造になっている

司R3採点実感参照

**ウ. 債務超過（破16条1項）**

債務超過（破16条1項）とは、「債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態」（同項かっこ書）をいう。

**[論点5] 法人代表者の人的保証・物的保証**

法人が「債務超過」（破16条1項）であるかどうかを判断するにあたり、法人の代表者による保証ないし担保提供の事実を考慮する必要があるか。

債務超過（破16条1項）とは、「債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態」（同項かっこ書）をいう。

そして、債務超過の事実の有無は、その法人の財産をもって債務を完済することができるか否かを判断すれば足り、代表者個人による保証ないし担保提供の事実を考慮する必要はないと解する。

**[論点6] 債務超過（破16条1項）の判断における資産の評価**

債務超過（破16条1項）を判断する際の資産の評価は、処分価格（清算価値）によるべきか、事業の継続を前提とする継続企業価値によるべきか。

事業が継続している場合には事業により得られる収益が債務の弁済の原資となる。これに対し、すでに事業が停止して破産手続に移行している場合には債務者の資産を売却して得られた金銭が債務の弁済の原資となる。

そこで、事業が継続している場合には継続企業価値により、事業が停止し破産手続に移行している場合には処分価格（清算価値）により、債務超過の有無を判断するものと解する。

A

B

東京高決 S56.9.7・百5

C

(2) 申立棄却事由

破産手続開始決定がなされるためには、申立棄却事由が存しないことも必要である（破 30 条 1 項柱書）。

[論点 7] 「不当な目的」（破 30 条 1 項 2 号）の意義

破産手続開始の申立ては、破産法の目的（破 1 条参照）を達成するためになされるものである。

そこで、「不当な目的」（破 30 条 1 項 2 号）とは、本来の目的から逸脱した濫用的な目的を意味すると解する。

また、他の倒産手続が開始されている場合にも、破産手続開始の申立ては棄却される。

B

東京高決 H24.9.7・百 9（民事再生の事案）参照

C 司 H20

(3) 即時抗告（破 33 条 1 項、9 条前段）

破産手続開始の申立ての裁判について利害関係を有する者は、当該裁判に対して即時抗告をすることができる（破 33 条 1 項、9 条前段）。

[論点 8] 「利害関係を有する者」（破 33 条 1 項、9 条前段）の意義

破産手続開始決定により法律上の利益が直ちに害される者は、「利害関係を有する者」（破 33 条 1 項、9 条前段）に当たると解する。

具体例

・破産手続開始決定に対する株主の即時抗告申立権…×

∵①破産手続開始決定の効果を定めた規定のうち、株主の地位に法律上、直接的に効果が及ぶ旨を定めた規定がない、②破産手続開始決定により直ちに株主権が消滅したり、自益権や共益権に変更が生じたりするなどの効果が生じるものでもない。したがって、株主は、破産手続開始決定により法律上の利益が直ちに害される者に当たるといえない。

・棄却決定に対する申立債権者以外の債権者の即時抗告申立権…○

∵確かに、判例は申立債権者以外の債権者の即時抗告申立権を否定する。しかし、申立時が否認権行使および相殺禁止の基準時となりうる（破 160 条 1 項 2 号、71 条 1 項 4 号等）ことから、他の債権者は、破産手続開始決定により法律上の利益が直ちに害される者に当たるといえる。

B

大阪高決 H6.12.26・百 12

大決 T15.12.23

(判例 4) 破産手続開始決定に対する即時抗告期間

事案：債権者 A により、債務者 X 社について申立てがなされ、平成 12 年 5 月 15 日、X 社を破産者とする旨の破産宣告がなされ、同日、X 社に対して送達がなされた。同月 25 日、X 社は、破産宣告決定に対し、即時抗告を申し立てた。その後、同月 29 日、破産宣告決定が官報に掲載され公告がなされた。

争点：即時抗告期間の起算点を裁判の告知（送達）がなされた日とするのか、裁判の公告がなされた日とするのかが争われた。

判旨：「破産宣告決定の送達を受けた破産者の同決定に対する即時抗告期間は、破産法 112 条後段（現破 9 条後段）の規定の趣旨、多数の利害関係人について集団的処理が要請される破産法上の手続においては不服申立期間も画一的に定まる方が望ましいこと等に照らすと、上記決定

C

最決 H13.3.23・百 13

の公告のあった日から起算して 2 週間であると解するのが相当である。」

解説：事実関係のポイントは、①裁判の告知（送達）を受けたこと、②①の日から 1 週間が経過していること、③その後、裁判の公告がなされたこと、④裁判の公告の日から 2 週間を経過する前に即時抗告をしたことである。<sup>6</sup>

争点について、本決定は、即時抗告期間の起算点を裁判の公告がなされた日とした。

### 3. 破産手続開始決定の効果

#### (1) 債務者に対する効果

##### ア. 概説

債務者が破産財団に属する財産についての管理処分権を有しないことの帰結として、破産手続開始後になされた法律行為・権利取得の効力は、原則として、その効力を主張することができない（破 47 条 1 項、48 条 1 項）。

もっとも、この原則を貫くと、第三者に不測の損害を与え、取引の安全を害することとなりうる。そこで、その例外として、2 つの善意取引に関する規定を設けている（破 49 条 1 項ただし書、50 条 1 項）。

A

##### イ. 論点

###### [論点 1] 相手方が何人であるかを問わない権利取得と破 48 条 1 項

時効取得や破産者以外の者からの動産の即時取得など、相手方が何人であるかを問わない権利取得について破 48 条 1 項が適用されるか。

確かに、相手方が何人であるかを問わない権利取得であっても、その文言上「破産者の法律行為によらないで」した権利取得に当たり、破 48 条 1 項が適用されるとも思える。

しかし、破 48 条 1 項は破産者の管理処分権の喪失を前提としている。そこで、相手方が何人であるかを問わない権利取得について、破 48 条 1 項は適用されないと解する。

C

###### [論点 2] 譲渡・転貸特約付の対抗力ある不動産賃借権の取得と破 48 条 1 項

破産手続開始後になされた、譲渡・転貸特約付きの対抗力ある不動産賃借権の取得について破 48 条 1 項が適用されるか。

確かに、破産手続開始後になされた譲渡・転貸特約付きの対抗力ある不動産賃借権の取得は、その文言上「破産者の法律行為によらないで」した権利取得に当たり、破 48 条 1 項が適用されるとも思える。

しかし、破 48 条 1 項の趣旨は第三者の行為による破産財団の減損を防止する点にあるところ、譲渡・転貸特約付きの対抗力のある不動産賃借権の取得は、破産財団に対して新たな負担・制限を課すものではなく、破産財団の減損を伴うものではない。

A

最判 S54.1.25・百 74 参照

<sup>6</sup> 裁判の告知の場合には、即時抗告期間は、裁判の告知を受けた日から 1 週間である（破 13 条、民事訴訟法 332 条）。これに対して、裁判の公告の場合には、即時抗告期間は、裁判の公告がなされたときから 2 週間である（破 9 条後段）。



そこで、破産手続開始後になされた、譲渡・転貸特約付きの対抗力ある不動産賃借権の取得について破 48 条 1 項は適用されないと解する。

(2) 債権者に対する効果

破産者に対して破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権である破産債権(破 2 条 5 項)を有する者は、破産債権者となり(破 2 条 6 項)、破産手続によらない個別の権利行使が禁止される(破 100 条 1 項)。

(3) 訴訟手続・強制執行・保全処分等に及ぼす効果

ア. 訴訟手続に及ぼす効果

(ア) 破産者を当事者とする破産財団に関する訴訟手続の中断(破 44 条)

「破産手続開始の決定があったときは、破産者を当事者とする破産財団に関する訴訟手続は、中断する」(破 44 条 1 項)。

[論点 3] 「破産財団に関する訴訟」(破 44 条 1 項)の意義

破産財団に属する財産についての管理処分権は破産管財人に専属する(破 78 条 1 項)。また、破産債権者は、破産手続によらなければその権利行使をすることができない(破 100 条 1 項)。

そこで、「破産財団に関する訴訟」(破 44 条 1 項)には、破産財団に属する財産に関する訴訟のみならず、破産財団を引当てとする破産債権および財団債権に関する訴訟も含まれると解する。<sup>7</sup>

(判例 1) 新たな取締役選任を内容とする株主総会決議の不存在確認訴訟が提起された株式会社の破産と訴えの利益

判旨：「民法 653 条は、委任者が破産手続開始の決定を受けたことを委任の終了事由として規定するが、これは、破産手続開始により委任者が自らすることができなくなった財産の管理又は処分に関する行為は、受任者もまたこれを行うことができないため、委任者の財産に関する行為を内容とする通常の委任は目的を達し得ず終了することによるものと解される。会社が破産手続開始の決定を受けた場合、破産財団についての管理処分権限は破産管財人に帰属するが、役員を選任又は解任のような破産財団に関する管理処分権限と無関係な会社組織に係る行為等は、破産管財人の権限に属するものではなく、破産者たる会社が自ら行うことができるというべきである。そうすると、同条の趣旨に照らし、会社につき破産手続開始の決定がされても直ちには会社と取締役又は監査役との委任関係は終了するものではないから、破産手続開始当時の取締役らは、破産手続開始によりその地位を当然には失わず、会社組織に係る行為等については取締役らとしての権限を行使し得ると解するのが相当である」。

したがって、「株式会社の取締役又は監査役の解任又は選任を内容とする株主総会決議不存在確認の訴えの係属中に当該株式会社が破産手続開始の決定を受けても、上記訴訟についての訴えの利益は当然には消滅しないと解すべきである」。

A

A 司 H21 司 H24 司 R2

B 司 H21 司 H24

A 司 H24

最判 H21.4.17・百 14

<sup>7</sup> 破産者の身分関係の訴訟、破産者の自由財産に関する訴訟は含まれない。

解説：本判例に類似する事案（取締役の選任決議に関する事案）が出題された場合には（司 H24 参照）、①取締役を選任することを内容とする決議の取消訴訟が「破産財団に関する訴訟」（破 44 条 1 項）に該当するか（中断の問題）を論じたうえで、②中断しないとして、仮に破産手続開始決定により取締役等の地位が当然に終了するとすれば、訴えの利益を欠くのではないか<sup>8</sup>（訴えの利益の問題）を論じる。そして、③訴えの利益が消滅しないとして、当該訴訟を進行する者はだれか（従来の取締役等の代表者である旨）について一言触れることが求められる（H24 採点実感参照）。

中断した訴訟手続のうち破産債権に関しないものについて、破産管財人はこれを受け継ぐことができる（破 44 条 2 項前段。受継）。

また、受継の申立ては、中断した訴訟手続の相手方もすることができる（破 44 条 2 項後段）。

**【論点 4】破産管財人の受継義務（破 44 条 2 項後段に基づく受継申立て）**

一方当事者の破産という偶然の事情によりそれまでの訴訟行為の結果が無駄になるとすると、相手方に不利益が生じる。

また、破 44 条 2 項後段は、相手方の受継申立権を明確に規定している。

そこで、相手方が受継の申立てをした場合には、破産管財人は、中断した訴訟の受継を拒絶することができないと解する。

**（イ）債権者代位訴訟および詐害行為取消訴訟の取扱い（破 45 条）**

民法 423 条 1 項、423 条の 7 または 424 条 1 項の規定により破産債権者または財団債権者の提起した訴訟が破産手続開始当時係属するとき、その訴訟手続は、中断する（破 45 条 1 項）。

**【論点 5】株主代表訴訟の取扱い**

確かに、破 45 条 1 項は株主代表訴訟の取扱いについて定めていない。

しかし、破 45 条 1 項の趣旨は、債権者代位訴訟の訴訟物についての管理処分権を有する破産管財人に（破 78 条 1 項）当該訴訟を継続させるかどうかの判断を委ねるのが相当であるという点および破産管財人による受継を認めることが訴訟経済に資するという点にある。

この趣旨は、債権者代位訴訟と性質を同じくする株主代表訴訟についても妥当する。

そこで、株主代表訴訟は、株式会社の破産手続開始決定により中断し（破 45 条 1 項準用）、破産管財人は当該訴訟を受継することができる（同条 2 項準用）と解する。

中断した訴訟手続について、破産管財人はこれを受継でき（破 45 条 2 項前段）、また、相手方は、受継の申立てをすることができる（同項後段）。

C（発展的部分のため、C ランク）

③につき、当該訴訟の追行は会社組織にかかる行為であるから、従来の取締役がその権限を行使できる

B 司 H24

司 H19 司 H21 司 R2

B 司 H19

東京地決 H12.1.27・百 22 参照

<sup>8</sup> なお、訴えの利益の有無は、取締役の地位が終了するか否かに依存しているため、論証としては、論証集 21 頁の【論点 7】株式会社の破産手続開始決定時の取締役の地位の最後に「その結果、役員を選任を内容とする株主総会決議取消訴訟についての訴えの利益は消滅しないと解する」を付してやればいい。

**【論点 6】 破産管財人の受継義務（破 45 条 2 項後段に基づく受継申立て）**

B 司 H19 司 R2

確かに、一債権者が行った不完全だったおそれのある訴訟追行の結果に、破産管財人が拘束されるのは妥当ではないとして、破産管財人の受継拒絶を肯定する見解もある。

しかし、一方当事者の破産という偶然の事情によりそれまでの訴訟行為の結果が無駄になるとすると、相手方に不利益が生じる。

また、破 45 条 2 項後段は、相手方の受継申立権を明確に規定している。

そこで、相手方が受継の申立てをした場合には、破産管財人は、中断した訴訟の受継を拒絶することができないと解する。

**イ. 強制執行・保全処分等に及ぼす効果**

B

破産手続開始決定がなされると、破産債権・財団債権に基づく強制執行・保全処分等は禁止され（破 42 条 1 項）、すでにされている破産債権・財団債権に基づく強制執行・保全処分等は失効する（同条 2 項本文）。

論証集 131 頁

**ウ. その他**

B

**（ア）総論**

破産手続開始決定により、法人であれ個人であれ、破産者は説明義務（破 40 条 1 項）および重要財産開示義務（破 41 条）を負う。

**（イ）法人破産の場合**

法人に対して破産手続開始決定がなされると、法人は原則として解散する（会社法 471 条 5 号等）。破産手続開始決定を受けた法人は、その有していた財産についての管理処分権を喪失し、その後は、破産手続による清算の目的の範囲内でのみ存続することとみなされる（破 35 条）。

そして、破産手続の終了によってその法人格が消滅する。

**【論点 7】 株式会社の破産手続開始決定時の取締役の地位**

A 司 H24

株式会社が破産手続開始決定を受けたことにより、取締役はその地位を失うか。株式会社と取締役等の役員との関係は委任契約により規律される（会社法 330 条、民法 643 条）ところ、民法 653 条 2 号は委任者の破産手続開始決定を委任の終了事由として定めているため、問題となる。

最判 H21.4.17・百 14

民法 653 条 2 号が委任者の破産手続開始決定を委任の終了事由として定めたのは、委任者たる会社が破産財団に属する財産についての管理処分権を失う（破 78 条 1 項参照）ため、委任者の財産に関する行為を内容とする通常の委任は目的を達しえないと考えられたからである。

また、破産財団に関する管理処分権と無関係な会社組織にかかる行為は、破産管財人の権限に属するものではない。

そこで、破産手続開始決定時の取締役は、会社組織にかかる行為については取締役としての権限を行使でき、取締役の地位を失わないと解する。<sup>9</sup>

※会社財産についての管理処分権は失う

<sup>9</sup> 要するに、①民法 653 条 2 号は財産についての管理処分権の喪失に着目して定められた規定である、②会社の行為には、財産についての管理処分権を前提としない会社組織にかかる行為もある、③取締役は、会社組

(ウ) 個人破産の場合

破産者は、裁判所の許可がない限りその居住地を離れることができない(破 37 条 1 項。居住制限)。また、場合によっては引致がなされる(破 38 条 1 項)。さらに、郵便等による通信の秘密が制限される(破 81 条)。

(判例 2) 破産者に対する条件付き海外渡航許可

争点：破産者 X は、破 37 条 1 項に基づき、2 か月間の海外旅行をすることの許可を求めた。この申立てに対して、裁判所は、債権集會期日等に出頭することを条件として、上記申立てを許可した。これに対して、X は無条件の許可を求めて、破 37 条 2 項に基づく即時抗告を行った。

このような条件付許可が認められるかが、本件の争点である。

判旨：「破産法 37 条 1 項は、破産者は、破産裁判所の許可を得なければ、その居住地を離れることができないと規定しているが、これは、破産者の逃亡や財産の隠匿を防止するとともに、破産者の説明義務の遂行を十分に尽くさせる趣旨の規定である。」また、「破産者は、財産状況報告集會等の債権者集會及び免責審尋期日に出頭して、破産に関する事情や免責不許可事由の有無等について説明する義務を負う」ものである(破 40 条 1 項、250 条 2 項)。

「X は…これまで 1 回も債権者集會に出頭していないことから、破産裁判所は、本件申立てについて判断するにあたり、X に対し、上記破産者の説明義務を尽くさせるため、本件旅行に出発する直前に実施される予定の債権者集會(財産状況報告集會)及び免責審尋期日に出頭することを条件として、本件旅行を許可したものと認められる。そして…破産者が債権者集會及び免責審尋期日に出頭した上で説明義務を尽くすことは、法に基づく破産者の義務であり、X の債権者集會出頭状況及び海外渡航状況に照らすと、破産裁判所が上記のような条件を付すことには十分な合理性がある。また、X は、当該債権者集會及び免責審尋期日に出頭すれば、本件旅行が可能になるのであるから、上記のような条件を付すことが X の居住・移転の自由を不当に制限するものということもできない。

したがって、当該債権者集會(財産状況報告集會)及び免責審尋期日に出頭することを条件に本件旅行を許可した原決定は相当である。」

解説：本決定は、①X の海外旅行の許可を申し立てるまでの債権者集會出席状況(13 回全部欠席)および海外渡航状況(X はこれまで約 20 回ほど破産手続中に海外渡航をしているが、裁判所の許可を得ていない)、②破産者は債権者集會等に出頭し一定の事項について説明する義務を負うことといった事情に照らして、債権集會期日等への出頭を条件とする申立ての許可は相当であるとした。

B

C

東京高決 H27.3.5・百 A5

試験で出題された場合には、破産者が破産手続に対して協力的か、それとも妨害的かといった破産者の態度等を考慮して、許可が認められるかどうかを決することになる。

## 第2節. 破産手続開始決定前の保全措置

B 速修 60~65 頁

### 1. 債務者に対する財産保全処分（破 28 条 1 項）

#### （判例 1）退職手当請求権と保全処分（破 28 条 1 項）

C

争点：退職手当請求権に対する保全処分（破 28 条 1 項）は、どの範囲で認められるか。

福岡高判 S59.6.25・百 A3

判旨：「破産者が破産宣告の時に有する財産は破産財団を構成するが、差押を禁止された財産は破産財団に属せず破産者の自由財産となる（破産法 6 条 1 項 3 項〔現破 34 条 3 項〕。」「退職手当金請求権は...その 4 分の 1 だけが差押を許容される債権として破産財団を構成し、その余は差押を禁止される債権として破産者の自由財産となるものである。」

解説：債務者の財産に関する保全処分（破 28 条 1 項）は、破産財団に属する債務者の財産の確保のためになされるため、当該保全処分の対象になる財産は破産財団帰属財産でなければならない。

破産者の退職金支払請求権は、その 4 分の 3 が差押禁止財産として自由財産となり（破 34 条 3 項 2 号、民事執行法 152 条 2 項）、残りの 4 分の 1 のみが破産財団所属財産となるにすぎない。

そのため、債務者の財産に関する保全処分の対象となるのも、退職金支払請求権の 4 分の 1 部分にとどまる、ということである。

#### （判例 2）弁済禁止の保全処分と履行遅滞

B

争点：債務者について弁済禁止の保全処分が命じられた場合に、その後に債務者の負担する債務について弁済期が到来したとき、債権者は履行遅滞を理由として解除を行うことができるか。

最判 S57.3.30・百 76（会社更生の  
事案）

判旨：「更生手続開始の申立のあった株式会社に対し会社更生法 39 条（現会社更生法 28 条）の規定によりいわゆる旧債務弁済禁止の保全処分が命じられたときは、これにより会社はその債務を弁済してはならないとの拘束を受けるのであるから、その後に会社の負担する契約上の債務につき弁済期が到来しても、債権者は、会社の履行遅滞を理由として契約を解除することはできないものと解するのが相当である。」

#### （判例 3）弁済禁止の保全処分と債務者に対する給付訴訟の可否

C

争点：債務者について弁済禁止の保全処分が命じられた場合に、その後に債権者が給付訴訟を提起し、債務名義を取得することは禁止されるか。

最判 S37.3.23・百 A4

解説：本判決は、①弁済禁止の保全処分は債務者を名宛人とする保全措置であること、②債権者の取立ては債権者に対する保全措置（中止命令や包括的禁止命令）によって対処すればよいことから、債権者による訴訟提起および債務名義取得は禁止されないとした。

## 2. 債権者に対する保全措置

### (1) 強制執行等に対する中止命令（破 24 条 1 項）

債権者による強制執行、仮差押え、仮処分等の手続、財産関係の訴訟手続などを中止する保全措置である（破 24 条 1 項）。

#### ア. 「必要があると認めるとき」（破 24 条 1 項柱書本文）

「必要があると認めるとき」（破 24 条 1 項柱書本文）とは、中止の対象となる強制執行等が放置され続行されると、債務者の財産が処分されるなどして、破産債権者間の実質的な平等・公平が害されるおそれがあるときをいう。

#### イ. 「債権者に不当な損害を及ぼすおそれがない場合」（破 24 条 1 項柱書ただし書）

債権者が当該強制執行等による満足を受けなければ倒産するおそれが強い場合など、債権者の被る不利益の程度が非常に大きく、強制執行等の中止を受忍させることが社会的にみて不相当であるといえる場合には、「不当な損害」（破 24 条 1 項柱書ただし書）が認められると解する。

### (2) 包括的禁止命令（破 25 条以下）

#### ア. 包括的禁止命令の発令（破 25 条 1 項）

破 24 条 1 項に基づく個別の中止命令では、破産手続の目的を十分に達成できないおそれがあるときと認めべき特段の事情がある場合には、すべての債権者に対して、強制執行等の禁止を命じる包括的禁止命令をすることができる（破 25 条 1 項本文）。

#### イ. 包括的禁止命令の解除（破 27 条 1 項）

包括的禁止命令が発せられた場合に、「債権者に不当な損害を及ぼすおそれがあるときと認められるとき」には、当該債権者について包括的禁止命令の解除をすることができる（破 27 条 1 項前段）。

「不当な損害」の内容は、破 24 条 1 項柱書ただし書と同様である。

## 3. その他の保全措置

### (1) 保全管理命令（破 91 条）

債務者（法人に限る）の財産の管理および処分が失当であるとき、その他債務者の財産の確保のために特に必要があると認めるときは、債務者の財産に関し、保全管理人による管理を命じることができる（破 91 条）。

### (2) 破産手続開始前の役員に対する保全処分（破 177 条 2 項）

裁判所は、緊急の必要があると認めるときは、当該法人の役員に基づき、当該役員に対する保全処分をすることができる（破 177 条 2 項<sup>10</sup>）。

### (3) 否認権のための保全処分（破 171 条）

裁判所は、否認権を保全するため必要があると認めるときは、仮差押え、仮処分その他の必要な保全処分を命じることができる（破 171 条 1 項）。

<sup>10</sup> 破 177 条 1 項は、破産手続開始後の時点における保全処分について定め、同条 2 項は、破産手続開始申立て後、破産手続開始決定前の時点における保全処分について定めている。

なお、「否認権を保全するために必要がある」（破 171 条 1 項）という要件は、通常の民事保全における保全の必要性と同じであると解されている。受益者による処分等のおそれや、受益者の資力の低下がその典型例である。

## 第2章 破産手続の機関等

B 速修 66～79 頁

### 第1節 破産管財人

B 速修 66～75 頁

#### 1. 破産管財人の善管注意義務

A 司 H23 司 H28

「破産管財人は、善良な管理者の注意をもって、その職務を行わなければならない」（破 85 条 1 項）。

試験では、破産管財人が一定の職務を行うことの当否という形での出題（司 H23）や、財団債権の行使の可否という形での出題（司 H28）が考えられる。

##### [論点 1] 破産管財人の善管注意義務（破 85 条 1 項）違反の判断基準

A 司 H23 司 H28

破産管財人の善管注意義務（破 85 条 1 項）は、破産管財人としての地位、知識において一般的に要求される平均的な注意義務である。

司 H23 出題趣旨・採点実感、最判

かかる義務に違反するか否かは、破産財団の拡充による破産債権者の利益や当該行為によって害される担保権者の利益等の諸般の事情を総合的に考慮して判断すべきである。

H18.12.21・百 17 才口補足意見参

照

コメント：第 2 段落部分については、問題文中の具体的な事実関係に照らして、その場で書き換えていただきたい。相対する利益の調整という視点で問題文中の事実を分析し、抽象化すれば、上記のような規範を定立することができる。

#### 2. 破産管財人の任務終了

C

破産管財人の任務は、破産手続の終結（破 220 条 1 項）、破産手続廃止（破 218 条 1 項、217 条 1 項）などの手続の終了の場合のほか、破産管財人の死亡、辞任（破規 23 条 5 項）・解任（破 75 条 2 項）などの事由によって終了する。

##### [論点 2] 破産手続終了後における破産管財人の当事者適格

C

A 社は、破産手続開始決定を受け、B が破産管財人として選任された。その後、破産手続終結決定がなされた（破 220 条 1 項）。ところが、破産手続終結決定の 2 年後、C が、C の有する土地に A 社の所有権移転登記が残っていると、B に対して、本件土地の所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求をした。なお、C の有する土地についての A 社の登記は、A 社の破産手続開始前になされたものである。<sup>1</sup>

最判 H5.6.25・百 21 参照

このような場合に、B に被告適格が認められるか。

破産手続の終了によって、原則として、破産管財人の破産財団所属財団についての管理処分権は消滅する。

そこで、破産手続終結後における破産者の財産に関する訴訟については、当該財産が破産財団を構成しうるものであったとしても、破産管財人に当事者適格は認められないと解する。

もっとも、破産管財人において、破産手続の過程で破産終結後に当該財産

この場合には、破産管財人の任務は

<sup>1</sup> 破産手続開始前に A 社の登記があったということは、C は、B に対して本件土地についての所有権を対抗できず、本件土地は破産財団に属すべき財産であったということになる（論証集 30 頁）。



## 判例索引

- ・最判 S40.3.9 p101
- ・最判 S40.11.2 (百 66) p79
- ・最判 S45.8.20 (百 36) p100
- ・最判 S47.7.13 p72、73
- ・最判 S48.4.6 p102
- ・最判 S48.11.22 (百 42) p98
- ・最判 S49.6.27 p88
- ・福岡高決 S52.10.12 (百 4) p14
- ・最判 S52.12.6 (百 69) p81
- ・最判 S53.6.23 (百 79) p50
- ・最判 S54.1.25 (百 74) p18
- ・最判 S56.2.17 p49
- ・東京高決 S56.9.7 (百 5) p16
- ・最判 S57.1.29 (百 72) p115
- ・最判 S57.3.30 (百 40) p96
- ・最判 S57.3.30 (百 76) p23
- ・最判 S57.10.19 p50
- ・東京高決 S57.11.30 (百 6) p11
- ・最判 S58.10.6 (百 23) p32
- ・最判 S58.11.25 (百 29) p83
- ・最判 S59.2.2 (百 56) p60
- ・福岡高判 S59.6.25 (百 A3) p23
- ・大阪高判 S59.9.27 p47
- ・最判 S60.2.14 (百 28①) p14、15
- ・最判 S60.2.26 p77
- ・最判 S61.4.11 (百 73) p117
- ・最判 S62.11.26 (百 80) p48、49
- ・横浜地判 S63.2.29 (百 90) p125
- ・最判 S63.10.18 (百 65) p77
- ・最判 H2.9.27 (百 51) p53
- ・最判 H5.1.25 (百 31) p107、108
- ・大阪高決 H5.2.9 (百 85①) p123
- ・最判 H5.6.25 (百 21) p26、27
- ・大阪高決 H6.12.26 (百 12) p17
- ・最判 H7.4.14 (百 75) p51
- ・最判 H9.2.25 (百 91) p125
- ・最判 H9.12.18 (百 35) p110
- ・広島地福山支判 H10.3.6 p37
- ・最判 H10.7.14 (百 53) 55、56

- ・東京高決 H10.11.27 (百 55) p55
- ・最決 H11.4.16 (百 10) p11
- ・東京地決 H12.1.27 (百 22) p20
- ・東京地判 H12.2.24 p49
- ・最判 H12.2.29 (百 81①) p44、48
- ・最決 H12.4.28 p34
- ・最決 H13.3.23 (百 13) p17
- ・大阪地決 H13.7.19 (百 62) p52
- ・東京高決 H15.7.25 (百 95) p158
- ・東京地判 H15.12.22 p51
- ・最判 H16.7.16 (百 39) p102、105
- ・最判 H16.10.1 (百 59) p34
- ・最判 H17.1.17 (百 64) p72
- ・東京高判 H17.6.30 (百 A10) p43
- ・最判 H17.11.8 (百 44) p87、88
- ・最判 H18.1.23 (百 45) p32、36、82
- ・最判 H18.12.21 (百 17) p26
- ・東京地判 H19.3.29 (百 26) p12
- ・最判 H20.12.16 (百 77) p46、50
- ・大阪地判 H21.1.29 (百 78①) p46
- ・東京地判 H21.2.13 (百 11) p29
- ・最判 H21.4.17 (百 14) p19、21
- ・最判 H22.3.16 (百 46) p38
- ・最判 H22.6.4 p62
- ・東京地判 H22.11.12 p105
- ・最判 H23.11.22 (百 48①) p42、43
- ・最判 H23.12.15 (百 54) p57
- ・最判 H24.5.28 (百 70) p35、69、78、79
- ・東京高判 H24.6.20 (百 33) p86
- ・東京高決 H24.9.7 (百 9) p17
- ・最判 H24.10.19 (百 28②) p15
- ・釧路地決 H25.2.13 p101
- ・最判 H25.11.21 (百 49) p137
- ・東京高判 H25.12.5 (百 32) p94
- ・東京高決 H26.3.5 (百 19) p124
- ・高松高判 H26.5.23 (百 27) p13
- ・最判 H26.6.5 (百 63) p77、142
- ・最判 H26.10.28 (百 20) p28
- ・東京高決 H27.3.5 (百 A5) p22
- ・東京高判 H27.11.9 (百 A7) p92

- ・東京地裁 H27.11.26 p42
- ・東京地判 H28.2.23 p37
- ・最判 H28.4.28 (百 24) p31
- ・最判 H28.7.17 (百 71) p73
- ・最判 H29.9.12 (百 47) p38
- ・最判 H29.11.16 (百 37) p91、93
- ・最判 H29.12.7 (百 58) p64
- ・最判 H29.12.19 (百 A6) p109
- ・最判 R2.9.8 p80



## (参考文献)

- ・「倒産処理法入門」第5版（著：山本和彦-有斐閣）  
→「山本入門〇頁」と表記
- ・「倒産法入門－再生への扉」（著：伊藤眞-岩波新書）
- ・「プレップ破産法」第7版（著：徳田和幸-弘文堂）  
→「プレップ〇頁」と表記
- ・「民事再生法入門」第2版（著：松下淳一-有斐閣）  
→「松下入門〇頁」と表記
- ・「倒産法概説」第2版補訂版（著：山本和彦ほか-弘文堂）  
→「山本ほか概説〇頁」と表記
- ・「倒産法講義」（著：野村剛司ほか-日本加除出版）  
→「野村ほか倒産法講義〇頁」と表記
- ・「破産法・民事再生法」第5版（著：伊藤眞-有斐閣）  
→「伊藤〇頁」と表記
- ・「条解破産法」第3版（著：伊藤眞ほか-弘文堂）  
→「条解破産法〇頁」と表記
- ・「条解民事再生法」第3版（編：園尾隆司ほか-弘文堂）  
→「条解民事再生法〇頁」と表記
- ・「新注釈民事再生法【上】」第2版（監修：才口千晴ほか-社団法人財政事業研究所）  
→「新注釈民事再生法上〇頁」と表記
- ・「新注釈民事再生法【下】」第2版（監修：才口千晴ほか-社団法人財政事業研究所）  
→「新注釈民事再生法下〇頁」と表記
- ・「倒産法」（著：倉部真由美ほか-有斐閣）  
→「ストゥディア〇頁」と表記
- ・「倒産法」（著：野村剛司-青林書院）  
→「野村倒産法〇頁」と表記
- ・「民事再生」（編：佐村ほか-青林書院）  
→「佐村ほか民事再生〇頁」と表記
- ・「基礎トレーニング倒産法」第2版（著：藤本利一ほか-日本評論社）  
→「基礎トレーニング〇頁」と表記
- ・「倒産判例百選」第6版（編：松下淳一ほか-有斐閣）  
→「百選〇頁」と表記
- ・「民法と倒産法の交錯－債権法改正の及ぼす影響」（編：中島弘雅ほか-商事法務）  
→「民法と倒産法の交錯〇頁」と表記
- ・「破産実務 Q&A220 問（全国ネット実務 Q&A シリーズ）」（監修：木内道祥-一般社団法人金融  
財政事業研究所）  
→「Q&A220 問〇頁」と表記
- ・「破産管財の手引」第2版（編：中山孝雄ほか-一般社団法人財政事業研究所）
- ・「破産管財実践マニュアル」第2版（著：野村剛司ほか-青林書院）
- ・「民事再生 Q&A500【第3版】プラス 500」（監修：須藤英章-信山社）

- ・「民事再生の手引」第2版（編：鹿子木康-商事法務）
- ・「民事再生実践マニュアル」第2版（監修：木内道祥-青林書院）  
→「民事再生実践マニュアル〇頁」と表記
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011（日本評論社）
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2023（日本評論社）