

司法試験 令和5年

1 〔第1問〕(配点：50)

2 次の【事例】について、以下の設問に答えなさい。

3 なお、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されて
4 いる法令に基づいて答えなさい。

5

6 【事例】

7 Aは、個人事業主として、P国の雑貨を現地で買い付けて日本に輸入し、賃借している商店街
8 の店舗で販売するという事業を行っていたが、多額の負債を抱えた上に売上げの不振で資金繰り
9 に行き詰まってしまった。そこで、Aは、弁護士Bに依頼して、令和4年4月1日、破産手続開
10 始の申立てをしたところ、同月10日、Aについて破産手続開始の決定がされ、弁護士Xが破産
11 管財人に選任された。

12

13 〔設問1〕

14 Aは、破産手続開始の決定がされた時点で、現金90万円を保有している。また、Aが、仕入
15 先であるP国所在の販売店にAの所有物として預かってもらっている500万円相当の雑貨があ
16 る(なお、売買代金は支払済みである。)

17 Aについて破産手続開始の決定がされた直後の令和4年4月20日、Aの父親であるCが死亡
18 した。AはCの唯一の法定相続人であるところ、Cの遺産としてC名義の銀行口座に600万円
19 の預金が残されていた。また、Cは、10年以上前から生命保険に加入しており、その加入時
20 において死亡保険金の受取人をAと指定していたため、Cが死亡した場合にはその死亡保険金はA
21 が受け取るようになっていた。この死亡保険金の額は1000万円である。

22 (1) 以下①から④までの各財産は、Aの破産手続において破産財団に属するか、説明しなさい。

- 23 ① P国所在の販売店に預かってもらっている500万円相当の雑貨
24 ② 現金90万円
25 ③ Cの遺産である600万円の預金債権
26 ④ Cの死亡による1000万円の保険金請求権

27

28 (参照条文) 民事執行法施行令

29 (差押えが禁止される金銭の額)

30 第1条 民事執行法(以下「法」という。)第131条第3号(法第192条において準用する
31 場合を含む。)の政令で定める額は、66万円とする。

32

33 (2) Aは、破産手続開始の時において、自らを受取人とする貯蓄型の医療保険に加入しており、
34 その時点における解約返戻金の額は40万円であった。

35 破産管財人Xは、この解約返戻金が破産財団に帰属することを前提に、令和4年4月30日、
36 Aの申立代理人Bに対し、解約返戻金を破産財団に組み入れるために医療保険契約(以下「本
37 件保険契約」という。)を解約する予定であると通知をした。

38 しかしながら、Aは、すぐに新たな職に就くことが難しい上、持病があるため、本件保険契
39 約を解約されてしまうと代わりの医療保険に加入する必要があるところ、その場合には、保険
40 料が従前と比べてかなり高額になることが判明した。

41 Aの申立代理人Bとしては、本件保険契約を継続するためにどのような手段を採ることが考
42 えられるか。破産財団に関する破産債権者の利益を考慮しつつ、複数の手段を検討して論じな
43 さい。

44 【設問2】

45 AとDは婚姻していたが、性格の不一致から長期間不仲が続いていたところ、Aの事業の行き
46 詰まりが最後の引き金となり、令和4年2月1日に協議離婚をするに至った。その協議の際、A
47 は、Dとの間で、離婚に伴う財産分与として、AがDに対し、A名義の登記がある甲不動産（担
48 保権は設定されていない。）の所有権を譲渡するとともに、150万円の支払をする旨の合意をし
49 た。Aは、この合意に基づき、協議離婚が成立した時点で既に支払不能に陥っていたにもかかわらず、同年3月1日、Dに対して上記150万円を支払った（以下「本件支払」という。）。また、
50
51 Aは、甲不動産から退去して新たにアパートを賃借してそこで生活するようになり、現在、甲不
52 動産にはDのみが居住している。もっとも、Aについて破産手続開始の決定がされた時点では、
53 甲不動産に係るDへの所有権移転登記手続はされていない。

54 (1) Dは、甲不動産の所有権の移転は財産分与を通じて婚姻中に形成された夫婦の共有財産を清
55 算する性質のものであるため、Aの破産手続において、甲不動産の所有権の移転に係る登記請
56 求は当然に認められるはずだと主張している。この主張の当否について、Xからの反論を踏ま
57 えて論じなさい。

58 (2) Xは、破産手続開始の決定前にされた本件支払に対して否認権を行使しようとしている。こ
59 れに対し、Dは、協議離婚の成立時においてAが支払不能に陥っている事実を認識していたも
60 のの、上記(1)と同様、本件支払は夫婦の共有財産を清算する性質のものであるため否認権は成
61 立しないと反論している。なお、甲不動産の譲渡と150万円の支払は、財産分与としては相
62 当なものであるとする。

63 このとき、Xの主張する否認権の成否について、Dからの反論を踏まえて論じなさい。

[解説]

設問 1

設問 1 は、破産者が有する種々の財産が破産財団に属するか否か（小問(1)）、破産者が加入する医療保険の解約返戻金を破産財団に組み入れようとする破産管財人に対して破産者の代理人として採るべき手段（小問(2)）について、それぞれ具体的な検討を求めるものである。（出題の趣旨）

採点の主眼は、設問 1 においては、主に、「破産財団」という破産手続の根幹となる概念や、破産財団と相対する概念である「自由財産」の拡張及びその趣旨を正しく理解できているかどうか、具体的事例や設問に与えられた事実関係を分析し、条文に当てはめて的確な結論を導くことができているかどうかにか置かれている。（採点実感）

1. 小問（1）

小問(1)については、前提として、破産法第 2 条第 1 4 項が定める破産財団の定義に触れつつ、同法第 3 4 条第 1 項が定める破産財団の範囲を示した上で、①から④までの各財産についての個別的な検討を進めることが期待される。（出題の趣旨）

小問(1)は、破産法を学習する者にとって必須となる条文を摘示し、その文言に当てはめて結論を導くだけのごく基本的な問題であるが、高得点の者は決して多くなかった。解答に当たっては、破産法第 2 条第 1 4 項が定める破産財団の定義に触れつつ、同法第 3 4 条第 1 項が定める破産財団の範囲を示した上で、①から④までの各財産についての個別的な検討を進めることが期待されており、これに沿った答えは「良好」以上の評価となっている。（採点実感）

(1) 問題文の分析

まず、問いを確認すると、「以下①から④までの各財産は、A の破産手続において破産財団に属するか」との記載（問題文 22）があり、①から④の各財産が破産財団所属財産といえるかが問われていると把握することができる。この時点で、破 34 条の適用が問題となるのではないかと予想することができる。

次に、事例の部分を読み進めると、A は、令和 4 年 4 月 1 日に破産手続開始の申立てをし、同月 10 日に破産手続開始決定を受けていること（問題文 9～11）を確認することができる。

さらに読み進めると、A は現金 90 万円を保有しているという事実がある（問題文 14）。これは②の財産に該当するものであるが、現金は一定の範囲でのみ破産財団を構成するという知識を思い出していただきたい。また、A が仕入れ先である P 国所在の販売店に 500 万円相当の雑貨を預かってもらっているとの事実がある（問題文 14～16）。これは事前準備をしていなかった部分であろう。この場合には、慌てず、破 34 条付近の条文を検索してみる。そうすると、破 34 条 1 項括弧書に「日本国内にあるかどうかを問わない」との文言がある。この文言への当てはめが求められているのではないかと、思考することができる。

加えて、Aの破産手続開始決定後である令和4年4月20日に、AはCの遺産である600万円の預金債権を相続している（問題文17～19）。これは、固定主義との関係で、破産手続開始後に破産者の財産となったものであるから、破産者の新得財産として、破産財団所属財産とはならない、というのが筋だと気付くことができるかが1つポイントである。また、Cの死亡により、Aは1000万円の保険金請求権を取得する（問題文19～21）。これは、判例知識を有する人は、保険金請求権は「将来の請求権」（破34条2項）として、破産財団所属財産になるという判例があった、と気づくことができると思う。もっとも、このような知識がなくとも、問題文中の「Cが死亡した場合にはその死亡保険金はAが受け取るようになっていた」との文言から、この権利は破産手続開始前に締結された保険契約に基づく権利ではないかと考え、破34条2項の「破産者が破産手続開始前に生じた原因に基づいて行うことがある将来の請求権」該当性の問題ではないかと分析することができる。

Tips：司法試験において、破産者の有する財産が破産財団に属するか否かが問われた場合には、①前提として、破2条14項が定める破産財団の定義に触れつつ、②破34条1項が定める破産財団の範囲を示したうえで、③当該財産が破産財団に属するか否かについての個別的な検討を進めることが求められる。

本問の出題趣旨及び採点実感を踏
まえた処理手順

破産財団とは、「破産者の財産又は相続財産若しくは信託財産であって、破産手続において破産管財人にその管理及び処分をする権利が専属するものをいう」（破2条14項）。

①破産財団の“定義”

そして、破34条1項は破産財団の範囲について、「破産者が破産手続開始の時において有する一切の財産…は、破産財団とする」と定めている（固定主義）。

②破産財団の“範囲”

（2）P国所在の販売店に預かってもらっている500万円相当の雑貨

①については、同項括弧書きによれば、財産が日本国内にあることを問わないこととされていることを指摘し、破産財団に属するとの結論を示すことが求められる。（出題の趣旨）

現行法では、破産者の有する財産は「日本国内にあるかどうかを問わない」（破34条1項括弧書）とされている。

速修80頁

このように、破産手続の効力は破産者の国内の財産に限らず、国外の財産にも及ぶとする考え方を“普及主義”という。

（3）現金90万円

②については、破産手続開始の決定時における破産者の財産であるにもかかわらず破産財団から除外されるもの（自由財産）があること、その一つとして、同条第3項第1号において、民事執行法上の差押禁止に係る金銭（同法第131条第3号）の1.5倍相当額の金銭が定められていること及びその趣旨を指摘した上で、90万円全額が自由財産とされ、破産財団には属しないとの結論を示すことが求められる。（出題の趣旨）

ア. 破34条3項1号の趣旨

破産法第34条第3項第1号の趣旨につき、「破産者の最低生活の保

障」とのみ記載する答案が多かったが、破産手続においては、破産者が支払不能の状態にあることを考慮して、民事執行法上の差押禁止に係る金銭の1.5倍の額が自由財産とされていることの指摘が重要である。

(採点実感)

破産者やその家族の当面の生活資金を保障すること及び破産者が支払不能の状態にあるということを考慮して、破34条3項1号は、「民事執行法…第131条第3号に規定する額に2分の3を乗じた額の金銭」を自由財産として規定している。

速修 83 頁

イ. 具体的な処理

民事執行法131条3号に規定する額とは、66万円である（民事執行法131条3号、民事執行法施行令1条3項2号）。この66万円に2分の3(1.5)を乗じた99万円が、自由財産となる。本件では、90万円全額が自由財産とされ、破産財団には属さないということになる。

特に、本問では参照条文として民事執行法施行令第1条が記載されているため、正確に計算していただきたい。

(4) Cの遺産である600万円の預金債権

③については、破産法第34条第1項が破産手続開始の決定を基準時として破産財団の範囲を固定していることとの関係で、それ以後に取得した財産は新得財産として破産財団から除外されることを指摘し、破産財団には属しないとの結論を示すことが求められる。(出題の趣旨)

固定主義の当然の帰結として、破産者が破産手続開始後に取得した財産は、新得財産として、自由財産となる(破34条1項)。

速修 83 頁

本件では、Aの破産手続開始後にCが死亡しているため、Aが取得した600万円の預金債権は、破産者が破産手続開始後に取得した財産であり、新得財産として、自由財産となる。

(5) Cの死亡による1000万円の保険金請求権

④については、同条第2項が「破産者が破産手続開始前に生じた原因に基づいて行うことがある将来の請求権」は破産財団に属すると定めていることとの関係で、破産者の有する保険金請求権が、上記の「将来の請求権」に該当するか否かについての自説を論じた上で、結論を示す必要がある。この点に関し、最判平成28年4月28日民集70巻4号1099頁は、死亡保険金請求権は、被保険者の死亡前であっても、死亡保険金受取人において処分したり、その一般債権者において差押えをしたりすることが可能であると解され、一定の財産的価値を有することは否定できないことなどから、「将来の請求権」に該当するものとして、破産財団に属すると結論を示している。(出題の趣旨)

ア. 破34条2項

「破産者が破産手続開始前に生じた原因に基づいて行うことがある将来の請求権」についても破産財団を構成する(破34条2項)。

イ. 保険金請求権と破34条2項

確かに、保険事故の発生が破産手続開始後であることにかんがみれば、

速修 82 頁

固定主義との関係で、死亡保険金請求権は破産財団に属しない財産であるとも思える。

しかし、死亡保険金請求権は、生命保険契約で定める期間内に被保険者が死亡することを停止条件とする停止条件付債権である。

そして、死亡保険金請求権は、被保険者の死亡前であっても、死亡保険金受取人において処分したり、その一般債権者において差押えをしたりすることが可能であると解され、一定の財産的価値を有するといえる。

そこで、死亡保険金請求権は、生命保険契約の成立という「破産手続開始前に生じた原因に基づ」く「将来の請求権」（破 34 条 2 項）に当たり、破産財団に属すると解すべきである。

ウ. 解答のポイント

「将来の請求権」に当たるというためには、破産手続開始時において停止条件が成就していないことを明示する必要がある。また、保険事故の発生が破産手続開始後であることを理由に、破産財団に属さない（自由財産となる）可能性を指摘していた答案は、反対説に配慮するものとして高い評価となっている。（採点実感）

上記判例に言及することができていた答案又は上記判例を意識したことがうかがえる答案については、高い評価となっている。（採点実感）

2. 小問（2）

小問(2)については、一つ目の手段として、破産法第 3 4 条第 4 項に基づく自由財産の拡張の申立てについて論ずることが求められる。解答に当たっては、自由財産の拡張は、裁判所が、個々の事案において、破産者等の状況に照らし、具体的な必要性を考慮して裁量的に判断するものであることを踏まえつつ、同項に定める考慮要素を意識しながら、問題文から具体的事実を拾い上げ、破産債権者との利益衡量を図ることが求められる。本問においては、破産者において持病があることや廃業により職を失ったことなどの事情が認められるものの、他方で、遺産として 6 0 0 万円を相続したことや自由財産として現金 9 0 万円を有していることなどに照らすと、自由財産の拡張の申立ては認められない（可能性がある）との方向で論ずることとなる。そこで、二つ目の手段として、破産者の代理人は、破産管財人に対し、解約返戻金に相当する額につき破産者が有する財産から破産財団へ組み入れることと引き換えに、解約返戻金請求権について破産財団から放棄することを申し入れるという手段について論ずることが期待される。（出題の趣旨）

小問(2)は、破産法第 3 4 条第 4 項に基づく自由財産の拡張についての理解、自由財産を破産財団に組み入れつつ破産者の生活に必要な財産を破産財団から放棄してもらうという実務運用の知識を問う問題であるが、大きく差が付く結果となった。（採点実感）

（1）問題文の分析

問いを確認すると、「A の申立代理人 B としては、本件保険契約を継続するためにどのような手段を採ることが考えられるか。」との記載があり（問題

文 41～42)、申立代理人がとりうる手段が問われていると把握することができる。また、「複数の手段を検討」することも求められている(問題文 42)点にも気付いていただきたい。

A の意向は、本件保険契約を継続したい、というものである。ここで、解約返戻金請求権を自由財産化すればよいのではないかと発想することができる。小問(1)が破産財団について詳細に検討させるものであったため、小問(2)は自由財産の拡張を問うているのではないかと分析することもできる。

このような分析から、1つ目の方法として、破 34 条 4 項に基づく自由財産の拡張の申立てをするのではないかと、という考えにたどり着く。

また、自由財産の拡張の方法の1つに、“破産管財人による放棄”というものがあつたことを思い出していただきたい。この破産管財人の放棄を破産管財人に申し入れ、破産管財人が解約返戻金請求権を放棄すれば、本件保険契約が継続されることになる。もっとも、解約返戻金請求権は破産財団所属財産であるため、何らの対価なく、当該請求権を放棄することは考えられない。そこで、解約返戻金に相当する額につき破産者が有する財産から破産財団へ組み入れることと引き換えに、解約返戻金請求権について破産財団から放棄することを破産管財人に申し入れるという2つ目の方法が考えられる。

2 つ目の方法はかなり難易度が高いものである

(2) 破 34 条 4 項に基づく自由財産の拡張の申立て

「裁判所は、破産手続開始の決定があつた時から当該決定が確定した日以後 1 月を経過する日までの間、破産者の申立て…により、破産者の生活の状況、破産手続開始の時ににおいて破産者が有していた前項各号に掲げる財産の種類及び額、破産者が収入を得る見込みその他の事情を考慮して、破産財団に属しない財産の範囲を拡張することができる」(破 34 条 4 項)。

速修 86 頁

答案では、①破産者の生活の状況、②破産者が有する自由財産の種類・額、③破産者が収入を得る見込み等を考慮して、自由財産の拡張の必要性を検討していくことになる。

①に関する事情として、破産者に持病があることが挙げられる。

②に関する事情として、A が遺産として 600 万円の預金債権を相続したことや現金 90 万円を有していることが挙げられる。

③に関する事情として、A が廃業により職を失っていることと、すぐに新たな職に就くことが難しいことが挙げられる。

(3) 破産管財人に対する解約返戻金請求権を破産財団から放棄してほしい旨の申入れ(難問)

ア. 概説

上記のとおり、1つ目の方法として自由財産の拡張の申立てが考えられるものの、破産者 A が十分な自由財産を有していることから、自由財産の拡張はなされない可能性が高いといえる。

そこで、2つ目の方法として、解約返戻金に相当する額につき破産者が有する財産から破産財団へ組み入れることと引き換えに、解約返戻金請求権について破産財団から放棄することを、破産管財人に申し入れるという

※B が権利放棄をすることはできないため、破産管財人に申し入れるという方法をとる

方法が考えられる。

これは、破産者がその自由財産の中から破産財団に属する債権である解約返戻金請求権と同額の金員を破産財団に組み入れることで、保険契約の解約をせずに、破産財団にとって解約返戻金請求権を回収したのと同じ効果を持たせ、破産者の保険契約の継続を可能にするものである。

速修 81 頁脚注 2、86 頁

イ. 自由財産の破産財団への組入れの可否

2 つ目の方法を用いるためには、破産者の自由財産を破産財団に組み入れることが必要となる。

この点については、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に関する平成 18 年最判を応用することが考えられる。

最判 H18.1.23・百 45

平成 18 年最判は「旧破産法…においては、破産財団を破産宣告時の財産に固定する（6 条〔現破 34 条〕）とともに、破産債権者は破産手続によらなければその破産債権を行使することができない（16 条〔現破 100 条〕）と規定し、破産者の経済的更生と生活保障を図っていることなどからすると、破産手続中、破産債権者は破産債権に基づいて債務者の自由財産に対して強制執行をすることなどはできないと解されるが、破産者がその自由な判断により自由財産の中から破産債権に対する任意の弁済をすることは妨げられないと解するのが相当である。」「もともと、自由財産は本来破産者の経済的更生と生活保障のために用いられるものであり、破産者は破産手続中に自由財産から破産債権に対する弁済を強制されるものではないことからすると、破産者がした弁済が任意の弁済に当たるか否かは厳格に解すべきであり、少しでも強制的な要素を伴う場合には任意の弁済に当たるということとはできない。」と判示している。

速修 93 頁

ウ. 採点の基準

やや発展的な論点ではあるが、自由財産による破産債権の弁済に関する知識を駆使するなどして、この点について言及することができていた答案が一定数見られ、その充実度に応じ、「良好」以上の評価となっている。（採点実感）。

これに対し、保険契約を解約して新たな保険契約を締結すると保険料が高額になることが破産財団を毀損することにつながるとして、保険契約の履行（継続）を破産管財人に申し入れるとの答案や、破産管財人の善管注意義務の問題と捉えて、破産管財人を解任すべきであるとの答案が非常に目立った。これらの答案は、破産手続開始後に破産財団が負担すべき債務と破産者が自由財産から負担すべき債務との整理ができていないか、そもそも、破産管財人は破産債権者のために破産財団を適切に維持・増殖すべき義務を負うという点を十分に理解することができていないものといわざるを得ず、低い評価となっている。さらに、破産手続開始の決定がされているにもかかわらず、保全管理命令や包括的禁止命令を申し立てるといった答案が散見されたが、これらの答案は、破産手続開始前の保全措置についてのごく基本的理解を欠くものとして、やはり低い評価となっている。（採点実感）

設問 2

〔設問 2〕は、破産手続開始の決定前に、離婚及びそれに伴う財産分与の協議が成立した事例を通じて、破産手続開始の決定時には履行されていない破産者に対する不動産の所有権移転登記請求権につき取戻権を行使することができるか否か（小問(1)）、破産手続開始の決定時において支払済みの分与金について否認権を行使することができるか否か（小問(2)）について、それぞれ具体的な検討を求めるものである。（出題の趣旨）

採点の主眼は、設問 2 においては、具体的事例や設問において与えられた事実関係から、取戻権及び偏頗行為否認の問題であることを把握できているかどうか、条文が定める要件の該当性を検討する中で、予想される反論にも目を向けながら、自らの考えを説得的に論じることができているかどうかにかかっている。（採点実感）

1. 小問（1）

小問(1)については、Dの主張が破産法第62条に定める取戻権の行使に当たることを指摘する必要がある。その上で、実体法上、対抗要件を具備しなければ「第三者」（民法第177条）に対して所有権を主張し得ない場合であることから、破産管財人が「第三者」に該当するか否か（破産管財人の第三者性）について論ずることになる。そして、破産管財人には破産財団に所属する財産に対する差押債権者と類似の地位が認められることに異論はないことから、破産管財人は「第三者」に該当するとして、対抗要件を具備していない以上、取戻権を行使することはできないとの結論を示すことが求められる。（出題の趣旨）

（1）問題文の分析

問いを確認すると、「この主張の当否について、Xからの反論を踏まえて論じなさい」との記載がある（問題文 56～57）。「この主張」のポイントとなる部分は、「財産分与を通じて婚姻中に形成された夫婦の共有財産を清算する性質のものである」という部分（問題文 54～55）と、「当然に認められるはず」という部分（問題文 56）である。ここから、財産分与によって取得した甲不動産の所有権に基づき、甲不動産の所有権移転登記請求をしているということを読み取ることができる。また、「当然に」という部分から、破産手続によらない権利行使が認められる旨の主張をしているのではないかと予想することもできる。

平時実体法上の権利関係の分析

これらの点から、Dの主張は、甲不動産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請求権を取戻権として行使する旨の主張であると分析することができる。

また、問いかけの指示にある「Xからの反論」は、対抗要件を具備していないDは、「第三者」（民法177条）である破産管財人Xに「対抗することができない」という反論であると想起していただきたい。

（2）Dの主張

ア. 取戻権（破62条）の行使

小問(1)については、まず、Dの主張が破産法第62条に定める取戻権の行使に当たることを指摘する必要がある。取戻権に言及することができていれば、その内容に応じ、「一応の水準」以上にあるものと評価しているが、想定していた以上に、この点についての言及を欠く答案が多かった。破産手続においては、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請求が取戻権の枠組みにおいて行使され得るという基本的な理解が得られていないことが原因であると推察される。(採点実感)

破産手続開始前に特定物を財産分与するという協議が成立していた場合には、対抗要件の具備がなされていないときには、分与権利者は、当該特定物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請求をすることとなる。分与権利者は、当該請求権を取戻権として行使することとなる。

本件では、Dは、破産管財人であるXに対して、甲不動産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請求権を「破産者に属しない財産を破産財団から取り戻す権利」(破62条)として行使していく。

イ. 評価されない答案

低い評価にとどまる答案として、以下のようなものが挙げられる。まず、Dの主張する登記請求に関して、破産債権としての権利行使の可否を論じている答案が散見された。このような答案は、破産債権は個別的権利行使が禁止され、飽くまで破産手続における金銭配当による満足しか得ることができないという根本的な点を理解することができていないことがうかがえる。(採点実感)

(3) Xの反論(破産管財人の第三者性)

実体法上、対抗要件を具備しなければ「第三者」(民法第177条)に対して所有権を主張し得ない場合であることから、破産管財人が「第三者」に該当するか否か(破産管財人の第三者性)について論ずる必要がある。この点については、多くの答案で、破産管財人に差押債権者類似の地位が認められることを理由に、破産管財人は「第三者」に該当するとして、対抗要件を具備していない以上、取戻権を行使することはできないとの結論を示すことができおり、その充実度に応じ、「一応の水準」以上にあるものと評価した。(採点実感)

破産法第78条第1項等の規律を挙げて、破産手続の開始による財産の管理処分権の破産管財人への専属が実質的な包括差押えであることまでの確に指摘できていた答案は多くなかった。(採点実感)

ア. 破産管財人の第三者性

破産管財人Xが「第三者」(民法177条)に該当するのであれば、甲不動産について登記を有しないDは、Xに「対抗することができない」ことになる。そこで、破産管財人の第三者性が問題となる。¹

¹ 本論点が出題された場合には、必ず、平時実体法上の権利関係を分析し、効力(有効)要件→対抗要件の形で論じることが重要である(平時実体法上の答案作成と同じである)。この効力(有効)要件の部分、たとえば破産者と相手方との間で土地の売買契約がなされた、という認定(民法177条の問題となる前提の認定)や、そもそも解除権が発生している、という認定(民法545条1項但書の問題となる前提の認定)から出発

破産手続開始決定により破産管財人は破産者の財産の管理処分権を取得する（破 78 条 1 項）ことから、破産管財人は、原則として、破産者の一般承継人と同視される地位を有する。

しかし、破産手続開始による財産の管理処分権の破産管財人への専属は実質的な包括差押えであり、破産管財人は、破産債権者の利益代表者として、破産財団所属財産に対する差押債権者類似の法的地位をも有するといえる。

そこで、差押債権者が実体法上の「第三者」に該当する場合には、破産管財人は「第三者」に該当すると解すべきである。

イ. 評価されない答案

破産法第 49 条第 1 項の該当性を検討する答案も多かったが、同項は、破産手続開始の決定後にされた登記の効果について定めた規定であり、登記請求の可否に適用されるものではない。さらに、否認権（詐害行為否認・無償行為否認・対抗要件否認）に言及した答案も少なからず見られたが、所有権の移転及び対抗要件の具備が破産手続開始の決定前に完成していない以上、その効果を否認して財産を破産財団に回復するということは問題にならない。（採点実感）

(4) 再反論及び再々反論

D からの再反論として、離婚に伴う財産分与は潜在的持分を顕在化させるにすぎないから対抗要件を要しない（民法第 254 条参照）との主張が考えられ、これに対する X の再々反論は、財産分与は協議又は裁判による分与者から相手方への権利移転であって財産の特定承継と同様であるから、やはり対抗要件の具備が必要であるということになる。ここまでの確に論じられていた答案はほとんど見当たらなかったが、財産の特定承継と同様であることが意識されている答案は少ないながらも見受けられ、このような答案は、深い理解を示すものとして高い評価となっている。（採点実感）

2. 小問（2）

小問(2)については、問題文中に、不動産の譲渡と分与金の支払は財産分与として相当なものであるとするとの記載があることから、破産管財人が行使しようとしている否認権は、破産法第 162 条第 1 項第 1 号の偏頗行為否認であることを指摘する必要がある。その上で、要件該当性を順次検討することが求められるが、D からの反論については、有害性又は不当性との関係で論ずることとなる。 (出題の趣旨)

(1) 否認権が出題された場合の処理手順

①設問の問いかけの確認、問題文中の事実関係の精読

- ・ 設問の問いかけから否認権の問題であることが把握できることが多い

処理手順につき速修 208 頁

・問題文中の事実を読み、少なくとも支払不能、支払停止、破産
手続開始申立て、破産手続開始決定の時期を確定する

②（問題文中の事実関係から）対象行為の特定

・司 H27①のように、債権譲渡（売買）契約の締結→債権譲渡
通知という流れをたどっている場合、前者と後者のいずれを検
討の対象とするのか、はたまたその両方を検討の対象とするの
かが変わりうる

③適用される条文の特定

・適用される条文の特定を誤ると、（周りの受験生の大半も誤っ
ていない限り）得点が著しく下がってしまう
・設問において検討すべき条文が明示されていることもある
（司 R2①参照）

④適用される条文の全要件充足性の検討

・余裕があれば、当該条文の趣旨→文言へのあてはめ、という
流れで検討することが望ましい
・要件の文言解釈等の法解釈が必要であれば、法解釈を展開す
ることも必要である

⑤（必要であれば）否認の一般的要件の検討

・有害性および不当性が阻却されないか、という形で論じてい
くこととなる
・破産者の行為がなされていないため、否認することができな
いのではないか、という形で論じていくことになる

⑥否認権行使の効果発生の明示

・破産管財人が否認権を行使すること（破 173 条）や、必要で
あれば原状回復等の効果が発生すること（破 167 条 1 項）、原状
回復に伴う相手方の請求権が発生すること（破 168 条）等を明
示する

（2）問題文の分析

問いを確認すると、「X の主張する否認権の成否について、D からの反論を
踏まえて論じなさい」との記載がある（問題文 63）。そして、X の主張する
否認権というのは、「破産手続開始の決定前にされた本件支払」に対する否認
権である（問題文 58）。

問題文の事実を確認すると、㊦A は、協議離婚が成立した令和 4 年 2 月 1
日の時点で支払不能に陥っていたこと（問題文 49）、㊧A は、協議離婚の際、
D に対して、150 万円の支払いをする旨の合意をしたこと（問題文 48～49）、

①設問の問いかけの確認

①問題文中の事実関係の精読

㊦その後、Aは、同年3月1日、Dに対して、本件支払を行ったこと（問題文問題文50）を確認することができる。これらの事実からすると、Aは、支払不能に陥った後に、Dに対して、財産分与の合意に基づく金銭債務の履行として本件支払を行っていることがわかる。

Xは、財産分与そのものを否認しようとしているわけではなく²、財産分与の合意に基づく債務の履行である本件支払を否認しようとしているわけだから、偏頗行為否認を検討するのが筋であると思えることができる。そして、本件支払は破162条1項2号に掲げる非義務行為には当たらないため、本件で適用される条文は破162条1項1号であると分析することができる。

後は、破162条1項1号の全要件充足性の検討をすればよい、ということになるが、本件では、Dが「本件支払は夫婦の共有財産を清算する性質のものであるため否認権は成立しない」と反論している。問題文の分析の段階では、この反論は有害性のところで論ずべき事情ではないか、と整理することができれば良い。

（3）検討すべきは、詐害行為否認ではなく、偏頗行為否認である

破産管財人が行使しようとしている否認権は、同法第162条第1項第1号の偏頗行為否認であることを指摘する必要がある。しかしながら、大半の答案において、この点について指摘することができていないことには驚かされた。その多くは、財産分与そのものについて、同法第160条第1項の詐害行為否認の成否を検討するものであったが、問題とされているのは財産分与の合意に基づく金銭債務の弁済という債務消滅行為であるから、詐害行為否認の問題とはならないはずである。また、同条第3項の無償行為否認や同法第161条の相当の対価を得てした財産の処分行為の否認の成否を検討するものも散見されたが、贈与と異なり財産分与はおよそ無償行為ではないし、本件支払はDに対してされたものであって甲不動産の対価としてAが受け取ったものではないから、同条はおよそ問題とならない。（採点実感）

破160条1項の詐害行為否認と破162条1項の偏頗行為否認のどちらが適用されるかは、「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」（破160条1項柱書括弧書、162条1項柱書括弧書）かどうかで決せられる。

本件における否認対象行為は、財産分与そのものではなく、本件支払、すなわち財産分与の合意に基づく金銭支払債務の弁済である。弁済は「既存の債務についてされた…債務の消滅に関する行為」（破162条1項柱書括弧書）に当たるため、本件で検討すべきは偏頗行為否認ということになる。

そして、本件支払は破162条1項2号に掲げる非義務行為には当たらないため、本件で適用される条文は破162条1項1号であるといえる。

②否認の対象行為は本件支払

③適用条文は破162条1項1号

④全要件充足性の検討

⑤否認の一般的要件の検討

速修 211 頁

² 危機時期に合意がなされていても、民法768条3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、「破産債権者を害する…行為」（破160条1項1号本文）に当たらないと解される。本件では、甲不動産の譲渡と150万円の支払いが、財産分与としては相当なものであったのだから、「破産債権者を害する…行為」に当たらず、破160条1項1号に基づく否認の対象とならない。もっとも、当該合意に基づく債務の履行が162条1項の偏頗行為否認の対象となり得る。以上につき条解破産法496頁参照。

なお、司 H21②においても、財産分与と否認権行使の関係が問われているが、当該事案では財産分与そのものに対する否認権行使が問われていた。その点で、本件と事案を異にする。

(4) 破 162 条 1 項 1 号の全要件充足性の検討

解答に当たっては、同法第 162 条第 1 項第 1 号の要件該当性を順次検討することが求められ、このような流れで論じることができていれば、その内容に応じ、「一応の水準」以上にあるものと評価している。(採点実感)

破 162 条 1 項 1 号の要件は、①「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」であること(破 162 条 1 項柱書括弧書)、②①が「破産者が支払不能になった後又は破産手続開始の申立てがあった後」になされていること(同項 1 号柱書本文)、③債権者の悪意である。

速修 230 頁

破産法は、②について破 162 条 3 項、③について破 162 条 2 項という推定規定を設けている。

本件では②及び③を直接認定することができるため上記推定規定は用いないが、重要な規定として再度復習していただきたい。

(5) D の反論(難問)

D からの反論については、有害性又は不当性との関係で論ずることとなる。 (出題の趣旨)

有害性の要件と不当性の要件とを整理して論ずることができていた答案については、理解の成熟を示すものとして高い評価となっている。(採点実感)

ア. 有害性の阻却事由

有害性の阻却事由としては、本件支払は、破産手続開始後であれば取戻権の行使に該当する又は財団債権の弁済に該当するとの指摘が想定される。(採点実感)

これに対し、取戻権に該当するとの考え方に対しては、財産分与金の支払を目的とする債権については、取戻権の行使としてその履行を請求することができないとした最判平成 2 年 9 月 27 日集民 160 号 373 頁を踏まえて反論することが考えられる。(採点実感)

D の「本件支払は夫婦の共有財産を清算する性質のものであるため否認権は成立しない」という反論を素直に読むと、財産分与は清算的側面を有するのであるから、仮に本件支払が破産手続開始後になされていた場合には、本件支払は取戻権(又は財団債権)の行使に当たる、という反論であると読み取ることができる。

取戻権の行使は破産手続開始の効果を受けず(破 62 条)、D は本件支払を受けることができるため、破産債権者間の公平を害せず、有害性が阻却される、という反論である。

これに対して、X としては、財産分与金の支払を目的とする債権については、取戻権の行使としてその履行を請求することができないとした平成 2 年最判を踏まえた再反論をすると考えられる。

平成 2 年最判の考え方は、概ね次のようなものである。

最判 H2.9.27・百 51

財産分与は分与義務者に属する財産を分与権利者へ給付するものにすぎず、金銭の支払いを内容とする協議が成立し、または裁判が確定したとしても分与権利者は当該金銭の支払いを求める債権を取得するにすぎない。

そこで、金銭の支払いを内容とする財産分与請求権は、取戻権（破 62 条）とならず、破産債権（破 2 条 5 項）となると解する。

イ. 不当性の阻却事由

不当性の阻却事由としては、離婚に伴う財産分与は、民法第 768 条第 3 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、詐害行為とはならないと判示した最判昭和 58 年 12 月 19 日民集 37 卷 10 号 1532 頁の考え方が偏頗行為否認についても及ぶとの指摘が想定される。

ウ. 有害性と不当性のどちらで論じるか

多くの答案は、問題文中に「財産分与としては相当なものである」との記載があることから、この点を指摘するのみで、直ちに否認権の行使を否定する結論を採っていたが、より分析的、説得的な論述が期待されていたといえよう。（採点実感）

本件においては、有害性と不当性のどちらで論じても、また、その両方を論じても十分合格答案となるものと思われる。

ただし、どのように論じるにせよ、「本件支払は夫婦の共有財産を清算する性質のものであるため否認権は成立しない」という D の反論との関係で論じることが必要である。すなわち、財産分与の清算的側面との関係で有害性・不当性についての抽象論を展開する必要がある、ということである。

[模範答案]

1 設問1 (1)

2 1. 破産財団とは「破産者の財産…であって、破産手続において破産管財人にその管理及び処
3 分をする権利が専属するもの」(破2条14項)をいい、「破産者が破産手続開始の時におい
4 て有する一切の財産…は、破産財団」とされている(34条1項。固定主義)。

5 Aは、「債務者であって…破産手続開始の決定がなされているもの」(2条4項)であるか
6 ら、「破産者」に当たる。そして、「破産者」(34条1項)たるAが「破産手続開始の時にお
7 いて」有していた500万円相当の雑貨という財産は、P国所在の販売店に預けられているも
8 のの、「日本国内にあるかどうかを問わ」ず(同項括弧書。普及主義)、破産財団とされる。
9 したがって、①の財産は破産財団に属する。

10 2. 破産者やその家族の当面の生活資金を保障すること及び破産者が支払不能の状態にあると
11 いうことを考慮して、「66万円」(民執法131条3号、同法施行令1条)に「2分の3を乗じ
12 た額の金銭」(破34条3項1号)である99万円が自由財産とされる。

13 Aが破産手続開始の時点で有していた現金は90万円であり、99万円を超えない。

14 したがって、②の財産は、その全額がAの自由財産となり、破産財団には属しない。

15 3. Cの遺産である600万円の預金債権は、Aが破産手続開始後Cの死亡により取得した(民
16 法882条、887条、896条)財産であり、「破産者」(破34条1項)たるAが「破産手続開
17 始の時において有する…財産」に当たらない。

18 したがって、③の財産は、新得財産として自由財産となり、破産財団には属しない。

19 4. Cは、破産手続開始の10年以上前に死亡保険金の受取人をAとする生命保険契約を締結
20 していた。Aの破産手続開始後にCが死亡し、Aが1000万円の保険金請求権を取得してい
21 るところ、この保険金請求権は「破産手続開始の時」において破産者たるAが有する財産と
22 はいえない(34条1項)。もっとも、「破産者が破産手続開始前に生じた原因に基づいて行う
23 ことがある将来の請求権」(34条2項)として破産財団に属するといえないか。

1 (1) 保険金請求権は、生命保険契約で定める期間内に被保険者が死亡することを停止条件と
2 する停止条件付債権である。また、保険金請求権は、財産的価値を有する。そこで、保険
3 金請求権は、生命保険契約の成立という「破産手続開始前に生じた原因に基づ」く「将来
4 の請求権」に当たり、破産財団に属すると解する（判例）。

5 (2) Cは破産手続開始の10年以上前に死亡保険金の受取人をAとする生命保険契約を締結
6 していた。そのため、Cの死亡による1000万円の保険金請求権は、生命保険契約の成立
7 という「破産手続開始前に生じた原因に基づ」く「将来の請求権」(34条2項)に当たる。
8 したがって、④の財産は、破産財団に属する。

9 設問1 (2)

10 1. Bは、①「破産者」(34条4項)たるAの代理人として、裁判所に対して、自由財産拡張
11 の「申立て」をすることが考えられる。

12 (1) 裁判所は、破産者の生活の状況、破産者が有する自由財産の種類・額、破産者が収入を
13 得る見込み等を考慮して、自由財産を拡張するか否かを決する(34条4項)。

14 (2) 確かに、Aは、持病があるため本件保険契約を解約されてしまうと代わりに医療保険に
15 加入する必要があるところ、その場合には保険料が従前と比べてかなり高額になる。また、
16 Aは廃業により失業しているところ、すぐに新たな職に就くことも難しいため、Aが収入
17 を得る見込みはない。しかし、Aは、現金90万円を有しており、また、Cの死亡により
18 600万円の預金債権を取得している。これらの事情から、Aは十分な自由財産を有してい
19 るといえ、Aの自由財産を拡張する必要性は乏しいといえる。

20 したがって、①Bによる自由財産拡張の申立ては認められない可能性がある。

21 2. そこで、Bは、②Xに対して、自由財産である90万円のうちの解約返戻金相当額である
22 40万円を破産財団に組み入れることと引き換えに、解約返戻金請求権について破産財団から
23 放棄する(78条2項12号参照)ように申し入れることが考えられる。では、自由財産に属

1 する財産の破産財団への組入れが許されるか。

2 (1) 破産者の経済的再起更生と生活保障を図るという自由財産の趣旨から、自由財産の破産
3 財団への組入れについて破産者の任意の承諾があるという特段の事情が認められる場合に
4 は、自由財産に属する財産の破産財団への組入れが許されると解する。

5 (2) 上記の通り、Aは、本件保険契約を解約されると従前よりも保険料がかなり高額になる
6 新たな医療保険に加入する必要があるが、解約返戻金相当額の40万円の破産財団への組
7 入れを承諾することにより、本件保険契約を継続することができるというメリットを享受
8 できる。また、Aには690万円ほどの自由財産があるため、そのうち40万円を破産財団
9 に組み入れたとしても、Aの経済的再起更生と生活保障は害されない。

10 Bは、これらの点および①の手段は認められない可能性があることをAに説明し、Aの
11 任意の承諾を得て、②Xに対して上記申入れをするという手段をとるべきである。

12 設問2 (1)

13 1. Dは、Xに対して、甲不動産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請
14 求権を取戻権(62条)として行使する。

15 Dは、Aから、協議離婚に伴う財産分与としてAが所有していた甲不動産を譲り受けてい
16 る。また、甲不動産についてA名義の登記がある。

17 2. これに対して、Xは、甲不動産について「登記」(民法177条)を具備していないDは、
18 「第三者」である破産管財人Xに「対抗することができない」と反論する。

19 (1) 破産管財人は、原則として、破産者の一般承継人と同視される地位を有する。しかし、
20 破産手続開始による財産の管理処分権の破産管財人への専属は実質的な包括差押え(破78
21 条1項参照)であり、破産管財人は、破産財団所属財産に対する差押債権者類似の法的地
22 位をも有するといえる。そこで、差押債権者が実体法上の「第三者」に該当する場合には、
23 破産管財人は「第三者」に該当すると解する。

1 (2)差押債権者は、登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する者であるから、「第三者」
2 (民法177条)に該当する。したがって、破産管財人たるXは「第三者」に該当する。

3 3. Xの反論に対して、Dは、離婚に伴う財産分与は婚姻中における潜在的持分を顕在化させ
4 るにすぎないから対抗要件を要しない(民法254条参照)と再反論すると考えられる。しか
5 し、財産分与は財産の特定承継と同様であり、対抗要件の具備が必要であると解されるため、
6 Dの再反論は認められない。よって、Dの主張は認められない。

7 設問2(2)

8 1.「破産管財人」(破173条1項)たるXは、本件支払を162条1項1号に基づき否認する
9 と考えられる。

10 本件支払は、財産分与の合意に基づく金銭支払債務の弁済であるから、「既存の債務につい
11 てされた…債務の消滅に関する行為」(同項柱書括弧書)に当たる。また、本件支払は、「破
12 産者」(同項1号柱書本文)Aの「支払不能」の「後」である令和4年3月1日になされて
13 いる。さらに、Dは、Aが支払不能であることを「知っていた」(同号但書、同号イ)。

14 2.これに対して、Dは、財産分与は清算的側面を有するところ、仮に本件支払が破産手続開
15 始後になされていた場合には取戻権の行使として破産手続の影響を受けない(62条)のであ
16 るから、本件支払は破産債権者間の公平を害せず、否認の有害性が阻却されると反論すると
17 考えられる。では、金銭の支払いを内容とする財産分与請求権は取戻権となるか。

18 (1)金銭の支払いを内容とする協議が成立し、または裁判が確定したとしても分与権利者は
19 当該金銭の支払いを求める債権を取得するにすぎない。そこで、金銭の支払いを内容とす
20 る財産分与請求権は、取戻権ではなく、破産債権となると解する(判例)。

21 (2)DのAに対する財産分与の合意に基づく金銭支払請求権は、金銭の支払いを内容とする
22 財産分与請求権であるため、取戻権とはならない。

23 したがって、本件支払の有害性は阻却されず、Xによる否認権行使が認められる。以上

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」2006～2007（日本評論社）
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011（日本評論社）
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2025（日本評論社）