

第2問（配点50点）

<問題文>

次に掲げる事例について、以下の設問に答えなさい。

【事例】

A社は、建設工事を業とする株式会社であったが、折からの不況で、資金繰りが悪化していた。そこで、B信用金庫から1000万円の借入れをしようとしたところ、B信用金庫からは、A社の代表者であるCと、さらにもう1人十分な資力を有している者の計2名の連帯保証と不動産担保とがない限り、融資はできないと言われた。A社はいわゆる同族会社であり、その株式の70%はCが保有しており、代表者であるCのほか、親族である2名の取締役がいるが、業務はCが全面的に執り行っており、他の取締役には十分な資力がなかった。そこで、Cは、高校時代からの友人であり、以前若干の資金援助をしたこともあるDに「絶対に迷惑をかけることはないから。」と懇願し、連帯保証人となるとともに、Dの所有する山林を担保に提供することに同意してもらった。その結果、平成17年10月20日、B信用金庫は、C及びDを連帯保証人とし、D所有の山林に抵当権の設定を受けて、A社に対し1000万円を貸し付けた。なお、C及びDは、連帯保証や物上保証をするに際して保証料を受領していない。

しかし、その後、A社の主要な受注先である大手建設株式会社が同年11月15日、突然更生手続開始の申立てをし、従来の下請関係を抜本的に見直す措置がとられたため、A社の売上高は大幅に減少した。その結果、平成18年2月24日、A社は、ついに振り出した約束手形を決済できず、当該手形が不渡りになってしまった。そして、3月3日、A社は、破産手続開始の申立てをし、同月10日、開始決定がされた。また、A社の代表者であるCも、多額の連帯保証債務を弁済できない状態になり、3月3日、自ら破産手続開始の申立てをし、同月10日、開始決定がされた。Dは、このような状況の推移に驚いていたが、4月初めになって、B信用金庫の担当者から連帯保証債務の即時の履行を強く請求された。ところが、D自身、自己の経営しているコンビニエンス・ストアについて、近くに24時間営業のスーパーマーケットが出店したことなどから急激にその売上げが落ち込んでいたところであり、そこにこのような連帯保証債務の履行の請求がされれば事業の継続は困難になると判断して、4月14日、再生手続開始の申立てをし、同月28日、開始決定がされた。

B信用金庫は、A社の破産手続において1000万円の貸付債権について届出をし、Cの破産手続において1000万円の連帯保証債務に係る債権について届出をするとともに、D所有の山林に対する抵当権を近く実行する旨をDに通知した。ところが、Cの破産手続における債権調査では、Cの破産管財人Eは、上記連帯保証契約を否認する旨を主張して、B信用金庫の破産債権を認めない旨の認否をしたので、B信用金庫は破産債権査定申立てをした。また、B信用金庫がD所有の山林に対する抵当権を実行しようとしているので、Dの再生手続の監督委員Fは、否認権を行使する権限の付与を受け、上記抵当権設定契約を否認する旨を主張して、抵当権不存在確認の訴えを提起した。

〔設 問〕

1. あなたがFであるとして、B信用金庫に対する抵当権不存在確認訴訟において、否認権の行使を基礎づけるため、どのような主張をすることが考えられるか。想定されるB信用金庫からの反論も指摘しながら論じなさい。
2. あなたがB信用金庫の代理人であるとして、Cの破産手続における破産債権査定の手続において、Eの否認権の主張に反論するため、どのような主張をすることが考えられるか。CがA社の代表者であるという点を考慮に入れて、想定されるEからの反論も指摘しながら論じなさい。

<答案の思考フレーム>

[設問1]

1. あなたがFであるとして、B信用金庫に対する抵当権不存在確認訴訟において、否認権の行使を基礎づけるため、どのような主張をすることが考えられるか。想定されるB信用金庫からの反論も指摘しながら論じなさい。

1 Fの主張

- ・無償行為否認（民事再生法 127 条 3 項）
→本件抵当権設定契約が再生債務者 D による「無償行為」であるとして否認権行使

2 Fの主張の当否

- ・「再生債務者」の「支払の停止等」の「前六月以内にした無償行為」
→「再生債務者」D は、平成 18 年 4 月 14 日に再生手続開始の申立てをしているため、「支払の停止等」にあたる。そして、本件抵当権設定登記は、保証料等の何らの対価も得ておらず、かつ、それがなされたのは平成 17 年 10 月 20 日なので「前六月以内にした無償行為」といえる

3 B信用金庫の反論

- (1) 反論①：B信用金庫にとって「無償」とはいえない
 - ・無償行為否認が緩やかな要件のもとに認められている趣旨
→相手方が財産上の利益を対価なしに得ている場合には、否認権行使により事後的に取り戻されたとしても、相手方は財産状態が元に戻るだけで損失がないということにあるから、無償性については相手方である受益者の立場も考慮すべき（相手方の取引の安全を保護：【百選 36】島谷反対意見参照）
⇒B信用金庫は、本件抵当権設定契約と同時交換的に貸付を行っているため、B信用金庫にとって「無償」とはいえない
- (2) 反論②：Dにとって「無償」とはいえない
 - ・本件抵当権を実行した場合、連帯保証人 D は A 社に対し求償権を取得する
→「無償行為」には当たらない

4 Fの再反論

- (1) 「無償行為」は誰について判断すべきか：反論①に対する再反論
 - ア B信用金庫の反論（相手方の取引の安全を保護すべき）に対する再反論
 - ・否認権の制度趣旨
→再生手続開始前になされた再生債務者財産を減少させる行為に対して原状回復を認めることによって再生債務者財産を確保することにある
⇒否認権の要件該当性を判断するに当たっては、取引の安全よりも再生債務者財産の価値の減少いかに中心を考えるべき

イ 無償行為否認が緩やかな要件で認められる趣旨

- ・無償行為否認の要件が緩やかな根拠は、その対象となる再生債務者の行為が対価を伴わないため、再生債権者の利益を害する危険が顕著といえることにある。
- 無償性は専ら再生債務者について決すれば足りる

(2) 求償権は、保証の対価となるか：反論②に対する再反論

ア 求償権の性質

- ・保証等に基づいて債権者が満足を得た場合に、物上保証人が取得する権利
- 経済的には保証等に基づく出捐の代償ともいえそう

イ 求償権が保証の対価といえるか

- ・保証料が支払われていればこれを理由に無償行為性が否定されるにもかかわらず、保証料の支払いがない場合について求償権を保証等の対価と考えるのは一貫性を欠く
- ・保証が機能する段階では、主債務者は無資力に陥っているのが通常であるから、求償権があるからといって、その全額を回収することは困難である
- 求償権は、保証の対価ということとはできない

[設問 2]

2. あなたがB信用金庫の代理人であるとして、Cの破産手続における破産債権査定の手続において、Eの否認権の主張に反論するため、どのような主張をすることが考えられるか。CがA社の代表者であるという点を考慮に入れて、想定されるEからの反論も指摘しながら論じなさい。

1 Eの否認権の主張

- ・無償行為否認（破産法 160 条 3 項）

→本件連帯保証契約が破産者 C による「無償行為」であるとして、否認権行使

2 B信用金庫の反論

(1) 設問 1 と同様の反論

- ・「無償行為」については相手方の取引安全をも考慮すること
- ・求償権が存在する以上、無償とはいえない

※かかる反論については、設問 1 と同様の再反論が考えられる

(2) C が A 社の代表者であるという点を考慮に入れたうえでの反論

- ・A社に対する与信

→実質的経営者Cの出資の維持・増殖という形を通じて間接的にCの利益になっている

⇒保証等はその対価といえるから、「無償行為」とはいえないため、本件無償行為否認は認められない（【百選 36】林裁判官反対意見参照）

3 想定される E の反論

(1) 設問 1 と同様の反論

※かかる反論については、設問 1 と同様の再反論が考えられ、かかる再反論が認められる以上、B信用金庫の上記主張は失当である

(2) C が A 社の代表者であるという点を考慮に入れたうえでの反論

- ・同族会社

→法形式的には同族会社とその経営者とは別の法人格

（それぞれ異なる債権者がいるのが通常）

⇒保証等が同族会社の実質的経営者によってなされたという一事のみをもって、保証等の無償行為該当性を直ちに否定することはできない

（本件連帯保証契約は、「無償行為」に当たる）

4 Eの反論に対するB信用金庫の再反論

- ・CがA社の業務を全面的に執り行っていた

- ・CがA社株式の70%を保有し、取締役の選任解任を通じて会社経営方針を意のままにできる状態にあった

→同族会社であるA社とその経営者Cは、実質的には同一人格といえる

⇒「無償行為」性は認められる

<参考判例>

・最判昭和62年7月3日【百選36】（保証・担保の供与と無償否認）

[論証] 保証・担保の供与と無償否認【百選36】（H18②）

1 破産法160条3項の「無償行為」とは誰について判断すべきか。

無償行為否認の要件が緩やかな根拠は、その対象となる破産者の行為が対価を伴わないため、破産債権者の利益を害する危険が顕著といえることにある。

そうだとすれば、無償性は専ら破産者について決すれば足りるものと解される。

2 破産者が保証人又は物上保証人となる場合、破産者は求償権を取得する。そのため、保証等は「無償行為」に当たらないのではないか。

確かに、求償権は、保証等に基づいて債権者が満足を得た場合に、保証人又は物上保証人が取得する権利であり、経済的には保証等に基づく出捐の代償であるともいえる。しかし、保証料が支払われていればこれを理由に無償行為性が否定されるにもかかわらず、保証料の支払いがない場合について求償権を保証等の対価と考えるのは一貫性を欠くものである。実質的に見ても、保証が機能する段階では、主債務者は無資力に陥っているのが通常であるから、求償権があるからといって、その全額を回収することは困難であるといえる。そうすると、求償権は、債権者に対する弁済という出捐に対する回復の手段に過ぎず、保証等の対価として意味を持たないといえる。

したがって、保証人等である破産者が相当額の保証料等を取得していない限り、保証等は「無償行為」に当たるものと解すべきである。

※ 「無償行為」性を誰について判断すべきか、という点については、多数意見は破産債権者の利益を重視している。これに対し、島谷裁判官の反対意見は、取引の安全を図る観点から、破産者だけでなく、相手方である受益者の立場も考慮すべきとする。

<論証例>島谷裁判官反対意見

無償行為否認が、緩やかな要件のもとに認められている根拠は、相手方が財産上の利益を対価なしに得ている場合には、破産財団の増殖のために事後的に取り戻されても相手方は財産状態が元に戻るだけで損失はないという点に求められる。そうであるならば、「無償」であるかどうかは、相手方の取引の安全という観点を無視することは許されず、再生債務者のみならず、相手方である受益者の立場も考慮すべきである。

確かに、取引の安全の観点は、一定程度考慮されるべきである。しかし、そもそも否認権は、再生手続開始前になされた再生債務者財産を減少させる行為を原状回復することを目的とする権利であることから、その要件の解釈においては、再生債務者財産の価値の減少の有無を中心に考えざるを得ない、という反論が考えられる。（H18司法試験第2問）

※ 求償権は保証等の対価となるか、という点についても、求償権が経済的には保証等に基づく出捐の代償であり、無償行為にあたらぬとする島谷裁判官の反対意見がある。しかし、求償権は、債権者に対する弁済という出捐に対する回復の手段に過ぎず、保証等の対価として意味を持たないといえる。したがって、保証人等である破産者が相当額の保証料等を取得していない限り、保証等は「無償行為」にあたる。

※ 【百選36】事件は、主債務者であるA株式会社は同族会社であり、保証人等であるBはA社の代表者で実質的な経営者でもある事案である。

このような場合、会社に対する融資等により保証人等である破産者自身が出資の保全等の利益を受けたと見て、保証等は「無償行為」に当たらないとする林裁判官の反対意見もある。

しかし、保証人等の破産手続は、会社と別個の破産者個人に対する総債権者の満足のためその総財産の管理換価を目的として行われるものであるから、その一事をもって「無償行為」性を否定することはできないというべきである。

ただし、BがA社の業務を全面的に執り行っていたこと、株式の多くを保有し、取締役の選解任を通じて会社経営方針を意のままにできる状態であったことから、実質的に同一の人格であると見ることができるとして、「無償行為」性を否定する余地がある。(H18 司法試験第2問)

< 出題趣旨 >

保証行為及び物上保証行為が無償否認の対象になるか否かを問うものである。

設問1では否認を肯定する立場から、設問2では否認を否定する立場から、それぞれ反対説の論拠も踏まえて論理的かつ説得的な論述を展開する必要がある。最判昭和62年7月3日民集41巻5号1068頁（以下「昭和62年判決」という。）の反対意見も含めた判旨及びそれを巡る議論の正確な理解が要求される。

設問1では、一般的な場面における無償否認の成否が問題となる。昭和62年判決における多数意見のような立場に基づき論じることになるが、それに対する相手方の反論として、同判決における島谷裁判官の反対意見のような議論を指摘し、無償否認の趣旨・根拠に遡った形で論旨を展開する必要がある。

設問2においては、上記設問1とは異なり、否認を否定する立場からの論述が求められる。「CがA社の代表者であるという点を考慮に入れて」論じるものとされているため、いわゆる同族会社に関する特別の考慮が問題となる。昭和62年判決の林裁判官の反対意見のような立場に基づき論じることになるが、それに対する反対論（同判決の多数意見のような見解等）をも踏まえて、議論を組み立てていく必要がある。

〔採点実感・ヒアリング〕

出題の趣旨であるが、倒産法の出題に関して特に意図したのは次の2点である。いずれも特に変わった点ではないが、第1に、事前に主たる出題範囲としてアナウンスをした破産法及び民事再生法について基本的な事項が正確に習得できているかどうか問うという点である。第1問も第2問も主たる出題範囲である破産法と民事再生法に関係している。プレテストでは破産法で1問、民事再生法で1問と別々に出題したが、どちらの問題も破産法と民事再生法に関係するように問題を作り、基本的な事項の習得を見たということである。第2に、特に第2問についてであるが、ある法律問題について単に通説や判例の結論を憶えるというのではなく、利害の異なる関係者の視点から、相手の反論を予想しながら議論を組み立てるという能力を習得できているかどうかを確認した。倒産法の第2問の事例はかなり長い。設問は1と2とあり、あなたが一方当事者であるとしてどういう主張をすることが考えられるか、想定される反論を指摘しながら論じなさい、あるいは、あなたがこの当事者の代理人であるとして、どういう主張をすることが考えられるか、相手方からの反論を想定しながら論じなさいという問いの形である。一直線に結論を導くのではなく、反論を予想しながら議論を組み立てることが分かっているかどうかを見たわけである。

なお、サンプル問題では単にある当事者間に契約があるなどとは書かず、契約書のサンプルを付して権利関係を読み取るということをさせた。今回は特にそのような出題をしていないが、そういう方式を排除したわけではない。一連の事実から必要な事実を抽出する能力というのは、機会があれば引き続き適切な形で問うていきたいと考えている。

以上が出題の趣旨である。

次に採点実感である。本年の初回の試験をプレテストと比べたとき、一番大きな違いということで倒産法の考査委員の意見が一致したのは、全くできていない、あるいは、ほとんどできていない答案が大幅に減少したことである。これについては、二つのことが言えると思われる。出題の難易度を見ると、プレテストの方が難しかったと思われるが、このような問題の難易度の差を差し引いても、1年分の勉強がそれなりの成果を上げていることが見てとれた。プレテストの段階では、選択科目の勉強にまで時間を割けなかった受験生が多かったと思われるが、それから見れば格段の進歩が見られる。二つ目に、倒産法の出題の基本になる破産法については、平成16年に大改正があり、教科書、あるいは、演習書の類はプレテストの段階ではあまりそろっていなかったと思われるが、この1年間で徐々にそろってきているということも、副次的であるが、先ほど申し上げた大きな違いの原因ではないかと思っている。

次に、出題の意図に即した答案の存否、多寡と出題時の想定との乖離をまとめて申し上げる。基本的な事項についてはおおむね良くできていて、この点は事前の懸念を払拭するものであった。出題は破産法のみならず民事再生法からもなされたところ、民事再生法は破産法に比べて学生向けの教科書等が少ないため、相対的に勉強しにくく、不十分な解答が多く出るのではないかという懸念も出題時にはあった。しかし、出題が基本的な事項であったこともあったと思うが、事前の予想よりは多少ましな出来であったと感じた。

しかしながら、ある制度、あるいは、条文の理解の正確さという点では不十分な答案が少なからずあり、この点は事前の懸念のとおりであった。解答の最初に「そもそも」で始まる一般論が長々と書いてある答案、その一般論が後の方の記述に結び付いていない答案が多いというのも事前の懸念のとおりであった。また、法律学以前に文章の書き方そのものに問題

のある答案、一文が長すぎて主語と述語が対応していないとか、段落番号の分け方が細かすぎる、極端な場合一文一文で改行して番号をふっている、あるいは、段落なしに書いている答案等も散見された。さらに、通り一遍の解答ではなく、自分の言葉で説明している答案も事前の懸念のとおり少数であったということも指摘せざるを得ない。

出題時の想定と実際の答案の乖離の話の続きであるが、倒産法の出題では第2問で単に法律関係を問うのではなく、一方当事者の立場に基づいた議論を組み立てなさいという出題をしたが、設問にあなたが何々であるとしてどのような主張をすることが考えられるか、想定される相手方からの反論を指摘しながら論じなさいと明示したにもかかわらず、そのような出題の意図に沿わずに解答の仕方に難のある答案が事前の予想より多かったように思われた。つまり、一方当事者の立場から見た議論がなく、単に客観的な法律関係の説明に終始する答案であるとか、主張、反論、再反論というような多面的な検討がなく、単線的な議論に終始する答案、あるいは、主張、反論、再反論と形はなっているけれどそれぞれかみ合っていない答案が少なからずあった。

出題の意図と実際の答案と乖離の原因として推測されることについて、倒産法に限らないものと、倒産法に限るものと二つに分けて申し上げる。まず、倒産法に限らず法律学一般にかかわることであるが、基本書の精読等の自学自習と法科大学院での教育との組合せが成果を上げていないということが、以下に述べる三つの現象として現れ、これらが複合して出題の意図と答案の乖離につながっているように思われる。

まず、一つ目は、議論を組み立てるときに必須の基本的な事項についての正確な理解が足りていない。つまり、レンガがないので家が組み立てられない。レンガができていないことである。それから、記憶したことを吐き出すのに精一杯で、論理的に整合的な議論を自分で組み立てる力が付いていないことである。それから、個人的に最も懸念しているところであるが、唯一の正解思考が強いために応用力がきかない。立場を変えながら反論、再反論を組み立てる多面的な思考が苦手な部分があるのではないかということである。以上が法律学一般の学習にかかわることである。しかし、それは、倒産法という局面にも出ているということである。次に、出題の意図と実際の答案が乖離した倒産法固有の原因としては以下のようなものが考えられる。基本となる破産法が平成16年に改正され、教科書、演習書等の不足はかなり解消されてきているが、今回の受験生の勉強には間に合わなかったという部分もあるかと思われる。ただ、これは徐々に解消されるはずで、現に以前に比べれば学生の勉強に適した材料が増えてきているように見受けられる。それから、これは倒産法固有ではないかもしれないが、サンプル問題とプレテストの合計3問を本試験の前にこちらから提示したが、その3問だけではどのような勉強をすべきかを考えてもらう材料が足りなかった。そこで、基本的な事項がおろそかになったまま、過度に応用的な、あるいは、過度に実務的な事項に傾斜した教育や学習がされていた可能性もあろうかと推測している。

今後についてであるが、今回の結果を受けて法科大学院に求めるものは、どの分野でもそうであるように、基本的な事項の正確な習得や他の民事法分野との関連の理解に十分留意することであり、それを踏まえて応用的な議論の展開能力のかん養を目指すことであろうと思われる。特に第2問に関して述べたとおり、視点、立場を変えながら議論を組み立てる能力というのは、双方向的な授業における教員、学生間の質疑応答、あるいは、教員の指導の下での学生間の議論を通じて習得するのが最も有効であると思われるので、そのような教育、指導がされることが望ましいと考える。法科大学院においては、どの選択科目もそうかと思われるが、授業時間を多く取るというのは一般的に困難であるから、自己完結的な教育とい

うのはそもそも難しく、自学自習ができるための核となる学力、雪だるまであれば芯を作るところが教育としては重要なのであって、どのような形で芯を作ってあげればその後で自分で転がせるか、ということに教育としては留意すべきであろうと感じた。倒産法に限らず、他の科目全体に通じることと思われるが、法科大学院は理論と実務を架橋するものだと言われているが、過度に実務に傾斜した教育というのは望ましくないだろうと考えている。よく言われることであるが、すぐに役に立つ知識というのは、すぐに役に立たなくなることが多いのではないか。

実務的な知識というのは、いずれ仕事をする中で習得できるものであり、ある事柄、行為の意味が何なのか、どういう意味を持っていて、どうしてそうなるのかという意味こそ、法科大学院で教育、学習すべきだと思われる。もちろん、実務的なニーズのなさそうな理論のみを専ら教育するのは不適切であるというのは当然の前提である。

最後に、今回の結果を受けて、今後の新司法試験の出題に関して考えていることを若干付け加えておきたい。今まで述べたこととおおむね尽きているが、今後は、基本的な事項を適切に組合せ、応用的な問題を作り、従来、あまり議論されていないものについても、総合的な学力を測定するために出題することを考えてもよいのではないかという印象を持ったということを付け加えさせていただきたい。