

入試日程 C日程 出題科目名 憲法 **解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

表現の自由は、「一切の」表現の自由を保障する。表現とは、情報の発信・受領・収集を意味する。Aが刑務所内の処遇改善を世の中に訴える旨の文書を作成して雑誌社に投書することは、情報の発信として、憲法21条1項によって保障される。

表現の自由は、一般的に、自己統治及び自己実現の価値を有するから重要である。Aが刑務所内の処遇改善を世の中に訴える旨の文書を雑誌社に投稿することは、受刑者の更生など社会の発展に資することから自己統治の価値を有する。また、そのような文書を雑誌社に投稿することは、Aが自分らしく生きることに資することから、自己実現の価値を有する。したがって、Aの刑務所内の処遇改善を世の中に訴える旨の文書を雑誌社に投書する自由は、重要である。

しかし、Aは、監獄法第46条第2項によって、Aの刑務所内の処遇改善を世の中に訴える旨の文書を雑誌社に投書することができなくなるので、Aの刑務所内の処遇改善を世の中に訴える旨の文書を雑誌社に投書する自由が直接的かつ剥奪的に制約されることになる。とはいえ、監獄法第46条第2項は、「刑務所内の秩序維持」が害されるという弊害を防止するためのものであることに鑑みると、Aの刑務所内の処遇改善を世の中に訴える旨の文書を雑誌社に投書する自由は、間接的付随的に制約されると解することもできる。

これらの点を考慮したうえで、Aの刑務所内の処遇改善を世の中に訴える旨の文書を雑誌社に投書する自由に対する制約の合憲性を検討して欲しい。監獄法第46条第2項の目的は何か、その目的とAによる文書の発信を不許可とすることにはどのような関連性があるのかを検討する。「刑務所内の秩序維持」のために、「其親族ニ非サル者ト信書ノ発受ヲ為サシムルコトヲ得ス」とすることの相当性の有無を検討し、「特ニ必要アリト認ムル場合」とは何かを具体的に検討するのである。

・出題の意図

本仮想事例では、Aの文書の発信を不許可にする監獄法46条2項が、Aの刑務所内の処遇改善を世の中に訴える旨の文書を作成して雑誌社に投書する自由を制約することの合憲性を検討することが求められている。なお、監獄法46条2項に基づきAの文書の発信を不許可にすることが、Aの刑務所内の処遇改善を世の中に訴える旨の文書を作成して雑誌社に投書する自由を制約することの合憲性を検討すると構成することも可能である。どのような結論になるにせよ、説得力のある具体的な論述をして結論を導くことが望まれる。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

（１）運転免許証に紙片を貼付し、それをスキャナにかけた行為

運転免許証は D 県公安委員会という公務所名義の文書であり、名義人たる公安委員会の記名・捺印が表示されているので、有印公文書である。これに公安委員会の許可なく紙片を添付して内容を改ざんすることは、運転免許証の証明力の根本的部分の改変として、この限りで偽造の定義に該当する。もっとも、この程度の概観では一般人が肉眼で見れば、不真正な免許証であることを見破れるので、偽造の域に達していないようにも思われる。しかしながら、この免許証につき社会通念上想定される行使態様との兼ね合いで、その程度に達していない外観でも偽造を認めてよいと考える。本問の場合、結局甲はこの運転免許証をスキャナにかけてその画像を V に確認させ、その画像データを保存させるという形で、当該切り貼り免許証の行使に成功していることから、翻ってこの程度の工作により「偽造」の程度に達したと見てよいことになる。そして、甲にはこのような行使の目的があったから（故意にも問題なし）、この切り貼り行為につき、甲には有印公文書偽造罪、さらには同行使罪が成立する（両罪は牽連犯）。

（２）カードの発行申込書を作成し、それをスキャナにかけた行為

この申込書は私人が名義人となって、その署名及び捺印がなされるので、有印私文書である。その際、この文書は申込者のカード発行を希望する意思及びその個人情報証明する内容となっているので、刑法 159 条 1 項（以下「刑法」略）にいう「事実証明に関する文書」にあたる。

もっとも、甲はこの文書の名義人として A の氏名を掲げており、名義人と作成者が異なっており、名義人 A からこの申込書の作成につき許諾を得ているといった事情も見当たらないので、すでにこの点から、甲の当該申込書作成行為は同条にいう偽造にあたると見ることができる。もし仮に作成につき A の（推定的）同意が存在したとしても、このローンカード発行申込書がカード使用者の返済能力を確認するための素材として存するという、文書の性質からして、現に店員と対峙して申し込みをする者が作成していない限り、名義人と作成者の人格の同一性に齟齬を来たしたと見て、やはり偽造と評価されるべきである。そして、甲はこの申込書を無人契約機のスキャナにかけて、店員 V にパソコンのディスプレイ越しに確認の上、PDF ファイルに保存させるという行使行為をしており（行使罪が成立）、その目的で本件申込書を作成したことは明らかなので、甲にはこの作成行為につき有印私文書偽造罪、スキャナにその文書を読み込ませる行為に同行使罪が成立する（両罪は牽連犯）。

（３）その結果、V に特別ローンカードを交付させた行為

甲は上述のようにして A になりすまし、特別ローンカードという、B 社（のカード管理を担当する社員）が占有する財物を V から交付させている。甲がカード名義人 A になりすます行為は、消費者金融会社がカードの発行に際し、利用者（名義人）の返済能力について業界のデータベース等を利用しながら確認する作業を重要視しているところ、その判

断資料を偽ることとなるから、処分行為に出るかどうかを決定する際の重要な事実を偽る行為なので、246条1項にいう「欺く」行為、すなわち欺罔行為にあたる。そして、これにより社員Vは、発行すべきカードの名義人が甲とは別人の、しかも返済能力に特段の問題なきAであるとの錯誤に陥って、それにしがいがローンカードを無人契約機から排出させることによって甲に交付し（処分行為）、カードの占有が甲に移転した。また、本罪の故意及び不法領得の意思に問題はない。よって、この点につき、甲には1項詐欺罪が成立する。

（4）まとめ

以上により、甲は、1項詐欺罪をかすがいとする有印公文書偽造罪、同行使罪、有印私文書偽造罪、同行使罪、及び1項詐欺罪の科刑上一罪の責を負う。

・出題の意図

主として、文書偽造罪の基本事項の正確な理解を前提に、（有形）偽造の意義、及び平成時代以降の比較的新しい論点である、当該文書につき想定される行使態様との兼ね合いで、求められる偽造の程度を緩和する議論を正しく把握しているかどうか、確認する趣旨で出題した。さらに、消費者金融のB社（社員V）に対する1項詐欺罪（ローンカード）の成否に際しては、不法領得の意思（特に、そのうちの経済的利用処分意思）の存否についても、最高裁判例（最決平16・11・30刑集58・8・1005等）をも意識しながらの論述を期待した。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

（問題 1）

物の所有権が移転するためには、意思表示（民法 176 条）と、その効果が物に帰属するための処分権限が必要であり、処分権限は典型的には所有権である。

本問での B の行為は代理行為ではなく、自己が所有権を有しない甲土地を自己の名義で C へ売買しており、純然たる他人物売買である。今年度の司法試験民法では他人物賃貸借が出題されており、その前提ともいうべき他人物売買については、当然正確に理解していることが求められる。表見代理等と混同するようなことがあってはならない。

他人物売買は、そのままでは目的物に効果が帰属することがなく、甲土地の所有権が C に移転することはないが、本件売買自体は有効であり、売主は、所有権者から権利を取得して買主に移転する義務を負うことが民法 561 条に規定されている。しかし、A は、甲土地の B への贈与又は C への権利移転を拒絶しており、買主 C は、この時点で、B の C に対する債務は社会通念上履行不能になったとして、本件売買を解除した上での原状回復請求により代金の返還を求めることもできるし（542 条 1 項 1 号、545 条 1 項、同条 3 項）、本件売買を解除せず、甲土地の引渡しに代わる填補賠償を請求することもできる（415 条 1 項、同条 2 項 1 号）。

（問題 2）

B は、A という他人が所有する甲土地を無権限で C に売った他人物売主であるが、その債務の履行の可否が不明のままに A が死亡し、相続により甲土地の所有権が売主 B に帰属したことになる。無権代理人について相続が生じた場合の議論を参照しつつ、A が生前は甲土地の C への移転を拒絶することもできたことと、他人物売主が物の所有権を取得した場合には当然に物の権利が買主に移転するとされていることの両者を考慮し、説得的に結論を示す必要がある。

そして本件売買による C への権利移転が認められる場合には、B が甲土地を D に売却したことにより、CD への二重譲渡の問題となる。

通常であれば、A より同じ甲土地を買い受けた D は、C にとって民法 177 条の第三者であり、登記のない C は、D に所有権を対抗することはできない。また、自由競争を前提とする以上、単に先行する取引を知っているという単純悪意者を民法 177 条の第三者から除くことはできない。しかし、不動産登記法 5 条が、一定の類型の者は登記の欠缺を主張できない旨を定めており、これに類するような、相手方の登記の欠缺を主張することが信義則上許されないといえるような背信的悪意者については、民法 177 条の第三者から除外するのが相当である。

本件の D について検討するに、D は、D 自身が本件売買の成立を導き、売買の場に立ち会って、2000 万円という価格が適正であること、B は間違いのない人物であることを説明して、C をして甲土地を確実に取得できると信じさせる役割を果たし、仲介人ではな

いが、それに近い立場であった。Dは、Cに対する害意までは認められないが、Cが代金支払済みであることを知っており、Cが権利を取得できなければ損害を受けることは認識しながら、転売利益を得たいとの理由で、Aより甲土地を買い受けた。以上のDの行為は、著しく信義則に反するというべきであり、このようなDについては、背信的悪意者として、民法177条の第三者より除外することが相当であるから、CはDに対し、登記なくして甲土地の所有権を対抗でき、所有権に基づき、登記と占有の移転を求めることができる。

・ 出題の意図

本事例は、DのCに対する害意までは存在せず、判例が典型的に背信的悪意者と認めるような事例とは異なる。したがって、この点を強調し、なおDは背信的悪意者とするには足りず、Cの請求は認められないとの立論も可能である。民法177条の原則と、例外としての背信的悪意者排除論を良く理解し、具体的事情に着目しながら説得的に論じられていれば、いずれの結論であってもよい。

なお、Dが背信的悪意者とまでは言えない場合に、BD売買を詐害行為として取り消すこともあり得るが、本問でBは無資力ではないとしているのは、その検討は不要とする趣旨である。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

1. 会社法 52 条に基づく責任

本件株式会社の設立手続は発起設立によっている。B は金銭出資、A は自己所有の土地を現物出資する形でそれぞれが 1000 株ずつを引き受けた。A の現物出資財産の価額は原始定款に 1 億円と記載され（28 条 1 号参照）、その価額が相当であることについて、弁護士 C と不動産鑑定士 D の証明を受けている（33 条 10 項 3 号参照）。

現物出資がある場合には、原則として、発起人は裁判所に検査役選任の申立てをしなければならないが（33 条 1 項）、専門家の証明を受けることによって省略できる（33 条 10 項 3 号）。現物出資財産が不動産であるときは、弁護士等の専門家の証明だけでは足りず、不動産鑑定士の鑑定評価も必要となる（33 条 10 項 3 号第 2 かつこ書）。本件では、適法に評価証明を受けており、したがって、検査役の調査は不要である。

甲社が成立した後、A が出資した土地の時価が 2000 万円程度しかなかったことが発覚した。定款に記載した金額 1 億円の 5 分の 1 しかなく、著しく不足するといえる。会社法 52 条 1 項は、株式会社成立時の現物出資財産の価額が定款に記載された価額に著しく不足するときは、発起人および設立時取締役は当該株式会社に対し不足額を支払う義務を負う旨を定めている。もっとも、現物出資者以外の者については、検査役の調査を経た場合またはその職務を行うについて注意を怠らなかつた場合には免責される（52 条 2 項 1 号・2 号）。

A は、発起人でありかつ設立時取締役であり、また、現物出資者であるから免責の余地はなく、不足額 8000 万円を甲社に対し、支払う義務を負う。B も発起人であり、かつ設立時取締役である。本件では、検査役の調査を受けていないから、免責の余地があるとすれば、無過失の主張立証が可能である場合である。B は、現物出資された土地の時価について全く知らなかつたということであるが、設立時取締役として A とともに現物出資価額の相当性について調査し発起人に報告しているのであるから、そもそも本件土地の時価について全く知らなかつたことに重大な過失があるというべきである。よって、B にも免責の余地はない。

C および D も証明者として、当該証明を行うについて注意を怠らなかつたことを主張立証できなければ、会社法 52 条 3 項により、A および B と連帯して甲社に対する不足額の支払い義務を負う。

C および D は、本件土地の時価が 1 億円に不足することを認識しながら、虚偽の証明をしたのであるから、注意を怠らなかつたとは到底いえない。

以上から、A、B、C および D は連帯して甲社に対し不足額 8000 万円の支払義務を負う。

ただ、本問では、甲社の株主 X の主張が問題となっているから、A および B が発起人または設立時取締役として甲社に対して負う支払義務を責任追及等の訴えによって追及することができるにとどまる（847 条 1 項以下）。甲社は非公開会社であるから（取締役

は A と B の 2 名のみ)、X が甲社に提訴請求するにあたり、6 か月間の株式の継続保有要件も要求されない (847 条 2 項)。

2. 会社法 53 条 1 項に基づく責任

発起人および設立時監査役等が株式会社の設立について任務を怠ったときは、当該株式会社に対しこれによって生じた損害を賠償する責任を負う (53 条 1 項)。

A は、発起人として株式会社の成立に向け適正な職務遂行をすべき善管注意義務を負い (ただし、会社はまだ成立していないので、会社に対する義務ではない)、自ら現物出資財産の過大評価をすることは善管注意義務に違反する。また、設立時取締役として、B とともに設立に係る調査を行っているが、現物出資財産の価額が相当であるとの虚偽の報告をしており、法令違反 (46 条 2 項) が認められる。したがって、定款に記載された 1 億円と現実に出資された財産の時価との差額が甲社に生じた損害と評価されるならば、A は甲社に対し、8000 円の損害賠償責任を負うことになる。

同様に、B についても設立事務を A に任せきりにして本件現物出資財産の過大評価について回避することができなかつたことに善管注意義務違反があり、また、設立に関する調査において虚偽の報告を行っている点に法令違反 (46 条 2 項) が認められる。よって、B も A と同様の損害賠償責任を負い、両者の責任は連帯する (54 条)。

なお、実際に現物給付はなされており、差額概念はあくまでも評価の結果生じるにすぎないので、定款に記載された 1 億円と出資された財産の時価との差額は損害ではないと考えることもできる。その場合には、A と B の会社法 53 条 1 項に基づく損害賠償責任は否定される。

A および B の甲社に対する損害賠償責任が成立すると考える場合には、甲社の株主 X は責任追及等の訴えを提起することにより、A および B の甲社に対する損害賠償責任を追及することができる (847 条 1 項以下)。

そのほか、A の現物出資を仮装給付 (52 条の 2) と構成することも考えられるかもしれないが、同条の適用を受けるためには、出資の仮装、すなわち、一旦は、形式的に相当な給付がなされていることが必要のように思われる。したがって、仮装給付を根拠とする X の主張は困難であると思われる。

・ 出題の意図

株式会社の設立において、現物出資がなされ、当該現物出資財産の価額が定款に記載された額に著しく不足する場合、発起人、設立時取締役および現物出資財産に係る評価証明をした専門家は成立後の株式会社に対しいかなる責任を負うかを会社法の条文に即し、検討させるものである。なお、請求するのが、成立後の株式会社の株主である点に注意する必要がある。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

1、文書の所持人の文書提出義務について

文書提出命令とは、裁判所が当事者（挙証者）からの文書提出命令の申立て（221条）を理由があると認めたとときに決定をもって、その提出を命じることをいう。文書提出義務は、証拠の偏在を是正し当事者間の公平を確保する制度であり、文書の所持人に文書提出義務（220条）が認められる場合に認められる。文書提出義務は、220条各号に定められており、1号～3号は引用文書（同条1号）、引渡・閲覧請求文書（同条2号）、利益文書（同条3号前段）、法律関係文書（同条3号後段）について個別の義務を定めている。また、4号は前述の制度趣旨から、一般義務を定めるとともに4号イ～ホに所持人の正当な利益を保護する見地から除外事由を定めている。引用文書は、文書の内容について相手方に立証の機会を与えるのが公平である。引渡・閲覧請求文書は文書の記載内容について挙証者の支配が及ぶといえる。利益文書は挙証者の利益のために作成されている文書である以上、挙証者の証明手段として文書の利用が認められるべきである。法律関係文書は、文書の所持者と挙証者との間に特定の法律関係が認められる。これらの理由から220条1号～3号は個別の文書提出義務を定めている。

2、銀行の貸出稟議書の提出に関する問題点

貸出稟議書は、融資先の情報や融資条件などが記載された文書で、銀行（金融機関）内で作成され利用される文書である。これは銀行の融資の適正を判断するための有力な証拠となりうるが、銀行側にとっては自らに不利な証拠となることも考えられ、銀行が任意に提出することや文書送付嘱託（226条）に応じることは期待できない。そこで、文書提出命令による提出が認められないか、具体的には貸出稟議書が、法律関係文書（220条3号後段）に該当するか、また一般義務として認められるかに関し自己利用文書（220条4号ニ）に該当するかが問題となる。

（1）法律関係文書に該当するか

銀行の貸出稟議書は、前述のとおり銀行内で融資に関し作成される文書であり、法律関係を記載した文書ではない。

したがって、法律関係文書（220条3号）には該当しないと考える。

（2）自己利用文書に該当するか

ある文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であって、開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い府営駅が生ずるおそれがあると認められる場合には、特段の事情がない限り、自己利用文書に該当すると解される（最決平成11・11・12民集53巻8号1787頁）。

そして、銀行の貸出稟議書は、貸出業務の適正を証拠付ける重要な資料として実務上必ず作成され、監督官庁による資産査定に関する検査の対象になるなど、開示を全く予定しない個人的な備忘録・日記帳とは異なる側面を有することは確かである。

しかし、本来的には銀行の内部的な意思形成のために作成されるもので、開示目的で法律上作成が義務付けられた文書ではない。そして、これを開示すれば、記載された融資の審査についての忌憚のない評価や意見、その他重要な情報が外部の者の目に触れるところとなり、ひいては個人のプライバシーが侵害されたり、または、銀行の自由な意思形成が阻害されるおそれ大きい。

したがって、銀行の貸出稟議書は特段の事情がない限り自己利用文書に該当しないと解すべきである。

なお、特段の事情としては、銀行が破綻し今後融資を予定しないなどの事情が想定される（最決平成 13・12・7 参照）。

・ 出題の意図

文書提出義務の一般的な理解を問うとともに、裁判例で問題となっている文書提出命令における銀行の貸出稟議書に関する問題点の理解を問う問題である。

以上