

入試日程 B日程 出題科目名 憲法 **解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

教育権（教育の自由）は、教育を受ける権利（憲法 26 条 1 項）が子どもの学習権を保障するものであるに対応して、子どもへの具体的な教育内容を決定・実施する権利として保障される。X の学習指導要領を大きな枠組みと捉えて、教科書をほとんど使用せず、自作のプリントなどを多用して授業を行う権利は、教育権として、憲法 26 条 1 項によって保障される。

教育権は、子どもが自分らしく生きていくための知識や経験を提供することに資するから重要である。X が自作のプリントなどを多用して「物理」の全てを教えることは、一般的に苦手意識が高いといわれている物理について、生徒の理解を深め、子どもが自分らしく生きていくための知識や経験を提供することに資する。したがって、X の学習指導要領を大きな枠組みと捉えて、教科書をほとんど使用せず、自作のプリントなどを多用して授業を行う権利は、重要である。

しかし、X は、A 県教育委員会から懲戒処分を受けることで、X の学習指導要領を大きな枠組みと捉えて、教科書をほとんど使用せず、自作のプリントなどを多用して授業を行うことができなくなる。これにより、X の学習指導要領を大きな枠組みと捉えて、教科書をほとんど使用せず、自作のプリントなどを多用して授業を行う権利が直接的かつ剥奪的に制約されることになる。とはいえ、A 県教育委員会による懲戒処分は、「教育の機会均等、一定の教育水準の確保」が妨げられるという弊害を防止するためであることに鑑みると、X の授業を行う権利は、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、X の学習指導要領を大きな枠組みと捉えて、教科書をほとんど使用せず、自作のプリントなどを多用して授業を行う権利に対する制約の合憲性を検討して欲しい。具体的には、A 県教育委員会による懲戒処分の理由は何か、その理由と懲戒処分にはどのような関連性があるのかを検討していく。すなわち、「教育の機会均等、一定の教育水準の確保」のために、懲戒処分を行うことの相当性の有無を、自作のプリントなどを多用して「物理」の全てを教えるという X の教育手法を踏まえて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 県教育委員会が A 県立 B 高校の教諭 X を懲戒処分にする一方で、X の学習指導要領を大きな枠組みと捉えて、教科書をほとんど使用せず、自作のプリントなどを多用して授業を行う権利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。どのような結論になるにせよ、教諭 X 及び A 県教育委員会の立場を踏まえた、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）甲の罪責

甲は事情を一部知らない乙を道具として利用し、自宅の住居に放火させ、住居は全焼したので、刑法108条（以下「刑法」略）にいう「焼損」の結果も発生している。もっとも、この住居は当時行為者甲以外に居住者はおらず、しかも甲以外の者は住居内にいなかったため、同条にいう現住建造物とは言えないため、自己所有の非現住建造物（109条2項）に過ぎないように見える。しかし、甲はこの住居に火災保険をかけていたため、刑法115条により、甲の住居は甲にとっても他人所有の非現住建造物となる。よって、甲には他人所有の非現住建造物放火罪の間接正犯が成立する（以上の事情を甲は認識していたので、同罪の故意には問題ない）。

（２）乙の罪責

まず、乙は甲宅に放火して、全焼させている。甲宅は甲の住居として使用されていたので、現住建造物となるようにも思われるが、居住者であり現在者である（しかも家屋の所有者でもある）甲が放火に同意しているため、その限りでは、甲宅は自己所有の非現住建造物となる。乙はその認識で甲宅に放火しているため、乙の認識では自己所有の非現住建造物放火罪が成立していることになるが、実際にはこの家屋に火災保険がかけられていたため、甲宅は115条により他人所有の非現住建造物となる。したがって、乙は自己所有の非現住建造物放火罪（109条2項）を犯すつもりで（その際、不特定多数人の生命・身体・財産に対する危険と定義される公共の危険は、甲宅が住宅地内に建っていたものと思われることから、それをことさら否定することはできないであろう）、他人所有の非現住建造物放火罪（109条1項）を実現したことになり、これは一種の抽象的事実の錯誤といえる。したがって、乙は、これら両罪の構成要件が重なり合う限度で（少なくとも両罪は保護法益が公共の安全として同一である）、軽い、自己所有の非現住建造物放火罪の責を負う。放火について甲と乙との間に共謀が存するので、共同正犯の関係が認められ（甲は発案者であり、乙は放火の実行者として、いずれも役割が大きい）、両名は自己所有の非現住建造物放火罪の限度で共同正犯の関係に立つ。そして、それを超える他人所有の非現住建造物放火罪について、甲は単独正犯の責を負う。

さらに、甲は乙の自殺を放火によって促進しているが、殺害行為を実行しているのは「自殺者」甲自身ではなくて、乙の方なので、これは自殺関与罪（202条前段）ではなく、同意殺人罪（同条後段）と評価すべきである。

よって、甲には自己所有の現住建造物放火罪の共同正犯と同意殺人罪の単独正犯が成立し、両者は放火という同一行為によって実現されているので、観念的競合となる。

・出題の意図

刑法115条は自己所有の非現住建造物等でも、一定の場合には他人所有として扱う旨、規定している。

そこで、この規定を知っているかどうか、この点に関する錯誤も絡めながら確認し、合

わせて、その前提として、たとえ他人の居住・滞在する住居であっても居住者・滞在者全員が放火に同意しているか、死亡してしまっている場合には非現住・非現在建造物となること、また非現住建造物等の所有者が放火に同意している場合は一応自己所有扱いとなるという、放火罪におけるおなじみの解釈が答案上でなされているかどうかも含め、放火罪に関する基礎知識の実用的理解の度合いを試す趣旨で出題した。その結果、判例・通説の解釈に従えば、本問の甲は「他人所有の」非現住建造物等放火罪の責を負い、他方乙には錯誤処理の末、自己所有の非現住建造物等放火罪が成立することとなる（両名の共同正犯の成立範囲に関し、部分的犯罪共同説に立つ場合は、さらに配慮が必要）。なお、乙にはさらに同意殺人罪ないしは自殺関与罪（本問事例はこれら両罪の境界線上にあるケースとも言えるが、殺人の実行行為を行なっているのが乙の方なので、同意殺人罪としておく。もっとも、この自殺事象に関する甲の首謀者的役割に鑑み、乙を自殺関与罪にとどめるという立論もありうるが、何せわずか45分間の試験なので、この点に関しては「刑法202条の罪が成立する」程度の記述で可とする）が成立すること、もちろんであるし、甲は死亡してしまったが、それにより自己の実体法上の「罪責」が消えるわけではない。また、保険会社に対する詐欺については、さすがにこの段階で（1項）詐欺罪の実行の着手を認めるのは（最近の特殊詐欺事件関連の最高裁判例に鑑みても）、無理であろう（この時点ではそもそも欺罔行為が観念できないし、保険金詐取が実現する可能性もまだ小さい）。念のため。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

本問では、CはAに対して工事代金相当額を不当利得として返還請求できるかが問われている。不当利得の成立要件は、①利得の存在、②損失の存在、③利得と損失と間に因果関係があること、④利得に法律上の原因がないこと、である（703条）。

①について、Aは本来無資力であるはずのBから工事代金の弁済を受けることができているから利得があるといえる。②について、CはBに対して騙取された金銭の返還請求権を有しているが、Bは無資力であるからこれが回収できないため損失があるといえる。この点、Bに資力があれば、CのBに対する返還請求権は実現できるので、Bに損失があるとはいえないことから、Bが無資力であるという事実の適示は損失要件のあてはめをする上で必要である点に注意を要する。③について、Cの利得とAの損失は、Bを介して生じているから直接的な因果関係はないものの、直接的な因果関係がないというだけで不当利得返還請求ができないのでは、不当利得制度の趣旨である公平が実現できないから、ここでいう因果関係とは、広く社会観念上の因果関係があれば足りると解すべきである。確かに、金銭は所有と占有が一致するものである以上、Cが騙取された金銭は法律上Bのものとなっているので、形式的にはAの受け取った弁済金はB自身の金銭であるといえるものの、Bは無資力であって、Cから騙取した金銭がなければそもそも弁済はできなかったのであるから、実質的にはCから騙取された金銭が、弁済金としてAに支払われたものとみることができ、Cの損失とAの利得との間には因果関係が認められる。最後に、④の要件について、不当利得制度の趣旨が、形式的には正当視される財貨の移転が、実質的に見れば正当視されない場合に、これを是正することによって公平を実現することにあることにかんがみれば、利得の法律上の原因がないとして返還が認められるべきかどうかは、それぞれの事案ごとに何が公平かを見極めつつ判断されるべきである。そして、本問のような事例においてどのような場合に法律上の原因のない利得として返還が認められるのが公平といえるのかを具体的に考えるに、受益者が、騙取金であることを知っていた、あるいは知らないことに重過失がある場合には、いくら弁済であるといっても、これを受領すべきではないといえるから、受益者が騙取金であることについて悪意あるいは重過失がある場合には、法律上の原因のない利得であると解すべきである。AはBの支払った代金の出所が怪しいことに薄々感づいていたのであるから、悪意であるか、少なくとも重過失があるといえるため、Aの利得には法律上の原因がないといえる。

以上より、不当利得の要件をすべて満たすので、CはAに対して工事代金相当額の不当利得返還請求ができることになる。

・出題の意図

三者間の不当利得について問う問題である。利得者と損失者との間に第三者が介在している場合に、利得と損失との間の因果関係をどのように考えるのか、また、利得者が第三者との関係では法律上の原因に基づいて利得をしているときに、損失者との関係でなお法律上の原因のない利得があるといえるのはどのような場合かについて、不当利得制

度の趣旨に照らして論じることが求められる。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

1. 遺産分割未了の場合の株式の帰属

甲社の全株式を保有していた A の死亡により、甲社の全株式が A の相続財産に組み込まれ、法定相続人間の共有となる（民法 898 条）（なお、学説上は少数説ながら相続株式の場合は共有にならないとする当然分割説もある）。したがって、甲社の全株式について、その権利を行使する際には、会社法 106 条の手續によらなければならない。すなわち、株式の共有者は、当該株式について権利を行使する者 1 人を定めて会社にその者の氏名・名称を通知しなければ、当該株式について、権利を行使することができない。もっとも、同条にはただし書があり、会社が当該権利を行使することに同意した場合については、当該手續を欠いていても、適法な権利行使となる。

以上を踏まえ、本問を検討する。

2. B による株主総会決議取消しの訴えの提起

2024 年 8 月 5 日の甲社の株主総会については、招集手續を欠き、株主総会の開催実体についても不分明なものであった。株式が共有に属する場合の株主総会の招集通知については、共有者間で通知を受領する者 1 人を定め、会社に通知することとされ、会社はその者に対して招集通知を発するか、会社に対する通知受領者の通知がない場合にはそのうちの 1 人に対してすれば足りる（126 条 3 項・4 項）。上記株主総会については、共同相続人の誰に対しても招集通知はなされていないということであろう。B としては、この点を株主総会の招集手續の法令違反（299 条参照）として株主総会決議取消しの訴えを提起していると考えられる（831 条 1 項 1 号）。提訴したのは 2024 年 9 月 4 日であるから、提訴期間内の提訴である（同条 1 項 柱書）。

なお、B としては、本件株主総会については、招集手續を欠くほか、実体としても開催されたか不分明というのであれば、株主総会決議不存在確認の訴え（830 条 1 項）を提起することも可能であるかもしれないが、訴えの選択は当事者の判断に委ねられる。ゆえに、本問で株主総会決議不存在の訴えに関して論じる必要はない。

3. 甲社の反論

もっとも、B は甲社の全株式について C および D と共有の状況にあり、遺産分割が完了していないため、特定の持株を保有する株主とはなっていない。したがって、会社法 106 条の手續を経ない限り、831 条 1 項 柱書にいう株主としての提訴権を行使することはできないことになる。甲社としては、まず、この点を反論することが可能である。

次に、仮に B が株主としての提訴権を行使しようとしても（たとえば、会社法 106 条ただし書の会社の同意があった等を根拠として）、本案における反論として、甲社は、C は会社法 106 条ただし書に基づく甲社の同意を得ており、単独で株主としての権利行使が可能な者となるから、本件株主総会には、株主全員の同意があるとして、その招集手續を省略でき（300 条、最判昭和 60 年 12 月 20 日民集 39 卷 8 号 1869 頁（百選 27））、招集手

続に係る瑕疵はなく、決議は会社の同意を得た C の議決権行使により適法に成立したと主張することが考えられる。

3. 両者の主張の当否

まず、C 単独の権利行使の正当性の根拠となる会社法 106 条ただし書の会社の「同意」が何ら条件や制限等を伴わない同意を意味するのかが問題となる。

この点につき、判例は、会社法 106 条本文は、民法 264 条における準共有に関する法令の特別の定めにあたり民法の共有規定の例外を定めるものとなるが、そのただし書はさらにその例外的定めとなるので、その解釈にあたっては、民法の共有規定に従うとし、各共有者の持分の価格に従いその過半数の決定のうえになされた会社の同意でなければ適法な同意といえない旨を判示した（最判平成 27 年 2 月 19 日民集 69 卷 1 号 25 頁（百選 11））。

本問では、B、C、D のいずれも共有持分の価格による過半数を有しない。したがって、C 単独の議決権行使も、また、B 単独の提訴もいずれも適法に会社の同意を得たものとはいえない。そうすると、会社法 106 条ただし書の考慮を要せず、会社法 106 条本文の手続を欠いているので B は提訴権を行使できず、C は議決権を行使できないという原則に立ち返ることになる。

もっとも、甲社は会社法 106 条本文の手続を欠くことを根拠に、一方で B の提訴権行使を否定しつつ、他方で本案における C の適法な議決権行使（株主総会決議の有効な成立）を主張することとなるので、甲社の主張には挙動矛盾が生じる。したがって、禁反言ないし信義則（民法 1 条 2 項）により、B の提訴権および本案における主張を認めるのが妥当であると解される。

なお、このような判断をした判例として、最判平成 2 年 12 月 4 日民集 44 卷 9 号 1165 頁（百選 9）などを参照されたい。

・ 出題の意図

株式が複数の者の準共有となる場合の会社法上の権利行使の手続を確認するとともに、当該手続を欠いてなされた株主の権利行使について、その効力を検討させる問題である。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答例

・小問 1 について

弁論主義とは、訴訟物たる権利関係の基礎となる事実の確定に必要な裁判資料の収集、すなわち事実と証拠の収集を当事者の権能と責任に委ねる原則であり、その根拠としては私的自治の原則に基づくとする本質説のほか、手段説、手続保障説、多元説等の説がある。弁論主義の具体的内容は、①裁判所は、当事者のいずれも主張しない事実を、裁判の基礎としてはならない（主張原則）、②裁判所は、当事者間で争いのない事実については、証拠調べなしに裁判の基礎としなければならない（自白原則）、③職権証拠調べの禁止の3つのテーゼがあるが、ここで問題になるのは、①と②である。

間接事実とは、主要事実の存否を経験則によって推認させる具体的な事実であり、①と②のテーゼが対象とする事実の間接事実が含まれるか否かが問題になる。

弁論主義の根拠を私的自治に求める本質説に基づき、弁論主義の対象となる事実とは、権利関係の発生・変更・消滅の原因となる主要事実に限られるという結論を導くのが伝統的な通説である。間接事実とは、主要事実を推認させるもので、証拠と同様の位置づけであり、間接事実弁論主義の適用を認めると、自由心証主義を制約するものになるとの説明もされる。

他方で、訴訟において重要な争点となるのは、むしろ間接事実の存否であることが多く、裁判所がこのような位置づけをもった重要な間接事実について、当事者の主張なしに判断したり、当事者に争いが無いのにこれと異なる判断をしたりすることは、当事者にとって不意打ちとなることも否定することができない。そこで伝統的な通説の立場に立ったとしても、重要な間接事実に関しては裁判所の適切な釈明権の行使に基づき、不意打ち防止が要請される。本問では、この点の問題意識も含めて論じることが望まれる。

・小問 2 について

X の訴えのうち、訴え提起時に既に期限の到来している 2 か月分の賃料のほか、既判力の基準時となる口頭弁論終結時まで期限の到来する部分の賃料については、現在の給付の訴えとなるので、格別、訴えの利益は問題にならない（ただし、口頭弁論終結時において、請求の趣旨を現在の給付の訴えの形式にすることになる。）。

しかしながら、口頭弁論終結時後に弁済期の到来する賃料については、弁済期未到来のため、将来給付の訴えとなる。

将来給付の訴えは、あらかじめその請求をする必要がある場合に限り、提起することができる（135条）のであり、弁済期の到来を待たずに、事前に請求をする必要性があるという特別な事情が訴えの利益を肯定するために必要となる。そして、そのような訴えの利益を肯定される場合としては、①債務者が債務の存在又は態様を既に争っている場合、②給付の性質上、履行期の到来時において即時の給付がされないと、債務の本旨に反するか又は債権者が著しい損害を被る場合、③代償請求が本来の給付請求に併合されている場合に許されると解されている。

本問では、賃貸借契約に基づく賃料のうち、口頭弁論終結後に履行期が到来する部分が問題となっており、③は問題にならない。①についていえば、Yは経済状況が悪くなく、過去において賃料の支払を怠ったことがあるとはいえ、賃貸借契約の締結も賃料債務も争っていないので、これにあたるとは言い難い。②は、演奏会における演奏のように一定の日時に行われなければ債務の本旨に該当しないような債務、扶養料のように債権者に著しい損害が生じる債務がこれにあると解されてきたが、賃料債務はこれにあるとは言い難い。Yは過去において賃料の支払を遅滞したことがあるが、令和5年12月までにはいったん解消しており、令和6年2月分の賃料についても、訴えの提起までの遅滞はわずか8日であり、この点をもって将来の訴えの利益が肯定されるものでもない。したがって、本問の事案では、将来給付の訴えは否定されるというほかなく、Xの訴えのうち、口頭弁論終結時以降に弁済期の到来する賃料債権については、不適法として却下を免れない。

・ 出題の意図

小問1は、弁論主義が間接事実に応用されるか否かを問う問題である。

小問2は、将来給付の訴えの利益を問うものである。

いずれも民事訴訟法の基本的な論点項目であり、既修者コースに入学を希望される学生において習得しておくことが期待されている内容を問うものである。