

平成30年9月／31年4月入学

慶應義塾大学大学院入学試験問題

法務研究科

法律科目試験（憲法・刑法）

- 注 意
1. 指示があるまで開かないこと。
 2. この問題冊子は8頁ある。試験開始後ただちに落丁、乱丁等の有無を確認し、異常がある場合にはただちに監督者に申し出ること。
 3. 受験番号（2箇所）と氏名は、解答用紙（表）上のそれぞれ指定された箇所に必ず記入すること。
 4. 解答用紙の※を記した空欄内には何も書いてはいけない。
 5. 解答は科目ごとに指定された解答用紙に書くこと。誤った解答用紙に解答した場合でも、解答用紙の交換や再交付には応じない。
 6. 答案は横書きとし、解答用紙（表）の左上から、順次、実線内に一行ずつ書き進めること。
 7. 答案は、黒インクの万年筆またはボールペンで書くこと。
 8. この問題冊子の6～8頁は白紙である。下書きの必要があれば、この部分を利用し、解答用紙を下書きに用いてはならない。
 9. 注意に従わずに書かれた答案、乱雑に書かれた答案、解答者の特定が可能な答案はこれを無効とすることがある。

憲 法

性同一性障害とは、生物的・身体的な性別と性自認（ジェンダー・アイデンティティ）が一致しない状態をいう。社会において、我々は生物学的な性に基づいて取扱われることが多いため、性同一性障害者は、性自認に反する取扱いを受けることになる（自らは「男性」として認識しているが、社会的には「女性」として取扱われる、など）。これによって性同一性障害者のなかには、強い屈辱の気持ちを抱いたり、精神的苦痛を受けたりするだけでなく、自分が何者であるのかというアイデンティティ自体の揺らぎを感じる者もいた。

このような声を受けて、2003年に「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（以下、「特例法」と呼ぶ）が成立し（2004年施行）、性同一性障害者のうち特定の要件を満たす者は、性別の取扱いを変更する家庭裁判所の審判を得て、法令上自らの性自認に従った取扱いを受けられるようになった（【資料】参照）。

身体は女性として生まれたが、心は男性という性同一性障害を有するXは、ホルモン治療等により、現在は、①声が低くなり体毛が濃くなっていること、②骨格筋が発達して筋力は強いこと、③乳房の隆起はなく男性型であること、④外性器の外観は、男性型の性器に近似していることなどが認められる。また、Xは、名の変更許可の審判を受け、自らの名を、男性に多く使用される名へと変更した。

しかしXは、生殖腺の除去といった身体に著しい侵襲を伴う手術をすることに恐怖を覚えていることなどを理由に、特例法3条1項4号の要件を満たすために行われる生殖腺の除去手術等を受けていない。このため、Xは、家庭裁判所により、性別の取扱いを女から男に変更する審判の申立てを却下された。Xは、これを不服として高等裁判所に即時抗告しようと考えている。

あなたがこの相談を受けた法律家甲であるとした場合、特例法の憲法上の問題点について、どのような意見を述べるか。特例法のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確にした上で、想定される反論を踏まえて論じなさい。

【資料】

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（抄）

（趣旨）

第一条 この法律は、性同一性障害者に関する法令上の性別の取扱いの特例について定めるものとする。

（定義）

第二条 この法律において「性同一性障害者」とは、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別（以下「他の性別」という。）であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であって、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているものをいう。

（性別の取扱いの変更の審判）

第三条 家庭裁判所は、性同一性障害者であって次の各号のいずれにも該当するものについて、その者の請求により、性別の取扱いの変更の審判をすることができる。

- 一 二十歳以上であること。
- 二 現に婚姻をしていないこと。
- 三 現に未成年の子がいないこと。
- 四 生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること。
- 五 その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること。

2 （略）

（性別の取扱いの変更の審判を受けた者に関する法令上の取扱い）

第四条 性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法（明治二十九年法律第八十九号）その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす。

2 前項の規定は、法律に別段の定めがある場合を除き、性別の取扱いの変更の審判前に生じた身分関係及び権利義務に影響を及ぼすものではない。

刑 法

〔問 題〕

以下の問題1から問題3に答えなさい。解答は、必ず問題順に記載すること。

問題1

後記の事例①から⑤において、Xの行為に適用される条文（刑法典に限る。項が分かれている場合は項を含む）を答えなさい。罪名は記載しないこと。結論のみを答え、理由は記載しないこと。見解に対立がある場合には、判例の立場によること。

解答方法要領

事例

① XとAは、Bから金品を強奪することを企て、XがBをロープで緊縛して動けなくしている間に、AがBのバッグから現金や貴金属を抜き取って、それらを領得した。

解答

① 60条, 236条1項

事例

- ① 愛人Aから心中を持ち掛けられたXは、これをAとの関係を清算する良い機会であると考え、Aが自殺すれば自分も後を追って死ぬつもりであると嘘をついて、致死量の毒をAに渡した。Aは、Xが追死してくれるものと信じて、その毒を服用して死亡した。
- ② Xは、Aから借金をしていたが、借用証書を差し入れておらず、XとAの他にはこの借入れの詳細を知る者はいなかったことから、Aを殺害すれば返済を請求されることはなくなると考えて、鈍器でAの頭部を多数回殴打し、死亡させた。
- ③ Xは、自己所有の土地をAに売却し、代金全額を受け取ったが、その後、所有権移転登記が未了であることを奇貨として、事情を知らないBにも売却し、Bへの所有権移転登記を了した。
- ④ Xは、友人Aが別の友人Bから借りて使っていたノートパソコンが欲しくなり、Aに対し、ノートパソコンを、Bには黙って、10万円で売却してくれるように依頼したところ、Aはこれに応じて、代金と引き換えにノートパソコンをXに引き渡した。

⑤ Xは、デパートの洋服売場で、試着を装って代金を支払わずにニットを取得しようと考え、店員Aに対し、ニットのほか、シャツやジャケットなど衣類数点の試着を申し出て、試着室に持ち込み、自分の着ていたセーターの下にニットを着込み、それ以外の衣類はAに返却し、「ごめんなさい。全部気に入りませんでした」と言って立ち去った。

問題2

以下の事例について、Xの罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く）。

Xは、公園のベンチに座って休息をとっていた。すると、隣のベンチに座っていたAが立ち上がった。Xが、立ち去るAを眺めて、ふとベンチの方に目をやると、Aのバッグが置き忘れられているのを発見した。XがふたたびAの方を見ると、Aは公園脇に駐車した自動車に入っていた。Aが車内でタバコを吸い始めたのを見たXは、「もう、バッグのことは忘れていないに違いない」と思い、素早く隣のベンチに移ると、周囲を確認したうえで、Aのバッグを取り上げて走り去った。Aは、タバコを一服してからエンジンを始動させて出発しようとした時に、バッグの置き忘れに気づいた。そこで、車の中からベンチの方を見たところ、すでにバッグはなくなっていた。

問題3

以下の事例について、Xの罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く）。

Xは、行きつけのカフェで食事を終え、会計を済ませて、席を立とうとしていた。当時、店内にはX以外に客はいなかった。すると、スマートフォンを見ながら店内に入ってきたAがつまずいて、Xのテーブルに体をぶつけ、そのためにテーブル上のコップが倒れてXのシャツに水がかかった。しかしAは、スマートフォンから目を離すことなくそのまま店の奥に進んで行こうとしていた。怒ったXは、「おい、待てよ」とAを呼び止めて謝罪させようとしたが、Aのヘッドフォンからは大音量のヘビーメタルが流れていたため、AはXの声に気づかなかった。無視されたと感じたXは、激怒し、隣の席の椅子をAに投げつけた。椅子はAの背中に命中し、Aは床に倒れた。それを見て、Xは足早に店外へ出た。Xが歩道を左に進もうとしたところ、突然、後ろから「この野郎」という声が聞こえた。驚いて振り返ると、Aが両腕を上げてつかみかかろうとしてきていた。Xは身をかかわしながら、Aの襟首をつかんで歩道に叩きつけたところ、Aは傷害を負った。

