

【憲法】

本問は、「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」という。）の合憲性、とりわけ、同法3条1項4号の性別取扱変更要件の合憲性を問う問題である。性同一性障害者の地位や処遇をめぐる問題は世界でも広く議論されるようになってきており、本問と同様の論点は、日本でも既に裁判所で争われるに至っている（いわゆる「子なし要件」〔3条1項3号〕について最決平成19年10月19日家月60巻3号36頁、本問で焦点となった「生殖機能喪失要件」について広島高岡山支決平成30年2月9日LEX/DB25549283などがある）。

設問にあるように、本問では「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かを明確」にすることが求められる。事例からは、特例法の全体というより、特例法3条が同条1項4号において、性別取扱変更要件として生殖機能の喪失を課していることが問題となる（4号以外の要件に関する検討は本問では求められていない。また、3条そのものを違憲審査の対象とし、これを無効とする場合、性別取扱変更の審判の根拠それ自体が失われることになる）。本問においてとくに重要なのは、こうして特定された特例法上の問題部分が、「いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るか」を説得的かつ具体的に論証できているか、である。引用すべき憲法条文は、基本的には13条ということになろう（14条による構成も不可能ではないが、14条を根拠とする場合、生殖機能喪失要件自体が「性同一性障害者」と「そうでない者」を区別しているわけでないため、本問において「誰」と「誰」が異なる取扱いを受けており、それがなぜ憲法上問題なのかを説得的かつ丁寧に論証することが求められる）。憲法13条を選択し得たとしても、それがいかなる権利・自由を保障しており、3条1項4号の生殖機能喪失要件がかかる権利・自由をどのように制約しているかを具体的に検討する必要がある。例えば、13条が保障する権利・自由を単に「性別を変更する自由」と捉えれば、それは余りに一般的・抽象的で、人格的利益とのつながりも希薄なものとなろう。他方で、「身体は女性として生まれたが、心は男性で、既にホルモン治療等を受けているXの.....する自由」と捉えれば、それは法令違憲の主張としては具体的に過ぎる（このような権利・自由の切り取り方をした場合、身体が男性として生まれたが、心は女性である者の性別変更は憲法上認められないことになる）。「法令上自らの性自認に従った取扱いを受ける自由」や、身体の不可侵性に由来する「性別適合手術を強制されない自由」（身体に関する自己決定権）など、13条から導出される権利・自由の範囲を適切に描き出し、これと人格的利益との関連性を説得的に論証することが求められる。同時に、こうした権利・自由が、生殖機能喪失要件によってどのように（どの程度）制約されているのかもしっかりと検討されなければならない。

以上のように、本問では、憲法が具体的に列挙する憲法上の権利・自由（個別的人権）が問題とされているわけではないだけに、人権の総則的規定を根拠に、どれほど説得的に、裁判所が支持しうるような権利・自由論証（および制約論証）を提示できるかが試されている。もち

ろん、こうした論証から、いかなる判断枠組みを導出するのも重要なポイントである。

そのうえで、「反論」としてどのようなものを想定するのも検討されなければならない。例えば、立法裁量論をいう場合でも、性別は身分法制ないし家族法制の根幹をなすものであり、憲法 24 条 2 項がかかる法制度の形成を立法府に委ねていることから、性別取扱変更の要件をどのようなものとするかについて広範な立法裁量が認められる、などの“理由に基づく”裁量論が求められる。なお、設問には「想定される反論を踏まえて論じなさい」とあるから、本問では「反論」への言及が当然に要求されている。したがって、「反論」への言及がないものは、原則として解答の形式要件を欠くものと考えざるを得ない（同様に、設問では「[X] の相談を受けた法律家甲」として「意見を述べる」ことが要求されている。したがって、「X/Y/あなたの見解」という流れで記述する答案も、解答の形式要件を欠く）。

また、本問では、特例法の生殖機能喪失要件の「目的」が（問題文中で）特定されていないため（もちろん、特例法それ自体の目的が何かはここでは無関係である）、これを同定し、（いわゆる目的審査において）評価することが求められている。一般には、「元の性別の生殖能力に基づいて子が誕生した場合には、現行の法体系で対応できないところも少ないから、身分法秩序に混乱を生じさせかねない」ため、こうした「弊害を避ける」という目的（混乱防止）が想定される場所である（前掲広島高岡山支決。原審は、「性別の取扱いの変更がされた後に、残存する元の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、混乱や問題が生じるためにこれを防止すること」と述べる）。導出した判断枠組みにもよるが、かかる目的が上記権利・自由の制約を正当化し得るか、また、元の性別の生殖機能が残存することによって上記「混乱」が生じる「確実な根拠」はあるのか（単なる観念上の想定ではないか。すなわち混乱を生じさせる「おそれ」の評価）、生殖機能喪失要件の必要性（過剰性）などについて一定の分析が必要となろう。

本問は、立法事実等について詳細な説明がなされているわけではなく、ある意味で「余白」の多い問題である。それだけに大味な（ないしは「投げやりな」）論証となる可能性もあるところ、それをどこまで——粘り強く思考し——精密な論理構造を構築できるか（設問の言葉を繰り返せば、「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」にできるか）が試されている。もちろん、入学試験の段階であるから、司法試験合格の水準が求められるわけではないが、しかし、それでも、裁判所が受容できるような論証を心掛けることは求められるというべきである。

【刑法】

第1問

基本的知識を確認することが目的である。

第2問

最判昭 32・11・8 刑集 11 卷 12 号 3061 頁、最決平 16・8・25 刑集 58 卷 6 号 515 頁に示された考え方を踏まえて、問題文から必要な事実関係を的確に指摘（抽出）し、それに説得的な評価をくわえたいうで結論が導き出されているか。

第3問

最決平 20・5・20 刑集 62 卷 6 号 1786 頁に示された考え方が正確に理解されているか、それを踏まえて、問題文から必要な事実関係を的確に指摘（抽出）し、それに説得的な評価をくわえたいうで結論が導き出されているか。

【民法】

本問題における主要な出題趣旨は、いわゆる「取得時効と登記」に関する判例の準則を理解した上で事案の解決に必要な規範を抽出することができるかどうか、その規範に与えられた事実を当てはめて事案を解決することができるかどうかを確認する点にある。

設問1では、EのBに対する請求が、甲土地の所有権に基づく物権的返還請求権を根拠とする建物収去・土地明渡請求であることを確認した上で、それに対するBの反論として、①贈与による所有権の取得、②1987年3月26日を起算点とする20年時効（民法162条1項）による所有権の取得、③2008年6月20日を起算点とする10年時効（同162条2項）による所有権の取得（いわゆる再度の時効取得）の3つの構成に基づく反論を想定すべきである。①および②（②ではDおよびその地位を承継したEは時効完成後の第三者となる。）については、対抗問題となり、登記をしたD（E）が背信的悪意者でない限り、Bは所有権取得を対抗できない。③については、Bは、Dの登記時に善意無過失であれば、時効完成前の第三者であるD（E）に対して、登記なくして所有権取得を主張できる。なお、民法162条の要件に該当する事実を摘示するに際しては、占有の態様等に関する推定規定（同186条1項2項）が適用されることに注意すべきである。

設問2では、Gが、Fの申し立てた抵当権に基づく担保権の実行としての競売により買受人として甲土地の所有権を取得し、所有権に基づく物権的返還請求権を根拠とする建物収去・土地明渡請求をなすことを確認した上で、それに対してBが占有正権原として、①設定された賃借権、②1987年3月26日を起算点とする20年時効（同163条）により取得した賃借権、③2008年6月20日を起算点とする10年時効（同163条）により取得した賃借権（いわゆる再度の時効取得）をそれぞれ主張することが想定される。設問1と対比すると、まず、賃借権の時効取得に関しては、判例によって確立した要件（土地の継続的な用益という外形的事実が存在すること、それが賃借の意思に基づくことが客観的に表現されていること）に該当する事実を摘示する必要がある。次いで、取得時効と登記（特に③）に関しては、抵当権者（買受人）との関係で賃借権の時効取得の主張がどこまで認められるかを論じるべきであろう。ちなみに、近時の最高裁判決は、不動産につき賃借権を有する者がその対抗要件を具備しない間に抵当権が設定されてその旨の登記がされた場合、買受人に対して、賃借権を時効により取得したと主張して、これを対抗することができないとしている（最判平成23年1月21日判時2105号9頁。その後の最判平成24年3月16日民集66巻5号2321頁と対比して検討されたい）。

【商法】

問1は、瑕疵ある取締役会決議の効力について問うものである。具体的に、本件取締役会決議には、本件取締役会の開催に際し、取締役Xに対する招集通知（会社368条1項）が行われていないという瑕疵がある。判例（最判昭和44年12月2日民集23巻12号236号）は、そうした招集通知漏れの場合には、招集通知を受けなかった取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情のない限り、取締役会決議は無効であるとするので、本件でもかかる特段の事情の有無が問題になる。採点に際しては、こうした判例の見解を適切に述べているか、および、特段の事情の有無（両論あり得る）を本件の具体的な事情に照らして適切に検討できているかどうかを重視した。

なお、本件株式発行は利益相反取引の直接取引（会社356条1項2号・365条1項）に当たると解しうるため、本件取締役会決議は（本件新株発行の募集事項を決定する決議という意味に加えて）利益相反取引を承認する決議としての意味も有するとみることできる。ところが、事前に説明はなされているものの、本件取締役会自体では重要な事実の開示（会社356条1項柱書）がなされていないようにもみえるため、そのことが利益相反取引の承認決議としての本件取締役会決議の効力に影響を及ぼすかどうかを問題とする余地もある。こうした問題について適切に論証できている答案には追加点を与えた。

問2は、瑕疵ある新株発行（募集株式の発行等）の効力について問うものである。具体的に、本件新株発行には、①募集事項を決定する取締役会決議（199条2項・201条1項）が無効である（つまり取締役会決議を欠いている）、および、②株主への募集事項の通知・公告（会社201条3項）を欠いている、という瑕疵があるため、Xとしては、これらが本件新株発行の無効原因に該当することを主張することになるであろう。

そこで、こうしたXの主張の当否を検討すべきところ、判例は、①取締役会決議の欠缺は新株発行の無効原因とならないとする（最判昭和36年3月31日民集15巻3号645頁）一方、②公示の欠缺は、差止請求をしたとしても差止事由がないためにこれが許容されないと認められる場合でない限り、新株発行の無効原因になるとする（最判平成9年1月28日民集51巻1号71頁）。採点に際しては、これらの判例の見解を（①については理由付けも）適切に述べているか、さらに②については、公示の欠缺以外に差止事由（会社210条）が認められるかどうかを適切に検討できているかどうかを重視した。

なお、本件新株発行については、不公正発行に該当するか、仮に該当するとした場合、不公正発行は新株発行の差止事由にはなるが、さらに新株発行の無効原因になるかといった点も問題になりうる。こうした問題について適切に論証できている答案には追加点を与えた。

【民事訴訟法】

問 1

本問は、裁判所がBによる弁済の事実を認定したことが、弁論主義の主張原則に違反するかどうかを問う問題である。ポイントとなる点は、①本件の訴訟物および請求原因が適切に抽出されていること、②Bによる弁済の事実は、抗弁事実としての主要事実であることが正しく指摘されていること、③弁論主義における主張原則の意義が適切に理解されていること、④主張原則の中味である証拠と主張の峻別の考え方が適切に論じられていること、等である。

問 2

本問は、既判力から生じる攻撃防御方法に対する効果としての遮断効の理解を問う問題である。ポイントとなる点は、①既判力の客体的範囲と訴訟物との関係についての適切な理解が示されていること、②本件における前訴の訴訟物と後訴の訴訟物の関係（訴訟物の同一、先決関係、矛盾関係等）が分析されていること、③後訴におけるYによる相殺の事実の主張は、前訴の基準時前に存在した攻撃防御方法の提出であることが指摘されていること、④前訴の基準時前の事実の主張に対して既判力の遮断効が働くことが適切に論じられていること、等である。

【刑事訴訟法】

【設問】は、簡単な【事例】を素材としつつ、被疑者を逮捕状により逮捕する際に生起する刑事訴訟法上の問題について問うものである。

小問1

被疑者を逮捕する場合に実行することの許される処分として、刑事訴訟法（以下、法令名は省略）220条1項2号は、「逮捕の現場で差押、搜索又は検証をすること」を規定する一方、同条項1号は、そうした処分の前提となる、「人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り被疑者の搜索をすること」を許している。そして、220条3項が、「第1項の処分をするには、令状は、これを必要としない。」と定め、それらが、令状によらない処分であることを明らかにしている。

本問は、根拠条文を問う形式のため、単に知識を問うもののようにみえるが、逮捕に伴う搜索・差押えに関する重要判例である最大判昭和36年6月7日刑集15巻6号915頁（百選10版A7事件）は、220条1項柱書の規定する、「逮捕する場合において」の意義につき、「逮捕との時間的接着を必要とするけれども、逮捕着手時の前後関係は、これを問わないと解すべきであって、このことは、同条1項1号の規定の趣旨からも窺うことができる」と説示しており、受験者が当該判例を丁寧に読んでいるかを知るための問いでもある。

小問2

通常逮捕は、199条1項により、裁判官のあらかじめ発する逮捕状に基づいて捜査機関により行われる。そして、201条1項は、「逮捕状により逮捕するには、逮捕状を被疑者に示さなければならない。」と規定するが、同条2項は、73条3項の規定を準用し、逮捕状を所持しないためこれを示すことができない場合において、急速を要するときは、被疑者に対し犯罪事実の要旨及び逮捕状が発せられている旨を告げて、逮捕をすることができると定めている（さらに、逮捕後には、できる限り速やかに逮捕状を示さなければならない）。これは、「逮捕状の緊急執行」と呼ばれる（あくまで逮捕状による逮捕〔通常逮捕〕の手続であるから、逮捕の時点では逮捕状を要しない「緊急逮捕」とは異なる）。

本問も、単に知識を問うもののようにみえるが、違法収集証拠（派生証拠）の証拠能力に関する重要判例である最判平成15年2月14日刑集57巻2号122頁（百選10版92事件）は、被疑者の逮捕手続に、「逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない……という手続的違法があ」ったことが議論の起点とされており、受験者が当該判例を読んでいないかを知るための問いでもある。

小問3

逮捕に伴う令状によらない搜索を行うことのできる「逮捕の現場」（220条1項2号、3項）

の範囲について問うものである。最大判昭和 36 年 6 月 7 日（小問 1 参照）は、「場所的同一性を意味するにとどまる」と説示するのみであるため、その範囲を具体的に画定するには、基本原理とされる令状主義の考え方（憲法 35 条 1 項も参照）を踏まえた上で、憲法及び刑事訴訟法上、逮捕に伴う捜索が令状によることなく許される理由に立ち返った、整合的な説明が必要である。

この点に関する学説は、①被疑者が逮捕された場所には、典型的に、逮捕の理由となった被疑事実に関する証拠物が存在する蓋然性を認めることができるため、裁判官による審査を介さなくとも、当該場所を捜索する「正当な理由」が一般的に肯定されることを根拠として、典型的に証拠物が存在する蓋然性が認められる範囲、すなわち、逮捕の場所と同一の管理支配が及ぶ範囲を「逮捕の現場」とする見解と、①の根拠に加え、②逮捕を実行する際、逮捕の場所では、典型的に、逮捕行為に対する反作用として、被逮捕者が証拠物の破壊隠滅に及ぶ危険が存在するため、これを防止して証拠を保全する緊急の必要が一般的に認められる一方、令状を請求する暇がないことを根拠として、典型的に被逮捕者が証拠物の破壊隠滅に及ぶ危険＝証拠保全の緊急の必要が認められる範囲、すなわち、逮捕への着手以降に、被逮捕者の直接の支配下にある又はあった範囲を「逮捕の現場」とする見解とに大別することができる。

本問では、逮捕の場所が被疑者以外の者の住居であったこと、逮捕への着手以降に、被疑者が台所から階段を上り、2 階の洋室からベランダに出たことなどを踏まえ、自説に則して、「逮捕の現場」の範囲を画定することが求められる。

小問 4

令状による捜索・差押え（218 条 1 項）を実施する場合に、令状に記載された目的物につき差押えを免れようとする妨害行為に対して、処分の実効性を確保するため必要最小限の強制力を行使することについては、その法的性格を、捜索・差押えという本体の処分内在する措置（218 条 1 項）と解するか、捜索・差押えに必要な処分（222 条 1 項、111 条 1 項）と解するか、につき議論はあるが、本体たる処分と一体のものとして許容されているといえる限り、結論としてはそれを許容する立場が一般的であろう。その上で、令状に記載のない（捜索場所とは管理支配を異にする）隣家の庭に差押目的物が投げ込まれた場合、その庭に強制的に立ち入ることが許されるか、については、いかに処分の実効性を確保するために必要であろうと、隣家の庭への立入りは、妨害行為自体を排除するためではなく、妨害行為の結果生じた状態を解消するための措置であって、本体たる強制処分とは本来無関係な権利・利益を侵害するものであるため、本体たる強制処分と一体のものとして許容されているとはいえないとして、当該場所に強制的に立ち入るには別途捜索令状が必要だとする議論が有力である。

本問は、逮捕に伴う捜索・差押えの過程で、隣家の庭に差押目的物が投げ込まれた場合に、その敷地に立ち入ることの許否について検討を求めるものであり、小問 3 で論じた、逮捕に伴う処分が令状によらずに許される根拠、そこから導かれる捜索の許される範囲に関する検討を踏まえ、また令状による捜索・差押えに関する上記議論との異同にも配慮した論述が求められる。