

(憲法答案)
構成時間：35分
作成時間：65分

1 第1 設問1について

2 1 甲としては、特労法が憲法13条後段、33条を不当に制約し違憲で
3 あり、国家賠償法第1条の「違法」と評価できると主張することになる。
4 ここで、国家賠償法上の「違法」といえるためには、権利を侵害するこ
5 とが明白な場合を意味するものと解する。

6 以下ではこのような事情が存するか検討する。

7 2 憲法13条後段

8 特労法は15条8号は、外国人の妊娠の自由を制約するものである。
9 妊娠の自由は、新しい人権の根拠規定である憲法13条後段により保障
10 されるものと解する。すなわち、13条後段は、人格的生存にとって不
11 可欠な権利を保障する包括規定とされているところ、自己の遺伝子を後
12 世に残すという妊娠の自由は自己決定権の最たるものであり、人格的に
13 生存にとって不可欠である。

14 そして、法15条8号に該当すれば、18条により収容され、19条
15 による審査を経た上で、23条で強制出国されてしまうという仕組みを
16 っており、同自由に対する制約がある。

17 前述したように本件権利の重要性、そして、強制出国という規制態様
18 の厳格さに鑑みれば、制約の正当化については厳格に判断することが必
19 要であり、具体的には、①目的が必要不可欠で、②手段が必要最小限度
20 でなければ正当化することはできないと解する。

21 本問では、①目的は、国民生活の安定及び社会経済の発展(1条)で
22 あるが、抽象的な公益にとどまるものであり、人権を制約する程重要な
23 目的とはいえない。また、②仮に目的が必要不可欠であったとしても、

1 規制手段については、一律に妊娠を禁止し、ひいては強制出国させる
2 というものであるが、目的を達成するにあたっては、一定人数以上の出
3 産に限って規制する等より制限的でない他の選びうる手段は存する。し
4 たがって、過度の制約であると言わざるを得ない。

5 　そして、上記制約により妊娠の自由を制約することは明白といえるの
6 で国家賠償法1条の「違法」といえる。

7 3 33条違反

8 特労法18条は、警備官限りの判断での身柄拘束を許容している。33
9 条によれば令状がなければ身体の拘束はできないとしており、同条は
10 33条に反することは明白であり、違憲・違法である。

11 4 帰結

12 　以上から、特労法は憲法13条後段、33条に反し違憲であり、国家
13 賠償法上「違法」である。

14 第2 設問2について

15 1 13条後段違反について

16 (1) 国の反論

17 　外国人を入国させるかひいては在留更新を認めるかについては、国
18 家の主権的判断に属する事項であり、広範な立法裁量が認められる。
19 　そして、欧米諸国では、移民を大量に受け入れた結果として社会的・経
20 済的な軋轢が生じていることから考えると、受け入れについては制限を
21 設けることが合理的であり、法律が妊娠の自由を規制したとしても不合
22 理な制約とはいえない。

23 (2) あなた自身の見解

1 たしかに、国側が反論するように立法裁量が存在することは否定でき
2 ない。特に入管法と比べて入国を緩やかに認めている以上、裁量は広く
3 ならざるを得ないといえる。

4 他方、妊娠の自由は、自己の遺伝子を後世に残すという意味で自己決
5 定権の中核をなすものであり、極めて重要な権利であり、裁判所による
6 判断も容易な事項である。

7 そこで、立法裁量を認めるにしても、裁量の範囲を広範に認めるべき
8 ではなく、制約がやむを得ないといえるような場合でない限り制約を正
9 当化することができないと解する。

10 これを本問においてみるに、確かに、法 15 条 8 号は妊娠の自由を一
11 律に禁止している上、最終的には強制出国されるという仕組みを採用し
12 ている。このような規制は必要性に見合った相当なものではないと思
13 える。

14 しかし、国は、当然のことではあるが、国民の安心を守る責務を負っ
15 ている。実際、日本人の人口減少が続いており、税金等もそれに伴い減
16 少している。外国人被扶養者が増加すると、我が国の社会保障制度や保
17 育、教育、医療サービス等はただでさえ逼迫しているにもかかわらず、
18 より事態を悪化することになりかねない。その結果、日本人と外国人と
19 の間で欧米諸国で生じたような社会的・経済的な軋轢が生じることは必
20 然であるといわざるを得ず、我が国は国民の安心を守れないという事態
21 が生じかねない。また、特労法 18 条 2 項では、弁解の聴取を認め、19
22 条による審査という入管法と比較して十分に手続保障に配慮した内容
23 になっている。

1 以上から, 本件規制については妊娠の自由の重要性を考慮してもなお
2 やむを得ない規制といえるので合憲であり, 国家賠償法 1 条の「違法」
3 に該当しない。

4 2 33 条違反について

5 (1) 国側の反論

6 33 条は, 刑事訴訟手続を想定した規定であり, 本件のような行政手続
7 には適用されず, 合憲であると反論する。

8 (2) あなた自身の見解

9 確かに, 国側の反論のように 33 条は刑事訴訟手続に関する規定であ
10 り, 行政手続には直接適用されない。しかし, 対象者の身体の自由を保
11 護するものであり, 権利の内容, 達成しようとする目的を考慮して一定
12 の場合には 33 条の規制を及ぼすべきであると解する。

13 本問では, たしかに, 身体の自由という重要な権利の制約は生じるが,
14 他方で, 目的については我が国の秩序を守り国民の安心を得ることにあ
15 り重要な交易を達成しようとしている。そして, 対象者については意見
16 聴取といった一定の手続保障に対する配慮もなされていることにかん
17 がみれば, 本件のような場合に令状を要求する必要までではないといえる。

18 したがって, 33 条違反は認められず, 国家賠償法上の「違法」はな
19 い。

20 以上

21

(民法答案)
構成時間；45分
作成時間；60分

1 第1 設問1について

2 1 本問では、Cは占有正権原の抗弁として賃貸借契約の成立を主張す
3 ることが考えられる（601条）。

4 しかしながら、「甲1部分」は、Cも認めているとおりB所有であ
5 り。他人物賃貸借に該当し（559条・560条）、Cは賃貸借契約
6 の成立を対抗することができないのが原則である。

7 2 そこで、Cとしては、甲1部分の賃借権を時効取得（163条）し
8 たとして、賃貸借契約の成立を主張することができないな、賃借権
9 のような債権について時効取得できるか問題となる。

10 たしかに、債権は一過性の権利（166条1項）であり、時効取
11 得できないようにも思える。しかしながら、対抗力を具備した賃借
12 権は地上権と同様対象物を継続できる権利あり、継続的な権利であ
13 る。そこで、賃借権については地上権と同様の機能を有しているこ
14 とに鑑み、時効取得が可能であると解する。

15 他方、賃借権を簡単に時効取得できるとすると、所有権者の利益を
16 害する可能性がある。そこで、所有権者の時効中断の機会を保障す
17 べく、賃借権の時効取得が認められるためには、①土地の継続的な
18 用益という外形的事実、②賃借の意思が客観的に表現されていると
19 という要件を充足する必要があると考える。

20 本問では、たしかに、平成16年9月15日に本件土地についての
21 賃貸借契約が締結されている。しかしながら、本件土地と甲1は別
22 の土地であり、甲1が現実に使用されたのは平成17年6月1日な
23 ってからである。したがって、①土地の継続的な用益という外形的

1 事実、②賃借の意思が客観的に表現された時点は同日であり、本件
2 ではその時点から取得時効の期間である10年間経過していない。

3 したがって、Cは、甲1土地の賃借権を時効取得することはできず、
4 賃貸借契約の成立を主張することができない。

5 第2 設問2について

6 1 Aの解除の根拠としては、CD間の無断転貸を理由とする解除（6
7 12条2項）ということになる。

8 上記請求が認められるためには、土地の賃貸借契約が成立している
9 ことを前提に（601条）、土地の転貸借契約を締結され、解除の意
10 思表示をすることが必要である（612条1項、同2項）。そして、
11 転借人に対して目的物の返還を請求するためには、占有の移転が必
12 要であり、前記転貸借契約に基づいて土地を引き渡していることが
13 必要である。

14 これに対して、賃貸借契約は当事者間の信頼関係を基礎に成り立つ
15 契約であり、被告側としては背信行為と認めるに足りない特段の事
16 情の存在を基礎づける事実の存在を抗弁として主張することができ
17 る。

18 2 以上の点を前提に①②の事実の法律上の意義を検討する。

19 (1) ①について

20 CD間で丙建物の賃貸借契約を締結したとしても、建物の賃貸は敷
21 地利用権を伴うものではないかた、本件土地を転貸借したことには
22 ならない。従って、①の事実は請求原因との関係では無関係の事実
23 である。

1 他方，A C間の本件土地賃貸借契約の使用目的は診療所用の建物
2 の所有であり，C D間の丙建物の賃貸借契約の使用目的も診療所の
3 経営であり，使用目的に変化は存在しない。したがって，仮に請求
4 原因事実を満たしている場合であっても，物的な意味での使用形態
5 に変更はないことから，①の事実は背信行為と認めるに足りない特
6 段の事情の存在を基礎づける事実ともいえる。

7 (2) ②について

8 甲2土地については，本件土地の一部をなしている。そこで，こ
9 のような土地の一部の転貸借契約を締結したような場合，6 1 2条2
10 項の無断転貸に該当するか条文上明らかでなく問題となる。

11 たしかに，条文を形式的に適用すれば，土地を無断で転貸してい
12 る以上，無断転貸に該当するようにも思える。しかし，6 1 2条2
13 項の趣旨は，無断転貸の事実は当事者間の信頼関係を破壊する行為
14 であることを理由とするものであり，信頼関係の破壊といえるよう
15 な態様の転貸借の存在が必要である。そこで，建物と一体と評価で
16 きるような部分の土地の転貸借については，6 1 2条2項の転貸借
17 には該当しないものと解する。

18 本件では，甲2土地は，本件土地の一部とはいえ，駐車場や資材
19 置場として利用されていたに過ぎない。したがって，甲2土地は，
20 本件建物と一体をなすものといえるので，転貸借には該当しない。
21 よって，②の事実は請求原因事実とは無関係である。

22 他方，仮に請求原因事実が肯定されたとしても，①の場合同様，
23 外形的が使用状況に変化はなく，②の事実は背信行為と認めるに足

1 りない特段の事情の存在を基礎づける事実ともいえる。

2 第3 設問3について

3 1 Cとしては、AC間で本件土地の賃貸借契約が存在し、対抗要件も
4 具備している（借地借家法10条1項）ことから占有正権原が存し、
5 Eの請求は認められないと反論する。

6 2 まず、AC間で和解契約（695条）が締結されており、AC間で
7 賃貸借契約が有効に成立している。そこで、Cとしては、AC間の賃
8 貸借契約がAE間の本件土地の売買契約に伴い当然に移転すると主
9 張していくことになる。

10 賃貸人たる地位の移転については、当事者の合理的意思解釈の観点
11 から、特段の事情のない限り土地の売買契約に伴って移転するものと
12 解する。

13 本件では、Aは、Eに対し本件賃貸借契約は解除されているという
14 説明をしており、買主としては賃貸人たる地位を承継するものとは考
15 えておらず、特段の事情が認められる。したがって、AE間で賃貸人
16 たる地位の移転は生じていない。

17 以上から、Cは占有正権原の抗弁を主張することができない。

18 3 もっとも、本件では、外形上診療所の営業が継続してなされている。
19 そこで、Cは、信義則（1条2項）を理由に、賃貸借契約を対抗する
20 ことができる旨主張することが考えられる。

21 177条は、自由競争原理を基礎にしたものであり、自由競争原理
22 の域を逸脱したような場合、保護に値しない。そこで、登記の欠缺を
23 主張することが信義則に反すると認められる場合、177条の「第三

1 者」に該当しないと解する。具体的には、土地が継続的に使用されて
2 いることが客観的に明らかであり、買主がこの事実を認識可能であれ
3 ば、買主は「第三者」に該当しないと解する、

4 本問では、診療所として継続的に利用されており、Eもこのような
5 事情を認識しており、Eは「第三者」に該当しない。

6 以上から、Cは、信義則を理由にEの請求を拒むことができる。

7

8

以上