

司法試験（・予備試験）平成 29 年度短答式試験の問題・簡易解説

[憲法]

[第 2 問] (配点：3)

夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫又は妻の氏を称すると定める民法第 750 条の規定が、憲法第 13 条の規定に違反するか否かについて判示した最高裁判所の判決（最高裁判所平成 27 年 1 月 16 日大法廷判決，民集 69 卷 8 号 2586 頁）に関する次のアからウまでの各記述について、それぞれ正しい場合には 1 を、誤っている場合には 2 を選びなさい。（解答欄は、アからウの順に [No. 2] から [No. 4]）

- ア．前記判決は、氏名について、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するが、具体的な法制度を離れて、氏の変更されること自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずるのは相当ではないとした。[No. 2]
- イ．前記判決は、氏には、名とは切り離された存在として社会の構成要素である家族の呼称としての意義があるとの点を強調して、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って自らの意思に関わりなく氏が改められるとしてもやむを得ないという結論を導いている。[No. 3]
- ウ．前記判決は、現行の法制度の下における氏の性質等に鑑み、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるといえたとしつつも、結論として、民法第 750 条の規定が憲法第 13 条に違反するとまではいえないとした。[No. 4]

〔第2問〕 夫婦別姓訴訟

正解 1, 2, 2

ア. 正しい。

判例（最大判平 27. 12. 16／重平 28－7 事件）は、本記述のように述べている。

イ. 誤っている。

判例（最大判平 27. 12. 16／重平 28－7 事件）は、「本件で問題となっているのは、婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面であって、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない。」と述べている。よって、自らの意思に関わりなく氏が改められることについては本件で問題になっておらず、本記述は誤りである。

ウ. 誤っている。

判例（最大判平 27. 12. 16／重平 28－7 事件）は「現行の法制度の下における氏の性質等に鑑みると、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法上の権利として保障される人格権の内容であるとはいえない。」と述べている。よって、これを認めるとしている本記述は誤りである。

以上より、アは正しく、イ、ウは誤っているから、正解は1, 2, 2となる。

〔第6問〕（配点：3）

公務員宿舎である集合住宅の各室玄関ドアの新聞受けに、政治的意見を記載したビラを投かんする目的で同集合住宅の敷地等に立ち入った事案について判示した最高裁判所の判決（平成20年4月11日第二小法廷判決，刑集62巻5号1217頁）に関する次のアからエまでの各記述について、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからウの順に〔No.14〕から〔No.17〕）

ア．前記判決は、被告人らによる政治的意見を記載したビラの配布は、表現の自由の行使といふことができ、その行為を刑法第130条前段の罪により処罰することは、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問題となつた。〔No.14〕

イ．前記判決は、表現の自由は、送り手の情報が妨げられることなく受け手に受領されることを当然に内包しており、本件で被告人らの行為に刑事罰を科すことは、本件公務員宿舎の居住者が情報に接する機会を奪い、その受領権を侵害することになつた。〔No.15〕

ウ．前記判決は、本件立入りの場所が自衛隊・防衛庁当局が管理するものであることから、いわゆるパブリック・フォーラムたる性質を持つものであることを前提としつつ、判示したものである。〔No.16〕

エ．前記判決の後の判決（最高裁判所平成21年11月30日第二小法廷判決，刑集63巻9号1765頁）では、政党のビラを配布するために民間の分譲マンションの各住戸の廊下等共用部分に立ち入った行為につき、表現の自由の重要性に鑑み、当該マンションの管理者が商業的な宣伝・広告のビラのみならず政党のビラを配布することまで禁止するのは合理性を欠くとして、かかる行為を刑法第130条の罪に問ふことは憲法第21条第1項に反する旨判示された。〔No.17〕

〔第6問〕 立川ピラ事件等

正解 2, 2, 2, 2

ア. 誤っている。

判例（最判平 20. 4. 11／百 I 63 事件）は、「本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われているのではなく、表現の手段すなわちピラの配布のために「人の看守する邸宅」に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われているところ…」と述べている。よって、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問題となっているのではないから、本記述は誤っている。

イ. 誤っている。

判例（最判平 20. 4. 11／百 I 63 事件）は、本件公務員宿舎の居住者の情報の受領権に関しては何ら述べておらず、本記述は誤っている。

ウ. 誤っている。

判例（最判平 20. 4. 11／百 I 63 事件）は、パブリックフォーラムについて何ら述べてはいないし、これを前提にしているとも読み取れないから、本記述は誤っている。

エ. 誤っている。

判例（最判平 21. 11. 30／百選未掲載）は、結論として憲法 21 条 1 項に反しない旨述べているから、本記述は誤っている。

以上より、全ての肢が誤っているから、から、正解は 2, 2, 2, 2 となる。

[民法]

[第1問] (配点：2)

Aが19歳で、親権に服する男性であることを前提として、次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。(解答欄は、[No.1])

- ア. Aがその親権者から営業を行うことを許可された後に親権者の同意を得ずに売買契約を締結した場合には、その売買契約がその営業に関しないものであっても、Aは、その売買契約を取り消すことができない。
- イ. Aの親権者が、新聞配達のアルバイトによりAが得る金銭の処分をAに許していた場合において、Aがそのアルバイトによって得た金銭で自転車を購入したときは、Aがその売買契約を締結する際に親権者の同意を得ていないときであっても、Aは、その売買契約を取り消すことができない。
- ウ. Aがその親権者の同意を得ずにAB間に生まれた子を認知した場合であっても、Aは、その認知を取り消すことができない。
- エ. Aが精神上的障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある場合でも、Aが成年に達するまでは、家庭裁判所は、Aについて後見開始の審判をすることができない。
- オ. Aが相続によって得た財産から100万円をBに贈与する旨の契約を書面によらずに締結した場合において、書面によらない贈与であることを理由にAがその贈与を撤回したときでも、Aが贈与の撤回について親権者の同意を得ていなかったときは、Aは、贈与の撤回を取り消すことができる。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ ウ 4. イ オ 5. エ オ

〔第1問〕 未成年者

正解 3

ア. 誤っている。

民法6条1項によれば、一種又は数種の営業を許された未成年者は、「その営業に関しては」、成年者と同一の行為能力を有する。

イ. 正しい。

民法5条3項によれば、本記述のアルバイトによって得た金銭や小遣いのような、法定代理人が目的を定めずに処分を許した財産を処分する場合、未成年者が自由に処分することができる。

ウ. 正しい。民法780条によれば、認知をするには、未成年者又は成年被後見人であっても、法定代理人の同意を要しない。

エ. 誤っている。

民法7条によれば、「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者」については、家庭裁判所は、「未成年」後見人、「未成年」後見監督人等の請求により、後見開始の審判をすることができる。

オ. 誤っている。

民法5条1項ただし書によれば、未成年者の法律行為であっても、単に義務を免れるものについては、法定代理人の同意は不要である。

以上より、ア、エ、オは誤っていて、イ、ウは正しいから、正解は3となる。

〔第 29 問〕（配点：2）

寄託に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。なお、次のアからエまでの各記述の寄託は、消費寄託ではないものとする。（解答欄は、〔No.29〕）

- ア．受寄者は、無償で寄託を受けた場合には、自己の財産に対するのと同じの注意をもって、寄託物を保管すれば足りる。
- イ．寄託者は、有償か無償かを問わず、過失なく寄託物の性質若しくは瑕疵を知らなかったとき、又は受寄者がこれを知っていたときを除いて、寄託物の性質又は瑕疵によって生じた損害を受寄者に賠償しなければならない。
- ウ．受寄者は、寄託者の承諾を得なければ、寄託物を使用し、又は第三者にこれを保管させることができない。
- エ．受寄者は、寄託物の返還時期の定めがあるときであっても、寄託者に対して返還する旨の通知をした後、相当の期間が経過すれば、返還時期の前に寄託物を返還することができる。
- オ．消費寄託における寄託者は、寄託物の返還時期の定めがあるときであっても、いつでも寄託物の返還を請求することができる。

1. ア イ 2. ア ウ 3. イ エ 4. ウ オ 5. エ オ

〔第 29 問〕 寄託

正解 5

ア. 正しい。

659 条は、「無報酬で寄託を受けた者は、自己の財産に対するのと同一の注意をもって、寄託物を保管する義務を負う。」と規定している。よって、本記述は正しい。

イ. 正しい。

661 条は、「寄託者は、寄託物の性質又は瑕疵によって生じた損害を受寄者に賠償しなければならない。ただし、寄託者が過失なくその性質若しくは瑕疵を知らなかったとき、又は受寄者がこれを知っていたときは、この限りでない。」と規定している。よって、本記述は正しい。

ウ. 正しい。

658 条 1 項は、本記述のとおり規定している。よって、本記述は正しい。

エ. 誤っている。

663 条 2 項は、「返還の時期の定めがあるときは、受寄者は、やむを得ない事由がなければ、その期限前に返還をすることができない。」と規定している。よって、本記述は誤っている。

オ. 誤っている。

666 条 1 項は、「第五節（消費貸借）の規定は、受寄者が契約により寄託物を消費することができる場合について準用する。」と規定し、同条 2 項は、「前項において準用する第 591 条第 1 項の規定にかかわらず、前項の契約に返還の時期を定めなかったときは、寄託者は、いつでも返還を請求することができる。」と規定している。第五節には返還時期の定めがある場合についての規定はないが、確定期限の定めがあるときは、期限の到来（412 条 1 項）によって契約が終了するまで、貸主は返還を請求することができないと解されている。よって、本記述は誤っている。

以上より、誤っているものはエ、オであるから、正解は 5 となる。

〔第31問〕（配点：2）

A男はB女と婚姻したが、Bには姉Cと妹Dがおり、Cには配偶者Eがいる。その後、Aは、Bの同意を得て、Fを養子としたが、その縁組前からFには子Gがいた。この場合に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。（解答欄は、[No.31]）

ア． EはAの親族である。

イ． GはAの親族ではない。

ウ． Bが死亡した場合、Aが姻族関係を終了させる意思表示をしない限り、AとCとの親族関係は終了しない。

エ． AがBと離婚した後であっても、AはDと婚姻することができない。

オ． 家庭裁判所は、特別の事情があるときは、Dを扶養する義務をAに負わせることができる。

1. ア イ 2. ア エ 3. イ オ 4. ウ エ 5. ウ オ

〔第 31 問〕 親族総則

正解 2

ア. 誤っている。

親族とは、6親等内の血族、配偶者、3親等内の姻族をいう（725条）。姻族とは、自己の配偶者の血族及び自己の血族の配偶者をいう。EはAの配偶者Bの姉Cの配偶者ということで、Aから見て上記のいずれにも当たらない。よって、EはAの親族ではないから、本記述は誤っている。

イ. 正しい。

GはAの養子Fの養子縁組前からの子である。判例（大判昭 7.5.11）は、「養子ハ其ノ縁組ノ日ニ於テ養親ノ嫡出子トシテ生レタルト同一ノ効力ヲ生スルコトハ之ヲ民法第 727 条ノ趣旨ニ稽ヘ殊ニ同法第 970 条第 2 項〔注：現削除〕ノ明文ニ照シ多言ヲ俟タサルカ故ニ養子ノ直系卑属ニシテ其ノ以後ニ生レタルモノハ当然養親トモ直系血族ノ関係ヲ生スルニ反シ縦令養子ノ直系卑属ト雖其ノ以前ニ生レタル者ハ養親ト何等血族関係ニ立ツコト無キハ是亦当然自明ノ理ト云ハサルヲ得ス」と述べている。よって、本記述は正しい。

ウ. 正しい。

CはAの配偶者Bの姉ということで、AとCは互いに2親等の姻族である。したがって、AとCは親族関係にある。そして、728条1項は、「姻族関係は、離婚によって終了する。」と規定しており、同条2項は、「夫婦の一方が死亡した場合において、生存配偶者が姻族関係を終了させる意思表示したときも、前項と同様とする。」と規定している。よって、本記述は正しい。

エ. 誤っている。

DはAの配偶者Bの妹ということで、AとDは互いに傍系姻族である。姻族間の婚姻の禁止の範囲について、735条は、「直系姻族の間では、婚姻をすることができない。第 728 条又は第 817 条の 9 の規定により姻族関係が終了した後も、同様とする。」と規定している。したがって、AがBと離婚した後であれば、AはDと婚姻することができる。よって、本記述は誤っている。

オ. 正しい。

DはAの配偶者Bの妹ということで、AとDは互いに2親等の姻族である。したがって、AとDは2親等の親族関係にある。そして、877条1項は、「直系血族及び兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある。」と規定しており、同条2項は、「家庭裁判所は、特別の事情があるときは、前項に規定する場合のほか、3親等内の親族間においても扶養の義務を負わせることができる。」と規定している。よって、本記述は正しい。

以上より、誤っているものはア、エであるから、正解は2となる。

[刑法]

[第19問] (配点：2)

学生A、B及びCは、次の【事例】における甲の罪責について、後記【会話】のとおり検討している。【会話】中の①から⑤までの()内から適切な語句を選んだ場合、正しいものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。(解答欄は、[No.16])

【事例】

甲は、乙がVに対して暴行を加えていたところに通り掛かり、乙との間で共謀を遂げた上、乙と一緒にVに対して暴行を加えた。Vは、甲の共謀加担前後にわたる一連の暴行を加えられた際に1個の傷害を負ったが、Vの傷害が、甲の共謀加担前の乙の暴行により生じたのか、甲の共謀加担後の甲又は乙の暴行により生じたのかは、証拠上不明であった。

【会話】

学生A. 私は、共犯は自己の行為と因果関係を有する結果についてのみ責任を負うという見解に立ち、後行者は、共謀加担前の先行者の暴行により生じた傷害結果には因果性を及ぼし得ないと考えます。事例の場合、甲には①(a. 暴行罪・b. 傷害罪)の共同正犯が成立すると考えます。事例とは異なり、Vの傷害が甲の共謀加担後の甲又は乙の暴行により生じたことが証拠上明らかな場合、甲には傷害罪の共同正犯が②(c. 成立する・d. 成立しない)と考えます。

学生B. A君の見解に対しては、甲に対する傷害罪の成立範囲が③(e. 狭く・f. 広く)なり過ぎるとの批判が可能ですね。

学生C. 私は、事例の場合には、同時傷害の特例としての刑法第207条が適用され、甲は、Vの傷害結果について責任を負うと考えます。その理由の一つとして、仮に甲が乙と意思の連絡なく、Vに暴行を加えた場合に比べ、事例における甲が④(g. 不利・h. 有利)に扱われることになるのは不均衡であると考えられることが挙げられます。

学生B. 乙には、甲の共謀加担前後にわたる一連の暴行の際にVに生じた傷害結果についての傷害罪が成立するのであり、傷害結果について責任を負う者が誰もいなくなるわけではないということは、C君の⑤(i. 見解に対する批判・j. 見解の根拠)となり得ますね。

1. ①a ②c ③e ④h ⑤i
2. ①b ②d ③f ④g ⑤j
3. ①a ②c ③f ④g ⑤j
4. ①b ②c ③e ④h ⑤i
5. ①a ②c ③e ④g ⑤j

〔第 19 問〕 同時傷害の特例

正解 1

- ① a Aの見解に立つと、仮に乙が甲の加担前の暴行によりVに傷害結果を生じさせていた場合に、甲に傷害罪を成立させることができなくなる。よって、①にはaの「暴行罪」が入る。
- ② c Aの見解に立つと、Aが挙げる事例の場合、共犯たる甲は、自己の加担後の乙との共同暴行からVの傷害結果が生じていることが証拠上明らかである以上、共犯としての責任を負うことになり、この場合には乙との間で傷害罪の共同正犯が成立することになる。よって、②にはcの「成立する」が入る。
- ③ e Aの見解に立つと、【事例】の場合には甲に傷害罪を成立させることができないのであるから、成立範囲が「広く」なりすぎるとするのは不合理であり、よって、③にはeの「狭く」が入る。
- ④ h Bの見解に立つと、甲が乙と意思の連絡なくVを暴行した場合には甲に傷害罪が成立するのに、共謀つまり意思の連絡がある場合には軽い暴行罪にとどまるという結果になることから、不均衡であると述べていることが分かる。よって、④にはhの「有利」が入る。
- ⑤ i Bの見解に対しては、Vの傷害結果に対する責任という観点からすれば、乙に傷害罪の結果が帰責されるから、少なくとも1人は傷害罪の結果を帰責させられることには変わりがないという批判が可能になる。よって、⑤にはiの「見解に対する批判」が入る。

以上より、① a ② c ③ e ④ h ⑤ i となり、正解は1となる。

〔予備試験：第1問〕（配点：3）

因果関係に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討し、正しいものを2個選びなさい。（解答欄は，[No. 1]，[No. 2] 順不同）

1. 甲が、Vの胸部、腹部及び腰部を殴打したり足蹴りしたりする暴行を加えたところ、それに耐えかねたVは、その場から逃走した際、逃げることに必死の余り、過って路上に転倒し、縁石に頭部を打ち付けたことによって、くも膜下出血により死亡した。この場合、甲の暴行とVの死亡との間には、因果関係がある。
2. 甲が、Vを突き倒し、その胸部を踏み付ける暴行を加え、Vに血胸の傷害を負わせたところ、Vは、Vの胸腔内に貯留した血液を消滅させるため医師が投与した薬剤の影響により、かねてVが罹患していた結核性の病巣が変化して炎症を起こし、同炎症に基づく心機能不全により死亡した。この場合、甲の暴行とVの死亡との間には、因果関係がない。
3. 甲は、自動車を運転中、過って同車をVに衝突させてVを同車の屋根に跳ね上げ、その意識を喪失させたが、Vに気付かないまま同車の運転を続けるうち、同車の助手席に同乗していた乙がVに気付き、走行中の同車の屋根からVを引きずり降ろして路上に転落させた。Vは、頭部打撲傷に基づくくも膜下出血により死亡したところ、同傷害は、自動車と衝突した際に生じたものか、路上に転落した際に生じたものかは不明であった。この場合、甲の衝突行為とVの死亡との間には、因果関係がある。
4. 甲は、狩猟仲間のVを熊と誤認して猟銃弾を1発発射し、Vの大腿部に命中させて大量出血を伴う重傷を負わせた直後、自らの誤射に気付き、苦悶するVを殺害して逃走しようと決意し、更に至近距離からVを目掛けて猟銃弾を1発発射し、Vの胸部に命中させてVを失血により即死させた。Vの大腿部の銃創は放置すると十数分で死亡する程度のものである一方、胸部の銃創はそれ単独で放置すると半日から1日で死亡する程度のものであった。この場合、甲の2発目の発射行為とVの死亡との間には、因果関係がない。
5. 甲は、Vの頭部を多数回殴打する暴行を加えた結果、Vに脳出血を発生させて意識喪失状態に陥らせた上、Vを放置して立ち去った。その後、Vは、甲とは無関係な乙から角材で頭頂部を殴打される暴行を加えられ、死亡するに至った。Vの死因は甲の暴行により形成された脳出血であり、乙の暴行は、既に発生していた脳出血を拡大させ、幾分か死期を早める影響を与えるものであった。この場合、甲の暴行とVの死亡との間には、因果関係がある。

〔予備試験：第1問〕 因果関係

正解 1, 5

1. 正しい。

判例（最決昭 59. 7. 6）は、本記述の事案と同様の事件において、因果関係を肯定している。よって、本記述は正しい。

2. 誤っている。

判例（最判昭 46. 6. 17）は、「致死の原因たる暴行は、必ずしもそれが死亡の唯一の原因または直接の原因であることを要するものではなく、たまたま被害者の身体に高度の病変があつたため、これとあいまって死亡の結果を生じた場合であつても、右暴行による致死の罪の成立を妨げない」と述べた後に「被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また、致死の結果を予見することもできなかつたものとしても、その暴行がその特殊事情とあいまって致死の結果を生ぜしめたものと認められる以上、その暴行と致死の結果との間に因果関係を認める余地があるといわなければならない。」と述べている。これと同様の本記述の事案においては、甲の行為自体に致死結果を生じさせる危険性がきわめて高く、一方で、Vが罹患していた結核性の病巣はVの身体にある高度の病変に過ぎず、甲の暴行行為とVの死亡結果との間の因果関係を否定するものとはいえない。よって、本記述は誤っている。

3. 誤っている。

判例（最決昭 42. 10. 24）は、本記述の事案と同様の事案において、因果関係を否定している。よって、これを肯定している本記述は誤っている。

4. 誤っている。

判例（最決昭 53. 3. 22）は、本記述の事案と同様の事案において、因果関係を肯定している。本事案で、確かにVは1発目の銃弾による銃創により数十分で死亡していたと思われるが、**2発目の銃弾を甲が打たなければ、少なくとも「即死」という結果は発生しなかったといえる。**よって、甲の2発目の発射行為とVの死亡との間には因果関係があるといえ、本記述は誤っている。

5. 正しい。

判例（最決平 2. 11. 20）は、本記述の事案と同様の事件において、因果関係を肯定している。よって、本記述は正しい。

以上より、正解は1, 5となる。