

『小論文』試験 試作問題

○試作問題作成・公表の趣旨

令和7年度入試より、國學院大學法学部法律学科法律専門職専攻において、公募制自己推薦（AO型）入学試験による入学者の受け容れを開始いたします。

この試作問題は、公募制自己推薦（AO型）入学試験において法律専門職専攻受験者を対象として実施する「小論文」試験について、具体的なイメージを抱いてもらえるよう、作成・公表するものです。

なお、とくに大問Ⅱについては、Webで配信される授業動画を閲読のうえ学修したことを前提として解答することを想定しています。

○留意点

この試作問題は、出題する問題の一例にすぎません。この試作問題と全く同じような内容、形式等の問題を、令和7年度以降の「小論文」試験において出題することを約束するものでもありません。

実際の「小論文」試験問題は、本学部のアドミッションポリシーに基づき、適切な分量となるよう作成します。

I 令和4年12月10日、「民法等の一部を改正する法律」（令和4年法律第102号）が国会において成立した。この法律により、女性について離婚後100日の再婚禁止期間を定めていた民法第733条は削除され、令和6年4月1日より施行された。

新聞記事でこのことを知った若木ひかりさんは、そもそもなぜ女性に限り再婚禁止期間が設けられていたのかについて関心をもった。そこで、ひかりさんは、國學院大學法学部法律専門職専攻の3年生である姉の若木法子さんに、その理由を尋ねてみることにした。

次の若木姉妹の会話文を読んで、以下の問いに答えなさい。

ひかり：姉さん、どうして、女性にだけ100日の再婚禁止期間が設けられていたの？

法 子：それにはね、^{ちやくしゆつすいてい}嫡出推定の制度が関係していたの。

ひかり：チャクシュツスイテイって何？

法 子：えーと、まずは、^{ちやくしゆつし}嫡出子のところから話すね。嫡出子というのは、婚姻、つまり、法的に結婚している夫婦の間に生まれた子供のこと。婚姻していない男女間に生まれた子供のことは、「嫡出でない子」とか「非嫡出子」と呼ぶの。ここまでは理解できた？

ひかり：うん、分かった。

法 子：じゃあ、続けるね。子供の生物学上の母親が誰なのかは、一見すると明らかだと考えられるよね。だって、赤ちゃんは母親が分娩して生まれるのだから。でも、子供の生物学上の父親については、どうかな。

ひかり：もし結婚しているなら、普通は、夫が父親でしょう？お母さんやお祖母ちゃんも、生まれた直後の私を見て、目鼻立ちなんかはお父さんそっくりだって言っていたらしいし。

法 子：うーん、でも、お父さんと叔父さんって見た目はそっくりだよ。だから、その理屈で言うと、ひかりの生物学上の父親は叔父さんだっていう論法も成り立つんじゃないかな。子の外見がお父さんと似てるか似てないかっていうのは、子の生物学上の父親が誰かの決め手にはならないでしょう。子の生物学上の父親が誰なのかは、DNA型鑑定等をしないと、厳密には分からないよ。

ひかり：そうか。

法 子：でも、ひかりの言うように、私達の社会経験上、結婚している夫婦の間に生まれた子の生物学上の父親は、夫であることが大部分であると考えられるよね。そこで、平成28年改正前の民法は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」（民法旧々772条1項）という規定を設けていたの。結婚中に懐胎、つまり妊娠したなら、その子の父親は夫だと推定しようという趣旨ね。

ひかり：それと、女性の再婚禁止期間の問題が、どう関係してくるの？

法 子：そう急がない。さっきも言ったように、結婚中に^{懐胎}懐胎したのなら、その子供の父親は夫だと民法は推定しているのだけれども、女性が妊娠した時期っていうのは、正確には分からないことも多いよね。例えば、婚姻届を提出した日から数えて7か月の頃に子供が生まれたようなときは、実際に婚姻中に妊娠したかどうかと言えば、場合によりけりでしょう。

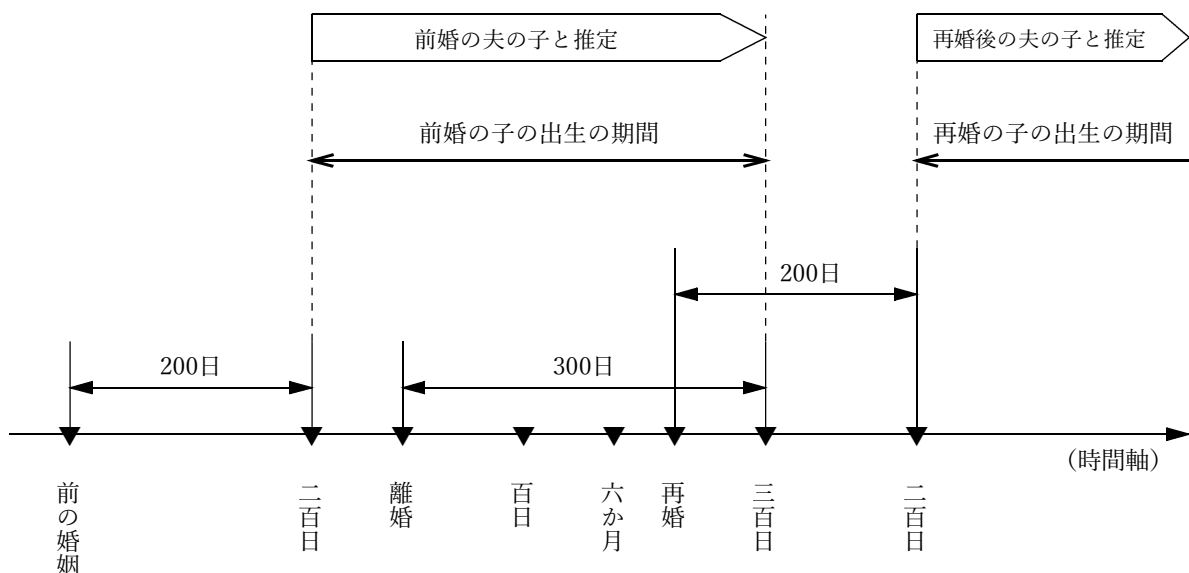
ひかり：そうかも。

法 子：そこで、民法は、外形的な判断に親しみやすい出生の時期を基準に、懐胎の時期を推定する規定を設けているよ。この点、平成28年改正前の民法は、「婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」（民法旧々772条2項）としていたの。これが、かつての嫡出推定の制度。

ひかり：要は、結婚してから200日を経過した後、離婚してから300日以内に生まれた子は、（離婚前の）夫の子と推定しましょう、ってことだったのね。

法 子：ひとまずそう理解しておけばいいよ。次に、再婚禁止期間の制度についてね。平成28年改正前は、「女は、前婚の解消又は取消しの日から六箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。」（民法旧々733条1項）とされていたの。これは、最高裁判所の判例の表現を借りると、Aという立法目的の規定と理解されていたの。

【図1】



法 子：図を使って説明するね。【図1】のように、離婚から6か経過した後の再婚であれば、前婚の夫の子であるのか、再婚後の夫の子であるのかの推定に、重なり合う部分はないでしょう。でも、①離婚してから100日以内に再婚することを認めたうえで、もし、再婚後200日を経過した後、離婚後300日以内に子が生まれた場合、どうなるのかな？

ひかり：えーと、そうか、この場合、前婚の夫の子と推定されるのか、再婚後の夫の子と推定されるのか、どっちなの？

法 子：そういう問題が起こるでしょう。そこで、少なくとも法律上はそういう問題が起こりにくくなるよう、女性について離婚から6か月の再婚禁止期間が設けられていたの。

ひかり：なるほどね。でも、【図1】を見ると、離婚から301日以上、再婚から200日以内に生まれた子については、どっちの子とも推定されないね。

法 子：いいところに目をつけるじゃない。そもそも、婚姻から200日以内に生まれた子については、令和4年改正前の民法の条文上は、夫の子であるとの推定が働かないのだけれども、戸籍実務上は、婚姻から200日以内に生まれた子について、嫡出子として届け出ることが認められていたの。だから、離婚から301日以上、再婚から200日以内に生まれた子について、平成28年の民法改正前は、②とされていたの。

ひかり：そうなんだ。あれ！逆に、推定に重なり合う部分がなければいいだけなら、離婚後100日を超えてまで再婚を禁止するのは、過剰な規制にならないのかな？

法 子：その通りよね。そこで、女性について6か月の再婚禁止期間を定める民法旧々733条1項の規定の憲法適合性を法律上の争点とする訴訟で、最高裁判所は、女性の再婚禁止期間のうち100日を超える部分については、憲法14条1項・24条2項に違反している旨の判断をしたの（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）。この判断を受けて、平成28年、民法旧々733条1項は、「女は、前婚の解消又は取消しの日から起算して百日を経過した後でなければ、再婚をすることができない。」（民法旧733条1項）と改正されたよ。

ひかり：ふうん。でも、Aという立法の目的からすると、令和4年の改正で、女性の再婚禁止期間について廃止してよかったのかしら？

法 子：推定の重複が起こらないよう、嫡出推定の制度を見直したの。私達の社会生活の変化に伴って、嫡出推定的前提が変わったとも言えるかな。

ひかり：どういうこと？

法 子：令和4年改正により、民法772条1項は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、当該婚姻における夫の子と推定する。女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものも、同様とする。」（民法現772条1項）と改められたの。

ひかり：文が1つ追加されているね。

法 子：そうね。私達の社会経験上、結婚してから夫の子を懐胎することが多いと考えられるから、結婚している夫婦の間に生まれた子の生物学上の父親は、夫であることが大部分であると考えられるよね。だから、民法772条1項の前半の文は概ね変わっていない。でも、最近では、授かり婚とも呼ばれる、妊娠してから結婚するという場合も増えているとされ、その場合でも、私達の社会経験上、生まれた子の生物学上の父親は、結婚後の夫であることが多いと考えられる。そこで、民法772条1項の後半に、「女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものも、同様とする。」という文を追加したの。

ひかり：そうすると、ある女性が離婚後、その翌日に再婚して、さらに再婚した翌日にその女性が子を生んだという極端な例だと、誰の子と推定されるのかしら？

法 子：（六法で条文を見せながら）現在の民法772条は、次のような規定になったの。
「(嫡出の推定)

第772条 妻が婚姻中に懐胎した子は、当該婚姻における夫の子と推定する。

女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものも、同様とする。

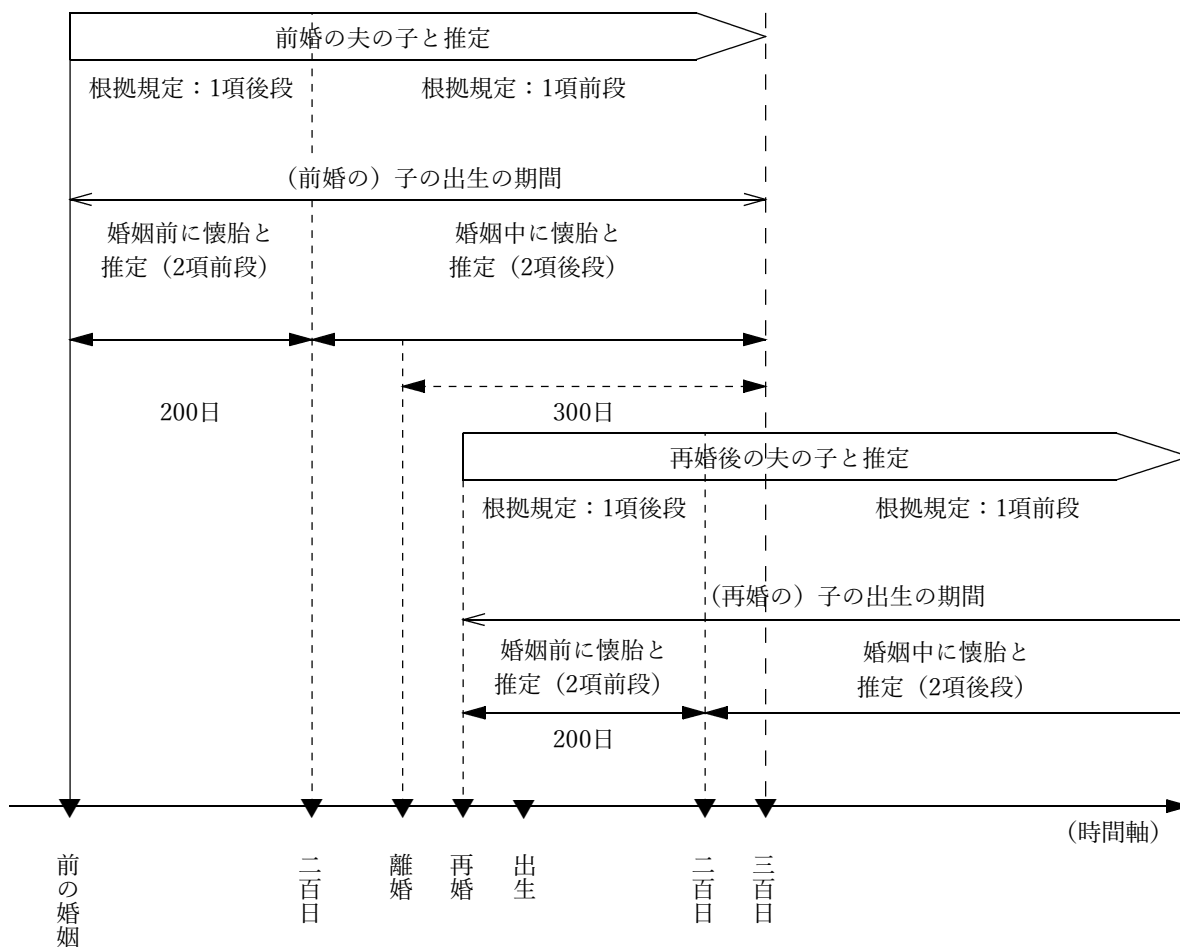
2 前項の場合において、婚姻の成立の日から二百日以内に生まれた子は、婚

姻前に懐胎したものと推定し、婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。

3 第一項の場合において、女が子を懐胎した時から子の出生の時までの間に二以上の婚姻をしていたときは、その子は、その出生の直近の婚姻における夫の子と推定する。

4 (省略)」

【図2】



法子：図を使いながら説明するね。現在の722条1項・2項のルールだけだと、ひかりの言った極端な例の場合、【図2】のように、前夫の子と推定されるのか、再婚後の夫の子と推定されるのか、分からないことになるよね。そこで、現在の722条3項のルールが適用される結果、その子は、③と推定されるのよ。

ひかり：なるほどね。ところで姉さん、ここまで聞いておいてなんだけど、「推定する」で、どういうことなの？

法子：「推定する」というのは、法律上の取扱いに関することなんだけど、詳しく説明しようとするとなんと時間がかかるから、明日にしてもらえないかな？

ひかり：わかった。今日はいろいろ教えてくれてありがとう、姉さん。

問1 平成28年改正前の民法旧々772条1項・2項を前提として、【図1】・【図2】を参考にしつつ、下線部①の場合を、解答欄（省略）に図解しなさい。なお、前の婚姻の日から201日を経過した日に離婚したとして図解すれば足りるものとする。

問2 空欄②に入るのに最も適切なものを、次の1から4までの中から1つ選び、その番号を、解答欄（省略）に記入しなさい。ただし、本問の解答に当たっては、再婚前の夫（前婚の夫）と再婚後の夫は異なる人物であること、また、再婚後の婚姻関係は継続している（再婚が離婚等によって解消されていない）こと、を前提とすること。

1. 再婚前の夫の子と当然に推定されるから、再婚前の夫の子として届け出ることができる
2. 再婚前の夫の子と推定されないけれども、再婚前の夫の子として届け出ることができる
3. 再婚後の夫の子と当然に推定されるから、再婚後の夫の子として届け出ることができる
4. 再婚後の夫の子と推定されないけれども、再婚後の夫の子として届け出ることができる

問3 空欄③に入るのに最も適切なものを、次の1から4までの中から1つ選び、その番号を、解答欄（省略）に記入しなさい。ただし、本問の解答に当たっては、再婚前の夫（前婚の夫）と再婚後の夫は異なる人物であること、また、令和6年4月1日以後に生まれた子であること、を前提とすること。なお、【図2】は、現在の民法722条1項・2項のルールのみを図解したものであることに注意すること。

1. 前婚の夫の子
2. 再婚後の夫の子
3. 当然に前婚の婚姻前に前婚の夫との間に懐胎した子
4. 当然に前婚の婚姻前に再婚後の夫との間に懐胎した子

問4 次の【資料】は、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁掲載の判例の一部である。【資料】を読んで、空欄Aに入るのに最も適切な部分を、解答欄（省略）に記入しなさい。なお、「最大判」とは「最高裁大法廷判決」の、「民集」とは「最高裁判所民事判例集」の、それぞれ略称である。

ただし、【資料】には、入学試験実施の目的の観点から、表現を改めたり、省略したか所がある。

【資料】 民法733条1項（以下、「本件規定」という。）の憲法適合性について

1 憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである。そして、本件規定は、女性についてのみ前婚の解消又は取消しの日から6箇月の再婚禁止期間を定めており、これ

によって、再婚をする際の要件に関し男性と女性とを区別しているから、このような区別をすることが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない場合には、本件規定は憲法14条1項に違反することになると解するのが相当である。

ところで、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものである。また、同条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定しており、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法890条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法772条1項等）などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることをも併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。

そうすると、婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。

そこで、本件においては、上記の考え方にに基づき、本件規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、そのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有するものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行うのが相当である。以下、このような観点から検討する。

2 本件規定の立法目的について

(1) 平成28年法律第71号による改正前の民法は、嫡出親子関係について、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し（民法772条1項）、夫において子が嫡出であることを否認するためには嫡出否認の訴えによらなければならない（同法775条）、この訴えは夫が子の出生を知った時から1年以内に提起しなければならない（同法777条）と規定して、父性の推定の仕組みを設けており、これによって法律上の父子関係を早期に定めることが可能となっている。しかるところ、上記の仕組みの下において、女性が前婚の解消等の日から間もなく再婚をし、子を出産した場合においては、その子の父が前夫であるか後夫であるかが直ちに定まらない事態が生じ得るのであって、そのために父子関係をめぐり紛争が生ずるとすれば、そのことが子の利益に反するものであることはいうまでもない。

民法733条2項は、女性が前婚の解消等の前から懐胎していた場合には、その出産の日から本件規定の適用がない旨を規定して、再婚後に前夫の子との推定が働く子が生まれない場合を再婚禁止の除外事由として定めており、また、同法773条は、本件規定に違反して再婚をした女性が出産した場合において、同法772条の父性の推定の規定によりその子の父を定めることができないときは裁判所がこれを定めることを規定して、父性の推定が重複した場合の父子関係確定のための手続を設けている。これらの民法の規定は、本件規定が父性の推定の重複を避けるために規定されたものであることを前提にしたものと解される。

(2) 以上のような嫡出親子関係等に関する民法の規定中における本件規定の位置付けからすると、本件規定の立法目的は、女性の再婚後に生まれた子につき父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解するのが相当であり、父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑みると、このような立法目的には合理性を認めることができる。

(3) これに対し、仮に父性の推定が重複しても、父を定めることを目的とする訴え(民法773条)の適用対象を広げることにより、子の父を確定することは容易にできるから、必ずしも女性に対する再婚の禁止によって父性の推定の重複を回避する必要性はないという指摘があるところである。

確かに、近年の医療や科学技術の発達により、DNA検査技術が進歩し、安価に、身体に対する侵襲を伴うこともなく、極めて高い確率で生物学上の親子関係を肯定し、又は否定することができるようになったことは公知の事実である。

しかし、そのように父子関係の確定を科学的な判定に委ねることとする場合には、父性の推定が重複する期間内に生まれた子は、一定の裁判手続等を経るまで法律上の父が未定の子として取り扱わざるを得ず、その手続を経なければ法律上の父を確定できない状態に置かれることになる。生まれてくる子にとって、法律上の父を確定できない状態が一定期間継続することにより種々の影響が生じ得ることを考慮すれば、子の利益の観点から、上記のような法律上の父を確定するための裁判手続等を経るまでもなく、そもそも父性の推定が重複することを回避するための制度を維持することに合理性が認められるというべきである。

Ⅱ 國學院大學法学部1年のA君は、大学の授業を終え、帰宅するため明治通りを歩行していたところ、とつぜん歩道に突っ込んできた自動車に轢かれ、脳死状態となった。Aに恨みを抱いていたBさんは、Aの事故の話をきき、「Aなんて死ねばいいんだ」と思い、ひそかにAが入院している病院に忍び込み、Aの肺と心臓に包丁を突き刺した。その結果、Aの呼吸・脈搏は停止し、瞳孔は散大した。

刑法199条は、「人を殺した者」を処罰すると規定している。このBの行為は刑法199条の要件を満たすか。

以下の【ヒント】を参考にして答えなさい（解答欄省略）。

【ヒント】

1. 問題提起：刑法199条「人」の意味、特に人が人でなくなる時期、すなわち人の終期が問題。

2. 法解釈

①説：人の死亡とは、脳機能が停止することを意味する。

【理由】 人間の本質は意識を持ち思考することにあるのだから、この活動をつかさどる脳の機能が停止したならば、もはや人間とはいえない。

脳死状態の者に対する損壊行為は、刑は軽くなるが、死体損壊罪で処罰可能である（殺人だと最高死刑。死体損壊罪だと最高3年）。

②説：人の死亡とは、呼吸・脈搏の停止および瞳孔散大の三徴候がみられることをいう。

【理由】 これら三つの徴候が見られることによって死を確認するというのが社会通念であり、刑法もそれに従うべきである。

脳死を人の死とすることのメリットは、臓器移植が容易になることにあるが、臓器移植の場合に例外として脳死を人の死とすることは法律上認められており、それ以上拡大すべきでない。