

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

憲法

問題 I は、名古屋地判 2022 (令和 4) 年 1 月 18 日判時 2522 号 62 頁をモデルにしている。捜査機関がいったん適法に取得した DNA 型をデータベース化することで半永久的に保管し、使用することが、自己情報の利用のコントロールに制約を受けている(目的外利用されている)として、DNA 型データの抹消請求が認められるかが問題となる。取り上げるべき憲法上の権利は、憲法 13 条後段に基づく自己情報コントロール権もしくは国民の私生活上の自由の一つとしての DNA 型をみだりに使用されない自由である。DNA 型データ取得段階を問題とする答案も散見されたが、ほとんどの答案が正しく論点を捉えられていた。また、問題となる DNA 型が、DNA 資料とは異なり、あくまで人を識別するための情報であるという特徴に着目できていた答案も多かった。権利保障のあり方を判断する上でいかに評価するかは見解の分かれるところであるが、いずれにせよ DNA 型データの特徴を考慮できていた答案は高く評価されている。

本問を自己情報のコントロールの問題であると捉えつつも、本件規則それ自体の合憲性の問題と、DNA 型のデータの抹消請求が認められるかという問題を適切に区別できていないものが多くみられた。たしかに本件規則そのものが違憲無効となれば DNA 型をデータベース化して保管する根拠が失われるため、DNA 型の抹消請求が認められるという構成もありえないではない。しかし、本問に引用されている本件規則 7 条を違憲無効とするだけで、DNA 型のデータを管理するシステム全体の無効を導くのは無理がある。そうではなく、本問では、「被疑者 DNA 型記録を保管する必要がなくなったとき」(本件規則 7 条 2 号)に該当することを理由に、X がその抹消請求を求めることができるかが問われている。

もっとも、本件規則には抹消請求の手続が何ら規定されていない。本問では、「保管する必要がなくなったとき」にあたるため DNA 型のデータを犯罪鑑識官が抹消しなければならないだけでなく、X が裁判上、抹消請求できるという理由を説明する必要がある。この点を論じられた答案は非常に優れたものとして評価した。

判断枠組みとしては、目的手段図式の違憲審査基準ではなく、本件規則の合憲性を前提として、「保管する必要」という要件を、自己情報コントロール権もしくは DNA 型をみだりに利用されない権利の性質を踏まえて、解釈適用することが求められる。例えば、「保管する必要」とは、抽象的な犯罪捜査の必要性だけでは足りず、無罪判決後であっても当該被疑者との関係で DNA 型のデータを保管し続ける具体的な必要性が示されることを要する、といった解釈を提示し、これを本件の X の事情にあてはめるという作業である。多くの答案が、「保管する必要」という要件に何らかの形で限定をかける解釈をしたり、「保管する必要」の判断を比較衡量の枠組みを用いて判断するなどして、憲法を活かした解釈を試みた上で、X の具体的な事情を考慮して検討することができていた。

なお、「保管する必要がなくなったとき」という文言が不明確であるがゆえに違憲無効であると論じる答案が散見されたが、本問は文言の不明確性を問題にすべき事案ではない。

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

以上の他に、本問では、DNA 型のデータをデータベース化することに明確な法律の根拠がないことから、法律の留保違反という論点も存在する。しかし、この点を指摘できていた答案はほとんどなかった。

問題 II の出題趣旨は、司法審査と民主主義などと呼ばれる問題の民主主義の側を検討してもらうことにある。司法審査の側については、第 76 条第 3 項と第 99 条の規定に基づいて憲法に拘束され、憲法を尊重して擁護する義務を負う裁判官が、第 76 条第 1 項の司法権を行使するときに、これに付随する第 81 条の違憲立法審査権を発動する仕組みを説明するのが普通である。ならば、民主主義の側についても、特定の規定を適切な根拠としての確に説明することができるだろうか。このとおりに問うのでは難し過ぎようから、第 41 条と第 43 条第 1 項の規定のみを具体的な候補として検討してもらう出題にしてある。

法律を制定する国会は、第 41 条に定められているとおり、「国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である」。また、その両議院の構成員が、第 43 条第 1 項に定められているとおり、「全国民を代表する選挙された議員」であるから、国民の代表機関でもある。これらの規定の「最高」や「立法」や「代表」という概念は、司法審査の対象となる「法律」の規定に合憲性の推定を働かせる根拠として適切なのか、というのが本問の焦点である。

合憲性の推定は、法的な推定であるから、その法的な根拠には法的な意味がなければならぬと考えると、通説の立場に準拠して「最高」や「代表」という概念に法的な意味がなく、もっぱら政治的な意味しかないと考えるのでは、それ自体として法的な合憲性の推定の根拠にはならないと考えることになろう。また、憲法の規定に明文の根拠がある「法律」事項でなくても「立法」裁量が語られることが多く、もちろん「立法」概念には法的な意味があるが、国会が「国の唯一の立法機関」であること自体が裁量の範囲を広く見積もる推定の根拠になるのかは別問題である。

合憲性の推定が説明される典型は、職業選択の自由や財産権などの制約であり、経済の自由の制約を精神の自由の制約と分別する根拠は、司法審査の必要性や可能性により説明されるのが普通である。出題には「さまざまな考え方があり」と記してあるが、たとえば民主主義の政治過程の維持保全の必要性や裁判所の審査能力が及ぶ可能性の乏しさを司法審査の対象となる「法律」の合憲性を推定すべき根拠として挙げることに成功していれば、第 41 条や第 43 条第 1 項の規定が直接の適切な根拠ではないことを手際よく説明していることになる。

この問題 II を選択していた受験者は、ごく少数にとどまり、いずれも本問の焦点を正確には把握していなかった。要するに民主主義だからという抽象的な論じ方では、残念ながら、具体的な規定の解釈を求めている問いに正面から答えていることにならない。

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

民法

I

(1) 現存利益

受けた利益から滅失・損傷・消費などにより目減りした部分を差し引いた残りの利益。生活費としての消費は他の支出を免れているので現存利益となる。

民法 703 条の「利益の存する限度において」を想起して解答していた答案が多数あった。民法においてよく出てくる概念であることから、どのような利益を意味するか概ね理解できているであろうことがうかがえるものの、文章化に苦戦したと思われる解答が多かった。他方で、的外れな説明や、誤った条文を用いての例示なども少なくなかった。

(2) 非典型担保

民法に定めのない物的担保。譲渡担保や所有権留保がその例。担保物権形式を採らず、権利の移転・不移転により債権を担保し、実行も公的競売手続によらない私的実行による。

権利移転形式や私的実行に言及できた答案はほとんどなく、定義と例示や、物権法定主義との関係、判例法によることなどを書いて 6~8 点というものが多かった。他方、まったく別の区別（約定担保・法定担保）と間違えていたものや白紙の答案も少なくなかった。担保物権では基本中の基本の概念なので、しっかり勉強していただきたい。

II

[1]

(問 1)

CD 間の売買が存在しないのに、C が D の協力を得て本件土地を D 名義としていた場合、C に 500 万円の債権を有する A 社は、D に対して抹消登記手続請求ができるかを問う問題である。

解答の柱としては、①CD 間の売買契約は仮装であり、通謀虚偽表示で無効である(94 条 1 項)、②C は D に対して、所有権に基づく妨害排除請求権としての抹消登記手続請求ができることを確認したうえで、③A 社は C の抹消登記手続請求を代位行使できるか(423 条 1 項)を検討することになる。債権者代位の要件を指摘し、それぞれ充足するかどうかの判断をしていくことになるが、問題となり得るのは、A の被保全債権の履行期が「今月末」とされているだけで、履行期が到来しているかが不明な点である(423 条 2 項)。

(問 2)

CD 間の売買契約が実際に存在した場合、A 社は D に対して C への登記請求ができるかが問われており、CD 間の土地売買契約を詐害行為として取り消すことが考えられる(424 条の 2 第 1 項)。

詐害行為が成立するかの要件を検討していくことになるが(424 条)、本問では C は本件土

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

地を 1000 万円の相当額で売却しているのに、債務者の行為の詐害性については 424 条ではなく、424 条の 2 が適用される。問題文では要件の充足を判断する十分な事実が現れていない。本条により詐害性が認められ、424 条の他の要件も充足するとすれば、A 社は CD 間の本件売買契約を取り消して、受益者に移転した財産債務者への返還を請求することができることになる(424 条の 6 第 1 項)。A 社の被保全債権額は 500 万円であるが、土地は可分ではないので全部の取消しができる(424 条の 8)。

(問 1)と(問 2)で、CD 間の土地の売買契約が実際には存在せずに登記簿上だけの場合(仮装売買)と、実際に登記簿通りの場合があった場合を分けて検討させる問題であり、問題をよく読んで、どのような法律関係となるのかを正確に理解することがなにより重要である。(問 1)で 94 条 2 項の第三者保護について言及していたり、(問 1)で詐害行為取消しを論じているものは、基本的な法律関係の取違えがあると思われる。また、問われている間に答える、設問をよく読むことも重要である。(問 1)では、A 社が D に登記請求できるかが問われている。したがって、CD 間の売買が仮装売買で無効であること、C は D に対して所有権に基づき抹消登記手続請求権を有することを述べるだけでは解答にならず、それを A 社が代位行使できるところまで言及しなければならない。

(問 2)に関しては、424 条の 2 を指摘できず、424 条に基づいてのみ論じているものが結構存在した。改正法施行から 3 年以上経過しており、今回のほとんどの受験生は最初から改正条文で勉強しているはずであるが、残念な結果であった。また、詐害行為取消しの効果の点でも、取消しの効果として 121 条の 2 や 703 条を引用するものがあり、基本的な理解の不足をここでも感じさせられた。

債権者代位や詐害行為取消しは責任財産保全のための重要制度であるとともに、法律関係の正確な理解力、改正条文への習熟度を試す素材としても取り上げられやすいものである。今回出題されていない点も含め理解を深めてほしい。

[2]

動産の即時取得(192 条)を前提として、原所有者の盗品の回復(193 条)と占有者の代価弁償(194 条)、原所有者の占有者に対する使用利益相当額の返還それぞれの請求の可否を論じさせる問題である。

(問 1)

A の請求は、所有権(206 条)に基づく返還請求としての動産(甲)引渡請求であり、これに対する C の反論は即時取得(192 条)により甲の所有権は A には帰属しないという主張であると考えられる。

即時取得(192 条)の要件は、①動産であること、②占有を有した前主が処分権限を欠くこと、③前主の占有に対する正当な信頼(善意・無過失)、④有効な取引行為、⑤④によると平穩・公然の占有の取得(引渡し)である。

本問事案における係争物である甲は、新車のバイクという「動産」であり(①充足)、甲

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

は盗品であるから前主である B は甲の処分権限を欠き (②充足)、C は甲との間の売買契約 (555 条) という「有効な取引行為」により甲を取得している (④充足)。また、平穩・公然・善意は 186 条により推定され、188 条で前占有者の占有が適法であると推定されるため、その占有を承継取得する譲受人は無過失であると推定される (判例) ところ、これらの推定を覆す事情はない (③、④充足)。したがって、192 条が適用され、C の反論は認められるように思われる。

しかし、C の反論に対して、A の側から、甲は盗品であるため A は甲を回復できる (193 条) とする再反論が考えられる。甲は「盗品」であり、A は「被害者」で盗難から 2 年を経過していないため、A の再反論が認められる。

以上のことから、C の反論は認められない。

(問 2) ①

C の反論は、A が C に対して代価弁償をするまでは甲を引き渡さない (194 条) という主張である。

本問事案において、「占有者」C が、「盗品」である甲を中古車卸売センターという「公の市場」から、「善意」で (事実 3) 買い受けたのであるから、「被害者」である A は、C が支払った「代価」60 万円を弁償しなければ甲を回復することができない。

以上のことから、C の反論は認められる。

(問 2) ②

判例 (最判平成 12 年 6 月 27 日民集 54 卷 5 号 1737 頁) は、原所有者が代価弁償をして盗品を回復することを選択し盗品の引渡しを受けた場合には、占有者は盗品の返還後も 194 条に基づき代価弁償を求めることができるとする。

判例に照らすと、本問事案において、A が甲の引渡しを請求したということは、代価弁償をした上での盗品回復を選択したということであるから、C は A に甲を返還した後であっても、A に対して甲の購入代金を支払うよう請求することができる。

(問 3)

判例 (前掲最判平成 12 年 6 月 27 日) は、194 条に基づいて代価弁償があるまで盗品等の引渡しを拒むことができる場合には、占有者は弁償されるまで盗品等の使用収益を行う権限を有するとしている。その理由は、194 条が占有者と原所有者の保護の均衡を図った規定であり、占有者は原所有者が盗品等の回復を諦めた場合には占有取得後の使用利益を享受できるのに、原所有者が代価弁償を選択した場合には、代価弁償以前の使用利益を喪失することとなり 194 条の趣旨に反するからである。また、弁償される代価には利息は含まれないこととの均衡上、占有者の使用利益を認めることが公平にかなう。

判例に照らすと、C は、A が代価を弁償するまで甲を使用収益する権限を有しているため、A の請求は認められない。

(問 1)、(問 2) は全体として出来は良かったが、条文の要件定立とあてはめがきちんと出来ていない答案が散見された。学習する際は、論点主義に陥らず、条文をきちんと読んで

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

文理解釈して要件と効果を的確に押さえるよう心掛けてほしい。(問3)については、判例に全く言及されていない答案が多数あったものの、Aから請求を受けた時点でCは189条2項により悪意占有者となるため、甲の使用利益をAにXに返還しなければならない(190条1項)等、論拠がきちんと示されている答案もしばしばあり、評価した。

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

商 法

I 約束手形の善意取得の要件について説明しなさい。(150字以内) (20点)

約束手形の所持人が、その前者から裏書の連続した約束手形を取得し、権利者の推定を受ける場合(手形法77条1項1号・16条1項)、たとえ所持人の前者が無権利者であったとしても、所持人は、その事実について善意かつ無重過失ならば、手形上の権利を有効に取得できる(手形法77条1項1号・16条2項)。(141字)

なお、譲渡人の無権利者性のみならず、譲渡行為の瑕疵も善意取得によって治癒されるとするのが判例(最判昭和35年1月12日民集14巻1号1頁(無制限説))だが、字数の関係もあり、そこまで説明する必要はない。

II

[1] 解説

1. 乙社の立場から本件決議の効力を争う方法

乙社は、甲社の株主であるため、甲社を被告として、決議の日から3か月以内に本件決議の取消しを請求する訴えを提起することができる(831条1項・834条17号)。取消し事由として考えられる点は、①乙社の従業員であるB(非株主)が乙社の委任状を提示して本件総会に入場しようとしたところ、本件定款規定を理由に入場を断られたことが、決議方法の法令・定款違反(同項1号)に該当するか、②本件総会において本件株主提案を無視し、採決に付さなかったことが、本件決議に影響を及ぼす瑕疵となるか、ということである。

2. 定款による代理人資格の制限

株主総会における議決権の代理行使資格を株主に限る旨の定款規定について、判例は、「株主総会が、株主以外の第三者によって攪乱されることを防止し、会社の利益を保護する趣旨にでたものと認められ、合理的な理由による相当程度の制限とすることができる」(最判昭和43年11月1日民集22巻12号2402頁)として、その有効性を認めている。これに対し、別の判例(最判昭和51年12月24日民集30巻11号1076頁)は、地方自治体・株式会社株主である場合にその職員・従業員が代理人として出席し、議決権を行使したという事案について、「これら職員または従業員を代理人として株主総会に出席させた上、議決権を行使させたとしても、特段の事情のない限り、株主総会が攪乱され会社の利益を害するおそれはなく、かえって、右のような職員又は従業員による議決権の代理行使を認めないとすれば、株主としての意見を株主総会決議の上に十分に反映することができず、事実上議決権行使機会を奪うに等しい」として、非株主である職員・従業員による議決権の代理行使を認めている。両判例を併せ考えると、定款による代理人資格の制限は原則として有効であるが、法人・自治体が株主の場合に非株主である従業員・職員の議決権行使を認めることはこれらの株主の議決権行使の機会を実質的に認める意味で必要であり、また株主総会の攪乱のお

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

それもないものとして許容される（非株主である代理人の入場を認めたとしても、当該決議に決議方法の定款違反（831条1項1号）の瑕疵は認められない）と理解できる。このような見解に基づくならば、本件定款規定に基づいて B を入場させなかった甲社の判断は決議方法の法令（310条1項）違反（831条1項1号）にあたり、本件決議には取消し事由があるといえる。

3. 本件株主提案を付議しなかったという判断

本件総会において甲社は本件会社提案のみを採決に付し、本件株主提案を採決しなかった。本件株主提案は本件総会の場において B が乙社の代理人として提案することを予定されていたものである。しかし、B の入場が拒まれたため B が本件株主提案を動議として本件総会に提出することはできなかった。乙社が議案要領通知請求権（305条1-2項）を行使した時点では甲社がどのような議題を株主総会に提出するかは不明であったため、乙社側は、議案要領通知請求権とともに、取締役選任の件という議題提案権（303条1-2項）をともに行使したものと考えられる（持株要件は満たしている）。乙社による B を取締役候補者に選任する議案は、乙社および甲社自身が提案した取締役選任議題とともに、株主に通知され、検討の対象とされる議題の一部となっているため、たとえ B（乙社）が株主総会の議場で動議（304条）を行うことができないとしても、甲社には、B（乙社）に代わって本件株主提案を採決に付す義務が存している。甲社が本件株主提案を無視した行為は違法であり、過料の制裁が科される（976条18号の2）が、本件株主提案に対応する決議が存在しない以上、決議取消しの問題は生じえない。成立した本件決議と無視された株主提案の間に密接な関連性があり、本件決議について審議するうえで株主提案を考慮することが必要かつ有益であるという特段の事情（東京高判平成23年9月27日資料版商事法務333号39頁）がある場合には、本件決議の取消しが認められる可能性があるとする説が存するが（田中亘『会社法〔第4版〕』208頁（東京大学出版会、2023年）、本問にはそのような事情も存しない（なお、田中前掲には引用されていないが、平成23年東京高判は、上記の事情に加えて、株主提案を採り上げることが会社にとって不都合であるためあえて無視したという事情も必要と述べているようにも読める）。また、甲社の取締役の員数に関する定款の定め上、本件総会において A か B のいずれかしか取締役に選任することが認められない場合は、B の選任議案を無視した行為は、株主の選択を奪うものとして本件決議の取消し事由となるという見解（田中・前掲207-208頁）もありうるが、本問にはそのような記載が存しないことから、本件株主提案の無視はやはり本件決議の効力に影響を及ぼさないものと考えられる。

4. 乙社の請求は認容されるか。

2. より代理人 B の入場を認めなかった本件決議には決議方法の法令（310条1項）違反（831条1項1号）の瑕疵が認められる。発行済株式の10%を保有する乙社の議決権行使を認めなかった時点で本件決議には重大な瑕疵が認められ、裁量棄却はされない（831条

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

2 項)。さらに、問題文より、本件決議は、乙社（代理人 B）の議決権行使があったならば可決されなかったと考えられるため、この点からも裁量棄却はあり得ない。よって乙社の請求は認容される。

〔2〕解説

1. 本件契約の重要財産処分（362 条 4 項 1 号）該当性

本件契約は帳簿価格 1 億円の本件土地を 1 億円で売却するものである。本件土地が「重要な財産（362 条 4 項 1 号）」に該当するかについては、当該財産の価値、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべき（最判平成 6 年 1 月 20 日民集 48 卷 1 卷 1 号）とされる。本件土地（帳簿価格 1 億円）は X 社の資産総額（30 億円）に鑑みても、X 社の内規（「従来の取扱い」）に照らしても、「重要な財産」に該当すると考えられるため、その売却は「重要な財産の処分（362 条 4 項 1 号）」として取締役会決議事項となる。

2. 取締役会決議の瑕疵とその効力、

取締役会決議の瑕疵については、株主総会決議と異なりその瑕疵を争う特別の訴えの制度がないことから、瑕疵ある決議は当然に無効となると解されている。もっとも、軽微な手続上の瑕疵により決議が当然に無効となると解するべきではない。

(1)Q・S への招集通知漏れ

P は本件取締役会に先立って Q・S についてのみ招集通知を發出しないように指示した。取締役会の招集通知は取締役全員に対して送る必要があり、仮に名目的取締役であったとしても通知を要しない理由にはならない。しかし、その場合でも、当該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があるときは、当該瑕疵により決議は無効とならない（最判昭和 44 年 12 月 2 日民集 33 卷 12 号 2396 頁）とされる。そのため、Q・S への招集通知漏れが「軽微な手続上の瑕疵」といえるかは、本件決議への影響によって判断される。

(2)Q・S の欠席と本件決議への影響

本件取締役会には 5 人の取締役のうち Q・S を除く 3 人が出席していた。本件決議に関して特別利害関係人（369 条 2 項）は存在せず、また X 社の定款には取締役会決議に関する別段の定めもないため、取締役 5 人中過半数の 3 人が出席していれば定足数を満たす（369 条 1 項）。本件決議は、P・R・T の 3 名が出席し、出席取締役の過半数にあたる P・R の賛成で可決されたため、定足数と可決要件を満たしている（T は棄権したが出席はしていたため定足数に含まれる）。しかし、仮に Q・S が出席していたならば本件契約の承認に反対したと思われるため、P・R と 2 対 2 で対立し決議が成立しなかった可能性が高い（「否決」ではなく、可否同数の場合は「不成立」となる）。したがって、本件決議には「当該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」は存しないといえる。

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

ゆえに、原則に立ち返り、本件決議は無効となる。

3. 適法な取締役会決議を欠く重要財産処分

以上より、P が本件契約の締結によって本件土地を Y 社に売却したことは、代表取締役が適法な取締役会決議を経ずになした行為となる。代表取締役が株式会社の業務に関して一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有することに鑑みれば、取締役会の決議を経ないでした重要な業務執行に該当する取引も、内部的意思決定を欠くにすぎないため原則として有効であり、本件土地が重要財産 (362 条 4 項 1 号) であるにもかかわらず取締役会の決議を経ないことを、取引の相手方が知りまたは知り得べかりしときに限り無効となると解される (最判昭和 40 年 9 月 22 日民集 19 卷 6 号 1656 頁)。

4. X 社 (Q・S) の立場からの主張

Q・S の立場から X 社として Y 社からの本件土地の引渡し請求を拒むためには、本件契約が重要財産の処分 (362 条 4 項 1 号) に当たり、その承認が X 社の取締役会決議事項であったこと、それにもかかわらず適法な取締役会決議がなかったことを Y 社が知っていたかあるいは知ることができたため、本件契約が無効となることを主張・立証する必要がある。なお、362 条 4 項の趣旨に照らし、本件契約の無効は原則として X 社側のみが主張することができる (最判平成 21 年 4 月 17 日民集 63 卷 4 号 535 頁)。

以上

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

刑法

2024 年度前期入試の刑法は、以下のような問題でした。以下、問題 I・II の順で解説と講評をします。

I 次の【事例】を読み、甲および乙の罪責について、殺人罪（刑法 199 条）と同意殺人罪（刑法 202 条後段）の関係を論じた上で、解答しなさい（特別法違反の点は除く）。

【事例】

(1) 甲（男性 50 歳）は、妻乙（女性 45 歳）と 2 人で生活していたところ、乙と相談の上、入院していた甲の実父 X（80 歳）を退院させ、自宅で数か月間、その介護を行っていたが、自力で移動できず回復の見込みもない X は、甲および乙に対して、しばしば「死にたい。もう殺してくれ。」と言うようになった。甲は、X が本心から死を望んでいると思い、その都度 X をなだめていた。しかし、X は本心では死を望んでおらず、乙も X の普段の態度から、X の真意を認識していた。

(2) 乙は、ある日、甲の外出中、X の介護に疲れ果てたことから、X を殺害しようと決意し、X の居室に行き、「もう限界です。」と言って X の首に両手を掛けた。これに対し、X は、乙に「あれはうそだ。やめてくれ。」と言ったが、乙は、それに構わず、殺意をもって、両手で X の首を強く絞め付け、X は失神した。乙は、その後も、X の首を絞め続け、その結果、X は窒息死した。甲は、X が失神した直後に帰宅し、乙が X の首を絞めているのを目撃したが、それまでの X の言動から、X が乙に自己の殺害を頼み、乙がこれに応じて X を殺害することにしたのだと思った。甲は、X が望んでいるのであれば、そのまま死なせてやろうと考え、乙を制止せず、その場から立ち去った。乙は、その間、甲が帰宅したことに気付いていなかった。

(3) 仮に、甲が目撃した時点で、直ちに乙の犯行を止めて X の救命治療を要請していれば、X を救命できたことは確実であった。また、甲が乙に声を掛けたり、乙の両手を X の首から引き離そうとしたりするなど、甲にとって容易に採り得る措置を講じた場合には、乙の犯行を直ちに止めることができた可能性は高かったが、確実とまではいえなかった。

1 論点

本問は、令和 3 年司法試験予備試験論文式試験問題（刑法）の事例の後段 3 を素材として、①殺人罪の共犯と同意殺人罪の共犯にまたがる錯誤の処理、②片面的共犯の成否、③不作為による共犯の成否とくに因果関係を論点とするものです。

(1) X が本心では死を望んでいないことを知っていた乙の罪責は殺人罪ですね。これについては、とくに解説する必要はないでしょう。

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

(2) 殺人罪の共犯と同意殺人罪の共犯にまたがる錯誤の処理

次に甲の罪責を論じましょう。まず、①殺人罪の共犯と同意殺人罪の共犯にまたがる錯誤の処理では、殺人罪(刑法 199 条)が「人を殺した者」と規定しているのに対し、同意殺人罪(刑法 202 条後段)が「人をその囑託を受け若しくはその承諾を得て殺した者」と規定した上で、選択刑に禁錮も置き、刑の下限を 6 月にしていることから、両者の関係が問題となります。

条文を見る限りでは、同意殺人罪は殺人罪の減軽類型であり、現実には被殺者の同意があった場合のみ適用されるように見えることが問題です。しかも、現実には同意がある人を殺した場合でも刑法 199 条の「人を殺した者」には含まれるのですから、刑法 202 条後段は現実には同意がある人を殺した場合の特別法であり、行為者が同意を誤想していても現実の同意がない以上 199 条で処断するしかないという結論のほうが、条文からは自然な解釈になるのです。

しかし、同意殺人が殺人に比してきわめて軽い法定刑にされている趣旨(被殺者の同意による違法性の減少)を考慮するなら、錯誤によって同意を誤想していた行為者の故意責任は刑法 202 条後段で評価するのが責任主義に忠実でしょう。

問題は、文言形式上は、その場合は 199 条の適用を受けるように見えることです。「殺人罪(刑法 199 条)と同意殺人罪(刑法 202 条後段)の関係を論じた上で」という設問の趣旨は、そうであっても錯誤をした甲になぜ刑法 202 条後段が適用できるのかを問うものです。【事例】はそのような錯誤を扱うものですから、ここでは、錯誤を意識した解答が期待されています。

この問題につき、単に「刑法 38 条 2 項は『重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。』と記しているから、重い殺人罪の共犯のつもりでない甲には殺人罪の共犯は成立しない。」と答えるだけでは、6 割程度の評価にしかなりません。それに加えて、被殺者には現実の同意がなかったとしても、同意があると思って殺害した、またはその共犯となった者には殺人罪のような重い故意の責任非難は向けられないので、202 条後段が「類推」適用されるとするか、あるいは、199 条には「書かれざる構成要件要素」として「その囑託も受けず、かつその承諾も得ずに」というものが含まれており、反対に、202 条後段の「その囑託を受け若しくはその承諾を得て」は同意がなければより重い殺人罪があることを示す「書かれた非構成要件要素」ないし「みせかけの構成要件要素」であると指摘し、これにより、本問の甲は、同居している親である X を救命すべき作為義務に違反した不作為形態での同意殺人罪の共犯となると指摘すれば、完璧な答案となります。

(3) 片面的共犯の成否

②片面的共犯の成否については、乙は、殺害行為の間、甲が帰宅したことに気付いていなかったのですから、片面的共同正犯を認めない判例・通説に従えば、両者に一殺人罪と同

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

意殺人罪とにまたがる——共同正犯は成立しません。そこで、通常であれば、甲に「不作為による同意殺人の幫助」を認めることになります。

もっとも、必要的減軽である幫助ではなく、Xを救助すべき作為義務を有する甲は不作為による同意殺人罪の単独正犯であるとして、正犯としての罪責を認める余地もあります。なぜなら、見方によっては、乙に襲われているXは、クマに襲われているXと同じようなものですが、後者の場合には、救命できるのにしなかった甲は不作為の単独正犯となるからです。もっとも、その場合には、以下で述べる「不作為の仮定的因果関係」が充たされていないと考えられますので、任意減軽である不作為による同意殺人罪の未遂を認めるべきことになります。なぜなら、任意減軽の方が必要的減軽よりも刑の上限が重いので、本来であれば重い方を優先的に適用すべきだからです。

(4) 不作為による共犯の成否とくに因果関係

③不作為による共犯の成否とくに因果関係については、まず、甲に、Xを救命すべき作為義務を同居の親子関係から、その中でも扶助を要する状態になっている親の保護を引き受けたという事実から導き出し、甲が目撃した時点で、直ちに乙の犯行を止めてXの救命治療を要請していればXを救命できたことは確実で、かつ、甲にとって容易に採り得る措置を講じた場合には、乙の犯行を直ちに止めることができた可能性は高かったことから、不作為による同意殺人幫助の余地があることを指摘しましょう。

その上で、乙の犯行を直ちに止めることが確実とまではいえなかったことを指摘して、このような場合にも、不作為犯の仮定的因果関係が認められるかどうかを問題提起します。

ここで、甲を不作為による同意殺人罪の単独正犯とした場合には、結果防止が合理的な疑いを容れない程度に確実であるとは認められないことから、その未遂にとどまることになります。その際には、「Xの救命治療を要請していればXを救命できた」ことは「直ちに乙の犯行を止め」たことを前提としますから、「乙の犯行を直ちに止めること」が確実でない場合には、正犯としての因果関係は認められないことを強調しておきましょう。

他方、甲を同意殺人罪の不作為による幫助とする場合には、幫助の因果関係は正犯の犯行による結果発生を促進すればよいことから（「促進的因果関係」）、不作為ではこれを逆転させて、乙の犯行を困難にし、たとえば結果発生を遅らせることが合理的な疑いを容れない程度に確実であれば、その因果関係を認めることができます。

2 答案の講評

(1) 乙の罪責

これは、ほとんどの答案が書けていました。

(2) 殺人罪と同意殺人罪の関係

ここでは、両罪にまたがる錯誤を意識した解答が求められますが、殺人罪と同意殺人罪は

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

「人を殺す」という点で重なっているから、同意殺人罪だとするだけで、38条2項にすら言及していない答案が多かったように思います。また、軽い同意殺人罪の法定刑で処断する場合でも、38条2項を指摘するだけなら6割、202条後段を類推するというのは8割くらいで評価しています。抽象的事実の錯誤については、もっと条文を意識した論述を期待したいですね。

(3) 不作為による幫助ないし単独正犯の要件

ここでは、不真正不作為犯としての同意殺人幫助ないし同意殺人の単独正犯(未遂)の可能性が検討されなければなりません。その際、甲の作為義務の根拠に、依然として「排他的支配」を挙げる答案が多かったですね。

しかし、「排他的支配」は、「ひき逃げ」のような先行行為に基づく作為義務の違反の場合に真正不作為犯と不真正不作為犯を区別する目安に過ぎません。本問のように、まさに作為でXの生命を左右できる立場にある乙が存在するのに、甲に結果発生についての「排他的」支配を認めること自体が、概念矛盾です。

本問では、自力で移動できず回復の見込みもない実父Xを自宅に引き取っていた甲には、保護の引受けによる扶助義務(経済的援助の義務でしかない扶養義務では不十分です。)があることを指摘してください。

(4) 片面的共犯の成否

ここでは、作為による実行正犯の乙がいるのですから、それとの共同正犯の成否、それが無理なら片面的幫助の成否、さらには「不作為の同意殺人(未遂)」の単独正犯の成否を検討すべきこととなります。結論が妥当であっても、共犯問題に全く触れていなければ、ここで加点することはできません。

(5) 不作為による共犯の因果関係

ここで、問題文にない「十中八九」という文言を用いて、本問でも甲が乙の殺害を止めることが「合理的な疑いを容れない程度に確実である」と論じる答案が散見されました。しかし、「十中八九」というのは「判例」ではなくて、ある事件の鑑定人が用いた言葉に過ぎません(最決平成1・12・15刑集43巻13号879頁)。また、問題文には「乙の犯行を直ちに止めることができた可能性は高かったが、確実とまではいえなかった。」と書いてあるのですから、勝手に問題の設定を変えてはいけません。

さらに、問題文(3)の因果関係に関する事実関係を、作為可能性の問題として検討し、不作為の因果関係にまったく触れない答案がかなり目につきました。しかし、作為義務や作為可能性の根拠となる結果防止の可能性と、因果関係で重視される「合理的な疑いを容れない程度に確実に結果を防止できた」という関係は異なります。両者を混同してはなりません。

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

II 次の【事例】を読み、自己所有物の特例（刑法 242 条）における「不法領得の意思」および自己所有の建造物等以外放火罪（刑法 110 条 2 項）における「公共の危険」の認識の要否に触れながら、甲の罪責について論じなさい（住居等侵入罪および特別法違反の点は除く。）。

【事例】

(1) 甲（50 歳）は、実父 X（80 歳）と共同して事業を営んでいたが、数年前に X が寝たきり状態になった後は単独で事業を行うようになり、その頃から売上高の過少申告等による脱税を続けていた。甲は、某月 1 日、税務署から、同月 15 日に税務調査を行うとの通知を受け、甲が真実の売上高をひそかに記録していた甲所有の帳簿（以下「本件帳簿」という。）を発見されないようにするため、同月 2 日、事情を知らない知人の Y に対して、「事務所が手狭になったので、今月 16 日まで書類を預かってほしい。」と言い、本件帳簿を入れた段ボール箱（以下「本件段ボール箱」という。）を預けた。

(2) Y は、本件段ボール箱を自宅に保管していたが、同月 14 日、甲の事業の従業員から、本件帳簿が甲の脱税の証拠であると聞かされた。甲は、税務調査が終了した後の同月 16 日、Y に電話をかけ、本件段ボール箱を回収したい旨を告げたが、Y から、「あの帳簿を税務署に持っていったら困るんじゃないのか。返してほしいければ 100 万円を持ってこい。」と言われた。

(3) 甲は、得意先との取引に本件帳簿が必要であったこともあり、これを取り返そうと考え、同日夜、Y 宅に忍び込み、Y が保管していた本件段ボール箱を Y 宅から持ち出し、自宅に帰った。

(4) その後、甲は、自宅近くの漁港に、沖合に突き出した立入禁止の防波堤が設けられており、そこに空の小型ドラム缶が置かれていることを思い出し、そのドラム缶に火をつけた本件帳簿を投入すれば、確実に本件帳簿を焼却できると考えた。そこで、甲は、同日深夜、本件段ボール箱を持って上記防波堤に行き、本件帳簿にライターで火をつけて上記ドラム缶の中に投入し、その場を立ち去った。

(5) その直後、火のついた多数の紙片が炎と風にあおられて上記ドラム缶の中から舞い上がり、周囲に飛散した。上記防波堤には、油が付着した無主物の漁網が山積みになっていたところ、上記紙片が接触したことにより同漁網が燃え上がり、たまたま近くで夜釣りをしていた 5 名の釣り人が発生した煙に包まれ、その 1 人が同防波堤に駐車していた原動機付自転車に延焼するおそれも生じた。なお、上記防波堤は、釣り人に人気の場所であり、普段から釣り人が立ち入ることがあったが、甲は、そのことを知らず、本件帳簿に火をつけたときも、周囲が暗かったため、上記漁網、上記原動機付自転車及び上記釣り人 5 名の存在をいずれも認識していなかった。

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

1 論点

本問は、令和3年司法試験予備試験論文式試験問題(刑法)の事例の前段1および2を素材として、①自己所有物の特例(刑法242条)における「不法領得の意思」の定義、②自己所有物の取戻しにおける窃盗罪の成否、③自己所有の建造物等以外放火罪(刑法110条2項)における「公共の危険」の認識の要否、④それぞれの本問への当てはめを問うものです。

(1) 自己所有物の特例における「不法領得の意思」

窃盗罪における「不法領得の意思」は一般に、「権利者を排除してその物の所有者として(または、所有者のように)物の経済的用法に従って使用または処分する意思」と定義されます。しかし、刑法242条は、「自己の財物であっても、他人が占有し、又は公務所の命令により他人が看守するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす。」と規定し、自己所有物であっても窃盗罪が成立する可能性を認めています。この場合、「その物の所有者として(または、所有者のように)」という定義はその物が自己所有物でないことを前提にしたものと考えられますので、このままでは、自己所有物の特例に当たる物を窃取した場合に「不法領得の意思」が認められず、その結果窃盗罪が成立しないことになってしまいます。

設問は、自己所有物を窃取した【事例】を検討するにはまず、自己所有物についても窃盗罪の成立が可能となるように「不法領得の意思」を修正しなければならないことを前提に、それをどう考えるかを問うものです。

考えられる解答は、1)修正ではなく「不法領得の意思」不要説を採用することと、2)「不法領得の意思」を「自己所有物に課せられた他人の権利による制約を排除して制約のない所有物のように扱うこと」という方向に修正することです。そこまでいかなくても、従来の「不法領得の意思」の定義と自己所有物の特例との間に矛盾・緊張関係があることが示されていれば、6割程度の評価は可能です。

なお、「不法領得の意思」は窃盗罪の要件として必要とされるので、不要説に立つ場合には、「本問限り」とか「自己所有物の特例に限り」といった例外的扱いでは済みません。

(2) 自己所有物の取戻しにおける窃盗罪の成否

ここでは、おそらく窃盗罪(などの奪取罪)の保護法益を示した上で、自己所有物の取戻しでも刑法242条を経て刑法235条の構成要件に該当し得ることを論じることになると思われます。

もっとも、「不法領得の意思」を論じた際に勘の良い方は、単なる占有侵害の意思では「その物の所有者として(または、所有者のように)」というその定義を充たせないことに気づかれるでしょう。そこで、とくに保護法益について「所持説」「占有説」に立つ場合には、それでも「不法領得の意思」の定義を充たすことができるかどうかを検討する必要があります。その上で、甲の持ち出し行為を正当化する余地がないか検討することになります。

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

れはなかなか難しいと思います。

これに対し、本権説を採用する場合には、上記の修正を経た後に、本問で恐喝の材料として書類の入った本件段ボール箱を利用するためにその返還に応じない Y には、本権保護に役立つ占有が認められないとして、窃盗罪の成立を否定することが考えられます。

(3) 自己所有の建造物等以外放火罪における「公共の危険」の認識の要否

ここでは、他人の所有物については「公共の危険」を認識不要とする判例があったことを指摘しつつも、自己所有物の焼損については、他者や環境に負荷をかけなければそれ自体は違法行為ではないことから、「公共の危険」の発生がその犯罪の内実であって、そのため「罪を犯す意思」(刑法 38 条 1 項)を認めるには未必的にでも「公共の危険」の認識が必要なのではないか、という問題を論じる必要があります。

とくに、単なる失火罪(刑法 116 条 1 項)では、現住建造物を焼損させても 50 万円以下の罰金にしかならないのに、自己所有物を焼損させてうっかり「公共の危険」を発生させただけで最高 1 年の懲役(刑法 110 条 2 項)というのはアンバランスではないかという問題を意識しておく必要があります。

(4) それぞれの本問への当てはめ

ここでは、甲による自己所有物の取戻しについての窃盗罪の成否に関する当てはめと、甲によるその焼損によって「公共の危険」に当たる具体的な結果が発生したこと、およびその認識のなかった甲に同罪の故意が認められるかどうかの当てはめ判断が、本問の具体的な事実に照らして行われているかどうか評価されます。

2 答案の講評

(1) 自己所有物の特例における「不法領得の意思」

ここでは、「占有排除の意思」つまり「窃取の意思」を「権利者排除意思」と混同する答案が目立ちました。しかし、「不法領得の意思」は「窃盗の故意」とは別に要求される主観的要素であり、かつ、「窃取の意思」は「窃盗の故意」なのですから、このような混同は避けてください。

あわせて、刑法 242 条は自己所有物でも他人が占有する場合はすべて「他人の物」とみなすのだからという論証が多かったのですが、本権説では 242 条で保護される占有は「本件の保護に資する占有」に限られます。加えて、窃盗罪と遺失物等横領罪にまたがる錯誤(東京高判昭和 35・7・15 下刑集 2 巻 7・8 号 989 頁)などでは両罪の保護法益は「所有権」という限度で共通しますので、純粋な「占有説」には近年矛盾が指摘されていることを知っておいてください。

(2) 自己所有物の取戻しにおける窃盗罪の成否と当てはめ

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

ここでは、無償で本件段ボール箱を預かる約束をした Y が 100 万円の恐喝行為に出ています。このような Y の本件段ボール箱の占有が法秩序全体から見て保護に値するのか、という問題意識が必要です。

これは、本権説では、242 条によって Y に本権の保護に値するような占有があるかという問題になりますし、占有説では、甲の取戻し行為が適法な自救行為に当たるかという問題になります。

なお、自力救済禁止の原則は、窃盗罪という奪取罪の構成要件該当性を左右するのではなく、その手段たる行為の適法・違法の問題であること、したがって本権説によっても行き過ぎた自救行為は住居等侵入罪に当たることに注意してください。

(3) 自己所有の建造物等以外放火罪における「公共の危険」の認識の要否

ここでは、前述のように、自己所有物の焼損については、それ自体は違法行為ではないことから、「公共の危険」の発生がその犯罪の内実であることを意識した解答が求められています。単に、条文は「よって」と書いてあるから結果的加重犯であって、その加重結果の認識は不要だと書くだけでは、問題の所在にも到達していません。また、認識不要説を明言した判例（最判昭和 60・3・28 刑集 39 卷 2 号 75 頁）も、110 条 2 項の判例ではありません。また、下級審判例（名古屋高判昭和 39・4・27 高刑集 17 卷 3 号 262 頁）は、109 条 2 項および 110 条 2 項の自己所有の非現住建造物等および建造物等以外への放火罪の故意には公共危険発生の認識も必要であると明言しています。

ましてや、本罪が公共危険犯であることを理由に認識不要説を根拠づけることはできません。そんな論証が妥当であるなら、現住建造物の失火はすべて現住建造物放火罪（刑法 108 条）にすべきことになってしまいます。

実際、裏の畑で焼き芋を焼いていたら思いのほか炎が上がり隣家に延焼しそうなった場合を、110 条 2 項により「1 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金に処する」というのは、現に燃え移った場合の失火罪が「50 万円以下の罰金に処する」としていることからみても、いかにもバランスの悪い結論です。「どう書けばよいか」ではなくて「どう考えればよいか」という発想で問題に取り組んでください。

(4) 自己所有の建造物等以外放火罪の要件への当てはめ

上記の理由から、認識必要説を採用すれば、本問では甲に 110 条 2 条の罪は成立しません。現に認識がないのですから、それが予見可能であるとしても結論は変わりません。

これに対して認識不要説に従い 110 条 2 項の罪の成立を認めるときには、「焼損」は本件帳簿の焼損で足りること、無主物の漁網が燃え上がり、近くで夜釣りをしていた 5 名の釣り人が発生した煙に包まれ、その 1 人が同防波堤に駐車していた原動機付自転車に延焼するおそれも生じたことは「公共の危険」に該当する事実であることに注意してください。本件帳簿の焼損ですでに「自己所有物の焼損」に当たるのですから。

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

小論文

設問 I では、「権力の主体と客体がすり替えられる」ということを著者自身がどのように考えているのか、具体例を挙げて説明することを求めている。

まず著者は、主権者は決して全能者そのものではなく、主権者とは区別される主権 (= 至高) によって拘束されているが、このことが忘却されると権力の主体と客体がすり替えられる事態が生じるとしている。そして権力と暴力を分かちつものへの問いすら不可能になってしまうと論じている。

つぎに、国民投票年齢、選挙権年齢を 18 歳とすることに伴って政府が推進する「主権者教育」を例にとりてこのことを説明している。すなわち、投票権者には主権者としての自覚が必要であるから、政府が、適切な知識と判断力を育成することで積極的な政治参加が促進されるとしている。しかしその背後にあるのは、主権者という言葉に遮蔽幕として用いることで、一方で本来権力の客体であるはずの投票権者を、権力の主体にすり替え、他方で真の権力の存在を見えなくするトリックに他ならず、主権者概念の非一主権論的な使用をもたらすものであると説明している。

例えば、2015 年 10 月の文科省の通知は、「主権者教育」に際して「政治的中立性」の確保を求めているが、そもそも主権論には中立性概念など要請されない。中立的な教育がどんな政党への支持も反対もしない教育を指すことになると、教育は政党間の争いが演出される選挙とかけ離れ、選挙への無関心を助長することになる。そして、支持も反対もしない中立性に基づく「主権者教育」は、法の正統性を支える主権者という職務の観念ではなく、どんなことでも受容することを要求することになる。こうなると、もはや、投票権者は「決める」役柄 = 主権者などではなく、「決められた」ことを何でも受容するだけの存在となるというわけである。

答案の中には主権者教育の例に触れながらも、ただ単に投票権者が決められたことを何でも受容することになるとの結論だけを指摘したのが見られた。出題の趣旨は、「権力の主体と客体のすり替え」についての著者自身の考え方を論じることにあるので、なぜそのような結論が問題となるのかを説明する必要がある。著者は、そもそも主権論には中立性概念は要請されないと考えており、政治的中立性を前提とする政府の「主権者教育」は、権力への批判を許さない点において問題だとしている。本来、権力を監視すべき立場にある主権者を権力によってコントロールされる名ばかりの主権者、いわば、権力の操り人形にしていることを説明することが求められる。また、答案の中には、国民投票法、公職選挙法等の法改正の経緯のみを書き写したのも散見されたが、そのような答案についての評価は低い。

設問 II は、著者が「法が法であるために重要である」とした点を指摘すること、そしてそのこと、すなわち著者の考えに対する解答者自身の見解を説明することの二点について解

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

答することを求めている。

第一の点について著者は、主権を主権者に還元することなく、言い換えれば、虚無の露呈を隠蔽することなく、それとして引き受けつつ、理性を作動させる機能と権力に限界を定める条件として歴史的に問うことがわれわれの課題であると主張している。これは西田幾多郎の〈絶対無〉主権論に依拠した考え方であるが、そこでは、多なる個人が一なる制度体としての国家において生きるということは、個人にとって絶対的に他者であるような何ものか、そして絶対的に一である何ものかによって、制度的な人間としての地位、すなわち法(権利)主体としての地位が保障されていることが意味されている。

そのうえで、法が法であるためには、主権の場所が空虚であること、つまり無であることを認識することだと著者は主張している。もっとも、たとえ無であっても、権力と暴力、政府と盗賊を区別するためには、それが存在するかのように可視化することで法秩序は存立してきたとも主張している。重要なのは、権力と暴力、政府と盗賊を区別させる仕組みであり、必要なのは、区別するという分別であり、理由を問うという理性である。主権とは、その意味において、法秩序において理性を作動させるための機能であり、その理性が権力の限界を定めるとしている。

第二に、〈絶対無〉主権論に依拠する上記の著者の考え方について、解答者自身が自らの見解を述べなければならない。解答者自身のスタンスは基本的に自由であり、〈絶対無〉主権論へ賛成する立場でも、反対する立場でもかまわないが、自己の見解を論理的に展開で来ていなければならない。

例えば、問題文中の例を取りあげて論を展開する場合、日本国憲法制定時になされた国民主権をめぐる宮沢俊義と尾高朝雄の論争を引きつつ、自らの立場を主張することが考えられる。その場合、「誰が決めるのか?」という問いこそが主権論の核心であるとする宮沢の八月革命説と、権力には法の理念が先行しなければならないとする尾高のノモス主権論の内容を整理したうえで、著者が依拠するノモス主権論を正当とするのか、それとも主権に実体をもたせる八月革命説が正当であるのかを、自説とは異なる立場を論理的に批判しながら論じることが期待される。また、問題文中の例を取りあげないまでも、社会の中で生起する諸事例を挙げつつ、〈絶対無〉主権論への賛否を論じる場合も、反対する立場を論理的に批判できているか否かが重要である。

答案の中には、著者が依拠する西田幾多郎の〈絶対無〉主権論にまったく触れていないものもいくつか見られた。この点は、本設問の中核となる概念であるので必ず触れておかなければならない。著者の意味するところを理解することなく、ただ単に問題文を引き写しただけの答案もあったが、そのような答案についての評価は低いものとなっている。また、解答者自身の見解を述べることを求めているにもかかわらず、解答者自身の見解についてまったく展開できていないもの、触れるにしても、感想文程度に「…と思う」という記述をするだけで、理由も示さず、およそ論理的な文章になっていないものも一定数見受けられた。そのような答案についての評価も低いものと

2024 年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

なっている。