

# 【想定出題趣旨速報】

## 2025 年度早稲田大学ロー入試 上三法

作成：The Law School Times 編集部

### 【民法】

#### 問題 1

対抗関係（177 条）、取得時効、相続と新権原（最判昭 47・9・8）に関する知識を正しく事例に適用できることが要求されている。

典型論点であるため、書き負けないためには丁寧な論述が求められる。

#### 設問 1

まずは請求権の法的性質（所有権に基づく物権的返還請求権としての土地明渡請求権）とその要件（①自己所有、②相手方占有）を明らかにする必要がある。

次に、C からの反論として所有権喪失の抗弁の主張の成否が問題となる。すなわち、D の請求に対し、C は（B 又は C の占有による）取得時効の完成による原始取得の反射的効力として、D が所有権を喪失しており、D が「第三者」に当たらず、C は登記なくして所有権「喪」失を D に対抗できる、との主張である。

まず、時効取得について、前占有者 B の占有をも主張できる（187 条）ことを指摘した上で、B の占有を根拠にする場合、B の占有権原が他主占有権原であることから、「所有の意思」が認められない。そこで、C の占有から取得時効を論じることが必要となり、相続と新権原の判例に依拠して論じる必要がある。すなわち、前主が他主占有であり、その性質をも承継しているのではないか、との問題を回避するために、相続を契機に「新たな権原」（185 条）による占有が開始した旨を主張することになる。

次に、相続により取得される占有は、観念的な占有にとどまり、取得時効により保護されるためには事実的支配の獲得が必要である。本件では、相続の開始時点ではなく、丙建物を新築した時点が起算点となる。

また、判例は、「所有の意思」の認定に関して、事実上の支配が外型的客観的に見て独自の意思に基づくものであることを必要とする。その内容としては、所有者らしく振る舞うことと、それが外部に表示されていることが必要である。その認定に用い

ることができる事実は、本件土地の使用の継続と、固定資産税の支払いである。本件では所有の意思は認められる。

その他の要件について、推定規定(186条、188条)の適用も用いて手堅く論じることが求められる。

加えて、「第三者」(177条)に当たるかを、判例に照らして検討することが求められる。特に問題となるのはその背信的悪意者にあたり、「第三者」に当たらないかである。

時効取得に関する対抗関係事例では、悪意の対象が物権変動の事実から「多年にわたり不動産を占有している事実」に修正されている(最判平18・1・17)点に注意が必要であるが、本件では、背信的悪意者性は肯定されよう。

したがって、Dが「第三者」に該当せず、Cは登記なくしてDの所有権の喪失を主張できる。

以上から、Cの反論が認められ、Dの本件請求は認められないことになる。

#### 設問2

Eについても、設問1と同様の主張反論構造が問題となる。

相違点として、主観の態様が異なる。

背信的悪意者該当性の判断は相対的判断であり、属人的になされるものである。そのため、背信的悪意者性は承継しないと解すべきである。もっとも、背信的悪意者は権利主張が許されないだけであり、一応は権利者であるため、AからD、DからEへの権利の承継取得自体は認められることには注意すべきである。

本件では、Eが、新たに引っ越してきた者であり、Dの話信じたことによるものであることに着目し、背信的悪意者性を否定するのが本筋であろう。

#### 問題2

本問では、まず、譲渡禁止特約に反した債権譲渡の有効性が問題となる。この点について、条文を指摘しつつ丁寧に検討刷ることが求められる。

設問1と設問2との相違は、①弁済日時の債権譲渡の通知との先後、②譲受人の主観面である。かかる相違点に留意して、反論や結論にいかなる違いが生じるのかを検討することが求められる。

設問1において、想定されるBからの反論としては、(a)譲渡制限特約を理由に3000万円全額の履行拒絶をするとの主張(466条3項)、(b)1800万円の限度でAへの弁済により甲債権が消滅しており、これをCに対抗できるとの主張(468条1項)があげられる。結論としては、Cの請求は、1200万円の限度で認められることになろう。

設問2において、想定されるBからの反論としては、(c)譲渡制限特約を理由に3000万円全額の履行拒絶をするとの主張(466条3項)、(d)1800万円の限度でAへ

の弁済により甲債権が消滅しており、これをCに対抗できるとの主張（466条3項）があげられる。結論としては、Cの請求は、Cの請求は1800万円部分については認められず、残部については、Bが催告後相当期間Aに対して履行しない場合にのみ認められることになろう。

## 【刑法】

### 設問 1

甲が A に 500 万円を振り込ませた行為に、詐欺未遂罪が成立するか問題となる。まず、A が振込先を誤った点が問題となる。

詐欺罪の実行の着手は、欺罔行為により肯定される。欺罔行為とは、「交付」行為に向けられ、財物を「交付」するかの判断の基礎となるような重要な事項を偽る行為をいうと解する。

本問では、欺罔行為を肯定し、甲には詐欺未遂罪が成立すると解すべきであろう。

乙が ATM から現金を引き出そうとした行為については、詐欺未遂罪が成立するか問題となる。詐欺罪がまだ終了していないと評価する場合は、承継的共同正犯について論じる必要がある。他方、甲の詐欺未遂罪は振り込み時点で終了していると思えば、かかる議論は不要となる。いわゆる騙されたふり作戦で受け子の罪責が問題となった最高裁平成 24 年 11 月 6 日決定を参考にすると、本件の引き出し行為が「本件詐欺を完遂する上で 本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた」として受領行為を詐欺罪の実現にとって本質的な構成部分であると評価することができれば、未だ詐欺罪は終了していないとみることができる。本問では、口座への振り込みによって実行行為が完了していると認め、詐欺罪は終了しているとみることができよう。

また、乙のかかる行為には、ATM 内の現金の占有者たる B 銀行に対する窃盗未遂罪が成立するかも問題となる。欺罔行為により振り込まれた金銭について、乙に正当な払戻権限がないことからすると、預金について B 銀行の固有の占有が認められる。

したがって、引き出し行為の時点で実行の着手性を認めた上で、これを遂げなかったとして窃盗未遂の成立を認めるべきである。また、その場合には、誤振込のため口座への実際の入金はなかったのであるから、不能犯を論じる必要があろう。

### 設問 2

甲が P にクロロホルムを吸引させ失神させた行為（行為 1）については、甲が計画を変更している点に着目する必要がある。

まず、変更前の計画における一連の行為に、行為 1 の時点で着手したといえるかが問題となる。そして、クロロホルム判例（最決平成 16 年 3 月 22 日）の事案と異なり、計画変更がなされ当初の犯行計画にない行為者の故意行為が介在することになり、因果関係も問題となる。

実行の着手については、各自の採用する見解により規範を定立しつつ、クロロホルム判例を参考にした上で、行為 1 と計画との一連一体性を検討すべきである。

故意については、因果関係の錯誤との関係で論じることができていれば、十分であろう。

因果関係については、危険の現実化説を前提とすれば、甲が丙にPの頭部を殴打させた事情を介在事情として論じることになる。結論としては肯定否定双方が十分ありうる事例であろう。もっとも、判例は行為者による介在事情は介在事情の異常性・寄与度を緩やかに認める傾向にあり、因果関係を認めることに親和的である。当初の意思が最終行為まで貫かれているかという「動機連関」を重視すれば、因果関係を否定する筋もありうるだろう。

甲が丙を呼び出し、Pの頭部を角材で殴打させた行為については、丙との共謀をどの時点で認めるかにより検討過程が異なる。丙が現場に到着するまで共謀が成立していないと解するなら、部分的犯罪共同説からは、共謀の成立自体が否定される。よって、丙に殺人罪の単独正犯が成立するにとどまる。

共謀の成立が電話時点であると評価するのであれば、丙の認識が当初の共謀である死体損壊罪と異なる点で共犯の射程が問題となる。もっとも、問題文の事情からは、共犯の射程を長々と論じさせる出題者の意図は感じられないようにも思えるため、参考答案は前者の見解で構成した。

## 【憲法】

### 設問 1

本問は、政教分離原則違反が問題となる事案であり、孔子廟訴訟判例（最大判令和3年2月24日）及び空知太事件判決（最大判平成22年1月20日）が素材である。この2つの判例との異同を意識しながら論述しなければならないが、特に孔子廟訴訟判決は百選に掲載されていないため、事実関係を詳細に把握している受験生は限りなく少ないと思われ、ここで差はつかないと予想される。

また、ここでは、Xの立場から法的主張をすることが求められているため、Xにとって有利な事実特に着目して答案を構成するのが妥当といえる。

相当性の判断基準である目的効果基準と総合衡量基準のどちらを用いるかは、①係争行為が一回的か継続的かで分ける見解②係争行為に世俗性が混在しているか専ら宗教的かで分ける見解等がある。このどちらを用いるか自体で点数が変動することはないと思われ、どちらの見解を用いたとしても「我が国の文化的社会的～」との上位規範を書き損ねず、問題文の事実を適切に抜き出して評価していれば点が入るはずである。

また、本問はXが住民訴訟を提起したものであるため、住民訴訟のどの要件との関係で憲法論を持ち出すのかという点も重要である。

参考答案では、住民訴訟の根拠条文である地方自治法242条の2等の文言を丁寧に抜き出して検討しているが、本番ではここまで丁寧に論述していなくても十分合格答案になると思われる。

政教分離の要件充足性の判断でも、「宗教的活動」等に該当するかどうかを検討してから、政教分離の制度趣旨等を論じることが必要である。

### 設問 2

設問の指示では、被告の反論を論じたうえで私見を論じることが求められているが、反論で書きすぎると私見を書けず、私見を書きすぎると反論で書くことがなくなるといのように、論述のバランスが難しいため、事実を適切に割り振ることができる答案は少ないと思われる。