

### 第1問

1 本問は、Xが、Aを殺害するに際し、いったんは銃による射殺を計画したものの、殺害方法を変更して、薬物により眠らせた上で絞殺した殺人事件の事例において、Xとともに、これに協力したYの罪責を問うものである。事例問題として、XがAを殺害し、Yがこれに側面から援助を与えたという図式を適切に把握する力と同時に、解決のための判断枠組に関する知識、およびその理論的根拠についての理解を試すことによって、基礎的知識・運用能力を評価する趣旨の出題である。

2 Xの罪責に関しては、Aの殺害行為を行った実行犯であるから、殺人罪（刑法199条。以下、条文は刑法のものである。）が成立することは問題がないであろう。事実を指摘して殺人罪の構成要件該当性（故意も忘れずに）を確認することが求められる。Xは、Aを殺害する方法を変更したが、客体も実行行為も1個であるから、1個の殺人罪構成要件該当行為として評価されるはずである。この際、Xが自分で銃や睡眠薬を用意したならば、殺人予備罪（201条）にあたるどころであるが、予備を行った上殺人の実行行為に着手した場合には、予備は殺人[未遂]罪に吸収評価されるため別罪を構成しないとするのが判例・通説である。逆にいえば、予備罪は実行の着手に至らなかった場合に成立する補充的構成要件である。さらにいえば、既遂に至った殺人について、予備と実行の着手以降とを分断して構成要件該当性を判断することは、事実のとらえ方として不自然でもある。

なお、Yとの関係で殺人予備罪の限度で共同正犯（または教唆）とするのは不可能ではないが、殺人既遂の構成要件該当性が認められるXにつき、さらに殺人予備罪の構成要件該当性を肯定することには、上述のような問題があり、Yの側からみても、殺人幫助罪の成立が認められる一方、同一客体に対する殺人予備罪を別に成立させることには、疑問があろう。

3 Yは、当初は計画段階からXと打ち合わせた上、使用する銃と実弾を入手してXに交付した（以下、この行為を第一行為という。）が、現実に実行された殺害に対しては、XからA殺害のために使用することを告げられないまま、A殺害に協力する意思で容易に殺害するための睡眠薬を入手してXに交付した（以下、この行為を第二行為という。）。

Yの第一行為は、凶器の提供であり、殺人罪における典型的な幫助行為である。殺害に用いる銃の交付は人を死亡させる危険性がある重要な寄与だと考え、共同正犯を考慮する向きもあるかもしれないが、殺害凶器の準備自体は、実行犯本人によって行われても予備行為にとどまり、現に殺害に使用するまでは潜在的な危険があるにとどまるであろう。

しかし、この第一行為は、実際のXによる殺人罪構成要件該当事実の実現に対し何ら役立たなかった。幫助の因果性として論じられる問題に関しては、東京高判平2・2・21判タ733号232頁（刑法判例百選I第7版83事件）にも現れているように、一般に、正犯の犯罪遂行を容易にする「促進的効果」の意味において因果関係を有することが要請されている。この点に関し、共犯の処罰根拠論における惹起説（因果的共犯論）からの検討を含めて、第一

行為について殺人罪の幫助犯（62条1項）の成否を検討することが必要である。

Yの第二行為も、殺害を「容易にするため」の睡眠薬の供与という典型的な幫助行為である。こちらは、Xの殺害事実に対し実際に促進的効果を与えた。ただし、第二行為に関しては、Xとの間に意思連絡（相互的な意思疎通）が存在しておらず、いわゆる片面的幫助の事例となる。根拠を示しつつ片面的幫助犯の成立如何に関する見解を述べ、第二行為について、A殺害に関するXの殺人罪に対する幫助犯が成立するか否かを論じることになる。

なお一言すると、第一行為に構成要件該当性を肯定し、第二行為についても犯罪の成立を認めた上で、これらを包括一罪とすることには違和感がある。包括一罪は、一般的な理解によれば、実体法上、1個の構成要件該当評価が包摂する範囲に関する概念である。予備罪と未遂・既遂罪との両方の構成要件該当性を認めた上で罪数「処理」をするというのではなく、「予備の事実も未遂・既遂犯構成要件に包括して1個で評価される」ものであろう。

## 第2問

本問では第一に、体感器と呼ばれる機械を身体に装着してパチスロ機を遊技して、メダルを獲得する行為がいかなる罪の構成要件に該当するかを検討する必要がある。前提として財産犯は、客体が財物か財産上の利益かという観点および財産を被害者から行為者側に移転する態様が、行為者による奪取なのか、欺罔された被害者による交付なのか、不実・虚偽の電磁的記録を介したものなのかなどにより、適用罪名が変わることを理解しておく必要がある。本問では、メダルという財物が客体であり、人を欺罔するという過程が介在していないため窃盗罪の問題にしかならない。そのうえで実行行為である窃取が、占有者の意思に反する占有の移転であることから、本問の行為がこの定義に該当するためには、意思に反するという点をどのように認定するかが問題となる。パチスロ機を遊技してメダルを取得すること自体は占有者の意思に反しないため、不正機器を使用して遊技をすることがパチスロ店により禁止されていたことに着目する必要がある。ここまでの論述を行えば及第点といえるが、本来はさらに、メトロノームや時計などを使用した場合、あるいはパチプロの入店をパチスロ店が禁止していたような場合には窃取を認めるべきでないと考えられるため、それらの場合と体感器使用の場合とはどう異なるかについて述べる必要がある。

第二に、体感器のストップボタンを押すタイミングをバイブレータに伝達する機能が故障していたためメダルが取得できなかったことが不能犯と評価されるかが問題となる。不能犯と未遂犯を区別する基準については具体的危険説や客観的危険説のうちの仮定的蓋然性説などが有力に主張されている。重要なのは、自らが支持する立場の判断基準とその基準を採用する根拠を述べたうえで、事案を当てはめることである。具体的危険説であれば、体感器を装着して遊技を行うことが一般人にどのように評価されるかについて検討することが必要であり、仮定的蓋然性説であれば体感器が機能した可能性がどの程度あったかを検討する必要がある。