

## 刑法 出題の意図

- 1 本件のような落とし穴を掘って被害者を落とし込み怪我をさせる事例は、ことさら落とし穴に誘導する行為がないときには、通常、情を知らない被害者自身の行為を利用した間接正犯と構成することが可能である。

その上で、「間接正犯における実行の着手時期」につき、利用者が被利用者に働きかけるなど、利用者自身の行為をもって、実行の着手と捉える立場と、被利用者が被害者に対する侵害行為を開始した時点に求める立場とが対立している。

他方、実行行為については、「構成要件の結果が惹起される具体的危険性のある行為」と定義されるところ、かかる定義を前提にして、前記のように、間接正犯における実行の着手時期が議論されていることをまずもって理解しておく必要がある。

- 2 これらの議論を前提にして各事案を検討するに、まず、事案①においては、実行行為としては、X自身による「V方敷地内に落とし穴を掘った行為」がまず考えられるが、Vが同落とし穴にはまる可能性が極めて高いことからしても、Vの傷害結果が発生する具体的な危険性のある行為と認めることは容易であろう。

しかし、事案②においては、その論理をそのまま当てはめることはできない。いかに実行行為者であるXの行為であるとはいえ、Vが落とし穴にはまる可能性が20%程度の低い確率であれば、Vが負傷するという構成要件の結果が惹起される蓋然性が極めて低いため、このような可能性しかない行為をもって実行行為と認めることができるか疑問が残るからである。

- 3 そこで、このような矛盾点をいかに解決するか。事案②においては、被利用者であるVの行為をもって実行の着手とする前記の考え方もクローズアップされてくるであろうし、また、落とし穴を掘るといふ先行行為に基づき、それにより惹き起こされる結果を回避すべき作為義務があるのに、それを尽くさなかったという不作為犯的構成も可能となるであろう。

さらに進んで、そもそも間接正犯の事案においては、多かれ少なかれ、被利用者に働きかける先行行為が存在するのであり、それによる結果を回避する作為義務が発生するという意味において、間接正犯を不作為犯として構成する考え方も可能である。

- 4 本問においては、事案①と事案②とでは、まず、同じ論理展開で統一的な解決が可能かどうかという点について検討できるかが思考のスタートラインであり、その上で、事案①で展開した論理を事案②においてどのように修正するか、あるいは、両事案に共通する構成を考えて対処するか、論理的な構成及び論述が求められるところであり、かかる柔軟な思考ができるかどうかを試すために出題した。

以上