

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ1頁20行目、純粹主観説によると、「犯意の飛躍的表動、あるいは犯意の成立がその遂行的行為によって確定的に認められた時点に実行の着手を認める見解」とあるが、予備罪との境界はどのように考えるのか。
2. 検察レジュメ5頁2行目、折衷説(計画説)の検討について「未遂犯の処罰開始時期は、できる限り客観的・明確に判断されるべきであるから、行為者の内心や計画に大きく依存する判断枠組みは妥当でない」とあるが、純粹主観説は犯意の飛躍的表動という主観的な要素に実行の着手を求める説であるから、上記批判は純粹主観説にこそ当てはまるものではないか。
- 10

II. 学説の検討

1. 実行の着手の意義

15 A説(純粹主観説)

- 「犯罪の成立が其の遂行的行為に因りて確定的に認められるとき、着手あるものと為すべし」¹とするこの説は「遂行的行為」というような観念を持ち込まなければならないところに、すでに主観説の破綻が見られる。法益侵害の具体的危険の観点をまったく排除して、たんに行為者の危険性が確定的に見られる時点に実行の着手をみとめると、未遂犯処罰の範囲があまり
- 20 にも広すぎることになる²。

よって、弁護側はA説を採用しない。

B説(実質的客観説)

- この説は、結果発生の実質的危険性に加え、行為との密接性も要求する。
- 25 離隔犯の場合には、場所的・時間的に近接していない段階で、結果発生が確実ないし必然となる場合があるところ、後述のとおり、行為との密着性があるという点で、結果発生の実質的危険がない段階であるにもかかわらず既に実行の着手を肯定することは、客観説が未遂犯の処罰根拠を法益侵害の実質的危険性を惹起する点にあることとしている点にそぐわず、妥当ではない。したがって、離隔犯の実行の着手においては、結果の危険性は考慮すべきであるが、行為との密接性は要求すべきでない。
- 30

よって、弁護側は検察側と異なる理由によりB説を採用しない。

¹ 牧野栄一『日本刑法上』(有斐閣,1938)254頁。

² 川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂,2013)475頁。

C説（形式的客観説）

検察側と同様の理由により採用しない。

D説（折衷説[計画説]）

5 検察側と同様の理由により採用しない。

E説（実質的危険説）

10 未遂犯の処罰根拠を既遂の現実的・客観的危険(具体的危険)と解する実質的客観論は、その危険を行為者の行為に認められる属性と解する見解(行為犯説)と、その危険をそれ自体独自の結果と解する見解(結果犯説)にさらに分かれる。

この点、故意の無い他人を利用して結果を惹起する間接正犯を観念できる離隔犯の事例で行為犯説を採用すると、被利用者に働きかけた時点で未遂犯が成立することになる。これでは、既遂の危険が未だ現実化する以前の段階、現実的危険が認められない段階で未遂犯の成立を肯定することになり、妥当ではない。例えば、札幌にいる相手を毒殺しようと毒入り饅頭を東京の郵便局で郵送に付したという事例の場合、毒入り饅頭が被害者宅に届かなければ被害者は死にやうがないのである。

15 このように考えれば、未遂犯の処罰根拠である既遂の現実的・客観的危険は、未遂犯独自の結果であって、それが発生する事が未遂犯成立のために必要だと解すべきであり、したがって、未遂犯を一種の結果犯と解する事が妥当である³。

20 よって、弁護側はE説を採用する。

2. 離隔犯としての実行の着手の時期

B説（利用者基準説[発送時説]）

25 この説においては、発送の段階で実行の着手を認めるとしているが、発送から到達までの間に、配達が不能になる、毒などの危険物が無効化するといった事情により、客体に対する危険がもはや存在しなくなった場合にも、未遂犯が成立することになる。このような結論によれば、結果惹起の可能性が皆無であっても、行為時の危険性のみで可罰的となってしまう、結論として妥当ではない⁴。

よって、弁護側はB説を採用しない。

30

Y説（個別化説）

検察側と同様の理由により採用しない。

³ 山口厚『刑法総論[第4版]』（有斐閣、2025）291頁。

⁴ 佐藤拓磨「間接正犯・離隔犯の着手時期・着手論における切迫性・確実性の意義」刑法雑誌(2011)149頁以下。

α説（被利用者基準説[到達時説]）

到達時説とは、送付された毒物が被害者の作用領域内に到達した時点⁵、すなわち、それを飲食する可能性が生じた時点に実行の着手時点を求める説である。

例えば、通行人がそれを飲むことを予期して、殺意をもって被害者の住所付近の農道上に毒入りジュースを置いた事案において、農道に単に食品が配置されたというだけではそれが直ちに他人の食用に供されたといえないことは明らかである。被害者の作用領域に入っておらず、実行の着手を認めるのは妥当ではない。そうだとすれば、被害者らによって右ジュースが拾得飲用される直前に実行の着手があるとするのが妥当である⁶。

よって、弁護側はα説を採用する。

10

Ⅲ. 本問の検討

1. Xが、Aに対して致死量の毒物を混入した白砂糖を贈品のごとく装って郵便小包として(以下、「本件小包」という。)送付した行為(以下、「本件行為」という。)につき殺人未遂罪(刑法43条本文、203条、199条)が成立しないか。

15 2. 「実行に着手」(刑法43条本文)の意義とその時期が問題となる。

(1) 実行の着手の意義につき、弁護側はE説を採用する。すなわち、「実行に着手」(刑法43条本文)とは、行為が行われた後に法益侵害の危険性が具体的以上に達したことをいう。また、実行の着手の時期につき、弁護側はα説を採用する。すなわち、結果発生 of 具体的危険が発生した段階で「実行に着手」(刑法43条本文)したことが認められる。

20 (2) ア 本件においては、殺人罪(刑法199条)の実行行為の着手があったかが問題となる。そのため、本件にいう「実行に着手」(刑法43条本文)とは、生命に対する法益侵害の危険性が具体的以上に達したことをいい、これは結果発生すなわち死亡結果の発生について具体的危険が生じた段階で認められる。

イ Xは、致死量の毒物の混入した本件小包を送付している。この点、A又はその家族に対する死亡結果が発生するためには、その内容物である白砂糖を口から摂取する必要がある。そうであるならば、本件小包を送付した時点ではなく、これがA又はその家族に受領され、いつでも食べられる状態に至るまで、A又はその家族の死亡結果の発生について具体的危険が生じているとはいえず、かかる時点まで殺人罪(刑法199条)の「実行の着手」(刑法43条本文)は認められないというべきである。

30 ウ よって、Aが本件小包を受領拒否し、本件小包を送付したにすぎないXの行為は、「実行に着手」(刑法43条本文)したとはいえない。

⁵ 松原芳博『刑法総論[第3版]』(株式会社日本評論社,2022)350頁参照。

⁶ 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015年)772頁参照。

3. 以上より、Xの行為につき殺人未遂罪(刑法43条本文、203条、199条)は成立しない。そのため、Aまたはその家族が食用すれば中毒死することを予見し、その殺人の故意(刑法38条1項本文)の下、これを犯す目的で、致死量の毒物の混入した白砂糖を送付するという準備行為たる本件行為に、殺人予備罪(刑法201条、199条)が成立し、Xはその罪責を負う。

- 5 4. なお、Xが上記行為以前に3度、嫌がらせ目的でA宅に郵便小包を送っているところ、かかる小包が本件行為において送付した小包と同様の内容物であったとしても、Xは嫌がらせ目的でこれを行っているのであり、A又はその家族に対する殺人の故意(刑法38条1項本文)及び殺人罪(刑法199条)を犯す目的に欠けるため、各行為には殺人予備罪(刑法203条、199条)は成立しない。

10 IV. 結論

Xの、Aに対して致死量の毒物を混入した白砂糖を贈品のごとく装って郵便小包として送付した行為に殺人予備罪(刑法201条、199条)が成立し、その罪責を負う。

以上