

I. 事案の概要

- 5 Xは、Aに対し、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ながら、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。Aは不仲であったXから贈品が送られてきたことを不審に思い、受け取りを拒否したため、食するには至らなかった。なお、Xはこれ以前に3度、嫌がらせ目的でA宅に郵便小包を送っていたが、いずれもA又はその家族が受け取り拒否をしていた。
- 10 この事例においてXの罪責を論ぜよ。

参考判例：大審院大正7年11月16日第三刑事部判決

II. 問題の所在

1. 刑法43条本文「実行に着手」の意義はいかなるものか。
- 15 2. 離隔犯において、いかなる時点で「実行に着手」したと認められるか。

III. 学説の状況

1. 実行の着手の意義

A説（純粹主観説）

- 20 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である¹。本説は「犯意」を基準とするものであるが、その存否は何らかの外部的事態(遂行的行為・表動)から判断する以外にはなく、その外部的事態の広狭によって、実行の着手時期は、遅くも早くもなりうる。かかる説の主眼は、未遂の処罰根拠が「悪しき意思(犯意)」にあることを示すことによって、主観的未遂論を貫徹することにある²。

25

B説（実質的客観説）

- 実質的客観説は、法益侵害の切迫した危険の発生を基準に、その時点で実行の着手を認め、したがって未遂は具体的危険犯であるとする³。そこでは、構成要件に該当する行為またはこれに接着した行為であって結果発生 of 切迫した危険を持つものが実行の着手であるとされる⁴。
- 30 行為者の行為を「正犯行為」とし、予備と未遂を分けるのが「実行の着手」であるとして、場

¹ 高橋則夫『刑法総論[第5版]』（成文堂,2022年）416頁。

² 浅田和茂『刑法総論[第3版]』（成文堂,2024年）381頁参照。

³ 浅田・前掲382頁。

⁴ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣,1975年）314頁。

合によっては両者が分離される点に特徴がある⁵。

C説 (形式的客観説)

- 形式的客観説とは、構成要件に該当する行為の一部の開始をもって実行の着手とするという
5 考え方である。それは、43条が「実行に着手して」と規定していることから、「実行行為」の開始が必要であり、「実行行為」とは構成要件に該当する行為であると解することに由来するといえる⁶。

D説 (折衷説[計画説])

- 10 犯行計画を考慮し、構成要件実現の危険性の高い密接行為を行った時点で実行行為の開始を認める説⁷。主観的計画を判断資料とすることが最も重要であるが、その判断資料を踏まえ、従来の学説が着手の判断の中核に据えてきた「危険性」と、判例が戦前から採用してきた「密接性」の判断を総合するところに特徴がある⁸。

15 E説 (実質的危険説[結果説])

実行行為(着手)を規範的・実質的に理解する見解を、実質的客観説とするのであれば、形式的な「構成要件開始判断」に代えて、「法益侵害の危険性が具体的程度以上に達した時点(未遂犯の危険性が発生した時点)」に求める説⁹。

20 2. 離隔犯としての実行の着手の時期

α説 (被利用者基準説[到達時説])

結果発生 of 具体的危険が発生した段階で未遂犯が成立するとする説¹⁰。

β説 (利用者基準説[発送時説])

- 25 もっぱら行為者の行為を基準として実行の着手を考えるので、むしろ発送の時点で着手を認めるべきであるとする説¹¹。

⁵ 浅田・前掲382頁。

⁶ 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論[第3版]』(弘文堂,2019年)318頁参照。

⁷ 前田雅英『刑法総論講義[第8版]』(東京大学出版会,2024年)121頁参照。

⁸ 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会,1977年)110頁参照。

⁹ 前田・前掲121頁参照。

¹⁰ 浅田・前掲388頁。

¹¹ 浅田・前掲387頁参照。

Y説（個別化説）

利用者つまり間接正犯者が被利用者の行為を道具として利用する場合においても、必ずしも利用行為の開始が構成要件的结果発生の現実的危険を惹起するわけではないから、利用者の誘致行為が結果発生の現実的危険を惹起した時に実行の着手があると解すべきとする説¹²。

5

IV. 判例

1. 実行の着手の意義

最一小判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁

[事実の概要]

- 10 被害者Aは特殊詐欺で100万円を騙し取られた翌日、警察官を名乗る男らから「預金を今すぐ全部下ろした方がいい」「午後2時前に到着できる」（以下、本件嘘）と電話を受けた。被告人Xは詐欺金の受取役と認識して指示通りA宅に向かったが、到着前に警察官から職務質問を受け現行犯逮捕された。

[判旨]

- 15 これらの嘘（本件嘘）を述べた行為は…後にA宅を訪問して…現金の交付を求める予定であったXに対して現金を交付させるための計画の一環として行われたものであり、本件嘘の内容は、その犯行計画上、Aが現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なものであったと認められる。…このような事実関係の下においては、本件嘘を一連のものとしてAに対して述べた段階において、…詐欺罪の実行の着手があったと認められる。

- 20 [引用の趣旨]

本判決は、行為者の犯行計画に鑑み、被害者に直接現金の交付を求める文言を述べる前の段階である本件嘘を述べた段階で詐欺罪の実行の着手を認めたものである。このように犯行計画に鑑みて実行の着手を認定した点で、本判決は行為者の主観に焦点を当てていると考え、検察側の採用するA説に親和的であるためこれを引用した。

25

2. 実行の着手の時期

東京高判昭和42年3月24日高刑集20巻3号229頁

[事実の概要]

- 30 郵便局の郵便物区分の業務に従事していた者が他人宛の郵便物の在中物を窃取しようと企て、ひそかに郵便物の宛名等を書き換えるなどした上、郵便物区分棚に差し置き、事情を知らない配達担当者を利用して郵便物を自己に入手しうよう工作を施したという事例。

¹² 大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』（成文堂、2019年）366頁。

[判旨]

郵便物が被告人の自宅に配達...これに近接した状態に至ったときに初めて窃盗の着手があつたものと考えらるべきで、原判示...の事実関係のもとでは窃盗の予備行為があつたにとどまり未だ窃盗の着手があつたものとはいえず...。...かく郵便物は上司に怪しまれて配達されるに至らず目的を遂げなかつたことが明らかであり、孰れもかく郵便物の管理者である...郵便局長の処分意思に基かずしてその占有を離脱せしめ或は離脱せしめんとして遂げなかつたもので...それらの所為が窃盗罪の既遂及び未遂に該る...

[引用の趣旨]

本判決は、郵便物が行為者のもとに配達されなかったものについても窃盗罪の未遂を認めたものである。窃盗罪の未遂は当然に「実行に着手」したこと(刑法43条本文)が認められなければ成立しないのであるから、郵便物を発送に供した時点で実行の着手を認めた判例であると解し、これを引用した。

V. 学説の検討

15 1. 実行の着手の意義

B説(実質的客観説)

本説は、未遂犯の処罰根拠についての客観的未遂論・結果無価値論に忠実な解釈であるが、構成要件該当行為に接着(密接)した行為で足りるとし、実行行為の開始がなくても未遂犯を肯定している点に問題がある。また、「法益侵害の切迫した危険」という表現は、危険犯の未遂が存在することから明らかなように、不明確と言わざるを得ない¹³。

よって、検察側はB説を採用しない。

C説(形式的客観説)

本説は、刑法43条の「実行」を実行行為(構成要件該当行為)と解するもので、条文に忠実な解釈であるが、「自然的観察」や「定型」という基準でそれを緩和する根拠及びその限界が明らかでない点に問題がある。また、「犯罪の実行に着手して」という法文において「着手」とは当該行為(実行)の開始を意味するものと解すべきであり、それに先立つ行為に当該行為の着手を認めることはできないのであって、「着手」という文言からそのような結論を導くことには無理がある¹⁴。

よって、検察側はC説を採用しない。

¹³ 浅田・前掲382頁参照。

¹⁴ 浅田・前掲381頁。

D説(折衷説[計画説])

主観的计划を重要な判断資料とすると、同一の客観的行為であっても、行為者の計画内容によって着手時期が変動し得ることになる。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。

- 5 また、本説は危険性と密接性を総合考慮するが、両者の関係や優先順位が明確でない。そのため、結局は判断者の評価に左右され、準備行為と実行行為との区別が曖昧となるおそれがある¹⁵。

よって、検察側はD説を採用しない。

10 E説(実質的危険説[結果説])

刑法43条本文は「犯罪の実行に着手して」と規定している以上、未遂犯の成立時期は、単なる法益侵害の危険性の発生時点ではなく、当該犯罪の実行行為が開始された時点に求めるべきである。したがって、危険性の発生を中心に着手時期を判断する本説は、同条の文理との整合性に疑問がある¹⁶。

- 15 また、未遂犯における危険性を「結果」として捉えると、具体的客体に対する結果発生の危険性を問題にしやすい。しかし、実行の着手において問題となるのは、当該犯罪の予定する実行行為性を認めるための危険性である。そうすると、本説は、未遂犯の処罰根拠としての危険性と、実行行為性を基礎づける危険性とを混同するおそれがある¹⁷。

よって、検察側はE説を採用しない。

20

A説(純粹主観説)

犯罪行為を主観客観の両方面より観察し、各場合の事情に照らして犯意がその実行行為の一部として、又はこれに接近する意思活動として表現したか否かを判断しこれを標準として常識的に決定すべきである¹⁸。犯罪の観念の要点をその主観的方面に求め、犯罪を犯意の表現として理解するときは、着手は犯人が犯意を遂行する状態にあるものというべきである¹⁹。

25

よって、検察側はA説を採用する。

¹⁵ 西田・前掲120頁。

¹⁶ 山口厚『刑法総論[第4版]』(有斐閣,2025年)291頁。

¹⁷ 前田・前掲122頁。

¹⁸ 牧野英一『日本刑法上巻』(東京有斐閣,1937)252頁二次引用参照。

¹⁹ 牧野・前掲254頁参照。

2. 実行の着手の時期

α説（被利用者基準説[到達時説]）

間接正犯では、背後の利用者が道具を誘致する行為にこそ、実行行為が認められるべきであって、それを開始した時点で着手があったはずである²⁰。

5 よって、検察側はα説を採用しない。

γ説（個別化説）

個別化説に対しては、被利用者が道具としての行為を開始したときに実行の着手を認めると、実行の着手時期を他人の動作に依存させることになり不当だとする批判が向けられている²¹。

10 よって、検察側はγ説を採用しない。

β説（利用者基準説[発送時説]）

被利用者の行為は因果関係の経過であり、間接行為者の手を離れた後で実行行為が開始されるというのは不合理である。また、実行意思の主体と実行行為の主体とが分離されてはならない²²。

15

よって、検察側はβ説を採用する。

VI. 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送付した行為に殺人未遂罪(刑法199条、203条、43条本文)が成立しないか。

20

2. まず「実行に着手」の意義とその時期が問題となる。

(1) この点、実行の着手の意義につき、検察側はA説を採用する。すなわち「実行に着手」とは、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ることをいう。

25

また、実行の着手時期につき、検察側はβ説を採用する。すなわち、行為者の行為を基準として実行の着手を考えるため、本件のような郵送による毒物混入食品の送付事案では、発送の時点で着手を認めるべきである。

(2) 本問では、Xは、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ながら、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ている。日本の郵便制度上、発送された小包は通常目的地に到達する蓋然性が高いことに鑑みると、発送時点で、Xの殺意は単なる内心にとどまらず、Aまたはその家族を死亡させるための遂行的行為とし

30

²⁰ 佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）72頁。

²¹ 福田平『全訂刑法総論[第5版]』（有斐閣、2011年）223頁参照。

²² 高橋・前掲426頁。

て、外部に明確に表れているといえる。

たしかに、本件では、Xはこれ以前にも3度、嫌がらせ目的で郵便小包を送っており、いずれもAまたはその家族が受け取りを拒否していた。そのため、今回もAらが受け取りを拒否する可能性が高く、食用に至る危険性は低かったとも考えられる。

5 しかし、B説によれば、実行の着手時期はAらが実際に受け取ったか、開封したか、食用したかという被害者側の対応ではなく、Xの行為を基準として判断されるべきである。過去に受け取り拒否があったとしても、今回必ず拒否されるとはいえず、家族が受け取る可能性も残されていた。したがって、受け取り拒否の事情は、実行の着手を否定するものではなく、既遂に至らなかった事情にすぎない。

10 したがって、Xは毒物入り白砂糖を郵便小包として発送した時点で、殺人罪の実行に着手したといえる。

3. もっとも、Aは死亡していないため、殺人罪の結果は発生していない。

4. 故意(刑法38条1項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、Xは、Aまたはその家族が本件白砂糖を食用すれば中毒死することを予見しながら、あえてこれを送付している。したがって、Xは、Aまたはその家族の死亡結果発生について認識・認容があり、殺人の故意に欠けるところはない。

5. よって、Xには殺人未遂罪(刑法199条、203条、43条本文)が成立する。

VII. 結論

20 以上より、Xには殺人未遂罪(刑法199条、203条、43条本文)が成立する。

以上