

イタリア刑法における共同正犯 (1)

吉 中 信 人

はじめに

1. ザナルデリ刑法典からロッコ刑法典へ
2. 共同正犯の本質的性格と犯罪共同の形式
 - (1) 総説
 - (2) 共同正犯の本質的性格
 - (3) 犯罪共同 (concorso criminoso) の形式
 - (4) 小括 (以上本号)
3. 共同正犯の成立要件
 - (1) 行為者の複数性
 - (2) 犯罪の客観的要件の実現
 - (3) 結果実現へ向けた共同者の因果的寄与
 - (4) 犯罪協働への具体的意思
4. アジャン・プロヴァカトゥール
むすびにかえて

はじめに

イタリア刑法 110 条は、「数人が同一の罪に関与したときは、次条以下に定めるところを除いて、各人に対し、その罪につき定める刑を科する。」と規定し⁽¹⁾、同一の罪に関与したすべての者を、その関与形式のいかんを問わず、すべて同一の刑に処するとして、いわゆる統一的正犯概念を規定している⁽²⁾。111 条から 119 条までに加重事由や減輕事由等が存在するが、狭義の共犯を実定法上規定していないので、法律的にはすべて「正犯」としての成立が問題となり、ただ科刑上特別な配慮がなされるにすぎないということに

(1) 森下忠訳『イタリア刑法典』64 頁 (法曹会、1978)。

(2) 森下忠『刑法総論』187 頁 (悠々社、1993)。

なる。この立法形式からすれば、任意的共犯内部における関与形態を区別することは意味をもたなくなる⁽³⁾。

もちろん、このような立法形式を持つのはイタリアだけではないが⁽⁴⁾、この小稿では、イタリアにおける立法の経緯を踏まえた上で、この問題をめぐる現在の状況について、先ずはその基本的な内容を瞥見し、今後の本格的な研究の準備作業の第一歩を行おうとするものである⁽⁵⁾。

1. ザナルデリ刑法典からロッコ刑法典へ

「統一的正犯概念（Einheitstäterschaftbegriff）」とは、もともとドイツ刑法学の用語であり、「単一的正犯概念」や「包括的正犯概念（umfassender Täterbegriff）」といわれることもある⁽⁶⁾。いずれにしても、犯罪の成立に条件を与えたものは全て正犯とし、教唆犯、従犯等、いわゆる狭義の共犯との区別をしない概念であるとされる。一方で、正犯と狭義の共犯を区別する概念については、「排他的正犯概念（exklusiver Täterbegriff）」が指摘されるが⁽⁷⁾、一般には特に言及されず、その中で正犯と共犯を区別する概念として、限縮（制限）的正犯概念と拡張的正犯概念について説明が加えられている。そして、統一的正犯概念は、拡張的正犯概念に類似した概念⁽⁸⁾、あるいはこれが発展

(3) 森下・前掲注（2）188頁。また、わが国刑法の問題として、松澤伸「裁判官の思考と共犯理論」現行刑事法研究会研究報告集第1号（現行刑事法研究会）1頁以下参照。

(4) その他にも、ノルウェー、デンマーク、オーストリア、ブラジル等が挙げられる。

(5) わが国における議論状況等については、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988）5頁以下特に89、90頁等参照。最近の注目すべき見解として、松澤伸「正犯と共犯の区別について」及び田川靖紘「正犯と共犯の区別に関する一試論」高橋則夫他編『曾根威彦先生＝田口守一先生古稀祝賀論文集（上巻）』817頁、835頁（成文堂、2014）。なお、松原芳博「共謀共同正犯の現在」法曹時報63巻7号6，11頁も参照。

(6) 例えば、大塚仁『刑法概説（総論）〔改訂版〕』239頁（有斐閣、1986）。

(7) 森下・前掲注（2）187頁。

(8) 浅田和茂「刑法総論〔補正版〕」404頁（成文堂、2007）。

した概念⁽⁹⁾、とされている。これは、ドイツやわが国など、実定法上、排他的正犯概念を採用する国々では、統一的正犯概念との区別はそれほど重要ではなく、むしろその内部における区別こそが解釈論上意味を持つとされることによるであろう。

一方、1930 年イタリア現行刑法（いわゆるロッコ法典）においては、1899 年のザナルデリ刑法典が認めていた、関与の形態によって処罰を区別する態度から大きく転換し、方法のいかんを問わず罪に関与した者に対する平等責任（*eguale responsabilità*）の原則を一般的原理として掲げた⁽¹⁰⁾。そして、この立場は、ザナルデリ刑法典がとる「区別モデル（*modello differenziato*）」が、関与の様々な形態を独自に類型化するのに対し、各人の帯びるこれらの区別を度外視した「統一モデル（*modello unitario*）」であると呼ばれる⁽¹¹⁾。ザナルデリ刑法典は、その 63 条、64 条において、犯罪実行を行った者、協力した者、犯罪実行の意思を教唆し又は強化した者、参加又は助力に同意しつつその実行を容易にした者、を区別し、各関与者の役割を類型化していた⁽¹²⁾。

こうした区別モデルを放棄し、統一モデルへ舵を切った理由については、いくつか指摘される⁽¹³⁾。

第 1 に、統一モデルは、（犯罪）予防要求の支持にとって、より適していることである。それは、本質的な観点から、実際のところ、処罰可能な共犯事件の領域を拡大することであった。更に、関与者間の処罰を平準化し、手続上の観点から、区別モデルで起こっていた立証の困難性を克服することが

(9) 松宮孝明『刑法総論講義〔第 3 版〕』42 頁（成文堂、2004）。なお、過失結果犯に対する統一的正犯概念の妥当性について、Vgl., C.Roxin, *Strafrecht*, A.T., 4. Aufl., C.H. Beck, 2005, § 24 Rn. 27.

(10) 森下忠『イタリア刑法研究序説』106 頁（法律文化社、1985）。

(11) A.Cadoppi / P. Veneziani, *Elementi di Diritto Penale, Parte Generale*, 5. ed. CEDAM, 2012, p.430.

(12) *Ibid.*

(13) *Id.*, p.430-431.

企図されていたのである。第2に、統一モデル、すなわち犯罪共同を行うすべての者に対する平等責任の標準は、共同して事件を発生させるすべての条件は同一事件における同等の原因を顕している、とされる原則と調和するであろう。このように、単独犯におけるパースペクティブと同じく、複数の条件を区別できないし、同様に、共犯者、加担者、等々といった、関与者の抽象的な構成要件のレベルで区別を行うことは不可能であると考えられたのである。そこで、統一モデルは、裁判官に対し、広範なやり方で、刑罰上目立った関与の輪郭を明確にする任務を付与するのである。そして、このモデルにおいても、個々の関与者の役割はやはり度外視されてはならないのであり、裁判官は、因果性の点から、個々の関与者の真の寄与度を常に評価することが求められるのである。

統一モデル採用の理由としては、さらに、関与形態によって処罰に差を設けるよりも、関与者の性格の危険性に重点がおかれるべきであるともいえるであろう⁽¹⁴⁾。個人の社会的危険性の重視は、ロンブローゾやフェッリといった、イタリア実証学派の影響を感じさせるものである。また、結果に対する純粋な因果性の見地からすれば、区別モデルは、あらかじめ抽象的な枠を設けて、具体的な事件をそれに当てはめようということになり、却って、様々な状況がありうる実情に対して融通が利かないモデルであるとも考えられるのである⁽¹⁵⁾。

2. 共同正犯の本質的性格と犯罪共同の形式

そこで、以下では、統一的正犯体系、すなわち統一モデルを採用するイタリア刑法の共同正犯について⁽¹⁶⁾、支配的な学説を中心にみていくことにした

(14) 森下・前掲注（2）187頁。

(15) この他の理由として、A. カドツピ教授は、区別モデルを採用するフランス刑法からの脱却という側面を指摘する。しかし、同様に影響を受けたドイツでは、依然として区別モデルが維持されていることは興味深い。

い⁽¹⁷⁾。

(1) 総説

まず、イタリアにおいても、必要的共犯 (*concorso necessario*) ないし複数行為者犯罪 (*reati plurisogettivi*) と任意的共犯 (*concorso eventuale*)、すなわち単独でも複数でも起こし得る犯罪、が区別されている。実定法は狭義の共犯規定を持たないので、必要的共同正犯と任意的共同正犯といったほうがあるいは良いかもしれない。そして、共犯論の中心的課題は、犯罪における人の任意的共同 (*il concorso eventuale di persone nel reato*) であり、刑法 110 条に原則的規定が置かれ、上述のように、この条文の着想は、「共犯者の平等責任の原則」に依拠している。なお、行政罰においても同様の規定が見られる (L.689/81) ことは注目すべきである⁽¹⁸⁾。

110 条の規定により、通常処罰される典型的行為態様だけでなく、通常なら処罰されない非典型的な行為を行う者に対する処罰も認められることとなる。例えば、物の窃取や領得へ参加することのない窃盗に対する精神的幫助もそうであり、損害的事象の検討において因果関係上の効果を与えるすべての行動が共同正犯事例となりうるのである。

なお、イタリアにおいて、かつては、数人の犯罪遂行をどう捉えるかについては議論があった。すなわち、これをそれぞれの「犯罪の複数化」と捉え、

(16) ‘Il concorso di persone nel reato’ については、「罪への人の関与」(森下・前掲注 (1) 64 頁) とした方が正確な訳であるが、イタリアでは犯罪共同説的な理解が通説であることと、110 条以下の実質的内容から、敢えて「共同正犯」とした。但し、わが国やドイツにおける共同正犯概念との異同は今後の課題である。

(17) 以下の記述は、主に、R. Petrucci / R. Pezzano et al., *Compendio di Diritto Penale, Parte Generale e Special*, 14 ed., Simone, 2010, pp.229-232. に依った。

(18) なお、イタリアでは、2001 年 231 号法によって、企業に対する「行政的不法行為」という概念のもとで、その行政的責任を、刑事手続を通じて問疑するという体系を採用した。拙稿「イタリア刑法における企業犯罪の法的規制」広島法学第 34 卷第 3 号 (2011) 192 頁参照。

事件との関係で整序されまたは統一されると考えるか、それとも複数の実行行為者の特徴によって「一つの犯罪」と捉えるか、である。行為共同説（una pluralità di reato autonomi）か犯罪共同説（un reato unico）か、という議論に対応するであろう。しかし、現在では、110条の解釈、《nel medesimo reato》から、通説は、「一つの犯罪」として理解しており、判例も同様の立場をとっている。

（2）共同正犯の本質的性格

様々な行為者が一つの犯罪に関与する場合、その帰罪化の本質は何であるのか、について、諸説を瞥見してみよう。なお、以下の名称は内容を反映して意識したものであり、且つ当面の仮訳である。

まず、①「差異承認説（Teoria della natura accessoria della partecipazione）」とでもいうべき見解がある。これは、加功形式には、補助的性質を持つものがあることを直視し、正犯行為（azione principale）と共犯行為（azione accessorie）の差異を承認するが、110条による共犯の処罰は正犯の実行に従属するとして、現行法との整合性を維持するものである。概念として、正犯と狭義の共犯の区別を認めるもので、ドイツの学説に影響を受けているように思われる。

次に、②「条件関係説（Teoria della 《condicio sine qua non》）」がある。伝統的な見解であり、事件の実現に必要な、どの条件でも遂行した主体、そして、その共同において、犯罪の条件の一つでも遂行した参加者は、全て正犯と考える。元々の実証主義的思考に適合的である⁽¹⁹⁾。

さらに、③「連帯現象説（Teoria del 《fenomeno associative》）」は、共同加功の基礎を、主体の複数性を前提とする「連帯現象」と捉える。めいめい

(19) なお、イタリアにおける因果関係論について、マウロ・カナッティ・中空壽雅（訳）「イタリア刑法における因果関係と自然法則」刑事法ジャーナル Vol.19., 2009, 53 頁以下参照。

が、他人と共同することを意識しつつ、欲する全ての結果に寄与する。個々人の身体的限界や能力から、一人では特定の結果を実現できないため、犯罪実現に複数主体の共同を必要とするという事態に、その根拠を見出す。判例もこの立場をとる (Cass.6 dicembre 1982,n.11579)。

そして、④「単一構成要件説 (Teoria della 《fattispecie plurisoggettiva eventuale》)」という考え方がある。これは、110 条に規定される総論の共同正犯概念を各論の構成要件に当てはめることにより、それぞれの構成要件から、各則には規定されない「新たな構成要件」が発生すると考える。単独犯を予定した構成要件から、それとは異なる (複数人を予定した) 構成要件が更に生起すると考えるので、例えば、各則に規定される窃盗犯の構成要件と、これと共同する場合の窃盗犯の構成要件とは別物と理解されることになり、従って、精神的従犯 (istigazione) や幫助 (agevolazione) があっても、この新たに生起した正犯概念に包摂されることになる。

それに対して、⑤「複数構成要件説 《Teoria della fattispecie plurisoggettive differenziate》」は、総則の共犯規定と各則の構成要件が共同して新たな構成要件を生み出すという点では、単一構成要件説と同様であるが、単一構成要件説が、新たな「一つの」構成要件を想定するのに対し⁽²⁰⁾、新たな「複数の」構成要件を発生させるという点において異なっている。客観的出来事において同一の中核を共有するも、関与者各人の精神的態度と外部的様子を通じて区別されるため、複数の構成要件を想定することとなる。

(3) 犯罪共同 (concorso criminoso) の形式

110 条の規定にも拘わらず、当然ながら、概念として共同正犯内部における加功形式の区別は理解されており、様々な区別や用語が存在する。判例は F. アントリーセイの説⁽²¹⁾に傾いているように思われる。それによれば、共

(20) A. Cadoppi, P. Veneziani, op.cit., p.432.

(21) F. Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 14. Ed., Giuffrè, 1997, pp.549-552.

犯形態を、物理的加功と精神的加功に分ける。まず、物理的加功は、犯罪の実行段階によって、以下の3つに区分される。

① 狭義の正犯（*autore in senso stretto*）は、犯罪の抽象的型枠に記述された内容に一致する行為（いわゆる「典型行為（*azione tipica*）」）を単独で達成する者である。そして、②共同正犯（*coautore*）とは、他人と共に、典型行為の全部又は一部を遂行する者である。さらに、③共犯（*partecipe*）とは、それだけでは犯罪構成要件（*fattispecie criminosa*）を実現しない行為を行う者である。殺人における囑託や、窃盗における見張り行為などがこれに当たる。

次に、精神的加功は、犯罪の発案段階において、以下の2つに区分される。

①教唆犯（*determinatore*）は、他人に対し、元々は無かった犯意を発生させた者である。囑託（*mandante*）がこれに当たるとされるので、犯罪の囑託行為は、共犯であると同時に教唆犯であるという理解になるものと思われる。そして、②精神的従犯（*istigatore*）は、逆に、他人の既に持っていた犯意を強化することに限定された関与形式である。この共犯形式は、判例では限定的に適用されており（*Caas. 15-2-1983 n. 1320*）、犯意をさらに強化することになる、助力に対する前もっての約束（*Cass.6-6-1983, n.5310*）と同様に、正犯を元気づけ、安心させることに向けられた単なる物理的現在（*Cass. -10-2002, n.33003*）に限られている。

（4）小括

以上のように、統一的正犯体系をとるイタリア刑法においても、実際には、関与形態の実質から、異なる概念が、判例及び学説内部に存在しており、実定法の解釈論においても、その異同等を理解しておく必要があるであろう。しかし、そういった概念を認めながらも、すべてが正犯であるという実定法が揺らぐことはなく、これまでの改正案等においても⁽²²⁾、具体的な統一モデルを放棄して抽象的な区別モデルを採用するという方向性は看取できない。上述の諸説も、あくまで関与形態の実質をどう実定法体系と整合させるかと

いう試みのように思われる。

次章では、共同正犯の成立要件をみていくこととしよう。これには、通常、4つの要件が指摘される。①行為者の複数性、②犯罪の客観的要件の実現⁽²³⁾、③結果実現へ向けた共同者の因果的寄与、そして④犯罪協働への具体的意思、である。

(未完)

(22) 1949 年刑法草案、1960 年刑法改正法案における共犯規定の改正について、森下・前掲注 (10) 68 頁以下及び 106 頁以下参照。

(23) これは、「思考のかどでは誰も罰を受けない (*cogitationis poenam nemo patitur*)」の原則に基づいた要件である。