

イタリア刑法における共同正犯 (2)

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 38 卷 3 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 (以上本号)
 - (4) 犯罪協同への具体的意思
4. アジャン・プロヴァカトゥール
むすびにかえて

(承前)

3. 共同正犯の成立要件⁽²⁴⁾

(1) 行為者の複数性

行為者の複数性 (*pluralità di soggetti*) という点は、共同正犯の成立にとっていわば当然の前提であるが、学説では、その必要条件のテストとして、帰責できず又は処罰できない行為者を算入できるか否かが議論されてきた。従来、これは、間接正犯 (*autore mediato*) の理論に従うものと考えられ、他の責任能力者の道具を演じた責任無能力者によって行われた犯罪は、共同正犯を構成しないとされていた⁽²⁵⁾。この理論に従うと、不法な正犯 (*autore*

(24) 本章について、R. Petrucci / Pezzano et al., op. cit., pp.232-234.

dell'illecito) は、犯罪（的）行為を行わせた者のみ（すなわち間接正犯者）ということになる⁽²⁶⁾。現在では、ようやく反対説が優越するようになり、共犯者が責任無能力又は故意無く遂行する場合も、当人は、なお共同正犯者となることは、実定法上の根拠から明らかに導かれるという見解が、實際上説得力を持っている。すなわち、112条4項は、「本条第1項第1号、第2号及び第3号に定める刑の加重は、事実に関与した者のうち何人かが帰責不能又は不可罰であるときでも、これを適用する。」⁽²⁷⁾として、共同正犯の成立を前提とした加重事由について規定し、また、119条1項は、「罪に関与した者のうち、ある者について刑を排除する主観的事情（70条2号）は、これに係る者に限り、その効力を有する。」⁽²⁸⁾として、やはり科刑レベルで、刑の排除事由における主観的事情の相対性を規定している⁽²⁹⁾。

しかしながら、アントリーセイは、故意なき共犯（partecipe）における、犯罪へ協力する意思や共同正犯に必要な他の要件が欠けているものと想定された「手段仮説（ipotesi de quibus）」⁽³⁰⁾においては、共同正犯を構成する可能性は否定されるとし⁽³¹⁾、判例も同様の傾向を示している。

(25) この場合、刑法46条、48条、54条3項等の規定に従い処理されることになる。

(26) 111条（帰責可能でない者又は不可罰の者に犯罪の決心をさせること）に従って処罰される。

(27) 拙訳。原文には「第1項」の文言はない。なお、1項4号の場合も未成年者等、元々道具的利用可能性があるときを想定している。

(28) 森下・前掲注（1）67頁。

(29) 一方で同条2項は、「刑を排除する客観的事情は、その罪に関与した全ての者に対してその効力を有する。」（拙訳）としており、科刑レベルであるが、共同正犯性も客観的事情に依拠することが示唆されているように思われる。そうだとすると、間接正犯論は共同正犯における被利用者側の主観的事情の問題にやはり解消されることになる。

(30) ドイツやわが国における道具理論（Werkzeugstheorie）に相当するであろう。

(31) R. Petrucci / R. Pezzano et al., op.cit., p.232. 手先（agenti）としては観念できるとする。但し、アントリーセイは、間接正犯概念についても、その前提が実定法規範と調和しないとして受け入れがたいとしている。F. Antolisei, op.cit., p.554.

周知のように、狭義の共犯を実定法上認める刑法体系のもとでは、いわゆる要素従属性に関連して教唆犯と間接正犯の区別として議論されるところであるが、実定法上、統合モデル（統一的正犯概念）を採用するイタリア刑法においては、いずれにしても正犯であるということは動かないので、この議論は、それを共同正犯とするか、間接正犯とするかという、単なる概念的カテゴリーの問題に過ぎないともいいうるであろう。

(2) 犯罪の客観的要件の実現

共同正犯の成立には、犯罪の共同が必要であるが、その犯罪とは、未遂の限度で必要十分であるとされる。一方で事実の実現（*realizzazione di un fatto*）は、客観的で前法律的なもので十分であるので、具体的に正犯者が処罰可能であることまでを要しない。他方、犯罪の客観的要件の実現（*realizzazione dell'elemento oggettivo del reato*）とは、引き続き犯罪実行がないのであれば、単なる共謀（*accordo*）や精神的幫助だけでは不十分である、ということの意味する。これらを規定する 115 条 1 項⁽³²⁾には、「法律に特別の規定がある場合を除いて」とあり、刑法自身が規定する一定の政治犯や汚職の罪⁽³³⁾、あるいは特別法に規定されるジェノサイドの罪⁽³⁴⁾等では、共謀のみによる処罰が可能となっている。

狭義の共犯を認めるドイツ刑法と異なり⁽³⁵⁾、イタリア刑法においては、被加功者において犯罪実行の決意が生じたか否かはそれほど重要ではない。被

(32) 「法律に特別の規定がある場合を除いて、二人以上の者が罪を犯す目的で共謀したが、罪を犯さなかったときは、そのうちの何人も、共謀 *accordo* の行為だけによっては罰せられない。」（森下・前掲注（1）66 頁）。

(33) 近年この例外は、小児性愛や犯罪結社等に関して拡大される傾向にある。特に 414 条以下に規定される「公共秩序に対する重軽罪」を参照。

(34) Artt.7 e 8 legge 9 ottobre 1967 n.962.

(35) Vgl., § 30 des StGB. これによれば、規定があれば、教唆の未遂は可罰的である。

加功者における未遂の段階に至る実行への従属性は維持されており、実行が行われれば、共同実行（concorso material）と共同意思（concorso morale）の両者に作用する加功者の寄与が正犯性を位置づけることになる。それゆえ、加功行為じたいの未遂については不処罰である⁽³⁶⁾。しかし、実は、加功者側の犯罪的危険性への対応については別途考慮されており、犯罪実行への合意をなした者や、精神的幫助を行った者は、215条から229条に規定される保安処分（misura di sicureza）の賦課が可能となっているのである（115条2項及び4項）。

（3）結果実現へ向けた共同者の因果的寄与

ここでいう結果実現へ向けた因果的寄与（contributo causale al verificarsi dell'evento）は、必ずしも最初から与えられる必要はない。寄与の表象（consapevolezza）があり、最小限、「承継後の構成要件の実現」があるならば、「経過中」にも介入することが可能である⁽³⁷⁾。

破棄院は、さらに、次のことを明言した。すなわち、刑法110条は、犯罪実現における具体的形態の証明については無関心であるが、共同する犯罪行動（condotta criminosa）⁽³⁸⁾における非典型性（atipicità）を混同しているわけではなく、特定の関与者の因果的寄与が、様々な又は非典型的な犯罪行動を通じて生じる状況は、他の関与者達によって与えられた活動に伴って結果を導くことになる因果関係との関連において、観念的次元（nella fase ideativa）

(36) 115条の加功形式は、《istigazione》であるので、判例・通説の理解によれば、被加功者における事前の犯意を念頭においているように思われる。

(37) Cass.9-5-1997, n.4243.

(38) 本稿では、《attività》を「活動」、《condotta》を「行動」そして、《azione》を「行為」として区別している。「行為」は、構成要件的行為、特に動作主の作為を念頭においているが、前二者はこれより広く、行為概念すら問題となるような加功形式を包摂するのに便利な表現である。一方で「行動」には、「活動」には含まれない不作為を含意することが可能である。

における現実の参加⁽³⁹⁾あるいは犯罪準備があったことを証拠上明らかにし、そしてそのような形態のもとで因果的寄与が生じたことを明確にする義務を、第 1 審裁判所から免除するものではない⁽⁴⁰⁾。

しかし、ここでいう関与者の行為における因果的寄与とは何を意味するのか。以下のごとく、その性質をめぐり、様々な説明が行われている。

1) 条件関係説 (Teoria condizionalistica)

この説は、立法者意思に合致するものとされ、各共犯 (*partecipe*) の行動は、それがなければ犯罪事実は行われなかつたであろうという意味における、《*condicio sine qua non*》が満たされることを要求するとする。これによれば、共犯者の活動が後に無意味であった (例えば、金庫破りのために家宅侵入の道具を提供したが、結局ドアは開いていた)、あるいは有害ですらあった (いわゆる「不慣れな悪党達 (*socio maldestra*)」の場合のように、無能な仲間の逮捕によって犯罪計画は失敗した) などの全ての場合は、共同正犯から除外されることになる。

2) 危険増加説 (Teoria dell'aumento del rischio)

この説によれば、事前的 (*ex ante*) に、すなわち、約束され又は提供された時に、その寄与が犯罪実現の危険を増加するものと見られる全ての場合には、結果実現に因果的寄与があったとされる。この説は、(共犯) 行動の事前的適合性 (*idoneità ex ante della condotta*) に言及することで、イタリア刑法における「共同未遂 (*tentativo di concorso*)」体系への接近に帰着するとされる。しかしながら、刑法 115 条は明確にこれを排除しており、危険増加性を持つ寄与が事前に存在していても、正犯の実行が無い以上は、その不可罰性は明らかであるので、それが結果に対する因果的な寄与と言えるのか疑問がある。

(39) これには、後述する意思的貢献ないし精神的共同参加等の場合が考えられる。

(40) Cass. 11-3-2009, n. 10730.

3) 促進・容易説（Teoria della facilitazione o agevolazione）

この説は、少なくとも犯罪実現を促進し又は容易にする活動は共同正犯であるとするものである。今日の判例⁽⁴¹⁾・通説⁽⁴²⁾とって良いであろう。すなわち、因果性とは、単に《*conditio sine qua non*》のように見える行動だけではなく、事実の遂行を可能にし、実現を促進化又は容易化し、その上具体的に有用又は有効であると実際に明らかにされた事実によって独立に行われたものでもなければならぬ、とされる。例えば、困惑した態度によって通行人の注意を引き付ける見張り役の場合などが挙げられる。この説は、コンディティオ公式を不要とするというよりも、たとえそれが満たされなくても、促進化・容易化があったとされる場合に因果的寄与を認め、共同正犯の成立を肯定するもののようなものである⁽⁴³⁾。

4) 物理的貢献及び精神的・意思的共同参加説（Apporto material e compartecipazione psichica o morale）

この説は、共同とは、物理的貢献だけでなく、犯罪実現への協同⁽⁴⁴⁾における意欲や意識を躊躇させないような、意思的貢献の中でも成立するとして、その双方の因果的寄与を考慮する⁽⁴⁵⁾。微妙な問題が生じ

(41) Cass. 5-5-2004, n. 21082.

(42) R. Petrucci / R. Pezzano et al., op.cit., p.233.

(43) なお、1992年のいわゆるパリアーロ法案（Progetto Pagliaro del 1992: “Schema di legge delega legislativa per l’emanazione di un nuovo codice penale”, Ind. Pen., 1992, p.579.）は、可罰的共犯の成立にとって、正犯を促進する寄与で十分であり、条件関係公式における寄与を必要としないとしていた。Cfr. A.Pagliaro, *Lo schema di legge delega per la riforma?: method di lavoro e principi ispiratori*, Ind. Pen., 1994, p.243. なお、イタリアではこれ以降も、リッツ法案（Progetto Riz del 1995）、グロツソ法案（Progetto Grosso del 1998）、ノルディオ法案（Progetto Nordio del 2004）、ピサピア法案（Progetto Pisapia del 2006）が、それぞれ委員長の名を冠して提出されているが、詳細の検討は他日を期さざるを得ない。Cfr. A.Cadoppi / P. Venezianni, op.cit., p.53-55.

(44) 本稿では、《concorso》を「共同」、《cooperazione》を「協同」として区別した。

るのは意思的貢献の方である。そして、この意思的貢献ないし精神的共同参加は、犯罪の物理的行為者（正犯）を唆す形態のもとで、あるいは、正犯の犯罪決定を強化する形態のもとで具体化される。前者は囑託（mandante）、後者は精神的従犯ないし精神的幫助（istigatore）ということになる⁽⁴⁶⁾。ここでは、他人の犯意（proposito criminoso）を強化する行動とはいかなるものであるか、証明上の様々な問題が生じる。つまり、実際に寄与者の説得的な貢献がなければ犯罪が遂行されなかったのか、ということは、実務上は証明不可能であり、寄与者の行動が、一般の経験則に基づいて、「少なくともそうした強化を生み出」⁽⁴⁷⁾したか否かという客観的適合性（obiettiva idoneità）の論証で満足することになる。

判例も、「正犯の行動への明確な接着が明らかであり、その行為に対する刺激を与え、広義の安全の意義に奉仕するのであれば、単なる犯罪現場における現在も、犯罪参加（partecipazione criminosa）の枠内に組み込まれることは十分可能である。」⁽⁴⁸⁾としている。もっとも、このことは、代替不能原理（canoni dell'insostituibilità）⁽⁴⁹⁾に合致することもなく、共同構成要件の実現に因果的に関係づけられるような貢献であるとも言えなければ、いかなる不活発な援助や犯罪意図の単なる認識に対しても重要性を付与することを意味するものではない⁽⁵⁰⁾。

なお、以上のような精神的（貢献）活動における途中からの共同参

(45) わが国等でいう、共同実行の事実と共同実行の意思に対応するものように思われる。

(46) 同旨、Cass. 4-6-1982, n.5582.

(47) 同旨、Cass.4-8-1999, n.8763.

(48) Cass. 22-5-1997, n.4805.

(49) R. Petrucci / R. Pezzano et al.,op.cit., p.234. これは、機能的に、ほぼコンディティオ公式と重なる概念のように思われる。

(50) 同旨、Cass.4-8-1999, n.9858.

加に関しても、結果の実現に対する因果的寄与は、上述した「促進・容易基準」によって査定されるであろう。

精神的共同参加の形態においては、犯罪遂行の最もよくある種類として、既遂後の正犯に対して、自身の助力を提供するという「約束」も含まれる。正犯に不処罰を保障するとか、あるいは犯罪の利益を獲得させる（例えば、注文に応じた窃盗）などである。こうした場合におけるこのような約束は、犯罪企図を強化するので、「共同参加（compartecipazione）」概念に含まれることになる。そして、判例によれば、加功行動が被加功者に対して有する、決定又は強化における具体的な効力を判定するため、他人の犯罪活動を強化し又は決定する事前的な適合性について、予後的な蓋然性判断を行うこととなる。従って、犯罪行動の単なる認識では、それが他人からは独立に行われる限り、それが他人の犯罪行動を決定したり強化したりすることはありえないので、それだけで犯罪の意思共同を構成することはない⁽⁵¹⁾。

以上のように、当人の行為が、他人の犯罪行動に「決定的」又は「強化的」な影響力を持つか否かという危険性の事前的適合性判断を、裁判所が予後的に蓋然性判断のレベルで行うという観点からすれば、犯罪遂行後に提供された作業（opera）は、蔵匿罪や盗品等に関する罪のように特別に規定されている場合を除き、共同参加を構成しない。一方で、犯罪遂行前の「黙認（connivenza）」⁽⁵²⁾を精神的共同又は意思的共同と捉えることができるかも問題である。ここで黙認とは、個人が、阻止可能性のある重軽罪（delitto）の遂行に受動的に参加すること

(51) Petrucci / R. Pezzano et al., op.cit., p.234.

(52) イタリア語における、《connivenza》には、「悪事を見逃す」というニュアンスが含意されており、一般的用法としてはそれじたいで「共犯」という訳語も不可能ではないが、ここでは、その法的な内容に照らして「黙認」とした。わが国の文脈では、片面的従犯の範疇に属するであろう。

である。市民の一般的な犯罪抑止義務を認めることはできないので、単なる黙認だけで処罰することはできないと考えられる。もちろん、性的暴行を受けている女性等、危難にある人を見つけながら、直ちに必要な救助を与えることを怠った者は、不救助 (*omissione di soccorso*) の罪により責任を負うことがある⁽⁵³⁾。

(未完)

(53) Petrucci / R. Pezzano et al., *op.cit.*, p.234.