

イタリア刑法における共同正犯 (3・完)

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 38 卷 4 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 (以上本号)

(承前)

(4) 犯罪協同への具体的意思⁽¹⁾

共同正犯の 4 つめの成立要件は、犯罪に協同する意思ないし犯罪の実行に参加する意思、であり、共同正犯における主観的要素の問題である。これは、様々な参加者の中で責任の程度が異なることを認めるかどうかの問題でもある。共同で行われる犯罪が常に故意犯であると仮定すると⁽²⁾、そのような故意は、二つの厳密な意思の総和から生じることが特定される必要がある。一つ目は、犯罪を実行する意思、すなわち、典型的な単独行為の故意 (*dolo del*

(1) Cfr., R. Petrucci /Pezzano et al., *op.cit.*, pp.234-235.

(2) 後述するように、イタリアにおいても、過失犯による共同正犯を認めるか否かという問題が存在する。

fatto tipico monosoggettivo) であり、二つ目は、他の者 (達) と一緒に犯罪を実行する意思、すなわち共同 (正犯) 故意 (dolo di concorso) と呼ばれるものである。

典型的な単独行為の故意については、そのような故意が概括的なものであれば、それがすべての関与者に存在しなければならず、すべての関与者にとって同じ内容を持つことになるので、特に問題はない。殺人事件の犯人は皆同じように被害者を殺したいと思ってるのである。他方、要求される故意が具体的なものである場合については、別の考察をしなければならない。この場合、実際には、必ずしも実行行為者であるとは限らない一人が、犯罪規範によって要求されるその後の特定の結果を望んでいることで十分であるとされる。したがって、資産を盗んだすべての行為者は、たとえそのうちの一人だけが不当な利益を調達するために行動し、この利益が共通の意思によって彼のためだけに捧げられたものであったとしても、共同して窃盗罪の責任を負うことになる。

そして、共同の故意については、いわゆる「事前の合意 (previso concerto)」、すなわち、行為者が事前に事実を犯すことに一致している必要はないということは、いまや学説上も判例上も議論の余地はない。すなわち、犯罪の遂行中に起こる、いわゆる「不意の共謀 (accordo improvviso)」で十分であるとされている⁽³⁾。このような共謀が存在するといわれるためには、行為者がその事実を実行する際に、他者と協同する意思と表象が必要となる。この点、共犯者全員にそのような表象がなければならないのか (いわゆる相互関与の意思)、それとも共同者としての責任の観点から、せめて事実を実行する行為者の一方のみに認識があればよいのか (いわゆる一方的関与) が問題となる。今日、学説⁽⁴⁾ や判例における有力な理論は、各人が他人の行動に

(3) Cass. 8-9-1995, n.9490.

(4) モントヴァーニ、フィアンダーカ/ムスコ、ロマーニ、パドォヴァーニ等がこの立場をとる。Cfr. R. Petrucci /Pezzano et al., op.cit., p. 235

貢献したことを一方的にであっても認識していれば十分であるというものであるから、所有者への憎しみから、泥棒が建物に入ろうとしているのを見て、ドアが開いているのを発見させた管理人は、窃盗の共同責任を負うことになる⁽⁵⁾。このような場合には、当然のことながら、窃盗犯の側は、実行された自律的な単独窃盗に対して責任を負うことになる。このことは、複数の行為者のうちの一人または一部だけが故意に共同していた場合にも、責任を確定する目的でも、刑罰（状況等）を決定する目的でも、共同正犯に関する規律が適用されることを意味している。

共同正犯における主観的な要素に関しては絶えず議論になること、要するに、様々な共犯者の間で共同正犯か又は異なる肩書き（タイトル）が認められるかどうかの問題となる。より正確に言えば、次のようになる。

まず、過失犯に対する故意共同の問題である⁽⁶⁾。その構成可能性は、パドヴァーニやロマーノのように、それぞれの競合者の立場を自律的と考える者には認められているが、フィアンダカ/ムスコのように、競合者の立場を必然的に相互に依存していると考えられる者には否定されており、したがって、この同じ事実を異なる主体の肩書きとする可能性は排除されている⁽⁷⁾。もう一つは、故意犯に対する過失共同である。刑法第 42 条第 2 項で認められている原則に従い⁽⁸⁾、これを規定する規範がないため、これは除外されなければな

(5) In tal senso Cass.20-1-2004, n.1271.

(6) たとえば、ティツィオは、敵であるカイウスとセンプロニウスが、弾が装填されていないと思われる武器の扱いを怠っていることに気づき、そのうちの一つを装填された別の武器と交換し、その結果、二人のうちの一人を死亡させてしまった、という例が挙げられる。Cfr. R. Petrucci /Pezzano et al., op.cit., p. 235

(7) 区別モデルからは、共犯の罪名従属性の問題と類似するが、正犯論としては、わが国における行為共同説と犯罪共同説の差異に対応するように思われる。

(8) 刑法 42 条 2 項「何人も、故意に犯したのでなければ、法律で犯罪として定めている行為によってこれを罰することはできない。ただし、法律の明文をもって超意思又は過失の犯罪として規定している場合は、この限りでない。」ここで、「超意思犯罪 (delitto preterintenzionale)」とは、結果的加重犯を指すであろう。森下・前掲注 (1) 37 頁。

らない。

さらに、過失犯に対する過失共同の問題がある。刑法 113 条 1 項は、「過失犯罪において結果が数人の協同によって発生したときは、各人が、その罪について定める刑に服する。」と規定していることから⁽⁹⁾、学説の多くも、過失による共同正犯を承認している。ここでの主観的要素は、故意ではないが、共同して侵害的結果をもたらす意志であることを要するものの、それは単に一定の結果に対して他者と共同する認識で足り、且つ犯罪的なものである必要はなく、法的に中立的なもので足りると解されている。しかし、113 条 1 項で用いられている、「協同《cooperazione》」は、通常使われる、「共同《concorso》」とは異なることから、これは独特の犯罪共同の一形態であるという有力な反対説がある。それによれば、ここでいう「協同」は、外形上の行為に限定され、侵害結果を包含しておらず、過失結果に対する「共同」は存在しないとして、過失犯において真の犯罪協働 (compartecipazione criminosa) は構成できないとする⁽¹⁰⁾。

4. アジャン・プロヴァカトゥール

アジャン・プロヴァカトゥールとは、犯罪を発見して処罰してもらうために、他の人に犯罪を行うように働きかける人のことである (警察のメンバーであることが多い)⁽¹¹⁾。支配的な学説によれば、彼は、出来事が発生しないであろうという明確な確信を持って振舞うので、故意の欠如によって責任を免除されることとなる⁽¹²⁾。理論的には⁽¹³⁾、精神的徒犯 (istigazione) の一形態

(9) 但し、前掲森下訳 65 頁では、《cooperazione》を「協働」とする。

(10) F. Antolisei, op.cit., p.581. なお、G.Fiandaca / E. Musco, Diritto penale, Parte generale, Sesta edizione, Zanichelli, 2009,p.575 も「過失協同 (cooperazione colposa)」を用いており、「過失共同 (concorso colposo)」とは異なることは明らかである。「過失競合 (concorrenza colposa)」との異同も問題となるが、今後の課題とせざるを得ない。

(11) もともとフランス語の原語が「おとり捜査官」という意味である。

(12) 例えば、G.Fiandaca / E. Musco,op.cit.,p.512.

とされるので⁽¹⁴⁾、もしこれが教唆犯 (determinatore) のレベルにあるなら、さらに違法の程度が増加するように思われる。判例もより厳格な態度をとっており、挑発行為を行う者の仕事は、違法行為を観察し、制御し、抑止する活動からなる周辺的かつ間接的な介入でない限り、処罰の対象から除外されることはないとしている⁽¹⁵⁾。

麻薬取締法 97 条および組織犯罪処罰法 12 条においては、警察官が、ただ証拠手段獲得のために麻薬を買い付けることの不処罰性を規定しており、また、近年では、マネーロンダリングや違法な武器取引の構成要件を満たす行為の証拠手段獲得目的のみにおいて、警察組織の反マフィア管理局における構成員の不処罰性を規定している。最近の法律によって導入された特有の議論については、犯罪組織を混乱させたり、麻薬取引、武器の取引あるいはリサイクルを抑圧したりするために行動する司法警察官の役割としてのアジャン・プロヴァカトゥールに焦点を当てているが、これに対応する法的規定は、正当化事情のパラダイムに従い、特に、任務遂行における特別な仮説として、それらを分類することを認めるものとなっている⁽¹⁶⁾。

むすびに代えて

以上述べたように、共同正犯が成立するためには、少なくとも 4 つの要件を充足する必要がある。すなわち、①帰責されない者や処罰されない者を含め、2 人以上の者が犯罪の実行に参加したこと。従って間接正犯についてもここに包摂して考えることができる。そして、②それらの者たち、又はその

(13) 実定法上、狭義の共犯形態は存在しないので、結局は「精神的共同正犯 (concorso morale)」の一形態ということになる。

(14) Id. p.511. そうすると、おとり捜査における犯意誘発型に当たるものは、いっそう許されないことになりそうである。

(15) Ad.es. Cass.,30-9-1987, Cass.,13-10-1976, Cass.,9-6-1975, Cass.,15-2-1974.

(16) G.Fiandaca / E. Musco,op.cit.,p.513. 形式的には特別法の存在が違法性を阻却することになる。

うちの一人が犯罪を構成する事実を実行したこと。すなわち、少なくとも一人が実行すれば良いということである。更に、③すべての行為者が、それぞれが果たした行い（作為・不作為）が客観的に犯されたという意味で、事件の発生に寄与しており、そして、それが犯罪行動全域の間に介在していようが、その段階（構想、組織化、実行）の一つにのみ介在していようが、いずれにせよ、事件の実現に寄与していること。最後に、④すべての共犯者において犯罪に協同する意思があるということ。それは、事前の合意や様々な競合者の同調的な活動としてだけでなく、他者の犯罪意図を支持したり強化したりすることを表明する意思についての単純な同意として、あるいは他者が考え出した犯罪計画への同意として、さらに、参加者に周知された上で、彼らの全面的な黙認によって行動に移すものとして理解されている

こうした要素に照らせば、共同正犯は、例えば以下の場合に認められず、また、認められることとなろう。

— 認められない場合：相手の犯罪活動を純粹に表象しただけの場合であって、その表象には意思の同意が伴わない場合、これは犯罪企図への参加を伴わない黙認の一形態にすぎないからである⁽¹⁷⁾。

— 認められる場合：犯罪の実行段階に参加していないにもかかわらず、1人以上の対象者がそれを承認したすべての場合で、一般的には共通の目的を決定し、その後、具体的な実行を他の者にゆだねた場合である。

そうすると、黙認の場合はどちらかというとな認められる場合に傾斜しそうであるが、場合にもよるほか、そこで重要なことは、最終的に同意ないし承認があったか否かということになるのであろう⁽¹⁸⁾。

なお、トリノ、ジェノバ、ローマの重罪法院は、共通計画の実施において、いわゆる「赤い旅団」の旅団員が行った犯罪について、指導者と幹部の精神

(17) Cass. 2-4-1983,n.2843.

(18) このような主観的に微妙な問題を、認定論として、あるいは訴訟法上どのように区分けできているのかについては、今後の課題としたい。

的共同正犯としての責任を認め、そこでは、一般的に旅団の破壊的目的を決定したり、たとえ反対であっても旅団の長が座する合議体の決定に従ったりすることによって、不測にせよ、心理的にせよ、旅団のメンバーが犯した単一の犯罪に寄与した場合に指導者たちの責任を認めた⁽¹⁹⁾。しかし、これらの判決はその後破棄院によって無効とされ、破棄院は、破壊的な目的を持つ結社によって行われた犯罪についても、共同正犯は 110 条の規則に従うものであり、そのためには個人の有効な参加の証明が必要であることを再確認したのである⁽²⁰⁾。

ロッコ法典は、いわゆる第三学派による折衷主義的な刑法典であるとされるが、いぜん主観主義的要素を多分に残し、保安処分も体系化されている。こうしたことから、とりわけ社会の敵とみなされるような組織や存在に関しては、ともすると別のルールを当てはめようとする傾向もあるのではないかと懸念されるところであるが、これまでのところ、破棄院もそして場合によっては憲法裁判所も人権保障の砦としてそれなりに機能しているように思われる⁽²¹⁾。

イタリアの共同正犯論について、ごく簡単な紹介を行ったが、個々の論点についての検討は甚だ不十分なものとなった。また、共犯と錯誤 (116 条) や共犯と身分 (117 条) の問題等を検討しなければならないことも自覚しているが、それらについては、他日を期し、ひとまず稿を閉じることとしたい。

(19) R. Petrucci /Pezzano et al., op.cit., p. 236.

(20) Cass., 18-5-1984,n.4597.

(21) 刑事法に関する憲法裁判所の違憲判決等に関しては、森下・前掲注 10 第 2 章等参照。