

論過失共同正犯

陳子平*

目 次

- 壹、序言——問題之提出
- 貳、立法論之考察——日本實務與學說之見解
 - 一、日本實務見解
 - 二、日本學說見解
 - (一)肯定說
 - (二)否定說
 - 三、檢討
 - (一)日本實務見解之檢討
 - (二)日本學說見解之檢討
- 參、解釋論之考察——我國實務與學說之見解
 - 一、我國實務見解
 - 二、我國學說見解
 - 三、檢討
 - (一)我國實務見解之檢討
 - (二)我國學說見解之檢討
- 肆、結語

壹、序言——問題之提出

兩人以上者，共同為特定行為之際，因構成員之不注意，引起該當過失犯之構成要件結果時，全體構成員是否可以過失的共同正犯而受罰？或者僅有同時犯成立之可能？換言之，共同正犯之成立僅限於故意犯？或者含蓋過失犯在內？若有某

* 東吳大學法律系專任副教授。

甲、乙兩人共商殺某丙後，同時向丙開槍，結果甲槍沒有擊中丙，乙槍則擊中丙心臟，丙死亡；甲乙兩人皆成立第 271 條第一項之故意殺人既遂罪之共同正犯，毫無疑問。然如以下列過失之實例，是否適用共同正犯之規定，則至今依然爭論不已。

例一：A、B 兩人共商殺死森林中一隻具有兇性之熊，A 見樹林中有動靜，誤以為是那隻熊，而喊了一聲「那邊有熊！」兩人同時向林中開槍，事後發現不是熊而是人，而 A 槍沒有擊中該人，B 槍卻擊中心臟致死。（註一）

例二：C、D 以卡車長途載送貨物，約定兩人交替駕駛，並相互注意安全，當輪到 C 駕車時，C、D 不僅因休息不足過度疲勞，且於沈默中相互信賴對方，結果兩人皆打了瞌睡，造成撞死路人之後果。（註二）

例三：E、F 為搬運工人，共同負責將一堆石塊丟往下方，因不注意而將路過之行人砸死，事後無法證明是 E 或 F 所投石塊擊中行人。（註三）

這些問題不僅關係共同正犯的本質，亦牽連過失犯的構造。本文將分別從立法論之觀點，即以外國（以日本為主）之實務與學說，以及從解釋論之觀點，即本國實務與學說見解進行檢討。

貳、立法論之考察——日本實務與學說之見解

關於共同正犯，德國刑法第 25 條第二項規定：「Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)。」即

- （註 一） 引用類似案例者：植松正，曾根威彥，川端博，日高義博等著，現代刑法論爭 I（一九八三年），三一九頁；團藤重光，刑法綱要（總論）（一九五七年），三六七頁；前掲書〔改訂版〕（一九七九年），三六七頁；阿部純二，內田文昭，曾根威彥等編，刑法基本講座第四卷（一九九二年），一三八頁。
- （註 二） 植松正，曾根威彥，川端博，日高義博等著，前掲書，三二〇頁。內田文昭，刑法における過失共働の理論（一九七三年），二六一頁。
- （註 三） 引用類似案例者：大塚仁，河上和雄，佐藤文哉編，大コンメンタール刑法第三卷（一九九〇年），三七九頁。曾根威彥，刑法の重要問題〔總論〕（一九九三年），三〇八、三〇九頁。

「數人共同遂行犯罪行為者，皆為正犯而受罰。」（註四）。日本刑法第 60 條規定：「二人以上共同して犯罪を實行した者はすべて正犯とする。」即「二人以上共同實行犯罪者，皆為正犯。」（註五）。一般而言「遂行」與「實行」兩者並無太大差異。惟與我國第 28 條共同正犯所規定之「實施」是否同義，雖大有疑問（註六），然本文中不作論述，待另稿「預備罪與共犯」中再詳加檢討。至於德國判例對於過失共同正犯始終一貫採否定見解。（註七）而日本實務、學說則否定與肯定見解互見。（註八）因此以下實務、學說之介紹與檢討都將以日本為主。

一、日本實務見解（註九）

（一）戰前大審院時代

1. 明治 44 年（1911 年）3 月 16 日大審院判例

相關事實：

關於兩人對於帶有酒味之被害人施暴行，所發生過失致死事件。

判例內容：

「依第二審判決事實，即使被告等因共同過失行為而致人於死，總則有關共犯之規定亦不應適用於過失犯。從而，原判決對被告等所為之過失致死罪處斷，不適用刑法第 60 條（即日本刑法之共同正犯規定），係屬妥當」。

2. 大正 2 年（1913 年）11 月 6 日大審院判例

（註 四） 蔡墩銘譯，德日刑法典（民八二年），第一二頁，將此條文譯為「數人共同實施犯罪者，均依正犯論處（共同正犯）」。

（註 五） 蔡墩銘譯，前揭書，第一七頁，譯為「二人以上共同實行犯罪者，皆為正犯」。

（註 六） 陳子平，論正犯與共犯之概念，政大法學評論四八期（民國八二年），一五七頁以下。

（註 七） 內田文昭，前揭書，三、四頁。

（註 八） 夏目文雄，「過失犯の共犯（共同正犯）」，Law School 二卷十四號（一九七九年十一月）四〇、四一頁。

（註 九） 以下之日本判例之內容，係引自大塚仁等編前揭書；夏目文雄，過失共同正犯論，法經論集（愛知大學）八七號（一九七八年），一一〇頁以下；鹽見淳，過失犯の共同正犯，判例タイムズ第八六四號（一九九四年），四九頁以下。

相關事實：

被告甲、乙兩人共同經營牛乳販賣業，由於受雇人丙、丁販賣了不具法定比重之牛乳五升，而被追究違反當時牛乳經營取締規則第 20 條。

判例內容：

「雖然被告（甲）僅止於名義人，而實際經營人係（乙），惟如原判決所示之事實，該營業係上述兩人共同事業一事，乃完全屬事實上之判斷，屬事實審可依職權認定之事項，不得以此做為上述論告之理由。尚且如原審所示，既然被告已承認和（乙）共同涉及本案違法行為一事，應對各自科其刑責者，乃屬當然。」

3. 大正 11 年（1922 年）10 月 23 日大審院判例

判例內容：

「對於過失犯並無承認共犯關係之理由，因此於自己以及他人之過失成為傷害之共同原因，導致其他共同者受傷時，不可不對此負其責任。要言之，既然共同過失者因其過失致他人受傷害，不問該被害人是否為共同過失者，對上述之傷害不可不各自負其責任。」

4. 昭和 10 年（1935 年）3 月 25 日大審院判例

相關事實：

被告甲、乙兩人為被害人驅散病魔而施以祈禱時，擦傷被害人丙之身體，結果導致破傷風死亡。

判例內容：

「被告（甲）與被告（乙）共同為被害人（丙）施以祈禱以驅離病魔，而用手擦揉丙之身體，以病魔存在丙之下腹部等而特別用力擦揉，結果造成下腹部擦傷。然被告等就上述之擦傷，為免因細菌侵入釀成疾病，應付出細心之注意而施以消毒及其他安全方法，或在有惡化之虞的情況，應採取如使其接受醫師治療等防止危險而付出周延之注意，儘管確實有業務上之注意義務，卻因放置不問，造成該擦傷破傷風引起壞血病導致被害人死亡……。即原判決就認定被告兩人使（丙）擦傷，因懈怠業務上注意義務導致細菌侵入一事，已屬明確，並無就所論一點為判示之必要，故原判決不存在理由不備而違法一事。」

（二）戰後最高法院時代

5. 昭和 28 年（1953 年）1 月 23 日最高法院判例

相關事實：

被告 A、B 兩人共同經營飲食店。對於從 C 購入含有法定量以上甲醇之威士忌液體，因不注意而沒有檢查，且在意思聯絡下販賣給 D、E、F 等，導致飲用該液體者因中毒而致死傷。

判例內容：

「原判決之裁判顯示，被告兩人在共同經營之飲食店，對於販賣給客人之上述出處不明之液體，具有必須充分檢查是否含有甲醇後才販賣之義務；被告等皆因不注意而懈怠該義務，且不為必要之檢查，而輕率相信該液體不含法定量以上之甲醇，將之販賣於客人；就此，而認為係屬有毒飲食物等取締令第 4 條 1 項後段中所稱『因過失而違反……』；此乃判決文上所明確者。惟依原判決所確定之處，由於上述飲食店係被告兩人共同經營，且就上述液體之販賣，被告等係基於意思之聯絡而販賣，就此點，對被告兩人肯定共犯關係之成立係屬妥當，而原判決對此適用刑法 60 條乃為正當，並不能認為有論告所述之違法。」

6. 昭和 31 年（1956 年）1 月 22 日名古屋高等法院判決

相關事實：

被告 A、B 兩人在工作室將木炭放入兩個陶製火爐用以煮飯，惟由於該火爐內之炭火過熱而有燻焦在火爐下之床板並著火之可能，因此應該先充分調查有無該危險，於確認沒有過熱著火之危險後才使用該爐火，然而卻由於被告兩人之不注意，沒有為任何調查，而在意思聯絡下使用該爐火，且沒有完全熄火就返回家中，因該炭火過熱導致燻焦床板而著火，造成該工作室建築物燒燬。

判決內容：

「原判決表示，在工作室使用陶製火爐，長時間地煮飯時由於火爐內炭火過熱而有燻焦床板著火之危險性；被告兩人對此危險性具有必須事先防止之義務；……。依原判決所確定之處，被告兩人共同將兩個陶製火爐置於床板上用以煮飯，且被告等並未採取防止過熱著火之措施就返回家中；對於此點肯定被告兩人之間成立共犯關係乃屬妥當。依此，原判決適用刑法第 60 條係屬正當。」

7. 昭和 32 年（1957 年）7 月 20 日廣島高等法院判決

相關事實：

被告甲與乙，係某醫院之外科醫師，對於因右肩關節脫臼而求診之患者 A 共同診斷治療，依甲之提案準備對 A 施以全身麻醉，而命護士丙注射某藥劑，惟丙錯誤地將另一種藥劑注射於 A 之靜脈內，造成 A 心臟衰弱死亡。

判決內容：

「由二人以上之醫師共同對某患者進行診療行為，而於該醫師間難以區分責任輕重場合，且於診療過程中存有醫師之過失場合，在當中之某醫師對該過失全然無關係是非常明確之情況，或者對於特定之診療之進行，責任之分擔歸屬不是特別明確限度內，將上述之過失責任理解為存在於擔當共同診療全體醫師者應屬妥當，故即便如論告所述被告並沒有直接參與本件麻醉之注射亦應該無法免除本件上述業務上過失之責任，所以論告終究無任何理由。再者本法院依職權認為，雖然原審依對被告之判示行為與（乙）以共同正犯而對兩人適用刑法第六十條，惟本件僅為被告與（乙）、（丙）等過失行為之競合，不是刑法上所謂之共犯，因此原判決對於被告之本件行為適用前述之法條應屬法令適用之錯誤。但是此並不能說係刑事訴訟法第 380 條所謂影響判決之法令適用之錯誤，故不成為廢棄原判決之理由。」

8. 昭和 40 年（1965 年）3 月 31 日秋田地方法院判決

相關事實：

板金工務店之工事責任人被告甲，於從事某建築物屋頂之工事時，與從業人員乙、丙於工地屋頂上共同吸煙，結果不知是誰抽的煙蒂引起火災，而將該建築物燒燬。

判決內容：

「本件火災之發生究竟係被告（甲）本身抽煙引起或是上述兩位從業人員（乙）（丙）所引起，並不清楚。然依本件那樣之氣候條件，於木造房子屋頂工作中，儘管被告（甲）具有自己率先謹慎抽煙等之注意義務，同時亦具有對屬下從業人員採取使其避免抽煙等措施之注意義務，卻同時懈怠了上述兩種注意義務，其結果，因包含被告（甲）在內之三人中之何者之抽煙而失火，導致他人現有人所在之建築物燒燬，且由於按照當時之狀況，兩種之注意義務違反皆相當於刑法上重過失之評價，因此無論如何不得不說被告（甲）觸犯了刑法第 117 條之 2 後段……。 （再者，檢察官採如下之見解，即被告甲根據與乙、丙之意思聯絡而構成與他們共同抽煙之重大過失惹起本件火災，對被告等三人應成立過失之共同正犯。惟被告甲

雖與乙之間就屋頂工事具有共同目的乃至於共同行為關係，然就抽煙一事，只不過有時間與場所相同之偶然關係，不能視為他們就抽煙有意思聯絡或者有以共同目的而抽煙之關係。就本件而言，適用過失共同正犯之理論，並非相當。）」

9. 昭和 40 年（1965 年）5 月 10 日京都地方法院判例

相關事實：

在二人制之平交道，由於擔任該平交道警備員之二人怠忽確認列車接近之義務，而未關閉柵欄，依此過失導致發生列車衝撞事故而致人於死。

判決內容：

「關於就過失犯是否應肯定共同正犯之成立，判例・學說都存在積極與消極理解之見解，至今似乎尚未統一的解決。消極說中，向來某些的判例僅論示不應對過失犯承認共同正犯之意旨，卻未對其理論根據作詳細說明，而學說則以共同正犯之本質特徵係為主觀性之內容，而認為各共同者相互地『欲根據互補之行為而達到某一結果之決心，乃共同正犯之綜合要素、獨自之特徵』，由於『此種心理狀態（相互之理解）僅存在於故意行為』，因此『共同正犯係以故意為前提』之規定，『過失犯之共同正犯則難以想像』，且認為『欲企圖共同為某事之觀念雖亦可和過失之共同動作相連結，但含有欲共同引起某結果之部分行為之決心卻不能和過失之共同動作相連結』，而於結論上主張應該『於數人因過失引起該當構成要件結果時，以數個過失犯處理』，……。惟畢竟規定共同正犯之刑法第 60 條未必能被理解為僅以故意犯為前提。不但如此，共同者為了達到做為各自目的之某一結果而具有欲利用他人行為之意思，且如果存在欲以他人行為補充自己行為之意思的話，則亦具有消極說者所稱之共同正犯之綜合性意思，而由於被作為共同正犯獨自特徵之決意亦可被認為存在於共同者相互間，所以只要基於此等決意之行為係於共同者相互意識下被實施，即使非屬構成要件上重要部份，於此亦尚存有肯定過失犯之共同正犯之餘地；此種理解，實屬妥適。……關於本件……被告 A 擔任相番（二人制中一人之職稱）之列車接近之確認工作，於確認時知會擔任本番（二人制中另一人之職稱）之 B，且亦分擔由知會而告知交通信號之切換或柵欄關閉時間；被告 B 則擔任本番而監守列車接近顯示器之變動，以及根據相番之知會而確認列車之接近，確認時知會相番之 A，且依 A 所為之知會，分擔採取交通信號切換，以及柵欄關閉之措施，依此，被告兩人係相互協力以確保平交道之交通安全者，所以依被告兩人盡

各自之注意義務而達到某一結果之參與行為中之部份，可被認為在相互性意識下共同被實施者。從而，本件於此點應就被告兩人之過失犯肯定共同正犯之成立。」

10. 昭和 51 年（1976 年）10 月 25 日越谷簡易法院判決

相關事實：

經營氣球廣告・宣傳業之甲與其從業人員乙共同將氣球之器材搬入現場，指示乙揚升之方法等並託付乙後離去。乙在該現場將氫氣充足後揚升。到了時間又將氣球拉下。然乙並沒有放掉拉下來的氣球內之氫氣，就返回家中。翌日第四次到現場時，發現氣球充氣口邊破損，裡面有兩名孩童因缺氧而死亡。

判決內容：

「考慮過失犯之特質，即使沒有欲共同實行犯罪之意思聯絡，依據共同行為者各自實施之各自不注意之行動下，該各自不注意相互之影響而形成整體的一個不注意，於具有被評價為因該形成之不注意而引發結果之場合，被認為成立過失共同正犯（同旨・參照〔內田・過失共働〕法學教室 3 卷 192 頁）。若以本件事件做檢討的話，如上述之認定，本件事件當時被告（甲）不在事件現場一事，甲對乙指示氣球之揚升與繫留地上時之監督一事……，乙就繫留於地上之氣球是否要放掉氫氣係以自己獨自之判斷所為一事，乙於事件發生當日僅四次到現場監督一事，皆被承認，因此不認為有共同實行之相互意思聯絡，依此，無法評價為，在甲、乙各自做出不注意行為下依據各自不注意之相互影響形成整體的一個不注意而導致結果之發生。再者，雖然 A 就熱氣球之升降繫留確實處於管理之立場，惟……管理業務執行者將該業務之執行委之於從業員後，為了能對管理者就從業員之業務執行追究其形式之過失責任，以具下述之情事為必要，即從業員之業務執行尚屬未成熟或該業務執行將導致事故發生係顯然能預見，而中止從業員之業務執行自己親自承擔業務之執行為妥之情事，或具有根據管理者對從業員之適切指示、建議而能避免事故發生之性質之特殊情事；而管理者之不注意必須存在與從業員之不注意於同等資格上一體化地導致結果之發生，於同等資格之形態上相互地促進、影響不注意為必要。依此，則從上述認定之事實以觀，不僅特殊之情事無法被承認，且亦不能評價 A 之不注意與 B 之不注意係於同等資格上一體化地導致結果之發生者；而肯定 B 之不注意為重者反較為妥適。從而，即使根據前述各點判斷，亦無法承認被告之行為該當於業務上過失致死罪。」

11. 昭和 61 年（1986 年）9 月 30 日名古屋高等法院判決
相關事實：

同屬某鐵工廠之從業員 A、B 兩人，於該鐵工廠承攬之料理餐廳擴大工事上，進行鋼材電器焊接工作，當時依輻射熱或火花，存在接近焊接處之易燃物著火而燒到建築物之危險，因此存在有預先講求在焊接處以不燃物品分隔可燃物品之業務上注意義務，然卻懈怠此義務，在沒有講求上述措施下進行熔接工作；被告兩人中，一人進行焊接時，另一則在下方監視火花飛散之情況，並相互交替工作，依此方法進行焊接工作時因過失導致可燃物著火，而燒燬現住建築物。

判決內容：

「……（1）被告兩人所進行之本件焊接工作（使用電器焊接器進行鋼材熔接作業），確實係處於大致對等之立場，以一人進行焊接另一人監視之相互交替方法，二人形成一體而協力進行在同一時機、同一場所焊接固定上述 H 鋼樑與 H 鋼柱上方鐵板之同一目的之作業。再者，（2）被告兩人之間在下述之相互意思聯絡下一即認為縱然沒有事先講求前述隔離之措施而開始本件焊接工作，只要在作業中一人焊接一人監視之工作完了後，再於焊接之處撒上一桶水就沒有問題而可以開始本件焊接工作（違反預見義務之心理狀態）——共同遂行了本件焊接作業之一種實質性危險行為（於防止危險之對策上亦係在相互地利用補充對方之行為、此種共同實行意思下共同實施）。換言之，被告人雖是工作場之同事，卻不是不必事先講求上述措施而進行各自獨立之上述危險焊接作業（實質性危險行為）者。在如此情況下，作為違反共同注意義務行為所產生之本件火災，不將被告兩人理解為業務過失之同時犯，而係應負擔作為該共同正犯之責任者，誠屬妥當。」

12. 平成 4 年（1992 年）1 月 23 日東京地方法院判決

相關事實：

從事於地下道內檢查斷線工作之 A 與 B，於退出地下道時由於工作中所使用之噴火焊接器未完全熄滅而燃燒，且無法認定究竟係由 A 或 B 之焊接器所導致之火災。

判決內容：

「如本件，於社會生活上危險且重大結果之發生能被預想之情況，負有依相互利用・補充所形成之共同注意義務之共同作業者係現實存在，且於該共同作業期間被認為有懈怠該注意義務之共同行為時，對全體共同作業者肯定過失犯之共同正犯

之成立乃屬妥適。」

二、日本學說見解

(一)肯定說：

①牧野英一氏：

「將『共同』理解為單純係『行為之共同』時，不應將犯意關係從共犯關係要件中除外。」「於數人共同為一定行為之場合，該數人亦得成立過失之共同正犯。」
(註一〇)

②木村龜二氏：

「因為行為共同說主張以有共同行為之意思為已足，不以共同惹起結果之意思、即故意之共同為必要，所以就結果加重犯若存在共同行為之意思之共同，則共同者全體對於發生之結果負其責任，且肯定過失犯之共同正犯。」「於過失犯，縱使不存在如故意行為中作為構成要件上重要結果之認識的故意，過失行為亦並非係單純因果關係之惹起，而係以構成要件上不重要之目的、即不注意之目的行為為原因。該目的行為屬意思行為，而以該意思行為之共同為共同正犯亦屬可能。」
(註一一)

③平野龍一教授：

「…… A 與 B 共同將一些石塊丟棄於山崖下，而其中一石塊擊中 X 使其受傷。惟擊中 X 之石塊不知是 A 或 B 所丟棄。有認為在此場合，若承認共同正犯則 A、B 皆能加以處罰，若不承認則由於都無法對結果之因果關係加以證明而不能處罰，因此有承認過失之共同正犯之必要。但此並不正確。因為若沒有（不被證明）因果關係之存在，亦不能以共同正犯加以處罰。之所以以共同正犯而受處罰，僅限於透過對方之意思乃至於行為而存在因果關係之場合。從而，即使在知道是 A 丟棄之石塊擊中之情況，就使 A 投該石塊這件事，對 B 存有原因時，B 的責任才能成為問題。惟在此場合成為難題的是，即使採限制正犯概念，對 B 是否能追究其正犯之責任。再者欲承認過失之共同正犯之理由乃在於如上述之場合，限於實行行為有

(註一〇) 牧野英一，日本刑法上卷（一九三七年），四五八頁以下。

(註一一) 木村龜二，刑法總論（一九五九年），四〇五頁。

共同之情況，對 B 亦肯定過失犯之成立，而在僅該當教唆、幫助之情況（縱使有因果關係）亦不認為可罰。相對地，否定過失之共同正犯之見解則認為，上述之場合，投石行為屬構成要件前之自然行為，即使有共同為該行為之意思亦不能說有共同實行行為之意思，所以肯定共同正犯並不妥當，而且由於在過失責任之性質上不可能存在『共同過失』，所以如上述之場合，對 A、B 各自論究過失之有無而承認過失之同時犯為已足。然而此見解若認為於過失犯並無實行行為，只要存在因果關係與過失責任的話就成立過失犯；對此不得不說有疑問。且之所以對過失犯承認共同正犯，係承認過失『行為』之共同而非承認過失『責任』之共同。即使在過失犯，責任亦必須個別性地判斷。要言之，在複雜的過失行為協力之形態中，存有一方甚至必須注意到另一方之行為之情況與能完全委託於另一方之情況。肯定過失共同正犯者，雖係以前者為主而將後者除外之理論，然以共同正犯之概念加以掌握是否妥適，尚有疑問。但是必須留意的是，這件事和為了過失而採擴張正犯概念係不當者，乃屬不同之問題。」（註一二）

④福田平教授：

「……問題在於，就過失是否肯定共同正犯。以行為共同說之立場，能肯定過失犯之共同正犯。例如，甲與乙在大樓建築工地，從屋頂共同將不用之木板丟棄時，因不注意而擊中在下面工作之丙，使之負傷之場合。認為由於就丟棄木板有意思聯絡且行為亦被共同為之，所以屬共同正犯。相對的，以犯罪共同說之立場，向來認為，不僅如上述非犯罪性的意思聯絡不足以作為共同實行犯罪之意思，且就過失犯而言，行為人所認識之非犯罪結果之實現並非本質性部份，因此以如此非本質性部份之意思聯絡為基礎而肯定過失犯之共同正犯者，係非依據過失犯本質之議論；依此觀點而否定過失犯之共同正犯。但是從我們所採承認過失犯之實行行為存在之立場，只要共同為該實行行為之事屬可能，就應肯定過失犯之共同正犯。而所謂過失犯之實行行為，如前所述，係違反客觀的注意、即有惹起構成要件結果實現可能性之非故意之舉止，由於共同為如此之舉止係屬可能，所以於共同實行行為之意思與事實被肯定時，則成立過失犯之共同正犯，再者如此之結論，與將該當一定構成要件之實行行為之共同作為共同正犯要件之犯罪共同說立場，亦並不矛盾。」（註一三）

（註一二） 平野龍一，刑法總論Ⅱ（一九七五年），三九四頁。

⑤大塚仁教授：

「二人以上者進行含有容易發生犯罪結果之高度危險性之共同行為之際，在有對各共同者課以共通之注意義務之場合，各自有因違反該注意義務而發生犯罪結果時，能肯定共同之構成要件之過失。惟在於對共同者整體課以共同之注意義務且能窺知違反該義務時有發生一定犯罪結果之高度危險之狀況下，某行為被共同為之時，各個人應遵守該注意義務，此義務不僅自己本身需遵守，亦存在有盡力使其他共同者遵守之關係，從而在如此事態下，有違反該注意義務時，有歸屬全體共同者之理由；各自不僅對於自己之注意義務之違反，對其他共同者注意義務之違反亦不得不肯定構成要件之過失。在此事態中，嚴格來說雖存在不限於意識下之共同，然即使於各人之意識下，共通為不遵守注意義務之精神態度，且係相互結合者，而能被理解為作為論究共同過失責任之基礎。……再者，就違反注意義務之有無，對於責任部份，應考慮各行為人各自之主觀情事而加以判定。但由於一般而言有構成要件過失亦就存在責任要素之過失，所以通常於構成要件該當性階段承認過失之共同正犯之場合，大多能肯定過失犯之共同正犯。」（註一四）

⑥內田文昭教授：

「過失行為雖被分為意識性的部份與牽連結果發生之無意識性的・因果性的部份，然否定過失共同正犯之論者，或主張就意識性的部份之互動在法的性質上是無意義，或認為關於無意識性的部份是不可能存在有所謂的共同。如此之見解本身絕非不妥當。過失共同正犯肯定論者，若僅單純掌握意識性部份，其中有意思聯絡者，則成立過失共同正犯的話，或若單純掌握僅具因果力競合之無意識性部份，其中有行為之共同者，則成立過失共同正犯的話，如此之肯定論才必須被否定。然而過失行為之所以具有刑法上之意義並非在於意識性部份本身，亦不在於無意識性部分本身。以我們之言詞來說，問題在於兩者之接點。惟到目前為止之見解，無論是肯定論或否定論，都不能說是已明確辨識此點以構成其理論。而最近就過失行為本身理論上之反省廣泛地進行，又另一方面，隨著共犯限制從屬性論之滲入，主張共同正犯應在違法行為之共同層次加以掌握之見解遂漸形成氣候，這是不應忘記的。

（註一三） 福田平，刑法總論（全訂增補版）（一九九二年），二四八、二四九頁。

（註一四） 大塚仁，刑法總論Ⅰ（大塚仁，福田平共著）（一九七九年），三八〇、三八一頁。

我們以如此廣泛之牽連，依據前法律的事實之意識性的・意欲性的互動帶有不注意的共同這種契機，應能構成作為一個整體的該當構成要件且違法之行為→結果、即達到於其中過失共同正犯亦能被承認之地步。」又關於過失之共同與過失之競合，「於此我們不能忽略在共有不注意之過失的互動與僅單純不注意競合之過失的互動之間有本質上之差異。我們從前者找到將發生的違法結果歸屬於全體行為人之實質根據。」（註一五）

⑦中義勝氏：

「……最近學說之發展上，過失犯與故意犯相同，承認有構成要件該當性、違法性、有責性三階段之成立。如此一來，即使在過失犯亦不得不肯定該當構成要件之行為。而且該構成要件該當性不能脫離過失犯上客觀注意義務之違反加以認定，換言之，能被認為該當之非故意行為係為含有法益侵害具體危險之行為、即於過失犯上所稱之實行行為。依此意義，能認為該非故意的行為對過失犯而言反而是本質性部份，亦就是說以該行為之意思聯絡為基礎而肯定過失犯之共同正犯者，不僅是可能，反成為符合過失犯本質之見解。從我們之立場亦當然能承認如此的思考過程。」（註一六）

⑧鈴木茂嗣教授：

「過失不作為犯中，特別在被稱為忘卻犯中，與該當不作為相對應而存在之行為，通常並不重要。以柵欄管理員因過失而忘記關閉柵欄引起事故之事實為例。此場合，於應關閉柵欄之時間該管理員作了何事並非重要。是在喝酒、忘神地下象棋或睡著了，皆無關緊要。就如此之過失犯，團藤教授等所述見解，應屬妥適。但是，將人誤認為獸而開槍引起死亡結果之過失作為犯之場合，又如何呢？如此之場合，雖然可以說不注意之無意識部份係構成過失犯本質的部份，同時，開槍行為之無意識部份亦與前述忘卻犯之事例不同，不得不說係構成過失犯之本質部份。於此，『不注意的開槍行為』便成為過失犯之核心。該行為可以說，不僅為過失犯之實行行為，同時亦係注意義務之基礎根據，與不注意存在表裡一體之關係。此種場合之行為具有積極的意義。依此意義，木村教授之主張可以說具有妥當之一面。事實上，在甲乙皆將人誤為熊而共同開槍時，甲之子彈沒擊中，僅乙之子彈命中而惹

（註一五） 內田文昭，前掲書，六〇、六一頁。

（註一六） 中義勝，講述犯罪總論（一九八〇年），二四四頁。

起人之死亡之場合，成立共同正犯，不是合乎我們的常識感覺嗎？特別是在甲乙兩人之子彈皆命中之場合，雖亦有以同時犯處理為已足之意見，但在甲乙兩人之子彈，何者命中係不明之場合，於不肯定共同正犯之限度內變成甲乙皆不受處罰。團藤教授，引用『在射擊場甲乙共同朝目標同時開槍之時，甲之子彈擊中在標的附近之丙，使之負傷』之事例，論究肯定過失共同正犯之不當性（團藤「過失犯與人格責任論」日沖還曆（1）80頁）。然而，此應稱為『共同行為之失敗』之場合，『共同行為之失敗』必須與射熊之事例加以區別。」（註一七）

（二）否定說：

①瀧川幸辰氏：

「各共同者必須以認識補充他人行為、且依他人行為而受到補充、並依此認識而行為為必要。依相互補充之行為而欲達到某一結果之決心屬共同正犯之綜合要素・獨自之要素。此心裡的狀態（相互的理解）僅存在於故意行為。因此共同正犯係以故意為前提。過失犯之共同正犯是難以想像。欲共同為某事這種觀念雖然亦可與過失的共同動作相連結，但是含有共同惹起結果之部分行為之決心卻不是可與過失的共同動作相連者。在數人因過失而引起該當構成要件結果之情形，係以數個過失犯而加以處理。」（註一八）

②小野清一郎氏：

「不用說，刑法第60條『二人以上共同實行犯罪者』之概念規定一係構成要件之一種修正形式，其本身亦可稱為一種一般的構成要件——乃以故意犯為基準而將該共同實現之態樣類型化者。稱『共同』係表象主觀的・客觀的共同實行之情形。所謂主觀性地共同係指就犯罪構成要件的事實，二人存在有相互認識與意思之一致者。此，通常稱為『意思之聯絡』。而所謂『實行』，則指實施共同實現犯罪構成要件事實之行為而言。如此，於構成要件事實之實現上，存在主觀性地・客觀性地共同時，始為『皆為正犯』，即該各個人能一致以作為正犯——不是作為從犯——而受評價。此理解乃刑法60條法律表現之意義。對於過失犯是不可能上述意

（註一七） 鈴木茂嗣，過失の共同正犯，平野龍一編ジュリスト増刊，刑法の判例（一九七三年），一一九頁。

（註一八） 瀧川幸辰，犯罪論序説（一九四七年），二二九頁。

義之共同正犯。當然二人以上過失行爲之競合而發生一結果是存在的。且此情形亦不少。但此情形並不存在有對該構成要件結果發生之意思。無如此之意思之部分，係過失犯之特徵。（有如此意思之情形則屬故意犯）無對應結果之意思之部分，則不可能有所謂該共同乃至於共同實行之事。即認爲二人以上於實現某合法的共同目的之共同的行爲過程中發生犯罪構成要件結果者，則雖該結果係因二人之過失而發生者，雖然該二人必須各自負其過失責任，但此乃過失行爲之競合，並非過失行爲之共同。即使存在合法行爲之共同，卻不存在違法的構成要件結果發生之共同。因此並非所謂之共同之犯罪實行。」（註一九）

③團藤重光教授：

「例如，將人誤認爲野獸，甲乙在意思聯絡下，向該人開槍之情形。假若認爲以如此之一非犯罪的一意思聯絡爲已足的話，則在這種情形亦應肯定共同正犯。而是否肯定共同正犯，僅在甲之子彈命中之情況，會產生不同之結論。但是此種非犯罪意思之聯絡作爲共同實行犯罪之意思並不充分。不僅如此，過失行爲原本於主觀層面上，係以從意識性部份跨越無意識性部份之領域爲內容。意識性部份對過失行爲而言絕非本質性部份。在意識性部份之意思聯絡下論究過失犯之共同正犯者，應該不能說是依據過失犯本質之議論。」「第一、所謂意識行爲之共同既不必要亦無意義。第二、Roxin 所承認之所謂『共同義務之共同違反』之要件，若將之以存在論之表現加以改稱的話，係『共同採取了違反以共同義務之存在爲前提之人格態度』，此乃作爲過失犯之共同正犯之成立要件而受要求。即其一、共同義務之存在係過失犯之共同正犯之成立要件。其二、雖然以共同採取了違反此共同義務之人格態度爲要件，但關於如此之人格態度之共同，實體上具何種意義，今後尚需進一步爲學問性之檢討。如此一來，若肯定過失犯之共同正犯的話，則必須明確認識和故意犯在根本上有結構上之不同。」……「從故意犯之共同正犯與過失犯之『共同正犯』之構造上差異來看，將刑法 60 條適用至後者應該是很困難的。第一、既然意識行爲之共同是不必要且無意義，若偶爾僅對於帶有意識行爲之共同之案例肯定第 60 條之適用，將與不帶有意識行爲之共同之共同過失之案例之間明確地產生不均衡。第二、更根本的，義務違反之人格態度僅係於意識下之領域上依據人格主體

（註一九） 小野清一郎，過失犯の共同正犯といふことがあるか，刑事判例評釋集十五卷（一九六四年），五頁。

之統制之問題，共同義務違反之人格態度之共同果真能存在嗎？又如果能，在如何之情況存在呢？這些目前並不清楚。」（註二〇）

④齊藤金作氏：

「法律規定共犯之理由，既然認為在於二人以上朝共同目的而合一之範圍內所產生之特殊的社會心理現象，則『一定犯罪』所要求的是故意犯。因為，如果不是朝一定目的之相互瞭解的話，則作為產生特殊的社會心理現象者，就沒有特殊處理之必要。從而，過失犯之共同正犯是不應承認。」（註二一）

⑤西原春夫教授：

「於過失犯之共犯有各種型態。在各自為各自之不注意行動而產生結果之場合，即使該過失行為係共同所為，由於對各個人可以認定單獨犯之過失犯，因此沒有特別提出共犯規定之程度。有必要的是，應限於例如雖然個人依意思疏通而各自投下石頭，但其中一人的石頭使他人負傷，卻無法證明是何人投下的石頭之場合。然如此之場合，令全體負過失傷害罪之責任並非妥當，無罪應是不得不的結論。再者就先前所出現之判例之事實例而言，甲乙兩人共同攜手經營且因各自之過失而販賣含甲醇之酒的場合，應對各人肯定同時犯之成立。又，此場合，即使僅一方（甲）有為實際之買賣行為，另一方（乙）還未進行，該乙亦係為與甲共同從事酒類販賣者，而在存有隨時都有實施如同甲所作之買賣行為之可能性之場合，應能判斷為有毒飲食物等取締令所稱之『販賣』，而作此判斷就沒有特別援用共同正犯規定之必要。歸根究底，過失犯之場合，不應援用共犯規定而適用一部行為全部責任之法理，且亦無此必要，所以依過失之共犯乃至於對過失犯之共犯皆應加以否定。」（註二二）

⑥平場安治氏：

「一般而言，過失之本質性的部份為結果不迴避。即對於流經自己支配圈之因果關係不加干涉。依此意，與不作為具同一構造。此於伴隨行為之過失亦相同。在

（註二〇） 團藤重光，刑法綱要總論（一九五七年），三六七頁；過失犯と人格責任論，日沖博士還曆祝賀。過失犯（1）（一九六六年），六五頁以下。

（註二一） 齊藤金作，共犯判例と共犯立法（一九五九年），八八頁以下。

此場合，實施行爲一事，於設定違法結果之危險流程之意義上，即使可成爲賦予結果迴避義務之基礎根據，亦無法對該場合之行爲賦予積極的意義。」（註二三）

⑦莊子邦雄教授：

「肯定過失共同正犯之見解主張，因爲承認依據不注意行爲者之互動行爲一事係屬可能，所以能肯定共同正犯。但是，此見解不當擴大作爲處罰擴張事由之共同正犯，並不妥當。的確，如果著眼於各行爲對結果賦予條件之關係的話，在『共同原因』設定之限度內，亦能視爲對過失犯之成立已有所參與貢獻。惟過失犯之非難本質在於，儘管存在結果發生之危險卻沒有意識到行爲之違法性而來控制自己行動之行爲人主觀的態度。從而，爲肯定過失犯之共同正犯應考慮關於『沒有意識』行爲違法性之共同。然沒有意識違法性之共同，心理上實難想像。即便存在受到沒有意識行爲違法性之行爲人主觀態度而導出自然事實互動之情事，此互動行爲只不過爲事實的共同，不可能是『過失』之共同。肯定過失共同正犯之見解係從『過失』分離『過失』行爲之自然事實使其獨立而抽出互動行爲，以該互動行爲構成過失行爲之實質內容。但是，從分離獨立之互動行爲，在刑法規範上是無意義。過失行爲之互動即使可以成爲導致結果之共同原因，亦並非是『過失』之共同。對各人能肯定其過失時，將之理解爲過失犯之同時犯爲已足。肯定過失共同正犯之見解，以互動行爲爲根據推定過失，係有擴大過失處罰之危險，並非妥當。」（註二四）

三、檢討

（一）日本實務見解之檢討

由上述日本實務見解以觀，大致上可歸納出下列幾點。

第一、一般認爲戰前大審院時代之判例，傾向採消極說立場。如前述(1)、(2)之判例，並未附明確理由地主張過失犯不應適用總則之共犯規定，而否定過失犯之共同正犯之成立。惟對於(3)之判例，卻有認爲係肯定過失犯之共同正犯之見解而

（註二二） 西原春夫，刑法總論（一九六八年），三三五、三三六頁。

（註二三） 平場安治，過失共同正犯—あり得るか，法學論叢第五九卷三號（一九五三年），一一九頁。

（註二四） 莊子邦雄，刑法總論（一九六九年），四一七頁。

加以批評者（註二五）；亦有認為此案例屬於過失之共同協力，若依過失推定說則容易對共同事業者肯定過失之共同正犯者（註二六）。再者，就(4)之判例，更為有些學者認為係承認過失之共同正犯之見解（註二七），惟亦有認為係採否定見解者（註二八）。從而，就大審院之判例，實不能一概而論地認為係傾向消極說立場，換言之，大審院對於過失之共同正犯肯定與否並未有明確之立場（註二九）。

第二、進入戰後日本最高法院時代後，首先在判例上較明確地肯定過失共同正犯之成立而具有重要意義者為昭和28年(5)之判例。此判例亦引起當時學界廣泛之討論，形成積極說與消極說兩種見解之對立（註三〇）。而其爭執點，主要在於共同正犯上之意思聯絡是否及於犯罪實現本身為必要，換言之，共同正犯主觀要件之意思聯絡是否僅限於故意犯罪之意思聯絡。事實上，就本判例，日本最高法院關於過失共同正犯之成立，僅具體地指出「前述液體之販賣」之共同與意思聯絡之存

（註二五） 美濃部達吉，經濟刑法の基礎理論，四〇頁以下，參考夏目文雄，前掲書四〇頁。

（註二六） 內田文昭，過失犯と共犯，総合判例研究叢書刑法（26）（一九六五年），一四七頁。

（註二七） 佐瀬昌三，過失犯における共同正犯の成立，法學論叢十四卷十一號，六八頁以下；小泉英一，業務上過失致死と共犯，法學志林三七卷十二號，八一頁以下；內田文昭，前掲書，一四八頁；荻原玉味，過失犯の共同正犯，ジュリスト増刊，刑法の争点（新版）（一九八七年），一四〇頁；阿部純二，過失の共犯，別冊法學2教室刑法の基本判例（一九八八年），七二頁；花井哲也，過失の共同正犯，朝日法學論集第五號（一九九〇年），一三六頁以下。上本武司，過失犯と共犯，刑法基本講座第四卷，阿部純二、曾根威彦等編（一九九二年），一四〇頁。

（註二八） 草野豹一郎，過失犯と共同正犯，刑事判例研究三卷八五頁以下。參考夏目文雄，前掲文，四一頁。

（註二九） 花井哲也，前掲文，一三七頁；上本武司，前掲文，一四〇頁。

（註三〇） 支持本判例者：木村龜二，過失犯と共同正犯，判例演習總論，一七五頁以下；內田文昭，前掲文「過失犯と共犯」，一六四頁；中義勝，過失犯と共同正犯，刑法判例百選，八三頁。

反對本判例者：小野清一郎，過失犯の共同正犯，刑事判例評釋集十五卷五頁以下；團藤重光，前掲文「過失犯と人格責任論」，八四頁；齊藤金作，共犯判例と共犯立法，一一〇頁以下。上述分類參考夏目文雄，前掲文，四四頁；大塚仁、河上和雄等編，大コンメンタール刑法第三卷，三八三頁以下。

在，並未提出抽象性之成立要件。對此，被認為過於簡單、草率，而缺乏作為判例之指導力（註三一）。

第三、由於前述日本最高法院昭和 28 年 (5) 之判例，未明確揭示過失共同正犯之成立要件，導致昭和 30 年代下級法院之判例 (6) 亦同樣呈現出不明確之狀態，甚至出現否定過失共同正犯存在之判例 (7)。

第四、至昭和 40 年代以後，日本下級法院開始對於過失共同正犯之要件提出實質之內容，特別是在 (8) 之判例以後。於 (8) 之判例中，認為對共同正犯所要求之共同態，不僅包括「屋頂工事」之一般作業，亦含蓋導致該建築物燒燬之「吸煙」行為，即與具體結果之關連上加以掌握之行為——失火罪之實行行為（註三二）。而 (9) 之判例，則揭示了各參與者之參與行為應具有之相互關係，即認為各該參與行為必須存在「相互利用、補充」之關係。此判例之見解可說將前述最高法院 (5) 之判例意旨明確化，易言之，「購入」與「販賣」即存有「相互利用、補充」之關係。至於 (10) 之判例，結論上雖否定了被告兩人業務上過失致死罪之共同正犯之成立，但內容上、理論上卻肯定過失共同正犯之存在，換言之，認為「考慮過失犯之特質，即使沒有欲共同實行犯罪之意思聯絡，依據共同行為者各自實施之各自不注意之行動下，該各自不注意相互之影響而形成整體的一個不注意，於具有被評價為因該形成之不注意而發生結果之場合，被認為成立過失共同正犯」。

第五、如前所述，日本最高法院 (5) 之判例於過失共同正犯之主觀要件上，僅提出「前述液體之販賣」之意思聯絡，而其後日本下級法院之判例，則著重於過失共同正犯之客觀要件上，少有論及主觀面之意思聯絡者。直至最近，(11) 之判例則揭示了「違反預見義務之心理狀態」之意思聯絡，換言之，即處於平等之法地位之兩人以上者，共同實施危險行為時，各參與者皆被課處共通之注意義務，而此注意義務並非僅止於對自己要付出注意，亦以使其他共同者遵守注意義務為必要，即對各共同者要求對其他共同者行為導致結果發生有預見可能性。而 (12) 之判例則更加地對於主觀要件加以限定，即所謂「共通之注意義務」，除前述之預見義務之外，應包含監視其他共同者行為之義務。

（註三一） 土本武司，前掲文「過失犯と共犯」，一四一頁。

（註三二） 鹽見淳，前掲文，過失犯の共同正犯，五一頁。

(二)日本學說見解之檢討

關於過失共同正犯之問題，日本學界可說自戰前肯定、否定見解對立，尤其是前述戰後昭和二十八年最高法院之(5)判例，明確表示肯定過失共同正犯之成立，更引起學界廣泛之討論與正反意見之對立。而戰前學說對立之爭執點，主要在於對共同正犯本質之見解之分歧，換言之，於本質上主張行為共同說者則採肯定說，且比較傾向近代學派之主觀主義刑法觀；反之，主張犯罪共同說（包含共同意思主體說）者，則採否定說，而比較傾向古典學派之客觀主義刑法觀。戰後日本主觀主義刑法觀幾乎已銷聲匿跡，然學說見解反而呈現出複雜之狀態，其原因在於主張客觀主義刑法觀者，亦同時採行為共同說；採犯罪共同說者，對於過失共同正犯未必採否定見解。易言之，以往古典學派→客觀主義刑法觀→犯罪共同說（含共同意思主體說）→否定說，近代學派→主觀主義刑法觀→行為共同說→肯定說——之形態，已不復存在。加上戰後對過失犯本質、構造之再檢討所形成之新過失論與舊過失論之對立，更是雪上加霜。以下針對否定說與肯定說各項疑點加以檢討。

首先就前述否定說之主張理由，應可歸納為下列幾點：

第一、就共同正犯之本質之問題上，採犯罪共同說（包括共同意思主體說）之歸結。

多數採犯罪共同說者，認為所謂「共同正犯」係指數人共同實行「特定之犯罪」者而言，依此主張，共同正犯之成立，除客觀上對於「特定之犯罪」之行為須有所共同外，主觀上亦須對於「共同實行特定之犯罪」存有意思聯絡，易言之，即共同行為人相互間以認識犯罪事實為必要（故意之共同），而過失係以缺欠犯罪事實之表象、容認為核心，並不存在上述之意思聯絡，故認為共同正犯之成立範圍僅限於故意犯，不及於過失犯。再者，認為此意思聯絡之心理要素，係肯定共同正犯之「一部行為全部責任」之基礎根據，換言之，就是因為各共同行為人皆具有共同實現特定之犯罪之意思，才能對僅分擔實行行為之一部份之共同者，追究與其他共犯者同樣之罪責（註三三）。

惟上述主張卻存在以下之疑問。

其一、共同正犯之成立是否以「故意之共同」為必要？事實上從日本刑法第 60

（註三三） 日高義博，過失の共同正犯，現代刑法論爭Ⅰ（植松正，曾根威彥等編）（一九八三年），三二八頁。

條：「二人以上共同實行犯罪者……」之規定以觀，並不能說有限於故意犯之必然性，非以共同故意或過失而係以共同「實行行為」作為共同正犯，反較符合本條規定之意旨，換言之，「故意之共同」雖於故意之共同正犯之要件上屬必要，然卻非共同正犯本身絕對不可缺者。

其二、「一部行為全部責任」之基礎是否限於故意犯之意思聯絡？

就社會犯罪現象而言，共同正犯雖亦為一種集團，但並非多屬一心同體之犯罪集團，頂多屬個人之集合體。此集合體可說係各人為實現各自所持有之目的而相互利用集合力之一種集團現象。有此種心理學之背景，始可於共同正犯之成立與處罰上承認「一部行為全部責任」之原理。而此背景並不限於一個故意犯或數個故意犯，甚至過失犯亦當然存在。易言之，過失犯亦係依「實行行為之共同」共同違反共通之注意義務而惹起法益之侵害，始存在有「一部行為全部責任」之效果，當然此主張係以承認過失犯亦有實行行為之存在以及共通之注意義務之存在為前提。因關係過失犯之構造及過失行為之本質問題，故敘述於後。

第二、就過失犯之構造，採舊過失論之歸結

否定說認為，過失犯「即使存在合法行為之共同，亦不存在違法之構成要件結果發生之『共同』。故無所謂共同之犯罪實行」（註三四）。換言之，依傳統的過失犯構造論（舊過失論），認為故意及過失僅屬責任之形式・要素，即只要因果性地惹起構成要件之結果而不存在違法性阻卻事由，無論有無故意或過失，通常皆已具備構成要件該當性、違法性，於有責性階段則視過失之心理要素存在與否，以決定過失犯是否成立，而此屬責任要素之過失係以主觀注意義務為內容，以主觀預見可能性為前提。

然而對上述之主張，暫且不論舊過失論所具有之疑問，若從新過失論之立場，並非不能承認過失犯之實行行為之存在。亦就是既然承認故意犯與過失犯有本質上之不同，就應從構成要件該當性、違法性階段，而非在有責性階段加以區別，換言之，故意犯與過失犯各有其實行行為，詳言之，在判斷違反主觀注意義務之責任過失之前，若存在違反客觀注意義務之構成要件過失——違反以社會一般人為基準之客觀預見義務、客觀結果迴避義務（註三五）——之行為，而惹起構成要件結果之

（註三四） 小野清一郎，前揭文，五頁。

（註三五） 新過失論中，對於構成要件過失係以違反客觀注意義務為核心，並無異議。惟對

發生，則具過失犯之構成要件該當性乃至違法性；反之，若無違反客觀注意義務行為之存在，縱然惹起構成要件結果之發生，亦欠缺過失犯之構成要件該當性、違法性。從此立場，自然可以形成「二人以上者依實行行為之共同而共同違反客觀注意義務之事態」；換言之，在能被預想之危險狀態中，就進行防止事故之具體對策上，處於相互利用、補充之關係，而負有迴避結果之共通義務之二人以上者，於共同作業上被認為有懈怠而惹起結果之發生者，則肯定共同正犯之成立（註三六）。從其中可以導出作為過失共同正犯要件之「共同義務之共同違反」。此立場，亦由前述之判例(10)、(11)、(12)等及學說之肯定說中、特別是③、⑤、⑥之見解中窺出相同之意旨。

第三、從過失行為本質之歸結

否定說中，有認為「過失行為，原本於主觀層面上，係以從意識性部分跨越至無意識性部分之領域為其內容。意識性部分對過失行為而言，決非本質性部分。在意識性部分之意思連絡下論究過失犯之共同正犯者，應不能說是依據過失犯本質之議論」（註三七）。換言之，即故意行為係以構成要件結果之認識為本質；相對地，過失行為則因不注意致無認識構成要件結果而有其特色，其中之無認識係無意識性部分，即為過失行為之本質。

然對於此見解，可認為「眾所周知，過失行為中之無認識構成要件結果之要素，於區別故意行為與非故意之過失行為上，具有消極性之特色。至於過失行為之積極性特色為何，則係一般所理解之不注意。而該不注意係過失行為之本質要素一事，亦為任何人無異論者。而該不注意之成立雖係以構成要件之結果之不認識為原因，然該不注意並非抽象性地存在，而係與一定之具體性的意識性行為具有不可分之關連性，而現實地存在，例如開鎗、投擲器物、駕車、飲酒等行為。如此一來，以包含這樣的過失犯之本質性要素之意識性行為部分為基礎，來論究過失犯之共同正犯，並非是『不能說是依據過失犯之本質之議論』（註三八）而加以反駁。再者，對於過失犯，亦必須承認有意識性部分與無意識性部分。而作為行為規範之刑

於客觀注意義務之內容，則有不同看法，目前，本文係以客觀預見義務及客觀結果迴避義務為其內容。

（註三六） 藤木英雄，刑法（法律講座雙書）（一九七一年），一四九頁。

（註三七） 前揭否定說中，團藤重光教授之見解。

（註三八） 木村龜二，前揭文，六五頁。

法於發生作用時，一開始必須係針對行為人之意識性部分。換言之，就過失犯而言，係以具無意識性之無認識一定之結果（於無認識過失之場合）而實施具發生構成要件結果之危險行為之故，刑法才加以介入。惟須留意者在於，過失行為之所以具有刑法上意義並非在於意識性部分，亦不在於無意識性部分。過失行為至少須以注意義務為媒介始能成為刑法上有意義之行為（註三九）。

其次，對肯定說之檢討。事實上，由前述各肯定說之主張內容可以得知，與最近日本實務見解幾乎趨於一致。而筆者亦對於肯定說之主張，持肯定之態度。惟肯定說中，有採犯罪共同說之立場者（註四〇），有採主觀的行為共同說立場者（註四一）。就前者而言，原本從犯罪共同說之立場，就僅限於對犯罪結果有意思聯絡者，成立共同正犯；而為何為了肯定過失之共同正犯，卻又不以包含犯罪結果之相互認識為必要？對此疑問依然揮之不去（註四二）。就後者而言，將行為共同之「行為」，理解為屬於前構成要件之社會事實之行為，即只要存有足以表徵行為人反社會危險性之行為即可，此不僅立足於主觀主義刑法觀而受批評，同時因結果之發生而突然將單純之「前構成要件的・前法律的行為」變成具違法性之過失行為，亦並非合理（註四三）。故應以客觀的行為共同說為妥，即行為共同之「行為」係指「該當構成要件」之實行行為，惟此實行行為係從各共同者自己犯罪之觀點視之，若與他人行為之協力關係係該當構成要件者即可（註四四）。

再者，亦有肯定說之見解以目的行為說之立場說明「過失行為之共同」即「不注意之目的性行為之共同」者（註四五）。惟目的行為論存在不少疑問，例如對不

（註三九） 川端博，過失の共同正犯，現代刑法Ⅰ論爭（植松正，曾根威彥等編）（一九八三年），三二四、三二五頁。

（註四〇） 例如：除前述之福田平、大塚仁外，尚有大谷實，刑法總論（第三版）（一九九二年），四二〇頁以下。

（註四一） 例如：除前述之牧野英一、木村龜二外，尚有宮本英脩，刑法大綱（一九三五年），一七九頁。

（註四二） 曾根威彥，刑法の重要問題〔總論〕（一九九三年），三一二頁。

（註四三） 土本武司，前掲文，一四五頁。

（註四四） 金澤文雄，犯罪共同說か行為共同說か，論爭刑法（中義勝編）（一九七八年），一七二頁；川端博，前掲文，三二三頁。

（註四五） 內田文昭，前掲書，二六〇頁以下；福田平，刑法總論（全訂增補版）（一九九四年），一四八頁以下；土本武司，前掲文，一四五頁。

作為、過失行為之說明，尚不充分，而為本文所不採。故將過失行為之共同理解為「有使構成要件結果發生之危險行為之共同」，或較為妥適。

參、解釋論之考察——我國實務與學說之見解

由於我國民國初年之暫行新刑律、民國 17 年之舊刑法及民國 24 年公佈實施之現行刑法，對共同正犯有其不同之規定。暫行新刑律第 35 條：「於過失罪有共同過失者以共犯論。」；第 36 條：「值人故意犯罪之際因過失而助成其結果者準過失共同正犯論但以其罪應論過失者為限。」；舊刑法第 47 條：「二人以上於過失罪有共同過失者，皆為過失正犯。」；現行刑法第 28 條：「二人以上共同實施犯罪之行為者皆為共犯」。

因此於探討我國實務見解及學說之際，必須留意時空關係。雖然對於暫行新刑律之大理院以及舊刑法之最高法院，筆者尚未尋獲有關過失共同正犯之判解，僅有現行刑法實施後司法院與最高法院等少數幾件，而值得注意的是，於修改舊刑法而頒定現行刑法時，何以將其中有關「過失共同正犯」之規定加以刪除，由於在修正要旨或立法理由中，並未提出說明，而令人費解。

一、我國實務見解

①最高法院 27 年附字 934 號判例

「刑法第 28 條之共同正犯，犯罪行為者有共同故意為必要，若二人以上共犯過失罪，縱應就其過失行為共同負責，並無適用該條之餘地。」

②司法院 31 年院解字 2383 號

「二人以上因共同之過失發生犯罪行為者，應各科以過失罪之刑，不適用刑法第 28 條條文，其判決主文亦毋庸為共同過失宣示。」

③最高法院 44 年台上字 242 號判例

「……上訴人甲家有畜鴨，與乙在其住宅門外共製麻糬時，鄰舍雞鴨與其畜者群集四周在於啄食其製糬餘屑一節，復為上訴人等所不否認，已見其製糬環境不

盡衛生，為細菌淵藪與傳播機會，且其製妥後欠缺注意遮蓋放置，更使蟑螂、蠅、鼠為細菌之傳播，是上訴人等對此應注意並能注意而不注意，致食品傳有細菌，即應負過失之責任……惟查刑法第二十八條之共同正犯，以實施犯罪行為者有共同故意為要件，若二人以上同有過失行為，縱皆於其過失行為均應負責，然亦無是用該條之可言。」

④基隆地檢署 76 年 11 月法律座談會、法務部檢察司法 (77) 檢(二)字 0730 號函

相關事實：甲駕駛機車途經某無號誌之交岔路口，殊未減速慢行，適乙駕駛機車附載丙自岔路急速左轉而出，兩車擦撞，甲、乙、丙三人均受傷，丙對甲提出過失傷害之告訴，其效力是否及於乙？討論意見：

甲說：共犯僅以共同行為之認識為要件，未必皆有共同犯罪之認識，故數人之共同行為有過失者，無論其為共同過失或一方有過失，皆能成立共犯關係。丙受傷害，既係甲、乙、二人之過失共同造成，甲、乙即成立共犯關係，丙對甲提出告訴，效力自及於乙。

乙說：甲、乙二人雖有過失，惟吾國刑法並無共犯過失之明文，實例亦不認有所謂過失共犯。丙對甲、乙二人均有告訴權，然與告訴之效力不可混為一談，即數人之行為對於某種犯罪事實之實施與完成有共同過失者，應成立數個單獨過失犯，故丙對甲之告訴效力不及乙。

結論：採乙說。

臺高檢研究意見：採乙說。

法務部檢察司研究意見：

按共同正犯之主觀要件，須有犯意之聯絡。亦即各行為人就犯罪之實施，在主觀上具有相互利用他方行為以完成犯罪之意思（參見韓忠謨著刑法原理二七二頁、陳樸生著實用刑法一六四頁、周治平著刑法總論三九四頁）。題示甲、乙二人各自駕車，因過失互撞，致丙受傷。甲乙之間顯無犯意之聯絡，尚與共同正犯之要件不合。既無刑事訴訟法第二百三十九條前段所定對於共犯之一人告訴，其效力及於其他共犯之可言。丙對甲所為告訴之效力，自不及於乙。

二、我國學說見解

①郭衛氏：

「過失罪有無共犯，在學說上尙成爲論爭的一個問題。有積極說及消極說兩種。主張消極說，謂共犯必要有故意，過失罪無故意，所以凡過失罪均不能有共犯的觀念。主張積極說者，謂共犯爲共同加功於某犯罪行爲，其共同不問爲出於故意抑出於過失，均不妨有共犯的存在。例如甲乙共同向丙發鎗，其發鎗的動機，皆因不注意而認丙爲獸，依消極說則認甲乙的過失行爲不能共同負連帶的責任。依積極說則其結果成爲共同正犯。又如前例甲係誤認丙爲獸而乙則係確知丙爲人，是甲因過失而與乙成爲共同行動，依消極說當然不能成爲共犯；依積極說則亦已成爲共犯。從前暫行律上對於此種過失的行爲，均得認爲共犯，是採積極說。現行刑法的規定則與暫行律不同，其規定如左：

第四十七條 二人以上於過失罪有共同過失者，皆爲過失正犯

現行刑法上對於過失與共犯的關係，僅有如右的規定，則對於因過失而助成故意的犯罪者，其爲不認有共犯的關係，實最鮮明。至對於過失的過失罪，換句話說，即過失犯而有二人以上生有共同關係者，是否認爲過失犯。例如甲與乙不約而同的因不注意而誤認人爲獸，致射擊人致死，此爲無共同的關係（因無意思的連絡）。若甲與乙一方面因不注意而誤人爲獸，同時因誤認的結果互相商量共同對之射擊，遂生殺人的結果，此種過失場合，不能不謂爲有共同關係的（以雖無故意的合同，然確有意思的連絡），在暫行律第三十五條係明文定爲過失共犯的，而現行刑法第四十七條則明定爲皆爲過失正犯，本條的條文係採用第二次修正案而規定。該修正案的理由書，則謂『本案係仿原案（即暫行律）第二十九條共同正犯之例，規定其爲過失正犯，各科其以過失之刑，不使其負他人過失之責任』云云，是不認有一般的過失共犯而可解爲認共同過失的共犯也。詳細點說，於二人以上有共同過失者則皆負連帶的過失，其非係共同過失正犯的場合，如教唆及幫助的場合，則不能認有過失共犯關係存在，即不使其負他人過失的責任。例如教唆他人行竊，而他人竟因過失焚燬人的房屋；幫助他人賭博，而他人竟因過失致殺人。是其對於他人過失焚屋及過失殺人的行爲，不能認爲共犯關係，即不使其負連帶的過失責任也。」（註四六）

（註四六） 郭衛，現代刑法總論，民國二二年，頁一四六～一四八。

②韓忠謨教授：

「過失犯能否成立共犯，學說上頗有爭議，立法例亦不一致，主張犯罪共同說者，大都否認有所謂過失共犯，以為共犯之成立需有共同犯罪之認識，既以犯罪之認識為要件，故共犯惟以故意犯為限，至若無故意之過失犯，根本不有犯罪之認識，無發生意義聯絡之可能，無論何種形式之共犯均不能發生，而主張行為共同說者則反是，以為共犯僅以共同行為之認識為要件，不必皆有共同犯罪之認識，故數人之共同行為有過失者，無論其為共同過失，或一方有過失，皆無害於共犯關係之成立，亦無論其為共同正犯、教唆犯或從犯均得想像有其存在，我國十七年刑法第四十七條曾規定：『二人以上於過失罪有共同過失者皆為過失正犯』，蓋即實認過失犯之共同正犯，所謂有共同過失，即數人僅認識某行為而有共為之意思，而於該行為構成犯罪之事實因不注意而未認識，故其共同行為均成立過失正犯，現行刑法認數人之行為對於某種犯罪事實之實施與完成有共同過失者，應成立數個單獨過失犯，無認其為過失共同正犯之必要，故加以刪除，至於其他之過失正犯（過失犯之教唆犯、從犯），以及一方之過失共犯，亦均不認其存在。」（註四七）

③陳樸生教授：

「即認二人以上之正犯者因無共同之意思，即意思之聯絡，雖然同時或近於同時之前後關係，各自實施犯罪，亦不過各自單獨成立犯罪，各就其行為負責，即無相互之認識，亦無相互利用之關係，乃同時犯。一般稱此同時犯，為廣義同時犯，亦即刑事訴訟法第七條第三款所定『數人同時在同一處所各別犯罪』之意。惟因二人以上之不注意行為之競合，致發生一定之結果者，其各個過失行為，與構成要件並不相當，必與他過失行為之競合，始與該罪之構成要件相當者，如從其各個過失行為言，各行為人均不構成犯罪，但從其共同行為言，則各行為者均構成犯罪，與故意共同正犯本無異致。所不同者，一為意識之共同，一為不注意之共同。論者因認一般稱此為過失同時犯，亦即狹義同時犯，各就其行為負責，乃多數單獨犯，但從其行為與結果間之關係觀之，亦不失為共同犯罪，與刑事訴訟法第七條第三款之各別犯罪之情形乃略有差別。況近代文化進步，科學發達，生活關係高度機械化、複雜化，一定結果之發生，往往由於多數人之併合行為所致。雖係出於過失，亦難分別定其責任。是過失犯之共同正犯，應否認其有存在之必要，過失共同正犯與過

（註四七） 韓忠謨，刑法原理（民國七一年），二七六、二七七頁。

失同時犯如何區別，二者之關係如何，均不無討論之餘地。」（註四八）

④蔡墩銘教授：

「顧共同正犯應具備之要件倘要求須具有認識犯罪構成要件結果之共同故意，則共同正犯只於故意之範圍內始得成立，過失並無共同正犯可言。我國實例既一再強調共同正犯應有共同意思或意思聯絡，自然無法承認共同正犯之存在。」（註四九）

⑤楊建華教授：

「過失犯應否承認其為共同正犯，在理論上固有不同之見解，惟我現行法第二十八條共同實施犯罪，或修正草案初稿第二十八條之『共同實行犯罪』，既未限定為故意犯，如認為包括共同過失犯在內，形式上亦可勉可作此解釋，當然，如有承認過失共同正犯之必要，在刑法上作明文規定，自更明確。吾人以為故意犯之共同正犯之承認，係因數人共同實行犯罪，原係互有意思聯絡，並有相互利用或相互補充他人之行爲而為遂行之意思，故每一行爲人對他人之行爲均視為共同行爲，應就其行爲全部結果共負責任，在刑事立法政策上言之，自有必要。而過失犯之共同正犯無此相互利用或相互補充而為遂行之意思，如亦承認過失之共犯，則無異命行爲人就他人之行爲負擔刑事責任，顯屬過苛，更非合理。

主張承認過失犯之共同正犯，認為否認過失犯之共同正犯，在二人以上同時有過失行爲，其法益侵害之結果，究為何人之行爲，必將難以舉證，如承認過失犯之共同正犯，即可解決上述問題；且承認過失之共同正犯加重過失犯之責任，亦可收防範犯罪之效果。惟對於犯罪行爲規定刑罰制裁之刑事法規，與規定私法上權利義務之民事法規不同，後者，在難以舉證之情形下，固非不得以推定之方法，決定民法賠償責任，我民法第一百八十五條第一項後段就不知孰為加害人者，由共同侵權人連帶負賠償責任（包括故意或過失行爲），即係本此意旨。而刑事法上之制裁，涉及憲法上人身自由之保障，似難贊成以推定方法決定刑罰之制裁，尤其在實體發現主義之刑事訴訟程序之下，更不允許以推定方法認定犯罪事實。吾人在基本上既否定上述刑事上之推定，則承認過失共同正犯之實益，即不存在，此外命過失犯之行爲人就其自己無意思聯絡之他人行爲負擔責任，嫌其過苛，已見前述，若以之作

（註四八） 陳樸生，刑法專題研究（民國七二年），四四四頁。

（註四九） 蔡墩銘，刑法總則爭議問題研究（民國七七年），二七一頁。

為嚇阻過失犯罪之方法，亦非適當。就同一犯罪結果，數人有共同過失者，乃為過失行為之競合，原得各自依其過失行為，分別負擔事責任，亦得各依過失程度之輕重，分別量處不同之刑，實無承認過失共同正犯必要。」（註五〇）

⑥廖正豪教授：

「過失犯能否成立共同正犯，夙為學者之所聚訟，實務運用亦乏定論，然則學者及實務上採取肯定說者，業已日漸增多，良以過失共同正犯之承認，足以解決刑法上過失犯之甚多問題之故。一般言之，如承認過失共同正犯，即有下列效果：

1. 避免刑法推定之規定
2. 預防舉證困難及處罰偏差
3. 加重共同行為者之責任

過失共同正犯之承認，雖足以解決上述問題，故有主張承認過失共同正犯之必要者。然如承認過失共同正犯，則過失共同正犯之理論基礎何在？此為必須解決之問題。如前所述，過失共同正犯肯定論，有自行為共同說（即主觀說）立論，有自無視於共同正犯之特性立論，有自意思連絡為中心立論，有自過失犯之本質立論。然而，自行為共同說立論者，仍不能解決過失犯之共同過失行為，實致過失共同正犯及過失同時犯之界限不清；自無視於共同正犯之特性立論者，將共同正犯與單獨犯同視，而導致共犯無用論之結論，亦非所宜；自意思連絡為中心立論者，則於解釋意思連絡時，每須借重其他方式，迂迴說明，實有不當。比較言之，雖以過失犯本質而立論者，較能適切說明過失共同正犯之性質，即數行為人共同對於預防結果發生未盡防免之注意義務，致發生犯罪之結果，而認定過失共同正犯之成立，並以此為過失共同正犯與同時犯之區別標準，較為可採，然此仍非可以周全說明過失共同正犯之本質。是以在理論上，似仍難有堅實之立論，足以認定可以成立過失共同正犯。」（註五一）

②洪福增氏

洪福增氏認為「否定說中犯罪共同說與共同意思主體說之所論，或過拘泥於『犯罪事實』，有忽視行為者意思之嫌；或過著重於行為者之意思，有忽略共同正

（註五〇） 楊建華，刑法總則之比較與檢討（民國七七年），二七五—二七七頁。

（註五一） 廖正豪，過失犯論，民國八二年，頁一五四—一五六。

犯間共同行為之必要性，亦非正當之說。唯有構成要件說之理論，不偏不易，似較為妥適。」（註五二）「而瀧川幸辰及小野清一郎亦均主張此一理論者。」（註五三）又曰「質言之，各共同行為者先須有欲犯何罪之認識（自己行為之認識），次須有他人為如何行為之認識（他人行為之認識），更須有自己行為與他人行為相互補充之認識（共犯間行為相互補充之認識）。基於此三種認識而行動，即發生意思之聯絡矣。」，依此而主張「過失犯間彼此既無共同所犯的罪之認識，且係各自犯自己之罪，其間並無意思之聯絡；而各個人之行為又無相互利用或補充之關係，與上述共同正犯之理論顯不相符，自無成立共同正犯之可言。總之，就理論上言，過失犯有無共同正犯之問題，應以否定說為是。我國實例在現行刑法下採取否定說之立場，自屬正當。」（註五四）

三、檢討

(一)我國實務見解之檢討

如前述所介紹，我國實務對於過失共同正犯之問題，除少數幾件，且都為民國24年現行刑法實施以後之案件外，都明確地否定過失共同正犯之成立。惟遺憾者乃其說明之理由，不僅不夠充分，甚至可以「理由不備」加以批評。

就前三則之實務見解①、②、③而言，其內容幾無二致，其中①之判例中曰：

「共犯過失罪」，不亦可以解釋為「過失之共同正犯」。而②之司法院解釋中曰：

「二人以上因共同之過失發生犯罪行為」，事實上從其中亦不是不能導出過失之共同正犯。惟這三則實務見解，已很明確指出第28條共同正犯之規定，僅限於故意犯而不及於過失犯，而理由說明則從缺。易言之，似乎亦可用「理論上可能，刑法規定上不能」加以理解。

至於④之實務見解，其所敘述之事實，原本就與過失之共同正犯毫無牽連，根

（註五二） 洪福增，刑法之理論與實踐（修正增訂版再版）（民國七七年），頁10、11一頁。

（註五三） 洪福增，前揭書，三一六頁。

（註五四） 洪福增，前揭書，三三二頁。

本沒有提出討論之必要。

(二)我國學說見解之檢討

在檢討我國實務或學說見解時，應留意時空關係，其理由在於從民國初年至民國 24 年刑法有兩次之變動，且皆對於共犯規定有所修改，已如前所述。而由於民國初年之暫行新刑律及民國 17 年之舊刑法，對過失之共同正犯有較明確之規定，故民國 24 年現行刑法實施以前之學說大多傾向肯定說，其中可以前述①郭衛氏為代表（註五五）。

①郭衛氏認為「若甲與乙一方面因不注意而誤人為獸，同時因誤認的結果互相商量共同對之射擊，遂生殺人的結果，此種過失場合，不能不謂為有共同關係的（以雖無故意的合同，然確有意思的連絡），在暫行律第三十五條係明文定為過失共犯的，而現行刑法第四十七條則明定為皆為過失正犯」，而肯定過失共同正犯之存在。惟於說明上僅以「確有意思聯絡」之「共同關係」作為成立過失共同正犯之根據似嫌不足，如前述對日本學說見解之檢討。

至於②以後之學說見解，則皆為民國 24 年現行刑法實施以後者。而現行刑法第 28 條關於共同正犯之規定僅曰：「二人以上共同實施犯罪之行為者，皆為正犯。」卻刪除了舊刑法第 47 條有關過失共同正犯之規定。至於為何刪除，於修正要旨及立法理由中卻未加說明，導致實務見解及絕大多數之學說見解，在沒有具體根據下卻都認為第 28 條僅適用於故意犯。惟亦有早期之學者同樣沒有具體根據而持相反之見解者（註五六）。本文以為，既然修正要旨及立法理由並沒有說明，則無妄加斷言之必要，然修正要旨卻對第 29 條教唆之修正理由加以說明，由原來採從屬性說立場改為獨立性說立場，依此似乎亦可認為第 28 條之規定於解釋上已可涵蓋過失之共同正犯而沒有另行規定之必要，故加以刪除。無論如何，可以確定的是，從文義解釋上不能說第 28 條規定絕對限於故意犯，而應從實質層面探求過失共同正犯肯定與否之根據。

惟我國學說見解，鮮有從共同正犯之本質、過失犯之構造之觀點論究過失共同

（註五五） 雖然於洪福增氏之前揭書三一三頁以下亦介紹了趙欣伯、林彬等氏之見解，惟不知其著作之年代。

（註五六） 參考洪福增，前揭書，三一三頁。

正犯之肯定與否者，大多從立法層面——例如認為，已可成立數個單獨過失犯而無認其為過失共同正犯之必要，故刪除舊刑法之規定——，或者從刑事政策層面——例如認為，基本上既否定刑事上之推定，則承認過失共同正犯之實益，即不存在；或又認為，命過失犯之行爲人就其自己無意思聯絡之他人行爲負擔責任，嫌其過苛，若以之作為嚇阻過失犯之方法，亦非適當——加以說明，並給予否定。事實上，就立法層面而言，暫行新刑律、舊刑法之所以加以規定，自然有其現實之需要，而現行刑法之所以加以刪除，卻未必沒有現實之必要，換言之，或可理解為第 28 條之規定內容已涵蓋過失共同正犯，從而沒有另行規定之必要。其次，就刑事政策層面而言，若說承認過失共同正犯，就是以推定方式認定犯罪事實，則故意共同正犯亦將變成以推定方式認定犯罪事實；或謂故意共同正犯具有相互利用、補充而遂行之意思聯絡，過失共同正犯則無，故成立過失共同正犯係以推定方式認定犯罪事實。然對此看法，已如前述對日本學說見解之介紹、檢討中加以闡明，即肯定說亦主張以共同者之間必須要存在相互利用、補充之共同關係，始有成立過失共同正犯之可能。再者，就現實層面而言，以前述序言之例一、例二、例三為例，是否以成立單獨過失犯或共同者皆不構成犯罪即能符合現實之需求？或認為對於不構成過失犯者，可用民事賠償加以解決。惟倘若如此，則刑法上將沒有規定過失犯之必要，即使是重大過失。

至於有些學者，以犯罪共同說之立場，主張共同正犯之意思聯絡，必須是具有相互共同實行犯罪之意思，故否定過失共同正犯之存在。關於此點，已於前述日本學說見解討論中加以說明，於此不再論述。

肆、結語

綜合上述所論，拙見以為既然從現行刑法第 28 條共同正犯規定之文義上，無法否定有承認過失共同正犯之餘地，且現實上亦有其必要，則依此觀點應以肯定說為妥。惟問題核心應在於如何以實質根據來說明過失共同正犯之成立。而共同正犯之所以具有「一部行爲全部責任」之效果，就在於存有「相互利用、補充之關係」之故，過失共同正犯亦同。換言之，過失共同正犯之成立，僅單純之實行行爲

之共同與該共同之意思聯絡並不充分，尚須具備，於能被預想之狀態下，就進行防止事故之具體對策上處於相互利用、補充之關係，而負擔防止構成要件結果發生之共通之注意義務者，於共同行為時有所懈怠，導致結果發生，始為充足。簡言之，即須具有「共同義務之共同違反」之要件。

而此要件之成立，首先必須共同者被課以共通之注意義務。至於如何始具共通之注意義務，則應視具體事件，依是否存在「相互利用、補充之關係」為斷。其次，必須共同違反注意義務。而「共同違反」之成立，則以具備下述關係為必要，即於共同者間各人不僅違反各自之注意義務且對於其他共同者之違反亦有懈怠所形成之「整體的一個不注意」，而該不注意與結果發生間存在有因果關係為必要。以下試就前述要件，判斷序言之設例，以作為本文之歸結。

對於設例一，A、B兩人共同對於射擊對象具有確認義務，且A、B之不注意之開槍行為，應可以評價為具有相互利用、補充之關係。從而不管是僅A之子彈命中或無法證明A或B之子彈命中，兩人皆可成立過失致死罪之共同正犯。

對於設例二，C、D兩人交替駕駛，並相互注意安全，即處於相互利用、補充之關係。且兩人不僅各自具有應停車休息消解疲勞後才繼續開車之注意義務，同時具相互注意是否應先行停車休息之義務，卻相互沒有達成而繼續開車導致車禍，C、D間形成「整體之一個不注意」而具「共同義務之共同違反」，皆成立業務過失致死罪之共同正犯。

至於設例三可以說是過失共同正犯之典型例子，此例亦與設例二相同，E、F亦具「共同義務之共同違反」，故成立業務過失致死罪之共同正犯。