

日本刑法共犯論之基礎

陳子平監譯^{*}

目 次

- 壹、共犯從屬性之意義
- 貳、犯罪共同說與行為共同說（罪名從屬性說與罪名獨立性說）
- 參、共犯之處罰根據
- 肆、間接正犯之意義
- 伍、共同正犯之諸問題
- 陸、可罰從屬性之諸問題
- 柒、結論

壹、共犯從屬性之意義

一、共犯獨立性說與共犯從屬性說之對立

在日本，於一九六〇年代以前，共犯從屬性說與共犯獨立性說乃居於分庭抗禮之勢。因而形成共犯從屬性說係由舊派刑法學所支持，共犯獨立性說係由新派刑法學所倡導之構造。不過，自從身為新派刑法學者之最後代表者之木村龜二博士去逝（1972）後，即使說新派刑法學之犯罪論已消聲匿跡亦不為過。共犯獨立性也可

* 東吳大學法律系專任副教授。

本文係一九九五年十一月十日山中敬一教授於東吳大學學術講演之譯稿。本譯稿之完成，係由（研究生）刑法研討會會員鄭華合同學（政大法研）、潘怡宏同學、靳宗立同學（中興法研）合譯，陳子平副教授擔任監譯。

以說與新派之犯罪論同其命運。其後，在日本，共犯從屬性說乃成爲壓倒性之通說。

如上所述，在一九六〇年代以前之共犯論，重點乃爲共犯從屬性說與共犯獨立性說之對立，因此可以說，凡有關共犯之所有問題，皆可藉由此二者概念之對比來分析。共犯獨立性說，正如其名，其主張之核心在於共犯（教唆、幫助）之行爲，係獨立於正犯之實行行爲，縱使正犯未達犯罪之實行以前，亦得加以處罰；不僅如此，其主張亦包含正犯之罪名與共犯之罪名可以相異。相對地，共犯從屬性說，則認共犯之行爲於正犯開始實行時方具有可罰性，即，例如教唆行爲於正犯未至實行行爲的情形，終了於未遂之教唆係不處罰，以此爲核心內容；不僅於此，其內容亦帶有共犯之罪名必須從屬於正犯罪名之命題。

不過，在另一方面，從一九五〇年代初期，已經對於這種共犯從屬性與共犯獨立性之構造認爲不充足，而開展了以分析的方式考察共犯之「獨立性」及「從屬性」意義。這種見解，在當時是關西的少數學說，可說是不受通說立場一顧的見解。然而，在今日，這種分析被普遍地承認，而成爲共犯論之考察的共通基礎。

本文擬自此種少數說之立場出發，考察共犯理論之基礎，並指出其適用例。

二、共犯從屬性的三種意義

依此種見解，共犯之從屬性概念，具有以下三種意義：①實行從屬性②犯罪從屬性（罪名從屬性）③可罰從屬性（共犯之處罰根據）。①實行從屬性，乃意味著在狹義共犯（教唆、幫助），若正犯未著手實行則共犯不得處罰。②所謂罪名從屬性，乃意味共犯之罪名必須從屬於正犯之罪名。即意味，若正犯實行傷害罪，原則上共犯（教唆者）係傷害罪之教唆，而不能說是殺人罪之教唆。③所謂可罰從屬性，係意味有關共犯之處罰根據，而相關之見解有認係借受正犯之可罰性（可罰性借受說），或者有認共犯之處罰根據乃係陷正犯於「犯罪與責任」（責任共犯論），亦或認共犯之處罰根據乃係惹起正犯結果（因果共犯論）。

依此種分析的話，則向來之「共犯獨立性說」與「共犯從屬性說」之對比，並未區分這三種意義，蓋括將其總稱爲「獨立性說」、「從屬性說」，並不恰當。反而應將共犯之獨立性、從屬性之概念，限制在①實行從屬性之意義的「獨立性」、「從屬性」。而在此種意義上，雖應固守共犯從屬性說，不過此事理論上並不必然地與肯定「罪名從屬性」和「可罰從屬性」有關連。

依管見，這是種非常卓越的分析，藉此而對「混亂迷惑的共犯論」注入曙光，而期待其能使共犯體系論之開展獲致更多成果。

貳、犯罪共同說與行爲共同說（罪名從屬性與罪名獨立性）

一、犯罪共同說與行爲共同說之理解

先前，雖然就共犯罪名從屬於正犯罪名來解說狹義共犯，但同樣的原理，基本上亦妥當地適用在多數正犯的問題之「共同正犯」上。對於共同正犯，向來有「犯罪共同說」與「行爲共同說」之對立。而架構了犯罪共同說乃自舊派刑法學之立場而提倡之理論，行爲共同說則係新派的理論。不過，本文對於「行爲共同說」之意義認為有再思考之必要。前述之少數說，倒不如說係從舊派立場而提倡行爲共同說者。從犯罪共同說來看，對於行爲共同說主張共同犯罪前之行爲，係單純「行爲」一事，認為並無意義，而批判行爲共同說犯了根本上的錯誤。不過，這種批判並不妥當。因爲「行爲共同說」亦要求「實行行爲」之共同，絕非以與「犯罪」無關之「行爲」的共同爲已足。

行爲共同說認為所謂共同正犯，並不限於數人共同實行一個犯罪，即使是數人共同實行數個不同之各種犯罪，在「因果的共同」之範圍內，亦得成立共同正犯。因而得論述如下：犯罪共同說主張數人共同實行一個犯罪乃係共同正犯（數人一罪）；相對地，行爲共同說則主張數人具有因果性地共同實行數個犯罪之情形，亦係共同正犯（數人數罪）。舉例來說，自「犯罪共同說」之立場而言，對於A之竊盜罪與B之強盜罪，絕對不會成立共同正犯。其理由，乃係A與B係「共同」爲不同之「犯罪」，不能稱其爲「共同正犯」。相反地，自「行爲共同說」之立場而言，在此案例，乃各自成立「共同正犯」。其原因乃係具有因果性地共同實行各別之犯罪（A之竊盜罪與B之強盜罪）之故。

如前面所述來看「犯罪共同說」與「行爲共同說」，可知在共同正犯成爲問題的，只有在狹義共犯所討論的「從屬性」的意義之問題中的「罪名從屬性」之問題，只在共同正犯上成爲問題。換言之，若在縱的關係上，持共犯的罪名必須與正

犯之罪名一致，即承認「罪名從屬性」之見解者，在共同正犯，於橫的關係上，係採「犯罪共同說」；而在縱的關係上持「罪名獨立性」之見解者，在橫的關係上則採「行為共同說」。

二、行為共同說的「共同正犯」之意義

此種情形，在行為共同說，「共同正犯」概念之用法，必須注意到其與犯罪共同說之差異。亦即在先前的案例，依此說之見解，可以得出「A係竊盜之共同正犯」，而「B係強盜罪之共同正犯」之結論。因為所謂共同正犯，只有存在有共同因果的實行行為就可以，即使是屬不同罪名也無妨，所以可以構成竊盜之共同正犯是A一人的這種事態。

三、狹義共犯的罪名獨立性之歸結

同樣的問題亦發生在狹義共犯之關係上。從罪名獨立說的立場而言，共犯係共犯本身所為之「犯罪」，而是否惹起正犯之「犯罪」並不重要。舉例來說，A隱藏其殺人之犯意，對B偽稱「此係使人負傷之藥」，而「教唆」B使C服用該藥；在B不知A殺人之犯意，而確信其行為只不過會造成傷害之情形，依據罪名獨立性說，B係傷害（乃至於過失致死罪）之正犯，而A得為殺人之教唆。對於A的「犯罪」而言，重要的終究是自己本身的「犯罪」，並非從屬於B所犯之「犯罪」。從而，醫生A欲殺害患者C，命護士B注射毒藥；護士B因不注意而不知該情事，而構成過失致死罪之情形，在理論上亦有形成A係殺人罪之「教唆」，B則係「過失致死罪」結論之可能。當然，在此，「教唆」的概念並非定義為誘發正犯者之「故意」，而係定義為誘發正犯者之「某種的犯罪之意思」。如果能這樣說的話，就能迴避罪名從屬性說對於這個案例主張A成立殺人的「間接正犯」之結論。對於為何主張「間接正犯」是不當的，本文只作如下回答：此乃因為有關先前所舉隱藏殺害之意圖而偽稱「此係造成傷害之藥」的案例，具有「傷害的故意」之B，雖然明確地意識到實行所謂「傷害」之犯罪，但將其視為「道具」主張A為「間接正犯」並不妥當。

參、共犯之處罰根據

一、責任共犯論（不法共犯論）與因果共犯論（惹起說）

基於主張將共犯之從屬性分析理出三項意義之前提下，最後一項（第三項）「從屬性」之意義，係指「可罰的從屬性」之問題。而就此一問題，現今日本一般將其以「因果的共犯論」與「責任共犯論」為對比。且此亦與德國之「惹起說」（Verursachungstheorie）與「責任共犯論」（Schuldteilnahmetheorie）相對應。然而，嚴密而言，由於現在已無承認「極端從屬形式」（extreme Akzessorität）之論者，而「限制從屬形式」（limitierte Akzessorität）係壓倒性的通說，故不應稱為責任共犯論，而應謂之「不法共犯論」（Unrechtsteilnahmetheorie）為妥。責任共犯論認為共犯者之處罰根據在於陷正犯者於「犯罪與責任」這點；相對地，理解不法共犯論的話，可知其將共犯之處罰根據求之於使正犯者實行「不法」這點上，而有其特徵。依此意義，可以說責任共犯論認為共犯之處罰根據，在於共犯者創造出正犯者之「責任」（有責性）；相對的，不法共犯論，則認為共犯之處罰根據，在於共犯者，創造了正犯的「不法」，易言之，可認為所謂的共犯，其「可罰性」係從屬於正犯之「不法」而存在。職是，基於此說之見解，因為可以說共犯之創出正犯的「不法」，係終於正犯之「實行之著手後」，故可認為共犯之處罰根據在於使正犯陷於行為無價值一點上。

二、因果的共犯論之「違法性連帶說」與「違法獨自說」

另一方面，「因果的共犯論」者，係將共犯之處罰根據，求諸於共犯者藉由正犯者之犯罪行為而惹起構成要件該當結果一點上。而此因果的共犯論，於德國被分為「純粹惹起說」（reine Verursachungstheorie）與「修正惹起說」（modifizierte Verursachungstheorie）。於日本，亦可說有此兩種的因果共犯論存在。修正惹起說係認為，因果共犯論乃指主張承認限制從屬性、共犯係與正犯「連帶違法」之立場者。如先前的定義，正因為因果的共犯論，認為共犯之處罰根據在於共犯亦係惹起正犯結果（基本構成要件之實現）此點上，所以共犯之射程應及於正犯結果之惹起。職是，即使是修正惹起說，亦與不法共犯論大異其趣，即於要求結果

反價值之犯罪上，亦以惹起結果反價值為必要。這種見解，於將共犯之處罰根據求諸惹起「正犯之不法」此一觀點上可見一斑。而對於此點，先前所述之採罪名獨立性的日本少數說，就可罰從屬性究竟採取如何之立場？斯種見解，因為於罪名上，認為共犯者自身之罪名與正犯之罪名各自獨立，應使共犯負其所惹起之犯罪的罪名。從而，少數說乃認為共犯之處罰根據，並非在於惹起「正犯自身之不法」上。蓋共犯雖然藉由「正犯之實行」，但之所以處罰共犯，係因其「共犯本身之不法」之故。這種見解，雖然被認為係立於肯定「違法性之相對性」的立場，但此種理解並非完全正確。蓋此種見解既亦以正犯結果之違法性，作為共犯處罰之前提，故並非在正犯之行為正當之情形下，與此正犯行為完全獨立，而承認共犯之「違法」。而對於此，就違法性之「量」的問題而言，共犯有異於正犯乃當然之理。此亦可由正犯行為與共犯行為之「危險性」的不同來加以說明。惟這種見解雖可以說與德國學說上所謂之「純粹惹起說」之見解相近，但並非完全一致。

職是，因果共犯論內部之「違法性連帶說」與「違法獨自說」的對立，可以係以採罪名從屬性或罪名獨立性說做為分水嶺。

三、小結

就個人之見解而言，本文支持少數說之見解。即採共犯從屬性說，肯定實行從屬性，否定罪名從屬性，而於共同正犯採行為共同說，於共犯處罰根據之因果共犯論中，採「共犯獨自違法說」。以下，即將以其理論之歸結，適用於種種的問題上，以論証其理論的正確性。

肆、間接正犯之意義

一、道具理論

由於間接正犯之概念，係以極端從屬形式為前提，因此無責任之直接行為者所為的違法行為，無法成立共犯，所以乃將之作為間接正犯，以達到填補共犯處罰間隙之機能。然而，間接正犯亦係正犯，倘無與直接正犯具有相同之行為支配者，當然無法說是正犯。為了賦與間接正犯之此種正犯性（行為支配）之根據，「道具理

論」被推展，而主張直接行為者（或被利用人）宛如「道具」一般受到背後者（或利用人）之「支配」時則肯定正犯性之理論構成被運用。此一見解即使於日本，基本上亦獲得支持。

二、道具性與規範的障礙

但引人注目者，在於就間接正犯之「道具性」而言，較諸本來之「道具」概念，其範圍更加擴大。儘管背後者並無因果性支配之情形，亦被認為成立間接正犯。例如所謂之「無身分有故意之道具」之情形正是如此；又如於前述中所舉的例子一般，背後者抱持著殺人的故意，而利用具有傷害之故意的直接行為人，致被害人死亡之情形，通說之見解就是以背後者為殺人之「間接正犯」。

惟依前述之少數說，就後一事例而言，如同前揭所述，認為背後者，並非殺人之間接正犯，而是殺人之「教唆犯」。於此一事例，被利用者，具有「傷害之故意」。如果，背後者係教唆「傷害」的話，背後者成立「傷害之教唆犯」固無疑問。蓋被利用人，自己認識到其係實行傷害罪，而不得謂係「道具」之故。何以不能稱為「道具」？若依少數說的話，乃由於被利用人之行為必須超越實行不法之「規範的障礙」而被進行之故。所謂「規範的障礙」係指當行為人面對自己之行為是否「受規範所許可」或「受規範所禁止」之問題而採取行為時，「規範」則成為行為人之障礙。而基於此意義，即使是背後者具有「殺人故意」之情形，亦因被利用人明知其所行為，係「傷害罪」的違反規範之行為，而敢於實施該行為這點，被利用人即直接面臨「規範之障礙」，以此意義，不能說係因果性地、必然性地事象經過之「道具」。

三、可罰的規範障礙

此種見解，具有依嚴格掌握道具概念，而嚴格限制正犯概念之意義。此種見解的問題點，在於背後者所為的犯罪與被利用人所為的犯罪，有顯著的輕重之差，而於被利用人所認識之「犯罪」較為輕微之時，「規範障礙的質」是否即不成為問題，或者於相同的「犯罪」內部，對於法益之侵害實質上有相當大的差別時，如何確實地把握「規範障礙之量」的問題上。例如，於背後者命被利用人「以獵槍射擊這扇拉門」，該扇拉門後面則站著一個人，而背後者基於殺害門後該人之目的的案例，背後者雖然具有殺人的故意，但被利用人不過具有「毀損器物之故意」而已。

然於此種情形之「規範的障礙」，具有如何的意義，則成爲問題。又，背後者明知某畫爲貨真價實之梵谷的畫，卻對於被利用人，聲稱「該畫爲一文不值的偽畫，去破壞該畫」的情形，「規範障礙之量」是否具有其意義？而此一問題，管見以爲，並非關係於是否橫跨不同的構成要件間之差異，或與同一構成要件之內部的不同，重要的乃在於有關被利用人之「犯罪之違法性」的認識上。亦即，如該犯罪，若係欠缺「可罰之違法性」時，即可認爲不具「規範的障礙」。從而，所謂規範的障礙，應解爲「可罰的規範障礙」。

四、過失之規範的障礙性

按通說認爲，直接行爲人係過失犯的情形，背後者即構成間接正犯。例如，於先前所舉的例子中之醫師A基於殺人的意圖，而利用護士B的過失，使其對患者C注射毒藥此一案例事實，該醫師，即成立殺人之「間接正犯」。惟有少數說認爲，因爲該名護士之過失，亦係已超越所謂「規範的障害」而被實施者，因而否定其道具性。在故意犯，行爲人直接面臨規範的問題；於過失犯，則行爲人間接面臨若能「緊張其意思」應該就能預見結果之發生的這種規範之要求。從而，所謂護士有過失，係指若依通常的情形，該護士可察覺到是毒藥，而不致於爲「不注意」的行爲。因此，護士之行爲，即非所謂的道具。

此種見解，如前所述，從否定罪名從屬性之見解，理論上並沒有不當之處。然而，若從固守罪名從屬性之通說見解來看，即會產生奇異的結論。蓋首先，就「教唆」之概念而言，由於通說認爲所謂的教唆，係指誘發正犯者之「犯罪之故意」而言，是以，在概念上，不可能有「教唆」無「故意」之過失犯存在。然而，此點，如同先前所述的，僅教唆之概念不同而已。至於少數說，則認爲所謂的教唆，係指誘發「犯罪之意思」。而此犯罪意思亦可以是不注意之過失意思。

依此，是否於直接行爲人有「過失」之情形下，背後者皆成立「教唆犯」呢？例如，於背後者利用被害人之「過失」，騙其去接觸通有高壓電流的電線，而殺害之情形，雖然被害者之行爲，係不注意，但是否背後人因此成爲殺人之教唆呢？而就此點，雖然亦有持肯定之見解，但被害人之行爲，並非屬何種犯罪。而由於在被害人所爲之行爲非屬犯罪行爲之情形下，應該不屬所謂「可罰的規範的障害」，因此，在此種情形下，如果使用該種概念，應該成立「間接正犯」。同樣地，背後者利用直接行爲人之「過失」，去爲不可罰之「毀損器物」的事例上，亦可成立間接

正犯。蓋日本並無過失毀損罪之構成要件存在，即，直接過失行為人之行為，並不具有「可罰的違法性」。從而，在此種情形亦應該無關於「可罰的規範的障害」，而可成立間接正犯。

五、無身分者之利用

按照通說之見解，身分者利用無身分有故意者之行為，以行真正身分犯之犯罪的情形下，該身分者為間接正犯。例如，於公務員A，向其無公務員身分之友人B，告以犯罪之實情，使其收賄的情形，該公務員應論以收賄罪之間接正犯，而其友人則根據刑法第六十五條第一項（譯者按：相當於我國刑法第三十條第一項），成立收賄罪之「幫助」。在此，通說認為，無身分者是「無身分有故意之道具」。但是，有故意，不就是有「規範的障害」嗎？而此即少數說之出發點。

在此案例，依據少數說之見解，是否無身分之B係收賄罪之正犯，而有身分之A為收賄罪之教唆？首先，無身分之B，並無由成立正犯。因此，即使是採少數說，亦不認為B係正犯。可是，認為A成立教唆犯之見解可以說係承認「無正犯之共犯」而否定實行從屬性原則之見解。不過，此種少數說，現在對於此種情形，係認為A成立教唆，B成立幫助。其理論根據是，此說認為共犯之實行從屬性，並不以從直接行為人角度來看係「正犯」為必要，只要從背後人之角度來看，是實行行為即可。易言之，雖然無身分之B的行為，其本身無法成立「正犯」，但若從有身分之A的立場來看，其行為已係「實行」，而以相對性地掌握規範關係即可。因此，依據此說，刑法第六十一條（譯者按：相當於我國刑法第二十九條）所謂「教唆他人使之實行犯罪者」此一構成要件中之「實行」，即使為幫助之「實行」亦無不可。而如果可以這樣說，那麼於第六十二條之「幫助正犯實行犯罪者，為從犯」（第一項）之「正犯」，其本身即使為「教唆犯」，亦無不可。像這種相對化的「正犯」或「實行」的概念，似乎很難抹拭其使人感受過於牽強的印象。

通說認為，此種少數說將利用無身分者去實行犯罪的有身分者，視為「教唆犯」這點，係肯定「無正犯的共犯」之理論，而集中加以批判，此乃少數說之「弱點」所在。但是，現行刑法於就有關真正身分犯的問題上，不是可以認為係容認「無正犯之共犯」之存在？的確，一般而言，須先有正犯之存在，而後始有共犯之問題。職是，如前所述，利用過失毀損罪或過失洩露秘密罪之正犯的教唆犯，其實是不存在的。不過，就真正身分犯而言，有身分者利用無身分者之情形，僅管不能

說是「正犯」，而有「實行行為」之實施，但如果有因為不具「身分」而不能成立「正犯」之行為人存在的話，難道就不可以成立共犯嗎？例如就在賄罪，公務員之妻，因為不具公務員之身分，而無法成立收賄罪之正犯。然而，如果排除身分這點不論，該公務員之妻子的行為，亦係為該收賄罪之「實行行為」。雖然，如此的「實行」概念，確實不是完全意義之「實行」概念。但是，「實行從屬性」之意義下的「實行」概念，以如此之含意為已足所為之解釋係屬可能。

而此種解釋之根據，即為第六十五條第一項之解釋。蓋第六十五條第一項規定「加功於因犯人身分始構成之犯罪行為時，即使是無身分者亦成立共犯」。此一規定，通常被理解為於無身分者加功於真正身分犯之情形，無身分者以「共犯」而受處罰之意旨。相反地，亦有不少見解認為，於有身分者加功於無身分者之情形，亦有此規定之適用，惟對此尚有爭議。而如果依此見解的話，此種情形，該無身分之人仍應成立共犯，而有該條之適用。亦即，於公務員加功於其妻子，使其為收賄之行為的情形，該公務員之妻，根據此條之規定，論以收賄之幫助。如果活用此一見解之意旨的話，吾人可以做出如下之解釋。首先，第六十五條第一項，因為是使用了「犯人」之身分這種概念，而非用「正犯」之身分，所以「共犯」亦可以包含於「犯人」之概念中。其次，從規定為加功於「犯罪行為」時而言，不限於「實行行為」之解釋亦屬可能。而且，刑法於第六十條之共同正犯的規定裏，使用「實行」的概念，即使是就第六十一條第一項之教唆犯，亦同樣使用「實行」的概念，進而於第六十二條第一項，關於從犯之規定，則使用「正犯」的概念，相對的，在第六十五條第一項並未使用「正犯乃至於實行」之概念這件事之反對解釋來看，應可解釋為此乃與「正犯乃至於實行」不同，而係別有所指。換言之，認為第六十五條第一項規定即使身分而始得構成犯罪行為係屬共犯，亦將加功者視為「共犯」。亦即，帶有加功於無身分者之「共犯行為」之人係屬「共犯」之意味。如果依此理解，則就身分犯而言，第六十五條第一項成為具有預定「無正犯之共犯」內涵之條文。

五、共同正犯之諸問題

一、共同正犯之理論基礎

如前所述，在共同正犯理論中，基本上為犯罪共同說與行為共同說的對立。在此兩說，由於對共犯的基本見解互異，關於其成立要件也有所不同。一般說來，犯罪共同說，在典型的情況下，由於共同實行一個犯罪，若是有一個犯罪被共同實行之形式上的事實存在，則傾向於承認共同正犯的成立；而與此相反的，行為共同說，因為承認不同犯罪間的共同正犯，在實質上具有「因果關係之共同」之後才承認共同正犯，在此意義下，具有將各行為者之實質參與當作問題所在之傾向。亦就是說，犯罪共同說，有可能是不法共犯論乃至於違法連帶說；而行為共同說，則是以違法獨自說意義下之惹起說為前提。

作為共同正犯之成立要件，①共同實行之事實與②共同實行之意思（意思之聯絡），被認為是必要。基於此，在「部份行為之全體責任」，依各個相互補充之行為參與而被賦予根據之情形下，成立共同正犯。

站在行為共同說之立場，特別關於①的共同實行之事實，為了賦予各個共同正犯根據，其一邊採用共事者之行為，一邊將「對於正犯結果構成因果性的參與」這件事認係共同正犯之前提。於是，在此要件存在之限度內，②之「意思之相互聯絡」並非必要條件。

二、承繼的共同正犯

當立於犯罪共同說時，在承繼的共同正犯之實例中，對於從後來加功之人，理論上可說是必須認定其全體的犯罪之成立。A以強盜之故意對C施加暴行、脅迫，在C昏迷後，B路過而察覺到該事情，便與A共同從C口袋中竊取了錢包之情況，此乃承繼的共同正犯之實例，於此，若將共同正犯理解為數人犯一罪，則理論上無法承認強盜與竊盜之共同正犯，因此將不得不說是二個中任何一個犯罪之共同正犯。而從犯罪共同說之立場認為，對B而言，以其因具有「利用」基於A之暴行、脅迫而生之情況之「意思」這種理由，可追究其「強盜罪」之罪責。然而，原本B並未施行暴行、脅迫，卻何以要負強盜之罪責呢？這是難以說明的。其原因在於在B有加功行為時，暴行、脅迫已經終了，B對於暴行、脅迫行為，絲毫也沒有賦予「因果性的影響」，且並未充足以暴行、脅迫之強取為必要之強盜罪要件。而若依行為共同說之立場，A是強盜罪，B是竊盜罪，各別都成立共同正犯，其結論在理論上一點也不困難。

三、片面的共同正犯

依犯罪共同說之立場認為，「意思之相互聯絡」與共同實行之事實，同時地被當作是無條件之絕對要求。但是，從行為共同說之立場，一開始就將被追究，「意思之聯絡」為何是必要的呢？關於負擔共同正犯之責任，重要的問題是「部份行為之全體責任」是否被賦予了基礎根據。因此，儘管沒有「意思之相互聯絡」，若事實上「部份行為之全體責任」已被賦予了根據，則共同正犯也就可以成立。A 想要施行強盜，已脅迫了 C，但 C 當時並未感到畏懼，然而在 A 未察覺時，B 在樹蔭中以獵槍脅迫著 C，C 察覺之，拿出了金錢與物品給 A。這樣的實例，正是所謂「片面的共同正犯」是否成立而成為問題之實例。若依犯罪共同說，如前所述，由於意思之相互聯絡係絕對的要求，在 A 連 B 的存在都不知道的本實例中，並無意思之相互聯絡，故無「共同正犯」成立之餘地。相對於此，若依行為共同說，由於能各自獨立地成立共同正犯，A 因為不知道 B 的存在，係單獨正犯，而 B 則有意識地共同於 A 的正犯行為，而自己也擔當了實行行為之一部。關於賦予 B 共同正犯之根據，A 不具有「意思之聯絡」，並非負面的因素。其乃作為補充賦予基於 A 行為的客觀性、因果性的參與之「全體責任」根據。如此，若以因果的共犯論為基礎，則 B 的「共同正犯性」甚至在片面無意思溝通的情況下，也能被賦與根據。

四、過失共同正犯

從犯罪共同說立場認為，意思之相互聯絡係不可欠缺之要求，而其所謂「意思」之聯絡乃指「犯罪的意思」亦即「故意」之共同，其被認為是必要的。從而，由犯罪共同說立場，在理論上要承認過失之共同正犯是困難的。但是，在現今從有力的犯罪共同說之主要倡導者，竟也肯定了過失共同正犯之存在。其理論之根據乃求諸於，在過失行為共同之情況下，行為人相互間，存在「共同違反」了監督共事者行為之「共同義務」這點上。然而，果真對共同行為人在任何條件下都可承認其「共同義務」亦即「監督共事人行為之義務」嗎？這點並不是明確的。

以行為共同說的立場，若是透過共同行為人之行為而對結果之發生給予因果性的影響的話，則一部行為之全體責任即可被肯定，因此，只要過失的共同正犯在滿足該要件下，就被認為是沒有問題的。從行為共同說來看，在 A 與 B 同時有過失之下，將人誤為熊而開槍，只有 A 之子彈命中而惹起了致死之結果之情形，A 不論是

過失致死罪之共同正犯或是單獨正犯，在結論上並無不同。只要 B 在對於 A 之開槍給予因果性的影響，可肯定其客觀的歸屬，而只要存在預見可能性，則以過失的共同正犯對致死結果負責任。

陸、可罰從屬性之諸問題

一、共犯與身份犯

日本刑法第六十五條規定有關共犯與身份問題。六十五條第一項，如前所述，依通說見解，乃真正身份犯之規定，其在參與人不具有身份之情況下，也肯定為共犯。與此相反地，六十五條第二項則係不真正身份犯之規定，其對不具身份者科以通常之刑。從而，若依六十五條第一項，幫助公務員實行收賄罪之人，也可以成立幫助犯。若依六十五條第二項，則教唆有業務關係之人侵佔（253 條）之無業務關係人，成立單純侵佔罪（252 條 1 項）之教唆。

從要求嚴格的罪名從屬性之立場，第六十五第一項，乃當然之規定；但六十五條第二項則是旨趣相反之規定。於此，第一項，不問是真正身份犯或不真正身份犯，都是有關共犯成立之規定；第二項則解釋為，並非關係無身份人之「犯罪」規定，而只是訂定有關「刑」應依照「通常之刑」之規定。對於教唆業務上侵佔之無業務關係人，依第六十五條第一項成立業務侵佔罪，其次，適用第二項，由於其係無身份人，科以「通常之刑」亦即單純侵佔罪之刑（團藤、大塚）。

對此，通說與判例則理解為，第一項是關於真正身份犯之規定、第二項是關於不真正身份犯之規定。從而，在「教唆」公務員使其實行收賄罪之情況下，依據第六十五條第一項，非公務員成立收賄罪之教唆。第六十五條第一項之旨趣，若採違法連帶說，則較容易說明。非公務員之違法，乃因其「連帶」係屬於公務員的正犯之「違法」。若依違法獨自說，一開始係從無身份人之「教唆者」立場來看，何以其行為要受到處罰，並非自始明確之事。因為被認為，必須與正犯之違法相對、獨立地判斷，禁止規範對於無身分者有其不妥，此乃屬可能。然而，對於無身份人之共犯者，也應解釋為，其透過正犯者惹起收賄之事應視為被禁止的，因而存在處罰之理由。

關於第六十五條第二項，若依違法連帶說，因為「違法是連帶的」、「責任是個別的」這樣的命題是成立的，所以可解釋該項規定了有關責任身份之事項。然而，在現實上，例如剛剛的業務侵佔罪中的「有業務關係之人」是否盡屬「責任身份」呢？則有疑問。或者，相對於單純遺棄罪（217條）（譯者按：相當於我國刑法293條）而係屬於因身份而加重規定之保護責任者遺棄罪（218條）（譯者按：相當於我國刑法294條），是否為「責任身份」呢？亦有疑問。對於保護責任者，由於其具有身份，違法性也就提高，如此的理解應該是較自然的吧！如此，違法連帶說應不可採。

而若依違法獨自說，以共犯之立場，其成立犯罪乃屬當然。從而，第六十五條第二項，不過是規定了當然之事。

二、未遂教唆

關於可罰從屬性，若立於不法共犯論或責任共犯論，未遂教唆，亦即教唆者以使正犯之犯罪終於未遂之意圖，而為未遂之教唆之情形，其未遂罪之教唆是可罰的，相對於此，若立於因果共犯論，在教唆犯中必要的「故意」被否定，因而變成不可罰。例如，A警官為了逮捕職業殺手B，偽裝成殺人之委託人，並教唆其殺害同僚警官C，A警官本來既有在B開始做出殺人實行之著手時立即加以逮捕，以使其終了於未遂之意圖，此種情況，乃被稱為所謂的未遂教唆乃至於陷害教唆（agent provocateur）的實例。從不法共犯論來看，客觀的共犯之射程範圍，可以說是終了於正犯之實行著手。因此，教唆之故意也對應於客觀的射程，只要具有正犯做出實行著手之故意，即屬足夠。與此相對的，從因果共犯論來看，因為共犯的客觀射程乃在正犯結果之惹起，因此共犯之故意也有及於正犯結果之惹起的必要。從而，教唆者變成須包含對C之殺害結果之認識或容忍。對A而言，如此意義之故意並不存在。因此，認為A不可罰，乃因果共犯論之結論。

在日本，以違法連帶說立場，未遂之可罰性，係求諸於「危險」之惹起。依此觀點，在未遂教唆之實例中，由於已做出實行之著手，危險也已被惹起，而因為可說已具有對危險之認識與容忍，所以對A而言，有未遂（危險）之故意，從而具可罰性，如此之解釋被推動，實屬不當。未遂之可罰性，以客觀具體之危險發生為必要，此外，應認為超過的內心傾向的既遂故意也有必要。從而，在欠缺此意義的故意之「未遂教唆」實例中，可罰性應被否定。

柒、結論

綜上所述，若要維持在日本開展的少數說之實行從屬性之原則，而主張罪名獨自性，就共犯之處罰根據，則介紹違法獨自說的因果共犯論之學說，藉由有關共犯之諸問題來檢證與提出其論理和歸結。管見雖支持此種理論，然而在台灣，此種理論是否妥當，希望就教於諸賢。