

憲法集會遊行權之界限-以刑法妨害秩序罪為中心法律研討會

第一場次會議紀錄

時間：111 年 2 月 24 日

地點：臺灣彰化地方法院 8 樓階梯會議室

講題：省思聚眾妨害秩序罪之解釋疑義

主持人：最高法院法官侯廷昌

主講人：國立臺灣大學教授許恒達

與談人：臺灣彰化地方法院法官陳德池

臺灣彰化地方檢察署檢察官張嘉宏

司儀：

在第一場次開始之前，先就本場次發言時間與規則向大家說明，本場次發言時間如下：主持人主持 10 分鐘，主講人講題 1 小時，與談人與談各 20 分鐘，於主講人講題與與談人與談結束前 3 分鐘會進行提醒鈴聲一聲，結束前 1 分鐘會進行提醒鈴聲二聲，結束時會進行提醒鈴聲三聲，綜合討論 20 分鐘則由主持人權責運用，每位發問時間為 2 分鐘，內容請緊扣主題，發言前請先告知單位、職稱及姓名。

接下來為第一場次，講題：省思聚眾妨害秩序罪之解釋疑義，本場次邀請主持人為最高法院侯廷昌法官，主講人為國立臺灣大學許恒達教授，與談人為臺灣彰化地方法院陳德池法官及臺灣彰化地方檢察署張嘉宏檢察官，邀請幾位

上臺。接下來我們將時間交給侯廷昌法官，侯法官請。

最高法院法官侯廷昌(主持人)：

院長、陳院長、檢察長、兩位謝檢察長、高院長、與會的各位庭長、法官以及許恒達教授，大家早安，難得今天獲主辦單位邀請主持這場會議，剛好我對這個議題非常有興趣。

臺北這二個星期全部都在下雨，剛才7點多的時候高鐵經過新竹，陽光就出現了，感覺非常的舒爽，我覺得老天爺有在給指示，今天一定會有些收穫。許教授跟兩位與談書面我昨天已經看過，我覺得內容非常有啟發性，如果資料的部分有任何不足的地方，各位覺得意猶未盡，都能在私下或公務函文跟許教授請教。

我先來介紹一下許教授，他是台大的名師，我對他的尊崇並不是因為聽聽他的名號、看看他的書而已，而是我在臺灣高等法院臺南分院遇到一些難纏的案件都是拜託許教授來做法律鑑定，其中有一件許教授不只出具書面，還到庭交互詰問一整天，早上3小時，下午3小時，他跟李榮耕教授一起坐在法庭共同鑑定接受詰問，將案件所有疑問全部釐清，大家都超滿意，口碑遠播，許教授給我們的那份資料充滿養分，我到最高法院還摘錄那份資料到判決書裡。我要說的是，各位今天拿到的這些資料，以後在起訴書、判決書裡面多少都會思考或引用到，請各位多加珍惜，一定會有收穫。

許教授是德國法蘭克福大學法學博士，對我們司法實務鑑定已經參與非常多，所以他很瞭解我們實務界的需求，或者有什麼難題，他都會提出他的見聞。與談的部分是陳德池法官，陳法官長期在刑事庭，是47期，各位所知道釋字775號解釋的聲請人就是陳法官，累犯制度因此從實務面做根本的解決，非常有憲法意識；另一位與談人是張嘉宏張檢察官，他是政治大學法律系碩士學位，在嘉義、新竹、彰化都擔任過檢察官，在報章媒體也多有對憲法議題提出

個人見解，今天非常歡迎他跟陳法官。

刑法第 149 跟 150 條目前在最高法院越來越受重視，為了不影響講學自由，我就先不講了，待會有時間再跟各位報告，現在將時間交給許教授先為我們主講，時間為 1 小時，麻煩許教授，先給許教授掌聲，謝謝。

臺灣大學教授許恒達(主講人)：

高院長、謝檢察長、陳院長、余檢察長、侯法官，以及在座各位，各位來賓大家早、大家好。今天很高興有這個機會來這裡跟各位分享我對這個問題的看法，這其實剛剛有提到，我從來沒有對這個罪有任何的研究過，前陣子收到吳主任邀約，我當時非常惶恐，不知道要寫什麼，剛好有這個機會可以利用研討會的時間做研究，非常感謝能夠獲得這樣的時間跟機會。

接下來就來分析我對這個問題的個人粗淺想法，這個問題主要是刑法第 149、150 條的犯罪，第 149 條在實務上相對來說用的是比較危險的，我們稱之為聚眾不散罪，這是目前的現行法，從文字上可以知道要處罰的是什麼類型的行為，第一就是在公共場所或公眾得出入的場所聚集三人以上，例如在相對來講開放且他人可以觀察得到，多數人可以出入的地方，要聚集三人以上，這是目前新法的規範，在這個具體狀態之下，行為人意圖為強暴脅迫，不管是強暴或脅迫，在有強暴行為意圖前提之下，受到公務員三次命令以上的要求而不解散，這個情況下就會構成犯罪，這個條文按照目前實務主要意見，我們理解為聚合犯，一定要一群人才能成立犯罪，不能只有單一行為人，要三人以上，這些人一定是成立犯罪的行為人，只不過對這些人的刑事責任，透過條文特別規定，排除共同正犯規範適用，意思就是只要一群人共同的目標，例如想共同殺人，理論上這些人不管做什麼事情，只要被納入共同正犯裡面，他們的刑事責任論罪罪名原則上是一致的，除非是刑法第 31 條第 2 項適用，才有可能有不一致的現象，這個條文特別規定的地方是在於它區別每個參與者，這三個不

同參與者，他們參與方法會有落差，例如區別在場助勢之人、區別首謀者，不管首謀還是在場助勢，都會成立犯罪，只不過論罪的法定刑度實際上不一樣，這是目前的規範，條文會涉及到這些人沒有真正暴力行為，他們只是在那個場所很想實施暴力行為，但還沒開始實施，警方在這個地方對他做三次要求離開，實務上曾經最高法院見解，如果是第四次、第五次，越警告越多，他們居然就離開了，這就不成立犯罪，這是目前實務的意見。

比較有爭議的是第 150 條，第 150 條這個行為人，這是一群人同樣要在公共場所或公眾得出入場所聚集三人以上施強暴脅迫，這是跟第 149 條最大差別，第 150 條行為人已經有人開始執行暴力行動的情況之下，一樣採取跟第 149 條相同的聚眾犯結構，就排除共同正犯的適用，他會按照個人在當時參與方法做不同論罪，區別在場助勢者、首謀跟下手實施這三個不同的態樣，在場助勢是比較輕的有期徒刑，如果是首謀或下手實施的人基本上就是比較重的刑事責任，這個地方有很關鍵的重點是這個條文只要求要達到強暴脅迫這兩種行為的實行就可以了，並沒有要求一定要進一步因為強暴脅迫導致東西毀損或人員受傷，他沒有這樣要求，也沒有進一步要求這樣的行為已經引起社會秩序的具體擾亂，所以這樣的條文其實他的適用範圍從文字字面上解釋相當容易成立，例如一群人在一個地方看到別人一言不合就想圍毆他，他們其實有三人以上共同聚集情況，有實施強暴脅迫行為，就可以用第 150 條處罰這一群人，只不過進一步每個人成立什麼罪名要看實際上是助勢還是下手實施，或是首謀，這是條文的基本特色，他不要求人要受傷，人沒有被打到，還是可以用第 150 條。

第二個重點是有個二項規定會加重其刑，二項是刑法修正時加上去的，主要涉及到如果這群人在犯罪行為時有意圖供行使攜帶凶器或其他物品犯之，例如有帶兇器或危險性物品，硫酸或開山刀，且供行使之用，主要是要將非供行使態樣排除掉，另一個是因而致生公眾或交通往來危險，主要處罰是在馬路

上打人的案例，這可能有交通往來安全的問題，加上沿路追被害人毆打，這就要用第 2 項第 2 款的規定加重處罰，目前法律規範是這樣。

這樣的法律規範為何會產生今日研討會的疑問呢？可以從幾個面向來思考，第一個面相是條文為何會長這樣，原本法條不是這樣，後來修法才出現這個法條目前的文字規範，當時立法理由有提到幾個重點，在現代社會社群媒體很容易使用，例如我用 LINE 或 messenger、微信等網路媒體使用，揪團打人容易，往往在社會生活的現象面就會出現很多揪團打人的案例，為了解決揪團打人案例，立法者覺得要有特別規定去處罰揪團打人的事情，就將第 150 條放寬成立要件的可能性，這導致一個現象，檢察署往往會用第 150 條規定來處罰起訴那些揪團一群人打架，在路上發生圍毆打人事件，或往往實務案件兩、三個人出去玩，KTV 公共場所唱歌唱到一半，兩個人一言不合就打起來，打起來之後警察用第 150 條規定將 KTV 打人這群全部抓起來，這是目前實務上常常出現的情況，也就是我們今天為何要來這裡討論這個問題的動機，這樣合理嗎？一群人打人理論上是傷害罪或殺人罪，看他們的主觀要素到什麼程度，或者一群人不是打人，而是打旁邊的東西，例如有人開車，因為瞪人，就將車子打壞，這是毀損罪共同正犯的問題，但現象上一群人打人，因為社群媒體發達群聚容易的因素，就會變成刑法要特別處理這個問題，這涉及到第 150 條在刑法體系之下是否存在處罰或放寬適用的正當性，這是今天問題所在。

另一個問題會涉及到第 149 條、第 150 條他們是一群人在某個地方群聚，等於刑法的立法者限定這些人在當場不能群聚打人或群聚而意圖實施強暴脅迫，並且不遵守警察機關三次解散命令，這就會連結到另外的憲法議題，就是集會遊行權，因為第 150 條已經發生打人事件，在集會遊行權判定上相對於第 149 條比較沒有太多爭議的地方，但第 149 條本身存在集會遊行的限制，這個限制主要核心重點在於這些人其實都是和平集會，一群人和平集會被他講三次不解散，這樣成立犯罪行為，這樣合理嗎？這就連結到第 149 條集會遊行權跟

憲法的衝突關係，我國目前第 149 條在實務運用上相對來講沒有那麼多，但也有一些案例，警察的作法會入罪這樣的基本態度是否合理，也是我們必須要去思考的，最後一個是實務現況到底如何，第 149 條大概是這一、二年內突然很夯，我前幾天聽到最高法院也在處理類似案例，他們找了三位鑑定人到最高法院，針對第 150 條適用提出具體看法，這樣的爭議在這一、二年內越來越多，剛剛幾位院長都有提到，過去第 150 條、第 149 條幾乎是我們不太重視關心的條文，為何這幾年這樣的現象會暴增，這必須要進一步反思，這大概是今日的核心。

我想分幾個面向跟各位談，第一先來談為何要修法而讓法條容易適用，主要在公然聚眾這四個字被修掉，舊法規定跟現行法規定刑度上並沒有太大差別，主要在公然聚眾文字上，舊法規定是公然聚眾，就是多數或不特定人可以共聞共見的場合，KTV 到底是不是公然，就會發生爭議，這個條文在適用上就會出現公然不好用，第二聚眾按照有利見解，聚眾必須隨時增加的狀態，一群人莫名其妙多一個人，這是哪裡來的我也不知道，實務見解認為公然聚眾的聚眾必須要有隨時可能增加的狀態，這樣的規定在個案都很少見，導致條文在舊法的時代很難被適用，因此這次新法就將條文基本構成要件做相對應調整，將公然聚眾調整成公共場所或公眾得出入的場所，這兩個場所看怎麼解釋都有空間，並沒有要求一定要是公然的場所，規範的方向不太一樣。

公然是人跟人之間的狀態，不涉及到場所本身，而是涉及到別人的目光、聽聞、視線跟聽覺，有無辦法了解這個場所、這個地方到底發生什麼事情，他強調的不是場所，而是這個地方的狀態，但這個人強調把條文改成公共場所或公眾得出入場所，強調的反而就是場所本身的性質，這個場所必須被先行定位為公共場所或公眾得出入場所，在公共場所或公眾得出入場所，不必一定要公然的狀態，公然就是在犯罪的當場必須公然，但公共場所或公眾得出入場所，就是這個場所的性質大致上是公眾可以出入或一般人都能自由進出的地方，這

概念上會有差別，在刑法學看起來，相對是比較鬆綁性質的規範。

最關鍵是以前要求要聚眾，不特定多數人，隨時增加，現在條文限定到只要聚集三人以上就可以了，一方面將數字寫進去，二方面放棄隨時可增加狀態的基本要求，後面大致上沒有特別規範，這邊再加二項的規定，這是這次修法主軸，為何要這樣修法呢？我們快速跟各位做一些回顧，第一個理由就是將公然聚眾改成公共場所聚集三人以上，主要理由就是公然判斷上很麻煩，聚眾方法在判斷上不容易，考慮到社會變遷，現在要揪人，例如在 LINE 上要揪團，每個人都要按讚，這時候就會有人跑過來，在這意義上只要有一群人，至少三人以上，就該當充分可罰性，沒有必要達到過去實務這麼嚴格要求隨時可以增加人的狀態，這是立法上第一個理由。

第二個修正要求三人以上，將文字直接寫進去，這個要件就會變得比過去法律相對容易成立，因為一群人打群架，沒有說隨時可以增加，但大概三、四個人，我們在一群人互相仰賴心理支持的效益上，一群人去做打人的事情，彼此會覺得有相互依靠的感覺，我打他，他會打回來，萬一他比較厲害，旁邊還有人可以輔佐，相互支持的效果，就會加劇整個影響的作用力，所以目前法律上說至少要三人以上，三人以上在學者上就會有疑義，等等會跟各位報告。

另外立法裡面對第 149 條有一些解釋方向的提醒，不是針對第 149 條立法上做修正，而是立法理由、立法者之間說有一些修法後的解釋，必須做一些注意，他說這個集會是人民的基本權利，受到憲法保障，集會遊行權基本上憲法保障是和平的集會遊行，相對你想動手，想實施強暴脅迫行動，這時候就不受憲法所保障，我個人針對這個問題，覺得當然沒有錯，但我們要思考一個問題，條文沒有規範脅迫，脅迫嚴格來說就是動口，因為脅迫不一定是動手，強暴才是動手，如果只是單純動口講要殺你、打你，這樣就會直接認定是非和平嗎？我覺得這點有疑問，後面會跟各位分享我個人想法。

另外是第 150 條解釋方向的情形，立法者上明白講出來的，我個人認為他

的提醒滿關鍵的，條文上沒有明白將文字寫進去，但在立法說明上明白說這個犯罪是重在安寧秩序的維持，之所以要禁止一群人打群架實施強暴脅迫，就是因為實施強暴脅迫會影響安寧秩序，如果在某個地方看到路上有人在打架，這個地方不宜久待，我比較膽小，看到就趕快跑，他想強調的是安寧秩序的維持，必須影響到安寧秩序的維持才能成立犯意，後面會進一步解釋，逐步跟各位說明，第一安寧秩序是很難判斷的東西，例如跟人打架會影響到安寧秩序，會感到害怕，很多見解認為要從個人內心害怕來去定性，但個人內心害怕不太容易判斷，這就會涉及到要件的解釋，第二個問題要件並沒有將安寧秩序維持寫進去，會有一種情況是有人實施強暴脅迫，但沒有影響到安寧秩序，我舉一個例子，阿魯巴不是一群人而已，是很多人，第 150 條聚集三人以上，而且有強暴脅迫，將我抓去撞椰子樹，在這種國高中生阿魯巴案例裡有無影響安寧秩序，顯然好像沒有，大家都很開心，在這個案例實際上有強暴脅迫行為，個案適用上到底要如何將安寧秩序的維持拉到構成要件解釋，排除好像已經成立犯罪又好像不成立犯罪，不值得刑法介入的案子，這就值得我們進一步思索。

第三立法理由寫針對本罪的構成要件認識，也可以構成本罪要予以處罰，如果是為了犯別的犯罪而去打人，還是能成立其他犯罪，但這句話重點應該是在這個立法理由指示要考慮安寧秩序的維持，第 150 條第 2 項在我國實務上也是越來越多案例，第 1 項就是使用武器，這比較沒有太多問題，第 2 項問題就是加重處罰的規定，強調主要在處罰路上追打被害人的案例，但這個文字寫得不是很恰當，在我國法律立法例上往往這種文字為結果加重犯，意思就是對後面的加重結果不需要有故意，實際上條文理論上從立法理由傾向看起來，應該不是結果加重犯，應該是一個犯第 150 條第 1 項犯罪，在這個犯罪中又故意希望發生交通上的往來危險，條文要這樣解釋比較合理，這是目前的立法理由。

實務對目前現況的基本發展，我們分幾個軸線跟各位分析，第一個軸線就是保護法益強調的是安寧秩序，安寧秩序要如何整合到法條裡面，例如是否要

個案去判斷安寧秩序，法院在判斷上大致上立場認為只要符合法條形式文字規定就可以承辦，並沒有要求一定要達到安寧秩序的破壞，但有些法院可能比較重視人權，會採取比較嚴格的解釋，這是臺中高分院二審判決，聚集之後在自治路攔下乙、丙，持刀械、棍棒攻擊乙、丙，導致公眾跟他人危害恐懼不安，他用恐懼不安作為判斷安寧秩序受到損害的依據，構成第 150 條犯罪，但並沒有很明白告訴我們造成公眾危害恐懼不安到底要跟哪個構成要件相互一致，或依據哪個構成要件導出這個要素需要具體判斷，另一個判決比較詳細，但沒有對定位有明白揭示，他告訴我們這個案子是一群人在路邊打，發生於市區，附近有住宅，一般人很容易看到鬥毆，就是被告所知悉的常情，從判決隱約可以告訴我們今天只要在公共場所打人，大家看到好害怕，這種好害怕的感覺就是法條的保護法益，保護法益雖然沒有明白在條文上寫，但至少以案例的事實來看都可以成立犯罪，不過也有些法院的解釋比較嚴格，例如這個案例，在市場附近打人，只有打 5 分鐘，但法院就說只有打了 5 分鐘，時間短暫，現場只有被害人跟被告有受傷，沒有波及他人，所以他認為情況客觀上沒有影響到社會安寧秩序，只有這兩個被打，沒有影響到社會安寧秩序，所以不成立犯罪，這是法院明顯跟前兩個判決顛倒的看法，到底這樣的判決合理嗎？法院在判決裡直接加上社會安寧秩序維護標準來認定犯罪成立或不成立，這是合理的選擇嗎？這就會產生實務見解上的一個問題。

第二個是第 149 條解釋方向，案例是去 KTV 唱歌，後來發生口角，4 個被告想要打人，警察已經來了，22 分 24 秒解散，4 秒後又叫人解散，又過 20 秒又解散一次，等於一分鐘叫他解散三次就成立犯罪，還有第四次 23 分 3 秒，這應該是過了 13 秒，這根本沒辦法解散，這是我國實務上比較明顯的案例，這個案例跟前面不一樣是因為警察來得比較快，雙方武力暴力衝突還沒發生，警察有制止，所以沒有發生暴力衝突，沒辦法用第 150 條，但可以用第 149 條處罰，這是我國這幾年比較罕見的案例。

接著是目前實務上爭議最大的，案例是這樣，好幾個人相約吃消夜，例如羊肉爐，其中一個人偶然看到債務人，夥同兄弟扁他，這種行為會構成第 150 條犯罪嗎？單純從條文上看，他們有聚集，也有強暴脅迫行為的實行，基本上應該成立，但法院在這裡發展出很特別的解釋方式，認為他們不是為了強暴脅迫目的而聚集，而是為了羊肉爐而聚集，只不過被害人剛好出現在這裡，他們就打他了，偶然突發原因而引發三人在場實施強暴脅迫行為，就會跟第 150 條要件不符，所以法院認為不成立犯罪，判決的意思是要用第 150 條必須一開始就揪好要打人，如果沒有一開始揪好打人，就不能用第 150 條，如果一開始朋友相聚去吃飯、泡湯，在吃飯、泡湯過程中偶然發生口角或偶然看見債務人、仇人而打他，基本上完全不成立第 150 條，這是條文上沒有，但透過法院判決逐漸成為我國實務上，因為最高法院還沒有表達立場，但目前這個問題高分院見解有相當程度一致性看法。

另一個案例也是這樣，他說在聚集時就必須有強暴脅迫的認識才能構成犯罪，如果一開始不是為了打人，就跟本罪無關，這個條文只能用到一開始就有打人意思，而揪團並進而打人的案例，如果不是這樣就不成立，有一個判決特別值得拿出來講，這並不是高院判決，是新竹地院黃法官的判決，判決基本立場結論上一致，一定要一開始就有打人的意思，一開始聚集沒有打人意思就不行，但他提出一個比較特別的論點，他認為按照條文文義解釋的話，就會處罰到今天只要一群人聚集，變成共同正犯，共同的打人，不管有無受傷、有無影響到社會安寧，只要有強暴脅迫的施行就夠了，這樣就會讓條文變成處罰共同毀損未遂、共同傷害未遂這些刑法立法者本來就不想處罰的行為，他認為必須要做一些合理化，這個條文主要在處罰大眾不安全內心共同社會心理層面的影響，為了要影響社會性就必須有進一步限制，他認為這個條文並不是具體危險犯，而是抽象危險犯，抽象危險犯有時候在個案中的判斷上，今天只要按照立法者所設立的要件逐步審查是否形式上合致，只要形式上合致就可以推定有危

險性，不用具體判斷法益危險性，目前有很主流的意見叫適性犯說，這不是我國實務上具體危險犯，具體犯是要有特定的行為，這個行為要致生某個特定行為，這才叫具體危險犯，法院判斷的是行為後，是否產生外在特定結果，適性犯條文上是抽象危險犯，某個跟法益有危險的要素，你必須進行行為危險性的判斷，這個行為必須有足以導致法益危險的因子才可以，例如刑法第 185-3 條，條文規定今天只要喝酒超過 0.25 毫克就構成犯罪，這個條文是抽象危險，只要喝酒而開車就直接認定影響公眾生命安全的抽象危險，但假設有一個人酒後開車在沒有人的地方，周圍沒有任何住戶，被抓到，這個案例中行為人的確符合刑法第 185-3 條的 0.25 且有開車駕駛行為的形式標準，但如果從這樣的形式標準來看，有影響到交通安全嗎？周圍都沒有人，所以會有一種嚴格解釋看法，在這些案例裡面，這個駕駛行為必須可能影響到周圍用路人安全時才能成立犯罪，如果不是就不行，駕駛必須駕駛在有人而且足可能影響到安全的地方才會成立罪名，這就是所謂適性犯，他不是判斷行為後的危險，這個見解認為要從適性犯角度解釋，他認為要去限定前面具體行為當時的犯意，也就是說他認為聚集的行為跟後面實施強暴都是犯罪行為，必須要限制犯罪成立，一開始必須要有強暴脅迫意圖的聚集才能成立犯罪，這是這個判決比較值得注意的地方。

這是最高法院的看法，主要涉及到條文是公共場所或公眾得出入場所，所有權有無一定要公有的地方，如果是私人的地方也算嗎？主要 KTV 不是官方所有權，是私人公司的所有權，這時候能否成立？最高法院說所有權跟條文的判斷沒有關係，重點是那個場所是否屬於公共場所，私人地方也可能開放公共場所，例如百貨公司是私人所有權，但還是開放公眾可以任意出入，這個地方最高法院見解跟所有權沒有關係，我認為這個問題在實務上沒有受到重視，有一個判決是一群人要打人，有個行為人是這樣，被告到現場中並沒有下車，只是幫忙開車去，他載被揪團的人去犯罪現場，這個人因為沒有下車，只是停車在

旁邊看著被載去的人去打人，所以這個案例法院判決認為他並沒有任何下手實施的舉動，只有在場助勢而已，法院認為可以成立犯罪，我個人認為必須要檢討的是這算在場助勢嗎？車子停在旁邊或只是單純人在旁邊等待，或者有在打人，我在旁邊蹲著吃便當，這算在場助勢嗎？我覺得這是要思考的問題，法院審判是成立的，另一個是致生公共往來危險的案例，法院的見解認為這是第二項致生公眾往來危險，是具體危險犯，必須要用個案判斷，我認為這個判斷是正確的。

今天就展開我個人的看法，第一我們要談保護法益是什麼，要先確認保護法益，第二要思考保護法益如何跟構成要件相互結合，這樣的判斷在刑法上才會有意義，目前主流見解議題大致如此，這個保護法益目前認為是社會安寧，強調社會人心的恐懼感、害怕感，這是目前主要的見解，這個見解到底屬於哪一種類型的法益，這是第二個問題，是一個具有理論和實務價值的議題，學說上比較早期曾經認為這個法條應該國家法益保護為主、社會法益為輔，但目前比較新的教授認為這個條文不是國家法益，是社會法益，為何會有這樣的爭議？主要是因為這個法條是放在國家法益幾個比較關聯性的罪章，妨害秩序是放在妨害公務罪，大致上問題是這兩個層面。

我認為這兩個說法都有值得檢討的地方，第一是這個條文看起來安置位置在哪裡，好像是國家法益，但這樣的定位是犯了形式面上的錯誤，不是放在那裡就一定是國家法益，例如刑法第 221 條妨礙性自主罪是放在社會法益的罪，但我還是可以解釋成是個人法益，所以不是放在那個地方就一定是國家法益，重點應該是這個條文跟這個罪章的關聯性，仔細看妨礙秩序罪章，其實什麼東西都有，有一些跟國家有關係，例如冒用公務員服飾的犯罪，有些跟公務活動有明顯干擾行動，這些行為某種程度的確有干擾公務機能的可能性，但妨礙秩序罪聚眾類型，像第 150 條根本沒有公務員涉及在裡面，沒有公務員一定要在這裡出面，一群人打群架，當場沒有被發現，過幾天錄影被照到，還是可以成

立犯罪，從第 150 條本身規範立場來看，這個地方沒有任何國家公務員牽涉其中，沒有任何國家公務員因為這些聚眾鬥毆行動而發生公務活動機能干擾，這要稱為國家法益我個人認為是有問題的，退一步來看，妨礙秩序並非跟公務有關聯性，公務國家法益要涉及到公務活動機能的概念，例如公務員執行公務活動上，事實上受到明顯干預才叫國家法益，只是單純聚眾影響社會秩序，美國都覺得這是社會安寧問題，怎麼會是國家法益，所以我認為比較合理定位應該是社會安寧，不過這個問題是一個理論意義，沒有太多實務價值，比較有實務價值應該是社會安寧秩序該怎麼去釐清，目前主流見解認為社會安寧秩序看法應該當作心理因素的觀察，例如大家會產生心理面向的恐懼感，甚至有教授認為這是社會大眾免於恐怖、暴力，一併保護公眾對無群眾暴力的主觀信賴，大家覺得我們這裡很安全，這就是我們對他主觀性，他強調是這個面向，但我認為這樣的說法有一些值得檢討的地方，第一就是所謂主觀性是非常沒有辦法確定內容的東西，到底什麼地方有主觀性安全感，什麼地方沒有主觀性安全感，這根本沒有一個絕對標準可遵循，例如某個地方常有打群架，美國紐約市在 125 街以北哈林區，各位覺得那個地方有安寧的主觀信賴嗎？常常打群架就沒有安寧，所以這個地方沒有安寧秩序可言，打群架沒有構成第 150 條，邏輯就有問題。

主觀信賴並不是合適於當作保護法益的效果，相反他是某個現實於受到干擾之後，所產生民眾一般心理反射效果，例如有人被打、有人被殺，這是一種心理效應，但這種心理效應非常不適合當作刑法所要保護的立法，所以我個人認為保護法益應該鎖定客觀事實上存在的安寧秩序，什麼叫客觀上存在的安寧秩序？這不好定義，但有一個比較統括性的說法，當一群人在公眾場所攻擊他人時，這一群人可能會因為在當下群起激憤而產生集體情緒加成威脅性，被打不是打一下而已，一直打下去，這是一種集體情緒的加成威脅性，單獨攻擊過程中應該不會出現，但只要集體情緒的存在，就會產生這樣集體的危險性，第

二個危險性來源是一旦被煽動起來，會產生單一攻擊對象之外的外力成分，例如可能會攻擊到他們原本鎖定對象以外的其他人，如果存在這樣的可能性，例如一群人對他人實施強暴行為，存在情緒外擴的可能性，這會使這群人開始無差別攻擊周邊的人，例如旁邊的住家、別人的機車、汽車，可能會因為這群被擾動起來的群眾情緒而被無差別攻擊，這時候才是真正導致公共秩序受到影響，這個條文在保護的應該是原本被強暴脅迫的對象之外周邊相關人士、財產的安全，是這個條文應該被核心鎖定的對象，真的保護應該是不特定的原鎖定目標周圍這些生命身體安全跟財產的集合性的問題，這不只是單純內心恐懼。

第二點涉及到他跟集會自由的緊張關係，第一點集會自由權原則上在憲法立意上是保護他人和平式集會自由，不會保護非和平式的集會自由，所以原則上第 149 條、第 150 條並沒有太多集會自由的影響，尤其是第 150 條，但要考慮兩個問題，第一個問題是第 149 條是一個和平的狀態，還沒施用暴力，只是有暴力意圖，這樣就值得處罰嗎？我個人認為在這個意義上對第 149 條必須要有嚴格的限制，至少不能說 1 分鐘內連續警告 3 次，用這樣的方法來定罪，第二點是在和平與非和平之間群眾都會多少有推擠現象，假設有一群人在公眾集會開始推擠警察，就說是第 150 條因為只要實施強暴脅迫，這就有點不合理，所以在這意義上必須容忍一定程度的和平與不和平之間的模糊空間。

另一點就是私人集會場所提到所謂的集會自由，在私人場所中其實還是有集會，沒有說一定要在公共場所，在家集會還是憲法要保障的利益，重點應該在於在私人場所如果發生暴力事件，憲法是否會繼續保障，但問題是私人場所跟公共場所是否要成立相同標準，學說這幾年有一個新的見解，許澤天教授認為在私人場所跟公共場所中會構成聚眾實施強暴脅迫罪的人數要求要有一些不一樣，例如公共場所至少要有 15 人，私人場所大概到 10 人以上，這是他的看法，但法條是寫 3 人，如果只是單純 3 人以上，是否可以構成聚眾實施強暴脅迫而產生外溢效果，3 個人的感情上加成相對輕，不容易有加成的重要，表示

如果法條只寫 3 人以上，不代表只要 3 人就可以，但要多少可能就要進一步理解。

另外是第 150 條最核心的解釋問題，我個人認為有兩個面向，第一是我們剛才把保護法益確定了，但要怎麼整合到構成要件的解釋呢？我個人認為這兩個危險性的因素，必須在構成要件中進行時程的判斷，像我剛剛講的群眾展露出基於情緒失控的契機，因為基於情緒的失控，而可能攻擊到鎖定對象以外的其他人，例如在錢櫃打，尿尿看你不爽的人，可能會把錢櫃的馬桶甚至其他包廂的人都打一打的這個可能性，這時候必須要具體判斷，問題是在哪裡基於這兩個要素去判斷呢？我個人認為不可能的地方，因為這個條文可以設定是抽象危險犯，但雖然是抽象危險犯，還是應該要對構成要件以適性犯的解釋，也就像剛剛新竹地院的判決，起碼這個方向是一致的，但問題是這個解釋應該增加在強暴脅迫，例如以當時行為人所實行的強暴脅迫來看，不是只鎖定單一被害人，有可能擴張到其他被害人身上，而這個擴張是因為眾人的情緒加成所造成的，所以這裡的強暴脅迫要附加兩個要件就是這些強暴脅迫是眾人情緒高漲下可能會擴展到單一被害人之外其他人的可能性，必須具體判斷這個可能性，我了解實務上判斷很難，不過我可以提出幾種案例，第一個是聚集在公共場所，只是針對特定被害人尋報復或尋仇，沒有外溢的可能性，除非雙方之間的攻防關係而產生加成效果，越打越氣，旁邊的人也開始打，例如我去找某個村子的村長要錢，不給我錢就把他打一頓，越打越氣，連村民也一起打，這種情況下才有可能，但如果只是單純單一對象鎖定的時候就不成立，另外一個就是他攻擊意向非常明確的時候，這也不應該成立，另一種就是在公共場所聚集，而公共場所根本旁邊沒有可以讓你打的人或物，這種情況下也不應該要成立，所以個案中必須實質去針對強暴脅迫這兩個要素去進行危險性的個案判斷。

至於聚集的時候是否要有強暴脅迫的意圖，目前主要都認為成立，我認為最關鍵的是實務上到目前為止都認為這個條文的犯罪行為有兩個，一個是聚集

行為，因為條文說要聚集 3 人以上，第二個是參與或下手強暴脅迫這些後面的參與，因為這兩個都是犯罪行為，所以一開始主觀要素的故意必須在聚集的時候就有實施下面這個行動的犯意，這在強暴脅迫類似的法條都是這樣解釋，例如強制性交的時候，要有前面強制或違反意願的行為，如果違反意願的行為一開始是使用灌酒，例如 A 想對 B 強制性交就開始請他喝酒，如果一開始就有這樣的犯意，就有可能因為讓他喝酒這件事情而認定他可能構成違背意願方法的前階段行動進而強制性交行為，但如果一開始沒辦法證明他一開始就有這個犯意，這時候可能只能構成第 225 條趁機性交，意思就是如果這兩個是構成要件行為，在一開始的聚集行動就必須要有後階段的犯意，第二個理由就是適性犯的見解，不過學說有反對意見，針對這樣的看法要怎麼去理解，我提出我個人的看法，我基本上不太認可院方的見解，不過我必須強調，請各位千萬不要因為有人這樣說反對院方見解，所以一開始沒有聚集、沒有犯意也可以成立，我要強調的是重點應該在於犯罪實施強暴行為的當下存在攻擊不特定對象的可能性，這才是真正法條的解釋重點，要先確定有這個可能性可以用這個法條之後，主觀要件才可以放棄在聚集時候的故意，這個法條真正影響到的法益並不是在聚集，單純的聚集不會影響到，重點是聚集的時候要實施強暴脅迫，這個實施強暴脅迫的行動才是真正影響社會安寧不特定多數人被干擾的危險，所以重點應該不是聚集時候有沒有這麼想，而是聚集之後在聚集的狀況之下實施強暴脅迫而展現出攻擊不特定對象的可能性，第二就是構成要件行為的定性，這法條真正的犯罪行為應該是後階段實施強暴脅迫跟實施強暴脅迫的參與行動，包括助勢或首謀，這才是這個法條真正犯罪行為，聚集行為只是這個法條要構成時候周邊的附帶條件，這在刑法中也有類似規範，刑法上有個叫結夥型的竊盜，你要說結夥的時候就有竊盜犯意嗎？只要竊盜的時候存在結夥的狀態就可以了，所以表示結夥的夥被結的行為去做所謂的聚集，根本不是犯罪真正的行為，只是一個描述竊盜時存在結夥狀態的行為情狀描述而已，從這個視角上來

看，這個條文實在不應該被理解為他的犯罪行為包括聚集和實施強暴脅迫的參與行動，只有後面這個才是真正的犯罪行為，同樣的道理如果集結的時候沒有犯意，只要事後產生也同樣會有處罰性，可能一開始約要吃羊肉爐，在吃羊肉爐中看到仇人，大家講好來打一場把他修理一下，其實他的危險性跟剛剛講的一致，但我們可以這樣講，可不可以說我先聚集，解散後再來聚集，第二次聚集就有危險性，就有犯意了，如果法官聽他的就會這樣解釋，他們在 10 時 41 分 5 秒的時候解散了，10 時 41 分 6 秒的時後又聚集，在 6 秒的當場才有犯意，如果這樣的解釋可以通的話，那實務見解才會通，從整個法條的基本結構來看，聚集根本不是犯罪行為，他沒有要求一定要存在相應的強暴脅迫意圖犯意，同樣道理類似的德國刑法第 124 條，其實解釋完全跟我們一樣，他們的犯罪行為從來沒有擴張到聚集行動的文字描述上。

接下來看犯罪參與的問題，最主要這邊犯罪有兩個爭議，第一個爭議是這個犯罪的犯罪行為就是我們剛剛講的這些下手實施強暴脅迫、助勢跟首謀的看法，近期學說有一個見解就是認為強暴脅迫是客觀可罰性條件，另外助勢其實躲在車子裡面看別人在打也可以成立助勢，這是目前比較重要的意見，我個人認為這兩個意見都有一些值得檢討的地方，第一就是這個法條要能夠成立，應該必須要有下手實施之人，沒有下手實施之人沒有辦法展露出這群人中間攻擊法益的危險性，沒有下手實施之人就不可能成立這個犯罪，有下手實施之人才有辦法有聚眾影響安寧效果，這群人本質上是共同正犯，只不過被立法者特設出來有一些不要當共同正犯來處罰，當作比較邊陲的助勢者來處罰，在這個印象助勢者相對下手實施強暴脅迫的人，變成共同正犯的情況之下其他攻擊者的行動，其他攻擊者行動相對來講是一個共同正犯存在實行助勢行為的時候的一個情狀要素，不應該被解讀成客觀可罰性條件，另一個重點在於助勢要不要有進一步的要求，我個人認為助勢必須要有一定程度增加風險的可能性，他必須要積極促成、積極嶄露出攻擊周邊法益的效果，如果只是在車子裡等待，可能

根本不應該當助勢，例如只是單純肉體在場，除非是首謀，不然基本上那個人在現場根本不足以有任何助勢的作為，所以這個人不應該認定成立助勢的犯罪行為。

最後面是第 149 條解釋，這個條文不應該被提高為國家法益，命令三次不應該要過度寬鬆，畢竟是和平集會，不能 5 秒就下令解散一次，5 秒就解散是不可能的事情，所以這裡必須要有一定程度明確的解散命令才可以，第 150 條有脅迫型，第 149 條又要有意圖實施強暴脅迫，什麼樣的情況可以認定已意圖實施強暴脅迫？大致上就是口出穢言、舉止囂張，這不就很容易接近第 150 條的脅迫型嗎？只不過實務到目前為止沒有用脅迫型去處罰犯罪，基本上用第 150 條都是用強暴型，所以這裡其實有個中間的界線，第 149 條如果要求要認定強暴脅迫的意圖，可能可以達到第 150 條的脅迫型，這要怎麼去解釋，我覺得是未來可以再考慮、檢討的方向，至於最高法院的那兩個見解我基本上大致都贊同，不過小地方可能要思考看看，很高興有這個機會跟各位說明我個人對這個問題的看法，就到這邊，謝謝大家。

司儀：

謝謝許教授的講題，接下來邀請第一位與談人臺灣彰化地方法院陳德池法官，陳法官請。

臺灣彰化地方法院法官陳德池(與談人)：

主持人侯法官、報告人許教授、另一位與談人張檢察官、院長、檢察長，還有在座法學先進，今天很榮幸參加本次研討會，分享我對刑法第 149、150 條一些粗淺的看法，如果等一下一些思考過程或論述有一些誤解或比較不成熟的地方，也歡迎各位給我指正與指教，各位手邊有兩份我的 PPT 檔案，在大會手冊裡面是我在拜讀老師文章之前，一些比較粗淺的想法，比較主要是涉及提問式，我在拜

讀老師的文章之後，也做了一點反思跟思考，也滿榮幸有一些觀點跟老師一樣，所以我利用時間，將相關思緒跟問題答案，都寫在比較完整的 PPT 檔案裡，因為受限於時間的關係，等下報告會用精簡的方式，直接把相關爭點與問題提出來，如果有不清楚的地方，煩請各位參看比較完整的 PPT 檔案。

今日與談大概分三個部分，構成要件解釋、犯意的形成與關於助勢的解釋，構成要件解釋部分，我的觀點與許老師一樣，它的保護法益應該是不特定人的人身安全，只有在特定保護法益之後，我們才有辦法對於構成要件做進一步開展，為何恐懼、不安，不能當作本罪的保護法益，我在比較完整的 PPT 有做相關介紹，就不再一一跟大家解釋，其實我們的重點在於怎麼節制國家的刑罰權，避免個案法律適用不當侵害言論自由跟集會遊行自由，尤其憲法訴訟法施行之後，我們的裁判也會變成憲法訴訟的訴訟標的，也有機會到憲法法庭接受挑戰，所以當我們在適用這個法律的時候，可能要跟憲法有多一點的連結，至於在本罪的解釋或適用上，怎麼去限縮呢？老師提出抽象危險犯跟適性犯的概念，必須要證明集體情緒失控，有可能會攻擊不特定人，進而造成不特定人人身安全受到威脅，我覺得這個觀點非常好，我大概畫了一個圖形，解釋老師的想法，失控團體對特定人實施強暴脅迫，有可能外溢到其他人的的人身安全，我之所以把特定人打黑，是因為如果是對特定人實施強暴脅迫，基本上有刑法分則可以處理，之所以會有刑法第 149、150 條，就是不特定人的人身安全受到威脅，所以才有本條的立法，但如何進行限縮，我的觀點可能跟許教授不太一樣，我們基本論點都是要節制刑罰權，我認為這裡是否可能透過著手犯的概念去處理這個問題，一定要對不特定人實施強暴脅迫，造成不特定人人身安全受到急迫危險的時候，我們才能動用刑罰權，這是我跟老師比較不一樣的觀點。

我之所以會提出著手犯的觀點，大致有幾個理由，首先，老師提到社會法益其實是連結個人法益，我想到第一個問題是，如果是個人法益的保護，為何不回到個人法益來處理就可以？尤其刑法著手的體系已經發展很久，相關學說跟實務

也有非常多的意見，而集體情緒失控，可能會攻擊不特定周邊他人，這樣的認定，就實務而言，我覺得還滿抽象的，是否能透過個人法益保護，就可以解決這個問題，這是第一個理由。

第二個理由各位可以看看刑法 277 條傷害罪，是不處罰未遂跟預備，如果採取抽象危險犯、適性犯的觀點，我其實只有對特定人實施強暴脅迫，我對其他不特定人，連著手都還沒有，搞不好連預備都沒有，這樣刑罰的擴張，是否會跟刑法 277 條傷害罪產生衝突，這是我第二個質疑，因為這樣可能會處罰到傷害預備的前置行為，老師文章裡面提到的保護法益是不特定人的人身安全，但剛才報告時有特別提到保護不特定人的財產安全，刑法第 354 條毀損罪不處罰未遂，甚至法定刑都比刑法 150 條還要低很多，透過這樣的方法處罰傷害預備犯，或連傷害預備都不是，或是也處罰到財產毀損罪的預備犯，毀損罪法定刑遠遠低於這一條，這樣在適用上可能是比較不合理的。

第三個理由，是在實務上來講，會造成認定上的困擾，其實這邊剛剛已經有提到了。

第四個理由，有沒有可能跟我們現行釋憲實務言論自由違憲審查的標準做一個結合，如果可以的話，也能讓這個條文在憲法上找到解釋的基礎，這裡涉及憲法與刑事法的對話，我可以想到明顯而立即的危險，何謂明顯而立即的危險，這裡指危險的程度，系爭言論一定要直接、立即帶來難以回復的損害，才能進行事前管制，這是美國法的標準跟操作，後來當然有一些比較修正的看法，也就是直接煽動原則，是結合主、客觀的標準，我國現行釋憲實務的發展脈絡，大概是釋字 445、644、744 解釋，他們都是針對言論事前的管制，包含言論內容中立的管制跟直接涉及內容規範的審查，大法官都用明顯而立即的危險，去做審查標準，明顯而立即的危險，大法官目前還沒有用到刑法上，那能不能用？我覺得沒有不能用的道理，因為事前審查都被嚴格適用，作為刑罰權而言，這應該是最後的手段，所以事前管制不可以，遑論事後的刑事處罰，第二個理由是釋字 445 號解釋

對於內容中立的規範也用了這個審查標準，本條也應該可以做相同解釋，至少釋憲者沒有排斥，所以我們可以用，第三個理由從美國發展來講，他們明顯而立即的危險，也用在刑事處罰上，所以我覺得從這些脈絡看起來，明顯而立即的危險，應該可以適用於刑法規範的違憲審查，各位看到明顯而立即的危險，觀察美國法跟大法官的說明其實使滿抽象的，到底有沒有更具體的說法，我在許宗力大法官釋字 644 號解釋協同意見書有看到這段話，他說明顯而立即的危險，指的是危險迫在眉睫，程度是高於抽象危險跟具體危險，我從這段話後半部，看到跟刑法的連結，就是抽象危險跟具體危險，按照許大法官的意思，明顯而立即危險指的是比具體危險還要更危險的階段，刑法體系裡面，我們會看到危險犯，再來會看到的是著手，大概是這幾種分類，許大法官說明顯而立即危險，是高於具體危險，我們有無必要再創一個危險概念在刑法解釋裡面，我覺得好像沒有這個必要，反正就是這幾個危險而已，而且發展那麼久了，所以我想說有無可能將那個概念拿來刑法用去做結合，我覺得著手的定義跟未遂犯的處罰根據，其實就是急迫危險，一個明顯而立即的危險，例如即將要打人，手都舉起來了，這當然對人身安全造成急迫危險，而且判斷很簡單，以上是我採取著手犯的理由。

然而，這裡可能會面對的質疑是，國家刑罰權是否會過於限縮，但我想如果是因為恐懼、害怕或不特定人可能會受到威脅，就構成處罰理由，這樣是否會太過於限制人民的言論自由，我們還有優勢的警力跟國家有保護義務，我之前剛好跟本院的公設辯護人聊到集會遊行自由的問題，他說最近歐洲有一些因為疫情導致必須要戴口罩、封城的示威遊行，我就問這些人怎麼去示威遊行的，他說社群軟體約一約就走上街頭了，然後開著車，我說那警察呢？他說警察就跟在旁邊陪他們一起走，我說原來他們的集會、遊行自由跟我們很不一樣，歐洲對於集會、遊行自由的保障，除了禁止國家過度侵害以外，其實國家也負有保護義務，警察必須在旁邊維持整個社會秩序安全，保障集會、遊行自由及發表的言論可以充分實現，旁邊可能也會有反示威的集會、遊行，他們也有言論自由，為了避免擦槍

走火，警察必須站在旁邊，所以國家有保護義務，我以前有審理到一個案件，雖然跟刑法第 149、150 條沒有明顯關聯，鄰居養很多隻流浪狗，造成衛生、噪音問題，鄰居就抗議，抗議無效，他們就申請集會遊行，就到鄰居家門口用大聲公叫，雙方就開始叫罵，根據他們說法，後來雙方因為要拍照蒐證，產生口角衝突，甚至有人在威脅放話，這時候報警，警察才來，我不曉得目前台灣現狀對於這種集會遊行，警察的保護義務到底到什麼程度，但至少在以前看到的案例是這樣，警察是接到通知後才來現場維持秩序，跟我們想的集會遊行國家保護義務是有一段明顯落差，其實很多暴力的發生，跟國家保護義務的違反，很有可能是有關係的，所以我們有無必要將危險的概念那麼擴張，而且我們還有組織犯罪防制條例可以用，並不是沒有法條可以用，尤其刑法第 149、150 條，從我當法官到現在沒有用過，整個社會秩序好像也維持好好的，我們還有刑法分則那麼多條文可以用，所以沒有用好像也沒那麼危險，以上是我對著手犯比較粗淺的看法。

關於犯意形成部分，我的想法跟許教授一致，我想到另一個理由，就是事實上有可能從和平集會演變成暴力集會，如果我們主觀要件限縮在聚集當時就要有施強暴脅迫的意思，可能就會產生規範漏洞。

關於助勢的解釋，就是指單純在場，或因為人多壯膽，導致危險的外溢加乘，是否會構成助勢，或心理幫助的問題，事實上這個問題連結到憲法的話，會在於說一個和平集會遊行，但有部分人有暴力行為，單純在場參與集會遊行的人，他的集會遊行權是否應該被保護，或者當和平集會遊行的發起人，發現暴力衝突時，他有無義務去消彌不法暴力者，釋字第 445 號解釋講很清楚，不能因為一、二個人非法活動，導致整個集會遊行都違法，歐洲人權法院其實也滿強調這點，不能因為有幾個人違法行為，就導致所有在場的人必須要負責，只要個人的意向和行為仍屬和平狀態，他的集會遊行權就應該被保障，所以我們在解釋適用助勢的要件時，可以參考釋字 445 號解釋、歐洲人權法院相關判決意見。

最後想分享的是，我們其實很努力在刑法理論上去盡量節制刑罰權的使用，

像我太太今天跟我說，有必要一定要在構成要件裡面去做處理嗎？我們難道在別的地方就不能處理嗎？我舉遠通電收國道高速公路抗爭案件為例，當時因為國道高速公路收費全面電子化，收費員就走上街抗議，霸占整個交流道跟高速公路，造成交通封鎖長達 4、5 個小時，這個案例如果拿目前修正後的刑法 150 條來檢驗的話，可能會構成，因為構成要件已經聚集三人以上，地點在高速公路，完全符合，他們甚至揚言要癱瘓整個高速公路，也符合脅迫的概念，甚至有人爬上 ETC 感應架上，而且出現情緒上的言語，如果從構成要件來看的話完全符合，而且他們聚集的時候就打算要這麼做了，所以從目前實務多數見解認為在聚集當時就要有強暴脅迫的主觀犯意來看，可能也無法作為阻卻構成要件該當性的理由，這是手段過激的集會遊行，如果要處罰，好像又過度侵害言論自由跟集會遊行自由，尤其偶發性、緊急性遊行集會也是憲法所保障的權利，那我們應該怎麼辦，可能會直接進入違法性的討論，透過相互影響理論，進行利益衡量，在涉及集會遊行的案例，它的標準其實更嚴格，收費員認為他們的工作權受到侵害，這裡涉及憲法工作權的保護，包含工作損失、退休金，可能達幾億元，但因為高速公路遭到癱瘓，交流道都封閉了，裡面可能有 24 小時必須到貨的快遞、載運電子晶片的貨車，這裡的經濟損失可能高達數十億，法官要如何做利益衡量？如果要做利益衡量，可能會讓法官陷入政治紛爭，捲入政治漩渦，例如今天不是遠通收費，而是訴求兩岸統一的集會，他們支持一國兩制、也支持對於香港民運的暴力鎮壓，我們也要用一樣的方式進行利益衡量，法官還要查證目的是不是正當的，你的言論價值在哪裡？受到影響的權利在憲法上的定位，然後相互影響，去謀求實踐的整合，法院有無這個能力跟義務去做這樣的事情、這樣的價值判斷，法院要再陷入一次這種更抽象的價值取捨，所以我想提醒，法規適用具有一致性，一旦實務不在構成要件進行限縮，可能很多合法但屬於過於激烈的集會遊行，都會跑到違法性裡面去做討論，這樣的解決方案反而更危險，以上是我的與談，謝謝各位。

司儀：

謝謝陳法官的分享，請另一位與談人臺灣彰化地方檢察署張嘉宏檢察官，張檢察官請。

臺灣彰化地方檢察署檢察官張嘉宏(與談人)：

各位長官、在座各位先進學長大家好，我非常少有機會跟這麼多的長官先進報告，所以有點緊張，剛才看到德池法官這樣實在太帥，侃侃而談都不用看稿件就可以一直說下去，我好希望他講久一點，個人才疏學淺，不敢說有什麼個人見解或主張來跟各位發表，只是有排定要研究題目跟各位做報告，我就占用各位一點時間，以個人經驗出發來跟各位說一些我對於這個議題的想法。

首先針對法律特定罪名保護法益的標定，他會直接指引後續在個案適用的解釋，有起到聚焦的作用，所以是有重要性，絕對不是只有學術研究價值，這場座談會議題選定許教授、陳法官都從這個出發，給我們相當多的啟發。

從最開始聽院長跟謝檢察長的說明之後，各位提到其實實務界對於這兩個條文的使用有一些不同意見的地方需要再花很多心力思考，我就不禁有一些想法，我先打個比方，如果說把我們刑事運作的實務，當作從一家公司面對消費者的話，股東選出來的董事會就類似國家的立法機關，公司裡面會有執行長跟經理部門負責公司運作，有點類似檢方跟警方高層來制定方針，我們有負責去第一線執行調查、逮捕人犯、移送案件的警方，有點像一家公司接受指令之後去生產產品，最後交到檢察官手上，我們類似兼顧品管還有推銷，如果是一家正常的運作公司，他推出的商品有一定比例是賣不出去的，變成庫存，因為錯誤的生產決定導致預算、經費變成庫存，後來變成虧損，我想沒有任何股東可以長期容忍這種情形，在司法實務這邊有個數字可以跟各位報告，剛才謝檢察長最一開始就有提到刑法第 149 條、第 150 條案件在新法施行之後的起訴比例，我這裡有一份公文，法務部在去年 12 月 6 日發給各地檢的公文，上面提到

對我們期許，希望我們對刑法第 149 條、第 150 條加強偵辦、深入追查，對求刑跟法律量刑也要有一定的注意，這邊提到 109 年刑法第 149 條、第 150 條的起訴率是 18.1%，民國 110 年 1 月至 10 月是 29.8%，大概不到三成，不過起訴定罪率就很高，有超過九成，這是刑法第 149 條、第 150 條情形，如果更拉高角度來看，整個地檢署的結案情形跟各位報告一下數字，這是最新的法務統計，地檢署受理的案件最終是以罪嫌不足為不起訴處分的比例是多少，民國 100 年的時候是 29.3%，到了 110 年 12 月結算是 39.7%，提升了十個百分點，也就是說警方耗費相當多資源送到地檢的案件，有四成最後打水漂了，這個數字代表什麼意義，是否能夠讓納稅人滿意，我覺得應該還有進步空間。

回到針對許教授及陳學長報告的想法，首先許教授引用新竹地院 110 年度訴字第 174 號判決，裡面有一段話我覺得是司法實務工作者都很有感觸的，因為現行法的成罪空間，已經因為法律修正而極度擴大，後面提到適度限縮本罪適用範圍避免刑罰權發動之失控，我覺得失控是非常重的字眼，我的感觸是這樣，日常生活中面對憲法設計的立法者跟我們實際要行銷的對象審判者，處在兩個網路的拉扯，有一邊跟我們說小孩子才做選擇，我全都要，應該要擴大法律適用，增加公權力發動的機會，你說去辦就是了，但等到我們向法院行銷時，院方常常給我們一些反思，你想要的，其實並不需要，結果就是我們夾在這中間，第一線的偵辦案件同仁生產這麼多案件給檢方，檢方除了做品管之外，在推銷時也會面臨困惑，這些構成要件到底怎麼解釋，我們的習慣是我們想知道條文或是一篇文章、一個什麼行為，做這件事情的人是怎麼想的，我們要怎麼做呢？我們就是發傳票請他來，立法委員絕對不是我們請來就會來，所以我特別去找第 149 條、第 150 條修訂過程的立法院公報，這是完整刊載在立法院公報第 108 卷第 95 期。

構成要件在解釋時會有一些爭議，剛才跟各位提到過，面對你想要，但你不需要，還有小孩子才做選擇的拉扯，我們當然夾在中間希望有讓我們依循的

方向，而立法院公報所記載的討論過程，我認為可以做為在搞清楚原因時拿來參考的，雖然剛才說立法者常常會有小孩才做選擇我都要的表現，第 149 條、第 150 條是純粹由行政部門推動的，不是立法委員自己提案，這在紀錄裡面寫得非常清楚，我們的提案機關將第 149 條、第 150 條修正草案在 108 年 5 月間提出，經立法院在 108 年 5 月間付委審查，在同年 11 月進行一次委員會討論，這個委員會討論其實進行一個上午而且跟其他很多條文放在一起討論，然後就定案了，總和討論時間前前後後加起來只有 3 個小時，至於為何要提案修正？沒有什麼大道理，第 149 條、第 150 條剛剛許老師在演講的時候所引用的實務見解以及第 149 條、第 150 條修正說明，院長跟檢察長以及陳學長都提到實務上碰到第 149 條、第 150 條案例的情形其實非常少，因為條文被實務界加上另外的要求，例如 22 上 15 號判例、28 上 621 號判例要求人數可以隨時增加，所以一開始就講好多少、怎麼算，再來是 31 上 1513、28 上 3428 要求只能辦妨礙秩序罪，如果參雜其他犯罪就不算，最高法院 77 台上 2826 號判決還說如果意在妨害公務的話，不會另外構成妨礙秩序罪，20 年上字 440 號判例說針對的對象不能是特定的人或家族，這樣七折八落下來這兩個條文還能使用的機會接近於零，真的要找的話只有 93、94 年各發生過一些案件，詳細情形時間有限我就不多說了，可以動用的機會很少，促成行政部門推動修法的想法，修法擬定過程可能他們沒有徵詢過許老師，否則就不會訂出這樣的條文，他們提送到立法院審議的條文，第 149 條原來設計是命解散二次，不是現在的三次，為何只有二次呢？也沒什麼大道理，實務上對集會遊行法一般情況只有三次，第 150 條原來的條文大概就設計成這樣子，只是多一個第三項自願解散減輕免刑的條款，但這個條文後來在委員會討論沒有提到，正常協商的時候就消失了，應該是黨團協商的結論，但不知道原因，為何從公然修正成公共場所或公眾得出入場所，為何第 149 條的設計要怎麼避免去影響到集會遊行的權利，到底是抽象危險犯還是具體危險犯，還是根本被當成舉動犯，妨害秩序公共秩序法益保護

的對象，到底應該是直接擬制為構成要件客觀行為出現就會構成，還是要另外再去討論，以我看到的委員會討論紀錄，其實立法委員收到這個案子在會場上全部都有提出質疑，雖然可能很多先進對立法院的運作必要性或功能效率會有些質疑，我很喜歡讀立法院的公報，裡面有很多有趣的事情可以看出立法委員跟我們行政官員在對話時到底是什麼立場、什麼想法，這樣整個看下來，其實立法委員都有質疑，甚至因為現行法修正結果會不會造成其實是針對個人法益的外掛，在公共場所、公眾得出入場所的加重要件類型，而喪失原本社會法益或國家法益的條文，架空他本來的作用，連這都有立法委員質疑過，並且提案建議再增訂一個第 149 條之 1 新的犯罪類型，而不要單純用第 149 條、第 150 條文修正就去涵蓋主管機關、提案機關想達到的目的，結果就是我們看到的這樣，我們在第一線工作的人，希望法規的標準明確，讓我們不用思考會不會誤解法規的範圍，這次的修法提案機關的目的就是希望這樣，所以聚眾三人以上、公共場所及公眾得出入場所是非常容易判斷的，第 150 條定性成實施強暴脅迫，就是蒐證的問題了，第 149 條是意圖強暴脅迫，我在看委員會討論過程、許老師以及自己蒐集到的判決討論，第 149 條、第 150 條構成要件不太一樣，一個是意圖要件，第 150 條不是，但在討論時常常混為一談，特別許老師提到實務上大多數認為為了限縮第 150 條適用，會要求行為人聚集時就已經存有妨礙秩序、實施強暴脅迫的意思，可是立法說明裡提得非常清楚，臨時的犯意形成也是可以該當的，這很明顯跟我們實務運作見解就有搞混，這該怎麼辦呢？剛才跟各位報告的四個判例，其中有幾個判例因為沒有判決原文所以停止適用了，但是像 28 上 621 號判例，因為有判決原文在，所以並沒有停止適用，只是跟其他經選定為最高法院判決有同一效力，也就是說還是有作為下級審去引用的地位，最後立法委員在審理草案第一時間就質問提案機關說你們定的新規定送到法院去，法官如果引用原來的見解就不可能都適用，我們提案機關回答不用擔心，但提到第 149 條跟集會遊行法衝突時，這個問題又被立法委員提

出來質疑，這時候備詢的官員回答這些座談會、這些判例判決的見解，現在已經變成能參考，立法委員質疑的是還能參考嗎？我們的官員立場是還可以參考，語言非常奧妙，到底想表達什麼？我們去備詢的層次上，最後跟委員報告委員有質疑這麼多疑慮是可以想見的，但他們很希望趕快把法律定下來，剩下的爭議讓他在實務上自己形成尋找出路，立法者跟提案機關，也就是公司的董事會跟執行長經理部門把責任交給我們，我們當然當仁不讓，期許這次座談會可以聽到能夠讓我們有所依循的見解，讓我們之後執行時可以一致一些，謝謝各位。

司儀：

謝謝張檢察官的分享，接下來進行綜合討論時間，邀請主持人、主講人及與談人上台，每位發問時間為 2 分鐘，發言前請先告知單位、職稱、姓名，待會請大家踴躍發言，謝謝。

最高法院法官侯廷昌(主持人)：

感謝主講人、與談人精闢的解說，我簡單摘要一下，許老師把刑法第 149 條、第 150 條，特別是第 150 條字義上，從主觀、客觀要件，以及立法理由的定性，還有犯罪類型的性質等方面做一個釐清，主要是從基本法益保護概念出發，再引到各個構成要件的解讀。這方面是許教授最拿手的地方，因為他是法益學的專家，什麼法益需要去保護，什麼法益是憲法重視的，他寫得非常清楚，也引用國內、外國實務及學說看法加以剖析。尤其是裡面有提到一則新竹地院的判決，我非常有感，覺得寫得很好，昨天有跟陳院長通電話，陳院長雖然之一一直在民事庭，但她也對新竹地院這個判決特別有感覺。剛才與談人對該判決有些不同意見，我們都能理解，法官可能在時間上沒辦法於個案上再去解釋什麼叫失控，但已經瞭解到抽象危險犯、具體危險犯，以及適性犯必須有所

區別，這部分是現在很夯的議題，就連空氣汙染防制法第 53 條在 107 年的修法時，立法理由也明白使用適性犯的文字與概念。我們都知道抽象危險犯在適用上有可能會產生刑罰浮濫的結果，因為人民只要一有動作馬上成立犯罪，所以有時候就必須加一個法益保護的概念進來作煞車。例如刑法第 150 條的立法理由就是社會秩序的安寧，許教授主講的就是順著「社會安寧的維護」下去看要怎麼解讀，如果引用周遭人或老百姓心裡的恐慌、恐懼這種情緒下去當法益，到底符不符合國家刑罰發動的正當性？大眾的恐懼情緒到底符不合法益保護的正當性，許教授認為這不是一個正當理由，正當理由應該是要從周遭人的安全是否有受到波及，也就是說他是從行為人的行為角度下去判斷；例如我本來不是要揍救他的人，但有人來救，我就一起打下去，他就認為這樣就會成罪，依據行為情節就來判斷。從這裡又推演到三人到底何時存在很重要，要先跟各位報告，待會我們討論是這樣，最高法院某一庭，明天要進行辯論，辯論的意旨就是刑法第 150 條聚眾這兩個字是動詞還是名詞，因為倫理規範有寫，我就有義務跟各位講一下，剛才是講學自由，待會在討論時盡量對明天要辯論的案子，關於聚眾是動詞還是形容詞這個部分，大家可不可以用其他方法帶出來，避免我們在提問直接討論到。這個案子在最高法院非常受到重視，還請三位專家鑑定人來做鑑定。我想動詞跟形容詞各位可以理解，動詞就是我要打架，我去聚眾，形容詞就是我打的時候正好有三個人在場，例如我們三人以上去 KTV 唱歌唱到一半，現在有人進來找碴，雙方才開始打，這就是動詞跟形容詞的區別。這部分我們盡量避開，但可以從其他議題導進來這塊，我認為這是在合理範圍內可以討論。

剛剛有陳法官特別從美國聯邦最高法院的見解，還有大法官的解釋，提出另外的觀點，也就是從法益保護的觀念下去看有沒有明顯立即危險這個概念可以導出來，明顯立即危險就是從攻擊者跟受眾之間的關聯性去看，許老師則是說從行為本身去判斷會不會有加乘、加劇的效果，進而有可能外溢到其他人，

如果其他周邊都沒有人，就不認為有社會安寧的法益保護的問題，陳法官則從明顯立即的危險來去解讀這個關係，也就是行為人跟周邊人是否有這個關係。例如我針對這個特定目的在攻擊時，若看不出來我可能會攻擊到別人時，就要排除刑法第 150 條的適用，但陳法官可能要求更嚴格，我現在左手打下去以後，旁邊如果有人，一定要對旁人的攻擊行為是明顯而有立即危險性的，可能在距離上、空間上，都要非常接近；但報告人許教授說有這個可能性，他會打到別人，行為有外溢的可能性就夠了，就要認定犯罪，所以在成罪的觀點上，陳法官可能比許教授的見解更為嚴謹，目前實務多數見解也是比較嚴謹，就是聚眾的同時要有意圖強暴脅迫的主觀犯意才算，具體的講就是要糾眾打架。例如，一個小朋友首謀被講了一句「胖子」就不爽，開始打電話糾眾，後來下手實施的人已經打了被害人，被告就過去踹被害人兩腳叫他以後不要亂講話，後來就被起訴刑法第 150 條，之後全部傷害都撤回告訴，問題這條還是要判，他就上訴到第三審來，他就一直覺得這樣很冤，他只是都沒事了才過去踹兩腳，對方也沒受傷，問題是他也實施強暴脅迫了。所以這個罪要去怎麼解讀，真的要做綜合的考量。張檢察官從整個立法過程告訴我們到底發生什麼事，我剛剛聽到也有點小驚喜，去年這兩條成罪率高達 9 成，也就是說在這兩條檢方跟院方見解還有包含警察蒐證應該都蠻一致。這種罪將來會越來越多，我就先跟各位稍微綜合、歸納一下剛剛各方的說法，因為可能剛才有人沒有聽清楚。我們大概還有 25 分鐘可以做討論，各位有什麼問題要指教、請教，我們都歡迎。

臺灣彰化地方法院庭長黃齡玉(提問一)：

主持人、教授，還有都很優秀的院檢與談人，大家好，我是彰化地院庭長黃齡玉，在今天的研討會之前我其實很期待，因為我們院檢主辦這場活動的關係，我事前就有收到主講人跟與談人的 PPT，大家對於這個講題都學有專精且

準備充分，我自己也受教很多，因為各位台上都是各方先進，以下我有兩個問題想要就教一下大家，因為剛剛在聽許教授主講時，講到關於第 150 條之前實務上的通說，也是學界一直在批評的，因為之前院方見解，我們會認為第 150 條聚眾的時候是需要有強暴脅迫意圖的，所以就大大限制聚眾犯的成立，這部分學界有很多反對意見，但是我現在有一個問題，基本上我非常肯定許教授還有現在很多學界，包括我們現在很多實務見解慢慢在改變，認為第 150 條並不一定要限制在聚眾的時候就一定要有強暴脅迫意圖，而是以整個行為持續的概念來看，就是在這個整個持續聚眾行為當中，只要中間有產生這樣的意圖，然後產生這樣的行為就構成第 150 條，我的問題是在第 149 條，因為第 149 條在修正之後法條規定是在公共場所或公共得出入場所聚集三人以上意圖為強暴脅迫，想要就教台上的各位，就第 149 條而言，大家的想法認為這個意圖是需要聚集當時就成立，還是由於第 149 條，經過聚眾之後必須受到干擾公務員解散命令三次以上而不解散，這也是一個持續性的行為，這個強暴脅迫的意圖需要在什麼時間成立才能構成第 149 條，這是我的一個問題，第二個問題也想就教一下台上各位，集會遊行法第 29 條就是集會遊行經該主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從，這個部分也有相關刑責的規定，也想就教於台上四位先進，關於聚眾妨害秩序罪第 149 條跟集會遊行法第 29 條的競合關係，大家認為是什麼關係？以上想要請教台上這樣的問題，謝謝。

臺灣大學教授許恒達(主講人)：

謝謝黃庭長的問題，我先針對第一個問題回答，您提到第 149 條的意圖為強暴脅迫在什麼樣的時間成立，我覺得核心論點還是一樣，要先確認第 149 條的犯罪行為屬性是什麼，我個人看法是認為這個條文，他都認為它要有所謂的純正不作為犯，也就是說行為人的犯罪行為是因為不遵守主管機關的解散命令的三次，所以就成了犯罪，基本上我們應該會要求犯罪行為時有主觀的特別意

圖，從這個角度來看，當然就是只要行為人在被主管機關命令解散時，存在的我等一下可能要實行強暴脅迫行為，但我現在不解散，譬如這一個狀態的要求是在不解散，拒絕解散當下存在將要實行強暴脅迫的主觀，而不是一開始就存在的強暴脅迫的聚集犯意，所以在這個情況下，我剛剛跟各位報告過了，他可能在若干的情節下就會跟集會權利發生的抵觸關係，這些人可能本來是要和平的集會、和平的抗議，但因為警察在個案之中的一些，他們可能覺得不禮貌，或者是強勢作為，他開始有一些暴力的行動出現，這時候可能還沒有很精確，可以判斷已經有強暴脅迫的行為，但是似乎將要強暴脅迫，所以警察機關要求他們一定要立刻解散，因為相對應的主管機關的管制作為，讓他們產生了即將可能會實行強暴脅迫的判斷空間，所以這個就存在跟集會遊行權的基本權利保障、需求上的出入。

第二個您提到這個是集會遊行法第 29 條的問題，我的理解是這樣，集會遊行法基本上不區別和平的集會遊行，也不區別非和平，比如你今天主要是不遵守主管機關的命令實行了集會遊行，首謀就要成立犯罪，在這個議題上，如果整個活動本身就是存在和平性質，當然就是只有集會遊行法可以適用，但是如果活動本身已經進展到了所謂的非屬和平性質，這個非屬和平性質就有兩個前後階段，一個是已經開始的實行強暴脅迫，這個強暴脅迫的情況下，當然就會優先適用第 150 條，比較麻煩的是第 149 條，因為就是根本還沒有強暴脅迫，只是存在的強暴脅迫可能的犯意，我覺得如果在這種情況下跟集會遊行法兩個都可能成立的話，當然還是要優先適用刑法第 149 條，這個地方就會連結，萬一如果第 149 條成立，可以反過來用集會遊行法去處罰行為人嗎？第 149 條如果他已經明顯的不成立的時候，的確不排除會回歸到真正和平集會第 29 條這個地方的適用可能性，是不排除，因為它的要件沒有像第 149 條這麼多，包括強暴脅迫，集會遊行法這個地方的確有可能成立，我覺得答案應該可以成立，但是這個條文本本身正當機制有疑慮，主要基本上是針對和平遊行的一種制裁、管

制，當然大法官有一些意見，但是這樣子的一個修法，其實是應該要盡可能去把這條文修掉，以上大概意思，謝謝。

臺灣彰化地方檢察署檢察官張嘉宏(與談人)：

黃庭長您問的問題在 108 卷 95 期的公報第 42 頁，委員有詢問第 149 條跟集遊法規定競合的問題，我在這邊跟庭長報告一下法務部陳明堂次長當時的回答，他說基本上提案機關的立場是刑法第 149 條的修正條文跟集遊法完全沒有任何關係，不會有任何接壤的地方，理由在於第 149 條當初跟警政署、行政院討論時已經特別限縮必須具備主觀要素，一開始就是要意圖為強暴脅迫才會構成，這是次長的說法，另外還說檢察官如果要起訴，必須證明集會自始即有強暴脅迫之意圖，突發性、偶發性不算，警政署黃局長也說就第 149 條而言，集結人去鬥毆打架，有這種目的性才會構成，如果是集遊法表達特定訴求的話不會，至於這中間如果發生暴力事件會怎麼樣呢？可能是第 150 條或妨礙公務的問題。

臺灣彰化地方法院法官陳德池(與談人)：

依照傳統刑法理論對於犯罪故意的解釋，就是行為人為構成要件行為時，主觀上必須具備犯罪故意，刑法第 149 條的構成要件行為是不解散，是純正不作為犯，在不解散時必須要有犯罪故意及意圖，所以不解散時已經聚集三人以上，這樣就夠了，不用在聚集時具有犯罪故意與意圖；至於刑法第 149 條構成要件上的聚集，到底是動詞還是名詞，就會涉及主觀犯意形成的時間點，如果解釋成動詞，就會回到許教授講的複行為犯，聚集之後不解散，當然在聚集的時候就要有犯罪意圖，這又回到我們論談的問題。

最高法院法官侯廷昌(主持人)：

針對刑法第 149 條的部分，我個人比較認同剛剛張檢察官所報告的立法過程的講述，滿有道理的，因為要跟集遊法做一個嚴格的區隔，就必須要有自己的型態才能隔開，所以法條文義構造上如果是意圖強暴脅迫而在公共場所，倒裝一下為「意圖怎麼樣，在公共場所，三次不解散…」，這時候可能許教授這個問題也解決了，許教授剛才的講法又勾起我一件往事，我以前在臺南高分院有辦過一個案子，群眾聚集是真的和平示威，但因為警察把牌子舉起來，群眾認和平陳抗被舉牌太誇張，於是就開始抓狂、丟雞蛋，到最後就被逮捕了。這是一個因果歷程的觀點。

臺灣彰化地方法院庭長葉明松(提問二)：

教授好，我們在討論第 150 條的時候，一定要討論它的保護法益。日本 106 條騷亂罪的保護法益，通說是保護公共秩序安全，避免旁邊的民眾害怕或是被波及，這目前在日本是通說，沒有爭議的。但回到我們刑法 150 條，我們今天開研討會，還在猶豫，要不要保護這種法益，刑法要不要將這種法益保護寫入法條，予以入罪化？其實台灣過去沒有幾個實例啦！現在臺灣才剛踏進這步，法律才剛修正，如果周圍民眾在那邊看到有人施強暴脅迫，心生害怕而跑走，我們會覺得這個法益需要保護嗎？我們需要將之入罪嗎？教授您既然是在德國留學，在德國還有人質疑嗎？德國人對這個法益怎麼說？德國人會肯定的把它入罪嗎？

臺灣大學教授許恒達(主講人)：

德國舊法規定對法益定性寫的相對模糊，他們對法益的定性認為說會影響到周圍不確定、不特定的他人，附帶引起民眾對這個地方安全感的主觀信任，這是德國教科書上寫法基本上是這樣，不過他們在針對法益保障其實有更進一步的討論，第一個面向是他們對人數不是只有三人，他們會要求人數要達到無

從直接辨識，例如這裡要聚集一定的人，這些人多到我無法一眼看出，所以在德國實務的統計上就會變成一般公共場所可能要到十五個人以上才有辦法成立第 125 條的妨害秩序罪，因為我們立法上將人數降到三人，這樣的解釋在實務上有點障礙，畢竟立法上已將十五人降到三人。

第二個討論的爭議是他們將條文甚至包括對整個聚眾效果的支持者都可以算，包括事前非物理性、心理性的支持都可以算，處罰犯罪者包括下手者、首謀者、在場助勢者、非在場助勢者，這個條文實際上排除了刑法總則共犯跟正犯，他們將所有正犯跟共犯在這個地方一併補上，他們的保護法益的確是有部分是連結到這個地方，但他們在要件元素上會有一個進一步的要求，實際上這一個德國法的案例是人數明顯不一樣，那個眾要很多人。

臺灣彰化地方法院院長陳毓秀(提問三)：

請問許教授，報告人論文第 19 頁顯然認為「聚集行為」比較不像是構成要件，是屬於情狀的要素，構成要件主要是在強暴脅迫的這個部分。我想舉一個具體例子，假設甲不管用什麼方法邀集了 50 個人來車聚，他們可能一開始要去去露營，其中一個人碰到其債務人，就發生衝突，假設「聚集」不是一個構成要件，而發生妨礙社會安寧秩序情形，首謀者該如何認定？是具體邀約的人叫首謀，還是實施強暴脅迫喊要打的那個人是首謀？這時候要件怎麼認定就會發生困難。我自己對聚集想法是，一開始不需要有實施強暴脅迫而聚集，但實施強暴脅迫時，有利用該聚集的具體情勢，此主觀犯意能夠認定時，應該就該當所謂的首謀。可能實務上認定會有相當的困難，認為該條不需要聚集行為之構成要件，但首謀怎麼判斷？總不能說一開始邀約的人或後面導火線的人叫做首謀，請許教授多講述一點。

臺灣大學教授許恒達(主講人)：

首謀不是一定要成立，不是每個個案都一定要有首謀，也有沒有首謀的聚眾妨害秩序，如果沒有在一開始確認首謀，我覺得應該說一開始的聚集到開始實行強暴脅迫行為中間的時間，可能是揪團露營，可能是一個月前的事，到今天才聚在一起，早上 8 點聚在一起，遇到債務人是下午 4 點，從早上 8 點到下午 4 點這段時間他們存在聚集要素，只是因為他們在這過程中並沒有任何強暴行為的實行，什麼時候可以開始認定犯罪？就是開始實施強暴脅迫，在實施強暴脅迫的當下，行為人主觀上必須有我要仗著這麼多人的效果來對人實施強暴脅迫，所以什麼時候可以認定這些主觀要件，可能必須在他們開始進行犯罪的強暴脅迫行為的前幾分鐘，例如有人說那是我的債務人，大家幫我對他一起出氣，開始實行強暴脅迫之前的那個時間產生共同去攻擊特定人來攻擊那個人，這時候就會認定強暴脅迫，當下聚眾攻擊被害人的意思，所以我認為判斷應該是犯罪前幾分鐘存在這樣一個共同意思。

第三點是首謀要如何認定？我覺得首謀應該是在攻擊之前的前幾分鐘，這時候是否有個人明顯指定特定的攻擊對象，以及他是否對整個攻擊對象有個顯著的安排，如果有顯著的明顯攻擊對象確認，就會比較傾向於首謀，所以總結來說，如果一群人一開始就存在聚眾妨害秩序的犯意，就會提早認定有這樣的犯意，他們形成犯意的時候其實已經犯罪，形成犯意是一個用來說明接下來犯罪分工時有這個犯意的法益侵害意思的指標，如果一開始沒有形成犯意，在犯罪前幾分鐘的時段，足以讓他們產生共同犯意的話也可以認定。

法務部調部辦事主任檢察官林映姿(提問四)：

一個問題請教許老師，一個問題請教張檢察官，關於張檢察官的部分我就公報再做一點說明。首先許老師的部分在會議資料第 21 頁第一行確實有寫到德國刑法第 125 條，針對構成要件行為是指限於強暴脅迫的各類參與手法，並不包括形成人群的行為，這在 2 月 18 日到最高法院第二庭言詞辯論時在場鑑定

人有提到，德國法對於聚集似乎是採客觀情狀說，想向老師確認一下是否一致，如果他們採客觀情狀說，為何我們實務上去限縮適用的時候會產生問題。第二個剛剛張檢察官提到立法院公報裡面主要有三個委員有意見，段委員應該是針對實務上對於妨害秩序故意的限縮，有無辦法透過這次修法解決；第二周春米委員的疑慮在於原來行政院送立法院的討案時，在第 150 條有個要件，最開頭就是意圖為強暴脅迫，在公共場所或公眾得出入場所聚集三人以上實施強暴脅迫者，周春米委員對於一開始有意圖為強暴脅迫要件很有疑慮，認為這會限縮實務上的適用；第三個委員鍾孔炤委員的疑慮在於集會遊行法這兩條是否都會適用到，他擔心的是集會遊行，後來刪掉第 150 條意圖為強暴脅迫的要件，所以剛剛聽陳法官簡報時，可能我們還沉浸在許老師的第 150 條，有點不太清楚陳法官的簡報是針對第 150 條還是第 149 條來談論言論自由，想請教陳法官第 150 條跟言論自由之間憲法上的關係，是否也能再釐清一下。

臺灣大學教授許恒達(主講人)：

如果從德國法來看，沒有任何文獻把聚集的行為當成構成要件行為，因為當成構成要件行為會變成有兩個犯罪行為的存在，一個要先聚集，而且再為強暴脅迫與參與相同情況，這樣的結構讓法條整個構成要件結構變成非常龐大，類似繼續犯的效果，或至少犯罪聚集過程要存在，這是在法條上沒有太多疑義，因為只要在當下有聚集就好，重點是當下聚集攻擊別人，而不是一直聚集又產生攻擊，一般來講德國法並不要求要有所謂的聚集要件。

臺灣彰化地方法院法官陳德池(與談人)：

我要談的刑法第 149、150 條都會跟憲法的言論自由有非常大關連性，第 149 條的問題是，如果把法益界定成不特定人的人身安全法益的話，那就是一個純正不作為犯，沒有任何行為的識別性，要怎麼證明不解散會影響到其他人的人身安

全，即便他有強暴脅迫意圖，但他沒有任何行為，就是單純不散而已，套句大法官談的，這個沒有任何明顯而立即的危險，雖然釋字 445 號有說集遊法第 29 條合憲，但事過境遷到目前已經 20 幾年，我認為搞不好大法官會有一些不一樣的想法，所以我認為刑法第 149 條跟集遊法第 29 條的合憲性的結論是可以被質疑的，回到剛才的問題，我們會去談精神層次鬥爭的言論自由，跟一般暴力型集會，我剛才談的都是屬於精神層次鬥爭，但因為聚眾、集會過程中擦槍走火，如果行為人一開始就是要犯罪，根本不會在言論自由的討論範圍，就沒有再去談憲法的必要，所以我們談的層次都是涉及精神層次鬥爭，就是對一件事情的看法或評論、觀點，透過集會遊行方式希望獲得認同，如果一開始集會目的就是要打人或傷人，根本是暴力集團，沒有憲法保障的必要，自始不符合言論自由概念，談到刑法第 150 條，剛才的討論都是涉及精神層次鬥爭，回到第二個問題，暴力型集會要不要跟精神層次鬥爭做一樣的解釋，還是回到適性犯的方法處理，詳細的理由 PTT 裡面都有交代，我傾向從著手犯處理就夠了，相關理由裡面都有。

最高法院法官侯廷昌(主持人)：

因為時間關係，下午 1 點半有第二場次，今天時間非常緊湊，上午我們到這裡告一個段落，希望各位都有一個愉快的上午，也都能豐收圓滿，所也獲得很多啟發，非常感謝各位。

司儀：

第一場次到這邊結束，感謝本場次主持人侯法官、主講人許教授，以及兩位與談人陳法官及張檢察官，接下來用餐時間將由工作人員帶領大家至用餐區域用餐休息，休息時間預計到 1 點 25 分，第二場次將從下午 1 點半開始，謝謝大家。