最高法院刑事判決

111年度台上字第4664號

上　訴　人　黃承駿

上列上訴人因妨害秩序案件，不服臺灣高等法院中華民國111年5月25日第二審判決（111年度上訴字第1229號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署110年度少連偵字第43號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件原判決認定上訴人黃承駿有如原判決事實欄所載妨害秩序之犯行，因而維持第一審論處上訴人成年人與少年犯意圖供行使之用而攜帶兇器在公共場所聚集三人以上首謀下手實施強暴罪刑之判決。固非無見。

二、惟查：

㈠刑法第150條第1項聚眾施強暴脅迫罪，係以多數人朝同一目標共同參與之犯罪，屬於必要共犯之聚合犯，並依參與者所參與行為或程度之不同，區分列為首謀、下手實施或在場助勢之行為態樣，而分別予以規範，並異其輕重不等之刑罰。其與一般任意共犯之區別，在於刑法第28條共同正犯之行為人，其間已形成一個犯罪共同體，彼此相互利用，並以其行為互為補充，以完成共同之犯罪目的，故其所實行之行為，非僅就自己實行之行為負其責任，並於犯意聯絡之範圍內，對於其他共同正犯所實行之行為，亦應共同負責；而聚眾施強暴脅迫罪之參與者，係在同一罪名中各自擔當不同角色，並依行為態樣不同而各負相異刑責，即各行為人在犯同一罪名之合同平行性意思下，尚須另具首謀、下手實施或在場助勢之特別意思。是應認首謀、下手實施或在場助勢之人，本

身即具獨自不法內涵，而僅對自己實行之行為各自負責，不能再將他人不同內涵之行為視為自己之行為，亦即本罪之不法基礎在於對聚眾之參與者，無論首謀、下手實施及在場助勢之人之行為，均應視為實現本罪之正犯行為。故各參與行為態樣不同之犯罪行為人間，即不能適用刑法總則共犯之規定，當亦無適用刑法第28條共同正犯之餘地。原判決既認定上訴人係聚眾施強暴脅迫之首謀者，則與其他下手實施之王修賢及在場助勢之楊仕新、曾宇昊、郭子揚等人（下稱王修賢等人）即不能適用刑法總則共犯之規定。乃原判決雖援引前述意旨，復謂上訴人與王修賢等人間，具犯意聯絡與行為分擔，應論以共同正犯等語（見原判決第5頁），自有判決理由矛盾及適用法則不當之違法。

㈡兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段所設成年人與兒童及少年共同實施犯罪，加重其刑至二分之一之規定，係以共同實施者之年齡作為加重刑罰之要件，固不以該成年人明知共同實施者為兒童及少年為必要，惟須有預見，且與之共同實施犯罪並不違背其本意，始足當之。原判決認定上訴人於民國110年2月4日晚間9時許，邀集王修賢等人及行為時為12歲以上未滿18歲之少年邱○○、吳○○（下稱吳○○2人，人別資料均詳卷）前往本件案發停車場聚眾尋釁，由上訴人、王修賢分持木棒毆打被害人吳○○（人別資料詳卷），吳○○2人則在場助勢，而論以上訴人成年人與少年犯意圖供行使之用而攜帶兇器在公共場所聚集三人以上首謀下手實施強暴罪，理由雖援引吳○○2人之證述，及其等與上訴人同稱：其等於衝突結束後即離開現場，返回新竹市受天宮等語，認上訴人與吳○○2人素有交誼，非於衝突時偶然遇見，並佐以吳○○2人於行為時僅分別年滿15歲及16歲，甫自國中畢業未久，上訴人觀望面容即可輕易知悉吳○○2人為少年，故應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑（見原判決第3、4、6頁）。惟查，上訴人於偵查、原審審理中始終供稱其不認識吳○○2人，

亦不知何人聯絡吳○○2人到場，也沒注意到吳○○2人在衝突現場等情（見偵查卷第99頁、第135頁反面，原審卷第158、159頁），吳○○2人於警詢時亦一致陳稱其2人在街上吃東西，見到一群人騎機車往衝突地點，其2人一時好奇就跟著去看發生何事等語（見偵查卷第20頁反面、第22頁反面），均未明確陳述其2人與上訴人互相認識、素有交誼之情，則上訴人供稱其不認識吳○○2人，亦不知何人聯絡吳○○2人前往現場等語，似非全然無據，尚難徒憑上訴人及吳○○2人於衝突結束後，各自返回新竹市受天宮之舉動，遽認上訴人與吳○○2人素有交誼，且其行為時主觀上可得而知吳○○2人為少年，容嫌速斷，自難昭折服。又刑法第150條第1項聚眾施強暴脅迫罪，係在多數人群聚合下各自擔當不同角色犯罪，其人數往往無法立即辨明，時有增減，且各參與者彼此未必認識，亦不以互有商議同謀為必要。據吳○○陳稱本件案發當時很混亂、很黑等情（見偵查卷第119頁），參以原判決認定上訴人下手毆打吳○○，吳○○2人僅在場助勢，則上訴人於行為時能否對少年吳○○2人在場助勢一節明知或預見而不違背其本意？尚非無疑，此攸關是否具有刑法分則加重事由之重要事項，猶有進一步再加以究明釐清之必要，原判決此部分未說明所憑及理由，逕依上開規定加重其刑，洵有欠備，併有調查未盡之瑕疵。

三、以上，為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，因原判決上述違法情形，已然影響於事實之確定，本院無從據以自為裁判，應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　30　　日

刑事第八庭審判長法　官　何菁莪

法　官　朱瑞娟

法　官　劉興浪

法　官　黃潔茹

法　官　何信慶

本件正本證明與原本無異

書記官　王毓嫻

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　6　　日