

台北市立建國高級中學
第三屆人文及社會科學專題研究成果發表

指導老師：張惠倩老師

論我國現行刑法眾鬥毆罪之法律性質

學生：廖權修 撰

中華民國九十七年六月

目 次

壹、緒論

一、問題的提出	2
二、研究目的	2
三、研究方法	2
四、名詞解釋	3

貳、聚眾鬥毆罪之構成要件

一、刑法聚眾鬥毆罪之構成要件設計	3
(一)客觀要件	3
(二)主觀要件	5
二、法律性質之爭議	5

參、學說之論證與檢討

一、刑法法益保護之階段目標與設計	6
二、創設獨立危險構成要件之理由	7
三、危險犯之類型	7
四、對於抽象危險擴張可罰性之批評	10
五、對於擴張可罰性之立法設計	11

肆、我國法制之評釋與修法芻議試擬

一、聚眾鬥毆罪之法律性質	13
二、聚眾鬥毆罪與傷害罪之關係	14
三、聚眾鬥毆罪後段再檢討	15
四、立法修正建議	15
(一)比較法之研究—以德國刑法第二二七條為例	15
(二)我國聚眾鬥毆罪修正條文試擬與說明	16

伍、結論

參考文獻

壹、緒論

一、問題的提出

在日常生活中，常可在新聞報導看見幫派份子的廝殺火拼，或是青少年逞兇鬥狠…等有關多數人聚集鬥毆、打群架之情事。此類行為也常導致多人的死傷悲劇。對於致人死亡、重傷的聚眾鬥毆行為，在理論上，雖然可以依照參與鬥毆者之犯意，及鬥毆行為所產生的結果，依據傷害罪章各條適當條款進行判定與處斷。但是有疑問的是，在刑事追訴實務上，受害者死傷結果之確認與判定，對於此結果究竟是否屬某一特定參與鬥毆者所為？又或者是某特定之多數人共同為之？調查上常有困難重重之感。換言之，參與鬥毆者之鬥毆行為程度，以及各鬥毆行為與被害人死亡、重傷結果之間的因果關係與客觀歸責，無法逐一的、個別的認定；面對此等情狀，則難以運用傷害罪各條款加以論罪科刑。因此，對於聚眾鬥毆此一具有致生危險可能的行為，刑法有制定規範之必要，是創設刑法第二百八十三條聚眾鬥毆罪。

聚眾犯在我國刑法學研究仍屬一處女地，法界對於聚眾犯之法律性質見解不一，已有數十年之久。九〇年代以後，社會風氣丕變，危險犯類型之犯罪大增，學界多人對聚眾鬥毆罪提出多種高見¹，惜立法上尚未配合修正，未來如何修正，尚不得而知，此有待吾人持續觀察之。

刑事學研究中，刑法學即研究刑事實體法，係刑事法學研究中最發達的領域，以刑法論理為其核心。所謂刑法論理（Strafrechtsdogmatik）乃指將現行刑事實體法的規定當成一個完整的法律規範單元，作為研究客體，以探討刑法內容及其系統結構。²刑法第二八三條「聚眾鬥毆罪」係危險犯概念中最為典型之例子，是故本文嘗試透過刑法論理，針對聚眾鬥毆罪之法律性質進行探討。

二、研究目的

本文之研究目的包含下列三點：

- （一）釐清聚眾鬥毆罪之法律性質與概念。
- （二）分析現行刑法聚眾犯構成要件之立法意旨與目的。
- （三）探尋未來可供修法參酌與理論修正之處。

進而透過上述面向，尋求刑法第二八三條「聚眾鬥毆罪」之最適解釋方向。

三、研究方法

本研究採文獻研究法(Literature Survey Method)，擬就書籍、論文、期刊進

¹ 學界說法如林山田教授、黃常仁教授、林東茂教授均主張後段應予以刪除。

² 林山田(2005)。刑法通論。40頁。

行蒐集、整理、歸納、分析，並以理論評釋為研究依據。由於我國係大陸法系國家，故引用之資料以我國學界及德國學者見解引述為主，不及於英美法之資料。

四、名詞解釋

以下針對本文出現之法律名詞簡釋如下：

(一) **法律性質**係指構成要件的犯罪類型。

(二) **必要共犯**係指某一不法構成要件之實施，概念上必要二人以上參與者，始足當之。

(三) **共同正犯**之規定於現行刑法第二十八條：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」指行為至少須二人以上且以共同意思聯絡與共同行為分擔的方式參與犯罪者。

(四) **結果犯**為構成要件的該當，除行為外，必須發生不法構成要件所預定的結果。

(五) **行為犯**係行為人只單純具備構成要件所描述的犯罪事實，不需任何結果發生，就成立犯罪。不以實害為之發生為必要，只要有特定行為方式出現，構成要件即已該當。

(六) **實害犯**指行為對於不法構成要件所要保護的客體造成實害的結果，始能既遂的犯罪。

(七) **危險犯**係行為對不法構成要件所要保護的客體造成危險結果即成立犯罪者。

貳、聚眾鬥毆罪之構成要件

一、刑法聚眾鬥毆罪之構成要件設計

現行刑法第二百八十三條規定：「聚眾鬥毆致人於死或重傷者，在場助勢而非出於正當防衛之人，處三年以下有期徒刑。下手實施者，仍依傷害各條之規定處斷。」上述構成要件分主觀要件與客觀要件兩部分探討之。

(一)客觀要件

1.聚眾鬥毆

根據我國第六百二十一號判例認為：所謂「聚眾鬥毆」，係指參與鬥毆之多數人，有隨時可以增加者之情況者而言。嘗若雙方械鬥時，其參與鬥毆之人均係事前約定，並無隨時可以增加之狀況，自與聚眾鬥毆之情形不合。³惟學說上認

³ 判例上字第 621 號：「刑法第二百八十三條所謂聚眾鬥毆，係指參與鬥毆之多數人，有隨時可以增加之狀況者而言。上訴人等與被告等雙方械鬥時，其參與鬥毆之人均係事前約定，並無隨時

為聚眾鬥毆者，係指多數人打群架之群毆行為，只要多數人參與群毆，即有可能成立本罪。至於參與人數是否有隨時增加之狀況，或參與者是否事先約定，均與本罪之成立無關。上述判例卻認為本罪所謂聚眾鬥毆，係指參鬥毆之多數人有隨時可以增加之狀況者而言，顯已超出文義之範圍，對於本罪之適用造成不當之限制⁴。

不論採取上述何種見解，「聚眾鬥毆罪」均係「必要共犯」之性質，因此學說有認為適用本條之行為人不必引用刑法第二十八條之條文。⁵惟依判例第二三三號之見解⁶，必要共犯仍適用刑法第二十八條。

2.行為手段－在場助勢或下手實施傷害

(1)在場助勢

所謂在場助勢，乃於聚眾鬥毆時，在旁助長聲勢而言。其為口頭鼓動與否，均非所問。在場助勢係典型危險行為，行為人只須有在場助勢之行為，即為已足，其是否有助於聚眾鬥毆之實施，對於本罪之成立，並無影響。又助勢之對象，不論為聚眾鬥毆之一方或雙方，必須是聚眾之不特定人或不特定犯罪；如為共犯中之特定行為人或特定犯罪助勢者，則仍應依照從犯之規定處罰。

在場助勢非出於正當防衛者，才具有可罰性。蓋其所助勢之一方，如係出於正當防衛而下手實施傷害，既可阻卻違法而不罰，自無單獨處罰在場助勢者之理。因此，須鬥毆者非出於正當防衛時，其在場助勢者，始能依本條規定處斷。

(2)下手實施傷害

即謂參與鬥毆之人下手實施傷害之行為。只要證明何人下手傷害，不須證明被害人之受重傷或死亡與行為人之下手傷害具有因果關係。蓋本罪之立法目的，即是為了避免因果關係證明之困難而設。

「仍依傷害各條之規定處斷」係指若參與鬥毆之人有人死亡，則依傷害致死之「法定刑」處斷；有人受重傷則依傷害致重傷「法定刑」處斷。亦即指法定刑之準用，並非論以傷害致死罪或傷害致重傷罪。惟有學者認為「仍依傷害各條之

可以增加之狀況，自與聚眾鬥毆之情形不合。」

⁴ 林山田，《刑法各論上》，121 頁。

⁵ 刑法第二十八條：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」

⁶ 判例台非字第 233 號：「共犯在學理上，有「任意共犯」與「必要共犯」之分，前者指一般原得由一人單獨完成犯罪而由二人以上共同實施之情形，當然有刑法總則共犯規定之適用；後者係指須有二人以上之參與實施始能成立之犯罪而言。且「必要共犯」依犯罪之性質，尚可分為「聚合犯」與「對向犯」，其二人以上朝同一目標共同參與犯罪之實施者，謂之「聚合犯」，如刑法分則之公然聚眾施強暴、脅迫罪、參與犯罪結社罪、輪姦罪等是，因其本質上即屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰之規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法總則共犯之規定外，其餘均應引用刑法第二十八條共同正犯之規定。而「對向犯」則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰之明文，當亦無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。」

規定處斷」，係指一具體情形直接論以傷害罪章之罪名，因本罪之設立，旨在處罰在聚眾鬥毆之現場助勢之人，因此本罪之罪名，應稱為「聚眾鬥毆在場助勢罪」；亦即下手實施傷害者並非本條所規範之類型。⁷另學說上有謂「下手實施傷害」為本條之敗筆，為何僅限於傷害不含殺人或過失致死，故本條後段應刪除，並且對於參與鬥毆之人應規定獨立之法定刑。⁸

3. 致人於死或重傷

此要素為「構成要件要素」或「客觀處罰條件」，則有爭議，國內傳統見解認為此要素係行為結果之構成要件要素，惟如此解釋則與本罪之立法目的不符，故德國通說認為此要素為客觀處罰條件，不須證明行為手段與此要素間的因果關係，且行為人主觀上亦不須認識被害人死亡或重傷結果之發生。因此本罪並非實害犯而係危險犯，學說上認為應為抽象危險犯。

亦有學者認為本罪之「致死或致重傷」，雖為聚眾鬥毆者下手實施傷害之結果；惟就在場助勢者而言，此項「致死或致重傷」之結果，並非在場助勢行為所造成，且在場助勢之人，並未下手實施傷害行為，亦無發生「致死或致重傷」結果之可能，在性質上，應判定其為在場助勢行為之客觀處罰條件。⁹應注意的是，致人於死或重傷可否包括發生於參與鬥毆者以外之人，學說上有採肯定之見解者，此時行為人則成立本罪與過失致死(重傷)之想像競合犯¹⁰。

(二) 主觀要件

本罪之故意，必須有聚眾鬥毆在場助勢或下手實施傷害之事實的認識，但不包括認識死亡或重傷之事實，因「致人於死或致重傷」之要素，並非構成要件要素，而係客觀處罰條件。

實務上有謂，本罪係指聚眾鬥毆之人死亡、重傷而無殺人之意思者而言。如果聚眾前往之時，已經具有殺人之直接故意或間接故意，則其行為不只鬥毆，非聚眾鬥毆罪所規範。學說上亦認為如行為人對於死亡、重傷結果係出於殺人或重傷之故意，除成立殺人罪或重傷致死罪外，另成立聚眾鬥毆罪，二罪之間應屬想像競合犯之關係。

二、法律性質之爭議

⁷ 甘添貴教授，《體系刑法各論第一卷》，127 頁。

⁸ 黃常仁教授、林東茂教授均持此說法。

⁹ 相關論述請參本文第三章。

¹⁰ 想像競合之規定於刑法第五十五條：「一行為觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名鎖定最輕本型以下之刑。」指行為人以單一犯意為一行為，侵害數法益，構成數罪名，但裁判上從一重處斷。

自聚眾鬥毆罪納入我國刑法體系以來，施行迄今，在實務上運用「聚眾鬥毆罪」論罪科刑的情況是少之又少。究明其因，問題有二：其一係聚眾鬥毆之下手實施傷害者，將依據傷害各條規定處斷，則刑法第二百八十三條之規定顯屬多餘；且在場助勢者甚至亦可依照幫助犯之規定，予以適用同罪處理之。其二為「由於下手實施者，可依各種傷害罪之規定處罰，因之，歷次刑法均使聚眾鬥毆適用於未下手實施者。」¹¹換言之，聚眾鬥毆下手實施傷害已完全可由傷害各條之規定所取代；則第二百八十三條所剩僅存對在場助勢者之獨立處罰規定而已。如此而言，似乎刑法第二百八十三條已經視同冗條之罪了。

但是我國學界對於「聚眾鬥毆罪」則有其他不同看法；即是本罪之行為主體包括「下手實施者」與「在場助勢者」；其次，如為「下手實施者」係成立本罪，但法定刑卻是以傷害罪各條之法定刑作為處斷依據。此等解釋在邏輯認知上或可成立；但有疑問的是：究竟如何選擇傷害各條之規定？若選擇第二百七十七條第二項或第二百七十八條第二項，甚或第二百七十八條第一項，則我們是否可謂「聚眾鬥毆罪」乃各傷害罪之複合體？

事實上，「聚眾鬥毆罪」有其獨立規範目的，亦即有別於傷害罪各條規定，甚至於可謂：當聚眾鬥毆致人於死或重傷，而無法以傷害罪各條予以論罪科刑時，則「聚眾鬥毆罪」即可適時介入而發揮其補充規範之作用。誠然，立法者在立法當時似乎僅考慮到，若無法證明在場助勢者有無下手，則難援用「共同正犯」加以處罰。能證明下手實施者，則依傷害各罪處斷；而不能證明下手實施之在場助勢者，則一律應科處以三年以下有期徒刑。但立法者似乎並未考慮到，在聚眾鬥毆狀況下，難證明的是致死或致重傷者，究竟是由誰下手實施的？如雙方皆有重傷、死亡之情況，或是死者與重傷者皆受害於兩造兵荒馬亂之際，甚至受害者亦同時為下手實施者，如此則無法援用「共同正犯」之概念適用處罰。

法律規範的目的，究係何在？當出現漏洞或仍具可解釋之空間時，得透過刑法學研究中的論理解釋，找出客觀規範目的所在。因此如欲真正瞭解「聚眾鬥毆罪」之規範目的，必須先探討本罪究竟具備何種法律性質。

參、學說之論證與檢討

一、刑法法益保護之階段目標與設計

刑罰是國家最嚴厲的制裁手段，擁有最強大的懲罰力量，同時也具備顯著的威嚇效果。過去刑罰原則上處罰對象是已經造成法益受到實害的不法行為，所以刑法的規範主軸仍多圍繞在實害犯的範疇。不過隨著社會風氣的不變，僅僅處罰那些已經致生法益實害的不法行為，似乎難以完全保護法益。因此，立法者將規範對象提前擴展至未發生實害的行為，如預備、未遂…等。

立法者甚至進一步創設獨立的刑法構成要件，不待實害發生，即予以處罰，

¹¹ 參閱蔡墩銘教授，刑法各論，83頁。甘添貴教授，體系刑法各論(第一卷)，127頁。

如前所提及的預備犯與危險犯即為此類「可罰性擴張的獨立犯罪類型」。此種類型的規範目的不同於結果犯之「結果非價」(Erfolgsunwert)，規範重點在「行為非價」(Handlungsunwert)。因此類可罰性擴張的犯罪類型其行為本身已有高度危險性，故立法者對此種行為規範係將法益保護的時程給提前設置，不待重大實害發生，否則對法益產生侵害時已不遑矣！此立法者對危險犯構成要件設計的核心思想所在。

二、創設獨立危險構成要件之理由

創設獨立的刑法構成要件的根本目的在更周延地保護法益。引用 Herzog 的話：「危險刑法不再耐心等待社會損害結果的出現，而是著重在行為的非價值判斷上，以制裁手段恫嚇、震懾帶有社會風險的行為」。此種提前一步、不待實害發生的規範，可以說對於現代科技、經濟高度發展的社會有更完善規範的空間。此類獨立構成要件設立的理由有下列幾點：

(一) 實害犯的處罰在設計上對於未遂犯的處罰，未有特別規定者，無處罰之可能。即未遂犯並非一種獨立的構成要件，所以法益的保護也未臻周延。再者，故意的實害犯中，如果因為僥倖的偶然因素(如被害人遇救)，而未發生實害結果，尚可依未遂犯之規定處罰行為人。在過失的實害犯(如過失致人於死)，若由於僥倖的偶然因素，而未發生實害結果，則無法依過失致死未遂之規定處罰行為人，因為過失犯不可能有未遂。

(二) 有些行為是否造成法益受到侵害，很難在構成要件上清楚陳述，也可能造成個案發生後，刑事追訴實務上的認定困難，立法者也因而不限於實害發生此一要求，而提前規範危險行為。此危險行為係經由經驗法則反覆實施後，認定有高度可能性引起立法者所欲保護法益的實害。在構成要件中，對於法益的實際侵害已非必要，規範重點已經推至危險行為，因為危險行為本身就被認定有危險性。

再者，實務上儘管有些侵害結果已經出現，但是對於結果與行為人之間的關係卻是難以證明。如本文所討論的「聚眾鬥毆罪」，倘若群毆混戰激烈，致人死亡、重傷，對於各參與者即死亡、重傷之間的因果關係有判斷困難，所以只好在立法上推定，參與鬥毆者對死亡、重傷結果有責任。從上面敘述可以了解，立法者嘗試將「在場助勢」與下手鬥毆者視為危險犯，因此死亡、重傷的實現與行為人主觀意識、意欲無關。

三、危險犯之類型

危險犯與實害犯是對立的概念。實害犯對於法律所保護的客體，造成現實上

的侵害；危險犯則只是對於行為客體或法益引起的危險狀態（或有可能引起危險狀態）。危險犯主要可以分為兩種類型，即具體危險犯與抽象危險犯，分別說明如下：

（一）具體危險犯

具體危險犯是指將危險狀態做為構成要件要素而規定於刑法條文之中，法官必須就具體案情，逐一審酌判斷，而認定構成要件所保護的行為客體果真存有具體危險時，始能成立犯罪的危險犯。¹²此類以危險狀態做為構成要件要素的條文有：第一百七十四條及第一百七十五條…等。¹³具體危險犯是結果犯；我國刑法第三百零五條的恐嚇罪規定：「以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全者，處二年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」並非一切的恐嚇行為都會成立第三百零五條的恐嚇罪。恐嚇行為必須「致生危害於安全」，犯罪才會成立。「致生危害於安全」是構成要件要素，「致生危害於安全」是指被害人已經感受到生命、身體等等的危險。被害人心理上的不安是犯罪人造成的結果。這種危險結果是否出現，必須就個案的所有因素，全加斟酌。恐嚇者與被恐嚇者之間的實力關係，恐嚇者的語氣，被恐嚇者的性格等等，都可能影響單純恐嚇罪是否成立的判斷。

（二）抽象危險犯

對於具體危險犯，我們可以從正面的觀點去描述，認為是在個案上，已經對行為客體引起危險狀態的犯罪。但是對於抽象危險犯，我們通常只能從反面的觀點去描述，即「行為可能既未引起實害，亦未引起法益的具體危險」或者「法益的實害與具體危險，均非構成要件要素」。抽象危險犯即是立法者透過經驗的觀察，認定某一特定類型的行為具有高度危險，被立法者認定為「對法益具有危險」，如此的立法方式，企圖對法益達成「前置性」的保護。行為只要符合不法構成要件所描述的事實，即可認定具有抽象危險，無待法官就具體案情作認定。

在此為了解釋抽象危險犯的法概念，以我國刑法第一百七十三條第一項的放火罪作為例子。¹⁴以韓忠謨教授的話來解釋：「一有放火行為，當然可認為發生公共危險（抽象的危險），犯罪即因之成立，至其具體危險情形如何，無再探究之必要。」

普通刑法中的抽象危險犯，數量少於實害犯與具體危險犯；但是附屬刑法與特別刑法中的抽象危險犯，則數量相當多。特別刑法中，例如，肅清煙毒條例、槍砲彈藥刀械管制條例當中所規定者，大多為抽象危險犯。附屬刑法中，例如，

¹² 林山田，《刑法通論》，264 頁。

¹³ 第一百七十四條與第一百七十五條的「致生公共危險」。

¹⁴ 第一百七十三條規定：「放火燒燬現供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。」

破產法中（第一百五十二條至一百五十九條）的破產刑法，有為數甚多的抽象危險犯；水污染防治法第三十四、三十五條為抽象危險犯；證券交易法、銀行法、食品衛生管理法當中都有為數不少的抽象危險犯。觀察國內近一、二十年來的附屬刑法的發展趨勢，可以發現，抽象危險犯是立法者用來保護某種制度或機能的主要手段。

如前所述，抽象危險犯的建構，是立法者將刑法防衛線的向前推移。抽象危險犯罪中，行為客體到底有沒有處於一個危險狀態，不具有決定構成要件該不該當的意義，而只是立法者之所以立法禁止該行為的動機。換言之，立法者著眼於行為的危險性，基於「強化刑法是一部行為規範」的目的，從預防法益侵害的角度來建立其可罰性的基礎。

抽象危險犯與單純的行為犯在理論上都可能有未遂犯。行為犯可能出現未遂的情形有兩種：其一是當行為並非在著手之時就能既遂，而必須有一段時間的經過的情況。其二是行為人誤認構成要件要素，而形成不能未遂。

由於抽象危險犯與行為犯在本質上甚為相同¹⁵，因此，抽象危險犯之有未遂，與行為犯之有未遂，其理由是相同的。我國刑法上，雖有處罰抽象危險犯的未遂，但其例甚少。可以舉出的例子，大概就是刑法第一百七十三條、第一百七十四條的放火罪，但是，第一百七十四條第二項的具體危險犯，則不罰未遂。德國刑法上的放火罪（德刑第三百零六條），被一致認為是抽象危險犯，可是並無未遂犯的處罰規定。似乎德國的立法者有意把燒毀的程度，當做是法官刑罰裁量上的問題。我國的立法者，則依照刑事上的放火行為的結果，硬是把實質上的抽象危險犯，區分為既遂與未遂。

處罰抽象危險犯的主要有兩個理由。其一是抽象危險犯對於被保護的法益，具有一般的危險性；其二是特定的行為被推測具有抽象的危險。

第一種說法，對於抽象危險犯所注重者，不是個別行為的危險結果，而是各個行為種類的一般危險性。因為某種行為方式帶有典型危險性，所以被犯罪化的說法，是德國的通說。茲舉三位有代表性的德國刑法學家的看法，略述如下：第一位學者 Jakobs 認為，抽象危險犯的刑罰理由是，特定行為方式或帶有特定結果的行為，含有超離個案的一般危險性。第二位學者 Jescheck 認為，抽象危險犯是具體危險犯的前階，抽象危險犯的「應刑罰性」，從其行為對於特定法益的一般危險性，即已表徵出來。危險結果的發生，並不屬於構成要件，因為有關的行為，足以典型地引起具體危險。第三位學者 Roxin 認為，抽象危險犯是指，對於有典型危險的行為本身，即以刑罰對付，不需要具體個案上有危險結果的出現。預防具體危險與實害，只是立法上的動機，即使沒有具體危險與實害，也無礙構成要件的實現。¹⁶

第二種說法，認為特定的行為被推測（或假定）有抽象的危險，是比較早期的看法。持這種看法的人，對於抽象危險犯的刑罰理由，多抱質疑態度，也多主

¹⁵ 在刑法上所評價的是行為方式的本身而非結果。

¹⁶ 林東茂教授，《危險犯的法律性質》。

張在個案上可以反證推翻危險的不存在。依照這個看法，一個行為在個案上，既不引起具體危險，也不引起實害，這個行為之所以被處罰，只是基於立法上推測（或假定）其有危險。在法解釋學上，不應接受這種危險的推定，而且一個行為只是單純的違反法律上的要求（命令）與禁止，或用 Binding 的話說：「在具體個案上，不對法益帶來任何作用的「單純不服從」的行為，不應用刑罰手段去對付。」持此說法的現代德國刑法學者，為數較少。以 Arthur Kaufmann 的看法做例子，其說法：「抽象危險犯被認為，是帶有一般危險性的行為，用刑罰加以對付。這個一般危險性，是行為不法的關鍵，此一危險性，乃相關行為的可罰性（或其提高）的基礎。但是，由於此一危險並非構成要件要素，而只是立法者未說出的動機，因之，即使法律所推測的危險，在個案上並未出現，犯罪仍被認為成立。其結果是，就算行為人自信其行為根本不危險，對行為人仍是毫無助益。就此一點，行為人的罪責是被無可反駁地推定甚。例如，放火罪通常被認為，不需要對於人命危險的認識；因此，當行為人放火時已經確知，建築物當中沒有任何人，行為人仍然受故意放火罪的處罰。這是很顯然的違反罪責原則。由於就放火罪而言，毀損物件並非不法要素的關鍵，人命的危險才是關鍵，因此，依照不法與罪責相當的原則，放火罪的故意，應當也要包括對於人命的危險。」

四、對於抽象危險擴張可罰性之批評

（一）與除罪化趨勢相衝突

除罪化是現代刑事政策的重要趨勢。¹⁷除罪化運動的基本思想，是不願見刑罰之劍的遲鈍。因為立法者是決定犯罪發生數的關鍵，太多的刑法規定，相對的就可能出現過多的犯罪人，追訴、審判以及判決後的刑罰執行，品質可能都將大為低落。

除罪化運動，思索的就是刑法領域中（包括附屬刑法），是否有多餘的、陳舊的規定應予排除。一般被認為最應從刑法領域廢除的規定，是「無被害者的犯罪」。典型的例子是德國一九六九年的刑法修正案，刪除不少有關性犯罪的規定，例如：十八歲以上的同性戀不再受到處罰。此外，輕微犯罪也是除罪化的對象。例如一九七五年一月一日生效的德國刑法修正案，把原來規定在普通刑法的普通違警罪全數刪除；有的是刪除後無替代規定，有些是變更構成要件植入秩序違反法，有的則是在普通刑法中重新規定為輕罪（如德國刑法第二百四十八條 a，將輕微的竊盜、侵占，規定為告訴乃論）。

而抽象危險犯則是為了保護這些新創的（超個人）法益，立法者對於某些行為方式本身，就加以犯罪化，根本不管事實上是否有行為客體，也不管此一行為方式是否真會帶來危險；抽象危險犯也因而被認為，與除罪化運動相矛盾。

¹⁷ 此為刑事政策上的共識。

（二）違反刑法的最後手段性

社會秩序的建立，並非只有依賴法律，道德與風俗，甚或藝術都扮演相當重要的角色。依賴法律所建立的社會秩序，或許可稱之為「法秩序」。即法秩序當中，刑法只是一部分。刑罰是最嚴厲的國家制裁手段，用刑法介入社會問題的解決，應該是萬不得已的考慮。亦即如果有其他非刑法上的手段可以運用如：行政制裁或民事上的請求權，而且以之解決社會問題，效果大致相同，那麼，刑法的手段應該不要使用。刑法是社會政策的最後手段（ultima ratio），刑法對於法益的保護，只是居於次要的地位，或者只是輔助的工具。刑法不能介入太多社會問題的解決，因為刑法本來就有它的「不完整性」，刑法本來就是有漏洞的。抽象危險構成要件的運用，常常是爲了要儘可能及早地保護法益，所以刑罰的防衛線被過分擴張。此外，立法技術上如果可能使用具體危險犯，就不應爲了避免立法設計上的困難，而排斥不用。所以運用抽象危險犯被認爲有可能違反刑法的最後手段原則，也有可能因之形成「嫌疑刑法」，也就是不必詳細評價一個行爲，只就行爲方式的表象評價，即可入罪。

（三）可能違反罪責原則

罪責原則源自法治國家原則，功能在於防止國家權力不恰當的涉入私人權利的範圍。罪責原則可以分成兩個部份，其一是，無罪責（或責任）即無刑罰；其二是，刑罰不得逾越罪責範圍。罪責的概念究竟是什麼，非常不易說明。依 Zipf 的看法，罪責此一現象，雖然可以從多方面來考察，但近來的許多學者的看法是罪責有三個明顯不同的面向。一個是，罪責乃是構成全部刑法的基礎；其次爲罪責是對於個人行爲加以非難的必要因素的總體（刑法解釋學上的罪責，也就是，把罪責當作犯罪理論體系上的第三個評價階段）；再者，罪責乃法律破壞的程度及不法行爲的可非難性（刑罰裁量上的罪責）。刑事政策上最重要的是有一個理念的罪責。抽象危險構成要件當作刑事立法上的手段，被認爲有違罪責原則，應該是指這種手段的運用，無法兼顧理念上的罪責。最明顯的例子，就是對於放火罪的處罰，這在前文已有提及。茲借用 Schröder 的話，再說明一次。「立法者憑藉一般的生活經驗，認定某些情狀本身必有危險隨之，但是，這種經驗的依據，在有些時候是靠不住的。」例如：放火者知居住者出遊，放火燒房子（假設沒有隔鄰，仍然要依放火罪處罰。也就是，行爲人要爲現實上並沒有出現的危險而負責）。

五、對於擴張可罰性之立法設計

運用抽象危險犯的概念，很可能發生可罰性過度擴張的現象。刑法解釋學上，所提出來的節制抽象危險犯的可罰性的看法，本質上都是基於「目的限縮」

¹⁸。但是，這些看法都不能圓滿解決抽象危險犯的可罰性。因此，比較穩妥的解決方法，只有求之於立法上的安排。

（一）設計迷你條款排除輕微不法

在德國文獻上屢屢提到，如果一個行為對於構成要件所保護的客體（例如放火罪當中的居家者），絕無出現危險的可能，抽象危險犯的可罰性，應加以排除。學者的意見，在一九八〇年，德國普通刑法中增列環境犯罪一章時，被立法者考慮到了，例如第三百二十六條第五項規定：「如廢棄垃圾之行為，由於數量稀少，顯然對於環境無害，尤其是人體、水域、空氣、地表，有益之動物或植物，行為不受處罰」。經由此一立法上的設計，實現抽象危險構成要件的行為，就不致於一律受處罰。

對於此項「迷你條款」(Minimalklausel)，有人認為沒有實務上的意義。因為，對於甚輕微的不法，可以在追訴上，運用微罪不舉（參閱我刑訴法第二百五十三條）的規定，使此一不法行為無需進入審判程序。但這樣的看法，恐怕並不周延。因為，對於輕微不法的解決對策，應當不是只有在司法實務的層面上去尋找，在立法的層面上（包括實體與程序法），應當可以有更根本的解決。

（二）運用客觀處罰條件限制可罰性

依照德國的通說，客觀處罰條件是與行為直接有關的情狀，但是，既不屬於不法構成要件，也不屬於罪責範疇。這個與法定構成要件無關的犯罪要素，不受故意或過失所影響。行為人對於客觀處罰條件如果發生錯誤，仍然成立故意犯罪。任何人的行為，假如欠缺客觀處罰條件，就不受處罰。換言之，客觀處罰條件是可罰性的要件之一，這與個人的刑罰解除事由（如中止犯）或個人的刑罰阻卻事由或訴訟障礙（如告訴乃論之罪未經告訴），均有所不同。

真正的客觀處罰條件，是純粹的刑罰限制事由。立法者對於某些已經具備不法與罪責的行為，顧慮到國家刑罰手段的比例原則，在特殊的情狀沒有出現時，例外地否定此一行為的刑罰必要性。這種特殊的情狀，就是客觀處罰條件。

我國刑法第二百八十三條前段規定：「聚眾鬥毆，致人於死或重傷者，在場助勢而非出於正當防衛之人，處三年以下有期徒刑。」在場助勢，是抽象危險犯行為，因為當發生群毆之時，如有人在旁鼓舞，很有可能使實際參加鬥毆者，越演越烈，不知所止。這一種助勢的危險行為，原則上已具備了應刑罰性。但是，如果一律加以處罰，又可能誅連甚廣，於是立法者基於刑事政策的考量，安排了「客觀處罰條件」(致人於死或重傷)，只有客觀處罰條件出現，助勢的危險行為，

¹⁸ 關於「目的限縮」，在法學方法論上被認為是填補「隱藏的法律漏洞」的一種方法。是指「對於法律文義所涵蓋的某一類型，由於立法者之疏忽，未將之排除在外，為了貫徹規範意旨，乃將該一類型排除在該法律適用範圍之漏洞補充方法而言」。楊仁壽。法學方法論。181頁。

才有刑罰的必要性。

肆、我國法制之評釋與修法建議

一、聚眾鬥毆罪之法律性質

(一)必要共犯

所謂「必要共犯」係指某一不法行為構成要件之實施，在概念上必須二人以上參與者，始足當之。「聚眾鬥毆罪」即具備此一「必要共犯」之法律性質，因為「聚眾鬥毆」依傳統解釋，是指「參與鬥毆之多數人，有隨時增加之狀況者而言，若參與鬥毆之人係事前約定，並無隨時增加之狀況，自與聚眾鬥毆之情形不合」¹⁹。事實上，「聚眾」一詞實不應拘泥於形式上的文義；換言之，縱使雙方事先約定人數互毆仍係「聚眾鬥毆」之概念意義範圍，然無論如何，此等解釋問題均無損於本罪是屬「必要共犯」之性質。

具「必要共犯」性質之本罪，即在說明其有別於傷害罪各條之規定，因傷害罪各條之規定並不一定具「必要共犯」性質（因任何單一行為人均可實施各該傷害行為）。又「必要共犯」不可與所謂「共同正犯」混為一談，如數人共同決定傷害某人，但在鬥毆過程中，不慎致其死亡。此例，則此數人係以「共同正犯」觸犯「傷害罪」之加重結果犯者（第二百七十七條第二項），此情況與「聚眾鬥毆罪」無涉！即「必要共犯」是在說明某一犯罪本質，而「共同正犯」則在強調多數正犯如何適用於各該本罪的問題。

(二)危險犯—抽象危險犯

毫無疑問地，本罪之成立，除了有聚眾鬥毆之行為外，尚須有行為結果（致死或致重傷）；但有疑問的是：「致死或致重傷」的結果，究係「結果犯」之結果抑或該結果是屬「客觀處罰條件」性質者？此一解釋問題將影響本罪，究係結果犯抑或抽象危險犯之法律性質。就此，應先將行為客體的適用範圍，予以釐清說明。「致死或致重傷」，最為常見發生於實際參與鬥毆之人；但在場助勢之人，亦可能產生此一結果。縱使此一結果發生於旁觀之第三人，甚至發生於介入解決與平息鬥毆之警察或鄰里長，也仍係本罪所欲規範之範圍與保護之對象。此一不特定結果之發生，也正強調說明「聚眾鬥毆行為」，具有一般危險性。

如今，若將「致死或致重傷」解讀為「結果犯」結果，則勢必與本罪之規範目的有違！由於「聚眾鬥毆罪」本屬「故意犯」之性質，而「致死或致重傷」，從文義觀之，即顯非要求「致死或致重傷」須由參與鬥毆人之故意所致，否則豈謂鬥毆之人均具有「殺人故意」或「重傷故意」，此乃理論上矛盾之處。是故，「致

¹⁹ 參閱林山田教授。刑法各罪論。535頁。

死或致重傷」之結果並非參與鬥毆人之故意所應該涵蓋者。然可否將「致死或致重傷」之結果，視為是因過失所致，從而形成一「加重結果犯」之立法例？因「聚眾鬥毆」要求「故意」、「致死或致重傷」即因過失為已足。此點在邏輯上，甚至於理論上或可成立，但「聚眾鬥毆罪」本身，不論在形式或實質上，均無此一「特別加重結果」之性質（就此，參閱刑法第一七條之規定意旨）。

因此，「聚眾鬥毆罪」必須從抽象危險犯之角度出發，且將「致死或致重傷」之結果視為一「客觀處罰條件」，方能完全彰顯本罪之規範目的。首先必須說明的是，「聚眾鬥毆」具有導致不特定人重傷或死亡的可能性，此即「聚眾鬥毆行為」之一般危險性。本罪即在禁止此等不法行為的發生，並用以確保不特定人之生命或重大身體健康福祉而設。由於此等危險性，人人皆知，故而立法者將此一危險性抽象化，亦即轉化為立法動機、立法目的或立法理由。誠然，「抽象危險犯」之立法例本無待於實害結果之發生為必要，但若聚眾鬥毆而無人死亡或重傷，則聚眾鬥毆恐失其刑罰之必要性。故立法者於此加入「致死或致重傷」無非欲藉此更具體標誌出「聚眾鬥毆行為」之獨特非價性，並作為限制聚眾鬥毆行為的客觀處罰條件。由於「客觀處罰條件」並非客觀構成要件要素，故而與聚眾鬥毆人之「故意」或「過失」無關（當然，致死或致重傷必須與聚眾鬥毆具有因果關係，此係另一問題）。換言之，每一參與聚眾鬥毆者均需承擔此一風險條件的成就。因此，「聚眾鬥毆罪」實係「抽象危險性」結合「客觀處罰條件」之立法例。

二、聚眾鬥毆罪與傷害罪之關係

「聚眾鬥毆罪」實與傷害罪各條有其密切關聯性在，因為「鬥毆」即係以傷害他人身體之攻擊行為，若因而導致他人死亡或重傷，則至少必也產生「輕傷罪」之加重結果犯（第二七七條第二項）問題，但此並非謂「聚眾鬥毆罪」即等於「輕傷罪之加重結果犯」或「重傷罪之加重結果犯」（第二七八條第二項）…等等。因「聚眾鬥毆罪」有別於各該罪之性質與目的，當然即有其個別的適用範圍與狀況。縱使在聚眾鬥毆過程中，下手實施傷害者，另行起意殺害他人，也與本罪有其不可分割之關連性。

本此，試從最早之實務見解論起。二六年渝上字第二四三號判例曾謂：「刑法第二八三條之罪，係指聚眾鬥毆致人死傷而無殺人意思者而言。如果聚眾前往之時，具有殺人之直接或間接故意，則其行為不止於鬥毆，即非該條所能包括。」於此，現有一問題必先加以辯證：若參與鬥毆雙方之一方成員甲，在實施鬥毆過程中，突然亮出短刀，直刺對方或他方成員乙要害，並導致死亡，而其他成員仍在「混戰」中。則甲已成立殺人罪無疑；但甲或雙方其他參與鬥毆之人，是否即無「聚眾鬥毆罪」之該當與適用？甲殺乙，雖係鬥毆行為的延伸，但仍無礙於「聚眾鬥毆罪」之成立，於此當依「想像競合犯」加以處斷。至於其他參與鬥毆之人，則更係本罪所應規範者，因為「致死或致重傷」究係如何具體產生，實已非所問。

此即「客觀處罰條件」之意義與性質所在。倘若無法證明乙究竟為誰所殺，則所有參與鬥毆之人（包括甲），也當然僅得論以「聚眾鬥毆罪」，因為所有成員均具「聚眾鬥毆」故意，至於何者是出於「輕傷故意」，又何者出於「殺人故意」，則往往無可細問矣！

其次，若在「聚眾鬥毆」事件中，可證明某乙係由某甲傷害致死（刑法第二七七條第二項），則第二八三條與第二七七條第二項即已產生法規競合。換言之，逕自論甲以第二七七條第二項之罪為已足；其他參與鬥毆之人，則仍係以本罪（第二八三條）的規範範圍。同理，若某乙係由某甲故意重傷致死（第二七八第二項）或故意重傷（第二八三條第一項），則各該罪也與第二八三條產生法規競合，同時也逕自論以各該罪為已足；其他參與鬥毆之人，則仍屬本罪（第二八三條）。

最後，若聚眾鬥毆之一方成員甲拾取磚塊，攻擊對方成員之一乙，但由於投擲力量過大，而擊中路人丙死亡。則甲對丙即已涉及「過失致死罪」（第二七六條第一項），但仍無法免其「聚眾鬥毆罪」（第二八三條），故也形成「想像競合犯」之例；至於其他參與鬥毆之人，則也仍係「聚眾鬥毆罪」所欲規範之對象也。

三、聚眾鬥毆罪後段再檢討

現行刑法第二百八十三條後段：「下手實施傷害者，仍依傷害各條規定處斷。」此一規定，首先面臨如何選擇適用傷害罪各條規定的難題，因若無法證明何者係基於「輕傷故意」，何者係基於「重傷故意」；又上述因「打擊錯誤」而致路人於死一例，則更難依傷害罪各條規定處斷。針對上述問題而言：首先，必須證明實施鬥毆之人究竟係出於何種「故意」，方有可能確定選擇傷害各條規定的前提在；然刑法第二百八十三條「聚眾鬥毆罪」之規範目的，豈不正是避免此一舉證上的困難而設。又若謂聚眾鬥毆之人均具「傷害故意」，則是否於此形成唯一選擇的可能性，亦即第二百七十七條第二項。但此仍無法說明為何在上述有關「打擊錯誤」一例，仍無第二百七十七條第二項之選擇可能性。基此可見，立法者之主觀立法意思，顯與本罪之規範目的有相當程度的出入。

其次，聚眾鬥毆下手實施者，可否與應否依傷害各條規定處斷？因若可證明雙方之一方成員甲係基於重傷故意，並導致他方成員之一乙死亡，就此其他參與鬥毆之人是否也一律科以第二百七十八條第二項之刑（死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑）？針對此一難題：若可證明某甲係基於重傷故意致某乙於死，而諭知其他參與鬥毆之人無罪之判決，則豈非與本罪之規範目的有違？若皆科以第二七八條第二項之刑，又豈非明顯且嚴重牴觸「責任原則」？

四、立法修正建議

（一）比較法之研究—以德國刑法第二百三十一條為例

所謂：「他山之石，可以攻錯。」於此，筆者以為有必要以德國刑法之規定做為借鏡，用以窺知我國「聚眾鬥毆罪」之問題癥結所在。德國刑法第二百三十一條 (§231 StGB)「參與群毆罪」規定：「(1) 參與群毆或多數人之攻擊者，就其參與行為科處三年以下有期徒刑。(2) 參與群毆或攻擊，無可非難者，不按前項處罰。」²⁰

在此一規定中，首先即可看出，每一參與鬥毆者或參與此項由多數人所為之攻擊行為者，有其獨立之法定刑規定，非若我國對於下手實施傷害者之「獨特」規定，自然無所謂「依傷害各條處斷」的問題。其次，在其但書部分已經明白指出，若參與者係出於「無可非難」之情況，涉入德國刑法第二百三十一條所規範之「參與群毆」、「多數人攻擊」者，則不在處罰之範圍內。此也正系出於立法者考量到參與者有可能是基於「正當防」或基於其他阻卻違法事由，也可能出於阻卻或免除責任事由而設涉入「參與群毆」者。但我國刑法第二百八十三條對於此一問題，似乎未予重視。反而對於『在場助勢者』的規定著墨甚重，在條文設計上也亦標明出「非出於正當防衛」此一具訓示效果的構成要件要素。最後，更可看出助勢者，不論在場或不在場，在條文上即已從缺矣！

德國通說亦將本罪視為具「抽象危險犯」之法律性質，當然也將「致死或致重傷」視為一「客觀處罰條件」，此也正係為區別於具有「實害犯」與「結果犯」性質之傷害罪各條的另類規範作用。

(二)我國聚眾鬥毆罪修正條文試擬與說明

「責任原則」主要概念為以下兩者：「無責任，則無刑罰」與「刑罰不得逾越責任的尺度」。由此看來，我國刑法第二八三條後段的規定不僅違反責任原則的規定，同時也與本罪之規範目的有所衝突。故刑法第二八三條後段的規定必須完全加以廢棄，並且賦予「聚眾鬥毆罪」與其「不法內涵」、「責任內涵」相當且獨立的法定刑。

學界有若干修法意見可供參酌，如林山田教授參考德國刑法第二二七條與奧國刑法第九一條提出「多人相互鬥毆，致生重傷之結果，所有可責之在場參與群毆者，處…」(第一項)「多人相互鬥毆，致人死亡之結果，所有可責之在場參與群毆者，處…」(第二項)²¹；林東茂教授於民國八十四年《立法院委託「刑法分則草案」評估》提出建議修正為：「聚眾鬥毆，致人於死或重傷，在場助勢者，處三年以下有期徒刑；下手實施鬥毆者，處五年以下有期徒刑。」²²

有鑑於實務上因條文之模糊規定，導致學界、實務界對於「聚眾鬥毆罪」法律性質之認知，造成阻礙。本文嘗試擬定修正刑法第二百八十三條之規定，但是

²⁰ 薛智仁。參與群毆行為之處罰基礎與立法。20 頁。

²¹ 林山田教授主張，本罪之刑事立法需要性再於解決追訴查證的困難，但是現行條文的焦點乃在區分在場助勢與下手實施傷害，無法解決查證困難。詳參林山田教授，刑法各罪論，122 頁。

²² 林東茂教授主張的重點在於刪除「而非出於正當防衛之人」以及將「下手實施傷害」改為「下手實施鬥毆」。

爲了維持第二百八十三條的既有形式，僅先就如下的斧正，用以方便確立、釐清「聚眾鬥毆罪」的繼續發展與刑法體系上的明確定位。修正條文試擬如下：「聚眾鬥毆致人於死或重傷者，處五年以下有期徒刑；在場助勢者，處三年以下有期徒刑。」²³

如本文前所確認的，本罪之主要行爲主體是屬於實際參與聚眾鬥毆之人，亦即下手實施者；又本罪之不法內涵與責任內涵，僅及於參與鬥毆行爲之一般危險性，但並不及於「致死或致重傷」之結果（因「致死或致重傷」與行爲人之故意或過失無涉的「客觀處罰條件」性質）。是故，在反映不法內涵與責任內涵輕重的法定刑下，宜設定在五年以下有期徒刑。總之，獨立法定刑之必要性，於此絕對不可或缺，否則無法說明「聚眾鬥毆罪」與傷害罪各條之規定有何區別，及其區別實益所在。

當然，在場助勢者於此有無繼續存在的必要，至少有下列問題必須加以思考與決定：首先，若將「在場助勢者」定位爲「幫助犯」之性質，則其勢必附麗於聚眾鬥毆行爲及其一般危險性上；換言之，「在場助勢者」本身並無其獨立之不法內涵與責任內涵，此即依一般「幫助犯」之規定而完全適用於各該本罪。其次，若助勢者並非在場，而是事前提供物理上或心理上的幫助，則可以形成異其處罰之規定狀況。最後，若將「在場助勢者」（爲有別於一般之幫助形態）也視爲是參與鬥毆之一員，則「在場助勢者」之獨立處罰之規定，即可完全納入「聚眾鬥毆致人於死或致重傷者，處五年以下有期徒刑」之規定。

伍、結論

一、結論

刑法第二八三條「聚眾鬥毆罪」之法律性質，本文主張爲抽象危險犯。對於「聚眾鬥毆罪」的評釋重點，茲再說明如下：

（一）由於聚眾行爲之高度危險性，立法上不能等到危害結果發生，才立法予以控制，既然「致人於死或重傷」不能解釋成危險結果，更不能解釋成實害結果，解釋成抽象危險犯是最適宜之解釋。即立法者有意於實害發生前提早一步保護法益，不至於等到對法益造成實害；故不宜以實害犯做爲解釋方向，而應以危險犯爲當，如此方可妥善、全面的做到法益保護。

（二）立法技術中，如仍將抽象危險犯之行爲犯特性充分表徵，使其行爲不法、行爲無價值性得以明白成爲禁止規範所在，則係構成要件中最困難之處。本文主張，現今法律條文之「致人於死或重傷」應解釋成「客觀處罰條件」爲妥，其性質乃「不法中立」與「責任中立」，行爲人主觀上不必認知到此部分（否則當然與本罪無涉，應直接依具體事實論以殺人罪、重傷害罪才是）。因此，聚眾鬥毆行爲中，只要出現此等死亡、重傷事實即可論以第二八三條聚眾鬥毆之罪

23

刑，再依舉證結果，決定下手實施者是否再論以殺人罪、重傷害罪之罪責。

(三)原條文前、後段之構成要件立法目的、不法內涵、罪責內涵截然不同，故擬修法為「聚眾鬥毆致人於死或重傷者，處五年以下有期徒刑；在場助勢而非出於正當防衛之人，處三年以下有期徒刑。」可再說明如下：

1.「聚眾鬥毆行為」與「在場助勢行為」二者之不法內涵與罪責內涵完全不同，評價上宜予以區分，故首先應將兩個獨立不法行為構成要件，賦予不同之法定刑度。2.徵諸實際，不法內涵較輕之「在場助勢」行為人，如係出於正當防衛而為聚眾鬥毆行為，應當可以阻卻違法而不予成罪為妥。

綜上所述，聚眾鬥毆行為雖具有高度危險，然若未見死亡、重傷之客觀現象，不法行為未達刑法規範之不法內涵程度，可以其他法制相繩即可(如：社會秩序維護法)故立法技術上以客觀處罰條件—「致人於死或重傷」當作限制處罰之條件。換言之，刑法第二百八十三條「聚眾鬥毆罪」立法技術上乃以「抽象危險犯加上客觀處罰條件」之模式予以設計，司法解釋上一應本此方向論理較為妥適。

參考文獻

一、專書(依姓名筆劃排列)

1. 甘添貴(1992)。刑法總論講義。
(1997)。刑法各論(上)。
(1999)。體系刑法各論第一卷。
2. 林山田(2000)。刑法通論(上)。
(2000)。刑法通論(下)。
(1999)。刑法各罪論(上)。
3. 林東茂(2004)。刑法綜覽。
(1996)。危險犯與經濟刑法。
4. 林鈺雄(2000)。新刑法總則。
5. 許玉秀(2000)。犯罪階層體系及其方法論。
6. 張麗卿(2001)。刑法總則—理論與運用。
7. 黃常仁(2000)。刑法總論—邏輯分析與體系論證。
8. 黃榮堅(1999)。刑法問題與利益思考。
9. 蔡墩銘(1986)。刑法各論。
(1999)。刑法精義。
(1988)。刑法總則爭議問題研究。
10. 韓忠謨(1997)。刑法原理。
(2000)。刑法各論。
11. 薛智仁(2002)。參與群毆行為之處罰基礎與立法。

二、期刊論文(依姓名筆劃排列)

1. 甘添貴。聚眾鬥毆與在場助勢。台灣本土法學雜誌。
2. 林鈺雄。論罪疑為輕原則。律師雜誌。
3. 許玉秀。無用的具體抽象危險犯。台灣本土法學雜誌。
4. 黃常仁。滄桑舊法—論「聚眾鬥毆罪」。刑事法雜誌。
5. 黃榮堅。從犯與因果關係。刑法爭議問題研究。
6. 薛智仁。聚眾鬥毆罪之研究。刑事法雜誌。