

刑法實例演習報告--第十一題擬答

報告人：法制四／408620036／嚴維謙、法學三／409610021／林宜璇

評論人：法制四／408620024／王維恆

【題目】

十一、A 國籍的國際知名演員甲女與我國籍知名演員乙男在民國（以下同）107 年 1 月以盛大婚禮結婚後定居我國，並於同年 12 月生一女丙。甲與乙均對丙疼愛有加。然甲與同住之乙之父母、姊妹因語言和文化差異屢在溝通上摩擦衝突，同時也無法適應我國氣候與社會，且因 109 年起發生 新冠疫情後，甲長期無法回 A 國探親，極為想念家鄉親友。111 年 1 月間，甲因故與乙大吵後，趁乙及其家人外出購物時，帶丙離開住所投宿同國籍朋友住處。甲原本考慮購買機票帶丙離境前往 A 國，但是隔日在原生家庭家人及朋友勸說下很快打消念頭，並將自己與丙所在與聯絡方式通知乙，與乙保持分居狀態大約 2 個月。此一期間，乙雖無法與甲、丙見面，但是可打電話或以視訊方式與丙通話。其後甲、乙進行離婚訴訟，乙乃對甲逕自帶丙投宿友人家，不使其與丙見面的行為提起告訴。試問：依我國現行刑法規定，甲之行為應如何論罪？

【爭點】

- 1、誘拐 7 歲以下之幼童是否必然皆為略誘行為？
- 2、刑法第 240 條第 1 項和誘罪之客體為何？
- 3、共同行使親權之父或母一方帶走小孩得否成為刑法第 241 條第 3 項準略誘罪之行為主體？
- 4、甲之行為客觀上是否有產生使丙脫離有監督權人之結果？
- 5、甲主觀上是否具有惡意之私圖？
- 6、甲之行為是否具有實質違法性？

【擬答】

一、甲未經乙之同意帶走未成年人丙之行為，不成立第 241 條第 1 項略誘罪

（一）、構成要件該當性

本罪之行為係略誘，然以和平之方式帶走未滿 7 歲之幼童是否該當略誘行為，有其爭議：

1. 實務上¹有認為，未滿 7 歲之兒童，本無行為能力，當無從認知誘拐之目的而予以同意，縱以和平之手段誘使脫離家庭或其他有監督權人，仍應成立本條第一項之略誘罪，而非準略誘罪。故若依此解釋，實務係認為只要誘拐 7 歲以下之幼童者，因為此等人並無具有同意誘拐行為之意思能力，故此誘拐行為皆應被認定為略誘，而無成立和誘之可能。

2. 惟本文認此實務見解有其疑義，蓋其以民法上之有無法律行為能力作為判斷標準，其並無任何根據；且就具體劃分界線來看，為何要以 7 歲作為界線，而非其他年齡，此亦顯得實務此劃分界線有其恣意之不當，

¹最高法院 102 年度台上字第 3993 號判決。另參酌臺灣高等法院臺中分院刑事判決 110 年度上訴字第 2184 號，實務上會以 7 歲作為此參考標準有無意思能力之原因，應係受到最高法院九十九年度第七次刑事庭會議決議之影響。

且此增加法條上所無明文之限制，有違反罪刑法定之疑慮，應認為不可採。故誘拐行為究係和誘或略誘並非以年齡來做為劃分依據，而仍應回到行為人對於被誘人所施之手段為何來判斷。和誘及略誘之區辨，就其手段部分，和誘，係未施用強暴、脅迫或詐術之手段；略誘，依通說係採用強暴、脅迫或詐術的手段²。

3. 本案中，甲對於丙並無施以強暴、脅迫，而係以和平手段即帶走丙，故其行為應僅係和誘，而非略誘，不該當略誘罪之行為要件，而不成立本罪。

二、甲未經乙之同意帶走未成年人丙之行為，不成立刑法第 240 條第 1 項和誘罪

(一)、構成要件該當性

1. 自文義之角度，本罪之行為客體係為未成年人，參酌行為時民國 111 年之民法第 12 條，雖已修正為 18 歲即為成年，惟其係在 112 年 1 月 1 日方施行，故於本案行為時，未成年人仍係指未滿 20 歲之人，故似和誘未滿 20 歲之人皆可以本罪處罰之。惟基於體系解釋，於刑法(下同)第 241 條第 3 項之準略誘罪已有規定和誘未滿 16 歲之人為以略誘論，此係對於此類未滿 16 歲之人特別保護規定。故就此可知第 240 條第 1 項和誘罪之客體應被限縮至 16 歲以上、未滿 20 歲之人³。

2. 本案中，丙僅為 3 歲之幼童，並不合於和誘罪之客體，故縱然甲係以和誘之方式帶走丙，但因不合於本罪之行為客體而不該當本罪之客觀構成要件，而不成立第 240 條第 1 項和誘罪。

三、甲未經乙之同意帶走未成年丙之行為，可能成立刑法第 241 條第 3 項準略誘罪

(一)、構成要件該當性

1. 客觀構成要件

(1) 共同行使親權之父或母一方亦可成為準略誘罪之行為主體

就有親權或監督權人得否成為準略誘罪之行為主體，容有不同見解，分述如下：

① 否定說⁴：

曾有學說及實務見解認為，由於本罪亦涉及家庭監督權之保護，故對於被誘人有監督權之家庭組織成員或其他有監督權人，故其應不得為本罪之行為主體。「刑法第二百五十七條第一項之妨害家庭罪，以和誘、略誘未滿二十歲之男女，使脫離其享有親權之人或監護人、保佐人，置於自己實力支配之下，為其構成要件。故犯罪主體，必限於本無親權或監護權等之人，童養媳雖因婚姻預約之關

²許澤天，刑法分則(下)，4 版，2021 年，頁 626。

³最高法院 98 年度台上字第 934 號判決。

⁴謝如媛，父母之一方爭奪小孩的行為是否成立略誘罪—評台灣高等法院第九十年度上更(一)字第五七五號及其他相關判決，月旦法學雜誌，第 140 期，2007 年 1 月，頁 210-211。

係，由其父母寄養於人，而其父母固有之親權，並不因而喪失，縱令由該父母復行帶回，亦僅發生民事問題，尚難遽論以該條之罪。」⁵若依此見解，因父母對於未成年子女可行使親權，而無法成為略誘罪之行為主體。

②肯定說⁶：

惟於後來實務就此問題有完全相反之見解，「未成年之子女，其父母在法律上均享有親權，不得由任何一方之意思而有所侵害，以父或母一方之不法行為，使脫離他方親權時，仍應負刑事上相當罪責。」⁷，就此即表明即使享有親權，父母之一方亦可能成為本罪之行為主體。

③本文見解：

本文認本罪係屬一般犯，蓋父母共同行使親權時，必須盡量以意思合致的方式為之，若對於重大事項不能達意思合致，則只能請求法院依子女最佳利益酌定之(民法 1089 條第 2 項)，沒有任何一方享有優先權。故就此，共同親權人彼此地位對等，無論係對於第三人或是對於他方共同親權人皆可主張尊重其親權行使的自由。若是自始將共同親權人排除在本罪之行為主體外，對他方共同親權人之保護並不周。故將監督權人納入本罪之行為主體，符合本罪之文義解釋及保護意旨⁸。故本案中，雖甲係為具有監督權之一方，然依上開本文見解，甲仍然會該當本罪之主體要件。

(2) 甲帶走丙之行為構成和誘行為

①刑法第 241 條第 3 項準略誘罪之行為係「和誘」，和誘係指未違反被誘人之意思而加以引誘，並使其脫離家庭或監督權人之支配範圍⁹。就其手段部分，和誘係未施用強暴、脅迫或詐術之手段¹⁰。本案中，行為人甲未經乙之同意帶走丙，而其帶走丙亦未對其施以強暴、脅迫、詐術等手段，而係以和平手段將其帶走，並無違反丙之意思，而使丙脫離他方監督權人乙，並將丙移置自己實力支配之下，該當和誘行為。

②附帶一提，本罪性質乃繼續犯，當被誘人未回復自由或未脫離犯罪者實力支配前，仍在其犯罪行為繼續實施之中。行為人甲導致未成年人丙與他方監督權人乙長達兩個月的空間隔離，故甲之和誘行為持續至將丙帶回原家庭方為終了，併此敘明。

(3) 丙係 3 歲孩童而為準略誘罪之行為客體

按 241 條第 3 項之行為客體係為未滿 16 歲之人，而本案丙僅係 3 歲之幼童，自係本罪之客體。

⁵最高法院 19 年度上字第 1971 號判例。

⁶同註 3，頁 211。

⁷最高法院 21 年度上字 1504 號判例。

⁸薛智仁，略誘未成年人罪之保護法益與構成要件—最高法院 111 年度台上字第 2682 號刑事判決，台灣法律人，第 18 期，2022 年 12 月，頁 155-156。

⁹盧映潔，刑法分則新論，16 版，2020 年，頁 458。

¹⁰同註 2。

(4) 甲未經乙同意而將丙帶走並無產生完全脫離監督權人之結果

①按準略誘罪係需有產生脫離家庭或其他有監督權人之結果方為成立。然所謂脫離家庭或其他有監督權人，若自本罪係在保護家庭監督權之觀點，係指誘拐行為導致對於未成年人的監督權陷入無法行使或受到重大侵害。而在判斷是否有嚴重侵害監督權上，德國多數文獻認為，於父母之一方誘拐共同未成年子女時，應以嚴格標準判斷，需達到一方親權人排除他方親權人，主張自己享有完全親權的程度，如此方有嚴重侵害他方之監督權¹¹。

②本案中，甲雖係在未經乙之同意而自行將丙帶走，並讓乙跟丙無法實體見面兩個月，但甲卻仍有使乙跟丙得以視訊通話等方式保持一定之聯繫，就現今科技發達而有時空壓縮之影響，縱然有一段期間無法見面，但乙仍然可透過視訊來確保丙之人身安全及與其對話互動等，甲也並未使乙丙完全斷聯而有主張自己享有完全親權，並排除乙之監督權。故乙並未陷於其一方監督權完全無法行使之狀態，而不該當本罪之結果。

(5) 小結

甲未經乙之同意而帶走丙之行為雖在主體、客體、行為上皆合於本罪之要件，惟甲之行為並未產生脫離有監督權人之行為結果，故其客觀上似並不該當。然若退步言之，認為甲將丙帶離兩個月之行為係有產生此一行為結果，即繼續討論下述之主觀要件。

2. 主觀構成要件

(1) 甲具有和誘未成年人丙之故意

本文中，甲有認識到其誘拐行為使未成年人丙與監督權人乙產生兩個月的空間隔離，並容任此產生乙無法行使其監督權之結果，具有本罪之故意。

(2) 甲並不具有惡意之私圖

然於主觀要件中，除了故意之要素外，實務常以行為人另外須具有「惡意之私圖」，以不正之手段，將他人置於自己實力支配之下，方能構成，關於惡意之私圖之定義，法院並未有詳細之解釋，學說上有將此具體化為「他方親權排除意思¹²」或「使之脫離家庭或其他監督權人之故意¹³」。本文中，本文認為甲帶走自己的小孩並非出於惡意，且所圖者亦非自己之個人不當利益，而係為子女的最佳利益而著想。因生下小孩之後，疫情之阻隔造就小孩無法回去甲之家鄉，甲僅是想要帶親生小孩去自己家鄉探望家人，避免小孩對自己之家人陌生，並且甲與乙及乙之家人有多次爭吵，可能使幼童丙時

¹¹ 同註 7，頁 160。

¹² 黃士軒，我國實務中關於略誘未成年人罪的「惡意之私圖」—以配偶間爭奪未成年子女之事例為素材，台灣主體、理性與人權的彼岸：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集，2020，頁 407-423。

¹³ 同註 3，頁 212。

常處在負面情緒的環境中，而不利其成長。甲未經乙之同意帶走丙之行為，應不該當惡意之私圖此要件。

(3) 小結

甲未經乙之同意帶走丙之行為，雖具有主觀之故意，但並無惡意之私圖，故其不該當主觀構成要件。然若退步言之，如認甲仍在主觀上具有惡意之私圖而該當主觀構成要件，則甲之行為具有構成要件該當性，而進入下述違法性判斷。

(二)、違法性

本案甲和誘未成年人丙之行為是否具有實質違法性而可阻卻違法，容有爭議，探討如下：

①學說¹⁴認為在考慮個案之實際狀況，在符合社會相當性的範圍內承認其行為得以阻卻違法。在現今社會底下，夫妻之間的感情容易產生裂痕，父母之間較易發生爭奪小孩之情況，也越來越常見，基於親子之情，於整體法秩序而言，其手段及方法於社會通念上，如可容許之下，應肯認符合社會相當性而不具實質違法性，親子間之某行為是否為社會所容許，應就以未成年人利益為標準，並應以長期之視角評斷，不能僅以一個時點之行為判斷之，除行為已嚴重違反未成年之利益，否則有關未成年子女利益之爭議應盡量透過家事法院作處理較為妥善。

②本文認同此學說之見解，蓋自本罪之保護法益視之，係為保護家庭監督權，惟在經過長期以來歷史之及社會變遷，其實質內容漸漸從家父長之支配權力轉變成保護及教養子女之義務。且自民法有關親權之行使係以維護未成年子女利益為依歸，可以確定本罪保護家庭監督權是為了「實現未成年子女之利益」¹⁵。故縱然有侵害到他方監督權人而使其不能保護或教養小孩，但於個案判斷後，係合於未成年子女利益之情形下，實則並未對於家庭監督權有實質之影響與侵害，而不具有實質違法性。

③本案中，甲係在家與乙及其家人時常爭吵，而致其家庭之氣氛並非適合小孩成長，故其才將小孩帶離家庭，但究其本質，係為使丙可以在較好之環境下成長，此仍係基於親子之感情所為，雖手段上有過激之疑慮，但甲仍然有讓乙跟丙保持聯繫，其手段方式尚在社會通念可容許之範圍，而具有社會相當性。故本案僅係甲與乙此雙方監督權人對於子女之利益保護在認知上有所差異而致，尚難認此就須以刑罰之制裁來介入此等家庭爭議，將致刑罰之範圍過度擴張，故應認其並不具有實質違法性。

(三)、綜上所述，甲之行為不成立刑法第 241 條第 3 項準略誘罪。

¹⁴同註 2。

¹⁵同註 7，頁 154。同此見解者，謝如媛，同註 3；王皇玉，刑法和略誘罪之修法芻議，檢察新論，6 期，2009 年 7 月，頁 70-71、73-74。