

刑法實例演習報告--第十一題評論

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

分數:90

壹、優點

- 一、架構清晰，適當使用小結有助閱讀。
- 二、文筆俐落，爭點皆有點明。
- 三、學說、實務及本文見解之內容充實。

貳、問題

一、引註部分

(一)編號錯誤

報告中之註 6、10、11、13、14、15 皆使用「同註 X」的引註方式，表示引用相同之文獻，惟並未連結至正確之編號(整體往後順移 1 號)，可能造成閱讀者檢索文參考文獻的困難。造成此一情形的原因，應該是報告者於後續追加新參考文獻時，未調整下方其他引註的編號。

筆者也常犯這種錯誤，若要採取較謹慎的作法，則是在引註時一律寫上完整資訊，待整篇報告完成後，再就重複引用之文獻修改成「同前註」或「前揭書」。

(二)引註資訊不完全

註 12 係引用專書，惟書名有誤且未註明出版社。較完整的引註方式，例如：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，主體、理性與人權的彼岸：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集，新學林出版股份有限公司，頁 407-423，2020 年。

引註 14 僅謂「同註 2」，但就其論述內容觀之，其引用之觀點應為註 4 謝如媛教授之文章內容，此外，引用相同文獻時，仍應標註頁數。因此，註 14 應修正為：謝如媛，同註 4，頁 213-214。

引注 15 之「同此見解者，謝如媛，同註 3」，應修正為：同此見解者，謝如媛，同註 4，頁 207-209。

(三)引註方式可更加精確

引註 14 引用謝如媛教授之文章，謂「學說認為在考慮個案之

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。……」不過，參照文獻內容，謝如媛教授係整理日本最高法院有關親權人成立略誘罪之判決後，認為在判斷略誘罪之構成要件之外，亦應參考日本實務見解，以未成年人之利益考量為核心，並顧及社會通念對於親權行使之容許程度，檢視有無實質違法性。是以，在引用此部分時，說明「有學者參考日本實務見解，認為…」，會較為精確。

二、內容部分

- (一)擬答第一、(一)、3.段中，謂「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」，似將「帶走」視為「和平手段」。不過，僅以「帶走」一詞，無法精確描行為態樣，惟從題意中並無法得知甲具體使用何種手段將丙帶離家中(行為時與被誘人之互動關係為何?)，因此，若要進行涵攝的話，宜描述:甲將丙「抱、牽走」或如同後段直接謂「甲以和平手段帶走丙」。
- (二)擬答第二、(一)、1.段中，有提及新舊法適用之問題，以報告的觀點來看，可謂思考細膩、論述完整。不過，若是在考試作答的情況，考量本案丙僅3歲，顯屬刑法第241條第3項之「未滿十六歲之人」，而非和誘罪之行為客體，又此應非本題重要爭點，故簡單帶過即可。
- (三)於擬答第三、(一)、段，考量刑法第241條第3項準略誘罪之結構與和誘罪、略誘罪之結構較為不同¹，且擬答在下方有對本罪各個構成要件詳細檢驗，似宜先以前言概略敘述準略誘罪之構成要件為說明。
- (四)擬答第三、(一)、1.(1)①段，援引學者文章說明「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……」，惟在接著引用最高法院判決時，僅以上下引號加上註腳之方式呈現，可能會使閱讀者誤認該內容為學者見解。可考慮修正為，最高法院判例意旨略以:「刑法第二百五十七條第一項之妨害家庭罪，……」，較為明確。
- (五)擬答第三、(一)、1.(1)②段，援引對「有親權或監督權人得否成

¹ 刑法第241條第3項:「和誘未滿十六歲之人，以略誘論。」。

為準略誘罪之行為主體」採肯定說之實務見解，而謝如媛教授於文獻中亦採肯定說，惟所採理由不同，本文在此補充。謝如媛教授從保護未成年子女利益之觀點出發，認為不宜在構成要件層次即一律排除親權人或監督權人，理由略以²：

1. 若未成年子女處於能受父母一方保護監督之狀態，則不應容許在無正當理由或特殊事由的情況下侵害此種狀態。否則今後父母雙方於離婚前任意相爭，另未成年子女經常陷入不安定之生活環境中，對未成年人之利益而言絕非善事³。
2. 親權人或其他有監督權人之略誘行為有各種各樣之形態及程度輕重，若一律否認其犯罪可能，反將使未成年人陷於不安定之狀態。
3. 親權之性質毋寧偏向父母對子女之義務而非權利，則親權人違反此義務，對未成年人之自由及安全有所侵害時，自不妨礙其成為本罪之行為主體。

(六)擬答第三、(一)、1.(2)①之涵攝似可更加精簡。所謂「和誘」，係指未違反被誘人之意思，加以引誘，並使其脫離家庭或監督權人之支配範圍。就其手段部分，和誘係未施用強暴、脅迫或詐術之手段。依此前提，和誘行為人對於被誘人之監督人所施用之手段為何，並非重點。是以，本段涵攝部分「行為人甲未經乙之同意帶走丙」似可刪除。

(七)刑法上之略誘罪、和誘罪中「家庭監督權」之內涵，最主要係指父母對於未成年子女的親權(民法第1084條第2項)，以及監護人對於未成年人之監護權(民法第1097條第1項)⁴。又父母對子女之親權，包含以保護教養為目的之身上照護權(如住居所指定權、懲戒權、子女交還請求權等)及財產照護權(如特有財產之管理權、使用收益權等)。擬答第三、(一)、1.(4)②段落在判斷甲之行為並未產生完全脫離監督權人之結果時，若能連結親權之內涵，例示乙尚能行使之親權，應可使推理更加具體有力。

(八)擬答第三、(一)、1.(5)後半段，假設甲之行為會產生乙之親權完

² 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，頁211-212，2007年1月。

³ 本文認為此見解值得學習之處在於，考量子女利益時，除父母教養行為是否適當以及生活、教育等資源是否充足外，「生活環境的轉換」本身亦應考量。舉例而言，在未成年子女被帶出國的案例中，須適應當地生活環境、人際關係必須重新建立等，對其成長之影響皆不可謂小。

⁴ 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，頁152-153，2022年12月。

全無法行使的結果，以便繼續補充相關爭點，以報告的角度來看，可謂思考細膩、論述完整。不過，若是在考試作答的情況，似乎寫到這裡即可進入結論。

(九)擬答第三、(一)、2. 主觀構成要件部分，論述較為不清楚。

學者黃士軒認為，法院對「惡意之私圖」的判斷，係自行為人客觀面之行為(如:不告知他方配偶子女之所在、拒接電話等)，判斷行為人是否認識到「略誘行為會妨害或遮斷他方配偶之親權行使可能性」，因此，「惡意之私圖」又可稱為「他方親權排除意思」⁵。學者謝如媛則認為，雖然惡意之私圖所指為何並不明確，但既然構成要件並未在故意之外另設主觀要素，則對該實務見解(27年渝非字第16號判例)應理解為「具備使之脫離家庭或其他監督權人之故意」，始不違背本條之規定。而行為人即使是「為了要給予被誘人較好的照料」或具有其他主觀上之意圖，都與略誘罪之故意沒有直接關係⁶。

依上開學說見解，「惡意之私圖」的有無，應著重觀察行為人於隔離子女與他方配偶後有無其他妨害或遮斷他方親權人行使親權可能之行為，加以判斷之。從而，本案若要論證甲不具惡意之私圖，較好的做法應是說明甲仍有告知乙丙之所在，並允許其通話、視訊，而無排除乙行使親權可能性之意思。而擬答於涵攝部分，說明甲之行為「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」、「避免小孩對自己之家人陌生」、「避免家人時常爭吵的環境不利子女成長」，似無法推論出甲不具不法之私圖的結果。此外，甲行為時是否有前述「為子女著想」等主觀意思，似無法從題意得知。

但是，若採此判準，並認為「甲不具有惡意之私圖」，則此結論會與上述「甲具有行為故意」之結論矛盾，亦即，甲不可能同時「容任乙無法行使其監督權之結果發生」又「不具他方親權排除意思」。導致此情形的原因應在於，親權的無法行使，本就作為略誘罪之構成要件結果，行為人對此之認識與意欲自始便構成略誘罪行為故意之一部。學者薛智仁即指出，惡意之私圖，是實務無意間取消脫離家庭的要素，而不當擴張構成要件後，為限縮本罪適用範圍所創設。從而，在客觀構成要件階段即限縮適用、且主觀構成要件階段亦承認行為故意之情形，應不需要再透過此不成文之主觀要素限縮處罰範圍。並且，惡意之私圖，並非

⁵ 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，主體、理性與人權的彼岸：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集，新學林出版股份有限公司，頁407-423，2020年。

⁶ 謝如媛，同註2，頁210-211。

妥適之釋義學概念，理由在於：(1)最高法院不曾解釋「惡意之私圖」，此一用語易被解釋為行為人出於不良之動機，並非合適之犯罪審查基準(2)雖部分學說主張惡意之私圖為「他方親權排除意思」或「使之脫離家庭或其他監督權人之故意」，但此依內涵與略誘罪之主觀構成要件重疊，不須額外判斷⁷。

為方便理解，本文以下以圖例表示實務與薛智仁教授對於略誘罪之構成要件該當性的判斷結構：

	實務	薛智仁師
客觀構成要件	不嚴格要求「完全脫離監督」	須「完全脫離監督」
主觀構成要件	行為人之知與欲不須包含「完全脫離監督」	行為人對「完全脫離監督」有知與欲
不法之私圖	○，用以限縮處罰範圍	×

其實，擬答本段論述應是參考 27 年渝非字第 16 號判例，將惡意之私圖解釋為「不良之動機」，不過，此一標準並不適合作為犯罪審查基準⁸。退一步言，若以該判例為不法之私圖之判準，從該判決中也僅能得知，若行為人之行為，係提供食物給流落街頭飢餓難耐之兒童、提供該兒童住宿處所等相類似行為時，可認行為人「無惡意之私圖」，故本判例之射程較為限縮⁹。因此，該判例是否能援用至本案之情形(夫妻家人時常爭吵、配偶一方思鄉)，不無疑問。

再者，本段所引用之實務見解(27 年渝非字第 16 號判例)與學說見解(黃師、謝師)對於「惡意之私圖」內涵之解讀似有不同，擬答將其連續引述卻未表明採用何者，即進入本案涵攝，易使讀者混淆。

綜上，本文以為，若欲在本題討論惡意之私圖，較為適宜的做法，應是補充上述學說見解，並說明不須額外判斷此依主觀要素。

(十)擬答若欲假設甲之行為會產生乙之親權完全無法行使的結果，以便補充爭點的話，宜直接假設「甲未主動告知丙之所在，亦未允許通話、視訊，以致乙之親權無行使可能」。否則，在「甲仍有告知丙之所在，並允許視訊及通話」的事實條件下，要推論「甲

⁷ 薛智仁，同註 4，頁 159-160。

⁸ 薛智仁，同註 4，頁 160；相同見解者，參照許澤天，刑法分則(下)，頁 603-631，2021 年第 4 版。

⁹ 黃士軒，同註 5，頁 409-410。

具行為故意」似有困難¹⁰。

(十一) 擬答第三、(二)①段之見解，引用自學者謝如媛在文章中所介紹之日本實務見解。本文以下就日本關於略誘罪之實質違法性的討論為補充。

1. 對未成年人略誘罪之阻卻違法

在現監護人的養育環境惡劣，無法使被監護人受到足夠的養育時，或是被監護者在家庭中遭受虐待的情形，親權人在採取必要措施或向行政或司法申訴後，子女的生活狀況仍然沒有好轉時，別無他法而以有形力將子女置於自己之實力支配下的情形，根據個案情形，可被認為是緊急避難，或是不具有值得處罰之實質違法性而阻卻可罰的違法性¹¹。

2. 關於父母爭奪子女的案例，可見於最高裁判所第二小法廷平成 17 年 12 月 6 日決定(平成 16(あ)2199)¹²。

(1) 案例事實

在離婚案件繫屬中，已分居之丈夫甲對於在妻子乙之監護養育下的兩歲小孩 C，在 C 之祖母丙去托兒所接 C 之際，趁丙轉身未注意時，甲使用有形力將 C 自背後迅速抱上車並立刻上。丙於發覺後敲打車窗制止並欲開車門而不得，甲隨即開車離去。案經判決成立對未成年人之略誘罪。

(2) 判決理由

本案判決理由指出，C 在共同親權人乙的監護養育下過著安定的生活，而甲是以有形力將帶離原有之受保的環境，並將其置於自己實力支配之下，顯然該當略誘未成年人罪之構成要件。至於甲基於其為親權人之一，所為之行為得否例外地阻却違法，須視有無特殊事由之存在而定：C 受養育監督的狀況良好，甲現實上並無正當理由採取該行動(理由 1)；且行為態樣粗暴又具有強制性(理由 2)；此外，C 對其生活環境不具備判斷與選擇的能力、甲也未能確保略誘之後能提供適當的監督與養育(理由 3)。因此，無法因為該案為家族成員間之行為而承認甲之行為為社會通念所允許。綜上所述，甲之行為欠缺阻卻違法事由成立略誘未成年人

¹⁰ 擬答似乎有注意到此問題，而謂甲係具有容任結果發生之未必故意，惟本文以為要得出此結論亦有困難。

¹¹ 山中敏一，刑法各論，成文堂，頁 148，2015 年第 3 版。我國亦有學者說明，略誘罪亦有阻卻違法事由之適用，例如監督權人以作為或不作為侵害惟成年人，或未成年人面臨危險時，對其施加誘拐的行為即可能援用正當防衛或緊急避難而阻卻違法。但學者亦指出，不能僅以提供未成年人較佳之生活環境作為欠缺實質違法性之理由，參照許澤天，同註 8，頁 630。

¹² 最高裁判所第二小法廷平成 17 年 12 月 6 日決定(平成 16(あ)2199)，https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=50081，最後瀏覽日期：2023/5/19。

罪。

(3)法官之不同意見¹³

本案之審判長就判決結果持反對意見，主張雖親權者中之一人將處於他親權者監護養育下之子女以有形力帶離，而置於自己之事實上支配下，該當於對未成年人略誘罪之構成要件，但若被告之行為符合社會相當性，其違法性應被阻卻，理由如下：

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，在行為係基於親子之情所為，且於整體法秩序而言，其手段及方法於社會通念上可容許之限度內，應肯認符合社會相當性而不具實質違法性。

未成年人掠取誘拐罪的保護法利益被解釋為對被誘者的自由乃至安全，以及監護者的保護監督權，而前者更屬本質，家庭監督權脫離未成年人之保護，即失其意義。特別在本案中，行為人與現實上為監督之人處於同樣得行使親權之對等地位，因此，只要在不逸脫親權行使的限度內，就應該以保護被誘者的自由等法律利益為中心進行考慮。自此觀點來看本案，雖多數意見指出，被告並無將受妻子監督的C置於自己手中的正當理由。但是，也不能否認這是作為父母情愛的表露而出現的行為，從而，不能說親權者的行為本身應受特別譴責¹⁴。確實，被告的行為，係在對於2歲幼兒未來的監護養育沒有確切把握的情況下進行。但是，父母與子女之間某行為的社會性容許性，應從子女利益的觀點出發，在一定程度上較長的範圍內進行評價¹⁵。

考量家事法庭有較豐富的資源及經驗，就圍繞子女監護的糾紛，家事法庭具有優先性。在此基礎上，父母之一方在想要對在他方監護人的手下安穩生活的子女行使監護權時，首先應該通過家事法庭的手續，而不允許直接以實力將其置於自己之支配下。但是，被告不採取正規程序就試圖將自己的孩子帶走，也不能立即解釋為具有應該由刑法介入之違法性。只要這樣的行為也被視為行使親權，即

¹³ 以下內容，翻譯整理自最高裁判所第二小法廷平成17年12月6日決定(平成16(あ)2199)中，滝井繁男法官提出之不同意見。

¹⁴ 對應理由1，雖行為人之行為雖非基於特殊情事，但其行為作為基於親情之行為，未必應受非難。

¹⁵ 對應理由3，雖行為人於行為時未能確保被誘人能受有充足之養育，但此一行為是否符合子女利益，仍須從長遠角度觀察。

使暫時來看，多少有些過分，但是在其後的程序中，對於子女的關係也有可能被修復，因此如何評價該行為，應該由家事法庭從子女福利的觀點來看的判斷，而不應由刑法介入。

確實，在這樣的情況下，帶走正在另一方監護下生活的子女可以被視為侵犯擔任監護人的父母的監護權。然而，除非這種行為導致家事法庭無法或難以解決紛爭，或者誤導了解決，否則在某個時期，過度評價處於子女處於未經公共程序形成的一方監護下的情況¹⁶，並以此為理由，在不考慮子女利益的情況下立即介入刑事法是不應該的。相反地，這種情況下立即讓刑事法介入，根據被奪走孩子的一方父母提出的告訴，可能導致企圖帶走孩子的父母受到拘留，從而使另一方的父母獲得保全處分，而不需要進行本應由專業之家事法庭進行的程序。這樣的選擇可能會產生一種趨勢，亦即透過刑事事件排除對立的親權人，而這種趨勢的出現，可能導致子女失去家事法庭基於專業和科學知識所做之適當監護方法的選擇機會。此外，對於孩子而言，其中一位父母成為刑事事件的對象的事實將殘留下來，這可能對其長期利益產生不利影響。

綜上，雖然被告的行為在親權人的角度看來可能有些過分，但抱走的行為並不應該被視為對子女有進行特別粗暴的對待¹⁷，也不致阻礙家事法庭做出最終解決。因此，通過這種實力行使的方式將孩子置於其監護下的行為，並不應該在社會觀念上受到非難。依此，被告的行為在社會上可接受的範圍內，應排除違法性。

(4) 小結

從本案判決理由可知，法院在違法性之判斷上，與前述學說意見類似，係考量被告之行為是否基於子女未受足夠養育或被虐待等特殊事由，此外，行為態樣及子女之利益在行為後能否被確保亦被納入考量。

本案法官之不同意見則是提出更為寬鬆之標準，主張在行為係基於親子之情所為，且於整體法秩序而言，其手段及方法於社會通念上可容許之限度內，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，並應以長期之觀點評價，除行為已嚴重違反未成年之利益，否則有關未成年子

¹⁶ 例如本案離婚訴訟尚在繫屬中，而未由法院定親權人。

¹⁷ 對應理由 2，本案之行為態樣(將子女迅速抱上車並駛離)不應被評價為粗暴。

女利益之爭議應盡量透過家事法院作處理，以符合刑法謙抑之思想、保障子女之利益，並避免社會大眾競相以刑事途徑解決子女監護之紛爭。

(一三) 擬答第三、(二)③段中，謂「……雖手段上有過激之疑慮，但甲仍然有讓乙跟丙保持聯繫……」，但如同本文第(十)段所述，在「甲仍然有讓乙跟丙保持聯繫」之前提下，會難以推導出甲之行為成要件該當之結論。並且，若修改假設為「甲未主動告知丙之所在，亦未允許通話、視訊，以致乙之親權無行使可能」，參照上開學說及實務解，在擬答「……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……」之涵攝下，亦可能推導出甲之行為不具實質違法性之結論。

(一四) 本題案例事實提及：「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……」，故似可討論刑法第 242 條之未遂犯成立與否之問題。此問題雖非本題重要爭點，但若有提及可使答題更加細膩完整。

三、可刪除之贅字

(一) 擬答第三段標題

三、甲未經乙之同意帶走未成年未滿十六歲丙之行為，可能成立刑法第 241 條第 3 項準略誘罪。

(二) 擬答第三、(一)、1.(4)段

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存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。

(三) 擬答第三、(二)段

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

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。