
第一節 普通殺人罪

- 殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑(§271 I)。
前項之未遂犯罰之(§271 II)。
預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑(§271 III)。
- 對於直系血親尊親屬，犯前條之罪者，加重其刑至二分之一(§272)。
- 當場激於義憤而殺人者，處七年以上有期徒刑(§273 I)。
前項之未遂犯罰之(§273 II)。
- 母因不得已之事由，於生產時或甫生產後，殺其子女者，處六月以上五年以下有期徒刑(§274 I)。
前項之未遂犯罰之(§274 II)。

參考文獻

蔡聖偉，一不做二不休——論墮胎既遂的認定，月旦法學教室，79 期，2009 年 5 月；徐育安，殺人與傷害故意之區分，月旦法學雜誌，169 期，2009 年 6 月；王皇玉，論墮胎罪、刑法上死亡之認定——評最高法院 95 年度台上字第 1692 號判決，均收於：刑法上的生命、死亡與醫療（氏著），2011 年 12 月；謝開平，刑法第二百七十二條在立法上之檢討，收於：刑法之比較與繼受（氏著），2012 年 1 月；徐育安，故意認定之理論與實務——以殺人與傷害故意之區分難題為核心，中研院法學期刊，10 期，2012 年 3 月；徐育安，當場激於義憤，月旦法學教室，122 期，2012 年 12 月；謝開平，產後憂鬱下之生母殺嬰，月旦法學教室，163 期，2016 年 5 月；李聖傑，侵害生命、身體法益之修法芻議，檢察新論，22 期，2017 年 7 月；薛智仁，展望未來的刑事立法政策？（下）——評 2017 年法務部之刑法修正草案，月旦法學教室，178 期，2017 年 8 月；蔡聖偉，評殺人罪章 2019 年修法，月旦裁判時報，95 期，2020 年 5 月。

壹、保護法益與體系結構

本罪保護的法益是生命，且是殺人罪章的基本規定，也是處罰最重的殺人罪規定。本罪是一般犯，任何人皆可作為行為主體，亦是

以死亡結果發生作為既遂要素的結果犯。
 在殺人罪章所規定的其他罪名裡，殺害直系血親尊親屬罪(§272)是本罪的加重構成要件，受囑託或得承諾殺人罪(§275 I)則為本罪的減輕構成要件，義憤殺人罪(§273 I)與生母殺嬰罪(§274 I)則屬限制法院量刑的減刑規定。至於教唆或幫助他人使之自殺的加工自殺情形(§275 II)，並非本罪的減輕構成要件，而是獨立的不法構成要件，因為「使之自殺」已不符合殺人（他殺）的前提。

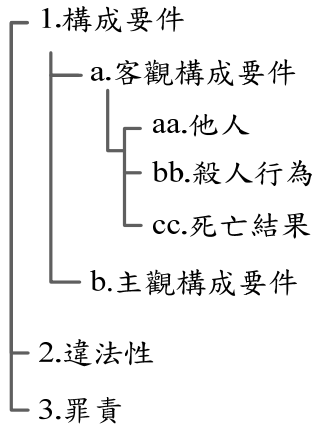
值得思考借鏡者，德國刑法在五年以上有期徒刑的普通殺人罪(§212 I StGB)外，設有科處唯一無期徒刑的謀殺罪(Mord)，而將其定義為出於謀殺之興致、性欲之滿足、貪婪或其他卑劣動機，陰險地、殘酷地或使用危害公共安全之手段，或為實現或掩蓋其他犯罪而殺人(§211 II StGB)⁵；並對較輕情節之殺人犯行設有一年以上十年以下的有期徒刑(§213 Var. 2 StGB: Minder schwerer Fall des Todschlages)，而能避免在個案中產生過苛的處罰⁶——如老邁丈夫用枕頭將久病癱瘓妻子悶死，以避免自己死後無人照顧的悲劇。此外，本罪與死刑存廢問題密切相關，憲法實務認為以死刑作為故意殺人罪的最重本刑部分，僅得適用於個案犯罪情節屬最嚴重之情形，自應僅限於行為人係基於直接故意(§13 I)、概括故意或擇一故意(§13 II)而殺人既遂之情形⁷。

⁵ 建議立法者參考增訂，李聖傑，檢察新論 22 期，頁 150。

⁶ 這裡，李聖傑，檢察新論 22 期，頁 147 認為應調降普通殺人罪的法定刑；薛智仁，月旦法學教室 178 期，頁 71 認為將刑法第 273 條改為「當場激於義憤而殺人或殺人之情節較輕微者，處……」。

⁷ 分析檢討，許澤天，總則，2 章/邊碼 125-1。

● 論證結構 ●



貳、構成要件

一、他人作為行為客體

(一) 他殺與自殺不同

- 8 法條雖未明定殺人罪的人是指他人，但在解釋上毫無疑義地應以他人為限，始符合殺人罪的本質與高度不法內涵。因此，結束自己生命的殺害自我行為不是殺人，自殺者縱使失敗，亦無法論以殺人未遂；教唆或幫助他人自殺，也不等於殺人罪的教唆犯或幫助犯，因為欠缺殺害他人的故意違法主行為 (§§ 29 I, 30 I)。不過，現行法對於自殺的教唆或幫助設有獨立處罰規定 (§275 II)⁸。

(二) 生命的開始與終止

1. 刑法對於「人」的不同階段的差別保護

- 9 本罪保護的客體是他人，前提必須是「人」，而非人以外的生命

⁸ 關於自殺與他殺的區別，本章/邊碼 89。

體。何謂「人」？不同的倫理學、哲學或宗教可能抱持不同的理解，尤其人的生命是個動態發展過程，仍在母腹中的胎兒是否為「人」，爭議始終不斷。但從法釋義學的觀點，本罪保護的人命，應從脫離胎兒的階段而出生為人之時開始，直到死亡成為屍體才告終止⁹。在人出生前的胎兒生命，只能透過僅處罰故意犯的墮胎罪(§§288-291)保護，且亦無單純保護胎兒身體或健康的刑法制裁規定；在人死亡後的屍體侵害，乃損壞屍體罪(§247)的問題¹⁰。

2. 本罪保護生命的開始

如何在現行法上判斷人與胎兒的分界？文獻上有所謂「全部露出說」、「一部露出說」與「獨立呼吸說」的看法¹¹，亦有認為只要在母體內滿 24 週，具有脫離母體獨立存活能力的胎兒，即屬於刑法上所保護的人¹²。本書接受德國通說看法¹³，認為人與胎兒的界限，應從分娩程序開始，即通常在子宮嘗試排擠胎兒，而導致的分娩陣痛開始時起，就將胎兒判定為人。至於剖腹產的情況，則以醫生動刀進行剖開子宮手術的時候，將胎兒認定為已經是人。此一判定，除了對面臨生產高風險的初生嬰兒，提供較為完備的保護，而讓其享有本罪外的過失致死罪(§276)、傷害罪(§277)、過失傷害罪(§284)等規定的保障，亦合乎殺人罪章的體系解釋。蓋生母殺嬰罪(§274)是本罪的減輕規定，

⁹ 依照 v. Liszt 的觀點，所有從母體出生者(alles vom Weibe Geborene)就是人，而不論其是否畸形到不成人形，Gössel/Dölling, BT-1 §2 Rn. 5. 文獻上有認為雖為人類胎生，而依社會通念不能認之為「人」，如俗稱「鬼胎」者，則不得為殺人罪的客體，周治平，各論，頁 612。

¹⁰ 關於屍體可否成為竊盜的動產，本書(上)2 章/邊碼 8。

¹¹ 獨立呼吸說經實務採用，20 上 1092(+)。早期文獻多予支持，如韓忠謨，各論，頁 330；周治平，各論，頁 611。

¹² 甘添貴，各論(上)，頁 19。類似想法，德國文獻上有認為在早產救助技術的發展下，未來修法應從生存能力(Lebensfähigkeit)角度界定本罪的保護起點，而非依照出生與否，Maurach/Schroeder/Maiwald, BT-1 §1 Rn. 9。

¹³ BGHSt 31, 348 f.; 32, 194; Eisele, BT-1 Rn. 40 f.; Fischer, Vor §§211-216 Rn. 5; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT-1 §1 Rn. 8; Rengier, BT-2 §3 Rn. 3; SSW/Momsen, Vor §§211 ff. Rn. 11; W/Hettinger/Engländer, BT-1 Rn 9-11. 林山田，各罪(上)，頁 49-50；林東茂，分則，頁 14；王皇玉，刑法上的生命、死亡與醫療，頁 15-16。

其適用係以成立本罪為前提，此從法條「母於生產時」要素即可知悉。因而只要開始進入生產程序，初生嬰兒即應受到較為嚴密的殺人罪相關規定的保障，而非停留在保障較為不足的墮胎罪相關規定。

- 11 不過，在個案中針對胎兒或嬰兒的侵害行為，究竟要適用本罪，抑或墮胎罪等規定，則因刑法始終係在保護既存法益，而非未來法益的基本立場，必須依照對行為客體具有損害影響的行為時點來判斷，而非以行為客體的死亡結果發生時點為標準¹⁴。

例如 護士 A 女與有婦之夫的婦產科醫師 B 交往，A 懷孕 28 週，B 診斷出在 A 腹中的女嬰 C 有先天性心臟病，兩人決定由 B 為 A 進行人工流產手術。引產後，C 排出產道後並未立即死亡，僅是瀕死的奄奄一息，A 與 B 決意任 C 自然死亡。則因兩人實行的具有損害影響的行為係在 C 仍屬胎兒之時，B 實現受懷胎婦女囑託或得其承諾墮胎罪(§289 I)的構成要件，A 實現懷孕婦女聽從墮胎罪(§288 II)的構成要件，而非本罪之殺人作為¹⁵。至於 A 與 B 在 C 排出產道成為人後，雖亦具有防止 C 死亡發生的義務地位，卻因 C 即將死亡而無能力施救，自無不作為殺人可言。

但如 A 與 B 兩人決定在 C 奄奄一息之際，一同用枕頭直接悶死 C，以減少 C 的垂死掙扎，則 A 與 B 構成殺人罪的共同正犯，而非墮胎罪。因為，A 與 B 不僅採取威脅 C 生命的墮胎行為，又在 C 產出後採取新的攻擊生命措施。此外，A 因其具有生母身分，而得適用生母殺嬰減輕其刑(§274)。

3. 本罪保護生命的終止

- 12 關於人與屍體的界限，依照早期的古典死亡概念是採取所謂的心

¹⁴ Eisele, BT-1, Rn. 42; Joecks, Vor §211 Rn. 21; Küpper/Börner, BT-1 § 1 Rn. 4; W/Hettinger/Engländer, BT-1 Rn 12. 蔡聖偉，月旦法學教室 79 期，頁 80。

¹⁵ 關於殺害患有先天心臟病胎兒的阻卻違法問題，本章/邊碼 149-151。

肺功能喪失說，以呼吸與循環系統的終局停止作為死亡時點（所謂的臨床死），並在檢驗上有認為應採取除心跳與呼吸不可逆地停止外，尚須考量瞳孔是否產生對光反應消失的放大現象¹⁶。

隨著醫療科技的發展與器官移植需要，心跳或呼吸可藉由人工器具維持，自不適宜再以心肺功能喪失作為死亡的判斷基準。目前德國的通說採取腦死(Hirntod)的死亡概念，係以進入無法逆轉的所有腦功能喪失為基準，認為人在腦死後即已失其生命中樞，且其個體的存在亦屬消逝¹⁷。故醫療實務上對於已經出現腦死(人體器官移植條例§4)，卻仍具有心跳、呼吸之人，於符合法定要件上，得以摘取其器官加以移植。依照德國器官移植法(Transplantationsgesetz: TPG)第3條第2項第2款的腦死定義，係指大腦、小腦、腦幹的整體功能，終局且不可排除地喪失，即所謂的全腦死。相對的，我國衛生福利部根據人體器官移植條例第4條第2項規定所訂定的「腦死判定準則」，則是採用較寬鬆的腦幹死標準¹⁸。至於有主張不管是心跳停止或腦死，進入瀕死狀態而無繼續存活可能時，即為死亡的說法¹⁹，恐已混淆刑法對生命的終點認定以及個案的救助義務。亦即，一個進入死亡流程不可逆轉的瀕死狀態的人，仍非死亡，而只能解除他人的救助義務，不必（且不應）再行無效醫療²⁰。

¹⁶ 甘添貴，各論(上)，頁20。

¹⁷ Eisele, BT-1, Rn. 45; Fischer, Vor §§211-216 Rn. 14; Rengier, BT-2 §3 Rn. 9; W/Hettinger/Engländer, BT-1 Rn. 21. 支持此說，林山田，各罪(上)，頁55；陳子平，各論(上)，頁13；王皇玉，刑法上的生命、死亡與醫療，頁134。文獻有認為腦死說僅能適用在器官移植，不能援引至其他情形，以避免誤判風險者，甘添貴，各論(上)，頁21；林東茂，分則，頁13。

¹⁸ 支持此標準者，林山田，各罪(上)，頁58。

¹⁹ 王皇玉，分則(I)，頁13。該書註解21引用的文獻（死亡的臉，1995）反而強調「臨床死亡」仍有可能救回（頁136）；而在法律上要判定死亡，必須有足夠的證據顯示腦部已永久失去功能（頁138）。

²⁰ 本章/邊碼77。

二、行為與結果

- 14 法條所稱殺人者，其在解釋上包括殺人行為與死亡結果，且結果與行為間必須具備因果關係與客觀歸責。僅是縮短他人的片刻生命，亦屬對死亡結果不可省略其存在的條件，而滿足因果關係的要求。

例如 A 不忍戰場上受重傷的弟兄 B 繼續受到死前疼痛折磨，給予 B 致命的一槍（慈悲殺），A 構成本罪。

- 15 本罪殺人行為限於作為，行為人若是以不作為方式容任他人死亡結果發生時，則必須具有防止該死亡結果發生的保證人地位，且在法條適用上不能只援用殺人罪的規定(§271 I)，而須同時援用不純正不作為犯的條文(§15)²¹。關於不作為與死亡的因果關係判斷，必須注意到假設行為人採取符合法律義務的作為，死亡結果將幾近確定地延後發生，且延後的時間，非屬不具意義的短暫片刻。

三、主觀構成要件

- 16 本罪的故意僅需未必故意即可，主要問題在於區分殺人罪的未必故意與過失致死罪的有認識過失，以及區分殺人故意和傷害故意（尤其在傷害致死罪）。此一區別問題在實務個案上主要面臨的就是證明困難，尤其在被告緘默或否認時，就只能依照間接證據綜合判斷。並且，判斷上也難以直接透過案例類型的區分方式，逕行肯定行為人具有殺人故意。亦即，法院在個案中難因行為人已認知自己從事某些特殊的危險行為（槍擊、刀戳、勒頸），就可直接推論行為人具有殺人故意，而必須在考量個案的所有客觀與主觀情狀下審慎檢驗²²。

²¹ 文獻偶爾出現的殺害包含作為與不作為說法（陳樸生，刑法，頁 682；王皇玉，分則(I)，頁 15），並不嚴謹，忽略不作為無法該當本罪，而須結合刑法第 15 條的適用，方才能夠論處。

²² 最高法院 110 年度台上字第 4504 號判決「主觀上是否有殺人之故意，即應斟酌其使用之兇器種類、攻擊之部位及行為時之態度，並深入觀察行為人與被害人之間

德國實務見解過去對此問題的處理，乃採取所謂的**剎車門檻理論** (Hemmschwellentheorie)，認為容忍或同意死亡發生的行為人，必須克服一個較高的心理阻礙²³；近來，德國最高法院已揚棄此一觀點，認為剎車門檻的意義僅在要求特別小心評價所有的間接證據，僅是**自由心證**的問題²⁴。此處，法院必須在判決理由中交代何以形成確信被告具有殺人故意的理由，並在證據調查後依然事實不明之際，遵守**罪疑唯輕原則**，作出對被告有利的事實判定。

殺人故意必須在行為時存在，而無所謂的「事前故意」、「事後故意」。行為人若從傷害故意轉變為殺人故意，則必須判斷導致死亡結果的行為是否係出於殺人故意，還是傷害故意。並且，不論是直接故意，抑或未必故意，行為人皆已確定決意殺人，縱使僅是不違其本意，亦屬已經決意。若是行為人俟對方不從時，始有意將其殺害（如在強盜中的以殺人相威脅），尚未產生殺人故意²⁵。

參、違法性與罪責

本罪適用上最具有實務意義的阻卻違法事由係正當防衛 (§23 前)，面臨現在不法侵害的行為人，可以使用殺人作為必要的防衛手段²⁶。由於生命的不可處分性，得被害人承諾的殺人，亦不能產生阻卻違法效果，僅能適用較輕的受囑託或得承諾殺人罪構成要件 (§275 I)。由於生命享有最高價值地位，縱使為拯救多數人生命，亦不能以殺人的方

係、衝突之起因、行為當時所受之刺激、下手力道之輕重、行為時現場爭執之時空背景、被害人受傷情形及行為人事後之態度等各項因素，綜合加以研判。」

²³ Vgl. BGH StV 1982, 509; 1984, 187; 1986, 421; BGH NStZ 1983, 407. 對此理論（譯為梗阻理論）的介紹與檢討，徐育安，月旦法學雜誌 169 期，頁 287-289；同作者，中研院法學期刊 10 期，頁 109-112。

²⁴ BGHSt 57, 183, 189 ff.

²⁵ 許澤天，總則，2 章/邊碼 124 「作出終局行為決意，才具有故意」。不同看法，主張在此附條件的情形，仍有故意者，甘添貴，各論(上)，頁 22。

²⁶ 戰爭中殺人行為的阻卻違法問題，Maurach/Schroeder/Maiwald, BT-1 §2 Rn. 11-16.

式來成立合法的緊急避難，至多只能免除罪責²⁷。至於本罪較常出現的罪責阻卻與減輕問題，乃行為人於殺人時的無責任能力 (§§18 I, 19 I) 或限制責任能力 (§§18 II, 19 II)。

肆、殺害直系血親尊親屬

20 殺害直系尊親屬罪在性質上係普通殺人罪的**量刑加重事由**，且是不純正身分犯，以行為人係被害人的直系血親卑親屬為加重其刑要素。但在立法論上是否得以行為人的身分與倫常觀點作為加重處罰的理由，實在不無疑問。尤其，弑親情節與動機多端，舊法硬性規定為死刑或無期徒刑，勢將造成個案的情輕法重、用法過苛現象，以致法院在適用上應考量是否情堪憫恕，酌量減輕其刑 (§59)。2019 年 5 月修法，本條改為依照普通殺人罪的刑罰加重其刑至二分之一，使得行為人依法得科處有期徒刑，以避免宣告對個案過苛的無期徒刑，雖較舊法為緩和，卻仍有何以加重處罰的疑問²⁸。

21 依照犯罪學的研究，殺害尊親屬的行為人具有精神障礙的比例遠較其他犯罪高，被害人也常是犯罪的真正肇因者（如經常凶暴虐待或酗酒）。因此，與其認為弑親有違倫常，不如說弑親者無法理解倫常，或因親子倫常不復存在，本條立法應無存在必要。縱使有惡行重大的弑親行為，普通殺人罪應已提供足夠的刑罰裁量空間²⁹。更何況，殺害尊親屬與普通殺人罪的不法內涵並無不同，受限於不法內涵的罪責程度自難較為嚴重，而不存在加重處罰的理由³⁰。

²⁷ 遭到犧牲的對象是必然立即消逝或毫無拯救希望的生命時，是否應容許例外，誠有爭議，許澤天，總則，3 章/邊碼 109（肯定例外容許）。

²⁸ 本條性質已從舊法的加重構成要件轉為加重刑罰事由，蔡聖偉，月旦裁判時報 95 期，頁 45。法制史上的說明，另見謝開平，刑法之比較與繼受，頁 48-58。

²⁹ 林東茂，分則，頁 21；謝開平，刑法之比較與繼受，頁 72-75；李聖傑，檢察新論 22 期，頁 147；薛智仁，月旦法學教室 178 期，頁 69。

³⁰ 蔡聖偉，月旦裁判時報 95 期，頁 46。