

第一章

殺人與墮胎

目次

第一節 殺人罪	4
壹、保護法益與體系結構	5
貳、構成要件	7
參、違法性與罪責	12
肆、殺害直系血親尊親屬	12
伍、殺害未滿七歲之人	15
陸、義憤殺人	15
柒、生母殺嬰	18
第二節 受囑託或得承諾殺人罪	20
壹、保護法益與體系結構	21
貳、構成要件	22
參、犯罪參與	27
肆、謀為同死	28
伍、死亡協助（安樂死）	29
第三節 教唆或幫助自殺罪	43
壹、保護法益與體系結構	43
貳、構成要件	45

參、未遂犯.....	59
肆、謀為同死.....	60
第四節 過失致死罪.....	62
壹、保護法益與體系結構.....	62
貳、構成要件.....	63
參、違法性.....	66
第五節 墮胎罪.....	67
壹、保護法益與體系結構.....	68
貳、構成要件.....	70
參、違法性.....	73
肆、競合.....	76

殺人作為必須受到處罰的犯罪，溯及自遠古的法制初起。依照聖經記載，人類被逐出伊甸園後的第一個犯罪，即為殺人¹。目前死刑能否廢除的關鍵罪名，亦是展現刑罰報應與以命償命思考最為強烈的殺人罪。並且，自提出「生來犯罪人」概念的龍布羅梭開始，犯罪學上最常研究的對象就是殺人犯²。

殺人罪(§§271-276)保護的法益是生命。憲法雖未明文規定生命權必須受到保障³，但是國家除不得任意侵犯個人的生命外，亦應保障個人的生命不受第三人的侵犯，自屬當然之理。按照生命絕對保護原則(Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes)，只要生而為人，其生命就無分強弱、老幼、家庭與社會地位等等因素，都是刑法殺人罪章所保護的對象，而無所謂的無價值生命⁴。

為了有效保護生命法益，不只是故意殺人必須受刑罰，過失致死亦須受刑法制裁。並且，依照現行法的價值秩序，作為生命主體的人，一方面雖無處分自己生命的權利，而使受其囑託或得其承諾而殺之，或對其自殺給予加工的他人，仍受處罰(§275 I, II)；但另一方面亦難以推論出人負有存活的法義務，自殺當然不應受到法律制裁。

刑法第 24 章墮胎罪(§§288-292)亦對尚未出生的胎兒生命提供保護。與殺人罪相比，墮胎罪對於胎兒生命的保護較為侷限，如只處罰故意犯，幾乎不罰未遂（例外：§291 III），且行為人的墮胎行為是否違反孕婦的意願(§§289, 291)，亦是不法評價的重點。

¹ 舊約聖經創世紀第 4 章：亞當與夏娃的長子該隱，因忌妒殺害其弟亞伯。

² A/W-Hilgendorf, §2 Rn. 1.

³ 文獻上有關生命權在憲法依據的認定，有從擴大解釋生存權(憲§15)的概念，或由人身自由(憲§8)導出，或認為屬於憲法未列舉的其他自由及權利(憲§22)，王澤鑑，人格權法，頁 78-79。

⁴ Eisele, BT-1, Rn. 27; W/Hettinger/Engländer, BT-1 Rn. 2. 林山田，各罪(上)，頁 47。

第一節 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)。
- 對於未滿七歲之人犯第二百七十一條之罪者，加重其刑二分之一(§272-1 I)。
對於未滿七歲之人，以凌虐方式犯第二百七十一條第一項之罪者，處死刑或無期徒刑(§272-1 II)。
前項之未遂犯罰之(§272-1 III)。
預備犯第二項之罪者，處五年以下有期徒刑(§272-1 IV)。
- 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(§271 I)保護的法益是生命，且是殺人罪章的基本規定。本罪 5
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。

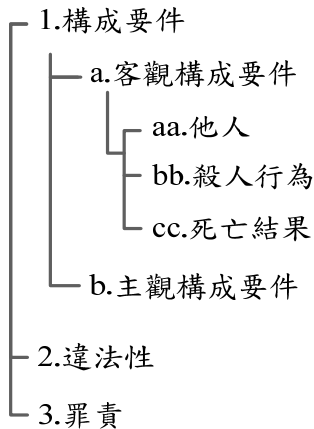
在殺人罪章的其他條文裡，殺害直系血親尊親屬(§272)在 2019 年 6
修法後係單純的加重量刑規定，適用上自非本罪的特別規定，其意義
係在調整本罪的法律效果⁵，故在稱謂上是否宜稱殺害直系血親尊親
屬罪，不無疑義；同此殺害尊親屬情形，乃 2025 年修法後增訂的殺
害未滿七歲之人(§272-1 I)。相對的，以凌虐方式殺害未滿七歲之人
(§272-1 II) 是本罪的加重構成要件，屬本罪的特別規定；受囑託或得
承諾殺人罪(§275 I)因囑託或承諾減輕殺人的不法與罪責，而成為本罪
的減輕構成要件，亦屬本罪的特別規定；義憤殺人罪(§273 I)與生母殺
嬰罪(§274 I)亦屬本罪的特別規定，乃從減輕罪責/而非減輕不法的觀
點限制法院的量刑。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 7
(§212 I StGB)外，設有科處唯一無期徒刑的謀殺罪(Mord)，而將其定
義為出於謀殺的興致、性欲的滿足、貪婪或其他卑劣動機，陰險地、

⁵ 蔡聖偉，月旦裁判時報 95 期，頁 45。這也導致過去本罪與殺害直系尊親屬罪的競合問題，一併消失，許澤天，總則，10 章/邊碼 40。

殘酷地或使用危害公共安全的手段，或為實現或掩蓋其他犯罪而殺人 (§211 II StGB)⁶；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 Totschlages)，而能避免在個案中產生過苛的處罰⁷——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 (113 憲判 8 理由邊碼 71~76)⁸。

● 論證結構 ●



⁶ 建議立法者參考增訂，李聖傑，檢察新論 22 期，頁 150。

⁷ 這裡，李聖傑，檢察新論 22 期，頁 147 認為應調降本罪的法定刑；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……」。

⁸ 分析檢討，許澤天，總則，2 章/邊碼 125-1。

貳、構成要件

一、他人作為行為客體

(一) 他殺與自殺不同

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) ⁹。

(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

本罪保護的客體是他人，前提必須是「人」，而非人以外的生命體。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¹⁰。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¹¹。

⁹ 關於自殺與他殺的區別，本章/邊碼 89。

¹⁰ 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。

¹¹ 關於屍體可否成為竊盜的動產，本書(上)2章/邊碼 8。

2. 本罪保護生命的開始

10 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¹²，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，即屬於刑法保護的人¹³。本書接受德國通說看法¹⁴，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，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¹⁵。

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

¹² 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。

¹³ 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。

¹⁴ 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。

¹⁵ 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。

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¹⁶。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

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¹⁷。

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¹⁸。故醫療實務上對於已經出現腦死(人體器官移植條例§4)，

¹⁶ 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。

¹⁷ 甘添貴，各論(上)，頁 20。

¹⁸ 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