

武大
刑事法
论坛
WUHAN UNIVERSITY FORUM ON CRIMINAL LAW

武汉大学刑事法研究中心 主办
刘明祥 主编

中国人民公安大学出版社



第二卷

D914.04
17/2

武汉大学刑事法研究中心 主办

武大刑事法论坛

(第二卷)

WUHAN UNIVERSITY FORUM ON CRIMINAL LAW

学术顾问：马克昌

主 编：刘明祥

副 主 编：林亚刚

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

武大刑事法论坛. 第2卷/刘明祥主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005. 9

ISBN 7-81109-184-4

I. 武... II. 刘... III. 刑法—文集 IV. D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 100870 号

武大刑事法论坛 (第二卷)

WUHAN UNIVERSITY FORUM ON CRIMINAL LAW

刘明祥 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2005 年 9 月第 1 版

印 次: 2005 年 9 月第 1 次

印 张: 34.25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 648 千字

印 数: 0001 ~ 2000 册

ISBN 7-81109-184-4/D · 179

定 价: 75.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

武大刑事法论坛

编辑委员会

学术顾问 马克昌

主 编 刘明祥

副主编 林亚刚

编 委 (以姓氏笔画为序)

皮 勇 刘明祥 刘艳红 许发民

林亚刚 莫洪宪 康均心

执行编辑 陈家林

前 言

刑事法制在我国的社会主义法制建设中具有十分重要的地位，以刑事法制为研究内容的刑事法律科学也一直受到国家和社会的重视。近年来，武汉大学为了进一步发挥文科的优势，加大了对人文社会科学学科的建设力度，其中一个重要举措，就是确定少数研究机构为学校文科重点研究基地，并给予大力扶持。以武大刑法学科为依托建立起来的刑事法研究中心，有幸被纳入其中作为重点建设的对象。按照学校的要求，中心应当成为具有明显的科研优势和学术特色的刑事法律重点研究基地，应达到国内一流、国际知名的水准。正是为了实现这一目标，我们创办了《武大刑事法论坛》，以作为中心开展学术交流的一个平台。

《武大刑事法论坛》设有“理论前沿”、“基础理论”、“国外刑法”、“犯罪学”等固定栏目，主要发表“中国刑法学”、“外国刑法学”、“比较刑法学”、“刑事政策学”、“刑事诉讼法学”、“犯罪学”、“监狱学”等学科领域的研究论文。我们的宗旨是以极大的兴趣和热情关注刑事法领域的重大理论和现实问题，既重视刑事法学的哲学与人文根基，并对之进行思辨性的深层次研究，又注重把握刑事法学的务实性特点，对司法实务中提出的疑难和全新的问题进行开拓性探索。遵循“百花齐放、百家争鸣”的方针，提倡在学术研究过程中，独立思索，自由对话，对不同理论观点、学术风格兼容并蓄。

《武大刑事法论坛》作为一种新的出版物或新生事物，我们不能指望它一出世便尽善尽美，但我们有决心通过自己的加倍努力，将其办出特色，办出水平。

当然，除了主办者的决心和毅力，更需要一切关心刑事法学理论与司法实务的同仁们的爱护与扶持。让我们用辛勤的汗水和满腔的热诚来共同培育这株新苗，使之早日成为一颗绿叶成荫、硕果累累的大树，以其独特的风姿展现在法学园林之中。

《武大刑事法论坛》（第二卷）出版之际，正是刑法学一代宗师马克昌教授80华诞暨执教56周年的大喜日子。我们谨以此书作为中心全体同仁献给马先生的一份贺礼。

武汉大学刑事法研究中心

2005年9月

目 录

理论前沿

人的出生与刑法对人生命和健康的保护	刘明祥 \ 1
特殊防卫条款意义的三维审视	郭泽强 \ 11

基础理论

论刑法解释原理的文化根据	许发民 \ 43
论犯罪过失的几个基本问题	黄明儒 \ 64
单位共同犯罪法律适用若干问题研究	石 磊 \ 95
论共犯关系的脱离	王昭武 \ 115
狭义量刑基准研究	陈 航 \ 137
定罪情节论纲	王 充 \ 158
量刑情节的适用与完善	叶小琴 \ 173
论财产罪中的占有	童伟华 \ 199
论伪造文书罪的保护法益	熊永明 \ 217
论环境污染犯罪中的因果关系	张 勇 杨国志 \ 230

司法实践

内幕交易、泄露内幕信息罪中的疑难问题研究	鲜铁可 刘 博 \ 243
信用卡诈骗罪若干问题研究	康均心 胡春莉 \ 252
虚开增值税专用发票罪若干问题探析	李 娜 \ 272
对金融凭证诈骗罪适用中若干问题的思考	赵 辉 \ 284

国外刑法

- 关于死刑 汉斯·约阿希姆·希尔施 科隆 冯军译 \ 297
大陆法系刑法因果关系理论之批判 童德华 \ 321
英国刑法犯意 (mens rea) 论纲 王雨田 \ 344

犯罪学

- 湖北省未成年人违法犯罪现状实证研究报告 莫洪宪 王燕飞 胡 隽 雷山漫 \ 364
职务犯罪防治论 王 娜 \ 418

刑事政策学

- 刑事政策的理性批判精神——刑事政策的理性思辨之一 严 励 \ 449

刑事诉讼法学

- 诉讼民主的推进
——从日本检察审查会制度看我国人民监督员制度 张 阳 \ 463

博士论文摘登

- 论中止犯的成立要件 张 平 \ 480

法学书评

- 刑法各论研究的一个航标
——评西田典之教授《刑法各论》中译本的出版 付立庆 \ 522

征稿启事

\ 535

人的出生与刑法对人的生命和健康的保护

刘明祥*

内容提要：出生是由胎儿变成为人的标志。人的出生与刑法对人的生命与健康的保护有密切关系，正确掌握人出生的标准，对于准确认定有关侵犯人身的犯罪以及划清罪与非罪的界限具有重要意义。在我国现阶段，关于出生的标准，有必要采用以“独立呼吸说”为主而兼采其他相关学说的折中说。胎儿性致死伤是与人的出生相关而有必要进一步研究的特殊问题。我国刑法有必要增设故意伤害胎儿罪，明文规定故意伤害胎儿并致其在母体内死亡、出生后死亡或残疾的行为构成这种独立的犯罪。

杀人罪、伤害罪等侵犯人身之犯罪的对象只限于有生命的自然人。一般认为，胎儿出生成为“人”，死亡导致“人”不复存在。人的始期与终期，无论是在医学还是法学领域，都有很多议论。那么，刑法理论上为何也要对人的始期（或人的出生）展开讨论呢？这是因为在许多国家，胎儿与人分属于堕胎罪与杀人等罪的侵害对象，区分两者事关此罪与彼罪的界限，而在没有规定堕胎罪的国家，区分两者则关系到罪与非罪的界限问题。有鉴于此，笔者采用比较研究的方法，对此作简要论述。

一、人出生的认定标准

出生是由胎儿变成为人的标志。至于出生成为人的标准如何掌握，刑法理论

* 武汉大学法学院教授，博士生导师。

上存在以下几种学说：

(1) “独立生存可能性说”，认为只要是在母体外有继续存活可能性的胎儿（即妊娠超过 22 周的胎儿），就成为人。^①

(2) “阵痛开始说”（或“分娩开始说”），认为孕妇出现阵痛是分娩开始的标志，此时胎儿便成为人。这是德国的判例所持的基本立场，也是德国刑法理论上的通说。美国有几个州也采用此说。采用此说的国家或地区，大多规定了独立的杀婴罪，以作为杀人罪的一种减轻犯。^② 由于杀婴罪通常仅限于“生产时或生产后”，阵痛开始就意味着生产已经开始，以此作为人的始期自然是在情理之中。此说的另一条理由是，生产过程对婴儿来说是一个特殊的危险经历，稍有失误就会产生生命危险，把阵痛开始作为人的始期，正是体现了对人的生命的高度重视。^③

(3) “部分露出说”，认为胎儿有一部分露出母体时，就成为人。这是日本的刑法理论与审判实践所采用的通说。其主要理由是，只要胎儿从母体露出一部分，其他人就可能直接加以侵害，因而有当作人的生命、身体予以保护的必要性；另外，以是否对胎儿的身体直接加以侵害作为标准，来区分堕胎罪与杀人罪，在实践中也比较容易掌握认定。^④ 不过，也有学者提出，在刑法上对胎儿比对人给予逊色一点的保护，主要是考虑到胎儿在母体内相对安全一些。由此而论，对胎儿是否当作人给予更厚重的保护，还要看露出母体的部位是否重要，如果只是足露出就没有必要给予那样厚重的保护，因此只有头部的一部分露出时，才能成为人的始期。这可以称之为“头的一部分露出说”。^⑤

(4) “全部露出说”，认为胎儿全部露出母体才成为人。这是英国刑法理论上的通说，也是日本民法上所采取的主张。战前日本民法采取的是长子继承制，在双胞胎的场合，谁先出生成为长子，谁就有继承权（后出生者无继承权）。如果采取“部分露出说”，当出现胎儿部分露出又返回母体的情形时，要证明出生

① 参见〔日〕伊东研佑著：《现代社会与刑法各论》（第 2 版），成文堂 2002 年版，第 14 页以下。

② 过去德国《刑法》第 217 条规定了杀婴罪，但现在废除了这一规定。对杀婴行为现在一般适用第 213 条，与义愤杀人等减轻犯适用同样的法定刑。（参见徐久生等译：《德国刑法典》，中国法制出版社 2000 年版，第 25 页。）

③ 参见〔日〕林干人著：《刑法各论》，东京大学出版会 1999 年版，第 11 页。

④ 参见〔日〕大谷实著：《刑法各论的重要问题》，立花书房 1990 年版，第 3 页。

⑤ 同③，第 13 页。

的双子究竟谁先部分露出，就是一个难题，因此不得不采取“全部露出说”。^①

(5) “独立呼吸说”，认为应该以胎儿脱离母体、并能通过自己的肺呼吸时，作为人的始期。因为只有此时，出生的胎儿才有生存的可能性，杀人罪、伤害罪也才有成立的余地。^②“我国通说，采取‘独立呼吸说’，即认为胎儿脱离母体后，开始独立呼吸，为人的生命起始。”^③

比较以上诸说，可谓是有利有弊。就“独立生存可能性说”而言，对于胎儿尚未到出生时期、孕妇阵痛（或分娩）也未开始，只是由于特殊原因（如剖腹取出）脱离母体并有存活可能性的情形，确有适用的余地。但如果胎儿尚在母体内，仅因其假如脱离母体则有独立生存可能性，就直接作为人来给予刑法上的保护，认为可以成为杀人、伤害等侵犯人身的犯罪的侵害对象，显然是过早地认定了人的始期，不能为社会公众所接受。

“阵痛开始说”确实是人正常出生（或分娩）开始的标志，但孕妇阵痛有几个阶段。妊娠中往往会多次发生妊娠阵痛，妊娠末期其频度会增强，形成前驱阵痛，此后才是分娩阵痛。分娩阵痛又分为开口阵痛与娩出阵痛两种，前者是指孕妇子宫完全张开，阵痛有规则地反复发作，间隔期变短；后者是指作为胎儿分娩出来的原动力的阵痛，发作间隔期极短。娩出前相伴有腹压并自动发生的子宫收缩，此时的阵痛被称之为共压阵痛。究竟以哪一种阵痛作为人的始期，理论上存在认识分歧。1983年德国联邦裁判所的一个判例采取的是“开口阵痛开始说”。即便是以此种阵痛作为统一标准，也还存在难以认定的弊病。再说，如果是剖腹产（剖腹取出成熟的婴儿），阵痛有可能尚未发生，如果不认为取出的是“人”，否定其可以成为杀人罪、伤害罪的侵害对象，显然不妥当。因此，许多国家（特别是没有规定杀婴罪的国家）并不采用此说。

“部分露出说”的合理性在于，胎儿部分露出母体确实就具有直接受侵害的危险性，对已部分露出母体与已完全露出母体的胎儿实施的攻击行为，在性质上是相同的，按“全部露出说”会得出不同的结论，出现不合理的现象，而按“部分露出说”处理得出的结论一样，这是其可取的一面。但“部分露出说”也有以下几方面的缺陷：第一，“部分露出说”存在方法论上的问题。因为按“部分露出说”，区分胎儿与人的决定因素是有无直接受侵害的可能性，而不是看胎儿是否已具有人的价值，也就是由行为的状态来确定被侵害对象的性质，并非是

① 参见〔日〕林干人著：《刑法各论》，东京大学出版会1999年版，第12页。

② 参见〔日〕小暮得雄等编：《刑法讲义各论》，有斐阁1988年版，第15页。

③ 马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社2003年版，第478页。

根据被侵害对象自身的情况来确定其性质，这是一种本末倒置的做法。第二，“部分露出说”的理由并不充分。“部分露出说”之所以把胎儿部分露出母体作为人的始期，其理论根据是此时才有直接受侵害的可能性，但在胎儿完全没有露出时，也可以利用工具“直接”进行加害。第三，“部分露出说”在一些规定有堕胎罪的国家会造成处罚的间隙。例如，孕妇生产开始后胎儿部分露出前，对胎儿实施攻击行为，导致其出生后死亡。在这种场合，按“部分露出说”，由于在胎儿部分露出前，行为人实施的不是对人的攻击行为，不构成杀人罪；又因为根据日本的判例与通说，只有胎儿在母体内、出生之前时，对之加以扼杀使之排出母体外，才构成堕胎罪，上述攻击行为又不构成堕胎罪，因而无法当犯罪来处罚。第四，“部分露出说”会遇到实践上的难题。例如，在胎儿部分露出后又返回母体的场合，是否作为人看待？如果视为人，这又并无直接受侵害的可能性；如果不视为人，则与其理论相矛盾。又如，有的早产婴儿是否有生存的可能性还不能得到证实，如果对这种部分露出的早产儿予以加害，就当杀人罪或伤害罪处理，这也不合理。

“全部露出说”认为，只有身体完全与母体相分离者，才能视为权利主体的人，从法律权利主体上而论，这自然有一定合理性，并且按照此说也比较容易把胎儿与人区别开来。但是，此说也有如下几点缺陷：第一，从价值上论，生命体从开始出生、经过部分露出到全部露出，其价值并无变化，这几个阶段不外乎是从母体获得独立存在的出生过程。如果认为全部露出时，其价值就发生质的飞跃，社会公众、特别是母亲在感情上是难以接受的。第二，自然分娩期的生命体也有作为人予以保护的必要，但“全部露出说”对人的生命保护的时期过于迟缓。第三，按“全部露出说”，即便是对几乎完全露出母体的婴儿予以杀害时，由于杀害的对象是胎儿，不能构成杀人罪，又由于是分娩开始后予以杀害，不构成堕胎罪，同“部分露出说”一样，也会出现无法当犯罪处罚的现象。^① 第四，胎儿从母体分离后死亡的场合，要确定对胎儿的加害行为是在其部分露出时还是全部露出后实施的，往往难以搜集证据。如果以部分露出作为人的始期，则不论是在部分露出后还是全部露出时加害，都可能构成杀人罪，这就不会带来取证与

① 日本学者平野龙一认为，如果对堕胎的定义作点变更，只要是对胎儿实施加害行为，不管是在胎内还是胎外致死，都属于堕胎。即便是分娩开始后，胎儿已部分露出母体时予以加害，导致胎儿死亡，也构成堕胎罪，因而在日本不会出现无法当犯罪处罚的现象。（平野龙一著：《犯罪论的诸问题（下）》，有斐阁1982年版，第263页。）但在中国等没有规定堕胎罪的国家，这种解释仍然不能避免无法当犯罪处罚的现象发生。

定性上的麻烦。

“独立呼吸说”的优点在于可以避免上述诸说有可能导致不适当地扩大杀人罪、伤害罪处罚范围的缺陷，并且从法理而言，人作为法律关系的主体，应该是独立的生存体，如果脱离母体不能独立呼吸并生存下去，则不能享受人的法律权利，也不宜当作人来保护，这是此说的可取之处。但是，通过胎盘呼吸与通过肺呼吸有可能同时并存，要确定通过肺呼吸开始于何时往往十分困难。这是此说的一大弊病。^①另外，此说还存在对人的生命保护不力的问题。例如，在分娩之时，将已全部露出母体并能正常生长但尚未开始独立呼吸的“人”杀害，按此说仍不能构成杀人罪，这显然有漠视人的生命的嫌疑。

笔者认为，在我国现阶段，有必要采用以“独立呼吸说”为主而兼采其他相关学说的折中说。因为我国是一个发展中国家，在许多贫困地区，孕妇还只能在家分娩（无条件上医院），通常情况下胎儿分娩后能独立呼吸才可能生存，也只有这种有生存可能性的独立的生命体才有必要作为人来保护。反过来，即便是胎儿分娩已全部露出母体外，但分娩出来的是死胎或者是无独立呼吸能力的胎儿，则不可能成为杀人、伤害等罪的侵害对象。不过，应当看到，完全采取“独立呼吸说”也确实存在对人的生命保护不力的问题。例如，足月正常分娩的胎儿，全部露出母体，只是尚未开始独立呼吸，仍不能当作人来保护，即便是故意将其溺死，也不能构成杀人罪，并且由于我国刑法没有规定堕胎罪，就会出现对这类行为无法处罚的不合理现象。因此，在足月正常分娩的情况下，对故意杀害、伤害部分或全部露出母体的人的行为，如将头部已露出母体外（但身体还在母体内），或者已全部露出母体但尚未开始独立呼吸者杀害、伤害的，应当以故意杀人罪或故意伤害罪论处，也就是采用“全部露出说”甚至“部分露出说”。

值得进一步研究的是，尚未到正常出生（或分娩）的时期，由于堕胎或其他原因而被排出母体外的未成熟儿是不是人、能否成为杀人和伤害罪的侵害对象？这是与人的始期密切相关的一个特殊问题。日本的通说认为，被排出母体外的未成熟儿，在有生存可能性的限度内，应该视为人。如果由于他人的行为致其死亡，则构成杀人罪、保护责任者遗弃等致死罪，应与堕胎罪合并处罚或者成为堕胎罪的牵连犯，按从一重处断的原则处理。但是，许多学者认为，如果是合法中止妊娠，被排出母体外的未成熟儿又无独立生存可能性，就不能被视为人；如

① 参见〔日〕新保义隆编：《刑法各论》（第4版），早稻田经营出版1997年版，第2页。

果是非法中止妊娠，并杀害这种未成熟儿，也只能构成堕胎罪（被堕胎罪所包容），不能构成杀人罪。其主要理由是，人作为一种独立的主体，是以具有成熟性、独立生存可能性为前提的。这与传统观点显然不一致。^① 另有学者认为，即便是把无独立生存可能性的未成熟儿视为人，由于在合法中止妊娠的场合，导致腹中胎儿被排出母体后生命毁灭，这当然阻却违法性，不可能还构成杀人罪、保护责任者遗弃等致死罪。在非法中止妊娠的场合，由于对无生存可能性的生命，不产生挽救义务，不存在保护责任，即使是放置不管听任其死亡，也不能成立不作为的杀人罪或保护责任者遗弃等致死罪。在被排出母体外的未成熟儿有独立生存可能性的场合，仅仅因为堕胎这种先行行为，就认为有救命的义务或产生保护责任，是难以令人信服的，因此放置不管任其死亡，通常并不构成不作为杀人罪或保护责任者遗弃等致死罪。^②

在笔者看来，被排出母体外的未成熟儿，一般无独立生存可能性，不能作为人看待，也不能成为杀人罪、伤害罪的侵害对象。但是，在因计划生育等原因而中止妊娠的场合，如果被排出母体外的未成熟儿有独立生存的可能性，医生和未成熟儿的父母只是消极地放置不管，任其死亡，则不能当作不作为杀人罪或遗弃罪来追究刑事责任。因为中止妊娠的目的与救命的义务相冲突，中止妊娠就是为了让胎儿死去，假如认为排出母体外的未成熟儿有独立生存的可能性，就要求医生或父母承担救护义务，这显然不合情理。但是，如果故意以作为的方式将其杀死，则有可能构成故意杀人罪。例如，将暂时放在保育箱中护理并有可能正常生长的未成熟儿取出，丢在水中溺死，就应当以故意杀人罪追究行为人的刑事责任。

二、胎儿性致死伤

胎儿性致死伤，是指通过母体对孕育中的胎儿加以侵害，使之出生成为人之后产生伤害、死亡结果的情形。它包括两种类型：一是出生成为人之后症状开始恶化的“症状恶化型”；二是出生成为人之后维持在孕妇腹中症状的“症状固定型”。前者如日本 20 世纪 70 年代发生的“胎儿性水俣病”，即孕妇食用了被工厂排放的污染物影响的鱼类后，导致胎儿患水俣病，出生后死亡；后者如德国 20 世纪 60 年代出现的“萨利德迈畸形儿”，即孕妇因服用一种名为萨利德迈的安眠药后，而生出的畸形儿。胎儿性致死伤案件的一个共同特点是，侵害行为与

① 传统观点认为，只要与母体相分离并且有生命者都是人。

② 参见〔日〕平川宗信著：《刑法各论》，有斐阁 1995 年版，第 38 页。

结果的发生分别在两个不同时期，也就是侵害行为在胎儿期，死伤结果则发生在出生成为人之后，并且两者之间存在因果关系。^①

那么，能否把上述行为当作对人的侵害行为来给予处罚，就成为与人的始期相关的一个难题。对此，德国 20 世纪 60 年代初以“萨利德迈畸形儿”事件作为契机，在刑法理论界展开了讨论；瑞士、奥地利等国受德国的影响，也相继开始议论；日本 20 世纪 70 年代发生“水俣病事件”之后，随着排污工厂的责任者被以业务上过失致死罪起诉，刑法理论界也将其作为议论的热门话题。其中，涉及的论点主要有以下几种：^②

一是否定说，认为在胎儿性致死伤的案件中，不能说对出生的人实施了致伤或致死的行为。这在德国、日本、奥地利等国刑法理论界都是通说，主要理由是：（1）杀人罪、伤害罪、过失致死伤罪的行为客体是人，如果认为胎儿性致死伤案件中，侵害行为作用的对象是人，实际上等于是作出了一种不利于被告人的类推解释。（2）刑法并不处罚过失堕胎行为，堕胎自然是包含了胎儿死亡的结果。如果过失致胎儿死亡不构成犯罪，而过失致胎儿伤害，造成胎儿出生后死亡或残疾，反而构成犯罪，这不合情理。（3）刑法之中只有“伤害人”的规定，并无“伤害胎儿”的规定。在日常生活中，药品、放射线等对胎儿造成伤害的现象时有发生，导致孩子出生后死亡、残疾的现象并非罕见。如果采取肯定说，对这类行为几乎都要当犯罪来处理，这显然与刑法不设“伤害胎儿”之规定的立法精神不符。（4）杀人罪、伤害罪是常见的状态犯，即犯罪结果发生的同时犯罪既遂成立，由犯罪引起的侵害状态的继续，不能评价为犯罪。如果认为胎儿性致死伤案件构成杀人罪、伤害罪，那实际上是把胎儿受伤害的结果导致其出生后这种受侵害状态的继续，评价为侵害行为的继续，这与传统的刑法理论相悖。（5）伤害是损害人的生理机能，是使人好的生理机能变坏，而在胎儿性致死伤的场合，仅仅是把胎儿时期受伤害的恶果，带到了出生成为人的时期，并无进一步损害人的生理机能的伤害行为。（6）如果采取肯定说，就有可能得出一些不合理的结论。例如，医生告诫孕妇不得登高取物，但她却站在木凳上取重物，不慎跌倒，引起早产。假如胎儿生下来之后才死亡，那就构成过失致死罪；若是胎死腹中，则由于刑法无处罚过失堕胎的规定而不予处罚。行为和结果都完全一样，只是结果发生的形式有所不同，就得出罪与非罪两种不同的结论，这显然与

① 参见〔日〕山口厚著：《刑法各论问题探究》，有斐阁 1999 年版，第 7～9 页。

② 参见〔日〕阿部纯二等编：《刑法基本讲座（第 6 卷）》，法学书院 1993 年版，第 3～8 页。

法理和情理都不相符合。(7) 如果采取肯定说, 还会出现处刑轻重失衡的现象。例如, 让孕妇服用强效堕胎药, 若胎儿在腹中被杀死, 自然只能构成堕胎罪; 若让孕妇服用同种而量少一点的药或药效弱一些的其他种类的药, 导致胎儿在自然分娩之前被排出母体外, 几小时后死亡。这后一种情形, 若按肯定说, 就构成杀人罪或伤害罪, 其处刑明显重于前者。这无疑是有失处刑的均衡性。

二是肯定说, 认为在胎儿性致死伤害案件中, 存在对出生的人的侵害行为。在德国、日本刑法理论界, 肯定说虽然只有少数支持者, 但却为两国法院的判例所采纳。其主要理由是: (1) 胎儿是人的萌芽, 胎儿通常会变成为人, 对胎儿的伤害行为, 具有引起对人的伤害结果的实在的危险性。(2) 胎儿性致死伤的实质是采取对胎儿产生有害作用的方法, 使之对出生的人造成伤害结果。换句话说, 使孩子先受伤害后出生, 与待其出生后予以伤害, 在本质上并无不同。例如, 给孕妇注射麻醉药, 使之无痛分娩, 结果造成出生后的孩子脑损伤而成为痴呆儿, 或者婴儿头部露出母体时, 接生员违规操作, 使用器械损伤了婴儿的大脑, 导致其成为痴呆儿。这两种情形就很难说有何差异。(3) 对胎儿造成的伤害结果影响到其出生成为人之后, 这比直接致胎儿死亡的危害性更大, 处更重的刑罚也并无不当。(4) 伤害罪的成立并不以行为时作为侵害对象的人存在为必要。例如, 某人挖一个洞意图使邻居的孩子跌入其中致伤, 即便挖洞时孩子尚未出生, 只要孩子出生后果真跌落其中致伤, 就不影响伤害罪的成立。(5) 刑法不处罚过失堕胎行为, 并不意味着不能处罚过失伤害胎儿的行为。如果造成胎儿伤害的结果跨越胎儿阶段, 影响到了与胎儿受不同法律保护的人, 予以处罚是合理的。另外, 关于对胎儿的伤害何时转化成为对人的伤害问题, 持肯定说者中又有三种不同意见。一种意见认为, 胎儿成为人的瞬间 (即出生时), 转化成为对人的伤害 (德国一部分学者持此种意见); 另一种意见认为, 胎儿出生后, 胎儿阶段某种机能受伤害的症状开始显现时, 如到了人通常能步行的时期而不能步行, 即构成伤害罪 (德国的判例采取此种主张)。还有一种意见认为, 受伤害被确认时, 构成对人的伤害 (日本有个别学者持此种主张)。

三是二分说, 认为故意伤害胎儿时, 应该采取肯定说, 其理由与上述肯定说相同; 但如果是过失致胎儿损伤, 则应该持否定的态度。至于否定的理由, 德国与日本持二分说的学者意见不一。日本学者认为, 这是因为刑法包含有不处罚过失伤害胎儿之行为的精神; 德国学者则认为, 这是由于刑法无处罚过失堕胎行为的规定。

日本最高裁判所对前述“胎儿性水俣病事件”的判决, 虽然回避了“对胎儿的伤害与对人的伤害”之关系问题, 但肯定“使胎儿发生病变”、“胎儿出生

成为人之后，由此种病变引起死亡的场合”，构成业务上过失致死罪。判决理由是：（1）在现行刑法中，胎儿除了作为堕胎罪的独立的行为客体被特别规定的场合外，应该作为母体的一部分来看待；（2）使胎儿发生病变，不外乎是使作为母体一部分的人发生病变；（3）胎儿出生成为人之后，由这种病变导致死亡时，可以归结为使人生病变而引起死亡结果发生；（4）无论是否采取病变发生时要求作为客体的人存在的立场，业务过失致死罪都可能成立。

我国刑法学界过去对这一问题几乎无人问津，近年来才有学者开始探讨“胎儿伤害”（或“伤害胎儿”）问题，也就是行为人故意使用药物或者其他器具伤害胎儿，导致胎儿出生后成为严重精神病患者或者造成缺乏四肢等严重残疾的，是否构成故意伤害罪？对此，也有与上述相似的几种不同意见：一是肯定说，认为构成故意伤害罪。主要理由是：当行为人实施胎儿伤害的自然行为时，由于该行为对人的伤害的危险并不紧迫，因而还只是一种预备行为；至于伤害的着手实行，则必须用隔离犯的原理来说明，也就是当胎儿出生为人时，便使先前的胎儿伤害行为现实化为对人的伤害行为，随之导致了对人的伤害结果。^① 二是否定说，认为不构成故意伤害罪。主要理由在于：伤害胎儿不是对出生后人的法益的侵犯，而是对夫妻生育权的侵犯，因而不可能构成故意伤害罪。夫妻可能以生育权受到侵犯为由请求民事赔偿。^② 三是增设残害胎儿罪说，认为胎儿并非是权利的主体，伤害胎儿的行为不可能构成伤害罪，按现行刑法也无法处罚这种行为，但为了切实保护胎儿的生命与健康，应在我国刑法中增设残害胎儿罪。^③

笔者认为，在设有堕胎罪的国家，是否处罚胎儿性致死伤行为，确实处于两难境地。如果不处罚，就意味着只处罚故意杀死胎儿的行为，不处罚故意伤害胎儿的行为，但是伤害胎儿的结果往往会留下严重的后遗症（如出生后成为残疾人）。在一般人看来，这比直接杀死胎儿的危害性更大，不当犯罪处理确实不太公平。反过来，如果处罚胎儿性致死伤行为，由于刑法没有设单独的处罚规定，只能按杀人罪或伤害罪来定罪处罚，这又会出现处罚明显重于堕胎罪的不合理现象，并且存在不能合理解释对人实施了杀害或伤害行为的问题。

在我国现阶段，处罚胎儿性致死伤行为更不可行。首先是因为我国刑法没有规定堕胎罪，并且我们实行计划生育政策，因而孕妇自行堕胎以及他人实施的

① 参见张明楷：《故意伤害罪探疑》，载《中国法学》2001年第3期。

② 参见胡宇鹏：《伤害胎儿是侵犯生育权的行为》，载《法学》2002年第3期。

③ 参见刘骁军等：《也谈残害胎儿行为的定性》，载《广西政法管理干部学院学报》2003年第4期。