

朝陽大學法律科講義



刑法分則

夏勤述 胡長清疏

上卷 對於個人法益之罪

第一編 侵害生命罪

欲保個人之法益。必先保其生命。生命乃個人法益中之最重者。生命不保。則其餘法益無由得而享受也。第刑法所謂生命。非專指常人而言。即胎兒之生命。亦在其內。曰殺人罪。曰墮胎罪。名雖不同。而其保護生命之道則一也。

疏

講授刑分之法有二。(一)教科書教授法。(二)註釋書教授法。教科書教授法又分爲二。(a)以法典之次序爲次序者。如依我刑律第三章內關於外患等次第述之是。(b)依據法理而分次序者。如以犯罪所侵害之法益爲個人法益。社會法益。或國家法益。次第分述之是。此說便於研究及記憶。本講義採之。外國立法例。明定殺害胎兒與殺害常人無異者。如一九〇二年俄國刑法第二章第四六五條以下。一九〇九年德國刑法準備草案第三編第十六章第二七條等是。

雖然。殺人與墮胎。皆殺害生命之行爲者。若求完全保護吾人生命之法益。非罰及危害生命之行爲。必難獲完美之效果。我刑法除殺人等罪外。規定遺棄罪決鬥罪者以此。本編論侵害生命罪。凡殺害生命危害生命諸罪名。皆包括於內焉。

故意殺人罪

普通殺人罪(三一一條)

加重殺人罪(一一八條一二二條一二五條三一二條)

殺人未遂預備或陰謀罪(三二七條三二八條三二九條)

殺害生命罪

關於自殺之罪

教唆自殺或得本人承諾而殺人之罪(三二〇條一項)
幫助自殺或受人囑託而殺人之罪(三二〇條二項)
關於自殺之未遂罪(三二七條)

墮胎罪

妊婦本人墮胎罪(三三二條)
受婦女之囑託或得其承諾而使之墮胎之罪(三三三條)
用強暴脅迫或詐術墮胎之罪(三三四條)
使妊婦墮胎而致妊婦死傷之罪(三三七條)

過失致死罪

一般過失致死罪(三二四條)
過失致死之加重罪(一一九條三三五條三三六條)
侵害生命以外之法益之致死罪

遺棄罪

一般遺棄罪(三四一條)
加重遺棄罪(三三九條)
因遺棄而致人死傷之罪(三四二條)

危害生命罪

決鬥罪(三一八條三一九條)

侵害生命罪

前編 殺害生命罪

第一章 故意殺人罪

第一節 普通殺人罪

殺人者，故意違法，害人生命之謂。其構成要件有四。

疏

我國新刑律將殺人傷害兩罪。合定一章。名殺傷罪。然殺人與傷害兩罪。輕重懸殊。而情節或有未易分明之處。例如殺人未遂成傷。以其有殺人之故意。應科以殺人未遂罪。不應科以傷害罪。又如傷害致死。以其無殺人之故意。應科傷害致死之罪。不應科以殺人罪。此種區別。每易錯誤。故外國立法例及我國刑律第二次修正案。將兩罪分爲二章。本講義亦分殺人罪（侵害生命罪）及傷害罪（侵害身體罪）兩項述之。

（一）客體。凡有生命者。無論何人。皆得爲殺人罪之客體。人之生命。以出生爲始。以死亡爲終。出生至死亡之間。即本罪之客體也。

人之死亡。以心臟停止鼓動爲標準。法家、醫家、咸無異議。惟出生時期。有陣痛說。一部產出說。全部產出說。獨立呼吸說。諸種。多數學者。主張獨立呼吸說。本講義以其近於事理。合於習慣。故亦欲從其說。

疏

刑法上究以何時爲出生。其學說有四。（A）陣痛說。Beginn der wehen。以分娩作用之開始。爲胎兒與人區別之界限。德學者 Olshausen, Frank 及日學者勝本勘三郎諸氏主張之。但實際上分娩作用開始後。有經過數日方臨盆者。果如此說。是胎兒於母腹中（未出生前）已爲人數日矣。其爲不當。無俟深論。（B）一部產出說。Austritt irgend eines Korperteils aus dem Mutterleibe。以胎兒自母體露出一部後。即認爲人。因胎兒已自母體露出一部。頗易由外界加以侵害也。印度刑法 Binding Meyer 及牧野英一泉二新熊諸氏主張之。然反對者亦不少。蓋胎兒之產出。未必皆爲頭部。設露出手足之一部。即認之爲人。與一般人之觀念不合。且露出一部殺之。即謂之殺人。毫不露出者。則謂之墮胎。未免輕重不倫。故不足採。（C）全部產出說。Austritt des ganzen Körpers。以胎兒完全與母體分離時。爲出生之始期。英之

Common Law 即採此說。此說與民法之規定相符。似較前者爲優。然其弊則在胎兒頭部露出母體。有蔽其口而殺害者。仍爲墮胎罪。殊爲不當。(D) 獨立呼吸說。以胎兒能獨立呼吸空氣時爲準。德學者 Birkmeyer, Liszt 及日學者岡田朝太郎小崎傳山岡萬之助岡田莊作大場茂馬諸氏主張之。自事實上言之。人之所以爲人者。乃在獨立呼吸於天地間。一旦呼吸停止。即不能謂之人。祇可謂爲屍體。又自習慣上言之。胎兒雖與母體分離。若未能獨立呼吸。祇謂之爲息胎。不能謂之爲人。故本講義亦以採用獨立呼吸說爲當。(雖係一部露出而能獨立呼吸者。亦與完全出生同。)且人之死亡。多以呼吸作用完全消滅(心臟鼓動停止說)爲準。不但出生說與死亡說可互相發明。即試驗肺之曾否獨立呼吸。亦甚簡易也。

出生後有生活機關。能獨立呼吸。雖畸形怪狀。法律上亦視爲人。享受常人同一之保護。至出生後之人類。或因月分不足。而能斷其早夭。或因痼癩老衰。而能知其將死殺之者。並依常律問罪。無權而殺害死刑確定之囚徒者亦同。

疏 羅馬法上。畸形兒謂之怪物 *Monstrum* 我國習慣。亦認爲不祥之物。隨意遺棄。若自法律上言之。皆犯殺人罪。(勝本勘三郎岡田朝太郎小崎傳山岡萬之助岡田莊作諸氏同說)月分不足。如未及九個月而出生

者是。因衰老疾病知其將死。實際上其人死亡與否。雖不可知。然法律上不可不保護之。無權殺確定囚者。如於其未統之先。以毒藥殺害之。是。美國判例。殺害死刑囚徒者。以殺人罪論。殺人罪客體之人。以在犯罪當時保有生活機能爲足。其健康狀態善良得享天年與否。在所不問。(日本明治四三年大審院判決錄八五七頁)

被殺者以外之人。皆得爲殺人罪之主體。法律不認自殺爲犯罪。故凡囑託他人使之殺害自己者。不爲罪。但若幫助他人自殺或受託殺者之囑託或承諾而殺之者。則構成加功自殺之罪。

(二)行爲。殺人行爲者。斷人生命之行爲也。其方法或係有形或係無形。其手段或係作爲或係不作爲。苟其行爲足以發生斷絕生命之結果。按之法律。厥罪維均。

疏 有形殺人。如毒殺。因殺對於他人身體直接加以有形的侵害。致他人於死亡者是。無形殺人。如明知病人臨危。最怕聲響。故意以最烈之聲響臨之。致病人於死亡者是。前大清律若造魔魅符書咒詛欲以殺人者。各以謀殺論云云。係屬一種迷信。且爲學理上之一種不能犯。自非利用他人之精神作用構成無形殺人罪者可比。應不論罪。

死亡結果與絕命原因。其間關係有極複雜者。譬如甲之行爲。足以致人於死。當死亡結果未發之先。乙之獨立行爲。介入其間。結果之發生。不因甲而因乙。甲乙之處分將若何。多數學者主張因果關係中斷說。殺人既遂之罪。不歸甲而歸乙。余則謂甲乙皆應以殺人既遂論罪。不得因乙之介入。而甲遂可免殺人既遂之罪也。

疏

就上例言之。甲乙二人。皆應構成殺人罪。以甲乙皆有殺人之意思。殺人之行爲。並有死丙之結果故也。由此可知岡田朝太郎氏所謂責任更新與多數學者所謂因果關係中斷。皆爲不當。

(三)故意。殺人者須預識有斷人生命之結果。始能謂其有殺人之故意。詳言之。(一)須認識其爲人。(二)須認識舉動及死之結果。(三)須認識舉動與結果之因果關係。故不知其爲人。或不知其舉動足以致人於死。不得謂有故意。若知其爲人。而誤甲爲乙。或預知死亡結果。而不希望其死亡。或知其不免死亡。而不能期其必死。倘死亡之結果發生。則法律皆以殺人既遂論罪。

疏

若不知爲人而殺之。有時爲無罪。有時爲過失殺人罪。不知行爲及死亡之結果。有時爲過失殺人罪。不知行爲與結果間之因果關係。有時爲傷人致死罪。若誤甲爲乙。因而殺之。則爲目的物之錯誤。應構成殺人罪。預知死亡結果。而不希望其死亡。(如船主欲得保險金。而沉船害人是。)或知其不免死亡。而不能期其必死。皆構成殺人罪。因本講義採認識主義。不採希望主義。且殺人罪之成立與否。不以確定之故意爲限故也。

故意殺人罪。舊律又有謀殺故殺之分。先設殺人之計。後行殺人之事。謂之謀殺。一時逞凶。欲致其死。而逞情殺之。謂之故殺。夫謀殺故殺。惟時間有短長之差。其性質毫無歧異。即令二者有所不同。然出自預謀者未必重。嗟咄間之決意者未必輕。歐洲古法亦有謀殺故殺之分。最近立法

例。多有沿用之者。此皆拘於成例而然。我新刑律無謀殺之規定。蓋甚當也。

疏

清律解釋謀殺與故殺之區別云。謀殺之事不一。或以金錢。或以毒藥。或驅赴於水火。或陷害刑戮。或伺於隱僻處。即時打死。凡處心積慮。設計定謀。立意殺人。而造出殺人方法者。曰謀殺。臨時有意。欲殺人。非人所知。曰故殺。然細考之。謀殺故殺。不過時間上之差異。殊無區別之必要。近代立法例。沿用謀殺故殺之區別者。如一九〇二年威刑法第二三三條。一九〇九年德國刑法準備草案第二一二條第二一三條。及一九〇九年奧大利刑法準備草案第二八一六條第二八一七條第二八一八條等是。有主張謀殺故殺宜分別處刑者。其說曰。我國新刑律廢謀殺故殺之區別。其理由有三。一謂有預謀之殺意。與無預謀之殺意。法理上不能有正確之分別。二謂即使可分。而同一殺人。刑法究無輕重之差別。三謂因犯意出於預謀。而加重其刑。何以別種犯罪。俱無特別加重之規定。則預謀之殺人。自無應處重刑之理。第一說因其難於分別。故主張廢止。似無充分之理由。何也。律文之有待解釋。及解釋上之難於分別者多矣。即如刑律所稱強暴詐術不正當等名詞。學理上亦無正確之標準。有賴乎法官之酌情定奪。不獨謀殺爲然。況謀殺故殺。我國舊律。向有分別。成例具在。當不至如所慮之虞也。第二說謂同一殺人罪。刑法究無輕重之別。以一語而抹煞各罪中輕重情節之條文。似有未當。即如同賭博罪。而以賭博爲常業與否。科刑遂有輕重。又同一殺人罪。而殺死尊親屬與殺死常人。科罰亦有輕重。故以犯意之輕重。而分謀殺故殺。未爲不當。第三說謂因犯意出於預謀。而加重其刑。何以他罪無此區別。此理由亦嫌薄弱。何也。各罪加重之情節。因其性質而異。例如以犯某罪爲常業。而加重其刑者。某罪有之。而他罪無之。因被害人之年齡。而加重其刑者亦然。其他各罪加重之標準。莫不如是。故以預謀之故意。爲殺人罪加重之情節。蓋因犯人有特別之兇性。應科重刑。非必他罪亦出於一律也。本上所述。可知謀殺故殺。似以分別處刑爲宜云。

(四)違法。殺人行爲必違背法令。而後乃構成殺人之罪。如正當防衛。緊急避難。或依照法律及

正當業務等行爲。法律不以爲罪者。不在此限。

疏

暫行新刑律第一編第二章(第十條至第十六條)參照。

殺人罪之要件如此。而其狀態又復種種不同。舊律除謀殺故殺過失殺及謀殺尊親屬外。有謀殺制使。及本管長官。殺死姦夫。殺一家三人。採生折割人。造畜蠱毒殺人。屏去人服食。殺子孫圖賴人。

故殺家長。故殺傭工。故殺親夫。故殺卑幼之文。外國法律中亦有將毒殺。慘殺。忿激殺人。姦盜殺人。圖財害命。殺死嬰兒等罪定爲重條者。惟我刑法第三百一十一條。頗得古書簡賅渾括之旨。

疏

關於殺人罪之規定。在舊律不下數十條例。絲分縷析。猶虞疎漏。而本條以最簡單之一語括之。不區別其犯罪之原因與手段。及共於被害人身分。而設特別罪名。(惟第二百一十一條及次條是爲例外。)其一切殺人行爲。皆不出此範圍。在立法者主義。與舊律不同之點。原案理由。論之甚詳。茲節錄而復引伸之。第一。不區別殺人之有無預謀。(中略)第二。不區別殺人之手段。舊律有毒殺。詐殺。虐殺。火器殺。各種罪名。分別甚詳。而毒殺爲重。然毒殺與非毒殺之別。不能定犯罪之標準。其故亦有三。一。毒物非毒物之界說。在理化學上。難得正當之判別。二。即使能爲判別。亦不得於無限殺人手段之中。獨重罰其用毒者。三。用毒之手段。雖屬險惡。而犯人情節。仍有不可恕之分。則刑罰當不能一律也。在從前重視毒殺之理由。不外三種。(一)以毒易於實行。不著形跡。爲人所難防者。然近來物質文明。秘密殺人之方法。日益新奇。較毒殺尤易實行。故此種理由不足採。(二)以毒殺難於覺察。爲檢驗時之困難。然自生理學醫學化學發達。無論何物毒殺。皆能識別。此理由尤不足採。(三)以毒殺者能殺人於談笑宴會之間。其手段最爲陰險絕劣。然今日殺人方法日新。其陰險手段。不獨毒殺爲然。如電殺。炸殺之類。恐難一一特別規定之。此理由亦不足採。是以本條概括規定。不區別其手段如何。無論毒殺與非毒殺。皆得視其罪之輕重。酌量以斷定其刑。第二。不區別被害人之身分。平民殺官長。奴僕殺主人。及卑幼殺尊長。刑罰從重。反是則平民奴僕卑幼殺者。則分別減輕。此舊律區別之大概也。本不以身分之關係。爲刑罰上標準。而視情節之輕重。實裁判上權衡。除關於殺尊親屬者。視爲滅倫大道。另有特別規定外。其官民主僕之間。毫無貴賤問題。果屬罪大惡極。殺民僕者。不能從輕。如有罪情可原。則將官與主者。不能獨重。夫妻間之不應分別亦然。至父母殺其子女。舊律科刑最輕。以爲子女由其所生。殺之亦無大害。不知人民皆爲國家之元質。其生命非父母尊長所能奪。此爲世界之公例。若父母殺其子女。則父母之恩誼已絕。直可視爲平人。自刑律採取國家主義。子孫既同爲國民一份子。即有應死之罪。亦非常人可擅專。故殺子女卑幼者。對於國家犯罪。皆應視同一律。又案法律館修正時。駁各省簽注案語略云。各部省簽注。均以本條規定。未免過於簡括。應細別情節。豫定輕重。不知修訂刑律。宜以簡括爲主。細別情節。轉滋流弊。此理詳分則答問總敘第五。茲復引據學理。以明原案不宜改訂之理如下。有謂殺人之罪。輕重因其所犯之爲何人而定。有謂刑之所加。必衡本罪之主體。有謂應分別尊卑長幼良賤。用意大略相同。不知犯人身分。只可爲分別罪情之一端。固不能以此一端。抹煞一切犯罪情節。何以言之。身分於不問。況曾卑長幼良賤。在倫理固有等差。然人民齊等。生命均貴。實爲憲政所不可少之義。此原案之

加重殺人罪。除被害人（客體）係外國之君主、外國之大總統、外國之使節、駐外之中國使節、及加害者之尊親屬外。其構成要件與普通殺人罪無或少異。茲僅就本罪之客體述之。

君主者，君主國家之元首。大總統者，共和國之元首。皆一國最高機關。而對外代表一國者也。國體無論爲統一、爲聯邦。爲君主、爲民主。凡能獨立於世界。按國際成例。應以國家之禮相遇者。其元首即本罪之客體也。惟亦以君主大總統爲限。如保護國國王、附庸國國王。固非本罪所稱君主。即攝政、監國、副總統、太上皇、前任大總統等。或因攝行政事。而有君主大總統之實權。或曾有此項實權者。亦不能以元首論也。

外國使節及駐外中國使節。包含平時駐在他國之大使、公使、及臨時派至他國之使節而言。凡按國際成例。遣往他國。代表國家。經他國政府承認者。皆刑法所稱使節。然以使節本人爲限。如使節家族、使節隨員。雖享有治外法權。殺之者。按普通殺人律問罪。與本節之罪名無涉。

尊親屬。指本人父母、祖父母、曾祖父母。夫之父母、祖父母、曾祖父母而言。本生父母外。舊律則有同居繼父。不同居繼父。從繼母嫁之繼父。養母嫡母。繼母慈母。嫁母出母。庶母乳母之稱。民律則有嗣父。嗣母。繼母。嫡母之別。據吾輩見解。凡係親生之母。如嫁母出母。庶母。其親子關係。始終不能消滅。至若繼父。無論同居異居。養母乳母。慈母。無論同姓異姓。非承繼其爲子。殺之者。不得適用新刑律三百十二條處斷。

疏

母改嫁。而子隨之。稱其所嫁者。曰同居繼父。母雖嫁。而其子不隨之去。稱其所嫁者。曰不同居繼父。父死。繼母再嫁。而隨之去。稱其所嫁者。曰從繼母嫁之繼父。自幼過房與人者。曰養母。妻之子女稱父之正妻。曰嫡母。父娶之後妻。曰繼母。所生母死。父命別妻撫育者。曰慈母。親母因父死再嫁他人者。曰嫁母。親母被父出者。曰出母。妾生之子稱親生之母。曰庶母。父妾乳哺者。曰乳母。

刑律第三一二條之殺尊親屬罪。在法津爲大逆罪之一種。其尊親屬之範圍。依刑律第八二條規定。爲父母祖父母高祖父母曾祖父母四代。妻於夫之尊親屬與夫同。夫於妻之尊親屬。則與普通人等。蓋重倫常血統之關係。非如外國立法例。對於配偶之尊親屬。自與自己之尊親屬同也。第二次修正案本舊律之觀念。分尊親屬爲直系旁系二種。殺直系尊親屬者。加本刑二等。殺旁系親者。加一等。於法理上爲特例。於論理上固爲適當之準則。

第三節 殺人之未遂預備或陰謀罪

着手殺人行爲。而因意外之障礙。未至絕人生命者。曰殺人未遂。若非意外障礙。而因己意中止殺人行爲者。進殺人未遂罪論。未遂犯重。中止犯輕。故行爲者着手殺人行爲後若翻然悔悟。改過自新。而中止其犯行。有時得免除其刑。未遂犯雖可減既遂犯一等或二等。而終不能免於罪也。

疏

暫行新刑律第一編第三章未遂罪（第十七條至第十八條）參照。

意圖殺人。實施準備行爲者。曰殺人之預備。商諸他人。表示殺意。希其共同實行者。曰殺人之陰謀。二者皆須先有殺人之決意。設行爲者無殺人之決意。其行爲雖酷似預備陰謀亦不得以殺人之預備殺人之陰謀論罪。

疏

殺人之預備。如欲殺人而購刀是。殺人之陰謀。如甲約乙共殺丙是。殺人之陰謀。與他人承諾有關係。如甲與乙商。謀殺丙。若乙承諾。固無問題。若乙不承諾。甲之處分當如何。或謂乙若不承諾。甲即不能構成陰謀罪。岡田朝太郎氏即主此說。本講義則謂雖未得乙之承諾。甲仍可構成陰謀罪。乙若承諾。乙亦同罪。蓋法律上之處陰謀罪者。罰其犯意也。既已有犯意。即應爲陰謀罪。不問乙之承諾否也。

第二章 關於自殺之罪

自殺行爲。宗教家。社會主義家。以爲罪。而法律則不以爲罪。誠以自殺之人。已經自殺。雖明定嚴刑。終亦無濟於事也。惟人之生命。乃法益中之最重要者。苟能保護。必須盡保護之道。新刑律雖無處罰自殺者本人之文。而仍嚴禁第三者參與他人自殺之事。蓋亦有見於此也。

疏 上古歐洲大陸南部。有獎勵自殺之風。凡年八十以上。不願生存者。得請求政府給予毒藥。以自殺。至耶教盛行。則自殺懸爲厲禁。其時政教混合。國家遂依據宗教規則。訂成法律。凡自殺既遂者。沒收其財產。不得用禮式安葬。自殺未遂者。則加以處罰。或剝奪其名譽權。現今各國。則多無此辦法。其理由有二。一。法理上不便。刑罰之極端。不過能令人死。自殺者既不畏死。則刑罰欠其效力。二。實際上不便。自殺既遂。既無處罰之餘地。則可處罰者。惟未遂者耳。未遂者有罰。既遂者無罰。適足以獎勵自殺。非立法之本意也。故自殺者。無論既遂未遂。概不加刑。惟加功者。在所必罰耳。英國法律。尙有處罰自殺未遂之規定。依一八八三年至一九〇二年之統計。自殺未遂被告事件。每年平均爲一九件。乃至二〇三件。頗有逐年增加之趨勢云。美國各州法律。對於自殺未遂。亦多處以重罰。然反於民衆之一般的法律常識。而死法 (Dead letter laws) 耳。

第一節 教唆自殺或得本人承諾而殺人之罪

本人無自殺之意。他人教唆。令其自殺。因而實行自殺者。曰教唆自殺。教唆之法。有誘惑恐嚇諸端。凡足以令人起自殺之意。無論方法如何。悉依教唆自殺之罪處斷。

疏 設本人始終無自殺之意。被人誘惑。於不知不覺墮其術中者。應構成殺人罪。不能以教唆自殺論。如某甲與某乙刀一柄。藥一丸。曰。持此刀殺人。飲此藥即可隱身。某乙信以爲實。不知藥中有毒。食之即死者。應依殺人罪處斷。

教唆自殺罪。與教唆殺人之罪異。教唆殺人。非受教唆者。聽其教唆着手犯罪者。不坐教唆者之罪。

而教唆自殺。當教唆者着手教唆之時。即視為着手犯罪之時。故他人不從教唆者之教唆。在教唆殺人。不以爲罪者。在教唆自殺。亦以未遂論罪。

疏

教唆自殺。與故意犯之教唆不同。故意犯乃附屬於正犯。其既遂未遂。成立不成立。皆以正犯爲準。教唆自殺則否。自殺行爲本非犯罪行爲。與刑律第三十條普通教唆之要件不符。蓋非附屬之犯罪。乃獨立犯罪之行爲也。教唆行爲若既着手。被教唆者雖不聽其教唆。無自殺之結果。教唆者仍成立教唆自殺未遂罪。與普通教唆罪不同甚明。

得本人之承諾而殺人。與教唆自殺不同。設本人已懷自殺之心。他人又復慫恿其行。雖不能構成教唆自殺之罪。然苟得其許可而殺之。是即刑法上所謂得本人承諾而殺人之罪也。且在教唆自殺罪喪生命者爲本人。而在得本人承諾殺人之罪。則係他人喪失自己之生命。兩者之間。顯有區別。

疏 被殺者之承諾。有形式上之承諾。與真意承諾之分。僅有形式上承諾。而無合於真意之承諾者。爲無承諾。殺之者構成普通殺人罪。承諾之是否出於真意。須就事實上斷定。承諾非出於真意。皆不能認爲刑律第三二〇條得其承諾而殺人罪。故本條承諾二字之範圍。應以嚴格解釋。最近外國立法例。有不設此種特別之規定。亦正爲免除流弊計也。得本人承諾而殺人。在俄刑法德奧刑草（一九〇三年俄國刑法一九〇九年德國刑法準備草案同年奧國刑法準備草案）皆不設特別規定。依一般殺人罪處斷之。

教唆未滿十二歲人或精神病人自殺者。刑法家視爲殺人之間接正犯。不稱爲教唆自殺。其得未滿十二歲人或精神病人之承諾而殺之者亦同。教唆尊親屬使之自殺。或得其承諾而殺之者。情形較重。故其刑罰亦重。

第二節 幫助自殺或受本人囑託而殺人之罪

幫助自殺者。貸與自殺之凶器。調和自殺之毒物。指示自殺之方法。凡使自殺者。容易實行自殺之

行爲皆是。

疏

幫助自殺之行爲。不盡成立刑律上第三二條第二項幫助自殺之罪。例如甲自殺。負痛倒地。而氣未絕。乙欲使甲達其自殺之目的。遂即加刀。致甲於死。此種行爲。乃參與於殺人行爲之實行。當然成立普通殺人罪。不可謂爲自殺之幫助。茲之所謂幫助行爲。指幫助殺人實行行爲以外之一切幫助行爲而言。此即幫助行爲與殺人行爲區別之要點。應特別注意。

本人已決意自殺。囑託他人實施其行。他人因而殺之者。刑法上構成受本人囑託而殺人之罪。至其囑託或係實情或係假意。設一般人感信爲真。則依所信者爲斷。本人之眞意究竟若何。非所問也。

疏

俄國刑法限於憐憫囑託者之哀懇。然後能構成囑託殺人罪。不然則爲普通殺人罪。德國刑法準備草案必有囑託者切實之依賴。與國刑法準備草案。必受囑託者眞實依賴之感動。方能構成囑託殺人罪。吾國刑法並無制限。解釋時亦不能從嚴。假如甲患病多年。囑託乙殺之。乙之殺甲。並非受其感動或切實之依賴。而或因其他原因。如謀某甲之財產等而殺之。在吾國刑法則不問。乃吾國刑法無限限制之流弊也。教唆他人決意自殺之後。依其本人之囑託。因而殺之者。頗類於單純之殺人罪。然自本人已有自殺決意之點觀之。實已具備自殺罪之本質。故依余所信。應依教唆自殺及囑託自殺處斷之。(但有主張構成單純之殺人罪者)

第三節 關於自殺之未遂罪

教唆自殺之未遂罪。常着手教唆時。即能成立。前已述之。故雖着手教唆。而(一)本人不聽教唆。(二)聽其教唆。決意自殺。中途又復悔悟。(三)本人已着手自殺。旋復中止。或(四)着手自殺後。而因意外之錯誤。意外之障礙未遂者。皆教唆自殺之未遂罪也。至因人承諾而殺人。幫助自殺。或因囑託而殺人諸種之未遂罪。據一般未遂罪之性質推斷之。當可了然。茲不詳述。

疏 我刑律尚有兩重自殺之規定。第三二〇條第三項謀爲同死。而犯本條之罪者。得免除其刑云云。即屬此種。同謀自殺之原因。至不一端。或爲生計窮乏。或爲名譽破裂。或出於男女相愛之情。情節至堪憐憫。故法文予審判官以酌量免刑之權。但若因欲自殺。而先殺害他人。仍依普通殺人處罰。例如母欲投水自盡。而先溺其嬰兒是。

第三章 墮胎罪

墮胎者。故意違法殺害母體內之胎兒。或令其早產之謂。從墮胎之性質上考之。匪特殺害胎兒生命之行爲。構成墮胎罪。即危害胎兒生命之行爲亦然。然因墮胎所產之兒。十之八九不免於死。茲爲便於講授計。統歸殺害生命罪一編之下述之。

疏 墮胎罪之性質如何。學者意見不一。(1)殺害胎兒生命說。謂本罪之性質。乃保護胎兒生命。必須胎兒死亡。始成立本罪。(2)危害胎兒生命說。謂本罪之性質。非以殺害胎兒爲條件。乃罰使胎兒早產之行爲。(3)折衷說。謂早產與胎兒死亡。皆宜處罰。故非胎兒在母體內死亡或早產。則不能構成墮胎既遂罪。日本大審院解釋採折衷說。本講義從之。(按新刑律係採第二說)

第一節 妊婦本人墮胎罪

懷胎婦女。明知有胎。故意殺害胎兒。或於分娩前。以人爲之法。令其出生者。爲妊婦本人之墮胎罪。其要件分作(一)客體。(二)主體。(三)行爲及手段。(四)故意四項述之。

(一)客體。在母體內正發達之胎兒。而有生命者。無論其生存能力如何。皆能爲墮胎罪之客體。第刑法所謂胎。以人胎爲限。如獸胎鬼胎。事實上容或有之。不能爲本罪之客體也。

(二)主體。本罪惟懷胎婦女得爲主體。懷胎婦女以外之人。參與妊婦之墮胎行爲。另有罪名。後當詳述。不得以本罪之共犯或從犯論也。然妊婦決意墮胎後。或親自墮胎。或託人代行。與該婦

甲之罪。毫無關係。

疏 本罪之主體。以懷胎婦女本人爲限。懷胎婦女以外之人。如有受孕婦囑託而爲墮胎之行爲。不能以本罪之共犯或從犯論。應依其身分科以刑律第三三三條或三三五條之加功墮胎罪。至囑託他人墮胎之孕婦。則不再成立第三三三條或三三五條之教唆罪。

(三)行爲及手段。墮胎行爲有二。(一)殺死胎兒於母體之中。(二)使之早產。以危其命。前者以死時爲既遂。後者以產時爲既遂。

早產者。胎兒未至天然出產之時。而與母體分離之謂。使其早產者。未至產期。以人爲之法。令其與母體分離之謂。胎兒早產喪命者。恒居十之八九。即幸而不死。其身體亦異常虛弱。故孕婦苟令胎兒早產。即構成墮胎之罪。胎兒死亡與否。妊婦有無殺之之心。非所問也。雖然。若胎兒已屆產期。遲早出世。皆於生命無危險。無危險。即無被害之利益。孕婦設法早產。不能坐妊婦墮胎之罪。

疏 墮胎之觀念中。包含胎兒之殺害與早產乎。抑單指胎兒之殺害乎。此爲困難之疑問。外國立法例。關於此點。多設明文規定。明定殺害胎兒生命之所爲爲墮胎者。如挪威刑法第二四五條。俄國刑法第四六五條。第四六六條是。明定殺害胎兒生命或使之早產之所爲爲墮胎者。如德國刑法準備草案第二一七條。奧國刑法準備草案第二九二條第二九三條是。我國刑法。雖無明文規定。應與德奧刑法取同一解釋。蓋我國刑法。祇渾言墮胎云云。謂墮胎之性質。包括殺害胎兒及早產二者。尙無不當。

墮胎之法。有用藥品者。有用機械者。有以催眠等法。各種精神作用。而墮胎者。一切方法。苟用以墮胎。皆照刑法治罪。其手段若何。非所問也。

疏 日本明治三六年大審院判例。謂胎兒自產門露出顱頂。將生產之際。以手插入產門。壓迫胎兒之鼻。凡致之死亡者。為墮胎罪。

(四)故意。墮胎罪必須有故意。過失墮胎。法無處罰之文。故無故意時。不能構成墮胎之罪。

妊婦自殺未遂而墮胎。自殺時。妊婦既明知胎兒不免於死亡。當然按照墮胎罪處斷。

疏 妊婦自殺未遂而墮胎。學者之意見不一。有主消極說者。如德之 Lisch 日之小疇傳等是。謂胎兒生命。與母體不能分離。故妊婦自殺未遂而墮胎。不能坐妊婦墮胎之罪。有主積極說者。如德之 Frank, Buntz-

亡。日之大場茂馬等是。謂犯罪原因與犯罪事實不同。妊婦自殺墮胎。就其原因言。妊婦自己已不免死亡。遑計胎兒。固不無可原。然其構成墮胎罪之事實。既已具備。法律上即應為罪。本講義擬採此說。

第二節 受婦女之囑託或其承諾而使之墮胎之罪

受妊婦之囑託。或得其承諾。使之墮胎者。其為正犯。毫無疑義。然在妊婦承諾墮胎之情形內。該妊婦之處分。當如何。學者主張頗不一致。據吾輩之見解。凡妊婦允許他人墮胎。或積極參與墮胎之行。或消極忍受墮胎之行。其構成妊婦本人墮胎罪。彼此無所區別也。

疏 妊婦承諾墮胎之情形。有謂宜構成刑法第三三三條之共犯者。(此說謂承諾墮胎之孕婦。應受刑法上如何處分。當分別觀之。孕婦如已參與於墮胎行為之實行。應依自行墮胎罪處斷。如未參與實行。僅係消極的

容受他人實施墮胎行為。使其容易實行。則為加功墮胎罪之從犯云。)有謂宜從妊婦本人自己犯罪。構成刑法第三三三條之罪者。後者之理由。以為自刑之重輕上言。若處共犯。則頗失其平。因妊婦自身墮胎。僅處五等以下徒刑。囑託他人反被處四等以下徒刑。豈非不平之甚。又自犯罪行為上觀察。妊婦若不消極忍受墮胎行為。則不能有墮胎行為出現。自刑法上言。積極與消極行為。價值均等。故妊婦應獨立構成墮胎罪。

墮胎罪之情形。有極複雜者。設某甲一面託人向妊婦施行墮胎手術。一面囑該婦忍受墮胎手術。甲某之罪當如何。余謂甲某雖兩方面教唆。而教唆結果。所表示之實行行為。則惟一而無二。應據