

刑法判解

墮胎罪的既遂認定時點

臺灣高等法院刑事判決101年度上易字第1954號

【實務選擇題】

甲乙兩人為高中同班同學，由於日久生情，在一次夜黑風高的情況下，兩人發生了親密關係；兩個月後，乙腹部疼痛且經期已兩個月沒來，在甲的陪同下到婦產科做了生平第一次的產檢，醫生告訴甲乙，乙懷孕了，但腹中的胎兒已無心跳，在甲乙共同同意下，由醫生為乙進行墮胎手術。試問：依實務見解，下列敘述，何者正確？

- (A)由於乙乃未成年人，因此如欲施行墮胎手術，必須經由法定代理人之同意，否則係觸犯刑法第288條墮胎罪。
- (B)乙同意醫生為其墮胎的行為，符合墮胎罪之構成要件，但係因為自己腹部疼痛，故可援引優生保健法第9條，進而阻卻其違法性。
- (C)刑法墮胎罪之成立，應以殺死胎兒或使之早產為要件。如對母體內已無心跳之死胎以藥物、手術或其他方式，使之離開母體，即與刑法墮胎罪之構成要件不符，無成立墮胎罪之餘地。
- (D)因為甲與乙係基於犯意聯絡與行為分擔，應成立共同正犯，因此甲應論處刑法第288條的墮胎罪。

答案：C

【裁判要旨】

刑法墮胎罪之成立，以殺死胎兒或使之早產為要件（最高法院25年上字第1223號判例參照）。如對母體內已無心跳之死胎以藥物、手術或其他方式，使之離開母體，即與刑法墮胎罪之構成要件不符，無成立墮胎罪之餘地。則甲同意醫師將乙體內已無心跳之死胎以手術方式，使之離開母體，與刑法墮胎罪之構成要件尚屬有違。此外，復查無其他積極證據可資證明甲有何與乙共同墮胎之行為，揆諸前揭法律規定及判例意旨，既不能證明被告犯罪，自應為被告無罪之諭知。至上訴意旨所引之優生保健法第9條，核屬墮胎罪之法定阻卻違法事由，然本案被告所為與刑法第288條第1項之構成要件顯不該當，即無贅論有無該阻卻違法事由之必要。檢察官提起上訴，徒就原判決已詳述之事項再為爭執，並未提出其他積

極事證證明被告確有墮胎犯行，其砌詞濫指原判決不當，實無可取，上訴為無理由，應予駁回。

【裁判分析】

一、墮胎罪保護的法益範圍

(一) 保護客體乃是母體內成長中的胎兒，故墮胎罪所要保護的法益乃在於胎兒的生命。雖然墮胎行為也往往會引致懷胎婦女重傷或死亡結果，故墮胎罪的條款中，如刑法第291條規定，也有以懷胎婦女的生命與身體健康作為保護法益，但就墮胎罪的本質而言，主要保護法益乃是胎兒的生命，殆無疑義。

(二) 依據實務見解，墮胎行為有兩種行為態樣

1. 使胎兒死於母體子宮中（殺胎說立場）。
2. 使胎兒早產，因發育未成熟，產出母體外後，立即死亡（早產說立場）。

二、阻卻違法事由——優生保健法第9條

(一) 本罪的構成要件該當行為，若符合優生保健法的規定者，自係屬依法令的行為（刑法第21條第1項參照），而阻卻違法，不構成本罪。

(二) 本題目中，由於乙係未成年人，因此依照優生保健法第9條第2項，如欲施行墮胎行為，應得法定代理人之同意始得阻卻違法，否則仍成立本罪；惟本案中，因為乙腹中的胎兒早已無心跳，不符合前述有關墮胎罪所欲保護的法益乃是胎兒生命之情形，從而根本無所謂構成要件合致的可能，因此實務判決才認為無優生保健法適用餘地，直接論以無罪即可。

【關鍵字】

墮胎罪、共同正犯。

【相關法條】

刑法第288條、優生保健法第9條。

【參考文獻】

1. 林山田，刑法各罪論（上冊），修訂五版，頁122-124。
2. 李茂生，墮胎罪的法益與罪數——以早產說與殺胎說的爭議為議題，月旦法學教室，2010年10月，第96期。
3. 最高法院25年上字第1223號判例。