

# 伤害胎儿行为刑事处理问题研究

马 曼

(北京师范大学 刑事法律科学研究院 北京 100875)

**摘 要:** 目前我国的刑法体系无法包容伤害胎儿的行为,从狭义的伤害胎儿行为出发,对我国实践中伤害胎儿行为处理办法和理论争议进行总结和评析,以承认出生后为活体的“人”在胎儿时期的生命和健康是一项刑法法益为前提,提出了增设故意伤害胎儿罪的主张,并对故意伤害罪的构成要件和罪名安排进行了具体的设想。

**关键词:** 伤害胎儿行为 堕胎 故意伤害胎儿罪

中图分类号: D924.34

文献标识码: A

文章编号: 1671-4970(2009)01-0049-04

## 一、伤害胎儿行为的界定

广义的伤害胎儿行为是指任何对孕育中的胎儿加以侵害使胎儿不能正常地孕育为人或虽正常孕育出生成为人,但出生后出现死亡或伤残结果的行为,包括堕胎、流产、出生后死亡、伤残等。

为了集中题意,笔者把伤害胎儿行为界定为对孕育中的胎儿加以侵害,使之出生成为人之后出现死亡或伤残结果的行为<sup>[1]</sup>。这种伤害胎儿行为的共同特点是,侵害行为与结果发生的时间不同,它们之间有一个间隔,即侵害行为发生在胎儿在母亲腹中的成长时期,而死伤结果发生在胎儿出生为人后,但死伤结果是由侵害结果造成的。所以堕胎行为不属于这里所指的伤害胎儿行为。

## 二、实践中处理伤害胎儿行为的办法及理论争议

伤害胎儿行为发生时,侵害的对象还不是一个法律意义上的人,事后这个对象才取得法律主体资格,行为人是否应该对伤害胎儿的行为承担刑事责任呢?从民法上讲该行为构成了侵权行为,因为民事赔偿并不要求在损害行为发生时就存在“人”,只要最终对人的健康或生命造成了伤害即可。但在刑法上应如何处理则存在很大争议。

### 1. 我国的司法实践

按照我国故意伤害罪的理论,故意伤害的对象

为他人的身体,按照罪刑法定原则,伤害自己身体和伤害胎儿的行为都不构成犯罪。我国司法实践中是把伤害胎儿的行为依附于对孕妇的故意伤害进行处理的,如果伤害母体损及胎儿则构成故意伤害罪,但仅构成对母体的伤害罪,把伤害胎儿作为对母体伤害的从重情节予以考虑<sup>①</sup>。如 2006 年 8 月上海市洋浦区发生的一个案例,某甲与孕妇某乙因为设摊发生矛盾,争执中,甲起脚蹬踹乙腹部,同伙人丙在一旁声称:“就是要将乙体内的婴儿打掉。”结果乙受伤,且造成婴儿早产,剖腹产后生下的婴儿因抢救医治无效死亡。按照专家委员会的鉴定:腹部外伤致胎盘早期剥离和早产,乙的伤情构成重伤,法院以故意伤害罪对甲判处了 5 年有期徒刑。

笔者认为我国司法实践中的处理办法并不妥当。

1) 出生后为活体的“人”在胎儿时期的生命和健康是否应为刑法上独立的法益,需要我们思考。从甲和丙的言行可以看出,甲的伤害行为首先是针对乙腹中的胎儿的,他们的主观目的是通过伤害胎儿的行为造成对乙的伤害。这里把伤害胎儿的行为仅仅依附于对母体的伤害上进行处理,需要这样的理论前提:对胎儿的生命和健康给以刑法上保护的原因是伤害胎儿的行为侵犯了母亲的权益。但是假设伤害胎儿的行为使胎儿死于腹中,没有出生,胎儿在我国没有生命权,姑且可以认定为故意伤害母体,但在本案中,胎儿是出生以后因抢救无效而死亡的,胎

收稿日期: 2008-06-20

作者简介: 马曼(1986—),女,湖北天门人,硕士,从事刑法学研究。

① 在伤害等级方面有相关规定《人体轻伤鉴定标准(试行)》第四十二条规定:损伤致孕妇难免流产,应认定为轻伤;《人体重伤鉴定标准》第 78 条规定:孕妇损伤引起早产、死胎、胎盘早期剥离、流产并发生失血性休克或者严重感染,应认定为重伤。

儿有成为“人”的经历,对其在胎儿时期的生命和健康是否应给以保护呢?

2)胎儿受伤害主要有两种情形,把伤害胎儿的行为依附于对母体的伤害进行处理并不能囊括该行为发生的所有情形。第一种情形,母体和胎儿都受伤害,如打伤孕妇导致胎儿出生后死亡或畸形发育,这种情形可以作为对母体伤害的加重情节处理,既对伤害胎儿的行为给予了刑法上的评价又没有脱离原有的刑法体系;第二种情形,胎儿受伤害,但母体并没有受伤害,如某人强迫孕妇服用药物,该药物对孕妇身体健康无多大影响,但导致胎儿出生后死亡或伤残。此时若把该行为依附于母体进行认定就是无罪,无法对行为人给以刑法上的惩罚。如2002年山西省新绛县发生的一个案件,原告之母怀孕8个月时遭殴打,导致早产一个星期,其胎儿出生后一年被确定患上了脑瘫残疾,县人民法院审理后认定被告侵权,让其承担了民事责任,但被告并没有受到刑事处分,原因就是这种伤害行为只造成了孕妇早产一个星期,不足以认定为对母体的伤害。

## 2. 学者争论

我国理论界最近对伤害胎儿行为应如何处理展开了针锋相对的讨论。

张明楷教授的观点:应认定为对胎儿出生后的“人”成立故意伤害罪。认为伤害胎儿的行为导致了对出生后的“人”的伤害,严重侵犯了出生后“人”的利益,具有惩罚的必要性,张教授从“隔离犯”的角度来阐释故意伤害罪,认为着手行为必须具有侵害法益的紧迫危险性,行为人伤害胎儿时,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,而当胎儿出生为“人”时,对“人”的伤害的危险便迫切,随之导致了对“人”的伤害结果。即将伤害的身体动作时期与伤害的着手时期作分离的考察,行为人在着手时伤害罪对象的“人”便存在了<sup>[2]</sup>。

第二种观点:胡宇鹏先生在对张明楷教授的观点进行反驳的基础上,提出了伤害胎儿是侵犯夫妻生育权的行为<sup>[3]</sup>。这种观点认为,张明楷教授的观点混淆了犯罪过程与犯罪行为,将“着手”界定于实行行为终了之后,违背了着手必须是实行行为的着手这一事实。

第三种观点:对胡宇鹏先生的观点进行反驳,认为中外研究者比较一致地将生育权的内容理解为关于生育的自由决定的权利和获得相关机会和条件的权利,不包括胎儿的生命健康权益<sup>[4]</sup>。进而有学者提出了在我国刑法中增设故意残害胎儿罪的主张<sup>[5]</sup>。

第四种观点:认为在我国现阶段处罚伤害胎儿行为不可行,理由为:其一我国法律没有规定堕胎

罪,药效强者致胎儿死于腹中不构成罪,药效弱者使胎儿出生后死亡或伤残反而构成罪,不合情理;其二按此推定,过失伤害胎儿使其出生后死亡或伤残则同样能构成过失致人重伤或死亡罪,违反罪刑法定原则,但同时认为现代社会应加大对人的生命权的保护力度,今后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中死亡、出生后死亡或残疾的,构成此罪,若从各种情节来看该行为是可以被宽恕的则不认定为犯罪<sup>[1]</sup>。

可以看出对伤害胎儿行为应如何处理争议的焦点主要如下:

其一,伤害罪、杀人罪等侵犯人身犯罪的成立,是否需要侵害行为发生时作为侵害对象的人存在。笔者认为作为侵害对象的人是必须存在的,否则不能认定为杀人或伤害罪。故意伤害是故意伤害他人身体的行为,对象是他人的身体,那么前提是“他人”的存在,胎儿确实在腹中即具有了生命,但这只是自然意义上的生命,法律意义上的“人”要求脱离母体独立存在后有生命反映。把伤害胎儿的行为作为普通伤害罪进行处理明显违反了罪刑法定原则。

然而美国、德国、日本在相关判例的处理中是把伤害胎儿的行为作为普通伤害罪进行处理的。美国普通法上采取的是“活体出生”规则,胎儿出生为活体之后,若因伤害行为而死亡则构成故意杀人罪,若致残等则构成故意伤害罪。美国部分州承认“可生育的胎儿”为人,不管其出生后是否为活体。笔者觉得这种处理办法是判例法系的美国在法律没有规定伤害胎儿罪名情形下,基于对胎儿的生命和健康的保护而在个案中对“人”的时间限度进行的扩展,可以解决实践中出现的伤害胎儿行为不知道如何处理的难题,但该处理办法在理论上说不通,如果把“可生育的胎儿”认定为“人”,那么法律上针对“人”的所有权利就都应该适用于胎儿。按此理论,大陆法系和中国的“堕胎”合法化就无法得到解释。

德国判例采纳的观点为胎儿出生后,胎儿阶段某种技能受伤害的症状开始显现时即构成伤害罪,如到了人通常能步行的时期而不能步行的。日本判例采纳的观点为胎儿出生成为人后受伤害被确认时,即构成对人的伤害,故意伤害罪成立。这种案例实践中特别少见,所以德国和日本也是把此类案件作为个案处理的,该观点也不是刑法理论界的普遍观点。德、日学者普遍反对此种处理办法,认为胎儿不是法律上所保护的“人”,作为犯罪处理是做出了不利于被告人的类推解释,且杀人罪、伤害罪都是状态犯,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。笔者同意

学者的主张,个案的特殊处理方法并不能在刑法体系和刑法理论上得到合理的解释。

其二,能否用隔离犯的理论解释伤害胎儿的案件中,行为时存在“人”。张明楷教授在肯定侵犯人身犯罪必须有侵害对象人的存在的前提下,试图用隔离犯的理论认定伤害胎儿时存在“人”。笔者觉得不妥,预备行为和实行行为理应为不同的行为,对胎儿的伤害行为是实行行为,只有那些为伤害胎儿准备工具、创造条件的行为才能作为预备行为,而张教授则把同一个行为因为伤害对象由胎儿变成“人”使侵害法益变得紧迫而既作为预备行为又作为实行行为。这里张教授是为了在不违反罪刑法定原则的前提下从刑法规范解释的角度把伤害胎儿的行为纳入到伤害或杀人罪的体系,人为地加入隔离犯的理论,以证明伤害胎儿时“人”的存在,有牵强附会之嫌。

其三,不处罚堕胎行为与处罚伤害胎儿行为的关系。笔者认为两者不存在必然的联系。首先,是否处罚堕胎行为带有很浓的政治色彩,需要视国家保护的利益趋向而定,它是生命权和女权的博弈,其中女权很重要的一点内容是生育权,孕妇自愿堕胎或他人强迫使其堕胎或流产是与生育权有关的内容。不同国家或同一国家在不同时期对堕胎的政策不同。其次,伤害胎儿的行为给胎儿出生后的“人”带来了伤害和痛苦,这里的人已经是刑法上的“人”,理应受到刑法的保护。而堕胎行为,自愿或被迫堕胎侵害的都是胎儿的生命,涉及的是胎儿有无生命权和父母双方生育权的问题。堕胎一种情况是女方自愿,另一种情况是女方在被迫的情况下堕胎,但堕胎的结果是胎儿没有出生,不会对出生后的“人”带来伤害,若堕胎未遂,胎儿出生后死亡或伤残,可以视情况而定,若是由于医院的过错可以以医疗事故罪、非法行医罪等定罪处罚,若医院没有过错,也可以诉诸民事上的赔偿。

在我国计划生育的政策下,堕胎行为入罪很困难,我们可以先就故意伤害胎儿的行为在刑法上予以解决。因为不处罚堕胎行为,我国刑法体系上不能把“可生育的胎儿”视为“人”,但不能因为不处罚堕胎行为,而放弃对伤害胎儿行为进行刑法上的处罚。

### 三、问题的解决 增设故意伤害胎儿罪

针对上述的理论争议和实践中的难题,笔者认为可以在我国刑法上增设故意伤害胎儿罪。

#### 1. 增设故意伤害胎儿罪的必要性

##### (1) 司法实践的需要

实践中伤害胎儿的行为存在着二种情形,一是针对胎儿的伤害行为,却没有伤害母亲的健康,二是

伤害母亲的行为,又明知会伤害胎儿,结果也是伤害了胎儿,却没有伤害到母亲这两种故意伤害胎儿的情形。前者在主观上是明知会伤害胎儿且积极追求这种结果的发生,是直接的故意,后者在主观上是明知可能会伤害胎儿而放任这种结果的发生,是间接的故意,这两种情形都不能作为伤害母体的加重情节进行处理,也不能认定为对出生后的“人”的故意伤害。在当前的理论体系和实践都无法囊括这两种情形的情况下,笔者认为有必要在刑法体系中增设故意伤害胎儿罪。

#### (2) 理论支撑——胎儿时期的生命和健康是刑法上一项独立的权益

胎儿不是宪法和民法上的主体,但宪法和民法都对其生命和健康予以了保护,出生后为活体的“人”在胎儿时期的生命和健康理应是刑法上一项独立的权益。

首先,胎儿不享有宪法上的生命权,但受宪法保护。宪法对胎儿的作用,至其出生为止仅仅局限于附加在国家公共权力的保护义务上,国家机关必须采取必要的措施以保护胎儿的生命。笔者同意德国学者的主张,在我国实行计划生育政策不处罚堕胎行为的情况下,胎儿的生命权无从谈起,胎儿也并不享有宪法上的生命权。但这并不否认胎儿拥有自己的利益,国家机关要采取必要的措施保护胎儿的生命和健康,就像国家机关也要保护珍贵的动植物一样。

其次,在民法上,胎儿没有民事主体资格,但各国对胎儿的民事权利仍然给以保护。对胎儿利益的保护主要有3种立法例:①胎儿出生为活体的,即溯及地取得民事权利能力,如捷克、匈牙利。②胎儿出生时为活体的,在某些事项上视为已出生,如德、日、意在继承、损害赔偿请求权等事项上视为胎儿已出生。③胎儿出生时为活体的,对其利益之保护,视为已出生,如我国的台湾地区。这3种处理办法在避免了胎儿成为义务主体的可能,在涉及胎儿利益时“视为”已出生,表明是一种法律拟制,也维护了传统的权利始于出生、终于死亡的原则,保持了法律体系内部的和谐。

在我国刑法上,其一,基于对出生后为活体的“人”的生命和健康权的保护,应对其在胎儿时期的生命和健康进行保护;其二,我国可以借鉴民法上的第三种立法例,将出生后为活体的胎儿“视为”已出生,对出生后为活体的这一部分胎儿的生命和健康在刑法上进行保护。但由于胎儿毕竟不是刑法上的“人”,将其纳入现有的以保护自然人权益为基础的故意杀人或伤害的罪名体系之中不妥,所以,笔者考虑增设故意伤害胎儿罪,在承认出生后为活体的

“人”在胎儿时期的生命和健康是一项刑法法益的前提下对伤害胎儿的行为予以定罪处罚。

## 2. 增设故意伤害胎儿罪的可行性

### (1) 现阶段可以增设故意伤害胎儿罪

刘明祥认为现阶段处罚伤害胎儿行为不可行,笔者觉得理由不妥当。其一,刘明祥界定的故意伤害胎儿罪包含了胎儿在母体中死亡的情形,不是笔者这里界定的狭义的伤害胎儿的行为。其二,增设故意伤害胎儿罪,并不是在类推的基础上得出的,没有把“人”的概念扩大到“胎儿”,而是基于出生后为活体的“人”,在胎儿时期的生命和健康应是刑法上一独立的法益而得出的,并没有违背罪刑法定原则。其三,刘明祥主张日后增设故意伤害胎儿罪,是基于现代社会要加强对人的生命权的保护,笔者是同意胎儿不享有生命权的。且在本罪中也不会设定“可宽恕”的排除责任理由,该理由柔性有余,在实践中不好把握。笔者觉得对故意伤害胎儿罪的构成要件要明确地进行规定。

### (2) 本罪的构成要件

其一,本罪侵犯的客体是出生后为活体的“人”在胎儿时期的生命和健康权益。在伤害胎儿的行为也伤及到母体时,伤害母亲生命和健康的行为可以作为普通的故意伤害罪来处理,和故意伤害胎儿罪属想象竞合犯,伤害胎儿的行为没有伤及母体时,就只作为故意伤害胎儿罪论处。故意伤害胎儿行为与伤害母亲的行为是分开处理的,本罪侵犯的客体是出生后为活体的“人”在胎儿时期的生命和健康权益。

其二,本罪在客观方面,必须是违背母亲的意愿,以暴力、欺诈、胁迫等手段,让胎儿母亲服用药物、对其注射药物或直接对胎儿母亲实施暴力伤害胎儿,致胎儿出生后伤残或死亡。本罪为结果犯,必须有胎儿出生后伤残或死亡的结果,至于何种伤残程度方能构成本罪,应由法律明确规定,对未达到一定程度的,按照民事侵权处理。这里强调违背母亲的意愿,主要考虑母亲自愿堕胎不属于本罪的范畴,如妻子未征得丈夫同意或违背丈夫的意愿而实施人工流产的,不属于本罪。

其三,本罪犯罪的主体应为除母亲外的其他人。上述中国学者第三种观点有提出增设故意残害胎儿罪的主张,这种主张认为主体为除父母以外的第三人,但实践中有这样的例子,丈夫和妻子不和或丈夫误认为胎儿不为自己的而故意对胎儿进行伤害,如果在主体上排除父亲,这种情形中的父亲就将免于刑事追诉。

其四,本罪在主观上仅限于故意,包括基于报复胎儿父母、争夺遗产等动机,故意伤害胎儿的直接故意或故意伤害母亲又明知会伤害胎儿,结果伤害了胎儿的间接故意。若基于过失致胎儿出生后死亡或伤残的,如环境污染,孕妇在公共场所受碰撞、拥挤对胎儿造成伤害,一般应诉诸民事赔偿。前文所提到的为了堕胎而让孕妇服用药效弱的或量少的药物,导致胎儿在自然分娩之前就被排出母体外,几小时后死亡的,可以说行为人是基于堕胎的目的而过失地导致了伤害胎儿的结果,这种情况可作为堕胎未遂处理,一般也诉诸民事上的赔偿。若是因为医务人员的失职行为造成的,符合重大医疗事故罪,条件成立的,则依该罪论处。

### (3) 罪名安排

其一,仿照前述的意大利刑法典对伤害胎儿行为的规定<sup>①</sup>,可以把此罪列于故意伤害罪之后作为故意伤害的一种特殊情况进行处理。

其二,在刑罚设置上,首先,从法益之间的比较,出生后为活体的“人”胎儿时期的生命与健康不比人的生命和健康权益更重要,本罪的刑罚不应高于故意伤害罪;另外,参照台湾地区和日本的刑法中对堕胎罪的规定,最高刑为10年,本罪的最高刑也不应超过10年有期徒刑。对于一般伤害胎儿的行为,可以比照故意伤害罪的第一个量刑幅度设刑,处3年以下有期徒刑、拘役或管制,如果情节特别严重或者造成严重损害结果的,可以比照故意伤害罪的第二个量刑幅度,适用3年以上10年以下有期徒刑。

其三,如果某伤害胎儿的行为同时伤害了母亲和胎儿的身体健康或生命,就出现了本罪与故意伤害罪、故意杀人罪的竞合,此时按照想象竞合犯的理论,从一重罪论处。

### 参考文献:

- [1] 刘明祥. 伤害胎儿行为之定性探究[J]. 法商研究, 2006(5): 29-33.
- [2] 张明楷. 故意伤害罪探疑[J]. 中国法学, 2001(3): 120.
- [3] 胡宇鹏. 伤害胎儿是侵犯生育权的行为: 兼与张明楷先生商榷[J]. 法学, 2002(3): 27-28.
- [4] 季先波, 邓叶芬. 论胎儿的民事主体资格: 兼与胡宇鹏先生商榷[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2004, 33(6): 63-67.
- [5] 刘骁军, 汪帆. 也谈残害胎儿行为的定性[J]. 广西政法管理干部学院学报, 2003, 18(4): 125.

<sup>①</sup>《意大利刑法典》第五百七十八条规定,母亲造成自己的新生儿在分娩后立即死亡或分娩期间造成胎儿死亡的,当行为是因与分娩有关的物质遗弃或精神遗弃引起时,处4年到12年有期徒刑。对于共同参与此条款所指的为的人,处以21年以上有期徒刑。可以看出,对除母亲以外的人伤害胎儿的行为,是依附于杀婴罪的条款进行处理的。