更多期刊、圖書與影音講座，請至【元照網路書店】www.angle.com.tw

全球瞭望

刑法上假設同意的替代方案*

Alternative for Hypothetical Consent in Criminal Law

Frank Saliger** 著　古承宗 Chen-Chung Ku*** 譯

摘　要

除了實際承諾、可得推測承諾之外，德國司法實務與部分之學說見解借用民法上的假設同意制度，於刑法上發展成限縮醫師之刑事責任的依據。但本文認為，不應在刑法上承認假設同意，反而是基於刑法規範自主原則，針對那些與同意具有密切關聯的說明瑕疵採取限縮性的解釋。

In addition to the consent and presumed consent, the concept of so-called hypothetical consent, which is a legal term in civil law, is used by the german judgment and the part of the doctrine in the field of criminal law. But in my opinion, this concept may not be recognized in criminal

*本文譯自 Frank Saliger, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 257-270。

**Professor, Ludwig-Maximilians-Universität München

***成功大學法律學系教授（Professor, Department of Law, Cheng-Kung University）

關鍵詞：可得推測的同意（suspected consent）、假設同意（hypothetical consent）、說明義務（duty to inform）

DOI：10.3966/241553062019120038005

更多期刊、圖書與影音講座，請至【元照網路書店】www.angle.com.tw

law, and however due to the principle of the criminal autonomy, we should interpret the explanatory deficiencies restrictive.

壹、假設同意——具有爭議的歸責範疇

當代的刑事法領域中，假設同意乃是刑事判決在醫療刑法領域所創建的歸責範疇[1]。即便歷經擴大適用的時期[2]，當前還是可以（再度）觀察到司法實務針對它的適用設下更為強烈的限制，主因是假設同意適用在被害人死亡的案例是存有疑問的[3]。不過，實務對於假設同意的正當性及核心的基本原則卻是始終沒有存疑[4]。就在德國立法者於2013年2月26日將假設同意明定於民法第630h條第2項第2句之後，更是穩固了這樣的態度[5]。

從刑法學界的討論現狀來看，假設同意在司法實務獲得高度的接受反而是令人驚訝。當前幾乎所有的刑法註釋書及教科

1 針對歸責範疇此種一般性的概念，假設同意是否及藉由何種方式在構成要件該當性或違法性階層實現其所企求的可罰性排除之結果，本文在此先是採取開放而未決的態度。

2 參見BGH BeckRS 90, Nr. 31093641 (O-Beine-Fall); BGH NStZ 96, 34 (Surgibone-Dübel-Fall)；對此判決的批判性評析參見Rigizahhn, JR 96, 72，以及相關檢討參見Bespr. Puppe, GA 03, 764; BGH NStZ-RR 04. 16 (Bandscheidenfall)，對此判決的評析參見Kuhlen, JR 04, 227; Rönnau, JZ 04, 801; Eisele, JA 05, 252；已見BGH JZ 64, 231。

3 例如BGH NStZ-RR 07, 340 (Fettabsaugungsfall)，判決之討論且否定其見解者參見Bosch JA 08, 70; BGH NStZ 08, 150, 152 (Turboentzugsfall)；對此採取爭議性的評析參見Rönnau, StV 08, 466; BGH NJW 13, 1688, 1689 (Leberzelltransplantionsfall)，對此判決的評析參見Valerius, HRRS 14, 22. Dazu näher unter C am Ende。

4 Siehe nur BGH NStZ 12, 205 (Speiseröhenrenfall) m. Krit. Bspr. Jöger, JA 12, 70；聯邦最高法院必須撤銷發回下級審法院的判決steht auf einem anderen Blatt。

5 參見德國民法第630h條第2項的新規定，以及對於將其解釋結果應用至刑法持保留態度者，參見Conrad/Koranyi JuS 13, 979。

更多期刊、圖書與影音講座，請至【元照網路書店】www.angle.com.tw

書均可看到假設同意的討論[6]，而且過去幾年也已經有多本專論出版[7]。儘管如此，刑法學界所呈現出來的見解樣貌依舊是前所未見的分歧與充滿爭執[8]。

關於假設同意的適用，可粗略區分為三種立場：堅決的支持者[9]、採取明確反對立場[10]，以及折衷的立場，亦即基本上支持且致力於減少假設同意之適用結果帶有疑問之處[11]。由此可以看出論辯本身的尖銳程度是有增無減，只是這樣的發展結果其實也和這種制度於實務上的適用一樣是趨於穩固的[12]。尤其是Sowada及G. Merkel堅決反對刑法上的假設同意[13]，或者像是

---

6 Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 40g f.; SSW-StGB-Rosenau, Vor §§ 32 ff. Rn. 51 ff.; Fischer, § 223 Rn. 32 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 384a; Kühl, AT, § 9 Rn. 47a; Roxin, AT I, § 13 Rn. 119 ff.

7 Dreher, Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtsfertigungsgründen, 2003; Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009; Schwartz, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2009; Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung" im Strafrecht, 2010; Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010; Garbe, Wille und Hypothese – Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 2011.

8 關於學說見解之概況，參見Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 40g f.，以及具體之例證參見Sowada, NStZ 12, 1 ff. und Swoboda, ZIS 13, 18 ff.。

9 此處僅列出幾位代表者，如SSW-StGB-Rosenau, Vor §§ 32 ff. Rn. 53 und ders. Maiwald-FS, 683, 700; LK-Rönnau, § 32 Rn. 230 f. und ders. JZ 04, 801; Kühl, AT, § 9 Rn. 47a; Mitsch, JZ 05, 279; Garbe, Wille und Hypothese usw., 2011, S. 309 ff.。

10 Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 40h; Puppe, GA 03, 764 und dies. JR 04, 470; Jäger, Jung-FS, 345, 360; Eisele, Strätz-FS, 163, 183; Otto/Albrecht, Jura 10, 264, 269 ff.; Sowoda, NStZ 12, 110; Edlbauer, die hypthetische Einwilligung usw. 2009, S. 469 ff.; Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung" usw., 2010, S. 499 ff.

11 Kuhlen, Roxin-FS, 332, 340, 345 ff., ders., Müller-Dietz-FS, 431, 439 ff., 450 f. und ders. JR 04, 227, Sickor, JA 08, 11, 16; Roxin, AT I, § 13 Rn. 123 ff.

12 譯者按：換句話說，德國學界與實務界對於假設同意的解釋與適用都是朝向相當顯明且穩固的發展態勢，只不過前者是導向於意見分歧且無交集，後者則是一致肯認假設同意的正當性。

13 Sowada, NStZ 12, 1, 10; Merkel, JZ 13, 975, 979.

更多期刊、圖書與影音講座，請至【元照網路書店】www.angle.com.tw

Swoboda以違反醫療說明義務的可非難性作為取代假設同意的解決方案[14]。應該不會有再更極端的見解了。

支持假設同意的論者強調，我們無法否認刑法正好和民法一樣也有限制過於擴張之說明義務的需求。一旦在刑法上承認假設同意的話，即有必要建構起與民法同步的解釋方法；或者是假設同意本身作為義務違反關聯理論（或客觀歸責）的應用成果，並且在阻卻違法範疇重新形塑其應有的面貌（此為支持者大多採取的觀點[15]）；又或者假設同意的適用應綜合考慮到受影響之人自身所追求的利益，始為合理；最後，除了醫療刑法之外，假設同意亦有延伸應用到其他領域的可能性[16]。

相對地，反對假設同意的論者則是指出此種制度違反體系運作的邏輯，以及法釋義結構（dogmatische Konstruktion）將產生自我矛盾；同時亦是批評假設同意形同架空病患的自主決定，並且質疑在各別法領域具備不同規範功能的條件下，民法與刑法的解釋如何能夠同步。因此，多數的反對論者表示有必要另尋一套符合刑法自身規範功能的替代方案，以限縮與同意有關的說明義務範圍，又在這樣的理念基礎之上，勸阻將假設同意擴張至非醫療刑法的領域[17]。

如同吾人所見，整體上與假設同意有關的論辯呈現相當多元的樣貌，而且從其中所拋出的問題來看，所涉及的爭執點在於：原則性地受到承認、法釋義上應有的位置、成立條件與法效果、與民法的關係、應用範圍及可能的替代方案。此外，特

14 Swoboda, ZIS 13, 18, 29 ff.

15 A. A. und für eine Tatbestandslösung z. B. Roxin, AT I, § 13 Rn. 122.

16 Vgl. Kuhlen, C. Roxin-FS, 332 ff., ders., Müller-Dietz-FS, 683 ff. und ders. JR 04, 227 ff.; SSW-StGB-Rosenau, Vor §§ 32 ff. Rn. 51 ff. und ders., Maiwald-FS, 683 ff.; Rönnau, JZ 04, 801 ff.

17 Vgl. Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 40h; Puppe, GA 03, 764 ff. und dies., JR 04, 470 ff.; Jäger, Jung-FS, 345 ff.; Eisele, Strätz-FS, 163 ff.; Otto/Albrecht, Jura 10, 264 ff.; Sowoda, NStZ 12, 1 ff.; Swoboda ZIS 13, 18 ff.

更多期刊、圖書與影音講座，請至【元照網路書店】www.angle.com.tw

別是在假設同意的應用突破醫療刑法的框架後，近年來在司法實務變得重要。時至今日，這樣的擴張現象只有在部分的文獻中被提到，如涉及正當防衛的案例（射擊前未先採取開槍示警之手段）[18]、竊取後的事後同意[19]，或者是應用至背信構成要件[20]，如Hamm高等法院2012年8月21日所為的一則判決中首度將假設同意應用於背信罪的解釋（儘管只是作為法解釋上的一項輔助工具）[21]。

基於這樣的問題意識背景，針對此項議題的研究，筆者將先從假設同意與實際同意、可推測同意、事後同意等概念的區辨切入，進而由此劃定出假設同意應有的概念範疇（第貳節）。接著，將借助實例說明刑事判決對於假設同意所提出的基本論點，並且從民法上處理假設同意的方式確認這些論點的內涵（第參節）。藉此，我們可以更有效地辯證假設同意的核心問題（第肆節），以及提出可能的替代方案（第伍節）。

謹將本文獻給敬愛的壽星Werner Beulke，在他豐富的學術著作中，因為許多深具洞察力的文章而使得醫療刑法變得相當充實。Beulke認為假設同意在基於限縮解釋的條件下有值得受到承認的空間[22]，不過，藉由本文所提出的核心論點，亦即「假設同意不應在刑法上獲得承認，反而是與同意具有密切關聯的說明瑕疵應當在刑法規範自主的條件下予以限縮解釋」，試圖讓壽星形成不同的確信。

---

18 Kuhlen, Müller-Dietz-FS, 431, 432 f.

19 相關批評參見Otto, Jura 04, 679, 682 f.; Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung usw., 2009, S. 453 ff.；不同意見參見Garbe, Wille und Hypothese usw., 2011, S. 346 ff. (350 ff.)。

20 肯定見解如Rönnau, StV 11, 755 f.; ablehnend etwa SSW-StGB-Saliger, § 266 Rn. 46a; eher krit. auch Edlbauer/Irrang, JA 10, 786, 790。

21 ZWH 12, 457 m. Anm. Tsambikakis.

22 Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 384a.

更多期刊、圖書與影音講座，請至【元照網路書店】www.angle.com.tw

貳、假設同意的概念與區辨

依據向來的刑事判決，當醫師的說明瑕疵而讓病患的同意變得無效時，假設病患當時有接收到合乎規定的說明，應該仍會同意醫師執行該醫療手段（hätte eingewilligt），那麼醫療上的行為應該就會欠缺違法性或排除可罰性[23]。相反地，假設病患即使有接收到合乎規定的說明，應該不會同意醫師對其實施特定的醫療手段，說明瑕疵才能夠作為醫師（故意或過失）之傷害行為的可罰依據[24]。

若是吾人能夠區辨假設同意與實際同意、可推測同意及事後許可（nachträgliche Genehmigung）之間的差異，便可釐清假設同意的面貌。實際同意是指表示認同且接受的意思，或者是法益持有人的說明真的存在於行為時。在其他條件都成立的情形下，特別是基於合乎規定之說明而實施的醫療手段，實際同意乃是有效的，且依據多數的見解，此種同意作為一項阻卻違法事由，以排除構成要件該當之傷害的不法[25]，不過亦有見解認為，該同意早已排除傷害罪的構成要件該當性[26]。

原本屬於習慣法的可推測同意同樣被承認作為醫療手段

---

23 BGH NStZ-RR 04, 16, 17 (Bandscheibenfall); BGH NStZ 04, 442 (Bohrenfall); BGH NStZ-RR 07, 340, 341 (Fettsaugungsfall); BGH NStZ 12, 205, 206 (Speiseröhenfall)；這些判決均是將假設同意應用於違法性的判斷；BGH BeckRS 90. Nr. 31093641 (O-Beine-Fall) 否定義務違反與身體侵害之間的因果關係。

24 BGH NStZ 96, 34, 35 (Surgibone-Dübel-Fall); BGH NStZ-RR 04, 16, 17.

25 可稱之為標竿判決者，見BGH NStZ 96, 34 (Surgibone-Dübel-Fall); BGH NStZ-RR 07, 340, 341 (Fettsaugungsfall); BGH 1 StR 238/07, Urteil vom 23.10. 2007, Rn. 24 (Turboentzugsfall) (in BGH NStZ 08, 150 nicht abgedrückt)。

26 就此關聯性而言，提出許多例證者如Fischer, § 32 Rn. 3a ff. und § 223 Rn. 17 ff., 23 ff.; Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 29 ff. und Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 28 ff., 37 ff.。