

醫療刑法上的 假設同意與適用疑慮

On the Problem of Hypothetical
Consent in Criminal Law

古承宗 Chen-Chung Ku*



摘要

假設同意原屬民事法上的舉證責任轉移制度，不是以自決原則為法理準據的承諾類型，又此一制度在刑法上所踐行的意思回溯程序無法符合個人自決的現時性要求，不只是忽略現實上已存在一個無效的實際承諾，而且亦是架空可得推測承諾的適用。

In civil law, the hypothetical consent acts as an institute for reversing the burden of proof and does not actually have to do with the principle of autonomy. If this legal figure had been implemented in criminal law, the real and the presumed consent would be completely suppressed.

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

關鍵詞：阻卻違法事由（justification reasons）、客觀歸責（objective imputation）、假設同意（hypothetical consent）

DOI：10.3966/241553062020030041003

Angle

壹、問題意識

原屬德國民法上的假設同意制度，經由德國刑事判決的轉介與應用後，基本上乃是作為一項阻卻違法事由¹。相較之下，德國刑法學界對此制度的法理準據與適用，有著相當歧異的觀點，例如有支持者認為假設同意作為新式的承諾類型，只不過是在違法性階層產生阻卻結果不法的效果，行為人最終仍須承擔未遂之責²。相對地，有論者則是堅決反對在刑法領域引進假設同意制度的必要性³。暫且不論立場上的價值選擇，假設同意在德國刑事法領域的應用已經行之有年，在此期間也形成了相當多元的討論，而臺灣當代刑法的發展顯然受到德國法制的深刻影響，勢必無法迴避此種制度運用在各種論理上的難題⁴。為了精確掌握其中所涉及的核心爭點，筆者試擬下述實例作為本文的討論基礎：

【實例一】甲醫師對病患乙的肩膀執行手術時，因為工具的鑽頭不慎斷裂，遺留在乙的體內。甲醫師自知無法對此長久隱瞞，便決定向乙謊稱仍有第二次手術的必要，以藉此機會將該鑽頭取出⁵。

【實例二】病患乙尋覓已久，終於找到甲醫師願意為其O型腿進行手術。因為此手術相當複雜，而且投入的醫療成本與收益也不符合比例，所以在此之前，已經有許多醫師拒絕為乙開刀。另外，手術本身帶有引發假性關節炎與骨髓炎的風

1 BGH, NJW 2013, 1689.

2 例如Rönnau, JZ 2004, S. 801.

3 例如Saliger, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung, in: FS für Werner Beulke, 2015, S. 264 ff.; Sowada, NSTZ 2012, S. 10.

4 概覽式的介紹與分析，可參考Jansen, ZIS 2011, S. 482 ff.

5 改編自BGH NSTZ 2004, 442.

險，甲醫師卻未向乙提出此等風險之說明，乙遂同意甲醫師執行手術。手術後，乙果然因為骨頭癒合失敗而引發假性關節炎與骨髓炎⁶。

總體而論，即便實例一的「取鑽頭手術」與實例二的「O型腿手術」均是以病患的無效承諾為實施基礎，甲醫師能否主張所謂的「假設同意」以阻卻傷害行為之違法性（或是排除既遂不法），也就是「假設病患接受符合規定的說明，應該也會同意實施該項手術」。限於篇幅因素，本文僅就制度理念、犯罪評價體系中的理論建構嘗試，以及可能衍生的法理問題等，提出簡要的介紹與分析。

貳、民事法上的舉證轉移制度

假設同意源自於民法領域，先由民事判決形成解釋方法⁷，隨後才經由立法確立其法實證化的地位⁸，而該規範目的在於減輕或排除醫師因為說明瑕疵而應承擔的損害賠償責任。也就是醫師在欠缺承諾的條件下所實施的醫療行為，得以事後提出反證：「假設有提出符合規定的醫療風險說明，病患應該也會同意實施該醫療行為。」更具體地說，針對與醫療契約有關的權利義務，德國民法第630c條規定醫療服務提供者負有「告知義務」（Informationspflicht），而在第630e條則是訂有「說明義務」（Aufklärungspflicht）。後者規定是為了促使醫療者針對醫療措施的細節提出全面的解釋，藉此取得病患的有效承諾（wirksame Einwilligung）。若是病患欠缺承諾

6 引用自Puppe, AT, 2. Aufl., 2010, § 11 Rn. 18.

7 BGHZ 192, 298; OLG Saarbrücken, NJOZ 2012, 2072; BGH, NJW 2005, 1364.

8 BT-Dr 17/10488, S. 29.

能力，依德國民法第1901a條第1項第1句規定，居於補充地位（subsidiär）的「有權為承諾之人」可為病患承諾，例如病患之父母或監護人，或者在病患預立醫療決定的情形下，得依德國民法第630d第1項第2句規定作為承諾之準據。除此之外，在現實上確定無法取得病患承諾的情形，依德國民法第630d條第1項第4句規定，醫療服務提供者得主張病患可得推測之承諾而對其實施醫療。整體看來，這些德國民法上的規定主要是為了讓病患更容易取得醫療資訊，並藉此保護個人於德國基本法上所擔保的「自我決定權」（Art. 1 I, 2 I, II 1 GG），同時亦可強化個人權利之實踐。

民事訴訟上，醫療服務提供者通常位居醫療知識與技術上的優越地位，若是要求病患舉證其所實施之醫療行為具有過失，勢必難以期待獲得勝訴，而且相關權利的保障亦將變相地落空。對此，立法技術上則是轉向透過說明義務與損害賠償責任之間的歸責連結，例如醫療服務提供者應說明醫療措施之方式、程序、預期效果、與該措施有關之風險，以及其他可能的替代選擇等，促使病患能夠有效地衡量是否接受或拒絕醫療的意義與效果。如此一來，只要醫療服務提供者所實施之醫療行為是基於說明瑕疵而未能取得病患的有效同意，該病患舉證其說明瑕疵即顯得較為不費力⁹；然而，對於醫療者來說，倘若醫療行為確實符合醫療準則，而且最終結果也是好的，例如實例一的甲醫師最終取出鑽頭，只是因為說明瑕疵而未能取得病患的有效同意，便要承擔損害賠償責任，似乎有失公允。對此，為了調和雙方於醫療事件的舉證分擔，以及實質限縮範圍不甚確定的說明義務內容¹⁰，醫療服務提供者可援據假設同意制度對抗病患所主張的說明瑕疵¹¹，也就是依德國民法第

⁹ Conrad/Koranyi, JuS 2013, S. 980.

¹⁰ Rigizahn, JR 1996, S. 73-74.

¹¹ Conrad/Koranyi, JuS 2013, S. 980.