



# 醫療刑法中的假設同意

## —— 一個有意義的法制度？\*

Thomas Rönnau 著\*\*

陳俊榕 譯\*\*\*

### 摘要

在德國，醫療侵入行為通常是透過病人的同意來阻卻違法。最高法院的民事判例長期以來都承認所謂的假設同意，後來也有刑事判決接受這個概念。但學界對於這個法制度是否適用於刑事案件，則是有許多爭論。

支持者大多是以排除（不法）歸責為其論點，認為此時存在一個所謂的（不法）抵銷模式，而醫師的結果不法就會被抵銷。

---

\* 本文為作者於 2018 年 3 月 13 日在台灣高雄所舉辦之「醫療科技與法律實務系列國際學術研討會」發表之論文講稿所修改並添加註腳之論文。本文盡可能地保持原講稿的文風。

\*\* 德國漢堡 Bucerius 法學院刑法、刑事訴訟法及經濟刑法教授。

\*\*\* 國立臺灣海洋大學海洋法律研究所助理教授，德國哥廷根大學法學博士。感謝匿名審稿人所提供的細心指正及寶貴的審查意見，此皆讓譯者受益匪淺。譯文中若有疏漏、誤解或其他錯誤之處，當然均應由譯者承擔責任。

投稿日期：11/24/2018；接受刊登日期：12/13/2019

責任校對：葉蕙禎、趙雨柔

不過，這個法制度一方面在調查虛構的病人意願時，會有難以克服的困難，甚至因此可能讓病人透過對醫師要求金錢以及勒索，來做出在訴訟上排除醫師可罰性的證詞；另一方面，其在釋義學上也充滿了許多的矛盾與困境。例如，假設同意無法既在構成要件階層判斷，又同時作為一個獨立的阻卻違法事由；此外，假設同意也會破壞推測同意所具有的補充性，而且最終也會掏空了病人的自主權；最後，從客觀歸責理論借用過來的欠缺義務違反關連性或合法替代行為的想法，並不能基於假設同意而排除歸責。

由於假設同意顯現出太多在結構上及合法性上的困境，因此，不論是在醫療刑法或是其他犯罪領域，在結論上都應該要拒絕這個法制度。雖然民法原則上也承認假設同意，但就算刑法在這些情況中仍對醫師加以處罰，也不會自動地導致違反法秩序的一體性的後果。對於假設同意在刑事政策上所關注之事的解決之道，也就是對醫師的可罰性風險之限制，則必須從它的源頭——氾濫的醫師說明義務——中去尋找。

# The Hypothetical Consent in the Medical Criminal Law

## - A Meaningful Legal Figure?\*\*\*\*

Thomas Rönnau (Author)\*\*\*\*\*

Chun-Jung Chen (Trans.)\*\*\*\*\*

### Abstract

In Germany, the legal liability of medical interventions is always prevented by the patient's consent. The Supreme Court's judicial precedents in the civil law have recognized the so-called hypothetical consent for a long time. Later on, some criminal judgments also accepted this concept. However, it is disputed in the academic circle whether this legal figure also applies to criminal cases.

However, on the one hand, this legal figure will have insurmountable difficulties in investigating the fictional willingness of the patients, and may even let the patient blackmail the physicians in consideration of testifying for the exclusion of punishments on the

---

\*\*\*\* Based on the author's speech at "2018 International Academic Conference on Medical Technology and Legal Practice" held in Kaohsiung, Taiwan on 13 March 2018. This article is written and finished after modifying the pervious manuscript and adding footnotes. The style of the pervious manuscript is maintained in this article as much as possible.

\*\*\*\*\* Thomas Rönnau, Professor of Law, Bucerius Law School, Germany.

\*\*\*\*\* Chun-Jung Chen, Assistant Professor, Institute of the Law of the Sea, National Taiwan Ocean University. Dr. iur., University of Göttingen, Germany.

physicians during the litigation procedure. On the other hand, it is also full of contradictions and dilemmas in dogmatics. For example, the hypothetical consent cannot be evaluated in the level of the facts of case on the one hand and also as an independent justification on the other hand. Furthermore, the hypothetical consent may damage the subsidiarity included in the putative consent, and in the end hollow out the patient autonomy. Lastly, the context of obligation violation or legal alternative behaviors borrowed from the theory of the objective attribution can not justify the exclusion of liability attribution with the hypothetical consent.

As the hypothetical consent is confronted with a lot of structural and legal dilemmas, this legal figure shall be denied both in the medical criminal law and other areas of the criminal law. Although the hypothetical consent is generally recognized in the civil law, any punishment on the doctors based on the criminal law will not automatically cause any consequences of violating the conformity of the legal order. Any solution to the questions, which are concerned with the hypothetical consent in the criminal policies, i.e. the risk limitation on the punishment of physicians, needs to be found in the source, namely the information obligation of the doctors.

# 醫療刑法中的假設同意

## —— 一個有意義的法制度？

Thomas Rönnau 著

陳俊榕 譯

### 目錄

壹、前言

貳、導論

一、問題梗概

二、法制度的規範與意見現況

參、釋義學上之基礎

一、刑事判決

二、學說上的支持者

肆、對於假設同意之批評

一、人類決策過程的不確定性／假設同意的不可證明性／  
偽裝的權限

二、假設同意並非阻卻違法事由／貶值的推測同意

三、因欠缺在違法性階層之義務違反關連性而無法排除歸責

伍、結論及預示可能的解決途徑

陸、結語

關鍵字：醫療侵入行為、假設同意、推測同意、抵銷模式、客觀歸責理論

Keywords : Medical interventions, Hypothetical consent, Presumed consent, Compensation model, Theory of objective attribution



## 壹、前言

基於兩點原因，今天報告所要處理的問題：「醫療刑法中的假設同意」<sup>1</sup>，是個很吸引人的題目：

首先，因為與同意有關的解釋結合了客觀歸責理論，所以同意是一個在釋義學上非常困難的議題。在德國，這是一個至今在醫療刑法的討論上，仍有著激烈爭論的題目<sup>1</sup>。如果將他們的基本想法應用到其他的阻卻違法事由，甚至轉換到傷害罪和殺人罪以外的其他領域——例如：背信罪——的話，那麼，因為這個結果具有造成不被處罰的潛在可能，所以，這個後果將並不亞於一個「小革命」。

其次，這是一個非常實用的題目！雖然在德國的民事和刑事判決中，「假設同意」被承認是一種法制度<sup>2</sup>，但在釋義學上——尤其是在刑法上——的發展則是很少。而醫師的責任，則是決定性地取決於對它的解釋。

以下，我將我的演講劃分為幾個部分：在導論之後，首先是對這個法制度在釋義學上的基礎做一個簡短說明，然後，在這個脈絡下提出強而有力的批評，最後，則是在對這個問題的展望中，預示一個解決的可能性。

---

<sup>1</sup> 僅參閱：Claus Roxin, *Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?*, medstra, 2017, S. 129; Karsten Gaede, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, 1. Aufl., 2014, S. 3; Jan Felix Sturm, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Überlegungen zu den dogmatischen Grundlagen und zum Anwendungsbereich der Rechtsfigur*, 1. Aufl., 2016, S. 1.

<sup>2</sup> 於此，該法制度於民事判決中之發展，僅參閱：Nike Hengstenberg, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 1. Aufl., 2013, S. 7 ff.；將其轉換至刑法上，參閱：Ebd., S. 67 ff.；另參閱：Benno Zabel, *Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung Haftungsbegrenzungen und Opferschutz in der aktuellen Rechtfertigungsdogmatik*, GA 2015, S. 219, 220 ff.

以下，我將我的演講劃分為幾個部分：在導論（詳下述：貳）之後，首先是對這個法制度在釋義學上的基礎做一個簡短說明（詳下述：參），然後，在這個大部分是合理的脈絡下提出強而有力的批評（詳下述：肆），最後，則是在對這個問題的展望中，預示一個解決的可能性（詳下述：伍）。

## 貳、導論

### 一、問題梗概

醫療行為是個可能引發危險的活動。這尤其表現在以下方面：依向來的判決見解，原則上，每個對於身體完整性所為的醫療侵入行為，都具備傷害罪的構成要件該當性，即使這種行為是合乎醫療準則（*lege artis*），而且也讓病人的健康狀況整體地好轉也一樣<sup>3</sup>。如此見解的理由在於：在德國，至今我們並沒有一個關於專斷醫療行為的構成要件規定<sup>4</sup>，以致於每個對於身體產

---

<sup>3</sup> 在 RGSt 25, 375 之後成為通常的判決見解，對此僅參閱：Albin Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 223 Rn. 29.之說明。

<sup>4</sup> 相關（而迄今始終落空的）改革計畫，參閱：Han Lilie, in: Rissing-van Saan/ Grünewald/ Kröger/ Krüger et. al., LK-StGB Bd. 7/1, 11. Aufl., 2012, Vor § 223 Rn. 6; Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 1. Aufl., 2010, S. 146 ff.; Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, in: Kindhäuser/ Neumann/ Paeffgen, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 228 Rn. 58; Wolfgang Frisch, Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts, 1. Aufl., 2006, S. 33, 34. 和 Albin Eser, Ebd., § 223 Rn. 31.有更多的說明。奧地利於 1975 年時，就已將專斷醫療行為（*eigenmächtige Heilbehandlung*）作為一種犯罪而規定於奧地利刑法第 110 條。而在德國，建立一個如此特殊之犯罪規定的要求也並未停止，對此僅參閱：Tobias Schwartz, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 1. Aufl., 2009, S. 245; Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 172 f.; Manuel Garbe, Wille und Hypothese – Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 1. Aufl., 2011, S. 361.（對此之批評，參閱：Wolfgang Mitsch, Manuel Garbe: Wille und Hypothese - Zur



生作用的行為，在一開始就具有可罰性。如果醫師不想受到民事和刑事責任的危險，那麼，侵入行為就因此會需要一個阻卻違法事由，而通常就是透過同意來阻卻違法<sup>5</sup>。一個有效同意的主要前提，是以一個理性的人站在病人的立場，來對於病人的自主同意決定所倚賴的診斷（通說）以及治療的種類、範圍、機會和風險的充足說明是必要的<sup>6</sup>。有鑑於醫師說明義務的不斷擴大，為了使醫師的責任條件變得可以承受<sup>7</sup>，最高法院的民事判例長期以來就承認所謂的假設同意。這個法制度讓醫師在欠缺說明而使得同意無效的情況下來提出異議，說明病人若在合乎規則的說明後，也同樣會——從此刻起有效地——同意醫師已經實施的醫療行為。這樣一來，行為的客觀不法就能被除去<sup>8</sup>。

---

Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, GA 2013, S. 602 ff.) ; Werner Beulke, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz, medstra 2015, S. 67, 72; Walter Gropp, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2006, S. 197, 207; Scarlett Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?, ZJS 2011, S. 482, 495; Brigitte Tag, Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW 2015, S. 523, 546 f. 和 Philipp Böcker, Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, S. 925, 931 f. 有更多的說明。

<sup>5</sup> 詳閱：Wolfgang Frisch, Ebd., S. 33, 35 ff. 關於將同意（Einwilligung）置於違法性的實務判決及部分學說之前提，於此不再多做探究；而對其之批評，參閱：Thomas Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 1. Aufl., 2001, S. 124 ff. ——兩者有更多的說明。

<sup>6</sup> 更多的說明，參閱：Wolfgang Frisch, a.a.O. (Fn. 4.), S. 33, 41 ff. 和 Karl Lackner/ Kristian Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, 28. Aufl., 2014, § 228 Rn. 14.

<sup>7</sup> 說明義務的對象及範圍之詳細內容，參閱：Albin Eser, a.a.O. (Fn. 3.), § 223 Rn. 40 ff; Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), § 228 Rn. 74 ff; Christoph Knauer/ Johannes Brose, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 223 Rn. 27 ff.

<sup>8</sup> BGHZ 29, 176, 187 = NJW 1959, 814 即以反對此種觀點之重要性為出發點；

## 二、法制度的規範與意見現況

### (一) 劃界問題

為了能對假設同意做更好的歸類，在這裡我想對其他的同意形式做個簡短的說明，並且藉此區分他們和假設同意。

在每個現代法秩序中，都有為了自我選擇之目的而放棄自己的法益的可能性。實施侵入行為者透過同意而取得一個像是「同意者延伸之手足」的方式，來得到原本在刑罰上所禁止的侵害他人利益之許可。同意所涉及的是對於自由實踐（*Freiheitsbetätigung*）的行動<sup>9</sup>。在德國，同意（*Einwilligung*）一般仍被評價為阻卻違法事由，而且與排除構成要件的同意

---

聯邦最高法院之後對此更明確反對之判決，僅參閱：BGH NJW 1980, 1333, 1334；附有 *Deutsch* 對此表達贊同之註釋，參閱：BGHZ 90, 103, 111 = NJW 1984, 1395；近期判決：BGHZ 166, 336, 344 = NJW 2006, 2108；172, 1, 14 ff. = NJW 2007, 2767；172, 254, 262 = NJW 2007, 2774, 2776；BGH NJW 2015, 74, 76 f.；近來的一些判決：BGHZ 166, 336, 344 = NJW 2006, 2108；172, 1, 14 ff. = NJW 2007, 2767；172, 254, 262 = NJW 2007, 2774, 2776；BGH NJW 2015, 74, 76 f.；除 *Nike Hengstenberg*, a.a.O. (Fn. 2.)。之外，另關於此法制度於民事判決中之形成：Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 21 ff.；Andress Albrecht, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, 1. Aufl., 2010, S. 78 ff.；Manuel Garbe, a.a.O. (Fn. 4.), S. 68 ff. 和 *Benedikt Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv*, 1. Aufl., 2009, S. 241 ff. 基本上，立法者目前已於民法第 630 h 條第 2 項第 2 句確認此法制度，參閱：BT-Drs. 17/10488, S. 9, 27, 29；Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 2.), S. 219, 223；Volker Haas, *Zur Bedeutung hypothetischer Geschehensverläufe für den Ausschluss des Tatunrechts*, GA 2015, S. 147, 148.；其所規範的些微不同內容，並不會造成新的實務運作，參閱：BT-Drs. 17/10488, S. 43；同此，參閱：Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 7 於註 26 有更多說明。

<sup>9</sup> 同意（*Einwilligung*）的基本想法，詳閱：Thomas Rönnau, in: *Rönnau/Hohn / Zieschang / Häger / Geppert et. al., L K-StGB Bd. 2*, 12. Aufl., 2006, Vor § 32 Rn. 146.；同意（*Einwilligung*）的憲法基礎及功能，參閱：Bijan Fateh-Moghadam, *Die Einwilligung in die Lebendorganspende*, 1. Aufl., 2008, S. 74 ff.

（Einverständnis）有所區分<sup>10</sup>。不過，——於此無法詳加說明——把同意（Einwilligung）僅認定為構成要件的排除事由，才是正確的<sup>11</sup>。

其次是推測同意（mutmaßliche Einwilligung）<sup>譯註</sup>，這個在德國被歸類為一個獨立的阻卻違法事由，並且在類似緊急避難的情況下允許侵害行為<sup>12</sup>。推測同意是相對於同意（Einwilligung）的補充（subsidiär）型態，也就是要求在無法取得一個真正有效的同意（Zustimmung）下，才能適用。只要從事前的角度（ex ante-Sicht）來看，在做出行為的時點有具備相應的條件時，真正的同意和推測同意都可以將整個行為合法化。即使嗣後發現在推測同意時，侵害行為並不符合利益持有人的真實意願，也不會改變其阻卻違法的效力<sup>13</sup>。

與此相對的是，補充性原則（Subsidiaritätsgrundsatz）並不

<sup>10</sup> 僅參閱：Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 9 Rn. 20 ff. 有更多的說明。

<sup>11</sup> 同意（Einwilligung）的詳細作用，參閱：Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 5.), S. 32 ff.; Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 139 ff.

<sup>譯註</sup> 國內文獻通常將 „mutmaßliche Einwilligung“ 譯為「推測承諾」，但於此為求上下文用語的一致，仍將「承諾」譯為「同意」。

<sup>12</sup> 對於推測與假設同意在要求上之比較，參閱：Lothar Kuhlen, Hypothetische Einwilligung und Erfolgsrechtfertigung, JZ 2005, S. 713 ff; Jörg Eisele, Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung. Übernahme einer zivilrechtlichen Rechtsfigur in das Strafrecht?, in: Derschka/ Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2009, S. 163, 169 f; Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230; auch Andress Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 342 ff; Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 131 ff; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 192 ff.

<sup>13</sup> 僅參閱：BayOLG JZ 1983, 268; Brigitte Tag, a.a.O. (Fn. 4.), S. 523, 537; Christoph Sowada, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, NSTz 2012, S. 1, 5. 有更多的說明；不同意見，參閱：Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, 15/32（其得出關於「不可避免的容許構成要件錯誤」之相同結論）。對於當事人真實意願的檢查義務，參閱：Theodor Lenckner/ Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/ Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, Vor § 32 Rn. 58. 有更多的證明。

適用於假設同意。如果透過充足的說明而取得一個有效的同意是有可能的，但是卻沒取得時，假設同意的作用——根據廣泛流傳而仍待討論的觀點，就是排除（不法）歸責（(Unrechts-) Zurechnungsausschluss）——才會出現<sup>14</sup>。這種事後（ex post）出現而應由法官判斷的假設同意，僅僅排除了既遂犯罪的客觀不法<sup>15</sup>。然而，從「與做出決定有關」和「與結果有關」的角度來看，在這裡就產生了一個問題，就是：已經依規定說明的病人，在侵害行為之前且在對該侵害之出發點無知的情況下，是否會做出同意<sup>16</sup>？

## （二）意見現況

在 1990 年時，德國聯邦刑事法院接受了民法中的假設同意的概念，他們首先運用在過失傷害領域，但是自 2003 年開始，也用在對故意犯的可罰性限制上<sup>17</sup>。

為了解釋假設同意可能在實務中發揮作用的情形，我將從德國判例中選取兩個案例進行說明：

---

<sup>14</sup> Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in: Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafes: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2001, S. 431, 433; Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei der hypothetischen Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, S. 227; Jochen Taupitz, Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung – insbesondere vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Canaris/ Heldrich (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I: Bürgerliches Recht, 1. Aufl., 2000, S. 497, 498; Scarlett Jansen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 482, 492. (然而，其拒絕假設同意為一個法律制度)。

<sup>15</sup> Thomas Rönau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230.

<sup>16</sup> 參閱：Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 12.), S. 713, 715.；及 Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 378.。「做出決定」和「不考慮成功」的觀點在假設同意中之缺點，參閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 362 ff.

<sup>17</sup> 藉由刑事法院輸入假設同意，參閱：Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 75 ff.；對於最高法院判決此舉的綜覽，亦參閱：Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 8 ff. 和 Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 37 ff.；三則重要判決，參閱：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129 f.

第一個案件，是 1995 年聯邦最高法院的案件<sup>18</sup>，一名醫師進行了一個椎間盤手術（Bandscheibenoperation），但是並未告知病人他想使用牛骨製成的支架（所謂的「人工支架（Surgibone-Dübel）」），這個東西雖然最符合醫學需求，但是當時在德國尚未獲得許可。後來出現了帶有疼痛的併發症。被告誤以為支架已經獲得許可以及病人已經獲得充分的說明。邦法院判決他成立過失傷害罪。聯邦最高法院則加強了其論點：「如果病人在獲得充分說明後卻不同意侵入行為時，欠缺說明...才得以構成傷害罪的理由」。聯邦最高法院補充說，如果不能毫無懷疑地證明，對醫師來說不存在一個同意的話，則基於罪疑唯輕原則（in dubio pro reo）就應可接受存在假設同意。

八年後，聯邦最高法院將這一判例運用到故意犯罪<sup>19</sup>。這個案件又是一次椎間盤手術，一名女主治醫師對於椎間盤案件所要進行的手術部位以外的部位進行了手術。隨後，這個女病人就發生了麻痺的現象。女醫師在並未說明發生人為錯誤的情況下，告訴病人第一次手術不夠成功，所以必須再進行第二次手術。然後就進行了第二次手術。邦法院肯定第二次手術是由主任醫師所教

---

<sup>18</sup> BGH NStZ 1996, 34, 35 附有註釋，參閱：Klaus Ulsenheimer, Zu Voraussetzungen und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, NStZ 1996, S. 132 f. 和 Ernest Rigizahn, Anm. zu BGH, Urteil vom 29.6.1995 – 4 StR 760/94, JR 1996, S. 72 ff.；以及 Adolf-Dietrich Jordan, Zur strafrechtlichen Haftung eines Arztes, der eine Behandlungsmethode wählt, über die er den Patienten nicht aufgeklärt hat, Anm. zu BGH, Urteil vom 29.6.1995 – 4 StR 760/94, JR 1997, 32 f.

<sup>19</sup> BGH NStZ-RR 2004, 16 f. 附有註釋，參閱：Klaus Geppert, Hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund?, JK 12/04 StGB § 223/3; Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei der hypothetischen Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, S. 227; Thomas Rönnau, Anm. zu BGH, Urteil vom 15.10.2003 – 1 StR 300/03, JZ 2004, S. 801.；之後例如：Jörg Eisele, Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern, zugleich Besprechung von BGH, Beschluss v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03, JA 2005, S. 252. 和 Wolfgang Mitsch, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, JZ 2005, S. 279.

唆成立的故意傷害罪。不過，聯邦最高法院則認為本案中有假設同意存在。

在學界，這個判決一開始獲得廣泛的支持<sup>20</sup>。不過，當時也有很多對假設同意在合法性和體系結構上持保留的看法<sup>21</sup>。這個判決至今仍未對其在釋義學上的歸類以及對其所提出的批評做出解釋<sup>22</sup>。然而，近來已經可以感受到，他們努力地在一些諸如積極欺騙的案例中，去限制這個法制度的適用<sup>23</sup>。

## 參、釋義學上之基礎

針對假設同意的法律處理，至今存在很大的不確定性。

### 一、刑事判決

刑事判決提及了多種方案，但是都沒有進行詳細的解釋。在過失犯罪，像是過失傷害罪，他們從構成要件階層去尋找解決方案。根據早期的判決，病人在對於醫療行為若是在充分的說明後就可能做出同意的情形中，在缺乏說明（也就是對病人來說，是不完全的或錯誤的資訊，或者是對於應為的說明卻不作為）和同

---

<sup>20</sup> 對此的證明，參閱：Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230. 和 Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 47 m. Fn. 196.

<sup>21</sup> 由於從批評乃至拒絕的文獻眾多，僅參閱以下專論：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.)和最近的 Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.) 於 第 47 頁註 197 所舉出的反對者。

<sup>22</sup> 諸如：Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 148 ff, 378; Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 42. :「釋義學上的歸類...仍懸而未決」；相同質疑：Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 70. ; 和 Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 30 f.

<sup>23</sup> 參閱：BGH NJW 2013, 1688, 1689 („Neulandmethoden“) 附有註釋，參閱：Brian Valerius, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff, Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20.2.2013), HRRS 2014, S. 22. 方向的轉變，參閱：Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 14 f., 56 f, 66. ; 對此的質疑，參閱：Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 45.

意<sup>24</sup>、以及構成要件該當結果<sup>25</sup>之間，就會欠缺因果關係或是在不作為案例中的——「準」因果關係（Quasi-Kausalität）<sup>26</sup>。在之後一個過失致死的案件中，則是基於排除義務違反關連性（Wegfall des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs）而排除構成要件該當，也就是排除違反告知義務和被害人的死亡之間在規範上的連結<sup>27</sup>。對於所追求責任限縮的結論來說，他們替換了不同的依據理由——以及因此在法律上處理的搖擺不定——，於此則是顯而易見的。

在故意觸犯傷害罪的情形，聯邦最高法院則是否認了行為的違法性<sup>28</sup>，但對於假設同意是否滿足阻卻違法事由的基本條件，

<sup>24</sup> 參閱：BGH NSTz 1996, 34, 35 („Surgibone-Dübel“); 亦參閱：BGH NSTz-RR 2004, 16, 17 („Bandscheibe“): 「缺乏說明的因果關係」和 NSTz 2012, 205, 206 („Magenspiegelung“) 批評，參閱：Christian Jäger, Gut gemeint, aber schlecht gemacht, Anm. zu BGH, Urteil vom 11.10.2011 – 1 StR 134/11, JA 2012, S. 70.——兩者均為故意犯罪。

<sup>25</sup> BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2 („Beifehlstellung“).

<sup>26</sup> 對於判例及學說上之「因果關係解決模式」，詳閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 169 ff., 205 ff. 對於刑法評價能夠正確地適用於哪些行為的疑問，參閱：Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 69 ff. 對於歸責客體（「同意」或「構成要件結果」）的替換影響之描述，參閱：Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 259 ff. 和 Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 136 ff.

<sup>27</sup> BGH NJW 2013, 1688, 1689 Rn. 30 („Neulandmethoden“) 附有註釋，參閱：Brian Valerius, a.a.O. (Fn. 23.), S. 22.; 亦參閱：OGH JBl 1992, 391 和 520, 521.

<sup>28</sup> 對此的說法，參閱：BGH NSTz-RR 2004, 16, 17; NSTz 2004, 442 („Bohrerspitze“); NSTz-RR 2007, 340, 341 („Fettabsaugung“) 附有反對的評論，參閱：Nicolaus Bosch, Grenzen einer hypothetischen Einwilligung bei ärztlichem Eingriff, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, JA 2008, S. 70; NSTz 2012, 205, 206. 許多文獻由此而推導出，判例是將假設同意視為是「獨立的阻卻違法事由」，更多的說明，僅參閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 252 ff; Christian Jäger, in: Wolter (Hrsg.), SK StGB, 9. Aufl., 2017, Vor § 1 Rn. 127; Brian Valerius, a.a.O. (Fn. 23.), S. 22, 24; Martin Böse, Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung, ZIS 2016, S. 495; Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 148 f.; Christian Conrad/ Johannes Koranyi, Die „hypothetische

則是並未詳加解釋。無論如何，在沒有廣泛說明的情況下，假設同意應該僅限於根據醫療準則（lege artis）所實施的醫療侵入行為<sup>29</sup>，即使該治療行為只是選項之一，或具有高度實驗性時，亦然<sup>30</sup>。

## 二、學說上的支持者

這一個法制度在文獻上有許多的支持者。例如 Kuhlen、Amelung、Rosenau 和早期的 Roxin<sup>31</sup>。他們在釋義學上大多是立

---

Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht vor dem Hintergrund des neuen § 630 h II 2 BGB, JuS 2013, S. 979, 982. 和 Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 40 ff, 163. (但其對此則是持懷疑態度)。

<sup>29</sup> 就此意義而言，參閱：BGH NStZ-RR 2007, 340, 341; StV 2008, 464, 465 („Turboentzug“) 附有 Rönnau 贊同之註釋；對於判例限縮假設同意範圍的更多嘗試，參閱：Frank Saliger, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2015, S. 257, 264; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 11 ff. 以及 Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 95 f; Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 70 f.

<sup>30</sup> BGH NJW 2013, 1688; Volker Krey/ Robert Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016, Rn. 682c.

<sup>31</sup> (減少中的) 支持群體，僅參閱：Lothar Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Schünemann/ Achenbach/ Bottke/ Haffke/ Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 1. Aufl., 2001, S. 331; Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 14.), S. 431; Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 19.), S. 227; Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1. Aufl., 1998, S. 55 f, 69 f, 77; Wolfgang Frisch, a.a.O. (Fn. 4.), S. 33, 49 ff; Henning Rosenau, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Bloy/ Böse/ Hillenkamp/ Momsen/ Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 1. Aufl., 2010, S. 683; Henning Rosenau, in: Satzger/ Schluckebier/ Widmaier, StGB, 3. Aufl., 2016, Vor § 32 Rn. 53; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 120 ff. (其係考慮到風險升高理論；目前的不同考量，參閱：, S. 129 ff.)；Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 19.), 801 f; Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230 f; Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 25 Rn. 132; Matthias Krüger, Zur hypothetischen Einwilligung – Grund, Grenzen und Perspektiven einer verkannten Zurechnungsfigur, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2015, S. 137, 141 ff. 以及 Matthias Krüger, Hypothesen zur



基於排除（不法）歸責（(Unrechts-) Zurechnungsausschluss）<sup>32</sup>。根據他們的觀點，是要把運用在構成要件階層中，關於責任限縮規則的客觀歸責理論（Lehre von der objektiven Zurechnung）適用在違法性階層上。具體來說，就是援引合法替代行為原則（Grundsätze des rechtmäßigen Alternativverhaltens）來排除規範性的（結果）歸責。儘管結構上存在差異，實務判決及許多先驅者將構成要件該當結果上的不可歸責性（Nichtzurechnung），以不具備義務違反關連性而欠缺結果非價為由來加以正當化<sup>33</sup>。儘管根據傳統的理解，只要存在阻卻違法事由的客觀條件，就可以排除構成要件所實現的結果非價。在這樣的釋義學背景下，此時就存在一個被廣泛接受的（不法）抵銷模式（(Unrechts-) Kompensationsmodell）<sup>34</sup>。這樣一來，客觀阻卻違法條件的存

---

hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht, medstra 2017, 12, 15 ff.（透過一個無法令人信服的先前責任說明之）不同的架構（即僅殘留在未遂不法的「部分阻卻違法」）之方式來說明，以及 Wolfgang Mitsch, a.a.O. (Fn. 19.), S. 279, 283 ff.（帶有批評的回應，參閱：Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn.12.), S. 713 ff; Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 231.）；更多的說明，參閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 91 ff. 和 Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 47 m. Fn. 196. 最終對假設同意（作為獨立的阻卻違法事由）的重要總結，參閱：Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 72 ff.

<sup>32</sup> 釋義學理解上的爭論，詳閱：Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 48 ff.

<sup>33</sup> 參閱：Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 14.), in: FS Müller-Dietz, S. 431, 442; Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 19.), S. 227, 229; 贊同的意見，參閱：Klaus Geppert, a.a.O. (Fn. 19.), § 233/3; Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 19.), S. 801, 802; Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230. 有更多說明；Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 378 f. 體系上的詳細說明，參閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 226 ff; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 228 ff. 和 Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 119 ff（關於在違法性階層的客觀結果歸責之一般可能性），S. 136 ff.（關於在假設同意欠缺義務違反關連性之問題）

<sup>34</sup> 詳閱：Wolfgang Röttger, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materiellen Konzeption, 1.Aufl., 1993, S. 15 ff.和 Jürgen Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, 1.Aufl., 2002, S. 93, 123 f 及 580; 更多說明，參閱：Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 82

在，就會抵銷在構成要件階層所暫時確認的結果不法。同樣地，主觀的阻卻違法事由要素（例如：防衛故意）也會抵銷掉最初在故意犯及注意違反性（*Sorgfaltswidrigkeit*）中所揭示的構成要件內的行為不法。例外的是，在假設同意的情況下，一個 — 事實上欠缺說明的 — （作為阻卻違法事由的）同意，如果在獲得必要的說明時，就會有抵銷不法的效力（*unrechtskompensierende Kraft*）。在這裡，已經發生的構成要件該當結果 — 例如身體完整性的損害或生命的失去 — ，在評價上就不能被認為是與責任有關的不法結果（*Unrechtserfolg*），因為法益持有者在任何情況下都可能同意這個侵入行為，而法益本來也就會受損<sup>35</sup>；最多，只能考慮因為未遂而受處罰，但這只會發生在故意犯罪，而不會發生在過失犯罪。在有疑慮的案例中 — 也就是，對病人的同意行為是不確定的 — ，就必須依罪疑唯輕原則（*in dubio pro reo*）而判決無罪<sup>36</sup>。

## 肆、對於假設同意之批評

近年來在實務判決和部分的文獻中，對於特別是為了壓制氾濫的說明義務，以及為此而作為除罪化手段的假設同意<sup>37</sup>，有越

---

m. Fn. 302.

<sup>35</sup> 典型的說明，參閱：Kristian Kühl, a.a.O. (Fn. 10.), § 9 Rn. 47a.：「反正，正確的說明（可能）什麼都沒帶來」；另外，參閱：Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 74 f.

<sup>36</sup> 對此的說明，參閱：Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230.

<sup>37</sup> 對於使用此法制度的目的，詳閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 507 ff. 和 Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 12 ff, 325. — 兩者有更多說明；另參閱：Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 71 f; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 134; Henning Rosenau, a.a.O. (Fn. 31.), S. 683, 695 ff; Henning Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/ Widmaier, StGB, 4. Aufl., 2019, Vor § 32 Rn. 53; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 262 f.（「巨大的限制可罰性潛能」）

來越強烈的批評；大部分的文獻都是拒絕假設同意的<sup>38</sup>。在最近的判決中，當然——如其所暗示地——也對於這種方式採取一個謹慎的態度。免除刑罰應該要和嚴格的條件連結在一起——以及例如在積極的欺騙案例中，就（或許）完全不應考慮在內<sup>39</sup>。在許多由反對者所提出的論點中，以下只提出重要的內容。

## 一、人類決策過程的不確定性／假設同意的不可證明性／偽裝的權限

Ingeborg Puppe 教授早期就在基本的方法論上提出了反對：像是病人有可能會在合乎規則的說明之下而同意的問題，就會因為欠缺對心理上因果關係所相應的（自然）法則的認識而無法回答，也因此病人有可能會同意的問題就變得「毫無意義」。<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> 僅參閱：Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), Vor § 32 Rn. 168a, Detlev Sternberg-Lieben, Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2015, S. 299, 301 ff., Martin Böse, a.a.O. (Fn. 28.), S. 495 ff. 和 Ingeborg Puppe, Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ZIS 2016, 366 ff. (此均有更多說明) 以及 Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.) 和 Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.) 的詳細專書。

<sup>39</sup> 參閱：BGH NJW 2013, 1688, 1689 (然而，因其對此並未較清楚地陳述，故係透過文獻闡明：Brian Valerius, a.a.O. (Fn. 23.), S. 22, 23 f; Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 149; Matthias Krüger, a.a.O. (Fn. 31.), S. 137, 147 f. 和 Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 44 f.)。

<sup>40</sup> Ingeborg Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995, GA 2003, S. 764, 767 ff. 有更多說明；Ingeborg Puppe, Anm. zu BGH, Beschluss vom 3.3.1994 – 4 StR 819/93, JR 1994, S. 515 f; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), ZIS 2016, S. 366, 367 f; Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl., 2016, § 11 Rn. 18 ff; 贊同：Hans-Ullrich Paeffgen, Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich; Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virus-infektiösen Chirurgen, in:

從而，也使得在對事實有懷疑時才能適用的罪疑唯輕原則不再能適用<sup>41</sup>。此外，（頻繁地）適用這個有疑慮的理論，將不再能保證對於病人有適當的刑法保護<sup>42</sup>。這種根本上的批評可能太過苛刻，因為刑法在其他方面（例如在教唆、精神上的幫助或許欺罪中的陷於錯誤等方面）也有藉由經驗上的知識以及可能性，來證明心理上的因果關連<sup>43</sup>，而且在法官證據評價框架下的罪疑原則

---

Rogall/ Puppe/ Stein/ Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2004, S. 187, 208 m. Fn. 89; Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, in: Kindhäuser / Neumann / Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl., 2017, Vor § 32 Rn. 168a m. Fn. 903; Joachim Renzikowski, Die hypothetische Einwilligung, in: Kern/ Lilie (Hrsg.), Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur: Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, 1. Aufl., 2010, S. 365, 367; Harro Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, S. 679, 683; Roland Hefendehl, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen? Begründbarkeit und Grenzen, in: Freund/ Murmann/ Bloy/ Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2013, S. 465, 471. 有更多說明；相同結論：Grischa Merkel, Prinzipielles und Prozessuales zur hypothetischen Einwilligung in ärztliche Heileingriffe, JZ 2013, S. 975, 978.

<sup>41</sup> 參閱：Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), GA 2003, S. 764; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), S. 366, 369. 依 Hans-Ullrich Paeffgen, a.a.O. (Fn. 40.), in: FS Rudolphi, 2004, S. 187, 208.，則是在一個人如何能夠根據他人的認識情況來決定的問題上，涉及到「一個單純的假設...而非一個『事實』」，而因此就只可能適用罪疑原則；Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), in: NK-StGB, Vor § 32 Rn. 168a, 168c; zust. Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 448, Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 151. 和 Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 134.

<sup>42</sup> Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), GA 2003, 764, 769; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), JR 2004, S. 470, 471; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), AT, § 11 Rn. 20; 同此，參閱：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 131; Sabine Riedelmeier, Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, 2004, S. 79 ff.; Gunnar Duttge, Die hypothetische Einwilligung als Strafausschließungsgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, in: Hoyer/ Müller/ Pawlik/ Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2006, S. 179, 188 ff.; Harro Otto, a.a.O. (Fn. 40.), S. 679, 683; 有差異的，參閱：Reinhard Merkel, in: Kindhäuser / Neumann / Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl., 2017, § 218a Rn. 39 ff.

<sup>43</sup> 對此，參閱：Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 130 ff, Thomas Rönau, a.a.O. (Fn. 19.), S. 801, 802, Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 157. 和 Christoph Sowada,

（Zweifelsgrundsatz）只有在有合理懷疑時才會適用<sup>44</sup>。無論如何，Puppe 的疑慮正確地將目光轉向在調查虛構的病人意願時，所難以克服的實際困難。

如果病人（作為一名證人）在事後被詢問，那麼他很難在說出他的答案時，淡化這個侵入性醫療的結果——也就是，特別是在健康好轉或惡化的事實上——，儘管在決策行為（Entscheidungsverhalten）的法律問題中，他的答案在事前並不能扮演任何角色<sup>45</sup>。因為這是基於個人專屬的推測的病人意願，而不是基於一個理性的決定，所以合理性的檢查是幾乎不可能的<sup>46</sup>。在這裡就很容易看見濫用的可能性，尤其是病人可能透過要求金

---

a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 6. 有更多說明；以及 Brigitte Tag, a.a.O. (Fn. 4.), S. 523, 540 f; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 38; Ulrich Weber, Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtmäßigkeitalternativen, in: Paeffgen/ Böse/ Kindhäuser/ Stübinger/ Verrel/ Zaczyk, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2011, S. 1059, 1064. 和 Horst Schlehofer, „Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen? Insbesondere zur Frage des Unrechtsausschlusses bei hypothetischer Einwilligung, in: Paeffgen/ Böse/ Kindhäuser/ Stübinger/ Verrel/ Zaczyk, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2011, S. 953, 969. 對於 Puppe 所稱的「毫無意義論點」之批評，另參閱：Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 293 ff. und Grischa Merkel, a.a.O. (Fn. 40.), S. 975, 976 f.

<sup>44</sup> 參閱：Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 14.), in: FS Müller-Dietz, S. 431, 435 f; Mathis Dreher, Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003, S. 83 f; Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 231; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 361; Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S.67, 74.

<sup>45</sup> 對於病人在侵入性醫療之前及之後的不同陳述情形，例如：Detlev Sternberg-Lieben, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, StV 2008, S. 190, 192; Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 303; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 6; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 260 f.（並非不成問題的「事後推論過程」）

<sup>46</sup> 僅參閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 369 f, 435 ff; 另參閱：Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 370 f. 有更多說明。

錢以及勒索，來做出排除醫師可罰性的證詞<sup>47</sup>。如果病人因侵入性醫療而死亡時，還會再加強證明的困難度。如果無法確定拒絕同意的情形時，那麼基於對事實的懷疑而（有疑問地）運用的罪疑唯輕原則，通常就是判決無罪。因此，刑法對於醫師所減輕的負擔要比民法來得更多<sup>48</sup>。因為這個已將法制度放進嚴密而均衡的多層次的說明及舉證規則網路之中。在病人（僅僅）做出合理的陳述後，要求醫師對於假設同意提供一個難以提出的證據，證明病人在合乎規則的說明下，就可能處於一個真正的決策衝突（*Entscheidungskonflikt*）的情形（而病人無須對其替代行為做出進一步的說明）<sup>49</sup>。未遂的可罰性也會被排除，因為醫師可以無

---

<sup>47</sup> 對於被告醫師所可能的贖身行為（*Freikaufverhalten*）或甚至是受傷者所為的勒索，僅參閱：Philipp Böcker, a.a.O. (Fn. 4.), S. 924, 930; Walter Gropp, a.a.O. (Fn. 4.), S. 197, 200; Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung: zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 345, 356; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 263, 267; Thomas Rönna, a.a.O. (Fn. 31.), JuS 2014, S. 882, 884; 更詳細的手法上的危險，參閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 430 ff.

<sup>48</sup> 同此，參閱：Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), Vor § 32 Rn. 168a; Gunnar Duttge, a.a.O. (Fn. 42.), S. 179, 183 f; Ulrich Weber, a.a.O. (Fn. 43.), S. 1059, 1063; 另參閱：Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 263 f. (「自決敵對的 (selbstbestimmungsfeindlich)」); Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 7. 有更多說明。

<sup>49</sup> 僅參閱：BGHZ 172, 1, 15 f.; 172, 254, 262. 另參閱：Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), GA 2003, S. 764, 772 ff; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), S. 366, 368; Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), Vor § 32 Rn. 168a (對於相關民事判決的說明); Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 7; Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 262. 採取此論點，參閱：AG Moers BeckRS 2015, 18722 附有贊同的評論，參閱：Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung auf dem Prüfstand, Anm. zu AG Moers, 22.10.2015 - 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, JA 2016, S. 472 ff. 以及附有反對的評論，參閱：Erik Kraatz, Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2014/2015 Die Grundsätze der Einwilligung in den ärztlichen Eingriff – 1. Teil, NSTZ-RR 2016, S. 233, 238. 對於主張責任與舉證責任的分配，詳閱：Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 29 ff; Benedikt Edlbauer,

可反駁地說，他認為在合乎規則的說明情況下，病人會同意<sup>50</sup>，而這就出現一個有疑慮的保護漏洞<sup>51</sup>。於此，Roxin 的風險升高理論<sup>52</sup>（*Risikoerhöhungslehre*）或許可以在這個有疑慮的理論所造成的後果上，做出一點補救。因為，對於一個沒有說明的醫師而言，病人假如在符合實際情況的說明中不會同意這個侵入行為時，就算只有具體的可能性存在，他就具備足夠的可罰性了<sup>53</sup>。不過，從普遍肯定的迴避可能性理論（*Vermeidbarkeitstheorie*）所提出的基本考量而言，這個理論是無法被支持的<sup>54</sup>。由於對醫療

---

a.a.O. (Fn. 8.), S. 251 ff; Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 180 f.

<sup>50</sup> Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), JR 2004, 469, 471.（反對意見：Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 19.), S. 227, 230.）；Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 477; Christian Jäger, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, 1. Aufl., 2006, S. 26; Roland Hefendehl, a.a.O. (Fn. 40.), S. 465, 472. 以及 Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 231. 有更多說明。依 Böse (a.a.O. (Fn. 28.), S. 495, 497.) 的意見，如果一個人被安排直接開始進行手術時，那麼假定的未遂可罰性無論如何都會被排除。背景：假設同意也如同事實上所給予的同意般地與傷害結果以及由此其所招致的行為（侵入行為的實行）產生關係，因此在合乎規則的說明情況下，傷害行為就合法，而且喪失在欠缺說明及（假設合法的）行為間的義務違反關連性。

<sup>51</sup> 僅參閱：Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 8. 贊同，參閱：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 134; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 265. 和 Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), S. 366, 369. 另參閱：Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 76.

<sup>52</sup> 若結果並非透過確定而只是透過很可能或可能的合法替代行為而被防止時，對於結果是否可歸責持肯定答案的風險升高理論之詳細內容，參閱：Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1*, 4. Aufl., § 11 Rn. 88 ff.

<sup>53</sup> *Ebd.*, § 13 Rn. 120, 123 ff.（目前見解，另參閱：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 132.）；贊同的意見，參閱：Heinz Schöch, *Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Dopingmaßnahmen?*, GA 2016, S. 294, 299. 贊同的意見，亦參閱：Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 172. 對於風險升高理論在假設同意上的問題，參閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 461 ff; Benedikt Edlbauer, a.a.O. (Fn. 8.), S. 411 ff 和 Sabine Riedelmeier, a.a.O. (Fn. 42.), S. 82.

<sup>54</sup> 對於迴避可能性理論支持者的論點，參閱：Thomas Hillenkamp/ Kai Cornelius, *32 Probleme aus dem Strafrecht AT*, 15. Aufl., 2017, 31. Problem (S. 259 ff).

行為的合法性或違法性的判斷只落在行為本身<sup>55</sup>，一個懸而未決的狀態就發生了，而且這個狀態很清楚地使得法律制度即將成為一個許可<sup>56</sup>（*Genehmigung*），但這個許可因為它的溯及作用（*Rückwirkung*）而與行為的不法和罪責無關，而且依整個通說的想法，它最多只能在刑罰裁量上予以考量<sup>57</sup>。

## 二、假設同意並非阻卻違法事由／貶值的推測同意

首先，假設同意——有別於實務判決在故意犯罪方面有促成這種想法的跡象<sup>58</sup>——作為一個獨立的阻卻違法事由，也不應加以考慮<sup>59</sup>。阻卻違法的一般效果會是整個行為阻卻違法。然而，這個法律制度的先驅者最終卻只認為它只是排除結果不法，行為的違法性仍在<sup>60</sup>，因此，對於一個以假設同意為基礎的醫療行為，

---

<sup>55</sup> 就此而言，可罰性取決於事後調查的病患的假設同意（這似乎可以說醫師的可罰性掌握在病患的手中），Christian Jäger (a.a.O. (Fn. 47.)), S. 345, 355 f.) 批評這是披上實體權利外衣的刑事告訴；贊同的意見，參閱：Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 267.

<sup>56</sup> 對此，詳閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.) S. 356 ff, 440 ff; 另參閱：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 130 f; Ulrich Weber, a.a.O. (Fn. 43.), S. 1059, 1064 f; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 365; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 6. 有更多說明。對於許可比較的批評，參閱：Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 239 f; Schlehofe, a.a.O. (Fn. 43.), S. 953, 967; Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), 147, 150. 有更多說明。

<sup>57</sup> Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 12.), S. 163, 171. 有更多說明。對於假設同意作為刑罰減輕事由，參閱：Philipp Böcker, a.a.O. (Fn. 4.), S. 925, 932; Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 245; Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 491 ff. 在不法和罪責以外的其他解決方案之處理（批評），參閱：Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 334 ff.

<sup>58</sup> 參閱註 28 的說明。

<sup>59</sup> 對於判例的解釋，僅參閱：Martin Böse, a.a.O. (Fn. 28.), S. 495. 和 Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 148 f. —— 兩者有更多說明。決定為一個新的阻卻違法事由，參閱：Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 73 ff.

<sup>60</sup> 詳閱：Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 14.), in: FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 442; Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 19.), S. 227, 229 和註 33 的說明。



是可以實施緊急救助的<sup>61</sup>。

假設同意並不能整合入已建立的違法性釋義學裡。因為，把（暫時）建立在構成要件階層的非價判斷放在違法性的情況中來複核的理由，在假設同意中並不存在：醫療侵入行為在利益衝突時的權衡既非必要（提醒：必要性原則（*Erforderlichkeitsprinzip*）被認為是阻卻違法事由的主要特徵），假設同意也不會顯示出病人的同意或（作為同意替代品的）推測同意的舉動<sup>62</sup>。確切地說，對意願所做的假設性重建會被認為與同意自由的實現手段具有同等意義，而這個——由於是在規範上屬於他人所為之歸咎（*normative Fremdzuschreibung*）——與表意人的行使自由無關。假設同意損害了推測同意所具有的補充性，而且最終也掏空了病人的自主權，這樣的批評聽起來是有道理的<sup>63</sup>。然後，醫師就可以故意忽視他的說明義務，或者甚至在給予同意的準備階段時欺騙病人，

<sup>61</sup> 僅參閱：Ulrich Weber, a.a.O. (Fn. 43.), S. 1059, 1063.

<sup>62</sup> 從民法及刑法的觀點而反對將假設同意歸類為阻卻違法事由，參閱：Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 167 ff; 另——均附有說明——參閱：Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 16 ff; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 210 ff; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 266.：假設同意「並沒有為構成要件該當行為的實行給予（完整而）更好的權利」；以及 Wolfgang Mitsch, *Die hypothetische behördliche Genehmigung im Strafrecht*, in: Hellmann/ Schröder (Hrsg.), *Festschrift für Hans Achenbach*, 1. Aufl., 2011, S. 299, 308; Horst Schlehofer, a.a.O. (Fn. 43.), S. 953, 966 f. 對於主觀阻卻違法要素的組成上疑義，參閱：Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 151. 和 Scarlett Jansen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 482, 486. 有更多說明。

<sup>63</sup> 見微知著，參閱：Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), Vor § 32 Rn. 168c; Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 19.), S. 252, 253; Detlev Sternberg-Lieben, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, StV 2008, S. 190, 192; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 7 (m. Fn. 84); Martin Böse, a.a.O. (Fn. 28.), S. 495 f.; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 131; Henning Rosenau (a.a.O. (Fn. 31.)), in: FS Maiwald, S. 683, 697; Henning Rosenau, in: Satzger/ Schluckebier/ Widmaier, StGB, Vor § 32 Rn. 53) 於此背景下難以理解，其宣稱推測同意遠比假設同意更為「自決敵對」。

然後指望在假設同意的指引下可以不受處罰<sup>64</sup>。對此，有部分文獻已經指出，假設同意鋪平了「還原（roll back）病人福祉的依家長主義所定義的病人福祉（paternalistische Fremddefinition）」的道路<sup>65</sup> — 且因此，醫師一度自認為他有合法的職權來對病人的身體實施侵入行為<sup>66</sup>。

### 三、因欠缺在違法性階層之義務違反關連性而無法排除歸責

#### （一）批評者常見的論點

還有一種普遍的批評，就是從客觀歸責理論借用過來的欠缺義務違反關連性（Pflichtwidrigkeitszusammenhang）或合法替代行為<sup>67</sup>的想法，並不能支持基於假設同意而排除歸責之見解，因為歸責的排除無法在不對釋義學造成破壞的情況下，將歸責的排除從過失犯的構成要件階層移轉到阻卻違法事由上<sup>68</sup>。在討論

---

<sup>64</sup> Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 265. :「假設同意（促進了）醫病關係的不誠實行為」。

<sup>65</sup> 參閱：Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 40. 亦參閱：Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 304; Brigitte Tag, a.a.O. (Fn. 4.), S. 523, 538.

<sup>66</sup> 反對醫療人員對實施（急迫而）必要的醫療侵入行為有特殊職權的說明，參閱：Wolfgang Frisch, a.a.O. (Fn. 4.), S. 33, 35.

<sup>67</sup> Ingeborg Puppe(Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen, JZ 1989, S. 728, 729)根據一個正當防衛的案例（在沒有警告性射擊下使用槍枝；但之後 — 考慮到假設同意 — 卻嚴厲地拒絕這個想法），首先將實現關連性（從構成要件階層）轉移到違法性階層做討論；之後特別貫徹這個論點並進一步地研究，參閱：Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 31.), in: FS-Roxin I, S. 331, 332 (m. dortiger Fn. 6)；首先贊同，參閱：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 52.), § 13 Rn. 120；關於此議題的第一份專論，參閱：Mathis Dreher, a.a.O. (Fn. 44.).

<sup>68</sup> 參閱：Gunnar Duttge, a.a.O. (Fn. 42.), S. 179, 185 ff.（因邏輯錯誤而反對）；同此，參閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 281 ff, 295.（「邏輯上不可能」）；另參閱：Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 12.), S. 163, 174 f; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 25 ff.

中，我想在這裡援引著名的自行車案（BGHSt 11, 1）。該案的基礎事實是，一個卡車司機在側面距離過短（距離只有 75 公分而非 150 公分）的情況下，超車越過一個酒醉的自行車駕駛。由於酒精所引起的精神不集中（Kurzschlussreaktion）而使得自行車向左傾斜，並且落入拖車的雙輪底下。鑑定報告事後指出，如果卡車司機保持足夠的側面距離，死亡意外也非常可能會發生。這個案件中，如果卡車駕駛以正確的方式駕駛，而結果也會以幾近確定的可能性（an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit）發生時，依普遍肯定的無迴避可能性理論（Unvermeidbarkeitstheorie）的觀點，就會否定了違反注意義務行為（卡車司機未保持應有的側面距離）與（酒醉的自行車駕駛的）死亡之間的義務違反關連性<sup>69</sup>。依批評者的觀點，這種情況和假設同意所表現的事實之間的結構上區別在於，不論自行車案中的行為人怎麼做，在結果發生前的關鍵時刻，他在事實上都不可能去避免構成要件結果的發生。但在醫師的情況則不同，他在事實上一直都可以避免結果的發生，而且在規範上也要求他這麼做。他若不是必須放棄醫療侵入行為，就只能在合乎規則的說明後才來實施<sup>70</sup>。相反地，欠缺有效同意的醫療行為就意味著一個

<sup>69</sup> 對於在過失犯罪中的客觀歸責理論脈絡下，合法替代行為中的欠缺義務違反關連性及違法關連性，參閱：T. Walter, in: LK-StGB, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, Vor § 13 Rn. 99 ff. 和 Detlev Sternberg-Lieben/ Frank Schuster, in: Schönke/ Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 15 Rn. 173 ff. 在自行車案中關於假設同意富有成果的討論，僅參閱：Mathis Dreher, a.a.O. (Fn. 44.), S. 8.及其他各處；Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 177 f., 260, 281 ff; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 149 ff; Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 187; Manuel Garbe, a.a.O. (Fn. 4.), S. 77, 245 f; Benedikt Edlbauer, a.a.O. (Fn. 8.), S. 408; Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 12.), S. 163, 178; Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 2.), S. 219, 228.

<sup>70</sup> 詳閱：Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 281 ff.有更多說明；另參閱：Christian Jäger, in: Wolter (Hrsg.), SK-StGB, 9. Aufl., 2017, Vor § 1 Rn. 127; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 24 ff; 以及 Horst Schlehofer, a.a.O. (Fn. 43.), S. 953, 969 f.

違反法律義務的法益侵害。根據他們的觀點，同樣也顯而易見的是，僅僅補做一個必要的說明行為，在假設同意方面是不夠的。為了抵銷結果非價（Erfolgsunwert），額外還必須要有一個未陷於錯誤的病人同意<sup>71</sup>。因此，在這裡對於不法排除的要求，就要比在自行車案中要多得多。

另外，應反對將這兩種案例相同看待，因為在阻卻違法事由的事實上前提與行為結果間的關係，並不是因果上的本質，而只是評價上的本質<sup>72</sup>。依批評者的觀點，假設同意的支持者——早期的我也是——透過假設同意在給予特權化方面，最終是進行了一個複雜的評價行為，而這麼做有一定的合理性——但僅此而已！

## （二）Sturm 的論點

將假設同意列為一個欠缺結果歸責之情況的方式，當然顯示了這個法制度在釋義學上之嚴苛的解釋嘗試及合法化嘗試。在一

<sup>71</sup> 對此，已見於：Christian Jäger, a.a.O. (Fn. 47.), S. 345, 353. 其後，僅參閱：Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 185 f.：「不被允許的雙重假設」；Albin Eser, a.a.O. (Fn. 3.), § 223 Rn. 40 h; Scarlett Jansen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 482, 487 f; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 10; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 22; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 266（違反「假設形成的純正要求」）；Frank Zimmermann/ Benedikt Linder, Die Unterlassenskausalität im Fall Jalloh: Ein Schritt zur Anerkennung der hypothetischen Genehmigung?, ZStW 128 (2016), S. 713, 725; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 132. 藉由值得注意的論點來反對對於廣泛的假設形成之指控，參閱：Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 142 ff; 亦參閱：Henning Rosenau, a.a.O. (Fn. 31.) in: FS Maiwald, 2010, S. 683, 692 ff.

<sup>72</sup> 對此，已見：Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), GA 2003, S. 764, 770. 另參閱：Hans-Ullrich Paeffgen, a.a.O. (Fn. 40.), in: FS Rudolphi, S. 187, 208 m. Fn. 89; Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 63.), S. 190, 191; Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 301 f; Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 294 f; Manuel Garbe, a.a.O. (Fn. 4.), S. 235, 240; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 9. 有更多的說明。輕微的批評，參閱：Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 323 f. 和 Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 73 f.：Kuhlen的論述從來都不在於因果關係上，而僅在於歸責上。

份較為深入的近期研究中，Sturm（至少在這個問題上是基於雙階層犯罪體系）以值得注意的論點來說明，關於承認假設同意作為在違法性階層排除歸責的情況，並不會因其在釋義學的體系上是不可能的而失敗<sup>73</sup>。因此，對於在違法性階層中的實現關連性（*Realisierungszusammenhang*）的要求，他暫時也看不出有邏輯上的謬誤，而且當在違法性階層被問及義務違反關連性時，他也不接受會出現評價錯誤的指控<sup>74</sup>。他透過在其他情形中的不同判決（例如「山羊鬍毛案」）以及依其觀點是正確的論點而從各自的行為規範違反（*Verhaltensnormverstoß*）上著手，來處理過度重視替代方案之常見的反對意見（於此：將無意願上之瑕疵的病人同意一起考慮進去）<sup>75</sup>。

然而，依照 Sturm 的意見，最終假設同意也無力排除義務違反關連性。依照 Sturm 的意見，對此的實質上理由在於某種特定的自主性理解（*Autonomieverständnis*）<sup>76</sup>。因此，假設同意支持者藉由若對病人做合乎規則的說明，那麼病人也會同意，而其個人對於自身利益的自我評估（*individuelle Interessendefinition*）因此最終會得到確保一事，來證明義務違反關連性基本上就中斷了。於其背景的設想是，在涉及健康利益之關連性上，病人有關於一個發展的和穩定的（價值）優先順序，而在提供病人適當的資訊後，該優先順序會導致他在一個經由治療情況所堆積起的決策衝突中，（始終）去做出某種決定。然而，這種結果相關（因為一個已有的內在意願，只是「找到」或「發現」）的思考方式，忽略了獲得決定的過程。因為，一方面主觀上的優先性可以

<sup>73</sup> Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 146 ff, 277. 亦為 Kuhlen 的基礎構想而辯護，參閱：Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 258 ff.

<sup>74</sup> Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 127 ff, 129 ff.

<sup>75</sup> Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 142 ff.

<sup>76</sup> 以下，參閱：Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 153 ff, 277.

在新資訊的印象下而改變（然而，排除歸責的支持者卻對於在新資訊的「發現過程」中，將新資訊理解為可能是可以重構的）。不過，依照 Sturm 的意見，更重要的是，反對者並沒有將（作為決策過程結果的）自我負責的**決定**之觀點，充分地納入其自主構想（Autonomiekonzept）中。「如果對治療沒有實施充分的說明，那麼自主更新（...）」就會欠缺了；而這種具體決定的可能性，也會無可挽回地喪失了。「在當前沒有什麼要決定的情況下」，— 在刑事訴訟中所上演的 — 「重現（在說明時<sup>譯註 3</sup>）已經決定的內容」，「是具有完全不同的品質」。因此，Sturm 擊中了一個迄今為止的討論中的痛處，而雖然其他人已經察覺這個痛處，但卻仍未如此徹底及令人信服地加以整理歸納<sup>77</sup>。因此，只要需要病人的自我同意時，— 就 Sturm 而言 — 就不能承認假設同意是可以排除歸責的<sup>78</sup>。

據此，對於歸責體系（Zurechnungskonstruktion）最終可以這麼說：根據前面所提到的抵銷模式框架中所承認的法釋義學，將構成要件上所建立的不法於違法性階層來調和的基礎（Bausteine），不為排除歸責模式的先驅者所用，取而代之的則是朝向一個虛構的同意（fiktive Einwilligung）以及在轉移病人於決策時的決策權力的情況下，來否定結果歸責。從到目前為止的歸責及違法性的釋義學中來看，這樣的突破想法（Ausbruch）

---

<sup>譯註</sup> 此為原作者所添加。

<sup>77</sup> 參閱：Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 7; Christian Conrad/ Johannes Koranyi, a.a.O. (Fn. 28.), S. 979, 983; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 265.

<sup>78</sup> 仍要指出的是，將傷害罪視為是完全或至少是優先保護病人自主（而非身體完整性）的公益模式（Rechtsgutsmodell）支持者，本來就一定會否認假設同意的免責效果，因為處分自由（Dispositionsfreiheit）已透過行為人的行為在事實上受到侵害，而且也不再能加以挽回。對於反對自主的意見，參閱：Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 53. 其在 189 頁以下反思了關於假設同意與傷害罪的保護公益。

不僅是因為這個基本想法所造成的重大後果，而且它還必須更加深刻地建立在其他的阻卻違法事由或犯罪上。

## 伍、結論及預示可能的解決途徑

因此，在結論上要拒絕假設同意的法制度。因為它顯現出太多的結構上及合法性上的困境。對於其在刑事政策上所關注之事的解決之道，也就是對醫師的可罰性風險之限制，則必須從它的源頭——氾濫的醫師說明義務——中去尋找！

因此，近來許多令人鼓舞的觀點提出，緩和刑法上與民法解釋有關的從屬性，以及降低了刑法上說明義務的要求<sup>79</sup>。因此建議，最終只有嚴重違反（民法上的）說明義務時，才具有刑法上的意義<sup>80</sup>，或是醫師的說明對於一個自我負責的決定是必要時，才在此範圍內來要求<sup>81</sup>。順著最後提到的前提，許多作者對於重要資訊義務的選擇，便依賴同意中的意思瑕疵理論

---

<sup>79</sup> 簡略的敘述，已見：Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), JR 2004, S. 470, 472. m. Fn. 21; 另參閱：Gunnar Duttge, a.a.O. (Fn. 42.), S. 179, 195; Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn.63.), S. 190, 193. 和 Benedikt Edlbauer, a.a.O. (Fn. 8.), S. 472 ff. 附加的說明，參閱：Albin Eser, a.a.O. (Fn. 3.), in: Schönke/ Schröder, , 29. Aufl., 2014, § 223 Rn. 40h; 另外，較新的說明，參閱：Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 306 ff; Harro Otto/ Andreas Albrecht, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, Jura 2010, S.264, 270 f; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 10; Grischa Merkel, a.a.O. (Fn. 40.), S. 975, 977 ff; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 46 ff; Brian Valerius, a.a.O. (Fn. 23.), S. 22 f; Wessels/ Beulke/ Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Aufl., 2017, Rn. 587; Brigitte Tag, a.a.O. (Fn. 4.), S. 523, 543 ff; Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), 67, 71 f; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 269 f; Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 2.), S. 219, 235; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), S. 366, 369; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 131, 134 ff. 討論亦參閱：Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 342 ff.

<sup>80</sup> 參閱：Benedikt Edlbauer, a.a.O. (Fn. 8.), S. 473 ff.

<sup>81</sup> 詳閱：Grischa Merkel, a.a.O. (Fn. 40.), S. 975, 977 ff; 以及 Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 269.

(Willensmängel lehre bei Einwilligung)<sup>82</sup>。這樣，一方面可以對會導致同意無效的積極欺騙行為所涉及侵入行為的說明義務，以及另一方面對忽視也不會影響同意存在的不涉及侵入行為的說明義務來大致區分<sup>83</sup>。由於病人基於錯誤而對於侵害之種類、範圍和危險性未有認識者，即不能自主地放棄他的法益和應得的保護。一個對於此種缺失有所認識或是應該能夠認識而沒有說明的醫師，他對於身體所做的侵入行為就會是可罰的。這一點，對於在積極欺騙式案例中所呈現出欺騙者的他主決定，當然也是一樣的。相反地，根據這個論點，則是在「診斷說明」(診斷以及由此而來的醫療適應症)欠缺或有關治療選項上的瑕疵，則是算入「不涉及侵入性質的」，也就因此變成「無害於同意」的範疇<sup>84</sup>。關於涉及侵入行為或涉及法益的輪廓和因此而來的作為阻卻違法事由的範圍，當然可以有爭論<sup>85</sup>。不讓一個透過欺騙來取得手術

<sup>82</sup> 參閱：Harro Otto/ Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 79.), S. 264, 270 f; Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 528 ff; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 46 ff. 以及 Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 270; Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 2.), S. 219, 231 ff. 對於所討論的限制性觀點之概述，參閱：Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 309. 和 Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 134.

<sup>83</sup> 參閱：Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 46 ff (總體性的說明)，63 ff. (涉及侵入行為的案例)。Detlev Sternberg-Lieben (a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 309 ff.) 從比較著手。對他而言，意願瑕疵上之充分的法益相關只不過表示是第一個可罰性過濾器，而其必須透過特別嚴重的缺乏說明之要求來補充。在這些和類似的觀點背後(例如：Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 2.), S. 219, 234.及其他各處對於衝突的干預及相關風險的解釋)，是試圖對於能藉由民法上的損害賠償權利來調和的病患自主權之單純侵害，排除刑法的適用。

<sup>84</sup> 另一方面，參閱：Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 65 f; 類似意見，參閱：Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 310; 明確縮減「有害同意」的不足說明，亦如：Harro Otto/ Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 79.), S. 264, 270. (只有使侵害的種類及嚴重程度能被認識的「基本說明」(…)是必要的)或 Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 144 f. (只有對於「基本說明」的違反，才在刑法上是重要的)。

<sup>85</sup> 僅參閱 Lothar Kuhlen, Karsten Gaede: Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht



同意的醫師去透過假設同意而免於刑罰，應該顯然地成為一個**常識**<sup>86</sup>。Roxin 最近（在一個對於民法及刑法上解決方案的共同建議中）對於病人的決策衝突，在區分標準上做了一個重要解釋：假如病人在符合實際情況的說明時有決策衝突，那麼醫師就是可罰，反之，沒有決策衝突的話，就不受處罰<sup>87</sup>。

雖然隨著 2013 年生效的病人權利法<sup>88</sup>，民法在第 630 條第 2 項第 2 句也從現在起在法律上承認假設同意，但就算刑法在這些情況中仍要對其加以處罰，也不會自動地導致違反法秩序的一體

---

statt hypothetischer Einwilligung, 2014, GA 2015, S. 709 ff. 對於 Gaede 的作品之評論。（區分的核心標準「在內容上並不清楚」，對關於考量到積極欺騙而不涉及侵入行為的欠缺說明案例之修正，則是「敷衍的」）。拒絕將假設同意作為刑法上的責任過濾器，無疑會承擔了發展一個在重要與不重要的違背說明義務上，可實際適用的區分任務（對於批評者的困難處，僅參閱：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 135.）。然而，就我看來，在這一點上所花費的釋義學能量，要比探求一個基於各式原因而脆弱的原則來得好。

<sup>86</sup> 在脈絡上接受欺騙作為同意無效的理由，例如：Harro Otto/ Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 79.), S. 264, 270; Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 528 f; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 56 f, 66; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 270; Grischa Merkel, a.a.O. (Fn. 40.), S. 975, 979; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 137（假如透過欺騙是要掩蓋一個需要進行另一次侵入行為的醫療錯誤）；核心部分，亦參閱：Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 310; 另參閱：Jens Andreas Sikor, Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht, JA 2008, S. 11, 16; 不同意見，再參閱：Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 19.), S. 801, 804.

<sup>87</sup> Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 135 ff.（藉由例子來闡明）要強調的是，根據這個解決方案，只有「在考慮到病人的個人偏好的情況下，對於手術的拒絕是否有理由贊成或反對」，而沒有「病人在符合實際情況的說明時，會如何決定」——對此更容易會有客觀決定上的決策衝突（136）。

<sup>88</sup> 2013 年 2 月 20 日之病人權利改善法（BGBl. I S. 277）；於 2013 年 2 月 26 日生效。對此，詳閱：Christian Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, S. 817; Ulrich Preis / Angie Schneider, Das Patientenrechtegesetz - eine gelungene Kodifikation?, NZS 2013, S. 281; Angie Schneider, Der Behandlungsvertrag, JuS 2013, S. 104. 和 Tim Neelmeier, Die einrichtungsbezogene Patientenaufklärung, NJW 2013, S. 2230. 以及 Christian Conrad/ Johannes Koranyi, a.a.O. (Fn. 28.), S. 979.

性和最手段原則（Ultima-ratio-Grundsatz）的後果<sup>89</sup>。因為，我們必須要仔細看：無論如何，德國所規定的法條只包含了民法上的舉證責任規定，而這個規定對刑法而言並不構成壓力<sup>90</sup>。在這裡要去思考的，始終是在法律領域中的不同保護方向：相對於民法通常只涉及到損害的補償，刑法則是透過建立行為規範來達到法益保護之目的，而且在違反行為規範的案件中，則已有不少對於未遂行為的處罰<sup>91</sup>。

我們不應該朝向一個只想看到把個案中受非難的專斷醫療行為包含進傷害罪構成要件的解決方式<sup>92</sup>。立法者對於保護身體完整性的犯罪領域，顯然是在不含非難性條款（Verwerflichkeitsklausel）之情形下所為的設計，而這樣的保護就可能有所疏忽地且更多地交到法律適用者手上。因為如果真是如此，醫療侵入行為就只能由概括條款（Generalklausel）來衡

<sup>89</sup> 對於這條界線的爭論，參閱：Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 73. 另參閱：Tobias Paul/ Christian Schubert, Referendarexamensklausur – Strafrecht: Medizinstrafrecht und AT – Gefahr im Spital, JuS 2013, S. 1007, 1010 f. 輕微的爭論，參閱：Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 426 f. 在病人權利法生效之前，例如：Henning Rosenau, a.a.O. (Fn. 31.), in: FS Maiwald, S. 683, 698; Henning Rosenau, in: Satzger/ Schluckebier/ Widmaier, StGB, Vor § 32 Rn. 53; Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 171, 178; 亦參閱：Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 12.), S. 163, 180.

<sup>90</sup> 詳閱：Christian Jäger, in: Wolter (Hrsg.), SK-StGB, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 127.

<sup>91</sup> 「對於假設同意在法秩序一體性區域的無成效性」之詳細且富有啟發性的說明，參閱：Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 186 ff. 附有許多的說明；另參閱：Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 304 f; Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 157 f; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), S. 366, 371; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 133; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 32. 和 Albin Eser, a.a.O. (Fn. 3.), in: Schönke/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 223 Rn. 40h. 有更多說明。

<sup>92</sup> 關於（法官造法的）採用一個特別的非難性條款（仿照刑法第 240 條第 2 項，第 253 條第 2 項，第 237 條第 1 項第 2 句），參閱：Sabine Swoboda, Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS 2013, S. 18, 30 ff.

量，而這個條款是完全不明確的。哪些適用上的問題會由此產生，這無論如何都是能夠讓我在家對於具有非難性條款的強制罪和恐嚇取財罪，來好好研究的問題<sup>93</sup>。

## 陸、結語

最後，我要來做個總結：

為了在醫療刑法領域對超過合理限度的說明義務加以修正，假設同意是一個乍看之下具有說服力的釋義學上方法。

但若進一步地觀察，就會發現假設同意的優點所無法彌補的矛盾及欠缺合法性。德國實務界應該要拒絕這個法制度，並且透過其他方式來對這種情除罪化。假設同意絕不能運用在其他阻卻違法事由或其他犯罪領域。

對您們台灣，我建議放下這個「惡魔工具」。對刑法的釋義學者而言，會有更好的試驗場域。

---

<sup>93</sup> 基於反對聲音的廣大陣線，僅參閱：Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 269; Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 72; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 58 ff.; Albin Eser, a.a.O. (Fn. 3.), in: Schönke/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 223 Rn. 40h.



## 參考文獻

### 一、德文

- Albrecht, Andreas (2010). Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 1. Aufl., Berlin.
- Amelung, Knut (1998). Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1. Aufl., Berlin.
- Beulke, Werner (2015). Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz, medstra, S. 67-76.
- Böcker, Philipp (2005). Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht, JZ, S. 925-932.
- Bosch, Nikolaus (2008). Grenzen einer hypothetischen Einwilligung bei ärztlichem Eingriff, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, JA, S. 70-72.
- Böse, Martin (2016). Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung, ZIS, S. 495-504.
- Conrad, Christian / Koranyi, Johannes (2013). Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht vor dem Hintergrund des neuen § 630 h II 2 BGB, JuS, S. 979-985.
- Dreher, Mathis (2003). Objektive Erfolgsgzurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 1. Aufl., Aachen.
- Duttge, Gunnar (2006). Die hypothetische Einwilligung als Strafausschließungsgrund: wegweisende Innovation oder

- Irrweg?, in: Hoyer/ Müller/ Pawlik/ Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg.
- Edlbauer, Benedikt (2009). Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 1. Aufl., Hamburg.
- Eisele, Jörg (2005). Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern, zugleich Besprechung von BGH, Beschluss v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03, JA, S. 252-254.
- Eisele, Jörg (2009). Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung. Übernahme einer zivilrechtlichen Rechtsfigur in das Strafrecht?, in: Derschka/Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., Regensburg.
- Fateh-Moghadam, Bijan (2008). Die Einwilligung in die Lebendorganspende: die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands, 1. Aufl., München.
- Frisch, Wolfgang (2016). Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe, in: Frisch (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts, 1. Aufl., Baden-Baden.
- Frister, Helmut (2015). Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München.
- Gaede, Karsten (2014). Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 1. Aufl., Hamburg u.a.
- Garbe, Manuel (2011). Wille und Hypothese – zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 1. Aufl., Berlin.
- Geppert, Klaus (2004). Hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund?, JK, StGB, § 223/3.

- Gropp, Walter (2006). Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg.
- Haas, Volker (2015). Zur Bedeutung hypothetischer Geschehensverläufe für den Ausschluss des Tatumrechts, GA, S. 147-159.
- Hefendehl, Roland (2013). Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen? Begründbarkeit und Grenzen, in: Freund/ Murmann/ Bloy/ Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin.
- Hengstenberg, Nike (2013). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht, 1. Aufl., Berlin.
- Hillenkamp, Thomas / Cornelius, Kai (2017). 32 Probleme aus dem Strafrecht: Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München.
- Jäger, Christian (2006). Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 1. Aufl., Heidelberg.
- Jäger, Christian (2007). Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung: zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, Baden-Baden.
- Jäger, Christian (2012). Gut gemeint, aber schlecht gemacht, Anm. zu BGH, Urteil vom 11.10.2011 – 1 StR 134/11, JA, S. 70-72.
- Jäger, Christian (2016). Die hypothetische Einwilligung auf dem Prüfstand, Anm. zu AG Moers, 22.10.2015 - 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, JA, S. 472-474.

- Jansen, Scarlett (2011). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?, ZJS, S. 482-495.
- Jordan, Adolf-Dietrich (1997). Zur strafrechtlichen Haftung eines Arztes, der eine Behandlungsmethode wählt, über die er den Patienten nicht aufgeklärt hat, Anm. zu BGH, Urteil vom 29.6.1995 – 4 StR 760/94, JR, S. 32-33.
- Katzenmeier, Christian (2013). Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW, S. 817-824.
- Kraatz, Erik (2016). Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2014/2015 Die Grundsätze der Einwilligung in den ärztlichen Eingriff – 1. Teil, NStZ-RR, S. 233-239.
- Krey, Volker / Esser, Robert (2016). Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Stuttgart.
- Krüger, Matthias (2015). Zur hypothetischen Einwilligung – Grund, Grenzen und Perspektiven einer verkannten Zurechnungsfigur, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg.
- Krüger, Matthias (2017). Hypothesen zur hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht, medstra, S. 12-19.
- Kühl, Kristian (2017). Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München.
- Kuhlen, Lothar (2001). Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Schünemann/ Achenbach/ Bottke/ Haffke/ Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin.
- Kuhlen, Lothar (2001). Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in: Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für



- Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München.
- Kuhlen, Lothar (2004). Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei der hypothetischen Einwilligung des Betroffenen, JR, S. 227-230.
- Kuhlen, Lothar (2005). Hypothetische Einwilligung und Erfolgsrechtfertigung, JZ, S. 713-718.
- Kuhlen, Lothar (2015). Gaede, Karsten: Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, GA, S. 709-711.
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian (2014). Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl..
- Leipziger Kommentar (2012). Strafgesetzbuch: Großkommentar, 11. Aufl..
- Merkel, Grischa (2013). Prinzipielles und Prozessuales zur hypothetischen Einwilligung in ärztliche Heileingriffe, JZ, S. 975-979.
- Mitsch, Wolfgang (2005). Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, JZ, S. 279-285.
- Mitsch, Wolfgang (2011). Die hypothetische behördliche Genehmigung im Strafrecht, in: Hellmann/ Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, Heidelberg u.a.
- Mitsch, Wolfgang (2013). Manuel Garbe: Wille und Hypothese - Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, GA, S.602-605.
- Murmann, Uwe (2017). Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl., München.
- Neelmeier, Tim (2013). Die einrichtungsbezogene Patientenaufklärung, NJW, S. 2230-2233.

- Nomos Kommentar (2017). Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl..
- Otto, Harro (2004). Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura, S. 679-683.
- Otto, Harro / Albrecht, Andreas (2010). Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, Jura, S. 264-271.
- Paeffgen, Hans-Ullrich (2004). Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich; Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virus-infektiösen Chirurgen, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied.
- Paul, Tobias / Schubert, Christian (2013). Referendarexamensklausur – Strafrecht: Medizinstrafrecht und AT – Gefahr im Spital, JuS, S. 1007-1013.
- Preis, Ulrich / Schneider, Angie (2013). Das Patientenrechtegesetz – eine gelungene Kodifikation?, NZS, S. 281-288.
- Puppe, Ingeborg (1989). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen, JZ, S. 728-733.
- Puppe, Ingeborg (1994). Anm. zu BGH, Beschluss vom 3.3.1994 – 4 StR 819/93, JR, S. 515-518.
- Puppe, Ingeborg (2003). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995, GA, S. 764-776.

- Puppe, Ingeborg (2004). Anm. zu BGH, Urteil vom 3.3.1994 – 1 StR 319/03, JR, S. 470-472.
- Puppe, Ingeborg (2016). Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl., Baden-Baden.
- Puppe, Ingeborg (2016). Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ZIS, S. 366-372.
- Rath, Jürgen (2002). Das subjektive Rechtfertigungselement. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung, 1. Aufl., Berlin u.a.
- Renzikowski, Joachim (2010). Die hypothetische Einwilligung, in: Kern/ Lilie (Hrsg.), Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur: Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, Frankfurt am Main u.a.
- Riedelmeier, Sabine (2004). Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, 1. Aufl., Baden-Baden.
- Rigizahn, Ernest (1996). Anm. zu BGH, Urteil vom 29.6.1995 – 4 StR 760/94, JR, S. 72-75.
- Rönnau, Thomas (2001). Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 1. Aufl., Tübingen.
- Rönnau, Thomas (2004). Anm. zu BGH, Urteil vom 15.10.2003 – 1 StR 300/03, JZ, S. 799-804.
- Rönnau, Thomas (2008). Anm. zu BGH, Urteil vom 23.10.2007 – 1 StR 238/07, StV, S. 466-468.
- Rönnau, Thomas (2014). Grundwissen – Strafrecht: Hypothetische Einwilligung, JuS, S. 882-886.
- Rosenau, Henning (2010). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Bloy/ Böse/ Hillenkamp/ Momsen/ Rackow

- (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Berlin.
- Röttger, Wolfgang (1993). Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß: nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materialen Konzeption, 1. Aufl., Berlin.
- Roxin, Claus (2006). Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., München.
- Roxin, Claus (2017). Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?, medstra, S. 129-137.
- Saliger, Frank (2015). Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg.
- Satzger, Helmut / Schluckebier, Wilhelm / Widmaier, Gunter (2016). StGB Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. (zit.: SSW-StGB)
- Schlehofer, Horst (2011). „Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen? Insbesondere zur Frage des Unrechtsausschlusses bei hypothetischer Einwilligung, in: Paeffgen/ Böse/ Kindhäuser/ Stübinger/ Verrel/ Zaczyk, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin.
- Schneider, Angie (2013). Der Behandlungsvertrag, JuS, S. 104-108.
- Schöch, Heinz (2016). Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Dopingmaßnahmen?, GA, S. 294-300.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst (2014). Strafgesetzbuch. Kommentar, 29. Aufl..

- Schwartz, Tobias (2009). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 1. Aufl., Frankfurt a. M.
- Sickor, Jens Andreas (2008). Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht, JA, S. 11-16.
- SK-StGB(2017). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Köln.
- Sowada, Christoph (2012). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, NStZ, S. 1-10.
- Spickhoff, Andreas (2014). Medizinrecht: Kommentar, 2. Aufl..
- Sternberg-Lieben, Detlev (2008). Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, StV, S. 190-193.
- Sternberg-Lieben, Detlev (2015). Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg.
- Sturm, Jan Felix (2016). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Überlegungen zu den dogmatischen Grundlagen und zum Anwendungsbereich der Rechtsfigur, Tübingen.
- Swoboda, Sabine (2013). Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS, S. 18-32.
- Tag, Brigitte (2015). Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW, S. 523-548.
- Taupitz, Jochen (2000). Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung – insbesondere vor dem Hintergrund der

- höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Canaris/ Heldrich (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I: Bürgerliches Recht, München.
- Ulsenheimer, Klaus (1996). Zu Voraussetzungen und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, Anm. zu BGH, Urteil vom 29.6.1995 – 4 StR 760/94, NStZ, S. 132-133.
- Valerius, Brian (2014). Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff, Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20.2.2013), HRRS, S. 22-25.
- Weber, Ulrich (2011). Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtmäßigkeitsalternativen, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin.
- Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut (2017). Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Aufl., Heidelberg.
- Wiesner, Sandra (2010). Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, Baden-Baden.
- Zabel, Benno (2015). Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung Haftungsbegrenzungen und Opferschutz in der aktuellen Rechtfertigungsdogmatik, GA, S. 219-235.
- Zimmermann, Frank/ Linder, Benedikt (2016). Die Unterlassenskausalität im Fall Jalloh: Ein Schritt zur Anerkennung der hypothetischen Genehmigung?, ZStW, S. 713-740.