

# 刑法中假定同意之评析

周维明

**内容提要:**假定同意起源于德国民法学中的医疗侵权责任,后被联邦最高法院引入刑法领域并在刑法学界引起了热烈的讨论。假定同意,能够消除民事责任与刑事责任的不一致,促进法秩序的统一。假定同意在刑法教义学体系中的定位属于构成要件阶层的排除客观归责事由,排除行为的结果不法但保留着未遂的可罚性。假定同意的适用范围能够适用同意的犯罪构成要件,保护法益限于身体、自由、财产等个人法益。假定同意的判断基础,应当以被害人本人为准,在判断时应当将行为时存在的与被害人的真实意思有关的全部资料,从事后的角度进行盖然性判断。假定同意存在与否的证明责任应当由行为人负担。在运用“罪疑有利被告”原则时,不能仅仅依据假想的被害人同意的可能性进行判断,还必须有补强证据。

**关键词:**假定同意 刑法教义学 客观归责 义务违反关联 罪疑有利被告

周维明,北京颐合中鸿律师事务所研究员,法学博士。

## 一 假定同意的基本问题

### (一)假定同意的概念

法谚有云:“同意不生损害”。在刑法教义学中,虽然其体系定位尚有争议,但同意已经明确被接受为排除不法的事由之一。<sup>[1]</sup> 以往的学说在讨论同意时,往往将其区分为现实的同意与推定同意。所谓现实的同意,是指行为人在行为时已经获得了被害人的有效同意;所谓推定同意,是指行为人在行为时虽然没有获得被害人的现实同意,但从当时的情况来看,被害人若得知这一情形也会做出有效的同意。<sup>[2]</sup> 值得注意的是,近年来德国刑法学界在判例与学说上对所谓的假定同意掀起了热烈的讨论,日本刑法学界对此也有

[1] Vgl. Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck 2011, S. 165.

[2] Vgl. Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, de Gruyter 2004, S. 126ff.

一定的回应。但是我国刑法学界对此问题的研究尚属凤毛麟角。笔者不揣冒昧,在参酌德日相关资料的基础上,尝试对假定同意的含义,与其他相似概念的区别,以及假定同意在犯罪论体系中的地位和具体适用等问题作一番粗浅的研究,以期抛砖引玉,唤起国内刑法学界对这一问题的进一步思考。

按照刑法学通说,被害人在一定限度内能够自由处分自己的法益,基于被害人的这一同意而行事的行为人,不受刑罚处罚。原则上,被害人同意的有效要件,像同意能力、同意所及的范围等,都与被害人对其法益的自我决定权息息相关,这种自我决定权体现为同意的自愿性与真实性。在被害人受行为人的欺骗而产生错误认识并因此给予了同意的场合,被害人同意的自愿性与真实性就有了瑕疵,这种瑕疵对同意的有效性究竟有何影响,一向是学术争论的焦点。<sup>〔3〕</sup>按照德国过去的学说与判例的通说,在存在这样的意思瑕疵场合,被害人同意是无效的,因此行为人的行为构成犯罪既遂。<sup>〔4〕</sup>不过在近些年来,德日刑法学界都出现了以法益关系的错误论来限制被害人同意的无效范围之趋势,这一趋势在德国尤其有力并成为了多数说。不过,对这一理论的批判性见解也在持续展开,并且已经在相当程度上动摇了这一理论的基础,因此,对这一批判予以回应,在新的理论基础上构建限制被害人同意的无效范围体系,就势在必行了。在这一新的理论基础中,最新、最有力的主张就是假定同意。

所谓假定同意,是指行为时能够获得被害人的现实同意却未获得,而是通过不符合规定的确切说明获得了被害人形式上的同意,这种同意虽然因有瑕疵而无效,但如果通过符合规定的确切说明,实际上也能够得到被害人的有效同意的情况。<sup>〔5〕</sup>这种理论最早起源于民法,特别是医疗侵权责任中,由德国联邦最高法院第六大民事庭于1959年的“放射治疗案”中正式引入,并在1984年2月7日的判决中最终确立了其在民事医疗侵权法中的地位,旨在限缩医生因对患者有瑕疵的说明而承担过度的责任。原因在于患者往往会故意在事后滥用医生没有充分履行告知义务的情况,以获得对医生的侵权行为损害赔偿请求权。而根据假定同意理论,即便医生对患者的说明存在瑕疵,若患者不能合理证明其因为医生的有瑕疵的说明而陷入了到底要不要同意进行治疗这样的选择困境,就可以认为存在假定同意,不可追究医生的侵权责任。<sup>〔6〕</sup>这种理论后来被引入到刑法的判例与学说之中。但是,相较于假定同意在民事医疗侵权法中被视为有效的法律构造的情况,假定同意在刑法学上仍然是一个有待发展的概念,对其必要性、前提条件、体系定位、适用范围、法律后果、与教义学的结合等问题均存在激烈争议。<sup>〔7〕</sup>

〔3〕 参见〔日〕须之内克彦:《刑法における同意の現代的意義について》,载《明治大学社会科学研究所年報》2007年第45卷2号第1页以下。

〔4〕 Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck 2006, S. 580ff.

〔5〕 参见〔日〕塩谷毅:《被害人の仮定的同意について》,《立命館法学》2009年5·6号(327·328号)第380页以下。

〔6〕 Vgl. Nike Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht Zu den “Risiken und Nebenwirkungen” eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg: 2013, S. 12.

〔7〕 Vgl. Philipp Böcker, Die “hypothetische Einwilligung” im Zivil- und Strafrecht, JZ 19/2005, S. 925ff.

## (二) 假定同意与其他相似概念辨析

### 1. 假定同意与现实的同意、推定同意的区别

尽管假定同意与现实的同意、推定同意存在很大区别,但并不难以区分。就假定同意与现实的同意而言,假定同意的前提是,存在现实的同意,但是这种同意是无效的。即只有在作为排除违法性事由的现实的同意因意思瑕疵而无效时,才能考虑假定同意。换句话说,现实的同意相对于假定同意来说具有优先性。<sup>[8]</sup>

就假定同意与推定同意的区别而言,推定同意中的同意是在像患者丧失神智,根本无法获得现实同意的情况下获得的。但在假定同意的场合,本来是能够获得现实同意的,只不过这种同意因为违反说明义务而无效。另外,假定同意与推定同意在成立的时间点上也存在区别:是否成立推定同意,是根据行为时的情况进行事前判断;是否成立假定同意,则是根据事后的情况进行判断的。<sup>[9]</sup>

### 2. 假定同意与假定的因果关系的区别

德国斯嘉丽·简森(Scarlett Jansen)博士对假定同意的法理提出了以下质疑:一个盗窃犯可以通过事后证明财物的所有人本来是想把被盗财物作为礼物送给他而脱罪吗?或者,一个纵火犯可以通过事后证明房屋的主人由于想获得保险赔偿金而本来就会同意将其房屋烧毁而脱罪吗?根据假定同意的法理,对这些问题恐怕都要做出肯定的回答,但是,这显然与现行的刑法理论不相符合。<sup>[10]</sup>但是,在本文看来,这些案例很明显属于假定的因果关系问题,简森博士显然是将其与假定同意混为一谈了。<sup>[11]</sup>实际上,这两者之间有很大的不同。在假定的因果关系场合,行为人的行为与法益侵害的结果之间并不欠缺因果关联,因为在现实中的确存在可能导致结果的种种条件,但行为人通过自己的行为决定了其中的哪些条件出现在真正的因果流程之中。<sup>[12]</sup>但在假定同意的场合,医生对说明义务的违反与医疗侵害之间,并不存在因果关联。换句话说,假定的替代原因对于产生了法益侵害结果的现实的因果流程没有任何影响,因此不影响行为人的刑事责任。而在假定同意中,医生的行为本来就是医疗行为所产生侵害的直接原因,作为假定同意结果的医疗侵害与说明义务违反之间不存在因果关联,因此假定同意有可能影响行为人的刑事责任。<sup>[13]</sup>

### 3. 假定同意与事后追认的区别

如前所述,假定同意属于事后判断,那么其与事后追认(又称事后的同意)区别何在呢?有学者认为两者之间没有实质性区别。武藤真朗教授就认为:在具备对患者做充分

[8] Vgl. Lothar Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Bernard Schünemann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Walter De Gruyter Inc.: 2001, S. 331ff.

[9] Vgl. Lothar Kuhlen, Hypothetische Einwilligung und "Erfolgsrechtfertigung", JZ 14/2005, S. 713ff.

[10] Vgl. Scarlett Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut? ZJS 6/2011, S. 482ff.

[11] Vgl. Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, de Gruyter 2004, S. 133.

[12] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck 2006, S. 360.

[13] 参见[德]ハロー・オットー:《医的侵襲にとつての仮定的承諾の意義》,[日]甲斐克則、福山好典訳译,《比較法学》第44卷2号第113页以下。

说明,从而获得其现实、有效同意的机会但却没有做这样说明的场合,只要从事后来看,患者最终表示出同意的意思就可以排除医疗行为的违法性了。<sup>[14]</sup>很显然,按照武藤教授的观点,没有必要刻意在假定同意与事后追认之间做出区别,只要患者事后有表示同意的意思就足够了。

然而,假定同意与事后追认在本质上并不是一回事,其仅仅是对行为时如果做了充分说明是否就能获得同意的一种假定的盖然性判断。举例而言,患者在手术后信仰了某种宗教,因为宗教信仰的原因而拒绝输血时,医生事实上不可能得到事后的同意,但是医生在手术时根本不知道患者手术后会持有这种宗教信仰,因此就不能将其作为假定同意的盖然性判断依据,医生仍能取得假定同意。反过来说,在患者本来就不同意手术的场合,如果医生不想受刑罚处罚而向患者提出以赔偿金和解的请求时,患者如果违反原先的本意说如果当时做了充分说明就会同意的话,这种同意顶多仅是事后的同意,而不构成假定同意。总而言之,患者事后表明意思,可以作为判断假定同意是否成立的重要参考,但是事后的同意不能被当作假定同意,事后的不同意也不能直接说明不存在假定同意,在假定同意与事后追认之间做出明确的区分还是很有必要的。<sup>[15]</sup>

## 二 假定同意在刑法中的引入

就目前德国的刑事司法实践来看,假定同意主要适用于医疗刑法领域。刑法学通说的立场是,所有的医疗行为对患者身体或身体组织的侵害,例如外科手术刀切开、注射、放射线照射、电击等,都是对患者身体完整性的侵犯,在形式上满足了《德国刑法典》第 223 条的构成要件,<sup>[16]</sup>患者对医疗行为造成损害的同意,仅仅是排除违法性的事由而已,这被称为身体伤害原则。<sup>[17]</sup>按照通说的见解,对被侵权的同意必须以同意人有处分权为前提,而且必须反映出同意的自愿性。在同意人受胁迫、强制与欺诈的场合,由于对损害的危险性及其射程范围不了解,同意无效。这一点反映在医疗刑法中,就是医生必须对患者履行充分的说明义务,不仅要说明医疗行为侵害的种类、直接后果及其危险性,还要说明因医疗行为所可能产生的各种危险、其他可能的治疗方法及其优缺点、其他间接后果等。由此看来,说明义务的范围是相当广泛的,医生稍有说明不充分之处就会被认为违反了说明义务,患者同意的有效性就会立即丧失,医生就要负故意伤害的责任。<sup>[18]</sup>这样严酷的规则,并不合理。自 20 世纪 90 年代开始,德国联邦最高法院开始运用假定同意理论限缩

[14] 参见[日]武藤真朗:《医師の説明義務と患者の承諾——『仮定的承諾』序説》,《東洋法学》第 49 卷 2 号第 5 页以下。

[15] 参见[日]塩谷毅:《被害人の仮定的同意について》,《立命館法学》2009 年 5·6 号(327·328 号)第 380 页以下。

[16] 《德国刑法典》第 223 条规定的是故意伤害罪。

[17] Vgl. Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte, de Gruyter 2005, S. 72ff. 但是需要注意的是,刑事判例却认为医疗行为属于排除构成要件符合性的事由。Vgl. RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111; BGHSt 16, 309.

[18] 参见[德]ハロー・オットー:《医的侵襲にとっての仮定的承諾の意義》,[日]甲斐克則、福山好典译,《比較法学》第 44 卷 2 号第 113 页以下。

医生违反说明义务的范围,并累积了不少判例。以此为契机,相关学说讨论也开始活跃起来。

### (一)假定同意在医疗刑法中的确立

假定同意在从民法学移植到刑法学的过程中并非一帆风顺,一开始德国联邦最高法院对此概念是持排斥态度的。在1959年的“借款案”中,<sup>[19]</sup>联邦最高法院第五大刑事庭就认为假定同意对犯罪的成立来说无关紧要(正是联邦最高法院第六大民事庭正式将假定同意引入民法的那一年)。到60年代,联邦最高法院的判例才开始隐晦地提及假定同意的概念。

开假定同意进入刑法领域之先河的是1990年的罗圈腿案(O-Beine-Fall)。<sup>[20]</sup>身为某医院整形外科主任医师的被告为原告手术治疗罗圈腿,但对手术可能带来的并发症的风险未做特别说明,原告以为危险不大,同意进行手术。手术后,原告的右腿引起并发症,遂起诉被告过失伤害罪。<sup>[21]</sup>德国联邦最高法院第五大刑事庭判决被告无罪,理由为:被告虽然没有向原告明确说明手术可能带来的并发症风险,但是基于原告对被告的极度信赖,可以认为即使说明了情况,原告也会做出同意,因此该医生的说明义务违反与原告的身体损害之间缺乏因果关联。在本案中,联邦最高法院虽没有使用“假定同意”这样的术语与概念,但是,毫无疑问,判决要旨与假定同意的基本思想是一致的。

在1995年的外科手术用人工骨案(Surgibone-Dübel-Fall)中,<sup>[22]</sup>身为某大学医院的神经外科主任在对患者实施颈椎椎间盘切除手术时,将牛骨作为外科手术用人工骨植入到患者颈椎内,却因过失而没有告知有产生并发症的危险,后来果然产生并发症。德国联邦最高法院第四大刑事庭虽然认为患者的同意无效,但是同样表示存在不能排除如果做了适当说明,患者就会表示同意的情况。根据“罪疑有利被告”的原则,应当认为存在患者“假定同意”的可能性,因此被告不构成过失伤害罪。在本案中,联邦最高法院首次明确认可并采用了“假定同意”的术语和概念,并将其引入到医疗刑法过失违反说明义务的情况中去。联邦最高法院还阐明了判断假定同意的标准:从事后的情况来看,如果做了适当的、符合规定的说明,患者也会表示同意的场合,就能认定存在假定同意。

在2003年的“椎间盘突出案”(Bandscheiben-Fall)<sup>[23]</sup>与2004年的“肩关节脱位案”(Bohrerspitzen-Fall)<sup>[24]</sup>中,联邦最高法院将假定同意扩展到医生故意违反说明义务的案件中。这两个案件的情节相似,都存在医生为了掩盖第一次手术的失误而故意哄骗患者同意进行第二次手术的情况,因此涉嫌故意伤害罪。联邦最高法院第一大刑事庭认为,在这两个案件中,故意伤害罪的可罚性必须以不存在假定同意为前提,并在第一个案件中认

[19] 该案的案情是,某位法律文官候选人(Rechtsreferendar)通过隐瞒自己真实财务状况的方法骗得了他人的借款,结果被以《德国刑法典》第263条第1款的诈骗罪起诉。但被害人事后表明,即使当时被告说明了真实情况也会借款给他。很显然,这是一个假定同意的问题。

[20] BGH 5 StR 342/90.

[21] 《德国刑法典》第230条规定过失伤害罪为自诉案件。

[22] BGH NStZ 1996, 34.

[23] BGH JR 2004, 251.

[24] BGH JR 2004, 469.

可了存在假定同意,在第二个案件中否认了存在假定同意。

在2007年的“抽脂手术案”(Liposuktions-Fall)<sup>[25]</sup>中,身为某外科整形诊所医生的被告为患者实施抽脂手术,结果因助手缺乏经验,在实施全身麻醉时产生失误而导致患者死亡。联邦最高法院第四大刑事庭虽否认本案存在假定同意,但是同时也承认假定同意不仅适用于医疗行为,也能够适用于像美容、整形这样的准医疗行为中。值得注意的是,在“抽脂手术案”中,联邦最高法院首次使用了“正当化”这一术语,明确了假定同意在医疗刑法中的地位,即作为排除违法性的正当化事由,这就标志着假定同意理论在医疗刑法领域的正式确立。<sup>[26]</sup>

从以上判例体现出的假定同意在刑法学中的发展路线图,可以得出这样四个结论:第一,就德国联邦最高法院的立场而言,假定同意只适用于医疗刑法,包括故意犯罪与过失犯罪;第二,假定同意在医疗刑法中的定位是排除违法性事由;第三,在“罗圈腿案”与“外科手术用人工骨案”中确立的因存在假定同意,所以说明义务违反与患者的身体损害之间缺乏因果关联,因此排除归责的观点自“抽脂手术案”开始被废弃,因为假定同意自该案开始被视为排除违法性事由,不适用因果关系理论;第四,最重要的一点,就是联邦最高法院为假定同意的证明发展了一个单一化的公式:患者在医生做符合规定的说明的情况下也会同意。在本文看来,联邦最高法院对假定同意在刑法中的引入功不可没,不过,联邦最高法院在判例中所确立的许多见解,乍看起来更成问题,其对假定同意的适用范围与定位在学术文献中争议不断,对假定同意是否有必要存在、前提条件、法律后果更是只字不提。因此,对假定同意的研究不能满足于停留在联邦最高法院的主张之上,还有必要借助学术文献,对相关问题做进一步梳理。

## (二)对引入假定同意之必要性的争议

假定同意一被引入刑法就得到了不少学者的赞同。其代表性人物洛塔尔·库伦教授(Lothar Kuhlen)就认为,假定同意的法理与因为义务违反与危害结果之间缺乏因果关联而排除归责的情况非常相似,而且,说明义务的保护范围,与在有瑕疵的说明与法益侵害的结果之间缺乏因果关联时排除归责一样,都基于同一思想立场,因此,假定同意在核心上也属于客观归责的问题,假定同意及其说明义务的保护范围,应该像构成要件阶层的客观归责那样处理。但是,库伦教授另辟蹊径地主张,假定同意属于违法性阶层,应该将客观归责理论从构成要件阶层移植到违法性阶层来供假定同意适用。这样一来,假定同意至少能够在客观违法性领域内探讨排除既遂犯的客观不法问题。<sup>[27]</sup>

克劳斯·罗克辛教授(Claus Roxin)也支持假定同意理论。罗克辛教授认为,假定同意理论自20世纪90年代以来逐渐从民法领域进入刑法领域,这在本质上不过是客观归责理论中同意论的某种转用罢了。这种转用在原则上是不难理解的。例如,在白内障手术的场合,如果手术有效地让患者恢复了视力,那么仅仅因为手术前没有向患者充分说明

[25] BGH StV 2008, 189.

[26] Vgl. Andreas Albrecht, Die “hypothetische Einwilligung” im Strafrecht, Duncker & Humblot GmbH: 2010, S. 254.

[27] Vgl. Lothar Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Bernard Schünemann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Walter De Gruyter Inc: 2001, S. 331ff.

手术的风险就要处罚医生,无疑是没有任何意义的。在手术的危险性不大,对患者来说没有别的治疗方法的场合,有了确切的说明也能合理期待患者会做出同意。因此,在说明虽有瑕疵但是并没有造成危害结果时,就要像其他缺乏义务违反关联的情况那样排除归责。相应地,根据客观归责的规范保护范围的法理,医生违反说明义务,但却在说明义务的保护范围之外造成了风险的场合,也不可归责。总而言之,从事后的角度考察,如果在做了充分说明的情况下患者确实会做出同意的场合,说明的瑕疵不具有重要意义,不必藉此对医生归责。<sup>[28]</sup>

假定同意在刑法学中的运用并不是人人都赞同的,反对性的观点也有不少。其代表性人物英格堡·普珀教授(Ingeborg Puppe)对此就提出了猛烈的抨击,他认为如果引入假定同意理论,那么刑法对患者的保护就要大打折扣。按照库伦教授的见解,医生对患者做了充分说明后,如果对患者会不会同意存在疑问,就一律要适用“罪疑有利被告”的原则认定存在假定同意。但是,在现实生活中,患者的决定在原则上是不确定的,缺乏自然科学中的那种精确性,即使患者勉强做出某种决定,也不见得就能排除其做出另一种决定的可能性。这样一来,一味套用“罪疑有利被告”原则的话,还能追究哪个医生的责任?医疗行为中的同意也就变得毫无意义了。另外,库伦教授还犯了一个错误:其将违反注意义务与法益侵害的因果关系理论生搬硬套到排除违法性事由有瑕疵的情况之中。由于排除违法性事由的要件和与之相关联的结果之间的关系不属于因果关系,这种生搬硬套就是错误的。据此,假定同意理论严格来说就是荒谬的,在刑法学中就没有存在的余地了。普珀教授引用前述“外科手术用人工骨案”为例,认为当患者不知道能够通过移植自己的骨头来避免移植其他骨头所带来的更大风险时,这一风险就是不被许可的,在风险实现时就要归责于医生。<sup>[29]</sup>

对假定同意的另一种反对意见是,其侵犯了患者的自我决定权。<sup>[30]</sup>自我决定权是一项受《德国基本法》保护的權利,<sup>[31]</sup>患者对手术的同意以及医生必须对患者做出符合规定的说明都是这项自我决定权的表现。自我决定权是《德国刑法典》第223条以下关于伤害罪的规定所保护的独立法益,医生有瑕疵的说明是对患者自我决定权的侵害,假定同意理论将这种有瑕疵的说明正当化,构成了对自我决定权的侵害。

### (三)假定同意在刑法学中的应用必要且可行

假定同意理论的必要性虽有争论,但根据本文所持的立场,承认假定同意在刑法学中的应用,既是必要的也是可行的。

#### 1. 承认假定同意有利于维护法秩序的统一性

如前所述,假定同意理论已经被民事侵权法所吸收。如果在刑法学中不承认这一理

[28] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck 2006, S. 591ff.

[29] Vgl. 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. 764ff.

[30] Vgl. Brian Valerius, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff: Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20. 2. 2013), HRRS 2013 Nr. 500.

[31] 参见《德国基本法》第1条第1款与第2条第1款。

论,就会出现在民法中医生的侵权责任因为假定同意而排除,在刑法中医生的伤害责任却不能排除的冲突。这就违反了刑法作为维持法秩序的最终手段原则。<sup>[32]</sup> 刑法的补充性特征不允许其逾越民法之上,将民法不认为是违法的情况认定是违反刑法的。另外,《德国民法典》第 823 条第 2 款规定,违反以保护他人为目的的法律时需要承担侵权损害赔偿责任。这里的“以保护他人为目的的法律”按照通说是包含刑法的。<sup>[33]</sup> 这样一来,在刑法中认定医生构成犯罪的話,就会对民法产生回溯效力:由于医生违反了刑法这一保护他人的法律,根据《德国民法典》第 823 条第 2 款的规定就要负担侵权责任,这与之前因为假定同意而排除侵权责任的结论就会发生龃龉,结果就导致了民法的自相矛盾。<sup>[34]</sup> 即便是为了追求法秩序的统一而在民法与刑法中同时不承认假定同意理论也无济于事,因为这样做会丧失个案正义性。因此,出于维护法秩序统一性的目的,有必要在刑法学中引入假定同意理论。

## 2. 承认假定同意符合法政策的考虑

假定同意至少能够排除客观不法,因此其赞同者认为将其引入刑法学有助于将医生的医疗行为“除罪化”。<sup>[35]</sup> 医生所从事的是风险性非常高的职业,如果过分求全责备,那么医生在手术或治疗时势必畏手畏脚,尽量选择对医生而言风险最小的保守性治疗方案,不求有功但求无过,这对于医生与患者而言都未必有利。因此,通过假定同意适当地限缩医生刑事可罚性的范围,对医生与患者来说未尝不是一种双赢。

## 3. 反对性意见没有充分的说服力

就普珀教授的批评而言,这些批评固然揭示了假定同意理论中的某些缺陷,但并不是以撼动其在刑法学中的地位。必须承认,假定同意理论在刑法学中尚属新生事物,因此有必要对其做进一步的研究,对其适用领域做出合理的限缩,防止在实践中借这一理论架空医生的说明义务的现象。故不能因为某种新生理论尚有缺陷就要拒之于刑法学门外。实际上,普珀教授的观点可能过分夸大了假定同意理论在实践中可能产生的负面影响。以前述的联邦最高法院判例为例,虽然联邦最高法院明确认可“罪疑有利被告”原则在假定同意中的运用,但 5 则判例中有 2 则否定成立假定同意,看上去并不存在滥用这一原则的现象。因此,普珀教授的批判对于提醒我们假定同意理论还存在某些缺陷而言是相当正确的,但对于彻底否定这种理论而言尚嫌不足。

就假定同意侵害了自我决定权这一观点而言,自我决定权是否是刑法中伤害罪的独立保护法益尚有争论。实际上,把别人伤害自己身体的行为看作是对自己是否允许别人伤害自己权利的侵犯,既令人费解也让人感到滑稽。学术文献中的主流观点是只有身体

[32] Vgl. Philipp Böcker, Die “hypothetische Einwilligung” im Zivil-und Strafrecht, JZ 19/2005, S. 925ff.

[33] Vgl. Karl Larenz/Manfred Wolff, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag C. H. Beck 2004, S. 126f.

[34] 值得一提的是,我国《侵权责任法》虽未规定,但是理论上也是承认违反以保护他人为目的的法律时需要承担侵权损害赔偿责任的,所以我国若要在民法与刑法中引进假定同意理论,同样要注意法秩序的协调问题。

[35] Vgl. Scarlett Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut? ZJS 6/2011, S. 482ff.

的完整性是伤害罪的保护法益,<sup>[36]</sup>自我决定权顶多属于间接性的、附带性的保护。<sup>[37]</sup>从体系解释的角度出发,鉴于伤害罪在刑法分则的分章中所处的位置,也很难认为自我决定权是伤害罪的独立保护法益。因此,认为假定同意侵害了自我决定权的观点是站不住脚的。再者,退一步说,就算自我决定权是伤害罪唯一的保护法益,也很难说假定同意侵害了自我决定权。个人的内心思想是很难为外界探知的,如果要求社会行为一律要服从他人的内心思想,恐怕人人都在社会中都寸步难行。社会中的个人不是荒岛中的鲁滨逊,其行为必须取得建立在社会共识基础上的理解。因此,所谓的自我决定权也并不意味着个人可以随心所欲地做出决定,而是要服从社会上一般人的共识性理解。以民法为例,合同的缔结是建立在当事人的自我决定权之上的。在缔约双方对合同内容发生争执时,对争议条款的解释应当遵循当事人的真实意思,<sup>[38]</sup>不过,所谓的真实意思并不是指当事人的内心思想,因为这样做的话任何一方都可以以合同内容不是自己的内心真意为由不承认争议内容的效力,这样一来合同制度也就没有任何存在价值了。因此,真实意思应当是在恪守诚实信用原则与遵循交易习俗的前提下,<sup>[39]</sup>在一般人看来可以合理期待,经过正确理解与仔细考虑后仍然会同意的内容,即使这种解释与当事人的内心真意相反。<sup>[40]</sup>刑法中的自我决定权也是同一道理。因此假定同意对自我决定权来说是一种合理的限制,而不是什么侵害。

### 三 假定同意的体系定位与解决模式

所谓假定同意的体系定位,是指其在犯罪论体系中处于哪一个阶层的问题。假定同意所处的阶层不同,对如何排除行为的客观违法性的解决方案也就不同,这些依赖于假定同意阶层定位的解决方案,就是所谓的解决模式。在这方面,德日刑法学的实务与理论存在激烈争论。

#### (一) 构成要件排除事由

部分观点将假定同意视为排除构成要件符合性的事由,相应的解决方案也就称之为构成要件解决模式。这种观点来源于同意应当在客观归责的框架内予以证明的思想。<sup>[41]</sup>根据这种思想,同意应当在构成要件阶层予以证明,因为通过权利人的同意,行为人的行为就被作为权利人自己的行为了。具体而言,这种观点又分为以下几种见解。

[36] Vgl. Knut Amelung/Jörn Lorenz, Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung, in: Gerhard Dannecker u. a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Carl Heymanns Verlag 2007, S. 531.

[37] Vgl. Volker Krey/Manfred Heinrich, Strafrecht Besonderer Band 1: Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, Kohlhammer 2009, Rn. 223.

[38] 参见《德国民法典》第133条。

[39] 参见《德国民法典》第157条。

[40] 参见[德]迪特尔·施瓦布著:《民法总论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第399页。

[41] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck 2006, S. 591.

## 1. 因果关系取向

在联邦最高法院早期的判例如“罗圈腿案”中,就表明了构成要件因果关系中解决假定同意定位问题的倾向,这在学说上也得到了一部分人的支持。这一倾向拒绝将假定同意视为违法性阶层的问题,而是认为,要成立伤害罪,医生的有瑕疵的说明与作为构成要件结果的伤害之间就必须要有因果关系,那么在这种因果关系不存在的场合,自然就排除构成要件符合性了。在医生违反说明义务而做出有瑕疵的说明从而获得患者的无效同意的场合,如果在说明时没有违反说明义务而是做出符合规定的确切说明,患者也会做出真实、有效的同意时,违反说明义务与医疗行为的侵害之间就不存在因果关系;反过来说,在医生遵守说明义务做出确切说明,患者同样会拒绝时,就能认定违反说明义务与医疗行为的侵害之间存在因果关系。医生对假定同意负有证明义务。这种见解可以称为“说明瑕疵(与侵害结果)的因果关系”。<sup>[42]</sup>

本文认为,这种见解必须予以拒绝,理由很简单,其将假定同意与假定的因果关系相混淆了。其实,所谓“说明瑕疵的因果关系”与假定的因果关系原理别无二致,用的都是“若没有……也会有……”的论证模式,因此,这种见解下的假定同意不过就是改头换面的假定因果关系罢了。以执行死刑为例,在行刑人按下执行按钮之前的一瞬间,受刑人的仇人撞开行刑人,自己按下死刑执行按钮的情况公认属于典型的假定因果关系,因为即便受刑人的仇人不按按钮,行刑人也会按下按钮。通说的观点是这种假定的因果关系对现实的因果流程没有影响,那么为什么假定同意就能有影响?实际上,假定的因果关系根本不属于因果关系问题,假定的原因对于现实的因果流程来说根本无足轻重。伤害罪的客观构成要件的确认,与假定同意的确认没有关系。因此,“说明瑕疵的因果关系”这一理论是难以自圆其说的。实际上,联邦最高法院在后来的判例中也废弃了这种见解。<sup>[43]</sup>

## 2. 合义务的择一行为取向

所谓合义务的择一行为,是指行为人在行为时对构成要件结果没有避免的可能性,无论为合法行为与违法行为都会造成构成要件结果的情况。例如,某段公路的限速是每小时50公里,某驾驶员却以70公里每小时的速度超速行驶,结果一辆停驶的汽车后面突然窜出一个小孩,驾驶员刹车不及将小孩碾死。事后查明,即便驾驶员保持法定的速度,也不可能避免这起事故。通说的观点是在此情况下否定行为人的刑事责任的。<sup>[44]</sup>有部分观点将假定同意看作是合义务的择一行为的一种情况,认为既然医生无论履行不履行说明义务,都会造成同一结果,就应该排除归责。<sup>[45]</sup>

本文认为,将假定同意视为合义务的择一行为颇有迷惑性,但是仍然必须予以拒绝。这两种情况的事实关系是不一样的,因此两者不可混为一谈。在合义务的择一行为场合,行为人在行为时,对于被保护法益,并没有超出被许可的限度而创造或升高风险;与此相

[42] Vgl. Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Müller Jur. Vlg. C. F. 2003, § 1, Rn. 132.

[43] Vgl. Harro Otto, *Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung*, JURA 2004, S. 679ff.

[44] Vgl. Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag C. H. Beck 2011, S. 126ff.

[45] Vgl. Wolfgang Frisch (Hrsg.), *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts: Portugiesisch-deutsches Symposium zu Ehren von Albin Eser in Coimbra*, Nomos 2006, S. 33ff.

反,在假定同意的场合,医生的专断治疗行为在行为时已经超出了被许可的限度而创造或升高了风险,只不过对这种风险是否实现尚有争议而已。<sup>[46]</sup>因此,假定同意与合义务的择一行为是貌合神离,不可相提并论。

### 3. 消极把握的构成要件要素取向

部分学者将相关的法益承担者的具体意愿视为刑法所保护的法益构建要素,并且认为其具有排除构成要件符合性的效力。具体而言,在现实同意的场合,存在现实的对排除构成要件符合性的同意;在假定同意的场合,存在假定的对排除构成要件符合性的同意。这种教义学建构将假定同意定位于构成要件阶层,作为“消极把握的构成要件要素”,也就是说,只要具备这种同意就能排除构成要件符合性。<sup>[47]</sup>

不过,所谓“消极把握的构成要件要素”跟“消极的构成要件要素”如何区分,的确是个难题。有观点认为,两者的区别在于:消极把握的构成要件要素处于构成要件符合性的层面,消极的构成要件要素处于违法性的层面,<sup>[48]</sup>在本文看来,这仅仅是以问代答而已,因为这种观点根本没有回答为什么一定要把假定同意看作是构成要件阶层的问题,所以难以自圆其说。

## (二) 违法性排除事由

部分观点将假定同意视为排除违法性的事由,相应的解决方案也就称之为违法性解决模式。具体而言,这种观点又分为以下几种见解。

### 1. 独立的违法性排除事由

这种见解主要体现在德国联邦最高法院近期的判例中。联邦最高法院在“椎间盘突出案”中认为,假定同意属于违法性排除事由,因此属于违法性阶层的问题,在做出符合规定的确切说明就能获得患者同意的场合,就要排除违法性。至于假定同意是否属于独立的违法性排除事由的问题,从判例来看至少已经得到部分承认,这从判例的措辞“排除违法性”中可以看出端倪。<sup>[49]</sup>实际上,联邦最高法院在判例中不仅将假定同意视为独立的违法性排除事由,还认为其属于一种“独立的、总体上能够合法化的违法性排除事由”。按照定义,这种事由仅仅由客观性的要件组成,与主观性的认知无关。联邦最高法院这样做的目的,似乎是为了在医生的行为客观上被正当化而医生在主观上对此缺乏认识时,排除未遂的可能性。<sup>[50]</sup>

本文不赞成这种观点,理由在于,根据排除违法性的原理,在法益相互冲突的场合,必须保护、维持高阶的、优越的利益。对某种法益的侵害,在为了保护比其更高的法益而不得不进行的场合,就不能认为是违法。这种原理的典型体现就是排除违法性的紧急避险。

[46] 参见[日]山中敬一:《医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意について》,载《神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻》,成文堂2006年,第279页以下。

[47] Vgl. Thomas Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung: Zum Grundgedanken und Wirkgrund der Einwilligung im Strafrecht, JURA 2002, S. 595.

[48] Vgl. Nike Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht Zu den “Risiken und Nebenwirkungen”, S. 188.

[49] Vgl. Scarlett Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut? ZJS 6/2011, S. 482ff.

[50] Vgl. Philipp Böcker, Die “hypothetische Einwilligung” im Zivil- und Strafrecht, JZ 19/2005, S. 925ff.

但是,在正当防卫以及其他排除违法性的事由中,这种原理也能适用。例如,在正当防卫的场合,自己受到侵害的法益,就比侵害者的法益更为重要。在法益的保持者对侵害自己法益的行为予以同意的场合,法益拥有者的自我决定权就比社会因通过对个人法益进行刑法保护而获得的利益更为重要。在推定同意的场合,是从现实的、而非假定的事实基础出发来进行利益衡量的,因此能够维护高阶的利益。但在假定同意的场合,并没有进行这种衡量,利益相关人也没有放弃法益保护,因此并不存在任何高阶的、优越的利益。况且,在患者的自我决定权与国家对法益保护的利益衡量中,假定同意并不占据优先地位,自然也就没有利益需要通过假定同意加以维护。实际上,假定同意的意义与目的并不在于利益衡量,而是与因有瑕疵的说明而导致同意无效时,这种同意是否能因被害人在无瑕疵的说明中对具体的侵害做出同意而重新有效化的问题有关。因此,假定同意的原理与排除违法性的原理截然不同,不能归类到排除违法性事由中去。<sup>[51]</sup>

## 2. 非独立的违法性排除事由

约格·艾斯勒教授(Jörg Eisele)则另辟蹊径,拒绝把假定同意视为某种新的、独立的排除违法性事由,而是将其作为现实同意的有效性条件框架内的某种价值判断。在其看来,在规范上需要回答的是这样的问题:尽管在个案中存在有瑕疵的说明,并且因此原则上导致了同意的无效,但是也存在例外的情况,如果考虑法益承担者的假定意志,是否可以将原本无效的同意加以正当化。<sup>[52]</sup> 具体来说,艾斯勒教授将假定同意作为一种内在于现实同意中的矫正措施。这种矫正措施是一种价值判断,用来处理错误相关性的问题。所谓错误相关性,就是指只有与法益相关的瑕疵和错误才与同意的有效性相关,其取决于在规范保护目的的考量下,法益的拥有者对侵害的范围与后果的认知。如果根据这种价值判断,某种错误仅仅是一种动机错误或附随情况,而且一开始就与法益无关的话,那么这种错误就不妨碍同意的正当化效力。在假定同意的场合,如果虽有瑕疵的说明但患者在符合规定的说明中也会同意的话,这种有瑕疵的说明就仅仅导致患者产生了一种与法益无关的错误,原先的同意就不会因之无效。因为在这种案件中,有瑕疵的说明最终并没有对同意的获得产生影响。<sup>[53]</sup>

在本文看来,艾斯勒教授观点的核心思想在于,只有与法益相关的错误,也就是对放弃法益的意义、范围、效果等方面的错误才是值得考虑的,才是能够导致同意无效的。同意并不需要考虑法益拥有者个人自我决定权的所有相关问题,而是仅仅局限于对构成要件所涵盖与保护的法益的放弃。据此,纯粹的动机错误,比如患者因医生说错了手术费用而产生的错误,就不应当予以考虑,因为患者此时对要放弃身体完整性的法益这一事实没有产生错误认识。不过这种观点是否适用于假定同意,尚有疑问。批判性的意见就指出,

[51] Vgl. Harro Otto/Andreas Albrecht, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, JURA 2010, S. 264ff.

[52] Vgl. Jörg Eisele, Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung: Übernahme einer zivilrechtlichen Rechtsfigur in das Strafrecht? in: Rainer Hausmann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz, Gietl Verlag, 2009, S. 163ff.

[53] 由此看来,所谓“现实的同意的正当化事由中的矫正措施”,就是指如果存在假定同意,那么现实的同意就不会因之无效,原来的因有瑕疵说明而导致的无效被“矫正”为有效了。

艾斯勒教授的观点误解了假定同意的意义。并不是只有当患者在隐含的符合规定的说明中也会拒绝对其医疗侵害的情况下,才涉及作为同意基础的自我决定权,而是在因违反说明义务而导致与法益相关的错误时就已经涉及了。<sup>[54]</sup> 是否存在可以导致同意无效的意思自治的瑕疵,并不能从假定的比较中得到确证。如果人们以在符合规定的说明中也会同意为由而认为有瑕疵的说明不值一顾,那么能将正当化效力合法化的现实的意志就会全部或至少部分地被假定的意志所替代和扩展,这显然与同意的基本思想相悖。<sup>[55]</sup>

### (三)违法性阶层的排除归责事由

库伦教授则将假定同意放在客观归责理论中讨论,别具一格的是,库伦教授以“将危害结果的发生客观归责于正当化事由的瑕疵的做法由来已久”为由,主张将客观归责理论移植到违法性阶层,并将假定同意置于违法性阶层的框架中。这种解决模式被称为归责取向。<sup>[56]</sup> 值得注意的是,库伦教授并不认为违法性阶层的客观归责只适用于假定同意,而是主张,在排除违法性事由仅仅因为有瑕疵而不能正当化时的处理方法,与通说的符合构成要件的行为在客观上不可归责因此只能认定为未遂的处理方法有“结构上的一致”。因此库伦教授主张将客观归责扩展到违法性的证明中。并不是每种排除违法性事由的错误都会引起客观归责的证明问题,只有“与归责有关的,纯属于排除违法性事由的瑕疵的情况”才能引起。至于什么才是与归责有关的瑕疵,库伦教授认为不能抽象地泛泛而谈,而必须根据每一个排除违法性事由的前提条件来分别判断,但有一点是可以确定的,那就是与归责有关的瑕疵应该是可以排除现实获得同意的有效性那些情况。<sup>[57]</sup> 库伦教授举现实的同意与推定同意为例做了说明。当因医生违反说明义务而导致患者对自己同意的效力与范围缺乏认识时,同意的有效性就受到与归责有关的瑕疵的否定,而在处分权限与同意能力有瑕疵时,这些瑕疵并不属于与归责有关的瑕疵。在即便没有同意的瑕疵也会导致结果的场合,就要排除归责。库伦教授的这种理论运用在假定同意之中就是,因为在同意瑕疵与危害结果之间缺乏客观归责关联,因此不存在义务违反关联,排除行为的客观可归责性。<sup>[58]</sup> 这种观点可以概括为“违法性阶层归责否定说”。

这种观点在文献中少有赞同。实际上,在本文看来,基于无效同意而进行的手术也好,基于有效同意进行的手术也好,都是手术,可以说在构成要件阶层都有相同的法律效果。但是在违法性阶层,基于有效同意而进行的手术造成的伤害结果与基于无效同意而进行的手术造成的伤害结果就不能说是一样的了。在违法性阶层,重要的是判断行为违法与否的问题,而一定的实行行为是否引起了危害结果这样的问题并不重要。就此而言,

[54] Vgl. Andreas Albrecht, Die “hypothetische Einwilligung” im Strafrecht, Duncker & Humblot GmbH: 2010, S. 254.

[55] Vgl. 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. 764ff.

[56] Vgl. Lothar Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Bernard Schünemann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Walter De Gruyter Inc: 2001, S. 331ff.

[57] Vgl. Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in: Guido Britz u. a. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, C. H. Beck 2001, S. 432ff.

[58] Vgl. Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Erfolgzurechnung bei der hypothetischen Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, S. 227ff.

在现实中因为无效同意而产生侵害结果的场合,违反说明义务而导致现实的同意无效这一事实足以确定行为的违法与否,是否存在假定同意,同意瑕疵与危害结果之间有没有客观归责关联是无关紧要的。<sup>[59]</sup> 武藤教授也认为,“违法性阶层归责否定说”倾向于认为“就算没有有效的同意,手术成功了的话就能折抵对身体的伤害”,但是医疗行为本身就是侵害患者身体完整性的行为,与医疗本身的成功与失败无关,存在无效的同意这一点就足够决定医疗行为的违法性。<sup>[60]</sup>

#### (四)假定同意定位问题的思考

围绕假定同意的体系定位与解决模式产生了激烈争论,各种方案之间也是大相径庭,以至有学者感慨假定同意在犯罪论体系中几乎没有容身之地。<sup>[61]</sup> 这种尴尬的局面并不是假定同意自身的缺陷所导致,而是由于与假定同意相关的某些理论问题自身存在模糊不清之处。首先,同意的定位问题在刑法学中就争议连连。同意到底是排除构成要件符合性的要素,还是排除违法性的要素,还是两者兼而有之? 其次,犯罪论体系中构成要件阶层与违法性阶层究竟是何关系? 能不能予以合并?<sup>[62]</sup> 再者,客观归责理论出现后,对传统的构成要件阶层与违法性阶层的划分产生了巨大冲击,排除构成要件符合性的事由与排除违法性的事由变得暧昧不清,客观归责理论有必要在这两者之间做区分还是没必要?<sup>[63]</sup> 由于至今理论与实务界对假定同意问题的探讨是在以上三个问题的框架内进行的,那么对其体系定位出现五花八门的解释也就不足为奇了。说到底,假定同意的体系定位问题最终依赖于以上争议问题的自我澄清。

在本文看来,对假定同意的体系定位虽有争议,但是有两点共识:首先,假定同意应该处于不法层面,<sup>[64]</sup> 只是对其具体应当在不法层面中的哪个阶层(构成要件还是违法性阶层)有争议而已;其次,假定同意是一种排除不法的事由,只是对其究竟排除的是构成要件符合性还是违法性有争议而已。根据这两点共识,本文试图勾勒出假定同意体系定位的大致样貌。

#### 1. 假定同意处于构成要件阶层

主流的观点对同意采取二元说,将其区分为排除构成要件符合性的认可与排除违法性的同意。<sup>[65]</sup> 这种区分的必要性一直受到质疑。首先需要明确的是,构成要件阶层与违法性阶层在犯罪论体系中承担着不同的功能。构成要件阶层解决是否有法益需要保护的

[59] 参见[日]山中敬一:《医师の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意について》,载《神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1卷》,成文堂2006年,第279页以下。

[60] 参见[日]武藤真朗:《医师の説明義務と患者の承諾——『仮定的承諾』序説》,《東洋法学》第49卷2号第5页以下。

[61] Vgl. Scarlett Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut? ZJS 6/2011, S. 482ff.

[62] Vgl. Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, de Gruyter 2004, S. 47, 130ff.

[63] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第502页。

[64] 不法层面由构成要件符合性与违法性两个阶层组成。参见 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck 2006, S. 224。

[65] Vgl. Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck 2011, S. 165ff.

问题,违法性阶层解决的是需要保护的诸多法益在相互冲突时如何处理的问题。<sup>[66]</sup>从这样的角度来观察同意在犯罪论体系中的定位,二元说的立场就很难维持了。从本质上来说,同意意味着对自己可以处分的法益得到刑法保护的放弃,如果法益主体已经同意对自身法益的侵害,该法益就已经缺乏需要保护性,因此同意涉及的不过是个是否有法益需要保护的问题,应当属于构成要件阶层所要解决的问题。这样看来,二元说的立场是有问题的。主张没有必要刻意区分认可与同意,所有类型的同意都应该是排除构成要件符合性事由的一元说是妥当的。

## 2. 假定同意属于客观归责问题

如前所述,认为假定同意不属于因果关联问题的观点所举的理由是,假定同意侵害了自我决定权,违反说明义务本身就可以单独确定行为的可罚性,同意瑕疵与危害结果之间有没有客观归责关联是无关紧要的。但是,如果将这种观点贯彻到底,就会得出像故意伤害罪这样的犯罪不属于结果犯而属于行为犯这样的结论,这样一来,结果犯的成立只需要有违反义务的行为,不需要有现实的危害结果,那么结果犯与行为犯的区分意义何在?因此这种观点是不妥当的。实际上,个人法益的本质也是个人自由的体现,在对法益的处置是以法益主体的意志为基础时(即使这种意志是隐含的),就不可能存在对法益的侵害,因为这种处置并不侵害法益主体的自我决定权,反而是这种自我决定权的展开。<sup>[67]</sup>因此,批评假定同意侵害自我决定权的观点对自我决定权的理解未免过于僵化了。

不过,认为假定同意不属于因果关系问题的观点并非一无是处,其关于违反说明义务就构成违法的观点当然是正确的,只不过这种违法尚不足以像这种观点所主张的那样单独决定行为的可罚性而已。如前所述,假定同意适用于结果犯,那么违反说明义务与危害结果之间还必须有因果关联,才能最终确定行为的违法性。用客观归责理论来说,就是行为人违反说明义务的行为就已经逾越了被许可的范围创造了法不许可的风险,这种法不许可的风险,必须在违反说明义务与构成要件结果之间存在客观归责关联时才能实现。如果存在假定同意,那么就不存在客观归责关联,否定了客观归责。

## 3. 假定同意排除结果不法

行为人违反说明义务的行为构成了行为不法,违反说明义务与构成要件结果之间存在客观归责关联时构成结果不法。假定同意排除了哪种不法?如前所述,假定同意仅仅否定了客观归责关联,因此只能排除结果不法。由此看来,对于前述的认为假定同意不属于因果关联问题的观点而言,如果其正确地理解了本文的上述见解的话,应当是指假定同意只排除了结果不法,而不影响行为人违反说明义务的行为不法,假定同意不能排除的行为不法不属于因果关联问题。

## 4. 与因果关系取向的区别

将假定同意视为因果关系问题的因果关系取向遭到了猛烈抨击,本文将假定同意视

[66] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第145页。

[67] Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck 2006, S. 545.

为一个客观归责问题,也体现出一种因果关系取向,那么两者究竟有何区别?对因果关系取向的批评理由是否也适用于本文所提出的观点?

如前所述,对因果关系取向的批评主要在于,其将假定同意与假定的因果关系混为一谈了,既然通说认为假定的因果关系并不排除现实的因果关联,那么为什么假定同意就能排除呢?但本文的观点并没有将假定同意视为假定的因果关系,而是一种排除客观归责关联的事由。在假定的因果关系中,被害人对这种因果关系是被动接受的、不赞成的,假定的因果关系造成的损害结果也是违法的,而且不排除现实的因果关联;但在排除客观归责关联的事由中,被害人对这种事由是会主动接受、内心赞同的(尽管是隐含的),而且这种事由跟造成损害结果无关,能够排除客观归责关联。由此可见,本文对假定同意的理解与因果关系取向完全不同,对因果关系取向的批评并不能适用于本文的观点。

## 四 假定同意的具体适用问题

### (一)假定同意的适用范围

假定同意在民法中被用来限制医疗侵权责任中对医生说明义务的过高要求,除此之外不见有任何其他运用。该理论被引进刑法之后,联邦最高法院在判例中将其适用范围限制在医疗刑法领域,相关文献也大多是在这个领域内展开研究探讨,因此就产生了这样的疑问:假定同意的适用范围只限于医疗刑法吗?

至少在本文看来,假定同意的适用范围不限于医疗刑法。在此只需要举一个例子便足矣。以前文“借款案”为例,被害人虽然受了借款人的欺骗,但是也曾经表示过当时如果借款人不欺骗他也会借款,这种情况跟医疗刑法中存在假定同意的情况有何区别呢?正义的要求是相同的事物做相同的处理,不同的事物做不同的处理。<sup>[68]</sup>将原本用于医疗刑法中的假定同意理论运用到与其具有相同的事实基础的“借款案”中,又有什么不可?或许会有人质疑,“借款案”涉及财产犯罪,医疗刑法涉及伤害犯罪,两者并不是一回事。但是,伤害犯罪的保护法益是人的身体完整性,在法益位阶上要高于财产犯罪所保护的占有这一法益。<sup>[69]</sup>本着“其应出罪者,则举重以明轻;其应入罪者,则举轻以明重”的法理,<sup>[70]</sup>既然法益位阶高的犯罪可以适用假定同意而出罪(至少是排除客观违法性),为什么法益位阶低的反而就不能适用了呢?由此看来,反对扩张假定同意适用范围的观点是站不住脚的。在本文看来,在与医疗刑法有着相似事实基础的案件领域和事实构造中,都可以适用假定同意。

本文支持扩张假定同意的适用范围,当然,这并不意味着随意扩张,为扩张设定一定的界限是必须的,否则假定同意的适用范围就会模糊不清。那么,应当为假定同意设置什么样的界限呢?

[68] Vgl. Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag 1995, S. 237.

[69] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第210页。

[70] (唐)长孙无忌等撰、刘俊文点校:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第134页。

可以通过几个步骤勾勒假定同意的适用范围所应具有的特征:一是适用假定同意的犯罪必须是那些能够通过被害人同意加以正当化的犯罪。像杀人罪这样的犯罪就可以被排除在外,因为杀人的行为不可能通过被害人的同意而正当化。另外,在像受贿罪、妨碍公务罪这样的以国家为法益主体的犯罪以及放火罪、伪造货币罪这样的以社会中不特定多数人为法益主体的犯罪中,也很难认为能得到作为法益主体的国家或不特定多数人的同意而正当化。<sup>[71]</sup> 据此,假定同意应该只适用于那些可以经过同意而加以正当化的犯罪构成要件中。在这些犯罪构成要件中,所保护的法益是法益拥有者可以自由处分的,而且限于身体、自由、财产等个人法益。二是适用假定同意的犯罪必须是那些被害人同意虽有瑕疵,但是没有因此造成危害结果的犯罪。这样一来,单纯的行为犯就可以被排除在外,因为在这些犯罪中缺乏构成要件结果。<sup>[72]</sup> 据此,假定同意,与有瑕疵的说明和构成要件结果之间的义务违反关联有关,只适用于结果犯。综上所述,假定同意的适用范围应当是:其构成要件所保护的法益(限于身体、自由、财产等个人法益)属于法益的拥有者可以支配的结果犯。这类犯罪可以统称为“能够适用同意的犯罪构成要件”。

值得注意的是,适用范围上还要受一种限制:按照前述假定同意的定义,以及德国联邦最高法院在“肩关节脱位案”中的见解,假定同意只能适用于行为时做了有瑕疵说明的场合。下面本文分两类对此问题加以说明。<sup>[73]</sup>

### 1. 完全缺乏现实同意的情况

园丁 G 砍掉了他邻居 N 的一棵大冷杉树,因为这棵树常年挡住他家院子的阳光,在砍树之前并没有征询该邻居的同意。事后发现,邻居因为这棵树也对他造成了妨碍,正准备托 G 把树砍掉。

在这个案件中,G 的行为看起来显然满足了故意毁坏财物罪的构成要件,但由于既不存在现实的同意也不存在推定同意,G 的行为不能被合法化。或许有人会提出运用假定同意理论:G 没有事先告知 N 他要砍树的情况,这里存在着某种违反说明义务的情况。G 砍掉了冷杉树,造成了危害结果,但鉴于 N 本来就会在 G 行为时同意他的行为,因此有瑕疵的说明和构成要件结果之间不存在义务违反关联,G 行为的客观违法性被排除。

这种观点是不能成立的。按照前述对假定同意的定义,以及德国联邦最高法院在“肩关节脱位案”中的见解,假定同意的适用前提是,在行为时做了相关说明,但这种说明是有瑕疵的,所以获得的现实同意是无效的。在本案的场合,既不存在任何说明,也不存在任何无效的现实同意,G 根本没有给出任何外在可识别的、可用于确证存在假定同意的说明。G 砍树的行为中根本无法推断出 N 有假定同意的意思,因此这里不存在任何假定同意。

### 2. 现实同意因有瑕疵而无效的情况

A 找到一家刺青工作室,想把自己妻子名字的首字母刺在左肩膀上。刺青师 T 给 A

[71] 参见[日]西田典之著:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第138页。

[72] Vgl. Nike Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht Zu den “Risiken und Nebenwirkungen”, S. 12.

[73] 下文所举事例出自 Nike Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht Zu den “Risiken und Nebenwirkungen”, S. 409, 412。

看了刺青的草图,A同意了。但是T在刺青时突然心血来潮,在首字母的旁边又刺了一条龙,这个新图案几乎覆盖了A的双肩。事后发现,A是一位非常喜欢龙的人,如果T在刺青时向其说明的话,他肯定会同意。

在本案中,T做了刺青的说明,只不过这种说明是有瑕疵的,因此A的现实的同意无效。这里也不存在推定同意,因为T本来是能够获得A的现实、有效同意的,所以T涉嫌构成故意伤害罪。但是,从事后的角度来看,在T说明真实情况时,A是肯定会同意龙图案刺青的,因此这里就能认定存在假定同意,T的有瑕疵的说明和构成要件结果之间不存在义务违反关联,T行为的客观违法性就能被排除。

由此看来,假定同意理论并不局限在医疗刑法上,其适用范围完全可以扩展到其他、与之有相似事实基础的案件领域和事实构造中去。具体而言,适用假定同意的案件只限于能够适用同意的犯罪构成要件,而且保护法益只能是身体、自由、财产等个人法益,与此同时,这些案件在适用假定同意时必须以存在现实的同意,且这一同意因有瑕疵的说明而无效为前提。

## (二)假定同意的法律后果

### 1. 假定同意导致无罪还是未遂?

在纯粹的行为无价值论看来,只要同意有瑕疵,就构成犯罪既遂,不过这种观点已经过时了。对假定同意的法律后果,主要从无罪还是未遂的方面展开讨论。

如果认为假定同意属于排除违法性事由。按照通说,排除违法性事由由主观要件与客观要件组成。当行为人并不知道排除违法性的事由存在时,因为存在排除违法性事由的客观要件,从而排除了结果不法,但仍然残留着行为不法,这就构成了一种容许性构成要件错误,虽然可以排除既遂,但仍然保留着未遂的可罚性。有相当一部分学者支持将通说的观点适用于假定同意。<sup>[74]</sup>但联邦最高法院虽然赞同假定同意属于排除违法性的事由,却主张其又属于独立的“整体合法化的违法性排除事由”,这种事由仅仅由客观性的要件组成,与主观性的认知无关,这样一来就排除了未遂的可能性。

如果认为假定同意属于排除构成要件符合性的事由。另一部分观点认为,由于做了适当的、符合规定的说明,被害人也会表示同意,因此违反说明义务与构成要件结果之间就不存在义务违反关联,从而缺乏结果归责,但是违反说明义务的行为本身就具有行为不法的特征,因此很明显,仍然存在未遂的可罚性。<sup>[75]</sup>

### 2. 假定同意与客观归责

假定同意处于构成要件阶层,属于排除结果不法的客观归责问题。行为人根据无效的现实同意所为的行为本身就已经创造了法不许可的风险,当存在假定同意时,说明义务与构成要件结果之间不存在归责关联,因此行为人的行为所创造的风险没有实现,排除结果不法。但是按照客观归责理论的看法,创造法不许可的风险的行为本身就属于实行行

[74] Vgl. Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, Nomos 2010, S. 123.

[75] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck 2006, S. 591f.

为,<sup>[76]</sup>因此行为不法不能被排除,这就至少在理论上保留了未遂的可能性。

问题在于,行为人对自己即使做出符合规定的说明,被害人也会同意的情况是否有认识,亦即行为人是否知道存在假定同意的情况,能够对构成未遂产生影响吗?根据客观归责理论,在行为人不知道存在同意的情况下,结果不法可以被排除,但残留的行为不法将使行为人因不能犯未遂而受处罚;在行为人知道存在同意的情况下,不仅结果不法,就连行为不法都可以排除,因此不受任何处罚。这种同意并不需要明确地表现出来,通过有说服力的情况加以表露就足够了。<sup>[77]</sup>在假定同意的场合,行为人实际上并没有获得被害人的现实、有效的同意,因此假定同意并不可能以明确的方式表现出来。行为人对假定同意的认识,只可能存在于其对客观情况的推断之中,因此,只要能够有说服力地证明当时的情况能够让行为人产生存在假定同意的认识就足够了。总而言之,行为人是否知道存在假定同意能够决定其行为是构成无罪还是未遂。

另外还有一个问题,如果行为人错误地认识到存在假定同意,而实际上并不存在时,应当如何处理?按照本文的观点,假定同意处于构成要件阶层,因此对假定同意的认识错误属于构成要件错误,排除故意。因此,最多只可能以过失犯来处罚。<sup>[78]</sup>

### (三)假定同意的确证

#### 1. 假定同意的判断基准

在判断假定同意是否存在时,为防止肆意,需要明确一定的判断基准。假定同意涉及行为人与被害人两方面的关系,那么,究竟应当以哪一方作为判断基准呢?对此存在两种不同的观点。

德国的判例与部分学说在假定同意的场合偏重于被害人的价值观,认为应当从被害人本人的立场出发来判断是否存在假定同意,这种判断在一般人看来合理与否并不影响同意的成立,这种观点被称为“被害人本人基准说”。另一部分学说偏重于从社会的价值观出发,认为将一个理性的一般人置于被害人当时所处的立场,在一般人也会同意时,才能成立假定同意,这种观点被称为“理性的一般人基准说”。被害人本人基准说强调的是保护被害人的自我决定权,特征是在重视被害人本人价值观的前提下判断被害人是否会同意,因此是一种现实的意思判断;理性的一般人基准说强调对被害人客观利益的保护,不是从被害人本人的立场出发,而是将一个理性的一般人与被害人交换位置,在一般人同意的场合才能认定假定同意,因此是一种客观的意思判断。<sup>[79]</sup>

本文认为,不考虑被害人本人的特殊意愿,而是以客观、理性判断取而代之的一般人基准说为准,这与个人的自律性、尊重自我决定这些作为同意论根基的理念不能协调。假定同意的主体,不是冷冰冰的抽象的一般“理性人”,而是在现实生活中活生生的、价值观

[76] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第444页。

[77] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck 2006, S. 569ff.

[78] Vgl. Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, de Gruyter 2004, S. 232.

[79] 参见[日]塩谷毅:《被害人の仮定的同意について》,《立命館法学》2009年5·6号(327·328号)第380页以下。

与思想千差万别的个体。设置某种抽象的,不考虑个别因素的一般基准,固然可以减轻证明负担,但容易导致丧失个案正义性。因此,在不存在现实的同意,需要对被害人的真实意思进行假定的盖然性判断场合,需要考虑被害人本身的个别价值观等个人因素,至于这种判断从第三人来看是否合理,并不重要。再者,在假定同意的场合,如果被害人当时能够表明自己的真实意愿的话,当然是以本人为基准的,被害人本人基准说是与其相吻合的。因此,被害人本人基准说更妥当。

## 2. 假定同意的判断依据

那么,具体应该根据哪些因素来判断被害人的真实意思呢? 本文认为,有两方面的因素值得讨论。

一方面是行为时当事人的价值观。实际上,被害人本人基准说与理性的一般人基准说的主要分歧在于,如何处理在一般人都会同意,而行为人因为持有某种特殊价值观而不同意的情况。例如,在患者持有某种宗教信仰,本来就会拒绝输血,而医生不知道这一情况而输血时,是否要考虑患者的个人信仰这一特殊情况?

本文认为,要回答这一问题,应当首先区分“事前判断”与“事后判断”。所谓的事前判断,适用于推定同意的场合,在被害人虽有特殊情况,但是行为人在行为时不知道的场合,不得把这些特殊情况作为判断依据;所谓的事后判断,适用于假定同意的场合,行为人在行为时是否知道所存在的各种情况是无关紧要的,而是要将裁判时所有已经查明的情况作为判断依据。但是,这些判断依据仅仅限于行为时存在的情况。在患者手术后才信仰某种宗教,因为宗教信仰的原因而拒绝输血的场合,这种情况就不得作为判断依据。<sup>[80]</sup>就此而言,在患者手术时就已经信仰某种拒绝输血的宗教,而医生又没有注意到的场合,在因患者昏迷不醒而无法获得现实的同意的场合,适用推定同意的法理,患者的个人宗教信仰这一特殊情况不作为判断依据,因此能够认定存在推定同意;而在患者意识清楚,医生欺骗患者而取得同意的场合,适用假定同意的法理,患者的个人宗教信仰这一特殊情况必须作为判断依据,因此能够否定存在假定同意。这一解决方案的法理是非常清晰的:对同意的错误处理属于风险分配的问题,在事前判断的场合,因为不能取得被害人的现实同意,将风险分配给被害人而不是行为人是合理的;而在事后判断的场合,因为本来就能取得被害人的现实同意,但是因为行为人自己的原因而没有取得同意,将风险分配给行为人就是合理的。<sup>[81]</sup>

总而言之,在假定同意的场合,为了能够确证是否在行为时做了符合规定的明确说明被害人就会同意的情况,需要将行为时存在的能够用于对被害人的真实意思进行盖然性判断的,包括被害人的个人价值观在内的全部信息,从事后的角度进行判断。

另一方面是现实的结果。对假定同意应采事后判断,这一点没有疑问,但是,对事后判断还有一个疑问,像在手术治疗这样的场合,手术既有可能成功也有可能失败,要不要将现实的结果(比如手术成功或失败)作为事后判断的考量之一呢?

[80] Vgl. Lothar Kuhlen, Hypothetische Einwilligung und “Erfolgsrechtfertigung”, JZ 14/2005, S. 713ff.

[81] 参见[日]山口厚著:《刑法総論(第2版)》,弘文社2007年,第169页。

沃尔夫冈·米奇教授(Wolfgang Mitsch)采结果关联说,主张应当对“被害人如果知道现实发生的结果时还会不会同意”进行判断,也就是说,对发生的现实结果做回溯性的考察,如果行为时被害人愿意接受这一结果就成立假定同意,不接受就否定成立假定同意。<sup>[82]</sup>而库伦教授则认为,现实的结果仅仅是假定同意的一种标志而已,所以应采决意关联说,对“在患者不知道手术结果的情况下,如果做了明确的说明是否会同意”进行判断:在医疗行为符合标准,具有适当性的场合,即便发生了患者不希望的结果,也能认定存在假定同意。当然,在医疗行为与造成的风险严重失衡的场合,可以否定存在假定同意。<sup>[83]</sup>

本文认为,米奇教授的结果关联说已经超出了假定同意的范围,在本质上其实是一种事后追认。如前所述,假定同意所采取的事后判断与事后追认并不是一回事。在假定同意的场合所进行的,其实是行为时如果做了确切说明,被害人是否就会同意的事后的、盖然性的判断,现实的结果在行为时尚未发生,而是一种未来的不确定要素,以之作为事后盖然性判断的根据,恐怕难言妥当。<sup>[84]</sup>再者,患者往往是缺乏医疗知识的,其判断医疗行为正当与否的标准,往往是从是否能够治愈自己的疾病出发来考虑的。如果将米奇教授的观点贯彻到底的话,那就意味着从事后来看,任何专断的医疗行为,甚至包括违反医疗技术基准的行为,只要治愈了患者的疾病,几乎都能得到患者的同意。像“椎间盘突出案”与“肩关节脱位案”这样为掩盖第一次手术失误而哄骗患者进行第二次手术的案例,因为患者本来也是需要第二次手术的,所以医生的欺骗行为就能得到正当化。反过来说,手术本身具有风险性,不能确保100%的成功,在手术失败的场合,患者在事后往往会对手术表示反悔,医生就算在手术中遵循了医疗技术基准,尽到了职责也难辞其咎。很明显,这样的结论是不妥当的。因此,米奇教授的观点不能成立,库伦教授的见解是正确的。

#### (四)“罪疑有利被告”的问题

如前所述,对假定同意的判断是一种事后的盖然性判断,盖然性意味着不确定性,在此就有“罪疑有利被告”原则的运用。如果不能确定行为人是否能够获得同意,按照判例与学说的见解就要开释行为人。这一做法受到了很多质疑。普珀教授就指出,患者如何决定的问题,不是存疑,而是“无意义的”。<sup>[85]</sup>患者的决定是不可探明的,因为其不受自然规律的支配,而是一种个人决定的自由表现。在无法探明的过程中不存在对该过程如何运行这一问题的答案。因此,患者如何做决定的问题不可能得到有意义的回答,“罪疑有利被告”原则也就不能得到运用。我们不能排除患者本来就会被说服同意的情况,假定同意不是一种事实,而仅仅是一种推测,因此不适用“罪疑有利被告”原则,因为对同意的

[82] Vgl. Wolfgang Mitsch, Die hypothetisch Einwilligung im Atztstrafrecht, JZ 2005, S. 279ff.

[83] Vgl. Lothar Kuhlen, Hypothetische Einwilligung und “Erfolgsrechtfertigung”, JZ 14/2005, S. 713ff.

[84] 参见[日]塩谷毅:《被害人の仮定的同意について》,《立命館法学》2009年5·6号(327·328号)第380页以下。

[85] Vgl. 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. 764ff.

假定拒绝是不可能被证明的。另外,假定同意也侵害了患者的自我决定权,因为几乎不可能证明患者本来是不会做出同意的。这样一来,适用“罪疑有利被告”原则的结果,就是对假定同意的证明往往是向着有利于医生的方向进行,这就会导致医生借助有瑕疵的说明,将任何一种医疗措施都强加到患者身上。<sup>[86]</sup> 这样一来,患者的法律地位就会明显恶化。

在本文看来,普珀教授的批评可能夸大了“罪疑有利被告”的问题。普珀教授的批评本质上属于一个患者在符合规定的说明中,是否也会对具体的医疗侵害做出同意的问题能否得到“理性的”、“具有满足法秩序的证据要求那样的确定性”的回答。<sup>[87]</sup> 一方面,在许多案件中,对患者意见的听证是明确的,而且也能导出合理的结果。另一方面,对判断假定同意非常重要的外在情况与附随情状也是能够被清楚地探明的。以上述的“抽脂手术案”为例,当医疗行为侵害的方式与手段逾越了医疗技术基准的界限时,患者毫无疑问会否认假定同意的存在。因此并不存在普珀教授所说的“对同意的假定的拒绝是不可能被证明的”情况。实际上,对假定同意存在与否的证明不仅在理论上可能,在实务中也是可行的。至少从联邦最高法院的判例来看,并不存在滥用这一原则的情况。在“肩关节脱位案”与“抽脂手术案”中,联邦最高法院都否认了假定同意的存在。因此,似乎并没有必要对这样的问题太过于担心:在假定同意中适用“罪疑有利被告”原则会不合理地限缩医生的责任,并在事实上架空患者的自我决定权。<sup>[88]</sup>

不过,普珀教授的批评也不是完全没有意义的,在本文看来至少对我们有两方面的启发:一方面,假定同意存在与否的证明责任应当由行为人负担;另一方面,对“罪疑有利被告”原则应当这样解释:当被害人在符合规定的说明中也会同意的情况仅仅属于一种假想的被害人同意可能性时,并不足以在任何情况下都排除结果不法,还需要更多的线索,如利益基础、以往的意思表示等加以补充证明。唯有如此,方能防止“罪疑有利被告”原则的滥用。<sup>[89]</sup>

## 结 论

假定同意起源于德国民法学中的医疗侵权责任,后被联邦最高法院引入到刑法领域并在刑法学界引起了热烈的讨论。假定同意,能够消除民事责任与刑事责任的不一致,促进法秩序的统一。假定同意在刑法教义学体系中的定位是属于构成要件阶层的排除客观归责事由:当违反说明义务与构成要件结果之间不存在客观归责关联时,行为的结果不法就被排除,但行为人的行为不法不被排除,因此还残留着未遂的可罚性。假定同意的适用范围是能够适用同意的犯罪构成要件,而且保护法益限于身体、自由、财产等个人法益;

[86] Vgl. Ingeborg Puppe, Anm. zu BGH, Urteil vom 3. 3. 1994 – 1 StR 319/03, JR2004, S. 470ff.

[87] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck 2006, S. 595.

[88] Vgl. Nike Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht Zu den “Risiken und Nebenwirkungen”, S. 360ff.

[89] Vgl. Thomas Rönnau, Anm. zu BGH, Urteil vom 15. 10. 2003 – 1 StR 300/03, JZ 2004, S. 799ff.

假定同意的判断基础,应当以被害人本人为准,在判断时应当将行为时存在的与被害人的真实意思有关的全部信息,从事后的角度进行盖然性判断。假定同意存在与否的证明责任应当由行为人负担。另一方面,在运用“罪疑有利被告”原则时,不能仅仅依据假想的被害人同意的可能性进行判断,还必须有补强证据。当然,围绕这些问题仍然存在许多争论,关于将假定同意引入刑法的必要性,其在教义学中的体系地位等方面还有不少批评与质疑,本文的上述观点也仅仅是一家之言,但这并不是非要拒之于刑法学门外的合理理由。假定同意在法学中,尤其是刑法学中,在我国还属于一个新问题,在对这一问题没有充分而成熟的研究之前就加以回避和拒绝,很可能会将在刑法学上具有重要意义的学术新生儿扼杀在襁褓中,因此有必要对这一问题进行进一步的研究、探索。

---

---

[ **Abstract** ] Hypothetical consent originated from medical liability for tort in German civil law and was later introduced into the criminal law by the Supreme Federal Court of Germany, generating heated discussion in the criminal law circle. Hypothetical consent can eliminate the discrepancy between criminal responsibility and civil liability, thereby promoting the unification of legal order. In criminal dogmatics, hypothetical consent eliminates the objective imputation at the stage of constitutive elements. Namely it eliminates the illegality of result but not the illegality of behavior, so that the actor may be punished for attempt. Its scope of application is limited to the criminal constitutive elements the illegality of which could be eliminated by consent and the protected legal interests of which are personal legal interests such as body, freedom and property. The judgmental basis of hypothetical consent should be the victim, the judgment should be ex post and take into consideration all the materials relating to the true thought of victim at the time of occurrence of the behavior. Its burden of proof should be on the actor. When applying the principle of “in dubio pro reo”, the judge’s decision should not be based solely on imaginative possibility of hypothetical consent, but must be bolstered by reinforcing evidence.

---

---

(责任编辑:王雪梅)