

# 「人性尊嚴，將子女視為損害」之裁判\*

BVerfGE 96, 375 ff.

德國聯邦憲法法院第一庭 1997 年 11 月 12 日之裁判

– 1 BvR 479/92 以及 307/94 –

程明修 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 父母對於子女的扶養義務（Unterhaltspflicht）可作為一種必須加以賠償的損害

I. 第一案中各級法院、當事人與相關機關之見解

1. 訴願人拒絕因節育手術失敗而承擔損害賠償責任

2. a) 地方法院判決訴願人應給付子女之一般扶養費用與照顧費用

b) 高等法院支持地院見解，認為家庭計畫因

醫生之過失而失敗時，可以成立對於子女的扶養費用損害賠償請求權

3. 訴願人主張基本法第 2 條第 1 項結合第 20 條第 3 項，侵害了基本法第 2 條第 1 項、第 6 條與第 12 條之基本權受侵害

4. a) 邦司法部認為判決並未逾越法官法律續造的界限

b) 聯邦最高法院院長強調只有婚姻配偶才受到醫療契約保護目的所涵蓋

c) 原審原告主張醫師有責地違反義務，而應

\* 本院前曾委請陳愛娥教授翻譯同裁定，收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯（八），第 182 頁以下，該篇所據原稿為重點摘錄

該裁定之德文期刊，本文則直譯自裁定全文，鑑於該裁定之重要性，為方便讀者得一覽其全貌，茲併予收錄。

對家庭的生計給予賠償

II. 第二案中各級法院、當事人與相關機關之見解

1. 原審事實

2. a) 地方法院駁回原告扶養費用及慰撫金的賠償請求

b) 高等法院同意對於身心障礙子女扶養費用負擔作為損害賠償的主張

c) 聯邦最高法院部分接受部分駁回訴願人的訴訟

3. 訴願人主張基本法上第 2 條第 1 項結合第 20 條第 3 項，第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項，以及第 12 條與第 14 條之基本權受侵害

4. a) 德國法學家學會認為若涉及到醫師對於未成年子女一般生活需求的責任時，憲法訴願為有理由

b) 原審被告主張憲法訴願有理由

c) 原審的原告認為被指責的判決合憲

III. 憲法法院中各庭表示之法律見解有重大歧異之先決

問題由憲法法院第一、二庭聯席會決定

B. 憲法訴願無理由

I. 原審判決並未違憲侵害基本權

1. 民法契約與侵權法規定並不違憲

2. 法院對民法條款的解釋，並不逾越裁判權的界限

a) 一般法律解釋以及適於解釋方法的選擇乃普通法院的權限

b) 扶養義務可視為民法第 249 條意義下的損害

II. 法律解釋與法律續造的判決並不牴觸基本法

1. 訴願人憲法所保障的財產權並未受到侵害

2. 民法上契約不完全給付的結果以及因侵權行為所生損害的責任，與職業行使自由無關

3. 金錢給付義務之轉嫁涉及基本法第 2 條第 1 項所保護的一般行為自由

a) 基本權作為普通法院解釋或適用民法條款時之「指導方針」

b) 基本權的輻射效力

(1) 人性尊嚴

- (2) 民事法的責任構造  
原則上不涉及人性  
尊嚴
- C. 聯邦憲法法院第一庭與第二庭  
的聯席會議
- I. 第一庭在形式上未採用第  
二庭的法律見解
- II. 聯邦憲法法院法第 16 條
1. a) 聯邦憲法法院向來之  
解釋
- b) 對於論證關聯性具有  
重要性
- c) 子女存在之法律資格  
是否視為損害來源之  
不同見解
2. 聯邦憲法法院法第 16 條  
之要件不成立
- D. 判決結果

**關鍵詞**

損害賠償 (Schadenersatz)  
慰撫金 (Schmerzensgeld)  
人性尊嚴 (Menschenwürde)  
人格權 (Persönlichkeitsrecht)  
子女的扶養義務  
(Unterhaltspflicht)  
生存權 (Lebensrecht)  
法官之法律續造  
(Rechtsfortbildung)  
基本權的輻射效力  
(Ausstrahlungswirkung)  
憲法法院聯席會議 (Plenum)  
基本權規範保護目的  
(Schutzzweck der  
Grundrechtsnorm)  
基本權之保護義務  
(Schutzpflicht)

**裁判要旨**

針對懷孕生產前因失誤的節育手術以及瑕疵的遺傳諮詢而生之醫療責任爭議，民事法院所作的裁判並不抵觸基本法第 1 條第 1 項之規定。

**案 由**

1997 年 11 月 12 日第一庭之裁判  
- 1 BvR 479/ 92 und 307/ 94 -  
其憲法訴願程序係：1. 醫師 T  
先生 - 授權委託律師 Rudolf Stottung

博士及其同仁，Maximilianplatz 12,  
München - 針對 a) 1992 年 1 月 16  
日慕尼黑高等法院之裁判 - 1 U  
2278/ 91 - ，b) 1991 年 1 月 16 日慕  
尼黑地方法院之裁判 - 9 O 2278/  
91 - 1 BvR 479/ 92 - ；2. 醫師 H 教  
授先生 - 授權委託律師 Hartmut  
Neifer 博士及其同仁，Wöhrdstraße 5,  
Tübingen - 針對 a) 1993 年 11 月 16  
日聯邦最高法院之裁判 - VI ZR 105/  
92 - ，b) 1992 年 3 月 19 日斯圖佳  
特高等法院之裁判 - 14 U 57/ 89- 1

BvR 307/ 94 – 。

## 裁判主文

憲法訴願駁回。

## 理由

### A. 父母對於子女的扶養義務可作為一種必須加以賠償的損害

這些被合併在一起而作成裁判的憲法訴願涉及若干民事法院的裁判。根據這些民事法院的裁判，因為失誤的節育手術或者瑕疵的遺傳諮詢而產下之子女的扶養義務（Unterhaltspflicht），可以當作是一種必須加以賠償的損害。

#### I. 第一案中各級法院、當事人與相關機關之見解

##### 程序 1 BvR 479/ 92

1. 訴願人係一個執業中的泌尿科醫師。他為原審訴訟原告的丈夫做家庭計畫之諮詢，並以節育之目的，為其丈夫實施醫療上的手術。後來節育手術失敗，病人未被告知與說明。病人的太太在 1984 年 5 月產下她第四個兒子。訴願人與其保險責任義務拒絕損害賠償請求權。

2. a) 在原審訴訟程序中，妻子要求因扶養小孩費用所產生的損害賠償，與因非自願性懷孕與生產所生的慰撫金。

地方法院判決訴願人士應給付如同對未婚生子女之一般扶養費用與追

加支付 70 至 100 馬克之照顧費用。因本訴訟僅母親提出訴訟，故依據民法第 1360 條第 2 款與民法第 1606 條第 3 項第 2 款之法理，其僅取得應賠償全部扶養費用之一半。同時，地方法院認為慰撫金最高達 6000 馬克為適當。

地方法院就若干部分詳加說明：訴願人與原告之丈夫係簽訂關於實施節育的醫療契約。原告為此契約之保護領域所涵蓋，基於對契約之不完全給付，故其有損害賠償請求權。此所承諾之節育手術目的在於節育，並非為醫療之緣故。由於契約保護每個先生不會得到不完全給付，否則如此一來將造成他對子女撫養費用之負擔，因此這類之醫生給付行為必須不致導致上述結果時，始符合契約之要求。訴願人就此醫療契約不為完全給付，因其對原告之先生就節育手術未依規定且亦未為全面性之說明。即使承認損害賠償也不抵觸孩子的人性尊嚴。在法律意義下，孩子不得視為損害，其經由違反生育計畫所引起父母對子女的扶養費用負擔才是損害。孩子的存在雖說是扶養費用負擔的前提要件，然而經由孩子所生的經濟負擔之法律歸責與孩子的存在兩者必須予以區分。我們很難說將扶養費用轉嫁第三人的作法，就代表小孩的父母表示他們不斷地反對子女的生存權。父母與小孩存在何種內在關係，並非取決

於他們是「非計畫」下「不被期待」的小孩與否。總是會有非期待其出生的小孩，在出生之後如同被期待出生之小孩一般，從他們的父母親獲得相同的照顧。除此之外，也看不出為什麼加害者可以基於心理上顧慮小孩的藉口，而因此免除他們的責任。透過加害人來減輕財力上之負擔，對於原告和小孩的關係而言，具有積極的功効，因為因小孩出生而產生之經濟是負擔，應該是中性的。

b) 高等法院駁回訴願人之上訴。其不僅確認地方法院之判決結果，而且也完全同意地方法院之判決理由。高院同時也明確依循聯邦最高法院之判決。依此判決，當基於經濟上動機所規劃之家庭計畫因醫生之過失行為而告失敗時，對於健康婚生子女的扶養費用損害賠償請求權即可因之成立。

3. 訴願人透過憲法訴願主張，地方法院與高等法院的判決基於基本法第 2 條第 1 項結合第 20 條第 3 項，侵害了基本法第 2 條第 1 項、第 6 條與第 12 條之基本權。

根據聯邦最高法院無庸爭議的判決見解，地方法院與高等法院逾越了法官法律續造被容許的界限。雖然我們原則上容許法官之法律續造，但是它卻必須符合可被認同的正義感受，同時可以將法律的漏洞填補以及不至於有所恣意。後者是指，法律的續造

必須符合每一個法律領域的釋義學上基本原則。但是前揭法院卻違背了這個由聯邦憲法法院所設定的法官法律續造界限。主張對於非基於父母意願而出生之子女的扶養費用可以視為一種適於填補的損害，其實牴觸了基本法上規範的倫理基本思維。子女應受基本權的保障，但是他們卻不是損害。當一個非父母意願的小孩出生，便在法律上考慮物質的結論，這並不符合我們法律文化與倫理的價值。因為聯邦最高法院可以根據實踐理性的標準將漏洞填補，所以法律續造也無法被正當化。在此必須結合（家事法上）有關家庭中相互扶養義務的規範。特別是民法第 844 條第 2 項的例外條款更可以進一步指出前述之不法。同時這些被指責的判決也不免有恣意之虞，因為它們並未注意到損害賠償法以及法律釋義學上被普遍承認之基本原則。因為子女出生而增加的家事法上扶養義務並不能拿來跟純粹財產法上之負擔相權衡。法律秩序同時也不容許將一個健康小孩的懷孕與出生評價為民法意義下的損害。因此也不需要考量回復原狀的問題。同時聯邦最高法院也不能期待父母為了減輕損害，違反體系地將小孩送交別人收養。但是另一方面，聯邦最高法院卻限制了對於一般扶養以及為了扶養而附加支出的代價請求權。這項為求合理的損害酌減，正好顯示聯邦最高

法院 – 以及在前揭訴訟程序中的各級法院 – 立場上的錯誤。

憲法訴願人同時進一步主張他自由執行職業的基本權受到侵害，因為透過法官造法，已經進一步創設了法律所未規定的責任要件。法院在（賠償）責任法上所得出的結論是如此深遠，以致於其結果甚至造成醫療「營業營運（Gewerbebetrieb）」內容（基本法第 14 條第 1 項）的干預。為了對不可預見範圍父母（Geschlechtspartner）有利的保護作用而導入這種如此廣泛的責任要件，需要一個法律的規範。此外，適用於醫師身上的倫理基本原則也屬於憲法保障行使職業的範圍；醫師的首要義務在於維持生命以及避免毀滅孕育中的生命。對於醫生而言，如果因子女出生隨之而來的扶養義務可被解釋成失誤節育手術下的結果，將會使得上述的道德義務逆其道而行。支付義務正好在「責罰」醫師職業上的天職，亦即救助、保護以及創造生命。針對這種處罰不只欠缺一個倫理的基礎，同時也欠缺基於基本法第 12 條第 1 項必要的干預條款。醫師的職業形象也會被那些廢棄判決的見解，亦即醫師應該會那些他沒有阻止的生命付出代價，加以扭曲。

這些被指責的判決也同樣不符合基本法第 6 條與第 1 條第 2 項之要求。對於封閉家事法規則體系的突破

抵觸了基本法第 6 條將家庭置於國家秩序之特別保護下的基本想法。這也涉及到子女的人性尊嚴。如果同意母親可以為她的懷孕期間請求慰撫金，子女將來會知道原來它的存在等於是一個損害者，同時侵害了母親身體不受侵害之權，並因此必須給付母親慰撫金；但是相對地，它的其他手足則全都是受期待與計畫中出生的子女。再者，子女也會知悉，為了補償對它的照顧與扶養，它的母親每個月都可以領取費用；但是相對地，它的手足同樣獲得照養卻不能請領費用。如此一來，這個小孩長期在家庭之中將無法隱藏它的特殊地位。母親為了確保它的損害賠償請求權，也必須長期隨時地聲明這個小孩其實不是他自己意願下生出的小孩。這個小孩也會被迫承認它的父母親之所以對它沒有比起它的手足少一點照顧，其實只因為它存在的負擔可以獲得損害賠償請求，使得對它手足的照料可以輕鬆一些。

再者，受到指責的這些裁判同意原告因其懷孕期間承受的侵害而可獲得慰撫金，也已經逾越了法官法律續造的界限。假如一個正常的懷孕，同時生出一個健康完整發展的小孩，可以承認請求慰撫金，無異是將憲法上保障胚胎的分娩視為民法第 847 條意義下的侵害生命。法秩序其實並不承認對於正常懷孕下的存活還要在責任法上以規定金錢賠償方式才能提升的

心滿意足需求。懷孕並不是對於婦女身體完整性的干預。本案中之此種法律續造並不吻合民法第 253 條有關慰撫金有限的損害賠償請求權規定，同時也牴觸禁止恣意的要求。除此之外，承認對於懷孕應給予慰撫金，也會導致創設廣泛責任要件這種完全無法預見的結論。而這也是一種不容許之對醫師執行職業的侵害。

4. 對於憲法訴願，巴伐利亞邦司法部長、聯邦最高法院院長以及先前訴訟的原告，分別表示立場。

a) 司法部認為這些被指責的判決並不逾越法官法律續造的界限。法院並沒有創設新的責任要件出來。這些系爭裁判無非只是涉及到民法第 249 條一種可被接受的解釋，以及造成損害概念的進一步發展而已。當這裡涉及到一個一般法律的問題，特別是民法的學理時，系爭法院裁判所持理由是否正確性的審查並非聯邦憲法法院的任務。

但是基於憲法保障子女人性尊嚴的觀點，可能還是有問題。因為聯邦憲法法院在一處判決旁論中確認，基於基本法第 1 條第 1 項，在法律上子女的存在定性為損害來源，應不予考慮。雖然聯邦最高法院於其判決中個別針對這項論點加以討論。但是似乎也質疑，對於（非計畫下）子女的出生，在法律上僅考慮父母扶養負擔的觀點，是否與基本法的價值思維相符。

雖然這種考量符合損害賠償法的學理，但是對於特別重視父母與子女內在關聯的關係而言，這種單純財產法上的判斷並不適當。

從法律續造的觀點，承認因懷孕影響的慰撫金請求，在憲法上並無疑問。但是相反地，針對非父母意願下出生小孩扶養費用負擔的評價能否視為一種損害，卻可能同時產生憲法上的疑慮。同時母親的懷孕也是小孩生存不可分割的附隨現象。

b) 聯邦最高法院院長則提出民法第四庭庭長的聲明，重點指出為何該庭作成如此之判決。其次也強調只有婚姻配偶而非所有的性伴侶都受到醫療契約保護目的所涵蓋。

c) 原審原告主張前揭裁判正確，並且指出，在家庭計畫決定中，財務的衡量以及個人發展的問題並非不重要。讓人一目了然的是，基於這些理由，在個案中也可能針對小孩找到答案。因此在這種意思形成的過程中，有可能嚴重危害到形成中子女的生存。父母親認為在本案這種情況下，醫師有責地違反他的義務，而應該對於它們家庭的生計給予適當給付的觀點，對父母而言，其實也構成針對子女之決定壓力的重要部分。人性尊嚴無法拘束到因有責、瑕疵手術必須負責任之第三人的見解，並無法令人接受。對此不只是直接涉及到與子女的經濟上關係，首先產生經濟上不利利益

的應該是這個家庭的所有成員。

## II. 第二案中各級法院、當事人與相關機關之見解

### 程序 1 BvR 307/ 94

1. 於 1)與 2)原審程序中的原告是一對其女兒於 1982 年出生時即有身體與精神缺陷的父母親。因為其遺傳基因上的特質而恐懼生出有缺陷的子女，因此在 1983 年 8 月求助於當時由訴願人主持的大學機構中有關基因醫療部門，希望能在他們決定下一個小孩前，瞭解小孩得到遺傳疾病的危險。訴願人簽署一份醫師函件，讓兩位訴訟原告知情。根據這份文件表示，會發生遺傳的阻礙是極不可能發生的。所以並不阻止該父母繼續其懷孕計畫。在 1985 年 3 月，原審原告的第二個女兒出生，但卻與他的姊姊一般，同樣發生身體與精神上的缺陷。

2. a)地方法院駁回原告請求賠償（父母）扶養費用以及（母親與女兒）慰撫金的訴訟。其理由是原告無法證明這是一個違反義務的諮詢。

b) 高等法院則同意父母有關現在與將來對於身心障礙子女所有扶養費用負擔作為實質損害賠償的主張。同時進一步同意被告應給予母親精神慰撫金。但是子女個人請求的部分則被駁回。

高等法院認為證據顯示，瑕疵與未盡充分的基因諮詢對於訴訟主張的

損害而言，應該就是原因。因為在子女身上發生之身體與精神上障礙 – 無論如何也 – 可以回溯到基因上的缺陷。而且父母在生育下一個子女前如果可以得到充分與正確的諮詢，便可以有所猶豫。同意應對父母賠償所有的扶養費用額度，不應只限於對於子女醫療相關之各種需求。應該進一步同意給付母親 10,000 馬克之侵權慰撫金，因為瑕疵諮詢下的懷孕以及生育並非其所希望，同時也可以視為對母親身體的侵害。由於懷孕時胞衣提早脫落，引起的早產以及剖腹分娩威脅，使得母親必須住院觀察，應該可以提高慰撫金的額度。相反地，因為「擁有一個健康上有缺陷之子女」而導致的精神負擔，則不應該在慰撫金的權衡上加以考慮。

子女的訴訟請求應該加以駁回。因為針對出生缺陷子女直接承認損害賠償請求，已經逾越了法律上請求權規範的界限。人們因天生自然形成的原因而造成生命的挫折，但卻不能對他不想存活於世或者要求他人來防止而提出請求（BGHZ 86, 240; 89, 95 中的上訴主張）。

c) 子女首先在被提起的上訴中撤回請求。單純基於契約法上損害賠償責任的理由，訴願人的上訴則被聯邦最高法院部分接受部分駁回（BGHZ 124, 128）。

法院的理由是：民庭過去在裁判



中確認，契約法上醫師的責任可以包括對於子女的扶養費用。在子女出生前瑕疵基因諮商的本案中，這個判決同樣可以過渡而加以適用。雖然聯邦憲法法院第二庭在 1993 年 5 月 28 日的判決中，於第 14 點的判決要旨以及判決理由 DV6 點處（參考 BverfGE 88, 203 [296]），針對這點提出質疑。雖然這樣的解釋不發生拘束效力，同時民庭也在它的判決中多次給予批判性的審查。但是這還是有必要針對法律狀態再重新進一步加以審視。民庭可能無法從聯邦憲法法院的說明中獲致合理的說理，以反對在判斷費用負擔的本案中將扶養費用視為一種損害。

法律上將扶養費用負擔視為一種損害的關鍵點在於醫師的契約上責任，亦即醫師為了達到治療或諮商效果，所採取醫療或諮商行為所應該滿足的醫學上要求。這種責任法上的觀點僅適用於那些其合法性並無疑慮的契約之上。因此聯邦憲法法院根據其於墮胎判決中所持理由而無法加以正當化的墮胎案件，是否也可以根據法秩序而提出損害賠償請求，仍然是個開放的問題。事實上已經可以避免遺傳物質缺陷子女誕生的諮商契約亦如同為了避免子女出生而締結的節育手術契約一般，可以導出一個為達目標的合法結論。一個身心障礙子女父母希望下一個子女的孕育取決於基因諮

商的結果，不僅不會有倫理道德上的疑慮，同時更可以表現父母親高度的責任感。如果這個契約目的是法秩序所容許，那麼在責任法應該保證醫師藉由他所承擔義務的履行，來達成契約之目的。因此這並無憲法上之疑慮。在聯邦憲法法院所提到的判決中毋寧明確地強調，醫師醫療或諮商義務的不完全履行，原則上是可以引起民法損害賠償責任的結果。如果透過醫師醫學上任務的承擔來實現合法的契約目的，對於醫師而言就不是無法律上的責任，而對於損害賠償責任法而言也不是沒有結果的事。如果為了避免子女出生，這種發展也可以提供這種符合法秩序要求的可能性時，對於契約當事人應該提供的損害賠償法上保護毋寧只是醫學發展的效應。在這種事實關係中，如果可以免除醫師責任法上有責地違反契約義務的效果，這將是對於契約利益構造上一種加重的侵害。

同時在聯邦憲法法院的觀點下也無法找到憲法上的理由，可以認為這種對於民法契約責任上嚴重的干預是必要的。民庭在 1980 年 3 月 18 日的指標性裁判中（BGHZ 76, 249 [253 f.]）早已經否定了將子女的存在視為損害的看法。這點與聯邦憲法法院的見解相符。「子女被視為損害」的說法是一種不適當，同時從法律的觀點來看也是不恰當的描述。損害其實是

存在於非計畫下出生子女所引發的扶養費用負擔之上。在一方面將子女的存在與它們作為人格無庸爭辯的價值，以及在另一方面將子女帶給父母親的扶養負擔加以區分，並非一種對於「人格完整性（persönliche Ganzheit）」人為造作的分裂。從損害賠償法的觀點，這毋寧可以證明是結果正確的決定。只有父母對於子女扶養上的負擔才可以被視為減少財產的損害。

即使醫師參與部分分攤經濟上的負擔，父母還是不能免除它們對於子女的扶養義務。在損害賠償法上有或無損害賠償機制而對於經濟狀況必要的補償，並非在子女存在或不存在之意義上作補償，亦即並非將子女不存在視為積極，而將子女的存在視為消極的財產因素看待。否則在基本法第1條人性尊嚴的觀點下，將發生憲法上之疑慮。這樣的補償若根據損害賠償法的觀點也是錯誤的。這僅限縮於子女出生之整體生活事實中經濟的層面。對於引起損害而對於財產狀況所作的必要補償，只需要考慮有或無扶養負擔對於扶養義務人的經濟狀況所產生之影響。在此不宜誤以為，經濟上的負擔只有因為子女出生才會發生。這裡涉及到自然科學上的因果關係，而其取捨是價值中立的。可以想像的是，父母親對於一個「受期待子女」的扶養義務，在財產的損益上也

是一種經濟上的負擔，而無需在父母與子女間關係發生負面效應。

民庭－如同學說見解－權衡的是，在憲法的觀點下是否可以要求在如同本案的諮商案件或者瑕疵節育手術案件中，去承認父母因為人格權受侵害而對於其內在的損害，以金錢作為適當賠償方式的請求。但是這種考量的方式恐怕不能避免與子女若不存在的狀況加以比較。相較於認定父母經濟上的負擔與可以（部分）透過醫師減輕負擔，若是判定對於父母會造成非財產上的負面影響，毋寧將更直接與更嚴重輻射影響到子女的人格。

將損害賠償義務與子女的扶養結合也不會負面影響到子女的人格與存在。透過醫師來減輕經濟上的負擔，亦即符合損害賠償與責任法上的補償任務，是限於單純符合財產的意義。這不只會對子女產生烙印，同時也不會它的生存權上發生疑問。根據法律規定以及損害賠償法的實務見解，損害的概念並不能作如此消極意義的理解，以致於可能必須禁止將因來自於子女出生而造成的財務負擔視為一種損害。特別是將扶養費用負擔視為父母與醫師關係間之損害，並不代表將子女當作成一無價值的判斷，同時也不是透過與「損害」概念的連結，去褻瀆子女的人格。

民法典的立法者有意識地排除去確定財產與財產損害的概念，反而希

望讓學術與實務去加以形成。判決從一開始就將積極利益的減少或者消極不利益的增加視為損害，其基礎則是精算地比較加害結果所造成的財產狀況以及若無此加害結果時的財產狀況（參考民事大法庭的判決，BGHZ 98, 212 [217 f.]）。不同的方法是另一種本身屬於價值中立的精算運算法。但這卻也不能免除將這種採取不同結構的運算關係，在評價上根據責任的保護目的以及損害賠償的補償功能來加以決定。但是如果跟醫師之間所簽訂的契約目的在於避免父母的扶養費用負擔，則不論是根據契約的保護目的或者根據損害賠償的補償功能，均可以將這種負擔視為一種財產上損害。透過損害賠償法上財產狀況的比較，並不會將一個人的存在以羞辱的方式窄化成只剩會計一損益的觀點。這涉及到去調查符合財產影響的方法，而這種方法往往是損害賠償法所指定的。根據今天的理解，損害賠償代表一種根據各種責任標準之公平的負擔分攤，而非對於損害行為的一種制裁。因此，仍不很清楚的是，為什麼將扶養負擔認定是一種損害可能會不利於子女的尊嚴。在前揭型態的案例中同意損害賠償甚至會是有助的，因為透過這種方式可能可以改善它的經濟狀況，可能的情況下甚至還可以提升他在家庭中所受到的尊重。

如果因醫師的瑕疵諮商而對於目

前經濟負擔造成的危險與有責任時，亦即因此而生出一個重度身心障礙，同時需要長期照料之子女時，將扶養費用的過重負擔加諸於醫師身上似乎顯得更加清楚。在若干案例中，亦即醫師不是如同正常子女生產一般，透過通常扶養說明，去承擔有限的扶養負擔，而是承擔所有透過財產比較而得出的財產上支出，此時父母則仍然必須維持所有剩餘而無法委罪於加害者的撫育費用以及相當可觀的財產上支出與損失。民庭並不想承認這種有限地免除父母經濟上負擔應該是一種在憲法上不被容許，而對於子女尊嚴的侵害。

即使在這些案例中，損害補償是傳統法律見解的要求，而立法者在制訂民法典時也不曾質疑過，法院裁判還是呼籲責任法與損害賠償法進一步的發展，以提供本案充分的法律基礎，並於民法中適當地回應生殖醫學的發展以及這個領域中所要求的影響與控制判斷能力。如果醫學上所要求的控制判斷能力不牴觸人性尊嚴，則根據民庭的見解，對於民法責任衍生的結果 – 其中由醫師承擔責任的範圍變得可預測 –，可能就無需另行規範。

對於中度身心障礙子女之扶養費用負擔與在家事法上對於原本預測是健康的子女有責任者，以及因為損及健康而額外地必須負責者，也密不可

分。對於確保重度身心障礙子女生存所必要的費用負擔是不可分的。如果在它的生存以及因此而衍生出個別的需求之上，採用「正常」子女的標準進行解釋，將與基本法第 1 條第 1 項意義下，對子女人格的尊重要求不相容。同時在本案中免除父母所有的扶養費用負擔也因此與忽視子女的尊嚴完全無關，在損害賠償法上去保護與保障子女的尊嚴甚至才是適當的。

3. 因訴願人被判決應對扶養費用予以賠償，導致其針對高等法院與聯邦最高法院的判決提起憲法訴願。訴願人主張，其基本法上第 2 條第 1 項結合第 20 條第 3 項，第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項，以及預先考量到的第 12 條與第 14 條之基本權受侵害。

聯邦最高法院在解釋「損害」的概念時，並未正確評價一些憲法原則，特別是基本法第 1 條第 1 項，同時也未注意到因此所需的法律拘束（基本法第 20 條第 3 項）。其所牴觸的可能尚包括基本法第 2 條第 1 項。基於憲法的規定，若是子女有身心障礙時，也不應該將子女的存在於法律上定性成為損害來源。聯邦憲法法院第二庭於 1993 年 5 月 28 日的判決中早已宣示此一見解。所有國家高權必須基於個人自己的意願尊重每一個人存在的義務，禁止將對於子女的扶養義務認定成損害。這是基於基本

法第 1 條第 1 項而來。否則會將子女褻瀆成為單純法律所要求的客體；子女的存在將淪落成為單純的損害項目，而在「經濟上負擔」的加總上被當成損害加以計算。

將子女的存在與因此而對其父母產生的扶養費用負擔加以區分是一種人為造作與恣意。聯邦最高法院所採用限縮於經濟層面的觀察方式正好就是將子女褻瀆成損害計算的單純客體。承認子女的扶養費用負擔是一種損害無異更加深子女是不被期待的印象，同時子女自己 – 當他不久後具備認識能力時 – 也會明白。子女認識到這種精神損害會導致的後果，聯邦最高法院卻完全不予理會。因個人出生形成的特殊關係所導致，而強調價值的整體情結，並無法與個別的義務加以隔離。如此才能達到個人的人格完整性。子女與父母彼此之間存在與糾結的權利與義務的結合，並無法恣意地加以分開。因為這將完全忽視彼此之間內在的關係。

至少當訴願人不僅應該對於子女因身心障礙所需的多重照顧給予賠償，同時還必須負擔所有的扶養費用時，應有所牴觸基本法第 2 條第 1 項所保障的特殊憲法權利。還將這種習慣上的扶養費用負擔認定成為損害，已經明顯地將子女單純地存在褻瀆成為不被期待的經濟上負擔。將子女當作是請求其不要存在的客體，與憲法

保障子女的人性尊嚴要求、以及要求透過整體法律秩序無限制地承認其生命權的憲法上請求權。並不相容。

預想到可能還有基本法第 12 條與第 14 條之基本權受侵害。因為憲法並不容許此種至少在前述範圍內之損害賠償義務，所以對於財產具體內涵的侵害可能也存在於一個可供執行的判決中。再者，其自由行使職業的基本權也可能受到違法侵害，因為他被要求基於憲法不容許的理由，提供損害賠償。

4. 針對憲法訴願，德國法學家學會（Deutsche Juristinnenbund）、2) 與 3) 之被告（醫療機構與大學中之醫師）以及原審原告均提出其主張。聯邦最高法院的立場則見之於 1 BvR 479/92 程序中。

a) 德國法學家學會認為若涉及到醫師對於未成年子女一般生活需求的責任時，憲法訴願為有理由。但是若判定訴願人必須針對因身心障礙之多重需求，而可以用金錢方式提供給付時，訴願人的憲法訴願則無理由。如果對於子女出生之醫療或諮商的瑕疵乃是共同影響的因素時，不論對於健康或者身心障礙未成年子女一般生活扶養的保障仍是照料小孩的自然產物。這與父母子女親子關係是密不可分，同時也與孕育或生產的狀況無關。屬人性質的家事法上義務可能無法透過損害填補的方式加以轉移。對

於未成年子女因身心障礙而產生的多重需求則應該有所不同。同時父母會因而也有義務對於超出一般生活費用的需求加以清償。對於這些財務上確定的多重需求其實原則上應該由加害人來承擔。因此民法第 843 條第 4 項的規定便權充作為不得因其他人對受害人已經給予家計費用而排除損害賠償請求權的根據。基本法第 2 條第 1 項則是獨立的審查標準。非針對憲法而就損害概念所為之解釋將因損害賠償請求權而導致過度的負擔，而屬一種違反基本法而對於一般行為自由的限制。

b) 在 2) 與 3) 之原審被告主張憲法訴願有理由。廢棄的判決基礎乃是損害的概念，但這與基本法第 1 條第 1 項蘊含的基本原則並不相容，同時也侵害了訴願人基本法第 2 條第 1 項結合第 20 條第 3 項所保障之基本權。我們無法將子女本身的存在以及與之相關的扶養負擔加以區分。毋寧必須從尊重人性尊嚴的義務得出一個無可避免的結論，亦即對於子女的扶養原則上不得被視為一種損害。

c) 原審的原告則認為被指責的判決是合憲的。聯邦憲法法院第二庭的見解只是出現在旁論中，而這根據聯邦法憲法法院法第 31 條第 1 項是欠缺法律拘束力的。因為對於損害以及扶養費用的請求並無法透過規範審查程序的標的得到。父母的任務與義務

是必須完全歸屬於充滿愛心地，將子女長期地接納進家庭。這也不應該因為扶養費用請求轉嫁到第三人身上而有所減損。從而這也不會影響子女的人性尊嚴。個人的存活與物質的條件息息相關。誰提出這樣的扶養請求，並不會因此侵害被扶養者的人性尊嚴，毋寧只是提升其物質上生存的能力。同時根據民法第 844 條第 2 項規定，扶養義務可以被當作損害之回復原狀而轉嫁到第三人身上，而不會因此忽視權利人依自己意願的生存方式。

### III. 憲法法院中各庭表示之法律見解有重大歧異之先決問題由憲法法院第一、二庭聯席會決定

針對本案之訴訟程序，聯邦憲法法院第二庭以 1997 年 10 月 22 日判決<sup>1</sup>的形式表示：合議庭多數決的見解認為在聯邦憲法法院判決第 88 冊第 203 頁以下（特別是第 296 頁）所表示的見解，亦即基於憲法（基本法第 1 條第 1 項）的原因無法同意將對於子女的扶養義務視為損害，涉及到一個民庭的判決中重要的法律觀點。多數的見解進一步認為，當憲法法院中表示法律見解的一庭主張這個見解具有重要的意義，但是相對地其他庭則認為不重要時，這種法律觀點是否具有重要意義之先決問題的裁判應該

由憲法法院第一、二庭聯席大會來加以決定。

透過憲法法院第一庭根據聯邦憲法法院組織法第 48 條第 2 項所作的質問並無結果。

### B. 憲法訴願無理由

憲法訴願並無理由。所被質疑的判決並不違反憲法為透過法官裁判而對法律發展所定下的法律界限（I）。它同時於其事物內容上也不牴觸基本權利（II）。

#### I. 原審判決並未違憲侵害基本權

那些判定訴願人必須負擔損害賠償與慰撫金責任，而受到質疑的判決，捍衛的是法官僅受法律與法之拘束，因此在這個觀點之下這些判決並不該當基本權的侵害。

1. 為裁判基礎的民法契約與侵權法規定（特別是民法第 611、276、249 條以及第 823 條第 1 項與第 847 條）並無憲法上的疑慮。對於每一位法官而言，它們都被當作是針對損害賠償責任問題為裁判時之充足具體的法律依據。

2. 民事法院對於這些條款的解釋，並不逾越源自於基本法第 20 條第 2、3 項之法官裁判權限的界限。

a) 一般法律的解釋以及適於解釋方法的選擇乃是屬於普通法院的事物，而非聯邦憲法法院於正確性之審

<sup>1</sup> 參見附件第 409 頁。

查時應觸及之處。聯邦憲法法院應該確保的僅是基本法的要求有被遵守。

基本法第 20 條第 2 項乃是權力分立原則的表述。如果基本法中的這個原則並非在功能與壟斷之嚴格區分意義下，對於每一個特定的機關個別形成（參考 BVerfGE 9, 268 [279 f.]; stRSpr），那麼將會排除法院宣稱擁有由憲法明確交給立法者的權限（參考 BVerfGE 4, 219 [234]; stRSpr）。基本法第 20 條第 3 項拘束司法應受法律與法之限制。如果法院超出適用規範的角色扮演而變成制訂規範的層級，亦即客觀上被看成免除法律與法之拘束時，則與前揭規定不相容（參考 BVerfGE 87, 273 [280] m.w.N.）。

但是這個憲法原則並禁止法官進一步去讓法律成長。由於社會關係的快速轉變、立法者有限的反應能力以及多數規範本身的開放結構，實定法對於環境關係改變的調適，也屬於司法權的任務。特別是在法律命令與司法個案決定之間因為時間因素而造成差距時有其適用。聯邦憲法法院正好也針對民法典上的問題，表示如是看法（參考 BVerfGE 34, 269 [288 f.]）。

但是法官不能將由立法者所確定的法律意義與目的加以捨棄。司法者的任務應該僅限於在條件變動下，盡可能有效地讓法律效力延續。如果改變的條件涉及到因學術科技進展而形

成新型態的行為或影響可能性時，那麼通常法律的辨識才可能延伸到原有解釋操作的適用領域之外。立法者的目的設定特權通常不會因此受到影響。

因為普通法律也會發生法律續造的問題，所以同樣地普通法院也應該回答，是否以及在何種範圍內變動的關係會要求一個新的法律解答。聯邦憲法法院對於普通法院的評價原則上不能以自己的判斷加以取代。在基本法第 20 條的限制下，它的審查應僅限於普通法院進行法律續造時是否尊重立法者所作的基本決定，以及是否遵守一般承認的法律解釋方法。

b) 這些受到質疑的判決，不論是在對於子女扶養費用的契約責任，或者因為違反婦女意願下的懷孕與生育而應對其給付的慰撫金的決定上，應該有遵守此一標準。

在契約責任上，這些受到質疑的判決是以傳統對於財產損害的理解作為基礎。準此，即使根據不同的損害認定方法，扶養義務原則上也可以被視為民法第 249 條意義下的損害。聯邦最高法院根據契約目的——也是基於經濟上的原因而孕育或產出婚生子女——去衡量契約責任，以及將契約保護領域限於夫妻。這個判決涉及到一般契約責任法上長期發展出的基本原則，但是卻可以延伸到醫療執業行為的新案例之上。至於損害賠償請求

權的進一步發展是否可能朝另一個可能方向邁進，在此並無需討論，因為聯邦憲法法院原則上並不需要去審查民法學理上的普通法律問題。這也符合長年發展的醫療責任法的結論，亦即在前述案例中，民法在生殖醫學的發展與控制能力上，已經找到適當的解答。同時也不反對聯邦最高法院同時在確認損害賠償義務範圍時，保持必要的法律續造限制。於損害賠償法與家事法問題交會的價值決定上，聯邦最高法院在法官法上限制了醫師責任。至於對於損害的認定方法則無疑問。

同時對於非意願下懷孕婦女因懷孕與分娩所造成的痛苦判決應給付其慰撫金，也並不逾越法官法律續造的界限。指責違法地延伸民法第 253 條之規定，其實並未注意到民法第 847 條已經明確地容許對於非財產上損害給予金錢補償。聯邦最高法院將非意願下的懷孕評價為對身體完整性無權的重大介入，因此是一種身體侵害的見解，應仍屬於傳統民法學理範圍內的解釋。

## II. 法律解釋與法律續造的判決並不抵觸基本法

以容許的方式進行解釋與法律續造的判決，同時在其事物內涵上也不抵觸基本法的規定。

審查的標的是憲法上無爭議規範的解釋以及透過民事裁判尋法的論

理。訴願人反對，當他在進行節育手術時未履行他的契約義務，以致於讓子女誕生；或者當若非因為瑕疵進行的基因諮商，使得父母無法採取預防，而無法阻止身心障礙子女的孕育出生，所以必須對於子女的扶養負責。他基於憲法的觀點認為，父母的扶養義務並非契約法意義下的損害，同時因懷孕或者生產所造成的痛苦也並非侵權法意義下的損害。

1. 首先，訴願人根據基本法第 14 條第 1 項，受憲法所保障的財產權並未受到侵害。此一基本權的保護領域原則上並不因為金錢給付義務的轉嫁而受影響（參考 BVerfGE 95, 267 [300 f.]; stRSpr）。判決訴願人應該給付因契約侵害或者因侵權責任的金錢數額，並非對於營業權利的侵害，所以應該不再論究是否基本法第 14 條的保護因此受影響（參考 BVerfGE 84, 212 [232]）。

2. 在審查這些裁判時，同樣也不必權衡基本法第 12 條第 1 項有關職業自由之基本權。民法上契約不完全給付的結果以及因侵權行為所生損害的責任，與責任條件是否在職業行使時發生無關。不論是作為基礎的民法規範或者在前揭訴訟程序中的應用均不涉及職業特殊的限制。損害賠償的義務對於職業活動的行使頂多可能發生間接的效果。因為它特別強調在職業水準的維持下，可以期待審慎的



契約履行；同時也可能對於提供的責任義務保險發生影響。但是契約法與侵權法並不屬於那些即使僅僅在邊界範圍中可能涉及職業活動，而與職業行使具有緊密關係的規範。他們在客觀上並無規制職業的傾向（參考 BVerfGE 13, 181 [186 f.]; 52, 42 [54]; 70, 191[214]; 95, 267 [302]）。

3. 將金錢給付義務之轉嫁作為審查的標準頂多涉及基本法第 2 條第 1 項所保護的一般行為自由。不過這項自由僅在合憲秩序的範圍內受到保障。這是只所有形式上與實質上符合基本法的法規範。如果在解釋或應用這些規範，牴觸客觀憲法規定時，基本法第 2 條第 1 項即可能受侵害。在此可能暫時擱置的問題是，基本法第 2 條第 1 項在何種範圍內可以在它延伸出一般行為自由的保障意義下，讓訴願人在他並非明確地被涵蓋於具體基本權規範保護目的之處（在此參考 BVerfGE 61, 82 [112 f.]; 85, 191 [205 f.]），也可以主張客觀的憲法受侵害。它毋寧只決定保護一些可以歸屬於原審訴訟程序中獲勝對造的法律地位。因為訴願人指責違反基本法第 1 條第 1 項，也因此違反最重要的憲法原則與自由民主秩序中最高的基本價值（參考 BVerfGE 6, 32 [36, 41]; 45, 187 [227]；50, 166 [175]; 87, 209 [228]）。是否訴願人可以另外指責基本法第 6 條第 1 與第 2 項受侵害，

並不需要專門審查。因為這些規範相較於基本法第 1 條第 1 項並無獨立的重要性。

a) 對於民法價值問題的回答是受到一些於憲法基本權清單中明確表示的客觀基本原則決定所影響。因此根據憲法，普通法院應有義務在解釋或適用民法條款時必須將基本權視為一種「指導方針」而加以尊重。如同在解釋一般概括條款時，在進行法律續造時也必須遵守憲法基本決定的標準。如果在具體個案判決中，法院忽視或誤解這種基本權的輻射效力時，法院就是以公權力主體之姿而侵害了訴訟程序中當事人的基本權（參考 BVerfGE 89, 214 [229 f.] 關聯至 BVerfGE 7, 198 [206 f.]）。對於聯邦憲法法院而言，其審查之權限應該僅限於憲法上的問題而已。它僅能針對解釋的瑕疵，亦即對於基本權意義，特別是基本權保護領域的範圍同時在基本權的實質效用上具有個別的重要性，原則上所作的錯誤理解（參考 BVerfGE 18, 85 [93]; 42, 143 [149]；85, 248 [257 f.]）。

在這種對於民事法院判決的違憲審查上應該特別注意，有可能在民事判決理由上，針對基本權的保護內涵進行衡量。前揭案件涉及到醫療責任與家庭範疇的交界。如果醫師提供協助的醫學進展可以在最私密以及由配偶自主負責的領域中獲得確信，則應

該特別賦予民法典中侵權法與契約責任法若干功能，以保障因此受到危害的父母或子女人格、婦女身體之不可侵害性以及父母的人格自決權。當現行責任法可以達成這樣的進一步發展時，司法就應該停止針對個人進行衝突利益的比較。在此法院應該注意，如果有責的醫療行為在這個領域中持續地不受制裁，父母將單方承擔醫療瑕疵的風險。

b) 在描述責任構成要件上，聯邦最高法院已充分第考量基本法第 1 條第 1 項的輻射效力作用。

(1) 個人的社會價值與受尊重的要求是和基本法上被視為最高價值與最重要憲法原則的人性尊嚴緊密相連。它禁止將人單純當作國家的客體，或者將它置於對其主體性有質疑的醫療當中（BVerfGE 6, 32 [36, 41]; 30, 1 [26]）。它讓每一個人都是一個個別的主體，不論它的能力、財富以及社會地位。由它所導出的價值或者受尊重的要求有可能受到侵害（BVerfGE 87, 209 [228]）。個人所要求的人性尊嚴的尊重，並不能從任何一個社會關係中被完全取消（參考 BVerfGE 45, 187 [229]）。這種受尊重的要求不僅會因為其人格被貶抑、被烙印、被迫害與被唾棄（參考 BVerfGE 1, 97 [104]），同時也會因個人的存在被商業化而受侵害。

(2) 在此被質疑的判決不具有重

大的瑕疵。

此種觀點首先是可接受的。以節育與基因諮詢方式避免生育子女，從法規觀之係為可被容許且為合法的。進而言之，可以無庸置疑加以接受的是，在契約上承擔此義務之醫師，所為的是一種可歸責之瑕疵行為。對於在此應判斷的事實中，將對子女的扶養義務視為損害，聯邦法院的判決並未剝奪子女的自我價值，而使其商業化。民事法的責任構造原則上在此亦不涉人性尊嚴，雖然損害賠償請求權直接以人的存在作為基礎。如此人不會被貶抑為物，亦即貶抑為契約與侵權關係範疇內具有替代性的內涵。民事法上之規定及透過判決作出之解釋均著眼於合理的責任的分配，然而並不會導致基本的人格領域商業化。對於在人格關係上有損害賠償法之適用，並不會使人的人格或人所具有之不得轉讓之權利轉化為交易之物品。同樣地將一部分扶養負擔轉嫁第三人，也不會是對於任何一個請求扶養權人的無價判斷。

承認子女的人格非本於父母承擔之扶養義務。而且依民法之規定，子女之存在只是根據民法第 1601 條以下形成扶養負擔的構成要件之一。不是每個子女都有被扶養之需求（民法第 1602 條第 2 項）。撫養義務和父母的親權是可分開的（參考 BGHZ 72, 229; BGH, NJw-RR 1987, S. 898;

BGHZ 129, 297)。收養喪父或喪母的孤兒並不會緊接發生完全扶養義務（民法第 1755 條第 1 項第 2 款連結社會法典第 6 冊第 48 條第 6 項）。帝國法院時期即已區分子女之存在不得視為損害，與生育者應負擔財產損害性質之扶養義務（RGZ108, 86）。在民法法典中沒有表示貶抑或物化被扶養人，民法典僅就建立負扶養義務家庭成員與加害人間之損害賠償關係（民法第 844 條第 2 項連結民法第 843 條第 4 項）。在許多現代化法典中論及產品，環境和交通責任時，均採用此種填補損害的思維（參考，Heinrich, in: Palandt, BGB, 57. Aufl. 1998, Vorbem. vor § 249 Rn. 137 的指引）。胎兒納入車禍保險也是以此為要件，亦即子女的尊嚴不因扶養義務人扶養義務部分減輕而遭受侵害（參照 BVerfGE 45, 376）。

無庸決定的是，何種形式的損害賠償與民法上之釋義學較為一致。聯邦最高法院選擇了契約責任之財產上損害之救濟方式，而非經聯邦最高法院衡量過之非財產上之損害賠償。聯邦最高法院的立場是，不論是不同的損害調查方法或者是以金錢對於非意願下生育的子女所造成的損害予以適當的補償，都不能免除父母不管有無子女，其生活條件的比較。憲法上重要的是，聯邦最高法院在考慮由父母所產生的法定撫養義務下，所採作的

責任分擔，並不牴觸憲法第 1 條第 1 項之規定。

聯邦憲法法院的任務不是逐一檢驗聯邦最高法院的論證。此並不牴觸憲法第 1 條第 1 款之規定。被判與應負損害賠償責任的醫師乃是自願承擔法秩序並不反對的契約上義務。經由節育或基因危險率之諮詢以防止生育子女之家庭計畫中所施行之醫療協助行為，並不涉及憲法第 1 條第 1 項之規定。若此類協助行為與醫生個人倫理上的確信相矛盾時，則醫生對於契約之簽訂可採取猶豫之態度。因此一個自願接受的契約義務，若為不完全給付時，並無法加以合理化。

當醫生在此範疇內為行為時，則其醫療上之專業職權係為應負擔責任之父母親權服務，此時父母為了在經濟上保障已經出生之子女，或者因為過度擔憂 – 在此指的是生出第二個重度身心障礙的子女 – 而不考慮生育第二個子女。在這樣的案例中，如同聯邦最高法院所概括表示的內容，民法不完全給付的責任，可以提高父母對於即使如此還是出生而被家庭接納子女的接受度。

由憲法訴願人所提出的理由，亦即聯邦最高法院的判決可能牴觸家事法上扶養義務的體系，或者當子女知悉他的出生原來是應該被避免的，而可能對於子女產生心裡損害之虞等等，均與基本法第 1 條第 1 項的基本

思維無關。進一步可以主張的還有，父母財務上的負擔從整體的家庭關係來看，不能避免其他形式的因小失大。這涉及民法上衡量的問題。這點聯邦最高法院已經個別加以討論過。

在原審中涉及到一些父母在孕育後才知悉已經懷胎的子女。透過聯邦最高法院作為責任基礎的簡單家庭計畫，可以用許多方式知悉。它是否會變成損害，跟父母的經濟負擔無關，有關聯性的反而是出生後父母-子女的關係。這裡所承認的損害賠償請求權的前提在於子女的出生無法避免（參考BGHZ 76, 249 [258]; 76, 259 [264]以及本案例中聯邦最高法院的意見）。同時也不用擔憂這些受質疑的判決會激起或增強當事人針對為計畫生育的子女的負面觀感。我們不能夠主張醫師違反他倫理上的自我認知，而只是為了避免將來的責任或者是僅考量墮胎投保職業責任保險的影響而作諮商。若是父母可以因此而免除負擔，他就不會捨近求遠地因為下一個或者身心障礙的子女所造成的經濟負擔，而作出對子女不利的決定。聯邦最高法院正好也否認可以用墮胎的方式來減輕損害的義務。對於父母而言，在此受到質疑的判決毋寧才是可以針對因為醫師從事的節育手術或基因諮商，而危及父母人格權以及危及規劃中親權範圍內自我決定權危險的必要保護。

### C. 聯邦憲法法院第一庭與第二庭的 聯席會議

前揭所為之判斷不能迫使，本於第二庭於1993年5月28日所為之判決（BVerfGE 88, 203 [296] 與判決要旨 14）而向第一庭與第二庭的憲法法院聯席會議為請求。在此並不滿足聯邦憲法法院法第 16 條與聯邦憲法法院組織法第 48 條所規定的前提要件。

#### I. 第一庭在形式上未採用第二庭 的法律見解

第一庭在形式上並未採用第二庭於1997年10月22日決議中所闡釋的法律見解。關於此相關之程序只有由依法律及事物分配所任命之法官決定之（BVerfGE 95, 322 [327 ff.]）。這也包括，有關庭所作判決的陳述，是否屬於最重要理由的問題。

#### II. 聯邦憲法法院法第 16 條

當對一法律問題，一庭法律見解與他庭在判決所為之法律見解相異時，依據聯邦憲法法院法第 16 條之規定，聯邦憲法法院第一庭與第二庭聯席會議則須合議決定之。

1. a) 在文義上，雖然此條之規定似乎有別於聯邦最高法院對於請求組成大法庭之規定（參考：例如法院組織法第 132 條第 2 項）。可是在實質上卻是適用同樣的要件。針對聯邦憲法法院法第 16 條，聯邦憲法法院自始就作出如下之解釋：對於他庭在

判決中所採納之法律見解，另一庭乃有意與其背離時，方可請求第一庭與第二庭聯席會議之合議（參考 BVerGE 4, 27 [28]; 77, 84 [104]）。此種解釋所考量的是法庭有限職權，因法庭僅能對於其應表示之案件為決定，同時其陳述僅能關於其判決所據之範圍內才具拘束性之效力。

b) 對於判決而言最重要的是那些無法不加以思考的法條，而不是根據在判決中表達的思考邏輯所作出的具體審判結果。反言之，在一判決事件中非屬介於一般法律規範與具體判決之論證關聯性的法律闡釋則並非最重要的。從判決具體內容之理由，來判斷是否有重要之理由。鑑於依據聯邦憲法法院法第 31 條所得之憲法法院上判決之特殊射程，判決上具有拘束性之陳述必須亦是限於局外人可得而知內容。關於此問題，非取決於法官是否覺得此特定法律見解是否重要，而是此法律見解是否對於判決案件中的論證關聯性具有可得而之重要性。

c) 在 1993 年 5 月 28 日之判決（同上，第 296 頁及要點 14）中，第二庭明確地表示，依據憲法之規定（基本法第 1 條第 1 項），並不考慮將子女存在之法律資格視為損害源。國家高權之義務，係為保護每個人之存在，但禁止將對於子女之扶養義務理解為損害。鑑於對於契約標的在法律上各異評價，詳細闡述不需一致的

適用於施行墮胎之契約與（合法性）節育手術及基因諮詢之契約。本判決不同意的是，第二庭將其陳述亦延伸至與墮胎無關之合法性醫療活動之上。

然而依據正在作出裁判法庭之見解，在此範圍內第二庭之陳述無論如何是不可被接受的。第二庭所應決定的規範審查申請係涉及諮詢模型的核心條文，核心條文之違憲可能肇致整體法規之無效。在審查時，刑法的規範也存在一個提問，係指在何種範圍下立法者容許放棄刑法上之處罰，而且此種刑罰權之放棄在何種範圍下須經由其他法規來填補。從對於尚未出生胎兒的保護義務思考面向出發，必須檢驗立法者所採取的預防措施是否已足夠。唯有當本於保護生命之觀點，立法者形成之內涵已經充分時，方可基於此思考而聽任立法者決定，係透過刑法抑或由諮詢之方式解決（同上，第 258 頁）。

從而言之，此種具有法律效力諮詢計畫的陳述非全面性適用，而是僅在涉及立法者欲實施之諮詢計畫之範圍內方得適用。法庭亦贊同此觀點，因在 D I I a 詳細闡述中亦涉及此。因此也接著就裁判標的，墮胎和經由醫療諮詢所為之胎兒保護補充討論之。同時醫療上的瑕疵諮詢僅在判決第 V 段中與墮胎關聯之議題上被討論。依據第二庭之見解，諮詢計畫一

方面要求將墮胎解釋為違法性，另一方面要求納入醫生的保護責任。根據第 V 1 到 5 段就職業法與契約法之所有進一步論述，僅涉及基於墮胎原因之契約。依據合法節育或基因上之諮詢，在判決本身與關於保護計畫上，無法建立一個與契約責任有因果關係的法律關聯。次類案例之論述僅出現在作為證明引用判決之指示。憲法法庭僅限於要求民事法庭去審查其判決，而非裁判其具有重要意義的陳述。

第二庭有關陳述範圍之見解，亦被大多數的學說所承認（Giesen, JZ 1994, S. 286 [288]; Schöbener, JR 1996, S. 89; Deutsch, NJW 1994, S. 776 [777]; Roth, FuR 1993, S. 305 [307]; Schiemann, in: LM BGH, § 249 [A] BGB Nr. 109, Bl. 5; Höfling, in: Sachs, Grundgesetz, 1996, Art. 1 Rn. 27; Boin, JA 1995, S. 425 [427f.]; Weiß, JR 1994, S. 456 [462]; Ratzel, MedR 1994, S. 200; 持明確保留之看法為 Beckhaus, MedR 1996, S. 201 [202]; 亦同者為 Lang, in: LM BGH, § 823 [Aa] BGB Nr. 154; 同時還可參考 Heinrichs, in: Palandt, 57 Aufl. 1998, Vorbem. vor § 249 Rn. 47)。

2. 由於並無聯邦憲法法院法第 16 條所規定，如同於其他訴訟法規範，可以請求由憲法法院聯席庭針對原則上重要的問題加以解決的條件（參考，如法院組織法第 132 條第 4 項），因此憲法法庭也不得請求聯席會議針對如下問題為決議。亦即就他法庭對特定法律問題已經預先表示之論述，得否賦予其需由聯席會議決議之原則性重要的意義，

迄今聯邦憲法法院不採取此種見解。第一法庭認為廣義的解釋聯邦憲法法院法第 16 條是不具正當性的（參考 在此如同 Lechner/ Zuck, B VerfGG, 4. Aufl., § 16 Rn. 5）。憲法問題經常具有原則性之重要意義。不過，即使如此憲法問題仍是分配給兩個憲法法庭依其各別職權而各自決定之。

#### D. 判決結果

本判決就第 B 節部分，作出 6 票同意，2 票反對之決議，第 C 節部分，則有 5 票同意，3 票反對。

法官：	Seidl	Grimm	Kühling
	Seibert	Jaeger	Haas
	Hömig	Steiner	