

# 【第二次墮胎案】判決

BVerfGE 88, 203-366 -

Schwangerschaftsabbruch II

聯邦憲法法院第二庭1993. 5. 28. 判決- BvF 2/90 -

BvF 4/92 - BvF 5/92

李建良 譯

## 裁判要目

裁判要旨

案由

裁判主文

A. 事件經過

I. 墮胎問題的法律爭點

1. 保護人類生命與懷孕婦女自決權之衝突

2. 刑法規定

3. 刑法改革補充法之規定

4. 合法墮胎指標規則之成爲本案審查標的

II. 本案的時空背景

1. 原東、西德對墮胎有不同規定

2. 統一條約授權東西德之立法者以合憲方式解決此種規範衝突

a) 草案之提出

b) 草案之審議

3. 孕婦及家庭扶助法內容

a) 孕婦及家庭扶助法基本內容

b) 新刑法之規定

c) 其他規定

III. 其他法律爭點

B. 各方意見

I. 巴伐利亞邦政府的主張

1. 舊刑法規定之墮胎規定係屬違憲

2. 對墮胎予以醫療保險給付係屬違憲

a) 社會醫療保險制度之憲旨

- b) 帝國保險法對墮胎予以醫療給付之規定違反保護生命義務
- II. 聯邦政府與部份邦政府的主張
  - 1. 聯邦政府與部份邦政府認為本案聲請無理由
  - 2. Baden-Württemberg 邦政府之見解
  - 3. Rheinland-Pfalz 等邦政府之見解
  - 4. 其他團體
- C. 相關機關之意見
  - I. 巴伐利亞邦政府等之主張意旨
  - II. 巴伐利亞邦政府等的聲請理由
    - 1. 基本法所保護之生命出生前即已存在
    - 2. 諮詢之保護功能
    - 3. 孕婦及家庭扶助法第十三條第一項規定無效
    - 4. 墮胎聯邦統計係憲法之要求
    - 5. 孕婦及家庭扶助法第十五條第二款規定，聯邦無立法權
    - 6. 孕婦及家庭扶助法第二條規定違憲
  - III. 聯邦眾議員及部份邦政府之意見
    - 1. 聲請無理由
    - 2. 諮詢旨在協助
    - 3. 聯邦有立法權
    - 4. 社會給付仍屬聯邦立法權限
    - 5. 廢除聯邦統計規定無可議之處
- IV. 法律鑑定書
- V. 言詞審理程序
- D. 判決理由
  - I. 國家保護人類生命之意義
    - 1. 國家對生命的保護義務
      - a) 人性尊嚴始於未出生之生命
      - b) 對未出生生命之保護係涉及個別生命
    - 2. 國家應透過誠命與禁止規定確定行為規範
      - a) 刑事處罰規定之保護作用
      - b) 胎兒生命權與婦女身體權的考量
      - c) 禁止保護不足原則之適用
    - 3. 基本法對保護生命義務之委託
      - a) 母親應享有社會照料
      - b) 憲法課予立法者對未出生生命保護、婚姻及家庭保護之義務
      - c) 國家對放棄工作而教養子女而在扶養法上

- 受到不利者予以平衡
- d) 國家各機關及媒體應宣揚胎兒生命權之保護觀念

#### 4. 國家應採行之規範上及事實上之措施

- a) 立法者之形成空間
- b) 憲法法院審查之立法措置之適當性標準

### II. 立法者另類的保護措施

1. 統一條約之要求
2. 立法者如何發展新的保護構想
3. 新的保護措施須與母親共同為之
4. 諮詢的呼籲功能
5. 諮詢之各種狀況
  - a) 指標之確認與諮詢之關係
  - b) 諮詢的特殊情形
  - c) 立法者之注意及改善義務

### III. 諮詢構想的保護作用

1. a) 諮詢須屬義務
- b) 諮詢須能影響婦女
- c) 諮詢規則不作為墮胎合法化事由
- d) 諮詢規則須以預防性保護為重點
2. 諮詢不能作為墮胎合法之理由

- a) 墮胎不得變成原則上係合法

- b) 例外確認墮胎為合法之決定，須受審查

3. 諮詢在特定的要件下，有可能作為合法墮胎之要件

4. 諮詢後之墮胎並非全屬合法

### IV. 實施諮詢的憲法要求

#### 1. 諮詢內容

- a) 婦女對胎兒之責任感
- b) 諮詢程序不會貶低婦女責任感
- c) 其他扶助措施
- d) 諮詢對象

#### 2. 諮詢規則

- a) 諮詢結束始能開立書面說明
- b) 墮胎不得緊接在諮詢之後

#### 3. 諮詢組織

- a) 諮詢組織須具有保護胎兒之基本態度
- b) 諮詢人員須具有專業背景
- c) 實施墮胎者不得為諮詢人員
- d) 國家對諮詢組織應給予一定之法律地位
- e) 國家之監督

### V. 施行墮胎醫師之義務

1. 墮胎醫師之義務
    - a) 墮胎醫師的確認
    - b) 醫師的告知
    - c) 醫師對墮胎合法性的判斷
    - d) 醫師的記錄義務
    - e) 醫師的保護構想
  2. a) 醫師之墮胎決定無拘束力
    - b) 醫師的職業規範
    - c) 醫師的闡明義務
  3. 醫師的培訓
  4. 醫師拒絕墮胎不應有任何不利
  5. 墮胎須在一定處所
  6. 醫療契約之責任
- VI. 防範來自孕婦周遭人員之侵害
1. 懷孕婦女會受到周遭親友的壓力
  2. 婦女應擁有不受外力支配之空間
    - a) 制定規範使其他人責任能合乎要求
    - b) 其他人不得急於提供協助
- E. 系爭規定的違憲性
- I. 新刑法第二一八 a 條違憲而無效
    1. 合法化事由具有穿透力
    2. 新刑法第二一八 a 條未詳細規定急迫情況之存在
  3. 新刑法第二一八 a 條無法為合憲解釋
  4. 新刑法第二一八 a 條以同法第二一九條為前提
- II. 新刑法第二一九條的違憲性
1. 諮詢機構組織與監督無法發揮保護作用
    - a. 組織方面
    - b. 國家對諮詢機構的監督
    - c. 新刑法第二一九條關於諮詢整體規定有瑕疵
  2. 新刑法第二一九條是否符合國家保護義務的憲法要求
    - a. 該規定未彰顯諮詢目標
    - b. 該規定重點似僅在提供資訊
    - c. 尚應告知其他可運用之協助
    - d. 婦女諮詢後之決定墮胎尚非得逕稱為「良知決定」
- III. 孕婦及家庭扶助法規定違憲
- IV. 廢止墮胎統計之規定違憲無效
1. a) 立法者之改善義務

- b) 國家機關的持續性義務
- c) 國家機關的觀察義務
- 2. 廢除聯邦統計規定合乎對生命保護之義務
- V. 社會法典是否違憲之判斷
  - 1. 社會保險部份
    - a) 社會保險之意義
    - b) 非違法墮胎可否列入社會保險之中
  - 2. a) 施行不違法墮胎固可請求醫療保險給付權力
    - b) 墮胎合法性未確定時，不得推定為不違法
    - c) 對不合法墮胎給予社會保險給付違憲
  - 3. a) 第三人亦不得成為給付義務人
    - b) 諮詢保護如何形成應屬立法形成自由
  - 4. 孕婦薪資繼續支付部份
    - a) 薪資繼續支付之規定內容
    - b) 薪資繼續支付之規定不違憲
  - 5. a) 不違法墮胎的社會保險醫療給付
    - b) 社會保險給付的過渡

規定

## VI. 孕婦及家庭扶助法第十五條第二款規定部份違憲

- 1. 確保醫療院所的供給係國家任務
- 2. 聯邦就此有競合立法權的合憲解釋
- 3. 部份規定係侵害邦之規定權限
  - a) 聯邦國家原則的意含
  - b) 新第五次刑法改革法第四條規定違反聯邦國家原則
- 4. 上開規定應屬無效
- 5. 各邦對孕婦必要照顧有立法權

## F. 巴伐利亞邦聲請部分不予受理

- 1. 巴伐利亞邦聲請抽象法規審查部分標的喪失
- 2. 其他聲請部分仍屬有效

## G. 暫時命令程序

Mahrenholz 及 Sommer 法官之不同意見書

### I. 國家對未出生生命保護義務的限縮與孕婦基本權地位

- 1. 初期懷孕衝突
- 2. 國家對懷孕進程的保護程度
- 3. 基本權利釋義學的理解

4. 期待不可能基準的判斷
5. 孕婦之基本權地位亦應根源於人性尊嚴

## II. 經諮詢後之墮胎應認為合法

1. 墮胎合法化例外情況之肯認仍符合基本法
  - a) 懷孕衝突係高度屬人性的衝突
  - b) 決定墮胎應屬有急迫情事
  - c) 婦女有個人犧牲的界限
2. 拒絕承認諮詢後墮胎的合法性無法保護生命
  - a) 無法直接保護未出生生命
  - b) 墮胎的非價判斷不會來自於刑法外的非難

## III. 其他規定之合憲性

1. 新刑法第二一八 a 條應屬合憲
2. 諮詢後墮胎給予社會醫療給付並不違憲

## IV. 附論

1. 憲法之保護義務並未要求對墮胎醫師施予刑事制裁
2. 扶養小孩是否為財產上損害可以不論

## Böckenförde 法官之不同意見書

1. 諮詢後之墮胎不得視為「不違法」
2. 憲法並未強制排除諮詢墮胎的社會保險醫療給付
  - a) 無法明確劃分違法或不違法之墮胎
  - b) 拒絕對諮詢墮胎提供社會保險醫療給付違反事理
  - c) 亦會對孕婦人格權造成侵害
  - d) 保護胎兒生命不必然導出此種給付的拒絕
3. 諮詢墮胎的合法與違法性應由立法決定
4. 法規對解決社會問題的有限性

## 裁判要旨

1.基本法課予國家保護人類生命，包括保護未出生生命的義務。此項保護義務的基礎在於基本法第一條第一項；其客體及——由該客體所生的——範圍，則由基本法第二條第二項作進一步的規定。未出生生命亦享有人性尊嚴。在未出生者自我生命權的意義下，法秩序必須確保其發展的法律要件。此項生命權並非藉由對母親權利的承認始告成立。

2.對於未出生生命的保護義務是牽涉個別的生命，而非只是涉及一般性的人類生命。

3.法律上對未出生生命所提供的保護，亦包括對抗其母親在內。此種保護唯有當立法者原則上禁止母親墮胎，同時課予母親負有原則性分娩義務，始有可能。墮胎的原則上禁止與分娩的原則性義務，乃是憲法上保護要求之兩項不可分離的要素。

4.在整個懷孕期間的墮胎均應視為不法，而應在法律上予以禁止(經BVerfGE 39,1[44]所確認)。未出生者的生命權，縱令其存續期間有限，亦不能取決於第三人之法律上不具拘束力的自由決定，即使由其母親自身為之，亦同。

5.對於未出生人類生命的保護義務，其範圍一方面須著眼於應受保護法益的重要性與值得保護性，另一方面

則應考量相互衝突的法益而加以確定。而受未出生者生命權所觸及的法益，——從懷孕婦女請求保護及尊重其人性尊嚴(基本法第一條第一項)的觀點出發——於此可資考量者，主要是懷孕婦女的生命權和身體不受侵害權(基本法第二條第二項)及其人格權(基本法第二條第一項)。反之，因墮胎而伴隨對未出生者的殺害行為，懷孕婦女不得主張基本法第四條第一項所保障的基本權法律地位。

6.國家為履行其保護義務，應在規範上及事實上採取充足的措施，始能——在顧及相對立的法益之下——達到一個適當且有效的保護(不足禁止)。就此需要一種保護構想，其能結合預防性與抑制性保護的要素。

7.概括地解除婦女分娩的法律義務——即使僅於特定期間——，亦非婦女基本權利的範圍所及。惟基於婦女的基本權地位，於例外情形得免除此項義務，於若干情形甚至應予免除。如何於個別情況依期待不可能標準確定此等例外情形，乃屬立法者的任務。於此必定有若干負擔，其要求婦女必須犧牲自己的生命價值，但卻對婦女無期待可能性者(經BVerfGE 39,1[48 ff.]予以確認)。

8.不足禁止(原則)不允許捨棄刑法手段以及刑法所產生對人類生命的保護效果。

9.國家保護義務尚包括免於如下危險的保護，亦即

來自懷孕婦女的家庭或其他社會環境，或來自該婦女及其家庭現在及未來可預見的真實生活，其將對未出生人類的生命有所影響，同時阻礙婦女分娩嬰兒的意願者。

10. 保護委託尚且要求國家必須在一般意識中維持並喚起對未出生生命的法律上保護訴求。

11. 在憲法上，立法者原則上非不得改以另類保護未出生生命的構想，此項構想對於懷孕初期發生懷孕衝突的情事，可將重點置於對懷孕婦女的諮詢上，以促使該婦女同意生下小孩，同時放棄以指標為準據的刑法制裁(indikationsbestimmte Strafdrohung)以及由第三人確定指標構成要件的作法(譯註1)。

12. 上述諮詢構想需要周邊條件，以設定積極條件，使婦女作出有利於未出生生命的行為。關於諮詢程序的實施，國家擔負全部的責任。

13. 基於國家的保護義務，醫師爲了婦女利益所爲必要的參與，必須同時具有保護未出生生命的作用。

14. 在法律上將子女的存在視作損害的來源，乃爲憲法所不許(基本法第一條第一項)。因此，不得將扶養子女義務當作是損害。

15. 未經確定指標要件、僅依諮詢規則所爲之墮

---

(譯註 1) 所謂指標(Indikationen)者，主要係指以醫學上、優生學上、犯罪學上及一般急迫情況等原因，作爲墮胎合法化的事由。

胎，不得被宣告為合法(非違法)。基於法治國家所不能捨棄的基本原則，例外的構成要件，須由國家負責確定其要件的存在，始能具有合法化的效果。

16.對於合法性未經確定的墮胎，賦予其請求法定醫療保險給付的權利，並非基本法所許。反之，對於非處以刑罰、僅依諮詢規則施行的墮胎，於經濟上有需要時，給予社會救助，在憲法上並無疑問，勞動薪資的繼續支付，亦同。

17.聯邦法律若僅規定各邦應履行的國家任務，但未就行政機關所得執行的事項作個別規定，則各邦組織權的基本原則視為未受限制。

## 案 由

第二庭於一九九三年五月二十八日基於一九九二年十一月八日及九日言詞審理所為判決

— BvF2190 und 4,5/92 —

## 裁判主文

I. 1.一九九二年七月二十七日所頒行之為保護出生前 / 將出生生命、促進友善兒童的社會、協助懷孕衝突暨規範墮胎法(孕婦及家庭扶助法)(Bundesgesetzbl. I Seite 1398)，其中有關刑法第二一八a條第一項規定於以下部分，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定意旨不符，亦即，該規定將其所定條件下施行之

墮胎行為宣示為不違法，以及該項第一款有關諮詢規定，不符合基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句的憲法要求。該規定全部無效。

2. 上述法律條文中有關刑法第二一九條規定，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定不符，無效。

3. 社會法典第五篇第二十四b條規定，依判決理由意旨，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定相符。

4. 一九七五年八月二十八日頒行之第五次刑法改革法補充措施法(刑法改革——補充法——StREG)(Bundesgesetzbl. I Seite 2289)，其中帝國保險法第二〇〇f條、二〇〇g條規定對於一九七六年五月十八日第十五次刑法修正法(Bundesgesetzbl. I Seite 1213)有關刑法第二一八a條第二項第三款所定之墮胎，給與法定醫療保險給付部分，依判決理由意旨，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定相符。

5. 孕婦及家庭扶助法第十五條第二款規定於以下部分，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定不符，並無效，亦即，該規定廢止一九七四年七月十八日第五次刑法改革法(5.StrRG)第四條有關聯邦墮胎統計規定部分，此條規定經一九七六年五月十八日第十五次刑法修正法(Bundesgesetzbl. I Seite 1213)第三條及

第四條而有所修正。

6.孕婦及家庭扶助法第十五條第二款有關第五次刑法改革法第四條規定，其中對邦最高機關義務規定部分，與聯邦國原則(基本法第二十條第一項、第二十八條第一項)不符且無效；其餘規定依判決理由意旨，與基本法相符。

7.在2BvF 2190程序中所提出的聲請，其中對於一九七六年五月十八日第十五次刑法修正法(Bundesgesetzbl. I Seite 1213)有關刑法第二一八a條第一項第一句第二項及第二一九條第一項第一句規定，請求進行憲法審查部分，業已解決。

II.依聯邦憲法法院第三十五條規定作成如下命令：

1.以一九九二年八月四日判決為基準之有效法律規定，可適用至一九九三年六月十五日為止。於此日期之後至新規定生效之前，適用本命令第二點至第九點的內容，以補充孕婦及家庭扶助法中未經判決主文第一點宣告無效的規定。

2.孕婦及家庭扶助法有關刑法第二一八條規定，於以下情形適用之，亦即，自受胎起十二週內由醫師所施行之墮胎，而該墮胎係經懷孕婦女要求並以書面向醫師證明其至少在接受手術三日前於經認可諮詢機構(參見本命令第四點)接受諮詢者。墮胎之原則性禁止，於此不受影響。

3.(1)諮詢係為保護未出生胎兒的生命。諮詢應致力於鼓勵婦女繼續懷胎，並開啓其對小孩生命的觀點；諮詢旨在協助婦女作出一個負責且有責任感的決定。婦女在接受諮詢時必須意識到，胎兒在懷孕的任何時期，其本身亦擁有獨立於孕婦之外的生命權，因此，在法律秩序上，墮胎只有在例外情形始得為之，亦即婦女因小孩出生所生之負擔，——與孕婦及家庭扶助法有關刑法第二一八a條第二、三項的情形相較——是如此重大且特殊，以致逾越可期待其犧牲的界限。

(2)諮詢提供懷孕婦女建議與協助。諮詢旨在解決因懷孕所生衝突情況，並在急迫情況時提供協助。基於此項目的，諮詢包括

a)開始進行衝突諮詢；於此預期懷孕婦女會告訴諮詢人員其考慮墮胎的事實；

b)(提供)任何依事實情況所必要的醫學、社會及法律上資訊，解說母親與小孩在法律上的請求權以及實務上可能的協助，特別是有助於繼續懷孕及有利於母子情況的協助；

c)懷孕婦女在主張請求權、尋找住屋、尋求照顧孩子的可能性、繼續進修教育時，給與協助，並提供後續的照顧。諮詢時應同時教導如何避免非預期的懷孕。

(3)必要時，應延攬具有醫學、心理醫學及法學素養的專家或其他人士參與諮詢。於進行任何諮詢時，必

須審究在懷孕婦女同意下是否願意請第三人，特別是胎兒的父親或胎兒父母的近親參與諮詢。

(4)懷孕婦女可以依其意願與諮詢人員保持匿名狀態。

(5)諮詢的談話內容，如有助於達成諮詢目標(第一項第一句)時<sup>(譯註2)</sup>，該諮詢談話應立即繼續進行。諮詢人員如認為諮詢已終結者，諮詢機構依婦女的請求，應就第一項至第四項所進行諮詢的事實<sup>(譯註3)</sup>，出具一份載有該婦女姓名及諮詢談話日期的書面證明。

(6)諮詢人員應於記錄中以無法推測被諮詢者身分的方式，確認被諮詢者的年齡、家庭狀況與國籍、懷孕次數、小孩數目以及過去墮胎的次數。諮詢人員尚應註明墮胎的主要原因、諮詢談話的持續時間，以及在特定情況下邀請參與諮詢談話的其他人員。該記錄並應載明曾告訴孕婦何種資訊以及提供婦女何種協助。

4.(1)依第三點實施諮詢的機構——除依孕婦及家庭扶助法第一條第三子條規定予以認可外——須經國家特別的認可。私人及醫療機構，亦得被認可為諮詢機構。

(2)諮詢機構與施行墮胎機構如在組織上或經濟利

---

(譯註 2) 此所謂諮詢目標，係指以保護未出生胎兒生命為目標。

(譯註 3) 所謂第一項至第四項所進行的諮詢，係指依前述(1)-(4)所為的諮詢。

益上有所結合時，其結合不得使該諮詢機構可能享有施行墮胎的實質利益。施行墮胎手術的醫師不得充任諮詢人員；該醫師亦不得隸屬於實施諮詢的機構。

(3)得被認可為諮詢機構者，須能確保第三點所定諮詢目標，並具備此種諮詢所需之具有個人及專業資格且數量足夠的人事配置，同時能與提供母子協助的所有公私機構相互合作。諮詢機構應將實施諮詢的基本準則及其所累積的經驗，逐年以書面記載之。

(4)諮詢機構認可的核發，須依法律上所定期限，由主管機關定期確認之。

(5)各邦應負責使居家鄰近具有足夠的諮詢機構。

5.經婦女要求施行墮胎手術的醫師，負有判決理由(D.V.1. und 2.)所述之義務。

6.第四點所定之認可程序，於現有諮詢機構亦有適用。在諮詢程序終結之前，最遲至一九九四年十二月三十一日之前，該諮詢機構仍得依本命令第三點實施諮詢。

7.一九七四年六月十八日第五次刑法改革法(5.StrRG)(Bundesgesetzbl. I Seite 1297)第四條有關聯邦統計義務與登記義務規定，其經一九七六年五月十八日第十五次刑法修正法(Bundesgesetzbl. I Seite 1213)第三、四條規定所修正，於統一條約第三條所稱區域內，亦有適用。

8. 聯邦社會救助法第三十七a條規定，於本命令第二點所定之墮胎，亦有適用。

9. 在立法者決定引進犯罪學上指標規定並加以確認之前，如具備本命令第二點所定之要件，並由主治醫師或法定保險機構指定醫師以書面證明，依醫師對孕婦的認知，其係犯有刑法第一七六條至第一七九條之違法行為，且有急迫事由足以認為墮胎事實上存在者，法定保險之被保險人及依救助規定享有請求權之人，得於墮胎時申請領取給付。醫師得經婦女的同意向檢察官調取資料，並閱覽偵查中的文件；於此所知悉的事物，屬於該醫師保密義務的範圍。

## 理 由

### A. (事實經過)

總合全部審理程序與裁判之法規審查程序，其標的主要是刑法、社會保險法及組織法有關墮胎的各種規定，亦即基於聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日的判決(BVerfGE 39, 1 ff.)，於第十五次刑法修正法及刑法改革補充法新增規定部分，或於德國統一後為全德新定之孕婦及家庭扶助法規定部分，是否合乎國家在憲法上保護未出生人類生命義務的問題。

### I. (墮胎問題的法律爭點)

1. 因保護未出生人類生命與懷孕婦女自決權之間緊張關係所衍生之墮胎問題，是否能以刑法手段獲致比較令人滿意的解決，其方式又是如何，長年以來即廣受爭辯與討論。一九七四年立法者曾經嘗試以懷孕最初十二個星期為準，採取期限解決方式(Fristenlösung)，據以限制墮胎行為原有的一般可罰性，結果遭到聯邦憲法法院的非難。本院第一庭於一九七五年二月二十五日的判決中(BVerfGE 39, 1 ff.)，宣告一九七四年六月十八日第五次刑法改革法(5.StrRG)(BGBl. I S. 1297)有關刑法第二一八a條規定，因在缺乏合乎基本法價值秩序——如裁判理由所述——的理由下，仍排除墮胎行為的可罰性，故與基本法第二條第二項第一句暨第一條第一項規

定意旨不符且無效。

2.基於前開判決意旨，德國聯邦眾議院於一九七六年五月十八日通過第十五次刑法修正法(15.StÄG)(BGBl. I S.1213)；其中有關刑法第二一八條以下規定(以下稱：舊刑法第二一八條以下規定)即為現行之條文，且為一九八七年三月十日所公布之刑法(BGBl. I S.945, 1160)的基礎。依該法律規定，凡於受孕後墮胎者，原則上應處以刑罰(舊刑法第二一八條第一項、第三項第一句，第二一九b條)。惟於一定期間內之墮胎，如係由醫師施行，且出於孕婦自願，同時考量孕婦之特定急迫狀況，依照醫師認知而有應予墮胎之徵兆者(合法墮胎的指標)，不罰。其主要規定如下：

#### 「第二一八a條

#### 合法墮胎之指標

(1)經醫師所施行之墮胎，不依第二一八條規定處罰，如

1.經孕婦同意並

2.斟酌孕婦現在及將來之生活關係，依醫師之認知，墮胎係為防止孕婦生命危險或對孕婦身體或精神健康狀態具有重大危害之危險，且該危險無法以其他可期待孕婦之方式予以排除者。

(2)第一項第二款之要件於下列情形視為存在，依醫師之認知

1.有明顯理由足以認定胎兒因遺傳基因或出生前之有害影響，致使健康狀態遭受無法除去之傷害，且其程度嚴重，以致無法要求孕婦繼續懷胎者，

2.對孕婦犯有第一七六條至第一七九條之違法行爲，且有明顯理由足以認定懷孕出於該行爲者，或

3.其他墮胎行爲，係爲防止孕婦遭受急迫狀態之危險，且該危險

a)程度嚴重，以致無法要求孕婦繼續懷胎者，以及

b)無法以其他可期待孕婦之方式予以排除者。

(3)於第二項第一款之情形，自受胎起不得超過二十二個星期，於第二項第二、三款之情形，不得超過十二個星期。」

此外，懷孕婦女如於受孕起二十二週內，依舊刑法第二一八b條規定接受諮詢，並經由醫師施行墮胎者，即使欠缺指標事由，仍不受刑罰制裁(舊刑法第二一八條第三項第二句)。而此等要件若未存在，但婦女在接受手術時如處於特殊困境狀態者，法院仍得免除其刑罰(舊刑法第二一八條第三項第三句)。於此情形，刑事制裁僅針對婦女請求墮胎的醫師。對於醫師而言，係適用其他較嚴格的標準：亦即，懷孕婦女在接受墮胎手術至少三日前，如未與一名諮詢人員就可供利用之公私協助事項進行諮詢(參見舊刑法第二一八b條第二項)，且未與一名醫師就醫學上重要觀點進行諮詢，則該醫師所施

行之墮胎即使具有指標事由，仍將因懷孕婦女未經諮詢而受刑事制裁(舊刑法第二一八b條第一項)。再者，凡施行墮胎者，如未經其他醫師以書面陳述墮胎指標事由，則縱令指標事由存在，其行為仍屬可罰(舊刑法第二一九條)。陳述墮胎指標事由之醫師，亦得就社會救助事項及醫學上之重要觀點，與孕婦進行諮詢；關於醫學上重要觀點的諮詢，亦得由施行墮胎的醫師為之。孕婦不受舊刑法第二一八b、二一九條規定之處罰。

3.一九七五年八月二十八日公布之第五次刑法改革法補充措施法(刑法改革補充法－StREG)(BGBl. I S.2289)，其目的在於透過相關社會政策措施，以呼應第五次刑法改革法所作的改革努力(vgl. BTDrucks.7/376 S.1)。

該法係以社會民主黨(SPD)及自由民主黨(FDP)黨團的草案為基礎(BTDrucks.7/376)，再次納入一九七二年聯邦政府法律草案的內容(BRDrucks.104/72)。該草案尚且規定，被保險人於接受醫師墮胎時，得請求法定醫療保險給付。

依立法理由所示，該草案旨在補充刑法第二一八條的改革方向，蓋該條規定僅約略顧及墮胎婦女所面臨的急迫情況，故無法因應非法墮胎的問題。藉由此等法定措施，可以阻止非法墮胎的形成；此外應加確保者，乃懷孕婦女「在法律上不受處罰之情形」，不能因其經濟

狀況而受到不利待遇。該立法理由進一步指出 (BTDrucks. a.a.O., S. 5 f.) :

「施行墮胎時所進行的諮詢與處理，在制度設計上係屬一種法定醫療保險給付，藉由此種方式得以確保(諮詢的)妥適實施。此項任務的遂行，在本質上亦是基於公共利益。因此，被保險人不應單獨負擔費用。基於此項理由，乃就聯邦的財政分擔有所規定。」

基於勞工暨社會秩序委員會的建議，德國聯邦眾議院曾接受若干修正草案 (Deutscher Bundestag, 7. WP., 88 Sitzung vom 21. März 1974, StenBer. S. 5763 ff.)。此等修正草案的主要重點是，將醫療保險給付及社會救助給付擴及由醫師所為不具可罰性之結紮手術，並明文確認因結紮或墮胎手術而喪失工作能力，所生醫療金及薪資繼續支領請求權，此項請求權於立法審議時曾引起爭議 (vgl. BTDrucks. 7/1753, S. 5 bis 11)。而在聯邦參議院拒絕同意此項草案之後，協調委員會乃提出一項法律條文建議，該條文旨在確認，依照聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日判決之後所新定的墮胎處罰規定，僅立法者所承認之由醫師施行之「非違法」墮胎，始得給予上開給付 (BTDrucks. 7/3778, S. 2 f.)，該項條文後來成為法律，其——與本案有關部分——內容如下：

「 IIIa. 其他協助

## 第二〇〇e條

被保險人得就受孕規則有關問題請求醫師諮詢；醫師諮詢包括必要之檢查與受孕方法之處方。

## 第二〇〇f條

被保險人得就非違法之結紮手術與由醫師施行之非違法墮胎行爲，請求給付。其內容包括懷胎與墮胎之醫師諮詢，醫師之檢查與爲確認非違法結紮與非違法墮胎前提要件所爲之鑑定，醫師之治療、藥物、急救物品及藥劑之供應以及住院治療。被保險人如因非違法結紮手術或由醫師施行之非違法墮胎而喪失工作能力者，得請求醫療金。但得依第一八二條第一項第二款規定請求者，不在此限。

## 第二〇〇g條

除有其他規定外，有關醫療救助之規定，於第二〇〇e條與第二〇〇f條之給付給與，準用之。第一九二條第一項規定，於非違法之結紮手術與由醫師施行之非違法墮胎所生醫療金之給與，不適用之。」

4.關於指標規則(Indikationenregelung)，特別是一般急迫情況之指標構成要件，以及墮胎的醫療給付，在法律及政治上仍然備受爭議。巴伐利亞邦政府乃在一九九〇年三月間向聯邦憲法法院提出聲請，請求法院對諮詢暨指標確定程序以及因一般急迫情況之墮胎所生醫療保險給付等規定，進行憲法審查；此項聲請(2BvF 2/90)

係本裁判之標的。

## II. (本案時空背景)

一九九〇年十月三日德國統一，伴隨而來的全德法律統合任務，促使推動改革有了新的契機。

1.關於墮胎的可罰性，最初在兩德各存有不同的規範。基於一九九〇年八月三十一日的統一條約(Einigungsvertrag = EV)暨一九九〇年九月二十三日的統一條約法(BGBI. II S. 885; vgl. dort Anlage II, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt I Nr.1)，併入區域(譯註4)依一九六八年一月十二日東德刑法第一五三條規定、一九八八年十二月十四日的新修正條文(GBl. DDR I 1989 S. 33)，暨一九九〇年六月二十九日第六次刑法修正條文規定(GBl. DDR I S. 526)，凡是「違反法律規定」而中斷婦女懷胎者，應予處罰。教唆或幫助婦女自行墮胎或實施非法墮胎者，亦同。依統一條約規定(a.a.O., Anlage II, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt I Nr.4 und 5)而繼續適用之一九七二年三月九日墮胎法規定(GBl. DDR I S. 89)以及同日頒布的施行規定(GBl. DDR II S.149)，其中即含有期限規則。依該法第一條第二項規定，懷孕婦女在懷胎開始十二週之內，得由醫

---

(譯註 4) 即德東地區。

師在助產－婦科機構中施行墮胎。依同法第二條規定，於上開時點之後的墮胎，僅能於下列情形予以施行，亦即，如可預期繼續懷孕將危及該婦女的生命，或有其他重大原因存在者；對此由專業醫師委員會決定之。依同法第三條規定，下列情形之墮胎原則上不受容許，如果墮胎可能導致嚴重危害健康或有生命危險的併發症(第一項)，或距最近一次墮胎不到六個月者(第二項)。第四條第一項將合法墮胎的準備、施行及事後處理等事項，視同在勞工法及保險法上之疾病。

2.一九九〇年八月三十一日之統一條約第三十一條第四項授權全德之立法者，最遲應在一九九二年十二月三十一日制定規範，保護未出生生命，並以合憲方式解決懷孕婦女的衝突情況，且應較之當前兩德情形為佳。

a) 一九九〇年，自由民主黨黨團(BTDrucks. 12/551)、議員Christina Schenk等人暨聯盟九十 / 綠黨團體(BTDrucks. 12/696)、社會民主黨(BTDrucks. 12/898)、議員Peter Bläss等暨民主社會黨 / 左派名單(BTDrucks. 12/898)、基督教民主聯盟 / 基督教社會聯盟黨團(BTDrucks. 12/1178(neu))以及Herbert Werner等人(BTDrucks. 12/1179)，分別提出適用於全德的墮胎新規定法律草案。於立法審議過程中，議員Inge Wettig-Danielmeier、Uta Würfel等人另外提出法律草案(BTDrucks. 12/2605, ersetzt durch die BTDrucks.

12/2605(neu))。此項草案嗣後經修正而被接受，其刑法部分的核心是根本性地修改刑法第二一八條規定，並重新規定諮詢規則(刑法第二一九條)。依該草案規定，於受胎起十二週之內，經懷孕婦女同意而由醫師所施行之墮胎，如該婦女至少在接受手術前三天接受合格諮詢機構之諮詢者，不再屬於刑法第二一八條之規範範圍，並取消現行的犯罪學指標與急迫情況指標之要件，僅保留以醫學上及優生學上的指標作為合法化事由。

修正草案理由指出，有鑑於未出生生命法益的重要性與憲法對此法益的保障，不能捨棄以刑法作為保護手段。然而，自從一九七六年採行指標規定以來，根據經驗顯示，要以急迫情況的存在，作為充分具體、且在醫學界及法院上可以檢驗的墮胎合法標準，誠不可能，畢竟只有懷孕婦女本身才能判斷其所遭遇的衝突情況，因此，有必要尋求足以兼顧未出生生命價值與婦女自我負責的法律規範。聯邦憲法法院於一九七五年二月二十五日的判決中，並未宣告所有的期限解決方式違憲。按基於保護未出生生命的需要，刑法手段究竟要運用到何種程度，端視其他相關規範是否足以提供未出生生命事實上的保護。準此而言，本草案對於刑法規定的修正，其是否合乎憲法的前提要件，一方面在於國家是否掌握足夠的社會政治手段，以保護未出生生命，而本提案所規定的社會政策措施，即為合乎此項需求。另一方面應予確

認者，乃婦女對於是否墮胎作出負責的良知決定時，仍不能背離憲法為保護未出生生命所確立的基本決定。此點在程序上係透過義務性的諮詢予以確保，於此程序中，可以針對婦女的衝突提供建議(Rat)與協助(Hilfe)，並給與婦女有關國家提供協助的資訊，以作為徹底因應各種狀況的基礎。此種作法的主要考量是，如果婦女不須受到其他機構判斷的支配，而可以經由合格的諮詢，且在深思熟慮之下，自行作出繼續懷孕的決定，則婦女作成有利於未出生生命決定的意願將會最大，但婦女的決定自由不能使未出生生命失去保護。而在上開方式之下，將可以讓婦女——不是在諮詢程序中受到監護——在遇有衝突情況時獲得協助，從而作出有利於小孩的決定。由於此種諮詢談話建立在懷孕婦女與諮詢人員之間的責任接觸上，而此種接觸復無法強制，故婦女既不負有陳述義務，且不受合法化的強制，當然，婦女得依其意願獲得解決衝突狀況的建議。諮詢旨在營造諮詢人員與懷孕婦女之間相互信任的氣氛，俾使懷孕婦女得以評估，除了墮胎外，是否尚有其他解決衝突的方法。此外，修正草案還納入帝國保險法有關墮胎醫療給付的規定，以作為社會法典第五篇第二十四a條及第二十四b條。關此修正理由謂(vgl.BTDrucks. 12/2605(neu), S. 20)：

「第二十四b條之規定主要相當於現行帝國保險法

第二〇〇f條。…並涵蓋受胎最初十二個星期內經諮詢後所施行之墮胎，蓋第十一條有關刑法第二一八條第五項規定阻卻墮胎的構成要件。故有關費用承擔的規定，並未改變現行的法律狀態，殆可確定。」

草案中同時包含第五次刑法改革法第四條的修正規定(廢除有關墮胎的聯邦統計，確立墮胎機構的周邊配備)，其修正理由如下(BTDrucks. 12/2605(neu), S. 23)：

「現有的第四條規定並無必要。新修正第四條規定則課予各邦負有使施行墮胎機構充分供給的義務。此點不僅適用於門診機構，尚包括住院機構在內。從而不再概括地禁止門診機構施行墮胎。」

b) 「保護未出生生命」特別委員會在十七次會議中，審議最初的六個法律草案，而在三次會議中，就聯邦眾議院議案文書12/2605(neu)中之法律草案，進行審議。一九九一年十一月十三日、十四日、十五日，以及一九九一年十二月四日、五日，該委員會就有關諮詢、預防與性教育以及憲法、刑法及醫師法等問題，舉行公開聽證會(vgl. “Zur Sache, Themen parlamentarischer Beratung”, herausgegeben vom Deutschen Bundestag, Band 1/92, S. 9 bis 1027)。

在審議法律草案時，該委員會未採通常的審查方式：有鑑於各草案在決定性觀點上缺乏一致的規範，故

雖就各別問題予以共同審查，惟各別問題與各該法律草案的若干修正，以及最後條文的確定等事項，則交給該委員會的代表與連署者決定，至於各別提案則未作議決。委員會一致認為，關於非預期懷孕問題的未來規範，留待聯邦眾議院全院決定，委員會不必有所指示。此種作法可以理解為一種建議，亦即聯邦眾議院應就委員會所保留的修正條文，於二讀會時予以討論並議決之(vgl. Empfehlung und Bericht des Sonderausschusses “Schutz des ungeborenen Lebens”, BTDrucks. 12/2875, S. 111)。

c)德國聯邦眾議院於進行第二讀會議決時，議員 Inge Wettig-Danielmeier及Uta Würfel等人所提草案中(BTDrucks. 12/2605(neu))由委員會所擬條文(vgl. dazu Empfehlung und Bericht des Sonderausschusses “Schutz des ungeborenen Lebens”, BTDrucks. 12/2875, S. 85 ff., insbesondere 99 ff.)獲得多數支持(Deutscher Bundestag, 12.WP., 99.Sitzung vom 25. Juni 1992, StenBer. S. 8374)。此項草案於進行第三讀會最後表決時，在六百五十七位議員中，贊成者有三百五十七票，反對者有二百八十四票，十六位議員棄權(Deutscher Bundestag, 12.WP., 99.Sitzung vom 25. Juni 1992, StenBer. S. 8377)。嗣後聯邦參議院依基本法第八十四條第一項規定同意德國聯邦眾議院的法律議決案，惟Bayern邦持反

對意見，Baden-Württemberg、Mecklenburg-Vorpommern及Thüringen等邦則棄權(Bundesrat, 645.Sitzung vom 10. Juli 1992, StenBer. S. 375)。聯邦參議院復採納Hessen邦的提案(vgl. BRDrucks 451/3192)，要求社會周邊措施的費用應合理地分配到所有社會階層，特別是提高各邦對營業稅的占有比例，增加聯邦的負擔。

3.此部於一九九二年七月二十七日所通過的法律(BGBl. I S. 1398)，其標題為「為保護出生前／將出生生命、促進友善兒童的社會、協助懷孕衝突暨規範墮胎法(孕婦及家庭扶助法)」——下稱：SFHG；其主要內容如下：

a)孕婦及家庭扶助法(「闡明、避孕、家庭計劃及諮詢法」)第一條課予聯邦中央機關負有闡明衛生健康的義務，以建立觀念並傳佈有關性知識之資料(第一子條)，並規定諮詢請求權(第二子條)經由合格諮詢機構(第三子條)。所應提供的資訊，包括性知識、避孕及家庭計劃、家庭扶助給付，對子女及家庭的協助，給與懷孕婦女社會及經濟上的協助、施行墮胎的方法，墮胎的風險，以及心理衝突的解決可能性等。此外，在懷孕婦女主張權利、尋找住屋、尋求子女照料可能性以及繼續接受教育等方面，均應予以協助。各邦應負責使每四萬個居民至少有一個諮詢人員可供利用，諮詢機構得向公

有財源請求人事及物品費用的適當資助(第四子條)。透過本法第二條新增的社會法典第五篇(SGB V)第二十四a、二十四b條規定取代了帝國保險法第二〇〇e、二〇〇f及二〇〇g條等規定。依社會法典第五篇第二十四a條規定，被保險人得就懷孕規則的問題請求諮詢，此外二十歲以下的被保險人經醫師處方者，並得請求提供避孕器具。依社會法典第五篇第二十四b條規定，被保險人接受醫師施行之非違法墮胎，如該墮胎係於法定機構施行者，得請求給付。此項規定的內容為：

「第二十四b條

墮胎與結紮

(1)被保險人接受非違法結紮手術或接受醫師施行之非違法墮胎者，得請求給付。墮胎須在醫院或依第五次刑法改革法第三條第一項第一句所定其他法定機構施行者，始享有違法墮胎之給付請求權。

(2)前項給付包括維持懷胎或墮胎之醫師諮詢、為確定非違法結紮與非違法墮胎要件所為之醫師檢查與鑑定。被保險人如因非違法結紮手術或因醫師施行之非違法墮胎而喪失工作能力者，得請求醫療金。但如有第四十四條第一項規定之請求權者，不在此限。」

兒童及青少年協助法亦隨之有所增修(孕婦及家庭扶助法第五條)：年滿三歲之兒童「依邦法之標準」享有就讀幼稚園的權利；自一九九六年一月一日起，此項

請求權不再受有限制。其次，自前開時點起，依照需要應保留給未滿三歲之兒童及學齡兒童日間機構與日間照護場所。聯邦社會救助法部分的修正(孕婦及家庭扶助法第八條)，則是改善對孕婦及單親教養人額外需要的承認，並規定救助受領人懷孕或在其扶養親生子女至年滿六歲之前，(救助機關)不得向救助受領人之第一親等親屬行使扶養請求權之求償權。在社會救助範圍的其他修正部分，尚包括工作促進法(孕婦及家庭扶助法第六條)、職業教育法(孕婦及家庭扶助法第七條)、第二住宅興建法(孕婦及家庭扶助法第九條)、住宅聯結法(孕婦及家庭扶助法第十條)以及住院醫師法(Belegungsrechtsgesetz)(孕婦及家庭扶助法第十一條)。

b)孕婦及家庭扶助法第十三條第一款規定，以新刑法第二一八至二一九b條(以下稱：新刑法第二一八條以下規定)，取代一九八七年三月十日公布之刑法第二一八條至第二一九b條，——與本件程序有關的——新法規定如下：

### 「第二一八條

#### 墮胎

(1)墮胎者，處三年以下有期徒刑或罰金。在受精卵完成著床之前，對子宮有所影響之行爲，非本法所稱之墮胎。

(2)情節重大者，處六月以上五年以下有期徒刑。  
情節重大之情形原則上存在，如行爲人

1. 違反懷胎婦女之意志施行墮胎者，或
2. 因輕率致生懷胎婦女之生命危險或重大健康危害者。

(3)懷胎婦女墮胎者，處一年以下有期徒刑或罰金。

(4)未遂犯罰之。懷胎婦女未遂者，不罰。

## 第二一八a條

### 墮胎之不罰性

(1)墮胎不違法，如

1. 懷孕婦女要求墮胎，並依第二一九條第三項第二句規定以書面向醫師證明至少在接受手術三日前曾接受諮詢(懷胎婦女在急迫及衝突情況之諮詢)，
2. 墮胎經由醫師施行，以及
3. 自懷胎起未逾十二週者。

(2)經懷孕婦女同意而由醫師施行之墮胎不違法，如依醫師之認知，墮胎係爲防止懷孕婦女生命危險或對其身體或精神健康狀態重大危害之危險所必要，且該危險無法以其他可期待懷孕婦女之方式防止者。

(3)第二項之要件視爲存在，如依醫師之認知，有急迫理由足認爲，胎兒因遺傳基因或出生前之有害影響

致其健康狀態受有無法排除之傷害，且因其程度重大致無法要求懷孕婦女繼續懷胎者。但以懷孕婦女依第二一九條第三項第二句規定向醫師以書面證明其至少在接受手術三日前曾接受諮詢，且自懷胎起未逾十二週者為限。

(4)懷孕婦女於接受諮詢後(第二一九條)由醫師施行墮胎，且自懷胎起未逾十二週者，不依第二一八條規定處罰。懷孕婦女於接受墮胎手術時，如處於特別急迫情形者，法院得免除第二一八條之刑罰。

#### 第二一八b條

未經醫師確認之墮胎；

不實之醫師確認

(1)於第二一八a條第二項或第三項情形而施行墮胎之人，如未經非施行墮胎之醫師以書面確認第二一八a條第二項或第三項第一句情形之存在者，於該行為不受第二一八條處罰之範圍，處一年以下有期徒刑或罰金。醫師違背良知而對第二一八a條第二項或第三項第一句之要件作不實確認者，於該墮胎行為不受第二一八條處罰之範圍，處二以下有期徒刑或罰金。懷孕婦女不受第一句或第二句處罰。

(2)醫師因犯本條第一項、第二一八條、第二一九a條或第二一九b條之違法行為或犯其他與墮胎有關之違法行為，經判決確定而為主管機關禁止其從事確認工作

者，不得為第二一八a條第二項或第三項第一句之確認。醫師因第一句規定之犯罪嫌疑而開始主要程序者，主管機關得暫時禁止其作成第二一八a條第二項或第三項第一句之確認。

## 第二一九條

### 懷孕婦女於急迫及衝突狀況之諮詢

(1)諮詢之目的在於提供懷孕婦女建議與協助，且在承認未出生生命與婦女自我負責之高度價值下保護生命。諮詢應有助於解決因懷胎所存在之急迫及衝突狀況。諮詢應使懷孕婦女能夠作成有責任意識之自我良知決定。諮詢之任務在於提供懷孕婦女醫學上、社會上及法學上之廣泛資訊。諮詢包括闡述母親與子女之請求權，以及實務上之可能協助，特別是有利於繼續懷胎與母子狀況之協助。諮詢之作用，尚包括避免未來非自願性之懷孕。

(2)諮詢應於法律所認可之諮詢機構實施。施行墮胎之醫師不得擔任諮詢人員。

(3)諮詢不作紀錄，且應於懷胎婦女請求下，以匿名方式實施。諮詢機構應就依第一項規定所實施之諮詢以及婦女已取得作成決定所需資訊之事實，立即作成書面證明，並附載日期。」

孕婦及家庭扶助法第十四條對於刑事訴訟法(StPO)有若干修正規定，特別是對刑事訴訟法第一〇八條規定

有所補充，其係於所謂附帶發現物(Zufallsfunden)扣押規定中增訂禁止採為證據(Verwertungsverbot)之規定：於醫師所在處所發現與病患墮胎有關之物，於刑事訴訟程序中不得採為該病患違反刑法第二一八條之證據。

c)孕婦及家庭扶助法第十五條之其他兩項修正，係涉及一九七四年六月十八日(BGBl. I. S. 1297)第五次刑法改革法(5.StrRG)：其中第三條第一項之新條文——至少在字義上——刪除第十五次刑法修正法第三條第一項所定於醫院以外機構施行墮胎須經機關同意之要求(第一句)，同時規定墮胎應儘早施行(第二句)。新法第四條則是涉及施行墮胎機構之規定，其同時廢除第四條所定聯邦統計之要求。該規定內容為：

#### 「第四條

#### 施行墮胎之機構

邦最高主管機關應確保施行墮胎之門診及住院機構充足且完備之供給。」

舊條文的內容如下：

#### 「第四條

#### 聯邦統計

依刑法第二一八a規定之條件所施行之墮胎，由聯邦統計局實施聯邦統計。醫師施行此種墮胎者，應於每季終結前就

1.墮胎之原因，

2.懷孕婦女之家庭狀況及年齡，以及其所扶養子女之數目，

3.先前施行墮胎之次數及其終止，

4.經中斷懷胎之期間，

5.手術之種類及所觀察之併發症，

6.施行手術之地點，如有住院者，住院期間，以及

7.懷孕婦女之住所或居所於外國者，該外國，

向聯邦統計局報備；不得記明懷孕婦女之姓名。」

最後，孕婦及家庭扶助法第十六條將統一條約中仍繼續適用之東德墮胎法律規定，予以廢止。

### III. (其他法律爭點)

於一九九二年八月四日判決中(BVerfGE 86, 390)，聯邦憲法法院依巴伐利亞邦政府及德國聯邦眾議院二四八位議員之聲請，根據聯邦憲法法院法第三十二條等規定，判命一九九二年七月二十七日公布之孕婦及家庭扶助法(BGBI. I. S. 1398)第十三條第一款及第十六條規定暫時不生效力，一九七四年六月十八日第五次刑法改革法(BGBI. I. S. 1297)第四條(聯邦統計)之規定，經一九七六年五月十八日公布之法律(BGBI. I. S. 1213)第三條及第四條修正之規定，暫時仍具效力，並適用於統一條約第三條所稱之區域(vgl. BVerfGE 86, 390ff.; BGBI. I. S. 270)。

## B. (各方意見)

### 1. (巴伐利亞邦政府的主張)

巴伐利亞邦政府於2 BvF 2/90之程序中，依基本法第九十三條第一項第二款、聯邦憲法法院法第十三條第六款之規定，就第十五次刑法修正法有關刑法第二一八b條第一項第一句及第二項、第二一九條第一項第一句以及帝國保險法第二〇〇f條、第二〇〇g條等規定，於其涉及一般急迫狀況指標之墮胎規定部分(第十五次刑法修正法有關刑法第二一八a條第二項第三款部分)，聲請憲法法院審查。

該邦政府主張，帝國保險法的規定於上開範圍內應屬無效；立法者於適當期間之內應就系爭刑法規定作成合乎憲法要求之新規範。(以下為Bayern邦政府的主張)

1. 舊刑法第二一八b條、第二一九條規定對於在特定指標下所施行的墮胎行為，未作完善的平衡措施。此等規定——如聲請人所詳述——無論在總體上或是在細節上均不符合憲法對未出生生命有效保護的要求，如聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日判決所闡述者。此等規定結合不明確的情況指標規定，並在符合一定形式要件之下，形成如同期限解決方式的不罰性。按基於此種構想，凡是與婦女需求及生活觀點有關的事項，且有所危害者，在實務上均可被視為「一般急迫狀況」

(allgemeine Notlage)。此種構想的後果是，由婦女自己對是否援引指標原因作最後的評估。於此情況下，指標的確認將被誤以為是婦女請求權的客體，並可延伸成為減輕墮胎費用負擔的請求權，從而諮詢只是「形式」(pro forma)的實施，其重點毋寧是作為指標確認者與預備施行墮胎醫師之間的中介。

據此而言，上開規定與基本法第二條第二項第一句暨第一條第一項對於未出生生命的保障意旨有所不符。不過，由於上開規定的無效或不予適用，將失卻該規定本身對未出生生命的有限保護，因此，儘管上開規定具有違憲性，但是在必要的新規範制定之前，仍應宣告其繼續適用。而立法者應在相當期限之內作成合乎憲法要求之改善規範，此乃是基於基本法對未出生生命的保護義務。

2.基於權限法上及實體上的理由，帝國保險法第二〇〇f條及第二〇〇g條規定中，賦予被保險人得就舊刑法第二一八a條第二項第三款(急迫情況指標)之不罰墮胎請求法定醫療給付部分，牴觸憲法而無效。

a)聯邦的立法權限不能從基本法第七十四條第十二款(「社會保險」)中予以導出。社會醫療保險制度，旨在藉由受疾病威脅者的共同結合與費用支出，以防治疾病及類似風險。而在遇有所謂急迫狀況的指標情形，母性(Mutterschaft)保護並不屬於需由被保險人團體共同

承擔的典型風險。母性本身並非疾病；而依舊刑法第二一八a條第二項第三款所定之墮胎，亦非可視為醫療行為。另立法權限亦無法從基本法第七十四條第七款（「公共照顧」）予以得出。立法者基於基本法第七十四條第七款規定，於社會救助法中所能關照者，僅限於懷孕婦女在接受不罰的墮胎時，不能因其經濟狀態而受到不利待遇一節（參見孕婦及家庭扶助法第三十七a條）。惟立法者不能基於此項考量，而將法定醫療保險建構成為一般給付請求權，蓋此等請求權並未顧及被保險人個別的給付能力，從而將使所有保險費的給付者共同分擔與保險無關之負擔。

b) 帝國保險法第二〇〇f條及第二〇〇g條規定在實體上亦屬違憲。基於對未出生生命的保護義務，國家機關應於所有法秩序領域中保護此種生命，並促進其發展。惟系爭規定牴觸此項義務：立法者對於因一般急迫情況指標所為之墮胎，不處以刑罰，固非基本法所禁，但立法者不得就此種情形規定法定醫療給付請求權，以助長應受保護法益的滅絕。國家於此所使用的社會政策手段，並非有利於未出生生命，反而是有害的。蓋醫療給付的給與，將會使急迫情況指標構成要件的適用，漫無限制，且由於墮胎被納入「社會網系」（soziales Netz）之中，更會使墮胎的防制門檻（Hemmschwelle）全面降低。

聯邦憲法法院在一九七五年二月二十五的裁判中指出，對於墮胎的非難必須在法秩序中明白地表現出來，藉以避免產生錯誤印象，以為墮胎與一般的社會過程相同，就如同為了治療疾病而就診一樣，甚或是另一種在法律上無關緊要的避孕方式。不過，系爭規定則恰好引發此種誤解。舊刑法第二一八a條所規定之指標構成要件，加上法律賦予醫療保險給付請求權，將會造成墮胎似屬社會請求權標的之印象，此所以一般人指責在保護未出生生命必要性的法倫理意識上有所淪喪的原因所在。

最後，系爭帝國保險法規定無法確保醫療保險給付僅能在法定事由下有所主張，故其亦屬違憲；蓋其並未含有防止濫用的規定。按醫療保險基金的管理機關並無義務以醫師證明作為保險給付之要件，據以確認指標要件存在，並附具理由。現行法亦未規定，醫師施行墮胎者，必須依第五次刑法改革法第四條暨第十五次刑法修正法第三條第二款規定履行報備義務，始得報銷其所提供的服務。唯有此種聯結規定才能促使醫師忠實地適用舊刑法第二一八a條第一項及第二項規定，並使各邦監督機關得藉由法律監督手段，促使上開規定的遵守。

## II.(聯邦政府與部分邦政府的主張)

### 1. 聯邦政府與 Bremen、Hamburg、Hessen、

Niedersachsen、Nordrhein-Westfalen、Saarland 及 Schleswig-Holstein 等邦政府，認為聲請中有關諮詢與指標確認部分並無理由；又前開邦政府認為本件聲請因統一條約而業已過時。第十五次刑法修正法的基本構想，為聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日之裁判所肯認。本件程序——如聯邦政府所述——的問題僅涉及立法者是否必須修改法律，使立法者在法律現實上更能實踐其對墮胎的憲法評價。不過，依立法者的評估，其他——包括現行——規定如尚足以保障未出生生命，則在憲法上立法者可以不必針對諮詢規範作若干細部規定，蓋特定構想的採擇，並未在憲法上有所設定。聲請人所指摘的諸多細部規定，係屬立法者形成自由的範圍。依照上述各邦政府的看法，聲請人對於現行法在一般預防上不具效果的指責，並不正確，相反地，現行法其實是有助於國民法律意識的建立。

另聲請人對於帝國保險法規定部分的指摘，於憲法上亦無可訾議。按聯邦對於帝國保險法第二〇〇f條及第二〇〇g條之規定擁有立法權限；上開規定係帝國保險法第二〇〇e條以下規定所指之「其他協助」，為基本法第七十四條第十二款所稱之「社會保險」的立法權限範圍。社會保險概念是一個範圍廣泛的憲法類型概念(Gattungsbegriff)，其對於新的生活事實與新的社會給付具有開放性，如果新的生活事實或社會給付在本質結

構要素上，特別是在組織的運作上與應予防護的風險上，符合傳統社會保險所塑造的形象。帝國保險法第二〇〇f條及二〇〇g條所賦予的給付，並非只是搭附在傳統的社會保險主體之上，而是整合在其給付保障體系之中。此等給付並彰顯出社會保險的內容結構要素，特別是——如聯邦政府所述——對接受合法墮胎手術的被保險婦女而言，上開給付尚具有保護其健康的目的。從醫學的觀點而言，廣泛的醫療保險給付，旨在竭盡必要之能事，以防止健康受到不良影響或傷害。又帝國保險法第二〇〇f條及第二〇〇g條亦未牴觸生命及身體完整性的基本權利。此等規定與墮胎次數之間是否具有因果關係，尚乏事實上的佐證。反倒是事實顯示，沒有一個婦女會把是否墮胎的重大決定，繫於三百馬克至一千五百馬克的費用負擔上。醫療給付並未展現「刺激」墮胎或「優待」墮胎的效果，蓋此等保險給付並不是優待墮胎，而是對婦女接受諮詢及指標確認程序有所挹注，從而具有保護未出生生命的功能。此外，法定醫療保險給付僅限於非違法墮胎，故社會保險法規範本身並未對墮胎作法律評價，在憲法上亦無此必要；上開規定充其量只是刑法規定的附屬效果規範。至於聲請人所指帝國保險法第二〇〇f條及第二〇〇g條可能被濫用為對違法墮胎的資助，對於上述結果並無影響。在本件法規審查程序中所關涉的問題，只是立法者的可能怠惰，而非行政

或司法的怠惰。關於諮詢實務，各邦政府業已提出 Niedersachsen、Nordrhein-Westfalen、Saarland 及 Schleswig-Holstein 等邦諮詢機構共同進行的問卷調查結果，以及 Bremen 邦一九八七年及一九八八年實施舊刑法第二一八b條的經驗報告。

2. 依 Baden-Württemberg 邦政府的見解，諮詢及指標確認程序的法律狀態，並不符合聯邦憲法法院於一九七五年二月二十五日判決中所確立的要求。

國家對未出生生命保護義務的有效履行，端賴對諮詢程序及指標要件設定聯邦一致且具拘束力的標準，同時排除現存各邦法律的分歧現象。舊刑法第二一八b條及第二一九條有關諮詢、指標程序及諮詢內容的規定，含有漏洞且不夠精確，因此有一些諮詢機關得以「價值中立」(wertneutral)地實施諮詢。此外，現行規定缺乏預防措施，以便使諮詢及指標規定能夠維持其有效保護生命的必要特性。

3. Rheinland-Pfalz 與 Thüringen 邦政府的陳述，僅就該邦的諮詢實務表示意見。

4. 在聯邦各最高法院當中，聯邦普通法院、聯邦憲法法院、聯邦勞工法院及聯邦社會法院均向本庭提出意見。另就所屬諮詢機構及其主體、保險主體及其單位表示意見者有：天主教婦女社會服務——中央社團，德國 Caritas 社團，…（譯註：下略）。

## C. (相關機關的意見)

### I. (巴伐利亞邦政府等之主張意旨)

巴伐利亞邦政府(2 BvF 4/92)及二百四十九位德國聯邦眾議員(2 BvF 5/92)依基本法第九十三條第一項第二款、聯邦憲法法院第十三條第六款規定，聲請憲法法院就孕婦及家庭扶助法第十三條第一款及第十五條第二款進行憲法審查，其認為該法第十三條第一款有關刑法第二一八a條第一項及第二一九條之新規定(孕婦在急迫及衝突狀況的諮詢)與同法第十五條第二款廢除第五次刑法改革法第四條之規定(聯邦統計)，與基本法之意旨不符，蓋其牴觸基本法第二條第二項第一句暨第一條第一項之規定。

其次，巴伐利亞邦政府基於相同理由，認為孕婦及家庭扶助法第十五條第二款的保障義務(實施墮胎機構)與孕婦及家庭扶助法第二條所定社會法典第五篇第二十四b條等規定，牴觸憲法。該邦政府並且認為，聯邦對此部分欠缺立法權限。為了支持其所指陳的觀點，巴伐利亞邦提出由Kriele教授針對基本法中非治療性墮胎議題所作成之鑑定書。

### II. (巴伐利亞邦政府的聲請理由)

(巴伐利亞邦政府)聲請理由主要如下：

1. 基本法第二條第二項第一句暨第一條第一項將在

母體中發展的生命置於國家的保護之下。此項保護義務的客體並非抽象的生命，而是以每個人類個別且獨特存在的生命為對象。如此受到保護的人類，其作為獨特的個體，並非始自出生，而是在出生之前即已存在。

關於墮胎的不同規範構想(一般的合法評價；有限的不法評價)，不能被理解為立法者為了「儘可能有效」保護未出生人類所採取的各種「途徑」。立法者如為了較有效保護未出生生命，而將墮胎予以一般合法化，並非憲法所許；蓋放棄基本法所要求的不法判斷，無異是捨棄憲法直接賦予各別未出生人類的保護及尊重請求權。對修憲者而言，為了維持基本法第一條第一項及第二條的憲法秩序，基本權利的保障甚至是不容捨棄的，從而在此範圍內，基本權利的保障是不能有所減縮的。(立法者)若將殺人行為的不法內涵盡數掏空，將是對人性尊嚴及生命權核心領域的侵犯，蓋於此情形下，受威脅的法益將失去法律的基礎保護。誠如過去，原則性的不法判斷——依照巴伐利亞邦政府的見解，尚包括原則上且在時間上以刑罰作無限制的威嚇——除開所有必要的諮詢與協助，仍是保護未出生生命必要且妥適的手段，其可以影響到國民的價值觀與行為方式。此種法律倫理上的徵象效果(Signalwirkung)，在其他領域亦被用以保護重要的法益(環境刑法、胚胎保護)，至於在實務上是否存有刑事追訴的實踐機會，則非所問。

新刑法第二一八條a條第一項——如巴伐利亞邦政府所述——若被認為無憲法上之疑義，則併入地區(前東德區域)自一九七二年起所施行的期限解決構想，將獲得肯認，立法者無異放棄以立法手段建立新邦居民對未出生生命的價值與憲法保護之法律意識。由於醫學及藥學上的發展，已使未出生生命一再面臨特殊危險的威脅，如果允許荷爾蒙藥劑 RU486在德國使用，再加上刑法容許期限內的墮胎，勢將形成法律上及生物醫學上的結合，而使墮胎更為容易。由於產前診療技術的改善，現在或至少在可預見的將來，父母可以在(受胎後)最初十二個星期確知其所懷小孩是否在各方面都健全。如果婦女因確知胎兒有所損傷而決定在懷胎最初十二週內接受墮胎手術，則此種情形並不構成「違法」，至於該健康狀態所受傷害是否可以排除，或其程度是否重大以致無法要求懷孕婦女繼續懷胎，均非所問。據此將可以基於純粹優生學上的理由而施行墮胎。參酌美國的經驗，要擔心的是，將來會有許多婦女因胎兒性別非其所願而要求墮胎。但是醫生不能迎合此種願望，因為此種手術是違法的；即使是公開主張此種墮胎的人，亦應合乎法秩序的要求。

在憲法上，墮胎的合法化僅能在個別情形基於法益衡量，始得考慮為之，而在新刑法第二一八a條第一項規定之情形，則缺乏此種衡量。依該規定，任何由懷孕

婦女所請求的墮胎——不問基於何種理由——均將被合法化，蓋該法並未將合法化事由侷限在例外的構成要件上。急迫及衝突狀況的存在，僅在新刑法第二一八a條第一項及第二一九條第一項第二句規定中作一般性的規定，而未作為最初十二週墮胎的合法要件。通常生活上的困難，尚不足以作為充分的合法化事由，而須在個別情形中存有特殊負擔，以致分娩對婦女而言顯然是一種真正無可期待的困難時，始足構成墮胎合法原因。惟法律並未規定，有意墮胎的婦女至少必須在主觀上將分娩看作是期待不可能的特殊負擔。至於婦女不會「輕率」墮胎的看法，只能掌握局部的真實現象。事實上，有不少婦女認為墮胎是她們個人及法律上無可限制之自由的一部分。在所謂期限解決方式的法律秩序中，多次墮胎的比例相當高，其所代表的意義是，就如同公開宣傳墮胎一樣，墮胎將被當作是家庭計劃的一種方法，而加以實施。

法律對於懷孕婦女未設定任何基準，據以判斷分娩在何種情況下無期待可能性，此種作法反而會使那些迫於環境影響(孕婦的父母、小孩的父親、雇主)而墮胎的婦女陷入困境，特別是在懷孕婦女受到強大壓力的期間。或有人主張應完全捨棄期待可能性的判斷基準，否則諮詢過程將被假冒成為良知掙扎，進而被扭曲成爲一種「儀式性的溝通」。不過，此項論點不具說服力。蓋

吾人看不出何以在墮胎被宣告一般合法化後，就會營造出「比較開放」的諮詢氣氛；因為依現行法律規定，婦女在接受諮詢時是不受刑事處罰的。新刑法第二一八a條第一項將(墮胎)定性為「不違法」，係立法者對於整個法秩序所作的基本評價(Grundwertung)。而上開規定顯然試圖與社會法典第五篇第二十四b條作直接的連結，並且得到相互的連結，其結果卻使醫療保險給付亦及於基本法所不容許的墮胎，同時對醫師職業法及組織法產生新的重大衝突。

(對於墮胎)不法判斷的去除，並未因孕婦及家庭扶助法中定有社會政策措施而獲得平衡，蓋此等社會政策規定並未表達出對墮胎的法律上非難。同樣的，在社會法中立法者雖然未讓任何墮胎享有社會上利益，但其規定亦未彰顯出對墮胎的法律上非難。

此外，在社會政策措施上，仍有若干重要之點有待落實，且——如同援引「財政平衡」規定所顯示——具有高度的不確定性。

2. 諮詢應承擔保護的功能，其任務在於確認指標模式下阻卻違法的指標構成要件。對於無可控制的決定過程予以程序上的影響，可以代替客觀上的控制，因此，諮詢乃屬法律構想上的「主要之點」(zentraler Punkt)。

由上可知，諮詢必須是一種義務，其不應僅單純提

供有關給付機構及法律請求權的資訊，而應以鼓勵婦女繼續懷胎為目標。因此，婦女(在接受諮詢時)須告知其所遭遇的急迫及衝突狀況，並陳述決定墮胎的理由。懷孕婦女如果完全沉默，則無論如何都不能稱作是諮詢。即使有人認為唯有「無壓力」的諮詢或許才能達到保護生命的目標，但此項明顯易懂的想法，並非表示懷孕婦女不能去面對墮胎的不法評價。此外，諮詢機構及人員必須藉由規範性及制度性的預防措施，確實從事合乎憲法及法律意旨的諮詢，而其最基本的工作則是對諮詢過程的記錄。

新刑法第二一九條第一項所規定的諮詢制度，與上述憲法要求不符，蓋其主要是以婦女的自我決定(*Selbstbestimmung der Frau*)為原則，儘管第二一九條規定提及「諮詢」概念不下九次，惟其本質僅構成一種提供資訊的義務(*Informations-pflichten*)。至於諮詢的內容應是懷孕婦女所處的急迫及衝突狀況，則未見該法提及，而且該法亦未將諮詢定義為對話(*Gespräch*)，此外，該法未明文規定鼓勵孕婦繼續懷胎為諮詢的目標，而僅表達立法者對於諮詢應保護生命的期望。系爭規定的核心在於第一項第三句，其規定諮詢旨在使懷孕婦女能夠作出一項「具有責任意識的自主良知決定」。此項失當的表述，將產生一種錯誤的先存理解，導致思考與論證的禁絕，進而可以假藉憲法上保障良知決定權的表

象，以掩飾無可控制的墮胎決定。此外，系爭規定缺乏懷孕婦女應陳述其個人急迫狀況的法定義務，以及(諮詢人員)紀錄諮詢過程的最低義務。

3.至少新刑法第二一八a條第一項以及第二一九條第一項、第三項第一句等規定，其違憲性與無效性不能予以隔離確認。基於聯邦憲法法院一九九二年八月四日的判決理由，孕婦及家庭扶助法第十三條第一項規定應全部無效。

4.從立法者改善義務的觀點，墮胎聯邦統計(參見舊第五次刑法改革法第四條)的維持，乃屬憲法上的要求。

5.依巴伐利亞邦政府的見解，孕婦及家庭扶助法第十五條第二款有關確保義務的規定，聯邦並無立法權。孕婦及家庭扶助法第十五條第二款所定確保義務的內容，亦牴觸基本法而無效。該條文所規定的義務，遠超過邦最高機關在法律及事實可能的範圍內，維持墮胎機構充足且完備的供給，以應墮胎之需的義務。立法者對特定機關及各邦所課予的義務，乃是一種在法律上及事實上不可能或無期待可能性的給付義務，故牴觸法治國原則(基本法第二十條第三項、第二十八條第一項第一句)及聯邦忠誠原則(Prinzip der Bundestreue)。

6.最後，巴伐利亞邦政府基於在2BvF 2/90程序中所提出的權限法及實體法上理由，主張孕婦及家庭扶助

法第二條中有關社會法典第五篇第二十四b條規定違憲。

### III. (聯邦眾議院及部分邦政府之意見)

依聯邦憲法院法第七十七條規定有權利陳述意見者，提出如下意見（提出意見的機關計有）：德意志聯邦眾議院，其主要參酌補充Eser教授所提出的法律鑑定書，以及——在一項共同意見書中——Brandenburg、Bremem, Hamburg、Hessen、Niedersachsen、Nirdrhein-Westfalen、Rheinland-Pfalz、Saarland及Schleswig-Holstein等邦政府。上開機關認為(違憲審查)聲請為無理由；德意志聯邦眾議院對於聯邦統計部分則未表示意見。

1.孕婦及家庭扶助法的立法者係以國家對生命，包括未出生生命，的廣泛保護義務為出發點，其認識到生命的有效保護，不能單憑刑事處罰予以達成，而是基於「以協助代替刑罰」的原則。比起單靠刑法威嚇將婦女矮化為不成熟的規範屈從者，係爭規定的策略在中長程上顯然是一個比較好的保護生命方法；此種作法還可以達到一種較高層次的法倫理整合。從生物學的角度以觀，人類生命的發展是一種接續的過程(Kontinum)，其始於卵子與精子的結合，終於個體的死亡。在此觀點下，著床(Nidation)與出生均不能被看作是一個新階段

的開始(Einschnitte)。但是立法者對於不同的發展階段仍可賦與不同的法律效果，甚至在一定情況下必須如此。就出生前人類生命發展的進程而言，吾人若著眼於母親與胎兒的關係，則可探知其間有各種不同的階段。通常懷孕婦女是逐漸察覺胎兒生命的存在。因此，唯有當懷孕婦女察覺到胎兒的存在時，才能被要求決定是否接受胎兒。而孕母與胎兒之間的關係，則必須自懷孕婦女接受胎兒起，始具有拘束性。現行法即是作如此的規定，而系爭規定則是以相同的期限為出發點，並在期限屆滿時賦予相同的效果。現行有關墮胎的規定在規範上乃是以接受(胎兒)的期待可能性為前提要件。新刑法第二一八a條規定就此部分所作的改變，只是刪除犯罪因素及社會因素的指標規定，取而代之的是，懷孕婦女經相關諮詢後所作成的「告知後決定」(informierte Entscheidung)。

聯邦憲法法院一再強調，立法者的任務在於決定以何種方式履行其保護生命的憲法義務。在抽象法規審查的程序中，其可以是「適當性審查」(Vertretbarkeitskontrolle)或「強烈的內容審查」(intensivierte Inhaltskontrolle)。在墮胎的問題上，聯邦憲法法院進一步指出，刑罰本身絕對不是目的；刑罰是立法手段中的「最後手段」(ultima ratio)，其運用受到比例原則的制約。在適用此項原則時，不僅是立法者，包括職司審

查的法院，均有賴一種預測性的行爲(ein prognostisches Verhalten)。對於憲法所能接受的預測行爲，聯邦憲法法院曾於勞工參與企業決定判決(Mitbestimmungsurteil)中發展出若干準則(vgl. BVerfGE 50, 290[332 ff.])，而德意志聯邦眾議院則符合此等要求。蓋系爭法律係以一種新穎且較完善的技術，來保護未出生生命，同時對於相關婦女所遭遇的特殊狀況，作出合於人性、正確且在規範上適當的法律回應。

孕婦及家庭扶助法的重點在於協助、諮詢及說服婦女，而非以刑罰恫嚇婦女；該法乃是在實現刑法「最後手段性」的原則。依照當前社會學的研究，刑法規範不具恫嚇效果。刑法對於墮胎的闡示與非難，在統計上並無意義。刑法在此領域中毫無實際效果，或僅具有選擇性的效果，獲利的只是那些資訊豐富、社會資源完備或善於鑽營的人，此種情節實在令人無法忍受。立法者不能再指望既有的指標規定可以對懷孕最初十二週的生命，作較完善的保護。

刑罰的威嚇適足以妨礙保護未出生生命的機會，其可能使尚未確知指標要件是否存在的婦女，不去接受諮詢。其他婦女則可能爲了獲得指標要件的確認，而作出不實的陳述。她們會把諮詢看作是一種有待擺脫的考試而加以應付，而不會認爲是一種協助的提供。

或謂：新刑法第二一八a條規定的目標設定及內

容，其違憲性比之於遭聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日判決宣告無效的舊刑法第二一八a條規定，猶有過之。不過，此項指摘欠缺基礎。蓋當時與現在的爭點在本質上均是涉及阻卻違法的問題。誠如聯邦憲法法院當時正確的認知(vgl. BVerfGE 39, 1 [54])，與墮胎手術有關的措施，無論在法政策上或在法體系上，其違法性均可與醫師墮胎手術的違法性不相一致。因此，刑法第二一八a條的舊條文及現行條文均設有阻卻違法事由。「不違法」(nichtrechtswidrig)與「不罰」(nicht strafbar)的用語在功能上具有相同價值。在憲法上，從基本法第一〇三條第二項的觀點而言，甚至應優先使用「不違法」的用語。

關於孕婦及家庭扶助法未對墮胎予以非難的指摘，並不正確。按以刑法對某種行為不予處罰，即率然推斷該行為成為正常的社會行為，乃屬偏頗之論。蓋法律的非難，一方面是來自立法者就其可得保護未出生生命的領域，明確且無誤地全面運用刑罰的手段；另一方面，孕婦及家庭扶助法第一條至第十二條、第十四條及第十五條等規定，則為了保護生命而提供廣泛的方法與措施。於此等規定中，立法者傾全力設定並運用適當的防制手段，以展現其(對墮胎的)非難。

立法者——如邦政府補充所述——的基本立場是，國家無法在任何情況下保護受威脅的生命，因此，立法

者的目標是儘可能地在多種情況中保護生命，從而國家保護個別生命的任務，並無可議之處。

2. 凡是以諮詢及協助為重心，而非僅使用刑罰手段的人，有諸多明顯的理由可以期待，他會對未出生生命作較好的保護：諮詢是懷孕婦女作成負責決定的前提要件。立法者將此當作最有效的保護傘，提供給受墮胎威脅的胚胎。

不過，立法者將未出生生命託付給懷孕婦女的良知決定，其並非出於急迫、無助、壓抑或害怕，且未事先充分聽取其意見。對此立法者設有諸多措施，以改善孕婦及母親在社會上及經濟上的地位，並排除或緩和急迫、無助、壓抑或害怕的情況，同時設法讓婦女知道這些協助。諮詢仍是孕婦及家庭扶助法中有關刑法規範的核心部分，其不同於現行規定僅由立法者以刑罰保護之。

諮詢人員應提供懷孕婦女廣泛的資訊(新刑法第二一九條第一項第四、五句)，此項義務旨在確保婦女能夠作成一個免於錯誤的決定，特別是在社會及經濟條件方面。實務經驗顯示，懷孕衝突的諮詢，乃是促使婦女自然地、且得以基於道德而趨向繼續懷胎的唯一途徑。縱令懷孕婦女抱著墮胎的堅定意志而向諮詢機構求助，此種諮詢仍然可以排解衝突，消除墮胎的決意，從而發揮保護生命的作用。但衝突諮詢不能具有命令性或強迫

性，只能予以提供，故新刑法第二一九條第一項第二、三句規定乃課予提供(諮詢)的義務。

立法者認為婦女在此等條件下可以作成負責任的決定，乃是以諮詢及協助的保護理念取代刑事處罰的必然結果。爲了發揮保護的效果，諮詢的模式必須以非違法性(Nicht-Rechtswidrigkeit)爲基礎。同時爲了避免想要墮胎的婦女不去接受墮胎，必須捨棄任何形式的壓制、貼標籤或歧視等作法。單純的不予處罰(Straffreiheit)無法達到此項目的。或謂如此將會使未出生生命的法益落入懷孕婦女自由且無法控制的決定之中，不過，此項疑慮並不正確。蓋墮胎決定對婦女而言，無論在生理上或心理上，甚至在社會的意義上，均是影響其存在的一種侵犯，此項決意並非如一般的刑事犯罪，只是對他人法益的侵害；其同時是一種自我傷害。因此婦女不會輕易作出此種決定。

部分邦政府對此補充指出：基於基本法第四條第一項所保障的基本權利，墮胎的決定應屬合法。聯邦憲法法院業曾指出，墮胎決定得具有應予尊重之信念決定的位階(vgl. BVerfGE 39,1[48])。自一九七五年起，社會對於婦女在懷孕及擔任母職時所面臨的挑戰與負擔，變得比較敏感。這些挑戰與負擔對於今日婦女在社會認同上及生活上的影響，比之於過去猶有過之，蓋今日婦女在自我表現及營生上更形困難。不過，此種情形並非意

味，所有懷胎或墮胎的決定均屬信念決定。只是立法者非不得將信念決定視作原則，而將信念層面受到扭曲或漠視的部分，當作是一種例外。

3.基於事項附屬(Annex-Materie)的觀點，聯邦制定孕婦及家庭扶助法第十五條第二款(確保義務)的權限基礎，在於基本法第七十四條第一款(刑法)。又對於孕婦在具體衝突及急迫時所提供的協助，立法者若將之當作是公共任務，則亦可導出——如邦政府所述——聯邦的立法權限係基於基本法第七十四條第七款(公共照顧)(öffentliche Fürsorge)。在內容上，前開規定亦屬合憲，其所課予邦機關的義務，在法律及事實上均非不可能。第五次刑法改革法第二條規定並未受到影響；信念及信仰自由亦未遭受侵害，蓋宗教「中立」之地方自治團體的所屬醫院及其他醫院，其為機構或法人者，並不能主張信念自由的基本權利(基本法第四條第一項)。而且由於非違法墮胎的給付，乃屬法定醫療保險的給付義務，給付主體無論如何均需自行提供給付，或委由第三人為之，故第十五條第二款只是將此項義務予以彰明，並加以具體化而已。

4.聲請人於前述1)針對社會法典第五篇第二十四b條所提權限法及實體法上的質疑，同樣亦無理由。聯邦的立法權限來自基本法第七十四條第十二款，依該款規定，新的生活事實得以被納入「社會保險」的整體體系

之中。同樣地，實體法上的質疑亦不成立。假若在合格的諮詢及無數的法定協助之下，懷孕婦女仍然執意墮胎，或存有指標規定情形之一者，於此情況下，立法者若儘可能地將婦女的自我負責決定與經濟因素的考量加以區隔，乃是前後一貫且合乎社會正義的作法。社會國家給付的類型化，允許將不盡合乎規範主導思想的個案情形，納入給付體系之中。

5.關於聯邦統計規定的廢除——如邦政府所述——亦無可議之處。新法規定所具有的保護生命效果，僅能透過學術上的伴隨研究(Begleitforschung)，運用實證社會調查方法，進行審究，始能獲知。統計的存在並非此種調查的必要條件。

#### IV. (法律鑑定書)

於2BvF 4,5192準備程序中，聯邦憲法法院第二庭曾委託Stürner及Schulin教授就以下問題提出法律鑑定書：

(1)如果法秩序對於墮胎予以法律上的非難，則對於現行法秩序的不同領域(例如勞工法、親屬法、社會法、醫師職業法及一般民法)，會產生何種影響？如果刑法在特定要件下(現在：指標規定；系爭法律：在最初十二週之內並經過諮詢)就墮胎的阻卻違法事由予以規定，其對法律狀態的影響如何？

(2)在刑法之外的各別法秩序領域中，如要表達對墮胎的法律非難性，還有那些可能性？

## V. (言詞審理程序)

於一九九二年十二月八日及九日的言詞審理中，第十二屆德意志聯邦眾議院所有黨團的議員亦參與此一程序，其中聲請人：德意志聯邦眾議院暨Brandenburg、Bremen、Hamburg、Hessen、Niedersachsen、Nordrhein-Westfalen、Rheinland-Pfalz、Saarland及Schleswig-Holstein等邦政府均強調他們的書面意見。鑑定人Stürner及Schulin教授亦陳述並補充他們的書面鑑定意見。

法院並請聯邦醫師公會及醫師職業團體代表，以及Baden-Württemberg邦醫師法院成員，到場就職業法上的問題提出說明。關於諮詢及社會救助實務上的問題，法院聽取由法庭命聲請人及有陳述意見權利之人所推薦專家的意見。

## D. (判決理由)

### 1. (國家保護人民生命之意義)

1.基本法課予國家保護人類生命的義務。人類的生命尚包括未出生的生命，其亦受到國家保護。憲法不僅禁止國家直接侵犯未出生的生命，尚且要求國家要保護

並協助此種生命的成長，特別是防止來自他人的違法侵犯(vgl. BVerfGE 39, 1 [42])。此項保護義務的基礎在於基本法第一條第一項，該規定明文課予國家有尊重並保護人性尊嚴的義務；其對象以及——由此開展——其範圍係由基本法第二條第二項詳予規定。

a)人性尊嚴於未出生的人類生命中即已存在，其非於出生後的人類生命或經教育的人格上始見存在(參見普魯士一般邦法第十條第一項第一句早有規定：「人類的一般權利亦屬於尚未出生的胎兒，在其受胎之期間即已擁有。」)。生命是否如醫學人類學的認知所示，在卵子與精子結合時即已存在，於本件程序中無庸決定；蓋系爭規定的標的是墮胎，特別是刑法的規定；因此，本件尚待決定的問題，僅涉及懷孕的期間。此一期間依照——聲請人無爭議、且在憲法上無疑義的——刑法規定，係自受精卵於子宮中完成著床(Nidation; 參見孕婦及家庭扶助法第十三條第一款中，刑法第二一八條第一項第二句規定)以至出生為止(參見刑法第二一七條及BGHSt 32, 194 ff.)。在一個如此確定的懷胎期間內，對於未出生的胎兒而言，無論如何均涉及其個別的生命，其基因的同—性、獨特性與不容混淆性，業已確定其乃是不容分割的生命，此項生命在成長與自我發展的過程中，並不是漸次演化成爲人類，而是身爲人類而在逐步發展之中(vgl. BVerfGE 39,1 [37])。長久以來，儘

管出生前生命的進程有不同階段，從而在生物學、哲學、乃至於神學的觀點下，可以有不同的詮釋，而在歷史上亦有不同的評價，但是無論如何其均涉及個別人類發展中所不能剝奪的各種階段(vgl. BVerfGE 39,1 [41])，人類尊嚴對於未出生生命而言，亦是為其自身的目的而存在。尊重並保護此種生命的前提在於，法秩序應基於胎兒自我生命權的意義，確保其發展的法律條件(vgl. auch BVerfGE 39, 1 [37])。此種生命權並不是在其母親接受時始成立，而是於存在時即為胎兒所擁有，其乃是一種基於人性尊嚴且不容捨棄的權利；其不受特別宗教或哲學上的確信所影響，在宗教世界觀上保持中立的國家，其法秩序對於未出生生命是不作評價的。

b)對未出生生命的保護義務，係涉及個別的生命，而非僅牽涉一般的人類生命。此項義務的履行是一國之中有秩序共同生活的基本條件，為所有國家權力的義務(基本法第一條第一項第二句)，亦即屬於國家所有功能，包括立法權在內的義務。保護義務特別是防止來自其他人類的危險，其內容包含所有避免或防止因懷孕而造成急迫情況的保護措施，以及法律上各種行為要求(Verhaltensanforderungen)；二者互為補充。

2. 為保護未出生生命，國家透過法律為各種誡命

(Gebote)與禁止(Verbote)規定，確立作為與不作為義務，據以設定各種行為要求。此等要求包括保護胚胎免於受到其母親的侵犯，至於胚胎與母體之間的聯繫如何，或此種聯繫對於母親與小孩而言是否會形成「二合一」(Zweiheit in Einheit)的關係，則在所不問。此種相對於母親而對未出生生命所提供的保護，必須在立法者原則上禁止母親墮胎，同時課予母親分娩的基本法律義務下，方有可能。墮胎的原則禁止與分娩的基本義務，乃是兩項不可分割的憲法上必要保護要素。

保護不少是對抗來自第三人的——特別是來自家庭及懷孕婦女所處社會環境的——干預；此等干預可能直接針對胎兒，但亦可能是間接的，例如拒絕給予懷孕婦女應有的協助，而使婦女因懷孕而受到排擠，甚至受到壓力而被迫墮胎。

a)此種行為要求不能只是作自願性的要求，而應建構為法律上的誡命，其必須依照權利的特性，構成一種以事實效力為重心的規範性法秩序，具有拘束力且附有法律效果。於此刑事處罰雖非唯一可以想到的制裁方法，但卻可以督促法律服從者持續地尊重並嚴守法律上的要求。

法律上行為要求應具有兩種方向的保護作用，一方面，當被保護的法益受到侵犯的威脅或業已發生侵害

時，行為要求必須在個別情形發揮預防及抑制的保護作用。另一方面，此種要求應強化並支持國民對於合法與非法的價值觀念與看法，以便在此種行為規範取向的基礎下，自始便不會考慮要去侵害法益。

b)生命的保護並非是絕對意義上的要求，生命相對於其他任何法益並非毫無例外地享有優先性；基本法第二條第二項第三句已彰顯此項意旨。另一方面，保護義務亦不是只要作出任何一種保護預防措施，即為足夠。事實上，保護義務範疇(Reichweite)的確定，一方面要著眼於應受保護的法益——於此乃指未出生人類生命的重要性與值得保護性——，他方面則要衡酌相衝突的法益(vgl. G. Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987, S. 253 ff.)。關於受胎兒生命權所影響的法益——基於懷孕婦女請求保護並尊重其人性尊嚴的權利(基本法第一條第一項)——於此可資考量者，主要是婦女的生命權及身體完整權(基本法第二條第二項)以及婦女的人格權(基本法第二條第一項)。

保護的種類與範圍於個別情形應如何確定，乃屬立法者的任務。憲法僅將保護設定為目標，至於其在個別情形應如何形成，則未加規定。然而，立法者應顧及不足禁止原則(Untermaßverbot)(關於此一概念請參閱 Isensee, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 1992, § 11 Rdnrn. 165 f.)；於此範圍內，立法者受到憲法法

院的控制。所必要者，乃——在顧及相對立的法益之下——適當的保護(angemessener Schutz)；具決定性者，乃此項保護本身必須有效。立法者所為的預防措施須足以達到適當且有效的保護，尤其要以審慎的事實調查與適切的評估作為基礎(參見後述 I. 4.)。於此情形下，憲法上所要求的保護範圍與懷孕的年齡並無關連。基本法對於未出生生命的保護既未以特定期間的屆滿為條件，亦未依懷胎的發展進程而將生命權及其保護加以階段化。因此，縱令在懷孕的初期，法秩序亦應確保合於上述程度的保護。

c)設若不足禁止(原則)不應被違反，則法秩序所形成的保護必須符合以下最低的要求。

aa)屬於最低要求者，乃在懷孕整體期間內所施行的墮胎，原則上均應視為不法，從而在法律上應予禁止(vgl. BVerfGE 39,1[44])。如果未存有此種禁止，則胎兒的生命權——即使其存續期間有限——將置於第三人在法律上不受拘束的自由決定上，例如母親本身，如此一來，在上述行為要求的意義下對於生命的法律保護，將無由確保。即使援引婦女的人性尊嚴，並強調婦女具備作出負責決定的能力，均不足以要求未出生生命要作如此犧牲。法律提供保護的前提在於，法律本身應將一方對他方所容許干預的範圍與界限，予以規範上的確立，而不能留待當事人的一方任意決定。

婦女的基本權利對於墮胎的原則禁止並無影響。相對於胎兒的生命權，婦女的基本權利固然存在，且應作相應的保護，但其範圍尙不致因基本權利之故——即使只是在特定期間——而可以一般地免除分娩的法律義務。不過，基於婦女的基本權利地位，仍可在例外情形免除此項法律義務，甚至在若干情況有免除的必要。

bb)如何將上述例外情形規定成爲例外的構成要件，乃是立法者的任務。惟爲了避免違反不足禁止(原則)，立法者必須注意，於此相互衝突的法益恐無法達成一個合乎比例的平衡狀態，蓋對於未出生胎兒而言，終究不是權利受到或多或少的影響，或是應否接受不利或限制的問題，而是涉及全有全無，亦即生命本身的問題。因此，既要保障未出生胎兒的生命，又要賦予懷孕婦女墮胎的權利，藉以達成平衡狀態，殆屬不可能，蓋墮胎必然要殺害未出生胎兒(vgl. BVerfGE 39,1 [43])。此種平衡亦無法——如有人主張(vgl. Nelles in: "Zur Sache, Themen parlamentarischer Beratung", herausgegeben vom Deutschen Bundestag, Band 1/92, S. 250)——以如下方式予以達成，亦即，於懷孕的某特定期間，婦女的人格權具有優先性，而在此期間之後，未出生胎兒的權利始居於優先地位。因此，唯有當母親不在懷孕最初階段決定殺害胎兒時，該胎兒的生命權始具有意義。

然而，此種情境並非意謂：憲法所允許得以免除分娩義務的例外情形，僅限於對婦女生命有嚴重危險或對其健康有重大影響者。除此之外，尚有其他例外情形的可能性。而此種例外情形的認定標準，誠如聯邦憲法法院予以確認者，乃期待不可能(Unzumutbarkeit)原則(vgl. BVerfGE 39,1[48 ff.])。此項標準——姑且不論婦女參與墮胎的行為在刑法上無法視為不作為犯——的正當性在於，基於母親與小孩之間特有的連繫性，禁止墮胎的意義並非僅止於婦女負有不得侵犯他人權利領域的義務，同時含有與婦女生存相關的懷胎及分娩義務，此外，尚連帶涉及產後持續多年的作為、照顧及承擔義務(vgl. insoweit auch M. von Renesse, ZRP 1991, S. 321[322 f.])。由於預見產後的連帶負擔，將為人母者在懷孕初期經常會處於一種特殊的精神狀態，從而在個別情形可能會產生重大、甚至危及其生存的衝突狀況，於此衝突狀況中，由於懷孕婦女值得保護的地位具有急迫性，故國家的法秩序——姑且不論在泛道德或宗教上所建構的義務觀如何——不能要求婦女在任何情況下都必須給予胎兒的生命權享有優先地位(vgl. BVerfGE 39,1[50])。然而，在懷孕的正常情況範圍內，不能認為存有期待不可能，而必須有負擔的存在，其程度在於要求(婦女)犧牲自身的生命價值，以致於此種負擔對於婦女無期待可能性。

就分娩義務而言，在傳統醫學指標規定之外，尚有犯罪學上及——以充分明確的界定為前提——優生學上的指標，足以作為例外的構成要件，而不致在憲法上發生疑義；至於其他的急迫情事，則必須精確地描述其狀況，使作為其前提要件的社會或人事心理衝突程度，得以明確地辨識，而——依期待不可能的角度以觀——與其他指標情況維持一致性(vgl. auch BVerfGE 39, 1[50])。

cc)以期待不可能界定婦女分娩義務的範圍，並不表示國家可以解除對任何未出生人類生命的保護義務。基於此項義務，國家尤應透過建議與協助來扶助婦女，並儘可能藉此促使婦女生產小孩；新刑法第二一八a條第三項規定即基於此項觀點。

dd)按保護人類生命免於遭到殺害，若屬國家的基本保護任務，則基於不足禁止(原則)，國家不得放棄刑法手段以及源自刑法的保護效果。

自古以來，乃至於今日，刑法的任務均在維持一個合乎秩序的共同生活基礎。而對人類生命的尊重以及原則上的不可侵犯性，則屬此種共同生活的基礎，因此，殺人向來都是以刑罰來加以威嚇。

刑法固然不是法律保護的首要手段，但其干預的性格卻是最強的；因此刑法的運用受到比例原則的拘束(BVerfGE 6, 389 [433. f.]; 39, 1 [47]; 57, 250 [270];

73, 206 [253])。不過，當某特定行爲除了予以禁止外，因其對社會具有特殊的危害性，爲人類有秩序共同生活所不能忍受，而有阻止其發生的特別迫切性者，刑法仍可當作此種保護的「最後手段」(ultima ratio)。

準此以言，刑法通常是確立原則性禁止墮胎及其所蘊含婦女分娩義務的地方。不過，基於憲法的意旨，若有其他足夠的保護措施，而可以在有限範圍內不對違法墮胎施以刑罰者，則只要在憲法之下的法秩序中，以其他方式明確表示對此等情形禁止的意旨，即爲已足(vgl. BVerfGE 39, 1[44, 46])。

3. 國家在履行其對未出生人類生命的保護義務時，並非以防止他人對胎兒生命有所侵犯，即爲足夠。國家尚須防制來自婦女及其家庭現在及未來真實生活對胎兒生命所存在的危險，以及對分娩意願有所影響的危險。於此，保護義務與基本法第六條第一項及第四項的保護委託有相通之處(關於基本法第六條第一項，vgl. BVerfGE 76, 1 [44 f., 49 f.]；而關於基本法第六條第四項，vgl. zuletzt BVerfGE 84, 33[1559])。此項保護義務要求國家應調查母親在懷孕期間及產後所可能遭遇的問題與困難。基本法第六條第一項及第四項含有一項對於私法與公法領域均具有拘束力的保護委託，其範圍亦及於懷孕婦女。因此，把身爲人母與對嬰幼兒的照顧看作是一種給付，係基於社會利益之考量，符合上開保

護的委託，應予認可。

早在刑法改革特別委員會第一次報告中(BTDrucks. 7/1981(neu), S. 7)，即有如下的陳述：不利的住屋狀況、不可能在唸書或工作之餘同時照顧小孩、經濟上的急迫與其他物質上的原因，以及單親的懷孕婦女害怕受到社會歧視等，均屬經常被提到想要墮胎的原因及動機。

a) 母親所應享有的社會照料，包括國家應致力於使懷胎不致因眼前或產後的物質困頓而中斷。同樣地，婦女因墮胎而在受教育及職業上所遭遇的不利情況，亦應儘可能地加以排除。國家在從事保護未出生人類生命的義務時，應探究足以使懷孕婦女及母性遭遇困難的情況，並在法律及事實的可能範圍與責任領域內，致力於協助的提供與困難的減輕。此項任務不僅應由立法者為之，尚且包括政府及行政機關在內。

固然，國家無法且毋需承擔父母在「照顧及教養」子女(基本法第六條第二項第一句)所帶來的負擔與限制。但是，(國家)仍有一——在孕婦及家庭扶助法第五至十二條規定以外——其他解除父母負擔的可能性。例如在國家的領域中，早有許多有效保護母親與子女的可能性；可資一提者，如住屋事務、公職及職業上，特別是職業教育法上的規定。

國家並得——於一定情形尚且必須——使第三人參

與有效的保護工作。父母在教養子女之際，同時擔負任務，其履行不僅是基於團體的整體利益，亦是基於個別的利益。因此，國家應促進社會成爲一個善待小孩的社會，而此項任務即寓有保護未出生胎兒的作用。著眼於此，國家不僅可以考慮在勞動法領域有所規範，還可以在其他私法的領域有所作爲，特別是多關照有子女的家庭；諸如禁止因有新生兒而終止房屋租賃契約，又如在信用貸款上，對契約內容或國家協助締約有所規定，藉此使父母在子女出生後能夠履行信用貸款的債務，或減輕其負擔。

b) 未出生生命的保護，婚姻及家庭的保護委託(基本法第六條)與男女分享勞動生活的平等對待(參見基本法第三條第二項與一九六六年十二月十九日經濟、社會及文化權利國際公約[BGBI. 1973II, S. 1570]第三條、第七條)，均課予國家，特別是立法者，負有設定基礎的義務，俾使家庭與工作之間能夠彼此協調，不致因從事家庭教養任務而遭致職業上的不利。又如透過法律上及事實上的措施，使父母雙方皆能兼顧教養與職業工作，或能重返職業工作崗位，或在教養子女之後仍可重新開始工作。再如孕婦及家庭扶助法第六條及第七條有關勞動促進及職業訓練法所作的修正，亦屬此類作法，立法者藉此開啓了正確的道路。同樣情形，例如有關制度改善(參見孕婦及家庭扶助法第五條)與家庭幼兒照顧

的規定（參見在所謂家庭負擔平衡的範圍內所為的給付，特別是教養金，以及有關教養假及預支薪俸的規定）。若基於有限資源的觀點而有審究國家給付之必要者，立法者應考量到上開給付作為生命預防保護措施的重要性。

c)再者，國家對於因教養子女而放棄工作收入之父母的一方，應設法使其在撫養法上所遭受的不利，獲得適當的平衡。就此本院贊同一九九二年七月七日(本院)第一庭判決所為的闡述-1 BvL51/86, 50/87 und 1 BvR 873/90, 761/91 (Umdruck S. 55 f.-BVerfGE 87,1 ff.)。

d)最後，保護委託亦課予國家義務，應在一般通念下維持並活絡未出生胎兒在法律上的保護請求權。因此，聯邦及各邦的國家機關必須明白揭示追求保護生命的目標，此尤應表現在學校的教學計劃中。負責宣導醫療衛生問題、家庭諮詢或性宣導的公共機構，必須強化一般人對未出生生命保護的意念；特別應注意孕婦及家庭扶助法第一條項第一條所規定的宣導。公法上及私營的廣播電視在行使其廣播電視自由時(基本法第五條第一項)，對於人性尊嚴的保護負有義務(關於私營廣播電視，請參見一九九一年八月三十一日所定全德廣播電視國家條約第一條項第二十三條第一項第一句及第二句規定)；因此，廣播電視的節目亦應擔負保護未出生生命的任務。

4.依2.及3.所述，國家為履行其對未出生生命的保護義務，必須採取規範上及事實上的充足措施，以便——在顧及相對法益之下——達成適當且有效的保護，就此必需進一步發展出結合預防性及抑制性保護要素的保護構想。此種構想的擬定與規範上的實踐，乃屬立法者的任務。基於現行憲法的要求，除開憲法上無疑義的例外構成要件，立法者非得任意將墮胎視為不違法，亦即予以容許。不過，立法者仍可依據尚未詳定的標準，決定如何使墮胎的原則性禁止在不同的法秩序領域中發揮(規範)作用。總體而言，保護構想的形成須足以發揮其必要作用，而非在法律上改以——在時間上有所界定的——開放墮胎，或以此發揮其作用。立法者須以經得起憲法考驗的評估，作為形成保護構想內容的選擇基礎，以滿足不足禁止(原則)對保護未出生生命的要求。立法者在作成決定之時，若同時根據對事實發展的預測，特別是以法律規定的效果評估為基礎，則此等預測仍須值得信賴；聯邦憲法法院僅依以下標準審查此等決定是否適當(vertretbar)。

a)立法者——如本件情形——在憲法上即使有義務採取有效且充分的保護法益措施，但其仍享有評估、評價及形成自由空間。此一自由空間的範圍視各種不同要素而定，特別是系爭事務範圍的特性，構成——有關規範的未來發展與成效——可靠判斷的各種可能性，以及

所涉及法益的重要性(vgl. BVerfGE 50, 290[332 f.]; 76, 1[51 f.]; 77, 170[214 f.])。由此是否可以導出在憲法審查上兩種不同的控制標準(vgl. BVerfGE 50, 290[333])，於此並無討論的必要；按憲法審查無論如何均包含立法者是否充分考量上述要素，並「以適當的方式」(in vertretbarer Weise)處理其所擁有的評估自由空間。本庭在一九八七年十月二十九日的裁定中(vgl. BVerfGE 77, 170 [214 f.])，對於因國家不作爲而提出憲法訴願是否程序合法所作的闡述，不能被曲解爲：舉凡「非完全不妥當或非全然不可能達成的」措施，即已滿足國家對人類生命保護義務的履行。

b)憲法法院在審查立法者對新保護構想有效性所作評估是否適當時，不容忽略的是，立法者係在履行憲法所賦予保護未出生人類生命的義務。於此所涉及的胎兒與婦女的法益，具有高度的憲法位階。因而在判斷保護未出生生命的法律規範時，除應取決於構成規範客體事物領域的特性外，同時要考量到在發生衝突時，懷孕婦女若決意墮胎，則胎兒將遭到殺害的事實。其次具重要意義的是，在懷孕初期通常只有母親知悉此事，故從各方面看來，胎兒都是由母親予以保護，從而胎兒的存活亦繫於母體的保護。因此，國家是處在無法確知胎兒生命是否存在的情況下，擔負保護胎兒生命的任務。由此不難理解，爲什麼到目前爲止以刑法規範墮胎，甚少會

有令人振奮的經驗。最後，值得重視的是，對立法者而言，當其決定作成一項新的基本規定時，其精確判斷該規定成效的可能性，在本質上是相當有限的。是以，在援引外國經驗時，由於可資比較的事實情狀未必可靠，因此，也只能有條件地加以援用。於此情況下，立法者必須運用可資取得、且可以對構想保護作用作必要可靠預測的重要資料，審慎判斷其立法評估是否站得住腳。

## II. (立法者另類的保護措施)

依前所述，在憲法上，立法者對於未出生生命的保護，原則上非不得改採另類保護構想，於懷胎初期發生懷孕衝突時，將保護重點置於對懷孕婦女的諮詢，藉以爭取婦女同意分娩，同時基於諮詢之必要開放性與有效性的考量，放棄指標規定的刑罰威嚇，並不再由第三人確認指標規定要件的存否。

孕婦及家庭扶助法的立法者，即基於適當的評估，採取另類保護構想。

1. 與墮胎問題具有關連性的新規定，係源自統一條約第三十一條第四項。該項規定對全德立法者賦予任務，「至遲應於一九九二年十二月三十一日制定新的規範，使出生前的生命受到保護，並透過法律確保婦女的請求權，特別是請求諮詢與社會救助的權利，俾對懷孕婦女所面臨的衝突情狀作合乎憲法的解決，且比德國兩部分當前的情形更好。」就此主要有兩個途徑。一是鑑

於一九七五年二月二十五日聯邦憲法法院判決之後 (BVerfGE 39, 1 ff.) 實施指標規定的經驗——其憲法上的問題參見在 2BvF2/90 程序中所提出的聲請——，立法者可以透過較明確、且必然較為狹窄的指標構成要件，取代舊有解決方式，並對指標事實的確認設定較為嚴格的要求。另外一個途徑，則是考慮採取諮詢規定。就此全德的立法者可以表示，諮詢規定比較能夠把目前一方面以期限規定、他方面以指標規定為特徵的德國各個法秩序，與在此不同方式下所形成的國民法律意識相互整合。

2. 立法者在發展一項新的保護構想時，不僅可以且必須對目前法律實務經驗進行評價，並針對此項經驗形成其保護構想。儘管刑法上對於未出生生命的廣泛保護，在規範層面上有不同的形式——如一八七一年刑法第二一八條的嚴格禁止墮胎規定，或是自一九七六年起的各類指標規定——，但皆無法防堵墮胎曾經是且仍然是一種群體現象。問題的關鍵並非在於，早期或一九七六年以後墮胎數目評估的高低，是否會顯示出比較可靠與較為貼近事實的現象；蓋即使是較低的估算，仍然會使立法者感到不安。而高額墮胎數的原因，亦無法以適用或處理各種刑法規定所遭遇的偵查上或其他困難，或是藉口缺乏真正執行意願來加以解釋。如果墮胎可以確定是一種持續性的現象，則更有理由去探究其原因，並

設法解決其中所顯露出來的問題。

立法者根據此項分析作成評估，認為現行刑法規定的內容，在發生懷孕衝突時，適足以阻礙婦女作成分娩的決定，因為懷孕婦女往往會認為此種衝突是其個人的體驗，故拒絕第三人的判斷與評價，此項立法評估在憲法上並無可議之處。在達到期待不可能的程度之前，何者是屬於足以影響婦女生產的重要事項，不僅要依客觀要素予以判斷，還要視婦女的生理及心理狀況與特質而定。各種期待可能性的判斷標準，必須綜合考量始具意義，但其間又可能發生相互矛盾的現象，因此，要獲致一個值得信賴且可行的期待可能性判準，必須耗費大批具有經驗的專家，始有可能。但是，第三人介入婦女內在世界的程度越深，則婦女託詞、規避並轉入非法的危險就越大。在此情形下，反而會自始錯失機會，無法與婦女進行充滿理解、具專業性的諮詢，以探究其衝突的原因，並在克服此種衝突時，適時給予協助，使其不致作出不利於小孩的決定。

3.因此，當立法者爲了履行其保護任務，認為在懷孕初期若要對未出生人類生命作有效保護，無論如何都必須與母親共同爲之，而非與之抗衡，此種保護構想乃是一項憲法上無可質疑的立法評估。蓋唯有母親及母親所信賴的人才能在懷孕初期知曉新生命的存在，此時新生命仍然屬於母親，且完全依賴母親。此種以特殊方式

與母親相結合的胎兒，由於具有不可察覺性、無助性及依賴性，因此唯有在國家與母親合作時，才能給予胎兒較好的保護機會，此項評估自有其正當性。

另外，支持此項評估的理由尚有：當婦女得知非預期的懷孕時，其可能面臨相當特殊的存在問題。蓋在一定情況下，她必須徹底改變她的生活計畫，除了因懷孕過程所無法避免的痛苦外，她將面臨各種廣泛且長期的作為及照顧義務，甚至還會有額外的生命風險。特別是懷孕初期的婦女大多尚未作好當母親的心理準備，且未如懷孕後期感受到其與成長中生命的緊密關係。刑罰在此情況下的威嚇作用甚為微小，從而越有需要以法律的預防措施協助婦女解決其衝突問題，以便婦女能夠善盡其產出生命的責任。準此以言，基於懷孕初期婦女與胎兒的特殊關係，固然有理由在兼顧刑法制裁手段之下，採取特殊的保護措施；但是此種特殊情況——如前所述——尚不能導致婦女的基本權利地位凌駕未出生生命的基本權利地位。如果人性尊嚴對於未出生生命而言，亦是為其自身而存在，則不能因未出生生命年齡及成長階段的不同，或婦女是否願意讓其繼續生存，而在履行保護義務上有所差異。

4. 如果國家不對婦女施以刑罰上一般威嚇，而是以個別的諮詢，訴諸其對未出生生命的責任，並提供經濟上及社會上的挹注與相關重要資訊，以設法促其不要逃

避作母親的職責，此種作法自合於婦女及將為人母者所應得到的尊重。於此立法者可以認定，由第三人審究並評價無法期待婦女生產的理由，不但沒有幫助，反而會是一種阻礙。

不過，此並非表示：在經過專業及個別的諮詢之後，唯有處在依上述憲法基準而無法期待其生產的婦女，方得墮胎，蓋如此將忽略了生活現實。在現實生活中，不論是男人或是女人，其通常會高估自己的生活觀，即使在客觀衡酌個人生活狀況後，顯示有期待可能性時，仍不會打算放棄這些生活觀。儘管如此，立法者基於上述理由(參見上述2.及3.)仍可認定，即便在懷孕初期實施指標審查，亦無法稍減婦女片面以其個人利益為決定取向；相對而言，將最後決定權交予婦女，其中所表彰對婦女責任感的尊重，若能輔以對憲法上合法與非法界限的提醒性指引，將具有呼籲功能(Appellfunktion)，且足以強化婦女對未出生生命的責任。可供立法者考量的是，比起由第三人就所告知的理由——或多或少的詳盡——進行審查並評價，再據以確定墮胎為指標規定所容許，而使婦女的部分責任受到剝奪，相較之下，受到上述期待的婦女，較能直接且強烈地感受到責任感，從而較有勇於任事的動因。

5.如果立法者將墮胎的最後決定權交給那些接受諮詢的婦女，並容許其在一定情形下得要求醫師施行墮

胎，則立法者可以適當地期待，懷孕婦女在遇有衝突情況時，會接受諮詢並告知其所遭遇的情狀。

a) 指標的確認，即使未與諮詢相結合，而是在諮詢之後，且在人員及制度上均與諮詢相分離，則此種指標確認亦會對諮詢制度產生一種不利的預先效果，並對諮詢的效果造成重大影響，因為婦女在接受諮詢時，會針對將確認的指標事實，從而使懷孕衝突的開放討論受到妨礙，對於此情形立法者尤可舉出諮詢實務的經驗，

b) 不過，前項考量僅適用於一般的急迫狀況指標規定。按此種急迫情形通常是多樣且具有多種面向，同時是懷孕婦女個人領域因素的產物。此種狀況在指標確認程序中，為第三人所要確認與評價的標的，同樣地，此種狀況在一個——為保護生命的——衝突諮詢中亦應予以發掘，並討論之。顯然地，在處理此種衝突問題時，若必須由第三人進行評價，則可能會阻礙婦女毫無顧慮的合作。反之，於醫學上、優生學上或犯罪學上的指標情形，則有不同。如果經醫師確認，繼續懷孕將會使婦女的健康遭遇重大危險，或對胎兒存有重大傷害的顯著危險，或者當婦女是犯罪行為的被害人時，則顯然構成急迫情況。前開客觀事實對於諮詢的主題與功能有所改變，致使婦女沒有必要去規避指標確認或接受非開放性的諮詢。

c) 在懷孕初期採取墮胎諮詢規則，是否會比現有規

範較能發揮保護未出生生命的功能，在學術上及法政策上素有爭議，迄今尚無定論。一般對於現行指標規則在實務運作上未能提供足以防制墮胎的保護，固然存有一致的見解，但是指標確認的必要性是否會減低懷孕諮詢的保護作用，在學說及諮詢實務上則有不同的看法。雖有前述反對維持指標規則的理由，但此種不確定性原則上還不致影響立法者採行諮詢規則；但是，立法者必須隨時注意新保護構想的效用（注意及改善義務）(Beobachtungs und Nachbesserungspflicht)。

### III. (諮詢構想的保護作用)

立法者在履行其保護義務時，如改採諮詢構想，則其所代表的意義是，對於未出生生命的保護，主要是一一預防性地——透過對想要墮胎的婦女施以諮詢性的影響，來達到保護的作用。此項諮詢構想旨在強化婦女的責任感，——在不影響家庭、其他社會領域及醫師的責任之下(參見下述 V. 及 VI.)——由婦女對於是否墮胎作成事實上的最終決定，並且必須對此負責(最終責任)(Letztverantwortung)。於此需要一些周邊條件，以作為婦女作有利於未出生生命決定的積極條件。唯有如此，才能在放棄指標確認作為墮胎要件的同时，以諮詢構想達到保護未出生生命的效果(1.)。不過，婦女在懷孕最初十二週經諮詢後請求醫師施行墮胎者，若不具指標要件，則不得宣告其為合法(不違法)(2.)。此外，如

果基於諮詢構想的有效性而必須有一定例外情形者，立法者毋需將原則性禁止墮胎所產生的要求擴及所有領域(3.)。

1.a)屬於諮詢構想的必要週邊條件，首先，諮詢必須是婦女的一項義務，其重點則在於鼓勵婦女分娩。基於此項目的，在諮詢的內容、實施及組織上，必須使婦女足以取得必要的意見與資訊，以便負責地決定是否繼續懷胎或墮胎(詳請參見下述IV.)。

b)其次，諮詢構想必須將懷孕衝突中足以——積極地或消極地——影響婦女意志的人員，予以納入，特別是受懷孕婦女要求施行墮胎的醫師。除開婦女與受其徵詢意見的人，通常只有預定施行墮胎的醫師知悉胎兒的存在，而該醫師依其醫師的職業信念，本即負有保護該胎兒的職責(參見下述V.)。此外，懷孕婦女的家庭及其他社會領域的人員，亦應納入諮詢制度的設計之中，誠如諮詢人員與醫師的報告，以及學術上的調查所顯示，此等人員通常——不少是以犯罪的方式——會對婦女作不利於小孩的影響(參見下述VI.)。

c)依D. II 5.a)及b)所述理由，諮詢規則不得將一般急迫情況指標規定為合法化事由，蓋此種規定與諮詢的構想有所抵觸。按諮詢規定旨在達到有效的保護，為了使婦女願意接受諮詢，故規定婦女不必陳述其合法化的急迫情況，並接受此項事由的確認，從而諮詢規則無法

對一般急迫情況指標的合法可能性，有所預斷，自屬當然。諮詢規則對於社會急迫情況是否存在的確認，必須全然且毫無例外地不加規定，才能使婦女願意接受諮詢，而不會因希望其決定被評斷為合法——且可能會得到有利的法律效果——而漠視諮詢。因此，諮詢規則是希望婦女即使不難證明其所遭遇的具體急迫情況，仍然放棄以合法墮胎來解除其個人的負擔。

基於婦女的基本權利地位，並非必須以一般急迫情況指標作為合法化事由；其他的方式亦可符合此等地位（參見D. III.3.）。但是，在採行諮詢規則時，若要放棄急迫情況指標規則，亦不能失去分娩義務及其界限的取向。即使在具體的懷孕衝突情況中，以保護未出生人類生命為中心的規範取向並不因此而喪失；未出生人類生命法益的憲法位階，仍須普遍存在於當前一般法律意識之中（所謂積極的一般預防）。因此，諮詢規則亦須在憲法之下的法秩序中清楚地表明，即使婦女因分娩而受有負擔，且其程度——相較於醫學上及優生學上的指標（新刑法第二一八a條第二項及第三項）——是如此地重大與特殊，以致逾越可期待的犧牲界限，墮胎仍只有在例外情形下方屬合法。此種取向旨在提供負責行事的婦女足以判斷其行為的基礎，此同時是諮詢規則委諸婦女負責任的核心所在；準此以言，從諮詢規則的採行不能導引出墮胎的合法化（參見D. III.2.b) aa)）。

d)最後，諮詢規則主要是以預防性保護為重點，因此，對於母親及小孩提供社會協助必須——包括事實上——齊備，以便除去或減輕遭受具體的排擠與社會急迫，支持父母作出有利於小孩的決定，並鼓勵婦女生產。

2.與諮詢構想相結合的目標是，在懷孕最初十二週內，於接受諮詢後、經懷孕婦女請求——無需作指標的確認——而由醫師所施行的墮胎，不以刑罰處罰之，此項目標的達成，立法者僅能將此種墮胎行為從刑法第二一八條的構成要件中除去；而不能宣告其為合法(不違法)。

a)依照憲法的意旨，墮胎若僅能在特定例外情形下方為容許，則墮胎自不能基於其他較廣泛的要件而在刑法中予以許可。法秩序必須肯認並彰明憲法禁止墮胎的意旨，此尤屬刑法的功能所在，蓋刑法旨在保護特殊位階及處於特別危險狀態的法益，從而最能彰顯一般對合法與不法的意識。如果刑法定有一項合法化事由，則其必然在一般的法律意識中被理解為：合法化事由中所指稱的行為是被容許的。而在其他法秩序的部分領域中，有關合法與不法的各種規定可能會假定：未出生生命的保護因刑法的合法化事由而遭解除，此種結果將與憲法上保護義務有所不符。在與基礎法益保護有關的問題上，刑法的合法化事由對於整體法秩序具有穿透力

(Durchschlagskraft)，其效力不容僅侷限在刑法的領域之中。因此，合法化事由的構成要件必須限定在憲法禁止墮胎所容許的例外，唯有如此，墮胎始能在刑法中被宣告為合法。反之，墮胎如在一定條件下被排除於構成要件之外，則僅意味墮胎不以刑罰處罰之。至於立法者是否要在其他法秩序中將墮胎視為合法或違法，則可暫置不論 (vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., 1991, Vorbem. Zu §§ 13 ff. Rdnr. 18; Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, Nr. 9 Rdnr. 41)，亦即在其他法秩序領域中，仍可將墮胎違法當作規範基礎，而為獨立的規定。不過，其他法律領域若未作如是規定，則阻卻刑法構成要件的效果，將無異於合法化事由，從而無法滿足保護義務的最低要求。

若謂阻卻構成要件(Tatbestandsausschluß)可以保留其他法律領域合乎保護最低要求的可能性，則在刑法中增訂合法化事由，無異犧牲了憲法上原則禁止墮胎的意旨。就此而言，立法的自由形成空間應受有限制。

b)例外的構成要件若要具有合法化效力，則其要件的存在必須得予確認，此項確認可由法院或第三人為之，該第三人須為國家基於義務人地位所得加以信賴者，而且其決定不能免除任何國家(機關)的審查，如此方符合法治國家不可或缺的原則。如果立法者在現行一

般急迫情況規定下選擇諮詢的保護構想，但因諮詢效果受到指標確認的影響，而無法容任此種指標規定的存在，則立法者必須放棄將墮胎宣告為合法。

aa)無論是在保護構想中有意放棄指標規定，或是基於母親與小孩在懷孕期間的特殊連結關係，均不能偏離上開原則。或有認為一般急迫情況的指標要件無法確認，故主張若要以一般急迫情況作為合法化事由，尚須配合其他標準，此項看法固非無見。不過，即使存有此種困難度(參見上述 II.2.)，指標確認在事實上及法律上並非完全不可能。尤其在涉及主觀的情境部分，指標確認與其他諸如人格的確認、意志力及心理狀態的確認，並無不同，其若涉及對侵害基礎法益的制裁或對基礎法益的維護，則此等確認均屬法治國家所要求與關涉的課題(參見如刑法第四十六條以下，第五十六條以下，第六十三條以下及第七十條)。

當然，在不少的情形中，容有必要闡明婦女的高度屬人性關係與情狀。不過，在涉及是否允許殺害胎兒生命的問題上，胎兒係相對於婦女而受到保護，於此情形下，婦女自不得主張自己的權利。指標的確認若只是在事實上需要大費周章，則此點尚不足以構成捨棄此種確認、而要代之以婦女「自我指標」(Selbstindikation)的理由。儘管諮詢規則將是否生小孩交給婦女決定，並藉由諮詢的程序，給與婦女必要的規範取向與鼓勵，不

過，此項構想仍與基本法的法治國家秩序不相符合，蓋陷於生存衝突的婦女，係就是否存有無法期待其生小孩的情狀，以及墮胎是否為憲法所容許等事項，自行作成在法律上具有重要效果的決定。於此情形下，無異是由婦女就自己的事務，自行判定其合法或違法。

在法治國家中即使有「二合一」(Zweiheit in Einheit)的特殊情況，亦不容許上開情形的存在。按憲法對於仍依附在母體的胎兒給予保護，是相對於母親所作的保護。因此，母親與胎兒的特殊連結，雖有利於胎兒的保護，但亦可能帶來危險，故不能因為存有此種特殊連結，即由母親單獨決定是否存有法律容許母親殺害胎兒的要件，否則將與法律保護的最低標準，有所不合。

bb)關於急迫情況的必要證明，不能基於經驗法則或其他指標，而認為其一般地存在，同樣地，於個別情形若未經確認，則亦不能將急迫情況的指標與諮詢相互結合。

在法秩序中——特別是刑法——將涵蓋內、外在事實的綜合事實，視為法律上重要事項，事所常有。此種事實的確認，通常須透過如下方式：亦即依生活經驗推知待確認事實的存在(徵引)(Indizien)，再據以確認若干情況，例如藉由經驗法則的幫助，由特定外在事件推知內在事實。以此方式，急迫情況指標合法要件的整体事

實，始得確認。

根據諮詢規則的制度設計，尚不足以在諮詢程序中，藉由經驗法則確切地推知：在諮詢規則條件下所表達的墮胎意願，事實上係以一種衝突情況為基礎，且已達到無法期待婦女分娩的重大程度，從而，該墮胎行為應為憲法所容許。按諮詢構想的重心在於，諮詢具有保護受威脅法益的作用，其可以強化並助長參與者對小孩的保護意向，同時合理地假定，婦女若非遭逢衝突情狀，原則上不會輕易決定接受墮胎手術。此種諮詢構想亦足以使婦女在諮詢中受到鼓勵，並以可理解的方式獲知禁止墮胎與例外許可墮胎之間的法律界限，從而促使婦女努力作出有責任的判斷與評估，並在充分理解正反意見之下，作出負責任的決定。此項評估在憲法上尚無可非議之處。不過，如果立法者尚且認為會有一種經驗法則：透過諮詢與醫師的對話，通常可以使因不預期懷孕而處在衝突情境的婦女，只有在無期待可能的急迫情況確實存在時，才會接受造成身心負擔的墮胎，則此種評估顯有失允當。蓋對於一個——其理由如往常——無論如何都不想要小孩的婦女而言，其唯一的途徑就是墮胎。此種情形——如果墮胎是由醫師在懷孕最初十二週內施行者——縱使對婦女會造成心理上不容忽視的後遺症，但其負擔顯然會比足月懷胎、生產及教養孩子要來得輕。因此，經驗顯示，非預期懷孕的婦女通常會尋求

墮胎；這點可以從墮胎的數目仍然高居不下獲得證實。反之，則無經驗法則可以證明，婦女只有在因重大原因而無法生產的例外情況下，才會決定接受墮胎。

如果立法者認為：依通常的觀察方式，凡是經過諮詢與醫師談話的墮胎要求，無論如何均屬負責且是由法律所操控的決定，因此可以取代第三人在個別情形所作的指標確認，則立法者尚未能滿足對所有胎兒應享有法律保護的最低要求。所謂最低要求者——如前所述——，乃唯有在具體情形中對於婦女例外存有不可期待的要件時，始容許殺害個別生命。因此，若依照立法者的評估，婦女只會在存有某種合法的例外情況下，才會施行墮胎，是不符合上開要求的。

cc)諮詢規則的保護作用，並非在於使婦女經過諮詢後所表達的墮胎意願獲得合法化。蓋婦女是否確信在經過諮詢後，其所作的墮胎決定為法秩序所明白容許，並非諮詢制度有效性的前提要件。如果法秩序允許任何經過諮詢的墮胎，反而會破壞以保護胎兒為目標的諮詢制度。換言之，如果婦女在諮詢後所作成的墮胎決定，均可獲得法律上的承認，則諮詢將無法強化婦女的責任感。

當期待不可能的例外情況無法確認時，若仍將墮胎評價為合法，將會削弱法律上對未出生人類生命的保護，蓋墮胎的原則性禁止，原可經由法律意識的維持達

到保護未出生人類生命的效果(積極的一般預防)，而此種法律意識將因相互矛盾的法律評價而趨於不穩定。此種矛盾之所以會存在，乃因懷孕婦女在接受諮詢時獲得一種法律取向：墮胎只有在指標存在時始被允許，但在諮詢後作成墮胎決定時，儘管未經確認指標的存在，卻仍被視為合法，亦即被允許。因此，立法者在諮詢規則的框架之下，若要使婦女——經過諮詢之後——在懷孕的初期接受醫師墮胎而不受刑事處罰，則只能透過排除構成要件的方式，方不生憲法上的疑義。由於此種墮胎被排除於構成要件之外，則刑法的規定已不再含有墮胎在整個懷孕過程中原則上均屬禁止的意旨，因此，立法者必須設法使此項原則性禁止的意旨，在其他法律秩序中，透過適當的方式予以表達出來(參見上述D. III.1.c))。

3.將墮胎從刑法構成要件中予以抽離，——如前所述——可以預留空間，使其他法秩序領域仍可針對不具合法化事由的墮胎行為，表彰原則禁止墮胎的意旨。惟基於諮詢構想的特殊性，於此必須對於經過諮詢的墮胎行為提供若干條件，以免影響婦女接受保護生命諮詢、陳述其衝突狀況並勇於參與衝突解決的意願。是以，法律狀態的整體設計，並不是要促使婦女拒絕接受諮詢，而轉向違法行為。除了將墮胎從刑法構成要件中予以抽離外，尚應確保由第三人所為有利於胎兒的緊急救助，

不會影響婦女或醫師的行為。婦女必須在一個有效私法契約的範圍內，接受醫師所施行的墮胎手術(參見下述V.6)。同時婦女應受保護，避免必須向其他人告知墮胎的事實及其原因，因而影響到她的人格權(參見下述E.V.3.b)及4.b))。爲了促使此等條件成就，應使雖不具合法事由、但經過諮詢的墮胎，在各該相關法律領域中有被視作合法的可能性。

上開情形均爲未出生人類生命的保護義務所容許。爲了使充分保護生命的保護構想發揮其作用，而有允許特定例外情形的必要時，立法者毋需將原則禁止墮胎的意旨延伸到任何觀點上。如果禁止墮胎的效果——參酌其他有意義的保護措施——僅在某特定法律領域受到限制，但在其他領域仍有其效用，則基於原則禁止墮胎所塑造並建立的一般法律意識，其保護作用將不會因此而喪失。

儘管禁止墮胎的效果受到限制，但仍可符合原則禁止墮胎的要求。在諮詢規則範圍內所施行的墮胎行爲，其法律效果必須在實現保護措施所不可或缺的範圍內，方能與合法化的墮胎等同視之。此種對禁止墮胎效果的限縮，亦僅在個別法律關係中有其必要。其次，以行爲合法性爲前提要件的法律效果，不得與此種墮胎行爲相連結。再者，憲法上將此種墮胎評價爲非合法，應構成契約法的基準，此種評價亦屬醫師、醫護人員及社會工

作人員養成教育的準則。總體而言，基於保護義務而將墮胎原則上視為不法的憲法要求，應在解釋及適用法律時，特別是概括條款，受到關注，從而除基於保護構想所必要者外，不能將合法化與非合法化的墮胎等同對待。

4. 綜上所述，在諮詢規則之下，經過諮詢而施行墮胎的婦女，乃從事一項法秩序所不允許的行為。諮詢構想既無法承認婦女具有一般急迫情況的合法化事由，並予確認，但同時又不會抵觸此項構想的基礎保護理念。諮詢規則可以期待婦女受到保護，但又不會讓婦女被貶低為保護理念的單純客體。諮詢構想將婦女當作一個行為人而嚴肅看待，此項構想嘗試將婦女看作保護胎兒的夥伴，從而期待其負責地參與。此外，為顧及婦女的法律地位，諮詢構想尚提供若干條件(參見上述3.)，去除法律上的不利情形，以避免婦女拒絕接受諮詢與醫師談話。除了此等條件情形外，仍須彰顯原則禁止墮胎的意旨。換言之，在諮詢規則之下的墮胎行為，並非可以享受所有法律領域給與合法墮胎的法律上利益。

#### IV. (實施諮詢的憲法要求)

如果立法者決定採行諮詢構想，則基於對未出生人類生命的保護義務，立法者對於諮詢程序的規範形成，仍受有拘束(參見上述III.1.a))。按諮詢構想係將保護的重點放在諮詢的預防性保護上，故諮詢程序對於生命保

護具有核心的重要性。因此，立法者在確立諮詢的內容(1.)，諮詢的實施規則(2.)及諮詢的組織，包括參與諮詢人員的選擇(3.)等方面，均受到不足禁止(原則)的拘束，而須作成有效且充足的規範，藉以促使有意墮胎的婦女將她們的小孩生出來。唯有如此，立法者對於諮詢足以有效保護生命的評估，始為允當。

1.在諮詢內容的確定方面，立法者所得憑藉的基礎是，唯有當諮詢的進行不預設結果(ergebnisoffen)，才會有真正保護未出生人類生命的機會。為了使諮詢發揮功能，諮詢程序的架構取向，必須能促使婦女參與尋求問題的解決。因此，如不強令婦女必須具備對話及參與的意願，或者免除婦女在諮詢談話中的人別辨識義務，均無不可。

懷孕衝突的諮詢，必須以保護胎兒生命為目標取向。單純資訊性的諮詢，若未涵納具體的懷孕衝突，而只是將懷孕衝突當作個別談話的話題，且未針對此種衝突提供具體的協助，則此種諮詢將使婦女陷於困境，從而喪失諮詢制度的功能。諮詢人員應致力於鼓勵婦女繼續懷胎，並開啓婦女對小孩生命的觀點。

諮詢只要是基於被諮詢者的個人自由，尊重她們的責任，且不預設結果，則此種鼓勵便不會與諮詢的效果條件有所衝突。作為一種個別溝通的過程，此種不預設立場的諮詢程序，自然無法避免諮詢人員會把若干規範

性的觀念與價值立場帶入其中；此種諮詢反而可以使一些規範性的取向與觀念，包括已經存在於被諮詢者身上的觀念，獲得討論。一般而言，發生懷孕衝突的原因多半是，雖然對值得保護的人類生命有所認識，但一方面既想要有小孩，另一方面卻又擔心無法勝任教養小孩的任務，同時顧慮到個人領域中會遭遇重大衝突，或是憂慮必須放棄個人的生活觀，在此之間存有根本性的歧異。因此，發掘此種衝突並協助克服想要小孩的障礙，從而鼓勵婦女分娩的諮詢程序，並不是一種來自外部的他人決定。即使在墮胎之後，婦女亦經常會發生後續的心理問題，足證婦女的確需要此種協助。

據上所述，諮詢不僅會因為受到操縱或流於說教而歸於失敗，同時也會因為漠不關心，任諸婦女單獨面對衝突，並拒絕提供關懷的建議，而使諮詢失去作用。另外，在諮詢過程中，若僅著重懷孕婦女在諮詢談話中所陳述的利害狀況，而不去掌握所存在的衝突與矛盾，則同樣也是未能善盡諮詢的任務。換言之，一個以製造罪惡感為目的，並以此進行勸導的影響方式，無異只會妨礙婦女接受諮詢並了解其衝突的意願。

諮詢應該是鼓勵，而不是威嚇；促發理解，而不是訓導；強化婦女的責任感，而不是予以監護。凡此均屬對諮詢內容與實施人員的高度要求，對此需要相應的法律規定。

a)如果婦女對於胎兒的責任感，乃是作成良知決定的基礎，則婦女必須意識到此項責任，亦即依諮詢構想所應特別擔負的責任意識。於此，婦女必須知道，胎兒享有獨立的生命權，特別是相對於婦女本身，換言之，即使在懷孕的初期，胎兒依法仍享有特別的保護。因此，婦女必須意識到，只有在例外的情形下，墮胎才被法秩序所容許，亦即，唯有當婦女承受重大且異常的負擔，以致逾越可期待的犧牲界限時，始得墮胎。諮詢人員必須確知此點，並以受諮詢者可以理解的方式，糾正其既存的錯誤觀念。或謂單純告知對婦女未規定刑法效果的法律狀態，並無法有效達到保護作用，不過此點與上述觀點並不衝突。事實上，並無根據顯示，懷孕婦女在衝突的情況，無法一般地取得此種資訊，或者懷孕婦女遇此情況只會感覺受到國家訓導性的影響，因而避至一旁。諮詢構想的出發點是，懷孕婦女在面臨急迫及衝突情況時，能夠作出一個負責任、且尊重未出生生命利益的決定；因此，應加確認者，乃婦女在作決定時，必須考量到在此範圍內何者為法秩序所許，何者為不法，如此始能前後一貫。諮詢——在必要的範圍內——應以可理解的方式使婦女獲知必要的評價基準。依此方式，婦女可以和任何行為人在看待自身的行為一樣，亦可以就她的行為作法律上的判斷。

b)關於如何在解決衝突時提供協助，學界已發展出

一些方法，且已經加以實踐。任何以諮詢方式對於懷孕最初十二週的胎兒提供保護之構想，皆不能放棄此等方法。因此，任何諮詢均須實施對談，並於談話中運用衝突諮詢的方法。此種諮詢的前提要件，一方面是諮詢人員必須具備相關的能力，並且能夠對每一個婦女付出足夠的時間。另方面，懷孕婦女在接受衝突諮詢之初，便要向諮詢人員陳述其考慮墮胎的主要原因，如此衝突諮詢方有可能進行。即使諮詢的特性在於不強迫懷孕婦女要有談話和參與的意願，不過，對於擔負保護生命任務的諮詢程序而言，將考慮墮胎的原因告知(諮詢人員)，仍是不可或缺的。

對於婦女作上述的要求，既不會破壞諮詢程序的結果開放性(Ergebnisoffenheit)，亦不會貶低婦女應有的責任感，蓋其關鍵之處僅在於，以諮詢來保護生命的構想，放棄由第三人根據指標要件就婦女墮胎的原因予以審查與評價，且在婦女經過諮詢後猶作成不利小孩的決定時，不加以制裁。在此種理念之下，如果諮詢的作用在於敦促婦女告知其墮胎的原因，則正好與懷孕婦女的責任感及其作成良知決定的能力，若合符節。

c)再者，在履行對未出生人類生命的保護義務時，尚須在諮詢中提供婦女社會及其他由國家所採取的扶助措施，並且在婦女運用此等扶助措施時，儘可能地給與有效的協助。同樣地，在教會或財團等第三人籌措保護

生命的方法時，亦應給予協助。唯有如此，才能使通常需要幫助的婦女們獲得這些協助，從而有助於婦女保有小孩的意志。

d)如果在諮詢程序中漏未請求接近懷孕婦女的人——特別是未出生小孩的父親與未成年孕婦的父母——來協助婦女，並且忽略了這些人在婦女作出有利或不利小孩決定時的影響力，則諮詢程序並未完全履行其應有的任務。因此，在任何諮詢中必須審酌，宜否請求胎兒的父親、近親或受(孕婦)信賴的人員參與諮詢，以及懷孕婦女對於這些人參與的意願。反之，如果懷孕婦女在接受諮詢時，自始便由其所親近的人陪同，則須審究此等人員是否對胎兒有不良影響，並且要求懷孕婦女在無人陪同時，再進行一次諮詢會談。

2. 諮詢的必要內容尚須規定其實施的規則。

a) 應予規定者，乃懷孕婦女在第一次諮詢談話後，未必可以請求開立諮詢書面證明。即使諮詢程序所施加的壓力會對諮詢效果造成不良影響，（法律）仍應規定，當諮詢機構認定諮詢程序已經結束時，始能開立書面證明。於此種規定下，懷孕婦女特殊的心理狀態可以獲得充分的照應。因此，諮詢機構必須立即提供必要的諮詢時間，惟不能藉由遲延開立書面證明，而促使決定墮胎的婦女把墮胎延至十二週期限屆滿之前。

b) 墮胎不得緊接在諮詢之後實施。諮詢通常不是由

懷孕婦女立即處理，而是需要一段時間。如果墮胎決定應該在有責任意識之下作成，則婦女必須還有機會和其信賴的人員商談決定(vgl. schon BVerfGE 39, 1[64])。

3.如果國家想要以諮詢程序實現其保護未出生人類生命的任務，則國家必須擔負諮詢程序進行的全部責任。國家必須確保適當的諮詢供給，而不得將諮詢工作交由私人組織，任其在無控制之下，依各該宗教觀、世界觀或政治觀點進行諮詢，並以此推卸責任。即使諮詢由非國家組織實施，則在以諮詢作為保護生命重要手段的構想範圍內，諮詢仍屬國家的任務，基於有效保護的考量，國家不得卸卻其監督的責任，由此可以導出以下原則：

a)國家僅能將諮詢工作交由如下的機構為之，亦即依其組織，及其在具拘束力行事準則與公開告示所展現對保護胎兒的基本態度，再加上其從業人員的制度，足以擔保諮詢能在憲法及法律的要求下進行，至於其屬於國家、地方自治團體或私人主體，則非所問。

b)滿足上述內涵要求的諮詢，必須由身分上及專業上有資格的人員實施，且其人力數量必須適當，以免諮詢談話在時間的壓力下進行。若遇有特別困難的諮詢情事時，則須能夠就教於具有相關必要專業知識的專家；例如在涉及優生學上指標的問題時，可以援用專科醫師及身心障礙者團體所累積的專業知識及其特殊經驗。

c)施行墮胎之人，必須排除在諮詢人員之外。又如果無法排除諮詢機構對於施行墮胎所可能具有的實質利益，則不得如以往一樣，在組織上、制度上或經濟上將諮詢機構與施行墮胎機構整合在一起，否則將會使諮詢機構無法勝任保護胎兒、鼓勵懷孕婦女生產以及與懷孕婦女貼心討論急難情況的任務。

d)國家於認可諮詢機構時，雖審核其是否合於上述的意旨，但其後若賦予該等機構享有一定的法律地位，而僅於經證實有重大且持續違反憲法上所要求及法律所定的諮詢義務時，始廢止此種法律地位，則國家並未作好諮詢組織與實施上所應盡的責任。

在諮詢理念的架構之下，諮詢機構負有一種特殊的責任。故國家必須——在法律的基礎上——定期對該等機構所取得的認可進行審核，且不得間隔過長，並應確認其是否遵守諮詢的要求；只有在此等要件之下，諮詢機構的認可才可以繼續有效存在或重新確認。

e)國家此項監督義務的前提在於，法律應創設有效監督的可能性，而其究應如何為之，乃屬立法者的事務。顯而易見的是，在諮詢結束之後，於記錄中載明其主要內涵及所提供的協助措施，乃是諮詢人員的一項義務，不過，此項記錄僅能供作對諮詢行為的事後審查，而不能用於各該墮胎的審查與評價上。在實施諮詢行為管理的諮詢機構中——此點原則上明顯可見——，類此

記錄本來就很常見。惟從此項記錄中不能推知被諮詢者或相關第三人的身分，以顧及諮詢參與人對其人格權維護的權利，同時亦可防範此等資料被用以破壞有效諮詢必要參與人之間信賴關係的危險。爲了有效監督諮詢機構，諮詢機構必須定期將其在諮詢工作上所累積的經驗，記載於報告書中，此項報告因可作爲檢驗保護構想與國家是否改善構想的基礎，故有其必要性。

#### V. (施行墮胎醫師的義務)

就諮詢規則的保護構想而言，醫師則是另一當事人，其對婦女——以下從醫師的觀點——負有提供建議與協助的職責。醫師不得兀自執行他人所要求的墮胎，而應對其醫師的行爲有所負責。醫師有維護健康及保護生命的義務，因此不能在毫無考慮的情形下參與墮胎行爲。

基於國家的保護義務，爲了婦女的利益，應由醫師作必要的參與，其同時須具有保護未出生生命的作用。依照職業倫理與職業法，醫師原則上即負有維護人類生命，包括未出生者的義務。國家必須確保醫師在進行醫師諮詢與決定是否施行墮胎時，能夠遵循此項保護任務。再者，當法秩序放棄將墮胎合法化事由的存否繫於個別情形的確認時，國家必須課予醫師從事保護任務的義務。

1. 首先，醫師於墮胎時所應負義務的法律規定，可

以依個別情形聯結到醫師在任何手術均應遵守的一般職業義務上。不過，醫師在診斷症狀、向病患解說並諮詢(病情)以及製作治療記錄等方面所應遵守的一般義務，必須依照諮詢構想作合於墮胎手術特性的調整。

a)醫師如要負責地決定參與墮胎手術，其前提在於醫師必須確知，依照諮詢規則的保護理念，何者為阻卻刑罰的必要條件。因此，醫師除了要審查婦女是否已接受諮詢，以及是否遵守諮詢與墮胎之間的考慮期間之外，還要確認懷孕的期間。對此醫師不能單憑婦女的陳述，而應使用必要的診斷方法——例如作超音波診斷。

再者，除了有關墮胎的純醫學觀點外，醫師尚應在其認知可能性的範圍內，探求婦女所遭遇的懷孕衝突情況。於此，醫師應聽取婦女要求墮胎的原因。此等原因——例如婦女的健康狀態——若屬醫師診斷的範圍所及，則原則上應由醫師自行判斷。至於其他原因，如果婦女的陳述——於一定情形應作相當的查明——明顯可信者，醫師通常得以之為基準。對於墮胎的若干深層原因，醫師應設法究明，特別是醫師應注意婦女在內心上是否確實願意墮胎，還是受到來自其家庭或其他社會領域——如丈夫、同居人、父母或雇主——的特別影響。果若如此，則其後續發生心理上困擾的危險可能會逐漸增大，對此醫師在諮詢與決定時應加注意，並以適當的方法向婦女闡明。此外，對於顯示墮胎無助於婦女解決

衝突的情況，醫師亦不容忽視。

b)在諮詢談話中，醫師應對婦女以適當的方式，在不加深其已有害怕與精神壓迫的情況下，告以充分的知識，並就墮胎構成殺害人類生命的話題進行對談。根據相關文獻顯示，從婦女的描述中可以得知，婦女在墮胎之前對於實際的過程常有錯誤的觀念，若有充分的知識，將不會接受墮胎。類此情形，顯示醫師未盡闡明義務。

另一方面，基於對胎兒的保護義務，醫師的診斷與資訊提供必須有所限制，以防止發生出於——憲法秩序所不容許的——性別選擇而決定墮胎的危險。因此，在懷孕的初期，除了醫師或其人員之外，小孩的性別不得為他人所知悉，除非性別的告知係基於醫學上的指標確認。

c)由於負責的醫師行為在規範上係以保護未出生生命為取向，故醫師必須注意，法秩序在何種條件下將墮胎視為不違法。對此必須存有一項針對衝突狀況所作成的——法律上有義務的——醫師判斷，此項判斷可以作為醫師與婦女談話及作出決定的基礎。於此，醫師必須告訴婦女其作成決定的基本觀點。

d)依照醫師職業法上的一般原則，醫師應將其執行業務所獲得的確認與所作成的措施，作成詳細的診療記

錄(參見模範職業法第十一條第一項)。此項作成文件資料的義務(Dokumentationspflicht)，其範圍應如前所述，包括在施行墮胎時所應履行的廣泛闡明及諮詢義務，此點必須在職業法上有所規定。

e)醫師與婦女之間的談話，以及醫師本於醫事責任作成決定的必要性，並不抵觸諮詢規則的保護構想；蓋婦女並未受到壓力，從而必須將其決定墮胎的原因交由第三人審究與評價。若謂醫師應依其醫師的理解，判斷其能否勝任婦女所希望的墮胎工作，則醫師並未被要求去確認與判斷指標情況。

上開醫師的決定，與醫師的職業及其維護生命的原始任務緊密相繫。在本件言詞審理時，到場的醫師職業組織代表對此有如下相同的陳述：即使刑法並未要求醫師必須使懷孕婦女告知其墮胎的原因，不過，此項告知對於負責的醫師行為而言，是不可或缺的，同樣地，醫師與病患之間的談話是否足以讓病患確信，墮胎是基於自己的責任決定與值得尊重的理由，則亦有審究的必要。

2.a)婦女除經過諮詢外，在接受上述的醫師建議之後，如果仍然決定墮胎，則在諮詢的構想之下，將墮胎排除於刑事處罰之外(阻卻構成要件——參見上述Ⅲ.2.a))，且不以醫師是否認為墮胎合法為條件，在憲法上並無疑問。在此構想下，醫師對於得否施行墮胎在

個別情形所為的決定，並無拘束效力。

b)如果醫師認為墮胎屬於醫師所能負責者，則必須允許其參與墮胎，且不受刑法處罰。反之，如果醫師認為墮胎屬於醫師所不能負責者，則其雖然必須基於一般的職業義務而拒絕參與，不過，對於違反此種義務的處罰，在法律實務上很難執行。憲法上對於未出生生命的保護義務並不要求，此種義務的違反必須以刑法制裁之。上述(醫師)義務及其履行，若能在醫師職業法上有所規範，則應符合國家保護義務，且為履行保護義務所必要；此等規範應不受刑法規定的影響。

c)反之，得予刑法制裁且在諮詢構想範圍之內必須為之者，乃醫師要讓婦女陳述其墮胎的原因、在確認前所實施的諮詢與考慮(墮胎)的期間，同時，醫師須履行以保護生命為目的的特殊闡明與諮詢義務。此外，醫師須確認懷孕的期間以及在懷孕最初十二週內不得告知胎兒性別的義務，亦得以刑法制裁之。一個以保護功能為目標的諮詢構想，必須確保此等以醫師職業義務為基礎的醫師行為，此等醫師行為不僅可以保護婦女的利益，同時亦是保護未出生生命的重要支柱。

單憑職業法上的規範尚不足以盡到保護未出生生命的義務。現行醫師職業法上有關墮胎的規定，係準用刑法的規定。根據醫師職業組織代表在本件言詞審理程序的發言顯示，即使在過渡到諮詢的構想上，這些代表們

亦不認為職業法上的規定有補充的必要，蓋此等規定對於醫師行爲的要求高過刑法。據此——至少現在——無法確認，職業法上的規範及制裁化，即使達到使未出生生命的有效保護成爲絕對必要的程度，是否就會對上述醫師行爲義務有所強化。

3.爲了使處理婦女墮胎的醫師能夠合乎廣泛闡明及諮詢義務的要求，允宜透過醫師養成及培訓的規定，以適當的方式使醫師除了具備婦產科的專業知識外，尚能獲得判斷懷孕衝突的必要知識。

4.唯有當醫生原則上不會因拒絕施行墮胎而遭致法律上或事實上的不利，才能信賴地發揮其在諮詢規則保護理念下所應有的功能。拒絕施行墮胎——除具有醫學上指標的例外情形——的權利，亦屬醫師職業形像所形成之人格權的保障範圍(基本法第二條第一項暨第十二條第一項)。對此立法者在第五次刑法改革法第二條規定中已有所考量。基於憲法對於墮胎規則的要求，此項規定不得以契約變更之。民法第六二七條、第六二八條規定，基於醫師拒絕權之考量，得予適用。非獨立執業的醫師若概括地拒絕從事不具醫學指標的墮胎行爲，原則上亦不得受有職業上的不利益；至於終止僱傭關係，亦只有在僱用人無法僱用該拒絕墮胎的醫師從事其他業務時，始得例外爲之。專科醫師的養成教育不得因醫師拒絕參與上述範圍的墮胎而受影響。

5.孕婦及家庭扶助法第十五條第一款中有關第五次刑法改革法第三條第一項第一句規定，墮胎僅得在具有必要醫學後續療程(Nachbehandlung)的機構中實施。顯而易見的是，在此項規定之下，將會出現專門施行墮胎且以墮胎手術爲主的醫療機構。此種現象顯然會對醫師保護未出生人類生命任務的履行，特別是在諮詢規則的範圍之內，造成顯著的危險。因此，基於憲法保護義務的要求，立法者必須審酌以何種方式才能有效防止此種危險，並且作出適當的規範。立法者在作這項審酌時，可以參考法國的經驗，對於醫師整體業務中墮胎的數量加以限制，並實施墮胎統一費用(vgl. Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 1 Europa, 1988, S. 520 f.)。

6.基於國家對未出生生命的保護義務，依諮詢構想而不以刑罰制裁的墮胎，其醫療及住院契約在法律上並非必須視爲無效。諮詢構想所要求者，乃醫師與婦女之間的對待給付必須形成法律關係，從而此類醫療給付具有法律上原因，故民法第一三四條及第一三八條並無適用的餘地，至於契約法律效果在個別情形的判斷，則無影響。醫師及醫院僅能基於有效的契約施行墮胎，此項契約可以保障醫師及醫院的權利，特別是價金請求權，但同時也可以規範其義務，尤其是醫師對未出生生命及婦女健康所應提供的保護，需有契約法上的保障。因

此，諮詢及診治義務的不完全給付，必須發生契約法上及侵權行爲法上的法律制裁效果。

然而，從憲法的觀點以言，則必須對此作區別性的觀察。關於契約的不完全給付以及對婦女身體完整性的侵害，其私法上的制裁原則上是有必要的；此點不僅牽涉返還已給付價金的義務，同時涉及損害賠償的問題，其範圍包括——在民法第八二三條及第八四七條的範圍內——婦女因墮胎失敗或生出殘疾嬰兒所生精神上負擔的衡平賠償。不過，在法律上將小孩的存在定性爲損害的來源，從憲法的觀點(基本法第一條第一項)是不允許的。所有國家權力有義務尊重每一個人類爲其自身而存在(參見上述 I .1.a))；此項義務禁止將對小孩的扶養義務當作是一種損害。民事法院就醫師諮詢錯誤或墮胎失敗的責任所作成的裁判(關於墮胎，參見 BGHZ 86, 240 ff., 89, 95 ff.; 95, 199 ff.; BGH, NJW 1985, S. 671 ff.; VersR 1985, S. 1068 ff.; VersR 1986, S. 1556 ff.; VersR 1988, S. 155 f.; NJW 1992, S. 1556 ff.; 關於結禁，參見 BGHZ 76, 249 ff.; 76, 259 ff.; BGH, NJW 1984, S. 2625 f.)，有待自此觀點予以審究。至於醫師對小孩因手術不善、墮胎失敗所受傷害的賠償義務，則不受影響(參見 BGHZ 58, 48 [49 ff.]; BGH, NJW 1989, S. 1538 [1539])。

## VI. (防範來自孕婦周遭人員的侵害)

國家對未出生生命的保護義務，尚包括防止來自第三人的危險，特別是來自孕婦的家庭或其他社會領域人員的危險(參見上述I.2及III.1.b)。此項義務在過渡到諮詢保護構想時，愈顯其重要性，蓋此項構想旨在懷孕初期發生衝突時，著重於對婦女的諮詢，以促使其保有小孩。

1.此項保護構想的作用，尤其是要避免婦女因懷孕而受到排擠或遭受壓力，以致勉強決定墮胎。當婦女在接受諮詢後而感覺受到繼續懷孕的鼓勵時，其周遭的人員卻以更強烈的方式向婦女施加壓力，提示其墮胎的不罰性及其所擁有最後決定權，藉以促其墮胎從而喪失其自己的責任，則此種影響力適足以使諮詢失去作用。

根據諮詢實務、問卷及學術研究的報告顯示，最後會導致墮胎的懷孕衝突，其絕大部分的原因並非來自經濟—社會上的急迫情況，而是出自受干擾的夥伴關係 (Partnerschaftbeziehungen)，因胎兒的父親或孕婦的父母拒絕該小孩，以及來自他們所施加的壓力(vgl. Renate Köcher, Schwangerschaftsabbruch - betroffene Frauenberichten, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B14/90, S. 37 f.; Deutscher Caritasverband, 13. Erhebung: werdende Mütter in Not- und Konfliktsituationen, Zeitraum 1989, S. 45 ff.; Roeder/Sellschopp-Henrich, Die Rolle des Mannes bei

Schwangerschafts-konflikten, Abschlußbericht Oktober 1992)。由此顯示，婦女周遭的人員以及婦女在不預期懷孕時可以真正期待支持與幫助的人，如果拒絕提供幫助的話，——在毫無出路之前——對於婦女所可能產生的壓制作用，其程度之大，可想而知。

2.對於上開情形法秩序應加以防範：爲了使諮詢發揮作用，法秩序必須確保婦女擁有一個不受外力支配的自主的空間。因此，對於婦女懷孕同樣要擔負責任的人，例如(孩子的)父親，或者因婦女懷孕而發生特別責任的人，例如尚未成年孕婦的父母，這些(孕婦)家庭領域的人員皆應納入保護構想之中。此外，(孕婦)其他社會領域的人員，例如(房屋)出租人或僱用人，亦應考慮在內。

a)因此，若僅呼籲這些人員應有責任意識，不足以符合以保護未出生生命爲目標的諮詢構想，故尚須透過法律規範的制定或現有法律規定的適用，設定若干條件，以使(孕婦)家庭及其他社會領域的責任能夠合乎要求(參見上述I.3.a)。

b)此外，不可或缺的是，對於(孕婦)家庭領域的人員，於一定範圍內，以刑法作爲行爲要求或禁止，此種規範的重點一方面在於，婦女的相關人員不得以不法方法怠於提供婦女懷孕時所需要的合理協助；另一方面則是，這些人員不得催迫婦女墮胎。此等行爲的可罰性，

得以發生墮胎結果為條件，並與一九六二年刑法改革草案第二〇一條所考量的觀點相結合(vgl. BRDrucks. 200/62. S. 45)。

另外，可資考量的問題是，如果其他社會領域的人員催迫婦女墮胎，或以不法方式使知悉懷孕的婦女陷於可能導致墮胎的急迫情況，則其他類似制裁規定是否應及於此等人員身上。

### E. (系爭規定的違憲性)

若依上開基準審查孕婦及家庭扶助法的系爭規定，則可以得出如下結論，該法對於墮孕最初十二週改採諮詢構想，此項構想本身雖屬合法，但並未合乎基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句所要求有效保護未出生生命的義務。反之，對於各該規定所作(立法)權限上的質疑，則僅在(新)第五次刑法改革法第四條規定方面，部分有理由。

#### I. (新刑法第二一八 a 條第一項的違憲性)

根據新刑法第二一八a條第一項規定，在懷孕最初十二週之內，依新刑法第二一九條規定接受諮詢後，經懷孕婦女要求而由醫師施行的墮胎「不違法」(nicht-rechtswidrig)，此項規定與對未出生人類生命的保護義務(基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句)不相符合，因而無效。

1.上開條文規定一項合法化事由，其與新刑法第二一八a條第二項及第三項所定合法化事由(醫學上及優生學上的指標)效力相同。誠如「保護未出生生命」特別委員會的審查所示，此為立法者的意圖(vgl .die Äußerungen der Abgeordneten Baum und Pflüger im Protokoll der 17.Sitzung des Sonderausschusses, S. 11, 12)。由於在保護基礎法益的領域中，刑法的合法化事由在整個法秩序具有穿透力(Durchschlagskraft)，因此該項合法化事由的效力並非僅限於可罰性的排除(參見上述D.III.2.a))。

2.新刑法第二一八a條第一項若屬墮胎的一般性合法化事由，則其要件的内容並不符合憲法的要求(參見上述D.I.2.c) bb))。唯有一個——可資確定的——詳細構成要件規定急迫情況的存在，且該急迫情況——與醫學上、優生學上或犯罪學上的指標相比——程度重大，以致無法期待懷孕婦女生產時，始得考慮將墮胎合法化。不過，新刑法第二一八a條第一項所規定的急迫情況要件，則非如此。

新刑法第二一八a條第一項的構成要件，並未以上述期待可能性為要件(其僅規定)：自懷孕起不得超過十二週；墮胎必須由醫師為之；須經懷孕婦女向醫師請求；懷孕婦女必須以書面證明其至少在手術三日前，依刑法第二一九條規定接受諮詢。新刑法第二一八a條第

一項第一款援引同法第二一九條的標題(「孕婦在急迫及衝突情況下的諮詢」)，其固然顯示該法係以急迫及衝突情況的存在為出發點；但對於衝突情況的內容則未有詳細的界定；特別是此項合法化事由並未繫於該事由的確認。

作為新刑法第二一八a條第一項規範基礎的諮詢構想，依前述憲法的基準，並不能導致墮胎的合法化(參見D.I.2.c) III.2.)。在諮詢構想的範圍內，如果為了使保護構想發揮其功能，而有作例外規定之必要者，亦僅能在特定的法秩序領域，基於一定條件，限制原則禁止墮胎的法律效果；特別是在刑法領域，依諮詢構想所施行的墮胎，得透過構成要件的阻卻，以免除刑法的制裁。

3.對於新刑法第二一八a條第一項規定，無法予以合憲解釋(verfassungskonforme Auslegung)，使其具有阻卻構成要件的意義，而如同——至少在文義上——議員Wettig-Danielmeier、Würfel及其他議員所提草案中(BTDrucks.12/2605(neu))，最初在新刑法第二一八a條第五項所規定的內容。該條文的文義、規範體系及由立法者所欲追求的目標，均無法作此種合憲解釋。誠如直接參與新刑法第二一八a條第一項條文制定的聯邦眾議員於本件言詞審理時的陳述，立法者無意將此項規定侷限於單純阻卻刑法禁止之上，而欲使其具有刑法以外的

效果——特別是著眼社會法典第五篇第二十四b條——。因此，新刑法第二一八a條第一項承接刑法以外法條的相應規定，如有「不違法墮胎」的情形，給予法律上的優惠(參見民法第六一六條第二項第三句、薪資繼續支付法(LFZG)第一條第二項、營業法(GewO)第一三三c條第四句、社會法典第五篇第二十四b條、聯邦社會救助法第三十七a條)。在議決的法律條文中所含有的文句「不違法」——與新刑法第二一八a條第二項及第三項的指標要件並無不同——僅能解釋為一般的合法化事由。

4.此外，由於新刑法第二一八a條第一項係以同法第二一九條的諮詢為前提要件，而第二一九條規定並不符合憲法的要求(參見下述II.)，則新刑法第二一八a條第一項規定亦與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句不符，因而無效。

## II.(新刑法第二一九條的違憲性)

新刑法第二一九條規定不符合憲法對保護未出生人類生命的要求(基本法第一條第一項，第二條第二項第一句)；故該規定與基本法不符而無效。

在該法所據以為基礎的保護構想範圍內，諮詢具有核心的重要性。立法者必須將諮詢當作是國家任務而加以形成，使國家能夠對諮詢的實施負完全的責任(參見上述D.IV.3.)。於此，立法者應就諮詢任務的目標與內

容，以及應遵循的程序，予以規範，使符合從憲法所發展出來的原則(參見上述D.IV.1.及2.)。就諮詢中所要保護的法益位階，以及懷孕婦女在考慮墮胎而尋求諮詢時所遭遇的高度危險，立法者必須將諮詢的任務與實施予以明確規定，且以一般可理解的方式加以規範，使該法律無待特別的闡明即可予以適用。

1.關於孕婦在急迫及衝突情況下的諮詢規定(新刑法第二一九條)，並未針對諮詢機構的組織與監督，賦予國家充分的權限與義務，而使基於保護構想而以保護生命為目標的必要諮詢，獲得確保，故此項規定在憲法上有所不足；在此規定的基礎之下，國家無法擔負諮詢機構供給的責任，讓人期待其可以依照諮詢的目標與內容，發揮合乎保護構想的作用。

a)在組織方面，新刑法第二一九條第二項規定，諮詢必須透過依法律所認可的諮詢機構為之，而且將施行墮胎的醫師排除於諮詢人員之列。

aa)上開規定未能確保，國家僅將婦女在急迫及衝突情況的諮詢任務交給如下的諮詢機構，亦即該機構的組織、對保護未出生生命的基本態度及其從業人員，足以實施符合憲法及法律上要求的諮詢(上述D.IV.3.a))。上開規定亦未保證，只有具備充分人事設施的諮詢機關，始能被國家所認可，避免諮詢的談話在時間的壓力下進行(參見上述D.IV.3.b))。最後，上開規定缺乏充分

的預防措施，以避免在組織或經濟利益上結合墮胎手術的諮詢機構，受到國家的認可，亦即，諮詢機構在施行墮胎上的實質利益，並未被排除(參見上述D.IV.3.c))。此等法律漏洞無法援引有關闡明、避孕、家庭計劃及諮詢的法律規定(孕婦及家庭扶助法第一條)予以填補。按該法第三條第三項對於認可的實質要件僅規定，諮詢機構應擁有足夠的合格人員，必要時得延請特定專家，並與可以提供母親及小孩協助且有能力的機構合作。由是可知，該法對認可一般諮詢機構所規定的實質要件，至少在確保以保護生命為目的的諮詢，使衝突的處理旨在鼓勵婦女繼續懷胎上，明顯落後憲法對於新刑法第二一九條所定諮詢機構的應有要求。在此觀點下，亦無法自孕婦及家庭扶助法第四條導出任何結論；該條雖就諮詢的容量確保設有委託規定，但未對個別諮詢機構的認可要件有所規定。

bb)另由於新刑法第二一九條第二項第一句並未表明，其中所規定「基於法律」的認可必須與上述所要求的諮詢方式有關，故上開規定關於衝突諮詢的組織部分有所疏漏：蓋國家應將諮詢當作一項任務，經由國家的認可，將其交給合乎上開諮詢要件的機構為之，並且在機構未能符合要件時，透過認可的撤銷，以剝奪其從事此項任務(參見上述D.IV.3.d))。惟在有關闡明、避孕、

家庭計劃及諮詢的法律中(孕婦及家庭扶助法第一條)並未有此規定。該法第三條第二項所規定的認可，係由行政機關、公法上社團、營造物或財團所核發，此項規定係與舊刑法第二一八b條第二項相結合。與目前的規定一樣，其旨在提供多元的認可諮詢機構(vgl. BTDrucks. 12/551 und 12/2605(neu), jeweils Begründung zu Art.1 § 3)；至於認可的詳細規定，則與現行規定相同，係交由邦法定之(vgl. zum bisherigen Recht Dreher/Tröndle, 46. Aufl. Rndr. 5 zu §218b StGB a.F.)。在舊刑法第二一八b條的適用期間，各邦的規定亦是：公法上社團、營造物或財團，依法律或章程規定孕婦的諮詢屬於其職掌者，得認可其自有機構或所屬主體為諮詢機構 (§ 2 Abs.3 des Hessischen Gesetzes zur Ausführung der §§ 218b und 219 des Strafgesetzbuches und des Art.3 des Fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 2. Mai 1978 GVBl. S. 273; §1 Abs.2 des entsprechenden Berliner Gesetzes vom 22. Dezember 1978, GVBl. S. 2514)。在Nordrhein-Westfalen邦則規定，關於教會所轄諮詢機構的認可，如該教會具在公法社團之地位者，由教會為之 (§ 1 der Verordnung über Zuständigkeiten bei Schwangerschaftsberatung und abbruch vom 12. Dezember 1978, GVBl. S. 632)。

就孕婦及家庭扶助法第一條所規定的諮詢而言，上

開(邦法)規定固無可訾議。但是，在諮詢規則範圍內所要求的諮詢組織，則是聯邦立法者基於刑法的立法權(基本法第七十四條第一款)所應發展的主要部分，於一定情況下，聯邦立法者尚且須援引基本法第八十四條第一項的權限而有所規範；同時應整體衡酌不足禁止(原則)，以形成保護構想。如果聯邦立法者將保護構想的組織規定交由各邦決定者，則聯邦立法者應該使整體規定的生效繫於各邦必要法律規定的訂定上，但立法者顯然並未循此途徑爲之。

b)其次，關於確保國家對諮詢機構充分監督的規定，(系爭法條)亦付之闕如。按國家必須依據法律對諮詢機構作定期審查，且不能間隔太長，同時應確認諮詢的要求是否受到遵守；唯有在此等條件之下，認可方可繼續存在或重新確認(見上述D.IV.3.d))。行使此種監督的前提要件在於，法律應規定取得資訊及審查的權限(參見上述D.IV.3.e))。由於立法者對此未作規定，而在諮詢構想的架構下，此等規定又不能不加以規定，因此，系爭諮詢規定具有瑕疵。

c)上述諮詢機構在組織法上及程序法上的瑕疵，連帶使國家在擔負憲法要求保護有效性的責任上，亦具有瑕疵，進而使新刑法第二一九條關於諮詢的整體規定具有瑕疵。系爭法條僅規定諮詢的目標與內容，而未就組織法及監督設有足以確保其實踐的防範規定，故破壞了

保護構想所要求的有效性；此等防範規定可說仍懸在空中。

2. 在上述背景下，新刑法第二一九條有關諮詢的目標、內容及實施等規定是否能通過憲法的檢驗，於此無庸作終局的決定。不過，此一規定在必要的新條文中，無論如此均須明確且為一般所能理解，無待藉助闡釋即可予以適用，以便能在實務運作上符合前開D.IV.1及2所述國家保護義務的憲法要求。

a) 依新刑法第二一九條第一項第一句至第三句規定，諮詢的作用在於承認未出生生命及婦女個人責任的高度價值之下，解決因懷孕所存在的急迫及衝突問題，促使懷孕婦女得以作出一個有責任意識的良知決定。惟系爭規定並未充分明確地彰顯憲法上對於諮詢目標及其主要內容的要求(參見上述D.IV.1.)。固然，諮詢的實施應不預設立場，蓋如此方能期待婦女儘早參與尋求解決衝突的方法。然而，諮詢非可毫無結論與目標，其應以保護未出生生命為取向。諮詢人員必須致力於鼓勵懷孕婦女繼續懷胎，並開啓婦女對小孩生命的觀念。同時諮詢人員必須糾正胎兒生命權原則上具有優先性的既存錯誤觀念，並且澄清例外允許墮胎的情形其必要份量的誤解。

法律草案的理由雖然指出保護未出生人類生命為諮詢的目標(vgl. BTDrucks.12/2605(neu), S. 22 (Einzel-

begründung zu § 219))。不過，在適用此一規定的客觀文義時，卻無法看出必要的明晰性與確定性。新刑法第二一九條第一項亦未有就鼓勵懷孕婦女繼續懷胎的委託規定。最後，法律中亦未明白顯示，婦女必須意識在，在前述憲法意義下的重大急迫情況不存在時，未出生生命的保護，原則上具有優先性。因此，此種諮詢目標必須在刑法第二一九條的新規定中有所明定。

b)新刑法第二一九條第一項第四句及第五句規定，提及諮詢的任務是提供懷孕婦女廣泛的醫學上、社會上及法律上的資訊；就此而言，諮詢包含闡明母親及子女的法律請求權及可能的實務上協助。依新刑法第二一九條第三項第二句規定，關於依第一項所實施的諮詢以及「於此」提供婦女作成決定的資訊，應「立即」作成書面說明。

由上開規定——姑不論該法提案的目的原非僅止於單純資訊的提供(vgl. Protokoll der 17. Sitzung des Sonderausschusses "Schutz des ungeborenen Lebens" vom 17. Juni. 1992, S. 12)——可以得到如此印象，新刑法第二一九條第一項規定的諮詢，其重點似在於資訊的提供。不過，立法者應無此意，否則將不符合憲法對新刑法第二一九條所定諮詢的要求。一個僅單純提供資訊，而未處理具體懷孕衝突情況，並設法使之成為對談議題的諮詢，實際上已偏離了諮詢在保護構想範圍內所

應具有的功能，亦即透過對婦女的鼓勵，以保護生命。在處理衝突諮詢時，諮詢人員尤有必要設法獲取婦女考慮墮胎的原因。只要諮詢人員認為解決衝突的可能性——於一定情形並延請第三人——尚未窮盡，自不得開立記載諮詢結果的書面證明。

因此，在法律的新條文中應明白地表達出，諮詢除了提供資訊外，無論如何都必須從事以保護生命為目的的衝突諮詢，並且用盡所有的可能性。

c)除了孕婦及家庭扶助法第一條第二子條第二項第二句的規定外，尚須闡明者，乃諮詢機構在新刑法第二一九條的諮詢架構之下，不僅要提供婦女有關公共協助的資訊，尚且要告知其可供運用的協助，或幫助婦女取得協助。

d)新刑法第二一九條第一項第三句將婦女在諮詢後所作成的決定稱為「良知決定」(Gewissensentscheidung)。顯然，立法者有意藉此連接聯邦憲法法院的用語(vgl. BVerfGE 39,1[48])，其謂，墮胎的決定可以具有值得尊重之良知決定的位階。然而，婦女在接受諮詢後仍決定墮胎者，對於其所伴隨的殺害胎兒，不能主張基本法第四條第一項所保障的基本權利地位。在憲法上所容許者，僅法律得指出在負責情況下所作成的決定，值得尊重。此點應以適當的方式予以表明。

### III. (孕婦及家庭扶助法規定違憲)

除了確認新刑法第二一八a條第一項及第二一九條規定具有憲法上的瑕疵外，孕婦及家庭扶助法有關諮詢後墮胎的規定，亦不合乎保護未出生人類生命的義務，蓋立法者在上述範圍內，並未確認受婦女要求墮胎的醫師所應負的特殊義務(參見D.V.1及2.)及懷孕婦女家庭領域人員的特殊義務(參見D.V.1及2.)，同時亦未對特定義務的違反課以刑事制裁。

以上所欠缺的規定，立法者應與新刑法第二一八a條第一項及第二項被宣告無效後所應重新規定的部分，一併增補之。

#### IV. (廢止墮胎統計之規定違憲無效)

孕婦及家庭扶助法第十五條第二款，於其廢止現行第五次刑法改革法第四條有關墮胎統計規定部分，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定不符且無效。

1.a)立法者在履行其保護未出生人類生命的義務時，並不因制定法律規範墮胎，該法以保護未出生人類生命為目的，並且依其——憲法上無可訾議的——評估，確保基本法所要求的保護，即已盡到保護義務。基於立法者的保護義務，立法者尚須制定法律，於事實上——在顧及相對立的法益之下——發揮適當且有效防制墮胎的效果。在經過一段充分的觀察之後，如果可以證實法律無法確保憲法所要求的保護程度時，立法者即

有義務修改或補充現有規定，以排除缺點並確保合於不足禁止原則的保護(修正或改善義務)(Korrektur- oder Nachbesserungspflicht)。

自此項改善義務亦可導出，基於憲法的意旨，立法者原則上應儘可能地排除法律的違憲性(vgl. BVerfGE 15, 337[351])，特別是在制定合憲的法律之後，該法律所規範的事實狀況發生根本性的改變，或在制定法律之初，立法者對該法未來作用的評估，於憲法上雖無疑義，但嗣後卻證實其全部或部分有誤，因而導致該法律變成違憲時，此項(改善)義務尤其具意義(vgl. BVerfGE 50, 290[335, 352]; 56, 54[78 f.]; 73, 40[94])。立法者受合憲秩序的拘束(基本法第二十條第三項)，並非僅止於在制定法律時遵守憲法界限的義務；除此之外，立法者尚應負責使經制定的法律維持與基本法一致的狀態(vgl. BVerfGE 15, 337[350])。

b)改善義務並非一般性地涵蓋立法者對於法律的持續性控制，其僅在法律的違憲性被認知或明顯地可認知時，始具有現實性意義(vgl. BVerfGE 16, 130[142])。不過，就保護生命的義務而言，其乃所有國家機關的持續性義務，故可以自此得出特別的要求(vgl. BVerfGE 49, 89[130, 132])。基於受保護法益的高層位階，以及造成未出生生命遭受危害的方式，再加上此一領域中可資確定的社會關係與觀念的變遷，在在要求立法者應密

切觀察，其法律上的保護構想如何在社會現實中發揮作用(觀察義務)(Beobachtungspflicht)。立法者必須在適當的時間間隔，藉由妥當的方式——例如透過政府定期所作出的報告——確知法律是否在事實上發揮預期的保護作用，或者其保護構想或實際上的實施是否出現瑕疵，因而違反不足禁止原則(vgl. BVerfGE 56, 54[82 ff.])。

c) 觀察義務包括，立法者在其權限範圍之內，設法建立、收集並評價判斷法律有效性所必要的資料。具有足夠陳述力的可靠統計，例如有關墮胎的絕對數目、墮胎數與全部人口數、墮胎數與具有懷孕能力的婦女數目、墮胎數與懷孕數或出生數與死產數之間關係的相對數值，以及有關不受刑事制裁的墮胎在不同法律基礎上的分佈等，均是不可或缺的資料。至於立法者是否要將統計的範圍擴及到何種相關事實上(例如多次墮胎、婦女的年齡、家庭狀況、小孩數目)，以及立法者在個別情形要如何規範資料的處理與評價，則留待立法者的決定。不過，立法者若放棄任何有關墮胎的國家統計，則無論如何皆與保護義務不相符合。於此情形下，立法者將失去觀察其保護構想實施效果所需要的經驗資料。即使目前的統計資料經證實不具可靠性，亦不足作為反對上開見解的理由。這方面的建議，已在本件言詞審理時，由聯邦特別委員會「保護未出生生命」所提出。

2.依照上開憲法的準據，廢除第五次刑法改革法第四條有關聯邦統計的現行規定，並不合乎對未出生人類生命的保護義務。

孕婦及家庭扶助法對法律保護構想所作的轉換——如上所述——，其新規定的未來效果具有不確定性。按保護構想的改變，乃立法者的一項嘗試，希望在過去不盡滿意的經驗下，透過諮詢規則另闢蹊徑，以給予未出生生命較好的保護。為此立法者應詳細觀察新法在事實上的效果，同時爲了對新法所施行的墮胎進行實證判斷，亦應儘可能忠實地收集實證研究的必要資料。

第五次刑法改革法第四條對於在刑法第二一八a條要件下所爲墮胎的聯邦統計，設有規定。此項規定原本是涉及舊刑法第二一八a條所包含的指標規定，惟仍可作爲在懷孕最初十二週內經諮詢後所爲墮胎的資料，以及有關新保護構想主要效果的資訊；此項認識是不能捨棄的。在憲法上，立法者雖不必毫無改變地維持現行有關聯邦統計的規定，惟其不得將之毫無保留地全部廢止。此種(廢止)規定是無效的。由於此項規定的適用範圍不及於新的各邦；在這些邦中，此項規定目前只是基於本庭的暫時命令(BVerfGE 86, 390 ff.)而加以準用，因此，爲履行保護義務，自有制定新規定的必要。

#### V. (社會法典規定是否違憲之判斷)

社會法典第五篇第二十四b條規定，與基本法相符

(1. und 2.)。但是，對於無法以上述憲法基準確定其合法性之墮胎，若給予請求法定醫療保險的權利，則將與基本法的意旨有所不合(2. b.)。對於經諮詢後而不以刑罰制裁的墮胎，在遇有經濟上的需要時，若給予社會救助，則在憲法上無可訾議，勞工薪資的繼續支給，亦同(3. und 4.)。依現行法規定，對於基於一般急迫情況的墮胎給予社會醫療保險給付，並不牴觸對未出生生命的憲法上保護義務。至於依舊刑法第二一八a條第二項第三款規定所為墮胎，仍給予社會保險給付，此種情形是否在其他觀點下與基本法相符，於此無庸決定(5.)。

1. 社會法典第五篇第二十四b條規定在形式上符合憲法規定而制定。聯邦立法權係源自基本法第七十四條第十二款(「社會保險，包括勞工失業保險」)；此點在基於一般急迫情況指標規定(舊刑法第二一八a條第二項第三款)所為墮胎的部分，亦適用之。

a) 誠如聯邦憲法法院多次(最近一次BVerfGE 75, 108[146 f.])所裁判者，對於基本法第七十四條第十二款的「社會保險」概念，應理解為廣義的「憲法類型概念」(verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff)。此項概念包含所有依事物本質而屬於社會保險的事項。如果新的社會給付在其主要結構要素上，特別是在組織的實施與應予防患的風險上，合乎「古典」社會保險所型塑的圖像者，新的生活事實亦可納入「社會保險」的總體系

中。屬於社會保險者，無論如何係透過有組織多元單位的分擔，以共同滿足整體可評估的可能需求(vgl. BSGE 6, 213[218, 227 f.])。社會保險的本質並非僅侷限於勞工及急迫情況。除了衡平特殊負擔的社會需求外，其方式與方法的特徵是如何在組織上完成此項任務：社會保險的主體是獨立的公法營造物或公法社團，其透過「參與者」的繳費以籌措經費。

b)由刑法改革法增修法首次採行，嗣經孕婦及家庭扶助法將醫療保險給付擴及由醫師施行之「非違法墮胎」，可以納入社會保險的權限法圖像之中。就權限法上的歸類而言，其關鍵並非在於該權限是否被用於內容合法或違法的規定之上；重要的是，該規定是否屬於立法權限的標的範圍之內。

aa)長久以來，健康照料的措施即是屬於法定醫療保險的任務。但是，除了醫學上指標墮胎之例外情形外，墮胎縱使是由醫師施行，仍非屬於健康照料，亦非治療手術(vgl. BVerfGE 39, 1[44, 46]; vgl. auch BSGE 39, 167[169])。因此，墮胎不能與母性協助、照料診斷及預防遺傳疾病等措施，等同視之，此等措施係為改善健康狀況或防止疾病危險(vgl. Gitter/Wendling, in: Eser/Hirsch, Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, 1980, S. 215)。就舊刑法第二一八a條第二項第三款及新刑法第二一八a條第一項規定的墮胎而言，

其在類型上均欠缺上開要素。對於孕婦任何一種需要治療的狀態，原則上必須到手術時才會發生，而其費用則可藉助具有共同團結性的集體予以確保。儘管如此，此種由醫師所施行的墮胎亦非與——構成權限的——健康照料的主題全無關連性。即使是非醫學上的指標墮胎，其對婦女而言，必然亦是一種醫學上的手術，因而對婦女具有健康上的風險。爲了防止因墮胎手術所發生的健康上危險，舊刑法第二一八a條第一項及新刑法第二一八a條第一項乃規定，當墮胎——在上開規定所確立的要件下——施行者，僅能由醫師爲之，因此，墮胎必須依照醫學技術的規則施行。

bb)醫療保險給付在組織上合乎「古典」社會保險所型塑的形像，亦即經由法定醫療保險主體提供給付，其情形與因疾病而喪失工作能力或有治療需要等情形相同。於此所生必要經費，係透過分擔程序(Umlageverfahren)由被保險人及其僱主藉由醫療保險費予以籌措之。

2.a) 社會法典第五篇第二十四b條規定，賦予被保險人「在施行不違法的墮胎」享有請求法定醫療保險給付的權利，係扣合新刑法第二一八a條第一項至第三項，在該等條項中定有新刑法第二一八a條第一項所定的各種情況。惟如前述，新刑法第二一八a條第一項規定未能通過憲法的檢驗；其係違憲且無效。在憲法上，

如果立法者不得在上開規定的條件下將墮胎視為合法，則自社會法典第五篇第二十四b條的文義應可推知，在此範圍內並無醫療給付請求權。在此限縮的適用範圍內，該規定仍與基本法的意旨相符。

b)憲法上對生命的保護義務，禁止社會法典第五篇第二十四b條作如下的解釋：當墮胎的合法性未能確認時，得給予與不違法墮胎相同的給付。在法治國家中，唯有當殺人行爲是合法並經國家確認其合法性、且具有法治國家的可信賴性時，始能成爲國家資助的客體。

aa)其實若沒有婦女要求墮胎手術，以致殺害胎兒的生命，並危及婦女的健康，則(國家)便無賦予社會醫療保險給付請求權的必要。但如果國家將此種醫學上的過程當成法定醫療保險給付請求的標的，則其目的不僅——如同其他社會醫療保險給付——限於保護生命與健康。對於墮胎的施行、醫師費用的承擔，以及社會保險法上有關醫師給付的法定組織與提供等，雖然並不是直接造成殺害胎兒的原因，但卻是國家參與此項過程的表現。因此，唯有當原則禁止墮胎的合法例外要件成就時，且其法治國家的可信賴性經確定者，國家方能參與此種過程。只要國家無法確信此項過程的合法性，便不得參與未出生胎兒的殺害行爲。然而，諮詢規則的保護構想，並未提供國家獲得此項確信的空間(參見上述D. III. 1. c))。在懷孕初期以諮詢規則爲條件所施行的墮

胎，如果無法確認其是否因存有「一般急迫情況」而可視為容許者，法治國家原則上——即使是財務上或經由第三人的義務，如社會保險法上的互助團體——不得參與其中。經由此種參與，國家係承擔此項過程的共同責任，但是此項過程的合法性，國家基於憲法上的原因既不得視其為存在，他方面在國家保護構想的範圍內亦不得加以確認者。

bb)保護構想(參見D. III. 3.)的有效性條件不得有所例外。

(1)諮詢構想的內容，包括墮胎應在醫學上無疑義的條件以及在維護婦女人格的情況下施行。但唯有在婦女不會因經濟上的原因而無法就醫時，始能滿足上開要求。如果必要費用不虞匱乏時，依照確實的生活經驗，婦女都會向醫生求診，以避免因非專業的墮胎而危及自己的健康。因此，非由醫師所施行的非法墮胎，在舊刑法第二一八條以下規定施行前，即不常見(vgl. dazu den Ersten Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechts-reform, BTDrucks. 7/1981(neu), S. 5 f.)。反之，當婦女未擁有足夠的收入或財產時，國家則可以依社會法的一般原則滿足此項需求(參見下述3.)。而在判斷其需求性時，應取決於婦女在墮胎時所擁有可資運用的收入或財產；於此範圍內，不得要求婦女向其父母或夫行使扶養請求權，亦不得於婦女拒絕行使扶養請求

權時，剝奪其社會救助的權利。

(2)一般而言，私人的醫療保險只能負擔「因墮胎所生醫學上必要的診治費用」(醫療費用及住院日費保險一般保險條款(一九七六年私人醫療保險團體模範條款)第一條第二項第四句第a目，abgedruckt bei Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 24. Aufl. 1988, S. 1222)，其所指者，僅係施行醫學上的指標墮胎，以排除病理上的狀況或防止孕婦生理上及心理上所遭遇的危險(vgl. Wriede in Bruck/Möller, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, 8. Aufl., Band VI 2, 1990, G43; vgl. auch LG Berlin, *VersR* 1983, S. 1180 f.; LG Detmold, *VersR* 1986, S. 336)。在此之外，以合法性無法確認的墮胎作為保險給付標的的保險契約，將與墮胎原則性禁止的意旨相抵觸，此種內容的契約應屬無效(參見D.III.3.)。準此以論，沒有保險或只有私人保險的婦女自然會以自己的費用，支付依諮詢規則不處以刑罰的墮胎所生之醫療費用。由此看不出來，基於諮詢規則保護構想有效性的考量，必須給予這些婦女不同於享有法定醫療保險婦女的待遇。

cc)依照諮詢規則的保護構想，受社會及醫師諮詢的婦女必須負責決定，其是否施行不處以刑罰的墮胎。但是，從諮詢的保護構想中並未得出，在社會法上必須承認此種責任。基於諮詢構想，在諮詢條件下施行不受

刑事處罰墮胎的婦女，並非必須與基於合法性事由，如醫學上、優生學上或犯罪學上的指標確認而施行墮胎的婦女，分享社會法上相同的給付。

(1) 婦女在諮詢規則的條件下決定是否墮胎，其所負的責任不能被理解為「自我指標」(Selbstindikation)，亦即透過此種指標，可以由婦女自己對於合法急迫情況的存否作成具有拘束力的確認(參見上述D. III. 2. b) aa))。諮詢構想的基礎評估是，在懷孕初期，未出生生命可以由母親作較好的保護。因此，為了在諮詢過程中窮盡鼓勵婦女生產的可能性，不應使妨害保護效果的法律上或事實上障礙，成為仍決定墮胎的阻礙。為了實現諮詢的保護作用，故無庸對婦女的決定作相應的承認。

(2) 同樣地，基於社會國原則(Sozialstaatsprinzip)(基本法第二十條第一項)，國家亦不得將依據諮詢規則而不處以刑罰的墮胎，在未經個別評價其合法性之前，作如同其已獲許可的處理。在基本法的基礎之下，社會國(理念)只能以法治國的方法實現之。如果國家一般性地——亦即未作合於社會國思想的區分——直接或間接地(共同)擔負其未能確知是否合法的過程，則不僅觸及到法治國的邊緣，且已侵犯了法治國原則的核心部分。

dd) 對於不科處刑罰，但其合法性未經確認的墮

胎，若給予社會保險法上的給付，則與國家對未出生人類生命的保護義務不相符合，蓋於此情形下，國民所具有胎兒相對於其母親亦享有生命權、從而墮胎原則上是不法的一般意識，將受到傷害。不給予社會給付固然只能有限地闡釋法律對某一事實的非價判斷，特別是涉及保險原本任務範圍以外的給付——例如墮胎——時。反之，誠如鑑定人Schulin教授(Gutachten S. 97)所述，對於非屬通常保險風險的事實給予社會給付，會使國民產生一種印象，以為此涉及一種與其餘風險相同、且在此意義下合乎正常情況的日常過程。

此外，不容忽略的是，社會保險的給付要件對於約百分之九十的國民具有重要性(vgl. Schulin, a.a.O., S. 2)。由於社會保險係由被保險人所組成的互助團體，並基於特殊的利益有所運作，故其對於個人領域具有影響力，從而，從社會保險給付所表現出的評價，適足以塑造國民的觀念。

諮詢規則的構想，必須特別考慮法律意識的維持與強化，始能符合國家保護義務的最低標準。唯有維持對胎兒生命權的意識，在諮詢規則的條件下由婦女所擔負的責任，才能以胎兒的生命權為重心，而且能夠原則性地保護胎兒的生命。如果國家以一般賦予社會保險給付請求權，而對墮胎予以資助，則難免會引發墮胎終究為法秩序所允許的印象，從而將與前述的保護意旨相左。

此外，與懷孕婦女接近、且對婦女及胎兒負有共同責任的人，亦可能因此而感到負擔減輕，因為他們會認為社會保險給付的給與是正常且合法的。

c)據上所述，對於不合法墮胎的醫師處置以及非指標(墮胎)手術的醫療善後照顧，若給與社會保險法上之給付，則為憲法所不許。基於上述基本原則，因墮胎而喪失工作能力的婦女亦不得享有社會法典第五篇第二十四b條第二項第二句的醫療金給付請求權；從而，不能逾越此項規定的法定要件(不違法)，而於不罰墮胎的情形，以之作爲給與給付的依據；至於在此種情形，是否能從社會法典第五篇第四十四條及第五十二條規定範圍得出請求權的問題，則無待決定。

另依社會法典第五篇第二十四b條第二項第一句規定的給付，則不在禁止之列；該等給付旨在維護懷孕婦女的健康。在被保險婦女墮胎之前所給予的醫療上服務，與對於因指標情況而墮胎的後續現象所爲的善後診療相同，其目的直接在維護婦女的健康，而且如果不是發生墮胎的結果時，此項醫療服務恰可對小孩的生命有所助益。唯有當涉及墮胎本身時，由於其主要是殺害未出生的生命，故基於前述理由，如果墮胎的合法性未能確認者，即不得享有社會保險給付。

3.a)綜據上述，在憲法上，國家原則上不得藉由給付的給與或以法規範使第三人成爲給付義務人，而對合

法性未經確認的墮胎有所挹注。如前所述，在憲法上，國家要突破此項原則，只有在爲了使保護未出生人類生命的構想發揮效用，而有突破上開原則的必要情形，亦即當婦女僅接受醫師施行、但未必墮胎的情形。如果法秩序一方面爲了保護懷孕婦女的健康，他方面又爲了保護胎兒，而要求必須提供醫師的服務，則不容因婦女無可供運用的必要費用而失去此項服務。於此情形，國家非不得自行提供此項費用。

b)基於諮詢規則的保護構想，當婦女有需要時，應由國家承擔費用，至於其應以何種方式爲之，或應具備何種要件，則屬立法者的事務。現行聯邦社會救助法第三十七a條規定顯然是配合憲法對諮詢規則結果的要求。國家提供此種社會給付，並不抵觸其保護義務的要求。國家藉由此項給付，可以自始防堵婦女尋求非法的途徑，蓋此等非法途徑不僅會對婦女自身造成健康上的傷害，同時還會剝奪其透過醫師諮詢解救胎兒的機會。

在社會救助請求權的內容形成方面，立法者必須保護給付請求權人的人格權。於不妨礙未出生生命保護義務的範圍內，立法者應基於上述的關聯性，訂定特別規定，儘可能使婦女避免一再敘述其所遭遇的情況。而聯邦社會救助法第九十一條以下得向(孕婦)家屬行使求償權的規定，則將與前開保護意旨有所違背。從而，應儘可能地將所有國家提供保護與協助的程序，集中由一個

機關爲之，例如集中在法定社會保險之中，同時應確保婦女只須對其情況作一次的陳述。

4.在薪資繼續支付法方面，若著眼於其勞工法上的特殊理念及保護構想的必要性，依照上述(D. III. 3.)原則，非必要將僅是阻卻新刑法第二一八條構成要件的墮胎排除於給付義務之外。

a)aa)依薪資繼續支付法第一條第一項第一句規定，勞工自受雇開始，因非可歸責其事由的疾病而喪失工作能力，因而無法提供勞動給付者，在喪失工作能力六週內，仍享有薪資請求權。此項規定於因接受醫師墮胎而喪失工作能力之情形，準用之；在接受醫師所施行之不違法墮胎，其工作能力的喪失視爲不可歸責(薪資繼續支付法第一條第二項)。其他勞工法亦有類似的規定(參見民法第六一六條、商法第六十三條、營業法第一三三c條、海員法第五十二a條、第七十八條、職業訓練法第十二條)。在統一條約第三條所稱的地域內，東德勞工法第一一五a條繼續適用(統一條約第九條第二項暨附件II第八章，事項A第三節第一a款)，該規定係經一九九〇年六月二十二日之法律(GBl. I Nr. 35, S. 371)於勞工法上所增列。該規定與薪資繼續支付法的規定極爲相近，但是並未包含薪資繼續支付法第一條第二項規定，原則上適用於所有的雇主。此外，一九七二年三月九日墮胎法(GBl. I Nr. 5, S. 89)第四條規定，依法允許

的墮胎，其預備、施行及後續照顧，在勞工法及保險法上視同疾病。此項規定於孕婦及家庭扶助法第十六條生效後失其效力。

bb)薪資繼續支付法規定，醫師應就有關因疾病而喪失工作能力的事實開具書面證明，以便勞工向其雇主出示，該書面證明中不含疾病的種類及原因(參見薪資繼續支付法第三條)。於此規定之下，雇主無法立即確知，薪資繼續支付的要件是否因可歸責於勞工之事由而不存在。雇主唯有對可歸責事由的存在有具體事證，或勞工依勞動契約負有闡明相關事實的義務時，始得拒絕繼續支付薪資。

b)因疾病而喪失工作能力的原因，唯有當疾病的發生係因重大違反對明智人類自己利益上可得期待的行為，或於例外情形，致生疾病行為的後果若由雇主承擔，顯失公平者，始得視其不存在(vgl. BAG, Urteil vom 28. Februar 1979, AP Nr. 44 zu § 1 LFZG, Urteil vom 7. August 1991, AP Nr.94 zu § 1 LFZG; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, 1963, § 44 III 1 a cc; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1992, § 18 II 2e; Schmitt, Lohnfortzahlungsgesetz, 1992, § 1 LFZG, Rdnrn. 60 ff. m.w.N.)。若將勞工法上的原則作如下的解釋與適用，亦即薪資支付義務於因基於諮詢規則所為墮胎而致喪失

工作能力的情形，仍繼續存在，則與憲法上對未出生人類生命的保護義務不相抵觸；於此種情形，依薪資繼續支付法第一條第二項規定，其工作能力的喪失視同不可歸責(於勞工)，於憲法上無可非議。

於此所述的情形，若要排除勞工請求繼續支付薪資的權利，不僅需要法律規定，將因不合法墮胎而致喪失工作能力，不視之為因疾病而喪失工作能力，同時還要禁止施行墮胎的醫師以書面證明勞工不具工作能力，或者必須課予婦女勞工有告知其雇主喪失工作能力原因的義務，以確保上開規定的有效性。苟若如此，則懷孕婦女只有利用休假時間進行墮胎，始能迴避此項告知義務，但此種情形通常又不太可能。至於其他避免告知原因的可能性，在現行規定中則並不存在。如果吾人認為經由諮詢而墮胎是屬於重大違反對明智人類在自己利益上可得期待的行為，亦即屬於相關勞工法規定意義下的可歸責事由，則無異使婦女負有告知(墮胎原因)的義務。然而，諮詢規則的保護構想，旨在以具誘發性的方式迎合保護胎兒生命的諮詢意旨，使婦女得免於在諮詢及醫師談話以外將其決定墮胎的原因向第三人吐露。如果勞工法以各種方法課予婦女勞工告知的義務，要求婦女必須向雇主表白其工作能力的喪失係出不合法的墮胎，則將使此種誘發性(Aufgeschlossenheit)受到破壞。因此，若將婦女勞工因墮胎而喪失工作能力，歸屬為雇

主的風險範圍，尙非顯失公平。

5.a)憲法上對生命的保護義務，並不禁止立法者就不違法的墮胎規定社會醫療保險給付，如社會法典第二十四b條規定以及帝國保險法第二〇〇f條規定之情形。此等規定亦適用於舊刑法第二一八a條以下規定，其至一九九三年六月十五日之前仍得適用(參見判決主文II.1.)。

aa)社會法典第五篇第二十四b條規定，其內容大體上與帝國保險法第二〇〇f條程序規定一致，其規定「由醫師所施行之不違法墮胎」，如於醫院或其他依第五次刑法改革法第三條第一項第一句所定機構中進行者，得請求法定醫療保險給付。此所指「不違法」墮胎尙包括在——經確定的——一般急迫情況指標下所爲之墮胎。舊刑法第二一八a條雖僅將此種墮胎稱爲「不依刑法第二一八條處罰」，不過，聯邦(普通)法院在民事及刑事的裁判中，將一般急迫情況指標構成要件與舊刑法第二一八a條的其他指標構成要件，均解釋爲合法化事由(Rechtfertigungsgrund)(vgl. BGHZ 86, 240[245]; 95, 199[204 ff.]; BGHR StGB § 218a Abs.1 Indikation 1)。聯邦社會法院(vgl. NJW 1985, S. 2215[2216])及社會法的實務——未就指標構成要件在刑法釋義學上的體系地位詳加論述——亦多以此爲出發點，亦即舊刑法第二一八a條規定不罰的墮胎均可視爲帝國保險法第二〇

○f條所定「不違法」的墮胎；而內容相同的社會法典第五篇第二十四b條規定，其在舊刑法第二一八a條範圍內依一九九二年八月四日暫時命令而仍適用部分，亦應作相同的解釋。

bb)在憲法上，此種一般專業法院所作的解釋，包括涉及一般急迫情況指標構成要件部分，原則上並無可資非議之處。或謂舊刑法第二一八a條第二項第三款對於應審究的急迫情況，在構成要件上並未作詳細的具體規定，但此項質疑並不成立。按急迫的情況相當多樣，而在可否期待繼續懷胎的觀點下，急迫情況的份量往往視個案而定，因此，如要對指標構成要件作較明確的規定，則須作某種程度的割捨方能達成，但卻可能無法涵蓋若干非典型的案型。有鑑於此，立法者如運用需要評價的概念，對於構成要件作一般性的內容描述，應為已足，至於其具體化的問題，則留待司法者為之。衡酌系爭規定的立法經過，聯邦憲法法院於一九七五年二月二十五日的判決中亦曾基於此種考量，斟酌系爭規定的規範體系，並從其文義：急迫情況的危險程度必須相當重大，「以致無法要求懷孕婦女繼續懷胎」，透過解釋方法可以得出：在可否期待繼續懷孕的觀點下，系爭急迫情況的重大程度必須與其他指標要件的情形可資相比。

cc)然而，可以確定的是，一般急迫情況的指標構成要件，在過去屢屢被援引作為墮胎的合法化事由，並

以之構成醫療保險給付的請求權，但是作為其前提要件的社會衝突，則並未在期待可能性的觀點下，達到與其他指標情況相類似的重大程度。孕婦及家庭扶助法的立法理由中亦指出，實務上運用此種方式的泛濫程度，乃是新設規定的一項原因(vgl. BTDrucks. 12/2605 (neu), S. 3)。

在一般急迫情況要件受到如此廣泛解釋與適用的情況下，醫療保險主體若仍不假思索地認定醫師手術的合法性，並給與保險給付，自與對未出生生命的保護義務有所不符。醫療保險主體應加確認，依醫師的認知而對一般急迫情況的肯認是否適當——於此範圍內，醫療保險主體得以聯邦(普通)法院所發展出來的原則(vgl. BGHR StGB § 218a Abs.2 Erkenntnis 1; BGHZ 95,199[204 ff.])為取向——，同時不能忽略諮詢的相關規定(舊刑法第二一八b條)與指標確定的程序(舊刑法第二一九條)。不過，此種在執行上所呈現的憲法瑕疵，並未延申到社會保險法有關不違法墮胎得請求保險給付的規定上。同樣地，此等規定亦不因舊刑法第二一八b條及第二一九條規定含有結構瑕疵，且該瑕疵破壞該規定保護生命的效果，而受有影響；此等瑕疵原則上只是構成立法者改善(上開規定)的動因。

b) 聲請人於1)部分尚基於其他憲法觀點，對於如下情形提出質疑：——基於帝國保險法第二〇〇f條第一

句，其後則基於社會法典第五篇第二十四b條第一項規定，在孕婦及家庭扶助法生效前——社會醫療保險給付請求權即使在一般急迫情況指標下所為之墮胎(舊刑法第二一八a條第二項第三款)亦應賦與之。聲請人主張，社會保險作為一種公法上強制社團，基於其成員基本權利的考量，上開任務不應由社會保險予以承擔；蓋此乃涉及一項與保險無關的負擔。至於立法者有意使一方面處在法律所承認的衝突狀態、他方面又面臨經濟上急難情況的懷孕婦女，免於遭受不利，則可透過其他具有相同效果、但不影響保險成員基本權利的方式達成之。此項質疑是否成立，於此可暫置不論，蓋無論如何皆不能使基於舊有法律狀態所給與的給付溯及地失去法律基礎；而且就巴伐利亞邦政府的聲請意旨而言，本院已依聯邦憲法法院第三十五條作成命令，其中第一款規定現行法規仍繼續有效一段期間，故在維持現行法規有效的期間，亦無必要就此問題予以決定。

#### VI. (孕婦及家庭扶助法第十五條第二款規定部分 違憲)

孕婦及家庭扶助法第十五條第二款規定，其中有關第五次刑法第四條所定確保充足且廣佈之施行墮胎門診及住院機構的義務，在限縮解釋之下，與基本法的權限規定相符。不過，此項規定有關以主管邦最高機關作為義務主體部分，抵觸聯邦國家原則，因而無效。

1.如果聯邦立法規定，國家應確保施行墮胎的門診與住院機構充足且廣佈的供給，則立法者係將之形成一項國家任務。

如同自立法程序的資料中可以得知，門診部門(Ambulatorien)應該特別予以增設，在門診部門中，墮胎的施行可以運用對孕婦健康較有利的吸取法(Absaugmethode)，而婦女亦可省下多日住院的時間(vgl. Begründungen zu den im wesentlichen inhaltsgleichen Vorschriften in den Gesetzentwürfen BTDrucks. 12/696 (S. 11 f.) unter Bezugnahme auf Renate Sadrozinsky, Die ungleiche Praxis des § 218, Köln 1990, S. 43, BTDrucks. 12/889 (S. 12))。如同孕婦及家庭扶助法第十五條第一款規定中有關第五次刑法改革法第三條的新規定所證實，墮胎原則上不再需要交由醫院為之。聯邦法允許任何能確保必要後續照顧的機構(施行墮胎)。隨著此次法律的修改，第五次刑法改革法第四條新規定的文義，可以作如下的解釋：國家的任務是，在住院機構與門診機構之間具有選擇可能性的意義下，確保各邦領域中墮胎機構的充分供給。所謂確保者，若要作如此理解，則需有一個涵蓋各邦整體區域的廣泛構想。於此必須對可預期的需求及現有的(墮胎)機構進行地域面積上的調查，而且要有——如同醫院計畫——涵蓋邦域的基礎建設計畫，於此計畫中，應含納

私人機構、公益機構、地方自治團體機構或國家機構，並作相互的調整。如果要使私人或地方自治團體醫院負有設立墮胎機構的義務，則需有法律上的依據，並以合於法治國要求的明確性，規範行政機關得為必要命令的基準與職權。

2.a)於聯邦法律上規定此種國家任務及法律上所規定的多方面目標設定，並不符合基本法的權限項目。基本法第七十四條第七款規定聯邦對於「公共照顧」(die öffentliche Fürsorge)享有競合立法權，此款規定僅能在其限縮解釋下，才能提供作為系爭規定的權限基礎。

aa)基本法所稱公共照顧的概念，本身不應作嚴格的解釋。此項概念尚包含平衡急迫情況與特殊負擔的預防措施，以及對扶助需要所生危險的防制(Maunz, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 74 Rdnr. 106; Rengeling in: Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 1990, § 100 Rdnr. 155)。此一概念的限縮，主要是出於此項規定與其他權限之間的重大事項關連性；尤其是疾病治療、傳染病防治或其他主要涉及健康事項的法律，不屬於基本法第七十四條第七款所定的(立法)權限範圍。憲法(基本法第七十四條第十九款及第十九a條)規定，聯邦對於健康事務僅享有部分範圍的立法權，此項憲法決定自不容透過對公共照顧立法權的擴大解釋而予

以違反。苟若如上述的擴大解釋，則第五次刑法改革法第四條將使各邦的健康事務發生結構性的改變。故於此範圍內，聯邦並無立法權。

bb)不過，從協助因懷孕所生急迫情況的觀點下，基本法第七十四條第七款於一定範圍內可作為系爭規定的權限基礎。

首先，為了保護生命，醫師不會因為懷孕婦女長途就診，便認為必須在婦女第一次就診當日施行墮胎。在情況不明時，醫師先要與婦女作醫療上的談話，並以合於保護生命的醫師職業義務方式進行諮詢，同時將可能施行墮胎手術的日期延後。藉此可以讓婦女還有機會作有利於胎兒的決定。其次，即使懷孕婦女在第一次就診時能夠同日往返——包括以公共運輸工具——，上開方式仍可對懷孕婦女的急迫情況提供協助，亦即，上開作法可以讓婦女較容易安排不在家時小孩的照顧工作；而且，婦女也只須短時間的離開工作崗位。

在此種範圍內，聯邦立法者固然可以使——遍佈全國——廣設墮胎機構成為基本法第七十四條第七款意義下的公共照顧。不過，聯邦立法者若作如上廣泛的確保規定，則勢必會逾越基本法第七十四條第七款的權限界限。

對此，聯邦立法者亦不能為了實現其所謂必要的組織後續構想，而享有附帶權限(Annexkompetenz)(vgl.

BVerfGE 22, 180 [209 ff.]; 77, 288 [301])。基本法第七十四條第一款的立法權限已涵蓋一個在聯邦法律上，以保護胎兒及婦女為重點的刑法保護構想；此項立法權限可使聯邦立法者滿足其憲法上保護生命的義務。相對而言，確保上述範圍之外墮胎機構的供給，則難謂是必要的後續構想。

cc)新第五次刑法改革法第四條，於其規定公共照顧任務部分，並不因違憲而得以宣告無效，蓋其可以作合憲的——限縮——解釋。

依照聯邦憲法法院歷來的裁判，法律的解釋若能合於基本法意旨而又能維持其意義者，該法律並不違憲(vgl. BVerfGE 2, 266 [278]; 69, 1[55]; St. Rspr.)。新第五次刑法改革法第四條規定若解釋成，國家應負責在廣大範圍內提供墮胎的醫療協助，以實現保護構想，則尚合於其文義。於此種解釋之下，該法律仍具有意義，蓋其仍足以保護生命，且亦未逾越合憲解釋不能抵觸立法者明示意志的界限(vgl. BVerfGE 18, 97 [111]; 71, 81 [105]; St. Rspr.)，該法在限縮解釋之下仍合乎立法者的意志。

3.如果聯邦立法者委託邦最高主管機關負責前述國家任務的實施，則侵犯了各邦的組織權，因而介入各邦合憲秩序。於此情況下，聯邦立法者排除了各邦憲法所定的權限機關，從而使各邦無法行使合理形成執行組織

的裁量權，以規範國家任務——例如在地方自治的範圍——的實施。

a) 依據聯邦國家原則，唯有在基本法明文規定或許可的範圍內，聯邦權力方得干預各邦憲法秩序。特別是在基本法劃定聯邦與各邦之間的權限部分，基本法基本上是放棄對行使各邦權限的憲法機關加以規定(vgl. BVerfGE 11, 77 [85 f.])。例如聯邦法律作為其自己事務予以實施(基本法第八十三條)：各邦——非邦政府或個別邦部會——除經聯邦參議院同意而於聯邦法律中有其他規定外，應規範機關組織及其程序(基本法第八十四條第一項)。當聯邦法律僅規定各邦應履行的國家任務，而未就行政機關得予執行的事項作個別規定者，各邦組織權原則上視為不受限制。

另依基本法第八十條第一項第一句的明文規定，聯邦立法者如要授權訂定法規命令，亦僅能將任務交給「邦政府」(Landesregierungen)，而不能交予邦部會或邦最高主管機關(vgl. BVerfGE 11, 77[86])。

b) 新第五次刑法改革法第四條規定並未合乎上述標準。該規定所構成的確保任務，對於各邦僅定有行為目標，而未含有實現此目標的行政執行各別規定。此項聯邦法律所定的確保任務，並非交給各邦本身為之，而是交由邦最高主管機關，亦即邦部會為之。此種規範既非基本法所明定，亦非其所允許。

c)於此範圍內，此項規定應依聯邦憲法法院法第七十八條規定宣告其無效。新第五次刑法改革法第四條，於其委託邦最高主管機關實施國家任務部分，無法作合憲解釋。合憲解釋的要求不容許無視於法律的文義，或將之予以修改(vgl. BVerfGE 8, 28[34]; 72, 278[295])。系爭規定具有一個詳細的規範內涵，無法透過解釋將其意旨改爲，委託各邦實施任務，而非委託其機關爲之。

4.指定邦最高主管機關爲任務實施主體的規定，其無效並不影響——經合憲解釋的——確保任務的委託。依照民法第一三九條所蘊含的法律思想，如果無懷疑存在，立法者在欠缺違憲部分之下仍將保持同法的其他規定者，聯邦憲法法院得僅就規範(違憲)的部分作無效確認(vgl. BVerfGE 4, 219[250])。而系爭規定之情形即是如此，蓋其對於——在擔負醫師責任下從事諮詢工作、並於一定情況下施行墮胎的——醫師具有重要性。同時此項規定亦可執行，蓋依基本法的權限分配規定，負責聯邦法律的落實與施行無論如何係由各邦負責(基本法第三〇、七〇及八十三條)，因此，於此部分無須特別的職權規定。

5.由上可知，因醫師的拒絕權(第五次刑法改革法第二條)所限縮的墮胎可能性，以及經由合憲解釋所限縮的確保任務範圍內，對於懷孕婦女必要醫療照顧，乃屬各邦的事務。另方面各邦在行使其對健康事務的立法

權時，在憲法上亦受到保護出生人類生命義務的拘束；如果此項額外措施會產生助長墮胎的作用時，各邦應捨棄此種措施的規定。

## F. (巴伐利亞邦政府聲請部分不受理)

1. 巴伐利亞邦政府於2BvF 20/90程序中，針對第十五次刑法修正法中有關第二一八b條第一項第一句及第二一九條第一項第一款規定，提出法規審查聲請部分，因(本庭)就孕婦及家庭扶助法規定的法規審查聲請所為之裁判而業已解決。按抽象法規審查的聲請，僅於有闡明法規效力的客觀上特別利益時，始予許可(vgl. BVerfGE 6, 104[110]; 52, 63[80])。此項利益於上開規定中業已喪失。聲請人對於墮胎諮詢及指標確認有關規定所為指摘，僅係針對基於一般急迫情況所為墮胎的程序法上要件部分(第十五次刑法修正法之第二一八a條第二項第三款)；此點可以從其於一九九〇年二月二十八日的聲請理由中得知。不過，一般急迫情況指標的構成要件，因憲法上無疑問的孕婦及家庭扶助法第十二條第一款規定，而遭廢止。固然，原本要取代一般急迫情況指標的新刑法第二一八a條第一項規定，係違憲且無效。然而，以諮詢構想為基礎的墮胎法律規定，原則上為憲法所容許，此點並無改變。在立法者作成合憲新法之前的這段期間，本庭已依聯邦憲法法院法第三十五條作成過渡規定，其基本的評估是，立法者基於修法需要

的衡量，應不會回歸急迫情況的指標規定。此等規定僅能在一九九三年六月十五日之前的短期過渡期間有其適用。因此，聲請人所為憲法上指摘的標的，將在未來喪失。

在一九九三年六月十五日之前，所聲請有關違憲性的確認，並無法律上的效果。聲請人曾正確地指陳，其所提出的質疑——假設其有理由——無法使系爭規定有關因急迫情況而墮胎部分，被溯及地宣告無效。蓋苟若如此，將會使急迫情況指標規定無法適用，從而將發生一種比系爭規定更偏離基本法保護作用的法律狀態。因此，僅能課予立法者負有改善的義務，在其改善之前，系爭規定仍應毫無改變地繼續適用(vgl. BVerfGE 61, 319[356])；但此種具向後效力的改善義務，又將因舊有急迫情況規定在短期內即將失效而不復存在。

2. 針對帝國保險法第二〇〇f及二〇〇g條規定，在其給予被保險人在一般急迫情況而墮胎享有法定醫療保險給付請求權部分，請求宣告其無效的聲請，則有所不同。固然，上述規定因孕婦及家庭扶助法第三條規定之故，其效力將於一九九二年八月五日喪失，其後則由孕婦及家庭扶助法第二條有關社會法典第五篇第二十四b條的規定所取代。然而，如聲請人所指，因急迫情況而墮胎所生醫療保險給付的舊有案件，仍以系爭的帝國保險法規定為計算依據，對此並有法律爭訟的繫屬事件，

而其裁判則繫於系爭規定的有效性。因此，實體決定的必要客觀利益仍然存在(vgl. BVerfGE 5, 25[28]; 79, 311[327])。社會法典第五篇第二十四b條有關墮胎的規定，其基於一般急迫情況指標而自一九九二年八月五日起施行部分，亦同(參見上述E. V.1. 及5.)。

### G. (暫時命令程序)

在抽象法規審查程序中，聯邦憲法法院依聯邦憲法法院法第七十八條第一項第一句得宣告與基本法意旨不符的法律無效。藉由此項宣示，該法律不得具有其原有的效力。準此，新刑法第二一八a條第一項規定的無效宣告，其結果是該規定喪失作為合法化事由的效力。經宣告無效的新刑法第二一九條規定，則不得作為諮詢的內容及實施的依據。

立法者於實施統一條約第三十一條第四項規定時，對於懷孕最初十二週的期間，有意將生命的保護建立在諮詢構想的有效性上，並在新刑法第二一八a條第一項的要件下，排除墮胎的可罰性(基本法第一〇三條第二項)，於此範圍內，新刑法第二一八a條第一項及第二一九條規定與新刑法第二一八條的構成要件之間具有緊密的事物關連性。為了避免保護構想因新刑法第二一八a條第一項及第二一九條的無效宣告而喪失立法者所欲達到的作用，包括在統一條約第三條所定地域，而此作用為憲法保護義務所許，甚或——著眼於事實上有效的生

命保護——爲憲法所要求，因此必須依聯邦憲法法院法第三十五條暫時命令的程序，暫時作成在憲法上充足的諮詢規則，在其他——由立法者在新刑法第二一八a條第一項所定的——要件之下，排除新刑法第二一八條的刑罰構成要件。此種作法並不牴觸基本法第一〇三條第二項及第一〇四條第一項。在孕婦及家庭扶助法第十三條第一款有關刑法的規定中，對於應處以刑罰的墮胎情形，設有構成要件上的規定，而使墮胎可罰性的要件及界限在法律上有所確定。在構成要件上不爲新刑法第二一八a條第一項或其他排除可罰性規定所包括的墮胎，其基於立法者指示而具有的可罰性，不因新刑法第二一八a條第一項所定合法化事由的無效宣告而有所影響。本庭決定對可罰性的擴大，並未超過立法者所設定的界限。反之，於判決主文II 2.依聯邦憲法法院法第三十五條所爲的命令，旨在確保新刑法第二一八a條第一項構成要件所定墮胎在新法制定之前不受刑法處罰，儘管該規定被宣告無效；從刑法的觀點而言，此項法院命令的意義僅止於此，刑罰的排除並非基於合法化事由，而是藉由構成要件的排除。至於未依諮詢規定，而依孕婦及家庭扶助法第十三條第一款處以刑罰的墮胎行爲，其可罰性的基礎仍是該法律，而非本庭依聯邦憲法法院法第三十五條所爲的命令。因此，孕婦及家庭扶助法中有關將生效的刑法部分，其所含有的刑法規定，即使比目前

仍適用於新邦的東德法律還要廣泛，仍符合基本法第一〇三條第二項及第一〇四條第一項的特別法律保留規定。

Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Graßhof, Kruis,  
Kirchhof, Winter, Sommer

## 副院長 Mahrenholz 法官及 Sommer 法官對於第二庭一九九三年五月二十八日判決所提出的不同意見書

— 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 —

墮胎的法律規定涉及人類生命最內部的領域，並觸及人類存在的基本問題。性與希望有小孩之間的不一致，屬於人類存在的特殊基本條件。婦女必須承擔此種歧異性的後果。長久以來，在所有經過不同道德觀與宗教觀所塑造的文化中，婦女們爲了非自願懷孕所遭遇的困境，努力尋求解決途徑，且已獲得出路，其間(國家)儘管藉由最重且殘酷的刑罰予以恫嚇，仍然無法阻止婦女甘冒自己生命危險而殺害胎兒，如果她們真的不想要小孩的話。隨著婦女社會地位的改變，今日婦女在解決此種根本性的生命衝突問題上，主要是憑藉對具體生活情況的評估，判斷其是否有能力負責任地履行母親的職責。任何墮胎的規定，一方面會引發人類自主性不可侵犯範圍的問題，他方面則是涉及國家規範權的問題；於此，立法者完全是站在對社會生活領域規範能力的邊緣。立法者得以較好或較差的規定貼近墮胎的問題；但是無法「解決」此一問題；於此國家喪失「正確」立法的自我確信。冗長的立法程序即可顯示出此點，蓋自上次基本改革之後，此項立法程序已開始進行了約十五年餘。另外，在本庭的審理過程中亦反映出此點，本庭自

立法者的保護義務所導出的推論，與一九七五年二月二十五日第一庭的判決(BVerfGE 39, 1 ff.)，有所不同。本庭判決所採取的準據，係容許立法者可以繼續採行孕婦及家庭扶助法的諮詢解決途徑。

如同本庭一樣，國家對於未出生人類生命的憲法上保護義務，自該生命開始起，對此本席並無疑問。吾等與本庭見解相同，認為保護義務並不禁止立法者改以另類保護構想，其重點在於對婦女的諮詢，並放棄指標規定的刑罰威嚇與指標構成要件の確認。但是吾等認為，本庭——作為立法上的可能性——所承認婦女對於初期墮胎的事實上最終責任，在其接受諮詢之後，係婦女基本權利地位所必要者，故於此範圍內，保護義務應有所限制(I.)。除此之外，依吾等之見，在諮詢規則中對於未出生生命的有效保護，正好可以對墮胎的容許與不容許作規範上的闡明；於此，基本法允許諮詢之後的墮胎具有合法性(II.)。由此可以推知，新刑法第二一八a條規定合憲，因而社會法典第五篇第二十四b條規定對諮詢之後墮胎給予法定醫療保險給付，自不能加以排除(III.)。

### I. (國家對未出生生命保護義務的限縮與婦女基本權利地位)

依本庭的見解，在整個懷孕的過程中，婦女負有將小孩生出的法律義務，即使在諮詢之後，此項義務亦只

有以不可期待性為標準的法定例外構成要件下，始告終止(參見判決D. I. 2. c))，對於此點吾等並不贊同。在憲法所定婦女、未出生生命及國家的三角關係之中，自基本法所導出對未出生生命的保護義務，僅是對國家有所要求，而非直接針對婦女。國家透過立法課予婦女保護未出生生命的義務，必須同時顧及婦女的基本權利地位。因此，任何有關墮胎的法律規定不僅須符合基本法第二條第二項暨第一條第一項對未出生生命的保護義務外，尚須與婦女請求保護並尊重其人性尊嚴(基本法第一條第一項)、婦女身體完整性的權利(基本法第二條第二項)及其人格權(基本法第二條第一項)相一致(參見判決D. I. 2. b))。立法者的任務在於，將其保護義務與胎兒及婦女基本權利地位相互之間作合於比例的安排。對於此種安排憲法未設規定。因此，立法者享有衡量及形成的空間，但此項形成空間一方面受到對未出生生命不足禁止原則的拘束，他方面則受到對婦女過度禁止原則，亦即受比例原則的限制。如果立法者允許婦女在懷孕初期，在接受以刑罰制裁而屬於婦女義務的諮詢之後，就是否繼續懷胎作出自我負責的決定，並在此範圍內解除墮胎的禁止與分娩的法律義務，則立法者尚未逾越其所享有的衡量與形成空間。在婦女(分娩)法律義務不復存在的範圍內，其(墮胎)行為乃屬基本權利之行使而受允許。

1. 懷孕衝突與其他對人類生命的危害，有所不同。婦女與胎兒之間的關係，並不是可能的「行為人」與可能的「被害人」；而是在懷孕婦女的人身上構成一種特有的一體性，一種——如判決所言的——「二合一」(Zweiheit in Einheit)的狀態。在懷孕的第一週——如本庭所述——新生命完全尚屬於母親，並且全然依賴母體。此種以特有方式與母親結合的胎兒，其不可察覺性、無助性與依賴性，顯示如下的評估有其正當性：國家如果與母親合作，將會有較好的機會來保護胎兒(參見判決D. II. 3.)。此乃事實上對於婦女在懷孕初期的基本權利地位所作的基礎描述。本判決的論述亦提出其他相近的觀點，其謂諮詢規則係建立且可以建立在懷孕婦女決定是否墮胎的最終責任上。立法者若評估，唯有與母親共同合作，而非與之相抗衡，方能有效保護對未出生人類的生命，則此項立法評估在憲法上並無疑義(參見判決D. II. 2., 3. 及 4.)(so schon der Alternativ-Entwurf zum Besonderen Teil des Strafgesetzbuches von 1970, vgl. BVerfGE 39, 1[10 f.] und das Sondervotum Rupp-von Brünneck/Simon, a.a.O., S. 79)。

基於以上觀點，諮詢規則——從判決亦可明顯看出——並不是要認命地逃避指標解決方式所可能帶來令人沮喪的挫敗。新的規定乃是對婦女人格與尊嚴的理念

有所變遷的結果。判決指出，婦女有能力自我負責地作出是否墮胎的決定，此點在憲法解釋上必須有所延伸。依吾等的看法，在此段闡述之下，未出生生命的人性尊嚴與懷孕婦女的人性尊嚴之間的衝突，不同於判決所述，必須在合於比例的調整分配之下，予以解決：此種「二合一」的特殊調配問題，在基本權利上，不能趨近於胎兒與婦女的單純對立地位予以掌握。實則，婦女自身的基本權利地位，在本質上，因對其他生命負有責任而被共同決定，蓋婦女懷有胎兒的生命。因此，不能忽略的是，此一帶有人性尊嚴的他種生命亦與婦女「對立存在」。總之，上開兩種說法，顯示出懷孕婦女基本權利地位與保護義務之間的調和，有其特殊之處。

「二合一」的情形，隨著懷孕階段的進展，而有所改變。在第一週，婦女與胎兒——如上對判決的引述——仍完全是一體性，相對而言，隨著胎兒的成長，「二元性」則益發明顯，此種發展的過程具有法律上的意義。婦女的自我負責雖然繼續存在，但是其已喪失最終負責的性格。對懷孕婦女基本權利與未出生生命保護義務的調和，從法律上予以實證化，必須顧及在懷孕婦女基本權利地位中的進程要素(*prozeBhaftes Element*)，因為懷孕本身便是一種進程。隨著懷胎階段的進展與胎兒的成長，調和的重點會有所轉變，婦女基本權利地位的內涵與國家在履行其保護義務的角色，在懷孕初期與其

後續的發展階段，應作不同的判斷。

2.於此種進程之下，立法者必須對懷孕初期及後續階段的國家保護義務作不同的形成。國家在懷孕初期履行保護義務時，應以刑法第二一八條的刑罰制裁，使處於衝突狀態的婦女負有接受諮詢的義務，而諮詢的重點則在於未出生的生命；在諮詢結束之後，國家給予婦女自我責任的空間，並賦予其作成最終負責決定的能力。於此過程中，婦女乃是談話的夥伴，而非談話的對象。國家在履行此種保護義務時，應嚴肅看待此種「二合一」的狀態，亦即婦女並非只是胎兒的容器。在懷孕的後期，保護義務則透過刑罰的威嚇，保衛胎兒的生命權。原則上，此項保護義務——如同其他的衝突——係從一種彼此對立的法益出發，立法者在此的任務是，於個別情形中確定自何週開始適用此種保護方式。

在諮詢的模式下，國家保護義務的履行是否會較為有效，僅能從實證經驗上加以判斷。重要的是，國家並非以不適當的方式進行保護；此點是對指標規定的批評，而指標規定則是導致婦女及家庭扶助法構想形成的原因。保護必須依立法者的適當評估，在現實的意義上有其作用(參見判決D. I. 2. b))。吾等與本庭的看法一致，認為立法者評估，在懷孕初期以諮詢進行保護較妥，而在後續階段則以刑法保護為宜，此項評估是適當的。

然而，與接受諮詢之婦女的最終責任相結合者，乃婦女享有決定是否墮胎的優先性。如果吾人依循判決的意旨，則此點對於本庭不外只是事實上的意義，相反地，吾等認為此乃基於基本權利所致。「二合一」的形象對吾等而言，並非只是事實狀態的描述，而是真實反映出婦女的基本權利地位。於此既非僅單純涉及「婦女的人格權」(參見判決D. I. 2. c)bb))，亦未牽涉「自我決定權」(Selbstbestimmungsrecht)的一種態樣；蓋苟若如此，則婦女將只是與胎兒「相對立」，而胎兒則非婦女本身的部分。如果吾人在此一階段，基於婦女法律地位的優位性，則——如本庭(參見判決，上揭引處)所認——胎兒的生命權唯有當其母親不墮胎時方能存在。於此本庭應受質疑的是，其如何在判決中以比諮詢方式更有效的方式使胎兒生命權獲得保護。

自一九七四年六月十八日(BGB1. I S. 1297)第五次刑法改革法(5. StrRG)首次在墮胎刑法中引進十二週期限以來，法秩序業已考量到上述的(懷孕)進程；此項特定的初期階段在第一庭的判決下，經由刑法上各種不同的設計而得以繼續保留下來——其主要的結果是，對於國家保護義務有所限制。同時在孕婦及家庭扶助法議決之前，聯邦眾議院各黨團或部分黨團所提出的各種草案，亦多以此種初期階段為出發點。

孕婦及家庭扶助法的立法者，可以在懷孕開始的有

限期內，賦予婦女有決定其衝突的可能性，以便藉此方式顧及懷孕婦女的基本權利地位。於此立法者履行其保護義務的方式是，課予婦女在墮胎之前負有諮詢的義務。直到此段期間經過之後，立法者始給予婦女對未出生生命完全的承擔義務(Einstandspflicht)。立法者藉此對懷孕衝突中所涉及的基本權利地位，作原則性合乎比例的調和。

3. 準此以言，「二合一」概念的意義是，在概念上趨近地對獨特基本權利地位作正確的掌握。此一概念所併予考量的懷孕自然進程特質，可以從基本權利釋義學的角度作如下的理解：亦即，從根植於對婦女人格權的尊重(基本法第一條第一項暨第二條第一項)而由婦女對未出生生命擔負最終責任，逐漸發展到由國家承接對未出生生命的最終責任。荷蘭的刑法即以懷孕(約)二十四週阻絕墮胎的構成要件，而自此一時點起，墮胎則論以殺人罪予以處罰，如果「於合理的情況下足以期待，其(胎兒)有能力在母體之外存活者」(刑法第八十二a條，引自 Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 1 Europa, 1988, S. 1073)。由此可知，該部刑法使未出生生命在懷孕的後期階段成爲完全刑法意義上的人。

4. 反之，期待不可能的基準(判決D. I. 2. c) bb))則未能顧及此種情況的特殊性。惟本庭在諮詢的架構內仍

堅持此項基準；(其謂)在欠缺一般急迫情況指標的合法化事由時，法秩序必須表明，只有在一種負擔的例外情況下，始能允許墮胎，亦即此種負擔必須超過婦女可期待的犧牲界限，唯有如此，才能在發生懷孕衝突時，同時爲了一般的法律意識，就有關分娩法律義務及其界限，提供必要的取向(參見判決D.III.1.c))。吾等認爲，期待不可能的基準不適合作爲此種法秩序的取向指引。蓋要將衝突情況自我涵攝在以二種法定指標爲取向的合理犧牲界限基準之下(參見判決D.I.2 c) bb))，實已超出婦女的能力範圍。由於非預期懷孕所發生的衝突情況，因婦女生理及心理狀態的不同而有差異。於此情況下，除了生小孩外，婦女還必須看到做一個有責任母親(參見基本法第六條第二項)的機會與遠景時，才会有能力看出「合理犧牲界限」的所在。

在法律上，期待不可能的基準會導致——而且會誤導——一種涵攝過程(Subsumierungen)，其在判斷期待不可能的標準上越形模糊，則婦女對各該急迫情況的主觀性則越強。此種涵攝過程只能在規範上作有限的界定；其很難不會受到社會學的強烈影響(職業落差，城鄉差距等)。從基本法第一〇三條第二項明確性原則的觀點，現行法的一般急迫情況指標亦有疑問(vgl. dazu auch das Sondervotum Rupp- von Brünneck/Simon, BVerfGE 39, 68[91])。至於在諮詢過程中以及之後由婦

女所作的「自我涵攝」，其困難度更大，則無待多言。

以期待可能為基準所作的衡量，係以相對立的法益為出發點，而其中則有一項法益受到侵害。在此觀點之下，國家的保護義務必然只能以刑法第三十四條的緊急避難事由予以限定。如果未有緊急避難情事，則在期待可能性基準的運用下，其結果將是構成婦女的「優位」(Vorrang)，但此點顯為本庭所不採(參見判決D.II.3.)。在聯邦眾議院提出法律草案的提案人當中，顯然只有提出所謂Werner草案者(BTDrucks. 12/1179)，意識到此一問題，蓋該草案中(對於墮胎合法化)僅限在醫學上的指標情況。期待可能性思想於法律上的實踐，在第一庭(BVerfGE 39, 1 ff.)判決中以及自該判決之後——特別是判決主文中對於一般急迫指標的描述——，由於始終無法將胎兒的法益與婦女基本權利地位作合乎比例的衡量，因此與胎兒生命法益的位階有所未合。

回顧往例，依吾等之見，在指標構成要件中，特別是一般急迫情況指標要件對國家保護義務所作的限制，乃是對以特殊方式相互連結的基本權利地位，作合乎比例調配的體現，同時承認婦女在懷孕初期享有原則上涵蓋保護胎兒的最終責任——即使到目前為止，仍僅侷限在依聯邦憲法法院及立法者的見解所客觀化的情形。

本庭所運用的期待可能性思想與第一庭有所不同，亦即第一庭係以對未出生生命在實務上及事實上有效的

保護，界分合法與非法墮胎(vgl. BVerfGE 39, 1[58])。為了確保諮詢的開放性，不可期待性與其反對概念：可期待繼續懷胎及可罰墮胎，不再處於相對立的關係。因此，期待可能性基準的法律意義，乃有所改變。在一般的急迫情況指標中，期待可能性基準只是作為懷孕婦女在作成決定時——無法律效果的——取向，但是，墮胎無論如何仍是違法，於此情形下，期待可能性基準終究只是根基在道德領域，而鮮在法律領域之中，其結果，規範上的保護義務與事實上的保護義務，無法再互相扣合。於此範圍內，諮詢規則與本庭的指標模式，乃呈相互交錯的現象。

5. 從事實的觀點以言，上開考量固然無法精確掌握懷孕衝突的輪廓。但是其可以顯示，何以聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日的判決(BVerfGE 39, 1 ff.)會首次作差別性的觀察，特別是在為什麼可以採取諮詢解決途徑的問題上。本件判決本身即彰顯出此種變遷。本件判決已看出婦女與胎兒的地位係根植於人性尊嚴(參見判決D. I. 2. b))，相對而言，第一庭雖認為此點對胎兒而言是正確的(vgl. BVerfGE 39, 1[41])，但是對於婦女的基本權利地位，則僅視其為婦女的人格自由發展權(基本法第二條第一項)，以致其後在以基本法第一條第一項為取向時，預示了胎兒生命的保護應優先於懷孕婦女自我決定權的決定(vgl. a.a.O., S. 43)。

## II. (經諮詢後的墮胎應認為合法)

姑不論I.所作的論述，依吾等之見，基本法並未要求，對於懷孕初期在接受諮詢後、經醫師所施行且免除刑法制裁的墮胎，如未經第三人確認其懷孕屬於不可期待者，即不得將之視為(刑法上)合法。

對於諮詢之後所為墮胎予以合法化，乃是諮詢規則所不可或缺的竣工冠石(Schlußstein)。墮胎合法化例外情況的肯認，即使未經第三人作要件上的確認，仍與基本法的意旨相符(1.)。依吾等之見，刑法以外的違法判斷對於國家履行其對胎兒的保護義務，並無助益(2.)。

1.諮詢規則的重點是，在經過諮詢談話之後，由婦女作成最終負責的決定。婦女在諮詢與醫師談話之後，自行決定請求墮胎者，原則上即屬具有責任的決定。如果諮詢程序要發揮其預設的保護生命作用，則此項決定必須由法秩序予以承認。倘若婦女墮胎的決定雖然可以免於刑罰，但——在刑法之外——不被當作是合法，且伴隨有法律上的不利益，則諮詢是無法奏效的。立法者在基本且通常的觀察方式之下，可以將婦女的(墮胎)決定合法化，而不致構成違憲。於此，立法者可以放棄由第三人作事實上的確認，蓋此種確認可能會與諮詢規則的效果條件相違背。如此建構且前後一貫的諮詢規則，如果能夠對胎兒提供比現行法更有效的一般性保護，則其同時具有較能有效保護個別胎兒的意義。

a)在懷孕初期，國家為履行其保護任務，得將婦女吸納為同伴，以達到保護胎兒的功能。惟國家必須對婦女有作出負責決定的能力以及婦女在懷孕開始所處的特殊情況，加以重視，方能達到此項目的。於本件言詞審理中，對諮詢實務提出說明的諮詢人員一致指出，婦女們——從她們對未出生胎兒自然地加以保護開始——通常將懷孕的衝突看作是急迫情況，並願意在此情況下負責任地、且有良心地有所作為。婦女們認為她們的衝突是一種高度屬人性的衝突，因此拒絕由第三者以期待可能性的標準來加以判斷。從而，法秩序如果要保護未出生生命，則必須讓婦女有作出負責任決定的空間，亦即，法秩序不僅須讓諸婦女負責，更要加以信任。基於此項理由，吾等認為——與本庭見解不同(參見判決D. IV. 1. b))——當婦女在接受諮詢時亦得保持沉默的可能性下，諮詢談話的完全開放性，乃是一項重要的要素。而當婦女作成負責任的決定時，她們的決定——無法律上的保留——應予承認。唯有如此，婦女才會在諮詢時實際地開放。

b)法律規定的出發點必須是，懷孕婦女——當然——要具有一般作成負責任、且足堪合法化決定的能力。最遲在義務性諮詢之後，婦女必須對於因墮胎所併發的衝突有所了解。婦女要知道，在其體內成長的胎兒係涉及何種高度的法益。婦女不能輕率且毫無理由地作出接

受墮胎手術的決定(vgl. Sondervotum Rupp- von Brünneck/Simon, BVerfGE 39, 68[88])。懷孕婦女——同樣是當然之理——在決定是否墮胎時，不能對墮胎的合法與非法，毫不在乎。在婦女的懷孕衝突中，係涉及——婦女應可察覺——相互對立的根本性法益。於此婦女不願因決定墮胎而受到排擠，而是希望被接受。婦女在墮胎時並不是為自己要求得到一些好處；相反地，墮胎對婦女所代表的意義是，違反其獲得小孩的期待與原本想要有小孩的願望，無論如何是一種重大的自我傷害，而且是影響其生存的一種侵犯；在本件言詞審理程序中，接受詢問的諮詢人員已從他們的實務經驗中表達此點。

綜上所述，立法者得藉由具有份量的徵象，且毋需進一步的證實，而以衝突情況作為請求墮胎的基礎，此種衝突情況，係指婦女值得保護的利益遭受急迫情事，以致國家的法秩序無法要求懷孕婦女必須給予胎兒權利享有優位性(vgl. BVerfGE 39, 1[50])。此種作法既非承認不具拘束力的婦女「自我決定權」，亦非法律上對胎兒保護的任務，其情形有如新刑法第二一八條對未經諮詢之墮胎予以刑事制裁一樣。本庭的相反見解(參見判決D. III. 2. b))，認為經諮詢後的墮胎要求，立法者不得當作是一種急迫情形，此種見解將陷入一種兩難困境：人們不是不信任諮詢的真正影響力，就是不相信婦

女的負責決定。但是二種情形皆為本庭所承認，第三種理由則不存在。

濫用的危險與上開見解並不衝突。任何負責決定的自由，本身就含有濫用的可能性，但是如果沒有此種負責決定，則要透過諮詢保護生命誠難想像；毫無漏洞的防堵濫用，無異又會剝奪可能保護生命的自由。更何況指標構成要件本身也會被濫用。

c)就墮胎的規定而言，基本法並不反對以正當的徵兆作為特殊的合法化事由，蓋懷孕初期的墮胎，自始便無法區分為傳統上的作為或不作為(參見刑法第十三條)；墮胎尚難被評價為以積極作為侵害法益，其乃是在婦女的體內存有單一方式的法益衝突，且集於一身，於此情形下，婦女得援引其個人權利的犧牲界限，而拒絕承擔帶有特殊保證與注意義務的擔保地位。

2.憲法上保護義務要求對未出生生命為有效的保護(參見判決D. I. 4.)。如果將保護的重點放在諮詢的規定上，則對婦女的行為拒絕予以合法化，將無法達到此種保護作用。此點既適用於對個別胎兒的直接保護(a)，亦適用於透過一般法律意識的維持與強化而對出生人類生命的間接保護(b)。

a)憲法上保護義務的履行，類如以法律手段解決基本權利衝突的問題，若無法律上的規範，則憲法上保護義務所應發揮的作用將失所附麗。孕婦及家庭扶助法的

諮詢規定，對於懷孕初期的墮胎僅就未經諮詢部分處以刑罰。立法者以此對未出生生命提供法律上的保護——即使是以刑法手段——，其範圍包括指標規則以外的方式。但是本庭卻認為即使是在諮詢規則的範圍內，亦須依期待不可能的標準，就婦女負有分娩法律義務的界限，作規範上的表述，以作為諮詢及一般法律意識的指引原則(參見判決D. III. 1. c))。對此(參見判決D. I. 2. c)bb))本判決係以第一庭的判決(vgl. BVerfGE 39, 1 [48 ff.])為基礎，但是卻忽略了，在該判決中，合法墮胎與禁止墮胎之間，透過指標構成要件的規定，已尋獲前後一貫的區別。因而在諮詢規則之下，期待不可能的判斷——涉及一般急迫情形的部分——即失去其功能。就此而言，婦女在懷孕初期經諮詢後要求並施行的墮胎，其法律上判斷的標準，依本庭的看法，並無作用；從而，無論如何都無法使婦女的行為——基於保護構想的必要性——合法(參見上述I. 4.)。本庭並將其所要求的法律效果(參見判決D. III. 2. a))延伸到對社會法典第五篇第二十四b條的解釋上(參見判決E. V. 2. b))。姑且不論法定醫療保險給付的拒絕不足以作為法律上非難的象徵，至少此種方式——本庭亦如此認為——無法直接保護個別未出生生命。同時從懷孕婦女對保護此種生命的「規範取向」，亦無法發揮對未出生生命的直接保護作用。本庭則將此——如上所指——視為諮詢保護構想的

主要成分，拒絕讓個別婦女相信其於諮詢程序之後的墮胎決定為法秩序所允許(參見判決D. III. 2. b)cc))。吾等認為此乃對現有指標規則法律狀態的一種倒退作法。由於拒絕予以合法化，婦女可能會為了新的保護構想而付出代價。對於婦女而言，規範上的明確性已不復存在，取而代之的是，她們的行為無論如何——儘管在可能的重大急迫情況下——都不會被當作是合法。依照吾等的確信，此種情形與諮詢規則的基本思想之間，乃存有一種不相合致的衝突狀態，破壞了整個保護構想的有效性(參見上述1.)。此外，本庭指出國家在履行相對於未出生生命的保護義務時，應遵守憲法上的界限，而拒絕回答婦女墮胎行為是否合法的問題，則應屬於此種界限。吾等認為此種作法，並非允當，蓋其使婦女在國家保護生命的理念架構下，逐漸成爲一種不成熟客體的角色。依吾等之見，婦女法律意識的減弱，莫過於她們在法律意識內不知道要做什麼；儘管在法律上定有規範上的遵循方向，但是當婦女們作出負責決定之後，卻仍然不被承認爲合法，其結果就是造成婦女法律意識的減弱。於此涉及法治國上的諸多疑問，吾等不擬深論。

b)依照本庭的見解，拒絕合法化之所以有其必要，在使一般的法律意識不會發生諮詢後墮胎係合法的印象(參見判決D. III. 2. a))。不過吾等認為，在保護生命的領域中，刑法以外的法律上非難，不會特別地塑造出國

民的法律確信。

依吾等之見，在墮胎領域的法律意識，正好是來自個人的道德確信，其係透過教育、自己的遭遇以及社會的價值觀所共同形塑。所謂非價判斷(Unwerturteil)，如本庭所想像的，在此並無任何作用。曾因墮胎而依現行刑法第二一八條以下規定進行刑事訴追並予以判罪者，趨近於零。德國聯邦眾議院業已指出，依Allensbach機構在一九八三、一九八七及一九八八年所作的問卷調查，有三分之二的德國人認為墮胎是允許的。依照新的構想，刑法擁有一個重要的抑制領域與一個相應建構而成的預防領域(一方面參見新刑法第二一八條，另方面參考新刑法第二一八a、二一九條)。而在法律得發揮其塑造力的地方，其關鍵在於此種刑法功能的界分，而非取決於社會保險法上的解釋；社會保險法上的解釋並無塑造力。相反的：如果立法者以諮詢及婦女最終負責作為保護理念架構的重心，捨棄刑罰制裁的方式，乃是出於刑罰制裁對於未出生生命的保護是一把鈍劍，則在捨棄保護最高位階法益的刑罰之後，卻代之以在社會保險法上獲得法律上不利益，藉以承繼本庭所謂的憲法上非價判斷，其結果只會造成一般法律意識的不安定，蓋社會保險法只是一種後續法(Folgerecht)。在基本權利的釋義學上，吾等認為，如果有人要求憲法上的保護義務應該塑造一般的法律意識，則是過度擴大

憲法上對未出生生命的保護義務，尤其是，毫無實際制裁效果的憲法規範能否塑造法律意識，其方式又是如何，乃是一種法事實的問題，對此尚乏確切的認知；解釋者單純的確信尚不具有決定性。因此，吾等認為本庭的看法毫不足採，蓋以同樣的論點亦可主張，如果對於侵害未出生生命法益的行為，雖基於憲法而在一定範圍內予以禁止，但此項禁止範圍的界限，則基於保護理念的本質而不得使婦女行為合法化，從而由於此種不明確性——姑不論急迫情況的個別情形——而拒絕給予法定醫療保險給付，則同樣亦會造成一般法律確信的紊亂。

即使是第一庭也僅提及刑法規範的法律意識形成力，且係著眼於透過不同刑法規範以達到較完善生命保護的「嘗試」(vgl. BVerfGE 39, 1[65 f.])。第一庭亦相信刑罰制裁的單純存在，會對國民的價值觀與行為方式有所影響(vgl. BVerfGE a.a.O., S. 57; vgl. auch BVerfGE 45, 187[254 ff.])。但於此應予審查的法律，則無此情形；蓋立法者已放棄以刑法作「嘗試」；而本庭對此亦加以贊同。

在言詞審理程序中，Eser教授曾就此處所要判斷的聲請提出意見，相對於將一個行為作「不違法」的標記，對於一個向來以刑法處罰的行為，列入例外的構成要件中，則在此一領域中必須將此理解為對保護法益的一種開放(vgl. auch Lenckner in: Schöcke/Schröder,

StGB, 24. Aufl., 1991, Vorbem. zu §§ 13 ff. Rdnr. 17)。第一庭認為舊刑法第二一八a條是否限縮刑法第二一八條的構成要件，或者該條是否為合法化事由或只是一個阻卻責任或阻卻刑罰事由，對於法律意識而言是不重要的；蓋其無論如何皆會產生一種印象，亦即墮胎是「法律上所允許的」(vgl. BVerfGE 39, 1[53 f.]），但第二庭的看法則有不同。由此可以顯示，在法律意識形成的方法運用上，鮮具有確定性。有鑑於此，究竟要將行為從構成要件中抽出或是將其宣告為不違法——此屬刑法釋義學上的特殊問題——須從履行國家保護義務的觀點，對之有所取捨，此並非屬於聯邦憲法法院的任務，而是立法者，乃至於主管法院的任務。

### III. (其他規定的合憲性)

i. 本庭認為，新刑法第二一八a條第一項規定作為合法化事由，違背憲法，蓋此項規定既未以不可期待懷孕婦女生產的急迫及衝突情況為前提要件，亦未對之詳加規定，且未使第三人對合法化事由作相應的確認(參見判決E. I. 2.)。依照吾等在 I. 及 II. 的陳述，吾等認為，新刑法第二一八a條第一項規定在此部分係屬合憲；關於該項規定墮胎的合法化事由部分，並未抵觸基本法第一條第一項暨第二條第二項的國家保護義務。本庭復就新刑法第二一八a條第一項與第二一九條的關連性上，認為該條第二項有關諮詢機構的組織及監督規定

具有瑕疵，故宣告其違憲(參見判決E. I. 4.及II. 2.)，就此部分吾等贊成判決的見解；又基本法對諮詢內容及目標所作的要求，新刑法第二一九條第一項並未明白確定地表現出來(參見判決E. II. 2.)。

2.對於在受胎後最初十二週經諮詢而由醫師施行的墮胎，若給與社會保險給付，依吾等之見並不牴觸基本法。惟吾等認為，在憲法上，除具有醫學上指標的墮胎外，立法者不必將所有由醫師施行的不違法墮胎均納入法定醫療保險給付的項目中。不過，立法者如果基於保護婦女健康的觀點而認為有理由如此做的話，則立法者在規定醫療保險組織團體的法定給付義務時，不得作事務上不正當的差別待遇。因此，在諮詢規則範圍內所為的墮胎不能被排除在外。從而，社會法典第五篇第二十四b條規定，不須作如本庭所要求的限縮解釋(參見判決E. V. 2..b))。對吾等而言，此乃因諮詢後的整個墮胎行為均被允許，並當作是合法的墮胎予以處理或得如此為之。

又吾等不贊同巴伐利亞邦政府所指，社會保險作為公法上的強制性團體，基於其成員基本權利的考量，不得承受與保險無關的負擔，從而提出憲法上的質疑，對此本庭認為無需作決定(參見判決E. V. 5. b))。按對於法秩序所允許的墮胎提供醫療保險給付，並未侵害繳納保費成員的基本權利——無損於成員不同的倫理或道德

上的確信(vgl. dazu schon BVerfGE 78, 320[331])。

本庭多數見解認為，社會法典第五篇第二十四b條不能適用於諮詢後的墮胎之上，此種見解礙難贊同，即使此種墮胎——依判決所述——不得被宣告為合法(不違法)。就此部分，我們的意見與Böckenförde法官的不同意見一致。

#### IV. (附論)

對於本庭有關將醫師納入諮詢規則的保護理念之中所為的基本陳述，我們有二點質疑。

1. 依吾等之見，憲法上保護義務——與本庭見解不同(參見判決D. V. 2. c))——並未要求，醫師在墮胎或在對婦女諮詢及闡明的關聯性中，若有違反義務之情事，必須由立法者處以刑事制裁。

2. 從本件標的以觀，判決有關小孩扶養義務絕非可能是一種負擔的陳述，並無理由(參見判決D. V. 6.)。此段陳述只是判決的旁論(*obiter dictum*)，此外，本庭亦無必要討論聯邦法院第六民事庭所證立的陳述，於何種——有限的——條件下，可能會發生財產上的損害(BGHZ 76, 249 [253 ff.]; BGH, NJW 1984, S. 2625 f.)。

Mahrenholz ; Sommer

Böckenförde 法官對於一九九三年五月二十八日  
第二庭判決的不同意見書

- 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 -

本席同意判決的主要基本陳述，特別是在懷孕最初十二週內經諮詢後由醫師所施行的非指標墮胎，不得視為「不違法」，亦即不得被允許(參見D. III. vor 1.)。然而，本席不贊同判決中的部分意見(在E. V. 2. b), 部分在D. III.1.c))，亦即對於此種墮胎(下稱諮詢墮胎)的社會保險給付基於憲法應予排除。蓋此一部分的決定是屬於立法者的任務。於此所牽涉的問題，並非此種給付是否為憲法上所要求——此種給付確實不是——，而是涉及此種給付是否自始為憲法所禁止。

1. 從判決中上述的理由，本席贊同本庭的見解，諮詢墮胎雖然免於刑事制裁，但不能一般地宣告其為合法(不違法)。如同本庭正確地指出，只有在特定例外情形，其造成負擔的程度相當大，以致於無法期待婦女擔負生產小孩的法律義務時(參見D. I. 2. c) bb)), 較具體論述在D. III. 1. c))，方能導出墮胎應視為合法的結果。而從一般的經驗法則，尚無法典型地假定，此等要件在諮詢墮胎的情形一般地存在。但是反面推之：諮詢墮胎一概不符合此等要件的推定，同樣是不成立的。是以，諮詢墮胎是一種——從實體法上觀之(姑且不論未經第三人確認)——合法墮胎與不合法墮胎的不可分綜

合體(ungeschiedene Gesamtheit)。

2.對於社會保險法而言，其性質上屬於後續法(Folgerecht)，而系爭問題則是在保險給付的給與上如何處理此種諮詢墮胎的不可分性。諮詢規則保護構想的基礎在於，如本庭所指(參見D. III. 1. c))，一般且毫無例外地放棄對社會急迫情況指標作存否的確認，亦即諮詢墮胎的綜合體不能依違法墮胎與不違法墮胎而予以分解；其必須且只能一體處理。本庭認為由於此類墮胎的合法性未經確認，且因保護理念而無法加以確認，惟基於憲法上對未出生生命保護義務的必要性，所有此類墮胎均須當作不合法，亦即以非法處理之，因而必須自社會保險中予以排除。(本席認為)儘管此種排除可能是立法規範的結果，但是從對未出生人類生命的保護義務或從其他憲法規定，則無法導出此種排除是憲法上的強制規定，從而任何其他的解決方式均屬違憲。惟本庭認為此乃法律原則禁止墮胎的必然結果，且係基於國家原則上不能參與合法性未經確定之過程的抽象原則，此種見解無異否定了諮詢構想本身所包含的結果。

a)就諮詢墮胎的整體而言，其無法毫無間隙地劃歸為違法或不違法兩種選項；諮詢墮胎作為一種不可分的整體與上開選擇性是不相容的。儘管如此，本庭仍認為，基於憲法的要求，諮詢墮胎應一體地當作非法——且在社會保險法上有相應的效果——而予以處理。

此所謂必要性者，實非出自本庭所指——本席贊同的——原則，亦即諮詢規則因捨棄指標認定程序，故其合法的可能性無法透過一般的急迫情況指標予以承認。此項原則的意旨與理由在於，婦女的行為仍得依實體法的標準予以判斷，但不能具有形式上的合法性。然而，基於此項原則的結果，除了無法使墮胎合法化外，諮詢墮胎並非必須毫無差別且無可反證地被定位為實質不法，即使合乎本庭自己所提出的實質合法標準，此種合法性標準——與一九七五年第一庭判決(vgl. BVerfGE 39, 1 [49f.])一致——係指合乎期待不可能標準的若干例外情形，包括特定的社會急迫情況在內(參見D. I. 2. c) bb); D. III. 1. c))。本庭將諮詢墮胎一概論以不法，並非置重於衝突情況與實體法上的情況，而只是以欠缺形式合法化程序為理由。不過，為了處理諮詢模式的所有後續問題，而將合乎法秩序實質要求的墮胎行為，毫無保留地定性為實質不法，顯非保護未出生生命義務所必要，且違背法治國原則的要求。此種「結果」將使法治國家自相矛盾。

b)在社會保險法上，將諮詢墮胎一概當作違法予以處理，將導致社會保險給付概括的拒絕。本庭認為此乃是法律上對於墮胎原則性非難的必然結果，故有其必要。果若如此，則依本庭所指實質標準而合乎合法化要件的墮胎，勢必也會被歸入法律的非難之中。此種對墮

胎的法律上非難，將益顯其問題，如果本庭著眼於諮詢理念的細部設計，而仍固守指標要件的思想，此點本席贊同本庭的看法(亦即)：由於墮胎係對人類生命的殺害，故原則上仍是非法且應予禁止，從而只有在特別界定的例外情況下，方能使墮胎——實質以觀——合法化(參見D. III. 1.c))。諮詢旨在使有意墮胎的婦女，能夠明瞭法律規範上的方向——諮詢應指出分娩義務的範圍及界限——，且在可能的情形下糾正其既有的錯誤觀念。如果考慮墮胎的婦女在此種方式下受到感召而產生責任感，並且可以期待她會在法秩序的要求下，有所行事，於此情形下，若謂基於憲法的要求，必須在可罰性以外的所有法領域，將任何施行墮胎的婦女全部當作違法行爲予以處理，且毫無反抗的可能性，則無異是自相矛盾。婦女固然應該以保護未出生生命的法秩序要求爲行爲取向，但是如果婦女依此取向有所作爲，其行爲——依憲法要求——仍然是不法，則不僅違反事理，而且侵犯婦女身爲一個人的尊嚴與正直性。

c)本庭主張，依照諮詢理念的效果條件，對於婦女所擔負的墮胎最終責任不必在社會法上予以承認(參見E. V. 2. b) cc))，此項見解亦不能贊同。蓋問題的關鍵並非在於，基於諮詢理念的有效性，是否必須對墮胎提供保險給付，以作爲有意義的保護措施——這點可以附據理由予以駁斥——，而是諮詢理念——如本庭所述——

必須阻止墮胎的合法性——在特定指標以外——獲得確認。然而，縱使這是諮詢理念的必要之點(參見D. III. 1. c)，仍然無法自此導出其他必要之點，亦即，必須要將依本庭實質標準所為的不違法墮胎，論以不法，如果本庭忠於其自己的前提者(參見D. III. 3.)。因為總會有一種墮胎的情況存在，儘管未確認其合法性，但未必要將之當作不法而予以處理，否則可能會對婦女的人格權造成重大的侵害。本庭承認，婦女應受保護，避免必須在諮詢與醫師談話之外，向其他人員，例如雇主，告知墮胎的事實及原因，以免侵害到婦女的人格權，從而基於此項理由，在諮詢墮胎的情形仍應繼續支付薪資，乃具有正當性(參見E. V. 4.)。苟若如此，則將諮詢墮胎毫無區別地當作不法予以處理，而且在墮胎實質合乎法秩序的要求時，仍無法排除此種處理，或對此種處理有所質疑，此種情形難道不會對婦女的人格權產造成即使不是更嚴重，至少也是相同程度的侵害嗎？

d) 著眼於胎兒的生命權而有必要建立並強化法律意識，尚不足以得出憲法上必須絕對禁止給予諮詢墮胎社會保險給付的結論。本席同意本庭的看法，強化並活絡對胎兒保護的法律意識，具有重大意義，因此必須防止墮胎成為社會的正常現象，且被定位為法律上的「開放」。而其重點則在於建立並支持一種法律意識，其——依所述憲法上的準據——必須知悉合法墮胎與非法墮

胎之間的區別。然而如果於此所涉及的法律規範取向，其一方面如本庭所強調的程度，——此點本席認為有必要且正確——，但在具體上雖仍基於憲法、卻完全不取決於合法與非法，則此種法律意識不但不會被提昇，反而會受到傷害：婦女即使處在可使墮胎合法化的急迫情況，卻仍被毫無保留地受到法律上的非難，並且自社會保險給付中予以排除。姑且不論婦女所處的具體情況，是否將被毫無區別地課予負擔或不利益，至少其在法律被當作是有如違法行事一般；而其主要原因似乎是，反正都不予以給付(對於婦女)。

3.不過，本席對本庭所提出的質疑，並非表示：基於憲法必須給與諮詢墮胎經濟上的補助。本庭正確指出的原則，基於對胎兒的保護效果及維持法治國家秩序的必要性，違法墮胎不得由國家——或由國家所促成——予以經濟上補助。惟於此顯示出一種兩難困境，而此種困境則係出於諮詢墮胎乃是一種不可分的整體。此種兩難困境是諮詢理念的必然結果，故無法毫無間隙地向一方或他方予以解決。如果鑑於諮詢墮胎的整體性，而無法依憲法所定的準據區別合法與違法者，則憲法上的準據無法藉由通常的經濟資助規定予以彰顯。從憲法上保護義務固然可以得出標準，判斷墮胎何時可以允許，而何時是禁止的，但透過合法與違法不分的整體處理，保護義務即無從有所表述。因此，保護義務的必要性及憲

法上的要求，即無法朝某一方向解決上述的兩難困境，此毋寧要委託立法者作成規範與決定。

4. 據上所述，依本席之見，本庭所無法因應的困難，其問題的核心在於：

從憲法以觀，本庭主要的步驟是，過渡到諮詢規則的保護理念。此種過渡在憲法上保護胎兒的意義下，原則上是有可能的，因為國家保護義務旨在透過法律上規範及事實上措施達到對未出生生命的有效保護，因此在規範層面上，雖存有一個對未出生生命嚴密完整的保護規範，但——不管是基於何種理由——在實際上並未且無法落實對各別生命的有效保護，則仍未滿足保護義務的要求。此等理由在判決中分別有所闡明。

此項步驟如果被認為是履行國家對未出生生命保護義務的許可途徑——不論此種途徑具體形成的必要要求為何——，則此項步驟一方面必須在其必要性與有效性的條件下予以接受，同時亦須與其他法律上的地位及觀點有所關聯並「相互調和」。此種作法在許多地方需要妥協，而此種妥協——衡以一個完整封閉的規範構想——令人感到沈痛，但卻是無可避免。在此意義下，諮詢理念的「代價」不能在後續的階段予以承受，例如予以經濟上的資助，除非不會因忽略其他——值得注意的——法律地位而引起新的責難。

墮胎問題的法律規範一直是且必須是一種「急迫秩

序」，其不僅涉及在規範層面設定一項以保護未出生生命爲主的緊密規範架構，儘管其實際有效性尚未可知，而且尚涉及儘可能地達到對個別未出生人類生命的有效保護。一個法律上規範秩序，其僅停留在規範層面而未轉化爲對未出生生命的事實有效保護，對於此種生命的保護實際上並無幫助，從而亦未履行法律的任務。不過，法律上的規範，其依法規範社會的任務，係以事實上的有效性爲目標，且有意達成此種目標，同時須考量其本身有效性的條件。此等條件不僅來自人類的條件 (*conditio humana*)，同時來自社會的具體情況。至於在一定情況下改變此等有效性條件，則非法律單獨且主要的任務，法律雖可爲之，但僅能在有限的範圍內有所作爲。

Böckenförde