

【避孕措施失誤案】裁定

BVerfG, NJW 1998, 519-523 - Fehlgeschlagene
Sterilisation

聯邦憲法法院第一庭 1997. 11. 12. 裁定 - 1 BvR 479/92 u.
1 BvR 307/94

陳愛娥 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

1. BvR 479/92 的程序
2. BvR 307/94 的程序

理由

A. (原稿略)

B. 民事法院裁判合憲之理由

I. 藉法官裁判繼續發展
法秩序的憲法界限

1. 契約法、侵權行為法諸
規定並無憲法上的疑義
2. 民事法院的解釋並未逾
越法官裁判權的界限
 - a) 法律解釋是普通法院
的職務
 - b) 其已尊重立法者原則

性的決定、法律解釋
的方法

II. 裁判之實體內容亦符
合基本法的規定

1. 不涉及財產權保障的問
題
2. 同樣不須援引職業自由
權的規定
3. 審查的標準是一般行為
自由權
 - a) 憲法基本權目錄所表
現之客觀基本決定的
影響
 - b) 聯邦最高法院已經充
分考量人性尊嚴的要
求

C. 本案不須請求召開聯邦

憲法法院的全院會議

I. 他庭陳述是否為裁判的主要理由應由承審法官決定

II. 聯邦憲法法院法第十六條的意義

1. 憲法法院法庭之不同法律見解必須是他庭裁判的主要理由

a) 其係聯邦憲法法院向來的見解

b) 何謂主要的裁判理由

c) 第二庭針對墮胎諮詢方案的陳述不具有一般的效力

2. 不應對聯邦憲法法院法第十六條作擴張解釋

D. 本件裁判評議的情形

裁判要旨

在避孕措施失敗以及懷孕前就基因方面所為諮詢有錯誤的情形，民事法院所為關於醫療責任的裁判，並未違反基本法第一條第一項的規定。

案 由

1. BvR 479/92 的程序

憲法訴願人是一位泌尿科執業醫生。對於前提訴訟程序中的原告之夫，他就家庭計畫的問題提供建議，並且為其施行避孕手術。避孕措施並不成功；就此，病人也未被告知。其妻在一九八四年五月生了第四個兒子。對於針對此點提出的損害賠償請求權，憲法訴願人和他的責任保險人都拒絕給付。在前提訴訟程序中，妻請求賠償因撫養這個小孩所支出的費用，以及因非出於自願之懷孕、生育小孩所生之精神上損害。邦法院判處被告應給付一般撫養非婚生子女的費用，另外應額外給付前述費用的 70% 作為照顧的支出。而因為只有母親提起訴訟，依民法典第一三六〇條第二句及第一六〇六條第三項第二句的法律思想，她只獲得撫養費用總額中半數的勝訴判決。此外，邦法院認為，為數六千馬克的慰撫金是相當的。邦法院詳細地指出：憲法訴願人與原告之夫就避孕措施訂定醫療契約。原告也被列入契約的保護範圍，因此，她可以因契約的加害給付取得損害賠償請

求權。承諾的避孕手術是基於家庭計畫的考量，而非基於醫學上的理由來施行的。於此，免於受到加害給付的契約保障，亦應及於另一方配偶，這正是此種醫療給付的本質，因為他也必須承擔撫養義務。憲法訴願人並未完善履行其醫療契約上的義務，因為就避孕手術，他並未對原告之夫作適當而廣泛的說明。承認損害賠償義務的存在，也無傷於小孩的人性尊嚴。由法律觀點來看，小孩本身並非損害，損害毋寧是其違反計畫的誕生所致之父母的撫養負擔。小孩的存在雖然是撫養負擔的前提要件；然而因小孩存在所致之經濟負擔在責任法制上的分擔，與小孩存在的本身應該嚴格區分。吾人很難認為，將撫養費用轉由第三人承擔就足以顯示，父母親始終不接受小孩的生存權利。父母親與子女之間的內在關係並不取決於，子女是否因「違反計畫」而「未被期待」。始終都有未被期待的小孩，他們得到父母的付出，一如所謂之被期待的子女。此外也不能理解，何以加害人可以用對小孩心理上的考量作藉口，得以免除其義務。事實上，由加害人免除原告財務上的負擔，這對原告與其子女之間的關係會有助長的作用，因為由生育而來的經濟上的負擔被排除在考量之外。高等邦法院駁回憲法訴願人的上訴。於此脈絡中，該法院明白引用聯邦最高法院的裁判，據此，當醫生有責的行為導致（基於經濟考量所安排的）家庭計畫失敗時，可以請求因撫養健康子

女而生費用的損害賠償。

2. BvR 307/94 的程序

第一與第二件前提訴訟程序中的原告乃是一九八二年出生，而且自出生時即有精神、生理上障礙的女兒之父母。因為擔心基因上的結構會導致生育殘障的小孩，一九八三年八月他們向當時由憲法訴願人主導的，大學附屬機構中之醫療基因學部門求助，請求協助釐清再次生產殘障小孩的危險性如何。憲法訴願人簽署了一份診療報告，這份書面也送達給原告。依此，遺傳性障害幾乎絕不可能；配偶不需因此而避免懷胎。一九八五年三月，第二位與其姊有相同精神、生理上障礙的女兒誕生。邦法院駁回（父母親）賠償撫養費用之訴以及，（母親及其殘障女兒的）慰撫金請求，其理由是：原告不能證明，被告曾經作了違反義務的建議。原告提起上訴，邦高等法院判決，應賠償父母親因撫養殘障子女所已經（或將）發生之整個財產上的損失。此外也判給母親慰撫金。女兒本身的請求被駁回。憲法訴願人的第三審上訴，僅就契約責任損害賠償的部分被認為合法，但在實體上也以無理由被駁回（BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788）。

憲法訴願最後被駁回。

判決理由

B. (民事法院裁判合憲之理由)

憲法訴願無理由。被指摘的諸裁判並未逾越憲法針對經由法官裁判繼續發展法秩序所劃定的界限 (I)。就其實質內容而言，諸裁判亦並未違反基本權利的保障 (II)。

I. (經由法官裁判繼續發展法秩序的憲法界限)

判處憲法訴願人應賠償損害、給付慰撫金的諸裁判，其已經遵守法官受法律及法約束的界限，因此並不發生基此觀點之基本權的侵害。

1. 作為裁判基礎之民事契約及侵權行為法的諸規定 (尤其是民法典第六一一，二七六，二四九條以及同法第八二三條第一項、第八四七條)，並無憲法上的疑義。長久以來，它們就被法官視為裁判責任問題時足夠明確的基礎。

2. 民事法院對這些規定的解釋，也並未逾越基本法第二十條第二項、第三項對法官裁判權限所劃定的界限。

a) 一般法律的解釋，包括選擇應適用的方法，其乃是普通法院的職務，就此，憲法法院並不審查其正確性。聯邦憲法法院只負責保障，基本法的要求確實被遵守。

基本法第二十條第二項具體地將權力分立原則表現

出來。雖然在基本法中，此項原則並不意指個別功能應該嚴格劃分而由特定機關獨佔（參照 BVerfGE 9, 268/279f. = NJW 1959, 1171; 持續的裁判見解），然而，無論如何，該規定禁止法院僭取憲法明白賦予立法者的權限（參照 BVerfGE 4, 219/234 = NJW 1955, 1268; 持續的裁判見解）。基本法第二十條第三項規定，司法裁判應受法律及法的拘束。因此，假使法院由規範適用者的角色，逆轉為規範制定者的機關，質言之，客觀上看來，若法院不受法及法律的拘束，則吾人不應予以接受（參照 BVerfGE 87, 273/280 = NJW 1993, 996 及其相關引註）。

雖然如此，這些憲法上的原則並不禁止法官續造法規範。有鑑於社會關係的迅速演變、立法者擁有的應變可能性有限，再加上無數規範之開放性的描述方式，因此，使現行法適應社會關係的改變反係第三權的權限。特別是當公布法律與法官對具體個案為裁判，其間相隔久遠時，尤其是如此。聯邦憲法法院就曾間針對民法典作此表示（參照 BVerfGE 34, 269/288f. = NJW 1973, 1221）。

然而，法官仍然不可解免法律明定之意義、目的的拘束。他的任務限於，在演變的條件下，將前述意義、目的，盡量如實地實現。假使所謂的條件演變涉及，因學術、技術進步而創造出來的，新的行為與影響可能性，

那麼法規範的發現工作通常表現為，將已經習用之解釋的適用範圍加以擴張。立法者優先規定目的之特權，一般不受影響。

因為法的續造也會涉及普通法，因此，答覆是否，以及在何等範圍內，社會關係的演變會要求應該有新的法律解決方式，其仍係普通法院的權限。因此，聯邦憲法法院原則上不應以自己的評價取代普通法院的判斷。在基本法第二十條第二項的觀點下，它只能控制，普通法院從事法的續造時是否已尊重了立法者原則性的決定，是否已遵守法律解釋上普受承認的方法。

b)無論是在關於賠償小孩撫養費用的契約責任，抑或是在因違反婦女意願之懷孕、生育而來的慰撫金，受指摘的諸裁判都已經遵守了前述標準。

就契約責任而言，受指摘的諸裁判植基於對財產損害之向來理解，依此，民法典第二四九條意義下的損害原則上也包含撫養義務，其損害計算則依據差額方法。聯邦最高法院是依據契約的目的（包括基於經濟理由而避免懷孕、生育婚生子女）來衡量契約責任，並且將契約的保護範圍限於婚姻配偶。這些裁判植基於，長久以來針對一般契約責任而發展出來的原則；依此，醫生職業活動的新型案件事實亦有其適用。至於損害賠償裁判原本是否可以有其他發展方向，於此不需深究，因為聯邦憲法法院原本就不需要審查民法釋義學上的普通法律

問題。無論如何，它與長年發展出來的，醫生責任法的結論相符：在本類型的案件，對生殖醫學中影響、控制可能性所衍生的問題，希望民法能提供適當的答案。聯邦最高法院認為，在確定損害賠償義務的範圍時，必須作法的續造性質的限縮，此尙值肯定。有鑑於各種價值決定，聯邦最高法院透過法官造法，將醫生的責任限制在損害賠償法、親屬法的問題上。其損害計算方法尙無問題。

就判給不願懷孕婦女因懷孕、分娩的不快而來之精神上的損害賠償而言，這些裁判沒有逾越法官發現法規範時應遵守的界限。批評其對民法典第二五三條作了不該作的擴張，這種說法沒有適度地考量到，民法典第八四七條已經明白認可，對非財產性損害作金錢補償。只要聯邦最高法院將不擬有的懷孕，視為對身體的完整性所作的無權且嚴重的侵害，藉此將之界定為傷害身體，那麼這類裁判就還在向來民法釋義學的容許範圍內。

II. (裁判之實體內容亦符合基本法的規定)

上開使用適當的法官之法解釋及法續造所作成的裁判，就其實體內容而言，也符合基本法的規定。

於此要審查的客體乃是，憲法上並無疑義之法規範的解釋以及民事法院裁判獲致法規範過程的結論與論證過程。憲法訴願人認為，不該只因為他在避孕措施上契約義務未完善履行，因此導致小孩到臨世界，或者只因

爲他所作關於基因方面的諮詢不當，致父母親未採取避孕措施，因此生產了一個殘障小孩，他就應該負擔小孩的撫養費用。依其見解，由憲法觀點看來，既不能容許將父母親的撫養義務視爲契約法上的損害，也不能容許將因懷孕、出生所致之不快理解爲侵權行爲法上的損害。

1.於此並不涉及，限制憲法訴願人基本法第十四條第一項所保障之財產權的問題。課予金錢給付義務，通常並不觸及這種基本權的保護範圍（參照 BVerfGE 95, 267/300 = NJW 1997, 1975 = VIZ 1997, 302; 持續的裁判見解）。基於違反契約，或基於侵權行爲的責任，而判處憲法訴願人應給付一定金額，這並未侵害（或有的）營運已建立營業的權利，此種權利是否爲基本法第十四條所保護，可以姑且不論（參照 BVerfGE 84, 212/232 = NJW 1991, 2549）。

2.在審查這些裁判時，同樣也不須援引基本法第十二條第一項所保護的職業自由權。無論其責任要件是否在職業執行中成就，契約上加害給付的民事法律效果，以及因侵權行爲所致損害所負的責任，都同樣會發生。無論是作爲裁判基礎的民法規範，抑或是其於前提訴訟程序中的適用，均未涉及對職業的特殊處置。課予損害賠償的義務，至多只是因爲在應遵守職業要求的水準下，它特別加強了必須審慎履行契約的期待，以及職業

義務保險的範圍會作必要的擴張這兩點上，會對於職業活動發生間接的影響。有些法規範只有在其邊緣地帶才不會指涉從事職業活動者，因此與職業活動有密切的關係，契約法與侵權行為法並不能歸屬於此；客觀上看來，它們沒有規整職業的傾向（參照 BVerfGE 13, 181/186 = NJW 1961, 2299; BVerfGE 52, 42/54 = NJW 1980, 33; BVerfGE 70, 191/214 = NVwZ 1986, 113; BVerfGE 95, 267/302 = NJW 1997, 1975 = VIZ 1997, 302）。

3. 因此，審查課予金錢給付義務的標準即是基本法第二條第一項所保障的一般行為自由。此種基本權只在合憲法秩序內被保障。合憲法秩序意指所有與基本法不相牴觸之形式、實體的法規範。若以牴觸客觀憲法的方式，來解釋、適用此等法規範，即屬違反基本法第二條第一項。基本法第二條第一項意涵著對一般行為自由的保障，假使該基本權規範在具體事件中的保護對象顯然並非憲法訴願人，後者是否尚得主張客觀上牴觸該憲法規範的情事，這點可以姑且不論（就此參照 BVerfGE 61, 82/112f. = NJW 1982, 2173; BVerfGE 85, 191/205f. = NJW 1982, 964），於此，該規範所擬保護之人，毋寧是在前提訴訟程序中勝訴的原告。然後，憲法訴願人就主張，諸裁判違反了基本法第一條第一項，因此同時牴觸了憲法根本的結構性原則以及違反自由民主的根本秩序中的最高基本價值（參照 BVerfGE 6, 32/36, 41 = NJW

1957, 297; BVerfGE 45, 187/227 = NJW 1977, 1525; BVerfGE 50, 166/175 = NJW 1979, 1100; BVerfGE 87, 209/228 = NJW 1993, 1547)。至於憲法訴願人是否同時也主張，有牴觸基本法第六條第一項或第二項的情事，並不重要，因為相對於基本法第一條第一項，這些規定並無單獨存在的重要性。

a)民法上價值判斷，也會受到憲法基本權目錄所表現之客觀基本決定的影響。據此，憲法課予普通法院下述義務：在解釋、適用民法規定時應以基本權為「準則」。而一如在解釋概括條款的情形，在從事法的續造時，特別該留意憲法上的基本決定。假使法院在裁判具體案件時忽視，或誤解了這些基本決定的擴散、影響作用的話，作為公權力機關，即屬侵害了因此受影響之訴訟當事人的基本權（參照 BVerfGE 89, 214/229f. = NJW 1994, 36; 其特別引述 BVerfGE 7, 198/206f. = NJW 1958, 257 的意見）。聯邦憲法法院因此而取得審查權限，然而，其仍應限於憲法問題上。質言之，只能針對就基本權的意義，尤其是它的保護範圍根本瞭解錯誤，而且因此對基本權實質的適用效力有一定的影響，這一類的解釋錯誤，才可以列入審查的目標（參照 BVerfGE 18, 85/93 = NJW 1964, 1715; BVerfGE 42, 143/149 = NJW 1976, 1677; BVerfGE 85, 248/257f. = NJW 1992, 2341）。

對於民事法院裁判作憲法控制時，尚須考量，因受

指摘的諸裁判而受益者之基本權的保護內涵。在此涉及的是醫師責任與家庭範圍的交錯點。假使醫學的持續進展，使醫生的醫療協助可以介入高度私人的，應該由配偶雙方自主負責的生育事務範圍，那麼特別是民法典中的侵權行為與契約責任法就應該擔當下述功能：保障因此而被危及的，父母與子女的人格權、婦女身體完整性的不受侵害以及，父母親的人格自主決定權。只要現行責任法制容許這樣的持續發展，那麼應如何協調相衝突利益的具體決定權限，就應該歸屬於司法裁判權。於此它必須考慮到，假使在這個範圍內，醫生對他的有責行為全然無須負擔任何後果的話，那就意味夫妻雙方必須片面承擔醫療瑕疵所生的危險。

b)在形成責任構成要件上，聯邦最高法院已經對基本法第一條第一項作了充分的考量。

(1)人性尊嚴作為基本法的最高價值及主要的結構性原則，它意指著人的社會價值以及應受尊重的請求權，依此，禁止將人變成單純的國家客體，使人承受一種根本危及其主體性的處遇（參照 BVerfGE 6, 32/36, 41 = NJW 1957, 297; BVerfGE 30, 1/26 = NJW 1971, 275）。每個人都有其固有的主體性，無論其特質、成就與社會地位為何。然而，由此種主體性而產生的，價值與應受尊重的請求權，可能會受到侵害（參照 BVerfGE 87, 209/228 = NJW 1993, 1457）。至於尊重人性尊嚴的具

體要求為何，其與該當社會關係不能截然分離（參照 BVerfGE 45, 187/229 = NJW 1977, 1525）。侵害應受尊重的請求權不僅表現在對人的貶抑、烙印、迫害或革離出社會之外（參照 BVerfGE 1, 97/104 = NJW 1952, 297），毋寧也表現在將人的存在商業化。

(2)受指摘的裁判並未包含前述的缺失。

首先，其之認定，懷孕之前的避孕措施或關於基因的諮詢是法秩序所認可、是合法的，並無可議之處。同樣地，認為依契約承擔此項任務的醫生應就其有責的錯誤行為負責，也應該沒有疑義。聯邦最高法院的裁判認為，在待判的案件事實下，對小孩的撫養義務構成一種損害，尚不至於構成足以剝奪小孩固有價值的商業化。即使在損害賠償請求權直接以人的生存為要件的情形，民法的責任體系原則上也不至於侵及人性尊嚴。藉此並不至於將人貶抑成客體；質言之，在契約法或侵權行為法範疇內的可代替物。民法規定以及司法裁判對此所為的解釋，都取向於正當的負擔分配。它們還不會造成商業化基本人性範圍的後果。將損害賠償法適用於人際關係上，並不至於將具有位格的人、其不可轉讓的權利轉變成商業財貨。同樣地，將撫養義務（部分）轉由第三人負擔，也不構成對撫養請求權人的非價判斷。

對子女人格上的承認，並非必然需要以父母親承擔撫養義務為基礎。即使依照民法，小孩的存在，也只是

民法典第一〇六一條以下之構成要件所定，發生撫養負擔的條件之一而已。並非所有的子女都需要撫養（民法典第一〇六二條第二項）。撫養義務與父母親的資格是可分的（參照 BGHZ 72, 299 = NJW 1979, 418; BGH, NJW-RR 1987, 898; BGHZ 129, 297 = NJW 1995, 2028 = LM§ 242 [Bb] BGB Nr. 156 [Hohloch]）。認養一單親的孤兒，並不導致須負擔整個撫養義務（民法典第一七五五條第一項第二句，配合社會法典第五部第四八條第五項）。帝國法院就已經區分小孩的存在本身（他不能被視為損害），以及生育者因此承擔的撫養義務（它可以被歸類為損害）（RGZ 108, 86）。民法典論證了負撫養義務之家庭成員與加害人在損害賠償法制上的關係，卻沒有任何貶抑，或將撫養請求權人物化的痕跡（民法典第八四四條第二項，配合民法典第八四三條第四項）。相同的平衡損害的思想，在無數現代法律中，例如製造人、環境、交通事故的責任法制中，隨處可見（參照 Paland/Heinrichs, BGB, 57. Aufl. [1988], Vorb. § 249 Rdnr. 137 中的引註）。事實上，可以將胎兒列入意外保險之內，也是以下述見解為前提：撫養義務人免除部分的負擔，並不至於傷害小孩的人性尊嚴（參照 BVerfGE 45, 376 = NJW 1978, 101）。

聯邦憲法法院並不須要決定，用何種平衡損害的形式，最能與民法釋義學配合。聯邦最高法院選擇了對財

產上損害負契約責任的途徑，而不是填補非財產上損害的方式，對後者，它同樣也考量過。於此，他基本上認定，無論是以差額方法來計算損害，或是以金錢公平地彌補因非意願的生育所致損害，不可避免都要與有，或無子女之父母親的生活狀況作比較。憲法上關心的只是，在考量法定雙親撫養義務的情況下，聯邦最高法院之致力於負擔的分擔，其是否會抵觸基本法第一條第一項。

徹底審查聯邦最高法院論證的所有細節，這也不是聯邦憲法法院的任務。其論證並未抵觸基本法第一條第一項。被判決應負擔損害賠償義務的醫生，乃是出於自願的承擔了，法秩序未加否定的契約義務。醫生藉由避孕措施，或是在懷孕前提供關於基因諮詢，對家庭計畫提供協助，其並不涉及基本法第一條第一項。假使這種協助措施與醫生個人的倫理確信相違，他也可以拒絕締約；這點不足以正當化，他對於自願承擔之契約義務的加害給付。

假使負擔責任的父母親或者是為了確保已出生子女的經濟生活，或者是憂慮過重的負擔（於此涉及的是，生育第二個重度殘障小孩所致的負擔），而考慮不生育小孩，而醫生要在這個領域內執業，他就應該提供醫學上的專業能力為前者服務。此外，聯邦最高法院也合理地說明，於此種情況，對加害給付課以民事責任，事實

上有助於父母親接納反正已經出生，並且納入家庭之中的小孩。

憲法訴願所提出的各種論據，包括認為聯邦最高法院的裁判牴觸親屬法規定的撫養體系以及，假使子女獲悉其生育原本寧可被避免的話，可能會遭致心理上的傷害，這些主張都與基本法第一條第一項的基本思想無涉。於此亦有主張，有鑑於複雜的家庭關係，減輕父母親財務上的負擔，未必能防止其他的傷害。這點涉及到民事法領域利害權衡的問題，就此，聯邦最高法院也作了詳細的討論。

在前提訴訟程序中所牽涉的是，在其出生以後，父母親已經向其表白的小孩。子女實際上有各種管道可以知悉（聯邦最高法院引為主要責任基礎的）失敗的家庭計畫。其是否將因此演變成損害，並非取決於減輕父母親的經濟負擔，毋寧取決於出生之後的親子關係。被認可的損害賠償請求權，其並不以漠視小孩為前提（參照 BGHZ 76, 249/258 = NJW 1980, 1450; BGHZ 76, 259/264 = NJW 1980, 1452 以及聯邦最高法院在本件訴訟中表達的意見）。也不需要憂慮，受指摘的判決有可能會導致或加強，訴訟當事人對非計畫中子女的負面想法。更不能假定，醫生會僅僅因為有負擔責任之虞，或因為前述責任對其職業責任保險的影響，就會違反其職業倫理，逕自建議墮胎。更不能想像，在父母親財務負擔減

輕的情況下，他們還會因為多一個小孩或殘障子女而增加的經濟負擔，在心理上反對其子女。聯邦最高法院也根本排除，為減輕負擔而課予墮胎義務的可能性。由父母親的眼光看來，於此受指摘的司法裁判，毋寧提供了必要的保障，以對抗下述危險：因醫生的參與避孕措施或基因事務的建議，有可能危及父母親的人格權利以及他們在擔當父母親角色計畫上的自主決定權。

C. (本案不須請求召開聯邦憲法法院的全院會議)

雖然有第二庭一九九三年五月二十八日的裁判（BVerfGE 88, 203/296 = NJW 1993, 1751 und Leitsatz 14），為作成本案的裁判，不需要請求召開聯邦憲法法院的全院會議。聯邦憲法法院法第十六條以及聯邦憲法法院議事規則第四八條第一項所規定的要件，並不存在。

I. (他庭陳述是否為裁判的主要理由應由承審法官決定)

對於第二庭在一九九七年十月二十二日的裁定中（NJW 1998, 523）所表達的意見，第一庭並未正式加以處理。有權就繫屬中之訴訟程序為裁判者，乃是依法律及職務分配規則所定的法官（參照 BVerfGE 95, 322/327ff. = NJW 1997, 1497 = NVwZ 1997, 681 L）。

他庭裁判中的陳述，其是否為裁判的主要理由，亦應由該法官決定。

II. (聯邦憲法法院法第十六條的意義)

依據聯邦憲法法院法第十六條，當一庭擬於法律見解上，偏離他庭於其裁判中所表達之見解時，應由聯邦憲法法院全院會議裁判之。

1.a)從文義上看來，該條似乎與規定聯邦各最高法院聲請召開大法庭的要件（參考諸如法院組織法第一三二條第二項的規定），未盡相同。然而，其實質上的要件是一樣的。聯邦憲法法院自始就將聯邦憲法法院法第十六條解釋為：不同法律意見係他庭裁判的主要理由時，才有必要聲請全院會議裁判（參照 BVerfGE 4, 27/28 = NJW 1955, 17; BVerfGE 77, 84/104 = NJW 1988, 1195）。這種解釋方式也兼顧了各庭管轄權限的有限性，各庭本來就只能針對其所面對的案件作裁判，因此，只有當裁判是以此等陳述為基礎時，在此範圍內，各該陳述才能發揮其拘束作用。

b)而只有當依裁判所表達的思想路徑來推論，想像其假使不存在時，具體的裁判結論將有所不同時，始可認其為主要的裁判理由。反之，假使只是在裁判中偶然的機會裡作的法律陳述，其並不存在於一般法律規則與具體裁判的論證脈絡之間的話，它就不是主要的裁判理由。在判斷是否為主要的裁判理由時，應該由記載下來

的，論證的客觀內涵出發。有鑑於憲法裁判依憲法法院法第三十一條所擁有的特殊影響力，限於法院外部人士可得認識的內涵，才能具有法律上的拘束力。重點不在於，法官們是否認為特定法律見解是重要的，毋寧取決於：在論證的脈絡裡，其對於該案件的裁判顯見有重大影響。

c) 第二庭在一九九三年五月二十八日的裁判（BVerfGE 88, 203/296 = NJW 1993, 1751, und Leitsatz 14）中指出，根據憲法（基本法第一條第一項），禁止在法律上將小孩的存在界定為一種損害；所有國家公權力都必須遵守的，每個人因其存在本身即加以尊重的義務，禁止將撫養小孩的義務視為損害。有鑑於對不同契約標的之不同法律評價，前述法律陳述對於墮胎的契約、（合法）避孕措施有關的契約，以及基因事務的諮詢，未必應作相同的理解。只有當第二庭想將它的陳述也適用在，與墮胎全然無涉之合法的醫療行為時，才會發生偏離其見解的問題。

就此範圍來說，作成本件裁判的憲法法庭認為，第二庭的前揭陳述並非主要理由。由第二庭裁判之規範審查的申請來看，其涉及的是諮詢模式的核心規定，假使此等規定違憲的話，將導致整個規整歸於無效。被審查的客體包括：刑法的規定方式、在如何的範圍內立法者可以放棄刑法的制裁以及，在如何的範圍內可以藉其他

規整方式彌補刑法刑罰的放棄。以對於已孕育、但尚未出生的生命負有保護義務為出發點，該庭要審查，立法者的保護措施是否充分。在根本的出發點上，其任由立法者自行決定要選擇刑罰或諮詢模式，然而，各該模式的具體規定方式必須能有效保護生命（BVerfGE 88, 203/258 = NJW 1993, 1751）。

僅就此而論，就應該傾向於認為，針對諮詢方案之法律影響所作的陳述，其不具有一般的效力，毋寧只在涉及立法者所欲實現的諮詢方案時，方有其效力。該庭是在 D I 1 a 項下表達前述見解，質言之，明白指涉其裁判的客體——墮胎以及藉由醫生的諮詢來保護胎兒，這點也支持前述的看法。在其判決 D. V. 的部分，醫生諮詢瑕疵的問題，也只在墮胎問題的脈絡裡討論。依第二庭的見解，諮詢方案一方面應宣示墮胎行為的違法性，另一方面使醫生也承擔保護的任務。所有其他在 V 1 到 V 5 項下針對職業、契約法制的說明，也都是針對因墮胎而來的契約而論。對於因為合法避孕措施，或基因諮詢而來的契約責任，該裁判（即使就保護方案的部分來說）並未能建立適當的連結關係。這一類的案子，只有在用以引證而被提及的司法裁判事例中出現。再者，該庭之自限於要求民事法院應審視其司法裁判之當否，此種情況也不足以證明該陳述為裁判的主要理由。

對於第二庭有關陳述的效力，學界普遍支持本庭前

述見解（Giesen, JZ 1994, 286/288; Schöbener, JR 1996, 89; Deutsch, NJW 1994, 776/777; Roth, FuR 1993, 305/307; Schiemann, in: LM § 249 [A] BGB Nr. 109, Bl. 5; Höfling, in: Sachs, GG, 1996, Art. 1 Rdnr. 27; Boin, JA 1995, 425/427f.; Weiß, JR 1994, 456/462; Ratzel, MedR 1994, 200; 明白持保留態度者：Backhaus, MedR 1996, 201/202; 類此：Lange in: LM § 823 [A] BGB Nr. 154; 未作決定：Picker, AcP 195 [1995], S. 483 /499, 522, 531 mit Fußn. 133; 也請參照 Paland/Heinrichs, 57. Aufl. [1998], Vorb. § 249 Rdnr. 47）。

2. 因為聯邦憲法法院法第十六條不像其他訴訟法（參照諸如法院組織法第一三二條第四項的規定），承認在有原則性意義的重大問題時，亦容許聲請全院會議裁判，因此，本庭不能為釐清下述問題，而聲請召開全院會議：是否因他庭一些預防性的說明，即足以賦予特定法律問題原則性的重大意義，因此應由全院會議裁判。迄至今日，聯邦憲法法院尚未採取此見解。第一庭認為，對聯邦憲法法院法第十六條作擴張解釋，並不恰當（就此參照 Lechner/Zuck, BVerfGG, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 5）。憲法問題始終都有原則性意義，然而，兩庭還是應該依其管轄權限，自主地為裁判。

D.（本件裁判評議的情形）

本件裁判，B 的部分是是以 6:2 票，C 的部分是以 5:3 票通過。