

德國聯邦憲法法院

裁判選輯（十二）

谷 岳 生



司 法 院 印 行

中華民國九十五年十一月

德國聯邦憲法法院

裁判選輯（十二）

翁岳生



司 法 院 印 行

中華民國九十五年十一月

德國聯邦憲法法院裁判選輯. 十二 / 司法院大法官書記處編輯.

-- 臺北市 : 司法院, 民 95

364 面 ; 17 × 23 公分

含索引

ISBN 978-986-00-7236-5 (平裝)

1. 憲法 — 德國 — 裁判

581.43

95022096

德國聯邦憲法法院裁判選輯 (十二)

編輯者：司法院大法官書記處

發行者：司法院

出版日期：中華民國九十五年十一月出版

工本費：新台幣 350 元

地址：台北市重慶南路一段 124 號

電話：(02)2361-8577

印刷者：汎宇印刷設計有限公司

地址：台北縣中和市永和路 333 巷 13 號 5 樓

電話：(02)2226-7617

GPN : 1009503128

ISBN : 978-986-00-7236-5 (平裝)
986-00-7236-1 (平裝)

例 言

- 一、本院為供實務及學術界之參考，特將德國聯邦憲法法院裁判，擇其具有參考價值者，譯成中文，編輯成冊，已出版第十一輯，共計 123 篇裁判。
- 二、本次出版「德國聯邦憲法法院裁判選輯（十二）」，由許大法官宗力與政治大學李震山教授自德國聯邦憲法法院裁判中擇選十二篇裁判：1. 「人性尊嚴，將子女視為損害」裁判；2. 「人性尊嚴，無法定上限期間的保安管束」判決；3. 「不經麻醉屠宰動物」判決；4. 「頭巾案」判決；5. 「未婚生子女生父之親權」裁定；6. 「雷巴赫士兵謀殺案」判決；7. 「表示自己姓名之權」裁定；8. 「基本法第 14 條第 1 項廢棄物土地清理狀況責任人之界限」裁定；9. 「大監聽與個人隱私案」判決；10. 「史坦達南環鐵路」裁定；11. 「利珀水利會」裁定；12. 「黨團與政團地位」裁定，譯印而成。
- 三、本裁判選輯由許大法官宗力召集，敦請政治大學李震山教授共同就譯文作分配，李教授並擔任本書綜合審查之工作，再委請院外留學德國回國任教之法學博士：程明修、王服清、張永明、楊子慧、詹鎮榮、陳耀祥、林昱梅、陳正根、吳志光、張錕盛、許春鎮、陳淑芳（按篇名順序排名）諸位先生、女士翻譯，並摘出各篇之關鍵詞，作成「德中」及「中德」二種索引編於書末，以利參閱。
- 四、本書付梓後出版前，德意志聯邦共和國基本法於 2006 年 8 月 28 日修正第 22、23、33、52、72、73、74、74a、75、84、85、87c、91a、91b、93、98、104a、104b、

105、107、109、125a、125b、125c、143c 等共 25 條（BGBI I 2006, 2034），不克在本輯中配合修正，將於第十三輯中再行調整，併此附記。

五、本輯之編校工作由大法官書記處魏處長大曉主持，書記處同仁負責校對及行政聯繫工作，幾經審關，始行付梓，併此附誌。

譯者簡介（依姓氏筆劃排序）

王服清

德國慕尼黑大學法學博士
雲林科技大學助理教授

陳正根

德國杜賓根大學法學博士
開南大學助理教授

吳志光

德國漢堡大學法學博士
輔仁大學副教授

陳淑芳

德國波昂大學法律與國家學學院法學
博士
淡江大學助理教授

林昱梅

德國杜賓根大學法學博士
中興大學副教授

陳耀祥

德國海德堡大學法學博士
台北大學公共行政暨政策學系助理教授

張永明

德國波昂大學法學博士
真理大學副教授兼財經法律學系主任

許春鎮

德國海德堡大學法學博士
育達技術學院助理教授

張錕盛

德國海德堡大學博士
東吳大學專任講師

程明修

德國敏斯特大學法學博士
東吳大學助理教授

楊子慧

德國哥廷根大學法學博士
輔仁大學助理教授

詹鎮榮

德國科隆大學法學博士
高雄大學助理教授

德國聯邦憲法法院裁判選輯（十二）

目 次

1. 「人性尊嚴，將子女視為損害」之裁判—程明修譯	1
2. 「人性尊嚴，無法定上限期間的保安管束」之判決—王服清譯	23
3. 「不經麻醉屠宰動物」判決—張永明譯	71
4. 「頭巾案」判決—楊子慧譯	87
5. 「未婚生子女生父之親權」裁定—詹鎮榮譯	125
6. 「雷巴赫士兵謀殺案」判決—陳耀祥譯	149
7. 「表示自己姓名之權」裁定—林昱梅譯	173
8. 「基本法第 14 條第 1 項廢棄物土地清理狀況責任人之界限」之裁定 —陳正根譯	185
9. 「大監聽與個人隱私案」判決—吳志光譯	201
10. 「史坦達南環鐵路」裁定—張錕盛譯	273
11. 「利珀水利會」裁定—許春鎮譯	293
12. 「黨團與政團地位」裁定—陳淑芳譯	325
附 錄	
第十一輯附錄，德意志聯邦共和國基本法第 10 條第 2 項及第 87 條 之 6 第 2 項勘誤部分	343
德中關鍵詞索引	345
中德關鍵詞索引	349

「人性尊嚴，將子女視為損害」之裁判*

BVerfGE 96, 375 ff.

德國聯邦憲法法院第一庭 1997 年 11 月 12 日之裁判

— 1 BvR 479/92 以及 307/94 —

程明修 譯

要目
裁判要旨
案由
裁判主文
理由

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

I. 第一案中各級法院、當事人與相關機關之見解

1. 訴願人拒絕因節育手術失敗而承擔損害賠償責任

2. a) 地方法院判決訴願人應給付子女之一般扶養費用與照顧費用

b) 高等法院支持地院見解，認為家庭計畫因

醫生之過失而失敗時，可以成立對於子女的扶養費用損害賠償請求權

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

4. a) 邦司法部認為判決並未逾越法官法律續造的界限

b) 聯邦最高法院院長強調只有婚姻配偶才受到醫療契約保護目的所涵蓋

c) 原審原告主張醫師有責地違反義務，而應

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

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

對家庭的生計給予賠償

II. 第二案中各級法院、當事人與相關機關之見解

1. 原審事實

2. a) 地方法院駁回原告扶養費用及慰撫金的賠償請求

b) 高等法院同意對於身心障礙子女扶養費用負擔作為損害賠償的主張

c) 聯邦最高法院部分接受部分駁回訴願人的訴訟

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

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

b) 原審被告主張憲法訴願有理由

c) 原審的原告認為被指責的判決合憲

III. 憲法法院中各庭表示之法律見解有重大歧異之先決

問題由憲法法院第一、二庭聯席會決定

B. 憲法訴願無理由

I. 原審判決並未違憲侵害基本權

1. 民法契約與侵權法規定並不違憲

2. 法院對民法條款的解釋，並不逾越裁判權的界限

a) 一般法律解釋以及適於解釋方法的選擇乃普通法院的權限

b) 扶養義務可視為民法第249條意義下的損害

II. 法律解釋與法律續造的判決並不牴觸基本法

1. 訴願人憲法所保障的財產權並未受到侵害

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

3. 金錢給付義務之轉嫁涉及基本法第2條第1項所保護的一般行為自由

a) 基本權作為普通法院解釋或適用民法條款時之「指導方針」

b) 基本權的輻射效力

(1) 人性尊嚴

(2) 民事法的責任構造

原則上不涉及人性
尊嚴

C. 聯邦憲法法院第一庭與第二庭
的聯席會議I. 第一庭在形式上未採用第
二庭的法律見解

II. 聯邦憲法法院法第 16 條

1. a) 聯邦憲法法院向來之
解釋b) 對於論證關聯性具有
重要性c) 子女存在之法律資格
是否視為損害來源之
不同見解2. 聯邦憲法法院法第 16 條
之要件不成立

D. 判決結果

裁判要旨

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

案 由

1997 年 11 月 12 日第一庭之裁判

- 1 BvR 479/ 92 und 307/ 94 -

其憲法訴願程序係：1. 醫師 T 先生 - 授權委託律師 Rudolf Stottung

關鍵詞

損害賠償 (Schadenersatz)

慰撫金 (Schmerzensgeld)

人性尊嚴 (Menschenwürde)

人格權 (Persönlichkeitsrecht)

子女的扶養義務

(Unterhaltspflicht)

生存權 (Lebensrecht)

法官之法律續造

(Rechtsfortbildung)

基本權的輻射效力

(Ausstrahlungswirkung)

憲法法院聯席會議 (Plenum)

基本權規範保護目的

(Schutzzweck der

Grundrechtsnorm)

基本權之保護義務

(Schutzpflicht)

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

BvR 307/ 94 – 。

裁判主文

憲法訴願駁回。

理由

A. 父母對於子女的扶養義務可作為一種必須加以賠償的損害

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

I. 第一案中各級法院、當事人與相關機關之見解

程序 1 BvR 479/ 92

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

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

地方法院判決訴願人士應給付如同對未婚生子女之一般扶養費用與追

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

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

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

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

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

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

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

法院 — 以及在前揭訴訟程序中的各級法院 — 立場上的錯誤。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

的應該是這個家庭的所有成員。

II. 第二案中各級法院、當事人與相關機關之見解

程序 1 BvR 307/ 94

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

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

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

高等法院認為證據顯示，瑕疵與未盡充分的基因諮詢對於訴訟主張的

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

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

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

法院的理由是：民庭過去在裁判

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

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

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

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