

資料

ドイツ連邦憲法裁判所

第二次妊娠中絶判決の概要

上田 健二
浅田 和茂（訳・要約）

ドイツ連邦憲法裁判所は一九九三年五月二八日の第二次妊娠中絶判決で、すでに一九九一年七月二七日に成立していた「妊婦および家族援助法」第一三章「刑法の改正」のうち、第二一八条aにいう相談後の妊娠中絶を「違法でない」とした部分とこれに結びつく第二一九条の相談規定、およびドイツ社会法第五部第二四条bを、それが前二条と関係づけられる限りで、基本法第一条と結びつく第二条第二項に調和しえず、それゆえに憲法違反であると宣告した。連邦憲法裁はそれとともに、妊婦および家族援助法の相談モデルによる妊娠中絶の非犯罪化を原則的に是認し、その範囲で妊娠中絶を決断する婦人の最終答責をも少なくとも形式的には承認した。しかし、その範囲での妊娠中絶を完全に合法化することは認めなかつた。それは依然として「違法」とされることによつて相談の内容が重大な影響を被るだけでなく、相談後の中絶に対する健康保険給付も受けられなくなつた。そのうえに、社会的窮迫状態に基づく適応事由にも著しい制限を被ることになつた。

旧東西ドイツのいずれに属する婦人たちにとっても明白な不利益を法的に課すことになるこの判決には、しかしながら法理論的にも刑法解釈論的にも数々の重大な疑問点をはらんでいる。とは言え、未生児生命の保護を徹底させようと/or>するこの判決の社会・福祉国家上の理念は、わ

が現行法状態の「精神」とは全く異質のものである。すでに胎児はドイツ連邦共和国では久しく生命への権利もちろん、人間としての尊厳の保障をも、え享有しているのに対し、わが国ではいぜんとして無保護同然である。今回の判決がいかに法理論的な疑問点が多いにせよ、そのことを問題とする前に、本判決を契機にわれわれは未生の生命に対するわが法状態のあり方にひとまず再検討の足を踏み出すべきではないか。妊娠中絶をめぐるわが法状態の今後の改革問題を考えると、本判決における多数意見と、一つの反対意見には十分に参考になりうるものがあることに鑑み、要旨・主文の部分は全訳し、多数意見の理由づけおよび反対意見についてはこれを約三分の一に要約した。

なお、本判決の法政策的な諸側面、その法理論的・刑法解釈論的問題点については、本判決後にいち早く公表されたアルビン・エーザーの批判論文の訳文（本誌四五巻五号）に付した〔訳者解説〕の中で言及する。

〔本判決の出典〕

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schwanger-schaftsabbruch vom 28. Mai 1993, in : Juristen Zeitung [JZ], Sonderausgabe 7. Juni 1993, S. 1 ff.; Neue Juristische Wochenschrift [NJW], Heft 28, S. 1751 ff., in : Neue Justiz [NJ], Sonderheft 1993 47. Jahrg., S.1 ~ 38., in : Kritische Viertel-jahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Sonder-heft 1/1993, S. 1 ~ 115. [本判決を扱ったこれまでの邦語文獻として、堀内捷三「揺れ動くドイツの墮胎罪」法学セミナー四六四号二二二頁以下、カール＝フリードリッヒ・レンツ「ドイツ連邦憲法裁判所の第二次妊娠中絶判決について」ハヨリスト

1034号七三頁以下、上田健一「ドイツ連邦憲法裁判所妊娠中絶違憲判決の理論的分析」ジュリスト1034号七三頁以下をも参照]

〔関連条文〕

1. ドイツ連邦共和国のための基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl S.1 ff.))

第一条 [人間の尊厳]

(一) 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重しがつ保護する

〔訳者〕

(一) 何人も、他人の権利を侵害せず、憲法に適合した秩序または倫理原則に違反しない限り、その人格の自由な展開への権利を有する。

(二) 何人も、生命および身体の無傷性への権利を有する。人格の自由は侵されではならない。これらの権利に対しても、法律に基づいてのみ干渉することが許される。

第三条〔法の前の平等〕

(一) すべての人間は法の前に平等である。
(二) 男子と女子は平等の権利を有する。
(三) 何人も、その性別……によつて不利または有利に扱われてはならない。

第六条〔婚姻、家族、非嫡出子〕

(一) 婚姻および家族は国家機関の特別の保護のもとににある。
(二) 子の監護と教育は両親の自然の権利であり、とりわけ彼らに課せられた義務である。その実行については、国家共同体がこれを監視する。

(四) すべての母は、共同体の保護と介護を求める権利を有する。

Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands — Einigungsvertrag — vom 31. August 1990. (BGBl. II S. 889 ff.)

第三一条〔家族と婦人〕

(四) 出産前の生命の保護と妊婦の諸々の葛藤状況の憲法に適合した克服を、とりわけ法的に確保された妊婦のための諸々の請求権、とくに相談と社会的援助を求める権利を、現在のドイツの両部分においてそれが保障されているよりも、より望ましい形で保障する規定を、遅くとも一九九二年一二月三一日までに置くことは、全ドイツの立法者の任務である。……相談所は、妊婦に助言を与え、彼女に必要な援助を——出産の時点を超えて——与えることを正しく評価できるように、人的および資金的に装備されていなければならない。規定が第一文に挙げられた期間内に成立しないときは、第三条に挙げられた地域においては、現行法がその効力を継続する。

III、妊婦および家族援助法 (Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfe im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs — Sch-

wangeren und Familienhilfegesetz — vom 27. Juli 1992 (BGBl. I 1992, S. 1397 ff.) なお、この法律の第三章「刑法の改正」の全訳については、本誌四四巻三号二六二頁以下を見よ。)

第二二八条 a [妊娠中絶の不処罰]

1. 次の場合、妊娠中絶は違法でない。すなわち、

(1) 妊婦が中絶を要求し、かつ、彼女が手術の少なくとも三日前に相談（妊娠の窮迫・葛藤状態における相談）を受けたことを、第二二九条第二項（相談所による相談を受けたことの証明書）によつて医師に証明した場合で、

(2) 妊娠中絶が医師によつて実施され、かつ、

(3) 受胎後一二週を超える期間が経過していない場合。

第二二九条 [窮迫・葛藤状態における妊娠の相談]

1. 相談は、出産前の生命の高い価値と婦人の自己責任との承認のもとで、妊婦のための助言と援助を通して生命を維持する」とに貢献する。相談は、妊娠の際に生ずる窮迫・葛藤状態の克服に寄与すべきである。相談は、妊婦が責任を覚悟した自らの良心的決断が下せるような効果をもたらすべきである。相談の課題は、包括的な医学的・社会的・法的情報を妊婦に獲得させることにある。相談は、母と子の法的請求権および可能な諸々の実際的援助、とくに妊娠の継続および母と子の状況を改

善する援助の詳細な説明を含む。相談は、将来の望まれない妊娠の回避にも寄与する。

2. 相談は、法律に基づいて認可された相談所によつて行なわれなければならない。妊娠中絶を実施する医師は相談者となることができない。

3. 相談は記録に留められず、妊婦の希望により匿名で行なうことができる。相談所は、相談が前項によつて行なわれ、妊婦がそれによつて彼女の決断発見のための情報を獲得したという事実について、日付を記載した証明書を直ちに発行しなければならない。

四、ドイツ社会法第五部「法定の健康保険」(Sozialgesetzbuch (SGB) — Gesetzliche Krankenversicherung — vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2477 ff.))

第二四条 b [妊娠中絶と不妊手術]

被保険者は、医師による違法でない不妊手術の場合および妊娠の違法でない中絶の場合には、諸給付を求める請求権を有する。違法でない妊娠中絶の場合における諸給付の請求権は、妊娠中絶が第五次刑法改正法第三条第一項にいう病院、またはそのために規定が置かれているその他の施設において実施される

場合にのみ、認められる。

五、第五次刑法改正法 (Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts (5. str. RG) vom 18. 6. 1974 (BGBl. I S. 1297 ff.) (なお、

本法は一九七六年五月一八日の法律 (BGBl. I S. 1213 ff.) によつて改定された部分を含む)

第一条〔拒絶〕

- (1) 何人も、妊娠中絶に協力することを義務づけられない。
- (2) 第一項の規定は、他の方法では防止する」とのできない死の危険または重大な健康障害の危険を防止するために協力が不可欠である場合には、これを適用しない。

第三条〔適切な施設以外での妊娠中絶〕

- (1) 妊娠中絶は、病院またはそのために許可された施設においてのみ、これを行なうことができる。
- (2) 第一項に違反して妊娠を中絶した者は、秩序違反とする。この秩序違反に対しても、一万マルク以下の過料を科すことができる。

3. 法的保護は、母親に対しても、未生児に保障される。かかる保護は、立法者が彼女に妊娠中絶を原則的に禁止し、それによって子を懷胎し続ける原則的な法義務を課する場合にのみ、可能である。妊娠中絶の原則的禁止と子の懷胎を続けるという

憲法裁判所第一小法廷判決 —2BvF 2/90— —2BvF 4/92— —2BvF 5/92—

判決要旨（全記）

1. 基本法は、人の生命を、そして未生の人の生命をも、保護する」とを国家に義務づけている。この保護義務は、基本法第一条第一項をその根柢とする。その対象と——それに由来する——その程度は、基本法第二条第二項によつて詳細に規定される。人間の尊厳はすでに未生の人の生命に帰属する。法秩序は、未生児に固有の生命権という意味において、その展開の法的諸条件を保障しなければならない。この生命権は、母親の側からの受諾によってはじめて根柢づけられるものではない。
2. 未生の生命のための保護義務は、人の生命一般にのみではなく、個別的な生命に關係づけられる。

原則的義務は、憲法的に命じられた保護の分ち難く結びついた一つの要素である。

4. 妊娠中絶は妊娠の全期間にわたって原則として不法とみなされ、それゆえに法的に禁止されなければならない（BVerfG 39, 1 <44> の再確認）。未生児の生命権は、たとえある限られた〔初期の〕期間についてのみであれ、たとえそれが母親自身であつても、第三者の法的に拘束されない任意な決断にゆだねられることがあつてはならない。

5. 未生の人の生命のための保護義務の射程は、保護されるべき法益の重要性と保護の必要性を一方とし、それと衝突する諸法益を他方とする視点の下に、決定されなければならない。

その際に未生児の生命権と接触する諸法益として顧慮されるのは——妊婦がその人間の尊厳（基本法第一条第一項）の保護と尊重を求める請求権から出発して——、とりわけ彼女の生命および身体の無傷性を求める権利（基本法第一条第一項）並びに彼女の人格権（基本法第二条第一項）である。これに対して、婦人は、妊娠中絶と同時に発生する未生児の殺害のために、基本法第四条第一項において基本権として保護されている法的地位を要求することはできない。

6. 國家は、その保護義務を充足するに足りる十分な規範的地位を要求することとはできない。

および事実的な種類の諸々の措置を講じなければならず、それは、——対立する諸法益を顧慮して——適切かつそれ自体として有効な保護が達成されることに導くものでなければならぬ（過小〔措置の〕禁止）。そのためには、予防的な保護ならばに抑止的な保護の諸要素が相互に結びついた保護構想というものが必要である。

7. 婦人の諸々の基本権は、子を懷胎し続けることの法義務が——たとえ一定期間についてのみであれ——一般的に放棄されるようない程度までには及ばない。もつとも婦人の基本権との関連における諸地位は、かかる法義務を課さないことが例外状態においては許容され、この場合の多くにおいて、場合によってはそれが命じられることへと導く。かかる例外構成要件を期待不可能性の基準に従つて個別的に規定することは、立法者の管轄事項に属する。それには、妊婦に期待されえないほどに生命に固有の諸価値を犠牲にすることを要求するような諸々の負荷が存在していなければならない（BVerfGE 39, 1 <48 ff.> の再確認）。

8. 過小〔措置の〕禁止は、人の生命の保護のために刑法をも投入することおよびそれに由来する保護効果を任意に断念することを許さない。

9・国家の保護義務は、未生の人の生命にとつて妊婦の家族

的またはその他の社会的環境による影響に由来するか、もしくは婦人および家族の現在の予測可能で現実的な生活諸関係に由来し、かつ子を懐胎し続ける心づもりに対抗的に作用するような危険からの保護をも含む。

10・〔国家的秩序への〕保護委託は、さらに、未生の生命の法的な保護請求権を公共の意識の中に維持し、かつ、根づかせることをも国家に義務づけている。

11・立法者が、未生の生命の保護のために、次のような構想へと移行することは、憲法上、原則として妨げられない。すなわちその構想とは、妊娠葛藤にある妊娠の初期段階においては、妊娠に子を懐胎し続ける気を奮い起させるために、彼女への相談に重点を置き、そこでは適応事由によって規定される科刑や第三者による適応事由構成要件の確認を行なわないというものである。

12・かかる相談構想は、婦人の行動が未生の生命に有利な結果と結びつくような積極的な諸前提を作り出す諸々の枠条件を必要とする。国家は相談手続の実施について完全な責任を負う。^{ラント}

13・国家の保護義務は、婦人の利益という点で不可欠な医師の関与が、同時に未生の生命のための保護効果をもたらすこと

とを要求する。

14・ある子が現存していることを損害の原泉として法的に格づけをすることは、憲法上の理由（基本法第一条第一項）からして問題にならない。それゆえ、子のための扶養義務を損害として把握することは禁じられる。

15・相談規定に従つてある適応事由の確認なく実施される妊娠中絶は、正当化される（違法でない）と声明されなければならない。それには、その前提条件の存在が国家の責任のもとに確認されなければならない場合にのみ、ある例外構成要件には正当化効果が帰せられるという、断念しえない法治国上の諸原則が対応する。

16・基本法は、その適法性が確認されていない妊娠中絶の実施のために、法定健康保険の給付請求権を保障することを許さない。これに対して、相談規定に従つた刑の科せられない妊娠中絶のために、経済的に困窮している場合に、社会扶助を保障することには、労働対価の継続的支払と同様に、異議を唱えることはできない。

17・ある連邦法規定が単に諸邦が遂行すべき国家的任務を規定しているだけで、当該行政官庁によつて執行されうる細則規定を置いていない場合は、諸邦の組織体権限の原則が無条件に

妥当する。

国民の名において

1 および 2 の提訴者：

州政府首相 Prinzregentenstraße 7, München 22, ヴュルツ

代表されるバイエルン州政府

——全権代理人

Prof. Dr. Udo Steiner, Am Katzenbühl, Regensburg —

憲法審査のための手続では

1. a. 一九七六年五月一八日の第五次刑法改正法の表現形式

における刑法典第二二八条b第一項第一文および第二文、第二二九条第一項第一文(BGGI, IS. 1213) および、

b. 一九七五年八月二八日の第五次刑法改正法のための補充的諸措置に関する法律（刑法改正補充法――StREG）の表現形式におけるライヒ保険法第二〇〇条

f. 第二〇〇条gの各規定

—— 2 BvF 2/90 ——

3.

一九九二年七月二七日の出産前の「生成中の生命の保護」ための、子に友好的な社会を促進するための、妊娠葛藤に援助の手を差し伸べて妊娠中絶を規制するための法律（妊娠および家族援助法）(BGBI, I S. 1393) 第二三章第五号および第一五章第二号

2. 一九九二年七月二七日の出産前の「生成中の生命の保護」ための、子供に友好的な社会の促進のための、妊娠葛藤に援助の手を差し伸べて妊娠中絶を規制するための法律（妊娠および家族援助法）(BGBI, I S. 1398) 第二三章および第一五号第二号並びに妊娠および家族援助法第二章の表現形式における社会法第五部第二四条bの各規定

3 の提訴者：

ドイツ連邦議会の議員二四九名

——全権代理：

1 Prof. Dr. Peter Lerche, Junkersstraße 13, Gauting,

2 Prof. Dr. Fritz Ossenbühl, Im Wingert 12, Meckenheim —

—— 2 BvF 4/92 ——

一項と調和しない。

に対し、当連邦憲法裁判所——第二小法廷——は、副長官

Mahrenholz, Böckenförde, Klein, よりび Graßhof 判事（女性）

ならびに Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer 諸判事の関与の下に、

一九九二年一二月八日および同九日の口頭弁論に基づき、次の

判決

を語り渡す。

I

1. 一九九二年七月二七日の出産前の、生成中の生命の保護のための、子供に友好的な社会を促進するための、妊娠葛藤に援助の手を差し伸べて妊娠中絶を規制するための法律（妊婦および家族援助法）(BGBI. I Seite 1398) の表現形式における刑法典第二二八条a第一項は、当該規定が、そこで挙げられている諸条件のもとに実施される妊娠中絶を違法でないと表明し、

それはそれで基本法第二条第二項と結びつく第一条第一項に由来する憲法上の諸要件を充足しない相談と関係づけられている限りにおいて、基本法第二条第二項第一文と結びつく第一条第

一項と調和しない。

当該規定は全体として無効である。

2. 前記法律の表現形式における刑法典第二二九条は基本法第二条第二項第一文と結びつく第一条第一項と調和しえず、無効である。

3. 社会法第五部第二四条bは、この判決の諸根拠の基準に従えば、基本法第二条第二項第一文と結びつく第一条第一項と調和する。

4. 一九七五年八月二八日の第五次刑法改正法のための補充的諸措置に関する法律（刑法改正補充法——StREG）の表現形式におけるライヒ保険法第一〇〇条f、第二〇〇条gaは、それが一九七六年五月一八日の第一五次刑法改正法(BGBI. I Seite 1213)の表現形式により、妊娠中絶の場合に法定健康保険の諸給付を規定していた限りで、理由づけに挙げる基準に従えば、基本法第二条第一項第一文と結びつく第一条第一項と調和しうる。

5. 妊婦および家族援助法第一五章第二号は、これまで一九七四年六月一八日の刑法の改正のための第五次法律(5 StrRG) (BGBI. I Seite 1213)第四章に含まれており、一九七六年五月一八日の第一五次刑法改正法(BGBI. I Seite 1213)第II章およ

び第四章によつて改正された規定が妊娠中絶についての連邦統計に關して廢止される限りにおいて、基本法第二条第二項第一文と結びつく第一条第一項と調和しえず、無効である。

6. 妊婦および家族援助法第一五章第二号の表現形式における刑法の改正のための第五次法律第四章は、当該規定が管轄を有する最高の邦官庁を義務づけている限りにおいて、連邦国家原理（基本法第二〇条第一項、第二八条第一項）と調和しえず無効である。その他の点では、判決の諸理由に従えば基本法と調和しうる。

7. 一九七六年五月一八日の第一五次刑法改正法の表現形式における刑法典第二二八条b第一項第一文および第二文並びに第二二九条第一項第一文の憲法審査に關わる、2BvF 2/90の審理における諸提訴は処理済みである。

II 連邦憲法裁判所に關する法律第三五条により、次の通り命令する〔経過規定〕。

1. 一九九二年八月四日の〔当裁判所〕判決の基準に従つてこれまで効力を有してきた法律は、一九九三年六月一五日まで適用可能である。それ以後の法律上の新規定が発効するまでの期間については、妊娠および家族援助法の諸規定のための補充

として、それが判決形式のI号によつて無効と宣告された限りにおいて、この命令の第2から第9までが効力を有する。

2. 妊婦および家族援助法の表現形式における刑法典第二二八条は、妊娠が中絶を要求し、彼女が少なくとも手術の三日前に認可された相談所（本命令第4参照）による相談を受けたことが証明書により医師に明らかにされた場合であつて、妊娠中絶が受胎後一二週以内に医師によって実施される場合には、適用されない。妊娠中絶の原則的禁止はこの場合でも不变である。

3. (1) 相談は未生児の生命の保護に奉仕する。相談は、婦人に妊娠の継続へと勇気づけ、子との生活のために彼女の展望を開かせる努力によつて支配されていなければならない。相談は、答責的かつ良心的な決断を下せるように彼女を援助すべきである。そのさい婦人は、次のことを認識しているのでなければならない。すなわち、未生児は妊娠のいかなる段階でも、彼女に対しても、生命への固有の権利を有していること、それゆえ法秩序によれば、妊娠中絶は、婦人に、子の懷胎を続けることによつて、——妊娠および家族援助法の表現形式における刑法典第二二八条a第二項および第三項の諸場合に匹敵するほどに——期待可能な上限を超えるほどに重大かつ異常な負担が増大している場合というように、例外状況においてのみ問

題になりうる、ということである。

(2) 相談は妊婦に助言と援助を提供する。そのために相談は、妊娠と関連して生じてくる葛藤状態を克服し、窮迫状態を除去することに貢献する。そのために相談は以下のことを含む。

a 葛藤相談に入ること。このためには、妊婦がその相談者に、そのために彼女が妊娠の中絶を考えるようになった事實を打ち明けることが期待される。

b 実質的な状態に応じて必要とされる医学的、社会的および法的なすべての情報の提供、母と子の諸請求権および可能な実際的な援助、とりわけ妊娠の継続と母と子の状態を容易にする援助の詳細な説明。

c 妊婦が諸請求権を主張するに当たり、住居を求めるに当たり、子の世話をする手段を求めるに当たり、自らの教育を継続するに当たり、彼女を支援することの申し出、並びに出産後の介護の提供。

相談は望まれない妊娠を回避する諸々の手段についても情報を与える。

(3) 必要とあれば医学、心理学または法学の素養のある専門家もしくはその他の人々の「相談への」参加を求めなければならない。すべての相談にわたって、妊婦に事情を聴取するに当

たつて第三者、特に父親並びに未生児の両親の近親者の参加を求めることが適当であるかどうかが、検討されなければならない。

(4) 妊婦は、希望に応じてその相談員に対して匿名であり続けることができる。

(5) 相談中の対話の内容によれば、それが相談の目標（前項(1)「一文」）に役立つものであれば、相談中の対話はそのまま続行されなければならない。相談員が相談は終結したと見たときは、相談所は、求めに応じて婦人に、右の(1)項から(4)項に従つた相談が行なわれたという事實について、彼女の名称を明記し、かつ最終の相談対話の日付を記載した証明書を発行しなければならない。

(6) 相談員は、相談を受けた者の身許を確認するいかなる週及も許さないような仕方で、被相談者の年令、家族状態および国籍、彼女の妊娠の回数、彼女の子供の数、および以前の妊娠中絶の回数を記録に留めて置かなければならない。

4. (1) 前第3により設置される相談所は、——妊婦および家族援助法第一章第三条とは無関係に——国家による格別の認可を必要とする。自由開業經營者の諸施設および医師もまた、相談所として認可されうる。

(2) 相談所は、妊娠中絶が実施される諸施設と、それによれば相談施設の物質的な諸利益が妊娠中絶の実施に当たって排除されていないというような形で、組織的にもしくは経済的な諸利益によって結びつけられていてはならない。妊娠中絶を実施する医師は、相談者から除外される。彼はまた、相談を実施した相談所に所属する者であつてはならない。

(3) 相談所として認可されうるのは、前第3の基準による相談を行なうことと保証し、人物的および専門的な視点からこの相談に適した資格を有する十分な数の人員を動員することができ、かつ、母と子のために公的および私的な援助を保障するすべての部所と協力して働く施設に限られる。相談所は、その相談活動が依拠する諸基準とその際に収集された諸経験を、年次別に書面に書き留めて保管しておくことが義務づけられる。

(4) 認可は、法律によつて規定される期間ごとにそのつど管轄官庁による再確認を必要とすることを条件にしてのみ与えられる。

(5) 諸邦^{ラント}は、居住地に近い相談所を十分に提供することを保障する。

5. 婦人が妊娠の中絶を要求した医師には、この判決の諸理由から帰結する諸義務が課せられる（DV 1 および 2）。

6. 第4に規定されている認可手続は、既存の相談所にも適用される。認可手続の終結まで、すなわち遅くとも一九九四年一二月三一日までは、この相談所は、この命令第3に従つて相談をとり行なう権限を有する。

7. 一九七六年五月一八日の第一五次刑法改正法 (BGBI. I Seite 1213) の第三章および第四章によつて改正された、一九七四年六月一八日の刑法改正のための第五次法律 (5. StrRG) (BGBI. I Seite 1297) 第四章による〔連邦統計局の〕連邦統計を管理する〔医師の〕義務と申告義務の規定は、統合条約第三章に挙げられている地域においても効力を有する。

8. 連邦社会扶助法第三七条aは、この命令の第2に従い、妊娠の中絶の場合にも適用されうる。

9. 刑事学的適応事由〔強姦による妊娠など〕とその認定手続の導入について、立法者が何らかの形での決断にいたるまでは、本命令第2の諸条件が存在し、かつ管轄を有する官医〔保健所の医師〕または法定健康保険組合の検査医が、その医師としての認識によれば妊婦に刑法典第一七六条から一七九条までの規定による違法な行為が行なわれ、かつ妊娠中絶がその行為に基因していることを認めるに足りる十分な理由があることを証明したときは、法定健康保険の被保険者および補助規定によ

る請求権者は、妊娠の中絶に当たって求めにより給付を受けることができる。医師は、婦人の同意を得て検察官に情報を求め、また例えば現存する検査記録を閲覧することができる。その場合に獲得された諸知見は、彼の医師としての守秘義務に服する。

D 理由〔要約〕(A、B、C、省略)

I.

1. 「基本法は、人の生命を保護すべき」とを国家に義務づけている。人の生命には未生の生命も属し、彼にも国家の保護が保障される。憲法は、未生の生命への国家による直接的な侵害を禁止しているばかりでない。憲法はまた、この生命を保護し育成すること、言い換えれば、とりわけ、他人の側からの違法な侵害から「これを擁護すること」を国家に命じてもいる(Vgl. BVerfGE 39, 1, 42)。この保護義務はその根拠を、国家を明示的に人間の尊厳の尊重と保護へと義務づけている基本法第一条第一項に有し、その対象と——それに由来する——その程度は、基本法第二条第二項によって詳細に規定される。」

a) 「人間の尊厳はすでに未生の人の生命に帰属しているのであって出産後の人との生命に、あるいは人格が育成された場合

にはじめて帰属するのではない……。」人の生命が卵と精子細胞の融合によって生ずることには、医学上、人間学上の認識からして何の疑問もない。刑法上の規定から見て決定的に重要なのは、それゆえ妊娠の時間的幅である。ドイツ法によれば、それは受精卵の子宮への着床の完結をもって始まり、出産の開始まで及ぶ。「いざれにせよ」のように規定された妊娠期間において、未生児の場合に問題となつてているのは、個別的な、その遺伝学的同一性したがつてその一回性と不可変性においてすでに固定され、もはや分割しえない生命であつて、それは成育と自己展開の過程においてはじめて人間になるのではなく、人間として発育するのである(Vgl. BVerfGE 39, 1, 37)。出産前の生命過程のそれぞれの段階が生物学的、哲学的な、さらには神学的な視点からいかに解釈されようとも、また歴史において実際に評価されてきたにもせよ、人としての個別的な存在の発育の各段階が不可欠なものであることに変りはない。人の生命が現存していくこと、それでは、それには人間の尊厳が帰属する(Vgl. BVerfGE 39, 1, 41)。

人間存在のこの尊厳は、未生の生命にとつても、それが現に存在していること、そのこと自体のゆえに(im Dasein um sein. er selbst willen) 備わっているのである。それを尊重しかつ保

護する」とが、法秩序が未生児に固有の生命権という意味においてその展開の法的諸条件を保障することを結果として生み出す (Vgl. auch *BVerfGE* 39, 1. 37)。母の側からの受容によつてはじめて根拠づけられるのではなく、すでにそれが現存しているところ、「母に子を帰せられる」の生命権は、人間の尊厳に由来する基本的かつ不易な権利である。それは一定の宗教上または哲学上の諸々の確信とは無関係に妥当する。

もつとも、それらの確信については、宗教的に世界観的に中立である国家の法秩序はいかなる判断を下す権限も有しない」。

b) 未生の生命のための保護義務は、人の生命一般にのみではなく、個々の生命に關係づけられる。「それを充足する」とは、国家における秩序ある共同生活の一つの根本条件である。それはすべての国家権力を義務づける（基本法第一条第一項第二文）。言い換えれば、国家をそのすべての機能において、それゆえに立法権においても義務づける。保護義務は、特に他人間に由来する危険にも関連している。……」。

2. 未生の生命の保護のための諸々の行動要求は、国家が行為義務および不作為義務を課すことによって成立する。「このことは、胎児のその母に対する保護についても、両者の間には結合があるにもかかわらず、また母と子の場合では『单一』体に

おける「一体性 (Zweiheit in Einheit)」¹⁾と導くような結合があるにもかかわらず、当てはまる。」母に対する未生児のこの保護は、立法者が妊娠を原則的に禁止することによって母に子を懷胎し続ける原則的義務を課す場合のみ可能である。「妊娠中の原則的禁止と子を懷胎し続ける」との原則的義務は、憲法的に命じられている保護の分ち難く結びついた二つの要素である。」

a) 法的な行為命令は保護を二つの方向に向ける。一つには、それは個別的な場合における予防的および抑止的な保護作用の展開であり、いまひとつには、国民の法と不法についての価値表象を強化し、法意識を形成する」とである。

b) 「生命の保護は、生命が他のいかなる法益に対しても例外なく優位を享受している」という意味において絶対的に命じられているわけではない。他方、保護のために何らかの予防策が講じられているというだけでは、保護義務にとつて十分ではない。「その射程はむしろ、保護すべき法益——」²⁾では未生の人の生命——の重要性と保護の必要性を一方とし、それと衝突する諸法益を他方とする視点の下に、両者を顧慮して決定されなければならぬ (Vgl. G. Helmes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 253 ff.)。その際に

未生児の生命権と接触する諸法益として顧慮されるのは、——妊婦が彼女自身の人間としての尊厳の保護と尊重を求める請求権（基本法第一条第一項）から出発して——、とりわけ彼女の命および身体の無傷性を求める権利（基本法第二条第二項）並びに彼女の人格権（基本法第二条第一項）である」。

保護の種類と範囲を個別的に規定することは、立法者の任務である。憲法は保護を目標として掲げるだけで、その具体的な形成については何ら言及していない。「もつとも立法者は過小、〔措置の〕禁止（Untermaßverbot）を顧慮しなければならない（）の概念については、Vgl. Isensee, in: Handbuch des Staatsrechts, Band V, 1992, §111 Rdnr. 165 f.）。その限りで立法者は、憲法裁判所の統制に服するのである。必要なのは——対立する諸法益を顧慮した——適切な保護である。決定的なのは、保護がそれ自体として有効であるということである。」立法者の講ずる諸々の防護策は、適切かつ有効な保護にとって十分なものでなければならず、その保護の憲法上命じられる程度は妊娠の期間に依存しない。妊娠の初期段階でも、保護のこの程度は保障されていなければならない。

c) この過小禁止が侵害されないためには、法秩序による保護の形成は、以下の最小限の諸要件を満さなければならぬ。

- a) 妊娠中絶は妊娠の全期間にわたって不法とみなされ、それゆえに法的に禁止されている。「婦人の基本権は妊娠中絶の原則的禁止を押しのけるようなものではない。確かにこれらの権利は胎児の生命権に対しても存続の基盤を有しております、相応に保護されなければならない。しかしそれらは、子を懷胎し続けることへの法義務が基本権のために——たとえ一定の期間についてのみであれ——一般的に放棄されるような程度までには及ばない。もつとも、婦人の基本権との関連における諸地位は、かかる法義務を課さないことが例外状態においては許容され、このような事例の多くにおいて、場合によってはそれが命じられる」とへと導く。」
- bb) かかる例外状態を例外構成要件として起草することは、立法者の仕事である。「そのさい過小禁止が侵害されないためには、立法者はしかし、未生児の側ではいかなる場合でも諸権利の増減や何らかの不利益または制約の甘受ではなく、すべてのもの、つまりは生命それ自体が疑問視されるのであるから、ここでは相互に衝突している諸法益を釣り合いのとれた差引勘定で調整することはできないということを考慮に入れておかなければならぬ。胎児の生命保護をも保障しながら妊婦に妊娠中絶への権利というものを認容する差引勘定というものは、妊娠

娠中絶はつねに未生の生命の殺害であるがゆえに、可能でない (vgl. *BVerfGE* 39, 1, 43)。……妊娠のある一定の期間については婦人の人格権が優先し、その後はじめて未生の生命の権利が優位を獲得するというようにして、差引勘定をすることもできない。もしそのように考えるとすれば、母が妊娠の初期段階でその殺害を決意しなかつた場合にのみ、未生児の生命権は真価を發揮することになろう」。

このことはしかし、子を懷胎し続ける義務の解除を憲法的に

許容する例外状態は、婦人の生命にとっての重大な危険もしくは彼女の健康に重大な損傷のある場合にのみ問題になる、ということを意味しているわけではない。例外状態は、それを超えてでも考ることができる。「それを承認するための基準は、連邦憲法裁判所がすでに確認しているように、期待可能性の基準である (Vgl. *BVerfGE* 39, 1, 48 ff.)」「母と子の比類のない結合にかんがみると、妊娠中絶の禁止は、他人の権利領域を侵害しないという母の義務に尽きるものではなく、同時に子を懷胎し続けて分娩するという、婦人を実存的に直撃する強度の義務を含んでいるうえに、出産後には引き続き多年にわたって行為義務、看護義務そして代理義務を次々と負うことになるがゆえに」、この基準には根拠がある。「これらと結びついている諸々

の負担への予見から、母となる者がまさに妊娠の初期段階においてしばしば陥る特別な心理状態のもとでは、個別の事例において、場合によっては生命をさえ危険にさらす諸々の重大な葛藤状況が生じうる。そうした状況の下では、妊婦の保護に値する諸地位が、いざれにせよ国家の法秩序が……婦人はいかなる事情の下でも未生児の生命権を優先しなければならないとは要求できないほどの緊急度をもつて、効果を現わす (Vgl. *BVerfGE* 39, 1, 50)」

もともと、そのためには、婦人に期待できないほどの自分の生活上の諸価値を犠牲にすることを要求している諸々の負担が、存在していなければならない。「子を懷胎し続ける義務にとつては、そこから次のような帰結が生ずる。すなわち、伝來の医学的適応事由のほかでは刑事学的適応事由と——それが十分に正確に限界づけられていることを前提として——胎児病性適応事由も、例外構成要件として憲法の前に存在根拠を持ちうる。他の窮迫状態にとってこのことが妥当するのは、ここで前提とされるべき社会的または心理的——身的な葛藤の重さがその記述において明瞭に認められる場合であつて、その結果、——期待可能性の視点から見て——他の適応事由諸事例との一致〔同等性〕が確保されている場合に限られる (Vgl. auch *BVerf.*

GE 39, 1. 50)。」

c) 期待不可能性が子を懷胎し続ける婦人の義務を限界づけるとしても、それによつてすべての未生児生命を保護すべき國家の義務が解除されるわけではない。「それは、とりわけ、国家が婦人に助言と援助とを惜しまない」とによつて彼女が子を懷胎し続けることに誘い込む契機となる。

dd) 人の生命をその殺害から保護することが国家の基本的な任務に属するのであれば、過小〔措置の〕禁止は刑法の投入と

(Vgl. *BVerfGE* 39, 1. 44, 46)。」

それに由来する保護効果を任意に断念することを許さない。刑法には秩序づけられた共同生活の基盤を保護すべき任務が与えられているのであり、人の生命の原則的な不可侵性もこれに属する。

「刑法は、きわめて強力なその侵害的性格からしてすでに、法的保護の第一次的手段ではない。それゆえその行使は比例性の要求に服する (*BVerfGE* 6. 389, 433 f.; 39, 1, 47; 57, 250,

270; 73, 206, 253)。しかし刑法は、ある一定の行為がそれが禁じられていく」とを超えて特別な仕方で社会有害的であり、秩序づけられた人間の共同生活にとって耐え難いものであり、

その阻止がそれゆえに格別に差し迫つてゐる場合には、その保護の『最後の手段 „ultima ratio“』として投入される。

a. 「母に對して与えるべく義務づけられている共同体の配慮は、既存の、または子の出産後に差し迫つてくる実質的な窮迫状態のために妊娠が中絶されないよう作用を及ぼす国家の義務を含む。同様に、妊娠から教育と職業にとって婦人に生じうる諸々の不利益は、可能な限り排除されなければならない。

国家には、未生の人の生命に対するその保護義務を遂行するに当たって、妊婦および母の状態を困難にするような諸事情を究明し、法的および事実的に可能かつ責任を負いうる範囲で除去もしくは軽減に努める義務が課せられる。」

- b) 「未生の生命の保護、婚姻と家族の〔国家的秩序への〕保護委託(Art. 6 GG)および労働生活への参加における夫と妻の平等(vgl. Art. 3 Abs. 2 GG sowie Art. 3, 7 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 [BGBl. 1973 II, S. 1570])は、家族活動と就業活動を相互に調和のとれた形で行なうことができる、家族的な教育課題の遂行が職業上の不利益と結びつかないようにするための基盤を創設する」とを、国家そしてとりわけ立法者に義務づけている。」
- c) 「もしに国家は、就業による収入を断念して子の教育に献身している両親の一方が、そこから生ずる扶養法上の不利益に対し、適当な補償を得ることができるよう配慮しなければならない。」
- d) 「最後に、保護委託は、未生の生命的な保護請求権を公共の意識の中に維持し、根づかせることをも国家に義務づける。それゆえ、連邦および諸邦における國家の機関は生命の

保護に向けて支持を表明しなければならない。このことはまさに学校の諸教育計画にも当てはまる。健康上の諸問題への啓蒙、家族相談または性教育を行なう公的諸施設は、公共に向けて未生の生命の保護への意思を強化しなければならない。」

4. 右の2および3から、国家は未生の生命に対するその保護義務を充足するために、適切かつ有効な保護へと導くよう十分な措置を講じなければならない。「それには、予防的であるとともに抑止的でもある諸要素を相互に結びつける、より詳細にくり広げられるべき保護構想といふものが必要である。かかる保護構想を呈示し、規範に組み替えることは立法者の仕事である。その際、既存の憲法上の諸要件からすれば、憲法的に疑問のない例外構成要件を超えて妊娠中絶を任意に違法でない、それゆえ許されていると見なすことが、立法者の自由に委ねられているわけではない。」全般的に言って、保護構想は、必要とされる保護がその効果を發揮するのに適しているように形成されなければならない。

相談に重点を置き、そのさい必要な相談の率直さおよびその効果という視点から、適応事由によって規定された科刑や第三者による適応事由諸構成要件の確認を行なわないような保護構想へと、未生児生命の保護のために移行することを、立法者は妨げられない。妊婦および家族援助法の立法者は、この保護構想の転換を是認できる状況判断のもとに成しとげた。

III

立法者がその保護義務を充足するに当たつて相談構想に移行してよいとしても、それが意味するのは、「妊娠中絶を考える婦人に相談が影響を与えることによって未生児の生命の保護効果が決定的に——予防的に——達せられるべきだ」ということである。相談構想は、……最終的には妊娠の中絶を事実として決定し、それに対して責任を持たねばならない（最終答責）という婦人の答責意識を強化することを目標とする。」それには、以下のことが必要である。

1. a) 「相談が婦人に義務を喚起し、彼女自身が励まされて子を懷胎し続ける心づもりになるということが、相談構想の何よりもまず必要な枠条件に属する。そのさい相談は、内容、実施および組織体からして、婦人が妊娠を継続するか中絶する

かについて答責的な決断を下すために必要な諸々の識見と情報を伝達するのに適わしいものでなければならない。」

b) 「そのうえに相談構想における相談員には、——積極的にせよ消極的にせよ——妊娠葛藤にあつて婦人の意思に影響を及ぼしうる者が含まれていなければならぬ。」

c) 上述の諸理由から、相談規定は、一般的な窮迫状態適応事由を正当化事由と定めることはできない。婦人の基本権的諸地位も、一般的な窮迫状態適応事由を正当化事由とすることを弁護しない。これには別の仕方で対応されうる（これについては、D III. 3. 参照）。「未生の人の生命という法益の憲法上の地位は、公共の意識に引き続き現存していなければならない（いわゆる積極的一般予防）。それゆえ、相談規定も、——医学的および胎児病性的適応事由（刑法新規定第二一八条a 第二項および第三項に匹敵するような）——期待可能な限界を超えるほどに重大かつ異常なものである諸々の負担が、子の懷胎によつて婦人に生じている場合、というような例外状況においてのみ妊娠中絶は適法でありうるということを、憲法の枠内にある法

秩序の中に表現しなければならない。この方向づけが答責的に行為する婦人に、その行為を評価する基盤を与える。まさにこのことが、相談規定によつて婦人にゆだねられる答責の核心で

ある。もともと、その遂行から正当化というものが帰結されうるわけではない（D III. 2. b) a参照）。

d) 最後に、主として予防的保護の成功に期待をかける相談規定は、具体的な諸々の苦境と社会的な諸々の困窮を除去または軽減することによって両親の子〔の出生〕に向けた決断を支援し、婦人に子を懷胎し続けるように勇気づけるような、母と子のための諸々の社会的援助の提供が——実際にも——準備されることを要求する（前D I. 3. 参照）。

2. 「初期一二週中に、相談後に、妊婦の要求により——適応事由の確認なく——医師により実施される妊娠中絶には刑が科せられないという、相談構想と結びついた目標を立法者が達成できるのは、彼がこの妊娠中絶を刑法第二一八条の構成要件から除外することによってのみである。それらは、正当化される（違法でない）とは言明されえない。」

a) 法秩序は、妊娠中絶の憲法上の禁止を再確認して明確にしなければならない。それにはとりわけ、格別な地位にある諸法益を、そもそも格別な危険状態において保護し、法と不法についての公共の意識を最も明瞭に表現している刑法が役立つ。「もし刑法がある正当化事由を規定しているならば、それは公共の法意識において、あたかも正当化構成要件において特徴づ

けられた行為は許されているかのように、理解されないわけにはゆかない。法秩序はほかの点でも、その部分領域において法と不法についてそれぞれ規定を置くに当たって、この生命のための保護が刑法上の正当化事由によって放棄されているということから出発するであろう。これでは、刑法上の保護義務にとつて十分ではないであろう。基本的な法益の保護が問題である場合に、いざれにせよ、全法秩序に対しても正当化事由に当然に与えられる貫徹力は、正当化事由をその効果においてもっぱら刑法に限定することを排除する。ある妊娠中絶は、それゆえ、正当化事由が妊娠中絶の原則的禁止の憲法的に許容された例外に構成要件的に限定されている場合にのみ、またその限りでのみ、正当化されるものと言明することが許される。

これに対し、妊娠中絶がある一定の要件のもとに处罚構成要件から除外されるならば、そのことが意味するのは単に、それには刑が科せられないということにすぎない。妊娠中絶を法秩序の他の部分において適法または違法と見なしかつ扱うべきか否かについての立法者の決断は、それによってはいまだ不間に付せられたままである (vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., 1991, Vorber. Zu §§ 13 ff. Rdnr.

41)。法秩序の他の領域ではその場合、そこで妊娠中絶が違法であることを根拠づける独自の規定を置くことができる。もつともそれがなされない場合には、処罰構成要件の阻却は正当化事由と同じ効果をもつことになり、それでは保護義務の最小限の諸要求がもはや充足されないのである。

構成要件阻却が法秩序の他の諸部分においてこの最小限の諸要求に応ずる可能性を留保しているのに対し、刑法に導入された正当化事由は憲法によって要求されている妊娠中絶の原則的禁止を最初からより広い範囲において犠牲にするものである。その限りで立法者の形成の幅には限界線が引かれる。」

b) 「裁判所によつてにせよ、国家がその者の特別な義務的地位のために信頼することが許され、かつ、その決定が必ずしもすべての国家的審査から免れてはいいない第三者によつてにせよ、その諸要件の存在が確認されなければならぬ場合のみ、例外構成要件に正当化の効果が与えられうるということは、断念しえない法治国上の基本原則に合致している。立法者によつて選定された相談の保護構想が、圧倒的に主張されている一般的な窮迫状態が問題である場合につき、その要件の確認が相談の有効性を妨げるであろうという理由で、この適応事由規定を許容しないのであれば、立法者はその限りで、妊娠の中

絶が正当化されると言明することを断念しなければならないのである。」

a) 保護構想に込められた適応事由規定の断念も、母と子の比類のない結合も、右の原則から離れることを可能にしない。「たとえ相談規定が、その子を懷胎し続けることについての決

断に当たつて婦人に答責をゆだね、相談によつて必要な規範的方向づけと子を出生することに向けての勇気づけが彼女に与えられるにしても、葛藤に実存的に巻き込まれた婦人自身が、子の懷胎が期待可能でない状態が存在しているか否か、したがつて妊娠の中絶が憲法から見ても許されうるか否かという法的に重大な問題を確定するものとすれば、それは、やはり基本法の法治国家的秩序とは調和しないであろう。婦人はその場合、自らの問題として法と不法について判断をすることになるであろう。法治国家は、「一体性の中の二体性」というまさにそうした特殊な状況においても、それを許さないのである。憲法は、いかなる仕方であれ未だ母に依存している未生児に、彼女にしてであつても保護を約束しているのである。その場合未生の生命の保護にとつて重要ではあるが、しかし危険を招来するともありうる母と未生の生命との特殊な結合は、法秩序に従つて未生児の殺害を母に許すことになるような諸要件が存在する

か否かについての決定を、もっぱら彼女にゆだねる契機になると考えられてはならない。それではまさに、法的保護の最小限度が保障されないことになるであろう。」

bb) 婦人は通例として、自分が葛藤状況にあると感じていなかぎり、軽々しく妊娠中絶を決意するものではないと言われる。しかし、……経験によれば、望みもしないのに妊娠をしてしまった婦人たちには、しばしばその逃げ道を墮胎に求めている。これに対して、例外状態において、子を懷胎し続けることが重大な理由から彼女に期待可能でない場合にのみ、彼女らは妊娠を中絶するというような経験法則は存在しない。

「しかし立法者が、相談および医師との対話後の中絶要求はいずれにせよ類型的に見て答責的で法的な諸基準によつてコントロールされた決断であることが明らかになるのであるから、個別的な場合における第三者による適応事由の確認をこれによつて置き代えることができるということから出発するならば、彼はすべての未生児に対して与えるべく義務づけられている法的保護の最小限を満さないことになるであろう。」

cc) 相談規定による保護効果が、相談後に婦人が表明した中絶要求は妊娠中絶を正当化するということに依存していない。「相談の有効性が、相談手続の終結後に彼女が決意する中絶は

法秩序によつてはつきりとは認されるという彼女の確信を前提している、ということには何の根拠もない。……彼女の中絶への決意は相談後であればいずれにせよ法的に承認されると言うのであれば、相談は婦人の答責〔意識〕を強化することはできないであろう。

期待可能でない例外状態が確認されていない場合にも、ある妊娠中絶が適法であると評価することは、そのうえに、妊娠中絶の原則的禁止が法意識の維持を通して結果としてもたらすことができない未生の人の生命の法的保護（積極的一般予防）を弱体化するであろう。法意識はそれぞれに矛盾する法的評価によつて不安定になる。もし相談の中で妊婦に、適応事由が存在する場合にのみ、彼女の妊娠中絶は許されていると言われる一方で、彼女の中絶への決意は、相談後であれば、ある適応事由が確認されないにもかかわらず正当化される、それゆえに許されると見なされるといった法的方向づけが与えられるとすれば、そこに、そのような矛盾が存在することになる。

それゆえ、立法者が相談の枠内で、婦人が……初期段階の妊娠を医師に中絶させた場合に、彼女には刑が科せられないといふ望ましい帰結に、憲法的に疑問の余地のないあり方で到達することができるのは、これを構成要件から除外することによつ

てのみである。その場合、立法者は、もちろん、妊娠の全期間にわたる妊娠中絶の原則的禁止が、構成要件阻却というかぎりにおいてもはや処罰規定には含まれないことになるが、それが法秩序の他の箇所では適切に表現されるということに配慮を示さなければならない。(前述DⅢ1.c)をも参照)。

3. 「妊娠中絶を科刑から除外することに加えて、婦人および医師の行為に対しても、未生児のための第三者による緊急救助は行なわれえないことが確保されていなければならない。婦人は、ある有効な私法上の契約の枠内で医師に中絶を実施させることの立場にあるのでなければならない(これについては後述V 6. 参照)。同様に婦人は、中絶とその理由が彼女の人格権を侵害して他人に開示されることから保護されていなければならぬ(後述EV 3.b)および4.b)参照)。この種の諸条件を創り出すためには、そのつど関連する法領域において相談後に実施される妊娠中絶を、それが正当化されないにもかかわらず、不法として取り扱うことを見合せることが可能でなければならない。」

4. 以上すべてから、相談規定によれば、相談後に妊娠を中絶する婦人は、法秩序によって許されていない行為を行なつてゐることになる。相談構想は、婦人に、一般的な窮迫状

態とその確認による正当化事由を、その基にある保護構想と矛盾することなしに付与することはできないのである。

IV 立法者がある相談構想を採用する場合、未生の人の生命のための保護義務は、相談手続の規範的形成に当たつて彼に諸々の拘束を課す(上述Ⅲ1.a)を見よ)。立法者は、相談の内容(1)、その実施規定(2)および相談に関する人員の選定を含む相談の組織体(3)を確定するに当つて、過少「措置の」禁止という条件の下に、妊娠中絶を考えている婦人が子を懷胎し続けるようにするのに有効かつ十分な諸規定を置かなければならぬ。

1. 相談の内容については、相談が結果にはこだわらずに行なわれる場合のみ、それは未生の人の生命を有効に保護する機会をもつといふことから立法者は出発することができる。相談は、婦人自身がある解決策の模索に協力することを目標としなければならない。このことは、婦人に期待通りの対話や参加を強制したり、対話の中で身許の確認を義務づけることの見合せを是認する。妊娠葛藤における相談の目標は未生の生命の保護へと向けられるのであるから、具体的な妊娠葛藤の解消につながらない単なる情報の提供だけでは不十分である。相談員は、妊娠の継続へと婦人を勇気づけ、子との生活に対する彼女の展望

望が開かれるということへの努力によつて支配されていなければならぬ。

結果にこだわらない相談は、人格的なコミュニケーションの過程であり、それは、相談員の個人的な価値観を注ぎ込むことを決して排除しているわけではないが、むしろ助言を求める者の側にも存在する規範的な方向づけに言及される機会を提供する。妊娠葛藤というものは、通例として、保護を必要とする人の生命を自らに宿しているという認識、子を持ちたいという願望を一方とし、それに結びついた諸々の課題を自らの力では解決できないという心配を他方とした内心の分裂であり、この内部分裂を発見し、子への願望に対抗する諸事情を克服するよう援助し、婦人に子を懷胎し続けることへの勇気を喚起するのに努める相談というものは、それゆえ決して外からの他者決定ではない。婦人がかかる援助を必要としていることを、妊娠中絶後に起こることが稀でない心理的な諸問題もまた裏づけている。

相談は脅しつけるのではなく、勇気つけるべきであり、教え込むのではなくて分別を喚起すべきであり、婦人を後見するのではなく、彼女の答責意識を強化すべきである。このことが相談の内容的な形成と相談を実施する人員についての高度な要求

を提立するのであり、以下のよう立法措置が必要になる。

a) 未生の生命に対する妊婦の答責が良心的な決断の基盤になるとされるのであれば、未生児は、特に彼女に対してであつても固有の生命への権利を有していることから、妊娠の初期段階でも法秩序による特別な保護を享有することが、それゆえ法秩序によれば、期待可能な上限を超えるほどに重大かつ異常な負担が彼女に生じているという例外状況においてのみ妊娠中絶を考慮することが許されるということが、彼女に意識されなければならない。相談員はこれを確認し、誤解があるときは被相談者にも分りやすい仕方でこれを修正しなければならない。

b) すべての相談は対話形式で行なわれ、そこではこの間に開発された葛藤相談の科学的方法が適用されなければならない。それには、相談員が相応の能力を有しており、それぞれの婦人に十分な時間を割くことができること、および妊婦が妊娠の中絶を考えるようになった本当の理由を打ち明けることが条件となる。決定的なのは、相談を通して生命保護を保障しようとする構想は、中絶を決意した婦人の理由を適応事由構成要件を手がかりにした第三者による評価に服させ、相談後に下した子の利益と対立する決断に制裁を科すのを断念することである。

c) 保護義務はさらに、相談中に社会的その他諸々の助成措

置が婦人に紹介され、要求があれば可能な限り効果的に講じられる

ることを要求する。教会または諸基金など第三者に生命保護の用意がある場合も、同様である。これらすべての手段が尽されてのみ、婦人に子を持つことへの意思を促進することができ

る。

d) 妊婦の近親者——特に未生児の父および未成年の妊婦であればその両親——には彼女を支援することが求められ、彼女の子を持つことへの賛否の決断に影響を与えることが顧慮されなければ、相談手続は十分でない。相談ではそれゆえ、父、近親者または信頼の置ける人を招致することが適当であるか否かが検討されなければならない。

2. 相談が必要とする内容は、その実施規定をも決定する。

a) 相談所において相談を受けたという証明書は、相談手続が終結したとみられる場合にははじめて発行される、というよう規定されなければならない。このように規定する場合であっても、婦人の格別な心理的状況に、十分に考慮が払われなければならない。

b) 妊娠中絶は相談の直後に行なわれてはならない。婦人は、責任ある決断を下すためには、信頼できる人と彼女の決断について話し合える機会を持つていなければならないからである

(BVerfGE 39, 1, 64 参照)。

3. 国家は、相談手続を通して自ら未生の人の保護を実現しようとするのであれば、その実施に完全な責任を負う。国家には適切な相談の提供を保障する義務が課せられ、宗教的、世界観的または政治的な目的表象に方向づけられた無統制な実施に至る私的な組織体に相談をゆだねることによつてその責任から免れることはできない。相談が国家以外の組織体によつて実施される場合であつても、保護構想の枠内で相談が国家の課題であることに変わりはない。国家は、保護の有効性のために相談の運用に対する監視を免れることはできない。そこから、次のことなどが帰結する。

a) 国家は、その扱い手が国家か共同体か私人かを問わず、その組織および未生の生命の保護の根本的態度からして——たとえば生命保護が拘束的な行動基準であることを公的に表明しているなど——、またそこで働く人員からして、相談が憲法および法律上の基準値に合致して行われることを保障している施設にのみ、相談をゆだねることができる。

b) 前述の内容的な諸要件を充足すべき相談は、相談対話が時間的圧迫を被らずにすむのに十分な数の人員および専門家によって実施されなければならない。相談が特に重大な状態にか

かわる場合には、そのつど必要な専門知識を用いる専門家の参加を求めることができなければならない。

c) 妊娠中絶を実施する者は、相談員から除外される。さらに、相談所が妊娠中絶の実施に物質的な関心を持つていては、相談所が妊娠中絶のための相談は許されない。

d) 相談の組織体および実施に対する責任は、国家が相談施設を認可するに当たってその適性を、前掲の意味において審査するだけでは十分でない。もつとも認可された相談所には、将来にわたって法的地位が付与され、その地位は、憲法上の基準値および法律上の諸規定の甚しい侵害が証明される場合以外には、取り消されることはない。

相談所は、相談構想の枠内において特別の責任を負う。国家はそれゆえ、相談所の認可を定期的に再審査し、相談要件が尊重されているか否かを確認しなければならない。認可の継続または追認は、これを条件としてのみ許される。

e) 国家のこの監督義務は、法律が有効な監督の手段をも創り出すことを条件とする。これがどう行なわれるべきかを決定するのは、立法者の仕事に属する。相談の終結後にその重要な内容と提供された助成措置を記録に留めて置くことは相談員の義務である。この記録は、もっぱら相談活動を監視するに当

たって利用することができるものであつて、個々の中絶の審査に用いられてはならない。相談に関与した者的人格権の保護を求める権利に対しても、記録が被相談者および場合によつては参加を求められた第三者の身許確認を許さないという形で考慮が払われなければならない。

V

医師には、要求された妊娠中絶を直ちに実施することは許されない。医師は、その医師としての行為に責任を負わなければならぬ。医師は、健康と生命保護に義務づけられているのであるから、みだりに妊娠中絶に関与することは許されない。医師は、その医業エトスと医業法からしてすでに、未生の生命をも含めた、人の生命の維持に献身することが義務づけられている。医師が相談に当たり、また妊娠中絶への関与を決断するに当たり、この保護義務を実行に移すことができるよう、国家は保障しなければならない。さらに国家は、まさに妊娠中絶のための正当化事由の存在を確認させることを断念している場合こそ、当然に医師に帰属すべき保護任務を実行することを医師に義務づけなければならない。

1. 妊娠を中絶する場合の医師の法義務は、すべての医的侵

襲にわたつて顧慮しなければならない一般的な職業義務と結びつく。もつとも、所見の確認、患者への説明と相談並びに記録保持への一般的義務は、相談構想による妊娠中絶の特殊性に適合しなければならない。

a) 妊娠中絶に関与することについての医師の答責的な決断は、相談構想によれば科刑の除外がそれにかかっている諸前提を医師が確認することを条件とする。これには、婦人が相談を受けたこと、相談と妊娠中絶との間に熟慮期間が確保されたことのほか、妊娠の月齢の確認が属する。そのさい医師は婦人の申し立てを信用するだけでなく、信頼できる診断手段——例えば超音波診断——を用いなければならない。

b) 医師は、相談対話の中で、妊娠中絶は人の生命を破壊するものであることを婦人に適切な仕方ではつきりと伝えなければならない。医師の診断と情報提供には、——憲法秩序によって否認される——性の選択という理由による妊娠中絶の危険に対応するために、限界線が引かれる。それゆえ、妊娠の初期段階で子の性を第三者に告知することは、それが医学的に適応している場合を別にして、禁じられなければならない。

c) 答責的な医師の行為は規範的に未生の生命保護へと向かれているのであるから、医師は、法秩序がいかなる要件の下で妊娠中絶を違法でないと見ていいのかを顧慮しなければならない。そのためには、医師による葛藤状態の判断が必要であり、それが課せられる。婦人が妊娠中絶を要求する理由が医学的な診断に親しむものであるときは、医師は原則として独自に判断しなければならない。その他の理由の場合では、婦人の申し立てが信用できると見られる限り、医師は通例としてそれに従つてよい。妊娠葛藤により根深い原因があれば、医師はそれを調査しなければならず、そのさい医師は、婦人が実際に心から妊娠中絶を肯定しているのか、それとも婦人の家族的その他の社会

的環境に由来する影響下に彼女が置かれているのかに注意を向けなければならない。

d) 医業法の一般原則により、医師には、その業務の遂行に当たつてなされた諸々の認定と措置を記録に留めて置くことが求められる (vgl. §11 Abs. 1 der Musterberufsordnung)。この記録義務は、妊娠中絶の場合の拡大された説明および相談義務に

も及ぶ。

e) 医師の婦人との対話および医師の答責的な決断といった諸要求は、相談規定の構想と矛盾するものではない。中絶願望のための諸理由が第三者による審査と評価を受けるという重圧下に、妊婦が置かれているわけではないからである。また、医師は医師としてのその自己理解から婦人が希望する中絶に関与することに責任を負いうるかについて自ら心証を形成すべきだとされているのであって、ある適応事由の確認と判断が医師に要求されとはいえない。

かかる医師の決断は、生命を維持するという医師の業務と固く結びついている。医師が妊婦から中絶の理由を打ち明けられることは、たとえ刑法規定がそれを要求していくとも、中絶の希望が答責的な決意と顧慮に値する理由に基づいてるという確信を患者との対話が伝えうるか否かの検討と同様に、不可欠である。

2. a) 医師の助言を前述の意味で聞いた後に、それでも妊婦が中絶を要求する場合には、医師が妊娠中絶を許されていると考えているか否かとは無関係に、相談構想において科刑を除外すること（構成要件阻却——前述III 2. a) 参照）に憲法上の疑念はない。

b) 医師が中絶に医師として責任を負いうると考えるならば、彼は刑が科せられることなくそれに関与することができますなればならない。医師が中絶に医師として責任を負いえないと考えるならば、彼はその関与を拒否しなければならない。未生の生命のための憲法上の保護義務は、刑法にその侵害を非難する規定を置くことを命じない。この義務とその貫徹が医師の職業規則に規定されていれば、その履行としては必要かつ十分である。

c) これに対して、中絶要求の理由を妊婦に説明させ、相談の先行と熟慮期間を確認し、生命保護に役立つ説明義務および相談義務を履行することを医師が怠ったときは刑法的制裁の対象になりうる。さらに、妊娠期間を確認する義務および妊娠二週以内では子の性を告知しない義務は、刑法的に防護されなければならない。未生の生命保護のための重要な支点にもなりうる医師のこの行為を保障することを、保護効果を目標とする相談構想が断念することは許されない。

3. 医師が説明義務および相談義務を正しく評価できるようにするために、婦人科学のみならず、妊娠葛藤の判断に必要な知識を与えるような、教育および研修についての規定を置くことが得策である。

4. 妊娠中絶の実施を拒絶してもそこからいかなる不利益も

医師に生じない場合にのみ、医師は相談構想において彼に帰せられる任務を安心して遂行することができる。妊娠中絶への関与を——医学的適応事由がある場合を例外として——拒否する権利もまた、医師としての人格権の保護領域に属する（基本法第二条第一項と結びつく第二条第二項）。立法者は、第五次刑法改正法第二条によつてこれに考慮を払つた。

5. 妊婦および家族援助法第一五章第一号の表現形式における第五次刑法改正法第三章第一項第一文は、必要な医学的事後措置も保障されている施設でのみ、妊娠中絶を実施することが許されると規定する。この規定を基盤にすると、妊娠中絶の実施が専門化され、その活動も本質的にそれへと向けられている。のような施設が成り立つことになり、そこからは、未生の人の生命のための医師の保護義務が十分に尽されないという危険が生ずる。憲法上の保護義務はそれゆえ、いかにすればこの危険に有効に対処しうるのかを検討し、適切な規定を置くことを立法者に命じる。これを検討するに当たつては、中絶件数を全医療活動の一定の割合に限定し、妊娠中絶のための報酬に上限がつけられてくるフランスの例が参考になる (vgl. *Eser/Koch, Schwangerschaftabbruch im internationalen Vergleich, Teil 1 Europa, 1988, S. 520f.*)。

6. 未生の生命のための国家の保護義務は、相談構想によれば刑が科せられない妊娠中絶についての医師および病院との契約が、法的に無効であるとみなすことを命ずるものではない。構想はむしろ、医師と婦人との間の給付交換が法律関係として形成されることと、従つてまた諸給付が法的根拠をもつて保障されることを要求する。それゆえ、契約の個別的な法的効果の評価は別として、民法第一三・四条〔法律上の禁止〕、第一三八条〔良俗違反の法律行為〕はその効力を失わない。医師および病院経営者は、彼らの諸権利、特に対価請求権を保証するとともに、彼らの諸義務をも定めた有効な契約に基づいてのみ妊娠中絶に関与すべきである。

ある子が現存していることを損害の源泉として法的に格づけをすることは、憲法上の理由（基本法第一条第一項）からして問題にならない。すべての人間をその現存在においてそれ自身のために尊重するというすべての国家権力の義務（前述 I 1. a) 参照）が、子のための扶養義務を損害として把握することを禁じる。医師の相談過誤または失敗した妊娠中絶の責任についての民事裁判所の判例（妊娠中絶について、vgl. BGHZ 86, 240 ff.; 89, 95 ff.; 95, 199 ff.; BGH NJW 1985, S. 671 ff.; VersR 1985, S. 1068 ff.; VersR 1986, S. 869 f.; VersR 1988,

S. 155 f.; NJW 1992, S. 1556 ff.; 腹妊娠手術について vgl. BGHZ 76, 249 ff.; 76, 259 ff.; BGH NJW 1984, S. 2625 f.) は、この観点から再審査を必要とする。医療的に不適切に実施され、失敗した妊娠中絶において生じた損害を理由とする、子に対する医師の損害賠償義務はこれとは無関係である (vgl. BGHZ 58, 48, 49 ff.; BGH NJW 1989, S. 1538, 1539)°

M

未生の生命のための国家の保護義務は、第三者、特に妊婦の家族その他の社会的環境に属する人々に由来する諸々の危険からの保護をも含む（前述I 2・およびIII 1・b）を見よ）。

1. 相談実務や科学的調査からの報告が示すように、ついに

は中絶と結びつく妊娠葛藤の原因のかなりの部分は、第一次

に経済的・社会的窮迫状態にあるのではなく、パートナー関係の崩壊、子の父または婦人の両親による子の拒絶および彼らが行使する圧迫にある（vgl. Renate Köcher, Schwangerschaftsabbruch - betroffene Frauen Berichten, in : Aus Politik und Zeitgeschichte B 14/90, S. 37 f.; Deutscher Caritasverband, 13 Erhebung : Werdende Mütter in Not - und Konfliktsituationen, Zeitraum 1989, S. 45ff.; Roeder/Sellschopp/Henrich, Die Rolle

des Mannes bei Schwangerschaftskonflikten, Abschlußbericht Oktober 1992）°。しかし、婦人の身近にあって彼女がまことに望まれない妊娠にあっても助力と援助を期待してよい人々がこれを拒否した場合、彼女の立たされる苦境がいかに——逃げ道がないほどに——大きいかを示している。

2. 法秩序はこれと対抗しなければならない。法秩序は、相談の効果的な機会それ自体のために、婦人に、外部からの圧迫によつて決定されることのない自らの答責性の余地を確保しなければならない。それゆえ子の父、妊婦が未成年者である場合ではその両親といった、周囲の人々が相談構想の中に組み込まれていなければならない。

a) 未生の生命の保護に向けられている相談構想では、それゆえこれらの人々の答責意識に訴えるだけでは十分でない。むしろ、新たな法規定または現行の法規定の適用を通して、家族の責任を求めるとともに、妊婦をとりまく社会的な環境にも必要な思いやりを求めることができるための諸条件を創り出すことが目標とされなければならない（前述I 3・a）をも参照）。

b) もうに、家族環境にある人々に対し、一定の範囲で刑罰を装備した行動命令・禁止を行なうことが不可欠である。それは、いやした人々が、妊娠のためは必要になつた期待可能な

助力をいわれもなく差し控えないこととともに、婦人に妊娠中絶を強要しないことを目標としなければならない。そのさい可罰性は、妊娠が中絶されたことに依存させることができ。家族以外の社会的環境にある人々が、妊婦に中絶を迫つたり、いわれもなく妊娠中絶の危険に結びつく窮迫状態に妊婦を追い込んだ場合に、彼らに対しても同様の制裁を規定すべきか否かが検討されなければならない。

E

妊婦および家族援助法の問題となる諸規定を以上の諸基準に照し合わせて審査するならば、この法律が妊娠初期一二週のための、それ自体としては許容される相談構想に移行するに当たつて、未生の生命を有効に保護すべき憲法上の義務を必要な範囲において正当に評価していいことが明らかになる。

I

妊娠初期一二週内に、刑法新規定第二十九条に従つた相談の後に、妊婦の要求に基づき、医師により実施される妊娠中絶は「違法でない」とする刑法新規定第二一八条a第一項は、未生の人の生命のための憲法上の保護義務と調和しえず無効である。

II

未生の人の生命の保護のための憲法上の諸要求を充足してい

1. この規定は、その効果において刑法新規定第二一八条a第二項および第三項に示されている正当化事由（医学的および胎児病性適応事由）と同列の正当化事由を規範化している。この正当化事由の効果は、基本的な法益保護の領域では、刑法上の正当化事由は全法秩序に貫徹するゆえに、可罰性の排除に限定されない（前述D III 2・a）参照）。

2. 刑法新規定第二一八条a第一項が妊娠中絶のための一般的な正当化事由を根拠づけるものとすれば、その内容的な諸要件は憲法上の諸要求を充足しない（前述D I 2・c) b）。この規定では、医学的、胎児病性的、刑事学的適応事由と比肩しうるほどに重大な窮迫状態は前提とされていない。この規定が根拠としている相談構想は、前述の憲法上の基準からして、妊娠中絶の正当化へと導くことはできない（D I 2・c) およびIII 2・参照）。相談構想の枠内では、保護構想がその例外を要求するかぎりで、妊娠中絶の原則的禁止の法的効果を一定の要件の下に個別的な領域に制限すること（刑法では構成要件阻却による不処罰）だけが許される。（3. よび4. 略）

ない刑法新規定第二二九条は、基本法と調和しえず無効である。

相談は、法律の基礎をなす保護構想の範囲内で中枢的な意義をもつ。立法者は、国家的な任務としてのこの相談を、国家がその実施に対する責任を完全に遂行することができるよう形

成しなければならない（前述D IV 3.）。国家は、そのさい、相談任務の目標と内容並びに顧慮すべき手続を憲法から展開された基本原則に一致させて規定しなければならない（前述D IV 1. および2.）。ここで保護すべき法益の地位、および妊婦がその妊娠の中絶を考えて相談所を訪問するまさにその時点でさらさるその法益に対する危険の高さからして、立法者は、相談の任務と実施を、法律が解説を借りなくとも適用されうるほど明白にかつ公共に分かるように規定しなければならない。

1. 窮迫および葛藤状態における妊婦の相談規定（刑法新規定第二二九条）は、保護構想によって必要とされる、生命保護に向けられた相談が、諸組織体に対する国家の十分な権限と義務および相談施設の監視によつて保障されていないという理由だけからして、すでに十分でない。この規定を基盤にしたのでは、相談の目標と内容から保護構想に対応する効果を期待させるような相談施設を提供するという國家の責任を充足することはできない。

a) 刑法新規定第二二九条第二項は組織上の観点から、相談は法律に基づいて認可された相談所によつて行なわれなければならず、妊娠を中絶する医師は相談員となることができないと規定する。

a) これでは、その組織体、未生の生命の保護の根本的態度、およびそこで働く人員からして、相談が憲法および法律上の基準値に合致して行なわれることを保障している相談所にのみ、国家は窮迫および葛藤状態にある妊婦の相談任務をゆだねるということ（前述D IV 3. a）が確保されない。相談対話が時間的圧迫を被ることのない、十分な人員を装備した相談所のみが認可される（前述D IV 3. b参照）といふことも保障されない。最後に、妊娠中絶が実施される施設と、妊娠中絶の実施へと相談を方向づけるような物質的な利害が排除されていない形で、組織的または経済的に結びついている施設は相談所として認可されないようにするための（前述D IV 3. c）十分な規範的防護策が欠如している。

bb) 刑法新規定第二二九条第二項第一文が、そこで要求されている「法律に基づく」認可がまさにここで必要とされる種類の相談に關係づけられていなければならないことを表現していないという理由からも、葛藤相談の組織体の法規定は、欠陥を

有する。この相談のための前提条件を充足する相談所に国家の認可による任務としての相談をゆだね、相談所がそのための前提条件をもはや充足しないときに認可の取り消しによつて相談所からこの任務を剥奪するのは、国家である（前述D IV 3・d）。

b) 相談所の十分な国家的監視を保障する諸規定も欠如している。国家は、法律を基盤にしてこの相談所の認可を定期的に再審査し、そのさい相談に対する諸要求が遵守されているか否かを確認しなければならない。この前提条件の下でのみ、認可是継続または再確認されるのである（D IV 3・d）。かかる監視は、法律が情報収集権限と監督権限を備えていることを条件とする（前述D IV 3・e）参照）。立法者はこれについて何も規定しなかつたのであるから、当該相談規定は欠陥を有する。

c) 右のような組織上および手続法上の欠陥は、刑法新規定第二十九条の相談規定を全体としてとらえている。相談の目標と内容についての言明は、その現実化を保障する組織上および監視上の防護策がなければ、保護構想によつて必要とされる有効性を欠く。それらはいわば宙に浮いてしまうのである。

2. これを背景にして、刑法新規定第二十九条の諸規定が相談の目標、内容および実施について憲法審査に耐えるかについて、決定的な判断が残る。

a) 刑法新規定第二十九条第一項第一文から第三文によれば、相談は、出生前の生命の高い価値と婦人の自己答責性の承認の下に、妊婦のための助言と援助を通して生命保護に奉仕し、また、妊娠と関連して生ずる窮迫および葛藤状態を克服し、妊婦が答責意識的に自らの良心的決断を下すことができるようになることに寄与すべきものとされている。

これでは、憲法的に先置された相談の目標とその本質的な内容（前述D IV 1.）が十分明瞭に表現されていない。相談は確かに結果にかかわりなく行なわれなければならないが、しかしそれは目標にかかわりなくということであつてはならず、未生の生命保護へと向けられていなければならぬ。相談員は、妊娠を継続するように妊婦を勇気づけ、彼女に子との生活のための展望を開かせる努力によつて導かれていなければならない。そのためには、彼（女）らは未生児の独自の生命権の原則的地位についての、および例外状態のもとでしか妊娠中絶は許されないことについての、既存の誤解とも対決しなければならないのである。

この規定を適用するに当たつて標準となる客観的な言葉の意味は、しかし、必要な明確性と一義性をもつてこのことを認識させない。刑法新規定第二十九条は、妊婦に子を懷胎し続ける

ように勇気づけるという、いかなる明示的な委任をも含んでいない。最後に、冒頭で述べられた憲法上の基準に合致した重大な窮屈状態が存在していない限り、未生の生命保護に原則的優位が帰せられることが婦人に認識されなければならないということが、法律では十分にはつきりしていない。刑法第二一九条の新規定では、この相談目標がより明瞭な定着を見出さなければならない。

b) 刑法新規定第二一九条第一項第四文および第五文では、相談の任務として妊婦への包括的な医学的、社会的および法的な情報提供が挙げられている。それによれば、相談は母と子の諸々の請求権と可能な実際的援助を含む。刑法新規定第二一九条第三項第二文に従えば、第一項による相談および彼女に「それによつて」与えられる情報提供が実施されたことについて、婦人の決断発見のために「直ちに」証明書が発行されなければならぬ。

これでは、この規定による相談の重点が情報提供にあるという印象を呼び起す。これは相談に対する憲法上の諸要求と対応しないのであるから、立法者はこれと対決しなければならない。単に情報を与えるだけで、具体的な妊娠葛藤を取り上げてこれを対話のテーマとして求めない相談は、婦人への勇気づけを通

して生命保護に本質的に寄与するという、保護構想の枠内での相談に帰せられる任務を逸する。葛藤相談を取り上げるにはそのうえ、婦人に妊娠中絶を考えさせている諸々の理由の開示を、相談員が彼女に求めることが必要である。相談員が葛藤解決の諸手段を尽したと見られない限り、相談の終結を記録する相談証明書は発行されはならない。相談の新規定ではそれゆえ、相談は情報提供以外に生命保護に役立つ葛藤相談に努め、そのため与えられた諸手段をくみ尽さなければならないことを明瞭に表現しなければならない。

c) さらに、相談所は刑法新規定第二一九条による枠内で公的な援助について婦人に情報を提供するだけでなく、使用可能な援助も彼女に提示して説明するか、援助の獲得に当たつて彼女を支援しなければならないことが、妊婦および家族援助法第一章第二条第二項第二文とは独立に、明確にされていることが必要である。

d) 刑法新規定第二一九条第一項第三文は、妊婦が相談後に下した決断を「良心的決断」と表示する。立法者は、明らかにそれによつて、妊娠の中絶への決断は尊重すべき良心的決断という地位を持ちうるとする連邦憲法裁判所の表現形式(vgl. *BVerfGE* 39, 1, 48)に結びつけようとしている。しかしながら

の限りで限界づけられているという見解である（I）。われわれの見解によれば、これと並んで、相談規定における未生の生命のための有効な保護は、ある妊娠中絶が許されているのか許されていないのかについてまさに規範的に明確にすることを命じている。基本法はそのさい、いずれにせよ相談後の妊娠中絶を正当化することを許している（II）。そこから、刑法新規定第二二八条a第一項は憲法に適合すること、相談後の中絶のための法定健康保険の給付は社会法第二四条bから除外されるべきではないことが帰結する（III）。

I

多数意見によれば、婦人には、妊娠の全期間にわたって子を懐胎し続ける法義務が課せられ、この義務は相談後であっても、期待不可能性を基準とする法律上の例外構成要件が存在してい る場合にしか終了しない（判決、D I 2.c 参照）。われわれはこれに賛成しない。国家が立法という方法で未生の生命の保護のために婦人に課する義務は、同時に彼女の基本権的地位を顧慮したものでなければならない。

妊娠中絶の一切の法規制はそれゆえ、未生の生命の保護のみではなく、「自らの人間の尊厳の保護と尊重を求める彼女の請

求権（基本法第一条第一項）、身体の無傷性を求める彼女の権利（基本法第二条第二項）および彼女の人格権（基本法第二条第一項）とも調和しなければならない。胎児に対する婦人の保護義務と彼女の基本権的地位を相互にバランスよく組み合わせることは國家の任務である。憲法はこの組み合わせを予め規定していない。立法者は、それゆえ、未生の生命に対する過少「措置の」禁止を一方とし、しかし婦人にに対する過剰「措置の」禁止を他方とする、それゆえ結局は比例性の原則によって制限される衡量および形成の幅というものを有している。立法者が、妊娠の初期段階において、刑罰威嚇のもとに義務づけられる相談の後に、妊娠の継続についての自己答責的決断を下すことを、妊婦に可能にし、その限りで妊娠中絶の禁止および妊娠し続ける法義務を見合わせるとしても、彼は、彼に帰属する衡量と形成の幅を超えてはいない。婦人の法義務が存在しない限り、彼女の行為は彼女の基本権の行使として許される」。

1. 妊娠葛藤は、人の生命の他のすべての危殆化とは異なるのでなく、妊婦の人格において比類のない單一体、まさに「單一体における二体性」をなしている。妊娠初期数週内では新しい生命はいまだ母親のみに属し依存している。母と比類

のない仕方で結びついている未生児のこの依存性が、もし国家が母と協働するならば、国家はその保護のためのより優れた機会をもつという評価を根拠づける。

このことが、妊娠の初期段階における婦人の基本権的諸地位を記述するための事実的なものにおける出発点である。本判決も認めているように、新相談規定もここから出発しているのであつて、適応事由原則を否認したものではない。「新規定はむしろ、婦人の人格性と尊厳の理解が変化したことの帰結である。婦人は妊娠の継続または中絶について自己答責的な決断をなしうる」という判決の言明は、しかしながら憲法解釈における諸帰結へと導くものでなければならない。われわれの見解によれば、右の言明は、必然的に、未生の生命の人間としての尊厳を一方とし、妊婦の人間としての尊厳を他方とする両者の衝突を、判断に見られるのとは異なり、バランスよく組み合わせることによって解消することに導く。「單一体における二体性」という比類のない組み合わせ問題は、婦人と胎児とを単に対置するだけでは、おおよそのことであつても基本権的に把握されえない。

彼女自身の基本権状態はむしろ、その本質上、彼女が他の生命を自らに宿しているがゆえに、この生命に対して有している責任によつて共に決定される。このことによつて、婦人が人間に

固有の尊厳を有するこの別の生命に『対立する』こともまた、排除されるというわけではない。それでもやはり、妊婦の基本権的地位と保護義務との間の調整という特殊なものが、この二つの言明においてはじめて表現されているのである。」

「『單一体における二体性』は妊娠の進行とともに変化する。初期数週では婦人と胎児(*nasciturus*)はなお全く「一体性」として現象するが、胎児(*Embryo*)の成長とともに「二体性」がより強く現われる。この発育過程は法的にも重要である。婦人の自己答責は確かに残るが、しかしそれは最終答責という性格を失う。妊婦の基本権的地位と未生の生命のための保護義務との間の調整を法律的に実定化することは、妊娠それ自体が一つの過程であるがゆえに、妊婦の基本権的地位における過程的な要素、というものを顧慮しなければならない。妊娠の進行および胎児の成長とともに、組み合わせにおける重点は移行する。婦人の基本権的地位の内容および保護義務を引き受ける国家の役割について、初期段階では、進行した段階とは異った判断がなされなければならない。」

2. 立法者は、妊娠の初期段階とそれ以後の経過とでは異なる国家の保護義務を形成しなければならない。「初期段階では、国家は、葛藤事例において、刑法第二二八条による刑罰

威嚇のもとに、未生の生命がその関心の的である相談へと婦人を義務づけることによつて、保護義務を引き受ける。国家は、しかし、その終了とともに、最終答責的な決断に対する婦人の自己答責性とその能力が働く余地を承認する。婦人はここでは請求権の相手方ではなく、請求権者である。……それ以後の妊娠期間では、保護義務はいまや、刑罰による威嚇を通して胎児の生命への権利を擁護する。」

「妊婦および家族援助法の立法者は、妊娠の初期の限られた

時間帯の間で、妊婦の葛藤における決断のための可能性を認容する点で、彼女の基本権的地位を顧慮した。そのさい立法者は、妊娠の中絶前に婦人に相談を義務づけることによつて、その保護義務を引き受けている。この時間帯が経過してはじめて、立法者は、未生の生命に対する婦人の完全な保証義務を根拠づけている。これによつて立法者は、妊娠葛藤に関連した基本権的諸地位間の釣り合いのとれた調整を作り出しているのである。」

3. 「單一体における二体性」という概念は、比類のない基本権的状態と、いうものを適切に把握させる。そこでともに考え

られている妊娠の自然進行性は、憲法解釈論上の意味で、つまりは未生の生命に対する婦人の最終答責から国家による未生児のための最終答責への展開というように把握されなければなら

ない。オランダの刑法典は（例えば）妊娠二十四週をもつて妊娠中絶の構成要件を終結させ、その時点以後は、「胎児が母体の外で生命を維持することができる」とを真に期待できる場合には、中絶を故殺として罰する」とにしてくる（Art. 82 a StGB, Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch in internationalen Vergleich, Teil 1. Europa, 1988, S. 1073）。この刑法はそれゆえ、妊娠の後期段階における未生の生命を刑法上の意味における人と見ているのである。

4. これに対し、期待不可能性の基準（判決、D I 2. c）b) は、この状況の比類のなきを正当に評価していない。多数意見は相談規定の枠内でもこの基準に固執している。一般的な窮屈適応事由という正当化事由以外の場合にも、子を懷胎し続ける法義務とその限界について必要な方向づけを与えるために、妊婦に期待可能な犠牲の上限を超える負担が生じているという例外的な諸状況においてしか妊娠中絶は許されないと、國家は表現しなければならないと言ふのである（判決、D III 1. c）。

このように方向づけられた法秩序の指針として、われわれは、期待不可能性の基準を不適切であると考える。葛藤状態を法律上の両適応事由が準拠する期待可能な犠牲の限度に自ら当ては

めさせること（判決、D I 2.c) b)）は、婦人に過大な要求を強いないわけにはゆかない。それというのも、望まれない妊娠と結びついた葛藤状態というものは、婦人の心理的および物理的な状況に応じてそれぞれに異なるからである。子の出産を超えて、責任ある母となるための機会と展望がある場合にのみ（基本法第六条第二項）、彼女は「期待可能な犠牲の限度」を認めることができるのである。

法的に見ると、期待不可能性という基準は、そのつどの葛藤状態が婦人の主觀に根ざしていればいるほど、その尺度もそれだけに漠然としたものになるような当てはめに導くことになる。この当てはめは限られた範囲でしか規範的にコントロールできない。このことから、現行法の一般的窮迫適応事由でさえ、基本法第一〇三第二項の明確性の点で疑問視されてきたのである。……。

わかれわれの見解によれば、初期段階で相談後に医師により実施され、科刑から除外される妊娠中絶に、妊娠の継続が期待不可能であることを第三者が確認しなかつた場合は、刑法上の正当化を否認するということを、基本法は命じていらない。相談後

に実施される中絶の正当化は、相談規定の要石である。この中絶を正当化的な例外状態であると見なすことは、その前提条件の第三者による確認がない場合であっても基本法と調和しうる（1）。刑法以外で違法と判断することは、未生の生命に対する国家の保護義務の充足に何ら寄与しない（2）。

1・相談後に妊婦が最終的に下す判断は、原則として答責的であることを意味する。もし相談がそれに割り当てられた保護効果を失つてはならないのであれば、この決断は法秩序によつて是認されているのでなければならぬ。妊娠中絶に賛成する婦人の決断は確かに刑罰から除外されるが、しかし——刑法以外では——正当化されないものとして扱かわれ、これに法的な不利益が結びつけられるならば、相談は効を奏すことができない。「立法者は……憲法を侵害することなしに婦人の決断に正当化を結びつけることが許される。そのためには、立法者は、相談規定の有効条件と調和しないような第三者による事実確認を断念することが許される。そのように形成された……相談規定が、一般に、現行法よりもより効果的な未生児生命のための保護を保障するのに適しているのであれば、それは同時に個々の未生児のためのより効果的な保護をも意味する。」

a) 国家が婦人に課する保護義務は、彼女が答責的な決断の

能力を有すること、および、彼女が妊娠の開始以来特殊な状況に置かれることを、国家が眞面目に受け止める場合のみ効を奏する。「相談実務についての口頭審理で聴取された相談員たちは、一致して、婦人たちは——彼女の体内で生育している未生の生命を当然に保護したいという心つもりから出発して——彼女の妊娠葛藤を窮屈したものと感じており、この情況の中で答責的かつ良心的に行動したいと望んでいることを証言している。彼女たちはその葛藤を最高度に一身的なものとして体験しているのであり、それゆえにこそ第三者から彼女に申し出られる期待可能性の基準による判断に對して抵抗を示すのである。したがつて、法秩序は、もしそれが本当に未生の生命に保護を提供したいのであれば、婦人に答責的な決断のための余地を認め、それによつて彼女らに責任を課すだけでなく、彼女らを信頼もしなければならないのである。この理由からむろんわれわれは、——多数意見（判決文、D IV 1. b）とは異なり——相談中に婦人が黙秘することができることも、相談対話が十分率直になされる一重要要素として、認めるのである。そして彼女らに答責的な決断が求められるならば、その決断は——法的な条件を付さずに——是認されなければならない。その場合のみ、彼女らは相談において本当に率直になれるのである。」

b) 妊婦は正当化を担うる答責的な決断を一般になしするということが、法規定の出発点でなければならない。遅くとも義務的な相談の後では、彼女は自らの体内で生育しつつある未生児がいかに高い価値を有しているかを知つてゐる。彼女は軽い気持で理由もなく中絶を決意するのではない。彼女は中絶によって自らの利益のみを求めてゐるのではない。むしろ、重大な自損と彼女の実存にかかる侵害が、子を得たいという願望を捨てさせてゐるのである。口頭審理で聴取された相談員たちは、以上のことをその実務上の経験から伝えた。立法者は相談後の中絶要求から窮屈状態を結論づけるようにしてはならない、とする多数意見の見解は、相談の効果を信頼しないか、それとも妊娠の答責的な決断に信を置かないかのいずれか、というジレンマに陥つてゐる。多数意見は両者とも認めるのであるが、このジレンマを解消する第三の理由は欠落してゐる。

濫用の危険は、これに反対する理由にならない。相談による生命保護がそれなしでは考えられない答責的決断のいかなる自由も、濫用の可能性を含んでゐる。濫用の完全な防止は、生命保護の可能性を宿してゐるこの自由を再び廃棄してしまわざにはおかないのであろう。この点は別にしても、適応事由構成要件でさえ、濫用されうるのである。（c省略）

2. 憲法上の保護義務は、未生の生命のための有効な保護を要求する（判決、D.I.4参照）。この保護が相談規定に置かれる場合、婦人にその行為の正当化が否認されるならば、個々の胎児の直接的な保護にとつても(a)、公共の法意識の維持と強化による間接的なその保護にとつても(b)、保護効果は失われる。

a) 多数意見は、相談手続の終結後に婦人が決断する中絶は法秩序によって是認されるという婦人の確信を拒絶することが、相談解決による保護構想の構成要素であると見なしている（判決、D.III.2.b)c）。われわれの確信によれば、これは保護規定の basic思想と矛盾し、保護構想の効果を全体として疑わしいものとする。われわれの見解によれば、婦人がその行為の法的意味を知らないこと以上に、その法意識が決定的に弱体化されることはない。そしてこのことは、彼女が答責的に下した決断が、彼女がそれに準拠することを求められる法律に規定された規範的な指針にもかかわらず、正当されるものとして是認されない場合にまさに生ずる。これには、法治国家上の疑惑も結びついている。

b. 多数意見によれば、相談後に実施される中絶は許されていないことを公共の法意識に印象づけるためにも、正当化の否認は必要である（判決、D.III.2.a参照）。これに対してわれわれ

は、生命保護の領域における刑法以外の法的否認が住民の法的確信を独自に形成することはないと考える。

われわれの見解によれば、まさに妊娠中絶領域における住民の法意識は、教育、自らの運命および社会の価値観を通してともに形成されている、個人の倫理的確信から育つ。「多数意見が思い浮べているような無価値判断は、ここではいささかも効果的に作用しない。すでに現行刑法第二二八条以下による墮胎の刑事訴追と有罪判決は、傾向としてほとんどゼロに近い。……一九八三年、一九八七年および一九八八年のアレンスバッハ研究所のアンケート調査によれば、ドイツ人の三分の二が妊娠中絶は許されるものと考えていた。」法に意識形成力が求められるべきだとしても、その効果が期待できるのは精々のことろ刑法であって、社会保険給付の否認にあるのではない。「社会保険法からはいかなる形成力も生じない。反対に、もし立法者が婦人の相談と最終答責に期待をかける保護構想の枠内で、未生の生命の保護のための剣としては切れ味が悪いという理由で、刑罰威嚇を撤回することにしているのに、……刑罰威嚇に代わっていまや社会保険法における法的不利益が、多数意見によれば憲法上の無価値判断という負担をいまや担うべきものとされるのだが、単なる後続法として立ち現われるというのでは、

公共の法意識を動搖させずにはおかないと。」

そのうえ、実際的な制裁を欠く憲法規範というものが法意識を形成しうるのかという問題についても、これを保証する諸知見は存在しない。単なる解釈者の確信は決定的でありえない。

多数意見の想定を、われわれは説得的であるとは全く思わない。「未生の人の生命という法益に反する行為は一定の範囲で憲法的に禁じられているが、しかし当該婦人に対する禁止の射程の限界が、保護構想の性質からしてその行為の正当化と結びついではならず、その不明確さを理由として……法定健康保険の給付は否認されるのであれば、それは公共の法的確信を混乱させずにはおかないと、同じ権利をもつて主張することができる。」

アルビン・エーザー教授は、口頭審理の中で、ある行為を「違法ではない」と特徴づけることは異なり、そうでなければ刑の科せられる行為を構成要件から除外することは、この領域における保護利益の解除と理解されないわけにゆかないと指摘した。第一小法廷〔一九七五年二月二十五日の第一次判決〕は、当時の刑法第二一八条aは刑法二二八条の構成要件を狭めたのか、正当化事由を設定したのか、それとも責任阻却事由または刑罰阻却事由を内容としているにすぎないのかは、いずれにせよ堕胎は「法的に許されている」という印象を与えるのである。

から、法意識にとつて重要でないと見た。第一小法廷はこれとは別の見方をしている。この点にも、法意識の形成手段が扱いの上でいかに安定していないかが示されている。「これをかんがみれば、行為を構成要件から除外するか、それともそれを違法でないと宣言するかの選択について——したがつて特殊刑法解釈論上の問題について——国家の保護義務の充足という視点のもとに断定的に決定を下すことは、連邦憲法裁判所の仕事ではない。それは、立法者と管轄を有する裁判所の仕事である。」

III

1. 多数意見によれば、正当化事由としての刑法新規定第二一八条a第一項は憲法に反する。右のIおよびIIでの論証から、われわれは、刑法新規定第二一八条a第一項は憲法に適合すると考える。すなわち、「当該規定が、そこで詳細に規定されている諸要件のもとに行なわれる妊娠中絶に対して、一般的な正当化事由を創設している限りにおいて、それは、基本法第二条第二項と結びついた第一条第一項に由来する国家の保護義務を侵害しない。多数意見が刑法新規定第二一八条aを、同第二一九条との関連でも、相談諸施設の組織化と監視の規定に第二一八条a第二項に結びつく欠陥があるという点で、憲法に違反す

ると宣告する点では（判決、E I 4・およびII 1・）、われわれは判決に賛成する。基本法によつて命じられている相談の内容と目標のための諸要素の規定も、この規定のために必要とされる明確性と一義性をもつて刑法新規定第二二九条第一項で表現されてゐるとは言えない（これについては、判決、E II 2・参照）。

2. 受胎後初期一二週内に医師により実施される妊娠中絶のための社会保険の給付は、われわれの見解によれば基本法と矛盾しない。立法者が、医学的適応事由を有する中絶を超えて一般に違法でない妊娠中絶の医師による実施を給付のカタログに取り込むことを、憲法的に命じられているとは、われわれも、もちろん考へていかない。しかし、立法者が婦人の健康保護を顧慮してそうするのであれば、健康保険制度の中で組織化されてゐる連帯社会という意味で法定の給付義務を形成しなければならないのである。相談規定の枠内で実施される妊娠中絶がその例外とはなりえない。社会法第五部第二四条bは、多数意見（判決、EV 2・b）が命じられていると見なしているような限定解釈には服しない。

IV

ドイツ連邦憲法裁判所第一次妊娠中絶判決の概要

医師を相談規定の保護構想に組み入れることについての多数意見（判決、D・V）について、われわれは次の二点で疑問を有する。

1. われわれの見解によれば、——多数意見（判決、DV 2・c）とは異なり——憲法上の保護義務は、妊娠中絶と関連した医師の義務侵害が刑罰制裁の対象とされる」とを要求してはない。

2. 訴訟対象は、子のための扶養義務は決して損害ではないとする判決における説明（判決、DV 6・）へのいかなる契機も与えない。それは、一傍論であるうえに、ある財産損害の可能性がいかなる条件のもとに成立しうるかについての連邦通常裁判所第六民事部が根拠づけた詳細な説明（BGHZ 76, 249, 253 ff.; BGH NJW 1984, 2625 ff.）との必要な対決を欠いている。

ベッケンフェルト判事の反対意見

私は判決の本質的な尺度となつてゐる諸説明、特に、初期一二週以内に相談後に医師によつて実施される適応事由を有しない妊娠中絶が「違法でない」、したがつて許されている、と見なされではならないとする説明（D III前文参照）に賛成である。

私はしかし、この種の相談後の中絶に対する社会健康保険諸給付は憲法上の理由から排除されないとする判決の説明（EV 2.b）には賛成できない。これについて決定を下すことは立法者の管轄に属する。

そのさい重要なのは、かかる給付が憲法上命じられていることではなく——命じられていないことははつきりしている——、もっぱらかかる給付は憲法的に禁じられているのか否か、ということである。

1. 相談後の中絶は科刑から除外されるが、しかし一般に正当化される（違法でない）と言明されてはならないとする点で、私の見解は多数意見と同じである。多数意見が適切に述べているように、子を懐胎し続ける法的義務の履行が婦人には期待できないと思われるほどの負担をもたらしている一定の例外状態のみが、妊娠中絶を正当されると見なすことに導きうる。相談後の中絶の場合にこの要件が一般的に存在するとは、経験則上考えられない。しかし逆に、相談後の中絶は一般にこの要件に合致しないという推定が同様に根拠を有するとも言えない。相談後の中絶は、正当化される中絶と正当化されない中絶との未分離の全体をなしているのである。

2. 後続法である社会保険法にとつてはかくして、保険諸給

付の保障という視点でこの相談後の中絶の未分離の全体をいかに処理すべきかという問題が提起される。相談規定の保護構想は、社会的窮迫状態適応事由の存在の確認が一般的にかつ例外なく見合せられるということに基づいている。それゆえ相談後の中絶の全体を、違法な中絶と違法でない中絶に分解することはできない。それは統一的にしか扱われえないし、またそう扱われなければならない。多数意見は、この種の中絶の適法性は構想の条件からして確認されえないことを理由に、この中絶のすべてが正当化されえず、従つて不法として扱われ、それゆえに社会保険の諸給付が排除されなければならないことを、未生の人の生命のための憲法上の保護義務の要求であると見なしている。かかる排除も、立法者の規制の可能な一つの帰結ではありうる。しかし、立法者は必ずこの種の規定を置かねばならず、その他の解決策はすべて憲法に反するということは、保護義務からも憲法上の要請からも導き出されえない。多数意見は、右のことが、妊娠中絶の原則的な法的否認、およびその適法性が確認されていない諸過程に国家は関与してはならないという抽象的な原理の必然的な帰結である、と見なすことによつて、相談構想それ自体に含まれている諸帰結を否認している。

a) 相談後の中絶の全体は、違法である——違法でないとい

う逐一的な組み入れから免れた、ひとつの異物 (ein aliud) である。それにもかかわらず、多数意見は、それを統一的に不法として扱い、社会保険にその効果を結びつけることを、憲法が命じていると考えている。

相談規定は一般的な窮迫適応事由による正当化の可能性を約束しないという原則からは、右のことの必然性は明らかにならない。「」の原則は、その行為が実体法の規準からいかに評価されるものではあれ、婦人は形式的な正当化に与かることができないことを明らかにしかつ根拠づけている。それは、しかし、次のような必然的な帰結をももたらすものではない。すなわち、相談後の中絶は、この正当化の欠如を超えて、等し並みにかつ異論の余地なく実質的に不法でもあり、——一九七五年の第一小法廷の判決 (BVerfGE 39, 1, 49 f. 参照) と一致して——期待不可能性の基準に従つて規定された加重的な社会的窮迫状態を含む一定の例外状況がそれに属するような、多数意見自身が規定した、実質的な適法性の諸基準 (D I 2. c) bb, D III 1. c) を充足する場合でさえ、実質的な不法として格付けしなければならないという帰結である。」

b) 相談の中絶は違法であるという社会保険法上の統一的な扱いは、社会保険の諸給付の全面的な拒絶に導く。多数意見

はこれを、妊娠中絶の原則的な法的否認の必然的な帰結でと考えている。これでは、正当化のための条件を充足している中絶も必然的に法的に否認されることになる……。

「妊娠中絶を考えている婦人にこのような仕方で答責が求められ、法秩序の諸要求の枠内で行動することが彼女に期待されるとすれば、処罰領域以外のすべての法領域において中絶を実施させるすべての婦人が無差別的に不法に行為する者として扱われ、これに対しても彼女は抗弁できないというような、憲法上の命令を同時に要求することは、矛盾である。婦人は、未生の生命の保護のための法秩序の諸要求に準拠することが求められ、しかも彼女がそれらに準拠する場合でさえ、あらゆる場合に彼女の行為はどこまでも不法だということになる。これは不公平であるばかりでなく、人格としての婦人たちの名誉心と誠実さをも傷つける」。

不法に組み入れるという、もう一つの要求を、そこから引き出すことはできない。「それというのも、その場合、妊娠中絶が正当化されることが確認されていないにもかかわらず、それを不法として扱うことを見合せることが許される状況」というものが存在するからである。そうとでもしなければ、婦人の人格権の著しい侵害が憂慮されるからである。多数意見は、中絶とその理由が、相談と医師との対話の場合以外に、他人に、例えば雇用者に、開示されることから婦人は保護されていなければならぬことを承認し、このような理由から相談後の中絶の場合に賃金の継続支払を正当化する（EV 4）。しかし、……相談後の中絶を無差別的に不法として扱うことによって、婦人の人格権が、より高度にとは言わないまでも少なくとも同程度に侵害されることにならないであろうか。」

d) 未生児の生命権について法意識を強化するという観点から、憲法は相談後の中絶に社会保険の給付を絶対的に禁じているという見解にも、与えない。未生児の生命的保護のために法意識を強化し、妊娠中絶を社会的に正常なことと思わせることを阻止しなければならないという点では、私は多数意見に賛成する。「しかし、これに關係した法的・規範的な方向づけが多数意見がそうするほどにまで強調される——私はこれを必要

かつ正しいと考える——一方で、しかし——これについての憲法上の理由から——法と不法が具体的に問題になつていいのであれば、そのような法意識は促進されるどころか、むしろはあるかに損われる。妊娠中絶が正当化されることもありうるような窮迫状態に陥っている婦人もまた、否応なく法的否認に服させられ、社会保険の給付から締め出されるのである。婦人たちは、その具体的な状況とは無関係に、法的に、彼女らがあたかも不法に行為したかのような負い目と負担を課せられるのである。」

3. もっとも、多数意見に対するこの異論は、相談後の中絶に憲法上、資金援助が要求されることを意味しているわけではない。違法な中絶に国家は資金援助をしてはならないという原理が、その障害となるからである。とはいって、このジレンマは相談後の中絶の解決し難い性格から生じている。「このジレンマは、相談構想の必然的な帰結であり、一方もしくは他方へ向けて亀裂なく解消することはできない。相談後の中絶の全体について、憲法によって設定された基準値という意味で、適法なものと違法なものが区別できないのであれば、この基準値が、たとえそれがどのような種類のものであれ、何らかの資金援助規定によって明確にされるということもありえない。憲法上の

保護義務から、妊娠中絶がいつ許され、いつ許されないかの識別基準が明らかになるのであるが、これに関してまさに未分離である全体の取り扱いについては、それらは何も言明できないのである。その場合はしかし、前述のジレンマをまさに一つの方向へ向けてのみ解消することは、この保護義務の要求、したがつてまた憲法の命令ではありえない。むしろ一定の規制と決断を見出ことが、立法者に求められているのである。」

4. [省略]