

「兄妹亂倫」裁定

德國聯邦憲法法院第二庭2008年2月26日裁定
- 2 BvR 392/07 -

王韻茹 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A.事實與爭點

I.本案爭點所涉及之法規條文

II.相關事實與訴訟程序

III.憲法訴願人之主張

IV.有關機關對本件憲法訴願之意見

B.理由

I.刑法第173條第2項第2句未牴觸基本法

II.系爭法院裁判不違憲

Hassemer法官提出之不同意見書

關鍵詞

亂倫禁止(Inzestverbot)

手足亂倫(Beischlaf zwischen

Geschwistern)

刑罰(Strafbarkeit)

法益(Rechtsgut)

性自主權(sexuelle Selbstbestimmung)

比例原則(Verhältnismäßigkeit)

逾越禁止(Übermaßverbot)

婚姻與家庭保障(Schutz von Ehe und Familie)

裁判要旨

刑法第173條第2項第2句關於手足間亂倫處以刑罰的規定符合基本法。

案 由

S先生不服Leipzig地方法院2005年11月10日判決-253 Ls 430 Js 29620/04及Dresden高等法院2007年1月30日裁定- 3 Ss 91/06，委託律師Endrik Wilhelm博士 (Sozietät Rechtsanwälte Kucklick, Wilhelm, Wolf & Söllner, Palaisplatz 3, 01097

Dresden)、律師 Knut Amelung 博士 (Neubühlauer Straße 26, 01324 Dresden) 以及 Joachim Renzikowski (Martin-Luther-Universität, 06108 Halle/Wittenberg) 為訴訟代理人，提起憲法訴願。2008年2月26日聯邦憲法法院第二庭在Hassemer副院長、Broß法官、Osterloh法官、Di Fabio法官、Mellinghoff法官、Lübbe-Wolff法官、Gerhardt法官與Landau法官共同審理下，裁定駁回憲法訴願。

裁判主文

刑法第173條第2項第2句，兄妹間亂倫行為處刑之規定並無牴觸基本法。憲法訴願駁回。

理 由

A.事實與爭點

憲法訴願人因兄妹亂倫之判決提起本件憲法訴願，主張該判決所依據之刑法第173條第2項第2句違憲，因此該判決無效。

I.本案爭點所涉及之法規條文

刑法第173條第2項第2句規範血緣兄妹間亂倫行為處以2年以下有期徒刑或罰金，此項規定是依據文化歷史上傳統的與國際上廣泛常見的禁止規範，其具有許多規範目的。

1.禁止亂倫之根源可追溯至古代。在漢摩拉比法典、猶太法典 (Vgl. Mose Kap. 18 Verse 6ff.; Kap. 20 Verse

11ff.; 5. Mose Kap. 27 Verse 20 ff.)、伊斯蘭法 (Vgl. Koran Sure 4 Vers 23 <kufische Zählung>)、古代希臘法 (Vgl. Karkatsoulis, Inzest und Strafrecht, 1987, S. 35f.)、羅馬法 (Vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht, 1955, S. 682ff.)、教會法 (Vgl. Palmen Der Inzest. Eine strafrechtlich-kriminologische Untersuchung, 1968, S. 44f; v. Listz/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1927, S. 563f.)、日耳曼法 (Vgl. Wilda, Geschichte des deutschen Strafrechts. Das Strafrecht der Germanen, 1. Band, 1842 <Nachdruck 1960>, S.855ff.; Vgl. Palmen, a.a. O. S.46f.) 有更多的資料，以及早期的德意志刑法典 (Vgl. Bamberger Halsgerichtsordnung, Art. 117 der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V., §§1033 bis 1047, insbes. § 1041 des Allgemeinen Preußischen Landrechts) 之中，均可找到這項禁令的內容。也可以在影響古代法律文化的神話與傳說中，尋繹出亂倫的動機，同樣在詩詞中看到其重要性 (Vgl. Rank, Das Inzest-Motiv in Dichtung und Sage. Grundzüge einer Psychologie des dichterischen Schaffens, 2. Aufl. 1926 <Nachdruck 1974>)。

2.1871年帝國刑法典第173條可回溯至1851年普魯士刑法典，其仿效

對象為北德意志邦聯刑法典第171條。帝國刑法典第173條被歸類為違反道德的重罪與輕罪行為，其下的標題為「血親亂倫」(Blutschande)，主要的立法理由為違反人民的道德觀（Vgl. Schwarze, Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, in: v. Holtzendorff(Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 3, 1874, S. 301f.; 亦 Vgl. , Palmen, a.a. O., S. 74ff.）。不同於要求廢除基於單純的不道德的亂倫可罰性構成要件的意見（Vgl. Mittermaier, Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, in: Birkmeyer/ v. Calker/Frank/ v. Hippel/ Kahl/ v. Lilenthal/ v. Liszt/ Wach (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur Deutschen Strafrechtsnorm, Besonderer Teil, IV. Band, 1906, S. 147; Marcuse, Vom Inzest, 1915, S. 76f.），在1902年的刑法改革中，幾乎未有變動地將帝國刑法第173條納入1909年刑法草案第249條，因亂倫嚴重損害家庭的道德本質，並對於後代造成危險（Vgl. Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909, S. 688f.; dazu Vgl. , Glaser, Die Sittlichkeitsdelikte nach dem Vorentwurfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, ZStW 31 (1911), S. 379 (394f.))。之後1911年

、1913年、1919年、1922年草案以及1925年德國刑法草案仍有亂倫禁止之規定（Vgl. Jähnicke, Die Blutschande, 1929, S. 51f.）。1927年刑法草案排除無血緣的姻親亂倫，參考外國法律的另一部草案則是採取較低且不同的刑度，但未將亂倫行為除罪化，如未採取刑法手段，可能無法保護青少年與成年人免於權勢者的強暴（Vgl. Gegenentwurf zu den Strafbestimmungen des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches über geschlechtliche und mit dem Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen, 1927, S. 36f.）。

在納粹統治時期，透過1938年4月23日修正與補充家庭法與無國籍者法的執行命令第4條廢除一定情況下的亂倫罪，當行為時不存在手足間婚姻關係時。法院同樣適用對於行為時有姻親家族共同體的亂倫行為處罰之規定。

這些修正都是基於納粹統治時期的優生觀念所致（Vgl. v. Gleispach, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 1935, S. 124; Vgl. , Palmen, a.a. O., S.84f.），對於姻親亂倫行為的處罰顯然不必要。在1933年普魯士司法部長的備忘錄中提

及，血親亂倫法律效果的目的首先在防止近親性交產生的遺傳危險，加上防止產生種族保護之需求（Vgl. Kerrl, Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des preußischen Justizministers, 1933, S. 68.）。

在1953年8月4日第3次刑法修正法案中，也補上了上述提及的執行命令第4條規定。

1960年刑法修正草案除了提高刑度外，也排除了僅違反道德之姻親手足亂倫的構成要件（Vgl. BRDrucks 270/60, S. 321f.）。1962年刑法草案維持這項修正，而對於近親亂倫行為的免罰規定為16歲以下。立法理由為血親亂倫屬於刑法中的重罪（Vgl. BRDrucks 200/62, S. 347f.）。1968年刑法草案採取與1962年刑法草案不同立場，主張應刪除此條刑法的規定，理由是這項規範並無法達成重要的功能，而單純的道德厭惡感不足以證立刑罰化（Vgl. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, 1968, S. 59.）。

1973年11月23日第4次刑法改革法重新修正刑法第173條，將其標題定為「近親亂倫（Beischlaf）」，該犯罪行為係破壞婚姻狀況、婚姻與家庭。德國聯邦議會刑法改革小組在許多次的會議中，爭論該刑法規範的保護目的。廣泛的共識是廢除姻親亂倫，在第三次刑法修正案中限縮其適用範

圍（Vgl. Deutscher Bundestag, Protokolle der Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bd. 1, 34. Sitzung, S. 1251）。對於近親亂倫之可罰性依舊存在爭議。許多社會學家與心理學家都批判亂倫之可罰性，其認為亂倫是需要治療的創傷。亂倫通常是失常的表徵，手足亂倫亦是，只要不是涉及了實驗行為（Experimentierverhalten）。有鑑於問題的多樣性，反對將手足間的亂倫行為入罪化；採取刑法以外的治療措施方屬適當。訴訟程序普遍地對於行為後續精神上產生更強的作用。手足亂倫的許多案例可能發生於原生家庭以外；多數案例都與隔離衝突有關，因手足間的彼此信任而發生性行為。

相反地，主張應維持可罰性的意見：必須保護家庭免於任何一種可能的性競爭與確保「成長空間」。手足亂倫將會導致許多不樂見的結果，如考量到締結婚姻與原生父母家庭的解消。亂倫造成的心理上效果也很明顯；有研究結果指出，對於進入青春期的少女，長期的亂倫行為將造成其在心理—社會領域中的嚴重干擾（完整的論述，Vgl. Deutscher Bundestag, a.a. O., S.28. Sitzung, S. 882ff., 922; 29. Sitzung, S. 929, 932f., 989f., 1002f., 1007）。聯邦政府回答特別委員會該條刑法規範的保護目的是為了基本法第6條對婚姻與家庭之保護。尊卑親

屬間近親亂倫的關係原則上對家庭是嚴重的負擔，通常會破壞婚姻，且在許多情況中，也會使得較年輕的伴侶精神上的創傷，甚至有時候因外界的歧視使得情況更加嚴重。此外，遺傳的理由也是刑法規範的部分動機，因行為人原生的家庭可能帶有隱性遺傳基因，透過近親亂倫而顯現。社會上亂倫的禁忌將使得基於亂倫所生的小孩亦因其出身而受歧視。後兩者的刑法理由，尤其是遺傳的觀點，正當化手足亂倫行為的可罰性（Vgl. Deutscher Bundestag, a.a. O., 34. Sitzung, S. 1247f.; Vgl. BTDrucks VI/1552, S. 14; BTDrucks VI/3521, S.17f.）。與此相關受到討論的還有半血緣手足的情形，如果兩人在成年後才認識並有了性交行為。聯邦政府表示，在此種情形中，「應該依據刑事訴訟法第153條停止程序」。此外也強調，如刪除該條刑法規範，可能使得對於此種行為之反常意識消失，尤其是，當大眾傳播工具讚揚手足亂倫是性行為的流行形式。尤其應再三強調，沒有人希望打破亂倫禁止的傳統（Vgl. Deutscher Bundestag, a.a.O., 34. Sitzung, S. 1247ff.; 36. Sitzung, S. 1298f.; 71. Sitzung, S. 2031; Vgl. BTDrucks VI/1552, S. 14, 46; BTDrucks VI/3521, S. 18）。

由於收養法第6條第3款與1976年7月2日收養法其他規定之修正，刑法

第173條也修正為：

第1項 與直系卑親屬相姦，處3年以下有期徒刑或罰金

第2項 與直系尊親屬相姦，處2年以下有期徒刑或罰金；親屬關係解消時，仍適用本規定。與血緣之兄弟姐妹通姦，處相同之刑罰。

第3項 行為時，直系卑親屬和兄弟姐妹未滿18歲，不罰

3.受國家委託馬克思普朗克刑法研究中心（位於弗萊堡）研究與比較美洲大陸、歐洲大陸以及其他地區的20個國家關於手足亂倫之法律狀態，其分析結果指出，多數國家處罰的理由相當一致，但細節內容的差異也相當明顯。在研究的20個國家中，有13個國家對於手足的亂倫行為處以刑罰，即使是成人合意的性交，但不包含中國、蘇聯、土耳其、西班牙、法國與受到拿破崙法典影響的荷蘭與象牙海岸。應注意的是，亂倫行為——包括手足亂倫行為——在法國、西班牙與象牙海岸的刑法典中僅是資格特徵（Qualifikationsmerkmal），在未將亂倫入罪化的國家中卻以其他方式對亂倫者施加法律上的不利益，例如，禁婚、在法國甚至拒絕承認亂倫所生之子女。在聯合國大會中，依據保護兒童權益第三委員會的報告，屢次要求應制定防止亂倫之法律（Vgl. UN-Doc No. A/54/601 vom 30. November 1999, S. 4f.; A/RES/54/148 vom 25. Februar

2000, S. 1f.; A/RES/56/139 vom 26. Februar 2002, S. 1, 3), 2004年時法國提出刑法修正, 規定亂倫的定義與污名化 (Stigmatisierung) 亂倫行為 (Proposition de Loi No 1896 de l'Assemblée Nationale du 4 Novembre 2004)。亂倫行為的特定形式, 如對象為兒童或未成年人或以權勢為行為, 在所有研究的國家中, 這些行為都具有刑法可罰性。

委託研究報告指出, 所有國家的刑法規範內容頗為類似, 收養或姻親親屬僅在例外情況時才適用刑法。在某些國家中, 類似亂倫的行為, 例如其他的性行為或同性間性行為, 部分被認為是「亂倫」關係因而具有可罰性。但刑度有極大的差別, 在美國某些州, 甚至是終身監禁的有期徒刑。入罪化的理由則有宗教、社會、遺傳與道德以及禁忌的討論。上述的理由時常以混合的形式出現。

在不同的國家中, 亂倫入罪化的刑法規範也是上級法院或司法審查的對象。2000年時, 義大利憲法法院宣告該國刑法第564條手足亂倫的處罰規定合憲, 即使該案例是以公開醜聞的方式遭揭露 (Vgl. Corte, costituzionale, 15. Novembre 2000, n. 518, Giur. It 2001, S. 994), 該判決論述刑法規範目的是以排除家庭成員的性接觸行為而避免干擾家庭生活, 並認為立法者並未恣意 (Vgl. a.a.O., S. 997)

。同樣, 烏克蘭憲法法院也在1999年宣告該國手足亂倫的刑法規定合憲 (Vgl. AB hat. 20/1999 <VI. 25> unter Berufung auf AB hat. 21/1996 <V. 17>, 其承認道德是一種法益。Rspr. Zit. Nach dem Gutachten des Max-Planck-Instituts)。2005年時, 美國第7巡迴上訴法院認為, 威斯康辛州禁止亂倫之規定合憲 (Vgl. Muth v. Frank, 412 F. 3d 808<7th Cir.>, cert. denied, 126 S.Ct. 575, <2005>), 即使聯邦最高法院在先前的判決中認為, 德克薩斯州雞姦禁止的規定並無法單純以公共的道德觀加以正當化 (Vgl. Lawrence v. Texas, 123 S. Ct. 2472 <2003>)。1996年時, 加拿大的上訴法院也曾批判亂倫除罪化, 其認為難以區分同意與單純容忍亂倫行為以及因亂倫所生後代的社會與心理影響 (Vgl. R. V. M.S. <1996>, 111 C.C.C. <3d> at 478)。波蘭克拉克夫上訴法院曾在1991年的判決中, 以遺傳、保護家庭與道德理由, 正當化波蘭刑法第176條處罰亂倫的規定 (Entscheidung vom 4. April 1991, II Akz 28/91, KZS 1991/4/16)。

4. 對於刑法第173條規範的評價無法脫離德國性犯罪刑法的發展。在此有兩個相歧的趨勢。

首先, 越來越多的刑法規範考量了社會上變動的性道德認識以及在法政策與法學領域中要求嚴格「區分刑法與道德」(Vgl. Hanack, Empfiehlt

es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags 1968, Gutachten A, S. 28ff. m.w.N.). 這項趨勢可說是「性犯罪的除罪化」與「從保護道德之刑法轉行為保護法益的刑法」(Renikowski, in: Münchener Kommentar, StGB, 2005, Vor §§174ff. Rn. 2, 61), 從1969年6月25日第1次刑法修正(BGBI. S.645), 將通姦罪、成人間同性性行為、人獸性交行為以及誤以為結婚有效的亂倫除罪化、1973年11月23日第4次刑法修正(BGBI. S.1725), 將先前對於違反道德的性犯罪更名為第13章「違反性自主之犯罪行為」(先前的章名是違反道德的犯罪行為), 以及1994年5月31日第29次刑法修正刪除第175條(與青少年同性性交之犯罪行為)。

另一個相反的趨勢是擴張與強化對於侵犯性自主權利之行為的可罰性。首先, 1992年7月14日第26次刑法修正人口販運罪(BGBI I S. 1255)、1993年7月23日第33次刑法修正兒童色情(BGBI I S.1346)、1997年7月1日第33次刑法修正第177條至第179條(BGBI I S. 1607)、1998年1月26日性犯罪防治法(BGBI I S. 160)、1998年1月26日第6次刑法改革法(BGBI I S. 164)、2003年12月27日修正違反性自主犯罪之相關規定(BGBI I S.

3007), 以及2006年2月11日第37次刑法修正第180b條與第181條(BGBI I S. 239)。這些法律主要目的在於強化保護兒童免於性暴力(Vgl. BTDrucks 15/1311, S. 1ff.)、防範重複違犯者(Vgl. BTDrucks 13/8586, S.1ff.;與此處相關的還有2002年8月21日保留性之安全管束監禁法(BGBI I S. 3344)與2004年7月23日事後性之安全管束監禁法(BGBI I S. 1838)), 以及強化對抗人口販運(Vgl. BTDrucks 15/3045, S. 1)。

II. 相關事實與訴訟程序

1. 地方法院以憲法訴願人違反刑法第173條第2項第2句, 科以1年2個月有期徒刑。此外, 加上憲法訴願人於2004年4月6日亦因違反亂倫罪處以10個月有期徒刑的判決, 因此整體的刑度為1年4個月。

對於出生於1976年的憲法訴願人與出生於1984年的血親妹妹共同被告K, 地方法院的判決事實如下: 兩位共同被告之父母在K出生前已離異。其母親對於K與(憲法訴願人之)弟弟負起單獨扶養照護權利, 且與其父親完全失去聯絡。然而, 照護的情形相當不佳。這個家庭也受到青少年扶助的照料。K於5歲時住在青少年扶助機構。在其母親於2000年死亡後, K受青少年局監護, 但和其弟與生父共同生活。憲法訴願人長期受其酗酒的父親施暴。7歲時, 憲法訴願人由

其監護人加以收養，並變更姓名。此後與原生家庭再無聯絡。2000年時，透過青少年局，憲法訴願人再次與其生母取得聯絡，並認識未曾知其存在的K。在其母親死後，憲法訴願人與K共同生活，並發展出親密關係。2001年、2003年、2004年與2005年時，K生了4個小孩，其生父為憲法訴願人。由於K憂於恐懼與依賴性人格，加上家庭狀況的問題，使得K相當依賴憲法訴願人。地方法院很明顯地看出K嚴重受損的人格，加上輕微的精神障礙因而阻卻罪責能力。早在2002年與2004年間，憲法訴願人有16次亂倫案子，精確而言在某一次案子中被科處1年有期徒刑緩刑，另一次案子則被科處10個月有期徒刑。此外，上述的10個月有期徒刑與加上故意傷害，憲法訴願人整體的刑度為11個月。這個判決是依據憲法訴願人以拳頭重擊其妹K的臉，導致K嘴唇腫脹與流鼻血的事實。

2.憲法訴願人提起上訴，主張刑法第173條違憲，並請求上訴法院依據基本法第100條第1項提出釋憲。邦高等法院否認該刑法規定之違憲性，並以明顯無理由駁回上訴。

III.憲法訴願人之主張

本案憲法訴願人主張地方法院的判決與邦高等法院駁回上訴的裁定係屬違憲。此外，也主張刑法第173條第2項第2句違憲。主張該刑法規定抵

觸基本法第2條第1項，加上基本法第1條第1項的性自主決定權以及基本法第3條第3項禁止歧視與同法第3條第1項平等原則，更由於法律效果—刑法處刑—違反比例原則。刑法第173條第2項第2句的評價基礎也侵犯了基本法第6條第1項。憲法訴願人認為相關的刑法規範是依據道德觀念，而非法益保護原則：立法者所稱損害家庭、家庭與遺傳之結果在經驗上不足以受到支持。此外，此項刑法規範的闕漏也不足以達成保護家庭之目的，例如類似亂倫之行為、收養、監護或半血緣手足亂倫行為並未受處罰。此項刑法規範並非必要，因這項規範並無禁止以下行為—非家庭成員之成年手足亂倫的行為或者避孕或無生育能力者間亂倫的行為，依據該規範保護目的，應禁止上述行為。最後，這項規範違反狹義比例原則，因其並無考量到訴願人與其妹妹身處的社會上困境。

IV.有關機關對本件憲法訴願之意見

德國聯邦眾議院、聯邦參議院、聯邦政府、各邦的邦政府、聯邦法院院長、聯邦法院的總檢察長、亂倫受害兒童與性侵被害人(M.E.L.I.N.A.)協會、德國天主教教會、德國基督教教會、德國身心障礙者協會與德國兒童保護協會表達以下意見。

1.聯邦法院刑事庭庭長提出意見，刑事庭認為，刑法第173條第2項並

無違憲。在1993年9月29日的判決中(BGHSt 39, 326)，業已詳述刑法第173條的保護法益。

2.依據檢察總長的意見，本案的刑事判決係依據合憲的法律，且其適用亦屬合憲。原則上，對於刑事處罰的犯行考量個人情境由立法者加以確認。聯邦憲法法院僅能有限地審查立法者的判斷餘地。該刑法規範目的在於保護家庭內在關係與家庭的制度性保障。因家庭成員角色的混淆損害家庭功能的運作，同時也無法達成家庭的社會化與減除負擔的任務。緊密家庭成員間的性關係也將對於個人與最近親屬間不可避免與長期的關係造成難以回復的負擔。加上亂倫的因素，使得已存在的錯亂更加嚴重。不同於其他的性關係，手足關係不可能終止。這限縮了從性行為掙脫的行為空間，可能是其中一方認為無法避免，而另外一方有意識或無意識地利用這項特殊性。此外，保護國民健康也是一項重要的正當目的。只要手足亂倫的結果在科學上尚未能解釋清楚，立法者為了保護法益無法不利用刑法加以遏止。關於具體的法律適用，刑度並未過重。

3.亂倫受害兒童與性侵被害人(M.E.L.I.N.A.)協會協助亂倫關係下的孩童，強調以刑法限制亂倫係以保護血親免於越界。禁止亂倫並未損害亂倫關係下孩童的生存權，其目的在

於確保有尊嚴自我決定的請求。通常無法使孩童脫離亂倫關係，由於身體與心靈的損傷、社會的孤立以及透過最近親屬形成的「雙重功能」而喪失人格同一性與家庭結構。亂倫摧毀現存的社會拘束。亂倫關係下的孩童通常懷有下一代可能有遺傳疾病之恐懼。刑法第173條規範有助於揭露與防範近親的性侵。這個協會進一步提出研究結果，相對於其他孩童，亂倫關係下所生的孩童有較高的死亡率與身體殘障的比率，並且報告了其他的個案。

B.理由

本案憲法訴願合法，但無理由。

I.刑法第173條第2項第2句未牴觸基本法

刑法第173條第2項第2句處罰手足亂倫之規定並無牴觸基本法。

1.首先，立法者決定以刑法處罰手足亂倫之規定與基本法第2條第2項與第1條第1項並無牴觸。

a)aa)個人隱私與性領域屬於私領域的保護規定於基本法第2條第1項與第1條第1項。個人與性的關係以及與性伴侶的性行為，以及原則上得自我決定是否、在何種界限內與何種目的與第三人產生關係。(Vgl. BVerfGE 47, 46 <73f>; 60, 123 <134>; 88, 87 <97>; 96, 56 <61>.)

人格權中的性自主權利並非毫無保留地受到保障。只要不是侵害個人

生活形成所不得侵犯的範圍，個人必須接受國家基於公益或者保護第三人的基本權所為符合比例原則的侵害性措施。(Vgl. BVerfGE 27, 344<351>; 65, 1<44>; 96, 56<61>; stRspr.)。個人生活形成的核心領域受到絕對保障，且不允許公權力的侵害(vgl. BVerfGE 80, 367 <373>; 90, 145 <171>; 109, 279 <313> m.w.N.)。個別的社會生活事實是否屬於核心領域取決於依據高度人格的內容特徵而定，加上以何種方式與強度與其他領域或共同體利益的關聯性而定；通常也與個案特殊性有關(vgl. BVerfGE 34, 238 <248>; 80, 367<374>; 109, 279<314f.>)。

bb)限制基本法第2條第1項與第1條第1項的人格權依據合憲的法律基礎，對於限制的要件、範圍必須明確規範，以及對於個人可得認識(Vgl. BVerfGE 65, 1<44>)。依據實質觀點，立法者必須符合比例原則而為限制。

在有期徒刑處刑的規定中也是基於確保基本法第2條第2項第2句的人格自由，比例原則要求刑法的規範目的是為了保護第三人或普遍性(vgl. BVerfGE 90, 145 <172>; s. Auch BVerfGE 27, 18 <29f.>; 39, 1 <46>; 88, 203<257>)。刑法是法益保護的「最後手段」，當違反禁止的特定行為以特殊方式對於社會產生危害以及人類共同生活所無法承受者，才有限

制之必要。以刑法規範處罰社會倫理的非難評價主要是以過度禁止作為審查刑法規範之判準(vgl. BVerfGE 90, 145<172>; 92, 277<326>; 96, 10<25>)。然而，對於可罰性行為的規範原則上是立法者的事。立法者得自由決定，是否以及如何以刑法工具保護特定的法益(vgl. BVerfGE 50, 142 <162>; 對於刑法不法與行政不法的界限，參照，BVerfGE 27, 18<30>; 80, 182<186> m.w. N.; 96, 10<26>)。

為了達成目的，刑法規範必須適當與必要。對於有助於達成所欲結果的手段必須是適當的。在個案中，事實上可達成結果或者無論如何都可達成結果時，則該手段即非必要；只要有可能達成目的就足夠(vgl. BVerfGE 96, 10<23>)。當立法者不可能選擇其他同樣有效，限制基本權或者是微弱限制的手段時，該法律即屬必要。對於判斷所選擇之手段是否足以達成目的的適當性與必要性，以及在此關聯性評估與預估對於個人與群體是否造成危害的判斷，立法者在此享有判斷餘地，聯邦憲法法院依據爭議的事物領域、處於危險的法益與具有相當可能性的特徵為有限的審查(vgl. BVerfGE 90, 145<172f.> m.w.N.)。

最後，必須對於侵害的強度與正當化的必要性為整體審酌，確保受規範者之禁止行為處於合理界限內(比例原則之狹義意義)。措施不能造成

受規範者過度的負擔。在國家處罰領域內，必須遵守罪責原則與比例原則，犯罪行為之強度與行為人的罪責所形成的刑度必須是適當的。刑度的適當性須視違犯行為的方式與強度而定。構成要件與法律效果必須是彼此相互適當地加以決定(vgl. 27, 18<30>; 80, 244<255> m.w.N.; 90, 145<173>; 96, 10<25f.>)。

cc)低於憲法位階的刑法要求不能逾越所追求之目的。尤其當無法從刑法法益理論推導出該要求。無一致性的法益概念（對於不同的法益的論述，可參照，Hefen/von Hirsch/Wohlers(Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003; 對於當代的討論，參照，Hefendehl, GA 2007, S.1ff.）。關於「法益」規範性概念的理解是在現行法當中立法者認為法律上值得保護者，簡而言之，這個概念呈現於每個刑法規範的立法理由(ratio legis)；但這個概念無法取代立法者的指示功能(Leitfunktion)(vgl. Weigend, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 12 Aufl. 2007, Einleitung Rn. 7)。相反地，依據「自然主義」的法益理論，承認正當的法益是「社會生活中特定存在的事物」(Weigend, a.a.O.)或者以其他方式基於超實証的法益概念，將理解與適用為憲法審查標準的內涵，但這個概念與下述相矛盾，依據基本法，具民主正當

性立法者的任務是規定刑法的目的與以刑法手段保護法益以及使刑法規範配合社會發展。無法透過援引有拘束力或者透過位階遠離於立法者「承認」的法益而限制這項權限。在刑法領域也一樣，這項限制必須來自於憲法本身，當為了追求特定目的。何種理論的法益概念有助於刑法的法政策與釋義學的發展，此處並不需要加以判斷（關於刑法功能與法益理論的歷史論點，參照，Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 15ff.）；法益的概念並未說明強制納入於憲法中的內容標準為何，其任務是對立法者的規範權力設定外部界限(vgl. zum Ganzen Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 143ff., 536; Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 390; ders., Krit. 1999, S. 278 <286ff.>; Müller-Dietz, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, S. 123 <132>; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 11ff.; a.A. Roxin, Strafrecht, AT, 4. Aufl. 2006, §2 Rn. 27, 86ff. m.w.N.)

b)立法者透過刑法第173條第2項第2句限制血緣手足的性自主權利，對於血親亂倫者處以罰金刑或2年以下有期徒刑。因而私人的生活受到限制，血緣親屬間的性行為(vgl. BverfGE 109, 279<321f.>)將受到處罰。然而，立法者對此採取的限制行為並未

侵害到私人生活的核心領域。手足的亂倫並非屬於核心領域，且對於家庭與生活造成影響以及產生後代的結果。刑法上禁止亂倫僅對於少部分人設下限制，以及部分地減少發生親密行為的可能性，因而不會對於人性尊嚴產生侵害。

c)立法者遵循的規範目的並未違反憲法，其對於一般人格權之限制整體上也有其正當性。立法者並未逾越決定空間，其適切地考量了保護家庭秩序免於受亂倫破壞、保護亂倫關係中處於地位「低」的弱勢者、避免產生受基因遺傳不利影響的後代，以及處罰社會中的亂倫禁忌。

aa)刑法第173條立法理由首先是基本法第6條對於婚姻與家庭之保護(vgl. BTDrucks VI/1552, S. 14; VI/3521, S. 17)，依據立法者與司法判決(vgl. RGSt 57, S. 140; BGHSt3, 342<343f>; 326<329>)。晚近的學說也認為刑法第173條目的在於對於婚姻與家庭提供客觀保障，但這項正當化理由卻未受到相當的重視(vgl. Dippel, in: Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl., §173 Rn.10, m.w.N.; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, §173 Rn. 1; Horn/Wolters, in: Systematischer Kommentar, StGB, Stand: März 2007, §173 Rn. 2; Lackne/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, §173 Rn.1; Sturm, JZ 1974, S. 1<3>;

Amelung, a.a.O., S.377)。

受基本法第6條特殊保障的家庭是以結構原則而確立的，從憲法規範連結至先存與傳統的生活形式與憲法的其他價值決定而得出(vgl. BVerfGE 10, 59<66>; 31,58 <69>; 36, 146 <162>)。透過國家的法律規範，婚姻與家庭受到特殊保護，因兩者是人類共同生活的核心部分。兒童身心發展的基礎是家庭與父母教養(vgl. BVerfGE 80, 81<90>; 108, 82<112ff>)。家庭中的親屬關係、角色分工與社會歸屬對於兒童幸福也扮演重要的角色(vgl. BVerfGE 24, 119 <137>; 108, 82<101f., 103>)。

手足的亂倫對於家庭與社會的破壞作用以社會學方法很難與其他影響的作用加以區隔，也不容易掌握（對於欠缺經驗基礎的批判，vgl. Dippel, a.a.O., Rn. , 13, 15 m.w.N.; Hörnle, a.a.O., S.454）。但不會改變假定這些作用的可信度，如同本庭委託馬克思普朗克研究所所為的鑑定意見。負面作用有：欠缺自我意識、成年期的性行為干擾、不健全的個人人格、不健全性心理認同能力、難以建立與維持親密關係、工作領域的挫折、對於生活的不滿、強烈的罪惡感、亂倫經驗的夢魘、憂鬱、毒品與酒精濫用、自殘、厭食、自殺念頭、頻繁更換性伴侶、創傷後的經驗以及間接的不利影響，同樣對於其他的家庭成員，例如

排除與社會隔離。上述鑑定意見並未對於上述作用所依據的實證研究加以評斷，但根據實證研究，立法者認為手足間的亂倫關係可能對於家庭與社會造成不利後果，因此也並未逾越其評價空間。

亂倫受害兒童與性侵被害人協會指出，此種手足間的亂倫關係會導致親戚關係與社會角色分工的交錯重疊以及破壞家庭結構的秩序(vgl. auch Schall, JuS 1979, S.104 <108, Fn. 47, 109>)。角色的交錯重疊與基本法第6條第1項家庭圖像並不相符。更重要的是，亂倫關係的兒童將難以找到其於家庭中的地位以及與最近親屬建立完全信賴的關係。

除父母的關係之外，在緊密家庭親屬關係中，限制性行為關係有其「良意」，如同聯邦憲法法院的闡述。家庭對於人類共同體有至為重要的功能，其依據基本法第6條第1項對家庭的憲法保障，因亂倫關係動搖了確定的秩序結構，因而家庭將受到嚴重影響(vgl. 36, 146 <167>)。比較法也顯示，各國致力於保護家庭結構免於受到亂倫的破壞，不是以刑法，就是透過其他法規範加以限制，例如禁婚。

bb)為了正當化刑法規範，強調性自主決定之保護(vgl. Frommel, in: Nomos Kommentar, StGB, §173, Rn.1, 6)，這項規範目的不僅涉及兒童與成人之關係，也涉及手足之關係。醫學

—人類學研究手足亂倫的案例，兄弟被視為是父親的「後繼者」；伴隨權力作用形成所謂的「宰制亂倫」(Despoteinzest)，也出現於手足間的關係；在所謂的「婚姻亂倫」(Eheinzest)通常是兄長與妹妹(vgl. Staudacher, Anthropologische Untersuchungen zum Inzestproblem unter besonderer Berücksichtigung der Bruder-Schwester-Inzests, 1974, S. 177ff.)。同樣在法律文獻中的案例，手足間存在明顯的年齡差距的情形，因此確信有負面的影響(Hörnle, a.a.O., S.453)。在本案情形也可以發現同樣類似的情狀。

以刑法第174條是對保護性自主決定權廣泛與足夠的保障，加上考量有限的適用範圍而得正當化刑法第173條第2項第2句，對其無法加以指摘，同樣地，刑法第173條考量到家庭中的近親特殊的或者根源於具有血緣關係親屬的依賴性以及適應與防禦的困難。與刑法第173條有關的判決指出了，近親亂倫通常會併同出現對兒女或受保護者的性暴力。在這些案例中，近親亂倫尤其嚴重，對於超過18歲的兒女的暴力會擴張，例如長年受到暴力侵害的成年人會導致出現性行為，受害的依賴者是根源於現存的家庭關係，並無法清楚地表示拒絕亂倫行為，而對於行為者的處罰必須是基於性侵害的行為(刑法第177條)（

vgl. Hierzu nur BGH, Beschlüsse vom 13. April 1999-1 StR 111/99., NStZ 1999, S. 470, und vom 12. Juni 2001 – 1 StR 190/01 -, juris)。在一個優先保護性自主決定權的情況下，當成年的受害者內心拒絕亂倫時，無法依據刑法第 173 條加以處罰 (vgl. BGH Beschluss vom 13. April 1999, a.a.O.)。以兒童與成年人間的亂倫案例為基礎的論點是，對兒童或青少年受害者的性侵害通常不會在成年之前出現，因強暴行為將導致家庭結構崩毀，這對於手足間的亂倫案例或許僅於少數時能適用，特別是對於年齡差距過大的手足或者兄弟姐妹取代父母角色的案例。

cc)立法者另外基於優生學觀點，主張從出生於亂倫關係中的孩童無法排除增加隱性基因受損的可能性 (vgl. BTDrucks VI/1552, S.14; BTDrucks VI/3521, S. 17f.)。在刑法文獻中，對於這項欠缺經驗效力理由的質疑也非屬有力的主張。(vgl. Roxin, a. a. O., S. 27; Dippel, a.a.O., Rn.12; Ritscher, in: Münchener Kommentar, StGB, 2005, §173 Rn.3; Ellbogen, ZRP 2006, S. 190<191>; Klöpper, Das Verhältnis von §173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, 1995, S.313 m.w.N.)。在醫學與人類學文獻中，始終主張存在基因損害的特殊危險性 (vgl. Szibor, Rechtsmedizin, 2004, S.

387ff. m.w.N.; Staudacher, a.a. O., S. 152f.)，甚至部分主張，手足亂倫的影響更深於父女亂倫(vgl. Staudacher, a.a.O., S. 153)。委託馬克思普朗克研究所提出的經驗研究報告亦支持這項認知。在此背景之下，基於避免基因損害的觀點而以刑法禁止亂倫並不能視為非理性 (vgl. Schubarth, in: Festschrift für Gerald Grünwald 1999, S. 641ff. mit Hinweis auf Untersuchungen von Eibl-Eibesfeld, Wickler und Bischof)。歷史上這個觀點曾經對於遺傳疾病者與殘障者剝奪權利而遭濫用，而為了正當化亂倫的可罰性，並不排除納入這個觀點。

dd)在立法過程中，仔細討論維持有爭議的亂倫罪構成要件，多次強調不應造成與亂倫禁止傳統的斷裂。考量到社會對於亂倫的禁忌，亂倫生下的孩童因其出身無法免於遭受歧視的危險 (vgl. BTDrucks VI/1552, S. 14; VI/3521, S.17f.)支持先前所述的刑法目的的論據是，立法者堅信社會根深蒂固的不法意識以及應以刑法工具加以支持。因而，立法者並無逾越其所享有的評價空間。對於以單純道德觀念作為論據與保護法益之刑法規範的區分 (vgl. für §173 StGB Dippel, a.a.O., §173 Rn.14; Tröndle/Fischer, a.a.O., §173 Rn. 1; Lenckner, a.a.O., §173 Rn. 1, Ritscher, a.a.O., S. 415ff.)，以及是否憲法上得以指責以刑法加

以規範，尚未解決。此處不存在這種觀念。毋寧應如是說，對於本條可理解之處罰目的的刑法規範的正當化是基於歷史文化的背景，一如往常社會上對於亂倫以刑法非難的確信，以及在國際上比較法上的說明。作為保護性自主決定、國民健康以及家庭的工具，刑法規範以及透過其構成要件所劃設刑事處罰之範圍的放射作用，滿足了命令性、規範安定性以及一般預防的功能，其功能揭示立法者的價值設定以及其內容。

d)受指責之規範滿足憲法要求限制自由之法律必須滿足適當性、必要性以及狹義比例性。

aa)近親性交的刑事處罰有助於達成所欲追求之結果。主張廢除的觀點並非有理由。

近親亂倫多數發生於社會弱勢家庭以及混亂的家庭關係，因而可能對於刑法威脅的心理作用並不敏感(vgl. Stratenwerth, a.a.O., S.312)。出於根本的考量，這項看法無法質疑立法者的立論，視為對社會有損害之行為加以處罰，刑法規範的震懾作用至少並非在所有的生活領域都可以加以貫徹。

指責刑法第173條第2項第2句無法達成立法目的，係因其不完備的規範內容以及同條第3項的排除事由(vgl. Dippel, a.a.O., Rn.24; Hörnle, a.a.O., S. 454f., Ellbogen, a.a.O., S.

191; zu §173 Abs. 3 StGB Klöpper, a.a.O., S. 115)，但這項指責忽略下述觀點：以近親性交行為禁止，對於手足間性行為為刑事處罰係由於近親亂倫不符合家庭傳統圖像，並在這項行為的原則性特徵中找到事物正當化理由，且強調對於後代的不利影響。立法者強調以刑事處罰之行為的核心領域以及對於不處以刑事的其他行為，係考量到憲法賦予的形成空間。因此，立法者必須確認得處以刑罰之行為的範圍，有權在廣大範圍內進一步為區分。憲法法院只能審查是否逾越最外部的界限，並對抗立法者，當無法得知其區分之客觀上的明顯理由(vgl. BVerfGE 50, 142<162 m.w.N., 166>; s. auch BVerfGE 90, 145<195f., 198>)。只因無法掌握符合不法內容的特定之特殊事實，原則上在此無法將這項刑法規範視為牴觸憲法。(vgl. Bereits BVerfGE 50, 142 <166>)。對於僅僅——明顯不完整的——構成要件觀念提出了客觀的理由。

刑罰構成要件並未延伸至姻親、收養或者寄養關係的手足，一方面因而可以正當化，該行為僅有限地牴觸家庭的傳統圖像，同樣的說明如同非血緣手足間的婚姻並未受到禁止 (§1307 Satz 1 BGB)，以及民法第1308條對於存在收養關係之手足有較不嚴格之特殊規定，不同於同血緣手足間絕對禁婚。另一方面，這兩者並

非是可相提並論的遺傳生物學的思考，以及血緣手足間的依賴程度可能高於姻親、收養或者寄養關係。

同性手足間類似近親亂倫與性交行為並未受到處罰，另一方面，血緣手足間亂倫，在未有受孕而符合刑罰構成要件的案例，這個狀況原則上可達成性自主決定保護與基因疾病預防的（部分）目的。

由於排除未成年不受刑事處罰之規定 (§173 Abs. 3 StGB)，只有當手足解除了家庭聯繫才有刑罰規範適用，這項規定對於保護家庭結構卻非適當，但這項指責同樣有上述理由的適用。這個觀點也適用於當手足成年時才相互認識的案例。一方面，刑法規範在灰色與過渡地帶間案例可開展其作用。刑法規範的重要性來自於絕對性，刑法以絕對性要求普遍與取決於案例之考量。另一方面，立法者並未失分寸地在刑罰構成要件考量此類的案例內容，而是信賴在法律適用時達到個案正義（參見下述cc）

應尊重立法者的決定，其有自由空間形成保護孩童與青少年的性觀點中對其個人人格適當的成熟度、更應保護婦女的性自主決定，以及並非透過廢除刑法規範使得對於保護兒童、青少年與婦女的廣泛的性犯罪的規範可能產生犯罪政策上所不欲發生的反效果。

bb) 本案系爭的規範並未違反憲

法上的必要性要求。在近親相姦的案例中，考量監護與青少年保護措施 (vgl. Deutscher Bundestag, a.a.O., 28 Sitzung, S. 919, 922)。不同於緩刑，這些措施並不是同樣有效的輕微方式。同樣與上述事物相關者，刑法本身並未貶低公共預防的個別作用。監護與青少年保護措施毋寧是避免與排除違反規範以及個案中的結果；通常這些措施不具有一般預防與規範安定性作用。由本庭委託馬克思普朗克研究所的鑑定報告中，卻說明了，在亂倫家庭暴力的經驗中，刑事程序之執行對具體個案有其正面影響，透過程序可避免受害人的再度傷害（次要的制裁），以及透過公開受害者、減緩罪責感、強化自我價值感或者透過公正的判決滿足道德。

cc) 最後，刑事處罰並未違反比例原則。該刑事處罰僅涉及個人生活的狹窄領域。也就是說，僅少數的手足配偶在有限範圍內的亂倫行為受到禁止。刑事處罰是2年以下有期徒刑或者罰金，這項處罰是適當的，也未規範最低刑度。

另一方面，家庭的制度性意義相當重要。制憲者在基本法第6條將這項法律制度納入國家特殊的保障。因此，亂倫關係「內」個人的性自主決定權保護與避免基因導致特定的疾病的觀點，證立本條刑法規範合乎比例原則。

本條所定的刑罰範圍考量了特殊情形，對於犯罪者的微弱罪責處以刑罰仍非適當，依據便宜主義觀點開放程序，得免除刑罰或特殊刑罰予以量刑(vgl. BVerfGE 50, 205<213ff.>; 90, 145, <191>)。從這個背景可知，在立法過程中對此已有考量(Deutscher Bundestag, a.a.O., 34 Sitzung, S. 1251f.)，因此禁止手足間的刑法處罰並未抵觸法治國原則中的逾越禁止(Übermaßberbot)。

上述的（刑法）規範並未侵害其他基本權。

a) 是否以及在何種觀點下，對手足亂倫處以刑罰涉及基本法第6條第1項的保護領域，尚未解決。這項刑罰從上述說明的理由中，對於基本法本條規定的審查仍有其適用。

b) 同樣，刑法第173條第2項第2句是否抵觸基本法第3條一般平等原則尚未解決(vgl. BVerfGE 13, 290<296>; 64, 229<238f.>)。立法者對於構成要件內容的形成具有廣泛的權限。從上述理由中，可知立法者並未逾越最大範圍的界限。

依據比例原則，立法者將手足亂倫行為的刑事處罰僅限於血緣的理由具重要性，足以正當化依據基本法第3條第3項基於出身所為的差別待遇。

II. 系爭法院裁判不違憲

刑事法院的法律適用同樣並未違反憲法。

1. 審查標準是基本法第1條第1項結合第20條第3項的罪責原則以及罪刑相當之要求。

a) 「無罪責即無刑罰」的基本原則具有憲法位階；其基礎來自於基本法第2條第1項人性尊嚴之要求與法治國原則(vgl. BVerfGE 9, 167<169>; 86,288<313>; 95, 96 <140>)。從這個原則也導出刑事法庭在個案中必須遵守罪刑相當性。因此，刑罰必須與犯行的嚴重性與行為人的罪責相當(vgl. BVerfGE 20, 323<331>; 25,269<285ff.>; 50,5<12>; 73,206<253f.>; 86,288<313>;96,245<249>)。

b) 量刑應由管轄法院為之，憲法院原則上並無審查權限，除非量刑嚴重違反了罪刑相當性，亦即，客觀上顯然恣意(vgl. BVerfGE 18, 85<92ff.>; 54, 100<108,111>)。聯邦憲法法院並無法審查判決中重要的任一觀點是否適當或是否有其他更好的判決，原則上僅能審查是否考量罪責基本原則，或者在解釋與適用刑法時，充分考量罪責之重要性(vgl. 95,96<141>)。

a) 無法看出刑事法院違反了罪責原則。即使先前已有相關的判決與因亂倫關係所生孩童的事實，憲法訴願人在未有罪責能力受損的情形下，多次與依賴其生活之血緣親生妹妹為近親性交行為，已由刑事法院加以確認。地方法院基於這項確認所為的罪責

認定並未違反憲法，這也正當化有期徒刑的判決。停止刑事程序或不處以刑罰，在此背景下均非憲法之要求。

b)量刑不能牴觸適當的罪責衡平觀念。地方法院在刑度範圍內已經考量有利於憲法訴願人的觀點，亦即其自白、其因複雜社會關係對其人格發展的不利因素、以及因公眾參與其個人生活與行為所產生的負擔。地方法院對於同樣被起訴的憲法訴願人之妹，依據青少年刑法僅處以感化監護(Betreuungsweisung)，可看出其量刑係針對個人罪責與行為人人格。依據憲法，不應處以刑罰的想法因此並無明顯理由。憲法訴願人無法在憲法訴願程序中要求審查罪行相當性的其他審查。

法官：Hassemer Di Fabio Gerhardt
Broß Melinghoff Osterloh
Lübbe-Wolf Landau

Hassemer法官提出之不同意見書

對於2008年2月26日第二庭的裁定-2 BvR 392/07-

本席不贊同刑法第173條第2項符合基本法對刑法構成要件要求的判決。這項規範牴觸作為刑事立法界限的比例原則；存在這種不幸的刑罰規定是嚴重的錯誤、是立法者違反憲法以及過度擴張立法者在刑法領域的形成空間，進而憲法法院喪失了控制權限

。

本條規範並無遵守規範目的，假使其目的是一致的，並與構成要件規定相符(I.)。以所追求的目的檢視現存的構成要件，刑法第173條第2項第2句並不適當(II.)。存在比刑罰更為輕微與更為適當的工具(III.)；以及規範導致過度不利的法律效果(IV.)。

I.

1.刑法的侵害相當嚴重。該侵害是立法者所得運用最重的武器(vgl. BVerfGE 39,1 <45>)。受刑法處刑者係違反社會倫理的違法行為，以刑罰、刑事程序與刑事執行評斷對於基本權的損害，是社會理倫的非價評斷(vgl. BVerfGE 96, 10<25>)。憲法法院的判決應考量是否與刑法理論一致：

a)制定刑法的立法者對其行為動機與目的的選擇並非自由；其必須保護共同生活的基本價值(vgl. BVerfGE 27, 18<29>; 39,1<46>; 45, 187<253>)、確保穩定社會秩序之基礎(vgl. BVerfGE 88, 203<257>)以及維持重要的社會利益(BVerfGE 90, 145 <184>)。因而，刑法規範不僅應追求普遍性的合法目的，以刑法限制人民自由的理由與正當化。必須涉及共同生活的重要利益、基本價值以及基礎。

b)刑事立法在選擇與運用刑法工具受憲法限制。刑法是最後手段，亦即最後可使用的手段，為了保護公共利益，當違法行為逾越禁止而對社會

造成嚴重損害與對於人類共同生活所不能承受，以及當有必要阻止該行為時，才考量該手段(vgl. BVerfGE 88, 203<257f.>)。

c)刑事立法者決定刑法誡命與禁止的動機、目的與工具。這限制了憲法法院的審查權限。憲法法院不審查立法者是否個別地找到了目的最適、最理性與最正當的解決之道；但控制立法者的決定是否符合憲法價值以及基本法未明文的憲法原則與基本決定(vgl. BVerfGE 27, 18<30>; 37, 201<212>)。

d)立法者決定的重要內容是明確的目的，其規範所欲追求的目的。立法者不能任由法律實務或者法學事後增加刑法規範的目的。這也可以加以證立，在規範目的欠缺明確性的情形下，一項規範符合比例原則的審查無法實現，該審查在方法論上也無法貫徹。適當、必要與合乎比例與以何種手段達成具有密不可分之關係。一項規範的目的是評價程度的必要之點，程度因目的而變動。

例如，立法者決定手足亂倫的可罰性僅限於近親相姦，而不處罰其他的性行為，這對於為了避免繁衍危險的目的可能是適當的，但對保護性自主決定的目的卻非適當，且對保護婚姻與家庭的目的更非適當。這在刑法的法益理論已長久受到討論，但本庭僅稍微觸及。事後加上非立法者所欲

追求的規範目的，改變了比例原則的座標、外觀與內容。

2.本庭多數意見認為刑法第173條第2項第2句具有正當性，基於歷史文化背景下，論證欲達成之刑法目的以及社會上確信亂倫之可罰性，正如同國際上比較所確認的一樣，但這與限制與明確性之基本要求並不相符。以模糊不清的文化歷史加以論證的、有力的社會確信（這個確信實際上與亂倫可罰性無關，也與社會的貶抑無關）以及國際上比較的（充滿漏洞與十分歧異的）可罰性都無法證立一項刑法規定的合憲性。本庭所指的法益既非是為了保護我們社會的正當目的(a)，也無法在刑法第173條第2項第2句的具體規範中找到，該條規定並非遵循由本庭所稱的目的(b)。許多聯邦憲法法院判決堅持「嚴格遵守」比例原則，但在這個禁止亂倫案中無法找到。

a)考量優生觀點自始並非是刑法規範的合憲目的。依據立法者意志而有「特殊意義」(BTDruck VI/3521,S.18)的國民健康保護並不能視為受保護的利益，因為優生觀點清楚說明，有效的法將可罰性限縮在亂倫行為(BTDrucks VI/1552, S.14)。

事實上，亂倫關係所生之孩童是否存在遺傳損害的危險並不十分清楚。憲法禁止以刑法干預手段採取保護潛在後代的健康。從犯罪行為觀點出

發，除了涉及的手足伴侶外，並不存在法益主體，其可能的利益得以正當化亂倫禁止。刑法保護潛在後代免受基因損害的思考，係一方面荒謬考量潛在後代可能出生帶有基因瑕疵的可能利益為前提，另一方面是以個別並不存在的可能利益為前提。因此，無法從下述理由中推出手足亂倫的可罰性，手足亂倫中出現身心障礙後代的可能性較高以及身心障礙的可期待性也很高。

這種架構並無法證立受憲法保障的目的。考量優生觀點並無法以第三人負擔的可能性論證正當化，例如，家庭中將有天生身體障礙的孩童，或者導致普遍性的預防性支出。這將導致僅從反於生存利益與國庫利益而否定身心障礙兒童的生命權。

同樣地，不應考量國民健康作為一抽象—保護客體。不同於毒品刑法，從兄妹亂倫可能出現危害性的罕見性，沒有對國民健康以及個人與特定範圍人民可能造成損害，而得作為刑法規範的理由。

b) 刑法第173條第2項第2句非保護性自主權之手段。立法者從未提及此點(vgl. BTDrucks VI/3521, S. 17f.)，但本庭多數卻將這個目的事後納入本條規定之下。規範的文義與法律體系都未提及規定的保護目的是在確保性自主權；毋寧是駁斥這項假定。

與保護兒童與青少年性自主權的

規定不同（刑法第174、176與182條），刑法第173條第2項第2句的文義使得手足間亂倫事實即符合構成要件。犯罪行為人與被害人之間接觸的個別細節並不重要：例如，年齡較少的一方應受保護與被害人之依賴性（參照刑法第174條第1句第2款）、強迫（刑法第182條）或者被害人對性自主決定欠缺行為能力（參照刑法第182條第2項）。刑法第173條第2項第2句並未包含這些情況—如同性自主罪章—對性自主權侵害的構成要件。人們首先看到：違反性自主罪的構成要件（第174條以下）提及受害者自主權受損與作為可罰性的前提；刑法第173條第2項第2句卻是另一種規範結構，且未提及損及自主權。

本庭多數認定，刑法第173條考量「特殊、取決於家庭之親近或者親屬的依賴性以及難以規範與防範的侵犯行為」，但這與法律體系卻不一致。立法者已決定不將刑法第173條納入性自主權之保護章節，而是「觸犯家庭狀況、婚姻與家庭之罪章」。

可罰性限縮於成年手足之間，已清楚說明性自主的保護並非本條規範的目的。這項限制並不符合確保性自主保護的刑法體系的結構。

在尊重個人的自主權之下，刑法制定者對於以刑法保護性自主是以成年作為界限。只有正當與明確規範的例外情形，當個人欠缺自主決定行為

之能力時-在強制或者無反抗能力—確保以刑法貫徹保護性自主權，即使逾越成年界限。

本庭多數意見並未考量刑法制定者清楚與明確對於可罰性界限的基本決定，當多數意見正當化刑法第173條第2項第2句是依據其他刑法規範，卻不足以作為本條保護需求的理由，其不可能成功地打破已成年者可能受到來自於家庭侵害的結構。此外，也不能確定，這項考量足以支持規範是為了性自主的法益。在成年之前，性自主權並未完全地受到保護的想法並無法得出，基於這個理由現行法規範必須對此加以規範。同樣地，這也假設了，對這類案例的規範賦予「獨立意義」，而不問法律是否「在模糊拒絕非樂意所見的亂倫的情形中，基於性自主的觀點，將已成年者的性行為」以刑法加以處罰。

c)刑法第173條第2項第2句禁止手足亂倫可能存在一項法益，但其並非是依據婚姻與家庭之保護的憲法正當化。在刑法第四次修正案中，立法者考量禁止亂倫是為避免損害婚姻與家庭；最高法院也強調刑法第173條保護的法益是婚姻與家庭之保護（vgl. BGHSt 39, 326<329>）。然而，進一步觀察刑法禁止亂倫之規定並無法得出事實上是為了保護婚姻與家庭。

聯邦憲法法院在先前1973年一個

判決中主張，禁止家屬間婚姻外的性關係有其良意，因家庭對於人類共同生活的重要功能將嚴重受到損害，憲法秩序因性關係的「形成」受到動搖(vgl. BVerfGE 36, 146<167>)。在考量通姦罪除罪的情況，這個家庭功能的秩序觀念，其考量家庭成員間發生性關係對於家庭之損害在今日應不予討論。無論如何，刑法規範的具體規定事實上並非基於手足間性行為而保護家庭之觀點。

刑罰僅適用於血緣手足間的亂倫。排除了其他手足間的性行為。也不包含同性手足間的性行為，也不包含非血緣手足，例如姻親、收養與監護關係之手足。這意謂，這項規範之構成要件與保護家庭禁止手足間性行為與可能對家庭產生負面結果無關，而是與血緣手足間亂倫的刑法化有關。假如這個刑法規定真的是為了保護家庭免於性關係的影響，應擴張影響家庭之行為，也就是遵循刑法的保護功能，納入可罰性之構成要件；僅限縮於血緣亂倫的刑罰是牴觸普遍的保護法益。

依據刑法第173條第3項，立法者將可罰性限縮於18歲以上之手足，這點相當重要。這項構成要件之限制與一般理解保護家庭的觀念不符。成立手足亂倫的構成要件以最低年齡作為限制，並無其他限制特徵，導致的結果是，手足之年齡與自我改變的行為

以及決定能力對亂倫行為之可能性不具有重要性，而且也不存在基於社會連結建構家庭共同體，或者與原始由父母建構的「家庭與生活共同體」，間接地變成無實際「家庭生活」之「單純會面共同體(Begenuungsgemeinschaft)（論及家庭共同體之發展，vgl. BVerGE 10, 59, <66>）。

從刑法規範之清楚文義，可知都與上述這些觀點無關，即使因亂倫關係導致對於家庭產生有害的影響，如同本庭多數意見詳細所述，這個影響取決於事實上存在的拘束程度有關，因而幾乎或根本無法察覺此種情勢。同樣地，構成要件之規定與「家庭保護」的立法目的也不一致。

不同於從本庭多數所得出，角色重疊之可能性，無法從亂倫關係所生孩童得出其重疊，以及可能不符合基本法第6條第1項的家庭圖像。假使不論及考量擴張到非婚生子女的觀點，在可能成功避孕的時代中，持續存在亂倫關係，也不存在相當可能性因亂倫關係而孕育孩童。立法者並未制定以阻止血緣手足孕育下一代作為法律上反對的刑法規範，而是以刑罰禁止亂倫之前行為。血緣手足孕育下一代之危險卻不是亂倫必然出現的負面結果，這是立法者對家庭保護的可能考量。

d)本庭主張規範的保護法益無法符合憲法上正當目的。立法者當初並

非明白一致地決定，禁止手足亂倫的立法目的為何，也未清楚說明這些目的與構成要件是否相符，是否以及如何達成目的。立法者長久以來忽略這個規範的主要部分，而對於其意義並無改變，而總是維持大致的想法。無法確切地認定立法者真正想保護與欲保護的法益為何，因而也無法確定規範是否符合立法者的期待。

目前許多刑法文獻（vgl. Etwa die Nachw. Dippel, Leipziger Kommentar zum StGB, 11, Aufl., Rn. 4, 14）指出，目前的刑法規定是存在或者假設的道德觀，但並非包含具體的法益。最後，立法者並不想廢除手足亂倫只因為普遍都認為當中存在不法，以及刪除規範後會弱化行為反常的意識。

建構或維持社會對價值的共識，此處涉及的手足亂倫禁止，卻不是刑法的直接目的。作為憲法正當化刑法侵害限制之最後手段原則與比例原則，在此有其他更有效的手段。強化道德觀僅是間接地被期待為適當、清楚、理性與不間斷之刑事訴訟的長期結果。

本庭的意見在此並無不同。本庭以遵守規範之立法目的，不認為此處刑法僅為保護道德觀。事實上，本庭多數意見所陳述的規範目的卻不是法益保護。本庭求助於「規範遵守之立法目的整體」或者「實現刑法目的的

總合」。一方面，這清楚說明了本庭多數意見觀點之個別目的無法被認為是刑法第173條第2項第2句立法者的正當目的。同樣有疑問的是，在這個不清楚、不完全、並非依據具體化規範以及不具代表性之立法目的的總合之中，為何存有正當性。最後，本庭毫不隱晦地對於以刑法保護基於文化歷史社會的亂倫可罰性並未表示反對意見。我認為，這是對於社會道德觀的保護。

II.

假使與本庭一樣，從刑法第173條第2項第2句規範目的總和中，觀察第173條第2項第2句合憲的正當目的，然而這項規範在憲法之前並無法存在。

本庭多數意見假定，手足亂倫的刑法規範有助於欲追求結果的適當性，但因法條內容無法加以貫徹。構成要件所形成的手段並無法達成目的；一方面過短，一方面過廣。

多數意見明顯地未檢視，具體的刑法構成要件是否符合規範目的。因而，多數意見審查目的的適當性，明白地遠離了先前所肯認的個別目的。論及刑法的家庭保護目的、遺傳學的正當化是一般化的說法。說出的理由是為了個別性人格的成熟發展，並確保兒童與青少年的自由空間與特殊保護婦女的性自主權；然而，這是風馬牛不相及的說法。關於這個動態與模

糊描述可能的法律目的，無法進行準確與客觀審查，何者是法律真正想要與有效保護的問題。

1. 儘管如此，刑法第173條第2項第2句的適當性，許多觀點也有根本的憲法考量。

為了家庭，防止性行為與排除或減少其不利影響，刑法的工具是否是適當的手段，這是根本性的問題。不應該忽略，手足亂倫多數發生於社會弱勢或是已破碎的家庭之中，如同馬克思普朗克研究所的鑑定書B. I. 3的意見。鑑定書提到，受規範拘束之人在精神上對於刑法處罰的感受力較不敏感。這個情況對於刑法規範與亂倫禁止具有適當性是重要與負面的評價。

這項刑法規範的適當性原則上——與多數意見——應無疑問。但卻增加了刑法禁止亂倫規定執行上的困難。

不同於毒品犯罪領域，在禁止亂倫的情形中，立法者的目標並非是以刑法確保毫無漏洞之國家控制。入罪化僅涉及性關係的部分領域與在緩刑執行結果上也考慮及無法以刑法處罰之性行為，這個狀況因而弱化了刑法規範的調控功能。即使在適當性的審查當中並未明顯提及此點，多數意見並未忽略而在他處指出此點：規範以其放射作用從構成效果限縮的範圍往外達到警告性、規範安定性與一般預防的功能。當涉及基本權侵害與社會

倫理對人的負面評價時，這在刑法中會是危險的觀念：以外於規範適用範圍的功能，創造規範的憲法正當性。

加上刑法第173條第3項，將行為當時未滿18歲的人作為個人阻卻違法事由。據此，刑法禁止手足亂倫只實現於一個時點，當基於兒童心理發展的過程對家庭共同生活的影響已降低或結束時。「家庭」（透過處罰「孩子」）將受到「保護」，即使在家戶與生活共同體形式中，不存在家庭，也對其將不再有不利的影響。另一方面，未成年手足的個人阻卻違法事由也導致，傳統意義下刑法對家庭之保護並不完整，因刑法只在於手足成年時才介入。在立法者的決定自由情況下，這類的規範結構與家庭保護通常無關。

血緣手足亂倫的可罰性對於保護家庭功能受損的適當性，由於刑法第173條第2項第2句有瑕疵的規定而受到質疑。多數意見認為姻親、收養或者監護關係的手足亂倫很少與家庭的傳統圖像產生衝突，但這並未改變其對家庭可能產生不利影響，而且與較低於刑法禁止的行為並無不同。此外，不存在可證實假設的觀點，認為血緣手足間的依賴性一定高於非血緣手足。

刑法第173條第2項第2句構成要件將手足亂倫的可罰性限於不同性別也不能保護家庭免於因性行為而受到

不利影響。這項構成要件的範圍過小，因其未涵蓋同樣有不利影響的行為方式，而且也未納入非血緣手足為可能的行為人。這樣構成要件的範圍將過廣，因其將納入對於家庭不可能產生不利影響的行為方式；這同時說明了本案依據的個案。因此從立法者形成一般法律的自由空間之時，這項構成要件自始欠缺了可能的法律目的。

2.即使從對阻止血緣手足可能產下身心障礙之孩童的可能性，將這個規定視為適當，但這個規定在上述的作用方向上卻不具有憲法上的正當目的。這個清楚的構成要件結構，未排除無生育可能之行為的可罰性，牴觸了有助於避免產生身心障礙之後代的適當性；從不同理由亦可確保達成規範明定的目的下，規範才得以處以刑罰。

3.刑法第173條第2項第2句對性自主的特殊保護，亦即保護婦女、兒童與青少年並不適當，因從處以刑罰之行為態樣無法得出這項結論。犯罪行為未指出與保護客體的關聯性。

同樣地，這也適用於性自主權的法益。血緣手足亂倫反映出的一種或他種涉及參與者之一的性自主權的情形。這項構成要件目的並未將這個法益納入，在相應的觀念中，亂倫應退居於刑罰處罰違反性自主之犯罪行為之外。刑法第173條第2項第2句與刑法典中追求性自主保護規範的區別相

當清楚：這些規範分別規定於刑法典不同的章節規定，且對於性自主保護的刑法規定（第174條以下）與第173條完全不同，其保護目的與可罰性要件在保護關聯性中構成要件是多樣、細緻與複雜。

III.

本席無法支持多數認為刑法第173條第2項第2句對於達成所追求之目的係適當的意見。手足亂倫的可罰性從憲法的比例原則思考，應存在有其他高權手段以同樣方式確保達成對家庭之保護。

馬可斯普朗克研究所的鑑定意見不只指出了，青少年照護措施的優先性，也指出了家事與監護法院之解決可能性，這些都考量了父母與亂倫所生子女以及這類型的孩童(vgl. Dort A.I. 6)。可採行這個手段，當該刑法規範不適用於其所未涵蓋未成年子女的情況時。上述揭示許多可能性的光譜容許社會教育的危機干預與治療措施(Gutachten des Max-Planck- Institus unter B. I. 8)，透過阻礙、排除與減少在時間上一個階段之中的不利後果，相對於刑法第173條第2項第2句對於兒童與家庭的保護更加有效。

這同樣適用於多數意見說明關於廢止規定可能消失的一般預防性與規範安定性作用。這項規定的作用始於滿19歲以上者的可罰性，因此一般性預防之作用範圍有限。加上考量到手

足成年以及與原生家庭之解消，使得這項規範對於保護家庭是否必要因而產生疑問，主要應是「警告作用」。當人們與多數意見接受亂倫之禁止是來自於文化歷史的社會確信，也不必害怕因廢止這個刑法規定，國民的感受將與對於手足亂倫規範上的「解放」(Freigabe)相連結。

最後，多數意見認為刑事訴訟對於受害者的正向作用並無法獲得其他評價；毋寧是走向錯誤之途。

一方面，在手足亂倫的情形中，行為人與受害人的角色分配是在過快與未有理由追究參與者責任的危險路上，依據刑法第173條第2項第2句僅處罰血緣手足的亂倫，而無其他可罰性的要件。在個案中，這個角色分配可能有其正當理由，但典型手足亂倫的情形與強暴中犯罪中的行為人與受害人不同。這個非典型的角色分配通常與其他的刑法構成要件有關，例如違反性自主的犯罪行為。

另一方面，人們輕易論及避免「二次受害」的義務，其透過與刑法的連結與加深法益侵害。在與刑法第173條第2項第2句相關的親密與受害的觀念之中，幾乎不可能履踐這項義務。在這個觀念當中，刑法的調查與評斷的程度相當深入；也將對相對人產生侵害，也使得必須接受密集的治療(vgl. Gutachten des Max-Planck-Institus unter B. I. 9)。使用刑法工具

卻造成額外的損害，在手足亂倫情形中運用刑法的必要性必須以嚴格的審查標準加以審查。

IV.

刑法第173條第2項第2句規定牴觸憲法的逾越禁止原則。這個規範欠缺對於行為可罰性之限制，其行為並未對於可能的保護目的造成危險；這個規範是以抽象危險犯罪加以規定，而且規範過廣。

1.對「保護家庭」刑法目的之重要性在於，刑法的保護僅開始於行為人成年時，但此時在家庭與養育共同體意義下不存在具體的家庭連結。無論如何，刑法保護家庭的必要性隨著對家庭產生危害或危險的可能性降低而變小。依據這項刑法目的與正當化的刑法規範必須考量家庭發展之特殊性。在下述情形中，即使無刑法干預也可以確保「避免基因遺傳損害」之刑法目的，例如，無生育能力或以避孕方式可避免產生後代。最後，刑罰外的預防也可能是適當的情況，其中排除對性自主權之干預情況，手足長期存在的關係，以及賦予對於人格自由開展的權利，可能在生育後代後形成的新家庭也將受基本法第6條第1項的保障。

2.對於在可能保護目的之內但在可罰性之外的案例，立法者並未採取預防措施。立法者的觀點是由刑事司法透過量刑與訴訟程序處理這些特殊

案例 (vgl. Deutscher Bundestag, Protokolle der Beratung des Sinder-ausschusses für die Strafrechtsreform, Bd. 1, 34. Sitzung, S. 125ff.)。這項保護機制最後的結果卻是導致過度的刑罰化與不當的處罰。

依據便宜原則得停止程序，不處以刑罰或者考量特殊情狀，在刑法量刑範圍內，在個案中協助達成行為與責任適當之結果。如同多數意見所依據的也是正確的，依據逾越禁止原則，聯邦憲法法院的判決是適當的，當刑事追訴機關有可能在個案中，對於輕微不法與罪責行為以訴訟程序方式加以衡平時 (vgl. BVerfGE 90, 145 <189ff.>)。

這項原則不及於刑法規範的內容，當其自始與在廣泛範圍內涉及不具可罰性的行為。但此時卻期待刑事司法的修正，以個別的個案而論，對於特定案例類型修正構成要件與限縮可罰性。此種修正不應是司法者的任務，而是立法者的任務。

在這個案例中，由法院表示意見，是否該案例欠缺可罰性，並依據立法者觀點加以審判，這意謂違反基本法第103條第2項權限劃分，由無權限之司法者決定是否具有可罰性。在這類的案例中，立法者應清楚規定實體法，對於非具可刑罰性之行為應自始排除於適用範圍，並不應僅留給訴訟法的形成可能空間。立法者並未排除

手足亂倫；也並未走上這條路。

在立法過程中，已討論半血緣手足的案例，當他們於成年時相識，並有了性關係。這種情況——類似於本案程序所依據的案例情形——並非被型塑成亂倫，以及考量其年齡與欠缺對於原生家庭造成損害，依據當時聯邦政府的意見，不應透過判決，而應依據刑事訴訟法第153條停止程序。在刑法的範圍內，立法者對於典型但不具可刑罰性的情況視為可罰，並依據個案情形，免除可罰性，並期待刑事司法為之，這抵觸了逾越禁止原則。這項禁止要求立法者必須創造不同的實

體規範，從構成要件中排除典型但不具可刑罰性案例。刑法第173條第2項第2句卻是——在刑法規範少見的——僅涵蓋血緣手足的亂倫，以及刑事司法透過這項清楚的規範結構必須一致性適用。

最後，刑法構成要件不符合逾越禁止原則，僅涉及「個人生活領域的狹窄範圍」，也「只有少數人在相當受限方式受到禁止」。這類的說理可說在刑法中相當嘲弄，刑法以特殊方式針對了個人：誰涉及亂倫，將觸及其生活領域的中心範圍，而這對他將產生深遠與長期的影響。