

司法院會台字第 11541 號 盧恩本等聲請釋憲案
爭點題綱一、二、四、五之鑑定意見

國立成功大學法律系

李佳玟

2020.10.27

《目錄》

壹、問題背景	3
一、刑法雙軌制裁體系.....	3
二、我國強制治療制度的形成背景.....	5
三、性侵害強制治療的事實前提.....	7
四、小結.....	10
貳、鑑定意見	11
一、「有再犯之危險」、「再犯危險顯著降低」與法律明確性原則.....	11
1. 身體自由受憲法第 8 條的保障.....	11
2. 限制人身自由的法律必須符合法律明確性原則.....	11
3. 與刑罰無異的法律規定必須受到較為嚴格的審查.....	12
4. 何謂「與刑罰無異的處分」？.....	13
5. 強制工作引發的爭議.....	15
6. 2005 年刑法修正所引發的爭議.....	16
7. 外國判決之參照.....	18
A. 德國憲法法院 2004 年判決.....	18
B. 歐洲人權法院 2009 年 M. v. Germany 案.....	19
C. 德國聯邦憲法法院 2011 年判決.....	21
D. 歐洲人權法院 2018 年 Inseher v. Germany 案.....	23
E. 美國聯邦最高法院 1997 年 Kansas v. Hendricks 案.....	25
F. 小結.....	27
8. 超越「與刑罰無異」的審查框架.....	30
9. 「再犯之危險」與「再犯危險顯著降低」之法律明確性的審查.....	33
A. 保安處分之前提要件與效果均必須符合法律明確性原則.....	33
B. 刑法第 91 條之 1 的法條用語應具體並規範詳細.....	34
C. 「再犯之危險」與「再犯危險顯著降低」違反法律明確性原則.....	35
10. 小結.....	37

二、性犯罪者強制治療制度並未規定最長治療期間的合憲性問題.....	38
1. 限制人身自由的法律必須符合憲法第 23 條之比例原則.....	38
2. 性犯罪者強制治療制度之比例原則的審查.....	39
A. 目的合憲性	39
B. 手段適合性.....	40
C. 手段必要性.....	43
D. 手段衡平性.....	45
3. 平等原則的審查.....	46
4. 小結.....	47
三、受強制治療之性犯罪者的程序保障.....	48
1. 人身自由受正當法律程序之保障.....	48
2. 非關刑事之正當法律程序的內涵.....	49
3. 現行法對於受強制治療處分者的程序保障嚴重不足.....	51
A. 刑後強制治療的宣告	51
B. 繼續治療之程序	53
4. 小結.....	54
四、2011 年修法是否違反信賴保護原則與法律不溯及既往原則.....	55
1. 問題之背景.....	55
2. 信賴保護原則與法律禁止溯及既往原則.....	56
3. 系爭規定是否為溯及既往的法律？	57
4. 系爭規定是否涉及信賴保護原則的例外？	59
5. 歐洲人權法院與德國聯邦憲法法院判決之參考.....	59
6. 小結.....	61
參、結論.....	61

壹、問題背景

本釋憲聲請案之審查標的—「性侵害犯強制治療制度」，於現行法的定位為刑法中的保安處分。該保安處分是以「部分性侵害犯罪的發生，是因犯罪者的精神或心理異常所導致。由於這樣的人無法自我控制，有相當高的再犯風險，若不施予精神或心理治療，將會對社會造成極大的危險」為前提。若要檢討此類保安處分是否符合憲法的要求，必須先對此一處分的發展背景與事實前提有所理解。

一、刑法雙軌制裁體系

我國刑法繼受德國刑法，對於符合刑法不法要件的行為，採取刑罰與保安處分兩種制裁方式。刑法內之所以存在雙軌制裁體系，與德國刑法於百餘年前之刑罰目的「應報主義」與「預防主義」的爭論與融合有關¹。當時刑法的主流思維為應報理論，由康德(Immanuel Kant, 1724—1804)與黑格爾(G. W. F. Hegel, 1770—1831)為代表之古典刑法學派所提出。這個理論以人有自由意志為前提，認為犯罪者必須就其行為擔負道義責任，刑罰的目的在於衡平犯罪者因其行為所有的罪責，對於行為人的處罰不得逾越其罪責(罪責原則)。古典刑法理論對於犯罪者的想法，在十九世紀受到犯罪實證學派的挑戰。實證學派反對古典學派之「人有自由意志」的先驗預設，認為人的行為是由生理、心理、社會因素共同決定，刑罰對於不同情況的犯罪人應有不同的處置方式。義大利刑法學者費利(Enrico Ferri, 1856—1929)師承實證學派，指出犯罪既非行為人的意思可以左右，國家就無法從道義上對犯罪人咎責。他認為刑事責任的基礎在於防衛社會，判斷重點在於犯罪者的危險性，他因此主張以社會防衛處分(例如：矯治與隔離處分)替代傳統的刑罰²。

德國刑法學者李斯特(Franz von Liszt, 1851—1919)雖然反對部分實證學派學者關於「生來犯罪者」的想法，但他同意實證學派對於犯罪成因與犯罪者的預設。他認為，個人內在的生理因素以及外在的社會環境因素對於犯罪的形成有密切關係，犯罪者可分為改善可能與改善不可能。國家應按照犯罪者的情況，採取隔絕、威嚇與矯治等方式，以預防其未來再度犯罪。相對於應報理論，他關注的是刑罰之特別預防效果³。他主張於刑罰之外，建立保安處分，以彌補刑罰的不

¹ 參閱林鈺雄，保安處分與比例原則及從新從輕原則——評大法官釋字第四七一號解釋，台灣本土法學雜誌，第1期，1999年4月，98-100頁。

² 參閱周憐嫻(譯)，Williams, Frank P. III & Marilyn D. McShane 著，《犯罪學理論》，台北，桂冠，1992年，13-39頁；林山田、林東茂、林燦璋，《犯罪學》，2004年1月，增訂3版2刷，25-47頁。

³ 參閱林山田、林東茂、林燦璋，註2書，45-47頁，林鈺雄，註1文，98-99頁。對應於主流的應報理論，德國學者費爾巴哈(Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, 1775—1833)主張透過刑罰的威嚇力，避免潛在行為人從事犯罪行為，著重刑罰的一般預防效果。而後應報、一般預防與特別預防理論，就成為影響刑法規範與量刑最重要的三種理論。參閱林鈺雄，《新刑法總則》，台北：元照出版社，2016年，5版，13-19頁；許澤天，《刑法總則》，台北：新學林出版社，2020

足⁴。李斯特之特別預防理論出現之後，對當時的主流刑法理論形成相當大的挑戰，兩派爭論不斷。預防理論批評應報理論對於犯人監禁如何處遇，以及如何預防再犯毫無想法；應報理論批評預防理論很容易以預防危險為名，讓國家刑罰權力無限擴張⁵。

政治上有自由主義傾向的李斯特，其改革刑法的主張諷刺地在德國納粹執政時被實踐。納粹政權於 1933 年進行刑法改革，通過《打擊危險再犯以及關於保護和復歸措施法》(Law Against Dangerous Recidivists and Regarding Measures of Protection and Rehabilitation)，用保安監禁的方式，無限期地監禁具有危險性的慣犯 (habitual offenders)，被認為是社會害蟲的人 (包括慣犯、娼妓、乞丐、酒鬼、遊民、黑人與吉普賽人) 被監禁甚至絕育，相關規定的適用可以溯及既往。今日德國法所見之刑罰與保安處分的雙軌制裁體系，就是這部法律的遺產⁶。

納粹的例子，讓人看到以預防未來危險為目的的保安處分，如何被國家濫用⁷。不過二戰後，德國 (西德) 並未廢除保安監禁，只是刑事法院對於保安監禁的宣告變得保守⁸。德國於 1969 年的刑法改革，針對第一次受保安監禁宣告的犯人，無論其於監禁期間表現如何，監禁時間以十年為上限，不過這個上限規定在 1998 年被刪除⁹。1998 年的修法是受到 1996 年幾樁受到媒體大幅報導的兒童性虐待案件的影響，由於這些案件的行為人是假釋出獄的性犯罪者，輿論強烈要求立法者修法應對。德國於 1998 年的新法不僅讓讓兒童性虐待犯罪刑度被提高、保安監禁制度納入不少性犯罪類型，德國立法者尚且廢除保安監禁的十年上限，改為

年，20-26 頁。

⁴ 林鈺雄，註 1 文，99-100 頁。

⁵ 前揭文，98 頁。

⁶ Markus Dirk Dubber, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, 53 AM. J. COMP. L. 679, 698-699 (2005). 文獻上的另一種說法是，十八世紀末德國刑法學者 Ernst Ferdinand Klein (1743~1810 年) 就已主張保安處分的必要性。最早將保安處分入法的是瑞士學者 Carl Stooss (1849~1943 年) 所起草的瑞士刑法草案 (1893 年)。嗣後，1930 年的義大利刑法、1932 年的波蘭刑法、1933 年的德國刑法與 1937 年的瑞士刑法均採納此種刑罰與保安處分的雙制裁體系立法方式。參閱陳子平，《刑法總論》，台北：元照出版社，2017 年，四版，826 頁。學者柯耀程則把李斯特與 Stooss 並列為刑法保安處分的推手，參閱柯耀程，《刑法釋論 II》，台北：一品文化出版公司，2014 年，127-28 頁。

⁷ Pinto De Albuquerque 法官於 2018 年 *Ilmseher v. Germany* 案的反對意見中，就強調了當年德國保安監禁的黑歷史。See Dissenting Opinion of Judge Pinto De Albuquerque (Joined By Judge Dedov) in *Ilmseher V. Germany*, Nos. 10211/12 & 27505/14, paras. 2-5 (Eur. Ct. H.R. 2018).

⁸ Grisca Merkel, *Incompatible Contrasts? -- Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights*, 11 GERMAN LAW JOURNAL 1046, 1048-49 (2010). 不過德國政府對此指控，通常以此制度雖然源自於納粹政權，但在二戰之後，已在數次的民選國會中受到肯定，受到民主機制的承認。M. v. Germany, No. 19359/04, para. 113 (Eur. Ct. H.R. 2009). 關於保安監禁制度在德國二戰之後的發展，參閱周佳宥，德國事後安全管束監禁制度之合憲性研究——以制度發展與調整為研究中心 (2004 年~2013 年)，憲政時代，2014 年 10 月，107-11 頁。

⁹ Hans-Juergen Kerner (著)，許澤天·薛智仁 (譯)，《德國刑事追訴與制裁——成年刑法與少年刑法之現狀分析與改革構想》，2008 年，台北：元照出版社，128-29 頁。

授權法院審查受監禁者是否對社會仍有危險，因而必須繼續被監禁¹⁰。德國刑法在 2002 年、2004 年與 2008 年再度被修正，保安監禁被擴張至 14 歲至 18 歲的少年，犯人在被法院定罪時，不一定知道自己是否在徒刑期滿之後會不會面臨保安監禁¹¹。

從德國刑法的發展狀況來看，當年曾被納粹濫用的保安監禁，於戰後繼續以保安處分的形式留存在德國刑法體系內。在德國社會感覺到受到犯罪的威脅，輿論要求國家積極管理時，刑法中已有的保安監禁，就成為國家管理危險犯罪者最好用的手段。

二、我國強制治療制度的形成背景

我國雖然於 1920 年代與 1930 年代左右，透過日本繼受歐陸刑法¹²，繼承了雙軌制裁體系¹³。不過認定性侵害犯罪者具有高度危險性，需要以保安處分特別處理，要到 1999 年刑法第 91 條之 1 的增訂之後才被確立。

事實上，「性受害者是精神或心理變態」的說法在 1990 年代之前並不流行¹⁴。有很長一段時間，台灣社會的主流想法是，少數文化程度低落、品行不良、無正常管道可以發洩性慾的中下階級男性，或是年輕氣盛不懂自我克制的不良少年才會強暴女性。問題的根源是少數男性不懂得克制自己的自然情慾，不是因為精神與心理變態。為了不撩撥男性的自然情慾，引發犯罪，作為潛在被害人的女性，在衣著、言行舉止與生活作息上有義務隨時自我檢點。女性在這套論述下成為犯罪原因的一部分，被害女性言行舉止與衣著很容易成為司法程序以及輿論審查的對象。由於性侵害犯罪的發生被認為與社會風氣與秩序有關，查緝色情刊物、酒家，端正社會風氣，打擊不良少年幫派，也成為國家防治性犯罪的重點¹⁵。從相關政策與論述的發展狀況來看，當代作為台灣防治性侵害犯罪政策重點的強制治

¹⁰ 盧映潔，德國與我國性犯罪之司法措施比較，律師雜誌，第 301 期，2004 年 10 月，55 頁；林明傑，性犯罪之再犯率、危險評估、及未來法律展望，律師雜誌，第 301 期，2004 年 10 月，58-59 頁。

¹¹ Albuquerque, *supra* note 7, paras. 12- 20; 蕭宏宜，保安處分與罪刑法定，法令月刊，第 57 卷第 4 期，2006 年 4 月，11 頁。

¹² Tay-sheng Wang, LEGAL REFORM IN TAIWAN UNDER JAPANESE COLONIAL RULE, 1895-1945: THE RECEPTION OF WESTERN LAW, Seattle: University of Washington Press 511-52 (2000).

¹³ 1935 年公布施行的中華民國刑法已有第 12 章保安處分，與現行法的架構差別不大，包含感化教育（第 86 條）、監護（第 87 條）、禁戒（第 88 條、89 條）、強制工作（第 90 條）、強制治療（第 91 條）、保護管束（第 92 條~第 94 條）與驅逐出境（第 95 條）。

¹⁴ 1960 與 1970 年代的時候，並非沒有人主張性侵害之發生，與犯人之精神、心理或是生理的疾病有關。例如：段邵陞，妨害風化犯罪問題與有關法治之探討，法律評論，第 34 卷第 6 期，1968 年 6 月，4-5 頁；鄧海波，以消除奸暴為維護女權的基礎（續），法學評論，第 41 卷第 8 期，1975 年 8 月，14 頁；周震歐，強暴問題的探討，中興法學，第 10 期，1976 年 5 月，148 頁。轉引自湯詠煊，《一個強暴，各自表述？：從框架觀點省視戰後婦運的強暴法律改革》，台大法律研究所碩士論文，2013 年，31-32 頁。

¹⁵ 參閱前揭文，30-42 頁。

療，其實是在 1994 年刑法第 77 條假釋規定中加入強制診療的要件之後，於 1990 年代後半期才逐漸為社會接納與重視¹⁶。

從台灣性侵害犯罪政策的發展狀況來看，1990 年到 1999 年是個變動相當大的十年。除了 1994 年新增之性侵害犯罪者強制診療制度之外，在那十年裡，婦運的改革倡議逐漸顯現成果。被害婦女的司法處境受到一定程度的改善，1999 年的刑法修正，立法者將性侵害犯罪從妨害風化改為妨害性自主，至少在法條定位上，擺脫充滿父權意識形態的妨害風化說；條文中賦予被害人抗拒義務的要件「致使不能抗拒」被刪除，被害人之自主意願受到更大的重視；處理性侵害犯罪的專法性侵害犯罪防治法也在這十年之中通過¹⁷。但在另一方面，婦運致力對抗的強暴迷思，包括「會性侵的人只是少數人，不管是少數精神心理變態的人，或是少數道德低下的人」¹⁸等不符合犯罪實況的想法，要翻轉卻相當困難。1994 年因為重大犯罪所催生之性侵害犯強制治療制度，卻可能因為「所有性侵害犯罪者都被預設可能存在精神、心理或生理的異常，必須一律接受國家的篩檢與治療，確認無此問題才可出獄，或是不受國家強制社區治療與監控」，反過來強化「性變態才是真正（危險之）犯罪者」的印象，很容易削弱、或至少讓一般人忽視婦運之「絕大多數性侵害犯是被害者所認識的人，例如：鄰居、師長、家人、男友等，而且是精神與心理狀況與未犯罪者並未相差太遠的一般人」的主張¹⁹。

1994 年刑法新增之刑法第 77 條第 3 項：「犯刑法第 16 章妨害風化各條之罪者，非經強制診療，不得假釋。」雖然是我國性侵害犯強制治療制度的開端，不過一開始這個強制診療只是增加監獄處遇的內容。修法的契機是因為法務部希望解決監獄人滿為患的問題，計畫修法降低假釋門檻。由於當時正好發生一起性侵害假釋犯性侵殺害大學女生的案件，立委潘維剛因此要求刑法第 77 條必須加入妨害風化犯要假釋應先經過強制診療的規定。但是由於立法過程相當匆促，該項的涵蓋範圍是否過廣、強制診療如何進行，與刑法中既有的強制治療有何不同，定位上是否屬於保安處分等問題都不清楚，於法律通過之後刻引發爭議。立法者遂於 1999 年修正刑法時，將刑法第 77 條第 3 項刪除，改在刑法第 91 條花柳病強制治療制度之後，新增一條性侵害犯刑前鑑定治療制度的規定（刑法第 91 條之 1），確定強制治療為刑法保安處分的一種。但刑前鑑定治療制度通過之後，

¹⁶ 台灣性侵害犯強制治療制度，相當程度地見證了傅柯所描述的權力與知識間的螺旋關係。相關討論可參考張蕙蘭，控制性侵害，臺灣大學社會學研究所學位論文，2007 年，1-13 頁。

¹⁷ 李佳玟，近年來性侵害犯罪之刑事政策分析從婦運之角度觀察，收錄於《在地的刑罰·全球的秩序》，台北：元照出版社，2009 年，81-87 頁。

¹⁸ 強暴迷思還包括（1）性侵害的發生是因為被害女性本身「不夠檢點」、（2）性侵害犯罪誣告率特別高，不少自願與男性發生關係的女性，之後會因為報復、嫉妒、罪惡感或羞恥等因素，向警方謊稱自己被性侵，以及（3）絕大多數的性侵害是陌生人性侵，（4）發生在黑暗的巷弄裡，以及（5）。參閱前揭文，98-100 頁。

¹⁹ See Christina E. Wells & Erin Elliott Motley, *Reinforcing the Myth of the Crazy Rapist: A Feminist Critique of Recent Rape Legislation*, 81 B.U.L. REV. 127, 143-145 (2001)；中文分析，參閱李佳玟，註 17 文，101-117 頁。

實務於運用時，很快發現各種問題，包括被告尚未定罪之前即被送鑑定治療、過早治療效果不佳，以及刑前強制治療無法與出獄後社區治療銜接等。立法者於是在 2005 年修正刑法時，將該條修正為刑後治療²⁰。台灣現今這套涵蓋刑中、刑後，以及社區的強制治療制度，大約就是在 1994 年到 2006 年這 12 年，透過各類法律²¹與行政命令²²之增訂或修改所建立起來的。

如果說 2005 年刑法第 91 條之 1 的修訂，已讓強制治療這個保安處分，從「有期間限制，治療時間可扣除刑度」，轉向「強制治療時間不包括在刑度內，而以『再犯危險顯著降低』為停止條件，因此沒有期限限制」，朝向更有效率之風險治理策略邁進²³。2011 年雲林一起性侵害前科犯性侵殺人的案件，促使立法者新增性侵害犯罪防治法第 22 條之 1，讓強制治療制度擴及 2005 年刑法第 91 條之 1 修正前犯罪的性犯罪者，國家對於性犯罪的風險管理至少在法制面上滴水不漏。隨著國家對於性犯罪者的網越張越大，所涉及的問題，除了這個制度是否抵銷婦運對抗強暴迷思的努力之外，還包括個別規定是否違反法治國所設下的基本原則，侵害憲法第 8 條所保障的人身自由。然而，這些問題的處理，不會只有制度給予相關當事人的程序保障是否周全，還在於這個制度本身究竟是否基於可信的科學基礎上。

三、性侵害強制治療的事實前提

本文一開始提到，性侵害犯強制治療制度是以「有些性侵害犯罪的發生，是因犯人的精神或心理異常所導致。由於這樣的人無法自我控制，有相當高的再犯可能性，若不施予治療，將會對社會造成極大的危險」為前提。從既有文獻來看，強制治療制度所立基的事實前提是否存在，其實存在爭議。

美國聯邦最高法院於 1997 年 *Kansas v. Hendricks* 一案²⁴，審查相當於我國強制治療之性犯罪者民事監禁（civil commitment）的合憲性時²⁵，美國精神醫學

²⁰ 相關修法過程與爭議，參閱許福生，我國性侵害犯刑後強制治療之檢討，刑事政策與犯罪研究論文集 17 集，2014 年 10 月，217-223 頁。

²¹ 除了刑法、性侵害犯罪防治法與監獄行刑法之外，與強制治療制度有關的法律修訂還包括刑事訴訟法。立法者於 2005 年修訂《監獄行刑法》第 82 條之 1，規定受刑人若依刑法第 91-1 條規定，有施以強制治療之必要者，檢察官應向法院聲請強制治療之宣告。隔年立法院進一步修訂刑事訴訟法 481 條，確認就刑法第 91 條之 1 第 1 項之施以強制治療及同條第 2 項之停止強制治療，檢察官都必須項該案犯罪事實最後裁判之法院聲請裁定。

²² 與強制治療制度有關的行政命令包括 1998 年法務部制定之《妨害風化罪受刑人輔導與治療實施辦法》，以及同年 11 月，內政部依據當時性侵害犯罪防治法第 18 條第 2 項，所制定之《性侵害犯罪加害人身心治療及輔導教育辦法》。前者針對犯刑法第 221 條至第 230 條及其特別法之罪的受刑人，後者處理性侵害犯的社區身心治療與輔導。

²³ 關於風險治理模式與強制治療制度之關係，以及促成此類治理策略的其他背景，參閱李佳玟，註 17 文，61-98 頁。從精神醫學界看這個風險管理邏輯滲入性侵害防治政策之過程，參閱吳建昌，人性的呼喚：治理理性與台灣性侵害防治政策，科技醫療與社會，第 6 期，2008 年 4 月，79-88 頁。

²⁴ *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997).

會 (American Psychiatric Association, APA) 在法庭之友意見書中明確表達反對此類法律的立場。APA 其中一個重要理由是：精神醫學根本無能力可靠地預測人類未來危險性²⁶。APA 尚且批評州立法者任意透過法律創造新的精神疾病名詞 (堪薩斯州法使用「精神異常」(mental abnormality) 與「人格失調」(personality disorder))，並對受監禁者危險性之舉證要求過低，掏空美國聯邦最高法院在 1992 年 *Foucha v. Louisiana* 案所設定之對精神疾病者進行監禁的標準²⁷，剝奪憲法對於人身自由的保障²⁸。

雖然美國聯邦最高法院在 *Kansas v. Hendricks* 案中並未接受 APA 的意見，1999 年 APA 特別小組所提交的報告持續批評暴力性犯罪法欠缺醫學根據。報告指出，關於全部或是部份性侵害犯罪者是否有精神疾病，是個複雜且有爭議的問題。即便部分性侵害犯罪者可診斷為性慾倒錯 (paraphilia)，鑑於這個診斷也常見於那些從未犯下性侵害犯罪的人身上，性慾倒錯對於性侵害犯罪之發生並無解釋上的關聯。精神疾病學 (psychiatric nosology) 無法以一個有系統的方式，協助臨床對於性侵害犯罪的理解或是治療，此一主張動搖了強制治療所需要的事實前提。這份報告更於結論中措詞強硬地抨擊，性暴力犯罪者法 (特別是在定義何為精神疾病，以及認定何時需要強制治療) 嚴重地打擊了精神醫學的信譽

²⁵ 美國 1990 年代出現一股對抗性暴力犯罪者的立法風潮，帶領是美國華盛頓州。1980 年代末期美國華盛頓州發生幾樁駭人聽聞的性侵害案件，受到媒體大幅的報導，由於這些犯罪是由性侵害前科所犯下，在輿論壓力下，華盛頓州立法者因此於 1990 年制定性暴力犯罪者法 (sexually violent predator act, SVPA)，給予性侵害犯類似台灣強制治療的民事監禁處分，其他州紛紛仿效華盛頓州的作法，第一個送到最高法院的案件是美國堪薩斯州在 1994 年制定的 SVPA。在美國聯邦最高法院於 1997 年確認此類法律合憲之後，美國國會於 2006 年透過《Adam Walsh 兒童保護與安全法案》(Adam Walsh Child Protection and Safety Act)，將性暴力犯罪者民事監禁制度納入聯邦體制中。根據統計，到 2018 年為止，美國已有 21 州 (加上聯邦與華盛頓特區) 有類似的法律。各州法律雖然細節不同，但都有下列幾個特徵：(1) 該性犯罪者有性犯罪的歷史 (定罪紀錄或是被起訴的紀錄)、(2) 在該性犯罪者被考慮是否被監禁時，被診斷有精神異常或人格失調的問題、(3) 未來有可能會再度犯下性犯罪，以及 (4) 在精神異常、人格失調與再犯風險之間具有因果關係。See Deirdre M. Smith, *Dangerous Diagnoses, Risky Assumptions, and the Failed Experiment of "Sexually Violent Predator" Commitment*, 67 OKLA. L. REV. 619, 635, 650-652 (2015); A.R. Felthous & Je Ko, *Sexually Violent Predator Law in the United States*, EAST ASIAN ARCH PSYCHIATRY, 28:159-73 (2018).

²⁶ Brief for the American Psychiatric Association as Amicus Curiae Supporting Respondent, *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997) (Nos. 95-1649, 95-9075), 1996 WL 469200, at 18. <<https://www.psychiatry.org/File%20Library/Psychiatrists/Directories/Library-and-Archive/amicus-briefs/State-of-Kansas-v-Hendricks-Nos-95-1649-95-9075.pdf>> (Last accessed: Oct.05, 2020). APA 在 1983 年 *Barefoot v. Estelle*, 463 U.S. 880 一案中，早已表達精神醫學無法可信地預測人類未來行為的立場。這個案件涉及「未來危險性」可否作為死刑的從重量刑因子，美國聯邦最高法院最後支持這樣的立法。相關討論參閱李佳玟，從美國模範刑法典之量刑模式論我國死刑量刑準則，中研院法學期刊，第 25 期，2019 年 9 月，114 頁。

²⁷ *Foucha v. Louisiana*, 504 U.S. 71 (1992). 在這個問題上，美國聯邦最高法院多數意見認為法律不需要直接採納醫療用語，而可以委由各州立法者自行決定。重點在於受監禁者是否有意志缺陷 (volitional impairment)，無法自我克制，而造成他人的危險，如此就能滿足實質正當法律程序的要求。See *Hendricks*, 521 U.S., at 358-59.

²⁸ Brief for the American Psychiatric Association as Amicus Curiae Supporting Respondent, *supra* note 26, at *19-*24.

(integrity)。立法者為了社會的需要，將民事監禁用於非醫療的目的，降低了為醫療而為監禁的正當性，這是對於精神醫學不能接受的濫用²⁹。到了2010年，依然有精神醫學研究者認為性暴力犯罪者法所建立的民事監禁是個錯誤的制度，將當時受到媒體大幅報導的個案，一般化為通案的問題，在當代造成對於性犯罪者獵巫的情況³⁰。

不過，雖然不少精神醫學專家與心理學家自始至終地反對將性犯罪者長期拘禁與治療，仍有一些第一線的精神與心理治療師支持這類立法，認為精神醫學應該在性侵害暴力的防範上扮演一定的角色。先前提到之 *Kansas v. Hendricks* 一案，雖然有包括美國精神醫學會之三個精神與心理的專業學會，表達反對此類法律的立場，但也有兩個參與性犯罪者治療的精神醫學會支持堪薩斯州政府，其中包括當時在堪薩斯州經營一家精神病醫院的 Menninger 基金會。美國聯邦最高法院在 *Kansas v. Hendricks* 案中的意見，有很大一部分來自於 Menninger 基金會的法庭之友意見書³¹。德國與台灣也不乏實務工作者的投入，顯然不認為高再犯危險之性侵害犯罪者無法被辨別與治療³²。

在正反意見都存在的情況下，大法官在進入法律議題的審查之前，或許必須先處理性侵害犯罪者強制治療制度的事實基礎問題。這樣的制度是否需要受到精神醫學與心理學界的普遍支持 (general acceptance)，還是只要有部分的精神或心理專家支持就好³³？這些問題之所以重要，是因為從實質正當法律程序 (substantive due process) 的角度來看，國家必須要有實質正當的理由，才能剝

²⁹ Am. Psychiatric Ass'n, *Dangerous Sex Offenders: A Task Force Report of the American Psychiatric Association* 4-5, 9, 44 & 173-74(1999) 轉引自 Smith, *supra* note 25, at 679-680. 在後續的出版品裡，APA 倡導替代性的方案，其中包括多單位一起合作的社區圍堵 (community containment)，或是受性虐待兒童早期治療策略。See Bruce J. Winick, John Q. La Fond (eds.), *PROTECTING SOCIETY FROM SEXUALLY DANGEROUS OFFENDERS: LAW, JUSTICE, AND THERAPY* (2003).

³⁰ Paul Good & Jules Burstein, *A Modern Day Witch Hunt: The Troubling Role of Psychologists in Sexual Predator Laws*, 28 AM. J. FORENSIC. PSYCH. 23 (2010).

³¹ Smith, *supra* note 25, at 681 n. 369.

³² 從德國司法精神醫學家娜拉·賽美所著之《告訴我，你為什麼殺人》一書中「我不知道我還想不想出去」一文來看，她應該支持高再犯危險之性侵害犯的鑑定與治療是可能與必要的。參見氏著，姬健梅（譯），《告訴我，你為什麼殺人》，台北：臉譜出版社，2017年，205-37頁。台灣於1994年立法之後，有些精神醫學與心理學專家對此議題相當積極。2001年至少有兩本與性侵害防治有關的專書，一本為翻譯書，翻譯者多為國軍北投醫院精神科醫師、心理師與社工師 (D. Richard Laws (著)，王家駿等 (譯)，《性侵害再犯之防治》，台北：五南出版社，2001年)。另一本是本土出版的專書，由心理學家陳若璋撰寫 (陳若璋，《性犯罪心理學-心理治療與評估》，台北：張老師文化事業股份有限公司，2001年)。該書的作者的自我介紹為：「從一九九五年起，她大力推動及協助建構台灣處理性犯罪的體制，集結了對這方面有興趣的精神科醫師、心理師、社工師，希望建置一套完整的制度。」

³³ 主筆 *Kansas v. Hendricks* 案多數意見的 Thomas 大法官雖然意識到精神醫學界對於性侵害犯強制治療的爭議，但認為立法者有權在這樣的爭議中採取立場，制定相關法律，司法不應干預。See *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S., at 360 n.3. 學者 Deirdre M. Smith 認為法院應該扮演科學證據的守門員，尤其所涉及的是人身自由。Smith, *supra* note 25, at 707.

奪人民人身自由³⁴。司法院釋字第 384 號解釋就主張「憲法第八條第一項... 稱『依法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置...，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件...。」³⁵倘若沒有足夠的證據證明性侵害犯罪者有精神或心理疾病需要治療、性犯罪者的問題可被現有的技術所治療，更重要的是，（當代以及我國）相關知識技術有辦法預測再犯率高低，可區辨誰該被強制治療，誰可以結束治療，國家就有假科學與治療之名，恣意剝奪人民人身自由的問題。即便給予受監禁者足夠的程序保障，包括給予可能受強制治療者即時通知、辯護權、陳述表意權、詰問權，以及公開受法院的各種程序權利，也無法消滅此一制度的違憲疑慮。

四、小結

上述的背景介紹，不僅想要提供保安處分與台灣性侵害犯強制治療制度的發展脈絡，更希望提醒：（1）立基於預防主義，目的在於社會防衛的保安處分，依其對於犯罪者的想像，以及對於刑法目的（預防犯罪、防衛社會）的設定，不受應報主義之罪責原則的控制，自始就有「失控」的可能。失控不一定來自於極權政權的刻意操弄，在民主社會裡也有可能因為媒體的煽動以及輿論的壓力而被濫用；（2）管理高危險性侵害犯的政策通常受婦運團體支持，理由是性侵害犯罪絕大多數的受害者為女性，心理變態、具有高再犯危險的性侵害犯罪者可自由「在外遊蕩」，的確會引發女性的焦慮，國家有義務確保女性公民人身安全以及免於恐懼的自由。但性侵害犯強制治療制度在多大程度可以提高婦女人身安全（性侵害數量是否因此下降？），以及對於婦運而言，是否反而為「對抗強暴迷思的倡議行動」帶來反挫的效果，卻很少被實證地調查與檢討；（3）我國常以借鏡外國先進作法來對應我國的問題，卻沒有仔細考慮到引入的制度，是否在他國即有相當大的爭議，不管是法律上的爭議或是事實前提的爭議。

前述關於性犯罪強制治療之事實前提的爭議，將留給更適合回應的專家，本文下一部分的鑑定意見，將集中討論 – 現行由刑法第 91 條之 1 與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 等規範共同構築之「性侵害犯刑後強制治療制度」，其規範方式是否符合憲法各項原則的要求。

³⁴ 相同意見：Smith, *supra* note 25, at 622。

³⁵ 湯德宗綜合美國聯邦最高法院的判決，指出所謂「實質的正當法律程序」，是要求法院從「法律是否為達成合法目的的合理手段」、「是否對人民權利限制最少」、「內容是否明確」等角度，審查法律的內容，以確保法律的公平。湯德宗，憲法上的正當程序保障，《行政程序法緒論》，台北：元照出版社，2003 年，172 頁。

貳、鑑定意見

題綱一、刑法第 91 條之 1 第 1 項規定「有再犯之危險」、第 2 項規定「再犯危險顯著降低」，是否違反法律明確性、憲法罪刑法定原則及憲法第 8 條人身自由之保障？

一、「有再犯之危險」、「再犯危險顯著降低」與法律明確性原則

1. 身體自由受憲法第 8 條的保障

人身自由是人的其他自由權利可被行使的前提，因此各國憲法與國際人權公約莫不將之定義為基本權利，設下保障。我國憲法對人民身體自由的保障規定在第 8 條，該條第 1 項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」依照司法院大法官釋字 384 號解釋，該項「係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第 23 條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。」這個立場在後續的大法官解釋中，不斷地被確認（司法院釋字第 523 號、第 567 號、第 588 號、第 636 號、第 677 號、第 708 號、第 710 號與第 737 號解釋參照）。

2. 限制人身自由的法律必須符合法律明確性原則

依照前述司法院解釋意旨，國家若要限制人身自由，除了形式上必須依據立法機關通過的法律之外，就內容而言，必須立基於實質正當的理由，給予自由受限制者應有的程序權利，立法者所欲透過法條保護的利益，與其所採取的限制人身自由的手段，必須符合憲法第 23 條所要求的比例原則。於其後解釋裡，大法官進一步依據法治國原則，要求限制人身自由的法律條文必須用語明確，如此方能「使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。」（司法院釋字第 636 號解釋）依照學者的見解，法律文字明確，不僅可達成法律預先告知與防止恣意執法的功能，更為重要的應該是，如此才能確保立法者的意志拘束適用法律的行政機關與司法機關，確保民主國家的權力區分³⁶。

³⁶ 參閱黃舒芃，法律明確性原則的制度功能－評釋字第七〇二號解釋對法律明確性原則之認定，月旦裁判時報，第 17 期，2012 年 10 月，9-14 頁；薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，國立臺灣大學法學論叢，第 44 卷第 2 期，2015 年 6 月，615-6 頁。

但由於人類語言本來就有程度不等的不明確性，法條文字又有抽象特質，用以涵蓋個案不同的情況，法理上也容許立法者在法條中使用不確定法律概念與概括授權條款³⁷，因此，限制人身自由等基本權利的法條文字，究竟要具體到何等程度才可符合法律明確性原則？大法官在 1997 年做成的釋字 432 號解釋裡首先提出「法條意義及立法目的非難以理解」、「受規範者可能預見其行為之法律效果」與「可經由司法審查加以確認」之法律明確性審查的「明確三要件」。這個見解在後來的司法解釋被更完整地解釋為：「依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違。」成為大法官相當穩定的見解（司法院釋字第 623 號、第 636 號、第 659 號、第 669 號、第 690 號、第 767 號、第 768 號、第 777 號、第 793 號、第 794 號解釋參照）。

3. 與刑罰無異的法律規定必須受到較為嚴格的審查

至於若限制自由的手段涉及對於犯罪者的處理，採用刑事處罰，或是類似刑事處罰的手段，對於法條文字之明確性是否應有不同程度的要求？司法院釋字第 636 號解釋認為：「又依前開憲法第 8 條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，於一定限度內，既為憲法保留之範圍，若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，自應受較為嚴格之審查。」違反檢肅流氓條例的效果並不包括刑罰，大法官之所以在釋字 636 號解釋標明此點，是因為大法官先前早已在司法院釋字第 384 號解釋中，認定對於流氓的感訓處分讓「身體自由受重大限制，其期間又可長達三年」，且依當時檢肅流氓條例之規定，若行為同時觸犯刑法，在法院審判，甚至是檢察官起訴前，就先執行感訓處分，對於受感訓處分者的影響，與刑罰無異，甚至程序保障還不如刑罰，大法官因此認為有必要對這個條例的用語採取嚴格的審查標準。此一標準為學者所肯定，許宗力認為，「影響基本權的嚴重程度」作為審查法律明確性的考量因素之一，讓影響基本權越嚴重條文受到大法官較為嚴格的審查，這種看法基本上合理。檢肅流氓條例中「欺壓善良」、「品行惡劣、遊蕩無賴」等用語，因為語意涵蓋過廣，可能將一般公認無辜者也納入流氓被國家檢肅，違反一般社會通念，因此被宣告違憲³⁸。

若說釋字 636 號解釋建立「與刑罰無異之法律規定，其法定要件必須是否符合法律明確性原則，必須要接受較為嚴格之審查」，司法院釋字 777 號解釋進一步確立法律若涉及刑罰，其法條文字的明確性必須受到更嚴格的審查：「88 年系爭規定明定：『駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。』102 年系爭規定提高刑度修正為：『駕駛動力交通工具肇事，致

³⁷ 參閱許宗力，論法律明確性之審查：從司法院大法官相關解釋談起，國立臺灣大學法學論叢，第 41 卷第 4 期，2012 年 12 月，1686 頁。

³⁸ 前揭文，1710-11 & 1014-16 頁。

人死傷而逃逸者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑。』核上開二規定為涉及拘束人民身體自由之刑罰規定，是其構成要件是否明確，自應受較為嚴格之審查，其判斷爰應僅以該規定文義及刑法體系整體關聯性為準，不應再參考其他相關法律。查 88 年暨 102 年系爭規定之構成要件有四：『駕駛動力交通工具』、『肇事』、『致人死傷』及『逃逸』。其中有關『肇事』部分，可能語意所及之範圍，包括『因駕駛人之故意或過失』或『非因駕駛人之故意或過失』（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，除因駕駛人之故意或過失所致之事故，依其文義及刑法體系整體關聯性判斷，為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人故意或過失所致事故之情形是否構成『肇事』，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則，此違反部分，應自本解釋公布之日起失其效力。」

4. 何謂「與刑罰無異的處分」？

雖然學界對於前兩號解釋並非全然同意³⁹，不過對於刑罰或是與刑罰無異的規範，法律明確性審查標準應該較為嚴格，並無爭議。只是這個標準適用範圍多廣？什麼是釋字第 636 號解釋中「與刑罰無異」的處分？是不是只要涉及人身自由的保安處分都符合這個定義？不僅這號解釋沒有多說，歷年的大法官解釋對這個議題都沒有講得太清楚。

司法院釋字第 636 號解釋依據早先釋字第 384 號解釋，認為對於流氓感訓處分讓受感訓者「身體自由受重大限制，其期間又可長達三年」，且依當時檢肅流氓條例之規定，若行為同時觸犯刑法，在法院審判，甚至是檢察官起訴前，就先執行感訓處分，對於受感訓處分者的影響，與刑罰無異，甚至程序保障還不如刑罰，以此適用與刑罰相當的法律明確性原則進行審查。司法院釋字第 567 號解釋針對《戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法》進行違憲審查，大法官認為該辦法所規定的管訓處分，對於「匪諜罪犯受徒刑或感化教育已執行期滿者，不予釋放而逕行拘束其身體自由於一定處所，不論其名義係強制工作或管訓處分，實與剝奪人民行動自由之刑罰無異，性質上均為嚴重侵害人民身體自由之處罰。」在這號解釋裡，強制工作與管訓處分都被列為與刑罰無異的處分，適用憲法審查刑罰法律的原則。

但是先前之司法院釋字第 471 解釋，大法官對於強制工作這個在刑法裡也存在的保安處分，卻認為「**保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、**

³⁹ 例如：許宗力，前揭文，1693 頁（針對釋字第 636 號解釋「欺壓善良、品性惡劣、遊蕩無賴」是否是一般人民一期日常生活及語言經驗無法預見）；薛智仁，肇事逃逸罪之合憲性——評釋字第 777 號解釋，月旦裁判時報，2020 年 2 月，第 92 期，85-88 頁（針對「肇事」是否無法透過立法意旨，確認法條之文義；以及是否不能參考其他非刑罰法律，確定其意思）。事實上就連大法官自身對於釋字 777 本身法律明確性的適用也有不同意見，參見司法院公報，司法院釋字第 777 號解釋協同意見書與不同意見書，61 卷 6 期，2019 年 6 月，11-158 頁。

自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。...槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條第 1 項之規定，不問行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，拘束其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第 23 條所定之比例原則。犯上開條例第 19 條所定之罪，不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年之部分，與本解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起不予適用。犯該條例第 19 條第 1 項所列舉之罪，依個案情節符合比例原則部分，固應適用該條例宣告保安處分；至不符部分而應宣告保安處分者，則仍由法院斟酌刑法第 90 條第 1 項規定之要件，依職權為之，於此，自無刑法第 2 條第 2 項之適用，亦即仍有從新從輕原則之適用。」從結論來看，強制工作仍有適用從新原則的可能性，換言之，強制工作這個保安處分並不必然適用憲法審查刑罰法律的原則，在這裡為罪刑法定原則下的刑罰禁止溯及既往原則。

再參照司法院釋字第 528 號解釋處理組織犯罪條例中強制工作的規定，即便依照當時該條例之規定，對於觸犯組織犯罪條例的人甚至可以強制工作五年，超過刑法第 90 條的三年期限，大法官依然不認為這樣做法可構成與刑罰接近的處分。理由是：「刑事法採刑罰與保安處分雙軌之立法體制，本於特別預防之目的，針對具社會危險性之行為人所具備之危險性格，除處以刑罰外，另施以各種保安處分，以期改善、矯治行為人之偏差性格；保安處分之強制工作，旨在對有犯罪習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或怠惰成習而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的。」在這樣的解釋裡，大法官似乎表達這樣的見解 – 即便該處分限制人身自由，只要該處分另外承載一個與處罰無關的目的，針對特定狀況的犯罪者，就不能將這樣的處分說是「與刑罰無異」。就強制工作而言，是為了針對有犯罪習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或怠惰成習而犯罪，因而具有社會危險性的行為人，令其進入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，若能自改善、矯治行為人的偏差性格，就能降低對於社會的危險性，使得這樣的處分具有正當性，不應被看作與刑罰無異的處分。以此回頭來看司法院釋字第 567 號解釋，或許大法官認為匪諜之所以有再犯危險的癥結並不在於怠惰，要對這樣的人施以強制工作並不合理，因而認定管訓有如加長的刑罰，因此必須適用憲法規範刑罰的原則，不過這號解釋提了「強制工作」，還是混亂了「與刑罰無異」的判斷標準。

5. 強制工作引發的爭議

如果循著司法院釋字第 471 號與第 528 號這兩號解釋的邏輯，那麼，以具有特定性格而有社會危險性的性犯罪者為對象，目的在於矯治犯罪者的強制治療制度，就不是「與刑罰無異」的處分，大法官只需使用比例原則等一般針對國家公權力所採用的審查標準即可。

不過司法院釋字第 471 號解釋對於強制工作的看法並非沒有爭議。事實上，就這號解釋意圖處理之槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條⁴⁰，立法者於 1997 年新增這一條之規定之後，就已掀起保安處分的新規定能否溯及既往，適用於發生在舊法時期之行為的爭議。雖然在那時候，刑法第 1 條尚將罪刑法定原則限定適用在刑罰上，刑法第 2 條第 2 項明確規定保安處分採納從新原則，槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條讓違反該條例的輕重不一之犯行的行為人，於徒刑執行完畢或赦免之後一律強制工作三年，還是讓司法實務工作者對這條有不同的想法與做法⁴¹，最終送交大法官解決爭議。大法官於司法院釋字第 471 號解釋做出決定，確認槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條不分犯罪者的狀況，於徒刑執行完畢或赦免之後，一律強制工作三年，不符合比例原則，就此部分宣告這個條文違憲。

這號解釋的重點雖然是再次確認比例原則適用於保安處分⁴²，但就保安處分並不適用規範刑罰的原則，意即不適用刑罰禁止溯及既往原則，劉鐵錚大法官提出不同意見書。他認為：「保安處分與刑罰，雖然理論上各有其任務，但兩者對人民實際上所產生影響，並非存在一絕對而明顯的界限；刑罰在處罰犯罪的同時，也具有防治犯罪的作用，而保安處分也非全無痛楚的措施，亦帶有相當的報應性質，故二者同屬國家司法權之作用，應力求其正當化之合理基礎，避免國家權力的濫用。惟解釋文就符合比例原則部分並未區分是否新舊法皆有保安處分的規定而一體適用裁判時之法律，此於不拘束自由之保安處分或許問題不大，但對於含有社會隔離、拘束人身自由效果的保安處分，如強制工作等，其在執行過程中對

⁴⁰ 於 1997 年新增之槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條內容為：「(第一項)犯第 7 條、第 8 條、第 10 條、第 11 條、第 12 條第 1 項至第 3 項、第十三條第 1 項至第 3 項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年。(第二項)犯前項之罪，受刑之執行完畢或赦免後，再犯該項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為五年。(第三項)前二項強制工作，於刑之執行完畢或赦免後，檢察官認無執行之必要者，得檢具事證聲請法院免其執行。(第四項)第 1 項、第 2 項強制工作執行已逾二分之一，而執行機關認無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。」

⁴¹ 對於司法實務就槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條第 1 項的爭論與處理，參閱林鈺雄，註 1 文，96-97; 102-03 頁。

⁴² 在我國，保安處分受一般憲法規範與原則拘束並不是理所當然，而是經過司法的導正。首先論及此點的是大法官解釋是司法院釋字第 384 號解釋，在這號關於檢肅流氓條例相關規範之合憲性的解釋裡，大法官確立作為保安處分必須受憲法比例原則的拘束：「第 21 條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞，均逾越必要程度，欠缺實質正當，與首開憲法意旨不符。」

於人民行動自由之侵害、及對受處分人所造成之痛苦懲罰，實與刑罰中之自由刑無異，則在決定是否應宣告強制工作時，舉凡憲法上保障人身自由之各種建制及現代法治國家對人身自由所普遍賦予之權利，如罪刑法定主義、不溯及既往原則、法律安定性與法律可預測性等原則，均應有其適用。雖強制工作本質上係為預防將來之犯罪行為、防衛社會需要而設，惟基於人身自由保護的重大理由，對於人民仍有法律信賴保護原則之適用，故於裁判確定之際，如新的強制工作處分規定不利於行為人，仍應如刑罰有不溯及既往、從輕原則的適用。刑法第二條第二項規定「保安處分適用裁判時之法律」，既不問行為時法是否有保安處分之規定，也不問舊法是否有利於行為人，而一律適用新規定，與法治國家法律安定性與法律可預測性的要求有違，侵害憲法保障之人身自由，有違比例原則，與憲法第八條規定牴觸。」

雖然劉鐵錚大法官與多數意見採取不同見解，嚴格來說，所有的大法官對於國家特定處分是否「與刑罰無異」，或是說「接近刑罰」，都是拿該處分與刑罰進行比較。若有比較多的「共同性」，那麼該處分就可以說「與刑罰無異」，適用那些針對刑罰的規範與原則。學者林鈺雄的作法也是如此，他指出：(1) 保安處分雖然立基於預防主義，但是，現在的刑罰已經朝向預防主義發展，應報主義的罪責原則成為刑罰的界限，因此要從目的區分刑罰與保安處分，欠缺說服力。更不用說，立法者經常濫用保安處分附帶的威嚇效果，達到治亂世用重典的目的；(2) 從措施內容與性質來看，限制人身自由的保安處分與刑罰一樣，都會剝奪被告的自由法益，因此也不能從措施內容與性質區分兩者。當保安處分對於被告人身自由的限制，有時甚至會超過刑罰，讓罪刑法定等原則只限制刑罰，卻不限制保安處分，對於被告並不公平⁴³。他不只主張強制工作必須適用從新從輕原則，其執行長度也應受到罪責原則的拘束。最好的作法是仿照德國曾有的立法方式，在判決時同時宣告自由刑與拘束人身自由的保安處分。於執行時，原則上應先執行保安處分，再執行自由刑，前者應併入自由刑來計算⁴⁴。

6. 2005 年刑法修正所引發的爭議

讓這一題更為複雜的是，雖然多數的大法官在司法院釋字第 471 號解釋認定「強制工作只是刑罰的補充制度，另有目的，因此與刑罰並非無異」，立法者在 2005 年刑法修正時，倒是讓限制人身自由的保安處分也適用罪刑法定原則下之

⁴³ 林鈺雄，註 1 文，103-06 頁。

⁴⁴ 前揭文，106-07 頁。德國學者 Claus Roxin 也採取這個立場，甚至稱拘束人身自由的處分因為貼上保安處分之名，就可以規避罪刑法定原則的限制，是一種標籤詐欺。參閱 Claus Roxin, AT I, 3.Aufl., 1997, § 5 Rn.56. 轉引自蕭宏宜，註 11 文，9 頁。不過刑法學者陳子平反對，他認為：「無可置疑地，特別預防亦屬於刑罰的重要功能之一，因此關於此點，刑罰與保安處分有其共同之性質，然刑罰之功能終究係以應報為其主要基礎，因此，一元主義將完全以未來犯罪預防為目的之保安處分與以應報為基礎之刑罰視為同一性質之制度，並非妥適。」陳子平，註 6 書，825 頁。

子原則—刑罰禁止溯及既往⁴⁵。刑法第 1 條的修法理由為：「拘束人身自由之保安處分（如強制工作），係以剝奪受處分人之人身自由為其內容，在性質上，帶有濃厚自由刑之色彩，亦應有罪刑法定主義衍生之不溯及既往原則之適用…。」看起來立法者認為，只要該處分拘束人身自由，就足以讓該處分「與刑罰無異」地，適用原只用在刑罰之禁止溯及既往原則。從這個角度來說，對於強制治療相關規定是否符合法律明確性原則的審查，或許必須適用較為嚴格的標準。

只是不能忽視的是，司法院釋字第 471 號多數意見並未宣告當時的刑法第 2 條第 2 項違憲，在法理上的影響⁴⁶。即便立法者在 2005 年修法，讓拘束人身自由的保安處分不溯及既往，法理上，這只是立法者提供被告法律層次的保障，並非出於憲法的要求。因此當立法者不只是像當年新增槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條那樣，新增保安處分規定，而是明白地在法條裡要求保安處分的適用必須溯及既往，譬如本號釋憲案所欲處理之性侵害犯罪防治法第 22 條之 1，法理上，反對性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 的人很難依據刑法第 1 條後段，主張這樣的規定違憲。即便這裡看起來有立法邏輯不一致的狀況，但是，鑑於立法者在不違反憲法的前提下，有權在不同議題上決定提供多少的法律保障，與刑法形成原則與例外的關係，這樣的批評不一定能形成立法者的壓力。司法院釋字第 471 號解釋對於保安處分溯及既往議題之處理方式的連帶影響是，憲法中限制刑罰之其他規範與原則，譬如對於不定期刑的限制、一事不二罰，或是對於法律明確性較為嚴格的要求，都不能適用於限制人身自由的保安處分。除非大法官在這一題上有新的論理方式，透過新的解釋，明確地改變司法院釋字第 471 號解釋的見解。

關於 2005 年刑法第 1 條後段與第 2 條第 2 項的修正，有學者引用德國判決與學說提出批評。學者蕭宏宜認為 2005 年關於拘束人身自由保安處分禁止溯及既往的修法是一種錯誤，理由是刑罰與保安處分具有本質差異。他指出，保安處分的科處與刑罰不同，前者並不像後者一樣，取決於被告的罪責，而是被告的危險性，立法者不該僅將重點放在保安處分對於被告的效果，導致應受矯治的被告，在禁止溯及既往原則的操作下，讓對社會存在危險的行為人無法受到相關處遇。他引用德國憲法法院於 2004 年的判決，強調：「保安監禁不是為了報應，而是為了預防未來犯罪；也因此，必須藉由特許的執行方式予以對付。惟國家司法權必

⁴⁵ 刑法第 1 條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」第 2 條：「（第一項）行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。（第二項）非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。（第三項）處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更，不處罰其行為或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行。」

⁴⁶ 當時刑法第 2 條第 2 項的規定只有：「保安處分，適用裁判時之法律。」意思是所有保安處分一概適用從新原則，並不區分類型。此種規定方式是否侵害被告受憲法第 8 條保障之人身自由，是當時釋憲聲請的對象之一（參閱司法院釋字第 471 解釋許○寶釋憲聲請書），不過大法官並沒有處理這個議題。

須保證，執行中的處分有其耗盡的可能。」⁴⁷ 他也引用德國學者 Dieter Dölling 的見解，主張保安處分不僅保護社會，協助被告復歸社會（Wiedereingliederung），是保安處分具有限制基本權之正當性的原因⁴⁸。蕭宏宜認為問題在於強制工作作為保安處分是否妥適，或是刑法第 91 條之 1 性侵害犯強制治療的範圍是否過廣。換言之，該做的是檢討個別保安處分的立法妥適性，而不是一概地認定拘束人身自由的保安處分與刑罰接近，因此將憲法中拘束刑罰的原則適用於保安處分⁴⁹。依據同樣的邏輯，他支持性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 之性犯罪者強制治療溯及既往的規定⁵⁰。

7. 外國判決之參照

A. 德國憲法法院 2004 年判決

蕭宏宜所引用的德國聯邦憲法法院 2004 年判決，所處理的就是承繼納粹時代之保安監禁制度（Sicherungsverwahrung）⁵¹ 的合憲性。在這個案件中，因為德國 1998 年修法將保安監禁最高上限 10 年廢除，這樣的規定被溯及既往地適用於一名受刑人 M 身上。M 認為適用在他身上的保安監禁，同時違反基本法第 2 條第 2 項人身自由的保障、基本法第 103 條第 2 項刑罰禁止溯及既往原則，以及侵害基本法第 1 條第 1 項對於人性尊嚴的保障，因此向德國聯邦憲法法院聲請救濟。

德國聯邦憲法法院在 2004 年這個判決裡直接區分「刑罰 v. 非刑罰」，沒有「與刑罰無異」的中間類型。法院認為刑罰必須包含下列要件：（1）是國家所為的處分、（2）是國家基於行為人從事違法且有責之行為所採取的處分，並藉此達到實踐正義與規範價值的目的；（3）國家對行為人的處罰立於責任衡平（Schuldausgleich）的立場⁵²。依據此一標準，德國聯邦憲法法院認定，既然保安監禁是為了填補獄政教化制度之不足，希望藉具有治療功能的收容方式，降低受處分者重複犯罪而再次破壞社會安全的危險。其發動是以受處分者將來對於社會的危險性為前提，而非罪責，與刑罰的基礎與目的截然不同，而德國基本法第 103 條第 2 項所規定的刑罰必須是針對違法有責的行為為前提，因此保安監禁並無禁止溯及既往原則的適用⁵³。

⁴⁷ BVerfG NJW 2004, 739, 744f. 轉引自蕭宏宜，註 11 文，11 頁。

⁴⁸ Dieter Dölling, Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts. In: Dieter Dölling (Hrsg.), Jus humanum - Grundlagen des Rechts und Strafrecht - Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S.602. 轉引自蕭宏宜，註 11 文，11 頁。蕭文將 Wiedereingliederung 翻譯為「修復」，本文對照英文翻譯，將之改為「復歸」。至於註腳格式，則是參照蕭宏宜，電子監控與性犯罪者——借鑑美國經驗？高大法學論叢，2012 年 3 月，第 7 卷第 2 期，133-34 頁，註 125 修正。

⁴⁹ 蕭宏宜，註 11 文，13 頁。

⁵⁰ 蕭宏宜，註 48 文，131-34 頁。

⁵¹ 「保安監禁制度」亦有學將之翻譯為「安全管束監禁制度」，周佳宥，註 8 文，105 頁。

⁵² BVerfG NJW 2004, 739(744)，轉引自周佳宥，註 8 文，112 頁。

⁵³ BVerfG NJW 2004, 739 (745, 747)，轉引自周佳宥，註 8 文，117 頁。德國基本法第 103 條第 2

至於保安監禁可能造成永久監禁的結果是否違反基本法第 20 條第 3 項之比例原則，該法院認為，由於法律課予法院定期審查相對人是否符合繼續實施保安監禁的要件，而立法者保護社會大眾的利益大於受處分者對於監禁期限的期待，因此不違反比例原則⁵⁴。而就保安監禁可能會造成無限期監禁結果，是否侵害基本法第 1 條第 1 項的人性尊嚴，德國聯邦憲法法院認為，基本法第 1 條第 1 項並未對於預防性監禁設下期限的限制，但是這個預防性監禁必須能夠協助受監禁者社會復歸，讓受監禁者重獲自由之後能過著一個能自我負責的生活。基本法的人性尊嚴條款要求法律與執行計畫必須能夠給予受監禁者一個能夠重獲自由的實際願景（real prospects of regaining their freedom）。基於上述理由，德國聯邦憲法法院認為保安監禁的規定與實務操作方式都能滿足基本法的要求⁵⁵。

M 對此判決不服，遂以德國保安監禁措施違反歐洲人權公約第 5 條第 1 項人身自由之保障⁵⁶，及歐洲人權公約第 7 條第 1 項刑罰禁止溯及既往原則⁵⁷，向歐洲人權法院聲請救濟。

B. 歐洲人權法院 2009 年 M. v. Germany 案

歐洲人權法院在 2009 年 12 月就 M 之申訴做出判決。相較於德國憲法法院從基礎與目的，認定保安監禁與刑罰有別，歐洲人權法院著重德國保安監禁的實踐細節，確認德國採行之預防再犯的手段是否已構成歐洲人權公約第 7 條第 1 項的「刑罰」，因此必須受到相關規範的限制。歐洲人權法院之所以用這種方式處理，不只是因為它被要求回答這個制度是否違反歐洲人權公約第 7 條第 1 項之規定，也與其所做的判決對於各個會員國有指導的效果有關。鑑於會員國各有其

項為「二、行為之處罰，以行為前之法律規定處罰者為限。」

⁵⁴ BVerfG NJW 2004, 739 (741 ff.)，轉引自周佳宥，註 8 文，116-17 頁。德國基本法第 20 條第 3 項為：「立法權應受憲法之限制，行政權與司法權應受立法權與法律之限制。」本文以下對於德國基本法的翻譯，直接引自朱建民等（譯），附錄：德意志聯邦共和國基本法，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十五）》，司法院出版，2014 年，337-94 頁。

⁵⁵ 德國憲法法院 2004 年判決之摘要，亦可見於 M. v. Germany (No.19359/04), at paras. 26-40 (Eur. Ct. Fifth Section, 2009). 該判決的中譯可參考李建良（節譯），M. v. Germany（保安監禁規定之溯及既往案），載於《歐洲人權法院裁判選輯（三）》，司法院，2013 年 12 月，802-32 頁。

⁵⁶ 歐洲人權公約第 5 條第 1 項：「一、人人享有自由和人身安全的權利。任何人不得被剝奪其自由，但在下列情況並依照法律規定的程序者除外：(a) 經有管轄權的法院的判罪，對其人加以合法的拘留；(b) 由於不遵守法院合法的命令，或為了保證法律所規定的任何義務的履行，而對其人加以合法的逮捕或拘留；(c) 在有理由地懷疑某人犯罪，或在合理地認為有必要防止其人犯罪或在犯罪後防其脫逃時，為將其送交有管轄權的司法當局，而對其人加以合法的逮捕或拘留；(d) 為了實行教育性監督的目的，而依合法命令拘留一個未成年人，或為了將其送交有管轄權的法律當局，而予以合法的拘留；(e) 為防止傳染病的蔓延，對其人加以合法的拘留，以及對精神失常者、酗酒者或吸毒者或流氓加以合法的拘留；(f) 為防止其人未經許可進入國境，或為押送出境，或引渡對某人採取行動，而加以合法的逮捕或拘留。」本文所採用的條文翻譯，乃是依據教育部人權教育諮詢暨資源中心所提供翻譯版本，做了一些標點符號的修正。

⁵⁷ 歐洲人權公約第 7 條第 1 項：「一、任何人之行為或不行為，在其發生時根據國內法或國際法並不構成刑事犯罪，不應認為犯任何刑事罪。所處刑罰不得重於犯罪時所適用的刑罰。」

法體系，以及界定刑罰與非刑罰的方式，於判決做成時，有七個會員國都有預防危險犯罪者的措施⁵⁸，歐洲人權法院因而強調，個別措施是否符合歐洲人權公約中的「刑罰」，因而適用相關規定，歐洲人權法院會自主性地（autonomously）進行審查，不會受到各國規範架構的拘束⁵⁹。

與本段討論比較相關的，是這個判決中針對「保安監禁是否構成歐洲人權公約第 7 條第 1 項之刑罰」的部分⁶⁰。歐洲人權法院認為，判斷的起點是系爭措施是否依隨於刑事判決而來。其他相關的考量因素，包括內國法對於該措施的定位；該措施的性質與目的、執行該程序的程序，以及該措施的嚴厲程度（severity）。不過，歐洲人權法院也強調，措施本身的嚴厲程度並不是最關鍵的決定因素，許多具有預防性質之非刑罰性措施也可能對受刑人可能會產生相當強大的影響⁶¹。

被申訴國德國提交的資料中，強調即便各邦基於經濟因素，保安監禁並不是跟一般受刑人完全區分開來，在不同的設施內執行，鑑於（1）在德國若要設立一個單一保安監禁中心，反而造成受監禁者親人拜訪的不方便，連帶讓受監禁者社會復歸困難；（2）受保安監禁者被放在監獄建築的不同側翼；（3）受保安監禁者可以穿自己的衣服、每個月有比較長的親友探視時間、被允許擁有比較多的零用金，以及比一般囚犯可以收到更多的包裹；（4）監禁者可依其願望被單獨監禁；（5）可依被監禁者的期望裝潢受監禁的處所；（6）受保安監禁者可要求每日與負責的社工與心理師談話，（6）在精神科醫師的建議下，受保安監禁者可以在有看守者陪同的情況下，短期地離開監禁處所；（7）受監禁者可以諮詢心理師，其治療是否已經完成，不需要再受監禁⁶²。但從判決結果來看，上述說詞顯然沒有說服歐洲人權法院。歐洲人權法院認為，德國保安監禁的執行雖然在監獄裡的不同側翼，與受刑人區分開來，但還是在同一個監獄裡。雖然相較於受刑人，受保

⁵⁸ *Id.*, at paras. 69- 75.

⁵⁹ *Id.*, at para. 120. 歐洲人權法院在數個判決反覆強調此點，*See European Court of Human Rights, Guide on Article 7 of the Convention – No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty* (Updated on 30 April 2020), para. 11, available at <<https://www.equalityhumanrights.com/en/human-rights-act/article-7-no-punishment-without-law>> (Last accessed on Oct. 10, 2020).

⁶⁰ 至於歐洲人權公約第 5 條第 1 項的部分，相關爭論在於該保安監禁是否滿足該項第 a 款「經有管轄權之法院所為之有罪判決」之監禁，歐洲人權法院認為 M 「於 1986 年所受之本罪判決」與後來「超過 10 年的保安監禁」之間欠缺足夠的因果關係，M 之所以後受到超過 10 年的保安監禁，是因為法律曾經修正的緣故，否則即便原告仍有危害社會安全之虞，仍會在受監禁 10 年期滿後釋放。至於該項第 c 款：「合理認為有防止再犯之必要者」，歐洲人權法院認為，一來此等潛在性的犯罪行為相當不明確、具體，二來任何依據該款監禁者，必須立即接受法院審判，這並不符合本案的情況。而就該項 e 款所定「精神異常」之事由，歐洲人權法院認為，本案法院並不是根據原告的心智疾病來決定是否對原告進行保安監禁，而是依據對於社會的危險，故本中不能援引歐洲人權公約第 5 條第 1 項第 e 款來正當化被告國所進行的監禁。*M. v. Germany*, at paras. 86-105.

⁶¹ *Id.*, at para. 120.

⁶² *Id.*, at para. 114.

安監禁者可以擁有少部分的自主權，但是這些都難掩他們基本上仍受到與受刑人相同的待遇的事實。此外，監獄行刑法中關於保安監禁只有相當少的獨立規定，大部分都類推適用刑罰執行的條文⁶³。

歐洲人權法院進一步指出，依據德國刑法第 66 條之規定，保安監禁只適用在某些犯下重罪的累犯與慣犯身上。而德國除了針對一般長期自由刑受刑人的規範之外，並沒有其他方法、設施、或機構來減低這些受保安監禁者的社會危險性。若綜合下一段的意見，歐洲人權法院似乎認為，國家若要以犯罪預防的目的監禁人民，必須為受監禁者有個別化的處遇內容，由受到多重學科訓練且具備高度注意能力的團隊執行，整個處遇計畫的設計必須朝向讓受監禁者進步，終至被釋放⁶⁴。

歐洲人權法院雖然認為，處分的嚴厲程度，在判斷國家措施是否符合歐洲人權公約第 7 條之「刑罰」時，不是一個決定性的因素。但法院強調，保安監禁的期間上限在德國修法之後被取消，是否能夠暫停保安監禁處分的執行，取決於法院是否認為受監禁者已沒有再犯危險而定，而這個條件是相當難達成的，因為很難肯定地預測一個人是否再犯。從這個角度來看，歐洲人權法院認為保安監禁即便不是德國刑法中最嚴厲的措施，也可算是其中之一。正因為保安監禁可以不斷延長，本案原告 M 所受到的保安監禁，已是原本刑度的 3 倍，歐洲人權法院因此認為 M 因為保安監禁所受到的損害，比原本刑罰所受到的損害更重⁶⁵。再加上保安處分是由刑事法院裁定等理由，歐洲人權法院認為，種種環繞在德國保安監禁之情況，所構築出來的措施形貌，已讓這個國家措施構成歐洲人權公約第 7 條第 1 項的「刑罰」，在 M 的案件中，違反刑罰禁止溯及既往的規定。

C. 德國聯邦憲法法院 2011 年判決

在歐洲人權法院作出 *M. v. Germany* 判決後，與 M 案情況類似的案件湧入德國法院，德國聯邦最高法院各庭對於保安監禁究竟能不能溯及既往意見分歧⁶⁶。2011 年德國聯邦憲法法院再度就保安監禁制度作出判決，這次認定德國保安監禁的相關規定牴觸德國基本法第 2 條第 2 項與第 104 條第 1 項規定共同解釋之結果，尚且牴觸基本法第 20 條第 3 項之規定推導出的信賴保護原則⁶⁷。該判決指出，保安監禁違反比例原則、與刑罰欠缺明顯差異性，故違反落差誡命原則（*Abstandsgebot*）。而執行保安監禁措施因為規範的變更，使得修法前就受監禁

⁶³ *Id.*, at para. 127.

⁶⁴ *Id.*, at paras. 128-30.

⁶⁵ *Id.*, at para. 132.

⁶⁶ 周佳宥，註 8 文，125-29 頁。

⁶⁷ 德國基本法第 2 條第 2 項為：「人人享有生命權及身體不受侵犯之權利。人身自由不可侵犯。此等權利僅得基於法律干預之。」第 104 條第 1 項為：「一、個人自由非根據正式法律並依其所定程序，不得限制之。被拘禁之人，不應使之受精神上或身體上之虐待。」

的人，從具有最高處罰期限，變為面臨無監禁時間上限，違反信賴保護原則。不過，為了避免衝擊過大，德國聯邦憲法法院並未立即宣告相關規定違憲，而給了立法部門兩年左右的修法時間⁶⁸。這個判決促使德國國會於 2012 年 12 月 5 日通過《調整聯邦保安監禁法實踐誠命原則法》(Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung)，該法於 2013 年 6 月正式施行⁶⁹。

從相關文獻對這個判決的介紹來看，德國聯邦憲法法院透過在 2011 年比之前更為注重相關規範所建構出的制度內涵，或是更精確地說，德國立法者對於保安監禁制度之形貌所應負擔的責任。德國聯邦憲法法院在判決中指出，德國立法者自 1998 年之後，一再擴大保安監禁的適用範圍，但規範上卻不要求聲請執行者先提出任何醫療計畫，僅要求措施實施地點為適當且封閉的處所，此種規範方式讓這個處分欠缺明確標準，違反憲法落差誠命原則⁷⁰。雖然在 2004 年的判決裡，德國聯邦憲法法院就提出「基本法的人性尊嚴條款要求法律與執行計畫，必須能夠給予受監禁者一個能夠重獲自由的實際願景」這樣的主張，顯然在當時就認為強制治療的執行方式對於制度的合憲性是重要的，但在 2011 年的判決裡，德國聯邦憲法法院更仔細地去探究相關規範能否確保保安監禁恪守預防的目的，不會讓受監禁者不會受到不必要之自由的剝奪，也能讓受監禁者有重獲自由的期待。德國聯邦憲法法院強調，制度設計必須讓受監禁者與社會大眾都能理解保安監禁之預防與治療的性質。德國聯邦憲法法院尚且關心，立法者是否事先就這個制度的重要議題做出決定，而不是把這些問題留給行政部門或是司法部門，這些主張雖然都是循著德國法的框架，但看得到歐洲人權法院的影響⁷¹。

不過德國聯邦最高法院 2011 年的判決還是跟歐洲人權法院的見解不一樣。德國聯邦憲法法院於 2011 年宣告德國保安監禁制度違憲的理由，並不是這個制度違反刑罰禁止溯及既往原則，而是引用德國基本法中關於人身自由保障、比例原則及信賴保護原則的相關規範。從這個制度對於基本權侵害的程度，運用憲法審查一般國家行為的原則，來審查這個制度的合憲性。德國聯邦憲法法院在這個

⁶⁸ BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. 100 ff. 轉引自周佳宥，註 8 文，129-30 頁。

⁶⁹ 周佳宥，註 8 文，132 頁。

⁷⁰ 前揭文，131 頁。

⁷¹ 依照過去德國聯邦憲法法院自身的見解，人權公約與歐洲人權法院的判決可以協助法院解釋基本法中關於基本權與法治國原則。在這個案件裡，德國憲法法院認為，保安監禁構成德國基本法中第 2 條所保障之人身自由的嚴重侵害，只有在能通過比例原則的嚴格審查，以及該保安監禁之決定，以及該處分所依據執行的組織架構能夠符合最嚴格之要求的前提下，人身自由的剝奪才能被正當化。就此部分，歐洲人權公約第 7 條第 1 項應納入考慮。基於此緣故，歐洲人權法院在 *M. v. Germany* 案中關於處分性質與目的的討論，實質地影響了德國聯邦憲法法院的判決。本文在本段的介紹，同時參考了德國聯邦憲法法院所提供的英文摘譯。The Federal Constitutional Court, Judgment of 04 May 2011 - 2 BvR 2365/09, available at <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2011/05/rs20110504_2bvr236509en.html> (Last Accessed: Oct.14, 2020).

判決所探究的問題是：既然保安監禁所依據的正當性並不是基於受監禁者的罪責，相關規範或是實務操作是否足以與刑罰產生實質的落差？保安監禁執行可能超過十年，對人身自由構成重大侵害，若在規範不全條件下實施，該制度是否還能符合比例原則？當相關規範從定期改為無限期，是否侵害基本權利主體對於法規範的信賴，因此違反信賴保護原則？德國聯邦憲法法院不像過往強調保安監禁可以保護社會的功能，更為看重憲法對於人身自由這個高度重要之法益應有的保障。這樣的處理方式所呈現的意義是，德國聯邦憲法法院似乎不再執著於保安監禁是否「與刑罰接近」這個命題，直接從國家行為對人民基本權利侵害程度，推導出適當的審查基準⁷²。

若再從德國聯邦憲法法院認定在何等條件下，保安監禁才合憲的見解——（1）刑罰與安全管束監禁措施間必須具備清楚差異性（落差誠命原則）、（2）依據客觀情況判斷，犯罪行為人具再從事暴力犯罪或性犯罪之高危險性，以及（3）以精神障礙為理由之安全管束監禁，須妥善確認精神障礙情況之存在，保安監禁才能續行——來看，德國聯邦憲法法院在 2011 年的判決雖然推翻 2004 年判決的結論，但並未在論證上否定自身於 2004 年對於刑罰的定義，而是比以前更為具體地要求立法部門在規範設計上必須讓保安監禁專注在預防與復歸，對於相關立法的密度提高了要求。前述（2）與（3）的合憲要件，顯示了德國聯邦憲法法院意識到保安監禁制度高度仰賴精神醫學與心理學。光從中文文獻的介紹，看不出來德國聯邦憲法法院是否意識到美國 APA 對與此類制度正當性的挑戰，但德國聯邦憲法法院清楚地指出，未來地區法院若要對個案宣告執行保安監禁，或是持續執行保安監禁，必須要能確認該個案具有精神障礙，且對於社會具有高度危險性不可。

D. 歐洲人權法院 2018 年 *Ilmseher v. Germany* 案

如前所述，因為德國聯邦憲法法院在 2011 年的判決，德國國會於 2012 年 12 月立法調整聯邦保安監禁制度，新法於 2013 年 6 月正式施行。不過在 2012 年的時候，德國又再度被告上歐洲人權法院。由於德國政府承認申訴人 *Ilmseher* 自 2011 年 5 月 6 日到 2013 年 6 月 20 日被監禁在不適當的處所，就此部分願意主動賠償。但自 2013 年 6 月 20 日之後，申訴人已被移往位於德國 *Straubing* 的保安監禁中心，已無不當，因此歐洲人權法院只針對 2013 年 6 月 20 日之後的保安監禁做出判決。這一次，歐洲人權法院在原告所有的挑戰上，包括違反歐洲人權公約第 5 條第 1 項⁷³ 與第 7 條第 1 項等規定，判定德國勝訴。

⁷² 周佳宥，註 8 文，131-32 頁。

⁷³ 就歐洲人權公約第 5 條第 1 項之規定，歐洲人權法院認為德國保安監禁制度無法通過(a)與(c)款的審查，理由如 *M. v. Germany* 案判決（參見註 60），但這一次歐洲人權法院認為德國可以引用(e)款，只要受監禁者本身存在不健全的心智（*unsound mind*），可能再度犯下被定罪的犯罪行為，對社會造成高度風險，而在被宣告的時間點上，這個情況持續存在，即可引用本款剝奪人身自由，引用這一款不需要到受監禁者具有欠缺罪責能力之精神疾病的程度。*Ilmseher V. Germany*, at

這部分的討論，著重在與台灣性犯罪者強制治療相近的德國保安監禁制度，在 *Ilmseher v. Germany* 案裡被如何歸類，是否適用歐洲人權公約中關於刑罰的規定。就此議題最相關的是歐洲人權公約第 7 條刑罰禁止回溯原則的審查，歐洲人權法院大體上依循 2009 年 *M. v. Germany* 案所建立的審查標準，考量下列因素：（1）系爭措施是否依隨於刑事判決而來、（2）內國法對於該措施的定位、（3）該措施的性質與目的、（4）執行該措施的程序，以及（5）該措施的嚴厲程度。雖然歐洲人權法院一一檢討了各個要件，但從各項的論證方式來看，歐洲人權法院看還是最重視執行細節，以及保安監禁的相關規定，所顯示出這個國家措施的性質與目的。歐洲人權法院想知道，眼前被申訴的德國保安監禁制度，是否如被申訴的德國政府所說，其目的只在預防、治療與社會復歸，不會對受監禁者構成刑罰⁷⁴。

在此命題上，歐洲人權法院顯然對於德國在 2012 年的法律改革⁷⁵，以及德國所於 2013 年新成立的保安監禁中心印象深刻，也感到滿意。法院指出該中心的環境與一般人的生活狀況接近，且針對個別受監禁者提供量身定做的治療計畫，包括精神、心理與社會治療，目的在於降低這些人對於社會的風險，協助受監禁者重新復歸社會⁷⁶。法院在各點的討論裡，不斷提到德國新的保安監禁制度之規

paras. 148-49 & 157-60.

⁷⁴ *Id.*, at paras. 210-213.

⁷⁵ 相關修法以德國刑法第 66c 條為中心，該條的內容如下：

“ 1. 保安監禁應在下列機構中執行：

（1）在全面性檢查和定期更新之個人治療計劃的基礎上，提供被拘留者符合下列要件的照顧：

（a）照顧應個別、密集，且適於提高和促進被監禁者參與治療方案的意願，特別指精神、心理或社會治療方案。如果標準性的治療方案沒有成功的可能，必須根據被拘留者的需求量身定制治療方案。

（b）照顧的目的在於減少被拘禁者對於公眾所造成的威脅。為達成此一目的，該照顧措施可被暫停，並准予緩刑，或盡快終止。

（2）保證被拘禁者以下列形式被拘留：

（a）拘禁方式盡可能減輕被拘禁者的負擔，除了必須符合第 1 項規定的照顧內容，在安全考量允許的範圍內，監禁的情況應與一般生活條件接近。

（b）只要第 1 項所指的治療沒有其他例外的要求，拘禁在特殊建築物或部門裡，與被判處有期徒刑的犯人區分開來。

（3）為了達到第 1 項第 b 款的目標，

（a）放寬拘留的執行力度，並為釋放做準備，除非有令人信服的理由不這樣做，尤其是如果有具體事實，顯示被拘禁者為了犯下重大犯罪，而有潛逃或濫用放寬措施的風險時。

（b）允許與公共或私人機構密切合作，在被監禁者獲得自由時，提供後續照顧。*Id.*, at para. 79.

⁷⁶ 這個新的保安監禁中心位於 *Straubing* 監獄的土地範圍內，但屬於一個不同的建築群，與監獄隔離。新的預防拘禁中心至多能容納 84 個被拘留者，擁有比 *Straubing* 監獄更多的工作人員，其中包括 1 位精神科醫師、7 位心理師、一名家醫科醫師、7 位社會工作師、1 位律師、1 位教師、1 位督察、4 位護士、44 位監獄工作人員以及 4 位行政人員。早上 6 點到晚上 10 點半之間，被拘留者可以留在牢房之外，可以活動的空間達到 15 平方公尺，設施內提供治療、職業與娛樂活動。受保安監禁者可以穿自己的衣服，住在 14 到 25 平方公尺的房間內，房間附設廚房與衛浴。

範，以及實際執行細節如何佐證了保安監禁制度是為了治療⁷⁷。在這樣的基礎上，歐洲人權法院指出，雖然（1）被告是否被保安監禁的程序是由刑事法院來做，專家在衡量被告的再犯可能性時，會使用到定罪程序裡的證據，也會衡量被告過去的犯罪史⁷⁸；（2）這個措施被取消執行的時間上限，讓這個措施成為德國法中最嚴厲的處分之一，很可能讓年輕人被執行的時間比年長者久⁷⁹；以及（3）雖然新修的法律讓被告被監禁的時間加長了⁸⁰。但是，鑑於（1）刑事法院本來就擅長處理有精神疾病之被告是否有受到強制監護的必要，這類事務的處理其實不分民事或刑事⁸¹；（2）監禁長度取決於受監禁者對於治療的配合，德國新法設置了短期的司法審查制度，只要被監禁者對於社會已不再具有高風險，就可以離開⁸²；以及（3）由不同的法院在定罪之後獨立地進行判斷保安監禁的必要性⁸³，歐洲人權法院認為這個措施的性質已被改變，不再是歐洲人權公約第 7 條第 1 項的「刑罰」，因此認定德國的保安監禁制度並不違反該項之規定⁸⁴。從結論來看，當初德國為了符合德國憲法法院所說的落差減命原則、比例原則等改革，顯然說服了歐洲人權法院，德國保安監禁已確實從規範與實踐細節擺脫刑罰色彩，不落入歐洲人權公約第 7 條第 1 條所規範的對象。

E. 美國聯邦最高法院 1997 年 *Kansas v. Hendricks* 案

除了德國聯邦憲法法院與歐洲人權法院的判決之外，在台灣被更多研究者關注與討論的，其實是美國聯邦最高法院 1997 年支持將危險性犯罪者監禁起來的 *Kansas v. Hendricks* 案⁸⁵。在這個案件裡，由於 *Hendricks* 在出獄之後，被依堪薩斯州於 1994 年新訂的性暴力犯罪者法監禁⁸⁶，直到他的危險性降低才能離開，他因此向聯邦最高法院提出上訴，主張據對適用在他身上的民事監禁違反聯邦憲法中實質正當法律程序、刑罰禁止溯及既往原則（*Ex Post Facto Clause*），以及雙重危險禁止條款（*Double Jeopardy Clause*）⁸⁷。其中刑罰禁止溯及既往原則與雙

受保安監禁者有量身定做的治療計畫，若有特別的需要，也會為其聘僱新的治療人員。*Id.*, at paras. 46 & 81.

⁷⁷ *Id.*, at paras. 214, 216, 219-28, 222.

⁷⁸ *Id.*, at paras. 215 & 230.

⁷⁹ *Id.*, at paras. 232-33.

⁸⁰ *Id.*, at para. 238.

⁸¹ *Id.*, at para. 231.

⁸² *Id.*, at paras. 234-35.

⁸³ *Id.*, at para. 238.

⁸⁴ *Id.*, at para. 239.

⁸⁵ 例如：林明傑、張晏綾、陳英明、沈勝昂，性侵害犯罪加害人之處遇較佳方案及三個爭議方案，月旦法學雜誌，第 96 期，2003 年 5 月；吳建昌，註 23 文，91-91 頁；陳慈幸，二〇一一年性侵害犯罪防治法新修正與強制治療之闡述，月旦法學雜誌，第 205 期，2012 年 6 月，74 頁。

⁸⁶ 關於美國各州性暴力犯罪者法的法規特徵，以及於制訂當時就有的事實前提爭議，參閱前註 25。

⁸⁷ 堪薩斯州最高法院以堪州 SVP 法監禁了並無精神疾病的人，違反實質的正當法律程序，判定 SVP 法違憲。堪州上訴到美國聯邦最高法院，隨後 *Hendricks* 也上訴（*cross petition*），增加了民事監禁違反美國聯邦憲法之刑罰禁止溯及既往原則與雙重危險禁止條款這兩個主張。See *Hendricks*, 521 U.S., at 360-61.

重危險禁止條款，都是主張所謂的「民事監禁」本質為刑罰。為了釐清 *Hendricks* 的主張是否有依據，這個判決的多數意見、協同意見與反對意見都花了一些篇幅討論民事監禁是否為刑罰⁸⁸。

對於性暴力犯罪者的民事監禁是否本質為刑罰，主筆多數意見的 *Thomas* 大法官首先指出，一個特定的程序是民事或是刑事，是個法條建構（*statutory construction*）的問題。法院會先確認立法者的意圖，並通常會順從（*defer to*）立法者透過法律所表明的想法。雖然法律的性質並不永遠是立法者說了算，但是當堪薩斯州立法者明確在法條裡將對於危險性犯罪者的監禁定位為民事監禁，除非 *Hendricks* 能夠清楚舉證，證明這個制度的目的或是造成的效果具有刑罰性（*punitive*），才能否定立法者所指明的意圖，然而本案中 *Hendricks* 並未達到這個舉證要求⁸⁹。

Thomas 大法官相當程度依賴過去的判決來支持他的主張。他認為：（1）堪薩斯州性暴力犯罪者法所授權的監禁，並不涉及刑罰的兩個主要目的：應報或預防。一方面，由於這類監禁並不以被告先前犯罪行為的罪責為前提（被告有可能被定罪，但也有可能只是被起訴），也不講究行為人的犯罪故意，檢察官聲請時，只把先前犯罪行為作為證據之用，用來證明行為人的危險性，因此這個處分的目的並非應報。另一方面，這個制度的目的也不在於預防，因為被拘禁的對象精神異常或是人格異常，無法受到監禁的嚇阻⁹⁰。（2）性犯罪者民事監禁的條件與其他精神疾病的民事監禁一樣，會採取一些措施，讓受監禁者的人身自由受到積極的拘束（*an affirmative restraint*）。但即便如此，也不會讓這樣的監禁轉變成刑事處罰⁹¹。（3）這類監禁有可能會讓人無限期地被拘禁，但這個情況並非為了懲罰，而是要限制一個精神異常者的自由，直到這個人不再因為精神疾病對他人產生危險為止。依照這個法案的規定，只要能證明這個人不再對社會存在危險，這個人有可能被立即釋放。相關程序的保障是足夠的，法律要求法院必須每年進行審查，並必須在超越合理懷疑的情況下，才能夠被繼續監禁，換言之，這個人也可能只被監禁一年就被釋放⁹²。（4）即便這個法案使用刑事審判中有的程序保障機制，並不因此讓這個程序轉變成為刑事追訴⁹³。

（5）與歐洲人權法院與後來的德國聯邦憲法法院意見最不一樣，也是這個意見裡說裡模糊的地方，在於治療對這個民事監禁的重要性。*Thomas* 大法官一

⁸⁸ *Kansas v. Hendricks* 是個 5 比 4 的判決，法院多數意見只五位大法官支持，有三位大法官加入了由 *Breyer* 大法官主筆的不同意見書（*Stevens, Souter JJ. join, Ginsburg J. joins Part II and III*），顯示美國 1990 年代 SVP 法案的爭議性。*Id.*, at 373-97.

⁸⁹ *Id.*, at 361.

⁹⁰ *Id.*, at 361-63.

⁹¹ *Id.*, at 363.

⁹² *Id.*, at 363-64.

⁹³ *Id.*, at 364-65.

方面認為：沒有治療或是治療只是監禁附帶的內容，也不會讓這類監禁變成刑罰。畢竟在一定情況下，若有適當的程序保障，隔離無害化（*incapacitation*）也是民事法中被接受的正當目的。他指出，當美國聯邦最高法院核可這類監禁並治療危險性犯罪者的法律，並無意主張，倘若治療方案對於特定危險犯罪者不存在，這個監禁對受監禁者而言就變成刑罰。Thomas 大法官質問，難道只要沒有可行的治療方案，國家就不能監禁這個人，這不是等於讓高危險的性暴力犯罪者重回街頭，危害他人？他因此認為治療可以不是這類監禁的主要指導方針，可以只是這類監禁的附帶措施。但在另一方面，他又指出，堪州其他法律賦予民事監禁的負責機構有提供受監禁者控制、照顧與治療的法律義務。此外，雖然本案的 *Hendricks* 在其監禁的這段期間並沒有得到適當的治療，Thomas 大法官體諒堪州的民事監禁制度才上路沒多久，相關制度還在建構。Thomas 大法官請大家注意的是，*Hendricks* 被監禁在堪州的衛福部門所負責有安全戒護的醫院，跟矯正部門負責關押的囚犯，拘禁在不同的地方，負責人員的來源也不相同。堪州在本案審理之前，宣布受民事監禁的人未來每星期會接受大約 31.5 小時的治療⁹⁴。基於述五點理由，美國聯邦最高法院多數意見認定這類監禁並非刑罰，因此駁回 *Hendricks* 這部法律違反刑罰禁止溯及既往原則與雙重危險禁止條款的主張⁹⁵。

F. 小結

從前述外國判決的論證方式來看，除了德國聯邦憲法法院於 2004 年判決抽象地接受保安處分的制度目的與基礎與刑罰不同，認為憲法中針對刑罰的規範因此不應適用在保安處分上，其他法院在決定這個議題時，都曾更進一步地探究系爭措施的操作細節。這些法院所在意的點包括：（1）受該措施而被拘束人身自由的人，其受拘禁的地點是否與一般受刑人在空間上有所隔離？這一點連對系爭措施相當友善之 *Kansas v. Hendricks* 判決也在意。（2）受這類措施監禁的人，其生活狀態跟一般的受刑人究竟有什麼差別？與在社會正常生活的人是否接近？被以限制人身自由方式進行治療的人，是否受到額外的自由限制？最為重要的是，（3）倘若這類措施宣稱要以治療作為手段，希望降低受處分者的再犯風險，相關的作業方式是否真的提供有效的治療？國家採行何種手段緩和「強制治療」可能產生的悖論，讓受處分者自願加入治療，避免精神或身心治療因為受處分者受到國家的「強制」而無法生效⁹⁶？這些判決看來不僅在意措施目的與刑罰目的於實際上難以區分的可能性，也在意人身自由拘束所帶來的各種自由的剝奪，相當程度顯示法院把反對者的批評聽進去了。在這些判決裡，法院並不挑戰立法與行政所宣稱的預防與治療的目的，但也沒有照單全收，毋寧是順著制度所宣稱的目的，進行精細地審查，致力讓這個制度的實踐能夠名符其實。

⁹⁴ *Id.*, at 366-68.

⁹⁵ *Id.*, at 369-71.

⁹⁶ 關於強制治療悖論的討論，參閱盧映潔，性犯罪「刑後強制治療」之法律適用，亞洲家庭暴力與性侵害期刊，第 4 卷第 1 期，2008 年，43-44 頁。

這幾個判決的論理方式，不僅擴充了相關議題的討論，歐洲人權法院 2009 年 *M. v. Germany* 案判決帶動德國聯邦憲法法院對於細節的要求，整體地提升了人身自由的保障程度。德國聯邦憲法法院於 2011 年的判決將塑造制度風貌的責任放在立法者身上，讓此類措施的執行狀況更為穩定，減少個案之處理受制於當時輿論氣氛的可能性。這個取向比反對者之「保安處分與刑罰目的無法區分，以及剝奪人身自由之保安處分與刑罰無異，因此必須適用刑罰禁止溯及既往之規定」的論點細緻，也更有彈性，保留立法機關與行政機關努力讓該措施合憲的空間，讓風險社會的管理措施有受到憲法與人權公約監控的可能。這是為什麼歐洲人權法院能夠在 2018 年 *Ilseher v. Germany* 案中核可德國保安監禁並未違反歐洲人權公約的原因。不過，歐洲人權法院的處理方式雖然看起來完備，這個處理方式其實留下了一些適用與理論的難題。

首先，倘若某個性犯罪者經過精神科醫師或是心理師的鑑定，或經過反覆地治療，最終證明這個人對所有治療都沒有反應，沒有被治癒的可能性，在此情況下，以治療、社會復歸為限制人身自由正當性來源的德國保安監禁制度（或是我國之性犯罪者強制治療制度），還有拘禁這個人的正當性嗎？德國與歐洲人權法院的判決在這個議題上都沒有仔細說明。這個問題在美國聯邦最高法院 1997 年的 *Kansas v. Hendricks* 案判決中曾被回答，主筆多數意見的 Thomas 大法官很乾脆地主張，只要有適當的程序保障，不帶任何治療方案的隔離無害化，也是被接受之限制人身自由的正當目的。他反問，如果沒有可行的治療方案，國家難道就要讓這個高危險的性暴力犯罪者重回街頭，危害他人⁹⁷？對照台灣最近在某個個案的處理方式 -- 因為治療始終無法有效降低再犯可能性，在治療者黔驢技窮的情況下，乾脆讓這個人結束強制治療⁹⁸，折衷的作法或許是責成國家繼續更換治療方案，繼續投注資源，只有這樣這個人才能持續受到人身自由的剝奪。不過，即便是採取最後這一種做法，還是會引發「這個制度的重點究竟在於治療還是將之與社會隔離」的疑問？這些問題都是將治療當作限制人身自由之正當性基礎所必須面對的問題。採取美國聯邦憲法法院的見解雖然不需要處理「無法治療性犯罪者該怎麼辦」的難題，但是美國的性犯罪者民事制度卻必須面對如下的質疑：在這個人已經為其行為服了徒刑，付出代價之後，國家可以單以社會防衛為由，繼續且無限期地拘束他的人身自由嗎？指控他精神異常，可能傷害他人，為此有與社會隔離的必要，何不就以既有的精神病患者強制住院制度來處理，而需要另闢蹊徑⁹⁹？

⁹⁷ 在 *Kansas v. Hendricks* 案中，就連提出不同意見的四位大法官也接受，當治療不可能時，對於危險犯罪者的隔離無害化是必要的。不同意見與多數意見的差別在於，前者認為在治療是可能的時候，治療是這類監禁的正當性來源。Hendricks, 521 U.S., at 381.

⁹⁸ 襲胸狼關 12 年治療無效 黔驢技窮就放人？，自由時報電子報，2020 年 9 月 10 日，第 A1 版即時新聞；猥褻少女判 1 年 男強制治療 9 年獲釋，蘋果日報，2020 年 9 月 12 日，第 A16 版。

⁹⁹ 有研究者認為，何以美國在 1990 年代出現 SVP 法的立法風潮，除了媒體炒作性犯罪議題之外，

除了「國家可以單以防衛為由無限期地拘束一個人的人身自由」這樣的問題之外，歐洲人權法院的見解在理論上引發另一個難題是：「國家能夠以提供治療，協助社會復歸的理由，正當化對於人身自由的剝奪嗎？」固然歐洲人權法院在 *M. v. Germany* 案判決帶動會員國之法院對於此類處分進行執行細節的要求，提升了人身自由的保障，但是判決中沒說清楚的是，何以國家只要以治療與復歸為名，就可以對人進行人身自由的限制，而這樣的人身自由的限制還被允許溯及既往？如果給予治療，協助其復歸社會是一種行政法上的授益處分，國家可以以剝奪人身自由的方式，執行這樣的處分嗎？人民是否可拒絕被國家授益？如果治療無用還是必須拘禁，保安監禁或強制治療中的治療，會不會只是一種拿來合理化國家剝奪人身自由的藉口而已？

延伸的疑問是，「治癒可立刻離開受拘禁狀態」是無期限上限的保安拘禁之所以有正當性的原因。然而，歐洲人權法院曾經在 *M. v. Germany* 案判決中主張：是否能夠暫停保安監禁處分的執行，取決於法院是否認為受監禁者已沒有再犯危險而定，而這個條件是相當難達成的，因為很難肯定地預測一個人是否再犯。這個曾經在 *M. v. Germany* 案被法院挑出來的問題，在 *Ilseher v. Germany* 案判決中卻不再被追問。是因為德國改革之後，相關程序與治療細節的精進，讓歐洲人權法院認為「治癒可立刻離開受拘禁狀態」是個可能達成的目標？然而，「沒有專家可以肯定地預測一個人是否再犯」是一個無關技術精進程度的主張。鑑於人的行為成因相當複雜，夾雜了非常多的人格、環境，加上無法事先預測的情境因素，沒有專家有能力百分之百預測一個人的未來會做什麼事，或不會做什麼事。再加上任何一樁再犯都會成為保安監禁或強制治療制度失敗的證明，給了把關之專家相當大的壓力，更增加了受監禁者能夠重獲自由的難度。因此，「治癒可立刻離開受拘禁狀態」是否只是一個空的承諾，用以「欺騙」受監禁的性犯罪者，也用來增加這類措施的正當性而已？

精神醫學與心理學是否能支撐這類制度的需求，是問題的關鍵。歐洲人權法院在 *Ilseher v. Germany* 案選擇相信精神醫學與心理學的能力，這個立場也表現在該法院對於「德國保安監禁制度是否違反歐洲人權公約第 5 條第 1 項」的處理上。有別於上一次的判決，歐洲人權法院認為這個制度滿足該項第 e 款的例外規定：「(e) 為防止傳染病的蔓延對其人加以合法的拘留，以及對精神失常者 (unsound mind)、酗酒者或吸毒者或流氓加以合法的拘留；」因而不算是對於

還與下列制度性的因素有關：(1) 不定期刑制度逐漸在美國消失，取而代之的是定期刑。由於各州逐漸失去對於犯罪者出獄時間的掌控，大眾又認為對於性犯罪者所必須服的刑度過短，因而有以其他制度監控性犯罪者的必要；(2) 於 1960 年代到 1970 年代，美國社會對於精神疾病患者的處置出現去機構化運動，一些聯邦法院的判決（包括聯邦最高法院）將精神病患的民事監禁條件變得嚴格，這使得華盛頓州無法將當時引發社會憤怒與恐懼的性犯罪者 Earl Shriner 送進精神病院，為了回應民意，華盛頓州因而制定了另一種性犯罪者的民事監禁制度來處理性犯罪者的問題。Smith, *supra* note 25, at 629-33.

申訴人進行違反公約的人身自由限制。歐洲人權法院認為，只要受監禁者本身精神失常，可能再度犯下被定罪的犯罪行為，對社會造成高度風險，而在被宣告的時間點上，這個情況持續存在，即可引用本款剝奪人身自由，引用這一款不需要到受監禁者具有欠缺罪責能力之精神疾病的程度。本案中，法院採納精神醫師對於申訴人 Ilseher 的診斷 -- Ilseher 被兩名以上的精神科醫師診斷為「性偏好異常」(sexual preference disorder)，符合《國際疾病與相關健康問題統計分類》(International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD-10) 所分類的「性虐待狂」(sexual sadism)。申訴人自己向醫師承認自己擁有攻擊被害人頸部，勒死被害人與姦屍的性幻想。申訴人不僅曾付諸實施，而被定罪，也有繼續再犯的可能。雖然認為判斷鑑定者是否具有資格，是屬於地方法院的權限，歐洲人權法院還是從實質的角度認可本案的鑑定結果¹⁰⁰。

本文認為，即便不爭論《國際疾病與相關健康問題統計分類》是否可作為司法的判斷依據，也不爭論精神醫學或是心理學有無這樣的鑑別能力¹⁰¹，將歐洲人權公約第 5 條第 1 項第 e 款之「精神失常者」，解釋為「不需要到具有欠缺罪責能力之精神疾病的程度」是否適當，這樣的監禁是否有正當性，仍有相當大的討論空間¹⁰²。歐洲人權法院擴張這一款的解釋，不僅給人一種「為性犯罪者量身定做標準」的印象，也可能連帶地讓精神病患強制住院的標準下降，創造其他問題。不過歐洲人權法院顯然不想根本地否定此類措施的正當性，而是希望將力氣放在確認此類措施的執行細節是否達到一定的標準。在諸多會員國都有類似的制度的情況下，這或許是歐洲人權法院不得不然的妥協。雖然這類制度（德國保安監禁、台灣強制治療或是美國民事監禁）存在不少適用與理論的疑問，面對當代社會對於風險預防與社會防衛的需求，司法也只能對精神醫學與心理學給予一定的信任，「與時俱進地」調整精神失常者的標準，而後責成各個部門盡最大的努力，在安全的需求面前，降低這類制度對於人權的衝擊。

8. 超越「與刑罰無異」的審查框架

如果「安全與人權」間的衝突與衡平是當代法律人所必須面對的難題，處理這一題最適當的法律框架應該是什麼？

如前所述，大法官在司法院釋字第 636 號解釋建立了「若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，自應受較為嚴格之審查。」的審查標準，這是這個部分何以耗費相當大的篇幅爬梳各

¹⁰⁰ Ilseher V. Germany, at paras. 147-49, 152 & 157-60.

¹⁰¹ 參閱本文「壹、三」關於性侵害強制治療的事實前提的討論。

¹⁰² 本案法庭之友「歐洲監獄訴訟網絡」(The European Prison Litigation Network (EPLN)) 除了批評歐洲人權公約將「unsound mind」作為限制人身自由的標準，這樣的用語過於廣泛與不精確，很容易被濫用，也批評歐洲人權法院居然容會員國剝奪並未欠缺罪責能力之人的人身自由，不過歐洲人權法院並未採取 EPLN 的見解。Ilseher V. Germany, at paras. 124-125 & 148.

種文獻的原因，本文希望從各種意見中找出一個適當的判斷準則，以確認規範性犯罪者強制治療制度之刑法第 91 條之 1，究竟應以法律明確性原則，還是依據憲法罪刑法定原則進行審查，雖然在討論過程中，早已不限於法律明確性的討論，而已擴及其他憲法議題，甚至是性犯罪者強制治療制度的正當性。

於探討過程中，本文發現，大法官雖然對於部分保安處分採取與刑罰無異的嚴格審查方式，但也在司法院釋字第 471 號與第 528 號解釋，卻又認定保安處分只是刑罰的補充制度，目的在於對於有危險的犯罪人進行改造與預防，不應適用憲法針對刑罰所建立出來的原則。本文認為，與其耗費心力定義何為「與刑罰無異」，除了人身自由的剝奪之外，還需要有什麼要件，並與這兩號解釋做出區別，有時還出現對於何時與「刑罰無異」有恣意的判斷¹⁰³，不如改採其他的審查基準。在這一點上，德國聯邦憲法法院於 2011 年的判決最有參考價值。理由是，這個判決雖然並未試著重新定義刑罰，或是跟我國司法院釋字第 636 號一樣，另外建立一個「與刑罰無異」的審查標準。雖然捨棄了將「措施與刑罰進行比較」，以擠進憲法針對刑罰有較高審查標準的作法，但是這個判決從對於人身自由侵害的嚴重程度出發，善用憲法一般性的規範與法則（例如：比例原則、正當法律程序、信賴原則等），建立起適當的審查標準，一樣能夠把歐洲人權法院透過 *M. v. Germany* 案判決所建立出的審查標準納入，宣告德國保安監禁制度違憲，以此逼迫德國立法者改革保安監禁制度。而這個做法在 2018 年的 *Illseher v. Germany* 案中，得到歐洲人權法院的肯定。這個判決的另一個優點，是著重立法者的責任，要求立法者不得把跟制度形貌有關的重要問題留給行政部門與司法部門，以確保德國保安監禁制度確實能達到應有的人權標準。此種做法對於以抽象審查現有規範是否合憲的大法官來說，是個適當的參考對象。

德國聯邦憲法法院 2011 年判決不再將重點放在保安監禁是否等同於刑罰，或是與刑罰接近的作法，相當程度呼應哈佛法學教授 Carol S. Steiker 於 1998 年的主張。她認為，與其耗費時間爭辯哪些措施本質上其實是刑罰，只是用了別的名義（例如：對於性犯罪者的民事監禁、對於犯罪者的民事沒收），因而應該適用憲法中限制刑罰的規範¹⁰⁴，不如體認到當代預防性國家（preventive state）的興起，當國家已習慣使用各式各樣的措施提前預防犯罪與失序的發生¹⁰⁵，學界與實務界應該將精力放在探究那些非刑事之預防手段，其憲法與政策的界線究竟

¹⁰³ 例如：司法院釋字第 690 號解釋，強制隔離處置客觀上剝奪人身自由，但大法官多數意見卻又認為另有目的，所以非與刑罰無異（「而強制隔離使人民在一定期間內負有停留於一定處所，不與外人接觸之義務，否則應受一定之制裁，已屬人身自由之剝奪。...惟強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，其明確性之審查自得採一般之標準，毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準。」）。

¹⁰⁴ Carol S. Steiker, *The Limits of The Preventive State*, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 771, 776-77 (1998).

¹⁰⁵ *Id.*, at 774-76 (1998).

是什麼¹⁰⁶。憲法中用以審查一般國家行為之實質的正當法律程序與程序的正當法律程序，應該被善加使用來審查預防性國家所採取的措施。

Steiker 教授以 *Kansas v. Hendricks* 案的判決為例，指出不管是多數意見、不同意見或是協同意見的大法官，甚至是被告 Hendricks 本人，都把問題鎖定在民事監禁是否為刑罰，因而限制了司法對這類措施的審查¹⁰⁷。她認為，美國聯邦最高法院應該可以避免這個問題，理由是堪薩斯州最高法院當初宣告堪州 SVP 法律違憲，是以這部法律的文字與實踐方式違反實質的正當法律程序 -- 一方面，堪州 SVP 法的條文文字（譬如：「精神異常」(mental abnormality) 與「人格失調」(personality disorder)）語意過於模糊與廣泛，無法提供合理的民事監禁範圍；另一方面，Hendricks 在被監禁的時候，堪州也沒有提供什麼有意義的治療。堪州最高法院認為，倘若民事監禁欠缺治療，只會達成隔離無害化的效果，這樣的情況違反實質正當法律程序。上述問題不是被 Thomas 大法官隨意引用過去判例呼攏過去，就是主張這些狀況並不會讓這個措施變成刑罰而打發¹⁰⁸。

Steiker 認為，當代法學界之所以要專注於思考預防性國家的限制，並不因為國家用了這些措施來對付政敵，或是歧視性地對付特定族群，而是更為思考「老大哥國家」(Big Brother State) 的權力界線。特別是當國家在科技的幫助之下，干預人民私人生活的能力更甚於以往。如同 Brandeis 大法官在 1928 年的警告：「經驗教導我們，當國家的目的是良善的時候，我們應該更注意地去捍衛自由。人類生而自由，因此當邪惡的統治者想要侵犯我們的自由時，我們很容易有所警覺，知道要反抗。因此自由最大的危險，來自於那些熱心的與立意良善的人對於自由隱密的侵蝕，但我們卻不理解這種危險的存在。」¹⁰⁹ 美國聯邦最高法院在像 *Kansas v. Hendricks* 這樣的案子，其實擔負了劃定預防性國家權力邊界的使命，卻很遺憾地浪費了這樣的機會。

綜合前述討論，本文主張，大法官應該捨棄使用司法院釋字第 567 號與第 636 號等解釋建立之「與刑罰無異」的審查框架，意即以系爭處分與刑罰的相似程度，決定是否適用較高的憲法審查標準。理由是這不是一個穩定的審查方式，大法官對於究竟剝奪人身自由的處分需要何等特徵才會與刑罰無異，並無固定的定義，很容易隨著個案狀況有不同的判斷。大法官不如維持司法院釋字第 471

¹⁰⁶ Steiker 教授認為美國憲法立憲者為國家發動的刑事措施設下不少規範，對於刑罰國家 (punitive state) 做了相當多的控制，這是為何學者與法院會將精力放在追究特定措施是否本質為刑罰的原因。雖然這些爭論並非沒有意義，但是當代的學者與法院應該要開始建立理論，探討「非刑事之預防國家的憲法與政策限制是什麼？」(What constitutional and/or policy limits are there on the non-punitive "preventive" state?) *Id.*, at 777-79.

¹⁰⁷ *Id.*, at 782-84.

¹⁰⁸ *Id.*, at 785-91.

¹⁰⁹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 479 (1928) (Brandeis J.). Steiker, *supra* note 104, at 806-08

號與第 528 號解釋所建立的區分架構，將保安處分與刑罰二分，憲法規範刑罰之原則限定在刑罰上，而以一般性的憲法原則審查刑罰以外的國家行為。只是大法官應改以該國家行為限制基本權的程度，調整審查密度。意思是，並非只要國家處分不是刑罰，大法官的審查密度就可以比較寬鬆¹¹⁰。在當代預防性國家裡，預防手段對於基本權的侵害程度，有時甚至超過於刑罰，用類比方式的論證方式，以及把支配刑罰的審查標準當作上限，無法支應預防性國家可能出現的問題。因此，關於【題綱一】刑法第 91 條之 1 第 1 項規定「有再犯之危險」、第 2 項規定「再犯危險顯著降低」，僅需審查是否違反法律明確性原則，以此決定這個法條是否不夠明確，以致於侵害憲法第 8 條人身自由之保障。依據同樣的理由，【題綱五】性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項、第 2 項及同法施行細第 12 條之 1，對加害人施以強制治療，溯及適用於 95 年 7 月 1 日刑法第 91 條之 1 公布施行前之性侵害犯罪者之部分，僅需審查是否違反信賴保護原則，不需要審查是否違反刑罰禁止溯及既往原則。

9. 「再犯之危險」與「再犯危險顯著降低」之法律明確性的審查

A. 保安處分之前提要件與效果均必須符合法律明確性原則

本文先前曾經提到，國家若要限制人身自由，用以限制人身自由的法律條文必須用語明確，如此方能達成法律預先告知、防止恣意執法，以及確保民主國家的權力區分的功能。雖然司法院解釋或是學說絕大多數針對條文中之行為規範的用語進行討論，例如：會計師法第 17 條「違反或廢弛其業務上應盡之義務」（釋字第 432 號解釋）、兒童及少年性交易防制條例第 29 條「引誘、媒介、暗示促使人為性交易之訊息」（釋字第 623 號解釋），但從法律明確性原則的目的是要「使受規範者可能預見其行為之法律效果」，且讓法律的適用情況與結果都受到立法者控制的角度來看，不僅是何種行為受法律所規範必須明確，落在規範裡的行為會受到何種法律效果本身也必須明確，這是為什麼不定期刑被禁止的重要原因¹¹¹。

系爭之刑法第 91 條之 1 性犯罪者刑後強制治療制度為保安處分，在刑法中屬於刑罰之外另一種法律效果。只是這個法律效果跟一般法律效果的規定方式不一樣，它並不緊接著行為規範，有自己的發動要件。受處分人先前曾經觸犯某個犯罪可能只是保安處分發動的要件之一，而不是全部。保安處分之所以採取這樣的規定方式，是因為保安處分的理論基礎，來自於本文【壹、一】部分所提到的

¹¹⁰ 本文因此也反對司法院釋字第 690 號解釋對於非刑罰處分就一律鬆弛審查標準的看法：「又憲法第 8 條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，固應受較為嚴格之審查（本院釋字第 636 號解釋參照），惟強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，其明確性之審查自得採一般之標準，毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準。」

¹¹¹ 許澤天，註 3 書，12 頁。

實證主義犯罪學，對於保安處分而言，更為重要的發動要件是受處分人的狀況，包括犯罪原因、當下狀態，以及依據前兩者對於未來的危險預測。例如：刑法第 89 條：「因酗酒而犯罪，足認其已酗酒成癮並有再犯之虞者」；刑法第 90 條：「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者」。為了讓保安處分這個法律效果之發動對可讓受處分人可預見，避免執法機關濫用裁量權，保安處分的前提要件同樣必須用語明確。

B. 刑法第 91 條之 1 的法條用語應具體並規範詳細

審查系爭之刑法第 91 條之 1 之法條用語是否足夠明確，首先必須考量的因素是基本權侵害程度。所有的保安處分都會對受處分者的自由形成限制，但程度不同。作為國家處分的其中之一種，保安處分前提要件之用語的明確程度，必須跟其限制基本權利的程度成比例關係。因此拘束人身自由的保安處分，法條用語必須比未拘束人身自由的保安處分明確。而在拘束人身自由的保安處分中，對於人身自由形成最大限制的處分，用語明確性的要求最為嚴格。確認這一點的意義在於，審查時不能以同部法律 A 處分的用語與 B 處分的用語相同或接近（例如：刑法第 89 條禁戒處分有「再犯之虞」與刑法第 91 條之 1 的「再犯之危險」），或是這類用語在同一部法律中出現不只一次，就認為可透過體系解釋方式，主張這些法條之用語可以相互參照，意義明確。

不過如同學者吳耀宗指出，基本權侵害越大，法律明確性的審查基準越嚴格，固然是一個可以同意的憲法判斷，真正困難的問題毋寧是，「較為嚴格的審查標準」究竟是什麼¹¹²。在這個問題上，大法官釋字第 777 號解釋所提出的標準是，法條文字「應僅以該規定文義及刑法體系整體關聯性為準，不應再參考其他相關法律」¹¹³。姑且不論這個標準本身是否合理¹¹⁴，如上一段所說，在某些情況下，體系解釋不見得能夠區分不同法條對於用語明確性的要求程度。本文主張，標準的設定應該回頭去思考法律明確性原則想要達到的目的：「達成法律預先告知」、「防止恣意執法」，以及「確保民主國家的權力區分」，對於侵害基本權越大的國家公權力行為，法條用語的抽象程度應該越低，文字應該越具體。若設定的標準涉及數值，立法者應在條文中明確地提供數值，減縮行政與司法的裁量空間。如此可提高人民受到通知的程度，減少執法的恣意可能性，更重要的是，確保該措

¹¹² 吳耀宗，評釋字第 777 號解釋關於肇事逃逸罪之違憲問題，月旦裁判時報，第 96 期，2020 年 6 月，80 頁。

¹¹³ 雖然這個標準是針對刑事法律的構成要件，本文主張保安處分不應採取類似刑罰的方式來審查。鑑於刑罰屬於國家侵害基本權程度較高的處分，釋字第 777 號解釋還是有參考價值。

¹¹⁴ 大法官黃昭元與學者薛智仁都指出，有些刑法規定本身就已經援引其他法令或概念，勢必要參酌非刑法體系之其他法令予以解釋，因而這個解釋方式不具一般可適用性。黃昭元大法官，司法院釋字第 777 號解釋協同意見書，司法院公報，61 卷 6 期，2019 年 6 月，88-89 頁；薛智仁，註 39 文，84 頁。

施對於人權之侵害可在立法者事先控制的範圍內，不至於讓這個措施的執行造成額外的基本權侵害。

法條用語的抽象與具體，以及與人權侵害的連動關係，一個與本釋憲案有關的例子是，我國保安處分執行法第 79 條的規定方式：「執行強制治療處分之處所，應切實治療，並注意受強制治療處分人之身體健康。」關於治療該如何進行，立法者只給行政機關與司法機關「確實」這兩個字，另外加上跟治療本質無關之「注意受強制治療處分人之身體健康」的限制。相較之下，德國刑法第 66c 條對於類似處分的規定方式如下：「保安監禁應在下列機構中執行：(1) 在全面性檢查和定期更新之個人治療計劃的基礎上，提供被拘留者符合下列要件的照顧：(a) 照顧應個別、密集，且適於提高和促進被監禁者參與治療方案的意願，特別指精神、心理或社會治療方案。如果標準性的治療方案沒有成功的可能，必須根據被拘留者的需求量身定制治療方案。…」¹¹⁵ 後者的規定方式，具體化了治療的內容，減少了行政機關恣意裁量的可能性，也給司法機關未來具體的審查標準。從性侵害犯強制治療是以治療作為處分核心，以此合理化拘束人身自由的附帶基本權侵害，本文認為保安處分執行法第 79 條之「確實」之用語無法達到憲法法律明確性原則的要求。

C. 「再犯之危險」與「再犯危險顯著降低」違反法律明確性原則

以上述標準審查刑法第 91 條之 1 第 1 項：「犯第 221 條至第 227 條、第 228 條、第 229 條、第 230 條、第 234 條、第 332 條第 2 項第 2 款、第 334 條第 2 款、第 348 條第 2 項第 1 款及其特別法之罪，而有下列情形之一者，得令入相當處所，施以強制治療：(第一款) 一、徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。(第二款) 二、依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。」以及第 2 項：「前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止，執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要。」

該條第 1 項條文用語最清楚的是前提犯罪類型，但第 1 項兩款共有的另一個關鍵前提要件「經鑑定、評估，認有再犯之危險者」卻相當籠統。雖然「再犯」這個用語本身語意上並不難懂，不只刑法有好幾個條文有「再犯」的用語(例如：第 47 條第 1 項)，依據刑法第 91 條之 1 第 1 項規範的方式，可以推知立法者是指再犯本項所規定之前提犯罪類型，才是屬於本項的「再犯」。問題在於，現實

¹¹⁵ 該條第一項的其他部分參照註 75。德國刑法關於保安處分的規定還包括刑法第 66 條 (Placement in preventive detention)、66a 條 (Preventive detention reserved)、66b 條 (Subsequent order of preventive detention)、66c 條 (Organisation of preventive detention and preceding imprisonment)。相關德國刑法法條的英文翻譯，參見德國司法部所提供的版本：https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0461(Last accessed on Oct. 20, 2020).

上沒有專家可以百分之百的斷言曾經犯罪的人不會再犯，立法者若未清楚說明本項所在意的再犯危險程度需要多高，才會落入本項強制治療的適用範圍，被診斷評估再犯可能性從 1% 到 100% 人，都可能屬於本項涵蓋的範圍，刑法第 91 條之 1 第 1 項之「有再犯之危險」，語意包含範圍顯然過廣。同樣的問題也出在該條第 2 項的「再犯危險顯著降低」。倘若再犯危險從 100% 降到 70%，相較於從 60% 降到 50%¹¹⁶，究竟是哪一個人算是「再犯風險顯著降低」，因此可以被釋放？即便這個用語並不是針對危險的降幅，而是指稱再犯危險降到低度的狀態，法條也沒有說清楚到底危險程度要降到多低，立法者才認為受強制治療的性犯罪者可以被釋放。沒有規定清楚的情況下，就只能交由負責的行政部門自行設定標準，自行判斷。

本次聲請釋憲的其中一個個案盧恩本案就是一個最好的例子。資料顯示，由於他每年被鑑定評估，再犯率都在 45% 左右，被認為再犯率沒有顯著降低，因此被判定有持續接受強制治療的必要。當初因為乘機性交罪，而被法院判處 1 年的他，最終被強制治療 12 年。他之所以可以停止治療，是因為負責治療的培德醫院自認黔驢技窮，認為應改用吃藥與電子監控的方式監控其再犯，而檢方最終因為擔心過度侵犯人權，願意接受（之前盧一直無法被報請停止治療，是因為檢察官不同意可以停止治療）¹¹⁷。姑且不問，何以當性犯罪者再犯可能性低於 50%，意思是不再犯的機率高於再犯時，仍被認為有持續接受治療的必要，當立法者並未明確在法條中載明需要被強制治療的再犯危險程度，以及可以停止治療的再犯危險程度，將會使得性犯罪者需不需要接受強制治療，以及最終能否停止，就會取決於治療團隊、檢察官與法院對於法條的詮釋方式，此處的詮釋很難不受到輿論氛圍（或是說做決定的人擔心後續輿論氛圍）的影響。盧恩本先前不能停止治療與在同一標準下停止治療，說明了裁量的恣意，以及立法者沒有明定危險標準的問題。

此外，這樣的規範方式，受到影響的，不會只有最終被宣告強制治療的人，或是已在強制治療機構中卻無法離開的人。表面上來看，國家對於受強制治療宣告者之自由的限制，是在被宣告強制治療之後。更仔細看，可能成為刑法第 91 條之 1 第 1 項處分對象的人，不管是依據第 1 款：「徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。」或是第 2 款：「依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。」在被檢察官聲請強制治療時，都正在接受某種形式的身心治療或是輔導教育，第 1

¹¹⁶ 此處先不爭執再犯危險性是怎樣估算出來的。再犯危險性的估算若是依照風險統計，而非精神科醫師面對面的診斷評估，此種估算方式，會因為過去犯罪史與犯罪樣態是固定的，不會隨著治療狀況而有所改變，使得性犯罪者不容易因為被認為再犯危險降低，脫離強制治療狀態。參見吳建昌，註 23 文，92-95 頁。

¹¹⁷ 猥褻男判 1 年強制治療 9 年 再犯危險降低法院裁定「獲釋」，上報，2020 年 9 月 11 日，<https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=95810>（拜訪時間：2020 年 10 月 27 日）。

款的性犯罪者先在監獄裡接受刑中身心治療與輔導，第 2 款的性犯罪者先接受社區身心治療與輔導¹¹⁸。這些人既已接受治療與輔導，為何會尚且須要接受刑後強制治療，必定是因為現在的治療被認為無法達成效果。這個條文因此可以成為刑中與社區治療人員的尚方寶劍，可被用來「恫嚇」性犯罪者「乖乖配合治療與輔導」，這樣的權限可以被善用，也可能被濫用。這樣的尚方寶劍對於身處刑中與社區治療的人而言，卻是自由的緊箍咒，這樣的緊箍咒也出現在第二項受強制治療的人身上。不夠清楚、涵蓋情況過廣的用語，不僅讓受規範者無法預見自己會不會被宣告強制治療，也給了行政部門濫權的空間。即便司法機關介入審查，在立法者並未給予明確標準的情況下，很容易標準不一。對於強制治療制度而言，刑法第 91 條之 1 第 1 項之「再犯之危險」，與同條第 2 項「再犯危險顯著降低」屬於相當重要的前提問題，不應留給行政或司法來決定，本條語意模糊，可能涵蓋根本不需要接受強制治療的情況，因此這兩個用語都無法通過憲法法律明確性原則的審查。

10. 小結

人身自由受憲法第 8 條的保障，限制人身自由的法律必須符合法律明確性原則。為了在法理上確認系爭規範之用語明確性的審查，應適用刑法罪刑法定原則，或是一般性的憲法法律明確性原則，這個部分耗費了一些篇幅，討論大法官究竟應以何等標準審查保安處分的相關規範。這個部分的討論，特別是何等條件下，國家處分（或說措施）可以不被定位為刑罰，對於後幾個題綱的處理具有高度的啟發性。

研究發現，大法官對於拘束人身自由的保安處分應如何處理其實沒有一致的見解，學界意見也不相同。研究進一步發現，美國、德國與歐洲人權法院對這個議題的處理，也一樣集中在特定國家處分（或稱措施）是否可定義為刑罰，似乎唯有該措施被定義為刑罰，才能適用比較嚴格之審查標準的傾向。

在爬梳過各種文獻之後，本文採納德國憲法法院於 2011 年判決的處理方式，理由是這個判決最能面對當代國家已集中精力發展各式非刑罰預防措施的狀況。這個判決並未挑戰刑罰的定義，但在適用一般憲法原則時，卻以系爭處分對於基本權侵害程度，調整審查密度。這個做法早在 1997 年美國哈佛法學教授 Carol Steiker 的文章出現，本文支持這種超越「刑罰/非刑罰」的處理框架，認為大法

¹¹⁸ 依照監獄行刑法第 81 條第 3 項之規定，犯刑法第 91 之 1 第 1 項所列舉之罪名的犯罪者，在經篩選之後，必須在監獄中必須接受強制身心治療或輔導教育。至於刑法第 91 之 1 第 1 項第 2 款，所指的是依照性侵害犯罪防治法第 20 條進行社區身心治療與輔導教育，但若經鑑定、評估其自我控制再犯預防仍無成效，依照該法第 22 條之規定，該已經出獄之性犯罪者仍可能被依據刑法第 91 條第 1 項第 2 款，被檢察官聲請強制治療。

官不需要浪費精力定義何為「刑罰」或是什麼處分與刑罰無異，但反對非刑罰國家處分的審查密度一定較低。

本文認為，性犯罪者強制治療制度屬於法治國下最嚴厲的國家處分之一，大法官應用嚴格的審查標準檢視系爭規定的用語，不應以刑法其他規範不乏使用「再犯」的用語，就認為系爭規範用語足夠明確。從法律明確性原則想要達到的目的來看，刑法第 91 條之 1 第 1 項兩款所規定的「再犯之危險」，語意並不清楚，涵蓋的範圍過廣，類似的問題也出在第 2 項「再犯危險顯著降低」之上。由於標準不夠清楚，無法提供受處分當事人與負責鑑別之機關可資依循的標準。不但是受處分者無法預知在何等情況下會被宣告接受強制治療，也無法確知要在努力配合治療到何等程度，才可以結束治療，脫離被拘禁的狀態。它也讓負責決定之機關擁有過大的裁量權限，很容易因為媒體渲染，社會排斥性犯罪者度時，產生機關濫權的問題。即便透過司法審查，也因為標準過於模糊籠統，難以建立出一定的準則。由於系爭規定讓人身自由的剝奪並非建立在明確之規範基礎上，系爭規定因此剝奪當事人受憲法第 8 條所保障的人身自由。

題綱二、刑法第 91 條之 1 第 2 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項，未規定強制治療之最長期間，是否違反憲法第 8 條人身自由之保障及第 23 條比例原則？

二、性犯罪者強制治療制度並未規定最長治療期間的合憲性問題

1. 限制人身自由的法律必須符合憲法第 23 條之比例原則

如前所述，人身自由是人的其他自由權利可被行使的前提，是相當重要的基本權利，受到憲法與國際人權公約的高度保障。國家若要限制人身自由，除了形式上必須依據立法機關通過的法律，就內容而言，必須具有實質正當的理由，給予自由將受限制的人民應有的程序權利。立法者所欲透過法條保護的利益，與其所採取的限制人身自由的手段，必須符合憲法第 23 條所要求的比例原則。限制人身自由之國家公權力行為必須依據憲法第 23 條進行比例原則之審查，防止國家對於人民自由有過度的侵犯，自 1997 年司法院釋字第 436 號解釋之後，不斷受到大法官的肯定（司法院釋字第 471 號、第 476 號、第 523 號、第 528 號、第 535 號、第 665 號之多號解釋文與解釋理由書參照）。

依照憲法學界對比例原則的介紹，比例原則是指國家在干預人民基本權時，其干預的方式與範圍不得逾越必要的程度。這個原則源自於德國的警察法，但是二戰之後逐漸發展取得憲法位階，被用來防止國家對於人民基本權有過度的侵

害¹¹⁹。依照通說，比例原則的審查包含下列四項子原則的檢驗：(1) 目的合憲性審查：國家公權力行使所追求的目的，必須具有憲法上的正當性；(2) 手段適合性審查：國家公權力為追求前述目的而使用的手段，必須有助於目的之達成；(3) 手段必要性審查：國家公權力為追求其目的之達成，若有多個相同有效的手段可供選擇，則必須使用侵害最小的手段；以及(4) 手段衡平性審查：國家公權力行使所保護與所侵害的權利，彼此間在損益衡量上，應處於法益相稱的關係¹²⁰。

大法官於司法院釋字第 471 號即以此一原則審查保安處分中的強制工作，主張：「保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。」基於上述原則，大法官認定槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條第 1 項之規定，不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第 23 條所定之比例原則。

2. 性犯罪者強制治療制度之比例原則的審查

性侵害犯強制治療制度相當程度與強制工作相近，也是著眼於受處分人將來之危險性，對其拘束其身體、自由，希望能達到治療的目的，補充刑罰所無法達到之功能。刑法第 91 條之 1 第 2 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項未就強制治療設定治療期限上限，可說是把保安處分之「治療危險犯罪者，以防衛社會」的邏輯推演到極致，認定只有這樣才能夠確保治療效果的達成，以及社會安全的防衛。這樣的規範方式能否通過比例原則的審查，與這個制度本身的建構是否合乎比例原則息息相關：

A. 目的合憲性

本文一開始提到，性犯罪者強制治療是以「部分性侵害犯罪的發生，是因犯人的精神或心理的異常所導致。由於這樣的人無法自我控制，有相當高的再犯風險，若不施予精神或心理治療，將會對社會造成極大的危險」為前提。更仔細地說，這類處分所欲預防的危險，是性犯罪者因為無法自我克制再犯的衝動，導致社會大眾（以女性為主，包括幼童）的人身安全與性自主遭受侵害的危險。除此之外，社會大眾也會因為高危險性的性犯罪者於社會自由活動，無法正常生活，

¹¹⁹ 李惠宗，《憲法要義》，2009 年最新版，台北：元照出版社，115 頁；許育典，《憲法》，2020 年修訂 10 版，台北：元照出版公司，66 頁。

¹²⁰ 黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，第 19 期，2016 年 9 月，6-7 頁。

無法安心求學、外出工作、社交、娛樂，或是讓自己的小孩去上學、參與活動等等。因此性犯罪者強制治療這個保安處分，所欲保護的公共利益，不只是大眾的人身安全與性自主權，還有人民日常生活免於恐懼的權利。由於統計上性犯罪之被害人以女性為主，女性因為恐懼高危險的性犯罪者，無法正常生活，又會進一步影響女性追求實質平等之機會。由於人民人身安全、身體自主都是憲法所保障的利益，性別平等是憲法追求的目標，讓人民生活免於恐懼是國家的義務，因而性犯罪者強制治療所追求的目的具有憲法正當性。

B. 手段適合性

手段適合性的審查，是要確認國家公權力為追求前述目的而使用的手段，必須有助於目的之達成。就此，刑法第 91 條之 1 第 1 項與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項的規定是「施以強制治療」。關於性犯罪者強制治療的手段，我國立法者的作法是把執行內容放在保安處分執行法。不只是性犯罪者刑後強制治療，立法者就所有的保安處分，刑法都只規定保安處分的前提與期間限制（倘若有期間限制），執行細節都放在保安處分執行法。若合併觀察保安處分執行法的規範內容，我國立法者對於性犯罪者強制治療的規定有：保安處分執行法第 78 條：「強制治療處所為公私立醫療機構。」第 79 條：「執行強制治療處分之處所，應切實治療，並注意受強制治療處分人之身體健康。」第 80 條：「強制治療處所，對於患嚴重之花柳病者，應予隔離，並監視其行動。」第 81 條：「強制治療處所，於治癒時，應通知指揮執行之檢察官。」加上該法第一章通則（第 1 條第 29 條）中與性犯罪者強制治療較有關之條文第 16 條：「保安處分處所，應商請公私機關、團體，或延聘犯罪學、心理學、社會學、教育學等專家，協助策進其業務。」

考量到手段適合性的審查，是要確認國家公權力為追求公益，使用的手段有助於目的的達成。再考量到性犯罪者強制治療對於人身自由有嚴重的拘束，國家對之所以可以繼續拘束已服完徒刑之性犯罪者的人身自由，這樣的人身自由拘束之所以可以被正當化，是因為這個處分提供給具有危險之性犯罪者治療，以協助其降低再犯危險性，而能復歸社會。為此，國家不只必須對受處分人提供治療，還有義務在專業評估的基礎，以及專業人力的充分支持之下，依照受處分人的狀況，提供高度個別化的治療方式，並隨著受處分人的狀況與相關學門知識技術的發展更新治療方式。為了緩和強制治療的悖論，意即此類治療需要受治療者真心地配合才會有效果，強制治療以違反其意願、拘束人身自由的方式進行，非常可能讓此類治療自始至終無法生效，因而國家所採取的治療方式，治療方式必須能夠降低刑後治療對於受處分人的強制性，鼓勵受處分人主動參與。另外，為確保此類處分真的是為治療而存在，治療之進行不僅必須與刑罰嚴格區分開來（空間上與各種實踐細節上），制度設計尚且必須確保一旦治療已發生效果，受處分人不再對社會存在高度危險，受處分人就可以離開強制治療地點。上述各點對於強制治療之手段是否適合的審查都屬於重要的執行細節，為了確保治療目的能夠真

正達成，立法者應該要在立法層次確認強制治療會依照上述方式進行。這些對於強制治療形貌的重要問題，不應委由行政機關決定。

若從上述的標準來看，我國刑法第 91 條之 1 第 1 項與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項關於「施以強制治療」之規定，合併保安處分執行法那幾條有關強制治療的規定，我國立法者至多（1）把強制治療的地點與刑罰實施地點區分開來，以及（2）商請犯罪學、心理學、社會學、教育學專家協助保安處分之進行（治療團隊居然不包括精神專科醫師）¹²¹。刑法與性侵害犯罪防治法對於強制治療內容之規範，只有保安處分執行法第 79 條之「切實治療」這四個字。

如果對比德國刑法第 66c 條的規定方式：「1. 被拘禁於保安監禁者被安置在下列機構：（1）在全面性檢查和定期更新之個人治療計劃的基礎上，提供被拘留者符合下列要件的照顧：（a）照顧應個別、密集，且適於提高和促進被監禁者參與治療方案的意願，特別指精神、心理或社會治療方案。如果標準性的治療方案沒有成功的可能，必須根據被拘留者的需求量身定制治療方案。（b）照顧的目的在於減少被拘禁者對於公眾所造成的威脅。為達成此一目的，該照顧措施可被暫停，並准予緩刑，或盡快終止。（2）保證被拘禁者以下列形式被拘留：（a）拘禁方式盡可能減輕被拘禁者的負擔，除了必須符合第 1 項規定的照顧內容，在安全考量允許的範圍內，監禁的情況應與一般生活條件接近。（b）只要第 1 項所指的治療沒有其他例外的要求，拘禁在特殊建築物或部門裡，與被判處有期徒刑的犯人區分開來。（3）為了達到第 1 項第 b 款的目標，（a）放寬拘留的執行力度，並為釋放做準備，除非有令人信服的理由不這樣做，尤其是如果有具體事實，顯示被拘禁者為了犯下重大犯罪，而有潛逃或濫用放寬措施的風險時。（b）允許與公共或私人機構密切合作，在被監禁者獲得自由時，提供後續照顧。」德國的規定方式顯然較能在立法的層次確保性犯罪者強制治療被實踐的形貌¹²²。

¹²¹ 精神專科醫師對於性犯罪者刑後治療的參與，是規定在法務部頒佈之《辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點》第 14 點與第 22 點，前者要求精神科醫師參與性犯罪者的評估，後者要求精神科醫師參與治療法務部依據刑法第 91 條之 1 之規定，頒佈《辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點》。與治療內容有關的條文共有五點 -- 第 14 點：「刑後強制治療處所應於刑後強制治療受處分人入所後，儘速會同精神科專科醫師、心理師、社會工作師等專業人員進行治療前評估，並決定後續治療方式。」第 15 點：「刑後強制治療處所應於刑後強制治療受處分人實施治療期間，填寫相關治療紀錄表。」第 22 點：「（第 1 項）刑後強制治療處所應成立治療評估小組，鑑定、評估治療之成效及受強制治療處分人之再犯危險是否顯著降低。（第 2 項）治療評估小組應由至少七人以上熟稔性侵害犯罪特性之精神科專科醫師、心理師、社會工作師、觀護人及專家學者組成之。」第 23 點：「刑後強制治療處所應於刑後強制治療受處分人入所接受強制治療時起，每屆滿一年前，檢具治療、鑑定、評估等相關資料，送該案犯罪事實最後裁判之檢察署檢察官。」第 24 點：「檢察官如認刑後強制治療處所依前點檢送之鑑定、評估結果有疑義時，得向資料庫中之專業人才諮詢，或送其中一人或數人組成之鑑定評估小組為鑑定、評估。」

¹²² 本文於註 75 與註 115 的正文都引用了這個條文。於註 75 是為了說明德國於 2012 年做了什麼改革，得到歐洲人權法院的肯定。在註 115 的地方，是要舉例說明我國的法條用語何以過於模糊。這個部分再度提及德國刑法第 66c 條，是為了對照說明我國對於性犯罪者強制治療的規定過於籠統，不能確保治療手段的適合性。本文無意主張台灣未來應完全仿照德國修正法律，而是以德國法說明我國相關規範的不當之處。

要把強制治療程序規定在哪部法律，是要在刑法中詳細規定，或是另有法律，立法者固然可以選擇，沒有一定要規定在刑法或是性侵害犯罪防治法，而這號釋憲案只針對這兩部法律的規定進行審查。但是如果我國立法者選擇將執行方式規定在另一部法律，另一部法律對於刑法與性侵害防治法所規定之性犯罪者刑後強制治療的合憲性就不可能無關。進一步地，若要從治療危險犯罪者的角度，去論證此一治療無期限上限的合憲性，就不可能不先審視這個治療制度本身的適當性。本文主張，刑法第 91 條之 1 第 1 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項，合併保安處分執行法第 16 條、第 78 條與第 79 條之規定，無法通過比例原則適當性的審查。

本文尚且推測，非常可能因為立法者透過法律，對於性犯罪者強制治療的適當性，表現出不夠關心的態度，相影響實務的進行方式。依照監察委員的調查，強制處分治療處所至今無法真正與監獄區隔，倘若收治人數過多，空間無法容納，受強制治療處分者會回歸至一般舍房¹²³。本次盧恩本向大法官的陳情書中也指出：「刑後治療之成員收容於台中監獄附設培德醫院..除行動自由遭受限制，生活起居、飲食等方面也與受刑人相同。」（本次釋憲聲請資料附件 1-1）¹²⁴如果說無法另外建置獨立的處所，與社會輿論壓力與地方縣市首長的反對有關¹²⁵，但卻不能說明強制治療何以有與受刑人無法區隔的進行方式（「收治人數過多，空間無法容納，受強制治療處分者會回歸至一般舍房」¹²⁶、「生活起居、飲食等方面也與受刑人相同」），對於如何讓治療真正有效，讓受處分人願意參與治療，儘早脫離自由受限制的狀態，我國立法者唯一做的是擴張強制治療的網子，讓制度可以溯及既往，但對於治療該如何進行，才能確保受處分者的自由不受到額外與治療無關的限制，毫無想法。

¹²³ 參見高鳳仙，監察院 109 司調 0056 糾正案調查報告，2010 年 7 月 29 日，31 頁。

¹²⁴ 另外需要檢討的，還包括保安處分執行法第 17 條：「（第 1 項）保安處分處所對於受處分人，應供給飲食衣被及其他維持身體健康之必要設備。但執行感化教育及禁戒或強制治療所需之費用，得斟酌情形，向受處分人或其扶養義務人收取，其無力負擔者，仍由保安處分處所，按一般標準供給之。」第 24 條：「接見每星期不得逾二次，每次以三十分鐘為限，但經保安處分處所長官特許者，得增加或延長之。」第 25 條：「受處分人發受書信，應加檢查。書信內容有妨害保安處分處所紀律者，得分別情形，不許發受，或其刪除後，再行發受。」第 17 條所涉及的是，對於徒刑已完成的人以協助社會復歸為由，進行強制治療，是一個國家強迫接受的授益處分，國家應該支付相關的費用。第 24 條與第 25 條相當程度把受保安處分者當作受刑人進行管理，除了人身自由之外，尚且額外侵害其他基本權，而有檢討的必要。

¹²⁵ 參閱 沒溝通 中監建性侵治療專區 2 里抗議，聯合報，2012 年 6 月 7 日，b02 版(地方版)；台中設性侵治療專區 胡：偷天換日，聯合晚報，2012 年 6 月 12 日，a11 版；胡志強反設性侵治療區 矯正署：申請時已清楚載明，聯合報，2012 年 6 月 13 日，a09 版；法建性侵治療專區 「婦女安全誰負責」，聯合報，2012 年 6 月 25 日，b01 版(地方版)。

¹²⁶ 這個問題在 2012 年就有人提出，參閱 夠用嗎？性侵害治療專區 僅 45 床位，聯合報(地方版)，2012 年 6 月 9 日，b02 版。

C. 手段必要性

手段必要性審查是指，國家公權力為追求其目的之達成，倘若有多個相同有效的手段可供選擇，必須使用侵害最小的手段。依照許宗力大法官於釋字 584 協同意見書進一步解釋何為侵害最小的手段：「系爭條文是否屬於最小侵害手段，…關鍵在於究竟是否存在一個能夠相同有效達成目的，對相對人基本權…侵害較小，且未造成不可期待之公益成本負擔（例如增加對第三人權益之負擔，或造成國家財政困難等）之手段存在。倘若符合前開要件之替代手段並無其他客觀上不能之障礙存在，則能採取而不採取，系爭手段自不能免於違反必要原則之指摘。」¹²⁷

刑法第 91 條之 1 與性犯罪防治法第 22 條是否能通過手段必要性的審查，本文認為，若要一方面能夠維護社會安全，隔絕危險性犯罪者與社會大眾，另一方面又要給予性犯罪者治療，除非提高性犯罪者刑度，讓具高再犯危險的性犯罪者長時間地接受刑中治療，甚至改採不定期刑，性犯罪者只有在不具高再犯危險時才能出獄，否則現實上並無其他替代手段。從美國刑罰制度的發展來看，1990 年代之所以有性暴力犯罪者民事監禁制度被提出，即有學者指出與美國不定期刑制度開始沒落有關¹²⁸。然而，不定期刑不僅違反刑法的罪責原則，也違反法律明確性原則，現實上不可能把不定期刑或超長刑期當作與刑法第 91 條之 1 之刑後強制治療制度的替代手段，刑後強制治療制度應該是就上述為了達成前述目的所能採取之侵害最小的手段。再考量到現行制度除了刑後強制治療，還有性侵害犯罪防治法第 20 條第 1 項與第 2 項的性犯罪者社區治療與輔導制度，合併同條第 3 項的約談訪視等監視手段，看起來也就不同危險程度的性犯罪者建立不同的治療與預防手段。

不過，這個層次的審查，本文認為還需要另外檢視刑法第 91 條之 1 與性犯罪防治法第 22 條的立法方式，是否足夠明確，讓負責鑑定與執行的人區分有限制人身自由，進行刑後強制治療必要，以及無此必要的性犯罪者。現行法對於治療對象的規定，僅只有在刑法第 91 條之 1 與性犯罪防治法第 22 條規定「再犯之危險」以及「自我控制再犯預防仍無成效」，後者的規定方式固然比前者具體，但本文認為，這樣的規定方式都不足以區分治療的必要性，無法讓這個對於受處分者侵害最大的措施，僅適用在那些有必要採用此種處分，否則不足以防衛社會的人身上。

雖然，從相關條文的立法理由可推知¹²⁹，立法者認為性犯罪者強制治療這個保安處分之所以需要，是因為有一些性犯罪者具有精神與心理疾病，無法自我

¹²⁷ 許宗力，司法院釋字 584 號協同意見書，司法院公報 46 卷 10 期，2004 年 10 月，28-30 頁。

¹²⁸ 參閱註 98 的說明。

¹²⁹ 雖然從 1994 年修正刑法假釋規定開始，性犯罪者的精神與心理異常一直是性犯罪者受到差別

克制，因此若不經過治療，非常容易再犯，造成社會的危險。然而刑法第 91 條之 1 第 1 項與性犯罪防治法第 22 條，或是性侵害犯罪防治法第 20 條與第 22 條之 1，都只在條文裡規定「經鑑定或評估，認有再犯之危險」。這種簡略的規定方式很容易造成一個質疑，難道只要有再犯之危險（即便假設是高度危險），就應該成為強制治療的對象嗎？那麼為何其他有高度再犯危險的犯罪，譬如毒品施用的犯罪者，不需要接受此種無期限的強制治療？刑法第 88 條第 2 項前段的規定是戒治期限是一年。條文雖然有「鑑定、評估」的用語，但是條文並不限制負責強制治療的單位一定需要對性犯罪者進行精神或是心理評估，也沒有說這一條的再犯危險，與一般的再犯危險有什麼不同，國家究竟有什麼正當性把性犯罪者匡列出來，採取剝奪人身自由，且又無期間上限的治療手段？單純只是因為再犯可能性高，就可以對之進行強制治療嗎？如果特定性犯罪者尚未失去自我控制的能力，仍然是個理性主體，國家為何像對待其他類型的犯罪者一樣，只有在其再次犯罪時，才課予刑事責任¹³⁰？

參照美國 Kansas 州於 1997 年 *Kansas v. Hendricks* 案時所訂的法條。雖然堪州所訂出的法條不無爭議¹³¹，但其 SVP 法民事監禁的前提，除了該性犯罪者必須要被診斷出具有「精神異常」與「人格失調」的症狀之外，還必須到自主性障礙 (volitional impairment) 的程度，並不是空泛地受到鑑定評估有再犯之危險 (危險程度甚至並未被法條指明)，就成為刑後強制處分所要處理的對象。類似的問題也出現在刑法第 91 條之 1 第 2 項與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項，「再犯危險顯著降低」除了【題綱一】所討論到的，有違反法律明確性原則的問題之外，這個規定方式更大的問題在於，「再犯危險性是否顯著降低」根本不是性犯罪者是否應繼續受到強制治療的重點，而是這個人是否因為精神或心理異常，依然無法自我控制，依然有高度再犯可能性，對社會依然存在重大的危險，因此這兩個條文的用語至少應改為「前項處分期間至其不再對社會存在重大危險為止」。

若更進一步從必要性原則來看，刑法第 91 條之 1 第 1 項所列舉之前提犯罪類型其實相當寬廣，2011 年修正的性侵害犯罪防治法第 4 項甚至曾經包括犯性騷擾防治法第 25 條之罪的加害人，到 2015 年時刪除。這個法條的變動其實引發

待遇的事實前提，但一直要到 2005 年刑法修正時，相關的說明才出現在立法理由中：「三、加害人之強制治療是以矯正行為人異常人格及行為，使其習得自我控制以達到再犯預防為目的，與尋常之疾病治療有異，學者及醫界咸認無治癒之概念，應以強制治療目的是否達到而定，故期限以『再犯危險顯著降低為止』為妥。惟應每年鑑定、評估，以避免流於長期監禁，影響加害人之權益。」

¹³⁰ 相同意見：Steiker, *supra* note 104, at 785.

¹³¹ 參閱本文【壹、三】部分的討論。關於 APA 對於堪州法條用語的批評，本文認為，立法者雖不一定得在法律中使用精神醫學的名詞，但是，如果一個法律用語的詮釋，需要仰賴精神醫學界協助鑑定，卻該用語又與精神醫學格格不入，很容易於適用時衍生問題，最高法院近年來在死刑量刑所使用的「教化可能性」就是一個最好的例子。

一個問題，即便從精神醫學或心理學的角度需要把前提犯罪類型放寬，認為這些人都需要被評估，但是在設定最終誰需要進入刑後強制治療制度，被持續剝奪人身自由時，立法者是否應將對象限制在那些評估可能會犯下性暴力犯罪或是性侵幼童的人¹³²？台灣的性犯罪者強制治療制度，真的嚴格地適用在真正有必要的對象上嗎？

總結來說，刑法第 91 條之 1 第 2 項與性侵害犯罪防治法第 22 條第 3 項未規定期限上限，只有在這個保安處分在有必要的時候被發動時，才具有正當性。合併著刑法第 91 條之 1 第 1 項與性侵害犯罪防治法第 20 條與第 22 條等規範方式，本文認為現行法的法條文字，無法確保刑後強制處分的宣告，與性犯罪者所表現的危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。這些條文規定方式，非常可能讓某些危險性並沒有那麼高的性犯罪者，也落入刑後強制處分的對象。問題固然與「再犯之危險」與「危險性是否顯著降低」之籠統不清的規範方式有關，也跟條文並未鎖定在具有精神與心理疾病，且欠缺自我控制能力的性暴力犯罪者有關。

D. 手段衡平性

比例原則之手段衡平性的審查，是要確認國家公權力行使所保護與所侵害的權利，彼此間在損益衡量上，應處於法益相稱的關係。學說常以不能拿大砲打小鳥來做比喻，意即即便手段有效達成目的，倘若也是損害最小的手段，但倘若所要維護的利益與所犧牲的利益相比，呈現巨大差異，仍無法通過比例原則的審查。

本文在前手段適當性與必要性的討論，可能造成一個印象，似乎立法者只要能夠修法提升立法密度與明確度，確保性犯罪者強制治療適用在那些精神與心理存在異常，無法自我控制，以至於再犯危險性相當高，而對於社會造成巨大危險的性犯罪者身上，確認國家能提供個人化的必要治療，不至於造成受處分人額外的基本權限制，那麼就可以通過比例原則的審查。本文認為上述的作法可以合理化性犯罪者強制治療到一定限度。但若強制治療持續對於受處分人無效，又不是因為受處分人不合作，導致其無限期地被拘束人身自由，這樣的作法是否能夠通過比例原則的審查，仍存在疑問。即便這個處分名稱並非是不定期刑，從人身自由受拘束的角度來看，對於受處分人而言，可能沒有什麼差別。

本文認為，這裡是否存在一個巨大的利益失衡，一方面取決於國家在這個強制處分中有多認真地協助性犯罪者治療，以各式方式幫助其社會復歸，並避免造成額外的基本權剝奪；另一方面其實還是在追問本文【貳、一、7、F】小結處提

¹³² 學者林東茂有類似主張，參閱林東茂，《刑法綜覽》，七版，2012年，台北：一品文化出版社，42-43頁。

到的問題：「國家以剝奪人身自由的方式，提供受處分人治療，協助社會復歸，這樣的剝奪是否有其極限？」若非受處分的性犯罪者拒絕合作，當性犯罪者對於治療不生反應時，強制治療制度是否因此隨著時間的流逝，產生利益失衡的問題？如果要為強制治療制定一個期限上限，這個上限是什麼？何以有類似問題的監護制度（刑法第 87 條第 3 項）可以制定監護期限的上限，而與其情況類似（犯罪者因為精神與心理問題無法自我控制）的性犯罪者強制治療卻無治療期限的規定？難道性犯罪在本質上有什麼不同嗎？

3. 平等原則的審查

上述討論讓性犯罪者強制治療無治療期限之規定，在比例原則的審查之外，尚且存在違反憲法平等原則的可能性。如果說監護制度所著眼的也是「犯罪者因為精神疾病無能力自我控制，而會對社會造成危險」，何以監護處分設有五年的治療上限，但性犯罪者刑後強制治療非得到危險降低才能夠停止治療？2005 年刑法修正時，立法者雖然認為原有監護處分三年上限時間太短，但也只有拉長兩年。但 2005 年立法者對於刑法第 91 條之 1 的修訂，不只有刑前強制治療改為刑後強制治療，從「有期間限制，治療時間可扣除刑度」，轉向「強制治療時間不包括在刑度內，而以『再犯危險顯著降低』為停止條件，因此沒有期限限制」。2005 年對於監護處分與強制治療的修法，讓這兩個保安處分呈現巨大的反差，受性犯罪者刑後強制治療的人是否可以對比強制治療與監護處分的規定，主張刑法第 91 條之 1 與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項違反憲法第 7 條平等原則？性犯罪者是否為危險犯罪者之最，因此必須給予差別待遇？為何不是失去罪責能力的精神病患受到最「滴水不漏」的危險預防，而是仍有罪責能力的性犯罪者之治療被取消治療期限上限的規定？

2005 年之所以會有這樣的修法差距，一個可能的解釋是，精神疾病有可能被治癒，但性犯罪者不可能被治癒（對比當年的修法理由）¹³³。另一個可能的解釋是，倘若精神病犯罪者並未被治癒，仍可透過強制就醫與住院的方式處理，但是性犯罪者的精神疾病卻沒有其他的制度可以取代，可以接手。性犯罪者並非欠缺罪責能力之人，不能利用既有的精神病患強制就醫住院制度處理，這是美國華盛頓州一開始在對於精神病患之民事監禁之外，建立性犯罪者民事監禁制度的重要原因¹³⁴。然而，即便性犯罪者與一般精神疾病犯罪者的差異真的存在，制度

¹³³ 2005 年刑法第 87 條第 3 項的修法理由：「對精神障礙者之監護處分，其內容不以監督保護為已足，並應注意治療及預防對社會安全之危害。原第 3 項規定監護處分期間僅為三年以下，尚嫌過短，殊有延長必要，故將其最長執行期間提高為五年以下。」刑法第 91 條之 1 第 2 項的修法理由：「加害人之強制治療是以矯正行為人異常人格及行為，使其習得自我控制以達到再犯預防為目的，與尋常之疾病治療有異，學者及醫界咸認無治癒之概念，應以強制治療目的是否達到而定，故期限以『再犯危險顯著降低為止』為妥。惟應每年鑑定、評估，以避免流於長期監禁，影響加害人之權益。」

¹³⁴ 參閱註 98 的說明。不過究竟國家是否能以剝奪自由手段，強制治療並未喪失罪責能力的人，一直是此類制度受到質疑的地方，就此進一步參閱註 101 與正文部分的討論。

上是否容許有這麼大的落差，依然存在疑問。除非針對性犯罪者的強制治療環境與一般精神病患強制就醫的環境毫無差異，否則難以合理化刑法監護制度與性犯罪者強制治療制度的差別，而有違反憲法平等原則的問題。

不過，關於性犯罪者強制治療制度是否違反憲法平等原則的回答，可能會因為近來台鐵殺警案，輿論要求法務部與立法院檢討刑法第 87 條第 3 項監護處分的五年上限，更顯複雜。鑑於德國的保安監禁所處理的對象本來就並不限於性犯罪者，先前介紹的 *M v. Germany* 案申訴人就不是因為性犯罪而被宣告保安監禁，而台灣常參照德國法修法；也鑑於法務部與立法者正面對強大輿論壓力，監護處分的期限上限非常可能因為單一事件而被修法去除。一旦立法者修正監護處分的治療期間上限，性犯罪者之平等權受侵害的主張很容易失去依據¹³⁵。關於性犯罪者強制治療無期限上限的合憲問題，重點就又回到先前比例原則各個層次的審查。

4. 小結

性犯罪者刑後強制治療制度站在兩大前提之上，一是事實的前提（對於精神醫學與心理學有能力鑑定區辨與治療的信任），另一是法理或是說政治哲學的前提（國家權力的施行界限，配合著風險社會的社會需求而有改變）。刑法第 91 條之 1 第 2 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項未就強制治療設定治療期限上限，其實是循著保安處分危險預防的邏輯，在性犯罪者的危險性仍未降低的情況下，持續治療，如此才能讓這個制度真的能達到協助復歸、預防犯罪與防衛社會的目的。

不過即便不去挑戰這樣的邏輯，本文主張，刑法第 91 條之 1 第 2 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項，還是無法通過憲法第 23 條比例原則的審查，因而侵害了憲法第 8 條所保障的人身自由。理由是，性犯罪者強制治療制度的目的雖然正當—這個制度目的在於保障大眾人身安全與身體自主，使人民日常生活免於恐懼，也維護女性對於性別平等之追求的權利。然而在【手段適合性】的審查上，刑法第 91 條之 1 第 1 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項，合併保安處分執行法第 16 條、第 78 條與第 79 條之規定，規定方式過於簡略粗糙，無法確保自由受侵害的性犯罪者，能得到有效的治療；也無法確保受強制治療的性犯罪者，除了人身自由被拘束之外，不會受到額外的基本權限制。於【手段必要性】的審查上，現行制度的規定方式無法確保這個嚴厲拘束受處分人之人身自由

¹³⁵精障犯強制治療 擬不限次數延長，中國時報，2020 年 6 月 6 日，A3 版；監護處分 5 年「天花板」恐打破，聯合報，2020 年 10 月 22 日，A14 版；精障犯罪擬取消 5 年監護上限 蔡清祥：監護地點慢慢浮現，聯合新聞網即時新聞，2020 年 10 月 23 日，<https://udn.com/news/story/7321/4957723?from=udn-catebreaknews_ch2> (拜訪日期：2020 年 10 月 27 日)。

的手段，只會用在需要此一治療的人身上，因此相關規定無法通過手段必要性的審查。由於無法確保手段適當有效，也無法將強制治療限定在需要被強制治療的對象，因而在【手段衡平性】的審查上，性犯罪者強制治療制度很容易因為不當的手段，製造額外的基本權侵害，以及約束了不該約束人的自由，失去手段的衡平性。

題綱四、依刑法第 91 條之 1 第 2 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項，雖規定每年應進行之鑑定、評估，但相關法律未賦予當事人或其委任之代理人有陳述意見之機會，暨未規定每年鑑定、評估結果，如加害人未達「再犯危險顯著降低」者，應經法院審查，予當事人或其委任之代理人有到庭陳述意見之機會，此等是否違反憲法正當法律程序原則？

三、受強制治療之性犯罪者的程序保障

1. 人身自由受正當法律程序之保障

如前所述，人身自由是最基本的人權，受我國憲法第 8 條之保障。該條第 1 項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」依照司法院大法官釋字 384 號解釋，該項「係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第 23 條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。」

我國憲法雖然不像美國立憲者一樣，明白地將正當法律程序規定在憲法裡：「任何人…非經正當法律程序，不應受生命、自由或財產之剝奪。」（美國聯邦憲法增修條文第 5 條）但學者大多認為，我國大法官透過司法院釋字第 384 號等好幾號解釋，確認憲法第 8 條第 1 項所稱「依法定程序」，即為英美法上的「正當法律程序」¹³⁶。該號解釋更進一步指出「凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。」在過去二、三十年，憲法第 8 條所適用與保障的對象，從最初所聚焦的刑事被告（例如：司法院釋字第 384 號、第 392 號解釋），擴張至行政執行（例如：司法

¹³⁶ 陳愛娥，正當法律程序與人權之保障－以我國法為中心，司法院大法官九十二年度學術研討會紀錄，2004 年 10 月，司法院出版（司法院大法官書記處編著），7-8 頁。

院釋字第 588 號解釋)、隔離患者(例如:司法院釋字第 690 號解釋)、少年事件(例如:司法院釋字第 664 號解釋),以及外國人收容(例如:司法院釋字第 708 號與第 710 號解釋)等議題上¹³⁷。

2. 非關刑事之正當法律程序的內涵

不過,雖然非關刑事的人身自由拘束也必須符合憲法正當法律程序,已是實務與學界的共識。但是,非關刑事之正當法律程序內涵是什麼,譬如:是不是在每個人身自由受到剝奪的情況,法官都必須事前介入;除了法官是否介入審查之外,受處分的人擁有何等程序權利,是否可要求如同刑事被告一樣的防禦權與救濟權;或甚至賦予受處分人如刑事被告的程序權利,仍不足以反映其基本權受侵害的程度,仍沒有一致的見解。以前述提到之司法院釋字第 588 號、第 690 號、第 708 號與第 710 號解釋,就對非刑事之正當法律程序,是否包括法官於人身自由剝奪前的審查,於論證與結論就有明顯差異。上述差異不僅在大法官內部有不小的爭論,也引發學界熱烈的討論¹³⁸。

對本釋憲案特別有參考價值的,為司法院釋字第 690 號解釋,理由是這號解釋受國家拘束人身自由的人,與具有精神與心理異常的性犯罪者一樣,被認為會對社會安全造成危險,因而有與人群隔離的必要。大法官多數意見認為:「…對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨,惟相關程序規範是否正當、合理,除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外,尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素,綜合判斷而為認定。強制隔離既以保障人民生命與身體健康為目的,而與刑事處罰之本質不同,已如前述,故其所須踐行之正當法律程序,自毋須與刑事處罰之限制被告人身自由所須踐行之程序相類。強制隔離與其他防疫之決定,應由專業主管機關基於醫療與公共衛生之知識,通過嚴謹之組織程序,

¹³⁷ 周函諒,正當法律程序的司法控制與回應—以人身自由為中心,軍法專刊,66卷2期,2020年4月,126頁。除了憲法第8條之外,大法官也透過司法院釋字第368號等解釋,認為正當法律程序也是憲法第16條訴訟權內涵的一部分。而除了人身自由之外,在財產權(例如:釋字第383號解釋)、工作權(例如:第462號解釋)等基本權利上,也能看到大法官引用正當法律程序,提供人民不受立法、行政,甚至是司法恣意與不合理的憲法保障,儼然有將之一般化為程序基本權之趨勢。參閱湯德宗,論憲法上的正當法律程序保障,《行政程序法論》,台北:元照出版社,2003年,169-94頁;李震山,從正當法律程序論行政罰法之裁罰程序,收錄於《民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》,台北:元照出版社,2005年,639頁。

¹³⁸ 例如:李建良,人身自由的憲法保障與強制隔離的違憲審查:釋字第690號解釋,台灣法學雜誌,第186期,2011年10月,60-79頁;林超駿,非刑事預防性拘禁之法官(院)保留:兼評釋字第六九〇號解釋,月旦法學雜誌,207期,2012年8月,176-200頁;陳英鈞,被收容外國人之提審權,台灣法學雜誌,第219期,2013年3月,155-160頁;廖元豪,此亦人子也,可善遇之:釋字第七〇八號解釋評釋,月旦裁判時報,22期,5-17頁;李念祖,從憲法上法官保留原則論提審之射程修正,台灣法學雜誌,第245期,2014年1月,1-16頁;林明昕,論剝奪人身自由之正當法律程序:以「法官介入審查」機制為中心,臺大法學論叢,46卷1期,2017年3月1日,1-86頁;林超駿,即時司法救濟、正當程序與移民人身自由保障,中研院法學期刊,第23期,2018年9月,1-79頁。

衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，作成客觀之決定，以確保其正確性，與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別。且疫情之防治貴在迅速採行正確之措施，方得以克竟其功。」

對於多數說的見解，許宗力大法官在不同意見中提出嚴厲的批評：(1) 即便這個釋憲案所涉及的是「照護性人身自由的剝奪」，與「處罰性人身自由的剝奪」目的有別，但是前者仍有濫權的可能，不能以性質目的不同就必然降低人身保護的強度；(2) 即便系爭事件具有急迫性，不妨礙行政機關先行處分，在合理時間內提供受隔離者法院介入審查的機會；(3) 即便司法欠缺流行病管理的專業，但是不妨礙法官聽取兩方的意見做決定，這個議題與其他議題並無不同，法官介入就是為了避免專業的濫權；(4) 行政機關必須遵循行政程序法所規定之相關程序作出決定，且不服主管機關之決定者，受處分人仍有依行政爭訟程序尋求救濟之機會，只是基本權保障的低標，這裡所涉及的卻是最基本最重要的人身自由。鑑於傳染病防治法所設置的決策委員會，組織程序並未如法院一樣透明、公開、客觀、公正、迅速介入，也沒有任何針對強制隔離決定所量身裁製，特別設計之「嚴謹組織程序」規定。他認為，至少可參酌瑞士憲法第 31 條規定之精神，讓遭強制隔離的人民本身，或其親屬，有隨時（包括在自由被剝奪的當下）請求法官救濟之可能，而法官有義務在最快時間內就剝奪人身自由的適法性作成決定¹³⁹。李震山、林子儀與許玉秀大法官也各自對多數意見不願意給予適度的法官保留，提出嚴厲的批評。前者指出：「『危害急迫』(Gefahr in Verzuge) 結合『緊急即無誠命』(Not hat kein Gebot) 的法諺，正是程序恣意的最佳藉口與溫床」¹⁴⁰，後者質問：「只因為傷寒瑪麗遭拘束自由的原因，不是犯罪而是感染傷寒，人身自由所遭受的拘束，就比冤獄裡的受刑人不嚴重嗎？」¹⁴¹

本文認同四位不同意見大法官的見解。即便社會存在急迫的危險，立法者還是有可能與有義務設計出一套兼顧人權保障與社會防衛的機制。許宗力大法官所說的，讓行政機關先行處分，在合理時間內提供受隔離者法院介入審查的機會，就是一個折衷可行的做法。但是要讓法院的介入有意義，受處分人就必須要有相應的防禦權，如此才能挑戰行政部門所代表的專業權威。非關刑事的正當法律程序的內容究竟是什麼，在這個充滿各式風險，而國家發展各式手段管理風險的當代社會或許更為重要。以當年傷寒瑪麗被長期拘禁¹⁴²，與納粹如何在犯罪學生

¹³⁹ 許宗力，司法院釋字第 690 號解釋部分不同意見書，司法院公報 54 卷 1 期，2012 年 1 月，47-50 頁。

¹⁴⁰ 李震山、林子儀，司法院釋字第 690 號解釋部分不同意見書，司法院公報 54 卷 1 期，2012 年 1 月，30-47 頁。

¹⁴¹ 許玉秀，司法院釋字第 690 號解釋部分不同意見書，司法院公報 54 卷 1 期，2012 年 1 月，50-59 頁。

¹⁴² 美國上世紀初的「傷寒瑪麗」(Typhoid Mary)，因疑似傷寒帶原，終其一生前後被強制隔離拘禁達二十六年，並且從未經過法院的審查。許宗力，註 139 文，48-49 頁。

物理論的支持下，濫用保安處分的黑歷史為例¹⁴³，當年行政部門的濫權都有科學背書。以此為鏡，所有對於風險的管理手段，不管在當時看起來多具有正當性，甚至緊急，依然必須盡可能地給予當事人正當法律程序的保障。

3 現行法對於受強制治療處分者的程序保障嚴重不足

以上述標準審查現行法中性犯罪者強制治療之程序規定，需要被審查的對象除了刑法第 91 條之 1 第 2 項與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項之外，尚有刑事訴訟法第 481 條第 1 項、監獄行刑法第 140 條，以及保安處分執行法第 28 條。要完整理解這個程序，還必須一併觀察監獄行刑法第 115 條，性侵害犯罪防治法第 20 條，以及法務部擬定之《妨害性自主罪與妨害風化罪受刑人強制身心治療及輔導教育實施辦法》、《辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點》，與《性侵害犯罪防治法第二十二條之一加害人強制治療作業辦法》，加上內政部、法務部、國防部與衛福部會銜頒布的《性侵害犯罪加害人身心治療及輔導教育辦法》。這些規定聯合構築一個看來複雜，但關鍵部分又非常簡略的程序。

A. 刑後強制治療的宣告

依照上述規定，在三種情況下，性犯罪者會被宣告接受刑法第 91 條之 1 第 1 項的刑後強制治療：

(1) 已在監獄受治療的受刑人¹⁴⁴，經過鑑定、評估，被認為仍有再犯的危險，而有於刑後施以強制治療的必要，監獄在該受刑人刑期屆滿前 4 個月，將受刑人應接受強制治療之鑑定、評估報告等相關資料，送請送請該案犯罪事實最後裁判之檢察署檢察官。如果檢察官對於監獄提供之鑑定評估資料有疑義，可以另組評估小組重為鑑定（《辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點》第 7 點）。檢察官無疑義後，依照監獄行刑法 140 條第 1 項之規定，該管檢察官必須在時間依據刑事訴訟法第 481 條第 1 項後段，由檢察官聲請該案犯罪事實最後裁判的法院進行裁定。

(2) 依據性侵害犯罪防治法第 20 條第 1 項，進行社區身心治療或輔導教育的性犯罪者，如果社區治療無成效，直轄市、縣（市）主管機關得依據性侵害犯罪防治法第 22 條之規定，檢具相關評估報告，送請該案犯罪事實最後裁判之檢察署檢察官或軍事檢察署檢察官依法聲請強制治療。但如果檢察官對於主管

¹⁴³ 當時流行的犯罪生物學理論對納粹處置猶太人與罪犯的手段頗有影響。See Nicole Rafter, *Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany*, THE AUSTRALIAN AND NEW ZEALAND JOURNAL OF CRIMINOLOGY, 41(2): 287 – 306 (2008). 相關討論參閱本文【壹、一的介紹】。

¹⁴⁴ 依據監獄行刑法第 115 條第 3 項，合併法務部擬定之《妨害性自主罪與妨害風化罪受刑人強制身心治療及輔導教育實施辦法》，犯下刑法第 91 條之 1 第 1 項前提犯罪行為的於入監後，經過篩選評估，被認定需要接受治療的人，在符合刑法第 77 條所定假釋條件前 2 年 6 個月，或是刑期將屆滿前 2 年 6 個月，對其進行強制治療。

機關提供之鑑定評估資料有疑義，可以另組評估小組重為鑑定（《辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點》第 7 點）。負責之檢察官無疑義後，依據刑事訴訟法第 481 條第 1 項後段，向該案犯罪事實最後裁判的法院聲請裁定。

(3) 針對那些犯罪行為在 2005 年刑法修正之前就已經發生，若有前述兩項的情況，監獄當局，該管檢察官或是縣市主管機關，可依據性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 與監獄行刑法第 140 條第 1 項之規定，或於刑期屆滿前 4 個月，將受刑人應接受強制治療之鑑定、評估報告等相關資料，送請該管檢察署檢察官，檢察官至遲應於受刑人刑期屆滿前 2 個月，向法院聲請出監後強制治療之宣告；或檢具相關評估報告聲請法院、軍事法院裁定命其進入醫療機構或其他指定處所，施以強制治療。

在這三類情況裡，可以發現現行法對於刑後強制治療的裁定程序，規定得相當簡略。沒有規定法院該如何進行，譬如：是否適用一般定罪審判的證據法則，心證門檻是什麼，也沒有說明當事人有什麼程序權利。鑑於當事人若被宣告刑後強制治療，不只至少會被剝奪一年的人身自由，被要求接受自己不一定想要的身心治療與輔導，也等於被司法正式宣告為「難以治癒、高再犯風險的變態性犯罪者」。性侵害者刑後強制治療因此不是普通的「照護性人身自由的剝奪」，不能與傳染病受隔離處分者相提並論，當事人應該要有不下於刑事被告的防禦權與救濟權。再考量到，性犯罪者強制治療制度的正當性，是建立在這個制度的確是用在有持續強制治療必要性的人身上，一個符合正當法律程序的強制治療的宣告程序，應賦予當事人充足的防禦權，如此才能夠避免這個制度被國家濫用。而又考量到當事人一旦進入這個制度，很可能因為預測再犯危險方法的侷限，使得當事人難以脫離強制治療制度，因此法院在一開始的裁定心證門檻，應該要達到類似有罪判決的心證門檻（超越合理懷疑）¹⁴⁵，才能達到正當法律程序的要求。

此外，依據監獄行刑法第 140 條第 1 項之規定，監獄當局對於檢察官提出資料，與檢察官向法院聲請強制治療宣告存在時間差。本文認為，在這個時間差裡，為了讓當事人能夠於法院裁定程序中有效防禦自身權利，當事人應有收到相關評估資料的權利，以及請求負責治療的機關提供其他資料的權利。《辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點》第 7 點給予檢察官組成其他評估團隊，重新進行評估的權限。本文認為，從武器平等的角度，當事人應該要有向檢察官請求，另組委員會，重新進行評估的權利。當事人若有一份能夠證明自己不具危險性的評估資料，在之後的程序才會有挑戰檢察官聲請資料的機會。鑑於這些權利對於

¹⁴⁵ 美國國會認為民事監禁的舉證標準為「清楚且令人信服的證據」(clear and convincing evidence)，相關討論與批評，See Alexander Tsesis, *Due Process in Civil Commitments*, 68 WASH. & LEE L. REV. 253 (2011).

當事人防禦權的實踐影響甚大，對於程序的正當性而言應屬重要，因此不應該只被規定在行政規則裡。

當檢察官向法院提出聲請之後，當事人面臨被宣告刑後強制治療的可能性時，依照刑事訴訟法第 481 條第 1 項後段，合併同法第 221 條反面解釋，看不出當事人是否能夠在裁定程序中行使有意義的防禦權，包括裁定程序中在場向法院陳述意見，與檢察官進行言詞辯論，甚至適用強制辯護的規定，得到律師的法律協助。鑑於當事人所面對的是非基於刑責，而是基於精神與心理疾病所產生的危險的人身自由的剝奪，姑且不說具有身心狀況無法自制的當事人，非常可能同時存在智能不足的問題，因而有強制辯護的必要，光是被無限期拘束人身自由的可能性，立法者就應該賦予當事人受律師協助的權利，檢察官在聲請法院裁定時，應同時指定公設辯護人或是律師為當事人進行辯護，如此才能符合憲法正當法律程序的要求。

簡單地說，不只是大法官所關心的刑法第 91 條之 1 第 2 項與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項，存在違反正當法律程序的問題，本文認為，刑法第 91 條之 1 第 1 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項、刑事訴訟法第 481 條第 1 項與保安處分執行法，關於性犯罪者刑後強制治療的宣告，也不符合憲法正當法律程序的要求。

B. 繼續治療之程序

依照依據刑法第 91 條之 1 第 2 項與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項，前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止，執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要。由於刑事訴訟法第 481 條第 1 項後段規定的是：「由檢察官聲請該案犯罪事實最後裁判之法院裁定之。第 91 條之 1 第 1 項之施以強制治療及同條第二項之停止強制治療，亦同。」立法者並未就一年一度之繼續進行治療的評估結果，有特別的程序規定。相關規定其實是規定在《辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點》第 26 點，檢察官如認刑後強制治療受處分人之再犯危險並未顯著降低，而無停止治療之必要，應儘速以書面通知刑後強制治療受處分人。最遲自收受刑後強制治療處所依第 23 點之規定檢送之相關資料時起不得超過三個月。刑後強制治療受處分人於收受送達前項書面通知後，如認檢察官執行之指揮不當，得依刑事訴訟法第 484 條之規定，以檢察官指揮不當，向法院聲明異議。值得注意的是，該要點第 24 點，同樣給了檢察官另組評估小組，重新審酌性犯罪者是否需要繼續治療的權限。

本文認為，性犯罪者刑後強制治療被定位為保安處分，與其他保安處分一個最不一樣的地方，是這個處分並無期限的上限規定。這樣的保安處分之所以不至於流於實質的「不定期刑」，有一個很重要的因素是--「只要一旦受處分人不再

對社會具有高度危害他人的危險，就沒有必要繼續進行下去」，因此對於治療在何等情況下可以繼續，程序的嚴謹程度不能低於一開始強制治療被宣告的程序。但現行法的規定，反而是在治療不需要再繼續時，才讓法院介入。持續治療對於受處分人負面影響較大，法院的介入應該是為了保障受處分人的權利，現行法的規定方式，看起來像是受處分人停止治療的「重要性」，高於受處分人繼續被治療，立法者看起來比較在意社會安全，而不是受處分人的人身自由等基本權利。

此外，這個處分之所以可以自稱不是刑罰，也在於這是一個治療、復歸與預防為目的的處分，不能對於受處分者有額外(至少是沒有必要)的基本權的剝奪。在此情況下，一年一度的審查不僅包括受處分人是否仍然有精神與心理的問題，無法自我控制，因此對他人，對於社會具有高度的風險，應該還要包括對於過去一年強制治療狀況，如此才能確保強制治療的進行不會有額外的人權侵害。與這個做法類似的是，法院在羈押的裁定裡，不只要決定羈押要件是否存在，同時必須裁定被告是否在被聲請羈押之前，先前受到違法的人身自由拘束。即便被告具備應被羈押的要件，但先前受到違法的人身自由拘束，法院一樣不能做成准予羈押的裁定。以羈押做類比，如果時間只有兩個月的羈押延長處分，都必須要法院介入審查，才能夠延長羈押，何以對於人身自由侵害更久，污名化更深的性犯罪者強制治療，法院卻不需要介入。反而是透過行政規則 -- 《辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點》第 26 點，讓對於檢察官繼續強制治療之決定不滿的受處分人，依據刑事訴訟法第 484 條之規定，以檢察官指揮不當，向法院聲明異議？不懂得異議的受處分人，不是就會承受較大的不利益？

現行法關於繼續進行強制治療的規定，不只是沒有讓法院介入審查，由於欠缺必要的法院審查程序，受處分人的權利更是欠缺足夠的保障。不僅是關於受處分人有無繼續被治療的必要，深刻地影響受處分人未來的自由；關於受處分人於過去一年所受到的強制治療情況，他應該也要能夠提出挑戰。相關規定應該載明受處分人可以對這兩個議題進行挑戰，避免受處分人不知自己的權利，放任國家侵害人權。同樣地，鑑於繼續治療嚴重剝奪人身自由，立法者也應該持續提供受律師協助的權利。甚至是如果受處分人有智能不足的問題，國家不只應主動提供法律協助，也應該從一開始的裁定程序就使用司法詢問員，協助法院理解受處分人的狀況。現行法欠缺這些必要之保障受處分人防禦權的程序規定，因此違反憲法正當法律程序。

4. 小結

如同本文在關於比例原則議題的討論中提到，由於性犯罪強制治療制度對於受處分人的人身自由影響太大，其實質要件與程序要件若無達到一定的規範密度，確保這個制度的形貌，並確保受處分人的程序權利，這樣的制度不管是從比例原則的角度，或從正當法律程序的角度，都很難通過合憲性的審查。

刑法第 91 條之 1、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1，或加上刑事訴訟法第 481 條第 1 項後段，就一開始的強制治療裁定程序，以及之後的繼續強制治療程度，都沒有賦予當事人有意義的防禦權，相關規定甚至讓人感覺立法者比較在意受處分人不能隨便被放出去，而不是人身自由受剝奪之強制治療是否仍有繼續下去的必要性，相關規定因此違反憲法正當法律程序原則。

題綱五、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項、第 2 項及同法施行細第 12 條之 1，對加害人施以強制治療，溯及適用於 95 年 7 月 1 日刑法第 91 條之 1 公布施行前之性侵害犯罪者之部分，是否違反信賴保護原則及法律不溯及既往原則？

四、2011 年修法是否違反信賴保護原則與法律不溯及既往原則

1. 問題之背景

如本文【壹、二】對於我國強制治療制度之形成背景的介紹，由於 2011 年雲林一起性侵害前科犯性侵犯殺人的案件，促使立法者新增性侵害犯罪防治法第 22 條之 1。立法者在立法理由指明：「為解決 94 年 6 月 30 日以前犯性侵害犯罪之加害人，於接受獄中治療或社區身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者，因不能適用 95 年 7 月 1 日修正施行後之刑法第 91 條之 1 有關刑後強制治療規定，而產生防治工作上之漏洞，導致具高再犯危險之性侵害加害人於出獄後不久即再犯性侵害犯罪，衍生法律空窗之爭議，爰增列本條。」如果說司法院釋字第 471 號解釋所處理之槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條第 1 項，法律從無至有，使得那些發生在法律新增前的行為，也必須適用這個條文，因此產生違反刑罰禁止溯及既往的疑義，性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 前兩項（加上本法施行細則第 12 條之 1，以下簡稱系爭規定）則是立法者明確地表明就是要讓刑法第 91 條之 1 所建立的刑後強制治療制度，適用在本條修訂前，犯下本條前提犯罪的行為人身上。

嚴格來說，2005 年刑法第 91 條之 1 修正時，所涉及之法律溯及既往的問題，不只是立法者將刑前治療改為刑後治療，治療時間不能折抵刑期，也沒有治療期限上限（舊法上限為三年），對於落入本條的性犯罪者而言，新法比舊法明顯不利。立法者為了解決性犯罪者強制治療制度是否適用於強制性交之結合犯的爭議，將該條的前提犯罪，加入包括關於與強制性交之結合犯（包括第 332 條第 2 項第 2 款強盜強制性交罪、第 334 條第 2 款海盜強制性交罪及第 348 條第 2 項第 1 款擄人勒贖強制性交罪及其特別法（如兒童及少年性交易防制條例第 22 條）。對於

那些本來因為法律規定的不清楚，或許能夠逃離強制治療適用的人而言，2005年之修法會讓他/她明確地落入刑法第91條之1的處理範圍。不過，因為同年立法者也修正刑法第1條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」讓拘束人身自由的保安處分也有罪刑法定主義從舊從輕原則的適用，因此刑法第91條之1的適用不產生溯及既往的爭議¹⁴⁶。

關於強制治療溯及既往的法律爭議，要到2011年立法者增訂系爭規定才出現。延續著本文在【貳、一、6】的討論，由於大法官在司法院釋字第471號解釋認定「保安處分只是刑罰的補充制度，另有目的，因此與刑罰並非無異」，即便立法者在2005年修法，讓拘束人身自由的保安處分不溯及既往，法理上，這只是立法者提供被告法律層次的保障，並非出於憲法的要求。因此當立法者明白地在系爭規定的立法說明裡，明確要求保安處分的適用溯及既往，反對者很難主張這樣的規定違反刑罰禁止溯及既往原則。系爭規定可以是刑法第1條的例外，立法者在性犯罪者的強制治療上，收回法律給予的不溯及既往的利益。

不過循著本文於【貳、一、7、F】題綱一所建立的立場，即便系爭國家處分不是刑罰，不適用憲法中規範刑罰的相關原則，大法官在司法院釋字第471號解釋其實應該繼續追問，槍砲彈藥刀械管制條例第19條第1項適用結果會擴及這一條制定之前的行為，因而這個效力溯及既往的法律規定，是否違反同樣為大法官所承認，具有憲法位階之信賴保護原則與法律禁止溯及既往原則？

2. 信賴保護原則與法律禁止溯及既往原則

關於信賴保護原則，大法官於司法院釋字第525號解釋有清楚的說明：「法治國為憲法基本原則之一，法治國原則首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則之遵守。人民對公權力行使結果所生之合理信賴，法律自應予以適當保障，此乃信賴保護之法理基礎。」至於此處所指的公權力，大法官吳庚早在司法院釋字第271號解釋的不同意見書中，指出：「信賴保護...最初表現於對相對人有利之行政行為，除非保障其信賴利益（例如給予適當之補償），否則不得因原來行政行為違法而加以撤銷，繼者擴及立法行為，如立法機關制定溯及既往之法律而侵害人民權益時，亦屬違反信賴保護，乃有『信賴保護作為自由保護』

¹⁴⁶最高法院95年第8次刑事庭會議決議並沒有深入討論強制治療是否屬於回溯適用，決議所有的強制治療都適用舊法：「有關新舊法之適用原則如下：一、法律變更之比較適用原則：(三)拘束人身自由之保安處分，亦有罪刑法定原則及法律不溯及既往原則之適用，其因法律變更而發生新舊法律之規定不同者，依新法第1條、第2條第1項規定，定其應適用之法律。至非拘束人身自由之保安處分，仍適用裁判時之法律。...八、保安處分：(一)監護處分或酗酒禁戒處分之事由，發生在新法施行前者，新法施行後，應依新法第2條第1項之規定，視其具體情形，適用最有利於行為人之法律。(二)強制工作或強制治療之事由，發生在新法施行前者，新法施行後，應依新法第2條第1項之規定，適用最有利於行為人之法律。(三)拘束人身自由保安處分之事由，發生在新法施行前者，新法施行後，其許可執行，應依新法第2條第1項之規定，適用最有利於行為人之法律」。

(Vertrauensschutz als Freitsschutz)之憲法原則之建構。」依照學說的意見，人民不僅可對國家行政機關的公權力行為主張信賴保護，也可以要求立法者不得任意制定溯及既往之法律，司法不得任意撤銷原先前判決，侵害人民權益¹⁴⁷。

如果事實從規範制定前延續到規範制定後，此種情況是否仍然能夠主張信賴保護？大法官於司法院釋字第 574 解釋指出：「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。因此，法律一旦發生變動，除法律有溯及適用之特別規定者外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力。惟人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。此時立法者於不違反法律平等適用之原則下，固有其自由形成空間。惟如人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而向將來受不利影響者，立法者即應制定過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，俾符法治國之法安定性原則及信賴保護原則。」

不過，法律常會因為原先內容規定不當，或是不符合政策需求，難道因為信賴保護原則的拘束，立法者完全不能修法？司法院釋字第 525 號解釋認為：「制定或發布法規之機關基於公益之考量，即社會整體利益優先於法規適用對象之個別利益時，自得依法定程序停止法規適用或修改其內容，若因此使人民出於信賴先前法規繼續施行，而有因信賴所生之實體法上利益受損害者，倘現有的法規中無相關補救規定可資援用時（如稅捐稽徵法第 48-3 條等），基於信賴之保護，制定或發布法規之機關應採取合理之補救措施或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害。至有下列情形之一時，則無信賴保護原則之適用：一、經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形者；二、相關法規（如各種解釋性、裁量性之函釋）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布，其信賴顯有瑕疵不值得保護者；三、純屬法規適用對象主觀之願望或期待而未有表現已生信賴之事實者，蓋任何法規皆非永久不能改變，法規未來可能修改或廢止，受規範之對象並非毫無預見，故必須有客觀上具體表現信賴之行為，始足當之。至若並非基於公益考量，僅為行政上一時權宜之計，或出於對部分規範對象不合理之差別對待，或其他非屬正當之動機而恣意廢止或限制法規適用者，受規範對象之信賴利益應受憲法之保障，乃屬當然。」

3. 系爭規定是否為溯及既往的法律？

雖然學說實務對於法律規定溯及既往，除非符合前述例外，違反憲法信賴保護原則一事大致具有共識，但是什麼情況構成法律規定溯及既往，意見卻不是那麼一致。可能的判斷方式包括區分「真正溯及既往」v.「不真正溯及既往」、區

¹⁴⁷ 林三欽，信賴保護原則與法令不溯及既往—兼評最高行政法院九十四年度判字第一四四號判決，政大法學評論，第 100 期，2007 年 12 月，68 頁。

分「法律效果的溯及生效」v.「法律事實的回溯連結」、建立「區分新舊事實」之觀察模式、建立「預期可取得之利益」之觀察模式，以及建立「事實發展階段」之觀察模式這五種¹⁴⁸。若帶入題綱五所關心的問題，系爭規定所針對的是在 2006 年 6 月 30 日之前，犯下刑法第 91 條之 1 第 1 項前提犯罪的人。但是行為人並未在 2006 年 6 月 30 日之前出獄或結束社區治療，當他/她即將出獄，或是社區治療即將結束的時候，依照當時的評估，他/她仍具有身心異常與高度的再犯風險，而這個評估有一部分與先前的犯罪行為有關，包括犯罪的動機、手法，以及犯罪的對象，但也跟刑中與社區治療的狀況有關。換言之，強制治療的前提事實有一部份在 2006 年 6 月 30 日之前，但也有一部份在 2006 年 6 月 30 日之後，若採用前述提到之不同的判斷方式，有可能產生不同的結論。

倘若採用德國憲法法院第一庭所發展之「真正溯及既往」v.「不真正溯及既往」二分法，由於「真正溯及既往」是指法令適用於其生效前已經開始、且已經終結的案例事實，性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項、第 2 項可能就不涉及法律溯及既往的問題。畢竟性犯罪強制治療所針對的是犯罪者於評估當時的危險，以及對於未來危險的估算，刑法第 91 條之 1 第 1 項所規定的犯罪類型，「只是」強制治療的要件之一。即便未來危險的估算脫離不了先前的犯罪狀態，但一樣也是決定是否向法院聲請強制治療時的評估。除非對於法律溯及既往的定義，純粹用「法律規定開始適用的時間範圍，早於該法律生效之前」這個標準，否則，不管是哪一種的說法，都很難忽略強制治療是建立在當下危險之評估的這個事實，這使得系爭規範並不是真正的法律溯及既往，立法者原則上可制定不真正法律溯及既往的法律。

不過雖然系爭規定不違反法律溯及既往禁止原則，依據司法院釋字第 574 解釋，「人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。…惟如人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而向將來受不利影響者，立法者即應制定過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，俾符法治國之法安定性原則及信賴保護原則。」系爭規定雖然不違反法律溯及既往原則，也難以否認系爭規定確實曾經有過變動，原先那些犯行發生在 2006 年 6 月 30 日之前，預期自己於完成刑前治療，服完刑期，或是完成最多四年的社區治療，就能夠恢復自由的人，2011 年的新法讓他們的願望落空。系爭規定強硬地而無任何過渡措施，讓這些人在系爭規定通過之後，必須面對被宣告刑後強制治療的可能性。這些人從可以預計自己出獄或結束社區治療的時間，在這個時點之後努力開展新的人生，但現在卻面臨可能被送強制治療，以及不知何時結束的景況。問題因此轉為，這樣的法律變更，

¹⁴⁸ 關於這五種判斷方式的定義與討論，參閱前揭註，91-108 頁。

是否符合司法院釋字第 525 號解釋所說的三種例外，因而不能主張憲法信賴原則的保護？

4. 系爭規定是否涉及信賴保護原則的例外？

司法院釋字第 525 號解釋列出以下三種例外，無信賴保護原則之適用：(1) 經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形者；(2) 相關法規（如各種解釋性、裁量性之函釋）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布，其信賴顯有瑕疵不值得保護者；(3) 純屬法規適用對象主觀之願望或期待而未有表現已生信賴之事實者，蓋任何法規皆非永久不能改變，法規未來可能修改或廢止，受規範之對象並非毫無預見，故必須有客觀上具體表現信賴之行為，始足當之。

參閱本文【壹、二】部分的介紹，1999 年才新增之刑法第 91 條之 1 的刑前鑑定治療制度，何以在 2005 年修正刑法時，被修正為刑後治療，是因為實務在是用這個條文時，很快發現各種適用的問題，包括被告尚未定罪之前即被送鑑定治療，有違反無罪推定原則的問題、過早治療效果不佳，以及刑前強制治療無法與出獄後社區治療銜接等。因此被系爭規定修法的理由，有部分是因為舊法有違反無罪推定原則的疑問，有部分是因為刑前治療成效不佳。本文認為，因為舊法存在違反無罪推定原則的疑義，相當程度可以符合例外（1）之「經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形」。然而，無罪推定的違反，只能合理地說明立法者何以要把刑前治療改為刑後治療，卻不能合理地說明何以刑後治療不只沒有折抵刑期，更取消了治療期限上限的限制。鑑於系爭規定的舊法並非因為性犯罪者以不正當方法或提供不正確資料而發布，而完成刑前治療或社區治療，徒刑期滿後出獄，於此可以開展新的人生，並非是不合理的期待。2011 年發生受刑人前科犯出獄之後性侵殺人事件，並非其他受刑人可以預見，本文認為，這裡並不存在司法院釋字第 525 號解釋所說的三種例外，因而可以主張憲法信賴原則的保護。換言之，系爭規定違反憲法信賴保護原則。

5. 歐洲人權法院與德國聯邦憲法法院判決之參考

可以做為對比的是，在德國 2012 年修法之後，歐洲人權法院於 2018 年 *Ilmseher v. Germany* 案再次審酌德國保安監禁制度是否違反歐洲人權公約刑罰溯及既往禁止這個議題。如同本文【貳、一、7、D】部分對這個判決的介紹，歐洲人權法院對這一題的處理方式，還是集中在改革後的德國保安監禁制度是否構成刑罰。由於對於德國 2013 年的法律改革，以及德國所新成立的保安監禁中心印象深刻，也感到滿意，歐洲人權法院認定德國的保安監禁的確是為了預防、治療與復歸而存在，因而不違反歐洲人權公約第 7 條第 1 項刑罰溯及既往禁止條款。

德國聯邦憲法法院 2011 年的判決雖然不再單純以保安處分不是刑罰，所以德國 1998 年保安監禁規定取消十年上限的作法並不違反刑罰禁止回溯既往原則做結，改用一般性的法律禁止溯及既往原則進行審查。不過這個判決似乎沒有正面地回應自己所提出來的問題，而是主張德國保安監禁只有在下列三個要件下合憲：(1)刑罰與安全管束監禁措施間必須具備清楚差異性(落差誠命原則)、(2)依據客觀情況判斷，犯罪行為人具再從事暴力犯罪或性犯罪之高危險性，以及(3)以精神障礙為理由之安全管束監禁，須妥善確認精神障礙情況之存在，保安監禁才能續行。德國聯邦憲法法院的意思似乎是，只要保安監禁的執行細節能與刑罰做區分，連法律回溯禁止原則都不需要擔心(參考本文【貳、一、7、C】部分的介紹)。

本文不能同意德國聯邦憲法法院在這個部分的論證。無論如何德國當時保安監禁的執行方式都必須改革，這是這個制度之後可以通過比例原則審查的最重要原因。但是，即便治療的方式符合憲法比例原則，是否就能正當化立法者回溯性的規定，而不會違反信賴保護原則，本文對這樣的論證感到懷疑。畢竟，雖然相關規範不是真正的溯及既往，但是當事人的確因為法律的變動，從十年為限的保安監禁，改成面對可能是無限期的拘禁，停止條件是一個並不取決於當事人自己的評估與裁定。歐洲人權法院在 2009 年的 *M v. Germany* 案判決都說：「是否能夠暫停保安監禁處分的執行，取決於法院是否認為受監禁者已沒有再犯危險而定，而這個條件是相當難達成的，因為很難肯定地預測一個人是否再犯。」

回頭過來看台灣的狀況，雖然可以理解台灣的立法者為何在 2011 年增訂系爭規定，當年雲林的案件的確給了立法者改革制度的壓力，某程度地凸顯了法律漏洞的存在。但改革的手段卻不是只有增訂系爭規定，可能的方式還包括檢討強制治療的內容，或是新增社區治療的監督措施，以對於人身自由拘束程度較低的方式進行管理。簡單地說，立法者並不是非得新增系爭規定，「把漏洞補上」不可。立法者之所以應考慮其他手段，是因為性犯罪者強制治療所涉及的是人最重要的基本權利與憲法信賴保護原則。系爭規定對於受處分人的衝擊(不可知的人身自由的剝奪)，對自己會受到何等處分，一開始的預期與實際的落差，是明顯存在的。這個落差不可能因為強制治療的內容受到改善，與刑罰確實拉開距離，就能夠被忽視。這樣的落差也不可能因為系爭規範與刑法第 91 條之 1 有不同的主管機關(衛福部 v. 法務部)，適用不同的行政規則(《辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點》 v. 《性侵害犯罪防治法第二十二條之一加害人強制治療作業辦法》)，主管機關在行政規則中自認系爭規定仿效美國的民事監禁制度¹⁴⁹，委託不同的醫療院所(草屯療養院 v. 中國醫藥大學)，試圖隔開治療的

¹⁴⁹ 法務部會同行政院衛生署及國防部，依上開性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 5 項規定，於 100 年 12 月 30 日訂定《性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 加害人強制治療作業辦法》，其總說明記

空間（大肚山莊 v. 培德醫院）¹⁵⁰，就可以否認。即便系爭規定一樣不受刑罰禁止溯及既往原則的限制，但還是無法迴避憲法信賴保護原則的檢驗。

6. 小結

由於 2011 年雲林一起性侵害前科犯性侵殺人的案件，促使立法者制定性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 之規定，讓性犯罪者刑後強制治療，擴張適用於 2006 年 6 月 30 日以前犯性侵害犯罪之加害人。倘若其於接受獄中治療或社區身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，仍有再犯之危險，依照系爭之規定，在法院裁定之後，必須繼續接受刑後強制治療。由於該條的適用涉及「法律制定之後，性犯罪者仍存的再犯危險性」，因而不能算真正的溯及既往。不過即便如此，系爭規定還是讓受處分人的命運受到重大的改變。受處分人原本可以如期出獄，或是結束社區治療，因為新的規定，不只被送刑後治療，這個刑後治療無法折抵刑期，也沒有治療期限的上限。從信賴保護原則的角度來看，系爭規定尚且無任何過渡措施，毫無轉圜餘地地讓其本來可以如期出獄的受處分人原本的期待落空，侵害其人身自由，相關狀況也不符合大法官於司法院釋字第 525 號解釋所列的例外情況。因此，系爭規定雖然不違反法律溯及既往禁止原則，卻違反法治國中的信賴保護原則。

參、結論

為了避免具有精神與心理異常的性犯罪者再犯，對社會造成危險，立法者在過去二十多年來透過刑法、刑事訴訟法、性侵害犯罪防治法與相關行政規則，建立一套性犯罪者刑後強制治療制度。研究顯示，不管是在台灣、德國、歐洲人權

載：「為解決 95 年 6 月 30 日以前犯性侵害犯罪之加害人，於接受獄中治療或社區身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者，因不能適用 95 年 7 月 1 日修正施行後之刑法第 91 條之 1 有關刑後強制治療規定，而產生防制工作上之漏洞，導致具高再犯危險之性侵害加害人於出獄後不久即再犯性侵害犯罪，衍生法律空窗之爭議，是於 100 年 11 月 9 日總統公布修正之性侵害犯罪防治法，仿美國行政或民事監護(civil commitment)制度(美國聯邦法律第 18 編第 4248 條(18 USC 4248 參照)新增第 22 條之 1 規定，就 95 年 6 月 30 日以前性侵害犯罪之加害人，於接受獄中治療或社區身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者，設強制治療之規定，爰訂定性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 加害人強制治療作業辦法」。臺灣高等法院 102 年抗字第 884 號刑事裁定即以系爭規定仿照美國民事監禁制度制訂，為刑法第 91 條之 1 的補充措施為由，認定系爭規定不受刑法有關拘束人身自由保安處分應比較新舊法及適用從舊從輕原則之限制。

¹⁵⁰ 依照監察院的調查，若適用系爭規定者，由衛福部委託草屯療養院負責處遇，處遇地點在培德醫院二樓的一個獨立空間，被稱為「大肚山莊」。若適用刑法第 91 條之 1 者，由矯正署委託中國醫藥大學附設醫院辦理培德醫院收治。事實上，不管是培德醫院，或是大肚山莊，都在台中監獄裡頭。參見高鳳仙，註 122 文，15 頁。另參閱中華民國犯罪矯正協會，2019 年 1 月 3 日聲明「強制治療，應該回歸醫療機構，不應再違法放在監獄執行！」<http://www.corrections-cca.org.tw/index.php?do=press_info&id=24906>（瀏覽時間：2020 年 10 月 25 日）。

法院或是美國，絕大多數的意見都是從目的或內容探究這個制度是否「等同於刑罰」或「與刑罰無異」，因此必須接受憲法或人權公約中對於刑罰的規範。此種論證的缺點是，一旦該措施或手段不能被歸類為刑罰，法院似乎就願意接受比較不嚴厲的審查標準，忽視此類手段對於人權的侵害。

本文建議大法官參考德國憲法法院在 2011 年判決的作法，或是哈佛法學教授 Carol S. Steiker 所建議之預防性國家（preventive state）的法律框架，拋棄傳統「刑罰/非刑罰」的思考方式，正視當代風險社會中，很多防衛社會的手段，對於當事人基本權利的侵害程度已超過刑罰。大法官應講究個別處分是否有實證基礎，並以個別處分侵害人民基本權的程度，決定該處分應受何等程度的規範與審查。當年刑罰之所以受到較嚴格的規範與審查，是因為刑罰對於人的權利有比較嚴厲的侵害，這樣的預設在當代社會不一定成立。

據此，本文認為，從性犯罪者強制治療制度會讓性犯罪者（1）被定義為精神與心理異常，以此（2）被迫參與治療，並（3）至少在一段時間內被剝奪人身自由，（4）只有當被證明已對社會不再具有危險的情況下，才能夠恢復自由這幾點出發，確認此一處分屬於法治國中最嚴厲的國家處分之一。該處分的正當性基礎在於社會的自我防衛，與協助性犯罪者復歸社會，為避免制度被濫用，相關規範必須從憲法之法律明確性原則、正當法律程序、比例原則、信賴保護原則進行嚴格地審查，確保憲法對於人身自由之保護在當代不至於因為大眾對於性犯罪者的恐懼與憤怒，就被輕易地剝奪。

就【題綱一】，本文主張，大法官應宣告刑法第 91 條之 1 第 1 項規定「有再犯之危險」、第 2 項規定「再犯危險顯著降低」這兩種規定方式違反法律明確性原則。本文認為，法律明確性的標準應呼應該原則的目的：「達成法律預先告知」、「防止恣意執法」，以及「確保民主國家的權力區分」。對於侵害基本權越大的國家公權力行為，法條用語的抽象程度應該越低，文字應該越具體。若設定的標準涉及數值，立法者應在條文中明確地提供數值，減縮行政與司法的裁量空間。

基於上述標準，本文認為刑法第 91 條之 1 第 1 項兩款所規定的「再犯之危險」，語意並不清楚，再犯可能性 1% 到 100% 的人，都可能屬於本項涵蓋的範圍，類似的問題也出在第 2 項「再犯危險顯著降低」。由於標準不夠清楚，無法提供受處分當事人與負責鑑別之機關可資依循的標準。它讓前者無法預知在何等情況下會被宣告接受強制治療，也無法確知要在努力配合治療到何等程度，才可以結束治療，脫離被拘禁的狀態。它也讓負責決定之機關擁有過大的裁量權限，很容易因為媒體渲染性的報導，社會對性犯罪者有高度排斥的態度時，產生機關濫權的問題。即便透過司法審查，也因為標準過於模糊籠統，難以建立出一定的準則。

由於這樣的規定讓人身自由的剝奪並非建立在明確之規範基礎上，此一制度因此剝奪性犯罪者憲法第 8 條人身自由的保障。

就【題綱二】刑法第 91 條之 1 第 2 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項，未規定強制治療之最長期間，本文認為此種規定方式違反憲法第 23 條比例原則，因此侵害憲法第 8 條對於人身自由的保障。理由是性犯罪者強制治療制度的目的雖然正當—這個制度目的在於保障大眾人身安全與身體自主，使人民日常生活免於恐懼，也維護女性對於性別平等之追求的權利，然而在【手段適合性】的審查上，刑法第 91 條之 1 第 1 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項，合併保安處分執行法第 16 條、第 78 條與第 79 條之規定，規定方式過於簡略粗糙，無法確保自由受侵害的性犯罪者，能得到有效的治療；也無法確保受強制治療的性犯罪者，除了人身自由被拘束之外，不會受到額外的基本權限制。於【手段必要性】的審查上，現行制度的規定方式無法確保這個嚴厲拘束受處分人之人身自由的手段，只會用在需要此一治療的人身上，因此相關規定無法通過手段必要性的審查。由於無法確保手段適當有效，也無法將強制治療限定在需要被強制治療的對象，因而在【手段衡平性】的審查上，性犯罪者強制治療制度很容易因為不當的手段，製造額外的基本權侵害，以及約束了不該約束人的自由，失去手段的衡平性。

就【題綱四】刑法第 91 條之 1 第 2 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項，雖規定每年應進行之鑑定、評估，但相關法律未賦予當事人或其委任之代理人有陳述意見之機會，暨未規定每年鑑定、評估結果，如加害人未達「再犯危險顯著降低」者，應經法院審查，予當事人或其委任之代理人有到庭陳述意見之機會，違反憲法正當法律程序原則。理由是性犯罪強制治療制度對於受處分人的人身自由影響太大，必須賦予當事人有意義的防禦權。防禦權的內涵不只有裁定程序中在場向法院陳述意見，還包括與檢察官進行言詞辯論，甚至適用強制辯護的規定，得到律師的法律協助。事實上，不只是大法官所關心的刑法第 91 條之 1 第 2 項與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項，存在違反正當法律程序的問題，本文認為，刑法第 91 條之 1 第 1 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項、刑事訴訟法第 481 條第 1 項與保安處分執行法，關於性犯罪者刑後強制治療的宣告，也不符合憲法正當法律程序的要求。

就【題綱五】，本文認為性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項、第 2 項及同法施行細第 12 條之 1，對加害人施以強制治療，溯及適用於 95 年 7 月 1 日刑法第 91 條之 1 公布施行前之性侵害犯罪者之部分，不違反法律不溯及既往原則，但是違反信賴保護原則。理由是，該條的適用涉及「法律制定之後，性犯罪者仍存的再犯危險性」，因而不能算真正的溯及既往。不過即便如此，系爭規定還是讓受處分人的命運受到重大的改變。受處分人原本可以如期出獄，或是結束社區

治療，因為新的規定，不只被送刑後治療，這個刑後治療無法折抵刑期，也沒有治療期限的上限。從信賴保護原則的角度來看，系爭規定尚且無任何過渡措施，毫無轉圜餘地地讓其本來可以如期出獄的受處分人原本的期待落空，侵害其人身自由，相關狀況也不符合大法官於司法院釋字第 525 號解釋所列的例外情況。因此，系爭規定應該以違反法治國中的信賴保護原則，被宣告違憲。