

釋字第 799 號解釋部分協同部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號解釋認刑事訴訟法及性侵害犯罪防治法（下稱性侵害防治法）未規定應賦予受處分人於法院就聲請宣告或停止強制治療程序，得親自或委任辯護人到庭陳述意見之機會，以及如受治療者為精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述時，應有辯護人為其辯護部分，均不符憲法正當法律程序原則之意旨，有關機關應定期（2 年內）檢討修正，可資贊同。惟認刑法第 91 條之 1 第 1 項及性侵害防治法第 22 條之 1 第 1 項所定刑後強制治療之實施，已構成對人身自由之重大限制，且以德國聯邦憲法法院所採憲法區隔要求為立論，而卻認為系爭規定合憲之部分論述，仍有再推敲之必要。爰提出部分協同部分不同意見書如下：

一、從性侵害犯罪者強制治療現行制度設計及相關規範所衍生爭議及評論談起

對於性侵害犯罪者於刑罰執行完畢後，再施以強制治療制度設計及相關規範，我國學理及實務上引發不少之回響及批判之聲浪。2005 年增修修刑法第 91 條之 1 規定，將刑前強制治療，修正為刑後強制治療，在新舊法交替間，究竟是否遵循罪刑法定主義中不溯及既往原則，而採取從舊從輕原則，抑係採取保安處分之從新原則，不無疑義。主要因此種強制治療，是否屬於刑法第 1 條規定¹所稱拘束人身自由之保

¹ 刑法第 1 條（罪刑法定原則）規定，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。本條後段規定係於 2005 年 2 月 2 日增修，立法理由為「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

安處分？²如定性為拘束人身自由之保安處分，因其具有濃厚自由刑之色彩，自認為其與刑罰無異，應受到罪刑法定主義之拘束，難以避免不溯及既往原則之適用。再者，因新增修之刑法第 91 條之 1 規定，採取每年評鑑及評估再犯危險，作為決定是否繼續治療之評斷標準，其適用結果，將形成不預定強制治療期限之情況，將導致絕對不定期之保安處分，學說上有認為其與罪刑法定原則有違。³

此外，有關前揭規定所稱「認有再犯之危險」、「再犯危險顯著降低為止」等不確定法律概念，是否符合預見可能性及審查可能性等法律明確性原則之要求？換言之，前開用語，並無提供使受規範者瞭解究竟至何種程度之危險，始須接受強制治療之依據，或應降低至何種程度，始得停止或終結治療，既在現行醫學實務上尚難有定論，且現行規定尚無法使受規範者具有預見可能性。基於上述諸項論點，認為現行之規範，不但無法符合法律明確性原則，更違反罪刑法定主義之明確性內涵，故建議必須重新檢討而加以修正。⁴上述

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，爰於後段增列拘束人身自由之保安處分，亦以行為時之法律有明文規定者為限，以求允當。」

² 有從制裁(Sanktion)觀點，認為國家制裁除刑罰以外，還應包括保安處分在內，此次修正區分成拘束與非拘束人身自由保安處分，值得讚揚，但有關保安處分內容之變革，例如本號解釋涉及之刑法第 91 條之 1 強制治療之「經評鑑有再犯之危險」等要件之規定，認似未對症下藥之批評，可資參考。參照林鈺雄，新刑法總則，臺北：元照，2019 年 9 月 7 版，頁 65-70, 683。

³ 參照林山田，刑法通論（下），臺北：作者發行，2008 年 1 月增訂 10 版，頁 591-592。

⁴ 參照余振華，刑法總論，臺北：三民，2017 年 9 月修訂三版一刷，頁 602-603。

爭議及評論，實值得重視。

二、從刑罰與保安處分雙軌制度之定性及立法政策出發

從刑罰與保安處分之本質而論，近代學者有認為刑罰與保安處分在本質上具有同質性，稱為一元論。另古典學派認為兩者具有異質性，係得以併存之立法體制，稱為二元論。此涉及採取二元論（制裁雙軌制）之正當性，以及兩者關係如何適當調和⁵，亦有所謂混合觀點，藉以解決二元論所衍生之問題。

觀察我國刑法立法體例，在總則編將兩者各設章次，於第 12 章規定感化教育、監護、禁戒、強制工作、強制治療、保護管束及驅逐出境等 7 種保安處分。且刑法分則所稱之刑或刑罰，不包括保安處分。至於罪刑法定主義適用於刑罰，亦適用於拘束人身自由之保安處分（刑法第 1 條）。又刑法並不排除保安處分代替刑罰之可能性，或刑罰代替保安處分之可能性，例如對於未滿 18 歲者而減輕其刑，得於刑之執行前令入感化教育處所，施以感化教育。如依感化教育之執行

⁵ 因保安處分之科處，並非以行為人之刑事責任為前提，從而引起保安處分制度正當性之質疑，亦形成所謂雙軌制之危機，故如何調和刑罰與保安處分間之關係，在雙軌制下，自有其重要性。保安處分之科處，以教育或治療之原因為導向，因其對象係屬造成社會危害之行為，基於社會防衛手段，較無抵觸罪責原則之疑慮。但於既處刑罰，又科保安處分之情況（例如強制工作），形成累加 (Kumulation) 雙重處罰，對於行為人而言，其必須承受雙倍之制裁，對於國家刑罰制度而言，此可能有抵觸重複處罰及超量禁止原則之疑慮。此兩者存在替換關係，乃成為調和制裁制度必要之機制，亦即在一定範圍內，得以使刑罰與保安處分相互移用。參照柯耀程，刑法總論釋義---修正法篇（下），臺北：元照，2006 年 3 月初版 2 刷，頁 662-664。

後，認為無執行刑之必要者，得免其刑之執行（刑法第 86 條），或其他刑罰與保安處分併科之情形，如於刑之執行完畢或赦免後，法院認為無執行保安處分之必要者，得免其處分之執行（刑法第 98 條）。我國刑法採二元論立法體系，但針對同一人科處刑罰與保安處分時，在執行順序上，有採擇一主義（宣告上替代主義）、併科主義及替代主義（執行上替代主義）等方式。⁶此對於保安處分與刑罰雖得以併科，然而實際上僅執行其一之即可，或可稱之為「宣告之二元主義，執行之一元主義」。⁷總之，我國學理上不乏從立法原則、刑罰目的論及規範內涵而論，認為我國刑法係刑罰與保安處分二元主義（刑法制裁法律效果之雙軌制）者。⁸

目前有關性犯罪者刑後強制治療之執行實務上，強制治療之處所、主管機關及相關處遇 (Behandlung) 或照護 (Betreuung) 等執行措施，分屬兩種不同系統之現況。一種屬於法務部主管，以法務部矯正署所屬臺中監獄附設培德醫院為治療處所；另一種屬衛生福利部主管位於臺中監獄且與培德醫院同棟大樓但不同樓層之大肚山莊為治療處所，係屬於性侵防治法之特別照護模式。從立法而論，性侵防治法制定於刑法第 91 條之 1 增修以前，從歷史解釋，有如衛生福利部之陳述，在立法時，有意採取美國民事監護 (civil commitment) 制度。此所謂民事監護，是否歸屬於我國刑法傳統上所採刑法與保安處分雙軌制（或稱二元主義；併科主

⁶ 參照余振華，前揭書，頁 586-588。

⁷ 惟我國刑法所承認保安處分與刑罰之替代性，係屬例外，而非原則，故不可因刑法有此種例外規定而斷言我國刑法已採混合主義。參照蔡墩銘，刑法精義，臺北：翰蘆，2005 年 7 月，頁 456-457。

⁸ 採取二元主義或雙軌制者，例如林山田，前揭書，頁 579-580。

義)中保安處分之類型，仍有進一步探究之必要。

然性侵防治法其後迭有增修⁹，性侵防治法第 22 條之 1 係於 2011 年 11 月 9 日新增，增列立法理由係為解決 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。此為填補法律漏洞之增修規定，性質上是否屬刑法保安處分之範疇，有再推敲之必要。

依性侵防治法第 22 條之 1 規定對於性侵害者實施之刑後強制治療，如認為其亦屬於拘束人身自由之保安處分，應受刑法第 1 條第 1 項後段罪刑法定主義之適用，自不應違反刑法「絕對不溯及既往」原則 (absolutes Rückwirkungsverbot；絕對溯及既往禁止¹⁰) 之拘束。但如認為性侵防治法第 22 條

⁹ 例如該法於 2005 年增修第 20 條，立法理由之一為，刑法部分條文修正草案第 91 條之 1 規定，監獄對於即將獲准假釋或服刑期滿之受刑人，經評估有施以治療之必要者，得令入相當處所施以強制治療。故監獄於受刑人出獄前原即應就其再犯危險性予以評估，為節省行政資源及縮短出獄後至實施治療輔導之行政作業空窗期，爰增列第 5 項，明定上揭加害人於出獄前應經監獄、軍事監獄評估其於出獄後是否仍應繼續接受身心治療或輔導教育；至其餘未入獄服刑之加害人，仍由直轄市、縣(市)主管機關進行評估後，對其實施身心治療或輔導教育。

¹⁰ 所謂絕對溯及既往禁止，係在德國基本法第 103 條第 2 項規定以外，基於憲法，其不但禁止刑罰構成規範溯及既往(die rückwirkende Strafbegründung)，亦且禁止刑罰加重之溯及既往(die rückwirkende Straferschärfung)，此溯及既往禁止絕對適用(Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG ist absolut)，不同於一般溯及既往禁止(das allgemeine Rückwirkungsverbot)，其除非在特殊案

之 1 強制治療，性質上係屬非刑法法律效果之治療，則可能涉及行政法上所要求之不溯及既往原則之適用問題，亦即探討是否構成真正溯及既往（法律效果溯及）或不真正溯及既往（構成要件事實連結），以及是否違反信賴利益保護之問題。

三、從德國聯邦憲法法院「區隔要求」宣示刑法違憲觀點看本號解釋

既然本號解釋之核心立論，係參考德國聯邦憲法法院因受 2009 年歐洲人權法院判決之影響¹¹，於 2011 年作出歐洲人

例，例如聯邦憲法法院有關東德不當刑事處罰(Bestrafung von DDR-Unrecht)(“ sog. Mauerschützenprozesse”)等) 訴訟及在違反人權之殺人案時(bei menschenrechtswidrigen Tötungen)之國際刑法案件。因在此特殊情形，有關基本法第 103 條第 2 項所定信賴嚴格保護，須予以退讓(Der strikte Schutz von Vertrauen durch Art. 103 Abs. 2 GG muß dann zurücktreten)。因此，在前述絕對溯及既往禁止情形，原則上並無運用衡量(Abwägung zugänglich)之餘地。參照 Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 92. EL August 2020-bexk-online, GG Art. 103 Abs. 2, Rn.122ff.; BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen; Gerhard Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 2001, 3001, 3006ff.; Uwer/Rademacher: Das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot bei der Bekanntmachung bankaufsichtlicher Maßnahmen nach § 60b KWG, BKR 2015, 145, 146ff..

¹¹ 對於德國刑法第 66 條有關保安監禁之規定，歐洲人權法院認為，依歐洲人權公約第 7 條第 1 項有關法定原則（罪刑法定原則）（德國基本法第 103 條第 2 項及刑法第 1 條），無法律即無犯罪，無法律即無刑罰(Keine Strafe ohne Gesetz)，以保護人民免於受到恣意追訴、有罪判決及處罰。除保安監禁係以治療精神障礙為目的，並在為此設置之機構進行監禁之例外情形，原則上保安監禁被視為「刑罰」。參照 Helmut Satzger 著，王士帆譯，國際刑法與歐洲刑法，臺北：元照，2019 年 10 月 2 版 1 刷，頁 359-361, 363-367。有關前開判決之中文翻譯，參照李建良節譯，M. v. Germany（保安監禁規定之溯及既往案）歐洲人權法院第五庭於 2009/12/17 之裁判，收錄於「歐洲人權法院裁判選譯（三）」，司法院印行，2013 年 12 月，

權法院保安監禁案，其中提出有關「區隔要求」(Abstandsgebot)，是有進一步詳加探究前揭區隔要求之必要。

德國聯邦憲法法院所為前開判決，採取違反區隔要求而認為違憲。其判決主文，部分立即生效，部分宣告當時相關刑法規定定期失效，亦即其效力至 2013 年 12 月 31 日為止。¹²前開判決所論及憲法區隔要求，衍生幾款主要的子原則要求，拘束所有公權力，首先係針對立法者之要求，確保保安監禁，基於憲法所開展及規制，係以自由導向與針對治療整體概念之重要指導方針(die wesentlichen Leitlinien des freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts)為基礎。

若將前述區隔要求與德國於 2013 年修正刑法第 66c 條等規定相互對照，其中構成改善及保安處分者有首先之四款要求(Die ersten vier Gebote)，以及第 5 款要求，係指與自由刑有關之最後手段要求(Ultima-Ratio-Prinzip) (刑法第 66c 條第 2 項)，以上五款，有稱為內容上預設之五種要求(fünf

頁 802-829。

¹² 參照 BVerfGE 128, 326 - EGMR Sicherungsverwahrung(NJW 2011, 1931 = NStZ 2011, 450).該判決主文共有四大項，其中第三項（包含 a 至 d 款立即適用外，整體而言，與基本法不符之相關規定，縱使違憲，但至立法者之新規定制定為止（至遲 2013 年 5 月 31 日），仍繼續適用。(Sämtliche von der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz betroffenen Vorschriften gelten trotz ihrer Verfassungswidrigkeit bis zu einer Neuregelung des Gesetzgebers, längstens bis zum 31. Mai 2013 weiter fort (1.). Bis dahin sind sie jedoch nur nach Maßgabe von Nummer III. des Urteilstenors anzuwenden (2.).”

inhaltliche Vorgaben)¹³。前四款要求，包含照護及激勵要求 (Betreuungsangebot und Motivierungsgebot) (刑法第 66c 條第 1 項第 1a, 1b 款)、隔離要求 (Trennungsgebot; 或譯分離要求) (刑法第 66c 條第 1 項第 2a, 2b 款) (包括減少可能之負擔與空間分離)、執行鬆綁 (Vollzugslockerung)、釋放準備 (Entlassungsvorbereitung) 與機構後續照護 (Nachsorgende Betreuung) 之極小化 (最小化) 要求 (Minimierungsgebot) (刑法第 66c 條第 1 項第 3a, 3b 款)。前述所稱照護要求，提供個別化及密集化要求 (Individualisierungs- und Intensivierungsgebot)，其涉及精神、心理及社會治療之處遇要求，此係著重於醫學治療範圍之照護，照護目的在於降低被收容人之危險性，改善及保安處分之執行 (Vollstreckung)，得以最大可能儘速使其受停止或終結管束之措施 (刑法第 66c 條第 1 項第 1b 款)。¹⁴

前述五項要求，與德國於 2013 年修正刑法第 66c 條¹⁵等規定對照如下，以利比較及參酌：

¹³ 參照 Deutscher Bundestag Drucksache 17/9874, 17. Wahlperiode (BT-Drs.) 17/9874, 14ff.- Gesetzentwurf der Bundesregierung (聯邦政府法律草案) „Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (保安監禁法中差距要求之聯邦法律轉換法草案) ; Thomas Fischer, a.a.O., §66c Rn.3. 德國刑法相關規定，參照甘添貴總主編、林東茂主編，德國刑法翻譯與解析，臺北：五南出版，2018 年 3 月初版，頁 95 以下。

¹⁴ 此採取 Ziegler, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., München: Beck, 2015, §66c, Rn.1ff..

¹⁵ 參照 BGBl I 2425(11.11.2012).

	德國聯邦憲法法院 2011 年判決「區隔 要求」	2013 年修正刑法第 66c 條規定
基礎原則之轉變	從法律效果執行之 「處遇」改變為「照 護」、從執行鬆綁改 變為執行開放措施 (vollzugsöffnende Maßnahmen)	保安監禁應在第 66c 條所定條件之 機構執行，並按概 括性之治療處遇調 查之基礎與合乎規 定之延續性執行計 畫而提供受收容人 照護
聯邦憲法法院就憲 法之差距要求衍生 第一款內容上預設 要求(下稱預設要 求)	照護要求(個別化及 密集化要求)	刑法第 66c 條第 1 項 第 1a, 1b 款
第二款預設要求	激勵要求	刑法第 66c 條第 1 項 第 1a, 1b 款
第三款預設要求	隔離要求	刑法第 66c 條第 1 項 第 2a, 2b 款
第四款預設要求	極小化(最小化)要求	刑法第 66c 條第 1 項 第 3a, 3b 款
第五款預設要求	最後手段要求	刑法第 66c 條第 2 項

本號解釋認強制定療制度之具體形成，包括規範強制定療之制度與其實際執行，無論涉及者為強制定療之治療處所（包含空間規劃及設施）、施以治療之程序、管理及專業人員之配置、參與等，整體觀察，須與刑罰之執行有明顯區隔，始為憲法所許。強制定療制度如符合憲法明顯區隔之要求，即不生牴觸以犯罪之處罰為前提之罪刑法定或一事不二罰原則之問題。由此可見，其顯係參考德國前揭區隔要求。惟於結論則認為，系爭規定在法規範圍尚無牴觸憲法之虞。

詳言之，本號解釋既宣稱相關強制治療處分已達重大限制人身自由之程度，認其可能構成拘束人身自由保安處分或刑罰之範疇，又認為現行強制治療制度長年運作結果有趨近於刑罰之可能，而悖離與刑罰之執行應明顯區隔之憲法要求。不過，在作出本號解釋之規範審查結論方面，卻未完全採德國聯邦憲法法院所發展出憲法區隔要求之違憲論點。

此外，關於信賴保護原則之審查，如將兩者立論相互對照，因德國聯邦憲法法院前揭判決，其中受到歐洲人權公約之影響¹⁶，對於關係人之信賴，接近於絕對信賴保護，亦即其更強化信賴保護利益(Vertrauensschutzbelange)之重要性，反觀本號解釋，在性犯罪受刑人個人信賴利益與憲法上特別重要公共利益相互衡量後，卻認為性侵害者之個人信賴利益即應行退讓，如此等論述方式，整體觀之，實與德國以違憲論為基調之區隔要求不盡相符，其論述有前後矛盾之疑慮。

四、刑罰與保安處分雙軌制以外之「第三軌治療照護」問題

刑法第 91 條之 1 第 1 項所定刑後強制治療，規定於保安處分專章之中，從法律體系解釋，性質上解釋為以治療為目的之保安處分，自較無爭議。但性侵防治法所實施之強制治療，既未規定於刑法之中，顯有意與其區隔，但兩者終局目的，期待受治療人得因治療之後，得以復歸社會而重獲正常之生活。從比較法觀察，刑法第 91 條之 1 第 1 項之保安處分制度，傾向於德國刑法立法模式，但美國法所謂非自願民事

¹⁶ 例如歐洲人權公約(EMRK)第 5 條有關任何人享有自由與安全之權利(Recht auf Freiheit und Sicherheit)，可供參照。

監護(involuntary civil commitment)制度¹⁷，亦有比較參考之價值。

美國法對於精神疾病之非自願民事監護制度，歷史悠久，可追溯自 18 及 19 世紀，在殖民時期及美國建國以前即有民事監護規定。¹⁸有關為防衛性侵害者對自己傷害或他人侵害之危險性發生，而建構之非自願民事監護制度，係先由華盛頓州開立州法，之後十餘個州及聯邦政府跟進立法。但其發生合憲性之爭議，亦即 1994 年堪薩斯州制定公布性暴力侵害者法(Sexually Violent Precator Act)是否合憲之爭議，主要在於對性侵害者施以非自願之強制入院治療，引發實質正當法律程序、雙重危險及溯及既往等憲法原則是否違背之疑義。之後，美國最高法院於 1997 年就 Kansas v. Hedricks 案作出判決¹⁹，認為上開法律對於性侵害者諭知民事監護程序，因監管僅限於意志力受損，導致無法控制危險者。此非自願監管（非自發性入院）之法律，亦非規定包含應報或威嚇目的之刑罰及相關刑事訴訟程序，並不以應報為目的，且並非是就先前犯罪所併科之責任，即非以刑事犯罪作為監禁之先決要件。此所採之監管措施，亦非屬威嚇為目的，因精神異常或人格障礙者，自難以監管作為威嚇之手段，而阻止其行為。此受監管者與其他行政上監管之病人相似，均非基於刑

¹⁷ 就歐美之法院實務資訊，感謝吳大法官陳銀費心提供。

¹⁸ 參照 Justin Engel, Constitutional Limitations on the Expansion of Involuntary Civil Commitment for Violent and Dangerous Offenders, 8 U. Pa. J. Const. L. 841(2006)，該文註 1 引用 1949 年發表之 Albert Deutsch, The Mentally Ill in America (1949)，以及 1973 年發表之 Gerald Grob, Mental Institutions in America: Social Policy to 1875 (1973)，相關說明，請參考之。

¹⁹ 521 U.S. 346(1997).

事處罰為目的。如受監管者不再具危險性，即可釋放。是此治療為目的之民事監護，既非刑事處罰，即不構成雙重危險及溯及既往之違反問題。

從前述美國法及法院判決觀察，其對於性侵害者已達精神疾病(mental illness)或精神異常(mental abnormality)者，因其具有危險性(dangerness)，而由民事法院裁定施以強制治療，非刑罰案件。因其係非屬前述德國立法例之刑法制裁法律效果中刑事處罰與保安處分雙軌制之處遇問題，此就性侵害者之治療照護(Betreuung)另闢「第三軌」制度。又相關法令規定，如前所述，美國最高法院原則上並不認為該民事監護制度形成違憲。再觀察我國性侵防治制度之定性及規範設計，尤其是在審查系爭規定是否具合憲性時，自不宜僅拘泥於刑法保安處分制度作為論據，反而宜考量精神疾病或異常之治療與性侵害者之危險性，參考前述美國之作法，作為立論基礎。

總之，本號解釋之論據，在於德國區隔要求之違憲論與美國民事監護之合憲論之間，並未將之清楚論述，不無再值得推敲。換言之，如欲達成合憲之結論，實有必要就前述美國式以治療為目的而防止性侵害者再性侵害他人（尤其是前案被害人）之危險再發生之立法例，探究其是否可供我國法未來立法參考之可行性。

五、刑法採行保安處分制度及其類型設計係屬立法政策選擇

刑法學說中，保安處分之意義，有廣狹之不同。廣義保安處分，係屬於刑罰以外，對於刑罰予以補充或替代之改善、教育、社會防衛或有關犯罪對策之處分均屬之，亦包括沒收、關閉營業處所或法人之解散等對物之保安處分。對人

之保安處分，尚可分為以改善教育目的者與以社會防衛者。對物之保安處分，於我國立法上歸屬於行政罰之範疇，例如道路交通處罰條例中吊扣執照或吊銷執照等。狹義保安處分，則限於對人之保安處分，不包括對物之保安處分。最狹義保安處分，將其限於以社會防衛為目的之對人保安處分，如係以改善教育為目的之對人保安處分，另稱為改善處分(Besserungsmaßregeln)。

從保安處分立法例之比較而論，德國刑法將最狹義保安處分與改善處分，合稱為改善與保安處分(Maßregel der Besserung und Sicherung)，其非視罪責(Schuld)而定，亦即刑罰，係以罪責之確認(Feststellung von Schuld)所拘束（刑法第46條），而改善與保安處分則在於預防(Prävention)，尤其是未來可能再犯（累犯）所生之危險及無責任能力之行為人之危險性，刑罰之執行就此往往不足以充分或有效防範。是兩者之規範目的及要件，有所差異。

又該改善及保安處分得為與刑罰併科或單獨科處之宣告，其目的在於改善危險之行為人及保護公眾。德國刑法第7章改善與保安處分之第61條，總括式明定六種類型，即精神病院之收容(Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus)、戒治所之收容(Unterbringung in einer Entziehungsanstalt)、保安監禁之收容(Unterbringung in der Sicherungsverwahrung)、行為監管(die Führungsaufsicht)、駕駛許可之剝奪(Entziehung der Fahrerlaubnis 與職業禁止(Berufsverbot)等六種。德國刑法1933年11月24日於常習犯法(Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher)，而增訂改善與保安處分制度，原則上其仍採取刑法法律效果之雙軌制

(System der Zweispurigkeit)。惟另值得留意者，德國學理上有認為儘管 1975 年以來，適用新的章名「改善與保安處分」(Maßregeln der Besserung und Sicherung)取代以前「保安與改善處分」(Maßregeln der Sicherung und Besserung)，其仍以保安為重心，且不得就該不再期待有犯罪行為而僅以行為人改善之想法，將保安處分（措施）予以正當化。²⁰

以上有關德國改善與保安處分制度，有認為其係參考瑞士學者 Carl Stooss 之保安理念(Sicherungs idee)而制定。是於此另就 1937 年 12 月 21 日瑞士刑法典(Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Juli 2020)) 相關規定比較，以供參考。該法典第二章處分（或稱（保安）措施）(Zweites Kapitel: Massnahmen)第一節治療處分（措施）與監管(Erster Abschnitt: Therapeutische Massnahmen und Verwahrung)，其所為措施之宣告原則（第 56.1 條第 1 項所定原則(Grundsätze)參照），主要係針對「僅以刑罰不足以防止行為人之再為犯罪行為之危險」(Gefahr weiterer Straftaten des Täters)、 「行為人有處遇之必要」(ein Behandlungsbedürfnis des Täters)或為防止該行為有公共安全 die öffentliche Sicherheit)之必要，與具備第 59 條至第 61 條，第 63 條或第 64 條之宣告。另外於第二節規定其他（保安）處分（措施）(Zweiter Abschnitt: Andere Massnahmen)第 66.1 條和平保證(Art. 66.1 Friedensbürgschaft)、第 67.2 條活動禁止、接觸與行動地點禁止(Tätigkeitsverbot, Kontakt- und Rayonverbot)、第 67e.3 條駕駛禁止(Fahrverbot)，以及沒收

²⁰ 參照 van Gemmeren, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage 2020-beck-online, StGB §61 Rn.1.

（第 69.5 條 Einziehung）有關保安沒收(Sicherungseinziehung)與財產沒收（第 70.5 條 Einziehung von Vermögenswerten）等。以上保安處分（措施）有關駕駛禁止與財產沒收等保安處分，其規範體例與類型，與前述德國規定有所不同，可供比較。

反觀我國刑法有關保安處分之概念及制度設計，其不分社會防衛與改善教育之保安處分，統稱為保安處分，學理上認為其所採者為狹義保安處分。惟依保安處分目的而予以分類，其中感化教育（刑法第 86 條）、禁戒（刑法第 88 條、第 89 條）、強制治療（刑法第 91 條）可認為改善處分。至於監護（刑法第 87 條）、強制工作（刑法第 90 條）、保護管束（刑法第 92 條、第 93 條）及驅逐出境（刑法第 95 條），可認為社會防衛之保安處分或最狹義保安處分。以上可見，在我國刑法中，有關保安處雖分有以上七種類型，但並無德國刑法規定六種改善及保安處分中關於駕駛執照剝奪與職業禁止兩類型，且與前述瑞士刑法保安處分（措施）之規定體例及類型，亦有所差異。因此，有關刑法中是否應設保安處分及保安處分（措施）之意涵及類型多寡，宜解為其係屬刑事立法政策選擇之問題，故各國立法者有自由形成之餘地。

此外，如本號解釋於最後所一併指明，刑法第 91 條之 1 所定刑後強制治療本質上應為一種由專業人員主導實施之治療程序，受強制治療者係立於「病人」之地位接受治療，並以使受治療者有效降低其再犯危險為目的，而非對受治療者之刑事處罰，為本解釋之立論基礎。是關於刑後強制治療是否宜繼續定性為刑事法規範上所定之保安處分及其主管機關

為何，本號解釋呼籲有關機關就此重新檢討評估部分，可資贊同。

六、結語

本號解釋主要以合憲性檢討為解釋原則，故難免又需要呼籲相關機關，就強制治療之具體實施、處所、具體實際運作等面向，即如其應自本解釋公布日起至遲於 3 年內為有效之調整改善，以確保強制治療制度運作之結果，符合憲法明顯區隔要求之意旨。惟嚴格言之，所謂呼籲性裁判(sog. Appellentscheidung; 或稱警告性解釋、警告性宣示等)，可能從合憲或違憲兩種不同方向出發，本號解釋既參考德國憲法法院所創立區隔要求，但卻未更全面性以違憲方向出發，固有考量國情之不同，且受限於現行實務在空間取得、治療專業及其他執行措施上短期難以立即完善解決，如前所述，既然本號解釋有意以德國式區隔要求作為主要立論基礎，並將區隔要求提升為憲法之要求，即應在規範內容上所預設五種要求整體作為違憲立論之基礎，除部分得以立即適用者外，其他在立法者修法之前，應要求其定期失效，而非純屬合憲之警告性解釋之宣示，始符合本號解釋所欲採取憲法區隔要求之意旨及目的(Sinn und Zweck)。倘若不採取德國式違憲論，則不宜過於強調區隔要求係屬憲法之要求，否則易生論述上之矛盾現象。惟無論如何，本號解釋之後，期待相關機關應從善如流，在因性侵害而受規範者之人身自由拘束與預防危險之治療之間，取得平衡，並立即改善現有之缺失，俾使我國對於性侵害者之處遇或照護制度更加健全，以保障社會大眾之安全。