

釋字第 799 號解釋部分不同意見書

許志雄大法官 提出

本號解釋宣告，刑法第 91 條之 1 第 1 項規定（下稱系爭規定一）及第 2 項規定，與法律明確性原則尚無違背；性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項規定（下稱系爭規定二），尚不違反法律不溯及既往原則及信賴保護原則；刑事訴訟法及性侵害犯罪防治法有不符憲法正當法律程序原則之處；刑事訴訟法第 481 條第 1 項後段規定與憲法保障訴訟權之意旨尚無違背。此等結論，本席敬表贊同。惟本號解釋認定，系爭規定一尚符合比例原則；性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項規定（下稱系爭規定三）及刑法第 91 條之 1 第 2 項前段規定（下稱系爭規定四）關於強制治療期間至再犯危險顯著降低為止之部分，與憲法比例原則尚屬無違；刑法第 91 條之 1 所建立之強制治療制度，就強制治療對受治療者人身自由之限制而言，無論是實施要件或期限，在法規範面尚無抵觸憲法之虞。本席認為，此等判斷礙難接受，爰提出部分不同意見書，論述如下：

一、安全保障係國家之固有任務，亦構成國家權力正當化之基礎。1789 年法國人權宣言第 2 條列舉「自由」、「財產」、「安全」及「抵抗」等四種自然權，明定：「所有政治團體存在之目的，係為保障人類天賦且不因時效而消滅之各種權利。此等權利包含自由、財產、安全，以及對壓迫之抵抗。」其所謂「安全」，非 *sécurité* (security)，而係 *sûreté* (safety)，屬於人身自由之總則性規定，性質上為傳統免於國家干預之自由範疇。1776 年美國獨立宣言將人民之「安全」(safety)

與生命、自由、幸福之追求等權利並列，宣示新國家、新政府之目的係為確保此等權利；同時聲稱，當政府長期暴虐與篡奪，顯然企圖將人民壓制在絕對專制之下時，「廢棄這種政府，為自己將來之安全（future security）而創設新保障組織，乃人民之權利與義務」。由上述推知，safety 與 security 存有微妙之差異，前者係作為個人權利之安全，以避免客觀、現實、具體之危險為目的；後者係政府之任務，以化解人民對未來之不安，而確保主觀之安心目的。若回歸近代憲法理念之原點，則 security 體系之建構應植基於 safety 之保障上，方屬正當。若偏離該原點，以根據薄弱之「不安」為理由，而追求過剩之「安心」，則將形成不合理之 security 體系¹。當代各國 security 體系普遍呈現肥大化現象，寧非偏差發展結果²？

誠然，近年來暴力犯罪、性犯罪、恐怖攻擊、科技風險及環境破壞等問題相當嚴峻，受重視之程度與日俱增，「預防國家」化似已成為不可逆轉之趨勢，因而對近代立憲主義及法治國原則造成衝擊。惟科技風險及環境破壞等問題姑且不論，至少在個人犯罪危險之預防方面，仍應恪遵自由國家之法治國原則³，庶幾得以確保作為個人權利之安全或人身自由。本席認為，面對本件性犯罪者強制治療案，於審查系爭規定之合憲性時，理應抱持此一立場。

二、如解釋理由書所示：「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』

¹ 森英樹著，憲法學における「安全」と「安心」——預備的考察，收於藤田宙靖、高橋和之編「憲法論集（樋口陽一先生古稀記念）」，創文社，2004年，頁510-514。

² 許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016年，頁42-44。

³ 西浦公著，「安全」に関する憲法學的一考察，收於樋口陽一、上村貞美、戸波江二編「日獨憲法學の創造力（下卷）—栗城壽夫先生古稀記念」，信山社，2003年，頁75、76。

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。」無論刑法或性侵害犯罪防治法規定之強制治療，本質均係治療，並非刑罰。刑罰基於罪責原則，乃對過去有責行為之處罰；治療則與責任無關，係為防止未來犯罪之危險性。二者既然有別，自應為不同之對待，故解釋理由書強調：「強制治療制度之具體形成，包括規範強制治療之制度與其實際執行，無論涉及者為強制治療之治療處所（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。」至於如何區隔，則進一步指出：「就治療處所（包含空間規劃及設施）而言，強制治療應於與執行刑罰之監獄有明顯區隔之處所為之，且一般人可從外觀清楚辨識其非監獄。次就受治療者生活管理方面而言，受治療者之生活起居與行為活動之紀律要求，均應以達成治療目標之必要範圍為其限度，於不妨礙實施治療之前提下，應盡可能使受治療者享有正常生活，以作為復歸社會生活之準備，並與監獄受刑人之矯治處遇明顯有別。再就如何治療方面而言，治療應由專業人員本於專業性、個別性原則，依據受治療者之具體情狀而主導實施，並應以有效降低其再犯危險，從而使其得以復歸社會為貫串整體治療程序之目標。」

鑑於強制治療對人身自由造成重大限制或剝奪，自應採高密度法律保留，且為落實明顯區隔之要求，凡屬重要事項，均應由法律明定，不得委任立法。然刑法第 91 條之 1 及保安處分執行法第 7 章關於強制治療之規定極為簡陋，諸多重要事項皆付諸闕如。性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 5 項規定：「第一項、第二項之聲請程序、強制治療之執行機關

(構)、處所、執程序、方式、經費來源及第三項停止強制治療之聲請程序、方式、鑑定及評估審議會之組成等，由法務主管機關會同中央主管機關及國防主管機關定之。」更將強制治療有關之重要事項授權行政機關以命令定之。其違反明顯區隔之要求，彰彰明甚。

強制治療實際執行之情形，嚴重不符明顯區隔之要求，解釋理由書指陳歷歷。究其問題癥結，本席認為，主要在於法律規範之缺失。多數意見亦承認，由於法律規範密度相當低，強制治療如何實施，高度取決於執行機關之指揮與決定等因素，以致悖離憲法明顯區隔之要求。儘管如此，多數意見猶認定，刑法第 91 條之 1 所建立之強制治療制度，就強制治療對受治療者人身自由之限制而言，無論是實施要件或期限，在法規範面尚無牴觸憲法之虞。其未為違憲之宣告，而以違憲警告方式，釋示：「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，有關機關應自本解釋公布之日起 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。」其前後論理不一致，難以服人。

三、本號解釋理由書明白指出，對性犯罪者施以強制治療，不可避免對受治療者人身自由造成限制，其是否違反比例原則，應採嚴格標準予以審查。而多數意見認為，系爭規定一尚不違反憲法第 23 條比例原則。其所持理由包括：「系爭規定一之強制治療制度，係基於性犯罪為對於被害人造成重大傷害之犯罪行為，且為此行為者再犯率高之考量……」及「受治療者雖因接受強制治療，致使人身自由遭受限制，然限制受治療者人身自由之目的係為確保治療之有效實施，

並避免其於治療期間發生再犯之行為，乃係基於防衛社會安全之考慮，其目的係為維護社會大眾人身安全、性自主權及人格權等特別重要公共利益，核屬正當……」等。

然系爭規定一涵蓋之性犯罪範圍甚廣，重罪與輕罪皆有。其中屬於輕罪者，如刑法第 234 條公然猥褻罪規定：「(第 1 項) 意圖供人觀覽，公然為猥褻之行為者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或 9 千元以下罰金。(第 2 項) 意圖營利犯前項之罪者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 3 萬元以下罰金。」明顯可見，公然猥褻並非「對於被害人造成重大傷害之犯罪行為」，就此，上開規定之目的難謂「係為維護社會大眾人身安全、性自主權及人格權等特別重要公共利益」。而且，其採取之強制治療手段，對受治療人之人身自由造成重大限制或剝奪，尚難通過衡平性（相當性、狹義之比例性）之檢驗。本席認為，至少於此範圍內，系爭規定一與比例原則有違。本號解釋之原因案件固然均與公然猥褻罪無涉，但既為法令違憲抽象審查，而非裁判憲法審查，對此違憲情形自不能置之不理。準此，系爭規定四及性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 規定，同樣有不符比例原則而違憲之問題，亦應嚴正以對。

四、本號解釋宣示：系爭規定三及四「關於強制治療期間至其再犯危險顯著降低為止之部分，與憲法比例原則尚屬無違。惟若干特殊情形之長期強制治療仍有違憲之疑慮，有關機關應依本解釋意旨有效調整改善。」

所謂「強制治療期間至再犯危險顯著降低為止」，實即有條件（再犯危險顯著降低）而無期限之強制治療。按強制治

療之本質固係治療，並非刑罰，然無可否認，刑法所定強制治療屬於保安處分之一種，亦具有特別預防之目的。如學者所言⁴：「有些犯罪人，如果被評估為有再犯之危險，那怕是第一次犯罪，也可能被要求接受長時期的治療措施」、「必須治療到『再犯危險顯著降低為止』，也就是消除其性犯罪的傾向為止，否則必須永遠與社會隔離接受治療。這種不定期刑傾向的處罰觀點，就是一種與正義理念相違背的措施，也是一種違反法治國精神與侵害人民基本權利的措施。」實際上，多數意見亦承認，性犯罪者之犯罪成因複雜多變，治療效果因人而異，有人可能經相當長期之強制治療，仍無法達到其再犯危險顯著降低之治療目標。此等情形下，無期限之強制治療將使受治療者變相遭無限期剝奪人身自由，甚至形同終身監禁。再者，無論關於系爭規定三或四，公權力於決定是否實施或繼續實施強制治療時，均係依據將來有無再犯「危險」之判斷而為之。其顯較過去犯罪之認定困難，且危險之「預見」存有誤判之危險，一旦誤判，受治療者之自由可能一生遭剝奪。此等事態極其嚴重，必然不能見容於立憲主義國家⁵。至此地步，多數意見猶僅表示系爭規定三及四有違憲之疑慮，而未明確宣告違憲，對此本席礙難贊同。

解釋理由書所為調整改善之提示，包括實體面引進多元處遇措施，以輔助或補充常態治療程序，作為受治療者復歸社會之準備；程序面施以強制治療達一定年限時，是否繼續施以治療，應由法官重為審查決定，而強制治療期間愈長，由法官定期審查之頻率即應愈高。惟本席認為，此等措施固

⁴ 王皇玉著，刑法總則，新學林，2019年，頁21。

⁵ 押久保倫夫著，無期限の保安拘禁の合憲性，收於憲法判例研究會編「ドイツの憲法判例III」，信山社，2008年，頁17。

有助於強制治療制度之改善，卻不能化解無期限強制治療之違憲性。

五、附帶一言，本號解釋表示，系爭規定二尚不違反信賴保護原則。就結論而言，本席勉可接受，但其所持理由，礙難贊同。按法律必須與時俱進，當社會環境變化，法律隨之變動，乃理所當然之事。國會作為民意機關，配合民意而立法，更是民主原則之必然要求。是法律之制定、修正與廢止經常發生，屬立憲民主國家之常態；期待法律永久不變，有悖常理。有鑑於此，信賴保護原則在立法上之適用，自始受到民主之制約，與在行政上之適用比較，其條件及範圍應受較嚴格之限制，以免阻礙進步、傷害民主。基本上，唯當立法恣意時，始能有信賴保護原則之適用，庶幾民主與法治得以兼顧，故立法上信賴保護原則之適用機會不多。如多數意見所稱，系爭規定二係「針對經鑑定、評估程序而認有再犯性犯罪危險之受刑人所為，其目的即仍在藉由強制治療而使該等受刑人重獲自由後再犯危險顯著降低，以維護社會大眾之安全……」其本意在追求公共利益，並無立法恣意之情形，應無信賴保護原則之適用。多數意見肯定系爭規定二所規範之性犯罪受刑人具有正當且非不值得保護之信賴利益，惟以其個人之信賴利益小於保護社會大眾安全之憲法上重大利益為由，認系爭規定二與信賴保護原則尚無牴觸。此一論法，有待商榷。