

檔 號：
保存年限：

臺灣雲林地方法院 函

地址：雲林縣虎尾鎮明正路38號
承辦人：良股書記官廖千慧
電話：(05)6336511轉2231
傳真：(05)633-7451

受文者：司法院大法官書記處

司法院大法官書記處收文
109年10月26日
會台字第 11541 號

發文日期：中華民國109年10月26日
發文字號：雲院惠刑良決106聲療4字第1099004289號
速別：最速件
密等及解密條件或保密期限：
附件：(022_1099004289_1_942.pdf)

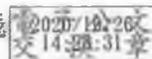
主旨：檢陳本院刑事第五庭法官提出之會台字第11541 號等聲請
解釋案言詞辯論爭點題綱書狀乙份，敬請鑒核。

說明：

- 一、依鈞院109 年8 月25日秘台大二字第1090024607號函辦理。
- 二、隨文檢附防疫聲明書乙份。
- 三、副本併送法務部、衛生福利部、鈞院刑事廳。

正本：司法院大法官書記處

副本：法務部、衛生福利部、司法院刑事廳



裝

訂

線

會台字第 11541 號等聲請解釋案

言詞辯論爭點題綱書狀¹

【爭點題綱一】

一、刑法第 91 條之 1 第 1 項「有再犯之危險」、第 2 項「再犯危險顯著降低」，均違反法律明確性原則、憲法罪刑法定原則及憲法第 8 條人身自由之保障：

(一) 在語意所及之範圍內，刑法第 91 條之 1 第 1 項「有再犯之『危險』」包括了高度危險、中度危險、低度危險等，立法者之本意是否欲一網打盡，凡具有任何一點再犯危險之行為人，都符合此處之規範要件？果若如此，搭配同條第 2 項「前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止」將發生規範矛盾的情形，質言之，如果具有任何程度再犯危險的行為人都有本條規定之適用，其期間卻均至「再犯危險顯著降低」為止，豈非造成治療結果不一卻都可停止治療之規範結果？舉例而言，因為「顯著降低」是相對的概念，若謂「高度危險」者降低至「低度危險」屬於「顯著降低」，則「低度危險」者應降低至何種危險程度才屬於「顯著降低」？兩者差異，顯然有違立法者預設「至再犯危險顯著降低為止」係指再犯危險已降低至「可接受危險之範圍」，否則若謂「高度危險」者降低至「低度危險」就屬於可接受之危險，原本之「低度危險」者何必接受強制治療？由此可見，立法者應是預設「某種程度」之危險始有受強制治療之必要，其治療期間至「該某種程度之危險」顯著降低到「可接受危險之程度」為止，但規範方式卻選擇了「危險」此未經區別程度的用語，造成恣意執法之危險，顯然違反明確性原則。

(二) 至於立法者預設「某種程度應接受強制治療」之危險、「可接受程度」之危險為何？依據釋字第 636 號解釋理由書指出，法律明確性原則若涉及嚴重拘束人身自由之情形，應更加嚴格審查，現行強制治療制度乃不定期、甚至可能造成永久之拘禁，自應從嚴認定法律明

¹ 本書狀屬於聲請人聲請書之補充，詳細論證及未引用文獻部分，請參閱聲請書。

確性，上開規定僅以「有再犯之危險」、「再犯危險顯著降低」規範，涵蓋過廣，在技術上應可參考外國立法例，區分高中低之不同危險程度，由立法者指明強制治療有關「危險性」之範圍與程度。

【爭點題綱二、三】

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或區分不同處遇，違反憲法第 8 條人身自由之保障及第 23 條比例原則：

（一）適合性檢驗：

姑且不論已有相關文獻指出心理上所謂「治療」不若生理疾病的治療可以有「藥到病除」的效果，「強制治療可以有效改善性犯罪人再犯危險性」這個命題並非毫無爭議，但假設此命題成立的前提下，也應該正視有部分個案情形是無法被「治療」的真實現況，如智能障礙者²、特殊病態人格³等，對其等施加強制治療顯然無法達成立法者所欲追求之目的，以德國「事後安全管束監禁」制度為例，早在 1996 年實行之版本，就已要求法院在實施安全管束監禁時應考量，以行為人年齡與生涯進展為判斷，如評估已無行為傾向改變之可能性，法院得不對行為人實施安全管束監禁之處分⁴，顯然具有合目的性之考量，但刑法第 91 條之 1 第 2 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項卻無此合目的性之限制，顯然無法通過比例原則之適合性檢驗。

（二）必要性檢驗：

首先，施以強制治療之對象係「有再犯之危險」者，在不符法律明確性之情形下，其範圍是否包含中度、低度再犯危險者？對於中度、低度再犯危險者，是否無法以嚴密監控、輔導監督、社區治療等方式替代剝奪人身之強制治療？

² 論者指出，對於一個不具有常人自主控制能力之智能發展遲緩性侵害者而言，機構性的處遇除了滿足應報的刑罰思想外，實在不具有明顯的特別預防功能，參閱黃芳誼、林明傑，未竟的改革——檢視臺灣心智功能障礙性侵害者之處遇政策，社區發展季刊，138 期，2012 年 6 月，第 319 頁。

³ 參閱報導者，性侵、非法處所、無限期隔離——全球最嚴格強制治療模式下，陽光照不到的暗影，<https://www.twreporter.org/a/sex-offender-treatment-controversy-place>（最後瀏覽日：2020 年 10 月 25 日）。

⁴ 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，第 40 卷第 2 期，2014 年 10 月，第 108 頁。

再者，一旦法院依上開規定強制治療，其期間將至「再犯危險顯著降低」為止，縱使原先行為人符合「非施以強制治療無從防止其再犯危險」之必要性，但強制治療之結果，已使其再犯危險降低，雖尚未達到「顯著降低」之程度，依現行不定期之設計，卻仍無法停止強制治療轉為其他嚴密監控、輔導監督、社區治療等替代方式，顯然無法通過比例原則之必要性檢驗⁵。

(三) 相當性檢驗 (狹義比例原則):

假設前兩項檢驗均符合，此處之命題則為：「為了避免行為人再犯、基於防衛社會之重大公益，不能排除將行為人終身監禁之可能。」對此應該嚴肅思考的議題為，強制治療制度之發動，係以曾犯規定之性侵害犯罪為前提，並經鑑定、評估有再犯之危險者，但此處所稱之「危險」有何特殊之處，必須施以不定期之強制治療、嚴重限制人身自由、甚至不排除終身監禁之可能？有論者指出，性侵害犯罪在保護管束期間再犯同罪之比率，並未比一般犯罪之再犯比率高，從而可以推論，立法者認為性侵犯罪之典型再犯風險，是指質的部分(社會的恐慌感、對性侵犯的零容忍)，而非量的部分(再犯率)，可稱之為「超級」抽象危險犯⁶。如果現今的科學技術無法精準判斷所謂之「再犯危險」⁷，不論經過何種鑑定、評估，所得出行為人再犯危險的結論，始終是一種對於未來的「推測」，而非確定之「事實」⁸，固然行為人對於公眾危害越具體，國家保護義務就會越高⁹，但國家如何對行為人說明，因為其具有再犯之高度「嫌疑」，所以就要與社會永久隔離？此與無期徒刑甚或死刑制度思考點不同在於，行為人已經服完刑、對其犯罪行為負起責任，此時施加給行為人之終身剝奪人身自由，並非源

⁵ 相對於此，歐洲人權法院於 2009 年 12 月 17 日之裁判提及，至少有 7 個以上的會員國採行保安監禁措施，受監禁者之危險性會受到階段性的審查，且於不再對社會具有危險性時，予以試驗性的釋放，參閱李建良節譯，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)，2013 年 12 月 1 日，812 頁。

⁶ 參閱黃芳誼、林明傑，前揭文，第 317-318 頁。

⁷ 相對於此，如傳染病可客觀判斷其傳染危險性。

⁸ 有論者描述為：「試圖預測未來之國家公權力行為」，參閱周佳宥，註 4 文，第 117 頁。

⁹ 德國聯邦憲法法院 2004 年 2 月 5 日認為無時間限制之安全管束措施合憲的立論之一，參閱周佳宥，註 4 文，第 109-110 頁。

自於行為人之行為責任，而是行為人本身之「危險性」，甚至是「被推測」的危險性，以傳染病為例，倘若確定某種傳染病患者有傳染他人的高度危險，而曾接觸此傳染病患者、但尚未確診之人，就是「被推測」具有傳染之高度危險，國家要取得剝奪其終身人身自由之正當基礎，豈不應慎之又慎？甚至應該更進一步思考：如果國家無法尋求足夠的正當基礎，是否會相對應形成國家對於行為人之「義務」？

於此有幾個面向可以探討：

1、如果有相當可能認為無法以強制治療之方式讓行為人再犯危險降低至立法者可接受之程度，自然不應再對行為人施加強制治療，倘經確認有將行為人與社會隔離以避免再犯危險之必要，此時應考慮轉向保安監禁制度，而非繼續以治療之名，行監禁之實。

2、此時轉向的保安監禁制度，已不再具有治療行為人的積極意義，國家的拘禁行為對於行為人並無利益可言¹⁰，國家剝奪行為人人身自由之正當性基礎非常不穩（基於推測的危險、非為行為人的利益、限制人身自由的效果極端嚴重），縱使在相當特殊的情形，國家基於保護義務，確有必要對行為人採取保安監禁制度，國家亦應該窮極一切方法使行為人有停止保安監禁之可能，並且於保安監禁期間，國家僅能給予行為人最小程度的限制，並致力追求讓行為人生活條件與一般人相同¹¹。

3、前述國家亦應該窮極一切方法使行為人有停止保安監禁之可能，具體而言，執行機構應持續嘗試各種治療方式，並持續觀察、評估及（由法院）審查行為人隨著年齡、生涯進展，是否有（在相當限制下）回歸社會、或者有試驗性質回歸社會之可能¹²，甚至也應思考，是否

¹⁰ 曾有論者指出，對於欠缺責任能力無法科處刑罰的犯罪人，如果有強制矯治必要，制度設計上會另外提供一套得進行強制矯治的保安處分制度，但必須是為被矯治人的利益始得為之，透過人身拘禁而得達成的保安處分機能僅是附帶效果而已，參閱李茂生，論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定，月旦法學雜誌，第93期，2003年1月，第108頁。

¹¹ 德國依據2009年歐洲人權法院、2011年德國憲法法院之判決精神修正之刑法第66c條第2款規定，安全管束監禁措施之實施必須於可能範圍內給予最小程度的限制，盡量使措施對象生活條件與一般人相同，且禁止於監獄或其分支機構實施，參閱周佳宥，註4文，第132-133頁。

¹² 如荷蘭的TBS制度（可以是無期限），每位在TBS收容的罪犯都會在收容一段時間或有些進步後，被釋放回社區一段時間，以觀察他在社會的適應情況，第一次都會有治療師陪伴在社會幾個小時，之後會再視進步情形在沒有陪伴監督下有更長或一天的社區觀察等，參閱林明傑、鄧閔鴻，從美英紐德荷之性侵者刑後強制治療看臺灣之困境與出路，世新法學，第11卷第2

可以在相當嚴格的條件下，基於行為人真摯、理性、合適的同意，以犧牲某種權利的方式，換取回歸社會的機會¹³。

（四）符合比例原則的建議：

綜合上述，現行強制治療制度顯然違背比例原則而違憲¹⁴，聲請人嘗試提出可能較符合比例原則之強制治療制度：

1、前提：

(1) 強制治療制度：其目的在於「治療」而非「監禁」，執行僅能給予行為人最小程度的限制，並盡量在符合治療目的之範圍內，讓行為人生活條件與一般人相同，治療處所不得位在監獄或其分支機構。

(2) 保安監禁制度：國家採取此措施的正當性基礎非常不穩，其發動要件應該極度嚴格，國家並應窮極一切方法使行為人有停止保安監禁之可能，且於保安監禁期間，國家僅能給予行為人最小程度的限制，並致力追求讓行為人生活條件與一般人相同，國家對於上開追求之義務，應高於強制治療制度。

2、分流：

基於完整的行為評估報告，且該報告應清楚說明治療執行計畫¹⁵，認為有強制治療「可能性」及「必要」之行為人，始裁定令其接受強制治療，倘若在此階段已判斷行為人無強制治療之可能性，即不應令其接受無用之強制治療，在符合極度嚴格之必要性檢視後，始考慮使其接受保安監禁制度。至於雖然判斷行為人有強制治療之「可能性」，但如可以強制治療以外之方式，將行為人之再犯危險控制在立法者可以接受的程度，自然不應令其接受強制治療，而應令其接受替代措施（此部分有賴相關制度設計，制度設計越細膩完整而有效，違憲爭議將越低）。

3、轉向：

號，2018年6月，212-213頁。

¹³ 對此聲請人斟酌再三，最終雖仍持保留意見，但也突顯此種情形受到國家終身監禁的行為人，其處境何其無助。

¹⁴ 德國聯邦憲法法院於2011年5月4日對於安全管束監禁處分之判決指出：執行超過10年的情形是對人身自由的重大侵害，且在規範不全條件下實施該制度乃違反比例原則，參閱周佳宥，註4文，第132頁。

¹⁵ 參考德國修正之刑法第66c條第1項第1款規定，參閱周佳宥，註4文，第132-133頁。

接受強制治療之行為人，一旦其再犯危險降低至「可以強制治療以外之方式，將行為人之再犯危險控制在立法者可以接受的程度」(應由法院主動、定期介入審查)，即應轉向為其他替代措施；倘若有相當可能認為無法以強制治療之方式讓行為人再犯危險降低至立法者可接受之程度，在符合極度嚴格之必要性檢視後，始轉向保安監禁制度，而國家對於行為人負有相對應的高度義務。

【爭點題綱四】

三、刑法第 91 條之 1 第 2 項後段規定每年鑑定、評估之程序，顯然違反憲法正當法律程序原則：

強制治療雖然屬於預防性拘禁，但其嚴重限制人身自由，仍應從嚴審視其程序是否符合憲法正當法律程序，現行制度違反正當法律程序之處極為顯然，試列舉如下：

(一) 依刑事訴訟法第 481 條第 1 項規定，法院可以「書面審理」、「裁定」強制治療，甚至強制治療所有的救濟程序(含抗告、聲明異議)均是書面審理、以裁定行之。

(二) 強制治療之事前(裁定前)、事中(執行中)程序，都未賦予當事人有言詞陳述意見的機會，也未要求法院應行訊問¹⁶，更欠缺選任辯護人、指定辯護人、閱覽卷證、傳訊證人、鑑定人之相關程序規定。

(三) 僅採取部分的法官保留，法院一旦裁定強制治療後，除非行為人提出救濟，否則法院無從介入審查，程序保障顯有不足¹⁷。

(四) 在正當法律程序原則之討論中，亦應注意身心障礙者之保障，包括指定辯護制度之審酌。

(五) 依照強制治療案件之性質，立法者設計妥善之審理程序、或者就執行層面而言，均無事實上的困難。

【爭點題綱五】

¹⁶ 相對於此，就連短期拘束人身自由的羈押都要求法院須訊問被告後始得為之。

¹⁷ 德國聯邦憲法法院 2004 年認為安全管束監禁合憲之判決，其立論之一在於：立法者課予法院定期審查措施對象是否符合繼續實施安全管束監禁措施之要件，不會造成永久監禁的效果，所以不違反比例原則，參閱周佳宥，註 4 文，第 116-117 頁。

四、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項、第 2 項及同法施行細則第 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，尚未違反信賴保護原則及法律不溯及既往原則，但仍然違反比例原則：

(一) 法律不溯及既往原則的適用層次及範圍：

我國傳統見解認為，法律不溯及既往原則僅係法律適用原則，而非立法原則，對於立法者並無直接拘束力，但目前多數見解則將溯及既往原則提升為立法原則¹⁸。釋字第 794 號解釋理由書謂：「新訂之法規，如涉及限制或剝奪人民權利，或增加法律上之義務，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係，是謂法律不溯及既往原則（本院釋字第 620 號、第 717 號、第 781 號、第 782 號及第 783 號解釋參照）」，可認法律不溯及既往原則不僅屬於法律適用原則，而其範圍主要是不得適用於法規生效前業已終結之事實或法律關係，也就是所謂之（原則禁止）「真正溯及既往」。

(二) 強制治療屬於不真正溯及既往：

論者指出，針對無法適用刑法第 91 條之 1 刑後治療之受刑人（即性侵害犯罪防治法施行細則第 12 條之 1 所稱「本法第 22 條之 1 第 1 項及第 2 項所定加害人，為中華民國 95 年 6 月 30 日以前犯性侵害犯罪者。」），究竟出獄後是否仍有高度再犯危險，係屬尚未完全發生的事件，在類型上屬於「不真正溯及既往」的規範類型¹⁹。事實上，不論是否為 95 年 6 月 30 日以前之性侵害犯罪者，強制治療之基礎均非行為人過去的行為責任，而是著眼於行為人本身之未來危險性，就此觀察而言，應非法律不溯及既往原則所禁止之「真正溯及既往」情形。

(三) 溯及適用有無違反信賴保護原則？

論者就上開溯及適用規定，經權衡公益與人民信賴利益，以比例原則作為檢驗標準，雖然得出行為人對於法規範的信賴利益應高於法規範所欲創造之公共利益的結論，但其係先假設行為人有信賴基礎、

¹⁸ 參閱周佳宥，性侵害犯罪防治法第二二條之一第一項規定之合憲性研究——以溯及既往禁止原則為討論中心，法學新論，第 44 期，2013 年 10 月，第 28 頁。

¹⁹ 參閱周佳宥，註 18 文，第 39 頁。

信賴表現且無不值得保護之信賴，惟上開情形，行為人之信賴是否屬於釋字第 525 號解釋理由書所稱之「無信賴保護原則之適用：……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」？

聲請人認為，強制治療規定適用對象，所謂之「溯及適用」者，不過是其所犯之性侵害犯罪的犯罪時間，在強制治療規定生效之前，但以強制治療之目的及效用而言，都是立基於行為人未來的危險性，行為人所為的性侵害犯罪固然是發動強制治療的要件，但此要件不過是立法者自行限縮適用範圍的立法決定²⁰，並非強制治療的正當性基礎，施以強制治療的理由並非對於行為人過去行為的評價結果，就此部分而言，已難認有違反法律不溯及既往原則。而行為人也很難正當主張，他信賴立法者不能針對其未來的危險性制定相關的防免措施²¹，此部分尚難認有違反信賴保護之問題。

（四）強制治療屬於剛性的禁止溯及既往之「刑罰」？

論者提及，性侵害犯罪防治法雖在法律屬性上為行政管制法，但其第 22 條之 1 第 1 項規定之強制治療，在類型上屬於拘束人身自由的保安處分，且無刑法總則第 11 條但書之適用，應將此規定理解為刑法規範且受罪刑法定原則拘束，而法律不溯及既往原則作為罪刑法定原則派生之子原則，刑事法規範受到幾乎不具彈性、剛性的禁止溯及既往原則之拘束，是上開增修規定造成行為人須適用行為時所無之規範，且法律適用結果對行為人而言係屬更不利之情況，係違反禁止溯及既往原則而有違憲之虞²²。

而歐洲人權法院 2009 年 12 月 17 日針對德國保安監禁規定之溯及既往案裁判提及：依歐洲人權公約第 7 條第 1 項第 2 句（「所受刑罰不得重於犯罪時所適用之刑罰」）指引，所有處罰受公約約束之前

²⁰ 舉例而言，並不排除立法設計所有人（或者一定範圍者）都應該接受性侵害犯罪風險鑑定，具有高度風險者均應接受強制治療。

²¹ 假設若干年後，科學發展出不侵害人體、可根絕再犯危險之治療技術，立法者可否「溯及」規範過去犯罪、具有相當再犯危險之行為人應接受此治療？

²² 參閱周佳宥，註 18 文，第 19-39 頁。

提，須先探討系爭措施是否依隨於刑事判決而來，其他相關的考量因素，還有例如內國法中相關措施之特性、目的、執行措施之程序，以及各該措施之強度。不過，措施本身的強度並不是最關鍵的因素，例如，許多非處罰性之保安監禁對受刑人可能會產生相當強大的影響，但卻不一定屬於「處罰(penalty)」……本院須跳脫內國法對於某措施是否屬於刑罰的認定，自行判定某特定措施實質上造成的影響是否該當公約所稱之「刑罰」等語，其後歐洲人權法院認為從：1、系爭保安監禁只能針對「因觸犯重罪而被處以2年以上有期徒刑的人」。2、保安監禁與刑罰都同樣會產生剝奪人身自由的結果，雖然相較於刑罰，受保安監禁者可以擁有少部分的自主權，但仍然難掩他們基本上受到與刑罰相同待遇的事實，監獄行刑法中關於保安監禁大部分都類推適用刑罰執行之規定。3、依據德國保安監禁制度之規範情形，很難認為沒有出於與一般刑罰相同的懲罰性目的。4、相較於處罰目的的長期自由刑受刑人，都能夠接受相當多的基礎措施來防止再犯，本院認為，本案中缺乏任何有助於受刑人降低再犯可能性的相關措施，而這樣的措施對那些無法自行降低再犯可能性的受監禁人而言，是相當必要的措施。5、保安監禁處分與本案判決都由同一個法院（刑事法院系統）作成、由負責執行處分的法院作成執行處分。6、關於保安監禁處分的強度(severity)，雖然在判斷是否屬於公約第7條之「刑罰」時並不是一個決定性的因素，但本院仍然強調，保安監禁處分的期間上限在修法後被取消，而能夠暫停保安監禁處分的執行，視執行法院是否認為受監禁者已經沒有再犯危險而定，但這個條件是相當難達成的，本院不得不認為這樣的處分至少是德國刑法中是最嚴厲的措施之一等理由，認為德國保安監禁該當歐洲人權公約第7條所稱之「處罰」，而應該受歐洲人權公約第7條不溯及既往的限制²³。

然而聲請人認為，「刑罰」之所以受到不具彈性、剛性的禁止溯及既往原則之拘束，其根本原因乃出於罪刑法定原則，國家刑罰權之發動應以行為時法有明文者為限，禁止國家透過具有溯及效力之規範

²³ 參閱李建良節譯，前揭文，第825-828頁。

使行為人為之前的行為負責²⁴，也就是強調「行為責任」的觀點，如此可使人民理性觀察判斷自己行為的適法性，因為從事特定活動前，即可判斷行為於法律體系中的意義，不至於因為事後評價標準的更迭，在行為後被評價為違法行為²⁵。但承前所述，施以強制治療的理由並非基於對行為人過去行為的評價，而是著眼於行為人未來之危險性，其基礎並非刑罰對應之「(行為)罪責」，而是「行為人之危險性」，本質上屬於「刑罰」與「監控」兩種不同概念，我國刑罰保安處分二元論之說法，應較接近制度之本質²⁶，在此基礎上，具有「監控」性質、追求防止未來危險性之強制治療保安處分，理應不具有使人民在行為前可理性預測自己行為責任的功能。

前述歐洲人權法院裁判理由，固然多方論證德國保安監禁制度具有刑罰性質，但首先令人懷疑的是，如果德國保安監禁制度屬於刑罰，是否也意味其制度本身違反了禁止雙重處罰原則？如此一來，凡對人民權利造成限制之保安處分，是否均有類似質疑？刑罰保安處分二元制度應如何維持？抑或，應該退一步檢視，歐洲人權法院上開「指摘」德國保安監禁制度屬於刑罰的理由，是否可由「比例原則」把關？質言之，如果肯認防止「行為人未來危險性」的保安處分有其必要，而與「行為責任」的刑罰二元可分，在比例原則的審視上，保安處分自應「去刑罰化」，僅以防止「行為人未來危險性」為目的及相對應的手段，諸如歐洲人權法院上開所「指摘」：不應出於懲罰目的、不應與刑罰相同待遇、執行上應勉力採取降低再犯可能性的措施、當受監禁者的潛在危險性降低之後，應適度降低監禁期間等等，均可於比例原則的層次上加以判斷，如果立法者能基於比例原則去除上開刑罰化之疑慮，有無必要禁止立法者基於國家保護義務，因應社會快速變遷、科學技術進度等情，採取與時俱進的「溯及適用」保安處分²⁷？非無

²⁴ 參閱周佳宥，註 18 文，第 24 頁。

²⁵ 參閱周佳宥，註 4 文，第 113-114 頁。

²⁶ 參閱周佳宥，註 18 文，第 24 頁。

²⁷ 單以結論而言，德國聯邦憲法法院 2004 年 2 月 5 日作成之判決，並不認為其安全管束監禁制度違反禁止溯及既往原則；同院 2011 年 5 月 4 日作成之判決雖然認為該制度違憲，但理由並非如同歐洲人權法院所持禁止溯及既往原則之立場，毋寧更著重於比例原則之討論，參閱周佳宥，註 4 文，第 109-110 頁、第 131 頁。

疑義。試以前開歐洲人權法院處理德國保安監禁制度為例，倘若立法者原先設計其宣告對象不以「犯重罪者」為限、宣告程序也不依附於刑事判決、甚至改由民事系統宣告²⁸，其餘執行規範不變，歐洲人權法院是否仍可從該措施具有刑罰性質、禁止溯及既往之角度論證？抑或應改採比例原則之審查方式？如此一來，是否可以推論本案問題之核心，始終仍在於比例原則之審查？

(五)綜合上述，聲請人認為，基於強制治療制度屬於防止行為人未來危險性之本質，上開規定尚未違反信賴保護原則及法律不溯及既往原則，但同前論證(爭點題綱二、三部分)，上開規定(強制治療制度本身)仍然違反比例原則。

謹呈

司法院公鑒

中 華 民 國 109 年 10 月 25 日

聲請人

臺灣雲林地方法院刑事第五庭²⁹

法 官 潘 韋 丞

²⁸ 如我國有論者倡議，強制治療應改採民事監護模式，改由法院民事庭宣告，參閱林明傑、鄧閔鴻，前揭文，第 216-221 頁。在此層面的討論意義上，姑且不論歐洲人權公約第 5 條第 1 項第 a 款，剝奪自由的安全管束監禁措施必須以刑事法院判決為據，始得為之，參閱周佳宥，註 4 文，第 122 頁。

²⁹ 原臺灣雲林地方法院刑事第六庭良股法官。