

「人性尊嚴，無法定上限期間的保安管束」 之判決

BVerfG 109, 133-190.

德國聯邦憲法法院第二審判庭 2004 年 2 月 5 日之判決
- 2 BvR 2029/01 -

王服清 譯

要目

判決要旨

案由

判決主文

理由

A. 事實與爭點

I. 保安管束的立法沿革

II. 憲法訴願的事實經過

III. 憲法訴願人的法律見解

IV. 執法機關的共同宣言

V. 各邦政府對於保安管束的
運作情形

VI. 保安管束的意義與實際運
作之聽證

B. 憲法法院間接的規範審查

C. 刑法典第 67d 條第 3 項有關
保安管束無法定上限期間的
規定之合憲性

I. 無違反基本法第 1 條所揭

襲的人性尊嚴之保證

II. 無違反基本法第 2 條第 2
項第 2 句的自由基本權利

III. 無違反基本法第 103 條第
2 項的絕對溯及既往之禁
止

IV. 符合法治國的信賴保護之
要求

V. 其他批評的不有效成立

D. 判決的投票結果

關鍵詞

保安管束 (Sicherungsverwahrung)

矯正與保安的保安管束處分

(Maßregel der Sicherung und Bess-
erung)

留置 (Unterbringung)

法定上限期間 (Höchstfrist)

人性尊嚴 (Menschenwürde)

溯及既往效力 (Rückwirkung)
刑事可罰性 (Strafbarkeit)

必要的惡 (Übel)

判決要旨

1. a) 由於被保安管束之人具有長期持續的危害性，所以其有保安管束的必要性。

儘管如此，在保安管束的期間中，人性尊嚴不可以因為長時間的留置而受到侵害。但是也在一些的情況下，有所必要的是，去維護被保安管束之人的人格獨立性、去注意到以及保護其人性尊嚴。因此，正如同刑罰之執行一樣，保安管束必須被設定出，負起有責任的、為了自由的生活而創設諸多的要件。

b) 就針對於保安管束之制度而言，從基本法第 1 條第 1 項可以推論得知，不能成為憲法的當為義務的是，已經在作出保安管束的科處時或者在稍後的審查時間點時，去設定保安管束的最高期間。就保安管束而言，有關預測釋放出來的時間點，如果立法者之規定事先不採取拘束力的決定，若是如此，則其是不可予以責難。

2. a) 一旦保安管束當中的留置持續越久，則對其持續進行期間的要件，就越嚴格。

b) 依據刑法典第 67d 條第 3 項的規定，在十年期間的保安管束之

後，考慮強化自由權請求之效力，藉由此規定，對於受到威脅的法益之要求而且被保安管束之人的危險性之證明，予以加強提高，以及只有在例外地的情形，才可以允許繼續的執行下去。

c) 針對診斷的基礎，因為其執行鬆綁具有特殊的意義，執行法院不准順從於執行機關無充分的理由而去拒絕，凡是能夠準備終結保安管束處分之執行鬆綁。

d) 地方司法行政所必須關切的是，於保安管束的執行期間裏，有利的處置應該盡可能地予以窮盡，也就是說，地方司法行政的執行必須符合司法執行處所的事務之一樣情況。

3. 基本法第 103 條第 2 項的適用範圍限縮於國家性的措施，而此措施呈現出對於某種違法、有責的行為之高度非難，予以作出反應，而且，因為此種值得非難的行為，必要的惡之科處乃是提供有責性的償還之手段。

4. 在條文規定的公布與生效之前，犯罪行為者便早已經受到保安管束之科處並且也仍尚未完成執行。對於首度所作出的保安管束與可適用性於犯罪行為者，最高期間的廢棄符合法治國的信賴保護之當為要求（基本

法第 2 條第 2 項結合同法第 20 條第 3 項）。

案 由

2004 年 2 月 5 日德國聯邦憲法法院第二審判庭係基於 2003 年 10 月 21 日的言詞辯論程序，而為判決—2 BvR 2029/01，有關 M...先生的憲法訴願程序之被其授權提出訴訟者：律師 Bernhard Schroer，Universitätsstraße 27，35037 Marburg—控訴不服 a) 2001 年 10 月 26 日，梅茵河畔的法蘭克福市之高等地方法院的判決—3 Ws 543 以及 544/01—，b) 2001 年 4 月 10 日，馬堡地方法院的判決—7 StVK 50/01 以及 7 StVK 51/01—，間接地也控訴不服 c) 在 1998 年 1 月 26 日的「打擊性侵犯以及其他危險性的犯罪行為法」之版本裏 (BGBl I S. 160)，刑法典第 67d 條結合刑法施行辦法第 1a 條第 3 項。

判決主文

1. 憲法訴願被駁回。
2. 在 1998 年 1 月 26 日的「打擊性侵犯以及其他危險性的犯罪行為法」之版本裏 (BGBl I S. 160)，刑法典第 67d 條第 3 項以及刑法施行辦法第 1a 條第 3 項符合基本法之規定。

理 由

A. 事實與爭點

憲法訴願者認為，對於他第一次所作出的保安管束之科處，在十年經過之後，應該去宣告其期間業已經完成，然而刑事判決卻是駁回憲法訴願者的此項聲請。故其提起憲法訴願，控訴這些刑事院所為的諸多判決已經違憲。除此之外，憲法訴願間接地也對保安管束目前的法律制度之形成，提出其合憲性之質疑。

I. 保安管束的立法沿革

1. 任何團體的秩序有賴於免於危險性的犯罪行為者之危害。自從中古世紀以來，殺人罪除了無限期的留置可以提供作為預防之手段之外，尚有科處「在櫓艦裏，從事划槳的苦役」(Galeerensklaverei) 或「放逐」(Deportation)，亦可供使用。隨著自由刑之到來，再犯者被判決，去從事長期性的拘禁與強制勞動。除此之外，在 1794 年普魯士邦國的一般邦法第 5 條第 2 項第 20 款的規定裏，其開啟了除了自由刑的持續進行之外，而也有產生將傾向犯 (Hangtäter) 逮捕入獄之可能性。

到了十九世紀末，一種「現代化的」刑法學派提出，刑法的意念可以提供作為與行為者相關聯而威嚇、矯正與保安之手段，並且發展出一種二元的制裁體系。繼之，刑罰雖然必須以有責性為基準，一旦刑罰不足夠地滿足預防的需要性，此時，卻是可以

透過補充性的措施，其更加地被充實完整。在德國 20 世紀初以及威瑪共和國之時期，於其新的刑法典之所有草案裏—儘管以不同的形成之方式出現，雙軌的制裁體系皆已經被接納入進來。

在 1933 年 11 月 24 日，立法明文規定出「防止危險性的習慣性犯罪以及有關矯正與保安的保安管束處分之法」(Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregel der Sicherung und Besserung) (RGBl I S. 995—帝國習慣犯罪法)，雙軌的制裁體系最後找到刑法典之切入點。對於「危險性的習慣性犯罪」，在帝國刑法典第 20a 條裏，對該此習慣性犯罪規定了嚴厲的刑罰。並且，在帝國刑法典第 42e 條之規定裏，對該此習慣性犯罪有義務地去作出保安管束之處分。依據帝國刑法典之第 42f 條之規定，保安管束的留置過去一直沒有對其進行期間之規定，並且，隨著留置的目的迫切需要，以保護公共大眾的安全，留置也必須隨之如此地長期繼續進行下去。依據帝國刑法典之第 42f 條第 3 項之規定，法院必須每隔 3 年去審查，保安管束處分是否還能夠達到目的。之於時間的效力而言，帝國刑法典第 2a 條已經規定出，有關矯正與保安的保安管束處分必須依據法律來被判決，而該法律在判決之時點是有效適

用的。除此之外，該法律已經規定出，在過渡的規定裏，對於已經被拘禁的刑事犯者，嗣後仍然可以作出保安管束的處分(參閱帝國習慣犯罪法第 5 條)。

2. 在 1945 年之後，1933 年的帝國習慣犯罪法之重要部分，已被保留下來，並不受到變更。例如帝國刑法典第 2a 條之規定，有關保安管束的規定，同樣地，其被納入 1953 年的刑法典裏。在 1969 年，於第一次刑法改革的法律裏(BGBl 1969 I S. 645)，保安管束的法規範才正深入且廣泛地予以轉化。隨著在 1970 年 4 月 1 日第一次刑法改革法律的生效，刑法典第 20a 條之規定便就失其效用；科處保安管束之形式與實質要件在刑法典第 42e 條之規定裏更進一步地嚴格。該法律提高了動機行為所欲要求的刑罰標準，有關刑罰前置的行為設有較高的要求標準，並且針對有義務性的保安管束處分之作出，要求其前置性的科處。留置的最高期間過去並沒有被規定出來，然而，對於留置要件，法院對其審查之有效期限已經被縮短到只能二年(刑法典第 42f 條)。

1975 年 1 月 1 日，隨著第二次刑法改革的法律(BGBl 1969 I S. 645)之生效後，相形於當今的刑法典第 66 條第 1 項以及第 2 項、刑法典第 42e 條第 1 項以及第 2 項之內容

並未被改變。對於保安管束，法院對其審查之有效期限，該法律予以保留，並且，該法律將法院審查之有效期限規定於今日的刑法典第 67c 條以及第 67e 條之內文裏。然而，依據刑法典第 67d 條第 1 項之規定，立法者將第一次所作出的保安管束之處分，限制其最高期間只能到十年為止。並且，以此規定，立法者取代了刑法典第 42f 條之早期規定。現今，刑法典第 67d 條之規定如下：

刑法典第 67d 條（留置的最高期間）

第 1 項 第一次所作出的保安管束處分之留置期間不准超過十年。有效的期限自留置之時開始起算。在自由刑之前，而自由刑所附帶作出的具有剝奪自由性質之保安管束處分已經被執行，若是如此，則該保安管束處分的最高期間延長到自由刑的期間。但保安管束處分的執行時間與刑罰並罰，不在此限。

第 2 項 無最高期間之規定或者時效尚未屆滿，除保安管束處分的執行之外，只要是，被留置之人被負責任的檢驗出，於不予留置下將無再實施違法的行為，則執行法院之於監護的留置之繼續執行，予以中止。隨著留置之中止，

看管監督便即時開始。

第 3 項 最高期間尚已屆滿，若是如此，則被留置之人須被釋放出來。因此，保安管束處分已經終結。

為了除掉法官進行絕對不定期刑的處罰之恐懼，十年期間為上限之導入引用便已經一開始就被要求。許多法院在實務上可能會認為，保安管束是為一種生命長期性的自由剝奪，並且，因為法院所作出此種的處分，可以因此得到嚇阻的作用。藉以該此新規定，人們所願意達成的是，法院本來就有可能會克服這些疑慮，並且，其未來本來就可能有愈來愈多利用作出保安管束之可能性，以保護一般大眾的利益（參閱：對於刑法改革，特別委員會之議事錄，第 5 屆國會任期，第 3 次會議，第 14 頁）。在持續進行討論之際，人們也指示出「比例原則」以及「明確性原則」（參閱：聯邦眾議院出版品 7/2222，第 2 頁以下）。有期間的規定之其中一理由是在於，人們已經知道在診斷的方法裏，存在有不充分性（參閱：對於刑法改革，特別委員會之議事錄，第七屆國會任期，第 17 次會議，第 742 頁；對於刑法改革，特別委員會之議事錄，第七次國會選舉，第 33 次會議，第 1694 頁）。相反的是，立法者拒絕，對於再度受到保安管束的處分，採納十年的期間界限之適

用。依據刑法典第 67e 條之規定，透過例行性的保安管束處分之審查，受保安管束之人的權利已經足夠地受到考慮（參閱：對於刑法改革，特別委員會之議事錄，第 5 屆國會任期，第 116 次會議，第 2307 頁以下）。

3. a) 在 1998 年 1 月 26 日（聯邦立法公報第 1 冊第 160 頁），對抗性犯罪以及其他的危險犯罪行為之法律鬆綁至作出保安管束處分的形式要件。依據新所納入的刑法典第 66 條第 3 項之規定，在第一次有關的再犯行為之後，法院已經能夠在第 2 句的要件之下，在重大的情形時，甚至於無預先判決或者自由的剝奪，作出保安管束的處分。有關保安管束的留置，其規定如下：

刑法典第 66 條（保安管束的留置）

第 1 項 某人因為故意的犯罪行為而其被判決二年以上之自由刑，法院若是有以下的情形，除刑罰之外，則尚又可作出保安管束之處分：

1. 在為此新的行為之前，因為故意進行犯罪行為之行為人，而其已經二次各被判決一年以上之自由刑。

2. 在為該新的行為之前，因為諸多行為當中的一或多個已經服過二年以上之自由刑，或者已經接受過具有剝奪自由性質的矯正與保安管束處分之執行，以及

3. 因為行為人有重大的犯罪行為之傾向，因此對於公共大眾是具有危險性的，由此得到行為人及其行為的總體評價。也就是說，受害者會因該重大的犯罪行為，而其精神上或身體上嚴重地受到損害或者經濟上嚴重地產生損害。

第 2 項 某人已經進行三個故意的犯罪行為，而透過這些行為，其各皆已經構成一年以上之自由刑，並且因為諸多行為當中的一或多個已經被判決三年以上之自由刑，若是如此，則除刑罰之外，儘管沒有預先判決或者自由的剝奪（第 1 項第 1 款以及第 2 款），在第 1 項第 3 款所規定的要件之下，法院得作出保安管束的處分。

第 3 項 某人因為重大的犯罪或者犯罪行為而依據第 174 條到第 174c 條、第 176 條、第 179 條第 1 項至第 3 項、第 180 條、第 182 條、第 224 條、第 225 條第 1 項或第 2 項等之規定，或者依據第 323a 條之規定，被判決二年以上之自由刑，若是如此，則除刑罰之外，只要行為人在為該此新的行為之前，因為其犯下諸多犯罪行為當中的一或多個曾經一度被判決三年

以上之自由刑，並且構成第 1 項第 2 款以及第 3 款之情形，法院得處以保安管束之處分，但犯煙毒之重大犯罪或其他類似的違法行為，不在此限。某人已經犯下第一句所規定的種類當中之二個犯罪行為，而該犯罪行為各皆已經構成二年以上之自由刑，並且因為其犯下諸多犯罪行為當中的一或多個被判決三年以上之自由刑，若是如此，則除刑罰之外，儘管沒有預先判決或者自由的剝奪（第 1 項第 1 款以及第 2 款），在第 1 項第 3 款所規定的要件之下，法院得處以保安管束之處分。第 1 項以及第 2 項不受影響。

第 4 項 ……………

b) 憲法訴願的客體對象是刑法典第 67d 條之變更規定，而藉該規定的變更，在那，立法者所規定的首度作出保安管束之留置，其十年最高期間，予以廢止。同時，立法者變更了在期待條款裏的檢驗之第 2 項之規定。相反的是，立法者對於所有的保安管束之情形，也就是說，也對於再度所處分之情形，在十年執行期間之後，在第 3 項裏納進導入審查的義務。

有關保安管束的留置期間，其規

定如下：

刑法典第 67d 條（留置的期間）

第 1 項 於保安管束的戒禁處所裏之留置執行期間不得超過二年。有效期間自留置之時開始起算。若是在自由刑之前，自由刑附帶所作出的具有剝奪自由性質之保安管束處分已經被執行，則保安管束的最高期間延長到自由刑的期間，但保安管束處分的執行時間與刑罰並罰，不在此限。

第 2 項 若是無最高的有效期間之規定或者時效尚未屆滿，被留置之人除保安管束處分之外，其將無再實施違法的行為之期待可能性，則執行法院之於監護的留置之繼續執行，予以中止。隨著留置之中止，看管監督便即時開始。

第 3 項 若是保安管束的十年留置已經被執行完畢，但只要是，被留置之人因為其犯罪的傾向將會犯重大的犯罪行為，因此，受害者凡是精神上或身體上嚴重地受到危害，已不存有上述的危險，則法院宣告保安管束處分業已完成。隨著保安管束處分業已完成，看管監督便即時開

始。

第 4 項

第 5 項

德國聯邦政府原本所提出的立法草案（德國聯邦眾議院印刷品 BTDrucks 13/8586）並未將保安管束的最高期間，予以刪除。相對的是，德國聯邦參議院當時已經建議，原則上可以保留有最高期間之規定，例外地，某種情形之下，有可能，在十年期間屆滿之前，為了公共大眾的保護所需要者，無期間的保安管束處分，予以作出。令人無法可接受的是，基於法律，可以毫無例外地，第一次的保安管束之期間限定在十年。此有效的法規範可能可以導出，在十年過後，某一位被判決者仍然是具有高度的危險性，其就必須強制地被釋放出來。如此種類的案件雖然在實務上極為罕見。但是，就任何的個案而言，無法確悉，法律必須促使，去處理與釋放具有高度危險性的行為者之有關風險，以及在極端的情形，予以觀望，直到行為者以嚴重的方式，重新作出犯法之情形（參閱德國聯邦眾議院印刷品 13/7559，第 11 頁）。在其相反的陳述裏，德國聯邦政府宣告，不管最高期間經過之後或之前，最高期間之廢棄是不迫切需要的，因為行為者絕不是在令公共大眾感到同情之情況下，從保安管束當中，事先就成為是一位被釋放者（參閱德國聯

邦眾議院印刷品 13/7559，第 18 頁）。

最後所通過的法律條文可以追溯到德國聯邦眾議院的法規委員會所為決議的建議意見（參閱德國聯邦眾議院印刷品 13/8989，第 6 頁）。該法規委員會的報告係有關於，過去以往有必要，去限制首次的保安管束與享有權益的民眾之安全利益，二者之間相互衝突。為了去限制超過十年期間的保安管束之延長，只有在不可或缺的必要情形時，該立法草案才規定可以特別的審查。如果被留置之人因為其犯罪傾向將會為犯罪行為，其有該當的危險存在時，因而，受害者舉凡是精神上或身體上有可能嚴重地受到危害，唯有如此的情形，則才存在有超過十年期間的保安管束，予以執行之可能性。就實施上述此種的審查而言，專業鑑定人可以參與聽證，而為被留置之人去延攬辯護人，為被留置之人辯護（參閱德國聯邦眾議院印刷品 13/9062，第 10 頁）。

c) 就時間的適用範圍而言，刑典施行辦法第 1a 條所納進的第 2 項確定出，保安管束所減輕之作出處分要件只有對未來才會生效。隨著憲法訴願之提出，同條新納入的第 3 項同樣地受到批判，因而，十年期間界限的廢除也關係到犯罪行為者，而此犯罪行為者在修正案公布與生效之前，已經進行犯罪行為，並且在該時間點

之前已經被判決：

刑法典施行辦法第 1a 條（有關保安管束的規定之可適用性）

第 1 項

第 2 項 行為者在 1998 年 1 月 31 日之後，已經開始從事進行於刑法典第 66 條第 3 項第 1 句之規定所指稱的方式其一之犯罪行為，只有在如此的情形，刑法典第 66 條第 3 項才有適用。

第 3 項 在 1998 年 1 月 26 日「打擊性侵犯以及其他危險性的犯罪行為法」之版本（BGBl I S. 160）裏，刑法典第 67d 條的適用不受到任何的限制。

鑑於刑法典第 66 條第 3 項之規定，立法者以信賴保護原則，針對刑法典施行辦法第 1a 條第 3 項所規定的排除溯及效力，予以說理。反之，於刑法典第 67d 條裏不受任何的限制之溯及效力，刑法典施行辦法第 1a 條第 3 項之規定所考慮的情況是，在此，新規定不是涉及到保安管束的作出處分與否之問題，而是僅僅涉及到保安管束的期間多久之問題而已。因此，「基於憲法之故，溯及效力的保護不如同刑法典第 66 條第 3 項的情形，因而其必須被設定有相同高度的要求」（參閱德國聯邦眾議院印刷品 13/9062，第 12 頁）。

d) 有鑑於上開新的規定，訴訟法已經隨之被補充與被調整。對於依據刑法典第 67d 條第 3 項之規定的法院審查，以及對於依據刑法典第 67d 條第 2 項之規定的後續判決，刑事訴訟法第 463 條第 3 項（新版）必要地已經規定出專業鑑定人的參與聽證，以及替被留置之人去延攬辯護人。除此之外，刑事執行法第 9 條（新版）受到刑事執行法第 6 條第 2 項第 2 句與同法第 7 條第 4 項之規定，予以補充，其已經規定出，有其必要將有治癒能力的性侵犯之犯罪行為者，送進社會治療機構。

II. 憲法訴願的事實經過

有位在 1957 年出生的憲法訴願的提出者，其自從 15 歲開始，到現在為止，一生只有數周的時光是處在自由的日子裏。如果沒有因為他所抨擊的新規定，他就有可能在 2001 年 8 月 18 日之時，因為保安管束的十年期間經過，就已經從保安管束處分當中，被釋放出來。

1. 該位憲法訴願的提出者已經在 1971 年，因為商店的偷竊案件，其被法官嚴重地予以警告。在此之後，大約一年後，又因為偷竊案件與享樂物品的竊盜，首次地予以五天的少年拘提。幾近一個月之後，他和其他的年輕伙伴們特別是一再地竊用汽車與休憩車。在 1972 年 12 月，尤其因為他犯下三件繼續性、重大集體的

偷竊案件，其被判決以不定期間的少年刑罰。直到 1975 年 7 月 5 日，他服下最高三年期間的有期徒刑。正當刑事執行的期間，他總共逃跑 3 次。他從少年監獄被釋放出來之後，不到 3 周內，他一再地因為多次竊用私人汽車，而具有可罰性，並且，到 1975 年 11 月，最後被判，去服 10 個月的少年刑罰。正當執行的期間，他逃亡了一周。延長其刑罰之執行至 1976 年 7 月。

2. 從拘禁釋放出來之後的一周，他以集體危害性的身體傷害與強盜性的勒索等之方式，又開始犯下集體性的共同搶劫案件，隔日，犯下謀殺之未遂，又次日，犯下加重集體的偷竊案件。

在 1977 年 10 月，Kassel 地方法院因為上述諸多的犯罪行為，因而判決該位憲法訴願的提出者，去服六年的少年刑罰。有利於接續以下兩個判決，執行已經中斷，並且迄至 1984 年 10 月最後已經完全執行完畢。從 1977 年 10 月，Kassel 地方法院所判決的六年刑罰，迄至 1980 年 7 月，在此之前，他首先已經服了 2/3 的刑罰。

3. 在 1977 年 11 月，該位憲法訴願的提出者正值其拘禁當中，重新地刑罰又到期，由於他無故向監護的公務員扔擲笨重的金屬箱，並且緊接著用螺絲起子向該公務員刺過去。因

此，在 1979 年 3 月，Wiesbaden 地方法院對於該位憲法訴願的提出者，因其危害性的身體傷害，而判決去服一年九個月的自由刑罰，並且依據刑法典第 63、20、21 條之規定，法院命令將該位憲法訴願的提出者，留置於精神疾病治療院，並且確定出，在該保安管束處分之執行前，刑罰仍然必須予以執行。因為該位憲法訴願的提出者患有精神疾病，而此精神疾病呈現出精神反常之現象，並且極有可能再度最嚴重地侵襲在他身旁的生活周遭之人。

4. 在作出上述判決之前，他和另外一位同受刑者吵架，為了有關牢房窗戶之已開著的問題，因而，導致該惱怒的憲法訴願的提出者用盡全力地腳踢已經重度殘廢、身體倒地的同受刑者之頭部，並用襲擊他、搥打他以及窒息他。因此，該位憲法訴願的提出者因為身體傷害並與以下三個所指稱的刑罰共同合併計算，Marburg 地方法院判決其二年六個月的自由刑罰。依據刑法典第 63 條之規定所作出的保安管束處分，仍然予以維持。

5. 自從 1984 年 10 月，保安管束處分針對法院所為的命令，去將其送到精神疾病的治療機構，已經予以執行。在那裏，一開始，該位憲法訴願的提出者的行為舉止並不引人注意並且也很適應那裏的生活。但是自 1985 年 7 月起，其就已決心想要逃

跑。在鬆動的執行作業之下，按照例行性預定的時間，他與一位無報酬的、自從 1980 年便已經負責長期追蹤照顧他的執行女助手，從事數小時的外出。一開始，該位執行女助手請該位憲法訴願的提出者，去吃中餐。緊接著，在飯後的散步時，該位憲法訴願的提出者突如其來地推倒這位他的女伴隨者，以及試圖予以勒斃。正當三個年輕人快要接近犯罪現場的時候，該位憲法訴願的提出者才罷休，放該位執行女助手一條生路，帶著該位執行女助手的手提包快速逃逸。數日之後——一件有計畫性的強盜案，在著手實施之前，錯誤地對停車場的女使用者動手——，在此之後，他被逮捕。在 1986 年 11 月，因為他謀殺未遂，和強盜罪從一重處斷，所以 Marburg 地方法院判決他五年的自由刑罰，並且作出保安管束的留置之處分。地方法院根據專業鑑定人的意見以作為判決的出發點，因而認為該位憲法訴願的提出者必須為其行為負起完全地責任。然而，他有著根深蒂固的與嚴重強烈的犯法傾向，也因此該犯法傾向，受害者的精神，尤其是其身體，皆有可能受到嚴重地損害。他總是傾向於臨時起意的攻擊行動，未來也盤算為之。可以作為判斷出發點的是，在自由之時的該位憲法訴願的提出者每每以欠錢花用為藉口，對任何人，進行暴力的行為，並且，在殺

死他的受害者之前，他一點也不會感到畏懼。

為了羈押的執行、服刑以及緊接著的保安管束，該位憲法訴願的提出者於精神疾病治療機構的留置，其執行被中斷掉。迨至 1991 年 8 月 18 日，保安管束才開始，予以執行。

6. 正當保安管束處分的執行期間，中間在 1995 年 10 月，該位憲法訴願的提出者利用日間的出入道，逃跑出去，但是，同年 11 月，其又被警察，予以逮捕。在 1996 年 7 月，他打斷同受刑者的鼻樑，只是為了要求其借給他 100 馬克。在 1998 年，司法執行機構已作出報告，該位憲法訴願的提出者多次地呈現出刺激型—攻擊性的行為之類型。他更是變本加厲、冷酷無情，已經成為他行為的原則。長久以來，他樂此不疲地犯下令入髮指的案件。SS 的標記、德國納粹黨的黨徽以及希特勒與戈伯勒的畫像等從他的牢房，已經被撕掉。他拒絕與外國受刑者一起工作。他對典獄長的恨一直不斷地加深，由於他的背痛，他蔑稱典獄長為「人渣廢物」，指控他的牢房生活宛如身處在德國納粹黨第三帝國的集中營裏一般。

7. 在精神疾病的專家評鑑報告書之提出後，對此，刑事執行小組會議作出決議，再度重新地去拒絕，監護的保安管束之中止執行，並且也去拒絕，精神疾病的治療機構業之留置

已經完結，予以宣告。保安管束的執行尚等待判決，懸而未決之時，如果如此，有關後者精神疾病治療機構的留置之保安管束，才可以予以決定。就該位憲法訴願的提出者而言，雖然不再以其精神疾病的患病作判決的出發點。但是，他呈現出捉摸不定的人格特質，而此人格特質深處於根深蒂固的自戀問題。除此之外，他極度欠缺同情心。雖然，他已經學習到，有認知性地去評估社會的狀況。但是，他無知於自己情緒上的障礙，而此情緒上的障礙已經阻礙到他，因而造成別人的傷害。他已經離群索居，並且陷入於危險當中。在生活的一路上，他總希望，用自己高度的自戀需要之方式，讓別人感知到他與注意到他的存在。如此，可被預期的是，他採取新的解決途徑，在此框架下，也犯下新的犯罪行為，因為這些犯罪行為，因而受害者的精神或者身體皆有可能嚴重地受到傷害。

法律的新規定允許第一次所作出的保安管束之處分，其超過十年期間繼續地進行，如果予以反對，或許可能不會存在有憲法上的顧慮。

憲法訴願的提出者提出立即性的憲法訴願，藉由此，他主張，尤其刑律典第 67d 條第 3 項（新版）結合刑律典施行辦法第 1a 條第 3 項是違憲的規定。在進一步的精神疾病專家鑑定之評鑑報告書提出之後，高等地方

法院已經宣告，留置憲法訴願的提出者於精神疾病的治療機構之保安管束處分，業已完成。高等地方法院不採納憲法訴願的提出者所提出的立即性之憲法訴願，認為其係為無理由，但憲法訴願的提出者係針對保安管束的進行期間而為異議時，不在此限。

至於其他危險的犯罪行為，其殘留的犯罪傾向存在於性格病理學、內心缺乏常駐社會規範以及缺乏體恤同情他人。憲法訴願的提出者雖然沒有刑律典第 21、20 條的意義下之其他精神反常現象。但是，憲法訴願的提出者的危險性仍然須要保安管束的繼續留置。有鑒於重大威脅性的犯罪行為，保安管束的繼續留置也是合乎比例原則。

除此之外，在 1998 年 1 月 26 日所公布的、打擊性侵犯以及其他危險性的犯罪行為法既沒有侵害到基本法第 2 條第 2 項，也沒有侵害到同法第 103 條第 2 項，甚至於也沒有侵害到法治國的溯及效力禁止原則。

III. 憲法訴願人的法律見解

依據憲法訴願的提出者的見解，法律的新規定違反了從法治國原則所推論導出來的一般溯及效力之禁止。法律的新規定涉及到真正的溯及效力之情形，因為具有法效力的判決之行為法結果本來可以繼續存在，因此其卻是受到該新法律，嗣後地予以變更。藉由判決的法效力，一致性的生

活事實狀態已經找到其終局性。緊接著的保安管束之執行構成另外一種新的生活事實狀態。故真正的溯及效力是違憲的。對於所致力進行的保安管束之延展，其欠缺經驗上、有可被證實的必要性。在達到十年期間的界限之後，一些人已經被釋放出來，這些人並沒有顯示重大脫序的行為。因此，人們只有單純地接受不真正的溯及效力之情形，則公共福祉的諸多考量才正是對於保安管束之繼續執行，無法具有正當地予以說理。

除此之外，法律的新規定侵害到基本法第 103 條第 2 項之規定的溯及效力禁止。就該保安管束之方面，其涉及到「刑罰」。如此的保安管束已經呈現出，和基本法第 74 條第 1 項第 1 款作類比，而從該條文的規定推論出，聯邦立法者對於保安管束的法規範，有其立法權限，儘管基本法第 74 條之規定，其僅提到的是「刑法」，而不是保安管束處分之法。如果人們理解保安管束係為純粹預防性的措施，總而言之，則涉及到保安管束處分的規定，因其欠缺立法的權限，甚至於會是違憲的。除此之外，去適用基本法第 103 條第 2 項也要求刑法與保安管束處分二者必須緊密的聯結在一起。作出保安管束的處分係以故意的犯罪行為為前提要件，而此故意行為又必須以具有某種最低限度的刑罰，予以作為懲罰之手段。保安

管束如同刑罰一般，其也是在司法執行機構裏，予以執行。

由於欠缺制裁時間的劃定界限，最高上限期間嗣後地予以廢除，也因此違反明確性的要求。除此之外，如果立法者嗣後以不定期限之方式，變更法官原本所為（已定有期限）的保安管束之處分，則將會呈現出法律上的法官之剝奪情形（基本法第 101 條第 1 項第 2 句）。另外，法律的新規定抵觸了比例原則。預先性的刑事執行與保安管束總共加起來已經進行超過 15 年以上的期間。因此，總共所進行的期間通常比起，立法者對於最重大的犯罪—謀殺—，其在刑法典第 57a 條所設定的 15 年之期間，還要來得久。最後，所害怕的是，因為欠缺時間的界限，預備釋放出來的執行鬆綁之情形比起過去可能會更加嚴格地被運作。因此，被保安管束之人比起已經被判決有期徒刑或無期徒刑的自由刑之行為人，置於更加嚴重地惡化的境地。

IV. 執行機關的共同宣言

之於憲法訴願，聯邦司法部、聯邦普通法院第一、三、五刑庭的庭長、聯邦首席檢察官、巴伐利亞邦的司法部、下薩克森邦以及黑森邦的邦長發表共同的宣言。他們一致地達成共識，認為法律的新規定符合了基本法的諸多保障，並且認為，在例行的情形，法律的新規定受到專門法院之

適用，無面對重大的疑慮。

V. 各邦政府對於保安管束的運作情形

憲法法院的審判庭已經將問題列出清單，將其交付給各邦政府，以為在各個不同邦之間，有關於保安管束的執行與執行法的運作之情形，取得其資料說明。自從 2002 年 3 月到 6 月的期間，上述的答覆陸續地進行中。從這些的答覆當中可以推知：

在各個不同邦裏，於第一次所作出的保安管束而仍然在執行當中，總共還有 284 位處在羈押期間。尚針對 29 位再度地所作出的保安管束，予以執行中。至少有 165 位被留置之人（不包括北萊茵－威斯伐倫邦）已經關係涉及到，依據刑法典第 67d 條結合刑法典施行辦法第 1a 條第 3 項之規定而所廢除的時間界限，因為就他們而言，在 1998 年 1 月 31 日以前，保安管束處分早就已經被作出課處。第一次所作出的的保安管束之平均執行期間，可以列舉如下：巴登符登堡邦－六年、巴伐利亞邦－七年、黑森邦以及北萊茵－威斯伐倫邦－四年七個月、施列斯威希－豪斯坦邦－二年三個月。在巴伐利亞邦，再度地所作出的保安管束處分之平均執行期間係是十年又二個月，在北萊茵－威斯發伐邦，係是六年又三個月。

各個邦已經回答了保安管束的執

行當中的特殊性之問題－其各別的情形，具有極大地差異而有所不同－，可以指出的是：個人的留置、拘留期間的特殊裝備、可以使用自己的衣服與自己的盥洗用具、團體房的留置以及餵養小動物之許可。部分地額外的休閒時間、團體活動、烹飪以及運動等之空間提供給被保安管束之人去利用。被保安管束之人有關於物之買入、包裹之接受、零用錢、通話、面會之可能性與自由活動以及有關於放風之時間等，比起刑罰的受刑人，皆有更好地對待。之於與刑罰的受刑人之作出接觸，如同在各個執行機構裏一樣，對於所有的受刑人所提供的休閒活動，可能予以參與。

被留置之人受到精神疾病、精神或社會治療的治療，予以處理，其比例可以列舉如下：巴登符登堡邦 22%、柏林 38%、漢堡 44%、黑森邦 40%、下薩克森邦 29%、北萊茵－威斯伐倫邦 69% 以及施列斯威希－豪斯坦邦 40%。以各邦的平均值來看，所有被保安管束之人的 65% 大概是從事於勞動、勞動治療性的活動、教育或再教育。部分被留置之人感受不到上述的治療、活動或教育的諸多可能性，各邦指稱，其原因正是由於被留置之人的年齡、所患的疾病、排斥的態度或欠缺動機等。

VI. 保安管束的意義與實際運作之聽證

在言詞審理之時，聯邦憲法法院對於長期性的被留置之人以及保安管束的意義與實際運作，已經聽證到專業鑑定的諮詢人員，就其所為的診斷之安定性，予以評估。之於診斷的問題，已經受到邀請的諮詢人員如下：Halle-Wittenberg 大學精神疾病以及精神治療的診所與門診部主任—Dr. Dr. H.c. A. Marneros 教授以及慕尼黑大學精神疾病以及精神治療的診所與門診法庭精神疾病部主任—Dr. N. Nedopil 教授，皆已經發表意見。之於執行的實際性，除了弗萊堡市對於被保安管束之人部門，其司法執行機構的前任主任之外，簡易法院的法官 T. Ullenbruch、各邦的司法執行機構之各個主任均有發表其意見。

B. 憲法法院間接的規範審查

只要是，憲法訴願的提出者間接地批評，刑法典第 67d 條第 3 項的新規定係違憲的，則憲法訴願是許可的。在這一方面，依據聯邦憲法法院法第 23 條第 1 項第 2 句、第 92 條之規定，憲法訴願的提出者重要實質地解釋出，刑法典第 67d 條第 3 項的新規定有侵害其自己的權利之可能性。

反之，憲法訴願的提出者無法主張憲法的疑慮，在所受到批判的決議裏，其新規定的具體適用，予以提出異議。憲法訴願的提出者既無法明確地，也不依照實際情況地去批判，執行法院對於刑法典第 67d 條第 3 項的

解釋。然而，依據聯邦憲法法院法第 93 條第 1 項之規定，在一個月的期限內，憲法訴願的提出者本來必須為上述的行動（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 81, 208 (214f.)；88, 40 (44f.)）。因此，憲法法院的審判庭必須將自己限制在間接的規範審查，而其餘部分，所受到批判的決議，不予審查。

C. 刑法典第 67d 條第 3 項有關保安管束無法定上限期間的規定之合憲性

憲法訴願是被許可的，卻無理由。在考慮到以下的闡述之下，刑法典第 67d 條第 3 項（新版）結合刑法典施行辦法第 1a 條第 3 項之規定符合了基本法。

I. 無違反基本法第 1 條所揭櫫的人性尊嚴之保證

法律無規定時間上限的保安管束之留置並無違反基本法第 1 條所揭櫫的人性尊嚴之保證。

1. a) 人性尊嚴的尊重與保護屬於基本法的諸多立憲原則（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187 (227)；87, 209(228)；96, 375(398)；102, 370(389)）。藉由人性尊嚴，人類社會的價值與尊重之要求已受到保護，而此種的要求乃是，使人類成為國家統治的單純客體對象，或使人類遭受到，其主體性原則上已經成為問題的處置對待，予以禁止（參閱聯邦

憲法法院裁判集 BVerfGE 27, 1(6); 45, 187(228)。此種意義下的人性尊嚴針對由於身體或精神的狀態而無法有意義地從事行為之人，也是與生俱來的。甚至於由於「不尊重的」行為，人性尊嚴也不會因此而喪失。人性尊嚴不能從人類身上，予以剝奪。不過，從人性尊嚴得出之尊重請求，是會受到傷害的（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 87, 209(228)）。

b) 對於刑事司法而言，對於人性尊嚴的尊重之當為要求尤其是意涵著，殘忍的、非人性的、貶抑性的刑罰是應該予以禁止的。在侵害到憲法所保護的社會價值與尊重的要請求之條件下，行為人不准因此而被迫使成為打擊犯罪的單純客體對象（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187(228) 連同其他參考資料）。如果享有基本權利之人的自由責任不被正當合理地，予以對待，以及因為享有基本權利之人犯下犯罪行為，因此社會團體剝奪其自由，則人類個人與社會存在的根本重要之要件也才必須予以維持。從基本法第 1 條第 1 項之規定所導出來的是，國家也負有義務，尊重人性地去形成自由的剝奪。國家就其自身可能會要求，強制地去剝奪人類的其自由，要是如此，如果沒有給予此人類最低限度的機會，使其能夠再度地回到自由的生活，在上述的情形也有可能和人性尊嚴的保證相違

背（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187(229)）。

對於無期徒刑的作出與執行，法院已經判決，無期徒刑以有意義的處理執行之方式地找到其憲法上必要性的補充。執行機構注意到，課處以無期徒刑的受刑人之基本權利，因而其負起義務，在可能的架構下，有去應付處理自由剝奪的損害之影響，尤其是在性格改變的扭曲之影響。因為此損害性的影響已經嚴重地產生生活的應變能力之問題，並且還排除，受刑人在從拘禁釋放出來的時候，還能夠真正地可以找到正常的生活。針對於受刑人的身體或精神之狀態，其損害性之效果在可能的架構下，必須被遏止（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 64, 261(277)）。

c) 對於保安管束當中的犯罪行為人之留置，上述這些的標準對其也有適用。如果因為被留置之人的持續進行之危險性，而有所必要予以長期性的留置，則人性尊嚴也不因為長期性的留置而受到侵害。無法避免的是，國家團體藉由自由的剝奪，而去對抗危險性的犯罪行為人（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187 (242)）。藉由採取不可或缺的措施，以為了保護重要的團體利益，而免於受到損害，因此，基本法所設定的個人之團體關係性以及團體拘束性，而為不可或缺的措施之正當性，予以說

理。在這些的情形，去維護被留置之人的獨立自主以及尊重與保護其尊嚴也是有必要的。因此，正如同刑事的執行一樣，保安管束所必須設定出的目標是，去創設對於有責任的自由生活之要件。

在保安管束的架構裏，也可以對被留置之人的再社會化，產生影響。鑒於相關當事人的根深蒂固之犯罪傾向，其再社會化可能是比起刑事犯，更加地困難。而且，人性尊嚴的保護需要法律的明文設定以及執行的觀念，而此執行的觀念賦予被留置之人，可以再度重新取得其自由之真正機會。

2. 在保安管束的當今形成當中，其滿足了上述這些的標準。

a) 有鑒於個人之團體拘束性，由於持續危險性的保安管束不牴觸基本法第 1 條第 1 項的基本權利。

基本法已經決定出，在個人所處的團體關係性以及團體拘束性之意義下，個人—團體的緊張關係，在此，沒有碰觸到個人的自我價值（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 4, 7 (15f.)）。面對此種的人類圖像之前，保安管束也成為去保護公共大眾的預防性措施，故其與基本法相符合一致。藉此，相關的當事人不會因而成為國家統治行為的客體對象。相關的當事人不會因而被貶抑成為單純的工具或因而成為可以被任意取代的東

西。

b) 就對於保安管束的制度而言，從基本法第 1 條第 1 項之規定，無法推論導出憲法上的當為義務，在有關保安管束的作出或後來的審查時間點之方面，設定出其執行期間的上限。因為危險的診斷總是於當今，而對未來是有可能的。此種的危險性到底將會持續多久，端賴於未來的發展而定，而此未來的發展無疑地無法事先予以預測。因此，立法者規定出，對於被保安管束之人，有關其事先釋放出來的時間點，不予採取預先有拘束力的決定，若是如此，則無法加以批判置喙。

aa) 法律無疑地對於任何的執行領域之保安管束處分，予以審查，而此保安管束處分有可能會導致相關的當事人被釋放出來：依據刑法典第 67c 條第 1 項第 1 句之規定，法院必須在刑事執行的結束之前，去進行審查，對刑事受刑人的刑事執行當中，在考慮受到判決之人的發展之下，危險性是否從該受判決之人仍然繼續存在。因該危險性的繼續存在，而使得保安管束的執行，成為當為的要求（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 42, 1(6ff.)）。在保安管束的留置開始之後，其執行的上限期間為二年（刑法典第 67e 條第 2 項）。法院基於職務，所應該進行調查的是，依據刑法典第 67d 條第 2 項所規定的監

護，保安管束處分的執行得以中止。如果保安管束的留置已經被執行了十年之久，只要是重大的危險性已不繼續地存在，則依據刑法典第 67d 條第 3 項之規定，法院宣告保安管束處分業已結束。因此，如果被保安管束之人尚不能夠被釋放出來，則緊接著，有關於保安管束繼續執行的必要性，至少在二年期間經過之前，總是必須予以決定（刑法典第 67e 條）。

就保安管束執行的業已結束以及其中止的條件成熟，被保安管束之人被重新再度審查，其法律體系保障相關當事人的正當程序之法安定性。在執行開始之前，被保安管束之人已經能夠預見出，舉凡是以下的時間點—自由刑的結束、十年時效、其餘例如每二年—，實現去被釋放出來的足夠機會。在此，必須也被考慮的是，十年期間經過之後，依立法者的意志來看，被釋放出來已經是允許的（見以下 C. II. 2. b）。如此的話，其就可以滿足基本法第 1 條第 1 項的當為要求。

bb) 在現有既存的程序裏，邦政府的告示證實了規範性的設定之有效性。有關於受到界限的期間，儘管只有其局部性的提高而以該邦政府的告示為基礎，並且依照一致性的標準，迄今仍然缺乏可具有代表性的資料基礎。然而，邦政府的報告足以推論出，被保安管束之人擁有具體與可實

踐的機會，可以從保安管束當中被釋放出來。

儘管如此，只有極為稀少的保安管束，於監護的保安管束處分執行之前，予以中止。反之，儘管有區域性的浮動性之差異，保安管束處分的執行之後，例行性的保安管束之審查常常導致，去決定有關保安管束的中止。

c) 去解釋保安管束的法律框架之條件，其目標在於，在可能的架構下，對於受刑人的身體或精神之狀況，抑制損害性之效果。

aa) 保安管束不因可能會發生的拘禁之損害，就觸犯了基本法第 1 條第 1 項之規定（參閱聯邦憲法法院裁判集：針對無期徒刑 BVerfGE 45, 187(237ff.)）。就長期性自由剝奪的影響效果而言，有關其較新出來的研究（參閱總結 Weber, Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1. Aufl., S.88ff.）也沒有證實出，保安管束的處分必然地就會導致身體或精神態樣上，無法回復原狀的損害。因為長期的刑事執行，其健康的損害雖然不被排除；但是，法律與執行實務避免如此這些的損害。

bb) 在某一有意義的治療性執行裏，未定有期間的保安管束找到其憲法必要的補充（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187(237 ff.)；98, 169(200f.)）。

保安管束是具有規範性的，如同事實上，遵循著再社會化的思想為目標。再社會化的執行目標（刑事執行法第 2 條第 1 項）也適用於刑事受刑人，而對該刑事受刑人，作出附帶的保安管束之處分。自由剝奪的損害效果必須被抑制防止（刑事執行法第 3 條第 2 項）。尤其是對於被保安管束之人，刑事執行法第 129 條第 2 句有規定出，應該對被保安管束之人，予以幫助，使其容易融入自由世界的生活當中。依據刑事執行法第 131 條之規定，特殊的拘禁空間裝置與其他優渥的拘禁條件，可以有助於被留置之人能夠在監牢裏，有意義地形成其生活，並且最大可能地防止因為長期自由剝奪而產生之損害。刑事執行法第 132 條（自己的衣服與盥洗用具）以及刑事執行法第 133 條規定出特別的優惠措施（自己有權去處理事務、最低度的零用錢）。其餘，依據刑事執行法第 10、11、13 條之規定，一般性的拘禁之減輕執行也適用於被保安管束之人。公共大眾的保護之當為要求並不排除，在相同的實質條件下，給予被保安管束之人，如同其他的刑事受刑人一樣，執行的鬆綁與假期。

刑法典的保安管束處分之法規範未明確地規定出傾向犯行為者的治療。然而，刑法典第 67a 條第 2 項規定了有可能性，在保安管束處分的執行當中，依據刑法典第 63 條或刑法

典第 64 條之規定，嗣後可以匯款給被保安管束之人，只要因該項措施，而對其再社會化能夠有較好地予以促進改善。在這方面，法律給予傾向犯行為者的門診之治療，優先於管束的措施。刑事執行法第 9 條含有某種刑事執行法的治療方式，而該法規定了，一最新義務的一將性刑事犯者轉移到社會治療的機構裏。

cc) 就事實的保安管束之實踐而言，邦政府的報告中同樣地不允許去推論出，保安管束是一種危險性的刑事犯之純粹保安執行。在可能的範圍內，相對於通常一般的刑事執行，給予在保安管束當中的被留置之人，其有較大的自由空間，為了使被留置之人比較有承受能力，以去渡過長期性的自由剝奪。除此之外，透過治療與勞動工作的提供，考慮到社會化的思想，然而這些提供只能夠有一部分的被保安管束之人達成目的。

在保安管束的當中，被留置之人身處於接受精神疾病的、精神或社會治療的治療，其比例依各邦有極大的差異性。巴登符登堡邦或下薩克森邦大約只有 28%，而北萊茵－威斯特伐倫邦高達 69%，其中就有 60%處於精神的治療當中。漢堡、黑森邦以及施列斯威希－豪斯坦邦比例皆高達超過 40%。相對而言，在保安管束當中，被留置之人已經感受認知到勞動、勞動治療性的活動、教育或再教

育，有非常高的比例。這些人在所有被留置之人當中所佔有的比例常常超過 60%，部分地還甚至於高達 76%。

部分的被保安管束之人沒有感受認知到治療、從事活動、教育等的可能性，其理由，可以被指出來的是年齡、疾病、排斥與欠缺動機等。除此之外，可以指出來的是，被留置之人的工作能力之欠缺、行為的否定或安全的理由等。

dd) 就執行與執行法的保安管束之運作而言，向邦政府的詢問之結果已經得到，邦政府無法握有一致性的統計資料。原則上，令人懷疑地所呈現出來的是，如果質疑存在有重大的基本權利之侵犯，則評價事實的不明確性也才由享有基本權利之人負擔之（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187(238.))。就保安管束之方面而言，其所涉及到危險性的犯罪行為為人的純粹保安執行，或者違反法律的設定，該保安管束處分已經就此開始發展，為了上述的情形可以予以排除，在保安管束當中，被留置之人一般而言不僅在法律上，而且在事實上，其有具體與可實現的機會，而去重獲自由的生活，因此，此情形所需要的是通常例行性、可以被實施的審查。如此情形尚包括，有關被保安管束之人有足夠的再社會化之被提供，特別是對待處理、治療或工作的可能性，是否已經予以提高。

II. 無違反基本法第 2 條第 2 項第 2 句的自由基本權利

同樣地，不存在觸犯到基本法第 2 條第 2 項第 2 句的自由基本權利。受批判的保安管束之規定，在考慮以下的考量之下，呈現出合憲性的基本權利之限制（基本法第 2 條第 2 項第 3 句）。

1. 刑法典第 67d 條第 3 項的新規定未觸及到自由基本權利的重要內容（基本法第 19 條第 2 項）。

基本權利的不可觸及之重要內容必須在基本權利的整體體系，從其特別的意義，而對於任何的基本權利，予以調查（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 22, 180 (219)）。甚至於原則上，終生的自由剝奪與基本法第 19 條第 2 項並未有不一致（參閱聯邦憲法法院裁判集：針對無期徒刑 BVerfGE 45, 187(237ff.))。終生的管束之可能性已經意味著重大基本權利的侵犯，但是，只要是第三人的重大之保護利益能夠去使得侵犯得到正當性之理由，並且，特別是比例原則已經受到維護（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 22, 180(219f.))，則終生的管束不會觸犯到基本權利的重要內容之保障。

刑法典第 67d 條第 3 項的新規定充足了此項憲法的標準。未定有期間的保安管束過去在基本法的形成過程當中，已經被合併納進於刑法典，制

定憲法者一類似於針對無期徒刑的情形一樣—之於基本法第 19 條第 2 項的矛盾衝突，本來沒有列入考量。此外，只有在精神或身體上的潛在受害者之侵害強度，其重大的損害因而得以避免時，此時，則法律才允許在十年期間經過之後，保安管束處分的執行持續地進行。由此，法律指出，其所應該保護的法益，而犯罪行為者危害到法律所保護的法益，因而原則上，法律所保護的法益是妥當的，去對犯罪行為者的自由權利之廣泛侵犯，予以說理。

2. 人的自由—作為人民的發展形成之基礎與要件—在基本權利之下，佔有高度的位階地位。對此，可以這麼說，基本法第 2 條第 2 項第 2 句稱個人之自由是「不可侵犯的」，基本法第 104 條第 1 項第 1 句允許只有基於形式上的法律始得對個人之自由，予以限制，並且基本法第 104 條第 2 項至第 4 項要求，去堅守特殊的程序保障（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 90, 145(172)）。為了可被期待的重大法益免於受到侵害，能夠以公共大眾的安全需要，來抑制被留置之人的自由請求，提供作為調整性的措施。在個案上，二者必須予以利益衡量。

a) 在判斷被選擇的手段之適當性與必要性以達到所欲致力追求的目標，以及威脅個人或公共大眾的危

險，在此關聯性下，其可能被採用的評估與診斷之方面，上述二者的判斷餘地係屬立法者之權限，舉凡是這項的判斷餘地，各依所涉及到的事務領域之特性、可能性、足夠地安定性的判決之形成，並且瀕臨危險當中的法益，只在有限的範圍內，才可以受到聯邦憲法法院的審查（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 90, 145 (173)）。在此背景之下，無法予以批判的是，立法者已經認為，對於第一次所作出的保安管束，其期間上限的廢棄是適當且必要的，以為了改善公共大眾的保護，而免於具有危險性的犯罪行為者之侵害。

由於客觀的暴力犯罪之提高，因而已經促使保安管束的法規範，是否予以強化，或者—如同批判者所言—只有公共大眾的威脅感，已經提升高，是否已被考慮到，上述二者不必受到聯邦憲法法院，予以評價。因為立法者首要的權限事務乃是，基於其犯罪政策的意念與目標，在其評估的政策決定特權之架構下，而去決定，以公共福祉的利益之目的，他願意採用何種的措施。只有立法者公然明顯地欠缺不去作出的決定時，才由聯邦憲法法院予以修正（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 30, 292 (317)；77, 84(106)）；對此，就不再論及。

診斷是決定留置與否之基礎（參閱 Dünkel/Kunkat, Neue Kriminalpo-

litik, 2001, S. 16(17f.); Adams, StV 2003, S. 51(53); Kinzig, NJW 2001, S. 1455(1458); Ullenbruch, NStZ 2001, S. 292(295); Nedopil, NStZ 2002, S. 344 (349); Streng, in: Festschrift für Lampe, S. 611(621f.))，而診斷的不確定性對於診斷評鑑書以及與過度禁止有關的評鑑書評價之最低限度要求，產生影響（就此以及 C. II. 2. b）。不過，診斷的不確定性既非除去自由的侵犯之適當性，也非除去其必要性。診斷的決定常常隱藏有診斷錯誤的風險，然而，診斷的決定在法規範裏卻是無法被避免。診斷是不可拋棄的而且保留當作任何的避免危險之基礎。在個案裏，診斷也可能是不夠充分的。

在法庭精神疾病的實務裏，於其餘的部分，風險因素的知識在最近幾年，有重大地改善，如此以致於關於一部分的違法行為人，相對比較好與值得信賴的診斷意見陳述可以被作出來（參閱 Nedopil, NStZ 2002, S. 344 (349)）。在言詞處理的程序裏，被聽證的二位專業鑑定人已經一致性地揭露說明出，入獄前特定與可得特定的比例，以危險能夠確定地被診斷之方式，將如此這般的危險之風險因素聚集在一起。儘管如此，專業鑑定的報告人員對於比較確定性的診斷比例，有著高度不同的看法。對於極少的高度危險性之情況，而刑法典第

67d 條第 3 項已經注意到了這些情況，診斷由此正形成一種合適的判斷基礎。

廢止保安管束的期間上限之必要性，對其予以反對，不管是保護措施的替代可能性存在與否，基於憲法之理由，係無疑義。透過無期間的保安管束而受到自由的剝奪，在個案上，在鬆散的監督之下，顯然地提供一種較高度的保護措施，以作為任何可想得到的處理措施。

b) 相關的個人之自由要求以及公共大眾的安全需要而免於可期待的重大法益之侵害二者之間，其存在緊張關係，因而要求適當的與有理由的調和。如果保安管束的留置期間持續地越久，則對於自由剝奪的合乎比例關係之要件就越趨向嚴格。期待可能性的界限必須維護。對其不僅在憲法層次上，而且也在實體法層次上，去確保相關當事人的自由基本權利，也有適用（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 70, 297）。

aa) 過度禁止實質地要求，在個案上，保安管束的公共利益以及被留置之人的自由要求之二者，予以衡量（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 70, 297 (311)）。法官必須在必要性的整體評價之架構下，起因於行為人的危險，而該危險之於使用保安管束處分相關聯而造成的侵害，二者置入於比例關係。在此，尤其是端賴於，

是否以及用何種方式的違法行為受到被留置之人的威脅、危害的強度如何地明顯、受到威脅的法益有如何重要的地位等而定。留置期間進行越久，則對於自由剝奪的比例關係之要件就更加嚴格。然而，去注入變得越來越重要的自由要求而所觸及到的界限是在於，受到被留置之人所威脅的危險，依照其方式與強度，對於個人與公共大眾的法益，其在國家的保護委託之前，顯示出無可議論的，去將被留置之人予以釋放出來進入於自由的生活（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 70, 297(315)）。

比起依據刑法典第 66 條、第 67c 條以及第 67d 條第 2 項之規定，而其之前所作出的決定，立法者在十年期間經過之後，保安管束的持續進行將需聯繫到有明確地更嚴格的要件。透過此種方式，立法者在刑法典第 67d 條第 3 項的規定裏，該此標準已經被考慮到了。在這方面，診斷的確定性之界限也在去確認長期性被拘禁的犯罪行為者之危險性時，被考慮。

刑法典第 67d 條第 3 項的規定從多重的面向考慮到，在十年的管束期間經過之後，去強化自由要求的效力。其一，相對於刑法典第 66 條第 1 項第 3 款的規定而言，對於受到威脅的法益與具有威脅性的犯罪行為，設有較高度的要求；其二，刑法典第

67d 條第 3 項一般性地設定出執行完結的規定，並且只有在例外的情形，針對診斷出積極性的危險，持續的執行是可以被准許的。透過此方法，依據刑法典第 67d 條第 3 項的規定，其說理出一套規則—例外的關係。

(1) 依據刑法典第 66 條第 1 項第 3 款的規定，針對保安管束處分的要件是犯罪行為者有去從事「重大的犯罪行為」之傾向。也就是說，受害者會因為受到該重大的犯罪行為，而其精神上或身體上嚴重地得到損害，或者其經濟上嚴重地產生損害。相對而言，依據刑法典第 67d 條第 3 項的規定，在十年的管束期間經過之後，其留置期間繼續地進行，端賴於，是否未來的犯罪行為之有傾向足以構成危險而被確認下來而定，而受害者會因該重大的犯罪行為，而其精神上或身體上嚴重地受到損害。結果而言，該規定仍然限縮適用在性與暴力的行為者之身上，而此行為者會威脅到，去侵害受到基本法第 1 條第 1 項、同法第 2 條第 2 項第 1 句與第 2 句所保護的第三人之法益。反之，在無暴力性的財產與物權之犯罪行為方面，保安管束的期間限縮在十年。因此，有關十年的保安管束之可能性已經從法律的觀點，只有在一些的情形下，才可供使用，而在這些情形裏，公共大眾的基本重大之安全利益為保安管束，必要地予以說明有其正當性。此

外，為了考慮到此例外的特性，法院注意到，於被留置之人的自由基本權利，更加嚴格地限縮，去運用刑法典第 67d 條第 3 項的構成要件。

(2) 除此之外，刑法典第 67d 條第 3 項已規定出，留置的持續進行成爲是一種執行完結的原則情形之例外關係。透過此方式，法律已考慮到，隨著管束期間的進行，而日益增長的自由權利之重要性。依據刑法典第 67d 條第 2 項之規定，可預期的未來之或然率呈現出積極反應，保安管束處分的要件是許可的，在此之時，另一方面，依照刑法典第 67d 條第 2 項的留置持續進行之判決，其要件係是，法院確信被判決者仍然繼續地具有危險性。因此，刑法典第 67d 條第 3 項的新規定轉變成爲刑法典第 67d 條第 2 項的規則一例外的關係。保安管束處分的執行完畢不是端賴於積極性反應的診斷，反而是視保安管束處分的繼續存在呈現出消極性反應的診斷而定，予以作出。

在十年期間經過之後，原則上，危險性應該業已結束（參閱 Streng, in: Festschrift für Lampe, S. 611(633) 與其他參考）。法律便是以此作爲出發點。因此，純粹地繼續進行保安管束處分的執行而無法提出異議反駁的危險性假設是禁止的。寧可是，就此，具體與現代的論點必須被確認的是，對於法律的推定，予以推翻，危

險性仍然繼續存在。如果法院對於未來犯罪行為的或然率有所懷疑，則係爲有利於被留置之人，保安管束處分必須被宣告業已結束。現今所被推定的無危險性只有在已受到異議之時，才會被考慮到，去繼續進行超過十年期間界限的保安管束處分。

只有在無危險性被確定之時，而去宣告業已結束，可能會違反法律的字義與自由基本權利的高度價值。在十年經過之後，執行業已結束往往居於首要的地位。其次，才是執行的中止。而該執行的中止相對於繼續的執行而言，呈現出是一種較溫和的手段。在無其他的可能性時，繼續的執行才是最後的次序地位，以作爲最後的手段途徑，此時，方才予以准許。以上所述不僅適用於第一次所作出的保安管束處分，而且也適用於在保安管束處分裏的重複性之留置。在這一方面，此種的改革甚至於修正了早期的法規範（參閱刑法典第 67d 條第 1 項（舊條文））。

(3) 在如上所言的嚴格要件之下，因為超過十年執行期間的相關當事人，其重大的危險性仍然繼續存在，因此執行法院已經判決，保安管束處分必須繼續地進行，如果該法院的判決尚欠缺足以矯正相關當事人，而予以一再地重複，則繼續自由的剝奪原則上才不會違反過度禁止。刑法典第 67d 條第 3 項的規定也包括長期

慢性而無法矯正的傾向犯，而該傾向犯係長期抗拒任何的治療之處置與無視於繼續進行的歲月迄至其終生，仍然處於危險的狀態。刑法典第 67d 條第 3 項之規定並無違反憲法所允許的進行超過十年以上的保安管束之其可能，以作為有利於公共大眾之目的。在此情形，刑事執行的個人之再社會化之目標不再被考慮，其並非基於保安管束之處分之理由，而是基於相關當事人的行為，而該相關當事人的行為長期地排斥有達成效果的再社會化（參閱聯邦憲法法院裁判集：針對無期徒刑 BVerfGE 45, 187(258)）。

bb) 在程序法上，其首先必須被保障的是，刑事執行的法官通常地審查有關保安管束處分的繼續執行之必要性。就此，對於事實真理的探究之要求，尤其是對留置所為建立基礎的診斷評鑑書之要求，亦屬之。法治國的程序所無法拋棄之要件係，判決涉及到個人自由的剝奪，而該判決必須是基於法官足夠的事實真理之闡明。在此，對於事實情況的闡明之要求，隨著保安管束處分的必須繼續執行，因而隨之有所提高。尤其是在更加長期地繼續留置的執行之方面，通常地法官負有義務，在其作出保安管束的繼續執行之判決時，應該向特別經驗豐富的專業鑑定人詢問相關的意見，而此被詢問的意見，透過充分具有實質內容與合乎時代的評鑑書之方式，

以隨時預備可以提供給法官，予以作出診斷（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 70, 297(308)）。除此之外，基於憲法之理由，無論如何，鑒於被留置之人的患有疾病，只有依據具體的情況形成發展，被留置之人明顯地顯示出，無法替自己進行辯護，才賦予被留置之人一位義務辯護人（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 70, 297(323)）。

依據刑法典第 66 條以下之規定，保安管束的現代規定已滿足訴訟法高度的要求。立法者已經創設出，對於執行的中止或執行業已結束的成熟度，其例行性的審查之體系以及針對診斷基礎，其詳細的闡明之要件（第 1 項至第 3 項）。然而法官在適用這些規定時，必須滿足明確的詳細謹慎之要求，以為了符合過度禁止（第 4 項）。

(1) 身處在自由刑之後，保安管束作為最後的手段而予以執行。依據刑法典第 67c 條第 1 項的規定，在刑罰的執行終結之前，法院已經審查，保安管束處分的目的是否還須要留置，或者保安管束處分是否得以中止。在這方面，因為執行法院作出某種的不同看法之判斷，刑罰判決為基礎的危險性診斷，其立於「解除條件」之下。而給予執行法院的可能性是在於，基於中途發生的發展，在為判決之時，去嗣後地修正被提出來的

診斷（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 42, 1(8)）。在該訴訟裏，被留置之人通常地必須以言詞陳述地，受到審問（刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 1 句結合同法第 454 條第 1 項）。如果法院考量到保安管束處分的中止，則法院須提出有關於危險性繼續存在的評鑑書（刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 3 句結合同法第 454 條第 2 項），以及同樣地，法院以言詞陳述地，聽證專業鑑定人的意見。在此，被留置之人與其辯護人有機會去，向專業鑑定人提出質問以及提出聲明（刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 3 句結合同法第 454 條第 2 項第 3 句）。

(2) 在留置開始之後，最晚二年的間隔期間，法院基於職務應該去調查，依據刑法典第 67d 條第 2 項之規定，於監護而言，保安管束處分的執行，得以予以中止（刑法典第 67e）。法院亦得縮短執行的期間（刑法典第 67e 條第 3 項第 1 句）。只要是，法院對於審查未經設定禁止的期間之情形時（刑法典第 67e 條第 1 項第 1 句、第 3 項第 2 句），被留置之人得隨時提出執行中止的申請。依據刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 1 句與第 3 句之規定，其如同依據刑法典第 67c 條第 1 項之規定而所作出的第一次審查之情形，相同的程序保障對於法院的審查有適用。

(3) 依據刑法典第 67d 條第 3 項之規定，有關十年期間經過之後，保安管束處分的執行業已結束或繼續進行，對此，該法律設置有程序法上較高的要求：無論如何，法院必須提出診斷的評鑑書以及對於未受到辯護的被留置之人，必須為他指定一位義務辯護人（刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 4 句與第 5 句）。法院負有義務，以言詞陳述地去聽證專業鑑定人的意見，在這方面，被留置之人與其辯護人有權限，去向專業鑑定人提出質問以及提出聲明等（刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 3 句結合同法第 454 條第 2 項第 3 句）。如果法院已經決議，有關超過十年的保安管束處分，其執行繼續地進行，則法院必須在二年期間經過之前，進一步地決定有關繼續執行的必要性（刑法典第 67e 條）。在此，刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 4 句與第 5 句所提升的程序保障總是有效適用。

(4) 依據刑法典第 67d 條第 3 項之規定，有關保安管束的繼續進行之判決必須以專業鑑定人的評鑑書作為基礎，而該評鑑書勝任適合於具備有特別效力範圍與該判決的例外特性。在此，可予以考慮的是，醫生的評鑑書是足夠實質重要的，並且也充足被眾所承認有效的科學標準。法官必須透過小心謹慎地擇選評鑑人之方法，以遏止反覆例行性作出的判斷之危

險。一般正是會被作出處理的情形是——儘管刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 4 句未有明確的規定——，委託外部的專業鑑定人，去作出評鑑書，以為了去排除執行機構內部隱藏的利益好處或者治療師與被留置之人二者間之私下關係，因而會影響評鑑的結果（參閱 Horstkotte, in: Leipziger Kommentar (LK), StGB, 10. Aufl., § 67c Rn. 64, § 67d Rn. 93）。除此之外，可以被揭露的是，被留置之人讓專業鑑定人去作出評鑑，而該鑑定人在執行程序的進行當中，尚未與此被留置之人有所接觸。最後，有效地去確保，專業鑑定人有充分的時間與機會，去調查被留置之人（參閱聯邦普通法院，BGH, NStZ 1994, S. 95(96)），以及去處理消化事實資料，以這些資料為基礎，提出診斷之結果。

依據專業鑑定人的意見，法官已經採取獨立自主的診斷之判決。在該判決裏，法官必須以醫生所作的評鑑來制衡法官的審查（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 58, 208(223)；70, 297(310)；在 1991 年 9 月 23 日，聯邦憲法法院第二審判庭的第二小組之決議—2 BvR 1327/89—, StV 1992, S. 25(26)）。此項法官的審查不僅可能關係到診斷的結果，而且可能關係到整體診斷的立場意見之品質。在此，一般通常而言，在謹慎小心地處理的程序當中，評鑑人必須對其所作出來

的評鑑書，其重要的個別標準，予以提高。而上述的程序係包括有檔案資料的充分利用、深入調查入獄之前的情況以及談話內容與精神心理的調查結果之書面仔細記載，並且該程序的成果被富有精神疾病的教育與經驗之專業醫生，予以評價，並且在總體的關係裏，予以援用（Kröber, NStZ 1999, S. 593(594ff.); Nedopil, Forensische Psychiatrie, 2. Aufl., S. 247）。

法官能夠基於自己的評價，批判地質問診斷的結果。在此之前，法官必須審查，評鑑書是否滿足了特定的最低限度之標準。因此，被作出來的評鑑書必須是特別地具可實施性的與透明性（之於犯罪學的文獻，其診斷的評鑑書結構，參閱 Kaiser, Kriminologie: ein Lehrbuch, 3. Aufl., Rn. 1802ff.）。評鑑人必須清楚且完整地呈現出連結與調查結果之事實、闡明其調查之方法以及解釋其假設（詳細情形請參閱聯邦普通法院刑事庭 GHSt45, 164(178f.))。基於此，評鑑人對於受判決之人，有關其未來法律上的程序，必須採取或然率之說明，而法院對該說明有權限，自我責任地去回答刑法典第 67d 條第 3 項的法問題。

除透明化的當為要求之外，足夠廣泛的診斷基礎之當為要求也對精神疾病的診斷評鑑書有效適用。為了使法院有可能，去整體綜觀地評價行為

與行為人（參閱刑法典第 66 條第 1 項第 3 款），因此評鑑書必須注意到，有關受判決之人的垂直性之生平與橫切面向之生活片斷，其有著不同的主要區域。必須有所要求的是，特別是處理討論有關於動機犯罪、犯罪前的性格以及行為人的社交圈等（參閱 Müller-Metz, StV 2003, S. 42(45); Nedopil, in: Dölling(Hrsg.), Die Täter-individualprognose, 1995, S. 89）。除此之外，依照刑法典第 67d 條第 3 項之規定，評鑑人在預備作出判斷之時——在長期的自由剝奪之後，可被作出的判斷——，必須特別將目光朝向於的問題是在於，受判決之人在可能性的執行鬆綁之時，如何地行為。起因如此的加重負擔檢測之行為，正因為如此，所以該行為對於未來受判決之人的法律監護，呈現出是某種妥當的指引器（Nedopil, NStZ 2002, S. 344 (348f.); 在 1997 年 12 月 13 日，聯邦憲法法院的第二審判庭的第二小組之決議—2 BvR 1404/96—, NJW 1998, S. 1133(1134); 在 1998 年 3 月 22 日，聯邦憲法法院的第二審判庭的第二小組之決議—2 BvR 77/97—, NStZ 1998, S. 373(374f.)）。

對於診斷基礎的執行鬆綁之特殊意義，因為如此，執行法院不准順從於，執行機關未有充分的理由地——也許基於單純總括的評價或者指出抽象性的逃避——或濫用的危險地，拒絕給

與，舉凡是能夠準備保安管束處分的終結之執行鬆綁（參閱在 1998 年 3 月 22 日，聯邦憲法法院的第二審判庭的第二小組之決議—2 BvR 77/97—, NStZ 1998, S. 373(374)）。有關執行鬆綁的判決，執行法院必須特別地考慮立法者的評價，而該執行法院只有在刑法典第 67d 條第 3 項的狹義要件之下，才允許保安管束處分的執行之繼續進行。

c) 刑法典的雙軌制裁之制度是作為基礎的概念，據此概念，被保安管束之人的自由剝奪不能提供作為，去報復過去已發生的法益侵害為目的，反而是，作為避免未來的犯罪行為為目的。而該犯罪行為的發生雖然可以謹慎小心地予以診斷出來，但是一般而言，卻是無法確定的。保安管束的此種特殊性質在長期的留置之情形時，特別地可以顯現出來，因為在此，保安管束處分的個人之矯正目的退居到公共大眾的保安目的之後。

受到特別待遇的執行而其所必須考慮的是，誠如刑事執行法第 131 條至第 134 條所明文揭示的特別待遇一般。在此，原則上無法提出異議的是，依據刑事執行法第 130 條的保安管束，依該規定是針對公共大眾的刑事執行而被實施。因為刑罰如同保安管束一樣，能夠以自由剝奪之方式，而被實施，所以其存在有堅實的理由，而這些堅實的理由可以將保安管

束之執行予以說理，其某一部分地符合具備有刑罰的性質（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 2, 118(119 f.)）。然而，邦司法行政部必須注意到，在執行當中如同於其與司法執行機關的利益相符合一致之情形，較好的處境之可能性，應該盡可能地予以提供。

在這方面，去預定出一些具體的方針指標，其非聯邦憲法法院的權限事項。結果，所必須確定的是，為公共大眾的刑事執行與保安管束執行之間距，應該予以保持，而此間距使得僅是特別預防作用的保安管束處分之性質，不僅只是對被保安管束之人，而且對一般公共大眾，變得更加清楚。較好的處境之例外必須遵守比例原則的當為要求。因此，在特殊地長久的留置之方面，額外的優惠措施同樣地必須予以考量，以為保障未來無希望的被保安管束之人，給予其殘存的生活品質。

III. 無違反基本法第 103 條第 2 項的絕對溯及既往之禁止

刑法典第 67d 條第 3 項的新規定連結刑法施行辦法第 1a 條第 3 項之規定並未觸犯基本法第 103 條第 2 項。基本法第 103 條第 2 項的絕對溯及既往之禁止並不包括刑法典裏的矯正與保安之保安管束處分。

1. 依據基本法第 103 條第 2 項之規定，只有法律已經明確地規定刑

事可罰性，之後，才從事犯罪的行為，則該事後的行為才准許，以刑罰予以制裁。

基本法第 103 條第 2 項的適用範圍限制在國家的措施，而該國家的措施呈現出對於違法、有責的行為之高度非難，而對其予以反應，並且因該違法、有責的行為而科處以「必要的惡」。此必要的惡提供作為罪責的償還措施之手段。而其他的國家侵犯之措施並不被基本法第 103 條第 2 項之規定所包括在內。國家的措施若是僅針對違法的行為，則就未充足於基本法第 103 條第 2 項的適用範圍。因此，保安管束的純粹預防措施不適用於基本法第 103 條第 2 項之規定，儘管保安管束是直接地屬於動機的行為。

a) 「刑事可罰性」之概念與「行為的受罰」容有不同的解釋之可能性。刑法的法律狀況已經被基本法所發現，並且在此，基本法也不願意變更令人產生興趣的重點。刑法的法律狀況然而卻支持，基本法第 103 條第 2 項的保障僅係涉及到報復性的制裁，而在此報復性的制裁之方面，在非價性的判決框架下，因欠缺對於法規範的態度之確認意義下，施加必要的惡連結到公共的非難性。

國家的刑罰傳統上一直被理解是必要的惡，而此必要的惡針係對於違法的、有責的，並且法律以刑罰作為

威脅的作為之方式，而被負擔起，去正當地說理罪責的償還措施之任務。而且，必要的惡也說明了行為的公共大眾之非難性（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 105, 135(153)；Jeschek, in: LK, StGB, 11. Aufl., Einl. Rn. 23 與其他的參考資料）。刑罰被認為是報復性的正義之詮釋且是對於違反法規的行為，而所作的反應。

刑事可罰性概念的不同涵義之可能性已指出，從基本法第 103 條第 2 項的單純文字意義當中，其事實上的適用範圍不是能夠清楚地被確認出來。

b) 形成的歷史證實出，矯正與保安的保安管束處分已經不被基本法第 103 條第 2 項的保護範圍包括在內。基本法第 103 條第 2 項的溯及既往之禁止應該依基本法的立法者之意旨，如同在威瑪帝國憲法—WRV—的第 116 條，幾乎如同前規定的文字，有相同含意的內容。然而，就威瑪時期而言，矯正與保安的保安管束處分眾所周知地也是不屬於絕對溯及既往之禁止範圍。無法證實的是，傳統威瑪帝國憲法第 116 條的保障範圍應該受到基本法第 103 條第 2 項之納進，予以擴充。

aa) 透過 1933 年 11 月 24 日的「打擊危險的習慣犯以及關於矯正與保安的保安管束處分之法律」（RGBl I S. 995），去納進矯正與保安的

保安管束處分，在此之前，帝國刑法典已經詳細地規範了犯罪行為的法效果，而此犯罪行為的法效果在當時並不被認為是可歸責的報復性之刑罰，反而是，被認為是預防規避性與保安性的措施（依據帝國刑法典第 38 條之規定，警察的監督；依據帝國刑法典第 116 條之規定，褫奪公權；依據帝國刑法典第 295 條之規定，沒收行為人或參與人的財產；依據帝國刑法典第 362 條之規定，移送妨害公共大眾的行為人，交給地方警察局）。立法者依照帝國法院的判決，附帶溯及的效力，准許施加給予這種「保安警察的」侵犯（參閱 RGSt 52, 225 (226 f.)；53, 117(118)；67, 215 (216)；RGZ 107, 118 (119f.)）。也是屬於此類措施的本質者是，將該措施延伸至所有的違警情況之案件，而這些案件截至目前，仍然存在其適用（參閱 RGSt 67, 215 (216)）。

涉及到矯正與保安的保安管束處分，法律的規定容許其溯及既往的法效果，置在威瑪帝國憲法之下，本質上並無爭議（參閱 Diefenbach, Die verfassungsrechtliche Problematik des §2 Abs. 4 StGB, S. 31f.）。威瑪時期刑法典的改革草案已經規定了不少的法規範，依此，關於保安管束處分之作出不是依照行為時有效適用的法律，而是依照作出保安管束處分之當時有效適用的法，必須被作出判決。

在保安管束處分之方面，較好的認識係在某一新法律裏可能予以表達出來，其應該立即予以適用。回溯到該威瑪時期刑法典的改革草案，透過帝國習慣犯罪法第 3 條之規定，予以創設出的帝國刑法典第 2a 條的規定（舊）確認出，有關於保安管束處分，毫無例外地，不是依照行為當時有效的法規範，而是依照判決當時點的有效法規範，可以被作出判決。就帝國刑法典第 2a 條的規定（舊）而言，其諸多評論文獻並不認為已經違反了溯及既往之禁止（參閱 Lobe, Leipziger Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, Navhtrag zu Band I, 1934, Art. 3 des Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregel der Sicherung und Besserung, Anm. 3）。

bb) 在商論有關基本法的制定意見之時，制憲者發現了包括帝國刑法典第 2a 條（舊）的規定在內，刑法的雙軌制裁體系已經成為法秩序的一部分。所指出的是，刑罰與保安管束處分的雙軌制可能應該受到限制，或者是不同於過去，對於保安管束處分之看法，其溯及既往之禁止可能應該予以擴充，從法律資料裏，無法推論得知（參閱 Pieroth, JZ 2002, S. 922 (923)；Diefenbach, Die verfassungsrechtliche Problematik des §2 Abs. 4 StGB, S. 83f.；Peglau, NJW 2000, S. 179(180)；也參閱聯邦憲法法院裁判

集 BVerfGE 25, 269 (287ff.)）。儘管有關於「刑事可罰性」之概念，多次地予以討論，並且不同於威瑪帝國憲法第 116 條的文義，一再地予以考量（參閱國會的意見、憲法法院與司法之委員會，Steno-Prot. der 7. Sitzung vom 6. Dezember 1948, S. 150ff.；國會的意見、憲法法院與司法之委員會，Steno-Prot. der 8. Sitzung vom 7. Dezember 1948, S.32），但是，制憲者連繫到威瑪帝國憲法第 116 條的語言含意，並且因此，制憲者以其意志，採納該規定的意義內容（參閱在 1948 年 8 月 10-23 日的基姆湖的憲法會議之報導，o.Jg., S.83）。

c) 此種解釋不違反基本法第 74 條第 1 項第 1 句所規定的「刑法」概念之權限法上的意義。相反於基本法第 103 條第 2 項之規定，基本法第 74 條第 1 項第 1 句裏的「刑法」之權限內容，包括矯正與保安的保安管束處分在內，以作為制裁體系的「第二軌道」。此意義的區別係基於二者之間，其有著基本法立法規定的不同目的。基本法第 103 條第 2 項禁止，去對溯及效力進行說理，以及其禁止，去加強報復性的刑法制裁，並且因此基本法第 103 條第 2 項有著保障自由的功能。相形之下，基本法第 74 條第 1 項第 1 句裏的權限規定並無規定出個人的主觀權利，但是其有規定出，存在於聯邦與各邦之間，其

立法權限的分配（參閱在程序裏的判決（2 BvR 834/02 與其他例如 Nr.9, S. 190）。

d) 其他的考慮證實了，絕對溯及既往之禁止成為特色，在法治國的保證之下，其限制在國家的措施。而該國家的措施展現出對於違法、有責的行為之高度非難而對其作出反應，並且因該行為而科罰以「必要的惡」。此必要的惡提供了罪責的償還措施之手段。

aa) 絕對溯及既往之禁止係根基於人性尊嚴與有責性原則。基本法第 103 條第 2 項源自於法治國的原則，其係刑罰以有責性為要件（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 25, 269 (285)；105, 135 (154)）。此原則根基於受到基本法所為要件與在基本法第 1 條第 1 項以及基本法第 2 條第 1 項之規定而有憲法效力所保護的人性尊嚴與自我責任，而該自我責任在形成刑法之時，也必須受到立法者的尊重（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 25, 269(285)）。身為一個人，其人性有所不可或缺的尊嚴，而該尊嚴正存在於，人具有可以自我負起責任的人格特質，依然眾所公認。任何的刑罰必須與犯罪行為之嚴重程度以及行為人的有責性之間，立於某合理的比例關係；在這方面，「nulla poena seine culpa」有著憲法上的位階（參閱聯邦憲法法院裁判集 Bverf

GE 45, 187(228)）。刑罰也展現出對於有責的不法行為之高度非難而對其作出反應。刑罰必須在以有責性原則為鑄造而成的刑罰行為體系，且其有足夠明確的法律之刑事威嚇，因而對於法規範的接收人，才具有事前的可預見性（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 105, 135(153f.)）。

刑法有責性之非難要件是，判決的標準是法律一開始就已經明確地予以規定。只有在能夠有認識到此一標準，並且能夠有意識到對於其行為而產生法律效果之人者，此時，該此之人才是一位可以自我負起責任的主體。正在刑法裏，有關人性所自我負起責任的行為，其非價的判斷被充足之時，於此，個人才有確實地可以請求某種制裁的可能性（參閱 Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1933, S. 264）。

bb) 從傳統上的 nulla—poena—原則所導出來之諸多保障（法律保留原則、明確性的當為要求、類推禁止與禁止溯及既往等）有著共同的基礎。上述諸多的保障應該給予個人，於刑法的領域裏，可以自我負起責任地從事其行為之可能性，以至於，刑事可罰性得以被避免（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 95, 96(131)）。就此目的而言，上述的諸多保障強化了類似於結構上的法治國原則保障之重要成份。從基本法第 2 條第 1 項連

結到基本法第 20 條第 3 項所導出來的一般之信賴保護原則，與其有所不同的是，基本法第 103 條第 2 項的禁止溯及既往不容易達成利益的衡量。同時，法治國原則的信賴保護之當為要求也解除了基本法第 103 條第 2 項的保障之負擔。基本法第 103 條第 2 項的保障也延伸到有關一些程序的保護，而這些的程序不是直接符合有責性的刑罰之客體對象。這些的程序因為受到一般法治國的保障，足夠地予以確保（參閱 Schmidt-Aßmann, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 130 Abs. 2 Rn. 167）。

cc) 相對於特別刑法的措施而言，基本法第 103 條第 2 項的規範目的是，一種被提高的法治國之保護，而以該特別刑法的措施，國家可以對有責性的不法行為，予以作出回應。

為了國家對此有責性的不法行為，予以制裁，並且使得相關當事人的不法、有責性之行為，受到非難，所以基本法第 103 條第 2 項的保障應該去避免，國家嗣後才高度地對此行為，予以非難。憲法規範的意義是，除罪化的領域之界限必須清楚地展現在人民之眼前，以為了人民能夠使得其行為有所遵循（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 32, 346(362)）。誰已經能夠信奉遵守法律地去行事，則用溯及既往的法規範，而嗣後被「當作是不法之行為」，是不准許的（參

閱 Maurer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, §60 Rn. 41)。此外，基本法第 103 條第 2 項的禁止溯及既往保護人民，去避免國家不利益於行為人，其行為的不法內容之評價，予以變更（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 46, 188 (193); 95, 96(131)）。不管國家是否使用新的刑罰，威嚇過去已經發生的行為，以強化現存的刑罰之嚇阻作用（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 25, 269(286); 46, 188(192); 81, 132 (135)），或者以其他的方式——也許以不符合正當性說理的理由之方式（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 95, 96(131f.))——重新評價不法的內容。

2. 依此，基本法第 103 條第 2 項意義下的刑事可罰性之要件係為，所施加於行為人的實質負擔之「必要的惡」與非難行為人的可受責難之行為，相互連結在一起（參閱 Schmidt-Aßmann, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 130 II Rn.165; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 130 II Rn. 10），並且從其目標的設定作為出發點而言（至少也是）提供罪責的償還措施之手段。就此，對於保安管束的保安管束處分而言，並不適用。

a) 自由的刑罰與保安管束二者在重要的部分方面，追求不同的目標。

aa) 聯邦憲法法院雖然已經一再地處理說明國家的刑罰之意義與目

的，但是沒有就學術所提出的刑罰理論，個別地去表明其立場。因為以上所述，就憲法的觀點，而去決定刑事法學裏的理論爭議，並非聯邦憲法法院的任務。立法者同樣地就刑法的目的，也未最後終局地表明其立場，並且致力於有限制性地公開的規定，也予以充份，而該規定無妨礙學術性地眾所承認的理論，可以繼續地發展下去。在此，法律已經廣泛地遵循所謂的「結合理論」（Vereinigungstheorie），而此理論嘗試著，去將整體的刑罰目的綜合地置入於一種均衡折衷的關係。如此，才能夠就憲法的觀點而言，歸屬於立法者的立法形成之自由，予以維持。據此，聯邦憲法法院在其判決裏，不僅強調提供罪責償還的措施之刑事目的，而且也承認具有其他的刑事目的，例如行為人的預防或再社會化之目的（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187(253f.) 以及其他參考資料；91, 1(31)）。

有責性原則以特別的方式，來彰顯表明刑罰的特色。刑罰是一種施加於行為人的抑制性之必要惡。刑罰是作為對於有責性的行為，予以作出回應，因而，此必要惡之施加於行為人提供了罪責的償還措施之手段（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 7, 305(319); 9, 167(169); 20, 323(331); 25, 269(285f.); 54, 100(108); 58, 159(162); 91, 1(27); 105, 135(153)）。立

法者在 1970 年，已經明確地採納特別預防的刑罰量刑之理由，用刑法典第 46 條之規定，將其納進於該法律當中，但是在刑罰的中心功能上，不受到上述予以改變。依據刑法典第 46 條第 1 項第 1 句之規定，刑罰量刑之基礎不受到行為人的有責性之要件，予以改變。個人有責性的程度乃構成了刑罰量刑的框架。在此框架裏，眾所承認的刑事目的被給出空間，而去調查在具體情形裏的刑罰強度（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 91, 1(31)）。

bb) 相形之下，因為刑罰對於行為人的有責性有拘束力，而刑罰卻不能充分地實現刑罰的功能，凡是於此情形，則矯正與保安的保安管束處分係依據立法者的構思，應該接手此種刑罰的功能（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 91, 1(31f.))。保安管束處分特別地提供個人的預防目的，也就是說，透過介入影響行為人的方式，以作為提供防止未來性的犯罪行為之目的（參閱 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., §9 Absatz 1 Nr. 1, S. 83）。此種介入影響行為人的方式，有可能用關懷照顧或治療性的介入之方式，予以進行（刑法典第 63 以及第 64 條），不過也一例如在保安管束之情形（刑法典第 66 條）—與提供治療相結合的相關當事人之管束，

透過此之方式，也係從危險作為出發點，連結到行為人的危險性。保護公共大眾的保安管束處分之目的是，去防範未來行為人觸犯法規範，不管如此的法規範觸犯之責任，是否行為人的有責性本身得以阻卻之，在所不問。

就刑罰的原則而言，保安管束不是作為提供行為人，去贖罪於所為的不法行為之目的，而是保護公共大眾免於受到行為人的侵害之目的（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 2, 118 (120)）。不是有責性，而是在行為當中所顯現出來的危險性係對於保安管束的作出處分、形成與時間的持續性，才是決定性的因素。保安管束是一種措施，而藉此措施規避危險，且進一步對於未來，應產生效果。

b) 法律所形成的二者制度儘管有此不同的目標設定，但也示出為數不少的共通性。然而，這些的共通性不會導致於，將保安管束納進於基本法第 103 條第 2 項的保護範圍。存在於刑罰與保安管束之間，其平行線之二者交集點係基於它們有著預防目的。相反的是，二者的不同點係起因於，與刑罰相反，保安管束處分不具有抑制性的功能。

aa) 在刑事法院的判決裏，保安管束因為其動機行為，而同時以刑罰之措施，予以科處。保安管束正如自由刑罰一樣，連結到違法、有責性之動機行為。此種的連結給與保安管

束，絕非具有刑罰的特性。

刑罰係僅以違法且有責性的犯罪行為為要件。相反的是，違法且有責性的犯罪行為雖然是一種必要的條件，但是對於保安管束而言，不是充分的條件。除與過去有相關的須要之外，針對公共大眾而言，行為人的「重大犯罪行為之傾向」與行為人具有此傾向的「危險性」，與未來有關係的要件被構成時，只有在此情形，保安管束之作出才被允許。有利於未來所進行診斷的未來危險性之評價，行為之關聯性是處於背景因素。據此，立法者已經明確地，將刑法典第 62 條裏的保安管束處分之作出與實施，置放於比例原則的適用之下。並且對此，立法者不僅將動機行為，而且也將可期待的行為與起因於行為人的危險性之程度，已經列入成為衡量的因素之關聯性。對於保安管束處分之作出，行為雖然帶有動機，但是，保安管束不是展現出，對於動機行為所實現的有責性而對其作出反應，而是呈現出對於動機行為，行為人所顯現出來的危險性而對其作出反應。

bb) 侵害人民法律地位的嚴重程度不是對於基本法第 103 條第 2 項的實質適用範圍之決定，而其構成了妥當適合的標準。在此，以特定的方式，說明出刑罰或行為的受罰之特色，並非是重點。

相類似於其他高權的措施顯示

出，一系列大量地侵害到基本法第 2 條第 2 項第 2 句的基本權利，而這些高權措施無疑地不屬於基本法第 103 條第 2 項意義下的刑事特徵。

在此，首先可以舉出例子的是，依據刑事訴訟法第 112 條以下之規定的羈押權。羈押權不是刑罰（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 19, 342 (347)），因為迄至為有法效力的判決之前，無罪責的推定是有效適用的。然而，逮捕嫌疑犯以為確保國家刑事訴追的請求—除此之外，為了免於特定未來的再度犯罪行為，在刑事訴訟法第 112a 條的要件下—，是允許的（之於羈押權的可能持續期間，參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 21, 220(222)）。

其他的公法也認識到，無刑罰特徵而嚴重侵害到基本法第 2 條第 2 項第 2 句的基本權利。主要的例子是，因為精神疾病病人自身或非自身的危害性，邦法將此人，予以留置。正如同保安管束一樣，該留置的措施在危險性之繼續存在時，無期間限制地予以延長（參閱非訟事件處理法（FGG）第 70 條第 1 項第 3 款、第 70i 條）。除此之外，結合到行為的受罰性，其行政法的措施個別重大地造成相關當事人的負擔，而該行政法的措施也並非隸屬於基本法第 103 條第 2 項之範圍。因為詐欺而受到判決的一位營業經營者，結果上，其營業

的許可便欠缺許可性，因而受到剝奪（營業秩序法第 35 條），或者，一位外國人在受到判決之後，被驅出國境（外國人法第 47 條），如果如此，正是此之情形。

cc) 在形成自由刑與保安管束之執行時（刑事執行法第 129 條以下；對此，參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 2, 118(119ff.))，其類似性不能正當地說理出來的是，將保安管束納進於基本法第 103 條第 2 項的保護範圍。執行的實務運作將使得保安管束不能成為必要的惡，而該必要的惡應該是去報復違法且有責性的行為。因為自由刑之執行不是依照抑制性的、提供罪責的償還之觀點出發而被形成。正是如此，有效適用於部分受到特別待遇（刑事執行法第 131 條至第 134 條）的保安管束之執行。

行為人的有責性決定了自由刑的科處與量刑，正當此情形，立法者並不在乎，對於自由刑的執行，行為有責性的嚴重程度、罪責的償還、贖罪或法秩序的防禦，就其法律的標準而言，予以提高（參閱 BTDrucks 7/3998, S.6）。依據刑事執行法第 2 條之規定，此執行僅提供再社會化（刑事執行法第 2 條第 1 句）以及提供保護公共大眾，免於其他的犯罪行為之目的（刑事執行法第 2 條第 2 句）。此外，依法律的規定，實質刑法與刑事執行不存在完全的一致性：實質刑

法有關於刑事受刑人的身分之判決雖然連結到其有責性，但是實質刑法不與有責性有關，而形成了受刑人的執行。

報復以及提供罪責的償還之觀點對於執行的形成而言，並無影響性。其他的某一實務不僅觸犯了刑事執行法第 2 條，而且觸犯了在刑法典裏所規範的統一性刑罰之概念。立法者已經依據報復原則，去分成有層次的、因為執行條件的不同之嚴重性而去分類拘禁的種類（監禁、拘禁、入獄與監獄），而上述的拘禁種類，予以取消。因此，行為的不法內容以及有責性的嚴重度僅僅在自由刑的繼續進行期間之當中，予以說明。有關於該繼續進行的期間，法官已經有所判決，在此之後，在形成受刑人的執行之時，執行機關應該被避免，去進行從事嗣後性的自己執行之刑罰量刑。

dd) 對於自由刑與保安管束，其執行與執行法規定的功能之諸多重疊交集不能正當地說理出，使得保安管束成為基本法第 103 條第 2 項意義下的行為受罰之特徵。

(1) 在刑事執行的框架之下，自由刑與保安管束之間在結果上成為二條平行線，因為為了保護公共大眾的目的，在處罰 2/3 之後，提早的自由刑之繼續執行是許可的（刑法典第 57 條第 1 項第 1 句第 2 款）。在無期徒刑之方面，至少 15 年的處罰之

後，同樣地，也有適用（刑法典第 57a 條第 1 項第 1 句第 3 款）。在這一方面，刑罰加入於僅有預防功能的保安管束處分；雙方制度的類似性限制在該預防的功能層面，而與抑制的功能層面無涉。由自由刑的執行之某一時間點來看，在預防性的觀點下，該狀況沒有影響到，保安管束為一種純粹性的保安措施之性質。

(2) 依據刑事執行法第 2 條第 2 句之規定，自由刑的執行提供了，去保護公共大眾而避免其他的犯罪行為之目的。因此，反映在執行上，在保安管束的作出之層次上，可以被追求之目的是：正如同法院在有責性的該當性之量刑架構下，得以考慮保安管束的刑事目的（參閱聯邦普通法院刑事裁判集，BGHSt 20, 264(267)），該保安目的也是執行的任務。另一方面，依據刑事執行法第 129 條第 2 句、第 134 條之規定，在被保安管束之人之方面，其再社會化的面向必須予以考慮。之於監護而言，鑒於基本法的價值秩序與保安管束處分中止的可能性，上述所言呈現出理所當然之理。因此，保安管束的報復性或提供罪責的償還之功能，不能予以定論。

(3) 刑法典第 67 條第 4 項第 1 句已設定出，依據刑法典第 63 條與第 64 條之規定，在具有剝奪自由性質的保安管束處分之方面，一儘管受到限制——一種優先地必須被執行的留

置，併列處罰於自由刑之上。同樣地，從該刑法典第 67 條替代性的體系，不可以推論出，保安管束的保安管束處分也許有可能被重大到而有資格，去成為刑罰。

自由刑與保安管束追求不同的目的。因此，他們也可以同時併行地被作出處罰。依據有正當性的理由與目標設定，自由刑與保安管束同時併行而立，如果如此，則從基本法第 2 條第 2 項第 2 句的基本權利作出發點，無論如何，完整時間地併列處罰於自由刑之上的留置，不是當為要求的。立法者基於憲法有可能去規定，在實踐立法者的形成自由時，將在保安管束處分執行時所進行的剝奪自由時間，只有部分地併列算在自由刑之上。儘管如此，諸多規定所必須詳細考慮的是，在個別地所規定的種類，其累積自由的剝奪總共加起來並沒有太過份，並且，沒有涉及到留置的保安管束處分之理由與目的，其併列處罰的排除，不予以採行（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 91, 1 (31f.))。

此諸多的考量揭示出，在刑法典第 67 條第 4 項所規定的併列處罰，係基於一般性的比例原則之觀點，而不是基於狹隘的罪責補償之觀點。其一，重大地所考慮的是，自由刑與具有剝奪自由性質的保安管束處分雙重

負擔地加諸於行為人身上。另一方面，重大所思考的是，具有治療性質的保安管束處分執行之效果不因為連結到長期刑罰的執行，就應該予以廢棄（參閱 Hanack, in: LK, StGB, 11. Aufl., § 67 Rn. 5, 6）。因此，刑法典第 67 條第 4 項第 1 句的併列處罰之規則只有考慮到具有剝奪自由性質的效果，並無關係到，保安管束處分附帶地提供罪責的償還之功能。

(4) 依照刑事法院的判決，在量刑之方面，保安管束之課處間接地產生效果（參閱，BGH, NStZ-RR 2002, S. 38f.; BGH, NJW 1999, S. 3723 (3725); BGH, NStZ-RR 1998, S. 206 (207); BGH, NJW 1980, S. 1055 (1056); BGH, NstE¹ §66 Nr. 9, Nr. 13; BGHR § 66 Abs. 1 StGB Gefährlichkeit 1; BGHR § 66 Abs. 1 StGB Hang 3 u. 5)。此外，刑事訴訟法第 154 條所開啟的可能性是在於，鑒於在其他程序所科處的或者可期待的保安管束處分之作出，刑事程序予以中止。然而，同樣地，該相互的影響無法正當性說理出，去將保安管束涵攝於基本法第 103 條第 2 項之範圍。

(a) 保安管束處分之作出而對量刑之影響，不會對雙軌的制度產生質疑。毋寧是，依據刑法典第 46 條之規定，從刑事目的的多元性而所導出

¹ 刑法新的裁判集。

來的是，在確認刑罰的大小時，預防性的觀點能夠共同地，予以考慮。從特別預防的諸多理由，迄至尚且符合有責性該當性的界限，刑罰在個別的情況下能夠被窮盡地使用。目前，同時地連同刑罰一起，而預防性的保安管束處分被作出，若是如此，則該情形因此解除了與行為有相關性的刑罰之負擔，而該刑罰係具有特別預防的功能，且其廣泛地限縮在罪責償還之目的。因而，於自由刑與保安管束間的功能重疊交集部分而言，只有重新回到預防的功能層次。

(b) 依據刑事訴訟法第 154 條之規定，有可能，鑒於在其他程序所作出的保安管束處分，去中止刑事程序。而該規定的目的是在於，由於透過部分地放棄刑罰的追訴，而去集中程序的素材以及加速程序的進行（參閱 Plödd, in: KMR², StPO, § 154 Rn. 1）。該規定不對有關保安管束處分的刑事特性，予以說理。除此之外，非為刑事訴訟法第 154 條的要件是，在必須被中止的程序裏，犯罪嫌疑人的正犯性與有責性已經被確認（參閱 Beulke, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 154 Rn.29）。因此，依據刑事訴訟法第 154 條之規定，放棄刑罰的追訴非基於罪責的償還之思考方向。

IV. 符合法治國的信賴保護之要求

新規定也符合了法治國的信賴保護之當為要求（基本法第 2 條第 2 項結合同法第 20 條第 3 項）。

1. 法治國原則與基本權利限制立法者的權限，而去進行法規範的更改，而此更改係連結到過去的事實情況。基本法第 103 條第 2 項只有對刑事可罰性，而設立有明確的溯及既往之禁止。從上述的情況作為出發點，所不能推論出來的是，溯及效力在其他的形態是無庸置疑的（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 72, 200 (257)）。法秩序的可靠性是自由憲法的基本條件。國家的人民對他而言原則上必須預見，有可能會發生的國家侵犯。因此，如果立法者嗣後對於隸屬於過去已完成的行為之法效果，以具有負擔地予以變更，則它需要特別的正當性說理。立法者嗣後所連結的構成要件之法律效果，比起人民在為其支配行為之際，得以其所為行為基於該構成要件的法律效果，變得更加地不利益，如果如此，則人民於其信賴法秩序的可靠性之際，就會感到失望（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 105, 17(36f.)）。信賴保護之當為要求去維護人民，免於因為受到負擔性的新規定，而對於值得保護的信賴，感到失望（參閱聯邦憲法法

² Kleinknecht/Müller/Reitberger.

院裁判集 BVerfGE 72, 200(254))。

然而，憲法的信賴保護之範圍卻不會涵蓋得太廣泛，以去確保人民在法狀況的持續力裏，而免於人民期待之每件事情，而總是感到失望（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 68, 287 (307)）。有效的法規範將不受到變更而繼續存在，而憲法並不保護該單純的期待（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 38, 61 (83)；68, 193 (222)；105, 17 (40)）。

a) 如果法規範時間的適用之一開始便已經被確定在某一時間點上，而該時間點位處於，在法規範法律上目前存在的時間點之前，也就是說，已經生效的時間點之前，則某種法規範才展開溯及既往的效力（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 63, 343 (353)；72, 200(241)；97, 67(78)）。法規範時間的適用範圍決定了，在哪種時間點上，法律規定的法效果應該開始發生。原則上，憲法只允許負擔性的法律，其法效果最早可以隨著法規範的公告，就開始發生效力。已經對於法規範公告的時間點之前，而所存在的時段，所作出的處罰、產生的法效果，原則上應該是不允許的（法效果的溯及產生效力，「真正的」溯及效力）。在原本有效的法效果情況之存續當中，其信賴保護優先地在一般法治國原則，尤其是在信賴保護與法安定性原則，找到其憲法上的理由

（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 72, 200(242)；97, 67(78f.))。

相對而言，構成要件的溯及（非真正的溯及）連結並無涉及到時間上的，而是涉及到法規範實質上的適用範圍。正在法規範的公告之後，法律的法效果就開始發生，然而，法規範的構成要件包含事實情況在內，而該事實情況在法規範的公告之前，便早就已經「開始活動」（ins Werk gesetzt）（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 72, 200(242)；105, 17(37f.))。構成要件的法效果之開始發生端賴於，構成要件的公告之前的時間而就已經發生的事情狀態而定，以此作為出發點。而這些構成要件優先地涉及到基本權利，並且這些構成要件比法效果的溯及產生效力起來，要來得有較少嚴格的限制（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 72, 200 (242)；92, 277(344)；97, 67(79)）。

b) 在構成要件的溯及連結之法律方面，信賴保護與法安定性的一般原則未被賦予一般地優越於，總是所欲追求的立法者願望。因為就有利於過去法狀況的繼續存在而言，給予其完整的保護可能會在重要領域裏，使得具有民主正當性的、負擔起公共福祉義務的立法者，就此癱瘓，並且就法秩序的適應能力之負擔而言，無可爭議地，法狀況的變更之必要性與法秩序的可靠性之間，給予過去法狀況

的完整保護就有可能會產生衝突（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 105, 17(40)）。因此，立法者必須有可能，也在大範圍地，去將法規範連結到身處在過去的構成要件、法規範予以公告發佈，並且因為透過這些構成要件的未來法效果之變更，而對所更改的已發生之事情狀態，予以反應（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 76, 256 (348)）。

構成要件的溯及連結可能涉及到，去保護如此的事實情況之基本權利，而該事實情況，隨著每個的構成要件特徵之構成時，在法規範的公告之前，便早已經「開始活動」（ins Werk gesetzt）。相關的法律必須以上述的基本權利，去作考量。信賴保護、法安定性以及比例原則的諸多法治國原則，一般而言，如同在解釋與適用基本權利之時，鑒於實質法的問題所發生的情況，以此方式，對於基本權利的評價，產生作用—限制於過去連結的觀點—（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 72, 200 (242f.))。在此，立法者的規定權限之界限可以從涉及到的信賴保護利益以及對公共福祉而立法者願望二者之間，衡量其重要性，推論得知（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 14, 288(300); 25, 142(154); 43, 242 (286); 43, 291(391); 75, 246 (280)）。

2. 依照該標準，刑事施行辦法

第 1a 條第 3 項連結刑法典第 67d 條第 3 項的規定並未含有法效果的溯及既往，反而是含有構成要件的溯及連結。

a) 對於首度所作出的保安管束以及犯罪行為人的可適用性，而在這些犯罪行為人之方面，在修正案的公布與生效之前，保安管束早就已被作出科處並且尚未執行完結，其最高期間之廢棄對於法律公告之前的時間點，對於其已經發生的事情狀態，呈現出法效果。依據刑法典第 67d 條第 3 項以及刑法施行辦法第 1a 條第 3 項之規定，有關於完成保安管束的保安管束處分之判決關係到某種事實情況，而在該事實情況裏，保安管束係基於修正案公布之前的判決而作出。過去的關聯性，可以從過去所作出的保安管束之此種連結性，被推論出來。

b) 然而，十年的最高期間之廢棄不能溯及到刑法改革生效之前的時間點。

新規定嗣後並無變更了連結到動機行為的法效果。保安管束的持續進行也在早期的刑法典第 67 條第 1 項舊條文之規定裏，不取決於動機行為的時間點之狀況而定。除了刑法典第 66 條的要件之外，作出判決的法院（das erkennende Gericht）在其為判決的時間點，依照實際的狀況，必須去判斷，有犯罪傾向的危險性之實質

要件是否也有存在（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 42, 1(7)）。在此，如同在行為的進行與判決之二者間，其所有的法律變更一樣，行為人的中間時間之發展，必須被考慮到（參閱刑法典第 2 條第 6 項）。保安管束的實質要件就在法院為判決的時間點，如果不再存在，則保安管束不准被作出。

同樣地，法律的變更有法效力地不推翻修改，在刑罰的認識裏，之於不利於相關的當事人，所確認的法效果。因為以往在舊的法狀況之下而所作出的刑法判決，非刑法典第 67d 條第 1 項（舊條文）的法定最高期間之存續部分。也就是說，法律的最高期間非存在於法的效力。判決的主文以往如同今日一樣，僅僅記載著「保安管束當中的留置」之語句。留置依據以往的法狀況也未附有最高期間地，被作出科處（參閱 Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 66 Rn. 67; Tröndle, StGB, 48. Aufl., § 66 Rn. 22; Hanack, in: LK, StGB, 11. Aufl., § 66 Rn. 183）。向刑事犯者，是否以及多久（參閱刑法典第 67c 條以及同法第 67d 條第 2 項）作出的保安管束，事實上予以執行。據此，執行法院過去沒有並且現在也沒有影響力。尤其是，問題的回答係立於，鑒於被診斷出來的危險性，保安管束的執行之多久時間可以被認為是合乎比例原則，

而其卻不是法院的判決權限。對此，法院的判決權限毋寧是，僅僅刑事執行小組才有之（參閱刑法典第 67c 條以及同法第 67d 條；刑事執行法第 463 條第 3 項、第 454 條、第 462a 條第 1 項）。鑒於動機行為或其他的狀況，執行法院認為，執行更久地持續進行，其已不符合比例原則。如果如此，過去，甚至於目前，才阻止執行法院，去作出有特定的最高期間之保安管束。

在其餘的情形，新規定也不能向過去，溯及到過去的某一時間點。就被留置之人之方面，在刑法改革的生效之前，保安管束處分因為期間的屆滿或達成有效果的監護，早已經完成執行，故新規定對於被留置之人而言，沒有產生任何的影響。寧可是，新規定僅涉及到之人乃是，針對這些人，就此時間點而言，凡是保安管束處分尚且還可以被執行者之人而言。在這些人之方面，過去所作出的保安管束只有構成諸多的構成要件之一。除此之外，新的法效果一超過刑法典第 67d 條第 1 項第 1 句（舊條文）的十年期間之界限，保安管束的持續進行一尤其是取決於診斷的決定而定。就被留置之人之方面，在保安管束處分的完成執行之決定時間點上，依據刑法典第 67d 條第 3 項（新條文）之規定一也就是說，在條文變更的生效之後一，存在於嚴重累犯行為的有犯

罪傾向之危險。在此關聯性裏，執行法官必須考慮到新的事實情況，而該事實情況，作出判決的法院就在那個時間點上，尚未能被考慮到：就此，在刑法典第 67d 條第 3 項的完成執行保安管束處分之診斷方面而言，尤其是對被判決者的發展，在刑事執行的過程當中，扮演重要的角色。關於保安管束處分的完成執行之判決係基於某種的事實情況，而該事實情況既無早已經完成於行為的時間點，也無完成於判決的時間點，甚至於無完成於新規定生效的時間點。

3. 有關於保安管束處分的保安管束之判決是否被宣告業已完結，儘管其係基於診斷的結果，但是信賴保護的觀點在此必須被考慮，因為在刑法典第 67d 條第 1 項與第 3 項（舊條文）裏所規定的最高期間說理出，被保安管束之人已經期待，十年期間經過之後，被釋放出來。

在刑法典第 67d 條第 3 項以及刑法施行辦法第 1a 條第 3 項的新規定公布之前，在一些的情形裏，保安管束早已經被作出，刑法典第 67d 條第 1 項與第 3 項（舊條文）的規定形成了期待的基礎。保安管束處分時間的限制特別地也提供了被留置之人的個人利益之手段。依照立法者的動機，納入最高期間的目的是在於，「盡可能地去形成制裁，以及對於被判決者而言，其可以清楚地認識到結束的時

間」（BTDrucks 7/2222, S.3）。因此，最高期間的設定給予被留置之人產生一種願景的是，就某一特定的時間點，去再度取得自由之身。因為被留置之人多次主觀地可能認為，保安管束不是一種與有責性無關的保安措施，鑒於保安管束的實際上之執行，反而可能認為保安管束是一種類似於刑罰的措施，所以如上所述更加地有其適用。由於犯罪行為的動機而所科處的自由權利之侵犯，在相關當事人的觀點裏，在自由刑與保安管束之方面，是可以互相比較參考的。同樣地，也適用於保安管束的作出之程序與執行。因此，就被留置之人之方面，聯繫到刑罰的科處，保安管束予以執行，就某一特定的時間點，去再度取得自由之身，被留置之人此種的期待取得特殊的意義。

儘管如此，在刑法典第 67d 條第 1 項（舊條文）的規定之繼續存在方面，信賴的值得保護受到刑法典第 2 條第 6 項的規定而取得限制。依此規定，如果法律無其他規定，則依照判決的時間點而有效適用的法律，有關矯正與保安的保安管束處分得予以判決。刑法典第 2 條第 6 項涉及到保安管束處分的作出以及執行（參閱 BGH, StV 1978, S.350; Gribbohm, in: LK, StGB, 11. Aufl., § 2 Rn. 17）。因而，有關矯正與保安的保安管束處分，其十年的最高期間正如同所有其

他的規定一樣，一開始便在法律變更的保留條件之下。

4. 對於公共大眾的福祉，立法者的願望之重要意義優先地重要於，相關受刑人對於舊式十年最高期間的繼續存在之信賴保護。

a) 個人對於法律規定的繼續存在而產生信賴，而其面對公共大眾的福祉，針對立法者的願望之重要意義，必須予以衡量（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 67, 1(15)；105, 17(40)）。個人值得保護的信賴建立在，對於法律規定的產生信賴，而該法律不准許沒有公共利益之特別與優越的理由，而卻一概地溯及既往予以變更。另一方面，如果個人對於有利於其之法律規定的繼續存在而產生信賴，衡平上無法要求立法者顧慮及之，則個人不能援引其信賴保護（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 63, 152(175)；105, 17(44)）。原則上，立法者必須有可能，也透過構成要件的溯及連結之途徑，對於所變更的社會已經既存之狀況，去作出反應，或者是，對於社會已經既存之狀況，變更性地予以影響。

b) 國家有任務，去保護潛在的犧牲者之基本權利，而避免其受到潛在的犯罪行為者之傷害。危害越是具體與個別，並且危害越是強烈地涉及到重要的生活之領域，國家對於此種的保護義務則越是強烈。個人的基本

權利越是生存重要性，國家對於此種的保護義務而免於受到危害與損害則必須越是更加地強烈（參閱 Württemberg/ Sydow, NVwZ 2001, S. 1201(1204)）。十年的最高期間之廢止而去保護由於犯罪行為因而潛在的犧牲者之基本權利在過去是否係當為要求，在此不必予以判斷。無論如何，為立法者的決定建立起基礎的同意接受，其面對到以此方式，潛在的犧牲者較能夠清楚地受到保護，而免於重大威脅性的危險，這在憲法上是無庸置疑的。

c) 受到構成要件的溯及連結而有所相關的受刑人，從基本法第 2 條第 2 項第 2 句得出，儘管其擁有高度價值的自由基本權利，但是自由基本權利仍須退讓到公共利益之後。

所已經確認的是，立法者採用刑法典第 67d 條第 3 項的規定，並未違反保護自由基本權利的過度禁止。對於相關的當事人而言，作為規則一例外的規定以及從側面上所掩護的憲法保障之內容構想，從基本法第 2 條第 2 項第 2 句所得出的其要求，賦與有足夠的效力（以上 C. II. 2. 已所述）。從類似相關的考量，不存在有憲法上的疑問以駁斥立法者的決定，也將立法者所決定的被留置之人納進於刑法典第 67d 條第 3 項的適用範圍，而在此被留置之人方面，保安管束在法律變更之前，早就已經被作出科處。

在過度禁止的界限內，如此這般的決定使得在立法者的形成裁量之時，負有義務。在此架構之下，立法者必須在政策上地決定，有關於利益相互衝突的正當與有理由之調適（參閱 Würtener/Sydow, NVwZ 2001, S. 1201(1205 f.)）。立法者目前並沒有超越其形成的裁量餘地。刑法典第 67d 條第 3 項的高度要求也結合了刑法施行辦法第 1a 條第 3 項，考慮到相關的基本權利。立法者已經依其民主正當性必須被負起責任的安全政策，而其認為構成要件的溯及連結是妥當的，並且是有必要的，去為保護男、女性人民的生命、健康與性的整合性之目的。上述係屬於立法者判斷的裁量餘地。

d) 最後，過渡期的正義之要求並不去要求國家，對於舊案件，去採取保護性的過渡規定（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 31, 275(284ff.); 43, 242(288ff.); 51, 356(368); 68, 272(284ff.); 71, 255(275)）。如果舊案件沒有被納入，立法者的目標本來可能就無法被達成。而該立法者的目標乃是，去保障盡最大可能廣泛的保護，以免於受到最嚴重威脅的累犯者之侵害，而該累犯者係為已經眾所皆知地危險、在保安管束中，被留置之人一暴力與性刑事犯罪之人。

V. 其他批評的不有效成立

就憲法訴願提出人所提出的其他

批評而言，其論點也不是有效成立的。

1.a) 對於保安管束的執行，法律的上限期間之欠缺不違反明確性的當為要求。法律的上限期間欠缺也不侵犯基本法第 103 條第 2 項之規定，因為矯正與保安的保安管束處分並不屬於該規定的保護範圍（以上 C. III 已所述）。

毋寧是，標準是在於基本法第 104 條第 1 項第 1 句之規定，而該規定使得立法者負有義務，足夠清楚地去規定，自由的剝奪應該可以許可之情形。只有立法者依據基本法第 2 條第 2 項與第 104 條第 1 項之規定，才應該決定有關於，在那些情形，自由的剝奪應該是許可的。自由的剝奪必須以可被預期、可以被測量與可以被審查的方式，而予以規定（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 29, 183(196)）。在這一方面，對自由剝奪之範圍而言，基本法第 104 條第 1 項第 1 句之規定具體化了，從法治國原則而所推論出來的明確性之要求（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 76, 363(387)）。

預防性的自由剝奪如同自由刑一樣，其強烈地侵犯到基本法第 2 條第 2 項第 2 句的基本權利。存有一種的看法是，若是基本權利的侵犯越是強烈的，並且其規定的影響越是重大的，則立法者的設定就必須是更加地

精確的（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 86, 288(311)；93, 213 (238)，其個別地擁有其他的參考資料）。因此，此種看法取得特殊的重要性。在這一方面，可以被考慮的是，有關從人身上而所發生的危險，並就有關於此危險的診斷係作為預防性的自由剝奪之基礎，並且此種危險的規避是自由剝奪的基礎。在保安管束之方面，其不涉及到，在個案的情形，刑罰法規範裏所類型化的不法行為被評價，而是其涉及到去掌控危害的情勢。在自由剝奪之方面，鑒於其基本權利侵犯的強度，在這些情形裏，立法者不僅必須去確定，到底在何種的構成要件之下，具有剝奪自由性質的保安管束處分可以被作出，而且除此之外，也必須去確保，基於診斷的結果，關於自由剝奪的判決不准許一開始就擁有不受到限制的法效果。各個診斷內含有了不確定性，而該不確定性在預防性的自由限制之方面，需要妥當的立法者之決定。而該立法者之決定係有關於，診斷的判定擁有何種的時間上之法效果，並且何時該診斷的判定必須予以審查。

b) 目前，保安管束的保安管束處分之規定滿足了這些諸多要求。

立法者基於憲法不負有義務，對於保安管束，去確定絕對性時間的最高界限。從被保安管束之人之身上而發生的危險，其對於未來，抽象一

般性地不能被確定下來。對於公共大眾而言，行為人的危險性未必在特定的時間之後，就消失殆盡。

藉由立法者合乎時宜地確保一種例行性的診斷決定之審查，對於即時、遺留下來的危險性之確認而言，立法者已經採取了預防的措施。依據刑法典第 67e 條第 1 項第 2 句結合第 2 項之規定，法院最遲在二年之後，必須審查保安管束當中的留置。因此，已被保障的是，個別的診斷決定只對於某特定期間的自由剝奪，予以承載。在刑法典第 67d 條第 3 項第 1 句的意義裏，對於其危險性的要件是否繼續地存在，正必須重新地且以妥適的謹慎之方式，予以確認。因此，立法者為了明確性的當為要求，已經付出足夠的努力。就相關的當事人而言，可以清楚被認知到的是，他何時可以預期到重新的審查，並且對於法院而言，受到限制的診斷有效範圍可以從該審查的時效期間，推論出來。

2. 只要憲法訴願提出人提出批判，新規定已經違反基本法第 101 條第 1 項之規定，理由是，因為立法者嗣後以不定期間的方式，變更了原本所作出的（定有期間的）保安管束，則其憲法訴願是無理由的。在此，未涉及到基本法第 101 條第 1 項的保護範圍（法定法官的保障）。刑法典第 67d 條第 3 項的抽象—一般性之規定在個案上，既不會取代法律所預定的

法官之判決，也不會影響到法官之判決—凡是同樣有可能違反基本法第 101 條第 1 項之情形（就此參閱 Degenhart, in: Sachs, GG, 3.Aufl., Art. 101 Rn. 10）—法官的職權秩序當中之未明確性。

D. 判決的投票結果

該判決以 6:2 的投票數已經進

行，其據基於 C. IV（溯及效力）以下的諸多理由。

法官： Hassemer	Jentsch
Broß	Osterloh
Di Fabio	Mellinghoff
Lübbe-Wolff	Gerhardt