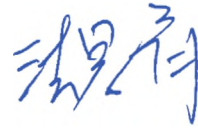


司法院會台字第 11541 號聲請解釋案件鑑定意見書

法恩齊

東吳大學法律學系 副教授



司法院大法官為審理會台字第 11541 號等聲請解釋案，就其中關於刑法第 91 條之 1 第 1 項、第 2 項及性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項、第 2 項、第 3 項等規定是否合憲之問題，茲依司法院大法官書記處所提下列爭點題綱

- 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、憲法罪刑定原則及憲法第 8 條人身自由之保障？
- 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？
- 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？
- 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，是否違反信賴保護原則及法律不溯及既往原則？

表示意見如下：

壹、我國性侵犯刑後強制治療制度

由於本聲請解釋案涉及刑法第 91 條之 1 與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 有關我國性侵犯刑後強制治療之規範，故勢必有必要先釐清系爭規範於我國法律制度上之定位。例如，性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 係屬於刑罰？抑或是保安處分？又或者根本非屬刑事法之領域，而為行政法上之一種規範？以下將先就做為我國刑法法律效果的刑罰與保安處分出發，以進一步討論相關爭議。

一、保安處分與刑罰

我國現行刑法係採雙軌制裁體系，亦即犯罪的法律效果包含刑罰與保安處分。雙軌制裁體系之發展，主要係為了達到刑法在刑事政策上本所欲達到的功能，亦即對於罪責的應報與危險的預防。然而，由於罪責的應報與危險的預防在本質上即具有區別，因此，始有雙軌制裁體系之出現，藉由另設專門針對危險性的保安處分，使其與受罪責原則限制之刑罰雙軌並行，互為補充，以達到社會保安的目的¹。由此可知，保安處分係一種基於社會保安目的，不受罪則原則拘束而用來輔佐刑罰以達到刑法抗制犯罪功能之一種法律手段²。近代，則有學者將其定義為一種：「為預防犯罪，保護社會安寧，對有危險性的犯人所為的保全或矯治措施。」³

然而，作為刑罰之一種補充手段，保安處分與刑罰依然具有本質上之差異。刑罰係以行為人過去的行為罪責為前提，具有痛苦的本質，並在除了矯治犯人與再社會化的功能之外，另具有懲罰與應報之功能；保安處分則係基於純預防目的之構想，非以應報報復為目的，而係以行為人未來對於社會的危險性為依據，其在執行上所附帶之痛苦，並非其目的，而僅是執行時之副作用⁴。

惟有鑑於部分保安處分之手段，對於受處分人人身自由剝奪之程度與嚴厲性並不會亞於刑罰，且由於其係以行為人未來之危險性為基礎，本質上具有高度的不確定性，行為人無法事先預知受拘束的時間和強度，故其若不加以限制，則容易遭到濫用，侵害基本人權⁵。因此，學說上多認為，其應受到比例原則之拘束，而須符合適合性、必要性與相當性等原則⁶。司法院釋字第 471 號解釋文中，針對拘束人身自由之保安處分，亦採同樣之立場。

根據司法院大法官釋字第 471 號解釋文：「人民身體之自由應予保障，憲法第八條設有明文，限制人身自由之法律，其內容須符合憲法第二十三條所定要件。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

¹ 林山田，刑罰論，頁 340。

² 林山田，前註 1，頁 335。

³ 林鈺雄，新刑法總則，頁 31。

⁴ 陳子平，刑法總論，頁 826；林山田，前註 1，頁 344；林鈺雄，前註 3，頁 30。

⁵ 林鈺雄，前註 3，頁 31。

⁶ 林鈺雄，前註 3，頁 32；林山田，前註 1，頁 345。

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。」其解釋理由書中亦進一步提到：「保安處分之措施亦含社會隔離、拘束身體自由之性質，其限制人民之權利，實與刑罰同...應受比例原則之規範...」

因此，儘管保安處分與刑罰在目的與性質上存在一定程度之區別，我國實務上依然認為拘束人身自由之保安處分，對受處分人所造成之人身自由之侵害，幾乎已與刑罰無異，故與刑罰相同，皆應受到憲法之約束。

二、刑法第 91 條之 1

我國保安處分之相關規定，係規範在中華民國刑法第 1 編總則之第 12 章第 86 條至第 99 條，種類包含感化教育、監護處分、禁戒處分、強制工作、強制治療、保護管束與驅逐出境。然在 1999 年之前，性侵犯並非第 12 章保安處分所施行之對象，當時刑法第 91 條有關強制治療之規定，亦僅係針對違犯刑法第 285 條花柳病之受刑人。後因政府欲放寬假釋門檻，擔心將一般認為再犯率高的性侵犯放回到社區，會造成社會不安，遂於 1994 年於刑法第 77 條增訂第 3 項⁷，規定：「犯刑法第 16 章妨害風化各條之罪者，非經強制治療，不得假釋。」然該項強制治療之規定，並非規範在第十二章保安處分內，故非屬保安處分，而僅係性侵犯於獄中應進行之一種矯治措施與假釋條件。然而，因該條將妨害風化罪章中之所有犯罪之行為人納入適用範圍，實務上能提供之治療資源又極其有限，因而形成實務運作上之困難⁸，遂於 1999 年將刑法第 77 條第 3 項刪除，而另於保安處分罪章中有關花柳病強制治療之條文後，增訂刑法第 91 條之 1，將性侵犯之強制治療納入我國保安處分之制度中。依據 1999 年增訂之刑法第 91 條之 1，其中第 1 項規定：「犯第 221 條至第 227 條、第 228 條；第 229 條、第 230 條、第 234 條之罪者，於裁判前應經鑑定有無施以治療之必要。有施以治療之必要者，得另入相當處所，施以治療。」另又於第 2 項規定：「前項處分於刑之執行前為之，其期間至治癒為止。但最長不得逾三年。」由此可知，1999 年所增訂之有關性侵犯之強制治療，其在執行上大部分皆與其他保安處分相同：於裁判時併予宣告，於刑之執行前為之，設有最長期間，並得折抵刑期。然其中有關「裁判前鑑定」之要求，「在實務上常引起鑑定人質疑行為人有無犯罪不明下，無以憑作鑑定之質疑...」因此，2005 年刑法修正時，又大幅度的修改了刑法第 91 條之一有關性侵犯強制治療之規定，採取了與其他保安處分(如監護處分、禁戒處分)迥異之刑後強制治療之制度⁹。

依據 2005 年修正(即現行法)之刑法第 91 條之 1 第 1 項之規定：「犯第 221

⁷ 孟玉梅，從正當法律程序看我國性罪犯刑後強制治療之宣告，國立交通大學科技法律研究所碩士在職專班碩士論文，頁 35 (2016)。

⁸ 周文如，性侵害犯罪與保安處分—從強制治療出發，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，頁 28。(2011)

⁹ 周文如，前註 8，頁 28。

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；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。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。」至此，我國性罪犯之強制治療改以「刑後」執行。對象則限於曾接受輔導或治療而經鑑定評估仍有再犯危險之性罪犯，包含曾接受獄中治療或輔導之性罪犯以即依當時之性侵害犯罪防治法第 18 條已回到社區接受治療或輔導之性罪犯。另有關執行期間，則增訂於第 2 項刪除最長期間之限制。依該法第 2 項之規定：「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。」因此，依據現行法之規定，性罪犯一旦被依刑法第 91 條之 1 宣告強制治療，即須治療至再犯危險顯著降低為止，而不再有 3 年最長期間之限制。又因改於刑後執行，因此治療期間亦不再能折抵刑期。

而為配合刑法第 91 條之 1 之修正，監獄行刑法亦配合修正第 82 條之 1，就聲請強制治療之程序為規範。依據該法之規定，受刑人於經鑑定、評估認有再犯之危險而認為有施以強制治療之必要時，監獄應於刑期屆滿前 3 個月，將受刑人相關之鑑定、評估報告等資料，送請該管檢察署檢察官，再由檢察官向法院聲請強制治療之宣告¹⁰。

三、性侵害犯罪防治法第 22 條及第 22 條之 1

(一)、立法背景

因應刑法 2005 年之修正，性侵害犯罪防治法亦於同年 1 月大幅修正，新增有關性侵害犯罪加害人接受處遇與治療之規定，將原 20 條擴增為 25 條。其中，為配合刑法第 91 條之 1 之修正，增訂第 22 條。依性侵害犯罪防治法第 22 條之規定：「加害人依第 20 條第 1 項規定接受身心治療或輔導教育，經鑑定、評估其自我控制再犯預防仍無成效者，直轄市、縣市主管機關得檢具相關評估報告，送請該管地方法院檢察署檢察官、軍事檢察署檢察官依法聲請強制治療。」因此，針對有期徒刑已執行完畢等情事而已回歸社區再依性侵害犯罪防治法第 20 條接受治療或輔導之性侵害犯罪加害人，若此後經鑑定、評估其治療、輔導對其再犯之預防不具成效時，直轄市或縣市主管機關即可將評估報告送請檢察官聲請強制治療。

而雖然在 2005 年刑法與性侵害犯罪防治法修正後，有關性侵犯之強制治療改採之刑後模式已較 2005 年修法前之刑前強制治療模式更為完備。然因其中刑法第 91 條之 1 係於 2006 年 7 月 1 日起施行，因此只能適用於該法施行後犯罪之性侵犯，至於 2006 年 6 月 30 日前已實施性侵害犯罪者，即無刑法第 91 條之 1 刑後強制治療之適用，而僅能將其釋放。後果真於 2011 年 3 月在雲林發生葉姓女國中生遭甫出獄具有性侵害犯罪前科之林姓加害人強制性交並殺害棄屍之

¹⁰ 監獄行刑法第 82 條之 1。

案件。林姓加害人於服刑期間，曾經 7 次未能通過獄中治療之評估，再犯機率高，2011 年 2 月刑滿出獄後，卻因刑後治療僅適用於發生在 2006 年 7 月 1 日之後之犯罪行為，而使得犯罪行為在新法生效前之林姓加害人剛好沒有適用，而形成了一個嚴重的法律空窗，進而間接導致了此次悲劇的產生¹¹。因此，為了修補此一法律適用上之漏洞，立法院遂於 2011 年 11 月 1 日通過性侵害犯罪防

刑法第 91 條之 1 之性罪犯，一同納入刑後強制治療之制度中，以填補刑法 91 條之 1 因禁止溯及既往所產生之法律空窗¹²。

依據 2011 年增訂之性侵害防治法第 22 條之 1 第 1 項規定：「加害人於徒刑執行期滿前，接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險，而不適用刑法第 91 條之 1 者，監獄、軍事監獄得檢具相關評估報告，送請該管地方法院檢察署檢察官、軍事法院檢察署檢察官聲請法院、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。」第 2 項規定：「加害人依第 20 條接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估其自我控制再犯預防仍無成效，而不適用刑法第 91 條之 1 者，該管地方法院檢察署檢察官、軍事法院檢察署檢察官或直轄市、縣（市）主管機關得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。」自此，犯罪行為發生在 2006 年 6 月 30 日之前因此無刑法第 91 條之 1 適用之性侵害犯罪加害人，在接受獄中治療或依性侵害犯罪防治法第 20 條接受社區身心治療、輔導教育後，若經鑑定、評估，認有再犯之危險者，相關機關（監獄、檢察官或縣市主管機關）仍得聲請法院裁定強制治療。該法增訂後，我國性侵犯之刑後強制治療因此已朝向雙軌方式進行¹³。

（二）、法律定位之爭議

然而，由於性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 將刑後強制治療溯及適用刑法第 91 條之 1 施行前之行為，故該法雖看似彌補了刑法第 91 條之 1 適用上之法律空窗，卻因此衍伸出該法是否違反罪刑法定原則中禁止溯及既往之原則。而欲探討此議題，則先釐清性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 之性質，亦即其究竟係屬於一種刑法上的法律效果？抑或是一種非刑法之規範？

關於此一爭議，相關文獻上之討論，大致可分成兩種見解：一種認為此一規範之性質應非屬刑法，故無禁止溯及既往原則之適用。此一立場，大致又可分成兩種論述方式。其中一種主張性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 係為對性侵犯

¹¹ 葉姓女童受害案，自由電子報，<http://www.libertytimes.com.tw/2013/new/jun/28/today-t3.htm>，最後瀏覽日 2020/10/18

¹² 周佳宥，性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 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，頁 15；葉思萍，性侵害加害人刑後強制治療溯及既往規定之研究，國立國防大學管理學院法律學系碩士論文，頁 41。

¹³ 陳慈幸，性犯罪刑後治療處分人處遇探究之個案研究，亞洲家庭暴力與性侵害期刊，第 8 卷第 1 期，頁 70。

進行「處遇」而非對其施以「懲罰」，此係基於社會公益與維護人權衡平後此係基於社會公益與維護人權衡平後之考量¹⁴，故因無禁止溯及既往原則之適用。相關文獻通常會參考美國之民事監護制度(Civil Commitment)，主張因我國性侵犯之強制治療制度當初立法係參考美國性侵犯之民事監護制度¹⁵，故應參考美國聯邦最高法院對於美國相關規範所採之立場。美國聯邦最高法院曾於1994年所做的 *Kansas v. Hendricks* 一案中清楚表明，因美國堪薩斯州之性侵犯民事監護制度之本質係為治療(treatment)而非刑罰(punishment)，故其相關法規應可溯及適用¹⁶。另一種則從性侵害犯罪防治法本身之法律性質出發，認為因性侵害犯罪防治法本身應屬行政法之性質，故性侵害犯罪防治法第22條之1亦屬行政法規，非屬刑法，而無刑法上禁止溯及既往原則之適用。在性侵害犯罪防治法第22條之1最初立法時，民間團體白玫瑰社會關懷協會即採類似之立場，而於其所提出之草案版本中特別強調本條之增訂乃係參考「精神衛生法」之精神，以「預防」及「治療」為概念出發，而與刑法第91條之1刑後強制治療之保安處分帶有刑罰性質不同¹⁷。

而與前述立場相反之另一種見解則認為，性侵害犯罪防治法第22條之1之立法理由中即清楚指明該規範當初立法目的既係為了彌補刑法第91條之1刑後強制治療適用上之空窗漏洞，則其性質應與刑法第91條之1相同，而屬保安處分，且應為拘束人身自由之保安處分，故依刑法第1條後段之規定，自然亦有罪刑法定原則及不溯及既往原則之適用¹⁸。其立法理由指出：「為解決九十五年六月三十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，因不能適用九十五年七月一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。¹⁹」採此見解之文獻即以此立法理由為基礎，再進一步主張性侵害犯罪防治法第22條之1與刑法第91條之1二者除了在法規依據及聲請主體有所不同外，其餘無論係在構成要件、法律效果、執行方式上皆幾乎相同，執行處所與鑑定評估之標準亦相同，則二者所規範之強制治療應屬相同性質之矯治措施，不應因前者規範在屬行政法性質之性侵害犯罪防治法中，即因此改變其作為刑法強制治療保安處分補充規範之本質²⁰。

¹⁴ 許福生，我國性侵害犯罪刑後強制治療之檢討，刑事政策與犯罪研究論文集(十七)，頁227。

¹⁵ 高鳳仙，論性侵犯之民事監護(刑後強制治療)(上)，全國律師，頁66；林明傑、鄧閔鴻，從美英紐德荷之性侵害者刑後強制治療看台灣之困境與出路，世新法學第11卷第2號，頁11-214。

¹⁶ 林明傑、張宴綾、陳英明、沈勝昂，性侵害犯罪加害人之較佳方案及三個爭議方案，月旦法學雜誌第96期，頁165-180；高鳳仙，前註15。

¹⁷ 2011年6月1日白玫瑰社會關懷協會版草案立法理由

¹⁸ 楊凱傑，刑後強制治療制度之探討—以人身自由保障為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁111。

¹⁹ 性侵害犯罪防治法第22條立法理由

²⁰ 謝欣如，性侵害強制治療之法律定位—以性侵害犯罪防治法為中心，國立台北大學法律學校碩士論文，頁103、107。

貳、 比較法之觀點：美國性侵犯民事監護制度(Civil Commitment)

由於法務部於 2005 年提出刑法第 91 條之 1 修正條文時，係參考美國之民事監護制度，因此國內相關文獻在討論我國性侵犯刑後強制治療制度之相關法律爭議時，皆常引用或參考美國之相關法制或實務見解做為比較法上之討論，或是支持現行刑後強制治療制度之依據。惟美國之刑事司法制度與我國並不相同，英美法系架構下的刑法法律效果係採單軌制，而非刑罰與保安處分共存之雙軌制²¹，因此，美國之相關制度，是否真可為我國所用？美國法院之相關實務見解，是否又真可作為正當化我國性侵犯刑後強制治療制度之依據？

一、制度背景與沿革

美國法上之民事監護，依據 Black's Law Dictionary 之定義，係指「對於生病、無責任能力、患有毒癮或其他相類似情形之人，法院對其所為之與刑事處罰不同之監禁命令。」（“A court-ordered involuntary confinement of a person who is ill, incompetent, drug-addicted, or the like, as contrasted with a criminal sentence.”）²²而由於此種民事監護之目的主要係在於治療，因此其與刑事監禁最大的不同即在於其監禁之期間係“不定期”(indefinite)，而通常會依照被監禁者治療復原之狀況來決定其監禁期間之長短²³。

美國之民事監護制度，最早始於對精神疾病患者之強制監護制度 (involuntary civil commitment)。早在 1880 年代開始，州法院即意識到此種預防性措施之必要性。於 *Kelecher v. Putman* 中，新罕布夏州法院即曾指出：「對於沒有能力控制自己之行為，且會對他人之人身安全造成危險之人，剝奪或限制其人身自由並不違法。」（“[I]t is lawful to seize and restrain any person incapable of controlling his own actions, whose being at large endangers the safety of others.”）²⁴此一論述，表明了美國法院早期對於強制監護制度之立場。而此一立場，亦有其理論基礎。支持強制監護(或民事監護)之理論基礎，主要牽涉到國家之兩種基本權力；一為保護社會免受傷害之「警察權」(Police power)以及對無能力照顧自己之人提供照護與保護之「國家親權」(parens patriae power)²⁵。基於國家之「警察權」，為了保護社會大眾的人身安全以及避免其財產遭受威脅，國家可

²¹ 林山田，前註 1，頁 343。

²² Civil Commitment, BLACK'S LAW DICTIONARY (10th ed. 2014)

²³ *Id.*

²⁴ *Kelecher v. Putman*, 60 N.H. 30, 31 (1880)

²⁵ Aman Ahluwalia, *Civil Commitment of Sexually Violent Predators: The Search for A Limiting Principle*, 4 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 489, 492 (2006); Maureen F. Larsen & Robert F. Schopp, *Sexual Predator laws: Clarifying the Relationship Between Mental Health Laws and Due Process Protections*, 97 NEB. L. REV. 1167, 1170 (2019); Mary Prescott, *Invasion of the Body Snatchers: Civil Commitment After Adam Walsh*, 71, U. PITT. L. REV. 839, 841 (2010); 高鳳仙，前註 15，頁 68。

以限制個人的人身自由²⁶。刑事司法制度下，對於犯罪人之監禁，即是此種國家權力之展現²⁷。而「國家親權」又稱作“parent of the country”，源自於普通法²⁸。據此，國家應對於所有無能力照顧自己之國民擔負起如同父母親之責任²⁹。此項權力，可以正當化國家以權力去介入一個無法照顧自己之人並代為管理此人之行為³⁰，像是對於未成年人、智能障礙者或精神疾病患者之監護，即是此種權力運作的典型例子³¹。然而，警察權與國家親權此兩種國家權力，並非完全互斥，在某些情況下，亦可能共同成為國家某項公權力介入行為之法理基礎。如剝奪精神疾病患者人身自由之強制監護制度或是某些性侵犯之民事監護制度，即是以此兩種政府權力作為其以公權力限制其人身自由之法理基礎³²。美國聯邦最高法院即曾在 *Addington v. Texas* 一案中指出：州政府基於其國家親權之權力，而應對於其因身心疾病(emotional disorder)而無法照顧自己之人提供照顧；另亦基於其警察權，而有權力保護社會大眾免於受到具有危險性之精神疾病患者之威脅³³。由此可知，惟有該精神疾病患者同時具有讓其無法自理之「精神疾病」，且因該疾病對於其自己或他人具有「危險性」時，政府始能以公權力去剝奪或限制其人身自由³⁴。此一論點，後來也影響了之後有關性侵犯民事監護制度合憲性之討論。

至於美國性侵犯民事監護制度之發展，則可追溯至二十世紀初期。於 1930 年代之前，雖然當時大部分的州與聯邦政府對待性侵犯之方式與其他罪犯相同，並無特殊之處遇方式³⁵，然最早自 1911 年開始，已有州法將部分具有暴力性質的性侵犯定義為“有缺陷犯罪者”(defective delinquents)或“犯罪精神病患”(criminal psychopaths)³⁶而因此開啟了應將這些性侵犯視為具有精神疾病而須接受治療之患者而非普通犯罪者之立法趨勢³⁷。伴隨 1930 年代開始的“更生運動”(rehabilitation movement)，美國各州開始將部份性侵犯與其他罪犯區別開來，而從醫學的角度主張此類具有性精神病質(“sexual psychopath”)之性侵犯與一般性侵犯並不相同，其犯罪的原因是因為精神疾病，故與監禁相比，這類性侵犯更需要的是治療³⁸。因此，自 1937 年密西根州制定了全美第一個針對“性精

²⁶ Larsen & Schopp, *supra* note 25.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ 高鳳仙，前註 15，頁 68。

³⁰ 周文如，前註 8，頁 17。

³¹ *Hawaii v. Standard Oil*, 405 U.S. 251, 258 (1972); *Alfred L. Snapp & Son, Inc. v. Puerto Rico, ex. rel., Barez*, 458 U.S. 592 (1982)

³² David Gottlieb, *Preventive Detention of Sex Offenders*, 50 U. KAN. L. REV. 1031, 1036 (2002); Larsen & Schopp, *supra* note 23, at 117; 周文如，前註 8，頁 17。

³³ *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 426 (1979).

³⁴ Larsen & Schopp, *supra* note 23, at 117

³⁵ See generally Samuel Jan Brakel & James L. Cavanaugh, Jr., *Of Psychopaths and Pendulums: Legal and Psychiatric Treatment of Sex Offenders in the United States*, 30 N.M. L. REV. 69, 70 (2000).

³⁶ Jason A. Cantone, *Rational Enough to Punish, But Too Irrational to Release: The Integrity of Sex Offender Civil Commitment*, 57 DRAKE L. REV. 693, 696 (2009).

³⁷ Brakel & Cavanaugh, Jr., *supra* note 35, at 70-71.

³⁸ Cantone, *supra* note 36, at 696-697. Brakel & Cavanaugh, Jr., *supra* note 35, at 71; 高鳳仙，前註

神病質”罪犯之法律後³⁹，亦陸續有不少州跟進制定類似之「性精神病質法」(Sexual psychopath laws)。如密尼蘇達州即於 1939 年制訂通過該州之性精神病質法，州政府依該法可以將任何具有「精神病質人格(psychopathic personality)之人強制住院(即民事監護)⁴⁰。至 1960 年代之前，已有 26 州及華盛頓特區通過類似之法律⁴¹。其中，在加州，於 1960 年代期間，即有至少 700 位性侵犯因相關之法律而被送往治療處所治療⁴²。然而，這一波針對具有性精神病質之性侵犯之立法，雖開啟了將民事監護適用於性侵犯之先鋒，其與近代民事監護於性侵犯之適用依然不太相同。依據 1930 年代這波「性精神病質法」之制定，其係將此類性侵犯當作精神病患來對待，而將其送往治療處所治療，並以該治療取代監禁。然近代相關之性侵犯民事監護法，則係在性侵犯已服完刑期後，再將其送入治療處所治療⁴³。

然而，這一波奠基於「具有精神疾病之性侵犯係可以加以辨識且予以治療」的樂觀立法，很快地便在 40 年後面臨實證醫學的衝擊。1970 年代開始，各州之「性精神病質法」已不再受到青睞而面臨被廢止的命運。此一趨勢主要係基於以下幾個原因：第一，當時的「精神醫學發展組織」(Group for the Advancement of Psychiatry，簡稱 GAP)以及美國律師公會(American Bar Association，簡稱 ABA)皆對當時各州之「性精神病質法」提出批評，認為將部分性侵犯歸類為具有性精神病質(“sexual psychopath)之性侵犯實際上並無任何科學證據可以支持，而相關治療亦顯現效果不彰⁴⁴；第二，當時的民意較不支持刑事司法制度以犯罪人之更生(再社會化 rehabilitation)為目標之模式，而更傾向具有懲罰性質的應報目的⁴⁵。於是，在這樣的社會背景與實證醫學的反對之下，自 1960 年至 1990 年，即約有半數的州廢止了相關的條文⁴⁶。至 1990 年代，僅剩下華盛頓特區與 12 州尚保有相關的法律⁴⁷，然這些被保留下來的「性

15，頁 69。

³⁹ MICH. COMP. LAWS §780.501-509(1937)(repealed 1968).

⁴⁰ 周文如，前註 8，頁 15。

⁴¹ Raquel Blacher, Comment, *Historical Perspective of the “sex Psychopath” Statute: From the Revolutionary Era to the Present Federal Crime Bill*, 46 MERCER L. REV. 889, 903 (1995); Karl M. Bowman, *Review of Sex Legislation and the Control of Sex Offenders in the United States of America*, Int’l Rev. of Criminal Pol’y, July 1953, at 20-39 (1953)(該文中解釋了當時美國各州州法中用來描述適用「性精神病質法」之用語，如“psychopathic offenders”以及最常被使用的“sexual psychopaths”).

⁴² THE MENTALLY DISABLE AND THE LAW 348 (Samuel J. Brakel & Ronald S. Rock eds., rev. ed. 1971)[hereinafter *The Mentally Disable*]

⁴³ Blacher, *supra* note 41, at 905; John Q. La Fond, *The Costs of Enacting a Sexual Predator Law*, 4 PSYCHOL. PUB. POL’Y & L. 468, 470-71 (1998).

⁴⁴ Rudolph Alexander, Jr., *The United States Supreme Court and the Civil Commitment of Sex Offenders*, THE PRISON J. 3, 363 (2004).

⁴⁵ Brakel & Cavanaugh, Jr., *supra* note 35, at 73; Mary Prescott, *Invasion of the Body Snatchers: Civil Commitment After Adam Walsh*, 71 U. PITT. L. REV. 839, 842-43 (2010)

⁴⁶ John Matthew Fabian, *The Risky Business Assessments for Those Already Civilly Committed as Sexually Violent Predators*, 32 WM. MITCHELL L. REV. 81, 89 (2005)

⁴⁷ 周文如，前註 8，頁 16。

精神病質法」已很少再被使用⁴⁸。於是，1970 年代至 1990 年，美國各州對於性侵犯之處理模式，又回復到之前傳統的監禁模式。

惟至 90 年代，為回應社會大眾對某些具危險性的性侵犯的高再犯率之憂慮，1990 年代開始，美國各州又開始了第二波針對性侵犯之相關立法。這波立法，係以美國的華盛頓州為首，並以「性掠奪者」(“sexual predator”)來取代之前的性精神病質(“sexual psychopath”)之概念。

1990 年，肇始於一個 7 歲小男孩被一個剛假釋的性侵犯姦殺的案件，華盛頓州通過了「社區保護法」(the Community Protection Act of 1990，簡稱 CPA)，其內容包含加重性犯罪之法定刑以及全美第一個性侵犯社區公告法案。除此之外，該法亦針對某些性侵犯建立了一個新的民事監護程序。華盛頓州的「社區保護法」因此成為了全美第一個新的性侵犯民事監護法。根據該法之規定，性侵犯若被認定為「性暴力掠奪犯」(sexually violent predator)，即會有民事監護制度之適用。而所謂「性暴力掠奪犯」，則被定義為：“曾犯或曾被以性暴力犯罪被起訴，具有精神異常(mental abnormality)或人格缺陷(personality disorder)以至於若不將其拘禁於保安機構未來將有可能再犯性暴力犯罪”(“convicted of or charged with a crime of sexual violence and who suffer[] from a mental abnormality or personality disorder which makes [them] likely to engage in predatory acts of sexual violence if not confined in a secure facility.”)⁴⁹之人。任何性侵犯若被陪審團全體一致毫無異議(unanimously)的基於超越任何合理懷疑的確信(beyond a reasonable doubt)⁵⁰，認定其符合此項定義時⁵¹，則即使其並不符合一般民事監護需以行為人具有精神疾病(mental disease or defects)為前提之要件⁵²，該性侵犯依然會依照相關之民事程序，被送至執行民事監護之處所進行治療處遇，直到該性侵犯已不再符合前述「性暴力掠奪犯」之定義或當該性侵犯之狀況已改善至可以有條件地將其釋放至對人身自由限制程度較低之環境中時⁵³。之後，其他州也開始陸續制定相類似之法律。至 2015 年為止，全美已有 20 州、華盛頓特區以及聯邦政府通過專門針對「性暴力掠奪犯」的民事監護法(又稱「性暴力掠奪法」(Sexually Violent Predator laws，簡稱 SVP))⁵⁴，並有 5400 人被依 SVP 法

⁴⁸ Brakel & Cavanaugh, Jr., *supra* note 35, at 74.

⁴⁹ WASH. REV. CODE ANN. §71.09.020(16)(West Supp. 2005)

⁵⁰ 關於判斷性侵犯是否屬於性暴力掠奪犯之舉證要求，各州規定不同，有些州要求陪審團需要達到「毫無任何合理懷疑」(beyond a reasonable doubt)之心證始可(如華盛頓州、加州、亞利桑那州、伊利諾州、麻塞諸塞州及堪薩斯州，可參考 CAL. WELF. & INST. CODE §6604(2018)、KAN. STAT. ANN. §59-29a07(West 2008))，亦有些州要求陪審團只要基於「明確可信之證據」(clear and convincing evidence)即可做出判決(如佛羅里達州、密尼蘇達州、紐澤新州以及北達科他州，可參考 FLA. STAT. ANN. §394.917(West 2018))。

⁵¹ Wash. Rev. Code Ann. §71.09.053(3)(West Supp. 2005)

⁵² Marc W. Pearce, *Civilly Committing Criminals: An Analysis of the Expressive Function of Nebraska's "Dangerous Sex Offender" Commitment Procedure*, 85 NEB. L. REV. 575, 582 (2007).

⁵³ Wash. Rev. Code Ann. §71.09.060()(West Supp. 2005)

⁵⁴ <https://www.atsa.com/sites/default/files/%5bCivil%20Commitment%5d%20Overview.pdf> (此 20 州包含亞利桑那州、加利福尼亞州、佛羅里達州、伊利諾州、愛荷華州、堪薩斯州、麻塞諸塞州、密尼蘇達州、密蘇里州、內布拉斯加州、新罕布夏州、紐澤西州、紐約州、北達克達州、

送去民事監護⁵⁵。然綜觀各州之相關法律，雖然規定皆不盡相同，但幾乎都使用了與華盛頓州之社區保護法相類似之用語與定義，且都允許不定期(通常就是終身)的監護期間⁵⁶。

這一波通過之性暴力掠奪法，與 1930 年代部分的州所通過之性精神病質法存有許多差異。前者將重點放在性侵犯的再犯危險性而非疾病的嚴重性⁵⁷；另外，如前所述，性暴力掠奪法與以監護取代監禁之性精神病質法不同，並非以監護取代監禁，因此多在性侵犯服刑完之後再為監護⁵⁸。

二、制度現況

然而，即使美國性侵犯民事監護制度之主要目的係在於治療處遇(treatment)，而非刑事懲罰，依然有超過半數訂有性侵犯民事監護相關法規之州政府，將此類被判定應受民事監護之性侵犯送往一般執行刑事處罰之機構——監獄⁵⁹。

美國各州執行性侵犯民事監護之處所大致可分成三類：州立醫院、獨立治療機構(freestanding treatment facilities)以及監獄內附屬之機構⁶⁰。在前述訂有性侵犯民事監護法之 22 個地區中，亞利桑那州、加州、內布拉斯加州、賓州以及華盛頓特區係將性侵犯送往傳統上執行民事監護之處所——醫療機構。亞利桑那州之性侵犯會被送往該州之州立醫院或其他拘束性較小之機構執行民事監護⁶¹；加州、內布拉斯加州以及華盛頓特區亦會將性侵犯送往該州之州立醫院執行民事監護⁶²；賓州則會將其性侵犯送往由該州公共衛生部門所運行之住院醫療機構(inpatient treatment facility)⁶³。

至於其餘 17 個地區性侵犯，若被判定有民事監護之需要時，則會被送去政

賓州、南卡羅來納州、德州、維吉尼亞州、華盛頓州、威斯康辛州)

⁵⁵ George Steptoe & Antoine Goldet, *Why Some Young Sex Offenders Are Held Indefinitely*, MARSHALL PROJEY (Jan. 27, 2016), <https://www.themarshallproject.org/2016/01/27/why-some-young-sex-offenders-are-held-indefinitely>

⁵⁶ Arielle W. Tolman, Note, *Sex Offender Civil Commitment to Prison Post-Kingsley*, 113 Nw. U.L. REV. 155, 158 (2018). (在美國，許多評論者與法院皆發現，這些適用在部分性侵犯身上的「性暴力掠奪法」雖然都有賦與被判定民事監護之性侵犯有權向法院要求停止其民事監護之繼續執行，然現實是，真的成功行使權利並被釋放的性侵犯比例其實非常的低，低到讓性侵犯的民事監護制度，幾乎就像是無期徒刑一樣。可參考 *Kersjens v. Jesson*, 109 F.Supp. 3d 1139, 1147 (D. Minn. 2015)及 *Karsjens v. Piper*, 845 F.3d 394 (8th Cir. 2017).

⁵⁷ 高鳳仙，前註 15，頁 70。

⁵⁸ 雖然大部分州之性暴力掠奪法係針對已定罪判刑之性侵犯，然亦有部分州之性暴力掠奪法並不以該行為人受判刑確定為必要。(Tolman, *supra* note 56, at 160.)

⁵⁹ Tolman, *supra* note 56, at 164-65.

⁶⁰ Adam Deming, *Sex Offender Civil Commitment Programs: Current Practices, Characteristics, and Resident Demographics*, 36 J. PSYCHIATRY & L. 439, 444-45 (2008).

⁶¹ ARIZ. REV. STAT. ANN. §36-3707(2016)

⁶² CAL. WELF. & INST. CODE §6604(2018); NEB. REV. STAT. ANN. §71-1209(West 2009); D.C. CODE ANN. §22-3808.

⁶³ 42 PA. STAT. AND CONS. STAT. ANN. §6403(West 2018)

府之監獄或其他類似於監獄之機構(prison-like facilities)來執行。如伊利諾州⁶⁴、麻塞諸塞州⁶⁵、新罕布夏州⁶⁶、紐澤西州⁶⁷及北達科他州⁶⁸等五州即有明文規定，將性侵犯送入該州之矯正機構(department of corrections)執行民事監護。而聯邦政府，雖未以任何明文之方式指明執行性侵犯民事監護之處所，實務上則通常會將此類性侵犯送往位於北卡羅來納州聯邦監獄內之一個特殊單位來執行民事監護⁶⁹。至於佛羅里達州⁷⁰、愛荷華州⁷¹、堪薩斯州⁷²、密蘇里州⁷³、紐約州⁷⁴、南卡羅來納州⁷⁵、維吉尼亞州⁷⁶以及威斯康辛州⁷⁷等 8 州則會將需要執行民事監護之性侵犯送至州立的衛生或公共服務部門(state health or human service department)，但又允許這些衛生或公共服務部份另外跟矯正部門或私人機構簽約來拘禁這些需要執行民事監護之性侵犯。此外，密尼蘇達州、華盛頓州、德州以及伊利諾州⁷⁸則會將部分需執行民事監護之性侵犯送至與其衛生部門或矯正部門無關之“安全治療中心”(secure treatment centers)。而這些被送往監獄或類似於監獄機構來執行民事監護之性侵犯，在監獄中或類似機構中之處境，事實上並不會比其他於監獄中服刑之受刑人來的好。在這些州之相關法規中，雖然部分有明文規範應將執行民事監護之性侵犯與其他執行徒刑之受刑人隔離開來，然並無任何明文要求應提供給執行民事監護之性侵犯較為舒服或限制較少之治療與待遇⁷⁹，最後的結果就是，即使這些性侵犯被送往監獄之目的係在於治療而非執行徒刑，其在監獄內所受到的人身自由的限制與各種權利之剝奪，幾乎與一般受刑人沒有差別(有時甚至更糟)⁸⁰。

三、法律爭議

在美國的民事監護制度下，不論是精神疾病患者，抑或是性暴力掠奪犯，都有可能必須要面對“不定期”的長時間(甚至終身)拘禁。因此，美國的民事監護制度一直以來皆受到不少的違憲質疑。其中，最具有代表性的判決，即為 1992 年的 *Foucha v. Louisiana*⁸¹。該案涉及民事監護制度是否會違反正當法律程序

⁶⁴ 725 ILL. COMP. STAT. 205/8 (2019)(針對 sexually dangerous person)

⁶⁵ MASS. GEN. LAWS ch. 123A. §2 (West 2017).

⁶⁶ N.H. REV. STAT. ANN. §135-E:11(West 2015)

⁶⁷ N.J. STAT. ANN. §30:4-27.34 (West 2016).

⁶⁸ N.D. CENT. CODE ANN. §§25-03.3-13-14(West 2008).

⁶⁹ *Matherly v. Andrews*, 859 F.3d 264, 269 (4th Cir. 2017).

⁷⁰ FLA. STAT. ANN. §394.917(West 2018).

⁷¹ IOWA CODE ANN. §229A.7(West 2018).

⁷² KAN STAT. ANN. §59-29a07(West 2008).

⁷³ MO. ANN. STAT. §632.495(West 2014)

⁷⁴ N.Y. MENTAL HYG. LAW §10.10(McKinney 2011).

⁷⁵ S.C. CODE ANN. §44-48-100(2018).

⁷⁶ VA. CODE ANN. §37.2-909(West 2018).

⁷⁷ WIS. STAT. ANN. §980.06-.065 (West 2007).

⁷⁸ 725 ILL. COMP. STAT. 207/40 (2019)(針對 Sexually violent person)

⁷⁹ Tolman, *supra* note 56, at 167.

⁸⁰ Tolman, *supra* note 56, at 169-70.

⁸¹ 504 U.S. 71 (1992)

(Due Process Clause)之爭議。聯邦最高法院於該案中首先指出，對於未受刑事判決定罪之人，不可對他施加任何刑罰⁸²，後再進一步針對民事監護制度剝奪人身自由之合憲性指出，該監護之性質必須與其剝奪他人人身自由之目的合理相關(“bear some reasonable relation to the purpose for which the individual is committed.”)⁸³，始有可能符合正當法律程序之要求。亦即，民事監護制度剝奪他人人身自由之理由，必須與一個非刑罰之政府目的合理相關(reasonably related)，始有可能符合憲法的要求。此外，聯邦最高法院亦於該案中提出正當法律程序要求州政府若要將任何人送去執行民事監護，必須以“可信的證據”(“convincing evidence)來證明該行為人同時具有”精神疾病”(mentally ill)且會對自己或他人造成危險⁸⁴。因此，若該行為人已不再具有精神疾病，則州政府即不可以單獨基於行為人可能會對他人造成危險之”危險性”(dangerousness)來繼續剝奪其人身自由⁸⁵。

之後，聯邦最高法院又於 *Allen v. Illinois*、*Kansas v. Hendricks* 以及 *Seling v. Young* 等三個案件中，進一步針對備受爭議的性侵犯民事監護制度之合憲性，進行檢視。而從這幾個案件中可以知道，聯邦最高法院在檢視性侵犯之民事監護制度究竟是刑罰抑或者不具有刑罰性質時，多著重在”立法目的”，而非性侵犯民事監護制度實際上執行之狀況⁸⁶。

於 *Allen v. Illinois*⁸⁷ 一案中，Allen 主張伊利諾州之其中一個有關性侵犯民事監護制度之「性危險罪犯法」(Sexually Dangerous Persons Act，簡稱 SDPA)具有刑事(Criminal)性質，因此在該程序當中，為判定其是否符合「性危險罪犯」而要求其接受精神科之檢查，讓精神科醫生自其身上取得相關訊息並於審判上作證之程序，會違反其受聯邦憲法增修條文第 5 條所保障之「不自證己罪原則」(privilege against self-incrimination)⁸⁸。聯邦最高法院於本案例中最後以 5 比 4 非常分歧的意見決定伊利諾州之「性危險罪犯法」所建立的程序應屬「民事」(civil)性質，並不具有「刑罰性」(nonpunitive)，因此並不具有刑事性質，而無聯邦憲法增修條文第 5 條之適用⁸⁹。多數意見之結論主要係基於以下 4 個理由：(1)由於伊利諾州之「性危險罪犯法」已明文要求州政府必須照顧(care for)及治療(treat)性危險罪犯，因此顯示州政府於本法中已放棄任何有關刑罰之目的；⁹⁰(2)雖然於本法中，要被認定為「性危險罪犯」，須至少具備有一個已被證實的性侵害行為，然該項要求於本法中之目的並非在於懲罰該性侵行為，而係用來幫助法院預測其未來之行為⁹¹；(3)本法提供給性侵犯許多程序上之保障，

⁸² *Id.* at 80.

⁸³ *Id.* at 79.

⁸⁴ *Id.* at 1153.

⁸⁵ Stephen J. Morse, *Fear of Danger, Flight From Culpability*, 4 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 250, 252(1998)

⁸⁶ Tolman, *supra* note 56, at 176.

⁸⁷ 478 U.S. 364 (1986)

⁸⁸ *Id.* at 366.

⁸⁹ *Id.* at 370, 373-75.

⁹⁰ 725 ILL. COMP. STAT. ANN. 205/8(West 2017)

⁹¹ *Allen*, 478 U.S. at 371.

與一般刑事訴訟程序提供給當事人之保障非常類似，包括律師在場權利、對質及詰問權，以及舉證程度須達到「毫無任何合理懷疑」(beyond a reasonable doubt)之程度⁹²；(4)由於「性危險罪犯」於監獄中並沒有被當作一般之罪犯，其所受的待遇係與其他需要精神治療之重罪犯相同，因此，即使執行民事監護之地點係在監獄，該事實亦不會因此使得政府原本治療之目的轉變成處罰(“not transform the State’s intent to treat into an intent to punish”)⁹³。

而在 *Allen* 案之後，聯邦最高法院又於 *Kansas v. Hendrick*⁹⁴ 以及 *Seling v. Young* 二案中，再度肯認了堪薩斯州與華盛頓州性侵犯民事監護法之合憲性。

堪薩斯州於 1994 年制定該州之「性暴力掠奪法」(Sexually Violent Predator Act)，任何人若被法院認定符合該法中性暴力掠奪犯之定義，即必須接受不定期之民事監護⁹⁵。根據該法有關性掠暴力奪犯之定義，所謂性暴力掠奪犯，係指「曾因性暴力行為而被判刑或起訴且因精神異常或人格缺陷而可能再犯性暴力行為者」。本案行為人 Leroy Hendricks 為前科累累的性侵犯，並於 1984 年再度因猥褻兒童被判刑確定，在其服刑完畢而被釋放前，堪薩斯州之檢察官首次引用了新通過的「性暴力掠奪法」而向州地方法院聲請對其為民事監護⁹⁶，Hendrick 遂抗辯該法違憲。Hendrick 主張，該法之本質並非民事(civil)，而是一種處罰(punishment)，因此性暴力掠奪法於他的案件中之適用會違反法律不溯及既往原則(ex post facto)以及一罪不二罰原則(double jeopardy)⁹⁷。堪薩斯州之最高法院並未針對 Hendrick 有關溯及既往以及一罪不二罰之主張表示意見，而係將重點放在性暴力掠奪法中有關性暴力掠奪犯之定義⁹⁸。法院認為性暴力掠奪犯定義中所使用之「精神異常」(mental abnormality)並非精神醫學上所使用之名詞，亦非公認之診斷用語，民事監護應以「精神疾病」(mental illness)為前提，因此，係爭民事監護法所定之「精神異常」之要件，並不符合實質正當法律程序，是故該法違憲無效⁹⁹。

後該案上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院同樣亦以 5 比 4 非常分歧的意見最後決定堪薩斯州之性暴力掠奪法並未違憲，並廢棄堪薩斯州最高法院之判決¹⁰⁰。多數意見認為，雖然人身自由一直為正當法律程序所保障之核心權利，該權利亦非絕對¹⁰¹。因此，即使在民事事件中，憲法所保障之個人人身自由亦可能被更重要之利益推翻。據此，州政府有權在“有限之情形”(“narrow circumstances”)下，將那些無法控制自己行為且會危及社會大眾健康及安全之人

⁹² *Id.* at 371-72

⁹³ *Id.* at 373-74.

⁹⁴ 521 U.S. 346 (1997).

⁹⁵ Kan. Stat. Ann. 59-2901 (1994)

⁹⁶ Morse, *supra* note 85, at 252.

⁹⁷ Morse, *supra* note 85, at 252.

⁹⁸ *Hendricks*, 521 U.S. at 356.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Hendricks*, 521 U.S. at 370.

¹⁰¹ *Id.* at 356.

加以監禁(detain)¹⁰²。而這些拘束他人人身自由之法規，只要有依照適當之程序與證據標準來決定，即不會有違憲之問題¹⁰³。而堪薩斯州之性暴力掠奪法，明訂實施民事監護係以該行為人因其精神異常或人格缺陷而對於他人具有危險性，因此，該法並未單以危險性作為監禁性侵犯之要件，符合前述 *Foucha* 一案之判決意見。至於除了危險性之要件外，實質正當法律程序是否要求行為人需另外具有精神疾病，本案法院則採了與堪薩斯州之最高法院不同之立場。聯邦最高法院認為，系爭規範並不必限用特定之用語，亦不認同堪薩斯州最高法院就精神疾病與精神異常所做的區別，是故各州可以自行選擇與定義相關之法律名詞¹⁰⁴。

至於法律不溯及既往及一罪不二罰之主張，多數意見則先從性暴力掠奪法所建立的民事監護制度究竟係屬於民事性質抑或是刑罰來加以檢討¹⁰⁵。主筆多數意見的湯瑪士法官，最後基於下列幾個原因認定堪薩斯州之性暴力掠奪法應屬“民事”(civil)性質：(1)由於該法之目的並不在於讓行為人就已經發生的過去的行為承擔責任，過去的犯罪行為於本法中僅具有證據上之目的(“evidentiary purpose”)，因此該法並不具有應報功能¹⁰⁶；此外，對於精神異常或人格缺陷之人，亦不大可能藉由本法來達到嚇阻之效果，因此，本法亦不具有嚇阻之功能¹⁰⁷。惟應報與嚇阻實為刑罰之兩大主要目的，而不具有此兩項功能之系爭規範，自然應屬民事性質¹⁰⁸。(2)未定期限之監禁並不一定代表州政府刑罰之立意，本案中，系爭規範所定之監護期限亦能適當的連結其規範目的(監禁行為人直到他精神異常之狀況已不再會對他人造成危險為止)¹⁰⁹。(3)即使州政府於系爭規範內，採用了許多適用於一般刑事訴訟程序上之保障，然並不能據此即認為系爭規範係即屬刑事(Criminal)性質¹¹⁰；(4)由於係爭法規內，存有條文明文規範政府負有提供治療之義務，因此多數意見認為，治療應為係爭法規之輔助目的¹¹¹。是故，即使當 Hendrick 被送去執行民事監護時，相關治療程序依然不甚完備¹¹²，亦不能據此認為該法係具備有刑罰之性質¹¹³。而既然堪薩斯州之性暴力掠奪法係屬民事性質，則其民事監護程序於 Hendrick 之適用，自不會構成一罪

¹⁰² *Id.* at 357.

¹⁰³ *Hendricks*, 521 U.S. at 357.

¹⁰⁴ 高鳳仙，前註 15，頁 74。

¹⁰⁵ Justin Engel, Comment, *Constitutional Limitations on the Expansion of Involuntary Civil Commitment for Violent and Dangerous Offenders*, 8 U. PA. J. CONST. L. 841, 844 (2006).

¹⁰⁶ *Hendricks*, 521 U.S. at 361.

¹⁰⁷ *Id.* at 362.

¹⁰⁸ *Id.* at 361-62.

¹⁰⁹ *Id.* at 363-64.

¹¹⁰ *Id.* at 364.

¹¹¹ *Id.* at 367.

¹¹² *Hendrick* 為當時第一個被依照堪薩斯州之性暴力掠奪法送去執行民事監護之人，而當時堪薩斯州之相關設備依然不足，相關治療人員亦未受有完整的專業治療訓練。然 Hendrick 當時係被置於堪薩斯州衛生與社會福利部(Department of Health and Social and Rehabilitative)之監控之下，安置之處所亦與其他受刑人隔開，且相關管理人員並非矯正機關之職員。(Id. at 368.)

¹¹³ *Hendricks*, 521 U.S. at 367-68.

二罰或產生溯及適用之問題¹¹⁴。

幾年後，聯邦最高法院又於 *Seling v. Young*¹¹⁵ 一案中再度面臨性侵犯民事監護制度究竟是一種民事(civil)的制度抑或是刑罰的問題。Andre Brigham Young 為一名前科累累的性侵犯，後依華盛頓州 1990 年所制定之「社區保護法」而被送去「特別監護中心」(Special Commitment Center)執行民事監護¹¹⁶。其因此對該特別監護中心之所長(superintendent)向聯邦法院提起人身保護事件(a habeas corpus action)，聲請釋放¹¹⁷。聯邦地方法院認為華盛頓州之「社區保護法」違憲而核准了人身保護令¹¹⁸。然在上訴期間，聯邦最高法院作成 *Hendricks* 一案，致使聯邦上訴審法院將案件發回，要求聯邦地方法院依照 *Hendricks* 之判決意旨重審後，後又因聯邦地方法院與上訴審法院對於 Young 所主張「社區保護法」在「適用」下(as applied)之法律效果是否依然會有 *Hendricks* 一案之適用存而不同意見因而最終上訴至聯邦最高法院¹¹⁹。

聯邦最高法院於 2001 年以 8 比 1 之結果，認定華盛頓州社區保護法之法律性質應屬民事，而非刑事，進而認定該法並不會違反憲法上有關一罪不二罰或法律不可溯及既往適用之原則¹²⁰。本案之多數意見在處理華盛頓州之社區保護法之性質應如何認定時，認為應先依據條文之文字及立法沿革(its text and legislative history)來做判斷，且須將重點放在與法律字面上有關之各種相關應審酌之因素，而非個案施行之效果¹²¹。並且，若要推翻立法目的，主張一個稱為民事之法律具有刑罰之目的或效果時，則須有明確之證據¹²²。此外，多數意見亦強調，雖然監禁會隨著情勢變遷，且監禁的個別特徵亦可能對於整個監禁制度之性質產生影響，然監禁制度的民事性質並不會因為法律執行上之異常而改變(“A confinement scheme’s civil nature cannot be altered based merely on vagaries in the authorizing statute’s implementation.”)¹²³。最終，聯邦最高法院駁回 Young 以在該特別監護中心缺乏治療為理由而認定社區保護法違憲之主張。

綜合上述幾個判例可知，聯邦最高法院在面對性侵犯民事監護制度究竟係一種民事制度抑或是刑罰之問題時，多將重點放在立法目的上，故雖然此類民事監護很有可能造成對性侵犯人身自由之永久剝奪，部分地區執行之處所甚至與一般自由刑之執行處所相同，州政府所提供之治療又不慎完備，這些執行層面上之問題，似乎皆無法改變聯邦最高法院在這個爭議問題上立場。因此，聯邦最高法院一貫認為，因為此類性侵犯民事監護法之立法目的係在於處遇治療(treatment)而非處罰，所以其法律性質自然應屬民事而非刑事。而憲法所保障

¹¹⁴ *Id.* at 371.

¹¹⁵ 531 US. 250 (2001)

¹¹⁶ *Id.* at 253.

¹¹⁷ *Id.* at 258.

¹¹⁸ *Id.* at 258.

¹¹⁹ *Id.* at 259-60.

¹²⁰ *Id.* at 260.

¹²¹ *Id.* at 262.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.* at 263.

的禁止溯及既往與一罪不二罰原則僅適用於刑事法，故屬於民事性質的民事監護法自然不會有違反上述憲法原則之問題，亦符合實質正當法律程序。

參、性侵犯刑後強制治療相關規範合憲性之審查

一、憲法第8條人身自由之保障、罪刑法定原則與法律明確性於刑法第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」之適用

(一) 憲法第8條人身自由之保障、罪刑法定原則與法律明確性原則

所謂人身自由，乃人民身體自由活動的權利，人身若無自由，各種權利即無法享有，故其可被視為一切自由權利的基礎。¹²⁴而為保護人身自由，我國憲法第8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。」釋字第384號解釋則進一步解釋，憲法第8條所稱之「法定程序」，「係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，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23條所定相關之條件。」解釋理由書中亦提到解釋文中所指之「實質正當之法律程序」，係兼指實體法與程序法規定之內容，其中，就實體法而言，則係指罪刑法定主義。釋字第443號解釋理由書中亦指出，「關於人民身體之自由，憲法第8條規定較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制...如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之...」由此可知，罪刑法定主義(或稱罪刑法定原則)，係有其憲法基礎，而屬於憲法第8條人身自由之保障所要求之一種「實質正當法律程序」。

又罪刑法定主義，係由下述四個派生原則所構成：1. 禁止類推原則 2. 習慣法禁止原則 3. 回溯禁止原則(禁止溯及既往) 4. 明確性要求¹²⁵。其中所謂「明確性要求」或稱「法律明確性原則」，係指犯罪的成立要件及其法律效果，都應力求明確，以使一般人民能夠了解甚麼是禁止的行為，以避免國家恣意濫權¹²⁶。司法院大法官解釋第636號解釋理由書中亦提到：「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，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，並使執法之準確明確，以保障規範目的之實現。」由此可知，依據「法律明確性原則」，法律有義務對受規範者預先告知，使其了解哪些行為是被法律所禁止的，並藉此避免國家恣意執法，以

¹²⁴ 法治斌、董保城，憲法新論，頁212。

¹²⁵ 林鈺雄，前註3，頁40-43。

¹²⁶ 林鈺雄，前註3，頁44。

控制國家權力行使的合理性與可預測性¹²⁷。至於應如何審查法律規範是否有符合法律明確性之要求，大法官亦曾於釋字第 432 號解釋中提到，法律明確性要求，並未完全禁止立法者使用抽象之法律概念，立法者於立法時，可衡量其所欲規範事實之複雜性及適用於個案之妥當性，而適當運用不確定法律概念或概括條款。至於對於立法者所適用之抽象概念，則可以 3 個判斷要件加以檢視其是否符合法律明確性之要求，其中包含：「其意義非難以理解」、「為受規範者所得預見」以及「可經由司法審查加以確認」。釋字第 491 號解釋亦曾重申此 3 項標準¹²⁸。依司法院釋字第 491 號解釋：「法律以抽象概念表示者，不論其為不確定概念或概括條款，均須符合明確性之要求。其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並得經由司法審查加以確認方可。」此外，大法官亦於釋字第 689 號解釋指出：「係爭規定之意義及適用範圍，依據一般民日常生活與語言經驗，均非受規範者所難以理解」可知我國大法官關於前述有關「其意義非難以理解」、「為受規範者所得預見」之判斷，係採一般人之標準。

(二) 法律明確性於刑法第 91 條之 1 第 1 項「有再犯之危險」之適用

刑法第 91 條之 1 第 1 項規定，性侵犯於徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險，或是依其他法律規定(性侵害犯罪防治法)，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，得令入相當處所施以強制治療。由此可知，其中「再犯之危險」，係性侵犯是否會被宣告刑後強制治療之前提要件，而刑後強制治療為一拘束人身自由之保安處分，涉及性侵犯人身自由之剝奪，故依刑法第 1 條後段之規定，自有罪刑法定原則之適用，而須符合法律明確性原則之要求。而依前述釋字第 432 號及第 491 號解釋所提之判斷標準，自應就「再犯之危險」是否「其意義非難以理解」、「為受規範者所得預見」以及「可經由司法審查加以確認」來進行檢討。而其中「其意義非難以理解」及「為受規範者所得預見」皆是從受規範人民的角度判斷，且「可以預見」係以「可以理解」為前提，故二者可合以「可預見標準」統稱之¹²⁹。

因此，首先需要討論的即是：所謂「再犯之危險」是否為一般人所能理解及可以預見？有論者認為，此一用語過於抽象¹³⁰，並無法讓一般人能夠理解或預見究竟是何種危險等級的性侵犯須要接受強制治療？是高級再犯危險？中及再犯危險？還是只要有 1% 之再犯危險即可滿足此一要件？因而認為此一要件概念上涵

¹²⁷ 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，國立台灣大學法學論叢第 41 卷第 4 期，頁 1689-1690。

¹²⁸ 依司法院釋字第 491 號解釋：法律以抽象概念表示者，不論其為不確定概念或概括條款，均須符合明確性之要求。其意義非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並得經由司法審查加以確認方可。」

¹²⁹ 許宗力，前註 126，頁 1694。

¹³⁰ 林辰、戴仲峰、顧以謙，接受刑後強制治療之性侵害者對該方案之態度初探，亞洲家庭暴力與性侵害期刊第 8 卷第 2 期，頁 4。

蓋過廣，有違法律明確性原則¹³¹。然條文中雖未明定此再犯危險之高低，然一般人應該皆可理解此再犯危險指的即是一種再違犯性侵害犯罪之可能，而只要具備有這種「可能」即會符合此一要件，至於可能性之高低，本非此要件須要去探究的。

另從比較法之角度觀之，美國性侵犯民事監護制度雖在法律定位上與我國不同，然其文字上之用語部分與我國相似，且在美國憲法上亦有從正當法律程序衍伸出來的法律明確性要求(Void for Vagueness Doctrine)，故相關爭議或可做為我國討論相關爭議之參考。細究美國 20 州及華盛頓特區相關之性暴力掠奪法可知，所有的性暴力掠奪法皆要求性侵犯之民事監護，須以其具有「再犯性暴力之可能」(likely to sexually reoffend)為前提要件，用語包含：likely to engage in sexual offenses、likely to engage in sexually violent acts、substantial likelihood that the harm will occur、more likely than not to engage in predatory acts of sexual violence¹³²等，而此種「可能」(機率)究竟要到多高，相關規範中大多少有進一步之說明，僅可從部分法院判決中找到相關定義之解釋¹³³，然在相關判決中，幾乎都同意此一「可能性」並無法以一個明確的數字機率來定義。並且，佛羅里達州之地方法院亦曾清楚地於 2000 年的 *Westerheide v. State*¹³⁴一案中表示，佛羅里達州性暴力掠奪法中有關性暴力掠奪犯之定義“likely to engage in acts of sexual violence”中所使用用來描述再犯“可能性”之用語“likely”係一個已被廣泛使用，且能被具有一般智識之一般人理解之用語(“We find that the term “likely” as used in the terminology “likely to engage in acts of sexual violence” is a widely used term that is commonly understood by men and women of common intelligence...”)¹³⁵。2013 年，加州上訴審法院亦於 *People v. Robledo*¹³⁶一案中做成相似之結論。該案中，為討論加州性暴力掠奪法是否會違反憲法上法律明確性之要求，該案法院亦同樣提到「正當法律程序並不要求精準之用語」(Due process, however, does not require exactitude.)，並引用聯邦最高法院於 *Grayned v. City of Rockford*¹³⁷一案中所述：我們永遠不可能對於法律規範之用語，期待他向數學數字般的精準。(“We can never expect mathematical certainty from our language”)¹³⁸

再者，所謂「再犯之危險」是否「可經由司法審查加以確認」？「再犯之危險」雖必然會牽涉到機率的判斷，且法條亦未明定再犯機率須要達到多少才符

¹³¹ 釋憲申請書(附件 1-4)

¹³² MO. REV. STAT. §632.480(5)(2012)

¹³³ 例如密尼蘇達州之最高法院曾將該州性危險罪犯法中所使用之“likely to engage in acts of harmful sexual conduct”中之“likely”解釋為“highly likely”(In re Linehan, 594 N.W.2d 867 (Minn. 1999))；內布拉斯加州最高法院則將該州有關危險性罪犯定義中“likely to engage in repeat acts of sexual violence”中所使用之“likely”解釋為“probable” or “more likely than not”(G.H. v. Mental Health Board (In re G.H.), 781 N.W.2d 438 (2010)).

¹³⁴ 767 So. 2d 637 (Fla. Dist. Ct. App., 2000)

¹³⁵ *Id.* at 652-3.

¹³⁶ 2013 Cal. App. Unpub. Lexus

¹³⁷ 408 U.S. 104 (1972)

¹³⁸ *Grayned*, 408 U.S. at 110.

合此所稱之「再犯之危險」，然是否仍具有「再犯之危險」，應係一個可經由治療實務以具體之治療情形來加以判定之要件。美國亦有法院認為，藉由專家證人所提供之有關行為人再犯可能性之鑑定，該行為人是否符合性暴力掠奪犯民事監護法中”likely to engage in sexually violent acts”之要件¹³⁹，應係一個可由法官或陪審團加以認定之事實爭議¹⁴⁰。

因此，本文認為，刑法第 91 條之 1 第 1 項規定「有再犯之危險」，其意義非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並得經由司法審查加以確認，符合釋字第 432 號解釋、491 號解釋對於法律明確性原則之要求。故該項用語，並不會違反法律明確性、憲法罪刑法定原則及憲法第 8 條人身自由之保障。

(三)、法律明確性於刑法第 91 條之 1 第 2 項「再犯危險顯著降低」之適用

刑法第 91 條之 1 第 2 項規定：「前項處分期間至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。」由此可知，「再犯危險顯著降低」係停止強制治療之要件。當時的修正理由提到：「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，學界及醫界咸認為無治癒之概念，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。」¹⁴¹

然「再犯危險顯著降低」係為一不確定之法律概念，其判斷標準為何？應如何進行判斷？皆未有明確規定。再者，何謂「顯著」？其是否有一個客觀的評量標準？又再犯危險必須降到多低才符合此所謂「顯著」之定義？這些問題，似乎皆無法從現行規範中得到答案。由此可知，刑法第 91 條之 1 第 2 項「再犯危險顯著降低」之要件，並無法使一般人得以理解其顯著降低之意義為何，亦無法預見其是否有受刑後強制治療之可能。此外，現行醫學實務上，對於性侵犯再犯危險鑑定的評估標準與方式各有分歧，似乎並無一個統一之鑑定標準，因此，在這樣的情形下，司法機關自然無從加以審查而無法確認個案中所使用之鑑定評估標準是否妥適。

是故，本文認為，刑法第 91 條之 1 第 2 項規定「再犯危險顯著降低」，其意義對一般人而言顯係難以理解，且非一般受規範者所得預見，並因實務上鑑定評估標準之分歧，而非可經由司法審查加以確認之要件，並不符合釋字第 432 號解釋、491 號解釋對於法律明確性原則之要求，應認其會違反法律明確性、憲法罪刑法定原則及憲法第 8 條人身自由之保障，而屬違憲之規範。

二、憲法第 8 條人身自由之保障與第 23 條比例原則於刑法第 91 條之 1 第 2 項與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項之適用

¹³⁹ VA. CODE ANN. §37.2-900(2009).

¹⁴⁰ *DeMille v. Commonwealth*, 720 S.E.2d 69, 74 (Va. 2012).

¹⁴¹ 周文如，前註 8，頁 76。

我國憲法第 8 條明文規定人民之身體自由應予保障，並於同條規定國家機關若要限制人民之身體自由，須依「法定程序」為之。而所謂「法定程序」，釋字第 384 號解釋指出，係指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 23 條所定相關之條件。釋字第 471 號解釋亦提到限制人身自由之法律，其內容須符合憲法第 23 條所定要件，亦即：「須為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序或增進公共利益所必要。」並特別針對保安處分，強調保安處分為刑罰之補充制度，故其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使其宣告「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。」¹⁴²至於憲法第 23 條中有關「必要」與否之判斷，則應根據「比例原則」來進行。此所謂「比例原則」之內涵，釋字第 476 號解釋進一步指出，係指目的正當性、手段必要性及限制妥當性。學說上，則有將比例原則之內涵解釋成須符合「適宜性」、「必要性」即「狹義比例性」三個原則¹⁴³。而刑法第 91 條之 1 第 2 項及性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項，皆係針對性侵犯刑後強制治療執行期間之規定，而性侵犯刑後強制治療，究其性質應屬拘束人身自由之保安處分¹⁴⁴，故依釋字第 471 號解釋之意旨，其對於人民身體自由之限制，自應符合憲法第 23 條比例原則之要求。以下即依前述學說所提出之比例原則之內涵，進一步檢視相關法規是否有違反憲法第 23 條比例原則之情形。

1. 適宜性：所謂適宜性，係指國家機關所採取之措施必須能夠達成其所欲達成之目的者¹⁴⁵。而刑法第 91 條之 1 第 2 項所規範之「不定期限」之刑後強制治療之立法目的，從當初之立法理由可知，其設置係為了「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」，而性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項所規範之「不定期限」之刑後強制治療，當初立法目的既在於彌補刑法第 91 條之 1 法律適用上之空窗，故可知其立法目的亦與刑法第 91 條之 1 第 2 項相同，同樣基於再犯預防之重大公共利益。然此二規範所建立的「不定期限」之刑後強制治療制度，是否真有助於達到矯治性侵犯並預防其再犯之目的？目前實務上有關性侵犯相關之治療方法，是否真能達到降低其再犯危險之可能？關於性侵犯是否可以加以治療之問題，在臨床實務上，一直頗具爭議。國外雖有不少研究顯示，有接受治療之性侵犯的再犯率顯較未接受治療之性侵犯為低，治療亦可降低性侵犯之再犯率，然國外之治療方式未必與國內所使用之治療方式相同，性侵犯之類型與背景亦有可能存在差異，是故國外之研究，並不可直接作為我國相關制度正當化之理由。而事實上，國內的實證研究係顯示，目前國內性侵犯之治療成效，似乎並不

¹⁴² 司法院大法官釋字第 471 號解釋文

¹⁴³ 法治斌、董保城，前註 123，頁 63。

¹⁴⁴ 關於性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 之法律性質，可參閱本文四(二)之討論

¹⁴⁵ 法治斌、董保城，前註 123，頁 63。

如外界之期待¹⁴⁶。此外，國內目前有關性侵犯所採行之治療模式亦被質疑存在許多問題，而根本難以發揮治療之效果¹⁴⁷。再加上治療之成效本就與接受治療之性侵犯自我改變之意願息息相關，因此強制治療此種無視性侵犯之意願而強迫其參加治療之方式究竟能達到甚麼程度之效果，自也頗令人懷疑¹⁴⁸。

再者，未定最長期間之強制治療，是否真的能滿足治療之目的？治療性侵犯所需要的時間，真的是越長越能夠達到降低其再犯之目的嗎？國內有學者即質疑，如果一個性侵犯在經過每年的治療之後，依然都一直被評估為高再犯危險，這不是剛好證明治療無效，那又有何必要再一直治療下去呢¹⁴⁹？對於此類難以治療或根本無法治療之高再犯風險之性侵犯，刑後強制治療根本已不是一個適宜至治療方式，而徒剩保安的目的而已。

綜觀美國各州有關性侵犯的各種治療處遇亦可發現，大部分州所提供之治療期間大多不會超過3年¹⁵⁰。社會科學之相關研究亦顯示，當治療超過3年，治療期間之長短與降低性犯罪再犯率之間幾乎已不存有任何的關聯性¹⁵¹。由此可知，過長的治療時間，對於希望達到降低性侵犯再犯率之目的而言，實已不具有正當性。

因此，以我國目前之實務現況以及國外社會科學之研究來看，不定期之刑後強制治療根本無法達到有效改善性侵犯再犯危險之效果，此一段自然不具有「適宜性」。

2. **必要性：**必要性的要求，係指在一切適宜的措施中，必須選擇對當事人最小侵害之手段¹⁵²。因此，在這裡須討論的即是，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項所規範之“不定期限”之刑後強制治療，是否屬於侵害最小之手段？除了刑後強制治療之外，是否有其他侵害較小而能

¹⁴⁶ 如國內陳炯旭等人追蹤159名自1998年間從台北監獄釋放出監之性罪犯，至2005年12月31日之再犯率，並未發現「無需治療」、「須治療且通過」及「須治療但未通過」此三組間之再犯情形存有顯著差異。(吳慧菁、鍾志宏，性犯罪強制治療與再犯率相關性探討，全國性侵害加害人身心治療及輔導教育處遇模式研討會論文集，頁4-5(2009))

¹⁴⁷ 如相關治療人員專業訓練不足(依現行規定，目前對於性侵犯之治療，係由精神科醫師所率領之治療小組為主，然而精神科醫師之培訓中，並未針對性侵犯之治療受過專業訓練，亦未對所選人員作資格審核)、具體治療療程過短(與美加治療時間每周約40到50小時相比，我國受刑人每星期大約只有接受1到2小時之治療)、療程內容(實務上，許多治療方式係治療者所自創，並不具專業性，且未依照個別性侵犯之特殊性而採取特別之治療方案，多以團體治療來進行，治療成效較為有限)與監獄內原有的教化課程並無太大差別等問題。(可參閱周文如，前註8，頁95-98。)

¹⁴⁸ 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，頁43-44。

¹⁴⁹ 盧映潔，國際刑事法學會台灣分會圓桌論壇—兒童及少年性侵害防治之相關問題，頁73。

¹⁵⁰ Eric S. Janus & Wayne A. Logan, *Substantive Due Process and the Involuntary Confinement of Sexually Violent Predators*, 35 CONN. L. REV. 319, 378 (2003)(如加州之最長期限為兩年，密尼蘇達州則最長不會超過37個月。)

¹⁵¹ *Id.* (citing R. Karl Hanson & Monique T. Bussiere, Predicting Relapse, *A Meta-Analysis of Sexual Offender Recidivism Studies*, 66 J. CONSULTING & CLINICAL PSYCHOL. 348, 352 (1998).)

¹⁵² 法治斌、董保城，前註123，頁64。

同樣有效達成目的之手段?細究我國目前有關性侵犯之再犯預防措施，除刑後強制治療外，亦存有許多外部之監控措施，如性侵犯之登記與定期查訪制度、命期居住於指定處所之限制或是科技設備之監控等。惟前述各種外部監控措施在監控性侵犯再犯之效果上，皆有其侷限，強度上自然不如將性侵犯完全隔離之強制治療來的有效。然為達再犯預防之效果，完全隔離之期間是否有需要以可能會剝奪性侵犯終身自由之不定期限之強制治療來進行，則顯有疑義。如刑法第 87 條適用於精神障礙或心智缺陷者之監護處分，其監護目的同樣亦具有治療與保安之性質，受監護處分之對象對於社會安全之危險性亦不一定會低於接受強制治療之性侵犯，然監護處分即設有最高期限五年之限制，可知若僅基於社會保安之目的，似乎無法解釋為何獨獨針對性侵犯存有須將其終身剝奪自由之「必要性」。

3. 狹義比例性原則：所謂狹義比例性原則，係指手段與目的之間須符合比例，不能為達成很小之目的而導致過大之損失，亦即，政府機關所採取之措施所可能造成之損害與其所欲達成之目的，不能出現極端不相稱之情形¹⁵³。因此，狹義比例原則，亦可算是一種利益衡量之要求¹⁵⁴。那麼，在衡量刑法第 91 條之 1 第 2 項與性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項所要求的「不定期限」之刑後強制治療是否符合這樣的利益權衡時，勢必須將此措施對被施以強制治療之人所可能造成之損害與其欲達成之目的加以檢驗。係爭規範所欲達到之目的，已如前述，主要係為了治療與再犯預防之目的。至於其之所以未訂有最長治療期間之限制，則主要是基於防衛社會(不能讓還具有高度再犯危險之性侵犯回到社區)之重大公益。然為達此一目的，此種未定期限之刑後強制治療對於受處分之性侵犯所可能造成之最嚴重損害即為其人身自由之終身剝奪，現行法中，雖規定每年應鑑定評估是否有繼續強制治療之必要，然若其鑑定評估之結果未能達到「再犯危險顯著降低」之標準，則即可未經法院審查，由行政機關自行決定繼續執行其強制治療，且無最長之期間限制，形同終身監禁。所以，政府機關是否可僅為了「避免性侵犯再犯」，即可採取「有可能會永久剝奪其人身自由」之手段呢?國內有學者即曾指出：「單純的再犯危險性，不能成為強制治療的理由…所有犯罪人，犯罪未被發覺的人，或雖發覺但難以追訴的人，都有再犯可能性；所有尚未犯罪的人，都有犯罪的危險。…即使有顯然的再犯危險性…就真的可以成為強制治療的對象嗎?...無論如何，不能以防衛社會為由，對於再犯危險沒有顯著降低的人，永遠的剝奪自由。如果允許，那麼集體主義的思想等於復甦。¹⁵⁵」

而從比較法的觀點來看，美國法院面對這個問題，亦採否定之立場。於前述所提的 *Foucha* 一案即可知，美國聯邦最高法院並不認為可以單純僅因該性侵犯對於社會仍具有「危險性」(再犯可能)，即繼續對其施以民事監護

¹⁵³ 法治斌、董保城，前註 123，頁 64。

¹⁵⁴ 法治斌、董保城，前註 123，頁 64。

¹⁵⁵ 林東茂，2005 年刑法總則修正之介紹與評析—保安處分，台灣刑事法學會編，頁 451-453。

¹⁵⁶。綜觀美國各州的性侵犯民事監護制度，亦可看出其制度與我國性侵犯之刑後強制治療有所不同。美國各州之性暴力掠奪法，除了要求該性侵犯須具有「危險性」之外，皆同時要求該性侵犯亦須同時具備有某種程度之精神異常(mental abnormality/mental disorder)¹⁵⁷或人格缺陷(personality disorder)，此兩項要件，缺一不可。而惟有在此兩項要件同時作為執行民事監護之前提下，該不定期限之民事監護制度始有可能與其「治療」之目的「合理相關」，而進一步符合實質正當程序(substantive due process)之要求¹⁵⁸。

反觀我國，須接受刑後強制治療之犯罪，包含了妨礙性自主罪章以及妨礙風化罪章等犯罪。其中，刑法的 227 條兩小無猜條款，係為雙方合意之性交行為，根本不具有實質性侵害之內涵，顯無加以強制治療之必要。此外，像是血親性交罪，傷害的僅是社會風俗與道德感情，在歐洲亦早有除罪化之主張。其他如強制性質較低的權勢性交罪、不法程度較輕的公然猥褻罪亦都可能成為「未定期限」之刑後強制治療之對象，而面臨人身自由可能會被終身剝奪之結果¹⁵⁹。再加上即使同為性侵犯，不同類型之性犯罪其再犯風險程度亦不同¹⁶⁰。如此僅為了防衛社會，而未衡量犯罪輕重與情節，未就性犯罪進一步區分其風險類型，即一體適用此一有可能會永遠剝奪其人身自由之立法，自然不符合手段與目的之間須符合比例原則之要求，而違反狹義比例原則。

因此，本文認為，縱使刑法第 91 條之 1 第 2 項及性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項未規定強制治療最長期間之目的係為了再犯預防，然從憲法上比例原則所要求之適合性、必要性以及狹義比例性原則來看，系爭規範並無法通過比例原則之要求，而有違反憲法第 8 條人身自由之保障與第 23 條比例原則之情形。

三、憲法正當法律程序於刑法第 91 條之 1 第 2 項、性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項之適用

我國憲法上正當法律程序之概念，首見於大法官釋字第 384 號解釋。大法官於該號解釋文中，認為憲法第 8 條所稱「法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法

¹⁵⁶ *Foucha*, 504 U.S. at 82.

¹⁵⁷ 此所稱精神異常(mental abnormality)與精神疾病(mental illness)並不相同。美國聯邦最高法院曾將 mental abnormality 定義為一種因某種精神上之狀況，而使其意志受到損害(volitional impairment)而不具有控制自己行為之能力。(Hendricks, 521 U.S. at 352.)

¹⁵⁸ *Foucha*, 504 U.S. at 79.

¹⁵⁹ 楊凱傑，前註 18，頁 90-91。

¹⁶⁰ 關於各種不同類型性侵犯之分類與治療可參閱陳慈幸、林明傑，性侵行為形成原因與矯治對策，月旦醫事法報告第 26 期，頁 7-20。

律定之，內容亦須實質正當¹⁶¹。釋字第 471 號解釋亦提到：「限制人民身體自由之處置，須以法律定之，其執行亦應分別由司法、警察機關或法院依法定程序為之。」釋字第 636 號解釋理由書中更強調：「凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，不問其限制人民身體自由出於何種名義，除須有法律之依據外，尚須分別踐行正當法律程序，且所踐行之程序，應與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類。」

而刑法第 91 條之 1 令性侵犯入強制治療之處所接受刑後強制治療，其性質應屬拘束人身自由之保安處分。至於性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 強制治療之性質，本文認為，從當初之立法理由與目的來看，該項規範之性質應與刑法第 91 條之 1 相同，而同屬拘束人身自由之保安處分¹⁶²。而既然系爭規範皆屬拘束人身自由之保安處分，則國家機關所依據之程序，自然應與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類，亦即應經法院審查，使能符合憲法第 8 條人身自由之保障以及釋字第 384 號、471 號以及 636 號解釋之意旨。然依系爭規範之規定，雖聲請刑後強制治療之程序一開始係由檢察官或相關主管機關向法院聲請，並須經法院裁定後始能將受處分人送至強制治療處所施以強制治療，然後續決定是否繼續執行強制治療，則係依據每年一次的鑑定評估結果¹⁶³。而依「辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點」第 22 點可知，性侵犯被送入強制治療處所後，其每年一次的鑑定評估係由其強制治療處所所成立之治療評估小組來進行，故若該治療評估小組認為其再犯危險未顯著降低，則檢察官在收到治療評估小組之鑑定評估結果後，除對該結果有疑義之情形外，僅會以書面將繼續施行強制治療之決定通知受處分人。然而，在鑑定評估治療成效之程序中，或是檢察官認為再犯危險未顯著降低而決定續予治療之程序上，皆未明定受處分人相關程序參與的權利，受處分人因此在這個對其人身自由有重大影響之程序中，不僅無陳述意見之機會，亦無選任辯護人或閱覽相關卷證之機會。再者，依性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項之規定，僅在檢察官認為再犯危險有顯著降低而有停止執行之必要時，可向法院聲請停止治療，然若檢察官認為其再犯危險未顯著降低，卻不用經過法院審查，而可自行決定是否續予治療¹⁶⁴，而檢察官在決定是否續予治療時，通常亦會遵照鑑定評估之結果，因此使得此項關乎受處分人人身自由是否會繼續被剝奪之決定，幾乎取決於執行鑑定評估之行政機關。

此外，若將與性侵犯刑後強制治療處分性質類似之有關精神疾病患者強制住院之程序加以比較，亦可看出現行性侵犯刑後強制治療程序對受處分人保障不足之問題。精神衛生法上對於精神疾病患者強制治療之規定，與性侵犯刑後強制治療之立法目的類似，均係為了治療受處分人，以達到社會保安之目的。

¹⁶¹ 法治斌、董保城，前註 123，頁 215。

¹⁶² 關於性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 性質之認定，可詳本鑑定意見四(二)。

¹⁶³ 性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 3 項、刑法第 91 條之 1 第 2 項。

¹⁶⁴ 「辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點」第 26 點

且精神衛生法下之強制住院，亦會將患者隔離於一定之場所接受治療，故亦涉及限制人身自由之問題¹⁶⁵。依據精神衛生法第 41 條之規定，當專科醫生診斷嚴重病人有全日住院治療之必要卻經病人拒絕時，即可開啟緊急安置程序，專科醫生並應於 2 日內完成鑑定，並向審查會申請強制住院。而強制住院，依法不得超過 60 日，若有延長之必要時，須經審查會之許可，每次最多亦只能延長 60 日，然並無最長期間之限制¹⁶⁶。而審查會在受理申請強制住院之許可時，申請者應檢具該受處分人之意見¹⁶⁷，可見，受處分人於審查會做成決定之前，係享有陳述意見之機會。另外，依精神衛生法第 42 條第 3 項之規定，經強制住院之病人，得主動向法院聲請裁定停止強制住院，反觀受刑後強制治療執行之性侵犯，則無此項權利。

另從比較法之觀點來看，美國性侵犯的民事監護制度，雖已為聯邦最高法院認定係具有民事性質，然其在程序上常賦予當事人如同刑事訴訟程序之保障。如在檢察官向法院提出民事監護之聲請後，性侵犯即有到場陳述意見之權利、有權利委任律師、交互詰問證人、要求閱覽評估報告，亦可自費或請求法院(無資力時)聘請其他精神科醫生或心理師為其鑑定。在某些州，性侵犯甚至於法院開始聽審前之鑑定評估程序中，即有委任律師之權利。如密尼蘇達州。根據該州之相關法規，被提出民事監護聲請之性侵犯，於該程序啟動後之任何一個階段皆有權委任律師為其辯護¹⁶⁸，其中，包含法院聽審開始前的鑑定評估程序¹⁶⁹。而於拘禁治療期間，大部分的州均要求執行民事監護之機關至少須每年對受處分人重新進行鑑定評估，以確定是否還需要繼續執行民事監護，若鑑定評估之結果發現受處分人已不再具備繼續執行民事監護之理由，執行機關則應為其聲請釋放。而在拘禁期間，受處分之性侵犯亦可主動於任何時候向法院提出釋放之聲請，法院於接獲聲請後，通常即會開庭審理，審理過程，受處分之性侵犯有到庭參予審判之權，所得主張之權利亦與一開始決定是否應對其執行民事監護時之審理相同，檢察官並負有舉證責任證明受處分人仍具有危險性，始能繼續進行治療。由此可知，美國各州性侵犯民事監護程序之發動以及停止執行，均由法院審理決定，審理過程中，並賦予性侵犯幾乎等同於刑事被告之訴訟上防禦權。

綜上所述，此種牽涉長期限限制受處分人人身自由之決定，自應由法院審理，並應賦予當事人或其委任代理人到庭陳述意見之機會。然在我國現行制度下，性侵犯在整個強制治療宣告之程序中實宛如「局外人」一般¹⁷⁰，不僅無法主動參與程序之進行¹⁷¹，亦無法如美國受民事監護執行之性侵犯得以主動向法

¹⁶⁵ 方嘉琳，性侵害犯罪處遇制度—以刑後強制治療為中心，國立國防大學管理學院法律學系碩士論文，頁 83。

¹⁶⁶ 精神衛生法第 42 條第 2 項。

¹⁶⁷ 精神衛生法第 42 條第 3 項。

¹⁶⁸ Minn. STAT. §253D.20(2014)。

¹⁶⁹ *Id.* §253B.07, subdiv.2(c)。

¹⁷⁰ 孟玉梅，前註 7，頁 119 (20160)。

¹⁷¹ 依「辦理性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 強制治療裁定應行注意事項」第 3 點之規定，法院

院聲請停止強制治療之執行。而法院除一開始准許強制治療後，後續有關治療是否應延續之決定，竟只能被動等待受處分人對檢察官之決定聲明異議後，始能加以介入¹⁷²。因此，系爭規範之規定，實已違反前述釋字第384號、471號以及636號解釋之意旨所揭之正當法律程序原則。

四、信賴保護原則、法律不溯及既往原則於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之適用

(一) 信賴保護原則與法律不溯及既往原則

「從憲政史的發展來看，人民不斷追求個人自由，以防止國家專制恣意之行為。因而在當時法治政治下，國家凡百庶政，不任諸行政或司法官吏以自由意思(恣意)決定，而應以法律規定為準繩，亦即以法律之規定，為政府行使權利之根據與界限。」¹⁷³此即為我國憲法基本秩序中之「法治原則」。進一步言，所謂法治，應指國家所有的權力表現必須根據法律，使人民可得預測，並且係以實現正義之內容為目的¹⁷⁴，其內容則包含了基本權利之保障、權力分立、比例原則、法安定性之要求及法律溯及既往之限制等¹⁷⁵。而我國憲法上之信賴保護原則，即源於其中法安定性之要求。

憲法上之信賴保護原則，係指當人民對國家法秩序的存在產生信賴時，對於此一信賴，國家應予以保障¹⁷⁶。因此，若因法規範之變動，而對人民產生不利益時，即有可能會違反信賴保護原則。而從憲法上的角度觀之，法律不溯及既往原則可視為前述信賴保護原則之延伸¹⁷⁷，其內容為生效後之法律不能規範其生效前之事實(行為)¹⁷⁸。此一原則在不同法規領域，適用之程度亦不同。刑法，由於涉及人民之生命權與人身自由，故除非有利於行為人，否則絕對禁止溯及既往；至於非刑法性質之法律，原則上亦不能溯及既往，惟該原則僅為法規適用原則，而非立法原則，故立法機關基於需要依然可制定溯及既往之法律¹⁷⁹。

刑法中之法律不溯及既往原則，源於刑法第一條之罪刑法定原則。依據刑法第1條前段罪刑法定原則之規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定為限。」因此，若將行為人行為後始生效施行之處罰溯及適用於該法施行前之

受理強制治療之聲請後，「宜」傳喚加害人或強制治療受處分人，給予陳述意見之機會。然該項規定僅屬建議、訓示之性質，並不具任何強制性。實務上，法官在審理強制治療之聲請時，亦即少傳喚相對人到庭進行調查，而多以書面審理極為裁定。(參閱孟玉梅，前註7，頁113。)

¹⁷² 「辦理性侵害犯罪加害人刑後強制治療作業要點」第26點

¹⁷³ 法治斌、董保城，前註123，頁45。

¹⁷⁴ 法治斌、董保城，前註123，頁46。

¹⁷⁵ 法治斌、董保城，前註123，頁48。

¹⁷⁶ 法治斌、董保城，前註123，頁74。

¹⁷⁷ 彭鳳至，法律不溯及既往原則之憲法地位，台灣本土法學雜誌第48期，頁5-7。

¹⁷⁸ 法治斌、董保城，前註123，頁75。

¹⁷⁹ 法治斌、董保城，前註123，頁76。

行為，即會違反刑法第 1 條之規定。刑法上之禁止溯及既往原則為罪刑法定原則之派生原則之一，目的係為了讓人民可透過事先已存在之規範，而對於自己之行為是否會被處罰，有預測可能性，進而確保法之安定性¹⁸⁰。而我國刑法上之禁止溯及既往原則並不僅適用於刑罰。有鑑於「保安處分之措施亦含社會隔離、拘束身體自由之性質，其限制人民之權利，實與刑罰同」¹⁸¹，2005 年刑法之修正遂於刑法第 1 條後段增列：「拘束人身自由之保安處分，亦同。」而將罪刑法定原則同樣適用於拘束人身自由之保安處分。因此，禁止溯及既往原則亦會同樣適用於刑罰與拘束人身自由之保安處分。

(二) 信賴保護原則及法律不溯及既往原則之適用

緣起於 2011 年 3 月在雲林發生的葉姓少女遭姦殺一案，立法院為了彌補刑法第 91 條之 1 無法適用於 2006 年 6 月 30 日前實施性侵害犯罪者之法律空窗，遂於 2011 年 11 月於性侵害犯罪防治法中增訂第 22 條之 1，將無刑法第 91 條之 1 適用之性侵犯納入刑後強制治療之體系中，此可見於性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 之立法理由。依其立法理由，第 22 條之 1 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，爰增列本條。」內政部後亦於隔年 2 月於性侵害犯罪防治法施行細則中增訂第 12 條之 1，藉以更清楚界定性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 之適用對象。依性侵害犯罪防治法施行細則第 12 條之 1 之規定：「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。」至此，於刑法第 91 條之 1 施行前犯性侵害犯罪者，亦能以性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 及性侵害犯罪防治法施行細則第 12 條之 1 而有刑後強制治療之適用。

然相關規範於 2011 年修法時即引起許多討論與爭議。主要的質疑即在於此無異將刑法第 91 條之 1 所建立的刑後強制治療制度溯及適用，而有違反憲法上信賴保護原則及罪刑法定原則中禁止溯及既往適用之問題¹⁸²。而為避免落入違憲之爭議，立法過程中，提出相關修法版本之劉建國立委從而主張我國性侵犯之刑後強制治療制度與美國規範性侵犯民事監護制度之「性暴力掠奪法」(SVP

¹⁸⁰ 謝欣如，前註 20，頁 78。

¹⁸¹ 釋字第 471 號解釋理由書。(劉鐵錚大法官亦於其釋字第 471 號解釋一部不同意見書中指出：「...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，其在執行過程中對於人民行動自由之侵害，即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」

¹⁸² 可參考立法過程中法務部蔡瑞宗司長之說明。(立法院委員會紀錄，立法院公報第 100 卷第 52 期，頁 284-285 (2011))

laws)相似，並參考美國聯邦最高法院於 *Hendricks* 一案中之見解，認為聯邦最高法院多數意見既然已於該案中認定因性侵犯民事監護制度之目的為治療，故其本質應為民事，而非刑罰，從而不會有違反刑事法中一罪不二罰及禁止溯及既往原則之問題¹⁸³。修法後，亦有學者採相同見解，而認為性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 所規範之刑後強制治療係屬治療性質，參考前述 *Hendricks* 之判例，其縱使有溯及適用之規定，亦不會違背憲法所保障之法律禁止溯及既往之原則¹⁸⁴。

然而，美國的性侵犯民事監護制度真的與我國性侵犯的刑後強制治療制度相似嗎？美國聯邦最高法院於 *Hendricks* 一案所做的見解，真的可作為正當化我國性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 溯及既往適用並不違憲之理由嗎？在進入這些問題之前，或許應先釐清我國與美國刑事司法制度上之異同。

如前所述，我國現行刑法係採雙軌制裁體系，亦即犯罪的法律效果包含刑罰與保安處分。保安處分在我國之刑事司法制度下，雖與刑罰具有本質上之區別，然兩者皆為刑法的反應方式與刑法上的強制手段，二者相輔相成，互為補充¹⁸⁵。此一立場也為我國司法院大法官所採，而肯認保安處分為刑罰之補充制度，而需同樣受到憲法之拘束。然美國之刑事司法制度與我國並不相同，英美法系架構下刑法的法律效果係採單軌制，而非刑罰與保安處分共存之雙軌制¹⁸⁶，是故，美國法上，並無保安處分此種制度¹⁸⁷，刑法之法律效果只有刑罰。這也是為什麼美國法院在處理美國性侵犯民事監護制度之違憲爭議時，多將重點放在該法之性質究竟係屬刑罰(punishment)抑或是於非刑罰(即民事)，而非該制度是否屬於一種保安處分。因此，本文認為，美國聯邦最高法院於 *Hendricks* 一案或其他有關美國性侵犯民事監護制度合憲性之相關見解，未必即可全盤拿來加以適用在我國之情形。

此外，從立法過程中，亦可看出立法者為迴避將刑後強制治療溯及適用所可能會產生之違反禁止溯及既往原則之違憲爭議，因而刻意地將此一溯及適用的規定增訂於具有行政法規性質的性侵害犯罪防治法及性侵害犯罪防治法施行細則當中。本來，就性侵害犯罪防治法之主管機關及主管機關未履行工作內容所可能面離之行政罰相關內容觀之，該法自應屬行政法之範疇。因此，在當初之立法過程中，立法者便強調由於性侵害防治法第 22 條之 1 刑後強制治療之聲請人除了檢察官外，行政機關及縣市主管機關亦有主動向法院提出聲請之權利，故其性質即與刑法第 91 條之 1 所規範之刑後強制治療不同，非屬拘束人身自由之保安處分，而係一種具有醫療性質的處遇制度，故應不會有違憲之問題

¹⁸³ 立法院委員會紀錄，立法院公報第 100 卷第 49 期，頁 1293，2011 年。

¹⁸⁴ 高鳳仙，前註 15；林明傑、鄧閔鴻，前註 15。

¹⁸⁵ 林山田，前註 1，頁 344。

¹⁸⁶ 林山田，前註 1，頁 343。

¹⁸⁷ 黃芳宜、林明傑，未竟的改革 檢視台灣心智功能障礙性侵害者之處遇政策，社區發展季刊，第 138 期，頁 319。

¹⁸⁸。後亦有學者支持此種立場，並進一步提出因性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 係針對「尚未發生的事件」(性侵犯出獄後是否仍具有所謂「再犯危險、仍係不確定的事情，故屬尚未完全發生的事件)進行規範，故其應屬行政法上之「不真正溯及」¹⁸⁹。

然如前所述，從性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 條之立法過程及立法理由皆可看出，係爭規定之立法目的本即在於補充刑法第 91 條之 1 適用上之空窗漏洞¹⁹⁰，同樣希冀藉由該強制治療之制度達到治療犯罪人與防衛社會之目的，故其性質應與刑法第 91 條之 1 相同，同樣屬於一種拘束人身自由之保安處分。且性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項之規定幾乎與刑法第 91 條之 1 之條文內容完全相同，二者除了在聲請主體上有所不同外，其餘不論係在構成要件、法律效果或執行方式上都幾乎完全相同，執行處所(同樣都在台中監獄培德醫院)與鑑定評估標準亦相同，故其在實施上幾乎與刑法第 91 條之 1 刑後強制治療之實施無異，再加上依性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 加害人強制治療作業辦法可知，被依該法送至強制治療處所執行強制治療之行為人，其人身自由的確會受到嚴格之限制¹⁹¹。是故，不應僅因前者之聲請主體與後者不同或因前者規範在屬行政法性質之法規中，即因此改變其作為刑法刑後強制治療保安處分補充規範之本質¹⁹²。

因此，綜觀立法背景、立法目的、構成要件、法律效果與執行、評估之方式，皆可看出性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項、第 2 項應與刑法第 91 條之 1 刑後強制治療相同，同屬拘束人身自由之保安處分，因此，自應有刑法第 1 條後段之適用。是故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 將刑後強制治療溯及適用刑法第 91 條之 1 公布施行前之性侵害犯罪，自會違反信賴保護原則及法律不溯及既往原則。

¹⁸⁸ 立法院委員會紀錄，立法院公報，第 100 卷第 52 期，頁 284-285。

¹⁸⁹ 周佳宥，前註 12，頁 39。(有關真正溯及與不真正溯及可參閱蘇永欽，立法不溯及既往之憲法界線—真正和非真正溯及概念的釐清，月旦法學雜誌第 284 期，頁 5-22。)

¹⁹⁰ 性侵害犯罪防治法第 22 條立法理由

¹⁹¹ 如依性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 加害人強制治療作業辦法第 9 條第 2 項：強制治療受處分人擅自離開強制治療處所且行蹤不明時，執行之直轄市、縣(市)主管機關得請求警察機關協尋，並應再通知強制治療受處分人依指定日期到場接受強制治療，未按時到場者，並依本法第 22 條之 1 第 4 項規定辦理。

¹⁹² 謝欣如，前註 20，頁 103、107。