

摘要

憲法之權力分立制衡之法治國原則與保障基本權利與自由之規定，以及刑事實體法所明定之刑罰權的界限，均有待刑事程序法之規定與踐行，而得具體落實。

對於刑事程序法政策之主張，民主法治國家多年來之演進而形成一系列之刑事程序原則，以做為制定與適用刑事程序法之指導原則。透過這一系列之程序原則，使刑事程序得以兼顧發現真實與保障人權，既能有效而正確無誤地追訴或審判犯罪，又能符合法定之程序正義地開啓、進行或終結刑事程序。

本文乃就學說之論述、現行憲法與刑訴法之規定，並參酌國際公約、德、日、美等國憲法或刑訴法之規定，深入地探討各個刑事程序原則，計有：正當法律程序原則、發現真實與保障人權並重原則、職權原則、控訴原則、無罪推定原則、秘密偵查原則、禁止先行傳訊原則、比例原則、法定原則與權宜原則、調查原則、言詞原則、直接原則、公開原則、審理單元與密集加速原則、自由心證原則與罪疑唯輕原則等。

新少年事件處理法的立法基本策略

—後現代法秩序序說—

李茂生*

目次

壹、前言	(三)後現代型的個人尊嚴概念
貳、混沌與秩序	二自由主義與君父思想
一混沌與虛無的再定義	(一)未成年人的發現與愛
(一)自然科學中的混沌理論	(二)自由主義的內在限制與君父思想的侵入
(二)人文學科中的後現代思潮	(三)現代型少年法制的侷限
(三)現代型制度與後現代型制度的並存	三具有個別的意義的少年期與積極的司法
二理性、暴力以及集體化傾向	(一)非連續的獨立性—少年的將來性
(一)反暴力的理性的另一面貌	(二)成人的贖罪—積極的司法
(二)民主制度的集體化傾向	肆、處理流程各階段的教戰守則
三設計後現代型制度時的策略	一、新法的基本結構與機能
(一)後現代的論述類型	(一)新法的內部正當性
(二)分析者的論述與否定的辯證法	(二)同心圓結構與其機能
(三)分析者的論述的延伸	二不告不理與受案
(四)立法上的戰略—時間與空間的分斷	三社會調查、身心調查與急速輔導
(五)立法上的戰術	四輔佐人的地位與執掌
參、新法的基本觀點—少年的人權與成人的責任	五轉介輔導與安置輔導
一人性尊嚴與個人尊嚴	六由刑事程序回流到保護程序的機制
(一)人性尊嚴的概念	七秘密的保護
(二)人性尊嚴的迷思	伍、結論—從未被保證過的將來

投稿日：八十七年十二月十六日；接受刊登日：八十八年一月十八日

*國立臺灣大學法律學系副教授

關鍵詞：混沌、後現代、理性、暴力、啓蒙辯證法、否定的辯證法、人性尊嚴、個人尊嚴、自由主義、君父思想、少年事件處理法

壹、前言

新少年事件處理法於經過幾番戲劇性的波折後，終於在民國八十六年十月經立法院三讀通過而正式實施。至今實施已有年餘，除少數簡單條文解說的文章外，似乎看不到太深入的討論。但就一般而論，新法好像沒有獲得好評。感覺上實務界的反應是新法只是復原了舊有的目的規定，此外也加入了一些實務上窒礙難行的條文，舊酒新瓶，除製造困擾外，了無新意。原因何在？是立法者過於草率，還是實務家過於保守、因襲？

與我國實務界的反應成對比，當我國的新少年事件處理法公佈後，不久即引起某些日本學界人士的重視，並立即著手翻譯，除此之外，亦透過非正式管道向筆者表示若時間與經費許可希望能舉辦一次假期中的「集中講義」¹。雖然集中講義遙遙無期，但是翻譯的工作卻是著實地進行，該工作的成果已於日前發表於九州大學的法學部學報中²。

該文發表後月餘，在一九九八年的十二月十一日，日本法務省法制審議會少年法部會部會長松尾浩也氏³發表了「少年法修正綱要案」。該綱要案發表的時候正逢日本國內因為神戶少年殺人事件（一九九七年）、栃木少年刺殺教師事件（一九九八年）等（都是國中生所犯的案子）而到處

瀰漫著一片嚴罰、肅殺氣氛的時刻，因此就一些論者而言綱要案的內容應該是早在預料之中⁴。這個綱要案是根據法務大臣於一九九八年七月末所提出的諮詢，經過少年法部會極為短促的研議後，所提出來的，一般認為應該會不加修正地即成為審議會的回覆內容。松尾氏於發表綱要案時，曾公開表明：一般認為做事「拙速（輕率拙劣）」是不行的，確實「拙」是不行，但我們也應該尊重「速」。

就法務官僚以及實務家佔大多數的少年法部會而言，該綱要案確實不「拙」而且也不需要經過太多的研議即可提出。事實上在研議的最終階段修正意見被整合成兩個提案，一個是法務省的提案，另一個則是由身為部會成員的三名律師所提出的律師公會提案。表決結果是：法務省提案反對票三票，律師公會提案贊成票三票。由這個表決結果來看，對於少年事件處理法的修正方向等，就有些人而言確實是已經不需要經過綿密的討論即可定案。難怪身為部會成員之一的最高法院家事局局長安倍嘉人氏於綱要案決定後發表言論謂：大家終於理解了由家事法院的實務來看修正內容的必要性，對法院而言，這是將近完美的結論。

日本少年法規定，少年（指十二至二十歲的未成年人）年滿十六歲，且其犯行符合一定的條件，則家事法院的法官可以將保護事件移送給檢察官，而檢察官在經過偵查後，應向地方法院的一般刑事庭提起公訴，以進行刑事審判。就這個少年法的規定，早於七〇年代起即已爭論不休，但是上述被譽為「完美的」結論中並沒有提到這個最具爭議的「少年刑事年齡的降低」問題（直接藉著年齡的降低而提高將保護事件轉移成刑事案件的可能性）。究其原因可能是行政機關不太願意太露骨地直接碰觸這個敏感議題，而傾向於將之付諸國會中的政治角力（現在是由自民黨黨團來主導刑事年齡降低的議題）。不過綱要案也不是對此議題毫無「建樹」，其迂迴地將保護事件的審理程序改成較為接近刑事審判程序的模樣，以備將來萬一上開敏感議題無法於國會中得到優勢時，綱要案中的「迂迴」建議仍

¹ 這是日本為促進學術交流而設計的一種特殊課程，請外校的教師於假期到舉辦集中講義的學校，一天上六小時的課，連續一星期左右，視情形酌給二至三個學分。類似於我國的暑修，但卻更具教學資源流通或平均化的功能。

² 九州少年法研究會「台灣少年事件處理法（一九九七年十月二十九日公布）」法政研究六十五卷二號二三三至三一七頁（一九九八年）。文中並簡介我國修法的歷程、新舊法與日本法的條文對照表。

³ 前日本東京大學刑事訴訟法教授，現任上智大學教授。松尾氏雖然也有就少年法發表過論文，但是就整體而言甚難謂之為少年法專家。

⁴ 荒牧重人「少年事件の『對應』を考える」法律時報七十卷六號二至三頁（一九九八年）。

可做為一個籌碼，讓保守陣營能夠確實掌握翻轉少年法本質的機會。這些迂迴建議例如對於相當於死刑、無期徒刑或三年以上徒刑的罪，家事法院的法官於審理該保護事件有關於事實認定的部分時，得以裁定命檢察官出席審理程序，若該當罪行有致被害人死亡的結果，而檢察官也有聲請蒞庭時，除非是明顯沒有必要的情形，不然法官不得拒絕檢察官的聲請。此外，對於少年保護事件的終局裁定，如果被害人或其法定代理人有聲請，則除了認為對少年的健全成長並不相當的情形外，家事法院應該告知該聲請人該當涉案少年或其法定代理人的姓名與住址，以及該當終局裁定的主文與理由的要旨。

對於以上綱要案的刑事程序化傾向，著名小說家吉岡忍氏接受訪問時表示：例如校園欺凌事件，若不能對每個人都會擁有的暴力傾向有所認識，而只是一味地非難暴力欺凌的不對，那校園欺凌事件即永無止息的一日；少年是累積了無數的失敗後逐漸成長的，若像刑事程序一樣，讓檢察官參與少年保護事件的審理，則整個的審理難免會傾向於責任的追求，而我們也會變成無法容忍失敗的一群⁵。

日本此次修正綱要案所標榜的目標，其實早於多年前即已部分地實現在我國的條文以及實務當中，只是不知是我國落後還是日本落後。外貌上日本於立法上極力追趕我國的舊法，但是我國的新法卻是於溫存舊法結構的條件下，極力將法律內容拉向日本現行法的境界。或許正是這個原因引起了日本學界對於我國新少年事件處理法的興趣。

然而，如果我國的新法僅是一種「學習日本法律」的產物，則大可不必於此著文解說，只要翻譯一本日本少年法的教科書，即大功告成。新法確實是承繼歷史，維持了以日本法為骨架的舊少年事件處理法的架構，但是並不是於內容上去蕪存菁回復舊貌（意指民國四〇年代時於內容上都是倣日的草案）。事實上，日本之所以會有如今的立法傾向，原因之一也在於其現行法律的性質－愛、寬容與理解（理性）的結晶。這是現代法中的

⁵ 以上資料來自於「朝日新聞」一九九八年十二月十二日一、二十一、二十三版。

藝術品，但是筆者懷疑其是否可以克服後現代的衝擊。我國的新法不是日本少年法的翻譯，而是一種嘗試超越這個現代法中至高藝術品的企圖下的產物。雖然筆者參與了新法的制定過程（現在仍然積極地參與落實的過程），但是以往基於如下的理由甚至在研討新法內容的起草過程中也沒有向其他的起草者明確表明過這個企圖。

亦即，不管在哲學的層面抑或日常生活中，現代的人們一般都會認為口頭的論述是優於文字的論述。這是因為當我們從事口頭論述時會認為，想要去溝通的對方可以透過語言以外的其他例如情境、肢體動作，或甚至於當場的質問、回應等方法，較為直接、正確地理解發話者所欲傳達的訊息，反之，文字論述方面，因為「作者已死」所以解讀者被允許對於一定的文字在一定的範圍內任憑自己自由想像、解釋⁶。而筆者於參與修法的研議時，為尊重共同作業，有時並不想確切地表達個人的企圖，或以明確的個人意圖嘗試引導立於同等地位的其他參與者。不論同時參與討論的人是否接受筆者的意見或引導，這些動作都是一種不尊重。

然而，如今法律已經制定，已經成為一種文字論述，此際筆者自然有這個資格開始發話，並且發話的內容應該有強烈的個人色彩與企圖，因為這只是對於該法律（文字論述）的一種解釋，更何況，這個解釋也是以文字論述的方式表達，就這個文字論述，讀者也有自由「擅自」解釋。換言之，當文字論述一旦存在，其即會擁有多種多樣的可能性，而假若多樣可能性中的一支又是一種文字論述時，論述的複雜性將會繼續擴張，甚至於到達無法預測的程度。後現代思想代表了對於現在這個時點的尊重，尊重做為一種分歧點的現在的存在，分歧點之後會如何發展一事，不是現在所能做的預測工作的對象，而是讓現在的存在更具有意義的根據。

以下將簡單地鋪陳本論文的概要。

首先，本文於第二章中表明筆者於參與立法過程時引為立足點的哲學基礎。現代的自然科學與人文學科首重秩序，其認為秩序即是真善美。自

⁶ 從法律的直接審理主義到選舉中重辯論輕文宣的傾向，我們都可以發覺這種一般觀念的存在。

然科學靠著實驗室環境的控制，實現了完美的秩序，而人文學科則是靠著偉大的想像與懲罰性的排除，維持了一定的秩序。然而，被視為例外或被排除的「失序」果真是如此地邪惡？六〇年代的自然科學以及其後八〇年代的人文學科中，默默地興起了一陣典範移轉的旋風。自此以後，對於一些人而言，混沌、逸散不是邪惡，而是一種無所不在的、做為秩序的基礎的「真」，是一種無限複雜的「美」，其甚至於認為如果我們能夠正面直視混沌的存在，不以秩序排除，而是以秩序（制度）來加以有限度的控制，或予以保存，則人類社會將會是一個「善」的表現。這種想法即是所謂的後現代思潮。

本文基於以上的哲學新潮，於第三章中一方面駁斥一味尋求秩序的現代型舊少年事件處理法，另一方面闡明後現代型新法的基本觀點。並於本文中整理出：「愛」與「成長過程的連續性」這兩個現代型的要素，對這兩個要素主張以後現代型的「贖罪」與「非連續的獨立性」等兩要素予以取代。「愛」是成人單方向對於未成年人的控制力量，反之「贖罪」則是成人對於未成年人成長的多面相責任的肯認。而「成長過程的連續性」會合理化成人特定未成年人成長方向的工作，反之「非連續的獨立性」則是肯認未成年人於現階段的多樣性與其未來的複雜性。相對於「愛」與「成長過程的連續性」是一種有解的線性函數，「贖罪」與「非連續的獨立性」是一種無解的非線性函數⁷。而利用無解的非線性函數所構成的公式（新少年事件處理法），當然是一個後現代型的法律，其企圖於現在的場域中保存住混沌的現實。

本文於第四章中，基於第三章的論述繼續描述新法的基本結構與機能，並駁斥一些基於現代法觀點而產生的對於新法的解釋學上誤解。雖然並不完整，但是以目前適用法律的狀況而言（以舊法觀點實施新法的規定），這是筆者能力的極限。

此外，筆者於進行第三章與第四章的論述時，同時也處理了現代法思

⁷ 有關線性與非線性函數的解說，詳請參照 John Briggs & F. David Peat 著，王彥文譯「混沌魔鏡」三三頁（牛頓，一九九三年）。

考模式對於新法較為抽象的、廣泛的批評。此即有關新法合法性、正當性與實效性的非難。雖然對於這種非難必須予以反應，但是這種必要的反應卻會造成論述上的混亂。如果讀者認為這些混亂並無重要性，則大可視之為無物。

總而言之，少年法於百年前做為一個孔恩（Kuhn, Thomas Samuel）所謂的典範移轉的範例，而被龐德（Pound, Rousce）譽稱為大憲章以來司法改革運動中最為亮麗的成果。百年後，在處處瀰漫著二分論、差異化的刑事政策潮流中，這個成果正遭到嚴厲的考驗。於這種情勢下，本文與新法藉著新的典範移轉的契機，嘗試讓少年法再生。雖然以法律學的性質而言，其應該是與後現代典範格格不入，所以這個法的再生工作處處展露出與現代典範間的妥協，但是縱或如此，就舊有的典範而言，全部的論述可能根本就不合於（舊典範精緻化的）法則，甚至到達令人難以忍受的程度。然而論述就是論述，一旦成立了以後，作者就已經失去對於論述的控制。所以如果新法最終仍被解釋成現代型法律，那就讓它像紊流中的一個變化一樣消失於混沌之中。

貳、混沌與秩序

一、混沌與虛無的再定義

（一）自然科學中的混沌理論

一九九八年台灣三合一選舉（立法委員、院轄市市長、院轄市議會議員選舉）的最後衝刺階段，新黨推出了一段奇妙的電子媒體文宣。該文宣的內容如下。文宣首先表明於台灣執政黨的選舉結果有「鐘擺」現象，贏了一次以後一定會輸一次。國民黨贏了總統選舉後，輸了地方縣市市長選舉，而後又贏了里長選舉，據此預測執政的國民黨應該會輸掉這次的選舉，而在野的民進黨或新黨應該會贏得這次的選戰（未明白表明）。文宣繼續進行，螢幕上閃爍出真正重要的是公元兩千年的總統選舉等字眼。依文宣的推測，假若國民黨輸了這次選戰，則應該可以贏得公元兩千年的總

統選戰。新黨支持國民黨黨員當上總統（未明確表達），所以這次的院轄市市長選舉，新黨黨員應該以投票讓國民黨輸一次（以利國民黨下次總統選舉的勝利）。

這是一個非常拙劣的文宣，不僅是政黨的目的選向不明，更糟糕的是需要想一下才會理解其中的邏輯推理⁸。本文並不是想借上述的描述批評從政人士的智慧，於此想要表明的重點是：鐘擺效應與選戰結果這兩件事情的結合。

除了政治上的狂熱者外，一般有理解力的人對於上述的文宣內容應該是一笑置之，或搖頭嘆息。因為選舉絕對不像文宣所宣稱的一樣，會有鐘擺現象，對於所有的選舉，縱然可以某程度上加以預測，但是最終任何小小的波折都有能量改變選戰結果。亦即，選舉是一種非週期性的變動（流的系統），很難揣測下一步的變幻，而鐘擺效應則反於此，其是一種規則的變化，當擺動到一個定點時，下一個步驟即是往反方向擺動。換句話說，用規則的鐘擺效應來比喻難以預測的選舉結果一事，就一般的觀點而言，這不外是荒誕不經。

然而，可能只有一般人或落伍的科學家才會肯認以上有關鐘擺效應的想法。如今太部分的自然科學家都會承認，只要角度或摩擦力稍有一些改變，則鐘擺將不會畫出像歐基理德幾何學般完美的軌跡，反倒會產生一些混亂的軌跡圖像，一種複雜的、多樣的、不可預測的圖像——混沌（chaos）。而選舉活動正也是一種混沌。

其實對於自然界的混沌現象，早於一九六四年於氣象學的領域即已有人發覺，氣象中並沒有真正的預測可能性，雖然我們可以用數學方程式來表達一定的預測，但是這種系統極度地、敏感地依賴著初始條件，只要在開頭輸入小小的差異，很有可能就會產生南轅北轍的結果。這種結論後來

⁸ 其實新黨的這個文宣的用意非常明顯，其僅是想要把流向國民黨候選人馬英九的票源吸回來而已（文宣中最後的一句話：用選票讓國民黨輸）。問題是該文宣雖然使用了鐘擺效應，但又不能講得太明白（中間跳掉了幾個說明的階段），所以才顯得突兀。

被俗稱為「蝴蝶效應」，亦即今天北京一隻蝴蝶的展翅所造成的空氣騷動，可能觸發下個月紐約的風暴。

七〇年代起，一些數學家、物理學家、生物學家等，開始偷偷地在自己的實驗室中玩弄混沌現象，但卻不敢過於公開表達自己的發現，因為他們的發現是那麼地反於當時的典範。直到八〇年代，各個學門中的混沌研究逐漸成熟，有些大學甚至於開始掛牌成立有關混沌研究的單位。今日一些新潮的自然科學家們聲稱，二十世紀中科學的傳世之作有三件，一為相對論，否定了牛頓（Newton, 1643-1727）對絕對空間與時間的描述，二為量子理論，否定了牛頓對於控制下測量過程的夢想，其三即為混沌理論，粉碎了拉普拉斯（Laplace）對因果決定論可預測度所寄與的夢想。

當然這些研究混沌的科學家們並不是全然否定秩序，一方面並非所有的現象都是混沌，另一方面，如果所有的研究結果都只能指出混沌、逸散，則我們根本都不需要科學家了。如今的科學家們所致力的是於混沌中找到秩序（無秩序中的新秩序），換言之，他們尋求的是混沌與秩序的共存。例如，雖然我們無法確知下一步某個現象會展現怎樣的面貌，但如果長期觀察或許可以發現「混沌→穩定→靜止→混沌」之類的長期變化的秩序，只不過我們無法確定某一階段的現象會於何時轉變到另一個階段的現象。亦即，這個長期變化的秩序基本上還是處於混沌的基礎上。

以往科學家們解釋一個絕對的秩序時，會使用絕對有解的線性方程式來表達；於方程式中各函數間的關係呈現嚴格的比例狀態，並且可以拆解後再行組合。反之，以二次方以上的高次方函數或對數函數所組成的非線性方程式，則因為函數間的關係變得非常複雜，基本上無法拆解，也難以計算，當下一個參數後，可能次元與次方都會產生變化。以往因為非線性方程式無法算得一個簡潔有用的答案，所以通常非線性函數都會被捨棄不管，但是一旦混沌現象成為研究的課題，也只有非線性模式才能解釋一個包括規律以及不規律的震盪綜合體⁹。

⁹ 以上的介紹詳請參照 James Gleick 著，林合譯「混沌——不測風雲的背後」（天下遠見，一九九一年）一書。

總而言之，牛頓以後的古典科學採用線性模式解釋現象，認為輸入與輸出一定會維持一定的均衡，系統不會相應於某輸入而以改變自己的形態進行輸出，據此事物會有一定的運動，並且可以予以確實的預測。但是非線性模式則是把那些被線性模式所排除的偶然性、多樣性、例外性、不可回溯性等性質，全部找回來，認為所有的系統都會以改變自己的形態（自我組織性或謂自我再製性，autopoiesis）進行輸出，所以輸入與輸出之間是處於不平衡的狀態，據此，事物的運動將會是不可回溯的、不確實的、偶然的現象。

(二)人文學科中的後現代思潮

以上的自然科學成果，或多或少、直接或間接地影響到了研究人類行動的哲學以及其他社會人文學科，但基本上大多數的研究者都採取懷疑或謹慎的態度。採懷疑態度的論者將產生這種反應的理由整理如下。

①首先世界是複合的，所以並不是僅憑非線性模式的思考即可以理解，同時也不是全然可以憑藉線性思考模式來加以說明，人類行為的現象必須看情形區分兩種思考模式予以運用。②而且當決定採用某種思考模式時，可能說明者的選擇才是真正的決定要素。③更何況，自然科學研究的是物質，而人文學科研究的是「人」，人都有主體性，這個主體性是個實體是不可能於混沌中解消的。總而言之，採懷疑態度的論者認為雖然自然科學中的非線性思考模式可以讓我們反省過去是不是過於利用「鐵的法則」單線地說明複雜的社會現象，但是人文學科的領域終究不同於自然科學的領域，其有一定的固有特性，這是不容忽視的一點¹⁰。

以上的三點質疑，就第一點而言，這種質疑根本就是誤解了自然科學中的混沌理論，因為混沌理論也在追求秩序，只不過其所追求的秩序不同於以往的秩序而已。至於第二個質疑更是奇怪，因為既然人是決定的要素，而人的行動如果不是可以（不透過制度即可予以）預測，則應該是最為混沌的，結果若不是肯認人的被決定性，則第二個質疑根本無法成立。

¹⁰ 笹倉秀夫「ポストモダニズム考—民主主義法學のあり方に關わせ」法の科學二十五期五三至五五頁（一九九六年）。

其實，這個第二個質疑應該和第三個質疑配起來看。採懷疑態度的論者是認為，人有其固有的特性，縱或自然界會有無限變化，但人的這個本質（後述理性的存在）應該是不變的，所以是與混沌無關。

確實以上由自然科學所引起的典範移轉，其解釋的對象是一種系統，而人的淋巴系統（混沌現象中具有自我組織性的系統）等不是「人」本身，所以有些論者會主張逸散（非規律）的混沌理論至少不能及於人的存在（論）上，不然「人」既然已經逸散，則人文學科的研究也會失去重心。然而，人文學科中的後現代思潮並不是主張「人」的逸散，而是主張「（固定的）人的概念」的解構。換言之，其不是主張觀察者的「人」的消失，而是主張做為被觀察對象的「人的概念」的解消。

正如「我思故我在（cogito）」與牛頓定理都是尋求絕對的秩序一般，「脫中心化（decentration）」與混沌也是一起尋求複雜化、多樣化，自然科學與社會人文學科間的近親關係是非常明顯。這是因為雖然人與物是不一樣，但是「人看人」與「人看物」兩個動作間，都會存在著「人」這一個基本的要素。物的絕對秩序或混沌是「人」所觀察出來的現象，同理，人的固有的特性也是「人」所發明的，並不是一個古今不變的道理。

但是，當「人」觀察「人的概念」而且對這個概念的固有性、絕對性的信念愈來愈深時，這個觀察所得將會回饋到觀察者身上，讓觀察者固定化、絕對化。亦即，如果我們將人的概念視為是一種固定的、不變的概念，然後觀察人與系統的互動關係，此際縱或能夠肯認系統的混沌性質，但最終仍舊會以線性的「人的概念」當成非線性發展的系統的決定性函數（具有最終決定權的線性函數），此際寄生在「人的概念」上的「鐵的法則」會再生，排拒對於混沌的理解，繼續走向單線的、穩定的、既定的歷史發展路線上。終究，所謂的反省，也只是一種頑固的堅持而已。

其實，人的行為可能比自然現象更為複雜、多樣，亦即更為混沌，換個角度而言，若想要在人的行為中設定縮減複雜性的制度，則可能比在實驗室中設定一個假想的、秩序井然的自然還要來得困難。

自然科學家們在實驗室中設定許多與「自然」不相符合的條件，然後

在實驗室中證明出絕對的秩序。其對於混沌的忽視或排除，可以全然靠實驗者的力量達成。然而，於人的社會中，如果有某人或某階級要控制所有的複雜性，讓其他的人們只擁有一種選擇可能，並製造出一個絕對的秩序時，其可能就會遭受到抵抗，此際一個相對穩定的秩序的設計即需要借重於超越於他自己本身的力量，讓受支配者（應該服膺於秩序的人）感覺到自己不是受到他人的支配，而是「接受」那支配每一個人的超越的力量的指引。

於近代中所發明的這種超越的力量即是所謂的「（人是）理性的存在」這一個概念（人的概念）。其實理性必須靠非理性與虛無證明其存在，所以必定會否定非理性與虛無，正如同傳統的自然科學將真空視為「無」，視為一種沒有秩序的狀態一樣，理性的存在否定虛無，視其為一種應該被克服的現象。殊不知正是這種非理性（無法理解的對象）與虛無才是真正的存在的起源。

如今的自然科學認為於自然中的真空並不是「無」，而是一種力量與物質或物質與物質交錯產生共振（粒子與反粒子的自發關係），但該共振無法存續，而瞬間即逝的現象（於極短的時間或短距離內激烈的量子的創出與破壞）。在這種真空中存在著許多的可能性，於一種偶然的情形下，巨大的真空發生激烈的搖動或爆發，於是形成了宇宙（天體）。換言之，真空（無、混沌）本來是萬事（存在）的根源，但因為以往無法被觀察，所以被視為一種否定的狀態。

同理，人類社會事態中的「無」與「混沌」，也是一種擁有無限的可能性的場域，是形成根源事態（存在）的源頭。只不過要將孤立的、即逝的韻律振動提升到較高層次的生命活動或精神活動的共振，仍有待一個重要的契機，此即將非線性振動同志聚集在一起的條件。當條件（偶然地）發生，則無限的可能性即會開始縮減，無數的多樣反應縱或會形成複雜的圖樣，但終究會回歸到定點（自然科學中稱此為奇異吸子，例如固定點與有限性循環等），人們複雜的反應被拘束，進而產生具有某種程度可預測

性的制度¹¹。

如今制度（秩序、複雜性的縮減）已經形成，但同時無與混沌仍然繼續「存在」，不斷地於制度的根源部份挑釁著，亦即不論是傳統的現代自然秩序抑或社會秩序（制度），其是處於非常不穩定的狀態。所以現代的秩序必須靠著牛頓定理或「理性的存在」而不斷地駁斥侵犯者。如果我們接受這種駁斥，並毫不考慮地肯認之，則我們即是自動地、自願地將自己現在所擁有的多樣化可能性抹殺掉。但是若我們拋開對於絕對秩序的幻想，則將可以發覺以上的抹殺，其實僅是一種想像中的抹殺。

姑不論自然科學中對於非週期性的流（系統），亦即紊流的態度，僅就做為一種制度的法律進行觀察，只要放棄絕對秩序或絕對的理性的存在的觀點（放棄這種觀點並不是意味著否定人的存在，而只是將存在的意義多樣化而已），我們應該可以立即發覺於法的領域內每個原理原則與個案的決定都是一種非週期性的流。於想像中，我們認為理想的狀態應該是原理扣著原則，而原則的運用產生可以用價值體系予以回溯的個案決定。但事實上，或許個案會有個上階層的判斷標準以為準據，但可能不會再繼續往上發展到最高層次的價值準據，而各個上階層的準據彼此間可能也不是被最高層次的價值準據所統合，而是零散地佈置在其所屬的階層中而已。民法中的（被置於中間階層的）習慣，以及刑法中所承認的開放性構成要件等，正是讓這種價值連鎖的斷裂合理化的論述。個案的決定、中間階層的判斷基準、最高層次的判斷基準間存在著無數的虛線，這些虛線於理論上，或於事後的合理化的工作下，將會展現出實線的態樣，並且讓我們處於一種完整的、有秩序的價值連鎖的幻想中而得到滿足¹²。

於此並不是主張複雜的、多樣的人類行動不需要加以限縮，而是強調不要因為對於秩序的過度要求，而漠視了不斷地衝擊秩序，甚至於造成許

¹¹ 中村雄二郎「＜場所の論理＞の彼方へ－述語の世界と制度」思想一九九四年一月號一七至二一、二九頁。

¹² Charles Sampford, *The Disorder of Law- A Critique of Legal theory*, pp. 75-101 (Basil Blackwell, 1989).

多無法理解的、貌似破壞了秩序的「根源性的虛無或混沌的存在」。

(三)現代型制度與後現代型制度的並存

或謂於海耶克 (Hayek, Friedrich August von) 早於一九四〇年代開始即已基於對管理社會的批判，而透過自立的共同體的重視以及自由市場理論 (自由放任) 與分權化的強調，企圖將中央極權現象相對化，進而期待創設出具有柔軟性且能對應於複雜社會現象的自生秩序 (spontaneous)¹³。而這種自生秩序與後現代的自我組織性的秩序相類似，所以後現代的秩序其實可以從現代的「新自由主義」論調中發覺，根本不用刻意地對混沌理論趨炎附勢¹⁴。

但是，海耶克是理性主義者，其所主張的自生秩序仍舊是一個理性的秩序 (線性的秩序)。首先，海耶克是反對凱恩斯 (Keynes, John Maynard) 計畫理論中對於工具理性的濫用，而欲尋求純依據理性、無多餘的干涉而可自由活動的秩序。亦即，排除多餘的干涉後，自生的秩序仍舊是由來於人類的理性。而現代的理性，並不是一個開放所有可能性給個體的概念，反之，其是只允許個體按照「固有」的理性概念而活動的超級現代產物，其根本無法尊重個體於現在的場域中做為一個分歧點而擁有的多樣的可能性。再者，於立法活動方面，海耶克所反對的是具有明顯目標的積極政策，據此，氏主張法律只要將不公平的事態一一除去即可。

反之，後現代的法秩序所標榜的並不是一個雖然限縮功能與形式上的掌控範圍，但是透過其原理原則的柔軟的擴散而實質上仍然支配著全部的社會事態的法律制度，而是承認各種類型法律制度間的並存與衝突 (混沌現象的一種)，僅就個別的法秩序中強調該秩序の後現代功能。亦即如果處於該後現代型制度掌控下的個體，立於現在的場域其多樣性被其他 (現代型) 制度所限縮或破壞，則該後現代型秩序的功能只是去恢復或促進這

¹³ 嶋津格「自生的秩序—ハイエクの法理論とその基礎」九頁以下，一〇七頁以下 (木鐸社，一九八五年)。

¹⁴ 前掲註 10，笹倉秀夫「ポストモダニズム考—民主主義法學のあり方に關わらせて」六一至六二、六八頁。

些受到不當限制的多樣可能性而已。換言之，該後現代的法律秩序並不是消極地不干涉而已，當其處理的對象因為其他現代秩序的作用而失去多樣化的可能性時，應該會積極地發揮應有的作用。

總而言之，一個後現代的法秩序，並不會利用強硬或柔軟的方法企圖控制所有的社會事態，其肯認混沌的存在的同時，也容忍積極消除混沌的現代型制度的存在，只不過其不是消極地不干涉現代型制度的運作，或消極地縮減其干涉的作用，因為這種消極的態度不過是將處理的對象開放給其他縮減可能性、多樣性的現代制度而已。後現代型的制度會隨時觀察現代型制度的運作，並於偶然的機會中接觸處理對象 (於本文中即是虞犯及犯罪少年)，積極地嘗試就該個體恢復或擴張混沌的效應。

不論如何，當我們理解到與秩序並存的混沌，並創設出容忍混沌的秩序 (後現代秩序) 時，人類的自由程度或許會更形擴張，所以為求取這種自由，亦即若想要於現代創造出後現代的秩序，則做為現存的傳統制度根本的理性，這個如今我們所擁有的最大的線性函數，即是下一步需要面對的問題 (迷思)。當一些人立於現代，去對於無法思考的對象加以思考，遊走於理性的邊緣，冒著墮入非理性或神祕主義標籤的危險，不斷摸索著理性界限而努力時，他們所需要的只是些微的寬容與傾聽。而當後現代的秩序排除對理性的絕對膺服時，其所需要的也只是些微的寬容與傾聽。

二、理性、暴力以及集體化傾向

(一)反暴力的理性的另一面貌

姑不論實際上於混沌中一個特定的制度 (秩序) 是在怎樣的條件下產生的，這是一個非常複雜的問題，若要對這樣的問題提出令人滿意的解答，可能需要像傅柯 (Foucault, Michel) 一樣的才能與努力，這遠非本文或本人所能企及。於此只能確認制度是一種拘束條件的集合體，不僅是 (某程度上) 排除了制度外的侵犯 (或僅是質疑的) 力量，並且於內部拘束了人們的反應類型 (人類行為複雜性的縮減)。本文是基於這種確認，進一步討論近代制度中的諸種暴力現象。

近代被稱為是理性的時代，相對地以往尚未被理性所啓蒙的時代就被

我們稱為黑暗的時代，或尚未進化的、暴力的時代。而進入近代之後，人們仍然繼續發現（其實可能是追尋）於近代制度內無法與制度的要求相契合的族類，將之視為非理性者，並據此把他們置於科學、理性的手術台上，予以解剖（理解）或甚至於矯治（啓蒙）。然而，果真理性即是反暴力的，其中不會蘊含任何暴力的傾向？換個角度觀察，或許我們也可以得到另一種結論。

例如現在的精神疾病的醫療制度，就起源而言，這個制度是在資本主義開始發展，人們利用種種的論述或制度展現出對於勞動的重視後，才開始出現在社會中。十七世紀之前（就現在的《科學》眼光來看，所謂的）精神病患自由自在地流竄在社會中，有時被視為預言者，有時被視為可憐或滑稽的人，有時也被視為對團體有害的人，但不論如何這些人都沒有被功能完備的制度所拘束。一直到（歐洲）大監禁的時代（十七、十八世紀），當人們的理性之光照射（啓蒙）到這些人的身上時，人們才開始以精神病患之名定義這群人，將之當成客體而集體地拘禁起來，並予以「科學」的研究，同時做為監禁者的理性的人也出現在舞台上，開始著手書寫有關精神疾病（精神病理學）的歷史，最終形成了現在有關精神醫療的理論與制度¹⁵。

當然，於大監禁時代被析出，且被置於法的管理下而失去「法的主體性」與「社會的主體性」的族類（被法所管理，且被倫理地排除於日常社會生活外的人們）不僅是精神病患而已，性病患者、放蕩或浪費的人、同性戀者、冒瀆（神明）的人、玩弄煉金術的人以及無宗教信仰的人等等，都被拘禁起來。近代的歐洲人是藉著這些人的存在的反面，凸顯出「正常」的性與生產（勞動）的身體（理性寄生之所在）。

所以有謂，當近代的理性以「正義」表現出來的時候，處於理性範圍外的人會成為「犯罪」，當理性以「健康的狀態」表現出來的時候，被排除於理性之外的人會變成「病人」，當理性以「正常判斷能力或溝通能力」

¹⁵ 米歇爾·傅柯著；林志明譯「古典時代瘋狂史（法文全譯本）」（時報出版，一九九八年）。

的形態出現時，即會產生一些「瘋癲」的狀態。就理性而言，這些犯罪、病人以及瘋子都是聲帶被切斷的沈默的「他者」，他們在理性的壓抑下所發出來的喃喃自語都會被理性的人所遺忘。如今我們所知道的這些「他者」的歷史，是理性所著的歷史，而不是他們自己所寫的歷史¹⁶。

然而，擁抱理性的「自我」，難道就可以寫出自己的、獨自的歷史？立於理性這邊的人們寫理性的歷史的時候，其實是透過對於非理性的他者的理性解釋，間接地表達了理性的內容，這是一種依存於非理性部分的理性的歷史。換言之，當理性的人疾呼：「我是X X」的時候，其實是以「我不是Y Y（犯罪人、病人、瘋子等）」的方式表達出「X X」的內容。這種以賓格於內容上的限縮（排除或拒絕他者）所表達出來的主格（自我）的特定，其實已經放棄了賓格的多樣化、複雜化的可能，而被理性的概念統合起來。而複雜性縮減，多樣性變成同一性的瞬間，做為拘束條件的制度即會產生，並且這種制度將會被以「合乎理性」一語而合理化。相對於此，以往被否定掉的制度也會被「理性（的暴力）」暴力化，並逐漸地與「理性的制度」所產生出來的那些「（做為另外一種生存可能的）他者（非理性的人）」一起化為一種悲劇，進而被遺忘。

近代之後，這種的悲劇的遺忘不斷地朝多方面進行，雖然於過程中人們一步一步地將理性的內容精鍊化，但同時人們也忘記了許多的（後現代所標榜的）慾望與快樂。

總而言之，當兩個以上的意識型態或制度於同一時間、空間中存在，優劣的抗爭可能是根據一些偶然的狀態以及暴力來決勝負，但是一旦某一意識型態或制度得到勝利，則其將會開始合理化這個（暴力的）勝利，而這個事後合理化工作中的概念性道具不外是「理性」。並且這個「理性」因為是（被設計成）立於曾經抗爭過的兩個意識型態或制度之上（更正確而言，應該是之外，因此被謂為《超越》），所以會具有「普遍的性質」。亦即，理性具有整合抗爭中的兩造意見的性質，因此其射程範圍是遠超過

¹⁶ 桑田禮彰「フーコーの系譜學—フランス哲學<霸權>の變遷」一六三至一六五、一七四頁（講談社，一九九七年）

(以往的)個別的意識型態或制度,而是具有藉著勝利者而表彰出來的、優於原先兩造射程範圍的、具有相對的普遍性的概念。而被具有普遍性質的價值所合理化的制度中,因制度的運作,將會進一步產生一些非理性的事例(違反拘束條件的事例),這些事例會被利用來加強對理性的理解與尊重¹⁷。

再者,既然非理性的事例是不可避免,則對於非理性者的處理以及理性內容的精鍊化即會不斷地進行永無休止,藉此理性得到了抽象性質。而這個具有抽象性質的理性的終點,不會存在於具體存在的人們的過去、現在或未來,而是存在於人們死後的「他界」,存在於一個想像中的、同時代的人們所無法享受到勝利果實的「他界(絕對的他者、烏托邦)」,理性藉此更加地加強了其超越的性質。

至於存在於這種現代型的制度中的理性的人們,除了相信於現階段對付非理性者的暴力是一種對抗暴力,也就是一種受理性支配的暴力(而不是純暴力)外,因為其所遵循的制度是一種指向「無暴力的、純粹的理性」的目標前進的制度,當這個制度現實上「強制」其進行非暴力的問題解決方式(例如對話)時,對於理性的人而言,基於對於這種目標的憧憬,上開的強制將會失去強制的性格,理性的人當然會接受(非暴力性對話)制度制約,而不會感到壓抑、受制、操縱,進而其將不會擁有任何抗拒、侵犯這類問題解決方式的理由¹⁸。

於上述具有既抽象又普遍的根據的現代型制度的制約下,人們於想像中會將存在於現實中的所有混沌現象視為一種例外,一種必須被排除的例外,據此集體化、規格化的社會於焉成立,人們會更加地失去了認識混沌的可能性。

¹⁷ 詳請參照後述有關於肯定的辯證法的論述。

¹⁸ B.ヴァルデンフェルス,村田純一譯「正當化の界限と暴力への問い」刊現象學・解釋學研究會編「理性と暴力—現象學と人間科學」五至二七頁(世界書院,一九九七年)。

(二)民主制度的集體化傾向

當某個制度透過超越性價值的普遍化作用將其拘束(人們行動)的力量擴展到物理性的界限¹⁹,同時其又利用該超越性價值的抽象化機能引導受制度拘束的人們不但不會感到壓抑,甚且引領著人們積極地朝向永遠無法達到的目的(位於他界的目的)而犧牲奉獻時²⁰,我們即會把到達這個階段的制度當成「第二」自然,並且毫不猶豫地接納它(亦即不太需要進一步的具體合理化工作,即可自然地肯認制度的存在)。

例如民主(主義)制度。有關民主制度的最簡單的定義應該是:所有(有關係的)人以對等的資格參與意思決定,並將此視為原則的政治制度。然而既然是以民眾的意思為基礎,則應該有表明民眾意思的制度(例如民主的選舉制度),這個制度當然也應該是民眾意思的產物。於是民主制度下產生一個永遠的循環,民眾意思產生制度,而制度又產生(表明)民眾意思(自我言及的循環)。為解決這個問題,一些人想像出一個與制度無關(或者說是處於制度之外)的根源性民眾意思—社會契約,藉此觸動整個的循環機制,同時從此將對於這個(整個的)機制提出異議的所有的聲音視為暴力而予以排除。在進行排除工作時,民主制度會宣稱民主主

¹⁹ 例如國際人權宣言的成立或國際人權運動的發展正是抽象的人權概念的普遍化過程的最佳例證。人權概念本是一種政治的、道德的產物,但於創設的初期即包藏著哲學性的抽象、不確實面相(姑不論內容,就形式而言,這不外是一種語言的暴力或狂熱),而二次世界大戰後的國際人權發展,則是忘卻人權思想於創設初期的哲學根基,藉著政治的運作以及市民的運動,於形而下的妥協情境下,精鍊出可以得到大多數國家所承認的最低限度「共識」(去異求同),並且不斷地以全球化為目標而前進。於方法上,通常是採取「各國盡其所能」的軟調作風,藉此獲得簽署,然後再利用觀察、報告、勸告等壓力,擴展國際人權的物理性勢力範圍。

有關國際人權的發展過程與實現方法,詳請參照L・ヘンキン著,江橋崇監修,小川水尾譯「人權の時代」七至三九頁(有信堂,一九九六年)。

²⁰ 這類的例子可以說是不勝枚舉。最大的例子例如馬克斯主義下的永續革命運動或任何的法西斯體制,較切身的例子例如最近的宗教狂熱風潮。或謂這些都是寡頭體制下的產物。但如下本文所述,民主體制亦不例外,

義本就是將一切的暴力阻絕於正當的政治過程外的主張。亦即，只有觸動循環的、第一次的那個制度外的力量不是暴力，之後所有不合於制度運作的、處於制度之外的力量都是暴力！

民主制度的迷思不僅是這點而已，讓我們再進一步觀察制度運作的內部。當民眾的意思被制度所表明時，會有一個一致的表象（多數意見），然而因為個人會有差異的存在，所以相對於此一一致的表象會有不一致的少數意見存在。這些少數意見於多數意見被整合起來的階段根本不會發揮任何作用，換言之，這些少數意見實際上是被排除於上述的循環之外。為合理化這種現象，贊同民主主義的人宣稱：於民主制度下，我們「尊重」少數，這種尊重表達了多數意見的「寬容」與其「正確性」。

然而，寬容的意義於此是意味著讓少數意見存在但不允許其積極影響及於制度運作，再者如果人不是完美無暇的，那多數意見也有可能是多數誤謬的集合體，其不一定是正確的。其實所謂的尊重少數意見，其用意可能只是：人都會犯錯，而且也有改變意見的可能性，為使得這種轉變成為可能，我們必須持續地維持住提出少數意見者的存在。換言之，採取多數意見的理由不在於多數意見是正確的、合理的，尊重少數意見也不是因為少數意見可能是正確的、合理的；尊重少數意見的理由僅在於讓人們可以安心討論，並維持住轉換意見的可能性²¹。

當然於此並不是主張選擇民主制度是「錯」的，事實上民主制度強烈地阻絕了制度外的挑釁力量，並且柔軟地處理了存在於制度內的體制暴力，所以展現了空前的安定性，就肯認民主制度的一切的大多數人而言，這個制度應該是有史以來最大的成就。

然而，就真誠地信奉民主主義的人們而言，縱或在民主思潮席捲全球的此刻，仍舊會感到有義務要像仰毒的蘇格拉底般地為民主制度犧牲奉獻，並遺忘其他的選擇可能性。再者，就不斷表達異議，而每次的表達雖然都受到尊重，卻絲毫感受不到用肉體得以碰觸得到的實際成就感覺的異

²¹ 橋爪大三郎「民主主義は最高の政治制度である」九八至一一六頁（現代書館，一九九二年）。

議者而言，民主制度可能是一個不亞於其他寡頭體制的壓抑性制度，其無法於民主制度中尋找到自己的認同，在充滿了實體的空間中，無法尋獲「真空」並於真空中覓得共振。

其實民主制度正是人類至今發展最為成功，也是最為龐大的第二自然。這不僅是因為民主制度提供了最大的安定性，這個龐然巨物的成就是因為其與人權概念、理性的結合。民主、人權與理性三者雖然於理論上並無直接關係，但歷史上的偶然讓我們將民主與人權結合在一起，認為民主制度是實現人權的最佳制度，而人權又與理性相結合（後述以人格主義為基本的人性尊嚴思想），其結果，拘束眾人行動的政治制度加上對於社會事態（不管是對於「國家與國民」或「人民與家族」或「個人對個人的關係」）的期待，再加上對於（每個）人的根本的主觀性觀察（人類的同一性），三者結成一體席捲了大半的人類社會。

三設計後現代型制度時的策略

（一）後現代的論述類型

行文至此，問題逐漸清晰。當一個制度透過民主制度的運作得到大多數人的肯認，宣稱或被認為是表達了普遍理性的成就，並且還擁有能量虛偽地排除需要靠永劫回歸才能拒絕的虛無感，而不斷地朝向一個不可能達成的目的前進時，處於該當制度拘束下但又感到不自在的人們應該如何自處？宿命地肯認現狀，修正自己以迎合現實；抑或不斷地侵犯核心思想，藉以獲得悲劇性的自我；抑或完全地脫中心化，像游牧民族般地在草原中亂竄；抑或結合侵犯與流竄，藉此而達成解構後的建構革命。以上第一類型的反應完全與支配者的論述合體，第二類型的反應可稱為是分析者的論述，而第三種類型的反應則是像不能定位的、亂竄的子宮般的歇斯底里者的論述。至於第四類型的反應則是產生革命性主體的替代性論述²²。

採取第一類型反應的人，縱或理解本文的敘述，也必須要將所有的理解遺忘到潛意識中，而本文以下的敘述對這類型反應的人而言，會變成毫

²² Dragan Milovanovic, *Postmodern Criminology*, pp.57-75 (Garland Publishing, 1997).

無意義。至於第三類型的反應，通常可以在文學、藝術等領域中發覺，但是基本上於歇斯底里者的論述中縱或可以發覺秩序的存在，這種存在也是一種偶然，稍縱即逝，於極端的情形甚至會有失序的感覺發生，所以縱或這是我們生存的根本或自然，但與後現代型制度的建設（人爲秩序的設定）可謂是背道而馳。於是所剩的可能的選擇會只剩下兩種，這是制度性思考的必然結果—多樣性的減縮。

(二)分析者的論述與否定的辯證法

爲理解所剩的兩種可能的選擇，我們需要回顧一下七〇年代之初，當兩位法蘭克福學派批判哲學的第一代宗師於舞台上消失的時刻。

霍克海默（Horkheimer, Max）與阿多諾（Adorno, Theodor Wiesengrund）於二次世界大戰結束後不久的一九四七年發表了共著的「啓蒙的辯證法（Dialektik der Aufklärung）」，書中充滿了黑暗，其認爲希臘以來的啓蒙歷史發展至今已喪失了啓蒙原本的使命而墮入野蠻，於近代理性化爲技術（技術性、工具性理性），而工具理性於眾多實證主義意識型態的幫助下，已成為權力與秩序的僕人，法西斯主義以及史達林主義正代表了啓蒙的極限。其後，阿多諾更於一九六六年發表「否定的辯證法（Negative Dialektik）」一書，展開對於「傳統的、肯定的辯證法」的猛烈批判。

以黑格爾（Hegel, Georg Wilhelm Friedrich）爲代表的傳統辯證法認爲概念本身即含有矛盾，所以透過對於自己的否定，再加上對於這個否定的否定，即可以實現原本的自己。亦即，只要透過否定的媒介，那麼人們即可以自覺到起初的同一性只是自己片面的同一性，透過對於這個片面的同一性的否定，將可獲得真的、絕對的同一性。這種肯定傾向的辯證法顯然是一種將所有的差異、非同一性與他者性等，消化到一個整體的同一性中的目的論思考，其所尋求的不外是一種萬物的「同一性根據」。反之，阿多諾則是認爲差異、非同一性、他者性等是不可能被廢棄、抹消或化約到整體的、絕對的同一性上的，這種非概念之物的抹消，只會造成毫無個

別特徵的劃一性存在，而個體僅是整體中得以割離、交換的零件而已²³。

阿多諾於發表巨著後不久死於一九六九年，翌年霍克海默打破長年的沈默，發表了等同於遺書的「批判理論的昨日與今日」一文。該文提出了第一代批判理論的最後忠告。霍克海默認爲今後理論上的課題是：分析理性的歷史內容，解明理性與知識是如何地與支配權力相結合的機制。此外氏認爲今後實踐上的任務是：探求出抑制暴力展現的倫理基礎。

法蘭克福學派的第二代宗師哈伯馬斯（Habermas, Juergen），質疑阿多諾的理論，認爲否定的辯證法只是單純地否定，無法成爲合理的理論的基礎。氏並且基於對於對話性的溝通理性的無限的信賴，嘗試於黑暗中尋覓光明。所以有謂真正繼承法蘭克福學派第一代的遺產的，不是該學派的第二代而是毫無關係的法國人—傅柯。

傅柯透過瘋癲、監獄、人文學科的形成過程、性現象等的分析，發掘了近代啓蒙（合理性）中的諸多黑暗現象。可惜的是雖然於未完成的「性史」中（意指第二冊與第三冊），可以發現傅柯對於霍克海默遺言中的第二個忠告的回應，但卻已英年早逝²⁴。傅柯的論述正是上述第二類型的分析者的論述。採用這種的論述時，所會遇見的最大質疑不外是：論述過於晦暗，較無積極的建設性²⁵。

然而，果真是如一般論者所述，第二種類型的論述是毫無產生積極性

²³ 今村仁司編「現代思想を読む事典」三一六至三一七頁（講談社，一九八八年）。必須一提的是，黑格爾並不是完全忽視被否定掉的部分，而只是將其置於副次的地位而已。

²⁴ 見田宗介、栗原彬、田忠義久編「社會學事典」一七至一八、七二二、七六七、八一九至八二〇頁（弘文堂，一九八八年）。今村仁司「現代思想の系譜學」八四至九一頁（筑摩書房，一九八六年）。今村仁司「現代思想のキ・ワード」二九至四四頁（講談社，一九八五年）。

²⁵ 筆者曾於一九九八年五月出了一本專書「權力、主體與刑事法」。對該書的一般性評語不外是：盡於批判卻無積極建樹。這類的評語正表示了這本專書的分析者論述的特質。然而筆者的特質並不是一本專書所能道盡，事實上早於九三年起，筆者即已開始從事超越分析者論述的工作。

建設的可能性？

(三)分析者的論述的延伸

一般而言，不論第二類型的分析者的論述或第三類的歇斯底里者的論述，都是屬於後現代的解構型論述，那麼也是後現代型論述的第四類型的建構型論述（革命性主體的替代性論述）則應該可能是從結合二者之處產生。可惜的是，筆者對於文學、藝術等完全外行，再加上法律學本身即非常排斥歇斯底里者的論述類型，因此筆者毫無能力透過結合第二以及第三類型，進而產生第四類型的論述。更何況，縱或得以採取這種路線，其結果可能是阿多諾所批判的「肯定的辯證法」的產物²⁶。

基於以上的考量，筆者決定在第二類型的分析者的論述路線的延長線上，探究第四類型論述的可能性。其實，早在二次世界大戰後不久，以贈與、消費、祭品、聖性與世俗等概念掀起風暴的巴塔耶（Bataille, Georges）即已於其一九四九年所發表的「被詛咒的部分」一書²⁷中，展露這種可能性。

巴塔耶是一位遊走於理性與非理性的邊緣的人，因為經常思考理性認為不可能思考的部分，所以容易被貼上非理性主義者或神祕主義者的標籤。其實氏僅是透過理性的另外一面，亦即被理性認為是黑暗的部分的解析，提出該被詛咒的部分的另類的、獨立於理性的合理性。氏認為近代的消費概念是指節約性的消費，這種消費合乎於經濟的合理性。然而將過剩的部分以嘉年華等方式予以浪費的行為（蕩盡），雖然不合乎經濟的合理性，但是這也是一種消費。這類的消費可以使得我們的生活具有充實感，

²⁶ 第二類型的分析者的論述，就其根本而言仍舊和近、現代的傳統論述有近親關係，其分析路線仍舊維持一定的合理性，此點透過傅柯的歷史路線以及拉岡（Lacan, Jacques）的語言分析路線，即可明確掌握。反之，第三類型的歇斯底里者的論述則是揚棄了理性路線而純粹走慾望的路線。於是想要結合二者進而產生第四類型論述的人，其研究成果可能就是異中求同，第四類型的論述將會是涵括第二與第三論述的超越型論述。

²⁷ バタイユ著，生田耕作譯「呪われた部分」（二見書房，一九七三年）。

並且讓生活活性化，所以「蕩盡」不是沒有用的思考或行動²⁸。

雖然以上的思考方式非常刺激，也夠煽動，不過也不是沒有界限。首先，其利用理論將理性的部分與非理性的部分形塑成在一個平面上相對立存在的兩個實體，並且提出兩種不一樣的思考邏輯。在這種論述模式下，結果若不是加深對立，則僅是讓擁有支配權的理性部分稍微寬容一點，亦即，讓理性的部分於非理性的部分沒有過度侵犯到自己的領域的範圍內，允許非理性的部分當成是一種（理性的）例外而存在。其二，這種思考方式仍舊是使用理性部分的語言（例如「有用性」、「功效」），所以若不小心處理，其所形成的結果可能又是一種消除差異的、尋求絕對的、統一性根據（同一性）的論述²⁹。

²⁸ 另請參照前揭註 24，今村仁司「現代思想のキ・ワード」四五至五一頁。

²⁹ 其實，相類似的情況亦曾出現在其他實用性學科的領域中。例如精神醫學。筆者曾於留日之初（八〇年代初期）參觀過一所頗為特殊的精神病院，接觸到以往從來沒有認知到的「反精神醫學」論述，並從其中觀察到整個論述的落實以及失敗的歷程。

反精神醫學論述是流行於六〇年代後半的異類思潮，其反對十九世紀以來的傳統精神醫學，認為傳統精神醫學是片面地基於生物學的觀點，將瘋癲視為「疾病（健康的對立物）」的一種，並透過拘禁、觀察等動作，於科學真知的名義下將之視為「異物」而予以登錄。反精神醫學的論者進一步主張瘋癲的定義與其後的治療應立於同時代的社會或政治次元中加以考量。其實就精神醫學的觀點而言，該門學科的根源性的命題應該在於：所謂的瘋癲只是想要以語言表達非語言所能表達的事物時，人們所踏進的迷宮（小林敏明「精神病理からみる現代思想」《講談社》，一九九一年）；小林氏即是嘗試將一般性存在的符徵與符指《或稱能指與所指》間的關係切斷，再以另外的邏輯將之組合起來，企圖解讀精神病患的世界）。

反精神醫學的論述以及其實踐工作，雖然搖晃了傳統的精神疾病治療的觀念，使得部分的精神病患得以脫離毫無權利的、純治療客體的地位，甚至於導致大精神病院的解散以及精神衛生法制方面的修正，讓精神病患擁有拒絕治療的權利、依自我的主張（於社會中）生存下去的權利等，但是七〇年代過後，反精神醫學的論述自己本身踏入迷宮，所有嘗試建立（黑暗面的）系統的工作日益衰退，並逐漸地銷融於傳統精神醫學之中，如今已經很少聽到精神醫學領域

比諸上述巴塔耶式的論述模式³⁰，傅柯所採的論述模式³¹則顯然有所不同。傅柯雖然採取第二類型的論述模式，但並未採「光明／黑暗」平面對立的結構，而是改採立體的互動結構來非難傳統的哲學。

簡而言之，傅柯認為知識的運動是一種對於未經過思考的領域的思考活動，而權力則是將剛剛被我們的視線穿梭過的（以往未被認知的）領域與以往已被認知的領域相結合，並產生新的領域的技術。例如，以往我們對於「死亡」有某種恐懼，而控制人們的權力則是一種壓抑式的、排除式的技術，這種技術將不妥適的人棄置於死亡的深淵，但卻對生存著的人的生活並不予以太大的關注，這是所謂的「死的權力」。反之，當我們開始認識「死亡」後，即開始積極地將「死亡」納入「生存」的領域，並於生的領域中正視死亡的現象、抗拒死亡的現象，進而產生「教導人們如何生活、生存（不要慘死）」的權力技術（例如近代的臨床醫學），這種技術

內有人在極力主張反精神醫學的論述。

例如於日本，雖然當年受到反精神醫學思潮的影響亦有相關的論述發表，但到運動集大成的時刻，所發表的報告等，卻明顯地偏向於法律人權保障的層面，整體而言，「以傳統精神醫學論述的存在為前提，非難過度壓抑人權的（過時的）治療體制與技法，提倡患者人權保障制度的建設」之類的印象，非常強烈。關於此點，詳請參照下列三本書。戶塚悅朗、廣田伊蘇夫共編「精神醫療と人權【1】—日本收容列島（亞紀書房、一九八四年）」、「精神醫療と人權【2】—人權後進國日本（亞紀書房、一九八五年）」、「精神醫療と人權【3】—人間性回復への道（亞紀書房、一九八五年）」。

³⁰ 傅柯稱之為「外的思考」，詳請參照ミシェル・フーコー著，豐崎光一譯「外の思考」六九頁以下（朝日出版社，一九七八年）。其實這本書是譯者選出三篇傅柯對文學的評論集結而成。於這本書的第二篇，傅柯透過對巴塔耶的論述文體的解析，處理侵犯行為與性現象，這是一九七〇年的作品。其後，傅柯於一九七六年的性史第一冊全面性地探討性現象。而這本性史第一冊才是傅柯的「真的」外的思考。

³¹ 雖然傅柯本身亦曾經在七〇年代參與過法國的監獄行刑改革運動，而該運動的成果類似於本文所述的反精神醫學運動的結果，但集團的行動與個人的論述有別，於此僅是著重於傅柯個人的論述模式。

被稱為是「生的權力」。「生的權力」並不是一種壓抑的、排除的權力，而是一種要求人們經營、管理自己的生命，並透過該經營與管理，讓有關於自己本身的意識不斷地覺醒的權力。而且這種權力也因為沒有暴力的外形，所以人們不易查覺其存在，也不會去抗拒。正因為如此，所以人們抗拒權力而展露出另一種可能性的機會也會被剝奪。如今基於民眾的默示或自願而成立的管理社會（或體制）正是「生的權力」的最佳例證³²。

於這種論述中我們可以明確知悉，所謂的「死亡（無）」不外是所有的「生存（存在）」的基礎，如果沒有對於死亡的認識，則現在的生存意義與技術根本不會產生，並且死亡並沒有被排斥掉，而是深深地融入「生存」中，隨時對生存的意義產生影響力，隨時讓生存技術再生。只不過當生存的意義與技術過於濃稠時，人們有時會暫時遺忘了死亡的存在，而且為了使得生存的意義與技術能夠繼續發展，當人們想起死亡時，都是以一種對抗的態勢「迎敵」，好似死亡是一個絕對無法容許的狀態（例外），殊不知當死亡（的恐懼）消失時，生存的意義也會消失，生存的技術也同樣會衰退。

回歸到本文的起初，我們可以確認傅柯的論述模式是與混沌理論不謀而合。混沌無所不在，秩序是由混沌中所產生的，但是秩序卻將混沌視為例外或敵人，不斷地忽視，不斷地排斥。

（四）立法上的戰略—時間與空間的分斷

傅柯的論述模式不僅是提供了以上的理解（特別是對於理性與非理性間的互動關係的理解），其更提供了一個線索，這個線索將可以引導我們立於「光明（秩序）」修正「光明（秩序）」的方向，而不必落入如巴塔耶般地立於「黑暗」修正「光明」時所產生的困境。亦即，巴塔耶雖然發現了非理性面（蕩盡的消費）的另類合理性，但是卻未積極地利用這種發現嘗試改變理性（的消費）的內容，其頂多是於充滿了理性的空間中「乞求」一個讓非理性亦能「殘存」的細縫。反之，傅柯則是發現理性與非理

³² 李茂生「權力、主體與刑事法」二五五頁以下（國立臺灣大學法學叢書（111），一九九八年）。

性間的互動關係，非理性絕對不是殘存於細縫中的例外，而是理性的基本要素。根據這種論述，我們即可要求理性不可漠視非理性的存在，也不可將之當成例外，甚至於可以嘗試設立起一個具有理性的外貌，但於內容上卻是包容非理性的人工秩序－制度。這個制度一方面縮減複雜性，但另一方面又不會過度縮減複雜性到只剩下同一性。筆者稱這種制度為「沙漠中的綠洲」。沒有綠洲的沙漠只是一個死亡之域，綠洲是沙漠中的一部份，其可以使得穿越沙漠的旅客感到沙漠的另一種美，但又不會擴張範圍使得沙漠完全綠化。

我們可否於混沌中形成一種秩序，而這個秩序不會透過對於混沌的排擠而日益擴大其控制力（例如如今的法化現象），其反倒會正視混沌的存在與影響力，嘗試與混沌和平共存。並且對於那些受其他否定混沌的秩序所控制的人們，這種秩序也會儘可能地替他們保存混沌。

當然既然主張「內部」的修正，首先即有可能與傳統的啓蒙運動、肯定的辯證法相混同。傳統的修正路線只是單純地將混沌納入制度中，然後以理性予以啓蒙（賦予秩序），這種作風正是傅柯式的論述所嚴厲非難的。為區別二者，筆者採取了新的策略，而這個策略又可分成戰略與戰術兩個層面。戰略部分透過時與空的分斷，截然地與辯證法決裂，而戰術部分則是基於上開決裂，在分割的空間中尋求個個擊破的技巧。首先闡明戰略的內容。

如眾所皆知，時間與空間的問題是近代哲學中的困難問題之一，於此並無能力去尋求一個令人首肯的解答（或許根本沒有解答），而只是想要立於一個簡單的理解上，發展整個的論述。

對於人的事務或甚至宇宙現象，現代的哲學家中大部分的人都主張時間（的觀點）是優於空間（的觀點），所以會有貶低其他人文學科而推崇歷史學地位的現象存在。以下的論述充分地表達了這類的主張。

重空間的人文學科，例如民族學等，是利用空間的觀點掌握多彩多樣的社會形態，該多樣性將會呈現出不連續的體系的態樣。反之，著重時間的歷史學則是透過復原的工作，將所觀察的事態等置於一個整體的時間

（體系）層次中，想像諸種事態事由一種狀態連續性地轉化為另一個狀態，而形成一個連續性的體系的態樣。這種歷史學的手法類似於我們對於自己的「自然的」、「內在的」想法，所以當然會成為人文學科中的霸主。亦即在我們對自己的成長的不辯自明的想法中，我們會認為自己的成長是一個無法截然切割的，連續的狀態，於是在講述大家的，或他人的（集團）事務時，也會認為時間才是重點，若有任何空間不被納入時間的序列內考量時，因為其所呈現出來的是破碎的狀態，所以只是一些殘餘而已（例如野史）。

然而仔細想想，於所謂的時間序列中，亦即於過去、現在與未來的序列中，人真正能夠接觸到的「實體（存在）」只有現在而已，任何事務縱或存在於過去，但現在已經不存在（無），而僅想像地「存在」於記憶中，至於所有未來的事務，則根本還沒有存在過（無），頂多是想像地「存在」於期待中而已。人之所以會對於被納入時間序列中任何階段的事務都感到實存，這是因為時間的序列根本不存在於人的身體上（人只能感受到現在的過去、現在與現在的未來），而是一種「超越（身體）」的概念的產物。我們被告知過去的我以及未來的我，正如我們被告知過去的歷史與未來的（將會發生的）歷史一樣，於我之外有一個超越的主觀（先驗的理性）可以看到我自己所不能看到的時間序列，於我們之外有一個歷史家告訴我們「我們的歷史」。

以上的這種操作不但可以將所有的「無」修正成「有（存在）」，其更能在肯定的辯證法（辯證法是一個時序性的運動）的觀點下，決定人類的走向。本來以現在為重心而向過去與未來散射的人類慾望（記憶與期待），這是一種具有多種可能性的非線性模式，但結果卻變成線性的模式，諸種非線性的慾望被切割後再度組合成朝向未來的某一個定點持續發展的（線性的）理性。這種超越論的人性（人格）主義，消除了所有的細部資訊，讓人類朝向一個目標（可以達成的人類性質的高純度化）而逐漸地

集體化³³。每個人都要「積極、進取」，不積極、進取的人將會被貼上標籤，或甚至於被視為人渣而剔除出去。

於此想要主張的是：處於無所不在的「無」的領域中，若想要成立一個拘束「無」的制度（於此姑不論拘束的程度，但是不得到達排除的程度），則現在的「存有」可能是唯一的立足點。此際，比起時間，毋寧應該重視現在的空間。當然，本文並不是主張只有「現在」才是重要的，所有對於過去或未來的人類感覺都是不重要的。事實上，如果人們沒有過去也沒有未來，則現在的空間將可能會充滿了保守、功利與墮落的氣息，而令人難以忍受。所以本文所強調的只是，所謂的過去是人們為了合理化或批判自己的現在，而於記憶中所「想起」的事件串連，不論該記憶的操作是個人所為抑或周圍的環境（包括他人的觀點或自己對他人的觀點）的產物，重要的是認識所謂的過去，其實僅是一種操作。至於未來方面，本文所強調的不是唯一的、單方向的、同一性的未來，而是一種具有可能性，一種具有多方向發展可能的多樣性的未來（維持原樣也是一種未來）。而現在正是往未來發展的一個分歧點，任何輕微簡單的參數設定，都有可能成為到達極限的參數而產生巨大的變化，但這個變化至少在現在是無法確定的。

(五)立法上的戰術

在以上的戰略設定下，立法的戰術即呼之欲出，這個戰術又分成（立法）程序上的戰術與實體（法）上的戰術。首先論及程序上的戰術。

立於重視現在與秩序的觀點下，首先最粗淺、最表層的民主立法程序必須要被遵守，但是這個程序所表彰的辯證意義則可以不加以尊重。亦即，首先必須「操作」立法程序，在充滿現代型制度的現在的場域中尋找立足點。詳言如下。

立法程序本來是在混沌中以集結多數意見的方式，來限定多樣化可能性，並創設新秩序或修正舊秩序的一種程序性秩序。不論民主的立法程序其實際的情況如何，它是一種肯定的辯證法的產物。亦即一般都認為，只

³³ 中村雄二郎「他者・暴力・時間－述語の世界と制度4」思想一九九七年一月號五至一一頁。

要透過大眾所選出的代表經過嚴密的討論，進而集結成多數意見，則該多數意見即是一種有關於秩序的人們的進步。雖說如此，至少在我國的情形，這種尋求精鍊化的進步的秩序也只是表面上的秩序而已，實際上的立法過程可以說是最混沌不過。面對於這種「混沌的現在」，而且並不寄望（更正確而言，應是放棄）在這種「現在」中可以尋得一個現代的、確定的、進步的未來之際，若想要尋求一個包容混沌與秩序的新象（後現代型的秩序），則可能需要在線性的公式中尋出以往被視為例外，或甚至於被忽視的、隱藏起來的非線性函數，並嘗試就該函數不斷代入各種參數，企圖獲取期待的值。

簡而言之，所謂的立法程序上的戰術即是，尊重現有的立法程序，但對於該秩序所表彰的功能採取懷疑的態度，並藉著立法程序實際運作上的混沌，進行遊走於現行法邊緣的操作，藉以獲得後現代型秩序的（形式）合法性基礎。

新少年事件處理法被酷評為（謝啓大）一人立法，於訂立草案的討論會中，雖然「廣徵意見」，但是最後卻是以最基本的研討成員的少數意見定案³⁴。一讀通過後，就成立少年法院等問題與司法院方面進行溝通、妥協時，幾乎都是謝啓大委員一人在唱獨腳戲。比諸上述事例，更明顯的例子應該是通過二讀與三讀（都在同一天進行）的前一個星期的運作。

於民國八十六年九月二十五日，因為民進黨籍立委蘇煥智以及陳定南兩位就一讀通過的草案的第三以及第五條有異議，於是舉行了最後一次的朝野協商，然而因為三方都無法妥協，所以決定於同年十月二日進行二讀，並於二讀時三種版本（謝版、蘇版以及陳版）併呈，付諸院會表決。

當獲悉可能排上議程後，謝氏的草案起草智囊團挑燈夜戰，整合司法院所提出的修正意見以及智囊團於一讀通過後的再修正意見，匯集出供二讀用的數十點修正動議。

二讀的當天出席委員只有一百二十六人（其中三十六人請假），而投

³⁴ 詳請參照李茂生「八四年版少事法草案起草經過及評釋（上）」刑事法雜誌三十九卷四期一四至一七頁（一九九五年）。

票時在場委員只剩三十八人，不足表決人數。結果謝氏向主席要求等五分鐘，並於五分鐘內「搜尋」尚待在立法院的立法委員，並勉強湊足五十五人，進入表決過程。就頗具爭議的第三條（少年事件的範疇）與第五條（少年法院的設立）分別以四十票與四十二票通過謝氏所提修正動議（其他謝氏所提修正動議都是無異議通過）。二讀通過後，於三讀前主席向謝氏說了一席話：「現在本法所有條文皆已二讀完畢。謝委員啓大是否感到很高興？謝委員現在會發現溝通、協商較抗爭為快。謝委員也應該向林委員政則及劉委員光華致謝，因為他們陪你到最後一條條文通過」³⁵。

以上即是理論上重民意、採多數決的立法過程實態。過程中充滿了變數，但是因為初起條件的設定（謝版草案）以及其後於立法過程中的諸種參數（司法院與立法院的諸種反對聲浪）已經某程度地受到謀略的控制，所以新少年事件處理法這個制度（秩序）才能夠於混沌中誕生，而且於誕生的過程中，「少數決」的實態明顯地違背了民主主義的教義。

比諸上述有關程序的戰術，關於法的內容的戰術則更為複雜。但若要以一言蔽之，此即是將人權與理性間的臍帶切斷一事。新法於第一條中高揭本法的目的，崇尚少年的人權（健全自我成長權），但這個人權卻是與普遍、抽象的理性無關的概念。亦即，新法的目的是在於保障少年的人權，而這個人權的實現並不是為了使少年成長成具有普遍、抽象理性的成人（同一性的尋求），而是為了使少年得到自己獨自的認同（非同一性的尋求），並確保其於分歧點上所應該擁有的多樣化發展可能性。本法是企圖透過諸種的法內容上的設計，於做為拘束條件的制度內，儘可能保存混沌的現象。以下將詳細討論這些設計。

³⁵ 立法院公報八十六卷三十七期二一頁以下，八十六卷三十八期二八五頁以下（一九九七年）。

參、新法的基本觀點—少年的人權與成人的責任

一、人性尊嚴與個人尊嚴

（一）人性尊嚴的概念

本章說明新法第一條目的規定的內容，重點置於「健全自我成長權」中的「自我」一語的意義。首先說明與自我有關的人性尊嚴與個人尊嚴這兩種概念間的區別，並將「人性尊嚴＝啓蒙」與「個人尊嚴＝混沌」予以定位。

其後從舊法的理論與實務來說明為何於舊法的時代，個人尊嚴的想法無法落實。亦即，舊法是從「愛與寬容」的觀點集團式地區隔成人與未成年人，然後藉由傳統自由主義的內在限制，消極地不承認少年的權利地位，並且利用君父思想充填這個（權利的）空白，而君父思想的根源又是「愛與寬容」，其所主張的是基於未成熟的少年的可塑性而加強成人所為的片面性強制干預（被引導的連續性成長過程）。於這種操作下少年法制成為一種循環，不僅是不能被納入循環中的「不可饒恕的少年」其做為個體而存在的意義不被尊重，甚至於在循環中生存的少年，也只能集團性地被當成被愛、被強制（矯治）教育的對象，直到法定年齡的到來。

最後，本章提出兩個非線性函數，亦即「贖罪」與「非連續的獨立性（將來性）」用以取代以往的線性函數—「愛」與「連續性的成長過程（可塑性）」，並藉此形構了新法的第一條目的規定。

新法第一條規定了少年的人權以及成人的責任。簡而言之，少年的人權是少年的「健全（自我）成長權」，而成人的責任則是透過矯治性格、調整成長環境這兩種手段，提供少年健全自我成長的機會。於此先討論少年的人權，而後討論成人的責任。

本法將少年的人權統括成「健全（自我）成長權」，這個權利貌似傳統自由主義復興的產物，但其實僅是外貌上再確認傳統自由主義，而於內涵上則是附加了對於自由的後現代觀點，實際上創造了新的概念。詳言如

下。

於第二次世界大戰後自由主義再度地被強調，其中最明顯的例子即是人的尊嚴的確認。而之所以會強調人的尊嚴，這是因為過去曾經存在過讓人們生活得極為悲慘的制度，為了使這個制度不要再出現，於是強調了與該些制度對抗的人的根源性理由，並將之做為人們今後努力的目標。然而，因為所想要對抗的制度不同，而且各國的文化背景也不同，所以於人的尊嚴一語之下，產生了兩種不一樣的解釋。例如，德國基於專制國家於戰前與戰時曾經將人們當成動物般地處理的悲慘經驗，於是在戰後強調共通於人類的性質（同一性），用以對抗專制的體制。這就是所謂的「人性尊嚴」。與此相對應，日本因為其傳統的天皇制（包括政體與神道《尊崇天皇家族的神明的宗教》）被認為是讓日本走向軍國主義路線的元兇，於是在美國的軍事壓力下，破除家族制度對於人們的拘束，而於憲法中尊崇所謂的「個人尊嚴」。這個個人尊嚴是指不受共同體制—家族（同一性的表徵）控制或壓迫的每一個人的獨立性、差異性（非同一性）。

人性尊嚴的想法認為具有各種相貌的、具體的個人雖然有其獨特的個性，但這個個性並不是人類的特徵，人類所單獨擁有、而且是所有的人類都會擁有的特徵是共通的「理性的本性」，這個理性的本性形成人類所共通擁有的人格，而人的尊嚴必須求諸於這種共通於所有人類的人格特性之上（亦即，所謂的人格主義）。反之，個人尊嚴的想法，則是將尊嚴求諸於上述被人性尊嚴的想法所排拒的具有多種相貌而個別存在的具體個人身上³⁶。

當然，人性尊嚴的想法並不是否定人與人之間的差異性，而是認為假若人都是相異的，則「平等地（相同地）」尊重其存在的要求即不可能實現，所以必須要「異中求同」，然後才有可能平等地就這個求得的「（最低限度的）同」賦予絕對的尊嚴。而每個相異的人都會共同擁有的「同」

³⁶ 押久保倫夫「『個人の尊重』の意義—ドイツにおける『人間像』論を検討して」刊時岡弘先生古稀紀念「人權と憲法裁判」三六至三九頁（成文堂，一九九二年）。

不外是做為理性的本性的人格，沒有「個的實體」是無法擁有人格，但在此之上仍需要有個超越個體的「理性的本性」。根據以上的論述，人格主義的論者謂：由歷史上來看，人類平等的思想是早於人格思想，但是就為何人類應該平等一問，雖然有提出一些生物學或自然科學的根據（例如所有的人都同樣有口與鼻等），但始終不能提出充分的根據，直到人格思想產生，而平等思想於（抽象的、普遍的）人格中求取根據後，有關平等的論述才算成功了³⁷。

而所謂的人格不外是「人類是具有自由地形塑自己的可能性的存在」，因此人格主義中本來即已包含了自由的意涵，於抽象的層面，每個人都應該平等地擁有形塑自己的自由。然而，於現實的社會中存在的人類並不僅是抽象化的人而已，其是被置於一定的狀況中，而且擁有自己的「個性」與意志決定能力。將這點納入考慮後，即會得到一個結論，亦即雖然說平等的根據必須求諸於抽象的「同一性」，但是在實現平等的要求之際，因為每個人的情況不一樣，所以方法上會有「對同樣的事情，同一性地處理，對於相異的事情，則是相異地處理」的情形發生。亦即，個人是可以自由地決定自己的動向，對於這種各式各樣的動向，國家可以區別處理，但是這種區別處理不會是差別處理，因為其有基於妥協而產生的客觀標準，根據這種標準國家當然可以區別個人的情形而予以處理，並且還可以要求該當個人對自己的自由負起一定的責任。

總而言之，所有的人因為是人類所以平等地擁有尊嚴，但他也是一個個體，對於做為一個個體的人我們（對其自由）應該予以「尊重」，但尊重仍會有個界限存在，這個界限如果可以客觀地予以規定（亦即，依照個人與其所處社會間的互動關係，客觀地設定界限），則是一種實現平等的手段，是一種區別而不是差別。對於個性的尊重有例外存在，但對於人性

³⁷ ホセ・ヨンパルト「日本國憲法解釋の問題としての『個人の尊重』と『人間の尊嚴』—尊屬殺違憲判決をめぐって（上）」判例タイムズ三七七號一一至一二、一五至一六頁（一九七九年）。ホセ・ヨンパルト氏は德國人，任教於日本上智大學。

尊嚴的尊重則是毫無例外可言³⁸。

(二) 人性尊嚴的迷思

於德國人性尊嚴的典型定義如下。亦即，①每個做為精神性、倫理性存在的人（類），基於自律與自我決定形成自己，②並於環繞著自己的環境中得發揮自己的功能，當人們處於這種狀態時，我們稱其人性尊嚴獲得絕對的尊重，其個性也獲得適當的尊重。這種定義完全符合上述傳統的論述。

然而，第一，做為抽象的絕對標準的人格主義內容，亦即自律、自我決定的道德人格，既然是標榜平等的自由，則為何於現實上又可以於②的階段加以限制，抽象與現實間的關係如何。第二，既然主張因為是有客觀標準來限制自由，所以該限制即是區別而不是差別，亦不會侵犯①的要求，則至少該限制自由的客觀標準應該求諸於①的宣言，然而實際上又是如何。

結果，答案可能在德國的歷史當中。亦即這種人性尊嚴的想法，消極地排除專制的國家、政府把「人群（具有同質性的人們）」當作客體對待，但並不制止現在的民主國家、政府基於社會的互動關係而把個人當作客體對待³⁹。這種的人性尊嚴的想法其結果可能僅是規制國家、政府，要求其基於人的同一性而消極地不侵犯人群整體的存在，於此條件下容許國家、政府基於社會互動的需求，架空人性的（自由）內容，並積極地形塑每一個個人的內涵，藉此破壞個性而形成人的同質性（同一性），於回歸到人性尊嚴的主張時，這種創造出來的同一性又會證明人性尊嚴的（普遍）存在。

³⁸ ホセ・ヨンバルト「日本國憲法解釋の問題としての『個人の尊重』と『人間の尊嚴』—尊屬殺違憲判決をめぐる（下）」判例タイムズ三七八號一三至一五頁（一九七九年）。ホセ・ヨンバルト「『人間の尊嚴』と『個人の尊重』」法學教室八八號五〇至五二頁（一九八八年）。

³⁹ 根森健「人間の尊嚴の具體化として的人格權—人格權研究序説」刊小林孝輔編「ドイツ公法の理論」三一—至三一二頁（一粒社，一九九二年）。

這種抽象定義與實際行動間的無限循環一方面可以在兩項中間形成自我指涉的封閉空間，拒絕外來的侵犯，另一方面又可以創造出虛幻的時間（進步）感覺，讓受制於封閉空間中其行動受到制約的人們誤以為該制約是為了更美好的、與至高價值愈來愈靠近的努力。其具體的運作如下。

首先，因為人性的尊嚴被視為是一種具有先驗性質的普遍價值，所以人們會要求每一個人都積極地追求這個價值，但同時這個價值又具有抽象性，所以一旦人們覺得接近這個價值時，即會發覺所掌握的價值內容好似霧中花般地無法捉摸。在這兩種不一樣的性質（普遍性與抽象性）的交錯中，人們不斷地追求價值的實現，不斷地求進步，就正如不斷革命論一般（近代進步主義）⁴⁰。

進步主義本身雖無可厚非，但是因為所不斷追尋的價值僅是一種性質（主體性、人性），並無真正的具體內容，所以在實踐上我們會傾向於找出一個價值所附麗的客觀實體（通常是透過無價值的客觀實體的存在，來反證價值的存在）。而這個尋找的過程將會導致集體的差異化現象。

就前述人性尊嚴的定義的第(一)點而言，這一點本來是用來防止國權、社會或他人權力的侵犯的「限制原則」，但在尋找反證用的客觀實體之際，這個原則將會轉變成「除錯原則（選擇區別理性人與非理性的人，並予以註記的原則）」⁴¹。這種扭曲展現在論述上，即是「任何自由權都不會去保護劣等的人（Untermenschen）」⁴¹，而非理性的人當然即是所謂的劣等人。

⁴⁰ 詳請參照前揭註 32，李茂生「權力、主體與刑事法」導讀—代序，七六至七九、二五八至二六三頁。

⁴¹ 這是德國憲法學大師 Guenter Duerig 於一九五二年的主張。其實 Duerig 於「基本法中的人類形象（Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 1952）」中有關人格主義的論述，很早就被日本學者所引用，但日本學者卻技巧地規避了出現在第二六一頁的這個字眼（例如田口精一「ボン基本法における人間の尊嚴について」慶應・法學研究三十三卷十二號一六七至二〇一頁《一九六〇年》），直到最近，因為學者對於日本憲法第十三條的「個人尊嚴的尊重」一語重新詮釋，此際才被拿來當成負面教材。而引起日本憲法學者開始留意日本憲法中有關「個人尊嚴」與德國基本法中「人性尊嚴」間差異的契機，仍是一

然而，尋找非理性的人一事本來是為了透過其存在而證明理性的本性的內容，所以邏輯上本來就沒有辦法根據理性的內容來決定選擇區別的標準，而若用暴力來尋找，則該尋找的工作一經發動就會破壞了理性的本性。針對這種困境，人性尊嚴的定義中的第②點即會發揮作用。亦即，做為具有個性而存在於社會中的個人，其個性應該受到社會互動環境的制約，破壞這種制約的人即是非理性的人。而這個制約也就是眾所皆知的「公益優先原則（自由與權利不得違反公共福利）」⁴²。

公益優先原則本來應該是與理性的本性無關，然而，如果進一步主張對違反公益優先原則的「非理性者」實施具體的「不是淘汰劣等人而是透過強制矯治回復劣等人的理性」政策（強制性教育刑），則透過這個具體政策的實施，理性與公益優先原則之間即會產生互通的關係。亦即，只要劣等人恢復理性，則不會再違反公益優先原則，所以理性與該原則間是互通的。此際，贊成或執行強制矯治的人們，也可以藉著「並非單純淘汰，反而是只要非理性的人接受恢復理性用的強制矯治則接納之」的態度彰顯出自己符合第①點所要求的「人道、人性」以及該人格主義的普遍性。

當然，因為有社會規則就一定會有違反規則的現象發生，所以一旦上述的循環進行了一次之後，下一次的循環又等在那兒了。一次又一次的循環，每次的循環都使得「理性的本性」與「人與環境的調和」間的癒合狀態愈形嚴重，大多數的人的個性愈形規格化，而其間的暴力甚至於不需要任何合理化工作即已被遺忘。最後，使得「縱或破壞秩序，打倒政府，也要建設起值得我們在其中活存的社會、國家」這種的所謂「做為人權根本的自由火焰」消彌無形。社會中將不會存在對於絕對價值的任何有意義的

些德國學者（例如 Christian Grimm, Allgemeine Wehrpflicht und Menschenwürde, 1982《徵兵制與人性尊嚴》等）於八〇年代初期起對於基本法中的人類形象所提起的質疑。關於此點，詳請參照前揭註 36，押久保倫夫「『個人の尊重』の意義—ドイツにおける『人間像』論を検討して」五七至六七頁，其中有詳盡的描述與引註。

⁴² 前揭註 32，李茂生「權力、主體與刑事法」一三七至一三九頁。

反抗或侵犯。

以上抽象定義與實際行動間的無限循環，正是戰後受英美人權理論洗禮後的日本，對德國式「戰鬥型民主主義」採取懷疑或非難態度的真正理由⁴³。

（三）後現代型的個人尊嚴概念

筆者並不是反對人的社會性，而是認為當社會性的基礎被置於人的抽象同一性上時，將會產生極大的惡果。這個惡果可於德國有關人性尊嚴的通說見解及其實現中發現。其於抽象層面拒絕他者並創設出無法實現的絕對自我，同時又於具體的實踐面，利用自我與他者間的關係來拘束自我，把自我當成社會關係的客體，此際因為強烈的、空泛的絕對自我觀念的存在，形成一種導引的作用，於是這種自我化為客體的現象，又被合理化，而被認為是朝向絕對自我創設方向的努力。

針對以上具有普遍性、抽象性的「人性尊嚴」觀點，有個別的、具體的「個人尊嚴」觀點存在。所謂的個人尊嚴是將價值尋諸於每個獨立（無可替代性）存在的個人身上，亦即求諸於「個別人格的認同（差異性的肯認）」之上。換言之，個人尊嚴尊重的觀點並不是否定主體（subject），而只是反對普遍、抽象的主體性（追求活動）而已，於個人尊嚴尊重的觀點下，以往超越個人實存的主體性（subjectivity）會呈現出破碎狀態而分散在社會的場域中，而所謂的個人人格認同（identity）將不會是一種固定而且（每個人都）一致的現象⁴⁴。

因為「價值＝尊嚴」是尋諸於無替代可能的、獨一無二的（具體）個人人格之上，所以「個人尊嚴」的要求，將會維持住「限制原則」的機能，防止任何權力侵犯到「任何一個人」的人格具體內容⁴⁵。而且，因為是以

⁴³ 根森健「人權としての個人の尊嚴」法學教室一七五號五三至五四頁（一九九五年）。

⁴⁴ Barry Smart 著，李衣雲、林文凱、郭玉群譯「後現代性」一九頁（巨流，一九九七年）。

⁴⁵ 關於人格的內容，至今有三種說法，其一是心理說，其二是物理說，其三是非

「個人」為重，所以「公益優先原則」不易發酵膨脹，自由的火焰也不會消失。總而言之，個人尊嚴的尊重要求，其所追求的不是（透過差異他人或族群而感覺到的）普遍、抽象的主體「性」，而是「具體實存的個別主體」的達成。

當然這種個人尊嚴的尊重仍會有其限制存在，但是這個限制是存在於個人尊嚴的尊重這一個具體的想法裡面，而不會有任何（抽象的）超越。亦即個人尊嚴的尊重的例外，僅存在於當一個個人基於其自由而不尊重另外一個他者的個人尊嚴之時（所謂的侵害原理）。只要不破壞這個原則，則每個個人都是平等地擁有個人的尊嚴，並且可以要求他人予以尊重。

二自由主義與君父思想

（一）未成年人的發現與愛

於成人的領域，若想要實現尊重個人尊嚴的要求，其實只要在原有的架構下，改變理性的定義，或更徹底地承認理性之外影響人們行動的其他心性的價值，則可輕易地於理論上達成。然而，縱或於成人的領域中承認個人尊嚴的優勢，於未成年人的領域，這個要求仍舊是很難達成。這是因為於近代未成年人是集體地被發現其存在，於起初在未成年人的概念上本來就沒有設計「個體」的觀念。

現在透過一些優秀的研究，我們可以輕易地認清於近代初期，兒童與少年是在與成人的對比下，被當成一個群體而被「認識（定義）」的。這種對比有雙重的意義，其一較為積極，對於未成年人形象較具正面意義（被愛的對象），但另外一種意義則是會形成對於未成年的負面形象（未成熟

化約說（針對前二者將人格的內涵化約到心理或物理性身體的主張，此說認為人格內涵在於非心理亦非物理的社會人格）。關於這三說的區別，詳請參照森村進「權利と人格」七七至一〇八頁（創文社，一九八九年）。筆者曾嘗試將三說無層次地整合成自律自我決定的可能性（心理）、生命身體的完整性（物理性身體）、似人般生活的可能性（社會人格）等三個人格要素。詳請參照李茂生「法律與生活」三七頁以下（正中，一九九二年）。惟此書是簡單的入門書，為求精簡內容，並未區分人性尊嚴、個人尊嚴、普遍性、抽象性等名詞，而予以混用。

的一群）。二者互相糾結，難以切割。首先讓我們回顧一下積極的一面，由此再導出負面形象的意義。

在近代之前的兒童與少年雖有物理性的存在，但是他們的生活過於單純樸素，他們的精神靈魂也是過於貧脊。然而在此之後，特別是在文學、藝術方面，他們成了精力旺盛、無垢純潔、活潑的群體。關於這點，可以透過對於聖嬰截然不同的解釋而觀察得到。

於十七世紀之前，神學家解釋聖嬰的傳說時認為，正因為兒童（嬰兒）的形象或身份地位是那麼的低俗，所以天父透過嬰兒的形體將耶和華贈與世人，這足證天父的謙和（非高高在上或不可一世，而是充滿了謙卑的愛）。但時至今日應該是沒有人會去做這樣的解釋，如今一般都認為，嬰兒是最接近因洗禮而受到恩寵的狀態，是最為（未受到世俗污染的）純潔無垢的狀態，所以「偉大的」耶和華以這種姿態降臨世俗，帶給人們希望。這種解釋上的轉變並不是一朝一夕就發生的，而是透過兩三個世紀的演變緩緩形成，當然最終則是以盧梭（Rousseau, Jean-Jacques）的愛彌兒（Emile）一書，證明了新觀念的堅實存在⁴⁶。

姑不論這種觀念的轉變與資本主義或中產階級的興旺有何關係，於新的未成年人觀念滲透到整個社會後，這種新觀念帶來了一個新的希望與理想，讓人們可以在骯髒的世俗中仍舊能夠不洩氣地努力求進步。而且為了維持住這種理想，人們不僅是透過法解釋或新的立法操作性地降低了未成年人的犯罪率⁴⁷，甚至於還進一步發明了與以前大不相同的制度，用來矯治不符合未成年人形象的「不良品」。這就是十九世紀中葉開始發達，而於二十世紀初期所確立的少年司法制度。

由此我們可以看出，雖然未成年人觀的創造給成人社會帶來一絲希

⁴⁶ フィリップ・アリエス著，中内敏夫、森田伸子譯「教育の誕生」八三至九〇頁（新評論，一九八三年）。

⁴⁷ 前揭註，一〇七至一一四頁。隨出生率的降低，兒童的價值愈來愈高（稀有的東西比較寶貴），而且相應於受教育比率的增高，因犯罪而被收容到設施中的人口比率也同時明顯地降低。

望，但是爲了維持這種希望、理想而創設出來的制度，卻需要區隔、分類未成年人，就被區隔、分類成不良的未成年人而言，這正是悲劇的開始。因爲這些不良的未成年人，除集團式地與成人區隔而被發覺存在外，其另與正常的未成年人被集團式地區隔開來。換言之，這類的未成年人是被雙重區隔，其集團的特性與成人、正常的未成年人兩種集團形象形成反射的關係。更嚴重的是這雙重的區隔，卻被人們以冠冕堂皇的理由掩飾起來。

(二)自由主義的內在限制與君父思想的侵入

當時爲使得少年司法制度能夠順利發達，理論上必須要有堅實的說服工具，此即如今被視爲少年司法制度基礎論點的「君父思想（國家親權思想，paternalism, parens patriae）」。這個思想當然不是起源於少年司法制度，而是於十九世紀時被借用來表徵這個司法制度中的異變。然而正也因爲如此，所以這個思想中所有的負面形象也會影響到日後少年司法制度的發展。

一般而言，少年司法制度中的君父思想，其意義在於「以國家取代雙親或其教育上的代理人—教師地位，進而從事教養未成年人的工作」。亦即，國家以該當未成年人的幸福爲名，強制地介入、干涉未成年人的成長過程，以矯治其生活上或人格上的缺失。問題在於干涉的目的與其手段、內容。

簡而言之，成年人認爲未成年人尙未「成熟」，其能力不足以承擔成人社會中的責任（進而享受成年人的權利），所以國家必須透過家庭與教育機關的控制間接地干預未成年人的成長，並且就家庭與教育機關機能不全的案例直接就個案予以干預。而這種間接與直接的干預的目的，是爲形塑健全的成人，於手段上基於「未成熟」的觀念不承認未成年人的「成人權利」，於內容上則是理想成人的要素的強制灌輸。比諸前述強調成人與未成年人間無連續性的區隔、獨特性所形成的未成年人定義上的積極面，這種藉著強調成人與未成年人間（於成長過程上的）具有連續性的區隔所形成的定義，則是較具負面（否定）的性質。以下再就這個未成年人定義上的負面作用予以闡明。

我們只要稍微留意到近代自由主義之父—彌爾（Mill, John Stuart）於其主著「自由論（On Liberty）」中的論述內容，即可發覺於自由主義的想法中，這種以君父思想爲由而發動的國家力量，理論上是不得存在於成人的領域，因爲何謂幸福，這是由個人來決定，縱或是國家也不得替人們決定幸福的內容。於成人的領域中，唯一得將國家權力的介入、干涉予以合理化的機制，僅有「侵害原理（harm to other，國家只有在爲防止行爲人危害他人之際，始得介入、干涉成人的活動領域）」⁴⁸。而這個原理基本上並不適用在（法律所定的）未成年人，或其他仍在他人的照顧之下的人（例如精神病患等）。因爲彌爾認爲，處於這種狀態下的人，我們除了要保障他們不受到外來的侵害外，同時也要保護他們不要受到他們自己行爲的侵害⁴⁸。彌爾自身雖然沒有使用君父思想這個名稱，但是這一段話卻成爲日後討論君父思想時的起點。亦即，自由主義的自我設限，產生了一個空白的場域，而對於這個空白的場域，做爲自由主義的對抗主義的君父思想即可順利地佔領擴展勢力用的橋頭堡。

事實上，許多國家權力的運作除了未成年人、精神病患等的領域外，另於許多的（通常是成人的）層面抵觸了以上自由主義的要求。就這樣的現實，傳統上有論者利用道德主義以及君父思想的想法，某程度地合理化這種無法用侵害原理予以合理化的國家權力作用。針對這類的合理化活動，自由主義者雖然有時迫不得已需要承認現實，但於理論上通常都會非難道德主義與君父思想（於此等場合，通常是使用父權思想一詞），企圖將基於這兩種合理化機制而得以存續的國家權力作用限制到最小範圍內（亦即，尋求這兩種想法的界限）⁴⁹。

一般都認爲這些攻擊於許多的領域有效地限制了國家的權力，而少年

⁴⁸ J. S. ミル著，鹽尻公明、木村健康譯「自由論（岩波文庫版）」二四至二五頁（岩波書店，一九七一年）。

⁴⁹ 瀬戸山晃一「現代法におけるパターナリズムの概念—その現代的變遷の法理論的含意」阪大法學四十七卷二號二三三至二三九頁（一九九七年）。R. セネット著，今防人譯「權威への反逆」六九頁以下（岩波書局，一九八七年）。

司法制度雖有遭到一些攻擊⁵⁰，但於百年來卻仍然公開地以君父思想之名存續至今。究其原因，除上述傳統自由主義觀點的內在制約（自由主義只適用在得自律、自我決定的成人領域）外，應是前述「未成年人與成人的對比，以及基於成長的連續性而合理化的集體性區隔」。而且，後者的力量會比前者來得大。

易言之，不論我們對於成人的「正確」觀點，是基於人性尊嚴抑或個人尊嚴而確立的，當未成年人的形象是基於與成人的對比而集團式地被確認時，我們都不會去留意到「各個存在」的未成年人的獨立性。尤甚者，縱或我們就成人部分轉向個人尊嚴的觀點，或甚至於某程度肯認了「正常的」未成年人的個人尊嚴，此際，仍會就未成年人中的「不良份子」否定其個別存在的尊嚴。成人們總是認為這些集團式地被認識的未成年人與成人相較之下心智尚未成熟，或已經嚴重扭曲，縱或如此，因為他們尚在成長階段，具有可塑性，所以應該在具有無盡的「愛」的君父思想的「指引」下，盡力嘗試以成人的眼光去「改造」他們。

(三)現代型少年法制的侷限

據上所述，我們可以理解如今有關兒童及少年的法制，其是基於有關未成年人定義的積極面（與成人相異的獨特性），肯認了成人對於未成年人的愛，但是卻刻意地忽視了為了彰顯這個「愛」而形成的「憎惡與淘汰」。同時，我們基於有關未成年人定義的消極面（成長的連續性、未成熟、可塑性）而肯認了兒童及少年法制的「強制性」，但也一起地忽略了未成年人的「非連續的獨立性（立於現在的時點上的、無可預測的將來性）」。

其結果，「強制性的愛」成為法制的光明面，而如影隨行的「非連續的獨

⁵⁰ 所有的攻擊中是以七〇年代後半開始的這一波最為激烈，幾乎都要將少年司法毀掉。有關這一波攻擊的社會背景以及內容，詳請參照德岡秀雄「少年司法政策の社會學—アメリカ少年保護變遷史」二一一至二三三頁（東京大學出版會，一九九三年）。縱或如此，至今仍有許多的少年司法再生計劃繼續在進行。關於這點詳請參照 Barry Krisberg & James F. Austin 著，渡邊則芳譯「アメリカ少年司法の再生」二〇七頁以下（敬文堂，一九九六年）。

立性」與「憎惡與淘汰」卻無形中結合在一起形成了法制的黑暗面。於日常的感情中，我們輕易地原諒了本性善良的未成年人所作所為，並基於愛而強制地予以矯治，但卻無法忍受或甚至於憎惡那些無法再繼續（成人意義下的）健全成長的未成年人的所作所為，認為這些未成年人是一種無法持續發展成理想成人的廢物，進而輕易地主張淘汰。這兩種未成年人間的區別標準在於該當未成年人是否值得我們愛，其是否願意接受成人的指導。因此，區別的標準在於成人的觀點，而所謂的「獨特性」也只是將未成年人與成人區隔，而把未成年人當成「愛」的對象而已，這並不是真正的獨立性。

總而言之，我們是以與成人世界截然不同的未成年人形象為基準（活潑、可愛、從順），尋出不合規格的「不良品」，然後放棄這個基準，目標指向理想成人的境界（普遍理性或個別的自律自我決定），矯治或帶領該當未成年人走下去，當這些不良品拒絕這個成人所賦予的唯一成長方向時，成人會想起該當不良品反於活潑、可愛、從順等優良特質的本性，於是斷然地予以淘汰。如果這種行動模式確實存在，則未成年人永遠只是處遇的客體，而無法成為主體，我們會忽略各個未成年人的需求，而以成人形象為模型，概括地捏塑未成年人成為統一的格式。於君父思想的掩護下，這種捏塑的行為被認為是「為未成年人利益（將來得成為理想的成人）」的行動表現。換言之，不論我們對成人的觀點如何，終究對於未成年人等，頂多只會採用成人所決定的類似於人性尊嚴的觀點。

三具有個別意義的少年期與積極的司法

(一)非連續的獨立性—少年的將來性

本法所想要去保存、促進的不是未成年人做為成人愛的對象的獨特性，更不是成人與未成年人間成長過程的連續性。縱或我們期待未成年人在愛的環境下，成長為具有個人尊嚴的個體，如果仔細觀察「做為愛的對象的獨特性」與「成長過程的連續性」，則立即可以發覺，這與人性尊嚴的傳統定義幾乎完全一樣。亦即，「精神性、倫理性存在的抽象人格」=「做為愛的對象的獨特性」這是「抽象的原理」，以及「與具體環境互動

而實現自己」＝「成長過程的連續性」而這是「具體的普遍拘束策略」。公式本身即是人性尊嚴的線性函數的集結體，縱或改變參數，線性函數公式仍舊是不變的。

所以根本的改變策略應該是修正公式，將勇往直前的線性公式改成立於現階段保存所有發展可能性，甚至於促進未來的複雜性的非線性公式。於此我們必須修改兩個線性函數，亦即「愛」與「成長過程的連續性」，將之代換成「贖罪」與「非連續的獨立性」這兩個非線性函數。前者為有關成人態度的函數，而後者則事關未成年人的地位，基於論述上的方便，以下先闡明後者，然後說明前者。

所謂「非連續的獨立性」不是指獨立於成人的獨特性，而是指少年自身成長各階段的獨立性，這與傳統的連續性成長觀念大相逕庭。於傳統、現代的觀點下，成長階段是一種連續的成熟過程，特別是在採取人性尊嚴想法的國度，這種連續性更會展現出統一的目的性（亦即有固定目的、目標的階段性發展）。然而這種主張有以下三點疑慮。

第一，其通常都是先假設成人是成熟的，基於此點，進而認為少年是朝向成人階段而成長的一個過程，應該是未成熟的。並且為求法的安定性，一般都會以法律硬性地規定一個區分成熟與未成熟的年齡標準。然而，成長的連續性是與人性尊嚴定義中的第(二)點相對應，所以這個連續性中的各個階段的成熟度，便會變成依照個人的情況以及周遭的個別社會環境而定。所以一旦有個案例發生，而該當少年縱或仍在年齡範圍之內但是卻被認為實際上已具有某程度的成人的成熟度，則可能會於處理上將之排除於處遇未成熟少年的流程外，而開始適用成人的追責程序（或適用類似於成人追責程序的制度）。

然而何謂成熟一事本來即是非常抽象，刑法對於責任能力僅是規定為辨識行為的不法，並依從這個辨識而行動的能力（自我決定與自律的能力，法律用語為識別能力與控制能力）。刑法認為這種理性的能力於十四歲之後即應該擁有，只是尚未完全成熟，一直到十八歲時，才算是完全成

熟⁵¹。亦即，對於十四到十八歲的少年基本上是得科處刑罰，只是基於其成熟程度得減輕其刑而已。而少年事件處理法依承這種想法，基於其特別法的地位，規定對於十四到十八歲的少年雖然原則上應處以保護處分（管訓處分），但於一定條件下仍得科處（少年）刑罰。而這個一定的條件，其實僅是一種放棄「愛與寬容」的條件而已，於放棄對於少年的恩惠後，法律會要求少年負起相應於其本來即具有的基於部份成熟性的刑事責任。於這種情形下，縱或於少年事件處理法中強調保護優先原則，就刑法規定而言，這終究僅是個例外規定，非常容易被否定掉。

當成人基於其他理由而不願意給予少年恩惠時，成人僅需主張該少年已經具有某程度的成熟性，應就其行為負起（刑事）責任即可，而無須就該「其他理由」為任何的解釋。例如德國的少年（刑）法於第三條規定：十四歲以上的少年於行為時按其道德的、精神的發達程度，若已成熟到能辨識行為的不法並依從該辨識而行為，則具有刑事答責性。雖然該法中亦有規定原則上對於具有刑事答責性的少年是以教育處分與懲戒處分為優先，而少年刑罰僅具有補充性質，除此之外也強調少年刑罰的教育性質，但是正如論者所主張，若如同德國於少年法中正面地肯認刑法中有關於責任的規定，則這種態度無法避免積極責任主義的闖入⁵²，再者就科處少年

⁵¹ 其實，這僅是一種事後的合理化說明而已。法律中確實規定了一定的法定年齡以區別成人與未成年人。但是這個法定年齡並不是為了區別「成熟」與「未成熟」而設定的。此觀諸美國諸州都有不一樣的年齡規定一事，亦可明確查知。其實，各地之會有不一樣的法定年齡規定，其原因之一可能在於各地對於勞動力需求不一，於需要精密勞動力的地區，當然就會需要較長的時間來訓練未成年人，反之，於僅需初級的密集勞力的地區，則會規定較低的法定年齡。亦即，法定年齡的規定本來即是與心智是否成熟無關，而是與經濟性技能是否需要長期的訓練而定。若不為這種解釋，則很難理解為何西歐於十七世紀發現未成年人後，法律上仍然以七歲為區分成年與未成年人的標準。當然更無法解釋為何日本的刑法規定完全責任能力年齡是十八歲，而限制責任能力的範疇則是十四歲到十八歲，但其少年法中卻規定十二歲到二十歲的人為「未成熟」的少年，並且對於十六歲以下的少年不得科處刑罰。

⁵² 神田宏「ドイツ少年裁判所法第三條と禁止の錯誤—少年の刑事責任序説」近

刑罰的條件而言(該法第十七條),雖然第一點(以少年的危險傾向而言,教育處分與懲戒處分已顯然不充分)尚無多大問題,但是第二點(責任重大,有必要科處刑罰)則顯然過度重視了成人刑法中的應報觀點⁵³。

我國論者中亦有人針對此次少年事件處理法的修正提出意見,認為此次的修正沒有重視「穩健且理論完整」的德國法規定,誠屬遺憾⁵⁴。如果以刑法規定為原則,少年事件處理法的規定為例外,確實德國少年刑法的規定是既穩健亦理論完整。但是本法是一種對於傳統刑法概念的侵犯,而不是附庸,所以並不是不採「穩健」的德國法,而是德國少年刑法的概念根本與本法的立法精神格格不入⁵⁵。

第二,相對於第一點是針對個案的情形,第二點的疑慮則是牽涉到整個的年齡範疇規定。如眾所皆知,這個疑慮從少年法成立的初期起,即不斷地產生,此即降低最高年齡的議論。這種議論的內容不外是社會不斷發展,少年逐漸地早熟,以往被視為未成熟的少年如今其成熟程度已經是等同於成人,所以無法跟隨社會變遷的硬性法律規定應該加以修正,對於已經成熟到成人程度的人,我們應該要求其對於自己的行為負起責任。

如前所述,所謂的成熟於定義上即已非常曖昧,所以這類論調的根據雖然外表上是「成熟程度」,但是實質上卻是社會上的成人對於少年行為的容忍程度。當然也有一些論者並不認為降低年齡的要求是來自於社會上對少年行為容忍程度的降低,進而主張降低年齡的原因在於反對以往的處遇方式,以往視少年為未成熟者,對於其處遇完全抹殺少年做為法律權利主體的可能性,所以如今應該降低年齡,好讓少年能提早享受他們的各種

幾大學法學四十五卷三、四號一二二至一二三頁(一九九八年)。

⁵³ 澤登俊雄等編著「世界諸國の少年法制」二一八至二一九頁(成文堂,一九九四年)。

⁵⁴ 高金桂「少年事件處理法相關問題之探討」月旦法學四十期五七至五八頁(一九九八年)。

⁵⁵ 雖然我國這次的修正無法徹底改變第二十七條的規定,所以外型上仍與德國法相同,但是至少重新規劃了移送檢察官偵查的條件,而且也增加了由檢察官處將案件移送回保護程序的管道。關於此點詳見後述。

權利(例如身體權、言論權、政治權、就業權與福利權等)⁵⁶。雖然這類論者信誓旦旦認為降低年齡並不是為了方便法律實務家利用應報刑對付少年,但是一旦降低年齡,而刑法規定又於背後虎視眈眈的情形下,應報刑實務的侵入即不是論者的一語就可以抵擋得住的。以成熟度的觀點肯認少年應擁有與成人相同或類似的權利時,根本無法抵抗對於成熟的少年要求其負起同於或類似於成人責任、義務的壓力⁵⁷。

第三,與前兩點相反,第三點所質疑的是對於沒被淘汰出局的「未成熟」少年的處遇內容。如前所述,「未成熟」的概念是相對於「成熟」的概念,亦即,我們是以理想的成人形象為標準,認為未成年人尚未成熟,具有高度的可塑性,所以應該利用矯治的方法,目標朝向理想的境界,重行塑造有問題的未成年人。在這種想法下,未成年人僅僅是一個小號的或尚未成熟的大人(小大人)⁵⁸。

⁵⁶ 林端「從法律社會學看新版少年事件處理法」月旦法學四十期七〇至七二、七八至七九頁(一九九八年)。

⁵⁷ 數年前筆者曾撰文解釋新法目的規定中所彰顯的「少年的健全自我成長權」,並就這個權利的內容為如下的說明:「相對於成人的自我決定權(於不侵害他人的權益的限度內,個人擁有自己決定何為幸福的權利,他人對此決定必須予以尊重),因為少年基本上『自我決定能力尚未成熟』,所以少年的基本權利即『非對其不成熟的自我決定的絕對性尊重』,而是對其為得到健全的自我決定能力所必須的成長過程的尊重」(李茂生「我國少年犯罪與少年司法」律師通訊一八四期三〇頁《一九九五年》)。於上開的說明中,存在著一些令讀者誤解的用語,例如「自我決定能力上未成熟」、「非對其不成熟的自我決定的絕對性尊重」等,這些用語都會引起「基於少年的未成熟性而得不尊重少年權利」的誤解。其實除了濫用了未成熟一語而應該加以反省外,否定少年的(絕對的)自我決定權一事,其主要目的僅是在於企圖規避類似於成人刑事程序的發動而已。至於排除應報性的刑事程序後,於保護程序中應該達成的法目的的具體內容方面,於發表上述文章的一年後另行撰寫的文章中,即已避開「未成熟」這個用語,而採用更積極的態度予以定義。關於此點,詳請參照李茂生「八四年版少事法草案起草經過及評釋(下)」刑事法雜誌四十卷一期四四至四六頁(一九九六年)。

⁵⁸ 類似的想法是直接地引自於一般的「發達心理學」中。發達心理學認為人的成

如果我們繼續維持上述的想法，則所謂的少年的人權將是「將來健全地成長成理想成人的權利」，而成人於少年司法中的責任則是透過虞犯事由或犯罪事實發覺少年的成長障礙，並基於法律的規定，實施人格矯治與環境調整，以期少年的「健全」成長。至於如何成長一事（亦即何謂『健全』）則完全掌控在成人手上，少年僅能默默地接受成人的「成長方向的指示」。於此種情形下，少年司法不僅是介入問題少年的成長領域，其是更進一步基於成人的評價而積極地干涉成長的過程與內容。對於這種的差異機制我們不會正面地予以命名，反倒會想盡辦法用華麗的詞藻予以美化，其中最經常使用的名詞即是「可塑性」一語。

基於以上的三個對於傳統「成長過程的連續性」的質疑，本法設計出一個制度想要確認少年期獨特的、個別的特性，並基於此一無法替代的、唯一的特性（不是成人的縮小或影射），嘗試協助有問題的少年渡過這個不容易自保，而且容易受到傷害的期間，提供機會讓他們可以喘口氣，留取精力繼續尋找自我認同。

換言之，本法透過法律的規定，藉著新型的國家司法權力的運作，對於因為某些原因而處於最易受到國權作用或社會影響力干涉，而其人生也是處於轉捩點上的少年，重視其立於現在所應該擁有的、對於未來的多樣發展可能性與複雜性，透過包含少年本身在內的相關人士的眼光，重新組合該當少年的過去，並且不規定他的未來，而僅是於現在的場域保存或復原少年自己展望不可限量的未來的能力。這正是破除「成長過程的連續

長可以分成數個階段，各個階段都有其延續性，每一個階段都是為了下一個階段的健全成長而存在。而發達心理學正是至今關於未成年人矯治技巧的基礎理論。於此等矯治理論下，我們首先預設了有別於成人的理想未成年人形象，藉此除帶給成人對於未來的一絲希望外，另樹起區別「優良與劣等」的標準，於狩獵出劣等人種後，目標朝向理想的成人形象，集團式地矯治每個劣等兒童或少年的性格。而按德國的通說見解，前述該國少年刑法第三條所規定的「精神、道德的成熟程度」的判定，應該依據發達心理學的技法為之（參照前揭註 52，神田宏「ドイツ少年裁判所法第三條と禁止の錯誤—少年の刑事責任序説」一一〇至一一二頁）。

性」=「可塑性」迷思的「將來性」，只有少年可以形塑自己的未來，現在的成人不能霸道地透過對於少年成長的操作而控制不屬於成人的未來。而這種將來性的保護不僅是爲了少年，也是爲了自由社會的存續。換言之，本法企圖於少年身上實現原本只適用在成人身上的個人尊嚴的想法，並期待縱或無法就全部的少年實現這類的想法，但至少能提供一個另類的機會給那些已經被社會所遺棄，連成爲規格化成人的機會都被剝奪的少年⁵⁹。

（二）成人的贖罪—積極的司法

當然，傳統的司法不論在理論或實際運作上，都有其一定的侷限性，此即「基於真實發現的前提以及普遍規則的適用，切割出部分的社會事實，藉以形成法律事實，並予以處理」。換言之，傳統的司法除①受到普遍理性規則的制約外，②另外也受到「切割社會事實，並於諸多社會事實的碎片中組合出法律事實（這個法律事實即是司法所汲汲營營想要去發現的實體真實，其實體僅是法律專家，特別是司法人員所認定的法律事實），而加以處理」這類習性的拘束。這些都會使得本法所設計的少年司法無法被落實。

如前所述，本法並不採取「普遍、抽象理性=人性尊嚴」的想法，所以於目的規定上即設定了尊重個別的自我決定、尊重實存個體的目標（將來性的保護=個人尊嚴）。這個目的規定的內容當然是與普遍理性規則無關，甚且可以說是一種對抗概念。除此之外，本法也留意到上述②的司法

⁵⁹ 當然，理想上應該是於所有有關兒童、少年的法制中實現這個想法。但不論是兒童福利法、少年福利法或其他教育法規，其目的規定都僅是「健全的成長」，而不是「健全的自我成長」（甚至於例如特殊教育法的目的規定，其除了規定健全成長外，另設下「增進服務社會能力」的目的，充分表現出公益取向），要想扭轉這種的既定觀念，並非易事。況且少年事件處理法因其處遇對象的負面形象，不論如何解釋，都很難將其目的規定擴散到其他有關兒童、少年的法規上。所以，於現階段僅能在少年事件處理法的領域中企圖實現個人尊嚴的理想。不過，因為少年事件處理法於設計上具有非常柔軟的擴充性，所以如果運用得當，並非不能間接地影響其他的兒童、少年法制的運作。

習性的養成，雖然其目的之一是在於排除複雜的社會事實以利普遍、抽象理性的確認，但是這種習性的擴散原因亦在於執法者的惰性（不須花費精力到法律事實以外的社會事實的認定）。以個性尊嚴的概念取代人性尊嚴一事，並無法改變這種惰性，所以本法又於細部的規定中維持或設計了許多相關的措施，以避免這種習性所產生的弊端。這些細部的設計例如分割調查與保護管束的執行工作、強化調查與輔佐功能、相關人士抗告權的擴張等，一方面尊重個性尊嚴，另一方面也企圖促使少年法官留意社會事實的複雜性，而不至於只會專注於法律事實的認定。這些設計都是定位於如下的一個新的訴訟模式的基礎之上。

法律問題的解決當然不代表社會問題的解決。以往這種缺失是透過與法的世界（市民社會）相對立的共同體社會的機制來彌補，但近年來因為共同體社會的解體，其彌補缺失的機制亦隨之消散，所以最近有關司法訴訟機能的論述中，已經有論者開始主張強化司法解決社會問題能力或機制的重要性⁶⁰。

這種新的訴訟模式強調司法裁判無法獨立解決社會問題，所以司法裁判最主要的功能不在於以獨自的力量解決社會問題，而應該是提供議論的場域，讓所有的關係人士透過訴訟的進行，於法庭內或社會內嘗試共同解決問題。基本上，本法也是採用這種新的訴訟模式，企圖讓複雜的社會事實能夠呈現在法庭。

不過，因為這種設計將會增加法官的負擔，如果執法人員於心態上沒有轉變，則惰性即有可能戰勝負擔，縱或有新的法規設計，也會被解釋成另外一種樣子，從社會事實中切割出法律事實，並僅就法律事實論及其法律效果的習性仍然會陰魂不散。

或謂少年事件處理法是「愛的法律」，只要強調「愛與憐憫」即可以某程度上控制上述的惰性。確實傳統的少年法論述中，處處充滿了對於少年的愛，一般都認為基於愛的情操法官們或其他執法人員都會留意到環

⁶⁰ 詳請參照前揭註 32，李茂生「權力、主體與刑事法」二三五至二三六頁的註

繞著少年的社會事實。但是，事實上卻證明這種想法正是八〇年代後世界各先進國家的少年事件處理法開始變質的起端（亦即愛與寬恕心境的喪失）。

一般的成人於心中都會有著他們認為正常的少年形象，這個形象縱或不是實存，至少是成人們對於他們那個時代的少年們所應有形象的鄉愁性記憶產物⁶¹。雖然時代在轉變，但通常的成年人因為比較能夠對抗時代的轉變（對時代的轉變於感覺上較為遲鈍），所以不容易察覺變動，基於此點，其鄉愁性少年形象也不會有多大變動。相對於此，少年則是沒有過去地活存於現在的社會中，對時代的轉變非常敏感，其行動模式往往不加掩飾地彰顯出時代的脈動。

因為對於時代轉變的這兩種不同的對應方式，使得成人們通常會產生「實在無法理解少年為何會有如此這般的行動，我們那個時代根本不是這樣」這一類的感覺。當這類的感覺產生對少年行動模式的反感時，成人將會無法忍受某些少年的舉動，進而使得愛、寬恕、憐憫等情操喪失，並開始主張嚴罰或淘汰。

亦即，當社會局勢穩定，青少年問題並不嚴重時，法官或許會想要減

⁶¹ 一般成人之所以會認為自己理解少年（他者），這是因為自己曾經是過少年。換言之，所謂對於做為他者的少年的理解，其實僅是就自己過去的經驗，透過記憶的再生作用而產生的，而記憶又是受限於現在的感受。對於能夠符合這種記憶產物（理解）的少年的行動，通常成人會認為該少年成遂了我們成人對他的期待，而予以嘉賞。反之，假若少年無法符合期待，即會對該當少年產生非難或不以為然的態度。至於對於三歲以前的幼兒，因為成人已經沒有記憶，所以對於三歲以前幼兒的理解甚至於不必（也不能）透過記憶產生，而純粹是理解者（成人）現在對於（抽象的）人的期待的反射而已。例如，對於目光呆滯的嬰兒，我們期待著有朝一日該嬰兒的眼光中會透露出志向活動（有方向的意識能力的展現）的閃光，而持續不斷地盯注著（不像是人的）嬰兒的眼睛。再者，對於有眼神的嬰兒的反應，我們也會以自己的期待來解釋之。

以上詳請參照濱田壽美男「還元としての子供—『私』というものの發生の手前で」刊現象學・解釋學研究會編「理性と暴力—現象學と人間科學」一六一至一八五頁（世界書院，一九九七年）。

輕法律效果(於此專指處罰性的效果),此時他會積極地從法律事實之外,尋找出愛的情操的根源(或者是自己的宗教信仰,或者是個人的生活經驗),並藉此而合理化自己的決定,但是一旦社會局勢轉變,法官們不願意容忍「異己」時,其將會開始不想減輕法律效果,此際「愛」似乎就成為沒有氣概的表徵,是一種不顧社會情緒、不顧被害人心境的軟調作風,於這種情勢下,法官只要放棄於法律事實之外尋求愛的根源,而回復到法律人的本貌,積極確認法律事實即可。

基於以上的考慮,本法放棄會跟隨者成人本身的經驗與現實的感受而變化的「愛」,而轉向尋求較為客觀的「贖罪情操」,藉此讓新少年事件處理法中所設計的許多細部機制能夠活絡起來,並且主張這種「贖罪的情操」可由另類的犯罪學思考而獲得。

本法要求少年法院的人員(當然包括少年法官)必須要留意犯罪學的發展,而犯罪原因論的分析,其作用不在於「基於因果的分析,決定處分的輕重」(這是傳統的想法),而在於①改變執法者心態,並提供新的協助動機②提供多種方向,藉以促進搜尋、組合協助少年自我成長的資訊或資源。

首先就第一點而言,如果犯罪學所提供的資訊能夠清晰地告知執法人員,如果少年犯罪的主要原因之一是成人所形塑的社會,則成人理應就少年犯罪行為負起部分的責任。此際,執法人員將不會刻意地去強調犯罪的原因在於個人(例如好逸惡勞、心性不堅定等),然後就個人的應負責的部分,基於愛與憐憫等情操予以(部分)免除,或甚至於基於其他成人的理由而加重處罰。反之,司法的任務會轉向到透過少年犯罪(或虞犯)的存在,確認除個人因素外的其他成人應該負起責任的部分(責任分擔的多樣化),並針對這個部分,基於(成人對少年)贖罪的觀點,進行補救的工作⁶²。

⁶² 於此並不是主張少年個人不必就其行為負責任,而只是強調責任的共同分擔。亦即,透過成人負起責任的行為,企圖引導少年認知自己的責任(不是對社會的責任,而是基於侵害原理而確認的自我責任)。若不承認成人的責任,而將

當然,於如今的社會我們難以要求社會中的所有成人都能夠理解到自己的責任,縱或有人能夠理解,其也大有可能會認為自己的責任只是間接的責任,基本上仍應由少年負起直接的責任。此際,犯罪學的第二個機能即會發揮作用。

亦即,當成人的社會不會有太高的意願積極負起責任時,少年司法即應替代整體的成人社會,負責尋找可用的資源,透過犯罪學的指引將多樣的資源予以組合後,提供給少年。此際的少年司法即不能與以往一樣,靜態地等待事件的移送並為法律處理,而是應該於受案後積極地為擴展、組合社會資源而行動⁶³。

當然就消極面而言,少年司法也應該形成一個促成少年自我成長的場域(不僅是調查、審理的流程而已,除這種所謂的司法處遇外,另應擴張到下達處分後的設施內外場域),積極排除社會中不當的(應報性)干預,或消極不受其影響。

以上,說明了兩個非線性的函數,不論是「將來性(非連續的獨立性)」抑或「贖罪(精神下的積極司法)」,均表現出不展望絕對的、唯一的未來的多樣性。不可預測的將來修正了傳統的自由主義的觀點,而多面相的贖罪,則是改寫了傳統少年法中的君父思想的涵意(不是基於愛、寬恕或憐憫而寬容少年,而是基於贖罪為了保護其將來性而積極地予以協助)。擁有這種非線性函數的法制,正是所謂的後現代法秩序。

所有的罪過都推諉到少年身上,則少年對於社會的恨意即有可能無法解消,或更形擴張,進而於不斷合理化自己行為的動作下(我沒錯,錯的都是被害人或社會),失去認清自我,並尋回自己的機會。

⁶³ 所以本法第二十五條規定,少年法院於執行職務時得請求諸多國家或社會機關為必要的協助。

肆、處理流程各階段的教戰守則

一、新法的基本結構與機能

(一) 新法的內部正當性

台大社會系林端氏敏銳地指摘出本法於立法時沒有事實上廣徵意見，氏認為少年的需要、成人社會的態度、得就上開兩項要素提供相關意見的其他人文學科專家的見解等，都沒有被重視，以法律人或法律的觀點所制定出來的法律，除有學科霸權的問題（排除其他學科的意見，並將少年視為法規制客體的疑慮）外，更重要的是，於法適用階段，上述的缺憾會導致立法目的的空洞化，進而可能會使得原先的善意化為灰燼，而新法也會成為「獨斷的、空洞的立法，不但無法針對不斷推陳出新的青少年問題加以處理而對症下藥，更可能本身成為青少年問題的原因之一」⁶⁴。亦即，新法不僅是沒有辦法發揮功能，甚至於會發生反功能的現象。基於這些考量，氏主張法應有正當性與實效性，這不是用合法性即可取代⁶⁴。

確實，當我們將合法性、正當性、實效性置於同一層次考慮，要求一個完美的立法與執法，並認為這是可能的，在這些條件下，林氏的指摘是有其道理存在（甚至於應該認為是現代的通說）。然而，本法的企圖並不在於設計一套擁有極大的成功可能性而且安定（因為這種制度合法、正當並具有實效）的制度，反之，本法是後現代型法律，立於現在展望將來的所有的可能。換言之，亦即先溫存於現行體制，藉此尋求立足的根基，而後於內容上反於現代型的制度，嘗試減緩拘束人們可能性的諸條件，實現於現在的時序上讓混沌與秩序共存的領域。而因為這種類型的法律制度並不拒絕任何於現階段難以預測的變數，所以縱或得到立足根基，這並不保證一定可以持續一段足夠的時間藉多數相似的運用結果來尋求制度的穩定運作。就本法的觀點而言，這種穩定的運作其實僅是僵化或制式化的輸

⁶⁴ 前揭註 56，林端「從法律社會學看新版少年事件處理法」七二至七七頁。

出而已。亦即，本法是透過一個特殊結構設計，其所發揮的機能是讓相關人士有機會去解決問題，而不是提供一個可以預期的問題解決。

所以於（戰術）順序方面，本法首先重視的是合法性，關於這一點，已表達在前述有關立法程序方面戰術的論述中，亦即，一方面溫存於現行的立法程序，但另一方面又活用現實的混沌，操控（縮減）複雜性，以開創一個新的後現代法場域。當然本法也不是完全否定正當性與實效性的重要性。只是一旦於尋求合法性的同時也要顧及正當性與實效性時，於如今的立法狀況下，可能這個法律永遠也無法呈現在國人的面前。在以上的立法程序方面的戰術運作下，當然會排除基於整體考量而要求的「（各相關集團間的）合理的對話」。

本法進一步認為，所謂的正當性應該於下一順位的戰術中，亦即於有關法的內容的戰術中展現。關於法律的內容方面，本法溫存於人權概念，但又進一步解構超越的、普遍的、抽象的人權架構（這個人權架構縱或不是放諸四海皆準，至少也是適用於國權範圍內的所有實定法），而以現在的、非同一的、具體而微的人權架構取代之。關於這點亦已於前述中論及。但本法並不是認為僅以這些就可以取代傳統觀念下的法的正當性與實效性。事實上，這類的（抽象）想法不僅在社會一般大眾的眼裡，甚至於在法律領域內都很難視為通說，所以若想要藉此而獲得傳統觀念下的法的正當性並基於這個正當性進而獲得實效性，基本上可以說是緣木求魚。

本法的正當性評價基準並不存在於本法之外，超越的、普遍的、抽象的人權架構的解構，其目的之一正是要揚棄這種超越了實定法的正當性評價基準，並將評價基準置於實定法內部，亦即表彰現在的、非同一的、具體而微的（後現代）人權架構的目的規定上，而評價的對象則是其下各個個別的、具體的機制設計。簡而言之，本法所追求的正當性是存在於目的規定與其下的細部機制間的關係中，而該目的並不是一個超越個人、超越現在的既普遍又抽象的形而上論述，只要這種目的能夠透過下部的諸機制而達成，則本法即是具有正當性。

或謂這種求諸於內部正當性的作法，會造成一種自我指涉的、封閉的

系統。其實倒不一定是這樣，只要於目的規定下的細部機制的設計上能夠充分地考慮到系統內外對於個案的諸種力量的折衝，則縱或尋求內部的正當性，也不一定產生自我指涉的系統。況且本法所追求的是制度與混沌的並存，其所企求的是保存、復原或促進每個個案於現況下做為一個分歧點所擁有的多樣性與複雜性。所以本法絕對不是一個自我指涉的封閉系統。

本法企圖於法的具體內容上表彰出開放性系統的特質，這點充分地表達在基於目的規定而設計各個細部機制上，而這些細部機制的設計概要如下（後有詳述）。首先本法設計了一個以少年為核心、以相關人士為各圓周的同心圓結構，這個同心圓會隨著處理的流程由受案一直到處分（或刑罰）的執行而滾動（發揮作用）。此外，本法除了消極地排除與本法相關但又會破壞同心圓結構的其他相關實定法、程序法規定，另一方面也設計一些本法獨自的機制，盡量讓相關人士有機會就少年問題發話，藉此讓同心圓的機能發揮出來。

亦即，不是讓少年、社會大眾或人文學科的專家於制定（抽象）規範時說話，而是利用規範讓少年、社會大眾或人文學科的專家有機會就具體的、個別的、與自己有關的個案按處理的流程發話；而發話的內容，雖然可能會與集團的要求相符合，但縱或如此也不會與個案的具體存在（及其需求）相離太遠，更重要的是這種發話內容不會是一種規範的、強制性的要求，而應是一種對於非線性函數所下的不確定的參數。既然如此，當然本法所追求的實效性，亦不是立基於立法時即已預設的相關人士的反應之上，反之，本法所追求的實效性只能在每一個個案中的相關人士的反應中尋求。

總而言之，對一個標榜後現代傾向的法律，雖然仍舊能夠基於現代的觀點而評論其合法性、正當性與實效性，但既然這是一個後現代型的法律，則應該理解這個法律並不規範或保證任何未來的事態，而僅是確認現在的存在是一個多樣、複雜的分歧點，並極力保存這個分歧點，「寄望（不是規範）」複雜的未來。所以這個法律的正當性，應該就法律的細部機制

設計是否合乎這個「目的」而判定，而這個法律的實效性，更應該就個案觀察，看是否每個個別的案例都能夠被相關人士所接受。其實，也只有這種柔軟的結構才能對應或對抗社會變化，而不是利用較難改變的法條本身來對應千變萬化的社會局勢。

或謂這種設計會影響到法的安定性，甚至於將法治改為人治，因為每個個案的結論都可能會不一樣。但是所謂的法的安定性是指結構的安定，而不是指對於該結構的輸入與輸出力道的安定性。例如，對於每個案例，都會有不一樣的相關人士表達其不一樣的見解，而且對於每個案例的最終決定都會不一樣，但只要每一個進入法體系內的力道（見解）都有受到適度的尊重，而且最終的決定都可以以少年（的現在）為核心，並有利於其不可測定的將來，則法的結構仍舊是穩定的。而這個穩定的結構不會僅因為人的因素而遭到破壞。

要之，於後現代型的思考模式中，一個法律制度之所以會存在於現在，其原因絕不僅是該法律制度的合法性、正當性、妥當性或甚至於安定性等。更明確而言，一個法律制度之所以會存在於現在一事，雖可於事後予以說明，而且是利用現代型思考模式中的用語，例如合法性、正當性、實效性或安定性等來加以說明，但是這只是事後的合理化工作而已（如果這是事前所做的工作，則會變成論者自身的揣測），於混沌中一個秩序之所以會產生或消滅，其間可能無法尋出一個古今中外不變的法則，一切都可能只是一個偶然。然而，只要一旦這個制度存在於現在，或曾經存在過，則我們即可以利用現在通用的語言予以解說。

本文所採的解說方式即是首先有個合乎立法程序的契機，讓某個制度能夠立足於（法）體制內，該制度有個（非超越性的）目的，並設計有實現目的的諸種細部機制，諸細部機制利用結構加強穩定性，而具有穩定關係的諸細部機制如果得與目的維持一定的實際連結，則會有一定的制度內正當性，至於該制度的實效性，則必須觀察個案的結論（系統的輸出）才可以論斷。

當然，因為觀察實效性時，會發現基因於個案而為的輸入牽涉到制度

內外的所有變數，其安定性當然不及於僅就規範內容予以觀察的階段，所以狀況又好似回到混沌，空間中的複雜性又會活性化，甚至於任何一個個案的結論都有可能成為超越極限的參數，於不可預測的未來使得制度的安定性、正當性等受到質疑，最終導致另一種縮減複雜性的制度的產生。

然而，以本論文的性質而言，實效性層面的複雜性根本不是論點的所在，甚至可以說是一種難以預測的未來。任何個案的結論都有可能促成制度的落實，也有可能破壞制度的運作。於現階段「預測」實效性一事，雖然不是一件毫無意義的事，但是這種預測可能只是等同於長期氣象預報一樣。正如梅雨期間突然有天放晴，我們會期待晴天可以持續一段時間，對於本法的實施，本文也僅能期待透過無數的個案展現法的實效性，進而讓制度能夠持續運作下去。

基於以上的觀點，以下本文僅能為增強正當性與安定性，而展開論述，並期待（不是對未來的干預）參與制度運作的各個單位以及社會能夠容忍實效性層面的複雜性⁶⁵。

⁶⁵ 若以人體為例，則或許更能夠理解這種期待的困難性與必要性。於現代型的思考模式中，我們並不只是重視人類外膚的明確化而已，我們甚至於認為皮膚以內的人體結構是具有明確的科學架構，甚至於認為其中的主觀要素是被純化、尊貴化的對象，所以會對被排出體外的物質產生一種污穢的感覺，例如糞便、尿液、口水、眼屎等。換言之，我們雖然明確知悉處理個別案件時所可能存在的制度內、外的力量，但因為認為只有「純」內部的處理才是神聖的，所以對於任何被排除到制度外或存在於制度外的事物都會感到污穢，據此，我們成立了一個獨立排外的概念集合體，妄想著所有無法處理的外部力量的實質影響力會於制度運作上對制度產生不良的影響，進而不加思索地即予以排拒。反之，於後現代型的思考模式下，我們除了放寬對於「皮膚（內外界限）」功能的現代型思考模式的限制外，另外也請求人們拒絕對於排除於人體外部的產物的否定觀點，進而產生直視各種結局並提高對於該結局的多樣評價的容忍程度（此即，後現代自我組織性系統的真諦）。例如，今日對於「尿療法」的社會反應與專家們對於後現代思考模式的反應，於其中我們可以發覺一種直覺的拒絕反應，而這種拒絕反應其實是沒有任何實質的根據的。但是一旦採取了後現代的思考模式，則縱或是上述的拒絕反應，也會被認為是一種反應而已，雖然自己

(二)同心圓結構與其機能

如前所述，本法的基本結構是一個處理流程與滾動於流程中的同心圓結構。所謂的同心圓結構的內容如下。首先是以基於特定的契機（犯罪事實或虞犯事由）而成為處理對象的少年為核心，為實現該少年的健全自我成長，於圍繞著核心的第一層保護圈中設定保護義務者。本法預設中是以與少年最親近的角色（依照少年生活的領域而設定為親權人以及教育人員）為負起成人責任的單位。其後，圍繞著核心與第一層的保護圈又設定了審核並促進或修復第一層保護義務者的保護情況以及意願等的國家機關（少年法官、檢察官與調查官等）。而這個第二層的保護義務者只有在判斷第一層的保護圈已經破碎而短期內無法修復，或縱然結構完整但個案的問題已遠超過其處理能力範圍的情形下，才會積極地取代第一層保護圈而成為直接的保護義務者。再者，不論是在柔軟的審核、促進或修復過程，抑或強烈的取代過程中，第二層的保護圈應負起切斷、調節、過濾或汲取處於最外圍的社會力量，而這種社會力量來自於被害人、媒體以及其他的社會大眾。以目前的社會狀況而言，對少年的健全自我成長有負面影響的社會力量毋寧是佔著多數的地位，為抗拒這種負面的力量，於同心圓的設計中是以某程度上與一般社會保持著一段距離的（狹義）司法人員為整個同心圓運作的組織者、統籌者。

除此之外，為防止這個組織者、統籌者的獨斷，並促成其圓融的判斷，除於設計上加強其他參與人士的發話機會與力量外，另強化了輔助少年以及第一層保護圈的保護義務者實現其發話機會以及權利的輔佐人的功能⁶⁶。

以上的同心圓會於少年事件處理法的流程中按序滾動，於「受案→調查→審理→處分的裁定與執行」的流程中，雖然各保護圈內的行動者，其

不進行尿療，也不會積極地反對尿療法。

⁶⁶ 以上同心圓的結構以及機能，詳請參照前揭註 57，李茂生「我國少年犯罪與少年司法」三〇頁以下，以及前揭註 57，李茂生「八四年版少事法草案起草經過及評釋（下）」五九至六四頁。

角色與機能會有所擴張或限縮，但是正如拓樸學中的圖案一般，原理上任憑柔捏、拉扯，其原形（原先的結構）仍舊是不變的。然而正如前所述，少年事件處理法並不是一個純粹的後現代現象，其與現代間的妥協是非常地明確。假若某個個案帶來了極度的衝擊，則縱或是柔軟的同心圓也有可能立即破碎，此際該個案將會流回其他與後現代型少年事件處理法密切相關的現代型的制度中。

參酌舊少年事件處理法的規定以及以往的實務經驗，我們可以輕易發覺於流程中滾動的同心圓最有可能是是在審理階段破碎，而扯破同心圓結構的人，竟然是同心圓運作的組織者、統籌者。更嚴重的是這種破碎不是一種偶然，也不是一種不可預測的（後現代）碎型（fractal）⁶⁷，而是用法條明文規定的少年事件處理法的規範性臨界點（少年事件處理法第二十七條）⁶⁸。個案被一籬筐地按應報的程度分類，經過臨界點而被納入刑事程序中。這些個案所面臨的結局可能只是華而不實的少年監獄中的教育性處遇。而相關人士每年都會欣慰地看著報導，競相歡呼謂：今年又有一兩名少年受刑人考上了大專院校。同時，相關人士也會遺忘了數百名、數千名的少年被擠壓到現代型制度的邊緣隨風而逝。

為解決這個問題，本法雖然一方面溫存於臨界點的規定，但適度地（其實是與現實妥協）於內容上將臨界點提高，以增強其柔軟度。然而縱或採取了這種立法態度，臨界點仍然存在，隨社會等外界壓力的增強，將會產生愈是嚴重、愈是需要援助的少年，反而是愈遠離援助性的少年司法保護流程的情形⁶⁹。所以本法除了修正臨界點的內容外，為了避免個案過於接

⁶⁷ 碎形是指在愈來愈細微的尺度上，圖形不斷地自我重複再製，而維度並非整數的幾何圖形。詳請參照 Robert Osserman 著，葉李華、李國維譯「宇宙的詩篇——解讀天地間的幾何法則」一八五頁以下、二一六至二一七頁；前揭註 9，James Gleick 著，林合譯「混沌——不測風雲的背後」一二七頁以下。

⁶⁸ 有關臨界點的問題，詳請參照前揭註 57，李茂生「我國少年犯罪與少年司法」三一至三二頁，以及前揭註 57，李茂生「八四年版少事法草案起草經過及評釋（下）」四五至四六、五二至五五頁。

⁶⁹ 最近許多警政系列的學者開始主張所謂的刑事政策的兩極化，亦即基於二分的

近這個臨界點，於是又設計了兩個回流機制以規避臨界點的作用。其一是於處理流程的各階段中設計讓個案少年回流到原本的生活環境中的機制，這個回流機制的設計與同心圓結構中第一層保護圈與第二層保護圈間的關係相配合。其二是對於已經衝破臨界點的、變成少年刑事案件的個案，提供一個由刑事程序回流到保護程序的機制。本法寄望司法實務上能大膽運用以上的兩種回流機制，縱或於流程的開頭沒有將個案回流，亦能於後階段讓回流機制發揮作用，縱或某個司法官不願利用回流機制，也會有另一個司法官會大膽發動回流機制。

少年事件處理法屢屢被視為刑事實體法與程序法的特別法，這點僅從少年「犯罪」概念必須依賴刑法典的解釋，以及有關程序的適用方面於諸多情形都是準用刑事訴訟法的規定一事，亦可明確掌握。然而透過少年事件處理法的目的規定，以及與這個目的規定相配合的同心圓結構、實現該結構的功能的諸種細微的機制等，少年事件處理法於整體的架構上早已脫離了刑法與刑事訴訟法的拘束，而開始邁向後現代之路。這是一個對傳統刑事實體法與程序法觀點不斷進行侵犯的法律，四處處心積慮地想架空傳統實體法與程序法的內容，並規避其影響力。假若法的適用者沒有這種的心理準備，則大有可能會利用傳統的觀念去解釋新法的條文，甚至於扭曲立法原意而將所有的設計視為新瓶舊酒，並走回舊有的道路上。事實上這不是個疑慮，而是一個現在的嚴重問題⁷⁰。

新法通過後不久，於一九九七年十二月筆者應邀參加司法院所舉辦的

原理，將犯罪人分為應該嚴罰與可以原諒並予以柔軟處理等兩類，企圖提高矯治效果並節約國家資源（相關論述可參照許福生「當前犯罪控制政策之研究——兩極化刑事政策之觀點」《中央警察大學出版社，一九九八年》）。但筆者認為這只是一種社會進化論的翻版（詳請參照前揭註 32，李茂生「權力、主體與刑事法」一二二頁以下），若任其發展下去，甚有可能與少年年齡降低、青年層的創設、成人刑事程序權利保障的轉用等議題連結，而形成少年司法制度中的淘汰機制。

⁷⁰ 詳請參照「少年事件處理法修正後之因應問題座談會」月旦法學四十期二四至三三頁（一九九八年）。

「加強少年事件處理研討會」，非常幸運地接觸到第一線處理少年事件的法官們，並透過其所提出的諸研討議題，而得知實務上適用新法時可能會產生疑慮的諸多問題。當時雖然沒有充分的時間與實務界交換意見，但是僅從實務家們所提出供研討用的諸法律解釋上疑點即可以輕易發覺，就這個新的少年事件處理法我們尚未擁有一個基本的共通理解，以致於在（假想中的）適用上會產生許多齟齬。

當然，之所以會產生這種結果，是因為事實上於上述的立法策略下，在這一次的修法過程中並沒有積極邀請在第一線從事少年事件處理工作的法律實務家參與。亦即，於事前溝通上即已產生障礙。再者，我國研究少年事件處理法理論的風氣不盛，在長年來欠缺第一條目的規定的情形下所累積的傳統刑事思潮下的實務運作並非一朝一夕即可改變。更何況如前所述，僅是一條簡單的目的規定中，即已包含了於現階段甚難得到實務家肯認或理解的後現代思潮。據此，齟齬的產生或許可以說是無法避免。

為解決這個問題，提出教戰守則是一個不錯的溝通方法。但是如果提出一個完整的教戰守則，則因為這個新法是用「不改變舊法條文結構而只修正內容」的方式成立的，所以必須綿密地再一次地將條文拆解並予以重新組合，說明其間的關係以利適用。這是一個龐大的工程，必須等到有一段時間的實務累積後，才會有一定的效果，而且比起筆者，毋寧是實際上運用本法的實務家更具有資格從事這個工作。

基於這個考慮，以下為求本法的（內部）正當性，並企求本法結構上的安定性，簡單地將實務界所提出相關的適用上疑點整理出來，按處理的流程，嘗試基於筆者自己所理解的第一條目的規定，以目的解釋的方法，串聯各個疑點，盼能引起下一步較為細膩的討論。

二、不告不理與受案

雖然本法要求積極的司法，但並不是意味著法院即可直接、主動地去發現少年，慮及法院於性質上是具有強大權力的國家機關，所以於少年事件處理法中仍舊是維持了不告不理的原則。而法院受理少年事件的契機，依法規定雖然有三種（報告、移送與請求），惟包括我國在內的各國實務

仍是以警察的移送為大宗。

依照本法的第十八條第一項的規定，警察於發現犯罪或虞犯少年時，應移送少年法院，而不是先移送檢察官，然後才由檢察官移送少年法院。之所以會有這樣的規定，並不是以特別法承認警察是偵查的主體，而是表明關於少年事件的「犯罪事實（或虞犯事由）」以及「須保護性」這兩個審理的對象，基本上都應由專業的少年法院處理。所以不論是警察還是檢察官，縱或尚未進行縝密的（警方）調查或偵查，只要初步認為有犯罪或虞犯的嫌疑，即應移送少年法院。

這種的規定其實會有一定的缺點，此即警檢可能會輕易地移送其實若經過一番調查或偵查即可發覺根本不存在的事件或案件，此不僅是浪費國家資源，甚至於會破壞了少年的情操。例如本來無罪但卻被法院處理等這類的標籤，而這類的標籤顯然會於制度外降低少年的未來的複雜性與多樣可能性。

然而①不論是那個國家均缺乏專業或專職的少年警察⁷¹（或少年檢察官），因此毋寧浪費一點國家資源，亦不希望由非少年專業的國家機關來進行少年事件的第一次處理，②法院於處理少年事件時，採取的是祕密進行方式，況且理論上應以和藹懇切的態度行之（本法第三十五條），所以某程度上應該可以減輕標籤作用。基於以上的兩點考慮，本法採用不論警檢均直接將事件與案件移送少年法院的方式。

法院於受案後，應先下達調查命令，此際調查官的調查重點會包括事

⁷¹ 警察是發現少年事件的第一關，所以若要落實少年事件處理法，則必須留意到警察的素質，亦即，警察於處理少年事件時亦應留意到上述少年人權與成人責任的觀點（澤登俊雄「少年法入門」五八至五九頁《有斐閣，一九九四年》）。然而，各國的現況並不太理想。例如德國，其具有少年專業的警察人數不多，又沒有專職的少年警察，這種現況被論者認為違反聯合國最低基準規則。至於較為先進的日本，情況也不是很好。日本雖然有少年警察的編制，亦有相關的行政命令，但實際上人員不足，命令的要求也經常被違背，甚且一般的警察通常都不是通知少年警察來處理少年事件，而是擅自逕行處理（澤登俊雄、齊藤豐治編「少年司法と適正手續」七至九、一九至二〇頁《成文堂，一九九八年》）。

實、事由以及須保護性的調查。但是為了避免調查官的檢察官化，調查官的調查重點應置於後者⁷²，至於前者則可由法官同時或事後利用職權展開調查。

縱或如此，調查官於調查之際，當然有可能會發覺該當少年的其他犯罪事實或虞犯事由，此際，調查官絕對不是本法第十八條第一項中所謂的法院（亦即該法院應該是指少年法院之外的法院）。若不為這種解釋，則等同於肯認「內部告發」，這會違背不告不理的原則。因此，當調查官發覺另案的犯罪事實時，其應依本法第十七條的規定，將自己視為法所規定的「不論何人」，而向少年法院報告，法院亦應依此報告另外立案處理。至於虞犯事由方面，這本來即是愈調查愈清楚的事情，所以調查官應該可以將之納入調查報告中，而無須另行報告、立案⁷³。

總而言之，本法所設計的同心圓結構，其運作的組織者、統籌者雖然是法院（少年法官），但是就一個個案而言，其不可能既是（結構）內部的力量，同時也是（結構）外部的力量。假若法院同時擁有太多的或多位相的力量，則其即可僅憑自己的力量形塑出個案並獨力地予以處理。這就該當少年的成長而言，不外是一種極度的外部力量，一種難以抗拒的、形塑其未來方向的力量。

三社會調查、身心調查與急速輔導

法院於審理少年事件時，就其人身之拘束得為不拘束、責付以及收容（於觀護所）等三種選擇（本法第二十六條）。於成人的情形，法院可能是依據犯行的嚴重性、逃亡或串供之虞等理由將被告羈押，但是於少年的情形，則應有不一樣的考量。

亦即，於處理少年事件時應立於促進少年健全自我成長的觀點，考量諸多協助者與保護者的能力，據此而決定是否應該收容。換言之，考量的

⁷² 本法第十九條第二項規定調查官的調查結果，不得採為認定事實的唯一證據。本條規定的意旨除避免少年與調查官間關係的惡化外，另表明不希望實務上將調查官視為檢察官使用之意。

⁷³ 田宮裕編「少年法條文解說」三五至三六頁（有斐閣，一九八六年）。

重點應該置於「調查的需要」與「提供保護的可能性」這兩點之上。當然，原則上應該依照「不拘束→責付→收容」的順序而為決定。詳言如下。

首先是不予拘束的少年，這些少年通常是須保護性低，而其周遭的生活環境亦未惡化。相對於此，應予以責付的少年是情況稍微嚴重，需要由調查官進行社會調查或急速輔導的少年。至於應被收容的少年，則是情況嚴重到必須將之與原先生活的社會環境隔離（案情嚴重時，瀰漫著應報輿論或壓力的社會環境，也是一種應被隔離的環境之一），並於國家所掌控的設施內進行更為專業的身心調查與輔導。

表面上這三種處遇都應由法官決定，而且相互間並沒有任何重疊或互換性。但是若由機能的觀點觀察，即可發覺其實若刻意著重少年的情形而嚴格區分後二者，則可能會忽略了調查與輔導機關的互補性，進而產生少年司法於機能上的障礙。詳言如下。

少年觀護所條例規定（此條例尚未順應新少年事件處理法的規定而修訂），觀護所內應有教導組與鑑別組，前者負責進行社會調查（及其他教學、生活教導、戒護等工作），而後者則擔負起從事身心調查，並綜合調查意見提出鑑別報告的責任（兩組的組長依法都應該擁有觀護人《調查官》資格）。然而①就社會調查而言，觀護所因其特質本來就是很難從事間接調查，理論上這個部分的調查仍應由法院的調查官為之，②況且，觀護所內的調查仍為法院所下達調查命令的一環，而該命令的受命者為法院調查官，③根據本法的規定，出庭陳述意見的是調查官。根據這三點，理論上觀護所應配合法院調查官的活動，而調查官於少年被收容至觀護所後，仍應繼續進行社會調查（特別是間接調查），並整合觀護所的鑑別報告，向法院提出調查報告，而後出庭陳述處遇意見。

若實務上無法為上述的工作連結，小則調查工作被切割，法院於進行審理時因無法整體地掌握少年的問題，進而使得司法處遇機能喪失，大則觀護所淪為少年看守所，除提供人身確保的機能外，只能供法院為短期威嚇之用。

根據少年觀護所條例，觀護所是由法務部所掌管，而以往實務上法務

部就成人刑事設施與少年設施間並沒有於人事以及經費上予以區分，於是經常見到監所首長調動時成人刑事設施的首長調至少年設施服務的情形⁷⁴，而且縱或是觀護所，其鑑定少年身心的能力也是令人質疑。所以於現況下，觀護所在一些實務家的觀念中確實僅是一所少年看守所，與少年事件處理法中所設計的第二層保護圈（的作用）之間有極大的隔閡存在。

於此除期待法務部能夠理解少年事件處理法的精神，改變觀護所的實態外，同時並提出上述關於諸種調查間關係的法解釋，增強同心圓第二層保護圈有關保護行政（調查官的功能）方面的力量，寄望其能夠整合其他（於現況下被排除或自願處於）結構外的力量。

四輔佐人的地位與執掌

輔佐人是少年司法中頗具特色的制度，除資格並不限於律師外，於功能上其亦與刑事案件的辯護人不同。本法第三十一條之二規定，輔佐人的功能有二，其一為監督法院，保障少年的程序上人權，其二則是協助法院達成促進少年健全自我成長的機能⁷⁵。

輔佐人的第二個功能非常重要（所以輔佐人並不限於律師始能擔當，有時其他適當的人《例如學校的輔導老師等》會比身為法律專家的律師更為適任），牽涉到少年實體上人權的保障，但通常會被實務所忽視。

當虞犯少年或犯罪少年被發現而國家啟動權力時，因為國家權力所表

⁷⁴ 其實這是依照法規行事的結果。依據「法務部所屬監獄少年輔育院看守所少年觀護所技能訓練所首長職期調任實施辦法」第四條的規定，監、院、所首長的職期，定為三年，期滿得連任一次，但基於業務特殊需要，得於連任期限屆滿後，准於延長一年。而監所等共被分成四種類別（該辦法第三條規定），首長職期在不同類別者，分別計算，在同一類別者，合併計算。根據這種的規定，首長於同一等級（類別）內，最多要待上七年，其後一定要升級。問題在於上述四種類別中除第一類別外（都是一級監獄），其餘的類別都是監、所、院混雜，而法務人事行政方面的慣例又是頻仍調任首長，於是屬於同一類別（等級）的首長即會發生於同等級內各類監、所、院設施輪調的現象。

⁷⁵ 團藤重光、森田宗一「新版少年法（第二版）」一〇三頁（有斐閣，一九八四年）。

彰的情境，可能會使得少年無法確切地表達自己的意思與需求，而國權機關也容易有「高權」心態，不輕易降低身分去傾聽少年的敘述或為少年積極開發自我成長用的資源⁷⁶。此際，輔佐人即應替代或協助第一層的保護者，協助少年表達自我，除此之外，其另應促請法院理解少年或提供資源，若有必要其也須要積極替少年開發社會資源，並將之提供予法院。

既然輔佐人身負重責，地位重要，當然本法會規定少年等可以「隨時」選任輔佐人（本法第三十一條第一項）。於此將會產生兩個問題。第一，雖然法律允許「隨時選任」，但實際上有無可能。第二，縱或有選任，於審理前的階段，輔佐人能否發揮應有的功能。

首先討論第一點。通常會涉入犯罪的少年，其本身以及家屬大部分都沒有太多的社會資源，縱然法律規定得隨時選任，且規定相關的國權機關有義務告知此項權利（本法第三之一條），實際上於前階段即已選任輔佐人的案例應屬少數。為解決這個問題，可以學習日本律師公會所創設的律師（公益）值班制度⁷⁷，於各地設置（民間）輔佐人辦公室，除律師外另吸取社區內對少年問題有一定學養的人士加入（例如學校的輔導教師等，而法院則可概括地同意該些非律師人士的輔佐人資格），並要求第一線接觸少年的國權機關於告知選任輔佐人的權利時，同時亦告知聯絡該辦公室的方法。

再者，因為就必要輔佐案件，我國是規定於受案後始由法院指定公設輔佐人；而且如今尚未設有公設輔佐人，所以法律規定法院得指定適當的人充當公設輔佐人來協助少年（本法第三十一條第四項，但原則上應不得

⁷⁶ 所以本法第三十六條規定，法院於審理期日訊問少年時，應予少年的法定代理人或現在保護少年的人及輔佐人陳述意見的機會。

⁷⁷ 日本的這個制度本來僅適用於成人的刑事案件（必要辯護案件），但近年來逐漸擴張到少年事件，而且於審理階段，因為有法律扶助制度的適用，所以於前階段因值班而涉入少年事件處理流程的律師，通常都會成為輔佐人（日本少年法規定，受案後始得選任輔佐人）。惟，如今因為人力的問題，這個制度只適用於人身拘禁的少年事件或案件。詳請參照前揭註 71，澤登俊雄、齊藤豐治編「少年司法と適正手續」九頁。

指定少年法院中的相關人員充當，不然職務上會有衝突）。而上述的制度若能成立，應可促成該當條項的落實。

最後，正如前述，法院應有積極的態度，而且不具律師資格的人士，其輔佐人資格亦須經法院的同意，所以有擔當的法院應積極地促成類似制度的成立。

其次討論第二點。法律規定輔佐人於與少年保護事件性質不相違反者，準用刑事訴訟法中有關辯護人的規定（本法第三十一條第六項）。有謂少年事件的調查程序類似於刑事訴訟的偵查程序，而於刑事訴訟的偵查程序中，辯護人是無檢閱卷宗、證物等權利，所以輔佐人於調查程序中理應沒有這類的權利。

然而①調查官不是檢察官，其調查與偵查於本質上有所不同，②於司法處遇開始的緒端（調查），即有輔佐人活動的場域，若不承認上述權利，則輔佐人的功能將會大為減低。所以應按目的解釋的方法，將「選任」行為（或法院的同意行為）擴張解釋到到庭陳述、閱卷等權利的認可。若嫌這種解釋過於勉強，則可按檢肅流氓條例的前例，於施行細則中加以明確規定⁷⁸。

五轉介輔導與安置輔導

有謂本法第二十九條第一項第一款所規定的（轉介）輔導與同法第四十二條第一項第三款所規定的（安置）輔導，本質上與名稱上都一樣，但卻於程序上分別規定在兩處，實在無法理解。又有謂，轉介輔導未明確規範輔導方式、次數（？）以及期間，在執行上會有疑義產生，應修法明訂

⁷⁸ 檢肅流氓條例的規定與本法相同，均是由警察於二十四小時內直接移送法院審理。其第九條第二項雖然僅規定當案件移送法院後，當事人等得選任辯護人，而辯護人有到庭陳述的權利，但於該法的施行細則第三十八條第三項中，又將辯護人的權利擴張到閱卷等。本法第三十一條第一項規定少年等得隨時選任輔佐人，而第二十一條第二項又規定，法官或調查官為調查時，應通知輔佐人。雖然施行細則中並沒有像檢肅流氓條例施行細則一般，將輔佐人的權利擴張，但不妨於日後修訂時，模倣檢肅流氓條例施行細則，對輔佐人於調查階段的權利予以明文規定。

由調查官按個案依職權決定，並向少年法院報備。其實，這些都是一種誤解，而誤解的原因在於未能確切地掌握到本法所設計的第一個回流機制的內涵。

這第一個回流機制，簡而言之，即是雖然所有的少年事件都必須移送少年法院，但少年法院終究是國權機關之一，雖然應該積極「介入（協助）」有問題的少年的成長過程，但不應積極地「干預」其自然的成長（不然少年的個人尊嚴即大有可能會遭到國家迫害），所以於適當地處理（例如調查）後應該優先考慮將少年交還給社會（更正確而言，應是其第一層的保護者）。而少年司法的處理流程其本身即是一種（司法）處遇，其處遇對象不僅是少年而已，以廣義的觀點而言，由審理中諸多允許第一層保護者參與的規定（特別是其於程序中的權利規定）觀之，我們即可輕易查覺處遇的對象甚至包括於社會中負起最初級但也最重要的養育責任的人。所以隨著程序的進行，當少年有所改變或其原本的生活環境（意指第一層的保護圈）有所轉變，則縱或於處理流程的後階段，亦應提供機會讓少年得回流到社會中。

當然，法院於下判斷時要有準則，此即所謂的須保護性的判斷，這個判斷又分成構成要素（判斷的對象）與判斷基準兩部分。詳言如下。

少年法院審理的對象有二，一為犯罪事實或虞犯事由，這是國家司法權力介入的契機，其二則為須保護性，而須保護性的判斷會影響到司法介入的程度。前者重較重程序正義（不當的介入的排除），後者則較為著重於實質正義（自我成長的促成）。

既然須保護性的判斷直接事關少年的健全自我成長，則判斷的首要對象當然是阻礙健全自我成長最為嚴重的「犯罪的危險性」。這個判斷對象的設定，會與前階段的事實與事由的判斷相關連，有犯罪事實或虞犯事由存在，即可以從這點開始出發來判斷須保護性（中的犯罪的危險性）。此際，判斷的對象除人格與環境（所以需要身心調查與社會調查）外，另應留意到現在的保護者有無能力去除該成長的障礙（或其本身即是環境障礙的一環）。

其次應判斷的是「保護的契合性」。所謂的契合性是指「為除去犯罪的危險性所應採取的手段」與「具有事實上能力界限的各處遇機關的現實」兩者間是否有契合性。這個契合性的判斷，實際上將會產生不處分相當性（包含其下的福利處分相當性、精神治療相當性等）、處分相當性（包含其下的福利處分相當性）、刑罰相當性等判斷結果⁷⁹。

當然由契合性轉成具體的相當性判斷的過程中，判斷的基準會發揮決定性的作用。假若判斷的基準被置於「社會上的法感情（應報）」、「被害人的正義」等之上時，最終的決定是「基於犯行的嚴重性，應有刑罰相當性」的可能性即會提高，此際，若不是刻意低估其他處遇機關現實上的處遇能力（亦即，該當少年已經沒有救了），即是採用「由教化的觀點而言，刑罰是最為有效的保護手段」之類的合理化機制。

如前所述，本法的根本在於少年的人權（健全的自我成長—少年的將來性）以及成人的責任（贖罪與協助—積極的司法），基本上縱或考量社會、被害人感情，亦會將這種考量置於次要地位。落實到實際的判斷，這類的目的規定將會產生「自由推定原則」⁸⁰，而正是基於這個原則，本法設計了第一個回流機制。

惟，少年事件處理法並非處於雲端的法律，所以於立法時就判斷基準方面，基於妥協的必要性，最終仍保留了舊少年事件處理法的架構（本法第二十七條）。為解決這個妥協可能會產生的判斷基準的倒轉，於是新法又設計了另一個回流機制。這點留待後述，於此繼續就條文的規定，說明第一個回流機制。

本法第二十八條第一項規定了下達不（應）付審理裁定的兩個理由，一為無付保護處分的原因，一為以其他事由不應付審理。前者是指無犯罪

⁷⁹ 前揭註 71，澤登俊雄「少年法入門」一三五至一三九頁。

⁸⁰ 於此原則之下，處理的順序是：不處理（無條件交還給親權人或教育機關）→輕微處理（有條件地交還給適當的人）→處理（由社會內處遇到設施處遇）。此外，有關目的規定下所產生的諸種原則的介紹，詳請參照前揭註 57，李茂生「我國少年犯罪與少年司法」三一頁以下。

事實或無虞犯事由，既然沒有發動司法權力的契機，當然法院應為不付審理的裁定。

至於後者，主要是考量須保護性。此際為不付審理裁定的理由有二，其一，主要是指無須保護性，亦即問題未嚴重到要動用少年司法來解決（無犯罪的危險性）。其二，當少年的問題遠超過司法機關處遇能力範圍時，按理即不應由少年司法來處理問題（無保護的契合性）。少年保護事件中本無責任的概念（有刑事責任而且又超過司法保護能力範圍的案件會依第二十七條處理，這是超過臨界點的事例，本來是不應該硬性地用法律規定條件），若行為時或行為後有心神喪失的情事，事實上該案件已超過司法體系所能處理的範疇，故設有第二十八條第二項的規定。亦即，縱或有事實、事由與須保護性（的犯罪危險性）存在，於司法體系無能力提供保護時，應為不付審理的裁定，並令入相當處所實施治療。

除以上的情形外，法院應就具有須保護性的事件判斷各種的處遇相當性。首先是第二十九條所規定的不宜付審理的事件。通常這種事件的犯罪危險性頗低，就契合性的觀點而言，是以不動用少年司法為宜，所以最終的判斷會是不付審理為相當。但是因為這類事件仍有（輕微的）須保護性的存在，所以法院於下達不付審理的裁定時，會交付家長管教，於家長並不適當或根本不存在的場合，法官應為轉介輔導的裁定。

這項裁定雖然是交由調查官執行，但是這並不是意味著少年司法機關將會積極地介入輔導過程，這是因為原則上少年法院已經決定要將少年交還給社會。據此，就轉介輔導並不會設有輔導方式、次數（？）以及期間等的規定。調查官於執行轉介輔導時，其僅是將少年交付給少年福利或教養機構，若有需要則頂多是給與一些建議而已。惟，於輔導期間若少年無正當理由拒絕接受輔導時，法院應該給予該些輔導機關一些協助，此即本法第五十五條之三第一項所規定的勸導書的核發以及勸導無效後所為的五日內留置觀察。

原則上，除這些案例外，法院應為付審理的裁定。此際，因為審理的過程本身即是一種處遇，所以少年本身、其成長的環境或法官的認定都會

隨著審理的進行而發生變化。為對應這種情事，本法於第四十一條中規定，在審理後若認為事件不應或不宜付保護處分，則應為不付保護處分的裁定。

同於前述，所謂「不應」共有兩種認定理由。此際若是於審理中發覺無犯罪事實、虞犯事由或無須保護性存在時，當然應為不付保護處分的裁定⁸¹。此外，若於審理階段少年發生心神喪失情形，則理所當然應諭知不付保護處分，並依第二十八條第二項的規定，令少年入相當處所實施治療。

至於「不宜」的部分，則比較複雜。立法時即已考慮，於一些案例，法官或許想要利用司法處遇的進行創造一個讓少年與相關人士溝通的場域，有些時候法官也會想要有一段時間來整合得協助少年的社會資源，於這些情形，若法官認為司法處遇已經成功，則法律應該給法官一些手段，將少年歸還給社會。所以本法於四十一條第二項中規定，（當認為司法處遇成功，就保護的契合性而言，以不付保護處分為宜時）法官得視情形，藉著令少年道歉、支付慰撫金等命令，而結束處遇。

惟，轉介輔導方面，因為是否需要將少年轉介到福利或教養機構一事，其考慮的要項不太可能於頗短的司法處遇期間有太多的變化，而交付保護者嚴加管教以及告誡等動作，實際上於上開的司法處遇過程中即可實施，所以理論上於下達（因認為不宜而不交付保護處分的）裁定時，不太可能會去適用第二十九條第一項以及第二項的規定。基於此點考量，本法於第四十一條第二項中排除了第二十九條第一項以及第二項的適用。不過，於此等情形，法律並不制止法官利用類似於行政指導的方式，於諭知不付保護處分的裁定時，提供少年或其保護者相當的資訊或資源。只不過，類此的指導並無任何法律上強制的意義。

以上是於須保護性判斷上得到不處分相當性的結論時，法院所應為的處置，至於在得到「處分相當」的結論時，當然法院即應為處分。此際，

⁸¹ 有謂此裁定等同於成人刑事訴訟中的免刑判決，這完全是誤解了少年事件處理法的精神，若硬要與成人的程序相比較，應該是與無罪判決較為相像。

為求處遇的多樣化，本法於第四十二條中，除傳統的處分外，另加上「安置輔導」處分。

這個處分外表上與「轉介輔導」相似，但實質上^①就介入的程度而言，其遠超過轉介輔導，所以於法規上會對安置輔導的輔導方式⁸²以及期間有所規定，^②安置輔導是由法官參酌調查官的處遇意見（調查報告）後，直接交付執行（不是交由調查官執行），並於處遇期間進行指導（這是因為安置輔導比轉介輔導更具司法人身拘束的性質，所以法官應擔起責任）。據以上兩點，我們可以清楚地認知，轉介輔導是第一個回流機制中的一環，而安置輔導，則是保護處分中處於優先地位的社會內處遇的一環，性質上兩者是截然不同。

有謂，兩者都是交付予福利或教養機構執行，上述的差異會造成執行上的困擾。確實如此，但這是實務或其他法規（例如於處遇機構內分界、分區處理等，但應留意標籤問題）應該加以配合之處，與本法無涉。

六由刑事程序回流至保護程序的機制

保護事件與刑事案件間的回流機制是本法的規定中頗具原創性，也是最大的特色。但是這個特色並不值得驕傲，因為這是與社會現實妥協的產物，換言之，雖然為了減輕對新法的抗拒，於立法時做了妥協，但這種妥

⁸² 雖然法律上沒有明文規定法官於諭知安置輔導時應指示應遵守事項，但解釋上仍應由法官為適當的指示。安置輔導的介入程度是高於保護管束（甚至可以說是設施收容式的特殊保護管束或稱密集式保護管束《亦即，全天候保護管束》），而低於感化教育。感化教育的輔導方式是按法律規定，若無準用規定，解釋上應不適用於安置輔導，但是就介入程度較低的保護管束相關規定（本法第五十一條第一項規定保護官應告知少年應遵守事項），解釋上舉輕明重，應可適用於安置輔導之上。此外，本法第五十五條第四項規定，當少年無故拒絕接受安置輔導，經勸導無效而付諸觀護觀察後，又違反應遵守事項，或縱無上開情形，但嚴重違背應遵守事項時，相關人士如認為安置輔導難收效果，其得檢具事證聲請法院撤銷安置輔導，並令少年進入輔育院接受感化教育。本法雖未明文規定應遵守事項應由那個機關發令，但不可能是保護官，更不可能是輔導機關，結果解釋上只有法院才能為應遵守事項的指定。當然若仍有疑慮，則應於施行細則等法規中，明文加以規定。

協其實是違背第一條的目的規定的，所以迫不得已又於其他的地方設計回流機制以彌補立法時妥協情境所會產生的惡果。而這個立法時的妥協，如眾所皆知，正是本法第二十七條的規定。

舊法第二十七條基於「社會上的法感情（應報）」、「被害人的正義」或甚至於「威嚇」的觀點，規定了相當硬性的逆送規定（於一定條件下法官必須將起先基於全部事件、案件移送少年法院的規定而受理的案件，逆向地將該當案件移送檢察官，而檢察官則必須將該些案件當成刑案加以處理）。這是保護程序的臨界點，對於超過臨界點的案件，舊法認為我們無法再行發揮對少年的愛心或寬容。

於此並不是反對臨界點的存在，因為終究法律是適用於社會，就個案的處理若過於與社會感情對抗，結果只會使得法律名存實亡。然而，臨界點的存在與臨界點的突破本是兩回事，存在是一種妥協的產物，而突破則是保護優先原則的敗北。如果於事件發生前，即由法律硬性、一般化地規定保護的敗北，則從事保護工作的少年司法人員情何以堪。

因此，若按新法第一條目的規定的精神而言，新法中雖然應該有臨界點的規定，但該規定不應該過於硬性，而每一個從事少年司法工作的人員，都應該把這個臨界點視為考驗，努力嘗試不要輕易讓任何案件衝破臨界點。再者，若最終仍有衝破臨界點的事例發生，則這應該是引發每個專業人士對法的精神與實務加以討論、研究的契機。

或謂少年是生存於成人所控制的社會中，成人亦有責任要教導少年一個不可觸犯的最低限度規則，而以上過於軟調的措施將會使得少年誤解成人的用意，進而生存於社會但卻不知道要去尊重社會生活的規則，因此適度的懲罰（刑罰）是有必要。

筆者並不是反對這種見解，但是縱或於少年應該就犯罪事件負起一部分責任的情形，①我們無法確切地量出少年應負責任的程度，②於假設得以測量的情形，以目前行刑的狀況以及前科紀錄問題觀之，我們實在是無法對少年解釋對其科處刑罰一事並不是要其負起全部的責任，最終我們可能只是製造了一個對社會充滿仇恨的反社會份子而已，③保護處分並不是

全然放棄養成少年負責態度的義務，只是少年是否能查知自己的責任，是否得認知社會上最低限度的禁忌一事，仍待執行保護工作者的努力。

基於以上的理由，於起草時，筆者曾堅持過設立抽象但難以突破的臨界點的想法，但是最後終於因為以下的兩個理由而棄守原則。第一，若不加以明確規範臨界點，而改採委諸第一線司法工作人員「良心」的方法，則於目前法學教育的狀況（仍處於學習甲說、乙說的狀態）以及實務常態下（例如，曾有位北部的少年法庭法官於媒體上，針對自己承辦的某案件宣稱，如果法律允許判死刑，則該少年早就身赴黃泉了），可能連以往得用保護程序予以處理的事件，都會成為刑事案件。第二，以解嚴後，諸事以民意為傾向的立法以及行政實態觀之，若堅持大幅度修改第二十七條的規定，則可能會因為這種堅持而使得許多透過新法得以實施的措施，最終會因為新法無法通過，而無從見天日。

基於以上的兩個理由，最後產生的妥協意見是基本上維持舊法的架構，不過提高絕對逆送的門檻，而相對逆送方面，除了明示應考慮的項目外，全權委諸第一線法官的判斷。

當然這種新舊夾呈的立法方式，雖然有減緩以往偏重處罰傾向的可能性，但也有可能會包藏新舊兩種方式的所有弊端。為了儘可能減少後者的可能性，新法又設計了三條回流管道⁸³，企盼實務界能以自己的力量與考慮迴避上開的弊端。

第一條回流管道是規定在本法第六十五條第三項。舊法對於受案的形式標準採裁定時主義，亦即於裁定前少年已滿十八歲，則法院必須將案件移送檢察官。針對此點，本法於第二十七條第一項第二款中明確規定繫屬主義（受案時主義）。這是因為假若調查與審理有所遲延，則少年即必須被逆送而有可能會被科處刑罰，為避免這類的弊端發生，於是採取了繫屬主義。或謂，若要貫徹保護少年的目的，即應採取行為時主義。但是本法

⁸³ 其實以下的第二以及第三回流管道，於舊法中即已存在，只不過其判斷基準是置於犯行輕重以及恤刑的必要性，而新法則是基於第一條的目的規定將其判斷基準予以明確化或做某程度的軟化。

的保護程序就保護的對象而言，其須有適應保護性的司法處遇的性質，若採取行為時主義，則可能會發生超過一定年齡（特別是二十一歲）的人，仍可能應受少年司法處遇的情形發生，這對整個司法保護情境而言，並非妥當，所以本法不採行為時主義。

當然於採用繫屬主義時，仍會有一些屬於灰色地帶的個案發生，於是本法於第六十五條第三項中規定，縱或犯罪後年齡已滿十八歲，而被依刑事訴訟法移送至檢察官處接受偵查，但（解釋上）若未滿二十一歲，則仍有適用本法少年刑事程序的可能性（而非一般成人的刑事程序）⁸⁴。這是第一條回流管道，讓特定的刑事案件得以回流到少年刑事程序中，並且也讓以下的兩個管道得就這類的案件也發生作用。

第二種回流管道規定在本法第六十七條第一項中。按規定，檢察官對於逆送的案件或直接依本法第六十五條第三項而受理的案件，若經過偵查⁸⁵，發覺於一定條件下（最重本刑五年以下案件、有一定的須保護性）仍

⁸⁴ 另請參照（新）少年事件處理法施行細則第三條與第八條規定。

⁸⁵ 舊法要求檢察官於接受逆送時進行一個月之內的調查，但這種規定基本上即是不合邏輯，因為檢察官並非調查官（以往負責調查工作的觀護人），要求檢察官為調查工作，若非高估檢察官對心理學等科學知識的專業能力，則是根本不重視審前調查的司法處遇機能。而按以往的情況而言，最有可能的解釋應該是後者。

新法規定，檢察官不是進行調查而是偵查。警檢於發現犯罪少年後應先移送少年法院，經調查後，法院再依第二十七條規定逆送檢察官，此際檢察官始可進行偵查。這是因為檢方無調查能力或功能，若不進行這種程序，則檢方會沒有有關須保護性的資料以供參考，這樣一來本法第六十七條第一項的規定將成為空文。此外，雖然本法中並無明文規定，但解釋上檢察官若欲適用本法第六十七條第一項的規定，而現有的調查資料並不完善妥適時，若為依本法第二十七條所為逆送案件，應可請求法院下令繼續調查，而若為本法第六十五條第三項的案件時，應得請求法院協助調查。

再者，檢察官在處理被收容於少年觀護所的少年刑事案件時，解釋上亦可調閱觀護所中的鑑別等紀錄。以往有關少年刑事案件的羈押規定並沒有規定羈押場所以及年齡限制，但新法於第七十一條第二項規定，少年被告應羈押於少年觀

以保護程序為佳時，即可為不起訴處分並將案件當成事件再度移送回少年法院依保護程序審理。

至於第三個回流管道，其回流的功能即更加強大。這個權限是依本法第七十四條規定賦予法官的。少年法院的法官依法審理檢察官提起公訴的少年刑事案件時，於一定的條件下（最重本刑十年以下依刑法第五十九條減輕其刑仍嫌過重、有一定的須保護性），得免除其刑，並諭知保護處分。

以上的三個回流管道，不管是將案件由一般刑事案件轉回少年刑事案件，或將少年刑事案件轉化成少年保護事件，這些都是基於本法第一條的目的規定而設計的制度。這種將因為法律的硬性規定而可能遭受「處罰」的案件回歸到少年事件處理法保護精神傘下的設計，並不限於以上的三個回流管道而已，於保護處分或刑罰的執行中，亦可見到隱約的回流管道。

例如本法第八十二條的規定。於舊法中第八十二條只有一項（少年於緩刑或假釋期間應付保護管束）而已，但於新法中卻增加了第二項的規定（上開保護管束準用第三章第二節保護處分的執行規定）。而本法第三章第二節有關保護管束的執行規定中，於第五十五條第一項有免除執行的規定，於同條第三項亦有留置觀察的規定，若按舊法時代的實務見解，類此規定僅適用於做為獨立處分的保護管束的執行，當然不能於執行緩刑或假釋後的保護管束（附帶的處分）時予以「準用」，因為兩種的保護管束於性質上截然不同。

這種舊法時代的實務見解，其主要的立論點在於獨立的處分與附帶的處遇方法兩者間有本質上區分或差異，前者著重於保護，而後者則是著重於監督（不僅是監督再犯而已，其也監督設施處遇成果的維持）。其實，若謂兩者有本質上的差異，則其最主要的原因也是在於少年保護程序中創設了只能適用於少年身上的獨立處分，其名稱雖同於以往僅適用成人的附帶處遇方法，但前者是保護處分，而後者則是處罰的延續（國家於恤刑後，擔心其恩惠被濫用，所以必須加以監視）。亦即，二者間的本質上差異不

護所，於年滿二十歲後始移押於一般的看守所。這個新增規定的目的之一，正是想要補足檢察官於處理少年刑事案件時所不足的身心調查能力。

僅是在於保護與監督的差別而已，更重要的區別標準應該在於少年與成人的差異。

如上所述，新法雖然基於妥協而維持了刑罰與保護處分併存的架構，但是為了稀釋惡果，創設了多數的回流管道，而這些回流管道終歸一句話就是儘可能將少年繫留在保護的場域中。若要貫徹這種理念，則對於最終仍舊無法將之繫留在保護場域的少年，司法保護的手仍不會停歇。如此一來，當然「保護與刑事」這種切割的標準即會模糊化，而被另一種標準所取代，此即「少年與成人」的區別。換言之，只要是少年，縱或其所受待遇是刑罰，規範該刑罰執行的準則仍舊是少年事件處理法（本法中主要規定在保護程序中的規定）。而本法第八十二條第二項的規定，就這樣地誕生了。

此點觀諸本法第五十六條第四項的規定，亦可明確地加以掌握。該條項規定，停止感化教育後的保護管束，準用本法第五十五條的規定。若能理解少年刑罰（自由刑）與感化教育間本質上的雷同性（少年的健全自我成長的促成），則應該會理解解釋上假釋、緩刑後保護管束的執行，亦應全然依照第五十五條的規定為之，而成人行刑上的殘刑主義，於少年的事件中其實是不具任何意義。拘泥於「保護與刑事」的區別，忽略「成人與少年」間的差異一事，僅是證明少年事件處理法的精神並未落實而已。

七、祕密的保護

基於保護少年情操的理由，並且立於「獨立的、特殊的少年期」的想法（每個人都不應因為少年時期的犯錯而影響到未來的發展），本法認為不僅是於調查、審理、追訴、審判的過程中，應嚴守不公開原則，於一定的條件下，相關機關更應抹消所有的紀錄。

首先論及（審理）不公開原則。會參與處理流程的人員，除相關的司法人員外，另有辯護人、輔佐人、保護者以及其他經過法院同意而旁聽的人士。這些人士都有可能透過諸多手段，將少年於公眾間特定出來。雖然本法規定對於這類的行為應由主管機關依法予以處分，但是所謂的法規

並不完備，不僅是罰則不重、無補救措施⁸⁶，更嚴重的是，最方便的傳達訊息媒體—網路，根本無法予以規制（縱或有法，可能也會無能規制）。這項缺失仍待其他法領域的努力。

其實，上述的這些情況並不是非常嚴重，因為除了重大案件外，應該不會有太多違法的事例存在。嚴重的是以下有關紀錄抹消的問題。

於一定條件下應被抹消的資訊包括有（狹義的）紀錄與其他相關資料。紀錄是指轉介處分、保護處分、刑罰的宣告或執行以及不付審理、不付保護處分的裁定等，範圍較為明確。範圍不明確的是其他相關資料。

如果就相關資料不為擴張解釋，則例如只要提供「曾受處分，但現在視為未曾受宣告」類此曖昧的資訊，而且認為合法，即得全然破壞本法第八十三條之一的精神。為防止這類事件的發生，除所謂的相關資料的範疇應該擴及到警檢逮捕或移送資料、調查或鑑別報告、受轉介的機關所保存的處遇資料等之外，並應確認所有的相關資料是應被「塗銷」而非「不公開」而已⁸⁷。但為了應變，少年法院將會保留所有的紀錄（少年法院不可能通知自己塗銷，故資訊仍將保存於少年法院，只是不得任意提供）。

關於資訊的塗銷與提供，本法於第八十三條之一第二、三項以及第八十三條之二設有相關規定。這些條文所規制的行為計有「應塗銷而未塗銷」、「不是為少年利益或未得少年同意而無故提供應塗銷的資訊」兩種。

⁸⁶ 詳請參照出版法第三十三、三十六、三十七以及三十九條（這些條文雖然規定得不太完備，而且執行上也有許多漏洞，但至少對出版業者仍有些許的威嚇效果。然而立法院於一九九九年一月十二日無異議通過廢止出版法的議案，姑不論這個決議的歷史意義，於刑法相關規定並不完備的現在，這個歷史上被謂為終止惡法的盛舉，可能會使得本法第八十三條的規定變成空文），電影法第十六、二十六、二十九、四十五、五十、五十一條，廣播電視法第二十二、四十三、四十四、四十五條，有線電視法第三十五、六十條等條文的規定。

⁸⁷ 但是（新）少年事件處理法施行細則第二十條規定：本法第八十三條之一第二項所稱之少年前科紀錄及有關資料，係指保存機關依其主管業務就同條第一項事件或案件所建立之移送、調查、偵查、審理、執行之紀錄，但不含保存機關因調查、偵查、審理、執行該事件或案件所編纂之卷宗。

於此將會產生以下的三個問題。

第一，於依法塗銷前若有相關機關濫用合法持有的資訊的情形時，應如何解決。因為現在的資訊大體上都是用電磁紀錄的方式保存，所以這個問題應可利用電腦處理個人資料保護法第三十三及三十四條的規定、刑法上有關洩密罪的規定予以解決。惟，何謂濫用，此仍待實務見解的累積，始得類型化。

第二，塗銷後少年法院或其他依法保存資料的機關（現在不知是否有這類的機關存在）仍會保有有關少年的資訊，依本法規定其僅能在為少年利益或得到少年同意的情況下，始得提供該當資訊，若「無故」提供，則會被處以六月以下的有期徒刑。

首先是少年法院提供資訊予少年法院的情形。基本上所謂的提供應該是指提供與其他機關或他人，所以少年法院內部參考應被（其他相關機關）塗銷的資訊一事，應不違法。惟須留意者，該資訊僅能當成判斷「須保護性」時的參考資料，並且應該儘可能順著對少年有利的方向使用資訊。

其次是少年法院或其他依法保存資料的機關提供相關資訊與其他機關或他人的情形。此際將會發生不是為少年利益，也不太可能得到少年同意，但仍是「有故」而有必要提供的情形。例如該當資訊得成為其他刑案的證據、少年本身成為他人案件中的證人而被詢問的情形、就少年的該當犯行有民事賠償之類的訴訟發生時等。關於此點，有待施行細則的修訂。

第三的問題比較重要，若不能解決將會成為祕密保護制度的致命傷。此即，應塗銷而未塗銷時，本來資訊就是處於靜止不動的情形，等同於不定時炸彈，但於實務上又不太可能隨時檢查相關單位的資料庫，於是除要求相關機關自我約束外，只有等待內部的告發。然而，於現況下，前者不太可能，至於後者又可能引發行政內部倫理問題，於是假若有應塗銷而未塗銷的情形，事實上可能無法舉發，並為補救措施。

或謂，如果不無故提供，則應無大礙，所以等發生具體上可以掌握的提供行為時，再採取對應手段，應該不會太遲。然而，一旦資訊被提供，

其所產生的標籤作用等結果，事實上根本無法為實質上的補救，況且，如果僅是「內部利用（例如警察單位利用來篩選嫌疑人，或行政單位參酌來決定升遷等）」，則提供的行為根本不會曝光。所以關於這個第三個問題，仍有待解決，基本上應可循內部監督與外部監察兩個方向，考量規制之道。

伍、結論—從未被保證過的將來

時報出版社翻譯出版了一套日本漫畫—家裁之人。於該系列漫畫的第十三至十五冊中描繪了一則故事，敘述對於幾個處於密集住宅策略、規格化與技術化教育政策的壓迫下，漸趨失去自我而被視為是不良的少年，一個有良心的法官，其是如何透過諸種手段，告知這些少年應該怎樣地去掌握自己的未來。

法官在沼澤邊對其中的一個少年說他可以實現少年的任何願望（成人的責任），而少年回答要天上的月亮。法官說天上的月亮物理上不可能，但他可以為少年取到映照在沼澤水面上的月亮影像。於是法官脫衣走下沼澤，並向著照映在水面的月亮游去，而後又游回來。水面被法官的行動所攪動，所以水面的月亮殘影也隨之消去，法官於是向少年說他已經將月亮拿回來了。少年笑謂，等水面恢復平靜，月亮又會回到水面，法官只是騙人而已。此際，法官於水中用手掬起一掌心的水，掌心中的水面浮映著第三個月亮的影像，並向少年說：這不是月亮嗎？只要有人協助，任何少年都可以自行掌握自己的未來。這是以上的故事的啟示。

對應於這類唯美的故事，於現實上日本最近開始稱許多無法理解其動機的殘虐少年犯罪行為為「凶殘的愉快犯（為自己的娛樂而犯下的凶殘惡質犯罪）」、「突發性的暴力犯（毫無理由，突然展現暴力的犯罪）」，並以程序正義的實現為理由，要求對該些少年犯罪進行標準化發現真實、保障被告人權的刑事訴訟。對於某些特定的犯行，日本少年法的實務逐漸放棄了須保護性的認定，而僅以犯罪的危險性即權威式地決定了他們所不

能理解而決定放棄的少年們的未來⁸⁸。

在美國，於一九八一年南卡羅來納大學舉辦了一場以「刑事司法及其將來」為名的全國性徵文比賽的論文研討會，其中以佳作入選的作品即是以少年司法為題。該篇論文經過縝密的判例、判決分析後，於結論中下了如下的預言。

於一九九九年，少年法院制度成立的一百週年，伊利諾州庫克郡議會於激辯後終於決議通過廢止少年法院的法案。廢止少年法院的法律通過後，郡議會發表聲明謂：近三十餘年來少年法院因為聯邦最高法院的諸多判決而變質，如今已成為以少年犯罪者為對象的單純的刑事法庭，並沒有任何固有的存在意義，況且考慮到一些必要的經費支出時，我們必須承認統合的單一裁判制度是有其優點，據此本議會決議廢止少年法院⁸⁹。

於諸國開始走回頭路的時代背景下，我國透過新法正要起步走向逐漸被先進國家所放棄的境界，或甚至想要超過這個境界。精湛於法條解釋或傾向於視條文比較為比較法學精髓的法律人，或許會認為這部新法根本就是昧於現實，或是無實現可能性的嘗試。而當我們放棄嘗試時，或許我們可以基於傳統的現代想法而認為，對於少年司法制度的觀感會向鐘擺一樣規律地左右擺動，當先進國家由另外一方擺回來時，其實我們比較先進，早於三十年前我國即已擺向現在先進國家所擺動的方向。

然而，我們必須認清，鐘擺效應只是一種實驗室中的幻想而已，不論如何強調鐘擺效應，也不會使得現實中的混沌消失無形。並且我們也必須要認清，當自由的火焰只會照亮自己的時候，總有一天我們會被迫處於光亮所形成的陰影的一面。

本文借重自然科學中逐漸受到科學家們重視的混沌理論，說明了人文學科中頗受質疑的後現代理論，並解釋了兩者間的密切關係。其實於社會學界或哲學界中這類的工作早已著實地進行著，並且有了豐碩的成果。縱

⁸⁸ 守屋克彥「現代の非行と少年審判」I～III頁（勁草書房，一九九八年）。

⁸⁹ 轉引自前揭註 50，德岡秀雄「少年司法の政策社會學—アメリカ少年保護變遷史」二三二頁。

或於素以保守聞名的法律學界，亦已經開始有論者於論著中展現出後現代法學的可能性，只不過大部分的論述都不太願意使用後現代這個字眼而已。原因可能不在於後現代理論中例如地下莖、脫中心化、遊牧民族、邊緣、侵犯等奇異的用語，而在於後現代理論所代表的象徵—失序。

雖然於法律的領域我們可以輕易地發覺許多失序的現象，但是傳統的法學家們總是認為如果我們就這樣地正面肯認這些失序的現象，則法學情何以堪。亦即，如果法學家們就這樣地承認這些現象的存在，或甚至於肯認其價值，則法學這一門學問就太過於保守、太過於因循、太過於沒有理想性了。

然而何謂失序？愈多的規則、愈多的限制將會產生更多的失序。其實許多的失序現象正是法學所引發的。這些失序的現象中可能會有許多說明人的生存價值的事態，但是法學卻一概不予承認。換個角度觀察，這種的法學傾向不外是「霸道」，一種在正義、理性等絢麗的名詞掩飾下的國家權力的壓抑。

於此或許法學界應該停下來，放棄以自己的秩序觀點所定義的「失序現象」，並且以一個嶄新的角度、一個非法律的角度觀察社會事態，觀察人的行動，然後提出一種並無國家權力霸氣的法律觀點。

本文基於人文學科中的後現代思想，主張個人尊嚴尊重的理念，並重新詮釋了自由主義與君父思想的內容，嘗試於新少年事件處理法中創設出一個容忍個人的生存價值的法空間。本法除承認獨立於理想成人形象的具有個別意義的、特殊的少年期，主張每個少年基於其將來性而擁有自我可塑性，亦即健全的自我成長權外，並且科賦成人基於贖罪的心而提供所有可能的協助的義務。本法並不是無謂地、毫不猶豫地尊重每個少年於現階段所為任何的決定，而是尊重每個少年對自己的未來的自律與自我決定的能力，並且還要求國家、成人社會積極地確保少年的這個能力，給予少年實現自我的機會。

基於以上的想法，本法恢復了以前被刪除的少年事件處理法第一條的目的規定，除賦予新的意義外，也基於第一條所揭示的理念設計了以上的

制度，而且這些制度也是實現目的規定的重要一環。當然於傳統法學充斥法的領域的現況下，這些設計的一部份不僅是於外貌上窒礙難行，甚且是與諸先進國家的修法傾向相左。然而，若謂實務上無法實施，或謂與先進國家傾向相左，所以不應該設計這類的制度，則進一步也可以主張實務上無法配合或外國早已經放棄，所以第一條的目的規定應該予以廢除。如此一來，修法也會成為無意義之事。當初司法院的草案（雖然沒有明確查知外國傾向，但卻是刻意地配合實務需求而由官方提出的修正草案）即足以滿足所有的（真正的）保守心態。但筆者懷疑司法院原先的草案是否能夠對應日漸複雜化的社會現象，也質疑其眼光的短淺。

雖說如此，本文也不是不承認本法於立法上的缺失。確實本法有一些立法上的缺失，例如考慮到目前我國立法上的能量根本無足以進行全面性的修法，所以於修訂少年事件處理法的同時，無法就所有的兒童、少年法制，包括兒童福利法、少年福利法，或甚至於相關教育法規進行配套的修訂。不僅如此，僅就少年司法制度本身而言，除本法以及新訂的少年矯治學校設置及教育實施通則外（當然，若經過仔細分析即可發覺事實上這個通則並不能符合少年事件處理法的要求），對於其他相關法規（特別是著重預防的少年不良行為及虞犯預防辦法）都沒有進行相關的配套修訂。

這些立法上的缺失會導致縱或新法允許法官轉介，但由內政部主管的相關福利設施卻得以「於法無據」為由而拒絕接收少年等情形發生⁹⁰。再者，雖然司法處遇的流程是由法官所主導，但圍繞著司法處遇的其他處遇，例如少年犯罪的預防、觀護所中的諸措施等，仍為法務部（的保護司與矯正司）所掌管，因督導系統的不同，可能會使得少年司法制度的實施變成有名無實或處處受制。

但是這些都是技術上的問題，時間應該可以解決一些問題，終究我們是無法要求一步登天。比諸這些，較為實質的問題應該是：我們到底能不能走出第一步，肯認本法第一條目的規定中所揭示的理念，並且改變成人

⁹⁰ 詳請參照前揭註 70，「少年事件處理法修正後之因應問題座談會」三三頁，司法院民事廳副廳長沈方維法官發言中的第五點。

的心態。

本文是筆者所踏出的第一步，文中尚無法論及許多例如少年福利侵害犯的管轄、正當審理程序的內容等問題，此須留待日後補足。於此僅能期待以上的論述能引發實務界的良性反應，共同創造一個屬於我們自己的少年司法場域。當阿多諾的「社會科學的理論－德國社會學中的實證主義論爭（The Positivist Dispute in German Sociology）」一書的英譯本發行時，波普（Popper, Karl Raimund）曾評論阿多諾的文體是「對於毫不稀奇的事務用誇張的言辭予以表達而已」⁹¹。希望本文可以給讀者這樣的印象。

筆者發出了第一道的韻律共振，不知這個共振會不會成為一個奇異吸子，開始吸引許多存在於少年法域中的不規則軌跡，進而形成一個奇幻的圖形，一個變化萬千但其中又有一定規則可循的拓樸圖形。於此僅能確認一個事實，筆者不能提供一個經過保證的將來，而只能提供一個變化萬千的現在。

⁹¹ マーティン・ジェイ著，木田元、村岡晉一譯「アドルノ（同時代ライブラリ－133）」五、二六六頁（岩波書店，一九九二年）。

摘 要

於世界諸先進國家都在進行少年（事件處理）法的修正工作的此時，若不加以深思，則或許會認為原本處於落後狀態的我國立法與執法其實是頗為先進。然而，這只是誤解而已。少年法熱情的退潮有其一定的理由，本文認為這個理由存在在對於少年的觀點以及（傳統少年）法的特質（亦即愛與寬容）之上。

筆者忝為我國新少年事件處理法起草人之一，藉由本文說明為何我國不跟隨先進國家的腳步，反倒是想要讓我國的法律再生。

文中首先於第二章中說明新少年事件處理法於立法時的哲學基礎，並利用對於「時間與空間」的探討，強調破除傳統上偏重歷史學（時間）的習性的必要性，進而主張尊重現在這個時點（空間）的存在的重要性。

其後，於第三章中本文根據第二章的敘述，闡明少年事件處理法的目的。該法的目的不在於少年犯罪事件的法的解決，亦不在於透過法律的適用而嘗試引導少年走向既定的、理想的未來，而在於重視少年現在的問題，並提供資源讓少年能夠去自主地掌握自己不可限量，也不能預測的將來。據此，本文主張新法目的規定中的主要要素是少年的將來性與積極地司法。

最後於第四章中基於以上的理解，澄清一些被實務家們所誤解的新條文。寄望能夠透過這些法條的目的解釋，讓新少年事件處理法第一條目的規定的意義能夠明確化，並且避免以傳統觀點解釋新法的弊端。

證人指證之瑕疵及防制

—美國法制之借鏡*

王兆鵬**

目 次

- 壹、導 論
- 貳、指證錯誤原因
- 參、以「成列指證」防制指證錯誤
- 肆、美國法防制指證錯誤
 - 一、以律師權防制
 - 二、以正當程序防制
- 伍、美國法與指證相關之規定
 - 一、相片指證
 - 二、被告有要求指證的權利？
 - 三、強制被告接受指證、辨識
 - (一)為辨識、指證而拘束自由
 - (二)為辨識而侵入身體
- 陸、結 論

關鍵詞：證人、指證、律師權、正當程序、傳聞法則、辨識、強制處分、證據排除法則、不自證己罪、搜索扣押、美國刑事訴訟、DNA

投稿日：八十七年七月十日；接受刊登日：八十七年十二月三十一日

* 非常感謝臺大法學論叢審稿委員所提出的寶貴意見，使作者能修正本文的瑕疵，進而使本文內容更具充實。同時感謝臺灣大學法律研究所學生紀凱峰、劉海倫協助蒐尋資料。當然，文責由作者一人負責。

**美國芝加哥大學法學博士，臺灣大學法律系助理教授。

S
580.5
4347
V. 28:2

臺大法學論叢 第二十八卷 第二期

論 著

從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：

一九四九至一九九八..... 葉俊榮 1

論刑事程序原則..... 林山田 65

新少年事件處理法的立法基本策略

——後現代法秩序序說..... 李茂生 141

證人指證之瑕疵及防制

——美國法制之借鏡..... 王兆鵬 229

違法搜索與證據禁止..... 林鈺雄 251

英國公司法上投資人資訊取得權之分析..... 曾宛如 281

中國大陸國有土地所有權與使用權兩權分離理論

之研究..... 曾育裕 307