

裁判評析

大法官釋字第 664 號解釋評析

湯 德 宗*

目 次

前 言

壹、釋字六六四號撮要

一、聲請書

二、多數意見

(一) 少年法第 3 條第 2 款第 3 目 (虞犯少年「經常逃學或逃家」定義) 規定尚不違反平等原則，但有欠明確，應儘速檢討改進

(二) 少年法第 26 條第 2 款 (收容) 及第 42 條第 1 項第 4 款 (感化教育) 規定，限制人身自由，不符比例原則，違憲

(三) 少年法第 3 條第 2 款第 1 目、第 2 目、第 4 目、第 5 目、第 7 目等規定 (虞犯少年之其他定義) 聲請宣告違憲部分，應不予受理

三、個別意見

(一) 本件解釋標的 (客體) 應如

何界定？

(二) 虞犯少年其他定義聲請解釋部分，應否受理？

(三) 虞犯少年「收容」及「感化教育」規定，是否違憲？

貳、法官聲請釋憲案解釋標的之界定

一、法官聲請釋憲制度之目的

二、「裁判上重要關聯性」乃為確保法官聲請釋憲之本旨

三、「裁判上重要關聯性」不應變質為「法條適用上重要關聯性」

參、虞犯少年「收容」及「感化教育」規定之合憲性

一、法規「本身違憲」與「適用違憲」

二、「階層式比例原則」模擬操演

結 論

前 言

日前司法院大法官作成釋字第 664 號

* 中央研究院法律學研究所特聘研究員兼籌備處主任、國立台灣大學國家發展研究所合聘教授。日本東京大學法學部客座教授 (2001-2002)，德國科隆大學訪問學者 (1993-1994)，美國杜蘭大學法學博士 (S.J.D., 1989)，美國哈佛大學法學碩士 (LL.M., 1984)，國立台灣大學法律學研究所法學碩士 (1981)，國立台灣大學法律學系法學士 (1978)。

本文初稿承劉淑範教授、張永健教授、黃銘輝先生、張宏誠先生、王榮賓先生、詹旺樺先生、張智鈞先生審閱指正，研究助理廖英翔 (台大政治系學士)、陳冠宇 (台大政治、法律系雙學士) 悉心校正，特此致謝。

解釋，宣告：「少年事件處理法」(民94/05/18修正，下稱「少年法」)第26條第2款及第42條第1項第4款關於虞犯少年「收容」及「感化教育」之規定，限制人身自由不符憲法第23條之比例原則，並與憲法第22條保障人格權之意旨有違，應自該解釋公布之日起，至遲於屆滿一個月時，失其效力。至於，同法第3條第2款第3目關於「虞犯少年」之定義(經常逃學或逃家之少年，依其性格及環境，有觸犯刑罰法律之虞者)，「尚難逕認其為違憲」，惟「其規定有涵蓋過廣與不明確之嫌，應儘速檢討改進」。

上開解釋以嚴格審查基準，使用「比例原則」，挑剔「立法裁量」(立法形成之自由)，相當罕見；其間並牽涉「裁判重要關聯性」之詮釋，影響「法官聲請釋憲」制度之走向，爰試與對話評析。

壹、釋字664號撮要

釋字664號解釋之爭點可由釋憲聲請

書、多數意見(含「解釋文」與解釋「理由書」)及其他大法官之「不同意見」(廣義)等分析得知。

一、聲請書

本件解釋係法官聲請釋憲之結果。釋憲聲請書計有兩項聲明：

- 1) 請宣告少年法第3條第2款第3目(「虞犯少年」之定義)規定內容(「經常逃學或逃家」)違憲。
- 2) 並請宣告同法同條同款第1目(「經常與有犯罪習性之人交往」)、第2目(「經常出入少年不當進入之場所」)、第4目(「參加不良組織」)、第5目(「無正當理由經常攜帶刀械」)、第7目(「有預備犯罪或犯罪未遂，而為法所不罰之行為」)等規定內容(即「虞犯少年」之其他定義)違憲。

關於前述第一點聲明，聲請人聲稱係依據大法官釋字第371號¹、572號²與590號³等解釋之意旨，基於其從事少年

¹參見釋字371號解釋(「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決」)。

²參見釋字572號解釋「理由書」(「釋字第三七一號解釋所稱，各級法院得以其裁判上所應適用之法律是否違憲為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請解釋憲法。其中所謂『先決問題』，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂『提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」)。

³參見釋字590號解釋(「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以此為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。此所謂『法官於審理案件時』，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等而言」)。

司法實務運作經驗及相關統計⁴，形成合理確信「經常逃學或逃家」之規定，牴觸憲法而無效。聲請書中指摘該款規定違憲之理由有四：⁵

1. 侵害「受教權」。逃學少年收容（於少年觀護所）期間（最長可達六個月），國家未能及時提供適當之國民教育，侵害其按憲法第21條⁶所保障之權利。
2. 違反「法律明確性」原則。經常逃學或逃家之虞犯少年，按少年法規定，「最終可裁處交付安置適當機構輔導之半機構式處遇，或令入感化教育處所施以感化教育之機構式處遇」；兩者「均係在一定限度內拘束人民身體自由於特定處所，本質上屬限制或剝奪人民身體自由之法律規定」，依憲法第8條及大法官相關解釋，須踐行「正當法律程序」。而「正當法律程序之踐行，其過程必須合法正當，所適用之法條構成要件必須符合明確性原則，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，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現」。係爭「規定內容（經常逃學或逃家）充斥不確定之法律概念（例如：何謂「經常」？

何種情形算「逃學」？又何種情況構成「逃家」？），一般人是否能確切地由此等文字，於概念上或心中浮現知悉其真切意涵，非無可議」！

3. 違反「比例原則」。依臺灣高雄少年法院之統計，民國89年至民國96年間審理終結裁處保護處分之「少護」字案件共計10,920件，其中裁定「感化教育」者計有666件（比率約為6.1%），裁定「交付安置輔導」者僅有122件（比率約為0.11%）。對照同一期間因「經常逃學或逃家」而被裁定令入感化教育處所施以「感化教育」或「交付安置」於適當機構輔導之比率，分別高達8.82%與9.98%，顯見經常逃學、逃家少年最終被裁定感化教育、交付安置輔導之比率高於一般觸犯刑罰法律之少年！統計資料並顯示：虞犯事件少年遭「裁定收容」之比率，亦遠高於一般觸犯刑罰法律之少年！是未達觸法程度之逃學或逃家行為，反而論知比真正觸犯刑罰法律行為更重之處罰，於情、於理、於法，皆不合乎比例！
4. 違反「平等原則」。虞犯少年經常逃學或逃家行為，尚無觸法情

⁴ 參見聲請書所附「臺灣高雄少年法院歷年經常逃學逃家事件終結情形」（2000年-2007年）及「臺灣高雄少年法院歷年保護事件新收人次、收容人次表」（2000年-2007年）。

⁵ 下述四點皆為釋憲聲請書所使用之標題。惟各點內容則為本文作者本於憲法專業，對聲請書為善意、合理之解讀後，所為之整理。為求存真，行文時儘量以「引號」保留聲請之原文。

⁶ 憲法第21條：「人民有受國民教育之權利與義務」。

事，與一般觸犯刑罰法律之行為相較，不論在本質上、程度上均明顯有所差異，自應為不同之處理。詎少年法針對此兩種不同案件受理後之處理流程，全然未予區別，顯與平等原則相牴觸！

至於前述第二點聲明，聲請人聲稱係依據大法官釋字第445號⁷，569號⁸及580號⁹等解釋之意旨，於有裁判上重要關聯性者，相關法律條文可併予審查。雖本件聲請解釋之對象（客體）為少年法第3條第2款第3目（經常逃學或逃家），惟觀諸同款其他各目，亦約略有相同之違憲事由，並同屬少年虞犯之各該處理範圍之內，而具有相同之規範目的，顯然與本件聲請之標的存有重要之關聯性。為期構建客觀合憲秩序，爰請求併予審查！

二、多數意見

釋字664號解釋多數大法官僅就聲請書之第一點聲明作成解釋，惟所持理由與聲請書頗不相同；至聲請書之第二點

聲明則不予受理。茲分述之。

（一）少年法第3條第2款第3目（虞犯少年「經常逃學或逃家」之定義）尚不違反平等原則，但有欠明確，應儘速檢討改進

針對聲請書之第一項聲明，本號解釋之「解釋文」伊始即釋示：「少年事件處理法第三條第二款第三目規定，經常逃學或逃家之少年，依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞者，由少年法院依該法處理之，係為維護虞犯少年健全自我成長所設之保護制度，尚難逕認其為違憲；惟該規定仍有涵蓋過廣與不明確之嫌，應儘速檢討改進」。然，何謂「尚難逕認其為違憲」？又如何「涵蓋過廣與不明確」？

解釋「理由書」第3段回應「聲請書」有關前揭條文（未區別「虞犯少年」與「犯罪少年」，使同受少年保護事件之司法審理，乃強不同以為同）有違「平等原則」之指摘。謂：「少年事件處理法係立法者為保障十二歲以上十八歲未滿之少年『健全之自我成長，調整其成長環

⁷ 參見釋字445號解釋「理由書」（「惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理」）。

⁸ 參見釋字569號解釋「理由書」（「本件聲請人因妨害婚姻案件，認系爭確定終局判決所適用之最高法院二十九年上字第二三三三號及二十九年非字第一五號判例有牴觸憲法之疑義，聲請解釋。按上開判例係以告訴不可分之原則限制人民不得對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人提起自訴，其意旨與本院院字第三六四號及院字第一八四四號解釋之有關部分相同。上開解釋雖非本件聲請解釋之標的，惟與系爭判例關聯密切，為貫徹釋憲意旨，應一併納入審查範圍」）。

⁹ 參見釋字580號解釋「理由書」（「本件聲請案相關確定裁判…所適用之法律…依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，得為解釋之客體；減租條例第十九條第三項於耕地出租人為擴大家庭農場經營規模而收回耕地時，應準用同條例第十七條第二項第三款補償耕地承租人之規定，與第十九條第一項第二款之適用有重要關聯，應一併納入解釋範圍」）。

境，並矯治其性格』所制定之法律（同法第一條、第二條參照）。該法第三條第二款第三目規定，少年經常逃學或逃家，依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞者，由少年法院依該法處理之。上開規定將經常逃學、逃家但未犯罪之虞犯少年，與觸犯刑罰法律行為之少年同受少年保護事件之司法審理，係立法者綜合相關因素，為維護虞犯少年健全自我成長所設之保護制度，尚難逕認其即屬違憲。亦即，多數意見乃從「平等原則」立論，認為少年法將「虞犯」少年與「犯罪」少年之「人身自由」限制，一併納入司法審理，尚未逾越憲法所容許之立法裁量之範圍（得由同一部法律規範審理）。惟前揭規定不違反「平等原則」（人身自由的平等對待），並不意味亦無侵害其他基本權之可能。故大法官於同段「理由書」即謂：「惟如其中涉及限制少年憲法所保障權利之規定者，仍應分別情形審查其合憲性」，為後述違憲指摘鋪路。

關於聲請書指摘係爭規定違反「法

律明確性」原則一點，多數意見在「理由書」第8段有所回應：「又同法第三條第二款第三目關於『經常逃學或逃家』之規定，易致認定範圍過廣之虞，且逃學或逃家之原因非盡可歸責於少年，或雖有該等行為但未具社會危險性，均須依該目規定由少年法院處理；至『依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞』，所指涉之具體行為、性格或環境條件為何，亦有未盡明確之處；規定尚非允當，宜儘速檢討修正之」。惟，如上理由並未引據大法官有關「法律明確性」之解釋先例¹⁰，具體指出係爭規定之缺失。所謂「易致認定範圍過廣之虞」似在指示法官執法時應慎重「用法」（解釋界定），更多於在譴責立法之疏漏；縱認所謂「依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞」乃在指責立法之內容不夠明確，要期待立法改進（或放棄）這些「不確定法律概念」，恐非切合實際！¹¹

¹⁰ 參見釋字432號解釋（「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違」）。

釋字491號解釋「理由書」（「懲處處分之構成要件，法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則」）。

釋字545號解釋「理由書」（「法律就前揭違法或不正當行為（按：醫師法第二十五條規定）無從鉅細靡遺悉加規定，因以不確定法律概念予以規範，惟其涵義於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，最後可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合，於憲法保障人民權利之意旨亦無抵觸」）。

¹¹ 關於係爭規定使用「不確定法律概念」是否違反「法律明確性」原則，參見釋字664號解釋陳新民大法官「部分協同部分不同意見書」第10至12段之討論。

(二) 少年法第26條第2款(收容)及第42條第1項第4款(感化教育)規定,限制「經常逃學或逃家」虞犯少年之人身自由不符比例原則,違憲

「解釋文」首句輕描淡寫地宣示請求解釋之少年法第3條第2款第3目尚不違憲後,隨即話鋒一轉,謂:「又少年事件處理法第二十六條第二款及第四十二條第一項第四款規定,就限制經常逃學或逃家虞犯少年人身自由部分,不符憲法第二十三條之比例原則,亦與憲法第二十二條保障少年人格權之意旨有違,應自本解釋公布之日起,至遲於屆滿一個月時,失其效力」。

敏銳的讀者或已質疑:何以聲請書請大法官解釋的法條(少年法第3條第2款第3目),僅受到溫和的「警告」¹²,而未聲請解釋的法條(同法第26條第2款及第42條第1項第4款)竟被宣告違憲,並迅速(限期一個月)失效?

本件解釋「理由書」第1段便予釋疑。首先,多數意見援引大法官相關解釋(釋憲先例),肯定「法官聲請釋憲制度」,謂:「法官於審理案件時,對於應適用之法律,依其合理之確信,認為有牴觸憲法之疑義,顯然於該案件之裁判結果有影響者,各級法院得以之為先決問題,裁定停止訴訟程序,並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理

由,聲請本院大法官解釋,本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九〇號解釋闡釋甚明」。其次點明:「本院審查之對象,非僅以聲請書明指者為限,且包含案件審理須援引為裁判基礎之法律,並與聲請人聲請釋憲之法律具有重要關聯者在內」。然而,「少年法第26條第2款及第42條第1項第4款」與「同法第3條第2款第3目」真有「重要關聯」?

「理由書」第1段繼續謂:「同法第二十六條第二款規定,少年法院認有必要時得以裁定命少年收容於少年觀護所,第四十二條第一項第四款規定少年法院得以裁定令少年入感化教育處所施以感化教育,均為聲請人依同法第三條第二款第三目規定而進行少年事件處理程序時,所須適用之後續處置規定,與第三條第二款第三目規定有重要關聯,均得為本院審查之對象,應一併納入解釋範圍」!換言之,多數意見認為兩者乃法條適用上具有重要關聯—法官依據聲請解釋之條文(同法第3條第2款第3目)認定為(經常逃學或逃家之)「虞犯少年」後,便可接著依據同法第26條第2款裁定「收容」及依同法第42條第1項第4款裁定施予「感化教育」,故兩者間具有「重要關聯」!惟,如此闡釋「裁判重要關聯性」是否過於牽強?¹³符合「法官聲請釋憲制度」之

¹²關於「警告性裁判」,參見楊子慧,〈淺論德國法上之警告性裁判〉,收於《法律哲理與制度—公法理論》(2006年1月);吳信華,《司法院大法官會議解釋類型之研究—單純違憲與警告性裁判》,輔大法研所碩士論文(1992年)。

¹³詳見本文後述「壹、三、(一)」之討論。

本旨？¹⁴

尤為關鍵者，少年法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）規定如何違憲？「理由書」第6段詳細地說明多數意見獲致心證的理由：「上開規定對經常逃學或逃家之虞犯少年施以收容處置或感化教育處分，均涉及對虞犯少年於一定期間內拘束其人身自由於一定之處所，而屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，對人身自由影響甚鉅，其限制是否符合憲法第二十三條規定，應採嚴格標準予以審查」！析言之，多數意見秉持釋字384號解釋¹⁵以來關於「人身自由」是否受到限制，應從實質觀點認定之一貫立場，將虞犯少年之「收容」與「感化教育」，定性（characterize）為「人身自由」之限制；¹⁶並據此定性，選定「比例原則」的審查標準！¹⁷

審查標準既定，大法官旋分就「收容」及「感化教育」兩項規定，以「比例原則」展開檢驗。按德國比例原則之操作，第一個步驟為「目的合憲性」檢驗。是以「理由書」第6段繼謂：「查上開第二十六條之規定，旨在對少年為暫時保護措施，避免少年之安全遭受危害，並使法官得對少年進行觀察，以利其調查

及審理之進行，目的洵屬正當」。第二步原為「適合性」（Geeignetheit）檢驗—係爭手段是否「有助於」達成預期目的？惟前揭句既已說明「收容」「旨在對少年為暫時保護措施，避免少年之安全遭受危害，並使法官得對少年進行觀察，以利其調查及審理之進行」，「收容」有助於少年事件之調查及審理，已甚明顯。接著是第三步「必要性」（Erforderlichkeit）檢驗—有無其他限制（人身自由）較少之手段，亦可同樣有效地達成預期目的？此處多數意見面臨一項抉擇—該如何評價少年法第26條第2款但書之規定？

按該條規定：

「少年法院於必要時，對於少年得以裁定為左列之處置：

- 一、責付於少年之法定代理人、家長、最近親屬、現在保護少年之人或其他適當之機關、團體或個人，並得在事件終結前，交付少年調查官為適當之輔導。
- 二、命收容於少年觀護所。但以不能責付或以責付為顯不適當，而需收容者為限。」

前揭但書既已明確限縮少年法院法官的裁量權（限於僅不能責付，或責付

¹⁴詳見本文後述「貳、二、」之討論。

¹⁵參見釋字384號解釋（理由書：憲法第八條第一項之規定，「係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障」）。

¹⁶這一點，本件解釋黃茂榮大法官「協同意見書」說得最露骨：「收容」相當於「羈押」，「感化教育」相當於有期徒刑之執行。

¹⁷參見湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第六輯（下冊），頁581以下（中研院法律所，2009年7月）。本案再次印證了前揭文之觀察：「比例原則」之審查標準取決於待決問題之「定性」！

顯不適當而需收容時，始得命收容），則系爭規定並非（本身）「當然違憲」（*unconstitutional per se*），至多僅為個別法官個案審理時作出違憲裁量而違憲，亦即「適用違憲」（*unconstitutional as applied*）而已。然，我國現制下大法官之「抽象違憲審查」權（力）原不及於法官「個案裁判」有無違憲之審查。¹⁸ 大法官大可援例採取「合憲性解釋」（*Verfassungskonforme Auslegung*）¹⁹，以該款已有如上「但書」為由，認定該款規定可為符合憲法意旨之解釋，而不宣告其違憲。詎多數意見捨此而不為，進而於「理由書」第6段謂：「同條第二款雖明定收容處置須為不能責付或責付顯不適當者之最後手段，惟縱須對不能責付或責付顯

不適當之經常逃學逃家少年為拘束人身自由之強制處置，亦尚有其他可資選擇之手段，如命交付安置於適當之福利或教養機構，使少年人身自由之拘束，維持在保護少年人身安全，並使法官調查審理得以進行之必要範圍內，實更能提供少年必要之教育輔導及相關福利措施，以維少年之身心健全發展」。

前揭引文無異宣示：因本件採用「嚴格」審查標準，立法者於諸多能夠（適於）達成目的的手段中，只能選擇侵害（限制）基本權最小的手段！²⁰ 如此嚴苛的「必要性」檢驗，已超過（嚴於）德國傳統「比例原則」（*Verhältnismässigkeitsprinzip*）的理解，而近於美國「嚴格審查標準」

¹⁸ 參見司法院大法官審理案件法第5條第2項（「最高法院或行政院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋」）。

¹⁹ 參見釋字372號解釋（「民法第一千零五十二條第一項第三款所稱『不堪同居之虐待』，應就具體事件，衡量夫妻之一方受他方虐待所受侵害之嚴重性，斟酌當事人之教育程度、社會地位及其他情事，是否已危及婚姻關係之維繫以為斷。若受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全者，即不得謂非受不堪同居之虐待。最高法院23年上字第4554號判例謂：『夫妻之一方受他方不堪同居之虐待，固得請求離婚，惟因一方之行為不檢而他方一時忿激，致有過當之行為，不得即謂不堪同居之虐待』，對於過當之行為逾越維繫婚姻關係之存續所能忍受之範圍部分，並未排除上述原則之適用，與憲法尚無牴觸」）。

並參見釋字582號解釋許玉秀大法官「協同意見書」（「德國憲法學理上嘗論及『合憲性解釋』（*verfassungskonforme Auslegung*）之釋憲原則，係指釋憲機關審理系爭法規範，如該規範有合憲及違憲等多種解釋可能性時，尤其於立法者具有高度形成自由之事務領域（如社會福利事項），法律制度之設計有多重形成可能性時，不得執意選擇違憲之結論，而應儘可能為法規範尋求合憲之解釋基礎。此項解釋原則之主要目的，在於落實權力分立原則」）。

釋字585號解釋許宗力大法官協同意見書：「所謂合憲解釋指系爭法律倘若有數個可能合理的解釋，只要其中一個解釋可能可以導致法律獲致合憲之判斷，釋憲者即有義務依此方向解釋法律，並為法律合憲之判斷。明顯地，合憲解釋是出於司法者對有直接與多元民主正當性基礎之立法者的尊重，有其合理性。」

²⁰ 嚴格地說，多數意見此處似誤認「法規規定『適用違憲』」為「比例原則」檢驗的標的。詳見本文後述「參、一、」之討論。

(heightened/strict scrutiny) 下「量身定作」(narrowly tailored) 故而能「恰如其份」的「最少限制(最小侵害)手段」(the least restrictive means) 矣！吾人不禁懷疑：今後大法官所謂「嚴格審查標準」均將如本件解釋一般嚴苛地限縮立法裁量空間？抑或，本件解釋乃擦槍走火猶未自知？²¹

繼說明虞犯少年「收容」規定(少年法第26條第2款)違憲之後，「理由書」第6段緊接著說明「感化教育」何以違憲的理由。謂：「上開第四十二條第一項規定之保護處分，旨在導正少年之偏差行為，以維護少年健全成長，其目的固屬正當；惟就經常逃學或逃家之虞犯少年而言，如須予以適當之輔導教育，交付安置於適當之福利或教養機構，使其享有一般之學習及家庭環境，即能達成保護經常逃學或逃家少年學習或社會化之目的」。並總結道：「是少年事件處理法第二十六條第二款及第四十二條第一項第四款規定，就限制經常逃學或逃家虞犯少年人身自由部分，不符憲法第二十三條之比例原則」。²²

前揭「理由書」於指摘經常逃學或逃

家虞犯少年「感化教育」規定(第42條第1項第4款)時謂：(第42條第1項第3款之)「交付安置於適當之福利或教養機構…即能達成保護經常逃學或逃家少年學習或社會化之目的」；於指摘經常逃學或逃家虞犯少年「收容」規定(第26條第2款)時則謂：(第42條第1項第3款之)「如命交付安置於適當之福利或教養機構…實更能提供少年必要之教育輔導及相關福利措施，以維少年之身心健全發展」。兩者結論固為相同(皆認為違憲)，其論理(「即能」與「更能»)有無不同？²³

(三) 少年法第3條第2款第1目、第2目、第4目、第5目、第7目等規定(虞犯少年之其他定義)聲請宣告違憲部分，應不予受理

解釋「理由書」在最後(第9段)簡短地說明：「至聲請人併請解釋少年事件處理法第三條第二款第一目(按：經常與有犯罪習性之人交往)、第二目(按：經常出入少年不當進入之場所)、第四目(按：參加不良組織)、第五目(按：無正當理由經常攜帶刀械)及第七

²¹ 詳見本文後述「參、二、」之討論。

²² 「理由書」在本句之后，尚有一句輔助性的結語：「亦與憲法第二十二條保障少年人格權，國家應以其最佳利益採取必要保護措施，使其身心健全發展之意旨有違」。蓋「理由書」第2段曾闡釋：「人格權應受憲法第二十二條保障。為保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務。…國家對兒童及少年人格權之保護，固宜由立法者衡酌社經發展程度、教育與社會福利政策、社會資源之合理調配等因素，妥為規劃以決定兒童少年保護制度之具體內涵。惟立法形成之自由，仍不得違反憲法保障兒童及少年相關規範之意旨」。惟本件解釋對於係爭兩條文究竟如何「不成比例」地侵害虞犯少年之「人格權」，終未詳論。

²³ 詳見本文後述「參、二、」之討論。

目（按：有預備犯罪或犯罪未遂而為法所不罰之行為）規定，係構成少年虞犯事件之其他情形，並非本件原因事件應予適用且非顯對裁定結果有所影響之規定，與本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九〇號解釋意旨不符，應不予受理，併此指明」。亦即，多數意見以不具（裁判）「重要關聯性」為由，拒受理聲請書之第二點聲明。對此，大法官間實有不同意見²⁴。

綜上，多數意見受理並就聲請書之第一點聲明作成解釋，宣告少年法第3條第2款第3目規定（「經常逃學或逃家」之虞犯少年定義）尚不違憲，惟有欠明確，應儘速檢討改進。論理上，多數意見僅考量聲請書所提四點理由中之兩點（係爭規定有欠明確、違反平等原則），並採納其一（規定有欠明確）。接著，多數意見透過所謂「裁判重要關聯性」理論，將聲請書所未聲明之少年法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）規定，納入解釋範圍；並以限制「人身自由」違反「比例原則」為由，

宣告該二款規定適用於經常逃學或逃家之虞犯少年部分違憲！²⁵最後，多數意見以不具備「裁判重要關聯性」為由，拒受理聲請書之第二點聲明（請求宣告少年法第3條第2款其他五目關於「虞犯少年」之定義違憲）。

三、個別意見

釋字664號解釋計有三件（廣義）「不同意見」²⁶：黃茂榮大法官「協同意見書」（下稱「黃氏意見書」）、陳新民大法官「部分協同部分不同意見書」（下稱「陳氏意見書」）及許玉秀大法官「部分不同意見書」²⁷。茲按議題析論個別意見與前述多數意見之差別。

（一）本件解釋標的（客體）應如何界定？

對於多數意見以少年法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）規定，均為聲請人依原聲請解釋之少年法第3條第2款第3目規定（經常逃學或逃家）進行少年事件處理程序時，「所須適用之後續處置規定，與第三條

²⁴ 詳見本文下述「壹、三、（二）」之說明。

²⁵ 或謂：「本號解釋僅是禁止少年法官對於僅有逃學逃家這個虞犯客觀事實，但沒有虞犯性的少年科處剝奪人身自由的拘禁處分，…而不是禁止對具有虞犯性的逃學逃家少年科處剝奪人身自由的拘禁處分」。參見李茂生，〈釋字第六六四號解釋評釋—憲法的顛覆與天真〉，台灣法學雜誌137期，頁31以下（頁38-39）（2009年10月）。

²⁶ 此所謂「不同意見」係「廣義」用語，指稱「多數意見」以外，由大法官一人單獨或數人連署發表之其他意見書，相當於英文所謂“separate opinions”，堪稱「上位概念」。狹義之「不同意見」則指明白標示為「不同意見」者，相當於英文所謂“dissenting opinions”，堪稱「下位概念」。關於我國大法官解釋「不同意見」制度之演進及商榷，參見湯德宗，〈大法官解釋不同意見的實證研究〉，輯於氏著，《權力分立新論 卷二：違憲審查與動態平衡》，頁427以下（2005年4月）。

²⁷ 該意見書主要指摘「多數意見採定期失效的宣告模式，不能彰顯保護兒童及少年人權的確信」。限於篇幅與本文目的，不予評析。

第二款第三目規定有重要關聯」，爰「應一併納入解釋範圍」一點，黃氏意見書提出商榷。謂：「『重要關聯』尚屬條文間之關係的評價性論斷，非不得已，不適合在有疑義時，引為界定釋憲標的範圍之基準」。故「解釋理由以『重要關聯』說明組成完全規定之效力規定與構成要件規定間的關係，並以之為基礎，界定釋憲標的之範圍，不盡妥當」。

質言之，黃氏以為：「法律條文要產生其預期之規範效力，必須組成包含構成要件及法律效力之完全規定」。「本案所涉少年事件處理法第三條第二款第三目規定『經常逃學或逃家』，依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞者，由少年法院依本法處理之。此為該法第三條第二款所定少年虞犯之處理的基礎構成要件之一。該條文因為不含與該條所定構成要件連結之法律效力，所以是不完全規定。該規定必須與同法第26條第2款及第42條第一項第四款之法律效力規定組合成完全規定後，始具備規範作用，從而其規範內容才有聲請人質疑之違憲問題。是故，聲請人雖僅就少年事件處理法第三條第二款第三目規定之違憲疑義，聲請本院解釋，然除該目外，本案之違憲審查範圍尚應包括同法第二十六條第二款關於收容及第四十二條第一項第四款關於感化教育的效力規定」。亦即，黃氏主張以「完全規定」界定解釋標的（客體），使聲請書原未聲

請解釋的少年法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）規定，得以納入本件解釋之範圍，而無需（勉強）援引所謂「重要關聯性」理論！

余意以為，單就達成本號解釋多數大法官之共識—將少年法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）規定，納入本號解釋範圍，以成就一個原本「無理頭」的釋憲聲請案²⁸而言，「完全規定說」確實優於（多數意見書所採）「適用上重要關聯說」。蓋「適用上重要關聯說」過度擴張解釋範圍，難免招致擴權批評；且已扭曲了「裁判重要關聯性」理論的制度意涵。當然，「完全規定說」與「適用上重要關聯說」，最終仍須置於違憲審查制度（尤其是「法官聲請釋憲」的「具體法規審查」制度）下，檢驗其合理性。²⁹

（二）虞犯少年其他定義聲請解釋部分，應否受理？

關於多數意見以聲請書第二點聲明（請求宣告少年法第3條第2款第1目、第2目、第4目、第5目、第7目等規定內容為違憲），「並非本件原因事件應予適用且非顯對裁定結果有所影響之規定」為由，拒絕受理解釋一節，陳氏意見書提出商榷：「按各項構成虞犯要件者，多半有連結關係，例如逃家逃學者，且多與不良組織或犯罪習性者來往。而關於虞犯的收容及感化教育的諸項違憲疑慮，也一樣存在於各種虞犯要件，應依重要關聯性原則，一併加以探

²⁸ 參見本文後述「貳、一」之討論。

²⁹ 詳見本文後述「貳、三」之討論。

討」。亦即，陳氏贊同聲請人宣稱之擴張式「裁判重要關聯性」理論！

為何認同？陳氏意見書有謂：「若謂虞犯制度有根本上的違憲性—如同聲請書所指摘的不應由司法權介入、侵犯人格權…等，那麼殘留後的虞犯制度怎麼仍可視為合憲？聲請書沒有排除這種邏輯上的矛盾。當然，此論點也構成本號解釋論理周延性的盲點缺憾」！換言之，陳氏以為：如果多數大法官可以（假借）「法條適用上重要關聯說」，將解釋標的由聲請解釋之少年法第3條第2款第3目規定（經常逃學或逃家），擴張至未聲請解釋之同法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）規定，則何以不能依聲請人之請求，併及於同法第3條第2款第1目、第2目、第4目、第5目、第7目等規定內容？陳氏意見在邏輯上或可一貫，但「法條適用上重要關聯說」之弊病—過度擴張解釋標的，將伊於胡底？勢將更形彰顯！多數意見想係有鑑於此，乃決定急踩煞車！

細繹前揭多數意見所持「法條適用上重要關聯說」，與聲請書所謂「重要關聯性說」之內容實不相同。聲請書所謂「重要關聯性」乃指：少年法第3條第2款第1目、第2目、第4目、第5目、第7目等規定，與聲請解釋之同法同款第3目規定（經常逃學或逃家）「約略有相同之違憲事由，並同屬少年虞犯之各該處理範圍之內，而具有相同之規範目的」。多數意見不認同此說，又希望挑剔同法第26條第2款（收容）及第42條

第1項第4款（感化教育）規定，乃發展出所謂「法條適用上重要關聯說」。謂：須「本件原因事件應予適用」且「顯對裁定結果有所影響之規定」，才能成為（法官聲請釋憲之）解釋標的！至於「法條適用上重要關聯說」與「擴張式重要關聯性說」是否合理，最終仍須置於違憲審查制度（尤其是「法官聲請釋憲」的「具體法規審查」制度）下進行檢驗。³⁰

雖，多數意見所持「法條適用上重要關聯說」，與聲請書所謂「重要關聯性說」，兩者內容並不相同；但，兩者動機確有相同處。亦即，多數大法官想必是（如聲請書所謂）「基於建構客觀合憲秩序之目的」，而研創「法條適用上重要關聯說」，宣告原未聲請解釋之少年法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）規定「違憲」！

（三）虞犯少年「收容」及「感化教育」規定，是否違憲？

多數意見認定少年法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）規定違憲，已如前述。對此，黃氏意見書亦表認同，謂：「由於少年虞犯被收容之情境實際上等於羈押，受感化教育等於執行有期徒刑。所以，論諸實際，少年事件處理法中關於少年虞犯之命收容於少年觀護所及令入感化教育處所施以感化教育的規定，皆顯然抵觸刑法第一條罪刑法定主義的限制規定：『行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。』蓋在虞犯階段，少年之行為尚

³⁰ 詳見本文後述「貳、三」之討論。

未達到可認定為犯罪行為的程度。而依罪刑法定主義：無犯罪行為，即應無刑罰。違反罪刑法定主義其實也就是更嚴重的違反憲法第八條關於人身自由的保障規定」。

惟少年虞犯之「收容」與「感化教育」所以成為「與刑罰無殊之限制人身自由的處罰」，實乃實踐 (practice) 之結果 (尤其「在收容或感化教育期間卻未安排給予如同就學及在家之少年應享有之一般的學習環境及家庭溫暖」)，究非係爭法規規定使然！故，黃氏總結：「由上述說明可見，經常逃學或逃家之少年虞犯的收容或感化教育有關規定所以有違憲疑義，主要出在其相關制度之系統的規劃及執行的偏差。這需要愛心才能，而非單憑憲法或法律論述就能完成的神聖工作」。上開論述實埋藏著釋憲制度的根本問題：大法官在「抽象違憲審查制度」(非「具體違憲審查制度」)下，能否(及應如何)處理「法規適用違憲」(unconstitutional as applied)，而非「法規本身違憲」(unconstitutional *per se*) 的問題？

陳氏意見書質疑多數意見「少年法第26條第2款(收容)及第42條第1項第4款(感化教育)規定違憲」之結論，略謂：按國家對少年負有特別保護的義務，為履行特別防衛與保護，得基於高度公益，限制相關人民的人權。是「國家以法制建立『預防犯』制度，將虞犯(包括逃學逃課的虞犯)，命以強制性，而非放任性的態度來收容或命以感化教育，只要確實能達到保障少年權益，別無選擇時，即可獲得國家履行特別保障義務的合憲性，也不違反比例原則…。

不應以事實上執行不良，用在作為否認相關法的合憲性的判斷之上」。陳氏承認：虞犯少年之收容及感化教育，「目前我國陷於預算、編制等問題，而使得執行面出現嚴重偏差」。但，規範與實踐終究是兩回事，「如果立法者肯認當逃家或逃學之虞犯，及其他種類之虞犯，已經無法透過安置在個別家庭、福利或類似機構內，獲得矯正之機會，非要接受有公權力強制的感化教育不可，亦非必然牴觸憲法之規定。如此將感化教育視為國家『最後手段』…立法者功能性的判斷，應受到司法釋憲的尊重」！

綜上，前述多數意見之「法條適用上重要關聯說」、黃氏意見書之「完全規定說」、聲請書暨陳氏意見書之「擴張式重要關聯性說」，皆關係本件解釋能否受理及其範圍界定之「釋憲程序問題」，各項爭議應取決於「具體法規(違憲)審查」制度之立意！至本件解釋之實質問題——少年法第26條第2款(收容)及第42條第1項第4款(感化教育)規定是否違憲，則至少牽涉兩個層面。首先，「比例原則」在「嚴格審查標準」下，應如何理解(操作)？其次，我現行釋憲制度下，有無「法規定本身違憲」與「法規適用違憲」之分別？以下即分就前述「程序」與「實體」兩根本爭論，略抒己見。

貳、法官聲請釋憲案解釋標之界定

由司法院大法官執掌之「憲法解釋」(或稱「違憲審查」)固在維繫憲法結構 (constitutional structure)，以確保人民憲法上所保障之權利(大法官多以「基

本權」稱之)不受國家侵害。然,違憲審查本質上既為國家公權力之一種,其行使原應受到制約(「權限」者,有權必有限)。縱以大法官為守護憲法的「憲法守護者」,身為民國主人的人民全體仍當時刻警覺:誰來守護「憲法的守護者」?!是即「權力分立、相互制衡」乃民主憲政國家(constitutional democracies)建構憲法共同依循之基本原則之真理所在!本件釋憲標的(客體)該如何界定,最終仍須取決於憲法及相關(準憲法性質)法律所建構的違憲審查制度。

一、法官聲請釋憲制度之目的

本件解釋為法官聲請釋憲之結果。而「法官聲請釋憲」乃司法院大法官釋字371號解釋修正(放寬)其時「司法院大法官審理案件法」之規定所形成。釋字371號解釋(解釋文)謂:「法官依據法律獨立審判,憲法第八十條定有明文,故依法公布施行之法律,法官應以其為審判之依據,不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律,法官有優先遵守之義務,法官於審理案件時,對於應適用之法律,依其合理之確信,認為有牴觸憲法之疑義者,

自應許其先行聲請解釋憲法,以求解決。是遇有前述情形,各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序,並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由,聲請本院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第五條第二項、第三項之規定,與上開意旨不符部分,應停止適用」。

前揭釋示明確指出,創設「法官聲請釋憲」制度之目的及其要件,值得再次深思。申言之,允許法官聲請釋憲並非(如前述本件聲請書所稱)「為(抽象地)建構客觀合憲秩序」,而係為(具體地)協助法官解決其在個案裁判上可能遭遇的(認事)「用法」兩難之困境—既須「依法審判」,又須維護「憲法至高性」³¹,爰許法官聲請大法官釋疑,俾得以圓滿履行「依法審判」的憲法義務。

³² 既是為此目的而建制,上開解釋乃限定「法官聲請釋憲」須同時具備兩項要件:

1) 聲請釋憲之標的(客體)限於法官審理案件時,應以之作為「先決問題」而適用之法律;

2) 聲請釋憲之法官須形成(提出)待審法律為違憲之「合理確信」。

為實現肇建「法官聲請釋憲」制度之目的,並防止大法官任意擴權(擴張

³¹ 參見憲法第171條第一項(「法律牴觸憲法者,無效」)。

³² 釋字371號解釋沒有明言,但亦眾所皆知的前提,乃「憲法解釋」係由司法院大法官所獨佔的權力(我國採「集權」式違憲審查制),故法官遇有如上之兩難困境時,僅得停止訴訟程序,聲請大法官釋憲。在採用「分權」式違憲審查制的國家(如美、加、日、澳),法官遇此困境時皆應自行謀求合乎「憲法至高性」之解決方法(例如對法律為合憲性之解釋,或拒絕適用違憲之法律等)。當事人不服法院之「憲法解釋」,得循上訴途徑救濟。關於違憲審查制度之類型比較,參見湯德宗,〈論違憲審查制度的改進—由「多元多軌」到「一元單軌」的改進方案〉,《權力分立新論 卷二:違憲審查與動態平衡》,頁175以下(頁185-194)(2005年4月)。

違憲審查權)，必須謹守這兩個要件！

嗣大法官於釋字572號解釋進一步闡明釋字371號解釋所定兩要件。首先，關於「先決問題」要件，解釋文謂：「按法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋，業經本院釋字第三七一號解釋在案。其中所謂『先決問題』，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言」。其次，解釋文繼對「合理確信」要件進行闡釋：「所謂『提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。本院釋字第三七一號解釋，應予補充。」

走筆至此，赫然發覺：前述釋字664號解釋中有關「解釋標的」界定的種種爭論，似屬無謂！蓋，本件聲請果為法官於審理案件時，對於應以之作為「先決問題」而適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義？抑或（如聲請書所說）僅為法官本於其多年辦案

累積之經驗，偶以閱讀法院統計有感，為期「建構客觀合憲秩序」，而聲請釋憲？按司法院公布之本件聲請書觀之，似屬後者！如法官非於審理個別案件所生之法規違憲疑義，即不符前揭釋字371與572號解釋以來所釋示之「法官聲請釋憲」要件，大法官應不予受理！

二、「裁判上重要關聯性」乃為確保法官聲請釋憲之本旨

退一步說，設若大法官查明，本件確屬法官於個案審理時所產生之法規違憲疑義，則援引釋字572號所闡釋之「先決問題」，加上釋字558號解釋所為之「審判上重要關連性」詮釋，即可達成將解釋標的由原先聲請書聲請解釋之少年法第3條第2款第3目規定（經常逃學或逃家），擴張涵蓋原未聲請解釋之同法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）規定之目的。何以多數意見竟捨此而不為？

按大法官釋字第558號解釋理由書有云：「本件係臺灣高等法院於審理案件時，認所適用之國家安全法第三條第一項規定：『人民入出境，應向內政部警政署入出境管理局申請許可。未經許可者，不得入出境。』有違憲疑義，向本院聲請解釋。因違反上開規定者，依同法第六條第一項規定處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣九萬元以下罰金，此項處罰條款對於受理法院在審判上有重要關連性，而得為釋憲之客體」。³³準此，多數

³³ 論者以為，釋字558號解釋所謂「處罰條款對於受理法院在審判上有重要關連性，而得為釋憲之客體」，殆已背離了「裁判重要關聯性」乃在「限制」（而非「擴張」）具體法規（違憲）審查

意見大可援引釋字558號解釋，認定「少年法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）等處罰條款，對於受理法院審理同法第3條第2款第3目規定（經常逃學或逃家）案件，在審判上有重要關連性，而得為釋憲之客體」。再退一步說，即使不援引釋字558號解釋，多數意見猶可援引釋字572號所闡釋之「先決問題」，佐以前述黃氏意見書之「完全規定說」，達成相同目的——將解釋標的由原先聲請解釋之少年法第3條第2款第3目規定（經常逃學或逃家），擴張及於原未聲請解釋之同法第26條第2款（收容）及第42條第1項第4款（感化教育）規定。詎多數意見竟堅持發展「法條適用上重要關聯說」，並拒絕受理同法第3條第2款第1目、第2目、第4目、第5目、第7目等（虞犯少年其他定義）規定違憲之聲請，不顧陳氏意見書所指「論理前後矛盾」之批評，豈有不便言宣之苦衷？

三、「裁判上重要關聯性」不應變質為「法條適用上重要關聯性」 一般認為，釋字371號解釋確立「法

官聲請釋憲」制度，乃仿自德國「具體法規（違憲）審查」（die konkrete Normenkontrolle）。與之相對者乃「抽象法規（違憲）審查」（die abstrakte Normenkontrolle）。前者所以為「具體」，乃指法律已適用於具體訴訟案件，而發生法官對之有違憲之合理確信時，始得由法官提請憲法法院裁決該法律有無違憲；後者所以為「抽象」，乃指法規違憲之疑義得獨立成為憲法法院審查之客體，而不以該法規業經適用於具體訴訟案件為必要。³⁴因此，如釋字664號解釋並非法官於個案審理時所生之法律違憲疑義，大法官即應不予受理！如法官非於個案審理時所生之法律違憲疑義，大法官竟予受理者，無論動機為何，概屬擴權！除有維護憲法結構等不得已之特殊理由外³⁵，基於權力分立、相互制衡並相互尊重之原則，大法官不得任意擴張違憲審查權。

德國基本法（憲法）第100條第1項規定³⁶：法官於個案裁判時，確信其裁判所需適用之法律違憲，而原因案件訴訟程序之裁判將取決於該法律之效力者，得提請聯邦憲法法院裁判該法律之效力。為認

範圍的本旨。參見楊子慧，〈裁判重要關聯性作為憲法訴訟中限制的程序要件（下）〉，《憲政時代》，31卷3期，頁261以下（頁274）（2006年1月）。

³⁴參見楊子慧，〈裁判重要關聯性作為憲法訴訟中限制的程序要件（上）〉，《憲政時代》，31卷2期，頁123以下（頁144註34）（2005年10月）。

³⁵釋字499號解釋即為此特殊例外之適例，詳見湯德宗，〈國大延任案釋憲案專家學者意見說明書（一）〉，《權力分立新論 卷二：違憲審查與動態平衡》，頁557以下（2005年4月）。

³⁶GG § 100 (1) (“Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen...”).

定所謂「原因案件訴訟程序之裁判將取決於該法律之效力者」，德國憲法學說與實務乃發展出「裁判重要關聯性」(Entscheidungserheblichkeit)。而所謂「與裁判有重要關聯性之法律，係指若該法律於提請法官裁判原因案件訴訟程序時違憲無效，則提請法官必須做出與當該法律合憲有效時完全不同之裁判」。³⁷前揭大法官釋字572號解釋所謂「顯然於該案件之裁判結果有影響者」，從而須以之為「先決問題」聲請大法官釋憲，即此之謂也。³⁸

自釋字371號解釋與572號解釋所發展出來的「法官聲請釋憲」的另一個要件—「合理確信」，也可在德國尋得根源。楊子慧教授嘗解說德國聯邦憲法法院如何認定「裁判重要關聯性」，謂：³⁹

「聯邦憲法法院嚴格要求，具體法規違憲審查程序在其對於提請法官應審理之原因案件裁判為絕對必要(unerlässlich)時，法官始得提請法律違憲審查。職是，倘若提請法官於裁判原因案件之訴訟程序時，仍存在得以不適用其確信為違憲之法律為裁判基礎之可能性，亦即，其仍得依據其他法律為裁判之可能時，聯邦憲法法院即判斷該法律不具裁判重

要關聯性。」

所謂如有「仍得依據其他法律為裁判之可能時」，即前揭釋字572號解釋所謂「或系爭法律有合憲解釋之可能者」(尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由)。

至此吾人驚覺：釋字664號解釋之多數意見所以不願援引釋字572號解釋闡釋之「裁判上重要關聯性」，而必欲另起爐灶，發展「法條適用上重要關聯性」，作為解釋之基礎，實因少年虞犯之「收容」(少年法第26條第2款)與「感化教育」規定(同法第42條第1項第4款)皆未達「合理確信」為違憲之地步！蓋，如多數意見所提示，法官於審理少年虞犯案件時，原得命交付安置於適當之福利或教養機構，以代「命收容」與「施予感化教育」。由此可知，「裁判上重要關聯性」限制大法官受理法官聲請釋憲案件之解釋標的(範圍)，實寓有使大法官避免過早涉入法規合憲性判斷的作用！奈何，釋字664號解釋似求功心切，無心審酌細膩的制度設計。⁴⁰

參、虞犯少年「收容」及「感化教育」規定之合憲性

程序上說，本件解釋既不符「法官

³⁷ BVerfGE 7, 171 (173 f.); 11, 330 (335); 63, 1 (22); 65, 265 (277); 79, 240 (243 f.).引自楊子慧，前揭(註34)文，頁145。

³⁸ 參見楊子慧，前揭(註34)文，頁145。

³⁹ 參見楊子慧，前揭(註34)文，頁146。

⁴⁰ 至於「人民聲請解釋案件」，大法官作成解釋之標的(範圍)如何，當另文再論。所謂「裁判重要關聯性」理論，於「人民聲請解釋案件」之詮釋，不必然同於「法官聲請釋憲案件」。

聲請釋憲」建制之目的，應不予受理，已如前述。惟多數大法官仍執意（勉強）作成解釋，想係為使虞犯少年之「收容」與「感化教育」規定宣告為違憲之故。然，欲達成違憲宣告之目的，猶需克服兩項困難。

一、法規「本身違憲」與「適用違憲」

在採取具體違憲審查制度的國家（例如美、日、澳），違憲審查機關於審查係爭法規合憲與否時，輒區分法規規定「本身違憲」（*unconstitutional per se*）與適用違憲」（*unconstitutional as applied*）。「本身違憲」指係爭法規規定之內容，無論如何解釋，皆為違憲，亦稱「當然違憲」⁴¹或「顯然違憲」（*unconstitutional on its face*）⁴²。反

之，「適用違憲」指係爭法規規定原有合憲解釋（操作）之可能，只因係爭個案中之適用方式（例如法官以違憲之方式，引用係爭法規，作成裁判），使其變得違憲，故名「適用違憲」⁴³。

區分法規規定「本身違憲」與「適用違憲」，主要係為慎重行使違憲審查權，避免「殺雞用牛刀」，精確打擊範圍一宣告法規「適用違憲」即可達成救濟目的者，便無需宣告法規「本身違憲」。問題出在：「抽象（違憲）審查」制下，大法官能否選擇宣告法規「適用違憲」？換言之，按前揭釋字371號解釋所謂「法官於審理案件時，對於應適用之法律」，或大法官審理案件法第5條第2項所謂「對所適用之法律或命令」，確信有牴觸憲法之疑義，而聲請大法官解

⁴¹ See, e.g., *Northwest Cent. Pipeline Corp. v. State Corp. Comm'n*, 489 U.S. 493 (“We have applied a ‘virtually per se rule of invalidity’ against state laws that amount to ‘simple economic protectionism.’ ...On its face, paragraph (p) is neutral...If paragraph (p) is *unconstitutional per se*, it must therefore be because of its effects.”) (*emphasis added*).

⁴² *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (“Applying these principles to the St. Paul ordinance, we conclude that, even as narrowly construed by the Minnesota Supreme Court, the ordinance is *facially unconstitutional*. Although the phrase in the ordinance, ‘arouses anger, alarm or resentment in others,’ has been limited by the Minnesota Supreme Court’s construction to reach only those symbols or displays that amount to ‘fighting words,’ the remaining, unmodified terms make clear that the ordinance applies only to ‘fighting words’ that insult, or provoke violence, ‘on the basis of race, color, creed, religion or gender.’ Displays containing abusive invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topics. Those who wish to use ‘fighting words’ in connection with other ideas—to express hostility, for example, on the basis of political affiliation, union membership, or homosexuality—are not covered. The First Amendment does not permit St. Paul to impose special prohibitions on those speakers who express views on disfavored subjects.”) (*emphasis added*).

⁴³ See, e.g., *Federal Election Comm’n v. Wisconsin Right To Life, Inc.*, Argued April 25, 2007—Decided June 25, 2007 No. 06-969 (“The Chief Justice, joined by Justice Alito, concluded that BCRA § 203 is *unconstitutional as applied* to the ads at issue in these cases. ...2. Because WRTL’s ads are not express advocacy or its functional equivalent, and because appellants identify no interest sufficiently compelling to justify burdening WRTL’s speech, BCRA § 203 is *unconstitutional as applied* to the ads.”) (*emphasis added*).

釋時，大法官能否審查法官於聲請解釋之個案（原因案件）中適用法律之方式是否合憲？⁴⁴ 前揭本案黃氏意見書與陳氏意見書均指出，現行（少年虞犯之）「收容」（少年法第26條第2款）與「感化教育」（同法第42條第1項第4款）規定之問題出在「執行」，而非「規範」本身。若大法官能作成「適用違憲」之宣告，即可免「殺雞焉用牛刀」的指責。⁴⁵

按釋字371號解釋所建立之「具體法規（違憲）審查」固以法官於個案裁判時，對裁判所需適用之法律，形成違憲之確信，作為聲請解釋的要件；但其仍以法規本身作為審查程序之標的，故性質上屬「抽象審查」。⁴⁶ 實際上，「法規（違

憲）審查」，不論其為「抽象」法規違憲審查（abstrakte Normenkontrolle）⁴⁷，抑或「具體法規（違憲）審查」（konkrete Normenkontrolle），皆屬「抽象審查」。釋字第601號解釋彭鳳至大法官與許宗力大法官之協同意見書有謂：

「依德國學說之見解，法規違憲審查程序為客觀程序⁴⁸，無論其由聯邦政府、邦政府、眾議院議員三分之一發動（抽象法規審查程序），或由法官發動（具體規範審查）或例外由人民發動（直接針對法律提起之憲法訴願），其裁判均屬『抽象』。」⁴⁹ 所謂「抽象（違憲）審查」，係指釋

⁴⁴ 這是個弔詭的提問。理論上，「憲法解釋」為司法院大法官（釋憲機關）獨佔的權力，法院法官不能解釋憲法。但是法官於個案裁判時，確實可能以違憲的方式（例如違反平等原則地）適用法律（是即「裁判違憲」）。法院裁判亦屬國家公權力之行使，自應接受違憲審查之控制，然我國現制與德國不同，人民以確定終局判決違憲為由，聲請解釋時，大法官僅能審查終局判決所據以裁判之法律有無違憲進行審查（抽象審查），而不能直接審查法官於該原因案件之法律適用有無違憲（具體審查）！是，嚴格說來，我違憲審查猶有漏洞。參見湯德宗，前揭（註32）文，頁223-236。

⁴⁵ 類似意見，參見李茂生，前揭（註25）文，頁36（「大法官犯了兩個基本的錯誤。…其二、大法官認為不論法律所規範的效果其設計上的理念如何，只要實施上不合於理念，則不僅是該當違背理念的具體措施，連制度的設計本身也是違憲的」）。

⁴⁶ Vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 6., neubearbeitete Auflage, Rdnr. 147.

⁴⁷ 包括依司法院大法官審理案件法5條1款後段（中央或地方機關，於其行使職權，適用法律或命令發生有抵觸憲法之疑義）及同條3款（立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用法律發生有抵觸憲法之疑義）聲請解釋之情形。

⁴⁸ 所謂「客觀程序」，該協同意見書亦有闡明：「我國法制以承襲歐陸國家為主，行憲以來，關於客觀合憲規範秩序之維持制度，亦與德、奧等歐陸國家相近…其中憲法疑義解釋及法規違憲審查程序，均屬客觀司法程序。故依該法規定，其程序之發動者無須具有主觀權利保護必要；其程序之結構未必有被告；其程序之法律用語為「聲請」而非「訴訟」；其最終之司法判斷稱為「解釋」而非「裁判」等，與一般主觀訴訟制度設計上有所不同」。參見該「協同意見書」第4段。

⁴⁹ 參見「協同意見書」第9段。

憲機關之違憲審查可獨立於（傳統的）「個案訴訟」而存在，無須受到「案件或爭議要件」(cases or controversies requirement)⁵⁰之拘束。⁵¹因為是抽象審查，大法官解釋憲法乃無庸受到釋憲聲請書之拘束，⁵²更不以聲請釋憲之「原因事實」於作成解釋時仍處於爭議未決之狀態為受理之前提。⁵³抽象審查或具體審查毋寧為各國違憲審查制度最主要之區別，其來有自，根深蒂固。我國憲法雖無明文宣示採用抽象審查制，然而自大法官釋字第2號解釋以來，已經

形成穩固的抽象審查制⁵⁴。

抽象違憲審查乃以劃分（區分）「釋憲機關」（如我國司法院大法官、德國聯邦憲法法院）與「普通法院」之審判權為前提，為避免釋憲機關侵犯普通法院之審判權，變成所謂「第四審」，釋憲機關不應審查普通法院之「裁判」是否合憲，包含法官於原因案件中適用法律之方式是否合憲。是，現制下法官聲請釋憲時，大法官似僅能宣告法規規定「本身違憲」，無從宣告法規規定「適用違憲」！本件大法官殆皆同意：係爭少年

⁵⁰ 參見湯德宗，前揭（註32）文，頁188-189。

⁵¹ See Alec Stone, *Abstract Constitutional Review and Policy Making in Western Europe*, in DONALD W. JACKSON & C. NEAL TATE (ed.), *COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW AND PUBLIC POLICY* 42 (1992).

⁵² 參見釋字445號解釋「理由書」（「…人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無抵觸憲法情事而為審理。揆諸本院釋字第二一六號解釋…釋字第二八九號解釋…釋字第三二四號解釋…釋字第三三九號解釋…釋字第三九六號解釋…釋字第四三六號解釋…足以說明大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限」）。

釋字576號解釋「理由書」（「人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請本院解釋憲法時，本院審查之對象，非僅以聲請書明指者為限，且包含該確定終局裁判援引為裁判基礎之法令，並與聲請人聲請釋憲之法令具有重要關聯者在內」）。

釋字644號解釋「理由書」（「人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請本院解釋憲法時，本院審查之對象，非僅以聲請書明指者為限，且包含該確定終局裁判實質上援用為裁判基礎之法律或命令」）。

⁵³ 參見釋字387號解釋吳庚大法官「不同意見書」（「聲請解釋當時面臨立法院初次全面改選，行政院應否總辭，並無前例可援，執政黨內復有若干爭議，但隨後迅速解決，院長及閣員皆提辭呈。目前第二屆立法委員任期將屆，現任行政院院長已數度表明第三屆立法委員選出後亦將辭職。是行政院應否隨立法委員改選而總辭之問題已不存在，且此種解決方式現時各方並無異議，無須釋憲機關作任何實體上之解釋」）。

⁵⁴ 關於釋字第2號解釋之批評，參見湯德宗，〈權力分立與違憲審查—大法官抽象釋憲權之商榷〉，《權力分立新論 卷二：違憲審查與動態平衡》，頁75以下（頁79-82）（2005年4月）。

虞犯之「收容」(少年法第26條第2款)與「感化教育」規定(同法第42條第1項第4款)，其弊在於「執行」，不在「規範」本身。但因囿於現制，無從宣告法規「適用違憲」，只好勉強宣告法規「本身違憲」，剝奪立法裁量之空間！

二、「階層式比例原則」模擬操演

設若釋字664號解釋得就虞犯少年之「收容」與「感化教育」規定進行違憲審查，多數大法官宣告該兩款規定違憲，是否合理？這個問題涉及「比例原則」之操作。鑑於我國實務區分違憲審查基準乃近年之事，且大法官對於各種審查基準之內涵猶屬各說各話，筆者前乃假釋憲60週年研討會，嘗試整合美、德、加國經驗，提出「階層式比例原則」(hierarchical proportionality principle)，期促使大法官關於憲法第23條「比例原則」之操作更趨一致並可預見(be more consistent and predictable)。本文最後爰擬模擬操演「階層式比例原則」，以檢視本案違憲判斷之合理性。

「階層式比例原則」修正傳統「比例原則」之線性、流程式印象，改造為立體、多層次概念。其以「比例原則」為主詞，而不稱「審查基準」，乃為尊重約定俗成之事實；而新增「階層式」為形容詞，乃為涵蓋不同寬嚴(尺度)之審查基準。內容上，「階層式比例原則」乃以「目的合憲性」及「手段與目的之關聯性」為主幹(先區分為「三階」)，再以「舉

證責任」分配及「限制較少替代手段」檢驗為支幹(再分區為「六層」)，所構建之聯動、配套式審查基準體系，視個案之需要「配套」適用。

本件案情已然具備適用「比例原則」之前提要件，包括：係爭事項(虞犯少年之「收容」與「感化教育」)確屬憲法某項基本權(人身自由)所保障之範圍(Schutzbereich)，且該權利之限制符合「層級化法律保留原則」(乃少年法所明定)，具備「形式合憲性」，而可逕以「階層式比例原則」檢驗係爭限制之「實質合憲性」。茲分解操演如下。

首先，關於(違憲)「審查基準」之選擇(本件應以何種標準審查)，大法官以係爭規定涉及「人身自由」之限制，並考慮其「干涉強度」(「收容期間最長可達六個月」⁵⁵，感化教育「期間為逾六個月至三年」⁵⁶)，咸認應以「嚴格標準」審查。惟如進一步考量「收容」之「備用性質」(少年法26條限「必要時」且「不能責付或責付顯不適當」者，始得「命收容」)，與「感化教育」之「多元選擇」(除施予感化教育外，少年法院得裁定「移送」、「不付保護管束」、「訓誡」、「生活輔導」、「交付保護管束」、「命為勞動服務」、「安置於福利或教養機構」等)；復考量「收容」與「感化教育」皆為由少年「法院」裁定實施之保護處置，按「階層式比例原則」操作，本案至多應僅採取「中標」或「高低標」審查。

其次，關於「目的合憲性」審查(係

⁵⁵ 參見「理由書」第4段。

⁵⁶ 參見「理由書」第5段。

爭限制係為追求「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」等合憲目的？），多數意見以「查上開第二十六條之規定，旨在對少年為暫時保護措施，避免少年之安全遭受危害，並使法官得對少年進行觀察，以利其調查及審理之進行，目的洵屬正當」；⁵⁷復以「上開第四十二條第一項規定之保護處分，旨在導正少年之偏差行為，以維護少年健全成長，其目的固屬正當」，認定「收容」與「感化教育」之目的俱屬合憲。惟按「階層式比例原則」，採「高標」審查時，須是係爭限制（「收容」與「感化教育」）乃為（按係爭法律之文字與立法過程可得探悉之立法者真意）追求「極重要目的」（compelling/overriding ends）者，才能過關（合憲）。僅（如多數意見所謂）「目的正當」無法通過「高標」審查！益證本件多數意見所謂應採「嚴格標準」審查，絕非「階層式比例原則」所謂之「高標」，實際殆僅屬較嚴格之低標（「高低標」＝「具有殺傷力的合理審查基準」）而已。

再次，厥為「手段與目的關聯性」審查一係爭手段係為達成預設目的「所必要」者？按「階層式比例原則」下之「嚴格審查」標準（高標）乃「目的合憲性」審查與「手段與目的關聯性」審查之配套（水漲船高式）設計。其檢視之項目包括：⁵⁸

- ↳ Q1 目的合憲（為追求極重要目的）？
- ↳ Q2 手段與目的之關聯（所「必要」者）？

Q2-1 適當性（手段有助於目的之實現）？

Q2-2 必要性（手段與目的直接相關）？

Q2-3 有無「限制較少之替代手段」？

是否涵蓋過廣？又

是否涵蓋不足？

Q2-4 狹義比例性（損益顯失均衡）？

關於前揭「收容」規定，多數意見認為：「尚有其他可資選擇之手段，如命交付安置於適當之福利或教養機構，使少年人身自由之拘束，維持在保護少年人身安全，並使法官調查審理得以進行之必要範圍內，實更能提供少年必要之教育輔導及相關福利措施，以維少年之身心健全發展」。其意似在指責「手段」（收容）與「目的」（保護少年身心健全發展）尚非「直接相關」（量身定座、恰如其份）；並於檢驗有無「限制較少之替代手段」存在時，挑替「收容」限制人身自由過多（涵蓋過廣）而非必要！

如上結論與「階層式比例原則」之「高標」（嚴格審查標準）審查結果相符。惟，按前文觀察，釋字664號解釋之多數意見實際殆採「階層式比例原則」之「高低標」（而非「高標」）；果爾，其「手段與目的」間僅需為「合理相關」即可通過審查。其他可資選擇之手段（如命交付安置於適當之福利或教養機構）未必是「顯然」限制較少的替代手段！是按「階層式比例原則」之「高低標」審查，「收容」將可通過「手段與目的之關聯性」檢驗一必要而合憲！

⁵⁷ 參見「理由書」第6段。

⁵⁸ 詳見湯德宗，前揭（註17）文，頁619-625。

關於「感化教育」規定，前揭多數意見認為「就經常逃學或逃家之虞犯少年而言，如須予以適當之輔導教育，交付安置於適當之福利或教養機構，使其享有一般之學習及家庭環境，即能達成保護經常逃學或逃家少年學習或社會化之目的」。其意似在指責「手段」（感化教育）與「目的」（保護經常逃學或逃家少年學習或社會化）尚非「直接相關」（量身定作、恰如其份）；並在檢驗有無「限制較少之替代手段」存在時，挑剔「感化教育」限制人身自由過多（涵蓋過廣）而非必要！

如此結論與「階層式比例原則」之「高標」（嚴格審查標準）審查結果固然相符。惟，按前文觀察，釋字664號解釋之多數意見實際殆採「高低標」審查。果爾，其「手段與目的」間僅需為「合理相關」，即可通過審查。其他可資選擇之手段（如命交付安置於適當之福利或教養機構），相對於「感化教育」未必是「顯然」限制較少的替代手段！是，按「階層式比例原則」之「高低標」審查，系爭「感化教育」規定也會通過「手段與目的之關聯性」檢驗——必要而合憲！

綜上，採「階層式比例原則」之「高標」審查，則系爭之「收容」與「感化教育」規定皆「違憲」；反之，採「階層式比例原則」之「高低標」審查，則系爭之「收容」與「感化教育」規定皆為「合憲」！不僅如此，按「階層式比例原則」，釋字664號解釋在「比例原則」的操作上實際是「亂了套」的組合。申言之，一方面，對於「經常逃學或逃家」之虞犯少年「收容」與「感化教育」規定，如按多數意見

所宣稱採「高標」（嚴格審查標準）審查，則其「目的合憲性」之審查顯然失諸過寬——僅要求「目的」須為「正當」，而未審究是否「極優越或極重要」；雖然「手段與目的關聯性」之審查操作得宜——要求兩者須為「直接相關」。他方面，如依余所信本件多數意見實際係採「高低標」（「具有殺傷力的合理審查基準」）審查，則其「目的合憲性」之審查操作雖屬得宜——僅要求具有「正當目的」，但是「手段與目的關聯性」之審查則失諸過嚴——原僅須「合理相關」，今要求須「直接相關」！換言之，釋字664號解釋創造了一種「顧此失彼」的「嚴格審查標準」——僅為了追求合法（正當）目的，便可嚴格限制立法者於各種適於達成目的之手段（方法）中，僅能選擇「最小侵害」（限制最少）者，豈為合理？！

結 論

釋字664號解釋看似一件平常的解釋，實際上可能因其將「裁判重要關聯性」，擴張為「法條適用上重要關聯性」，而改變「法官聲請釋憲」制度的立意，並且意外地發展出一種有失平衡、顧此失彼的「嚴格審查標準」。回顧這一切，似僅因大法官亟思改正目前「經常逃學或逃家」虞犯少年「收容」與「感化教育」的執行缺失，又礙於現制大法官不能直接審查法官在個案裁判中適用（解釋）法令有無違憲（所謂「法規適用」違憲），遂作了一連串的變通，造成釋字664號解釋「答非所問」、「語出驚人」的結果。「爾愛其羊，吾愛其禮」，如此權宜釋憲是否明智，實值商榷。