

教師性行為道德法律化的代價

目次

壹、前言

貳、行為不檢有損師道的意義

一、少數人認定的行為不檢有損師道

二、不確定法律概念的理論及其限制

三、援引比附教師法律與規約

四、類推其他處罰教師類型

五、學生受教權保障與教師社會責任

參、教評會的正當法律程序及其實際

肆、行為不檢有損師道的司法審查

伍、教師法修法結果治絲益棼

陸、小結

壹、前言

至聖先師孔子，以其因材施教、有教無類，主張仁義之道，禮教興國，作為中國以及影響東亞文化禮法道德文化傳統，¹但即便是孟子，不認為禮法道德文化傳統應一成不變，而是要隨機應變。²千年前唐朝韓愈「師說」一文有記：「師道之不存也久矣」。千年之後要如何將抽象難解的禮法道統與可能不存在的師道應用在彈指萬變的手機網路時代，我國最高法院大法官釋字第 702 號解釋（下稱本號解釋），先是確認我國素有尊師重道的傳統，繼而認為行為不檢有損師道，雖為抽象不易理解的不確定法律概念，但可以教師相關法令、規約以及其他處罰教師的行為類型探知其意義，且可由專業、適當、公正的教師評審委員會（下稱教評會）依據正當法律程序審查判斷，據此認定行為不檢有損師道的教師可予以解聘，藉以保障學生受教權。

仔細思量，大法官本號解釋的每一項論證在實際檢驗上，存在許多疑問。

¹ 中國古代的法制思想倚賴君臣家族倫理建構的禮法，而不是西方近代以個人主義為權利義務關係作為其法治基礎，馬漢寶，法律與中國社會之變遷，翰蘆，1999 年，頁 3；楊日然，法理學論文集，月旦，1997 年，頁 377；城仲模，四十年來之行政法，氏著，行政法之基礎理論，三民，1984 年，頁 937；顏厥安，中國法制史與其他法學課程之關係：以法理學為例檢討中國法制史的研究對象，律師通訊，165 期，1993 年 6 月，頁 49。

² 孟子離婁篇：「嫂溺不援，是豺狼也。男女授受不親，禮也；嫂溺援之以手者，權也……天下溺援之以道；嫂溺援之以手。子欲手援天下乎？」

本號解釋的主要爭點在於，究竟已婚高中教師與校外大學生通姦是不是屬於行為不檢有損師道而應予以解聘，大法官以教師有遵循禮教傳統的身教與社會教化的義務責任，確認教師與他人通姦行為屬於行為不檢有損師道而得以解聘。此等論證的問題在於，教師是不是都不能與他人合意性交？想當然答案一定不是，只有受到婚姻拘束的教師不能違反婚姻與家庭的忠誠而與他人通姦，才須受到刑事處罰。³不過通姦如果沒有人提出告訴，不至於入罪。問題是沒有刑事犯罪，不代表沒有解聘處分。

本號解釋解聘教師的依據主要在於通姦行為不檢有損師道，然而，通姦行為是不是屬於行為不檢，行為不檢會不會有損師道，有損師道是不是一定要把教師解聘，三個論證環節，大法官都沒有正面解釋，只用援引附比參考教師法令等相關法規可以探知行為不檢有損師道的意義，加上適法、正當的教評會審查，就可以正當化該等不確定法律概念，司法機關應尊重教評會專業判斷，不應介入。這樣的憲法解釋，有無保障當事人憲法及法律權益，⁴兼顧所欲維繫學生權益以及一般社會大眾的公共利益，有重新檢討必要。

以下，本文將先探知「行為不檢有損師道」的意義，繼從教評會是否具有專業判斷足以令司法尊重不予審查的餘地，教師法修改此一不確定法律概念，以「行為違反相關法

³ 司法院釋字第 554 號解釋：「性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」另參閱釋字第 569，587 號解釋及刑法第 239 條。

⁴ 教師法第 1 條：為明定教師權利義務，保障教師工作與生活，以提昇教師專業地位，特制定本法。

令，經有關機關查證屬實」作為解聘教師事由，可能適得其反，因違反相關法令無邊無際，容易讓多數權力者以空洞的道德語言迫害異己教師性的自由。

貳、行為不檢有損師道的意義

一、少數人認定的行為不檢有損師道

本號解釋聲請人為高中教師，因被檢舉性侵害，經調查之後為合意性交行為，性交之一方非無性交能力之幼女，⁵亦非聲請人所任教班級或學校之學生，而是校外女大學生，⁶非師生戀，亦非師生關係產生性行為互動關係，自無違反全國教師自律公約。⁷所非難者，聲請人與檢舉人合意性交時已

5 最高行政法院 105 年度判字第 51 號判決略以：上訴人教師分別與兩名不同之 16 歲以上未滿 18 歲女子發生性交易等情，屏東地檢署證述綦詳，核閱屬實……縱使如上訴人主張，其係誤認性交易對象業已年滿 18 歲，但按其情節應注意，並能注意，而疏於注意，致因過失違反前揭行政法上攸關師道的禁止規範，亦構成「行為違反相關法令，經有關機關查證屬實」之情形。

6 李仁森，不適任教師之範圍與法律明確性，月旦法學教室，122 期，2012 年 12 月，頁 60。

7 全國教師自律公約參、教師自律守則四：「為維持校園師生倫理，教師與其學校學生不應發展違反倫理之情感愛戀關係。」校園性侵害性騷擾或性霸凌防治準則第 7 條：「教師於執行教學、指導、訓練、評鑑、管理、輔導或提供學生工作機會時，在與性或性別有關之人際互動上，不得發展有違專業倫理之關係。」因教師與任教班級學生的師生戀，可能會導致學生評量與成績不公，影響其他同學在教育資源分配與請益知識學問時間等不合理的差別待遇，應極力避免，張樹倫，師生戀不戀，師友，482 期，2007 年 8 月，頁 5；鄧煌發，藏在心底的秘密——師生戀，師友月刊，526

婚，兩人皆可能構成通姦罪。該校旋即認定該名教師行為不檢有損師道，予以解聘，並依據行為時教師法規定，聲請人不得再擔任教師。聲請人不服，循序提起行政爭訟，皆遭敗訴，聲請人最後期待大法官能以憲法解釋還其公道，得到卻是部分勝訴、部分敗訴。敗訴部分為解聘行為及其法律依據的行為不檢有損師道沒有問題，但永遠不得再擔任教師則以違反比例原則宣告違憲。

多數大法官們以教師法行為不檢有損師道作為教師解聘事由，依其既有審查不確定法律概念前例，重申以往諸多憲法解釋，以不確定法律概念意義非難以理解，可接受司法審查，作為合憲性結論的主要理由。⁸問題在於，不確定法律概念對人民的權利影響不大，或者是有利於人民的解釋，沒有人會質疑大法官們的結論。但像本案解聘聲請人，已嚴格限制聲請人憲法保障工作權及其衍生職業選擇權利，間接影響聲請人因其工作職業賴以維生的財產權與生存權，還有聲請人必須面對同事、學生、家長乃至於社會輿論等負面評價、損及人格尊嚴等，大法官作出「行為不檢有損師道」不確定法律概念得作為教師解聘事由的合憲性推論，是否合適，有待商榷。

期，2011年4月，頁69。但師生「戀」是否即是違反專業倫理之師生「性」互動關係，可能還有深究餘地，如果沒有性猥褻、性侵害、性騷擾或通姦行為，師生間即便有性的互動關係，不一定會被解聘，最高行政法院106年度判字第437號判決認同師生戀經教評會初次全數決議反對解聘，並參閱，許育典，禁止師生戀是否違憲？月旦法學教室，112期，2012年2月，頁6-8，惟，許氏於該文第6頁認為前揭準則，性質上屬於行政指導，或有誤解。

⁸ 司法院釋字第313，432等不確定法律概念憲法解釋參照。

首先要理解究竟什麼才是「行為不檢有損師道」。

一般人對於這八個字，應該都是似懂非懂，不甚明確，因此才必須藉助法律的解釋，以尋求眾人客觀可理解的意義。可惜，「法的概念，其意義多歧而曖昧。」⁹用最簡易入門的文義解釋，憑藉之一即字典上的意義，依據教育部國語辭典檢索得出「行為不檢」有「浪蕩子」、「壞痞子」類型，檢索「檢」字則有品行、節操、約束、節制等意思。¹⁰但什麼是品行節操，同樣難以理解，也無客觀標準可以遵循，反而會衍生循環論證的問題如，為什麼行為浪蕩就必須要節制、約束？不節制約束浪蕩行為就一定有損師道？什麼才是「師道」，諸多不確定的法律概念，多是人云亦云，莫衷一是，只能意會不能言傳。如此，行為不檢有損師道的不確定法律概念，是否真如大法官主張「意義非難以理解」？如果沒有實證研究，或者如一般市民組成的陪審團認定，大概就只是多數大法官，也就是不到 15 位的大法官認定的「意義非難以理解」而已，多為大法官們憑藉主觀知識經驗下所為恣意、偏頗的權力運作結果，而非具有客觀合理說服他人的理由判斷。

⁹ 林文雄，法實證主義，三民，1982 年，頁 65。

¹⁰ <http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?ccd=8K9X6W&o=e0&sec=sec1&op=v&view=4-4>; <http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?ccd=8K9X6W&o=e0&sec=sec1&op=v&view=4-5>; <http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?ccd=8K9X6W&o=e0&sec=sec1&op=v&view=4-6> (最後瀏覽日：2016 年 10 月 18 日)。

二、不確定法律概念的理論及其限制

由於法律文字具體明確是為規範目的所需，卻容易增加立法與執法的程序負擔，也容易因為必須具體明確而製造鉅細靡遺的規定，導致法律概念與條文的適用產生體系不一致的風險，增加法律解釋選擇適用的困難度，難以因應日新月異、分秒異動的社會變遷事實，如果不是要經常立法修正，藉由更加不確定的司法造法，或經由民主正當法律程序填補立法漏洞，立法技術上就必須使用較為抽象的不確定概念，授權執法機關因應相關規範事實進行初步或專業合法性判斷，從而衍生授權立法行為、不確定法律概念判斷餘地與裁量空間等理論與實際的運作。¹¹然而，受限於權力分立監督制衡原理使然，授權執法機關立法並非完全自由，執法機關也未必能利用立法授權實現立法目的。¹²立法者利用不確定法律概念，將立法權完全交付行政權，是破壞權力分立，不應容許的行為。¹³

11 蔡達智，從行政法學點論立法目的，收於，城仲模（編），行政法之一般法律原則（二），三民書局，1997年，頁78。

12 許育典，「行為不檢有損師道」明確嗎？月旦法學教室，121期，2012年11月，頁8。

13 在我國，破壞權力分立國家體制運作，經常發生。除了歷經戒嚴、動員戡亂等連年戰爭因素影響而幾乎無憲政制度、缺乏權力分立監督制衡，一黨獨裁專制，行之有年。即便號稱政黨輪替稍有民主法治的基礎，現今我國經由形式民主的選舉，往往使得單一政黨取得行政與立法的多數權力，司法、考試與監察權同樣落入所屬政黨權勢影響下的完全執政，很難存在適當權力分立監督制衡機制。即便不是完全執政，大部分的法律案多由行政機關主導提出，受限於時間與能力，立法院只能在政策上與立法委員或所屬政黨有利害關係的部分稍加著墨，其餘部分不僅多為空白授權，恐怕也

其次，過於不確定的法律概念，會讓執法者產生不知或難以執行的困擾，以致於個別優於一般，具體優於抽象，特別優於普通等法律適用原則，會成為承辦科員執法經驗優於長官意志，長官意志優於機關前例，機關前例優於內部規則，內部規則優於法規命令，法規命令優於法律，最重要的憲法成為裝飾品，剛好與法律優位原則顛倒過來。¹⁴且在行政行為推定為合法有效的理論與實際運作現實下，個案具體的承辦人、長官意志與前例等對不確定法律概念的判斷也一樣被推定是合法有效的前提下，即便是恣意、專擅的判斷，如果沒有人有勇氣、時間、財力為權力、權益或公益奮鬥，恐怕鮮少會受到挑戰，至於該等判斷是不是合乎立法授權與立法目的，當然也不會有太多人在乎。加上過度屬人或專業事物判斷，司法能力有限甚至無能，退縮司法自制，免生爭議，以此造就無分立監督制衡的絕對腐化執法權力。¹⁵

只是為執政黨行政政策背書的形式立法而已。很多法律案的立法理由，查閱立法相關文書，往往得到照黨團協商會議結論通過，不具立法討論過程立法委員所提任何意見，此等理由不備的法律，卻要所有國民遵守，可能只是遂行政黨目的，重生翻版過去一黨獨大下專制獨裁，容易造就執法人員以依法行政、判斷餘地之名，遂行恣意專擅偏頗的腐化官尊民卑權力，倒楣的往往是弱勢的一般國民，蔡達智，一個歷史的反思——大法官三四二號解釋，律師通訊，203 號，1996 年 8 月，頁 42。

¹⁴ 憲法第 171-172 條；中央法規標準法第 11 條。

¹⁵ 黃舒芃，法律明確性原則的制度功能——評釋字第七〇二號解釋對法律明確性原則之認定，月旦裁判時報，17 期，2012 年 10 月，頁 10。

三、援引比附教師法律與規約

大法官於本號解釋闡明，探知行為不檢有損師道的意義，可從其他法律規範教師權利義務、教師聘約、規約、公約等理解，如「公立高級中等以下學校教師成績考核辦法……第四條即有就『品德生活較差，情節尚非重大』為留支原薪，同辦法第六條就『有不實言論或不當行為致有損學校名譽』為申誡，就『有不當行為，致損害教育人員聲譽』為記過，或就『言行不檢，致損害教育人員聲譽，情節重大』為記大過等不同程度之處置，顯然『行為不檢』之情節須已達相當嚴重程度，始得認為構成『有損師道』。」實則，高中教師考核辦法中所列「品德生活較差」、「不實言論」、「不當行為」、「言行不檢」，是沒有辦法用來解釋什麼叫做行為不檢有損師道，因為這些概念一樣是不確定法律概念，以同樣不確定法律概念來解釋另一個不確定法律概念，將陷入永恆的循環論證。本號解釋充其量多了行為不檢必須相當嚴重程度才會有損師道，但因通姦行為如何不檢，實在難以得知，通姦有無構成行為不檢相當嚴重程度，進而有損師道，實在說起來，即便是法官也恐怕難以判斷通姦程度的嚴重性，一次通姦還是很多次通姦，如果要很多次通姦，本案教師如果只是一次性通姦，似乎就不算嚴重，也就沒有必要解聘。實則不然，因此通姦是否行為不檢才是核心的概念，至於通姦有無構成相當嚴重程度的行為不檢，並不重要。

既然教師成績考核辦法難以提供援引比附的不確定法律概念的判斷，大法官認為仍可由其他法規探知何謂行為不檢。然而，因實際上教育人事、財務、主計、採購、法制等無窮止盡的法律、法規、內部規則、解釋函令，外加每年最新修正法令，以及承辦人員及其長官的偏見，可能沒有任何一位教師能夠詳查教師相關法令，具體得知行為不檢有損師道的概念意義，也許只有大法官的法學素養才能善用優良的法學方法在毫無邊際的法律文字當中耙梳得知。因此，大法官闡明教師可從相關法令、規約、契約得知行為不檢有損師道，或許只是宣示教師不得因不知法律而免除其責。但就算是法學教授也有術業專攻之處，不是每個人、每一項法律都很專精，事實上也不可能，既然如此，要一般非法學教授的高中教師如何從無限的法規、規約、契約得知自己的行為究竟有無不檢有損師道，恐無期待可能。就算最有可能到教師手上的教師聘約，多只在權利受到侵害的少數教師會仔細認真研究聘約背後到底寫了什麼文字。多數教師對待該聘約不過就是一張紙，如同定型化契約一般放在自己的抽屜，直到被迫辦公室搬遷或退休，才會稍微整理教師聘約，就算整理也不一定看聘約究竟寫了什麼。何況教師對於認識法令的認識，有太多行政單位人員莫不自以為是，或認己身為簡任高級文官，無視、無知學術自由、大學自治才是大學的本質，把大學當成官僚體制要求教師遵守官場與敬老倫理，架空兼任主管教師職權，竭盡心力誤以為自己擁有權力決定各