

## 釋字第七〇二號解釋部分不同意見書

把我們經常向他請教的人稱為老師，是理所當然的。不過並非每一個指教我們的人，都配得上這個稱謂。

德國·歌德

大法官 陳新民

本席對於本號解釋提出部分不同意見之處，乃針對多數意見認定教師法對於教師「行為不檢有損師道」的規範內容，並未違反法律明確性之要求；從而對於教師一有違反該項義務的言行，即可能遭到解聘、停聘及不續聘之後果。對因此限制人民職業自由而言，並不抵觸比例原則。

此見解不論就法律明確性的制度要求，或檢驗方法，皆留有若干值得斟酌之餘地；而在比例原則的檢驗上，多數意見的論理顯然側重在「師道維繫」的單方面重要性之上，而未對另一方受影響之的教師，除工作權以外之其他諸多權利，包括人格權、名譽權以及言論自由等，一併列入考量，似乎不符合公正的「法益權衡」(Güterabwägung)的要求。而教師法乃課予所有的教師同等的師道行為標準，忽視了大學與高中以下教育機構，應有不同的對待。同時，一般正常教育與推廣、技藝訓練等教育課程，應有不同的師道要求。從而對於師道標準應有「差別化」，否則即有混淆道德律及法定義務之嫌疑。

故為澄清教師在法治國中應享有一定明確的工作與人性尊嚴等基本權利，另協調其職務義務亦負有達成的國家教育任務，推廣國民道德與傳統文化價值之目的，爰提出部分不同意見書於次：

### 一、教師「行為不檢有損師道」之規定，符合法律明確性要求？

教師法第十四條第一項第六款規定，教師有『行為不檢有損師道，經有關機關查證屬實』時，得以解聘、停聘或不續聘。」(以下簡稱系爭規定)，多數意見認為並不違反憲法上之法律明確性要求。多數意見的立論固認為此一要件係一不確定法律概念，其內容一行為人嚴重違反為人師表之倫理規範，致已不宜繼續擔任教職(見解釋理由書第二段)一如何確定而不至於違反憲法之法律明確性原則？多數

意見明顯採取兩種方式：第一種為：依賴專業與公正之判斷機關；第二種為行為人已處於「可預見」的狀態之中，因為依賴實務上已經累積了若干明確的案件類型，可供被規範人認知。

多數意見認定系爭規定符合明確性原則，並導出本院解釋一貫認定相關法律有無違反不確定法律概念的標準（自本院釋字第四三二號解釋開始之模式），乃是：「其意義非難以理解，且為受規範之教師得以預見，並可經由司法審查加以確認」之結論（解釋理由書第一段）。這也是所謂的「三種檢驗標準」—意義非難以理解、可預見及可司法審查。

多數意見似乎並不質疑本院一貫之檢驗方式之妥當性且援引之，用以驗證系爭規定並無違反明確性原則。此檢驗過程也提供了吾人一個絕佳的機會，以驗證本院此「三種檢驗標準」是否妥適，以及此沿襲自德國的法例，能否妥適地配合我國的法制土壤—司法審查及釋憲制度—，而獲得制度應有的保障人權與法治國屬性之功能。

#### （一）不確定法律概念的內涵如何確定？

「三種檢驗標準」的第一種標準：「意義非難以理解」，在實際論證過程，並沒有任何實益可言。因立法者使用不確定概念的用語，很難想像立法者在歷經三讀的立法過程，會使用無法理解的文字。立法者多半因為採行包容性廣泛的文字，以致於產生模糊與不確定，而留下解釋的空間。這個解釋的空間多半在構成要件是否合致，少部分在法律效果的確定之上。

故欲確定概念抽象與概括的條文內涵，主要依靠另外兩個途徑：「可預見性」及「可司法審查性」。

欲達到這個結果，本號解釋顯然將重心置於「可預見性」的獲得之上。如何說明系爭規定的內涵已經達到了可預見性之要求，多數意見倚賴兩種論證，第一是由公正機構來判斷個案有無符合系爭規定的構成要件；第二是由法規實施後的實務，已經形成出可預測的資訊，足供「風險預測」。

詳言之：第一種的「公正判斷機關」：已見於解釋理由書第二段之「……惟法律就其具體內涵尚無從鉅細靡遺詳加規定，乃以不確定法律概念加以表述，而其涵意於個案中尚非不能經由適當組成、立場

公正之機構，例如各級學校之教師評審委員會（教師法第十一條、第十四條第二項、大學法第二十條及高級中等以下學校教師評審委員會設置辦法參照），依其專業知識及社會通念加以認定及判斷……」。

第二種由法規實施後的實務，已經形成出可預測的資訊：同見於上段解釋理由書之接續文字：「……而教師亦可藉由其養成教育及有關教師行為標準之各種法律、規約（教師法第十七條、公立高級中等以下學校教師成績考核辦法、全國教師自律公約等參照），預見何種作為或不作為將構成行為不檢有損師道之要件……」。同時，也引伸實務上已有的「類型化案件」，加強預測的資訊。此見諸解釋理由書接續上述文字：「……且教育實務上已累積許多案例，例如校園性騷擾、嚴重體罰、主導考試舞弊、論文抄襲等，可供教師認知上之參考……」。

如果比較本號解釋對使用一個不確定概念的法條是否滿足明確性要求，使用「公正判斷機關」與「風險預測資訊」的標準，與本院傳統的判斷標準，是否一致？可舉相關的本院釋字第四三二號、第五四五號解釋，作一比較。

首先，引述本院釋字第四三二號解釋：「……對於專門職業人員違反職業上應遵守之義務，該號解釋便對於會計師之「廢弛其業務上應盡之義務」，係指：「應為而不為，及所為未達會計師應有之水準而言。……此項規定一方面基於會計師之職業義務無從窮舉之考量；一方面則鑒於會計師為經國家考試及格始得執行業務之專門職業人員，於其執行業務時何種作為或不作為構成業務上應盡義務之違反或廢弛，足以損及當事人之權益暨大眾之交易安全，可憑其專業知識予以判斷，並非難以理解，對於懲戒權之發動亦非不能預見，縱其內容及範圍具有某程度之不確定性或概括性，惟個案事實是否屬該規定所欲規範之對象，仍可經由司法程序依照社會上客觀價值、職業倫理等，按具體情況加以認定及判斷，要無礙於法安定性之要求。」

其次，在本院釋字第五四五號解釋，對於醫師的「業務上之不正當行為」。則指「醫療業務行為雖未達違法之程度，但有悖於醫學學理及醫學倫理上之要求而不具正當性應予避免之行為。法律就前揭違法或不正當行為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，並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。」

比較起本號解釋多數意見的兩個標準（公正判斷機關及風險預測資訊），與前兩號傳統見解顯然不同，其差異可見諸：

### 1. 確定標準的範圍不同——為限於職務倫理；另一為職務內外之倫理：

由本院釋字第四三二號解釋對於會計師的業務上應盡之義務，該號解釋認為包括了：「除了會計師法所定之法定義務外，尚包括社會上客觀價值、職業倫理。本院釋字第五四五號解釋對於醫師法所謂「業務上之不正當行為」，則指醫療業務行為雖未達違法之程度，但有悖於醫學學理及醫學倫理上之要求而不具正當性應予避免之行為。此兩號解釋都將社會共通價值及相關職業的「倫理」（會計師與醫師倫理），均包括在內。乍看之下，和本號多數意見之見解並無不同：本號解釋多數意見認為行為人有無「違反為人師表之倫理規範」，可由教師評審委員會依其專業知識其社會通念加以判斷。

但仔細分析卻會瞭解前述兩號解釋，對於專門技術人員的「倫理」，僅限於「與職業行為相關之倫理」——會計師與醫師之倫理。但本號解釋的「為人師表」，似乎不限於行為人執行教師工作時所擔負的教師倫理，而及於教學時外一切的言行舉止。易言之，已經超越了職務行為以外的其他私人領域。

### 2. 判斷機構的屬性問題

首先應注意的是，本號解釋所依賴判斷是否符合構成要件的「公正判斷機關」，並不是「可司法審查之機構」。而不似論及會計師或是醫師懲戒責任的判斷機構——會計師或醫師懲戒委員會本身便具有了類似司法機關的地位，符合本院過去一貫對不確定法律概念的「可司法審查性」之要求。亦即作出有無違反專業知識、倫理與社會通念的決定時，已經將司法審查及法治國原則等概念，納入在判斷過程之中。

然而本號解釋的判斷機構，則全然不是行使國家懲戒權的懲戒委員會，而係由教師法及大學法等所成立的各校之「教師評審委員會」。再加上其僅僅運用專業知識與倫理、社會通念等價值判斷，無

庸考慮法治國原則、人權概念等理念，顯然此階段並不符合「可司法審查性」的要求。

## (二) 是否已達可預見性的要求？

本號解釋多數意見主要致力於澄清可預見性之疑慮，並舉出由法規實施後的實務，已經形成出可預測的資訊，以及實務界累積出一批案例，足以促使法規受規範者之注意義務，以躲避風險。這是本院過去數年來審理有關不確定法律概念中，最清楚闡釋此問題的一例，也頗有創意，值得吾人進一步探究之。

首先，應對於法明確性原則拘束立法者之立法義務，稍加論述：

### 1. 立法者應避免「泛道德化」的立法義務

按法律明確性 (Rechtsklarheit) 之要求乃是基於法安定性之原則，使得法律受規範者能夠事先預知到其法律上的權利與義務 (可預見性, Vorsehbarkeit)，從而預測到其行為後果 (可預測性, Zumutbarkeit)。將法律明確性提升到法治國原則的層次，不論是法律條文本身的「規範明確性」(Normklarheit)，或是授權給行政機關的「授權明確性」(Ermächtigungsklarheit)，都必須滿足此一明確性之要求。透過這兩種條文的明確性要求，讓受規範人民依據法律的語意，即可理解自己將來為任何行為，將會承擔何種法律責任，也符合法治國信賴保護 (Vertrauensschutz) 之原則。在後者的情形，更是基於權力分立原則，立法者必須自己承擔起規範人權的立法責任。即使授權給行政機關，也必須將授權的內容、界限及目的，加以事先的確定。這將限制人權的授權提升到憲法層次，包括使用不確定法律概念，都是對於立法者的不信任心態所致。

現代法治國家之所以對於立法者限制人權，會採行這種懷疑的態度，也認為每個立法都必須帶來一個客觀、可清楚洞見其規範範圍與具體內容的法律秩序，也正是努力將「法律適用關係」轉變成「物理效應」，易言之，將法律視為一門科學，使得法律的作用「科學化」。故法律可預見性原則，無異於「科學必然性」！不能夠掌握這種期盼現代法學「科學化」的精髓，希望減少法律適用過程任何人為因素至最低限度，回到幾乎是機械性、類似物理性的因果論，才是法律安定性所欲達成的法治國法律適用之理想效果。

在這種強調最高度「必然性」的要求下，立法者使用不確定法律概念，雖係不可避免，但應儘量少用。因此唯有當非用不可時，方可以使用之。在使用抽象概念用語前，如有類型化或例示性的立法可能性時，亦應儘量使用之，方滿足使用不確定法律概念的用語乃「最後手段」之要求也（本院釋字第五六四號解釋參照）<sup>1</sup>。

其次，如果涉及到侵犯基本人權的機會更多、密度與程度更高時，不確定法律概念的使用更應該避免。如使用時，則法律條文明確性及授權明確性的要求更為提高。此為「重要性理論」（Wesentlichkeitstheorie）所要求。立法者必須衡量所可能侵犯人民基本權利的種類、影響結果與大小，而後在明確性規定的實踐上，加以反應，是為立法者的憲法義務，也是違憲審查必須專注的焦點。

然而，本院過去的一貫立場已表現在本號解釋多數意見，但卻忽視了立法者於立法時就應承擔這種「盡可能詳細規範何謂行為不檢、以致於有損師道」內容之義務。當然如果個案產生的法規範適用不確定之問題，乃立法者當初所未顧及、屬於立法疏漏或基於社會變遷所形成之疑慮，正有賴司法審查的制度，予以個案澄清。這種「非有意之不確定」，值得憲法學探究之處較少。但立法者能較仔細規範而不為，以致於造成「有意模糊」—如同本號解釋之系爭規定，則與前述「非有意模糊」不可同日而語。

立法者使用系爭規定此一—望即知，可能是「包山包海」的要件，再加諸「依社會通念」之加持，正可能是要求每一位老師的所有言行，都必須透過顯微鏡檢視的「道德完人」不可。立法者還制訂出這種無疑會將社會通念所形成的「道德律」，引進法條內容，名正言順的演變成法律義務的不確定法律概念條款，立法者這種怠惰，豈無失職之責乎？

## 2. 如何填補不確定概念之法規範—法律適用過程形成的「確定作用」？

多數意見將澄清法律存有抽象與不確定的狀態，係靠著嗣後實

<sup>1</sup> 本院釋字第五六四號解釋理由書指出：「上開道路交通安全管理處罰條例第八十二條第一項第十款與第八十三條第一項第二款規定，就作成公告禁止設攤或許可設攤處分之構成要件，尚未達於類型化之明確程度，為使主管機關從事符合於立法本旨之適當管制，相關機關應依本解釋意旨儘速檢討修正補充上開條例，或以其他法律為更具體之規定，俾便主管機關維護交通秩序之同時，兼顧人民之權益。」，即本於此一意旨。

務累積的資訊予以澄清，乃是將憲法所要求的可預見性的要件，繫於法律制定後、屬於法律適用過程所發揮的「填補」的功能，亦即靠著法律實務所為個案確定、並且累積了一定數量的見解後，形成了一批「事後規範」，而後遂宣稱為已經具有了「可預見性」。本號解釋多數意見所提出的「各個教師團體所公佈之行為標準（法律、規約），以及教育實務上累積若干明確案例，可供參考」，便是這種「嗣後確定」的顯例。這是一種「實然面」（Sein），而不是「應然面」（Sollen）的現象。

當立法者忽視其詳盡規範之立法義務在先，而在適用過程所形成的規範，自然是一種長時間的延續。既然時間有長短先後之分，則案件發生在前者，可以參考之規範及案例相對減少，可預見性降低；反之，時間越長，累積案件與可參考之資訊更多，可預見性提升。但這種可預見性的上升與下降，雖實際涉及「被規範者」人民權利與義務，但卻毫不涉及相關法律規定的合憲性與否。質言之，某行為在先前可能被視為合法，經過若干時候，卻會被認為違法，反之亦然。此與法律規定之合憲判斷與否無關，亦證明了該法規範效力的不確定也。

因此，使用不確定法律概念的規範，是一種「必須補實的規範」（Erfüllungsbedürftiger Norm），立法者在立法階段必須盡可能地將其規範內容具體化規定，如果不得已必須採用不確定法律概念時，這個不確定性的「補實」（澄清功能），只有讓適用階段的公權力者——行政機關的授權命令或者是細節與技術性的闡釋；以及司法的審查制度，加以補實。此為「次要的明確規定」即可見諸於行政法規、判決見解等，但不論前者或後者，最終的具體界定此一不確定性的任務，即操之在司法手中。這也符合法律授權明確性原則，當初之所以會產生此一原則之目的，主要是防止空白授權所形成的行政獨裁，而未想到防止司法的可能濫權也<sup>2</sup>。

### 3. 可預測的「確認程度」為何？—「有懷疑之預測」（風險預測）即可符合可預測性要求？

<sup>2</sup> 這也是將法律授權明確性原則，提升到憲法層次的國家，例如德國基本法第八十條，所產生的制度背景也。對於其他未經過納粹政權之濫用立法空白授權經歷之國家，顯難想像此原則會在德國公法學佔了如此重要的地位也。

本號解釋多數意見提出較有創意的一種澄清疑惑的方法，乃是有無「風險預測」的可能性，作為是否符合法律明確性之要求。值得重視。

按法律明確性與法律安定性原則所期盼的「可預測性」，都是希望能夠機械式、科學化的預測出法律後果。此情形正像建築師欲興建高樓時，能以藍圖算出建築的結構，而安全順利興建此高樓，而不至於倒塌。

然而法律的實施，究竟不同於物理性的建築。一旦立法採用不確定概念的用語，雖係不得已之舉，除於立法時應儘量努力使用立法技術外，何種狀況的「規範內容」，方足以滿足最起碼的可預測性的要求？一般而言，是以「有瞭解風險之可能性」標準已足。

在立法上必須嚴格遵守的「罪刑法定主義」，已經透過類推禁止、不得溯及既往等解釋方法，將使用概括與不確定概念用語帶來的法秩序不明確性弊害，降至最低的水準。在此，刑法學界以「有瞭解風險之可能」，作為檢驗標準。易言之，當受規範者由一般人的智識及注意，知道某種可非難、反社會性之行為具有構成犯罪的可能性時，即足以瞭解該行為所帶來的風險，而有可避免此風險的機會。這種規範即具有可預見性也。

既然最講究法律明確性的刑法，都採納這種「風險預測可能性」的檢驗標準，自然刑法以外其他的法律領域，例如最常見的行政法，也可以適用這種判定標準。從而本號解釋多數意見採納此標準，可獲得學理的支持。

這個「風險預測可能性」之資料來源，當然不是存於原本的法條內容所引伸，而是靠著日後施行過程的法律詮釋，以及其他相關的規章。但真正能夠與確認法規內容的程序—司法審查—連結的，主要還是法院的詮釋。這種詮釋必須應用法治國的原則（例如有疑問時，應有利於人民之解釋及比例原則等），予以詮釋並適用之<sup>3</sup>。

隨著案件的增加，逐步具體化各種案件，也是讓不確定法律概念能夠逐漸固定化的方法。本號解釋多數意見澄清系爭規定不違反可

---

<sup>3</sup> 例如系爭規定中，教師有違反師道不檢行為，究竟應只侷限於就職後才為之不檢行為？抑或延伸到擔任教師前的不檢行為，皆應包括在內？系爭規定雖未明言，即可依據法治國人權保障原則—有疑問時，應作有利於人民之解釋，及可預見性原則，採行「就職後行為說」。



預見性要件的理由之一，是透過教育實務上累積若干明確案例為例，甚至期盼實務界形成相當明確之類型後，應以法律明文規定為宜（見解釋理由書第二段），這種見解，基本脈絡上並非無據。

畢竟「解鈴還需繫鈴人」，本席不贊同這種多數意見之「等待果陀」式的盼望立法者日後將實務類型化，納入法條範圍之內。這似乎是一個遙遙無期的期待乎？難道我國實施教師法已經有二十年之歷史，提起「師道」的歷史，更超過一千年以上，實務上可參酌之案例，亦有數百件以上。難道立法者不能夠匯集出構成嚴重違反師道的「最極端案例」（extreme Fälle）類型，作為規範的內容乎？

此外，這種形成案例化（Gruppierung），乃類似司法自制或行政自制的制度，亦可視為「體系正義」，讓適用法律者，維持前後一貫的價值判斷。但對於未形成案例化者，則每一個新案都可能作為將來案例化的基礎。但在獲得公認（但仍不能名正言順稱之為「法確信」）前，則無任何佐證或說服力可言。

因此，利用既有的案例類型作為澄清一個使用不確定法律概念的法律規範時，其說服力即為有限，特別是該原因案件尚未形成具體的類型時，幾乎形成言人人殊。

本號解釋原因案件正是凸顯出「類型未備」的現象。多數意見指出的目前已經累積明確案例，例如校園性騷擾、嚴重體罰、主導考試舞弊、論文抄襲等，佐證系爭規定之明確性，但適得其反，這些類型無一具有可提供解決原因案件爭議之參考。而且本號解釋多數意見自始至終未探及聲請人所構成「行為不檢有損師道」的行為模式，遑論構成「具澄清價值」的案件類型：本號解釋原因案件已涉及教師在教學的職務與工作義務外，其「私領域」行為的可非難性問題。究竟一位教師在其私領域有哪些必須嚴格遵守的道德戒律、可否為婚外情或自由性行為、與學生產生正常或錯誤之感情？這些私領域的行為，應當受到法律何種限制？以及憲法的保障界限何在？……本號解釋多數意見都未能提供任何判斷之依據。這顯示出系爭規定在涵攝過程（及構成要件之合致）出現了甚大的不確定感。而本號解釋多數意見對於原因案件的過去法院之涵攝結果（哪些是違反師道之行為），也未有任何贊同與反對之論述。故對於系爭規定的「明確化任務」，沒

有提供具體的助益！

的確，以目前每年都產生二、三十件涉及到違反師道的案件中，泰半涉及教師的情感生活及私領域行為。這些師生戀等行為是否必然造成「有損師道」？即使衛道人士也不一定有絕對的答案<sup>4</sup>。反而要視其有無「善果」而論。如果師生獲得圓滿結果，則視為杏壇佳話，如此段感情以悲劇收場時，恐怕為師者會遭受到有損師道的風險便大增矣！這種以事後的「結果論」，來斷定當初事前行為的可非難性及會否承擔極為嚴重的法律後果，恐怕亦不符合「可預測原則」也。當然，教師亦可由「風險預測」標準，知悉這種行徑可能之後果，但同時也知「結果論」亦可能帶來的影響力。無論如何，都是處於高度的不確定也。

因此，如果面對法律有不加以精細規定的概括條款，使法律的適用範圍可寬可鬆，而可供參考、加強確信度的案例亦不足，事後的司法審查流於形式，而無法具體個案的闡揚個案正義時，則當事人儘管可以由相關法規及闡釋，獲得一個預知（有風險性）的規範，但此預知仍是充滿模糊與不定性。這種預知仍停留在哲學式，而非科學式的確定。只是給當事人抱有懷疑、高度不確定及可射倖的預測範圍也。

### （三）「可司法審查性」的檢驗標準

#### 1. 「可司法審查性」的實益性？

本號解釋多數意見雖然沒有將司法審查重要性置入於解釋之中，實則我國大法官實務也將此「可司法審查性」，廣泛作為療治不確定法律概念與概括條款可能抵觸法律明確性的一個藥方（參照本院釋字第五二一號、第五四五號及第六五九號解釋）。這個可司法審查性，並非交由釋憲的機關而為「最終級」之司法審查，而是交由各級法院的司法審查程序而言。然其實益性如何？在我國學界迄今鮮少論及也。

<sup>4</sup> 依教育部九十八年十一月十九日台訓（三）字第 九八 一九四二六九號函釋：「有關教師法爭議案件（如遭檢舉婚外情，或與十八歲以上學生發生師生戀等），請學校仍應依教師法之精神，循機關體制調查，若委請性平會調查，應經學校性平會同意，性平會應將調查結果還送學校續處，如查確有『行為不檢，有損師道』情事，仍應依教師法第十四條之規定，予以懲處。」可見連教育部函釋也對教師婚外情與與十八歲以上學生發生師生戀，到底是否定一定構成有損師道？也說得不清不楚。連教育部函釋都東推西推，試問教師有誰看得清楚？

德國行政法為解決不確定法律概念所帶來的抽象性與模糊性，可能造成規範人權利義務狀態的不確定性，乃將這種具體化的任務交給行政法院予以認定，而不將之視為行政權力擁有裁量的權限。易言之，使用不確定法律概念作為規範內容時，在個案的涵攝過程是否妥適，不是行政權力說了就算—所謂的「判斷餘地」，而是全部得由法院予以審酌。在涉及法律條文的「規範不確定」(而非授權不確定性)時，司法審查的重要性，更是直接針對法律條文的不確定所發，而未經行政權力的全盤思考過後(已訂定授權命令)，故以司法審查來澄清法規範的不確定性之重要角色，更顯得突出。

以本號解釋原因案件之教師所為某行為是否構成「行為不檢有損師道」為例。當每一個個案是否符合不確定法律要件，都可由法院的獨立且全面的審查後，行政濫權之可能性即可望降低。這種依靠個案法律救濟的程序，也是有效且公正的救濟程序，才促使本有違憲之虞、帶來法律秩序不安定之法條使用不確定概念之制度，能夠「起死回生」的主要理由<sup>5</sup>。

這也是因為單憑藉司法的救濟與審查程序，無法確保任何法條內容都具備憲法所要求的「事先明確性」之性質。如前所述，即使法院扮演了全權把關者的角色，對於某一個行為是否構成法律的不確定概念的規範要件，可透過司法審查程序而確定之。但這些個案認定，不一定能夠拘束到其他時間、地方所產生類似的案件之上。因為該案的法律見解，並沒有具有拘束他案的法律效果。而法律明確性所要求的可預見性，不是「遲」到最後的司法救濟程序，才可「確知」其法律權利與義務的界限所在。故將這種可司法審查性作為掌控法律明確性實踐的藥石，不能滿足可預見性原則要求所具有的「事先性之防衛特徵」。

此外，如果在個案的行政救濟程序中，法官不能擁有全權審查不確定法律概念之是否可以用到個案的權限，而只是橡皮圖章的遵守

---

<sup>5</sup> 依據德國聯邦憲法法院最近(上個月二一二年六月四日)就一個關於職務補償法(Gesetz über einen Ausgleich für Dienstbeschädigungen im Beitrittsgebiet)的判決中，便宣示：既然法律使用不確定法律概念是不可避免的，唯有賴法院善用解釋的權限，法院負有解決任何個案正義的責任也，見：BVerfG, 2 BvL 9/08 vom 4.6.2012, Absatz-Nr.(106), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20120604\\_2bv1000908.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20120604_2bv1000908.html)

行政機關的命令、其他相關的規約，甚至其他案件的先例，而不能夠切實有效地維護被規範者之權益時，那麼不確定法律概念帶來的後果，必然是一面倒的結果——被規範者沒有反抗的餘地。此時，所謂的「可司法審查性」，就完全失去了矯正不確定法律概念弊病的防衛力矣。

提到此，吾人也不能不再討論行政法院能否於個案確實扮演好「個案詮釋抽象、不確定法律構成要件」的把關者角色之問題。在行政法學上，仍有一個對此揮之不去的殺手鐮——司法自制的問題。針對行政機關適用不確定法律概念、概括條款時所作出之決定後，行政法院本應擁有審查的權限。但如果行政機關的決定，乃出自於一個類似專家的委員會，則行政法院泰半會尊重此一委員會的裁決與價值判斷<sup>6</sup>。只要該委員會的成員越專業、組成越多元與代表性越充分，則法院自制的範圍就更大。這也是調和專業判斷與司法救濟的折衷之計。

在原因案件的情形，倘若教師的「行為不檢有損師道」經過各級學校教師評審委員會所判定時，此種委員會的性質既經本號解釋多數意見認定具有充分的專業、代表與公正性——「經由適當組成、立場公正之機構……，例如現行各級學校之教師評審委員會之組成均以同儕評審為主」（本號解釋理由書第二段），很難想像各級行政法院能夠擺脫這些所謂的「中立權威」之委員會之判斷也<sup>7</sup>。

## 2. 我國釋憲制度以「抽象性審查」為限，對「可司法審查性」實效性有限

在一般司法救濟的程序中，「可司法審查性」能發揮的防衛效力，已經幾近癱瘓。那麼列為國家司法救濟最後防線的大法官釋憲制度，能否有效發揮此效力乎？

我國大法官過去義無反顧地援引德國理論，將可司法審查性原則引入。顯然並未顧慮到我國大法官釋憲制度與德國釋憲制度迥然不同。我國大法官釋憲制度乃抽象法規審查，不涉及到具體個案是否有涵攝完整、認事用法是否正確之問題。而德國聯邦憲法法院的「憲法

<sup>6</sup> 可參見本院釋字第五五三號解釋；陳新民，行政法學總論，修訂八版，民國九十四年，第三二七頁。

<sup>7</sup> 可參見最高行政法院九十四年度判字第一九六號判決意旨；高雄高等行政法院九十四年度訴字第一二七號判決。

訴願」，則作為人民基本權利維護者的角色，對人民基本人權遭受到任何公權力侵犯時，能夠提供積極有效的憲法審查，進而獲得人權保障的積極效果。

這種差異，在我國即可能形成具體個案是否屬於正確解釋不確定法律概念或概括條款時，可能遭到大法官以「屬於認事用法」之爭執，而不予以受理。間而大法官有可能破例的受理，例如本院釋字第六八九號原因案件所涉及之有無「正當理由跟追他人」，則應屬於法院就各種事實，判斷有無正當跟追之理由。至於跟追人是否是新聞記者，以及為了採訪目的之跟追，也屬於個案判斷。大法官原則上認為屬於法院個案認定之權限。惟該號解釋乃為了新聞記者跟追受罰事涉及新聞自由的重大議題，方破例受理也<sup>8</sup>。

所以在大法官釋憲實務上，雖然不乏針對法律明確性所作出的解釋，大法官如有懷疑系爭法規使用不確定法律概念已形成了違憲不確定狀態，亦可宣告系爭規定違憲。最明顯案例便是釋字第六三六號解釋。但本院過去似乎都未有懷疑所謂的「可司法審查性」—不只是釋憲階層的大法官而已，而是及於所有事實審及法律審所履行的「司法審查性」—之功能是否真正有效。而大法官對於不確定法律概念案件，一旦能作出明確的解釋時（特別是本院釋字第六三六號解釋），是否亦表明了該案件之前所歷經所有法院之「司法審查程序」，都未有能發揮積極與正確界定不確定法律規定的適用內容乎？

其次，本案的原因案件情況與本院釋字第六三六號解釋實有高度的相似性。本號解釋的系爭規定—「行為不檢有損師道」，和本院釋字第六三六號解釋所指摘違反法律明確性的不確定概念—檢肅流氓條例第二條第三款、第五款關於「欺壓善良」、「品行惡劣、遊蕩無賴」之規定，都是同樣具有道德非難、內容可大可小，與充滿不確定性的用語。但是兩號解釋卻導出截然不同的結果。倘若國民熟諳本院釋字第六三六號解釋的解釋意旨與論理依據，則應毫不猶豫地「預測」出本號解釋的系爭規定，一定會如同本院釋字第六三六號解釋般，被作出違憲的解釋。但是連仔細且無誤參酌本院幾乎完全類似的解釋前

---

<sup>8</sup> 見本院釋字第六八九號解釋葉百修大法官所提協同意見書，便是指陳這種溢出大法官釋憲範圍之見解。

例，都不能產生有效的可預見性（不能滿足體系正義之要求），此兩號解釋的矛盾，本號解釋豈能不置一詞以釋疑乎<sup>9</sup>？

由上述的論述可知，我國大法官實務一味援引德國法制與理論，將法院個案救濟及釋憲制度的「可司法審查性」列入在防範不確定法律概念的「防衛環鍊」之中。但令人悲觀的是，這不免只是「畫餅充飢」的期盼幻影<sup>10</sup>。

既然可司法審查性的防衛功能有限，本席以為吾人應當將確保法明確性實踐的重心，置於要求立法者盡可能摒棄不確定法律概念。立法者如有可能不使用這種抽象用語，而有細部規範可能時，卻違背此義務，則可論以違憲也。

## 二、比例原則之審查問題

本號解釋多數意見認定系爭規定對於人民職業自由之限制，並不違反比例原則。在此分為兩種情形：第一種情形，多數意見對於違反師道，即可予解聘、停聘或不續聘之規定，並不違反比例原則。第二種情形，對於曾經違反該師道規範者，不得再任教職之規定，因未對違反情節輕重所為時間或條件限制，以及未給予自新機會，而一律不得再任教職，對於人民工作權之限制已逾必要之程度，而違反比例原則。

對於多數意見所持上述第二種的見解，本席敬表支持。但對於第一種情形，多數意見認為並不違反比例原則，顯然忽略了系爭規定已經對於教師人權作出嚴重的侵犯，審查合憲性時自應採行更嚴格與嚴謹的標準。故多數意見的認定的標準，不無斟酌之處。可申述之：

### （一）職業自由的限制應採何種標準？

關於職業自由的限制，本院過去在許多案例中都援引了德國聯邦憲法法院在一九五八年六月作出的「藥房案」中所提出之三階段理

<sup>9</sup> 誠然，本院釋字第六三六號解釋是否在警察取締流氓、認定流氓資格實務上，是否有足以填補法規抽象帶來弊病的功能，亦即可否運用本號解釋所提出的判斷標準—實施多年的案例類型、由專業機構的判斷、以及實務上並無浮濫情形，可以免除其被宣告違憲的命運？這種推論，在理論上雖非不可行，但本號解釋很難更正過去相關解釋的方法論及論述方式，只能在結果上立論予以澄清，並非易事。本席寧願正本清源由規範的文字具體化著手，盡可能予以區分化，如對人權造成重大侵害，寧採嚴格限制說。至於操作實務上的「輔助澄清」的措施，究竟功能與使人信服力，都較為薄弱矣。

<sup>10</sup> 參見陳愛娥，如何明確適用「法律明確性原則」？—評司法院大法官釋字第五四五號解釋，月旦法學雜誌，二〇一二年九月，第八十八期，第二五三頁。

論。這種區分職業自由受到法律限制的三種寬鬆標準中，由基於一般公益考量即可以限制的工作與職業執行的立法，到中度嚴謹的主觀職業與工作條件之限制，到必須依據極為重大之公益考量，並透過最嚴格比例原則及平等權權衡後，方得以為限制職業自由的「客觀權利限制」之立法，已經廣被我國學界及本院解釋（本院釋字第五八四號、第六四九號解釋參照）所採納<sup>11</sup>。

然而本號解釋對於系爭規定之對教師的工作權限制，明白視為主觀條件限制（參見解釋理由書第一段）。同時，也認為其所欲實現者，必須為重要之公共利益，且手段須必要時，方符合比例原則。多數意見這種見解雖然也援引了本院過去相關解釋（本院釋字第五八四號、第六三四號、第六四九號及第六五九號解釋），以為佐證。但卻正抵觸了上述幾號解釋所揭示的唯有客觀條件限制，方採取最嚴格標準，亦即以滿足最重要的公共利益為目的。儘管本號解釋多數意見一再強調系爭規定的合憲性，乃在追求來自憲法第一五八條的規定，具有無比重要的公益，似乎其重要性不遜於限制選擇工作權的客觀條件所需要的公益性。然而，既然本號解釋明白提及乃對主觀條件之限制，如果欲推翻已成為通說的「三階段」理論，改採寬鬆與嚴格的「二階段」理論，雖非不可<sup>12</sup>，但本號解釋如欲捨棄行之有年之三階段理論，即有必要詳加說明矣，否則既言涉及主觀條件之限制，容易使人誤解本號解釋乃採「中度審查標準」，而非高度審查標準也。

## （二）應區分大學與高中以下的教師而有不同的規範標準

本號解釋雖然已經約略提到大學與高中以下學校在適用系爭規

<sup>11</sup> 例如：劉建宏，德國法上職業自由，憲政時代，第十八卷第二期，民國八十二年，第五十七頁以下；李惠宗，職業自由主觀要件限制之違憲審查—司法院大法官釋字第五八四號解釋評析；憲政時代，第三十卷第三期，民國九十四年，第二五五頁以下。

<sup>12</sup> 按這種三階段理論原本是區分在「選擇職業的限制門檻」，主要是對進入某個職業，立法者給予的限制，憲法上有何要求也。在一般職業行為的管制，既然甚為普遍，普通公益即可。至於要求具備一定的資格，才能執業（例如律師、醫師等），才再提高門檻。這是指必須具備一定的資格（包括積極與消極資格）至於最嚴格的客觀條件，例如獨占行業，才有最嚴格的限制。但是這客觀與主觀的限制，雖然有嚴格及最嚴格的限制，但這只是一般性而言，並非絕對。例如對於專門職業人員的主觀條件剝奪，亦需嚴格的立法理由與比例原則之適用不可，並非一定屬於中度審查標準不可；同樣對於客觀條件限制，例如行業獨占，也不一定需最嚴格公益考量，例如經濟行政法中的特許制度，往往基於中度公益即可。因此，本席也認為此三段論只是德國聯邦憲法法院對於職業自由某些特色作出的一個判決先例，其在其他人權的限制上，功能有限並不能類推適用。基本上對於公益需求的考量，原則上仍是二分法為宜。但真正實踐上，所謂的嚴格標準，檢驗的方式呈現多樣性，沒有一定的嚴謹寬鬆度。可參見：陳新民，憲法學釋論，修正七版，民國一〇一年九月，第三三四頁以下，已經對三階段理論之妥當性進行批評。

定，可因大學沒有實施教師考績之規定，大學教師雖有行為不檢，但未達有損師道時，亦可由自治方式處理（見解釋理由書第五段）。已經點出了大學與高中以下教師的行為準則及處罰應有不同程序與標準。但卻未能夠進一步指出此應作為系爭規定違憲的依據，或是依照「法律合憲性解釋」（verfassungskonforme Gesetzauslegung）之方法，明白宣告系爭規定，應當僅限於高級中學以下之教師，而作出限縮適用解釋。

本席認為這種「區分要求」（Differenzierungsgebot），乃基於大學自治的憲法制度性保障，以及斟酌了大學學生多半是成年人，心智較成熟，理應較能規劃自己的人生及價值判斷。特別是大學除大學部外，研究所已經佔了大學極為重要之比例，甚至以培養博、碩士及研究人才為導向的「研究型大學」，也將是日後大學教育之主流。這些研究所內學生，早已是成年人，甚至中年人。其與教師之關係，已經偏重在高深技藝與學理的傳授，甚至偏向雇主與員工的關係—尤其是實驗室的研究性質為最。因此，研究所內師生關係，逐漸向就業環境靠齊。大學內（尤其是理工科與高年級班）的情形也頗為類似。

因此，以學校的屬性、學生年齡與智識的成熟度之迥然差異，連帶地大學教師與學生間的關係，也需要一併調整。大學教師除傳道授業外，鮮有照顧大學學生日常生活（甚或感情生活等私人領域內事務）之道德責任及職務義務也<sup>13</sup>。

而高中以下各級學校教師，情形自然與大學不同。越基層的學校，學生年齡越輕，教師不免有承擔「親權付託」的義務。故相當程度應承擔起照顧學生生活及品格培養的責任。

憲法制度上，尤不可忽略大學自治此一制度之重要性。此制度更是大學存在與運作最重要的制度。大學教授享有高度的學術自由及講學自由，不論在教學的自由度及重要性，遠非中學以下學校教師可比。每一個大學都應當有其權限決定如何規劃教師的權利與義務。此外，各大學在某些方面，亦可能有其異於他校的價值標準，即可對其

---

<sup>13</sup> 這也是大學必須設立協助解決學生日常生活，甚至感情生活的專職單位與人員的理由所在。經常於報載上有大學學生因感情輕生的事件發生，家長或社會有無苛責該學生的個別或所有老師有「失責」之處乎？易言之，社會通念普遍認為大學生已經是成年人，應當為自己的日常生活及感情事件負責。大學教授僅負責傳授知識而已。



教師的言行，甚至涉及學術自由部分，比較其他大學訂定更多限制及更嚴格的標準。例如由教會或宗教團體所設立之大學，即得拘束教師不得有抵觸該教會或宗教團體教義之言行。故大學自治能造成多元化的教學與研究環境，自然也可能形成出寬嚴不一的教師言行標準。大學得以自治規範，不論就實質面或程序面，來界定教師職務內與職務外之行為，國家公權力應退居在第二線的地位。

但本號解釋多數意見並未認清此一制度上的巨大差異，將所有教師都一律「中小學教師化」，將所有學生一律「幼稚化」(未成年化)，顯然忽略了兩種教育體系「本質上」不同。如果兩種本質不同的教育組織，強迫適用同一的規範，亦有可能造成抵觸平等權之後果(可參見本院釋字第五七三號解釋)<sup>14</sup>。

本號解釋多數意見在解釋理由書第五段也引述「公立高級中學以下學校成績考核辦法」，驗證高中教師的不當行為可經由考核制度，視其不當的程度，由留支原薪的「品德生活較差，情節尚非重大」，到最嚴重之可記大過處分之「言行不檢，致損害教育人員聲譽，情節重大」，予以驗證達到解職與停聘標準之違反師道言行，必為最嚴重之行為。顯示了該「公立高級中學以下學校成績考核辦法」已經符合保障教師權益的比例原則。

這種驗證，首先涵括面不足：僅占全國高中六成七左右。而在論理方面，邏輯性亦欠缺。按此「辦法」如真有保障教師人權的詳盡區分行為不妥的「處罰分級制度」，以貫徹比例原則。那麼對於大學教授之保障，理應更為周詳，分級應更為精細，寬容度更高？起碼本辦法的分級制度，至少應當在大學內實施。惟多數意見反而認為大學教授如果有行為不檢，但未達有損師道時，雖未有高中教師之足以維護比例原則的分級處罰規定，而可由各校自由決定，美其名為「自治方法」，是否對大學教授之保障，更不明確？

<sup>14</sup> 本院釋字第五七三號解釋指出：「 監督寺廟條例第八條就同條例第三條各款所列以外之寺廟處分或變更其不動產及法物，規定須經所屬教會之決議，並呈請該管官署許可，未顧及宗教組織之自主性、內部管理機制之差異性，以及為宗教傳布目的所為財產經營之需要，對該等寺廟之宗教組織自主權及財產處分權加以限制，妨礙宗教活動自由已逾越必要之程度；且其規定應呈請該管官署許可部分，就申請之程序及許可之要件，均付諸闕如，已違反法律明確性原則，違論採取官署事前許可之管制手段是否確有其必要性，與上開憲法規定及保障人民自由權利之意旨，均有所抵觸；又依同條例第一條及第二條第一項規定，第八條規範之對象，僅適用於部分宗教，亦與憲法上國家對宗教應謹守中立之原則及宗教平等原則相悖。」

### (三) 失衡的「法益均衡」之檢驗

本號解釋多數意見在比例原則檢驗上，仍有一個令人不能滿意的現象—發生法益均衡的失衡現象。

按任何一個侵犯基本人權之立法，一定要經過法益衡量的最終過程。一方一定是公共利益之需求，另一方則是基本人權為了維護公共利益所犧牲之代價（包括哪些人權遭到限制，以及限制程度如何），而也要探究個人的犧牲，到底值不值得，公共利益的獲取有無適當或過度犧牲人民的權利（所謂的均衡性原則，Proportionalität）<sup>15</sup>。

在這個天平的兩端平衡的檢驗上，很明顯的看出本號解釋多數意見強調單方面立法目的，亦即強調師道維繫的重要性，此見諸解釋理由書第三段援引憲法第一百五十八條之規定，強調教育是國家的百年大計，負有改善國民整體素質與提升國家文化水準之所寄。質言之，崇高無比與艱難萬分的提倡文化、改變整體國民素質的重責大任，都壓在渺小的教師身上！這是教師的無上尊榮，抑或是憲法許可與課予的絕重負擔？果然是「天下興亡，匹夫有責」，以及是「大廈將傾，一木可撐」！

在此本席也要特別指出：憲法第一百五十八條之性質係一種方針條款，尚達不到憲法委託之程度。這是對於立法者拘束力最弱之條文。顯難與重要的基本人權兩相衡量也。

儘管如此，對於天平另一端受到侵害的法益而言，多數意見似乎只注重教師工作權一項而已。然而，一位教師若因行為不檢有損師道，而遭到學校解職，其所牽涉的豈止是工作權而已？一個遭此處分的教師，幾乎已經喪失了人格尊嚴、名譽權、人格發展自由權。其在社會上將難有立足之處。這些被趕出校園的教師，如同美國大作家霍桑（Nathaniel Hawthorne）在一八五〇年出版的名著「紅字」（The Scarlet Letter）內所敘述的女主角赫絲特·普林（Hester Prynne）一般，終其一生難有洗刷污名的機會。更何況，教師受到處罰的言行，可能基於憲法所保障的言論自由與學術自由，此時，此兩種自由都應一併列在天平衡量的法碼上。然而本號解釋多數意見卻過度將侵犯人權種類「單純化」，只提出泛泛的工作權一項，其結果偏向另一端的

<sup>15</sup> Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, 1987, S.7.

「公益法碼」之上，也不足為奇也。本席擔心，在這種比例失衡的判斷下，社會上恐怕會產生本號解釋對違反師道標準，係採取「趨向中等標準」的誤解也。

#### （四） 程序保障的必要性

在程序的保護上，系爭規定也多有不足。按人權之維護，不僅應在實體法規中儘量提供保障之實效，也應在救濟程序方面，提供嚴整程序保障。教師有無行為不檢，致有損師道之事由，既然可由「經有關機關查證屬實」即可解聘、停聘或不續聘。而該有關機關僅是教師評議委員會。此外對程序之規定，系爭法規僅是規定出席表決之絕對多數之條件而已（教師法第十四條第二款）。

至於此有關機關僅負責「查證屬實」的事實認定，當事人也僅有陳述意見的機會，以及申請閱覽、抄寫及複印等相當卷宗檔案等資料之權利<sup>16</sup>。此程序比起一般法律救濟程序簡略甚多。裁決者又非法官，並無公平裁決爭議事件之經驗與訓練。加上評議委員泰半與學校關係密切（包括當然委員及選舉委員），很容易淪入維護校譽之本位主義窠臼之中。且當事人僅有陳述意見、沒有傳喚證人、調查證據……等充分防禦之權，如此作出的裁決，不免粗糙而有失公正（參見本院釋字第四九一號解釋）。

鑒於教師之言行有否構成有損師道的標準，事涉一位教師終身的清白，甚且終身剝奪其在社會上正常生活及工作的機會。如果該教師身為大學教授，這些具有高深學術造詣、藝術才華的社會最高級知識份子，可能因為其與社會價值不相調和之言行，而被解職。其犧牲了傳授給眾多學子之機會事小，但國家社會學術與文化發展的損失，更不可勝數也<sup>17</sup>。

至於剝奪了教師的教職，且無異「終身失權」的處分，是何其重大，其程序務必嚴謹不可。本席以為類似這種失權處分，應當基於有責性的事實，方可以作為非難理由。故應當經由法院確定判決後，方得作為解聘、不續聘之依據。系爭規定未免視剝奪教職之事為「兒

<sup>16</sup> 例如民國 98 年 2 月 4 日修正之高級中等以下學校教師評審委員會設置辦法第十條及第十條之一。

<sup>17</sup> 吾人應當理解大學乃國家最高級學府，大學中，可能有第一流的藝術家、哲學家或文學家。特別是藝術家與哲學家等，可能不乏有特立獨行及驚世駭俗之言行者。豈可對之不特別寬容對待乎？

戲」爾！

如果能夠建立一套嚴格的審查與處罰程序，樹立最嚴格門檻後，如果還有教師違反此一神聖的「師道」，吾人應當贊同其「終身退場」，不要再踏入校園。對此，多數意見認為（解釋理由書第六段）應給予自新之機會，否則即有違比例原則。對於大法官同仁這種鼓勵自新的善舉美意，本席敬表讚佩，也是對本院過去類似的案件，多半給予「檢討改進」的宣示（例如本院釋字第五三一號及第五八四號解釋）本號解釋更進一步宣告一年後失效，對人權保障更進一大步。但本席寧可重視「前因」，而非「後果」之防制。如能「嚴格把關在前」，即可無庸「施恩在後」矣！

### 三、 結論—本號解釋不能視為傳統禮教的「高奏凱歌」

師道不振，似乎早已是中國文化的「老生常談」。早自八世紀唐朝韓愈的大作「師說」，已有了「師道之不傳久矣」的慨嘆。而一千二百年後，認為當下的師道已經更江河日下者，也不知凡幾<sup>18</sup>。似乎，中國文化—更精確地說，應當是儒家文化—歷史有多長，慨嘆師道不彰的歷史也就有多長。難道「師道彰顯」果真是一個高不可及的目標乎？吾人，尤其是立法者與教育行政主管機關，無論多麼努力，似乎結果多半是負面與悲觀的！至少由中國兩千年來的文明開化歷史，都一再驗證出維繫師道是多麼困難的一個任務，也是接近於「烏托邦」的任務。是否表明了我國社會對於師道的標準，訂得過於嚴苛乎？

為此，吾人似乎應拋棄由中國古代儒家思想、由傳統文化所鑄就的「師道道德律」，切切實實的就法治國家的人權理念，以及開放進步社會的多元價值，重新塑造一個現代社會教師的「職業法律義務」，免除過去空洞、抽象，以及強人所難之高不可及的教師「聖人化行為準則」！

誠然，吾人期盼各級學校是當今社會唯一的「淨土」，充滿理想主義的樂園。在此彷彿溫室花園內，讓學生由各方面皆無瑕疵的教師之言行與智慧處，學得日後謀生技能，與為人處事的道德標準。但是

<sup>18</sup> 例如中央研究院近代史著名學者王爾敏，也大聲疾呼：「今時自二十世紀末期以來，在港、臺二地，真可說是師道已至敗壞地步，但凡教育主政，大學校長相率不講師道，而中小學教師更是不受尊重，師不能嚴，道亦難尊。種因積累，而有今時教育之敗壞，情事複雜，人心險惡，真是一言難盡」。王爾敏，中國古代師道典範與尊師規儀，歷史教育，第十六期，二一年六月。第三頁。

這個「象牙塔」模式，最多只能在中小學教育而已。在以成年人為對象的大學，正是要調和此理想模式與踏入現實社會的兩極。將大學視為「隔離性」的玻璃罩，早不符合現在教育的宗旨。

國民擔任教師，既然是工作權的表現。擔任教師也隨之負擔起一定的義務，儘管這些義務不無道德性，亦即乃由道德律轉入法律義務，都是列入法律規範的範圍。其特性與其他特定職業並無不同。例如：醫生對於危急的病人，應當負有救助、不得拖延之義務（醫師法第二十一條），因此一個醫生在路途中目睹他人有危急亟需救護時，有救助之義務，即是一例。在法治國家便是需要將道德律冠上了法律義務外衣後，方可課予人民強制遵循之義務。違反時給予處罰，才具有合憲的基礎。

教師的義務亦然。擔任教師自然也有品格與行為上要求。也與一般公務員應具有優良品德之義務無異。但這些公務員應遵守之行為義務，例如：應當誠實清廉，謹慎勤勉，不得有驕恣貪惰，奢侈放蕩，及冶遊賭博，吸食菸毒等，足以損失名譽之行為（公務員服務法第五條），也是典型的法律義務也<sup>19</sup>。

在此吾人應已經警覺我國現行法制，早已有過度地將所謂的「師道」無線上綱，反而形成了道德律超越法律義務的危機矣。

擔任教職與擔任公職，既然都是職業的一種。擔任公職者也有報效國家，擔任公僕的偉大「志向」，這種認知心態可稱為「志業」，擔任教師者，也亦如此。但現代教育已經不比過去，形成多元化。加上「終身教育」的時代潮流，鼓勵國民依興趣、需要，就學習一門新的知識與技能。這些各式各樣的學習機構，都產生了師生的關係。而此些目的取向與技藝取向的課外學習，老師除了在授課專業外，很難在其他方面仍對學生具有「榜樣」的資格。這不由得讓本席想起德國大文學家歌德的一句名言：

「把我們經常向他請教的人稱為老師，是理所當然的。不過並非每一個指教我們的人，都配得上這個稱謂。」

這句話道出現實社會上，教師實質上是扮演提供技藝的傳授之

---

<sup>19</sup> 本條文也不免犯了同樣充滿道德性與抽象性弊病，容易流入「聖人條款」，參見陳新民，行政法學總論，第二三九頁。

角色而已。不過，大師字裡行間，還是不免對教師抱有高標準的期待（本號解釋理由書第四段也含有相同意旨），無獨有偶，在我國儒家的想法中，也對於這些「讀誦治學」以外的技藝之學，也包含在「尊師」的領域內，從而為師者，也負有端正言行的師道尊嚴也<sup>20</sup>。

試想：現今在全國社區大學、補習機構……，開班授徒者不知凡幾，所授者除學術外，舉凡電腦、烹飪、美容等技藝，以及交際舞、繪畫、歌唱等娛樂之學，都有師生關係，豈能再以嚴格之師道與師道標準，予以繩之乎？同樣的，大學也逐漸推廣教育，學生來自社會各階層，教師除授以專門知識與技術外，仍須比照單純平常大學校園關係，而要求其作為推廣教育學生的高度言行準則乎？本號解釋多數意見絲毫未提及立法者應針對不同教育階段的師生關係與倫理義務等加以調整。顯然未能正視今日多元化教育管道下教師與學生的授業現實性，應對師生關係加以「正常化」視之的必要性矣！

故本案之重要性應在促使吾人重新檢視現代國家下，師道的內容及其價值。應當勇敢地拋棄含有封建社會與禮教色彩的師道觀，而賦予新的時代意義。當以往我國社會常常提到的「三道」—師道、婦道及僧道，後兩者顯然社會都給予較寬容的容忍度<sup>21</sup>，何獨師道不予乎？

我國教育制度的確被人詬病甚久，但師道不彰是否為我國「教育陳痼」的最大病因？恐怕也未必。有無必要將師道的維繫置於如此嚴重的地位，而課予教師如此不合法治國原則的權利與義務地位？答案應屬否定。現行教育陳痼下，不少學生權利受到制度霸凌，但被害人也包括教師在內<sup>22</sup>。

的確，社會如何要求學生，教師便會承受此社會期待，型塑出這一類學生。教師施之於學生者，往往是社會施之於教師者。於是乎倫理、榮譽、服從……，所謂道德律項目，一一都變成了教育的項目。

<sup>20</sup> 王爾敏教授便指出：呂氏春秋中有「尊師」一篇，將求學問以外所有的技藝之學，例如與農耕、漁獵、圃藝，都要求尊師重道也。參見王爾敏，前揭文，第七頁。

<sup>21</sup> 現今對「不守婦道」的認知，顯然不會將：追求名牌、奢侈、婆媳妯娌關係不佳列入。同樣的，對於「不守僧道」，亦不會用之指摘於生活豪奢、穿著珠光寶氣、不忌葷酒、熱衷政治活動或社會運動及專心於企業而較少關心佛事的宗教人士矣。

<sup>22</sup> 老師也被制度霸凌，不快樂的老師比比皆是。參見嚴長壽，教育應該不一樣，天下文化出版公司，二〇一一年，第六十一頁。

不少有識之士，早就疾呼要將學生的潛能發揮，不要進行填鴨教育。但連各級學校教師都被填鴨成「樣板教師」，剝奪了可以自由揮灑的行為空間，又如何能令人相信這一種教師能夠教育出心胸開闊與創作力豐富的學生？

近日重閱文化部龍應台部長在三十年前風靡一時的著作《野火集》中，有一段沈重的呼籲：

我也怕聽人說「學校榮譽」，因為我知道，為了這麼一個抽象的框框，有多少「不聽話」、「不受教」的學生要受到殘酷的壓制，多少特立獨行的人要塞進框框裏，呼吸不得，動彈不得<sup>23</sup>。

的確，這句話用在全國教師身上，亦不失妥切也。

本號解釋既出，本席切盼社會勿視之為「傳統禮教高奏凱歌」之作。系爭規定含糊不清的「有損師道」的緊箍咒，只要存在的一天，就如同全國教師頭上一片灰色的陰影。立法者請誠心誠意地體會本號解釋多數意見「將有損師道行為態樣，綜合類型化後，明文規定於法律，以提高其可預見性」之微言大義，加快立法腳步，讓全國教師頭頂一片青天，能夠享受法治國家給予合憲與完整的人格權，並以合乎時代精神與滿足自身職務要求的言行，教導學生。

---

<sup>23</sup> 龍應台，難局，收錄於：野火集，民國七十四年十二月五版，第三十六頁。