

原住民升學優待制度的合憲性探討

許育典*

目次

- 壹、前言
- 貳、原住民升學優待制度的演變與憲法依據
 - 一、原住民升學優待制度的演變
 - 二、原住民升學優待制度的憲法依據
- 參、原住民升學優待制度的合憲性檢驗
 - 一、本案所涉及的基本權
 - 二、基本權是否受侵犯
 - 三、本案限制的形式規範合憲性
 - 四、本案限制實質手段的合憲性
- 肆、合憲原住民升學優待制度的檢討與建議
 - 一、立法目的應為積極保障原住民族語言文化與實質平等
 - 二、升學優待制度應更重視原住民「語言及文化」
 - 三、原教法應規定升學保障辦法的篩選條件
- 伍、結論

關鍵字：升學優待制度、原住民學生升學保障、多元文化、平等權、優惠性差別待遇、法律保留、比例原則、原住民保障

投稿日期：103 年 10 月 27 日；接受刊登日期：104 年 06 月 16 日。

* 國立成功大學法律學系特聘教授，德國杜賓根大學法學博士。

壹、前言

屬於南島語系的原住民，在其生存上有一套自給自足的模式，並且擁有該族群作為文化傳遞及溝通媒介的語言¹。在漢民族的主流文化尚未侵入其生活領域時，原住民在自己的生存模式中，不僅可以適性發展其潛能，並且也在這個屬於自己文化的環境下自由開展其人格。但是，當漢文化慢慢地向原住民的生活領域滲入時，隨著時間的推移下，原住民在漢民族主流文化的影響下，雖然在其所謂的多族群環境中仍得以共存，卻成為非主流文化的少數民族，不論在經濟上或是在教育上的發展，原住民都可說是台灣社會多元文化發展下的弱勢族群²。

在國民政府接收台灣後，對於原住民所採取的治理政策，一方面是延續日治時期的殖民式威權控制，另一方面則是基於孫文的民族思想而實施的漢化政策，在此政策實施下，原住民因長期處於被剝削、被貶抑及被邊緣化的地位，因而埋下了日後原住民社會運動的種籽³。在 1987 年解嚴之後，台灣出現了大量的原住民社會運動，且此起彼落地如雨後春筍般地進行著，如 1988 年起的「還我土地運動」、1991 年的「606 聯合運動」等⁴。這一連串原住民社會運動的發起與投入並沒

¹ 請參考李壬癸，台灣南島民族的族群與遷徙，頁 18，常民文化事業股份有限公司（1997）。

² 請參考蘇建勳，析論我國原住民族之學校教育機會，立法院院聞，第二十八卷第七期，頁 70（2000）。

³ 李建良，淺說原住民族的憲法權利：若干初探性的想法，台灣本土法學，第四十七期，頁 115-116（2003）。

⁴ 請參考夷將·拔路兒，台灣原住民族運動史料彙編（下），頁 580，行政院原住民委員會、國史館（2008）。

有白費，我國於 1997 年第 4 次修憲時，增訂了現行憲法增修條文（以下簡稱增修條文）第 10 條第 11 項、第 12 項的規定，作為多元文化與原住民保障在我國憲法的依據。

就此憲法增修條文規定而言，近年來執政者也愈來愈重視多元文化與原住民保障的落實，積極採取一些對原住民的優惠措施，致力於弭平原住民與主流文化間的不平等，為造就一個適合原住民在多元文化開展的憲政環境，制定了一連串保障原住民權益的相關法律，例如：2001 年公布的「原住民族工作權保障法」、2005 年公布的「原住民族基本法」等。但是，隨著政府對原住民的保障逐漸落實的同時，在台灣社會也慢慢產生了一種質疑的聲音：這些保障對非原住民是否產生了平等權的侵害可能，其中最受質疑的便是原住民的升學優待制度（以下簡稱：升學優待制度）。即使 2014 年公布的原住民學生升學保障及原住民公費留學辦法（以下簡稱：升學保障辦法）第 3 條第 1 項明文規定，原住民學生入學各校的名額採「外加方式」辦理，不占各級主管教育行政機關原核定各校（系、科）招生名額。

問題是，通過原住民文化及語言能力檢定的原住民學生有 35% 的分數加成，而沒有通過原住民文化與語言認證的原住民學生，參加高級中等以上任何學校的新生入學，除博士班、碩士班、學士後各學系招生不予優待外，其採計成績都以加總分 10% 計算。在此，對原住民學生的優待可能對其他族群的學生造成不平等待遇，且對於有無通過檢定的原住民學生，也給予不同的對待。沒有通過原住民文化與語言認證的原住民學生，代表著單純只是因為出生、血統或種族因素，就獲得升學上加分的優惠差別待遇，這樣的升學優待制度實有侵害平等權之虞，其合憲性值得加以探討。

以下，本文首先從升學優待制度的演變與憲法依據的探討出發，再針對現今國家提供原住民學生的升學優惠制度，是否違反憲法第 7 條規定的平等權保障，進行合憲性的檢驗。最後，針對合憲的原住民升學優待制度提出檢討與建議，論證國家在對於原住民學生升學優待的同時，也不至於侵害非原住民學生平等權的憲法邏輯，而且同時能建構一個保障多元文化的教育環境，使得原住民在此教育環境中，能學習因應主流文化競爭的能力，且逐漸使原住民文化得以在主流文化中自由開展。

貳、原住民升學優待制度的演變與憲法依據

一、原住民升學優待制度的演變

升學優待制度的法律規定可溯及至 1987 年，教育部在該年度訂定「台灣地區山地族及學生升學優待辦法」，但是當時的這個辦法雖涉及原住民的教育基本權，卻沒有明文規定在法律上的授權依據，只能說是一個單純的職權命令，在法律保留原則之下，難以成為一個合憲的法源基礎。

在 2001 年時，教育部就該辦法的條文進行大幅度的修改，並且更名為「原住民學生升學『優待』及原住民公費留學辦法」。那次的修正要點主要在於：明確規定此辦法的授權依據⁵，使其制度的實行符合依

⁵ 原住民學生升學優待及原住民公費留學辦法第 1 條：「本辦法依原住民族教育法第十六條規定訂之。」；原住民族教育法第 16 條：「高級中等以上學校，應保障原住民學生入學及就學機會，必要時，得採額外保障辦理；公

法行政的法律保留原則；於第 9 條、第 10 條增列公費留學的培育人才管道；於第 3 條改善高中入學管道，即登記分發由原本「加總分 35 分」提高至「降低錄取分數 25%」。此外，以其他各類方式入學者，由各校斟酌考量優待等等，對於原住民學生升高級中學以上的學校有莫大助益；於第 3 條第 2 項訂定升學優待的篩選條件，即原住民學生必須以文化及語言證明作為其享有升學優待的先決條件。同時，該辦法還增訂了 4 年的緩衝時間，以符合原住民學生的信賴保護⁶。

在 2007 年時，又針對第 3 條進行比較大幅度的修正，修正後的條文介紹如下：第 1 項規定了除研究所、學士後各學系招生不予優待外，高級中等學校、專科學校五年制、技術校院四年制、技術校院二年制或專科學校二年制及大學的招生有升學優待的適用；第 2 項則因應原住民語言認證加分制度，對於加分比例，以是否取得認證資格作為程度上的區別，亦即取得認證資格者，得享有加總分 35% 的待遇；反之者，原則上加總分 25%；增訂第 3 項明文規定優惠達錄取標準者，各校的名額採「外加」方式處理；最後，增訂第 4 項明文規定本次修訂的優待方式自 96 學年度開始適用。

在 2013 年與 2014 年，分別配合十二年國教的免試入學，以及「行政院原住民族委員會」改名為「原住民族委員會」，並且更名為「原住民學生升學『保障』及原住民公費留學辦法」。其中，比較重要的第 3 條規定如下：原住民學生參加高級中等以上學校新生入學，除博士班、

費留學並應提供名額，保障培育原住民之人才；其辦法，由中央主管教育行政機關定之」。

⁶ 請參考顏國樑，「台灣地區原住民族籍學生升學優待辦法」修正的重要內涵、特色及建議，原住民教育季刊，第二十三期，頁 140（2001）。

碩士班、學士後各學系招生不予優待外，依下列規定辦理；其入學各校的名額採「外加方式」辦理，不占各級主管教育行政機關原核定各校（系、科）招生名額。而針對原住民學生升學「保障」的方式，無論是「高級中等學校」、「專科學校五年制、技術校院四年制、二年制或專科學校二年制」或「大學」，大致上都採取以下類型化：取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分35%計算；而未取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分10%計算。

整體而言，2014年最新的升學保障辦法仍然有以下一些值得探討的問題：首先，雖然辦法名稱從升學「優待」改為升學「保障」，但是這種形式上的辦法名稱變更，卻無法改變此辦法在實質上「優待」了原住民學生；其次，最新的修正雖將未取得原住民文化及語言能力證明者，從加原始總分25%降到了10%，但依舊改變不了單純只是因為出生、血統或種族因素，就獲得升學上加分優惠差別待遇的可能違憲問題，因為這樣的升學優待制度恐有侵害非原住民學生平等權之虞；最後，即使入學各校的名額採「外加方式」辦理，不占各級主管教育行政機關原核定各校（系、科）招生名額，這裡因種族因素的優惠差別待遇仍有違反平等權之虞。這也是為什麼升學優待制度雖歷經了多次的修改變革，但反對該制度的聲浪卻依然不減，甚至有學者認為升學優待制度違反了憲法第7條平等權的保障⁷。因此，如何從現行憲法中尋求明確的規定，作為原住民升學優待制度在加分區別上的兩種類型化依據，成為升學保障辦法合憲性探討的出發點。

⁷ 雅柏甦詠，原住民升學優惠公平嗎？，原住民教育季刊，第三十期，頁121（2003）；李惠宗，憲法要義，頁102，元照出版有限公司，五版（2009）。

二、原住民升學優待制度的憲法依據

（一）多元文化國

1. 多元文化國作為國家目標條款

針對原住民族地位的保障，多數學者⁸首推我國憲法增修條文第 10 條第 11 項「國家肯定『多元文化』，並積極維護發展原住民族語言及文化」的基本國策規定，其明文規定國家肯認多元文化，且該條項也是我國保障多元文化國的憲法依據。然而，關於基本國策的規範效力是有爭議的。因此，必須先針對保障原住民族地位的基本國策，究竟只是單純作為對立法者提供指示的「方針條款」，或是作為具有拘束國家權力行使的「國家目標」，探討其憲法定位。

事實上，因為我國「基本國策」一章是仿照德國戰前威瑪憲法的立法例，因此，針對此點先從比較法的觀點探求。當時德國學界普遍認為基本國策只是一種對立法者單純作出指示的「方針條款」，而不具實質及直接的規範效力，但隨著學說見解的演進，基本國策已轉變成具有直接拘束國家權力行使的「國家目標條款」⁹。雖然，基本國策作為國家目標條款，並未賦予人民主觀權利的功能，也就是國家目標條款僅具有客觀法上的功能¹⁰，得拘束國家所有的機關、權力，命其依據

⁸ 請參考李建良，前揭註 3，頁 123；黃俊杰，原住民權利保障與自治財政，台灣本土法學，第四十七期，頁 86（2003）；許育典，教育憲法與教育改革，頁 298，元照出版有限公司，二版（2013）。

⁹ Vgl. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 17 ff.; Wahl, Grundrechte und Staatszielbestimmungen im Bundesstaat, AöR 1987, S. 47 ff.

¹⁰ Vgl. Häberle, Wertpluralismus und Wertewandel heute, 1982, S. 11 ff.;

規範內容的指示行事¹¹。另外，也有學者認為從憲法最高性的脈絡下，由憲法第 80 條、第 171 條和第 172 條，亦得推導出基本國策是具有規範國家所有機關及其權力的規範效力¹²。因此，本文基於德國關於基本國策演變及憲法最高性等理由，認為我國憲法增修條文第 10 條第 11 項規定，是具有規範效力的國家目標條款。

在這裡必須要釐清的是，我國憲法規定的多元文化保障，究竟是指多元主義 (pluralism)，還是多元文化主義 (multiculturalism) 下的保障？多元主義的核心是，當二樣或二樣以上的價值並陳時，並沒有任何一種價值較高，同時，也不能說他們是「等值的」(equal)，相反的，多元主義認為所有的價值應該是異質的善 (heterogenous goods)，而且他們彼此自成一類 (sui generis)、也不能互相化約 (irreducible)¹³。當多元主義應用在政治領域上，其要求國家內的所有公民在公領域上是一概平等的，國家在公領域要確保公民以及他們集合而成的利益團體，能夠為了自己的利益而發聲。在此，國家扮演的是中立的角色，並提供利益團體能夠平等發表言論、競爭政治思想的場所。在上述的工作以外，除了保障人民基本權的憲法誡命，國家不應該去介定什麼對人民是善，什麼是惡，而應該是道德和價值中立的，當有團體在角逐的過程中得到多數人的支持，政府應配合他們推動政策。而在公領域外，國家則是讓人民自行去經營其生活，不加以干涉。在此，

Schapp, Grundrechte als Wertordnung, JZ 1998, S. 913 ff.; Dreier, Recht - Staat - Vernunft, 1991, S. 73 ff.

¹¹ 請參考林明昕，原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？，憲政時代，第二十九卷第三期，頁 345-348 (2004)。

¹² 請參考許育典，憲法，頁 408，元照出版有限公司，六版 (2013)。

¹³ See ROBERT B. TALISSE, PLURALISM AND LIBERAL POLITICS 17-18 (2013).

多元主義作為一種政治哲學，其「多元」是展現在公領域的各種政治理念紛呈，以及在私領域的多樣性¹⁴。在這個思想的脈絡下，學者認為政治上的多元主義會呈現出以下特徵¹⁵：

- (1) 多元主義的出發點是個人對於美好生活的追求，而有類似追求的人會結合，形成利益團體。
- (2) 這些利益團體為了達成自己的理念，會彼此競爭或合作，團體之中的獲勝者可以和政府合作，制定政策並執行。
- (3) 政府在這個過程中是價值中立的，其工作在於確保利益團體有可以「平等角逐機會」的競技場。
- (4) 多元主義作為政治哲學，認為政府和民間社會應該被區分開來，政府的決策和權力建立在民間社會的共識上，而政府的行為不該干涉人民經營自己在私領域的生活。

但是，這種政治的多元生態，其實建立在一個重要的預設上：個人對於理想生活的追求雖然有其多元性，但必須同時遵守相同的「遊戲規則」，而這種遊戲規則卻是由主流社會中的優勢族群所制定的。多元主義論者認為，政治上的平等可以透過賦予人民相同的政治機會而達成，一人一票、票票等值、人人都有參與政治的機會，就是平等的具體表現。但實際上，這種運作模式將令人口及資源較少的弱勢族群難以在競爭的過程中勝出，而政治價值上的預設－憲政原則確

¹⁴ 請參考林火旺，公民身分：認同和差異，收錄於多元主義，頁 383，中央研究院中山人文社會科學研究所（1998）。

¹⁵ 請參考徐火炎，多元主義與民主政治：被俘虜的政府與民眾，收錄於多元主義，頁 248-249，中央研究院中山人文社會科學研究所（1998）。

立和基本權的保障，實際上是主流文化（或說是歐美文化）所決定的。諸如政教分離、一夫一妻、私有財產……等價值，並非放諸四海皆準的「真理」，這些預設忽略了不同文化的差異性，也造成了文化的壓迫¹⁶。因此，多元主義想像的平等競爭，將會要求社會中的弱勢族群使用主流族群所使用的語言及文化預設，而無法達到真正的平等。甚至可以說，弱勢族群在這種情形下，常為了爭取較好的生活而採納主流文化的內容，漸漸喪失族群特性，也可能因為堅持自己族群的文化，而漸漸在政治的競技場流於邊緣化¹⁷。

對於上述的問題，多元文化主義論者提出批評，並認為為了達成真正的平等，政治不該將每個人視為單獨的、原子式的個體，多元主義認為自己保障的基本權是「普世性的權利」（universal rights），但實際上，對於這些權利的內涵界定，只是霸權文化中的主流價值。對此，我們應該清楚認知，個人的價值決定、所使用的政治語言、及其可能追求的理想生活，無一不是受到自身所處的文化所影響，國家應該正視不同族群文化的差異，並針對這些文化差異給予族群合理的區別對待，而不是以一套相同的「遊戲規則」去規範所有的族群。對此，多元文化主義論者提出，國家應該肯定不同文化的差異，肯定意識到文化的內容，同時肯定這些不同有重要價值，值得我們尊重；在權利上，除了普世的權利外，國家應了解不同文化對權利的

¹⁶ 例如，伊斯蘭世界的國家及梵帝崗，至今仍遵守政教合一的理念，而有些原住民族群採取財產共有制，而非財產私有制度。請參考 Peter Kivisto 著（陳宗盈、連詠心譯），多元文化主義與全球社會，頁 37，韋伯文化國際出版有限公司（2007）。

¹⁷ 請參考 Will Kymlica 著（鄧紅風譯），少數群體的權利－民族主義、多元文化主義與公民權，頁 89，左岸文化出版社（2004）。

解釋不同，不應齊一觀之，而針對弱勢族群，為了幫助文化群體能平等的發展並在政治領域發聲，應視族群的需求賦予其「特殊性權利」(special rights)，這種特殊權利並非給予弱勢族群特權，而是為了彌補因為文化差異而蒙受不利的族群，使他們能和主流社會中的優勢族群站在相同起跑點上的合理作法¹⁸。

回歸到我國憲法的規定，我國憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定『多元文化』，並積極維護發展原住民族語言及文化。」第 12 項前段規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展。」由這些規定觀之，修憲者有意的表達對於不同文化的「肯定」，同時也特別要求國家對於少數族群的政治、社會地位予以保障，這些誠命正符合多元文化主義的觀點。就此而言，多元文化國成為憲法規定的國家目標。而憲法上的所有國家目標條款規定，對所有國家權力應具法律上的拘束力。在此規定下，多元文化國作為我國憲法的國家目標，比純粹照顧人民精神生活的文化國¹⁹更具實質意義，因為它不僅包含了文化國的傳統憲法保障內涵，而且在現代多元社會的快速變遷下，也開啟憲法保障人的自由多元而開放的形象²⁰，促成人在合憲秩序下最大自我實現的可能。因此，所有國

¹⁸ 請參考涂予尹，論多元文化主義下種族優惠性差別待遇的法正當性基礎——以臺灣原住民學生高等教育升學優待措施為中心，頁 149、230，元照出版有限公司（2015）。

¹⁹ Vgl. Neugebauer/Holtz, Kulturstaat und Bürgergesellschaft - Problemstellung und Ergebnisse, in: Neugebauer/Holtz (Hrsg.): Kulturstaat und Bürgergesellschaft: Preußen, Deutschland und Europa im 19. und frühen 20. Jahrhundert, 2010, S. 3 ff.

²⁰ Vgl. Scheytt, Kommunales Kulturrecht: Kultureinrichtungen, Kulturförderung und Kulturveranstaltungen, 2005, S. 57 ff.

家權力在運作時，皆有積極促進與維護多元文化的義務。就此而言，台灣作為一個現代憲政國家，為了實踐多元文化國的國家目標，實現一個開放而多元的社會，需要國家及其社會成員建立一個最低標準的共識²¹，以包容多樣文化社群的文化差異，而形成文化國的憲法原則建構，也就是國家的中立性原則（Das Neutralitätsprinzip）²²與國家的寬容原則（Das Toleranzprinzip）²³。藉由這兩個原則的維護，國家須對不同文化社群形成的多樣性文化，予以寬容、尊重與平等對待，使人民不因其文化差異而影響其人格開展，人在合憲秩序下的最大自我實現才有可能²⁴。

整體而言，憲法增修條文第 10 條第 11 項作為多元文化保障的國家目標條款，而對於國家所有機關及其權力有法律上的拘束力，亦即國家有義務依循多元文化國原則，透過「國家中立」及「國家寬容」，保障多元文化的自由開展，使各個文化族群得在合乎多元文化國所保

²¹ Vgl. Hammer, Das Verhältnis von Staat und Kirchen in Europa zwischen staatskirchlichen Privilegien und weltanschaulich neutraler Distanz, DÖV 2006, S. 542 ff.; Herms, Die weltanschaulich-religiöse Neutralität von Staat und Recht aus sozialetischer Sicht, Der Staat 2001, S. 327 ff.

²² Vgl. Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, 1972, S. 259 ff.; von Campenhausen, Der heutige Verfassungsstaat und die Religion, in: Listl/Pirson, (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. I, 1994, §2 S. 47 ff.

²³ Vgl. Neumann, Toleranz als grundlegendes Verfassungsprinzip, in: Neumann/Fischer (Hrsg.), Toleranz und Repression - Zur Lage religiöser Minderheiten in modernen Gesellschaften, 1987, S. 75; Werbick, Toleranz und Pluralismus, in: Broer/Schlüter (Hrsg.), Christentum und Toleranz, 1996, S. 107 ff.

²⁴ Vgl. Hsu, Selbstverwirklichungsrecht im pluralistischen Kulturstaat - Zum Grundrecht auf Bildung im Grundgesetz, in: Tübinger Schriften zum Staatsrecht und Verwaltungsrecht, Band 54, 2000, S. 211 ff.; Lampe, Was ist Rechtspluralismus? in: Lampe (Hrsg.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, 1995, S. 8 ff.

障的價值秩序中綻放其潛能²⁵。首先，「國家中立」可分成「保持距離中立性」及「擴展中立性」，前者要求國家不得對人民有關文化事務的認同加以侵犯的誡命，後者乃針對國家對於人民處於在不同文化世界觀的權力角逐之間，負有使人民獲得自由開展空間的保護義務²⁶，這種中立並非讓國家舉起中立大旗，而對各文化的發展不聞不問。透過前文的論述，我們可以理解，純粹的中立無疑地會導致弱勢族群的文化消亡，而政府的中立實際上等同於支持強勢文化的發展－弱勢族群的文化將因此漸漸邊緣化甚或消失。故而保持距離的中立性，僅限於在二個方面：在文化群體上，國家對於能自行存續、發展的文化（社會中的主流文化）間不應有所偏好；在人民的生活選擇上，國家不應以父權的立場推動特定的選擇。在面對弱勢族群的文化時，國家應採擴展的中立性。為了讓人民有選擇的可能，國家有必要幫助弱勢文化發展，否則，人民的選項勢必侷限在少數、甚至唯一的主流文化中，而使得選擇的自由成為空談²⁷；另外，「國家寬容」要求國家能寬容、尊

²⁵ Vgl. Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, 1995, S. 47 ff.; Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S. 71 ff.

²⁶ Vgl. Heckel, Das Kreuz im öffentlichen Raum - Zum Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1996, S. 472 ff.; Koriath/Augsberg, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität - Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates? JZ 2010, S. 828 ff.

²⁷ 當然，由於國家的資源並非無限，而弱勢文化眾多，要優先幫助哪些弱勢文化發展即成為政治上的難題。對此，加拿大學者 Will Kymlica 以弱勢族群是否為自願融入社會作為判斷標準。也就是說，同樣屬於弱勢文化，原住民和移民族群的差異在於，原住民是經由武力征服、強迫融合而成為社會的一份子，相對的，移民族群或為離開原來的環境、或為追求更好的生活而自願加入。比對之下，賦予前者特別權利、扶助較有優先性。如考量我國憲法增修條文的規定，將原住民文化列為優先扶助對象應具有憲法上的正當性。請參考 Will Kymlica 著（鄧紅風譯），前揭註 17，頁 216。

重並保護少數或弱勢的文化發展²⁸，在多元文化國的誠命下，這種寬容意味著國家能寬容這些文化獨特的價值觀，即使這些價值觀有時和普世權利的觀點有所不同²⁹。

2. 落實多元文化國保障的原住民升學優待制度

基於原住民升學優待制度是屬於教育層面的政策，且廣義的文化基本權，除了包括言論自由、宗教自由等，尚包括了學術自由及教育基本權³⁰。因此，作為廣義文化基本權一環的教育基本權、學術自由，其在客觀法面向的憲法保障，亦應落實增修條文第 10 條第 11 項作為多元文化保障的國家目標條款規定。

誠如前述，在多元文化保障的國家目標條款的規定上，涉及了國家的中立性原則，而有關於升學優待制度的創設，則指向了國家的「擴展中立性」。因為「擴展中立性」要求國家，應對於人民處於在不同文化世界觀的權力角逐之間，負有一個使人民獲得自由開展空間的保護義務，尤其是針對少數或非主流的弱勢文化社群，更應該積極加以維護與發展，避免其消逝³¹。在此，原住民族長期以來在文化與教育事務上，始終處於少數文化或非主流文化的地位，一直受到主流文化或漢文化的歧視或邊緣化。雖然，國家保持距離中立性的消極義務，是要求國家不得歧視原住民族文化，但由於過去不重視保持距離中立性

²⁸ Vgl. Baer/Wrase, Staatliche Neutralität und Toleranz in der „christlich-abendländischen Wertewelt“ - Zur aktuellen Entwicklung im Streit um das islamische Kopftuch, DÖV 2005, S. 243 ff.

²⁹ 請參考涂予尹，前揭註 18，頁 304。

³⁰ 請參考許育典，前揭註 12，頁 86。

³¹ Vgl. Scheytt, Kulturstaat Deutschland: Plädoyer für eine aktivierende Kulturpolitik, 2008, S. 27 ff.

的落實，因此當原住民族文化長期受歧視之後，國家更有擴展中立性的積極義務，在當原住民族文化社群無法自由開展時，國家應該積極參與並予以扶助³²。就此而言，國家在原住民族文化的自由開展上，究竟負有何種積極地保護其開展的義務呢？這尤其體現在奠立原住民族文化開展的教育事務的領域中³³。另一方面，憲法多元文化國的誠命並不單純保障原住民學生在文化上的開展，其同時也保障所有人民在選擇文化認同上的自由。而為了讓人民有選擇的可能，國家有義務讓各種文化有存續發展的空間。對此，美國聯邦上訴法院巡迴法庭的多起判決中，提出了學校多元化符合重大公共利益的見解。也就是說，為了保障人民得以有選擇文化認同的自由，必須營造出一個多元的文化環境，其中即包含了在高等教育中，讓學生接觸來自不同文化族裔學生的可能。在此面向上，多元文化國原則將促成高等教育環境中的多元化³⁴。

事實上，早期教育制度的規劃主要是根據主流文化為其依歸，例如：教科書常以漢族主義為核心，更嚴重者在教材上會出現族群偏見的痕跡，反觀卻鮮少出現以原住民為題材的教材³⁵。因此，當原住民學生在教育過程中，面臨了不同於自身文化的衝擊時，會產生適應的問

³² 請參考許育典，文化差異、多元文化國與原住民教育權，成大法學，第四期，頁 54（2002）。

³³ 請參考許育典，人的自我實現作為原住民教育基本權的核心建構，成大法學，第三期，頁 25（2002）。

³⁴ 請參考王玉葉，從補償性理論到多元理論：美國高等教育優惠待遇案件 *Grutter* 之迴響，收錄於美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇～二〇〇三，頁 371，中央研究院歐美研究所（2007）。

³⁵ 請參考黃森泉，原住民教育之理論與實際，頁 41-42，揚智文化事業股份有限公司（2000）。

題，也就是在面臨與自身文化相衝突的文化間作調和時，自然會影響原住民學生教育上的發展。此外，原住民經濟所得偏低的困境³⁶，不要說是否有能力負擔起原住民學生，如同主流文化的學生上補習班、買函授或請家教等相關費用，就連基本生計開銷都成問題。因此，原住民家庭的經濟所得偏低也是不利於原住民學生教育發展的因素。最後值得一提的是，針對教育資源分配不平均的現象，在 1990 年代初期以前，大部分的山地學校都有經費短缺的問題，且代課師資情況普遍等，不僅如此，山地學校相較於平地不論是硬體設備或訊息的更新，都相對緩慢³⁷。

基於以上種種不利於原住民學生在教育上開展的因素，著實讓原住民學生在教育領域上，無法靠自身的力量，在主流文化的教育環境中自由競爭。此時，國家為了落實多元文化保障的國家目標條款規定，於 1998 年訂立「原住民族教育法」（以下簡稱原教法），作為原住民族教育最高的基本法規定。另外，1987 年頒布的「台灣地區山地族籍學生升學優待辦法」，也於 2001 年修正時，改名「原住民學生升學優待及原住民公費留學辦法」，在其第 1 條明文規定指出，其係依據原教法第 16 條而訂定。最後，2014 年修正公布的升學保障辦法也是依此授權而訂定，再從原教法第 1 條的明文憲法委託依據³⁸，便可得知：關於原住民升學優待的相關制度設計，是根據增修條文第 10 條第 11

³⁶ 請參考張綠薇，台灣原住民的困境與教育，收錄於台灣原住民教育，頁 19，師大書苑有限公司（1999）。

³⁷ 請參考黃森泉，前揭註 35，頁 174-176。

³⁸ 原教法第 1 條規定：「根據『憲法增修條文第十條』之規定，政府應依原住民之民族意願，保障原住民之民族教育權，以發展原住民之民族教育文化，特制定本法」。

項的多元文化國家目標條款規定而來。就此而言，便可以導出現今的升學優待制度是以多元文化國的保障為其依歸，並藉此落實原住民的權利與地位保障，同時，這一種多元的環境並不單為原住民的利益而設，在肯定、保存原住民文化價值的同時，多元文化國也賦與國家積極作為的義務，讓國家去營造出使每個國民得以接觸不同文化的環境，原住民升學的優惠待遇，正能營造學校的多元性，讓人民有機會與不同的文化群體對話。更明確地說，憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並『積極維護發展』原住民族『語言及文化』。」在此，「語言及文化」成為明確的憲法委託，建構了升學保障辦法第 3 條規定第一種類型化的憲法依據：「取得原住民『文化及語言能力證明』者，以加原始總分 35% 計算」。

（二）平等權

1. 平等權的憲法保障

憲法上所謂的平等，旨在取消「人為」的不平等，使每個人皆得立於同一水平線向上發展。以憲法第 7 條的規定來看：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」我國憲法上所謂的平等，主要在於取消國家所作的人為不平等，而盡可能求取每個人在立足點上的平等³⁹。

平等權的保護範圍所要討論的，是在存有人為不平等的情形時。一旦存在有人為不平等的地方，即可認為人民受平等權所保護的範圍，

³⁹ 請參考法治斌、董保城，憲法新論，頁 243，元照出版有限公司，四版（2010）。

已被干預或侵害，得據以要求國家予以協助或保護⁴⁰。換句話說，依據司法院釋字第 485 號解釋所揭示：「憲法第 7 條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」基於憲法追求人民在法律上地位的實質平等，對於人為的不平等，國家應予以取消⁴¹。

什麼是「平等」？我們必須作個簡單的定義。平等，即「國家有義務對實質上相同的作相同處理；實質上不相同的，必須依其特性作不相同的處理」（參考司法院釋字第 211 號解釋）。如果相同的事務，國家卻作不同的處理，或不相同的事務，國家作相同的處理，此時國家的行為就變得恣意，而恣意即是違背平等。所以簡單地說，平等就是「恣意的禁止」（Willkürsverbot）⁴²。但是，何者為相同？何者又為不同？這實在很難回答。這裡主要是要看捉住哪一個特性來判斷。如果不相同的特性是無意義的話，就不得作差別待遇，亦即不得作不相同的處理；如果不相同的特性差異是有意義的話，那在此就必須作差別處理，不得作相同處理⁴³。誠如德國聯邦憲法法院所言：「平等原則

⁴⁰ Vgl. Heun, Freiheit und Gleichheit, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd. II: Grundrechte in Deutschland Allgemeine Lehren I, 2009, S. 437 ff.; Kirchhof, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts: der Bundesrepublik Deutschland Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, S. 697 ff.

⁴¹ Vgl. Katz, Staatsrecht, 18. Aufl., 2010, Rn. 710 ff.

⁴² Vgl. Kirchhof, Die Gleichheit als staatsrechtlicher Auftrag, in: Mellinghoff/Palm (Hrsg.), Gleichheit im Verfassungsstaat - Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Paul Kirchhof, 2008, S. 11 ff.; Kugelmann, Gleichheitsrechte und Gleichheitsgrundsätze, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VI/1: Europäische Grundrechte I, 2010, S. 979 ff.

⁴³ Vgl. Desens, Neid als Grundrechtsausübungsmotiv - Zur Durchsetzung des

禁止對於本質相同的事件，在不具實質理由下任意地不同處理，以及禁止對本質不相同的事件，任意地作相同處理⁴⁴」。

問題是，特性差異何者具有意義？何者則無意義？在區分上還是有困難。但至少，憲法第 7 條已經說明，不得依男女、宗教、種族、階級、黨派等作差別待遇，在這些特性上一律平等。也就是說，男女、宗教、種族、階級、黨派的差異是無意義的，國家不能以這種沒有意義的特性差異，來作不同的處理。所以，我們要儘量將審查標準客觀化，以尋求客觀的標準。這個客觀的標準，最好是由憲法中找尋，先看看憲法有沒有特別的規定⁴⁵。就此而言，憲法上為了求取結果平等的實現，有必要採取差別待遇的方式，以達成此一目標，而建構一套有意義的標準，以區別侵害平等權的「不合理差別待遇」，以及不違反平等保護的「合理差別待遇」⁴⁶。也就是說，基於過去長期歧視或剝削的歷史，事實狀態確實有不利的因素存在，憲法規定本身透過增修條文的國家目標條款規定，去優惠而積極改善結構性的弱勢族群，這裡扶助弱勢族群的憲法正當性基礎，有透過表面的不平等來實現真正平等的意思。例如：身心障礙者在某些工作能力上、應考試上，確實長期

Gleichbehandlungsanspruchs bei gleichheitswidrigen Gesetzen, AöR 2008, S. 404 ff.; Kube, Rechtliche Gleichheit und tatsächliche Verschiedenheit, in: Mellinshoff/Palm (Hrsg.), Gleichheit im Verfassungsstaat - Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Paul Kirchhof, 2008, S. 23 ff.

⁴⁴ Vgl. Meyer, Strukturelle Vollzugsdefizite als Gleichheitsverstoß: Defizite und aktuelle Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2005, S. 551 ff.

⁴⁵ 請參考許育典，前揭註 12，頁 180。

⁴⁶ Vgl. Haug, Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern, in: Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg: Systematische Darstellung, 2009, S. 265 ff.; Nußberger, Soziale Gleichheit- Voraussetzung oder Aufgabe des Staates? DVBl 2008, S. 1081 ff.

屬於弱勢，應予優惠性差別待遇（參考司法院釋字第 649 號解釋）；原住民在學業、就業上，也有基於文化因素的不利差異存在，也應予以優惠性差別待遇（參考司法院釋字第 719 號解釋）。

整體而言，憲法增修條文第 10 條第 11 項作為多元文化與原住民族保障的國家目標條款，是憲法要求國家對原住民族應該加以特別保護的規定，也可以看出原住民族與漢族的差別待遇，應該是一種「憲法上有意義」的優惠性差別待遇。

2. 落實平等權保障的原住民升學優待制度

「優惠性差別待遇」(affirmative action) 的定義，國內學者有認為係指國家採取積極性保障或調整手段，以減少既有的法律或事實不平等為目的⁴⁷，也有認為係指國家針對弱勢族群，所採取積極協助其融入主流社會的措施，以追求平等為目的，並認為「優惠性差別待遇」的用語，應稱為「積極平權措施」較為妥當，因優惠性差別待遇一語無法顯示「積極」與「平等追求」的特徵，再者「優惠性」恐有貶抑「被優惠者」的效果⁴⁸。然而，大法官首次在司法院釋字第 649 號解釋提及「優惠性差別待遇」，並在解釋文中明確使用此用語，本文使用此官方解釋的用語。

司法院釋字第 649 號解釋針對視障者工作權的保障，認為：「按憲法基本權利規定本即特別著重弱勢者之保障，憲法第 155 條後段規定：

⁴⁷ 請參考黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查－從釋字第六四九號解釋談起，法學新論，第七期，頁 26（2009）；陳愛娥，「兩性平等教育法」草案與「兩性地位之實質平等」，月旦法學雜誌，第八十四期，頁 173（2002）。

⁴⁸ 請參考廖元豪，平等權：第四講可疑分類之嚴格審查－種族歧視相關案例研析及比較，月旦法學教室，第八十三期，頁 39（2009）。

『人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。』以及憲法增修條文第 10 條第 7 項規定：『國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。』顯已揭櫫扶助弱勢之原則。職是，國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益，其『優惠性差別待遇』之目的合乎憲法相關規定之意旨。」在此，司法院釋字第 649 號解釋基於憲法第 155 條與增修條文第 10 條第 7 項的規定，將身心障礙者與一般人的工作權保障加以區別，做出了憲法上有意義的優惠性差別待遇⁴⁹。

之後，大法官解釋第二次出現「優惠性差別待遇」的用語，是在司法院釋字第 719 號解釋的解釋文中，這也是台灣釋憲史上第一次出現涉及原住民相關基本權保障的解釋文。司法院釋字第 719 號解釋認為：「憲法第五條規定：『中華民國各民族一律平等。』憲法增修條文第十條第十二項並規定：『國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展……。』系爭規定係立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為『優惠措施』，亦符合國際保障原住民族之精神（原住民族工作權保障法第一條、聯合國原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007）第二十一條第二項前段：『各國應採取有效

⁴⁹ 固然，大法官在此作出了該系爭法律違憲的解釋，而對於其審查寬嚴之問題亦多有爭議。但本文仍肯定本號釋字中對於優惠性差別待遇的基本看法。

措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善』及國際勞工組織原住民和部落人民公約（**Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)**）第二十條第一項：『各國政府在適用於一般勞動者之法律無法對原住民族提供有效保障之情形，應於各該國法令架構下，與原住民族合作，採行特殊措施，以確保原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上受到有效保障』參照）。是系爭規定係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當。……國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該『積極優惠措施』，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。」在此，司法院釋字第 719 號解釋基於憲法第 5 條規定與增修條文第 10 條第 12 項的規定，將原住民族與漢族的工作權保障加以區別，做出了憲法上有意義的優惠性差別待遇。

事實上，憲法增修條文第 10 條第 12 項並規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其『教育』文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展……。」因此，憲法上也將原住民族與漢族的學生教育基本權保障加以區別，做出了憲法上有意義的優惠性差別待遇⁵⁰。就此而言，原住民學生在教育成就低落的原因，不外乎原住民學生在主流文化的教育環境中，面臨了文化衝擊，且漢族學生相較於原住民學生擁有了相對較多的文化資本，使得原住民學生為了克服文化上的差異性，又要兼顧學業上的成就等，原住民學生必須付出相對於漢族學生更多的努

⁵⁰ Vgl. Gärditz, *Studiengebühren, staatsbürgerliche Gleichheit und Vorteilsausgleich*, WissR 2005, S. 157 ff.

力；且原住民普遍處於低社經地位，因此在教育資源上的享受，也是不及主流文化的漢族學生⁵¹。因此，原住民在教育方面因為存在許多不利的因素，縱使原住民族教育法第 5 條規定了「各級政府應採積極扶助之措施，確保原住民接受各級各類教育之機會均等。」如果政府沒有積極的輔助措施，空有條文對於教育機會均等的宣示，也無法達到條文所宣示的教育機會均等。

就此而言，司法院釋字第719號解釋也認為：「現今原住民所受之『教育』，其職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力仍處於相對弱勢，致影響其生活水準。」所以，因為原住民確實存在著不利於其教育發展的因素，此時國家以積極的優惠性差別待遇，建立並設計原住民的升學優待制度，實有助於達到原住民在教育上的實質平等⁵²，而這也是現行升學保障辦法的憲法依據。也就是說，即使是沒有通過原住民文化與語言認證的原住民學生，就算只是單純因為出生、血統或種族因素，但因確實存在著不利於其教育發展的長期弱勢因素，仍然可由實質平等來積極調整過去的不平等地位，獲得升學上加分的優惠差別待遇。更明確地說，憲法第7條規定實質平等的積極優惠性差別待遇，建構了升學保障辦法第3條規定第二種類型化的憲法依據：「未取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分10%計算」。

⁵¹ 請參考陳盈雪，高等教育領域之階級優惠性差別待遇－以大學入學為中心，頁 11，元照出版有限公司（2014）。

⁵² Vgl. Empt, Positive Diskriminierung ethnischer Minderheiten beim Hochschulzugang und der Gleichheitssatz in US-amerikanischen Verfassungsrecht: Affirmative Action nach Grutter und Gratz versus Bollinger, DÖV 2004, S. 239 ff.

參、原住民升學優待制度的合憲性檢驗

綜上所述，原住民升學優待制度，在憲法層次上可從增修條文第 10 條第 11 項的多元文化國原則以及憲法第 7 條的平等權，作為其憲法上的依據。然而，原住民升學優待制度在原住民學生與非原住民學生間，仍會出現不平等的問題與質疑，因此，本文以下便針對該制度對原住民學生與非原住民學生間是否有存有不平等的問題進行檢驗。由於，國家限制基本權是否合憲的判斷，有其循序漸進的檢驗步驟：從個案所涉及的基本權，到確定公權力的侵犯，檢驗形式的規範限制（法律保留限制）和檢驗實質的手段限制（公益理由、比例原則、平等原則）等⁵³。以下，本文依檢驗基本權的限制是否合憲的步驟，嘗試加以分析。

一、本案所涉及的基本權

一般而言，當人民的基本權受到國家的限制，要檢驗國家對此基本權的限制是否合憲，必須先解釋相關基本權的內容為何？事實上，傳統基本權的憲法保障，強調國家與人民間的雙面關係，要求國家不得過度侵害憲法上保障的人民基本權；然而，隨著從自由法治國的消極防禦國家侵害與干涉，發展到社會法治國的積極要求國家給付與保障，開始重視國家、人民與第三人間的三面關係，在原住民升學優待的情況中，國家提供給原住民學生較好的入學機會，那麼非原住民本來可能享有的教育資源將會受到限制，而產生平等權

⁵³ 請參考許育典，前揭註 12，頁 275。

的共享權問題⁵⁴。因此，原住民升學優待制度問題所涉及基本權，主要是原住民學生與非原住民學生平等共享教育機會與資源的問題，也就是憲法第 7 條平等權連結第 21 條教育基本權⁵⁵的保障問題。

二、基本權是否受侵犯

在瞭解原住民升學優待制度問題所涉及的基本權之後，接著要探討的是：這個基本權是否受侵犯？也就是說，在原住民升學優待制度的設計中，為了實現原住民學生的教育基本權，是否造成非原住民學生教育基本權受到侵犯？

問題是，基本權何時會受到侵犯呢？本文認為，應盡可能採取對人民有利的解釋，如果公權力的行使，導致人民的行為產生困難，或使人民的行為成為不可能，而這個行為屬於基本權的保障內涵時，則這個公權力的行使，會構成對基本權的侵犯。而且，不論公權力的行使是法律行為，還是事實行為，也不管公權力的行使是否具直接性或目的性，只要造成基本權損害的結果，而且這個損害是公權力可以預見的，也會構成對基本權的侵犯⁵⁶。

在原住民升學優待制度問題中，為了實現原住民學生的教育基本

⁵⁴ Vgl. Reichenbach, Art 3. Abs. 3 S. 2 GG als Grundrecht auf Chancengleichheit - Über den Anspruch behinderter Schülerinnen und Schüler auf Unterricht in der Regelschule, RdJB 2001, S. 53 ff.

⁵⁵ 本文這裡在此所指的是廣義的教育基本權，因為原住民升學優待制度還擴及於高中升大學的加分問題，也就是包含了大學階段，這裡還涵蓋了大學生學習自由的共享問題。這個問題的探討，請參考許育典、盧浩平，大學入學請求與多元入學方案的憲法問題，成大法學，第十期，頁 7（2005）。

⁵⁶ Vgl. Katz, a.a.O. (Fn. 41), S. 302 f.

權，升學保障辦法第3條規定（以下簡稱系爭規定）雖然區分了兩種類型化：取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分35%計算；而未取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分10%計算。但是，系爭規定中並未釐清這兩種類型的憲法依據，導致雖入學各校的名額採「外加方式」辦理，不占各級主管教育行政機關原核定各校（系、科）招生名額，仍被質疑：這裡因種族因素的優惠差別待遇，是否會造成非原住民學生教育基本權受到侵犯？

就此而言，在系爭規定之下，雖入學各校的名額採「外加方式」辦理，不占各級主管教育行政機關原核定各校（系、科）招生名額，但多少仍會排擠非原住民學生的教育經費預算，事實上也會造成非原住民學生喪失平等共享的一些教育機會。因此，在系爭規定的直接影響下，可能導致非原住民學生可以平等共享的教育機會相對減少，使非原住民學生教育基本權的行使產生某種程度的困難。就此而言，非原住民學生事實上仍處於不平等的不利地位，在此系爭規定可能構成「基本權的侵犯」，也就是對非原住民學生教育基本權的侵犯。

雖然，系爭規定可能構成對非原住民學生教育基本權的侵犯。但是，基本權所要保護的個人，並非是孤立的個人，而是在社會共同體中生活的人，故為了讓共同體的每個人盡可能享有基本權，對基本權的限制在所難免。有關基本權的限制問題，明白規定在憲法第23條：「以上各條列舉之自由權利，除為『防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益』所『必要』者外，不得以『法律』限制之。」就此規定而言，限制基本權的方式是否合憲，可由形式的法律保留原則與實質的公益理由及比例原則，加以檢驗。但是，經由德國憲法學的角度輔助思考，可以使合憲檢驗判斷更為完整：首

先，從憲法的形式規範面檢驗，在憲法規定中是否具有直接限制、授權法律限制或內在限制？其次，從憲法的實質限制手段面檢驗，是否符合公益理由及比例原則？然而，因系爭規定還涉及了對原住民學生的優惠性差別待遇，因此最後還必須進行平等原則的特別檢驗。

三、本案限制的形式規範合憲性

（一）憲法直接限制

就憲法的基本權目錄規定而言，在個別的基本權規範中，只有憲法第 8 條與第 22 條的規定，本身已將其憲法直接明文限制，加以表達。然而，本案涉及的是憲法第 7 條平等權與第 21 條教育基本權規定，並不存在任何的憲法直接限制。所以，本案沒有憲法直接限制的合憲問題。

（二）法律保留的限制

雖然，本案造成非原住民學生可以平等共享的教育機會相對減少，已侵犯非原住民學生的教育基本權。但是，一般而言，如果憲法已將限制基本權的事項，保留給立法者，容許由立法機關透過法律加以限制，而且「行政機關」的行為，也取得此形式上的法律限制依據，這裡的基本權限制，就是合憲的法律限制，此即為所謂的法律保留原則。本來，就形式上而言，法律保留原則在本案的要求是，國家限制非原住民學生教育基本權須有法律的依據，或至少有法律的明確授權。關於升學優待制度，早在 1987 年的時候，教育部已經頒布了「台灣地區山地族籍學生升學優待辦法」，但當時該辦法的頒布只是

行政命令，不得為法源依據。事實上，升學優待制度不僅攸關了原住民學生的教育基本權，並且也會涉及非原住民學生的平等權與教育基本權。就此而言，現行升學保障辦法已在第 1 條明文規定其授權依據，使得規範升學優待制度的辦法，有了法律上的授權依據。在此，原教法第 16 條的授權規定與升學保障辦法第 3 條第 1 項規定，都可視為法律的依據，本案在形式上應該符合法律保留原則。

（三）憲法的內在限制

任何基本權，即使符合了法律保留的限制，仍須進一步考慮其受到憲法本身內在限制的問題，即所謂基本權的內在限制（*Die grundrechtsimmanenten Schranken*）⁵⁷。就此而言，非原住民學生教育基本權除了受到法律的直接限制之外，也會受到憲法上其他基本權或憲法價值體系的限制，這屬於一種合憲的憲法內在限制。在此，本案限制非原住民學生教育基本權的規定，雖符合法律保留原則，但卻仍須合於來自憲法本身的基本權內在限制，才沒有違憲之虞⁵⁸。就基本權的內在限制而言，本案屬於國家直接的立法管制，除了涉及原住民學生教育基本權的保障以外，還涉及非原住民學生教育基本權的限制，在此存在基本權衝突的問題。對於基本權衝突的問題，德國聯邦憲法法院是透過利益衡量原則（*Grundsatz der Güterabwägung*）來加以解決⁵⁹。也就是說，在具體的爭議個案中，考慮基本權保護法益及其他基本權的交互影響，而進一步作利益衡量，看看哪一個在憲法

⁵⁷ Vgl. Dreier, Grundgesetz: Kommentar, Bd. I, 2010, S. 475 f.

⁵⁸ 有關基本權內在限制的探討，請參考許育典，前揭註 12，頁 153。

⁵⁹ BVerfGE 32, 98, 107 f.; BVerfGE 33, 52, 71.

價值體系上比較值得保護⁶⁰。

在本案中，必須針對原住民學生教育基本權的保障，以及非原住民學生教育基本權的限制，在兩者之間加以利益衡量。一方面，系爭規定在加分上的兩種類型化，不論是在憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項規定，取得了憲法在原住民學生語言與文化上加分的明文依據，還是憲法第 7 條保障了原住民學生教育基本權的實質平等，對於原住民弱勢族群給予額外的優惠待遇，即憲法要求國家協助原住民弱勢族群，使其有更多的教育機會，並藉此矯正在漢族主流文化發展下，以往原住民弱勢族群在教育機會上不成比例的情形，從而彌補原住民在語言與文化上長期受歧視的結果。另一方面，系爭規定的加分採取名額外加方式，即使排擠非原住民學生的教育經費預算，也是相當有限與輕微的。就此而言，原住民學生教育基本權在憲法規定下應該比較值得保護。所以，在憲法的內在限制檢驗上，系爭規定對原住民學生教育基本權的保障應合憲，接下來再檢驗此優惠性差別待遇的實質手段合憲性。

四、本案限制實質手段的合憲性

有關限制基本權的方式是否合憲的問題，在一般檢驗方式，除了前述須由形式的規範面加以檢驗以外，基於憲法第 23 條的規定：「……為『防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益』所『必要』者外，不得以法律限制之。」仍應就實質的公

⁶⁰ 這裡的利益衡量，並非意謂著憲法上已有一定的基本權位階，而是就個案爭議間權益的交互影響，經過憲法價值體系上的比較判斷，而釐清其意義、保障範圍及限制之後，在不侵害基本權本質的前提下，求取各基本權或其保護法益在憲法上合理存在的可能。

益理由及比例原則，檢驗其限制的合憲性。然而，在限制基本權的實質手段合憲性上，本案因其系爭規定涉及優惠性差別待遇，還必須進行平等原則的特別檢驗，茲分析如下：

（一）公益理由的檢驗

憲法第 23 條的規定，將「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」，列為法律限制基本權的憲法上正當公益理由。也就是說，在形式的規範面上，取得了限制基本權的合憲性後，還必須實質考量憲法第 23 條的 4 個公益要件，檢驗形式的合憲規範在限制人民基本權上，有無具備憲法正當性的理由？

就系爭規定有無具備憲法正當性的理由而言，首先應探討系爭規定的立法目的，在此可溯源到憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展『原住民族語言及文化』。」第 12 項規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其『教育文化』、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，『其辦法另以法律定之』。」加上聯合國原住民族權利宣言第 21 條第 2 項前段也規定：「各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善」。在此，系爭規定具有憲法位階的公共利益，應無任何疑問。立法者遵循此憲法意旨所制定的原住民族教育法與升學保障辦法，既已達成憲法所期盼的重要價值，在憲法學上稱為「憲法委託」⁶¹。系爭規定即是立法者藉由升學優待制度的建立，提供原

⁶¹ 請參考陳新民，論「憲法委託」之理論，收錄於憲法基本權利之基本理論（上冊），頁 62，自版，五版二刷（2002）。

住民教育機會的保障，是立法者履行憲法委託公共利益的典型案例。就此而言，系爭規定在出發點上，已取得其憲法正當性的合憲性基礎。

（二）比例原則的檢驗

基本權的限制，從被限制的基本權與限制所要實現的公共利益的兩面關係來看，有比例原則的問題，也就是系爭規定雖然具有憲法正當性的公益理由，還要符合憲法第 23 條所規定的限制「必要」手段。就此而言，比較重要的是比例原則審查標準的採擇，其判斷標準在於所涉及基本權的重要性，例如：人身自由、言論自由的高度不可侵性，還有基本權受到限制的程度（例如：營業自由的三階理論）……等等⁶²。本案在比例原則的審查上，因為系爭規定限制非原住民學生教育基本權，關於審查密度在此涉及種族的優惠差別待遇，本來對於系爭規定的審查基準，應採嚴格內容審查。然而，系爭規定的種族差別待遇，屬憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項規定所授權的優惠性差別待遇，因此審查密度上應降為中度可支持性審查⁶³。

就此而言，因憲法已經明文在國家目標條款加以憲法委託規定，非僅為法律層次的授權，而具有憲法最高性的位階。也就是說，憲法已透過國家目標條款建立基本價值，本條規定是由憲法直接委託授權，即國家目標所決定的基本價值，因此司法於審查上，應基於對憲

⁶² 請參考司法院釋字第 719 號蘇永欽大法官的協同意見書。

⁶³ 請參考許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收錄於憲法解釋之理論與實務（第二輯），頁 119，中央研究院中山人文社會科學研究所（2000）。

法的尊重，而降低審查密度。因此對系爭規定的審查，本文認為應採中度可支持性審查為宜。如果實質上對系爭規定的內容為審查時，仍應保留給立法者寬廣的自由形成空間，只要能提出合乎事理的評價，可以支持限制非原住民學生教育基本權的理由，即應可通過比例原則的審查⁶⁴。

在比例原則的適合性原則判斷上，是指當採取措施要限制人民的基本權時，採取的措施必須能適合於達到它所欲追求的公益目的⁶⁵。如果採取中度可支持性審查的標準，應該考慮系爭規定兩種類型化的優惠性差別待遇，一方面是來自憲法增修條文第 10 條第 11 項後段規定，為了彌補原住民在「語言與文化上」長期受歧視的結果；另一方面，是來自憲法第 7 條實質平等的積極保障，要求國家協助原住民弱勢族群，使其有更多的教育機會。在此，升學優待制度的優惠性差別待遇，其立法目的應屬合乎事理，且有助於原住民教育機會的提升與保障，應該符合比例原則的適合性原則。

在比例原則的必要性原則判斷上，是指在有多種「同樣能達成目的」的方法時，應選擇對人民權益侵害最小的手段⁶⁶。在此，系爭規定兩種類型化的優惠性差別待遇，無論是取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分 35% 計算；還是未取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分 10% 計算，立法者都在原住民學生入學各校的名額上採「外加方式」辦理，並不占各級主管教育行政機關原核定各校（系、科）招生名額。因此，如果採取中度可支持性審查的標準，

⁶⁴ 請參考法治斌、董保城，前揭註 39，頁 196。

⁶⁵ 請參考我國行政程序法第 7 條第 1 款的規定。

⁶⁶ 請參考我國行政程序法第 7 條第 2 款的規定。

在入學名額上採「外加方式」辦理，已經選擇了對非原住民學生教育基本權的最小侵害手段，可認為合乎事理，應該符合比例原則的必要性原則。

在比例原則的狹義比例原則判斷上，是指國家採取方法所造成的損害與欲達成目的的利益，只要沒有顯失均衡的情形，應該就符合比例原則的狹義比例原則⁶⁷。如果採取中度可支持性審查標準，相對於達成積極維護發展原住民族語言及文化（增修條文第 10 條第 11 項後段），以及對原住民族教育文化予以保障扶助並促其發展（增修條文第 10 條第 12 項後段），這兩個國家目標條款的「重要憲法目的」，因為系爭規定在入學名額上採「外加方式」辦理，其對非原住民的學生教育基本權，可能造成排擠教育預算的可能侵害，應該「比較輕微」，從而應該可認為合乎事理，而符合比例原則的狹義比例原則。

（三）平等原則的檢驗

在限制基本權的實質手段合憲性判斷上，依據憲法第 23 條的規定，在審查了實質的公益理由及比例原則之後，就完成合憲性檢驗。但是，如果個案基本權的限制，從國家、被限制的人民、不被限制的人民，這三面關係來看，因系爭規定涉及優惠性差別待遇，還必須進行平等原則的特別檢驗。

本案涉及優惠性的差別待遇，對焦在利益的給付，其性質不同於一般的差別待遇，並非不利益的歧視。此外，在此是通過優惠去積極改善結構性的原住民弱勢，這裡扶助原住民弱勢的正當性基礎，比較

⁶⁷ 請參考我國行政程序法第 7 條第 3 款的規定。

是源於過去長期剝削的歷史，有透過表面的不平等來實現真正平等的意思。當憲法在傳統消極平等的禁止歧視以外，同時認可這樣積極平權的優惠待遇時，意味著憲法針對原住民弱勢保障的領域清楚地認為：這裡僅僅有消極不作為（禁止歧視）的平等保障是不夠的，國家必須有所積極作為（優惠待遇）才能達到真正的平等⁶⁸。

至於為何要給予原住民升學優待，就此有學者提出基於「文化差異」、「原住民族的自我實現」及「實質、機會的平等」⁶⁹的理由。也有學者訴諸於「補償正義」及「分配正義」的觀點⁷⁰。本文認為對於原住民所提供的升學優待制度，首先，應從文化上的差異性出發，該文化差異性造成原住民不論在學習、升學的條件、資源均處於弱勢地位⁷¹，有鑑於此，政府為了提高、促進原住民學生的升學比例，並且保障其入學機會。其次，透過「補償正義」及「分配正義」的觀點⁷²，創造一個符合「實質平等」的升學制度，從而給予升學的優惠性差別待遇。這樣的思考脈絡，也比較符合系爭規定的兩種加分類型化的差別待遇，一方面在文化差異上，根據憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項規定，進行憲法委託授權的優惠性差別待遇；另一方面在實質平等上，

⁶⁸ 請參考司法院釋字第 719 號蘇永欽大法官的協同意見書。

⁶⁹ 雅柏魁詠，前揭註 7，頁 120-121。

⁷⁰ 林柏年，台灣原住民之權利與法制，頁 100-101，稻鄉出版社（2006）。補償正義：優惠性措施是為了補償該群體受歧視而損失的利益；分配正義：認為應以優惠性措施使特定族群有能力在條件平等下與其他各體共同發展或相互競爭。

⁷¹ 請參考張綠薇，前揭註 36，頁 16-20；請參考張泉源，原住民族教育及其法規範之研究，頁 108，國立政治大學法律學研究所碩士論文（2003）。

⁷² 請參考法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學，第六卷第一期，頁 40（1996）。

根據憲法第 7 條規定，進行積極的優惠性差別待遇。

對於國家措施是否合於平等原則進行審查前，必須先確定該系爭規定是根據何種「分類標準」而進行區分，且根據分類標準的不同，其審查的標準也有程度上的區分⁷³。就此而言，原住民升學優待制度是依考生是否具原住民身分，而產生可否享有加分或名額保障的升學優惠的區別。也就是說，升學優待制度是根據「種族」進行分類。接下來值得討論的是，系爭規定基於「種族」的分類標準所進行的優惠性差別待遇，應採取何種審查基準。有學者認為，對於「種族」所作的差別待遇，應採取「嚴格審查基準」，而優惠性的差別待遇也一樣⁷⁴。也有學者主張，對於優惠弱勢族群的措施，不應推定到應受「嚴格審查基準」，頂多適用「中度審查基準」即可⁷⁵。就此而言，本文認為因憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項規定已在國家目標條款加以憲法委託規定，其規定是由憲法直接委託授權，即國家目標所決定的基本價值，因此司法於審查上，應基於對憲法的尊重，而降低審查密度，因此對系爭規定的審查，本文認為應採「中度審查基準」，也就是要求立法目的是為了追求「重要的公益」，且此一立法分類與其目的間須具有「實質的關聯性」⁷⁶。

⁷³ 請參考廖元豪，美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action)合憲性之研究：兼論平等原則之真義，東吳法律學報，第九卷第二期，頁 5 (1996)。

⁷⁴ 郭介恒，美國性別平等之違憲審查基準，收錄於二十一世紀公法學的新課題：城仲模教授古稀祝壽論文集（憲法篇），頁 317，新學林出版股份有限公司（2008）。

⁷⁵ 廖元豪，「優惠」弱勢族群：不公平競爭？實質平等？，月旦法學教室，第二十五期，頁 10-11 (2004)。

⁷⁶ 廖元豪，前揭註 73。

就此而言，應該考慮系爭規定兩種類型化的優惠性差別待遇，一方面，針對取得原住民「文化及語言」能力證明者，以加原始總分 35% 計算，是來自憲法增修條文第 10 條第 11 項後段規定，而為了彌補原住民在「語言與文化上」長期受歧視的結果；另一方面，針對未取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分 10% 計算，是來自憲法第 7 條實質平等的積極保障，要求國家協助原住民弱勢族群，使其有更多的教育機會。

在這裡，我們可以從二個不同的面向來觀察這種規定差異性。首先是憲法對多元文化的保障，從多元文化主義的觀來看，一個人的選擇是否真正的「自由」，不能單從他個體的角度來看。因為一個人的選項實質上是有限的，而且這些有限的選擇會因為其所處的社群、文化有所改變。一個出生在中古封建時代的人，控制他選擇的因素可能是世襲的職業、階級制度中的位子，而選擇他的職業；而出生在現代社會的我們，則可能因為我們隸屬的群體而受到選擇的限制⁷⁷，我們可以說，人們的選擇是從箱子中挑出自己喜歡的東西，但是有哪些東西被放在箱子裡，是由我們所處的文化所決定的⁷⁸。因此，單純保障個人是不夠的，如果純粹地將國家內的個人視為一致、有相同政治社經權利的公民，最終的結果是讓所有人都服膺於主流文化的價值觀，看不出有其他可能的選項，而其中受到最大衝擊的將會是社會中的少數群體。由於原住民族長久以來居於被壓迫的地位，其社會經濟固然處於不利的地位無疑，但同時，這種不利的地位也容易導致他們對自身文化的

⁷⁷ 請參考 Elliot Liebow 著（黃克先譯），泰利的街角，頁 219，群學出版有限公司（2009）。

⁷⁸ 請參考林火旺，前揭註 14，頁 388。

價值產生懷疑，甚至否定⁷⁹。故此，針對通過原住民文化及語言能力檢定者給予優惠，其重要性在於肯定原住民文化、語言的價值，認為這些事是值得我們珍視，並幫助它們繼續存續發展的。同時，這樣的規定，不僅是對原住民學生的保障，也讓非原住民學生能在高等教育中認識更多比例，有不同文化背景的學生，此即符合憲法「國家肯定多元文化」的規定。另一方面，對於未通過檢定的原住民學生來說，他們可能由於生長的环境離傳統原住民文化圈較遠、可能出於自身對文化不同的認同，而未通過（或參加）檢定，但由於原住民的現況仍處於較不利的地位，故而為了幫助他們能透過教育改善處境，而運用優惠性差別待遇以達成實質平等⁸⁰。

必須要注意的是，在近代社會中，原住民並非完全都是社會上的弱勢。有部份原住民可能高度融入主流社群，甚且在主流文化群體中取得經濟上的優勢—此即所謂的「優勢原住民」。優勢原住民常居住於都市、且被認為較無文化適應的問題，但目前現行的規定並未排除優勢原住民的入學優待⁸¹，如考量平等原則的核心：「等者等之，不等者不等之」，那麼是否應認為系爭規定因未排除優勢原住民而違憲？對此，本文認為，固然有部份原住民在主流社會群體中取得經濟、社會地位上的成功，但總體來說，原住民族仍然是較為弱勢的一群。截至

⁷⁹ 請參考涂予尹，前揭註 18，頁 230。

⁸⁰ 如果進一步的分析，可以發現對通過檢定的原住民給予較高程度的優惠，同時具有改善其處境及肯定原住民文化的用義，而單純基於族群因素給予優惠，則是為了改善原住民現況。

⁸¹ 請參考金惠恬，原住民族國中學生升學優待制度與原住民受教權相關之研究，頁 27-28，國立暨南國際大學教育政策及行政學系碩士論文（2011）。

民國 103 年 12 月為止，我國人民平均薪資為 47,300 元⁸²。相對地，原住民的平均薪資僅為 27,996 元，而在受高等教育的人數比例上，原住民族受高等教育的比例同樣遠低於我國平均⁸³。這種巨大的差異顯現出原住民族總體上的弱勢，縱有少數的原住民在經濟上有較多資源，不須輔助，但優惠性差別待遇的目的不只為保障個人，同時也希望對原住民整體地位的提升有所幫助。在此，本文認為，即使有少部份的優勢原住民，在前段所論述的二個脈絡下，如果優勢原住民有通過文化及語言檢定，那麼從多元文化的保障來看，給予加分優惠應有助於肯定原住民文化的價值並幫助原住民文化存續及讓非原住民學生接觸多元文化。若僅有因原住民身份而來的加分，雖然這些優勢原住民個人並不需要額外的輔助，但是優勢原住民在教育上的成就一方面有助於扭轉社會對原住民的刻板印象，也較有可能（相對於主流文化族群）在成功後和其他原住民分享利益，更重要的是，即便是優勢原住民，仍然有可能在生活中受到文化、資源差異帶來的不利益，例如在求學過程中受到同學的調侃、或因為雙親來自不同文化族群而面臨文化衝突，這點和其他的原住民並無不同⁸⁴，故即使對優勢原住民予以優惠對待，應該也符合平等原則的要求。因此，即使不排除對優勢原住民的優惠待遇，系爭規定兩種類型化的立法目的，都是為了追求憲法上的

⁸² 103 年全年受僱員工人數平均為 727 萬 5 千人，全年薪資平均為 47,300 元，行政院主計總處中華民國統計資訊網，<http://www.stat.gov.tw/ct.asp?xItem=37147&ctNode=527&mp=4>（2015/04/19，造訪）。

⁸³ 103 年第 4 次原住民族就業狀況調查，原住民族委員會全球資訊網，<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=19F6DD25969C101D&DID=0C3331F0EBD318C248F044F9670930F3>（2015/04/19，造訪）。

⁸⁴ 請參考席致強，從憲法平等權觀點檢視我國原住民學生大學升學考試優惠之相關規定－以優惠性差別待遇與多元文化主義為取徑方法，頁 158-159，國立高雄大學法律學系碩士論文（2010）。

「重要的公益」，且這兩種類型化的立法分類與其憲法上所追求目的之間，都具有「實質」關聯性的連結，從而正當化差別待遇與正當目的間的實質關連性。因此，系爭規定應該可通過平等原則的特別檢驗。

肆、合憲原住民升學優待制度的檢討與建議

誠如前述，本文認為升學優待制度的目的，在系爭規定兩種類型化的優惠性差別待遇之下，一方面是為了積極維護發展原住民族語言及文化，另一方面是為了積極落實憲法上實質平等的保障，才會得出升學優待制度合憲的結論。因此，本文以下擬從這兩個憲法重要目的出發，去檢討系爭規定的升學保障辦法。

一、立法目的應為積極保障原住民族語言文化與實質平等

根據升學保障辦法第 1 條規定，可得知升學優待制度是由原教法第 16 條規定的授權而來。原教法第 16 條規定：「高級中等以上學校，應保障原住民學生入學及就學機會，必要時，得採額外保障辦理；公費留學並應提供名額，保障培育原住民之人才；其辦法，由中央主管教育行政機關定之。」就此而言，其授權給教育部訂定升學保障辦法，是為了保障原住民學生入學及就學的機會。然而，如果以保障原住民學生入學及就學的機會作為升學優待目的，無法釐清系爭規定兩種類型化與憲法的連結，容易引起爭議。

所以，在升學保障辦法第 1 條的規定中，一方面應連結憲法增修條文第 10 條第 11 項後段規定，積極保障原住民族語言文化，藉此正當化：取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分 35% 計算；

另一方面，應連結憲法第 7 條規定，積極保障實質平等的優惠性差別待遇，藉此正當化未取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分 10% 計算。因此，本文建議日後在修法時，應重新審視升學優待制度所欲追求的制度目的為何？將升學優待制度的目的，定位在積極保障原住民族語言文化與實質平等，以正當化其優惠差別待遇與正當目的間的必要性與實質關連性，從而符合比例原則與平等原則的要求。

二、升學優待制度應更重視原住民「語言及文化」

既然升學優待制度的最重要目的，是在積極維護發展原住民族「語言及文化」。因此，對於不熟悉自身語言及文化的原住民學生，應與熟悉語言及文化的原住民學生加以差別待遇。也就是說，對於缺乏原住民文化及語言能力證明的原住民學生，在加分比例的類型化上，應該與具有原住民文化及語言能力證明者，加以區別。

就此而言，未修正前的升學保障辦法第 3 條第 4 項，規定自 99 學年度起，對於未取得原住民文化及語言能力證明者，其加分比例逐年遞減 5%，並減至 10% 為止。2014 年修正的升學保障辦法第 3 條第 4 項，則明文規定限於 10%。事實上，原住民「語言及文化」因為長期的同化教育政策，使得原住民的母語被國語所取代⁸⁵，再加上原住民學生在教育過程中，是接受設計給主流文化的教育制度⁸⁶，如此一來，原住民「語言及文化」在主流社會中要如何存續，是一個值得深思的問題。

⁸⁵ 請參考周德禎，從同化、族群認同到族群融合：以原住民教育作為討論的起點，原住民教育季刊，第八期，頁 69（1997）。

⁸⁶ 請參考林柏年，台灣原住民族之權利與法制，頁 171，稻鄉出版社（2006）。

縱使在九年一貫課程實施下，鄉土語文被規劃在語文領域中，使得原住民得在國民教育階段接受母語教育⁸⁷，但目前的教育制度在升學主義的領導下，該科目若與升學無關者，學生所投入的心力自然就會相對降低。因此，在現在升學主義領導的教育制度下，唯有透過給予原住民升學優惠差別待遇的手段⁸⁸，在加分比例的類型化上也加以區別，原住民學生才會去重視原住民「語言及文化」的重要性，而努力投入去學習原住民「語言及文化」。

三、原教法應規定升學保障辦法的篩選條件

誠如前述，系爭規定兩種類型化的優惠性差別待遇，應該加以區別。雖然，系爭規定明確規定了這兩種類型的優惠性差別待遇，也已經揭示了立法者重視原住民「語言及文化」的積極保障。但是，仔細觀察其授權母法，原教法第 16 條規定：「高級中等以上學校，應保障原住民學生入學及就學機會，必要時，得採額外保障辦理；公費留學並應提供名額，保障培育原住民之人才；其辦法，由中央主管教育行政機關定之。」在此，並未將升學優待兩種類型化的篩選條件，規定在原教法第 16 條的條文中。

就此而言，原教法第 16 條應如同前述的升學保障辦法第 1 條，將這兩種類型化優惠性差別待遇的憲法連結，加以明文的區別規定。

⁸⁷ 請參考江建昌，後殖民觀點下的台灣原住民族教育法，弘光學報，第五十五期，頁 74（2009）。

⁸⁸ Vgl. Oelkers, Chancengleichheit, Integration und Schule: Ein Essay, RdJB 2009, S. 190 ff.; Preuss-Laustiz, Soziale Ungleichheit, Integration und Schulentwicklung - Zu den Qualitätskriterien bei der „Entstaatlichung“ von Schule, Zeitschrift für Pädagogik 1997, S. 583 ff.

如此一來，日後如果升學保障辦法修法之時，一方面可以在此取得憲法連結的明文依據，另一方面也可以避免升學保障辦法與母法的精神可能相互違背。因此，應該在原教法第 16 條規定中，將升學優待這兩種類型化的篩選條件，都納入此授權母法的規定。

伍、結論

長期以來，原住民在這個多元文化社會中成了少數民族，不論是經濟、社會或教育成就等，更是多元文化下的弱勢族群。然而，令人欣慰的是，在一連串的原住民社會運動後，台灣終於在 1997 年修憲時，將多元文化國原則的保障納入憲法規定，將原住民族地位的保障提升至憲法規範層次。此後，國家便積極在原住民族權益的保障上努力投入，而升學保障辦法所建構的升學優待制度是一個很好的例子。但是，在此辦法對原住民學生升學上加分的優惠差別待遇，是否有侵害非原住民學生平等權與教育基本權，卻一直都受到質疑。

事實上，升學優待制度雖歷經了多次的修改變革，但為何反對該制度的聲浪卻不減反增，甚至有不少學者認為該制度違反憲法第 7 條平等權的保障。在此，本文不僅論述了原住民升學優待制度的演變，而且提出原住民升學優待制度的憲法依據在於：憲法增修條文第 10 條第 11 項規定多元文化國的原住民族文化差異性，以及憲法第 7 條規定平等權的實質平等保障。此外，為了釐清升學優待制度的合憲性，本文也針對升學保障辦法所建構的升學優待制度進行合憲性檢驗。最後，本文得出以下的結果：透過升學優待制度作為手段，與所欲達成積極保障原住民語言文化與實質平等的目的之間，不僅符合比例原則

的必要性，而且符合平等原則的實質關連性。

因此，無論從比例原則與平等原則的檢驗下，本文認為升學保障辦法第 3 條第 1 項規定是否合憲，應該類型化為兩個部分：一方面，針對取得原住民「文化及語言」能力證明者，以加原始總分 35% 計算，是來自憲法增修條文第 10 條第 11 項後段規定，而為了彌補原住民在「語言與文化上」長期受歧視的結果；另一方面，針對未取得原住民文化及語言能力證明者，以加原始總分 10% 計算，是來自憲法第 7 條實質平等的積極保障，要求國家協助原住民弱勢族群，使其有更多的教育機會。本文認為，升學優待制度是以積極保障原住民語言文化與實質平等為目的，是為了追求憲法上明文規定的兩個憲法「重要公益」，從而正當化了比例原則的必要性，及平等原則所強調差別待遇與正當目的間的實質關連性。

然而，目前的升學優待制度是以保障原住民入學及就學的機會出發，因此本文將升學優待制度的目的，定位在系爭規定兩種類型化的優惠性差別待遇之下，一方面是為了積極維護發展原住民族語言及文化，另一方面是為了積極落實憲法上實質平等的保障，才會得出升學優待制度合憲的結論。因此，本文由此出發對升學優待制度進行檢討及建議。在目前的制度目的可以得出，現行規範的制度仍有改進的可能，包括了：其立法目的未定位在積極保障原住民族語言文化與實質平等、升學優待制度未凸顯原住民「語言及文化」的重要性、原教法未規定升學保障辦法的篩選條件等問題。針對以上問題，本文建議如下：立法目的應為積極保障原住民族語言文化與實質平等、升學優待制度應更重視原住民「語言及文化」、原教法應規定升學保障辦法的篩選條件。

最後要強調的是，憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」在此所涉及的憲法價值核心，即是透過多元文化的社會開展，而逐漸達成人民實質平等的可能性。這種多元文化價值的國家目標規定，在審查升學保障辦法的積極優惠性差別待遇時，也是內含在憲法實踐平等原則的重要憲法價值。在此，升學優待制度對原住民的積極優惠性差別待遇，可說是國家在此憲法價值核心下，為促進社會多元文化開展與積極創造人民實質平等。就此憲法規定而言，國家採取對原住民族教育權利的積極保障與扶助措施有多種可能性，系爭規定所要求兩種類型化的優惠性差別待遇，也屬於其中的一環。今後，國家仍應透過具體的政策與作為，積極實踐前述憲法增修條文對於原住民族的教育權利保障，並應就該積極優惠的差別待遇措施，依國家與社會時空環境與原住民實際需求的客觀情狀，定期檢討與調整加分比例。

參考文獻

書籍

Elliot Liebow 著（黃克先譯），泰利的街角，群學出版有限公司（2009）。

Peter Kivisto 著（陳宗盈、連詠心譯），多元文化主義與全球社會，韋伯文化國際出版有限公司（2007）。

Will Kymlica 著（鄧紅風譯），少數群體的權利－民族主義、多元文化主義與公民權，左岸文化出版社（2004）。

夷將·拔路兒，台灣原住民族運動史料彙編（下），行政院原住民委員會、國史館（2008）。

李壬癸，台灣南島民族的族群與遷徙，常民文化事業股份有限公司（1997）。

李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，五版（2009）。

林柏年，台灣原住民之權利與法制，稻鄉出版社（2006）。

法治斌、董保城，憲法新論，元照出版有限公司，四版（2010）。

金惠恬，原住民族國中學生升學優待制度與原住民受教權相關之研究，國立暨南國際大學教育政策及行政學系碩士論文（2011）。

席致強，從憲法平等權觀點檢視我國原住民學生大學升學考試優惠之相關規定－以優惠性差別待遇與多元文化主義為取徑方法，國立高雄大學法律學系碩士論文（2010）。

涂予尹，論多元文化主義下種族優惠性差別待遇的法正當性基礎－以臺灣原住民學生高等教育升學優待措施為中心，元照出版有限公司（2015）。

陳盈雪，高等教育領域之階級優惠性差別待遇－以大學入學為中心，元照出版有限公司（2014）。

許育典，教育憲法與教育改革，元照出版有限公司，二版（2013）。

許育典，憲法，元照出版有限公司，六版（2013）。

張泉源，原住民族教育及其法規範之研究，國立政治大學法律學系學士後法學組碩士論文（2003）。

黃森泉，原住民教育之理論與實際，揚智文化事業股份有限公司（2000）。

TALISSE, ROBERT B., PLURALISM AND LIBERAL POLITICS (Routledge, London, England, 2013).

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994.

Dreier, Horst: Grundgesetz - Kommentar, Bd. I, 2010.

Dreier, Ralf: Recht - Staat - Vernunft, 1991.

Gröschner, Rolf: Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, 1995.

Häberle, Peter: Wertepluralismus und Wertewandel heute, 1982.

Hsu, Yue-dian: Selbstverwirklichungsrecht im pluralistischen Kulturstaat - Zum Grundrecht auf Bildung im Grundgesetz, Tübinger Schriften zum Staatsrecht und Verwaltungsrecht, Band 54, 2000.

Katz, Alfred: Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht, 18. Aufl., 2010.

Scheytt, Oliver: Kommunales Kulturrecht: Kultureinrichtungen, Kulturförderung und Kulturveranstaltungen, 2005.

Scheytt, Oliver: Kulturstaat Deutschland: Plädoyer für eine aktivierende Kulturpolitik, 2008.

Schlaich, Klaus: Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, 1972.

Sommermann, Karl-Peter: Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997.

期刊論文

江建昌，後殖民觀點下的台灣原住民族教育法，弘光學報，第五十五期，頁 67-79（2009）。

李建良，淺說原住民族的憲法權利：若干初探性的想法，台灣本土法學，第四十七期，頁 115-125（2003）。

林明昕，原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？，憲政時代，第二十九卷第三期，頁 335-358（2004）。

周德禎，從同化、族群認同到族群融合：以原住民教育作為討論的起點，原住民教育季刊，第八期，頁 66-74（1997）。

法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學，第六卷第一期，頁 35-50（1996）。

陳愛娥，「兩性平等教育法」草案與「兩性地位之實質平等」，月旦法學雜誌，第八十四期，頁 167-178（2002）。

許育典，人的自我實現作為原住民教育基本權的核心建構，成大法學，第三期，頁 25-62（2002）。

許育典，文化差異、多元文化國與原住民教育權，成大法學，第四期，頁 37-69（2002）。

許育典、盧浩平，大學入學請求與多元入學方案的憲法問題，成大法學，第十期，頁 1-42（2005）。

雅柏魁詠，原住民升學優惠公平嗎？，原住民教育季刊，第三十期，頁 117-132（2003）。

黃俊杰，原住民權利保障與自治財政，台灣本土法學，第四十七期，頁 85-93（2003）。

黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查－從釋字第649號解釋談起，
法學新論，第七期，頁 17-43（2009）。

廖元豪，美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action) 合憲性
之研究：兼評平等原則之真義，東吳法律學報，第九卷第二期，頁
1-44（1996）。

廖元豪，「優惠」弱勢族群：不公平競爭？實質平等？，月旦法學教室，
第二十五期，頁 10-11（2004）。

廖元豪，平等權：第四講可疑分類之嚴格審查－種族歧視相關案例研析及
比較，月旦法學教室，第八十三期，頁 32-44（2009）。

顏國樑，「台灣地區原住民族籍學生升學優待辦法」修正的重要內涵、特
色及建議，原住民教育季刊，第二十三期，頁 136-148（2001）。

蘇建勳，析論我國原住民族之學校教育機會，立法院院聞，第二十八卷第
七期，頁 70-81（2000）。

Baer, Susanne / Wrase, Michael: Staatliche Neutralität und Toleranz in der
„christlich-abendländischen Wertewelt“ - Zur aktuellen Entwicklung
im Streit um das islamische Kopftuch, DÖV 2005, S. 243-253.

Desens, Marc: Neid als Grundrechtsausübungsmotiv - Zur Durchsetzung des
Gleichbehandlungsanspruchs bei gleichheitswidrigen Gesetzen, AöR 2008,
S. 404-431.

Empt, Martin: Positive Diskriminierung ethnischer Minderheiten beim
Hochschulzugang und der Gleichheitssatz in US-amerikanischen

Verfassungsrecht: Affirmative Action nach Grutter und Gratz versus Bollinger, DÖV 2004, S. 239-244.

Gärditz, Klaus Fedinand: Studiengebühren, staatsbürgerliche Gleichheit und Vorteilsausgleich, WissR 2005, S. 157-175.

Hammer, Felix: Das Verhältnis von Staat und Kirchen in Europa zwischen staatskirchlichen Privilegien und weltanschaulich neutraler Distanz, DÖV 2006, S. 542-549.

Heckel, Martin: Das Kreuz im öffentlichen Raum. Zum Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1996, S. 453-482.

Hermes, Eilert: Die weltanschaulich- religiöse Neutralität von Staat und Recht aus sozialemethischer Sicht, Der Staat 2001, S. 327-347.

Korioth, Stefan / Augsberg, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität - Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates? JZ 2010, S. 828-834.

Meyer, Stephan: Strukturelle Vollzugsdefizite als Gleichheitsverstoß: Defizite und aktuelle Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2005, S. 551-559.

Nußberger, Angelika: Soziale Gleichheit - Voraussetzung oder Aufgabe des Staates? DVBl 2008, S. 1081-1089.

Oelkers, Jürgen: Chancengleichheit, Integration und Schule: Ein Essay, RdJB 2009, S. 190-199.

Preuss-Laustiz, Ulf: Soziale Ungleichheit, Integration und Schulentwicklung
- Zu den Qualitätskriterien bei der „Entstaatlichung“ von Schule,
Zeitschrift für Pädagogik 1997, S. 583-596.

Reichenbach, Peter: Art 3. Abs.3 S.2 GG als Grundrecht auf
Chancengleichheit - Über den Anspruch behinderter Schülerinnen und
Schüler auf Unterricht in der Regelschule, RdJB 2001, S. 53-64.

Schapp, Jan: Grundrechte als Wertordnung, JZ 1998, S. 913-918.

Wahl, Rainer: Grundrechte und Staatszielbestimmungen im Bundesstaat, AöR
1987, S. 26-53.

專書論文

王玉葉，從補償性理論到多元化理論：美國高等教育優惠待遇案件 Grutter
之迴響，收錄於美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇～二〇〇
三，頁 363-393，中央研究院歐美研究所（2007）。

林火旺，公民身分：認同和差異，收錄於多元主義，頁 379-409，中央研
究院中山人文社會科學研究所（1998）。

徐火炎，多元主義與民主政治：被俘虜的政府與民眾，收錄於多元主義，
頁 237-268，中央研究院中山人文社會科學研究所（1998）。

郭介恒，美國性別平等之違憲審查基準，收錄於二十一世紀公法學的新課題：城仲模教授古稀祝壽論文集（憲法篇），頁 307-334，新學林出版股份有限公司（2008）。

許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收錄於憲法解釋之理論與實務（第二輯），頁 85-122，中央研究院中山人文社會科學研究所（2000）。

陳新民，論「憲法委託」之理論，收錄於憲法基本權利之基本理論（上冊），頁 37-93，自版，五版二刷（2002）。

張綠薇，台灣原住民的困境與教育，收錄於台灣原住民教育，頁 15-30，師大書苑有限公司（1999）。

Haug, Volker: Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern, in: Haug, Volker (Hrsg.): Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg: Systematische Darstellung, 2009, S. 265-273.

Heun, Werner: Freiheit und Gleichheit, in: Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd. II: Grundrechte in Deutschland Allgemeine Lehren I, 2009, S. 437-474.

Kirchhof, Paul: Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts: der Bundesrepublik Deutschland Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, S. 697-838.

Kirchhof, Paul: Die Gleichheit als staatsrechtlicher Auftrag, in: Mellinghoff, Rudolf / Palm, Ulrich (Hrsg.): Gleichheit im Verfassungsstaat - Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Paul Kirchhof, 2008, S. 1-22.

Kube, Hanno: Rechtliche Gleichheit und tatsächliche Verschiedenheit, in: Mellinghoff, Rudolf / Palm, Ulrich (Hrsg.): Gleichheit im Verfassungsstaat - Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Paul Kirchhof, 2008, S. 23-50.

Kugelmann, Dieter: Gleichheitsrechte und Gleichheitsgrundsätze, in: Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VI/1: Europäische Grundrechte I, 2010, S. 979-1030.

Lampe, Ernst-Joachim: Was ist Rechtspluralismus? in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.): Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, 1995, S. 8-24.

Neugebauer, Wolfgang / Holtz, Bärbel: Kulturstaat und Bürgergesellschaft - Problemstellung und Ergebnisse, in: Neugebauer, Wolfgang / Holtz, Bärbel (Hrsg.): Kulturstaat und Bürgergesellschaft: Preußen, Deutschland und Europa im 19. und frühen 20. Jahrhundert, 2010, S. 3-14.

Neumann, Johannes: Toleranz als grundlegendes Verfassungsprinzip, in: Neumann, Johannes / Fischer, Michael W. (Hrsg.): Toleranz und

Repression - Zur Lage religiöser Minderheiten in modernen Gesellschaften, 1987, S. 71-98.

Von Campenhausen, Axel Frhr.: Der heutige Verfassungsstaat und die Religion, in: Listl, Joseph / Pirson, Dietrich (Hrsg.): Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. I, 1994, §2 S. 47-84.

Werbick, Jürgen: Toleranz und Pluralismus, in: Broer, Ingo / Schlüter, Richard (Hrsg.): Christentum und Toleranz, 1996, S. 107-125.

中原財經法學

摘要

現行憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項規定了多元文化與原住民保障的憲法依據。近年來執政者也積極採取對原住民的優惠措施，致力於弭平原住民過去不平等的待遇。然而，依現行規定沒有通過原住民文化與語言認證的原住民學生，代表著單純只是因為出生、血統或種族因素，就獲得升學上加分的優惠差別待遇，這樣的升學優待制度其合憲性值得加以探討。本文首先從升學優待制度的演變與憲法依據的探討出發，再針對現今國家提供原住民學生的升學優惠制度，是否違反憲法第 7 條規定的平等權保障，進行合憲性的檢驗。最後，針對合憲的原住民升學優待制度提出檢討與建議，論證國家在對於原住民學生升學優待的同時，也不至於侵害非原住民學生平等權的憲法邏輯。

A Review of the Constitutionality of Affirmative Actions of Education for Indigenous People

Yue-Dian Hsu

Abstract

Article 10, Paragraphs 11 and 12 of the Additional Articles of the Constitution of the Republic of China provides the constitutional basis for the protection of cultural diversification and of indigenous people. In recent years, the government actively adopts affirmative actions for indigenous students in high school and college entrance examination to alleviate the past unequal treatments suffered by the indigenous people. However, in existing system, the indigenous students who fail the certifications of their knowledge of indigenous cultures and languages, can still receive ten percent bonus points for their enrollments of high schools and colleges. Accordingly, for those who, the Regulation grants preferential treatment to indigenous students who fail the certifications of knowledge of indigenous culture and language simply because of their places of birth, bloods and races. This kind of affirmative actions may infringe the right of equal protection of nonindigenous students and may call into doubt of its constitutionality and warrants further discussions.

This article begins with the study of the evolution of indigenous students favored system for enrollments of high school and its constitutional basis. Furthermore, this article reviews the constitutionality of existing affirmative actions for indigenous students. This article also provides some suggestions for existing affirmative actions for indigenous students and constructs a system that can provide affirmative actions for indigenous students but won't infringe the right of equal protection of nonindigenous students.

Keywords: affirmative actions for indigenous students, college entrance examination, cultural diversity, equal right, affirmative action, legal reservation, principle of proportionality, protection of indigenous peoples

中原財經法學