

論美國推動積極行動方案 以消弭就業歧視問題之努力

焦興鎧*

摘要

本文之目的，是要對美國過去四十多年來推動就業上積極行動方案之相關措施及所引發之爭議等，做一整體之說明，並詳析其利弊得失，以供我國在採行類似制度時參考攻錯之用。除序言及結語外，全文共分六個部分：第一部分說明該國建構此一制度之重要法源依據，尤其是幾項相關制定法及總統行政命令之內容。第二部分探討此類方案之重要類型及具體實施方式。第三部分依判決日期之先後，分析聯邦最高法院早期對此一制度之態度。第四部分說明此一制度所引發之反向歧視爭議、聯邦最高法院對此一問題之立場，以及國會之反應措施等。第五部分討論聯邦最高法院近期內對此一制度之三則相關判決，除敘述這些案件之重要事實及聯邦各下級法院之判決外，並探討各大法官之贊成及反對意見，藉以瞭解爭點之所在。最後，本文試對美國此一制度之利弊得失做一整體之評析，並說明其可供我國參考借鏡之處。

關鍵詞：積極行動方案、就業歧視、一九六四年民權法第七章、反向歧視、美國最高法院

* 作者為中央研究院歐美研究所研究員，E-mail: chiao@sinica.edu.tw。

1. 序言

美國防制就業歧視制度重要特色之一，是經由政府機關或私人企業在自願或被動之情況下，採取積極行動措施(affirmative action)，透過各種方案(programs)或計畫(plans)之實施與執行，來對受公平就業法律所保護特定弱勢群體之成員，諸如少數族裔、身心障礙者或甚至婦女，提供更多之就業機會或其他優惠利益，藉以糾正過去對他(她)們加以歧視待遇所產生之負面影響、建立模範角色(role model)而消除各種對少數族裔及女性受僱者之刻板印象與偏見，以及增進他(她)們在工作場所之代表性及多樣性等。¹事實上，在過去四十多年來，透過各種積極行動方案或計畫之具體實施，已使得少數族裔及女性受僱者無論在就業機會、薪資報酬及突破職業上水平或垂直隔離障礙上，都能獲得某種程度之改善進展，²而聯邦各級法院——尤其是最高法院對這種制度之判決詮釋，更已為其合憲性及合法性樹立多項重要之原則。³

然而，在八十年代雷根及老布希總統執政期間，曾對這種制度抱持極端敵視之立場，認為它會造成特權、過分優遇及僱用配額等不公平後果，而聯邦最高法院在一九八九年庭期內兩項不利之判決，也幾乎讓這種制度是否還能繼續存在產生疑慮，⁴但嗣後隨著一九九一年民權法(Civil Rights Act of

¹ 關於此點，參見 Michael K. Braswell, Gary A. Moore & Stephen L. Poe, *Affirmative Action: An Assessment of Its Continuing Role in Employment Discrimination Policy*, 57 ALB. L. REV. 365, 366 (1993)及 David B. Oppenheimer, *Distinguishing Five Models of Affirmative Action*, 4 BERKELEY WOMEN'S L. J. 42, 42 (1988-89).

² 關於此點，參見 Jonathan S. Leonard, *The Impact of Affirmative Action on Employment*, 2 J. LAB. ECO. 439, 447 (1984).

³ 關於此點，參見焦興鑑(1997)，〈美國兩性工作平等制度之研究〉，載同作者，〈勞動法制之最新發展趨勢——美國勞工法論文集(二)〉，頁 195-198。在此值得注意者是，本文所探討者是以就業上之積極行動方案為限，而美國最高法院大致在八〇年代中期已解決此一問題之合法性及合憲性爭議，至於在就業及其他領域之相關爭議，因同時也涉及此一制度之存廢問題，故本文在後揭 6. 部分亦將加以討論。

⁴ 美國最高法院此二判決分別為 *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* 及 *Martin v. Wilks*，關於此二案之簡要說明，參見焦興鑑(1995b)，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，載同作者，〈勞工法與勞工權益之保障——美國勞工法論文集(一)〉，頁 356-357。

1991)⁵ 之制定，一向支持弱勢團體之民主黨總統入主白宮，⁶ 以及立場中立、溫和及自由派之大法官在聯邦最高法院中逐漸取得主導之地位後，⁷ 這項陰霾似已暫時去除。然而，聯邦最高法院一九九五年在著名之 *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*⁸ 一案之判決中，卻又再度對這類方案做出嚴格之限縮詮釋，使得這種優惠待遇存廢之爭議又告燃起，⁹ 雖然柯林頓總統行政當局嗣後曾對此一判決提出相關之反制措施，¹⁰ 但隨著持保守立場之小布希總統在二〇〇一年二月上任後，此類爭議再度重演，而聯邦最高法院在二〇〇二年六月庭期結束前之兩項相關判決，似又為此類方案計畫賦予新義。¹¹ 在二〇〇八年十一月，民主黨籍之歐巴馬(Barack Obama)在總統大選中獲勝，而該黨又同時在國會參眾兩院獲得多數，取得「完全執政」之機會，由於民主黨一向較為支持此一制度，因此，似乎又讓此一制度重燃生機，¹² 從而，

⁵ 2 U.S.C. §§ 601, 1201-1224; 29 U.S.C. § 626; 42 U.S.C. §§ 1981, 1981A, 1988 (2006), 至於此法與積極行動方案之關聯，參見 Ronald Turner, *Affirmative Action and the Civil Rights Act of 1991*, 44 LAB. L. J. 615, 616-619 (October 1993), 有甚詳盡之分析。

⁶ 事實上，在柯林頓總統就任後，在這方面並未採取任何更積極之相關作為，參見 Harry R. Stany and Julie E. Patterson, *Labor Law Refoem: A Management Perspective*, 45 LAB. L.J. 565 (September 1994)及 Anthony Sterigo, *Clinton's Effect on Labor & Employment Law*, 44 LAB. L.J. 239 (April 1993). 此外，亦可參見焦興鎧(2007)，〈柯林頓總統與美國勞工法制之改革〉，中央研究院歐美研究所學術演講書面資料，二〇〇七年十月九日舉行，頁 15。

⁷ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註 3 文，頁 197。

⁸ 515 U.S. 200 (1995).

⁹ 關於對此案之評析，參見王玉葉(1998)，〈美國最高法院處理優惠待遇 (Affirmative Action) 案件之新趨勢：Adarand Constructors, Inc. v. Peña 案之評析〉，載焦興鎧主編，〈美國最高法院重要判決之研究：一九九三～一九九五〉，頁 196-204。

¹⁰ 同前註，頁 205-206。

¹¹ 此二案分別為 *Grutter v. Bollinger* 及 *Gratz v. Bollinger*，關於對此二案之評析，參見王玉葉(2007)，〈從補償理論到多元理論：美國高等教育優惠待遇案件 *Grutter* 之迴響〉，載焦興鎧主編，〈美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇～二〇〇三〉，頁 382-387。雖此二案涉及者為高等教育之入學積極行動方案爭議，但因曾引起廣泛討論，而且也影響到此一制度之存廢，故本文將在後揭 6.部分加以討論。

¹² 事實上，歐巴馬總統本身雖為美國歷史上第一位黑人總統，但他在競選期間對此一敏感議題，卻一直都是採取含混以對之態度，關於此點，參見本文在後揭 6.(4)部分之說明。

對其未來發展趨勢如何，實應予以重視。

一般而言，在我國之就業措施中，對某些群體成員採取積極行動方案之做法，除早期曾有對現役及退役軍人轉業提供某些便利，以及對僑生、大陳島或滇緬地區來臺之義胞等在就業上給予優惠外，並未見普遍施行。但在近年來，由於政府對某些弱勢族群，諸如原住民及身心障礙者等就業權之重視，因此，已有逐漸透過法令正式施行此類做法之趨勢，¹³ 而民間企業為提昇企業形象及善盡社會責任，也開始在招募及訓練上改採相當積極之措施，來進用弱勢族群之成員。¹⁴ 更重要的是，隨著政府採購法於在民國八十八年施行後，在第九十八條正式訂有定額僱用身心障礙者及原住民之社會責任條款，而在民國九十年十二月二十一日制定之兩性工作平等法（現已更名爲性別工作平等法）中，也有鼓勵事業單位優先進用女性之規定，¹⁵ 至於民國九十年制定公布之原住民族工作權保障法，則更在第二章中明定比例進用之原則，都一再彰顯我國已逐漸開始推行此一制度之事實，¹⁶ 而由臺北市就業歧視評議委員會所處理之相關個案顯示，由這類制度所衍生出之爭議也相繼浮現，實值得吾等加以正視。¹⁷ 在我正在國逐步建構公平就業法制之同時，究應以何種方式來推行此一制度，以及應如何處理因此而引發之所謂反向歧視 (reverse-discrimination) 爭議等，都有向美國制度師法取經之必要。

本文之目的，是要對美國過去四十多年來推動就業上積極行動方案之相關措施及所引發之爭議等，做一整體之說明，並詳析其利弊得失，以供我國在採行類似制度時參考攻錯之用。除序言及結語外，全文共分六個部分：第一部分說明該國建構此一制度之重要法源依據，尤其是幾項相關總統行政命

¹³ 關於此點，參見焦興鑑(2002)，〈我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第三十一卷第二期，頁 140-142。

¹⁴ 同前註，頁 141。

¹⁵ 關於此點，參見該法第六條之相關規定。

¹⁶ 關於此點，參見謝茵潔(2008)，〈種族就業優惠性差別待遇待遇制之探討——以原住民就業優惠措施爲中心〉，臺大法律學院法律研究所碩士論文，頁 11-12。

¹⁷ 關於此點，參見 Cing-Kae Chiao, *Employment Discrimination in Taiwan, in NEW DEVELOPMENTS IN EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW 209* (Roger Blanpain et al. eds., 2008).

令(Executive Orders)之內容。第二部分探討此類方案之重要類型及具體實施方式。第三部分依判決日期之先後，分析聯邦最高法院早期對此一制度之態度。第四部分說明此一制度所引發之反向歧視爭議、聯邦最高法院對此一問題之立場，以及國會之反應措施等。第五部分討論聯邦最高法院近期內對此一制度之三則相關判決，除敘述這些案件之重要事實及聯邦各下級法院之判決外，並探討各大法官之贊成及反對意見，藉以瞭解爭點之所在。最後，本文試對美國此一制度之利弊得失做一整體之評析，並說明其可供我國參考借鏡之處。

2. 重要之法源依據及執行機構

本文此一部分將首先說明美國推動此一制度之重要法源依據，然後再探討兩個重要之執行機關，即：平等就業機會委員會及聯邦政府契約遵循署之組織及在推動積極行動方案上所扮演之角色。

(1) 重要之法源依據

雖然在美國推動公平就業之理念，遠可追溯自南北內戰以後的重建(Reconstruction)期間，但真正具有現代意涵積極行動方案之推動，大致上是始自六〇年代初期民權運動興起之際。¹⁸ 一般而言，依據制定及頒布期間之先後，在該國國會立法及總統行政命令中，與積極行動方案之建構有直接關聯者，計有以下數項。

- (a) 一九六一年甘迺迪總統所頒布之第一〇九二五號總統行政命令(Executive Order No.10925)¹⁹：根據此一總統行政命令，聯邦政府及政府契約商(承包商及供應商)，均應對所有適格者推動及保障平等之工作機

¹⁸ 關於美國重要期間推動公平就業理念之發展，參見 Richard N. Appel, Alison L. Gray & Nilufer Loy, *Affirmative Action in the Workplace: Forty Years Later*, 22 HOFSTRH LAB. & EMP. L.J. 549, 551 (2005).

¹⁹ 26 Fed. Reg. 1977 (Mar. 6, 1961).

會，而不論其種族、教義、膚色或原始國籍等因素。²⁰ 此外，它還特別要求這些廠商應採取「積極行動」來實施這種平等就業機會。²¹ 然而，此一總統行政命令並未對何種作為構成積極行動加以明示，因此，堪稱僅具宣示之意義。²²

- (b) 一九六四年民權法第七章(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)²³：本法禁止私部門雇主對求職者及受僱者，基於種族、膚色、原始國籍、性別或宗教等因素，而在就業決定上予以歧視。²⁴ 是目前美國最重要禁止就業歧視之制定法，而且還創設一平等就業機會委員會(Equal Employment Opportunity Commission: EEOC)，專司此類控訴之調查，並設法以非正式之解決方式來處理此類紛爭。²⁵ 如後所述，此一獨立聯邦機構在積極行動方案之推動上，扮演甚為重要角色。²⁶
- (c) 一九六五年詹森總統所頒布之第一一二四六號總統行政命令(Executive Order No.11246)²⁷：此一總統行政命令規定任何與聯邦政府有商業性來往之私人企業，均不得在就業之各個階段，對其受僱者有任何歧視待遇之情形，目前在勞動部內設有一聯邦契約遵循署(Office of Federal Contract Compliance Programs: OFCCP)，負責此一總統行政命令之執行事宜。²⁸ 該署曾頒布一項行政命令，除規定承包聯邦政府契約達美金一萬元以上之承包商(包括轉包商)，都必須在契約中明定一項平等就業條款，嚴禁在契約持續期間有任何就業歧視之情形外，還進一步規定任何承包聯邦

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.* at § 301 (1).

²² 關於此點，參見 Appel, Gray & Loy, *supra* note 18, at 552.

²³ 42 U.S.C. §§ 2000e-2000e-17 (2006).

²⁴ *Id.* § 2000e-2 (a).

²⁵ *Id.* § 2000e-4. 關於此一委員會在禁止就業歧視問題上所扮演之角色，參見焦興鑑(2000c)，〈美國平等就業機會委員會機能之研究〉，載同作者，《勞工法論叢(一)》，頁 88-99。

²⁶ 關於此點，參見本部分後揭(3)之說明。

²⁷ 3 C.F.R. 339 (1964-1965).

²⁸ 關於此點，參見 DAVID P. TWOMEY, EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY LAW 84-85 (1990).

政府契約金額達美金五萬元或以上之承包商（包括轉包商），如果僱用員工達五十人以上，都必須呈報一項書面之積極行動方案，俾便能早日積極主動僱用婦女或少數族裔，違反者其政府合約即有被隨時取消之危險，或將會被禁止在未來參與這些契約之競標。²⁹ 這項總統行政命令在嗣後也曾歷經多次修正，目前和前述一九六四年民權法第七章一樣，也是美國推動就業上積極行動方案制度之重要法源依據。

- (d) 一九七三年復健法(Rehabilitation Act of 1973)³⁰：本法禁止聯邦雇主對身心障礙者加以歧視，同時，也規定承包聯邦政府契約者及接受聯邦政府財政補助者，都有義務對身心障礙者積極提供就業機會。目前，前述平等就業機會委員會對本法第五〇一條所管轄之聯邦政府部門，有詮釋及審查之權能，至於其他之相關事項，則由司法部負責處理。³¹
- (e) 一九九一年玻璃天花板法(Glass Ceiling Act of 1991)³²：本法是一九九一年民權法(Civil Rights Act of 1991)³³ 之一部分，它特別規定應由聯邦政府成立一玻璃天花板委員會(Glass Ceiling Commission)，藉以研究如何消除女性及少數族裔晉升至經理及決策階層之各類人為障礙，並增進她（他）們在這方面之機會及發展經驗。同時，並創設一套全國性之獎勵措施，藉以鼓勵那些積極晉用女性及少數族裔至決策階層之績優廠商。此外，該委員會還被授權舉行相關之公聽會，或採取必要之措施，藉以增進女性及少數族裔晉升至經理或決策階層之機會。³⁴

²⁹ *Id.* at 84-87.

³⁰ 29 U.S.C. § § 701-794 (2006).

³¹ 關於此點，參見 TWOMEY, *supra* note 28, at 117.

³² 目前本法收錄於前述一九九一年民權法之第二章 (Title II) 中。

³³ 2 U.S.C. §§ 601, 1201-1224; 29 U.S.C. § 626; 42 U.S.C. §§ 1981, 1981A1 1988 (2006).

³⁴ 關於此一委員會嗣後所發揮作用之評析，參見焦興鎧(2000b)，〈私部門高階女性人力資源之開發及運用——美國「玻璃天花板委員會」報告初探〉，載同作者，前揭註 25 書，頁 65-66，至於所謂「玻璃天花板現象」(glass ceiling effects)與積極行動方案之關聯，參見同文頁 66-70 及本文後揭 7.(3)部分之說明。

(2) 聯邦契約遵循署所扮演之角色

根據前述由詹森總統所頒布之第一一二四六號行政命令之規定，勞動部長(Secretary of Labor)應負責監督與協調有關承包聯邦政府契約與建築工程者(包括轉包商)之遵循活動(compliance activities)，而由該部特別成立一聯邦契約遵循署，來負責該總統行政命令之執行。³⁵ 嗣後，根據卡特總統在一九七八年所頒布之第一二〇八六號總統行政命令(Executive Order No. 12086)，幾乎所有聯邦政府之重要部門，諸如國防部、房屋及都市發展部、交通部、內政部、環境保護署、財政部及商務部等所進行之採購(procurements)及建築工程等，其承包廠商是否能遵循相關之聯邦公平就業法律規定，尤其是否能採取各種積極行動方案，來增進婦女(及少數族裔)之就業機會，都是交由該署來負責審查處理，其權限可說相當廣泛。³⁶

該署是一勞動部隸屬之行政機構，它是由該部之副助理部長來負責綜理全署之行政事宜，並設置若干監察使(ombudsperson)，以負責調查承包廠商是否有違反本總統行政命令之情形，³⁷ 在聽審這類違反事項，並在舉行一項完全之聽證會後，向該署主管建議是否應取消或停止違反本總統行政命令廠商之承包資格，或禁止其在未來參與競標等。³⁸ 此外，該署和前述平等就業機會委員會一樣，也在美國八個重要地區設置地區性機構。³⁹

至於聯邦契約遵循署之重要職責，則是要負責監督審查承包聯邦政府契約及建築工程之廠商，以確保它們不會採取就業歧視措施。同時，並責成它們採取各種積極行動方案，來增加婦女及少數族裔之就業機會。一般而言，它是採用下列三種方式，來確保承包廠商能遵循該總統行政命令之規定。首先，任何承包聯邦政府契約金額超過一萬美金或以上者，都必須在契約中訂

³⁵ 關於此點，參見 CHARLES A. SULLIVAN, MICHAEL J. ZIMMER AND RICHARD F. RICHARDS, *EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW* 549-550 (1988).

³⁶ 關於此點，參見 TWOMEY, *supra* note 28, at 84.

³⁷ 關於該署之組織架構，參見焦興鎧(2001)，〈美國兩性工作平等救濟制度之研究〉，載同作者，〈勞工法論叢(二)〉，頁 186。

³⁸ 同前註。

³⁹ 同前註。

有一項平等僱用之條款，而這項條款在該契約存續期間，對承包商（或轉包商）都具有拘束力。根據此一條款，該廠商除保證將不會因受雇者或應徵求職者之種族、膚色、性別、宗教信仰及原始國籍等因素，而對其加以歧視外，並應在徵才廣告上強調，任何應徵求職者都會被基於其資格來考慮是否任用，此外，它並應照會工會及其他相關轉包商這項允諾。⁴⁰

其次，任何向聯邦政府提供服務及商品之廠商，如果僱用員工達五十人以上，而其承包契約之金額高達五萬元美金以上者，都應制定書面之積極行動方案，俾便儘量任用女性（及少數族裔）。在這些方案中，除必須詳細說明在那些職位部門婦女（及少數族裔）代表性偏低之情形，以及其改進之目標與時間表外，還必須要提供各種支援性之資料，以作為該方案之一部分。此外，這些積極方案還要特別針對下列六個部門來加以改進：經理人員、專業人員、技師、銷售人員、辦公及行政人員，以及熟練之職業員工等，因為這些通常都是婦女（及少數族裔）運用率偏低之部門。⁴¹

最後，對承包聯邦政府建築工程之廠商，該署所採取之監督手段更為直接，通常是由該署主管根據所謂「標準大都市統計地區」(standard metropolitan statistical area: SMSA)之資料，片面為廠商設立一定之目標，以要求其僱用與相關地區勞動人口比例相當之婦女及少數族裔受雇者。⁴² 舉例而言，在目前，對承包聯邦政府建築工程契約金額達十萬元美金以上之廠商，該署主任特別將僱用女性受雇者之全國性目標，訂為百分之六點九。⁴³

⁴⁰ 關於此點，參見 TWOMEY, *supra* note 28, at 84.

⁴¹ *Id.* at 84-85, 一般而言，聯邦上訴法院在早期之相關判決中，都是對該署此類措施採取支持之立場，關於這類案件之判決，參見 *Contractors Association of Eastern Pennsylvania v. Schultz*, 442 F. 2d 159 (3rd Cir. 1971); *Southern Illinois Builders Association v. Ogilvie*, 471 F. 2d 680 (7th Cir. 1972); 及 *Associated General Contractors of Massachusetts v. Altshuler*, 490 F. 2d (1st Cir. 1973).

⁴² *Id.* at 85.

⁴³ *Id.*

(3) 平等就業機會委員會所扮演之角色

如前所述，根據前述一九六四年民權法第七章所創設之平等就業機會委員會，是美國負責執行規範就業歧視事項相關聯邦立法最重要機構之一，專門處理有關這類事件之申訴、調解及訴訟事宜。它是一獨立聯邦機構 (independent federal agency)，負責剷除在招募、僱用、晉升、解僱、薪資福利、測驗、訓練及其他有關之就業條件上，任何基於種族、膚色、宗教信仰、性別、原始國籍、身心障礙情況及年齡等因素所產生之歧視情形。⁴⁴ 該委員會是由五位經總統提名，而由參議院同意後任命之委員所組成，⁴⁵ 其任期是採間隔式之五年制 (staggered terms)，並由總統任命一位主席與副主席，而由主席指揮一位秘書長負責綜理全委員會之行政事務。⁴⁶ 嗣後，國會在一九七二年對一九六四年民權法第七章加以修正時，又特別為該委員會增設一法律總顧問室 (Office of General Counsel)，以負責該委員會之訴訟事宜。法律總顧問也是由總統提名，經參議院同意後任命，任期為四年。⁴⁷ 除設在首都華盛頓特區之總部外，該委員會在美國各大地區及重要州內，也分設五十個各種地區辦事處 (field offices)，俾便與各州本身所設置之州級公平就業機構共同合作，來剷除各種不同類型之就業歧視。⁴⁸

至於平等就業機會委員會之重要職責，則是負責對幾項重要禁止就業歧視之聯邦法律加以執行，其中較重要者計有：一九六三年同酬法⁴⁹、前述之一九六四年民權法第七章 (包括一九七二年平等就業機會法、一九七八年懷孕歧視法及一九九一年民權法)、⁵⁰ 一九六七年就業年齡歧視法、⁵¹ 一九七三年

⁴⁴ 關於此委員會之一般背景及組織架構等，參見焦興鎧，前揭註 25 文，頁 183-184。

⁴⁵ 同前註，頁 182。

⁴⁶ 同前註。

⁴⁷ 同前註。

⁴⁸ 同前註，頁 182-183。

⁴⁹ U.S.C. § 206(d) (2008)，該法本由勞動部負責執行，但在一九七九年後，即移由本委員會負責，關於此點，參見焦興鎧前揭註 37 文，頁 183 之說明。

⁵⁰ 42 U.S.C. § 2000e (k) (2008); Civil Rights Act of 1991, 2 U.S.C. §§ 601, 1201-1224; 29 U.S.C. § 626; 42 U.S.C. §§ 1981, 1981a, 1988, 2000e to 2000e-17; 12101-12213 (2006).

復健法第五〇一條，⁵¹ 以及一九九〇年美國身心障礙人士法。⁵² 一般而言，它都是以發現事實(fact-finding)或其他較非正式之程序，諸如協商(conference)、和解(conciliation)及勸服(persuasion)等手段，來排解當事人間有關就業歧視之紛爭。若透過這些程序仍無法加以解決，則委員會可主動為被害人提起就業歧視訴訟，或允許其在獲得該會同意後，取後所謂「有權提起訴訟信函」(right-to-sue letter)，而向聯邦地方法院提起這類訴訟。⁵⁴ 至於在涉及聯邦政府及各州或地方政府之就業歧視案件，則另依特別之程序來加以處理。⁵⁵

除上述之職責外，平等就業機會委員會還透過其他相關之活動，來推動與就業上積極行動方案有關之業務。首先，該委員會透過頒布各種相關之指導原則(guidelines)，來對澄清有關積極行動方案之某些重要概念，雖然該委員會所頒布之這類原則，通常並沒有法律上拘束力，但由於各級法院一向尊重該委員會之立場，因此，在相沿成習後，往往形成處理此類問題之重要準則，例如在一九七八年所頒布之幾項重要之指導原則，即是一適例。⁵⁶ 其次，該委員會還會協助各聯邦政府機構處理相關之控訴，並提供解決這類糾紛之指導，而且也會與各州及地方政府、雇主及工會、民權組織及其他相關社團等保持聯繫接觸，俾便提供必要之協助。⁵⁷ 再者，該委員會還透過其他宣傳及教育性活動，來促進一般大眾對推動積極行動方案重要性之認知，其中較著名者為志願協助活動，由該委員會為中小型企業及工會舉辦研討會，說明它們在此類計畫方案中所應扮演之角色。另一則是擴大展現計畫，由該委員會

⁵¹ 29 U.S.C. § 621, et seq. (2006).

⁵² 29 U.S.C. §§ 701-794 (2006).

⁵³ 42 U.S.C. § 12101 et seq.; 47 U.S.C. §§ 152, 221, 611 (2006).

⁵⁴ 關於此點，參見 TOWMEY, *supra* note 28, at 4.

⁵⁵ 關於此點，參見 SUSAN D. ROSS, ISABELLE K. PINZLER, DEBORAH A. ELLIS AND KARY L. MOSS, *THE RIGHTS OF WOMEN, THE BASIC ACLU GUIDE TO WOMEN'S RIGHTS* 58-63 (1993).

⁵⁶ 關於此點，參見 Appel, Gray & Loy, *supra* note 18, at 553-554.

⁵⁷ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註 37 文，頁 185。

派遣專業人員至它較無法顧及之地區，俾便對一般大眾提供有關之資訊。⁵⁸ 最後，該委員會還搜集及出版各種有關婦女及少數族裔就業情況之統計資料，除供其他相關之聯邦機構使用外，還讓學術研究機構參考研究，而且也對一般大眾公開，以加強她（他）們對推動積極行動方案重要性之認知。⁵⁹

3. 就業上積極行動方案之重要類型

在美國，根據前述各相關公平就業法律及總統行政命令之規定，以及聯邦各級法院之判決，為促成就業平等理念而採行之積極行動方案，大約共有下列幾種重要類型：

(1) 強制性積極行動方案(mandatory affirmative action programs)及自願性積極行動方案(voluntary affirmative action programs)

前者是由國會立法或總統行政命令所直接要求者，最重要之適例是根據前述第一一二四六號總統行政命令所規定，由勞動部聯邦契約遵循署負責執行，而透過聯邦契約承包商所採行之各種積極行動方案。由於這種積極行動方案是由總統行政命令（就其規定之事項而言，其效力與聯邦法律相當）所規定，因此，其合憲性及合法性一向無庸置疑，而聯邦各級法院基於對三權分立原則之尊重，也甚少加以過問質疑。⁶⁰ 後者則是由雇主本身所自願採行者，除公平性及工作場所多樣性與代表性之公益考慮外，雇主採取這種積極措施也常有其私利存在，因為這樣做不但可以避免發生就業歧視之訟爭，而

⁵⁸ 同前註。

⁵⁹ 同前註。

⁶⁰ 一般而言，由國會所贊同之積極行動方案，通常聯邦法院都會採用最寬鬆之審查標準，關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 1, at 392-395; 至於聯邦政府所採行者，尤其是由聯邦下級法院所命令施行者，則所受之審查密度亦較低，關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *id.* at 385-392; 然而，在州政府所採行之這類計畫或方案，通常都會面臨聯邦法院最嚴格之司法審查，關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *id.* at 379-382.

且也可保留其經營特權，同時還可取得承包聯邦契約或工程之資格。⁶¹ 然而，這種類型之積極行動方案，也偶會產生對少數族裔或女性受僱者過份優遇之情形，而造成反向歧視之訟爭（其詳後述）。⁶²

(2) 補償性積極行動方案(remedial affirmative action programs)及優遇性積極行動方案(preferential or instrumental affirmative action programs)

前者是指雇主積極主動採取之自願性各種努力中，以擔保所有適格之個人，均有平等取得所有僱用機會之可能，尤其是那些在傳統上被忽視或拒絕之弱勢團體成員。一般而言，這些行動方案都是特別針對某些特定之招募活動，或提供補償性之訓練計畫等，其目的通常只是希望保證機會之均等而已。由於這些積極措施是以糾正過去歧視待遇所產生之負面效果為主，所影響之既得利益較少，因此，通常較易被接受而不致引起訟爭。⁶³ 後者則是指雇主主動採取各種措施，對某一受保護弱勢團體之成員，給予各種正式或非正式之優遇。一般而言，這些措施都是以訂定目標及時間表之方式，來盡量招募或晉升更多之弱勢團體成員，俾使其在事業單位內整個員工人數上，能達到一定之比例標準，而不致於與所在地勞動市場之勞動人口比率相去太遠。⁶⁴ 由於這些措施是以達成在整個員工人數上代表性相等為主要目標，易對原具優勢團體之成員造成不利影響，因此，經常會引發前述反向歧視之訟爭。⁶⁵

⁶¹ 關於此點，參見 Appel, Gray & Loy, *supra* note 18, at 559.

⁶² 關於此點，參見本文後揭第 5.部分之說明，此外，亦可參見 Robert K. Robinson, John Seydel and Hugh J. Sloan, *Reverse Discrimination Employment Litigation: Defining the Limits of Preferential Promotion*, 46 LAB. L. J. 131, 133-140 (March 1995).

⁶³ 關於此點，參見 Appel, Gray & Loy, *supra* note 18, at 561-565.

⁶⁴ *Id.* at 565-568.

⁶⁵ 關於此點，參見 Robinson, Seydel & Sloan, *supra* note 62, at 133-140, 至於相關之聯邦最高法院判決，可參見本文後揭第 5.部分之說明。

(3) 公部門(政府)所實施之積極行動方案(public sector affirmative action programs)及私部門所實施之積極行動方案(private sector affirmative action programs)

前者是指由聯邦、各州、地方政府及公立教育單位所採行之各種自願性積極措施，一般而言，根據聯邦最高法院在各相關案例之判決，將種族或性別因素列入考慮及有關晉升配額之積極措施，通常都會為法院所接受，⁶⁶但在涉及裁員之情形，由於往往對特定對象造成過重之負擔，因此，法院是採否定之看法。⁶⁷後者則是指由私人事業單位所採行之各種自願性積極措施，一般而言，只要這些措施具有前述之補償性質，又不至於過份影響原有優勢團體成員之既得利益，且具有暫時之性質，則聯邦最高法院通常都是持肯定之態度。⁶⁸事實上，這兩種類型之積極措施在基本上並沒有多大之差異，只是在前者之情形，往往是涉及聯邦或各州政府所採行之做法，常另會引發聯邦憲法第五及第十四增修條文有關平等保護條款之爭議而已。⁶⁹

(4) 由勞資雙方所合意達成和解命令(consent decrees)所實施之積極行動方案及由法院所頒布之積極行動命令(court-ordered affirmative action)

前者通常是在發生就業歧視訴訟糾紛後，由雇主與工會達成某種協議，約定由雇主主動採取某些合理之救濟措施，以彌補某些弱勢團體成員因過去之歧視行為所蒙受之損失。⁷⁰一般而言，這種協議都會呈交原先審理之法院加以審查，並在經其同意後加以執行。雖然這種積極行動方案有時會嘉惠某些並未實際遭到過去歧視行為而受害之個人受僱者，但聯邦最高法院在相關

⁶⁶ 關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 1, at 379-392, 對相關聯邦最高法院之判決有極詳盡之剖析。

⁶⁷ 關於此點，參見 *id.* at 385, 391-392.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ 關於此點，參見 Larry Kramer, *Consent Decrees and the Rights of Third Parties*, 87 MICH. REV. 321, 324-331 (1988).

之案例，一向都是採樂觀其成之態度。⁷¹ 後者則通常是在雇主持續採取情節嚴重之歧視措施，或因過去之歧視情形極其普遍而致使其負面效果根本無法消除，而由法院根據前述一九六四年民權法案第七章之規定，命令雇主採取積極措施，俾便在一定期間內達到僱用某些弱勢團體成員之目標。⁷² 一般而言，這種積極措施有時也可能會惠及並非不合法歧視行為之實際受害人，但在某些特殊情況下，聯邦最高法院也是採正面之看法。⁷³

(5) 此類措施之具體實施形式

根據美國勞動法及人力資源學者之意見，依積極行動方案實施程度之深淺，其具體作為約可區分為下列五種模式：(a) 由雇主以書面明確宣示禁止在就業上有任何歧視之情形，一般而言，這種做法只是更積極禁止就業歧視之最低限度要求而已；⁷⁴ (b) 主動延攬計畫，由雇主透過各種公開宣導之方式，積極招募少數族裔及女性受僱者加入其員工行列；⁷⁵ (c) 訂定目標與時間表，俾便在一定期間內，儘量設法達成族群或性別工作平等理念之終極目標；⁷⁶ (d) 對少數族裔及女性受僱者給予各種優遇措施；⁷⁷ 及(e) 採用配額制度，以特別保留某些職位或晉升機會予少數族裔及女性受僱者。⁷⁸ 事實上，主動延攬計畫及訂定目標與時間表兩種方式，是目前美國雇主所最普遍採行者，至於優遇措施及配額制度兩者，因容易引發前述反向歧視之訟爭，現已絕少有雇主加以採用。⁷⁹

⁷¹ *Id.* at 338-352.

⁷² 關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 1, at 385-392.

⁷³ 關於此點，參見 Kramer, *supra* note 70, at 331-338.

⁷⁴ 關於此點，參見 Oppenheimer, *supra* note 1, at 43-45.

⁷⁵ *Id.* at 46.

⁷⁶ *Id.* at 46-48.

⁷⁷ *Id.* at 48.

⁷⁸ *Id.* at 48-50.

⁷⁹ *Id.* at 50.

4. 聯邦最高法院早期之支持立場判決

如前所述，美國最高法院對政府機關或私人企業所採取之各種積極行動方案，一向都是採取相當支持之立場，除非雇主之做法過份優遇婦女及少數族裔，而有不當損及優勢團體成員既得利益之情形。雖然這些判決常因涉案事實及當事人所提出之爭點不同，而有結果相當歧異之情形，但對釐清這些積極行動方案之合憲性及合法性方面，卻有甚為鉅大之貢獻。現依判決期間之先後，分述這些早期之判決如後。

- (1) 在 *Regents of the University of California v. Bakke* 一案，⁸⁰美國最高法院雖然認為，被告加州大學醫學院採用申請學生種族配額措施，致使較為適格之白人學生，反因種族之緣故，而無法取得入學資格，是一違反聯邦憲法第十四增修條文平等保護條款之做法，⁸¹ 但它卻也同時指出，某些為糾正過去歧視而有相當種族意識(race-conscious)之補償性方案，仍是一九六四年民權法第七章所特別允許者。⁸²
- (2) 在 *Steelworkers v. Weber* 一案，⁸³美國最高法院更進一步指出，雖然無法證明黑人受僱者確曾在過去遭到歧視待遇，但由於在雇主所僱用之技術熟練員工人數中，種族比例明顯有不平衡之現象，因此，在雇主與工會所達成之團體協約中，特別保留至少百分之五十之配額，讓黑人受僱者得以參加熟練員工訓練計畫之積極行動方案，雖然會使得某些資淺之黑人受僱者，要比資深之白人受僱者優先獲得這種機會，而且也可能

⁸⁰ 438 U.S. 265 (1978), 關於對美國最高法院此一重要案判決之說明，參見王玉葉(2005)，〈美國高等教育優惠待遇何去何從：美國最高法院拒絕審理 *Hopwood v. Texas* 案之省思〉，載焦興鎧主編，《美國最高法院重要判決之研究：一九九六～一九九九》，頁 178-184 及廖元豪(1996)，〈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〉，《東吳大學法律學報》，第九卷第二期，頁 11-16。

⁸¹ *Id.* at 319-320.

⁸² *Id.* at 378-379.

⁸³ 443 U.S. 193 (1979), 關於對美國最高法院此案判決之說明，參見王玉葉，前揭註 9 文，頁 186-187 及廖元豪，前揭註 80 文，頁 20。

會惠及某些根本在過去未曾被歧視行為所影響之黑人受僱者，但最高法院並不認為這種做法，是違反一九六四年民權法第七章之舉。⁸⁴

- (3) 在 *Wygant v. Jackson Board of Education* 一案，⁸⁵美國最高法院之多數意見認為，如果某項積極行動方案過份優遇少數族裔，而造成前述反向歧視之情形，則該項積極行動方案應屬無效。⁸⁶ 在該案中，某公立學校由於預算問題而不得不採取裁員之作爲，根據工會與校方所達成之團體協約，並不辭退那些較資淺之黑人教師，卻反而造成較資深白人教師被裁員之結果。最高法院認為，該項協議違反資深白人教師受聯邦憲法第十四增修條文平等保護條款所保障之權利，而以五票對四票，判決該項協約條款無效。⁸⁷ 根據該院之見解，某些積極行動方案所採取設置僱用目標(hiring goals)之做法，雖可能會對特定當事人產生不利影響，但其所附加之負擔往往相當分散(diffuse)，至於在裁員之情形，特定當事人卻會因爲要達成種族平等之目標，而不得不承受全部之壓力，造成極端不公平之結果。⁸⁸ 因此，法院判決雇主應採用其他較不具侵犯性之方式(less intrusive means)，來達成其積極行動方案所希冀之目標。⁸⁹
- (4) 在 *Sheet Metal Workers' Local 28 v. EEOC* 一案，⁹⁰美國最高法院還進一步重申，聯邦地方法院在頒布由法院所命令之積極行動方案時，如能證明雇主在過去一直持續採取情節極爲嚴重之歧視措施，或因過去之歧視情形極爲普遍，而致使其負面效果根本無法消除時，則不必僅對違法歧視事件之實際受害人，才能夠給予優惠性之救濟(preferential

⁸⁴ *Id.* at 208-209.

⁸⁵ 476 U.S. 267 (1986), 關於對美國最高法院此案判決之說明，參見王玉葉，前揭註9文，頁189及廖元豪，前揭註80文，頁18-20。

⁸⁶ *Id.* at 274-275.

⁸⁷ *Id.* at 277-278.

⁸⁸ *Id.* at 283.

⁸⁹ *Id.* at 279-284.

⁹⁰ 478 U.S. 421 (1986), 關於對美國最高法院此案判決之說明，參見王玉葉，前揭註9文，頁189-190及廖元豪，前揭註80文，頁20。

relief)。⁹¹ 然而，該院也同時指出，在絕大多數之情形，如發現確有違反一九六四年民權法第七章之事實時，則地方法院僅需命令雇主（或勞工組織）立即停止該項違法措施，並對實際受害人給予相當之補償即為已足。⁹²

- (5) 在 *Firefighters Local 93 v. City of Cleveland* 一案，⁹³美國最高法院又根據它在前述 *Weber* 一案之判決，指出某項允許黑人及西班牙裔消防隊員較多晉升機會及合理工作配置之和解命令(consent decree)，由於是經過涉訟當事人所協議達成，而且也經原審法院加以審查執行，因此，是一符合一九六四年民權法第七章之舉。⁹⁴
- (6) 在 *United States v. Paradise* 一案，⁹⁵美國最高法院則認為，阿拉巴馬州警政單位所採取在每晉升一位白人州警時，即應同時晉升一位黑人州警之積極行動方案，並未違反聯邦憲法第十四增修條文之平等保護條款，因為這種晉升配額(promotion quotas)之做法，正足以用來糾正該州機構在過去某些極端歧視少數族裔受僱者之做法。⁹⁶
- (7) 在著名之 *Johnson v. Santa Clara County Transportation* 一案，⁹⁷美國最高法院首度指出，雇主根據其所自願採行之積極措施計畫，將女性受僱者加以晉升，而並未讓更具資格之男性受僱者有此機會之做法，並未違反一九六四年民權法第七章。⁹⁸ 在該案中，法院是採取它在前述 *Weber* 一案之見解，認為在傳統職業隔離之情形，雇主為糾正女性受僱者代表性偏低之現象，在執行自願性之積極行動方案時，自得將性別之

⁹¹ *Id.* at 452-470.

⁹² *Id.* at 475-481.

⁹³ 478 U.S. 501 (1986), 關於對美國最高法院此案判決之說明，參見王玉葉，前揭註 9 文，頁 190。

⁹⁴ *Id.* at 524-530.

⁹⁵ 480 U.S. 149 (1987), 關於對美國最高法院此案判決之說明，參見王玉葉，前揭註 9 文，頁 190-191 及廖元豪，前揭註 80 文，頁 20。

⁹⁶ *Id.* at 171-177.

⁹⁷ 480 U.S. 616 (1987), 關於對美國最高法院此案判決之說明，參見王玉葉，前揭註 9 文，頁 191。

⁹⁸ *Id.* at 619-642.

因素列入考慮。⁹⁹

最後在此要加以說明者是，雖然美國最高法院在早期對積極行動方案中優惠少數族裔及婦女之做法，是採取寬容支持之立場，但在少數相關案例中，如果所採取之做法對白人受僱者造成過份不利影響時——尤其是在裁員之情形，則該院也會做出這類對少數族裔成員優惠措施違憲之判決。舉例而言，在 *Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts*¹⁰⁰ 一案中，該院即認為田納西州孟斐斯市所設計之積極行動方案，因過份影響白人消防隊員之權益而無效。¹⁰¹ 至於在前述 *Wygant*、*Weber* 及 *Sheet Metal Workers* 等諸案中，自由派之勃蘭大法官、馬歇爾大法官及布萊克門大法官等，雖一向都是極力支持這類方案，但如果實施結果對無辜第三者之就業權造成過重負擔時，他們也會表達異議之立場。¹⁰²

5. 反向歧視訴訟所引發之爭議

如前所述，由雇主所自願採納或由勞資雙方所協議達成之積極措施方案，偶而會對女性或少數族裔給予過份之優遇，常造成對男性或白人受僱者反而加以歧視之結果，在這種情形下，可否准許男性或白人受僱者提起所謂反向歧視之控訴？即曾引發相當多之爭議。¹⁰³ 一般而言，聯邦最高法院在處理此一敏感問題時，態度一向極為審慎，它首先在著名之 *Griggs v. Duke*

⁹⁹ *Id.* at 626-640.

¹⁰⁰ 467 U.S. 561 (1984), 關於對美國最高法院此案判決之說明，參見王玉葉，前揭註9文，頁188-189。

¹⁰¹ *Id.* at 580-582.

¹⁰² 關於此點，參見 *Wygant*, 476 U.S. at 309-311; *Weber*, 443 U.S. at 208; 及 *Sheet Metal Workers*, 478 U.S. at 479.

¹⁰³ 關於對此一爭議之說明，尤其某些誤解之產生背景，參見 Nancy Kauffman, Gary Miller and Kelvin Ivey, *Affirmative Action and the White Male in America*, 46 LAB. L.J. 692, 693 (November 1995).

*Power Co.*¹⁰⁴ 一案，即曾明確表示反對任何歧視性優遇措施之看法，而指出不論是對多數或少數族裔給予這種優惠待遇之舉，都是國會所要明文禁止者。¹⁰⁵ 嗣後，它在 *McDonald v. Santa Fe Trail Transportation Co.*¹⁰⁶ 一案，更明確表示單獨對白人受僱者加以歧視之舉，也是一項違反一九六四年民權法第七章之行爲。¹⁰⁷ 在前述 *Regents of the University of California v. Bakke*¹⁰⁸ 一案，雖然它曾有機會對當事人可否提出反向歧視控訴一事表示意見，但它卻刻意避而不談。¹⁰⁹ 直到一九八四年後，它才正式開始對這類問題表達意見。舉例而言，在前述 *Firefighters v. Stotts*¹¹⁰ 一案，聯邦最高法院首度表示，如果雇主所採行之積極措施方案，將會造成資深白人消防隊員被資遣，而資淺之黑人消防隊員反而得以保留職位之情況，則屬違反一九六四年民權法第七章之舉。¹¹¹ 嗣後，在前述 *Wygant v. Jackson Board of Education*¹¹² 一案中，該院也曾重申它反對任何過份保護少數族裔積極措施方案之立場，因爲它認爲該案所涉及措施對少數族裔在資遣上給予優惠待遇之做法，會造成反向歧視之情形而違憲。¹¹³

在一九八八年至一九八九年庭期內，聯邦最高法院曾在一連串之就業歧視案件中，做出多項對女性及少數族裔受僱者相當不利之判決，¹¹⁴ 其中在

¹⁰⁴ 401 U.S. 424 (1971).

¹⁰⁵ *Id.* at 431.

¹⁰⁶ 427 U.S. 273 (1976).

¹⁰⁷ *Id.* at 287-288, 此即所謂「全面中立對待」(total neutrality of treatment) 原則，關於此點，參見 Deborah A. Ballon, *Affirmative Action: Purveyor of Preferential Treatment or Guarantor of Equal Opportunity? A Call for a "Revisioning" of Affirmative Action*, 18 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 1, 10 (1997).

¹⁰⁸ 438 U.S. 265 (1978).

¹⁰⁹ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註 4 文，頁 248。

¹¹⁰ 467 U.S. 561 (1984).

¹¹¹ *Id.* at 580-581.

¹¹² 476 U.S. 267 (1986).

¹¹³ *Id.* at 283.

¹¹⁴ 關於這些案例之說明，參見焦興鎧，前揭註 4 文，頁 353-358，此外，亦可參見 Turner, *supra* note 5, at 615.

*Martin v. Wilks*¹¹⁵ 一案，它還明確表示白人受僱者可針對雇主經法院同意之和解命令而採行之積極行動方案，提起反向歧視之控訴。¹¹⁶ 在該案中，某些白人消防隊員提起訴訟，控訴雇主實際執行前述和解命令時，會不當損及他們之權益，讓某些本來不適格之黑人消防隊員，反而多獲升遷之機會。聯邦最高法院則是以五票對四票之多數，准許這些未曾參與制定和解命令之白人消防隊員提起這種反向歧視控訴。¹¹⁷ 一般而言，聯邦最高法院這項判決之結果，勢將對某些採取積極措施方案之雇主們相當不利，因為他們很可能必須經常在法院面對多數族裔受僱者提出這類控訴，從而影響他們推動積極措施方案之意願，在這種情形下，也會間接影響婦女及少數族裔之就業及升遷機會。¹¹⁸ 該院這項判決，曾引起該國勞工法學者之批評，而國會在制定前述一九九一年民權法時，即設法推翻這項判決，根據該法第一〇八條之規定，任何個人不得對就業歧視糾紛經判決或和解命令所產生之僱用措施，再提起任何反歧視之控訴，若：(1) 該個人已知悉該項判決或和解命令可能會影響其權益而有一合理之機會，來正式提出其反對意見；(2) 該個人之權益，已由另一提起控訴者充分代為表達；及(3) 涉訟之法院認為已盡合理之努力，設法通知所有之利害關係人。在這種情形下，所謂反向歧視訴訟所引發之爭議，即已不復具有任何重要性。¹¹⁹ 事實上，該法還特別規定這些限制應回溯自一九九八年六月十二日生效，而該日即是前述 *Wilks* 一案判決之日，是見國會特別以立法來推翻最高法院此一判決之意圖至為明顯。¹²⁰

¹¹⁵ 490 U.S. 755 (1989), 關於對此案之背景及聯邦最高法院之判決, 參見 George M. Strickler, Jr., *Martin v. Wilks*, 64 TUL. L. REV. 1557, 1559-1570 (1990), 至於國會之初步反制回應, 尤其是一九九〇年民權法 (Civil Rights Act of 2000) 草案之制定經過及失敗原因, 參見 Strickler, Jr., *id.* at 1602-1605 及焦興鎧, 前揭註 4 文, 頁 367-369。

¹¹⁶ *Id.* at 766-769.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ 關於此點, 參見焦興鎧, 前揭註 4 文, 頁 356。

¹¹⁹ 關於此點, 參見 Turner, *supra* note 5, at 617-618, 此外, 有關一九九〇年草案相關部分之說明, 參見 Strickler, Jr., *supra* note 115, at 1603-1604.

¹²⁰ 關於此點, 參見焦興鎧, 前揭註 4 文, 頁 356, 365-366。

6. 聯邦最高法院近期之相關判決

雖然美國最高法院早期通常都會對積極行動方案採取較寬容之立場，但不容諱言此類計畫方案之具體施行，確會對某些更適格之白人男性產生反向歧視之情形，而隨著八〇年代後期該國政治氣候轉趨保守，雷根總統所提名之大法官在該院逐漸取得主導地位，美國最高法院開始在一系列之相關判決中，對積極行動方案之推行，採取從嚴審查之立場，雖然這些案例與就業權並無直接之關聯，但影響所及幾乎讓此一制度之存廢產生疑義，而有略加說明之必要。

(1) 聯邦最高法院近期之保留立場判決

首先，最高法院在一九八八年至一九八九年庭期內，對允許少數族裔（包括婦女）承包一定比例公共工程(set-aside programs)之積極行動方案，開始採較過去更嚴格之審查標準。舉例而言，在一九八〇年，該院在著名之 *Fullilove v. Klutznick*¹²¹ 案例中，曾採用中度之審查標準，明確宣示國會以制定法允許少數族裔企業承包百分之十工程之規定，並未違反聯邦憲法第十四增修條文之平等保護條款及第五增條文之正當程序條款。¹²² 然而，在一九八九年，該院在另一著名之 *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*¹²³ 一案中，卻採取最嚴格之審查標準，僅允許某些能證明過去確因歧視待遇而直接受害之少數族裔企業，始得申請承包此類工程。¹²⁴ 由於此一判決大幅修正前述 *Fullilove* 一案所採之立場，而且至少影響全國三十六州及一百九十一餘個城市所採之這類補償性計畫，堪稱對少數族裔極端不利，而遭致該國學者之交相質疑批

¹²¹ 448 U.S. 448 (1980), 關於對美國最高法院此案判決之說明，參見王玉葉，前揭註9文，頁187-188。

¹²² *Id.* at 475.

¹²³ 448 U.S. 469 (1989), 關於對美國最高法院此案判決之說明，參見王玉葉，前揭註9文，頁191-195。

¹²⁴ *Id.* at 505-506.

判。¹²⁵

其次，在另一甚受注目之 *Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C.*¹²⁶ 一案中，所涉及者是少數族裔成員申請廣播電視台執照時，聯邦傳播通訊委員會 (Federal Communications Commission: FCC) 所採取之優惠待遇政策是否合憲之爭議。雖然該院在此案採取較前述 *Crosby* 一案較不嚴格之中度審查標準，¹²⁷ 而其判決結果也對原告少數族裔之成員有利，但由於此案仍是以五票對四票做成判決，其中採多數意見之勃蘭大法官及馬歇爾大法官均已退休，而繼任之蘇特大法官及湯瑪斯大法官立場，顯較前兩位保守，對此類優惠待遇措施是否仍會持續支持，實是一未定之數，從而，該院對積極行動方案之主流意見為何，仍有待在其他相關案例中持續加以觀察。¹²⁸

最後，在一九九五年，聯邦最高法院又有機會於 *Adarand Construction, Inc. v. Peña*¹²⁹ 一案中，對准許給予少數族裔（包括婦女）企業承包一定比例公共工程之積極行動方案，是否違反聯邦憲法第五及第十四增修條文中平等保護條款之爭議再度做成判決。在該案中，白人承包商因競標失利，而對一項聯邦政府條款補助興建公路護欄工程之政策提出控訴。在此五票對四票之見解歧異判決中，最高法院推翻它在前述 *Broadcasting, Inc. v. F.C.C.*¹³⁰ 判決中所採之中度審查標準，而改採最嚴格之審查標準，判決聯邦政府該刻意保留工程予少數族裔企業之措施違憲。¹³¹ 雖然持反對意見之四位大法官在本

¹²⁵ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註 4 文，頁 357。

¹²⁶ 497 U.S. 547 (1990)，關於對美國最高法院此案判決之評析，參見林子儀(1993)，〈言論自由與優惠性的差別待遇——*Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C.*〉，載焦興鎧主編，《美國聯邦最高法院論文集》，頁 97-105。

¹²⁷ *Id.* at 566-568.

¹²⁸ 關於此點，參見林子儀，前揭註 126 文，頁 102。

¹²⁹ 515 U.S. 200 (1995)，關於對美國最高法院此案判決之評析，參見王玉葉，前揭註 9 文，頁 196-204 及 Neal Devins, *Adarand Constructors, Inc. v. Peña and the Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmative Action Decisions*, 37 WM. & MARY L. REV. 673, 711-718 (1996).

¹³⁰ 497 U.S. 547 (1990).

¹³¹ 關於此點，參見王玉葉，前揭註 9 文，頁 199-201。

案中都贊同採取所謂「善意」(benign)種族分類之立場，¹³² 但顯然已無法與另五位立場保守之大法官相抗衡，因此，當此案判決做成後，即有媒體報導預測積極行動方案已被敲響喪鐘，¹³³ 甚至連柯林頓總統在該案判決後第二日所發布之正式聲明中，也不得不承認必須以正確之方式實施此類方案，¹³⁴ 讓人不禁對此類方案在美國將來是否仍能繼續存在一事，更增添一份不確定之感。

(2) 聯邦最高法院之最新兩項判決

自 *Adarand* 一案判決後，在美國各州一連串之新發展，似乎都對各類積極行動方案之推動蒙上陰影。舉例而言，在一九九六年十一月五日，加州即率先通過著名之第二〇九號複決案(Proposition 209)，禁止在僱用及入學方案中對種族、性別及原始國籍等因素加以考量，嗣後，此一複決案甚至成為該州憲法之一重要條款。¹³⁵ 在一九九八年十二月三日，華盛頓州之選民也在第二〇〇號創制案(Initiative 200)中，通過禁止在政府僱用及入學方案中，任何有關基於種族及性別因素之優惠待遇。¹³⁶ 在一九九八年十一月，老布希總統之子及小布希總統之弟佛羅里達州長布希(Governor Jeb Bush)，也曾頒布一項州長行政命令，讓該州高中生成績在百分之二十以前者（絕大部分是白人），得以自由選讀公立大學，藉以避免該州進行一項有關積極行動方案存廢之公投。¹³⁷ 然而，截至目前為止，美國僅有五州能禁止這類優惠待遇方案，在其他各州則尚未能獲得成功，¹³⁸ 由此可見此一制度之存廢仍屬未定之數。

至於聯邦各級法院之態度如何？也是一直懸而未決，尤其聯邦上訴法院第五巡迴法庭在一九九二年於著名之 *Hopwood v. University of Texas Law*

¹³² 同前註，頁 204。

¹³³ 關於此點，參見焦興鎧主編，前揭註 9 書，頁 296-297。

¹³⁴ 同前註，頁 297-298。

¹³⁵ 關於此點，參見王玉葉，前揭註 80 文，頁 194。

¹³⁶ 同前註，頁 193。

¹³⁷ 同前註。

¹³⁸ 同前註，頁 194。

*School*¹³⁹ 一案，正式判決德州大學法學院基於種族因素之入學方案所揭糞禁絕過去歧視所帶來之現存影響，以及讓該學院學生組合之多元化目標等，均不足以構成重大之政府利益。¹⁴⁰ 嗣後，本案雖曾上訴至聯邦最高法院，但因該院拒絕頒發移送命令而未被受理。¹⁴¹ 一直到二〇〇一年為止，該案在歷經聯邦地方法院及上訴法院多次更審後，仍遭聯邦最高法院拒絕受理，¹⁴² 整個案件拖延達十年之久，益增此類方案或計畫存廢之懸疑與不安。

由於聯邦最高法院就此議題遲未表態，反對積極行動方案團體乃針對各州立大學之相關入學措施主動提出集體訴訟，¹⁴³ 其中尤以對密西根大學大學部及法學院所提出之兩件訟案最引人注目。在前一 *Gratz v. Bollinger*¹⁴⁴ 案件中，聯邦地方法院認為，在高等教育體系中，學生組合之種族多元化一事，足以構成重大之政府利益。但在另一 *Grutter v. Bollinger*¹⁴⁵ 案件中，聯邦地方法院卻做出結果完全相反之判決，而嗣後被聯邦上訴法院第六巡迴法庭所推翻。¹⁴⁶ 就在 *Gratz* 一案上訴至聯邦上訴法院時，聯邦最高法院突然決定頒發移送命令聽審此二案件，¹⁴⁷ 並在二〇〇三年六月二十三日做成判決，是前述 *Adarand* 一案判決八年後，該院首度對此一議題宣示立場，其重要性自是不言而喻。

首先，在 *Grutter v. Bollinger*¹⁴⁸ 一案中，聯邦最高法院是以五票對四票，維持密西根大學法學院所採取將種族因素列入考量之入學政策，而根據奧康諾大法官所主筆之多數意見指出，雖然所有政府所做成之種族分類均應以最

¹³⁹ 78 F. 3d 932 (5th Cir. 1996), 關於對美國聯邦上訴法院第五巡迴法庭此案判決之說明，參見王玉葉，同前註，頁 8-14。

¹⁴⁰ *Id.* at 962-963.

¹⁴¹ *Texas v. Hopwood*, 518 U.S. 1033 (1996).

¹⁴² *Texas v. Hopwood*, 121 S.Ct. 2550 (2001).

¹⁴³ 關於此點，參見王玉葉，前揭註 11 文，頁 378。

¹⁴⁴ 122 F. Supp. 2d 811 (E.D. Mich. 2000).

¹⁴⁵ 137 F. Supp. 2d 821 (E.D. Mich. 2001).

¹⁴⁶ *Grutter v. Bollinger*, 288 F. 3d 732 (6th Cir. 2002).

¹⁴⁷ 537 U.S. 1043 (2002).

¹⁴⁸ 123 S.Ct. 2325 (2003).

嚴格之標準來加以審查，但如果所推展者是一極重要之政府利益，而且所採用之手段又能密切與該項利益之推動相結合的話，則並非所有這類以種族為基礎之方案均屬違憲。¹⁴⁹ 在該案中，她特別指出在法學院中維持學生組合多元性之重要性，以利於培養具有領袖氣質之人才，而得以在全民間取得合法 (legitimacy) 之地位，因此，該法學院在這方面具有一項極重要之利益存在。¹⁵⁰ 至於在所採用之手段方面，由於該入學方案並未採配額(quotas)或其他分別之入學管道，而且也具有相當彈性來權衡個別申請者之資格，因此，堪稱充分具備一完整設計方案之所有條件。¹⁵¹

其次，*Gratz v. Bollinger*¹⁵² 一案中，該院則是以七票對三票之多數，判決密西根大學部所採之新生或轉學生之入學方案，因違反聯邦憲法第十四增修條文所保障之平等保護條款而無效。根據奧康諾大法官提綱之多數意見指出，由於該校對大學新生（或轉學生）採用「計點」(point system)方式，也就是對所謂「表性不足之少數族裔」(underrepresented minority)之成員自動加給二十點之做法，並非是要達成教育多元化之一重要州政府利益之密切配合手段，因此，根據該院在前述 *Bakke* 一案之判決，尤其是包爾大法官之見解，此一做法並無法對入學申請者做個別之考量(individualized consideration)，從而，該校大學部此一入學方案即屬違憲而無效。¹⁵³

在此值得一提者是，雖然美國最高法院在 *Grutter* 一案仍然讓積極行動方案之制度得以維持，但它從嚴加以審查之立場並未有任何之鬆動，尤其是奧康諾大法官在該案中特別指出，自包爾大法官於一九七八年在前述 *Bakke* 一案中，贊同以種族因素來考量在公立高等教育體系建構學生組合多元性之做法後，在 *Grutter* 一案判決時已逾二十五年，而她希望自此一新案判決二十五年後，基於種族因素所給予之優惠待遇，將不會再被用來做為推動族群

¹⁴⁹ *Id.* at 2338.

¹⁵⁰ *Id.* at 2339-2340.

¹⁵¹ *Id.* at 2342-2347.

¹⁵² 123 S.Ct. 2411 (2003).

¹⁵³ *Id.* at 2427-2430.

平等之工具。¹⁵⁴ 雖然這僅是她個人之看法，但積極行動方案制度在美國日後是否得以繼續存在，確是一值得深思之課題，尤其是適用在推動性別工作平等此一理念上。

(3) 歐巴馬總統上任後可能採取之立場

如前所述，由於民主黨自甘迺迪總統以降，一向對積極行動方案採取樂觀其成之態度，因此，此次總統大選時，該黨首度推出黑人候選人歐巴馬參議員出馬角逐，有鑑於他出身情況較為特殊，再加上本身亦曾蒙此類方案之賜而得以入學哈佛大學法學院就讀，從而，外界對其積極行動方案之立場，一向都是相當關切，但該黨在傳統上又與勞工階層淵源極深，勞工選票一直是它政治實力中極為重要之基石，¹⁵⁵ 而此類方案卻正是白人男性勞動者，尤其是中產階級及低收入群體成員所相當敵視者，認為是他們無法獲得工作機會主因之一。¹⁵⁶ 在這種情形下，該黨自柯林頓總統後之歷屆總統候選人，皆對此一問題採取較為模糊之立場，以避免造成主要選民疑慮流失之後果，就連在政見中亦略而不提，與柯林頓在一九九二年總統大選時立場鮮明之情形不可同日而語。事實上，在此次總統大選中，歐巴馬針對此一爭議性極高之競選課題，即是採取相當審慎應對之立場，刻意不去論及種族因素，卻反而強調它應嘉惠所有之弱勢團體成員，包括白人之藍領勞工在內，¹⁵⁷ 而此一選舉策略確也為他爭取到更多選民之認同。

事實上，在總統競選期間，他即一再強調所謂「色盲」(colorblind, 意即不過問膚色問題)之選戰策略。舉例而言，當他在二〇〇八年七月對美國有色人種權益促進會(National Association for the Advancement of Colored

¹⁵⁴ *Grutter*, 123 S. Ct. at 2346-2347.

¹⁵⁵ 關於美國民主黨與勞工階層之關係，尤其是與重要勞工組織在政治上結盟之發展沿革，參見焦興鎧(1995a)，〈美國勞工組織與政黨關係之研究〉，載同作者，前揭註4書，頁265-280。

¹⁵⁶ 關於此點，參見 Kauffman, Miller & Ivey, *supra* note 103, at 692-693.

¹⁵⁷ 關於此點，參見 Richard D. Kahlenberg, *What's Next on Affirmative Action?* available at <http://www.theatlantic.com/doc/print/200811u/obama-affirmative-action> (last visited on January 17, 2008).

People: NAACP)講說時，即壓根未提有關積極行動方案之議題，而將重點放在治安、退稅及消除貧窮之議題上，讓人覺得他倒像是在美國全國總工會(AFL-CIO)講說一般。¹⁵⁸ 一般而言，他這種手法確能在各州反對積極行動方案之浪潮中，仍能得到跨種族選民之支持。舉例來說，在該年十一月，雖然內布拉斯加州曾以百分之五十八對百分之四十二之比例，通過禁止採行基於種族因素積極行動方案之創制案，但卻在大選中仍然支持他；而在科羅拉多州，雖然選民們對禁止採行積極行動方案之創制案，是陷於百分之五十對百分之五十之僵局，但卻是以百分之五十三對百分之四十六之比例支持其出任總統。¹⁵⁹ 至於他對此一議題最明顯之表白，則是於同年與同黨競爭者希拉蕊(Hillary Clinton)在費城辯論，回答提問美國廣播公司記者對他兩個女兒在大學入學時應否享有優先順序之看法時，曾特別提到因為她們在過去已經「飽受優待」(“they have had a pretty good deal”)，所以不應再享有此類優惠，而應對各種族所有低收入之學生給予特別考慮。¹⁶⁰ 雖然目前他在上任後即飽受金融海嘯及經濟危機問題所困，而並無法測知其行政當局會對此一議題採行何種相關作為，但一般認為應會將此一課題擴大為扶助所有弱勢族群成員之方式來處理，而不再僅侷限於種族問題上。¹⁶¹

7. 綜合評析

本文此一部份首先將探討對積極行動方案在促進少數族裔及婦女就業上所實際產生之功效，然後再剖析支持及反對此類作為之重要論點，接著討

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ 關於此點，參見 Richard D. Kahlenberg, *Barack Obama and Affirmative Action*, available at <http://www.insidehighered.com/layout/set/print/views/2008/05/12/kahlenberg> (last visited on January 19, 2008).

¹⁶⁰ 關於此一報導，參見 Peter S. Canellos, *On Affirmative Action Obama Intriguing but Vague*, available at <http://www.boston.com/news/nation/articles/2008/04/29/on-affirmative-action-obama-intriguing...> (last visited on January 17, 2009).

¹⁶¹ 關於此點，參見 Kahlenberg, *supra* note 159, at p. 2.

論在近年更受矚目之突破所謂「玻璃天花板現象」(glass ceiling effects)措施所引發之相關爭議，最後則是說明美國此一制度對我國目前建構防制就業歧視法制所能給予之各類啓示，以及所應採取之對策。

(1) 積極行動方案在消弭就業歧視問題上所發揮之功效

如前所述，目前美國絕大部分之積極行動方案都是由事業單位所自願採行者，因此，要實際衡量這些方案在增進少數族裔及婦女就業機會之成效，並非一容易之事，因此，有關此類方案成本／效益(costs and benefits)之估算，大多是根據平等就業機會委員會及聯邦契約遵循署所負責處理之申報(reportings)而來。¹⁶² 而根據美國公私部門之數據，推行此類積極行動方案所需之申報花費，事實上比起其他聯邦政府部門來說，應該是數額相當有限。舉例而言，根據美國國會一般會計局(General Accounting Office: GAO)在一九七八年之估計，全國一般事業單位一年通常要向聯邦政府提出約二千一百種以上之各類申報，所發費之時數高達六千七百萬小時，而使用之費用更要超過十億美元。¹⁶³ 其中針對平等就業機會委員會所提出之紙上作業時數，大約是在八十萬小時，僅占總數百分之一點一而已。¹⁶⁴ 而根據美國商會(U.S. Chamber of Commerce)之估計，向聯邦契約遵循署所提出之申報紙上作業時數，與平等就業機會委員會所要求者約略相同。¹⁶⁵ 從而，事業單位為遵循此類方案所花費之紙上作業時數，應不算有太多之負擔。此外，根據另一私人公司在一九七七年對四十八家公司所作之估算，在這些事實單位該年為遵循聯邦政府之相關行政規則之直接漸增費用(direct incremental costs)中，僅有百分之一約兩億一千萬美元與平等就業事項有關，而可歸類出積極行動方案

¹⁶² 關於此點，參見 J. Clay Smith, Jr., *Review: Affirmative Action*, 27 HOWARD L. J. 495, 515 (1984).

¹⁶³ 關於此一數據，參見 Report by the Comptroller General of the United States, *Federal Paperwork – Its Impact on American Businesses*, U.S. Accounting Office, GGD-79-4, November 17, 1978, Appendices VIII and IX, pp. 21 and 23.

¹⁶⁴ 關於此點，參見 Smith, Jr., *supra* note 162, at 515.

¹⁶⁵ 關於此一數據，參見 Daily Labor Report, No. 86, p. A-4, May 5, 1981, U.S. Chamber of Commerce Statement of EEC Costs to Employers.

事項者，則有約一億六千五百萬美元，可見所涉及之相關金額可說也並不龐大。¹⁶⁶ 而如果與這些公司之總銷售量來比較的話，則有關推動積極行動方案之費用，則僅占百分之零點零七而已。¹⁶⁷

至於在這些積極行動方案在促進少數族裔及婦女就業機會及突破職業上區隔(occupational segregation)之貢獻上，雖然更難用實際數字來加以估算，但不容否認其成效是相當可觀的。舉例而言，在一九六六年對高階人員之調查發現，一百四十萬黑人男性中，列為經理級者僅有不到百分之一，但在一九七七年調查時，不但總人數增至二百十萬人，而經理級者也增加至百分之四點八。¹⁶⁸ 至於在同一時期對西班牙裔男性之調查，也從一九六六年四十幾萬人之百分之二點五，增加到一九七九年百十萬人之百分之五點六。¹⁶⁹ 此外，黑人男性在專業領域中也成長迅速，由一九六七年百分之零點八，進步到一九七九年之百分之二點六。¹⁷⁰ 由於這些增長率都要超過同一時期之總人口成長率，所以可見積極行動方案確能發揮一定之功效。¹⁷¹

同時，女性在這類積極行動方案之協助下，與少數族裔之男性一樣，也同樣大有斬獲。舉例而言，在一九六六年之同一調查發現，在高階員工此一領域中，共有七百八十萬女性受僱者，其中能列為專業人員者，僅有百分之四點二而已，但在一九七九年之同類調查中，已增加至百分之七點九。¹⁷² 至於在更高層級之經理人員中，女性受僱者也由一九六六年之百分之二點四，倍增至一九七九年之百分之四點九。¹⁷³ 由於美國經濟在此段期間正由製造業轉型至服務業，因此，女性受僱者在這方面拜積極行動方案之賜尤多。舉例而言，在一九六六年經理階層之職位約有二百萬個，但到一九七九年則增

¹⁶⁶ 關於此一數據，參見 Smith, Jr., *supra* note 162, at 516.

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ *Id.* at 517.

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² *Id.* at 516.

¹⁷³ *Id.*

加至三百七十萬個，整整多出一百七十萬個職位，而女性受僱者在此一階層中，則是由三十二萬七千餘人，倍增至六十七萬三千餘人。¹⁷⁴

然而，雖然早期之相關研究通常都對此類積極行動方案在消弭就業歧視問題之貢獻予以肯定，¹⁷⁵ 但自八〇年代初期共和黨籍之雷根總統執政後，雖曾擔任過好萊塢演員工會之理事長，但卻極端遵循市場經濟之理念，而認為就業歧視之禁止及工會組織之運作等，都會對解除管制(de-regulation)及市場自由化產生不利之影響，自然也會影響到對積極行動方案之看法，雖然雷根總統行政當局如大選期間之政見並未直接廢除此類方案，但在執行上卻較前兩任共和黨籍總統及民主黨籍之卡特總統來得寬鬆，而且其所任命立場保守之最高法院法官也逐漸取得人數上之優勢，故在就業歧視之相關爭議上往往做出有利於雇主資方之判決，雖然國會方面仍能維持保護婦女及少數族裔勞動者之立場，但在這種氛圍下，藉由積極行動方案之推動來維護公平就業之理念，即開始面臨相當之質疑挑戰。¹⁷⁶ 事實上，在此一時段內，此類行動方案之效能，也逐漸呈現衰退之現象。舉例而言，在八〇年至八四年期間，政府承包商所僱用之女性及少數族裔受任者之成長率，反而較非政府承包商來得低，而缺少有效之執行更讓這類方案陷入有名無實之地步。¹⁷⁷ 從另一角度來觀察，由於此一制度已逐漸形成一種社會規範(social norm)，因此，許多私部門之雇主或事業單位已經將此類方案進一步制度化(institutionalized)，而無需透過政府來加以強制實施。¹⁷⁸ 在這種情形下，再加上聯邦最高法院前述相關判決之前後不一，更造成此類方案之存廢及正反意見又再度浮現。¹⁷⁹

¹⁷⁴ *Id.* at 516-517.

¹⁷⁵ 關於此點，參見 Leonard, *supra* note 2, at 459.及 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 1, at 431-433.

¹⁷⁶ 關於此點，參見 Devins, *supra* note 129, at 681-690.

¹⁷⁷ 關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 1, at 433.

¹⁷⁸ 關於此點，參見 Commentaries, Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 HARV L. REV. 1312, 1314-1323 (1986).

¹⁷⁹ 關於此點，參見 Ballon, *supra* note 107, at 16-17.

(2) 對積極行動方案正反意見之再探討

一般而言，雖然經過近四十五年之實施，而且已經成爲美國防制就業歧視整體法制中不可或缺之一環，但對積極行動方案效用及存廢之爭議，卻一直是論爭不斷，尤其是在美國首度選出一位曾拜由此類方案之賜，得以順利就學及就業，而嗣後又能成功入主白宮之少數族裔總統後，則更具有特別之意涵。綜合該國勞動法及人力資源學者之看法，推動此類方案以消弭就業歧視現象之做法，共有以下幾項合法及合理之論證可以支撐：首先，此類方案或措施，是用來作爲某些所謂「可資認定歧視」(identifiable discrimination)加以補償之用。事實上，根據聯邦最高法院在前述由 *Bakke* 至 *Merto Broadcasting Co.* 諸案之判決，即都是採用此一主張，而無論此類方案是根據那一種態樣而來，採取自由立場之大法官都希望能採最擴張之詮釋，而持保守立場之大法官則是儘量設法限縮其適用。¹⁸⁰ 通常在涉及公部門之此類方案時，聯邦最高法院十開會適用最嚴格之司法審查標準，至於在私部門自願性之相關方案，諸如前述 *Weber* 及 *Johnson* 兩案，通常則用較爲寬鬆之審查標準。¹⁸¹

其次，也有認爲這類方案應採取更爲激進之補償方式，藉以消弭過去歧視行爲所造成之社會性歧視(societal discrimination)現象。根據此一見解，僅僅停止前述可資認定之歧視或彌補所產生之特定效果，並無法對被害人提供真正之平等機會，而應更進一步徹底剷除歧視所造成之各類遺跡(vestiges)始可。¹⁸² 事實上，在前述 *Bakke* 一案中，四位採自由派立場之布蘭大法官、馬歇爾大法官、布萊克門大法官及懷特大法官等，都曾力主應由州政府採用溫和之種族優惠計畫，藉以彌補社會性歧視現象。¹⁸³ 此外，在前述 *Weber* 一案中，該院也曾允許私部門之雇主更多之空間，來糾正過去社會性歧視所產生之負面現象，而在前述 *Wygang* 一案中，包爾大法官也

¹⁸⁰ 關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 1, at 402-404.

¹⁸¹ *Id.* at 403.

¹⁸² *Id.* at 404-405.

¹⁸³ *Bakke*, 438 U.S. at 325.

是採同一之立場。¹⁸⁴

再者，根據所謂「前瞻性模式」(forward-looking paradigm)之論點，認為採取此類方案將可透過模範角色及多元化之做法，來增進工作場所之種族和諧及提昇生產效益，而達成有利之社會目標。舉例而言，在前述 *Johnson* 一案中，史蒂芬斯大法官即曾在協同意見書中提出此一主張。¹⁸⁵ 根據此一見解，僅僅檢視過去錯誤之經驗，並無法創造一種族融合之未來，而事業單位採取這類方案後，將足以達到提昇生產力、競爭優勢、意見多元化、更多元才能、和諧之勞資關係、增加公關形象、銷售量增加、易於招募優秀人材及利潤增加等效用。¹⁸⁶

又者，在藉由此類積極行動方案來消弭就業上種族歧視之主張中，其實還有對該國過去採用黑奴制度此段不光榮歷史之一種補償作用(reparation)，也就是彌補一種所謂「集體性之白人罪惡感」(collective white guilt)。舉例而言，在前述 *Bakke* 一案中，第一位黑人馬歇爾大法官即曾首度公然提出此一主張。¹⁸⁷ 至於其他提出此一主張者則認為，由於白人在過去幾個世紀以來一直享有各種特權及優惠，包括資訊之取得、教育及經驗等，而積極行動方案僅是部分用來彌補黑人所遭遇在這些方面之不公平待遇而已。¹⁸⁸

最後，由於聯邦最高法院在前述 *Griggs* 一案中，曾明確判決雖然雇主所採取之僱用措施，在表面上中立且無歧視之意圖，但卻會對特定群體成員造成歧視性影響(discriminatory effects)時，則會構成所謂「差別影響」(disparate impact)歧視之情形，因此，在前述 *Weber* 一案中，私部門之雇主即曾提出主張，認為應可藉由此類計畫或方案作為工具，藉以防堵少數族裔受僱者提出差別影響歧視之訴求。¹⁸⁹ 嗣後，雖然該院在著名之 *Wards Cove* 一案中，曾

¹⁸⁴ *Weber*, 443 U.S. at 272.

¹⁸⁵ 關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 1, at 405-406.

¹⁸⁶ *Id.* at 406.

¹⁸⁷ *Bakke*, 438 U.S. at 387.

¹⁸⁸ 關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 1, at 407.

¹⁸⁹ *Weber*, 443 U.S. at 209 n. 9.

設法減輕雇主在此類案件中之舉證責任，但國會卻又以前述一九九一年民權法之相關規定推翻該案之判決。¹⁹⁰ 從而，雇主仍得藉由採用積極行動方案之手段，來防止少數族裔受僱者提出差別影響歧視之訴求。

然而，根據對採用積極行動方案來消弭就業歧視爭議持質疑批判立場者之看法，此類方案或計畫也常易產生下列幾項弊端，而並不是匡正這種現象之最好解決之道：首先，持此種見解者指出，任何積極行動方案都有可能會對多數族裔或男性造成前述之反向歧視問題。舉例而言，在前述 *Weber* 一案中，原告即曾提出一九六四年民權法明文禁止在僱用及訓練上，基於種族因素而予以歧視，同時，還特別引用聯邦最高法院曾在前述 *McDonald v. Santa Fe Trail Transportation* 一案中，明確表示一九六四年民權法第七章同時保護白人及黑人之立法旨意。¹⁹¹ 雖然在 *Weber* 一案中，聯邦最高法院之多數意見不認為原告得提出反向歧視，但如前所述，嗣後它也會視雇主所採取之相關僱用措施對多數族裔所產生之不利情形來做判斷，藉以兼顧兩者之權益。¹⁹²

其次，對積極行動方案採異議立場者又指出，此類方案或計畫之實施，經常會產生某些有害之副作用。舉例而言，在前述 *Weber* 一案中，銳恩葵斯特大法官即曾直言，這種做法常易淪為硬性之配額制度，而有違一九六四年民權法第七章之文義及立法過程。¹⁹³ 嗣後，在前述 *Croson* 及 *Metro Broadcasting, Inc.* 兩案中，奧康諾大法官也曾提及這類積極行動方案會造成種族仇視、讓刻板化印象具體化，並且也讓接受不同待遇者污名化等後果。¹⁹⁴ 至於此類方案之最大缺失，則是種族或性別會一直成為就業決定之一項相關考量因素，而讓功績制度無法發揮應有之效用與作為。¹⁹⁵

再者，反對積極行動方案制度者也指出，前述所謂模範角色之見解，與

¹⁹⁰ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註 4 文，頁 367-371。

¹⁹¹ *Weber*, 443 U.S. at 201.

¹⁹² 關於此點，參見本文前揭第 5 部分之說明。

¹⁹³ *Weber*, 443 U.S. at 254-255.

¹⁹⁴ 關於此點，參見 *Croson*, 488 U.S. at 493 (plurality opinion) 及 *Merto Broadcasting, Inc.*, 497 U.S. at 603-604 (O'Connor, J., dissenting).

¹⁹⁵ 關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 1, at 413.

過去歧視並沒有一定之關聯，而且也不符合一項合法之補償目的。¹⁹⁶ 至於前述多元化之見解，則也與前述社會性歧視之字句一樣，充滿模糊不確定性，而且也與刻板化印象無法切割。¹⁹⁷ 而針對奴隸制度補償之說法，也有相關之質疑提出，認為並無法包含某些曾被歧視族裔之後代，包括猶太人及日本人在內，而如果單獨嘉惠黑人的話，勢必會對其他少數族裔所曾遭受之傷害造成一種貶抑之效果。¹⁹⁸ 同時，也會產生憤恨、輕視及不滿之負面效果。¹⁹⁹ 至於前述對差別影響歧視得以提出抗辯之說法，也就是要維持工作場所比例代表性(proportional representation)之見解，則也有不同之見解出現。舉例而言，史卡利大法官即曾在前述 *Johnson* 一案中指出，要在所有職位分類中保持這種做法，簡直就是一種「統計上之怪象」(statistical oddity)。²⁰⁰

最後，對積極行動方案表示不滿者也指出，這類方案或計畫並不是最好的補償辦法，而且就業上歧視現象也不是唯一之問題。在前者之情形，這種方案之利益往往會讓最不需要者所獲得，而卻無法造福真正有需求者。同時，往往也會被用來迅速達成種族正義之理想，但卻會忽略真正存在之需求，諸如住屋、醫療及教育問題等。²⁰¹ 至於在後者之情形，則是指少數族裔應循個人之努力及責任感來向前邁進，而並非採用民權之策略即可畢其功於一役。²⁰² 事實上，雖然積極行動方案堪稱是六〇年代民權運動之產物，但現實政治已讓此一制度成爲民權運動領導者與一般美國民眾（包括白人與黑人）之分歧點，雖然前者仍然認爲積極行動方案是就業與教育之最重要決定因素，但已經有越來越多人認爲能力要比種族來得更重要些。²⁰³

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Id.* at 414.

¹⁹⁸ *Id.* at 414-415.

¹⁹⁹ *Id.* at 415.

²⁰⁰ *Johnson*, 480 U.S. at 658 (Scalia, J., dissenting).

²⁰¹ 關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 1, at 416.

²⁰² *Id.* at 417.

²⁰³ *Id.* at 418.

(3) 玻璃天花板之突破及其他相關之爭議

雖然柯林頓總統在執政初期，曾設法對美國勞工法制從事大規模之改革，但卻因一九九四年國會大選失利而無法如願，而且也未曾對積極行動方案之推動，採取更為有效之作爲。²⁰⁴ 然而，他卻曾根據前述一九九一年玻璃天花板法之相關規定，特別設置一「玻璃天花板委員會」，集合產、官、學界共同努力，藉以爲少數族裔及婦女在私部門高階決策階層代表性不足 (underrepresented) 之問題尋求對策。²⁰⁵ 雖然此一委員會所提出之事實發現及建議事項報告，嗣後並未能完全付諸實施，但卻因與前述積極行動方案所要突破初入勞動市場階段 (entry-level) 之各類障礙有相當之關聯，而有在此略作說明之必要。首先，要達成突破玻璃天花板之現象，所遭遇難度可能要較推行積極行動方案所要面臨者爲高，因爲要對業者進行所謂「玻璃天花板評估」，也就是評斷它們是否遵行公平就業或積極行動方案相關法令，而找出讓少數族裔或婦女晉身管理階層之原因時，常會引發某些難以解決之法律爭議。舉例而言，它們通常不得不深入調查公司決策過程之核心部分，其中某些敏感性之個人資料，諸如高階人員之繼任規劃及整體薪資報酬等之公開，往往可能因此會流入競爭者手中，而產生不利之後果。雖然該國資訊自由法 (Freedom of Information Act) 及其他相關營業機密法，都對這類人事、商務及財政機密資料設有免予公開之規定，²⁰⁶ 但由於聯邦最高法院在著名之 *Chrysler Corp. v. EEOC*²⁰⁷ 一案，是採取支持資訊公開之立場，因此，如何在這類事件平衡業者保守業務機密，以及推動突破玻璃天花板障礙而公開某些資訊兩者之利益，即有待深思考量。²⁰⁸

其次，公司企業要積極主動選擇少數族裔女性出任高階主管時，也常會

²⁰⁴ 關於此點，參見本文前揭第 1 部分註 6 之說明。

²⁰⁵ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註 34 文，頁 47-53。

²⁰⁶ 關於此點，參見焦興鎧(1984)，〈行政機構資訊之公開及限制——美國現行資訊自由法之研究〉，載《政大法學評論》，第二十九期，頁 121-124, 126-127。

²⁰⁷ 441 U.S. 281 (1979).

²⁰⁸ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註 34 文，頁 68。

因為必須運用所謂「主觀性標準」(subjective criteria)，諸如領導品質(leadership qualities)等，但卻因此被控任人不公而遭訟累，舉例而言，在 *Adair v. Beech Aircraft Corp.*²⁰⁹ 及 *Ezold v. Wolf, Block, Schorr, & Solis-Cohen*²¹⁰ 等案例中，雇主都曾被判敗訴。此外，某些少數族裔或女性在這類就業歧視爭訟獲勝後，其所獲得之補償除法律另外規定外，在高階職位之情形，往往會發生將在位者「擠掉」(bumping)之後果，關於此點，聯邦地方法院及上訴法院都曾在相關案例中採取肯定之立場，²¹¹ 而益增整個問題解決之複雜性。

再者，以訴訟方式來解決有關職業區隔之爭議，一向並非最有效之途徑，²¹² 尤其是高階決策職位，由於它位於組織層級之頂端，其數量本屬有限，因此要用統計數據資料來做遭受歧視之證據，確有其困難之處。雖然聯邦地方法院曾在 *Daines v. City of Mankto*²¹³ 一案中，判決女性原告勝訴，但並無法樹立一普遍適用之準則。從而，如何鼓勵當事人採用所謂「替代性解決爭端方式」(alternative dispute resolution: ADRs)，來解決這類就業歧視爭議，也不失是一值得思考之方向。²¹⁴

又者，女性在經理及決策階層代表性偏低之因素，往往可歸責於所謂「母親軌道」(mommy track)之因素，也就是她們通常必須同時負擔母職，而影響其晉升之機會，而這正也凸顯出美國在兩性工作平等制度中對母性保護(Protection of motherhood)不週全之缺憾。舉例而言，美國是遲至一九九三年，才透過家庭及醫療休假法(Family and Medical Leave Act of 1993)²¹⁵ 建構

²⁰⁹ 782 F. Supp. 558 (D. Kan., 1992).

²¹⁰ 157 F.R.D. 13 (E.D. Penn., 1994).

²¹¹ 關於此二聯邦下級法院判決，參見 *Walters v. City of Atlanta*, 803 F. 2d 1135 (11th Cir. 1986)及 *Underwood v. District of Columbia Armory Board*, 1992 WL 36545 (D.D.C. 1992).

²¹² 關於此點，參見 Vicki, Schultz, *Telling Stories about Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument*, 103 HARV. L. REV. 1749, 1769-1799 (1990).

²¹³ 754 F. Supp. 681 (D. Minn. 1990).

²¹⁴ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註 34 文，頁 69。

²¹⁵ 29 U.S.C. §§ 2601-2654 (2006)，有關此法之一般說明，參見焦興鎧(1997a)，〈懷孕歧視爭議在美國之最新發展趨勢〉，載同作者，前揭註 3 書，頁 139-143。

全國性之產假、陪產假、育兒假及兒童照護假之制度，且其適用對象有限，而所受各項限制也多，與其他工業先進國家相較，實屬落後甚多。²¹⁶ 至於欠缺一套完整之托兒制度，則更是高階女性勞動資源無法充分開發及運用之重要原因。²¹⁷ 此外，其他相關週邊配套措施，諸如部分時間工作(part-time employment)、工作分擔(job-sharing)、替代性工作時間(alternative work schedule)、彈性工作(flexible working hours)或甚至在家工作(working at home)等，在美國之使用率仍較其他已開發中國家偏低，²¹⁸ 在這種情形下，要讓一般女性受僱者兼顧事業與家庭即有相當困難，更遑論與男性在高階決策階層一較長短。

最後，在美國就業歧視法制中有一相當奇特之現象，即對同性戀者或其他性別上少數族裔(sexual minorities)就業權之保護，要比其他工業先進國家來得較不週全。舉例而言，平等就業機會委員會及聯邦各級法院迄今仍不承認對這類群體成員在職場上之性騷擾，是構成一九六四年民權法第七章之性別歧視，而不受該法之保護。自一九九四年起，雖然在甘迺迪參議員之努力下，曾制定就業歧視禁止法(Employment Non-Discrimination Act: ENDA)之草案提出，但都在委員會階段即被封殺。²¹⁹ 在此值得一提者是，為避免引起國會中持保守立場議員之反對，此一草案中特別不允許雇主採用自願性之積極行動方案，藉以避免對此一群體成員賦予額外之優惠待遇。²²⁰ 至於在歐巴馬總統執政後，由於在參眾兩院均獲得多數，因此，此草案是否能成為正式之國會立場，尚有待進一步之觀察，如果一旦能夠突圍成功，將成為聯邦公平就業法律中，明確排除積極行動方案之適用者，對此一制度之存廢論爭，勢必也會產生一定之實質影響。

²¹⁶ 同前註，頁 140。

²¹⁷ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註 34 文，頁 70。

²¹⁸ 關於此點，參見焦興鎧(2000a)，〈對部分時間工作者之法律保障——歐美國家之經驗〉，同作者，前揭註 25 書，頁 6-9。

²¹⁹ 關於此草案之制定背景及簡要內容，參見焦興鎧(2009)，〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉，《歐美研究》，第三十九卷第一期，頁 41-44。

²²⁰ 關於此點，參見同前註，頁 43。

(4) 美國制度對我國之啓示

一般而言，我國防制就業歧視法制之建構，是一相當晚近之發展，雖然在憲法（含增修條文）及相關之勞動法規中，均有保障平等權、生活權及工作權之相關規定，而且我國也曾正式批准國際勞工組織所頒布兩項有關防制就業歧視之相關國際公約，²²¹ 但真正具有現代意義之防制就業歧視法制，則是遲至一九九二年就業服務法制定，才由直轄市及各縣市政府設置就業歧視評議委員會，嗣後又因兩性工作平等法（現已修正為性別工作平等法）之制定，而在行政院勞工委員會、直轄市及縣市政府設置性別工作平等委員會，或由符合性別工作平等法相關規定之就業歧視評議委員會，來取代性別工作平等委員會之機能。²²² 雖然此種雙軌式之防制就業歧視法制之運作，因就業上性別歧視之罰鍰額度，與就業服務法中其他十五項法定就業歧視項目不同，而曾引起質疑批判外，²²³ 大致運作情形尚稱平順，甚至在亞洲地區還屬佼佼者。²²⁴

至於在與美國前述就業上積極行動方案或歐盟會員國所通稱主動措施 (positive measures)²²⁵ 相類似之制度，則是散見在不同之相關法規中，主要是在政府採購法第九十八條、自由貿易港區設置管理條例第十二條第二項、原住民族工作權保障法第四條第一項及第十二條、身心障礙者保護法第四章、性別工作平等法第六條，以及其他相關之地方法規中，²²⁶ 至於通常所採用之保障方式，則是以「定額進用」為主，與美國相關制度中所特別引起爭議之硬性配額制度極為類似。

²²¹ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註 13 文，頁 142-143。

²²² 關於此點，參見性別工作平等法第五條第四項之規定。

²²³ 關於此點，參見 Chiao, *supra* note 17, at 206.

²²⁴ 舉例而言，本文作者即曾在二〇〇八年二月，應日本東京大學之邀請，參與該校主辦之 New Development in Employment Discrimination Law 學術研討會，共有八個國家參加提出報告，而亞洲地區則由我國、日本及韓國三國與會，個人所提之論文請參考本文之參考資料部分。

²²⁵ 關於此點，參見焦興鎧(2006)，〈歐洲法院與就業上性別歧視爭議之解決〉，載同作者，〈國際勞動基準之建構〉，頁 419-420。

²²⁶ 關於此點，參見謝茵潔，前揭註 16 碩士論文，頁 11-14。

雖然目前我國所實施之防制就業法制與保護弱勢族群之定額進用制度，仍在「錯誤與嘗試」之摸索階段，而未曾引發前述在美國推行積極行動方案所產生意見極為歧異之各類爭端，尤其是有關反向歧視之訟爭，但在多年前臺北市政府處理一件有關某航空公司招募原住民女性空服員之就業上性別歧視之爭議中，已經可以看出此類相關爭議勢必遲早面對，在該案中，被申訴之航空公司為增加原住民女性應徵擔任空服員之人數，特別規定在該次招募活動中，將優先錄取十名原住民應徵者，但在經過考試後，僅有兩名原住民女性被錄取，而引起其他報考之原住民女性不滿，認為該公司此舉有違反就業服務法第五條性別歧視之嫌（當時尚未制定兩性工作平等法），至於臺北市就業歧視評議委員會則在經過討論後，認為該公司此舉應屬自願性積極行動方案之一種，並無任何歧視之意圖，而且此案又非漢民族報考而未錄取者提出反向歧視之情形，故隨即做出性別歧視不成立之評議。而申訴人嗣後也未再有所異議。²²⁷

最後，我國雖尚未見有美國之類似紛爭出現，但以社會益趨多元而民眾權利意識高漲之情形觀之，再加上經濟不景氣就業困難，各類不同形態之優惠待遇方案紛紛出現，甚至包括某些國營事業為「敦親睦鄰」之目的，而對廠廠所在地居民之招考作業，也會有加分或優先錄取之情形，再加上目前所實施之做法又過份僵化沒有彈性，遲早將會面臨美國前述所遭遇之紛爭，因此，本文特別建議以短期、中期及長期三個階段，來針對美國及歐洲聯盟之相關制度來加以研究，而擷取其適合我國國情文化之精華，藉收防微杜漸之效。首先，在短期階段應針對為數甚多之美國最高法院及歐洲法院(European Court of Justice: ECJ)相關判決案例，從事較完整之譯作，以期明瞭其來龍去脈及產生之實質影響。²²⁸ 其次，在中期階段應對歐美國家相關法制及運作

²²⁷ 由於臺北市性別工作平等委員會無法找到此案之評議紀錄，故此一部分之敘述，是根據本文作者個人之記憶所作成，而有待將來做進一步之釐清。

²²⁸ 目前本文作者所指導之文化大學碩士班研究生陳柏宇先生，已將其碩士論文中所討論之七則相關判例之摘要譯成中文，關於此點，參見陳柏宇(2005)，〈美國最高法院處理就業上積

情形，包括公平就業法律及總統行政命令等，做一全面性之探討，以期明瞭其所引發之政治、經濟、社會及文化效應，以因應我國目前各類少數族裔及弱勢團體日益增多之情形。²²⁹ 最後，在長期階段則應發掘這些先進國家實施此類方案或計畫所面臨之各項困境，以便在我固日後推行相關制度時，不致付出過大之社會成本而能對此類群體成員之工作權，提供更堅實之保障。²³⁰

8. 結語

美國透過積極行動方案來消弭就業歧視之作法，在經過近四十五年之實施後，已經為少數族裔及婦女之就業機會，提供相當堅實之保障，而聯邦最高法院針對此類計畫或方案所引發諸類訟爭之相關判決，雖然有前後不一，甚至相互矛盾之情形，但不容諱言，確能發揮揚濁澄清之效，即使在該院目前益趨保守之情況下，國會也能適時以立法來加以匡正，再加上總統透過聯邦憲法所賦予之行政權，透過頒發總統行政命令之方式來積極加以實施，堪稱將三權分立而又相互制衡之效果發揮至極致。雖然此一制度現在正面臨相當嚴峻之考量，但新當選之歐巴馬總統卻能透過本身是少數族裔成員之特殊地位，靈巧運用而將此一敏感議題由種族上脫鉤，而設法將此類方案適用於所有弱勢團體之成員中，並透過其他之相關配套措施，諸如教育、醫療照護及消除貧窮之作法，來讓此一制度更能發揮效用，堪稱是踏出相當正確的第一步，也為其他國家實施這類制度樹立一極為可資學習之典範。

我國目前所面臨之種族及其他相關弱勢團體就業權之問題，與美國所經驗者雖有不同，但卻漸趨一致之情形，目前所逐步建構之防制就業歧視法

極行動方案爭議之研究)，中國文化大學勞動學研究所碩士論文，頁 49-180（民國九十四年十二月），是目前最為完整之譯文。

²²⁹ 目前本文作者正在從事歐洲聯盟相關指令（directives）及歐洲法院對主動措施相關判決之中譯工作，期能作較深入之探討。

²³⁰ 目前本文作者尚未對歐洲聯盟相關法制之缺失作較深入之研究，而只能簡述歐洲法院幾項相關之判決，關於此點，參見焦興鎧，前揭註 225 文，頁 419-420。

制，亦深受美國之影響，由於在經濟全球化(globalization)之趨勢中，平等就業機會之保障，已成為具有普世價值之「核心」國際勞動基準，而我國又一向以「人權立國」自許，即應針對建構此類法制時所必須同時兼顧之積極行動方案推動工作，也同樣投注心力，以期能保障弱勢團體成員之工作權，並能讓整個社會更公平發展。美國藉由積極行動方案來消弭就業歧視問題之相關作為，在這方面實可提供甚多寶貴之經驗，而我國既有意持續深化推動防制就業歧視之法制，即應儘量擷取其適合我國國情之部分，並避免所產生之缺失及所引發之爭議，再加上各類相關配套措施之引進，相信更能嘉惠我國之所有勞動者。

參考文獻

- 王玉葉 (1998),〈美國最高法院處理優惠待遇(Affirmative Action)案件之新趨勢：*Adarand Constructors, Inc. v. Peña* 案之評析〉,焦興鎧(主編),《美國最高法院重要判決之研究：一九九三～一九九五》,頁 171-210。
- 王玉葉 (2005),〈美國優惠待遇 (Affirmative Action) 之後續研究：美國最高法院拒絕審理 *Hopwood v. Texas* 案之省思〉,焦興鎧(主編),《美國最高法院重要判決之研究：一九九六～一九九九》,頁 171-223。
- 王玉葉 (2007),〈美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* 案之迴響〉,焦興鎧(主編),《美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇～二〇〇三》,頁 363-393。
- 林子儀 (1993),〈言論自由與優惠性的差別待遇——*Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C.*〉,焦興鎧(主編),《美國聯邦最高法院論文集》,頁 75-109。
- 陳伯宇 (2005),《美國最高法院處理就業上積極行動方案爭議之研究》,臺北市：中國文化大學勞動學研究所碩士論文。
- 焦興鎧 (1984),〈行政機構資訊之公開及限制——美國現行資訊自由法之研究〉,《政大法學評論》,29,頁 97-133。
- 焦興鎧 (1995a),〈美國勞工組織與政黨關係之研究〉,《勞工法與勞工權利之保障——美國勞工法論文集(一)》,頁 261-328,臺北市：月旦出版公司。
- 焦興鎧 (1995b),〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉,《勞工法與勞工權利之保障——美國勞工法論文集(一)》,頁 329-388,臺北市：月旦出版公司。
- 焦興鎧 (1997a),〈懷孕歧視爭議在美國之最新發展趨勢〉,《勞工法制之最新發展趨勢——美國勞工法論文集(二)》,頁 127-148,臺北市：月旦出版公司。
- 焦興鎧 (1997b),〈美國兩性工作平等制度之研究〉,《勞工法制之最新發展趨勢——美國勞工法論文集(二)》,頁 171-231,臺北市：月旦出版公司。

版公司。

焦興鎧 (2000a),〈對部分時間工作者之法律保障——歐美國家之經驗〉,《勞工法論叢(一)》,頁 3-33,臺北市:元照出版公司。

焦興鎧 (2000b),〈私部門高階女性人力資源之開發及運用——美國「玻璃天花板委員會報告初探」〉,《勞工法論叢(一)》,頁 25-79,臺北市:元照出版公司。

焦興鎧 (2000c),〈美國平等就業機會委員會機能之研究〉,《勞工法論叢(一)》,頁 81-119,臺北市:元照出版公司。

焦興鎧 (2001),〈美國兩性工作平等救濟制度之研究〉,《勞工法論叢(二)》,頁 167-242,臺北市:元照出版公司。

焦興鎧 (2002),〈我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析〉,《國立臺灣大學法學論叢》,31(2),頁 131-195。

焦興鎧 (2006),〈歐洲法院與就業上性別歧視爭議之解決〉,洪德欽(主編),《歐洲人權保障》,頁 107-158。

焦興鎧 (2007),〈柯林頓總統與美國勞工法制之改革〉,中央研究院歐美研究所學術演講會。

焦興鎧 (2009),〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉,《歐美研究》,39(1),頁 29-77。

廖元豪 (1996),〈美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action)合憲性之研究——兼論平等原則的意義〉,《東吳大學法律學報》,9(2),頁 1-44。

謝茵潔 (2008),〈種族就業優惠性差別待遇制度之探討——以原住民就業優惠措施為中心〉,臺北市:國立臺灣大學法律學院法律研究所碩士論文。

Abram, M. B. (1986), "Commentary, Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers," *Harvard Law Review*, 99, 1312-1346.

Appel, R. N., A. L., Gray and N. Loy (2005), "Affirmative Acting in the Workplace: Forty Years later," *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, 22, 549-574.

- Ballam, D. A. (1997), "Affirmative Action: Purveyor of Preferential Treatment or Guarantor of Equal Opportunity? A Call for a 'Revisioning' of Affirmative Action," *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 18, 1-29.
- Braswell, M.K., G. A. Moore and S. L. Poe (1993), "Affirmative Action: An Assessment of the Continuing Role in Employment Discrimination Policy," *Alabama Law Review*, 57, 365-440.
- Chiao, C.-K. (2008), "Employment Discrimination in Taiwan," in Blanpain, Roger Hiroya Nakakub and Takashi Araki (eds.), *New Developments in Employment Discrimination Law*, 175-231, New York: Wolters Kluwer Law and Business.
- Devins, N. (1996), "*Adarand Constructors, Inc. v. Peña* and the Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmative Action Decisions," *William and Mary Law Review*, 37, 673-721.
- Gray, J. A. (1992), "Preferential Affirmative Action in Employment," *Labor Law Journal*, 43, 23-30, January.
- Kauffman, N., G. Miller and K. Ivey (1995), "Affirmative Action and the White Male in America," *Labor Law Journal*, 46, 692-698, November.
- Kramer, L. (1988), "Consent Decrees and the Rights of Third Parties," *Michigan Law Reviews*, 87, 321-364.
- Leonard, J. S. (1984), "The Impact of Affirmative Action on Employment," *Journal of Labor Economics*, 2, 439-463.
- Oppenheimer, D. B. (1988-89), "Distinguishing Five Models of Affirmative Action," *Berkeley Women's Law Journal*, 4, 42-61.
- Robinson, R. K., J. Seydel, and H. J. Sloan (1995), "Reverse Discrimination Employment Litigation: Defining the Limits of Preferential Promotion," *Labor Law Journal*, 46, 131-141, March.
- Ross, S. D., I. K. Pinzler, D. A. Ellis and K. L. Moss (1993), *The Rights of Women, the Basic ACLU Guide to Women's Rights*, Carbondale and Edwardsville: Illinois: Southern Illinois University Press.
- Smith, Jr. J. C. (1984), "Review: Affirmative Action," *Howard Law Journal*, 27, 495-522.
- Stang, H. R. and J. Paterson (1994), "Labor Law Reform: A Management Perspective," *Labor Law Journal*, 45, 565-579, September.

- Sterigo, A. (1993), "Clinton's Effect on Labor & Employment Law," *Labor Law Journal*, 44, 239-245, April.
- Strickler, Jr. G. M. (1990), "Martin v. Wilks," *Tulane Law Review*, 64, 1557-1607.
- Sullivan, C. A., M. J. Zimmer and R. F. Richards (1988), *Employment Discrimination Law*, 2nd Edition Boston, Massachusetts: Little, Brown and Cooperation.
- Terpstra, D. K. (1995), "Affirmative Action: A Focus on the Issues," *Labor Law Journal*, 46, 307-313, May.
- Turner, R. (1993), "Affirmative Action and the Civil Rights Act of 1991," *Labor Law Journal*, 44, 615-619, October.
- Twomey, D. P. (1990), *Equal Employment Opportunity Law*, 2nd Edition Cincinnati, Ohio: South-Western Publishing Cooperation.

The Efforts Through Affirmative Action Programs in Eliminating Employment Discrimination in the United States

Cing-Kae Chiao*

Abstract

The purpose of this paper is to offer an overall assessment and discussion on the efforts made by the United States through affirmative action programs in eliminating discrimination. The main contents of the paper are divided into six sections. Section One describes the legal sources for establishing affirmative action programs, related statutes and executive orders issued by presidents. Section Two analyzes important examples of these programs and the methods of their implementation. Section Three discusses several important initial decisions rendered by the Supreme Court in this regard. Section Four mentions the so-called “reverse-discrimination” concept arising from affirmative action programs or plans, the Supreme Court’s responses and the countermeasures offered by Congress. Section Five details three new decisions ruled by the Supreme Court in order to emphasize the recent controversies caused by these programs. Finally, Section Six makes an overall evaluation of this system, including its merits, shortcomings and controversies in the United States and discusses whether the American experience in this field can provide any lessons for Taiwan given its recent endeavors to implement its own anti-discrimination legal system.

Keywords: Affirmative Action Programs, Employment Discrimination, Title VII of the Civil Rights Act of 1964, Reverse-Discrimination, United States Supreme Court

* Research Fellow, Institute of European and American Studies, Academia Sinica, E-mail: chiao@sinica.edu.tw.