



工作平等與優惠之平衡—— 美國經驗之借鏡

焦興鎧*

摘要

我國通過兩公約施行法，在從事各類勞動法制改革後，於促進公平就業理念時，難免會觸及工作平等與優惠措施平衡之爭議，由於這類問題在美國近年來引發諸多爭議，其經驗可供我國參考攻錯之處頗多，因此本文之目的，希望能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，做一簡要之說明，並詳析其利弊得失，以供我國在採行類似制度時借鏡之用。除序言及結語外，全文共分三個部分：第一部分探討兩公約之制定背景及所建構保障勞動人權之範疇，然後再闡敘各國際組織嗣後對保障工作平等權所從事之努力，至於它們對各類優惠措施採行及推動之支持，也將在此一部分加以提及。第二部分說明美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令之內容，然後再討論此一制度之具體實施方式及態樣。第三部分則對美國實施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。

關鍵字：一九六六年公民與政治權利國際公約、一九六六年經濟社會文化權利國際公約、工作平等、優惠待遇、積極行動方案

* 中央研究院歐美研究所研究員 (Research Fellow, Institute of European and American Studies, Academia Sinica)

Balance Between Equality in Employment and Preferential Measures—Drawing upon the Experience of the United States

Shing-Kai Jieu

Abstract

The purpose of this paper is to discuss the controversy arising from maintaining the balance between equality in employment and preferential measures which occurred after Taiwan ratified two important international countries governing fundamental human rights, i.e. the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Convent on Economic, Social and Cultural Rights. Since this issue has already been widely discussed and debated in the United States, these past experiences offer lessons that Taiwan can draw upon. This paper offers an overall assessment on the efforts made by the United States through affirmative action programs in eliminating employment discrimination in the past 45 years. The main contents of the paper are divided into three sections. Section One describes the background and major provisions dealing with the protection of workers' rights, including the elimination of employment discrimination contained in these two important international covenants, in order to contextualize the controversy over equality in employment and preferential measures. Section Two deals with legal sources, such as related statutes and executive orders issued by presidents, important examples and the methods of implementation for numerous types of affirmative action programs in the United States. Section Three 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 to maintain a balance between equality in employment and preferential measures.

Keywords: International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966, equality in employment, preferential measures, affirmative action programs.

壹 序言

雖然聯合國在一九六六年先後通過「公民與政治權利國際公約」(International Covenant on Civil and Political Rights)¹，以及「經濟社會文化權利國際公約」(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)² (以下簡稱兩公約)，已開始注意包括保障工作平等(equality in employment)及禁止就業歧視(anti-discrimination at work)在內之勞動人權議題，但它們終究是冷戰時期資本主義與共產主義國家妥協下之產物，且所宣示者僅是法律上形式之平等，並未提及究應如何透過各種禁止就業歧視之積極作為，來達成工作上實質平等之目標。一直到八〇年代中期經濟全球化(globalization)之步伐急劇加速後，對全世界所有勞動者各類權益所產生之負面影響既深且遠，³兩公約這些早期相關規定早已無法肆應，而在禁止就業歧視被列為所謂「核心」

國際勞動基準之一，咸認為應屬全球勞動者所應享有之基本人權後，⁴究應採取何種更為主動之措施，來進一步深化就業平等之理念，即成為一極受矚目之課題，而在推動各類優惠措施(preferential measures)時所衍生之平等權爭議，也開始逐漸引發廣泛之討論。⁵

一般而言，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等，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

¹ 999 U.N.T.S. 171 (1966), 有關此一公約之中文版，參見陳隆志，《當代國際法文獻選集》，頁79-97(一九九八年)。

² 999 U.N.T.S. 3 (1966), 有關此一公約之中文版，參見陳隆志，同前註，頁72-79。

³ 關於經濟全球化對已開發、開發中及低度開發國家勞動者工作權之影響，參見焦興鎧，〈全球化與基本勞動人權之保障〉，載同作者，《國際勞動基準之建構》，頁8-13(二〇〇六年)。

⁴ 關於此點，參見焦興鎧，〈國際勞動基準之最新發展趨勢——以國際勞工組織之近期努力為例〉，《中華國際法與超國界法評論》，第四卷第一期，頁8-11(民國九十七年六月)。

⁵ 關於此點，參見焦興鎧，〈工作平等國際勞動基準之建構〉，《中華國際法與超國界法評論》，第三卷第二期，頁411-412(民國九十六年十二月)。

在工作場所之代表性及多樣性等。⁶事實上，在過去四十多年來，透過各種這類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，⁷而聯邦各級法院一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。⁸

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，⁹但嗣後隨著一九九一年民權法（Civil Rights Act of 1991）¹⁰之制定，一向支持弱勢團體之民主黨總統先後入主白宮，¹¹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，¹²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*¹³ 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，¹⁴雖然柯林頓總統行政當局嗣後曾

⁶ 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).

⁷ 關於此點，參見 Jonathan S. Leonard, *The Impact of Affirmative Action on Employment*, 2 J. LAB. ECO. 439, 447 (1984).

⁸ 關於此點，參見焦興鎧，〈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（一九九七年）。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（三）部分亦將加以討論。

⁹ 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，參見焦興鎧，〈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（一九九五年）。

¹⁰ 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。

¹¹ 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 Reform: A Management Perspective*, 45 LAB. L.J. 565 (September 1994) 及 Anthony Stergio, *Clinton's Effect on Labor & Employment Law*, 44 LAB. L.J. 239 (April 1993)。此外，亦可參見焦興鎧，〈柯林頓總統與美國1993年至2000年勞工法制之改革〉，〈《就業與勞動關係季刊》〉，第二期，頁21-22（二〇一〇年七月）。

¹² 關於此點，參見焦興鎧，前揭註8文，頁197。

¹³ 515 U.S. 200 (1995)。

¹⁴ 關於對此案之評析，參見王玉葉，〈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（民國八十七年）。

對此一判決提出相關之反制措施，¹⁵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。¹⁶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，雖嗣後在國會改選中遭到挫敗，但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，¹⁷從而，對其未來發展趨勢如何，實應予以重視。

事實上，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，¹⁸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。¹⁹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（現已更名為性別工作平等法）中，也有鼓勵事業單位優先進用女性之規定，²⁰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，²¹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

¹⁵同前註，頁 205-206。

¹⁶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，〈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（民國九十六年），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（三）（2）部分加以討論。

¹⁷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，參見焦興鎧，前揭註 11 文，頁 32-33。

¹⁸關於此點，參見焦興鎧，〈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（民國九十一年三月）。

¹⁹同前註，頁 141。

²⁰關於此點，參見該法第六條之相關規定。

²¹關於此點，參見謝茵潔，〈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為中心〉，臺大法律學院法律研究所碩士論文，頁 11-12（民國九十七年六月）。

正視。²²在我國正在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，是我國通過兩公約施行法，在從事各類勞動法制改革後，於促進公平就業理念時，難免會觸及工作平等與優惠措施平衡之爭議，由於這類問題在美國近年來引發諸多爭議，其經驗可供我國參考攻錯之處頗多，因此，希望能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，做一簡要之說明，並詳析其利

弊得失，以供我國在採行類似制度時借鏡之用。除序言及結語外，全文共分三個部分：第一部分探討兩公約之制定背景及所建構保障勞動人權之範疇，然後再闡敘各國際組織嗣後對保障工作平等權所從事之努力，至於它們對各類優惠措施採行及推動之支持，也將在此一部分加以提及。第二部分說明美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令之內容，然後再討論此一制度之具體實施方式及態樣。第三部分則對美國實施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。

貳

兩公約與就業歧視之禁止

一般而言，人權問題在第二次世界大戰以前，一直被認為是國內管轄事項，並不容他國任意干涉置喙，僅在一些個別特殊之問題，諸如禁止奴隸制度、人道主義干涉、少數族裔保護及傷害外國人國家責任之認定等事項，才會有與人權保障有關之國際法存在。事實

上，在兩次世界大戰之間，雖因國際聯盟（League of Nations）及國際勞工組織之努力，國際社會對於人權問題已開始有所涉足，但對人權問題之關注，則仍侷限於個別領域之處理而已。²³這種情形在二次世界大戰即將結束前，開始逐漸有所改變。在一九四四年，當時列

²²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).

²³關於此點，參見焦興鎧、康長健、謝棋楠及劉士豪，《以人權觀點檢視我國勞動法制研究案》，行政院勞工委員會委託研究，頁 38（民國九十九年十二月）。

強四國在敦巴頓橡樹園會議時，同意美國所提出之建議，認為將來設立之聯合國，應就推動人權及尊重基本人權之原則進行研究並提出方案，而力倡聯合國大會應促成對社會、經濟及其他人道主義問題之解決，並推動對人權及基本自由之尊重。²⁴在一九四五年，舊金山會議又通過聯合國憲章（Charter of the United Nations），在第一條中明確宣示「不分種族、性別、語言或宗教，而增進並鼓勵對全體人類之人權與基本自由之尊重。」雖然此一憲章除在第五十五條第一款曾提及全面就業（full employment）之願景外，並未對涉及勞動人權之課題加以關注，但它在第一條所宣示之平等權，堪稱已為工作平等及禁止就業歧視等理念之嗣後發展，奠定一定之基礎。²⁵

嗣後，聯合國經濟暨社會理事會在一九四六年設置人權委員會（Commission on Human Rights），開始著手建構以聯合國憲章相關人權條款為基礎之國際人權法典體系，並希望以一部具有普世價值之人權宣言，再輔以具有條約效力之國際人權公約來加以執行。然而，此一人權宣言及相關公約之草擬，卻因以英美為首之資本主義國家及以蘇聯為

首之社會主義國家意識形態之不同，而遭致極大之困難。前者認為公民與政治權利是自由與民主政治之基礎，應優先加以推動，而後者則強力主張應以經濟、社會及文化權利為重點。事實上，這種爭論不但推遲國際人權公約之制定，而且甚至還阻擾前述世界人權宣言之草擬，雖然人權委員會自一九四七年即已設置起草委員會，但一直到一九四八年，才由經濟暨社會理事會將包括前述兩方面權利之人權宣言草案提交第三屆聯合國大會討論，而在同年十二月十日通過世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights）。²⁶

然而，此一宣言並不具法律效力，僅是所有民族與國家一個共同努力實現目標之願景而已。它保證公民與政治權利及經濟、社會與文化權利，但並不刻意加以區分，僅強調這些權利應受到普遍性之尊重，而成為具有普世價值之基本人權與自由。在通過此一充滿妥協性之宣言後，人權委員會即正式展開對具有法律效力國際人權公約之草擬工作，但前述資本主義國家及社會主義（包括開發中國家）立場不一之情形依然存在，使得此一任務仍是困難重重。一直到一九五二年聯合國召開第六屆大

²⁴同前註，頁38-39。

²⁵關於此點，參見李孟玢，〈勞動人權之國際保障：以經濟、社會和文化權利國際公約為中心〉，論文發表於「兩公約與國內勞動法制」研討會，二〇〇九年十二月十一日舉辦，頁4註8之說明。

²⁶關於此點，參見焦興鎧、康長健、謝棋楠及劉士豪，前揭註23研究報告，頁40-41。

會時，才由印度及黎巴嫩提出以兩個不同公約來保障兩類不同人權之建議，而獲得大會之通過，決議由人權委員會分別起草經濟、社會與文化權利國際公約及公民與政治權利國際公約兩者，並同時開放會員國簽署。在兩年後，人權委員會即提交此二公約之草案予第九屆聯合國大會審議，並決定應進行全面之宣導，俾便各會員國政府能徹底加以研究及表達意見。²⁷至於聯合國大會本身，則是自一九五五年至一九六六年長達十一年期間，對此二公約草案進行逐條審查，過程堪稱極為嚴謹，並在一九六六年第二十一屆聯合國大會中通過此二國際公約。²⁸嗣後，此二國際公約同在一九七六年正式生效，截至目前為止，共獲得超過一百六十個以上國家之正式批准認可，已達會員國總數百分之八十以上，與前述之世界人權宣言合稱為國際人權法典（International Bill of Human Rights），咸認具有普世之價值。²⁹

至於我國雖早在一九六七年，即已簽署此二重要國際公約，但自一九七一年喪失聯合國代表權後，四十多年來均未正式加以批准認可，直到二〇〇九年

三月，才由立法院審查通過此二公約之批准案，並三讀通過公民與政治權利國際公約及經濟社會文化國際公約施行法（以下簡稱兩公約施行法），³⁰使得我國人權立國之理念更獲得進一步之落實，而得以與國際潮流趨於同步，其意義自屬非比尋常。

一般而言，兩公約在一九四六年開始草擬時，並未特別注意到勞動人權之相關課題，但國際勞工組織在當年所通過著名之費城宣言（Declaration of Philadelphia）中，曾特別重申下列四大原則，即：(a) 勞動非商品；(b) 言論自由與結社自由為不斷進步之要素；(c) 任何地區之貧窮，即構成對其他地區繁榮之危險；及(d) 所有人類不分種族、階級或性別，皆有機會在自由與尊嚴之狀況下，追求物質幸福及精神發展，以達成經濟安全及機會均等。³¹一般而言，這些原則與兩公約中所揭櫫之勞動基本權益相關條款，都有相當密切之關聯，雖在當時尚未見有建構一套完整之國際勞動基準（international labor standards）之倡議出現，而且兩公約中之相關規定也僅屬萌芽初階之層次，但不容諱言其中某些重要內涵，包括：歧

²⁷同前註。

²⁸同前註。

²⁹關於此點，參見劉士豪，〈兩公約與國內勞動法制的對話—當前個別勞動關係之觀察〉，論文發表於前揭註25研討會，頁16。

³⁰同前註。

³¹關於此點，參見焦興鎧、康長健、謝棋楠及劉士豪，前揭註23研究報告，頁48。

視禁止、職業自由、適當生活水準、結社自由、社會保障與保險、母性保護及安全衛生等面向，都為後續勞動者基本人權之推動，發揮一定之奠基作用。³²

事實上，聯合國早在創立之初，即已投入推動工作平等及禁止就業歧視之各項作為。舉例而言，在前述聯合國憲章第一條中，即明確宣示尊重個人平等，以及不分種族、性別、語言及宗教之基本人權與自由之原則。³³嗣後，在世界人權宣言第二十三條中，更揭櫫任何人均有免於歧視而享有同工同酬權利之要義。事實上，兩公約對法律平等保護及一般歧視禁止，一向都是極為重視。舉例而言，它們各自在第二條中均明文規定：「人人行使本公約所列舉之各項權利，不因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、族裔來源或社會階級、財產、出生或其他身分等而受到歧視。」³⁴同時，由於工作平等與禁止歧視是維護女性經濟、社會與文化權利所不可或缺之一環，因此，經濟社會文化權利國際公約在第七條第一項即明確規定：「確保工作價值相等者應享受同等報酬，不得有任何之區別，尤其應保證婦女之工作條件不得低於男

性，且應同工同酬。」由此可見性別工作平等之課題，很早即受到該公約之關注。³⁵此外，它在第七條第三項還進一步宣示：「人人有機會於所從事職業晉升至適當之較高職級，不受年資及才能以外其他考慮之限制。」也等於闡明除要求在薪資上達到不分性別同工同酬及同值同酬之理想外，還要進一步能打破職業區隔(occupational segregation)之現象。³⁶

在此值得注意者是，公民與政治權利國際公約在第二十六條中，還進一步對平等權此一基本人權之保障，做出更嚴密之概括規定，此一條文明確宣示：「人人在法律上一律平等，且應受法律平等之保護，而不致遭受歧視對待。法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、族裔來源或社會階級、財產、出生或其他身分所產生之歧視。」由於此一規定訓令各締約國應以國內法來加以規範，因此，已成為各國追求工作平等及禁止就業歧視最重要之法源依據之一。³⁷

³²同前註，頁48-49。

³³同前註，頁50。

³⁴同前註。

³⁵同前註。

³⁶同前註。

³⁷同前註及焦興鎧，〈兩公約勞動人權概念與論述——平等與反歧視〉，論文發表於「兩公約與勞動人權研討會」，二〇一一年四月二十九日舉辦，頁14。

最後，雖然兩公約在論及追求工作平等及禁止就業歧視理念時，並未特別觸及有關更進一步給予優惠性差別待遇或積極行動之議題，但其他國際組織在頒訂相關國際勞動基準時，卻早已注意此一課題與工作平等理念上之相互關係。舉例而言，國際勞工組織在一九五八年通過第一一一號禁止歧視（就業與職業）公約〔Discrimination (Employment and Occupation) Convention, No. 111 (1958)〕³⁸時，就曾特別在該公約第五條第二項中明訂：「會員國在與具代表性之雇主及勞工團體諮商後，如認為基於性別、年齡、殘障、家庭責任、社會地位及知識程度等因素，而對公認需特別保護或協助者之特殊需求，所制定之特別保護措施，並不得被視為是歧視之舉。」堪稱是開鼓勵推動此類優惠待遇措施之先河。如前所述此一公約已被列入核心國際勞動基準之一，因此，會員國自得運用此一制度，來達到消弭就業歧視及追求工作平等之目的。事實上，根據國際勞工

組織在二〇〇三年及二〇〇七年所公布之兩份全球報告（global reports），也都對這類積極作為採取肯定認可之立場。³⁹同時，歐洲聯盟在區域整合之過程中，也曾多次為其會員國頒布相關之指令（directives），藉以產生調合（harmonization）它們內國法之效用，而不論早期在尋求兩性工作平等理念之達成，⁴⁰或在近期禁止基於種族、族裔、年齡、身心障礙、性傾向或宗教信仰等因素，而在就業上採取歧視之作為等，⁴¹無不鼓勵會員國採用類似優惠待遇之主動措施（positive measures），而且也都能得到歐洲法院（European Court of Justice: ECJ）以相關判決來加以支持。⁴²從而，在建構工作平等之國際勞動基準時，兩公約所揭櫫禁止就業歧視之立場，雖仍是達成工作平等理念之重要手段，但究應如何進一步透採取更積極主動之相關作為，來設法剷除這種日益受到正視之就業歧視問題，確也是值得深思之課題。

³⁸關於此一重要公約之全文，參見INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, INTERNATIONAL LABOUR CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS 1952-1976 176-179 (1996).

³⁹關於此點，參見焦興鎧，前揭註5文，頁383-384, 385。國際勞工組織預定在二〇一一年六月底公布有關工作平等之第三份全球報告，但根據本文作者上網查詢之結果，目前似尚未出版。

⁴⁰關於這些早期之努力，參見焦興鎧，〈歐洲聯盟兩性工作平等法制之研究〉，載同作者，前揭註3書，頁331-352。

⁴¹關於此點，參見焦興鎧，前揭註5文，頁392-393。

⁴²關於此點，參見焦興鎧，〈歐洲法院與就業上性別歧視爭議之解決〉，載同作者，前揭註3書，頁419-420。

在美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：首先，是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）⁴³，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會，而不論其種族、教義、膚色或原始國籍等因素。⁴⁴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。⁴⁵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。⁴⁶

其次，是一九六四年民權法第七章（Title VII of the Civil Rights Act of 1964）⁴⁷，該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。⁴⁸這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。⁴⁹一般而言，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。

再者，是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）⁵⁰，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 Compli-

⁴³26 Fed. Reg. 1977 (Mar. 6, 1961).

⁴⁴Id.

⁴⁵Id. at § 301 (1).

⁴⁶關於此點，參見Richard N. Appel, Alison L. Gary & Nilufoer, Affirmative Action in the Workplace: Forty Years Later, 22 HOFSTRA LAB. & EMP. L. J. 549, 552 (2005).

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

⁴⁸Id. § 2000e-2 (a).

⁴⁹Id. § 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，參見焦興鎧，〈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（二〇〇〇年）。至於它在推動積極行動方案方面之功能，參見焦興鎧，〈論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力〉，〈長庚人文社會學報〉，第二卷第一期，頁62-64（二〇〇九年四月）。

⁵⁰3 C.F.R. 339 (1964-1965).

ance Programs: OFCCP)，負責此一總統行政命令之執行事宜。⁵¹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。⁵²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。

又者，是一九七三年復健法（Rehabilitation Act of 1973）⁵³，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。⁵⁴

最後，則是一九九一年玻璃天花板法（Glass Ceiling Act of 1991）⁵⁵：本法是一九九一年民權法（Civil Rights Act of 1991）⁵⁶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。⁵⁷

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

⁵¹關於此點，參見 DAVID P. TWOMEY, EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY LAW 84-85 (1990). 至於此署在推動積極行動方案方面所扮演之角色，參見焦興鎧，前揭註 49 第二文，頁 60-61。

⁵²關於此點，參見焦興鎧，前揭註 49 第一文，頁 84-87。

⁵³29 U.S.C. § § 701-794 (2006).

⁵⁴關於此點，參見 TWOMEY, supra note 51, at 117.

⁵⁵目前本法收錄於前述一九九一年民權法之第二章（Title II）中。

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

⁵⁷關於此一委員會嗣後所發揮作用之評析，參見焦興鎧，〈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 49 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。

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；⁵⁸(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；⁵⁹(c) 訂定目標與時間表，俾在一定期間內，儘量設法達成族群或性別工作平等理念之終極目標；⁶⁰(d) 對少數族裔及女性受僱者給予各種優遇措施；⁶¹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。⁶²事實上，主動延攬計畫及訂定目標與時間表兩種方式，是目前該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。⁶³

至於該國為促進工作平等理念而採行之積極行動方案或計畫，則大約有下列幾種重要類型，首先是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。⁶⁴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。⁶⁵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，而造成前述反

⁵⁸關於此點，參見 Oppenheimer, *supra* note 6, at 43-45.

⁶⁰*Id.* at 46-48.

⁶¹*Id.* at 48.

⁶²*Id.* at 48-50.

⁶³*Id.* at 50.

⁶⁴一般而言，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 6, 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.

⁶⁵關於此點，參見 Appel, Gray & Loy, *supra* note 46, at 559.

向歧視之訟爭。⁶⁶

其次，是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。⁶⁷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，俾便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。⁶⁸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。⁶⁹

再者，是公部門（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，⁷⁰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。⁷¹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。⁷²事實上，這兩種類型之積極

⁶⁶關於此點，參見焦興鎧，前揭註49第二文，頁71-73。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).

⁶⁷關於此點，參見Appel, Gray & Loy, supra note 46, at 561-565.

⁶⁸Id. at 565-568.

⁶⁹關於此點，參見Robinson, Seydel & Sloan, supra note 66, at 133-140.

⁷⁰關於此點，參見Braswell, Moore & Poe, supra note 6, at 379-392, 對相關聯邦最高法院之判決有極詳盡之剖析。

⁷¹關於此點，參見id. at 385, 391-392.

⁷²Id.

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。⁷³

最後，則是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，藉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。⁷⁴一般而言，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之案例，一向都是採樂觀其成之態度。⁷⁵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。⁷⁶一般而言，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。⁷⁷

肆 綜合評析

本文此一部份首先將探討積極行動方案在美國對促進少數族裔及婦女就業所實際產生之功效，然後再剖析支持及反對此類作為之重要論點，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啟示，以及

所應採取之對策。

一、此一制度所能發揮之效能

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

⁷³Id.

⁷⁴關於此點，參見Larry Kramer, Consent Decrees and the Rights of Third Parties, 87 MICH. L. REV. 321, 324-331 (1988).

⁷⁵Id. at 338-352.

⁷⁶關於此點，參見Braswell, Moore & Poe, supra note 6, at 385-392.

⁷⁷關於此點，參見Kramer, supra note 74, at 331-338.

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。⁷⁸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。⁷⁹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。⁸⁰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。⁸¹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。⁸²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。⁸³

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

⁷⁸關於此點，參見J. Clay Smith, Jr., Review: Affirmative Action, 27 HOWARD L. J. 495, 515 (1984).

⁷⁹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.

⁸⁰關於此點，參見Smith, Jr., supra note 78, at 515.

⁸¹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.

⁸²關於此一數據，參見Smith, Jr., supra note 78, at 516.

⁸³Id.

之四點八。⁸⁴ 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，增加到一九七九年一百十萬人之百分之五點六。⁸⁵ 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。⁸⁶ 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。⁸⁷

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。⁸⁸ 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。⁸⁹ 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。⁹⁰

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，⁹¹ 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

⁸⁴Id. at 517.

⁸⁵Id.

⁸⁶Id.

⁸⁷Id.

⁸⁸Id. at 516.

⁸⁹Id.

⁹⁰Id. at 516-517.

⁹¹關於此點，參見 Leonard, *supra* note 7, at 459 及 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 6, at 431-433.

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。⁹²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。⁹³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。⁹⁴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。⁹⁵

二、對此一制度正反意見之分析

一般而言，雖然經過近四十五年之實施，而且已經成為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，是用來作為某些所謂「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 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盡量設法限縮其適用。⁹⁶通常在涉及公部門之此類方案時，聯邦最高法院往往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 Weber 及 Johnson 兩案，則通常用較為寬鬆之審查標準。⁹⁷

⁹²關於此點，參見 Neal Devins, *Adarand Constructors, Inc. v. Peña and the Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmation Action Decisions*, 37 WM. & MARY L. REV. 673, 681-690 (1996).

⁹³關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 6, at 433.

⁹⁴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).

⁹⁵關於此點，參見 Deborah A. Ballon, *Affirmative Action: A Purveyor of Preferential Treatment or Guarantor of Equal Opportunity? A Call for a "Revisioning" of Affirmation Action*, 18 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 1, 16-17 (1997).

⁹⁶關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, *supra* note 6, at 402-404.

⁹⁷*Id.* at 403.

其次，也有認為這類方案應採取更為激進之補償方式，藉以消弭過去歧視行為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。⁹⁸事實上，在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。⁹⁹此外，在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，而在另一Wyngang一案中，包爾大法官也是採同一之立場。¹⁰⁰

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。¹⁰¹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。¹⁰²

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。¹⁰³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。¹⁰⁴

最後，由於聯邦最高法院在著名之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

⁹⁸Id. at 404-405.

⁹⁹Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 325 (1978).

¹⁰⁰Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193, 272 (1979).

¹⁰¹關於此點，參見Braswell, Moore & Poe, supra note 6, at 405-406.

¹⁰²Id. at 406.

¹⁰³Bakke, 438 U.S. at 387.

¹⁰⁴關於此點，參見Braswell, Moore & Poe, supra note 6, at 407.

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，在另一 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。¹⁰⁵ 嗣後，雖然該院在著名之 Wards Cove 一案中，曾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。¹⁰⁶ 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對多數族裔或男性造成前述之反向歧視問題。舉例而言，在 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 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。¹⁰⁷ 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。¹⁰⁸

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 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。¹⁰⁹ 嗣後，在 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。¹¹⁰ 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。¹¹¹

¹⁰⁵ Weber, 443 U.S. at 209 n. 9.

¹⁰⁶ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註9文，頁367-371。

¹⁰⁷ Weber, 443 U.S. at 201.

¹⁰⁸ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註49第二文，頁71-73。

¹⁰⁹ Weber, 443 U.S. at 254-255.

¹¹⁰ 關於此點，參見 City of Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469, 493 (1989) (plurality opinion) 及 Metro Broadcasting, Inc., v. F.C.C., 497 U.S. 547, 603-604 (1990) (O'Connor, J., dissenting).

¹¹¹ 關於此點，參見 Braswell, Moore & Poe, supra note 6, at 413.

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。¹¹²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。¹¹³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。¹¹⁴同時，也會產生憤恨、輕視及不滿之負面效果。¹¹⁵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）。¹¹⁶

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。¹¹⁷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。¹¹⁸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為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，雖然前者仍然認為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為能力要比種族來得更重要些。

¹¹⁹

三、美國制度對我國之啟示

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

¹¹²Id.

¹¹³Id. at 414.

¹¹⁴Id. at 414-415.

¹¹⁵Id. at 415.

¹¹⁶Johnson v. Santa Clara County Transportation, 480 U.S. 616, 658 (1987) (Scalia, J., dissenting).

¹¹⁷關於此點，參見Braswell, Moore & Poe, supra note 6, at 416.

¹¹⁸Id. at 417.

¹¹⁹Id. at 418.

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，¹²⁰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。¹²¹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，¹²²大致運作情形尚稱平順，甚至在亞洲地區還屬佼佼者。¹²³

至於在與美國就業上積極行動方案或歐盟會員國所通稱主動措施（positive measures）¹²⁴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，¹²⁵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。

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

¹²⁰ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註18文，頁142-143。

¹²¹ 關於此點，參見性別工作平等法第五條第四項之規定。

¹²² 關於此點，參見Chiao, *supra* note 22, at 206.

¹²³ 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。

¹²⁴ 關於此點，參見焦興鎧，前揭註3書，頁419-420。

¹²⁵ 關於此點，參見謝茵潔，前揭註21碩士論文，頁11-14。

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。¹²⁶

最後，我國雖尚未見有美國之前述類似社會對立情形出現，但以現時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，而對廠區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。¹²⁷其次，在中期階段應對歐美國家相關法制及運作情形，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。¹²⁹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，以便在我國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。¹²⁹

¹²⁶ 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。

¹²⁷ 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，〈美國最高法院處理就業上積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。

¹²⁸ 目前本文作者正在從事歐洲聯盟相關指令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。

¹²⁹ 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42文，頁419-420。

伍 結語

雖然在聯合國一九六六年所通過重要之前述兩公約中，明確宣示保障工作平等及禁止就業歧視勞動基本人權之原則，但對雇主可否進一步採用各類更積極主動優惠性僱用措施，藉以增進弱族群成員之就業機會，或達成工作場所受僱者多樣性目標之相關作為，並未設定任何准否之明確立場。嗣後，透過各國國際組織之倡議，尤其是國際勞工組織在第一一一號禁止就業（僱用）歧視公約之規定，以及歐洲聯盟在近期所通過幾項涉及工作平等權指令之揭櫫，即已經為推動積極行動方案或主動措施作為之合法性，奠定非常堅實之基礎，而成為消弭就業歧視問題重要利器之一，尤其在工作平等權已被列為全球勞動者所應享有基本勞動人權之際，更是具有特別之意義。然而，這種優惠性措施之付諸實施，卻又往往直接牴觸工作平等權之理念，尤其是在經濟景氣低迷工作機會不易之情形下，更易引發前述反向歧視之爭議，從而，如何在工作平等與優惠待遇間求取平衡，實是推行此類制度所不得不審慎慮及者。

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，但卻有漸趨一致之情形，目前所逐步建構之防制就業歧視法制，亦深受美國之影響，由於在經濟全球化之趨勢中，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，即應盡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。

參考資料

- (1) Appel, Richard N., Alison L. Gray and Nilufer Loy, "Affirmative Action in the Workplace: Forty Years Later," 22 Hofstra Labor and Employment Law Journal 549-574 (2005).
- (2) Ballon, Deborah A., "Affirmative Action: Purveyor of Preferential Treatment or Guarantor of Equal Opportunity? A Call for a 'Revisioning' of Affirmative Action," 18 Berkeley Journal of Employment and Labor Law 1-29 (1997).
- (3) Braswell, Michael K., Gray A. Moore and Stephen L. Poe, "Affirmative Action: An Assessment of the Continuing Role in Employment Discrimination Policy," 57 Alabama Law Review 365-440 (1993).
- (4) Chiao, Cing-Kae, "Employment Discrimination in Taiwan," in Blanpain, Roger Hiroya Nakakub and Takashi Araki, eds. New Developments in Employment Discrimination Law. New York: Wolters Kluwer Law and Business, 2008, pp. 175-231.
- (5) Commentary, "Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers," 99 Harvard Law Review 1312-1346 (1986).
- (6) Gray, John A., "Preferential Affirmative Action in Employment," 43 Labor Law Journal 23-30 (January 1992).
- (7) Devins, Neal, "Adarand Constructors, Inc. v. Peña and the Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmation Action Decisions," 37 William and Mary Law Review 673-722 (1996).
- (8) International Labour Office. International Labour Conventions and Recommendations, 1952-1976. Geneva: International Labour Office, 1996.
- (9) Kauffman, Nancy, Gary Miller, and Kevin Ivey, "Affirmative Action and the White Male in America," 46 Labor Law Journal 692-698 (November 1995).
- (10) Kramer, Larry, "Consent Decrees and the Rights of Third Parties," 87 Michigan Law Review 321-364 (1988).
- (11) Leonard, Jonathan S., "The Impact of Affirmative Action on Employment," 2 Journal of Labor Economics 439-463 (1984).
- (12) Oppenheimer, David B., "Distinguishing Five Models of Affirmative Action," 4 Berkeley Women's Law Journal 42-61 (1988-89).
- (13) Robinson, Robert K., John Seydel, and Hugh J. Sloan, "Reverse Discrimination Employment Litigation: Defining the Limits of Preferential Promotion," 46 Labor Law Journal 131-141 (March 1995).
- (14) Smith, Jr., J. Clay, "Review: Affirmative Action," 27 Howard Law Journal 495-522 (1984).
- (15) Stany, Harry R. and Julie E. Patterson, "Labor Law Reform: A Management Perspective," 45 Labor Law Journal 565-579 (September 1994).
- (16) Stergio, Anthony, "Clinton's Effect on Labor & Employment Law," 44 Labor Law Journal 239-245 (April 1993).
- (17) Turner, Ronald, "Affirmative Action and the Civil Rights Act of 1991," 44

- Labor Law Journal 615-619 (October 1993).
- (18) Twomey, David P. Equal Employment Opportunity Law. Cincinnati, OH: South-Western Pub. Co., 1990.
- (19) 王玉葉，〈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〉，《美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇～二〇〇三》（焦興鎧主編），民國九十六年，頁 363-393。
- (20) _____，〈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〉，《美國最高法院重要判決之研究：一九九三～一九九五》（焦興鎧主編），民國八十七年，頁 171-210。
- (21) 李孟玢，〈勞動人權之國際保障：以經濟、社會和文化權利國際公約為中心〉，論文發表於「兩公約與國內勞動法制」研討會，二〇〇九年十二月十一日舉辦。
- (22) 陳柏宇，〈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，民國九十四年十二月。
- (23) 陳隆志，〈當代國際法文獻選集〉，臺北市：前衛出版社，民國八十七年。
- (24) 焦興鎧，〈兩公約人權概念與論述——平等與反歧視〉，論文發表於中華人權協會主辦「兩國際人權公約與勞動人權研討會」，二〇一一年四月二十九日舉辦。
- (25) 焦興鎧、康長健、謝棋楠及劉士豪，〈以人權觀點檢視我國勞動法制研究案〉，行政院勞工委員會委任研究報告，計畫編號：07-09903086，民國九十九年十二月。
- (26) 焦興鎧，〈柯林頓總統與美國 1993 年至 2000 年勞工法制之改革〉，《就業與勞動關係季刊》，第二期，二〇一〇年八月，頁 2-35。
- (27) _____，〈論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力〉，《長庚人文社會學報》，第二卷第一期，二〇〇九年四月，頁 53-99。
- (28) _____，〈國際勞動基準之最新發展趨勢——以國際勞工組織之近期努力為例〉，《中華國際法與超國界法評論》，第四卷第一期，民國九十七年六月，頁 1-49。
- (29) _____，〈工作平等國際勞動基準之建構〉，《中華國際法與超國界法評論》，第三卷第二期，民國九十六年十二月，頁 369-417。
- (30) _____，〈全球化與基本人權之保障〉，載同作者，〈國際勞動基準之建構〉，臺北市：新學林出版公司，民國九十五年，頁 1-44。
- (31) _____，〈歐洲聯盟兩性工作平等法制之研究〉，載同前書，頁 309-382。
- (32) _____，〈歐洲法院與就業上性別歧視爭議之解決〉，載同前書，頁 383-444。
- (33) _____，〈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，民國九十一年三月，頁 131-195。
- (34) _____，〈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）》，臺北市：元照出版公司，二〇〇〇年，頁25-79。

- (35) _____，〈美國平等就業機會委員會機能之研究〉，載同前書，頁81-119。
- (36) _____，〈美國兩性工作平等制度之研究〉，載同前書，頁171-231。
- (37) _____，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，載同作者，《勞工法與勞工權利之保障—美國勞工法論文集（一）》，臺北市：月旦出版公司，一九九五年，頁329-388。
- (38) 謝茵潔，《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，民國九十七年六月。
- (39) 劉士豪，〈兩公約與國內勞動法制的對話—當前個別勞動關係之觀察〉，論文發表於「兩公約與國內勞動法制」研討會，二〇〇九年十二月十一日舉辦。