

# 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

王玉葉

中央研究院歐美研究所  
E-Mail: yywang@sinica.edu.tw

## 摘要

本文旨在追蹤美國優惠待遇爭議之後續發展，探討美國最高法院拒絕審理 *Hopwood v. Texas* (1996) 案之理由與影響。本文首先介紹美國最高法院第一件優惠待遇案件 *University of California v. Bakke* (1978) 的法律見解。這是第一件有關高等教育之優惠待遇案件，也是二十五年間唯一一件最高法院接受審理之案件，其法理見解並沒有被推翻，至今持續有效。次而介紹 *Hopwood* 案之背景、案情與訴訟程序，比較此案與 *Bakke* 案法律見解衝突之處，並探究美國最高法院拒絕審理此案之原因與其對美國社會的衝擊。最後檢討美國高等教育領域內之優惠待遇有無繼續存在的價值，應終結之或以其他方案代替之。

**關鍵詞：** 優惠待遇、反向歧視、多元化理論、補償性理論、百分比計劃

## 壹、前言

“Affirmative action”如果直譯為中文，指一種積極行動，原無一定涵意。<sup>1</sup> 而涵有優惠待遇 (preferential treatment) 意義之“affirmative action”之名詞，一九六一年首次出現於美國總統行政命令中，係為矯正美國歷史上的種族歧視問題，而諭令聯邦機關在僱用有色人種時應採取積極的補償措施，以改善黑人困境。之後其概念漸漸擴張，泛指美國政府為彌補少數族裔或弱勢族群過去所遭受的歧視傷害，而在求職或申請入學時提供特別優惠措施，以提高其競爭力之政策。如果將“affirmative action”直譯為「積極行動」，中文讀者不易一目了然其義，故筆者經過一番斟酌，取“affirmative action”的同義字“preferential treatment”，譯為「優惠待遇」。<sup>2</sup>

美國自一九六〇年代起，由金恩博士 (Martin Luther King, Jr.) 領導，籲求種族平等之民權運動 (civil rights movement) 如火如荼展開，主張廢除種族隔離制度，提供平等機會，並進而爭取平等結果，成為所謂的大覺醒年代 (Year of Massive Awakening)。其時甘迺迪總統 (President John F. Kennedy) 為呼應民權運動者之要求，在他就任總統兩個月內即頒發行政命令一〇九二五號，創設平等就業機會總統委員會 (President's Committee on Equal Employment

<sup>1</sup> “Affirmative action”一詞早在美國新政時期 (New Deal Era)，一九三五年的全國勞工關係法 [National Labor Relation Act, 29 U.S.C. §160(c)] 中，即已出現，但其旨意在積極貫徹勞工政策，與此處所指針對少數族裔就業或入學之優惠待遇方案無關。

<sup>2</sup> 在美國，“affirmative action”、“preferential treatment”與“affirmative discrimination”為可以換用的同義字，但因官方文件稱“affirmative action”，美國人多沿用之，因為此名詞在語意上較委婉，無其他二詞有「優惠」、「歧視」等敏感字眼。參見 Kennedy (1986); McWhirter (1996: 33)。國內學者譯法不一，有譯為「優惠性差別待遇」、「積極糾正歧視待遇方案」，或「矯正歧視法案」不等。參見林子儀 (1993: 77); 焦興鑑 (1997; 1980: 52)。由於其為外國法律術語，國內無相對類似制度，翻譯起來，見仁見智，殊難統一。

Opportunity)，諭令聯邦政府及承包聯邦工程或業務的承包商 (federal government and its contractors) 在僱用人員時應不分種族、信仰、膚色或原國籍，平等對待求職者，並採取積極措施 (affirmative action)，保證僱用少數族裔。<sup>3</sup> 一九六四年在詹森總統 (President Lyndon B. Johnson) 任內通過之民權法 (Civil Rights Act of 1964) 重申並擴大此原則之應用，其中第六編 (Title VI) 「聯邦資助方案」(Federally Assisted Programs) 及第七編 (Title VII) 「平等就業機會」(Equal Employment Opportunities) 即針對受聯邦資助之教育機構及一般社會僱主在錄取學生及僱用人員時提供了禁止歧視及實施優惠待遇方案的法律基礎。<sup>4</sup> 一九六五年詹森總統又頒發行政命令一一二四六號，<sup>5</sup> 積極落實平等就業優惠待遇政策，並將此項事務劃歸勞動部 (Department of Labor) 主管，專設聯邦契約遵行方案辦公室 (Office of Federal Contract Compliance Programs)，負責監督聯邦契約之執行狀況。<sup>6</sup> 一九六九年由勞動部依此命令所頒布之費城計劃 (The Philadelphia Plan) 即其著例 (Schuwerk, 1972)。根據此計劃，在費城地區依該計劃所規範的僱用單位須提出合理的僱用與升等數字目標及相關的時間表。<sup>7</sup> 在尼克森總統 (President Richard M. Nixon) 任內，一九七一年勞工部頒布了第四號修正命令 (Revised Order No. 4)，要求聯邦機關及承包商制定可行之優惠待遇方案，並訂定具體的目標與時間表。這種根據

<sup>3</sup> E.O. No. 10925, 3 C.F.R. 448 (1961). 甘迺迪行政命令實際執筆人為一黑人律師泰勒 (Hobart Taylor, Jr.)，他之所以選用 “affirmative action” 而不用 “positive action”，是因為慮及音韻的關係。在其他英語系國家，如英國稱呼此類積極補償措施，仍有用 “positive action” 者。

<sup>4</sup> 78 Stat. 253 (1964); 42 U.S.C. §2000d et seq., §2000e et seq.

<sup>5</sup> E.O. No. 11246, 3 C.F.R. 339 (1965).

<sup>6</sup> 41 C.F.R. Part 60-1 and 60-2.

<sup>7</sup> 美國鍾斯教授 (James Jones) 認為「優惠待遇」之現代概念及有關「配額」(quota) 之議題，即從此計畫開始。參見 Jones (1985)。

聯邦政府命令所制定的強制性保障或配額 (federally mandated set-asides or quota) 引起權益受影響的白人反感，致有上訴至聯邦法院成爲反向歧視 (reverse discrimination) 案件及修改一九六四年民權法之爭議。<sup>8</sup> 以上僅略述美國聯邦政府實施優惠待遇政策的端始，作爲讀者閱讀本文之引言。<sup>9</sup>

在美國，這種爲矯正歷史上種族歧視遺害的補償措施，引起不斷的政治與法律爭議，成爲該國社會的熱門議題。尤其八〇年代保守勢力興起，已經有越來越多的人抗議，主張應修改或廢止之，其存續問題正面臨嚴重考驗的關頭。美國最高法院顯然並不熱心加以護衛，在其一九九五年 *Adarand* 案作出對聯邦優惠待遇方案亦須適用「嚴格審查標準」(strict scrutiny) 之判決後，各種優惠待遇方案的生存空間再被壓縮。<sup>10</sup> 而直至最近二〇〇三年最高法院宣判二件美國密西根大學優惠待遇案件<sup>11</sup> 爲止，最高法院連續拒絕審理有關

<sup>8</sup> *Contractors Ass'n of Eastern Pa. v. Secretary of Labor*, 442 F.2d 159 (3d Cir. 1971) (upholding constitutionality of the plan); 亦可參見 Wang (1995: 70-71)。

<sup>9</sup> 讀者若欲進一步了解有關美國優惠待遇之源起、發展、影響及聯邦最高法院判決之變遷，可參見筆者發表過之數篇中英文論文；Wang (1994)、王玉葉 (1998)，並參見文後附錄二 (美國優惠待遇政策年表，頁 497-503)，此處不再贅述。

<sup>10</sup> *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995)。本案判決聯邦政府之優惠待遇方案，與各州及地方政府一樣 (參見 1989 年 *Croson* 案，後註 25)，均須適用嚴格審查標準。依美國最高法院判例，可以歸納出三種寬嚴程度不同之審查標準：(1) 合理關係審查標準 (rational relationship test)，(2) 中級審查標準 (intermediate scrutiny test) 與 (3) 嚴格審查標準 (strict scrutiny test)。第三種嚴格審查標準，指政府如以不得許可之標準 (impermissible criteria)，如種族，爲分類，即必須爲達成重大迫切的政府利益 (compelling governmental interest)，而且必須緊密裁製 (narrowly tailored)，取其對人民權利侵害性最小，不能超過絕對必要的程度。詳見王玉葉 (1998: 183-184)。

<sup>11</sup> *Gratz v. Bollinger, certiorari before judgment to United States Court of Appeals for the sixth Circuit*, 539 U.S. 244; 123 S. Ct. 2411 (2003); *Grutter v. Bollinger, certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*, 539 U.S. 244; 123 S. Ct. 2325 (2003)。參見後註 48, 51, 79。

案件，有八年期間沒有對優惠待遇爭議發聲。其間最高法院雖然曾經接受一件有關優惠待遇方案之案件，卻因為當事人撤回訴訟，而未經實質審判。<sup>12</sup> 在這段空檔期間，美國社會輿論轉趨反對以種族為基礎的優惠待遇，表現於各種民意調查呈現多數的反對意見 (Schuman, 1997)。現在已有數州直接修憲或立法，禁止採用任何種族優惠待遇方案 (affirmative action program)，而且其後還有不少州準備跟進。在這種社會情勢下，美國最高法院拒絕審理 *Hopwood v. Texas* 案，<sup>13</sup> 使下級法院不利於優惠待遇之判決案，對美國優惠待遇之命運將產生何種衝擊，正是本文所擬討論之重點。

美國最高法院對聯邦上訴法院及州之最高法院的上訴管轄權，均屬裁量管轄 (discretionary)。<sup>14</sup> 聯邦上訴法院案件及州之最高法院有關聯邦爭議案件之訴訟當事人得上訴至最高法院，請求移送令狀 (petition for writ of *certiorari*)。<sup>15</sup> 但請求移送令狀並非當事

<sup>12</sup> 最高法院縱然在其一九九七年庭期曾經接受 Board of Education of the Township of Piscataway v. Taxman (No. 94-5090 [3rd Cir. 1996], *cert. granted*, June 5, 1997. No. 96-679, case dropped, October 1997) 一案，但因當事人和解而終結該案，未經實質審判。

<sup>13</sup> Hopwood v. Texas, 861 F.Supp 551 (W.D. Tex. 1994); *rev'd*, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996); *reh'g denied*, 84 F.3d 720 (5th Cir. 1996). Texas v. Hopwood, 518 U.S. 1033 (1996) (*cert. denied*); Thurgood Marshall Legal Soc'y v. Hopwood, 518 U.S. 1033 (1996) (*cert. denied in same case*).

<sup>14</sup> 28 U.S.C. §§1254, 1257. 美國最高法院上訴管轄權原另有一種強制管轄 (mandatory)，凡州之最高法院判決聯邦法律違憲，或州法院之判決與聯邦憲法、法律、條約相衝突等案件，事關聯邦重要問題之實質爭議，聯邦最高法院須頒發上訴令狀 (writ of appeal) 接受案件審理。因為此類案件非常多，增加最高法院太多案件負荷量，故一九八八年最高法院案件選擇法 (The Supreme Court Case Selections Act, Public Law 100-352, 28 U.S.C. §1252 repealed, §1254, 1257 amended.) 將其廢除。此後全部案件都由最高法院視其重要性自由裁量是否接受。

<sup>15</sup> 移送令狀是中世紀英國衡平法的制度，移植至美國殖民地，建國後被接收成為美國司法制度。*Certiorari*指由上級法院向下級法院下達訴訟文件移送命令 (*certiorari* means literally "to be informed.")。又依 28 U.S.C. §1254 規定，聯邦上訴法院案件

人之權利，而是一種司法裁量 (judicial discretion)，只有特別重要的理由 (compelling reasons) 才准許頒發。<sup>16</sup> 由於每年上訴至美國最高法院的案件數量非常多，法院即以裁量管轄之方法來控制案件負荷量。目前美國最高法院大約會拒絕九成以上之上訴案件，也就是每年最高法院會拒絕多達數千件之案件。法院案件之選擇，呈現出法院決策之優先性及壓力團體之影響力 (Provine, 1980)。最高法院根據事實所作的實質審判能見度高，對社會影響深遠，有特別目的之當事人，只要其案件經過最高法院審理，不論輸贏都可達到目的。法院如果為逃避困難問題而拒絕審理會影響其令譽，所以其考慮務必縝密周詳。另外一種拒絕審理的理由，即法院贊同下級法院之判決。然而吾等發現拒絕審理案件最真實的問題，乃是該案件沒

---

請求最高法院審理之方式，除了移送令狀 (by writ of *certiorari*) 外，還有一種申請證明 (by certification)。聯邦上訴法院在其受理的民刑案件中，遇有與案件判決相關之法律問題疑義，希望由最高法院加以指示 (instructions)，得由法院向最高法院申請證明 (move for certification)，最高法院得對該法律問題給予有拘束力的指示。此類由最高法院作法律解釋的制度，在大陸法系國家很常見，與歐洲共同體法院之先行裁決程序 (preliminary reference procedure) 類似。參見 British Institute of International and Comparative Law (1996: 147)。最高法院亦得要求上訴法院移送所有訴訟卷宗對整個訴訟爭議作判決。在英美法系此種方式並不被大法官鼓勵，只保留於非常特別的案件。*Wisniewski v. U.S.*, 353 U.S. 901, 77 S. Ct. 633 (1957)。目前這類證明案件 (certified cases) 非常稀少，數十年來大約每一庭期平均只有一件，故一般人並不熟悉。

<sup>16</sup> 依據最高法院規則第十條規定，最高法院選擇案件會考量以下重要理由：(a) 上訴法院間對重要問題之判決互相衝突；上訴法院與州之最高法院對重要聯邦問題之判決衝突；上訴法院之判決乖離已被接受的及已成慣例的司法程序，或核可下級法院作如此乖離，以致於需要動用法院監督權；(b) 州之最高法院有關重要聯邦問題之判決與其他州之最高法院或聯邦上訴法院之判決相衝突；(c) 州法院或聯邦上訴法院案件有關重要聯邦法律問題理應由本法院審理確定，但尚未由本法院審理過，或其判決有關重要聯邦問題與本法院相關判決衝突。Rule 10, Considerations Governing Review on *Certiorari*, Rules of the Supreme Court of the United States, adopted Jan. 11, 1999, effective May 3, 1999. 28 U.S.C. Appendix, Vol. 16, p. 937 (2000 ed.).

有得到四位以上大法官的同意票接受。<sup>17</sup> 由此可見美國九位大法官的立場與意識型態，影響美國法律內容甚鉅。對不同意拒絕審理案件有異議的法官也可發表意見，本文所討論的案件即屬此類案件。

本文首先介紹*Hopwood*案件發生前，美國高等教育領域內實施優惠待遇方案的情況，以及最高法院第一件有關優惠待遇判決，也是自一九七八年起二十五年間唯一一件有關高等教育領域之優惠待遇案件，*Regent of the University v. Bakke*<sup>18</sup> 所持的見解。次就*Hopwood*之背景、案情與訴訟程序，以及二次上訴最高法院拒絕受理的理由詳為說明，比較此案與*Bakke*案法律見解衝突之處。再次探究*Hopwood*案宣判後對美國社會之衝擊，並檢視一九九六年以後其他巡迴法庭所處理的優惠待遇案件與*Hopwood*案相異之處。最後則是檢討優惠待遇在美國高等教育領域內有無繼續存在的價值，究應加以終結或以其他可行方案代替之。

## 貳、美國高等教育之優惠待遇政策：*University of California v. Bakke* 案之判決

美國獨立宣言中標榜著人人生而平等的理想，在美國新大陸的傳統中，再沒有比自由和平等的觀念更受人尊崇。美國的個人主義與自由企業文化強調的是個人權利與功績主義 (meritocracy)，認為人人應享有自由和平等的機會，展現其人之資質與才能，各憑努力

<sup>17</sup> 上訴案件由九位大法官會議裁量決定，只要有四位以上法官投同意票，即受理其上訴 (certiorari granted)，否則拒絕受理 (certiorari denied)。此四人規則 (Rule of Four) 並非正式法律規定，而是一八九一年之Judiciary Act擴大最高法院裁量管轄權 (discretionary jurisdiction) 後，法院漸漸發展出來之實務習慣，至一九二四年始公開發於世。參見Hall, Ely, Grossman, & Wiecek (1992: 747)。

<sup>18</sup> 438 U.S. 265 (1978)。在本案判決二十五年後，亦即至前述二〇〇三年，美國最高法院方始接受審理二件密西根大學優惠待遇案件。

以獲取成功。美國憲法保障國民在法律之前人人平等，根據美國憲法增修條文第五條及第十四條對聯邦與州政府，均課以平等保護人民的義務，不得因種族、膚色、信仰或原國籍之不同而予以差別待遇。由於美國歷史上黑奴制度之存在，及黑奴解放後仍長期受體制化歧視的事實，黑人後裔即使在解放百年後，仍繼續陷在美國社會與經濟生活的最底層，永遠被排斥在主流社會之外，不易翻身，如僅在於法律上消極地禁止歧視，只有形式上及理論上的平等，並不能帶來實質與結果的平等，必須採取更積極的行動，以補償過去之不公平。

一般美國人也認為，此種不公平應受補償，但時空轉移，已無法指認歧視者與受害者，不可能有直接及完全的賠償。支持優惠待遇者認為，為了填補黑人與白人間巨大的差距，不得不以群體種族為考慮因素，採取暫時性地給予黑人特殊優惠，以增強其競爭力，待情況改善後即可停止實施。然而，這種優惠政策所維護的是黑人種族的集體權利，以種族為分類基礎的特別優惠待遇，即意味著排除其他種族的機會，作為一種矯正種族歧視的工具，本身卻蘊含著種族分化與不平等待遇的因子，爭議即由此而生。支持與反對優惠待遇者之分歧，實質上涉及美國社會資源與福利的重新分配，必須在維護個人權利與保障社會正義，堅持憲法原則及實施公共政策之間維持一個平衡點，其爭議才有消止的可能。

美國在各種優惠待遇方案開始實施不久，即遇到七十年代之經濟蕭條，美國社會就業競爭日趨激烈，白人擔心黑人搶走自己的工作機會，漸漸對黑人的優惠政策產生反感。一九七〇年美國 **Louis Harris** 民意調查公司的調查顯示，76% 的白人認為，黑人在爭取平等的過程，包括居住、就業、教育等方面，仍受到歧視。但至一九七七年同樣的民意調查卻顯示，只剩三分之一的白人相信美國社會還存有種族歧視，更有 55% 的白人認為，推進黑人獲得平等的腳



步太快 (Dreyfuss & Lawrence, 1979: 143-144)。此時多數白人在歷史上第一次相信美國平等已經實現，再給予黑人優惠待遇已經顯得不公平，反而加劇了黑白種族對立。正是在此種時代背景下，白人轉而自認為是被各種優惠待遇方案歧視的受害人，而以違反美國憲法平等保護條款 (Equal Protection Clause) 或一九六四年民權法 (Civil Rights Act of 1964) 禁止歧視的規定，向法院起訴，成為反向歧視 (reverse discrimination) 案件。

一九七四年之 *DeFunis v. Odegaard* 案，<sup>19</sup> 是第一件上訴至美國最高法院之反向歧視案件。本案白人學生 *DeFunis* 連續二年向華盛頓州立大學法學院申請入學均被拒，而分數較低的少數族裔學生卻被接受入學。由於此案在訴訟期間當事人已被諭令入學，並且即將畢業，最高法院認為沒有實益再審理該案而終結之。真正第一件經過最高法院做出實質判決的反向歧視案件，為有名的一九七八年之 *Regent of the University of California v. Bakke* 案。<sup>20</sup> 由於此案並沒有被最高法院推翻，其法律見解至今仍為有效。

本案當事人 *Bakke* 出身於一個並不富裕的普通白人家庭，父親是郵差，母親是教師。*Bakke* 本人擁有明尼蘇達州立大學機械工程學士與史丹福大學機械工程碩士學位，曾參加越戰，擔任海軍陸戰隊上尉，退伍後在美國太空總署加州研究中心擔任航空工程師。他一直夢想當一名醫師，在三十二歲的年紀才試著報考醫學院，但在一九七三及一九七四年連續兩年申請加州大學戴維斯校區醫學院 (University of California – Davis Medical School) 都沒有被錄取

---

<sup>19</sup> 416 U.S. 312 (1974).

<sup>20</sup> 438 U.S. 265 (1978). 本案是最高法院七〇年代最轟動美國社會的判例，當時有一百六十多個個人或團體單獨或聯合向法院提出五十八份法院之友的報告 (*amicus curiae* brief)。它也是自一九五四年 *Brown v. Board of Education* 案以後，第二個有名的有關民權法的案件。直到目前為止，仍不斷有學術論文及書籍討論此案。

(Ball, 2000: 46)。該醫學院每年招收一百名新生，其中十六個名額透過特別錄取計劃保留給非裔、拉丁裔、亞裔及美國印地安人等少數族裔學生，其錄取分數比非少數族裔之普通學生為低。Bakke向加州法院 (California Superior Court) 起訴，認為因為加州大學對少數族裔學生設有特別優惠待遇，使其喪失進入加州大學醫學院就讀的機會，主張該特別錄取計劃違反加州憲法與美國憲法增修條文第十四條的平等保護條款，<sup>21</sup> 及一九六四年民權法第六篇禁止聯邦資助機構採行種族歧視的規定。<sup>22</sup>

加州地方法院與最高法院都認定，特別錄取計劃構成一種配額，如果不能證明該校從前對少數族裔有歧視行為，此一配額就是拒絕給予本案當事人法律上的平等保護權利，違反了美國憲法與民權法。但是地方法院認為，由於當事人未能證明如果沒有特別錄取計劃他就能被錄取，故法院不能判決醫學院必須錄取 Bakke。此論點被加州最高法院推翻，認為既然查明特別錄取計劃違法，就是證明學校對其種族歧視，舉證責任就應轉至校方。校方有責任證明，即使沒有該特別錄取計劃，當事人亦不能錄取。因為校方承認無法證明此點，所以 Bakke 應予錄取。

聯邦最高法院受理此案時，九位法官意見無法一致，共發表六份意見，對於各種問題的觀點，只能達到相對多數票，即未超過半數之最多票數，是個四比四比一之判決 (plurality opinion)。<sup>23</sup> 四位法官史蒂文斯 (Justice John Paul Stevens)、史都華 (Justice Potter Stewart)、銳恩葵斯特 (Justice William H. Rehnquist) 以及首席大法

<sup>21</sup> "Nor shall any state...deny to any person within its jurisdiction equal protection of the laws." U.S. Const. Amend. 14, sec. 1.

<sup>22</sup> Civil Rights Act of 1964, as amended (1972, 1978, 1991), 42 U.S.C. 2004 (1994).

<sup>23</sup> Plurality opinion: One agreed to by less than a majority of the council but the result of which is agreed to by the majority. A plurality opinion carries less weight under *stare decisis* than does a majority opinion. 參見Gifis (1996: 352)。

官柏格 (Chief Justice Warren E. Burger) 認為此案並非違憲案件，而是違反民權法案件。一九六四年民權法第六篇 (Title VI of the Civil Rights Act of 1964) 規定，接受聯邦經費補助的學校不准有種族歧視的行為。此四位大法官認為如果國會要讓優惠待遇成為種族歧視的例外，應有明文規定才是。但至今並無此類明文規定，故特別錄取計劃構成種族歧視，是以Bakke應予錄取。

另外四位法官布瑞南 (Justice William J. Brennan)、懷特 (Justice Byron White)、馬歇爾 (Justice Thurgood Marshall) 以及布萊克門 (Justice Harry A. Blackmun) 則認為此案屬憲法案件，但善意的優惠待遇案件不必適用「嚴格審查標準」，只須參照審查性別歧視之「中級審查標準」，即審查該優惠待遇方案是否為達成「重要的政府目標」(important governmental objective)，而所採取的方法是否與所欲達成的目標有「實質關聯」(substantially related) 即可。由於過去社會的歧視 (past societal discrimination) 之緣故，黑人醫生人口低於比例，增加少數族裔醫生的數量是個很重要的政府目標，足以構成採用優惠待遇方案的正當理由，故加州最高法院禁止學校錄取新生考慮種族因素的判決應予推翻。<sup>24</sup>

最後一位大法官包威爾 (Justice Lewis F. Powell) 是關鍵票，此案判決由其主筆，他的一票分別贊同兩派法官不同的主張，使其決定成為多數票。包威爾贊同前四位法官意見，認為應許可 Bakke 入醫學院。但與後四位法官一樣認為此案是違憲案件，加州大學違反了憲法平等保護條款，卻並不附和後四位法官所主張的適用「中級

<sup>24</sup> 大法官布萊克門在本案發表其有名的意見：「為了克服種族主義，我們不得不先把種族納入考慮。」(“To get beyond racism, we must first take account of race”) 「為了平等對待人們，我們不得不差異對待他們。」(“In order to treat some persons equally, we must treat them differently.”) 這兩句話成為支持優惠待遇之名言。438 U.S. 265, 407 (1978) (Blackmun, J., plurality opinion).

審查標準」，而認為事關種族歧視，不分對少數或多數族裔，都應採取同樣的「嚴格審查標準」。

包威爾大法官認為戴維斯醫學院成立於一九六八年，是新設的學院，過去並無種族歧視的紀錄，故無彌補過去歧視傷害之必要，而希望增加黑人醫生在貧窮地區服務之目標，亦非重大迫切的政府利益。他雖然否定了前二項優惠待遇理由之正當性，卻另外提出一項新理由，他承認美國憲法增修條文第一條所保障的學術自由，學校有權選擇不同背景（包括種族）的學生以豐富教學經驗。為促進學生組合之多元化（*diversity*）所制定的優惠待遇方案，只要其種族排斥性少，也有其存在的理由。他舉哈佛大學的招生計劃為例，哈佛大學擴大了多元化的概念，可包括經濟、種族、特殊才能等因素，在其錄取計劃中並不特別保留名額給特殊種族，但申請人的種族背景可成為其「加分因素」（*plus factor*）。學校會綜合考慮所有多元化因素，種族祇是諸多因素之一，主要取決於每年申請學生的組合情況。這樣的方式把每個申請人都當作一個個人對待，並沒有用種族加以區別分類，侵犯其憲法增修條文第十四條所保障的個人權利——平等權。他讚許哈佛的錄取計劃，作為給予種族優待的手段，比本案更加精緻周詳，而且更為有效。

綜合本案判決主要有三個結論：（一）准許 *Bakke* 入學，大法官投票數為五（*Burger, Stevens, Stewart, Rehnquist and Powell*）比四（*Blackmun, Brennan, Marshall and White*）。（二）保留固定配額給少數族裔的優惠待遇方案（*racial quota system*）違憲（五比四）。（三）因為包威爾大法官之加入，認定聯邦經費所資助的高等教育機構為維護其學術自由，在錄取學生時，容許考慮種族因素，以促進學生組合多元化，成為五比四之多數意見。這個判決第二個結論對聯邦政府施行優惠待遇的善意造成重大的打擊，但第三個結論容許考慮種族為加分因素，仍留一個窄門給種族優惠待遇方案，不致全然封

殺。本案第三個結論之法律見解，即聯邦資助之大學錄取學生時，得考慮種族背景為「加分因素」，並未被後來的最高法院判例推翻，故雖已經過四分之一個世紀，至今仍持續有效。

然而美國社會漸漸轉趨保守，一九八〇年起由共和黨雷根與布希總統連續執政十二年，政治情勢變更。在共和黨主政之下所派任的大法官奧康諾 (Justice Sandra Day O'Connor, 1981)、史卡利 (Justice Antonin Scalia, 1986)、甘迺迪 (Justice Anthony Kennedy, 1987)、蘇特 (Justice David Souter, 1990)、湯瑪斯 (Justice Clarence Thomas, 1991)，與首席大法官銳恩葵斯特 (Chief Justice William H. Rehnquist, 1986 升任) 中，銳恩葵斯特、史卡利與湯瑪斯結合成反對所有優惠待遇的鐵三角，而甘迺迪與奧康諾也經常贊同首席大法官的意見，因此很容易可以結合成保守五票多數。柯林頓總統即位後所派任的金斯勃格 (Justice Ruth Bader Ginsburg, 1993) 和拜爾 (Justice Stephen Breyer, 1994) 二位大法官之力幾乎難以動搖最高法院目前的保守態勢。尤其在自由派或較具自由立場的法官包威爾 (1987)、布瑞南 (1990)、馬歇爾 (1991)、懷特 (1993)、布萊克門 (1994) 相繼退休後，最高法院在八〇年代末葉支持優惠待遇的立場開始鬆動，自 *Croson*<sup>25</sup> 與 *Adarand* 二案開始獲得共識，對州與聯邦的優惠待遇方案均適用「嚴格審查標準」後，形成「理論上嚴格，但事實上致命」(strict in theory, but fatal in fact) 之效應，使得各種優惠待遇方案奄奄一息，雖然沒有壽終正寢，可能需要轉型或以另外新的面目出現才能存活。聯邦下級法院也充斥著由共和黨總統派

<sup>25</sup> *City of Richmond v. J. A. Croson, Co.* 448 U.S. 469 (1989). 本案為美國維吉尼亞州一個人口有百分之五十以上黑人的城市，制定公共工程法令時，規定撥出 30% 之工程契約保留給少數族裔企業，定有五年期限。此優惠方案被最高法院判為違憲，且是有史以來聯邦最高法院第一次獲得共識對州之優惠待遇適用嚴格審查標準。由此案可嗅出美國最高法院轉趨保守之動向。

任的法官，審理*Hopwood*案 (78 F.3d 932, 5th Cir. 1996) 之聯邦上訴法院第五巡迴法庭三位法官，也是雷根及布希總統派任。他們宣布本案所有法學院的招生入學優惠待遇方案均無效，甚至否定了*Bakke*案包威爾法官所說種族因素可以用來作為入學錄取的參考。*Bakke*案面對*Hopwood*案直接的挑戰，此判例是否仍持續有效 (Amar & Katyal, 1996)，將在下節所述*Hopwood*案中分析之。

### 參、*Hopwood v. Texas* 案之背景與案情

在*Bakke*案後十八年，德州也發生了一件相類似的案件。德州大學法學院是美國著名的公立法學院之一，一直受有聯邦政府經費補助。在此先提一件有關該校過去對待黑白種族關係的歷史性案件。一九四六年德州大學法學院根據德州憲法第七條第七款與十四款有關黑白種族分校的規定，拒絕黑人學生Heman Sweatt申請入學。Sweatt向州法院起訴，州法院根據「隔離但平等」原則 (separate-but-equal doctrine) 認同該校拒絕黑人學生入學之合法性，但諭令該州另為黑人學生建立一所法學院，以供Sweatt入學。<sup>26</sup>德州政府遵循法院命令，為此另建一所法學院，然而此法學院設備簡陋，並沒有專任的教職員與圖書館館員，且屬非被審定合格的學校。此案後經上訴最高法院判決，德州的種族隔離制度違反了美國憲法增修條文第十四條之隔離但平等原則，因為黑人學校沒有提供相同的條件和設備，故諭令德州大學法學院錄取Sweatt。<sup>27</sup>但Sweatt在入學後卻還是抵受不住該法學院裏教授與學生的交相羞辱與歧視，而被迫離開學校。

即使經過*Sweatt*案的勝訴，該法學院仍維持其隔離歧視黑人與

<sup>26</sup> Sweatt v. Painter, 210 S.W.2d 442 (Tex. Civ. App.- Austin 1948, writ ref'd).

<sup>27</sup> Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950).

墨西哥裔學生的立場，直至七〇年代受到民權運動團體抗議，和聯邦政府諭令實施種族歧視矯正措施的壓力為止。一九七七年聯邦衛生、教育與福利部 (Department of Health, Education, and Welfare) 屬下之民權署 (Office for Civil Rights) 開始調查高等教育領域種族歧視狀況，發現德州大學執行撤除隔離 (desegregation) 命令情況嚴重怠忽，成為首須改善的目標。德州大學法學院即根據民權署要求，擬定德州計劃 (Office for Civil Rights Texas Plan)，以求招收更多少數族裔學生。至一九八二年時曾任教育部助理部長 (Assistant Secretary of Education) 之湯瑪斯大法官猶判定該計劃不足以達成目標。<sup>28</sup> 迫於聯邦主管機關壓力，自一九八三年起法學院即修改計劃，採用多元化錄取政策 (diversity admission policy)，藉以幫助黑人及西班牙裔學生克服不利的標準入學測驗成績，<sup>29</sup> 增加其入學機會。相較於於全州約 40% 的少數族裔人口，法學院設定錄取 5% 之黑人學生與 10% 之墨西哥裔學生的目標。自一九九一年起，在一般招生委員會外，另設一由少數族裔三人組成的特別招生委員會，專門處理少數族裔學生之申請。一九九二年，該校接受 4,494 人申請，錄取 936 人，以供進入名額約 500 人的第一年新生班級。校方錄取學生主要根據申請學生在學各科平均積分 (GPA) 與法學院入學測驗 (LSAT) 成績所組成的德克薩斯指數 (TI)，同時也考慮學生是否為本州居民<sup>30</sup> 及其種族背景、大學主修科目、工作經歷等。當

---

<sup>28</sup> 參見Hopwood, 861 F. Supp. at 555-556.

<sup>29</sup> 法學院入學測驗 (Law School Admission Test, 簡稱LSAT) 經專家研究證明內含種族偏見，故黑人與墨裔學生測驗成績遠低於白人學生。心理學博士與心理測驗專家Martin M. Shapiro曾為其有效性在各處議會與法院作證。參見Brown-Nagin (1998)。

<sup>30</sup> 德州法律規定德州州立大學大學部 90%，法學院 85% (後來改為 80%) 名額保留給本州居民。參見Hopwood, 861 F. Supp. at 563 and n. 33., 78 F.3d at 935 n. 2. 此類大型的保留配額並未引起任何爭議。

年錄取的平均TI分數為 189，普通錄取標準為 199，一般白人學生的TI低於 192，即不予考慮，但黑人和墨西哥裔學生的TI則是低於 179，才不予考慮。

*Hopwood* 案四名非少數族裔之原告 Cheryl Hopwood、David Rogers、Douglas Wade Carvell 與 Kenneth Elliott 申請該校，Hopwood 的 TI 為 199，其餘三人均為 197，但都沒有被錄取。本案原告之一 Hopwood 由於無力負擔已申請到的長春藤名校學費，而轉讀印地安那與加州的社區大學 (community college)，半工半讀畢業得到不錯的成績，並考取公共會計師的執照。此時她已年近三十，結婚並育有一女，然而由於其女生有重病，需費時照顧，故延遲完成學位。校方考慮 Hopwood 就讀的是社區大學，因此成績沒有得到很高的評價，而且她半工半讀花了六年才完成應該在二年內完成的學位，而所得高成績的都是技術性的科目，沒有理論分析的科目可以測驗出她是否適於就讀法學院，校方衡量種種因素後，遂把她從推定錄取類 (presumptive admit) 中移至裁量錄取類 (discretionary zone)，而終至沒有得到入學許可。

與前述 *Bakke* 案不同之處，在於本案訴訟並非由當事人本人所發動，而是幕後有一個專門為反對優惠待遇的極端保守派團體，有計劃地持續徵選當事人發動集體訴訟 (class action) 案例之一。在一九七〇年代前述 *DeFunis* 和 *Bakke* 案，均係因當事人連續二年申請學校被拒，倍覺委屈而由自己主動決定採取法律行動。一九八〇年代美國社會轉趨保守，以反對優惠待遇為競選口號的雷根總統在其入主白宮執政八年後，最高法院已形成保守多數。就在此時一家公益法律事務所——個人權利中心 (Center for Individual Rights, CIR) 於一九八八年十一月在華盛頓特區成立。這個中心號稱為捍衛個人自由，提供免費法律服務給予個人權利遭受威脅之值得受幫助的委託人或當事人 (deserving clients)。他們秉持有限政府和自由市場之



信念，崇尚個人自由意志論 (libertarianism) 與絕對功績主義 (absolute meritocracy)，故主張政府不應管得太多。他們反對所有優惠待遇方案，認為它們破壞了這種自由。

以前此種保守派份子存在於大型法律事務所，在關鍵性的訴訟案件提出法律之友的法律意見 (*amicus curiae* briefs) 供法院參酌，但法院未必採納其意見，影響力不易發揮。故此時特別成立了只有兩人成員 (Michael McDonald & Michael Greve)，年預算 22 萬美金的小而專業的法律事務所——個人權利中心，以終結優惠待遇政策為目的，集中火力小心選擇有勝算的目標案件，一路打官司直至最高法院以建立判例，藉此改變法律及公共政策。諷刺的是，他們這套策略與首位黑人大法官馬歇爾 (Thurgood Marshall) 於四十年前領導一小群黑人民權運動律師在全國各處策動訴訟，以終結種族隔離政策，建立優惠待遇制度的方法相同，而其所欲達成的目標卻剛好完全相反。在美國法院轉趨保守多數之際，這種以訴訟為手段的策略非常有效，超過他們所預期。隨著官司一件件打贏——*Hopwood* 案就是其最成功的例子，各方捐款與各種資源湧進越多，他們越有能力聘請最好的律師為當事人打贏官司。該中心目前正嚐到 *Hopwood* 案勝利效應，其事務所已遷移至更大的辦公室，專任人員與經費已擴張數倍。

個人權利中心有備而來，隨時準備攻擊。它盯住美國幾家著名的州立大學及法學院，主動在報上登廣告徵求未被錄取的白人學生。本案四原告均接到該中心派駐在德州奧斯丁律師 Steven Smith 的信，經由其協助，於一九九二年九月二十九日向法院起訴，指控德州大學法學院審查學生入學許可時，實行種族歧視，違反美國憲法增修條文第十四條的平等保護條款，與一九六四年民權法第六篇禁止受聯邦政府資助的機構實行種族歧視的規定，而請求禁止法學院錄取程序考慮種族因素之禁止令 (injunctions) 救濟，以及損害性

與懲罰性賠償 (Ponce, 1996)。美國聯邦地方法院德州西區分院，根據美國最高法院一九八九年 *Crosby* 案之判例，採嚴格標準審查州政府行為，認為德州大學法學院為補償過去歧視所遺留下來之影響，以及提供學生組合的多元化二目標，雖然足以構成重大迫切的政府利益，但其採用雙重錄取程序與標準之方式不夠緊密裁製 (narrowly tailored)，沒有通過嚴格審查，故宣告性判決該法學院之優惠待遇方案違憲。此判決並未超出一九七八年 *Bakke* 案的裁判範圍。但四原告的勝訴果實是空心的，因為該地方法院並沒有頒發禁止令，只宣告給予原告每人一美元的象徵性損害賠償 (nominal damages)，以及准許原告重新申請該校而不須再付申請費。<sup>31</sup>

本案上訴至聯邦上訴法院第五巡迴法庭。上訴法院推翻地方法院之判決，認為在本案中，根除過去歧視之現存影響以及提供學生組合之多元化，均不足以構成重大之政府利益，不能正當化採行種族分類之差別待遇。它雖承認彌補過去歧視之現存影響是重大的政府利益，但認為辨別是否有過去歧視之主體限於法學院本身，而非全部德州的中小學教育環境，檢查德州大學最近的歷史，並未發現任何經官方批准之種族歧視行為。<sup>32</sup> 關於損害賠償部分，發回地方法院重新考慮，給予合理的律師費用及衡平法上或金錢上的救濟，由於法學院並無惡意，無須給予懲罰性之賠償。關於在修改種族中立的錄取程序後，四原告能否進入法學院就讀，其舉證責任應轉由法學院負擔。本案判決由三人組成的法庭成員之一 Jerry E. Smith 法官主筆。他拒絕大法官包威爾在 *Bakke* 案中有關在高等教育領域內學生組合多元化為重大的政府利益之觀點。他重新解釋，認為在該

---

<sup>31</sup> Hopwood v. Texas, 861 F. Supp. 551, at 574, 579 (W.D. Tex. 1994).

<sup>32</sup> 此處即憲法上禁止歧視達成平等之彌補性理論 (remedial rationale)，但卻採用普通法系 (common law) 侵權行為法 (torts) 上狹隘的直接因果關係之責任理論，法律學界對此頗有訾議。參見 Adams (2001a)。

案中並沒有其他大法官加入成為多數票意見，因而認定那只是他個人觀點，沒有法律拘束力。<sup>33</sup> Smith法官這種公然推翻已存在四分之一個世紀並有全國共識的上級法院判例的做法，連同案法官Wiener之協同意見也批評主筆法官太過分了。他認為如果要宣告*Bakke*案判例死亡，應由最高法院親自為之，不可由下級法院越俎代庖。<sup>34</sup> 聖瑪琍大學的法學院院長Barbara Bader Aldave甚至公開說：「*Hopwood*不是有效的法律」（“*Hopwood* is not the law.”）（Aldave, 1996: 147）。她認為根據判例層級倫理（the doctrine of hierarchical precedent），下級法院有服從上級法院判例的義務（Caminker, 1994: 3）。柯林頓政府亦為此特別發表聲明，宣稱*Bakke*仍是本國有效的法律（*Bakke* is still the law of the land）（Marion, 2000: 10）。本案經申請上訴法院大法庭更審（en banc rehearing），以九比七票被拒絕，<sup>35</sup> 最後向最高法院上訴，亦被拒絕受理。<sup>36</sup>

一九九六年*Hopwood*經過最高法院拒絕審理後，整個案件並未就此終結。本案經過三次上訴至上訴法院，部分發回更審，一次申請上訴法院大法庭重新審判被拒，二次上訴至最高法院均被拒絕，至少有九個判決，<sup>37</sup> 至本論文截稿時尚未最後定案，實在是一個非

<sup>33</sup> *Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996).

<sup>34</sup> *Hopwood*, 78 F.3d at 962-63 (Wiener, J., concurring).

<sup>35</sup> *Hopwood v. Texas*, 84 F.3d 720, 724 n.11 (5th Cir. 1996) (Politz, King, Wiener, Benavides, Stewart, Parker, Dennis, JJ., dissenting from denial of en banc rehearing) (Lest there be any doubt, we are firmly convinced that, until the Supreme Court expressly overrules *Bakke*, student body diversity is a compelling governmental interest for the purpose of strict scrutiny.)

<sup>36</sup> *Texas v. Hopwood*, cert. denied, 518 U.S. 1033; 116 S. Ct. 2580 (1996).

<sup>37</sup> 因為判決太多，易混淆，故法院加以編號。“Hopwood I”: 21 F.3d 603 (5th Cir. 1994), 指上訴法院就本案所作第一次判決，維持地方法院拒絕某些民權團體請求參加訴訟所作之中間判決（W. D. Tex. Jan. 20, 1994）。“Hopwood A”: 861 F. Supp. 551 (W. D. Tex. Aug. 19, 1994), 指聯邦地方法院德州西區分院第一次實體判決。“Hopwood II”: 78 F.3d 932 (5th Cir. May 17, 1996); cert. denied, 518 U.S. 1033,

常複雜而且費時冗長的案件。一九九七年春聯邦地方法院就本案發回更審部分開了四天言詞辯論庭，發現即使採用種族中立之入學標準，四原告仍不可能被錄取進入法學院，並就禁止令與律師費更新判決。上訴法院則肯定地方法院發現新事實無誤，但就有無必要發布禁止令部分發回更審，因為大學錄取程序全部禁止使用種族因素與 *Bakke* 案判決衝突，地方法院應根據聯邦民事訴訟規則〔**Federal Rule of Civil Procedure 52(a)**〕舉行聽證，調查清楚將來是否需要頒發禁止令。上訴法院並拒絕推翻其第一次有關多元化的理由無效之判決，因為沒有發現其中有明顯錯誤或不公平，或直接與最高法院 *Bakke* 案衝突。關於律師費，原告請求地方法院初審（“Hopwood A”）律師工作費美金 853,847.69 元（4,840.56 小時）及上訴審（“Hopwood II”）美金 614,138.56 元（2,400.85 小時），地方法院扣除其中為下列事件所花費用：(1) 公共關係與媒體關係，(2) 阻止民權團體馬歇爾法律協會（Thurgood Marshall Legal Society），黑人法律先修協會（Black Pre-Law Association），美國民權組織法律辯護基金會（NAACP Legal Defense Fund）和墨裔美人法律辯護與教育基金會（Mexican-American Legal Defense and Educational Fund）參加訴訟，以及 (3) 上訴審之後的任何法律工作，因為此後原告並非勝訴的一方。法院並對其他時間與費率做必要調整，將旅行時間數減半，所有時間數減 25%，對個人權利中心律師時間數特別減 35%。<sup>38</sup> 依美國法典第四十二篇第 1988(b) 節規定，<sup>39</sup> 國會為鼓勵律師為

---

116 S. Ct. 2580 (July 1, 1996) 指上訴法院第二次判決；“Hopwood B”：999 F. Supp. 872 (W. D. Tex. May. 20, 1998)，指上訴法院發回地方法院更審後之第二次實體判決。“Hopwood III”：236 F.3d 256 (5th Cir. Dec. 21, 2000); *cert. denied* 121 S. Ct. 2550 (June 25, 2001) 指上訴法院第三次判決。參見 236 F.3d, at 261, 262.

<sup>38</sup> 因為發現 CIR 之浮報情況比其他律師嚴重。236 F.3d at 263. n. 16. 由此可見美國訴訟案件的得利者實為律師。

<sup>39</sup> 42 U.S.C. §1988(b).

困難的民權案件辯護，地方法院得自行斟酌裁斷，付與勝訴一方合理的律師費用。故上訴法院只要沒有發現地方法院濫用裁斷權 (*abuse of discretion*)，將會尊重其有關律師費用之判決。此次上訴法院就本案所作第三次判決，部分維持，部分推翻，部分發回地方法院更審。<sup>40</sup> 就案件發回更審之禁止令部分，影響優惠待遇命運最大，此判決又經上訴至最高法院，最高法院仍然拒絕受理之。<sup>41</sup> 此案件自起訴至今已歷經十年之久，最後結果仍尚未定案。

### 肆、*Hopwood v. Texas* 判決之衝擊

一九九六年 *Hopwood* 案經聯邦上訴法院第五巡迴法庭宣判，又經最高法院拒絕審理後，上訴法院禁止德州大學法學院招生考慮種族因素之判決即成最終裁判。此結果一出，在美國社會引起廣泛迴響。媒體報導本案是二十年來對高等教育影響最大的案件。<sup>42</sup> 個人權力中心執行董事 Michael S. Greve 更以勝利者姿態預測十年後人們仍將記得本案終結高等教育種族優惠待遇的震撼 (Greve, 1996)。在法學界已專為此案開了很多次研討會。到目前為止，已有六百多篇相關的期刊論文及若干書籍討論此案 (Bakst, 1998; Hopwood, Percy, Liebert, & Widener, 2002)。可見此案所受矚目，它對社會之衝擊性不亞於經過最高法院接受審理之案件。大部分的文章都加以批判撻伐，認為法律與現實脫節，或者白人並非完全無辜 (Byrnes, 1999; Lauer, 1996)。尤其在德州幾近一半的有色人種的人口，只有 1% 得到專業學位的情況下，如果還沒有理由實施種族優惠待遇，那全國再沒有任何地方可以實施了。德州大學律師

---

<sup>40</sup> 236 F.3d 256 (5th Cir., 2000).

<sup>41</sup> *Cert. denied*, 121 S. Ct. 2550 (2001).

<sup>42</sup> 有關報導請參見 Ackerman (1996); A Stunning Blow (1996); Biskupic (1996); Morganthau & Carroll (1996)。

Samuel Issacharoff認為最諷刺的是，過去充斥著種族歧視紀錄的第五巡迴法庭管轄區，德克薩斯、路易斯安那與密西西比三州，被禁止採用優惠待遇，而全國其他地區卻反而可以。<sup>43</sup>

在英美法系，判例就是法律，在法院的管轄區就有法律拘束力，大家都要遵守。在案件定案後，第五巡迴法庭所轄德克薩斯、路易西安那及密西西比三州的州立大學即被禁止採用種族優惠待遇方案。*Hopwood*之判決讓美國全國各州立大學好生為難，一方面怕因為取消優惠待遇方案而每年喪失聯邦政府鉅額資金補助（在德州大學為五億美金），一方面又怕採用種族優惠待遇方案因違憲或違反法律而挨告。即使案件尚未經過上訴法院判決定案，下級法院對優惠待遇不利的判決已具心理威脅性，德州大學行政人員馬上改採種族中立的入學程序。即使在第五巡迴法庭管轄區之外，其他州之公立大學也會因此檢討修改其優惠待遇方案，以防成為下一個挨告的目標。而私立大學只要有接受聯邦政府補助者亦會受影響。<sup>44</sup>

德州大學取消優惠待遇方案後，次年法學院招生，少數族裔學生申請人數馬上急轉直下。在一九九七年只錄取黑人學生 11 位（前一年為 65 位），而真正只有 4 人入學，錄取西班牙裔學生 33 位（前一年為 70 位）中，只有 21 位願意入學。<sup>45</sup> 這是德州大學所能預見的，故在進行訴訟時大學當局與律師即主張為避免重回過去高等教

<sup>43</sup> 參見Stutz (1995), quoting law school's attorney Allan Van Fleet as saying that Hopwood's holding is "utterly unacceptable" in Texas where minorities soon outnumber whites; Aldave & Kauffman (1996), questioning how Texas could tolerate a scenario where 40% of population is minority, yet only 1% of those minorities have professional degrees.

<sup>44</sup> 參見Tinsley (1996), citing Texas Att'y General Dan Morales who stated that the Hopwood ruling applied to private universities which accept federal funding.

<sup>45</sup> 參見Suhler (1997)。加州大學法學院也遭遇同樣情況，在其取消優惠待遇方案一年後，一九九七年秋季班學生總人數 270 人中，只有一位黑人學生及 18 位西班牙裔學生。參見文後附錄二（美國優惠待遇年表，頁 497）。

育種族隔離 (resegregation) 或純白法學院 (lily-white law school) 的狀態，不得不採行優惠待遇方案。然而這個採行優惠待遇的第三種理由——重回隔離辯護並沒有被法院接受。因此州政府爲了達成學生組合多元化的目的，須另覓其他代替方案。當時由現今小布希總統任州長的德州，在一九九七年五月率先提出一項「前百分之十」(top ten percent) 法案，允許全州三十五個公立大學自動核准全州高中畢業生成績在全班前 10% 者入學 (Orentlicher, 1998)。由小布希總統之弟 Jeb Bush 主政之佛羅里達州亦模仿跟進，於一九九九年十一月通過「佛羅里達一號創制案」(One Florida Initiative)，其中包括教育衡平 (Equity in Education) 與契約衡平 (Equity in Contracting) 二部分。在教育部分取消種族之考慮，而代以「才智二十計劃」(Talented 20 plan)，允許佛州高中畢業生成績在全班前 20%，並修完規定的大學預科學科者，得進入全州十個州立大學之一。該州希冀以此代替方案增加少數族裔學生入學機會，並宣稱此爲修改而非結束優惠待遇。二〇〇〇年二月佛羅里達州政府正式投票通過終止在大學入學程序之優惠待遇，使佛州成爲第一個自願廢止優惠待遇之州。德州州長面對民權團體之抗議，特爲此組成一個「佛羅里達一號創制案責任委員會」(One Florida Accountability Commission)，其中由一位黑人、一位西班牙裔人士參與主持，密切觀察該創制案後效三年，再做定奪 (Bragg, 2000)。加州也通過類似計劃，容許高中畢業生在全班前 4% 者，得進入有名的加州大學系統之一 (Traub, 1999: 44, 78; University of California, 2001)。這種種族中立的代替方案是否真能幫助少數族裔學生進入有名的州立大學以謀求將來更好的出路，其成效還有待長期觀察。<sup>46</sup>

*Hopwood*案之判決，是反對優惠待遇方案人士樂見的結果，更

---

<sup>46</sup> 根據北卡羅來納州大學研究，至少在法學院方面，優惠待遇政策似乎是維持學生組合多元化的先決條件。參見 Wightman (1997)。

是個人權利中心莫大的勝利，使其士氣高昂，乘勝追擊。一九九七年起它繼續選定全國重要州立大學作為訴訟對象，包括東部的喬治亞大學，<sup>47</sup> 中部的密西根大學及其法學院，<sup>48</sup> 及西部的華盛頓大學，<sup>49</sup> 做三叉式攻擊 (three-pronged attack)。它現在所選的訴訟形式均為團體訴訟，代理幾年來所有被拒絕入學的白人學生，訴訟規模更大。其中最值得注意的的是密西根大學的二個案件，在聯邦地方法院的二位不同法官居然做出結果完全相反之判決。密西根大學大學部 (University of Michigan's College of Literature, Science, and the Arts) *Gratz*案是團體訴訟。大學部所採用之優惠待遇方案是對學生代表人數不足之少數族裔 (African-Americans, Hispanic, and Native American) 自動加分 (automatically awarded 20 points of the 100 needed to guarantee admission)。地方法院法官允許學校考慮種族因素，認為學生組合多元化具有教育意義，足以構成重大的政府利益，可以通過嚴格審查，案經上訴法院尚未宣判。而法學院 (University of Michigan Law School) *Grutter*案，法官 Bernard A. Friedman則認為優惠待遇方案只要採種族分類，即屬天生可疑，當然無效。筆者個人覺得在法學院比大學部更需要多元化的觀點來探討社會科學，卻純因法官個人意識型態不同做出不同的判決，雖然兩位法官均由雷根總統派任。密西根大學校長 Lee Bollinger認為 Duggan法官之判決是密西根大學的勝利，更是高等教育與整個社會的勝利。而密大校園的學生則認為 Friedman法官是種族隔離時代的老古董 (a relic from the era of Jim Crow)。這兩個相衝突的案件上

<sup>47</sup> Johnson v. University of Georgia, 106 F. Supp. 2d 1362 (S.D. Ga. 2000).

<sup>48</sup> Gratz v. Bollinger, 122 F. Supp. 2d 811 (E.D. Mich. 2000); Grutter v. Bollinger, 137 F. Supp. 2d 821 (E.D. Mich. 2001). 此二案最後均經美國最高法院審查，於二〇〇三年六月二十三日同日宣判，參見後註 79。

<sup>49</sup> Smith v. University of Washington, 233 F.3d 1188 (9th Cir. 2000); cert. denied, 121 S. Ct. 2192 (March 29, 2001).



訴至上級法院其判決最後都被推翻。*Grutter*案現已被聯邦上訴法院第六巡迴法庭大法庭 (en banc) 推翻，該法庭引用*Marks v. United States*案，<sup>50</sup> 認為在*Bakke*案包威爾大法官之相對多數意見 (plurality opinion) 仍然是有效的法律，直到最高法院另作指示為止。它更駁斥地方法院法官所提該優惠待遇政策無終止日期之說，因為學術多元化 (academic diversity) 的利益與補償利益 (remedial interest) 不同，無須自含終止日期。<sup>51</sup> 顯然其他的巡迴法庭並不認同第五巡迴法庭推翻*Bakke*案學術多元化的觀點。在第一巡迴法庭之*Wessman v. Giltens*案，<sup>52</sup> 及第九巡迴法庭之*Smith v. University of Washington*案，<sup>53</sup> 也仍認同*Bakke*案的觀點。

個人權利中心除了以提起訴訟為手段外，並成功地幫助加州與華盛頓州推動立法，以廢止優惠待遇政策。在加州以憲法修正案形式提出二〇九號創制案 (Proposition 209)，禁止以種族、性別或原國籍為基礎，適用於就業、教育與契約之歧視或優惠待遇，於一九九六年十一月公民投票通過，成為加州憲法第一條第三十一節。<sup>54</sup> 此法案雖經數個民權團體向法院挑戰其合憲性，一路上訴至最高法院而終究沒有成功。<sup>55</sup> 華盛頓州亦成功地於一九九八年十二月完成與加州二〇九號創制內容相似的民權法二〇九號創制案 (Initiative

<sup>50</sup> 430 U.S. 188, at 193 (1977).

<sup>51</sup> 2002 Fed. App. 0170P (6th Cir. May 14, 2002).

<sup>52</sup> 996 F. Supp. 120 (D. Mass. 1998); 160 F.3d 790 (1st Cir. 1998).

<sup>53</sup> 即前述華盛頓大學案，見前註 49，此案法官並指出Hopwood案見解謬誤之處。

<sup>54</sup> 參見*Cal. Const. art. I, 31 (a)* (1998)。有關加州推動二〇九號創制案的詳細過程，可參見Chávez (1998)。

<sup>55</sup> 參見*Coalition for Economic Equity v. Wilson*, 946 F. Supp. 1480 (N.D. Cal. 1996); 110 F.3d 1431, (9th Cir. 1997); *cert. denied*, 118 S. Ct. 397 (1997)。

200),<sup>56</sup> 其他如亞力桑那、南達科達、喬治亞、北卡羅來納、內華達、俄亥俄、密西根、科羅拉多和奧勒崗等州亦試圖模仿跟進，但到目前為止，都還沒有成功。(Schmidt, 1998) 直至目前為止，美國全境受到個人權利中心影響而成爲禁止種族優惠待遇方案的州，計有加州、華盛頓州、佛羅里達三州 (因爲修憲、立法) 與德克薩斯州、路易斯安那州及密西西比州三州 (因爲三州爲聯邦上訴法院第五巡迴法庭轄區而受 *Hopwood* 案判決之拘束)。

## 伍、美國最高法院拒絕審理優惠待遇案件之省思

美國最高法院的判決對美國國家的重要政策與社會紛爭一向處於一言九鼎的特殊地位，但對於種族優惠待遇這種敏感的政治問題，自一九九五年 *Adarand* 案後，有八年期間一再拒絕審理相關案件，任令上訴法院不同巡迴法庭對如此重要的聯邦問題判決互相衝突。最高法院這種反常的沉默和觀望態度，使得美國社會贊成與反對雙方陣營都呈現不確定的焦慮狀態，人們很難預料這沸騰美國社會的優惠待遇爭議何時會落幕又如何落幕。我們檢查美國優惠待遇政策的歷史，爲了達到種族平等，從六十年代起美國國會開始制定各種民權法 (civil rights legislation)，禁止種族歧視。爲了加速達到種族的實質平等，聯邦政府制定各種方案賦予受歧視種族就學與就業的特別優惠待遇。但這種種族優惠待遇方案使因此受到排擠的白人反彈，從七十年代起即紛紛告到法院，成爲反向歧視案件。優惠待遇政策由美國聯邦政府發動，國會立法支持，而很可能後來將由法院終結它的命運。

觀察美國最高法院對民權案件的立場，在內戰結束解放黑奴後

---

<sup>56</sup> WA State Civil Rights Initiative 200, codified at Chapter 49.60 of the WA Revised Code.

仍採取非常保守的態度，一八八三年之民權案件 (*Civil Rights Cases*)<sup>57</sup> 和一八九六年 *Plessy v. Ferguson* 案<sup>58</sup> 都支持種族「隔離但平等」原則。這些案件投票數都呈現較多票數，八比一或七比二，只有大法官哈蘭 (Justice John Marshall Harlan) 唯一的不同意見書 (dissenting opinion) 持有較進步的自由觀念。<sup>59</sup> 一直到一九五四年 *Brown v. Board of Education* 案，<sup>60</sup> 最高法院在自由派首席大法官華倫 (Chief Justice Earl Warren)<sup>61</sup> 主持下，才全票推翻「隔離但平等」原則。然而由法院執行的撤除學區隔離措施在美國社會處處受到抵制，經過二十年都無法順利完成。自一九八六年銳恩葵斯特大法官被雷根總統任命為首席大法官後，他領導的法庭贏得美國有史以來最保守的法院之名聲。<sup>62</sup> 八〇年代後期最高法院對優惠待遇案件開始轉向採取保守立場。<sup>63</sup> 自 *Croson* 與 *Adarand* 案相繼判決以嚴格審查標準檢查各州與聯邦優惠待遇方案，幾乎敲響了優惠待遇的喪鐘。依此嚴格審查標準，目前政府機關採用優惠待遇政策的唯一理由，只限於為彌補過去歧視之現存影響。而決定是否有過去歧視事實，卻限於被告機關本身之歧視行為，非指一般社會上的歧視行

---

<sup>57</sup> 109 U.S. 3 (1883).

<sup>58</sup> 163 U.S. 537 (1896).

<sup>59</sup> 哈蘭大法官認為無論有多合理 (reasonable) 的理由，政府都不能將人民依種族膚色分類，享受不同的權利，因為美國憲法是色盲的，它既不知道，亦不能容忍這種分類 (Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens.)。參見前註。哈蘭大法官當時的憲法色盲說雖然得不到同儕大法官的附議，半個世紀後卻廣為民權運動者所引用，終成為最高法院之多數意見，而再經過半個世紀，又被反對優惠待遇者引據為理由。參見Kull (1992)。

<sup>60</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>61</sup> 華倫法庭 (Warren Court: 1953-1969) 在美國司法史上與馬歇爾法庭 (Marshall Court: 1801-1835) 齊名，以積極開創自由聞名。參見Macmillan Reference USA (2001: 335)。

<sup>62</sup> 同前註，頁 248。

<sup>63</sup> 參見City of Richmond v. J.A. Croson Co., 448 U.S. 469 (1989)。

爲，只有如此才算符合重大迫切的政府利益。這種嚴格解釋態度，一定程度反應了美國社會大環境之轉變。<sup>64</sup> 九〇年代後葉反對優惠待遇之保守勢力漸漸壯大結合成團體，使盡全力大舉反撲，欲置優惠待遇制度於死地而後已。<sup>65</sup>

一九九六年美國最高法院拒絕審理引起全國矚目之 *Hopwood* 案有何意涵？第五巡迴法庭 *Hopwood* 案公然挑戰最高法院 *Bakke* 判例，與其他巡迴法庭法律見解衝突，正需要最高法院做最後裁斷。我們知道最高法院拒絕受理案件居多，且依常例並不發表拒絕理由，因此除了知道沒有得到四位大法官投票支持通過外，並無法解讀其真正原因。然而很罕見地，最高法院在拒絕審理 *Hopwood* 案時，由大法官金斯勃格發表尊重拒絕受理的理由，蘇特大法官加入其意見。<sup>66</sup> 她認爲本案法律問題「公立大學招生時考慮種族因素是否合憲」雖有其全國重要性，然而上訴人德州大學對下級法院判決並無不服，它已停止一九九二年招生程序，將來也不會再恢復採用，它所宣稱不服的是上訴法院的理由。她強調「本法院只審查判決，不審查判決理由」，<sup>67</sup> 因此有待將來有關此問題的真正爭議案件出現。由此看出，最高法院在等待一個真正有代表性的優惠待遇案件出現，再對此具有全國性的重要議題做最後裁奪。

一九九七年庭期，美國最高法院終於接受了一件優惠待遇案件

<sup>64</sup> 一九九二年根據一項《華爾街日報》與美國廣播公司 (ABC) 所作民意調查，有三分之二的美國人認爲優惠待遇已完成其歷史性使命，今後美國政府無需再給予少數族裔特殊照顧。另參見王玉葉 (1998: 177, 註 23)。

<sup>65</sup> 保守勢力稱之爲「英勇的步兵」(gallant foot soldiers)，矢志結束優惠待遇政策。參見 Eastland (1996)。

<sup>66</sup> *Texas v. Hopwood*; cert. denied, 518 U.S. 1033; 116 S. Ct. 2581 (1996).

<sup>67</sup> "This Court reviews judgments, not opinions." *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984). "Opinion" 是判決的法律用語，指的是判決理由，相對於 "decision"，指的即判決 (judgment)。

*Board of Education of the Township of Piscataway v. Taxman*。<sup>68</sup> 社會各界正期待最高法院對優惠待遇命運做最後決定，發揮其解決社會紛爭之司法功能。此案始於一九八九年紐澤西州皮斯卡特威高中 (Piscataway High School) 欲裁撤一教員，最資淺的兩位教員 Sharon Taxman (白人) 與 Debra Williams (黑人) 二人同一天就任，資格與條件完全相同。二十年來校方第一次在裁員方面使用優惠待遇方案，以教職員多元化有益教學為理由，留任該校整個商業系之唯一黑人教員 Williams，而白人教員 Taxman 終被裁撤。此案由布希政府之司法部依一九六四年民權法第七篇狀告校方董事會，挑戰此次依該校優惠待遇方案裁員之合法性。當事人 Taxman 參加訴訟，主張董事會違反民權法與州法。聯邦地方法院判定此次裁員違法，應給予當事人損害賠償。聯邦上訴法院第三巡迴法庭，根據兩件最高法院判例 *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County*<sup>69</sup> 與 *United Steelworkers v. Weber*，<sup>70</sup> 認定優惠待遇方案必須符合民權法第七編之目標，並且不得過分影響白人員工的權益，方為有效。本案校方裁員並無補救過去歧視之目的，而且裁員影響久遠，並非暫時性之措施，故無效。上訴法院維持地方法院判決。<sup>71</sup>

此案亦引起全國矚目。一九九六年正值美國總統競選年，共和黨總統候選人參議員杜爾 (Robert J. Dole) 以 *Taxman* 案為例證明優惠待遇之不公平，而呼籲結束它。柯林頓 (William J. Clinton) 連任總統後即撤銷美國政府為訴訟當事人之身分，表示其擁護優惠待遇政策，支持校方工作場所多元化之目標。此時 Taxman 工作已不是問題，因為在一九九三年校方另有人退休，Taxman 再受校方回

---

<sup>68</sup> 參見前註 12。

<sup>69</sup> 480 U.S. 616 (1987).

<sup>70</sup> 443 U.S. 193 (1979).

<sup>71</sup> 91 F.3d 1547 (3d. Cir. 1996).

聘。她僅請求未付薪資美金 144,000 元。

我們發現至九十年代，反向歧視案件已非受害白人個人權益問題，而轉變成為贊成與反對優惠待遇的團體對決，並且升至最高層次，成為共和黨與民主黨總統之較勁。*Taxman*案訴訟由共和黨布希政府發動，卻由柯林頓總統撤銷美國政府為當事人身分。贊成與反對的雙方團體都積極參與訴訟，不僅向法院提出各種法院之友之法律意見，企圖以自己觀點說服法院，並正式向法院申請參加訴訟，如前案 *Hopwood*，民權團體馬歇爾法律協會、<sup>72</sup> 黑人法律先修協會、美國民權組織法律辯護基金會和墨裔美人法律辯護與教育基金會均向法院正式申請參加訴訟，大部分被拒絕。在 *Taxman*案中各個民權團體非常關注訴訟之進行程度與狀況。他們檢查過去的判例，發現最高法院還沒有支持過有關裁員的優惠待遇的紀錄。<sup>73</sup> 觀之今日最高法院之保守多數，預測其可能在本案會做出對優惠待遇不利之判決，為了逃避此不利結果，民權團體領袖即向校方董事會建議支付欠薪予當事人而與之和解，在最高法院舉行言詞辯論前撤銷訴訟，由黑人領袖論壇 (Black Leadership Forum)——一個由十七個民權團體組成的聯盟，負責分攤和解費用美金 433,500 元之 75%。當事人 *Taxman* 同意接受美金 188,000 元，代表其欠薪與遲延利息，其餘付給其辯護律師。

正當最高法院選中優惠待遇之代表性案件 *Taxman* 準備開始審

---

<sup>72</sup> Motion of Petitioners in No. 95-1845 to have this petition considered with *Thurgood Marshall Legal Society v. Hopwood*, No. 95-1845, granted, 116 S. Ct. 2545 (June 24, 1996). *Cert. denied*, 116 S. Ct. 2580 (July 1, 1996).

<sup>73</sup> 參見 *Firefighters, Local Union No. 1784 v. Stotts*, 467 U.S. 561 (1984); *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986)。此二案均為裁員案件，優惠待遇用在裁員與僱用情況不同，即使一向支持就業優惠待遇方案之大法官，也認為讓無辜的白人工失業是太嚴酷的負擔。是以二案之優惠待遇方案均以較高數的多數票（六比三）被推翻。

理時，因當事人之和解，讓最高法院喪失了審理該案的機會。而剛好之前兩個禮拜，最高法院已拒絕受理加州民權團體告加州修憲案 (California's Proposition 209) 違反美國憲法案。<sup>74</sup> 一九九九年最高法院又拒絕一件達拉斯消防局優惠待遇案件 *City of Dallas v. Dallas Fire Fighters Association*。<sup>75</sup> 此案達拉斯市消防局於一九八八年開始採用一優惠待遇方案以幫助該局女性與少數族裔升等。在一九九二年決定再延續五年，此後該方案即被一連串個人與達拉斯消防員協會狀告法院，聯邦上訴法院第五巡迴法庭以該市並無足夠證據可以證明過去有種族歧視，更無性別歧視證據，故該方案不符合重大迫切之政府利益而判決無效。雖然該市在一九七六年因僱用黑人與女性有極不相稱的統計數字，被判定違反民權法第七篇，而在司法部與該市之間議定一由訴訟雙方同意之判決 (consent decree)，但第五巡迴法庭首席法官Politz仍認為那還不算足夠的種族歧視證據，不足以構成採用優惠待遇的正當理由。

此案最後上訴至最高法院，只有大法官金斯勃格與拜爾兩票贊成受理該案，並正式發表拒絕受理該案之不同意見書。兩位法官審查相關證據後認為可以證明消防局過去對員工有種族歧視與性別歧視紀錄，因此有正當理由支持採用優惠待遇方案。兩位法官並發現在其他巡迴法庭有類似達拉斯市僱用少數族裔與婦女極不相稱的紀錄而支持採用優惠待遇方案，如 *McNamara v. Chicago*<sup>76</sup> 與 *Stuart v. Rocke*，<sup>77</sup> 但最高法院也拒絕受理此二案件。二〇〇一年五月最高法院拒絕受理第九巡迴法庭之認可考慮種族因素上訴案

---

<sup>74</sup> *Coalition for Economic Equity v. Wilson*, cert. denied, 118 S. Ct. 397 (1997). 參見前註 54。

<sup>75</sup> 150 F.3d 438 (1998); cert. denied, 119 S. Ct. 1333 (1999); *Dallas Fire Fighters Association v. Dallas*, cert. denied, 119 S. Ct. 1349 (1999).

<sup>76</sup> 138 F.3d 1219 (7th Cir. 1998).

<sup>77</sup> 951 F.2d (1st Cir. 1991).

*Smith v. University of Washington*。<sup>78</sup>

最高法院拒絕受理上訴案件之實質效果，即為下級法院的判決做背書，承認其最終判決的效力，不論是維持或推翻優惠待遇之結果。*Hopwood*案在二〇〇一年六月又經最高法院拒絕受理，或許由於此次上訴理由之法律爭議小，法院沒有發表拒絕理由。最高法院採取沉默觀望的態度，也許是爲了怕莽撞斷案，引火燒身，毀了法院的令譽，而在審慎等待爭議案件之條件與時機成熟時再一錘定音，這是最高法院審理全國性的重大案件慣用的高招。目前依最高法院大法官的意識型態判斷，只有金斯勃格大法官始終站在支持優惠待遇的立場，有時蘇特或拜爾大法官加入其意見，頂多二、三票，或加入史蒂文斯大法官一票，可以決定是否接受案件，除非有其他大法官轉向支持，才有可能湊成爲五票多數支持優惠待遇之判決。所以我們對優惠待遇的命運不敢持樂觀的看法。

## 陸、結論

最高法院拒絕審理案件，使下級法院所做對優惠待遇或有利或不利的判決成爲最後裁判，也就成爲其轄區的法律。如果下級法院的判決互相衝突，在最高法院沒有對其統一解釋前，也就各自爲政。到目前爲止，聯邦上訴法院除了第五巡迴法庭外，其他巡迴法庭都還支持大法官包威爾在*Bakke*案之觀點，也就是在高等教育領域內，爲了追求學術自由，維持學生組合多元化是有重要的教育利益，是重大迫切的政府利益，足以構成採用優惠待遇的正當理由——根據美國憲法增修條文第一條之「多元化理論」(diversity rationale)。這是各巡迴法庭都有的共識，也就是在高等教育領域內的優惠待遇政策仍然遵守一九七八年*Bakke*案所定下的法律。另外在一

<sup>78</sup> *Cert. denied*, 121 S. Ct. 2192 (2001). 參見前註 49。



般領域（包括就業、契約與教育）爲了彌補過去歧視之現存影響，只要能證明採用優惠待遇的機關本身過去有歧視的行爲紀錄，也有正當理由採行優惠待遇——根據美國憲法增修條文第十四條之「補償性理論」(remedial rationale)。因爲是賠償性質，所以需要限制範圍與終止日期。如此嚴格的審查標準對優惠待遇來說雖然是一個窄門，卻沒有完全關閉。自一九九五年後最高法院長期拒絕審理優惠待遇案件，其沉默與觀望並不代表其支持或反對優惠待遇政策，而是在期待一個更合適的案件出現，可對此爭議做一個最後定奪。<sup>79</sup>

包威爾大法官在一九七八年之*Bakke*案，爲高等教育領域之優惠待遇創造了一個學術多元化理論，讓種族多元化與美國憲法增修條文第一條所保障之學術自由掛勾，替優惠待遇找到了一個法律根據，其實這種理論之邏輯推理有點勉強，是以在一九九六年之*Hopwood*案會受到挑戰，頗有被推翻的危險，這是優惠待遇合法性在美國所遭遇到的法律困境。本文作者於此嘗試在美國法律體系內

<sup>79</sup> 誠如筆者所料，在本文截稿後出版前，美國最高法院終於在二〇〇二年庭期同時接受審查前述二件密西根大學大學部*Gratz*案與法學院*Grutter*案，參前註 11、48、51，兩案合併辯論，並於二〇〇三年六月二十三日同日宣判。最高法院對此二案件，作出剛好與下級地方法院相反的判決。在*Gratz*案，最高法院以六比三之票數否決了密西根大學自動加分方案之效力，認爲此自動加分方案完全取決於種族因素，與*Bakke*案判例認爲種族僅得作為加分因素不符，沒有經過緊密裁製，因此違反憲法平等保護條款與民權法第六篇而無效。在*Grutter*案，法學院的優惠待遇政策採用與哈佛大學類似的方案，利用種族為可能加分因素之考慮，經過緊密裁製，與*Bakke*案包威爾大法官之意見相符，最高法院以五比四之多數票加以支持。本案由奧康諾女大法官主筆，她是本案之關鍵票，猶如包威爾在*Bakke*案之地位。奧康諾是包威爾大法官的崇拜者，全力支持其在*Bakke*案之意見，因此包威爾在*Bakke*案的「多元化理論」一人意見，在四分之一世紀後得著五位大法官的背書，使其權威更具穩固性，不虞再遭類似*Hopwood*案上訴法院第五巡迴法庭之挑戰。此二案確定了*Bakke*案仍是美國有效的法律，參見前註 44。本案之判決對贊成與反對優惠待遇雙方均有斬獲，它嚴格限制了優惠待遇的範圍，以後再不可能有擴大或發展的可能，此舉令反對陣營放心。但也由於奧康諾大法官對法學院案之轉向支持，延續了高等教育領域優惠待遇之一縷命脈。

爲其找出另外一個合法性根據，也藉此對美國法律文化目光狹窄地只向內看，不顧其所簽署的國際條約的保守心態有所批判。全世界都在仰望美國的民主法治，非常重視美國最高法院的判例，常引爲模仿參考對象，<sup>80</sup> 而美國人自己也很自傲地樂於將其民主制度推廣至全世界。例如美國對一些非民主國家採人權外交，並想把美國的聯邦制度推廣至歐洲，期待歐洲聯盟最終能建立一個像美國一樣的歐洲聯邦 (United States of Europe)。但是美國人過份自滿於美國憲法的完美，解決問題只求諸於自己的憲法，不能跳出那套自認爲理所當然的邏輯。遇到困境也拒絕往外看，並未參考外國法或國際條約，尋求更寬廣、更圓融的智慧以解決問題。可以說美國最高法院多數的保守派法官是最不具國際觀者。<sup>81</sup>

<sup>80</sup> 如我國司法院定期翻譯出版美國最高法院判例。參見施文森 (2001)。又如中研院歐美所自一九九〇年起亦定期舉辦「美國最高法院重要判決之研究」研討會，並出版論文集。南非共和國憲法法院判決亦引用美國最高法院判決。參見State v. T. Makwanyane and M. Mchunu, (1995) 16 HRLT 154。

<sup>81</sup> 有不少的判例為證。在Printz v. United States, 521 U.S. 898 (1997) 案中，保守的史卡利大法官拒絕採用比較分析法 (comparative analysis) 來解釋憲法 (“We think such comparative analysis inappropriate to the task of interpreting a constitution.” *Id.* at 921 n. 11)，以駁斥拜爾大法官認為可借鏡其他採聯邦制的先進國家如德國、瑞士或歐洲聯盟經驗的不同意見。此案使得向來並不熱衷於研習外國法的美國憲法學界掀起了一股憲法解釋與比較分析法的辯難。參見Perales (1999)。在Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242 (2002) 案中，多數意見認為對智能不足 (mentally retarded) 的犯人判處死刑是殘酷與不尋常的刑罰，違反美國憲法第八修正條款。銳恩葵斯特、史卡利與湯瑪斯三位大法官照樣結合成保守的反對三票，前二位各發表不同意見書，認為在美國尚未形成全國共識，對智障犯禁止執行死刑，而外國法的觀點與美國本國憲法的解釋毫不相干，另外二位都加以附議。“For if it is evidence of a national consensus for which we are looking, then the viewpoints of other countries simply are not relevant.” (Rehnquist, C. J., dissenting) “Equally irrelevant are the practices of the ‘world community,’ whose nations of justice are (thankfully) not always those of our people...Where there is not first a settled consensus among our own people, the views of other nations, however enlightened, the Justices of this Court may think them to be, cannot be imposed upon

美國是在西方自由民主陣營中簽署國際人權條約殿後的國家，也是最不尊重國際條約的國家（王玉葉，1997）。譬如聯合國一九六五年簽署的「消除一切形式種族歧視國際公約」（*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*），第一條第四項規定為促進種族實質上之平等或改善少數民族之社經福利所採取的特別措施，在本公約定義上不得視為種族歧視。第二條第二項更直接規定締約國應於情況需要時，在社會、經濟等方面採取特別具體措施，確保各該國之若干種族團體或個人獲得充分發展與保護，以期保證此等團體與個人完全並同等享受人權及基本自由。<sup>82</sup> 此種規定即提供優惠待遇合法性最有力的根據。一九七九年「消除對婦女一切形式歧視公約」（*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*）第四條亦規定所有對婦女的特別保護措施不得視為性別歧視。<sup>83</sup> 美國之憲法或民權法如果能採取此種解釋，多種優惠待遇方案即能合法存在，不會被告到法院成為反向歧視案件。觀諸目前美國社會之保守型態，顯見憲法之不易修改以及民權法不易通過此種規定。退而求其次，美國雖然極端落諸於世界各國之後，也終於在一九九四年批准了上述一九六五年之消除種族歧視公約，<sup>84</sup> 即應遵守此國際公約之規定。依美國憲法第六條規定，合眾國所締結之條約等同全國最高法律，然而美國整個法律界似乎對這個已具有法律效力的國際條

---

Americans through the Constitution.” (Scalia, J. dissenting, citing *Thompson*, 487 U.S. at 868-869, n. 4) 筆者曾於二〇〇二年史卡利大法官訪台時當面諮詢其對國際人權條約的看法，他率爾答稱：「我們解釋我國的憲法與國際條約何干？」真正親身印證了美國大法官這種蔑視國際條約的心態。

<sup>82</sup> G. A. Res. 2106 A, U.N. GAOR, 20th Sess., Supp. No. 14, at 47, U.N. Doc. A/6014 (1965). 中文譯文見丘宏達 (1991: 286)。

<sup>83</sup> G. A. Res. 34/180, U.N. GAOR, 34th Sess., Supp. No. 46, at 193, U.N. Doc. A/34/46 (1979). 中文譯文見前註，頁 323。

<sup>84</sup> 參見U.S. Department of State (1996: 422-423)。

約渾然不覺，沒有原被告雙方據以攻防，最高法院的大法官也無提及。<sup>85</sup> 本文作者建議美國法律界應開闊心胸嘗試汲取國際社會或其他國家累積的經驗與智慧，以突破其法律困境。

從更實質面探討美國優惠待遇，為什麼這個為幫助少數族裔達到實質平等的善意措施會遭致這麼大的反對與攻擊？比之於從前黑人被奴役剝削，完全喪失自由與平等權利，而白人從中長期享盡了廣泛而全面性的優惠待遇利益後，現在反過來，但仍然是由白人作主決定讓出些微好處，僅在某些就學、就業與政府契約方面多給黑人一些機會，影響到白人的只是些微邊際利益，為什麼大多數白人都不能容忍呢？當然這只是一種補償性的暫時措施，應有其終止期。然而難道現在已經達到黑白種族實質平等，黑人景況改善，不再需要受特別照顧了嗎？因為美國有其特殊歷史性的黑白種族關係，現在又面臨經濟成長停滯，資源特別短缺，競爭激烈，更需要注重分配正義。我在論文中特別描述白人原告景況堪憐，有令人同情之處。雖然根據民意調查，多數白人都反對優惠待遇，但根據《美國新聞與世界報導》(*U.S. News & World Report*) 所引據之一項民意調查，其實一般民眾並不關心這項議題，比之於要廢除優惠待遇方案，他們更樂於見到撤廢美國國稅局 (*Internal Revenue Service*) (Mikula, Mabunda, & Marion, 1999: 36)。

我們發現現在攻擊優惠待遇政策的皆是具有保守意識型態的人所組成的有組織有計劃的團體，他們憤怒的是在美國社會所重視

---

<sup>85</sup> 大法官金斯勃格在一九九九年一次公開演講時特別提到各種國際人權公約與優惠待遇的關係。參見Ginsburg & Merritt (1999)。可惜在美國最高法院具有較寬廣眼光的兩位大法官拜爾與金斯勃格少數兩票目前尚無力可扭轉美國法律界的國際觀。在美國法律文化中，大多數法官並不承認國際條約有法律拘束力，因為國家之上並無更高主權可以控制國家，及有強制管轄權的法院可以執行條約 (no sovereign with authority to control independent states, no court with compulsory jurisdiction over states)。參見Weisburd (2003)。

的個人自由意志、功績主義與機會平等原則被破壞。在他們努力下至少有德州、加州與佛羅里達州完全廢止優惠待遇政策，而改採種族中立的百分比計劃 (percentage plans) 代替方案幫助少數族裔學生入學。然而如果這種代替方案能夠有效，則其結果在分配正義上與優惠待遇方案又有何差別？如果無效，那又如何能代替優惠待遇方案呢？<sup>86</sup> 這些代替方案雖然去除敏感的種族因素，但它是倚靠住宅隔離 (residential segregation) 才能成功，爲了達成學校種族融合，反而加強住宅區的種族隔離現象，不是一種反諷嗎 (Adams, 2001b)？而此計劃也排除了一些原來有資格入學的學生，同樣破壞上述功績主義與平等原則，降低學生水準，長久下去終會引發新的問題出來 (Hart, 2001)。

另外從優惠待遇方案的效益來說，它所提供的實惠小而窄，而且它似乎只嘉惠於情況較好的黑人中產階級，對更需要幫助的廣大下層黑人而言，並沒有受高等教育的機會也就沒有帶來任何實質的益處。而藉優惠待遇政策之助，因而成功的美國黑人社會精英，反而害怕被烙上恥辱的印記 (stigmatization)，連享受到其好處而得以進入名校耶魯法學院之法學教授卡特 (Stephen L. Carter)<sup>87</sup> 與大法官湯瑪斯 (Smith & Baugh, 2000)，也都加入反對的行列，此特殊現象值得深入探索其原因。現在美國優惠待遇政策已經走到嚴格限制使用，多數民眾期待它早日結束的地步，我們不可能再寄望靠它讓黑人族群從美國社會最底層翻身，解決美國種族間永續的不平等問題。或許結束優惠待遇爭議之後，美國社會仍需面對都市黑人貧窮

<sup>86</sup> 經過數年觀察，德州採用前百分之十計劃 (ten-percent plan) 後，受惠者反而是亞裔學生，亞裔人口占全州 3%，卻構成德州大學新生人數的 20%，而黑人學生從 Hopwood 案發生前之 12% 降至目前之百分之三。參見 Yardley (2002)。而佛羅里達州採前百分之二十計劃 (twenty-percent plan) 後，佛羅里達大學二〇〇二年黑人學生降至 7.2%，比之於前一年為 11.8%。參見 Parnes (2001)。

<sup>87</sup> Carter (1991)。此書已由本文作者翻譯成中文。

與犯罪的嚴重問題，<sup>88</sup> 此為與白人利害攸關的社會治安問題，或許會迫使美國政府直接面對社會貧窮問題，研議出更實質有效的彌平貧富差距與犯罪防治方法。<sup>89</sup> 這才是治本方法，對黑人而言，也許是個轉機，而非災難。

---

<sup>88</sup> 美國黑人占美國人口總數的 11%，但占死刑犯執行總數的 36%，占全國監獄人犯的半數。依二〇〇〇年美國人口普查，黑人人口總數三千四百七十萬人，而其中有一百萬黑人被關在監牢裡，這是相當嚇人的景象。美國的犯罪問題也是美國難解的社會問題。參見Loury (2001: 80-84); Cole (2001)。

<sup>89</sup> 美國或可參考其他西方國家防治犯罪之新方向。參見Hughes, McLaughlin, & Muncie (2002)。

## 附錄一 美國最高法院拒絕審理之優惠待遇案件 (1996-2002)

### 一、Hopwood v. State of Texas

861 F. Supp. 551 (W. D. Tex. Aug. 19, 1994)  
21 F.3d 603 (5th Cir. 1994)  
78 F.3d 932 (5th Cir. May 17, 1996)  
*Reh'g en banc* denied, 84 F.3d 720  
***Cert. denied*, 518 U.S. 1033, 116 S. Ct. 2580 (July 1, 1996)**  
999 F. Supp. 872 (W. D. Tex. May 20, 1998)  
236 F.3d 256 (5th Cir. Dec. 21, 2000)  
***Cert. denied*, 121 S. Ct. 2550 (June 25, 2001)**

### 二、Coalition for Economic Equity v. Wilson

946 F. Supp. 1480 (N. D. Cal. 1996)  
110 F.3d 1431 (9th Cir. 1997)  
***Cert. denied*, 118 S. Ct. 397 (1997)**

### 三、Board of Education of the Township of Piscataway v. Taxman

832 F. Supp. 836 (D. N. J. 1993)  
91 F.3d 1547 (3rd Cir. 1996)  
*Cert. granted*, June 5, 1997. No. 96-679  
Case dropped, October 1997

### 四、Dallas Fire Fighters Ass'n v. City of Dallas

885 F. Supp. 915, 927 (N. D. Tex. 1995)  
150 F.3d 438 (1998)  
***Cert. denied*, 119 S. Ct. 1333 (1999)**

五、City of Dallas v. Dallas Fire Fighters Ass'n

885 F. Supp. 915, 927 (N. D. Tex. 1995)

150 F.3d 438 (1998)

***Cert. denied*, 119 S. Ct. 1349 (1999)**

六、Smith v. University of Washington Law School

2 F. Supp. 2d 1324, 1334 (W. D. Wash. 1998)

233 F.3d 1188 (9th Cir. 2000)

***Cert. denied*, 121 S. Ct. 2192 (Mar. 29, 2001)**

七、Adarand Constructors, Inc. v. Mineta

Appeal from Adarand Constructors v. Slater, 228 F.3d 1147  
(10th Cir. 2000)

Petition for *Cert.* Granted March 26, 2001

Argued Wednesday, October 31, 2001

***Cert. dismissed as improvidently granted*, 122 S. Ct. 511 (Nov. 27, 2001)**



## 附錄二 美國優惠待遇政策年表 (Timeline of Affirmative Action Policies)

- 1961** President John F. Kennedy's Executive Order (E.O.) 10925 used affirmative action for the first time by instructing federal contractors to take "affirmative action to ensure that applicants are treated equally without regard to race, color, religion, sex, or national origin." Created the Committee on Equal Employment Opportunity.
- 1964** Civil Rights Act of 1964 was signed into law. This was landmark legislation prohibiting employment discrimination by large employers (over 15 employees), whether or not they have government contracts. Established the Equal Employment Opportunity Commission (EEOC).
- 1965** President Lyndon B. Johnson issued E.O. 11246, requiring all government contractors and subcontractors to take affirmative action to expand job opportunities for minorities. Established Office of Federal Contract Compliance (OFCC) in the Department of Labor to administer the order.
- 1967** President Johnson amended E.O. 11246 to include affirmative action for women. Federal contractors now required to make good-faith efforts to expand employment opportunities for women and minorities.
- 1970** The Labor Department, under President Richard M. Nixon, issued Order No. 4, authorizing flexible goals and timetables to correct "underutilization" of minorities by federal contractors.
- 1971** Order No. 4 was revised to include women.  
President Nixon issued E.O. 11625, directing federal agencies to develop comprehensive plans and specific program goals for a national Minority Business Enterprise (MBE) contracting program.
- 1973** The Nixon administration issued "Memorandum-Permissible Goals and Timetables in State and Local Government Employment Practices," distinguishing between proper goals and timetables and impermissible quotas.

- 1978** The U.S. Supreme Court in *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 912 (1978) upheld the use of race as one factor in choosing among qualified applicants for admission. At the same time, it also ruled unlawful the University Medical School's practice of reserving 16 seats in each entering class of 100 for disadvantaged minority students.
- 1979** President Jimmy Carter issued E.O. 12138, creating a National Women's Business Enterprise Policy and requiring each agency to take affirmative action to support women's business enterprises.  
The Supreme Court ruled in *United Steel Workers of America, AFL-CIO v. Weber*, 444 U.S. 889 (1979) that race-conscious affirmative action efforts designed to eliminate a conspicuous racial imbalance in an employer's workforce resulting from past discrimination are permissible if they are temporary and do not violate the rights of white employees.
- 1983** President Ronald Reagan issued E.O. 12432, which directed each federal agency with substantial procurement or grant making authority to develop a Minority Business Enterprise (MBE) development plan.
- 1985** Efforts by some in the Reagan administration to repeal Executive Order 11246 were thwarted by defenders of affirmative action, including other Reagan administration officials, members of Congress from both parties, civil rights organizations and corporate leaders.
- 1986** The Supreme Court in *Local 128 of the Sheet Metal Workers' International Association v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986) upheld a judicially-ordered 29% minority "membership admission goal" for a union that had intentionally discriminated against minorities, confirming that courts may order race-conscious relief to correct and prevent future discrimination.
- 1987** The Supreme Court ruled in *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California*, 480 U.S. 616 (1987) that a severe under-representation of women and minorities justified the use of race or sex as "one factor" in choosing among qualified

candidates.

**1989** The Supreme Court in *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989) struck down Richmond's minority contracting program as unconstitutional, requiring that a state or local affirmative action program be supported by a "compelling interest" and be narrowly tailored to ensure that the program furthers that interest.

**1995** In *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995), the Supreme Court held that a federal affirmative action program remains constitutional when narrowly tailored to accomplish a compelling government interest such as remedying discrimination.

President Bill Clinton reviewed all affirmative action guidelines by federal agencies and declared his support for affirmative action programs by announcing the Administration's policy of "Mend it, don't end it."

Senator Robert Dole and Representative Charles Canady introduced the so-called Equal Opportunity Act in Congress. The act would prohibit race- or gender-based affirmative action in all federal programs.

The Regents of the University of California voted to end affirmative action programs at all University of California campuses. Beginning in 1997 for graduate schools and 1998 for undergraduate admissions, officials at the University were no longer allowed to use race, gender, ethnicity or national origin as a factor in admissions decisions.

The bipartisan Glass Ceiling Commission released a report on the endurance of barriers that deny women and minorities access to decision-making positions and issued a recommendation "that corporate America use affirmative action as a tool ensuring that all qualified individuals have equal access and opportunity to compete based on ability and merit."

**1996** California's Proposition 209 passed by a narrow margin in the November election. Prop. 209 abolished all public-sector affirmative action programs in the state in employment, educa-

tion and contracting. Clause (C) of Prop. 209 permits gender discrimination that is “reasonably necessary” to the “normal operation” of public education, employment and contracting.

In *Texas v. Hopwood*, 518 U.S. 1033 (1996) the U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit ruled against the University of Texas, deciding that its law school’s policy of considering race in the admissions process was a violation of the Constitution’s equal-protection guarantee. The U.S. Supreme Court declined to hear an appeal of the ruling because the program at issue was no longer in use.

**1997** Voters in Houston supported affirmative action programs in city contracting and hiring by rejecting an initiative that would banish such efforts. Houston proved that the wording on an initiative is a critical factor in influencing the voters’ response. Instead of deceptively focusing attention on “preferential treatment,” voters were asked directly if they wanted to “end affirmative action programs.” They said no.

The U.S. Supreme Court refused to hear a challenge to California’s Prop. 209. By declining to review the case, the court did not decide the case on its merits but allowed Prop. 209 to go into effect.

The U.S. House Judiciary Committee voted 17-9, on a bipartisan basis, to defeat legislation aimed at dismantling federal affirmative action programs for women and minorities. Representative George Gekas (R-Pa.), who moved to table the bill, said that the bill was “useless and counterproductive. I fear that forcing the issue at this time could jeopardize the daily progress being made in ensuring equality.”

Bill Lann Lee was appointed Acting Assistant Attorney General for Civil Rights after facing opposition to his confirmation because of his support for affirmative action when he worked for the NAACP Legal Defense and Educational Fund.

Lawsuits were filed against the University of Michigan and the University of Washington School of Law regarding their use of affirmative action policies in admissions standards.

In response to Hopwood, the Texas legislature passed the Texas Ten Percent Plan, which ensures that the top ten percent of students at all high schools in Texas have guaranteed admission to the University of Texas and Texas A&M system, including the two flagship schools, UT—Austin and A&M College Station.

**1998** Both the United States House of Representatives and the United States Senate thwarted attempts to eliminate specific affirmative action programs. Both houses rejected amendments to abolish the Disadvantaged Business Enterprise program funded through the Transportation Bill, and the House rejected an attempt to eliminate use of affirmative action in admissions in higher education programs funded through the Higher Education Act.

Ban on the use of affirmative action in admissions at the University of California went into effect. UC Berkeley had a 61% drop in admissions of African American, Latino/a and Native American students, and UCLA had a 36% decline.

Voters in Washington passed Initiative 200 banning affirmative action in higher education, public contracting, and hiring.

**2000** Many Circuit Courts throughout the country heard cases regarding affirmative action in higher education, including the 5th Circuit in Texas (Hopwood), the 6th Circuit in Michigan (Grutter and Gratz), the 9th Circuit in Washington (Smith), and the 11th Circuit in Georgia (Johnson). The same District Court in Michigan made two different rulings regarding affirmative action in Michigan, with one judge deciding that the undergraduate program was constitutional while another judge found the law school program unconstitutional.

The Florida legislature passed “One Florida” Plan, banning affirmative action. The program also included the Talented 20% Plan that guarantees the top 20% admission to the University of Florida system.

In an effort to promote equal pay, the US Department of Labor promulgated new affirmative action regulations including an Equal Opportunity Survey, which requires federal contractors

to report hiring, termination, promotions and compensation data by minority status and gender. This is the first time in history that employers have been required to report information regarding compensation by gender and minority status to the federal equal employment agencies.

The 10th Circuit issued an opinion in *Adarand Constructors v. Mineta*, 228 F.3d 1147 (10th Cir. 2000) and ruled that the Disadvantaged Business Enterprise as administered by the Department of Transportation was constitutional because it served a compelling government interest and was narrowly tailored to achieve that interest. The court also analyzed the constitutionality of the program in use when Adarand first filed suit in 1989 and determined that the previous program was unconstitutional. Adarand then petitioned the Supreme Court for a writ of certiorari.

In *Adarand Constructors, Inc. v. Mineta*, 534 U.S. 103 (2001) the Supreme Court dismissed the case as “improvidently granted,” thereby leaving undisturbed the 10th Circuit’s decision, which upheld the government’s revised federal contracting program.

- 2001** California enacted a new plan allowing the top 12.5% of high school student’s admission to the UC system, either for all four years or after two years outside the system, and guaranteeing the top 4% of all high school seniors’ admission into the UC system.
- 2002** The Sixth Circuit handed down its decision in *Grutter v. Bollinger*, 288 F.3d 732 (6th Cir. 2002) on May 14, 2002, and upheld as constitutional the use of race as one of many factors in making admissions decisions at the University of Michigan’s Law School. A decision in the companion case involving the undergraduate school at the University of Michigan, *Gratz v. Bollinger*, is imminent.
- 2003** The U.S. Supreme Court handed down two separate rulings involving the University of Michigan’s admissions policies on June 23, 2003. In *Grutter v. Bollinger*, No. 02-241, 535 U.S.,

the court upheld the affirmative action program at the law school, which gave minority applicants an edge wasn't an illegal quota. In *Gratz v. Bollinger*, No. 02-516, 535 U.S., it struck down an undergraduate admissions policy that automatically gave a 20-point boost to minority applicants. Both cases said together what one justice said 25 years ago in *Bakke*: A diverse college campus population benefits all students and society at large, and college may pick students based in part on race, but should be limited in scope.

Source: Americans for a Fair Chance (2003).

## 參考文獻

- 王玉葉 (1997)。〈美國對聯合國人權公約之批准態度〉，宋燕輝、焦興鎧 (編)，《聯合國與歐美國家論文集》，頁 215-251。台北市：中央研究院歐美研究所。
- 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 (編)，《美國最高法院判決之研究：一九九三～一九九五》，頁 171-210。台北市：中央研究院歐美研究所。
- 丘宏達 (1991)。《現代國際法基本文件》。台北市：三民書局。
- 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 (編)，《美國聯邦最高法院論文集》，頁 75-109。台北市：中央研究院歐美研究所。
- 施文森 (編) (2001)。《美國聯邦最高法院判決選譯》第一輯至第三輯。台北市：司法院。
- 焦興鎧 (1980)。〈美國勞工法上就業問題之最新發展〉，《美國研究》，20, 2: 51-116。
- 焦興鎧 (1997年4月10日)。〈美聯邦法庭支持加州廢除反歧視法：二〇九號創制案二十一天內具執行效力，人權團體決上訴〉，《中國時報》，第 10 版。
- Ackerman, T. (1996, March 25). A & M puts all admissions decisions on hold. *Houston Chronicle*, p. 25.
- Adams, M. (2001a). Causation and responsibility in tort and affirmative action. *Texas Law Review*, 79, 3: 643-702.
- Adams, M. (2001b). Isn't it ironic? The central paradox at the heart of "percentage plans". *Ohio St. Law Journal*, 62, 6: 1729-1780.
- Aldave, B. B. (1996). Hopwood v. Texas : A victory for "equality" that denied reality-an afterword. *St. Mary's Law Journal*, 28, 1: 147-148.
- Aldave, B. B. & Kauffman, A. (1996, March 28). Our institution should offer equal opportunity. *Houston Chronicle*, p. A41.
- Amar, A. R., & Katyal, N. K. (1996). Bakke's fate. *U.C.L.A. Law Review*, 43: 1745-1780.
- Americans for a Fair Chance. (2003). *The history of affirmative ac-*



- tion policies*. Retrieved October 12, 2003, from <http://www.inmotionmagazine.com/aahist.html>
- A Stunning Blow. (1996, March 29). *Chronicle of Higher Education*, P. 1.
- Bakst, D. L. (Ed.) (1998). *Hopwood, Bakke, and beyond: Diversity on our nation's campuses*. Annapolis Junction, MD: PMDS.
- Ball, H. (2000). *The Bakke case: Race, education, and affirmative action*. Lawrence, KS: University of Kansas Press.
- Biskupic, J. (1996, March 20). Texas diversity policy overturned; U.S. appeals court rules campus admissions plan unconstitutional. *Washington Post*, p. A1.
- Bragg, R. (2000, August 30). Minority enrollment rises in Florida college system. *New York Times*, p. A18.
- British Institute of International and Comparative Law. (1996). *The role and future of the European Court of Justice*. UK: Author.
- Brown-Nagin, T. (1998). A critique of instrumental rationality: Judicial reasoning about the "cold numbers" in Hopwood v. Texas. *Law & Inequality Journal*, 16: 359-427.
- Byrnes, E. E. (1999). Unmasking white privilege to expose the fallacy of white innocence: Using a theory of moral correlativity to make the case for affirmative action programs in education. *Arizona Law Review*, 41, 2: 535-572.
- Caminker, E. H. (1994). Precedent and prediction: The forward-looking aspects of inferior court decisionmaking. *Texas Law Review*, 73, 1: 1-82.
- Carter, S. L. (1991). *Reflections of an Affirmative Action Baby*. New York: Basic Books.
- Chávez, L. (1998). *The color bind: California's battle to end affirmative action*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Cole, D. (2001). As freedom advances: The paradox of severity in America criminal justice. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 3, 1: 455-473.
- Dreyfuss, J., & Lawrence, C. (1979). *The Bakke case: The politics of inequality*. New York: HBJ College & School Division.

- Eastland, T. (1996). *Ending Affirmative Action: The Case for Colorblind Justice*. New York: Basic Books.
- Gifis, S. H. (1996). *Law Dictionary*. Hauppauge, NY: Barron's Educational Series.
- Ginsburg, R. B., & Merritt, D. J. (1999). Affirmative action: An international human rights dialogue. *Rutgers Race & Law Review*, 1, 2: 193-229.
- Greve, M. S. (1996). Hopwood and its consequences. *Peace Law Review*, 17: 1-26.
- Hall, K. L., Ely, J. W., Grossman, J. B., & Wiecek, W. M. (1992). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford, UK: Oxford Press.
- Hart, P. K. (2001, April). Imperfect 10. *Texas Monthly*, p. 52.
- Hopwood, C., Percy, K., Liebert, T., & Widener, M. (2002). *Hopwood vs. Texas litigation documents: Trail in the federal district for the western district of Texas (1992-1994)*. Buffalo, NY: William S. Hein & Co.
- Hughes, G., McLaughlin, E., & Muncie, J. (Eds.) (2002). *Crime prevention and community safety: New directions*. London: Sage Publication.
- Jones, J. E. (1985). The genesis and present status of affirmative action in employment: Economic, legal, and political realities. *Iowa Law Review*, 70: 901-1181.
- Kennedy, R. (1986). Persuasion and distrust: A comment on the affirmative action debate. *Harvard Law Review*, 99: 1327-1376.
- Kull, A. (1992). *The color-blind constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Lauer, R. A. (1996). Hopwood v. Texas : A victory for "equality" that denied reality. *St. Mary's Law Journal*, 28: 109-145.
- Loury, G. (2001). *The anatomy of racial inequality*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Macmillan Reference USA. (2001). *Justices of the United States Supreme Court*. Farmington Hills, MI: The Gale Group.
- Marion, A. M. (2000). *American law year book 1999*. Farmington

- Hills, MI: The Gale Group.
- McWhirter, D. A. (1996). *The end of affirmative action: Where do we go from here?* New York: Birch Lane.
- Mikula, M. L., Mabunda, L. M., & Marion, A. M. (1999). *Great American court cases, Vol. III: Equal protection and family law*. Farmington Hills, MI: The Gale Group.
- Morganthau, T., & Carroll, G. (1996, April 1). The backlash wars. *Newsweek*, p. 54.
- Orentlicher, D. (1998). Affirmative action and Texas' ten percent solution: Improving diversity and quality. *Notre Dame Law Review*, 74, 1: 181-210.
- Parnes, A. (2001, September 9). Enrollment data feed rift on Florida policy. *Boston Globe*, p. A19.
- Perales, K. A. (1999). It works fine in Europe, so why not here? Comparative law and constitutional federalism. *Vanderbilt Law Review*, 23: 885-908.
- Ponce, P. E. (1996, April 16). Cheryl Hopwood: Affirmative action's reluctant new icon. *Texas Law*, p. 6.
- Provine, D. M. (1980). *Case selection in the United States Supreme Court*. Chicago, IL: Chicago University Press.
- Schmidt, P. (1998, March 13). Legislatures show little enthusiasm for measures to end racial preferences. *Chronicle of Higher Education*, p. A44.
- Schuman, H. (1997). *Racial attitudes in America: Trends and interpretations*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Schuwerk, R. P. (1972). The Philadelphia Plan: A study in the dynamics of executive power. *University of Chicago Law Review*, 39, 4: 723-760.
- Smith, C. E., & Baugh, J. A. (2000). *The real Clarence Thomas*. New York: Peter Lang Pub.
- Stutz, T. (1995, Oct. 14). UT minority enrollment tested by suit: Fate of affirmative action in education is at issue. *Dallas Morning News*, p. 1A.
- Suhler, J. N. (1997, June 29). Texas professionals schools see few minorities decline in fall numbers linked to decision. *Dallas*

- Morning News*, p. 1A.
- Tinsley, A. M. (1996, June 29). Impact of ruling widens. *Inside Media*, p. 1.
- Traub, J. (1999, May 2). The class of prop. 209. *New York Times Magazines*, pp. 44, 78.
- University of California. (2001). *New California freshman ADMITS, Fall 1997 through 2001*. Retrieved August 2, 2002, from University of California Web site: <http://www.ucop.edu/news/factsheets/2001/ethnicity.pdf>
- U.S. Department of State. (1996). *Treaties in force*. Washington, DC: Author.
- Wang, L. (1994). The rule of law and the rule of politics: Eleanon Holmes Norton and the rise and decline of affirmative action. *Tamkang Journal of American Studies*, 11, 2: 13-25.
- Wang, L. (1995). The affirmative action controversy: The U.S. Supreme Court decisions and the Civil Rights Act of 1991. *EurAmerica*, 25, 1: 65-104.
- Weisburd, M. (2003). American judges and international law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36, 1475-1531.
- Wightman, L. F. (1997). The threat to diversity in legal education: An empirical analysis of the consequence of abandoning race as a factor in law school admission decisions. *New York University Law Review*, 72, 1: 1-53.
- Yardley, J. (2002, April 14). Desperately seeking diversity: The ten percent solution. *New York Times*, pp. 4A, 28.

**What is the Future of the Affirmative Action  
Programs in U.S. Higher Education?  
—The Impact of the U.S. Supreme Court's  
*Certiorari* Denial of *Hopwood v. Texas***

*Lydia Yu-yeh Wang*

**Abstract**

This essay traces the follow-up of the affirmative action controversy in America. It reviews the recent case of *Hopwood v. Texas* (1996), exploring the reason why the United States Supreme Court denied *certiorari* and the impact of this judgment on American society. The paper first introduces the holding of the first affirmative case reviewed by the Supreme Court, *University of California v. Bakke* (1978), also the first affirmative action case in the field of higher education, whose holding has not been yet overruled by later cases even after 25 years. The *Hopwood* case, its background, facts, lower courts' holdings, and appeals process are presented and compared to the holdings of *Bakke*, and the legal inconsistency and resulting contradictions between the two court levels are discussed. The denial of the U.S. Supreme Court to review *Hopwood* is significantly disadvantageous to the existence and growth of affirmative action programs in American universities nationwide. Lastly this paper assesses the value of affirmative action in the field of higher education. Should it be ended or amended, or substituted with some other race-neutral alternative programs? This is worthy of future consideration.

**Key Words:** affirmative action, reverse discrimination, diversity rationale, remedial rationale, percentage plans