

# 論差別影響歧視與差別對待歧視的關係\*

## — 評美國最高法院*Ricci v. DeStefano* (2009)判決

黃昭元\*\*

### 目次

壹、前言	三、差別影響與差別對待的關係：差別影響歧視「責任」的舉證
貳、本案背景、事實及訴訟過程	四、客觀的差別影響歧視是否違憲？
一、事實背景	五、本案對於優惠性差別待遇合憲性未來發展的可能影響
二、訴訟程序	六、差別影響歧視和平等理論的關聯
三、判決結果	
四、本案判決後的發展	伍、結語
參、爭點及理由分析	
一、本案主要爭點	
二、多數意見的主要理由及結論	
肆、評論與檢討	
一、差別影響歧視的意義及要件	
二、差別影響的證明及認定標準	

\* 投稿日：2012年4月5日；接受刊登日：2012年8月1日。〔責任校對：陳嫻恬〕。感謝審查人的指正，使本文結構及內容得以修正改進。本文初稿曾於2010年12月3日發表於中央研究院歐美研究所舉行之「美國最高法院重要判決之研究：2007-2009」學術研討會，後經主辦單位審查通過，預定收錄於該所出版的系列專書中。蒙研討會主辦單位惠予同意作者得另投稿並於其他期刊先行刊登，謹此說明並致謝。

\*\* 國立臺灣大學法律學院教授。

## 摘 要

本文以美國最高法院2009年 *Ricci v. DeStefano* 一案判決為研究對象，並以其主要爭點為範圍，檢討所涉及的理論爭議。本件判決涉及美國民權法第七編所禁止的勞動歧視類型之一：差別影響歧視。起源的事實爭議是：雇主能否以避免對少數種族構成差別影響歧視為由，而事後廢棄已經舉行完畢的受僱人升等考試結果？美國最高法院多數意見認為雇主必須提出「堅強基礎的證據」，而證明其如不採取系爭差別對待措施，將來必將承擔差別影響歧視的責任，始可為之。在本案，最高法院多數意見認為系爭被告無法證明，因此判決原告勝訴。本件判決結果明顯限縮民權法差別影響歧視的成立可能，也限縮雇主因而採取志願性積極優惠措施的空間。又由於本件判決多數意見對於差別影響歧視規定的合憲性，也於傍論中予以質疑，引發學界的關注。本文認為：雖然本件判決結果顯然傾向保守，也透露出對於優惠性差別待遇的敵意。但畢竟只是微調並限縮差別影響歧視的適用可能，其理由還不足以根本否定這項歧視類型，也還不足以完全推翻優惠性差別待遇的合憲性。但其後續發展，則值得進一步觀察。

關鍵詞：就業歧視、差別對待、差別影響、民權法、優惠性差別待遇（積極優惠措施）、舉證責任、堅強基礎的證據、僱用措施、五分之四（80%）規則、統計上顯著。

## Conflicts between Disparate Impact and Disparate Treatment:

Comments on the Decision of *Ricci v. DeStefano* (2009)

*Jau-Yuan Hwang*\*

### Abstract

This paper analyzes and comments on the U.S. Supreme Court decision on *Ricci v. DeStefano* (2009). This case involves an important type of employment discrimination, disparate impact discrimination, as provided for in Title VII of Civil Rights Act of the U.S. The lawsuit arose from a controversy in which the defendant discarded the test result of a promotion exam for its employees, claiming it would incur the liability of disparate impact discrimination against its minority employees should the test result be accepted. The majority opinion of Supreme Court found the employer-defendant's discarding action in violation of Title VII. The majority opinion held that the employer failed to demonstrate a "strong basis in evidence" in so doing and should be held liable for disparate treatment discrimination against the plaintiffs. The result of this case obviously narrowed the application scope of disparate impact discrimination and the possibility of voluntary affirmative actions taken by the employers. Moreover, the majority opinion appeared to question the constitutionality of disparate impact provision of Title VII, as such, in its obiter dictum. Nevertheless, this paper argues that this case did not overturn the constitutionality of both disparate impact discrimination and affirmative actions, in spite of its hostility to both. The long-term implications of this case, however, remain to be watched.

---

\* Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.

KEYWORDS: employment discrimination, disparate treatment, disparate impact, Civil Rights Act, affirmative action, burden of proof, strong basis of evidence, employment practice, four-fifths (80%) rule, statistically significant.

## 壹、前言

就業歧視原本即是各國職場上普遍存在的古老問題，我國亦然。近半世紀以來，則逐漸受到各國勞動法制的重視。我國在1987年解嚴後，自1990年代初期起，也開始出現有關就業歧視的立法。1992年公布施行的就業服務法第5條<sup>1</sup>，可說是我國禁止就業歧視的第一項重要立法<sup>2</sup>。之後，2001年制定的原住民族工作權保障法、2002年制定的兩性工作平等法（2008年修正全文及名稱為「性別工作平等法」）、2007年修正全文及名稱的身心障礙者權益保障法<sup>3</sup>等，更是我國消除就業歧視、促進工作平等的一連串重要立法。

然而，上述立法對於其所禁止的各類就業歧視，大都只是泛泛規定如：「不得以……為由，予以歧視」（如就業服務法第5條第1項）、「不得因……而有差別待遇」（如性別工作平等法第7-11條）、「不得有歧視之對待」（如身心障礙者權益保障法第16條第1項）或「不得為任何歧視待遇」（如身心障礙者權益保障法第40條第1項）。整體而言，我國立法比較重視「歧視事由」或「分類標準」(classifications)之明文規定；但對於何謂「歧視」或其類型，則欠缺清楚、明確的規範。

- 
- 1 1992年公布施行的就業服務法第5條規定：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、五官、殘障或以往工會會員身為由，予以歧視。」上述規定歷經2001年及2007年兩次修正，現行文字為：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」2001年起並增訂第2項規定。
  - 2 1980年公布施行的勞動基準法第25條規定：「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」雖與工作平等有關，但並未如後來制定的就業服務法般，同時建立起認定及消除就業歧視的專責機關及程序，對於就業歧視法制的影響相對有限。
  - 3 其前身原為「殘障福利法」（1980年制定）及身心障礙者保護法（1997年修正全文及名稱）。

在法規命令層次，目前似乎只有性別工作平等法施行細則第2條對於「歧視」的意涵及類型有進一步的規定：「本法第七條至第十一條、第三十一條及第三十五條所稱差別待遇，指雇主因性別或性傾向因素而對受僱者或求職者為直接或間接不利之對待。」上述施行細則將歧視（差別待遇）定義並區別為「直接或間接不利之對待」。但對於何謂「直接」或「間接」不利之對待，也沒有要件之定義或類型之例示。上述細則所稱之「直接不利之對待」，是否即相當於美國勞工法及學說上所謂（故意、主觀的）差別對待（disparate treatment）？而所謂「間接不利之對待」，是否意指美國法上（非故意、客觀的）差別影響（disparate impact）<sup>4</sup>？仍有待我國實務發展及學說討論。

在實務見解方面，我國大法官雖已有許多號解釋涉及憲法平等保障，但對於歧視的要件是否以行為人有歧視故意（或意圖）為前提，因而限於所謂故意歧視、主觀歧視或直接歧視<sup>5</sup>？還是也包括

---

4 有關 disparate treatment 和 disparate impact 的翻譯，國內長期研究美國勞工法及就業歧視的焦興鎧教授分別譯為「差別待遇」及「差別影響」，參焦興鎧，美國聯邦最高法院與就業歧視問題，收於：勞工法與勞工權利之保障——美國勞工法論文集（一），頁329、344-345（1995年）（以下簡稱：焦興鎧，論文集（一））；William B. Gould 著，焦興鎧譯，美國勞工法入門，頁363（1996年）（以下簡稱：William B. Gould 著，焦興鎧譯，美國勞工法入門）。臺北高等行政法院96年度訴字第915號判決也曾引用焦教授的著作，而提及「差別影響歧視」。本文對於 disparate impact (discrimination) 採取焦教授的翻譯，暫譯為「差別影響（歧視）」；至於 disparate treatment 之翻譯，本文考慮大法官解釋及國內多數學說已經廣泛使用「差別待遇」的用語，並用以泛指包括上述兩種類型的不同待遇、地位等，較接近美國法上所稱之 different treatment。為免混淆，因此將 disparate treatment (discrimination) 暫譯為「差別對待（歧視）」。以上翻譯，謹為目前暫定用語，敬祈先進指正，以供改進。

5 美國聯邦最高法院在 Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976) 一案判決中，就認為「單單」(solely) 因為有不成比例的影響 (disproportionate impact)，仍不至於使一項表面中立 (facially neutral) 的法令或公權力行為，即因此違反美國憲法第14增補條款的平等保障規定。原告必須證明系爭法律或公權力行為具有歧視目的 (purpose) 或動機 (motive)，才能主張受到歧視。Id. at 246. 基於上述判決意旨，在美國憲法層次，很難成立（甚至是並不承認）所謂過失、客觀或間接歧視（差別影響歧視）。

不以行為人有歧視故意為前提的所謂過失歧視、客觀歧視或間接歧視？又如果存在後一類型，其要件及認定標準為何？則尚未有明確的解釋。在一般法院判決方面，至今也似乎只有臺北高等行政法院在96年度訴字第915號判決中，曾引用學說及美國法，提及間接歧視的類型（判決中稱為「差別影響歧視」），但也沒有具體的界定或進一步討論其認定標準<sup>6</sup>。

不論是為釐清我國現行相關法律對於歧視要件及類型的規範不明確，或是為了更清楚界定性別工作平等法施行細則第2條所稱的「直接或間接不利之對待」之意涵，本文認為，我們都有必要對於歧視的類型，特別是外國法及學說上討論已久的主觀／故意／直接歧視和客觀／過失／間接歧視的區別及關係，以及後者的認定標準，為更深入的研究，以彌補我國法有關平等研究的明顯不足，這也正是本文寫作的主要緣由及目的所在。

為此，本文選擇了美國最高法院於2009年6月29日公布的*Ricci v. DeStefano*一案判決<sup>7</sup>，作為比較研究的對象。由於本案判決涉及客觀（差別影響）歧視的要件、認定標準、舉證等重要爭點，應可為我國法解釋及立法的參考。在美國法上，許多人將本案判決當成指標案件，用來預測首席大法官約翰·羅伯茲(John Roberts)領導下的最高法院，未來在平等議題的可能發展方向。故本文擬以本案判決

---

6 臺北高等行政法院96年度訴字第915號判決：「我國就業服務法第5條在制定之初，對何種情形構成就業歧視未詳加明定，實有賴嗣後之立法加以補充，或由法院於個別案例中適予以具體化。而美國是目前世界各國中處理就業歧視爭議最為先進之國家，對身心障礙者就業權之保障向極重視，……。在過去十六年來，透過該平等就業機會委員會(Equal Employment Opportunity Commission, EEOC)之詮釋，以及聯邦各級法院之相關判決，已為這些就業上身心障礙歧視之某些基本概念，提供相當明確之闡明，……。根據美國身心障礙人士法第1章規定，……雇主在使用前述資格標準、測試或選擇標準而遭到涉及差別影響歧視之攻擊時，該法亦允許其提出這些標準與工作本身有關、與事業單位營運有必要（參見焦興鎧，美國最高法院與身心障礙者就業歧視爭議之解決，94年1月4日，本院卷第274-300頁）。」（粗體為作者所加）。

7 557 U.S. 557 (2009).

為起點，嘗試整理、分析美國制定法(statutes) (以民權法為主) 上有關客觀(差別影響)歧視理論及實務的發展，從而在理論面進一步反省並批判客觀(差別影響)歧視與主觀(差別對待)歧視的關係。特別是本案判決很清楚地呈現了美國最高法院對於憲法和民權法上平等理論及意涵的不同立場：所謂歧視是否包括差別影響之客觀歧視類型？有些學者認為本案判決將大幅改變差別影響理論的未來發展<sup>8</sup>，有些則認為本案判決反映了2008年巴拉克·歐巴馬(Barack Obama)當選美國總統後，許多人擴大強調的「後種族主義」(post-racialism)觀點<sup>9</sup>。不管是從學理或實務來看，本案判決實都具有比較研究的高度價值。

本文以下即以*Ricci v. DeStefano*一案判決為研究對象，並以其

---

8 See, e.g., Joseph A. Seiner & Benjamin N. Gutman, *Does Ricci Herald A New Disparate Impact?*, 90 B.U. L. Rev. 2181, 2200, 2204-22 (2010).

9 關於後種族主義的分析，see, e.g., Sumi Cho, *Post-Racialism*, 94 IOWA L. REV. 1589, 1594 (2009) (認為“post-racialism in its current iteration is a twenty-first-century ideology that reflects a belief that due to the significant racial progress that has been made, the state need not engage in race-based decision-making or adopt race-based remedies, and that civil society should eschew race as a central organizing principle of social action.”), 1600-03 (分析後種族主義的四個主要特徵)。關於後種族主義的檢討及批判見解，see, e.g., Roberts Chang, *What Comes after Gender?* 31 PACE L. REV. 818, 819 (2011) (“Post-racialism is a new racial project that follows and builds on colorblindness in order to manage diversity to maintain the racial status quo”); Cho, *id.* at 1646 (認為後種族主義雖有其短期性的策略需要，但主張“post-racialism is dangerous because its racially redemptive effects are long-term and widely diffused across many affected parties beyond those invoking and benefiting from the strategic necessity.”); Kimberle Williams Crenshaw, *Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back to Move Forward*, 43 CONN. L. REV. 1253, 1315-27 (2011) (從批判種族主義的觀點檢討後種族主義等主張，認為後者甚至只是一種“Colorblindness’s Billion Dollar Make-Over: Old Ideas in New Skins”); Angela Onwuachi-Willig & Mario L. Barnes, *The Obama Effect: Understanding Emerging Meaning of “Obama” in Anti-Discrimination Law*, 87 IND. L.J. 325, 338-45 (2012) (批評後種族主義是錯誤的主張，因為規範和制度難以在短時間內有明顯變化，美國職場中的種族歧視仍然存在，並主張Obama的當選反而成為種族歧視的藉口)。至於從後種族主義背景或觀點來分析本案判決的相關文獻，參後註136。



主要爭點為範圍，檢討所涉及的理論爭議。本文共分五部分，除前言及結語外，在「貳」中，本文將先整理本案的事實背景及訴訟經過，至於多數意見的主要理由則於「參」中分析。「肆」則進一步評論並檢討本案判決所涉及的幾個重要爭點，特別是差別影響歧視的意義及發展、其與差別對待歧視的關係，最後並討論本案判決對於平等理論及優惠性差別待遇的可能影響。

## 貳、本案背景、事實及訴訟過程

本案原告（即上訴人）Frank Ricci等共20人<sup>10</sup>，為美國康乃迪克(Connecticut)州新港(New Haven)市的消防隊員，都曾參加該市於2003年舉行的升等考試，並名列得升等名單。但新港市政府以考試結果對於黑人及拉美裔應考人構成種族差別影響歧視為由，拒絕依據考試結果辦理升等。原告主張：市政府因為其種族(because of their race)而拒絕升遷，構成故意「差別對待」(disparate treatment)的種族歧視，因此起訴主張新港市政府等違反1964年民權法(Civil Rights Act)第七編 (Title VII)<sup>11</sup>及聯邦憲法增補條文第14條平等保障的規定。

---

<sup>10</sup> 在聯邦地方法院起訴時，原本只有18名原告，包括17名白人和1名拉美裔。一審進行中，又加入2名白人原告。故自一審判決起，直到最高法院判決，都有20名原告。這20人後來被媒體稱為「新港20」(New Haven 20)。

<sup>11</sup> Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 78 Stat. 253, as amended, 42 U.S.C. § 2000e-2(a) (2006) (“It shall be an unlawful employment practice for an employer—(1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual’s race, color, religion, sex, or national origin; or (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual’s race, color, religion, sex, or national origin.”).

## 一、事實背景

本案原告在2003年11-12月間，參加新港市消防局(Fire Department)所舉行的Lieutenant(小隊長)及Captain(分隊長)升等考試。考試方式分為筆試及口試，考試方式及題目是由著名的人力資源顧問公司「產業／組織解方」(Industrial/Organization Solutions; I/O Solutions)公司所設計。依據新港市與新港消防員工會之間的協議，筆試應占應考人總成績的60%，口試占40%。總成績超過70%者，即為及格；及格分數的有效期間為兩年。又依據新港市組織章程(City Charter)所定的「三人規則」(Rule of Three)<sup>12</sup>，意即：每一個公務員職缺，都應由及格者中得分最高的前三名中選任。因此考試成績的高低順序，也決定了及格者的升遷順序<sup>13</sup>。

2003年時，新港市共有118名消防員參加這兩級幹部的升等考試。整體而言，黑人應試者的及格率大約是白人應試者的55-59%，少數種族(黑人及拉美裔)考生及格率大約是白人考生的一半。在層級較低的小隊長考試部分，有8個缺，依據上述「三人規則」，應從考試成績的前10名中選任8人。考試結果顯示前10名都是白人(原告之一的Ricci排名第6)，沒有黑人，也沒有拉美裔。及格者有3名拉美裔考生，排名分別為第27、28、31名；及格的6名黑人則排名第14、15、16、20、22和24名。因此在考試之後的兩年內，將不會有黑人或拉美裔消防員能夠升為小隊長<sup>14</sup>。小隊長考試結果統計如表1：

---

12 New Haven, Conn., Code of Ordinances, Tit. I, Art. XXX, § 160 (1992).

13 See *Ricci*, 557 U.S. 563-65.

14 See *id.* at 566 (citing 554 F. Supp. 2d, 142, 145 (D. Conn. 2006)).

小隊長(Lieutenant)	及格率(44%)	應考人數(77)	及格人數(34)
白人	58%	43	25
黑人	32%	19	6
拉美裔	20%	15	3

表1：小隊長考試結果統計表（資料來源：本文註13；本文作者自製）

在層級較高的分隊長（需曾任小隊長1年以上）考試部分，因為只有7個缺，依據三人規則，應從總分最高的前9人中選出7人。在前9名中，有7名白人和2名拉美裔，沒有黑人。及格的3名拉美裔應考人排名分別是第7、8、13名；黑人則是第16、19、22名。照上述考試結果，在考試之後的兩年內，將只有一名拉美裔可望升為分隊長，但不會有任何黑人升任分隊長<sup>15</sup>。分隊長考試結果統計如表2：

分隊長(Captain)	及格率(54%)	應考人數(41)	及格人數(22)
白人	64%	25	16
黑人	38%	8	3
拉美裔	38%	8	3

表2：分隊長考試結果統計表（資料來源：本文註13；本文作者自製）

上述考試結果還需得到新港市公務員委員會(Civil Service Board)認可(certify)後，始得成為任命之依據。該委員會於2004年1至3月間舉行五次聽證，目的在於認定上述考試結果對於少數群體是否構成種族差別影響歧視。受邀出席聽證會的代表們立場對立：新港市政府代表（其中有本案的共同被告）和相關考試業者代表（和系爭考試設計者I/O Solutions公司處於競爭地位者）都認為上述考試結果確實已產生差別影響或不利影響(adverse impact)。後者更

---

<sup>15</sup> See *id.*

主張該公司可以設計出更能衡量工作要求，而不會產生如此程度差別影響的考題。另一方面，考生代表（包括本案原告Frank Ricci等人）、設計考題的I/O Solutions公司代表等，則主張系爭考題取材自美國國內通行的書籍，在表面上中立(facially neutral)。Ricci更強調他放棄兼任第二份工作，每天花8-13小時，並已支出1,000美金以上的費用，來準備考試<sup>16</sup>。

最後，新港市公務員委員會表決結果為2：2（一名委員迴避，因其兄弟名列分隊長升遷候選人名單內）。市政府因此未認可並廢棄上述考試結果，實際上也沒有升遷任何消防員，理由是避免違反民權法第七編禁止差別影響歧視的規定。在2004-2009年間，新港市消防局就由各小隊及分隊之消防員輪流擔任各該小隊長或分隊長之職<sup>17</sup>。

## 二、訴訟程序

本案的20名原告都是通過升等考試，但因委員會拒絕認可考試結果以致無法晉升者。Ricci本人參加小隊長考試，在77名考生中，排名第6。被告包括新港市及其市長John DeStefano, Jr.等多人<sup>18</sup>。

原告先向聯邦地方法院起訴，主張被告違反聯邦憲法增補條文第14條的平等保障。原告同時向平等僱用機會委員會(Equal Employment Opportunity Commission, EEOC)申訴，得到EEOC所發的「有權起訴函」(right-to-sue letter)後，追加訴之聲明，主張被告同時違反民權法第七編有關禁止差別對待的規定<sup>19</sup>。此外，原告並

---

<sup>16</sup> See *id.* at 565-74.

<sup>17</sup> See *id.* at 574.

<sup>18</sup> 名列共同被告的還有：市政府秘書長 Karen DuBois-Walton、市府律師 Thomas Ude、該市人力資源局局長 Tina Bergett、在公務員委員會表決時投票反對認可的兩位委員、及一名強力反對認可考試結果的新港市居民 Boise Kimber。See *id.* at 575.

<sup>19</sup> 42 U.S.C. §§ 2000e-2(a), *supra* note 11.

主張被告行為構成普通法(common law)的故意造成精神上傷害(international infliction of emotional distress)<sup>20</sup>。

被告主張：上述考試結果構成種族差別影響，如果認可考試結果，他們將違反民權法第七編禁止的差別影響歧視，這是他們的真誠相信(good-faith belief)。被告為了避免上述差別影響歧視責任，而不認可考試結果，應不構成同法所禁止的差別對待歧視。被告並要求法院以即決判決(summary judgment)的方式進行裁判<sup>21</sup>。

聯邦地方法院於受理本案後，依據雙方聲請，於2006年9月28日，不經交互調查證據(disposition)及言詞辯論等完整審判程序(a full trial)，直接根據既有書面資料及證據，做成即決判決<sup>22</sup>。地方法院判決被告勝訴，認為被告為避免上述考試結果對黑人構成種族差別影響歧視，拒絕升遷原告等人，並不會構成民權法第七編所稱的歧視故意(discriminatory intent)，因此也不構成差別對待歧視。地方法院並認為被告行為並非「基於種族」(based on race)，因為所有考生都接受相同考試題目及程序的測驗，而結果也都一樣：所有考生的考試結果都被廢棄，沒有人獲得升遷，因此無差別對待可言。再者，地方法院認為：雖然依現有證據仍無從找出一個較好的替代方法，而被告也無法精確說明系爭考試究竟有何缺陷，以致會產生如此之差別影響，但被告仍無必須認可系爭考試結果的義務。至於聯邦憲法平等保障的爭議，地方法院則認為被告並非出於「歧視惡意」(discriminatory animus)，故不構成憲法上的歧視<sup>23</sup>。

原告敗訴後，向聯邦第二巡迴法院提起上訴。經過完整的書狀審理及言詞辯論後，第二巡迴法院由三位法官組成合議庭(three-judge panel)，於2008年2月15日，做成即決裁定(summary order)，

---

20 See *Ricci*, 557 U.S. at 575.

21 See *id.* at 575.

22 *Ricci v. DeStefano*, 554 F. Supp. 2d. 142 (D. Conn. 2006).

23 See *id.* at 156-62.

以僅僅一段文字的結論，而無完整的理由，就判決上訴人（即原告）敗訴<sup>24</sup>。後因同法院一位法官要求由該法院全體法官聽審本案，並再開言詞辯論(rehearing *en banc*)<sup>25</sup>，因此上述三人合議庭乃於2008年6月9日撤銷原即決裁定，改以全體一致意見書(*per curiam opinion*)維持一審判決。但其理由與之前的即決裁定，幾乎完全相同<sup>26</sup>。之後，第二巡迴法院更於2008年6月12日，以7：6的票數，否決了由全體法官聽審並再開辯論的要求<sup>27</sup>。

原告於是聲請最高法院發布移審令(*writ of certiorari*)，最高法院受理後，於2009年4月22日舉行言詞辯論，同年6月29日公布本件判決。

附帶一提的是，本案在第二巡迴法院審理時，當時參與判決的三名法官之一正是莎妮雅·莎托麥爾(Sonia Sotomayor)<sup>28</sup>。她在做成本案二審判決後，於2009年5月為美國總統Obama提名出任最高法院大法官，以便接替預定於同年9月退休的大衛·蘇特(David Souter)大法官。而最高法院也剛好在2009年6月底做成本案判決，廢棄Sotomayor法官所參與並主導的二審判決。雖然Sotomayor後來

---

24 Ricci v. DeStefano, 264 Fed.Appx. 106, 2008 WL 410436 (2d Cir. 2008).

25 依據美國聯邦上訴程序規則(Federal Rules of Appellate Procedure)第35條，當事人得聲請由上訴法院全體法官(en banc)舉行言詞辯論(hearing)或再開言詞辯論(rehearing)。此項聲請需得到該上訴法院全體在職法官之過半數同意，始得為之。一般而言，此類聲請通常不會獲准，除非（1）為確保或維護法院判決一致性，而有必要由全體法官審理（例如三人合議庭的判決與聯邦最高法院或該上訴法院之判決先例衝突）；或（2）系爭程序涉及特別重要的問題(a question of exceptional importance)（例如與其他上訴法院對於相同爭點的權威判決衝突）。Fed. R. App. P. 35(a) & (b) (as amended Dec. 2011). 在規範上，此類聲請顯屬例外；在實務上，此類聲請也很少獲准。但如獲准，由全體法官審理的程序是可以推翻由同一法院三人法官合議庭先前所為之判決。

26 Ricci v. DeStefano, 530 F.3d 87 (2d Cir. 2008).

27 See *id.* at 88.

28 第二巡迴法院的三位法官是：Rosemary S. Pooler, Robert D. Sack 和 Sonia Sotomayor。Sotomayor 法官在審理本案時，態度最積極，也明顯支持本案被告新港市政府的立場。

經參議院以68比31票同意提名，而於2009年8月正式出任最高法院大法官。但本案在參議院行使人事同意權的聽證會上，則成了當時許多參議員及媒體所特別關注的案件，並引發不少討論<sup>29</sup>。

### 三、判決結果

最高法院最後以5：4的票數，廢棄第二巡迴法院判決，並發回更審。最高法院認為新港市未認可考試結果的行為，已構成民權法第七編禁止的故意差別對待。支持多數意見的大法官有：甘迺迪(Anthony Kennedy)、羅伯茲(John G. Roberts)、史卡利亞(Antonin Scalia)、湯馬士(Clarence Thomas)和阿利托(Samuel Alito)。反對的不同意見有四票：金絲柏格(Ruth B. Ginsburg)、史蒂芬斯(John P. Stevens)、蘇特(David Souter)和布萊爾(Stephen Breyer)。Kennedy大法官的一票可說是本案勝負關鍵所在，多數意見書也是由他執筆。此外，還有兩份協同意見書（分別由Scalia及Alito大法官執筆）及一份不同意見書（由Ginsburg大法官執筆）。

### 四、本案判決後的發展

本案判決後，在2009年10月間，有數位黑人消防員曾試圖透過訴訟，要求地方法院禁止新港市政府依考試結果升遷系爭考試的相關考生，但遭地方法院駁回。嗣後地方法院在2009年11月24日，更

---

29 相關報導及評論，see, e.g., John A. Farrell, *Supreme Court Is Right to Reject Sotomayor's Ricci Ruling on New Haven Firefighters*, U.S. NEWS & WORLD REPORT (June 29, 2009), <http://politics.usnews.com/opinion/blogs/john-farrell/2009/06/29/supreme-court-is-right-to-reject-sotomayors-ricci-ruling-on-new-haven-firefighters> (last visited Nov. 15, 2010); *Ricci Takes Center Stage*, NEW HAVEN INDEPENDENT (July 13, 2009), [http://www.newhavenindependent.org/archives/2009/07/ricci\\_rears\\_its.php](http://www.newhavenindependent.org/archives/2009/07/ricci_rears_its.php) (last visited Dec. 17, 2010); *Sotomayor Speaks on Ricci*, NEW HAVEN INDEPENDENT (July 14, 2009), [http://www.newhavenindependent.org/archives/2009/07/sotomayor\\_leahy.php](http://www.newhavenindependent.org/archives/2009/07/sotomayor_leahy.php) (last visited Dec. 17, 2010); *Sotomayor: I Didn't "Hide" Ricci Case*, NEW HAVEN INDEPENDENT (July 15, 2009), [http://www.newhavenindependent.org/archives/2009/07/sotomayor\\_i\\_did.php](http://www.newhavenindependent.org/archives/2009/07/sotomayor_i_did.php) (last visited Dec. 17, 2010).

命令被告新港市政府升遷Ricci等14名原告。被告新港市政府最後在2009年12月10日正式晉升24名消防員，其中14名是本件訴訟的原告，其他10名雖非本件訴訟的原告，但都是曾參加2003年考試，且排名在前的消防員。由於上述14名消防員之升等，連帶增加了基層幹部的升遷機會，因此在這批新增的10名幹部中，就包括了3名黑人和1名拉美裔<sup>30</sup>。但沒有一位是女性<sup>31</sup>。

至於本案訴訟本身，在最高法院廢棄一、二審判決並發回更審後，本案正由康州地方法院審理中。由於在法律上已經確定被告（新港市政府）構成民權法第七編的歧視，因此更審訴訟的重點在於損害賠償。原告要求被告賠償自2004年以來，因為未獲升遷為分隊長或小隊長所減少的薪俸所得(back pay)及其利息、精神上損害與律師費用等。被告方面則主張只有在2009年12月10日獲得升遷的14名原告，才能主張薪俸差額的賠償<sup>32</sup>。2011年7月28日，雙方和解，新港市同意支付總額美金200萬元的賠償金給全體原告，並同意提高原告未來的退休金金額（增加總額預估將達美金數百萬元），本案爭議遂告完全終結<sup>33</sup>。

---

30 See *After Ricci Ruling, Black Firefighter Sues City*, NEW HAVEN INDEPENDENT (Oct 15, 2009), [http://www.newhavenindependent.org/archives/2009/10/after\\_ricci\\_rul.php](http://www.newhavenindependent.org/archives/2009/10/after_ricci_rul.php) (last visited Dec. 17, 2010); *Judge Orders Firefighter Promotions*, NEW HAVEN INDEPENDENT (Nov. 25, 2009), [http://www.newhavenindependent.org/archives/2009/11/judge\\_orders\\_fi.php](http://www.newhavenindependent.org/archives/2009/11/judge_orders_fi.php) (last visited Dec. 17, 2010); *Promotions awarded to New Haven 20*, NEWS 8 (Dec. 10, 2009), [http://www.wtnh.com/dpp/news/new\\_haven\\_cty/promotions-awarded-to-new-haven-20](http://www.wtnh.com/dpp/news/new_haven_cty/promotions-awarded-to-new-haven-20) (last visited Nov. 15, 2010); see also Ann C. McGinley, Ricci v. DeStefano: A Masculinities Theory Analysis, 33 HARV. J.L. & GENDER 581, 591-92 (2010).

31 See McGinley, *supra* note 30, at 585-610 (批評類似本案的表面中立考試對於女性所造成的不利差別影響更大，也長期被忽略)。

32 *New Haven 20 Seek Back Pay, Damages*, NEWS 8 (Dec. 21, 2009), [http://www.wtnh.com/dpp/news/new\\_haven\\_cty/new-haven-20-seek-back-pay%2C-damages](http://www.wtnh.com/dpp/news/new_haven_cty/new-haven-20-seek-back-pay%2C-damages) (last visited Nov. 15, 2010).

33 依其職位高低及年資等因素，每位原告分別獲得美金27,000至135,000元不等的賠償金。除了兩位原告外，其餘原告的退休金也將各增加美金10至30萬元不等的金額。此外，新港市政府亦支付了美金300萬元的律師費用給原告律師。See



## 參、爭點及理由分析

### 一、本案主要爭點

綜合兩造主張，本案的主要爭點為：(1) 被告能否以避免可能的(種族)差別影響歧視訴訟為由，預先採取故意的(種族)差別對待措施，而不構成違法歧視？(2) 民權法第七編所禁止的差別影響歧視之要件為何？應如何舉證？

### 二、多數意見的主要理由及結論

#### (一) 法律解釋或憲法解釋？

雖然本案原告同時主張被告違反憲法平等保障和民權法第七編的禁止差別對待歧視規定，但多數意見只依據民權法為裁判基礎，而未就憲法爭議部分表示實體意見。理由是：在本案，依據法律(民權法)裁判即可滿足原告的救濟請求。多數意見引用判決先例之見解，認為：如果另有其他理由可以解決個案爭議，通常法院就不必審理憲法問題<sup>34</sup>。因此多數意見最後只以法律解釋來審理並解決本案。

#### (二) 差別影響歧視與差別對待歧視的關係

在法律解釋方面，多數意見基本上是以民權法第七編的相關規定為主要依據，來說明差別影響和差別對待兩種歧視的關係。多數

---

*New Haven Firefighters to Get \$2 Million in Discrimination Lawsuit*, HARFORD COURANT (July. 28, 2011), [http://articles.courant.com/2011-07-28/news/hc--newhaven-firefighters-0729-20110728\\_1\\_white-firefighters-new-haven-frank-ricci](http://articles.courant.com/2011-07-28/news/hc--newhaven-firefighters-0729-20110728_1_white-firefighters-new-haven-frank-ricci) (last visited Apr. 3, 2011).

<sup>34</sup> See *Ricci*, 557 U.S. at 576-77 (citing *Atkins v. Parker*, 472 U.S. 115, 123 (1985); *Escambia County v. McMillan*, 466 U.S. 48, 51 (1984) (*per curiam*): “[N]ormally the Court will not decide a constitutional question if there is some other ground upon which to dispose of the case”).

意見認為：民權法第七編確實同時禁止「差別對待」和「差別影響」兩種就業歧視。在後者情形，原告（通常是勞方）需先提出表面(*prima facie*)證據，初步證明有差別影響存在。然後，雇主如能證明其所採取的表面中立措施，與系爭職位的「工作有關」(*job related*)，且符合「業務需要」(*business necessity*)，即可免責（差別影響歧視不成立）<sup>35</sup>。但原告如能證明有「較小差別影響」(*less disparate impact*)的「可行替代措施」(*available alternative practice*)存在，並可符合雇主的正當需求，但雇主卻拒絕（或未）採取<sup>36</sup>，則原告仍可勝訴（差別影響歧視成立）<sup>37</sup>。

### （三）本案的舉證標準

在本案，多數意見認為新港市政府之所以廢棄系爭考試結果，是因為得高分、排列在前的考生都是白人。這顯然是基於種族所為之差別對待，也是民權法第七編所禁止者。問題在於：新港市政府提出的「避免差別影響歧視責任」之主張能否成立？在還沒有人（黑人）實際主張並追究責任的情形下，被告就先主張其真誠相信將會有違反差別影響歧視規定的可能，其「真誠相信」應否被接受？

---

<sup>35</sup> 42 U.S.C. § 2000e-2(k)(1)(A)(i) (2006) (“(1)(A) An unlawful employment practice based on disparate impact is established under this subchapter only if—(i) a complaining party demonstrates that a respondent uses a particular employment practice that causes a disparate impact on the basis of race, color, religion, sex, or national origin and the respondent fails to demonstrate that the challenged practice is job related for the position in question and consistent with business necessity.”).

<sup>36</sup> 42 U.S.C. § 2000e-2(k)(1)(A)(ii) (2006) (“[T]he complaining party makes the demonstration described in subparagraph (C) with respect to an alternative employment practice and the respondent refuses to adopt such alternative employment practice.”); § 2000e-2(k)(1)(C): (“The demonstration referred to by subparagraph (A)(ii) shall be in accordance with the law as it existed on June 4, 1989, with respect to the concept of ‘alternative employment practice’.”).

<sup>37</sup> See *Ricci*, 557 U.S. at 577-78.

對此，多數意見認為：在民權法第七編之下，雇主如果要以避免或救濟非故意造成的差別影響為理由，而採取故意的差別對待，必須要提出「有堅強基礎的證據」(strong basis in evidence)，而這些證據足以使雇主相信，其如不採取有種族意識的差別對待措施，將來必將承擔差別影響歧視的責任。雇主單純主張其對上述責任存有「真誠恐懼」(good-faith fear)，是不夠的<sup>38</sup>。具體而言，雇主必須舉證顯示那些受到不利影響的少數群體（潛在的訴訟原告），如起訴主張差別影響歧視時，將能夠證明：(1) 系爭考試並非「與工作有關」或不符合「業務需要」、(2) 另有較小影響的其他替代措施存在，而雇主沒有採取<sup>39</sup>。

多數意見認為差別影響歧視與差別對待歧視之間，確實存在緊張關係，特別是當「非少數群體」(nonminority)的受僱人出面挑戰對於少數群族所實施的救濟行動時。多數意見也明白說明其之所以採取「有堅強基礎的證據」之舉證標準，目的是要限縮「以消除差別影響為由，而採取（並違反）差別對待」的適用範圍，並限縮雇主出於種族考量而為決定時的裁量空間。多數意見認為：只有當可證明、真實的違法(a provable, actual violation)（指差別影響歧視）存在時，才容許雇主採取差別對待措施。如此也才能讓差別影響的適用，和民權法第七編的其他規範相一致、調和。因為依據42 U.S.C. § 2000e-2(l)規定，雇主尚且不能在事後「基於種族而調整與僱用相關的測驗分數」(race-norming)。舉輕以明重，如果連調整考試結果都不合法，如何還能任意廢棄考試結果<sup>40</sup>？如此解釋，也才能和42 U.S.C. § 2000e-2(h)所明文保障的「真實升等考試」(bona

---

38 See *id.* at 582-84.

39 See *id.* at 587.

40 See *id.* at 584. 關於 race-norming 的一般分析及檢討，see, e.g., RICHARD A. EPSTEIN, FORBIDDEN GROUNDS: THE CASE AGAINST EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAWS 238-41 (1992).

*fide* promotional exams)<sup>41</sup>相一致。

#### (四) 本案之證據：欠缺有堅強基礎的證據

本案兩造和多數意見都同意系爭考試結果確實存在顯著的差別影響，但多數意見認為：單單只存在顯著的統計上差別(significant statistical disparity)，而無其他證據，仍遠不足以構成有堅強基礎的證據，而可證明新港市一旦認可系爭考試結果，就可能會有違反民權法第七編的責任。因為只有當系爭考試並非「與工作有關」或不符合「業務需要」，或有較小影響的替代措施存在，而新港市拒絕採取時，新港市政府才會面臨此項責任。依本案相關證據顯示，並無實質基礎的證據可以證明系爭考試有上述兩種瑕疵之一<sup>42</sup>。

多數意見認為：從新港市政府委託I/O Solutions公司設計考試題目及執行考試的過程來看，新港市政府抗辯系爭考試與工作無關、不符合業務需要的主張，顯不可採<sup>43</sup>。又新港市主張本案另有其他三種替代措施，但其無法採行，因此仍然會廢棄考試結果，而面臨差別影響歧視的可能責任。對此，多數意見認為：新港市政府所主張的三個替代措施，有的（前兩個）本身就屬違法，有的（第三個）是否可行或存在，均仍可疑，因此不接受其抗辯<sup>44</sup>。

---

41 42 U.S.C. § 2000e-2(h) (2006) (“[N]or shall it be an unlawful employment practice for an employer to give and to act upon the results of any professionally developed ability test provided that such test, its administration or action upon the results is not designed, intended or used to discriminate because of race”).

42 See *Ricci*, 557 U.S. at 587-92.

43 See *id.* at 587-89.

44 新港市政府主張的三個替代措施分別是：(1) 將筆試和口試分數比重從60/40改成30/70，如此就可以有兩位黑人符合小隊長，一位黑人符合分隊長的升等資格。(2) 對於三人規則採取不同的解釋，也就是以四捨五入法，將各個分數看成其最接近的整數分數（如將65-69分都看成是70分）。再從分數最高的前三級（就不只是三個人，而是三組人）中去選擇誰可以升等。(3) 採取某位專家證人主張的以「評估中心程序」(assessment center process)取代系爭筆試。對於替代措施(1)，法院認為原先的60/40分數比重是新港市政府與消防員工會的協議中所約定者，並非恣意的選擇。變更分數比重將構成民權法第七編所禁止的「事後基於種族因素而變更測驗分數」，故非相同有效的替代措施。對於

(五) 判決結果：被告行為構成差別對待歧視，違反民權法  
第七編

最後，多數意見認為：單純對訴訟的恐懼並不足以正當化被告出於種族考量而採取差別對待措施，更損害了考試及格、有資格升遷的個人權益。因此被告新港市政府之不認可考試結果，已違反民權法第七編禁止差別對待歧視的規定。多數意見甚至強調：如果新港市在認可考試結果後，真的面臨差別影響歧視的訴訟，新港市屆時可依據本案判決理由，抗辯差別影響歧視的成立。因為新港市可主張其有堅強基礎的證據，足以證明該市假使不認可考試結果，必將面臨差別對待歧視的訴訟<sup>45</sup>。

#### 肆、評論與檢討

本案的事實及法律爭點並不複雜，但如果放在平等爭議的更大脈絡下，則有相對複雜、深刻的問題值得進一步討論。在表面上，本案核心爭點是民權法上差別影響歧視和差別對待歧視之間的衝突，但這個爭議其實更涉及優惠性差別待遇及平等理論的爭議。因為當雇主以預防差別影響歧視為由，而廢棄對多數群族有利的考試結果時，這個行為的實際效果相當於雇主對少數、弱勢群族主動採取某種優惠性差別待遇。從這個觀點來看，在本案揮舞項莊之劍攻擊差別影響歧視者，其實也同時意在優惠性差別待遇。

---

(2)，法院也認為這同樣違反民權法第七編禁止事後基於種族因素而更改分數的限制，根本就不是合法的替代措施。至於(3)，法院認為該名專家證人對於系爭測驗結果的公平性，兼有正負混雜的評價，甚至也主張新港市政府應該認可系爭考試結果；而其所主張的「評估中心程序」，在2003年時實際上是否可行，且不會產生更不成比例的結果，在事實上仍無法確定。由於本案應適用「有堅強基礎的證據」標準，因此(3)仍無法通過上述證據標準的要求，也無法成為相同有效的替代措施。See *id.* at 589-92.

45 See *id.* at 592-93.

為更完整的論述美國法有關差別影響的理論，加上個案事實背景的相關性，在檢討上述核心爭議之前，以下擬先討論美國法上差別影響歧視的制度發展及關鍵問題。又由於本案判決理由是以舉證責任解決爭議，因此接著將討論差別影響之證明問題。然後再回到核心爭議，亦即差別影響與差別對待歧視的衝突。最後則檢討本案判決之於優惠性差別待遇、平等理論的關聯及可能影響。

### 一、差別影響歧視的意義及要件

本案被告是以「避免可能的種族差別影響歧視」為由，採取故意的種族差別對待措施。以種族言，也就是以避免歧視黑人及拉美裔等法律上受保護的少數群體為由，而採取不利於多數白人群體的措施。因此被告主張如果能成立，第一個問題應該是：何謂差別影響歧視？其要件為何？在法律上，如果被告主張的差別影響根本不存在或無法成立，自然無歧視責任可言，當然就更不可能成為採取差別對待措施的合法基礎。

#### (一) 何謂差別影響歧視？

美國勞工法（例如民權法第七編）所禁止的歧視，除了差別對待的直接歧視外，也包括差別影響的間接歧視<sup>46</sup>。後者指：一項表面中立、無歧視故意的法令或措施，卻會對某一群體及其成員產生不成比例的不利效果，此即所謂差別影響歧視<sup>47</sup>。在歐洲國家，經

---

46 關於美國勞工法上差別影響歧視的中文文獻，參，例如，焦興鎧，論文集（一）（註4），頁344-45、353-54、363-64；謝棋楠，由美國差別影響歧視制度評台北地院九十一年重勞訴字第五號判決，全國律師月刊，12卷4期，頁14-36（2008年）。

47 See generally Richard A. Primus, *Equal Protection and Disparate Impact: Round Three*, 117 HARV. L. REV. 494 (2003); George Rutherglen, *Disparate Impact under Title VII: An Objective Theory of Discrimination*, 73 VA. L. REV. 1297 (1987) [hereinafter Rutherglen, *Disparate Impact under Title VII*]; GEORGE RUTHERGLEN, *EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW: VISIONS OF EQUALITY IN THEORY AND DOCTRINE* 71-92 (3d ed. 2010) [hereinafter RUTHERGLEN, *EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW*];

常稱為間接歧視(indirect discrimination)<sup>48</sup>。要主張有差別對待歧視，原告必須證明有歧視故意之存在。但在差別影響歧視的類型，則不以行為人（通常是雇主）有歧視故意為必要。

### (二) 差別影響歧視的由來：*Griggs v. Duke Power Co.* (1971)

1964年民權法原本沒有明文規定差別影響也是歧視類型之一，但EEOC在其發布的「雇主選任程序方針」(Guidelines on Employee Selection Procedures)中，早就將差別影響也視為民權法所禁止的歧視類型之一<sup>49</sup>。雖然EEOC發布的上述方針在實務上對於勞雇雙方具有相當大的影響力及事實拘束力，但畢竟只是相當於命令位階的規範，尚無法成為差別影響歧視的法律依據。

後來，最高法院在1971年的*Griggs v. Duke Power Co.*<sup>50</sup>一案判決，透過法律解釋的方式，以民權法第七編的Section 703(a)(2)為依據<sup>51</sup>，明確承認差別影響也是民權法第七編所禁止的歧視類型之一<sup>52</sup>，從此確立了差別影響歧視在美國法上的正式法律依據。

---

George Rutherglen, *Disparate Impact, Discrimination, and the Essentially Contested Concept of Equality*, 74 *FORDHAM L. REV.* 2313 (2006); Michael Selmi, *Was the Disparate Impact Theory a Mistake?*, 53 *UCLA L. REV.* 701 (2006).

48 See, e.g., Katerina Linos, *Path Dependence in Discrimination Law: Employment Cases in the United States and the European Union*, 35 *YALE J. INT'L L.* 115, 117 (2010).

49 EEOC Guidelines on Employee Selection Procedures, 29 C.F.R. § T607.3 (1970) (“The use of any test which adversely affects hiring, promotion, transfer or any other employment or membership opportunity of classes protected by Title VII constitutes discrimination unless: (a) the test has been validated and evidences a high degree of utility as hereinafter described; and (b) the person giving or acting upon the results of the particular test can demonstrate that alternative suitable hiring, transfer or promotion procedures are unavailable for his use.”).

50 401 U.S. 424 (1971).

51 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(2) (2006) (“[T]o limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual’s race, color, religion, sex, or national origin.”).

52 See generally Alfred W. Blumrosen, *Strangers in Paradise: Griggs v. Duke Power Co.*

在*Griggs*一案判決中，最高法院認為受僱人無須證明雇主有歧視故意，而只需證明某項僱用措施(employment practice)會對於特定種族、族裔(原國籍)、性別或宗教的個人，造成差別影響，即可成立就業歧視。但最高法院也容許雇主舉證證明系爭僱用措施乃出於「業務需要」或「與工作有關」，而免除歧視責任。在這個判決中，最高法院一方面建立了差別影響歧視的類型，同時也分配的訴訟兩造(原告/受僱人v. 被告/雇主)的舉證責任：原告先需證明某項僱用措施造成差別影響，然後再由被告舉證證明該僱用措施出於「業務需要」或「與工作有關」<sup>53</sup>。

後來，最高法院在1975年的*Albemarle Paper Co. v. Moody*<sup>54</sup>一案，看似又為差別影響歧視增加了第三項要件及舉證責任：在被告(雇主)舉證證明了「業務需要」或「與工作有關」的免責要件後，原告(受僱人)得再舉證證明有其它的考試或選任方法存在，既可達成雇主的正當目的，而又不造成類似的種族差別效應，因此被告(雇主)的免責抗辯只是歧視的「托詞」(pretext)<sup>55</sup>。

### (三) 國會立法對差別影響歧視的明確界定：Civil Rights Act of 1991

之後10多年，*Griggs*一案判決所確立的差別影響歧視，就一直以民權法第七編的Section 703(a)(2)為其成文法依據。不過，最高法院對於差別影響歧視要件或免責事由的舉證標準高低，始終沒有清

---

*and the Concept of Employment Discrimination*, 71 MICH. L. REV. 59 (1972); EPSTEIN, *supra* note 40, at 192-200; Primus, *supra* note 47, at 506-08.

<sup>53</sup> *Griggs*, 401 U.S. at 426, 431-32.

<sup>54</sup> 422 U.S. 405 (1975).

<sup>55</sup> *Id.* at 425 (“If an employer does then meet the burden of proving that its tests are ‘job related,’ it remains open to the complaining party to show that other tests or selection devices, without a similarly undesirable racial effect, would also serve the employer’s legitimate interest in ‘efficient and trustworthy workmanship.’...Such a showing would be evidence that the employer was using its tests merely as a ‘pretext’ for discrimination.”) (original notes omitted).



楚界定，也造成相關訴訟的困擾<sup>56</sup>。直到1989年，最高法院在 *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*<sup>57</sup> 判決中，將被告（雇主）對於「業務需要」免責事由的舉證標準，從「證明責任」(burden of proving business necessity)降低為「提出證據的責任」(burden of producing evidence of business justification)（相當於我國法所稱的「主張責任」），大大限縮了差別影響歧視的成立可能<sup>58</sup>。

為反制最高法院在 *Wards Cove* 一案及其它幾件相關判決之（部分）見解，美國國會於1991年修正民權法<sup>59</sup>，除了正式將差別影響歧視明文列為第七編所禁止的歧視類型外，並明定其舉證責任之分配<sup>60</sup>。

就差別影響歧視的第一項要件（差別影響之存在）及舉證責任言，1991年民權法規定：原告應先證明（1）雇主的哪項特定僱用措施<sup>61</sup>、（2）對於法定保護群體的人、（3）造成差別影響<sup>62</sup>。以上

---

56 See RUTHERGLEN, EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW, *supra* note 47, at 74-77.

57 490 U.S. 642 (1989).

58 See *id.* at 659.

59 關於1991年民權法修正的經過，see generally EPSTEIN, *supra* note 40, at 233-36; Peter M. Leibold, Stephen A. Sola & Reginald E. Jones, *Civil Rights Act of 1991: Race to the Finish - Civil Rights, Quotas, and Disparate Impact in 1991*, 45 RUTGERS L. REV. 1043, 1056-87 (1993); Caryn L. Lilling, Note, *The Civil Rights Act of 1991: An Examination of the Storm Preceding The Compromise of America's Civil Rights*, 9 HOFSTRA LAB. L.J. 215, 215-20 (1991); MICHAEL J. ZIMMER, CHARLES A. SULLIVAN & REBECCA HANNER WHITE, CASES AND MATERIALS ON EMPLOYMENT DISCRIMINATION 231-32 (7th ed. 2008).

60 雖然最高法院在 *Griggs* 一案判決已經將42 U.S.C. § 2000e-2(a)(2)解釋為差別影響歧視的法律依據，但該款規定之文字並未出現“disparate impact”（差別影響）的正式用語。1991年民權法修正時，國會增訂§ 2000e-2(k)項規定，明定“(k) Burden of proof in disparate impact cases”。除了正式使用 disparate impact 的用語外，也明確規範其舉證責任之分配。

61 在解釋上，特定僱用措施可以是一次性的個別行為，例如本案的系爭考試；也可以是一連串的個別僱用措施或一整批的僱用措施。See 42 U.S. § 2000e-2(k)(1)(A) & (C) (2006). See Linos, *supra* note 48, at 139-44；中文文獻參焦興鎧，論文集（一）（註4），頁363。

62 42 U.S.C. § 2000e-2(k)(1)(A)(i) (2006) (“An unlawful employment practice based on

規定其實仍維持最高法院向來的見解，也沒有推翻 *Wards Cove* 一案判決的立場。

至於雇主對於免責事由的舉證責任，1991年民權法則明文規定雇主和受僱人所負的舉證責任相同，都要到達“demonstrate”系爭事實的程度。而所謂“demonstrate”，新法明定包括提出(production)和說服(persuasion)責任<sup>63</sup>。在此範圍內，國會透過1991年民權法的修正，推翻了最高法院在 *Wards Cove* 一案判決中減輕雇主對於免責事由之舉證責任的見解<sup>64</sup>。

關於第三項要件（較小差別、且可行的替代方法）及其舉證，1991年民權法也明定應適用1989年6月4日（*Wards Cove* 判決日）前的法律<sup>65</sup>。但由於 *Wards Cove* 一案判決對此並未表示明確見解，似

---

disparate impact is established under this subchapter only if — (i) a complaining party demonstrates that a respondent uses a particular employment practice that causes a disparate impact on the basis of race, color, religion, sex, or national origin and the respondent fails to demonstrate that the challenged practice is job related for the position in question and consistent with business necessity;....”.

63 42 U.S.C. § 2000e(m)(2006) (“The term “demonstrates” means meets the burdens of production and persuasion.”). 有關“burdens of production” and “burden of persuasion”的中文翻譯，參 William B. Gould 著，焦興鎧譯，美國勞工法入門（註4），頁362-63。有關「提出責任」，另有稱為「提出證據的責任」(burden of producing evidence)，參王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁527（2004年）。提出責任指：當事人有義務向法院提出相當證據，證明待證事實。如未提出，法院無庸實體審查相關證據的真實性及證據力，即得對該當事人為不利之認定。說服責任指：當事人需說服裁判者（法院或陪審團）相信其所提出的證據，並因此相信其主張者為真實的責任。說服責任所要求的程度不同，可再區別為最嚴格的「無庸置疑」（或譯「無合理懷疑」）(beyond a reasonable doubt)、*「證據明確」* (clear and convincing evidence)、和最寬鬆的「證據優勢」（本文以下譯為「較優勢證據」）(preponderance of evidence)（只要求證據和對造提出者相比，具有更高說服力的優勢即可）三種不同程度。參王兆鵬，前引書，頁527-29。

64 See RUTHERGLEN, EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW, *supra* note 47, at 77-79.

65 42 U.S.C. § 2000e-2(k)(1)(A)(ii)(2006) (“[T]he complaining party makes the demonstration described in subparagraph (C) with respect to an alternative employment practice and the respondent refuses to adopt such alternative employment practice.”); 42 U.S.C. § 2000e-2(k)(1)(C)(2006) (“The demonstration referred to by subparagraph (A)(ii) shall be in accordance with the law as it existed on June 4, 1989, with respect

乎也沒有改變在其判決之前原本的舉證標準（原告應負提出及說服責任）。因此1991年民權法應該只是再度確認了向來的舉證責任應由原告負擔，稱不上是推翻 *Wards Cove* 或建立新的舉證責任標準<sup>66</sup>。

在本案判決，多數意見就是依據1991年修正後的民權法規定，來解釋差別影響歧視的要件及舉證責任之分配。

## 二、差別影響的證明及認定標準

雖然1991年民權法已經將差別影響歧視正式納入明文規定，也試圖規範其舉證責任之分配，但新法對於「差別」影響的差別程度，並未提供任何比例、數量等認定標準<sup>67</sup>。下一個關鍵問題就是：究竟要差多少才會成立差別影響？

概念上，當然不是所有（例如微量或不顯著）的差別影響都會構成歧視。但差別量或比例究竟要多大，才會該當差別影響歧視的第一個要件？暫且不論「雇主使用特定僱用措施，對於受保護的特定群體，造成差別影響」部分的證立問題<sup>68</sup>，單就不利的差別影響而言，可以想像的是，統計方法和資料在訴訟實務上應該會是相當重要的方法和證據。最早承認差別影響歧視的 *Griggs* 一案判決雖然已經運用統計方法，來認定差別影響是否成立，但以後來的眼光來看，其方法仍相當粗糙。因此，在統計學上，要如何認定系爭結果已經構成統計上顯著 (statistically significant) 的差別影響？這將會是證明差別影響存在時的第一個重點。其次，即使是統計上顯著的差

---

to the concept of “alternative employment practice.”).

66 See RUTHERGLEN, *EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW*, *supra* note 47, at 79. 在訴訟實務上，大部分的差別影響歧視訴訟（集體訴訟）在前兩個階段就會結束，很少進行到第三個階段，而需由原告舉證證明另有較小差別的可行替代方法。  
*See id.*

67 See ZIMMER, SULLIVAN & WHITE, *supra* note 59, at 252.

68 有關這部分的一般性討論，*see id.* at 232-51.

別影響是否當然就會構成法律上顯著(legally significant)或實質(substantial)的差別，從而可推定差別影響歧視成立(a *prima facie* case of disparate impact discrimination)? 則是第二個問題。前者雖是統計問題，後者仍然是法律評價。

(一) 選任程序案件的認定標準：EEOC 的五分之四(80%)規則

針對類似本案的選任程序(selection procedure)和選任率(selection rate)情形，EEOC在1978年就以行政命令發布一份「受僱人選任標準之統一方針(Uniform Guidelines on Employee Selection Criteria)，明定以「五分之四規則」(four-fifths rule) (80%)做為差別影響是否存在的認定標準：任一種族、性別或群體的通過率，如果低於通過率最高之群體的80%，一般就會成立差別影響<sup>69</sup>。所謂通過率，指所僱用、升遷或選任的人數占申請人或候選人數目的比例<sup>70</sup>。這個80%規則，通常適用於有分數的測驗結果（例如本案），但也適用非分數性的客觀標準（例如學歷）之選任方式<sup>71</sup>，甚至是主觀的選任標準（例如面談或上述評估中心）<sup>72</sup>。如果與選任無關，而是像薪資的性別、種族結構性差異所生爭議，就無從適用上述80%規則。

不過，EEOC上述80%規則的認定標準，雖然有其應用的便利

---

69 29 C.F.R. § 1607.4 (D) (2010) (“[A] selection rate for any race, sex, or ethnic group which is less than four-fifths (4/5) (or eighty percent) of the rate for the group with the highest rate will generally be regarded by the Federal enforcement agencies as evidence of adverse impact, while a greater than four-fifths rate will generally not be regarded by Federal enforcement agencies as evidence of adverse impact....”).

70 29 C.F.R. § 1607.16 (R) (2010) (“Selection rate. The proportion of applicants or candidates who are hired, promoted, or otherwise selected.”).

71 在 *Griggs* 一案，雇主以高中學歷為僱用資格之一，最高法院認為此項學歷要求在表面上雖然是種族中立，但會產生種族差別影響，因此認為構成歧視。不過，*Griggs* 判決做成於 EEOC 發布上述方針之前。

72 See *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977, 991 (1988).

性，而被當成某種實用法則<sup>73</sup>。但這類涉及法律實體事項的解釋，並竟只是行政機關的立場，並不當然拘束法院<sup>74</sup>。在理論面上，其缺點也很明顯。因為它單純比較不同群體通過率的比例，並無法評估不同通過率間的絕對差別量(magnitude)<sup>75</sup>。再者，這個80%規則沒有考量作為統計基礎的樣本總數，也沒有充分考慮觀測樣本的代表性，甚至難以應用於有三個以上之比較群體的情形<sup>76</sup>。雖然上述EEOC方針也強調其80%規則並非絕對，而應考慮樣本數和差別量的程度<sup>77</sup>。因為在樣本數少（例如應徵之少數群族人數或比例過低）時，容易出現無中生有的假陽性(false positives)誤差，冤枉了本無歧視的雇主。在樣本數大時，卻又容易忽略總量或比例看似相對較小，但在統計上顯著的不利影響(statistically significant adverse impact)，而產生以有為無的假陰性(false negatives)誤差<sup>78</sup>。但這類

73 *Id.* at 995-96, n.3 (EEOC's 80-percent standard is "a rule of thumb for the courts").

74 民權法第七編 Section 713(a)只授權 EEOC 得就程序事項發布具有法律效力的命令，至於涉及實體事項的命令或規則（如系爭統一方針及其認定標準），對於法院並無拘束力可言。See GEORGE A. RUTHERGLEN & JOHN J. DONOHUE III, *EMPLOYMENT DISCRIMINATION: LAW AND THEORY* 175 (2d ed. 2009).

75 See HAROLD S. LEWIS, JR. & ELIZABETH J. NORMAN, *EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW AND PRACTICE* 184 (2001). 當系爭不同群體的通過率都偏高時（例如95%和76%之別），後者雖然已達前者的80%，但百分比差距則有19%之多。

76 關於以上述80% rule 來認定差別影響時，在統計樣本、差別比例或量等方面的檢討，see EPSTEIN, *supra* note 40, at 208-11; Paul Meier, Jerome Sacks & Sandy L. Zabell, *What Happened in Hazelwood: Statistics, Employment Discrimination, and the 80% Rule*, 1984 A.B.F. RESEARCH J. 139 (1984); RUTHERGLEN, *EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW*, *supra* note 47, at 79-82; ZIMMER, SULLIVAN & WHITE, *supra* note 59, at 252-54.

77 29 C.F.R. § 1607.4 (D) (2010) ("...Smaller differences in selection rate may nevertheless constitute adverse impact, where they are significant in both statistical and practical terms or where a user's actions have discouraged applicants disproportionately on grounds of race, sex, or ethnic group. Greater differences in selection rate may not constitute adverse impact where the differences are based on small numbers and are not statistically significant, or where special recruiting or other programs cause the pool of minority or female candidates to be atypical of the normal pool of applicants from that group....").

78 假陽性(false positives)誤差又稱「第一型錯誤」(type I error)，指統計結果會將原本不存在者(null hypothesis)，呈現為存在，也就是「無中生有」的錯誤。例

樣本量及代表性的問題，在EEOC方針下，似乎是被當成例外情形，而沒有受到足夠的重視<sup>79</sup>。

## (二) 其它認定標準及方法

在法院實務上，有些法院判決採用上述80%規則，但也有法院判決不採，而採取其他統計方法來認定差別影響歧視的存在與否。

例如最高法院本身便曾在*Castaneda v. Partida*一案採取「二或三個標準差分析」(“two or three” standard deviation analysis)<sup>80</sup>，並據以認定系爭陪審員之挑選構成種族差別影響歧視<sup>81</sup>。這個判決所採

---

如雇主卻無歧視意圖或行為，卻被當成有歧視。樣本數量少時，容易出現假陽性誤差。假陰性(false negatives)誤差又稱為「第二型錯誤」(type II error)，指統計結果將原本存在者，呈現為不存在。關於80%規則之第一型和第二型錯誤的分析，see EPSTEIN, *supra* note 40, at 208-09, 222-25. 如果說第一型錯誤是「錯殺」，第二型錯誤就是「錯放」。現代民主國家的刑法基本原則之一應該是盡量減少第一型錯誤，而較容忍第二型錯誤。也就是「寧可錯放，也不要錯殺」。相較於要求主觀故意或意圖的差別對待歧視，差別影響歧視理論本身和 EEOC 的80%規則似乎就傾向於寧可錯殺(雇主)，也不要錯放。也就是比較容忍第一型錯誤，但力求減少第二型錯誤。

79 See RUTHERGLEN, EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW, *supra* note 47, at 82.

80 「標準差」(standard deviation)和「變異數」(variance)是兩個最常用來測量資料(或數值)離散程度的量數，所謂離散程度指一組數值從其平均數(mean)分散開來的程度。標準差越大，代表這組資料中大部分數值和其平均數之間的離散程度越大；標準差越小，代表大部分數值越接近平均數。例如：以下兩組數的集合A: {8, 9, 10, 11, 12} 和B: {4, 7, 10, 13, 16}的平均數都是10，但A集合的標準差顯然較小。A集合的變異數為2，B集合則是18；而標準差則是變異數的算術平方根。在只有一組資料，而資料分佈形狀趨近鐘型(常態分佈)時，在統計學上，其資料之隨機分布情形應會符合「經驗法則」(empirical rule)：大約68%的資料會出現在離平均數加減一個標準差之內；大約95%的資料會出現加減兩個標準差內；大約99.7%的資料會出現在三個標準差內。故如法院採取標準差分析，並以鐘型(常態分佈)狀態為期待結果(例如：無歧視之中立狀態)，當系爭實際統計結果大於二或三個標準差時，此意謂系爭實際結果只有小於5%或0.26%的機率是出於隨機(random)，而可推定為具有歧視的外觀，構成差別影響歧視。關於標準差的定義及計算公式等一般說明，參Gerald Keller 著，劉明德、柳克婷、黃淑華、王愷、林弘文編譯，基礎統計學，頁79-91(2007年)。

81 See *Castaneda v. Partida*, 430 U.S. 482, 495-97 & n.17 (1977). 同樣採取標準差分析的判決，see, e.g., *Hazelwood School District v. United States*, 433 U.S. 299, 308-

的標準差，其實是二項分配(binomial distribution)<sup>82</sup>分析下平均數的標準差，因此也可說是同時應用了二項分配的統計方法<sup>83</sup>。又在 *Eastland v. TVA*<sup>84</sup>一案，原告及被告都應用多元迴歸（複迴歸）分析(multiple regression analysis)<sup>85</sup>方法，來主張或反駁系爭案件存在有

---

09 n.14 (1977); *Guardians Association of New York City Police Department Inc v. Civil Service*, 630 F.2d 79 (2d Cir. 1980); *Waisome v. Port Authority of New York and New Jwesev*, 948 F.2d 1370 (2d Cir. 1991); *Smith v. Xerox Corp.*, 196 F.3d 358, 365-67 (2d Cir. 1999). 關於標準差分析方法應用於差別影響歧視的檢討，*see, e.g.*, Thomas J. Sugrue & William B. Fairley, *A Case of Unexamined Assumptions: The Use and Misuse of the Statistical Analysis of Castaneda/Hazelwood in Discrimination Litigation*, 24 B.C. L. REV. 925 (1983).

- 82 所謂二項分配是間斷型機率分配的最重要類型，其主要特徵是：每次實驗都只有兩種可能結果（可定義為「成功或失敗」）（例如投擲硬幣，結果必然是正或反面朝上；投籃球入籃框，結果只有進或不進。）；每次實驗成功的機率是固定的（相同的機率參數）；各次實驗間相互獨立，互不影響。例如以抽籤方式從某市的所有成年公民中選出陪審員，則選出男人（或黑人、大學生等）的機率就可以用二項分配分析來統計。然後拿來和系爭案件的實際統計結果相比較，應用標準差分析去認定是否系爭陪審員的選擇是否隨機而無歧視。關於二項分配的扼要說明及計算公式等，參 Keller 著，劉明德等編譯（註80），頁170-78。關於二項分配分析方法應用於差別影響歧視案件的討論，*see, e.g.*, Sugrue & Fairley, *supra* note 81.
- 83 *Castaneda*, 430 U.S. at 496-97 n.17 (“If the jurors were drawn randomly from the general population, then the number of Mexican-Americans in the sample could be modeled by a binomial distribution....The measure of the predicted fluctuations from the expected value is the standard deviation, defined for the binomial distribution as the square root of the product of the total number in the sample (here 870) times the probability of selecting a Mexican-American (0.791) times the probability of selecting a non-Mexican-American (0.209).”).
- 84 704 F.2d 613, 621 (11th Cir. 1983), *cert. denied sub nom. James v. TVA*, 465 U.S. 1066 (1984).
- 85 迴歸分析是研究數據（變數）之間函數關係（是否相關？相關方向？相關強度等）的一種統計方法。通常藉由數學模型來描述「自變數」(independent variables, predictors) (Y)和「依變數」(或稱「因變數」) (dependent variables, response variables) ( $X_1, X_2, \dots, X_m$ )間的關係，可能是線性或非線性關係。法律上較常用的線性迴歸分析之基本公式為  $Y = a + b_1X_1 + b_2X_2 + \dots + b_mX_m + e$ 。a 和 b 為迴歸母數，e 為隨機誤差值。如果自變數只有一個，就是簡單線性迴歸 ( $Y = a + bX + e$ )。如果自變數超過一個，則是多元（複）線性迴歸 ( $Y = a + b_1X_1 + b_2X_2 + \dots + b_mX_m + e$ )。在就業歧視訴訟，假設有多個因素可能影響雇主的升等決定，為了估計或預測某個特定因素（自變數）對於升遷決定（依變數）的正負關係，即可使用多元迴歸分析方法。此時需先找出（或假

種族差別影響歧視<sup>86</sup>。審理本案的第十一巡迴法院也依據這個方法，認定原告在集體訴訟(class claim)中主張的種族差別影響歧視無法成立<sup>87</sup>。至於最高法院本身則曾在*Bazemore v. Friday*<sup>88</sup>一案，接受原告之使用多元迴歸方法證明系爭種族差別影響歧視的存在，並據以撤銷二審判決而發回更審<sup>89</sup>。

---

設)可能存在的各個自變數(例如可能影響升遷的各個因素,如考試成績、年資、學歷、專業能力、種族、性別等),然後透過不同方法,如最小平方(ordinary least square, OLS)估計法等,找出迴歸係數,建立迴歸模型。再據以估計某個特定自變數(如種族)和依變數(升遷決定)間,是否具有統計上顯著關係,而以此解釋之間的正負關聯(但並非因果關係的證立)。關於迴歸分析的基本概念及模式, see *Eastland*, 704 F.2d at 621; Gerald Keller 著,劉明德等編譯(註80),頁449-475。

86 早在1975年,就有人主張在就業歧視案件使用迴歸分析方法, see Note, *Beyond the Prima Facie Case in Employment Discrimination Law: Statistical Proof and Rebuttal*, 89 HARV. L. REV. 387 (1975)。此後,法院實務開始出現這項方法的實際應用,並引起更多討論, see generally Catherine Connolly, *The Use of Multiple Regression Analysis in Employment Discrimination Cases*, 10 POPULATION RES. & POL. REV. 117 (1991); EPSTEIN, *supra* note 40, at 382-85; Michael O. Finkelstein, *The Judicial Reception of Multiple Regression Studies in Race and Sex Discrimination Cases*, 80 COLUM. L. REV. 737 (1980); Franklin M. Fisher, *Multiple Regression in Legal Proceedings*, 80 COLUM. L. REV. 702 (1980); Richard Lempert, *Statistics in the Courtroom: Building on Rubinfeld*, 85 COLUM. L. REV. 1098, 1104-16 (1985); Gary A. Moore & Michael K. Braswell, *The Probative Value of Multiple Regression Analysis in Title VII Litigation*, 27 AM. BUS. L.J. 251 (1989); Barbara A. Norris, *Multiple Regression Analysis in Title VII Cases: A Structural Approach to Attacks of "Missing Factors" and "Pre-Act Discrimination"*, 49 LAW & CONTEMP. PROBS. 63 (1986); Note, *Title VII, Multiple Linear Regression Models, and the Courts: An Analysis*, 46 LAW & CONTEMP. PROBS. 283 (1983); Daniel L. Rubinfeld, *Econometrics in the Courtroom*, 85 COLUM. L. REV. 1048, 1065-97 (1985)。

87 See *Eastland*, 704 F.2d at 625。

88 478 U.S. 385 (1986)。

89 在本件判決,最高法院認為:原告主張的多元迴歸分析方法,即使沒有窮盡「所有得測量的變數」(all measurable variables),仍可用以證明系爭差別影響歧視。蓋法院在審理民權法第七編之訴訟時,不要求「科學上的確定性」(scientific certainty),而只要求原告提出「優勢證據」(preponderance of the evidence),讓法官足以在具體個案中,合理認定歧視確實可能存在即可。See *id.* at 400-01 (citing *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248, 252 (1981))。



### (三) 本案差別影響之認定標準及方法

在本案，法院也是採取上述EEOC的80%規則來認定差別影響是否存在。由於本案考試結果，黑人／拉美裔少數種族考生的及格率大約只有白人考生的半數，因此訴訟兩造都同意系爭考試結果在白人和黑人／拉美裔種族間，確實產生顯著的(significant)種族不利影響(racially adverse impact)。不僅歷審法院都如此認為，最高法院在本件判決的多數意見中，也明白表示系爭考試結果，少數種族考生的及格率和白人考生相比，遠低於EEOC的80%標準，並據以認定差別影響存在<sup>90</sup>。

在觀測樣本母數及其代表性問題上，本案多數意見符合向來法院的見解，也和上述EEOC方針類似，都是以「符合資格要求的應徵者為樣本母數」(qualified applicant pool) (例如實際應徵或應考人數)，而非總人口 (例如當地、該州或全國人口數)，來認定系爭僱用措施對於不同種族是否造成差別影響<sup>91</sup>。

值得注意的是，Ginsburg大法官在其執筆的不同意見書中，雖也認為本案存在差別影響，但更以黑人及拉美裔居民在新港市的人口比例，和該市消防員及資深幹部 (如分隊長以上主管) 中黑人及拉美裔的比例相比較，認為新港市消防局長期以來，存在有嚴重的種族歧視現象<sup>92</sup>，作為本案差別影響歧視存在的重要證據。

如果僅就本案而言，不管是以樣本母數較小的應考考生為觀測樣本 (多數意見)，或是以樣本母數較大的新港市人口之種族比例來計算 (不同意見)，結果應該都會認定系爭考試結果構成差別影

---

<sup>90</sup> See *Ricci*, 557 U.S. at 586-87.

<sup>91</sup> See LEWIS, JR. & NORMAN, *supra* note 75, at 184-85 (citing *In Re Employment Discrimination Litigation against the State of Alabama*, 198 F.3d 1305, 312-14 (11th Cir. 1999); *Smith v. Xerox Corp.*, 196 F.3d 358, 365-70 (2d Cir. 1999)).

<sup>92</sup> See *Ricci*, 557 U.S. at 609-11 (Ginsburg, J., dissenting). 更詳細的本案事實背景分析，see McGinley, *supra* note 30, at 587-610.

響。結果雖然相同，但這項爭議所代表的平等觀卻有很大差異。而這裡所觸及的敏感問題，就是（種族）「配額政治」(quota politics)<sup>93</sup>。

1990年的民權法修正案主要內容是要推翻美國最高法院在1989年間，限制就業歧視被害人權利的6則判決，包括和差別影響歧視有關的 *Wards Cove* 判決，但遭到當時的共和黨政府之激烈反對。美國國會歷經了8個多月的激烈辯論和協商，於1990年10月通過民權法修正案。但這項修正案隨即遭到當時的美國總統布希(George Bush, Jr.)否決。布希總統的主要否決理由之一就是：這項修正案會導致雇主採取僱用和升等配額措施等。由於參議院未能推翻總統的否決，國會只好繼續修法。又因為布希總統威脅他將繼續否決任何包括配額規定的修正案，歷經協商及妥協，最後國會終於在1991年11月21日通過現行的民權法修正案，也才為布希總統接受<sup>94</sup>。

本文認為：EEOC的80%規則，基本上是假設一個公平、無種族歧視的考試，應該會讓不同種族的考生都有類似的通過機會。因為其假設各個種族的考生之能力應該相當，因此考試結果也不會太大的差別。如此認定標準雖然能避免人口種族比例式的種族配額爭議，但仍免不了「各種族都有一定比例的糖吃」之種族配額。這可說是差別影響歧視理論的必然結果，也是本案保守派大法官（如 *Scalia*）質疑差別影響歧視規定合憲性的根源所在<sup>95</sup>。

在法律解釋上，本件判決多數意見以實際應考人為觀測樣本母數，比較不同種族考生之通過率，好處是相對簡單、容易操作。參

---

93 在1988年的 *Watson* 一案，當時的被告（雇主）就主張差別影響歧視理論會導致雇主採取配額政策。*Watson*, 487 U.S. at 491 (“Respondent insists, and the United States agrees, that employers’ only alternative will be to adopt surreptitious quota systems in order to ensure that no plaintiff can establish a statistical prima facie case.”).

94 *See supra* note 59.

95 *See Ricci*, 557 U.S. at 594 (*Scalia*, J., concurring).

照1991年民權法修正過程和其文字（例如以「特定僱用措施」為要件等），如此解釋應較符合立法意旨，不論是立法者原意或客觀文義。但其缺點則是如不同意見所指出者：明顯忽略了觀測樣本（如個別考試的實際應徵人數）相對於當地勞動人口、乃至於整體人口比例的代表性。特別是在需要專業證照或一定資格的僱用程序中，此種樣本母數可能更容易忽略少數群族在歷史、教育及社會層面的長期、結構性不利地位。

相較於多數意見，不同意見認為應以當地人口之種族比例為參考值，來評估少數種族所處的長期、結構性不利地位，並據以認定是否構成差別影響，甚至容許雇主以歧視對待的手段來實施優惠性差別待遇。這個觀點明顯是以群體為單位來解釋平等，重視歷史、社會等結構性的歧視及弱勢地位，而不在乎個別雇主的行為或歸責可能。重視結果面的救濟，而不重視原因面的連結。如此解釋確實更符合實質平等觀的立場，也可讓差別影響歧視成為實質平等觀與法律實踐間的重要中介理論，在理論上值得支持。但從實務操作的觀點來看，這個觀點要如何成為具有可操作性的法律分析工具，仍有其困難與疑義。例如個別產業之勞動人口比例、一般性的勞動人口比例、和一般人口比例就已經是三種不同的參考比例。又在空間規模上，雇主所在之地方政府、州或全國，也有多種可能的人口比例。不論是以何種比例為參考值，都會有其內在關聯性之邏輯困難，這些也都是在實務操作時需先解決的問題。

即使接受本案不同意見的主張，以本案為例，將會面臨以下質疑：只要新港市消防員（及其幹部）中少數種族之比例，始終低於該市人口的種族比例<sup>96</sup>，則任何僱用、升等考試結果（即使少數群

---

<sup>96</sup> 依2000年美國人口統計資料，新港市白人比例占43.5%，黑人占37.4%。See the website of the U.S. Census Bureau, <http://quickfacts.census.gov/qfd/states/09/0952000.html> (last visited July 23, 2011).

體考生通過率高於80%)，是否都會構成差別影響？甚至該市可以進一步據以實施優惠性差別待遇，直到全部消防員（及其幹部）的種族比例，趨近該市人口之種族比例？這正是配額政治的爭議所在。

本文認為：雖然在平等觀上，不同意見的主張確有其吸引力。但如此方向的解釋確實帶有更強的種族配額政治基因，就算我們將人口的種族比例只當成是軟性的未來目標，亦然。在憲法解釋上，美國最高法院在審理優惠性差別待遇的相關爭議時，多年以來始終認為是配額是違憲的手段<sup>97</sup>。又在平等理論上，不同意見所採的標準也會讓（私人）雇主因而承擔當地社會的整體責任，並會過度抹煞個人努力的成果。這些可能都是不同意見立場難以成為法院多數見解的困難所在。而這也是美國最高法院在歷年判決所展現的個案取向、重視微觀精密分析的法律思考，和強調整體取向、重視歷史結構批判的許多憲法及社會理論之差距所在。

### 三、差別影響與差別對待的關係：差別影響歧視「責任」的舉證

差別影響的存在，是否就當然（或在如何限度內）構成雇主的歧視責任，而可成為雇主實施差別對待的依據？本案判決多數意見認為這涉及差別影響歧視責任的舉證標準，並採取「有堅強基礎的證據」之舉證標準。

其實這原本是兩種歧視類型之間關聯的爭議，本應先釐清彼此的實體要件及效果，才能劃清兩者間的界限。但多數意見在表面上訴諸舉證標準這個看似程序性的要求，而解決了本案。正如同多數

---

<sup>97</sup> See *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Richmond v. J.A. Croson*, 488 U.S. 469 (1989); *Adarand v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

意見以法律解釋即可解決爭議為由，而避免正面論述差別影響歧視的憲法爭議一樣，本案多數意見在此則是訴諸舉證標準的程序爭點，而再次迴避了重大實體爭點的正面論述。

本案原告首先主張民權法第七編根本不容許雇主以避免差別影響歧視為由，而採取差別對待措施。這顯然是實體層面的主張，而不只是舉證標準的主張。因為原告等於是認為：禁止差別對待規定應優先於禁止差別影響規定。對此，多數意見認為國會既然立法同時承認這兩種類型的歧視，法院在解釋上應該要盡量讓這兩個規定都能發會效力，而不是讓其中一個成為具文<sup>98</sup>。

其次，原告又主張被告必須是明確知道其在實際上已經違反差別影響歧視的規定時，才能據以實施差別對待措施。多數意見認為如此解釋，明顯違反國會的立法意旨。多數意見認為：國會意旨是要讓雇主的自願遵循(voluntary compliance)成為實現民權法第七編的優先手段，以消除就業歧視。如果依照原告主張，雇主限於明確已知會構成責任，才能採取自願遵循措施，則雇主將難以或不願積極、主動的考量各種自動遵循措施<sup>99</sup>。

在另一方面，被告新港市政府則主張其只要對差別影響責任的成立，主觀上存在真誠相信，即可據以採取差別對待措施。就實體法而言，這個主張等於是主張差別影響規定應優先於差別對待規定而適用。但多數意見則認為如此解釋將破壞國會立法同時承認兩者的立法意旨及規範架構，並鼓勵雇主在只有一點點的差別影響顧慮時，就任意採取「基於種族之措施」(race-based action)。甚至因此導致事實上的配額制度(a *de facto* quota system)，而使雇主可據以追求其所偏好的種族比例或平衡<sup>100</sup>。

---

98 See *Ricci*, 557 U.S. at 580.

99 See *id.* at 581.

100 See *id.* at 581-82.

多數意見不採兩造的實體主張，既不認為差別影響規定優先，也不認為差別對待規定優先，而認為兩個規定並存，應透過舉證標準來調和。多數意見首度在民權法案件中，援引其在憲法種族平等案件中，針對類似情形（經濟上的優惠性差別待遇措施）所採「有堅強基礎的證據」之舉證標準，要求被告（新港市政府）應提出有堅強基礎之證據，來證明系爭差別對待的救濟措施確屬必要<sup>101</sup>。

所謂「有堅強基礎的證據」，是有關舉證責任、證明程度的要求，與嚴格審查標準的規範要求本身或其實際適用，本無必然關係。美國最高法院在適用嚴格審查標準的案件中，未必都明示或採取相同的舉證標準，甚至也有逐案認定者。即使是涉及種族分類的優惠性差別待遇案件，美國最高法院也並非都是採取「有堅強基礎的證據」之舉證標準，來認定系爭措施是否符合「極為重大的目的」與「嚴密剪裁的手段」之要求。在美國最高法院有關種族平等的歷年判決中，第一次出現「有堅強基礎的證據」之舉證標準者，是1986年的 *Wygant v. Jackson Board of Education* 一案判決<sup>102</sup>。但因為本案判決理由只有四位大法官支持，還不構成多數意見。一直要到 *Richmond v. J. A. Croson Co.* (1989) 一案，「有堅強基礎的證據」之舉證標準才算首度為美國最高法院多數意見支持，並用於適用嚴格審查標準的種族平等案件<sup>103</sup>。雖然最高法院在 *Croson* 一案判決

---

101 See *id.* at 582-83 (citing *Wygant v. Jackson Bd. of Ed.*, 476 U.S. 267, 277 (1986); *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977, 993 (1988); *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 499-500 (1989)).

102 *Wygant v. Jackson Bd. of Ed.*, 476 U.S. 267, 277 (1986) (“Evidentiary support for the conclusion that remedial action is warranted becomes crucial when the remedial program is challenged in court by nonminority employees....In such a case, the trial court must make a factual determination that the employer had a strong basis in evidence for its conclusion that remedial action was necessary.”).

103 *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 499-500 (1989) (“The District Court relied upon five predicate ‘facts’ in reaching its conclusion that there was an adequate basis for the 30% quota:... None of these ‘findings,’ singly or together, provide the city of Richmond with a ‘strong basis in evidence for its conclusion that

中，並未明示所謂「有堅強基礎的證據」究應如何具體運用，也未清楚說明究竟要提出多少證據才算足夠，而可以證明系爭補救措施（指優惠性差別待遇）之必要性，但至少可確定的是，最高法院認為：採行種族分類的被告如果只是單純主張要補救過去歧視的良善 (benign) 目的或動機，或僅僅提出過去存在有種族歧視的一般性主張，都無法滿足「有堅強基礎的證據」之舉證要求<sup>104</sup>。

在上述背景下，本件判決是美國最高法院在憲法以外的民權法（第七編）案件中，第一次將「有堅強基礎的證據」之舉證要求應用於嚴格審查標準的種族平等案件。在先前的憲法案件中，最高法院是以「有堅強基礎的證據」標準，來認定系爭種族分類（優惠性差別待遇）所主張之目的是否合憲？通常是要求被告要能證明系爭領域之前確實存在有不利於少數種族的故意、特定歧視行為或制度。但在本案，最高法院則是以「有堅強基礎的證據」標準，要求被告舉證其若不採取系爭差別對待（相當於種族分類的優惠性差別待遇），將會成立差別影響歧視的責任，並因此面臨訴訟。如果只是單單主張其「真誠相信」將面臨差別影響歧視責任的訴訟，仍然不足以構成「有堅強基礎的證據」。後者所要求的舉證程度，顯然更高於先前憲法案件的要求。

由於本案多數意見仍未清楚說明其所要求的舉證標準為何<sup>105</sup>，

---

remedial action was necessary.’ *Wygant*, 476 U.S. at 476 U.S. 277 (plurality opinion). There is nothing approaching a *prima facie* case of a constitutional or statutory violation by anyone in the Richmond construction industry.”).

104 See *id.* at 500 (要證明目的合憲，法院要求政府必須證明在特定產業中，過去確實存在有歧視。例如：政府本身過去曾積極從事歧視行為，或明知私人有歧視行為，而被動參與、配合。假使政府只是單純地泛泛主張過去在某一產業存在有一般性的歧視，仍不符合「有堅強基礎的證據」之舉證要求)。

105 對於本案「有堅強基礎的證據」要求，有些研究者也認為其內容不明，而有各種解讀的可能。See, e.g., Michael K. Grimaldi, *Disparate Impact after Ricci and Lewis*, 14 SCHOLAR 165, 198-214 (2011) (討論贊成和反對「有堅強基礎的證據」標準的理由)；Erica E. Hoodhood, Note, *The Quintessential Employer’s Dilemma: Combating Title VII Litigation by Meeting the Elusive Strong Basis in*

加上結論又是不利於被告（新港市政府），因此Ginsburg大法官在其不同意見書中，就一方面指責多數意見並未清楚說明被告究竟如何能滿足其所提出的「有堅強基礎的證據」之舉證要求，另一方面也指責這個舉證要求過嚴<sup>106</sup>。她認為：只要被告對於其之所以採行差別對待，具有「正當理由」(good cause)，即可滿足「有堅強基礎的證據」之要求<sup>107</sup>。

此外，多數意見也沒有明示其所要求的「有堅強基礎的證據」，究竟是「提出責任」(burden of production)或「說服責任」(burden of persuasion)。但依其論述邏輯及結果，應該是屬於說服責任，而不只是提出責任。至於其舉證程度，既不是原告所主張的百分之百（已經明確、實際的違法），也非被告所主張的有主觀相信即可，而是介乎兩者之間，但對被告的舉證要求顯然較嚴<sup>108</sup>。

---

*Evidence Standard*, 45 VAL. U. L. REV. 111, 130-35 (2010)（分析巡迴法院對於「有堅強基礎的證據」標準之適用並不一致）；Ozan O. Varol, *Strict in Theory, But Accommodating in Fact?*, 75 MO. L. REV. 1243, 1243-95 (2010)（比較並分析最高法院在 *Grutter*, *Parents Involved in Cmty. Sch.*, *Ricci* 等案判決中，對於嚴格審查標準的舉證要求，有明顯不同）。

106 See *Ricci*, 557 U.S. at 627-28 (Ginsburg, J., dissenting) (“The Court’s standard, drawn from inapposite equal protection precedents, is not elaborated. One is left to wonder what cases would meet the standard and why the Court is so sure this case does not.”).

107 *Id.* at 638 (“In sum, the record solidly establishes that the City had good cause to fear disparate-impact liability. Moreover, the Court supplies no tenable explanation why the evidence of the tests’ multiple deficiencies does not create at least a triable issue under a strong-basis-in-evidence standard.”).

108 本案判決所提出的「有堅強基礎的證據」，究竟是相當於「無合理懷疑」、「證據明確」或「較優勢證據」中的哪一個程度？多數意見對此的立場並不明確，致生爭議。關於上述三種程度的說服責任之區別，參王兆鵬（註63），頁527-29。Ginsburg大法官在其不同意見書中，就批評多數意見所提出的「有堅強基礎的證據」是個「神秘的標準」(an enigmatic standard)。 *Ricci*, 557 U.S. at 627 (Ginsburg J., dissenting) (“One is left to wonder what cases would meet the standard and why the Court is so sure this case does not.”)。 Cf. Herman N. (Rusty) Johnson, Jr., *The Evolving Strong-Basis-In-Evidence Standard*, 32 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 347, 369-79 (2011)（認為 *Ricci* 案判決所採的「有堅強基礎的證據」屬於說服責任，其程度低於「較優勢證據」）。



本文認為：多數意見在表面上看似只提高了差別影響歧視責任的舉證標準，而仍然承認差別影響歧視的存在。但舉證標準的提高，實際上等於是嚴格限制了差別影響歧視的成立可能。這等於是告訴雇主：即使妳看到了顯著的差別影響，也不見得能主動救濟<sup>109</sup>。特別是不能事後廢棄已經執行完畢的考試結果，如果這項考試方法在表面上是種族中立的。

依照最高法院在本案判決的見解，一旦考試執行完畢，為保障考生的正當期待(*legitimate expectation*)，雇主幾乎不可能再以考試結果有不成比例的影響為由，主動並自行主張表面上種族中立的考試結果構成差別影響歧視<sup>110</sup>。如果事後不能，雇主是否可以在考試舉行之前，事先考慮種族、性別或其他因素，去設計出與工作相關，而又能促進多元工作環境的考試方式，甚至包括差別對待（例如優惠性差別待遇）措施？

參照民權法第七編有關差別影響歧視的要件及證明，由於雇主仍有義務優先採取較小差別影響的手段，可見雇主恐仍須先嘗試表面上中立的手段（無差別對待），然後才能訴諸差別對待措施。但即使是在採行非差別對待的表面中立措施時，雇主仍應可以考量種族等因素，並預先規畫，以避免差別影響的出現。以本案為例，如果雇主已經看到現行少數種族消防員擔任幹部、主管的比例偏低，而筆試方法對於少數種族又很可能會產生不利影響，則雇主可以（甚至應該）捨棄此類考試方式，而採取其他方法來決定升遷。例

---

109 多數意見自認在「有堅強基礎的證據」標準下，雇主仍有廣大空間可以採取自願遵循措施。See *Ricci*, 557 U.S. at 583. *Contra id.* at 608, 628-29 (Ginsburg, J., dissenting) (批評此項舉證標準可能過嚴，將妨礙私人自願採取的優惠性差別待遇)。

110 *Id.* at 585 (“But once that process has been established and employers have made clear their selection criteria, they may not then invalidate the test results, thus upsetting an employee’s legitimate expectation not to be judged on the basis of race.”).

如新港市鄰近的Bridgeport市就加重口試的比重，以減少筆試的不成比例影響。又至少在1996年時，全美就已經有超過三分之二的政府消防局，採取「評估中心」(assessment centers)的方式，透過模擬真實工作的實境演練，來測驗消防員的領導指揮、應變等擔任主管所必須的種種能力。而這類考試結果的種族差別影響，就明顯縮小了<sup>111</sup>。

如果精確理解本案多數意見的見解<sup>112</sup>，應可認為：雇主雖然不能在事後，以避免種族差別影響歧視為由，任意調整甚至廢棄表面中立的考試結果。但至少在事前，應仍可考量並評估種族的可能差別影響，而在設計考試等方法時，將種族因素納入考量，以預防或減少種族差別影響的出現及程度<sup>113</sup>。另外，本案多數意見應該也沒有完全禁止法院以救濟差別影響為由，而命令雇主採取差別對待措施<sup>114</sup>。

回到兩種歧視類型何者優先的實體爭點，本文認為：雖然多數意見在實體面是認為兩種歧視類型並存，但如深究多數意見的理由，仍不難看出其實際上是優先適用「禁止差別對待」規定，至少

---

111 See *id.* at 633-38 (Ginsburg, J., dissenting).

112 See *id.* at 584-85 (“Title VII does not prohibit an employer from considering, before administering a test or practice, how to design that test or practice in order to provide a fair opportunity for all individuals, regardless of their race.”).

113 Accord Roberto L. Corrada, *Ricci’s Dicta: Signaling A New Standard For Affirmative Action under Title VII?*, 46 WAKE FOREST L. REV. 241, 259-60 (2011); Melissa Hart, *From Wards Cove to Ricci: Struggling Against the “Built-In Headwinds” of a Skeptical Court*, 46 WAKE FOREST L. REV. 261, 277 (2011); McGinley, *supra* note 30, at 619-20; George Rutherglen, *Ricci v. DeStefano: Affirmative Action and the Lessons of Adversity*, 2009 SUP. CT. REV. 83, 111-12 (2010); Reva B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 YALE L.J. 1278, 1330-31 (2011) (認為 *Ricci* 案判決多數意見只限制雇主不得在考試之後以種族為由修正或廢棄結果，而容許事前考量種族因素)。

114 See Richard A. Primus, *The Future of Disparate Impact*, 108 MICH. L. REV. 1341, 1344-45, 1362-75 (2010) (主張 *Ricci* 案判決多數意見對於差別影響的立場有三種解釋可能，第二種就是仍然容許法院命令的救濟措施)。

是讓差別影響歧視——相較於差別對待歧視——更難以成立<sup>115</sup>。只是用表面的中立、並存，來掩飾其實體立場的選擇。因為多數意見既然要求雇主必須提出有堅強基礎的證據，才能證明其可能會構成差別影響歧視的責任，並據以採取差別對待措施。在此意義下，多數意見的實體立場其實已較偏向差別對待之禁止，並以之為平等規範的原則性規定。在理論基礎上，多數意見也顯然是以個人觀點的「反分類」(anticlassification)原則作為民權法第七編平等規範的基本原則，而不是採取群體觀點的反種性(anticaste)、反從屬(antisubordination)原則<sup>116</sup>。

#### 四、客觀的差別影響歧視是否違憲？

本案多數意見對於差別影響歧視的看法顯然是某種折衷解釋，且留給法官個案衡量的空間。如此結論，固然偏向較敵視優惠性差別待遇的保守派。但保守派大法官及陣營所在意的，其實不只是禁止雇主事後的差別對待措施而已。他們更在意的是：是否應該根本廢棄差別影響歧視的類型，而讓民權法第七編只禁止差別對待歧視？這就涉及另一個更大的問題：民權法有關差別影響歧視的規定是否違憲<sup>117</sup>？

##### (一) 民權法與憲法的歧視理論之比較：客觀與主觀理論

雖然民權法所禁止的歧視包含差別影響歧視的類型，但依最高

---

115 See *id.* at 1361-62; RUTHERGLEN, EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW, *supra* note 47, at 91-92.

116 Cf. Siegel, *supra* note 113, at 1278, 1281-84, 1315-48 (認為在平等權案件中常投 swing vote 的 Kennedy 大法官等人所代表的是一種新的第三觀點：反巴爾幹化(Antibalkanization)原則，而有別於傳統的「反分類」和「反從屬」兩大原則，而 *Ricci* 判決正是反巴爾幹化原則的表現)。

117 *Ricci*, 557 U.S. at 594 (Scalia, J., concurring) (“I join the Court’s opinion in full, but write separately to observe that its resolution of this dispute merely postpones the evil day on which the Court will have to confront the question: Whether, or to what extent, are the disparate-impact provisions of Title VII of the Civil Rights Act of 1964 consistent with the Constitution’s guarantee of equal protection?”).

法院向來見解，聯邦憲法增補條文第14條平等保障規定所禁止的歧視，並不包括這種客觀理論的差別影響歧視類型。儘管最高法院也曾認為表面中立，具有差別影響的措施，仍可能違反平等保障，而構成違憲的歧視。但最高法院對之則適用更嚴格的定義及要件：如要主張憲法上的差別影響歧視，除了要證明有不成比例的不利差別效果外，還要證明有歧視目的或意圖(*discriminatory purpose or intent*)。例如歧視性的執行表面中立的法律或政策；事先預見如此差別效果之發生，而仍故意採取該表面中立的措施。如果只是單純的事實上差別效果，但無法證明有上述隱藏性的歧視目的或意圖，仍無法成立差別影響歧視。此為最高法院在 *Washington v. Davis*<sup>118</sup> 一案判決所確立的要件，並為後來的憲法實務所遵循。

在實務上，憲法層次的差別影響歧視，由於有上述主觀動機（歧視目的或意圖）的要求，通常很難成立。在實際適用上，也已經相當接近於直接、故意歧視。若與憲法所禁止的歧視相比，民權法所禁止的歧視類型和範圍，都顯然更大。依照現行民權法規定及法院見解，原告只需證明某個表面中立的法令或措施，會對某一（少數）群體產生不成比例的不利效果，即可推定（甚至證明）差別影響歧視存在，根本不必證明有主觀的歧視目的或意圖存在。在這個意義上，民權法的差別影響歧視可說是一種客觀理論的歧視<sup>119</sup>。

---

118 426 U.S. 229, 238-39 (1976) (“As the Court of Appeals understood Title VII, employees or applicants proceeding under it need not concern themselves with the employer’s possibly discriminatory purpose but instead may focus solely on the racially differential impact of the challenged hiring or promotion practices. This is not the constitutional rule. We have never held that the constitutional standard for adjudicating claims of invidious racial discrimination is identical to the standards applicable under Title VII, and we decline to do so today...[an] official action will not be held unconstitutional solely because it results in a racially disproportionate impact.”) & 242 (“Disproportionate impact is not irrelevant, but it is not the sole touchstone of an invidious racial discrimination forbidden by the Constitution.”).

119 See generally Rutherglen, *Disparate Impact under Title VII*, *supra* note 47. 也有人

本案判決多數意見既只為法律解釋，而迴避憲法問題，自然採取上述較寬鬆的定義，而不要求在差別影響之外，還要證明有歧視目的或意圖。反之，如果本案屬於憲法解釋，則本案被告（新港市政府）將因無法（也不可能）證明其對考試之設計及執行，有任何種族歧視目的或意圖存在；從而更無從主張有所謂差別影響歧視存在，而可據以採取差別對待措施。

## （二）客觀的差別影響歧視是否合憲？

如果憲法的平等保障不當然禁止客觀的差別影響歧視，則民權法第七編將之視為違法的歧視，並明文禁止，這等於是將不違憲的措施或行為結果評價為違法。再者，民權法甚至容許或要求雇主要採取（種族的）差別對待措施，以避免差別影響歧視的責任。民權法如此授權或要求政府機關及私人雇主採取「基於種族」的措施，是否抵觸聯邦憲法增補條文第14條的意旨？特別是對於那些主張種族中立，以反差別原則為憲法平等保障的預設原則者而言，民權法的差別影響歧視規定，恐怕已經逾越了立法者的形成空間，而有違憲的可能<sup>120</sup>。

雖然多數意見在本案迴避了憲法解釋問題，甚至強調因為被告根本還無法提出有堅強基礎的證據，而可以證立其將面臨差別影響歧視的責任追究，因此法院無庸進一步討論差別影響歧視與差別對待歧視之間的內在衝突，更無須進一步討論民權法第七編與憲法平等保障規定間的關係<sup>121</sup>。但多數意見也指出：即使被告能舉出有堅

---

稱之為「過失歧視」(negligent discrimination), see David Benjamin Oppenheimer, *Negligent Discrimination*, 141 U. PA. L. REV. 899 (1993).

<sup>120</sup> See Primus, *supra* note 114, at 1342-43.

<sup>121</sup> *Ricci*, 557 U.S. at 584 (“Our statutory holding does not address the constitutionality of the measures taken here in purported compliance with Title VII. We also do not hold that meeting the strong-basis-in-evidence standard would satisfy the Equal Protection Clause in a future case. As we explain below, because respondents have not met their burden under Title VII, we need not decide whether a legitimate fear of

強基礎的證據，證明差別影響歧視的存在及責任，法院仍不認為其所採取的差別對待措施（可能包括各種優惠性差別待遇）必然合憲。就此而言，多數意見似乎多少預留了未來宣告差別影響歧視的主張根本無效的可能空間。這也難怪Scalia大法官在本案判決的協同意見書，便指出：最高法院只是拖延、迴避這個問題，但遲早要面對民權法的差別影響歧視規定與憲法增補條文第14條平等保障間，是否（或在何種範圍內）一致的問題<sup>122</sup>。

儘管學界及實務界對於差別影響歧視的看法不一，但在本案判決之前，似乎尚無人質疑民權法第七編有關差別影響歧視規定的合憲性<sup>123</sup>。在過去40年間，反階級（或反壓迫）理論的眾多支持者早已咄咄逼人地主張：憲法平等保障條款應改以群體觀點的反階級理論為主要原則<sup>124</sup>。在此原則下，差別影響歧視不僅會存在，甚至還是略嫌保守的理論。對應這個背景，Scalia大法官在其協同意見書的質疑，即使屬於他個人之見，但也意味著美國憲法有關平等保障論述的一個保守方向之轉折：這是呼應並號召形式平等、反差別理論、種族中立政策的支持者，在長期防禦後要主動出擊。

對此合憲性爭議的可能發展，各界預測不一<sup>125</sup>。從後果來看，

---

disparate impact is ever sufficient to justify discriminatory treatment under the Constitution.”); *id.* at 597 (Alito, J., concurring).

122 See *id.* at 594 (Scalia, J., concurring).

123 See Primus, *supra* note 114, at 1343.

124 See, e.g., Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107 (1976); reprinted in EQUALITY AND PREFERENTIAL TREATMENT (Marshall Cohen, Thomas Nagel & Thomas Scanlon eds., 84-154) (1977).

125 See Corrada, *supra* note 113, at 241-42 (認為差別影響歧視仍會繼續存); 在 Barry Goldstein & Patrick O. Patterson, Ricci v. DeStefano: Does It Herald an “Evil Day,” or Does It Lack “Staying Power”?, 40 U. MEM. L. REV. 705, 752-53, 784-86 (2009) (分析宣告違憲的骨牌效應，但傾向支持差別影響歧視類型的繼續存在); Kenneth L. Marcus, *The War between Disparate Impact and Equal Protection*, 2009 CATO SUP. CT. REV. 53, 73 (2009) (認為差別影響歧視的規定抵觸憲法平等保障條款); Eang L. Ngov, *When “The Evil Day” Comes, Will Title VII’s Disparate Impact Provision Be Narrowly Tailored to Survive an Equal Protection Clause*

如最高法院真的宣告差別影響歧視違憲，這不僅會影響民權法第七編規定，也會影響許多類似的法令規定或法院判決。例如美國身心障礙者法(Americans with Disabilities Act, “ADA”)<sup>126</sup>、年齡就業歧視法(Age Discrimination in Employment Act, “AEDA”)<sup>127</sup>、投票權法(Voting Rights Act)<sup>128</sup>、公平住屋法(Fair Housing Act)<sup>129</sup>及司法部針對民權法第六編<sup>130</sup>所發布的命令<sup>131</sup>等，都明文規定或承認差別影響歧視也是系爭法律所禁止的歧視類型。一旦宣告民權法第七編的差別影響歧視規定違憲，勢必會引發滑坡效應的疑慮，也將會平等規範體系的大地震<sup>132</sup>。

Ginsburg大法官在其不同意見書也引用學者意見<sup>133</sup>而認為：除

---

*Challenge?*, 60 AM. U.L. REV. 535, 586-87 (2011) (認為民權法的差別影響規定無法通過憲法平等條款有關「嚴格剪裁」的手段要求，而會違憲)；Primus, *supra* note 114, at 1362-75, 1382-87 (認為 *Ricci* 案的結論有三種解讀可能，是否合憲也要看案例而定)；Seiner & Gutman, *supra* note 8, at 2204-22 (認為雇主只要能舉證證明其在採取系爭聘僱行為「當時」，並不知道會造成不合法的差別影響，即可免除差別影響歧視的責任。顯然是對差別影響採取合憲但限縮的解釋立場)；Siegel, *supra* note 113, at 1285-86, 1338-47 (主張以「反巴爾幹化」而非種族色盲的觀點來理解 *Ricci*，在前者觀點下，民權法的差別影響歧視規定仍合憲)；Girardeau A. Spann, *Disparate Impact*, 98 GEO. L.J. 1133, 1135 (2010) (認為本案判決似乎有意偷渡之前 *Washington v. Davis* 判決不承認差別影響歧視類型的意旨，因此本案判決會縮小少數種族得以主張歧視成立的空間)；Charles A. Sullivan, *Ricci v. DeStefano: End of the Line or Just Another Turn on the Disparate Impact Road?*, 104 NW. U. L. REV. COLLOQUY 201, 215 (2009) (認為違憲主張過於誇大，而國會可以再度立法介入，推翻本案判決)。

126 42 U.S.C. §§ 12112(b)(1), (b)(3)(A), 12113(a) (2006).

127 最高法院判決認為在年齡就業歧視法下，可以主張差別影響歧視。See, e.g., *Meacham v. Knolls Atomic Power Lab.*, 128 S. Ct. 2395, 2403 (2008); *Smith v. City of Jackson*, 544 U.S. 228, 232 (2005).

128 42 U.S.C. § 1973(a)-(b), 1973b(a)(1)(A) (2006).

129 42 U.S.C. § 3604(a).

130 42 U.S.C. § 2000d.

131 28 C.F.R. § 42.104(b)(2) (2009).

132 See Goldstein & Patterson, *supra* note 125, at 784-94.

133 Primus, *Disparate Impact under Title VII*, *supra* note 47, at 585 (“The very radicalism of holding disparate impact doctrine unconstitutional as a matter of equal protection suggests that only a very uncompromising court would issue such a

非是一個極不妥協的法院，才可能會宣告民權法第七編的差別影響歧視規定違憲<sup>134</sup>。以目前最高法院大法官之組成，如Ginsburg大法官所預測者，在短期內出現這個判決結果的可能性應該不高<sup>135</sup>。

但如依多位法律學者的分析<sup>136</sup>，在2008年Obama當選美國總統後，美國有許多人進而強調「後種族主義」(post-racialism)的觀點，認為種族主義在美國已成過去。在此背景或觀點下，即有研究者如Spann教授認為目前控制最高法院多數的保守派大法官對於平等的看法已經明顯傾向於強調形式中立的種族平等觀，而採取以下三種觀點：(1) 目前已經不再存在對少數群族的持續歧視，因此也不再需要實施具有種族意識的救濟(race-conscious remedies)；(2) 具有種族意識的救濟措施對於白人會構成反向歧視；(3) 由於目前

---

decision.”).

134 See *Ricci*, 557 U.S. at 627-28 (Ginsburg, J., dissenting) (citing Primus, *Disparate Impact under Title VII*, *supra* note 47, at 585).

135 由於本件判決是法律解釋而已，因此國會仍可以修法推翻本案多數意見，有如當初以1991年民權法推翻 *Wards Cove* 一案判決。See Cheryl I. Harris & Kimberly West-Faulcon, *Reading Ricci: Whitening Discrimination, Racing Test Fairness*, 58 UCLA L. REV. 73, 163-65 (2010); Hart, *supra* note 113, at 278; Sullivan, *supra* note 125, at 201, 216.

136 關於後種族主義的意涵，雖然仍有爭議，但已有不少法律學者以此背景來分析本案判決。See, e.g., Mario L. Barnes, Erwin Chemerinsky & Trina Jones, *A Post-Race Equal Protection?* 98 Geo. L.J. 967, 968-70, 994-97 (2010) (認為本案判決顯示出後種族主義的影響；如完全採納後種族主義的觀點，差別影響歧視類型將不可能繼續存在)；Helen Norton, *The Supreme Court's Post-Racial Turn Towards a Zero-Sum Understanding of Equality*, 52 WM. & MARY L. REV. 197, 198, 224-28 (2010) (認為美國最高法院在*Ricci*判決顯示其轉向後種族主義的思考)；Michael Selmi, *Understanding Discrimination in a "Post-Racial" World*, 32 CARDOZO L. REV. 833, 835 (2011) (以*Ricci*判決為例，認為美國多數人仍然窄化甚至忽略歧視的存在，美國還沒進入真正的後種族時代)；Spann, *supra* note 125, at 1135 (認為*Ricci*判決顯示最高法院多數法官強調色盲、種族中立的後種族主義立場)，1141-43 (認為後種族主義的立場傾向於建立一個不承認差別影響歧視類型的後種族歧視理論)；John Yoo, *No More Quotas: Supreme Court Dealt a Final Blow to Racially Motivated Hiring*, available at <http://www.law.berkeley.edu/6845.htm> (last visited Aug 2, 2012) (認為在*Ricci*判決中，“the Supreme Court challenged the nation's first minority president and Congress to help lead us to a post-racial America”).



白人和少數種族已經是在新的平台相互競爭，少數種族如果會繼續受到不利，應歸因於少數種族的選擇和能力問題。在這種信念下，少數種族其實已經不再需要特別的法律保障，例如各類優惠性差別待遇<sup>137</sup>。因此，Girardeau A. Spann教授認為本案判決是Roberts法院繼2007年*Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*<sup>138</sup>一案判決，繼續敵視並限縮優惠性差別待遇的類似判決<sup>139</sup>。本文認為：如果貫徹本案多數意見所持的種族色盲、中立的平等觀，則雇主為消除種族差別影響歧視，而所為的差別對待措施，勢必也是一種故意的種族歧視行為<sup>140</sup>。

依照最高法院相關判決的立場，故意的種族歧視行為是否合憲，應適用嚴格審查標準。因此關鍵在於：是否能證立有極為重大的利益(compelling interest)？差別對待手段是否可稱得上是嚴密剪裁(narrowly tailored)？

在目的審查方面，單純主張「遵循民權法規定」（也就是消除差別影響歧視）本身，應難以構成合憲目的，否則將會是循環論證。但雇主或政府如能證明在特定產業，過去確曾存在過種族歧視，為求消除或彌補過去歧視的結果，至少應可認為是極為重大的利益，而可合憲<sup>141</sup>。在手段審查方面，1991年民權法的相關規定，

---

137 See Spann, *supra* note 125, at 1141. Cf. Siegel, *supra* note 113, at 1278, 1338-48 (認為以 Kennedy 大法官為首的中間派大法官代表的是反巴爾幹化原則之立場，支持具有種族意識但表面中立的法律，從而仍會承認差別影響歧視的類型)。

138 551 U.S. 701 (2007).

139 See Spann, *supra* note 125, at 1142.

140 Accord Barnes, *supra* note 136, at 994; Norton, *supra* note 136, at 198, 203-04.

141 See *Parents Involved in Cmty. Sch. v. Seattle Sch.*, 551 U.S. 701, 701-02 (2007) (“[R]emedying the effects of past intentional discrimination is a compelling interest under the strict scrutiny test, see *Freeman v. Pitts*, 503 U.S. 467, 494, 112 S.Ct. 1430, 118 L.Ed.2d 108”); Jennifer S. Hendricks, *Contingent Equal Protection: Reaching for Equality after Ricci and PICS*, 16 MICH. J. GENDER & L. 397, 451 (2010) (主張消除結構上的不平等應屬極為重大的利益)。至於多樣性或多元化(diversity)通

當受僱人原告舉證證明有差別影響存在時，雇主仍然得主張「與工作相關」或「業務需要」之免責事由。換言之，雇主仍得以在個案舉證免責，而法院也有個別化考量<sup>142</sup>的可能。並非原告一旦證明差別影響存在，雇主就必然成立歧視責任。在此範圍內，本文認為：縱令適用嚴格審查標準，現行民權法有關差別影響歧視的規定，應仍得以通過檢驗而合憲。至於上述EEOC的80%規則，確實有失之形式，甚至流於配額效果，而使雇主難以個案考量之弊。以手段而言，是有違憲的可能。但如前所述，法院見解向不受這個行政命令的拘束，在實務上也容許受僱人或雇主張並適用其他的統計方法，來認定系爭差別影響是否存在。因此縱令認為上述80%規則有違憲之處，亦不至於連帶拖累1991年民權法相關規定。

#### 五、本案對於優惠性差別待遇合憲性未來發展的可能影響

如本文在前言中所述，本案最高法院判決所廢棄的第二巡迴法院判決，其中的三位法官之一Sotomayor，剛好在最高法院判決後2個月，就接替退休的蘇特擔任最高法院大法官，因此引發外界猜測最高法院之未來立場是否會因此有所變動？但由於Sotomayor和Souter兩人在優惠性差別待遇的立場較接近，此項人事變動，對於最高法院未來立場之影響，應該不大。嚴格說來，本件判決並未直接觸及優惠性差別待遇的合憲性爭議。但有如前述，如果最高法院真的認為差別影響歧視規定有可能抵觸憲法平等保障規定，這至少會限縮雇主自願採行優惠性差別待遇的空間。在此意義下，本案也可說是與優惠性差別待遇爭議相關的判決。

---

常是用於證立高等教育的種族優惠性差別待遇，是否能沿用於就業場合，恐仍須修正。例如主張追求或維持一個種族多元的勞動力、培養少數群體的角色楷模等，或可構成極為重大的利益。

142 Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 334 (“To be narrowly tailored, a race-conscious admissions program cannot use a quota system...truly individualized consideration demands that race be used in a flexible, nonmechanical way.”).

在本案，如認為雇主可以系爭考試結果對於少數群體會產生顯著的差別影響為由，而採取差別對待措施。由於這類差別對待措施，是明顯基於種族，且對多數群體相對不利，因此常會是優惠性差別待遇。可見，如果從寬認定差別影響或其責任的成立，將有利於優惠性差別待遇的擴大適用，至少是容許雇主自願實施，甚至會對雇主產生實施優惠性差別待遇的作為義務。

本案被告新港市政府只是事後廢棄考試結果，並沒有進一步採取有利黑人、拉美裔等少數種族考生的積極優惠措施，就已經引起如此爭議。可以想像的是，如果雇主得以民權法第七編為依據，於事先規畫或事後救濟時，明白基於種族而為積極優惠措施，其爭議將更大。尤其是民權法的適用對象更及於私人雇主，而不限於各級政府機關。在民權法第七編的授權或容許下，差別影響勢必將成為私人雇主以自願遵循方式採行積極優惠措施的護身符。

不過，如果以判決結果和理由來看，本案應該還沒有根本改變優惠性差別待遇合憲爭議的發展方向，而只有微調效果。就此而言，在最高法院歷年來有關優惠性差別待遇和平等爭議的20多件判決長河中，本案應該不是瞬間改變地形地貌與大河流向的急落瀑布，而只是個在山谷間激盪迴旋的眾多曲折之一<sup>143</sup>。將來優惠性差別待遇究竟是會在峰迴路轉之後，堂堂溪水出前村？還是在左衝右突之餘，終究如內陸河般消失於漫漫沙漠中？仍有待觀察。

## 六、差別影響歧視和平等理論的關聯

本案除了間接涉及優惠性差別待遇的爭議外，有關差別影響歧視之種種爭議，其實也涉及了憲法平等規範的內涵（形式與實質平等之爭）、中介原則（如反差別或反壓迫原則之爭）<sup>144</sup>、乃至於促

---

143 See Rutherglen, *supra* note 113, at 83.

144 關於形式平等與實質平等概念的扼要比較及說明，參司法院釋字第571號解釋

進平等的方法之爭（限於種族中立、對稱的無差別待遇？或也可，甚至應採取有種族意識、不對稱的積極優惠措施？）。這也是本案之所以引人注意的重要原因所在。

有如前述，差別影響是歧視的客觀理論，可依據統計上的結果差異來推定或證明歧視的存在，而不以歧視故意為要件。因此，如廣義解釋所謂統計上的結果差異，似乎可以和政治社會理論所稱的結構性弱勢（或受壓迫）地位相連結<sup>145</sup>，而使平等理論可以適用於此。這是差別影響歧視理論的潛在能量，也是憲法平等理論與政治社會學的宰制、壓迫、歧視等理論間，有可能接軌之處。

不過，由於最高法院及民權法第七編在認定差別影響歧視是否存在時，都仍然以雇主有特定措施(*specific practice*)為前提。雖然在解釋上，這包括雇主的一連串或一整批的僱用措施，但終究無法應用於無從連結到特定雇主或其特定措施的一般性結構性弱勢地位，而使處於這類弱勢地位者得主張優惠性差別待遇，這是差別影響歧視理論的限制。在實務上，通常也以雇主採取筆試之類的考試方法，比較容易成立差別影響歧視。這些都可說是差別影響歧視理論的侷限。

然而，差別影響歧視理論還是有一個不容忽視的重要功能。自1970年代以來，心理學、社會學、神經科學等領域的研究早已發現：除了傳統上個人對個人的故意歧視外，還廣泛存在著各式各樣之隱藏、不自覺的、結構性的偏見或刻板印象，這些也是歧視。個人由於動機、認知及文化等因素之交錯互動，往往會將他人以各種範疇(*category*)予以歸類，以便更有效率的處理複雜資訊，並據以為

---

（林子儀大法官，協同意見書，註六）。關於平等的中介原則(*mediating principle*)之分析批判，*see, e.g., Fiss, supra note 124.*

145 *See, e.g., IRIS MARION YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 39-65 (1990)*（分析五種類型的壓迫）。

行動依據。認知心理學的研究發現這類認知過程很容易讓人們對於被列為「外人群體」(out-groups)的其他人產生各種刻板印象，這經常是因為資訊有限，加上效率的需求。儘管上述因範疇歸類所致的刻板印象或偏見之精確成因尚有待繼續研究，但多數研究者都同意：刻板印象大都源自非故意(unintended)、無意識(unconscious)或潛意識(subliminal)過程，也是相當普遍的認知模式及心裡現象<sup>146</sup>。在這個意義上，現代平等理論所要消除的歧視，自不應限於傳統上所理解的個人對個人的故意歧視，而應該將這類帶有群體針對性、潛在的、不自覺的偏見、刻板印象或結構性歧視(structural discrimination)，甚至是追求效率、理性(rational)的區別行為，也都納入規範對象<sup>147</sup>。換言之，現代平等理論應該正視那些自我感覺中立、公平、良好的無心之過。適當的運用差別影響歧視理論，正可以燻出那些隱藏在表面中立措施內的可能偏見，或矯正其明顯偏頗的意外後果(unintended consequences)。

## 伍、結語

本案核心爭點涉及差別影響與差別對待兩種歧視之間的內在衝突：雇主是否可以避免差別影響為理由，而採取差別對待？對本案雇主而言，這是法律上的兩難：接受並執行考試結果，將對少數群體構成差別影響歧視；廢棄而不執行考試結果，則對多數群體構成差別對待歧視。由Kennedy大法官所執筆的多數意見，則以被告（新港市政府等）未盡其舉證責任為主要理由，判決被告敗訴。表

---

<sup>146</sup> See Ann C. McGinley, *Discrimination Redefined*, 75 MO. L. REV. 443, 448-49 (2010). See also Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317 (1987); Oppenheimer, *supra* note 119, at 899-917 (運用心理學的實驗及統計資料，證立「過失歧視」之普遍存在)。

<sup>147</sup> See McGinley, *supra* note 146, at 450-51.

面上避開憲法爭議，只從法律解釋著手。在實體面，既未否定差別影響歧視的存在，也強調這兩種歧視規定的並存；而只是從程序面的舉證責任切入，限縮被告主張差別影響歧視的空間，因而限縮被告對少數群體採取有利措施的可能。從這些論述風格來看，可以看出多數意見並沒有正面、廣泛、深入地論述其對整個差別影響歧視理論、優惠性差別待遇，乃至於平等規範內涵的立場；而只用了一個很程序性的理由（舉證責任）來決定本案勝負。如此判決理由及風格，套用凱斯·桑斯丁(Cass R. Sunstein)教授的理論和用語，稱得上是「窄而淺」的判決，且將一些關鍵問題留而未決<sup>148</sup>。

本件判決雖未改變民權法有關差別影響歧視的要件，但因為提高舉證標準，限縮了雇主自行主張差別影響的空間，從而也間接限縮了雇主在舉行考試之後，主動採取對於少數群體有利的志願性積極優惠措施之空間，並且讓後者更容易成為故意差別對待的反向歧視。在此意義上，本件判決可說是仍然延續最高法院向來所採的平等觀：以個人為本位，而非群體本位；以無差別待遇為優先要求、例外始容許不對稱的故意差別對待；不論是否對少數群體有利，而將種族分類一律視為嫌疑分類，而從嚴審查等。整體而言，大致上可說是明顯傾向保守主義的判決。

如果和過去的相關判決相比，本件判決相當類似最高法院於1989年所為之 *Wards Cove* 一案判決。當時最高法院在該案判決，減輕了雇主對差別影響免責事由的舉證標準，其結果也是有利於多數群體（特別是白人）。後來國會隨即於1991年修正民權法，推翻最高法院的上述判決，改採有利於少數群體受僱人的規定。本案是否

---

148 「窄而淺」的判決風格用語，是 Sunstein 教授所提出的分析概念。完整論述參 CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999)。中文介紹及討論文獻，參黃昭元，司法消極美德的積極實踐——評 Sunstein 教授的「司法最小主義」理論，收於：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集上冊，頁875-917（2002年）。

會重複上述歷史，仍有待觀察。

儘管如此，本案判決的傍論(dicta)卻出現一項引人注意的重要爭點：差別影響歧視規定本身是否合憲？對於這項爭點，*Ricci*一案判決的多數意見雖然以本案屬於法律解釋，不涉及憲法解釋為由，故意避而不答<sup>149</sup>，但已吹皺一池春水，至今漣漪未定。由於這個問題同時關係到優惠性差別待遇的爭議，可以預期的是，其徹底解決並非易事。如果和歷年相關判決比較，並考量目前最高法院大法官之組成，本案應該沒有動搖最高法院長期以來對於種族平等案件所持之基本立場：不分對誰有利，凡是涉及種族分類即一律嚴格審查；有限度地容忍具種族意識(race conscious)的措施（例如加分手段），但否定種族配額手段之合憲性。至於這個立場在將來是否會出現根本性的翻轉？如以本案為預測指標，可能性還不算大。

在我國現行法中，如就業服務法第5條、性別工作平等法第7至11條、勞動基準法第25條、身心障礙者權益保障法第16、40條等，都是有關就業歧視的重要規定。如分析這些法律規定的文義，其所禁止的就業歧視，包括美國法上所稱之差別對待歧視，固不待言。但是否都當然包括本文所討論的差別影響歧視，仍不無疑義。在我國實務上，不僅少見有關差別影響歧視的法院裁判<sup>150</sup>，至今也仍然欠缺有關差別影響歧視的具體認定標準，可供勞僱雙方遵循或參

---

149 See *Ricci*, 557 U.S. at 584 (“Our statutory holding does not address the constitutionality of the measures taken here in purported compliance with Title VII. We also do not hold that meeting the strong-basis-in-evidence standard would satisfy the Equal Protection Clause in a future case.”); cf. *id.* at 594 (Scalia, J., concurring) (“... [R]esolution of this dispute merely postpones the evil day on which the Court will have to confront the question: Whether, or to what extent, are the disparate-impact provisions of Title VII of the Civil Rights Act of 1964 consistent with the Constitution’s guarantee of equal protection?”).

150 據本文作者以「差別影響」為關鍵詞，於司法院法學資料檢索系統內查詢相關裁判書，目前只發現臺北高等行政法院96年度訴字第00915號判決中，曾出現有關身心障礙受僱人主張雇主有差別影響歧視的爭點，但法院認定原告主張不成立。似乎顯示我國訴訟實務上的差別影響歧視案件數量，仍不多見。

考。雖然說我國實務上所出現的就業歧視，大都仍屬差別對待歧視的類型，而少見差別影響歧視的實際案例。但如參照美國法的相關規定及法院判決，本文認為仍應採肯定解釋，而應將差別影響歧視也納入上述規定的規範範圍。就此而言，美國法院在過去40年來針對差別影響歧視爭議所累積的大量判決，特別是有關其認定標準及各種統計方法之運用，以及其1991年民權法規定，均有可供我國法制參考之處。至於應如何繼受或參考美國法？在我國法得為如何之應用？應避免重蹈的覆轍有哪些？由於已經超出本文之目的及範圍，暫無從進一步論述。他日如有機會，當另文再為研究。



## 參考文獻

### 1. 中文部分

Gerald Keller著，劉明德、柳克婷、黃淑華、王愷、林弘文編譯  
(2007)，基礎統計學，台北：湯姆生。[Keller, Gerald. 2005.  
*Statistics for Management and Economics: Abbreviated*. 7th ed.  
Belmont, C.A.: Thomson/Brooks/Cole.]

William B. Gould著，焦興鎧譯（1996），美國勞工法入門，台北：  
國立編譯館。[Gould, William B. 1993. *A Primer on American  
Labor Law*. 3d ed. Cambridge, M.A.: MIT Press.]

王兆鵬（2004），美國刑事訴訟法，台北：元照。

黃昭元（2002），司法消極美德的積極實踐——評Sunstein教授的  
「司法最小主義」理論，收於：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文  
集編輯委員會編，當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽  
論文集上冊，頁875-917，台北：元照。

焦興鎧（1995），美國聯邦最高法院與就業歧視問題，收於：勞工  
法與勞工權利之保障：美國勞工法論文集（一），頁329-388，  
台北：月旦。

謝棋楠（2008），由美國差別影響歧視制度評台北地院九十一年重  
勞訴字第五號判決，全國律師月刊，12卷4期，頁14-36。

### 2. 西文部分

Barnes, Mario L., Erwin Chemerinsky, and Trina Jones. 2010. A Post-  
Race Equal Protection? *Georgetown Law Journal* 98: 967-1004.

Blumrosen, Alfred W. 1972. Strangers in Paradise: Griggs v. Duke  
Power Co. and the Concept of Employment Discrimination.  
*Michigan Law Review* 71:59-110.

- Chang, Robert S. 2011. What Comes after Gender?. *Pace Law Review* 31:818-820.
- Cho, Sumi. 2009. Post-Racialism. *Iowa Law Review* 94:1589-1649.
- Connolly, Catherine. 1991. The Use of Multiple Regression Analysis in Employment Discrimination Cases. *Population Research and Policy Review* 10:117-135.
- Corrada, Roberto L. 2011. Ricci's Dicta: Signaling a New Standard for Affirmative Action under Title VII?. *Wake Forest Law Review* 46:241-260.
- Crenshaw, Kimberle Williams. 2011. Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back to Move Forward. *Connecticut Law Review* 43:1253-1352.
- Epstein, Richard A. 1992. *Forbidden Grounds: The Case against Employment Discrimination Laws*. Cambridge, M.A.: Harvard University Press.
- Farrell, John A. 2009. Supreme Court Is Right to Reject Sotomayor's Ricci Ruling on New Haven Firefighters, *U.S. News & World Report*. June 29. Available at <http://politics.usnews.com/opinion/blogsjohn-farrell/2009/06/29/supreme-court-is-right-to-reject-sotomayors-ricci-ruling-on-new-haven-firefighters>.
- Finkelstein, Michael O. 1980. The Judicial Reception of Multiple Regression Studies in Race and Sex Discrimination Cases. *Columbia Law Review* 80:737-754.
- Fisher, Franklin M. 1980. Multiple Regression in Legal Proceedings. *Columbia Law Review* 80:702-736.
- Fiss, Owen M. 1976. Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy & Public Affairs* 5:107-177. [Reprinted in Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon. Eds. 1977. *Equality and Preferential Treatment*. Pp. 84-154. Princeton, N.J.: Princeton

University Press.]

- Goldstein, Barry, and Patrick O. Patterson. 2009. Ricci v. DeStefano: Does It Herald an “Evil Day,” or Does It Lack “Staying Power”?. *University of Memphis Law Review* 40:705-795.
- Grimaldi, Michael K. 2011. Disparate Impact after Ricci and Lewis. *Scholar* 14:165-217.
- Harris, Cheryl I., and Kimberly West-Faulcon. 2010. Reading Ricci: Whitening Discrimination, Raising Test Fairness. *UCLA Law Review* 58:73-165.
- Hart, Melissa. 2011. From Wards Cove to Ricci: Struggling against the “Built-In Headwinds” of a Skeptical Court. *Wake Forest Law Review* 46:261-279.
- Hendricks, Jennifer S. 2010. Contingent Equal Protection: Reaching for Equality after Ricci and PICS. *Michigan Journal of Gender & Law* 16:397-451.
- Johnson, Herman N. (Rusty), Jr. 2011. The Evolving Strong-Basis-In-Evidence Standard. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 32:347-385.
- Lawrence, Charles R., III. 1987. The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism. *Stanford Law Review* 39:317-388.
- Leibold, Peter M., Stephen A. Sola, and Reginald E. Jones. 1993. Civil Rights Act of 1991: Race to the Finish - Civil Rights, Quotas, and Disparate Impact in 1991. *Rutgers Law Review* 45:1043-1087.
- Lempert, Richard. 1985. Statistics in the Courtroom: Building on Rubinfeld. *Columbia Law Review* 85:1098-1116.
- Lewis, Harold S., Jr., and Elizabeth J. Norman. 2001. *Employment Discrimination Law and Practice*. St. Paul, M.N.: West.
- Lilling, Caryn L. Note. 1991. The Civil Rights Act of 1991: An

- Examination of the Storm Preceding the Compromise of America's Civil Rights. *Hofstra Labor Law Journal* 9:215-256.
- Linos, Katerina. 2010. Path Dependence in Discrimination Law: Employment Cases in the United States and the European Union. *Yale Journal of International Law* 35: 115-169.
- Marcus, Kenneth L. 2009. The War between Disparate Impact and Equal Protection. *Cato Supreme Court Review* 2009:53-83.
- McGinley, Ann C. 2010. Discrimination Redefined. *Missouri Law Review* 75:443-457.
- . 2010. Ricci v. DeStefano: A Masculinities Theory Analysis. *Harvard Journal of Law & Gender* 33:581-623.
- Meier, Paul, Jerome Sacks, and Sandy L. Zabell. 1984. What Happened in *Hazelwood*: Statistics, Employment Discrimination, and the 80% Rule. *American Bar Foundation Research Journal* 1984:139-186.
- Moore, Gary A., and Michael K. Braswell. 1989. The Probative Value of Multiple Regression Analysis in Title VII Litigation. *American Business Law Journal* 27:251-274.
- Ngov, Eang L. 2011. When “The Evil Day” Comes, Will Title VII'S Disparate Impact Provision Be Narrowly Tailored to Survive an Equal Protection Clause Challenge?. *American University Law Review* 60:535-588.
- Norris, Barbara A. 1986. Multiple Regression Analysis in Title VII Cases: A Structural Approach to Attacks of “Missing Factors” and “Pre-Act Discrimination”. *Law and Contemporary Problems* 49:63-96.
- Norton, Helen. 2010. The Supreme Court's Post-Racial Turn Towards a Zero-Sum Understanding of Equality. *William and Mary Law Review* 52:197-259.

- Note, 1975. Beyond the Prima Facie Case in Employment Discrimination Law: Statistical Proof and Rebuttal. *Harvard Law Review* 89:387-421.
- Note, 1983. Title VII, Multiple Linear Regression Models, and the Courts: An Analysis. *Law and Contemporary Problems* 46:283-295.
- Note, Erica E. Hoodhood. 2010. The Quintessential Employer's Dilemma: Combating Title VII Litigation by Meeting the Elusive Strong Basis in Evidence Standard. *Valparaiso University Law Review* 45:111-155.
- Onwuachi-Willig, Angela, and Mario L. Barnes. 2012. The Obama Effect: Understanding Emerging Meaning of "Obama" in Anti-Discrimination Law. *Indiana Law Journal* 87:325-348.
- Oppenheimer, David Benjamin. 1993. Negligent Discrimination. *University of Pennsylvania Law Review* 141:899-954.
- Primus, Richard A. 2003. Equal Protection and Disparate Impact: Round Three. *Harvard Law Review* 117:494-587.
- . 2010. The Future of Disparate Impact. *Michigan Law Review* 108:1341-1387.
- Rubinfeld, Daniel L. 1985. Econometrics in the Courtroom. *Columbia Law Review* 85:1048-1097.
- Rutherglen, George. 1987. Disparate Impact under Title VII: An Objective Theory of Discrimination. *Virginia Law Review* 73:1297-1345.
- . 2006. Disparate Impact, Discrimination, and the Essentially Contested Concept of Equality. *Fordham Law Review* 74:2313-2338.
- . 2010. *Employment Discrimination Law: Visions of Equality in Theory and Doctrine*. 3d ed. N.Y.: Foundation Press.
- . 2010. Ricci v. DeStefano: Affirmative Action and the Lessons

- of Adversity. *Supreme Court Review* 2009:83-114.
- Rutherglen, George A., and John J. Donohue III. 2009. *Employment Discrimination: Law and Theory*. 2d ed. N.Y.: Foundation Press.
- Seiner, Joseph A., and Benjamin N. Gutman. 2010. Does Ricci Herald a New Disparate Impact?. *Boston University Law Review* 90:2181-2222.
- Selmi, Michael. 2006. Was the Disparate Impact Theory a Mistake?. *UCLA Law Review* 53:701-782.
- . 2011. Understanding Discrimination in a “Post-Racial” World. *Cardozo Law Review* 32:833-855.
- Siegel, Reva B. 2011. From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases. *Yale Law Journal* 120:1278-1366.
- Spann, Girardeau A. 2010. Disparate Impact. *Georgetown Law Journal* 98:1133-1163.
- Sugrue, Thomas J., and William B. Fairley. 1983. A Case of Unexamined Assumptions: The Use and Misuse of the Statistical Analysis of Castaneda/Hazelwood in Discrimination Litigation. *Boston College Law Review* 24:925-960.
- Sullivan, Charles A. 2009. Ricci v. DeStefano: End of the Line or Just Another Turn on the Disparate Impact Road?. *Northwestern University Law Review Colloquy* 104:201-216.
- Sunstein, Cass R. 1999. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, M.A.: Harvard University Press.
- Varol, Ozan O. 2010. Strict in Theory, But Accommodating in Fact?. *Missouri Law Review* 75:1243-1295.
- Yoo, John. 2009. No More Quotas: Supreme Court Dealt a Final Blow to Racially Motivated Hiring. Available at <http://www.law.berkeley.edu/6845.htm>.

Young, Iris Marion. 1990. *Justice and the Politics of Difference*.  
Princeton, N.J.: Princeton University Press.

Zimmer, Michael J., Charles A. Sullivan, and Rebecca Hanner White.  
2008. *Cases and Materials on Employment Discrimination*. 7th ed.  
Austin, T.X.: Aspen Publishers.