

Institute of Sociology and Anthropology, Peking University

编者按：众所周知，自 20 世纪美国“民权运动”之后，美国政府颁布了一系列相关法案，以消除美国社会中的种族隔离和种族歧视制度与政策，其中最著名的就是“肯定性行动”（Affirmative Action），以政府法案的形式规定在入学、就业等社会发展机会方面对有色人种成员提供优惠待遇。这一法案从颁布之日起，就在美国社会引起激烈的争论。

一方面，长期受到种族隔离和种族歧视制度和政策压迫的黑人等少数族裔群体认为这体现了社会公正，黑人必须为本群体长期受到的不公正待遇得到政策性“补偿”，当时大部分白人也对这一法案表示支持，认为这种政策性补偿对于帮助黑人“赶上”白人群体是十分必要的，这也是这一法案得以通过的社会基础。但是另一方面，也有部分白人当即指出：与之前的歧视黑人政策相比，“肯定性行动”对黑人实行的特殊优惠政策同样是不平等政策，是对白人在社会竞争中的“反向歧视”，违反了美国宪法关于“人人平等”的基本原则。这一争论贯穿了 20 世纪后半叶的美国社会和知识界。许多中国人都听说过美国有优惠黑人的政策，但是对相关政策的实施细节并不清楚，也不了解这一政策的演变过程特别是 21 世纪美国社会在实施这一政策方面发生的重大变化。

应当说，当一个社会从种族压迫、种族歧视制度转变为种族平等的新制度时，对原来遭受歧视和压迫的群体实施优惠政策，以帮助他们在教育和就业方面得到发展的机会，这是完全合理和完全必要的。但是我们必须认识到：群体优惠政策在本质上毕竟不是一个平等的政策，因此只能是应用于社会转型过渡时期的临时性政策。在两代至三代人之后，原来的被歧视群体的成员和他们的子女已经获得了相应的发展机会，通过教育和就业机会的各项优惠政策也使美国社会产生了这些群体的精英集团和白领阶层，到了这样一个历史时期，如继续以整个群体作为优惠对象，不仅其他群体的成员们会感到不公平，本群体中竞争能力较弱的底层民众也会感到不满，因为这些优惠政策的本意是向这些底层民众提供机会。比如在实行“肯定性行动”四十年后，美国黑人已经涌现出一大批社会精英，这时如果还给奥巴马的女儿、赖斯的儿子提供入学或就业的优惠加分待遇，无论是白人还是黑人都会感到没有必要。

王凡妹的论文详细回顾了美国“肯定性行动”的历史沿革，文中介绍的一些案例生动地展示了“肯定性行动”在美国的具体实施，以及在实施过程中美国社会对种族优惠政策社会效果的讨论，相信会对我国关心“民族优惠政策”问题的读者有一定的启示。（马戎）

【论 文】

美国“肯定性行动”的历史沿革

——从法律性文件的角度进行回顾与分析

王凡妹

在美国现代族群关系发展史中，“肯定性行动（Affirmative Action）”可以称之为影响最大同时也最受各界关注和争议的行动。国内学者关于这方面的研究成果主要散见于一些学术期刊¹中，而较为深入的研究成果则多见于学位论文²。在这些文章的开篇，按照学术惯例，学者们往往

¹ 如谢先泽于 2000 年在《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》第 1 期上发表的“肯定性行动计划的历史进程”，以及刘宝存在 2002 年 12 月在《新疆大学学报（社会科学版）》第 30 卷第 4 期上，发表的“美国肯定性行动计划：发展·争论·未来走向”，这些文章均可取自 CNKI 中国知网数据库[DB/OL]。

² 如张玉 2007 年的博士学位论文“战后美国联邦高等教育弱势扶助政策发展研究”、彭永春 2004 年的博士学位论文“美国高校多元文化教育演进之研究”、周青风 2004 年的硕士学位论文“美国宪政中的纠偏行动”、鞠立斌



给予“肯定性行动”一个较为明确的定义。这些定义大体归为两类：一类是将“肯定性行动计划”等同于“肯定性行动”，然后对之进行界定，如刘宝存（2002：49）将其定义为，“由美国联邦政府推行的旨在消除对少数民族和妇女等不利群体在就业、教育等领域的歧视的各项政策和措施”；另一类是作者自身对该行动进行定义，如周青凤（2004：1）将其定义为，“为了弥补与纠正法律歧视在历史上造成的遗害而给受害者规定特殊优惠的方案或措施”。

形成鲜明对比的是，虽然国外学者对“肯定性行动”的研究成果数以千计，但是在这些学者的书中或文章中，极少有作者对其进行明确的界定，而多是引用美国官方机构的定义。令人诧异的是，这些官方机构所给出的定义却不尽相同，如加利福尼亚州人事局民权处（Office of Civil Rights, California State Personnel Board）就曾给出两个不同的定义，过去指“采取措施以获得平等雇用机会并纠正过去或现在的雇用歧视所造成的影响”，而现在则表述为，“采取主动和非优先的措施以获得平等雇用机会和非歧视雇用行为”（Edwards, no date）。从这两个定义中，读者可以看出在不同的历史时期里，“肯定性行动”的概念发生了转变，正如联邦合同遵守公署（Office of Federal Contract Compliance）署长爱德华·C·希尔维斯特（Edward C. Sylvester）所指出的，“肯定性行动每时、每日且到处都在发生变化”，因此并无“固定而确切的概念”（Anderson, 2004：103）。正是该行动所独有的变迁性使得西方学者们难以给“肯定性行动”下一个准确的定义。

为了便于研究，国内外的学者们将“肯定性行动”的整个变迁过程或按年代或按其内涵划分为不同的阶段。本文也不例外，笔者在西方学者M·阿里·拉扎、A·简耐尔·安德森和哈里·林恩·卡斯德里特（Raza, Anderson & Custred, 1999：ix）²的研究基础上，将“肯定性行动”的历史变迁过程划分为三个时期，即“维护少数族群成员权益时期”（以下简称为“维权时期”）、“优待少数族裔成员时期”（以下简称为“优待时期”）以及“多数族裔成员与少数族裔成员人人平等时期”（以下简称“平等时期”）。

需要明确的是，美国政府发起的“肯定性行动”所针对的人群包括少数族群、妇女、残障人士以及老兵，所关注的问题也覆盖雇用、教育、政府承包合同项目以及住房领域，而本文将研究范围限定在与少数族群相关的雇用、教育以及政府承包合同项目之内，并将介绍和分析重点放在“优待时期”以“巴基案”为首的系列“反向歧视”案中，而对其它法律性文件只做相对简单的介绍。这些案例在生动地描述不同类型的“肯定性行动”计划的同时，通过对大法官们的裁决和法庭意见书进行评论，为该行动的中后期的发展进行了详细解释。作为美国最高法院所处理的多数族群成员反诉少数族群成员的反向种族歧视第一案，巴基案可以说是“肯定性行动”的历史变迁过程中有关少数族群的高等教育优惠政策中最为引人注目的案例。其案例中的高校给予少数族群申请者的优待措施本身可以说是“肯定性行动”进行到第二个时期时，美国众多的部门和机构对少数族群所给予的各种优待措施的一个典型。同时，大法官们对于该案似乎具有两面性的最终裁决既是对“肯定性行动”第一阶段的维权精神的认可，也是对第二阶段的优待精神的解释，更是对第三阶段的平等精神的预测。因此，可以说巴基案在“肯定性行动”的历史变迁中的影响绝对不仅仅限于司法领域，也绝对不仅仅限于高等教育领域，而是因其在该行动中所起的承上启下的作用，成为了该行动历史变迁的思想缩影。

一、“Affirmative Action”一词相关译法辨析

2007 的硕士学位论文“当代美国的‘肯定性行动’与黑人就业问题”、李国霞 2006 年的硕士学位论文“美国肯定性行动：历史演变与争论”，这些文章均可取自 CNKI 中国知网数据库[DB/OL]。

¹ 该下划线为原文所有。

² 拉扎、安德森和卡斯德里特在其书中分别在三个章节中讨论了本文中“肯定性行动”三个阶段的内容，但是无论在划分的时间段上，还是划分的标准上都与本文有很大的不同。



笔者在上文中将英文“Affirmative Action”翻译成“肯定性行动”。到目前为止，国内的学者对于该词语的译法争论很大，至今尚无定论。郭辉（2007：46）对此专门作了研究，列举了国内学术界对该词语的十六种译法。按照翻译学上常用的分类法，这些译法大体可以分为直译和意译两种¹，主张直译的学者通常将之译为“积极行动”（比如邱小平，2005：第六章）或“肯定性行动”（比如朱世达，1996：第四章；王波，2002：219），而主张意译的学者则译法多样，将之译为“纠偏行动”（比如欧阳景根、李社曾，2008）或“纠正歧视行动”（比如德沃金，2001：第六章），其中最为瞩目的当属路谷孙等（2007：31）在新近主编的《英汉大词典》中将该词语译为“（反对歧视少数族群成员及妇女的）维权行动”。

郭辉（2007：46）主张意译“Affirmative Action”的主要理由就是认为翻译出来的词语应该让人一目了然，从这个意义上说，无论是直译的“积极行动”还是“肯定性行动”，确实不如意译的“纠正歧视行动”或“维权行动”在意思的表述上清晰明了。然而，我们在序言中已经知道，“Affirmative Action”背后蕴藏着复杂而多变的内容，因此，有关该词语的翻译问题就不能只停留在给普通英文词汇所设立的翻译准则之上，而应结合该词语产生的历史背景及其内涵不断变化的特征来进行考虑。

其一，“Affirmative Action”的首次出现是在1961年3月5日约翰·F·肯尼迪（John F. Kennedy）总统签署的第10925号总统行政命令（U.S. The White House, 1961）中，而国内翻译界中的一些学者，如刘宓庆（1998：28）和李秀丽（2003：41）都曾明确指出，政府条文宜采取直译的形式，以保证其“用语的程式化和规范化”（ibid）。其二、第10925号政令的起草者之一²霍伯特·泰勒（Hobart Taylor）曾经回忆道，他之所以选择使用“Affirmative Action”，只是希望借用该词语给政令注入一种“Positiveness”的感觉（Beckwith & Jones, 1997：39），也就是说，泰勒当初并未打算用这一词语来对整个行动的内容加以描述。更何况在政令签署之际，不单是他，就连肯尼迪总统也未对整个行动的未来走向有任何清晰的认识（Anderson, 2004：61），那么对于起草者而言，也就谈不上用这一词语来概括行动的内容。因此，如果我们想通过意译来达到用一个词语来清晰地描述或概括整个行动内容之目的，反而不符合泰勒当初使用此词的初衷。其三、笔者在序言中曾经指出，“Affirmative action”所代表的行动之内容具有极大的变迁性。在这种情况下，只用某一短语或加上若干修饰性定语的短语，比方说“（反对歧视少数族群成员及妇女的）维权行动”来表述其多变的内涵，既不合适也不可行。综上所述，笔者主张对该词语宜进行直译而不是意译。

上文提到过，目前国内学者一般将“Affirmative Action”直译为“积极行动”或“肯定性行动”，而笔者选定后者是出于以下两方面的考虑：

第一、从词典中对有关词汇所做的语义解释方面进行分析比较。在英英词典《韦伯斯特新国际英语语言词典完整版第三版（Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged）》（Gove & The Merriam-Webster Editorial Staff, 1976³：36）中，关于“Affirmative”有四个语义解释，这些解释都是围绕着“Confirmative or Ratifying”以及“Assert or Assertive”来进行，也就是说，该词在当时的英文含义主要就是“认可的”以及“断定或肯定”。相比之下，词典中关于“Positive”的语义解释更为复杂，除了表示“认可”含义的“Marked by acceptance

¹ 郭辉（2007：46）提到的“积极补偿行动”这一译法，可以看作是一种将直译与意译相结合的尝试，但是由于该译法不是主流译法，故在此不作专门讨论。另外，郭辉（ibid）所提及的“认肯行动”以及“肯定性行为”的译法与“肯定性行动”的译法如出一辙，因此也不再作单独探讨。

² 另外的两位起草者是亚瑟·戈德堡（Arthur Goldberg）与亚伯拉罕·福塔斯（Abe Fortas），他们后来均成为最高法院的法官（Beckwith & Jones, 1997：39）。

³ 由于“Affirmative Action”一词的首次出现是在1961年，因而笔者参照的是1976年美国出版的英英词典——该版本中还并未出现关于该词的语义解释——以尽量求得词典中对于相关词语的语义解释与当时的时代背景更为贴近。



or approval”以及表示“确定或肯定”含义的“Fully assured or Unquestionably being the thing named”之外，还包含其他诸多含义 (ibid: 1770)。在中文词典中，“积极”一词有“进取向上、起正面促进作用的”以及“主动的，努力的”两个含义 (新华词典编纂组，1993: 408)，而“肯定”一词则除了表示“判断时持确认、正面断定和赞成的态度”以外，还包含“一定、无疑”以及“确定、明确”的意思 (ibid: 506)。

第二、从“Affirmative Action”产生的历史背景方面进行分析比较。首先，泰勒曾提到过，在起草政令时，他在“positive action”和“affirmative action”两个词语之间犹豫了很长时间，最终后者因富有“头韵 (alliterative)”而入选 (Beckwith & Jones, 1997: 39; Anderson, 2004: 61)。可见，泰勒认为“positive”与“affirmative”所传达的语义是相同的。如果我们结合上文英英词典中关于这两个英文词汇的语义解释，就不难看出它们的相同或相似含义有二，即“认可”和“确定或肯定”。其次，该政令得以颁布的直接原因之一就是当时刚上台的民主党意图通过一项“更为激进的策略 (more aggressive strategy)”来“为少数族群成员开放雇用机会” (Graham, 1990: 33; Anderson, 2004: 61)，因此，如果我们取“认可”之一，那么就很难将政府当时的决心表达出来，故此笔者倾向于取“确定或肯定”之意。最后，从中文词典中的语义解释看来，“积极”一词在中文中并未有“确定或肯定”之意，因此笔者倾向于取“肯定”一词。综上所述，笔者最终将“Affirmative Action”翻译为“肯定性行动”。

二、“肯定性行动”在“维权时期”的政策和法律： 从二十世纪六十年代初期到六十年代中后期

“肯定性行动”自 1961 年初被美国联邦政府第一次正式提出¹，到现在已逾四十年，其历史变迁过程可以说就是一系列法律性文件相继出台的过程。这些文件主要分为三类，即总统行政命令、法律条文以及司法案例，分别由美国三个权力主体即总统、国会以及法院主持或颁布。

从二十世纪四十年代初期到六十年代末期可以说是“肯定性行动”的“维权时期²”，其间美国政府通过颁布大量的总统行政命令，推动当时处于被歧视地位的少数族群成员在雇用、教育和政府合约的承包上拥有与多数族群成员平等的机会，而这种平等机会的推动政策被《1964 年民权法案》所确定。

约翰·F·肯尼迪 (John F. Kennedy) 总统于 1961 年 3 月 6 日签署的第 10925 号行政命令³ (U.S. The White House, 1961) 因其首次提出了“肯定性行动”一词⁴，而令诸多学者所关注。然而，由

¹ 这指的是美国的官方机构、学者、以及普通人意识中所公认的“肯定性行动”一词的最早提出时间。在此，有必要澄清的是，官方机构早在 1935 年就在《国家劳动关系法 (National Labor Relations Act)》(U.S. Congress, 1935: Section 10 (c)) 中提到了“肯定性行动”一词。该法第 10 节第 (c) 款规定，国家劳动关系局 (National Labor Relations Board) 有权采取“肯定性行动”，以解决任何人的违反该法的不公平的劳工行为 (ibid)。第二、从这款规定中我们可以看出，“肯定性行动”一词最早在官方文献中出现的时候，与本文将要讨论的内容具有明显不同的内涵 (Anderson, 2004: 15)，但是，也有学者 (Rubio, 2001: 92) 特别指出，《国家劳动关系法》也并非在“肯定性行动”的讨论中毫无意义，因为第七节和第九节中的规定，即通过授予劳工组织以合法性和权威性，并将工会作为唯一的集体谈判机构，而使得劳工组织对黑人工人的歧视性行为合法化。因此，这项对于劳工组织而言是一个巨大的胜利的法案遭到了黑人的忿恨和抵抗 (Hill, 1985: 100-106)。

² 在“肯定性行动”第一次正式提出之前，还有很长的一段时期，在这段时间里，美国政府出于种种考虑，已经颁布了若干着手维护少数族群成员平等雇用权益的重要法律性文件，因而这段时期也可以看作是“维权时期”的一部分。

³ 该政令的标题为“设立总统平等雇用机会委员会 (Establishing the President's Committee on Equal Opportunity)” (U. S. The White House, 1961)。

⁴ 国内有研究者 (吴丽萍, 2006: 16) 将首次提出“肯定性行动”的第 10925 号总统行政命令作为该行动的正式起始点，但更多的学者认为，该行动的真正出现是在 1965 年约翰逊总统所签署的第 11246 政令中 (张玉, 2007: 69; 刘宝存, 2001: 171; 朱世达, 1996: 63)。然而，西方学者鲜有将该行动的起点具体到某一法律文件中者，



于该词在政令中只是出现在对政府合同承包人和转包人进行约束的合同条款中¹，因此，该政令不能被视为美国政府正式推行“肯定性行动”的标志性文件。实际上，直到约两年以后，肯尼迪政府才在1963年6月22日颁布的第11114号总统行政命令²中将“肯定性行动”作为政策正式地提出来，因为在该政令的背景部分，就明确指出“美国政府的政策，即鼓励采取肯定性行动以消除基于种族、宗教信仰、肤色或族裔背景[national origin]所实行的种族歧视”（United States, 1963）。

1963年11月22日，在第11114号政令颁布后刚5个月，肯尼迪总统不幸在德克萨斯州遇刺，然而该政令并没有因肯尼迪时代的结束而失去效力，反而在次年作为法律而被确定下来，这个法律就是在“肯定性行动”的历史变迁中具有划时代意义的《1964年民权法案》³。由林登·B·约翰逊（Lyndon B. Johnson）总统签署的《民权法》由十一编组成，其中六编分别从不同的角度讨论了如何维护种族平等、废除种族隔离以及消除种族歧视问题，其中第六编和第七编与“肯定性行动”息息相关（U. S. Congress, 1964），即第六编标题为“联邦资助项目中的非歧视（Nondiscrimination in Federally Assisted Programs）”，涉及所有联邦资助项目中的种族歧视现象，其核心内容为第601款，即“在合众国境内，任何人在任何接受联邦财政资助的项目或活动中，均不应因其种族、肤色或族裔背景被拒绝参与或从中获益，或者遭受到歧视。”第七编标题为“平等雇用机会（Equal Employment Opportunity）”，关注的是雇用中存在的种族歧视现象（ibid），其核心内容为第703（a）款，即“对于某雇主而言，下述之雇用实践将是非法的：（1）因任一个人的种族、肤色、宗教信仰、性别、或族裔背景而未能或拒绝雇用或解雇此人，或用其它方式在雇用薪酬、雇用条款、雇用条件、或雇用特权上歧视此人；或者（2）因任一个人的种族、肤色、宗教信仰、性别、或族裔背景，通过剥夺或倾向于剥夺此人之雇用机会的方式，或对此人成为雇员产生负面影响的其它方式，对雇员进行限制、隔离、或区别分类”。

1965年9月24日约翰逊总统签署的第11246号行政命令⁴（U. S. The White House, 1965）取代了第10925号与第11114号政令，并“为‘肯定性行动’的更广泛意义上的应用和诠释设立了法律基础”（Mayer, 2001: 203）。从第10925号政令一直到第11246号政令，美国权力机构所推行的政策一直是为了使得少数族群成员获得与多数族群成员平等的竞争机会，因此笔者将这段时期称为“维权时期”，而第11246号政令可以说是该时期最后一个重要的法律性文件。在该政令颁布约两年以后，约翰逊政府相继推出“费城计划”和劳动部《五月条例》，这两项法律性文件标志着“肯定性行动”向“优待时期”的过渡。然而，“费城计划”因遭到了联邦审计署的强烈反

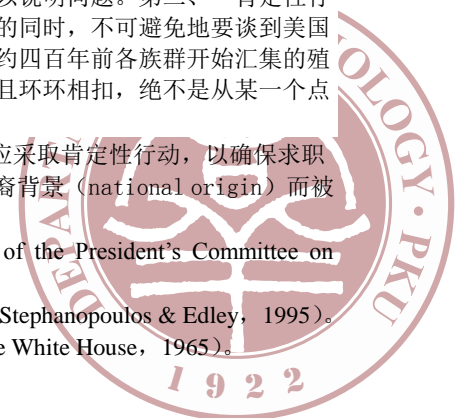
而大多数学者将起始时间模糊化，最多只是阐明“肯定性行动”一词于什么时候在什么文件中开始出现，后来这些文件又是如何演变的，从而未将“肯定性行动”的历史追溯到某一个点上。更有意思的是，在这些西方研究中，不同的作者根据其篇幅的长短以及文章所讨论的主旨，将“肯定性行动”追溯到不同的历史时期，有的从二十世纪四十年代开始谈起（Anderson, 2004），有的从二十世纪六十年代开始谈起（Glazer, 1991），而甚至有的从十七世纪初合众国殖民地时期开始谈起（Rubio, 2001）。这其中有两个重要的原因。第一、美国诸多的法律性文件都存在一个自身演变的过程，也就是说，这些文件可以追溯到更早时间所颁布的法律性文件。比方说，国内学者所提到的无论是第10925号还是第11246号行政命令，都可以追溯到1941年罗斯福总统所签署的第8802号行政命令，而且这两个政令在后期又发生了多次的改变。从这个意义上而言，将与“肯定性行动”有关的某一法律性文件从其自身发展的中期阶段拿出来单独进行讨论，似乎难以说明问题。第二、“肯定性行动”中相当大一部分内容与种族和族群问题直接相关，那么我们在讨论该行动的同时，不可避免地要谈到美国的种族和族群的发展历程及现状。这就说明，一方面，既算是将该行动回溯到约四百年前各族群开始汇集的殖民地时期，也是有道理的；而另一方面，美国的种族和族群的发展是如此复杂且环环相扣，绝不是从某一个点就能够说得清楚的。

¹ 第10925号政令中规定政府合同承包商和分包商必须在其合同中加入“承包商应采取肯定性行动，以确保求职者在其被雇过程中以及雇员在其雇用期内，不因其种族、宗教信仰、肤色或族裔背景（national origin）而被区别对待”条款（U. S. The White House, 1961）。

² 该政令的标题为“扩展总统平等雇用机会委员会权限（Extending the Authority of the President's Committee on Equal Employment Opportunity）”（U. S. The White House, 1963）。

³ 该《民权法案》草案由肯尼迪总统在1963年提出，而最终由约翰逊总统签署（Stephanopoulos & Edley, 1995）。

⁴ 该政令的标题为“平等雇用机会（Equal Employment Opportunity）”（U. S. The White House, 1965）。



对而彻底失败，而《五月条例》则因其制定的规则显得非常“模糊”（Anderson, 2004: 105）极大地影响了该条例的效力。

三、“肯定性行动”在“优待时期”的司法案例 ——从二十世纪六十年代末期到八十年代末期

1969年1月，共和党领导人理查德·M·尼克松（Richard M. Nixon）总统上任，其任上所作的有关“肯定性行动”的第一件大事就是着手修改并恢复约翰逊总统任期内被宣布为非法的“费城计划”，“肯定性行动”发生了第一次重要转折，进入了带有种族意识的“优待时期”。在新“费城计划”中，劳动部长乔治·舒茨（George Shultz）与其指定的非裔副部长亚瑟·弗莱彻（Arthur Fletcher）将原“费城计划”和原劳动部五月条例相融合并进行修改，为费城的建筑项目承包人和工会制定了著名的“目标和时间表（goals and timetables）”（Anderson, 2004: 117）。按照规定，承包人和工会应在一定的时间内，使其内部少数民族成员和多数族群成员的比例达到一定的数值¹。在新“费城计划”之后，尼克松政府继续通过发布政令以及条例的形式，对“肯定性行动”的优待措施进行了更加严格的要求和详细的规定，其中最具有影响力的就是在1971年12月4日联邦合同遵守公署颁布的第四号修正命令²（Revised Order No. 4），该命令作为正式的联邦条例一直沿用至今。

由于尼克松总统在任期内开始实行数项具有优待少数民族成员性质的“肯定性行动”措施，因此很多西方学者和国内学人都将尼克松时代看成是“肯定性行动”发展的成熟阶段，比如特里·H·安德森（Anderson, 2004: 111）在其书中就将尼克松时期称作“肯定性行动高峰时期（Zenith of Affirmative Action）”的开始，艾略特和埃瓦（Elliott & Ewch, 2000: 212）在其文中将尼克松时期称作“早期成功的继续（Early Success Continues）”。笔者认为这种说法有待商榷，因为从尼克松时代开始，“肯定性行动”已经脱离了其原有的维护少数民族权益的历史轨道，而转向对少数民族给予明显的优待政策，在这种情况下，“肯定性行动”并不能说是在前期基础上的发展，而是发生了根本性质上的改变。因此，笔者将尼克松时代看成是“肯定性行动”历史变迁过程的第二个时期即“优待时期”的开始。在这一时期，影响该行动的重大法律性文件有三种，在前半期，政府仍然以颁布各项政令和法令的形式积极推动该行动，而国会也以颁布个别法律的形式对政府予以支持，而到了后半期，在“肯定性行动”中一直处于沉默的另一权力主体最高法院开始登上历史舞台，通过对一系列案件进行裁决而成为“肯定性行动”历史变迁中最为重要的角色，其所裁决的第一例大案即1978年的巴基案。

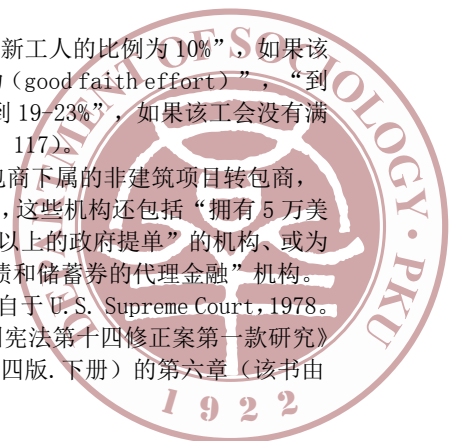
1. 案例一

案例名称：1978年加利福尼亚大学董事诉巴基（Regents of University of California v. Bakke）案³

¹ 比如说，某一在1969年仅拥有1%少数民族成员的工会在正常情况下“每年招募新工人的比例为10%”，如果该工会意欲获得政府的合同，那么按照新“费城计划”，只要其作了“诚挚的努力（good faith effort）”，“到1970年底其少数民族成员比例就应该达到4-8%，而到1973年底该比例就应达到19-23%”，如果该工会没有满足这个目标，合同承包商可能“就不再合格接受联邦资助”（Anderson, 2004: 117）。

² 该命令规定，所有政府非建筑项目承包商自身、以及所有政府项目承包商和分包商下属的非建筑项目转包商，都必须为其旗下凡拥有50名或以上雇员的机构开展并坚持“肯定性行动计划”，这些机构还包括“拥有5万美金或以上的政府合同”的机构、或“在任意12个月内拥有或将拥有5万美金或以上的政府提单”的机构、或为“政府任意数额的资金存放机构”、或为“发行和支付任意数额的美国储蓄公债和储蓄券的代理金融”机构。

³ 巴基案的案例介绍部分和案例分析部分的所有资料除特别注明出处以外，全部来自于U. S. Supreme Court, 1978。与本文案件内容有关的翻译，参阅了邱小平撰写的《法律的平等保护——美国宪法第十四修正案第一款研究》的第六章以及中国政法大学出版社出版的《宪法决策的过程：案例与材料》（第四版，下册）的第六章（该书由



案情介绍：20 世纪 70 年代伊始，美国加利福尼亚大学（以下简称加州大学）戴维斯分校医学院（以下简称戴维斯）（Medical School of the University of California at Davis）开始按照两种计划——普通招生计划（regular admissions program）与特别招生计划（special admissions program）——录取入学申请者，招生名额为每年 100 名，其中普通招生计划总招生人数为 84 名，特别招生计划总招生人数为 16 名。两种计划的具体操作流程见表一。

表一、普通招生计划与特别招生计划操作流程

普通招生计划	特别招生计划
<p>第一步：入学申请者提交申请；</p> <p>第二步：普通招生委员会对申请者进行初选¹，所有本科时总平均分（Overall Grade Point Average (OGPA)）低于 4.0 分制中的 2.5 分的申请者被立即淘汰；</p> <p>第三步：约六分之一的申请者得到面试机会；</p> <p>第四步：申请者进行面试；</p> <p>第五步：面试官和普通招生委员会其他成员为每一被面试者按照百分制打基准分（benchmark score），该基准分是将面试成绩、OGPA、科学课程平均分（Science Grade Point Average (SGPA)）、医学院入学考试（Medical College Admissions Test (MCAT)）成绩、推荐信、课外活动以及其它个人简历资料（biographical data）相加所得，每名委员会成员可以给出的最高分值为 100 分；</p> <p>第六步：将每名委员会成员所给分值相加，即为被面试者所获总分。由于 1973 年普通招生委员会共有五名成员，因此每位被面试者最多能够得到的满分为 500 分，而 1974 年共有六名成员，因此满分为 600 分；</p> <p>第七步：普通招生委员会核查所有被面试者的文档和分数，然后按照循环制（on a “rolling” basis）发放录取通知书。</p>	<p>第一步：入学申请者提交申请。在 1973 年的申请表中，申请者被询问是否“在经济和/或教育上处于弱势地位”；而在 1974 年的申请表中，申请者被询问是否为某一少数民族成员，即“黑人”、“墨西哥裔美国人”、“亚洲人”、或“印第安美国人”。如果申请者做肯定性回答，那么该申请就被转交给一个主要由少数民族成员组成的独立的特别招生委员会；</p> <p>第二步：特别招生委员会主席筛选出符合特别招生计划申请条件的申请者，进入特别招生计划，其他申请者则进入普通招生计划；</p> <p>第三步：特别招生委员会对进入该计划的申请者进行初选，但是并不以 OGPA 不低于 4.0 分制的 2.5 分为条件；</p> <p>第四步：约五分之一的申请者得到面试机会；</p> <p>第五步：申请者进行面试；</p> <p>第六步：面试官和特别招生委员会其他成员为每一被面试者按照百分制打基准分，基准分的打法同普通招生计划；</p> <p>第七步：特别招生委员会将条件最好的被面试者推荐给普通招生委员会，后者不再重新评分或是将特别申请者和普通申请者进行比较，只是有权拒收不合格申请者；</p> <p>第八步：在普通招生委员会拒收不合格申请者的情况下，特别招生委员会可以从余下的特别申请者中继续推荐，直至给特别招生计划所预留的名额被填满为止；</p> <p>第九步：普通招生委员发放录取通知书。</p>

艾伦·巴基（Allen Bakke）为白人男性申请者，分别于 1973 和 1974 年先后两次向戴维斯递交申请。这两次申请均被放在普通招生计划下考虑，而巴基也两次获得了面试机会。1973 年，虽然巴基的基准分高达 500 分中的 468 分，但是由于申请较晚，且其他申请者竞争较强²，因而惨遭淘汰。在巴基被淘汰之时，给特别招生计划预留的 16 个名额中仍有 4 个名额空闲。1974 年，巴基再次递交申请，这次其基准分达到 600 分中的 549 分，然而他的申请再次被拒³。此外，在两次申请中，委员会主席乔治·H·劳利博士（Dr. George H. Lowrey）也从未行使其自由裁量权，将巴基列入候选人名单中⁴。由于这两年中通过特别招生计划进入戴维斯的申请者各项分数都远远低于巴基的相应分数（请参见表二），巴基将加州大学告上了法庭。

布莱斯特·保罗、列文森·桑福、巴尔金·杰克、阿玛·阿基尔撰写，陆符嘉、周青凤、张千帆、沈根明翻译。

¹ 招生委员会对申请者资料进行初步筛选的主要原因就是申请人数太多，比如，在 1973 年，戴维斯医学院拟录取 100 名学生，而申请人数为 2,464 人，而在 1974 年，总共有 3,737 人提交入学申请。

² 在巴基的申请被拒之后，没有任一分数低于 470 的申请者通过普通录取计划被录取。

³ 最高法院记录显示，巴基的再次被淘汰可能有更复杂的原因。1973 年，巴基被拒绝录取之后，曾写信给当时的招生委员会副主任兼主席（Associate Dean and Chairman）乔治·H·劳利博士，抨击特别录取计划在实施“种族和族裔配额制（racial and ethnic quota）”。在 1974 年的面试中，虽然学生面试官（student interviewer）给予巴基相当高的评价，然而作为教职员面试官（faculty interviewer）的劳利博士给了巴基整个委员会中的最低分。

⁴ 委员会主席负责将落选者编入候补名单中，候选名单的决定并不是严格地按照编号顺序，而是委员会主席有自由裁夺权将有“特别技能”的申请者编入该名单。



表二、艾伦·巴基、普通计划录取者与特别计划录取者各门平均分数对比
(1973年与1974年)

	1973						1974					
	SGPA	OGPA	口头 表达	数学	科学	综合	SGPA	OGPA	口头 表达	数学	科学	综合
艾伦·巴基 分数	3.44	3.46	96	94	97	72	3.44	3.46	96	94	97	72
普通计划录取 者平均分数	3.51	3.49	81	76	83	69	3.36	3.29	69	67	82	72
特别计划录取 者平均分数	2.62	2.88	46	24	35	33	2.42	2.62	34	30	37	18

* 注：口头表达 (Verbal)、数学 (Quantitative)、科学与综合 (General Information) 为 MCAT 各科成绩，以百分制为单位。

巴基先向加利福尼亚高等法院 (Superior Court of California) 提起诉讼，宣称特别招生计划基于对其种族背景的考虑而将其排除在外，从而违背了联邦宪法《第十四修正案》的“平等保护条款”，即“任何州……不得在其管辖范围内否定法律对任何人的平等保护” (吴新平, 1993: 22)、《加州宪法》第一条第 21 节，即“没有任何特权或豁免权应当被授予，除非立法机关对之进行改动、撤销、或废止；根据同样的条款，没有任何公民或公民团体 (class of citizens) 被授予未授予所有公民的特权或豁免权”¹ 以及《1964 年民权法》第六编第 601 节。加州大学提出反诉，宣称特别招生计划的合法性。法庭认为特别计划是以种族配额的方式运行，这是因为在该计划中，少数族群的申请者只需要互相竞争，在 100 个招生名额中已经有 16 个位置预留给他们。法庭裁决，校方不能在做招生决定之时将种族因素列入考虑范围，特别招生计划违背了联邦宪法、州宪法和第六编。同时法庭裁决，由于巴基未能举证说明，如果特别计划不存在，他就能被戴维斯录取，因此法庭拒绝下达医学院录取巴基的强制令。

巴基和加州大学均不服判决，上诉到加利福尼亚最高法院 (Supreme Court of California)。法庭认为，由于特别招生计划涉及种族区别分类 (racial classification)，因此应使用严格审查标准 (strict scrutiny)² 进行检查。在对校方所提出的设立特别计划的目标³加以讨论之时，法庭认为，虽然该计划的改善少数族群在医学专业传统上所受的冷遇状况以及增加愿为少数族群成员服务的医生人数等目标的确是加州当前迫切需要关注的利益所在 (compelling state interests)，但是计划

¹ 《加州宪法》第一条第 21 节最近被废止，该项规定被并入州宪法的第 1 条第 7 款。

² 美国“最高法院在解释和适用第十四修正案过程中，就区别分类标准和立法目标之间的关系创设出‘严格审查’、‘中等程度审查’和‘合理基础审查’三种司法审查标准，以期在贯彻法律的平等保护时，确立一个审查区别分类是否违宪的标准”。从 1953 年起担任联邦最高法院首席大法官的沃伦主张的是两个司法标准，即“严格审查”和“合理基础审查”标准，并明确根据种族所做的区别分类因违反了《第十四条修正案》而适用于前者。1969 年首席大法官伯格接任沃伦掌管高法之后，高法逐渐形成了“中等程度审查”标准，此后审查标准扩展为三种：“对于政府的利益或立法目的，‘严格审查’标准要求必须有迫切需要的关注，‘合理基础审查’标准只要求合法，‘中等程度审查’标准则强调重要；对于手段和目的之间的关系，‘严格审查’标准要求手段是目的之必需，‘合理基础审查’标准只要求合理关系，‘中等程度审查’标准则强调本质联系。”种族问题仍适用“严格审查”标准。1986 年伦奎斯特担任高法首席大法官后指出，只有种族问题能适用于“严格审查”标准，但是在进行审查时，应“查明政府法律和公共政策有无故意的歧视” (邱小平, 2005: 80, 100, 144, 217, 256-258)。从审查标准的变迁中我们可以看出，联邦最高法院一直认为，“严格审查”标准应适用于种族的区别分类问题。在“肯定性行动”中后期的历史沿革中，高法的大法官们之间就一系列涉及反向歧视案件中的种族区别分类适用于何种审查标准这一问题展开了激烈的争论，这些讨论不仅直接决定了案件的最终裁决结果，更是标志着高法在对待“肯定性行动”态度上的转变。

³ 特别录取计划据称是为以下目标而设立：(1) 减少在医学院和医学专业传统上冷遇少数族群而造成的历史赤字；(2) 抵消社会性歧视所造成的影响；(3) 增加那些将在当前医疗服务不足社区中行医的医生数量；(4) 从族群多样化的学生团体中得到教育的收益 (U.S. Supreme Court, 1978)。

本身却并非是达到这些目标的最小干预方式。加州高法根据“平等保护条款”的规定指出，校方不得出于种族因素而拒绝录取任一申请者，转而去录取另一名按照不考虑种族因素的标准衡量则更为不合格的申请者。最终加州高法裁定，既然巴基已经证实校方出于种族因素的考虑而对其实施歧视，那么举证的责任就转到校方，亦即校方必须举证在特别计划不存在的情况下，巴基也不能被录取。由于校方表示无法举证，加州最高法院指令加州高等法院下达录取巴基进入医学院的强制令。

加州大学不服判决，上诉到联邦最高法院。最高法院考虑到此案关系到宪法的诠释问题，同意发调卷复审令（certiorari）受理此案¹。在对此案进行讨论的过程中，大法官们²之间发生了严重的意见分歧：其中首席大法官伯格（Chief Justice Burger）、大法官斯图尔特（Justice Stewart）、伦奎斯特（Rehnquist）和史蒂文斯（Stevens）均支持加州高法关于特别招生计划违宪和戴维斯必须录取巴基的裁决，而大法官布伦南（Justice Brennan）、怀特（White）、马歇尔（Marshall）和布莱克曼（Blackmun）则认为应推翻加州高法关于禁止学校招生时考虑种族因素的裁定，从而进一步推翻其关于特别招生计划违宪和戴维斯必须录取巴基的裁决。最后大法官鲍威尔（Justice Powell）宣布了被称为“部分确认部分推翻（affirmed in part and reserved in part）”的最终裁决，即支持加州高法关于加州大学的特别招生计划的不合法性，以及指令戴维斯录取巴基的裁定，同时也撤销了加州高法关于禁止在招收学生时考虑任何种族因素的裁定。

案例分析：作为知名大法官³，鲍威尔运用了缜密的逻辑分析撰写了长篇意见书。在辩论特别招生计划是否应适用“严格审查”标准时，双方当事人对该计划的性质问题产生了分歧。校方认为，该计划是以确保医学院中少数民族成员比例为“目标”，而巴基则直指此计划为“种族配额”。鲍威尔指出，该计划使得少数民族申请者占据了16个预留名额，而白人申请者只能去竞争84个名额，而非面向全体族群成员开放的100个名额，因此，“目标”也好，“配额”也罢，该计划归根到底还是基于种族和族群背景所做的区别分类，而任何种族和族群的区分，不管其是否合宪，均可以立即受到质疑，也就是说，法庭必须对它们进行最为严格的审查。由于加州大学和巴基唯一集中讨论的就是特别招生计划在《第十四条修正案》的“平等保护条款”下的效度问题，因此鲍威尔着重对该项条款进行了诠释。鲍威尔指出，平等保护的保障广泛适用于美国领土管辖范围内的所有人，而不因种族、肤色、或国籍有所不同。虽然《第十四条修正案》的许多制定者都认为，这一修正案的主要功能就是在黑白成员的鸿沟之间架起桥梁，但是修正案本身是以普通语言写成的，并未提及肤色、族源、或先前被奴役的状况。既然如此，针对白人实施的种族歧视当然也是违宪的。

鲍威尔对“平等保护条款”所做的诠释遭到了大法官布伦南的反对，后者认为种族的区别分类（racial classification）本身并不因《第十四条修正案》而被视为无效。从司法的角度来探讨这一案件并非是本文的主旨，而巴基案在“肯定性行动”的历史沿革中所占据的重要地位也绝不限于司法上的讨论，更何况本案中鲍威尔所提出的必须对所有的种族区别分类采取“严格审查”标准的判例遭到了布伦南的反对，而“肯定性行动”的宪法范围也并未因此而变得清晰和确定（邱小平，2005：386）。笔者所关注的是，从鲍威尔和布伦南分别撰写的意见书当中，可以看到“肯定性行动”在未来三十多年时间里将要发生重要变革的思想根源。

除了对宪法修正案和第六编进行不同的诠释之外，鲍威尔和布伦南的对抗性陈述都未离开

¹ “调卷令是最高法院受理上诉案件的主要途径……其发布调卷令的案件中往往涉及不同法院对联邦法律的不同解释（何家弘，2001：39）”。

² “自成立以来，美国最高法院大法官的人数并不是固定不变的，最少时为5人，最多时为10人，目前由9名大法官组成，其中一人为首席大法官。最高法院审理案件时由9名大法官共同组成合议庭”（何家弘，2001：40）。

³ “鲍威尔是由尼克松提名为最高法院的大法官，尼克松和民主党主导的国会两院关系极为紧张，但鲍威尔却得到参议院89票对1票的高票通过。他在最高法院审理的一系列民权案中一直掌握着举足轻重的一票。巴基案堪称他的传世之作”（邱小平，2005：359）。



“肯定性行动”有关“维权与优待”的主题。前文提到过，“肯定性行动”在尼克松时代初期及以前，一直强调的是维权，即维护少数族群成员之利益，以使其拥有与白人平等的权利。然而，在尼克松政府恢复了“费城计划”之后，“肯定性行动”发生了质的变化，即由维护少数族群成员的权利转变为对他们实施优待性措施。笔者将在本章的下一部分谈到，到了八十年代末期，“肯定性行动”将再次发生质性改变，即从“优待”时期转向人人平等的时期。鲍威尔和布伦南之间的争论正是围绕着各自对“肯定性行动”这三个阶段的不同认识来进行的。

我们知道，鲍威尔认为“平等保护条款”保护的是所有人的利益，那么如果据此而推断的话，对于鲍威尔而言，“肯定性行动”的维权性质不单指的是维护少数族群的权益，更是维护所有族群成员的权益，因此鲍威尔对于类似于戴维斯特别招生计划这样的优待性措施持有明显的保留性态度。这并非意味着鲍威尔绝对地反对优待性区别分类（preferential classification），毕竟按照他的想法，在某种特定的条件下，这种分类是被允许的。比方说，作为必要的补救性措施，在未伤及其他无辜个人之利益的情况下，优待性区别分类可以用于帮助那些曾受歧视性行为伤害的个人尽快恢复。此外，为救助那些曾因种族因素而受到伤害的个人，也可以将适当的补救性优待措施所带来的某种负担加在其他无辜成员的身上，前提是这些伤害必须是已经得到司法、立法或行政证实的违法或违宪行为造成的。但补救行为仍需要继续受到监察，以确保该行为在运作过程中，对竞争同一利益的其他无辜者造成尽可能小的伤害。基于这一点，鲍威尔指出，本案中，无论是立法机构还是负有责任的行政机构均未确认，校方曾从事过歧视性行为，从而需要补救性努力来加以纠正，而“社会歧视”并不能作为将特别招生计划的不利因素加诸类似被诉方这类人身上的区别分类的理由。

相对于鲍威尔而言，布伦南对于具有优待性质的“肯定性行动”计划的认同感要明显强得多。布伦南指出，不但第六编并未禁止将优先对待少数种族作为纠正过去的社会性歧视的措施，而且联邦宪法也未必就是“色盲”。按照布伦南的说法，补救措施的使用并非一定要证明优待措施的接受者个人曾经遭受过歧视，而是只要证明这些接受者都可能是曾遭歧视的受害者普通群体中的一员即可，也就是说，社会笼统的歧视可以作为实施优待性措施的理由。布伦南还认为，如果没有普遍而长期存在的种族歧视，很难说巴基这样的白人在特别招生计划不存在的情况下就会被录取，言外之意，巴基是种族歧视的受益者，并非是无辜的个人。布伦南还强调，优待性措施是用来纠正种族不平衡现象的唯一手段，比如说，如果戴维斯继续实行单一招生标准，那么在医学院中少数族群未能得到充分代表这一格局将永远得不到改变。

鲍威尔和布伦南均认为，优待性措施作为纠正种族歧视现象的唯一补救性措施，是合宪的，差别在与前者认为这种歧视性行为应该实际发生在被优待个人身上，而后者认为只要被优待个人所在的群体遭受过社会歧视即可。实际上，他们之间更为关键性的差别就在于二者对于“肯定性行动”究竟应处在哪一阶段的认识。

鲍威尔并未否认《第十四条修正案》的提出是为了维护黑人的权益，但是“我们自由的时钟不能倒拨到1868年”，“如果现在还在争辩说，对于所有人的平等保护允许某些人受到特别保护，而这些人受到保护的超过其他人，那么这种观点实在是太过时了”。这说明，鲍威尔认为，维权问题不再针对少数族群成员而应面对所有族群成员的新时代已经来临，而“肯定性行动”的“优待”时期应该已经或至少正在成为过去式。布伦南的看法则截然不同，他认为，如果“人人人生而平等”的原则“所给予的承诺开花结果，从而使得所有人不论其种族或肤色如何均能获得平等的机会，而这一状况近期内就将或已经成为现实，那么当然是件好事”。然而，“我们发现直至今日，由官方认可的歧视性行为也并未成为过去”。“在此种背景下，那些有关法律必须是‘色盲’或在公共政策中不再含有种族因素的主张必须被视作一种愿望”。布伦南在对戴维斯申请者情况进行具体分析时指出，自1968年以来申请进入医学院的少数族群学生大部分都出生于布朗

案¹被裁决之前，或者大致相同的时间里，因此这些学生本身就是种族歧视的受害者。毫无疑问，布伦南认为“肯定性行动”正处于“优待”时期，而“平等”时期远未到来。

虽然鲍威尔和布伦南对于“肯定性行动”当前所处阶段的认识上有所不同，但是他们二人均采用了动态的发展观来看待优待性措施的合宪性问题。从他们的观点中，我们可以引申出更为重要的一点，那就是这些优待性措施应该只是权宜之计。因为既然优待性措施是为了纠正以前的种族歧视所造成的负面影响，那么随着时间的推移，这些措施理应随着负面影响的逐渐消除而退出历史舞台。就拿布伦南提到的戴维斯少数族群申请者的情况为例，如果说这些出生于种族隔离时代的申请者在成长过程中不可避免地受到了种族歧视的负面影响，从而需要采取优待性措施对他们进行补偿的话，那么当这些申请者的子女辈乃至孙辈出生之时，随着种族隔离政策的取消以及在“民权运动”推动下的《1964年民权法案》的贯彻实施，种族歧视性行为必然会明显地减少甚至消失，在此种情况下，如果还是继续采用优待性补偿措施，就很难说得过去。当然，到底种族歧视行为会减少到什么程度，到底优待性措施会起到多大的补偿性效果，这需要对全美族群社会经济状况进行详尽而全面地分析，而这种分析并非是鲍威尔和布伦南所能掌控的。不管怎样，我们还是能据此而推断出或早或晚，“肯定性行动”会进入继“维权”和“优待”阶段之后的另一个重要的历史时期，即人人平等的阶段。如果将“肯定性行动”计划狭义地理解为对曾经受到歧视的少数族群进行补偿的话，那么就正如本案中站在布伦南一方的大法官布莱克曼所说，他诚挚地希望不需要“肯定性行动”计划的这一天能够到来，而该行动在事实上成为过去。正如读者在下一部分有关“肯定性行动”的法律性文件的分析中将要看到的，布莱克曼的这一愿望在不到二十年的时间里就开始成为现实。

除上述有关优待性措施实施时机的讨论之外，鲍威尔在法庭意见书中围绕优待本身所做的深刻剖析对我们理解“肯定性行动”极具启发意义。我们先看看有关“谁对谁优待”的问题讨论。加州大学在法庭辩护中指出，最高法院应注重白人“多数群体”对于黑人少数群体的歧视问题。鲍威尔针对这一说法，一针见血地指出，“‘多数群体’和‘少数群体’的概念反映的是临时的安排和政治的判断。白人‘多数群体’本身就是由各种少数群体构成，其中大多数群体都曾在州和私人手中遭受过歧视，这些群体中并非所有群体都能够得到优惠待遇以及按照种族和国籍所做的区分所获得的相应司法上的宽容，因为在当时，仅剩的‘多数群体’是一个新的少数群体，即‘盎格鲁-撒克逊白人新教徒（White Anglo-Saxon Protestant）²’”。

众所周知，美国是一个多族群国家，虽然笔者对鲍威尔所说的“每一群体都必须为克服偏见

¹ 自从联邦最高法院在1896年5月18日的普莱西诉弗格森案（*Plessy v. Ferguson*）中对南部种族隔离法律进行了公开认可，从而确立了“隔离但平等”的原则以来（U.S. Supreme Court, 1896），在长达半个多世纪中，美国南部各州一直在公共教育上实施种族隔离政策，直到1954年11月22日布朗诉托皮卡教育局案（*Brown v. Board of Education of Topeka*），联邦最高法院才对这一原则予以了否定（U.S. Supreme Court, 1954）。

² 著名的美国社会学家米尔顿·M·戈登（Milton M. Gordon）曾指出，“如果在美国生活中，有某种文化能够被视作普及型美国文化，且这种文化能够成为移民及其子女的参照物的话，那么对于我们而言，似乎这种文化最好能够被描述为中产阶级的文化模式，而该阶级的主要成员就是具有盎格鲁-撒克逊族源的白人新教徒（Gordon, 1964: 72）。”戈登所说的“盎格鲁撒克逊白人新教徒”本身就是一个族群复合体（ethnic complex）（Aguirre & Turner, 2001: 44）。这是因为从族源上将，它不仅包括那些最早移民进入美国，并且在数量上占绝大多数的不列颠新教徒族群，即英格兰人、威尔士人、苏格兰人、北爱尔兰人以及苏爱人，还包括其他来自北欧及西北欧的白人新教徒族群，即瑞典人、挪威人、芬兰人、德国人以及荷兰人（ibid, 44-45; Feagin & Feagin, 2003: 60; Marger, 1985: 97-98; Anderson, 1970）。此外，即使是来自英格兰的盎格鲁撒克逊人本身也是一个复合型概念，不仅盎格鲁族群和撒克逊族群都不是英格兰原住民，而且由于历史的原因，早期英格兰的盎格鲁撒克逊人也将凯尔特人（Celts）、挪威人、丹麦人以及法国人包括在内（Anderson, 1970: 14）。因此，虽然众多研究者们用“盎格鲁撒克逊白人新教徒”或“盎格鲁撒克逊”来指代美国这一占有支配性地位的族群，但是该族群的成员应该被放在更为宽泛的意义上，理解为“具有不同族源的白人新教徒（麦格，2007: 125）”，这些新教徒之间重大的族群差异已经被他们所共同信奉的新教教义（Protestantism）以及共同拥有的种族特征【比如，他们均拥有浅色或“白色”皮肤（Aguirre & Turner, 2001: 44）】所“抵消”（Marger, 1985: 98）。

而斗争”的说法持不同意见¹，但是至少我们可以说，将白人统称为“多数群体”这一说法是有问题的。西方学者在研究美国族群问题之时，往往将意大利裔美国人、爱尔兰裔美国人、犹太裔美国人单独作为族群来进行分析（麦格，2007；Sowell，1981）。美国社会学家阿达尔贝托·阿吉雷（Adalberto Aguirre）和乔纳森·特纳（Jonathan H. Turner）则干脆将这三类白人归为一类，称为白人族群，以区别与盎格鲁-撒克逊族群（Aguirre & Turner，2001）。这三个族群有一个共同特征，那就是他们都在大规模进入美国之际，或因宗教问题或因文化问题或因经济地位低下等原因而遭受过严重的偏见和歧视，直至今日，这些族群也未完全融入到美国核心文化之中。麦格（2007：150）就曾将美国的族群大致划分为三个等级，而信奉天主教的白人（诸如爱尔兰裔美国人和意大利裔美国人）和犹太裔美国人仍旧处于中间等级，在盎格鲁-撒克逊美国人之下。

同样，美国的“少数族群”也并非仅仅是非洲裔美国人，还包括西班牙语裔美国人、印第安裔美国人以及亚裔美国人。如果笼统地将这些族群成员划归为应该得到补偿性援助之列，那就是忽略了这些族群间存在的巨大差别。比方说，在巴基案发生前后，亚裔群体在学术成就上就已经远远高过美国白人。据1980年的统计，25岁及以上的人中，完成四年及以上高等教育的亚裔美国人比例高达33.4%，而相比之下，美国白人的这一比例仅为17.3%（Aguirre & Turner，2001：174）。

实际上，在戴维斯尚未实行双轨制招生计划时，其1968年首次招收的50名学生中就有三名亚裔。可见，如果不在这些少数族群之间进行区分，就会有不合理现象出现。此外，这些少数族群也往往可以划分为更小的群体，其中比较典型的的就是西班牙语裔美国人。这一族群主要由墨西哥裔移民、古巴移民以及波多黎各移民组成，其中古巴裔移民大多是自二十世纪五十年代末至六十年代初期，随着菲德尔·卡斯特罗领导的革命蔓延而涌入美国的（麦格，2007：284）。既然主要受到古巴革命负面影响的是那些“富有者、成功人士、掌权人士以及受过教育的人士”，那么这些人就理所当然地成为了移民美国的主流人群（ibid；Portes，1969：506）。另外，大部分古巴移民是白人，在劳动力市场上不曾遭受过墨西哥裔美国人和波多黎各美国人曾经遭受过的种族歧视，因此总体说来，他们在社会经济地位上要远远高于后者（麦格，2007：291-292）。

事实上，就连我们普遍公认曾饱受种族歧视之苦的非洲裔美国人群体中也存在着巨大的差别。在巴基案发生前后，曾有西方学者在研究黑白人之间社会经济地位差异之时，注意到那些受过良好教育的“黑人精英”在“民权运动”开始之后的若干年里，在经济地位上的改变要明显高于其他黑人（Freeman，1973；Villemez & Wiswell，1978）。而且，近期有学者证明，黑人的贫富差距仍呈继续扩大的趋势（Aguirre & Turner，2001：91）。托马斯·索威尔（Thomas Sowell）认为，就是在奴隶制度下，由于所从事的职业、家庭获取自由的时间以及含有白人血统的多寡的不同，美国的黑人之间也存在着差别（Sowell，1981：194²）。比方说，1850年第七次人口普查数据表明，在219,421名20岁及以上年龄的自由有色人中（U. S. Census，1854：151 Table CLIV），文盲人数仅为90,522名（ibid：145 Table CXLIX），也就是说，这些人中约58.7%已经不属于文盲的范围，而当时的绝大多数的奴隶仍旧处于文盲状态。直到1900年，在10岁及以上年龄的全美黑人中，非文盲率才达到约55.5%（U. S. Census Bureau，1975：382 Series H664-668），刚刚达到半个世纪之前自由有色人的水平。总体说来，相对于奴隶，那些享有自由的有色人早很多年就融入了美国社会，有的甚至早好几代，而正由于他们的高起点也使得其子孙后代在诸多领域内仍旧是黑人中的佼佼者（Sowell，1981：195-196）。

由此可见，尽管整个二十世纪，美国族群研究领域最关注黑人和白人的关系（麦格，2007：

¹ 笔者认为，首批大规模在美国大陆殖民的英格兰移民因其文化和数量上所占的绝对优势（Anderson，1970：16 & 28），并未显著受到来自其他族群的歧视。

² 笔者在阐述索威尔的观点之时，部分参阅了沈宗美在“Ethnic America”一书中译版《美国种族简史》中的翻译，该书由南京大学出版社于1993年出版。



228), 但我们绝不能简单地将美国如此复杂的族群构成简化为“多数群体”和“少数群体”。很明显, 戴维斯的特别招生计划就是未考虑族群的复杂化, 而是按照“两个阶级理论(U.S. Supreme Court, 1978)”施行“一刀切”式的种族优惠措施, 从而最终招致优惠政策的施予者群体成员的极度不满。

前文说过, 鲍威尔认为, 直接为补偿性目的所设立的优待性措施可能是合宪的, 即使有可能伤害到其他无辜的个人, 但是这种情形必须在特定的条件下才能够出现。从根本上而言, 鲍威尔对“群体对群体”的优待形式明显持反对态度。在法庭意见书中, 鲍威尔指出, “平等保护条款”所确立的权利是被保证给予个人的, 而“确立的权利是个人权利”。“平等保护的保障并不意味着当它适用于某人时, 意味着‘此’, 而当它适用于另一其他肤色的人时, 就意味着‘彼’。如果二者没有获得同样的保护, 那么它就是不平等的”。此外, 鲍威尔更是两次强调, “从本质上而言, 仅仅出于祖上的原因而在公民之间进行区分, 这是令人厌恶的”。由此可以推断, 既然宪法保护的是每个公民的个人权利, 那么这种“群体对群体”的优待性措施就会“将无辜的个人强行推到”巴基的位置上, “让其承受为纠正并非由其造成的伤害而施加的压力”, 因而是“不公正的”。这种不公正现象在巴基案中尤为突出, 从表二中我们已经看到, 戴维斯宁愿选择医学院入学考试成绩(MCAT)低至二十几分甚至十几分的少数族群申请者, 也不去选择各科成绩均比他们高出数倍的白人巴基。难怪鲍威尔对此感到不平, 因为“既算是将克服‘处于弱势地位的’因素考虑在内的话”, “通过特别计划录取的学生的基准分数还是远低于众多被普通招生计划所拒绝接受的学生, 其中也包括巴基”。

按照鲍威尔的观点, 实施“群体对群体”优待性措施不但会不可避免地招致优惠施予者群体成员的不满, 而且对于优惠接受者群体成员而言, 也未必是件好事。第一、优待性措施可能会要求某些个人“承受那些比不被许可时多得多的压力, 以加强他们所属族群的社会地位”。在本案中, 虽说布伦南坚持说, 那些通过特别招生计划进入戴维斯学习的申请者“具有充分的资格学医”, 但是这些在医学院入学考试中只取得低至二三分的数学和科学成绩, 甚至综合成绩只为十几分的少数族群学生, 未来在医学院里进修的学术前景着实令人堪忧。第二、优待性措施可能“只会增强公众对他们的刻板印象, 即这些特定的群体如果没有得到某一因素的特别保护, 那么他们就不会取得成功”。就本案而言, 既然特别计划录取者的各门平均分数要远低于普通计划录取者, 那么戴维斯的师生们就很可能产生一种偏见和歧视, 认为这些特别计划录取者普遍具有较低的学习能力。更为重要的是, 这些源自特别计划录取者的刻板印象可能会扩展到所有被录取的少数族群成员身上, 包括那些通过普通招生计划录取的少数族群成员。

布伦南对鲍威尔的上述观点不以为然, 在他看来, 一旦这些特别计划申请者被录取, 他们就“必须达到和那些通过普通计划录取的学生同样的学术标准, 他们将坐在同样的班级里由同样的教员授课, 同时, 他们的表现也将按照与那些正常录取的学生同样的标准来进行评估”。在这些情况下, “他们的表现和学位必然会被看成和那些与他们同样竞争的正常录取的学生一样”。因此, 特别计划会“污名化”少数族群成员这一说法并不成立。诚然, 这些特别计划录取者在进入戴维斯之后, 必须和普通计划录取者一样, 经历艰辛的过程才能最终取得学位。然而, 这里有三个问题值得我们思考。首先, 相对于普通计划录取者而言, 这些基础知识极不牢固的特别计划录取者在学业上所将遇到的困难和压力必定要高出许多。其次, 研究已经表明, 通过“肯定性行动”计划录取的大学生和通过正常途径录取的其他学生相比, 无论在学业成绩上还是毕业率上都要低一些(Rose, 2005)。再次, 因“肯定性行动”计划而导致的负面刻板印象已经得到证实。比如说, 耶鲁大学法学院黑人教授史蒂芬·L·卡特(Stephan L. Carter)就曾撰文指出, 虽然自己当年是通过正常渠道进入高等院校学习并获得学位的, 但是在漫长的生涯中, 其专业能力曾多次遭到质疑, 总是有人这样问他: “您是由于某种特别计划进入法学院或者受雇的吗?”卡特指出, 同他一样长期受到类似困扰的黑人专家绝不在少数(Carter, 1991: 11-12)。



从上面的分析中我们看到，如果“群体对群体”的种族优惠政策没有经过仔细忖度，那么无论是对于优待者还是被优待者而言，都可能会带来伤害。这也不是说就应该完全取消优待性措施，更何况鲍威尔在最终裁决中已经明确表态，在高校招生之时，可以将种族因素考虑在内。乍看上去，鲍威尔的裁决似乎是自相矛盾的。此案的最终裁决公开之后，在民众中也引起了不同的反响。

《纽约时报 (New York Times)》以“谁胜利了？”为题，明确指出此案的胜利者为巴基而失败者为戴维斯 (Anonymous, 1978: 24)，而在另一篇报道中却说，在个别黑人领袖对裁决感到失望之时，大多数黑人领袖都认为该裁决标志着“肯定性行动”获胜 (Greenhouse, 1979: A1 & A23)。当然，联邦最高法律诠释机构不可能做出相互矛盾的裁决，如果非要用谁胜谁负来评判，笔者倒认为，可以说是非灵活性的“肯定性行动”计划的失败。

从司法角度而言，鲍威尔认为在大学招生过程中可以考虑种族因素，是因为加州大学有实现校园多元化的权利，而这种权利是联邦宪法的学术自由条款所规定的。实质上，按照鲍威尔的想法，在补偿性优待措施非用不可的情况下，应该采用一种经过“精确裁剪 (precisely tailored)”的方式，这种方式最好“既能反映出‘平等保护条款’的普遍适用性原则，也能反应出美国的种族、族群和文化的多元化”。鲍威尔选中的就是被媒体称之为“灵活性模式 (Knight, 1978: A23)”的哈佛大学招生计划。

虽然哈佛大学和戴维斯在招生过程中，都将种族因素考虑在内，但是二者的招生计划还是存在着本质性的差别。

首先，被考虑种族因素的申请者情况不同。由于戴维斯并未为特别招生计划申请者设置最低初选标准，因而出现了大批各科分数极低的少数族群申请者进入该计划，而那些成绩比他们高出若干倍的白人申请者反而被淘汰的现象。然而，对于哈佛大学招生委员会而言，只有那些“能够通过其考试分数，高中成绩单以及老师的推荐信能证明他们具有完成哈佛大学学业”能力的申请者，亦即那些“合格的”及“可被录取的”申请者，其种族因素才有被考虑的可能性。他们在学业成就上与那些遭到淘汰的申请者相比，至少是不相上下的。

其次，种族因素被予以考虑的轻重程度不同。虽说戴维斯也在申请表上询问申请人，是否“在经济上/或教育上处于弱势地位”，但是事实证明，在众多处于弱势地位且向特别计划递交了申请的白人中，从未有人通过该计划得以录取。因此，毫无疑问的是，戴维斯将种族因素作为唯一的考虑因素。哈佛大学出于校园多元化的考虑，也将种族因素考虑在内，但具体的操作方式却颇为不同。当哈佛招生委员会审查资格相似的申请者资料时，某申请者的种族“可以起到使衡量的天平倾斜到他这一边的作用”。然而，其他申请者的某些其它因素“诸如申请者来自哪一地区或申请者拥有在某农场的生命经历等，均可以使得衡量的天平倒向申请者，而这些因素所起的作用和种族因素所起的作用相比没有什么区别”。这是因为“一名来自爱达荷州的农场青少年能够给哈佛大学带来一名波士顿人无法带来的新事物，而类似地，一名黑人学生也通常能够带来一名白人学生无法带来的新事物”。可见，哈佛大学既不认为种族因素是唯一的，也不认为种族因素的权重大于其它因素。

再次，种族因素被予以考虑的方式不同。戴维斯采用的是生硬的带有目标配额性质的特别招生计划，而哈佛大学采用的是“微妙”、“复杂”且“灵活”的招生计划。哈佛大学招生委员会虽然意识到“必须对数量予以一定程度的关注”，但是从未在“某一年为那些黑人、音乐家、足球运动员、物理学家或加利福尼亚人设立目标配额”，而是在数千名不仅学术上合格，而且还“拥有其它强烈特征的申请者中进行选择的时候”，“本着若干标准，注意在众多学生类型和类别中进行分配”。举例说来，“在仅剩数个名额的情况下，招生委员会可能会发现其不得不在两名申请者之间进行选择。申请者 A 是一名成功的黑人医生的孩子，从小生活在一个学术氛围浓厚的社区，将来有望获取卓越的学术成就，而申请者黑人 B 的父母亲都是半文盲，从小在市中心贫民窟长大，其学业成就比 A 低一些，但是却拥有已经证实的旺盛的精力和领导才能，同时还显然对



黑人权力具有长期的兴趣。在这种情况下，如果在已被录取的学生中，有相当数量的黑人学生像 A，而很少有学生像 B，那么委员会可能就优先录取 B，反之亦然。如果一名白人学生 C 也在竞争这数个名额的话，那么这名学生所拥有的卓越的艺术天分就有可能作为其独一无二的特征使其具有比 A 和 B 更大的优势。因此，至关重要的标准往往是个人的特征或经历，而不是依据其种族，虽然有时候与种族因素不无相关”。可见，正如鲍威尔所说，由于某名申请者的族裔背景而获得“加分”，而使得另一名申请者在竞争中失败，并不仅仅是肤色问题，而是意味着后者的综合条件并未超过前者。此外，还有非常重要的一点，那就是相对于戴维斯“群体对群体”优待性政策而言，哈佛大学明显注重的是，“将每名申请者均作为一名个体来对待”，亦即在个体之间进行权衡。这可以说就是鲍威尔所认为的，哈佛大学的招生计划符合联邦宪法人人平等原则的关键所在。

巴基案看成联邦最高法院有关“反向歧视 (reverse discrimination)”案件的经典之作，其最终做出的“部分确认部分推翻”的裁决不但为史上罕见，更是处处体现出大法官们在对联邦宪法进行周密细致的诠释之时逻辑严密的专业水平。该案也被称为是鲍威尔的“传世之作” (邱小平, 2005: 359)，能够在具有优待性的“肯定性行动”计划盛行之际，尖锐地对此种计划的合理性提出质疑，确实需要远见卓识。不论是按照鲍威尔的观点，即不到万不得已，根本就不应采用优待性计划，还是按照布伦南的观点，即优待性计划是改变长期造成的种族歧视的唯一方法，我们都能够从中推断出一点，即具有优待性质的“肯定性行动”计划必将是临时性措施，而不可能千年万代延续下去。我们更能够引申出一点，即“肯定性行动”必将走出优待时期，步入真正意义上的各族群成员的平等时期。此外，联邦高法的最终裁决等于是在高教领域内确立了一项原则，即在不得不采用具有种族因素的“肯定性行动”计划时，必须要采用灵活机动办法，而非机械的目标配额制度。

在巴基案之后，各州仍在继续实施形式各异的优待性“肯定性行动”计划，而白人民众的反对之声也同样不绝于耳，更多类似巴基案的“反向歧视”案件上诉到最高法院。从司法角度上，高法的大法官们对“种族的区别分类究竟应采纳何种审查标准”这一问题仍争论不休，大法官们分为两派，以鲍威尔为首的一批法官们倾向于使用“严格审查”标准，而以布伦南为首的另一批法官们则倾向于使用“中等审查”标准。由于在不同案件中适用不同的审查标准，高法对各案所涉“肯定性行动”计划是否合宪或合法所做出的终裁也截然不同。然而，这些莫衷一是的裁决并未阻挡住具有优待性质的“肯定性行动”计划走向终结的脚步，而这一点早已在巴基案中就得到了预示。下面，笔者选取了“肯定性行动”尚处在“优待时期”而发生的另外五个典型案例进行分析。

2. 案例二

案例名称：1979 年美国联合钢铁工人联合会 (United Steelworkers of America) 诉布莱恩 F 韦伯等 (Brian F. Weber et al.) 案¹

案情介绍：巴基案发生后不久，联邦最高法院就受理了一起针对雇用领域的“肯定性行动”计划而提起的“反向歧视”案件。该案起源于 1974 年美国钢铁工人联合会与凯撒铝制品及化工品公司 (Kaiser Aluminum Chemical Corporation) 达成的一项集体谈判协议。按照该协议规定，凯撒下属各工厂将不再对外直接招聘受过训练的技术工人，而是自身设立培训计划，将各分厂内的部分生产工人培训成技术工人。为解决凯撒各工厂在 1974 年之前普遍存在的种族不平衡问题，该协议中加订了一项“肯定性行动”计划，即规定各厂应在其技术培训计划中留出 50% 的名额给黑人生产工人，直到该厂的技术工人中黑人技工所占比例与当地的总劳动力中的黑人劳力所占比例相当。在该计划实施的第一年，路易斯安那州的格拉姆斯工厂 (凯撒分厂) 共挑选了十三名生产工

¹ 韦伯案的案例简要介绍部分和简要分析部分除特别注明出处以外，全部来自于 U.S. Supreme Court, 1979。



人进入厂内培训计划。由于入选的七名黑人在资历上均低于落选的数名白人工人，这些落选白人之一的韦伯随即就代表落选白人向路易斯安那州东区地区法院（United States District Court for the Eastern District of Louisiana）提起集体诉讼（class action），称培训计划构成了“反向歧视”，违背了《1964年民权法案》第七编第703（a）和（d）¹款，地区法院对韦伯的诉讼予以了支持。其后第五巡回法庭上诉法庭（Court of Appeals of the Fifth Circuit）更是裁定说，所有基于种族的雇用优先均违背了第七编之规定。美国钢铁工人联合会不服裁决，最终上诉到联邦最高法院，高法以五比二²通过了曾在巴基案中与鲍威尔持反对性意见的大法官布伦南撰写的法庭决议，推翻了下级法院的裁决。

案例分析：从司法上而言，以布伦南为首的多数法官认为，第七编并未禁止私人雇主和工会自愿采取种族优先措施来消除过去的种族歧视所造成的负面后果，毕竟，凯撒工厂存在着明显的种族不平衡现象³。实际上，布伦南不惜花费大量篇幅来重述第七编的立法史，并强调黑人过去所处的悲惨境地，都是为了其最后下的结语做铺垫。布伦南在结语部分指出，凯撒的“肯定性行动”计划并未“毫无必要地”阻碍白人雇员的利益，更何况该计划只不过是一项为消除种族的失衡而采取的“临时性措施”。可见，布伦南在本案中的看法和其在巴基案中所持的观点并未有所差别，还是坚持认为具有优待性质的“肯定性行动”计划即使是临时性的，也还远远未到需要结束的一天。

3. 案例三

案例名称：1980年H·厄尔·弗里拉夫（H. Earl Fullilove）等诉合众国商务部部长菲利普·M·克鲁茨尼克（Philip M. Klutznick）⁴等案。

案情介绍：1977年5月，国会颁布《公共工程雇用法案（Public Works Employment Act）》，授权商务部将联邦政府追加的40亿美元的拨款分配给各州和地方政府，以备公共工程项目使用。该法案第103（f）节第（2）款——“少数民族商业企业（minority business enterprise）条款”（以下简称MBE条款）——的规定，任何本地的公共工程项目申请者必须向商务部部长承诺，将其所得之每笔联邦拨款的10%用于购买少数民族商业企业所提供的服务或设备。少数民族商业企业指的是那些少数民族成员控制至少50%所有权的私人商企，或者是那些少数民族成员拥有至少51%股份的上市公司（publicly-owned business），少数民族成员指的是黑人、西班牙语裔美国人、东方人、印第安人、爱斯基摩人及阿留申人。同年年底，弗里拉夫等数名建筑承包商和分包商向纽约州南区地区法庭（District Court for the Southern District of New York）提起诉讼，声称MBE条款违背了“平等保护条款”以及《第五修正案》的正当程序条款（Due Process Clause）中的平等保护内容⁵，要求法庭下令禁止MBE条款的执行。地方法院裁决，作为一项对建筑行业歧视现象的补救措施，MBE规定是合宪的，也并不与先前《民权法案》相冲突（U.S. District Court, S.D. New York, 1977）。地方法庭裁定，作为一项在建筑行业歧视性行为的补救措施，MBE条款是合宪的，而且也完全符合先前各《民权法案》的要求。地方法院的裁决得到了第二巡回法庭上诉法庭（Court of Appeals for the Second Circuit）的确认。弗里拉夫等最终上诉到联邦最高法院，后者的大法官们以六比三确认了下级法院的裁决，判定MBE规定合宪。

¹ 《1964年民权法案》第七编第703（d）款规定，“如果控制学徒训练或其它培训或再培训（包括工作中的培训项目）的任一雇主、劳工组织、或联合劳资委员会，因任一个人的种族、肤色、宗教信仰、性别或族裔背景而在为提供学徒训练或其它培训而设立的任何项目的录取或雇用过程中，对此人实施歧视，那么此种雇用实践为非法”（U.S. Congress, 1964）。

² 大法官鲍威尔和史蒂文思没有参与此案的讨论（U.S. Supreme Court, 1979）。

³ 比方说，凯撒一分厂的黑人技工在该厂所有技工中的比例仅为1.83%，而当时在该厂所在地区，黑人劳动力已经占总劳动力的约39%（U.S. Supreme Court, 1979）。

⁴ 弗里拉夫案的案例简要介绍部分和简要分析部分除特别注明出处以外，全部来自于U.S. Supreme Court, 1980。

⁵ 《第五条修正案》规定“非经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产”（吴新平编译，1993：21）。



案例分析：弗里拉夫案是联邦最高法院受理的第一例针对政府合同承包领域的“肯定性行动”计划而提起的“反向歧视”案件，矛头直指国家的最高立法机构——国会。法律专家邱小平博士认为，由于在该案中，高法明确地支持“国会以注重种族的方式，消除过去的种族歧视及现存影响”，因此该案被普遍视为“肯定性行动”的重要发展（邱小平，2005：382）。然而，大法官伯格所撰写的法庭意见书在得到大多数法官认可的同时，竟然也获得了对带有硬性配额性质的“肯定性行动”计划持明显反对态度的鲍威尔的支持，这不得不引人思索。从各位大法官的法庭意见书中，我们可以看出，长期以来，无论是国会还是联邦政府都曾数度采用反歧视立法及各种行政手段，试图减少在联邦资助的项目领域内存在的种族不平衡现象。然而，事实已经证明，这些方案均收效甚微。比方说，直到1976年财政年度，虽然少数民族人口已经占全国人口的15-18%，但是少数民族商业企业在所有获得联邦资助的项目中所占比例不到1%。因此，国会出台MBE规定，实在是不得已而为之的做法。更何况，该“肯定性行动”计划还具有三大特征：其一、10%的保留条款因豁免权的规定而具有相当的灵活性。比方说，当某少数民族商业企业为其提供的服务或产品索要不合理的高价时，经过严格查实，在没有其它合格少数民族企业可供选择的情况下，联邦拨款的接受者就可以申请豁免权。这项规定同哈佛大学对于入学申请者的规定有些类似，即“肯定性行动”计划的受益者必须满足一定的要求。此外，地方上还可以根据当地合格的少数民族承包商的数目以及少数民族人数的多寡来申请豁免权。其二、相对于当时建筑行业极为突出的种族不平衡现象而言，保留条款所设之10%的比例是合理的，而且对非少数民族企业的伤害也并不大。比方说，在七十年代初期，建筑行业中少数民族商业企业的总数约为4%，而被保留给这些企业的4亿美金（40亿美金中的10%）只相当于联邦在建筑行业年花费（约1,700亿美金）的不到0.25%，也就是说，由约96%的非少数民族商业企业来竞争剩下的99.75%的资金，并不能算是极大的不公（U. S. Court of Appeals, Second Circuit, 1978）。其三、最为重要的是，MBE条款的规定是临时性的，只要公共工程项目一结束，该规定的效力也就终止。可见，该项补偿性措施不可能在因种族歧视而导致的负面后果已将消除之后，仍旧持续下去。总之，从以上分析中可以看出，如果简单地将此案视为联邦最高法院对“肯定性行动”计划的支持，就等于忽略了此案所具备的种种特征。从本质上讲，此案不与巴基案所揭示的各项原则相悖。

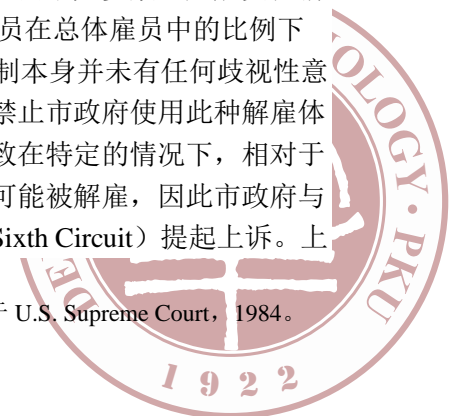
4. 案例四

案例名称：1984年第1784号消防员地方协会（Firefighters Local Union No. 1784）诉卡尔·W·斯托茨等（Carl W. Stotts et al.）案¹。

案情介绍：1977年，田纳西州孟菲斯市（Memphis）消防部的消防队长黑人斯托茨等向田纳西州西区地区法院（District Court for the Western District of Tennessee）提起集体诉讼，状告孟菲斯市在雇用和晋升政策上实施种族歧视，从而违背了《1964年民权法》第七编等有关平等权利的法律。经过三年的调查和协商，1980年4月，双方在地区法院签署“同意判决书（consent decree）”。在判决书中，市政府承诺将启动“肯定性行动”计划，增加特定数量的黑人受雇和晋升比例（U. S. Court of Appeals, Sixth Circuit, 1982）。1981年5月，孟菲斯市由于预算赤字而被迫削减部分政府雇员，裁减程序拟按照“后雇者先解雇”的年功序列制进行。然而，由于大多数黑人雇员在消防部所呆年限很短²，按照年功序列制进行的裁员很可能会致使黑人雇员在总体雇员中的比例下降。5月18日，地区法院在斯托茨等人的要求下裁定，虽然年功序列制本身并未有任何歧视性意图，但是却可能会造成种族歧视性后果，因而不能被视为善意的，并禁止市政府使用此种解雇体系。随后，地区法院同意修正裁员计划。然而，由于新计划可能会导致在特定的情况下，相对于资历更低的少数民族雇员而言，资历更高的非少数民族雇员反而更有可能被解雇，因此市政府与消防员地方联合会向第六巡回法庭上诉法院（Court of Appeals for the Sixth Circuit）提起上诉。上

¹ 斯托茨案的案例简要介绍部分和简要分析部分除特别注明出处以外，全部来自于 U.S. Supreme Court, 1984。

² 自从1974年以来，消防部新雇用的雇员中黑人所占比例为56%。



诉法院认为，虽然地区法院做出的“年功序列制并非善意”这一裁决有误，但是仍判定经过修改的裁员计划有效。该案最终到达联邦最高法院，高法以六比三通过了大法官怀特撰写的裁定，推翻了下级法院的裁决。

5. 案例五

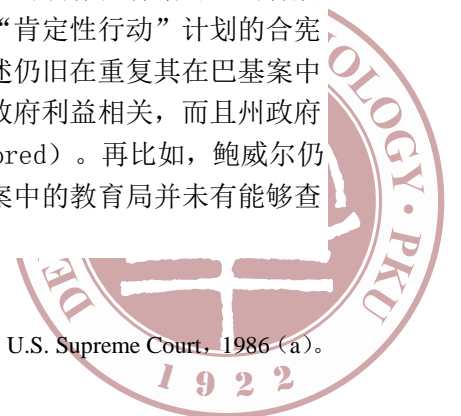
案例名称：1986年温迪·维根特等（Wendy Wygant, et al.）诉杰克逊教育局（Jackson Board of Education, etc., et al.）案¹。

案情介绍：1972年，密歇根州杰克逊教育局为缓解由社区引发，而后扩展到各学校的种族矛盾，在与杰克逊教育协会（Jackson Education Association）签署的集体谈判协议中加入了一项规定（以下简称“第十二款”），即一旦教育局需要裁减教师，就必须保证，在“被裁少数族群教师在所有被裁教师中所占之比例绝不高于实行裁员时少数族群教师在所有教师中所占比例”这一前提下，才能够保留资历最深的教师。1974年，教育局开始裁员。若按照第十二款的规定，就会导致具有终身教职资格的非少数族群教师被解聘，而尚在试用期内的少数族群教师反而被保留的现象。因此，教育局并未按照第十二款的规定行事，而是裁减了尚在试用期内的少数族群教师。

于是，教育协会会同两名被解聘的少数族群教师向地区法庭提起诉讼，状告教育局违反第十二款的约定，并违背了“平等保护条款”以及《1964年民权法》第七编。教育局则辩称，其从未有过种族歧视行为，而且第十二款的规定与《密歇根州教师终身任职法》（Michigan Teacher Tenure Act）相冲突。地区法院认为本案上诉方关于“教育局从前有歧视性雇用行为”的宣称证据不足，并以权力有限为由，驳回了诉讼。本案上诉方上诉至密歇根州州立法院，法院认为，教育局的确违背了第十二款的规定，而且此项规定并未与《密歇根州教师终身任职法》产生矛盾。此外，州立法院否认第十二款的规定违背了第七编，理由是，虽无证据表明教育局先前在雇用中存在种族歧视现象，但是教师中少数族群成员较少这一事实是因社会种族歧视造成的，为了纠正此种歧视带来的负面后果，既算是第十二款构成了对非少数族群成员的歧视，也是可以允许的。州立法院宣判之后，教育局遵从第十二款的规定，在1976到1977年和1981到1982年这两个学年里，陆续裁掉部分资深的非少数族群教师，而保留了那些资历较浅的少数族群教师。于是，以维根特为首的一批被裁非少数族群教师向联邦地区法院提起诉讼，指控教育局的行为违反了“平等保护条款”和第七编等法律。地区法院驳回诉讼，理由是种族优先措施不必要基于经证实的先前歧视性行为，此种措施以纠正社会歧视为目的，是为“平等保护条款”所允许的。这种优先性措施也可以为少数族群学生树立“行为榜样”，而且第十二款合宪。第六巡回法庭上诉法庭确认了地区法院的判决。本案上诉方最终上诉到最高法院，最高法院以五比四通过了大法官鲍威尔撰写的裁定，推翻了下级法院的裁决。

斯托茨案和维根特案分析：联邦最高法院有关斯托茨案和维根特案的裁决虽看上去有些相似，但二者案情不同导致大法官们争论的焦点相差甚远。在斯托茨案中，大法官们主要围绕着年功序列制和“肯定性行动”计划的权限问题进行讨论，而讨论结果就是，非少数族群成员在裁员问题上的年功序列权要优先于为雇用和晋升而设立的“肯定性行动”计划。这些法官们并未质疑过本案中的优待性计划本身，大概是由于孟菲斯市过去在雇用和晋升问题上的确存在有据可查的种族歧视性行为。在维根特案中，大法官们直接针对为裁员问题而设立的“肯定性行动”计划的合宪性与合法性问题展开辩论。实际上，鲍威尔在法庭意见书中所做的陈述仍旧在重复其在巴基案中的种种主张。比方说，鲍威尔指出，任何种族的区别分类都必须与州政府利益相关，而且州政府在不得已的情况下使用此种分类时，必须要精细裁剪（narrowly tailored）。再比如，鲍威尔仍坚持，社会歧视本身不能单独构成种族区别分类的充分理由，既然本案中的教育局并未有能够查实的歧视性行为历史，那么所签订的第十二款也就是不合宪的。

¹ 维根特案的案例简要介绍部分和简要分析部分除特别注明出处以外，全部来自于 U.S. Supreme Court, 1986 (a)。



笔者之所以将两案放置在一起进行讨论，是因为二者尚存一项重要的共同之处，即两案中的“肯定性行动”计划均与裁员问题有关。在维根特案中，鲍威尔强烈地反对将具有优待性质的“肯定性行动”计划用于裁员问题上。他指出，“虽然雇用目标可能给某些无辜者造成负担，但是这种负担无法和解雇目标造成的伤害相提并论”，也就是说，“失去现有的工作要比被拒绝未来的工作机会造成的伤害”要大得多。可见，鲍威尔认为，优待性计划对优待施予者带来的负面影响必须是适度且有限的。然而，由裁员问题引发的思考还远不止于此。从巴基案到弗里拉夫案，我们所看到的“肯定性行动”计划都或是就入学问题，或是就雇用或晋升问题而设定的，就连斯托茨案也并不例外。这些计划的最终目的，可以说是想通过补偿性手段，使得少数民族成员和非少数民族成员获得平等的受教育或受雇用的机会，从而对其在社会经济地位的提升上有所帮助。在斯托茨案中，虽说孟菲斯市曾经实施过种族歧视性行为，但是在此案发生前一年，该市就已经在雇用和晋升问题上做了相当大的努力。比方说，消防部在1980年的“同意判决书”中承诺，确保在每一工作分类中将20%的晋升比例留给黑人雇员，也将每年50%的工作空缺给予合格的黑人求职者，本案中并未发现消防部未履行承诺。更何况，在此判决书签订之前，黑人雇员在消防部所有雇员中所占的比例已经从1974年的3%到4%上升到1980年的11.5%。由此可以推断，在消防部被迫裁减政府雇员之时，少数民族成员和非少数民族成员在雇用和晋升机会上的差别已经不是很大。在维根特案中，教育局未曾有过明显的种族歧视性行为。至于少数民族成员教师在所有教师中所占比例较少的问题，很难说就一定与种族歧视有直接的关系。毕竟，教师职业不同于技术工人等职业，校方在雇用教师的过程中，往往不但要考虑求职者个人的受教育状况（受教育程度可能会受到过去的种族隔离或歧视的负面影响），还要结合个人修养、是否适合教职等其它方面的内容来进行综合评审。既然少数民族教师和非少数民族教师都已经在教育系统里谋得了职位，也就是说，他们已经获得了平等的机会。总之，在两个案件发生之时，少数民族成员和非少数民族成员均基本上获得了平等的机会，在此种情况下，如果再依仗剥夺无辜非少数民族成员的权益来维系硬性的比例，那就纯属是为了平等而平等，或者可以说是不考虑前因后果的情况下，追求硬性平等，导致有失公允。

6. 案例六

案例名称：1986年钣金工国际协会第28号分会（Local 28 of Sheet Metal Workers' International Association）和联合学徒委员会第28号分会（Local 28 Joint Apprenticeship Committee）诉平等雇用机会委员会（Equal Employment Opportunity Commission）等案¹。

案情介绍：本案案情十分复杂，上诉方有二：（1）、钣金工国际协会第28号分会（以下简称“钣金工工会”），代表纽约市中心地区承包商雇用的钣金工；（2）、联合学徒委员会第28号分会（以下简称“学徒委员会”），作为劳工管理委员会，负责运行为期四年的钣金工学徒培训项目。通常说来，进入学徒培训计划的学员，在成功地完成课堂与实践相结合的课程之后，往往可以成为钣金工工会的熟练工会会员，而实际上，参加学徒培训计划已成为钣金工工会会员的唯一渠道（Supreme Court of New York County, New York, 1964）。1964年，纽约州人权委员会（New York State Commission for Human Rights）发现，钣金工工会既未接受过黑人会员²，学徒委员会也从未让黑人参加过学徒培训，而培训课程本身也为非白人申请者设置了难以逾越的障碍³。人权委员会向纽约州纽约县最高法院（Supreme Court of New York County, New York）提起诉讼，法院很快下令，本案上诉方在选择学徒培训课程申请者之时，必须遵循客观性标准。1965年，本

¹ 钣金工案的案例简要介绍部分和简要分析部分除特别注明出处以外，全部来自于 U.S. Supreme Court, 1986 (b)。

² 当时的钣金工工会由 3,300 名成员和 430 名学徒工组成，却未有一名黑人成员（Supreme Court of New York County, New York, 1964）。

³ 绝大多数参与学徒培训课程的学员都与钣金工工会成员有某种关系（Supreme Court of New York County, New York, 1964）。



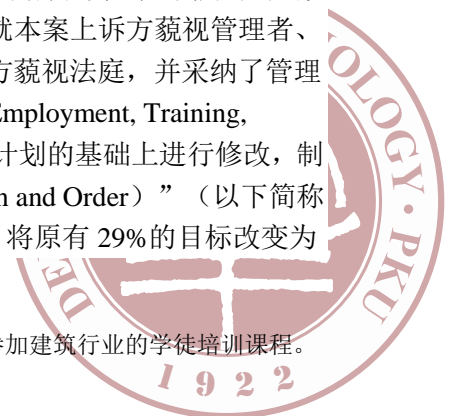
案上诉方原本同意，在随后两期学徒培训班中，依照非歧视性原则来选择学员。然而，在培训班刚开办一期之后，本案上诉方即要求人权委员会重新向纽约县高法申请下达法庭指令，否则将拒绝开办第二期培训班。无奈之下，人权委员会只得提起诉讼。7月26日，纽约县高法下令本案被告方继续开班，同时驳回了其提出的减少下期培训班学员名额的要求。上诉方不服判决，要求县高法复审，9月24日，县高法驳回了复审要求（Supreme Court of New York County, New York, 1965 (a) & 1965 (b)）。1967年，在第三期学徒培训班的录取过程中，本案上诉方提出，由于受到“不公正的辅导¹”，非白人申请者在录取考试中取得了“不合常理的”好成绩，并以此为由拒绝将考试成绩作为该期培训班的录取条件。人权委员会再次向纽约县高法提起诉讼。2月8日，县高法裁定本案上诉方败诉（Supreme Court of New York County, New York, 1967）。

进入七十年代之后，虽经纽约市官方数次干预，但是本案上诉方的种族歧视性行为并未有所收敛。平等雇用委员会和纽约市向美国地区法庭纽约南区法院（United States District Court, S.D. New York）提起诉讼，1975年7月18日，南区法院认定，本案上诉方在招募、选择、培训以及接受为工会成员的过程中，对非白人实施种族歧视，从而违背了《1964年民权法案》第七编和纽约州相关法律。更为关键的是，鉴于本案上诉方屡次妨碍或故意拖延州法庭和联邦法庭曾下达的指令，南区法院决定采用非白人优先的措施来纠正种族歧视现象。根据非白人劳动力在纽约市总劳动力中所占的比例，法院要求本案上诉方务必在1981年7月1日之前，使得非白人会员和学徒工总数占到钣金工工会会员和学徒工总数的29%。此外，法庭还指令一名管理者来负责监管该项目计划的完成（U.S. District Court, S.D. New York, 1975）。

之后不久，管理者草拟了一份详细的“肯定性行动”计划，内容除了为本案上诉方设定年目标（最终目标位29%）之外，还包括每年至少提供一次非歧视性熟练工考试和学徒工录取考试，按照白人与非白人的比例来选取工会成员和学徒工，保留考试申请者或工会成员记录等要求。本案上诉方不服，上诉到第二巡回法庭上诉法院（Court of Appeals for the Second Circuit），法院认为，既然本案上诉方“持续性且异乎寻常地”违背第七编之规定，那么作为临时性纠正措施的29%的目标的使用，就是适当的，从而对南区法院的裁决予以确认。不过，上诉法院下令地区法院对“肯定性行动”计划进行适当修改，仍将考试成绩，而不是白人与非白人的比例，作为学徒培训课程录取标准的（U. S. Court of Appeals, Second Circuit, 1976）。地区法院随后制定了“肯定性行动计划与指令修改案（Revised Affirmative Action Program and Order）”（以下简称“RAAPO计划”），将完成29%目标的时间延展一年，并专门设立了临时性目标以便及时调整。然而，本案上诉方再次就RAAPO计划向第二巡回法庭上诉法院提起诉讼，1977年10月18日，上诉被驳回（U. S. Court of Appeals, Second Circuit, 1977）。

1982年4月，纽约市和纽约州向南区法院提起诉讼，状告本案上诉方屡次严重违反法庭指令、RAAPO计划以及管理者命令，以至于未能达到29%的目标要求。南区法院对过去六年的“肯定性行动”计划的运行情况经审查之后发现，几乎从RAAPO计划运行伊始，本案上诉方就从未遵从过，而且还采用了种种手段拒绝非白人加入钣金工工会。于是，南区法院判处本案上诉方藐视法庭罪，并要求其拿出15万美元作为专项基金，以增加钣金工工会和学徒培训课程中的非白人人数量（U.S. District Court, S.D. New York, 1982）。1983年，纽约市再次就本案上诉方藐视管理者、违反法庭裁决和RAAPO计划等行为上告，南区法院再次裁决本案上诉方藐视法庭，并采纳了管理者为专项基金的使用而专门草拟的“雇用、培训、教育和招募基金（Employment, Training, Education, and Recruitment Fund）”计划。此外，南区法院还在RAAPO计划的基础上进行修改，制定了“肯定性行动计划和命令修正案（Amended Affirmative Action Plan and Order）”（以下简称“AAAPO计划”）。该计划主要是根据近年来劳动力市场的扩展情况，将原有29%的目标改变为

¹ 黑人和波多黎各申请者曾参加过某些组织的辅导班，这些组织旨在帮助非白人参加建筑行业的学徒培训课程。



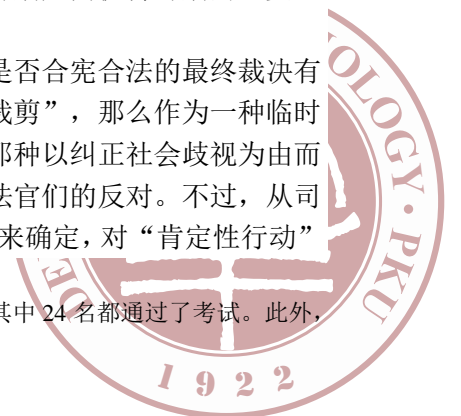
29.23%，并规定新目标的完成时间为1987年8月31日。此外，鉴于本案上诉方屡屡在学徒考试过程中做手脚，南区法院规定，学徒委员会在每选择一名白人学徒的同时，必须选择一名少数民族学徒。本案上诉方就南区法院的裁决向第二巡回法庭上诉法院上诉，法院认为，在钣金工工会“异乎寻常的不遵从”行为下，29.23%的比例并非“没有必要”。不过，法院也认为，南区法院关于“一名白人学徒配一名少数民族学徒”的指令应予以修改（U. S. Court of Appeals, Second Circuit, 1985）。本案最终上诉到联邦最高法院，高法对下级法院的裁定予以了确认。

案例分析：与先前诸案例相比，笔者明显在钣金工案的介绍部分花费了大量笔墨。这倒并非是出于案情复杂性的考虑，而是笔者认为，通过这种较为详实的案情介绍，可以大大有助于读者理解联邦最高法院的最终裁决结果。从法庭意见书来看，那些支持本案中“肯定性行动”计划的大法官们仍旧是坚持两点，即该计划本身是暂时性的，而且也还算是经过“精细裁剪”的，比方说，第二巡回法庭上诉法院就取消了类似“一名白人学徒配一名少数民族学徒”这种规定。那些反对该项计划的大法官们所给出的理由也并不出乎意料，他们认为29%也好，29.23%也好，都是在实施“严格的种族配额”，故而理应被禁止。

然而，本案具有典型性意义的关键，并非在于少数民族成员在全体工会会员和学徒工中的比例到底是硬性的还是灵活的，而在于，凡是支持该项“肯定性行动”计划的法官，无不对钣金工工会和学徒委员会屡教不改的种族歧视行为极端憎恶。钣金工案的特点非常明显：一是持续时间长，从1964年纽约州人权委员会首次提起诉讼，直到1986年联邦最高法院做出终审判决，期间经历了若干次诉讼，年限跨度高达22年之久。二是本案上诉方的对抗性态度极为突出，他们不但对纽约州和纽约市的行政命令置若罔闻，而且也不执行司法部门的裁决。从案例介绍部分我们就能看出，几乎每次在地方法院裁决之后，钣金工工会和学徒委员会都先上诉到地区性上诉法院，而待后者对下级法院的裁决予以确认之后，就干脆找出种种借口，并借助种种手段不执行法院指令。本案上诉方的这些行径令地方法院和地方上诉法院的法官们忍无可忍，乃至称之为“异乎寻常的不遵从”。钣金工案中，非白人遭受的种族歧视非常严重。从巴基案到维根特案，在竞争某一职位或某一入学名额之时，非白人往往在资历上白人。故此，联邦最高法院的部分大法官们认为，应该通过具有优待性质的“肯定性行动”计划，对这些处于弱势地位的非白人群体给予帮助。然而，在钣金工案中，种族偏见却直接导致非白人群体难以获得与自身资历相同的白人竞争者平等的录用机会，甚至在前者的资历高于后者的情况下。比方说，在1967年第三期学徒培训的招生过程中，非白人考生在大都获得一等一¹的好成绩之后，学徒委员会却基于莫须有的证据，宣布成绩有效。究其根源，可以说与白人普遍认为黑人在智力上低自己一等的种族偏见不无关联。在上个世纪六、七十年代，工会歧视有色人种的现象并不鲜见，但是像钣金工工会和学徒委员会这样胆大张扬的，也实为罕见。因此，在联邦高法的最终裁决中，大部分法官（包括鲍威尔）认为，本案中的“肯定性行动”计划是适当的，也是唯一的解决种族歧视的办法。事实已经证明，在六十年代的数次法庭裁决中，无论是地方法院还是上诉法院，都持有“孺子可教”的态度，直到七十年代中期，法院才在忍无可忍的情况下，下令采取强有力的指标制度来解决问题。这一跨越二十年的案件非常形象而具体地呈现出“肯定性行动”计划从维权时期走向优待时期的必要性。

虽然联邦最高法院在以上五个案件中，对于“肯定性行动”计划是否合宪合法的最终裁决有所差别，但是总体而言，只要该计划具有相当的灵活性且经过“精细裁剪”，那么作为一种临时性且唯一性的补救措施，往往容易得到大多数法官们的认可。相反，那种以纠正社会歧视为由而制定的带有硬性配额制的“肯定性行动”计划，往往遭到联邦高法大法官们的反对。不过，从司法的角度而言，直到钣金工案，联邦最高法院的大法官们仍未能以多数来确定，对“肯定性行动”

¹ 1966年11月12日的能力考试（aptitude test）中，147名考生中有32名黑人，其中24名都通过了考试。此外，除一名黑人取得满分之外，在15名成绩一等的申请者中也有12名黑人。



计划究竟应该适用“严格审查”标准还是“中等程度审查”标准，这一问题直到1989年的里士满案才有了答案。

四、“肯定性行动”在“平等时期”的司法案例、政策与法律 ——从二十世纪八十年代末期至今

二十世纪八十年代末期，“肯定性行动”发生了第二次质性转变，步入第三个发展阶段，即“平等时期”。在这一阶段，上至联邦最高法院和联邦政府，下至部分州政府和州立法机构，在对待“肯定性行动”的态度上都发生了变化。虽说从时间上而言，这些官方机构的态度变化有先有后，但是毫无疑问的是，“肯定性行动”总的发展方向就是走向人人平等。至于这种平等就意味着“肯定性行动”的衰退或终结，倒是见仁见智的问题。比方说，安德森就认为“肯定性行动”发展到最后就是“终结(demise)时期”(Anderson, 2004: 201)，而正如本文开篇中曾提及的，加州官方认为，以“非优先”的措施获得平等的机会是“肯定性行动”的新定义。如果按照后者的观点，我们甚至可以说，“肯定性行动”正在平等时期里走向成熟。“终结”也好，“成熟”也罢，这里无可否认的是，具有优待性质的“肯定性行动”计划正在走向末路，而这一质性转变的始点就是克罗森案。

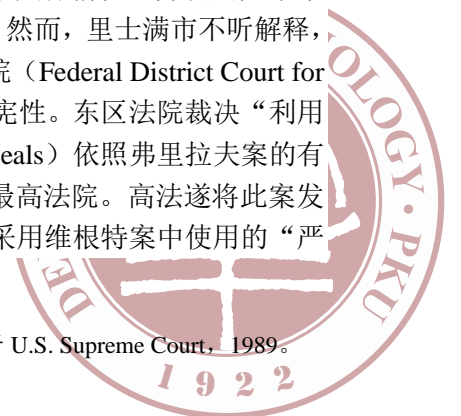
7. 案例七

案例名称：1989年里士满市(City of Richmond)诉J.A. 克罗森公司(J. A. Croson Company)案¹。

案情介绍：1983年4月11日，弗吉尼亚州里士满市议会(Richmond City Council)通过了“少数族群商业利用计划(Minority Business Utilization Plan)”(以下简称“利用计划”)。该计划要求，除那些自身为少数族群企业的总承包商外，所有签订市政建筑承包合同的总承包商，均需把不少于承包金额30%的项目分包给少数族群商业企业(以下简称“MBE企业”)，即那些少数族群成员——包括黑人、西班牙语裔成员、东方人、印第安人、爱斯基摩人、或阿留申人——拥有或控制至少51%资产的商业企业。该计划在实施过程中并无区域性限制，也就是说，在美国国内的任何地区的MBE企业都可以利用这一30%的专门商机。“利用计划”还规定，如果总承包商无法达到该项指标的要求，也可以申请豁免令，不过前提是，该承包商必须证明，在其已经竭尽全力的情况下，仍旧无法找到足够多的合格MBE企业，或者是这些企业不愿参与承包项目。该计划于1988年6月30日失效，有效期大约为五年。

1983年9月，里士满市对一个建筑项目进行招标，克罗森公司自收到招标表格开始，先后联系了若干家MBE企业，直到投标到期前一天，才有一个当地的MBE企业——大陆金属屋(Continental Metal House)——表示愿意承包支架供应部分的合同，但是并未报出价格。10月13日，克罗森成功中标。一周之后，由于大陆金属屋仍未报出价格，克罗森向里士满市提交了豁免申请。之后不久，大陆金属屋终于报价，然而所报价格要比克罗森的中标价高出许多。在收到里士满市拒绝下达豁免令的通知后，克罗森写信给市政府，详细地解释了具体情况，并提出如果市政能够同意提高总承包价格，那么自身仍愿遵从“利用计划”的规定。然而，里士满市不听解释，断然决定重新招标。克罗森公司随即向联邦地区法院弗吉尼亚东区法院(Federal District Court for the Eastern District of Virginia)提起诉讼，状告质疑“利用计划”的合宪性。东区法院裁决“利用计划”合理合法。第四巡回法庭上诉法院(Fourth Circuit Court of Appeals)依照弗里拉夫案的有关裁定，确认了东区法院的裁决。克罗森不服判决，继续上诉到联邦最高法院。高法遂将此案发回上诉法院，要求下级法院重新审理此案。按照高法的要求，上诉法院采用维根特案中使用的“严

¹ 克罗森案的案例简要介绍部分和简要分析部分除特别注明出处以外，全部来自于 U.S. Supreme Court, 1989。



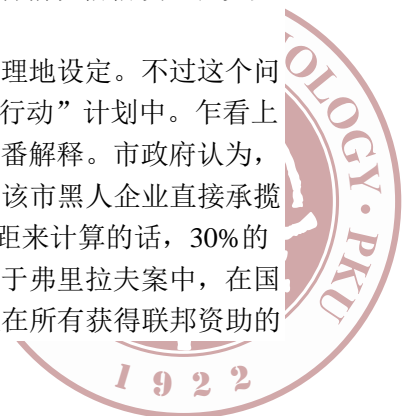
格审查”标准，重新对“利用计划”进行审查后指出，里士满市先前并无歧视性记录，而且就算市政府能够证实，该计划出于市政府迫切需要关注的利益而设定，那么 30%的规定也并非“精细裁剪”的，因此推翻了先前的裁决。里士满市不服判决，上诉到联邦最高法院，高法通过了大法官奥康纳（Justice O'Connor）撰写的法庭判决书，对下级法院的裁定予以确认。

案例分析：按照大法官奥康纳的说法，在克罗森案中，联邦最高法院确认，《第十四修正案》要求对州和地方政府所作的种族区别分类（即使是良性的）都统一适用“严格审查标准”（U.S. Supreme Court, 1995）。大法官马歇尔在反对意见书中更是明确指出，该案是联邦高法首次以多数意见的形式裁定，对州和地方政府采取的“肯定性行动”计划适用“严格审查”标准。克罗森案在美国引起了巨大的反响。“肯定性行动”的支持者们和部分宪法学者们强调，高法并未笼统地拒绝此类计划的继续实施，而另一部分宪法学者，比如第二届里根政府检察长、后为哈佛大学法学院宪法教授的弗里则认为，克罗森案的确严重限制了适用种族配额和种族优待（邱小平，2005：399）。

实际上，这两方面的说法并不矛盾，正如奥康纳在法庭意见书中特地强调的，联邦高法的裁定并非不准许州和地方政府采取“肯定性行动”计划，但是在采取行动之前，州和地方政府必须证明：第一、“在准备采取‘【肯定性行动】’的领域内，过去和现在对少数【族群成员】实施的歧视，以及这一歧视对少数【族群成员】造成的损害或不利影响；第二、州和地方政府造成或助长上诉歧视及其后果时的作为或不作为；第三、其他种族中立性措施不能奏效，以致必须采取注重种族的措施（ibid：398）”。此外，此种计划还必须具有明确期限（ibid：399），并经过精细裁剪。很明显，按照此种标准，在“优待时期”甚为典型的种种“肯定性行动”计划将极难通过审查。从《1964年民权法案》一直到克罗森案，时间的年轮已经转了二十多个春秋，莫说是难以将现在少数族群的不利状况直接与过去的种族歧视行为直接挂钩，哪怕是现在还存在种族歧视行为，这类行为也必定会以较从前更为隐蔽的方式出现，以至于州和地方政府难以抓住确凿证据。更何况，即使种族歧视行为严重如钣金工工会和学徒委员会，按照“严格审查”标准，平等雇用机会委员会的 29%或 29.23%的目标也必定因未经过精确裁剪，从而被判定为违宪。这一点已经在钣金工案中，大法官奥康纳的法庭判决书中得到了证实（U.S. Supreme Court, 1986（b））。总之，在克罗森案之后，至少在州和地方政府水平上，所有带有明显种族优待性质的“肯定性行动”计划，都不得不在司法上面临严峻的考验，因此，笔者将克罗森案视为“肯定性行动”的“优待时期”和“平等时期”的分水岭。

按照“严格审查”标准，克罗森案中 30%的保留规定显然未经过精确裁剪。虽说这项规定中也包括了豁免条款，但是从案情介绍中我们很容易看出，该条款在执行过程中远不如弗里拉夫案中的豁免规则灵活机动。在克罗森案中，虽说克罗森公司一再声明，大陆金属屋的报价已经超过了其承包价格，并且向里士满市承诺，只要后者能够适当地提高承包价格，克罗森仍愿遵从“利用计划”的规定，但是里士满市根本不考虑具体情况，仍旧机械而生硬地强迫克罗森公司遵守保留性规定。如果同样的情况发生在弗里拉夫案中，那么按照规定，只要 MBE 企业为所提供的服务或产品索要不合理的高价，同时也并无其它合适的 MBE 企业可供选择（这种情况恰恰发生在克罗森案中），那么政府承包商完全可以获得豁免权。

本案中的保留规定还存在另一问题，亦即 30%的比例本身是否经过合理地设定。不过这个问题并非为本案所特有，而是普遍存在于涉及某一固定目标比例的“肯定性行动”计划中。乍看上去，似乎 30%的比例相当之高，不过里士满市对该比例设置的方式做了一番解释。市政府认为，既然 1983 年该市的黑人人口比例为 50%，而从 1978 到 1983 年的五年间，该市黑人企业直接承揽的政府建筑合同在总建筑合同中的比例仅为 0.67%，那么按照这么大的差距来计算的话，30%的比例只能算是中等（应该是接近 50%才对）。同样的比例设置方式也存在于弗里拉夫案中，在国会看来，既然当时的少数族群人口比例已经达到 15-18%，而 MBE 商业企业在所有获得联邦资助的



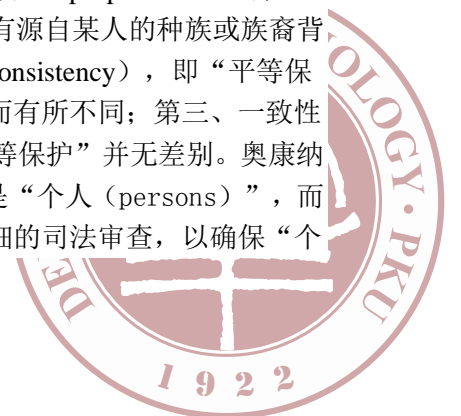
项目中所占比例还不到 1%，那么 10% 的目标比例根本就是适当的。在雇用领域内，“肯定性行动”计划在设置某一目标比例时，也常常参照社会上少数民族在总人数中的比例，这可以从本文介绍的“优待时期”的几个案例中看出来。比方说，在韦伯案中，黑人技工占凯撒工厂技工总数的比例，在钣金工案中，非白人会员和学徒工人数占钣金工工会和学徒工总数的比例，都是参照当地的黑人或非白人劳动力在当地总劳动力中的比例来设定的。然而，这一多年来几乎是约定俗成的比例设置方式遭到了奥康纳法官的质疑。奥康纳认为，对于技术含量要求很低的工作而言，雇员结构比例的设置可以参照当地人口的种族结构比例，但是如果某工作技术含量较高的话，这样的比例设置方式就出现了不合理性。

奥康纳的观点很容易用常识来证明。假设某城市的黑人劳动力在总劳动力中所占比例为 50%，那么如果该市某建筑工地的黑人建筑工人在该工地所有建筑工人中的比例为 10%，那么我们就有可能合理地推断，该建筑工地过去或现在存在种族歧视的嫌疑，毕竟，绝大多数身强力壮的黑人稍加培训，就可能成为建筑工人。假如这时在该市的一所著名高等学府中，黑人教授占该校所有教授的比例也为 10%，我们也绝对不会轻易怀疑该所学府存在种族歧视现象。我们面对同样的比例可能会采取截然不同的态度，是因为我们都承认，对于黑人而言，成为一名教授要比成为一名建筑工人难得多。为了解决这一问题，奥康纳指出¹，在工作技术含量较高的领域进行种族排斥的统计分析时，需要参考的必须是合格的少数民族成员人数。就拿刚才的例子来说，在评价那所高等学府是否存在种族歧视的可能性时，应该将该校黑人教授所占比例与该市所有合格的黑人知识分子在该市所有合格的知识分子中所占比例进行比较。如果非要用 50% 作为衡量种族歧视的标准，那就等于意味着，该市所有的人口都有资格成为教授，这无疑是不合理的。事实上，在“利用计划”尚处于讨论阶段之时，该计划的反对者就曾对 30% 的保留规定提出了质疑。他们指出，MBE 建筑企业只占全美建筑企业的约 4.7%，而且其中 41% 都分布在加利福尼亚、纽约州、伊利诺斯州、佛罗里达州和夏威夷，如果将 30% 的总承包金额分包给里士满市仅有的数家 MBE 企业，那么这些企业真的是发了大财。

本案中还有一点值得注意，那就是里士满市市议会的九名议员中有五名是黑人。这一事实无论是否与“利用计划”的顺利通过有直接或间接的关系，至少证明了，到二十世纪八十年代末期，美国黑人在某些地区的政治地位已经得到了相当大的提高。此外，大法官史蒂文斯尖锐地指出，里士满市总觉得该市的白人建筑承包商，甚至是其他白人公民，在过去歧视过黑人承包商，这是出于种族成见所做的推断，而并非有事实依据。而且，“利用计划”将黑人承包商一视同仁，结果使得受益者已经不再限于那些种族歧视的受害者，而且还包括那些曾经歧视过其他少数民族企业的少数民族承包商，也就是说，那些最有可能受益于 30% 保留规定的 MBE 企业，很可能是以损害其他 MBE 企业为代价发展起来的。不管史蒂文斯的这种推测是否符合实情，都说明了他和鲍威尔一样，意识到少数民族虽然在过去普遍受到过社会歧视，但是族群内部也存在着明显的社会经济地位分层（比如，奥康纳指出，当时的美国已经有很多成功的黑人或其他少数民族企业家），甚至还存在着内部歧视问题。

奥康纳认为，克罗森案在政府的种族区别分类问题上设立了三项命题（proposition）：第一、怀疑论（skepticism），即所有根据种族或族群标准设置的优待，或所有源自某人的种族或族裔背景而给予的区别性对待，都必须接受最彻底的检查；第二、一贯性（consistency），即“平等保护条款”的审查标准不因接受优待或承担负担团体的种族身份的差别而有所不同；第三、一致性（congruence），即《第五修正案》和《第十四修正案》所规定的“平等保护”并无差别。奥康纳指出，这三项命题都源于这样的基本原则，即上述两个修正案保护的是“个人（persons）”，而不是“群体（groups）”，因此所有源自种族的政府行为均应接受仔细的司法审查，以确保“个

¹ 奥康纳提出的这个计算方式并非首创，而是来源于 U.S. Supreme Court, 1977。



人”权利未受侵犯，长久以来，这些思想都是联邦最高法院理解“平等保护”的关键所在（U. S. Supreme Court, 1995）。奥康纳提出的这一观点——“平等保护条款”保护的是“个人”而非“群体”权益——与鲍威尔在巴基案中的看法同出一辙，按照他们的理解，任何一个美国公民，不管是哪一种族或族群成员，都应该享有平等的人权，而他们对宪法的这种诠释随着克罗森案的尘埃落定而持续至今。

虽然在克罗森案中，联邦最高法院裁定，今后对州和地方政府具有种族意识的行为适用“严格审查”标准，但却未宣布，涉及联邦政府的类似行为究竟要适用哪种审查标准（U. S. Supreme Court, 1989），而这一问题在1995年阿达兰德建筑公司诉皮纳（Adarand Constructors, Inc. v. Peña）案中有了答案。该案裁定，“不管是联邦还是州和地方政府，凡是根据种族所做的区别分类，一律适用‘严格审查’标准”（U. S. Supreme Court, 1995）。在此之后，所有具有种族意识的“肯定性行动”计划只有在促进迫切需要关注的政府利益，并经过精细裁剪的情况下，才可能符合宪法。那么，到底什么样的“肯定性行动”计划能够顺利通过司法审查呢？让我们来看一下两个案例的对比。

二十一世纪初期，在密歇根州发生了两例看似极为相似的案件，即“芭芭拉·格拉特诉李·博凌格等案（Barbara Grutter v. Lee Bollinger et al.）”（以下简称“格拉特案”）和“詹妮弗·格拉茨和帕特里克·哈马赫诉李·博凌格等案（Jennifer Gratz and Patrick Hamacher v. Lee Bollinger et al.）”（以下简称“格拉茨案”）¹。两案的上诉方²均是密歇根州的白人民居，被诉方为密歇根大学（University of Michigan³），申诉的缘由都是上诉方因落选而状告被诉方的招生政策违反了“平等保护条款”⁴，甚至两案的最终裁决也在同一天。两案的主要不同之处就在于，在格拉特案中，上诉方曾向密歇根大学法学院（Law School）递交申请，而在格拉茨案中，上诉方曾想成为密歇根大学的文学、科学和艺术学院（Literature, Science and the Arts）的本科新生，因此，两案中需要经过“严格审查”的录取程序有很大的差别，而正是此种差别导致了高法截然不同的宣判。

让我们先看密歇根大学法学院是如何招收学生的。为了实现校园多元化，法学院在制定招生政策时，除了关注学生的学术能力，还结合他们的天赋、履历及潜质进行灵活评估。法学院要求招生官员在对每位申请者的个人资料——包括个人陈述、推荐信以及一篇介绍申请者将如何对法学院的生活和多样性做出贡献的文章——进行综合评定之时，十分关注申请者的本科平均分数和法学院入学考试（Law School Admissions Test）成绩，认为这些分数和成绩能够预测申请者能否在法学院的未来学习中取得成功。虽说法学院认为，只有那些成绩合格的申请者能被录取，但是并未将成绩作为唯一的衡量标准，也就是说，法学院未必就会去录取成绩最高的而拒绝成绩最低的申请者。为了评估申请者将给学校的“学术和社会生涯”带来的贡献，法学院将同时考虑某些“软性变量（soft variables）”，诸如推荐人的热忱度（enthusiasm）、本科学校的质量、论文质量以及申请者本科课程选修的地区和苦难程度。此外，招生政策中还规定，招生官员应该考虑校园多元化问题，同时指出，在各种能够组成多元化的因素中，存在一种“特殊类型的多元化”，即考虑到某些曾在历史上遭受过歧视的群体（比如非洲裔美国人、西班牙语裔美国人以及印第安裔美国人）能够给校园的多元化做出重要的贡献，可以招收某些“未获足够代表的（underrepresented）”少数族群学生，但是并未就此而设定任何的配额。

我们再看一下文学、科学和艺术学院的招生方案。密歇根大学的招生办负责招收本科新生，通常说来，招生办官员会综合考虑申请者的高中成绩、标准考试分数、高中学校的质量、所选课

¹ 格拉特案和格拉茨案在案例翻译上，部分参考了欧阳景根（2008）的“巴基案、格拉特案、格拉茨案与对我国高招政策的反思”一文。

² 两案的上诉方最初都是原告，因为本案经过重重波折，最终上诉到联邦最高法院，因而在高法的裁决中，原告被称为上诉方。

³ 李·博凌格为密歇根大学校长。

⁴ 在格拉茨案中，上诉方还状告被诉方违背了《1964年民权法》第六编。



程的难易程度、校友关系、领导才能以及种族因素。虽然该大学的本科招生计划经过数次修改，但是至始至终，都对所有被视为“未获足够代表的”少数民族群成员（包括非洲裔美国人、西班牙语裔美国人和本土美国人）给予特别照顾。而且，从1997年开始，每位来自“未获足够代表的”少数民族群申请者都将自动获得20分的加分，该项加分政策使得本科招生计划与法学院的招生政策发生了本质性差别。

从格拉特案和格拉茨案中，我们清楚地看到，法学院的招生计划几乎与巴基案中鲍威尔所介绍的哈佛大学招生计划一般无二。该校经过仔细忖度后针对每位申请者个体制定的招生方案，再加上未设置任何硬性指标的规定，使得具有一定种族或族群意识的招生计划轻而易举地通过了联邦最高法院的“严格审查”。相反，密歇根大学的本科招生计划并非针对个体而制定，而是给予所有少数民族群申请者以优惠待遇，更为关键的是，该校还制定了机械性的加分政策，从而导致招生计划未能通过联邦高法的“严格审查”而被判违宪。这两个案件再次证明，美国最高司法部门不会轻易认同任一带有配额或加分性质的“肯定性行动”计划，而且更反对采用“群体对群体”的优待性策略，因为对于联邦最高法院而言，美国宪法保护的是每个公民的权益，而这些权益应该人人平等。

二十世纪九十年代中期，联邦政府在对待“肯定性行动”的问题上再次发生质的转变，而这次的转折点是比尔·克林顿（Bill Clinton）总统颁布的总统指令（Presidential Directive）。从1995年3月7日起，白宫组成特别调查小组，对“肯定性行动”的运作情况进行全面的调查和分析。在总统政策与策略高级顾问（Senior Adviser to the President for Policy and Strategy）乔治·斯蒂芬纳波洛斯（George Stephanopoulos）以及总统特别顾问（Special Counsel to the President）克里斯托弗·埃德利（Christopher Edley）的带领下，该调查小组经过四个多月的艰苦工作，于7月19日向克林顿递交了《“肯定性行动”回顾：给总统的报告（Affirmative Action Review: Report to the President）》（Stephanopoulos & Edley, 1995）。当日，克林顿总统颁布了标题为“行政部门和机构负责人备忘录（Memorandum for Heads of Executive Departments and Agencies）”的总统指令，从三方面为“肯定性行动”的未来发展确定了方向：

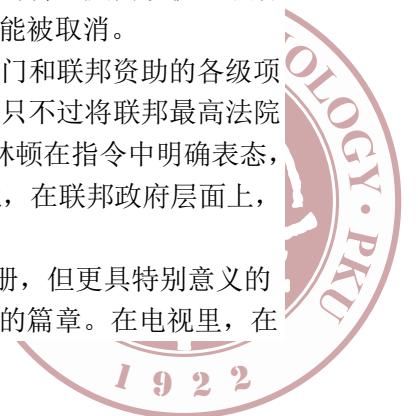
第一、明确指出，虽然美国“已经在消除机会不平等和【种族】障碍问题上取得了巨大的成就”，然而这项“工作并没有完成”，美国的“管理部门将继续对肯定性的措施提供支持，以推动在雇用、教育和政府合约领域的【平等雇用】机会”（ibid）。

第二、明确指出，“美国的根本价值是平等、机会和公平”，而这种公平应“不分种族、族群或性别地扩展到所有的美国人”（ibid）。这一点与调查小组向总统提交的报告中的提法相呼应，亦即“肯定性行动”的前提是“推动平等的机会”，而“给每个美国公民提供公平的机会是宪法和政治系统的中心原则，也是美国文化的价值”（Stephanopoulos & Edley, 1995）。

第三、明确指出，应寻求“合情合理的方式来达到【种族】包容和反歧视性目标”，并且在必要的情况下，联邦政府将继续支持以“种族、族群或性别”作为具体项目的考虑因素，但是这些项目必须是“灵活的、现实的、而且是公平的”。换句话说，就是必须“采取措施以确保符合【四项】政策原则”，即如果任何项目造成了“配额、不合格个体的优先对待、反向歧视”或者说“当平等的机会目标已经达到以后该项目仍旧继续”，那么该项目就可能被取消。

很明显，与其说，克林顿总统新政令的颁布是为了在今后联邦各级部门和联邦资助的各级项目中，规范各项“肯定性行动”计划的具体实施，还不如说，克林顿政府只不过将联邦最高法院在司法案件中确定下来的“严格审查”标准实际应用于各级有关部门。克林顿在指令中明确表态，将“修改但不要停止（Mend it, not stop it）”“肯定性行动”计划。至此，在联邦政府层面上，少数民族群成员和多数族群成员应该人人平等的原则可以说基本成立。

毫无疑问，2008年11月4日将随着一位美国新总统的诞生而永载史册，但更具特别意义的是，这一天将永远被视作美国族群史上，甚至可以说是世界族群史上不朽的篇章。在电视里，在



网络上，在报刊中，我们处处可见，美国乃至全世界的黑人在如何用欢呼和热泪庆祝美国历史上诞生了首位黑人总统——巴拉克·奥巴马（Barack Obama）。无数的人（也包括奥巴马）不断地慨叹着，美国真是一个“一切皆有可能”的国度（Bronner, 2008: A1）。这的确是令人难忘的历史时刻，仅仅在 53 年前，罗萨·帕克斯（Rosa Parks）还曾因违反了南部黑白种族隔离法律而被逮捕¹，也仅仅在 45 年前²，黑人民权领袖马丁·路德·金（Martin Luther King）博士还在林肯纪念堂前，一遍遍重复他的“梦想”，而今至少在政治领域内，美国黑人的梦想已经开始成为现实。

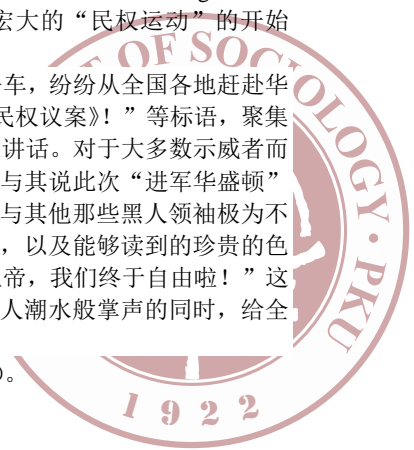
在激动人心的时刻过后，美国人开始冷静下来，对新上任的总统将在种族或族群问题上采取何种政策表示关注，而关注最多的仍然是“肯定性行动”的前景。我们可以说，在“肯定性行动”问题上，几乎没有人能够比奥巴马更有发言权：作为合众国总统，奥巴马的一言一行都极大地影响着联邦政府的政策走向；作为哈佛大学法学院曾经的高材生和前芝加哥大学法学院宪法学教授，奥巴马完全有资格深入而细致地讨论“肯定性行动”的合宪性问题；当然，人们更为关心的是，作为一名黑人，尤其是这样一名曾亲身受益于“肯定性行动”计划的黑人精英，到底会支持还是反对该项计划的继续实施。

然而，奥巴马就职之后，在“肯定性行动”的问题上却惜言如金，这难免让人觉得难以把握联邦政府在这一问题上的政策方向。不过，各项具有种族意识的“肯定性行动”计划仍旧普遍存在于众多的政府部门和公私企业中，这也导致了“反向歧视”案件不断。而不论联邦最高法院对这些案件如何进行裁决，往往都会引起“肯定性行动”计划的支持者和反对者之间的争论。在种不不休的争论中，奥巴马有时不得不在媒体的强烈攻势下谈一点自己的看法。比如，2009 年 7 月初，在联邦最高法院刚刚在另一起白人提起的“反向歧视”案件中，以五比四判决白人胜诉之后，奥巴马就被媒体追问对这一裁决的评价。奥巴马在强调这是个个案的同时指出，未经仔细裁剪的配额制肯定是不被允许的，但是联邦司法部门也并未停止“肯定性行动”，因为在入学或者雇用过程中有时还得考虑过去的歧视和多元化的因素。此外，奥巴马这样说道，“肯定性行动”带来的影响并未有人们想象的那样巨大（Zurita, 2009），它既没有像支持者宣称的那样，在种族的进步过程中起到了相当的推动作用，也不像批评者所说的，使得白人在录取或录用过程中受到了很大的负面影响（Sherman, 2009）。由此可见，至少到目前为止，奥巴马总统对“肯定性行动”采取的态度是淡而化之，近期内联邦政府不大会在这项政策上进行较大的调整。作为一名世人瞩目的美国总统，更是考虑到自己特殊的少数族群身份，奥巴马在处理“肯定性行动”问题上的态度无疑是极为明智的。毕竟，现在对于美国而言，首批需要解决的问题是如何度过经济危机，在这

¹ 1955 年 12 月 1 日，在阿拉巴马州蒙哥马利市公平百货商店工作的黑人中年女裁缝罗萨·帕克斯（Rosa Parks）下班后乘坐一辆公共汽车回家。按照当地的法律规定，公车上实施种族隔离，即白人乘客从前往后坐满前半部座位，黑人乘客从后往前坐满后半部座位，倘若前半部座位坐满之后，仍有一名白人未就坐，那么最靠近白人座位区的一整排座位上的黑人均需起立，将座位让与该名白人，以避免白人与黑人共坐的“违法”现象发生。碰巧此种现象在帕克斯回家的路上出现，当公交司机要求帕克斯与其他同排黑人乘客将整排座位让与一名站立的白人时，帕克斯并未像其他黑人一样顺从，而是坚决地予以拒绝，并对前来逮捕她的警察说，“既然我已经支付了车票钱并占有座位，我不认为我必须让座”。如同列克星敦和康科德战役（Battle of Lexington and Concord）在美国独立战争中所具有的意义一样，帕克斯的这一行动标志着规模宏大的“民权运动”的开始（Levy, 1998: 9; Levy, 1992: 51 & 53; Leovy, 1997: 22）。

² 1963 年 8 月 28 日，二十多万名黑人和白人、男人和女人、老人和孩子乘坐专列和公车，纷纷从全国各地赶赴华盛顿特区，参加“为工作和自由进军华盛顿！”游行示威活动。他们打着“通过《民权议案》！”等标语，聚集在林肯纪念堂的反省池（reflecting pool）畔，聆听全国闻名的十大民权领袖发表讲话。对于大多数示威者而言，游行中最值得纪念的当属金博士的“我有一个梦想”。我们甚至可以这样说，与其说此次“进军华盛顿”行动是因其规模之大而载入史册，不如说是因为金博士的这篇演讲而名垂青史。与其他那些黑人领袖极为不同的是，金博士并未止于对黑人命运的悲叹和怨愤，而更多地强调乐观和团结精神，以及能够读到的珍贵的色盲思想（ibid; Levy, 1998: 23）。随着“终于自由啦！终于自由啦！感谢全能的上帝，我们终于自由啦！”这首古老的黑人灵歌（Kenworthy, 1963: 1 & 16），金博士的演讲在赢得现场数十万人潮水般掌声的同时，给全美的有色人种带来了无尽的希望。

³ 据报道，奥巴马“学术生涯”“毫无疑问地受益于“肯定性行动”（Cooper, 2009）。



种时刻，无论奥巴马对“肯定性行动”表示出极大的关注，或是站在支持者和反对者中的任何一方，都可能会引起种族或族群之间的新矛盾，因此最好的方式就是淡化。

与当选为总统之后的态度极为不同，奥巴马在竞选之时，曾十分明确地表达出自己对“肯定性行动”的看法。奥巴马曾在2008年指出，“相对于拥有更多特权的黑人而言，贫穷的白人有时也需要受到优先性对待……我们必须以这样的方式思考问题，即我们的一些处于优势地位的孩子不应该比那些遭受到更多痛苦的贫穷的白人孩子得到更加优惠的待遇”。奥巴马更是以自身为例，指出他的两个女儿“已经在生命中拥有了很多”，因而作为优势人群，“在将来申请学院之时，尤其是和贫穷的白人学生同样竞争入学之时，不应该再得益于‘肯定性行动’”（Swarns, 2008）。

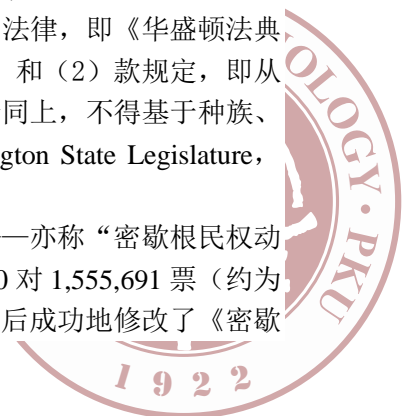
很明显，当奥巴马还是一名参议员时，就提出了类似大法官鲍威尔的观点，认为“肯定性行动”需要帮助的是所有的弱势人群，而由于并非所有的黑人都处于弱势，也并非所有的白人都处于优势，因此不应将种族或族群背景作为唯一的考虑因素。鉴于奥巴马在成功当选之后的态度转变，也许有人会说，奥巴马参议员的说法不无“耍政治手腕”的嫌疑，有可能是为了争取更多的白人选票。然而，笔者认为，奥巴马的态度改变固然与其身份的改变有很大的关系，但是重点不在于此，我们应该承认，作为一名已经取得了相当成功的黑人参议员，奥巴马的话语很可能是发自内心。显然，奥巴马和他的妻子，同样得益于“肯定性行动”的米歇尔·奥巴马（Michelle Obama）（Cooper, 2009），在深刻体会到优惠政策给他们带来好处的同时，用他们敏锐的直觉感受到，他们的下一代，已经享有了丰富社会资源的玛莉亚和萨沙，如果继续享受种族优待性政策带来的种种好处，就等同于在剥夺那些已经在激烈的竞争中落败的人们所剩无几的社会资源，这无疑是极大的不公。由此可以推断的是，随着黑人精英阶层和白人贫困阶层的扩大，“肯定性行动”在将来可能往多样化发展，更有可能将“阶级（class）”因素考虑在内。美国第一家庭的例子充分说明，任何优惠性政策都应具有临时性和灵活性，随着社会的进步和时代的变迁，这些政策必须适时调整，不应该一成不变地持续千年万代。

我们已经看到，在是否继续实行带有种族意识的“肯定性行动”的问题上，联邦最高法院和联邦政府已经基本达成一致，简单地说，就是既未绝对禁止，又加上重重限制。从九十年代中后期开始，美国的部分州开始以宪法和法律的形式，宣布“肯定性行动”正式走入人人平等时期。在这些州里，加利福尼亚首当其冲，最先竖起反对“优先性对待”的大旗。

1996年11月5日，加利福尼亚就“209提案（Proposition 209）”——亦称“加利福尼亚州民权动议（California Civil Rights Initiative）”——进行全州投票，结果以54%对46%的比例顺利通过（Vorhovek, 1996: 1.1）。在被法庭裁决有效（Purdum, 1997: A19）之后，“209提案”成功地修改了《加利福尼亚宪法》，在第一编第31节第（a）款这样规定，即“本州在处理公共就业、公共教育、或公共订约合同上，不得基于种族、性别、肤色、族群性（ethnicity）或族裔背景而歧视或优待任何个人或群体”（California State, No date）。与加州的情况类似，同样通过“动议”形式成功改变了州宪法或州法律的州还有三个：

（一）1998年11月4日，华盛顿州就“200动议（Initiative 200）”——亦称“华盛顿动议（Washington Initiative）”——进行全州投票，结果以58%对42%的比例顺利通过（Bronner, 1998: A12）。不过，“200动议”修改的不是《华盛顿宪法》，而是华盛顿州的法律，即《华盛顿法典修正案（Revised Code of Washington）》第49编第60章第400节第（1）和（2）款规定，即从1998年12月3日起，“本州在处理公共就业、公共教育、或公共订约合同上，不得基于种族、性别、肤色、族群性或族裔背景而歧视或优待任何个人或群体”（Washington State Legislature, No date）。

（二）2006年11月7日，密歇根州就“第二计划（Proposal 2）”——亦称“密歇根民权动议（Michigan Civil Rights Initiative）”——进行全州投票，结果以2,141,010对1,555,691票（约为58%对42%）的比例顺利通过（Michigan Department of State, 2006），随后成功地修改了《密歇



根宪法》，在州宪法第一编以“肯定性行动计划”为标题的第 26 节第（1）款规定：“密歇根大学、密歇根州立大学（Michigan State University）、韦恩州立大学（Wayne State University）以及其它所有公立学院或大学、社区学院、或校区，在处理公共就业、公共教育、或公共订约合同上，不得基于种族、性别、肤色、族群性或族裔背景而歧视或优待任何个人或群体本州在处理公共就业、公共教育、或公共订约合同上，不得基于种族、性别、肤色、族群或族裔背景而歧视或优待任何个人或群体。”此外，在第（2）款加上了同加州和华盛顿州的修正案一样的内容（Michigan Legislature, No date）。

（三）2008 年 11 月 4 日，内布拉斯加州就“424 动议（Initiative 424）”——亦称“内布拉斯加民权动议（Nebraska Civil Rights Initiative）”——进行全州投票，结果以 58%对 42%的比例通过（Baker, 2008），并随后成功修订了《内布拉斯加宪法》，在州宪法的第一编第 30 节第（1）款，加订了同加州、华盛顿州以及密歇根州（第（2）款）一般无二的内容（Nebraska Legislature, No date）。

当我们在对各州的这种发展趋势进行思考时，有两个问题值得注意。就美国的法律层级而言，州宪法位于第五个层次（何家弘主编，2001：31），也就是说，以州宪法的形式确定的“非优先”的政策在本州内，绝对是最高法律。我们首先可以明确的是，虽说加州、华盛顿州和内布拉斯加州并未言明，但是这些法律条文规定的改变的确是针对“肯定性行动”而进行的，这可以从无数有关“动议”的讨论中得到证实，更何况密歇根州业已在被加订的条文上打上了“肯定性行动计划”的标题。除此之外，我们还需要把更多的注意力放在另一个问题上，那就是，对于“肯定性行动”而言，到底这些州宪法或法律的规定意味着什么？是否意味着“肯定性行动”在这些州内将完全取消呢？笔者认为，答案是否定的。这不但是因为，即使是在密歇根州这样直接针对“肯定性行动计划”而加订的条款中，也并未有一字言明“取消”，更是因为实际上，在投票的老百姓眼中，也未必就一定要取消所有的“肯定性行动计划”。

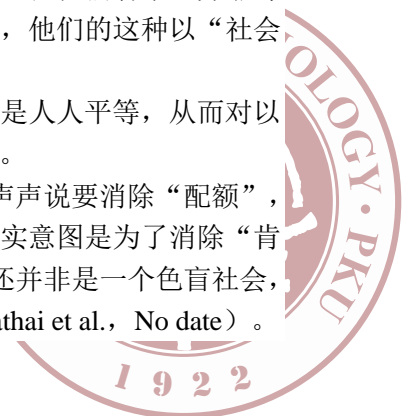
虽说最后修订宪法或法律的是各州立法机构，但是我们知道，以上这些改变都是通过“动议”的形式，也就是说，是由各州内部全民投票的方式进行的，充分体现了民意。下面，让我们以加州的 209 提案为例，来看一下支持者和反对者的争论点在哪里。在该提案投票之前，以加州州长佩特·威尔逊（Pete Wilson）为首的支持者们明确了三点：

（一）他们不是反对“肯定性行动”，因为直到《1964 年民权法案》之前，联邦政府都未出现任何问题，但是后来政府设立了诸如“配额”、“目标”、“时间表”等优待性措施之后，就给白人带来了极大的不公。而“209 提案”之所以被称为“民权动议”，就是为了重申“历史上的民权”。他们还一再强调，那些并未以“歧视或优先性对待”的形式出现的“肯定性行动计划”将丝毫不因该提案而改变（Wilson et al., No date & Lungren et al., No date）。这说明，在这些支持者心目中，“肯定性行动”计划本身并不是个错误，错误的是基于种族的“优待性措施”，而现在应该做的是使“肯定性行动”重新回到“正确的”轨迹上来。

（二）他们尖锐地指出，“肯定性行动”应该帮助的是那些需要帮助的人，也就是那些“经济上处于弱势”的人，而不是根据种族而给予某些人以特殊照顾（ibid）。在他们看来，并非每个白人都处于弱势地位，也并非每名少数族群成员都处于弱势地位。显然，他们的这种以“社会经济阶层”来划分的方法与奥巴马的思想有吻合之处。

（三）他们认为，“我们都是美国人”（ibid），而美国宪法强调的是人人平等，从而对以“群体对群体”优待的方式操作的“肯定性行动”计划表示出很大的敌意。

在讨论中，“209 提案”的反对者们也指出了两点：（一）该提案口口声声说要消除“配额”，而实际上，联邦最高法院早就判定了“配额”为非法的，因此，提案的真实意图是为了消除“肯定性行动”计划能够给弱势群体成员带来的平等的机会；（二）美国目前还并非是一个色盲社会，因此“肯定性行动”计划仍旧有存在的必要（Packard et al., No date & Mathai et al., No date）。



我们看到，“209 提案”的支持方和反对方看上去确实是针锋相对，但是实际上却有共同之处，比方说，他们都不支持带有明显“配额”性质的“肯定性行动”计划，他们都认为“肯定性行动计划”应该是带给人们以平等的机会，而差别在于，支持方认为随着时代的变迁，应该到了“人人平等”的时代了，而反对方认为仍时机未到。但无论怎样，宪法和法律的改变已经证明，至少在这些州内，具有明显优待性质的“肯定性行动”计划已经走向末路。

五、由“肯定性行动”的历史沿革引发的思考

本文以系列“反向歧视”司法案件为主要分析对象，同时辅以联邦政府各项有关政策以及联邦和部分州立法机构各项有关法律条例的介绍，系统地分析了美国现代族群关系史上最令人瞩目且颇具争议的“肯定性行动”的历史沿革过程。文章将“肯定性行动”的发展分为三个时期：

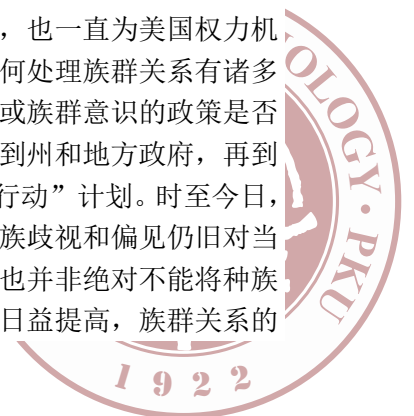
(1) 从二十世纪四十年代初期到六十年代末期的“维权时期”，在此期间，联邦政府主要通过颁布系列总统行政命令的方式，在雇用、高教、和政府承包合同项目的领域内，推动当时处于被歧视地位的少数族群成员拥有与多数族群成员平等的机会，而这种政策为《1964 年民权法案》所肯定。

(2) 从二十世纪六十年代末期到八十年代中后期，“肯定性行动”发生了第一次重要转折。考虑到称其以来形成的种族歧视和种族偏见仍在继续严重限制着少数族群成员社会经济地位的上升，尼克松总统被迫提出，对少数族群成员采取优待性措施，“肯定性行动”由此而进入了“优待时期”。在这一阶段后期，联邦最高法院开始介入，并通过系列“反向歧视”案件进行裁决，一跃成为“肯定性行动”的历史沿革中最为重要的角色。

(3) 从二十世纪八十年代末期至今，“肯定性行动”计划发生了第二次重要转折。这次的转折点为，联邦最高法院在克罗森案中确定，今后对所有具有种族意识的“肯定性行动”计划将适用“严格审查”标准。九十年代中期，克林顿政府提出“修改但不要停止”“肯定性行动”的主张，同时明确指出，将取消那些有可能造成“配额”、“不合格个体的优先对待”、“反向歧视”、或者“当平等的机会目标已经达到以后该项目仍旧继续”的政府项目，从而基本上对具有优待性质的“肯定性行动”计划在政策上予以了否定。从九十年代中后期开始，以加利福尼亚州为首的部分州开始修改州宪法和法律，宣布今后在处理公共项目中，将不再给予任何种族或族群群体或个人以优待，这就等于正式宣布，在这些州内，具有优待性质的“肯定性行动”计划已经走下了历史舞台。

“肯定性行动”的历史沿革过程生动地证明，该行动的内涵处在不断变化的状态中，经历了从“维权”到“优待”再到“平等”的两次根本性转折。然而，我们也可以认为，“肯定性行动”的变化过程就是从“维权”到“维权”的过程，也可以说是从维护少数族群成员的利益到既维护少数族群成员利益也维护多数族群成员利益的过程。这进一步说明，“肯定性行动”至始至终都是在强调“维权”二字，由此可以引申的是，该行动发展到中期的“优待时期”必定是一个临时性的过渡阶段，而这一点已经得到了证实。

前文说过，美国的族群关系极为复杂，而如何平衡各族群之间的关系，也一直为美国权力机构所关注。美国政府发起的“肯定性行动”的演变过程，对于我们今天如何处理族群关系有诸多的借鉴意义。这里至少有两个问题值得我们思考。第一个就是，带有种族或族群意识的政策是否有存在的必要性问题。我们知道，从二十世纪六十年代开始，从美国联邦到州和地方政府，再到诸如高等院校和各种企事业单位，都制定了种种具有种族意识的“肯定性行动”计划。时至今日，美国司法部门和联邦政府仍坚持认为，只要有充分的证据证明，过去的种族歧视和偏见仍旧对当今的某一种族或族群状况产生明显不利的负面影响，那么在某种条件下，也并非绝对不能将种族因素考虑在内。然而，可以确定的是，随着美国少数族群社会经济地位的日益提高，族群关系的



日益改善，带有种族或族群意识的政策必将成为过去式。第二个值得我们思考的问题就是，如何在实施带有种族或族群意识的政策过程中把握好尺度的问题。迄今为止，美国各级立法、司法和政府部门在这一问题上已经基本达成了下列共识：（1）只有当种族中立性措施无法达到“维权”目标之时，才能够采取带有种族意识的各项措施；（2）带有种族意识的政策措施必须是临时性的，一旦平等的机会目标已经达到，这种措施就必须停止；（3）带有种族意识的政策措施必须具有相当的灵活性，绝不能使用硬性而机械的配额制度和加分制度。另外，虽说“肯定性行动”计划往往在内容和形式有所不同，但是也逐渐出现了一些普遍得到官方认可的模式，比如本文中所介绍的哈佛大学和密歇根大学法学院的招生模式¹。

我们在讨论“肯定性行动”之时，当然不能只将注意力放在美国各级机关如何具体实施该项政策上面，毕竟，各国的国情不同，既算是美国模式能够给我们提供些许借鉴意义，但是绝非放之四海而皆准的真理。在对“肯定性行动”的各种法律性资料进行回顾和分析的过程中，笔者更为关注的是，美国的权力机关在处理族群关系的问题上，是如何因地制宜、因时而异、因事而异地解决问题的，这种思想方法与毛泽东同志提出的“实事求是”的思想十分契合²。这里比较突出的例子，就是本文中所提到的系列“反向歧视”案件。在“肯定性行动”尚处在“优待时期”之时，联邦最高法院的大法官们就本着具体问题具体分析的思想方法，对看似雷同的案件做出了截然不同的裁决。此外，在“肯定性行动”的变革中，联邦政府的态度也是顺应时代的要求而不断变化，从艾森豪威尔总统在战时开始关注黑人雇用歧视问题开始，到肯尼迪总统颁布第 10925 号总统行政命令，再到尼克松政府下定决心，断然决然地使用配额性优待措施维护少数族群成员的权益为止，这整个的发展过程都与当时愈演愈烈的种族矛盾有着不可分割的关系。在《1964 年民权法案》颁布三十多年之后，随着种族矛盾的逐渐缓解，各族群之间社会经济地位差距的逐渐减少，克林顿总统在做了详细的调查之后，重新提出了“修正而不停止”“肯定性行动”的新政策。试想，如果到了九十年代中后期，联邦政府不顾白人日益高涨的取消优待性政策的呼声，仍旧坚持不变地对少数族群成员予以优待，结果就可能是整个社会再次分裂成白人社会和非白人社会，从而导致种族关系的再次恶化。总之，“肯定性行动”的变迁本身就说明，美国官方机构在处理族群问题上，本着实事求是的原则行事，这可以说是真正值得我们借鉴之处。

中文参考文献：

- 德沃金，罗纳德著，刘丽君译，2001，《自由的法——对美国宪法的解读》，上海：上海人民出版社。
- 郭辉，2007，“affirmative action 是何意？应如何翻译？”，《英语知识》，第 01 期，第 46 页，2007 年 12 月 25 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。
- 何家弘主编，2001，《当代美国法律》，北京：社会科学文献出版社。
- 李秀丽，2003，“翻译的核心是追求‘本色’”，《外语教学》，第 24 卷第 4 期，第 40-43 页，2007 年 12 月 20 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。
- 刘宝存，2001，“‘肯定性行动计划’论争与美国少数民族高等教育的未来走向”，《西北民族研究》，第 3 期，总第 30 期，第 171-178 页，2007 年 12 月 25 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。
- 刘宝存，2002，“美国肯定性行动计划：发展·争论·未来走向”，《新疆大学学报（社会科学版）》，12 月，第 30 卷第 4 期，2007 年 12 月 25 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。
- 刘宓庆，1998，《文体与翻译》增订版，北京：中国对外翻译出版公司。
- 路谷孙主编，2007，《英汉大词典》第 2 版，上海：上海译文出版社。

¹ 欧阳景根曾在“巴基案、格拉特案、格拉茨案与对我国高招政策的反思”一文中，探讨了我国高考加分政策的不合理性，不过未触及我国的少数民族加分问题（欧阳景根，2008：43-44）。

² 笔者借用毛泽东同志的“实事求是”思想所做的分析，深受马戎教授的文章“民族研究的创新需要坚持实事求是、解放思想”的启示（马戎，2008）。



马戎, 2008, “民族研究的创新需要坚持实事求是、解放思想”, 《西北民族研究》, 第 1 期 (总第 56 期), 第 1-8 和 125 页, 2009 年 7 月 29 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。

麦格, 马丁.N 著, 祖力亚提. 司马义译, 2007, 《族群社会学》(第六版), 北京: 华夏出版社。

欧阳景根, 2008, “巴基案、格拉特案、格拉茨案与对我国高招政策的反思”, 《中共南京市委党校学报》, 第 2 期, 第 41-44 页, 2009 年 7 月 22 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。

欧阳景根、李社曾, 2008, “美国联邦最高法院在教育纠偏行动中的宪法价值选择空间——以 Gratz 案和 Grutter 案为例”, 《浙江社会科学》, 第 8 期, 第 56-63 页, 2009 年 5 月 4 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。

邱小平, 2005, 《法律的平等保护——美国宪法第十四修正案第一款研究》, 北京: 北京大学出版社。

王波, 2002, 《肯尼迪总统黑人民权政策研究》, 上海: 上海人民出版社。

吴丽萍, 2006, “‘肯定性行动’的得失”, 《科教文汇》, 第 12 期, 第 16 页, 2007 年 12 月 25 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。

吴新平编译, 1993, 《美国法典 (宪法行政法卷)》第 1 版, 北京: 中国社会科学出版社。

新华词典编纂组编, 1993, 《新华词典》, 北京: 商务印书馆。

张玉, 2007, “美国高等教育‘肯定性行动计划’政策价值分析”, 《比较教育研究》, 第 6 期, 总第 205 期, 第 69-73 页, 2007 年 12 月 25 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。

周青风, 2004, 硕士学位论文“美国宪政中的纠偏行动”, 北京: 中国政法大学研究生院, 2007 年 12 月 25 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。

朱世达, 1996, “克林顿政府在肯定性行动中的两难处境”, 《美国研究》, 第 3 期, 第 63-82 页, 2007 年 12 月 25 日取自 CNKI 中国知网数据库 [DB/OL]。

英文参考文献:

Anonymous. 1978. “Who Won?” June 29. *The New York Times*. Page A24. Retrieved July 20, 2009 from ProQuest Historical Newspapers database [DB/OL].

Aguirre, Adalberto Jr. & Turner, Jonathan H. 2001. *American Ethnicity: The Dynamics and Consequences of Discrimination*. Third Edition. New York: McGraw-Hill.

Anderson, Charles H. 1970. *White protestant Americans: From National Origins to Religious Group. (Ethnic Groups in American Life Series, Milton M. Gordon(ed.))*. New Jersey: Prentice-Hall.

Anderson, Terry H. 2004. *The Pursuit of Fairness: A History of Affirmative Action*. New York: Oxford University Press.

Baker, Jodi. 2008. “Affirmative Action Ban Approved.” November 4. Retrieved July 30, 2009 from <http://www.wowt.com/home/headlines/33874639.html>.

Beckwith, Francis J. & Jones, Todd E. 1997. *Affirmative Action: Social Justice or Reverse Discrimination?* New York: Prometheus Books.

Bronner, Ethan. 2008. “For Many Abroad, An Ideal Renewed.” November 5. *The New York Times*. Page A.1. Retrieved July 27, 2009 from ProQuest Newspapers database [DB/OL].

Bronner, Ethan. 1998. “University of Washington Will End Race-Conscious Admissions.” November 7. *The New York Times*. Page A.12. Retrieved July 28, 2009 from ProQuest Newspapers database [DB/OL].

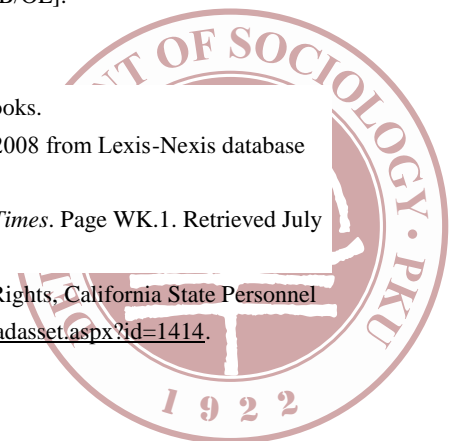
California State. No date. “California Constitution” Retrieve July 2, 2009 from http://www.leginfo.ca.gov/const/article_1.

Carter, Stephen L. 1991. *Reflections of an Affirmative Action Baby*. New York: Basic Books.

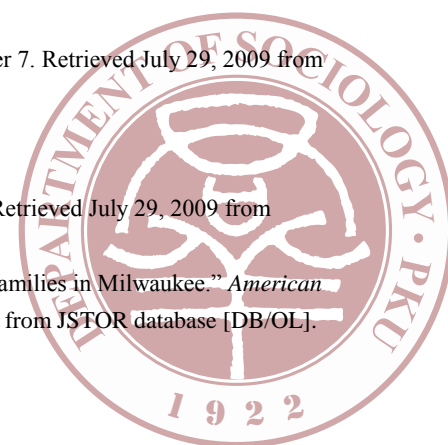
Clinton, William Jefferson. “Mend It Don’t End It (1995).” July. Retrieved February 2, 2008 from Lexis-Nexis database [DB/OL].

Cooper, Helene. 2009. “Meet the New Elite, Not Like the Old.” July 26. *The New York Times*. Page WK.1. Retrieved July 29, 2009 from ProQuest Newspapers database [DB/OL].

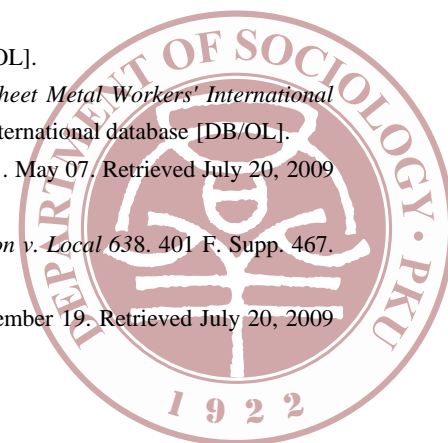
Edwards, Ted. No date. “Permissible Affirmative Action.” Prepared for Office of Civil Rights, California State Personnel Board. Retrieved February 9, 2008 from <http://www.spb.ca.gov/WorkArea/downloadasset.aspx?id=1414>.



- Elliot, Euel & Ewoh, Andrew I.E. 2000. "The Evolution of An Issue: The Rise and Decline of Affirmative Action." *Policy Studies Review*, Summer/Autumn, Vol. 17, Issue 2/3, Pp. 212-237, Retrieved February 8, 2008 from EBSCO Host Research database [DB/OL].
- Feagin, Joe R. & Feagin, Clairece Booher. 2003. *Racial and Ethnic Relations* (7th edition). New Jersey: Upper Saddle River.
- Freeman, Richard B. 1973. "Decline of Labor Market Discrimination and Economic Analysis." May. *The American Economic Review*, Vol. 63, No. 2, Pp. 280-286. Retrieved July 19, 2009 from JSTOR database [DB/OL].
- Gordon, Milton M. 1964. *Assimilation in American Life: The Role of Race, Religion, and National Origins*. New York: Oxford University Press.
- Gove, Philip Babcock & The Merriam-Webster Editorial Staff. 1976. *Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged*. Massachusetts: G. & C Merriam Company.
- Graham, Hugh Davis. 1990. *The Civil Rights Era: Origins and Development of National Policy, 1960-1972*. New York: Oxford University Press.
- Greenhouse, Linda. 1978. "Bell Hails Decision." June 28. *The New York Times*. Page A1 & A3. Retrieved July 19, 2009 from ProQuest Historical Newspapers database [DB/OL].
- Hill, Herbert. 1985. *Black Labor and the American Legal System: Race, Work and the Law*. Madison: University of Wisconsin Press.
- Kenworthy, E.W. 1963. "200,000 March for Civil Rights in Orderly Washington Rally; President Sees Gain for Negro." August 28. *The New York Times*. Page 1 & 16. Retrieved June 29, 2009 from ProQuest Historical Newspapers database [DB/OL].
- Knight, Michael. 1978. "Harvard Admissions Plan Held a Model of Flexibility." June 29. *The New York Times*. Page A23. Retrieved July 20, 2009 from ProQuest Historical Newspapers database [DB/OL].
- Leovy, Robert D. 1997. "Chapter I: Introduction the Background and Setting of the Civil Rights Act of 1964." Pp. 1-48. in *The Civil Rights Act of 1964*. Leovy, Robert D. (ed.). New York: State University of New York Press.
- Levy, Peter B. 1992. *Let Freedom Ring: A Documentary History of the Modern Civil Rights Movement*. Connecticut: Praeger.
- Levy, Peter B. 1998. *The Civil Rights Movement*. Connecticut: Greenwood Press.
- Lungren, Daniel E.; Kopp, Quentin L.; Heriot, Gail L. No Date. "Rebuttal to Argument Against Proposition 209." Retrieved July 30, 2009 from <http://vote96.sos.ca.gov/BP/209norbt.htm>.
- Nathan, Glazer. 1991. "Racial Quotas." Pp. 3-27 in *Racial Preference and Racial Justice: The New Affirmative Action Controversy*. Russell Nieli (ed.) Washington: Ethics and Public policy Center.
- Marger, Martin N. 1985. *Race and Ethnic Relations: American and Global Perspectives*. California: Wadsworth Publishing Company.
- Mathai, Prema Davis; Manelis, Karen; Enderson, Wade. "Rebuttal to Argument in Favor of Proposition 209." Retrieved July 29, 2009 from <http://vote96.sos.ca.gov/BP/209yesrbt.htm>.
- Mayer, Kenneth R. 2001. *With the Stroke of a Pen: Executive Orders and Presidential Power*. New Jersey: Princeton University Press.
- Michigan Legislature. No date. "Michigan Constitution." Retrieved July 29, 2009 from <http://www.legislature.mi.gov/documents/Publications/Constitution.pdf>.
- Michigan Department of State. 2006. Bureau of Elections. "Election Results." November 7. Retrieved July 29, 2009 from <http://miboecfr.nictusa.com/election/results/06GEN/90000002.html>.
- Nebraska Legislature. No date. "Nebraska Constitution." Retrieved July 29, 2009 from <http://uniweb.legislature.ne.gov/laws/articles.php?article=I-30>.
- Packard, Fran; Parks, Rosa; Blackwell, Maxine. "Argument Against Proposition 209." Retrieved July 29, 2009 from <http://vote96.sos.ca.gov/BP/209noarg.htm>.
- Portes, Alejandro. 1969. "Dilemmas of a Golden Exile: Integration of Cuban Refugee Families in Milwaukee." *American Sociological Review*, August, Vol. 34, No. 4, Pp. 505-518. Retrieved July 19, 2009 from JSTOR database [DB/OL].



- Purdum, Todd S. 1997. "Court Declines to Hear Appeal of Ban on Affirmative Action." November 4. *The New York Times*. Page A.19. Retrieved July 27, 2009 from ProQuest Newspapers database [DB/OL].
- Raza, M. Ali; Anderson, A. Janell & Custred, Harry Glynn. 1999. *The Ups and Downs of Affirmative Action Preferences*. Connecticut: Praeger.
- Rubio, Philip F. 2001. *A History of Affirmative Action, 1619-2000*. MS: University Press of Mississippi.
- Rose, Heather. 2005. "The Effects of Affirmative Action Programs: Evidence from the University of California at San Diego." *Educational Evaluation and Policy Analysis*, Autumn, Vol. 27, No. 3, Pp. 263-289. Retrieved July 20, 2009 from JSTOR database [DB/OL].
- Sherman, Mark. 2009. "Obama: Court leaves room for affirmative action", *AP Associated Press*. July 2. Retrieved July 29, 2009 from http://www.boston.com/news/local/connecticut/articles/2009/07/02/obama_court_leaves_room_for_affirmative_action/.
- Sowell, Thomas. 1981. *Ethnic America: A History*. New York: Basic Books.
- Stephanopoulos, George & Edley, Christopher. 1995. "Affirmative Action Review: Report to the President." July 19. Retrieved January 20, 2008 from <http://clinton2.nara.gov/WH/EOP/OP/html/aa/aa-index.html>.
- Supreme Court of New York County, New York. 1964. *State Commission for Human Rights v. Farrell*. 43 Misc.2d 958. August 24. Retrieved July 24, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- Supreme Court of New York County, New York. 1965(a). *State Commission for Human Rights v. Farrell*. 47 Misc.2d 244. July 26. Retrieved July 24, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- Supreme Court of New York County, New York. 1965(b). *State Commission for Human Rights v. Farrell*. 47 Misc.2d 799. September 24. Retrieved July 24, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- Supreme Court of New York County, New York. 1967. *State Commission for Human Rights v. Farrell*. 52 Misc.2d 936. February 08. Retrieved July 25, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- Swarns, Rachel L. 2008. "Obama Walks a Delicate Path On Class and Race Preferences." August 3. *The New York Times*. Page A.1. Retrieved July 29, 2009 from ProQuest Newspapers database [DB/OL].
- U. S. Census. 1854. Debow, J. D. B. *Statistical View of the United States*, Washington: Beverley Tucker, Senate Printer. Retrieved July 2, 2009 from <http://www.census.gov/prod/www/abs/decennial/1850.htm>.
- U. S. Census Bureau. 1975. U. S. Department of Commerce. *Historical Statistics of the United States: Colonial Times to 1970 (Part 1) (Bicentennial Edition)*. Retrieved January 19, 2008 from <http://www2.census.gov/prod2/statcomp/documents/CT1970p1-01.pdf>.
- U. S. Congress. 1935. *National Labor Relations Act*. 29 U.S.C. §§ 151-169. Retrieved April 20, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U. S. Congress. 1964. "Civil Rights Act of 1964." Public Law 88-352. July 2. Retrieved July 2, 2009 from http://avalon.law.yale.edu/20th_century/civil_rights_1964.asp.
- U. S. Court of Appeals, Second Circuit. 1976. *E.E.O.C. v. Local 638, Local 28 of Sheet Metal Workers' International Association*. 532 F.2d 821. March 8. Retrieved July 24, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U. S. Court of Appeals, Second Circuit. 1977. *Equal Employment Opportunity Commission v. Local 638*. 565 F.2d 31. October 18. Retrieved July 24, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U. S. Court of Appeals, Second Circuit. 1978. *Fullilove v. Kreps*. 584 F.2d 600. September 22. Retrieved July 20, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U. S. Court of Appeals, Second Circuit. 1985. *E.E.O.C. v. Local 638, Local 28 of Sheet Metal Workers' International Association*. 753 F. 2d 1172. January 16. Retrieved July 25, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U. S. Court of Appeals, Sixth Circuit. 1982. *Stotts v. Memphis Fire Dept.* 679 F.2d 541. May 07. Retrieved July 20, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U.S. District Court, S.D. New York. 1975. *Equal Employment Opportunity Commission v. Local 638*. 401 F. Supp. 467. July 18. Retrieved July 20, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U.S. District Court, S.D. New York. 1977. *Fullilove v. Kreps*. 443 F. Supp. 253. December 19. Retrieved July 20, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].



- U.S. District Court, S.D. New York. 1982. *E.E.O.C. v. Local 638 and Local 28 Sheet Metal Workers International Association*. August 16. Retrieved July 24, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1896. *Plessy v. Ferguson*. 163 U.S. 537. May 18. Retrieved April 30, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1954. *Brown v. Board of Education of Topeka*. 348 U.S. 886. November 22. Retrieved July 3, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1977. *Hazelwood School District et al. v. United States*. 433 U.S. 299. June 27. Retrieved July 3, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1978. *Regents of the University of California v. Bakke*. 438 U.S. 265, June 28. Retrieved January 10 from Lexis-Nexis database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1979. *United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Brian F. Weber et al.* 443 U. S. 193. June 27. Retrieved January 10, 2009 from Lexis-Nexis database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1980. *H. Earl Fullilove et al. v. Philip M. KLUTZNICK, Secretary of Commerce of the United States, et al.* 448 U.S. 448. July 2. Retrieved July 20, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1984. *Firefighters Local Union No. 1784 v. Carl W. Stotts et al.* 467 U.S. 561. June 12. Retrieved January 20, 2008 from Lexis-Nexis database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1986(a). *Wendy Wygant et al. v. Jackson Board of Education, etc., et al.* 476 U.S. 267. May 19. Retrieved July 20, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1986(b). *Local 28 of the Sheet Metal Workers' International Association and Local 28 Joint Apprenticeship Committee v. Equal Employment Opportunity Commission et al.* 478 U.S. 421. July 2. Retrieved July 20, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1989. *City of Richmond v. J. A. Croson Company*. 488 U.S. 469. January 23. Retrieved January 4, 2008 from Lexis-Nexis database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 1995. *Adarand Constructors, Inc. v. Federico Pena, Secretary of Transportation, et al.* 515 U.S. 200, June 12. Retrieved February 12, 2008 from Lexis-Nexis database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 2003(a). *Barbara Grutter v. Lee Bollinger et al.* 539 U.S. 306. June 23. Retrieved July 20, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U.S. Supreme Court. 2003(b). *Jennifer Gratz and Patrick Hamacher v. Lee Bollinger et al.* 539 U.S. 244. June 23. Retrieved July 20, 2009 from Westlaw International database [DB/OL].
- U. S. The White House. 1961. Kennedy, John F. "Executive Order No. 10925, 26 Fed. Reg. 1977." March 6. Retrieved January 2, 2008 from Westlaw International database [DB/OL].
- U. S. The White House. 1963. Kennedy, John F. "Executive Order No. 11114, 28 Fed. Reg. 6485." June 22. Retrieved January 2, 2008 from Westlaw International database [DB/OL].
- U. S. The White House. 1965. Johnson, Lyndon B. "Executive Order No. 11246, 30 Fed. Reg. 12319, 30 Fed. Reg. 12935." September 24. Retrieved January 2, 2008 from Westlaw International database [DB/OL].
- Verhovek, Sam Howe. 1996. "Vote in California Is Motivating Foes of Anti-Bias Plans." November 10. *The New York Times*. Page 1.1. Retrieved July 27, 2009 from ProQuest Newspapers database [DB/OL].
- Villemez, Wayne J. & Wiswell, Candace Hinson. 1978. "The Impact of Diminishing Discrimination on the Internal Size Distribution of Black Income: 1954-74." *Social Forces*, June, Vol. 56, No. 4, Pp. 1019-1034. Retrieved July 19, 2009 from JSTOR database [DB/OL].
- Washington State Legislature. No date. "RCW 49.60.400: Discrimination, preferential treatment prohibited." Retrieved July 30, 2009 from <http://apps.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=49.60.400>.
- Wilson, Pete; Connerly, Ward; Lewis, Pamela A. No date. "Argument in Favor of Proposition 209." Retrieved July 30, 2009 from <http://vote96.sos.ca.gov/BP/209yesarg.htm>.
- Zurita, Alex. 2009. "Obama: Affirmative Action Not So Big a Deal." July 2. *NBC Connecticut*. Retrieved July 29, 2009 from <http://www.nbcconnecticut.com/news/local-beat/Affirmative-Action-is-Not-a-Big-Deal.html>.

(作者为 北京大学 社会学系 博士研究生)

