

【论 文】

“肯定性行动”刍议¹

周少青²

迄今为止，“肯定性行动”已在美国走过半个多世纪的历程。长期以来，如何认识这一包含了相关政策、立法、司法和实践的复杂政治法律现象，国内外学界、政界和公共舆论界存在着巨大的分歧，分歧大致沿两个维度发展，一个维度主要讨论肯定性行动的性质问题，即它主要是反歧视行动还是矫正（优惠）行动，另一个维度主要讨论矫正（优惠）政策本身的正当性问题。

本文认为，所谓“肯定性行动”是美国社会在经历了长达数个世纪对少数民族尤其是黑人的压迫、隔离和歧视后，在种族矛盾高度紧张的情况下所采取的一种涉及行政、立法和司法系统的综合的“救治”行动。这一行动包括两个方面的内容，一是坚定不移地反对任何以种族、信仰、肤色和原籍等为由的歧视，二是对历史上遭受歧视严重的黑人等少数族裔采取一定的矫正措施，其中第一个方面为“本”，第二个方面为“末”，从而实现宪法第十四条修正案所规定的对全体公民的平等保护（equal protection）。

值得注意的是，在我国，有关肯定性行动的讨论绝大部分都集中在肯定性行动的“末”——矫正措施方面（即所谓优惠措施的正当性问题），而忽略或淡化了肯定性行动的“本”——反歧视方面，其结果不仅导致相关研究的意义大为减损，而且也影响了相关政府行为的改进以及相关立法（如反歧视立法）的推进日程。

本文通过对美国相关政策、立法、判例和实践的分析，指出肯定性行动的根本方面在于反歧视、促平等，而作为矫正措施的优惠政策不仅具有辅助性、派生性和策略性，而且具有可替代性——随着美国社会反歧视力度的不断加强和各民（种）族之间大致平等的实现，奉行了长达半个世纪的优惠政策，有逐渐被淡化或代替的趋势。事实上，自 20 世纪 70 年代末的加州大学诉巴克案以来，一种可称之为“多元化”的政策或者说价值理念，正在逐渐代替长期饱受争议的少数族裔优惠政策，这一代替将具有多方面的意义和价值，文章最后还就肯定性行动对中国的意义提出了两点启示。

一、反歧视：肯定性行动政策和立法的本位

（一）政策中的反歧视本位

1961 年肯尼迪总统的 10925 号行政命令被视为肯定性行动的发起性文件，这个法文件开门见山地申明了其反歧视的立法本位，其前言明确指出，“鉴于基于种族、信仰、肤色和原籍的歧视违反宪法原则”、“鉴于不分种族、信仰、肤色和原籍的促进和保障所有符合条件的人的平等的机会是美国政府的明确的积极的义务”……“鉴于现有的有关政府就业和遵守非歧视性合同条款的行政命令、实践和政府机构程序的审查和分析表明，迫切需要在促进充分平等就业机会方面做出更大的努力”……，特制定并发布此命令。“命令”要求政府承包商“采取积极的行动（affirmative action）以确保申请人在被雇用、雇员在工作中一律不考虑其种族、信仰、肤色或原籍”。

这是“肯定性行动”（affirmative action）一词第一次正式见诸于法律文件（早在 1935 年的劳工关系法中就已经出现了“affirmative action”，但它主要禁止的是私营企业主对工会会员的歧视）。

¹ 本文分 4 部分连载于《中国民族报》2013 年 1 月 18 日-2 月 8 日。

² 作者为中国社会科学院 民族研究所 副研究员。



在这个法律文件中，肯定性行动明确被解释为在就业中“不考虑其种族，信仰，肤色或民族出身”。为了保证反歧视目标的实现，该法令创制了以副总统为主席、劳工部长为副主席的“平等就业机会总统委员会”。

1965年约翰逊总统签署11246号行政命令，该“命令”在“禁止联邦承包商以及联邦援助的建筑承包商和分包商（一年与政府的业务超过一万美元）在雇用时有基于种族、信仰、肤色或原籍的歧视行为”的同时，要求“承包商采取积极的行动（affirmative action）以确保申请人在被雇用、雇员在工作中一律不考虑其种族、肤色、信仰、性别或原籍”。

1969年尼克松签署了11478号行政命令和11458号行政命令。前者禁止基于种族、信仰、肤色、原籍、残疾和年龄的歧视，要求所有机构和部门采取积极措施，促进其所辖范围内的公平就业（主要是美国邮政管理局雇员和美国武装部队文职人员的雇佣）；后者则主要就少数民族企业的设立、保护和加强，规定了商务部长的协调职责。

1980年，卡特总统颁发了12232号行政命令，该“命令”称“为了克服歧视性待遇的后果，加强并扩大传统黑人大学提供合格教育的能力”，“教育部长应实施旨在大幅度增加传统黑人大学参加政府资助项目机会的联邦计划，这一计划将寻求识别、减少和消除可能不公平地导致传统黑人大学在参加和受益于联邦资助项目方面的障碍”（Executive Order 12232）。

总之，20世纪60年代到80年代前期（即所谓肯定性行动的上升时期）出台的行政命令，强烈地表现出反歧视的立法本位，其所推出的矫正性措施（优惠措施）也紧紧围绕于“反歧视”这一政策基点展开，这一政策模式为后来的行政命令所延续。80年代以后（来），里根、布什、克林顿总统等均签署过有关肯定性行动的行政法令，如里根的12320号（1981年）和12432号（1983年）行政命令、布什的12677号行政命令（1989年）、克林顿12876号（1993年）、12892号（1994年）、12900号（1994年），这些行政命令的内容与前期的大同小异，都是在强调反歧视和平等保护的前提下，给予诸如黑人学校、拉美裔少数民族、少数民族企业等一定的优惠政策以矫正历史上的歧视行为。

从20世纪90年代后期开始，有关肯定性行动的行政命令除了继续强调平等保护和反歧视以外，对西班牙裔少数民族（12900号）、亚裔少数民族和太平洋岛民（13125号）以及信仰群体和社区（13198、13199、13279号）实施了一定幅度的矫正措施（优惠政策）。这一时期，肯定性行动的一个重要的转向是，将残疾人、退伍军人等弱势群体纳入保护范围（克林顿、小布什和奥巴马总统先后签发了十几个行政命令，以提升这两个群体在就业及其他方面的机会）。此外，值得注意的是，2000年以来，一些行政命令（如13208、13202号）开始强调“联邦政府在其资助或援助的政府承包商建设项目的劳动关系方面的中立地位”以及“禁止歧视政府承包商”等，这与六七十年代联邦政府强力干预承包商雇佣活动的规定形成鲜明对比。

2011年奥巴马总统签署新的肯定性行动的行政命令（13583号），该“命令”提出协调联邦政府各机构和部门，提升联邦政府就业中的机会均等，强调以业绩为基础的多元、包容的人力资源战略。在这个行政命令中，已不见“采取措施”或对某些族群的“优惠政策”之类的规定，“机会均等”、“多元”、“包容”成为新的肯定性行动的关键词。

（二）立法中的反歧视本位

肯定性行动立法中影响最大、最有代表性的无疑是1964年的《民权法案》，该民权法案内容广泛，规定了从禁止种族隔离到禁止歧视黑人、少数民族和妇女的一系列内容，其中第七章对就业中的禁止歧视作出了专门、详细的规定，其703和704条明确将雇主、职介机构、劳动组织以及劳工管理联合委员会（joint labor-management committee）等主体的基于种族、肤色、宗教信仰、性别或者民族的歧视，宣布为非法。民权法案是美国历史上第一部综合的反歧视立法，它的实施为肯定性行动提供了强大的法律支撑，事实上，这部法律的效力是如此巨大，以至于它后来在某程度上成为消解肯定性行动（尤其是矫正措施）的一个重要力量。



1965年国会通过《投票法案》，废除了选民登记和投票方面的种族歧视，1968年通过《公平住房法案》，该法案废除了私有住屋租售方面的种族歧视，这些法律的颁行进一步加强了《民权法案》的反歧视力度。

与行政命令的“立法结构”相似，国会在颁布《民权法案》等反歧视法律的同时，也推出了一些配套性的、矫正型的法案，如《学校援助紧急法案》（1972年）、《公共工程就业法案》（Public Works Employment Act）（1977年）、《陆上交通援助法案》（Surface Transportation Assistance Act）（1982年）、《国防授权法案》（National Defense Authorization Act）（1987年）、《民权法案》（1991年）（该法案第二条要求成立一个委员会就少数族裔、妇女在经历其决策层缺乏代表性进行调查）等。

其中，“公共工程就业法案”是美国现代史上第一个种族划分（racial classification）的法案，它明确规定了公共工程建设中对少数族裔企业的10%的预留条款（set-aside），它的通过标志着国会对于反歧视矫正措施的正式接受（也有论者指出，国会之所以通过这部法律，是因为视其为一般的利益群体诉求）。该法案创造的矫正（优惠）模式，为各州和地方政府竞相追随。1978年，国会又为“社会上或经济上处于不利的人”举办的企业（DBEs）创制了预留条款的法律。由于DBEs与MBEs（少数族裔企业）高度重合（重合度超过95%），所以该法律实际上也是反歧视矫正措施的一部分。

20世纪90年代初以来，随着反歧视理念的全面发展和反歧视力度的进一步增强以及随之而来的种族平等关系的明显改善，国会逐步淡出矫正（优惠）立法，先前立法已确立的预留条款（份额）在实践中不断缩水。不仅如此，最初作为肯定性行动强有力支撑的《民权法案》，逐渐与宪法第十四条修正案一道成为悬在肯定性行动矫正措施（优惠政策）头上的两把利剑。

二、矫正措施（优惠政策）：助力于反歧视的实践

反歧视的行政法令（政策）及《民权法案》（1964年）出台后，面对弥漫性的种族歧视意识和结构性的种族不平等现状，美国政府敏锐地意识到，单纯地搞“毫无差别的”平等和“色盲性”的反歧视已不足从根本上改变现状。历史上的歧视造成的严重后果已化为根深蒂固的“体制性种族主义”（institutional racism），这种镶嵌在文化和制度中的种族歧视是如此严重，以至于任何单纯的反歧视都将会使过去的非正义永久性的固化——即使是个体公民从此不再有种族偏见和歧视性的意图。

另一方面，由于历史上种族压迫和种族歧视的积累，19世纪60年代的美国种族矛盾和冲突全面爆发，种族街头政治四处上演，首都和其它城市的以黑人为主的有色族裔的烧掠性暴动和抗议活动到处蔓延，这些“武器的批判”已严重影响到美国“自由”社会的根基——如肯纳委员会报告（Kerner commission report）指出的那样，美国“正在变成两个国家，隔离且不平等”。

基于上述认识和判断，从60年代后期开始，联邦政府和司法系统在一般地反歧视的同时，开始了一系列致力于真正机会均等的反歧视矫正行动（实践）。

（一）联邦政府的反歧视矫正行动

联邦政府的反歧视矫正行动的主要做法是给予少数族裔成员在就业方面一定数额的保障名额和在大学录取方面一定幅度的优惠照顾以及给予少数族裔举办的企业一定份额的保留条款等。

需要说明的是，所谓“种族配额”制并不是一开始就有的，而是反歧视实践自身的产物——即反歧视矫正行动起源于反歧视行为自身。为了保障有关政策和立法中设立的反歧视标准的实施，联邦政府在其劳动部、商业部、健康、教育和福利部等系统成立了一系列机构以直接监督政府承包商的人员录用、联邦有关机构的发放项目和受政府资助的高校学生的录取工作。以劳动就业为例，鉴于一些政府承包商在雇用黑人等少数族裔成员问题上一直含糊、敷衍，劳动部“联邦



合同执行情况办公室（Office Of Federal Contract Compliance Programs）”决定通过督促他们制定明确可行的雇佣少数族裔的“目标和时间表”来完成非歧视或平等雇用的目标。及至尼克松时期，这种“目标和时间表”或所谓“代表性”终于被明确为“实际上增加雇佣少数族裔（妇女）的人数”——人数比例大致与他们所占当地劳动力的比例相当——这就是后来引起广泛争议的所谓“种族配额”、“逆向歧视”的前身。

联邦政府的反歧视矫正行动最典型的案例是尼克松主政时期的“费城计划”，该计划以严格的配额和时间表，克服了国会和法院的障碍，将少数族裔的优惠计划成功地应用到超出建筑业的数十万家与政府有商业往来的公司，覆盖了整个非农私人公司就业人口的近一半，覆盖到所有的联邦机构和实际上全美所有的重要雇主。

此外，通过执行国会的相关法案，截止 20 世纪 90 年代，联邦政府为少数民族企业预留份额的现象已十分常见：10%的国际发展援助项目（international development grants），8%的 NASA 合同、10%的美国海外使馆工程造价额度（份额）、10%的超高能超导对撞机的建设和运营，至 1990 年联邦政府各机构已为少数族裔企业争取到 86.5 亿美元的合同份额。（转引 Hugh Davis Graham, *Race, History, and Policy: African Americans and Civil Rights Since 1964*）。

（二）司法系统的反歧视矫正行动

司法系统的反歧视矫正行动主要围绕《民权法案》（1964 年）和宪法第十四条修正案的反歧视规定展开。

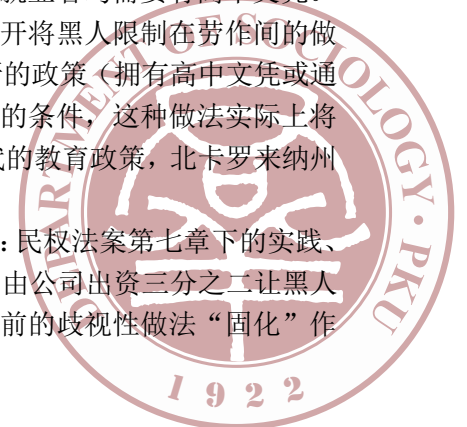
在早期的诉讼中，法院认为一些机构由于它们过去的排斥性历史和现在的继续找不到合格的少数族裔和女性雇员，需要“下猛药（stronger medicine）”，他们命令这些机构采取“配额”，雇用特定数量的以前受排斥群体的成员。（“affirmative action” from Stanford University, first published Fri Dec 28, 2001; substantive revision Wed Apr 1, 2009）。

法院作出这类“种族偏好”的裁决（决定）是基于民权法案和宪法第十四条修正案的立法目的。在法院看来，如果严格按照《民权法案》（1864 年）的条文规定（如其第六章规定：“任何美国公民都不得因种族、肤色或原籍被限制参加、收益于联邦资金援助的项目或活动，或在此类项目、活动上遭受歧视”）和宪法第十四条修正案字面意思来办案，就会放任实践中已经很严重的种族歧视，其结果必然是违反歧视立法的初衷。

当承包商控告“费城计划”违反了民权法案第六、七章节时，联邦法院（1971、1972 年）明确指出，这种考虑种族的雇佣目标，在为补偿过去的歧视而制订的合同遵守项目下是正当的。

司法系统反歧视矫正行动具有标杆性意义的是联邦最高法院的司法实践。自七十年代始，联邦最高法院作出了一系列带有矫正倾向的判决，其中比较有代表性是格里格斯诉杜克电力公司（*Griggs v. Duke Power Company*, 401 U.S. 424 [1971]）一案，本案由位于北卡罗来纳州杜克电力公司丹河蒸汽发电厂的 13 名在职黑人员工提起，诉讼发生时，该厂共有 95 名雇员，其中黑人 14 名。大致案情如下：杜克公司历史上长期隔离和歧视黑人，在丹河蒸汽发电厂，最好的工作职位都留给了白人，黑人所在劳作间的最高收入低于其他四个只有白人的工作间的最低收入。1955 年杜克公司的政策规定，除了劳作间以外，其他四个工作间的就业者均需要有高中文凭。在禁止种族歧视的《民权法案》（1964）颁行后，杜克公司停止了公开将黑人限制在劳作间的做法，转而宣布了一项新的雇用、晋升和转换车间的政策，根据这项新的政策（拥有高中文凭或通过公司相应的考试），几乎没有黑人能够满足转换到其他四个工作间的条件，这种做法实际上将杜克公司过去的歧视性政策固化。同时法院还查明由于种族隔离时代的教育政策，北卡罗来纳州的黑人教育水平普遍低下。

在审查了地区法院和上诉法院的裁决后，联邦最高法院一致认为：民权法案第七章下的实践、程序和考试形式上的中立性，甚至动机上的中立性（杜克公司提供了由公司出资三分之二让黑人接受高中教育的证据以证明其动机的中立性），都不能被用来为将先前的歧视性做法“固化”作



辩护；（民权法案）第七章不仅禁止公开的歧视，也禁止那些形式上公平而实际上歧视（性）的雇用行为；雇主的任何做法或要求必须与工作上的必要性相关。

在决定中，联邦最高法院充分考虑了以下因素：《民权法案》第七章的立法目的；杜克公司历史上的歧视行为和北卡罗来纳州种族隔离导致的黑人教育权受损的历史事实，以及杜克公司现行政策淘汰的黑人要远远高于白人的现状。

关于《民权法案》的立法目的，联邦最高法院指出，国会制定第七章的目的很清晰：就是为了实现平等的就业机会和消除过去的优待白人群体的障碍。

关于历史上种族隔离导致的黑人教育权受损的情况，联邦最高法院提到另一起案件即加斯頓县诉美国（*Gaston County v. United States*, 395 U.S. 285 [1969]）案，在此案中，联邦最高法院基于北卡罗来纳州黑人受教育很差的状况，禁止了选民登记读写能力测试的政策，因为法院认为这将会间接剥夺黑人的投票权。

总之，在格里戈斯诉杜克电力公司一案中，联邦最高法院通过裁决将肯定性行动矫正措施的一个重要法理基础——纠正过去的歧视造成的后果——发挥到极致，这一裁决所体现的“补偿性”正义，对后来的相关案件产生了重要影响。

格里戈斯案以后，联邦最高法院先后在加州大学校董事会诉巴克案（*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 [1978]）、美国联合钢铁厂诉韦伯案（*United Steel Workers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 [1979]）、富利洛夫诉克卢兹尼克案（*Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 [1980]）中，分别对多元化的招生方案、优惠黑人的培训方案以及对少数民族企业的预留条款作出了支持的裁定，在后两个案件中，联邦最高法院认为那些为“纠正过去的歧视”而采取的措施“符合民权法案和宪法的规定”。

最能体现司法反歧视矫正措施的案件是 1986 年的钢铁工人诉就业机会平等委员会（*Sheet Metal Workers v. EEOC* - 478 U.S. 421）一案，此案涉及纽约市当地的钢铁工会违反民权法案及宪法修正案的平等保护条款，排斥非白人会员，法院命令工会招收非白人会员，直到达到与其在纽约的行业劳动力总人数比例相当的 29%。最高法院维持了上诉法院的这一裁决，原因是存在着故意的种族歧视行为。

此外，最高法院还通过拒绝受理某些上诉案件，而间接地支持矫正措施（优惠政策），如 1971 年拒绝受理东宾夕法尼亚承包商协会的上诉，从而实际上支持了尼克松的“费城计划”。

当然，由于法院本质上的消极主义本位和中立性，司法系统的反歧视矫正行动不可能单线性的持续。实际上，20 世纪 80 年代以来，（联邦）法院（包括最高法院）在有关肯定性行动矫正措施的诉讼上一直处于“平等”、“反歧视”和“矫正”三者的平衡中。

迄今为止，联邦最高法院对肯定性行动（矫正措施）的最大支持可能是，它从来没有公开挑战过肯定性行动政策本身的合宪性问题。

经过三十多年行政的、司法的（包括立法的）矫正措施，到 20 世纪 90 年代后期，少数族裔（包括黑人）的政治、经济、社会状况发生了重大变化：少数族裔在政治上、法律上全面进入主流社会，黑人议员、市长、法官，大学校园中各个族裔的学生以及各个行业的少数族裔白领等等，都已大致符合人口比例地出现。总体上有超过三分之一的少数族裔进入了美国社会的中上层。这些变化既是肯定性行动取得的重要成绩，也是其后来不断引起争议的重要原因。

三、“多元化”：后矫正时期的权利话语

按照有关学者的总结，矫正措施或优惠政策的法理或道德基础大致有“补偿说”、“示范说”、“融合说”和“多元化说”。

随着美国社会反歧视力度的不断加强和各民（种）族之间大致平等的实现，“补偿说”、“示



范说”乃至“融合说”面临越来越多的包括司法审查在内的挑战，从20世纪80年代开始，联邦最高法院通过对一系列重要案件如里士满市诉克罗松案（City of Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 1989）、沃兹克乌包装公司诉阿顿尼奥（Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U.S. 642 1989）、阿达旺诉潘尼亚（Adarand Constructors v. Peña, 515 U.S. 200 1995）、霍普伍德诉得克萨斯（Hopwood v. Texas, 78 F.3d 932 5th Cir.1996）、格拉斯诉伯林杰（Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 2003）、里奇诉斯特凡诺（Ricci v. DeStefano, 129 S. Ct. 2658, 2671, 174 L. Ed. 2d 490 2009）的（严格）司法审查，逐步确立了对纠正历史歧视做法（如“配额制”、“预留条款”、“代表性”等）本身的纠偏，少数族裔维权败诉的机率越来越高。在此期间，加利福尼亚州、得克萨斯州以及佛罗里达州也分别于1996年、1997年和2000年先后通过选民投票和法院判决取消了大学入学方面的族裔优惠政策，与此同时，一些私立大学也开始调整其族裔优惠政策。

在以“补偿”、“示范”和“融合”为理由的矫正政策（优惠政策）的合法性日益受到挑战的情况下，一种以“多元化（diversity）”为标识的（少数族裔）权利话语悄然出现，成为后矫正（优惠）时期的主导话语系统。

（一）“多元化”权利话语的形成过程及其意蕴

早在加州大学校董事会诉巴克案中，大法官鲍威尔就指出，为追求生源的多元化，高校在招生时将族裔作为一种加分要素是合法的。针对加州最高法院禁止加州大学医学院在招生时，考虑任何形式的种族或族裔因素，鲍威尔认为这“有些太过火”。考虑到高等教育在多元化上的受保护的利益，以及（一个）学生的种族或族裔可能和她的年龄、工作经历、家庭背景、特殊才艺以及不寻常的成就等一样为高校的教育增添多样性，鲍威尔认为大学招生多元化“是一项需要给予关注的令人信服的利益”，他还以哈佛大学多元化的招生政策予以佐证。

需要注意的是，鲍威尔所倡导的多元化政策是以“附加考虑”和“个人主义”为本位的，他认为种族的或族裔的背景应该被视为一个“附加”的要素，它与其它的要素一起，在每一个个人的录取过程中同时发挥作用。

巴克案之后，鲍威尔的“多元化”取向受到联邦法院多个裁决的挑战，直到2003年的格鲁特诉伯林杰案（Grutter v. Bollinger），大法官奥康纳在支持密歇根大学法学院招生政策的裁决中以坚定的口吻指出，“今天我们支持大法官鲍威尔的看法，即学生主体的多元性是一项令人信服的国家利益，这项利益可以为大学录取中的种族考虑提供正当性辩护”。同鲍威尔相似，奥康纳也坚持个人主义本位的、把族裔作为多种多样性中的一种的多元化方案，倡导以一种“灵活的、非机械的方式”处理族裔优惠问题。

奥康纳以及鲍威尔关于“多元化”的裁决和观点，代表了自由主义及中间势力对优惠政策（矫正措施）的最新看法。这一看法不再（至少在操作上）将少数族裔的权利看作是一种需要事先分割出来的群体权利，而是将其作为一种重要的考虑因素在事中且个体化地纳入大学录取（包括工作聘用）的过程，这里，少数族裔的权利不再是一种普遍的、“人人有份”的先在的权利，而是一种与其他因素叠加的“特殊”权利，这种权利对具体的少数族裔个人而言，具有偶然性，但对于整个族群而言又具有相当的必然性。

与传统的少数族裔的权利话语比较，多元化的权利话语在向内的维度上缩小了权利要求的范围、减弱了权利要求的正当性，在向外的维度上减少了权利的族群排斥性、增强了少数族裔权利的社会包容性，这种带有浓厚自由主义气息的权利话语，基本适应了族群结构性差别越来越小的美国社会。

（二）“多元化”权利话语的重要意义

与矫正措施或优惠政策等话语相比，“多元化”的权利话语系统具有多方面的重要意义，从理论上讲，首先“多元化”是一种比较中性的话语系统，它的提出有利于使“矫正措施”或“优惠政策”等话语摆脱“逆向歧视”等理论的羁绊或牵制，从而在有限度地实现少数族群权利的同



时，减少他们与主流社会的矛盾。其次，“多元化”的话语有利于实现少数族裔权利理论与自由主义理论的“无缝对接”，使少数族裔权利与其他弱势群体权利不再是截然分开的“两张皮”，有利于两种权利在同一个“复合正义”的法律过程中实现。

更重要的是，从实践的角度来看，“多元化”的权利话语有利于一种可称之为“综合的正义”的社会目标的实现，以大学教育（录取和培养）为例，首先从录取标准来看，多元化强调学生选拔标准的多元性，反对仅以考试成绩录取学生。多元的录取标准可包括个人业绩（考试成绩、工作业绩、个人创新能力等）、家庭背景（父母的职业、收入、身体状况等）、族裔背景（文化、宗教、语言等）、社会政治背景（阶级、阶层、政见、社会角色等）等，其中任何一个方面（尤其是族裔背景）都可能决定性地影响到一个人申请入学时的实际状况，“多元化”致力于地评价每一个申请者的实际状况，从而最大限度地实现大学入学的正义。

其次，从学生的培养过程来看，大学培养人才的过程，绝不仅仅是一个向老师和书本学习的过程，不同族裔、不同背景的同学之间的互相影响、互相渗透和耳濡目染是学生成长的一个极其重要的方面，密歇根大学在联邦法院为其录取政策作辩护时指出，族裔多样性是一种令人信服的教育利益（compelling educational interest），因为心理学的研究表明，在多元化的教育环境中，学生学得更好；一旦离开这个环境，他们也能更有准备地成为这个多元、民主社会的积极参与者；在教室和非正式交往中经历过丰富种族和族裔多元化的学生在积极思维、智力开发和进取心以及知识和专业技能的增长方面都表现出非常明显的优势。

实践（历史）已经反复证明，单一的录取标准和族裔结构失调的学生群体不仅严重损害教育的公正性，而且给学生的培养教育造成不利的后果。在肯定性行动之前，高校资源主要惠及的是白人学生，因为他们占据了历史、文化语言和体制性的优势；在肯定性行动的早期和中期，主要受益族群除了白人外，也包括了少数族裔群体；到了肯定性行动后期尤其是近十年以来，随着一些州公开放弃大学招生的优惠（多元化）政策，受益群体则历史性地转变为亚裔群体，因为这些亚裔群体学习更刻苦、更善于考试。据有关研究，在加州废除招生优惠政策后，加州大学系统的几所名校（如伯克利分校、洛杉矶分校等）的亚裔学生都由原来的 20%-30% 以上，增加到 40% 甚至 50% 以上（而且人口只占加州总人口的 12%），而黑人则从以前的 6%-7% 和下降到 2%，西班牙裔从 10%-20% 下降至百分之十几甚至百分之几。白人男生的比例也明显下降。

亚裔学生成为校园的主流群体后，学校的人际关系（交往）模式、学生学习的方式及学风都发生了明显变化，一些教授抱怨亚裔学生过分专注于理论学习（书虫），对社会实践和创新性活动关注不够以及公益意识较弱等，一些白人家长对亚裔学生过分偏重于理、工、商、医等学科，引起校内专业选择紧张等表达了不满。

为解决学生族裔结构失调以及学习、培养过程中的种种不足，2009 年，加州大学（系统）在“推动公平，减少入学障碍”的名目下，对 1996 年以来的单一标准选拔进行改革，试图实现亚裔学生、黑人、西班牙裔以及白人男生的多元平衡。与此同时，私立大学也在“综合评审”的多元标准下，基本实现了各个族裔以及阶层在大学招生和培养中的平衡和正义。值得注意的是，这个改革或修正过程，不仅仅让黑人、西班牙裔少数族裔受益，而且也明显的让白人男生受益。从这个意义上来看，“多元化”的权利话语的体现的是一个包括了各个族裔权利在内的“综合的正义”。

今天，（族裔）多元化已无可争议成为美国社会的主流价值观，实际上，在美国，多元化的价值理念的影响是如此深远，以至于一个机构如果没有多元的族裔成员，就会严重影响其业界（职业）声誉。多元化已成美国社会的结构性组成部分。从权利的维度来看，在当前美国，（族裔）多元化已不仅仅是少数族裔的权利话语，在某种程度上它也是久居支配地位的白人群体的权利话语——当改革矫正（优惠）政策，过分优待某个族群（亚裔）以至于威胁到白人群体（男性）的利益时，多元化也会成为一种有效的白人权利话语。反之亦然。



种种迹象表明，多元化话语已不可逆转的确立了各个族群在美国社会的“谁也离不开谁的关系”，在保持各个族裔大致平衡的权益格局方面，多元化话语体现的实际上是一种“隐藏的正义”——这种正义建立在主流社会的价值观与少数族裔的权利话语“竞合”的基础之上。

四、肯定性行动对中国的启发

作为殖民（地）背景的移民国家，美国与中国在很多方面都具有不可比性，然而就处理少数族裔群体与主流社会的关系而言，两个国家之间又具有某种可以比较或参照的东西。笔者认为，肯定性行动至少在两个方面对中国具有重要的启发意义。

（一）肯定性行动历史过程的启示

肯定性行动是由美国政府发起、国会及时立法跟进、司法机构予以适度配合的一场以反歧视为核心的政治和法律“运动”，这场运动的上半场以（联邦）政府为主导，下半场以司法为主导，其运行逻辑反映了在一个有着历史积重的多（种）民族国家反歧视的一般规律。

为了反对具有深厚历史积淀的弥漫性的种族歧视，联邦政府率先在自身及与自己有着业务关系的承包商、学校及其他机构中禁止基于种族、信仰、肤色、原籍、残疾和年龄的歧视行为，在国会通过反歧视的《民权法案》（1964年）后，反歧视行动开始从公共机构及其资助或援助的私营机构向全社会——一切公共和私人机构延伸。

如前所述，鉴于一些政府承包商在雇用少数族裔人士问题上的消极、拖延和搪塞的态度，联邦政府督促他们制定“目标”、“计划”和“时间表”，并最终在实践中以所谓“种族配额”的形式实现。与此同时，为矫正历史上少数族裔企业在参与政府项目方面被剥夺的机会，国会制定了一些包括“预留条款”的法律（这些法律得到联邦政府的忠实执行），这些优惠性的法律和上述“种族配额”构成肯定性行动中最富有争议的一面——矫正（优惠）措施。

实践证明，以联邦政府为主导的矫正（优惠）措施对于在短时间内基本上改变不平等的族群（种族）结构、改善族群关系起了重大作用，它的成功说明，即使是在一个宪政国家，为了更大范围内的公共利益，政府完全可以在特定时期采取特定的措施，来矫正失衡的族群关系。美国的经验告诉我们，一定历史条件下，政府干预经济和社会，不仅是可行的，而且是极其必要的。

然而，从长远的观点尤其是从宪政国家的权力分配和制衡关系来看，这种干预具有不可持续性：政府长期直接干预企业用工和项目发放，不仅涉嫌侵犯企业的经济自由，而且也影响到社会对自由竞争、公平正义等基本价值观的判断，不仅如此，政府长期直接干预企业乃至社会可能导致政府权力不适当的膨胀，从而从根本上影响到它的初衷——维护族裔间的公平正义。历史事实正是这样，当弗吉尼亚州的里士满市决定把市承包项目中的30%预留给少数族裔企业时，联邦最高法院最终以6:3的比例表决否决了这项明显带有逆向歧视的决策，这是联邦最高法院第一次以高票否决州和地方政府的矫正（优惠）政策（1989年），大法官奥康纳在撰写多数人的意见时，甚至指出这是“一起故意的种族歧视案”。

当反歧视的矫正（优惠）措施到达一定程度即基本恢复族裔间权益平衡结构的时候，司法系统的角色和功能开始发生明显的变化，即由早期“非常时期”的适度配合政府反歧视行动的角色，转变为彻底中立的在更大范围内发挥矫正和平衡作用的独立力量。

至肯定性行动的中后期，美国政府的反歧视行动逐步从（联邦）政府多部门、多机构齐头并进的格局发展到以“公平就业机会委员会（独立的联邦执法机构）”为主的行政“执法”格局。司法机构是所有反歧视纠纷的最后裁决力量。事实上，司法系统的中立性和平衡作用是如此强大，以至于联邦政府主导下的矫正（优惠）政策和实践（包括贯彻国会立法的做法）以及公平就业机会委员会的裁决等，都要受到（联邦）法院乃至联邦最高法院的（严格）审查。

美国（联邦）政府和司法机构在反歧视方面关系的这种变迁告诉我们，政府专门（独立）机

构的反歧视以及司法部门的普遍反歧视是解决族裔权利问题的最终和恒常之道。在完成族裔权益机构的基本平衡之前，（政府部门主导的）适当的甚至大量的矫正（优惠）措施是必要的，也是正当性的，在完成之后，司法以及专门或独立的执法机构就成为“守成”的全部力量。

当前我国在这方面的隐忧是：一端是比较活跃的由政府主导的经济及社会政策方面的优惠，另一端是司法机构包括立法机构和政府相关部门对实践中大量出现的基于族裔（种族）的歧视行为恬静无为，其直接后果是，一方面政府主导的优惠政策在帮助一部分少数族裔群体经济社会发展的同时，招致了主流社会的不解甚至不满；另一方面，司法机构、立法部门（包括政府部门）对实践中基于族裔（种族）的歧视（尤其是在就业领域、消费领域）的放任，又导致少数族裔群体的不满，目前这两类“不满”正在从两个不同方向撕裂和恶化着经过长期努力而形成的民族平等和民族团结的新型族际关系，这是我们必须予以高度警惕的。美国的经验告诉我们，反歧视和矫正（优惠）措施是实现少数族裔群体权利平等的两端，其中反歧视是“本”，是解决问题的根本，矫正或优惠措施是“末”，是为了反对过去“累积的”歧视而采取的，舍本而逐末从长期来看，将严重影响我国的族际关系并继而影响以社会公正为基础的稳定基业。

（二）肯定性行动历史结果的启示

20世纪80年代以来，包括少数族裔权利斗争在内的民权运动逐渐下行，不再有60年代的锋芒和斗志。这一时间与少数族裔尤其是黑人群体的权利状况改善（如前所述有三分之一的黑人进入社会中上层、黑人议员、市长比较普遍出现等）基本同步，这一历史性的契合表明，肯定性行动已经取得了重大成就——长期的反歧视以及反歧视的矫正（优惠）措施使得美国的少数族裔在政治、经济和社会方面获了与主流社会比较接近的权利水平，特别是结构化、体制化的歧视的基本消除，使得少数族裔不必也不能再以规模宏大的社会运动争取自己的权利。一些论者在分析美国民权运动进入低潮的原因时，提出了许多理由（如民权法律的通过、政治理念的改变以及黑人内部“不团结”等等），在我看来，最根本、最具有决定性的原因是黑人等少数族裔的权利状况的结构性改善，而这正是肯定性行动的重大成果（结果）。

从另外一个维度来看，伴随民权运动的日益下行，少数族裔群体内部逐渐生发出来一股反肯定性行动（准确地来说是反优惠政策）的力量，这股力量以黑人经济学家托马斯·索威尔、联邦最高法院大法官托马斯·克拉伦斯等少数族裔的杰出人物为代表，他们要求取消对少数族裔的优惠政策，实现少数族裔和主流社会的其他族裔的公平竞争，这一现象的出现，其原因绝不像一样论者指出的那样，仅仅是为了“急于要表白，自己的成功是靠个人奋斗获得的，而不是享受了肯定性行动的优惠”，其背后深远的意义是：数十年的肯定性行动已经从结构上改变了少数族裔受歧视的状况，以至于大多数或者说相当一部分少数族裔成员，不再需要借助于矫正（优惠）政策实现个人的价值或抱负，因为单纯的反歧视已足以支撑他们在就业、受教育、消费、公民权以及社会上升方面的权利诉求，这恰好从另一个角度肯定了肯定性行动的历史性成果，而不是相反。

少数族裔参与反对肯定性行动现象的出现还说明，反歧视（包括反歧视的优惠措施）的力度和持续时间与少数族裔对矫正（优惠）政策的需要呈反方向运动，即反歧视越彻底、持续时间越长，少数族裔的优惠性权利要求就越低。

当前中国仍然存在着较强的少数族裔优惠性权利诉求，这一方面说明，中国的少数族裔群体总体上仍处于欠发达的、需要国家援助的阶段，另一方面也说明，长期的民族平等、民族团结政策并没有完全消除结构性的乃至体制性的歧视——一些地区和一些少数族裔群体在就业和消费方面仍然遭受到比较严重的歧视。

五、结束语

以保障少数族裔权利为核心的肯定性行动已经或强或弱地在美国实施了半个多世纪。伴随着



少数族裔权益保障状况的持续改善和美国社会种族关系的日益缓和,肯定性行动中的矫正(优惠)政策开始全面收缩和调整,联邦政府不再大规模地直接干预与其有业务或资助关系的承包商、学校等或其他机构,国会不再制定新的为少数族裔保留份额的法律,司法机构也不再像过去那样向少数族裔倾斜,等等,然而,不管政策和立法怎样收缩和调整,美国社会都清醒地意识到维护族裔权益结构平衡的极端重要性,这方面比较典型的例子是 20 世纪 90 年代后期的加州、德州和佛罗里达州招生改革和 21 世纪以来的联邦最高法院的裁决活动。

上述三个州在相继废止高校招生的种族优惠后,推出的改革措施分别是州内各校高中毕业班平时平均成绩排在前 4%、10%、20% 的学生可自动录取到加州大学系统、德州大学分校和州立大学系统,这种表面上不考虑族裔的录取政策,实际上恰好暗含了族裔平衡的传统政策,因为“美国的几大族群(白人、非洲裔、西班牙语裔)基本上是以族群聚居在各自的社区,因此各族群学生也基本上分别集聚在以本族学生为主体的各社区里的高中”,这样从结果上来看,肯定性行动所“肯定”的族裔权益平衡格局在几个以反对肯定性行动闻名的州继续保存下来了。

具有高度象征(标杆)意义的联邦最高法院在维护族裔权益结构平衡方面可谓小心翼翼,最典型的案例莫过于 2003 年的两个案例——密歇根大学法学院和本科生部的招生族裔优惠案,尽管这两个案件的性质和结果惊人的相似,但是联邦最高法院最终以不同的理由作出了截然相反的裁决,法学院因为将“族裔”作为一个重要但不是决定性的“多元化”因素而被认为“不违犯宪法”;而本科生部则由于给少数族裔提前加分而被认为是“功能性的配额制”遭到否决。表面上看,这两个案件的差别反映的是联邦最高法院高超的法理分析和断案技巧,其深处反映的是其试图维护平衡的族裔权益结构的苦心。如果我们以此对 2012 年受理的费希尔诉德州大学(Fisher v. University of Texas)一案作个预测的话,那么其最终的裁决不外乎是三种情况:一是以捍卫学生群体的“多元化”为理由而支持德州大学,二是以“逆向歧视”为由而支持费希尔的诉求,第三种情况可能是像历史上的巴克案一样:在支持费希尔的诉求的同时,也支持德州大学在学生群体多元化方面的利益,继续保持族裔权益结构在个案中的平衡。不管是哪种结果,“多元化”都将继续是一种“令人信服的”重大利益。

从另一个向度来看,实施了半个世纪的肯定性行动加上美国经济社会和政治制度自身的发展与变化,美国社会的族裔和价值多元化结构已然形成并牢固地内化为美国社会的结构性组成部分,在这种情况下,无论政府、法院和国会作什么样的决策、裁决和立法,都必须充分考虑维护(族裔)多元利益平衡的现状。从这个意义上看,美国的肯定性行动或者我国学界常说的“美国民族政策”——在可见的未来不会有什么实质性的变化。

【论 文】

中国民族政策: 不变的话语与变化的实践¹

关 凯²

20 世纪初,在儒教文明帝国的基础之上,中国开始建设现代民族-国家。民族-国家体制并非中华文明内生的制度,中国习得这个制度的过程,不仅需要转换政治制度,还需要转变社会观

¹ 本文以《国家视角下的中国民族问题》为题发表在《文化纵横》2013 年第 6 期,第 26-33 页。

² 作者为 中央民族大学 民族学与社会学学院 副教授。

