

美國合法外籍勞工權益保障法制

謝棋楠

中國文化大學勞工關係系

E-mail: chey.nan@msa.hinet.net

一、序言

美國外籍勞工引進，是依其移民歸化法(The Immigration And Naturalization Act)¹而建立。其所涉及之部會包括勞工部(Department of Labor)、國土安全部之美國公民與移民服務署(The United States Citizenship and Immigrant Services, USCIS)以及國務院(the Department of State)。其外籍勞工引進包括引進永久性外籍勞工與短期性外籍勞工(temporary foreign workers)。

俗稱申請外籍勞工工作證之外籍勞工確認審核(foreign labor certification)制度，是由美國聯邦勞工部負責。其確認審核是由其就業與訓練署外籍勞工確認審核處(The Office of Foreign Labor Certification)的國家處理中心 (National Processing Centers, NPCs) 負責，兩個國家處理中心分別位於喬治亞州之亞特蘭大市與伊利諾伊州之芝加哥市。亞特蘭大的國家處理中心負責審理所有雇主申請永久性外籍勞工之確認審核 (PERM) 之案件，而芝加哥國家處理中心則負責審理所有雇主申請給外勞 H-1B, H-1B1, E-3, H-2A, H-2B, H-1C, 和 D-1 各種非移民簽證下之短期性外籍勞工確認審核之案件。其一般短期性外籍勞工含：給 H-2A 簽證之短期性農業外籍勞工(Temporary agricultural workers)、H-2B 簽證之短期性非農業外籍勞工(Temporary non-agricultural workers)、H-1B 簽證之短期性外籍專業人士、特殊職業工作者與時尚模特兒(Temporary workers in the professions, specialty occupations & fashion models)、H-1C 簽證之外籍護士、D-1 簽證之沿岸工作外籍勞工(Long-shore work)。²

二、美國引進雇用外籍勞工需勞動部依不同類別給予認證

雇主雇用外籍勞工受移民與國籍法拘束。雖然美國勞工的勞動條件之制定是聯邦與各州併行存在。但美國外籍勞工的勞動條件是聯邦權，³因為其引進外勞涉及美國移民及國籍法(The Immigration and Nationality Act)。⁴與我國就業服務法

¹ 8 U.S.C. 1101 et seq.

² 20 CFR 655.

³ Yan Chen (2003). An Examination On Regulating the Employment of Foreign Skilled Workers In The United States 6(1) *U. Pa. Journal of Labor And Employment Law* 179.

⁴ The Immigration and Nationality Act, 8 USC 1101. Public Law No. 82-414.

相似的引進外勞之簽證是引進外勞之臨時性外籍勞工之簽證。美國在 2012 年大概依該法發給六十萬人之短期工作簽證給外國人。⁵該法規定雇用外籍勞工不可以不利地影響可相比較地受雇用(comparably employed)的美國勞工的工資及勞動條件。該法第 212(a)(5)(A)規定勞動部須認證(certify)雇用外國人不會不利地影響美國勞工的工資及勞動條件,且需認證就該一就業機會並無美國勞工可以提供該工作之勞務。⁶美國勞動部有義務對美國國土安全部美國公民與移民署提出雇主所擬雇用外籍勞工之地區(the area of intended employment)沒有充足的美國勞工有能力(able)、有意願(willing)、合資格(qualified)且可以接受該工作上工(available)的認證。且需認證雇主雇用該外籍勞工不會不利的影響相似地被雇用之美國勞工的工資及其他勞動條件。有四種外籍勞工之認證一為永久外籍勞工(Permanent Labor Certification)、H-1B 類專業外籍勞工認證(Specialty (Professional) Workers)、H-2A 類臨時外籍勞工認證(Temporary Labor Certification)而適用於季節性農業外勞(Seasonal Agricultural)、H-2B 類臨時外籍勞工認證(Temporary Labor Certification)而適用於非農業外勞(Non-agricultural)以及 D-1 類外籍勞工認證而適用於外國船在美國港口執行沿岸工作的人員(Crewmembers Certification)。

三、移民改革和控制法下反原始國籍之歧視保障

美國 1986 年移民改革和控制法(Immigration Reform and Control Act, IRCA)⁷規範雇用四人到十四人之事業單位適用該法。該法規定適用的每一個雇主都有責任確認勞工的身分(verify the identity)與其得在美國工作之資格(work eligibility)。雇主對外籍勞工得被雇用之資格必須詳查該表所填寫記載之該勞工之得雇用資格確認(I-9)表(Employment Eligibility Verification (I-9) form)上所寫之資格。在勞工被預為雇用之三天內,勞工如果沒有上傳該一文件,雇主通常就停止雇用該外籍勞工以待澄清。若雇主被查到並無該表以證明外勞身分,則該雇主可能構成非法雇用外籍勞工,而可能遭民刑訴之處罰。該表之保存期限之義務為自雇主雇用日起三年或勞工離職日起一年。

該法規範雇主在其雇用、轉介(referral)與解雇上,不得歧視已獲得在美之工作權的外國國民而對其有原始國籍之歧視。⁸

(一)對非法外籍勞工不適用

對於 1964 年民權法第七章禁止基於原始國籍因素之歧視,是否也可及於禁止對非法外籍勞工之外國人(alien)之歧視,也曾經發生爭議。

⁵ Jill H. Wilson (2013) Immigration Facts: Temporary Foreign Workers Report of Brookings Institution June 18 2013. <http://www.brookings.edu/research/reports/2013/06/18-temporary-workers-wilson> visited at June 27, 2015

⁶ 主管該一事務的主管機關為外籍勞工認證局(the Department of Labor's Office of Foreign Labor Certification (OFLC))。

⁷ Immigration Reform and Control Act, Pub. L. No. 99-603, 100 Stat. 3359. 8 USC §1101.

⁸ 8 U.S.C. § 1324b(a)(1)(B). ; The U.S. Equal Employment Opportunity Commission (2002). Section 13 of the new Compliance Manual on "National Origin Discrimination 請參閱美國法務部特別檢察官辦公室 <http://www.usdoj.gov/crt/osc2007> 年 9 月 15 日進入閱覽。

首先，對非法居留之外國人，雇主可否基於其無公民權身份之因素，而對此群體之受雇人或求職人予以歧視，更有相當疑義。由於民權法是明文禁止對任何個人(any individual)之就業歧視，因此，依據聯邦最高法院之見解，應擴及於對任何外國人也提供免於就業歧視之保護。其在 1986 年移民改革及控制法制定之前，聯邦各級法院都是採取此一給予非法外籍勞工外國人保護之立場，對非法外籍勞工也予其免於原始國籍因素就業歧視保護。然而，由於 1986 年移民改革及控制法明文禁止雇主雇用非法居留之外國人。在此一法理下，因此除非這些非法居留之外國人，除非其屬於正希望成為美國公民(intending citizens)者，否則即不受到 1964 年民權法第七章原始國籍就業歧視防制之保護。如果雇主基於公民權身份之因素，而對非法居留外國人之求職人或受雇人加以歧視，現在法院都會引用聯邦最高法院 1973 年在著名之 *Espinoza v. Farah Manufacturing Co.* 一案之判決，⁹認為原始國籍歧視與公民權身份歧視之間有明確之區分之法理依據，而判決 1964 年民權法第七章並不保障非法居留外國人之就業權。平等就業機會委員會在該案判決後，即對其就業歧視防制之指引加以修正。

(二)執行方式

平等就業機會委員會(Equal Employment Opportunity Commission)指出如果雇主規定要求求職人或受雇人必須具有公民權，但此一要求之目的或效果，是基於原始國籍之因素而加以歧視的話，則其仍係違反民權法第七章之就業歧視之行為。例如，雇主為排除已獲得在美之工作權的外國國民，規定要求求職人或受雇人必須具有公民權，其要求之行為仍係構成違反民權法第七章之基於原始國籍而為就業歧視之行為。

美國法務部與其平等就業機會委員會簽屬備忘錄(memorandum of understanding)共同執行已獲得在美工作之工作權的外國國民不受原始國籍歧視之執行工作。¹⁰雇主的求才廣告不能以限有公民權身分者、限有永久居留權身分者，以及要求和法外籍勞工提出比該法所規定應提出之勞工的身分與外籍勞工得在美國工作之資格證明以外，還要多之證明文件。

四、需給付外籍勞工行情工資(prevaling wage)保障之權益

雇主若要聘雇外籍勞工，則雇主必需要約給付等於(equal to)或高於(higher than)行情工資給該外籍勞工，為該雇主申請外勞確認審核通過之要件。然而行情工資之決定方式，各種類型之外籍勞工聘雇所需依據之各種法規並不一致，其決定方式會有不同，而且經常變動。

(一)雇主給付等於或高於行情工資為外勞確認審核通過之要件

雇主給付行情工資是勞動部決定給予工作證認證之依據，依據美國勞動部的規定，雇主提供給外籍勞工的工資，必須符合該地區之該工作職業分類下的行情

⁹ *Espinoza v. Farah Manufacturing Co.*, 414 U.S. 86(1973).

¹⁰ 請參閱美國平等就業機會委員會網站 <http://www1.eeoc.gov/eeoc/publications/immigrants-facts.cfm?renderforprint=1>

工資(the prevailing wage rate)。¹¹行情工資的定義是在該一預定要雇用外國人的地區，給付給該一特別職務所受相似雇用勞工的平均工資。決定行情工資是申請外籍勞工認證之前置程序。行情工資之決定有三種，1.為向全國行情工資中心請求給予，2.為使用一個獨立權威機構所調查之行情工資，3.為使用其他合法的資訊以決定行情工資。而使用向全國行情工資中心申請取得的行情工資會具有「安全港」效力(Safe Harbor Status)。所謂具有「安全港」效力，就是指若雇主被勞動部工資工時署，不管基於任何原因而對於雇主調查其所給付於外籍勞工之工資，是否遵循給付行情工資之規定時，勞動部工資工時署不會去挑戰質疑該雇主所使用的行情工資之效力。而使用其他來源決定之行情工資，例如，依據美國聯邦服務契約法以及戴維斯·培根法的規定而建立之行情工資。或者是高等教育機構可申請適用美國人競爭與勞動力改革法(American Competitiveness and Workforce Improvement Act, ACWIA) 來決定行情工資。依美國人競爭與勞動力改革法下，行情工資之決定是以相類似之相關的高等教育機構、非營利組織、研究機構所提供的行情工資。而美國勞動部勞工統計署網站也會提供雇主之雇用的行情工資資料。¹²

因而，雇主可以填妥 ETA9141 表而向全國行情工資中心(the National Prevailing Wage Center, NPWC)申請，以請求給予其所要雇用的外籍勞工的行情工資。美國對外籍勞工之確認審核是在確保其接納外籍勞工進入美國於其預定要工作之地區之永久性或臨時性的工作，不會產生不利的影響美國勞工的就業機會、工資和勞動條件。在外籍勞工確認審核制度之下，外籍勞工確認審核處必需依其國公平勞動基準法下聯邦所訂定之行情工資(prevaling wage)，以為審核通過之依據要件之一。¹³外籍勞工確認審核處負責審核尋求把外籍勞工引進美國而提出外籍勞工確認申請的雇主之申請案件時，其核准確認的條件為雇主可以證明，沒有足夠的有意願且符於資格的美國勞工，願意以等於或超過行情工資而支付的條件，以執行外籍勞工預定要工作之地區的工作。

依聯邦規章第20篇第656.40及656.41條規定，申請外籍勞工確認審核之雇主所要約(offered wage)欲給外籍勞工之工資必須等於或高於該行情工資。因而，於雇主之申請案中，雇主需列出其向外籍勞工要約給付之工資，等於或高於行情工資之工資資訊。即使要聘僱大專院校的外籍老師，其學校在向外籍勞工確認審核處申請確認審核時仍須向國家行情工資協助桌中心(The National Prevailing Wage and Helpdesk Center, NPWHC)，要求提供行情工資，以供提出申請外籍勞工確認審核之用。

美國對外籍勞工之確認審核，是在確保其接納外籍勞工進入美國於其預定要工作之地區之永久性或臨時性的工作，不會產生不利的影響美國勞工的就業機會、工資和勞動條件。在外籍勞工確認審核制度之下，外籍勞工確認審核處必

¹¹ 20 CFR §655.10.

¹² 該署網站為 <http://www.flcdatcenter.com/>.

¹³ Department of Labor(2006) *Interim Prevailing Wage Policy for Nonagricultural Immigration Programs* Washington D.C.: Department of Labor.

需依其國公平勞動基準法下聯邦所訂定之行情工資(prevaling wage)，以為審核通過之依據要件之一。¹⁴外籍勞工確認審核處負責審核尋求把外籍勞工引進美國而提出外籍勞工確認申請的雇主之申請案件時，其核准確認的條件為雇主可以證明，沒有足夠的有意願且符合資格的美國勞工，願意以等於或超過行情工資而支付的條件，以執行外籍勞工預定要工作之地區的工作。

依聯邦規章第20篇第656.40及656.41條規定，申請外籍勞工確認審核之雇主所要約(offered wage)欲給外籍勞工之工資必須等於或高於該行情工資。因而，於雇主之申請案中，雇主需列出其向外籍勞工要約給付之工資，等於或高於行情工資之工資資訊。即使要聘僱大專院校的外籍老師，其學校在向外籍勞工確認審核處申請確認審核時仍須向國家行情工資協助桌中心(The National Prevailing Wage and Helpdesk Center, NPWHC)，要求提供行情工資，以供提出申請外籍勞工確認審核之用。

美國對外籍勞工之確認審核是在確保其接納外籍勞工進入美國於其預定要工作之地區之永久性或臨時性的工作，不會產生不利的影響美國勞工的就業機會、工資和勞動條件。在外籍勞工確認審核制度之下，外籍勞工確認審核處必需依其國公平勞動基準法下聯邦所訂定之行情工資(prevaling wage)，以為審核通過之依據要件之一。¹⁵外籍勞工確認審核處負責審核尋求把外籍勞工引進美國而提出外籍勞工確認申請的雇主之申請案件時，其核准確認的條件為雇主可以證明，沒有足夠的有意願且符合資格的美國勞工，願意以等於或超過行情工資而支付的條件，以執行外籍勞工預定要工作之地區的工作。

依聯邦規章第20篇第656.40及656.41條規定，申請外籍勞工確認審核之雇主所要約(offered wage)欲給外籍勞工之工資必須等於或高於該行情工資。因而，於雇主之申請案中，雇主需列出其向外籍勞工要約給付之工資，等於或高於行情工資之工資資訊。即使要聘僱大專院校的外籍老師，其學校在向外籍勞工確認審核處申請確認審核時仍須向國家行情工資協助桌中心(The National Prevailing Wage and Helpdesk Center, NPWHC)，要求提供行情工資，以供提出申請外籍勞工確認審核之用。

各個職業分類別的勞工的行情工資當然不同，其是依據標準職業分類來決定行情工資。行情工資申請表中，首先會要求雇主填寫工作內容(job duties)。而就工作內容之填寫，雇主須填寫工作職務之說明與細節，其說明與細節必須具體到可以依據標準職業分類碼來做為一個行情工資之決定依據。因而，雇主必須具體的填寫該工作所涉及的領域、生產的產品、產業別、該勞工所需使用的設備。其次是填寫勞工所受教育程度，雇主必須填寫勞工具體所獲得的學歷，該學歷所具體受教育的領域、主修的課程。再其次為填寫勞工之工作經驗，雇主必須填寫多少月或多少年年資的工作經驗。而若勞工之工作內容涉及需有一定職位(position)

¹⁴ Department of Labor(2006) *Interim Prevailing Wage Policy for Nonagricultural Immigration Programs* Washington D.C.: Department of Labor.

¹⁵ Department of Labor(2006) *Interim Prevailing Wage Policy for Nonagricultural Immigration Programs* Washington D.C.: Department of Labor.

之經驗，則雇主必須確認在這一部分所寫勞工的經驗與工作內容項目所填寫的內容是互為呼應的。再其次為填寫工作地點，雇主必須填寫勞工之工作地點，若雇主在該表中工作地點寫「無」，則為一構成不可接受的瑕疵，申請案會因而被駁回。工作地點必須具體地填寫完整的街道、鄉鎮城市、州的地點。例如，只寫出舊金山地區是一個不適當的表達方式。如果是有許多工作地點，也必須一一填寫各個地點的具體地址。該中心是以對應雇主申請外籍勞工的工作內容與職業分類下之工作內容，來決定行情工資之水準。許多雇主也往往要該中心考量勞工之工作為需要出差之工作，以勞工出差頻率及其旅途長短，來決定行情工資。以及以勞工之工作內容是需要符合雙重工作內容或多重工作之技能之內容(combination of occupations)來決定行情工資，以及以勞工具具有外語條件，來決定行情工資。其規定，如果工作需要執照或證照，則該工作之行情工資就不會是剛進入水準(entry level, level one)之工資。因為因工作需要而需旅行出差，仍不是一般性的工作需要，若勞工之工作內容是需要旅行出差，則會加重計分。而有多一個外語能力條件時，則該中心是自動給予提高一階之行情工資。

如果雇主申請行情工資，就 ETA9141 表之填寫未完全，會被該中心予以退回。因而，若該表之有些資訊未填寫，並不是補正的問題，而是重提申請的問題。該中心會回函告知申請案無效。而所有的申請案都需以線上申請，若是當事人以書面寄達該表的方式提出申請，會被該中心退回並告知其申請案並未被受理處理之。

(二) 行情工資決定之一般考量重點

一般言，行情工資是指雇主提交確認審核申請時，與該外勞之相同職業分類並在擬僱用該外勞工作之地區的雇主所大多支付給勞工之工資。而行情工資決定之一般考量重點是勞工之工作(occupation)，而不是考量雇主的性質，亦即雇主的性質是屬於營利或非營利組織，或是其性質是屬於公部門或私營部門事業單位並不是考量之重點。其相關的考量因素是工作本身和外勞預定要工作之哪一個地理地區的工作。而給 H-1A 簽證之護士(nurse)，法規則另外明確規定，需考量(雇主)設施的類型之因素。例如，急性護理(acute care)或長期照顧護理(long-term care)以及其他勞動條件，例如，排班、週正常工作時間、外籍護理勞工之專業領域，以供為考量行情工資決定之依據。

短期性聘僱之外籍勞工，例如若其是持 H-1B、H-1B1、E-3 簽證類別之外籍勞工，其行情工資之決定並無須採用特定之工資調查資料取得模式，以決定行情工資。決定行情工資之參考資料：

1. 團體協約所約定之工資率，或者是
2. 該勞工之職系(occupation)和該勞工預定要工作之區域依戴維斯-培根法的行情工資率；
- 3 該勞工之職系和該勞工預定要工作之區域依麥納馬拉-奧哈拉服務契約法的行情工資率；
4. 一項由一個獨立的權威機關所進行的調查所產生的行情工資率，而其符合

於聯邦規章第 20 篇第 655.731 條規定的要件；

5. 依其他合法來源的資訊產生的行情工資率，包括經由申報門戶系統的和該處資訊中心所獲得之勞工統計局職業就業統計調查(Occupational Employment Statistics, OES)所提供的工資資訊。

而以確認審核給 H-1B 簽證之非農業外籍勞工以及持 F-1 簽證之學生打工時之行情工資之決定為例，其需嚴格依美國行政規章第 20 篇第 656.40 條之規定進行行情工資之決定。¹⁶其當地若沒有已依戴維斯-培根法(Davis-Bacon Act, DBA)或麥納馬拉-奧哈拉服務契約法(McNamara-O'Hara Service Contract Act, SCA)所決定的行情工資，¹⁷而且也沒有勞資團體協商所協議之工資當決定行情工資之依據時，要決定行情工資，需進行行情工資調查或引用經公佈的工資調查結果(published wage surveys)，來決定行情工資之工資率。該兩種類型的工資調查之調查方法(methodology)，必須反映算術平均數之工資率，這一工資率，在最可行的情況下，是透過加總支付給同樣受聘於該預定雇用該外籍勞工之區域的工資總金額，除以該些勞工的總人數，而得之金額。依算術平均數之定義，通常也需要計算加權平均。該行情工資之工資率，不能以使用各個勞工工資之中數或其他模式的調查所得之金額為之。

而依據美國移民歸化法第 212(b)項之規定，勞工部必需提供給雇主，一個由政府進行之調查以決定行情工資。2010 年 4 月該勞工部設立一國家行情工資協助桌中心，以協助認定行情工資。現在雇主可直接向該中心請求並獲得行情工資之認定。雇主可向該中心請求提供所欲聘僱職業與技能水準之外籍勞工之應適用的行情工資。例如，要聘僱非農業外籍勞工，而要向該中心申請行情工資認定時，則必須填寫標準的行情工資請求表 9141(standard Prevailing Wage Request Form 9141)，以申請提供之。

而國家行情工資協助桌中心所做之行情工資的調查，須依據勞工之經驗、勞工之教育以及勞工擔任之督導層級(the level of supervision)，而訂定出四級之行情工資。

五、美國違法聘僱外勞之處罰

(一)違反移民歸化法之實體上處罰(substantial fines)

1986 年以前，雇主不須確認外籍勞工合法身分與得被雇用資格。經 1986 年移民改革和控制法(Immigration Reform and Control Act, IRCA)，修正之移民與歸化法第 274A 條而規定僱用非法外籍勞工的民事和刑事處罰。¹⁸美國最高法院在 *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. N.L.R.B.*，一案稱，¹⁹該法之立法以強制對付雇用非法外勞是移民法立法之核心立法政策。假使任何人明知(knowingly)而僱用、

¹⁶ 20 CFR §656.40.

¹⁷ 戴維斯-培根法或服務契約法下要依優勢工資給付工資，請參閱拙著，謝棋楠(1997)，《中美工資工時法之適用與修正》，台南：漢家出版社，1-501。

¹⁸ 8 USC 1324a

¹⁹ *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. N.L.R.B.*, 535 U.S. 137, 147 (2002).

招聘或以收受費用的方式而仲介任何未經合法授權得在美國工作的外國人，即屬違法。因而，使用外籍勞工之雇主要防止被訴，需負依法填寫 I-9 表之作為義務以及不得明知而使用非法外勞之不作為義務之兩種義務。

雇主違反該法可能構成需負擔罰款之實體上處罰以及被排除於政府公共契約承攬(debarment from government contracts)之非實體性之處罰。聯邦法之被排除於政府公共契約承攬，是在雇主違反後一年內不能承攬政府公共契約。而一些州法之州法則除了不能承攬政府公共契約，還可能會被撤銷公司執照。

其實體上處罰以就每一個未經授權得在美國工作的個別外國人，需負擔美金 250 至 2000 美元罰款；而如果雇主為曾經違犯之雇主，其就每一位非法外籍員工需負擔美金 2,000 至 5000 美元罰款；如果雇主已收受到法院所發一個以上的停止命令，需停止雇用非法外籍勞工，而未予遵守時，其就每一個非法外籍勞工，需負擔美金 3,000 元至 10,000 美元罰款。而雇主之違反行為若已屬於模式化(pattern)和慣行化(practice)時，其刑事處罰之方式，可以每雇用一個非法外籍勞工處以高達 3,000 美元之罰金，到處以 6 個月以下之有期徒刑，或併科罰金與有期徒刑。若被認定為達到“窩藏(harbor)”非法外籍勞工之情形，亦即故意僱用 10 個或更多的人，而其工作期間不滿 12 個月之情況，可能被處以 10 年的有期徒刑。主管機關的調查官，對核定應處罰之金額有極大之裁量權，例如考量公司之規模、情節之輕重、雇主以往是否誠信遵守該法、雇主在過去是否有違反該法和違反模式。

此外，也有可能因文件處理(paperwork)而受處罰。因為雇主就 I-9 表之填寫，必須從外籍勞工開始工作日起。該外籍勞工必須填寫 I-9 表格的第一部分，而於該日起三天內，必須提供佐證之證明文件。雇主未履行文件申報之義務而需負擔罰款，其每一件違反需負擔美金 100 元至 1,000 元。若在該三日內未完成 I-9 表之填寫與佐證之證明文件之提供，則雇主須降該外勞移除於新資冊之外，不予雇用，否則即有被訴之風險。在該合法外勞之雇用期間，I-9 表皆須予以保存，而於該外勞勞動契約關係終止後仍須保存三年。I-9 表遺失的情況，將自動被核定為處以 1000 美元之罰款。雇主若有 100 名外籍員工，而沒有完成 I-9 表格，可能面臨 10 萬美元的罰款。而雇主若對於其所簽署的 I-9 表之內容有虛偽陳述，可能會被控以偽證罪。雇主也應謹慎，明知員工所提交之文件是偽造的文件，卻予以接受，是一種違反行為，也可以追究其刑事責任。

對於明知而使用非法外勞之構成要件，移民與海關署認為雇主收到由勞工所提供之證件資料的資訊與其勞工之身分不符時，即應該是構成一個“明知”之構成要件違反的證據，但法院的多認為，除了在嚴重的情況下，雇主僅僅因其未能調查出潛在的假證件其是不足的，無法建立符於違反該“明知”的構成要件。這一爭議之解決，還有待觀察。

雇主對於其承包商使用非法外勞亦須負責。1986 年移民改革和控制法之規定是任何人明知而使用非法外籍勞工需負擔賠償責任，²⁰即使一個正式的僱用關

²⁰ 美國的行政罰是主管機關對違犯者向民事法院起訴民事責任，以處罰之，因而為負擔賠償責

係不存在，亦需負責。2005 年，沃爾瑪支付 1,100 萬美元的訴訟和解金，因為其承包商使用非法外籍勞工。沃爾瑪抗辯因為沃爾瑪沒有直接僱用外籍勞工，所以其不應負責的抗辯，並不被接受。

(二)最新執法方式-運用敲詐影響與腐敗組織法(the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act)²¹

美國移民主管機關與主張自己因雇主僱用非法外勞之勞工而工資，甚且依據敲詐影響和腐敗組織法來執法，在 *Mendoza v. Zirkle Fruit* 一案，²²美國華盛頓州之美國員工，即以引用敲詐影響與腐敗組織法，而提起集體訴訟方式起訴 Zirkle 水果公司。勞工以訴訟指控該公司使用非法外籍勞工，用以維持低工資。本案地方法院認為原告無法舉證其所受損害，而二審時，第九巡迴法院認為地方法院知認定有否損害太快了，在二審即將判決前，Zirkle 水果公司與其高階主管同意以支付 130 萬美元而以庭外和解方式，而解決集體訴訟之勞工依據敲詐影響與腐敗組織法所對其提起之訴訟。這是第一次有大公司規模的雇主被依據該法而提起訴訟而庭外和解的案件。未來可能會看到主管機關與受損及體原告提起一連串的依據敲詐影響和腐敗組織法以對付其他財大氣粗的大雇主的訴訟。美國最高法院最終需負責處理主管機關依敲詐影響與腐敗組織法來對付使用非法外籍勞工這個問題，其已受理莫霍克工業公司 *Mohawk Industries Inc. v. Williams* 案。²³這種案件之爭議焦點是涉及公司及其代理人是否在執行其公司職務時，是否可以被認定為是該法下的「敲詐企業」。

六、結語

在美國，由於給付外籍勞工行情工資是附著於外籍勞工入境簽證之工作證認證規定中，因而每一位雇主給付外籍勞工之工資當然不得以給付美國各地最低工資方式來給付外籍勞工，而是以各該地各該時期之行情工資做為最低的雇用工資以給付外籍勞工。我國目前雇主以給付外籍勞工基本工資之規定，事實上會產生不利影響到我國相類似工作之本國勞工的勞動條件，這也是我國勞工長期工資無法提升之原因之一。其當然是違反就業服務法所規定之補充性原則以引進僱用外籍勞工。

我國白領外勞之僱用，可以說符合於以行情工資而僱用，雇主是以本國勞工之行情僱用外籍勞工。但是，藍領外勞之工資決定，遠遠與美國不同。由於藍領外勞是以基本工資僱用，要確認雇主有意僱用外勞之該一就業機會，並無我國勞工可以提供該一工作之勞務，顯然無法行之而流於形式。因為雇主只要以基本工資的工資登報，自然無法以該工資條件吸引而僱用到本國勞工。在美國，雇主要證明並無本國勞工可以提供該一工作之勞務。依勞動部之規定，雇主有義務執行

任。

²¹ The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act 18 U.S.C. §1962 et seq.,

²² *Mendoza v. Zirkle Fruit* 301 F.3d 1163(9th Cir. 2002).

²³ *Mohawk Industries Inc. v. Williams* 547 U.S. 516 (2006).

徵才之工作。²⁴而該徵才廣告期間為最短十四日之期間。而且需在公告出需人才之後二十一天之時間內，需收受應徵者之應徵。若雇主有面試之必要者，必需在公告需才之地點進行面試，以免本國勞工為赴其面試而產生費用。在該期間內，雇主必須審查每一個應徵之本國勞工資料，而且須優先雇用合格之本國勞工。雇主不得提供給外籍勞工較優渥之應徵條件。而若雇主若拒絕本國依雇主廣告徵才之內容之應徵者，雇主須舉證其拒絕雇用該本國勞工之合法的與工作相關之理由。最後，雇主必須準備一徵才報告給勞動部。勞動部對雇主此一徵才廣告也有具體規範要求。²⁵雇主在進行該徵才招聘廣告中，必須明列包含勞動條件之內容，並且廣告所列的條件，不得比那些要提供給外籍勞工的勞動條件，為較不利的條件。即令美國以如此嚴格方式限制外籍勞工之雇用，美國公民仍然抱怨其工作遭便宜外勞取代。²⁶我國都沒有要求雇主徵才廣告中提出詳細工資有關的勞動條件，對於應徵者，也沒有要求提供最後的徵才報告，是否有不利益對待我國應徵的本國勞工，故意或過失拒絕不雇用我國勞工，實難舉證。勞動部也從未詳查。勞動部應建立我國就業服務法所開放之各類藍領外勞之我國的行情工資，要求雇主於刊登徵才廣告時，以該一行情工資為基準來公告徵才。其實自然會有我國勞工爭取該工作機會。如此，方可能確認我國之該一技術領域的藍領勞工是

美國合法外籍勞工權益保障，並不以不受原始國籍歧視與應給行情工資之保障為限。以必須給予合法外籍勞工等於或高於行情工資之保障一項，我國即無法比擬。其必須於申請俗稱之工作證時即需提出。因而如前所述可知，美國不會發生有我國資方爭取合法外籍勞工之工資與其國之基本工資脫鉤之議題。我國引進大量外籍勞工已對我國勞工之工資之增長產生明顯之壓抑效果，資方更有給行政院施壓期待將外籍勞工工資與我國之基本工資脫鉤，其更會深化打壓我國勞工工資之增長效果，而使青年工作貧窮之形勢更形惡化。

而美國1986年移民改革和控制法，規範雇主在其雇用、轉介(referral)與解雇上，不得歧視已獲得在美之工作權的外籍勞工，而使其與美國公民同等地位競爭職位與職位保障，其更是我國無法想像可能立法通過之制度。

由美國移民法執行經驗中，對非法外勞之執法受到各州之經濟與政治環境條件影響很深。由於國會的監督，執法機關進行調查，通常較會調查失業率高的地方，特別是其最近失業率高的國會議員選區。而許多案例是國會議員自己或其助理參與被處罰企業與主管機關間之罰款減降的協商過程中。²⁷

而如上所述，美國之主管機關對使用非法外籍勞工之執法相當嚴。甚至運用敲詐影響與腐敗組織法來對付雇主，使得雇主不敢掉以輕心。

²⁴ 20 CFR §655.40

²⁵ 20 CFR §655.41

²⁶ Laura Wides-Munoz and Paul Wiseman(2014) Backlash Stirs Against Foreign Worker Visas *USA Today* July 6, 2014.

²⁷ Michael D. Makowsky and Thomas Stratmann(2012) *Politics, Unemployment, and the Enforcement of Immigration Law* Working Paper No. 2012-04, Department of Economics Towson University.

參考文獻

1. 謝棋楠(1997)，《中美工資工時法之適用與修正》，台南：漢家出版社，1-501。
2. Amber McKinney, *Napolitano Says DHS Has Made Smart, Effective Immigration Enforcement Changes*, Daily Lab. Rep. (BNA) No. 193, at A-18 (Oct. 5, 2011)
3. Department of Labor(2006) *Interim Prevailing Wage Policy for Nonagricultural Immigration Programs* Washington D.C.: Department of Labor
4. Garance Burke, *Few Americans Seem Eager to Try Their Hands at Farm Work*, WASH. POST, Oct. 10, 2010.
5. Jeffrey S. Passel and D’Vera Cohn, *Unauthorized Immigrant Population: National and State Trends, 2010*, PEW HISPANIC CENTER (Feb. 1, 2011).
6. Jill H. Wilson (2013) *Immigration Facts: Temporary Foreign Workers Report of Brookings Institution* June 18 2013.
<http://www.brookings.edu/research/reports/2013/06/18-temporary-workers-wilson> visited at June 27, 2015
7. Kati L. Griffith (2012) *Undocumented Workers: Crossing The Borders Of Immigration And Workplace Law* 211 *Cornell Journal Of Law And Public Policy* 611.
8. Laura Wides-Munoz and Paul Wiseman(2014) *Backlash Stirs Against Foreign Worker Visas* *USA Today* July 6, 2014.
9. Michael D. Makowsky and Thomas Stratmann(2012) *Politics, Unemployment, and the Enforcement of Immigration Law* Working Paper No. 2012-04, Department of Economics Towson University.
10. Steven Greenhouse(2005) *Wal-Mart to Pay U.S. \$11 Million in Lawsuit on Illegal Workers*, *New York Times* March 19, 2005.
11. Yan Chen (2003). *An Examination On Regulating the Employment of Foreign Skilled Workers In The United States* 6(1) *U. Pa. Journal of Labor And Employment Law* 179.