

論民事上歧視禁止規定的證立可能性

周 伯 峰^{*}

要 目

壹、前言：自由與平等在民事法上的關係

一、發展史概述

二、爭議所在

貳、民事上歧視禁止規定的性質與功能

一、民事上歧視禁止規定的性質

(一)民事上一般平等對待要求或義務

(二)民事上歧視禁止規定

二、民事上歧視禁止規定的功能

(一)保護人格權

(二)實現社會正義

參、民事上歧視禁止規定的證立可能性

一、分配正義與民法

(一)分配正義與現代民法具有內在關聯

(二)私法社會需以確保實際上的機會平等為前提

二、法律與道德的混淆？

(一)反對者的主張也是特定道德觀的「法律化」

(二)民事上歧視禁止規定的對象是外在行為非內在態度

三、小 結

肆、結論：以平等限制自由來確保更多自由

DOI：10.3966/10239820201612147003

^{*} 政治大學法學院助理教授，德國美茵茲大學法學博士。

本文為科技部補助專題研究計畫（103-2410-H-004-048-）之研究成果，作者在此特別感謝匿名審查委員提供之建議，使本文可以減少錯誤。

投稿日期：一〇四年十一月四日；接受刊登日期：一〇五年五月二十五日

責任校對：蘇淑君

摘 要

本文的主要目的在於探討民事上歧視禁止規定在現代民法體系中可否證立的問題，也就是說民事上歧視禁止規定對於建立在私法自治與契約自由之上的現代民法來說是否是一個無法相容的異物？認為民事上歧視禁止規定是無法證立的理由主要有二：其一，因其主要目的在於實現分配正義，而分配正義的實現並不是現代民法的任務；其二，這樣的規定是混淆法律與道德的界限，是一種強迫性道德的法律化。而本文則試著指出，分配正義的實現也是民法的任務之一，而且民事上歧視禁止規定的明文化也沒有混淆法律與道德的問題。民事上歧視禁止規定其實意味著一種以平等限制自由來確保自由的想法，而這是現代民法或契約法的發展趨勢或未來。

關鍵詞：民事上歧視禁止規定、私法自治、契約自由、平等對待、分配正義、法律與道德、自由與平等

壹、前言：自由與平等在民事法上的關係

對於法律人來說，如果問他們什麼是現代民法的基本原則，毫無疑問的，他們一定會給出「私法自治」這四個字，而且會補充說「契約自由」是私法自治的最重要表現，甚或是同義字。而私法自治或契約自由意味著，應該由在社會中生活的私人市民自己自由的決定該過怎樣的生活，而且針對這樣的決定，當事人沒有必要去論證或說明其決定是合理或正確的，國家機關也不能夠去審查該決定是不是合理或正確，最重要的是當事人自己的自主意志、意思自主，也就是自由¹，所以德國學者Werner Flume才會說：「就私法自治的範圍來說，是適用這個句子：『以意志取代理性』」²。也就是說，現代民法是採取以自由為出發點的規範模式，也就是所謂的「自由優先」模式。但除了自由之外，現代法律體系的另一個重要價值原則則是所謂的「平等」，而在民事關係上，平等與自由之間可能是存在著緊張關係的，一個簡單的例子就可以看得出來，比如甲有某一商品，乙與丙都想買甲所有的商品，如果甲可以不附理由、任意的選擇將商品賣給誰的話，某種程度就意味著，甲可以不用平等對待乙或丙，因為「平等」意味著「相同者相同對待，不同者不同對待」³，而什麼是相同什麼是不同，是需要附理由說明的，如果不能合理說明證立的話，那就是恣意，進而違反平等的基本要求，但如上所述，自由的功效之一就是免除了當事人就其決定進行說明證立的義務，也就是說自由容許恣意，這樣一來，自由與平等間的緊張關係就相當明確了，因此也就產生了現代民法在「自由優先」的模式下如何處理平等這個原則或價值的問題？

¹ 參閱Medicus, BGB AT, S. 4.

² 參閱Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 2. Band, 1992, S. 6.

³ 參閱Alexy, Theorie der Grundrechte, 1996, S. 360; Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 156.

一、發展史概述

關於這個問題，就法律史來看，現代民法首先提出的解答是，給予每個人法律上的平等地位，也就是每個人依據法律都有同等的權利能力⁴。如同王澤鑑教授的敘述：

民法藉著第六條關於權利能力的規定，宣示一項最具倫理性的基本原則，即任何人因其出生而當然取得權利能力，除死亡外，不得加以剝奪。無分男女、種族、國籍、階級，凡自然人皆平等地享有權利能力⁵。

如此一來，現代民法確定了每個自然人在「法律上」都是平等的權利主體，都可以憑著私法自治的基本原則，在「法律上」自由的決定自己的社會生活該如何形塑，這種「在法律上平等的法律上自由」是現代民法的出發點⁶，也是其要同時實現自由與平等這兩個價值所提出的第一種解答。也如同王澤鑑教授所說，這種解答是人類法律文明的偉大成就⁷。而這種解答也是帶有反歧視的意涵，因為所有的自然人都是法律上的人格，與其他的人都一樣擁有權利能力，不論其性別、種族、血統、性傾向、宗教、世界觀、年齡、階級與身心障礙與否。

現代民法對於平等的問題，除了提供法律上平等之外，那對於社會事實上存在的不平等又是採取何種態度？其實一開始，現代民法在理論上是歡迎社會存在著事實上的不平等，而且認為法律上的平等與社會上的不平等會構成一個功能上的關聯，因為為了讓抽象

⁴ 參閱HKK/Rückert, vor § 1, Rn. 39.

⁵ 王澤鑑，民法總則，頁130，2014年2月，增訂新版。

⁶ 參閱同前註，頁130。

⁷ 參閱HKK/Rückert, vor § 1, Rn. 38.

的自由可以真實的實現，事實上的不平等是必須的，而這裡涉及的就是市場與競爭的可能，換句話說，每個人在私法上都具有相同的權利能力以及事實上存在的不同狀況是市場與競爭可以發生功能的前提要件⁸。這其實蠻容易想像的，因為唯有在社會生活中有各式各樣的可能（也就是不同狀態、不平等），這樣自由市場與競爭才會有意義，如果在社會生活中不存在區別可能性的話，那麼空有法律上的自由，似乎也沒有真的實行的可能。也就是因為這樣，現代民法為何一開始只關切法律上的平等，對於社會上的不平等是採取「無視」的態度，因為這是為了實現自由所必須的前提。

但法律史的發展告訴我們，現代民法這種只給予法律上平等的自由，卻「無視」社會上實際存在不平等的作法似乎漸漸遇到問題了，這問題主要產生於，雖然每個人都有法律上平等的決定自己生活的自由，但不是每個人都有能力可以去實現這種形式的、僅僅只是法律上的自由，也就是說，因為社會上實際存在的不平等，只有結構上的強勢者可以真正的實現自由，決定自己的生活，甚至去決定其他無能力者的生活，而這樣就造成了所謂的「第二個自由問題」^{9、10}，也就是形式上自由的行使產生或更加穩定了實質上的不平等，而這個問題後來就變成所謂的「社會問題」，由此產生出「民法的社會任務」的這種想法¹¹。而某種程度來說，二十世紀德國民法的發展都是建立在如何處理這個問題之上，其提出的理論方

⁸ 參閱Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 106ff.

⁹ 第一個自由問題涉及的是是不是所有的人都可以有法律上的自由去決定自己的生活，而這個問題透過法律上平等的權利主體建立就被解決了。參閱HKK/Rückert, vor § 1, Rn. 40.

¹⁰ 參閱Rückert, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, S. 34.

¹¹ 參閱aaO., S. 15ff.

法，則是所謂的「平等地位理論」¹²，也就是私法自治或契約自由只有建立在雙方經濟或知識能力的平等地位之上，才能夠達到讓當事人自主決定自己生活的功能，如果有當事人一方處於結構或能力上的弱勢時，這時民法就應該介入進行調整，來確保弱勢的一方在交易中可以有真正的決定自由。

而除了上述的「第二個自由問題」，也就是有些個人是沒有實際上的能力來自由的決定自己的生活這問題外，其實還存在著所謂的「第二個平等問題」。雖然如上所述，透過權利主體概念的建立，法律無視所有個人的實際特徵、區別，將之當成同等的抽象人格來平等對待，解決了所有人在法律上是否應該平等這樣一個問題。但這些個人特徵或區別的確是實際存在的，而且也是可以被社會生活的其他成員「看到」的，也就是說，這些個人實際存在甚或是被歸類的特徵或區別，就會在與其他個人的互動中變得具有相關性，如此一來，就會產生這樣的可能性，即社會行動者會針對其他社會行動者可以被感受到的差異性而做差別對待¹³。而在這種狀況下，如果被做差別對待乃至於不平等對待的個人，通常都是某些被社會多數以某些特徵區別開來的特定群體的成員時，這個時候，這些少數群體的成員，就會遇到被「隔離」於社會互動之外的問題¹⁴。換句話說，這些少數群體的成員，雖然在法律上也被承諾了同等的自由，但在實際的社會生活情狀中，他們相對於多數成員，行使這樣自由的機會卻大大的減少，或者雖然去行使，但獲得的相對於多數群體的成員總是比較少，而這樣的問題就是所謂「社會歧視」的

¹² 關於平等地位理論，參閱Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982, S. 88ff.; Chou, *Die Entwicklung des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Gleichheit im deutschen Zivilrecht seit der Französischen Revolution*, 2012, S. 155ff.

¹³ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 111.

¹⁴ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 111.

問題。針對這個「第二個平等的問題」¹⁵，現代民法其實是有作出回應的，以筆者本人比較熟悉的德國民法來說，二〇〇六年八月德國公布施行了「一般平等對待法」，在勞動法與民事法領域內明確規範了相關的歧視禁止規定，可以說是一個明確的發展標誌^{16、17}。

二、爭議所在

如上所述，現代民法是以確保個人法律上具有平等的自由，並無視其社會上的不平等作為出發點，但面對因社會上實際存在的不平等所產生的「第二個自由問題」，也就是「社會問題」時，則採用了「平等地位理論」來回應，即因社會上實際存在的不平等狀況，導致（弱勢的）當事人一方無法真實的行使私法自治、契約自由來決定自己的生活狀況時，也就是當事人一方無法真的行使其法律上自由時，民法就必須對此介入進行調整。而正因為民法在這邊被要求介入調整，以保護弱勢者一方可以真的實現其自由決定的權利，那麼反過來說，結構上強勢一方在法律上的契約自由勢必會因此而常常受到限制，也就是說，其想要達成特定法律效果的法律上

¹⁵ 第一個平等問題涉及的是，是否所有人都在法律上平等，而這個問題透過建立平等的權利能力制度已經解決，參閱HKK/Rückert, vor § 1, Rn. 40.

¹⁶ 其實在「一般平等對待法」立法之前，德國民法體系中已經在民法典第611a條以下明文規定了勞動契約關係中的性別歧視禁止並賦予明確法律效果，而這些規定其實相當於我國性別工作平等法第7條以下之規定。關於德國民法第611a條立法史及其引發的爭議簡介，參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 292ff.

¹⁷ 關於「一般平等對待法」的中文介紹，請參閱林佳和，2006年德國一般平等對待法——勞動法領域平等貫徹的新契機？，載：勞動與法論文集 I，頁163以下，2014年10月；周伯峰，「歧視禁止」作為私法自治的限制？——簡評德國《一般平等對待法》中民事上歧視禁止規定及其爭議，月旦法學雜誌，224期，頁127以下，2014年1月；葉啓洲，民事交易關係上之反歧視原則——德國一般平等待遇法之借鏡，東吳法律學報，26卷3期，頁143以下，2015年1月。

自由的行使，要受到民法以及民事法院的嚴格審查。雖說這樣的作法，在德國已經是主要見解，而且德國聯邦憲法法院也基於社會國原則等要求予以肯認，並認定這是民事法院的憲法任務¹⁸。不過，針對這樣的理論與實踐，也不是沒有反對的學說，其反對的理由在於，這種作法明確的限制了另一方當事人的私法自治以及契約自由的空間，並認為這樣的限制在理論與實踐上是有問題的¹⁹，或是處理這樣的「社會問題」其實不是民法的任務所在，這麼做反而因此破壞了民法的基本原則²⁰。

而同樣的，民事上歧視禁止規定的明確成文化²¹，也激起了相當大的反對聲浪，因為反歧視的規定很明顯的限制了其中一方當事人在締約選擇或契約內容形成上的自由，也就是說，民事歧視禁止規定一定會造成契約自由與私法自治的限制，而這限制的目的就是為了要在民法體系中實現平等的價值。所以甚至有學者以這是「私法自治的喪鐘」²²或「私法自治的結束」²³來形容這樣的規定，就反對者的立場來看²⁴，民事上歧視禁止規定就其性質與功能來說，是跟現代民法體系與任務不能相符的，引進這樣的規定，只是在民法體系中植入一個外來物²⁵，如此一來，整個民法的基礎將會崩

¹⁸ BVerfGE 81, 242; 89, 214; BVerfG NJW 1994, 2749.

¹⁹ 參閱Medicus, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, 1994, S. 19ff.; Grunsky, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, 1995, S. 11ff.

²⁰ 參閱Rückert, JZ 2003, S. 749ff.

²¹ 在民事上歧視禁止規定明確成文化之前，針對民事上所發生的歧視的問題主要是交由一般條款及所謂間接第三人效力理論來處理，參閱Gaier/Wendtland, AGG- Eine Einführung in das Zivilrecht, 2006, S. 1.

²² 參閱Reppen, Antidiskriminierung - die Totenglocke des Privatrechts läutet, S. 39ff.

²³ 參閱Picker, JZ 2002, S. 880ff.

²⁴ 關於反對者意見的整理，參閱周伯峰，同註17，頁137以下。

²⁵ Jestaedt, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, S. 350.

潰，所以這樣的民事上歧視禁止規定是無法被證立的。但民事上歧視禁止規定真的是沒有證立可能性嗎？民事上歧視禁止規定真的是一個與民法體系不相容的異物，還是它其實是現代民法要發揮其功能所不可或缺的內在條件？本文接下來將試著處理這樣一個問題，即提出民事上歧視禁止規定的證立可能性。在討論民事上歧視禁止規定的證立可能性之前，本文要先討論民事上歧視禁止規定的性質以及其功能作用為何，再以此為基礎檢討其證立可能性。

貳、民事上歧視禁止規定的性質與功能

一、民事上歧視禁止規定的性質

要討論民事上歧視禁止規定的性質為何，首先就要先瞭解平等對待原則是以何種方式對於契約自由來進行限制，而依據其作用方式不同，其實可以區分兩種大類型，即所謂的民事上的一般平等對待要求或義務以及民事上的歧視禁止這兩種²⁶。

(一)民事上一般平等對待要求或義務

所謂民事上一般平等對待要求或義務，指的是當事人對於特定群體中的另一方當事人必須給予平等的待遇²⁷，而這最常出現在勞動關係中，基本上雇主必須對其每個員工或者每個員工團體予以平等對待，只要他們是處於相同或至少是可比較的狀況之中²⁸，也就是說每一個員工基本上都有這種權利，要求雇主給予如同其他可比較的員工一樣的待遇，除非差別對待是依據正當理由可以被證立

²⁶ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 315ff. und 527ff.; Neuer, Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 85ff.

²⁷ 參閱Neuer, aaO., S. 86.

²⁸ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 316; Neuer, aaO., S. 86.

的²⁹。而這種民事上一般平等對待要求，其實就是「相同者相同對待，不同者不同對待」的想法，既然如此，只要能夠提出合理的理由說明被差別對待者有不同之處的話，那麼這樣的差別對待也就沒有違反一般平等對待的要求了，也就是說，在一般平等對待要求適用的範圍內，進行差別待遇的行為人負有證立其行為合理性或者非屬恣意的義務³⁰，如果行為人不能夠證立其差別待遇的合理性的話，那麼相關當事人就可以要求同等對待，而這樣一來，一般平等對待要求就會對於債之關係相對性原則形成限制，因為其會將原本以當事人間特定契約形成的法律關係延伸到與第三人間的法律關係之上³¹。而正是因為一般平等對待原則首先要求當事人對於其行為進行說明、證立，如果當事人不能說明的話，這時其也無法主張債之相對性原則，必須同等的對待其他相關當事人，這對於負有平等對待義務的當事人來說，其契約自由將受到嚴格的限制。

而這種一般平等對待要求或義務，其實在民事法上的關係中並非少見，除了在勞動關係³²以外，在團體法中，為了保護少數，其也要求必須平等的對待所有成員或股東，也就是說，在民法的團體法中有一般平等對待要求的適用³³，而在競爭法的領域中，為了確保市場功能以及競爭自由，市場有支配力或相對支配力的企業或聯合在與其他企業的通常交易往來中，也被禁止設置不合理的障礙或者為不同對待，換句話說，在競爭法領域中，一般平等對待要求也

²⁹ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 316.

³⁰ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 318f.

³¹ 參閱Neuer, aaO. (Fn. 26), S. 86.

³² 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 316ff.; Neuer, aaO. (Fn. 26), S. 86; Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 565; Larenz/Wolf, BGB AT, S. 36.

³³ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 346ff.; Bydlinski, aaO., S. 473; Larenz/Wolf, aaO., S. 37.

有所適用³⁴。而在單純的債之關係中，也是可能有一般平等對待要求的適用，比如在因不可歸責於債務人之事由導致限制種類之債中的貨物，有部分毀損滅失，而剩餘的部分無法滿足所有債權時，這時債務人有義務對於各債權人按比例清償³⁵，或者在贈與人主張窮困抗辯要求受贈人返還贈與時，如果受贈人有多數，也應該要求所有受贈人按比例返還，而在這兩種案例之中，其實可以說債務人對於所有債權人有一般平等對待義務，其必須依照一定的分配標準行動，不可以恣意的偏好任何一位當事人³⁶。

如果存在一般平等對待義務，而受規範者如果不能合理的證立其差別待遇的話，這時被差別對待的當事人就有權要求為差別待遇的行為人必須與其訂立其所希望的契約，也就是說，一般平等對待義務可能產生締約強制的效果³⁷。如果當事人負有一般平等對待義務，而其證立差別對待的可能性被限縮到零的時候，這個時候，就會產生所謂的「一般行為要求」，這時受規範者原則上必須與每個人訂約，也就是說，「一般行為要求」會建立起受規範者對所有人的義務³⁸。通常這種「一般行為要求」會出現在提供受憲法保護的最低生存條件的生存照顧領域中，而且針對的是以私法的形式建立起來的供給企業³⁹。這種一般行為要求，通常會以特別法規定的強制締約形式出現，但除此之外，針對重要的生活必需品，只要對於需求者來說，沒有其他可被期望的選擇可能性時，就算沒有特別法的規定，該生活必需品的供給者仍是負有一般性的強制締約義

³⁴ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 411ff.; Larenz/Wolf, aaO., S. 36.

³⁵ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 490ff.; Neuer, aaO. (Fn. 26), S. 86f.

³⁶ 參閱Neuer, aaO. (Fn. 26), S. 87.

³⁷ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 468; Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 32), S. 36.

³⁸ 參閱Neuer, aaO. (Fn. 26), S. 85.

³⁹ 參閱Neuer, aaO. (Fn. 26), S. 85; Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 32), S. 632.

務⁴⁰。

總而言之，一般的平等對待義務會要求行為人對於其差別待遇提出合理理由來證立，如果行為人不能夠證立其差別對待的合理性時，其可能就因此負有締約或者以同等條件對待相關當事人的義務。而如上所述，從證立義務開始，到債之相對性的突破，乃至於強制締約，這些都是與私法自治以及契約自由的想法相矛盾。但在現代民法體系內，人們可以發現到這樣的一般平等對待要求乃至於一般行為要求的存在，而這正是平等這個價值，除了法律上平等的自由外，在現代民法體系內被更進一步實現的表現形式。

(二)民事上歧視禁止規定

如上所述，在一般平等對待要求的適用範圍內，只要求「相同者相同對待，不同者不同對待」，也就是說只要行為人可以提出合理理由的話，那麼差別對待就可以被證立，至於什麼理由是合理的而可以證立差別對待，一般平等對待要求本身不會給出答案，也就是說一般平等對待要求本身沒有作一個價值判斷⁴¹。而相對於此，歧視禁止規定則可以說是對於什麼是合理理由的一個（反面的）回答，也就是其包含了一定的價值判斷，即如果要以特定的特徵來證立區別對待的話，這樣會被法秩序當成是不適當的，也就是說，歧視禁止規定將某些人的不同性排除在法秩序可以接受的差別對待理由之外⁴²。而這樣被排除在差別對待合理理由外的特定特徵，可以稱之為「禁忌化」特徵，而「禁忌化」其實是有雙重意義，首先，在社會生活中，出於某些理由，擁有這樣的特徵是一種「禁忌」，

⁴⁰ 參閱Neuer, aaO. (Fn. 26), S. 85; Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 32), S. 632; Bydlinski, AcP 1980, S. 41.

⁴¹ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 527; Schiek/Schiek, AGG, Einl AGG, Rn. 51.

⁴² 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 527; Schiek/Schiek, AGG, Einl AGG, Rn. 51.

所以可能因此受到不利益的對待，而相對的，反歧視法正是要「禁忌化」連結到這樣特徵的區別對待⁴³。也就是說，歧視禁止規定一定會包含一些事實上存在或被感知的差別或不同性，但其將之當成在作決定時無關的因素，即一個私法自治的決定原則上不能夠根據這些差別或不同性而做成⁴⁴。

在歧視禁止規定的適用範圍內，其只關心對於某人的不平等對待是否是建立在被禁止的歧視之上，只要其差別對待不是取決於「被禁忌化」的特徵的話，依據什麼其他積極理由來做區別對待，這對於歧視禁止規定來說是無涉的。這可以由歐盟二〇〇四年十二月十三日之「實現男女於取得貨物及服務之平等對待原則指令」（2004/113/EG）第十四點考量理由看出：

對於每個人來說，契約自由原則是有效的，其包含了為交易選擇契約相對人的自由。一位將貨物或服務準備好的人，其可能有一系列如何選擇契約相對人的主觀理由，只要個人對於契約當事人的選擇不是取決於他們的性別，那麼本法律指令對其如何自由選擇契約相對人就不相關⁴⁵。

而在這裡就可以看出一般平等對待要求與歧視禁止規定之間在性質上的不同了，如果某行動者負有一般的平等對待義務時，當其沒有合理的理由拒絕締約或者偏離給其他人的條件，其就可能被起訴要求締約或同等對待，而如果行動者處於歧視禁止規定之下時，其僅僅在這件事情上被妨礙，即去根據特定的理由（也就是歧視性

⁴³ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 528.

⁴⁴ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 528.

⁴⁵ Amtsblatt der Europäischen Union L 373 von 21.12.2004, S. 38.

特徵)去拒絕訂約⁴⁶。

如此一來，其實可以說歧視禁止規定比一般平等對待要求更謙遜，但也更激進。謙遜的部分在於，其沒有要求以受准許的行動理由來積極證立差別對待行為，其僅僅是排除特定的理由作為決定行為的要素，但更激進的部分在於，因為這些特定理由在差別對待中原則上不被准許扮演任何角色，所以如果行為人要將其差別對待建立在這些理由上時，其證立要求的強度就會被大大的提高⁴⁷，也就是說，如果差別對待是建立在這些特定理由上時，不能夠只適用恣意禁止來審查，其必須有正當目的，而且目的與這樣的差別待遇必須相當，甚至必須符合比例原則⁴⁸。

綜上所述，民事上歧視禁止規定其並沒有直接的要求同等對待，其只是將某些特定的人格特徵排除於當事人做決定的合法理由之外，只要當事人的決定不是取決於這些被禁止的特徵（也就是進行歧視）的話，當事人可以自行的根據其他理由來進行差別對待，但如果當事人必須將其差別對待建立在這些特定人格特徵之上時，歧視禁止規定就會將證立要求的強度提高，如果當事人無法進行合理證立的話，這樣的差別對待就是不允許的。雖然，相對於一般平等對待要求，歧視禁止規定並沒有直接的要求特定作為，但仍是透過排除將當事人的決定取決於特定理由之上，限縮了受規範者的自由選擇空間，而且在特定情況下，增加了當事人證立其差別對待的困難度，這對於相關當事人的契約自由來說，當然是一種限制，而且很清楚的，如果排除理由增加的話，對於相關當事人的契約自由

⁴⁶ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 528.

⁴⁷ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 529.

⁴⁸ 這可以由「一般平等對待法」第20條所規定的正當化事由中看出，參閱葉啓洲，同註17，頁165。

的限制就更大⁴⁹。

二、民事上歧視禁止規定的功能

依據上面的討論，可以知道民事上歧視禁止規定其主要的作用方式，是在排除特定的理由或者說特定的人格特徵，即「禁忌化特徵」，作為相關行為人進行私法上（差別對待）決定的根據，也就是說，其目的在於保護個人免於因特定的人格特徵，即「禁忌化特徵」，而受到社會性隔離⁵⁰。

而如同上面所說，這個「禁忌化」是有雙重意義的，在社會意義上，其代表著個人擁有這樣的特徵是一種「禁忌」，而這禁忌的來源就是，個人將會因為擁有特定的人格特徵而被劃歸到某種社會地位等級之中，而其所在的社會地位等級，會被具支配力量的社會地位等級認為是較少價值的，所以可以給予較差的待遇⁵¹。而在這種社會地位等級狀況存在的情形之下，擁有特定人格特徵而被劃分到比較差等級之中的個人，為了避免受到較差待遇，就必須要去「適應」或說「同化」到較高社會地位等級，而這正是基於「禁忌」特徵所為的歧視最不正當之處⁵²。比如因種族、血統來源或是性別作為「禁忌化」特徵，而受到歧視的狀況時，相關當事人因事實上的困難，基本上無法同化到或適應到具支配力量社會等級之中，但這在道德上是無法證立的，這些特徵的擁有者必須要對其無法適應、同化負責，所以應該受到較差待遇。而就算是宗教，這表面上看起來有適應可能性的人格特徵，但因其屬於倫理人格以及人

⁴⁹ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 529; Neuer, aaO. (Fn. 26), S. 87.

⁵⁰ 參閱Neuer, aaO. (Fn. 26), S. 87.

⁵¹ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 530.

⁵² 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 532.

格認同的一部分，非自願的偏離或隱藏其實意味著對於自我倫理及道德人格的自我毀滅或自我欺騙，而要求人要去自我毀滅或自我欺騙來避免受到社會上的較差待遇，在道德上也是無法證立的⁵³。

(一)保護人格權

就個人主義的觀點出發，基於一定的禁忌化特徵而公式性的給予一個人不利益對待，這種作為明顯的侵害了相關當事人個人的人格權，而當不平等對待或是不利益對待是取決於個人沒有影響可能性的特徵時，這對於當事人個體性的侵犯越嚴重，因為這樣一來，個人自己的真正性格將會因為歧視而被嚴重忽略，也就是說，這樣的作為違反了這樣的想法，即個人應該是自己命運的主人，其應該只需忍受取決於其自身作為而值得的對待，同時個人也不應該以任何形式被強制的集體化，也就是為了避免差別對待而去同化於某集體，個人的自我形成應該是依其意願的⁵⁴。依據個人主義的觀點，歧視禁止規定是要去實現承認所有的人都有同等尊嚴與價值這樣一個原則，其目的在於保護相關當事人的人格權以及尊嚴，並去排除這種狀況，即任何人僅因為其無法改變或改變的要求是無理的人格特徵而被以特定的方式對待或不對待⁵⁵。

(二)實現社會正義

歧視禁止規定的功能除了個人主義式的保護相關當事人的人格權與尊嚴之外，其還有另外的目的存在。在歐盟二〇〇〇年六月二十九日的「不分種族及血統來源之平等對待原則指令」第十二點考量理由中就有如下的敘述：

⁵³ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 532f.

⁵⁴ 參閱Schiek/Schiek, AGG, Einl AGG, Rn. 43.

⁵⁵ 參閱Schiek/Schiek, AGG, Einl AGG, Rn. 43.

為了擔保一個確保所有人——沒有種族以及人種來源的區別——可以共享的民主以及寬容社會的發展，故而對抗因種族或人種來源而生的歧視所採取的特別措施除了要保障進行非獨立或獨立營業活動的機會外，也必須擴及到教育、社會保護（包含社會安全以及健康服務）、社會受益，以及獲取財貨、服務的可能性之上⁵⁶。

而依照這個考量理由的敘述，其實可以推出，民事上歧視禁止規定至少還有保障相關當事人不會因為某些「禁忌」特徵，而損害參與民事上交易以獲取必要生活資源的機會，也就是說歧視禁止規定至少有作為擔保法律主體參與交易，即參與市場的機會平等的功能⁵⁷。此外，這些「禁忌特徵」在經濟系統中也會被當成分配要素來使用，而這些特徵的擁有者通常在經濟上會受到較差的分配⁵⁸，也就是說，擁有「禁忌特徵」的個人，比較容易受到從社會財富中被隔離的剝奪，美國黑人受到歧視的歷史經驗也證實了這點⁵⁹，而女性在經濟系統中首先被分工到無償家務勞動或者低階的粉領工作也是一個例子⁶⁰。而民事上歧視禁止規定正是要禁止（或「禁忌化」）經濟系統中的行動者將其分配或分工取決於這些禁忌特徵之上，如確有必要將特定分配、分工連結到這些禁忌特徵時，其也要求經濟系統中的行動者要確實的證立這差別待遇的適當性與必要性，從而一來，民事上歧視禁止規定也就會帶有一個要實現社會正義的功能，也就是說，其希望達成正義的財貨分配，以利

⁵⁶ Amtsblatt der Europäischen Union L 180 von 19.7.2000, S. 22.

⁵⁷ 參閱Schiek/Schiek, AGG, Einl AGG, Rn. 44; Coester, FS Canaris, S. 117f.

⁵⁸ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 533.

⁵⁹ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 134ff.; Schiek/Schiek, AGG, Einl AGG, Rn. 44.

⁶⁰ 參閱Fraser, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, 32f.

因帶有特定禁忌特徵而受到不當損害的當事人，也就是被歧視者⁶¹，所以有論者認為民事上歧視禁止規定的明文化，其實是在一般民法中建置分配正義想法的關鍵性一步⁶²。也就是說，民事上歧視禁止規定是以一種「消極」的方式來實現分配正義必須關照潛在受分配者之需求與評價的要求，即其以要求不得注意特定人格特徵的方式，來實現分配正義中「注意人格」的要求，並將之包含入分配程序之中⁶³。

綜上所述，從個人主義的觀點來看，民事上歧視禁止規定具有保護受歧視者人格權以及人性尊嚴的功能，而除此之外，其也具有實現社會正義的功能，即分配正義的功能，也就是確保相關當事人不會因其所擁有的禁忌特徵而被剝奪參與交易的機會平等，並且希望藉此實現更加合理的財貨分配，確保相關當事人不會受到不公正的社會剝奪，也就是從社會財富中被不正當的隔離。

參、民事上歧視禁止規定的證立可能性

民事上歧視禁止規定除了保障人格自由權的功能之外，還指向實現分配正義的目的，而正是實現分配正義這樣的目的設定，讓批判者認為民事上歧視禁止規定是無法證立的⁶⁴。對於批判者而言，民事上歧視禁止規定的目的如果只是要保護相關當事人的人格權的話，這樣的目的設定當然是沒有問題，因其與傳統的自由權保障觀念相符，也就是說，對於批判者而言，民事上歧視禁止規定唯一可

⁶¹ 參閱*Picker*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, S. 20; *Reppen*, aaO (Fn. 22), S. 78.

⁶² 參閱*MünchKomm/Thüsing*, AGG, Einleitung, Rn. 83.

⁶³ 參閱*Coester*, aaO. (Fn. 57), S. 118.

⁶⁴ 參閱周伯峰，同註17，頁139。

接受的證立根據就是人格權保護。但如果只是要保護相關當事人的人格權的話，是否需要採取將民事上歧視禁止規定直接明文化的手段？批判者認為這是不必要的，因為針對人格權的保護，現代民法已經發展出一套普遍可運行的作法，如果真有歧視而侵害人格權的問題發生，由相關當事人依照現行規定來主張即可，不需額外的將民事上的歧視禁止規定直接明文化。也就是說，就保護相關當事人的人格權這點來看，批判者認為民事上歧視禁止規定是可以證立，但卻是不必要的規定⁶⁵。

不過，如上所述，民事上歧視禁止規定除了保護人格權的功能之外，還有實現社會正義，即分配正義的功能，其具體化與明文化，其實也是希望能更加明確與有效的實現這樣的目標。不過，正是這樣的功能設定，讓反對者認為民事上歧視禁止規定不只是不必要，更是與民法的體系不相容的。因為私人沒有幫忙實現分配正義的義務，所以民法應該只關心給付與對待給付是否恰當的交換正義的問題，而不應該處理分配正義的問題。實現分配正義屬於國家的義務，屬於公法的任務，故而強迫私人去實現分配正義的歧視禁止規定是破壞民法的本質，讓私法公法化，讓私人承擔國家的義

⁶⁵ 參閱Lobinger, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, Privatautonomie im modernen Zivil-und Arbeitsrecht, 119ff. und 141ff. 不過這裡要注意到，只透過現行的人格權保護還有一般條款的規定是否能夠清楚且有效的達到民事上反歧視的目的，也是有疑問的，因為如果沒有明確清楚的民事上歧視禁止規定的話，在是否構成歧視，進而侵害相關當事人的人格權的問題上就需要進一步討論，而且法律效果該到如何的強度也可能產生爭議，也就是說，因民事一般條款不論在構成要件面向；法律效果面向上，對於民事上歧視禁止之要求可能有不夠明確的問題，所以將民事上反歧視規定予以明文化，就能給予當事人更明確的法律地位，使其能夠清楚的認知其權利並予以主張，以達到民事上反歧視的效果。參閱MünchKomm/Thüsing, AGG, Einleitung, Rn. 23.

務⁶⁶。而且批判者進一步認為，因為私人在私法生活中沒有反歧視的「法律義務」，只有在「道德上」最好這麼做的要求，所以如果以法律明文確定民事上的歧視禁止義務時，這時就是強迫的將道德上的要求變成法律義務，而混淆了法律與道德應該有的界限，是一種「強迫性的道德法律化」，而這會危害到個人的自由，帶有集權主義或者是美德國家的危險，也是不可接受的⁶⁷。但批判者認為帶有實現分配正義為目的的民事上歧視禁止規定是破壞民法本質，且是一種強迫性的道德法律化，這樣的意見正確嗎？這就是本文接下來要處理的問題。

一、分配正義與民法

如果談到民法與正義的問題，一般上認為民法主要涉及的是所謂交換正義的問題。交換正義主要處理的是人與人之間的相互關係的問題，而在此雙方當事人原則上是被當成是無差異的，也就是說交換正義是一種無視人格特徵的正義形式，其注重的是雙方當事人之間在自願或非自願的交換關係中，所交換的對象是否平等的問題，也就是說，在自願的契約關係中給付與對待給付，在非自願的侵權行為中損害與賠償是否相等的問題⁶⁸，毫無疑問的這是民法要處理的問題，所以說民法與交換正義之間，可以說有一種自然相關性。而如果就法律史的觀點來看，現代民法的主要出發點之一，就是要用契約自由來作為實現交換正義的工具，即以所謂「自願即無不正義」（*volenti non fit iniuria*）作為出發點⁶⁹，所以如果現代民

⁶⁶ 參閱Picker, aaO. (Fn. 61), S. 18ff.; Lobinger, aaO., S. 114ff., 152ff. und 176.

⁶⁷ 參閱周伯峰，同註17，頁139。

⁶⁸ 參閱Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 11f.

⁶⁹ 參閱Chou, aaO. (Fn. 12), S. 40ff.

法以擔保交換正義之名來限制契約自由，似乎比較沒有問題⁷⁰，但現代民法體系與分配正義有關嗎，以實現分配正義，尤其是參與市場的實質機會平等為目的的民事上歧視禁止規定可以作為契約自由的合體系限制嗎？

(一)分配正義與現代民法具有內在關聯

關於交換正義與分配正義間的關係，德國法哲學家Gustav Radbruch曾說：

作為在有同等權利者間之正義的交換正義，是預設著一個分配正義的行動，其授與所有的參與者同等的權利，也就是同等的交易能力，以及同等的地位⁷¹。

而這段敘述其實指出了，現代民法以及其所規律的市場經濟本身就是一種分配系統，或說是一種分配決定。如同本文一開始所敘述的，現代民法的最重要決定之一就是所有的人都有同等的權利能力，擁有相同的法律上自由可以參與民事上的交易，即參與市場，而這個決定本身就是一個分配的行動，這裡所進行的不是直接的財貨分配，而是一個權利的分配，即所有人不問其人格特徵都被分配到可以自由的參與市場交易的法律上權利⁷²。而由法律史的觀點來看，這是對原本封建的階級、等級以及公會秩序中，因為特權的僵化還有對特殊團體利益的維護所造成的機會不正義的克服⁷³，也就是說，現代民法本身就是建立在確保（法律上）參與市場機會平等

⁷⁰ 但如同前面一、(二)所述，作為擔保實現交換正義的「平等地位理論」，也是受到對契約自由進行不當限制的批判。

⁷¹ Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956, S. 126.

⁷² 參閱Coester, aaO. (Fn. 57), S. 120.

⁷³ 參閱Canaris, aaO. (Fn. 68), S. 74.

的這樣想法之上，而現代民法透過分配同等的法律上參與市場權利之後，關於財貨的分配就交給個人自由以及市場上的自由交換來判斷，可以說現代民法一開始針對實際的財貨分配應該如何進行，採取的是一種二階程序化的作法，如同Thomas Raiser所說：

十九世紀的自由國家把經濟和大部分的文化財貨的分配完全交給了個人的自發性和在主要由金錢規制的自由市場中的交換來決定，其只滿足於為此準備一個形式的法律框架，個人可以在此框架內追求其私人利益。在這樣的一個體系中，財貨的分配被交給了市場行為⁷⁴。

而Raiser所說的體系，指的就是現代民法體系，也就是說，現代民法透過分配給每個人參與自由交換的權利，即參與市場的機會平等，二階的、間接的來進行社會財貨的分配，同時相信透過自願交換的分配是妥當的。如此一來，人們可以說分配正義，至少以法律上機會平等的形式，對於現代民法體系來說，並非是一種本質上的異物，反而是其基本的一種結構要素⁷⁵。

(二)私法社會需以確保實際上的機會平等為前提

就交換正義而言，這樣的問題在歷史的發展中被提出，即只有法律上的契約自由，卻沒有事實上的決定自由真的可以實現交換正義的要求嗎？如同Canaris在其著名論文《債之契約法的變遷——其實質化的趨勢》一文所敘述的，現代民法的發展特徵之一就是對於契約自由的「實質化」，也就是以限制特定當事人的法律上契約自由來確保他方當事人實質上的決定自由，並希望藉此能更加的達成

⁷⁴ Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Aufl., 2007, S. 204f.

⁷⁵ 參閱Coester, aaO. (Fn. 57), S. 120.

給付與對待給付均衡的交換正義要求⁷⁶。同樣的，那麼只有法律上的機會平等，真的可以實現現代民法當初設定的透過市場來妥善分配社會財貨這樣的目標嗎？還是這也需要一個「實質化」的過程？但「實質化」總是意味著國家對於社會與個人自由更多的干預，或者說對於正義的責任由社會轉向國家⁷⁷，而這似乎與強調個人自由的「私法社會」⁷⁸（Privatrechtsgesellschaft）的理念不符，而這也正是許多批評者最大的非難所在。故而這裡的關鍵問題就在於，在一個強調個人自由的「私法社會」中，將機會平等予以實質化的民事上歧視禁止規定是否可以證立？

其實私法社會這個概念主要是要處理，一個社會如何被控制的這樣一個秩序問題⁷⁹，換句話說，私法社會是一種社會的秩序模式，而私法社會的特徵就是，在一個共同體中，關於基本秩序的任務不是由國家直接的進行，反而是優先的交由自治的社會自我規制來處理，也就是說，國家將其維護社會秩序的功能「委任」給社會自治來處理⁸⁰。依據私法社會的理念，國家不應該直接干預社會秩序如何形成，這應該交由社會上有同等權利的自治參與者的自由決定來形成，而也是在這種想法下，反對者才會認為對契約自由予以（嚴格）限制，並以實現分配正義為目的的民事上歧視禁止規定，是一種國家對社會自治以及市場的不當干涉而與私法社會的理念不容。

但這裡仍應該注意到，依照私法社會的概念，國家雖然是將維

⁷⁶ 參閱Canaris, AcP 2000, S. 276ff.

⁷⁷ 參閱Coester, aaO. (Fn. 57), S. 120.

⁷⁸ 「私法社會」這個概念是由德國學者Franz Böhm所提出，參閱Böhm, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, S. 105ff.

⁷⁹ 參閱aaO., S. 109.

⁸⁰ 參閱Coester, aaO. (Fn. 57), S. 121.

護社會秩序的功能「委任」給社會自治來處理，但不意味著國家就可以讓社會的「野生」自治保持原狀，因為私法社會除了實現個人自由之外，其還有一種建構整體社會的秩序模式的任務⁸¹。透過以契約自由、財產權保障還有同等權利能力這些現代民法制度所建立的自由、開放的市場，國家將個人需求的滿足交由社會的自我組織來處理，如此一來，國家就可以減輕其社會分配與照顧的責任，而這樣作法的正當性在於，私人的自我組織以及自由市場，雖然有其弱點與危險，但整體上來說，就分配效率而言仍是最有成效的一種組織模式，這從比較私法社會的整體社會水準與其他的經濟與社會秩序就可以知道⁸²。也就是說，國家在分配正義的問題上可以從這樣的想法出發，即一個自由、開放的勞動、經濟及消費市場的開啟就足以確保，每個人就其需求可以自己適當的決定以及滿足，但滿足這樣期望的前提要件就是所有市民的參與市場的機會平等，也就是市場對於所有人的開放性⁸³。

而就整個國家共同體而言，分配正義涉及的是全部的公民，所以那種可以將特定個人或群體從涉及國家的分配正義中排除或隔離的想法是不可能的，也就是說，國家對於每個人都有同等的責任要去實現分配正義。而正是在這樣的想法之下，國家就不能夠單純的以「其已經將實現私人經濟社會中的分配正義問題交給市場」這樣的理由就免責，其對於下面這件事情仍然負有最終責任，即其必須確保，其所期待可以實現分配正義的程序系統（也就是市場）的基本功能正常運作能力⁸⁴。也就是就如何對每個公民進行適當的財貨

81 參閱Coester, aaO. (Fn. 57), S. 121.

82 參閱Coester, aaO. (Fn. 57), S. 121.

83 參閱Coester, aaO. (Fn. 57), S. 122.

84 參閱Coester, aaO. (Fn. 57), S. 122.

分配這個問題，國家雖然不負擔直接的履行責任（因為其委任給私法社會的自治來處理），但會轉換成負擔擔保責任⁸⁵。也就是說，就委派給私法社會的事項，社會的自治是主要的，而國家的作為是屬於次要地位的，但這不意味著國家只要訂出具有形式上、法律上的自由與平等的程序性私法後，就可以什麼都不用做，其仍然需要擔保的私法社會的運作合理性，並反思檢討其所設定的運作框架可否適當的達成其委任給私法社會的功能。

對於市場作為財貨與服務的分配機制的基本功能正常運作來說，歷史已經證明，只有形式的，也就是法律的機會平等是不足的，反而需要每個人的實際上的機會平等，所以雖然這種實際上機會平等的確保是一種平等的實質化並且在某種程度上來說，是對於自由的限制，但這對於私法自治來說不是一種「體系外」的干預，反而是對處於「國家對於社會需求滿足的基本要求負最終責任」這個屋頂下的私法社會來說，這是一種體系相容的框架條件的形塑與擔保⁸⁶，因為如此一來，私法社會才更能夠發揮其被委任的功能。此外，私法社會就歷史上來看，以及定義而言，是一個所謂的「開放社會」，那麼對於市場的法律上強制開放，避免因歧視而來的市場隔離，也是與私法社會的體系相容的，而且基於禁忌的人格特徵而無法被合理證立的對於個人或團體的市場障礙，對於私法體系而言，其實意味著一種「動脈硬化」的危險，那麼對抗這種停滯流動性的危險，當然也是體系相容的⁸⁷。

而正是在上面的討論脈絡下，德國學者Jörg Neuer才會有如下

⁸⁵ 參閱 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen-Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, S. 266f.

⁸⁶ 參閱 *Coester*, aaO. (Fn. 57), S. 122.

⁸⁷ 參閱 *Coester*, aaO. (Fn. 57), S. 123.

的主張：

……，相反的，透過歧視禁止對於相關範圍的人來說，才首先創造出了私法自治行動的可能性，因為個人對於客觀、先天給予的因素如種族或者性別是沒有任何影響力的，而其因這些為法律所接受的特徵相關性，一開始就可能被排除在民事交往的範圍之外，這種情況不僅與私法自治的理念也與所謂「私法社會」的理念完全不相容⁸⁸。

確保實際上機會平等的民事上歧視禁止規定，其實是私法自治以及所謂的私法社會可以履行其功能的前提要件，故而民事上歧視禁止規定並不是所謂的「體系外的」異物，反而是與私法體系以及私法社會相容而可證立。

二、法律與道德的混淆？

而對於民事上歧視禁止規定的第二個主要批判在於，這樣一個規定是混淆法律與道德的區分，是一種「強迫性的道德法律化」，而這會危害到個人的自由，所以是不可證立的。關於這裡所謂「法律與道德的分離或區分」的問題，首先應該要做的是澄清這裡所涉及的問題層次，一種層次是法律的效力是否取決或包含特定的道德要素的問題，而這樣的問題在分類上，是屬於法概念論中實證主義與非實證主義的爭論，實證主義者採取所謂的「分離命題」，即法律和道德之間沒有、法律的命令和正義的要求之間，或者法律是什麼或法律應該是什麼之間，沒有概念上的必然關聯，在法概念中重要的只有合乎規定的或權威的制定性，以及社會的實效性，而非實證主義者則主張「連結命題」，即法律的概念要以包含道德要素的

⁸⁸ Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 154.

方式來定義⁸⁹。而批判者關心的並不是這一法概念層次的問題，其關心的是另外一個層次的問題，也就是實證法律可否將特定道德觀念當作內容，或者說實證法律可否將特定的道德觀念予以法律化的問題，這裡涉及的就不是法概念論中的爭論，而是法律倫理學的爭議了⁹⁰。但批判者的說法「忽略」或迴避了，其主張其實也代表了某種道德觀念的「法律化」，而且其批判民事上歧視禁止規定是一種針對內心想法進行規制的美德恐怖的說法也不正確。

(一)反對者的主張也是特定道德觀的「法律化」

民事上歧視禁止規定的反對者在這邊所主張的「法律與道德分離」，是建立在一種「中立性」想向之上，即公共性或者說國家可以透過其不干涉而對於各種的私人道德與正義觀保持中立，也就是說法律不應該變成是一種強制私人在其私生活中實現某種道德觀的工具。同時這種法律與道德分離的中立性想法也與國家與社會分離的想法相連，即社會是一個免於國家的「非政治」空間，社會是屬於私人的領域，其必須避免受到為了實現特定倫理或目的的直接國家權力運用，而這兩種相互關聯的想法其目的就是要保障個人自由⁹¹，所以民事上歧視禁止規定的有力批判者Eduard Picker才會說：

那種將公共美德規定給其市民的國家，同時也就是將傳統上作為自由保障的法律與道德分離及與其相連的國家與社會分離取

⁸⁹ 參閱Robert Alexy著，王鵬翔譯，法概念與法效力，頁15以下，2013年7月。

⁹⁰ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 970.

⁹¹ 關於法律中立、國社分離；個人自由保障作為一組相互牽連的法律倫理觀，參閱周伯峰，重訪「概念法學」：論其主要命題及法律觀，興大法學，14期，頁15以下，2013年11月。

消的國家，將直接的干涉到作為人格核心領域的個人人格自由空間⁹²。

但這裡所謂「法律與道德分離」的中立性真的是「中立」嗎？還是這其實是一種幻想？其實放棄將某種行為禁止予以明文化或法律化，也就是說法律上的「不處理」在效果上不會是中立的，反而是特權化某種行為，即這樣的行為是被法律所許可、不禁止的，也就是說這裡其實還是做了一個法律上的價值判斷與決定⁹³。而這種認為私人上的歧視行為不應該被指責的看法，其實跟民事上歧視禁止規定的支持見解一樣，都代表了一種道德觀點，而沒有「法律化」民事上反歧視要求這件事情，雖然沒有直接的主張在這兩種道德觀點中哪一種是正確的，但就實際上可能發生的事件來說，因為沒有歧視禁止規定的法律化，所以在有爭議的案件中，歧視的行為就可以持續的獲得承認，就此來說，這種所謂的「公共不應該對私人道德正義觀加以干涉」的主張，其實不是真的中立的，而是有利於自己的立場⁹⁴。也就是說，對於特定正義問題的法律化的放棄，其實在效果上不是真正的中立的，反而是偏向於主張放棄的一方，如此一來，這種抽象的「道德法律化」的抗辯是站不住腳的，因為其只是以反面的方式法律化其所支持的道德見解。

此外，就與「法律中立性」相連的國家與社會分離的主張來說，也不要忘記，所謂的國家與社會分離的想法是在一種特定的歷史情境下發展出來的產物，也就是說其主要處理的問題是十八、十九世紀的君主專制國家與市民社會之關係，並不是「先驗」而絕對

⁹² *Picker*, JZ 2003, S. 541.

⁹³ 參閱*Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, S. 374.

⁹⁴ 參閱aaO., S. 374.

有效的⁹⁵。而正如同Michael Stolleis所說的，這種國社分離的想法在進入共和國之後就已經落伍了，因為在共和國中，國家是社會透過政黨以及議會所建立的，而當議會想要介入社會的運作時，其可以採取民法、公法或者混合兩者的方式來進行，重要的是其必須符合民主憲法的要求，而有民主正當性⁹⁶，所以Konrad Hesse會有如下的論述：

私法的立法者在憲法上被賦予了這樣的任務，即將基本權的內涵，分化的以及具體化的轉換成對於私法關係的參與者來說，有直接拘束力的法律規定。立法者基本上有義務去照看進行，那些為了實現基本權對於私法之影響所必要的各種法律修改⁹⁷。

也就是說，在現在的民主憲法之下，法律與道德的界限不是完全確定而不可移動的，反而立法者可以將之移動，也就是說，原本只是道德的問題可以轉換成法律的問題，同樣的原本是法律的問題也可以轉換成只是道德的問題⁹⁸，重要的是立法者乃至於司法者在進行這樣的過程中有沒有符合現代民主憲法作為對其「直接有效法律」的要求。

總的來說，反對者的主張其實也是建立在特定的法律道德觀或說法律意識形態之上，其用「將道德強制法律化」來反對民事上歧視禁止規定，是「忽略」或「迴避」了自己的立場背後也有特定的道德觀的問題，而屬於一種形式、修辭學的抗辯，並沒有真的針對

⁹⁵ 關於國社分離觀念的發展史簡介，參閱Stolleis, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, S. 41ff.

⁹⁶ 參閱aaO., S. 58f.

⁹⁷ Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988, S. 27.

⁹⁸ 參閱Britz, aaO. (Fn. 93), S. 374.

實質性的問題來做回應⁹⁹。

(二)民事上歧視禁止規定的對象是外在行為非內在態度

就法律與道德混淆的這個爭議來說，民事上歧視禁止規定的反對者還認為，民事上歧視禁止規定是要求一種良心確信意義上的某種特定態度，而這種要求內心態度的反歧視規定就會導向一種無視於合法性與道德性區分的態度或良心國，而這是與現代憲法所保證的良心自由不相容的¹⁰⁰，也就是民事上歧視禁止規定會導致控制內心想法、觀念的美德恐怖，所以民事上歧視禁止規定無可證立。

在這裡所謂合法性（*Legalität*）與道德性（*Moralität*）的區分主要可以回溯到康德的說法：

單是一個行為與法則間的協調或不協調（而不考慮行為的動機），我們稱為合法性（*Legalität/Gesetzmäßigkeit*）；但是使出於法則的義務之理念也成為行為底動機的那種協調或不協調，我們稱為該行為之道德性（*Moralität/Sittlichkeit*）。

依乎法律的立法之義務只能是外在的義務，因為這種立法不要求這樣義務底理念（它是內在的）本身是行動者底意念之決定根據，……¹⁰¹。

也就是說，在這種想法之下，法律只能規範與強制外在的行為，也就是外在的行為正當與否，至於行為人出於什麼樣的動機、目的遵守一個規定則是法律不加以過問的¹⁰²。而如同Horst Dreier所指出的，自由的民法並不研究人的內在以及其遵循法律的動機，

⁹⁹ 參閱Britz, aaO. (Fn. 93), S. 396f.

¹⁰⁰ 參閱Britz, aaO. (Fn. 93), S. 375.

¹⁰¹ Immanuel Kant著，李明輝譯，道德底形上學，頁27，2015年3月。

¹⁰² 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 974.

其只滿足於，行為人的行為是否與法律的要求協調¹⁰³，反之，如果民法要去探求乃至於強制行為人遵守法律的態度與動機的話，這時的确超出了合法性的要求，而變成一種強迫的美德，這當然與現代民法與憲法的基本精神不相符合，而無法證立。

但問題在於民事上歧視禁止規定規範的對象是行為人的內在態度與動機嗎？還是其處理行為人的外在行為？如上所述，民事上歧視禁止規定所要求的是一個私法自治的決定不能夠取決於特定的標準之上，即不可以因特定的禁忌特徵而對於他人造成損害，也就是說，在這裡重要的是受規範者外在、客觀上可以確定的行為¹⁰⁴，而民事上的歧視禁止規定並沒有要求當事人內心要認為歧視禁止規定是正確的，或者強迫一種內心上的反歧視態度，所以就算民事上歧視禁止規定被確立了，任何人還是可以公開的表達其反對歧視禁止的立場，不會因此而受到任何懲罰或不利益，也就是說，人們對於這樣的規定可以採取這是有說服力的或這是完全錯誤的態度，所以民事上的反歧視規定沒有所謂的信念或美德恐怖主義存在，其要處理的是外在行為義務，而非內心態度、偏好¹⁰⁵。

三、小 結

如上所述，民事上歧視禁止規定的主要目的在於更佳的實現分配正義，避免特定個人或群體因為特定的禁忌特徵而被隔離於社會財貨之外，而這樣的目的設定並非如同批判者所主張的是與現代民法體系不相容的，因為現代民法從一開始就已經將特定的分配正義想法內建於體系之內，其透過分配給每個人參與自由交換的權利，

¹⁰³ 參閱Dreier, JZ 2004, S. 747.

¹⁰⁴ 參閱Grünberger, aaO. (Fn. 8), S. 974.

¹⁰⁵ 參閱Britz, aaO. (Fn. 93), S. 375f.

即參與市場的機會平等，二階的、間接的來進行社會財貨的分配，同時相信透過自願交換的分配是妥當的，而在這種想法之下，市場是具有重要意義的，因為透過市場，資源可以更好的以及更有效率的被分配，但對於市場作為財貨與服務的分配機制的基本功能正常運作來說，歷史已經證明，只有形式的，也就是法律的機會平等是不足的，反而需要保障每個人的實際上的機會平等，民事上反歧視規定正是要保障實質的機會平等，讓社會財貨與資源的分配可以更符合正義的要求。同時，國家也是有權透過這樣的規定來實現分配正義，雖然國家不應該直接的履行進行合理分配社會財貨與資源的工作，因為這個主要委任給市場來進行，但國家在這邊仍是有擔保的義務，也就是其對市場可以達成合理的財貨分配這個任務負擔擔保責任，所以其必須提供必要的運作框架，並反思檢討其所設定的運作框架可否適當的達成其委任給市場的任務，而民事上的歧視禁止規定就是這樣的一種框架調整。

此外，民事上歧視禁止規定背後確有特定的道德或正義觀在支持，即其為實現特定的道德或正義觀的「法律化」，但這裡「法律化」的，也就是說被法律所強制的只是外在的行為要求或義務，其並不強制要求受規範者在內心態度上必須認定民事上歧視禁止規定所要實現的道德或正義觀是正確的，或者不容許受規範者表達反對民事上歧視禁止規定所要實現的道德或正義觀的立場及想法。換句話說，個人仍然可以保持這種態度或想法，即在民事生活上進行歧視是合理的或正確的，或者對於具有某種特徵的個人或群體有所偏好或厭惡，但如果其在民事生活上進行歧視的作為，並因此造成他人損害時，這時民事上歧視禁止規定就會介入進行調整，以實現其被後所代表的法律倫理觀，所以正如同德國學者Susanne Baer所

指出的，民事上歧視禁止規定要實現的不是美德而是正義¹⁰⁶。也就是說，民事上歧視禁止規定的主要目的在於保護受歧視者免於隔離而並非要懲罰歧視者的偏好¹⁰⁷。

綜上所述，民事上歧視禁止規定作為確保實質上機會平等的制度，是現代民法要完整的發揮其功能所不可或缺的條件，故而與現代民法體系相容的，非屬體系外異物，同時也沒有所謂美德恐怖主義過分侵害自由的問題，因為其要規範的是行為，而不是個人的內心偏好，換句話說，將民事上歧視禁止規定作為現代民法體系中的組成部分是可以被接受與證立的。

肆、結論：以平等限制自由來確保更多自由

回到本文前言所討論的，在民法體系中自由與平等這兩個價值的關係，民事上歧視禁止規定作為民法體系之一部分的可證立性其實就是意味著，民法體系中對於平等的態度，不限於最初所有人法律上權利主體地位平等這種形式上的想法而已，其必須將平等實質化，以確保在現實的生活之中相關當事人不只有法律上的還有實際上的平等地位。這種實質化初步來看，會對於個人的形式的法律上自由造成限制，似乎與民法中原本自由優先原則不相符，而這也是其受到的最大批評所在。

但如果從另一個角度來觀察，雖然民事上歧視禁止規定會限制個人的法律上自由，但其也同時保障了被歧視者免於實際上的參與市場的自由限制，所以其可以看成是這樣一種嘗試，即去最大化雙方當事人在總和上可以實際上行使的自由，即其嘗試著介入相關的

¹⁰⁶ 參閱Baer, ZRP 2002, S. 291.

¹⁰⁷ 參閱Neuer, aaO. (Fn. 26), S. 79.

案件，在這些案件中一方當事人如果沒有這樣的干預的話，實際上將會相對不自由的行動，或甚至無法行動，當然這是以他方相對人的自由減縮為代價，但這樣的減縮相對於另一方所可以實際上的自由獲益來說是來的小，故而增加雙方當事人的自由總額¹⁰⁸，就此而言，歧視禁止保護在概念上不是導向社會自由的減少，反而是擴大¹⁰⁹。

而針對這種透過干預、限縮一方當事人形式上法律自由，而增加雙方當事人實際上自由總額的作法，Stefan Grundmann稱之為「以更高的保護強度對自由進行最佳化」，並標示其為契約法近十幾年來在內容上的主要發展¹¹⁰，其特色在於，雖然相關的規定從法律形式上看來是強制性的規範，但其運作的方式，也就是在效果上是與內容強制的規定不同的，因為其並沒有直接規定契約應該有什麼樣的內容，而是讓雙方當事人盡可能的參與契約內容形成的過程¹¹¹。換句話說，這種作法強制的是過程的公正性，但對於最後雙方當事人之間最後的具體結果是什麼，相對於直接的內容控制，這種作法是保留開放的。而民事上歧視禁止規定要達成的目的在於擔保市場結果不會因為對屬於被歧視群體成員的個人的特定刻板印象被影響，至於在清除這樣障礙後的市場過程會有怎樣的結果，其對之則保持開放¹¹²，其關注的是市場過程的實際自由度及因之而來的公正性，所以Grundmann才會說民事上歧視禁止規定是契約法「以更高的保護強度對自由進行最佳化」這種發展趨勢最重要的代

¹⁰⁸ 參閱Grundmann, Zukunft des Vertragsrechts, S. 1028.

¹⁰⁹ 參閱Coester, aaO. (Fn. 57), S. 124.

¹¹⁰ 參閱Grundmann, aaO. (Fn. 108), S. 1023.

¹¹¹ 參閱Grundmann, aaO. (Fn. 108), S. 1028.

¹¹² 參閱Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 321.

表¹¹³。

從上面的討論，其實可以得出一個看似矛盾的結論，以確保實質上機會平等為目的而限制契約自由的民事上歧視禁止規定，同時也確保了自由的最佳化，平等限制了自由其實是為了確保更多的自由。要理解這個矛盾的結論，也許還是要從法律史的觀點出發來談，現代民法其實是從這樣的觀點出發，即自由形成秩序，也就是所有的市民在法律上都是同等自由的話，那麼其市民世界的秩序就會因之形成，即自由不是秩序的結果，而是其前提要件¹¹⁴。也就是說，其認為透過平等的法律上的契約自由，當事人之間可以得到（其主觀上）合理的給付關係，交換正義就可以達到，而且透過契約自由以及建立在其上的市場，全體市民就可以獲得合理的財貨分配，分配正義也因之達成，既然交換正義與分配正義都得到實現，這樣的社會當然是有序的。但歷史經驗清楚指出，單純只有法律上自由以及沒有管制的市場，是不會形成秩序的，其反而造成自由的喪失或自我毀滅¹¹⁵，所以現今民法轉換過來，秩序不是自由的後果，反而是自由的前提¹¹⁶。而這後半段的「秩序」指的就是要處理社會實際上所存在的各種不平等關係，也就是指向平等的規範，在交換正義中，是希望能達到給付與對待給付均衡的平等地位理

¹¹³ 參閱Grundmann, aaO. (Fn. 108), S. 1027.

¹¹⁴ 參閱Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1968, S. 165.

¹¹⁵ Otto von Gierke在其著名的演講《私法的社會任務》之中已經預見了契約自由自我毀滅的問題：「無限制的契約自由將摧毀自身。這是強者手中有用的武器，弱者手中無用的工具，其將會變成一些人欺壓其他人，精神及經濟上的優勢毫不留情進行剝削的方法。那個伴隨著粗暴的形式主義，迎合於因自由的法律行為活動所要的或被當成所要的結果的法律，帶來的其實是在自由秩序表象下，以合法形式發生的萬人對萬人的戰爭」。Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 28.

¹¹⁶ 參閱Wiethölter, aaO. (Fn. 114), S. 165.

論，而在分配正義中，則是民事上的歧視禁止規定被提出，而既然這些「秩序」是自由的前提，那就代表這是為了確保自由而提出的，所以還是以自由為目的。

換句話說，「自由形成秩序」與「秩序作為自由前提」這兩個命題並不是分離而矛盾的，反而建立在一種二階控制的關係之上，兩個秩序的意義是不同的，後者作為自由的前提要件，是一種框架條件，不是直接的形成社會生活，如果是直接形成的話，自由就沒有意義可言，這不是其作為自由前提條件所要的，其仍是要確保自由，而唯有在有確保自由之下，直接的社會生活秩序才能有意義的形成，也就是透過保障實質的契約自由，其作為實現交換正義的機制才能達到，同樣的，在確保了市場的實際自由參與沒有障礙之後，其作為實現分配正義的功能才能正確的被履行，如此一來真正的達到有序的社會生活。要保障這些實質自由，就是要建立平等的框架秩序條件，而這些平等的框架條件將會以限制法律自由的面貌出現，所以才會形成「以平等限制自由來確保自由」這樣看起來弔詭的結論。

討論民事上歧視禁止規定是否屬於現代民法體系可證立的一部分這個問題，最終其實涉及到了對於自由與平等在民法中處於怎樣關係的問題，而這個問題可以說是現代民法的核心所在，現代民法的生成、演變與相關爭議其實幾乎都是繞著這個問題而展開，也就是說這是一個關於確定現代民法究竟位於什麼立場的問題，民事上歧視禁止規定可否證立的爭議只不過是這個問題的最新的一種表現形式¹¹⁷。而本文的看法如下：即民事上歧視禁止規定是現代民法體系可證立的一部分，是要讓現代民法發揮功能所不可或缺的前提

¹¹⁷ 對於民事上歧視禁止規定的支持與反對者雙方來說，這可能是最重要的「共識」。參閱*Picker*, aaO. (Fn. 23), S. 882; *Neuer*, aaO. (Fn. 26), S. 91.

要件，雖然這會形成「以平等限制自由來確保自由」這樣看起來弔詭的結論，但這其實是對民法體系的功能結構進行更進一步的反思後所得到的結論，而民法或契約法的未來或許就存在於這樣看似矛盾的發展趨勢之中。

而回到臺灣的脈絡，雖然臺灣目前並沒有像德國在「一般平等對待法」中所明文化的一般民事上歧視禁止規定，並因此產生民事上歧視禁止規定是否可以證立的爭議，但這就不代表臺灣就沒有民事上歧視的問題，在臺灣的民事生活中，其實可以看到下面這些狀況，如餐廳負責人可能因為中國在國際社會上打壓臺灣的爭議，或是某國裁判在國際運動比賽上對臺灣選手為不公平待遇，就在店門口懸掛告示，拒絕中國或某國消費者進該餐廳消費，也曾有觀光飯店對於投宿旅客依照本國人或外國人之區別，一律給本國人住宿優惠，而外國旅客則按定價收費，或是餐廳因為擔心兒童吵鬧影響用餐環境，便拒絕特定年齡以下的孩童進入，又或銀行針對特定年齡以上的貸款人，就算有提供擔保品，仍是給予較短的還款期限或要求較高的利息，另也有保險公司在其醫療保險中對女性被保險人收取相對於同年齡之男性被保險人高15%的保險費，而這些不同的民事關係，都呈現出契約當事人依據相對人的國籍、種族、性別、年齡等特徵而給予差別對待的狀況，也就是有民事上歧視的問題¹¹⁸。雖然，這些日常生活狀況還有沒引起太多具體的法律訴訟紛爭，但是否需要透過一般的民事上歧視禁止規定來加以規定解決，其實將會是臺灣民事法律體系未來不得不去面對處理的問題¹¹⁹，因為如

¹¹⁸ 參閱葉啓洲，同註17，頁145。

¹¹⁹ 雖然目前臺灣沒有一般的民事上歧視禁止規定，但「性別工作平等法」中第7條至第11條的規定，其實就是禁止勞動契約（廣義的民事契約之一）因性別及性傾向而為差別對待之規定，也就是這是一種特別的民事上歧視禁止規定。此外，依據目前有部分立委提出的「自用住宅租賃法草案」，其中立法

上所述，這是現代民事法律體系繼續發展的趨勢，臺灣民事法體系既然是現代民事法律體系的一部分，似乎就無法置身於這個問題之外。屆時，要不要引入類似德國的一般民事上歧視禁止規定，而這樣規定可否證立，是必須要加以詳細考慮與討論的問題，而本文希望這裡所進行的論述分析，可以為將來的討論提供基礎。

總說明中就提到：「次者，在自用房屋租賃的情形，不時可見弱勢族群困境與租屋歧視之情形，需要立法者介入，明文禁止之，因此有別於民法倚之為原則的『契約自由』，本次修法具有公權力介入私人間租賃契約之特色。」並於第8條規定：「房屋出租人，不得以任何形式之方式，對欲承租房屋之人，設定非必要限制。前項非必要之限制指：一、性別、二、年齡、三、職業、四、其他與房屋租賃無關之條件。」而該條的立法理由為：「按出租人在租屋廣告明文限特定條件之承租人，或設立與房屋租賃無關之條件篩選承租人之事，例如性別、年齡、職業等，所在多有，然而此將造成租屋市場對特定租群過於嚴苛，因此本法明定出租人不得設定與租賃無關之條件。」這樣的規定，很清楚的就是租賃關係中的歧視禁止規定，並且在立法理由中明確指出，民事租賃關係上的歧視狀況，就是立法者要解決的問題。可見立法者們在個別的領域之中已經注意到了民事上歧視問題，並立法或想立法予以處理，以保護弱勢族群，也認知到這樣的處理將會與民法的契約自由原則有所扞格。可以想見，當立法者想要處理的民事領域越來越多時，一般性的民事上歧視禁止規定自然就是必須要考慮的方式。關於「自用住宅租賃法草案」，請參閱立法院院總字第477號議案關係文書。

參考文獻

一、中 文

1. Robert Alexy著，王鵬翔譯，法概念與法效力，2013年7月。
2. Immanuel Kant著，李明輝譯，道德底形上學，2015年3月。
3. 王澤鑑，民法總則，增訂新版，2014年2月。
4. 林佳和，2006年德國一般平等待遇法——勞動法領域平等貫徹的新契機？，載：勞動與法論文集 I，頁163-202，2014年10月。
5. 周伯峰，重訪「概念法學」：論其主要命題及法律觀，興大法學，14期，頁1-36，2013年11月。
6. 周伯峰，「歧視禁止」作為私法自治的限制？——簡評德國《一般平等對待法》中民事上歧視禁止規定及其爭議，月旦法學雜誌，224期，頁127-150，2014年1月。
7. 葉啟洲，民事交易關係上之反歧視原則——德國一般平等待遇法之借鏡，東吳法律學報，26卷3期，頁143-200，2015年1月。

二、外 文

1. Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 1996.
2. Baer, Susanne, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, ZRP 2002, S. 290ff.
3. Britz, Gabriele, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: Der Sozialstaat in Deutschland und Europa, 2005, S. 355ff.
4. Böhm, Franz, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hg.), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, S. 105ff.
5. Bydlinski, Franz, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 1980, S. 1ff.
6. Bydlinski, Franz, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996.
7. Canaris, Claus-Wilhelm, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen

Vertragsrecht, 1997.

8. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 2000, S. 276ff.
9. *Chou, Po-Feng*, Die Entwicklung des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Gleichheit im deutschen Zivilrecht seit der Französischen Revolution, 2012.
10. *Coester, Michael*, Diskriminierungsschutz im Privatrechtssystem, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band 1, 2007, S. 115ff.
11. *Dreier, Horst*, Kants Republik, JZ 2004, S. 745ff.
12. *Fraser, Nancy*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: *Fraser, Nancy/Honneth, Axel* (Hg.), Umverteilung oder Anerkennung, 2003, S. 15ff.
13. *Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1992.
14. *Gaier, Reinhard/Wendtland, Holger*, AGG- Eine Einführung in das Zivilrecht, 2006.
15. *Gierke, Otto von*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.
16. *Grünberger, Michael*, Personale Gleichheit, 2013.
17. *Grundmann, Stefan*, Zukunft des Vertragsrechts, in: *Grundmann, Stefan/Kloepfer, Michael/G. Paulus, Christoph* (Hg.), FS 200Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 1015ff.
18. *Grunsky, Wolfgang*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, 1995.
19. *Hesse, Konrad*, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988.
20. *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen-Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard* (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261ff.
21. *Hönn, Grünther*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982.
22. *Jestaedt, Matthias*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: Der Sozialstaat in Deutschland und Europa, 2005, S. 298ff.
23. *Kaufmann, Arthur*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1997.
24. *Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004.

25. *Lobinger, Thomas*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, in: *Isensee, Josef* (Hg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 99ff.
26. *Medicus, Dieter*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, 1994.
27. *Medicus, Dieter*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010.
28. *Neuner, Jörg*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999.
29. *Neuer, Jörg*, Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, in: *Lieble, Stefan/Monika, Schlachter* (Hg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, S. 73ff.
30. *Picker, Eduard*, Antidiskriminierungsgesetz - Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, S. 880ff.
31. *Picker, Eduard*, Antidiskriminieren als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, S. 540ff.
32. *Picker, Eduard*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in: *Lorenz, Egon* (Hg.), Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht, 2005, S. 7ff.
33. *Radbruch, Gustav*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956.
34. *Raiser, Thomas*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Aufl., 2007.
35. *Repgen, Tilman*, Antidiskriminierung - die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: *Isensee, Josef* (Hg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 11ff.
36. *Rückert, Joachim*, Das bürgerliche Gesetzbuch - ein Gesetzbuch ohne Chance?, JZ 2003, S. 749ff.
37. *Rückert, Joachim*, in: *Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hg.), HKK-BGB, Band 1, 2003 (zitiert HKK/Kommentator/in).
38. *Rückert, Joachim*, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006.
39. *Schick, Dagmar*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000.
40. *Schick, Dagmar*, in: *Schick, Dagmar* (Hg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007 (zitiert Schick/Kommentator/in, AGG).
41. *Stolleis, Michael*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard* (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen,

1996, S. 41ff.

42. *Thüsing, Gregor*, in: *Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hg.), *MünchKomm-BGB*, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, ProstG, AGG, 6. Aufl., 2006 (zitiert *MünchKomm/Kommentator/in*).

43. *Wiethölter, Rudolf*, *Rechtswissenschaft*, 1968.

On the Justification of the Civil Antidiscrimination Program

Po-Feng Chou^{*}

Abstract

This study aims to discuss whether the civil antidiscrimination program is justifiable in the contemporary civil legal system. In other words, is the civil antidiscrimination program incompatible with the contemporary civil legal system—a system established in the principle of private autonomy and contract freedom? Some believe that the said program cannot be justified due to the following two reasons:

1. While the goal of the program is to realize distributive justice, such aim is not within the domain of contemporary civil law.
2. The program is unable to distinguish law from moral.

In this study, it is argued that one of principal missions which contemporary civil law aims to complete is to achieve distributive justice. Furthermore, the alleged inability to distinguish law from moral is both nonexistent and ungrounded. The very essence of civil antidiscrimination program is that to achieve justified freedom, it is necessary to impose certain restrictions based on the concept of equality. Such program is consistent with the development trend of the modern civil law.

*

Assistant Professor, School of Law, NCCU; Dr. jur., Johannes Gutenberg Universität an Mainz, Germany.

Received: November 4, 2015; accepted: May 25, 2016

Keywords: Civil Antidiscrimination Program, Private Autonomy, Contract Freedom, Equal Treatment, Distributive Justice, Law and Moral, Freedom and Equality