

法大民商经济法评论

第三卷

主编 王卫国

CUPL-CCE LAW REVIEW

人民法院出版社

法大民商经济法评论

CUPL - CCE LAW REVIEW

第三卷

主 编 王卫国

执行编务 李建伟

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法大民商经济法评论(第三卷)/王卫国主编. —北京: 人民法院出版社, 2007. 11

ISBN 978 - 7 - 80217 - 583 - 9

I. 法… II. 王… III. ①民法 - 研究 - 中国②商法 - 研究 - 中国
③经济法 - 研究 - 中国 IV. D923.04 D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 165192 号

法大民商经济法评论(第三卷)

王卫国 主编

责任编辑 林志农 张维炜 张彦春 孟 晋
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250563 85250572 (责任编辑)
85250516 (出版部) 85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 446 千字
印 张 23.375
版 次 2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 583 - 9
定 价 48.00 元

版权所有 侵权必究

序

《易》：“日月得天而能久照，四时变化而能久成。圣人久于其道而天下化成。”学问之人，上仰天道之光明，下参地道之精微，心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术，或可有五车之才情，传世之篇章。曰：若无炎黄以来数百代学人昼夜不息之涓涓，何以见数千年华夏文明气吞万里之泱泱！

今有中国政法大学民商经济法学院，乃今日中国法学学人之一群。本院成立于2002年，集法大各相关学科之精英，纳海内外之名宿新锐，组成民法、商法、经济法、民事诉讼法、环境资源法、知识产权法、财税金融法、劳动与社会保障法八大研究所，迄今有专任教师120余名，兼职教授50余名，在校本科生2000名、硕博士研究生1500名，实乃当今中国最大之民商经济法学者团队。

自2003年以来，本院以“砥砺学术，辩研精要”为旨，设“秋季论坛”，以为成果之检阅，并为交流之平台。当秋高气爽之时，全院师生济济一堂。论坛分若干单元，每单元先以选拔之佼佼者（青年为主）演讲，再由校内外名家（校外为主）点评，听众与嘉宾问答切磋，最后由主持人小结。论坛情趣高雅，气氛热烈，给人“余音绕梁，三日不绝”之感。曰：高堂论学，神采飞扬，雅室求卷，思绪留芳，学问之乐趣莫过于此；松径通幽，才俊辈出，枫林落雁，劲酋长驻，学府之成就莫过于斯也！

为将我辈学人之涓涓，汇入吾国学术之川流，特创办《法大民商经济法评论》。本卷辑选2006年秋季论坛部分论文，计22篇，按学科分门编排，作者均为本院师生。此外辟有翻译特区，刊载师生译作，以飨读者。祈望学界同仁及全院师生对本刊多加垂注、批评和参与。

是为序！

王卫国

中国政法大学民商经济法学院院长、教授、博士生导师

目 录

第一部分 民 法

相对人自由、缔约歧视与公序良俗/ 戴孟勇	(1)
侵权行为法的伦理价值及其变迁/ 尹志强 梅永文	(18)
确定与灵活	
——对荷兰新民法典中有关一般条件规制的分析/ 胡利玲	(40)
公序良俗概念在侵权行为法中的功能/ 于飞	(50)

第二部分 商 法

规制董事自我交易：从严格禁止到有节制地宽容	
——制度比较、制度构成与制度演进/ 李建伟	(59)
评“企业债务随企业财产变动原则”	
——法释〔2003〕1号司法解释的一个理论误区/ 王 军	(94)
互联网环境下的民事法律变革	
——从方法论出发的研究/ 王 萍	(104)
合伙企业承责制度研究/ 管晓峰	(123)

第三部分 民事诉讼法

背景与进路：文化视野中的民事诉讼/ 韩 波	(133)
诉的利益及其考量/ 杨秀清	(151)
民事诉讼受理制度改造的理性视角/ 宋朝武	(172)
论法院调解权及其实现/ 张 力	(181)

第四部分 经济法与劳动法

城郊农民失地及其权利救济

- 以失地农民生存权保障为中心/ 郑尚元 (190)

限制体育隐性市场行为之理论与对策研究

- 从法律学的视角且主要以奥运会为例证/ 赵红梅 刘正韬 (219)

论税收之债的消灭时效/ 施正文 (240)

劳动派遣之大陆法、美国法立法比较与启示/ 喜 佳 (260)

反垄断法意义上的企业合并含义探微/ 周 昀 (274)

第五部分 知识产权法

知识产权法的价值构造：知识产权法利益平衡机制研究/ 冯晓青 (279)

西部人文资源的法律保护

- 以非物质文化遗产法律保护为典型的研究/ 李东方 (300)

论版权交易与利益平衡/ 来小鹏 (323)

浅议《反不正当竞争法》对知名商品的认定和保护

- 兼谈司法解释讨论稿的相关规定/ 李祖明 (353)

美国商标法中的功能原则及其对我国立体商标

- 规定的解释/ 刘银良 丛璐 (360)

第一部分 民法

相对人自由、缔约歧视与公序良俗

戴孟勇*

一、从相对人自由到缔约歧视

我国学者普遍认为,合同自由的内容主要包括五个方面:(1)缔约自由,即决定是否订立合同的自由;(2)相对人自由,即决定与何人订立合同的自由;(3)内容自由,即双方当事人可自由决定合同的内容;(4)变更或解除的自由,即当事人双方可以协商变更或解除合同,或者行使解除权解除合同;(5)形式自由,即当事人双方可以自由选择合同的形式。^[1]其中,缔约自由是当事人享有其他四种自由的前提。只有在此基础之上,其他四种自由才能得以展开。“缔约自由的结果首先是:通过在市场上精明地运用财产权,敞开机会而不受法律限制地利用这些资源作为获取支配他人之权力的工具。”^[2]显然,缔约自由对社会的发展是十分重要的。

缔约自由的重大意义固不待言,但若缺乏选择相对人的自由,则缔约自由也会在很大程度上失去意义。因此,即便在一些实行强制缔约的场合,例如,要求机动车所有人必须投保第三者责任险,虽然当事人没有决定是否缔约的自由,但是仍然享有选择哪个保险公司作为合同相对人的自由。根据合同的相对人自由,人们既有权选择某人作为合同相对人,也有权拒绝与特定的人订立合同,法律不能对此加以强制。因为在通常情况下,只有当事人自己才能判断:与何人订立合同最有助于实现其利益的最大化。如果法律强行规定一方当事人必须与特定的人订立合同,由于立法者不了解当事人的利益所在,故其为当事人指定的合同相对人很可能不利于该当事人,从而有损于合同自由的价值。从合同法的演进过程来

* 中国政法大学民商经济法学院民法研究所讲师、法学博士。

[1] 王泽鉴:《债法原理》第一册,中国政法大学出版社2001年版,第73~74页;崔建远主编:《合同法(第三版)》,法律出版社2003年第3版,第16页。

[2] Max Weber (Trans. by Ephraim Fischhoff etc.), *Economy And Society*, University of California Press, 1978, p. 730.

看,无论是早期的《汉穆拉比法典》,还是后来的罗马法,都对合同自由设立了种种限制,但在选择相对人方面,这些法律都很少进行干预。

不过,自近代社会以来,随着大企业的发展和对他人的依赖性的增强,如果允许居于独占地位或者垄断地位的企业任意行使选择合同相对人的自由,则那些被其拒绝订立合同的人就会受到无法补救的损害。为了解决这一问题,遂有强制缔约制度的出现,使得这些企业在失去缔约自由的同时,也一并失去了选择相对人的自由。例如,我国信息产业部发布的《关于规范电信服务协议有关问题的通知》(信部电〔2004〕381号)第13条规定,电信业务经营者不得拒绝与符合条件的电信用户订立服务协议。但是应当看到,现实生活中发生的交易并不全是由垄断企业提供的格式化交易,还有许多个性化的交易,例如,企业招聘员工、房主出租房屋等等。这些个性化的交易由于注重相对人的能力、信用、经验、资历等个人因素,关系到当事人的切身利益,所以,法律不可能剥夺其选择相对人的自由。因此,当事人在行使选择相对人的自由时,就免不了基于种种因素的考虑而拒绝与某些相对人订立合同。这些因素除了包括能力、经验、财富、资历等与交易相关的因素之外,还可能包括相对人的种族、民族、性别、肤色、信仰、长相、身高、血型等与交易并无必然联系的个性化因素。在一方当事人基于相对人具有的种族、民族、性别等等与生俱来且无关交易的因素而将其与社会上的多数人区别对待,并拒绝与之订立合同时,就会形成对相对人的歧视。由于这种歧视行为通常发生在缔约之前或者缔约的过程中,故可以称之为缔约歧视。对于人们在行使选择合同相对人的自由的过程中出现的缔约歧视,究竟是基于合同自由原则予以承认和保护,还是需要加以限制呢?这就涉及到了如何处理相对人自由与缔约歧视之间的关系。

二、歧视的理论分析

(一) 什么是歧视

所谓歧视,按照中国人的一般观念,是一种带有轻蔑性的、贬低对方的意思,往往含有看不起的含意。《现代汉语词典》将歧视解释为“不平等地看待”。^{〔1〕}这种界定过于宽泛,没有反映出歧视一词所带有的贬义色彩。《布莱克维尔政治学百科全书》指出,从最广泛的意义上说,该词是指对一种差异、一种区别或不同待遇的感受。当社会利益和负担根据与任何合理的目的毫不相关的标准进行分配的时候就会产生歧视。^{〔2〕}《布莱克法律词典》则将歧视(discrimination)解释为:在那些受惠和未受惠的群体之间不存在合理差别的情况下而不平

〔1〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2002年版,第995页。

〔2〕 邓正来主编:《布莱克维尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社1992年版,第205页。

等地对待所有的人。^[1] 在经济学上,有学者将歧视界定为:对仅仅由于种族、宗教集团、性别、年龄或其他个人特征不同的相似个人提供不同的机会。^[2] 这些都是人们在不同的领域对歧视所作的理论上的解释。

与上述理论不同的是,在一些反对歧视的国际公约中,常常对什么是歧视有着非常详细的界定。例如,国际劳工组织在《关于就业和职业歧视的公约》(1958年6月25日第111号公约通过)(以下简称《公约》)中规定,该公约所使用的歧视一词指:(1)基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身的任何区别、排斥或特惠,其后果是取消或损害就业或职业方面的机会平等或待遇平等;(2)有关成员国在同雇主代表组织和工人代表组织——如果这种组织存在的话——以及其他有关机构磋商后可能确定其后果为取消或损害就业或职业方面的机会平等或待遇平等的其他区别、排斥或特惠。《消除一切形式种族歧视国际公约》(1966年3月7日订于纽约)指出,该《公约》所称的种族歧视,是指基于种族、肤色、世系或原属国或民族本源的任何区别、排斥、限制或优惠,其目的或效果为取消或损害政治、经济、社会、文化或公共生活任何其他方面的人权及基本自由在平等地位上的承认、享受或行使。在《消除对妇女一切形式歧视公约》(联合国大会1980年3月1日开放签字)中,其第1条也开宗明义地指出:“对妇女的歧视”一词,是指基于性别而作的任何区别、排斥或限制,其影响或目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。

可见,在不同的领域中,由于人们关注的焦点存在差异,所以对歧视的理解和认定也存在着不同。不过,在歧视主要是指不合理地区别对待这一点上,人们的看法还是比较一致的。

(二) 歧视的表现形式

所谓歧视的表现形式,是指基于什么理由将某些人予以不合理地区别对待。在美国,根据1964年的《民权法》以及后来的《就业年龄歧视法》、《美国残障人士法》等法律的规定,在就业中禁止雇主基于受雇者的种族、肤色、宗教信仰、性别、原始国籍、年龄、残障以及怀孕等因素而实行歧视。在英国,其《种族关系法》和《性别歧视法》等法律也禁止种族歧视和性别歧视。法国、加拿大等国的法律除禁止基于种族、宗教、性别等的歧视之外,还通过相关立法对年龄歧视作了规定。在《世界人权宣言》(联合国大会1948年12月10日通过)以

[1] Henry Campell Black M. A., Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 1979, p. 420.

[2] [美]曼昆著,梁小民译:《经济学原理》(下册),上海三联书店、北京大学出版社2001年版,第34页。

及有关的国际公约中,基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等所为的任何区别对待的行为都是予以禁止的。

在我国台湾地区,根据其“就业服务法”第5条的规定,在就业中,雇主对求职人或所雇佣员工,不得以种族、阶级、语言、思想、宗教、党派、籍贯、性别、容貌、五官、残障或以往工会会员身份为由,予以歧视。在我国,根据《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)、《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)、《中华人民共和国残疾人保障法》(以下简称《残疾人保障法》)等法律的规定,禁止因某人的民族、种族、性别、宗教信仰以及残疾等原因而在就业等方面进行歧视。在我国现实生活中,报刊杂志上刊登的许多招聘广告,往往对求职者的年龄、身高、户口、婚姻、健康状况、语言表达、形象气质、个人历史等等方面提出不合理的要求,从而形成歧视。

总体而言,歧视的表现形式要受到政治制度、经济政策、社会环境以及思想观念等诸多因素的影响,并随着社会的发展而不断变化。随着现代社会对人权的日益重视,诸如同性恋者或者具有同性性倾向者、艾滋病患者或者其病毒携带者等特殊人群所受到的歧视也开始逐渐引起人们的关注。

(三) 歧视的理论分类

1. 政治歧视、经济歧视和社会歧视

根据歧视行为发生的领域的不同,可以将歧视分为政治歧视、经济歧视和社会歧视。政治歧视是指发生在政治生活领域中的歧视。在历史上,许多国家在其政治生活中都曾经有过对妇女、无产者、从事某些职业的人、某些特定的民族等实行歧视的政策,全部或者部分地剥夺了他们的政治权利和自由。政治歧视在近代及其以前的社会中较为常见,在现代文明国家中已经很少见到。经济歧视是指发生在雇佣、消费等经济交易领域中的歧视。例如,基于对方的种族、宗教、性别、年龄等等因素而拒绝与其从事交易。在现代社会,经济歧视在雇佣关系中表现得最为明显。所谓社会歧视,是指发生在政治和经济领域之外的其他歧视,例如,人们在言谈举止、交友择偶等方面对他人实行的歧视。社会歧视因其涉及个人的内心生活,客观上难以把握,所以法律一般不作规范,而是交由社会舆论、思想道德等等来调整。三者之中,目前最为常见也最难处理的是经济歧视,因为经济歧视通常涉及行为人选择相对人自由的问题。

2. 偏好性歧视、统计性歧视和混合动机歧视

按照歧视者实施歧视行为的动机不同,可以将歧视区分为偏好性歧视、统计性歧视和混合动机歧视。偏好性歧视,是指歧视者纯粹出于个人的兴趣、口味等个人偏好而形成的歧视。在一些国家的历史上,最为突出的偏好性歧视就是种族

歧视。在企业实施的偏好性歧视中,根据偏好的主体不同,可以分为雇主偏好、顾客偏好以及雇员偏好三种。在雇主具有歧视偏好的情况下,往往会直接导致企业的歧视行为,例如,拒绝雇佣某些群体。在雇主本身并无歧视偏好,但顾客或雇员具有歧视偏好时,也会迫使雇主朝着歧视的方向发展,因为如果要维持企业的生存,雇主就不得不迎合顾客或雇员的偏好而实施歧视行为。^[1]所谓统计性歧视,是指因歧视者据以决策的统计性数据不存在或者不真实,结果导致对具有某些特征的人群的歧视。统计性歧视主要发生在雇佣领域中,雇主在招聘员工时,由于难以精确地考查每个人的劳动生产率,因此为了节约搜寻到优秀员工的信息成本,便根据个别劳动者所属群体具有的一些表面上的标识或特征,例如,性别、种族、肤色、语言、学历、毕业学校等等,作为对劳动者的潜在生产率的判断根据,并以此为标准来决定是否雇佣某人。但是,由于劳动者所属群体具有的这种外表特征未必能够反映出该群体乃至个体劳动者的能力,所以雇主的这种行为容易造成就业歧视。^[2]混合动机歧视是指歧视的形成既有个人偏好在内,也有统计性数据的影响。在雇主的统计性歧视和顾客的偏好歧视的综合作用下,就会形成混合动机歧视。这种分类的意义在于,对于不同动机的歧视,法律所采取的解决办法也应有所不同。

(四) 为什么要反对缔约歧视

在个性化的交易中,之所以赋予当事人以选择相对人的自由,是为了实现其利益的最大化。不过,如果当事人利用这种自由来实行歧视,也即基于一些与交易无关的因素而拒绝与特定的相对人订立合同,就会带来许多危害。从功利主义的观点来看,歧视行为对那些受歧视者造成了伤害,它不仅影响到受歧视者本人的生活,而且还直接影响到他的家人。非但如此,由于系统性的歧视造就了一个由遭受不公平对待的人群组成的社会阶层,他们势必会对社会产生怨恨,所以,歧视行为也损害了社会的整体利益。运用康德主义的分析方法也可以看出,歧视并没有把人当作自身意志的主宰者来对待,人们也没有被当作人来对待,他们被认为是具有某一特征的社会阶层的一员。由于具备那种特征,他们就不享有平等的待遇,也没有受到尊重。此外,由于歧视行为没有赋予所有的人以同等的自由及机会,因而也违反了罗尔斯的公正原则。^[3]可见,无论是在功利方面、道德

[1] [美] 凯斯·R·孙斯坦著,金朝武、胡爱平、乔聪启译:《自由市场与社会正义》,中国政法大学出版社2002年版,第204~205页。

[2] [美] 伊兰伯格、史密斯著,潘功胜、刘昕译,董克用校:《现代劳动经济学》,中国人民大学出版社1999年版,第413页。

[3] [美] 理查德·T·德·乔治著,李布译:《经济伦理学》,北京大学出版社2002年版,第467~468页。

方面还是社会公正方面,歧视都应当是受到谴责的行为。

在现代社会中,随着大型企业的增多,这些企业所拥有的影响个人生存和社会发展的经济权力有时会超过政府。如果允许其任意行使选择相对人的自由,一旦经营者将企业用作甄别人群并作为推行歧视的工具,那么由此带来的对个人生存权的剥夺以及对社会发展的危害,将远远超过专制政府。因此,哈耶克指出,不论何时,只要存在着垄断者获得强制性权力的危险,那么防阻这一危险的最为适当且最为有效的方法,就很可能是要求他平等地对待所有的顾客,即坚持要求他对所有的顾客都索取相同的价格并禁止他对顾客做任何歧视。^[1]可见,为了保护受到歧视的群体,从而避免社会的阶层对立,维护和促进社会的稳定和发展,就必须对缔约歧视加以控制。事实上,反对和消除缔约歧视,已经成为现代市场经济中不容忽视的课题。

三、自由与限制——解决缔约歧视的几种思路

(一) 通过自由竞争能否消除缔约歧视

歧视经济学的开创者贝克尔的研究表明,歧视并不像人们通常认为的那样能够增加歧视者的收入,而是使歧视者和被歧视者同时蒙受损失。要维持歧视,或者说要购买歧视,歧视者就要支付相应的费用。贝克尔认为,歧视纯属是一种嗜好,就像任何一种商品或劳务一样,对它的消费取决于收入和价格这样一些变量。^[2]由于将市场上的歧视看成是一种商品,歧视者需要支付一定的代价才能维持歧视,所以一些自由主义经济学家乐观地认为,自由市场具有把个人的经济效率和其他特征相分开的经济动机。在商业活动中,具有除了生产效率以外的倾向性的人和没有这种倾向性的人相比,会处于不利的地位。具有这样的倾向性的人实际上比没有这样倾向性的其他人提高了自己的成本,因此,在自由市场中,后者会把前者赶走。^[3]换言之,由于追求利润最大化的企业,也即非歧视性的企业通常能够比歧视性雇主从既定的投资组合中获得更多的收益,因此非歧视性厂商将会买断那些歧视性厂商,从而逐渐接管整个市场。^[4]然而,也有学者指出,市场本身并不会阻止歧视,对于企图消灭歧视行为的政府来说,依靠竞争的压力恐怕是一个错误。实际上,市场通常就是问题本身,而不是解决问题的办

[1] [英] 弗里德利希·冯·哈耶克著,邓正来译:《自由秩序原理》(上册),上海三联书店1997年版,第168页。

[2] [美] 加里·S·贝克尔著,王业宇、陈琪译:《人类行为的经济分析》,上海三联书店、上海人民出版社1995年版,第25页。

[3] [美] 米尔顿·弗里德曼著,张瑞玉译:《资本主义与自由》,商务印书馆1986年版,第106页。

[4] [美] 伊兰伯格、史密斯著,潘功胜、刘昕译,董克用校:《现代劳动经济学》,中国人民大学出版社1999年版,第409页。

法。市场往往保证歧视将继续存在，对通过市场来反对歧视政策的热情充其量只是一个美好的愿望。^{〔1〕}

其实，能否通过自由竞争来减少或者消除歧视，不能一概而论。在雇主具有歧视偏好而雇员和顾客没有歧视偏好的情况下，如果雇主基于其歧视偏好而拒绝与某些群体进行交易，就会导致其经营成本的提高或者经营收入的降低，从而给雇主带来经济上的损失。由此，实行歧视的雇主在市场中的竞争力将会下降，最终将被其他经营者赶出市场。然而，在社会上的大多数人都具有歧视偏好的情况下，或者歧视者处于垄断地位的情况下，通过市场不但不能减少和消除歧视，反而会进一步强化歧视行为。例如，倘若一个企业的大多数顾客都具有歧视某一群体的偏好，那么雇主为迎合顾客的偏好而拒绝与被歧视群体的人进行交易，就会给雇主带来更大的利润；反之，如果雇主逆顾客的偏好而行事，比如，雇佣了这些不被顾客欢迎的人作为雇员，就很可能减少顾客的数量，从而损害雇主的利益。显然，为了追求利润的最大化，雇主就会迎合顾客的偏好，对不被顾客欢迎的群体采取歧视性的行为。从实践上来看，作为自由市场经济之楷模的美国，在雇佣、消费等经济领域中对黑人的歧视维持了那么长的时间，也说明自由竞争并不能自发地消除歧视。由此，要想减少和消除歧视，还需要借助于立法规定和司法操作。

（二）通过立法禁止缔约歧视

通过立法来反对歧视行为，乃是最直接、最有效的途径。在现代社会，由于人权观念的兴起和注重对弱势群体的保护，许多国家的立法都禁止在市场交易中实行歧视。例如，在美国，1875年的《民权法》禁止在客店、交通设施、戏院和其他公共娱乐场所奉行种族歧视。1964年的《民权法》禁止雇主由于受雇者的种族、肤色、宗教信仰、性别或原始国籍等因素而拒绝雇佣或解雇。1967年的《就业年龄歧视法》规定，雇主、就业机构或劳工组织对年龄在40~65岁之间的应征求职者或受雇者，不得以年龄为由给予任何歧视待遇。1973年的《复健法》禁止联邦雇主对残障者加以歧视。1990年的《美国残障人士法》则规定雇佣员工达15人以上的雇主在作出雇佣决定时，不得因应征求职者有任何残障的情况而给予歧视待遇。^{〔2〕}在荷兰，1994年7月生效的《平等对待法》强化了宪法上的非歧视原则在民法关系中的适用，旨在禁止雇佣和职业、公开供应的商

〔1〕 [美] 凯斯·R·孙斯坦著，金朝武、胡爱平、乔聪启译：《自由市场与社会正义》，中国政法大学出版社2002年版，第202页。

〔2〕 焦兴铤：《美国两性工作平等救济制度之研究》，载《台北大学法学论丛》2000年第47期，第100~102页。

品和服务等领域中基于宗教、信仰、政治见解、种族、性别、国籍、异性或同性恋偏好或民事身份的歧视。^{〔1〕} 在英国、法国以及加拿大等国,也有相应的立法禁止在市场交易中基于种族、性别等因素实行歧视。

在我国,《劳动法》第12条明确规定:劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。第13条又规定:妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。《中华人民共和国妇女权益保障法》(以下简称《妇女权益保障法》)第23条第1款也规定:各单位在录用职工时,除不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。由于我国现行法关于禁止缔约歧视的规定主要限于民族、种族、性别以及宗教等方面,适用范围十分有限,而且规定得过于原则,缺乏可操作性,导致这些规定在实践中往往无法落实。例如,现实中层出不穷的包括性别、年龄、身高、户籍、健康状况等方面在内的歧视行为,就在一定程度上反映了法律的无奈。针对这些情况,显然不能仅仅依靠法律的直接规定来限制缔约歧视,而必须寻找其他的解决办法。

(三) 通过民法基本原则能否限制缔约歧视

如果一国的法律对于某些形式的歧视设有明确的禁止性规定,那么法院只要依法办案即可,无需做其他更多的工作。然而,在缺乏直接的法律规定,而现实生活中又确实需要限制某些歧视行为的情况下,法院就必须担当起发展法律的重任,从法律的基本原则中寻找解决问题的依据。就我国目前的情况而言,由于现行法有关禁止歧视的规定十分概括,而且涉及的歧视形式又很少,所以尤其需要法院通过法律的基本原则来限制缔约歧视。

有学者认为,根据我国《宪法》第33条第2款关于法律面前人人平等的规定,以及第42条第1款关于公民有劳动的权利和义务的规定,可以推定我国公民在就业和职业方面享有不受歧视的平等权,并主张以此为根据来限制就业中的歧视行为。^{〔2〕} 不过,在德国,理论上一般认为,仅仅根据宪法中的男女平等原则本身,还不能得出可以对缔约自由,特别是对于选择合同当事人的自由进行限制的结论。^{〔3〕} 应当看到,不论是宪法中规定的“法律面前人人平等”原则,还

〔1〕 Peter R. Rodrigues, "The Dutch experience of enforcement agencies: current issues in Dutch anti-discrimination law", Martin MacEwen, eds, in *Anti-Discrimination Law Enforcement: A Comparative Perspective*, Avebury: Ashgate Publishing Limited, 1997, pp. 52~53.

〔2〕 郝铁川:《血型歧视完全是违法的》,载《检察日报》2002年1月16日。

〔3〕 格茨·赫克:《私法中的一视同仁原则》,转引自〔德〕卡尔·拉伦茨著,王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译:《德国民法通论》(上册),法律出版社2003年版,第112页。

是男女平等原则，都是针对国家和政府机关的要求，而不是针对私人的要求。因此，私人并无义务平等地对待每一个可能与其进行交易的人。事实上，由于宪法规范和民法规范在法律地位、具体内容、适用对象以及适用条件等方面存在着很大的差异，要想将宪法规范直接适用于私人之间的交往关系，在实践中也是很难操作的。

既然无法通过宪法上的规定来限制缔约歧视，那么就只有考虑适用民法的基本原则来达成这一目标了。就《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）所规定的基本原则而言，虽然包括平等、自愿、公平、诚实信用、公序良俗等等原则，但并非所有的原则都可用于限制缔约歧视。首先，由于平等原则所强调的法律地位平等，乃是当事人享有选择相对人自由的前提和基础，因而不可能用来限制相对人自由，当然也无法限制缔约歧视。其次，公平原则通常适用于合同内容的判断，即合同中为双方当事人约定的权利义务应当公平合理、大致对等。在当事人基于相对人自由而拒绝与特定的人缔约时，因合同尚未成立，合同内容并不存在，故而无法适用公平原则来评判合同的内容。再次，在现行法中，虽然诚实信用原则的适用范围已经扩张到合同订立阶段，成为当事人负有先合同义务和承担缔约过失责任的根据，但当事人在要约邀请中就明确将具有某些特征的人排除在交易范围之外或者直接拒绝相对人的要约的情况下，很难认定当事人存在着主观过错，从而无法令其承担缔约过失责任。况且，诚实信用原则调整的主要是当事人之间的利益分配关系，缔约歧视则与当事人之间的利益分配无关。例如，在雇主拒绝雇佣某人的情况下，就不存在对两者的利益分配加以平衡的问题，因此无法适用诚实信用原则。还应看到，之所以要限制市场交易中的缔约歧视行为，乃是基于保护弱势群体和维护社会整体利益的考虑，而非平衡有关当事人之间的利益分配关系。可见，诚实信用原则虽然贵为“帝王条款”，但对于限制缔约歧视却无能为力。由此，只有公序良俗原则才有可能成为限制缔约歧视的根据。

四、通过公序良俗原则限制缔约歧视

（一）通过公序良俗原则限制缔约歧视的可行性

鉴于缔约歧视不但对受歧视者本人及其家属造成心理上和经济上的损害，严重违反尊重和保护弱者的社会理念，而且还会导致社会阶层的形成和对立，危及到社会秩序的稳定，因此，对于缔约歧视必须加以限制，以便保护弱势群体，维护社会公共秩序，形成良好的道德风尚。然而，反对歧视的做法必须依赖于集体性的社会判断：即私人决定的某些理由是如此不合适，以至于政府允许雇主们利

用这些理由来决定是否雇佣、保留或者晋升工人就是不道德的和非法的。^{〔1〕}从公序良俗原则的功能来看,其所代表和维护的乃是包括政治秩序、经济秩序、道德伦理等等在内的社会整体利益,并站在超然的社会立场上来观察和评价私人的行为,这种功能正好可以满足反对歧视的需要。由此,通过公序良俗原则来限制人们选择相对人的自由,保护弱势群体,反对歧视行为,遂成为顺理成章的事。

我国台湾地区“民法典”第184条第(1)项规定:因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法,加损害于他人者亦同。其中,关于故意以背于善良风俗之方法加损害于他人的规定,系来源于《德国民法典》第826条。《德国民法典》第826条规定:以违反善良风俗的方式故意对他人施加损害的人,对他人负有损害赔偿义务。学者在解释上认为,该条规定的条件是:在对具体情况中的全部情形作出分析后,可以认定一方拒绝订立合同的行为,将构成以违反善良风俗的方式造成对另一方当事人的侵害行为。违反善良风俗,即如出租人对特定的人群进行歧视。^{〔2〕}可见,在德国,通过将不合理地拒绝订立合同的行为纳入到违反善良风俗的侵权行为之中,善良风俗遂成为限制相对人自由和反对市场交易中的歧视的重要手段。

在我国现行法中,虽然并未规定违反公序良俗的侵权行为,但从有关的立法来看,《民法通则》第7条规定公序良俗原则的适用范围乃是民事活动,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第7条则将该原则适用于合同的订立和履行。无论是民事活动还是合同的订立和履行,在解释上都应当包括当事人选择相对人的行为。因此,当事人在行使其选择相对人的自由,并决定与某人缔约或者拒绝与某人缔约时,也应当受到公序良俗原则的限制。由此,当事人拒绝与某人缔约的行为如果构成缔约歧视,就会违反公序良俗原则。

(二) 审查标准的确定——相对人自由还是缔约歧视

在美国,法院在审查政府采取的差别待遇措施是否违反平等权时,一般要检验系争政府措施的“目的”、“手段”与两者之间的关联性。政府差别待遇所为的分类目的,如果是为了一个“正当”的政府利益,通过任一政府行为多少可以达成该目的,即两者之间存在合理的关联性,那么法院几乎均肯定认可该差别待遇的合宪性。此即所谓“合理审查基准”,通常适用于一般社会立法案件。^{〔3〕}合

〔1〕 Richard A. Epstein, *Forbidden Grounds—The Case Against Employment Discrimination Law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1992), p 4.

〔2〕 [德] 卡尔·拉伦茨著,王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀斌译:《德国民法通论》(上册),法律出版社2003年版,第112页。

〔3〕 张宏诚:《性倾向(sexual orientation)歧视审查基准之研究》,载《东吴大学法律学报》(台湾地区台北市)第12卷第2期,第67页。

理审查基准虽然是针对政府采取的差别待遇措施提出来的，但对于因行使相对人自由而产生的缔约歧视来说，不无借鉴意义。实际上，在审查当事人基于相对人自由而拒绝与某人缔约的行为是否构成缔约歧视时，也应当考虑当事人订立合同的目的、所采取的手段以及两者之间的关联性来加以认定。

毫无疑问，法律之所以承认人们享有合同自由，乃是因为通过合同自由，个人和社会都能够从中获得正当利益。同样，之所以允许人们享有选择相对人的自由，也是因为当事人通过对交易伙伴的选择，通常能够实现其个人利益的最大化。在这里，选择相对人的自由实际上是一种手段，由此而实现的个人利益的最大化，则是其最终目的。当然，此所谓个人利益的最大化，既可能表现为经济上的利益，也可能表现为精神上的利益，这与政府采取差别待遇措施时所追求的目的不尽相同。不过，只要当事人所追求的目的符合法律的规定和公序良俗的要求，而且行使相对人自由权利的行为与实现其目的之间具有合理的关联性，那么当事人拒绝与某人缔约就是合理的，法律对此不应加以干涉。例如，在求职者不具备招聘职位所需能力的情况下，雇主拒绝与求职者缔约就是合理的。不过，在当事人拒绝与具有某些特征的人缔约时，如果根据交易的性质考虑，被拒绝者所拥有的特征与交易本身并无关系，例如，因为对方的肤色、长相而拒绝其进入消费场所，或者因为对方的年龄、性别而拒绝雇佣其从事与这些特征无关的工作，则当事人采取的将具有某一特征的人排除在交易之外的手段和其所追求的利益最大化的目的之间，就不能认为具有合理的关联性。由此，当事人拒绝与相对人缔约的行为就构成了歧视。

那么，在当事人行使选择相对人的自由时，究竟相对人具有的哪些特征不能被作为拒绝与其缔约的标准呢？也就是说，在当事人对相对人所作的分类中，哪些是属于不合理的分类？在美国，根据联邦最高法院相关判决的见解和学者的看法，如果政府针对某些群体所采取的差别待遇或相关歧视具有下列情况，通常就会被认为属于“可疑分类”，从而要接受法院的严格审查：（1）长期地、历史性地、有意地给予不平等待遇；（2）该分类隐含有较低下、卑劣的污名印象；（3）遭受普遍、广泛的偏见与仇视对待；（4）因为刻板印象而对其个人才能给予不平等的待遇；（5）在政治参与过程中遭受有意排挤而成为“孤立的弱势群体”；（6）基于个人不可改变、与生俱来的特征所为的分类；（7）基于与社会生活中角色扮演或合法公共目的无关的特征所为的分类。^{〔1〕} 这些“可疑分类”虽然是法院在审查政府的措施时采用的判断标准，显得比较庞杂，但是其中的某些方

〔1〕 张宏诚：《性倾向（sexual orientation）歧视审查基准之研究》，载《东吴大学法律学报》（台湾地区台北市）第12卷第2期，第76页。