

# 德国反就业歧视的 法律规制研究<sup>\*</sup>

娄宇

**摘要：**德国以法律手段规制就业歧视的基本导向是在实体法上合理限制契约自由，辅以程序手段积极实现平等就业权。具体表现为在抗辩事由的确定上，在私人自治原则的基础上限制私权、集中指向雇主抗辩事由以及坚持共性概括与个别类型特殊处理；在就业平等权实现的层面上强调分配正义原则下的雇主积极义务和受歧视者获得救济的权利；在司法层面上坚持在事实推定的基础上减轻就业者的举证责任，并建立专门机构协助诉讼。德国以法律手段规制就业歧视的理念值得我国立法借鉴。

**关键词：**德国；反就业歧视；法律规制

**作者简介：**对外经贸大学 保险学院 讲师 博士 中国社会科学院 博士后研究人员 北京 100029

**中图分类号：**D951.625

**文献标识码：**A

**文章编号：**1005-4871(2014)04-0036-13

二战之后，德国对纳粹时期的种族歧视和文化歧视进行了深刻的反思和检讨，并在此基础上建立起了反歧视法律体系，但是这个体系主要在公法层面上展开，在私法领域仅体现为《民法典》中零散的规定和一些旨在平衡劳资双方地位的单行立法中，如《解雇保护法》(Kündigungsschutzgesetz)、《母亲保护法》(Mutterschutzgesetz)等。进入到21世纪之后，为了巩固已经取得的经济一体化成果，欧盟在《阿姆斯特丹条约》的基础上率先颁布了一系列反歧视指令，并要求各成员国以国内法的形式转化。在此背景下，德国立法者不得不对原有反就业歧视法律体系进行大规模的调整。2006年8月18日，旨在实施欧盟指令的《一般平等待遇法》(Allge-

<sup>\*</sup> 本文是教育部留学回国人员科研启动基金(第47批)资助项目“劳动法请求权体系之架构——以德国法为中心的考察与制度本土化讨论”和教育部人文社会科学研究一般项目“社会法请求权体系之架构——以德国为中心的考察与制度本土化讨论”(立项号:12YJC820069)的阶段性成果。

meines Gleichbehandlungsgesetz)正式生效,这是一部涵盖劳动就业和一般民事领域平等权保障的综合性立法,反就业歧视规则是其中最核心的内容。

从德国反就业歧视的立法进程来看,源自欧盟和德国国内立法者层面的改革意愿构成了最初的推动力。虽然这种“自上而下”的改革路径使相关立法和法教义学的发展呈现出“缓慢前行”的特征,但是正是这种复杂的立法进程避免了极端平权主义下的盲目和激进,赋予了德国反就业歧视法律规制手段以强烈的理性主义元素:新规则一方面可以与原有私法精神和法教义学相融合,在已有的法律体系中不过于“突兀”;另一方面也在很大程度上吸收了欧盟法中的有益成分,体现了欧洲现代国家反就业歧视立法的理念。

劳动就业领域的不平等待遇是当今中国最广泛、严重却又未引起政府和民众充分关注的问题之一。随着人力资源配置市场化的深入,我国在计划经济模式下的身份歧视已经逐步转化为西方工业国家就业市场上的“契约歧视”,因此在平等就业权的立法上我们可以也应当借鉴国际经验,通过与国际经验接轨促进我国的反就业歧视立法。德国对就业歧视的法律规制为我们提供了一个很好的范本。

### 一、就业歧视的概念与抗辩事由

通说认为,差别对待会产生不同的影响,但是这种影响并不一定都是不正当的或不合理的,法律之重要任务在于确定正当与合理的标准。在反就业歧视法的意义上,这种判断标准被称为抗辩事由。抗辩事由体现为资方对劳方进行差别对待的合理性因素,这些因素确定了是与非的界限,因此构成了反就业歧视法最重要和最核心的内容。按照欧盟颁布的四项反歧视指令<sup>①</sup>和《一般平等待遇法》第1条的规定,就业歧视原因共有六种:种族、出生地、性别、宗教和世界观、残疾、年龄、性取向。德国法教义学主张,不同歧视原因的抗辩事由是独立发展的,统一的描述和归纳无法反映各类歧视原因的全貌。<sup>②</sup>因此《一般平等待遇法》对这个问题采用了原则性立法和重要例外情况立法相结合的方式:对于直接歧视和间接歧视<sup>③</sup>,雇主的抗辩事由原则上要符合“实质性的、决定性的职业前提条件”(wesentliche entscheidende berufliche Anforderung);宗教、年龄、性别歧视的形成原因不同于其他歧视,因此应当结合各类单行立法对其抗辩事由进行考量。

<sup>①</sup> 这四项目指令包括反种族和出身歧视的2000/43/EEC号指令,反宗教和世界观、残疾、年龄和性取向歧视的2000/78/EEC号指令,反就业性别歧视的2002/73/EEC号指令,反一般民事领域性别歧视的2004/113/EEC号指令。

<sup>②</sup> 德国联邦宪法法院也持这种观点,参见BVerfGE 55, 72, 88; 88, 87, 96; 91, 346, 362; 97, 169, 181。

<sup>③</sup> 根据《一般平等待遇法》的相关规定,直接歧视系基于法律规定的六种原因受到(或将受到)与另一人在可类比的情况下不利的对待,间接歧视系基于中立的法规、准则或程序相对于另一些人受到了不利的对待。

### (一)作为一般标准的“决定性”和“实质性”

《一般平等待遇法》第8条确立了构成抗辩事由的两条重要原则:类型法定原则和实质决定性原则。前者意味着歧视仅限于该法第1条列举的六种类型,可以对某一类型适度扩张解释以扩大适用范围,例如艾滋病歧视可以归入残疾歧视中,但是为了恪守缔约自由的私法精神,不允许创设新的歧视原因;而后者则包含了丰富的法教义学内容。

首先,“决定性”意味着某项职业要求对于完成该工作是必须的。也就是说,如果不遵守这样的职业要求,该职业将无法、较差地或者无法正常开展;<sup>①</sup>其次,“实质性”要求将劳动者某项职业的全部工作内容和由于对其的歧视而无法正常开展的工作内容进行比较。如果劳动者具备或不具备某一特征导致其无法正常开展的工作内容在该职业全部工作中占了相当大的比率,或者属于该职业工作内容的核心组成部分,则认为基于此特征的雇主抗辩事由是正当的。如果说“决定性”是判断抗辩事由是否具备正当性的门槛条件,属于定性分析的范畴,那么“实质性”就带有定量分析的意味,其关注的是某项特征引发的工作不适性能否完成从量变到质变的过程,从而在实质上影响了职业的开展。定性和定量分析相结合,共同构成了对抗辩事由的一般性限制。

### (二)原则之例外

“凡有原则,必有例外。”德国反就业歧视法上的实质决定性原则的例外主要表现在对雇主同等对待的不合理期待事由和三类特别歧视原因的抗辩事由上。其中前者体现了德国反就业歧视法律的相对性,系私人自治原则的必要拓展;后者体现了上位法或高位阶的社会促进政策的优先性,从反歧视认识论的层面上突出了公共利益和社会塑造目的的重要性。

一般认为,对劳动者群体的差别对待源自两方面,一是消费者偏好乃至社会偏见,二是雇主自身的偏见。德国反歧视法教义学主张,对于第一类渊源,反就业歧视法不应当亦无能力去纠正,要消除这类歧视只能依靠社会纠偏运动推动观念的更新,反歧视法若一味介入这个领域将面临目的论上的障碍,是对其功能的“不合理期待”。后一种原因造成的歧视才是反就业歧视法主攻的方向,这是因为该法涉及的法律关系在雇主与雇员群体之间展开,其目的是要克服雇主单方面制造的雇员群体的不平等。<sup>②</sup>这样的教义学内容使得《一般平等待遇法》第8条在司法实践

<sup>①</sup> Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, AGG § 8 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, München: Verlag C. H. Beck, 2012, Rn. 9.

<sup>②</sup> Manfred Wolf/Walter F. Lindacher/Thomas Pfeiffer/Jens Dammann, *BGB Kommentar*, München: Verlag C. H. Beck, 2007, § 611 a BGB Rn. 54.