

德国妇女劳动权保护的立法与实践

谢增毅

【提 要】德国在女性劳动者保护方面积累了丰富的立法和实践经验。反就业歧视法、非全日制工立法、家政工立法、生育保护法等法律从不同方面保护了女性劳动者的权利。与此同时,德国在反就业歧视法实施、家政工的保护、非全日制工的社会保险待遇、生育保护与雇主灵活性的协调等方面也面临挑战。我国应该借鉴德国的立法和经验,完善我国的反歧视立法,加强对非全日制工和家政工的保护,强化对妇女的生育保护,考虑引入育婴假。

【关键词】女性劳动者 反歧视 家政工 生育保护

【中图分类号】D912.5 【文献标识码】A 【文章编号】1000-2952(2012)04-0060-05

2011年9月笔者作为代表团成员赴德国就妇女社会权利保护进行考察调研。本文围绕妇女劳动权保障,根据考察调研结果,结合相关资料,评析德国相关立法与实践,并探索其对我国完善妇女劳动权保护的借鉴意义。由于德国法尤其是劳动和社会福利制度在欧洲乃至世界具有广泛影响,因此,德国在妇女劳动权保护方面的经验及挑战对我国具有重要参考价值。

一、反就业歧视立法及其实施

德国反歧视包括反性别歧视立法内容丰富,其宪法和多个成文法都有反歧视的规定。德国宪法禁止基于性别、种族、语言、国籍、民族出身、信仰、宗教和政治观点的歧视。宪法第三条规定,法律面前人人平等;男性和女性享有平等权利;任何人不因性别、家庭出身、种族、语言、国籍或血统、信仰、宗教或政治观点而受到区别对待;不因残疾而受到不利待遇。^①

除了宪法,德国其他成文法也有反歧视的规定。1975年的《企业宪章法》是关于建立企业委员会的法律。该法规定,雇主和企业委员会应当平等对待雇员,任何人不因其宗教、国籍、出身、政治或工会活动或观点、性别或性取向而受到歧视。^②但该法仅限于设立企业委员会的雇主,而且仅仅保护现有的雇员,而不包括求职者。为了实施欧盟有关性别歧视的指令,德国1980

年在其《民法典》中增加612a条款,禁止性别歧视。

在性别平等上,德国的立法较为完善,但由于各种原因,男女工资的差异依然存在。总体而言,女性的工资比男性低20%,这其中的原因包括:很多女性从事兼职工作、男女在劳动市场存在分工差异。德国是一个重工业发达的国家,工厂较多,这些领域的工人多为男性,而女性更多地从事餐厅服务、保洁、办公秘书的工作,这也造成工资的差异。当然对女性的歧视也是造成工资差异的部分原因。^③

关于性别平等,德国还有一个现象值得关注。德国1938年的一项有关工作时间的法律,没有对男性从事夜班工作做任何限制,但却原则上规定女性体力劳动者不能在夜间8点至凌晨6点工作。1992年,联邦宪法法院的一项判决认为,排除女性体力劳动者从事夜间工作是违宪的。^④这项规定被认为违反了宪法第三条关于男女平等待遇的规定。同时,法院也指出,宪法也保护公民

① Article 3 of the Constitution.

② Section 75 of the Works Constitution Act of 1975.

③ 根据德国慕尼黑大学社会法研究所 Richard Giesen 教授 2011年9月26日的介绍。

④ Manfred Weiss and Marlene Schmidt, Labor Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer Law International, 2008, p. 101.

的健康权，因此，联邦宪法法院敦促立法者在允许女性从事夜间工作的同时，制定出法律来保证夜间工作者的身体健康。因此，1994年的《工作时间法》在夜班工作上对男性和女性给予平等对待，但要求雇主定期为夜班工作者提供体检，费用由雇主承担。

总之，尽管德国反歧视立法相对完善，但其反歧视意识以及法律实施远非尽善尽美，德国也需要不断提高其反歧视意识，促进法律的更好实施。

二、非全日制工的法律保护及存在的问题

在德国，非全日制工日益重要，其原因主要有二：一是妇女参与有报酬的工作的比例增加；二是非全日制工提供了更多的灵活性，而这种灵活性被很多人认为是克服经济危机带来的困难以及未来经济挑战的必要条件。

德国法律重视对非全日制工提供平等保护。按照德国法律，雇主应当对全日制工和非全日制工同等对待，除非雇主具有正当的商业理由需要进行区别对待。而且，如果雇主雇用的雇员超过15人，全日制工有权要求从事非全日制工，除非雇主具有正当的商业理由。^①法律没有对雇员少于15人的雇主强加该负担。从事非全日制工作的权利是为了增加工作机会，特别是为男性和女性创造平等的就业机会。^②同时，法律对“正当的商业理由”要求很高，雇主不能找到额外的适当的人并不能作为正当的商业理由，除非雇主能够证明，在劳动力市场上无法找到适合的人。^③和欧盟指令规定相同，根据德国法，雇员拒绝在全日制工和非全日制工之间进行转换并不能成为雇主合法解雇雇员的理由。^④

在德国，对非全日制工的法定社会保险项目也有特殊安排。按照目前立法，德国区分两种非全日制用工，每月收入低于400欧元的非全日制工以及每月收入在400~800欧元之间的非全日制工；第一类称为“迷你工作”，第二类称为“迷笛工作”。第一类非全日制工无需参加社会保险项目，也不能享受法定的社会保险福利，但可以通过缴费获得法定的养老保险福利；第二类非全日制工可以参加社会保险项目并享受福利，但缴费水平较低；每月收入超过800欧元的家政工，则适用一般的社会保险缴费规定。

2006年，德国非全日制工参加法定社会保险的人数为452.9万人，占参加保险的全部雇员总数的17.2%。有675万从事边缘性的非全日制工被排除在法定社会保险项目之外。其中，485万人仅仅从事“迷你”工作，190万人除了从事“迷你”工作，还从事其他可以被社

会保险体系覆盖的工作。^⑤因此，如何完善非全日制工的社会保险福利制度在德国依然是一个重要课题。

三、家政工的法律保护与挑战

由于女性家政工的比例远远高于男性，家政工的法律保护也是女性就业权保障的重要内容。正如2011年《家庭工人体面劳动公约》指出的那样，家政工作继续被低估和不为外界觉察，而且大部分的家政工是妇女和女孩，她们当中许多是移民或者弱势群体成员，容易遭受雇佣和工作中的歧视以及人权方面的其它侵害。^⑥因此，对家政工的保护也是妇女劳动权保护的重要内容。

在德国，家政工人较早受到关注，第一部关于家政工的立法于1911年制定，现行的家政工立法来自于1951年的立法，后来多次修改，最新的立法是2006年修订的。按照德国立法，家政工是指任何人单独或者在家庭成员的帮助下，为另一个人或机构工作，工作地点可以是公寓或房屋（apartment or house）或其他地方，并且工作成果的利用归属于其服务对象。德国法为家政工提供了工资、工作时间、安全等方面的保护以及非常有限的解雇保护。德国专门设立了一个委员会决定家政工的最低工资和工作条件。在德国，家政工虽然非常类似于“雇员”，但由于其缺乏组织性以及封闭性，其法律保护的有效性值得怀疑。^⑦而且，由于在德国许多保护雇员的法律只适用于雇员达到一定数量的雇主，例如，《不当解雇保护法》只适用于拥有10名以上雇员的雇主，^⑧家政工由于分散在不同的家庭，通常家庭雇用的家政工人数有限，因此，家政工受劳动法保护的程度亦很有限。最低工资、工作时间和安全卫生以外的劳动法的其他内容如何适用于家政工依然是一个有待完善的课题。

和欧洲许多国家的情况一样，德国很多外来的家政工没有合法身份，当其权利受到侵害时，虽然可以通过法律途径主张自己的权利，但一旦诉诸法律途径，其身份暴露，就必须离开德国。因此，家政工往往不愿诉诸

①⑧ Blaupain, Bison-Rapp, Corbett, Josephs, and Zimmer, *The Global Workplace: International and Comparative Employment Law-Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2007, pp. 403, 399.

②③⑤⑦ Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labor Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, pp. 60, 61, 59, 49.

④ Section 11, Act on Part-Time Work and Fixed-Term Contracts.

⑥ 《家庭工人体面劳动公约》前言，2011年。

法律,其权利也就难以得到法律的保护。

四、生育保护和育婴假的制度与现实

在德国,孕妇的产假为14周,产前6周加上产后8周,休假期间可以获得100%的工资,工资由医疗保险和雇主共同承担。^①

根据德国《生育保护法》(1968年制定,1997年修订),女性雇员产后8周不能工作,1979年又引入了母亲假,1985年母亲假被育婴假取代,父母亲在孩子出生后都可以休假。2006年,德国通过了《育婴福利和育婴时间法》。按照法律,任何居住在德国的雇员,如果孩子共同居住,享有孩子监护权,照顾和教育孩子,就享有育婴假,假期可以持续到小孩3岁。雇员应该提前7周以书面形式向雇主提出申请。育婴假比较灵活,可以一次休完,也可以分次休假,可以由母亲休假或父亲休假或者父母亲同时休假。^②当然,雇员休育婴假时没有报酬。由于这个原因,事实上,父亲休假的人数非常少,因为许多家庭需要依靠父亲的工作收入。当然,德国通过提供相应的福利,即每月最高1800欧元、最低300欧元,最长时间为12个月的福利,为父母亲休假提供资助。^③

按照德国法律,父母亲休假期间,其劳动关系受到保护,从向雇主提出休假请求直至休假结束,雇主都不得将其解雇,换言之,雇主必须为休假的父母保留工作岗位。^④

在德国,超过85%的有权休育婴假的父母事实上休了该假,这并不奇怪,因为在德国,提供给3岁小孩以下的幼儿园设施非常有限。在1995年,只有40%的3岁以下小孩在家庭以外接受照料,2000年,这一比例只有35%。^⑤幼儿设施不够完备,至今依然是德国的一个问题。^⑥

当然,尽管休育婴假的父亲人数在轻微增加,但休假超过一个月的父母亲中只有5%是父亲。其中的一个主要原因是,父亲休育婴假虽然是法律允许的,但却不被社会所接受,特别是不被雇主所接受。因此,父亲休育婴假会担心其工作发展受到不利影响。另外父亲休假较少的另一个重要原因是,男性的工资总体上比女性高,因此,让母亲休假可以避免更多的收入损失。

当父母亲休育婴假时,由于雇主需要为雇员保留职位的时间比较长,法律允许雇主临时雇用其他人,但原来的雇员休假回来后,很多雇主往往不愿意继续雇用,因此,双方就通过协商,通过给予原来雇员赔偿的方式解除原有合同。^⑦因此,虽然保留工作的规定对雇员有

利,但对雇主可能是一个较大负担。

五、德国的经验和挑战及对我国的启示

从德国的立法和实践可以看出,德国在保护妇女劳动和社会保障权方面积累了丰富经验,对妇女的保护较为完备,但同时也面临一些挑战,特别是在家政工的保护、非全日制工的社会保险待遇、生育保护与雇主灵活性的协调、反歧视法的实施等方面面临挑战。德国的立法和实践经验为我们提供了丰富的借鉴价值,同时其面临的挑战也值得我国反思。

(一) 女性职工的特殊保护

1. 对女性工作的限制

关于妇女的劳动权保障,我国专门制定了《女职工保护规定》(1988年),其中有不少规定照顾女性的生理特点,规定了女性禁止从事的劳动以及特定生理期间禁止从事的劳动。例如,《女职工保护规定》第5条规定,“禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他女职工禁忌从事的劳动。”从德国废除限制女性从事夜班工作的经验看,虽然法律禁止女性从事某些劳动是出于对其保护的考虑,但从性别平等角度看,这种规定有性别歧视之嫌,不利于女性的自我发展。因此,我国应该重新审视这些规定,赋予女性平等的权利,减少对妇女劳动权利的限制。同时,应从维护劳动者身心健康的角度,规定保障男性和女性健康的条款,这样既符合平等原则,同时也保障包括妇女在内的劳动者的健康权。

2. 对妇女的生育保护

我国对妇女的特殊保护,主要体现在规定禁止女性从事的禁忌劳动、“三期”、产假和生育保险上。借鉴欧盟和德国的经验,我国应该完善的要点包括以下几点。

第一,关于女性月经期间、怀孕期间、哺乳期间禁止从事的劳动。从保护女性职工或胎儿健康的目的出发,这样的规定确有必要。但如果仅仅考虑一般女性的生理特点而对女性从事的体力劳动进行限制则应更加慎重,否则会有限制女性劳动权利之嫌,反而造成对女性

①⑤ Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labor Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, pp. 115—116, 106.

② Section 15, 16, Act on Parental Benefit and Parental Time.

③ Section 2, Act on Parental Benefit and Parental Time.

④ Section 18, Act on Parental Benefit and Parental Time.

⑥⑦ 根据德国慕尼黑大学社会法研究所 Richard Giesen 教授 2011 年 9 月 26 日的介绍。

的歧视。

第二，产假的时间。目前，我国产假为 90 天，和相关国际公约^①以及欧盟、德国相比，我国的产假过低，应延长至至少 14 周，以符合国际公约的标准。

第三，关于生育保险，目前我国虽然已经建立了生育保险制度，^②但生育保险仅限于就业的职工，未就业的职工无法享受相应的生育待遇，而且，就业的职工享受生育待遇的前提是用人单位为其缴纳生育保险。如果用人单位不缴纳生育保险，则职工难以享受生育保险待遇。截至 2010 年底，全国参加生育保险人数为 12336 万人，和我国职工人数相比，我国生育保险的覆盖率还非常低。^③这些都是生育保险制度和实践需要解决的问题。

第四，怀孕女性劳动关系的保护。女性就业后，因怀孕遭受解雇的，由于我国《劳动合同法》有相应的不当解雇责任的明确规定，^④受害人一般可以获得法律救济，仲裁机构或法院可以按照不当解雇的规则包括损害赔偿数额的规则要求雇主承担赔偿责任。但是，对怀孕妇女的不当解雇，涉嫌性别歧视，仅仅适用不当解雇的一般规则，对女性的保护似乎不够周延，雇主的违法成本较低，难以有效防止雇主对怀孕女性的随意解雇。

（二）育婴假的引入

从欧盟和德国的规定看，育婴假在欧盟国家是一个普遍的作法。育婴假作为一项社会政策，对于平衡工作和生活的关系，照顾和支持下一代的成长具有重要意义。当前，我国的学前教育严重滞后，学前设施不完善，而且从幼儿教育角度看，父母的陪伴对其成长具有积极意义。因此，我国可以尝试引入育婴假制度，除了给予产假产假之外，可以给父母一定时间的育婴假。由于我国尚无这方面的经验，且育婴假过长可能对雇主造成过重的负担，目前，可以考虑给予父母在幼儿三岁之前每年可以享受各一个月的无薪休假，这样可以平衡雇员和雇主的需要。同时，在雇员休育婴假期间，其劳动关系受法律保护，雇主不得解除该劳动关系。特别是随着我国劳动力市场的变化，保姆的供给越来越少，引入育婴假也可以促进幼儿父母的就业，更好平衡工作和生活的关系，促进幼儿的健康发展。当前，我国应该抓紧研究育婴假的引入课题，设计一个周全的制度。

同时，相比国外针对小孩出生的福利制度，我国这方面的制度还处于空白状态。随着国家社会保障制度的逐步完善、国家财政收入的增加以及国家生育政策的调整，可以考虑建立针对婴儿的福利制度，减轻因生育给家庭带来的经济负担，促进小孩的健康成长。

（三）非全日制工和家政工的保护

我国虽然没有精确的非全日制工和家政工的统计数据，但随着工作方式和生活方式的变化，非全日制工和家政工的重要性日益凸显，应该加以关注。

1. 非全日制工的保护

从欧盟以及德国的相关立法看，其主要的指导原则是平等对待，即对非全日制工和全日制工平等对待，同时赋予工人选择非全日制工和全日制工的权利。我国在《劳动合同法》中规定了非全日制工，但该法的规定过于简单。同时，在立法的指导思想上，该法过分突出非全日制工的特殊性和灵活性，法律对其保护程度远远弱于全日制工。从规定上看存在以下不足：第一，关于非全日制用工的定义过于简单。按照第 68 条的规定，非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。该定义严格限制非全日制用工时间，相比欧盟及其成员国的规定，显得过于僵化。第二，对非全日制用工的保护不足。集中体现在第 71 条。第 71 条规定，非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。由于解雇保护是对劳动者提供的强有力保护，而《劳动合同法》赋予雇主对非全日制工随意解雇的权利，是对劳动者保护的一大缺失。虽然这样的规定对鼓励就业有促进作用，但容易使雇员受到不公正待遇，使雇员缺乏职业的安全感和稳定性，是对非全日制工的一种严重的差别对待。对比德国，我国非全日制工存在广阔的发展空间，特别是非全日制工对于扩大女性就业，增加工作弹性，平衡工作和生活的关系，具有重要意义。当前我国的学前教育设施和服务还很不完善，鼓励女性或男性从事非全日制工作，不仅可以扩大就业市场，也有利于工作者照顾小孩和家庭，减轻社会和政府的负担。雇主和求职者都应转变观念，特别是雇主应该对工作岗位和内容作适当调整，允许雇员从事非全日制工作，这不仅可以提高工作的灵活性，还可以促进儿童教育和家庭照顾，促进工作和生活的平衡，其社会意义不容小觑。今后在立法中，应该强化对全日制工和非全日制工平等对待的指导思想，对非全日制工给予更多的保护。

① 《2000 年保护生育公约》（第 183 号公约），第 4 条。

② 参见《社会保险法》第 6 章。

③ 人力资源和社会保障部：《2010 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》，载于该部网站。

④ 《劳动合同法》第 87 条。

2. 家政工的保护

目前,按照《劳动法》和《劳动合同法》的相关规定,如果家政工直接受雇于私人家庭,由于家庭并不是法定的“用人单位”,^①家政工不是法定的“劳动者”,自然无法受到《劳动法》的保护。除非家政工受雇于家政服务公司,其作为家政服务公司的雇员将受到《劳动法》的保护。由于我国许多家政工直接受雇于家庭或个人,其权利的保护就成为一个重要问题。目前,在城市里雇用家政工的现象非常普遍。例如,有分析指出,2010年北京市家政工总数已达40余万,目前,全国从事家政工服务的劳动者已经达到1500万。^②家政工中90%以上为女性。因此对这一群体的保护,不仅事关其基本权利,也关涉家政行业的健康发展,关涉女性的保护,以及人们的生活质量,应该加以重视。

家政工和受雇于“用人单位”的劳动者相比有其自身特点。家政工通常没有严格的工作规章制度,工作内容和方式的灵活性较大。家政工服务的对象为分散的个人或家庭,家政工的情况无需登记,政府也难以监管或监督。虽然家政工具有鲜明的特点,但其提供有偿劳动这一特点和一般雇佣关系或劳动关系并无本质区别,因此,应该对家政工提供相应的法律保护。

按照德国的实践经验,德国承认家政工具有劳动关系的某些特征,《劳动法》的部分内容适用于家政工,德国法律为家政工提供了工资、工作时间、安全以及有限的解雇保护。考虑到家政工的特殊性,家政工完全受《劳动法》的保护有一定困难,^③但是,应该对家政工提供一定的保护。由于家政工的重要特点是其灵活性,而且,雇主和一般的用人单位不同,并没有很多“工作岗位”,雇主的组织性也不强,解雇保护的相关规则对其难以适用,因此,对家政工的保护应主要着眼于保护家

政工的基本权利和安全卫生。根据2011年《家庭工人体面劳动公约》的相关原则和规定,借鉴德国的作法,我国应该对家政工提供最低工资、工作时间的保护,并要求雇主对家政工的安全卫生尽到责任。此外,应该改变家政工难以参加社会保险的作法,使家政工可以参加一定的社会保险项目。按照目前《社会保险法》的规定,家政工似可以作为“其他灵活就业人员”参加养老保险和医疗保险,但不能参加失业保险、工伤保险和生育保险。按照《社会保险法》,家政工如果参加养老保险和医疗保险,缴费全部由其承担。为了扶持家政服务业的发展,保护家政工的权益,政府在社会保险上,应该给予家政工一定的财政扶持。政府应允许家政工参加各类社会保险,而且应对其缴费提供一定的补助。否则缴费过高,不利于鼓励家政工缴费参加社会保险。当前特别应该确保家政工参加养老、医疗、工伤保险,保证其基本权益。

本文作者:中国社会科学院法学研究所副研究员、
法学博士

责任编辑:赵俊

① 根据《劳动法》第2条以及《劳动合同法》第2条,我国的用人单位仅指企业、个体经济组织、民办非企业单位,“家庭”或个人并不属于法定的“用人单位”,相应的家政工也不是法定的“劳动者”。

② 马丹:《北京市家政工的现状与问题》,《法制与社会》2011年第1期。

③ 参见谢增毅《劳动法的比较与反思》,社科文献出版社2011年版,第12~13页。

Legislation and Practice of Women's Labor Rights Protection in Germany

Xie Zengyi

Abstract: Germany has rich experience in protecting women's labor rights in terms of its legislation and law enforcement. Women's labor rights in Germany has been protected by various laws and regulations concerning anti-discrimination, part-time work, domestic work, maternity protection, etc. However, Germany still faces some challenges with regard to enforcement of anti-discrimination laws, the protection of domestic workers, social insurance of part-time workers and the balance between maternity protection and flexibility of employment. Taking the legislation and experience in Germany for reference, China should develop its anti-discrimination legislation, strengthen the protection of part-time and domestic workers, further its protection of maternity and provide parental leave.

Key words: women worker; anti-discrimination; domestic worker; maternity protection