

議題研析

一、題目：德國大眾交易歧視與救濟法制簡介

二、議題所涉法規

反歧視法草案¹(草案預告中)

三、背景說明

(一)於私法自治原則下，我們可以自由選擇交易對象，契約之訂立與否，純由個人之意思自由為之²。社會上民事交易歧視爭議時有所聞³，因大眾交易涉及民生資源之取得，若允許大眾交易經營者得任意選擇相對人，將發生少數人無法獲得民生商品或服務，因此德國一般平等法第 19 條明文禁止大眾交易的歧視行為。無獨有偶，加拿大人權法第 5 條⁴亦明文規定於大眾交易情形，禁

¹ 行政院為研議制定綜合性反歧視法，於 113 年 5 月 2 日起於「公共政策網路參與平臺－眾開講」辦理反歧視法草案預告 60 日，並於近期辦理分區公聽會，蒐集、聽取各界意見。鑑於國內法律對歧視定義、例外條款，及部分領域的反歧視規範不足，且違反現行禁止歧視規定，救濟方式多處以罰鍰，欠缺相應之民事損害賠償機制，行政院研議之反歧視法草案計 7 章 46 條，第 1 章主要就歧視禁止行為、受保護特徵等相關用詞予以定義性規範；第 2 章規範大眾交易、就業、教育領域，不得基於種族、身心障礙、性別、年齡、宗教信仰為歧視及騷擾、報復行為，並規範雇主及學校之歧視防治及糾正補救義務；第 3 章規範不構成歧視之例外情形；第 4 章救濟部分，明定侵害除去及防止請求權、損害賠償請求權、團體訴訟等相關規定；第 5 章規範各級政府及相關部會消弭歧視及促進實質平等之相關義務；另參考國外定有綜合性反歧視法之執行機制，該國國家人權機構有重要功能及角色，我國國家人權委員會組織法第 2 條所定職權也包括對構成各種形式歧視之事件進行調查、處理及救濟，爰洽商國家人權委員會，於本草案第 6 章明定「國家人權委員會關於歧視事件之處理」之相關權責；第 7 章附則。行政院新聞公告，113 年 5 月 2 日，網址：<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/3edff966-46ec-45af-b718-b6109795ae48>，最後瀏覽日期：113 年 6 月 5 日。

² 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法概要，修訂 10 版，97 年 9 月，頁 4。

³ 黃安昫，非 2 類人不租！女網友嘆「新竹租屋難」過來人曝關鍵原因，TVBS 新聞網，113 年 6 月 2 日，網址：<https://news.tvbs.com.tw/life/2505208>，最後瀏覽日：113 年 6 月 13 日。

⁴ Canadian Human Rights Act article 5: "It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public (a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or (b) to differentiate adversely in relation to any individual, on a prohibited ground of discrimination." 加拿大人權法第 5 條規定，於通常向公眾提供的商品、

止基於特定特徵拒絕提供商品、服務或予以不利的差別待遇。行政院正研議制定反歧視法草案，內容包括禁止大眾交易歧視行為及救濟規定，本文簡介德國大眾交易歧視與救濟法制，以資參考。

(二) 德國於 2006 年⁵ 制定施行一般平等法 (Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, AGG)，共計 33 條條文，分為 7 章，依序為總則、保障受僱人免受歧視、防止民事大眾交易歧視行為、法律保障措施、公共僱傭關係特別規定、聯邦反歧視局及聯邦反歧視獨立委員及附則。整部法律以不利的差別待遇定義歧視，相關條文禁止歧視的特徵共列 7 種，涵蓋種族、血統、性別、宗教、身心障礙、年齡及性別認同，禁止歧視規範領域及於工作就業、職業培訓、公會參與、衛生服務、社會福利、教育及大眾交易，以下介紹德國大眾交易禁止歧視規範。

四、探討研析

(一) 德國一般平等法禁止歧視之交易類型

德國大眾交易歧視禁止主要規範於一般平等法第 3 章，章名為「防止民事大眾交易歧視行為」，規範條文由第 19 條至第 21 條。該法(下同)第 19 條⁶第 1 項規定，於下列民事權利義務的成

服務、設施或住宿方面，基於被禁止的理由為下列之行為，構成歧視性作法 (a) 拒絕任何個人獲得任何此類商品、服務、設施或住宿，或 (b) 對任何個人作出不利的差別待遇。

⁵ 本文有關年分之使用，原則以民國紀年表述，惟涉及外國法制或立法例部分，改採西元紀年表述。

⁶ §19 AGG: " (1) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die 1.typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder 2.eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, ist unzulässig. (2) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig. (3) Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig. (4) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche

立、履行及終止過程中，基於種族、血統、性別、宗教、身心障礙、年齡或性別認同之不利的差別對待是被禁止的：1、通常於類似條件且不考量相對人個人情況的大量交易，或根據民事契約類型相對人個人情況是次要的，且於類似條件的大量交易情形下發生。2、私法的保險關係。

因此，依第 19 條第 1 項規定，德國對於民事交易禁止基於特定特徵(即種族、血統、性別、宗教、身心障礙、年齡或性別認同)所為之不利益差別待遇，主要在規範「大眾交易」、「準大眾交易」及「私法的保險關係」3 類交易類型。大眾交易即第 19 條第 1 項第 1 款前段所指，通常於類似交易條件下契約皆會成立，且不考量相對人個人情況的大量交易情形⁷，只要是重複地、規律地成立契約，供應者於其供應範圍內，依據典型情況及理性計算，都會跟任何有支付能力及意願者成立契約，即屬一般平等法之大眾交易⁸。

準大眾交易則是第 19 條第 1 項第 1 款後段所稱，於類似條件的大量交易情形下，根據該民事契約類型相對人個人情況僅具次要意義，只要相對人具備支付能力，通常均會成立契約之情

Schuldverhältnisse.

(5) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Bei Mietverhältnissen kann dies insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. Die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch ist in der Regel kein Geschäft im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet."第 2 項規定，於締結、履行及終止第 2 條第 1 項第 5 款至第 8 款定義的其他民事義務(即衛生服務、社會福利、教育所生的民事義務)，亦不得有基於種族或民族血統之歧視。第 3 項規定，出租居住空間時，允許差別對待，以創造維護社會穩定的居民結構和均衡的聚落結構及均衡的經濟、社會、文化條件。第 4 項規定，本節規定，不適用於親屬及繼承法所定義義務。第 5 項規定，本條規定不適用於當事人或其親屬間建立特殊密切或信任關係的民法義務。就租賃協議而言，如果當事人或其親屬使用同一房產上的居住空間，則尤其可能發生這種情況。如房東出租公寓總數不超過 50 套，則非臨時用途的居住空間租賃即不屬於第 1 項第 1 款所指業務。

⁷ 若屬於德國民法第 14 條所定「企業」，其所為交易行為原則上皆屬大眾交易，但不限於企業，其他具有行為能力之主體，所為符合一般平等法第 19 條第 1 項第 1 款前段要件之行為均屬之。§14 Abs.1 BGB:" (1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt."德國民法第 14 條第 1 項，企業是指具有法律行為能力之自然人、法人或企業合夥，於達成合法交易時，從事其商業或獨立經濟活動。

⁸ MünchKomm/Gregor Thüsing, AGG, § 19, Rn. 18.

形。準大眾交易主要是針對房屋建設公司大量房屋標準化出租情形所訂立之規範，因為房屋租賃出租人通常會對於前來求租之承租人個人情況、生活習性有所了解，如此將不符合大眾交易之定義，因此創設此概念來處理大量房屋標準化出租情形⁹。但為維護社區環境及地區經濟文化發展，第 19 條第 3 項規定，基於創造維護社區居民穩定的結構、均衡人口遷移及維持經濟、社會、文化條件時，出租居住空間允許差別待遇。至於房屋租賃應達何種程度規模始屬準大眾交易，依第 19 條第 5 項第 3 句規定，房東出租公寓總數如未逾 50 間，非臨時用途的居住空間租賃不屬之。

私法的保險關係，基本上保險公司皆須就保險標的進行評估、精算風險後，方為承保。因此當事人個人情況對於保險契約締結屬重要因素，不符合大眾交易或準大眾交易的概念，但因保險具有分散及承擔風險功能，拒絕納保對於受差別待遇者生活將造成重大影響，且因應歐盟法律指令要求¹⁰，因此將私法的保險關係納入禁止不利差別待遇的管控規範內¹¹。但因保險仍具有一定的個人化風險評估特質，故第 20 條第 2 項規定，僅於私法的保險關係，始得基於宗教、身心障礙、年齡、性別或性別認同，於確定保費及保險給付時，給予差別待遇，但須基於公認的風險充分計算原則，特別是基於使用統計數字精算確定的風險評估。另關於女性因懷孕及生育所生的費用，於任何情況下皆不得導致保費或福利的差別待遇。

（二）不構成歧視之法定例外情形

德國一般平等法第 1 條¹²所揭示的禁止歧視，並非完全不准

⁹ Wolfgang Rühl/Hans Peter Viethen/Matthias Schmid, AGG, S. 125.

¹⁰ RL 2004/113/EG, 取得、提供商品及服務時，實現男女平等原則指令。RL 2000/43/EG, 禁止基於種族、血統所為歧視之指令。

¹¹ BT-Druck 16/1780, S. 43.

¹² §1 AGG: "Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen." 本法目的在防止或消除基於種族、血統、性別、宗教、身心障礙、年齡或性別認同所為之歧視。

許任何的差別待遇，所要防止的是無正當理由的差別待遇。依該法第 20 條¹³第 1 項規定，只有對宗教、身心障礙、年齡、性別或性別認同而受到差別待遇，才能以有正當理由而合理化免責。因此基於種族及血統所為的差別待遇是無法以正當理由而免責。為了釋明何為正當理由，同條項第 2 句明定，特別是下列情形所採取的差別待遇：1、為了避免危險、防止損害或其他類似目的之行為。2、考慮到保護隱私或人身安全必要之行為。3、提供特別優惠措施且無涉執行平等待遇之利益。4、涉及個人信仰宗教，就宗教自由的實踐，或宗教團體及其所屬組織行使自我決定權，於尊重自我決定的前提下，該差別措施屬正當的。

(三) 救濟途徑及規範內容

德國一般平等法第 21 條¹⁴對於歧視行為規定侵害除去請求

¹³ §20 AGG:" (1) Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung

- 1.der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient,
- 2.dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt,
- 3.besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt,
- 4.an die Religion eines Menschen anknüpft und im Hinblick auf die Ausübung der Religionsfreiheit oder auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform sowie der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion zur Aufgabe machen, unter Beachtung des jeweiligen Selbstverständnisses gerechtfertigt ist.

(2) Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen führen. 2Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 nur zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen."第 2 項規定，與懷孕和生育有關的費用在任何情況下都不得導致不同的保費或福利。僅於第 19 條第 1 項第 2 款所定(私法關係保險)情形，始得基於宗教、殘疾、年齡或性別認同給予不同待遇，但須基於公認的風險充分計算原則，特別是基於使用統計數據精算確定的風險評估。

¹⁴ §21 AGG:" (1) Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

- (2) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots ist der Benachteiligte verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. 2Dies gilt nicht, wenn der Benachteiligte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. 3Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.
- (3) Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt.

(4) Auf eine Vereinbarung, die von dem Benachteiligungsverbot abweicht, kann sich der

權、侵害預防請求權以及損害賠償請求權。第 1 項規定，發生違反禁止歧視行為，受歧視者可以請求排除侵害，且不影響其進一步的損害賠償；當未來有進一步受到侵害之虞時，得起訴請求預防該侵害行為發生。第 2 項規定，違反禁止歧視之規定，歧視者應賠償歧視行為所造成的損害，包括財產上及非財產上的損害，非財產上的損害得請求適當金額的慰撫金，且以歧視者對歧視行為可歸責為要件。至於上開請求權之消滅時效，第 5 項規定，應於侵害發生後 2 個月內提起。期限屆滿後，僅非因自身過失導致無法遵守時效期限之情形，始得請求。

(四) 結語

行政院預告之反歧視法草案，對於大眾交易基於特定特徵所為歧視行為，明定被害人得訴請法院除去侵害、防止侵害及損害賠償¹⁵，此請求權規範結構與德國一般平等法第 21 條規定，如出一轍，僅時效期間、懲罰性賠償金及舉證責任分配規定細節處有所不同，草案甫公告即引起諸多討論意見，有論者認為此法將對臺灣社會和言論自由造成潛在影響，概念不明確的歧視定義，可能導致濫訴¹⁶，使得原本過勞的法院人力積案更加嚴重¹⁷，反歧視

Benachteiligende nicht berufen.

- (5) Ein Anspruch nach den Absätzen 1 und 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Frist kann der Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war."

¹⁵ 行政院預告反歧視法草案第 18 條第 1 項：「違反第五條、第六條、第十條、第十二條規定或其他法律禁止歧視之規定，致侵害他人權利者，被害人得請求除去之，依其情形，並得請求為不歧視之處置；有侵害之虞者，得請求防止之。」第 19 條第 1 項及第 2 項規定：「(第 1 項)違反第五條、第六條、第十條、第十二條規定或其他法律禁止歧視之規定，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。(第 2 項)前項情形，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」行政院新聞公告，113 年 5 月 2 日，網址：<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD913edff966-46ec-45af-b718-b6109795ae48>，最後瀏覽日期：113 年 6 月 5 日。

¹⁶ 論者舉例加拿大曾發生數家女性經營的美體工作室因拒絕為跨性別者提供除毛美容服務，而被指控歧視，最後有店家因為訴訟纏身關門停業 Washington examiner, Salon forced to close after refusing to wax transgender woman's male genitalia, July 22 2019, 網址：<https://www.washingtonexaminer.com/news/1163373/salon-forced-to-close-after-refusing-to-wax-transgender-womans-male-genitalia/>，最後瀏覽日：113 年 6 月 11 日，該文提及加拿大跨性別者 Jassica(化名)於 2018 年間對數家女性沙龍的美容師提出了 16 起訴訟，起因於她們拒絕為其進行巴西除毛美容，向每位女性美容師索賠數千美元，Jassica 於 2018 年 3 月提出訴訟，表示其有權讓女性美容師為其提供美容服務，因為自己是女性，而美容師的服務也是為了女性而提供，認為這些美容師拒絕為其陰囊打蠟除毛，是一種性別歧視，打擊內心對自己女性的身

法草案規定能否符合我國社會需求、消弭歧視行為及問題，容待各界討論¹⁸。

撰稿人：陳韋佑

分認同。法院判決駁回了 Jassica 的請求，陪審團總結甚至提到，Jassica 重複提起訴訟並非為了防止或補救所指控的歧視，而是為了將法庭武器化以謀取個人經濟利益。

¹⁷ 林哲遠，反歧視法公聽會台聯籲停止研議：定義不明確恐造成濫訴，自由時報，113 年 5 月 29 日，網址：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/4688756>，最後瀏覽日期：113 年 6 月 5 日。

¹⁸ 反歧視法草案除了上開論者所提歧視概念不明確、易招致濫訴虛耗司法資源等疑義外，未明定主管機關及專責受理歧視申訴單位、與現行就業服務領域禁止歧視之損害賠償規範適用競合、宜否參考加拿大、南韓等國家人權機構收受、調查及處理歧視申訴案件，適時提出可行之調解方案供當事人採行，僅調解無法成立之案件始進入法院訴訟等諸多爭議，尚待討論。