

## 劳动法与竞争

沃尔夫冈·多伊普勒\*著 汪赛\*\*译

劳动法与竞争的关系并非德国学者普遍关注的问题,但其重要性却不言而喻。两者从不同的价值角度出发,以不同的方式对雇员加以保护。本文分析了《反不正当竞争法》、《反对限制竞争法》在劳动市场上适用的界限并从具体案例出发,着重介绍了竞争法对劳动市场漏洞的填补作用。最后,结合欧盟法对劳动市场的影响,作者对劳动法与竞争之间关系的未来做出了积极展望。

**关键词:** 竞争;《反不正当竞争法》;《反对限制竞争法》;集体合同

Offenkundig ist das Verhältnis zwischen Arbeits- und Wettbewerbsrecht von großer Bedeutung, obgleich es bei den deutschen Gelehrten noch kein allgemeines Interesse gewinnt. Beides gewährt Arbeitnehmern aus unterschiedlichen Wertvorstellungen heraus auf verschiedene Weisen Schutz und Schirm. In diesem Aufsatz wird der Geltung von UWG und GWB auf dem Arbeitsmarkt ein Rahmen gesetzt. Mit konkreten Fällen wird die Lückenfüllungsfunktion des Wettbewerbsrechts für den Arbeitsmarkt dargestellt. Schließlich erwartet der Verfasser aufgrund der Ausstrahlungen des EU-Rechts auf das Arbeitsrecht eine positive Entwicklung auf das Verhältnisses von Arbeits- und Wettbewerbsrecht.

**Key Words:** Wettbewerb, UWG, GWB, Tarifvertrag

\* 沃尔夫冈·多伊普勒(Prof. Dr. Wolfgang Däubler):德国不莱梅大学教授。

\*\* 汪赛:南京大学中德法学研究所2014级研究生。

## 一、导言

在《中德法学论坛》上发表文章,会引发出对一些在日常的刊物和学术讨论中不会出现的或处于边缘的问题的思考。因为人们(很遗憾)不会每天都思考一些原则问题。劳动法与竞争的关系就属于这样的问题。这两者相互独立地处于封闭的体系之中——彼此缺少观点的交流。两者之间是和谐的互补关系还是实际上为适用范围而彼此竞争?例如,同一家企业的两家工会为了争取更多的会员而争吵不休时或者二十个求职者争夺一个岗位时,应当适用哪个规则?对此,德国的经验十分重要;别的学者比笔者能更好地判断这个问题在中国有多大程度的可比性以及是否有更好的解决方法。

## 二、不同的价值取向——个体追求利益抑或团结互助?

处于竞争关系中的人总是“努力”比他的竞争者做得更好。这具体意味着什么,取决于市场另一方的判断,而这种判断会受到各种因素的影响,如那种随处可见的带有巨大商标名称的广告。为了做到“更好”,人们势必要把自己的利益放在首位。谁有新的想法,谁就能赢得格外明显的竞争优势。从这点上讲,“竞争就是发现的过程”这种说法并无不妥。<sup>[1]</sup>

竞争逼迫经营者降低成本。这可以通过更合理的组织管理,更实惠的材料采购,当然也可以通过降低薪酬支出来实现。后者在服务业中更为常见,而与此同时创新在服务业中却并不是那么重要。

竞争这种现象并非仅出现在货物销售市场和服务业市场。劳动市场也是以竞争为基础构建的。大批求职者争夺一个岗位时就会涉及竞争,而在企业内部职工升职仅有少数人能得到升迁机会时,也会出现同样的情况。竞争还进一步渗透到了私人生活中:谁拥有更宽敞、动力更强劲的汽车?谁能够接受到电视台的采访?对于政客和银行家来说,甚至依询问内容而决定的监察人员的数量和投入力度都能体现其重要性——只有那些真正重要的人,才会受到24小时的监管。

[1] 详见 Hayek, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968.

劳动法则担负起了别的目标。它保护那些依赖工作的人,首先(历史上也是如此)保护他们的健康,其次保护他们的人格(包括保护他们免于不平等的歧视待遇),最后保护他们联合其他人一起维护自己利益的权利。此外,劳动法的保护目标还在于确保劳动者和他的家庭维持在合理的生活水平——总的来说,我们可以用两句标语来总结,即“体面的工作”和“体面的报酬”。〔2〕

劳动法的规定同样为竞争划定了界限。经营者不得通过(劳动法禁止的)加夜班、礼拜日加班或者无视有约束力的集体合同来获得价格优势。即使雇员也不得在其求职申请中明确表示其不在意最长工作时限和在多大程度上接触有害物质,也不得表示最低工资是“不必遵守的信条”。法律之外,集体合同就是最重要的对市场的修正,因为它是由劳资双方基于“平等协商”原则共同议定的。由于提出要求的工会拥有罢工权能够对对方造成实质威胁,所以集体合同能够改善职工的劳动条件,过去的实践已经证明了这一点。

劳动法能在多大范围内起到保护作用,不同的国家之间差别很大。欧洲给出了一个模本,它制定了法定的边界条件,并借助集体合同确定了劳动合同的必要内容。这同时也意味着,有利劳工原则准许企业提供更好的薪酬待遇和工作条件,而企业职工可能会为此而进行竞争。

20世纪20年代在墨西哥形成这样一种思想,即让工会按照字面上成为一个企业全体员工的劳动力提供者。雇主应当支付一笔“总工资”,再由工会内部分配给每个劳动者;雇员与雇主之间不再存在任何合同关系。〔3〕这种思想在实践中并未践行,但在欧洲的采矿业中,人们却基本上按照上述的思想构建起了所谓的集体计件合同。〔4〕这里摒弃了个体劳动者之间的竞争,在今天看来,这种摒弃在很多情况下反而会引起问题。

在美国的集体劳动法中存在一个没有那么极端的“共同体关系”。若工会按照预先设定的程序被选出作为全体员工的代表,则工会就拥有专有的谈判权。如果雇主无视“排他性原则”欲与个别职工就薪酬待遇和工作条件进行谈

〔2〕 详见 Rigaux/Buelens/Latinne(eds.), *From Labour Law to Social Competition Law?* 2014。

〔3〕 Lombardo Toledano, *La libertad sindical en México*, 1926。

〔4〕 详见 Reinhard Hoffmann, *Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht*, 1968。

判,则会因  
程度上约  
乎并未受  
大程度上

在德  
制竞争约  
以及服务  
动市场的  
接下  
其是工会

(一)

德国  
对限制竞  
买卖、商业  
明,调整薪  
认同这个  
体合同规  
(这是非常  
会不是服  
功能。〔8〕  
该集体合

〔5〕 C  
Relations. T

〔6〕 E

〔7〕 E

〔8〕 E

判,则会因反工会行为而遭受惩罚。<sup>[5]</sup> 劳资双方按照缔结的集体合同能在多大程度上约定更好的薪酬待遇,这点貌似并不是很明确;但这种方式在实践中似乎并未受到任何阻碍。尽管如此,有利劳工原则是否得到普遍的认可、能在多大程度上付诸实践,还是会带来差异。

在德国,人们首先会提出这样一个问题,即《反对限制竞争法》确立的对限制竞争约定的禁止在劳动市场上是否适用;若不适用,则必然要追问货物销售以及服务业市场与劳动市场的界限。我们还可以进一步提出这样的问题,即劳动市场的运行过程是否可以受《反不正当竞争法》(UWG)调整。

接下来需要探讨的问题是,当竞争法的一般规则不能适用时,组织机构(尤其是工会)与个人之间的竞争应当受何种规则调整。

### 三、竞争法的适用范围

#### (一)卡特法和劳动市场

德国的《反对限制竞争法》(GWB)不适用于集体合同。这点从起初的《反对限制竞争法》第1条的文本中不难得出,因为对限制竞争约定的禁止与商品买卖、商业往来有关,并且适用主体只有经营者。除此之外,立法理由书明确表明,调整薪酬待遇和工作条件的“协同结合”不受法律的规制。<sup>[6]</sup> 司法实践也认同这个观点并因此不按《反对限制竞争法》的标准审查集体合同,虽然这些集体合同规定了零售业工作的起始时间,从而间接地确定了经营者的营业时间(这是非常重要的竞争指标)。<sup>[7]</sup> 另一个判决更是论证了该观点的合理性:工会不是服务业市场的劳动力提供者,而是在发挥《基本法》第9条第3款规定的功能。<sup>[8]</sup> 如果某个集体合同确定了在行业范围内设立企业补充养老保险,而且该集体合同被宣布具有普遍约束力,即使该集体合同选定了某家保险公司排除

[5] Gould, A primer on American Labor Law, 1993, p. 60 et seq.; Getman/Pogrebin, Labor Relations. The Basic Processes, Law and Practice, 1988, p. 96 et seq.

[6] BT - Drucksache 2/1158 S. 30.

[7] BAG 27. 6. 1989 - 1 AZR 404/88, AP Nr. 133 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[8] BAG 10. 11. 1993 - 4 AZR 316/93, AP Nr. 169 zu § 1 TVG Tarifverträge; Bau.

了其他的竞争者,该集体合同也不存在卡特尔法方面的问题。<sup>[9]</sup>

这个相对稳定的情况存在潜在的问题,即在涉及跨国贸易时,须首先适用欧盟卡特尔法。这些情况迄今为止是按照与德国法相同的方式处理的。在“Albany”案中,集体合同将行业范围内的企业补充养老保险委托给了保险公司并且——几乎与具有可比性的德国案例一样——扩展适用到行业内所有的雇主和雇员。欧洲法院的立场是,集体合同“根据其种类和标的”不受(当时的)欧共体条约第85条的调整,因为该协议追求的是保障某一行业的养老金水平的社会福利政策目标。<sup>[10]</sup> 欧洲法院在 van derwoude 案中认可了这样的判决<sup>[11]</sup>,正如 prévoyance 案一样。<sup>[12]</sup>

卡特尔法的豁免是有限度的。当集体合同的当事人“仅从竞争规制的视角”采取行动,也就是当集体合同的形式被滥用时,联邦劳动法院在仔细斟酌之后确立了这一例外情况。<sup>[13]</sup> 例如,相互之间已经磋商好了的多个经营者请工会参与仅仅是为了使约定的生产流程或经营时间得到卡特尔法的豁免。通常情况下的劳资协商不存在滥用,因为相较于竞争相关的目标,劳资协商追求的其他的目标要重要得多。<sup>[14]</sup> 目前,欧洲法院正在审理的一起案件里,涉及适用于类雇员的集体合同是否也享受卡特尔法的豁免。<sup>[15]</sup>

《反对限制竞争法》和欧盟卡特尔法的豁免不排除基于其它法律依据所采取的针对不当合同限制的法律行为。此问题将在下文提及。

[9] BAG 28.3.1990 - 4 AZR 536/89, AP Nr. 25 zu § 5 TVG.

[10] EuGH 21.9.1999 - C - 67/96, AP Nr. 1 zu Art. 85 EG - Vertrag.

[11] EuGH 21.9.2000 - C - 222/98, Slg. 2001, I - 7111. Einzelheiten bei Kingreen/Pieroth/Haghgu, NZA 2009, 870, 872ff.

[12] EuGH 3.11.2001 - C - 437/09, Slg. 2011, I - 00973.

[13] BAG 27.6.1989 - 1 AZR 404/88, AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[14] Rieble 教授也赞成劳动市场不适用卡特尔禁止,但是存在上述例外,详见 Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 457 ff.; Schiek, in: Däubler (Hrsg.) Kommentar zum TVG, 3. Aufl. 2012, Einl. Rn 463 ff.; Wiedemann, in: Wiedemann (Hrsg.), Kommentar zum TVG, 7. Aufl. 2007, Einl. Rn. 362; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 379.

[15] C - 413/13, 可以在以下网站下载 <http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/newsletter.html>.

## (二) 不正当

### 1. 工会的竞

司法实践中,争取会员发布广告,该广告是否符合第3条的构成要件?《竞争法》第1条仅包正当竞争法》第3和购进为目的——(如提供对权利的更多的是如何按照改善,这与货物的正当竞争法》,我们

### 2. 不正当的员

劳动市场上自企业的员工。这原的不正当的相关情往来中的行为是以解雇期限,属于“不定作用。联邦最高询问顾问(也就是口招募电话的界限。原特定的内容要求,取

[16] BAG 31.5.

月8日曾经大幅度修

[17] BGH 4.3.2 行为作为自由竞争的一 Tz 18 也认可这一观点

[18] BGH 4.3.2

[19] BGH 4.3.2

## (二) 不正当竞争与劳动市场

### 1. 工会的竞争

司法实践中涉及《反不正当竞争法》的适用首先是两个相互竞争的工会为争取会员发布广告的问题。联邦劳动法院认为这不属于“例外领域”，从而审查了该广告是否符合旧版《反不正当竞争法》第1条以及新版《反不正当竞争法》第3条的构成要件。<sup>[16]</sup> 结论是工会的广告两者皆不符合。旧版《反不正当竞争法》第1条仅包括“商业往来中的行为”，而这里并没有该种行为。新版《反不正当竞争法》第3条规定的是“竞争行为”，这种行为应以货物或者服务的销售和购进为目的——这在工会招纳成员的广告中不存在，因为工会提供的服务（如提供对权利的保护）并非工会潜在成员真正感兴趣的目标，他们真正关心的更多的是如何按照《基本法》第9条第3款共同实现劳动与经济条件的保持和改善，这与货物的销售与购进完全无关。具体应当适用什么规则来代替《反不正当竞争法》，我们会在第四章第三节中进一步阐释。

### 2. 不正当的员工招募

劳动市场上的竞争不受劳动法的限制，随之带来的是，企业可以挖走别家企业的员工。这原则上并非不合理，<sup>[17]</sup> 除非其违反了《反不正当竞争法》规定的不正当的相关情形。当然，这要以《反不正当竞争法》的适用为前提，即商业往来中的行为是以竞争为目的的。<sup>[18]</sup> 比如，怂恿竞争企业的员工违约，不遵守解雇期限，属于“不正当的相关情形”。在这点上，劳动法的框架条件起到了一定作用。联邦最高法院对该问题发展出了一套非常细致的规则，规定了人事咨询顾问（也就是口语中的“猎头”）受其它经营者的委托向正在上班的职工打招募电话的界限。原则上是允许人事咨询顾问这样做的，但其电话通话必须符合特定的内容要求，联邦最高法院对此做了如下阐述：<sup>[19]</sup> “人事咨询顾问必须在表

[16] BAG 31. 5. 2005 - I AZR 141/04, NZA 2005, 1182, 《反不正当竞争法》在2004年7月8日曾经大幅度修订过。

[17] BGH 4. 3. 2004 - I ZR 221/-1, NZA 2004, 794, 795: “其他竞争者设法挖走员工的行为作为自由竞争的一部分，原则上是允许的。”BGH 9. 2. 2006 - I ZR 73/02, NZA 2006, 500 Tz 18 也认可这一观点。

[18] BGH 4. 3. 2004 - I ZR 221/01, NZA 2004, 794, 795.

[19] BGH 4. 3. 2004 - I ZR 221/01, NZA 2004, 794, 797.

明自己的身份之后,告知受访者致电的目的,并须首先确认其是否愿意在此刻接受谈话。只有这样,人事咨询顾问才可以简要描述其提供的空缺岗位,受访的职工仍有兴趣的,双方可以在工作之外进一步约谈。受访者明确表示其不愿意更换工作或者此刻不方便接受谈话,但人事咨询顾问仍然坚持继续谈话的,该行为属于违反竞争的行为。一个越过这些流程直接以招募为目的的电话通话,被认定为不正当竞争,因为此时雇主的应受保护的利益远远高于那些受访的员工。

稍后的一个判决在指导原则中强调,招聘者使用的是固定电话还是移动电话没有任何差别。<sup>[20]</sup> 另一个判决强调,人事咨询顾问盘问受访者的职业经历的细节也是不允许的。<sup>[21]</sup> 顺便提一下,这些规则以同样的方式适用于新版和旧版《反不正当竞争法》。<sup>[22]</sup>

### 3. 劳动市场上欺诈的招聘单位

其他的劳动市场上作为招聘方的雇主所为的不正当行为引起的关注度较小。在司法实践中,我们通过一个案例对这种行为加以了解,即一家劳务派遣企业通过在报刊上刊登广告来招聘劳动者却隐瞒自己从事的业务是劳务派遣。在其它劳务派遣企业的控诉之下,法院判决该企业停止侵害,因为其涉及不正当的欺诈。<sup>[23]</sup>

### 4. 通过提供低于劳动法最低标准的薪酬和工作条件而进行的不正当竞争

那些在竞争中通过违法的行为获得相比遵守法律和合同的竞争者更大优势地位的行为,是旧版《反不正当竞争法》第1条所指的不正当行为。这点——只要行为人是有意和有计划为之——在司法实践和学术讨论中都已经得到认可。<sup>[24]</sup> 另外,司法实践中一致认为,集体合同也属于这种意义上的“法律规定”。<sup>[25]</sup> 集体

[20] BGH 9. 2. 2006 - I ZR 73/02, NZA 2006, 500.

[21] BGH 22. 11. 2007 - I ZR 183/04, NZA 2008, 177.

[22] BGH 22. 11. 2007 - I ZR 183/04, NZA 2008, 177 Tz. 9.

[23] OLG Nürnberg 30. 10. 1990 - 3 U 2002/90, WRP 1991, 521 = NJW - RR 1991, 815.

[24] Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl. 1996, § 1 UWG Rn. 608 ff 对此有较为详尽的介绍。

[25] RGZ 117, 16; BGH 3. 12. 1992 - I ZR 276/90, AuR 1993, 377ff. = NJW 1993, 1010; OLG Hamburg 27. 11. 1986 - 3 U 42/86, NJW 1987, 1651; OLG Stuttgart 8. 5. 1987 - 2 U 168/86, NJW - RR 1988, 103; OLG Frankfurt/Main 7. 7. 1988 - 6 U 116/87, GRUR 1988, 844 = DB 1988, 2252.

合同——正如 Alfred Hueck 在魏玛共和国时期就已经强调的<sup>[26]</sup>——是非常好的贯彻劳资自治的辅助工具,这点时至今日仍有用武之地。面包店违反礼拜日禁止工作的法律规定或者雇主违反有约束力的集体合同,通常情况下这些行为都是“有意识和有计划的”,因而根据《反不正当竞争法》,这些行为都满足了损害赔偿请求权和停止侵害请求权的前提条件。根据联邦最高法院的司法实践<sup>[27]</sup>,不能仅基于企业因低廉的用工成本而获得更良好的企业经济地位来认定企业从违法行为中获得竞争优势,更应当证明其提供了与之相应的更优惠的商品或服务,而这在个案中的举证很困难。

2004 年新版的《反不正当竞争法》改变了这一状况。新版《反不正当竞争法》第 4 条第 11 项认定那些违反“旨在保护市场参与者利益、规范市场行为”的法律规定的行为为不正当竞争。首先,大多数人认为,劳动法不属于上述的法律规定,<sup>[28]</sup>因而这些规则并不适用。新版的《反不正当竞争法》第 3 条第 1 款规定的一般条款固然可以适用,但与市场无关的法律是否允许适用是有争议的。<sup>[29]</sup>文献中有这样的观点,至少那些有普遍约束力的集体合同有阻止货物和服务市场恶性竞争的目标并因而包含在一般条款的适用范围之内。<sup>[30]</sup>其次,还有这样的观点,即这类集体合同与劳动力采购市场有关,因而在《反不正当竞争法》第 3 条第 1 款的框架下非常重要。<sup>[31]</sup>最后,还有一种观点认为,立法者并不愿减少不正当竞争行为的范围;因此只要经营者从违反劳动法的行为中获得了市场上的竞争优势,就被认定为不正当竞争。<sup>[32]</sup>缺少最高法院的判决使得这个问题一直处于悬而未决的状态。这个问题尤其对那些在国外通过违反基本

[26] JW 1927, 2367.

[27] BGH 3. 12. 1992 - I ZR 276/90, AuR 1993, 377 = NJW 1993, 1010.

[28] Köhler, in: Baumbach/Hefermehl (Begr.), UWG, 32. Aufl. 2014, § 1 Rn. 41; Ullmann GRUR 2003, 817, 822; Piper, in: Piper/Ohly, Kommentar zum UWG, 4. Aufl. 2006 § 4 Rn. 11/286 (für Arbeitszeitrecht).

[29] 详见 Peukert, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Hrsg.), UWG, Band 1, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn 564; Kocher GRUR 2005, 648, 持不同态度。两篇文章都引用了其他相关文献。

[30] Kocher GRUR 2005, 647, 649.

[31] Köhler, a. a. O., § 4 Rn. 11. 38.

[32] Zwanziger DB 2005, 2318 在结论上也认同这一点。

社会标准的方式生产货物的案件非常重要。<sup>[33]</sup>

#### 四、填补劳动市场的漏洞

##### (一) 限制雇主一方的招聘权限

值得思考的是,某一行业或某一区域的雇主之间约定,任何人都不得雇佣受雇于其它企业的雇员,除非原企业明确表示同意。这样会导致雇员一方的择业自由沦为一句空话。德国的立法者通过《德国商法典》第75f条对雇主间这样的禁止约定加以规制。从立法者选择的法律技巧来看,这是一个非常特别的规定:若雇主约定不任用或仅在特定条件下任用受雇于其它企业的雇员,则这样的义务是不可诉的,这就是——正如联邦最高法院所表述的<sup>[34]</sup>——“在法庭上无效”。通过这种方式,《基本法》第12条第1款规定的雇员之职业自由应当得到保障,此外,还使得后合同的竞业禁止下(尤其是对限制竞业的补偿的支付)的保护规定不会因所有可能的雇主之间有关不雇佣相关雇员的约定而落空。<sup>[35]</sup>雇主一方的“招聘权限”通过这种方式受到了限制;这实际上属于卡特尔法的规定。司法实践对这个规定又做了进一步的解释,即雇主之间有关雇佣其它企业雇员的违约金的约定也不可执行。<sup>[36]</sup>此外,与其文本内容不同,该规定不仅适用于“商业辅助人”(商事职员),而且扩展适用于所有的雇员。<sup>[37]</sup>最后这个规则还调整那些企业任用此前涉及的雇员作为自由职业者(如作为类雇员)的情况。<sup>[38]</sup>

[33] 详见 BGH 9. 5. 1980 - I Z 76/78, JZ 1980, 657 = NJW 1980, 2018 mit Anm. Knieper/Fromm (Asbestimporte); Däubler, FS Trinkner, 1995, S. 475 ff.; Kocher GRUR 2005, 647 ff.

[34] BGH 13. 10. 1972 - I ZR 88/71, DB 1973, 423 = AP Nr. 1 zu § 75f HGB.

[35] BGH 13. 10. 1972 - I ZR 88/71, DB 1973, 423 = AP Nr. 1 zu § 75f HGB; BGH 30. 4. 1974 - VI ZR 132/72, DB 1974, 1387 = NJW 1974, 1330.

[36] BGH 13. 10. 1972 - I ZR 88/71, DB 1973, 423 = AP Nr. 1 zu § 75f HGB; BGH 30. 4. 1974 - VI ZR 132/72, DB 1974, 1387 = NJW 1974, 1330.

[37] BGH 30. 4. 1974 - VI ZR 153/72, NJW 1974, 1282 = DB 1974, 1388.

[38] BGH 30. 4. 1974 - VI ZR 153/72, NJW 1974, 1282 = DB 1974, 1388.

针对用工企业接收劳务派遣雇员的情形,法律有特殊的规则。首先《德国商法典》第75f条也适用于如下情形,即职工仅是被派入至用工企业,<sup>[39]</sup>特别是劳务派遣。如今,《劳务派遣法》第9条第3项对这个问题做了特殊的规定,据此,那些禁止用工企业在劳务派遣雇员离开派遣企业之后雇佣他们的约定是无效的。但同时,双方又可以约定支付给派遣企业一笔“合理的”媒介佣金。司法实践又对什么是“合理的”做了非常细致的规定:<sup>[40]</sup>佣金的上限是雇员在用工企业(也就是新的雇主)处2个月的工资,但这只适用于短期的劳务派遣。若被派遣的雇员长期被派驻在用工单位处的,则必须按照一个递减的标准来计算佣金,据此,报酬可以按季度(也可以按月)来支付;如果派驻的时间达到了整整一年,则无须再支付任何媒介佣金。另外,用工企业在被派遣雇员与派遣企业的劳动关系结束后6个月之内雇佣了该雇员;佣金的额度也应该按照派驻的时间来决定。

## (二) 垄断监管

1980年,联邦最高法院卡特尔庭必须要对一个不同寻常的案件做出判决。<sup>[41]</sup>一家印刷厂为了寻找排字工人而试图在“新奥斯纳布吕克报”上刊登相应的广告。这却遭到了该报的拒绝,理由是该报纸本身也须雇佣并依赖于排字工人;它不希望间接导致排字工人的离职。因此,仅当印刷厂承诺未经该报同意不雇佣该报任用的排字工人时,其才会刊登该征聘广告。因为此报纸是当地唯一的日报,在广告市场上有垄断地位,因而联邦最高法院适用了(当时的)《反对限制竞争法》第26条第2款,得出如下结论,具有市场支配地位的经营者对该印刷厂进行了不被允许的阻碍。该报纸须承担损害赔偿赔偿责任,并通过恢复原状的方式刊登此前提及的广告。

联邦最高法院丝毫未提及一个事实情况,即这是一个发生在劳动市场上的

[39] BGH 30. 4. 1974 - VI ZR 153/72, NJW 1974, 1282 = DB 1974, 1388, bestätigt durch BGH 27. 9. 1983 - VI ZR 294/81, BGHZ 88, 260 = NJW 1984, 116 = AP Nr. 29 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel.

[40] BGH 30. 4. 1974 - VI ZR 153/72, NJW 1974, 1282 = DB 1974, 1388, bestätigt durch BGH 27. 9. 1983 - VI ZR 294/81, BGHZ 88, 260 = NJW 1984, 116 = AP Nr. 29 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel.

[41] BGH 7. 10. 1980 - KZR 8/80, BB 1981, 383 = WRP 1981, 202.

事件,而根据普遍的观点,劳动市场并不是《反对限制竞争法》的适用范围。对于卡特庭来说,《反对限制竞争法》的适用是一个显而易见的、完全无需更多思考的事情。完全有可能的是,即使不适用《反对限制竞争法》,也可以得到一样的、完全令人信服的结果:处于垄断地位的经营者应当受制于《德国民法典》第826条规定的强制缔约,但也可能会出现例外,即当报纸的编辑的“生产线”被破坏时;该家报纸自己的排字工人得知空缺岗位所造成的抽象危险,肯定不足以满足上述例外条件。<sup>[42]</sup>

### (三) 工会的“不正当竞争”

《反不正当竞争法》对不适用于工会之间相互竞争的广告行为,催生出了寻求“替代规则”的必要性。联邦劳动法院为保护各自工会的活动权利适用《德国民法典》第1004条的规定,<sup>[43]</sup>并在双方产生矛盾时发展出了“平衡规则”。使用“不正当手段”的行为是不被允许的。不正当竞争行为尤指一家工会将自己的集体合同与另一家工会的集体合同相比较,并有意识地忽视“别的工会”的集体合同中更好的部分。<sup>[44]</sup>另外,把事实上是别的与之竞争的组织缔结的而自己仅通过附带的方式接受的集体合同强调成是自己的功劳,也是不被允许的。<sup>[45]</sup>此外不被允许的还有诋毁他人的广告。不得在广告中将“他人”称为“骗子”或者“共产主义的老顽固”;通常情况下也不得给他人加上“雇主的傀儡”这样的标签,除非该组织确实是由雇主资助和控制。是否禁止对别的竞争组织的“不切实际”的攻击,需要我们对一个过去的联邦劳动法院的判决<sup>[46]</sup>提出质疑,因为在之后的司法实践中从未再次采用这个观点。

工会在广告中可以强调自己较低的会费优势。因此,联邦劳动法院并未对

[42] 详见 Palandt - Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, vor § 145 Rn. 8 ff., 10a; Däubler, BGB kompakt, 3. Aufl. 2008, Kap. 11 Rn. 134 ff.

[43] 《德国民法典》第1004条规定:“(1)所有权被以侵夺或扣留占有以外的方式侵害的,所有人可以向妨害人请求除去侵害。有继续受侵害之虞的,所有人可以提起不作为之诉。(2)所有人有义务容忍的,前款所规定的请求权即被排除。”这条规定延伸适用于所有的绝对权。

[44] 具体见 BGH 6. 10. 1964 - V ZR 109/62, NJW 1965, 29 的案情。

[45] 具体见 BAG 11. 11. 1968 - 1 AZR 16/68, NJW 1969, 861 的案情。

[46] BAG 14. 2. 1967 - 1 ZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG.

德国  
的会  
要适  
被允  
(而不  
当的。  
于丑  
不仅  
理  
会出现  
会停止  
见,其  
(  
若  
大”的  
予面试  
求职信  
而“不  
与之不  
的求职  
与  
决策的  
竞争法  
违法的。

[47]

[48]

[49]

案情。此  
金”,他也  
由。若其

德国公务员联合会警察工会仅要求第一年新入会的成员象征性地缴纳 1 欧元的会费提出异议。<sup>[47]</sup> 但若广告行为仅针对竞争对手组织的成员展开时,却似乎要适用更加严格的标准,因为该行为会威胁到竞争对手组织的生存,而这是不被允许的。联邦劳动法院考虑到这一点,认定工会针对竞争对手组织的成员(而不是无组织的人)所做的对第一年入会的成员给予优惠条件的广告是不正当的。<sup>[48]</sup> 类似的标准也适用于以下情形,即一个组织将大部分的精力和活动用于丑化竞争对手组织,怂恿其成员退出——这种单方的人力物力的投入说明其不仅是为了发展自己的组织,同时也想要攻击其竞争对手。

现实中,有一些实际上附属于雇主的组织作为“利益代表”或者干脆作为工会出现,这属于极端不公正的工会广告。此时,独立的工会有权要求这些伪工会停止进一步的广告行为。这些伪工会无视别家工会公布的要求和发表的意見,其行为已构成了法律禁止的对结社自由的侵犯。

#### (四) 雇员的不正当行为

若雇员为竞争一个岗位或争取提拔的机会而实施了“不正当”、“不光明正大”的行为,那会发生什么呢? 我们不难找到这样的例子,如求职者试图通过给予面试官一定好处来得到更好的竞争机会。<sup>[49]</sup> 值得进一步思考的是,求职者在求职信中表示“不必完全遵守”劳动法或者因其能提供书面证明其体格很健壮而“不介意”对健康有高风险的工作。毫无疑问,求职者的这种行为是违法的,与之不同的是,求职者吐露了雇主本不该询问的自己的私事,如申请者在书面的求职信中提及自己因为医学上的原因无法再有孩子。

与其他竞争者相比,这样做就明显不正当了,因为这会有意识地“扩大雇主决策的基础”,并直接降低其他竞争者被雇佣的可能性。即使不适用《反不正当竞争法》,那些涉及贿赂或者意图实施违法抑或违反劳动保护原则的行为也是违法的。其他情况下,如不应把妇女怀孕作为是否聘用之标准的也属于劳动市

[47] BAG 31.5.2005 - 1 AZR 141/04, NZA 2005, 1182, 1184.

[48] BAG 31.5.2005 - 1 AZR 141/04, NZA 2005, 1182, 1184.

[49] 具体见 BAG 24.9.1987 - 2 AZR 26/87, AP Nr. 19 zu § 1 KSchG KSchG 1969 的案情。此案涉及基于雇员行为原因的解雇:一个外国雇员要求其同胞支付介绍工作的“佣金”,他也拿了这笔钱,但他对雇佣决策没有任何实际的影响。德国劳动法院:没有解雇事由。若其贿赂了真正有决策能力的人,才是法院需要关注的案件。

场规范,前述向雇主透露自己不能生育的做法也构成了对一般行为义务的违反。

真正的问题在于,不同于针对顾客的竞争,针对劳动岗位的竞争总是发生在私人的办公场所而非公开场合,而在办公室中,什么都是保密的。其他的求职者无法知道自己为什么没被录取。即使存在歧视的情况下,根据欧洲法院的司法实践,求职者也无权要求招聘者告知程序结果和所用甄选标准的具体情况;当现有迹象表明存在歧视时,拒绝提供信息仅仅只能被当作一种佐证。<sup>[50]</sup>从这点上讲,我们有一个“隐秘的”市场现象,而其内部的秩序,迄今为止,无论是立法者还是——缺少法庭的案例——司法实践都没有兴趣进行管理。企业职工委员会在《企业组织法》第99条的框架下能够行使一个特定的监管职权,因为所有求职者的书面材料都必须提交给该委员会,<sup>[51]</sup>但是由于企业职工委员会并不能参与招聘的面试谈话,所以还是存在漏洞。<sup>[52]</sup>人们也不要忘记,大概有一半的雇员工作的企业中并没有成立企业职工委员会来代表他们的利益。<sup>[53]</sup>因而,“隐秘的市场”绝不是小小的可以或多或少被忽略的市场部分。

升职的选拔程序明显更加透明。由于各方往往在场,而且职工之间也会就此交流,因此,索然不是所有的升职程序都令人信服,但雇主出于自身的利益考虑也会多加注意,雇主会尽量让自己做出的决定更容易被大家接受而且不会持续给企业内部的氛围造成负面的影响。在升职选拔方面,企业职工委员会的监管作用和招聘阶段相类似。

当涉及基于经营原因的裁员而需要对被解雇雇员做出选择时,尽管不能完全排除,但是可以通过劳动法的保护性规定对市场规律进行修正。《解雇保护法》第1条第3款规定的社会性挑选的四个标准必须被遵守(在企业的工作年限,年龄,承担的扶养义务,重度残疾)。然而法律本身又做了一些例外规定:对于企业经营有重要作用的优秀员工可以被排除在被解雇候选人之外,此外,为

[50] EuGH 19. 4. 2012 - C - 415/10, NZA 2012, 493; dazu Chr. Picker NZA 2012, 641 ff.

[51] 详见 Bachner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 99 Rn. 143, 159, 该处引用了其他相关文献。

[52] BAG 18. 7. 1978 - 1 ABR 8/75, AP Nr. 7 zu § 99 BetrVG 1972.

[53] 有关没有成立企业职工委员会的企业详见 Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006, Rn. 759 ff., 该处引用了其他相关文献。

了均衡企业职工的年龄结构,雇员会被划分成不同的年龄层,这会导致老员工被解雇。<sup>[54]</sup>最后,按照《解雇保护法》第1条第5款,社会性挑选对弱势雇员的保护会因为所谓的“解雇名单”而被大大削弱。<sup>[55]</sup>谁能够留在企业内部的劳动市场,谁又必须离开,这个决定的做出往往不是透明、公正的。

## 五、总 结

在介绍了德国相关的立法和司法实践之后,我们可以知道,劳动法和竞争处于和平共处的关系之中。双方的界限问题是可以解决的,在个案不能适用《反不正当竞争法》时,也发展出了“替代规则”。这与劳动市场上仍维持着竞争结构有关系。在接下来的几年中,伴随着欧盟法中已经有巨大影响的经济自由原则,我们将面临真正的挑战。<sup>[56]</sup>但这并不是现在的文章应当探讨的内容。

(王倩校)

[54] 详见 Deinert, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 680 ff.

[55] 详见 Deinert, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 680 ff.

[56] 详见 Orlandini/Dorssemont, in: Rigaux u. a. (oben Fn. 2), S. 67 ff.