

劳动法之尚无定论的侧面

(德) Wolfgang Däubler

【摘要】本文分析了德国劳动法目前尚无定论的三个侧面，也可以称之为劳动法的三个难题：规避劳动法的合同形态、企业自由的充分利用以及实施难题等。分析了针对这些难题的三种解决机制，即国家行政官署的干预、雇员和独立主管机关通过启动司法程序解决以及劳动者在确定范围内采取自救行为等。在此基础上对劳动法的未来进行展望，指出有望通过解决劳动法实施中的缺陷、学习他国经验以及国家行政官署的干预等方式解决或完善劳动法中尚无定论的侧面。

【关键词】 德国劳动法 规避 困境

一、引言

从属性劳动由特别法规范 (Rechtsnormen) 所规定。这点在德国的情况与在土耳其或是在法国的情况并无不同；此外，尽管是完全不同的，可是在美国和中国也依然存在有一种以他们自身的原则为目的的“劳动法”。其表面的原因乃在于劳动者具有受他人命令约束的服从性；外加也在于通常情况下都会存在的典型经济上的从属性。

在各个国家和地区，劳动法都是当前的或者至少也是潜在的资本与劳动之间斗争的产物。而劳动法最古老的部分乃是劳动岗位^①中的健康保护制度。同时，劳动岗位中的健康保护制度也是雇主方最能接受的制度。劳动时间的限制和防护由工业生产所带来的身体损害，在上述制度中取得了核心地位。并且经由努力，今天身体损害的保护业已发展到了对精神负担也要进行保护的程度。^②此外，劳动者们也已享有将他们的力量联合起来并能共同为劳动条件的改善而奋斗的权利。结社自由、集体谈判——往往伴随着迟延和多种限制——以及罢工在一些国家已经成为基本权利，而在另外一些国家则是作为法律上或法官法上的保障而存

原文发表于 2010 年 4 月的德国《劳动与法》(Arbeit und Recht, ISSN 0003—7648) 杂志。翻译胡川宁，为西南政法大学 10 级博士研究生。

① S. etwa Hepple (ed.), *The Making of Labour Law in Europe*, London and New York, p. 77 ff.

② Hepple, op. cit., p. 193 ff.

劳动法之尚无定论的侧面

在的。此外，还存在一些民族性的特殊发展，如存在于德国和奥地利的企业职工参议会。^①在日常的企业活动中，企业职工参议会被委托为权益代表。

健康保护和结社自由乃是处于核心地位的。而围绕着上述两者——各个国家都有不同——劳动法的其他部分才得以形成。一定程度的存续保护^②在各个国家和地区或许都是存在的。甚至连美国的任意雇佣主义也都是承认有例外的，并且这项主义还被多种多样的歧视保护制度所覆盖。歧视保护制度使得理性的雇主在没有相当具有说服力的原因事实^③的条件下是不会行使劳动合同的终止权的。此外，出于劳动岗位中的健康保护的原因，一些国家也存在有人格保护制度，例如，这会体现在，包含于其中的良心自由和言论自由制度；而其他国家却只会将雇员视为合同相对方，例如，这往往体现在：这种合同相对方甚至须负就其工作对其家人保持缄默的义务，或者须负放弃与受雇于同一企业的其他人保有恋爱关系的义务。^④

总结出一个劳动法律秩序的共同性就抽象的本质来说是可行的。而就具体的规定来说，例如相比于民法，却是相当千差万别的；从而称劳动法为一个“法族”是有风险的，并且也是易于造成错误结论的。当然相似性在此处还是存在的，甚至继受他国个别的法律制度也是可能的。但例如，将德国的企业职工参议会“输出”到斯洛文尼亚和南非的尝试却显示出：国情会对实践上的有效性产生决定性的影响，并且这种影响在大多数情况下还是负面的。^⑤劳动法从来就只是民族性的法律，甚至偶尔还会被认为具有一定的民族主义色彩。尽管不同于所相信的那样，即具有社会正当性理由的终止权行使所导致的经济补偿金制度还是有缺陷的，然而例如那种德国雇员在终止权行使受到了卓越保护的观点在德国还是被广为流传。此外，劳动国际法^⑥至多只享有一种背景性存在意义，即只有当劳动国际法在社会政策上被期待的时候，劳动国际法的规定才会被适用，如若不然，人们在解决具体纠纷的时候是不会对

^① 企业职工参议会是由被选举出的职工代表所组成的，依法参与到企业的经营决策当中，并就劳工保护方面向企业提出建议，以监督企业遵守劳动法律的机构。企业参议会起源于德国魏玛共和国时期制定的1920年《企业参议会法》(Betriebsratgesetz)。二战后，企业参议会制度被纳入到了1952年颁布的《企业组织法》(Betriebsverfassungsgesetz)当中。除了上述的《企业组织法》以外，关于企业职工参议会的法规还广泛分布在《劳动关系终止保护法》(Kündigungsschutzgesetz)和《劳动法院法》(Arbeitsgerichtsgesetz)之中。(具体参见：[德]沃尔夫冈·多伊普勒.德国雇员权益的维护.唐伦亿，谢立斌译.北京：中国工人出版社，2009. 58~113)——译者注

^② 所谓存续保护 (der Bestandschutz) 是指雇员与雇主之间的继续性法律关系 (das Dauerrechtsverhältnis) 应受到法律的特别保护，非满足法律所规定的特别要求，不能被任意终止。在德国法中其主要体现在期限制度 (Befristung) 和终止事由制度两者中。具体参见：《民法典》第626条；《劳动关系终止保护法》(Kündigungsschutzgesetz) 第1条至第3条；黄卉.德国劳动法中的解雇保护制度.中外法学.2007, 2; 黄程贵.我国劳动法终止保护制度重新建构之研究.“行政院”国家科学委员会.2005——译者注

^③ Thüsing AuR 2000, 328; Kittner-Kohler, Beilage 4/2000 zu BB, S. 6 ff.

^④ Zum unterschiedlichen "Menschenbild", das darin zum Ausdruck kommt, s. Finkin ZVglRWiss 94 (1995) S. 109 ff.

^⑤ S. die Beispiele bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006, Rn 73i

^⑥ Dazu Güzel, Der Einfluss der internationalen und supranationalen Normen auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts, in: Ekonomi-v. Maydell-Härlein (Hrsg.), Der Einfluss internationalen Rechts auf das türkische und das deutsche Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2003, S. 17 ff.

劳动国际法（至少在德国是这样）报以任何的关注的。^①

在此，不应进一步地分析上述现象，而应仅仅唤醒人们对上述现象的记忆。本文所感兴趣的研究对象是那迄今还几乎没有进入人们视野的共同性问题：那使得雇主方规避劳动法规定得以可能的机制到底是如何被建立的？

上述这种可能性是显而易见的。雇主通过设定一些合同形态就能使得特定的劳动法律规范丧失可适用性，甚或将整个劳动法都排除在外。而该现象不仅适用于与个别雇员的关系当中，而且也适用于与集体利益代表的关系当中。

此外，企业财产所有者和他们的代表人还享有存在于劳动法有效范围以外的投资和不投资的自由。通过对冲基金收购企业当然不属于任何劳动法问题，尽管这种收购是以数千个劳动岗位为代价的。从而，企业和康采恩正发展成：其决策主体们能够经由受雇人和他们的利益代表而对任何干预措施产生免疫作用。如果康采恩的领导层住所是在瑞士或者巴哈马群岛的话，则德国或者土耳其的人们常常会连决策者们的名字都不知道。

最终，劳动法会陷入一种风险之中，即其连在他本身的适用范围以内都不能在事实上被严格地接受并得到实施。在德国，国家的劳动监察业已被限制到只能去监督劳动保护法律的遵守问题；而其他的国家官署则主管打击黑工的问题。而剩下的所有纠纷中，当事人有职责去援引他们的权利，并在必要的时候将其权利的实现诉诸法律程序。

在典型情况下，上述情况乃是在劳动关系终止之后才会出现的；当然在许多国家也并非如此。有的国家采纳一个由外国专家所起草的“进步”法典的目的却仅仅是使自己本身看起来像个民主国家，并从而能够较轻易地获得世界银行或国际货币基金组织的贷款而已。在此，书本中的法律和行为中的法律是完全被割裂开的；甚至一个外国的投资者都会马上认识到这点，并进而调整其行为以适应这一情况。

鉴于这三个尚无定论的侧面，人们能且必须提出这样的问题：是否劳动法还具有引导行为的功能？或是否劳动法已经堕落为一个旨在掩盖真正的权力关系和仅仅被用于平息从属性受雇人的美丽表象？假如事实并非如上述那样——那不论艰难地帮助劳动法取得一定程度执行力的机制又是什么呢？

二、用于规避劳动法的合同形态

劳动法是由大量规范所组成的。并且对这种规范的规避不应对雇员造成负担。健康风险的保护和终止权保护是不可被放弃适用的，同样结社自由也是如此。但是，这些一般都会被承认的基本原则或许并没有意义；人们亦可以通过在合同中将雇员简单地解释为非雇员的方式而随意地限缩那些基本原则的适用范围。为指令从属性劳动的人必然就是雇员；在劳动合同中与之相反的条文是不生效力的。在流水线上工作的工人和在超级市场中工作的女收款员是不会被解释为独立之人的。

那些适用于传统工业生产以及和特定服务业的规定不可被扩展适用于所有业务领域。例

^① Zum Umgang der deutschen Rechtsprechung mit den ILO-Übereinkommen s. Däubler, FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV (=Deutscher Anwaltverein), 2006, S. 1183 ff.

劳动法之尚无定论的侧面

如也可如此组织一个企业的对外服务，即企业的个别受雇人乃是能自己组织自己工作并因此不再能被定性为具有指令从属性的“自由职员”。那些“自由职员”良好的“运行状态”乃是由反映在月利润额中的劳动投入所保证的。通过将雇佣形式的变动认定为不可被审查地可对已雇佣雇员行使终止权^①的企业裁定的方式，德国的司法权甚至使这种“逃避劳动法的行为”更为简易化。然而，至少是否必须要给那些已雇佣雇员提供作为“自由职员”的继续性业务的问题，最终还是没有定论的。哪些业务适于这种“自主化”，也没有最终明确化；一个被雇佣的理发师是否能被作为独立的“理发师椅子的所有人”，或一个服务员是否能被作为“一号到十号桌子的销售代理人”的问题，是完全取决于国家法律秩序对该问题处理策略的灵敏度有多高。

“脱离”劳动法的现象必然不是全部的现象。德国法业已发展出了类雇员人这一形态。类雇员人虽然可以自己组织其工作，但是其对雇主的依赖性仍然是主要方面，并因此类似于雇员，并从而仍有被保护的必要。^② 结社权是属于可被适用的原则的，此外，根据明确的规定，休假权、反歧视权以及劳动岗位中的健康保护也都是可被适用的。尽管如此，类雇员人制度的缺陷也是非常明显的，即缺乏标准的终止权保护、缺乏患病时的工资续付，且个人存在于企业组织法制度之外以及没有被强制性地纳入社会保险制度。而从雇主方的观点出发，类雇员人这种雇佣形式相比于雇佣雇员，一般会使得劳动非常廉价，以至于存在一种逃离传统架构的冲动。然而上述这些在一些国家中却体现得较不明显，如在奥地利或者法国，虽然所有的从业人员都会被纳入到社会保险制度中，但是在这些国家中，对于雇主也并没有将会被忽略的利益存在。

人们也可以限制个别的保护规范，而不用对劳动法进行彻底的“规避”。限制个别的保护规范并不是通过在劳动合同中排除保护规范的适用而实现的，因为这样会与相关规范的强制性相矛盾。相反地，人们会选择一种使特定原则不具有可适用性的形态。其中最重要的例子就是期限制度：因为劳动关系也可以在没有行使终止权的条件下终止，所以期限制度为当事人提供了存续保护。此外，若此刻存在适用特别终止权保护（残障人士、孕妇）的要件，则亦要适用存续保护制度。法律技术上，所有的非典型劳动关系都会以下述为原则，即只从事兼职工作者将往往不能取得能保障其生存的收入；从事派遣劳务者是不属于用人单位的，并因而举例来说其也是不能被选举为企业职工参议会成员的。那种试图再次调和此种结构上不平等的尝试迄今为止是很少有希望成功的；凭借单纯的歧视禁止制度，上述调和目的是不会达成的，因为这必然是以差异性为前提的，且不会触及其差异性的存在本身，例如在期限制度中存续保护所存在的缺陷。

三、企业自由的充分利用

通过企业职工参议会所实现的集体利益代表制度在德国显然是具有强制性的。但是，集体利益代表的许多权利是取决于被代表单位的规模大小的，即小企业中代表制度相比于大企

① BAG NZA 1996, 1145-Weight Watcher, bestätigt durch BAG NZA 2008, 878

② Näher Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn 2093 ff., auch zum Folgenden

业中的代表制度在法律上享有较小的行动可能性。从而，现在许多企业会选择由众多小规模单位组成结构体，以使得企业利益代表制度失去存在的价值。当然，此处的“规避策略”也是相对有节制的。

企业，特别是康采恩，会将其决策中心迁移至雇员利益代表难以实现的地方。而此处所称之难以实现并不是指地理意义上的可实现性而是指社会意义上的可实现性。例如住所在瑞士的经营控股公司或企业所有者会拒绝与工会或企业职工参议会建立任何联系；从而与工会和企业参议会建立联系的任务成了国内分公司的职责范围。可是，国内分公司必须遵守来自于瑞士高层的既定方针，从而在事实上国内分公司并不是一个完全有价值的谈判对象。然而，当争执是以斗争为方式时，特别是在罢工的时候，上述这些就不具有决定性意义了；在这种情况下，妥协恰好只有在与高层的电话讨论之后方能达成。可是，在“无压力”谈判的通常状况下，形势却是完全不同的。这往往体现在：连谁向雇主方牵线，都还搞不清楚。此外，人们虽可以提出许多要求，但甚至连精明的经理人也无有效考量这些要求的活动空间。

即使康采恩高层的住所是在国内，且因而相对来说不应该发生上述现象，然而雇员的权利却仍然会丧失殆尽。如当一个子公司陷于经济上窘迫之境时，康采恩母公司并不会必然的施与援助并满足雇员们的请求。而只会在涉及企业养老金和福利计划的时候，才可能去“干预”，但是即便如此，这种干预也是不确定的。^① 在我国（不同于在法国），甚至连“以康采恩为维度”的劳动关系终止保护制度都还没有被建立起来。^② 因此，当所谓的“姐妹公司”存在一个类似的劳动岗位时，终止权的行使就是有可能的。从而，这个随机的事实决定了劳动关系终止保护制度的效果，即雇主方不是一个统一的大企业，而是一个由众多的子公司和孙公司所组成的康采恩。此外，劳动法律规范适用领域中的片面的法律结构在此处也是具有决定性意义的。监事会中的雇员代表制度的状态是特别麻烦的。雇员代表制度是与企业的法律形式相联系的，而后者一般是不会被强行规定的。来自有限责任公司的所有人可以创立财团法人^③或者无限责任公司（OHG），以规避共同决定法。无疑根据欧洲法院（EuGH）^④的判例，现在可以较轻易地组织一个根据外国法成立的但同时其住所又是设立在国内的公司，即这种公司在没有每个雇员参与的条件下就可做出实质性的决定。此外，在外国设立“所有人公司”也是有可能的，即德国有限责任公司或股份有限责任公司（AG）中具有“共同决定”性质的监事会必须在本质上对公司的既定方针和公司提供的美好晚餐感到知足。

对母公司和子公司的思考，具体来说，就是对独资企业到康采恩的转化问题的思考，是具有重大意义的。公司法虽已认识到这一问题，但劳动法却还没有认识到。尽管如此，公司法的进路还是太狭窄了，因为公司法忽略了事实上的决策结构。甚至在没有获得康采恩法律

^① BAG NZA 2005, 818; BAG AP Nr. 59 zu § 16 BetrAVG; Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 24. Aufl. 2008, § 1 Rn 184 ff.; Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 11. Aufl. 2008, §§ 112, 112a Rn 116 ff.

^② Grundlegend BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NJW 1984, 381

^③ 财团法人相当于我国的基金会法人。——译者注

^④ EuGH EuZW 2002, 754-Überseering

劳动法之尚无定论的侧面

联合体的条件下，不只零配件供货商，而且独立的销售公司也一样要依赖于主公司的企业政策。上述这种情况目前在汽车工业中是可以很好被理解的；此外，戴姆勒（Daimler）的短期劳动制度也影响到其他企业。在实行“即时生产制度”（Just-in-time-Produktion）的条件下企业之间的联系会紧密到以至于一个企业的停工也会让另一个企业瘫痪的程度。可是，这样就会使罢工的效果被成倍的扩大，并在通常情况下再次导致决策核心与雇员参与权^①行使的分离——当然这次是以零配件供货商和销售公司雇主们那一方也会丧失其所有决策权的方式实现的。^② 即使是在公司法和企业法中人们也只是缓慢地认识到这一现象，而在劳动法的视野中这一现象还几乎没有呈现出来。而是否存在一种注意配件供应商以及在其中工作的劳动者的利益的义务呢？此外，不难与“自己”的企业劳工相联系在一起的企业责任是否就一定会包括上述这些？的确只有新自由主义者的行文才能提出这样的问题。

假如是涉及所有权结构变动，则人们会在劳动法之外做更多的事。当“企业”是作为有组织劳动单位而被转让的时候，则关于维护雇员权利^③的欧盟指令及其国内转化规定就会产生干预效力。在许多非欧盟国家，也是有相应规范存在的。只不过当涉及股权转让的时候，即当股份或股东权被转让给一家有限责任公司（GmbH）的时候，人们就一定会完全忘记上述规范的存在。如果收购方将企业视为一种投资客体，则在裁撤掉那些低盈利部门之后，该企业会以一个可观的附加值被再次卖出。因此，收购方得凭借决策自由而任意活动。同样，上述这些也适用于这样一种情况，即收购方将其用于为该购买行为融资的贷款债权“转让”给已被收购的企业。如此，该企业通过这样一种精明的经营行为为其自己的收购行为进行了补充性融资。是否上述这些对于雇员们来说，或许是违反诚实信用或古老的善良管理人义务的呢？而雇员们是否有请求企业的可持续发展不应被金融杂耍葬送的权利呢？而你不会在任何劳动法教科书中找到上述问题，从而更别说找到一个对此明晰的答案。^④ 人们满足于对问题的解决：工资扣发和裁员都涉及谁？或许会有动用国家救助的可能？第一流的劳动法法律规范并不是以企业和康采恩为出发点的，而是将零配件供货商和下游企业包含在内，从而在此范围内能取得重大意义；而有关全球化基金的欧盟命令^⑤正是这种第一流的劳动法法律规范。而正是由于该全球化基金的存在，当面对全球化条件下的劳动岗位丧失问题时，有效的劳动市场政策措施才能得以受到资助。无论如何，面对现实是今后继续下去的第一步。

^① 职工参与权是指企业职工有权通过企业职工参议会和监事会参与到企业经营活动中，从而使得劳资双方能够共同合作的权利。该权利主要是由《企业组织法》（Betriebsverfassungsgesetz）和《共同决定法》（Mitbestimmungsgesetz）两者规定。——译者注

^② Wellenhofer-Klein DB 1997, 978 ff.

^③ Richtlinie 2001/23/EG, ABIEG 2001 L 82/16 (konsolidierte Fassung)

^④ Die Problematik ist jedoch (wie viele andere) benannt bei Wolter AuR 2008, 325 ff.

^⑤ Verordnung (EG) Nr. 1927/2006 zur Einrichtung des Europäischen Fonds für die Anpassung an die Globalisierung ABIEG v. 30. 12. 2006 L 406/1 ff.; berichtigte Fassung in ABIEG v. 22. 2. 2008 L 48/82. Dazu Däubler dbr Heft 2/2009 S. 16 f.

四、实施问题

即使是在上面所描述的所有现象都不会发生作用的地方，人们也不会把劳动法与现实状况等同起来。

思维传统的法学家们只满足于解释现行法和修正那些矛盾或不清晰之处。而实在法在现实中是否被实施则是一个不会引起太大科学兴趣的问题。这是令人感到遗憾的。雇员的从属性不仅存在于劳动关系的成立和履行过程中，相反其也存在于法律实施的过程中。而如果人们将法律实施仅仅托付给雇员个人去解决，那么无疑，违反法律的现象就几乎不能得到任何改正。因为几乎没有人会为了不遵守规范的现象，去冒可能会对其个人造成不利，甚或因此丧失劳动岗位的风险。从而，在全球竞争的压力下许多企业都会尝试通过不遵守规定的方式来降低产品成本，并从而改善其在市场中的地位——在他们事实上不会遭受任何消极后果的情况下，他们又怎会不去这样做呢？因此，目前劳动法存在着广泛的实施缺陷。

此外，在其他劳动法悬而未决的侧面中，也绝对可以发现该难题的存在，并且该难题也被国内立法者所关注。且随着时间的流逝，逐渐发展了三种用于救治该难题的机制：

1. 国家的行政官署应被授予监察劳动法律规范遵守的职责。
2. 不仅雇员，而且独立的主管机关也应有权通过启动司法程序以解决违反法律的现象。
3. 当有利于劳动者的保护规范得不到遵守的时候，劳动者们应能够在确定的范围内采取自救行为并且拒绝劳动。

（一）行政官署的干预

在所有的欧洲国家都存在一种旨在对特定规范的遵守情况进行监察的“劳动监察机关”。该劳动监察机关的管辖权^①在各个国家是不同的。在德国其管辖权的范围是相对有限的，即德国的劳动监察机关只负责监察包括最高工作时间制度在内的劳动岗位健康保护规定的遵守情况；而其他的国家机构则负责管辖非法劳工，尤其是通过外国公民所进行的非法劳工。此外，雇员个人就所有劳动法规范的遵守问题都有权通过诉讼的方式予以解决的。与此相对，法国行政官署的管辖权却是相当广泛的：“inspecteur du travail”不仅负责监管所有法律的遵守问题，而且也负责监管集体合同。为了有效地履行上述（广义或狭义的）任务，当然是需要满足特定要件的。

行政官署必须要有未经同意对企业进行现场检查的权利，从而其得以在工作时间对企业进行访问，并对企业的工作场所和文件进行审查。此外，行政官署能依据匿名举报进行行动这点也是重要的。但这种情况并不少见，即受雇人个人虽然认识到了这种缺陷，但是却不敢在企业中将这一缺陷表达出来。从而，当“提供线索者”是以个人身份出现时，官署必须要

^① 德国法中的管辖权（die Zuständigkeit）是指国家机关依据法律的规定所具有的处理事务的权限和能力。主要分为事务管辖权（Sachliche Zuständigkeit）地域管辖权（Örtliche Zuständigkeit）级别管辖权（Instanzielle Zuständigkeit）和分工管辖权（Funktionale Zuständigkeit）四者。事务管辖权是指依据事务之类别，划分出的不同管辖权，如民事、刑事和行政。从而，事务管辖相当于我国法中“主管”这一概念。地域管辖和级别管辖基本上与国内相应概念相同。至于分工管辖主要是指在一个机关内部，为了使得案件得到更好的处理而进行的再分工。如家事法庭、商事法庭以及民事法庭等法庭之间的分工。——译者注

劳动法之尚无定论的侧面

能够保证不公开该提供线索者的身份，并能够对其告发行为予以保密。^①

行政官署必须对其所要监管的企业保持独立性。行政官署只是作为国家行政的一部分并受主管部的监督往往是不够的。相反，还要必须保证官署中的个别职员与所要监管的企业之间不会存在任何秘密的联盟关系。在一次次对行政官署方面的工作评估中，上述事件总会马上显现出来。此外，就算不存在与企业的“秘密连线”，却也仍然有大量问题存在。例如，官署必须在充分掌握受雇人人数的前提下才能进行充分的监管。据悉在德国还存在这种现象，即官署为了保证特定规范的遵守，而在其他领域迁就企业。例如，如果企业承诺承担排除或降低特定有害物质污染的义务，则这会成为在一段时间内不再全方位监控最高工作时间制度遵守情况的理由。同样这也是可以被想象的，即官署会表示同意就不法排放现象不立刻百分之百地执行法律。或更确切地说，其会暂时容忍一种间于当前实际情况与法律所期望情况之间的状态。

最后，官署必须要享有足够的制裁措施，以能够在必要的时候可以强迫企业为符合法律的行为。通常情况下，作为第一步，官署会仅仅作出一个“异议”并要求企业排除已被确定的缺陷。可是，若上述异议对企业不产生作用或涉及非常重大的违法时，财产罚，在德国就是罚金，就有可能被作出。这种财产罚必须触痛那些保有高额利润的高盈利企业的神经；否则这种财产罚就没有存在的目的。若存在为具有可罚性的行为，特别是存在故意或过失侵害身体行为时，检察机关要有干预的必要，并可在必要的情况下启动刑事程序 (das Strafverfahren)。在一些可以监察最低工资和集体合同遵守情况的国家，还可能存在责令支付拖欠工资的制度。若责令支付拖欠工资不产生作用，则官署会进一步作出制裁措施。中国的新劳动合同法针对拖欠工资的情况^②，就规定了一个相应的措施。针对事实上的重大违法，责令停业也是可能的。而在德国，责令停业须是因“不可信赖性”才可能被做出。

只有在满足上述所有条件的前提下，行政官署才能在将劳动法转化为现实的活动中起到特别重要的作用。倘若法律使用了——正如经常的那样——相对一般性的概念，则行政官署的解释往往会对企业的实际行为产生第一位的决定性作用。虽然司法监控相比于行政官署有效力的责令行为具有绝对性存在意义，但是一个具有既判力的行政法院判决的诞生是需要几年的。从而行政官署享有确定法律具体内容的首要参与权。例如，若预先规定 20 分钟内要来从事工作的“随时待命”模式^③也属于劳动时间的观点被行政官署所支持，则这个观点就会成为所有被该行政官署所监管的企业的权威准则。

(二) 司法监控

一个能更强有力地监督劳动法的遵守和在必要时行使强制力的国家主管机关就是法院。在德国，法院在广泛的意义上乃是处于核心地位的。但具体看来，法院的地位在欧洲各国之间却也存在着巨大的差异性。

① Zum Kündigungsschutz des Whistleblowers s. Deiseroth AuR 2007, 198 und Binkert AuR 2007, 195

② Däubler-Wang AuR 2008, 85, 88

③ S. den Fall BAG NZA 2002, 871 = AiB 2003, 765; dazu Buschmann-Ulber, Arbeitszeitgesetz, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2007, § 2 Rn 18

在大多数的国家，普通法院也是要管辖劳动关系纠纷的。当然在个别国家，尤其是在意大利和西班牙，就劳动事件纠纷却是设有专门法庭的；从而也存在有不同于普通民事程序的特别程序原则。

在其他一些国家，如德国、奥地利和斯洛文尼亚，存在有独立于普通法院之外的专门劳动法院。其各个“法庭”（Panel）乃是由1名职业法官（der Berufsrichter）、1名雇员代表以及1名雇主代表所组成的。社会伙伴代表们^①会将他们的实践经验和对此类问题的特殊视野带入该程序的运行当中。从而这是可以被期待的，即在“自己人”作为代表参与决策的情况下，判决会得到双方更多的认可。^②

法国存在一种特别模式：第一审案件乃是由一种委员会来裁定。而该委员会的成员一半由来自雇员的代表们所组成，另一半则由来自雇主的代表们所组成。而普通法院的特别法庭则管辖上诉和废弃案件。

差异性也存在于这一方面，即在个别国家中存在一种前置于司法程序的以尝试和睦解决问题的调解程序。而只有当调解失败时，争议才会被诉诸司法。如大不列颠的终止权行使就是这样。而在德国却并不存在这样的机构；拖欠工资请求权人或者被终止劳动关系者可以直接向劳动法院起诉。当然这里仍有一个特别之处，即劳动法院并不会马上对此案件做出裁决。相反，主管法庭的职业法官会在起诉被提交之日起2至6周内主持所谓的和解辩论^③程序。此外，这种以促使当事人和睦的解决问题为目的的程序占到了所有案件中的30%。^④相比于相互独立的调解主管机关上述制度具有以下优点，即只需有一个委员会参与到这个案件当中，并且通过法官对其很可能会做出的裁判的释明，和解会更容易地被达成。

在德国，只有8%的诉讼会由劳动法院以判决的形式做出裁决。^⑤而在大多数的案件中，乃是会根据和解辩论以成立调解协议的；有时原告甚至会因明显的无希望而撤回起诉。第一

① 劳动法院法（ArbGG）第六条：

§ 6 Besetzung der Gerichte für Arbeitssachen 劳动案件法庭组成人员

(1) Die Gerichte für Arbeitssachen sind mit Berufsrichtern und mit ehrenamtlichen Richtern aus den Kreisen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber besetzt.

劳动案件法庭由职业法官以及来自雇员和雇主的名誉法官组成。——译者注

② Eingehender Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 2185 ff.

③ 劳动法院法（ArbGG）第54条一款：

§ 54 Güteverfahren 和解程序

(1) Die mündliche Verhandlung beginnt mit einer Verhandlung vor dem Vorsitzenden zum Zwecke der gütlichen Einigung der Parteien (Güteverhandlung). Der Vorsitzende hat zu diesem Zweck das gesamte Streitverhältnis mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern. Zur Aufklärung des Sachverhalts kann er alle Handlungen vornehmen, die sofort erfolgen können. Eidliche Vernehmungen sind jedoch ausgeschlossen. Der Vorsitzende kann die Güteverhandlung mit Zustimmung der Parteien in einem weiteren Termin, der alsbald stattzufinden hat, fortsetzen.

言辞辩论程序始于在审判长面前为以达成双方当事人善意和解为目的之辩论（和解辩论）。在自由评价所有情况的条件下，审判长为达此目的应对争讼关系进行全面研讨。为澄清事实，审判长可为所有得以立即实现之行为，然需宣告讯问不在此限。在双方当事人同意之情况下，审判长在其他应可立即举行之期内继续该和解辩论之程序。——译者注

④ Zahlen bei www.bmas.bund.de

⑤ Im Jahre 2006 wurden von 476 906 Verfahren nur 47 623 durch Urteil erledigt (Angaben nach www.bmas.bund.de)

劳动法之尚无定论的侧面

审的判决做出一般都会持续 6 到 8 个月。败诉方虽可上诉至州劳动法院^①，然而对上诉案件的裁判却又需要半年的时间。联邦劳动法院再审程序^②的启动须以存在具有原则性意义的法律问题为前提。若败诉方动用再审程序这一法律手段，则联邦劳动法院将会在 6 到 12 个月内做出裁判。

相比于欧洲其他地区，德国的劳动法院的审理速度是相对较快的。从而，德国的劳动法院也是经常被请求的；每年大约有 60 万件诉讼被提起，而在考虑到数量近 3 500 万的从属性受雇人的情况下，这么多的诉讼就绝对是一个相当大的数字。^③

德国制度存在一个缺陷，即原则上只有单一的雇员才能提起诉讼。这就造成了大概所有程序中的 80% 都是在劳动关系终止之后才被启动的。^④ 例如，被行使劳动关系终止权者或以他种方式被解雇之雇员有权请求：终止权行使违法，合意终止合同^⑤是通过不法威胁方式强迫订立的，或因加班而存在拖欠工资。只有 20% 的案件是在劳动关系存续期间启动程序的；而这些案件的原告们一般也都是公职人员。在私营经济中，许多人会害怕因提起诉讼而被评价为“不忠诚”。而这会造成大量的问题：起诉之人会在升职时被忽略掉；当面临裁员时，起诉之人也要甘冒被作为首要裁撤对象的风险。这种状况招致了很多批评。从而，一个有利于家庭手工业者（其并不属于真正的雇员）的特别规定得到了适用。根据这个特别规定，当劳动报酬或者劳动条件不符合法律规定时^⑥，主管国家官署可启动一种司法程序^⑦。此外，当个别受集体合同约束的雇主在企业运行中不适用集体合同，而通过其他集体规定覆盖该集

① 劳动法院法 (ArbGG) 第 33 条：

§ 33 Errichtung und Organisation 州劳动法院的设立和组织机构

In den Ländern werden Landesarbeitsgerichte errichtet. § 14 Abs. 2 bis 5 ist entsprechend anzuwenden.

州劳动法院于各州成立之。本法第十四条二款至五款之规定于此情况准用之。——译者注

② 劳动法院法 (ArbGG) 第 72 条一款：

§ 72 Grundsatz 基本原则

(1) Gegen das Endurteil eines Landesarbeitsgerichts findet die Revision an das Bundesarbeitsgericht statt, wenn sie in dem Urteil des Landesarbeitsgerichts oder in dem Beschuß des Bundesarbeitsgerichts nach § 72a Abs. 5 Satz 2 zugelassen worden ist.

§ 64 Abs. 3a ist entsprechend anzuwenden.

联邦劳动法院就州劳动法院的终局判决可启动再审程序，然根据本法 72a 条五款 2 句之规定，州劳动法院的判决或联邦劳动法院的裁定不予许可者，不在此限。本法 64 条 3a 款于此情况准用之。——译者注

③ Weitere Angaben bei Grotmann-Höfling AuR 2007, 295 ff. und AuR 2008, 345 ff.

④ Ältere Angaben bei Ramm, in: Naucke-Trappe (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtspraxis, 1970, S. 169. Dass sich Wesentliches geändert haben könnte, wird von niemandem behauptet.

⑤ 关于合意终止合同 (der Aufhebungsvertrag) 请参见：黄卉. 德国劳动法中的解雇保护制度. 中外法学. 2007, 2——译者注

⑥ § 25 HAG

⑦ 家庭劳动法 (Heimarbeitsgesetz) 第二十五条：

§ 25 Klagebefugnis der Länder 州的诉讼权能

Das Land, vertreten durch die oberste Arbeitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle, kann im eigenen Namen den Anspruch auf Nachzahlung des Minderbetrags an den Berechtigten gerichtlich geltend machen. Das Urteil wirkt auch für und gegen den in Heimarbeit Beschäftigten oder den Gleichgestellten. § 24 Satz 3 gilt entsprechend.

通过最高劳动官署或由其所确定的职级代表，州可以其之名义向法院请求支付未付之金额。该判决对家庭劳动者或其他具同等地位者亦生效力。本法第 24 条 3 句于此准用之。——译者注

体合同时，工会是有权对该雇主提起诉讼的。^①

在一些国家，某些组织能够相当容易地运用司法手段贯彻雇员权利。例如，法国的工会在很大程度上就有权在无当事人全权授权的条件下向法院请求工会成员基于集体合同而生的权利^②。在美国，单个的受雇人可以团结起来提起所谓的“集团诉讼”，而该集团诉讼对于所有处于同一状态下的雇员都会产生效力。^③ 例如，当一些美国黑人团体或妇女声称在劳动报酬或其他领域他们受到了歧视时，那么集团诉讼就是重要的手段，即一个基于 5 个当事人的诉讼做出的判决将会对其余所有人产生效力。

（三）劳动者的自救

根据企业组织法第 80 条一款一项等之规定，作为被选举出来的企业受雇人利益代表的企业职工参议会具有职责去监督劳动法以及其他有利于雇员的法规的遵守情况。若企业职工参议会确认有违法现象的存在，其可以向雇主要求在未来正确地适用法律。可是若雇主对此不予理睬，则也确实无法给予雇主以某种特别的制裁。只有在特别重大的侵害劳动保护规范的事件中，企业职工参议会才会请求国家官署予以干预甚或向新闻界告发。

根据民法典第 273 条的规定，被雇主不法行为所侵害者可“留置”^④ 自己的给付，也就是说，他可以暂时停止他的工作。但这与罢工并没有什么联系，而只是意味着行使基于合同而生的权利。联邦劳动法院的判例也是承认上述这种权利的。例如，当雇主没有支付部分工资或者不履行遵守劳动保护法，并从而减少对雇员健康危害风险的注意义务时，雇员就可以停止其既有之给付。^⑤ 而如果大量的受雇人都受害于此种不法状态，则所有受雇人就可以共同拒绝工作，当然他们也必须表明，这种行为并不是意味着一场罢工，而只是一场协调一致地行使基于合同而生的权利的事件。^⑥ 再如，当工作场所中的温度在工作开始时过低，则所有当事人可以在温度没有达到所规定的高度之前拒绝从事工作。此时，当事人保有取得约定劳动报酬的权利，因为工作之所以没有能够完成的原因乃是在于雇主的行为。

工会和企业职工参议会毫无争议的有权向当事人进行有关其权利问题的解释，并且有权组织共同行使债权留置权。但在实践中只是偶尔绝对地使用上述方法。当然这些方法都是以雇主的违法行为是显而易见且当事人能够毫无困难地向雇主或者经理说“不”为前提的。

五、展望

劳动法在诸多方面处境艰难，尤其是在服务业领域。这表现在许多服务业务是可以通过受雇人自己组织工作的方式予以完成，而如此会造成受雇人失去其雇员性质。当然似乎还是

^① BAG AP Nr. 89 zu Art. 9 GG

^② Aufarbeitung ausländischer Erfahrungen bei Pfarr-Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998, S. 131 ff.

^③ Pfarr-Kocher, aaO, S. 175 ff.; Däubler AuR 1995, 305, 311

^④ 参见：王泽鉴. 王泽鉴法学全集（第六卷）——民法学说与判例研究. 北京：中国政法大学出版社，2003. 215——译者注：

^⑤ BAG DB 1994, 1087 = AuR 1994, 173; BAG DB 1996, 2446; BAG DB 1997, 535

^⑥ BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

劳动法之尚无定论的侧面

存在妨碍一些雇主充分利用这种自我组织工作模式的机制。而假如根据情况我们极有可能要考虑到上述这种机制的话，那么这种机制在强加的独立自主条件下也或许要能够容忍忠诚和时刻准备工作这两者；并且倘若工作并没有将那些并不重要的决策空间予以开放，则上述的忠诚和时刻准备工作两者就一定是必然的。在那些特殊的框架条件所不存在的地方，人们就应该思考如何能够避免或限制那种通过规避行为达成的劳动法外雇佣关系的情况。“小解决方案”也许是具有相对灵活性的，即其或将劳动法规范扩大适用于类雇员之人。此外，人们也一定会考虑将相当卓有成效的艺术家社会保险模式推广到其他受雇者群体当中，以至于能够降低免社会保险雇佣关系对民众的“吸引力”。而“大解决方案”或许应该是对雇员概念的重新定义。重新被定义的雇员概念应该包括所有这样的人，即那些不会伴随有自己风险和自己机遇的非“真正”独立之人。^①

许多较疑难的问题都会对那些会作用于雇员的裁决产生影响。人们必须克服国界（正如人们在欧洲企业职工参议会初创时期所做的那样），同时也要告别那种将独资企业视为唯一的劳动法律义务受领者的观点。没有什么原则性障碍能够阻止将劳动法所决定的法律关系视为一种统一体。且这种统一体能够在没有和雇员事先签订劳动合同的条件下对劳动关系的运行产生实际的影响。联邦普通法院早在几十年前就做出了一个有关在履行承揽合同中雇员被其雇主劳务派遣的判决，并且在这个判决中，用人单位须根据民法典 618 条的规定承担责任^②——这些或许已经影响到了当前局势。^③ 总之，支配他人生活之部分者须至少负相当之注意义务。

大多数的基础工作存在于三个领域。首先是解决劳动法的实施问题；其次，人们要乐意学习他国的经验。恰好德国人早已不再相信法院业已对此准备妥当，即法院只有在有原告的情况下才是有效的。最后，国家的行政官署在此方面具有结构性优势，与此相比，劳动者的自救手段目前只能被作为最后的办法。

The Unable Concluded Aspect of Labor Law

Wolfgang Däubler

Abstract The paper analysed the three dilemmas of the German labor law. First, there are many contract forms to circumvent labor law. Second, the employers tend to fully utilize their liberty. Third, there are some difficulties and problems involved in implementing the labor law. To address these dilemmas, three kinds of solutions have been pro-

^① Dafür Wank, *Arbeitnehmer und Selbständige*, München 1988. Entsprechende Überlegungen finden sich im sog. 1 plus-Entwurf des DGB zu einem Arbeitsvertragsgesetz (dazu AuR 2009, 127)

^② BGHZ 5, 62 = NJW 1952, 458 (Großer Senat in Zivilsachen); weiter BGH NJW 1958, 710, 711; OLG Stuttgart NJW 1984, 1904

^③ Näher dazu Däubler, *Das partielle Arbeitsverhältnis*, FS Buchner, 2009 (im Erscheinen)