

學術論文與研究叢書

Teses e Estudos

論德國法官對立法空間的續造

— 以企業原因引發解雇為中心議題

作者：范劍虹

Autor: Fan Jianhong



澳門大學法學院

Faculdade de Direito da Universidade de Macau

2008

論德國法官對立法空間的續造

— 以企業原因引發解雇為中心議題

作者：范劍虹

Autor: Fan Jianhong



澳門大學法學院

Faculdade de Direito da Universidade de Macau

2008

書名： 論德國法官對立法空間的續造 -
以企業原因引發解雇為中心議題

作者： 范劍虹

出版： 澳門大學法學院

封面設計： 澳門大學法學院高級法律研究所

排版設計： 鴻興柯式印刷有限公司

印刷及釘裝： 鴻興柯式印刷有限公司

數量： 500本

國際書號： 978-99937-970-3-6

出版日期： 二零零八年十一月

前言

PREFACE

在每一個經濟發展的地區，跨國公司作為一個“移動的國家”都會按照它的全球戰略，通過跨國投資來參與資本輸入國的經濟競爭，甚至也會間接地影響資本輸入國的政治與文化活動。跨國公司會從直接投資等投資形式入手，在建立了獨資、合資等形式的企業或者公司以後，迅速開始爭奪銷售市場與原料市場、爭奪優秀人力資源及其推行人力資源本地化的策略，同時也會在其他領域，比如技術控制等方面展開角逐，同時也會在慈善事業以及配合民生事業上做出企業形象上的努力，從而更好地為其企業戰略服務。因而對於跨國公司與資本輸入國而言，各自均會面臨政治、經濟、社會與文化上的挑戰，而其中的法律問題上的一系列挑戰是主要的、不可避免的。為此，許多國家的法律工作者對此都很關注。具體而言，比如直接投資的保護與管制的問題、人力資源的輸入與調整問題、公司治理結構和股權結構的問題、正當的市場競爭的規制問題、競爭規制與知識產權的關聯問題、競爭與侵權問題、WTO與類似CEPA下的區際合作與競爭的問題、投資洗錢、破產洗錢以及組織犯罪問題、訴訟管轄權衝突以及區際和國際仲裁等等問題。雖然，這裏涉及許多國內與國際的法律問題，尤其是涉及公司法、競爭法、勞動法、投資法、金融法、合同法、侵權法、稅法、物權法、知識產權法、衝突法、仲裁法、投資者的商業道德問題以及法律文化等等，但是，究其實質就是如何對這些跨國公司（或稱為跨國企業）的營運進行保護與限制或者如何鼓勵與管制、如何在發生爭議時妥善地加以應對。這些屬於民商法與經濟法，也包括商事程序法等方面的法律問題及矛盾，一直是許多法律工作者所關注與熟悉的問題，同時也是筆者以問題為指引、以比較和實證推理為特徵的研究系列中的學習範圍和重點之一。

從2006年開始，各國在華跨國公司對企業解雇權已極為重視了。上海的各跨國公司甚至在2006年上半年共同對中國內地的《勞動合同法》建議稿提出異議。在澳門，博采的跨國公司也開始意識到在大量招

聘的同時，也需要在今後對人力資源做出大幅度調整，而雇主解雇權是其中最直接的法律工具。這種大幅度的人力資源調整將會對弱勢群體產生很大影響。以往我主要注重跨國公司國際投資時的投資保護、鼓勵、管制與爭議的解決¹，隨著跨國公司的建立，企業主的解雇權的問題突出來了。在歐洲，德國與荷蘭的合資企業的AKZO案引發了第75/129號的集體裁員指令²，此指令又被第92/56號指令（1992-OJL245/3）所修改，此兩個指令又被第98/59號指令（1998-OJL225/16）所合併。在上世紀末，這些發展又一度引起了筆者對合資企業法與解雇法的興趣。

眾所周知，經濟法和行政法以及勞動法（尤其是解雇法、勞工罷工法、企業憲法）領域的問題複雜，且變動較快。因而，大陸法系許多國家在這些領域沒有體系性很強的法典，立法所留出的發揮空間也比民法與刑法等領域要大。由於以上提及的第98/59歐盟指令僅是使集體裁員的程序部分一體化，而不是完全統一化。這些指令不是用來限制雇主的集體裁員的自由權³的，而是使集體裁員的程序部分一體化，因而歐洲各國法官（包括理論界）在這些領域仍有很多發揮自己的法律政策想像的空間。企業主解雇權是企業勞動法律關係中的一個熱點，涉及到權利後面的法律關係的本質界定，也涉及到立法者如何有限度地設定這種權利，涉及到法官如何在適用法律時對漏洞的填補。而在理論和實踐的具

¹ See Fan, Jianhong/Tian, Qing, International Investment Law of Transnational Corporations, Faculty of Law of Macau University, Macau2003; See Fan, Jianhong/Tian, Qing, Rechtsschutz fuer die Direktinvestition der Multinationalen Gesellschaften in der VR China, in: "Legal issues of foreign investment in transition countries", Festgabe fuer Prof. Dr. Wolfgang Seiffert zum 80.Geburtstag, Berlin/Wien 2006; 范劍虹 編著，《國際投資法導讀》，浙江大學出版社，2000版；范劍虹 編著，國際金融法導讀，浙江大學出版社，2001年版。v

² Council Directive 75/129/EEC of 17 Feb. 1975 on the approximation of laws of the Member States relating to collective redundancies(1975)OJ L48/29 and Council Directive 92/56/EEC of 24 June1992 on amending Directive 75/129/EEC on the approximation of laws of the Member States relating to collective redundancies(1992)OJ L1245/3. See also, Blanpain, Labour and Industrial Relations of the European Community, kluwer, Deventer, 1991, P.153.

³ Compare with Case 284/83Nielsen(1985)ECR 553 and Case C-449/93 Rockfon A/S, Case C-383/92 Commission v.UK(1994)ECR I -2435.

體問題上深入而明確地回答這方面的問題，是筆者以往思考的一個重點之一。

我記得，著名的法理學教授羅伯特·阿列克西（Alexy Robert）在基爾大學（University of Kiel）給我們一年級學生上法理課時曾經講道：“一個專題的論文，加上附錄等，寫到120頁應該已經說清楚了，太多不宜”（當然Prof. Alexy自己的著作大多數也超過120頁）。掂量自己的時間與精力，我覺得，爭取寫到130頁左右將問題基本研究清楚，並提出完整的答案。具體而言，本文試圖努力從德國的最高法院的司法實踐出發，以及結合自己以往和現在的部分心得⁴，對企業主因企業原因引發解雇的問題，尤其是對其中的立法空間或者漏洞的續造問題作出了探討。由於受到現代一些德國學者的影響，這個研究的緣起並不是從純理論出發，也沒有採納綜述理論的模式，也沒有進行模仿式的整合，而是以實際問題的解決為主線，通過獨立而具體的分析、評價、推理與創設，去尋找解決問題的思路與具體測試的結構與方法，從而最終得出結論。此研究的目的是：試圖給受大陸法系代表國的德國所影響的內地、澳門、臺灣的華人法官在審視企業雇主解雇中的法律問題時，提供一個補充式的參考視角。雖然中國的內地、澳門、臺灣以及日本、韓國，在歷史上與現在一直直接與間接地受到羅馬-日爾曼法系，或者說是受到德國法系的巨大影響，一直在知覺或者不知覺的狀態下進行著潘德克頓體系似的德國法典技術的繼受⁵，進行著德國法學以及包括英美

⁴ Vgl: Fan, Jianhong, Arbeitsgeberkündigungsgründe, in: Journal of International Law of International Economic(RIW), Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, Germany 1996; Fan, Jianhong, Anwendung des Zhong-Yong-Prinzips(Golden Mean) im Licht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Kuendigungsbeschränkung, Festgabe fuer Prof.Drs.Manfred Loewisch zum 70.Geburtstag, in Sellier Verlag, Munich/Germany, 2007. 由於自己的部分心得是對必要性原則(Teilgrundsatz der Erforderlichkeit)的修正和對比例原則的合理部分的不成熟的補充，因而暫時還沒有將此心得完全引入此書的必要性原則部分。

⁵ 澳門的民法典與葡萄牙的民法典的樣式是採用了德國的潘德克頓的體系，其中的法律行為(factos jurídicos)的意思表示(declaração negocial)的概念都與德國一樣。葡萄牙首先離開法國的侵權立法設定，將德國的823條的第一款與第二款引入民法典的條款中，並按照德國人的觀點規定了無因管理(negotiorum gestio)和不當得利(Bereicherungsrecht)，但是還有參照瑞士、義大利的立法軌跡。不過其

法學說在內的繼受，進行著德國與英美法判例實務的繼受，但是這樣的繼受需要過程與比較研究，因而上述專題對於內地、澳門及臺灣等地區而言，也許並不是提供了一個完全而適當的答案，它還有待於大家以後進一步地對內地與澳門及臺灣法的相關條款進行參悟，以防止直接地排除或者修訂內地與澳門及臺灣法中的相關條款，避免沒有功能比較的直接借鑒所帶來的弊端。當然，在具體地展示現代德國與歐盟的主流觀點，以及具體地展示獨立的構造與判斷方面，本文已很努力地去提供一種如同培根所論述的那種補充的參考價值了⁶，這種補充的參考價值不但體現了德國法的價值理念，也體現了歐洲法的價值理念⁷。

此外，這個專題中的問題雖然不大，但是其伸展的觸角必須涉及到德國私法與公法的不同領域；加上研究的專題是以德國法中的問題為主題，需使用原文的資料，而撰寫時又必須用中文而不用德文，加上時間比較匆忙，因而也較為費勁與費時，希望各位對此問題有研究的專家諒解！此文雖有四十幾張的英文的初步概要，但是既然以中文出版，讀者也主要為華人，加上對於我個人而言，要準確地表達德國法的一些抽象的概念與理論，提供一個德文的概要比提供一個英文的概要要更為方便與自信，但是德文概要又很少有人能理解。因而，經考慮再三，就沒有

立法的許多方面與德國並不一樣，比如：德國將一些人的權利放在層次更高的基本法中加以保護，而不放在民法典中；又如：德國將不屬於實體法的國際私法衝突規則放在民法典後作為民法典施行法；德國的物權法非常重視抽象原則的條款（參見第929條），而澳門民法典並沒有接受它。以上陳述請參閱1996年的最新版本：Konrad Zweigert/Hein Koetz, *Einfuehrung in die Rechtsvergleichung*, 3.Aufl., Tuebingen 1996, S. 106-108。也可參閱舊的中譯本（1984年版）的相關內容：[德]K·茨威格特/H·克茨 著，潘漢典/米健/高鴻鈞/賀衛方 譯，《比較法總論》，法律出版社2003年出版；也可參閱英譯版本：Konrad Zweigert/Hein Koetz(authors), Tony Weir(translator), *Introduction to Comparative Law*, Vol.I: The Framework-Oxford University Press 1987；日文的一本版可參閱Konrad Zweigert的學生，著名的日本比較法學家大木亞夫從第一版翻譯的日譯本：《比較法概論·原論》，東京大學出版會，1974年。

⁶ See F.Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum*, 1623. Auch Konrad Zweigert/Hein koetz, *Einfuehrung in die Rechtsvergleichung*, 3.Aufl., J.C.B.Mohr(Plaul Siebeck) Tuebingen, 1996, S. 48-49.

⁷ 比如，雖然比例原則是由德國學者、法官創設與發展，但是現在此原則已成為歐盟的習慣法了。

將這個德文與英文的概要附上。此外，因時間關係，以及筆者希望保持原文的出處，因而沒有將德文的頁注譯為中文，僅在此書結尾處的文獻索引中加入論著的中文題目。以上安排，一定會有不妥之處，對此我真的深感抱歉！希望以後有改進的機會。

最後，我應該感謝澳門大學提供了良好的科研條件，感謝同行在申請出版上給予的具體支持，也感謝我的家人田青博士和孩子范笑鼎在這段時間對我的諒解與支持。

范劍虹

2007年5月于澳門大學法學院

外文縮寫目錄(Abbreviations)

a.a.O.	am angegebenen Ort
AbgG	Abgeordnetengesetz
ABR	Archiv fuer buergerliches Recht ArchBuergR
Abs.	Absatz
AcP	Archiv fuer die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AFG	Arbeitsfoederungsgesetz
AfP	Archiv fuer Presserecht
AG	Amtsgericht;Aktiengesellschaft;Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift fuer das gesamte Aktienwesen(jahr und Seite)
AGB	Allgemeine Geschaeftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der AllgemeinenGeschaefts bedingungen(AGB-Gesetz)v.9.12.1976, BGBl I 3317.
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbe- itsgerichts)
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbRGeg	Das Arbeitsrecht der Gegenwart
ARS	Arbeitsrechtsammlung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil

AWR	Archiv fuer Wettbewerbsrecht(Jahr und Seite)
AZG	AZRArbeitszeitgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BERzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BetrR	Der Betriebsrat (Zeitschrift)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Buegerliches Gesetzbuch
BGSG	Bundesgrenzschutzgesetz
BlStSozArbR	Blaetter fuer Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DOeV	Die oeffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DtSchG	Deutsches Kuendigungsschutzgesetz
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidungssammmlung
engl.	englisch
etc.	et cetera

EwR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f./ff.	folgende/Fortfolgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fussnote(n)
FRSG	Frauenrechtsschutzgesetz
FS	Festschrift
GdV	Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossen- schaft
GewMH	Gewerkschaftliche Monatshefte
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschraenkter Haftung
HS	halbsatz
HAG	Heimarbeitsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
IAK	Internationale Arbeitskonferenz
IAO-UNO	Internationale Arbeitsorganisation der UNO
i.e.S.	im engeren Sinn
IG	Industriegewerkschaft
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit

i.w.S.	im weiteren Sinn
jew.	jeweils
JherJb	Jherings Jahrbuecher fuer die Dogmatik des buergerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kuendigungsrecht
KT(r)S	Zeitschrift fuer Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KSchG	Kuendigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LS	Leitsatz
m.N.	mit Nachweisen
MTV	Manteltarifvertrag
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift fuer Arbeits- und Sozialrecht

OBG	Ordnungsbehoerdengesetz
OeTV	Gewerkschaft fuer oefentliche Dienste, Transport und Verkehr
ORDO	Jahrbuch fuer die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
RabelsZ	Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RIW/ADW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RVO	Reichsversicherungsordnung
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidung
Schwbg	Schwerbehindertengesetz
SeemannsG	Seemannsgesetz
SGB	Socialgesetzbuch
sog.	sogenannt/e
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	und andere/unter anderem
u.U.	unter Umstaenden
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerfGH	Verfassungsgerichtshof

VermbG	Vermögensbildungsgesetz
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VM	Verhaeltnismaessigkeit
VR	Volksrepublik
VO	Verordnung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WiGBI	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WVG	Wirtschaftsvertragsgesetz der VR China
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZAS	Zeitschrift fuer Arbeitsrecht und Sozialrecht
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift fuer Arbeitsrecht
ZIP	Zeitschrift fuer Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZIR	Zeitschrift fuer Tarifrrechte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift fuer Zivilprozeß

目錄

前言(Preface)	iii
外文縮寫目錄(Abbreviations)	xiii
一、緒言 - “立法空間”的續造問題 (Exordium - the advanced construction of legislation space)	1
二、解雇以及蘊含的限度(Dismissals caused by Enterprise Owners and the Limit of Dismissal)	3
(一)、雇主解雇的概念	3
1、解雇的定義	3
2、雇主解雇的種類	4
3、解雇與撤銷及其情勢變遷的異同	7
(1)、相同之處	7
(2)、相異之處	7
4、中間結論	9
(二)、解雇概念所蘊含的限度	10
1、自由解雇的理據	10
(1)、強制性的訴求功能	10
(2)、自助功能	11
2、限制解雇的理據	12
(1)、勞動法律關係本質的理據	12
a、債的特性-羅馬法式的定位	12
b、屬人法的特性- Potthoff的觀點	13
c、債務與屬人關係特徵- Gierke與Farthmann的觀點	13
d、共同體特徵 - Hueck和Nipperde以及Nikisch的觀點	14
e、批判性評述	15
(2)、基本法層面的理據	17
3、中間結論	17
三、解雇限度的立法標準與法官續造的工具選擇(Legislative Standard of the Limit of Dismissal and Judge's Advanced Construction)	19

（一）、立法標準：社會合理性及其界定	19
1、先決問題-法規中的原則的衝突	19
2、解雇的社會合理性與解雇理由類型化	21
（1）、社會合理性的共識	21
（2）、立法者對解雇理由的類型化	21
3、立法者留給法官的空間	22
（1）、絕對與有條件的限制條款	23
（2）、不確定法律概念中的空間	24
（二）、法官續造立法空間或者漏洞的前提與工具	25
1、法官續造立法空間（漏洞）前提與實質	26
（1）、按立法者的原意解釋和適用法律	26
（2）、續造(Rechtsfortbildung)或者補充(Rechtsergaenzung/Rechts-eubildung)立法有意留下的空間	27
a、授權法學理論與司法實踐	28
b、法律技術上的不確定條款或者一般條款	28
c、立法者有思考的沉默	28
（3）、法官違背法律的法（contra legem）	29
2、法官借助的工具	30
（1）、邏輯論證的一般性考察	30
（2）、本專題的邏輯論證與探求	34
a、類推	34
b、其他論證	37
（3）、解雇理由的案例群	39
a、解雇理由案例的內涵	39
b、案例群的實質與作用	40
（4）、比例原則(適當性原則)	42
a、比例原則的內涵	42
b、比例原則的實質與作用	43
（三）、中間結論	46