

威瑪德國「勞工」及其「從屬性」之 內涵構建與勞動法學之初創

李童童*

「勞工」作為勞動法的核心概念，決定勞動法的調整對象與適用範圍。但在19世紀的德國，「勞工」及其「從屬性」只是一個社會政策概念，主要出現在 Karl Marx（1818-1883）等社會政策學家的論著中。19世紀末20世紀初，帝國保障局在保險法的司法實踐中首次採用人格與經濟從屬性的標準來判斷當事人是否屬於強制被保險人。一戰前，為整合散亂矛盾的立法，勞動契約理論的創始人 Philipp Lotmar（1850-1922）在抽象出「勞工」概念的同時回避了從屬性問題。威瑪共和國成立之後，圍繞「從屬性」概念是否法律化，如何學理化，德國第一代勞動法學者展開了激烈的爭論。這場爭論本質上涉及勞動法如何與公私法結構相容、馬克思主義如何與德國法學的主體性相容的問題。

關鍵詞：勞工、勞動契約、勞動關係、從屬性、法社會學

* 中國人民大學法學院博士生、德國不萊梅大學訪問學者

一、前言

「勞工」¹及其「從屬性」(Abhängigkeit)是德國勞動法的核心概念。從部門法的角度看，勞工的內涵決定了勞動法的適用範圍；²從法律史的角度看，20世紀初，為應對現實中日益嚴峻的勞工問題與難以阻擋的工人運動，學者們以從屬性概念為中心確立起了勞工在法律上的特殊地位，而勞動法作為勞工的身分法，其特質超出了傳統私法理論與技術的能力範圍，因此德國勞動法作為一門新興的法律科學得以成長為獨立的部門法，而從屬性概念是這一學科統一的基石。這一主題之下的部門法研究成果多著眼於技術性的教義學論證，以求為當下日益複雜的勞動關係判定提供理論工具。³而本文旨在從法律史的角度出發，以勞工概念的

- 1 鑒於臺灣勞動法學界統一用語為「勞工」，本文採用「勞工」一詞，專指德國勞動法學界的「Arbeitnehmer」。另，文章中出現的「工人」專指德文的「Arbeiter」。作為生活用語，「Arbeiter」在百年前的德國主要指代從事體力勞作的工人。如第1章所示，在《工商業通則》的歷次修訂中，此詞語也逐漸發展為一個包含手工業、工商業中具體職業的上位概念。
- 2 2017年之前，德國在立法上沒有明確規定過勞工或從屬性概念，而是由法院以從屬性為抽象標準，通過司法裁決爭訟的勞動關係性質。在此期間，《商法典》第84條第1款對獨立營業經營人的定義提供了唯一的有關從屬性的教義基礎。學界通常將「獨立營業經營人」的反面視為從屬性勞工，「從屬性」即不能自由決定活動和工作時間。2017年《有關《勞務派遣法》及其他法律的修正法》第2條在《德國民法典》第611條僱傭契約之下新增第611a條修正案，規定了人格從屬性的核心標準即指令拘束性：指令權可能涉及工作的內容、方式、時間和地點。所謂指令拘束，是指勞工基本上無法自由決定其工作內容和時間。人格從屬的程度與個案中相關的工作性質緊密聯繫。為確定勞工的身分，應當全面評價所有因素。大陸學界的「從屬性」理論引入始於2003年，隨著2017年權威教材《勞動與社會保障法學》的宣告成為學界通說，參閱天，〈平臺用工規制的歷史邏輯——以勞動關係的從屬性理論為視點〉，《中國法律評論》2021：4（北京），頁44。
- 3 林更盛，〈勞動契約〉，收於臺北大學法律學院勞動法研究中心編，《勞動法文獻研究——理解、分析與重構》（臺北，元照，2017），頁1-29；〈勞動契約之特徵「從屬性」一評最高法院八一年度台上字第三四七號判決〉，收於氏著，《勞動法案例研究（一）》（桃園，作者自印，2002），頁1-32。林佳和，〈勞工定義：古典還是新興問題？從保險業務員談起〉，《月旦法學雜誌》245（臺北，2015），頁17-37。邱羽凡，〈勞動契約從屬性認定標準之趨勢與反思——兼論平台工作者之「勞工性」〉，《臺北大學法學論叢》119（臺北，2021），頁141-229；〈自營作業者之勞動保護與「準勞工」立法之初步分析——以德國法為參考〉，《月旦法學雜誌》314（臺北，2021），頁26-46；〈保險業務員法律地位之再檢

構建為線索，還原德國勞動法學誕生之初學術爭鳴的盛況，揭示在工人運動的背景之下，19世紀末主流的實證主義法學如何遭到來自馬克思主義與法社會學的挑戰。

勞工概念發展的線索有兩條。在事實層面上，最初有關勞工的概念大都是針對具體職業的描述性的概念，它們散亂地出現在各領域的立法之中，並從19世紀後期開始走向初步的集中，出現了「工商業工人」（*gewerblicher Arbeiter*）和「職員」（*Angestellte*）這種具備一定類型化含義的概念。同時，鑒於俾斯麥（*Otto von Bismarck*, 1815-1898）促成三大勞工保險法的頒布，作為法律執行機構的「帝國保障局」有義務對個案中出現的強制被保險人進行鑒別和判定。該機構在19世紀末期總結出「人格從屬性」與「經濟從屬性」的標準，這兩大標準不僅為後來成立的「帝國勞動法院」（*RAG*）所繼承，而且為威瑪時期法學界對於勞工概念的討論劃定了框架。

在理論層面上，針對散亂的勞動立法狀況做出統一化嘗試的第一人是 *Philipp Lotmar*（1850-1922）。他將勞工規定為勞動契約中的義務人，並且將勞動契約定義為一切以勞動為標的的有償雙務契約。這種極其寬泛的定義使得勞工概念在他的理論中呈現出一種過度統一的形態，現實中的從屬性被有意忽視了。這種界定概念的方式與 *Lotmar* 的羅馬法學術背景密切相關。威瑪共和國建立之後，第一代勞動法學者面臨的是虛弱的議會民主、分裂的社會階級與激烈的政治鬥爭。為了維護來之不易的民主體制，這些學者開始嘗試在《威瑪憲法》的宣言之下構建統一的勞動法。對於勞工的概念，他們主要在人格、經濟、組織從屬性的框架之下展開爭論。這些學者在理論中大量使用了 *Otto von Gierke*（1841-1921）所創設的專有名詞，然而，他們卻並非每個人都是 *Gierke* 的忠實擁護。從他們的論述方式和相互爭辯之中，後世之人不難窺見德國法學範式在世紀之交的轉換。作為馬克思主義者，同時也是法社會學方法的卓越實踐者，*Hugo Sinzheimer*（1875-1945）以「從屬性勞動」為核心構建出德

討——以大法官釋字第 740 號為中心》，《月旦法學雜誌》285（臺北，2019），頁 92-110。

國勞動法的體系大廈，並因此獲得了「德國勞動法之父」的美譽。⁴

二、一戰前概念的初步發展

德國勞動法在最初的時候，主要是農業工人、礦工、工商業工人等具體職業的特別規範。至 19 世紀 80 年代，它仍然呈現出職業群體法的本質特點，各個州對各個領域（貿易、商業、採礦、運輸、莊園雇工等）有不同的、散亂的規定。隨著世紀之交的 Philipp Lotmar 的開創性聲明，「勞工」（Arbeitnehmer）一詞作為所有職業群體的上位概念才開始被普遍接受。第一次世界大戰之後，勞工概念才被賦予了從屬性特質，出現在集中的勞動立法與學術討論中。⁵本節主要介紹一戰之前，德國立法、司法實踐領域中的一些概念的初步形成與發展。

（一）類型化概念在立法中出現

1. 工商業工人（gewerblicher Arbeiter）

「工商業工人」指的是工業和手工業中的體力工人，包括夥計（Gesellen）、助手（Gehülfen）以及學徒（Lehrlinge）和工廠工人（Fabrikarbeiter）。⁶在早期的德意志，這些工商業從業者處於各個行業的行會（Zunft）的嚴格管理之下。自普魯士引進商業自由之後，成為商業經營者不再有行會會員的前置條件。雖然此時還沒有現代意義上的勞動法制度，但工商業中的僱傭關係開始處於契約自由的原則之下，這使得

4 首次將 Sinzheimer 稱之為「德國勞動法之父」的是 Meißinger，一位在威瑪時代的勞動法實務界非常活躍的律師。作為雇主一方的首席律師，他與 Sinzheimer 在法庭上、國會中以及學術領域進行了無數次對峙。但是在就任巴伐利亞州勞動法院院長之後第二年，即 1952 年出版的著作中，他將 Sinzheimer 稱為「勞動法之父」，全面接受其勞動法理論。見 Ernst Fraenkel, “Hugo Sinzheimer,” *JuristenZeitung* 13, no. 15 (August 1958): 457.

5 Wolfgang Hromadka, “Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht – Zur Diskussion um die „neue Selbständigkeit“,“ *NZA* 14, no. 11 (1997): 572.

6 Otto Kahn-Freund, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, ed. Roy Lewis and Jon Clark, trans. Jon Clark (Oxford: Blackwell, 1981), 238.

現代勞動法具備了產生的基礎。⁷

1845年1月17日頒布的《普魯士一般工商業通則》(Allgemeine Gewerbeordnung)首次規定了一般性的工商業法律規則。在這部文檔中，夥計、助手、學徒作為以獨立營業經營人為中心的從屬性群體被寫進了第7章章節名，工廠工人(Fabrikarbeiter)並沒有在章節名中被提及，條例只是在一系列規範的末尾提到，關於夥計、助手、學徒的規定同樣適用於工廠工人(§145)。

1869年1月21日頒布的《北德意志聯邦工商業通則》(Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund)第7章仍然集中規定了工商業工人的法律關係，其中的勞動法規範首次呈現出統一和詳細的面貌。⁸雖然第7章的標題增加了工廠工人，即為「工商業助手，夥計，學徒，工廠工人」，但直到《工商業通則》(Titel VII. Gesetz, betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung)於1878年7月17日頒布修正的時候，立法者才最終使用總括性的抽象概念來描述上述幾類人，即「工商業工人」。

此外，術語「Arbeiter」在立法中具備具體的「工人」和抽象的「勞工」的雙重含義。如1890年7月29日頒布的《工商業法院法》(Gesetz, betreffend die Gewerbegerichte)第2條第1款規定：「本法所指的勞工(Arbeiter)是指《工商業通則》第7章規定的夥計，助手，工廠工人和學徒。」 (§2 Abs.1)這裡的「Arbeiter」顯然是一個上位概念，而1889年6月22日頒布的《殘障與老齡保險》(Gesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung)第1條第1款規定，強制被保險人包括「工人(Arbeiter)、助手、夥計、學徒或者僕人」 (§1 Nr.1)。這裡的「Arbeiter」和後面的職業類型並列，其含義應當理解為狹義的體力工人。在法律層面之外，「Arbeiter」在生活語境中常一般性地指代普通「工人」。

1900年《德國民法典》生效之後，適用於工商業工人的規範仍然是

7 Reinhard Richardi, "Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag," in *Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, ed. Dieter Wilke (Berlin: Walter de Gruyter, 1984), 609.

8 Dirk Neumann, "Die Gewerbeordnung – nach 100 Jahren arbeitsrechtlich veraltet?," *Arbeit und Recht* 17, no. 6 (June 1969): 161.

不清晰的，他們首先服從於《工商業通則》第 7 章有關具體職業的特殊規定，其次服從於作為一般規定的第 105 至 120e 條，最後服從於《民法典》。適用《民法典》時還可能還需進一步甄別，他們的勞動契約屬於僱傭契約還是承攬契約。⁹但無論如何，《工商業通則》經過歷次修訂逐漸形成了德國勞動法的雛形和前身，「工商業工人」所體現的統一的理念也暗示了之後勞工概念統一的趨勢。20 世紀初，Lotmar 以《工商業通則》對勞動契約的規定為主要參照構建其基本理論體系。威瑪時期，實證主義勞動法學者 Walter Kaskel (1882-1928) 也以工商業工人為原點，將勞動法擴展定義為那些具有與工商業工人類似的保護需求的職業階層的特別法 (Sonderrecht)。¹⁰Heinz Potthoff (1875-1945) 則指出，帝國時期的勞動法是由雇工法、¹¹公務員法和有關工商業勞動關係的法律所組成的。但是雇工法和公務員法是傳統的封建專制國家結構的表達，因此勞動法的重點在於有關工商業工人法律的發展，尤其是在工業化過程中，這個群體已有數百萬人的現實基礎。¹²因此，可以說工商業工人的規範構成了 19 世紀德國勞動法最重要的領域。而以體力勞動為基礎的「工商業工人」概念確定下來之後，稍晚還形成了以腦力勞動為基礎的「職員」概念。

9 Hugo Sinzheimer, “Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland” (1914), in his *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*, ed. Otto Kahn-Freund and Thilo Ramm (Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1976), 38.

10 除了工商業工人之外，這些職業階層還包含技術或商業事務員、農業勞工、僕役、海員等。見 Martin Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis während der Weimarer Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005), 164f.

11 雇工 (Gesinde) 在一種廣義的家庭環境中從事輔助性工作，包括家庭領域、農業領域和工商業領域。見 Rainer Schröder, “Gesinde,” in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 10. Lieferung, ed. Albrecht Cordes et al. (Berlin: Erich Schmidt, 2004), 319f. 19 世紀初期，雇工大概占德國總人口的 10%，但當時的德國沒有統一的雇工法，各個地區通常有不同的規定。以普魯士為例，直至 1794 年《普魯士一般邦法》制定之前，普魯士存在 30 個不同的雇工條例。這些條例大多在規則內容上都很相似，只是在表達方式上有細微的區別。見 Mieka Sagemann, *Kanckenfürsorge für das Gesinde* (Baden-Baden: Nomos, 2013), 89.

12 Marie Louise Seelig, *Heinz Potthoff (1875-1945) – Arbeitsrecht als volkswirtschaftliches und sozialpolitisches Gestaltungsinstrument* (Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008), 59.

2. 職員 (Angestellte)

「職員」在現代主要被理解為白領工人。職員作為一個階層誕生於 19 世紀，與工業化息息相關。從歷史上看，他們最初存在於藍領工人 (Arbeiter) 的陰影下，其重要性在後來才逐漸增大。當時的文獻對商業助手 (Handlungsgehilfe)、私事務員 (Privatbeamter)、私職員 (Privatangestellte) 等概念交替使用，反映了規範的混亂狀況。¹³

職員進入立法大概是在 1890 年代左右。1889 年 7 月 13 日頒布的《殘障與老齡保險法》(Bekanntmachung des Textes des Invalidenversicherungsgesetzes) 首次確立了作為上位法律概念的職員。它規定，強制保險的對象包括：「企業事務員 (Betriebsbeamte)、商業助手 (Handlungsgehilfen) 以及商業學徒 (Handlungslehrlinge)，以及其他以報酬性工作為主要職業的職員 (Angestellte)」 (§1 Nr.2)。1890 年 7 月 29 日頒布的《工商業法院法》(Gesetz, betreffend die Gewerbegerichte) 第 2 條第 2 款規定：「本法所指的工人 (Arbeiter) 也包括企業事務員

13 最初，私職員的概念包含收銀員 (Kassierer)、會計 (Buchhalter)、通訊員 (Korrespondenten)、企業經理 (Betriebsleiter) 等職業種類。因此職員在當時居於特殊的信任地位。到了 20 年代許多工業領域的職員也用私事務員 (Privatbeamte) 一詞進行描述，這暗示了他們在私營部門中具有類似公務員地位，其特徵是對雇主忠誠，具有服務精神，參與公司規則制定，有下達命令的權力以及較高程度的解僱保護。見 Thomas Haipeter, ed., *Angestellte Revisited-Arbeit, Interessen und Herausforderungen für Interessenvertretungen* (Wiesbaden: Springer VS, 2016), 36; Seelig, Heinz Potthoff, 141. 職員階層的分化是一個漫長的過程。例如，在西門子—哈爾斯克 (Siemens & Halske) 公司中，管理機構的成員 (包括沒有管理職能的成員) 開始被稱為事務員 (Beamte)，這顯然類似於國家公務員 (staatlichen Beamten)。這個群體的初步區分性在於，與工人相比，他們具備一系列優勢待遇。底層職員的收入雖然與體力勞工差不多，社會地位卻有所不同。在最初的幾十年中，勞動力的規模還非常有限。如在 1850 年代和 1860 年代，一名「事務員」只管理 10 至 15 名工人。由於工業化初期合格的工人很少。因此，大約有一半的「Beamte」是從以前的工人中招募的——如師傅 (Meister) 和繪圖師 (Zeichner)，他們如果被招募為「事務員」，在當時將被看作是一種身分的提升。作為事務員的好處是，除了工資薪酬之外，還可以分享公司利潤，縮短工作時間 (從 1880 年開始為 7.5 小時，而工人的工作時間為 9.5 小時)，事務員也受到較少的監督，還有假期、生病期間工資繼續支付等其他社會福利。見 Jürgen Kocka, *Die Angestellten in der deutschen Geschichte 1850-1980: vom Privatbeamten zum angestellten Arbeitnehmer* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981), 23.

(Betriebsbeamte)，工頭 (Werkmeister) 和受託提供更高技術服務的**職員** (mit höheren technischen Dienstleistungen betraute Angestellte)，其年薪不超過 2,000 馬克。」 (§2) 可以看出，職員最初出現在法條中時暗示知識勞動以及高技術含量的工作。¹⁴

Sinzheimer 認為，除了上述適用《工商業通則》的幾種職員之外，同樣被視為職員的職業還包括適用《商法典》(Handelsgesetzbuch) 規定的商業助手 (Handlungsgehilfen) (§59 Erstes Buch, Handelsstand)，適用《民法典》相關條文的財產職官 (Güterbeamten)，辦公室主任 (Bürovorsteher)，協會秘書 (Verbandssekretäre)，公益企業職員 (Angestellten gemeinnütziger Unternehmungen)。¹⁵Potthoff 更是認為適用於職員的法律在當時大概有 50 部。¹⁶由此看來，儘管職員在實證法中已經以類概念的形式出現，但是它的整體法源狀況仍然非常混亂。

此外，從法律上職員概念逐漸形成的這個時期開始，現實生活中職員人數不斷增加，他們的經濟條件卻開始惡化，越來越接近於工人階級。之後，為抗議這種階層下滑趨勢，要求職員階級的特別待遇的職員運動興起。¹⁷在當時，俾斯麥平息勞工運動的努力是徒勞的。1890 年社會主義鎮壓法廢除後，工人運動越來越猛烈，職員和工人之間聯動的危險使得帝國政府對差異化政策更加謹慎。¹⁸於是在第一部社會保險法頒布 28

14 《殘障與老齡保險法》、《工商業法院法》中雖然出現了職員的概念，但一部是保險法，一部是程式法，都不是實體勞動法規的載體。1891 年 6 月 1 日修訂《工商業通則》(Gesetz, betreffend Abänderung der Gewerbeordnung) 時，對於服從《工商業通則》的企業事務員 (Betriebsbeamte)，工長 (Werkmeister)，技術人員 (Techniker) 的工資繼續支付和解約告知期間進行了規範，使他們獲得了與商業助手同等的保護，此時這幾類職員才有了明確的實體法規範 (§133a, 133c)。

15 Sinzheimer, "Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland," 53.

16 Seelig, *Heinz Potthoff*, 145.

17 實際上職員運動並沒有工人運動那麼廣泛，其內部也有不同利益集團之間的鬥爭。「他們在尋找自己身分的同時爭取政治社會接納……既不能退縮到任何傳統之中，也不能在政治辯論中取得天然主體性。面對其他早已存在的群體進行自我辯護的壓力是如此之大，以至於內部分裂和衝突幾乎是不可避免的。」而職員相關法規的混亂也是造成這種狀況的原因之一，因而「建立法律基礎將更加必要，因為這可能在內部創建身分，並在外部解決衝突」。因此有關職員的統一立法在威瑪共和國的立法議程上占據重要地位。見 Seelig, *Heinz Potthoff*, 153.

18 Haipeter, *Angestellte Revisited*, 39.

年之後，立法者又針對職員制定了另一部保險法。¹⁹1911年12月20日頒布的這部《職員保險法》（*Versicherungsgesetz für Angestellte [VGfA]*）成為職員階層化過程中一個明顯的里程碑，確立了職員在社會政治中的優勢地位。

總的來說，戰前的勞動法以現實生活中的工商業工人和白領職員為主要規範對象，立法中已經出現了初步的抽象型類概念，但具體規範內部的區分標準並不清晰。Sinzheimer 總結道，「勞工的類型更多是由企業的類型所決定，而非勞工本身的特性」。例如，根據《商法典》第 59 條，商業助手指在商業企業（*Handelsgewerbe*）中承擔商業性勞務而被有償僱用的人。當商業助手為商人記帳的時候，屬於《商法典》中的商業助手。然而當他為了農業地主，或為公益企業中的律師，或者在職業協會中做同樣的記帳工作時，則失去了《商法典》中的權利而成為《民法典》中的職員。工商業工人也存在這種狀況。在建築活動中做木工的人，享受所有《工商業勞動條例》提供的特殊保護。但是當他在農業勞動中或者在城市消防點做木工的時候，就失去了這些保護。Sinzheimer 認為這種勞工群體在法律上的隔離是現行法律缺乏統一性的原因，而「這種隔離僅是歷史巧合，不具備任何客觀理由」。²⁰

19 「職員」概念在政治和法律意義上確定下來之後，在日常公共討論中也開始普遍地作為類概念使用，在職業群體內部也逐漸取代了諸如私事務員（*Privatbeamte*）或商業助手（*Handlungsgehilfe*）之類的其他術語。其中，「商業助手」（*Handlungsgehilfe*）一詞至 20 世紀中葉才逐漸消失。之所以存續時間較長，一方面是因為它很容易區分為一個子類別。但最主要的原因是 1897 年《商法典》賦予了其規範基礎。參 Haipeter, *Angestellte Revisited*, 42.

20 Sinzheimer, “Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland,” 37. 以 1911 年的《職員保險法》的制定作為契機，Sinzheimer 論證了勞動法不應當止步於職員群體，倡導一種包含所有勞工的統一勞動法的理念。他呼籲道：「底層的職員或工人，不管是否具備管理職能，不論年薪幾千馬克或是日薪幾馬克——所有人都服從於勞動法。」Sinzheimer 也承認，當時尚不具備勞動法典化的條件，但是追求統一的司法管轄權是可行的。見 Hugo Sinzheimer, “Die Neuordnung des Arbeitsrechts” (1919), in his *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*, ed. Otto Kahn-Freund and Thilo Ramm (Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1976), 65.

(二) 帝國保障局對強制被保險人的判斷

1883年6月15日頒布的《疾病保險法》(Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter)、1884年7月6日頒布的《意外事故保險法》(Unfallversicherungsgesetz)和1889年6月22日頒布的《殘障與老齡保險法》(Gesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung)使得德國成為社會保險制度的先驅。所謂強制被保險人,在《疾病保險法》中,是「以薪俸或工資作為對價被僱用的人(beschäftigen)(§1)。在《意外事故保險法》中,是特定的工作場所(Betrieb)裡「被僱用的工人(Arbeiter)和企業事務員(Betriebsbeamten)」(§1)。*《殘障與老齡保險法》*中的強制被保險人包括:「1. 工人(Arbeiter)、助手(Gehülfen)、夥計(Gesellen)、學徒(Lehrlinge)或僕役(Dienstboten),以工資或薪俸為對價被僱用的人;2. 企業事務員(Betriebsbeamte)、商業助手(Handlungsgehülfen)以及商業學徒(Handlungslehrlinge)」(§1 Nr.1, 2)。

強制保險的引入使得有必要確定每個案件的狀況,並由「仲裁庭」(Schiedsgerichten),以及配備有帝國統一和跨部門法院的帝國保障局(Reichsversicherungsamt)對此進行裁決。²¹以上述規範為前提,帝國保障局對於強制保險義務的判斷不考慮具體職業,主要考察存疑的人是否「根據薪俸或者工資而被僱用(beschäftigen)」。其主要判斷標準在於,被僱用的這個人是否應當被理解為那些獨立提供勞務給付的人,即作為承攬人(Unternehmer)工作的人,如果答案是肯定的,則不存在強制保險義務。正是在判斷過程中,一個統一的勞工概念的雛形形成了,即「在職者」(Beschäftigten)。這個概念的本質特徵是承擔非獨立勞動(unselbständig Arbeit)²²,它後來成為德國社會法(Sozialgesetzbuch)的核心概念(§7),如同勞動法中的「勞工」。²³

21 帝國保障局成為後來的社會法院的前身,它對後來民法和勞動法領域的判例法具有重要影響,見 Hromadka, “Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht,” 572.

22 Richardi, “Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag,” 612.

23 Sozialgesetzbuch IV §7: 「在職(Beschäftigung)是指非獨立勞動,它在勞動關係中尤其顯著。」二戰之後,德國社會法與勞動法分立,成為一個獨立而狹窄的公法領域。但是,這種分立也並非再無商榷空間可言。見 Manfred Weiss, “Arbeitsrechtswissenschaft auf den Spuren Hugo Sinzheimer,” in *100 Jahre*

在 1887 年一項關於《事故保險法》的案件中，帝國保障局已經基本確定了方向：它認為，在日常工作結束後，不定期在印刷和紡織廠工作的剪工是保險法意義上的工人（Arbeiter），因為雖然他「與工廠的企業家只有臨時的而非持續的從屬關係。但是在這段關係期間，企業家有下達有關工作內容指令以及制定工作場所規則的指揮權」²⁴。

關於強制被保險人的主要爭論集中於《殘障與老齡保險法》。對此，帝國保障局在 1890 年 10 月 31 日發行的《有關殘障與老齡保險的被保險人範圍的指導意見》²⁵中，對不固定職業，學徒與助手，企業事務員，以及董事、監事、高階經理人的保險義務判斷總結出了初步標準。1905 年 12 月 6 日，帝國保障局進一步制定了《有關 1889 年 7 月 13 日的殘障保險法適用範圍的條例》²⁶，這份文件給出了強制被保險人資格的詳細判斷標準。

首先，它開門見山地指出，「保險義務在以下情況產生，即可以證明員工對其雇主產生了經濟以及人格的從屬關係。」

其次，它列舉了具體的經濟和人格從屬關係的標誌，包括：

- ① 是否向企業融入，也就是考察存疑的人從事的是否是屬於這個企業必不可少的業務活動。

Rechtswissenschaft in Frankfurt, ed. Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2014), 584.

24 Reichsversicherungsamt, *Amtliche Nachrichten des Reichs-Versicherungsamts*, 3. Jahrgang (Berlin: A. Asher, 1887), Nr.308, pp. 50f; 同時請參橋本陽子，〈勞動法・社會保險法の適用對象者（二）——ドイツ法における労働契約と労働者概念——〉，《法學協會雜誌》120：8（東京，2003），頁 1517 以下。之後，帝國保障局在 1890 年的決定中補充說道，「勞動者身分只能根據具體情況判斷。如果涉案人員擁有自己的企業設施和生產資料……除了雙方簽訂的協議和他的一般社會地位外，從外部企業獲得的報酬是否具有企業家利潤的性質，或只是單純的工資」，是重要判斷標準。見 Germany Reichsversicherungsamt, *Amtliche Nachrichten*, vol. 6 (LaVergne, TN: Nabu Press, 2021), Nr.857, p. 494.

25 見 Reichsversicherungsamt, *Amtliche Nachrichten des Reichs-Versicherungsamts, Invaliditäts- und Altersversicherung*, 1. Jahrgang, (Berlin: A. Asher, 1891), 4ff. 具體內容也可參照橋本陽子，〈勞動法・社會保險法の適用對象者（二）〉。

26 Reichsversicherungsamt, *Amtliche Nachrichten des Reichs-Versicherungsamts*, 21. Jahrgang (Berlin: A. Asher, 1905), 615-655. 以下材料轉引自橋本陽子，〈勞動法・社會保險法の適用對象者（二）〉，頁 1520 以下。

- ② 是否擁有高價設備，是否擁有具備資本的獨立企業，所獲得的報酬是單純的工資，還是包含資本利潤的企業家收入。
- ③ 如果在自己的工作場所或自己的住宅中勞動，有自由決定勞動的時間長短、順序以及分配的可能性。
- ④ 人格從屬性在委託者對具體的勞動執行進行指揮監督，規定勞動時間、勞動成果、應當適用的程式的情況下尤其顯著。但這條標準並不絕對：獨立營業經營人同意根據委託者單方面指示進行工作的情況也存在，但是不具備人格從屬性；長時間工作的雇工、學徒、低級職員等，也有受監督指揮約束不多的情形。
- ⑤ 可以對於第④點補充判斷的標準是，工作是否要求特別的知識和能力。如果某人基本上只對勞動成果負責，委託的執行是根據自己的裁量，由自己承擔責任，則應當否定保險義務。
- ⑥ 如果存在有效的契約關係，或有持續性的約定，這種情況下應當肯定此人的非獨立性，但在只有個別委託的情況下應當將其認定為承攬人。
- ⑦ 是否是專屬性勞動。
- ⑧ 勞動是否必須由人來完成。
- ⑨ 報酬的種類和計算方法原則上是沒有意義的。但報酬形態和勞動關係的狀態之間有一定的內在關聯，在案情模糊的情形下，如果是計時工資則肯定保險義務，如果更近似承攬利潤的分配方式，則否定保險義務。
- ⑩ 如果當事人有償使用輔助勞動力，則本質上類似於獨立的營業經營者。

其中第②條是典型的經濟從屬性判斷標準。而①條是組織從屬性的典型定義，在帝國保障局這裡屬於人格從屬性的下位標準，此外第③④⑤⑥⑦⑧⑩條都是針對人格從屬性制定的具體標準。第⑨條雖然有關報酬形態，但是計時工資與承攬利潤的區別本質上還是針對非獨立勞動與承攬勞動的差異問題。由此可見儘管帝國保障局抽象出經濟與人格從屬性並行的理論，但其中判斷的重心在於人格從屬性。²⁷

27 此外，帝國保障局認為，出於實務理由應當對「在職關係」進行統一判斷，因此

帝國保障局作為一個行政、司法一體，甚至兼任部分立法功能的綜合性機構，為了確定強制保險的適用對象，必須劃定一個特殊的人群範圍。它根據勞工的社會經濟地位，判斷其是否適用法定保險義務，從而將這個範圍的中心術語確定為「在職者」(Beschäftigten)，並且將在職者直接理解為勞工 (Arbeitnehmer)。在當時，在職關係 (Beschäftigungsverhältnis)、僱傭關係 (Dienstverhältnis)²⁸和勞動關係 (Arbeitsverhältnis)、從屬關係 (Abhängigkeitsverhältnis)²⁹沒有差別。³⁰從這點上看，勞動法與社會保險法從一開始就具有密不可分的關係。

有關帝國保障局採納並發展從屬性概念的具體原因，由於史料所限，本文恐難給出完整的回答。筆者認為，雖然具體的過程無法查明，但是此概念的採納是十分順理成章的事情。因為勞動法是工業化的產物，是為了應對工業化帶來的所謂勞工問題 (Arbeiterfrage) 的解決方案之一。而從屬性概念總結了勞工所面臨的最普遍的困境，因此它在進入法律領域之前，已在社會政策學家 (例如 Marx、Brentano 等) 的著述中被反復提及。為了避免勞工革命推翻國家統治，俾斯麥領導創造了世界上第一個國家社會保險法律體系，保險法律作為一種懷柔政策，針對的就是以從屬性為基本特征的、最容易掀起革命的勞工階層，而非社會中的一般性弱者。³¹此外值得提及的是，帝國保障局成立後一段時間內，其所作的判決甚至被評價為「過於親近工人」，尤其是在企業事故的認定

對於從事多種工作的人，應當著眼於其主要活動，整體上對其是否服從保險義務進行判斷。在這種情況下，「員工的生活和經濟地位是非常重要的」，經濟從屬性在這裡可能會發揮更大的作用。

- 28 僱傭關係主要是指基於之後頒布的《德國民法典》第 611 條的僱傭契約 (Dienstvertrag) 而成立的法律關係。
- 29 從屬關係指的是威瑪共和國時期主流學者以從屬性為核心構建起來的勞動關係。威瑪共和國時期學者們對於「勞動關係」有不同的見解。
- 30 Hromadka, "Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht," 572.
- 31 德國傳統的干預主義的實踐，官僚機構的巨大聲望，保守主義、天主教和部分資產階級中社會改革的悠久傳統，都是德國最終走向國家強制保險立法的重要因素。其中根本原因是，自 1875 年以來統一起來的社會主義政黨動員了大批工業新教徒工人，他們對君主體制造成威脅。因此，保險的重點對象不是那些真正貧困的人，而是那些工人黨派的成員，尤其是處於穩定僱傭關係之中的工商業工人，包括專業工人和手工業學徒等。見 Gerhard A. Ritter, *Soziale Frage und Sozialpolitik in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts* (Opladen: Leske + Budrich Verlag, 1998), 28.

上。這種傾向的形成有非常複雜的原因。且不說帝國保障局內部的工人代表有發言權，帝國政府自身的人事動態也驅使其判決朝著有利於工人的方向發展。作為帝國保障局第一任局長、《事故保險法》的主要顧問，Tonio Bödiker（1843-1907）從立法起始，思路就相當務實，他將保險法的目的設定為「即使不能吸收社會革命分子，至少也要預防革命爆發」。儘管這種路線曾遭到「聯合左翼」的抨擊，但是這並不影響務實導向的帝國保障局採納「從屬性」這個左翼概念。此外，Bödiker 一直致力於不斷擴大帝國保障局的權力，使其升級為一個能夠與帝國內務部平起平坐的專業性機構。這也可以解釋為什麼該機構在未來二十年的判決中不斷對這個概念進行發展，在精進保險業務的同時盡力籠絡社會民主黨人。³²

總而言之，帝國保障局所抽象出的「人格和經濟從屬性」標準的確成為了威瑪時期勞動法學家們構建勞工概念的核心框架，而且被後來成立的帝國勞動法院採納。³³但是，帝國保障局提供的是目的明確、可操作性強的實踐性知識，這種標準在此時只有操作指南的作用。「從屬性」的學理基礎是進入 20 世紀後，通過勞動法學家們的進一步討論才逐漸清晰的。到那時，工人運動更加勢不可擋，1919 年 8 月 11 日頒布的《威瑪憲法》（*Verfassung des Deutschen Reichs*）又提出制定統一勞動法的政治要求（§157），因而教義學和法理學面臨的問題更加複雜。

32 帝國保障局最初是一個只有三名高級公務員的辦公室，之後成為一個有名望的大型機構，與 Bödiker 的努力是分不開的。見 Ludwig Fuld, “Die Entwicklung des Reichsversicherungsamtes,” *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 58, no. 1 (February 1892): 744ff; Florian Tennstedt, “Das Reichsversicherungsamt und seine Mitglieder – einige biographische Hinweise,” in *Entwicklung des Sozialrechts, Aufgabe der Rechtssprechung: Festgabe aus Anlass des 100jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtssprechung*, ed. Georg Wannagat (Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1984), 47ff.

33 帝國勞動法院一開始就採納了人格從屬性與經濟從屬性並行的標準，後來改為二者擇其一，最後確定人格從屬性為唯一標準，見 Nadine Däumichen, *Erich Molitor – Mitbegründer der neueren Arbeitsrechtswissenschaft: Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag zu Zeiten der Weimarer Verfassung und des Dritten Reichs* (Berlin: Duncker & Humblot, 2012), 78f.

三、第一代勞動法學者

(一) Philipp Lotmar 的學術貢獻

Philipp Lotmar 是德國勞動法的開山鼻祖。³⁴1902 年，他在《德意志帝國私法中的勞動契約》（*Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*）中開創性地使用「勞動契約」（Arbeitsvertrag）的概念，來描述所有的有償雙務勞務給付契約。同時，他以「勞工」（Arbeitnehmer）一詞來指代這種契約中的勞務給付方，以「雇主」（Arbeitgeber）指代勞務的受領方。³⁵

Lotmar 所構建的這一組概念最重要的特徵是，「勞工」和「雇主」只表述他們在簽訂契約的時候在法律關係中所占據的相對、暫時的當事人地位，與他們的經濟社會地位無關。「雇主和企業家，勞工和工人，這些概念並不重合。」³⁶雇主不必定是企業家，企業家也可以是勞工；勞工不必定是工人，工人也可以是雇主。「雇主」和「勞工」指的是純粹法律的且是私法的概念，而企業家和工人表達的是經濟概念。³⁷Lotmar 將自己對術語加工所使用的法學方法稱為「一般化」（Generalisierung），即在討論的時候把「不具有法學意義的關聯因素」（nichtjuristischen Associationen）進行排除，把「一般性的、本質的東西總結為一致的名

34 Philipp Lotmar 生於 1850 年，於 1876 年取得慕尼黑大學的羅馬法教席，1878 年為了抗議俾斯麥的社會主義者鎮壓法，加入了社會民主黨，1888 年接替 Julius Baron（1834-1898）成為瑞士伯恩大學的羅馬法教授。在這所大學教研期間，Lotmar 的研究重心由羅馬法轉向現行法，分別於 1902、1908 年寫成了《德意志帝國私法中的勞動契約》兩卷本，成為了德國勞動法學的先驅人物。

35 在這個複合詞中，「Arbeit」意味著勞動機會，「Nehmer」意味著接受的人，因此本意為「勞動的接受者」，相應的，雇主（Arbeitgeber）一詞本意為「勞動的提供者」。見 Philipp Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I (Leipzig: Duncker & Humblot, 1902), 60.

36 作為一個語言學的證據，Lotmar 舉出了民法典中承攬契約的承攬人概念，即「Unternehmer」，其本意是企業家，但是在承攬契約中卻用來描述勞工一方，見 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 63.

37 同前註。

稱」，目的是為了實現「法學精確性」。³⁸經過一般化處理之後的這兩種術語，對於每種類型的勞動契約的當事人都可運用。因此，在他的理論中，醫生甚至也是病人的勞工。³⁹

Lotmar 並非沒有注意到後來成為爭議焦點的從屬性問題，他看到了「許多僱傭契約和承攬契約的勞工處於強烈的人格從屬性之中」，但是他認為，這種從屬性主要源自於「當事人的人格，也就是勞工的經濟劣勢或者糟糕的教育程度，這些都是在契約簽訂以前就存在的」，⁴⁰不是契約的要件或效果。鑒於他使用的勞工概念是以勞動契約為基礎的當事人概念，自然也就排除了處於契約之外的從屬性因素。

Lotmar 對「純粹法學」的「勞工」和「勞動契約」概念的教義化改造進行得非常徹底。19 世紀末帝國保障局和社會政策改良派⁴¹關注的焦

38 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 61f.

39 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 63f. 1902 年，Lotmar 在《德意志帝國私法中的勞動契約》第一卷中總結的立法中出現過的屬於「勞工」的概念包括：公務員（Bediensteter）、服務提供者（zur Dienstleistung Verpflichteter）、處分權人（Vergütungsberechtigter）、職員（Angestellter）、企業家（Unternehmer）、律師（Rechtsanwalt）、海運承運人（Verfrachter）、承運人（Frachtführer）、行紀人（Mäkler）、教師（Lehrer）、家庭教師（Erzieher）、消遣陪同（Gesellschafterin）、私事務員（Privatbeamter）、企業事務員（Betriebsbeamter）、監督事務員（Aufsichtsbeamter）、會計事務員（Rechnungsbeamter）、商業助手（Handlungsgehilfe）、商業代理（Handlungsagent）、工人（Arbeiter）、工資工人（Lohnarbeiter）、日雇工人（Tagearbeiter）、工廠工人（Fabrikarbeiter）、職業工人（Berufsarbeiter）、專業工人（Facharbeiter）、領航員（Lotse）、企業看管（Betriebsaufseher）、工人看管員（Arbeiteraufseher）、工長（Werkmeister）、機械技術人員（Maschinentechner）、建築工程師（Bautechniker）、化學工作者（Chemiker）、繪圖員（Zeichner）、夥計（Geselle）、助手（Gehilfe）、水手（Schiffer）、船員（Schiffsmann）、海員（Seemann）、領筏人（Floßführer）、划船人（Floßmann）。見 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 61.

40 Philipp Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band II (Leipzig: Duncker & Humblot, 1908), 859.

41 社會政策學會（Verein für Sozialpolitik）於 1872 年成立於艾森納赫。它成立的直接目的就是為了探討當時的「社會問題」，即所謂「勞工問題」（Arbeiterfrage）。學會中占據主流的是國民經濟學的歷史學派，也有社會科學的大學教授和若干高級官員，他們在當時的曼徹斯特自由主義和馬克思主義之間摸索第三條道路。隨著國民經濟學逐漸退出社會政策領域，完成學科自我科學化建設，法學接過了這項任務。1900 年成立的社會改良協會（Gesellschaft für Soziale Reform）作為社會政策學會的繼承者，其中的法學家明顯占據大多數，其成員也體現了更強的實踐

點都在於勞工本身的經濟社會地位，在這種趨勢中，Lotmar 反其道而行之，將勞工的概念高度抽象，並且尤其強調概念與社會經濟身分之間的脫離，這使得他的工作看起來不合時宜。但必須考慮的是，在世紀之交的德國，儘管《工商業通則》中勞動保護規定的集中化趨勢暗示勞動法發展為獨立部門的苗頭，但整體的勞動立法仍然是非常散亂的，而《民法典》的頒布不僅沒有解決問題，反而使問題更加複雜。⁴²這與之後 Sinzheimer 這一代的勞動法學者面臨的問題十分不同。

Lotmar 真正的關切在於，如何在現行混亂的立法之下，找到現代勞動領域法律適用的普遍法則。在提取勞動契約概念的過程中，他沒有放棄從羅馬法中繼承的、由潘德克頓法學發揚光大的方法，他認為這才是法學家的方法。他認為，法學家的任務是揭露實證法中的規則，而不是成為法律政策中的戰鬥者。⁴³「法學家可能在某個領域中，眼看自己的私法教義工作讓位於經濟事實的影響，但僅憑這一點不能使他放棄他的科學任務。他應將進一步的指揮權交給政治家，因為人們不能期待法學家使用非法學的手段。」⁴⁴對於 Lotmar 來說，這不只是劃定法律科學界限的問題，而且是對法學自主性與傳統法律方法的捍衛，即對運行方式為歸類、抽象、概念化、體系化以及邏輯推演的形式實證主義（formalist Positivism）的捍衛。⁴⁵

（二）威瑪共和國的勞動法學者

德國一戰戰敗之後，為應對共產主義運動和激進的委員會運動造成的動盪秩序，新成立的帝國勞動部⁴⁶倉促地出臺了一系列勞動法案。⁴⁷這

性傾向。見 Seelig, *Heinz Potthoff*, 72ff.

42 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 343.

43 Michel Coutu, "Max Weber on the Labour Contract: Between Realism and Formal Legal Thought," *Journal of Law and Society* 36, no. 4 (December 2009): 564.

44 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 26.

45 Coutu, "Max Weber on the Labour Contract," 565.

46 立法工作方面，由部長 Gustav Bauer（1870-1944，社民黨，任職至 1919 年 6 月）、Alexander Schlicke（1863-1940，社民黨，任職至 1920 年 6 月）、Heinrich Brauns（1868-1939，中央黨，任職至 1928 年 6 月）、Rudolf Wissell（1869-1962，社民黨，任職至 1930 年 3 月）和 Adam Stegerwald（1874-1945，中央黨，任職至 1932

些法案在豐富勞動立法的同時，也導致勞動法的碎片化越發嚴重。為了彌合這種碎片性，此前只是由幾個社會政策學家所宣導的統一的《勞動法典》現在成為了緊迫的政治任務。之後的《威瑪憲法》第 157 條第 2 款直接宣告了「帝國將制定統一的勞動法」 (§157)。1919 年 5 月 2 日帝國勞動部成立了由 19 人組成的統一勞動法立法委員會，後組成若干下級委員會，陸續制定了團體協約法、勞動保護法、一般契約法、職業介紹法、勞動法院法的草案。後來由於政府結構的劇烈變化以及後期勞資關係的惡化，立法委員會缺乏必要的連續性和有力的政治支持，法典化任務最終並沒有完成，可謂遺憾。但另一方面，緊迫的局勢和緊急的立法任務引發了學界的理論爭鳴，使得威瑪時期的勞動法學為後世德國勞動法奠定了扎實的學理基礎。在進入具體問題討論之前，本節先簡介參與學術爭論的主要人物。

Thilo Ramm (1925-2018) 認為，威瑪時期勞動法學界的代表人物有四位，分別是 Hugo Sinzheimer、Heinz Potthoff、Walter Kaskel 和 Erwin Jacobi (1884-1965)。由於這四人之間不僅存在完全不同的法學思想和方法論，他們的社會經驗、社會地位也有巨大的差異，這為威瑪時期勞動法學派的分流奠定了基礎。⁴⁸

首先是以 Hugo Sinzheimer⁴⁹ 為代表的法蘭克福學派，他們主要採取

年 5 月) 領導，他們都是前官員，或者是由於其專業活動與自由或基督教工會聯繫密切，整體人員分布在德國的政治光譜中處於中間偏左位置，與左翼相比又偏右。可想而知，在當時的局勢之下為了穩住左右極端的政治勢力而進行勞動立法，是非常艱巨的一項任務。見 Thomas Bohle, *Einheitliches Arbeitsrecht in der Weimarer Republik: Bemühungen um ein deutsches Arbeitsgesetzbuch* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1990), 1.

47 如 1918 年 11 月 23 日頒布的《勞動時間法》(Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter)、1918 年 12 月 23 日頒布的《集體協定條例》(Tarifvertragsverordnung)、1923 年 10 月 30 日頒布的《仲裁條例》(Verordnung über das Schlichtungswesen)。

48 久保敬治，《新版 ある法學者の人生 フーゴ・ジンツハイマー》(東京，信山社，2001)，頁 158 以下。

49 Hugo Sinzheimer 在慕尼黑、柏林、馬爾堡以及哈勒完成了大學學業，1903 年在法蘭克福成為律師。他主要在工商業法院代理案件，也參與政治刑事訴訟。他是社會改良協會的成員，在其中他一再主張對團體協約進行立法規定。作為社會民主黨成員，Sinzheimer 是威瑪共和國成立初期的國民議會議員，參與了《威瑪憲法》的制定。1919 到 1920 年，他任統一勞動立法委員會的成員。他後來成為法蘭克

馬克思主義立場與法社會學方法，其中活躍的學者包括 Heinrich Rosin (1855-1927)、Wilhelm Silberschmidt (1862-1939)、Heinz Potthoff 以及 Stephan Bauer (1865-1934)。以 Sinzheimer 和 Potthoff 為代表，這個學派的成員更偏實務，與大學學界的關係是疏離的。⁵⁰

其次是以 Walter Kaskel⁵¹為代表的柏林學派，他們主要採取法實證主義的立場，認為法社會學的方法論是「向曾經的社會政策勞動法理論的退行」，應當予以排斥，主張以實證主義的方式將勞動法體系化。這個學派是官僚學派，其成員很多都是帝國政府的高級官員。Kaskel 自己將柏林學派的特色總結為：「第一，處理個別的課題的時候，嚴守法學的立場，排除政治的議論。第二，以法實證的方法為基調，不採取法史的、比較法的、法事實的、社會學的處理方法」。⁵²

第三是作為柏林學派旁系的科隆學派，以 Alfred Hueck (1889-1975)⁵³、Hans Carl Nipperdey (1895-1968)⁵⁴為代表，憑藉二人分別於 1928

福大學的名譽教授。1933 年，他作為猶太人被迫移民到荷蘭，從 1936 年開始，他主要在萊頓大學教授法社會學。見 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 217.

- 50 比如，Wilhelm Silberschmidt 的主要職業是法官，自 1920 年夏季，在威瑪時期沒有配置勞動法專任教授的慕尼黑大學擔任勞動法講師。Rosin 的主要職業也是律師，同時在法蘭克福大學擔任客座教授講授勞動法。Bauer 的主職是在 1890 年創立的勞工保護立法國際協會擔任書記長，同時在巴塞爾大學作為客座教授講授勞動法。見久保敬治，《新版 ある法學者の人生》，頁 158 以下。
- 51 Walter Kaskel 在柏林、慕尼黑、弗萊堡完成了法學的學業。他曾在柏林地方法院與帝國保障局任職，1913 年時成為了柏林大學的私人講師，之後成為了統一勞動立法委員會的成員，1920 年成為了副教授，1925 年的夏季成為了柏林大學的教授。直到 1921 年，他一直是市政勞動辦公室的負責人，復員委員會的主席和市政應急部門的負責人。見 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 162.
- 52 久保敬治，《新版 ある法學者の人生》，頁 163 以下。
- 53 Alfred Hueck 生於 1889 年。他在弗萊堡、慕尼黑、明斯特完成大學學業，1913 年取得博士學位。他於 1914 年開始擔任地區法院法官，之後直到 1925 年在哈根州法院工作。1918 年在明斯特，憑藉已經出版的著作《連續給付契約》獲得任教資格。1925 年在耶拿大學成為了教授。1935 年去了慕尼黑大學，直到 1958 年退休。1920 年出版了《團體協約法律》，1928 年和 Nipperdey 一起編著了勞動法教科書，Hueck 在其中負責個別勞動法部分。見 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 280.
- 54 Hans Carl Nipperdey 在海德堡、萊比錫、耶拿完成大學學業，1917 年在耶拿大學憑藉《以威脅為基礎的敲詐勒索之邊界——以現代勞資糾紛為中心》獲得博士學位。1920 年在耶拿大學憑藉《強制締約與附和契約》獲得任教資格，1924 年在耶

年、1930年出版的體系化著作《勞動法教科書》兩卷本，科隆學派和其他三個學派比起來具有壓倒性的影響力。而且，這個學派和其他三派比起來，由於不存在猶太學者，在後來的納粹體制之下得以倖存。⁵⁵

最後是同樣以法實證主義為基調、謀求勞動法體系化的萊比錫學派，其代表人物是 Erwin Jacobi、⁵⁶Erich Molitor(1886-1963)、Lutz Richter(1891-1945)。和作為官僚學派的柏林學派相比，這個學派貫徹講壇主義法學的立場，⁵⁷在這個點上與其他學派都不相同。⁵⁸

一個不言自明卻很重要的事實是，在所謂的德國第一代勞動法學者之中，很少有人是學勞動法出身的。因為直到威瑪時期，勞動法作為一門學科才伴隨著陸續而緊湊的立法初現雛形，這門學科的基礎概念就是第一代勞動法學者爭論的焦點。一戰前的 Lotmar 是研究羅馬法出身的，他對勞動契約的提煉帶有濃厚的個人主義色彩，他也最大程度地嘗試從羅馬法中尋找理論資源。而威瑪的勞動法學者們的學術背景就更加豐富了。Kaskel 是德國第一個拿勞動法教席的學者，最初是研究程序法的；Arthur Philipp Nikisch(1888-1968)在研究勞動法的同時也涉足民事訴訟法領域；Potthoff 本來是研究國民經濟學的，雖然他也曾和 Sinzheimer 一起創辦學術期刊，但是從始至終都沒有進入過大學任教；Molitor 本來一直在做法律史的研究，拿的也是法律史的教職，進入 Jacobi 成立的萊比錫大學勞動法研究所後，他的興趣才逐漸轉移到勞動法上；Paul

拿大學成為副教授。1925年成為科隆大學教授。1954年成為聯邦勞動法院第一任院長，直至1963年退休。他在就任院長期間仍然兼職科隆大學的教師和研究員。Nipperdey 的教學和研究工作不只限於勞動法，而且涉及經濟法，民法與憲法，尤其是基本權利以及其對民法秩序的影響。在威瑪共和國期間，他分三卷出版了《憲法的基本權利與基本義務》。見 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 289.

55 久保敬治，《新版 ある法学者の人生》，頁163以下。

56 Erwin Jacobi 於1907年在萊比錫大學獲得博士學位，1912年獲得任教資格。1916年成為行政法以及薩克森國際法的教授。1920年在格賴夫斯瓦爾德取得了教職，但是同一年又回到萊比錫，接受了公法、教會法和勞動法的教職，一直工作到退休。他成立了萊比錫的勞動法研究所(Institut für Arbeitsrecht)。之後提到的 Molitor 和 Richter 都曾供職於此研究所。1933年 Jacobi 由於猶太人血統被剝奪了教職。1945年又在萊比錫獲得了教職，1947年成為萊比錫大學校長。

57 講壇主義認為國家是超階級的組織，能調和敵對階級關係，主張在不廢除資本主義制度的範圍內，利用國家權力，通過社會政策、社會立法等解決勞動社會問題。

58 久保敬治，《新版 ある法学者の人生》，頁164。

Örtmann (1865-1938)⁵⁹曾經獲得過哲學博士學位，主要研究領域是民法和羅馬法；而 Jacobi 和 Nipperdey 活躍在威瑪時期的公法領域，並且有很大的影響力。另外，威瑪時期的勞動法學者基本上都積極參與法律實踐活動，立法、司法與作為新興學科的勞動法學之間聯繫十分密切。不同的學術背景、實踐活動，甚至政治立場導致學者們採取不同的研究策略和法學方法，這是本文接下來討論的重點。

四、威瑪時期基本概念之爭

(一) 何為「勞工」

在威瑪共和國時期，學術界對於勞工概念及其一般標準沒有達成一致。此時 Lotmar 的影響仍然存在，這體現在一些學者宣導，勞工概念應以勞動契約為基礎，或者將報酬的受領作為勞工的標誌之一。但是，主流意見已經開始偏向脫離勞動契約，在超越勞動契約的前提之下建立新的勞工概念。本節接下來將簡述第一代勞動法學者們對於勞工概念的一些觀點，並以表格總結。

作為柏林學派領頭人、統一勞動立法委員會委員，Kaskel 是對勞工概念提做出最多限定的學者。他認為勞工屬性包含兩個方面，一方面勞工必須具備一定的特點，另一方面應當符合勞動法之下的職業身分。他將勞工定義為「為了他人的考量，非獨立地，承擔基於契約的和職業相應的工資勞動的人」。這其中包含幾個重要限定因素：

1. 勞動的給付必須是基於契約進行的。基於其他原因而進行的勞動，比如基於家庭成員的共同生活，基於夫權或者家長權人（*elterlichen Gewalthabers*）的指示，基於對非自由人的紀律權

59 Paul Örtmann 在弗萊堡和柏林大學完成了法學學業，1887 年通過了法律國家考試，並獲得了柏林法學院的博士學位。1891 年，他在萊比錫獲得哲學博士學位。1892 年 2 月，他在柏林大學獲得了民法和羅馬法專業的任教資格，並且成為那裡的副教授。1901 年，他接受了埃爾蘭根的教職，1918 年又去了哥廷根，並於 1933 年退休。見 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 264.

(Zuchtgewalt) (即照顧教育和監獄勞動)，以及基於公務員關係或者軍隊兵役關係的勞動，都不適用勞動法。⁶⁰

2. 勞動必須是非獨立 (unselbständig) 的勞動，即勞工必須有義務在勞動履行的各個方面 (地點、時間、材料、設備、勞動方法)，遵循他人 (主要是雇主、經理和老闆) 的指示 (Anweisung)。⁶¹
3. 勞動必須是為了他人的考量 (für Rechnung anderer) 而進行，由他人承擔勞動的風險，即勞動本身可能的收益或者虧損。⁶² 勞工可以參與利潤分配，不能承擔虧損，但即使是在共享利潤的情況下，他主要也是取得工資，通常對產品的銷售或公司的盈利能力沒有直接利益。
4. 勞動必須是報酬性的。無償的勞動不由勞動法進行調整。薪酬的構成，無論是現金支付、實物支付還是行為支付 (例如職業培訓) 都無關緊要。⁶³
5. 最後，勞動必須是職業性的 (berufsmäßig)，即和勞工的日常工作的總體方向相符合，勞工不能僅是偶爾出於娛樂、運動，或是科學目的而勞動。實習生也只有符合這種條件才被視為勞工。專業是否是終身職務，是否占據勞工工作的全部或主要部分都不是必要的。⁶⁴

同樣強調職業身分的是 Hans Kreller (1887-1958)，他將勞工定義為「為獲得報酬，或者作為學徒，以給付職業性 (berufsmäßig) 勞動為目

60 但是，Arbeiterschutz 所規範的共同領域是例外，在根本沒有簽訂勞動契約的情況下，也存在勞工保護義務。原因在於，勞動契約規範的是雇主與勞工之間的私法關係，勞工保護法規範的是建立在勞動關係基礎之上的雇主和國家之間的公法關係。它是為了保護普遍 (公共) 利益，預防勞工在勞動關係中受到損害，因為勞動力同時也是一種國民利益 (Nationalgut)。見 Walter Kaskel, *Arbeitsrecht* (Berlin: Springer-Verlag, 1925), 151.

61 可以看出，Kaskel 所說的非獨立性就是指揮約束性。

62 這裡的「他人」，主要是指企業家。

63 Kaskel 對報酬性的強調也體現了對 Lotmar 的繼承，但 Lotmar 對報酬性限定得更狹窄，沒有承認實習契約的報酬性。Kaskel 則認為學徒或實習生 (Volontär) 即使沒有獲得金錢上的對待給付也適用勞動法，因為他們獲得了職業培訓。見 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 34f.

64 Kaskel, *Arbeitsrecht*, 30, 35, 150f.

的，而在他人的企業中被僱用的人」。⁶⁵ Sinzheimer 則否認了勞工的職業性，例如「在閉店之後，為手工業者記帳的獨立商人也應當是勞工，儘管他不是以此為業。」⁶⁶對他來說，對勞工職業性的認識是構建統一勞動法所必須清除的障礙。

Sinzheimer 是以從屬性為基礎構建勞工概念和勞動法體系的代表。他認為，勞工具備同一種社會身分（Stand），從屬性勞動是其生存基礎。⁶⁷從屬性概念不考慮勞工的法律關係狀態，僅考慮其對特定社會身分的歸屬狀況。⁶⁸他對從屬性的構建過程尤其體現了馬克思對德國勞動法的影響。

他認為，從屬性的根源在於雇主的「處分權」（Verfügungsgewalt），它構成了統一勞動法存在的正當性。⁶⁹「處分」（Verfügung）作為一個教義學基本概念，其含義包括命令、指令，支配、處置。⁷⁰處分本來最常見形式是所有權人對物所享有的整體性處分權能，包括占有、使用、收益、出賣等。而 Sinzheimer 將它引入勞動法，正是因為他從這種所有權的機能中發現了從屬性的歷史根源。「自由人如何變得從屬，或者說，將勞動變為從屬勞動的處分權是基於什麼樣的權利？」為了回答這個問題，Sinzheimer 揭示了勞動法隱藏的基礎，即勞動法與所有權之間的關係。這種關係的前提是，在資本主義社會中，勞工手中沒有生產資料，生產資料存在於他人的所有權之下，因此，「勞動和所有權之間就產生了

65 Hans Kreller, "Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes," *Archiv für die civilistische Praxis* 122, no. 1 (1924): 8.

66 Hugo Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts* (Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1927), 33.

67 它不僅包含勞動法律關係中與雇主相對的人，也包含不在這種關係中的人；其中有失業的職業勞工，比如失業的紡織工人；也包含雖然沒有工作但是正在尋找工作的非職業勞工，比如作為求職者在職業介紹所提出申請的低收入人群。因為這種勞工的概念不是來源於勞工和雇主之間的結合關係，而是來源於勞工的社會身分。Sinzheimer 在這裡引用 Lotmar 的潛在勞工（Arbeitnehmer in potentia）的概念，將它發展為所謂的勞工的身分概念（Standesbegriff）。見 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 64.

68 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 33f.

69 Sinzheimer 的整個學說體系是以從屬性勞動為基準。他認為「勞動法（Arbeitsrecht）的標的只能是從屬性勞動，不涉及從屬性勞動的法律應當被稱之為勞動的法律（das Recht der Arbeit）」。見 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 4.

70 參周恒祥編著，《德漢法律詞典》（柏林，Duncker & Humblot，2017），頁 287。

法條文字中不會表現出來的，但是作為規範前提必定存在的各種關係。」⁷¹

問題的答案在於，所有權具備二重機能：

第一重機能是，所有權為了自己的價值實現（*Verwertung*）會將勞動力吸引到自己身邊。勞工為了生活下去，不得不依存於所有權，因為所有權把持著勞動力主人的勞動條件和生活條件。依靠勞動的無產者聚集到可以提供勞動和工資的所有權者的生產場所，這就如同中世紀初期缺乏保護、缺乏法權的時代（*Rechtslosigkeit*），沒有武器的人蜂擁至提供保護的領主那裡一樣。將勞工趕到所有權的處分權之下，不是法的強制，而是社會動力（*soziale Dynamik*）的默然強制（*stumme Zwang*）。在這種情況下，勞動契約的自由不過是勞工選擇處分自己的所有權者的自由而已。

所有權的第二重機能是，為了實現自己的價值，對置於其處分下的勞動力進行支配管理。根據所有權對勞動力進行處分，不單單是物權法的行為，同時也是人法的（*personenrechtlich*）行為。所有權不單單是對物的處分，更是對人類的處分，也就是表現為馬克思所說的「由物作為媒介的人和人之間的關係」。⁷²

Sinzheimer 將這種作用命名為「所有權的處分作用」（*potestative Wirkung*）。

這裡的詞根「*potesta*」，暗示了「處分」根源於羅馬法的歷史之中。他認為「最初，所有權不是根源於一種特殊的物權，而是根源於一種一般的支配權。」「這種支配權在羅馬法上被稱為 *dominatio*」。⁷³這裡的

71 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 22. 這裡 Sinzheimer 顯然受到了 Karl Renner (1870-1950) 的影響。Renner 的法社會學著眼於經濟力量和社會變遷對於私法制度功能的影響，他嘗試建立私法制度互相的功能聯繫。這不僅導致他得出了馬克思主義的批判資本的結論，而且鎖定了所有權與工資契約之間的關係，即與「這個時代普遍的，功能廣泛的法律制度」之間的聯繫。見 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 213; 卡爾·倫納（Karl Renner）著，王家國譯，《私法的制度及其社會功能》（北京，法律出版社，2013）。

72 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 23ff.

73 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 25.

dominatio 意指共和時期的「家父權」，即 potestas。⁷⁴這種支配權「既針對人也針對物」適用，這是「在家這個古老的經濟統一體之中，將人和物為了統一的目的進行總括調度的根源性的組織力（organisatorische Macht）」。

在後來的歷史中，這種支配權分化為國家享有的政治性的治權（imperium）⁷⁵，私法層面的支配權坍塌為特殊的物權。但 Sinzheimer 認為這種分化並不徹底，「雖然今天 dominatio 的基礎和形式發生了變化，但是它仍然存續著」。⁷⁶「在古老的家父權（patria potestas）和夫權（Muntgewalt）⁷⁷中所體現出來法律核心，在今天並沒有消亡，從屬勞動即是其新的形式。」⁷⁸而這些都是從教義學的角度出發的學者所看不見的。最後他得出結論，「從屬勞動的基礎就是所有權。作為生產資料的所有權產生了從屬勞動，而規定從屬性本質的是處分權。」⁷⁹

有關從屬性的具體標準，Sinzheimer 認為應當參考勞務義務人是否必須嚴守一定的勞動時間。如果他不能自由決定勞動時間，則他所給付的勞動通常是從屬勞動。除了時間拘束性之外，他還提到從屬性的決定性因素不是勞工是否「事實上」從屬於他人的秩序，而是他是否具有從屬於他人的秩序的「可能性」。⁸⁰整體來說，他對從屬性理論的貢獻更多

74 「potestas」本意是指羅馬法中家父所享有的一體性的支配權，在共和早期，家庭團體中的成員地位屈從於家父一個人幾乎不受限制的完全權力之下。參馬克斯·卡澤爾（Max Kaser）、羅爾夫·克努特爾（Rolf Knütel）著，田士永譯，《羅馬私法》（北京，法律出版社，2018），頁 154。

75 Sinzheimer 將這個過程稱之為「政治性分化」（politische Enteignungsprozeß），見 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 19.

76 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 25.

77 夫權起初既象徵支配，也含有提供保護的意義。後來夫權僅指對妻子的權力。這個詞也被 Gierke 用來指代日爾曼家庭中的家長權，這裡羅馬法與日爾曼法的資源被 Sinzheimer 「混搭」使用。見オットー・フォン・ギールケ（Otto Friedrich von Gierke）著，庄子良男譯，《ドイツ團體法論 第一卷 ドイツゲノッセンシャフト法史 第一分冊》（東京，信山社，2014），頁 25。

78 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 11.

79 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 27.

80 比如，當雇主將裝配工派遣到客戶那裡，讓他裝配機械，到了派遣地的裝配工實際上不從屬於他人的（雇主）的秩序，雇主對於派遣出去的工人很難行使指揮權，他可以在自己想要的時間按照他自己喜歡的方法進行勞動。但是在這種情況下，雇主對於裝配工也可以實現一定的控制，比如提前規定裝配工的工作流程和其他

是提供了法律史和社會學的論據。對於從屬性的具體標準討論更多的是萊比錫學派的 Molitor 等人。

Molitor⁸¹一開始在和 Richter、Hueck 一起發表的文章《對一般勞動契約法草案的法學觀察》中拒絕了用經濟、人格或組織從屬性標誌來規定勞工概念，他認為這樣是不充分的。但是在一年之後發表的著作《勞動契約的本質》中，他就改變了自己的看法，認為低報酬以及在民法典中規定的預先給付義務（Vorleistungspflichten）對勞工的經濟地位造成了不利的影響，從而採用了勞工的經濟從屬性。此外 Molitor 和 Potthoff、Örtmann 一樣，強調勞動給付人在雇主的企業中的組織性融入（betriebliche Einordnung），因為這會導致企業從屬（betriebliche Unterordnung）。⁸²

如 Molitor 一樣，Paul Örtmann 也通過勞務給付人融入他人的企業而產生的從屬性來建立勞工屬性。此外他還有時間的要求，即勞工和雇主之間存在或多或少的持續關係。⁸³

Lutz Richter⁸⁴認為，勞工身分屬性涉及人格從屬性。勞工是「受時

勞動秩序，或者把裝配工召回，指示他從事其他勞動等。在法學上，裝配工從屬於他人的處分權，即便在客戶那裡，他事實上是自由的。見 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 122f.

81 一戰爆發之前，Molitor 在明斯特獲得了德國法律史和民法的任教資格，直到 1921 年他的作品主要都是有關法律史的。1922 年 Molitor 就任萊比錫大學法律史副教授，他在 Jacobi 建立的勞動法研究機構中負責私法的部分，而勞動法在那裡發展成了主要的學科。研究勞動法的同時他也寫作民法，商法以及德意志法律史的作品。1923 年公布的《一般勞動契約法草案》引起了 Molitor 的極高興趣，最終的研究成果是 1925 年和 Hueck 以及 Riezler 一起發表的《勞動契約》。1930 至 1945 年 Molitor 在格賴夫斯瓦爾德大學工作，1946 年開始在美因茨大學工作，直到退休。見 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 270.

82 Däumichen, *Erich Molitor*, 70. 融入的關鍵是勞工的意志決定（Willensentschluss）。Molitor 認為，融入是自願的，意志決定是融入的前提。勞工自願服從企業主的組織權力（Organisationsgewalt），這種意志決定在外部表現為遵守企業主發出的命令的基本意願。融入企業的進一步標誌包括安置（Einsetzung）勞工，即企業主為了運營目的，有意識且自願地對勞工的工作作出安排。融入不可能總是體現為靜止的契約簽訂，在勞動契約和融入過程之間，只有外部和表面的聯繫。

83 Däumichen, *Erich Molitor*, 76.

84 Richter 自 1910 年起在海德堡、慕尼黑和萊比錫學習法律，並於 1913 年在萊比錫通過了實習考試。1913 至 1919 年間，他的法律訓練因服兵役而中斷。1919 年，他在萊比錫獲得了刑法博士學位，並於 1921 年成為萊比錫大學勞動法研究所的助

間約束，在他人的勞動標的上勞動的人」。和 Molitor 一樣，Richter 也將雇主視為相對於勞動履行者的「權力所有人」(Gewalthaber)。⁸⁵而 Jacobi 認為，「單純的人格從屬性標準是不能使用的，因為每一種勞務給付都會導致給付人在受領人的權威之下的具有某種人格從屬性。」⁸⁶這種從屬只是在種類和強度上有所不同而已，因此在他看來從屬性勞工概念不能成立。

此外，Silberschmidt⁸⁷將從屬性分為企業從屬性 (betriebliche Abhängigkeit)、人格從屬性和經濟從屬性。企業從屬性即組織從屬性，「勞工融入任何公共的、工商業的、慈善的、以及混合經濟企業的運營，並投入勞動力，如果不存在這種組織從屬性，那麼必須同時存在經濟從屬性和人格從屬性，勞動法才得以適用」。⁸⁸Kaskel 認為 Silberschmidt 和主流學說相反不要求從屬性或非獨立性，⁸⁹應該不是針對 Silberschmidt 對勞工的定義而言，而是針對 Silberschmidt 對勞動法的定位。⁹⁰

Erich Melsbach (1887-1927) 將經濟非獨立性規定為勞工屬性，他將經濟非獨立性定義為「履行人不是承攬人，不是為了自己的考量而勞動。」Melsbach 沒有採納人格從屬性，他認為雇主的指示權 (Direktionsrecht)

理。1923 年，他憑藉著作《主觀公法》完成了公法教授資格論文。1926 年，他成為憲法、行政和勞動法副教授。1942 年，Richter 被任命為柯尼斯堡公法教授。由於戰爭，直到 1944 年才開始教學。他還在布雷斯勞擔任代理教授。作為一名人民衝鋒隊員，他於 1945 年初被蘇聯俘虜，並在集中營中死於白喉。

85 Däumichen, *Erich Molitor*, 74.

86 「勞動給付和作為勞動力載體的人是綁定的，二者不能分離；勞工必須投入自身，當他為他人給付勞動的時候，同時將自身從屬於他人。」見 Erwin Jacobi, *Grundlehren des Arbeitsrechts* (Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1927), 50.

87 Wilhelm Silberschmidt 是巴伐利亞最高地區法院的法官。1908 至 1939 年，他在慕尼黑大學任教，並同時講授勞動法的課程，但是在威瑪時期那裡沒有設立勞動法教席。作為猶太人，他在生命的最後幾年和家人遭到了納粹的迫害。見 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 176.

88 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 179.

89 Kaskel, *Arbeitsrecht*, 30n2.

90 對於 Silberschmidt 來說，以從屬性勞動為核心的勞動法不能構成獨立的規範系統，而只能構成「能量法」(Energierrecht)的一部分。而「能量法」是以 Silberschmidt 對於「勞動」的物理學定義為基礎的法律概念，這裡暫不展開。見 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 183.

不重要。他也沒有依據融入來確定勞工概念。⁹¹

表 1 第一代勞動法學者對勞工概念的定義

	人格 從屬 性	經濟 從屬 性	組織 從屬 性	從屬性的根源	從屬性是否作為 勞動法的合法性 基礎	其他
Walter Kaskel	✓			雇主指揮權與 勞工的服從義 務	憲法是勞動法的 基礎，採用憲法 實證主義的法學 方法	以契約為基礎；為 他人的考量；報酬 性；職業性
Hugo Sinzheimer	✓			生產資料所有 權的二重功能	✓	是否必須遵守勞 動時間是判斷從 屬性的標誌
Erich Molitor		✓	✓	勞動的種類與 特性對於從屬 性來說是決定 性的，融入支 配組織的時間 會增強從屬性	✓（更確切說是 保護需求構成勞 動法基礎）	支配組織中形成 支配權力關係，這 種關係是企業主 的命令權力和融 入企業的勞工的 服從義務所導致 的
Paul Örtmann			✓	大企業生產方 式導致勞動的 支配結構	✓	時間上具有一定 持續性
Lutz Richter	✓			勞動的時間約 束性	勞動過程的本質 足以構成勞動法 的基礎	勞動法構成人法 與財產法的中間 領域
Wilhelm Silberschmidt	II	II	I	簽訂契約時勞 工和雇主之間 的經濟地位差 距	勞動的「能量」 概念構成勞動法 的基礎	從屬性只是為了 指出特殊的保護 需求，勞動法不構 成獨立的規範體 系，而是「能量法」 的組成部分
Heinz Potthoff			✓	現代企業的運 作方式導致個 別債法關係讓 位於人法的社 會組織關係	×	繼承 Gierke 的同 時獨立發展了經 濟目的理論。

91 Däumichen, *Erich Molitor*, 73.

表 1 第一代勞動法學者對勞工概念的定義（續）

	人格 從屬 性	經濟 從屬 性	組織 從屬 性	從屬性的根源	從屬性是否作為 勞動法的合法性 基礎	其他
Arthur Philipp Nikisch ⁹²	✓	✓		聘用契約的本 質特徵	x	和其他學者以從 屬性定義聘用契 約相反，認為契 約是從屬性的根 源
Alfred Hueck	○		○	所有勞動給付 的義務都會導 致一定程度的 從屬性	勞工的保護需求 和經濟彈性	從屬性的程度非 常重要
Hans Carl Nipperdey			✓	勞動中的「他 人決定」、「服 從義務」，以 及融入企業組 織體	✓	勞動關係的持續 性；勞動的專屬 性；勞動的種類
Wilhelm Herschel (1895-1986)	/	/	/	/	勞動契約，確切 說是個人主義形 式，構成勞動法 的基礎	在威瑪後期否認 勞動法的法學性
Erich Melsbach		✓		勞動的目的是 為他人而非自 己	✓	經濟從屬性和一 般交易觀念對於 勞工的判斷是決 定性的
Hans Kreller			✓	/	大企業中的勞動 契約 (Einstellungsver trag) 本質上脫 離了傳統債法領 域	實證主義思路，理 論重點不在於構 建從屬性
Erwin Jacobi	/	/	/	/	勞動契約構成勞 動法的基礎	否定一般性的從 屬勞工概念
《一般勞動契約 法草案》			✓	企業在生產過 程中的理性要 求導致勞工的 去人格化	✓	

說明：○表示可以（二者中擇一），✓表示必要，數字表示判斷順序。

92 Nikisch 在二戰之後更加強調組織從屬性，這裡的歸納是以他在威瑪共和國時期的作品為依據。參橋本陽子，〈勞動法・社會保險法の適用對象者（二）〉，頁 1536 以下。

這張表格只能提供威瑪時期勞工理論的概觀，其中涉及的許多問題都無法通過表格的形式展現出來，未免挂一漏萬。尤其需要指出的是，在德國現行理論通說中，組織從屬性被作為人格從屬性的下位標誌，⁹³在當時，持這種觀點的代表者是 Hueck，他認為人格從屬性與組織從屬性是同質的，即「對於勞工來說必須存在人格從屬關係，但是這種從屬關係也可以體現為組織從屬性——或者融入企業，或者融入雇主的家庭」。⁹⁴但是同樣是持組織從屬性理論，另外一些學者對組織從屬性的認識存在非常大的不同。如 Silberschmidt 將組織從屬性作為勞工身分判斷的第一順位元標準，強調了組織從屬性相比其他兩種從屬性的決定性意義。⁹⁵Molitor 和 Potthoff 的組織從屬性則帶有更多 Gierke 的影子。

Otto von Gierke 整個理論體系的出發點在於他對人類的獨特理解。⁹⁶他認為，所有人類都具備雙重身分，一方面是自我完整的個人，另一方面是某個團體的成員（Glied）。這種雙重身分是「人類概念的標誌」。這兩重要素既不是相互敵對，也不是簡單並存的狀態，相互之間必須進行調和。對應人類的雙重身分，存在兩種思想。也就是與個人身分對應的自由思想（Gedanke der Freiheit），和與團體身分對應的統一思想（Einheitsgedanke）。它們之間也必須調和。而這兩種思想在法的層面表現為個人法（Individualrecht）和團體法（Sozialrecht）。「個人法將人這種意思載體作為個別存在相互關聯」，團體則將人的關係作為社會存在（Gesellschaftswesen）進行秩序化」。⁹⁷和前二者一樣，個人法和團體法也必須在一個法體系中進行調和。Gierke 認為，現代僱傭契約產生的個別債法關係中的支配關係和主人權（Herrenrecht），是個人法視角下的存

93 Rolf Wank, "Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen §611a BGB," *Arbeit und Recht* 65, no. 1 (April 2017): 147.

94 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 281f.

95 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 179.

96 作為日爾曼法學派的代表人，Gierke 主要活躍於 19 世紀。在他的著作中，最重要的是 1868 年首次出版的《德意志合作社法》第一卷，以及之後陸續出版的、幾乎是貫穿他學術生涯的後三卷。這四卷本分別名為《德意志合作社法史》、《德意志團體概念史》、《古代與中世紀的國家和法人理論以及德國的繼受》、《近代國家與法人理論，直至 17 世紀中葉，以及直到 19 世紀初的自然法》。

97 轉引自西谷敏，《ドイツ労働法思想史論——集團の労働法における個人・團體・國家——》（東京，日本評論社，1987），頁 194 以下。

在。而融入支配團體所產生的權力關係，是團體法視角下的存在。他對這兩種關係的區分可以視作是人格從屬性與組織從屬性理論的雛形。⁹⁸ 而且在 Gierke 的理論中，這兩種從屬性的關係是明晰的：勞工融入雇主的支配性團體之後，組織從屬性就獲得了獨立性，並且在從屬關係的性質中占有絕對優勢地位。

類似地，Molitor 認為「融入」這種社會現象背後是一種組織思想（Organisationsgedanke），在這種思想的影響下，勞工處於組織中服從的、次要的地位。「廣泛的、方法不明的、規定不清楚的」企業控制權（betrieblichen Leitungsgewalt）得到承認的同時，雇主在個別勞動關係中的控制意願（steuernden Willen）反而不重要了。⁹⁹ 相應地，他對於契約的作用也只給予了非常有限的承認。他對於勞動法的定位遠離民法、遠離契約基礎，更傾向服務於具有支配結構的組織的理性要求（Rationalitätsanforderung）。¹⁰⁰ 在他的理論中，「企業—社會」（betrieblich-sozialen）法優先於私人自治。¹⁰¹

98 在他看來，勞務義務人融入支配性團體，使得個別債法關係中主人權（Herrenrecht）的人法內容得以擴張，並且獲得了獨自的發展路徑。而權力關係（Gewaltverhältnis）是這些支配性團體的核心。因為，「如果成員不服從於指導他們朝著統一目標前進的權力，那麼一個完整的法律組織是不可想像的」。在資本主義形式的企業中，只有企業家才能成為這種權力的主體。如果企業家被工人委員會或其他權力從屬者的代表限制其行使支配權，約束單個工人的權力內容也不會受影響。即使勞工的合作社（Genossenschaft）代替了雇主，作為個人的工人也要服從合作社的權力。見 Otto von Gierke, "Die Wurzeln des Dienstvertrages," in his *Aufsätze und kleinere Monographien*, Band I, ed. Wolfgang Pöggeler (Baden-Baden: Olms-Weidmann, 2001), 57.

99 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 279.

100 Däumichen, *Erich Molitor*, 75. Molitor 在 1929 年的論文〈勞工和企業〉中認為，作為「融入」的對象，勞動法上的組織是一個直接的支配組織（unmittelbar herrschaftliche Organisation），它預設了一種支配性的權力關係（herrschaftliches Gewaltverhältnis）。權力關係通過企業主的命令權力（Befehlsgewalt）和融入企業的勞工的服從義務（Gehorsamspflicht）而產生。Molitor 明確區分這種權力關係和債法關係中的提出要求和遵守指示的義務。權力關係是事實關係，它的成立是一個純粹的事實過程，建立權力關係只需要事實上的意願，不需要法律行為意思。這種事實關係的成立同時也建立起《企業委員會法》意義上的企業歸屬性（Betriebszugehörigkeit），公法性質的勞工保護規定以及社會保險法的規定也應當以融入（權力關係成立）為標準進行適用。見 Däumichen, *Erich Molitor*, 71.

101 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 280.

Potthoff 致力於大型企業中的法律關係研究，在他看來，未來這些大型企業將會取代小型的企業，因此勞動法的世界觀應當以大型企業為基礎。¹⁰²勞動關係的決定性因素是勞工融入企業組織體，因此勞動關係不是債法的交換關係，而是人法的社會組織關係。¹⁰³「企業不是由成千上萬的個別獨立的勞動給付的簡單相加，而是一個被組織、被領導的整體（organisch geliedertes Ganzes）」¹⁰⁴，勞工不是孤立的原子，而是一個共同體的成員（Glieder eines gemeinsamen Ganzen）。¹⁰⁵企業主不需要個別勞動給付的集合，而是需要綜合調配一群為了企業需求而被僱用的勞工。¹⁰⁶由於作為企業目標的生產活動只能通過所有人的共同作用才可以達到，因此組織中的「支配關係是必要且合宜的」。¹⁰⁷對於勞工來說，團體義務（Verbandpflicht）遠遠超過契約義務的範圍。因此，法律和司法必須以人類的社會聯繫（soziale Verbundenheit）為出發點，承認共同體相對於個體的優先性，以及個人對於組織的從屬性。¹⁰⁸

因此，對於 Potthoff 來說，勞動法的重點不在於個別債法契約，而在於集體的勞動紀律。¹⁰⁹對此，Martin Becker 甚至批評道，Potthoff 是犧牲個人自由來支持集體。¹¹⁰但其實 Potthoff 正是通過將勞動關係構建為人法的組織關係來解決自由的問題。因為他認為，這種支配關係應當通過個別勞工的團結和民主的企業共同體予以限制：「通過企業共同決定，勞工自身也成為了企業的主人」。¹¹¹總而言之，勞動關係是人法支配關係，個人是企業共同體的一部分並且可以融入其中，這種觀點和 Gierke 是一脈相承的。但是，Potthoff 獨創性地發展了經濟目的理論，他

102 關於 Potthoff 的「勞動法世界觀」，參 Heinz Potthoff, “Weltanschauliche Grundlagen des Arbeitsrechtes,” *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 20, no. 3 (April 1927): 450ff.

103 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 198.

104 同前註。

105 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 199.

106 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 198. Sinzheimer 的理論中也涉及到企業作為整體在一個意志之下進行統一的必要性。

107 Seelig, *Heinz Potthoff*, 174.

108 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 198.

109 Seelig, *Heinz Potthoff*, 173.

110 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 207.

111 Seelig, *Heinz Potthoff*, 174.

用這個理論證明了將個人整合進組織是合理的，這對他的整個勞動法概念來說至關重要。¹¹²

《一般勞動契約法草案》第 1 條規定：「勞工被雇主有償聘用（angestellt）以為勞動給付的契約是勞動契約。」¹¹³雖然沒有專門的勞工概念的條款，但是通過草案備忘錄可以得知，「聘用」（angestellt）的概念在這裡意味著勞工在組織意義上融入企業。¹¹⁴因此草案是持組織從屬性的觀點。¹¹⁵然而，在勞工的給付義務方面，草案沒有賦予雇主以廣泛的指揮權，而是為勞工規定了客觀的、符合企業需求的給付義務。¹¹⁶因此，草案在判斷標準上採納了組織從屬性，但在實體規範中體現了限制個別勞工人格從屬性的意圖。可以看出，草案基本上採納了 Potthoff 的觀點。雖然在威瑪時期的統一勞動法立法委員會中，Potthoff 沒有列席一般勞動契約法下級委員會。但 Sinzheimer 是這個委員會的組長，而 Sinzheimer 本人將 Potthoff 視為自己的戰友。¹¹⁷他們所使用的材料或許不同，但很多觀點都是一致的。

受時局所限，統一勞動法立法委員會還未完成任務就已解散，這部《一般勞動契約法草案》也從未正式生效。作為法典的某種替代方案，1926 年的《勞動法院法》先實現了勞動司法管轄權的統一。1928 年，帝國勞動法院（RAG）剛成立不久，即確定「經濟從屬性」與「人格從屬性」為認定勞工身分的核心標誌，且二者不是彼此對立，而是並列的關係。此後，法院放棄了並列的定義，轉為擇一的定義，即只要滿足人格從屬性或經濟從屬性其中一項標準，即可認定勞務義務人為勞工。¹¹⁸1931 年，帝國勞動法院在判決中降低了經濟從屬性的重要性，將它作

112 Seelig, *Heinz Potthoff*, 178.

113 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 310.

114 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 311.

115 Becker 將草案備忘錄中的相關的內容總結為：「草案不是通過人格從屬性，即雇主指揮權，或者經濟從屬性，即勞動契約對於勞工生命攸關的經濟意義和相應的自由風險建立其合法性基礎，而是強調企業以及它在生產過程中的理性要求。企業在理性化（rationalisiert）的同時去人格化（entpersönlicht），企業的領導人將這些要求施加在勞工身上，勞動契約法應當規定由此產生的法律後果。」見 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 311.

116 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 313.

117 久保敬治，《新版 ある法學者の人生》，頁 152。

118 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 316f.

為輔助性判斷標準來認定人格從屬性，從此人格從屬性成為司法判決中勞工概念的核心標準，¹¹⁹這也為後來的聯邦勞動法院所繼承，並作為主流學說延續至今。

（二）勞工概念之邊界

1. 公務員的從屬性

對於公務員是否屬於勞工這一問題，Hans Kreller 的看法是，只要帝國或者州的公務員法參考了未來可能出台的《勞動法典》，就可承認公務員為勞工。¹²⁰Potthoff 則認為勞動關係與公務員的法律關係本質上沒有太大差別，甚至公務員的法律關係更能作為勞動關係的樣本，因為「比起《民法典》的僱傭契約規則或工商業工人的規則來說，勞動關係的真實特點在公務員法裡面表現得清楚得多」。¹²¹在《勞動法典》的準備過程中，由於《威瑪憲法》的明文規定，公務員法不被視為勞動法的一部分。但是，Potthoff 仍堅持認為，哪怕從社會學角度看公務員「也是勞工，

119 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 319. 帝國勞動法院一開始採納的經濟與人格從屬性概念是一個累積（kumulativ）概念，這兩種從屬性之間也無法區別開來，初始的這組標準本質上是依賴於一種非契約的因素，即對當事人社會經濟地位的判斷。這和帝國保障局早期總結的標準類似，是對現實生活中的特定群體進行初步區分的成果。後來，帝國勞動法院改變了勞工的定義，轉而要求基於私法契約框架的人格或經濟從屬性。並且在涉及職員的一系列判決中逐漸凸顯人格從屬性的重要性，將經濟從屬性降為次要地位。在涉及商業助手和自僱者的一系列判決中，帝國勞動法院將組織從屬性認定為人格從屬性的決定性因素。此後帝國勞動法院曾嘗試整合這幾種標準，提出了「社會從屬性」概念，但遺憾的是這項整合工作並沒有完成。總結起來，帝國勞動法院逐步增加對人格從屬性的重視，降低經濟從屬性的重要性，這一系列策略具備合理性。因為經濟從屬性更多地依賴對當事人的社會地位的判斷，而這種判斷需要足夠的經驗材料支撐才能發展出一個清晰的標準概念，帝國勞動法院在早期並沒有完成這種經驗材料的積累。但人格從屬性是一個可以直接從勞動契約的本質中推理出來的特點，即勞動契約只能在實際履行過程中才能將其標的特定化，從而使得雇主獲得了針對這種特定化的指揮權。見 Jacobi, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, 47f. 以法律人的思維，後一種思路更方便、且更具備合理性。

120 Däumichen, *Erich Molitor*, 72.

121 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 202.

因為他符合所有工資勞動的特徵」。¹²²

當時學界的主流看法認為公務員不是勞工。¹²³Kaskel 是這種看法的代表，他認為：「公務員並未以勞工的身分與國家建立僱傭關係，其本人就是國家機關的延伸。」而且，「在他的人格中體現了他所服務的對象的一部分，並且像法人的董事會成員一樣，形成了該對象的抽象法人的具體外觀。」此外，「進入公務員關係不是基於私人契約，而是基於國家單方面的公法僱用行為，基於這種關係而存在的權利和義務具備特殊的公法基礎，如紀律處分中的公務員關係，以及與退休金有關的法律，都體現了這種特殊性。」¹²⁴

堅決捍衛公務員勞工屬性的是 Sinzheimer，他將公務員（Beamte）定義為：「服務於帝國、州或者其他的公務實體而承擔勞動的勞工」。他認為，除了形式上公務員只能出現在公法中，其他的特徵與一般勞工並沒有什麼不同。¹²⁵對於主流學說的區分標準，Sinzheimer 進行了反駁：（1）首先，公務員的僱用並非單方的主權行為。「主權僱用的有效性也是與有關人員的同意聯繫在一起的。比起單方主權行為，合意（Willenseinigung）才是僱用的基礎。」顯然這種合意與普通勞動契約並無不同。¹²⁶（2）其次，紀律處分並不能使公務員關係成為一種比勞動關係更特殊的權力關係。雖然公務員所處的權力關係強度更高，公務上級所擁有的懲戒裁判權（Disziplinargerichtbarkeit）是普通雇主所不具備的。但是，「這並不會對權力關係的本質造成影響。」這只是一種量變而非質變。¹²⁷（3）所謂高權公務員（Hoheitsbeamte）也不能從普通勞工中區分出來。雖然高權公務員從事的勞動是在履行國家主權，但普通勞工也可以基於私法契約從事主權性工作，且公務員身分也向經濟、技術和其他類型的非高權公務員開放。因此，很難說存在純粹的高權公務員的

122 Däumichen, *Erich Molitor*, 74.

123 久保敬治，《新版 ある法學者の人生》，頁 181。但當代左翼勞動法學者卻認為在這段歷史中「國家的勞工」基本上已經被當作普通勞工同等對待了。見 Wolfgang Däubler, *Der Streik im öffentlichen Dienst* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1970), 10.

124 Kaskel, *Arbeitsrecht*, 4.

125 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 36.

126 同前註。

127 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 37f.

概念。¹²⁸ (4) 針對 Kaskel 所說的，私人勞工單純承擔勞務，而公務員將他整个人格都奉獻給了國家，而且是「在每個地點，每個時間，每個機會」，即「公務員關係包含……一個沒有邊界的權利和義務的複合體，這種關係必須著眼於一般行為，而不是單個具體的特定履行形式的事實構成之滿足」。¹²⁹ Sinzheimer 認為這恰巧是所有從屬性勞動的本質！「因為在私人勞工的勞動關係之中，單個具體的履行滿足也不是重點，重點在於一種持續性狀態，在這種狀態中個別的勞務給付才得以具體化、特定化。」所謂「每個地點，每個時間，每個機會全部人格的給付」，在 Sinzheimer 看來，「非要說有什麼意義，只能是要求公務員履行勞動義務的時候的某種特別心情（Gesinnung），和勞動給付的特別強度。」¹³⁰

公務員的勞工屬性之爭是一個很好的例子，展現了 Sinzheimer 以「從屬性勞動」概念構建超越公私法的統一勞動法體系的野心。Nipperdey 認為，儘管他對從屬性勞動的論證十分精彩，但在公務員的問題上「過於強調經濟學、社會學的觀點，與法學的觀點相混合了」，並以此為依據將他評價為比 Gierke 更進一步的「法律浪漫主義者」。¹³¹ 二戰之後，公務員的勞工身分仍然是德國勞動法學界爭論不休的話題。Sinzheimer 的後繼者們，即社民黨的勞工律師和其他左派勞動法教授試圖在具體的領域為公務員爭取更大的權利空間（例如公務員的罷工權問題），這些有趣的後話需要在《基本法》的框架之下予以分析，限於篇幅在此不展開介紹。

2. 「準勞工」（Arbeitnehmerähnliche Personen）的從屬性

「準勞工」之概念是由 Erich Melsbach 提出，他建議「各領域的勞動法同等適用於知識性勞動者和類似的人，不論他們的工作地點在工廠、家裡亦或其他地方。簡而言之，不是體力勞工，但是在類似經濟條件下像勞工那樣工作的人，應當被稱為準勞工。」¹³² Melsbach 創造的此

128 同前註。此處論證似乎並不非常嚴謹。

129 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 38.

130 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 39.

131 久保敬治，《新版 ある法學者の人生》，頁 181。

132 Wolfgang Hromadka, "Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen," *Neue Zeitschrift fuer Arbeits- und Sozialrecht* 1997: 1251.

學術概念已點出經濟從屬的重要性，但是體力與知識勞動的區分顯然具有其時代性。

法律上的準勞工概念實際起源於德國的家內勞動（Heimarbeit）傳統。¹³³從法律文本上看，1883年6月15日頒布的《疾病保險法》（Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter）第二條中首次出現了現代意義上的準勞工概念的雛形。它區分了以下幾類人：第一類是「營業經營者在營業場所之外僱用的人」（§2 Nr.4），即所謂的外部工人（Außenarbeiter），這類人被視為工人（Arbeiter）。第二類是「獨立營業經營人（selbständige Gewerbetreibenden）」，即在自己的營業場所中受另一個營業經營人的委託，為其考量，製作或者加工工業成品的人（§2 Nr.5）。第三類是家內工業從業者（Hausindustriellen）（後來的《殘障與老齡保險法》改稱其為家內營業經營人，即「Hausgewerbetreibende」），¹³⁴根據基本原理，他們構成了獨立營業經營人和非獨立勞工之間的過渡階段，通常在經濟狀況上與後者無異。但是，根據當地情況和行業的不

133 在德國，早期的小型工業生產者（kleiner Industrieller）缺乏對銷售機會的瞭解，或銷售機會不足，尤其是如果他們只想做一些副業生產工作，那麼在得以決定自己工作的時間地點的同時，在銷售渠道方面十分受限。比如，想利用冬天的夜晚製作小型工業產品以賺取額外收入的農民，忙碌於家務但想在閒暇時多掙些錢的婦女和兒童，以及偏遠地區的手工業者，都常常無法向合適的消費者直接出售商品。因此，他們不得不將其生產的商品出售給作為「客戶」（Verleger）或「委託人」（Auftraggeber）的商人，後者向他們支付一定的計件工資（Stücklohn），並代替他們實際地實施銷售行為。如果客戶居住在離家內勞工較遠的地方，那麼還會有「中間師傅」（Zwischenmeister）作為家內勞工和客戶之間的中介。通常，中間師傅到一個家庭營業活動較多的地區旅行，與家內勞工進行業務往來，購買家庭營業性質（hausgewerbliche）的產品，為之付款，然後將其交付給客戶。這種家內勞動逐漸形成一種產業，和手工業並行，在德國前工業化時代的經濟中占據重要地位。見 Kaskel, *Arbeitsrecht*, 34f.

134 關於《殘障和老齡保險法》中的家內營業經營人（不屬於強制被保險人），帝國保障局給出的判斷標準是：①營業經營人（有自己的勞工的情況下），具備和自己的勞工一起進行勞動的獨自己的工作場所。②基於一個或數個營業經營人的委託和考量進行工作，同時，對於他們存在從屬性。不考慮是他們自己調度原料、工具，或是（原料、工具）由前者提供。③他們不同於營業經營人在工作場所之外僱用的非獨立的日雇勞工，而是自己獨立經營。總而言之，家內營業經營人，通常並非將製作或加工的製品直接交給消費者，而是交給根據其完成的製品的銷售額，獲取企業家利潤的其他營業經營者。轉引自橋本陽子，〈勞動法·社會保險法の適用對象者（二）〉，頁1517以下。

同，他們的境況差異很大，因此只能由當地市政當局決定其是否加入保險。¹³⁵此時，這三個概念已經呈現出現代德國的三類就業人員的雛形，第一類屬於具備人格從屬性的勞工（Arbeitnehmer），第二類獨立營業經營人對應不具備人格從屬性的自雇者（Selbständige），第三類家內工業從業者對應不具備人格從屬性，但經濟上處於從屬狀態的準勞工（Arbeitnehmerähnliche Person）。

1926年12月23日頒布的《勞動法院法》（Arbeitsgerichtsgesetz）首次明確使用了「準勞工」一詞，並且明文將家內營業經營人歸類為「準勞工」，即勞動法院受理「沒有處於勞動關係中，受特定他人委託、並為特定他人考量而承擔勞動的家內營業經營人以及其他準勞工（Hausgewerbetreibende und sonstige arbeitnehmerähnliche Personen）之間的爭端」（§5）。¹³⁶此外，同時期正在編纂中的多部勞動法草案也明確將家內營業經營人稱為準勞工。¹³⁷

在威瑪時代的學界，雖然概念的使用和立法中一樣混亂，但準勞工的內涵其實已經基本確定下來了。Kaskel 和 Sinzheimer 都提到，類似於這種家內工人（Heimarbeiter）的人不具備人格從屬性（或獨立性），但是由於他們具有經濟從屬性，因此有適用勞動法的必要。且家內工人構成準勞工的主要部分。¹³⁸總的來說，準勞工概念雖然在立法中出現，但涵射範圍並不清晰，尤其是它和其他概念，如家內工人、家內營業經營人（Hausgewerbetreibende）之間的關係在之後幾部立法中也不甚清楚。直到1974年，《團體協約法》（Tarifvertragsgesetz，1926年12月23日頒布）增加第12a條，將準勞工規定為「經濟上從屬的，並且和勞工類似地需要社會保護的人」¹³⁹，此時才確定了字面意義上的經濟從屬性和社

135 Hromadka, "Arbeitnehmerähnliche Personen," 1249.

136 二戰後的《勞動法院法》基本也延續了這種表述結構。

137 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 50.

138 ジンツハイマー（Hugo Sinzheimer）著，檜崎二郎、蓼沼謙一譯，《勞動法原理》（東京，東京大學出版會，1977），頁36；Kaskel, *Arbeitsrecht*, 34f.

139 團體協約法之前的1953年《勞動法院法》、1963年《聯邦休假法》等文件已經以「經濟非獨立性」（wirtschaftliche Unselbständigkeit）規定準勞工概念，但學界大多將《團體協約法》的「經濟從屬性」作為其發展里程碑。其他法規請參邱羽凡，〈自營作業者之勞動保護與「準勞工」立法之初步分析〉。

會保護必要性兩條標準。

準勞工概念進入法律領域之後，成為了勞工概念的一個寬廣的邊界地帶，或者用 Kaskel 的話來說，是在「為他人考量而工作的勞工和為自己考量而工作的獨立營業經營人之間形成了法律的中間階段」。¹⁴⁰它反過來也成為了勞工概念發展的參照資源。如當代德國勞動法學家 Rolf Wank 所言，如果認為經濟從屬性專屬於準勞工，那麼適用於勞工的工資繼續支付和最低工資保障相關規範的學理基礎從何談起？¹⁴¹勞工的概念是否應當僅限於人格從屬性而不考慮經濟從屬性，其實還有很大的討論空間，這體現了概念的流動性，以及勞動法應對現實的靈活性。

（三）何為勞動法

威瑪時期勞動法學家們爭論的一個根本點其實在於，如何劃定統一勞動法的範圍，勞動法學科應當如何構建。因此，勞工概念之爭不如說是勞動法學科之爭。如前所述，Kaskel 對勞工屬性有兩方面要求，除了勞工的幾種標誌之外，還必須具備一定的職業身分（Berufsstände）。他認為「勞動法不是所有人的法律」，勞動的人「並不是在所有情況下都可適用勞動法，也不是所有的勞動者都適用同樣的勞動法，勞動法只適用於特定職業身分的勞工，不同職業身分的勞工每次都適用不同的勞動法。」¹⁴²由此可見，Kaskel 嚴格秉持實證主義立場，或者準確的說是憲法實證主義的立場。除了根據實證法總結出來的職業階層之外，Kaskel 還根據《威瑪憲法》第 7 條第 9 項，直接將勞動法等同於保險法、勞工保護法、勞動介紹法。¹⁴³對於勞動法的體系定位問題，Kaskel 以現行勞動立法中公法的發展遠遠超過私法為理由，主張從公法層面對勞動法學科進行構建，同時強調加強勞動行政機構（Arbeitsbehörde）的地位。¹⁴⁴

140 Kaskel, *Arbeitsrecht*, 35.

141 Wank, "Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen §611a BGB," 145.

142 Kaskel, *Arbeitsrecht*, 31ff. 對於勞動法之下的職業身分，他根據現行法總結為工人、職員、高管、家內勞工四類人員。

143 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 162.

144 這裡的當局其實不僅限於行政機構，司法性機構也包含在內。見 Bohle, *Einheitliches Arbeitsrecht in der Weimarer Republik*, 114.

與 Kaskel 不同，在第一次世界大戰之前，Sinzheimer 就論述了勞動法統一的必要性，作為支配這種統一性的核心，Sinzheimer 建立了「從屬性勞動」的概念。「勞動法趨向的統一性，是基本理念的統一。這個基本理念是，勞工在勞動關係中，作為給付投入了自己的人格，他們的人格從屬性將勞動關係從民法以及其他的法律關係中區別出來。」因此，根據這種基本理念，「儘管個別的勞動關係是多樣的，勞動法應當包含所有被他人僱用而工作的人。」¹⁴⁵在他的勞動法體系中，首要的是由集體自治和國家規制所構成的勞動法基本世界觀，其次是勞動關係和企業組織法。由於集體自治的主體——勞動同盟（Koalitionen）很難被歸入公法社團或私法社團，而被看作是「社會新秩序的承載者」，¹⁴⁶因此 Sinzheimer 的勞動法已經超越了公私法的基本劃分。

與 Sinzheimer 的觀點針鋒相對的是 Wilhelm Herschel（1895-1986）¹⁴⁷，他認為，「如果不想在勞動法的教義學中引入一種與法學無關的、從社會政策中舶來的劃分原則，就必須放棄建立一種特殊的勞動法體系」，勞動法沒有統一的「源泉」。與 Kaskel 對公法的青睞不同，Herschel 和 Lotmar 一樣認為勞動法應當納入私法的範圍。他認為雖然革命後的勞動法有一種「集體主義」的傾向，然而勞動關係「本質上是個人主義規定性的」。此外，只有通過法典化達成統一，才可以終結目前碎片化的立法狀況。¹⁴⁸在追求形式統一這一點上，他和 Kaskel 的立場也是一致的。

對於職業性這一問題，Hueck、Nipperdey 認為「職業身分」概念本身存疑，「勞工和商人一樣，屬於應當被法律特殊對待的人的集合。是否

145 Sinzheimer, "Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland," 47.

146 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 81.

147 Wilhelm Herschel 主要在高級公務職能部門工作。1931 年他在科隆和美茵河畔的法蘭克福的職業教育機構開始了作為教師的職業生涯，最終成為了哈勒大學的教授，並且兼任那裡的勞動法研究機構的負責人。逃離蘇聯占領的圖林根州之後，Herschel 首先作為兩區經濟委員會中央勞工局的官員，後來為三區經濟委員會的中央官員。聯邦勞動部成立後，他一直是該部門的負責人，直到 1965 年退休。自 1950 年以來，Herschel 一直是科隆大學法學院的教授，戰後負責制定勞動法典的委員會一直由 Herschel 擔任主席，直到該機構解散為止，該委員會的主要活動限於個別勞動法領域。

148 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 301.

稱之為職業身分不過是用語的問題。」¹⁴⁹如同商法是商人的特別法，勞動法也是勞工的特別法。¹⁴⁹對於勞動同盟的法律地位，Nipperdey 定性為私法團體。¹⁵⁰關於勞動法的體系定位問題，他們認為勞動法既不是公法的一部分，也不是私法的一部分，但是它也絕不構成法律體系中獨立的領域，而是結合了公法和私法下的要素。¹⁵¹這一點與 Sinzheimer 的設想針鋒相對。

Jacobi 對於這種以勞工概念界定勞動法的路徑表達了不贊同，他認為，「將勞動法定義為『勞工的法律』（Recht der Arbeitnehmer）並不是一個真正的定義，只是把勞動法概念的問題提法，轉移到了勞工概念上，而且還忽視了勞動關係中同樣重要的雇主一方。」¹⁵²Hueck 與 Nipperdey 也承認，「將勞動法定義為勞工有關的直接的法律關係並不妥當，雖然多數情況下是這樣，但有例外」。比如前面註腳提到的 Kaskel 對勞工保護法的例外性觀點，也為 Hueck 和 Nipperdey 所承認，即「勞工保護法是規定雇主對國家公法上的義務，調整的是國家和雇主之間的法律關係」，但是，因為「這種義務也是為了勞工而創設的，所以這種規則也包含在勞動法體系之中」。¹⁵³

關於統一勞動法的爭論在當時並沒有一個定論。從之後的歷史來看，我們可以說勞動法已成為了勞工的法律，也可以說勞動法是建立在勞動關係之上的法律。無論如何，「從屬性」都成了德國勞動法的核心議題，不論是勞工身分的判斷，還是勞動關係的判斷，都適用這一標準。從上述學者的論述中可以看出，他們對從屬性的判斷和構建，最終大多落腳到「支配關係」、「權力關係」、「支配組織」上。Gierke 對於勞動法的影響在這裡彰顯。

149 Alfred Hueck and Hans Carl Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts* (Mannheim: J. Bensheimer, 1931), 7f.

150 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 185.

151 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 280.

152 Jacobi 認為應當採取更加全面的定義方式。他將勞動法定義為「具備法律能力的勞工和雇主，在交易的意義上，按時給付與受領勞動，且雙方都沒有提前界定單獨的給付，因此勞工陷入一種對勞動受領人的更強的服從（Unterordnung），但不包括勞動給付在現有特殊法律規定下的從屬性關係中進行的情況」。見 Jacobi, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, 43.

153 Hueck and Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 8.

然而，僱傭契約作為人法的支配關係的觀點，只是 Gierke 團體理論中的很小一部分。因為他將整個社會都視為人法的團體，目的是將個體從孤立的位置解放出來，使之進入團體的社會聯繫。¹⁵⁴因此，重要的不是勞動法學家們大量使用了 Gierke 所創造的概念，而是他們對於從屬性或權力關係的構建過程。雖然有人確實遵循了 Gierke 的部分理論邏輯，強調融入支配性團體的決定性作用，但大多數時候 Gierke 只是一個點綴，法學家們只是借用 Gierke 來實現各自的想法。有人以實證主義的方式構建從屬性，有人從法律史和法社會學中尋求其淵源，其中對立的根本還是法學方法的問題。

五、結論——方法與立場之別

在 19 世紀德國的法學界，由歷史法學派發展出來、以概念法學為巔峰的法學實證主義在私法領域占據支配地位，這種實證主義的方法又由 Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) 和 Paul Laband (1838-1918) 引入公法領域，最後支配了整個德國法學。直到世紀之交，德國的法學的整體範式才迎來轉折。在這時，與其說是法學家的研究旨趣由抽象概念轉移至社會現實，不如說是嚴峻的危機迫使法學界直面其一直以來試圖回避的現實問題。早期的自由法學文獻已有圍繞方法論所展開的討論。例如：Eugen Ehrlich (1862-1922) 將重點放在社會內部的「活法」領域，在方法上，他傾向用社會學的實證主義取代法學的實證主義，把教義學與法社會學的界限模糊化；同屬自由法學派的 Hermann Kantorowicz (1877-1940) 主張讓法學公開化，宣導「社會科學相互協作」；Ernst Fuchs (1859-1929) 甚至將自己的法學理論稱為「社會學的法學」。¹⁵⁵

對於法學與社會學之間的相互關係這個關鍵問題，自由法學並沒有給出明確的答案。Max Weber (1864-1920) 傾向於嚴格區分二者，堅持法學的科學性與法律系統的自主性。這一立場由勞動契約法的開創者

¹⁵⁴ Seelig, *Heinz Potthoff*, 178.

¹⁵⁵ 顧祝軒，《製造“拉倫茨神話”：德國法學方法論史》（北京，法律出版社，2011），頁 32。

Lotmar 所繼承。以大量的實證研究為基礎，他首先證明了勞動契約在經濟上的重要意義，¹⁵⁶然而在構建概念的時候，他採取了極度抽象的形式主義的方式，因為只有在此基礎上，才能「對概念進行系統而深入的分析」。¹⁵⁷Weber 對於 Lotmar 在概念構建過程中展現出來的經濟與法律視角的靈活運用給予了高度評價。¹⁵⁸他指出，經濟的視角很容易發展為只以經濟為條件的概念構建，變成 Lotmar 所說的無產階級的勞動關係的分析，¹⁵⁹而忽視勞動契約的一般性，淪為「對單個勞動契約的偶然性分析，喪失現代勞動法科學概念的統一原則」。¹⁶⁰Lotmar 從一開始就嚴格區分經濟與法學的原則，從而避免了上述情況的出現。Sinzheimer 強烈批評了這種對勞動契約的形式抽象的定義方式。在他看來，這種方法體現了民法學家強烈的共同法思維方式。¹⁶¹整體而言，Lotmar 更依賴於經典法學的材料（即羅馬法知識）和概念法學的方法，因為他的目的就是要將勞動契約法納入現有的私法的體系之中，而非構建一個新的法領域。

與 Lotmar 類似，Kaskel 採用實證主義法學方法，但是他並非像 Lotmar 那樣把關注點放在法律解釋學上。他認為自己的主要任務是為新的「勞動法學科以及勞動法典」做準備工作。雖然 Kaskel 以憲法為出發點，對於創造統一的勞動法典有充足的熱情，卻反對如 Sinzheimer 那樣，將勞動法的概念從勞動或者勞動契約的本質中推導出來。¹⁶²他一開始就把勞動法的基礎確定為現行法中的特殊職業階層結構，並且得出結論，「勞動法不是以個人的保護需求為出發點，而是以整個職業階級或者社會階層的保護需求為出發點」¹⁶³。Becker 評價他是從 19 世紀勞動法的歷史起始條件出發，得出了一種「傳統主義概念」。¹⁶⁴這與他的經歷密切相關。Kaskel 最初的研究方向就與職業階層有關，他於 1911 年在柏林大學取得博士學位，題目是《自由職業階層在名譽法院程式中的豁免》

156 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 5f.

157 Coutu, "Max Weber on the Labour Contract," 565.

158 同前註。

159 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I, 43.

160 Coutu, "Max Weber on the Labour Contract," 565.

161 Coutu, "Max Weber on the Labour Contract," 568.

162 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 165.

163 同前註。

164 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 173.

¹⁶⁵。之後 Kaskel 在帝國保障局工作了很長一段時間，這一段經歷也對他的理論也產生了很大的影響。他認為，社會保險法「列舉了許多職業群體，劃分標準有時根據他們在企業中的地位，有時根據職業工作的不同類型」。¹⁶⁶社會保險法又被 Kaskel 視作勞動法的典型，他就自然得出了「一直以來不同職業階層都服從不同的勞動法」的結論。

Kaskel 同時也反對任何法社會學和法史學的方法進入法學領域。Sinzheimer 提出「法學的終極目標就是法律政策」。¹⁶⁷而 Kaskel 認為社會政策與勞動法之間是「計畫與實施、約定和履行」的關係。社會政策是為了解決社會問題而尋求所有可行措施，勞動法只是其中一種。從學科與方法的角度看，社會政策是「課題科學」(problematische Wissenschaft)，沒有空間、時間的限制；勞動法是教義科學(dogmatische Wissenschaft)，其任務限定為對現行法規進行解釋與適用。¹⁶⁸整體而言，他的方法論是保守而安全的，並且出於捍衛法學學科主體性的考慮，他有意識地拒絕方法的變革和馬克思主義對勞動法學領域的入侵。¹⁶⁹

Kaskel 的反面是 Potthoff。在 Potthoff 的理論中，企業作為生產場所對勞動法的形成和適用有根本意義，而在以企業為基礎的勞動法的塑造過程中，國民經濟和社會學的標準發揮了決定性作用。¹⁷⁰Potthoff 強調了勞動法的經濟目的，他將勞動法視為核心的經濟規制工具(ordnungspolitisches Instrument)，用以使人的勞動產出達到最高的效

¹⁶⁵ Walter Kaskel, *Begnadigung im ehrengerichtlichen Verfahren der freien Berufsstände* (Berlin and Heidelberg: Springer, 1911). 名譽法院就是一種職業法院，主要處理特定職業的特定案件。

¹⁶⁶ Kaskel, *Arbeitsrecht*, 31.

¹⁶⁷ Kahn-Freund, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, 79. 這裡很容易讓人想到 Roscoe Pound (1870-1964)，但 Sinzheimer 似乎並不熟悉美國的法社會學作品。很有可能他正是受到耶林(Rudolf von Jhering, 1818-1892)的影響，才開始研究利益群體和利益代表，而耶林的思想由 Roscoe Pound 在美國進一步發展。

¹⁶⁸ 孫田秀春，《勞動法の起點——勞動法の開拓者たち》(東京，高文堂出版社，1970)，頁 145 以下。

¹⁶⁹ Kaskel 對 Sinzheimer 的敵意超越了單純的學術論爭，據他的學生孫田秀春(1886-1976)記載，他不僅阻止學生閱讀 Sinzheimer 的作品，還曾揚言自己「總有一天要開槍射殺 Sinzheimer」。或許可以推測這種程度的敵意來源於其對馬克思主義的警惕。Sinzheimer 對他的態度相比之下比較漠然。參孫田秀春，《勞動法の起點》，頁 136。

¹⁷⁰ Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 206.

率，而勞動契約是一種「有效的、合理設計的經濟過程」。以經濟目的為導向的勞動法是變化的法（*werdendes Recht*），即勞動法必須適應不斷變遷的國民經濟結構以及國家法律政策基礎。¹⁷¹這種宣導顯然是對概念法學的極大挑戰。在這種基本理念的指導下，Potthoff 在作品中大量使用了非法學的概念和原則，比如「民主」、「人法」、「組織性」、「社會」、「共同體」，以及經濟學價值如「秩序」、「紀律」、「命令」。人與人之間的私法關係被 Potthoff 替換為由技術和經濟理性決定的生產場所的命令。¹⁷²他的理論中，「社會學與法學在方法論上沒有區別，實然與應然在勞動法中相互交錯」。因此 Potthoff 的法學是社會科學，而不是以社會科學作為法學判斷的輔助工具。¹⁷³

Martin Becker 認為 Nipperdey、Silberschmidt 和 Sinzheimer 是折中主義的代表。Nipperdey 雖然屬於實證主義學派，但他也強調勞工的給付義務必須回歸「特殊的生活關係」，即「生活」和其「要求」應當逐漸成為勞動關係的法律來源，「親近生活特性」應當是勞動法的核心特徵。這裡體現的矯正概念法學的動機十分明顯。此外，Nipperdey 將勞工概念的確定和「一般交易觀念」（*Verkehrsanschauung*）綁定在一起，且提倡勞動契約的給付規定應當借助民法典第 242 條的一般條款進行解釋，¹⁷⁴可以看出，他對概念法學的批判限制在教義學的範圍之內。

Silberschmidt 首先承認，勞動法應當使用特殊的方法。他提及了 Sinzheimer、Gierke、Ehrlich 以及 Fuchs 在民法中宣導的方法，並表示了贊同。同時他也強調社會學與教義學的方法應當分開：「社會學方法不能像其主要支持者所認為的那樣取代教義學方法，而只能對其進行補充，因此，這種社會學方法不包含任何新事物。」¹⁷⁵在不提倡方法融合且不優先考慮社會學方法的前提下，Silberschmidt 宣導，法官應該揭示勞動關係中法律與現實之間的互動關係，並為進一步的法律教義工作提供幫助。而社會學的功能僅限於構成勞動法術語，輔助法學完成判斷。在任

171 Seelig, *Heinz Potthoff*, 117.

172 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 207.

173 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 205.

174 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 297f.

175 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 177.

何情況下他都不支援以社會學的思考方式處理勞動法問題。¹⁷⁶

Sinzheimer 的勞動法的概念本質上是由法社會學的研究方法所塑造，這是毋庸置疑的。但他所提倡的「法社會學」並非我們今天所說的基於經驗研究的法社會學，而是指一種突破概念法學範式的，對於其他社會科學理論資源，或者說對跨學科研究的一種開放姿態。Sinzheimer 為了論證勞動在法學上的特殊意義，一次又一次引用馬克思的話，努力將勞動契約（人類在其中給付其自身）和普通的契約（其中給付標的是物的交換或使用，或者個人的服務）區分開來，將勞動法從其他法學的分支中解放出來——尤其是從以財產為導向的民法，使其成為一個獨立的學科。這受到了馬克思主義對於無產階級在資本主義社會中地位的分析的影響。¹⁷⁷

Sinzheimer 以所有權為出發點推導出從屬性勞動，從而建立起整個勞動法的體系大廈，這種選擇也體現了他從法人類學視角出發的批判態度。在他看來，「法的基本思想，其終極的關心對象是人類，法服務於人類的需要」。而現行法秩序有一個作為所有關係的出發點的中心點，即所有權。一方面，所有權是為了滿足人類的需要，產生新的財產，保障人類生存的必要的財產權。另一方面，所有權秩序中的人類觀是失真的。對於所有權秩序來說，所有的人類是平等獨立的。但是，無產者不符合這種虛構秩序，「他們不具備作為行使所有權取得能力基礎的生產資料，為了維持生存，而不得不從屬於他人的所有權。」¹⁷⁸因此，Sinzheimer 強調，「法如果要實現其基本思想，不能只以所有權，而是要以作為具體的存在的人類（*Menschentum*）為中心點構建其秩序」。「這個秩序不是以平等獨立的法定人（*Person*）為出發點，而是以不平等的從屬的事實

176 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 183.

177 Kahn-Freund, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, 78. Sinzheimer 大篇幅地對馬克思原文進行引用：「勞動力是肉體和精神能力的化身，存在於一個人的身體和鮮活的人格之中」；「財富是人類生活的物質基礎，屬於物的價值，本身沒有目標……對於人來說是一種工具。而勞動是工作著的人本身。勞動除了人的血肉之軀沒有其他的容器」；「勞動力是人類生活的人格基礎，它本質屬於精神世界，有著自己的目標，其規定性不能被剝離，不能成為只是為了其他目標而存在的工具」。見 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 8.

178 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 59f.

人 (Mensch) 為出發點。」也就是所謂的人格，不是從「Person」這種抽象的概念出發，是從人類的經驗社會的實存中 (soziale Existenz) 推導出來的。「而決定人類的社會實存的，就是人的身分 (Stand)。它是一種和階級地位對應的，是由從屬性勞動 (abhängige Arbeit) 所導致的社會身分。」¹⁷⁹

Sinzheimer 所使用的論證方法在當時遭到了更保守的法學家的激烈反對。Nipperdey 認為，Sinzheimer「將社會政策家的勞動法作為法學家的勞動法，表明新勞動法學在開歷史倒車」。Kaskel 全盤否定了 Sinzheimer 的《勞動法原理》是法學作品，因為在他看來，「這十年學界努力將勞動法構建為一個學科，靠的是理論的、法學的處理方式，而這本書完全與教義學決裂了，它以法學門外漢為受眾，退步逆行為社會學」。對這二人的批評，Sinzheimer 認為言過其實，因為自己並非沒有尊重法學方法，他肯定法學方法是整個法律共同體「精神文化」的一部分，是「法學上所有認識的前提」。但是另一方面，要警惕制止法學方法「要求理論獨裁的傾向」。他將刑法學的 Franz von Liszt (1851-1919)、國法學的 Gierke、民法學的 Ehrlich 與 Fuchs 視作共同對抗教義學的戰友，指出法社會學使得「一直以來的固定系統發生了動搖，新的法律精神得以生長」，而近十年來法律理論的發展實則得益於社會學方法，勞動法與勞動法學者都不應當去阻止這種發展傾向。¹⁸⁰

學生 Otto Kahn-Freund (1900-1979) 對 Sinzheimer 評價道，雖然受到 Ehrlich 的影響，他在作品中大量使用社會學素材，但與 Ehrlich 不同的是，他認為法社會學並不意味著任何「方法的混合」(Methodensynkretismus)，他不斷強調實證研究轉為實證法的合法性需求。他區分實證法 (geltendes Recht)，活法 (wirkendes Recht) 以及正義之法 (richtiges Recht)，同時在相應的學科之間也做出區別，即法教義學、法社會學、法哲學。¹⁸¹這意味著，Sinzheimer 在對實證主義法學進行批評的基礎之上，也強調應然與實然的分離，社會學被視為教義學研究的

179 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 59.

180 孫田秀春，《勞動法の起點》，頁 138 以下。

181 Kahn-Freund, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, 97.

輔助科學，通過兩種不同研究方法之間有條不紊的合作來完成法學任務。¹⁸²在當代德國勞動法學界，左派的主要批評者 Thilo Ramm 認為，雖然 Sinzheimer 學派「將政治論證帶入了勞動法的學術研究，但是明確區分了法律政策與現行法，使得討論可能在左派與右派之間進行，此時馬克思主義沒有構成障礙」。¹⁸³

對於法律與生活、規範與現實之間的割裂問題，Lotmar、Silberschmidt 與當時的自由法學派學者多將解決的希望寄託於法律的適用環節。Sinzheimer 也強調這一點，在他看來，在法律適用的框架之下，對於法律條文、法律概念、法律系統的完全理解要以對事實的研究為基礎。¹⁸⁴但是，在此基礎之上，Sinzheimer 把立法的環節看得更為重要。在當時，社會的事實變化轉化為新的法規範的問題仍然是一個完全的研究空白，這也是馬克思的理論沒有涉足的部分。¹⁸⁵因此，雖然 Sinzheimer 在一生的工作中都在運用法社會學的方法，但是晚年卻不參與法學家如火如荼的「虛幻的方法論之爭」，而致力於立法學的研究。¹⁸⁶他認為「只有在立法中，法學的意義才得以實現。社會學的方法對於實現這個目標是必不可少的。」¹⁸⁷

有關威瑪共和國的學界與後世的聯繫，不是本文處理的主要問題，這裡僅稍微提及。當時的勞動法學家中很多人都有猶太血統，在納粹上臺之後被迫流亡國外，因此威瑪時期的勞動法學與二戰之後的勞動法學存在一定程度的學脈斷裂。而之所以 Hueck 和 Nipperdey 的教科書被奉為經典，成為後世的主流學說，很可能是由於歷史偶然——他們所屬的科隆學派沒有猶太學者，在納粹體制之下得以倖存。戰後 Nipperdey 成

182 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 232ff.

183 Thilo Ramm, "Die „Linke“ und das Arbeitsrecht," *JuristenZeitung* 33, no. 5/6 (March 1978): 185. 而 Sinzheimer 作為法學家的保守性在當時也曾被左翼指責為「在工人運動的頂點讓工人階級失望」。見 Sandro Blanke, *Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2005), 2.

184 Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 218ff.

185 Kahn-Freund, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, 98.

186 尤以 Rudolf Stammler (1856-1938) 和 Georges Gurvitch (1894-1965) 為代表。見 Kahn-Freund, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, 99.

187 Kahn-Freund, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, 100.

為了聯邦勞動法院的第一任院長，Herschel 成為聯邦勞動部的部長，他們對於戰後的西德勞動立法和司法產生了極大的影響。但是在威瑪時期，勞動法這門學科誕生之初，其他學派的貢獻是不能忽視的，尤其是與大學聯繫並不密切，但是活躍於法律實踐領域的法蘭克福學派的學者，這一點從當時統一勞動立法委員會的名單中可以窺見一斑。¹⁸⁸可以肯定的是，勞動法作為一門學科，它的創立與跨學科方法的運用是不可分割的。¹⁸⁹與英美國家法社會學興盛的狀況相比較，二戰之後的德國的法社會學研究鮮有人問津。雖然德國的法律體系以制定法為基礎，但是如 Franz Wieacker (1908-1994) 所感嘆那樣，這種研究方法的消逝仍然是一種損失，「是最令人惋惜的」。¹⁹⁰

徵引文獻

一、文獻史料

Germany Reichsversicherungsamt. *Amtliche Nachrichten*. Vol. 6. LaVergne, TN: Nabu Press, 2021.

Gierke, Otto von. "Die Wurzeln des Dienstvertrages." In his *Aufsätze und kleinere Monographien*, Band I, edited by Wolfgang Pöggeler, 855-886. Baden-Baden: Olms-Weidmann, 2001.

Hueck, Alfred, and Hans Carl Nipperdey. *Lehrbuch des Arbeitsrechts*. Mannheim: J. Bensheimer, 1931.

Jacobi, Erwin. *Grundlehren des Arbeitsrechts*. Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1927.

Kaskel, Walter. *Begnadigung im ehrengerichtlichen Verfahren der freien*

¹⁸⁸ Bohle, *Einheitliches Arbeitsrecht in der Weimarer Republik*, 8ff.

¹⁸⁹ 本文未涉及的是法蘭克福學派對於集體勞動法的法理構建，這真正使得勞動法脫離了傳統公私法的結構，或也可稱為是對於前公私法結構的社會實踐的一種堅守和還原。

¹⁹⁰ 參考弗朗茨·維亞克爾 (Franz Wieacker) 著，陳愛娥、黃建輝譯，《近代私法史——以德意志的發展為觀察重點》(上海，上海三聯書店，2006) 下冊，頁 548。

- Berufsstände*. Berlin and Heidelberg: Springer, 1911.
- Kaskel, Walter. *Arbeitsrecht*. Berlin: Springer-Verlag, 1925.
- Kreller, Hans. "Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes." *Archiv für die civilistische Praxis* 122, no. 1 (1924): 1-35.
- Lotmar, Philipp. *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Band I & II. Leipzig: Duncker & Humblot, 1902-1908.
- Potthoff, Heinz. "Weltanschauliche Grundlagen des Arbeitsrechtes." *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 20, no. 3 (April 1927): 450-460.
- Reichsversicherungsamt, *Amtliche Nachrichten des Reichs-Versicherungsamts*, 3. Jahrgang. Berlin: A. Asher, 1887.
- Reichsversicherungsamt. *Amtliche Nachrichten des Reichs-Versicherungsamts, Invaliditäts- und Altersversicherung*. 1. Jahrgang. Berlin: A. Asher, 1891.
- Reichsversicherungsamt. *Amtliche Nachrichten des Reichs-Versicherungsamts*. 21. Jahrgang. Berlin: A. Asher, 1905.
- Sinzheimer, Hugo. *Grundzüge des Arbeitsrechts*. Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1927.
- Sinzheimer, Hugo. "Die Neuordnung des Arbeitsrechts." 1919. In his *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*, edited by Otto Kahn-Freund and Thilo Ramm, 61-69. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1976.
- Sinzheimer, Hugo. "Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland." 1914. Reprinted in his *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*, edited by Otto Kahn-Freund and Thilo Ramm, 35-61. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

二、近人研究

(一) 中文

- 卡爾·倫納 (Karl Renner) 著，王家國譯，《私法的制度及其社會功能》，北京，法律出版社，2013。

- 弗朗茨·維亞克爾 (Franz Wieacker) 著, 陳愛娥、黃建輝譯, 《近代私法史——以德意志的發展為觀察重點》上、下, 上海, 上海三聯書店, 2006。
- 邱羽凡, 〈保險業務員法律地位之再檢討——以大法官釋字第 740 號為中心〉, 《月旦法學雜誌》285, 臺北, 2019, 頁 92-110。
- 邱羽凡, 〈自營作業之勞動保護與「準勞工」立法之初步分析——以德國法為參考〉, 《月旦法學雜誌》314, 臺北, 2021, 頁 26-46。
- 邱羽凡, 〈勞動契約從屬性認定標準之趨勢與反思——兼論平台工作者之「勞工性」〉, 《臺北大學法學論叢》119, 臺北, 2021, 頁 141-229。
- 林更盛, 〈勞動契約之特徵「從屬性」——評最高法院八一年度台上字第三四七號判決〉, 收於氏著, 《勞動法案例研究(一)》, 桃園, 作者自印, 2002, 頁 1-32。
- 林更盛, 〈勞動契約〉, 收於臺北大學法律學院勞動法研究中心主編, 《勞動法文獻研究——理解、分析與重構》, 臺北, 元照, 2017, 第 1 章, 頁 1-29。
- 林佳和, 〈勞工定義: 古典還是新興問題? 從保險業務員談起〉, 《月旦法學雜誌》245, 臺北, 2015, 頁 17-37。
- 周恒祥編著, 《德漢法律詞典》, 柏林, Duncker & Humblot, 2017。
- 馬克斯·卡澤爾 (Max Kaser)、羅爾夫·克努特爾 (Rolf Knütel) 著, 田士永譯, 《羅馬私法》, 北京, 法律出版社, 2018。
- 閻天, 〈平臺用工規制的歷史邏輯——以勞動關係的從屬性理論為視點〉, 《中國法律評論》2021: 4, 北京, 頁 44-50。
- 顧祝軒, 《製造“拉倫茨神話”: 德國法學方法論史》, 北京, 法律出版社, 2011。

(二) 日文

- オットー・フォン・ギールケ (Otto Friedrich von Gierke) 著, 庄子良男譯, 《ドイツ團體法論 第一卷 ドイツゲノッセンシャフト法史 第一分冊》, 東京, 信山社, 2014。
- ジンツハイマー (Hugo Sinzheimer) 著, 檜崎二郎、蓼沼謙一譯, 《勞動法原理》, 東京, 東京大學出版會, 1977。
- 久保敬治, 《新版 ある法学者の人生 フーゴ・ジンツハイマー》, 東京, 信山社, 2001。

西谷敏，〈ドイツ労働法思想史論——集團的労働法における個人・團體・國家——〉，東京，日本評論社，1987。

孫田秀春，〈労働法の起點——労働法の開拓者たち〉，東京，高文堂出版社，1970。

橋本陽子，〈労働法・社會保險法の適用對象者（二）——ドイツ法における労働契約と労働者概念——〉，《法學協會雜誌》120：8，東京，2003，頁 1477-1549。

（三）英文

Coutu, Michel. "Max Weber on the Labour Contract: Between Realism and Formal Legal Thought." *Journal of Law and Society* 36, no. 4 (December 2009): 558-578.

Kahn-Freund, Otto. *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*. Edited by Roy Lewis and Jon Clark, translated by Jon Clark. Oxford: Blackwell, 1981.

（四）德文

Becker, Martin. *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis während der Weimarer Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.

Blanke, Sandro. *Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

Bohle, Thomas. *Einheitliches Arbeitsrecht in der Weimarer Republik: Bemühungen um ein deutsches Arbeitsgesetzbuch*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990.

Däumichen, Nadine. *Erich Molitor – Mitbegründer der neueren Arbeitsrechtswissenschaft: Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag zu Zeiten der Weimarer Verfassung und des Dritten Reichs*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

Däubler, Wolfgang. *Der Streik im öffentlichen Dienst*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1970.

Fraenkel, Ernst. "Hugo Sinzheimer." *JuristenZeitung* 13, no. 15 (August 1958):

- 457-461.
- Fuld, Ludwig. "Die Entwicklung des Reichsversicherungsamtes." *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 58, no. 1 (February 1892): 744-751.
- Haipeter, Thomas, ed. *Angestellte Revisited-Arbeit, Interessen und Herausforderungen für Interessenvertretungen*. Wiesbaden: Springer VS, 2016.
- Hromadka, Wolfgang. "Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht – Zur Diskussion um die „neue Selbständigkeit“." *NZA* 14, no. 11 (1997): 569-580.
- Hromadka, Wolfgang. "Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen." *Neue Zeitschrift fuer Arbeits- und Sozialrecht* 1997: 1249-1256.
- Kocka, Jürgen. *Die Angestellten in der deutschen Geschichte 1850-1980: vom Privatbeamten zum angestellten Arbeitnehmer*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981.
- Neumann, Dirk. "Die Gewerbeordnung – nach 100 Jahren arbeitsrechtlich veraltet?" *Arbeit und Recht* 17, no. 6 (June 1969): 161-166.
- Ramm, Thilo. "Die „Linke“ und das Arbeitsrecht." *JuristenZeitung* 33, no. 5/6 (March 1978): 184-187.
- Richardi, Reinhard. "Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag." In *Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, edited by Dieter Wilke, 607-624. Berlin: Walter de Gruyter, 1984.
- Ritter, Gerhard A. *Soziale Frage und Sozialpolitik in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts*. Opladen: Leske + Budrich Verlag, 1998.
- Sagemann, Mieka. *Kanckenfürsorge für das Gesinde*. Baden-Baden: Nomos, 2013.
- Schröder, Rainer. "Gesinde." In *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), 10 Lieferung, edited by Albrecht Cordes et al., 319f. Berlin: Erich Schmidt, 2004.
- Seelig, Marie Louise. *Heinz Potthoff (1875-1945) – Arbeitsrecht als volkswirtschaftliches und sozialpolitisches Gestaltungsinstrument*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008.
- Tennstedt, Florian. "Das Reichsversicherungsamt und seine Mitglieder – einige biographische Hinweise." In *Entwicklung des Sozialrechts, Aufgabe der*

Rechtssprechung: Festgabe aus Anlass des 100jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, edited by Georg Wannagat, 47-82. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1984.

Wank, Rolf. "Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen §611a BGB." *Arbeit und Recht* 65, no. 4 (April 2017): 140-153.

Weiss, Manfred. "Arbeitsrechtswissenschaft auf den Spuren Hugo Sinzheimer's." In *100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt*, edited by Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main, 577-590. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2014.

The Invention of “Employee” and Its “Subordination” and the Establishment of Labour Law in Weimar Germany

LI Tongtong*

At present, the concepts of “employee” and “subordination” have become the core concepts of labour law, which determine its objects, scope, and methods as a legal science. In the 19th century, “subordination” was not yet a legal concept. It was mainly used by theorists of social policy, such as Karl Marx. In the late nineteenth and early twentieth centuries, the Imperial Insurance Office adopted the criteria of personal and economic subordination for the first time in the judicial practice of insurance law, to determine whether a person in question should be a compulsory insured or not. Before the First World War, the founder of labour contract theory, Philipp Lotmar, avoided the discussion of subordination, to consolidate the scattered and contradictory labour legislation of his time. After the establishment of the Weimar Republic, the first generation of German labour lawyers debated whether the concept of “subordination” should be legalized and how it should be formalised. The debate essentially concerned the compatibility of labour law with the dichotomy of public and private law, and the compatibility of Marxism with the subjectivity of German Pandectist jurisprudence.

Keywords: employees, labour contract, labour relations, subordination, sociology of law

* Doctoral Student, Renmin University of China; Visiting Researcher, University of Bremen.