國立政治大學法律學系碩士班

碩士學位論文

論勞動爭議行為之罷工糾察—以德國法制為借鏡

A Study on the Legality of Strike Pickets: German Labor Law as a Reference

國立政治大學 National Chengchi University

指導教授：黃程貫 博士

研究生：邱羽凡　撰

中華民國九十七年十二月

DOI:10.6814/NCCU202200387

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

誌　謝

時光匆匆，距離完本論文口試之日，倏忽已經過了十三年一個月又十三日，今日能再鼓起勇氣去面對十多前初次嘗試研究工作的成果，動筆一頁一頁修改當年不成熟文字與思維，（終於）完成在政治大學的碩士學位，在此由衷感謝 黃程貫 教授從碩士班以來一路的指導與包容。

猶記得，在大學畢業之際，數度考慮放棄法律這條路，改投向社會學與性別研究的道路，然於翻閱全台灣各大學各種研究所的簡章時，驚現政治大學設有勞動法與社會法組，開課教師黃程貫老師所著的《勞動法》乙書，大筆引述馬克思的《資本論》，精闢地指出因為資本家的貪念而剝削勞工，而勞動法的任務就是要令勞動者得到實質的自由與平等，或是至少重行恢復無力之個別勞動者與強勢資力的實質對等，透過已被歷史及事實所證明的資方壓制，去發掘勞動者的保護必要性、規範需求，然國家所制定的勞動法基本上又是在鞏固現行體制，勞工團結性的抗爭意願將不斷被侵蝕，不過，勞工若認識到改變現狀需靠自己的雙手，對於法律地位的爭取就不致於是一種無謂的抗爭(參黃程貫，勞動法，2002 年，頁 23-39)。在為期幾近六年的大學生涯中，有一半以上的時間均在學校社團「大學論壇社」與工運團體「工人民主民主協會」等組織中度過，參與或是經歷勞工被現實與國家體制輾壓的無力感，黃老師的著作每一字都感動與震憾了當時的思想與感受，讓大學頭五年未曾聽聞過勞動法的自己，在即將畢業面對未來十字路口下，於每週四從台大騎車到政大旁聽勞動法的課程中找到了一盞明燈與人生道路的施力點與方向感，而從當時學習勞動法迄今也已有十五年，更加感到可以進入政治大學勞動法與社會法組學習勞動法，是無比的榮幸以及幸運，在此對於黃老師獻上最真誠的謝意 ！

感謝台灣大學法律系王能君老師，很幸運可以在離開大學前修到王老師在台大法研所開設且開放給大學部同學的第一門課，從而有機會第一次進行勞動法的討論，老師在當年課程中的所有指導，迄今難以忘懷！感謝兩位口試委員 林佳和老師與 張鑫隆老師，謝謝老師們在口試口試時提出的寶貴建議，也感謝兩位老師撰寫了一篇又一篇精采的爭議行為法文章，讓自己在撰寫與修改的論文的過程中，得到一次又一次的啟發。

最後感謝家人與所有在勞動（法）奮鬥路上所有的朋友，尤其是 1999 年於

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

台灣大學活大 238 室大學論壇社中認識的楊偉中，與你相會的時間短暫又充滿張力，但你帶給身旁之人的影響，是永恆，願在天上的你保持那個我（們）最熟悉的笑容。

邱羽凡　謹誌

2022 年 01 月 14 日*

於陽明交通大學科技法律研究所(新竹)

國立政治大學
National Chengchi University

* 本論文口試日期為 2008 年 12 月 10 日，論文修改完成之日為 2022 年 1 月 14 日，然本文為保持口試完稿之寫作主軸與主要論點，故論文之參考資料與所評析法律，均仍以 2008 年底為準。

DOI:10.6814/NCCU202200387

摘　要

「一場不需要進行罷工糾察的罷工，始為最具有實力的罷工。」然此以勞工於罷工具有自發性的團結一致行動為前提，在我國工會組織率仍偏低且罷工仍屬罕見的社會發展進程下，罷工糾察反而更屬於我國罷工現場的常態，若罷工未輔以諸如罷工糾察等積極之爭議措施，而僅是單純地不提供勞務，對雇主幾乎無法壓力。我國法目前對於得否在罷工之際發動罷工糾察，迄今並未形成一個普遍的共識，糾察行為在我國目前法制上的法律基礎與法律地位甚為不明，此使勞工難以事先通盤規劃合法的罷工策略，對於罷工的成效影響頗鉅，亦創造行政權恣意介入的空間。本文基此研究動機提出之研究結論為，基於罷工行動的有效性，罷工糾察乃是附隨於罷工進行過程中所不可或缺的手段，為受爭議行為當事人任命之人員，其在罷工中基於特定的地位，執行爭議行為當事人所訂之罷工糾察職務的所有行為，此受到憲法第 22 條的保障，對於罷工糾察的限制則需符合憲法第 23 條之規範。當罷工糾察人員勸說、促使勞工加入罷工時，罷工糾察不應被限制於所謂的和平勸說與呼籲的範圍中，否則將與憲法保障罷工有進行真正具有壓力性鬥爭的空間有相當的距離，並採和平非暴力的實力阻止說為罷工糾察行為的界限，故其具體措施不限於精神上的抗爭，更有使用實力以發揮阻礙雇主生產的必要，例如組織罷工人牆、人鏈或罷工通道等涉及實力行使的罷工糾察態樣，只要未超越和平非暴力的界限，可認為達到衡平法益之保障。

關鍵字： 罷工糾察、罷工、爭議行為、集體勞動權、罷工權、勞資爭議處理法、罷工通道、罷工人鏈、罷工人牆、封鎖

DOI:10.6814/NCCU202200387

Abstract

It has been said that strikes that do not require strike pickets are the most powerful. However, these require workers to act voluntarily and in solidarity. In Taiwan, the rate of union organization is still very low, and strikes remain rare. Lacking the power to perform collective actions, employees often use strike pickets in strikes, since if a strike is not supported by active actions such as picketing, but simply performed by withholding the labor force, the employer only faces a small amount of pressure. Currently, there is no general consensus in Taiwanese law on the legality of strike pickets. The legal status and requirements of picketing in Taiwan's legal system are very unclear, which makes it difficult for workers and labor unions to plan it in advance. This influences the effectiveness of strikes and creates room for the executive power to intervene arbitrarily. Based on this background and motivation, this research draws the conclusion that strike pickets carried out by the persons appointed by the labor unions are indispensable accompaniments to strike actions that improve their effectiveness. All acts of performing the duties of strike pickets set by the parties to the disputed act shall be guaranteed by Article 22 of the Constitution of the Republic of China (Taiwan). Any restrictions on them are subject to Article 23 of the Constitution. When workers are persuaded and urged to join strikes by the staff of strike pickets, these behaviors should not be limited to peaceful persuasion and appeal. Otherwise, the guarantee in the Constitution that promises workers the right to promote their struggles, such as by organizing a human wall, human chain, or strike passage, will not be upheld. As long as it remains peaceful and non-violent, it can be considered legitimate.

Keywords: strike pickets, strike, industrial action, freedom of association, right to strike, Act for Settlement of Labor-Management Disputes, strike passage, human wall, human chain, blockade

DOI:10.6814/NCCU202200387

簡目

德文縮語表 x

第一章 緒論 1
第一節 研究動機與研究目的 1
第二節 研究方法 10
第三節 研究範圍與章節架構 12

第二章 爭議行為、罷工與罷工糾察之意義 16
第一節 勞資爭議之意義 16
第二節 爭議行為與罷工之定義與類型 22
第三節 罷工與罷工糾察之關係 37
第四節 罷工糾察之意義與內容 41

第三章 集體勞動權與罷工權之法律基礎 50
第一節 集體勞動權與罷工權之憲法基礎 51
第二節 集體勞動權與罷工權之制定法基礎 111

第四章 罷工權之限制 116
第一節 罷工權行使限制規範之概觀 116
第二節 罷工之主體限制 121
第三節 罷工之目的限制 127
第四節 罷工之程序限制 149
第五節 小結 165

第五章 罷工糾察行為之限制 168
第一節 限制罷工糾察之基本原則 168
第二節 罷工手段之限制 169
第三節 罷工糾察對他人施加損害之合法性界限 195
第四節 刑法規範對於罷工糾察之限制 206
第五節 個別罷工糾察行為之合法性界限 220

第六章 結論 236

參考文獻 247

附錄 263

DOI:10.6814/NCCU202200387

詳目

德文縮語表 x

第一章 緒論 1

第一節 研究動機與研究目的 1

第二節 研究方法 10

第一項 文獻分析法 10

第二項 比較研究法 10

第三項 歷史研究法 11

第三節 研究範圍與章節架構 12

第一項 研究範圍 12

第二項 研究脈絡與章節架構 12

第二章 爭議行為、罷工與罷工糾察之意義 16

第一節 勞資爭議之意義 16

第一項 勞資爭議之定義與類型 16

第二項 勞資爭議之類型 17

第一款 個別與集體勞資爭議 18

第二款 權利事項勞資爭議與調整事項勞資爭議 20

第二節 爭議行為與罷工之定義與類型 22

第一項 爭議行為之定義 22

第一款 廣義之爭議行為 23

第二款 狹義之爭議行為 24

第三款 本文見解 24

第二項 爭議行為之類型 27

第一款 罷工 30

第二款 杯葛 31

第三款 自主生產 33

第四款 集體行使契約法上之權利？ 34

第三項 罷工之類型 35

第一款 依罷工當事人區分 35

第二款 依罷工目的區分 35

第三款 罷工與怠工 36

第四款 依其他標準區分 36

第三節 罷工與罷工糾察之關係 37

第四節 罷工糾察之意義與內容 41

DOI:10.6814/NCCU202200387

第一項　罷工糾察之定義.....41
第二項　罷工糾察之任命.....45
第三項　罷工糾察之任務.....47
第三章　集體勞動權與罷工權之法律基礎.....50
第一節 集體勞動權與罷工權之憲法基礎.....51
第一項　我國法之討論.....51
第一款　憲法第 14 條之結社權說.....53
第二款　憲法第 14 條結社權結合第 15 條工作權、生存權說.....55
第三款　憲法第 15 條之工作權與生存權說.....55
第四款　結合憲法第 15 條生存權與工作權、憲法第 14 條結社權與憲法第 22 條一般自由權說.....57
第五款　憲法第 22 條之其他基本權說(一).....58
第六款　憲法第 22 條之其他基本權說(二).....59
第七款　其他基本權對於罷工糾察之保障.....61
第一目 言論自由權對罷工糾察之保障.....61
第二目 集會結社權對罷工糾察之保障.....63
第二項　德國法基本法第 9 條第 3 項同盟自由基本權規範之參考.....65
第一款　同盟自由基本權之意義.....66
第一目 同盟的意義.....67
第二目 同盟自由基本權之結構與雙重基本權.....71
第三目 同盟自由基本權之保障內涵.....73
一、　個人的同盟自由基本權.....74
(一) 個人的積極同盟自由.....74
(二) 個人的消極同盟自由.....75
二、　集體的同盟自由基本權.....78
(一) 同盟的存續保障.....78
(二) 同盟的行動保障.....80
第二款　罷工權於同盟自由基本權中之地位.....82
第一目 基本法第 9 條第 3 項與團體協約相關性理論.....82
第二目 法院判決發展與制度保障理論的確立.....86
一、　法院對於爭議行為的承認.....86
二、　核心範圍理論之發展與修正.....87
三、　制度保障理論的形成.....91
第三目 制度保障理論的批判與爭議基本權的確立.....95
第三款　小結.....99
第三項　本文分析.....99
第一款　集體勞動權與罷工行為之憲法基礎分析.....99

DOI:10.6814/NCCU202200387

第一目 生存權不足以保障勞動基本權.....100
第二目 結社權不足以保障包含罷工之集體勞動權.....103
第三目 以憲法第 22 條為集體勞動權與罷工權之憲法基礎.104
第二款 罷工權為一個主觀的基本權且屬雙重基本權.....108
第四項 小結.....110
第二節 集體勞動權與罷工權之制定法基礎.....111
第一項 以制定法規範爭議行為之妥適性.....111
第二項 罷工權之制定法基礎.....113
第四章 罷工權之限制.....116
第一節 罷工權行使限制規範之概觀.....116
第二節 罷工之主體限制.....121
第一項 工會之罷工獨占權.....121
第二項 非工會罷工之可能性.....123
第三項 工會與參與罷工之勞工的關係.....126
第三節 罷工之目的限制.....127
第一項 罷工的目的限於「調整事項」？.....128
第一款 以不當勞動行為爭議為罷工目的.....129
第二款 權利事項爭議不得進行爭議行為？.....132
第一目 學者之質疑與批判論點.....132
第二目 以同時履行抗辯權取代罷工？.....134
第二項 工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工.....135
第三項 團體協約和平義務之拘束.....137
第四項 罷工之團體協約相關性限制？.....140
第一款 罷工須以締結團體協約為目標.....141
第二款 罷工所追求的團體協約之內容須為合法.....143
第一目 團體協約自治的外在界限.....144
第二目 團體協約自治的內在界限.....144
第四節 罷工之程序限制.....149
第一項 調解程序前置原則.....149
第二項 舉行罷工投票.....152
第一款 以制定法規範罷工投票程序之合法性.....152
第二款 德國法上之討論.....154
第一目 工會進行罷工投票之義務.....154
第二目 以民主正當性為基礎.....156
第三目 以爭議行為之比例原則為基礎.....160
第四目 小結.....162
第三款 違反罷工投票規範之法律效果.....163

DOI:10.6814/NCCU202200387

第五節 小結 165
第五章 罷工糾察行為之限制 168
第一節 限制罷工糾察之基本原則 168
第二節 罷工手段之限制 169
第一項 工會法之規定與我國學說討論 169
第二項 誠信原則與權利濫用禁止原則之適用 173
第三項 罷工權行使之比例原則？ 178
第一款 德國聯邦勞動法院 1971.4.21 裁定與法院後續見解 179
第一目 比例原則於罷工權適用之理由 179
第二目 比例原則於罷工權之具體適用 181
一、 適當性原則 181
二、 必要性原則 182
三、 過度禁止原則 184
四、 小結 186
第二款 學說上檢討 187
第三款 德國聯邦勞動法院 2007 年 6 月 19 日判決 192
第一目 判決之範式轉移 192
第二目 適當性與必要性原則之修正 193
第三節 罷工糾察對他人施加損害之合法性界限 195
第一項 對雇主施加損害之合法性界限 195
第一款 營業利益 195
第二款 名譽權 199
第三款 所有權 201
第二項 對第三人施加損害之合法性界限 202
第一款 生命、身體與健康權 202
第二款 所有權與經濟利益 202
第三款 自由權 203
第三項 罷工糾察干擾公共利益之合法性界限 204
第四節 刑法規範對於罷工糾察之限制 206
第一項 概說 206
第二項 罷工糾察所涉之刑事犯罪判斷 209
第三項 罷工糾察行為之違法性分析 213
第四項 勞資爭議處理法草案第 46 條第 3 項分析 214
第一款 草案第 46 條第 3 項本文 214
第二款 草案第 46 條第 3 項但書與「強暴脅迫」之分析 215
第五項 小結 220
第五節 個別罷工糾察行為之合法性界限 220

DOI:10.6814/NCCU202200387

第一項　罷工宣傳行為.....220
第一目 勸說勞工加入罷工.....222
第一款 勸說方式之限制.....222
第二目 進行實力阻止之行為.....222
第三目 罷工通道與人牆之設置.....224
第二款 勸說地點之限制.....229
第三款 對於搭乘交通工具上班之勞工的勸說.....231
第二項　搜身、照相、錄影.....232
第三項　通行證之發放.....233
第四項　封鎖事業單位出入口.....233
第六章 結論.....236
參考文獻.....247
附錄.....263
附錄一：勞資爭議處理法修正草案(節錄).....263
附錄二：基隆客運罷工事件損害賠償案歷審訴訟一覽表.....272
附錄三：台北地方法院 82 年勞訴字第 44 號判決.....273

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

圖目錄

圖 1：本文研究脈胳說明.....14
圖 2：個別勞資爭議與集體勞資爭議.....20
圖 3：言論自由權與罷工權整體的關係.....63
圖 4：德國基本法第 9 條第 3 項同盟自由基本權之內涵.....73
圖 5：現行法規範之罷工合法要件.....118

表目錄

表 1：我國於二戰後非常時期之罷工限制規範.....4
表 2：現行法之罷工限制規範一覽表.....119

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

德文縮語表

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEntG	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb(Zeitschrift für Betriebsratsmitglieder)
ArbG	Arbeitsgericht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis(Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ARS	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater(Zeitschrift)
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen. Amtliche Sammlung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Amtliche Sammlung
EzA	Entscheidungenssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Hrsg.	Herausgeber

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

hrsg.	herausgegeben
ITF	Internationale Transportarbeiter-Föderation
i.e.S	im engeren Sinne
IG Metal	Industriegewerkschaft Metal
ITF	Internationale Transportarbeiter-Föderation
LAG	Landesarbeitsgericht
Nr.	Nummer
ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht und Arbeit (Zeitschrift)
RGZ	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts in Zivilsachen. Amtliche Sammlung
Rn.	Randnummer
S.	Seite
vgl.	vergleiche
TVG	Tarifvertragsgesetz
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs; auch: Weimarer Reichsverfassung

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

第一章　緒論

第一節　研究動機與研究目的

自18世紀以來，工會運動在資本主義存在的地方以或快或慢的速度展開，工會成為勞工彼此互助，發揮集體力量以團結對抗來自資本家的剝削以及國家鎮壓的基地，然而我國的工會發展至今，迄今體質仍顯得衰弱不堪，此一現象除了勞工的階級意識仍待養成之外，統治者長年以來藉由法規範的制約所遂行的威權統治與更是一大因素，此亦連帶地影響到工會與勞工進行罷工的實力，且在此條件下，勞工縱使發動罷工──但若僅是單純地停止勞務的提供，在勞方相當有限的力量下，罷工對於雇主幾乎難以產生威脅。事實上，這點也是國內欲有所作為之工會的認知，故在該等工會的罷工規劃中，諸如罷工糾察等具有實力性的積極爭議措施，向來為罷工策略不可或缺的一環[1]。因此，為了進一步瞭解我國工會與勞工在罷工時，基於增強自身爭議力量而需採用積極爭議行為的背景，首先需對於管控我國爭議行為的相關法律規範發展作一簡要的考察，以瞭解我國工會與勞工罷工力量迄今仍為薄弱的結構性因素。

我國關於爭議行為的法律最初訂於 1924 年的工會條例，當時之工會條例第 14 條規定：「工會在必要時得根據會員之多數宣告罷工，但不得妨害公共之安寧或加危害他人之生命財產。」嗣工會法、勞資爭議處理法與團體協約法(即俗稱之「勞動三法」)分別於 1929、1928 與 1930 年發布，共同形成我國對於爭議行為之規範，此三部法律雖讓以罷工為中心的爭議行為獲得法律上的地位，但該法律

[1] 國內近年來所發生之罷工事件中(迄 2008 年)，於工會所出版之罷工手冊或罷工記實中多有提及罷工糾察的重要性，參例如：中華電信工會，中華電信工會罷工教戰手冊，2004 年 2 月初版二刷；渣打商銀產業工會之罷工手冊，參渣打商銀產業工會網站：http://www.hibu.org.tw/ (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)；余世芳，團結從工會開始—0908 臺企銀工會罷工紀實，臺企銀工會出版，2007 年 6 月，頁 119-120。

DOI:10.6814/NCCU202200387

中例如強制調解與部分強制仲裁制度等相關規範卻讓罷工的進行在實質上遭到嚴苛的限制[2]。此外，當時的政府陸續頒布多項特別法規，架空了於工會法、勞資爭議處理法與團體協約法中關於爭議行為的規範，進一步讓本就難以進行的爭議行為幾乎淪為毫無生存空間的窘境，其中最具影響力的規範如表一所示。

首先為 1934 年政府公布之戒嚴法，該法第 11 條第 3 款規定：「戒嚴地域內，最高司令官有執行左列事項之權：三、對於人民罷市罷工罷課及其他罷業，得禁止及強制其回復原狀。」在宣布戒嚴之前，非常時期農礦工商管理條例[3]於 1938 年公布，該法第 11 條規定：「指定各企業之員工，不得罷市、罷工或怠工。」違反本條規定者，依同法第 30 條處以刑罰：「違反第十一條之規定罷工、罷市或煽惑罷工、罷市者，處七年以下有期徒刑，得並科一千元以下罰金，怠工或煽惑怠工者，處一年以下有期徒刑或拘役。」依此規定而被納入指定企業之勞工的罷工權完全被剝奪[4]，其若發動爭議行為將與犯罪行為同等視之，該法並以強烈的刑法制裁方式作為違反此規定的懲處；緊接著，政府於 1942 年公布國家總動員法[5]，該法第 14 條規定：「本法實施後，政府於必要時，得以命令預防或解決勞

[2] 舉例而言，當時之勞資爭議處理法採取強制調解與部分強制仲裁制度，這造成應交付強制仲裁的勞資爭議則不得進行罷工，而非應交付強制仲裁的勞資爭議在調解與仲裁期間則不得罷工，且爭議當事人對於仲裁結果不得聲明不服，這形同取消罷工的可能性；參當時的勞資爭議處理法第 17 條第 1 項：「行政官署於勞資爭議發生時，經爭議當事者一方或雙方之聲請，應召集調解委員會調解之。雖無當事者之聲請，行政官署認為有付調解之必要時，亦同。」、勞資爭議處理法第 4 條：「左列各事業發生勞資爭議，其事件經調解而無結果者，應付仲裁委員會仲裁。(一)軍事機關直接經營之軍需製造業。(二)供公用需要之自來水、電置或煤氣事業。(三)供公眾使用之郵務、電報、電話、鐵路、電車、航運及公用汽車事業。」以及勞資爭議處理法第 35 條規定：「第 4 條所列各事業之雇主或勞工，不得因任何勞資爭議罷工或停業；其他工商業之雇主或勞工，在調解或仲裁期間內不得開始罷工或停業。」當時的勞資爭議處理法雖後來有所修正，惟大體上仍是保持嚴密控管罷工的可能性的基調。關於勞資爭議處理法歷次修正的分析，參蔡烱燉，勞動集體爭議權之研究—中美日三國法制之比較，政治大學法律研究所博士論文，1992 年 6 月，頁 21 至 27。

[3] 非常時期農礦工商管理條例訂立於 1938 年 10 月 6 日，於 1994 年 2 月 7 日廢止。

[4] 陳淑美，緊急勞資爭議處理機制之研究－以「冷卻期」為研究核心，國立中正大學勞工研究所碩士論文，2005 年 6 月，頁 60。

[5] 國家總動員法訂立於 1942 年 3 月 29 日公布，於 2004 年 1 月 7 日廢止。

DOI:10.6814/NCCU202200387

資糾紛，並得對於封鎖工廠、罷工、怠工及其他足以妨礙生產之行為，嚴行禁止。」若違反本條規定，依妨害國家總動員懲罰暫行條例[6]第 5 條之規定處以七年以下有期徒刑，且得併科七千元以下罰金。此法賦與國家禁止爭議行為的權限，並對違反禁止命令者亦課以刑責。不過，縱使國家未依國家總動員法禁止罷工，於此時期內，勞工仍會因上列非常時期農礦工商管理條例之規定而不得罷工，國家總動員法僅是就已受禁止之行為再加上一層桎梏。

迄 1947 年，政府發布動員戡亂完成憲政實施綱要，第 5 條規定：「各業勞資雙方，應密切合作，如有爭議，並應依法調解及仲裁，凡怠工、罷工、停業、關廠及其他妨礙生產及社會秩序之行為，均應依法懲處。」當時行政院再以此為據發布動員勘亂時期勞資糾紛處理辦法[7]，該法第 2 條規定：「動員戡亂期間，凡工礦交通公用事業發達之地區，為謀勞資問題之迅速處理以安定生產秩序，均得呈准設置該地區之勞資評斷委員會，隸縣市政府。」同法第 7 條規定：「雇主或工人在未經勞資評斷委員會評斷前不因任何勞資爭議停業、關廠或罷工、怠工。」同法第 8 條復規定：「勞資評斷委員會之裁決任何一方有不服從時，主管機關得強制執行；其情節重大者並得依照妨害國家總動員懲罰暫行條例罰之。」動員勘亂時期勞資糾紛處理辦法與國家總動員法相結合，政府並以此法解決勞資爭議長達四十餘年。這不但顯示了國家以疊床架屋的方法讓罷工被密不透風地加以禁絕，也讓主要規範爭議行為的工會法和勞資爭議處理法無所發揮[8]。至 1949 年，政府開始宣布戒嚴，此後我國在近四十年間均處於非常時期的立法之下，勞工僅空有名目上的罷工權，但事實上則幾乎完全不可能行使此一權利[9]。

---

[6] 妨害國家總動員懲罰暫行條例於 1942 年 6 月 29 日公布，於 2004 年 1 月 7 日廢止。

[7] 動員勘亂時期勞資糾紛處理辦法由行政院於於 1947 年 11 月 1 日公布，於 1988 年 7 月 18 日廢止。

[8] 陳淑美，同註 4 文，頁 62。

[9] 曾妙慧，台灣勞資爭議百年史，月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月，頁 27。

DOI:10.6814/NCCU202200387

表 1：我國於二戰後非常時期之罷工限制規範

法規命令	生效日	廢止日	規範內容
戒嚴令	1949.5.20	1987.7.15	第 11 條第 3 款規定：「戒嚴地域內，最高司令官有執行左列事項之權：三、對於人民罷市罷工罷課及其他罷業，得禁止及強制其回復原狀。」
非常時期農礦工商管理條例	1938.10.6	1994.2.7	第 11 條規定：「指定各企業之員工，不得罷市、罷工或怠工。」 第 30 條：「違反第十一條之規定罷工、罷市或煽惑罷工、罷市者，處七年以下有期徒刑，得並科一千元以下罰金，怠工或煽惑怠工者，處一年以下有期徒刑或拘役。」
國家總動員法	1942.3.29	2004.1.7	第 14 條規定：「本法實施後，政府於必要時，得以命令預防或解決勞資糾紛，並得對於封鎖工廠、罷工、怠工及其他足以妨礙生產之行為，嚴行禁止。」
妨害國家總動員懲罰暫行條例	1942.6.29	2004.1.7	違反國家總動員法第 14 條，依本法第 5 條將處以七年以下有期徒刑，且得併科七千元以下罰金。
動員戡亂完成憲政實施綱要	1947.7 .19	1991.5.17	第 5 條規定：「各業勞資雙方，應密切合作，如有爭議，並應依法調解及仲裁，凡怠工、罷工、停業、關廠及其他妨礙生產及社會秩序之行為，均應依法懲處。」
動員勘亂時期勞資糾紛處理辦法	1947.11.1	1988.7.18	第 2 條規定：「動員戡亂期間，凡工礦交通公用事業發達之地區，為謀勞資問題之迅速處理以安定生產秩序，均得呈准設置該地區之勞資評斷委員會，隸縣市政府。」同法第 7 條規定：「雇主或工人在未經勞資評斷委員會評斷前不因任何勞資爭議停業、關廠或罷工、怠工。」同法第 8 條復規定：「勞資評斷委員會之裁決任何一方有不服從時，主管機關得強制執行；其情節重大者並得依照妨害國家總動員懲罰暫行條例罰之。」

(來源：本文整理)

DOI:10.6814/NCCU202200387

不過，勞資糾紛與爭議是勞動關係中利益對立之勞資雙方所必然發生的現象，法令僅得對爭議行為加以禁絕，但無法杜絕勞資爭議事件的產生[10]，在戒嚴體制下，勞工礙於動員勘亂時期勞資糾紛處理辦法的存在，採取罷工一途所冒的風險極大，因此勞工經常萎縮成以提交「陳情書」的型態來表達抗議[11]， 我國主張憲法不保障罷工的學說見解，其提出之背景正係上開禁止罷工諸法令橫行之時，可見學說之發展實與社會現況之緊密關連[12]。至 1987 年政府宣布解嚴，被沿用許久的動員勘亂時期勞資糾紛處理辦法也由行政院於於 1988 年廢止，我國的爭議行為始漸漸恢復常軌，回歸工會法和勞資爭議處理法的一般性規範，雖此時社會的氛圍仍未完全脫離「罷工等於犯罪行為」的氛圍，復以非常時期農礦工商管理條例與國家總動員法分別遲至 1994 年與 2004 年始予廢止，爭議行為仍未完全「除罪化」[13]，但勞資間的矛盾在戒嚴之後已無法藉由此等特別規範而繼續被壓抑，

---

[10] 張國興整理自台灣省社會處之勞資爭議事件之統計資料，1949 年 17 件、1950 年 18 件、1951 年 12 件、1952 年 9 件、1953 年 32 件、1954 年 50 件、1955 年 43 件、1956 年 35 件、1957 年 55 件、1958 年 56 件、1959 年 55 件、1960 年 52 件，然而此一統計數字係以歷年來經過主管官署正式調處的爭議為限，實則歷年來所生的勞資爭議在此一數字若干倍以上。參張國興，戰後台灣勞工問題(下)，現代學術研究基金會，1991 年 2 月，頁 406。另參李建昌，80 年代的台灣勞工運動─結構與過程的分析，台灣大學社會學研究所碩士論文，1990 年 7 月，頁 43，表九：台灣地區勞資爭議長期趨勢比較。

[11] 政府雖以採取高壓的手段，但勞工到了忍無可忍時，即無法再顧忌法令的禁止而發動罷工，例如 1968 年時即曾發生「萬象俱樂部夜總會員工總罷工案」，此乃是戒嚴時期難得的事件，惟類此勞資爭議一發生，政府馬上介入干涉，往往造成勞方被迫讓步的情況，對此，參張國興，同註 10，頁 577、410、759。

[12] 學者林紀東當時對於憲法第 154 條之見解為：「勞資雙方，既以協調合作為原則，縱令生糾紛，亦不能以罷工、怠工、或大量開除工人等，為解決之手段，而應由當地政府及工會商會等社團，出而為協商之調解，與強制的仲裁，以息紛爭…足知憲法之含意，實不於勞資糾紛時，出以過激之手段。」參林紀東，中華民國憲法釋論，1977 年 8 月重訂 32 版，頁 377。

[13] 例如非常時期農礦工商管理條例，對於發生於 1989 年之遠化罷工事件具有高度的影響，遠化案被告後援會等數團體於罷工事件後召開「廢除”工人戒嚴法”—遠化罷工案廢除”非常時期農礦工商管理條例”公聽會」後，行政院即提出檢討並函請立法院審議廢止非常時期農礦工商管理條例。依行政院制檢討小組 1991 年 12 月 9 日第 18 次會議，其認定非常時期農礦工商管理條例第 11 條可廢止之理由為：「一、『平時』本條例得命指定企業之員工不得罷工或怠工，而「工會法」亦於該法第 26 條、第 29 條規定罷工之程序與限制及怠工之限制，前者適用範圍較窄，條件鬆；後者適用範圍廣而條件嚴(即不以指定企業為限，但要罷工非經調解無效及會員大會過半數之同意不得為之)，二者適用範圍不同，條件不同，雖無法完全取代，及以適用工會法為宜。另勞

DOI:10.6814/NCCU202200387

而且此等特別規範的合憲性亦早已飽受質疑[14]，因此解嚴令一發布，一時之間工運蜂起，在抗爭的手段方面，雖勞工仍最常採取陳情或上街頭自力救濟等方式，但到了 1988 年至 1989 年中期，在共計 88 件爭議行為事件中採取陳情一途者已降至 19 次，採行罷工抗爭者提升至 55 次[15]，顯示勞工的抗爭強度在解嚴之後已大幅提升[16]。

不過，在歷經政府數十年對於罷工的壓制之後，工會的體質不但已相當衰弱，勞工進行罷工的力量亦相當有限，在此條件下，勞工縱使發動罷工，但若未輔以諸如罷工糾察等積極的爭議措施，而僅是消極地不提供勞務，這對雇主幾乎無法產生威脅，這點也是當時欲有所作之工會所具有的認知。以我國早年的罷工事件為例，在 1989 年 5 月 15 日，遠東化纖產業工會於新竹發動了號稱「工運美麗島事件」[17]的罷工行動[18]，此為當時最受矚目的勞資爭議事件，在當日中午 12 點，工會拉起台灣解嚴後的第一條罷工糾察線，進行積極性的爭議措施，呼籲工會會

資爭議處理法第 7 條、第 8 條有類似之規定，又同法修正草案第 41 條如能通過，更足資適用。二、『戰時』於國家總動員法第 14 條對於罷工、怠工有類似規定，似可完全取代。……五、同勞委會認本條如經廢止，有關怠工之行為僅能依工會法或勞資爭議處理法之規定規範。」

[14] 林炫秋，論罷工權之行使與限制─中德法制之比較研究，政治大學法律研究所碩士論文，1990 年 6 月，頁 27 至 28。

[15] 此處所指之「罷工」包含集體休假、或是未經過法定程序的突發性中止勞務提供，認定標準寬鬆，並非本文定義下的罷工，亦非勞資爭議處理法與工會法所規定下的罷工，關於罷工之定義，參本文第二章第二節爭議行為與罷工之意義與類型。

[16] 李建昌，同註 10，頁 49 至 50。

[17] 台灣時報，遠東化纖罷工案，美麗島事件再版，1990 年 9 月 13 日。

[18] 遠化罷工事件的導火線發生於 1989 年 3 月間，當時遠東化纖的工作規則規定：「本公司為貫徹輪調制度，避免久任一職致工作倦怠，得依勞動契約調動員工，員工不得拒絕。」資方依此規定將工會幹部徐正焜自新竹調職至台北，經工會與資方調解未果後，資方將徐正焜以連續曠工三日為由而加以解僱，致工會召開會員大會舉行罷工投票，並在通過罷工案後於 1989 年 5 月 14 日中午展開罷工，要求資方修改調職的工作規則並回復徐正焜的職務。然而警察在工會開始罷工並設立糾察線後旋即進駐廠區並驅散參與罷工之人員，罷工隨著糾察線被強勢警力搗毀而瓦解。事後資方對羅美文等參與罷工之人提出告訴，經檢察官以違反刑法妨害公務罪、妨害秩序罪、毀損罪，和動員戡亂時期集會遊行法第 29 條提起公訴，參文化部「國家文化記憶庫」，遠化罷工文宣：遠東化纖工會罷工並不違法！：https://memory.culture.tw/Home/Detail?Id=489672&IndexCode=Culture_Object (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

DOI:10.6814/NCCU202200387

員勿入廠區上班，然而警察在工會設立糾察線後旋即進駐廠區並強力驅離參與罷工之人員，重挫台灣工會運動之發展[19]。

在遠化罷工案後，對於勞工與工會而言，罷工糾察此類的積極爭議行為既然難以行使，僅具有消極不提供勞務之內涵的罷工，在工會力量微弱致難以動員多數勞工下，幾乎沒有太大的作用，此後除了發生於 1991 年的基隆客運罷工案，其他較受矚目的勞資爭議事件多以非罷工的方式來進行抗爭，例如 1996 年之聯福製衣公司的臥軌事件、1997 年的統聯客運罷駛案、1998 年復興航同機師集體

[19] 遠化罷工事件落幕後，遠化罷工案於 1990 年 9 月 12 日在新竹地方法院第一次開庭，八名被告身著書寫「工運流氓」、「幫助勞工有罪」的 T 恤、頭載「工運死囚」的高頂黑帽出庭，並在法院外上演「工運流氓行動劇」，反諷國家法令對於勞工的迫害。1991 年 8 月 24 日新竹地方法院作出判決，法院以遠東化纖係屬非常時期農礦工商管理條例所指定之企業，而認為：「經營上述企業之遠化廠員工，依上開條例(本文按：即非常時期農礦工商管理條例)之規定，不得罷工，違此規定而罷工或煽惑罷工者，應依同條例第 30 論罪；本廠之罷工決議，既然牴觸上開禁止規定，且實行者依法應負刑責，是不能認其合法有效。」本案承辦法官並表示，起訴此案的主任檢察官用心良苦，未依刑責較重的非常時期農礦工商管理條例，而依刑法妨害秩序罪起訴，確實斟酌了所有主客觀環境與條件，但不是不能忽略非常時期農礦工商管理條例，不得不依條例判決，經衡量所有情況，已作到了重法輕判，從而將參與遠東化纖罷工事件之羅美文等人予以判刑。遭判刑之勞工為抗議非常時期農礦工商管理條例的不合理，於法院前高舉「罷工無罪、工運無罪」的標語，並於 1991 年 10 月 7 日由遠化案被告後援會協同勞動人權協會等數團體與多名律師、學者，假立法院召開「廢除”工人戒嚴法”—遠化罷工案廢除”非常時期農礦工商管理條例”公聽會」，並於公聽會的背景簡說之文件中清楚指出：「在戒嚴和戡亂時期已宣告終止後，『非常時期農礦工商管理條例』是否早該廢止了，如果這個過時的『非常法』仍然存在，那麼，無可避免的就會產生一種很詭異的結果：縱使勞工或工會依據工會法、勞資爭議處理法等合法罷工，到頭來還是會被宣判為違法，這無異將勞工的權益(特別是罷工權)仍置於戡亂或戒嚴的壓制之下，毫無道理的法定權利剝奪了，遠化案是首開先例的明證」、「這是台灣首次引用這個條例(本文按：即非常時期農礦工商管理條例)判案，而且是用來對付政治經濟弱勢的勞工。」(台灣新竹地方法院刑事判決 79 年易字第 1042 號判決。)雖然非常時期農礦工商管理條例於遠化罷工事件後不久即廢止，且羅美文等人對於原審判決提出上訴後，二審法院即推翻原判決關於非常時期農礦工商管理條例部分的判決，但台灣工會運動受遠化事件重挫後即畫下了一個分水嶺，自此之後有很長一段時間工運陷入低潮的狀態，僅個別勞資爭議不斷。自 1990 年至 2000 年之間，有五個年度的罷工事件為 0 件，其餘六個年度的每年罷工件數則僅在 1 至 3 件之間，罷工行動之低迷程度可見一斑。對遠化罷工事件之報導，參 1990 年 9 月 13 日自立早報、聯合報、中國時報、台灣時報、民眾日報報導。對於遠化罷工事件之分析，另請再參趙剛，工運與民主：對遠化工會組織過程的反思，告別妒恨－民主危機與出路的探索，台灣社會研究叢刊 06，頁 4，1998 年。

DOI:10.6814/NCCU202200387

請辭案等[20]，直到近幾年來，我國回復由工會法、勞資爭議處理法與團體協約來規範爭議行為的一般法律法範制度，雖然罷工的進行仍受到層層限制[21]，但在此環境下，罷工行動始漸漸復蘇，例如 2003 年台鐵工會罷工投票事件[22]、2004 年中華電信工會罷工事件[23]與 2005 年台企銀罷工事件[24]等，此仍為勞工突破層層法規重圍之少數適例。不過，在該等如鳳毛麟角的罷工事件中，工會雖已脫離諸如非常時期農礦工商管理條例等特別法的控制，但吾人見到的仍不是工會掌握罷工權後展現實力、與資方開始抗衡或協商的景象，而是罷工權形同無法行使的窘境。以 2004 年中華電信工會罷工事件為例，中華電信工會於 2004 年 12 月 5 日作成罷工決議，並於 2005 年 5 月 17 日發動警告性罷工，然而警察在工會設立罷工糾察線前，仍然出動數百名警力包圍參與罷工之工會會員，與遠化罷工事件的狀態如出一轍，更形成警察與工會各自拉起一條「糾察線」的景象，警察隨即於罷工行動僅開始 20 分鐘後以工會違反集會遊行法為由而開始警告並命令解散，罷工糾察線再度被瓦解[25]，罷工的能量再度被解消，勞方所面臨的處境與解嚴後仍相距不遠，罷工仍被嚴格控制在不具殺傷力的範圍內，突顯了我國的爭議行為法制在解嚴後仍無法脫離視罷工為犯罪行為的心態。

此外，罷工糾察除了在現實上一再地遭到摧毀之外，我國法院過去見解亦認為罷工的定義不包含積極的行為，在基隆客運工會罷工事件後，於資方對罷工參

---

[20] 洪士淵，活法、國家法與台灣勞資關係，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 6 月，頁 128 至 130。

[21] 就勞動三法所訂之罷工要件，學者感嘆「合法罷工在台灣儼然已經成了如同『駱駝穿針眼』一般的『不可能的任務』，由於制定於戒嚴時代的工會法對於組織工會與實施罷工百般箝制，加上資方的嚴厲打壓，罷工於是面臨了近乎註定非法的命運」參黃瑞明，從法社會學的觀點論統聯客運集體罷駛事件與我國罷工法制，台大法學論叢，第 31 卷，第 3 期，頁 67。

[22] 魏千峰，台鐵工會事件始末，月旦法學雜誌第 107 期，頁 9 至 15，2004 年 4 月。

[23] 參中華電信工會網站：http://www.ctwu.org.tw/ (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

[24] 余世芳，同註 1，頁 70-110

[25] 陳愛娥，政府在勞資爭議中的公權力運用，台灣本土法學雜誌第 78 期，頁 139；中華電信工會，「當警察變成中華電信保全？！」－搶救勞動人權 新聞稿，2005 年 5 月 20 日。

DOI:10.6814/NCCU202200387

與人員提起之損害賠償訴訟中，最高法院 86 年度台上字第 2980 號民事判決表示：「罷工應係單純勞務提供之停止，不得藉罷工為妨害公共秩序之安寧及加害他人生命、財產、身體自由之行為。」[26]據此，最高法院將罷工侷限於「單純勞務提供之停止」的範圍中，此雖經學者嚴厲批評，認為工會法先容許勞工罷工，但又在罷工的定義上大加限制，更在罷工行動的效果限制上一筆抹殺進行合法罷工的可能性[27]，其是否為我國爭議行為法制的合法解釋？抑或僅是戒嚴時代敵視罷工行為之思想的延續？此實有待進一步的分析。

綜上，本文研究之主要動機即在於，我國工會基於上述種種歷史因素的發展而呈現力量微弱的狀態，罷工的進行本來就相當不易，故如何於此劣勢下讓罷工的功能發揮暨達成罷工的目的，乃是我國建構爭議行為法制的作用之所在，對此，罷工糾察具有極為關鍵的作用，若我國法制無法擔保勞工與工會具有「進行一有效罷工行動的能力」(Fähigkeit zu einen wirkungsvollen Streik)的權利[28]——例如進行罷工糾察此類積極具有實力的爭議行為措施，則法律縱使賦與勞工罷工權亦無所用。更何況，在罷工的歷史中，罷工從來不止於「單純勞務提供之停止」。相反地，一場成功的罷工需仰賴罷工糾察人員對於有工作意願者進行勸說以促使該等人員加入罷工、維持罷工秩序、進行罷工宣傳教育、從事大門出入的管控，以及向罷工領導小組報告罷工情勢暨保持機動性連繫等[29]，這對於力量薄弱的工會與勞工而言更具有高度的重要性，故為了罷工的效益，不應自始就將罷工糾察視為違反民刑事法規之罷工過度行為(Streikexzess)而排除於保障範圍之外。

罷工糾察此一行為在我國目前法制上的法律基礎與法律地位甚為不明，從而實施罷工糾察之法律效果亦甚為模糊，這一方面使勞工難以事先通盤規劃合法的

[26] 亦參臺灣高等法院 85 年度勞上更(二)字第 5 號判決。
[27] 黃程貫，勞動法，國立空中大學，2002 年 2 月，修訂再版四刷，頁 269。
[28] Wolter, in Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 1987, Rn. 280m ff；黃程貫，同註 27，頁 253。
[29] Bloesinger, Rechtsstellung von Streikposten, 1988, S. 16.

DOI:10.6814/NCCU202200387

罷工策略，對於罷工的成效影響頗鉅，另一方面亦創造行政權恣意介入的空間，因此，劃清罷工糾察的輪廓，以求於實際層面上具體落實罷工權，此亦為本文研究目的之所在。因此，罷工與罷工糾察之關係為何？我國爭議行為法制對罷工的保障範圍為何？是否涵及罷工糾察？此即為本文所欲研究的核心問題。

第二節　研究方法

第一項 文獻分析法

我國勞動三法於 1930 年已完成立法，然國內勞動法學界對於爭議行為之探討多以罷工為主，雖提及罷工糾察的相關討論迄今已累積有一定文獻，國內工會界與工運界之人士在籌劃、參與罷工之際亦不乏對此為文著述者，但鮮見直接以罷工糾察為法律分析對象的討論，故本文除有限之學術文獻外，將進一步整理、歸納勞工主管機關之行政解釋函令以及各級法院之判決，以藉由前述我國文獻梳理我國目前現有對於罷工糾察之法律爭議的初步看法，並作為本文之研究基礎。

第二項 比較研究法

我國法制對於他國法制多有參考，在適用一規範之同時若能參酌相關之外國法，不僅能更加清楚相關法規的體系、目的與功能，並能透過其實踐上的具體情況，作為我國法上具體適用情形的參考[30]。而比較法的研究在我國勞動法學的研究中向來受到高度的重視，故比較法的研究亦為本文之重點，本文則以德國法制為比較研究的對象。然而，誠如學者黃瑞明所言，比較法雖可以提供勞動法學者豐富的靈感，並具有啟發思考的作用[31]，不過，本文之所以採用比較研究的方法，並以德國法制為比較的對象，其目的並不在引介他國的法制以供台灣全面性地師法，因德國之社會結構與工會發展與我國現狀的差距甚遠，故德國之爭議行為法

[30] 林更盛，法學方法與勞動法，收錄於《2005 年台灣勞動學學術研討會論文集》，元照，頁 149。
[31] 黃瑞明，難矣哉，勞動法學！，政大法學評論第 58 期，192008 年 12 月，頁 318。

DOI:10.6814/NCCU202200387

制雖在缺乏制定法的規範下，依法理基礎而發展出豐厚的內涵，但是否能為我國所用，實為另一個極大的問題，惟因德國爭議行為法制已具有悠久的歷史發展，且經學者引述至國內後已對於我國之學術發展與實務見解產生深刻的影響，復因行政院勞工委員會(以下簡稱「勞委會」)之勞資爭議處理法修正草案[32]中多處可見引述國外立法例者(包含德國)，此均可發現德國爭議行為法制所具有之重要性，因此對於德國法制的瞭解亦有現實上的必要性。此外，由於德國學者對於德國爭議行為法制的研究成果豐富，在德國通說見解之外亦發展出諸多不同的見解，其有助於擴大我國法制的研究視野，本文在各項問題的討論中亦將一併介紹之。

第三項 歷史研究法

歷史是人類有意義成就的記錄，其不只是單純地記載事件的發生年代，更須統合事件發生的人、事、時、地、物的關係來作描述，讓過去與現在之間的關係得以延續，歷史研究是為了建立過去的事實及獲得結論，其基於研究者觀察他人、文件與記錄所蒐集的資料來以進行研究，就爭議行為而言，勞工之爭議行為的進行係產生自工業革命，為勞工鬥爭運動之成果，並非傳統之基本權(klassisches Grundrecht)，爭議行為的歷史發展對於罷工權具有極為重大之意義。台灣之爭議行為雖自解嚴後始開始有施展的空間，然在此數十年間，我國的曾進行過的爭議行為仍累積有不少的成績，本文在各項問題的研究中亦將一併參酌相關的歷史資料，包含工會於進行爭議行為時所散發的各種文宣或論述、報章雜誌對於曾發生之爭議行為的記錄以及勞工運動工作者對於過去爭議行為的記錄與分析，以勾勒出我國爭議行為的真實樣貌，從而理解罷工糾察在罷工的爭議現場所具有的地位，以避免於進行罷工糾察上諸問題的分析時造成與社會現實乖離的現象，並據此以建構出一符合我國社會現實的罷工糾察法制。

[32] 本文所引用之勞資爭議處理法修正草案係於 2008 年 2 月 29 日由行政院送請立法院審議之版本，草案內容參本文附錄一：勞資爭議處理法修正草案(節錄)。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第三節　研究範圍與章節架構

第一項 研究範圍

我國的勞工與工會在進行勞動抗爭時經常採用的方式為陳情或利用假日進行示威等較為柔性的手段，但是具有造成爭議行為相對人損害的「積極性的爭議行為」所能發揮的作用，究非陳情或示威等手段所能比擬，故本文在爭議行為的研究上所設定的第一個研究範圍即為爭議行為法制中的積極性爭議行為。不過，由於爭議之手段豐富多元，諸如杯葛、自主生產與罷工等均是抗爭手段的選項，不論是杯葛或自主生產等爭議行為，其必然仰賴積極的行動始能完成，但就罷工而言，基於勞工拒絕提供勞務乃是此一類型之爭議行為的主要內容，則罷工即因是否被限於「不提供勞務」的範圍之中而衍生出各種爭議。對此需特別說明的是，單一勞工基於自我意志而拒絕提供勞務雖可能僅呈現出不作為的行為外觀，惟多數勞工欲同時形成拒絕提供勞務的集體行動並發揮損害爭議相對人的作用，則非同時仰賴積極附隨的爭議手段不可，罷工糾察行為於此即具有高度的重要性，故本文的研究範圍即以罷工過程中具有積極行為之型態的爭議手段為要，並選取諸積極行為中的「罷工糾察」為研究對象。

第二項 研究脈胳與章節架構

罷工糾察所涉及的問題複雜多端，不論是罷工糾察與罷工權的關係為何，或是罷工的諸項合法性要件對罷工糾察的限制，甚至於罷工糾察與未參與罷工之勞工、被罷工之雇主或是第三人等的關係，及罷工糾察之進行在各個法領域中的法律效果等，此均是罷工糾察進行時所需面對的問題，惟因我國爭議行為法制上關於罷工糾察的問題，迄今仍停留在「罷工糾察線的設立本身是否就足以成立學理

DOI:10.6814/NCCU202200387

上所稱之罷工過度」[33]的爭論上，得否在罷工之際進行罷工糾察迄今並未形成一個普遍的共識，罷工糾察在台灣甚至還是一個頗為新鮮的名詞[34]，故確定罷工糾察的意義、法律基礎及其合法性要件乃是各項問題的基礎之所在，本文將分別於以下三章中分析罷工糾察的意義、法律基礎及其合法性要件此三項問題，亦以此三項問題為研究罷工糾察的範圍。

對此，本文之研究脈胳區分為橫向研究脈胳與縱向研究脈胳兩者：第一、橫向研究脈胳：罷工糾察此一行為乃是整體罷工行動中的一環，係附麗於罷工之上而存在，故在進入罷工糾察的研究之前，須先就罷工為探討，因此本文的橫向研究脈胳乃是先對罷工整體為分析，再續而論及罷工糾察，此不論是在罷工糾察的定義、法律基礎或合法性要件等問題的分析上均然。第二、縱向研究脈胳：罷工糾察的存在係以罷工為前提，本文將先對罷工糾察與罷工的關係為說明與分析，並以此基礎續而說明罷工糾察的法律基礎，此部分將區分為罷工糾察的憲法基礎與罷工糾察的制定法基礎兩者，以確立罷工糾察的實施為勞工權利行使的基本原則。於確立罷工糾察的權利性格之後，本文將進一步探討罷工糾察權得行使的界限，此亦是爭議行為法制對於罷工糾察權進行限制的問題。

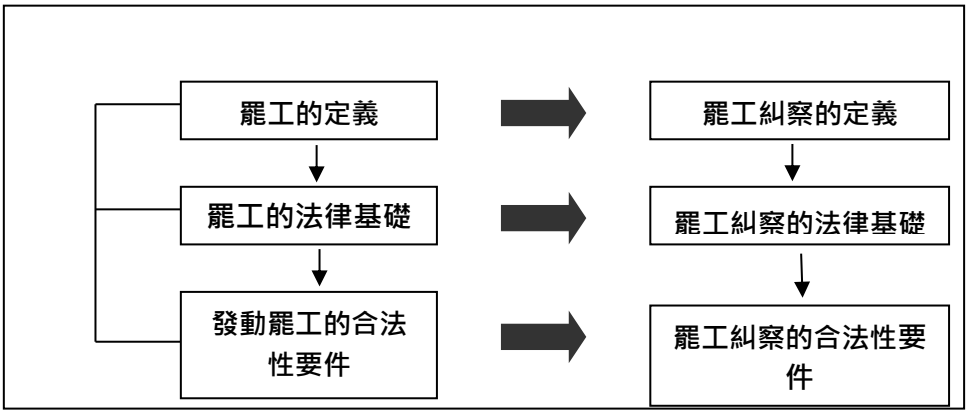
國立政治大學 National Chengchi University

[33] 林佳和，罷工與警察權的發動—中華電信工會罷工違反集會遊行法案法律報告書，2006 年 8 月，頁 7。

[34] 邱毓斌，如何看待罷工糾察線？—從電信罷工講起，中華電信工會第十期，2005 年 5 月 27 日，頁 99。

DOI:10.6814/NCCU202200387

圖 1：本文研究脈絡說明



在章節安排上，本論文分為五章，各章之架構內容如下：

第一章為「緒論」。闡述研究動機與研究目的，次再說明研究方法，並以上述內容為基礎以建構本論文之研究範圍與各章節。

第二章為「爭議行為、罷工與罷工糾察之意義」。本章將先就勞資爭議的意義為分析，次再就爭議行為之意義與類型進行討論。另因罷工糾察乃是附麗於罷工此一爭議行為之上，且各種類型之罷工均有使用罷工糾察的可能，且配合罷工戰術的不同，罷工糾察的任務亦有所變化，故本文於此將同時對罷工的各種類型進行說明，並於釐清罷工糾察的上位概念，即爭議行為的意義後，進一步分析罷工糾察與罷工的關係，最後再說明罷工糾察之意義與內容。

第三章為「集體勞動權與罷工權之法律基礎」。罷工糾察基於對罷工的協助性功能乃屬於罷工的一部分，故罷工行為之法律基礎已將罷工糾察包涵在內，故本文將藉由分析集體勞動權與罷工權之法律基礎，以釐清現行法對於罷工糾察行為之保障。本章將區分為憲法與制定法兩個層次來進行討論，此乃因一權利若僅存在於制定法的層次上，而未在憲法上給予保障，此將淪為任由立法者以法律限制或廢立的處境，則該權利極易成為具文，本章擬先就集體勞動權與憲法基本權保障的關係為分析，共分為集體勞動權對於罷工行為之保障、言論自由權、集會

DOI:10.6814/NCCU202200387

結社權與罷工糾察之關係。其次再討論罷工糾察於制定法上層次的問題，此部分將先探討以制定法規範爭議行為的妥適性，次再分析爭議權之制定法基礎。

第四章為「罷工權之限制」。在我國的現行法制下，工會法第 26 條、勞資爭議處理法第 8 條與團體協約法第 20 條第 1 項[35]對於罷工權之行使訂有諸多限制，該數須要件可以區分為罷工主體之限制、目的之限制、程序之限制與手段之限制，因罷工糾察的實施，係以於一起合法發動之罷工的基礎上進行為前提，故需先判斷為是否存在一起合法發動的罷工，故本章本文將就罷工主體之限制、罷工目的之限制與罷工程序之限制逐一為分析。

第五章為「罷工行為糾察之限制」。對於罷工行為糾察之限制，即罷工手段之限制，本章將探究直接限制罷工糾察的罷工手段之限制上的諸項問題，同時就「刑法規範對於罷工糾察之限制」為分析。最後，本文將依所歸納出之判斷標準，逐一常見的個別罷工糾察行為之合法性問題為分析。

第六章為「結論」：統整、歸納本文主要研究成果，提出本文之結論，並將分別自解釋論與立法論的觀點嘗試提出本文之建議，期能對於我國罷工糾察之法律地位的釐清與合法性要件的確立所助益。

國立政治大學 National Chengchi University

[35] 我國團體協約法於 2008 年 1 月 9 日修正，惟因勞資爭議處理法與工會法未能與團體協約法同時一併修正，故新修正之團體協約法尚未訂定施行日期，目前仍適用原團體協約法，故本文此處仍援用原團體協約法第 20 條第 1 項之規範，並稱修正前之團體協約法為「團體協約法」，修正後之團體協約法為「修正後團體協約法」，合先敘明。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第二章　爭議行為、罷工與罷工糾察之意義

罷工糾察為罷工進行的手段之一，亦屬爭議行為(Arbeitskampf)的一種，然勞資爭議(Arbeitsstreitigkeit)與爭議行為此兩者均是一種社會現象，不過，爭議行為係為解決勞資爭議而產生的勞資對抗狀態，兩者並非同一概念，實有進行區分之必要。且在勞資爭議發生之後，有產生爭議行為者、亦有未發生爭議行為者，未發生爭議行為之勞資爭議可能受到法律規定的壓抑，亦有可能因爭議當事人一方尚在觀望對方面對爭議的態度而未付諸爭議行為，更可能是因為勞方力量尚屬薄弱而無力發動爭議行為來解決爭議之故，多種可能性潛藏其中，是故若不將勞資爭議與爭議行為兩者分開討論，研究視野將僅停留在發生爭議行為的勞資爭議上，難以窺見勞動生活中爭議面向的全貌。本文以下先就勞資爭議的意義為分析，再於次節就爭議行為之意義進行討論。

第一節 勞資爭議之意義

第一項　勞資爭議之定義與類型

勞資爭議乃是社會生活事實的一種現象，在最廣義的勞資爭議定義中，一切「基於勞動關係」所引起的爭議均屬於勞資爭議，諸如雇主與勞工因勞動契約關係而生的所有爭議、雇主或勞工與國家之間因勞動立法所衍生的爭議-例如產生自勞工保險、勞工退休金或勞工安全衛生等法規的爭議等，甚至於雇主團體或工會內部關係所產生的糾紛也包含在內，雇主或雇主團體與工會之間因團體交涉所發生的爭執亦屬於「廣義的勞資爭議」。「狹義的勞資爭議」之定義，則以爭議事件對象為判斷標準，只要是勞工或工會與其社會自治對手—雇主或雇主團體所

DOI:10.6814/NCCU202200387

生的爭議，則屬勞資爭議；至於「最狹義的勞資爭議」之定義，則限於雇主或雇主團體與工會之間因團體交涉所引起的爭議[36]。

將一社會現象界定為勞資爭議事件與否，其實益在於各個爭議事件就其性質之別而應依循的解決途逕有所不同[37]，一爭議事件一旦被認定屬於勞資爭議事件，除了可依一般民事紛爭事件解決途逕來消弭爭議之外，例如依民事訴訟程序提起訴訟或依鄉鎮市調解條例進行調解，尚可循專為解決勞資爭議的程序[38]。我國目前以勞資爭議處理法來處理勞資爭議事件，而依勞資爭議處理法第2條之規範：「本法於雇主或雇主團體與勞工或勞工團體發生勞資爭議時適用之。」即勞資間一切基於勞動關係所引起的爭議[39]，包含勞工與雇主、工會與雇主或雇主團體所生的一切爭議，不限於因團體交涉而生的爭議，但不及於勞工與國家間的爭議、亦不及於勞雇團體各自的內部爭議，即上述之狹義的勞資爭議定義。

第二項 勞資爭議之類型

關於勞資爭議之類型，勞資爭議處理法將將其區分為「權利事項勞資爭議」(Rechtsstreitigkeit)與「調整事項勞資爭議」(Regelungsstreitigkeit)，此外，依爭議當事人之別，尚可區分為「個別勞資爭議」與「集體勞資爭議」。區分勞資爭議之類型之意義，在於不同之爭議類型，應循的爭議解決程序也有所不同，一件勞

---

[36] 學者對於勞資爭議定義之分類的並不相同，本文綜合各個學者見解之整理如上，關於各學者之論點的詳細內容，參史尚寬，勞動法原論，正大印書館，1978 年，頁 241；黃程貫，勞資爭議法律體系中罷工概念、功能與基本法律結構，政大法學評論第 39 期，1989 年 6 月，頁 176 至 179；陳繼盛，勞資爭議法制之基本認識，收錄於《勞工法論文集》，陳林法學文教基金會，1994 年，頁 378；劉士豪，勞資爭議處理制度評析與建議—初探現行協調與調解制度，95 年度仲裁法與勞資爭議處理制度學術研討會，中華民國勞資爭議仲裁協會主辦，2006 年 8 月 29 日，頁 1-17 至 1-18。

[37] 林更盛，作為爭議手段之勞工集體休假，收錄於勞動法案例研究(一)，翰蘆，2002 年 5 月，頁 302。

[38] 關於我國勞資爭議事件解決途逕的介紹，參蘇衍維，勞資爭議解決途逕之探討與成效—現行勞資處理實務運作與困境，95 年度仲裁法與勞資爭議處理制度學術研討會，中華民國勞資爭議仲裁協會主辦，2006 年 8 月 29 日，頁 1-1 至 1-4。

[39] 劉士豪，同註 36，頁 1-18。

DOI:10.6814/NCCU202200387

資爭議並非當然得循所有的勞資爭議救濟程序，例如權利事項爭議與調整事項雖均得向勞工行政主管機關提出勞資爭議調解[40]，但僅調整事項得申請勞資爭議處理法所訂的仲裁程序[41]。

第一款 個別與集體勞資爭議

個別勞資爭議與集體勞資爭議係依「爭議當事人」之別所為的區分。個別勞資爭議指「個別勞工」與「個別雇主」因勞動關係所發生的爭議，爭議事件的當事人為個別勞工與個別雇主，不包含以工會或多數勞工為當事人者，例如個別勞工向雇主請求給付加班費、資遣費或退休金等典型的勞資爭議。至於集體勞資爭議之定義，學者陳繼盛指出其乃是指雇主或雇主團體與工會或有組織之多數勞工間，基於其所屬會員有關勞動關係之問題或相互間有關問題所為之爭議，其爭議當事人為勞方時必須為工會或多數有組織之勞工，即以團體為權益之爭議主體，故又稱為團體的爭議[42]。

就此一集體勞資爭議的定義，應進一步分析，首先，集體勞資爭議原則上以「團體」為集體勞資爭議的主體，但在雇主一方則得以個別雇主為爭議主體，例如工會依據公司團體協約(Firmtarifvertrag)之規定，要求雇主落實團體協商義務而衍生的爭議，此類爭議僅是針對於單一雇主所為，然在此種情況中，爭議係產生於個別雇主與工會或多數勞工之間，此類事件亦具有團體性，故亦屬集體的勞資爭議。其次，集體勞資爭議以「團體」為集體勞資爭議的主體，但上引之定義復要求勞方主體不僅需為多數勞工，且需為有組織之多數勞工，故僅發生於有組織之多數勞工身上的爭議始得稱為集體勞資爭議，惟此一定義實混淆勞資爭議與爭

---

[40] 參第 5 條第 1 項前段：「權利事項之勞資爭議，依本法所定之調解程序處理之。」與第 6 條第 1 項：「調整事項之勞資爭議，依本法所定之調解、仲裁程序處理之。」

[41] 參勞資爭議處理法第 24 條第 1 項：「調整事項之勞資爭議，調解不成立者，經爭議當事人雙方之申請，應交付勞資爭議仲裁委員會仲裁。」關於權利事項爭議實應得循勞資爭議處理法中的仲裁程序解決爭議，不應限於調整事項，詳細之理由，參黃程貫，同註 27，頁 327 至 328。

[42] 陳繼盛，同註 36，頁 379。

DOI:10.6814/NCCU202200387

議行為兩者對於集體性(Kollektiv)所為的要求。勞資爭議的定義應僅是對於社會生活事實表象所為的描述，只要爭議事件之勞方為多數即屬集體勞資爭議，至於該多數勞工是否有組織，此已將人之意志的因素考量在內，應是進行爭議行為所需具備的要件—亦即勞工需具備集體有認識且有意圖而形成之共同性(bewusst gewollte solidarische Gemeinsamkeit)[43]，此並非區辨勞資爭議事件性質的標準，故集體勞資爭議應指雇主或雇主團體與工會或多數勞工間，基於其所屬成員有關勞動關係之問題或相互間有關問題所為之爭議，例如遭雇主集體解僱的工會幹部要求回復原職務，或是於勞工在雇主無預警關廠後共同請求資遣費的情況，均屬之。

在此須特別提出的是，權利事項的勞資爭議尚可區分為「一般的權利事項爭議」，以及「具不當勞動行為(unfair labour practice)性質的權利事項爭議」之兩種類型[44]，就後者而言，當所發生的勞資爭議事件雖只直接涉及單一勞工時，例如雇主將某一位工會幹部調職、解僱特定的勞方協商代表或是因某一位勞工參與爭議行為而予以解僱或懲戒，然此種爭議實涉及的是團結權侵害的問題[45]，其雖顯現為個別性質的權利事項爭議，但此種爭議其中實隱含集體性爭議的性質，因為此類爭議之救濟所保護者並非個人的利益，而係透過對於個人的救濟而保護工會的團結[46]，故此類爭議亦應屬集體的勞資爭議。

---

[43] 參本文下述本章第二節「第一項 爭議行為之意義」。

[44] 對於具不當勞動行為性質的權利事項爭議，以及一般的權利事項爭議得否進行爭議行為之問題，對此部分之詳細說明，參第三章第一節第三項本文對於罷工權之憲法基礎的之說明。

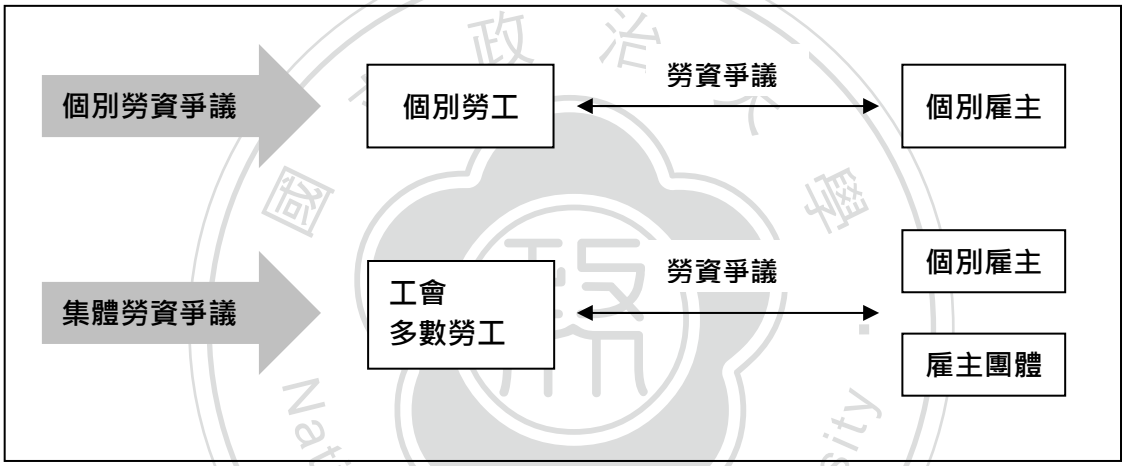
[45] 不當勞動行為制度係導源自美國與日本，而此一制度之目的在學說上有團結權保護說、團結權之秩序維持說與團體協商說(團體交涉重視說)三種見解，日本學說上的通說為團結權保護說，而美國制度則採團體協商說(團體交涉重視說)，依學者之分析，我國的不當勞動行為制度較近於日本，參張鑫隆，勞動三法草案中不當勞動行為之法律上的定位—以行政救濟與司法救濟之探討為中心，2005 年勞工法規論壇會議，頁 2 至 4；本文此處即採團結權保護說之論點為分析。另外，關於團結權保護說、團結權之秩序維持說與團體協商說(團體交涉重視說)三種見解之詳細介紹，參張義德，不當勞動行為制度之研究－以日本與我國之「不利益待遇」為中心，政治大學法律研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 21 至 25。

[46] 張義德，同註 44，頁 12。

DOI:10.6814/NCCU202200387

在區分個別勞資爭議與集體勞資爭議的意義上，因爭議行為須具備行動的集體性[47]，受到侵害之勞工所屬的團體—不論為工會或是多數勞工，得以之為標的進行爭議行為，因此應僅集體勞資爭議事件(不論為集體的權利事項爭議抑或集體的調整事件爭議)，得作為爭議行為的標的，亦即雇主或雇主團體與工會或多數勞工間，基於其所屬成員間或團體間有關勞動關係之問題所發生的爭議，得以爭議行為的方式來解決；至於個別性質的勞資爭議事件(不論為個別的權利事項爭議抑或個別的調整事件[48]爭議)，原則上均不得為爭議行為目的。

圖 2：個別勞資爭議與集體勞資爭議



(來源：本文自製)

第二款 權利事項勞資爭議與調整事項勞資爭議

勞資爭議處理法將勞資爭議事件區分為權利事項與調整事項勞資爭議，該法第4條第2項與第3項，分別規範權利事項與調整事項之勞資爭議定義為：「權利事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。」、「調整事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。」依此規定，權利事項勞資爭議為爭議當事人基本於不同的勞動法法源而既存的權利義務事項，於當事人不履行、未履行或是

[47] 請參下述第二章第二節第一項「爭議行為之定義」的分析。

[48] 勞資爭議處理法第 6 條第 2 項規定，調整事項之勞資爭議當事人應為勞工團體或勞工十人以上，調整事項以具備集體性為要，因此在勞資爭議處理法的規範下亦不存在個別的調整事件爭議。

DOI:10.6814/NCCU202200387

不完全履行而引發爭議的情形，。至於調整事項勞資爭議，又稱利益事項爭議(Interessenkonflikt)，此乃是勞資爭議當事人就尚未成形的權利義務創造規範，或是勞資爭議當事人欲變更既存的權利義務事項，易言之，此種類型的勞資爭議事項具有「未來性」 (künftig)，而在爭議當事人就新規範的創造上無法達到共識從而發生爭議時，即屬調整事項之勞資爭議[49]。

在概念上區辨權利事項與調整事項勞資爭議此二種爭議類型之目的，在於找出得以循司法訴訟程序解決的爭議類型，而權利事項勞資爭議因具有既存之法律規範可作為法院裁判的依據，法院自得進行審理，但調整事項勞資爭議係爭議當事人自主地形成新規範，法院自無審理可能性[50]。不過，在現行勞資爭議處理法中，勞資爭議類型係用來決定不同之行政處理程序的適用—亦即僅調整事項爭議適用勞資爭議處理法中的仲裁程序，權利事項目前不得循此程序解決爭議[51]，此並非一合理規範方式，因為不論為權利事項或調整事項爭議均應得由行政處理程序解決，然此點在勞資爭議處理法修正草案中已有所調整，讓權利事項或調整事項爭議均得適用仲裁程序[52]。依此修正意旨可知，權利事項或調整事項爭議的區分意義僅存在於司法程序上，惟就司法程序而言，此一分類乃屬理所當然，不待分類即可得依民事審判權有無而得出之當然結果，事實上亦無在勞資爭議處理法中再予規定的需要，因此在勞資爭議處理法修正草案中讓權利事項或調整事項爭

[49] 關於權利事項與調整事項勞資爭議之意義，學者之分析，參例如，黃程貫，同註 27，頁 300 至 324；黃程貫，關於權利事項與調整事項勞資爭議之區分—高院 78 年度勞上字 13 號、高院 78 年度勞抗字 10 號，收錄於《勞動法裁判選輯(一)》，1988 年 9 月初版二刷，頁 107 至 133。

[50] 黃程貫，同註 27，頁 318。

[51] 權利事項勞資爭議雖不得適用勞資爭議處理法中的仲裁程序，但依現行法之規定，得依仲裁法上的仲裁制度來解決爭議，參黃馨慧，勞資爭議仲裁制度之實施檢討，95 年度仲裁法與勞資爭議處理制度學術研討會，中華民國勞資爭議仲裁協會主辦，2006 年 8 月 29 日，頁 2-27 至 2-47。

[52] 勞資爭議處理法修正草案第 5 條第 1 項：「權利事項之勞資爭議，得依本法所定之調解、仲裁程序處理之。」本項修正理由為：「權利事項之勞資爭議除得循訴訟途徑處理外，亦得依本法之調解及仲裁程序處理，爰修正第一項。」參附錄一：勞資爭議處理法修正草案(節錄)。

DOI:10.6814/NCCU202200387

議均得適用調解與仲裁程序後，事實上亦無再區分權利事項或調整事項爭議的必要性[53]。

第二節　爭議行為與罷工之定義與類型

第一項 爭議行為之定義

爭議行為係為解決勞資爭議而產生的勞資對抗狀態，乃是處理勞資爭議事件的手段，而我國的勞資爭議問題長期以來多侷限於經濟利益的爭取，距離所謂奪取國家政權、建立工人政府或爭取工人階級解放等社會主義目標遙遠，甚至呈現沒有交集的傾向，我國的勞動現實尚且如此，我國的爭議行為制度研究也將爭議行為定位為勞動關係中的鬥爭[54]，並且以經濟鬥爭為主，以修正資本主義的經濟制度，從而消弭爭議行為的基進性，形成鞏固現行體制的狀態[55]。我國的現行法對於爭議行為並未加以定義，不過，在勞委會擬具之勞資爭議處理法修正草案第4條第4款則有明文之：「爭議行為：指勞資爭議當事人為達成其主張，所為之罷工或其他阻礙事業正常運作及與之對抗之行為。」但此仍僅是草案，目前仍難以在我國的制定法層次上尋求爭議行為的定義。一般而言，爭議行為多由勞方主動發起，對雇主施壓以達特定之目的，例如罷工將可能會造成雇主生產中斷等，故爭議行為本身必有損害他方當事人的特質[56]，惟學說間對於爭議行為的定義尚有不同的見解，其中亦有廣義與狹義之分，然不論何種定義方式，均以爭議主體、爭議行為與爭議目的，以共同組成爭議行為之定義，以下分析之。，此外，因德國法制上並無一部規範爭議行為的制定法，因此法律上對於爭議行為的定義亦付之闕如，此與我國的狀況相同，因此學說理論與法院判決的見解對於爭議行為定

---

[53] 關於同意無區分權利事項或調整事項爭議之必要性的見解，可再參黎建飛，勞動法理論與實踐，中國人民公安大學出版，2004年2月，頁506至508。

[54] 然而，實現社會主義為勞工階級鬥爭所欲達成的終局目的，此一思想亦為我國勞動法學者所清楚明瞭者，參黃程貫，同註27，頁176。

[55] 關於勞動法的任務與功能，參黃程貫，同註27，頁23至43。

[56] 黃程貫，同註27，頁291。

DOI:10.6814/NCCU202200387

義之解釋，在此得予以參酌，本文以下亦參酌德國法上的討論以分析爭議行為的定義。

第一款 廣義之爭議行為

廣義之爭議行為被理解為一種集體的社會衝突現象，其不論爭議行為的當事人為何、爭議行為的手段與目的為何，只要是由雇主或雇主團體與勞工集體所發動，為了達到特定之目的而集體阻礙勞動關係的行為(kollektive Maßnahme zur Störung der Arbeitsbeziehung)，即屬爭議行為[57]，可知爭議行為必基於一個集體有認識且有意圖而形成之共同性[58]。爭議行為既屬一種集體性的行動，即需由團體或多數人來進行，或是該行動係為了對抗團體或多數人而言，故爭議行為的當事人僅及於勞工團體和雇主與雇主團體，惟需特別提出的有下列兩點：

第一、在雇主方面，個別雇主得為爭議行為當事人，例如個別雇主為了對抗工會或多數勞工而發動的鎖場行動，其以團體或多數人為對抗對象，此即具備了行動的集體性而屬資方的爭議行為[59]，或是雇主藉由對付個別勞工—例如解僱參與罷工的工會幹部等[60]，該手段係以干擾勞方的爭議行為為目的，於勞資爭議期間更有打擊爭議對手、瓦解爭議行為之作用，亦可能導致將來工會活動的衰退，所發揮之影響力不限該受解僱之勞工，故亦具備行動之集體性而屬於資方的爭議行為。第二、在勞工方面，爭議行為原則上需由有組織之勞工或勞工團體進行，且縱使勞方之爭議行為違反工會的意志或非由工會發起，亦在所不問，因其乃是爭議行為合法性判斷階段的問題。不過，個別勞工原則上不得擔任爭議行為當事人，但若進行爭議行為的勞工基於一個集體的爭議決議而為，例如在事業單位中的關鍵性職務上只有少數的勞工、甚或只有一位勞工駐守，而該勞工基於一個集

---

[57] Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 13 Rn. 1.

[58] Söllner, Arbeitsrecht, 2007, Rn. 223.

[59] Otto, Arbeitskamp- und Schlichtungsrecht, 2006, § 1 Rn. 5.

[60] 此一雇主行為屬於不當勞動行為之一環，對此問題之詳論，參張義德，同註 44，頁 136-155。

DOI:10.6814/NCCU202200387

體且有認識地形成的共識而進行罷工，這就屬於爭議行為策略的表現，而非勞工的個人行為，反之，若缺少行動的集體性此項要件，縱使多數勞工同時放下工作也無法劃歸至爭議行為的範圍之內[61]。

在廣義的爭議行為定義中，爭議目的不論是要求爭議相對人為一定行為-例如要求雇主解僱某位不受歡迎的部門主管，或是實現既有的權利-例如要求雇主付清積欠的工資，或是為達成政治上的目的而進行爭議行為-例如要求某一部法典訂入特定的內容，均非所問，因爭議目的非屬界分爭議行為的標準[62]。

第二款 狹義之爭議行為

與廣義爭議行為不同，另有部分見解以狹義的定義來理解爭議行為，其將爭議行為侷限於創造新的法律上請求權之調整事項爭議中，亦即以爭議目的作為判斷標準，因此例如以權利事項爭議為目標所為的行動就不屬於爭議行為；另一個更為狹窄的定義，則僅承認將具團體協約相關性的調整事項爭議(tarifbezogener Regelungsstreit)作為爭議標的，以發動的對抗行為列為爭議行為，因此例如政治性的爭議行為就被排除在爭議行為的定義之外[63]。此外，尚有學者以爭議對象作為定義爭議行為的標準，只要爭議行為當事人之爭議對象為其社會自治對手-工會、雇主或雇主團體，則屬爭議行為，因此以國家為對象之政治性罷工亦受到排除[64]。

第三款 本文見解

爭議行為乃是一種集體性的勞動衝突現象，定義爭議行為之目的在於將這些現象具體而微地加以描述，此並非是理論上遊戲，而是一個實際的問題，爭議行為之定義必不得與勞動現實脫節。且應予注意者為，對於爭議行為的描述不應淪

---

[61] Broxs, in Broxs/Rüthers, Arbeitskampfrecht , 1982, Rn. 20.

[62] Söllner, a.a.O. (Fn. 58), Rn.224 ff.

[63] 黃程貫，同註 36，頁 177、178。Vgl. auch Broxs, a.a.O. (Fn. 61), Rn. 23 f.

[64] 黃程貫，同註 36，頁 178。

DOI:10.6814/NCCU202200387

為對於爭議行為合法性的預斷，亦不應在此定義階段直接導出爭議行為合法性的問題[65]，若執意依價值判斷而將勞動生活中的相關連事實強加分離，這將導致人們在過度狹隘的爭議行為定義中，僅能了解到部分的社會事實，而無法窺見爭議行為的全貌。依此認識，檢討爭議行為之定義如下：

第一、爭議行為之客觀要件

上述的狹義爭議行為定義即是混淆了特定的行為的合法性與爭議行為的定義此兩個層次的問題，陷入以預先的價值判斷切割社會生活中相關連之事實，貿然以爭議行為目的排除非以調解事項爭議為目的之抗爭行為於定義範圍之外，並非妥適[66]。再就廣義的爭議行為定義而言，其不論爭議行為的當事人與爭議目的為何，所有由雇主或雇主團體與勞工集體所發動，為了達到特定之目的而對他方施壓的行為，均屬之，惟該說將施壓行為限於「集體阻礙勞動關係」，則太過狹窄，其僅著眼於罷工此種藉中止提供勞動力而讓勞動關係陷入履行障礙的爭議模式，惟一方對他方施壓之方式，非必然經由阻礙勞動關係的方式為之，例如杯葛(Boykott)乃是阻撓雇主與第三人進行法律行為的接觸而產生壓力，勞動關係並未受到任何干擾。故本文認為爭議行為不論為消極或積極的作為，只要能產生阻礙業務之正常營運的作用即為已足，且不限於集體阻礙勞動關係的模式[67]。

第二、爭議行為之主觀要件

上述的討論釐清了爭議行為係阻礙事業正常運作之行為，即爭議行為之客觀要件，然除此之外，在爭議行為的認定上，尚應納入當事人之主觀要件，即勞資爭議處理法修正草案第 4 條所指「勞資爭議當事人為達成其主張」，

---

[65] Däubler, in Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 1987, Rn. 54.; Otto, a.a.O. (Fn. 59), § 1 Rn. 1.

[66] Broxs, a.a.O. (Fn. 61), Rn. 24.

[67] 邱駿彥，工會活動與損害賠償─最高法院 104 年度台上字第 836 號判決，《集體勞動法精選判決評議》，頁 232-233；陳繼盛，同註 36，頁 377-396。

DOI:10.6814/NCCU202200387

亦即當事人應具備「爭議意思」之行為，而該意思的對外表示，應繫於當事人所為之爭議宣告，且宣告之成立不論雇主受到明示通知或是可得而知，均在所不問，因爭議宣告之目的在於通知雇主即將進入爭議時期，雇主若知悉之，即得選擇重啟協商談判或是採取對抗行為或是，故毋需限於明示之通知。我國有學者援引日本學者山口浩一郎氏之看法，提出：「爭議行為必須是基於勞動者『主觀的』爭議意思形成所為的行為（所謂決斷的企圖 decisively intentional engagement），因此，爭議意思是否形成，必須根據工會是否有對雇主發出展開爭議行為之通告為判斷之標準（宣言＝通告說），換言之，如欠缺工會通告所為之工會行為，即使是具有『爭議性』的行為仍屬工會活動。」[68]易言之，爭議行為係基於具備爭議意思之行為，並以阻礙事業正常營運以達成其目的，並藉由爭議宣告以讓雇主認知到客觀上雙方已進入爭議行為之狀態。

綜上所述，**<u>爭議行為應指有組織之多數勞工，基於特定之目的而使用集體的手段以阻礙事業正常運作之謂，若納入他方反制爭議行為之行為，則爭議行為之定義應為：「勞資爭議當事人為達成其主張，所為之罷工或其他阻礙事業正常運作及與之對抗之行為。」此與勞資爭議處理法修正草案之爭議行為定義相同。</u>**不過，有兩點可再思考如下：第一、修正草案未對於「爭議行為當事人」為規範，就此而言，由於修正草案未就爭議行為當事人的意義為規範，但修正草案第 45 條第 1 項復又規定：「工會非經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，不得宣告罷工。」則爭議行為當事人是否即是指工會？工會會員與工會在進行爭

[68] 參山口浩一郎著，「勞働組合法」，有斐閣出版，平成 5 年，頁 259;「爭議行為綺論三則」引自「勞働組合法諸問題」，勁草書房出版社，1974 年，頁 51，以上轉引自林良榮，論企業內工會活動之權利保障－以日本戰後學說及判例發展為中心，國立中正大學勞工研究所碩士論文，1996 年，頁 21。

DOI:10.6814/NCCU202200387

議行為時的關係為何？未具工會組織之勞工是否得為爭議行為的主體[69]？依修正草案之規定，則可能衍生此等疑義，故對於爭議行為當事人明文化應有其必要性，而基於爭議行為所具有的集體性，爭議行為必須於一個集體且有認識且有意圖而形成之共識下進行，故多數勞工的共同行動須有組織性，此在有工會組織的情形下即以工會為表現型態，無工會組織時則為有組織之多數勞工，亦即不以工會為限，但爭議行為當事人仍為勞工本身，而非勞工所屬的勞工團體或工會。第二、修正草案要求爭議行為需以「達成其主張」為要件，惟若爭議行為當事人無意思達成其主張時，是否屬於爭議行為？例如在示威性爭議行為或警告性罷工中，爭議行為當事人之目的僅在於表達某種意見，並無進一步強制爭議相對人妥協之意[70]，然而諸如示威性爭議行為或警告性罷工確實為勞方實現勞工在勞動關係中的人格自由發展的手段之一而屬於爭議行為[71]，故若修正草案對於爭議行為的定義無法涵蓋此種特徵，則有不周延之處。

第二項 爭議行為之類型

由於本文係以罷工糾察為研究重心，此為專屬於勞方之爭議行為的內涵，因此在討論罷工糾察之前，以下僅介紹以勞方的爭議行為類型，而不論及資方的爭議行為[72]。爭議行為乃是罷工等爭議行為的上位概念，但是罷工並非是進行爭議

---

[69] 關於我國法制下勞動爭議當事人之內涵的進一步分析，參本文第四章第三節第一項「第一款罷工之主體正當性？」之說明。

[70] 張鑫隆，日本爭議行為法制之研究，收錄於美日勞資爭議行為法制之研究，行政院勞工委員會勞資關係處編，2007 年 6 月，頁 420 至 421。

[71] 關於爭議行為(權)的目的與內涵，參本文第三章第二節第一項「須工會始得為之？」之分析。

[72] 資方之爭議行為主要者為鎖場、繼續營運與黑名單等，茲簡要介紹如下：(一)鎖場：此係指雇主集體性施壓予多數勞工的爭議行為手段，目的在於調整勞方經濟與勞動條件，以拒絕僱用勞工，拒絕給付工資，拒絕勞工進入工作場所，進而造成勞方壓力，以實現其原先之爭議目的；鎖場在概念上可區分為防禦性與攻擊性鎖場，前者是勞方須先罷工－不論合法或違法罷工，雇主方得鎖場，後者則是雇主主動先行採取，不待勞方罷工爭議手段的採取，參林佳和，鎖場，勞委會集體協商資訊服務網協商字典，載於：https://labor-elearning.mol.gov.tw/co_abc_detail.php?rid=94 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)關於鎖場的進一步討論，參羅瑞卿，爭議行為中鎖場問題之研究，中國文化大學勞工研究所碩士論文，1998 年。(二)繼續營運：此係指雇主已既有之員工，或是另行雇用他人承擔正常營運之全部或一部分，以減少或完全消除罷工所造成的營運上損失。(三)黑

DOI:10.6814/NCCU202200387

行為的唯一選項，依據爭議手段自由原則(Kampfmittelfreiheit)[73]，為了解決勞資間的爭議，爭議當事人可以自主地選擇適合的手段，除了典型的罷工模式之外，爭議當事人亦可以提出新的施壓方法，罷工僅是受到強調的爭議手段之一。雖我國有學者認為我國爭議行為之行使幾乎僅限於罷工一途[74]，惟勞資爭議處理法第 8 條將勞方多種爭議行為並列—罷工、怠工與其他影響工作秩序之行為，以及工會法第 37 條規定在勞資爭議期間，雇主或其代理人不得以工人參加勞資爭議為理由解僱之，可知我國法制上明白承認罷工以外的爭議行為的存在[75]。而勞工於進行爭議行為之際，當一種爭議手段不足以對於雇主造成壓力時，勞工尚得依其爭議策略而同時併行多種爭議行為，例如在罷工時同時進行杯葛，或是在杯葛行動不足以對雇主構成壓力時再續而進行罷工等。

在介紹勞方主要的爭議行為類型—罷工、杯葛與自主生產前，應再提出的一點為，本文研究對象為罷工糾察，但實際上不止於罷工時需要糾察行為的輔助，於其他類型的爭議行為之中亦有進行糾察行為的需要，例如在杯葛或封鎖行動中，糾察人員對於公眾或雇主之客戶為監視行為或勸誘勿與雇主交易，或阻止雇主出貨，此亦屬於增強杯葛或封鎖行動有效性的糾察行動[76]，易言之，糾察通常是附隨於罷工、杯葛或封鎖等爭議行為的補強行為，也是要貫徹團體決議的一種行為，故需組織一個糾察隊來完成、貫徹之，以阻止團體行為之一致性遭到破壞[77]。不過，糾察行為在罷工與杯葛或自主生產等類型的爭議行為的運用上卻有不同的意義，因杯葛或自主生產的力量必然產生自勞方積極的行為，而罷工的主要內涵則

名單：此係指在勞工發動罷工之際，由雇主將參與罷工之勞工列名函知該勞工可能求職的雇主處，要求該雇主不僱用參與罷工的勞工，以免勞工在罷工期間得另謀取報酬。以上，參陳繼盛，同註 36，頁 383 至 384。

[73] Bieback, in Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 1987, Rn. 313 ff.

[74] 邱駿彥，勞資爭議行為正當性之判斷與確立專題評析一，收錄於《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處編，2007 年 6 月，頁 557。

[75] 林更盛，同註 37，頁 304。

[76] 呂榮海，罷工的法律·勞資糾紛案例，蔚理法律出版社，1989 年 3 月二版，頁 168。

[77] 陳繼盛，同註 36，頁 382 至 383

DOI:10.6814/NCCU202200387

為勞務的停止提供，而勞方為了組織與控制勞務停止提供所發揮之效能的強度，則非仰賴罷工糾察此一輔助性手段不可，此與杯葛或自主生產的情形有所不同。以下即依序介紹數項勞方主要的爭議行為類型—罷工、杯葛與自主生產。

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

第一款　罷工

罷工一向被認為是勞方最為重要的爭議行為手段，此乃因勞動力為雇主生產與獲利的根源，一旦勞工集體計劃性地中止提供勞動力，雇主在欠缺生產要素下，生產即會受到阻礙[78]，而勞動力附著勞工人身，為勞工最能直接支配之因素，從而讓罷工成為勞方手上最有效的武器。勞資爭議處理法修正草案第 4 條第 5 款規定：「罷工：指勞工所為暫時拒絕提供勞務之行為。」本文認為在修正草案同條第 4 款將爭議行為已定義為阻礙事業正常運作的積極行為下，在理解本款之「暫時拒絕提供勞務行為」時，應認為罷工係指勞工集體計劃性地中止勞動契約上所負之勞務給付義務，以阻礙勞動關係從而達到爭議目的之爭議行為[79]，亦即以共同停止勞務提供的方式來阻礙勞動關係。在罷工中，勞方為主動的(aktiv)爭議當事人，雇主為被動的(passiv)爭議當事人，參與罷工之勞工係暫時性地停止提供勞務，並無終結勞動關係的意思，因此在罷工落幕後，勞工即返回原工作崗位繼續提供勞務，而典型的罷工型態為勞工完全不到廠場上班，然而勞工不離開工作崗位但卻完全不提供勞務的情況，亦為罷工模式的一種，即所謂「廠場中罷工」或「就地罷工」(Sitzstreik)，此即亦涉及廠場占據(Betriebsbesetzung)的問題[80]。惟若勞工在發動爭議行為前即先終止勞動契約，這種行為就不屬於罷工，而是集體行使勞動契約上的契約終止權-集體辭職，此並非屬於爭議行為的行使。

---

[78] Vgl. die Analyse von Blanke, NZA 1990, 209 （209）; Enderle/Schreiner/Walcher/Weckerle, Das rote Gewerkschaftsbuch, S. 118 f.

[79] Broxs, a.a.O. (Fn. 61), Rn. 26 ff.

[80] Bieback, a.a.O. (Fn. 73), Rn. 416 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

第二款　杯葛

杯葛又稱抵制，此乃是一勞資雙方均可能進行的爭議行為[81]，由勞工所發動的杯葛係指，多數勞動者阻撓雇主與第三人進行法律行為的接觸，亦即間接透過第三人所形成之損害，以施壓予雇主的爭議行為[82]，其目的亦是在於讓雇主停止營業[83]。不過，一般的爭議行為僅為爭議雙方當事人之間的關係，但是杯葛的特徵在於其為一種三方當事人關係(drei-Parteien-Verhältnis)的爭議行為[84]，亦即杯葛係強調「間接透過第三人」形成損害以施壓予雇主的此種特徵[85]，與此相對，若爭議行為當事人親自進行阻礙雇主交易活動的行為，則屬於封鎖(Sperre)、而非杯葛，例如爭議行為當事人於罷工期間輔以阻止雇主之原料與產品運送行動，我國工會法第 29 條第 1 款[86]亦明文承認此種爭議行為類型的存在，此時未涉及三方當事人關係，僅關到爭議雙方當事人，不過，封鎖與杯葛此兩種爭議手段—都是爭議行為意義上的阻礙行動[87]。

杯葛之進行方式相當多元，不論勞方以散發傳單、刊登報紙、懸掛大幅標語或利用擴音器等各種方式來周知杯葛的訴求，在所不問。杯葛依所涉標的之不同，可以區分為二種類型[88]：第一、雇用抵制(Einstellungssperre)，此亦是抵制他人對雇主提供勞動力，例如勞方要求罷工替代人力莫與雇主簽訂新的勞動契約，即抵

---

[81] 就資方所進行的杯葛行動，例如在鎖場爭議行動中阻礙第三人雇用被鎖場的勞工，亦即建立所謂的黑名單(schwarze Listen)，以保證鎖場對於勞工施壓的成效，參 Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 66 f.

[82] 林佳和，杯葛，勞委會集體協商資訊服務網協商字典，載於：https://labor-elearning.mol.gov.tw/co_abc_detail.php?rid=94 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日) Vgl. auch Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 13.

[83] Robert A. Gorman 著(馬靜、王增森、李妍、劉鵬飛譯)，勞動法基本教程—勞工聯合與集體談判，中國政法大學出版社，2003 年，頁 212。

[84] Binker, Gewerkschaftliche Boykottmaßnahmen im System des Arbeitskampfrechts, 1981, S.30 f.

[85] 林佳和，台灣爭議行為制度現況與前瞻，「崎嶇罷工路－爭議行為制度規範」研討會，2005 年 9 月 21 日，頁 13。

[86] 工會法第 29 條第 1 款：「工會或職員、會員不得有左列各款行為：一、封鎖商品或工廠。」

[87] Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 66.

[88] Binker, a.a.O. (Fn. 84), S. 24 ff.; Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 66.

DOI:10.6814/NCCU202200387

制增援部隊(Zuzugssperre)，此種杯葛行動經常伴隨著罷工而發動，亦與罷工糾察(Streikposten)的職務相互重疊；此外，另一種情形是勞方對於與雇主存有僱傭關係，且在爭議範圍內的勞工終止勞動契約，徹底地抽取掉雇主的勞動力，惟若勞工僅是暫時性地中止勞務之提供，則屬於罷工的範疇，而勸說爭議範圍內的勞工暫時中止勞務的提供乃是罷工糾察的典型任務，與杯葛有所區別[89]。第二、抵制他人與雇主成立勞動契約以外之類型的契約，亦即勞方要求第三人不要與爭議對手進行商業等活動，例如：勞方向社會大眾宣傳勿購買雇主的產品，以造成雇主的產品銷售困難，即銷售杯葛(Absatzsperre)，或是呼籲雇主的商業夥伴勿運送物品或材料給雇主等[90]。例如發生於我國 1992 年間，年華公司之員工為向雇主追討資遣費，至各大百貨公司的年華公司女鞋專櫃持拉白布條，或持抗爭海報與散發傳單予不特定顧客，以及對前來購鞋客人以言語勸阻等方式使年華公司停止營業之行為[91]。

關於杯葛的地位，其究屬一種獨立的爭議行為，抑或僅得附屬於罷工而存在，則有爭論。有學者認為杯葛僅是一協助罷工取得成效的附隨爭議手段(Nebenkampfmittel)[92]，例如在罷工中阻止雇主與罷工替代人力締結勞動契約，以防止罷工的成效就被剝奪，因此杯葛行動必須配合罷工使用，不得單獨發動[93]，就抵制他人對雇主提供勞動力(Einstellungssperre)此種杯葛行動而言，其內涵與罷工糾察的任務[94]一致，事實上，也惟有在罷工時有抵制他人對雇主提供勞動力的必要，此時抵制他人對雇主提供勞動力之目的乃是為了增強罷工的有效性，故就

---

[89] 關於罷工糾察的任務，參本章第四節第三項「罷工糾察之任務」。

[90] 楊通軒，集體勞工法—理論與實務，五南圖書，2007 年，頁 273。

[91] 參台北地方法院 92 年易字第 4126 號刑事判決。對此則判決之分析，參詹文凱，杯葛行為之合法界限──台北地方法院 82 年度易字第 4126 號刑事判決評釋，收錄於《勞動法裁判選輯(二)》，元照，1999 年 12 月初版，193 至 223。

[92] Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 67.

[93] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 7.

[94] 關於罷工糾察的任務，參本章第四節之分析。

DOI:10.6814/NCCU202200387

此而言，以此為行動內容的杯葛與罷工糾察一致，而此時因存在有罷工此一主要爭議行為，且抵制他人對雇主提供勞動力的目的在於幫助罷工，故應認為此種杯葛為罷工的附隨爭議手段。

不過，不可忽略的是，杯葛的作用其實並不止於勞動力的抵制，亦及於雇主所活動各個商業領域，而且在爭議行為當事人未進行罷工的情形中，勞方亦可能藉由第三人的力量而達到爭議目的，例如在 1973 年由德國公共服務和運輸工人工會(ÖTV)發動的杯葛中，該工會聯合國際運輸工人聯合會(ITF)，號召外國港口的勞工拒絕卸載不願簽訂團體協約之船主的貨物，嗣後德國聯邦勞動法院認定，德國公共服務和運輸工人工會所發動的杯葛為一獨立的爭議行為[95]。

第三款　自主生產

自主生產又稱生產管理，其係指勞工團體為達成爭議目的，違反雇主之意思，接收並占有雇主之工廠、設備與材料，排除雇主之指揮命令，自行經營企業而言[96]。不過，此種類型的爭議行為在我國並不多見，迄今為止廣為人知的案例為發生於 1985 年 12 月 11 日新竹玻璃公司案例，當時新竹玻璃公司發生財務困難導致工廠完全停工，勞工組成臨時管理委員會，重新啟動生產線並轉虧轉盈，創下我國勞工接管工廠的首例[97]。自主生產乃是比罷工更為積極的爭議行為，其對於

[95] Bieback, a.a.O. (Fn. 73), Rn. 379. 對此勞動爭議事件之詳細分析，參 Binker, a.a.O. (Fn. 84).
[96] 劉志鵬，論勞工之自主生產，收錄於《勞動法理論與判決研究》，元照，2002 年 8 月，頁 375。
[97] 張烽益，員工接管擁有企業是夢想嗎？—華映破產事件的省思，台灣勞工陣線協會網站，載於：https://labor.ngo.tw/issue/follow-topics/153-economic-democracy/economic-democracy/913-economic-democracy07 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

DOI:10.6814/NCCU202200387

勞工具有相當的重要性[98]，但因其動搖私有財產制之基礎，合法性向來多富有爭議[99]。

第四款　集體行使契約法上之權利？

勞工除了以爭議行為來達到其目的之外，尚可能以契約法上的手段，例如集體終止契約或集體行使同時履行抗辯權等個別契約法上的權利，然此種權利的行使與爭議行為在法律上的評價並不相同，因為爭議行為乃是對於違反勞動契約的行為加以合法化，而諸如集體行使同時履行抗辯權，則是勞工基於民法與勞動契約所既有的權利，兩者的法律評價並非相同，若將民法與勞動契約上既有權利的行使歸類為爭議行為，可能面臨價值衝突的問題[100]，因此基於民法與勞動契約上之權利行使行為，應排除於爭議行為的範圍之外，如臺灣高等法院 88 年度勞上字第 56 號民事判決亦採此見解：「按現行勞動法令並無對『爭議行為』加以定義，一般係指勞資之一方為貫徹其主張，以集體之意思對於他方所採取之阻礙業務正常營運之行為及對抗之行為，傳統上勞方之爭議行為包括罷工、怠工、杯葛、糾察、佔據及生產管理等，惟均屬勞動契約關係仍未中斷之前提下，而集體的暫時拒絕勞務之提供，本件被上訴人甲○○以終局地結束與上訴人間之勞動關係為目的而行使勞動基準法第十四條之契約終止權，並於終止契約生效後(八十七年八月二十四日二十三時)拒絕提供勞務，是其終止本件勞動契約與爭議行為尚屬有間。」

---

[98] 自主生產在我國雖不多見，但在外國的勞動爭議事件多有案例可供參考，例林少貓，阿根廷「工人接管工廠」運動，破土，2015 年 5 月 19 日，載於：https://movie.douban.com/review/7476842/ (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

[99] 關於自主生產之合法性問題之分析，參劉志鵬，同註 96，頁 375 至 393；楊通軒，爭議行為與損害賠償之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1990 年 6 月，頁 34 至 36。。

[100] Däubler, a.a.O. (Fn.65), Rn. 57. 中文部分請參黃程貫，同註 36，頁 178 至 179；反對見解，參照例如 Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 69 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

第三項 罷工之類型

第一款 依罷工當事人區分

在依罷工當事人區分之爭議行為類型中，最重要的是工會罷工與非工會罷工的區別，這兩者的區辨在實務上具有重要的意義，因為法院判決將有無工會領導作為衡量罷工合法性的重要標準[101]。如果罷工由工會所發起，則稱為工會罷工或有組織的罷工，至於非工會罷工係指欠缺工會意志而進行的罷工，而被認為非屬有組織的罷工，亦稱為野罷工(wilder Streik)。然而，學說上對於有組織性之罷工有不同看法，有認為非由工會所發動的罷工就不屬於有組織的罷工，形同野罷工，但亦有見解認為縱非由工會所發起的罷工也可以具有很高的組織性，不一定就是無紀律的「野」罷工，在此所應著重者應在於罷工是否有計劃地進行、而非是否由工會所發動，因此有組織罷工的範圍應大於工會罷工，兩者並非同義[102]。

第二款 依罷工目的區分

所謂勞動法上的罷工(arbeitsrechtlicher Streik)或經濟性罷工(wirtschaftlicher Streik)乃是對於雇主提出勞動與經濟條件範圍內之要求，與此相對，政治罷工(politischer Streik)則是以政治上的要求為目標，且因政治罷工的爭議對象為國家，故縱使該等要求與勞動生活相關亦稱為政治罷工，例如以要求國家修改勞動法令而發動之罷工行動等[103]。

---

[101] 有關爭議當事人與爭議行為合法性的關連，參第四章第二節第一項第一款「僅團體協約當事人得為罷工行為？」。

[102] Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 33f.

[103] Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 32, 42. 以勞動爭議目的來界定政治罷工僅是定義的方式之一，另有依其他標準來判斷政治罷工者，參黃程貫，論政治罷工，政大法學評論第 40 期，1979 年 12 月，頁 117 至 124。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第三款 罷工與怠工

罷工得以完全或部分中止勞務提供的方式來進行，在部分不履行勞務的情況中，勞工可能以降低工作效率的方式提供勞務或是提供品質不佳的勞務，即怠工(Bummelstreik)[104]，甚至提供其不負有義務的勞務。另一種類型為過度的遵守工作規則或安全規範以致於未提供部分勞務，即所謂完全遵守工作規範(Dienst nach Vorschrift)[105]，但此與怠工的情形有所不同，怠工乃是勞工故意忽視工作規定以致於遲延工作降低工作品質或的情形，而完全遵守工作規範的情形反而是勞工不忽略任何一個工作規範的細節，例如郵局規定應抽查信件是否正確地貼上郵票，郵局職員就每兩封信件即抽查一件，導致抽查工作占去郵局職員大部分的工作時間而無法進行其他工作。雖然工作規則應被嚴肅看待，但是基於企業的順利運作，其實一定的風險經常是被加以忽略的，舉例而言，60 年代的德國鐵路局的工作規範中，要求軌道調度員不得穿越車廂下方通行，亦不得由車廂間的緩衝器下通過，因此若要到火車貨車車櫃的另一邊，除了走到車廂的最前面或最後面再繞過車廂以外，沒有其他的可能性，惟若嚴格遵守上述各種禁止規定，調度軌道的時間就會大大地增加，火車時間必定會誤點而干擾交通，則當勞工完全遵守該工作規範時，亦可達到干擾勞動關係的目的[106]。

第四款 依其他標準區分

依罷工之獨立性為標準，可以區分為主要罷工(Hauptstreik)與附屬性罷工(Nebenstreik)，主要罷工是相對於僅具附屬性的同情性罷工而言，其是為了自身的爭議目標而發動罷工，而不是以協助他人的罷工為目的，反之，同情性罷工就是基於同情與團結的立場而聲援他人的附屬罷工行動。[107]其次，以罷工發動者之

---

[104] Richardi, Kollektives Arbeitsrecht, 2007, § 10 Rn. 2.

[105] Broxs, a.a.O. (Fn. 61), Rn. 26 ff.

[106] Däubler, Arbeitsrecht, 2008, Rn. 185.

[107] Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 43 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

別區分為攻擊性罷工(Angriffsstreik)與防禦性罷工(Abwehrstreik)，由勞工開啟爭議行為而主動發動的罷工為攻擊性罷工，防禦性罷工則是以雇主主動攻擊為前提，勞工再以防禦性罷工作為對於雇主的回應[108]。再者，依罷工的強度可以區分為強制性罷工(Erzwingungstreik)與示威性罷工(Demonstrationsstreik)，前者係指勞工為使對手屈服所實施之罷工，而罷工期間將持續到達成目標為止，此又稱屈服罷工(Beugungsstreik)、鬥爭罷工(Kampfstreik)或施壓罷工(Druckstreik)，而後者的目的在於強烈表達勞工的意見，為一固定期間的罷工，意在向雇主示威而非在迫使對方屈服，亦稱為抗議性罷工[109]。

此外，依據罷工的範圍可以區分為總罷工(Generralstreik)、完全罷工(Vollenstreik)、部分罷工(Teilstreik)、重點罷工(Schwerpunktstreik)與漸層罷工(Sukzessivstreik)等。總罷工為不分經濟部門、所有職業與職種的勞工一起停止工作，企圖使經濟活動停擺以達成其主張，完全罷工則是指某一經濟領域或團體協約適用範圍內的所有勞工—不論是否為工會會員，均共同進行罷工，而部分罷工或重點罷工是由部分的勞工來進行罷工，這可以在廠場或是同盟的層次上進行，特別為對於雇主團體所屬之一的雇主進行罷工的情形，此外，部分罷工或重點罷工也可以就廠場中某一部門或關鍵職務進行罷工，以此策略讓全部的生產陷入停頓，這種情形對雇主造成的損害與全部罷工的結果相同。此外，還有所謂的漸層罷工，這是由勞工以小組的方式在一個或是特定的廠場中依次地開始罷工[110]。

第三節　罷工與罷工糾察之關係

由於罷工乃是勞工集體計劃性地中止勞動契約上所負之勞務給付義務，以阻礙勞動關係從而達到爭議目的之爭議行為，故可知罷工不但需要藉助多數勞工停

---

[108] Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 37 f.

[109] 林炫秋，同註 14，頁 7；蔡炯燉，同註 2，頁 131。

[110] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 14 Rn. 9ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

止勞務所帶來的影響力，此一行動亦需要透過集體的計劃始能完成，此兩點為罷工行動的重要組成要素，否則多數勞工縱使同時放下工作也無法劃歸至罷工的範圍之內，易言之，勞方當事人在爭議行為中必以有認識且有意圖的集體合作為必要[111]，即上述之爭議行為主觀要件。罷工既以集體的計劃為基礎，一場罷工行動的進行自需歷經籌劃階段、準備階段與實際進行的階段[112]，此誠如德國學者 Gamillscheg 所指出：「罷工不像是手電筒一樣說開就開、說關就關。」[113]在勞方作出罷工決議之後，當勞方當事人為工會時，工會必須依據章程或工會的決議進行準備工作，而不可能在決議作出之後立即展開罷工，因為參加罷工的人數與人員一定要足以影響被罷工之雇主的營運，才可能產生效果[114]，故有多少勞工需要參與罷工、以及在何時與何地一起罷工等，這都是必須縝密計劃的問題，所以罷工不只是個別勞工停止自身勞務的提供就可以完成，讓罷工領導能確實掌控爭議範圍內的勞工，共同配合整體罷工計劃才是罷工致勝的關鍵所在，而這就牽涉到集體性的合作，則例如提名擔任罷工領導(Streikleitung)的人員，並對該人員加以訓練與指導，以及預備發放罷工津貼(Streikunterstützung)，或是根據工會的爭議準則(Arbeitskampfrichtlinien)指定與訓練擔任罷工糾察任務的人員等，這些準備工作對於協助掌握罷工進度與抗爭情勢都具有極高的重要性，深深地影響一場罷工成與敗；此外，罷工地點與罷工時間的挑選、傳布罷工相關資訊予工會成員和社會大眾，甚至於與媒體聯繫或是與其他工會協調合作，此亦是罷工準備階段的

---

111 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S.7 f.

112 我國曾經發生的大型罷工事件中，例如台灣鐵路工會與中華電信工會在正式罷工前均歷經半年以上漫長的籌劃與準備階段，參中華電信工會網站：http://www.ctwu.org.tw/，台鐵灣鐵路工會網站：http://www.trlu.org.tw/。

113 Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 23. Vgl. auch Colneric, in Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 1987, Rn. 1303.

114 參渣打銀行產業工會罷工手冊，關於罷工手冊之內容，參渣打商銀產業工會網站：http://www.hibu.org.tw/；另關於罷工計劃的進行，台灣近年的例子可再參考 2004 年台企銀罷工事件，此事件之紀實請參：余世芳，同註 1，頁 1-160。

DOI:10.6814/NCCU202200387

重要工作[115]。上述各項工作的目的不但在於組織化「勞工停止工作」此一行動，以促成勞工之間有認識且有意圖的集體合作，也在於讓勞工停止工作的行為轉化成為一個有效的罷工行動(wirkungsvoller Streik)。

從另一個角度來看，罷工之目的在於解決爭議行為當事人間的爭議，而一個欠缺罷工作為後盾的爭議解決途逕，難免淪落為集體行乞(kollektives Betteln)[116]的下場，為了避免這種情形的發生，憲法對於同盟自由基本權(Koalitionsfreiheit)的保障亦及於罷工等爭議行為[117]，不過，就勞方而言，若憲法所保障的爭議行為無法帶給雇主有效的壓力，則勞方縱使進行罷工行為亦無法脫離集體行乞的命運[118]，故憲法對於罷工權的保障應為進行一有效罷工行動的能力，爭議權的保障才不致於空洞化[119]。就勞方而言，若單純集體不提供勞動力的作法已不足以形成有效的爭議壓力，則需要另外輔以積極的爭議行為以達成有效的爭議行為[120]，例如進行罷工糾察。事實上，立法者對於罷工的此種特徵亦已有所認識，在工會法第 26 條第 2 項規定中，其要求工會於罷工時不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由的限制，故可知立法者心目中之罷工必定包含積極性的作為，否則不可能有妨害公共秩序之安寧，或是加危害於他人之生命財產及身體自由的可能[121]，此益加印證罷工權的保障實應及於進行一有效罷工行動的能力。

---

[115] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn.250 ff.

[116] BAG 10.06.1980 - 1 AZR 822/79 - AP Nr. 64 Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1980, 1642 (1643): „Bei diesem Interessengegensatz wären Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik im allgemeinen nicht mehr als "kollektives Betteln" (*Blanpain*). Soweit TV überhaupt zustande kämen, beruhten sie nur auf dem einseitigen Willensentschluss einer Seite und böten daher nicht die Gewähr eines sachgerechten Ausgleichs der beiderseitigen Interessen.“

[117] 關於憲法對於爭議權的保障，參第三章「集體勞動權與罷工權之法律基礎」的分析。

[118] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 280p.

[119] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 280m.；黃程貫，同註 27，頁 253 至 254。

[120] Wesch, Betriebsbesetzungen und Betriebsblockaden, 1993 , S.142.；蔡震榮，罷工集會作為集會遊行法警察權的發動對象，收錄於《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處編，2007 年 6 月，頁 846 至 847。

[121] 黃程貫，我國罷工合法要件之探討，月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月，頁 56。

DOI:10.6814/NCCU202200387

不過，勞方在進行爭議行為之際，其必須自己盤算所欲達到的爭議強度，若勞方為認為藉由一紙罷工動員令就足以號召勞工不提供勞務，毋須再組織罷工糾察人員或罷工領導人員以積極進行動員、提升己方的爭議力量，這亦是勞方的爭議策略，但並不能從而反證對於罷工的保證只須在「消極不提供勞務」的範圍之內，憲法對於爭議權的保障固然不在於保障特定的爭議成果(Kampferfolge)，但憲法必須保障爭議行為有進行真正具有壓力的鬥爭(druckvoller Kampf)的可能性[122]。

就罷工糾察而言，基於確保爭議行為之有效性，勞方於罷工準備階段開始挑選並訓練罷工糾察人員，以便在罷工實施階段中對於掌控罷工參與人員的行動，或是勸誘、阻止有工作意願的勞工進入廠場繼續工作，或是防止雇主為削減罷工之壓力而雇用有意破壞罷工的人員等，這些罷工糾察任務的進行都是為了確保罷工的有效性，並且有助於擴大勞工之間有認識且有意圖的集體合作，此亦為罷工糾察對於罷工的協助性功能(streikunterstützende Funktion)[123]，為罷工糾察的特徵。簡言之，罷工糾察係為了罷工而存在，固然缺少罷工糾察的罷工圖像，在理論上也是可以想像的，例如怠工、短期的警告性罷工或示威性罷工，但這點係繫於勞方的罷工戰術而定，易言之，罷工的類型對於得否採用罷工糾察不應有所影響，且在事實上幾乎沒有一場罷工可能放棄罷工糾察的使用，其為實施罷工權的典型伴隨現象[124]，即罷工的附隨爭議手段，因此考察罷工的歷史同時也是在檢視罷工糾察的發展，罷工糾察保障了罷工行動的有效性，兩者息息相關，德國勞工使用罷工糾察的歷史可以追溯到百年以前的德意志帝國時期，而我國勞工於解嚴之初的罷工潮中也迅速地拉起罷工糾察線，罷工糾察的歷史就如同罷工本身一般久遠，且罷工糾察若非對於罷工具有如此重要的功能，罷工糾察在罷工的歷史中不會成

---

[122] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 280mff.；黃程貫，同註 27，頁 254。

[123] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 6.

[124] Knips, Deutsche Arbeitgeberverbände der Eisen- und Metallindustrie, 1996, S. 24.

DOI:10.6814/NCCU202200387

為立法者所敵視而一再竭力禁絕的對象[125]。「阻礙事業正常運作」被納入勞資爭議處理法修正草案第 4 條第 4 款的爭議行為定義中，可知立法者對於爭議行為的積極性特徵已有認識[126]，罷工糾察的設置為罷工權行使的一部分，雖基於實質保障爭議權的理念本應將罷工權理解為「進行一有效罷工行動的能力」的保障，但修正草案此一規範有助於認識爭議行為的面貌。

第四節　罷工糾察之意義與內容

第一項 罷工糾察之定義

有關罷工糾察之法律上定義，現行法中並無明文規範，不過關於罷工糾察之概念與意義，學者張鑫隆指出，罷工糾察原來是指將所有的土地用木板圍成柵欄，或是用來形容軍隊前哨之意，後來由這一個意思衍生為對破壞罷工之監視行為或是呼籲其他勞動者支持罷工之行為，而在日本則特別指罷工時，以人牆、靜坐等行動，阻止想通過糾察線的勞動者、第三人或貨物、車輛進出的爭議行為[127]。學者黃鼎佑則指出，糾察（Picketing或Streikpostenstehen）為「罷工的必要附隨行為」，主要指一個人或多數人，出現在資方的宅地或其鄰近地域，以便有效遂行其罷工之各項事宜者稱之，其又指出英文文獻中又將糾察區分成「聚眾糾察」（mass picketing），一般以一個場域進出口超過六個糾察員或其他明顯人數不成比例之情形稱之；或是「機動糾察」（flying picketing），主要指以機動之方式，有效將糾察員派往各處，特別適合大型的產業，其生產單位散見各處之情形；最後則是所謂「違紀糾察」（disruptive picketing），泛指

---

[125] 關於罷工糾察行為在德國歷史上的發展，vgl. Steinbrück, Streikposten und einstweiliger Rechtsschutz, 1992, S.17-24.

[126] 張鑫隆，同註 70，頁 320。

[127] 張鑫隆，罷工糾察線作為預防犯罪的警察權發動對象——勞動法觀點，收錄於《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會，2007 年，頁 709。

DOI:10.6814/NCCU202200387

一般的糾察行為因故失去控制或有脫序行為出現之情形[128]。

而罷工糾察作為罷工的附隨行為，「設置糾察線」係緊隨著「宣告罷工」而生之行為，符合學說上認為罷工糾察用以強化或確保罷工之附隨行為。詳言之，不論工會基於掌控罷工參與人員的行動，或是勸導、阻止有工作意願的勞工進入廠場繼續工作，或是防止雇主為削減罷工之壓力，僱用有意破壞罷工之人員或罷工替代人力等，指派罷工糾察人員以執行上述任務，其均因該等任務具有確保罷工之有效性，並且有助於擴大勞工之間有認識且有意圖的集體合作，而應納入罷工糾察的範圍之中，亦即有效罷工行動的能力與罷工糾察此兩者具有關連性，故釐清罷工糾察的定義具有重要的意義；至於罷工糾察所進行的實力行為可以到達何種程度、其界限為何？此一問題乃是罷工糾察合法性的問題，與罷工糾察的定義無關。以下茲就罷工糾察之定義為說明，在學說上，對於罷工糾察進行定義有兩種模式之思考方式[129]：

第一、以功能性的觀點定義罷工糾察：

承上所述，罷工糾察雖為罷工之附隨爭議手段，以增強罷工的有效性為中心，然罷工糾察任務並不僅在於阻止有工作意願之人進入廠場工作，只要是為了確保罷工之有效性，皆有可能落入罷工糾察之定義範圍內，因此透過資訊傳達、言語說服或其它方式宣傳罷工訴求、勸導有工作之意願的勞工參與罷工、掌控參與罷工人員的行為以避免其觸犯刑法或阻止其進行其他違法的行為、持續地與罷工領導小組保持聯繫並掌控整體的罷工行動等均屬罷工糾察任務。簡言之，罷工糾察的任務範圍乃是取決於整體罷工計劃，因此儘管在不同個案中情形有所不同，但所有的罷工糾察任務仍

128 黃鼎佑，罷工集會作為集會遊行法的警察權發動對象？勞動法的觀點，收錄於：勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會，2007 年，頁 791-792。

129 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 3 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

有一個共同點，即致力於提升罷工的有效性，並協助罷工取得成果[130]，故抵制他人對雇主提供勞動力（Einstellungssperre），亦即阻止罷工替代人力此種杯葛行動，其目的仍是確保罷工所致之勞動力抽離的效果，對於雇主生產營運產生有效地阻礙，就此而言，抵制罷工替代人力的杯葛與罷工糾察之任務一致，應屬罷工糾察行為之一環。惟另一方面而言，在區分罷工糾察任務範圍上，應以該行為是否為保障罷工有效性為前提而進行，則例如阻止雇主為了繼續營運而搬入原物料或使商品出貨;對於顧客等第三人，訴求工會之主張，暫時將雇主與商品市場斷開或尋求大眾之支持等，此類由爭議行為當事人親自進行阻礙雇主交易活動的行為，屬於封鎖行為，應認為已超越罷工引起之停止勞務提供的效果，對於雇主產生額外的阻礙與施壓的作用，應歸屬為罷工以外之獨立爭議行為、非屬罷工糾察[131]，又稱「非典型爭議行為」（atypischer Arbeitskampf）。

第二、以地位性相關性的觀點定義罷工糾察：

所謂地位相關性的罷工糾察定義（statusbezogener Streikpostenbegriff）係指，執行罷工糾察職務的人員是否得到授權而在罷工中具有一個特定的地位（ein bestimmter Status）[132]。誠如本文上述，罷工糾察以增強罷工的有效性為中心，故罷工糾察之定義並不能僅以相關人員是否從事特定行為，應進一步探究其所執行的職務是否有增強罷工的有效性而定。因罷工糾察為整體罷工行動的要素之一，罷工糾察亦在罷工計劃之內，若所有自願執行某一罷工糾察任務的人都可以劃歸為罷工糾察而自動地歸屬在罷工範圍之內，則工會將無法掌握罷工行動的有效性，甚至可能有礙整體罷工行動

[130] Treber, Aktiv produktionsbehindernde Massnahmen: zur Zulässigkeit von Betriebsbesetzungen und Betriebsblockaden unter Berücksichtigung des Funktionszusammenhangs von Privatautonomie, Tarifautonomie und Arbeitskampfrecht, 1996, S. 107; Kim, Das Streikpostenstehen als rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber, 1969, S. 19 f.
[131] Binkert, Gewerkschaftliche Boykottmassnahmen im System des Arbeitskampfrechts, 1981, S. 24ff.
[132] Bloesinger, a.a.O. (Fn.29), S. 3 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

的進行，而與增強罷工有效性之罷工糾察任務不符，故未受工會委託之人依據自己的規劃來進行勸諭支持罷工，此所形成之野罷工糾察（wilder Streikposten）的現象，不應歸屬於工會所進行的罷工糾察行為。在此前提下，基於罷工糾察為確保或強化罷工之有效性的功能，罷工糾察應包含工會為達罷工目的，於單純拒絕提供勞務外，委託特定之人所進行之一切行為，而此限制亦是罷工糾察地位相關性觀點的結論。附帶論之，在罷工現場，為了區辨進行勸說勞工支持、參加罷工等行為之人員，其是否受工會所指派，工會得以分發臂章、帽子或標籤並要求其配戴之等以資識別，但此僅是作為辨識之用，罷工糾察人員是否配戴臂章、帽子或標籤等，此與罷工糾察的定義無關[133]。

在上述兩點論點中，功能性觀點係以特定的罷工糾察任務為基礎，亦即以執行特定的任務與否來界定罷工糾察，惟若罷工糾察的任務此一前提不明確，則功能性的罷工糾察定義即無從確立，此為功能性觀點的缺失之一；此外，在採取地位相關性的罷工糾察定義時，不可避免的是會產生所謂「野」罷工糾察(wilder Streikposten)的問題，這些未受選任之人依據自己的規劃來進行典型的罷工糾察任務，就形成了野罷工糾察的現象，此種情形在功能性的罷工糾察線定義中不成問題，因為這些實際上進行典型罷工糾察任務的人員都被劃歸在罷工糾察線的範圍之內[134]。然而，罷工糾察為整體罷工行動的要素之一，故罷工糾察亦在罷工計劃之內，勞方在罷工準備階段即開始規劃罷工糾察的組成人員與職務內容，罷工領導小組始能依計劃以控制罷工的強度與進度，從而在罷工進行的過程中配合與雇主間的談判，若所有自願執行某一罷工糾察任務的人都可以劃歸為罷工糾察而

[133] Bloesinger, a.a.O. (Fn.29), S. 21.
[134] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 6.

DOI:10.6814/NCCU202200387

自動地歸屬在罷工的圖像之內，則爭議行為當事人將無法掌握罷工行動的有效性，甚至可能有害罷工行動的進行，此為功能性性觀點的缺失之二。

因此，基於功能性觀點的上述兩大問題，本文認為應以地位性相關性的觀點來定義罷工糾察為當，而罷工糾察的職務範圍乃是由爭議行為當事人依罷工計劃而定，無絕對性的內容，職務類別無法作為罷工糾察的判別標準；此外，例如罷工糾察人員執行職務的地點，對於罷工糾察的定義亦無影響，不論罷工糾察人員在被罷工的廠場前、廠場中，或是在街道等公共場所上執行糾察職務，這都是罷工糾察的合法性問題，而與其定義無涉；再者，例如罷工糾察人員是否配戴臂章、帽子或標籤等以資識別，這也與罷工糾察的定義無關[135]。簡言之，罷工糾察的定義應強調爭議行為當事人對於罷工糾察的任命權，如此始能讓罷工成為一個有認識且有意圖的集體合作，**故罷工糾察應係指「爭議當事人為達罷工目的，於單純拒絕提供勞務外，所為確保或強化罷工之有效性而委託特定之人所進行之一切輔助行為。」**

第二項 罷工糾察之任命

在地位性相關性的觀點下，對於罷工糾察人員的任命為罷工糾察的定義要素之一，則何人具有任命罷工糾察人員的權限，從而讓之取得罷工糾察的地位，這點就具有很高的重要性。在德國學說的討論上，罷工糾察可能由工會、全體罷工人員、工會的罷工領導或特定的罷工領導成員來任命，不過，由於我國訂有工會法來規範工會職員及其職責以及罷工的程序，故此點需置於我國的現行法規下來探究。

工會法第 26 條第 1 項規定，工會宣告罷工前應先經過會員大會以無記名投票經全體會員過半數之同意，始得為之，至於罷工的方式、地點、時間與人數等

[135] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 21.

DOI:10.6814/NCCU202200387

之確定則未有規範，但行政院勞工委員會 1989 年 9 月 25 日(78)台勞資一字第 23202 號函釋表示：「罷工方式、地點、時間、人數均關涉全體會員之權益至鉅，其決議係屬工會之重大事項，需提會員大會無記名投票，全體會員過半數之同意，始得行之，不可以概括之決議授權理、監事會決定。」此則函釋係以罷工方式、地點、時間、人數為工會之重大事項，而認為應以會員大會的決議來決定，此應是以人民團體法第 27 條第 6 款之規範為依據：「人民團體會員 (會員代表) 大會之決議，應有會員 (會員代表) 過半數之出席，出席人數過半數或較多數之同意行之。但左列事項之決議應有出席人數三分之二以上同意行之：六、其他與會員權利義務有關之重大事項。」不過，工會法第 20 條[136]與第 26 條已規範應由會員大會決議之事項，依特別法優先適用原則，自不再適用人民團體法之規定，故此則函釋以工會重大事項需經會員大會議決之法律依據並非正確；再者，工會法對於罷工相關事項僅要求「罷工投票」此一程序需經會員大會議決，並未涵及罷工方式、地點、時間與人數等事項上，事實上，此等事項乃屬於工會內部的事務，依工會自治原則，工會得自行決定由何種程序來作出決定，並無非經會員大會議決不可的理由。

在我國的罷工實務上，工會多是在舉行罷工投票的會員大會上，一併提出授權例如理事會決定罷工事項的提案[137]，基於工會自治原則，此一方式應予肯定；惟若會員大會未作成授權例如理事會決定罷工事項的決議，依工會法第 15 條之

[136] 工會法第 20 條：「左列事項應經會員大會或代表大會之議決：一、工會章程之修改。二、經費之收支預算。三、事業報告及收支決算之承認。四、勞動條件之維持或變更。五、基金之設立管理及處分。六、會內公共事業之創辦。七、總工會或工會聯合會之組織。八、工會之合併或分立。九、理事、監事違法或失職時之解職。」

[137] 例如花蓮區中小企業銀行產業工會於 2006 年 5 月 26 日召開臨時會員大會通過罷工提案並授權理事會決議罷工事宜，參中國時報報導，「花企工會通過罷工決議」，2007 年 5 月 27 日；台勤高雄產業工會於 2006 年 11 月 1 日召開臨時會員大會決議授權工會理事會重啟第七屆第一次臨時會員大會罷工案，參中國時報報導，「勞資糾紛 台勤工會中秋罷工」，2006 年 11 月 2 日；台灣渣打商業銀行產業工會於 2007 年 12 月 15 日召開會員大會通過罷工決議並將授權理事會擇日進行罷工，參大紀元報導，「台灣渣打商銀產業工會通過罷工決議」，2007 年 12 月 15 日。

DOI:10.6814/NCCU202200387

規定，理事會亦具有處理工會一切事務的職權，故若會員大會已決議進行罷工，理事會自需依此決議而籌劃罷工方式、地點、時間、人數，罷工糾察人員的任命亦屬於罷工計劃的內容之一，故依上述分析，會員大會固得於罷工投票的同時組織罷工糾察隊，但亦可以授權理事會為之，惟若理事會再授權由罷工領導人員行使此一職權，罷工領導人員作出包含罷工糾察規劃的罷工計劃之後，應提交至工會理事會追認，使不致於讓工會自治淪為少數人員控制的局面[138]。

第三項 罷工糾察之任務

在罷工糾察的任務內涵上，有部分學者認為罷工糾察的任務僅在於勸諭或阻止想要入廠工作的勞工放棄進廠的念頭[139]，有學者則認為罷工糾察係個人或多數人在事業單位所在處所外面示威，抗議該事業單位的活動或政策，並給予壓力以迫使該事業單位滿足抗議者之訴求，尤其是指受僱人在雇主營業處所外的示威抗議，將勞資爭議公諸於世，並試圖影響社會大眾暫時不要與其雇主有交易或消費之行為，亦屬之[140]。勸諭、阻止勞工繼續提供勞務，這點雖然是罷工糾察的典型任務，但這個觀點實過於狹窄，因為被指定擔任罷工糾察的勞工可能被安插去巡迴整個廠區或監控罷工的進行，再將觀察結果回報給罷工領導人員，以便整個罷工行動得以按計劃進行，若因該行為並非在於勸說有工作意願者加入罷工行列，故而不認為該行為為罷工糾察所涵蓋，從而將其排除在罷工糾察之外，這實難以具有說服力，而且，在罷工的過程中，勞方最擔心的問題除了「勞工欲強行進入廠場上班時，應如何處理？」，另外例如「非爭議行為當事人到現場干擾罷工時如何處理？」等，而罷工糾察乃是以增強罷工的有效性為中心，上述問題均透過

---

[138] 例如中華電信工會於 2004 年 12 月 5 日舉行會員大會通過罷工決議之後，然而工會理監事會嗣授權罷工專案小組規劃實質罷工，並讓罷工日期、地點、方式均授權工會理事長一人決定，參中央社報導，「中華電信工會決採不定時不定點無預警罷工」，2005 年 5 月 5 日。

[139] Vgl. Koch, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 2007, § 193 Rn. 29; Schlüter, in: Broxs/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 1982, Rn. 477. 亦參楊通軒，同註 90，頁 406。

[140] 鄭津津，美國勞資爭議行為正當性之實務研析，收錄於：勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會，2007 年，頁 485。

DOI:10.6814/NCCU202200387

罷工糾察來解決，故罷工糾察的任務需配合罷工計劃，其呈現為多元且富有彈性的面貌，因此無法以窮盡式的列舉方法來說明罷工糾察的任務。一般而言，罷工糾察的任務中最重要者為：[141]

第一、 透過資訊傳達、言語說服或其它方式，盡力勸誘有工作之意願的勞工參與罷工，此處之勞工可能為爭議範圍內的勞工或罷工替代人力。

第二、 對於被排除在罷工之外的人員進行出入與證件的監控，例如負有提供緊急勞務人員。

第三、 掌控參與罷工人員的行為以避免其觸犯刑法或為其他違法的行為。

第四、 對於未參與罷工之人解釋罷工的緣由與背景資訊。

第五、 持續地與罷工領導小組保持聯繫並控制整體的罷工行動。

在我國工會的罷工經驗中，罷工糾察的功能亦與上述的分析相符，例如在渣打商銀產業工會罷工手冊中對會的說明即為：「罷工是否能成功，糾察隊扮演了最關鍵的角色，如果沒有糾察人員，罷工可能一片渙散，大家只能閒磕牙，不管哪一種罷工方式，糾察人員都須處於會員主管或工作現場中間，一方面柔性勸導會員參與罷工，二方面防止資方借用外力隊會員不利。」[142]故為使會員能遵守工會決議及進行中的爭議行為、設法取得罷工破壞者的支持以及與參與罷工之勞工保持流暢的溝通管道等，都是罷工過程中需藉助罷工糾察之處。

罷工糾察的任務範圍乃是取決於罷工行動的計劃，因此儘管在不同個案中，爭議現場之情勢有所不同，但所有的罷工糾察任務仍有一個共同點──致力於提升罷工的有效性，並協助罷工取得成果[143]，罷工糾察的定義並不取決相關人員是

---

[141] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 15 f.

[142] 關於罷工手冊之內容，參渣打商銀產業工會網站：http://www.hibu.org.tw/ (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

[143] Treber, a.a.O. (Fn.130), S. 19 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

否從事特定的行為，而是其所執行的職務是否有助於一場有效的、具有實力的罷工，此為罷工糾察對於罷工的協助性功能，罷工糾察的使用與任務乃是存在罷工為前提，在未發生罷工時發起罷工糾察，乃是不可想像的，此亦為罷工糾察的特徵[144]。

國立政治大學
National Chengchi University

[144] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 16.

DOI:10.6814/NCCU202200387

第三章　集體勞動權與罷工權之法律基礎

在我國的法律制度中不乏與罷工相關之規範，舉凡工會法、勞資爭議處理法或團體協約法等制定法，其中訂有對於工會或工會職員與工會會員之行為的規定，對於罷工等爭議行為亦有明文[145]，可知不論是罷工或個別罷工糾察的措施確實存在我國立法者的視野中。不過，上列各項法規範對於罷工或罷工糾察行為並未訂有積極要件或法律效果，反而是以反面的禁制規定方法來立法[146]，因此某些型態的罷工或糾察措施即被移入法律所禁止的行為之列，此雖不等於全面性地禁止罷工或罷工糾察，而仍保留某一程度的罷工自由，然而自由權與單純之自由究有所不同，自由僅僅是指人按照自己的意志支配客觀事物的狀態，僅當實施某種行為的自由被賦與權利的性格之後，其始會受到法律上的支持與保障[147]。則在目前未就罷工以積極內容的方式進行規範的狀態下，罷工的進行是否具有權利的性格，從而受到法律的保障，此乃需先予以分析的問題。此外，誠如本文第二章所述，罷工權的保障應涵及進行一有效罷工行動的能力，罷工權的保障才不致於空洞化，

---

145 例如：工會法第 26 條：「勞資或僱傭間之爭議，非經過調解程序無效後，會員大會以無記名投票經全體會員過半數之同意，不得宣告罷工。工會於罷工時，不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產與身體自由。工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工。」；工會法第 29 條：「工會或職員、會員不得有左列各款行為：一、封鎖商品或工廠。二、擅取或毀損商品工廠之貨物器具。三、拘捕或毆擊工人或僱主。四、非依約定不得強迫僱主僱用其介紹之工人。五、集會或巡行時攜帶武器。六、對於工人之勒索。七、命令會員怠工之行為。八、擅行抽取傭金或捐款。」；勞資爭議處理法第 7 條：「勞資爭議在調解或仲裁期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為。」；勞資爭議處理法第 8 條：「勞資爭議在調解仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為。」

146 黃程貫，同註 36，頁 206。

147 參鄭玉波，民法總則，三民書局，2007 年 9 月修訂十版一刷，頁 51。舉例而言，中國在 1982 年通過的新憲法取消了罷工自由的規定，中國的其他現行法律亦未規定罷工權，故也不存在禁止罷工的規定，於此情形下，在中國罷工雖不違法，但法律也不提倡或保護罷工，易言之，罷工既然不屬於勞工和工會的法定權利，罷工也就不被法律所保護或保障，國家自不承擔保障勞工或工會罷工的義務，對此，參喬健，集體返航事件呼喚有效的勞資衝突治理機制，中國報導，2008 年 5 期，中國勞動關係學院出版，頁 40-4，載於：http://www.ppdoc.com/periodical/aff6fdf746cc75dc6aea89b414bb0fd8.html (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

DOI:10.6814/NCCU202200387

而罷工糾察基於對罷工的協助性功能乃屬於罷工的一部分，故罷工行為之法律基礎已將罷工糾察包涵在內，先予敘明。本文對於罷工行為之法律基礎此一問題，將區分為憲法與制定法兩個層次來進行討論，此乃因一權利若僅存在於制定法的層次上，而未在憲法上給予保障，此將淪為任由立法者以法律限制或廢立的處境，則該權利極易成為具文[148]。本文以下擬先就罷工行為與憲法基本權的關係為分析，次再討論罷工於制定法層次上之基礎的問題。

第一節　集體勞動權與罷工權之憲法基礎

一般而言，進行罷工的權利乃是由憲法對於集體勞動權的保障中導出[149]，因此罷工權(Streikrecht)首先與集體勞動權相關；再者，罷工在進行過程中，亦有表述罷工訴求或說服他人加入罷工的行為，故與憲法第 11 條之言論自由權有所關連，此外，集會自由權乃是人民以集體聚會的力量表達自由的言論，其乃是言論自由一種特別的行使型式，為言論自由的延伸，故罷工與集體勞動權、言論自由權和集會自由權均有所關連，以下就罷工糾察與此三項基本權的關係分述之。

第一項 我國法之討論

近年來集體勞動權[150]入憲的議題在我國各界引起廣泛的關注，而在 2000 年總統就職演說中，當時的總統陳水扁承諾將勞動三權入憲，勞委會接續於 2005 年宣佈將推動勞動權入憲，希望能將勞動三權納入憲法，使團結權、協商權和罷

---

[148] 蘇永欽，憲法權利的民法效力，收錄於《當代公法理論：翁岳生教授六秩誕祝壽論文集》，月旦出版，1993 年，頁 64。

[149] Vgl. nur BAG 29.3.1957, AP Nr. 108 Art. 5 GG Arbeitskampf; BAG 20.12.1963, AP Nr. 34 Art. 9 GG Arbeitskampf; Löwisch, Zur rechtlichen Beurteilung besonderer Arbeitskampfmaßnahmen im Medienbereich, RdA 1987, 219 (221); Zechlin, Streikposten und Nötigung- Ein verfassunfs- und strafrechtlicher Problemaufriß, AuR 1986, 289 (291).

[150] 所謂集體勞動權即一般所稱之勞動三權，依國內學者一般所言，勞動三權係指團結權、集體協商權/團體交涉權與爭議權三者，此種用語應是因襲自日本國憲法第 28 條的規定，不過，日本憲法第 28 條之規定乃是「勞動者享有團結權、團體交涉權及其他團體行動權」，該條文所規範之團體行動權之範圍顯然比爭議權更為廣泛，且爭議權亦僅是多種團體行動權中之一種，故以勞動「三」權稱之，並非妥適，對此分析，參黃程貫，同註 27，頁 149 至 152。

DOI:10.6814/NCCU202200387

工權等基本人權，受到憲法位階的保障[151]。我國憲法中並無如同德國基本法第 9 條第 3 項之同盟自由基本權的規定，亦未有日本憲法第 28 條直接言及勞工團結權、團體交涉權和其他團體行動權的明文，然集體勞動權在歷經了統治者數十年的壓制與勞工一再地抗爭之後，現今幾已無人否定應給予勞工的團結自由憲法上的保障[152]，目前國內對於集體勞動權的研究重點亦置其憲法基礎和權利內涵等問題之上，以及罷工行為與同盟自由基本權的關係。集體勞動權係由團結權與團體行動權所共同組成，團體行動權內涵則包含了集體協商權、爭議權(罷工權)與其他團體行動權，所謂的「其他團體行動權」即例如進行集體協商或爭議行為以外的工會活動，諸如組織工會之行動、為了工會組織運作運而進行的活動(例如會議的舉辦或工會幹部的選舉等)、或是對勞動條件而進行的示威性活動等，均屬之[153]。而就集體勞動權中的罷工權而言，原主張憲法不保障罷工等爭議行為的理論，目前也已走入歷史，近十數年間我國相關的學說理論多將罷行為的進行視為一種權利的行使，惟目前所爭執之問題在於罷工權是否為憲法層次上的權利？若罷工權應受到憲法層次的保障，則該權利是否需依靠「入憲」此一方式始能獲得憲法保障、抑或在現行的憲法基本權規範中就已能確立其保障基礎？對此一爭論，我國學說不論是在現行的憲法規範中尋繹勞工集體勞動權的基礎，或是提議增訂相關憲法規範，其均有各種深入的論點。

我國關於集體勞動權的各種理論發展至今，集體勞動權在我國憲法上之基礎仍富爭議，迄無一定之定論，雖然我國大法官於釋字第 373 號解釋理由書中，以

---

151 陳俊昇，臺灣憲政變遷過程中的典範轉移及論述分析(1991-2007)，當代社會與國家發展學術研討會議，2007年 12 月 15 日，頁14至15。

152 關於將同盟自由基本權入憲的分析，參「勞動基本權入憲的分析」，行政院研究發展考核委員會，2005 年 11 月，研究主持人：陳英鈴，協同主持人：劉士豪。至於主張罷工等爭議行為不受憲法保障的論點，迄今國內已無人採納，其論點可參林紀東，中華民國憲法逐條釋義(第一冊)，1985 年 9 月，頁 249。

153 關於非爭議行為的團體行動，其憲法基礎在我國是否與爭議權相同，為另一應予深究的問題，惟其非本文重點，故不擬加以分析。關於工會活動的諸問題，參林良榮，同註 68。

DOI:10.6814/NCCU202200387

憲法第 14 條的人民結社權為據而認為勞工得進行罷工，惟我國學說上不但對於大法官的論點多有批評，亦提出多種不同的見解──採結社權說、生存權說或憲法第 22 條憲法未列舉之基本權說之學說均有。在我國各家學說之中，關於罷工行為的討論多依附於集體勞動權的整體研究之上，且多將罷工行為視為集體勞動權不可或缺的一部分，至於集體勞動權整體與團結權、集體協商權與罷工之個別行為間的關係，有學者認為此乃是依集體勞動權實際運作過程而得出的結果[154]，另有學者主張，勞動者之團結權、協商權及爭議權(罷工權)等三種集體的基本權，乃為實現生存權及工作權實質內容所必需之勞工集體力量的保障，此三者在實現勞動者的生活權及工作權之功能上絕對不可分割而至任缺其一，否則集體勞工法律的功用必將盡失無存[155]，亦有學者認為集體勞動權乃是以團體協商作為主軸而立於密接之相互關聯之關係[156]。

整體而言，我國學說目前之發展多於分析集體勞動權中併同論及罷工權，將爭議行為視為我國集體勞動權的一部分，且多將爭議行為視為一種「權利」的行使，亦即以團結權、協商權及爭議權(罷工權)此三權並立之勞動三權的論點來看待集體勞動權，不過仍有少數學者單獨探究爭議行為之憲法基礎的論點，以下茲就此一問題之各家學說為介紹並為分析。

第一款 憲法第 14 條之結社權說

學者許宗力與姚立明採結社權說之主張[157]，其認為勞工組織工會的權利應歸納在憲法第14條的一般結社權之下，而憲法保障勞工結社權不單是保障個別勞工

---

[154] 許慶雄，憲法入門，元照，2000 年 9 月初版，頁 180。

[155] 陳繼盛，勞工法體系之基礎問題，收錄於《勞工法論文集》，陳林基金會，1994 年初版，頁 26。學者楊通軒採不同見解，其認為勞動三權應採割裂處理，參楊通軒，同註 90，頁 47 至 48。

[156] 楊通軒，同註 90，頁 208。

[157] 張茂桂，「民國七十年代台灣地區『自力救濟』事件之研究」，行政院研究發展考核委員會，1992 年 6 月，頁 100；姚立明，論勞工結社權，中山社會科學譯粹，第三卷第三期，第 1 至 11 頁。學者楊通軒原採憲法第 14 條結社權說，其認為我國憲法第 14 條之規定並未有如德國基本法第 9 條第 3 項對於團結權所設置的「功能描述」，亦即未有「維持及促進勞動及經濟條件」的規

DOI:10.6814/NCCU202200387

有結社的權利，而是同時保障由勞工所結合的社團有自由運作權，亦即讓結社能產生團體的力量，所以勞工結社權也包含罷工權，讓勞工結社的目的與主要功能—改善勞動與工作條件此點能獲得滿足。另有學者進一步闡釋，結社自由是一種雙重基本權利，兼具個人性與集體性基本權之性質，前者保障個人有共同組織具持續性之團體之權，如勞工共同組織工會，後者保障團體本身有團結集體行動的自由，如工會發動罷工[158]。此說除認為勞工的結社乃是結社自由之一種外，並將罷工權根植於整體集體勞動權之中，故罷工權的憲法基礎即為集體勞動權的憲法基礎。

嗣司法院大法官於釋字第 373 號解釋中，亦明確表示勞工組織工會的憲法基礎應以憲法第14條之結社權為據，主張勞工之組織工會乃是從事此項職業之人民在憲法上保障之結社權，大法官於解釋理由書中進一步主張：「工會為保障勞工權益，得聯合會員，就勞動條件及會員福利事項，如工資、工作時間、安全衛生、休假、退休、職業災害補償、保險等事項與僱主協商，並締結團體協約；協議不成發生之勞資間糾紛事件，得由工會調處；亦得為勞資爭議申請調解，經調解程序無效後，即得依法定程序宣告罷工，以謀求解決。」[159]依此解釋理由書可知，大法官之立場原則上與前述採取結社權的學說相同，亦將爭議行為自集體勞動權中導出，不過大法官並未正面肯定罷工為一種權利-即罷工權，與上述學者直接指稱稱罷工為「罷工權」的看法有所差異。

定，難以明確認定其係集體勞動權的依據所在；此外，集體勞動權在理論上雖應歸屬在結社自由項下，但因現行憲法的規定過於空洞，並未有半言隻字對於團結權、協商權及爭議權的明文規定，學者間所謂的勞動三權毋寧都是透過參照各國憲法規定後、漫長的理論推演而得。因此，想要以目前的結社自由推出所謂的勞動三權或集體基本權，將難免陷入結社權與團結權間之差異，以及第三人效力理論等爭議之疑慮，故學者楊通軒改變原採憲法第 14 條之結社權說的立場，參楊通軒，同註 90，頁 104。。

[158] 張茂桂，同註 157，頁 100 至 110。

[159] 釋字第 373 號之解釋文：https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310554 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

DOI:10.6814/NCCU202200387

第二款 憲法第 14 條結社權結合第 15 條工作權、生存權說

憲法第 14 條結社權結合第 15 條工作權、生存權說，乃是於司法院大法官於釋字第 373 號解釋之不同意見書中，由大法官劉鐵錚與戴東雄所提出，其主張：「至於我國憲法，雖未如德、日憲法之有明確規定，但憲法第十四條之結社自由，第十五條之生存權、工作權、財產權應予保障，也均提供了保護勞工，組成工會之憲法上之依據。所謂工人應有組織工會，藉集體力量以保障合法權益之結社自由」、「勞動者之結社權毋寧為其生存權之重要部分。蓋勞動結社權與一般結社權不同，勞動結社權與團體交涉權及爭議權(罷工)，在行使上有結合之關係，在結構上有連繫之關係，此勞動三權，或稱為勞工之集體基本權。勞動三權在概念上雖有分別，但在發揮實現其集體勞工之生存權及工作權之功能上，則絕不可分割而任缺其一，同為保障勞工生存，維護勞工權益之有力憑藉。不透過團結權即無以行使團體交涉權；無團體交涉權，爭議權即無著力之點。如果勞動者只有團結權，而無團體交涉權與爭議權，則工會組織與勞工之其他聯誼性組織，將無所區別，豈不盡失其為生存權之重大意義！又如何企盼其獲致其合理之權益？」[160] 此一不同意見書之見解，基本上乃是採取後述憲法第 15 條之工作權與生存權說作為勞工集體勞動權之憲法基礎的論點，且以團結權為集體勞動權的基礎，而爭議權(罷工權)雖是一個獨立的基本權，但亦僅於輔助團體協約自治上受到肯定。

第三款 憲法第 15 條之工作權與生存權說

學者中亦有認為，應以憲法第 15 條之工作權、生存權作為集體勞動權之憲法基礎者，此一說法係為學者黃越欽所主張，其認為勞工之集體勞動權之憲法基礎應以第 15 條之生存權為最高之指導原則，觀之世界各國，為使勞工能真正享受憲法所保障之工作權，均賦與勞工基本三權，即團結權、集體交涉權及爭議權

[160] 釋字第 373 號之大法官劉鐵錚與戴東雄同意見書：https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310554 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

DOI:10.6814/NCCU202200387

(罷工權)。對工作權之保障，我國憲法係於第 15 條中將之與生存權、財產權並列，此係受威瑪憲法之影響。依威瑪憲法之結構，此二種權利並非平面的並列而係立體的架構，換言之，生存權在上，於其下再區分資方之財產權及勞方之工作權；資方之財產權復可分為所有權與經營權，而勞工之工作權則可下分為團結權、團體交涉權與爭議權。為使此二權利能分屬兩方向同時共同架構生存權，此係全體國民生存所在之關鍵，故此三種基本權利均有極為具體之內容：以團結權而言，係於一般人民結社權外，再賦與特別的勞工結社權，而以工會法為勞工行使結社權之依據。集體交涉權則以團體協約法為依據，勞工以團體為後盾，達成集體交涉，締結團體協約。至於爭議權則係勞工之罷工權、怠工權及資方之閉廠、封鎖的權利，應以勞資爭議處理法為行使依據。綜言之，勞動三權係由工作權所導出，而工作權復係立於生存權之下，故勞動三權之憲法基礎為以生存權為指導原則之工作權[161]。

持此說之學者更進一步指出：「團結權、團體協商權及爭議權此三種基本權之核心權利在於『團體協商權』，勞工團體為發揮「社會夥伴」功能與雇主共同協商，形成勞動條件，從而發揮勞資雙方「協約自治」之機能，以維護憲法上所保障之生存權；其次，為進行團體協商，勞動者必須團結以組織工會，故團結權並非以組織團體為最終目標，而是為進行團體協商所必要之一種「先行行為」，故凡不以簽訂團體協約為目的之組織，不論其是否為工人組織 皆不能稱之為工會；再次，在協商進行之始因資方拒絕，或協商進行中因故破裂，勞方為貫徹勞資協約自治之原則，得以爭議權作為一種手段，對資方施壓，以促使其重回協商之正途…可見得爭議乃是協商權之一種補助性權利。」[162]可知持此說者亦認為爭

[161] 參黃越欽之發言，載於「勞資爭議處理法修正案 (77 年 6 月 17 日修正)」，立法院公報法律案專輯第 113 輯內政(五十四)，立法院秘書處編印，77 年 9 月初版，第 108 頁以下。
[162] 黃越欽，勞動法新論，翰蘆圖書，2002 年 9 月修訂二版，頁 69。

DOI:10.6814/NCCU202200387

議權以集體勞動權為基礎，且爭議權雖是一個獨立的基本權，但僅於輔助團體協約自治上受到肯定。

第四款 結合憲法第 15 條生存權與工作權、憲法第 14 條結社權與憲法第 22 條一般自由權說

學者劉士豪主張，關於我國的勞動三權—團結權、團體協商權與團體行動權的憲法基礎，應以憲法第 15 條的生存權、工作權為體，憲法第 14 條結社權、第 22 條所導出的契約自由和一般行動權為用的架構來詮釋，此由憲法的文義解釋可以得出此一結論：由勞動者生活秩序來看，勞動三權存在的最重要還是在維護與促進勞動者的勞動條件，也就是勞動者的生存和工作保障，所以依文義即可看出勞動三權與憲法第 15 條有應有密切的關連；此外，團結權乃是勞動者以結社的方式，透過集體的力量達到勞動者共同意志的實現，故亦與結社權相關；再者，就團體協商權而言，團體協約亦是契約的一種，所以團體協商權也涉及一般契約自由的保障；末者，集體行動權除了涉及個人人格的開展之外，其最主要的目的作為勞動條件議價的談判手段以及反應勞動者集體意志，所以涉及一般自由權所保護的人格開展的內涵。學者並認為上述保障勞動三權的意旨，亦與以憲法的歷史性解釋結論相符[163]。

在此理論中，應特別指出的是由憲法第 15 條、憲法第 14 條與第 22 條所共同保障的勞動三權，涉及基本權競合(Grundrechtskonkurrenz)問題，亦即勞動三權同時處於數項基本權的保護領域之中，而受到該數個基本權的共同保障，故勞動三權依此理論所受到的保障強度更高，對於勞動者的保護亦更為周全。

[163] 劉士豪，勞動基本權在我國憲法基本權體系中的定位(上)，政大法學評論第 87 期，2005 年 10 月，第 56 至 69 頁。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第五款 憲法第 22 條之其他基本權說(一)

學者李震山主張，勞動基本權一般是以勞動三權稱之，似乎可解為三種個別權利，包括勞動者之團結權、協議權(團體交涉權)及爭議權(團體行動權)之勞動三權。爭議權手段之一為罷工，罷工權應是勞動基本權保障核心內容之一，與團結權、團體協議權不可分割，究其實，此三種權利環環相扣，分離便失其本質意義，因此，它應係一項獨立的複合基本權利，只不過保護的範圍與其他個別基本權利產生競合，例如與結社權、工作權、生存權與財產權等。而目前我國憲法並無一項憲法列舉權利可完整含括勞動基本權，因此，將該項明顯屬複合權的勞動三權，與保障個別勞動權之工作權區別，獨立成為集體性質的勞動基本權是適當的，復因勞動基本權顯然已具備實質上憲法基本權利之品質，應由憲法第 22 條為依據保障之[164]。

此外，學者黃程貫亦曾提出以憲法第 22 條為集體勞動權之依據的可能性，惟依其觀點，提出憲法第 22 條此說係因「以憲法第 14 條之結社自由或以第 15 條之工作權及生存權作為集體勞動權之基礎，均非十分適宜，故必須另外尋找一憲法根據，但因我國現行憲法中無可資援引為根據之基本權規定，因而似乎只有迫不得已、退而求其次，援用憲法第 22 條作為根據」，但亦明白表示以憲法第 22 條為據將造成利益衡量的評價上反而使集體勞動權低於諸如結社自由等基本權之極不妥當結果，故似亦不宜以憲法第 22 條作為同盟自由之憲法基礎[165]。因此，學者之上述分析應引為析論集體勞動權憲法依據的觀點之一，但非謂其主張以憲法第 22 條作為集體勞動權之憲法依據[166]。

---

[164] 李震山，罷工糾察線作為預防犯罪的警察權發動對象？警察法的觀點，行政院勞工委員會，2006 年 12 月 8 日，頁 89 至 91。

[165] 黃程貫，同註 27，頁 162 至 164。

[166] 我國有論者曾表示，學者黃程貫於論著「勞資爭議法律體系中之罷工的概念、功能及基本法律結構」乙文中以憲法第 22 條為勞動基本權的憲法基礎，嗣於其著作《勞動法》乙書更異見解，表示前採取憲法第 22 條乙說乃是不得已之選擇云云，參，彭常榮，勞動者爭議行為合法性研究

DOI:10.6814/NCCU202200387

第六款 憲法第 22 條之其他基本權說(二)

上列所舉各家學說均係將爭議權根植在集體勞動權中，並將爭議權自集體勞動權中導出，惟我國另有學者另主張爭議權與同盟並無本質上必然之牽連關係，而應為一個獨立存在的權利，此為學者黃程貫所主張，其認為爭議權係根源自一般行動自由，係一範圍極為廣泛之一般性自由權，而此種「人民自治自決權」在我國現今之憲法中，惟有由憲法第 22 條人民之其他自由與權利的概括規定方得導出[167]。雖學者蔡維音認為，若要以憲法第 22 條作為爭議權的憲法基礎，則應建構更精緻穩固的法律釋義學基礎，並應對於憲法第 22 條「不妨害社會秩序、公共利益」的限制有所說明[168]。

惟此一質疑經由我國學說的發展已有詳細之補充，學者林炫秋以罷工行為為中心，確立爭議權為一個不妨害社會秩序、公共利益的基本權，其認為，首先，保障罷工權不妨害社會秩序。勞動關係為多數國民生存的保障，在勞動關係的結構內以及生產、經營成果分配上，潛藏著緊張關係，特別容易導致利益對立。而勞動關係直接涉及經濟生命線，從而牽連到法秩序的生命線，基於這種重要性，以及所涉衝人數眾多，因此法秩序不能坐視衝突擴大，但又不能放棄法秩序的有效性，所以必須提出解決衝突的可能性，否則其導致的持續緊張狀態將造成社會上有關之人的共同生活發生障礙。而罷工是調整現代工業社會勞雇間利益對立的

以醫師罷工為中心，中原大學財經法律研究所，2004 年 6 月，頁 32 至 33。惟本文認為，學者黃程貫於論著「勞資爭議法律體系中之罷工的概念、功能及基本法律結構」乙文中係以探討「罷工權」為對象，但於《勞動法》乙書頁 159 頁至 166 中則是以分析「集體勞動權」為目的(註：「集體勞動權」係本文採用之用語，《勞動法》乙書之原本係使用「同盟自由基本權」之用語)，兩處所討論的對象並不相同，且《勞動法》乙書中第 162 頁中亦說明：「惟是否得以之(本文按：即罷工權)為依據，進一步推論集體勞動權之憲法基礎亦是我國憲法第 22 條，則不無疑問。」已明確表示罷工權與集體勞動權兩者憲法基礎的分析未必相同，《勞動法》乙書中第 162 至 164 頁應係對於以憲法第 22 條為同盟自由權之憲法基礎的利弊分析，並非主張以以憲法第 22 條為同盟自由權之憲法基礎，論者彭常榮謂學者黃程貫「更改見解」，本文認為此分析似非正確。

[167] 黃程貫，同註 36，頁 203 至 206。

[168] 蔡維音，同註 185 頁 108 至 109。

DOI:10.6814/NCCU202200387

重要手段。罷工是一種秩序手段，其本身並非目的，而是為了勞工的利益，衡平契約當事人間經濟力量的手段，以重建真正的契約自由。因此保障罷工權為建立勞動生活中的公共秩序所必要，並不是有害社會的行為[169]。此外，除已遭廢止的戰時特別法規，例如上述之非常時期農礦工商管理條例，平時並無任何法律將罷工視為妨害公共秩序的行為，抑且，世界各自由民主國家在平時全面禁止罷工，可謂絕無僅有，對罷工加以刑罰更難以想像，亦可證明罷工自由或罷工權的行使本身，並不是妨害社會秩序的行為。

再者，保障罷工權是一種公共利益。罷工主要是為了解決勞雇間利益對立的衝突，改善勞工的勞動條件，使勞工及其家人在適當的勞動條件下工作，發展其人格，並且獲得適當報酬，使勞工及其家人享有合於人之尊嚴的生活，這種積極的價值為絕大多數勞工所享有，故保障罷工權也是一種公共利益。由另一方面來說，若憲法不保障罷工權則是妨害勞工的公共利益，因此「罷工是否妨害公共利益」的問題本身就不一定成立，故討論的是勞工與第三人之利益保障的衡量，惟就此點而言，第三人因為憲法不保障罷工而享有的是企業正常經營下一般公眾正常便利生活與經濟的利益，但保障罷工權則是讓大多數勞工獲得適當勞動條件、尊嚴生活乃至於生存保障的利益，可知保障罷工權的價值高於不保障的價值，是以保障罷工並不違反公共利益[170]。

惟依首次提出此論點之學者黃程貫的看法，其認為以憲法第 22 條作為人民基本權之憲法根據，可能會造成極不妥當之結果，其指出，在我國憲法關於人民基本權利的規定中，相較於有明文列舉規定之結社自由、工作權、生存權等基本權，第 22 條之人民的其他自由及權利乃是一概括規定，換言之，明文列舉之基本權乃是特別基本權，而第 22 條所規定者乃是一般基本權、概括基本權，故有

[169] 林炫秋，同註 14，頁 22 至 27。
[170] 同前註。

DOI:10.6814/NCCU202200387

明文列舉者對概括規定者而言，即具有特別法、特別規定之性質，而第 22 條即屬一般法、一般規定，因而第 22 條所規定之內容即可能在憲法基本權的位階上低於有明文列舉規定之特殊基本權，因為特別法、特別規定本應優先適用，且因為特殊基本權解釋上即係憲法第 22 條之「社會秩序、公共利益」，故概括基本權即不得妨害特殊基本權，遇有特殊基本權與第 22 條之一般基本權、概括基本權相衝突之情形時，也因為此一原因，所以在進行多數基本權衝突的利益衡量過程當中，一般、概括基本權的位階、適用順序將可能因為低於特殊基本權，受到較低之評價而受到不利，故似亦不宜以憲法第 22 條作為爭議權之憲法基礎[171]。

第七款 其他基本權對於罷工糾察之保障

第一目　言論自由權對罷工糾察之保障

我國憲法第 11 條保障人民之言論自由，其目的乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，不論是政治、學術、宗教及商業言論等均在言論自由的範圍內，但依其性質則有不同之保護範疇及限制之準則[172]。一般而言，言論自由係指人民以語言或其他足以表達其思想內容之媒介，如文字、圖畫、聲音、動作、穿著以表達出個人之價值判斷或轉述事實之自由[173]，而在罷工準備或實際進行的過程中，罷工的力量除了來自罷工範圍內之勞工的向心力之外，社會大眾是否認同罷工也經常是影響罷工威力的原因之一，一旦社會大眾對於罷工訴求有所瞭解並支持，這對於提升參與罷工勞工之信心不但有所幫助，間接地亦會增加勞工加入罷工的意願並吸引其加入罷工的行列[174]，而在進行此一罷工的社會宣傳上，即涉及了表述罷工意見的自由，言論自由之保障的重要性在此即顯現出來。此外，須特別注意的是，言論自由對其保障的言論內容並不問是否

---

[171] 黃程貫，同註 27，頁 162 至 164。
[172] 參大法官釋字第 414 號解釋理由書。
[173] 李惠宗，憲法要義，元照，2006 年 9 月三版，頁 170。
[174] 中華電信工會，同註 1，頁 40 至 41。

DOI:10.6814/NCCU202200387

具有正面價值或是否正確，因為言論自由的根本精神表現在於言論價值預斷之禁止上，具有評價性的言論本為言論自由所保障的對象[175]，因此例如在罷工進行中，罷工糾察人員高舉「反圖利、要便民」、「反剝削、要生存」、或是「反約僱、要保障」等標語旗幟來周知大眾其罷工的目的[176]，其乃是參與罷工之人對於罷工訴求與立場的表述，此即屬言論自由的行使。

然有所爭議的是，在罷工糾察進行的過程中，除了社會大眾之外，勸說不願參與罷工之勞工加入罷工更是罷工糾察的任務重心所在，而罷工糾察人員經常會透過海報、傳單、標語、旗幟、臂章或身體上特殊的裝飾來說明其理念，這些行為的目的亦在於傳述其之思想內容，故以言論自由加以保障尚不生問題[177]，不過，誠如本文上述，罷工的作用並不是僅僅在於精神上的抗爭，而是在於使用實力以阻礙勞動關係進而達到損害雇主利益的結果，這就牽涉到未參與罷工之勞工以及被罷工之雇主的利益損害之問題，易言之，罷工糾察行為的內涵雖蘊含有行使言論自由的成分，但是罷工糾察所進行的實力阻止行為則難以單獨依靠言論自由來獲得保障[178]，否則所有人都可以主張言論自由的行使而進行侵害他人權利的行為，此一結論與保障基本權的意旨並不相符，事實上，此一問題亦與上述以結社權作為罷工行為之憲法基礎所遇到的困境相同。

綜而言之，罷工糾察的內涵除了意見表達、和平勸說的行為之外，尚具有實力行為的成分在其中，此亦是為了進行一有效罷工行動的能力以成就一有效的罷工之所必然，故可知罷工糾察的進行雖亦是言論自由的實踐，但以言論自由保障罷工糾察並不足夠，其僅涵及罷工糾察的其中一部分，甚至僅是上述罷工權中的

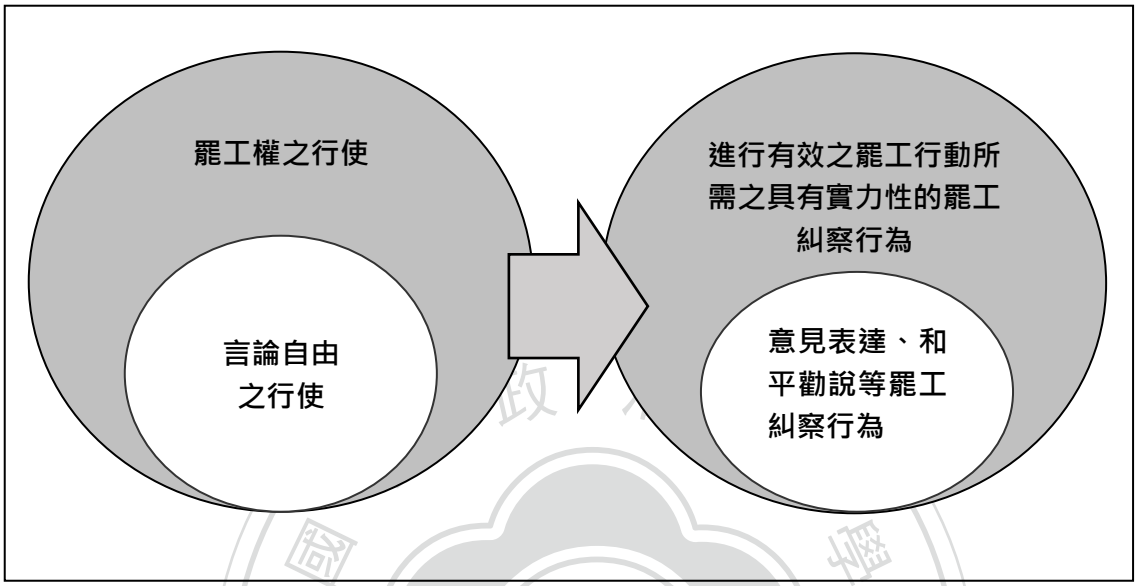
---

[175] 法治斌、董保城，憲法新論，自版，2003 年 9 月初版，頁 167；李惠宗，同註 173，頁 170。
[176] 此為 2003 年 9 月台中客運罷工時所使用的口號，參中華電信工會，同註 1，頁 48。
[177] 德國基本法第 5 條第 1 項第 1 句規定：「人人有以語言、文字及圖畫自由表示及傳布其意見之權利，並有自一般公開之來源接受知識而不受阻礙之權利。」，有學者即指出此一意見自由的保障亦是進行罷工糾察的權利基礎，參 Löwisch, a.a.O. (Fn. 149), 219 (221).
[178] Wesch, a.a.O. (Fn. 120), S. 142.

DOI:10.6814/NCCU202200387

成分之一，故尚需本文上述之罷工權作為罷工糾察的憲法基礎，始屬完整。言論自由權與罷工權整體的關係即如下圖所示：

圖 3：言論自由權與罷工權整體的關係



(來源：本文自製)

第二目　集會結社權對罷工糾察之保障

憲法第 14 條規定人民有集會之自由，此與憲法第 11 條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，被認為是實施民主政治最重要的基本人權[179]。集會自由乃是人民以集體聚會的力量，作為言論表達的自由，亦即集會自由乃是言論自由一種特別的行使型式，所保障者為個人獨立存在的尊嚴及自由活動的自主權[180]。集會自由既為言論自由的延伸，則在行使罷工糾察權上自與上述言論自由所處的境況相同，無法涵及進行一有效罷工行動的能力所需之具有實力性的行為，故亦無法以集會自由單獨作為罷工糾察的憲法基礎。

此外，附帶應予討論者為，集會自由既為憲法所保障之基本權，國家自有不得任加侵害、甚至需予以保護的義務，例如為使集會自由得以行使，國家負有使

[179] 參大法官釋字第 445 號解釋文。

[180] 許育典，憲法，元照，2006 年 10 月初版第一刷，頁 254。

DOI:10.6814/NCCU202200387

人民無阻礙行使集會自由的義務，諸如公共設施的使用與道路的提供等[181]，不過，觀諸我國目前對於集會自由的討論，焦點所在並非大法官所指出的集會自由保障，反而在於限制集會自由的集會遊行法上[182]。就罷工糾察而言，當罷工糾察人員以集體的方式來執行其糾察職務，例如聚眾演說或是組織糾察隊伍以進行勸說行動時，於外觀上具備了集會的型式時[183]，集會遊行法中的限制規範對該罷工糾察人員有無適用？對此問題，首先應釐清者為，集會遊行法乃是制定法上對於集會自由所為的限制，易言之，乃是立法者基於憲法第 22 條的公益理由而對人的思想自由與表現行為所加諸的限制，然而，罷工糾察的進行雖亦蘊含了思想自由與表現行為在其中，但罷工糾察所追求的價值卻不止於此，罷工糾察所附麗之罷工權的主要價值在於「人民於勞動生活中的自治自決權」，其不但具有生存保障的意義，亦內含勞工自我決定而自由發展人格的作用，這些基本權價值並非集會自由的視野所能涵蓋，故立法者在制訂集會遊行法以限制人民集會遊行自由時自不可能將其併同納入考量。

簡言之，立法者雖得以法律來限制集會自由，但需在遵守憲法第 22 條之限制原則的範圍內為之，則集會遊行法既是在「集會自由所蘊含的思想與表現自由」以及「妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益」兩者之

---

[181] 參大法官釋字第 445 號解釋理由書：「集會自由以集體方式表達意見，為人民與政府間溝通之一種方式。人民經由此方式，主動提供意見於政府，參與國家意思之形成或影響政策之制定。從而國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。又集會自由之保障，不僅及於形式上外在自由，亦應及於實質上內在自由，俾使參與集會、遊行者在毫無恐懼的情況下進行。」

[182] 對於集會遊行法侵害人民集會自由之相關論述，參「集遊惡法修法聯盟」所提出之相關論述：https://www.facebook.com/rightofassembly/ (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)；另再參廖元豪，集會遊行權與罷工集會，收錄於《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處編，2007 年 6 月，頁 811 至 834。。

[183] 集會遊行法第 2 條第 1 項：「本法所稱集會，係指於公共場所或公眾得出入之場所舉行會議、演說或其他聚眾活動。」

DOI:10.6814/NCCU202200387

間進行衡量，從而制訂出現行的集會遊行限制規範，則此等限制規範自無法當然地適用至罷工糾察等爭議行為之上[184]。

舉例而言，集會遊行法第 8 條與第 9 條規定，室外集會、遊行，應於六日前向主管機關申請許可，且應在申請時載明負責人或其代理人、糾察員姓名、性別、職業、出生年月日、國民身分證統一編號、住居所及電話號碼、集會、遊行之目的、方式及起訖時間、集會處所或遊行之路線及集合、解散地點、預定參加人數、車輛、物品之名稱、數量，惟上列各項規範應記載事件乃是爭議行為當事人的自治自決的範疇，爭議行為當事人實在毋需向國家報備，更毋需於踐行各項發動罷工的要件後復再受到集會遊行法進行法規範的重複審查，更何況，上列記載事項中諸如「集會、遊行之目的」在罷工中已受到「罷工目的之限制」的控制、「集會、遊行之方式」則已受到「罷工手段之限制」的控制，罷工或罷工糾察均不再應適用集會遊行法的限制規範。

第二項 德國法基本法第 9 條第 3 項同盟自由基本權規範之參考

由上列我國各家學說之分析，可知集體勞動權與罷工權的問題在近十數年間已受到一定程度的重視，故而發展出多種豐富的論點，此異於德國法上以基本法(GG)第 9 條第 3 項所訂之同盟自由基本權為罷工權之憲法基礎有所不同[185]。同盟自由基本權即我國一般所稱之集體勞動權，一般而言，罷工之憲法基礎亦由此條規範導出，德國聯邦勞動法院(BAG)於五○年代就已開始針對罷工進行分析，其後的數則判決並以基本法第 9 條第 3 項之同盟自由基本權作為探討罷工的起點，

---

[184] 學者黃程貫亦提出類似的質疑，其認為：「罷工是人民集會嗎？還是把罷工活動如果我們視為勞動三權中團結權的行使，是一種「同盟自由」，而不是一般的人民集會遊行。」參關於罷工的法與法的不足-訪黃程貫教授談環亞罷工，2008 年 5 月 8 日，載於：https://blog.xuite.net/kuochuchu/wretch/151205247 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

[185] 此外，日本憲法第 28 條亦明文保障包含勞工爭議權之集體勞動權，日本國憲法第 28 條規定：「勤勞者的團結權及團體交涉權其他團體行動權，應予保障。」惟本文並未論及日本之勞動爭議法制，相關論述，參例如：蔡維音，罷工行為規範之憲法基礎探討，台灣大學法律研究所碩士論文，1992 年 6 月，頁 61 至 83。

DOI:10.6814/NCCU202200387

將罷工置於憲法位階上討論，大部分的學說見解亦是依基本法第 9 條第 3 項來探討罷工的憲法基礎，而德國憲法雖明文保障同盟自由基本權，但是在罷工權之憲法基礎的討論上，亦非因此就毫無爭議，不同論點間的相互辯論，對於我國建構罷工權的憲法基礎具有相當之參考價值，故本文以下擬先介紹德國基本法第 9 條第 3 項之同盟自由基本權的內涵，再進一步討論罷工與同盟自由基本權的關係，以釐清罷工之憲法基礎，作為探討罷工權於我國憲法上的基礎的參考。

第一款 同盟自由基本權之意義

德國基本法第 9 條第 1 項與第 3 項分別就一般結社自由(Vereinigungsfreiheit)與同盟自由基本權為規定。基本法第 9 條第 1 項為結社自由的保障規範，但結社自由僅以德國國民為保障對象，本項規定：「所有德國人均有結社之權利。」與此相對，基本法第 9 條第 3 項的同盟自由基本權則是任何人與任何職業之人均得主張的人權(Menschenrecht)、而非限於德國人始得享有的公民權，故不論是德國人、外國人或無國籍之人均同受保障[186]，本項即基本法第 9 條第 3 項規定：「任何人與任何職業之人，為了維護與促進勞動和經濟條件而組織同盟的權利應受到保障。限制或企圖阻止此一基本權的約定無效，對此採取之措施亦屬違法。依第 12a 條、第 35 條第 2、3 項、第 87a 條第 4 項以及第 91 條所採取之措施，不得針對由本條第 1 句為了維護與促進勞動和經濟條件之同盟所進行的爭議行為。」[187]依此規範可知，同盟乃是以維護與促進勞動和經濟條件為目的而組織的結社，為了為了維護與促進勞動和經濟條件而簽訂團體協約、進行爭議行為，均由同盟

[186] Söllner, a.a.O. (Fn. 58), Rn.171.

[187] 德國基本法第 9 條第 3 項之原文為：Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.Maßnahmen nach den Artikeln 12a, 35 Abs. 2 und 3, Artikel 87a Abs. 4 und Artikel 91 dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden.

DOI:10.6814/NCCU202200387

(Koalition)來進行，同盟乃是同盟自由基本權的基礎[188]。因此首先需就同盟的意義為說明。

第一目　同盟的意義

在德國同盟自由法制的發展中，同盟此一概念在早期並非是指一個持續性組織，而是指為了進行爭議行為所為之一時性的準備行為(Vorbereitungshandlung)，而該準備行為即是指勞工共同約定放棄勞動或共同約定妨害勞動、或是促成該約定的行為而言[189]，因此在 1845 年普魯士營業法中之「同盟禁止」乃是指不得為「放棄或妨害勞動之約定」[190]，並非是以持續性的結社為禁止對象。不過，到了 1869 年北德意志聯邦營業法成立時，同盟除了指以約定而形成的一時性同盟之外，持續性的組織也在同盟的概念之中，故爭議行為的主體可能有二種，一是基於約定而成立的一時性同盟，二是持續性的組織。然而，到了德國威瑪時代，為了進行爭議行為而成立的一時性同盟已被摒除在同盟自由的範圍之外，僅持續性的組織得稱得上是一同盟，甚至於僅承認工會此種同盟組織，非工會所為的爭議行為原則上不在法秩序所容許的範圍內而屬於擾亂社會秩序的行為[191]。

到了德國於 1949 年制定基本法後，勞工同盟的現代意義幾乎就是工會的同義詞，團體協約僅工會得簽訂，爭議行為也被工會所獨占[192]。不過，在德國的現行法規範中，並未出現「同盟」一詞，甚至在同盟自由基本權的規範基礎中，即德國基本法第 9 條第 3 項，其與同條第 1 項的結社自由均使用結社(Vereinigung)

---

188 Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 2006, Rn. 450.

189 關於勞工同盟在 19 世紀的發展，參例如，馬克斯、恩格斯等，馬克斯主義論工人運動，連結雜誌社 新苗雜誌社，2005 年 9 月初版一刷，頁 4 至 7、31 至 39。

190 普魯士營業法第 182 條規定：「在個人或者是多人的事業主之下工作的職員、工匠或是工廠勞動者，透過放棄或妨害勞動的約定，或是促成其約定，來使事業主本身或當局為一定行為或讓步者，處一年以下有期徒刑。」轉引自張鑫隆，德國同盟自由概念的原點—團結權理論之再思考，憲政時代第 31 卷第 3 期，2006 年 1 月，頁 9。Vgl. auch Deter, Der Einfluss des Liberalismus auf das gewerbliche Arbeitsrecht im Preußen des 19. Jahrhunderts (1810 – 1871), AuR 2018, S. G5-G8.

191 張鑫隆，同註 190，頁 9 至 14。

192 關於此點，參本文「第四章第二節罷工之主體限制」的分析。

DOI:10.6814/NCCU202200387

此一文字，而非同盟。不過，同盟本質上為勞動生活中之結社，係指勞動結社而言，而一般之結社的本質則是政治生活、社會生活之結社，德國法上的討論亦是是以同盟來稱呼勞動結社，而不使用一般的結社，易言之，同盟雖為結社的一種型態，但同盟與一般結社兩者在本質上完全不同[193]。

依基本法第 9 條第 3 項第 1 句之文義，同盟乃是勞工或雇主藉由形成勞動與經濟條件的方式，以來維護與促進自身所組織的團體，但是一個組織究竟何時才具備同盟的要件，從而取得同盟自由基本權的保障而得以擔任社會自治的當事人，「同盟要件為何」此點就具有重要的意義，但由基本法第 9 條第 3 項的文字並無法知悉，而德國亦無一部類似我國工會法的法律來規範同盟的要件[194]，因此同盟要件的內容係以法官造法的方式來形成，法院判決對此發展出一系列的判決，一般而言，同盟在德國通說中應符合以下的要件[195]：

第一、同盟應以維護與促進勞動和經濟條件為組織目標[196]：基本法第 9 條第 3 項規定，任何人與任何職業之人為了維護與促進勞動和經濟條件而組織同盟的權利受到保障，依此規定可知，同盟必須是一個以「維護與促進勞動和經濟條件」為主要目標的組織，這也是同盟與其他種類之結社的區別所在。至於例如像消費者團體之類的組織，其任務僅與經濟條件有所關連，故不屬基本法第 9 條第 3 項

---

[193] 學者清楚亦指出同盟與結社兩者的不同，參黃程貫，強制入會！？，台灣社會研究季刊第 13 期，1992 年 11 月，頁 40；此外，在社會學的研究中亦將勞動結社稱為「同盟」，參卡爾·馬克斯，哲學的貧困—答蒲魯東先生的貧困的哲學(中譯本)，谷風出版社 1988 年 7 月，第二章第五節罷工和工人同盟，頁 130 至 138。

[194] 與此相對，我國工會法第 9 條第 2 項規定：「工會組織完成時，應將籌備經過、會員名冊、職員略歷冊，連同章程各一份，函送主管機關備案，並由主管機關發給登記證書。」在我國的工會法規範中，一個團體只要取得主管機關所核發的工會登記證書，即取得工會的地位，縱使該工會完全不具備德國法上的各項同盟要件，仍無礙其工會身分的正當性。

[195] Vgl. nur Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 2008, GG Art.9 Rn. 31 ff.; Junker, a.a.O. (Fn. 188), Rn. 451 ff.; Däubler, a.a.O.(Fn. 106), Rn. 47; Söllner, a.a.O. (Fn. 58), Rn.162 ff. 國內之相關詳細論述，參黃程貫，同註 27，頁 190-203。

[196] Vgl. BVerfG 06.05.1964, AP Nr. 2 zu Art. 2 TVG

DOI:10.6814/NCCU202200387

所保障的對象。第二、同盟應由成員自由組織而成[197]：同盟需以成員的自由意志為基礎，這不論是由自然人或法人(例如法人雇主組織成為雇主團體)組織而成，均無不同。由於基本法第 9 條第 3 項也是一種自由權，基於自由權為一種抵禦國家侵犯人民自由的權利，若一個團體係依公法規定而被強制組成，而不是由成員自行成立，則不可能具備此種功能，例如醫師公會、勞工協會或職員協會等，其非屬基本法第 9 條第 3 項所稱的同盟而不在本條保障範圍之內。第三、同盟必須獨立於雇主[198]、國家[199]、政治性政黨與教會[200]之外：同盟必須能代表其成員的利益，同盟若非代表勞工的勞工同盟、就一定是代表資方的雇主同盟，一個由勞資共同組織的和諧團體(Harmonirverband)既無法堅持勞工的利益、也無法單純為資方代言，即不屬於同盟。此外，由雇主所掌握的黃色工會相對於資方因不具有獨立性，無法維護其成員的利益，因此也不受基本法第 9 條第 3 項的保障。其次，同盟為了能夠積極地維護其成員的利益，除不受雇主控制之外，其亦必須獨立於第三人—尤其是國家、政治性政黨與教會，但是同盟基於自由意志而贊成某一政治綱領或是宗教信仰則無不成問題，無礙其獨立性的存在。第四、勞工同盟必須具有一個民主的結構[201]：雖然法院判決未提及，但是勞工同盟必須具有一個民主的結構，否則個人實現自治自決的可能性將無法存在，但是在雇主方面則有所不同：由勞工與雇主不同的設立目標來看，雇主同盟不需要一個民主的結構，所以其成員的選舉權依其事業單位的員工數目或市場占有率而決定。第五、同盟必須是一個持續性的組織：一般而言，同盟必須是一個持續性的組織，基於一時性目的而組織的一時性團體(ad-hoc-Koalition)是否亦屬於同盟的一種，有認為其對於

---

[197] Vgl. BAG 06.01.1990, AP Nr. 39 zu Art. 2 TVG

[198] Vgl. LAG Düsseldorf 14.12.1957, AP Nr. 2 zu Art. 2 GG

[199] Vgl. BVerfG 01.03.1979, NJW 1979, 699.

[200] Vgl. Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999, S. 220 ff.

[201] Vgl. Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 176.

DOI:10.6814/NCCU202200387

團體協約制度並無助益故毋需承認之[202]。但根據聯邦憲法法院的判決，同盟也包含基於一時性目的而組織的組織，但是仍與工會或雇主團體有所不同[203]。不過，聯邦憲法法院此一觀點應予同意，因為這樣才能防止既存團體的壟斷。

上列各項特徵乃是同盟的必要之要件，然除了上述要件之外，另有其他特徵進一步被提出，而此係因同盟在德國同盟自由之中的最主要的任務在於締結團體協約，而有能力締結團體協約的當事人必須具備協約能力(Tariffähigkeit) ，但僅具備上述五項要件的同盟尚不足以擔負締結團體協約的任務，亦即並非每一個具備上述要件的同盟都具有協約能力，例如公務員結社雖具備上述同盟的要件，但並不具有團體協約能力[204]。另依德國團體協約法第 2 條第 1 項之規定，僅工會、雇主或雇主團體得為團體協約當事人，欲取得工會的地位之同盟，除了上述同盟的要件之外，尚需具備團體協約能力[205]。

至於「具備團體協約能力」所應符合的要件，德國法上之通說認為有下列數項：第一、同盟必須具備一定的社會實力(soziale Mächtigkeit)而得以對抗其社會對手，亦即同盟有向其對手施加壓力與反壓力的可能性。由於團體協約制度的運作前提在於協約雙方當事人有近乎對等的實力，而一個不具有力量的同盟僅能任憑對方擺布，團體協約自治根本淪為單方操作與控制的結果，故一個不具有社會實力的同盟無法取得團體協約當事人的資格[206]。聯邦勞動法院對於同盟是否具備社會實力提出了幾項判斷標準。例如依同盟成員的數目來判斷，[207]原則上同盟成

---

[202] Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Band I, 1997, S. 396.

[203] Vgl. BVerfG 18. 11. 1954 - 1 BvR 629/52=NJW 1954, 1881.

[204] Zöllner, in: Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht: ein Studienbuch, 2008, § 35 S. 361. 中文部分請參余德軒，公務員勞動基本權之研究，中興大學法律研究所碩士論文，1998 年 6 月，頁 181 至 185。

[205] 因學者間有明確區分具團體協約能力之同盟(例如工會)與不具團體協約能力之同盟，亦即將團體協約能力所應具備的要件列為兩種同盟的區分標準，而非同盟的要件，參 Hergenröder, a.a.O. (Fn. 195), GG Art.9 Rn. 48ff.

[206] Junker, a.a.O. (Fn.188), Rn. 463.

[207] 可參聯邦勞動法院相關判決，例如 BAG 06.06.2000, AP Nr. 55 zu § 2 TVG.

DOI:10.6814/NCCU202200387

員的人數若過於稀少則難以肯定其具有社會實力，除非被組織起來的勞工位居關鍵位置而明顯地顯示出同盟具有雄厚的實力，或是該同盟在團體協約的締結過程表現得積極且有效力，且已成功的締結過一系列的團體協約，在這些情況中始得例外地肯定該同盟具有社會實力[208]。第二、同盟必須有締結團體協約的意願(Tarifwilligkeit)，亦即同盟應具有協商的意願，而承認現行團體協約之意願此點也包含在其中，因此例如一個同盟若未在其章程中將締結團體協約列為同盟任務之一，則其不具備團體協約能力[209]。第三、同盟必須具有進行爭議行為的準備(Arbeitskampfbereitschaft)，由於團體協約制度之有效運作有賴於爭議行為作為後盾，因此為求目的之達成，同盟必須具有進行爭議之認識與意願，且在必要時亦真正地進行爭議行為[210]。最後，同盟必須是一個超越廠場(Überbetrieblichkeit)的組織，因為同盟若是以一個特定的事業單位為組織範圍，則該同盟成員的工作位置的取得(受僱)與喪失(解僱)將完全受制於其社會對手—資方，從而不具有獨立性[211]，不過，在德國聯邦鐵路局與郵政或是較大型的企業中，例外地容許企業工會的型態[212]。

第二目　同盟自由基本權之結構與雙重基本權

依基本法第 9 條第 3 項的文義，同盟自由基本權為任何人與任何職業之人均得主張的權利，惟觀察本條規範的文義，似僅個人的同盟自由基本權(individuelle Koalitionsfreiheit)在保障範圍之內，而未及於屬於同盟本身的集體同盟自由基本權(kollektive Koalitionsfreiheit)，若採此種排除集體同盟自由基本權於憲法保障之外的結論，於同盟遭受國家或第三人的侵害時將無法援引基本權的效力來自我防禦，這將造成同盟自由基本權的空洞化。不過，聯邦憲法法院對此已有著墨，此

---

[208] Zöllner, a.a.O. (Fn. 204), § 35 S. 358 f.
[209] Zöllner, a.a.O. (Fn. 204), § 35 S. 360.
[210] Junker, a.a.O. (Fn. 188), Rn. 465.
[211] Junker, a.a.O. (Fn. 188), Rn. 466.
[212] Däubler, a.a.O. (Fn. 106), Rn. 47.

DOI:10.6814/NCCU202200387

一問題於今幾無異見。 德國聯邦憲法法院於 1954 年 11 月 18 日針對此一問題作成的第一則判決表示[213]，德國在威瑪時代(1919 年至 1933 年)就已開闢了保障集體同盟自由基本權的可能性，現今更無將同盟自由侷限在個人層次之理，否則無異使同盟自由的保障更劣於威瑪時代。此外，若同盟本身無法主張受同盟自由的保障，將無法抵禦來自他人侵害，則同盟本身將不具有價值；且集體同盟自由具有補充個人同盟自由的功能，設若基於個人同盟自由基本權所組成的同盟不受到保障，個人的同盟自由基本權將不完整而無法有效地發揮作用，基此種種理由實應肯定集體同盟自由的保障必要性。聯邦憲法法院認為同盟本身的存續與行動亦有保障的必要性，因此同盟自由基本權不應僅是一個個人層次的基本權，基本法第 9 條第 3 項本身亦可推導出集體的同盟自由基本權，而德國的學界通說亦認為同盟自由基本權乃是個人與同盟均得享有的雙重的基本權(Doppelgrundrecht)[214] 。因此，由基本法第 9 條第 3 項的文義雖無法直接得出集體的同盟自由之保障，但是由歷史的與目的的憲法解釋方法仍得導出此一結論[215]。

聯邦憲法法院在 1954 年 11 月 18 日作成上述判決之後，後來陸續作成的判決也沿用相同的看法[216]，均認為基本法第 9 條第 3 項所保障的對象也涵括了同盟本身，同盟自由基本權亦是一種團體的基本權(Gruppengrundrecht)，個人與同盟均為基本法第 9 條第 3 項的權利主體。此一結論的重要性除了集體同盟自由基本權的確立之外，更在個人與集體的同盟自由發生衝突時顯出其重要性：集體同盟自由雖然強化與補充了個人的同盟自由，但是集體同盟自由的任務並非僅是作為其成員的代表與受託者而侷限於為個人同盟自由而服務，反之，同盟對於自身的

---

[213] BVerfG 18.11.1954, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG.

[214] Vgl. Hergenröder, a.a.O. (Fn. 195), GG Art. 9 Rn. 73 ff.; Schaub, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 2007, § 188 Rn. 13; Zöllner, a.a.O. (Fn. 204), § 9 S. 99 f.; Junker, a.a.O. (Fn. 188), Rn. 468 ff.

[215] Schaub, a..a.O. (Fn. 214), §188 Rn.13.; Söllner, a.a.O. (Fn. 58), Rn. 174.

[216] 聯邦憲法法院對此一問題的相關判決可參照，例如：BVerfG 26.06.1991, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BVerfG 04.07.1995, AP Nr. 4 zu § 116 AFG.

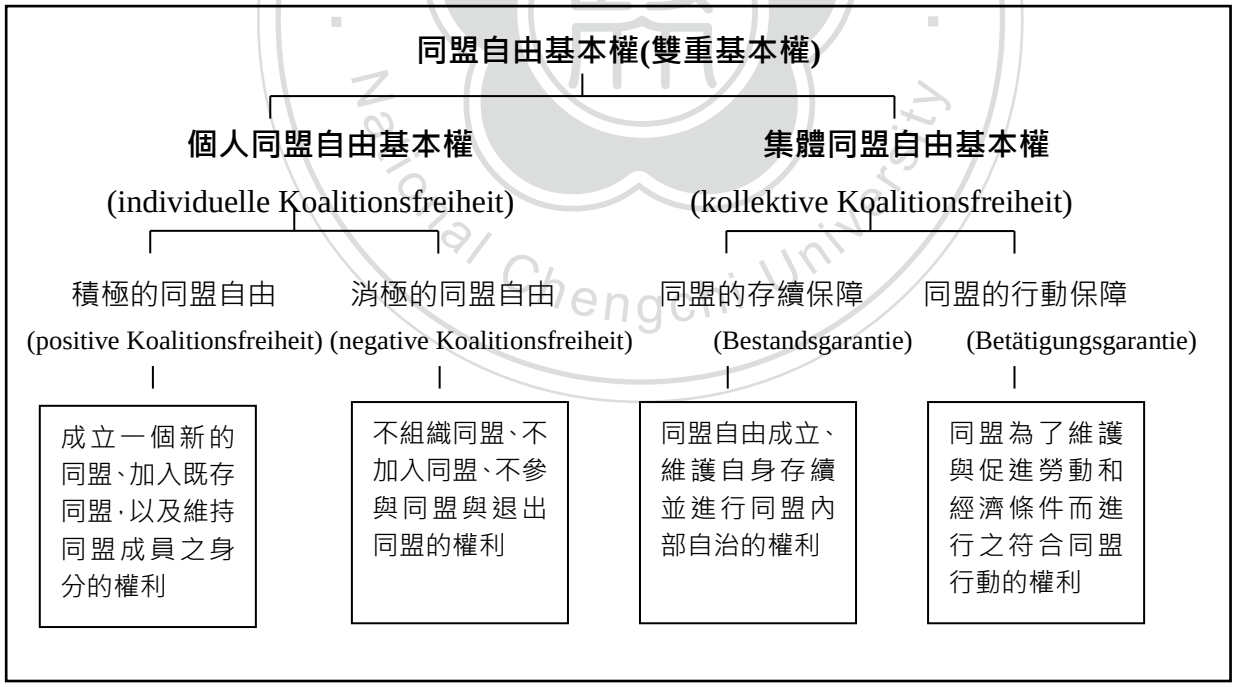
DOI:10.6814/NCCU202200387

建立、存續、運作與目標的追求也負有責任，這些不一定完全地與其成員的利益完全相符。相反地，若認為集體同盟自由乃是派生自個人同盟自由，則其僅得作為個人同盟自由的輔助工具而從屬於個人的同盟自由，因此當兩者發生衝突時，集體同盟自由必須退讓，但此種解釋造成集體同盟自由功能大受限制且受制於個人的同盟自由，並非妥適，故實應將此兩者視為基本法第 9 條第 3 項所保障的二個獨立基本權，而在個人的同盟自由與集體的同盟自由產生矛盾時，即依基本權衝突的法理來加以解決，任何一者相對於他者均不具有優越地位[217]。

第三目　同盟自由基本權之保障內涵

同盟自由基本權的由個人的同盟自由與集體的同盟自由共同組成，個人的同盟自由包含積極的同盟自由與消極的同盟自由，集體的同盟自由包含同盟的存續保障與行動保障，此一內涵如下圖 4 所示。本文以下分別就各該內容介紹之。

圖 4：德國基本法第 9 條第 3 項同盟自由基本權之內涵



(來源：本文自製)

[217] Dieterich, in: Dieterich/Hanau/Schaub (Begr.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2009, Art.9 GG Rn. 38.

DOI:10.6814/NCCU202200387

一、個人的同盟自由基本權

依據基本法第 9 條第 3 項的文義，同盟自由為「任何人」與「任何職業之人」均得享有的權利，可知不論是自然人或是法人，亦不論是何國籍之人-德國人、外國人、甚至是無國籍之人，亦不論有無職業-在職者或失業者，更不論職業為何-例如士兵、律師、公務員、法官、醫師等，均為同盟自由基本權的權利主體。個人的同盟自由基本權有積極的同盟自由基本權與消極的同盟自由基本權兩個面相，以下分述之：

(一) 個人的積極同盟自由

依據基本法第 9 條第 3 項的文義，個人有組織同盟的權利，此為同盟自由基本權對於個人的積極同盟自由(positive Koalitionsfreiheit)的首要保障。不過，因為德國的工會基於產業工會原則(Industrieverbandsprinzip)在戰後組織了會員數目眾多的產業工會(Industriegewerkschaft)，縱使在東、西德合併之後新納入德國的五個邦，其仍是依擴大既存的德國工會，讓原東德的勞工加入的程序，因此，加入同盟的重要性在德國的實務上遠高於成立同盟，基本法所提及之「組織工會之權利」僅具有很低的重要性，原則上個人的同盟自由基本權在實務上的意義在於加入既存的組織[218]。此外，由同盟所進行的同盟行動中，有些僅由同盟本身獨立完成而無需同盟成員的參與，例如團體協約的締結，但另尚有需同盟與其成員共同來完成的同盟行動，例如同盟成員的召募、在團體協商過程中散發傳單、參與罷工投票與罷工等，對此聯邦憲法法院表示[219]，諸如罷工等同盟行動的權利主體雖是同盟所有，但是同盟成員在憲法所保障的同盟行動範圍中，個人具有一個由

[218] Däubler, a.a.O.(Fn. 106), Rn. 52.

[219] BVerfG 30.11.1965, AP Nr. 7 zu Art 9 GG.

DOI:10.6814/NCCU202200387

集體同盟自由基本權所導出的行動參與權(Teilnahmerecht)，此一參與權亦受到同盟自由基本權的保障[220]，其乃是個人參與同盟生活的權利。

在個人的積極同盟自由的保障上，需特別注意的是雇主阻擾勞工組織或加入同盟、或是因勞工組織或加入同盟而給予不利益待遇的情形。由於基本法第 9 條第 3 項第 2 句規定「限制或企圖阻止此一基本權的約定無效，對此採取之措施亦屬違法」，因此例如一個包含課勞工不加入工會之義務的契約，或是包含課雇主不僱用具工會會員身分之勞工的契約，該契約中此種約定均屬無效，不過契約的其他部分仍為有效。除了以透過約定以契約的方式來限制同盟自由基本權之外，雇主亦可能透過事實上或法律上的措施，以達到侵害同盟自由的目的，例如基於勞工的工會會員身分而予以調職或解僱等，這些措施在法律上亦屬無效；而勞工為了避免繼續遭受侵害，得依德國民法第 1004 條[221]提出侵害排除請求或不作為請求之訴訟，於受有損害時另得依德國民法第 823 條、第 826 條[222]等請求損害賠償[223]。

(二) 個人的消極同盟自由

同盟自由基本權具有一個消極的面相，即不組織同盟、不加入同盟、不參與同盟與退出同盟的消極同盟自由(negative Koalitionsfreiheit)，此稱為保持距離的權利(Fernblieberecht)。不過，基本法第 9 條第 3 項的保障範圍是否及於消極同盟自由，則有爭論，有學者認為消極同盟自由應依基本法第 9 條第 1 項結社自由，

---

[220] Hergenröder, a.a.O. (Fn.195), GG Art.9 Rn.78; Schaub, a..a.O. (Fn. 214), § 188 Rn. 11.

[221] 德國民法第 1004 條：「(1)所有權被以侵奪或扣留以外之方式而侵害者，所有人得向妨害人請求除去其侵害。有繼續受侵害之虞者，所有人得提起不作為之訴。(2)所有人有容忍義務時，前項之請求權消滅。」

[222] 德國民法第 823 條：「(1)故意或過失不法侵害他人之生命、身體、健康、自由、所有權或其他權利之人，對於他人負損害賠償責任。(2)違反以保護他人為目的之法律之人，負同樣之義務；依法律之規定，無過失亦可能違反法律者，僅對於有過失之情形負損害賠償責任。」德國民法第 826 條：「故意以違反善良風俗之加損害於他人，負有向他為損害賠償之義務。」

[223] Schaub, a..a.O. (Fn. 214), § 188 Rn. 6 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

或是依基本法第 2 條第 1 項一般行動自由給予保障，甚至有學者主張憲法並不保障消極同盟自由，但通說仍是以基本法第 9 條第 3 項作為消極同盟自由的憲法依據[224]。

根據德國聯邦勞動法院之判決見解[225]，基本法第 9 條第 3 項亦對消極的同盟自由基本權予以保障，學說上的通說亦主張[226]，消極的同盟自由乃是積極的同盟自由的反面而給予保障，個人具有不組織同盟、不加入同盟、不參與同盟與退出同盟的權利，且不得因為行使該等權利而遭受不利益的待遇。然而對此一面倒向支持消極的同盟自由的說法，德國學者中不乏持相異的看法者，其以基本法第 9 條第 3 項的文義、同盟自由的歷史發展，以及同盟自由的目的—維護與促進勞動和經濟條件等理由為論點依據，不以基本法第 9 條第 3 項為消極的同盟自由基本權的基礎[227]。總體而言，除了上述通說見解給予消極同盟最強烈的保障，以及根本否認消極的同盟自由的兩種論點外，關於消極的同盟自由的憲法依據尚有基本法第 9 條第 1 項結社自由說，以及基本法第 2 條第 1 項一般行動自由說。就肯定同盟自由之各種論點，主要有：

第一、基本法第 9 條第 3 項同盟自由保障消極的同盟自由。此說為德國法院的論點與學說上的通說見解，其認為消極的同盟自由與積極的同盟自由兩者憲法基礎相同，消極的同盟自由乃是積極的同盟自由的反面，為個人就「同一種權利內容」-即組織同盟與否、加入同盟與否、參與同盟與否，以及退出或持續留在同盟之中-之行使與不行使的自由。若採此說，則消極的同盟自由將與積極同盟自由一樣，均具有直接的第三人效力，則例如當工會進行召募會員或活動宣傳時，

---

[224] 關於消極同盟自由憲法基礎之問題，vgl. Schaub, a..a.O. (Fn. 214), §188 Rn.5. 我國學者之說明，參黃程貫，同註 193，頁 36 至 44；陳彥良，論勞動者消極團結自由：以中、德之法制為中心，國立政治大學勞工研究所，1994 年 5 月，頁 69 至 79。

[225] BVerfG 03.04.2001, AP BUrlG § 10 Kur Nr. 2 = NZA 2001, 777; BVerfG 18.07.2000, AP AEntG § 1 Nr. 4 = NZA 2000, 948.

[226] Gamillscheg, a.a.O. (Fn.202), S. 381.

[227] Gamillscheg, a.a.O. (Fn.202), S. 382 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

若勞工認為受到干擾，則得主張工會的行動無效，或是當工會會員欲退會時，主張工會章程中所有退會的條件均因侵害其消極的同盟自由而屬無效，則工會將難以保持己身的存續與實力。由於採取此說引起諸多疑慮，因此有學者即在仍以基本法第 9 條第 3 項為消極同盟自由基礎上，主張以利益衡量的方式來解決積極同盟自由與消極同盟自由的衝突，去除不被允許的壓力，以達平衡。

第二、以基本法第 9 條第 1 項結社自由保障消極的同盟自由。此論點首先認為基本法第 9 條第 3 項並不包含消極同盟自由，且積極同盟自由的保障層次應高於消極同盟自由。其次，此論點認為基本法第 9 條第 1 項規定，所有德國人均有結社之權利，此一般結社自由的規定為同盟自由的上位規範，且結社與同盟並無不同，因此同盟自由的規範所無法涵蓋的部分就應回到一般結社自由的規範之中，是以消極同盟自由既不受基本法第 9 條第 3 項保障，則應以一般結社自由為規範依據。第三、以基本法第 2 條第 1 項一般行動自由保障消極的同盟自由。此論點係後同盟自由的歷史發展與權利保障目的為立論基礎。就同盟自由的歷史發展而言，勞工歷史上未曾有以爭取消極同盟自由為目的之抗爭，勞工抗爭的目的均於要求積極同盟自由的實現；再就基本法第 9 條第 3 項的同盟目的—維護與促進勞動和經濟條件而言，此更非消極同盟自由之行使所能達致者，是以同盟自由的保障實不及於消極同盟自由。而若要保障消極同盟自由，此只能基於尊重個人的自由意志之理由，因此唯有基本法第 2 條第 1 項--人人有自由發展其人格之權利，但以不侵害他人之權利或不違犯憲政秩序或道德規範者為限，始得作為其規範依據。

消極同盟自由在德國之所以引起爭論，並非是立法上有類及我國工會法第 12 條之強制入會的規定，因為在德國的制定法中根本不存在如同我國工會法之規制工會的法律，故不生以立法強制參與同盟的問題，消極同盟自由之爭論的癥結在於約定工會安全條款(union security clauses)上的合法性爭議，例如團體協約中

DOI:10.6814/NCCU202200387

促使入會條款，或是雇主團體強迫某一雇主加入雇主團體、雇主欲退出雇主團體等問題上[228]。就前者而言，由於工會取得合法地位之後，為了穩固其基礎，有擴張會員人數的需求，此時藉由要求雇主僱用工會會員或是要求新進員工於一定期間內加工會，以維持工會的運作與發展，工會安全條款[229]的運用就具有一定的重要性。此外，每個人有加入同盟的權利，雖同時也有退出同盟的權利，但同盟為了確保自身的存續，可以在章程中針對成員的退會程序為一定的限制，例如規定一定的退會預告期間等，此為基於積極同盟自由而對消極同盟自由所為之限制，半年的預告期間一般被認為是合法的[230]。

二、集體的同盟自由基本權

(一) 同盟的存續保障

同盟無須國家的特別許可就得自由組織、成立的權利為同盟的存續保障(Bestandsgarantie)，這也是集體同盟自由基本權的基礎，而除了單純的同盟存續之外，同盟有權依其理念去形成其與其成員之間在同盟內部的關係，此即同盟自治(Autonomie)，例如國家若以法律規定：「工會理事長不得由會員代表大會來選舉，而必須由全體成員選出」，此規定因窄化了基本法第 9 條第 3 項所賦與同盟成員的決定空間，從而侵害了工會的內部自治而屬違法的國家行為。

同盟自由除了防禦國家對同盟存續的侵害之外，同盟尚有一個排除雇主介入、影響以形成同盟內部意思的權利，例如一個受僱擔任會計員的同盟成員在例如工會理事會的工會內部領域內，向其所屬的工會報告雇主大量轉移資本至國外的情

---

[228] 黃程貫，同註 193，頁 36。

[229] 工會安全條款的類型有幾，較重要者為：封閉工廠條款(close shop)，即工會與雇主約定，雇主僅得僱用工會的會員，且以工會會員身分的具備為繼續受僱的條件；工會工廠制度(union shop)，工會與雇主約定，雇主所僱用之勞工必須於一定時期內加入工會，且在受僱期間需維持工會會員的身分；代理工廠條款(agency shop)，勞工不一定要加工會，但需繳交一定的費用給工會，以作為工會代理其與雇主協商的費用，參陳彥良，同註 224，頁 145 至 148。

[230] BGH 22.09.1980, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG.

DOI:10.6814/NCCU202200387

形，此一公開資訊的行為是否合法？原則上，若該會計員將這些關連雇主業務機密的訊息在公開場合上揭露，則有違反勞動契約忠誠義務之虞，但若這些訊息是在工會的內部公開則應被認為是合理的，因為工會一旦欠缺這些資訊就不可能與雇主就資本外移所牽涉到的勞動條件等相關問題進行談判，同盟所肩付之維護與促進勞動與經濟條件的任務就無法合理地履行，易言之，如果工會內部在形成意見的過程中都要受制於勞動契約上的忠誠義務，這將造成工會必須以雇主利益維護為前提來作出決策，工會的獨立性將會受到致命的打擊，故基於保障同盟的存續而不應肯定這種論點[231]。

其次，同盟為確保自身的存續，必須積極地抵抗來國家、資方以及具競爭關係之同盟的侵害。在國家方面，例如國家欲將一同盟強制解散，國家只能在具備基本法第 9 條第 2 項的要件下而得為之，即同盟有牴觸刑法規定、憲法秩序或國民思想等情形，而且此一解散行為應由法院來進行，不得以行政措施為之。就資方的侵害而言，例如雇主對於同盟成員為不利益待遇而讓勞工喪失參與同盟的意願，或是藉由優惠性待遇以影響勞工對於同盟的支持，例如雇主在鎖場期間對於未參與工會者發放鎖場津貼，這種利益性待遇亦在禁止之列，因為雇主上述的行為都有損害同盟存續之虞。至於同盟得否對於具有競爭關係的同盟主張存續保障，這點則有爭論，但通說認為，在競爭同盟以不正當的手段來召募成員或誘使會員離開原來的同盟時，則肯定同盟得對於具有競爭關係的同盟主張存續保障，不過，事實上在同盟自由的歷史發展中並不支持同盟對於與具有競爭關係的同盟為此主張[232]。

此外，基於同盟自我維護的目的，以及為了提升同盟功能的能力，同盟有招攬成員與照顧會員的權利，因此同盟的存續保障包含了同盟召募會員的權利，以

---

[231] Däubler, a.a.O. (Fn. 106), Rn. 59 ff.

[232] Schaub, a..a.O. (Fn. 214), §188 Rn. 17.

DOI:10.6814/NCCU202200387

確保同盟的繼續存在。聯邦憲法法院明白地將「在事業單位內散發傳單」與「張貼海報以招攬會員」此兩者納入基本法第 9 條第 3 項的保障範圍之內。例如一位勞工提早上班，並利用提早下班至一般下班的空檔期間待在事業單位內散發工會資訊給予非工會成員，除非被攀談勞工的工作過程已因上開行為受到嚴重干擾才需有限制同盟此一召募行動的必要性[233]。

當同盟的存續保障受到侵害時，同盟具有一獨立地主張不作為請求權，此一權利不但得對於第三人主張，同盟成員也是同盟為此主張的對象。就前者而言，由第三人所為的約定或行為若侵害同盟的存續，則屬無效，例如當同盟的成員數目因第三人的侵害而有所減少，或是雇主以退出工會為雇用的條件等，均屬侵害同盟存續的行為，同盟得依德國民法第 1004 條提出不作為請求之訴訟，於受有損害時另得依德國民法第 823 條或第 826 條等請求損害賠償；至於後者，同盟除了保障同盟存續的理由之外，另一方面，為了維持同盟的團體秩序，同盟可能對其成員的出會進行限制，而這種限制原則上具有正當性，例如同盟就會員的出會預告期間為不合理的規範時—通常長於半年的預告期間被視為不合理的規範，才有侵害個人的積極同盟自由之虞[234]。

(二) 同盟的行動保障

基本法第 9 條第 3 項對於集體同盟自由的保障除了同盟自身的存續之外，尚及於保障同盟以「符合同盟之特殊行動」(spezifisch koalitionsgemäße Betätigung) 來達成目的此點[235]，由此可知，基本法第 9 條第 3 項係一種取決於同盟任務範圍的功能性保障。然而，哪些同盟行動在此保障範圍之內？這是有所爭論的。聯邦憲法法院認為，同盟的行動並非沒有界限，其亦非是不可限制的一種權利，聯邦憲法法院過去曾提出所謂的「核心範圍理論」(Kernbereichslehre)，其主張僅在核

---

[233] Däubler, a.a.O. (Fn. 106), Rn. 59 ff.

[234] BGH 22.09.1980, AP Nr. 33 zu Art 9 GG.; Schaub, a..a.O. (Fn. 214), § 188 Rn. 15 f.

[235] BVerfG 06.05.1964, AP Nr. 15 zu § 2 TVG.

DOI:10.6814/NCCU202200387

心範圍之內的同盟行動才受到保障，法院甚至表示係指「為了有效追求基本法第 9 條第 3 項之目的—即維護與促進勞動和經濟條件—所不可或缺(unerlässlich)的行動」在核心範圍之內，惟法院並未進一步將此標準加以具體化。但有一部分的學說甚至將「符合同盟之特殊行動」限於締結團體協約此一行動上[236]。

不過，目前在聯邦憲法法院判決與學說中，核心理論學說已被揚棄，法院認為同盟自由基本權應保障所有為了有效實現基本法第 9 條第 3 項所訂目的之行動，亦即所有為了維護與促進勞動和經濟條件而進行的同盟特別行動[237]，聯邦憲法法院對此的主要論點為：基本法第 9 條第 3 項的保障並不限於維護同盟存續所必要的行動，而是包涵了所有同盟的特別行動方式，因此由同盟與同盟成員所進行的成員召募也在保障範圍之內，此外例如簽訂團體協約、爭議行為、勞資爭議調解、進行企業組織法所訂的權利，例如參與事業單位利益代表機制等，以及基於其在維護立法、行政與司法上利益的行動等均受到保障。同盟可以在任何一個具有勞動生活意義的領域中活動。不過，若同盟進行政治性的行動，則需以基本法第 2 條的一般行動自由為權利依據，一般不認為這是符合同盟性質的行動[238]。

具體而言，根據聯邦憲法法院的看法，同盟具有一個廣泛的、但並非不受限制的行動空間，且不限於所謂核心範圍理論中不可或缺的同盟行動。關於合乎同盟目的之特殊行動主要涉及以下幾個領域：[239]第一、締結團體協約[240]：工會具有合乎同盟目的以形成工資與勞動條件的權利，特別是透過締結團體協約來實現。

---

[236] Nikisch, Arbeitsrecht, II Bd.,1959, S. 58.

[237] BVerfG 14.11.1995, AP Nr. 80 zu Art. 9 GG.

[238] Schaub, a..a.O. (Fn. 214), § 188 Rn. 18 ff.

[239] Däubler, a.a.O.(Fn. 106), Rn. 67 ff.

[240] 聯邦憲法法院判決長期以來均將締結團體協約視為同盟行動的中心任務，參例如：BVerfG 26.06.1991, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BVerfG 02.03.1993, AP Nr. 125 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BVerfG 10.01.1995, AP Nr. 76 zu Art. 9 GG; BVerfG 27.04.1999, AP Nr. 88 zu Art. 9 GG BverfG 29.02.2004, AP Nr. 2 zu AentG § 3. Vgl. Auch Krause, in：Jacobs/Krause/Oetker, Tarifvertragsgesetz, 2007, Rn. 16 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

這經由團體協約法與法院判決而形成了詳盡的規範。第二、進行爭議行為：同盟為了達到最低的勞動條件應得發動爭議行為，特別是以組織罷工的方式。此一權利明文地透過基本法第 9 條第 3 項而被證實。第三、參與事業單位利益代表機制：同盟得於企業組織法所訂之員工代表會與人事代表會的任務中自由地行動，基本法第 9 條第 3 項禁止將工會與事業單位的利益代表機制完全地分離。第四、參與企業的共同決定：同盟有參與企業共同決定的權利，企業的共同決定不容許阻隔工會的影響力。

第二款 罷工權於同盟自由基本權中之地位

爭議行為在上述雙重基本權的結構中，乃是屬於集體同盟自由基本權的同盟行動之一，因此同盟為爭議行為的主體，而同盟成員有參與此種同盟行動的權利。不過，爭議行為的內涵乃是隨著社會發展而有所變化，上述之通說見解僅是德國基本法制定後數年所發展的出來的解釋，亦是相應於歷史發展所生的產物，充其量只是爭議行為之解釋的一種，因此為掌握爭議行為的真正意義，有必要對通說理論的形成過程加以理解，始能進一步探究通說的合理性。此外，由於基本法第 9 條第 3 項對於爭議行為並未直接規範，制憲時的討論係認為，爭議行為應依當時之社會狀況而與時俱進，適當地發展出相應的原則，故本文擬以德國制定基本法後，爭議行為在同盟自由基本權中之地位的發展為探討對象，同時探討各家學說見解，以析論爭議行為於同盟自由基本權中之地位。

第一目 基本法第 9 條第 3 項與團體協約相關性理論

爭議行為具有久遠的歷史，甚至在德國的資本主義發達之前就可以看見罷工行為的蹤跡[241]，由於爭議行為的特徵在於集體有目的性地干擾勞動關係以造成雇主的損害從而達成特定的目的，因此，罷工在早期被視為犯罪行為而受到禁止，

[241] 關於德國同盟自由與罷工行動的歷史發展，中文介紹參張鑫隆，同註 190，頁 321 至 360。

DOI:10.6814/NCCU202200387

後來國家才漸漸採取放任的態度，讓罷工等爭議行為逐漸有施展的空間。爭議行為從竭力掙脫法律束縛到爭取法律的保障，其間歷經了漫長的發展，到了德國威瑪時代，威瑪憲法(WRV)明文保障同盟自由[242]，但當時的同盟自由保障範圍並不及於爭議行為，因此罷工無法作為中止勞務提供的正當理由，這造成勞工為了避免罷工所帶來的契約債務不履行責任，多先遵守預告期間終止勞動契約，然後才能進行罷工[243]，然而這種情形與參與罷工之勞工的願望根本地背道而馳—罷工的參與者一般均是期待在爭議結束後繼續原來的勞動關係，但在憲法排除對於爭議行為的保障下，勞工只能冒著終局喪失工作的危險來進行罷工。不過，這一現象在 1949 年德國訂立基本法之後有了新的發展[244]。

德國在基本法制定之初，當時基本法第 9 條第 3 項並無第 3 句的規範，是以整部基本法中並未出現「爭議行為」一詞。不過，本條曾有一個直接保障罷工權的第 4 項草案，內容為：「為了維持與提升勞動與經濟條件而共同停止工作的權利應予承認，其實施方式以法律訂之」，但因政治罷工與公務員罷工的問題在當時引起疑慮，故本項規定在立法討論的過程中並未受到支持而被刪除[245]。不過，制憲者當時縱然刪去了直接在基本法中明文保障罷工權的草案，但這並不代表制憲者對於罷工權的否定，一般認為係制憲者選擇採取一種保留的態度，不在政策上作出終極的決定，代之以開放的方式讓爭議行為得依當時之社會狀況而與時俱

---

[242] 威瑪憲法第 159 條：「任何人及任何職業以維持並促進勞動條件為目的之結社自由應保障之，限制或妨害此項自由的約定或措施，均屬違法。」威瑪憲法第 165 條第 1 項：「勞工與雇員，就其工資與勞動條件的規則以及生產力之整體經濟發展，有權與企業主平等地共同協力形成。雙方的組織及其協定應予承認。」。威瑪憲法中同盟自由則係規定在「經濟生活」(Das Wirtschaftsleben)章下之第 159 條，並將同盟定義為任何人、任何職業以維護並提升勞動及經濟條件為目的之結社(個別權－團體組成及加入自由)，同章之第 165 條則更明文承認勞資雙方之組織及聯合組織之自由與共同參與決定勞動條件之權利 (團體權－團體本身組織及包括參與決定在內之行動權的保障)，參黃程貫，同註 27，頁 154。

[243] 蔡維音，同註 185，頁 25。

[244] Richardi, a.a.O. (Rn. 104), §10 Rn. 8 f.

[245] Richardi, a.a.O. (Rn. 104), §10 Rn. 9. 中文之說明參蔡維音，同註 185，頁 32。

DOI:10.6814/NCCU202200387

進，以適當地發展出相應的原則[246]。嗣後於 1968 年的緊急狀態立法中，基本法第 9 條第 3 項附加了第 3 句：「依第 12a 條、第 35 條第 2、3 項、第 87a 條第 4 項，以及第 91 條所採取之措施，不得針對本條第 1 句為了維護與促進勞動和經濟條件之同盟所進行的爭議行為。」在基本法的眾多規範中，爭議行為的文字僅出現於此處，這也是爭議行為首次被納入憲法的規範之中，若少了這一句，基本法第 9 條第 3 項與威瑪憲法的規範將無不同。

不過，當時的通說並不認為基本法第 9 條第 3 項第 3 句賦予爭議權一個獨立的憲法地位，本句的增訂並未解決爭議權的憲法地位之問題[247]。在制憲者刪除了基本法第 9 條第 4 項的草案後，爭議權在憲法中未有直接的明文依據，而當時的學說、判決亦未解決爭議權與第 9 條第 3 項第 3 句之關係的問題，因此爭議權在基本法第 9 條第 3 項中的地位為何、受憲法保障到何種程度，亦即爭議權究竟是否為一基本權、或僅是憲法所保障的一種制度？相關問題在爭議行為法制的發展中引起眾多的爭論，但至今已形成一個依附於團體協約制度上爭議行為法制[248]，並可以解析為兩個層次的思維：

第一、首先，在德國基本法第 9 條第 3 項同盟自由基本權的規範中，任何人與任何職業之人維護與促進勞動和經濟條件的權利受到保障，在此勞動和經濟條件的範圍內，同盟自由基本權係受社會自治(Sozialautonomie)的託付，亦即制憲者將規範並安定勞動生活之任務，明白地委由勞資雙方社會當事人去自行達成，此亦是基本法第 9 條第 3 項在整個憲法秩序中的指導理念[249]。而國家在基本法第 9 條第 3 項所保障的勞動與經濟條件之秩序的範圍中，其立法權限廣泛地撤退[250]，

---

[246] 蔡維音，同註 185，頁 32。

[247] Däubler, a.a.O. (Fn. 65), Rn. 37.

[248] Vgl. nur Richardi, a.a.O. (Rn. 104), § 10 Rn. 10; Rüthers, in Broxs/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 1982, Rn. 128.

[249] 黃程貫，同註 27，頁 171。

[250] 國家在勞動與經濟條件之秩序上的撤退有利於團體協約當事人，這點得以由下列各點為依據：第一、勞資雙方社會當事人在進行利益衡量時，得直接依其雙方與整體的最佳利益作出最好的決

DOI:10.6814/NCCU202200387

讓同盟擔付制定勞動條件的任務，亦即藉由團體協約的方式在集體法的層次上的實現私法自治，讓勞動生活之自治落實，是以團體協約自治乃是同盟自由基本權的必要組成部分。

第二、其次，為了保障團體協約自治的實現，不能僅保障團體協商權本身，而有必要進一步保障促成團體協約的手段，故爭議行為在此脈胳下受到肯定。在自由的團體協約制度中，團體協約爭議在原則上並不受到國家的干涉，故若發生爭議，僅有兩種解決之道：(一)經由爭議當事人共同循團體協約中所規範的調解程序(Schlichtung)來尋求解決之道。(二)就調解程序仍無法解決的團體協約爭議，進一步藉由爭議行為來加以解決。而肯定此兩種解決爭議途逕，在事實上確有必要性，因為若不存在一個自願的調解機制，或是在調解不成立之後有發動爭議行為的自由，團體協約制度將無法順利運作以發揮功能，團體協商將只是毫無實益地空轉，憲法所託付的社會自治任務亦無法實現。

在此意義下，自願的調解程序與爭議行為乃是團體協約自治功能上的必要輔助工具(Hilfsinstrument der Tarifautomonie)，惟有藉助自願的調解機制與爭議行為，勞動生活始能獲得安定[251]。依此理論背景，爭議行為被定位成一個為團體協約制度服務的手段，亦即爭議行為乃是完全從屬於團體協約制度的一種壓力手段。德國學界率先提出此一論點後，法院方面亦加以遵循，聯邦勞動法院與聯邦憲法法院在判決中一再出現類似的論點，以下析論之。

定，亦較符合社會現實。第二、私法自治原則是自由民主社會秩序的特色，此一原則適用於非公法關係中，當然也包括勞動關係，而團體協約則是集體私法自治的實現形式，參 Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 128.

[251] Vgl. nur Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 128.

DOI:10.6814/NCCU202200387

第二目　法院判決發展與制度保障理論的確立

一、法院對於爭議行為的承認[252]

德國於 1949 年制定基本法後，爭議行為在憲法上的定位並未獲得一個清楚的答案，聯邦勞動法院對此問題又始終有所顧忌，遲遲未有清楚的見解，甚至在聯邦勞動法院大審判庭於 1955 年 1 月 28 日對於罷工所作成的第一則判決中，亦僅表示：「爭議行為(罷工與鎖場)在德國的自由基本社會秩序的一定的限制內是被允許的，企業的生產秩序經由此種爭議行為而中斷係具有社會正當性(sozialadäquat)。」[253]依此法院見解，罷工原則上雖具有社會相當性，然而罷工並非是由一個特定基本權規範所導出，而是源自一個自由與社會秩序的一般原則[254]。

迄聯邦勞動法院於 1980 年 6 月 10 日第一則關於鎖場的判決中[255]，聯邦勞動法院始清楚表明：「罷工為爭議自由與秩序平衡所不可或缺的一部分，其透過基本法第 9 條第 3 項的核心受到保障。」在此判決中，罷工被置於基本法第 9 條第 3 項的核心範圍(Kernbereich)中而受到保障。此外，判決並認為團體協約自治藉由團體協約法而具體化，而社會對手(即勞資雙方)為了能夠達到對等的團體協約協商，此時就要需要爭議行為的協助。到了 1984 年 9 月 12 日，於聯邦勞動法院第一庭討論警告性罷工的「新行動路線」(neue Beweglichkeit)判決中[256]，其引用上揭 1980 年 6 月 10 日的判決見解，首度賦與爭議行為憲法地位，判決表示：「為了維護與促進勞動和經濟條件而號召罷工，工會此一權利係產生自基本法第

---

[252]由聯邦勞動法院補充德國爭議行為法制的三則重要判決分別於 1955 年 1 月 28 日、1971 年 4 月 21 日和 1980 年 6 月 10 日作成，請分別參照 BAG 28.01.1955, AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG 21.04.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 10.06.1980, AP Nr. 64、65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. 德國學者之分析可參照例如：Junker, a.a.O. (Fn. 188), Rn. 598ff. 國內學者之介紹可參楊通軒，同註 90，頁 209-210。

[253] BAG 28.01.1955, AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

[254] Däubler, a.a.O. (Fn. 65), Rn. 89.

[255] BAG 10.06.1980 AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[256] BAG 12.09.1984, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

DOI:10.6814/NCCU202200387

9 條第 3 項。」判決中並以團體協約法為基礎，認為團體協約法默示罷工與鎖場為促成團體協約的方式，而一缺少罷工權為後盾的團體協商將淪為集體行乞，這個論點不但取得了通說地位，也顯示法院判決採納上述學說所建立的「依附於團體協約制度上的爭議行為法制」。

依上可知，在聯邦勞動法院的一系列判決中，爭議行為從「源自一個自由與社會秩序的一般原則」到「產生自基本法第 9 條第 3 項」，爭議行為被定位為維護與促進勞動和經濟條件的手段之一，其憲法基礎似漸趨明顯。然而爭議行為若係由基本法第 9 條第 3 項所導出，則依基本法此條規範的字面意義—任何人與任何職業之人為了維護與促進勞動和經濟條件而組織同盟的權利受到保障，只要爭議行為是基於維護與促進勞動和經濟條件的同盟行動，則應獲得憲法保障，惟依上引聯邦勞動法院之判決內容，可知法院顯然並未採取此種看法，法院雖認為爭議行為被定位為維護與促進勞動和經濟條件的方式之一，但同時卻將團體協約制度的維護作為爭議行為的前提，這導致了憲法對於罷工的間接保障，而且法院尚發展出所謂的「核心範圍」理論，限縮了同盟行動權的範圍，然其合法性不無疑問。核心範圍理論為法院過去長久來以的看法，以下先針對此一理論的發展介紹之。

二、核心範圍理論之發展與修正

德國基本法第一章對於各基本權定有不同的限制[257]，而同盟自由基本權在基本法中固然是沒有保留的加以保障，但是這並不表示基本法第 9 條第 3 項同意給予同盟一個沒有內容限制或是不可加以限制的行動空間[258]。根據聯邦憲法法院長久以來的看法，基本法第 9 條第 3 項對於同盟自由的保障係限於核心範圍，且根據核心範圍的相關判決見解，只有一個維持與保障同盟存續所不可或缺的同盟行

[257] Alexy, Theorie der Grundrechte, 1996, S. 258 f.

[258] BVerfG 26.06.1991 , AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

DOI:10.6814/NCCU202200387

動始受到憲法上的保障[259]，此即所謂的核心範圍理論。據此，憲法對於同盟自由所保障的對象即限制在所謂「不可缺少的」同盟行動型式之中，因此爭議行為若欲取得憲法上的保障，其必須位於同盟自由的核心範圍之中。

然而，法院讓爭議行為的憲法保障取決於其是否位於「核心範圍」之中，這卻存在了若干的不確定性。首先，核心範圍應如何加以理解？核心範圍與非核心範圍的界限為何？這些問題都無法由文義推斷而出。聯邦憲法法院對核心範圍持有兩種不同的立場[260]：根據聯邦憲法法院第一庭的長久以來的見解，核心領域為一個不可侵犯的領域(unantastbarer Bereich)，此一領域也構成立法形成與同盟行動的限制；相反的立場則由聯邦憲法法院第二庭，在 1981 年 2 月 17 日所作的一則判決為代表，該判決認為，核心領域所描述的即是憲法所保障的內容，且只有一個在核心領域內所為的行動始得直接受到基本法第 9 條第 3 項的保障。而在核心範圍理論中，聯邦憲法法院雖然承認過多種同盟行動權而將之歸屬於核心範圍之中，例如同盟成員的召募[261]，或是同盟名稱使用權等[262]，而團體協約自治向來被法院置於核心範圍理論之中，為最重要的保障對象[263]。

依據上引聯邦憲法法院第二庭的觀點，集體的同盟基本權被限制在一個罕見的最低限度基本權(Minimalgrundrecht)之中[264]，同盟自由權依此被限制在一個相當狹窄的領域裡，且在該領域之外的同盟行動被加以禁止，這種結論招致了學說上的激烈批評：首先，核心範圍本身並非是一個明確的概念，應該如何對核心領域加以定義，這在法釋義學上(rechtsdogmatisch)立即就遭遇到困難，這也是聯邦憲法法院迄未回答的問題；至於聯邦憲法法院以對於同盟為不可或缺此點來作為

---

[259] Vgl. nur BVerfG 26.05.1970, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG.
[260] Däubler, a.a.O. (Fn. 65), Rn. 90c.
[261] Vgl. nur BVerfG 26.05.1970, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG.
[262] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 4 Rn. 38.
[263] Vgl. nur BVerfG 20.10.1981, AP Nr. 31 zu § 2 TVG.
[264] Däubler, a.a.O. (Fn. 65), Rn. 90l.

DOI:10.6814/NCCU202200387

界分核心範圍的標準，惟其具體的內容與範圍為何，法院卻未有進一步的說明，而且因法院僅得在事後判斷某一同盟行動是否歸屬核心範圍，這造成了某程度上的不安定性，僅是讓核心範圍持續陷在未明的狀態之中，這點就讓核心理論的論點很難具有說服力。其次，有鑒於基本權乃是受憲法所保障的權利，故若欲對基本權加諸限制，亦僅得由同樣具有憲法位階的規範或是憲法的授權始得為之[265]；以前者為例-依具有憲法位階的規範來限制基本權，例如基本法第 8 條第 1 項規定，所有德國人均有和平及不攜帶武器集會之權利，條款中的和平及不攜帶武器即是憲法上直接(verfassungsunmittelbar)的限制，而若是後者-經由憲法授權的規範來對基本權加以限制，則為憲法上間接的(verfassungsmittelbar)的限制[266]；然而，不論是憲法以直接或間接的方式來對基本權施加限制，「對於同盟為不可或缺」此一要件顯然都無法該當此兩者中的任何一者[267]，從而根本無法得出僅核心範圍為一個基本權受到保障的領域的結論，實際上亦沒有人會認為基本法第 3 條第 2 項的女男平等或是憲法第 5 條第 1 項的意見自由中，只有該基本權的核心領域中始受憲法保障，這在同盟自由基本權中亦無理由為不同的判斷[268]。

不過，聯邦憲法法院在一九九○年代之後對於核心範圍理論開始有所修正。雖在聯邦憲法法院 1981 年 10 月 20 日的判決中仍然可以看到「僅保障同盟自由的核心範圍這點是聯邦憲法法的長久以來的見解。」此種文字[269]，然而，在聯邦憲法法院於 1991 年 6 月 26 日就鎖場爭議所作出的裁定中，法院並未堅持核心理論的立場，並認為「只要為求團體協約自治之功能發揮而具有必要性之任何手段，即均為同盟自由所涵蓋。此亦是基本法第 9 條第 3 項所明文」[270]，嗣於 1995 年

---

[265] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 45 ff.

[266] Alexy, a.a.O. (Fn.257), S. 258 f. 李雅萍，概括的權利保障—德國基本法第二條第一項與我國憲法第二十二條之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1995 年 6 月，頁 156 以下。

[267] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 44.

[268] Däubler, a.a.O. (Fn. 65), Rn. 90c.

[269] BVerfG 20.10.1981, AP Nr. 31 zu § 2 TVG.

[270] BVerfG 26.06.1991, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

DOI:10.6814/NCCU202200387

11 月 14 日一則討論召募同盟成員的聯邦憲法法院的判決[271]，法院表示基本法第 9 條第 3 項的保護領域不侷限於「不可或缺的行動」，而是及於所有同盟的特別行動(alle koalitionsspezifische Verhaltensweise)，此一論點實際上已與過去長久以來的判決迴異，其並受到聯邦憲法院與聯邦勞動法院後續作成之判決的支持[272]。而且，聯邦憲法法院此則修正核心理論的判決意謂著在沒有立法規範下，將產生自基本法第 9 條第 3 項之核心範圍的憲法保障予以擴大，基本法第 9 條第 3 項所保障者，現在不再只是維護與保障同盟所不可或缺之行動此一受限狹窄範圍，更確切地說，基本權的保障及於所有同盟的特別行動[273]。

至於核心範圍理論中原來所提出的「不可或缺的」此一要件，其意義應在於說明對於同盟自由基本權之侵害的限制，因基本法並不保障一個沒有限制的基本權，這對於在基本法上沒有保留地加以保障的同盟自由亦無不同，因此在同盟自由基本權的範圍中亦容許立法者為相關立法[274]，易言之，立法者並未被禁止在同盟自由基本權的保障範圍就同盟制度或團體協約制度等事項為立法，立法者有如同在勞動、社會與經濟政策目的上的廣泛形成自由[275]，而核心範圍的模式只是用以規定立法形成上的重要限制，這也是核心範圍理論的出發點[276]。另一方面，這亦是考慮到同盟自由基本權的實現亟需倚賴特定的立法規範的特點，舉例而言，依團體協約法所規定的團體協約制度對於同盟自由具有重大的意義，若欠缺此一法律制定，基本法第9條第3項所訂的目標幾乎難以有效地被追求，而這同時也意

---

[271] BVerfG 14.11.1995, AP Nr. 80 zu Art. 9 GG. 此則判決將同盟與同盟成員召募同盟成員的行動視為同盟特別行動的一種而受到基本法第9條第3項的保障。

[272] Vgl. nur BVerfG 24.4.1996, AP Nr. 2 zu § 57a HRG；BAG 25.1.2005, AP Nr. 123 zu Art. 9 GG.

[273] Lieb, Arbeitsrecht, 2006, Rn. 447; Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 4 Rn. 42ff.

[274] 反之，立法者負有使命去確定同盟自由的射程範圍，例如當同受基本法第 9 條第 3 項保障之團體協約雙方當事人的同盟自由相衝突時，亦有藉由法秩序加以解決之必要，參 BVerfG 26.06.1991, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[275] BAG 25.10.1977, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG 23.1.1990, AP Nr. 7 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung.

[276] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 4 Rn. 43.

DOI:10.6814/NCCU202200387

謂著基本權需要以不同的方式來予具體化，類似情形例如基本法第14條第1項的財產權保障，財產權的內容與限制亦需透過立法者來加以確立，而核心範圍理論的功能正是在構成立法形成規範的限制，更確切地說，核心範圍及本質內容應只是同盟自由基本權侵害之限制-亦即限制基本權之限制(Schranken-Schranke)，而非集體性同盟自由之憲法保障內容的範圍[277]。

依上分析，可知在同盟自由基本權憲法保障問題上實不應再援用核心範圍理論的觀點[278]，而在爭議行為上，核心範圍理論的放棄也意謂著對於「爭議手段選擇自由」(Freiheit der Kampfmittelwahl)的肯定。亦即，同盟的行動自由不應該只有在核心範圍中受到保障，否則無異是在欠缺更詳細的理由下，讓同盟自由承受更廣泛的限制，而且聯邦憲法法院向來將團體協約自治視為同盟自由的重要保障對象，同盟採取爭議手段以及根據不同情況而選擇不同的爭議手段，這對於協約自治實際上的正常運作實為必要的條件[279]。

三、制度保障理論的形成

依據聯邦憲法法院上述對於核心理論的修正意見(其亦是現今廣泛受到採納的論點)，所有同盟的特別行動均受到基本法第 9 條第 3 項的保障，毋須再依核心範圍理論探討，而爭議行為若是基於維護與促進勞動和經濟條件而發動，則屬於同盟的特別行動的一種，故應直接受到基本法第 9 條第 3 項的保障，始為合理。惟同盟自由在掙脫了核心理論的束縛之後，法院卻尚認為爭議行動只有基於確保團體協約自治功能之目的時始受同盟自由之保障，而非與其他同盟行動一樣

---

[277] Däubler, AuR 1992, 1(4).

[278] 本文此處所討論之「核心理論」在德國理論雖已被放棄，但在我國的爭議行為理論中仍有學者主張應予採用，參楊通軒，同註 90，頁 207 至 228，其論點略為：「假使團結自由基本權受到憲法的保障(憲法保障說)，而非只是受到法律保障而已(法律保障說)，那麼，憲法第 22 條或第 14 條或第 15 條所給予個人或團結體(本文按：此指之「團結體」即本文所稱之「同盟」)之團結自由基本權之保障，也並非係一個在內容上毫不受限級或不得加以限制的行動空間，相反地，憲法只提供一最小限度的保障[核心部分(Kernbereich)]而已。」

[279] Bieback, a.a.O. (Fn. 73), Rn. 313 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

直接取得憲法上的保障，易言之，爭議行為僅是一落實團體協約自治的輔助性工具[280]。此一論點反覆地在法院判決中被加以闡述[281]，法院並強調，以貫徹團體協約秩序為之外的目的所進行的罷工，無法獲得法律上的認可，這些論點在 1985 年 3 月 5 日聯邦勞動法院針對同情性罷工所作成的判決中被總結為：「罷工只能作為貫徹團體協約規範之工具。」[282]

此種建立在團體協約相關性之上的爭議行為法制，其不但認為爭議行為並非一基本權，而且憲法所欲保障的對象乃是團體協約制度、並非爭議行為本身，而爭議行為之所以能夠納入憲法的保障範圍之中，僅因其身為締結團體協約所必要的壓力手段而屬於團體協約自治制度的「一部分」之故，所以爭議行為僅是在有助於團體協約自治制度的前提下，間接地受到憲法上的保障，此亦是德國法制上占多數見解的制度保障(Einrichtungsgarantie)理論[283]。

在此可以發現，在法院在採用核心範圍理論的階段中，法院將爭議行為與締結團體協約同視為同盟自由基本權的核心範圍內涵之一，認為兩者都是不可缺少的同盟行動，但同時又認為爭議行為應以締結團體協約為前提；而在法院修正原來的核心範圍理論之後，爭議行為無疑地屬於同盟行動的一種，而應直接受到基本法第 9 條第 3 項保障，但法院卻仍認為爭議行為應以締結團體協約為目標。惟不論是採納核心範圍理論階段或核心範圍理論修正階段，法院均未交代何以爭議行為需透過團體協約相關性始能取得憲法上的保障，此一疑問在團體協約法的規範中亦無法找到得予援用的規範而獲得答案，同樣地，基本法第 9 條第 3 項的規範亦無法提供任何解答此一問題的線索。由此可知，將爭議行為從屬團體協約制

---

[280] Junker, a.a.O. (Fn.188), Rn.603; Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 128.

[281] 聯邦勞動法院早期提及此點之較重要判決，可參例如：BAG 21.4.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 19.6.1973, AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 10.6.1980, AP Nr. 64, 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[282] BAG 5.3.1985, AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[283] 早期德國學者之見解，參例如：Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 85；近幾年之學者見解，參例如：Zöllner, a.a.O. (Fn.204), § 42 S. 425 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

度的制度保障理論其實並不具有法律上的根據，這點也是德國學界中批評團體協約中心之爭議行為法制的立論之一[284]。批評之論點另外並提出，若法院判決承認爭議行為產生自基本法第 9 條第 3 項[285]，則對於爭議行為的限制當然也應該直接地由憲法本身所導出[286]，這亦是基本權限制的當然法理[287]，而將「締結團體協約」作為爭議行為實施的前提，此一要件顯然無法由憲法本身導出，但是法院對於此點未有說明。

在憲法與制定法中雖然無法找到爭議行為需具備團體協約相關性的依據，然而德國法院與學界中的通說中來向認為，同盟自由所保障之主要目的內容之一即是團體協約之締結，而依基本法制定者之見解，同盟自由應保障同盟本身享有自由選擇決定之為達成同盟目的須使用手段之權利。只要同盟目的之追求與所使用之特定手段相同，則此一特定手段亦應包括在同盟自由基本權保障範圍內，而所謂應受保障之手段，包括以締結團體協約為目的之爭議行為在內[288]。因此團體協約自治的落實，就被視為勞動與經濟條件之促進與維護的實現，從而「勞動與經濟條件之促進與維護的手段」此一問題被轉變為「達成團體協約自治的手段」，只要為求團體協約自治之功能發揮而具有必要性之任何手段，即均為同盟自由所涵蓋，爭議行為也被團體協約自治成為爭議行為與同盟自由的橋梁，受到同盟自由的間接保障。此一說明雖然解決了爭議行為何以作為團體協約自治輔助性工具之理由，但仍無法圓滿解釋為何爭議行為的功能僅限於此。

事實上，爭議行為淪為團體協約自治輔助性工具而無法受基本法直接保障，此一結論並無法在法規範中尋得答案，實因這乃是一種法政策論的解釋結果，並

---

[284] Schumann, in：Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 1987, Rn.149.學者在論及德國勞動爭議法制時，亦關注到此點，參黃瑞明，同註 21，頁 42。

[285] BAG 12.09.1984, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[286] Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn.149.

[287] Alexy, a.a.O. (Fn.257), S. 258 f.

[288] 法院方面之代表性判決可參聯邦憲法法院 BVerfG 26.06.1991, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. 學說見解可參 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 24 Rn. 1.

DOI:10.6814/NCCU202200387

非爭議行為的本質始然、亦非法律規範的結果。如本文上述，同盟自由基本權係受社會自治的託付，亦即制憲者將規範並安定勞動生活之任務明白地委由勞資雙方社會當事人去自行達成，而團體協約制度則在於藉由社會自治當事人—勞資雙方之參與而有效地形成勞動生活中的秩序[289]，從而實現同盟自由基本權之目的，而一個非以團體協約為目標的爭議行為，例如政治性罷工，則被通說見解認為不具有形成勞動生活秩序的功能，因此也不受憲法的保障，易言之，一個可以維持社會秩序與國家發展的爭議行為才能受到憲法的認可[290]，故將爭議行為定位為一個輔助團體協約自治實現的手段，當然也就言之成理。

另一方面，若就爭議行為的發展此點來看，在德國的團體協約制度建立之前，團體協約制度是否能夠改善或提升勞工的社會地位，向來即有爭論，因為團體協約的內容必然是勞資雙方折衝、妥協後的成果，團體協約僅能減輕資本家對於勞工的剝削，但在團體協約的存續期間勞工卻必須放棄爭議行為，所以團體協約制度無異是在維護、鞏固資本主義制度的存在[291]；此外，團體協約乃是以約定勞動條件為主要目標的，但是在勞動史的研究中，工資等勞動條件並非是爭議行為的唯一目的，勞工為了維護自己的尊嚴、回復己身名譽而進行罷工的情形所在多有，這類似於現在的「抗議罷工」之情形[292]，另外勞工亦可能基於維護自己的同盟而進行爭議行為，這個目標有時候比爭取工資更加重要[293]；再者，在當前被禁止以團體協約來加以約定的事項，例如雇主採用新式機器的決策，過去也經常是引起罷工的原因[294]，但是在團體協約規範上排除此等事項的約定可能性，這並不能一

---

[289] Vgl. BVerfG 18.11.1954,BVerfGE 4, 96-110; AP Nr. 1 zu Art. 9 GG. 對於此則判決之分析，參張鑫隆，同註190，頁329。

[290] Hueck-Nipperdey, Arbeitsrechts Band 1,1967, S82.

[291] 黃程貫，同註 27，頁 175 至 176。

[292] 張鑫隆，同註 190，頁 325。

[293] 勞工為了抵制經常聯合的資本而維護自己的聯盟，就比維護工資更為必要。勞工們獻出相當大一部分工資支援經學家認為是單只為工資而建立的聯盟，參卡爾·馬克斯，同註 193，頁 136。

[294] 卡爾·馬克斯，同註 193，頁 131。

DOI:10.6814/NCCU202200387

併抹殺其作為爭議行為原因的歷史事實。依此可知，爭議行為當不可能自我侷限於團體協約的追求上，但也正因為爭議行為具有潛在的力量，但又考量到全面禁止爭議行為在現實上乃是不可能，故唯有將爭議行為置於團體協約制度之中，國家方得對其進行有效控制，並得讓爭議行為配合團體協約制度作為維持社會秩序的工具，依此，益可證明將爭議行為定位為團體協約制度之輔助工具的論點乃是一法政策論的解釋結果。

第三目　制度保障理論的批判與爭議基本權的確立

爭議行為在制度保障理論中被定位為團體協約自治的輔助性工具，其立論除了欠缺法律上的依據之外，制度保障理論本身在法律論證上亦有瑕疵而招致學說上的批評[295]。不過，除了上述的問題之外，此一理論最大的危險卻在於其無法提供爭議行為一個周全的保障，更確切地說，因制度保障理論[296]所保障的對象為團體協約制度，爭議行為僅屬於團體協約制度的一個部分，因此只要團體協約制度未受到侵害，縱使爭議行為本身已遭到侵害，此亦不構成同盟自由基本權的侵害，故而也無從加以救濟[297]。有鑒於制度保障理論在現實上並無法保障爭議行為，學

[295] 其法律上的論證瑕疵與下述「團體的勞動爭議基本權理論」相同，均為：「第一、團體的勞動爭議基本權理論無法解釋非工會成員的罷工權源的問題，第二、團體的勞動爭議基本權理論無法解釋參與爭議行為之個人其勞動契約上債務不履行的問題」此兩點，參本文下述。

[296] 基本權之制度性保障的主要內涵為，國家必須建立某些(法)制度，並確保其存在，以保障基本權的實現，特別是國家對於基本權所賴以存在的基本規範(Grundbestand von Normen)任意加以變動，因此制度保障之目的在於確保某些基本權的存在，制度性保障對於基本權具有補強作用。不過，國家對於應提供何種(法)制度，原則上有形成的自由空間，係依照基本權的性質及個別情況權衡決定，是以立法者的形成空間較大。這點在爭議行為是否屬於一基本權上顯示巨大的差別，若爭議行為屬於一基本權，則立法者為讓爭議行為得以順遂行使，得依憲法的保障意旨來形成爭議行為的法律制度，惟若爭議行為非屬一基本權、僅是團體協約制度的一部分，其保障可能就會因情況的不同而被限制，甚至可能遭到架空，此即為學者批評制度保障理論對於爭議行為保障的危險所在。以上說明參蔡維音，同註 185，頁 35；李建良，論學術自由與大學自治之憲法保障，收錄於《憲法理論與實踐(一)》，學林文化，2003 年 2 月二版，頁 161 至 166。

[297] 黃程貫，同註 36，頁 199；另參 Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 86.

DOI:10.6814/NCCU202200387

說上遂有「爭議基本權」理論的提出，此一說復可以區分為團體的爭議基本權與個人的爭議基本權兩種立場，以下說明之：

在本文前述的雙重基本權理論中，爭議行為被歸類為集體同盟自由基本權中之同盟行動的一種，僅是制度保障理論在此架構中並未將憲法保障延伸及於爭議行為，而將之視為團體協約制度的壓力手段。與此相對，採取團體的爭議基本權說者亦是在雙重基本權架構下討論爭議行為，但則將之提升為一基本權，且讓同盟的成員具有一個參與爭議行為此一同盟行動的個人權，惟此種個人的參與權並非由基本權第 9 條第 3 項直接導出，而是由集體的同盟自由基本權所派生出來的權利[298]。此一論點雖將爭議行為提升為一個基本權，但特別強調罷工權的團體權性質，甚至讓個人的罷工權從屬於集體同盟自由，這形同要求同盟成員必須服從集體決定，從而導致了同盟成員自我決定的貶值[299]。

此一團體的爭議基本權理論係立基於罷工權的集體性之上，該理論本身在法律論證上的瑕疵招致了學說上的批評：首先，團體的爭議基本權理論無法解釋非工會成員的罷工權源的問題：由於個人係基於其同盟身分而參與同盟所發動爭議行為，個人僅具有一個派生自集體同盟自由的參與權，故若非屬工會成員則無法取得此一權利。然而，不論是否為工會成員均有提升與維護勞動和經濟條件的需求，若將追此一目的之權利取決於加入工會與否，實非可取[300]。再者，團體的爭議基本權理論無法解釋參與爭議行為之個人在勞動契約上的債務不履行問題：在團體的爭議基本權理論中，同盟成員所具有的僅是一參與權，罷工權的主體仍是同盟、而非個人，則個人因無罷工權得以主張，則為何個人可以免除其勞動契約上債務不履行責任，則有疑問。通說對此提出了「團體法上之一體性理論」(kollektivrechtliche Einheitstheorie)，此一理論首先由聯邦勞動法院提出並以罷工

298 Otto, a.a.O. (Fn. 59), § 4 Rn. 36f.

299 Seiter, a.a.O. (Fn.297), S. 48-50.

300 黃程貫，同註 36，頁 202。

DOI:10.6814/NCCU202200387

為討論對象，法院於判決中表示[301]，罷工之法律評價應具有一體性，亦即一個行為在團體法上與個體法上應為相同的評價，而罷工並非是眾多個別勞工各自拒不工作之個別行為的集合，而係一種團體的共同行為，故罷工已由個人層次提升至團體層次，因此罷工應以集體法上的評價為準，則在一個合法的罷工行動中，個人在個體法上不需負擔債務不履行的責任。不過，此一論點事實上並未處理罷工在個別契約上的合法性問題，而且其以團體法上的評價來合法化罷工行動，形同仍將罷工視為勞動契約上債務不履行的行為[302]。

除了上述法律論證上的問題之外，罷工權的集體性本質(kollektives Wesen)此點亦遭到學說上的批評。有別於通說所採的雙重基本權理論，有學者認為同盟自由基本權並不具有集體性，而應完全為一個個人的基本權，故有個人的罷工權理論之提出，故基本法第 9 條第 3 項的權利主體僅止於個人，同盟若欲取得基本權主體的地位，則非透過基本法第 19 條第 3 項不可[303]，此一論點由德國學者 Scholz 所提出。Scholz 認為基本法第 9 條第 3 項所保障的不只是個人行使同盟自由，也保障多數人行使同盟自由此種累積式的個人自由之型態(Formen summierter Individualfreiheit)，這種特別的基本權實施方式雖然顯示了一種集體性的外觀，但終究是個人行使基本權的過程與結果，並不能推而認定同盟自由基本權為一種集體權，易言之，同盟自由基本權並非是通說所稱雙重基本權，而是一個具有集體實施與集體性功能(mit kollektiven Ausübungsfunktion)之純粹的個人基本權，同盟的存續與行動僅是個人行使同盟自由基本權的過程與結果，同盟並非是基本法第 9 條第 3 項的權利主體[304]。

---

[301] BAG 28.01.1955, AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

[302] 黃程貫，同註 36，頁 212 至 216。

[303] 德國基本法第 19 條第 3 項規定：「基本權利亦適用於國內法人，但以依其性質得適用者為限。」

[304] Scholz, a.a.O. (Fn.201), S. 135 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

不過，由同盟目的來看，同盟的存續與行動在同盟成員共同行使同盟自由之中亦具有其法益，所以亦可由個人的同盟自由中導出同盟的存續與行動的保障需求，惟若同盟本身欲取得獨立的保障地位，僅得自個人同盟自中導出且符合基本法第 19 條第 3 項的規範時始可，同盟在此種情況中所取得的是一種間接性保障，且必須從屬於個人的同盟自由基本權，這點與上述雙重基本權理論剛好相反[305]。

學者 Scholz 的將同盟自由基本權定位為一個人權的看法，就同盟自由中的罷工權此一部分而言，學者 Seiter 亦提出相應的看法，其主張罷工權為一個人權──即個人抗爭行動基本權(Grundrecht auf Kanpfweise Betätigung)，而同盟僅得依基本法第 19 條第 3 項而享有罷工權[306]。不過，學者 Scholz 與 Seiter 兩者最大之不同在於，前者認為罷工權為同盟自由的內涵之一，而以基本法第 9 條第 3 項為憲法基礎，後者則主張罷工權應以基本法第 2 條第 1 項之人格自由發展權利[307]為憲法基礎。

Seiter 之論點的重點在於，罷工權為一個獨立存在且與同盟無本質上牽連關係的基本權，此亦為德國戰後初期以個人之一般行動自由為基礎的同盟自由理論[308]，而在肯定罷工權為一任何人—非限於「同盟成員」之個人所擁有的基本權，則不論是非同盟成員參與罷工、非工會所發動的罷工等問題均獲得解決，因為「同盟」與「同盟成員身分」的存在與否不再是個人得否享有罷工權的前提。此外，個人行使已身所具有的合法罷工權，此一行為當然不構成其在勞動契約上債務不履行責任，亦合理地解決了爭議行為之行使在個體法上的問題[309]。

---

[305] Scholz, a.a.O. (Fn.304), S. 148.

[306] 黃程貫，同註 36，頁 203 至 204；Seiter, a.a.O. (Fn.297), S. 65.

[307] 基本法第 2 條第 1 項：「人人有自由發展其人格之權利，但以不侵害他人之權利或不違犯憲政秩序或道德規範者為限。」

[308] 張鑫隆，同註 190，頁 20。

[309] 林炫秋，同註 14，頁 77 至 79；黃程貫，同註 36，頁 214 至 219；蔡維音，同註 185，頁 77 至 79。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第三款　小結

德國的制度保障理論係建構在團體協約制度之上，其不但主導爭議行為之憲法保障的理論基礎，亦控制了德國爭議行為法制對於爭議行為合法性要件——不論在於爭議行為之主體或目的等要件上(詳見本文第四章之分析)，故對於制度保障理論的瞭解乃是進一步分析德國爭議行為法制的前提。不過，建立於勞動生活自治思維上的團體協商制度既為德國爭議行為法制的核心所在，集體勞資關係僅有低度發展之台灣所具有的條件與此種制度的內涵自是迥異，我國的勞資關係仍是以個別勞工與雇主簽定勞動契約以決定勞動條件的方式為主，團體協約對於我國的勞動生活而言仍屬於一個陌生的制度[310]，故相較於德國通說所採的制度保障理論，德國其他勞動法學者基於保障勞工作為權利主體，從而提出之個人的爭議基本權理論，不但跳脫了團體協制約制度的桎梏與法政策論的困局，在法律論證的說明上亦屬清晰，故上述的德國制度保障理論所肯定的團體協約制度，雖非不可供我國未來發展勞動生活自治為參考，惟在現行法制下，德國學者對於制度保障提出的批評，對於分析我國法制實更具有啟發性，本文以下即進一步就我國法上的問題分析之。

第三項　本文分析

第一款　集體勞動權與罷工行為之憲法基礎分析

我國憲法人民基本權利章中雖然未明訂「集體勞動權」此一基本權，然經由上述我國學說上對於集體勞動權與集體勞動權的分析，可知學者間所持論據雖未一致，但現今幾已無人否定應給予集體勞動權憲法上的保障，並賦與集體勞動權以基本權的地位。惟若一項有賴憲法的保障的權利為憲法所未明定者，則需先探求憲法既有基本權保障範圍，是否已能涵蓋該未明定之權利，僅該未明定之權利

[310] 張烽益，虛幻的團體協約，南洲山房----張烽益筆耕部落格，2005 年 7 月 15 日，載於：https://fengyi22.pixnet.net/blog/post/267733464 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

DOI:10.6814/NCCU202200387

無法為既有列舉基本權之保障範圍所涵蓋時，始需以憲法第 22 條為其容身之地[311]，故在尋繹我國集體勞動權之憲法基礎時，應先討論我國憲法上列舉基本權是否得涵蓋集體勞動權。依我國學者之分析，集體勞動權為一與結社權和生存權有密切關係的基本權，然本文認為，勞動基本權為一保障人民在勞動關係中自治自決的基本權[312]，此已非結社權和生存權保障內涵所能擴及者，以下說明之。

第一目　生存權不足以保障勞動基本權

首先就生存權而言，在資本主義發展與生產方式變革的過程中，社會上產生了大批依靠工資維生的從屬性勞工，而在資本大量積累集中與自由放任主義的運作下，經濟貧困與失業等問題接踵而生；為了解決人民在資本主義發展下所受到的生存威脅而產生了生存權的保障，其以改善貧苦大眾之生活而使之重享實質權利與自由為目的，因此，生存權的保障係為補充自由權因資本主義發展而無法實現之手段性權利，其內容多限於經濟層次的保障[313]，勞工的生存問題即與此種社會現象相連，因此集體勞動權在發展之初係以解決勞動者的生存問題為保障原點，集體勞動權與生存權的內涵在發展初期乃有所重疊[314]。在解決勞工失業與貧困的問題上，由國家介入勞資關係、賦予勞工團結對抗雇主的權利為其中一種方式，故勞工同盟在此種思維下具有重要的功能；集體勞動權於此時期被理解為基於維持和改善自己的勞動條件與提升經濟上之地位而受保障的集體行動權，乃是一為實現生存權的手段，此亦是現今仍廣泛受到採納的詮釋方法[315]。

---

[311] 李震山，第一章 憲法未列舉權保障之多元面貌—以憲法第二十二條為中心，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，元照，2007 年 9 月二版，頁 33。

[312] 劉士豪，我國憲法基本權體系中的勞動基本權，收錄於《勞動基本權學術研討會論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處編，2005 年 12 月，頁 120。

[313] 蕭淑芬，日本憲法生存權保障原理與構造之研究由生存問題之歷史發展探討，淡江大學日本研究所碩士論文，1991 年 12 月，頁 106。

[314] 許慶雄，社會權論，眾文圖書，1991 年一版一刷，頁 38，註釋 9。

[315] 張鑫隆，同註 70，頁 324 至 326。

DOI:10.6814/NCCU202200387

不過，在二次大戰後，生存權與集體勞動權開始有不同的發展，其中生存權以國民全體為主體、而集體勞動權則是以勞工為主體，生存權除了克服經濟貧困的問題之外，環境權或生存權文化層面的保障等議題均讓生存權發展邁向另一個境界，擴及生存尊嚴的理念，不再侷限於經濟物質層次的問題[316]，而在集體勞動權的發展上，經濟問題雖仍是受到關注的焦點，不過，在此種以同盟存在為前提而架構起來的生存權中心之集體勞動權理念[317]，在實際運作上卻發生了集體勞動權之保障空洞化的現象，因為若將集體勞動權理解為生存權的一部分，則例如在國家已訂立一個合乎人道標準的法定標準工資與勞動條件時，則爭議行為是否就不具必要性而得以全面禁止[318]？其次，在生存權的發展過程中，生存保障的內涵雖已不再侷限於生命延續的問題，而由解決經濟貧困朝著確保人性尊嚴的方向發展，且得與工作權、財產權共同作用以保障一個合人性尊嚴的社會存在，以自我決定、自我形成生活內容[319]，此一論點固然深刻地闡釋地集體勞動權的生存權面相，而拓展了集體勞動權的內涵，不過生存權基本目的仍是停留在經濟領域之內[320]，且無法擺脫將集體勞動權被理解為一實現生存權的手段的立場，集體勞動權雖為一個深具生存保障之色彩的基本權，但其無法窮盡集體勞動權的全部內涵，此為以生存權為集體勞動權基礎而生的疑慮之一。此外，若將集體勞動權理解為一以同盟為本位的集體行動權，認為勞方惟有團結組成同盟才能有效實現生存權的保障，這可能造成了同盟的集團意思高於勞工個人的自主意見的結果，而且在工會組織發展得愈健全、成熟的階段，不可避免的也就是工會組織肥大化與工會

---

316 關於生存權之發展，中文說明參例如：大須賀明，林浩譯，生存權論，元照，2001 年 6 月初版；許慶雄，同註 314

317 本文此處之「以生存權為中心的爭議權理念」係參日本法上的討論，參張鑫隆，同註 70，頁 324 至 325。

318 蔡維音，同註 185 頁 42。

319 蔡維音，同註 185 頁 127 至 128。

320 大須賀明，同註 316，頁 33。

DOI:10.6814/NCCU202200387

民主形骸化等問題到來的時候[321]，此將形成了個人對於同盟的疏離、異化的現象[322]，此為以生存權為集體勞動權基礎而生的疑慮之二。

有鑒於上述的諸項問題，且因集體勞動權所指涉的領域—「勞動關係」中所須對抗者實非止於勞動條件所涉的生存保障問題，因為不論國家法令或雇主所給予的勞動條件如何[323]，若勞工僅得是處於一被決定的受支配狀態，勞工就有發動爭議行為的可能-因為勞工基於自治自決而欲參與自我事務形成的需求無法被物質條件所完全取代，集體勞動權所及的範圍實非生存權之視野所得以全面涵蓋。易言之，在勞動關係中，勞資間處於一相互衝突的的狀態[324]，但勞工同時又被置於雇主的控制範圍內，其人身與人格均受到雇主的支配而導致勞工人格的從屬狀態[325]，這點無法藉由生存保障予以克服，而是個人在勞動關係中得否自我決定而自由發展人格的問題；基此，例如勞工得參與決定自己勞動條件即有自我決定、自我負責的可能，故團體協約的締結即是實現上開目的的方式，而另外例如表述勞工意志的抗議性爭議行為，此亦為勞工在勞動關係中主動形成生活的方式，自應在集體勞動權的保障範圍之內。綜而言之，將集體勞動權視為一為同盟締結團體協約而服務的論點，其已無法容納集體勞動權所肩負之實現勞工人格權的任務，集體勞動權具有其獨立存在的目的與價值，與同盟間亦不具有必然之牽連關係，

---

[321] 相關分析，參張鑫隆，同註 70，頁 337 至 338。

[322] 參張鑫隆，同註 70，頁 338 至 339。此點亦是德國法上將爭議權定位為一「集體的基本權」所產生的問題，參本章第二節第一項第二款第三目「制度保障理論的批判：勞動爭議基本權的確立」之說明。

[323] 我國較常出現罷工等爭議行為的企業多為國營事業，例如中華電信工會、台灣鐵路工會、銀行體系下的工會等，然因其勞動條件相較於一般民營事業較為優厚，顯已超越憲法上的生存保障，故其一旦發動抗爭就須面對極為不利的環境—例如需遭受「貴族勞工」的社會輿論批評。惟其是否因已享有相對優越的勞動條件而不得再發動爭議行為？參王英倩，專訪中華電信工會桃園分會資深員工，「公共化協會」部落格，2007 年 5 月 25 日，載於：載於：https://vonunten.pixnet.net/blog/post/9438708 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

[324] 黃程貫，勞動法中關於勞動關係本質的理論，政大法學評論第 59 期，1988 年 6 月，頁 243 至 245。

[325] 黃程貫，同註 27，頁 63 至 64。

DOI:10.6814/NCCU202200387

故現今對於集體勞動權的理解應為，勞工為克服從屬性勞動關係以獲得自治自決而擁有的權利，以實現勞工在勞動關係中的人格自由發展[326]。

第二目　結社權不足以保障包含罷工之集體勞動權

在我國學說的討論中，勞動三權—團結權、團體協商權及爭議權(罷工權)係用以討論集體勞動權的慣用辭彙，不過，勞動三權之用語的本身也說明了學者對於集體勞動權內涵的認知，亦即團結權、團體協商權及爭議權三者共同組成集體勞動權，爭議權不但為集體勞動權中不可少的一權，也是集體勞動權之當然的一部分。有學者認為集體勞動權雖以團結權為基礎，但締結團體協約始為同盟的最重要任務，至於爭議權則被視為團體協商權的一種補助性權利，作為團體交涉之後盾，以強化協商力量並實現一個實質平等的協商，所以「無團體交涉權，爭議權即無著力之點」，這也是爭議權構成集體勞動權必不可少之一部分的立基所在[327]，學者多認為此三者具有相互密切關連之關係，而應一體適用。但在此共同的理論基礎上，如上所述，各家學說所著重點仍有不同，就以結社權為集體勞動權之憲法基礎、進而導出罷工權的論點，其非具有說服力，因依結社權說的論點，集體勞動權與結社自由具有一定之共通性，然而集體勞動權內涵中諸如團體協商與爭議行為等與一般結社自由相差甚大，並非傳統之結社自由所能想像者，當然更不可能在欠缺憲法明文規定的情況下，由結社自由基本權中推導出同盟自由前述權利內容[328]。而且罷工權係一種對於私法自治、契約自由體制的侵犯，若一般的結社自由能夠涵蓋到罷工權，是否所有的一般結社團體都可以使用違反現行法

---

[326] 本文此處之論點係連結憲法一般人格權與勞動關係而得出，關於一般人格權的討論，參李震山，同註 311，頁 39 至 41。

[327] 此一論點主要由學者黃越欽主張，對於我國集體勞動權憲法理論發展亦造成一定之影響，例如前述司法院大法官於釋字第 373 號解釋之不同意見書，或例如蔡烱燉法官亦採納學者黃越欽之論點而認為：「行使爭議權之目的，則在於作為團體交涉之後盾」，參蔡烱燉，同註 2，頁 73。

[328] 黃程貫，同註 27，頁 159。

DOI:10.6814/NCCU202200387

的手段來達到其目的[329]？因此，依我國憲法之規範，集體勞動權不宜歸於一般結社自由的概念之下，故無法以憲法第 14 條作為集體勞動權之憲法基礎。

我國學說認為罷工權乃是由集體勞動權所導出，因此在探尋罷工權的憲法基礎時，就形同是尋繹一個包含罷工權之集體勞動權的的憲法基礎，惟依上開分析，可知集體勞動權的結構難以全盤移植至我國憲法所保障的結社權，故若認為罷工權乃是由集體勞動權所導出，而罷工權的憲法基礎必須透過探尋集體勞動權的憲法基礎後才能能得出，以憲法第十四之結社權為基礎，此在法律釋義學上可能就會遭遇上開困境而不足採。

第三目　以憲法第 22 條為集體勞動權與罷工權之憲法基礎

我國憲法第 22 條為一基本權概括條款，其具有承接規範(Auffangsnorm)之功能，即本於補充性原則(Subsidiaritätsprinzip)而有補結構規範(Anlagensnorm)遺漏之功能。不過，在此開放體系中，並非每項人民權利均得以提升至憲法保障的層次，而須視其是否已具有普遍性而值得以憲法保障(verfassungsschutzwürdige)[330]；依學者之研究，一值得由憲法所保障之權利，至少應是與人性尊嚴或一般人格自由之保障息息相關者[331]。人性尊嚴在我國憲法上雖未有明文規範，但維護人性尊嚴乃是我國憲法保障人民自由權利之基本理念[332]，而自治與自決更是人性尊嚴的核心內涵[333]，而集體勞動權既為勞工為克服從屬性勞動關係以獲得自治自決而擁有的權利，以實現勞工在勞動關係中的人格自由發展，當然與人性尊嚴和一般人

---

[329] 蔡維音，同註 185，頁 133。

[330] 李震山，同註 311，頁 39 至 41。

[331] 李震山，同註 311，頁 40；林俊言，初論憲法第二十二條之解釋與適用，憲政時代第 26 卷第 1 期，2000 年 7 月，頁 72。

[332] 大法官釋字第 372 號解釋：「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。」

[333] 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照，2001 年 11 月修訂再版，頁 12 至 15。

DOI:10.6814/NCCU202200387

格自由之保障息息相關，故可肯定集體勞動權已具有基本權的品質而值得提升至憲法保障的層次。

其次應予討論者為，憲法第 22 條後半句規定，本條所保障基本權需「不妨害社會秩序及公共利益」，雖學者[334]已就集體勞動權與「社會秩序」和「公共利益」的關係為說明，但本文此處所欲補充說明者為，憲法第 22 條之「不妨害社會秩序及公共利益」，依學者之研究，並非為一限制基本權的依據，學者並多主張應將憲法第 22 條之後半句視而不見，而認為對於限制人民基本權均應以憲法第 23 條為據[335]；因此在解釋一項權利是否為憲法第 22 條所保障之基本權時，應盡可能使一具有基本權品質的的權利成為憲法所保障的基本權，至於該權利應為如何的限制，則置於憲法第 23 條的規範中為審酌[336]。則勞動基本權既有具有基本權的品質，自得由憲法第 22 條提供憲法上的保障。最後應補充說明者為，學者雖認為以憲法第 22 條為集體勞動權之依據，可能因憲法第 22 條為概括基本權，故在位階與適用順序將低於特殊基本權而受到較低之評價，然本文基於以下理由認為此一疑慮在我國並不存在，故而無礙集體勞動權(含罷工權)以憲法第 22 條為據之結論。

首先，學者以憲法第 22 條導出罷工權的主張係來自於德國學者 Seiter 的見解，亦即學者 Seiter 以德國基本法第 2 條第 1 項之人格自由發展基本權(Grundrecht der freien Entfaitung der Persönlichkeit)為罷工權之依據，而此種人民自治自決權在我國惟有憲法第 22 條始得導出，故形成了憲法第 22 條之「以一般行動自由為罷工權之憲法基礎」的理論。而在德國法的討論中，基本法第 2 條第 1 項與其他基本法上所明定列舉基本權之關係，有甚多學者與法院判決均認為二者間存有普

[334] 林炫秋，同註 14，頁 22 至 27。
[335] 參林俊言對學者見解之整理分析，林俊言，同註 331，頁 64；李震山，同註 311，頁 51。
[336] 李震山，同註 311，頁 53 至 54。

DOI:10.6814/NCCU202200387

通法對特別法的關係[337]，而應適用特別法優先原則，從而得出「在進行多數基本權衝突的利益衡量過程當中，一般、概括基本權的位階、適用順序將可能因為低於特殊基本權，故而受到較低之評價而受到不利」的結論。然而，此一論點在德國法上的討論並非是基本法第 2 條第 1 項定位的唯一理論，德國學者與法院判決亦有主張「基本法第 2 條第 1 項與列舉自由權」係處於併立的狀態，二者間並不存在普通法對特別法的關係[338]。

其次，就德國基本法第 2 條第 1 項與其他基本法上所明定列舉基本權之關係，縱採上述普通法對特別法的關係的論點，此一結論是否當然可直接套用至我國憲法上，亦非無疑。我國憲法第 22 條前半句之規定為「凡人民之其他自由及權利」，可知憲法第 22 條所指涉之基本權乃是「憲法第 7 條至第 18 條與第 21 條以外的基本權」，其功能在於填補憲法上所可能發生的權利保護漏洞[339]，故憲法第 22 條所保障之基本權的地位與憲法所列舉基本權相同，從而亦不存在憲法所列舉基本權優先於憲法第 22 條所保障基本權的問題[340]，此亦為蘇俊雄大法官於釋字第 509 號解釋之協同意見書所持之論點：「基本權利之間發生衝突時，也就是有兩種看起來對立的憲法要求 (對不同基本權的實現要求) 同時存在；此時，必然有一方之權利主張必須退讓，方能維持憲法價值秩序的內部和諧。由於憲法所揭示的各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另外一種權利的抽象位階關係存在，故在發生基本權衝突的情形時，就必須而且也只能透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。」

本文認為，罷工係人民於勞動生活中的自治自決權，以同盟作為爭議權主體的論點亦無法在法律論證上推演出一具有說服力的論證，因此不論在德國、日本

---

[337] 林俊言，同註 331，頁 72；李雅萍，同註 266，頁 39 至 43。
[338] 李雅萍，同註 266，頁 43 至 46。
[339] 李震山，同註 311，頁 35。
[340] 法治斌、董保城，同註 175，頁 154；陳怡凱，基本權之衝突：以德國法為中心，臺灣大學碩士碩士論文，1994 年 6 月

DOI:10.6814/NCCU202200387

或是我國，均有學說提出跳脫勞動條件之生存保障，並以「個人」[341]作為爭議權主體的理論，此不但是基於法律論證上的要求，亦是基於尊重個人尊嚴與意思之理念所得出的結論。在我國主張爭議權為一人民自治自決權的理論中(即上述「以一般行動自由為爭議權之憲法基礎」之學說)，爭議權即被定位為一個別性質的權利，如上之分析，此一論點係來自於德國法上的討論，亦與日本法上七○年代後之以自由主義為基礎的爭議權理論若合符節。以自由主義為基礎的爭議權理論[342]均以尊重人的尊嚴作為基礎理念，在此理念下，有學者著重於勞工參與自己相關事務之決定的權利，以克服或緩和勞工的從屬性，因此爭議權被理解為「勞動者之集團的自我形成＝共同決定」，其認為只有保障勞動者擁有超越一般市民的自由之爭議行為的自由，勞動者才可能和一般市民一樣，受到自己決定權的保障；另外，亦有學者著眼於勞動者的多樣性，依據勞動關係下的表見自由來建構爭議權，或是將爭議權視為勞工所發動之爭議行為及其選擇的自由，此即所謂「爭議權＝目的」論。

此外，依上述可知本文所主張之爭議權顯然並非是一專為團體協商而服務的工具，而是一屬於個別性質的權利，事實上，此點亦為我國最高法院之判決所支持：於 1992 年基隆客運罷工事件所涉的損害賠償訴訟案中，最高法院認為「罷工係指企業主之多數勞工，為繼續維持或變更其勞動條件或為獲取一定之經濟利益，依一定程序，經由工會宣告，由多數勞工所為之協同的停止勞務提供之勞資爭議行為」[343]，可知法院認為爭議行為的權利主體為勞工，工會僅是宣告罷工的

---

[341] 本文認為，若將爭議權定位為一個人性質的基本權，則不需在討論爭議權時考慮「雙重基本權」的問題，因此生存權或工作權等基本權雖不具有雙重基本權的性質，但此點已非推翻其作為爭議權之憲法基礎的理由，而應討論生存權或工作權之保障內涵是否能將爭議權包含在內。

[342] 本文以下所介紹之日本學說上的討論係引用學者張鑫隆之分析，參張鑫隆，同註 70，頁 339 至 350。

[343] 基隆客運事件損害賠償案中，最高法院均維持此一見解，參最高法院 85 年度台上字第 846 號民事判決；最高法院 86 年度台上字第 2980 號民事判決；最高法院 87 年度台上字第 2559 號民事判決；最高法院 88 年度台上字第 1908 號民事判決；最高法院 89 年度台上字第 1795 號民事判決。

DOI:10.6814/NCCU202200387

機關，且爭議行為的目標之一在於繼續維持或變更其勞動條件或為獲取一定之經濟利益，而非以締結團體協約為限，故爭議權亦不需由包涵團體協商之集體勞動權中導出憲法的間接保障，而得直接以我國憲法第 22 條為爭議權的保障基礎。

第二款 罷工權為一個主觀的基本權且屬雙重基本權

我國關於集體勞動權的研究向來深受德國學說的影響，而在德國通說見解之中，爭議行為並非一基本權，而是被視為一種「制度」來加以保障，亦即將爭議行為視為一落實團體協約制度所不可或缺的手段而給予保障。然而，我國雖有學說依循德國的團體協約相關性思維，亦將爭議行為視為一落實團體協約制度所不可或缺的手段，但並未否認爭議行為的進行乃是行使罷工權的表現。

本文認為我國與德國之通說見解有所差異的理由之一係因基本權效力之故：在德國基本法第 9 條第 3 項的規定中，集體勞動權係一具有直接第三人效力的權利，故若將爭議行為提升為一基本權第 9 條第 3 項所保障之基本權，則其亦具有直接第三人效力，而為了避免爭議行為具有此種強烈的效力，遂有制度保障說的提出。惟我國憲法中並無如基本法第 9 條第 3 項的直接第三人效力之規定，因此縱將爭議行為提升為基本權，亦無此種疑慮，而得直接賦與爭議行為以權利的性格，毋需特別發展制度保障說的理論[344]。此外，在我國慣用的「勞動三權」用語中，學者向來以「爭議權(或罷工權)」來指稱爭議行為的行使，甚至在受德國影響最深的結社權說中，其雖引用德國學說中的雙重基本權理論，但仍直接使用「罷工權」的用語，亦顯示學說見解未依德國的制度保障理論而將爭議行為僅視為一應予保障的「制度」，而係將罷工權視為一基本權。

上述兩點為我國的勞動三權理論所共通之處，惟本文認為上述論點有幾點需進一步討論者。首先，上述學說認為爭議行為當然為集體勞動權的內涵之一，然

[344] 楊通軒，同註 90，頁 113，其主張集體勞動權在我國並不具有直接第三人效力。

DOI:10.6814/NCCU202200387

而在集體勞動權的歷史發展中，承認勞工有結社權以及團體協商權，此也不必然同時保障勞工得進行爭議行為，例如德國威瑪憲法之規定雖保障個人組織勞動結社的同盟自由，但其保障卻不及於進行爭議行為，至二次大戰後，爭議行為才漸漸受到肯定而被納入集體勞動權的保障範圍之內。可知同盟自由的保障並不當然同時肯定爭議行為的權利，此兩者在法律制度上的評價並非絕對相同，因此在我國憲法中尋繹集體勞動權的基礎時，並不當然同然解決了爭議行為憲法地位之問題，而應進一步探究爭議行為與同盟自由的關係。

其次，我國學說大部分雖都肯定罷工權為一基本權，但其並未就罷工權的權利主體進一步詳論，因此罷工權究竟為屬於個別勞工或屬於團體的權利，抑或兩者同時均享有之，並不明確。不過，在認為罷工權為團體協商權之補助性權利的論點中，其既認為罷工權需加以保障的理由在於其乃是締結團體協約所必要的壓力手段，則罷工權的主體當然為同盟、而非個別勞工[345]。惟若以同盟作為罷工權的權利主體，則需解釋如何由個別性質之基本權導出集體的基本權；在上列各家學說中，僅結社權說為一具有雙重性質之基本權利，其權利內容始可能包含集體性權利，至於憲法第 15 條之工作權與生存權說、憲法第 14 條結社權結合第 15 條工作權、生存權說或憲法第 22 條之其他基本權說，其本身均不具有集體權的性質，則如何由個別性質的基本權中導出集體性的基本權，此乃成為問題，亟待持上開論點者提出更為詳盡的論證。

末者，在以團體協約的締結作為保障罷工權的重要依據的論點上，團結權、團體協商權及罷工權，此三者在我國獨特的勞動三權思維中雖然為三個並立的權利，但是在解釋上，罷工權卻僅在於輔助團體交涉的進行，形成了一種趨近德國傳統通說之團體協約相關性理論的觀點。不過，本文認為，此一論點雖然強調罷工權之於團體協約制度的重要性，但並未如德國傳統學說一般，將爭議行為的活

[345] 蔡維音，同註 185，1992 年 6 月，頁 44。

DOI:10.6814/NCCU202200387

動空間絕對地限制在團體協約制度之中，從而僅具有一輔助團體協約制度的地位，我國學說乃是以協商權的角度出發，強調一團體協約制度不能缺少爭議行為作為後盾，否則工會將有淪為集體行乞的危機，但回到罷工權本身時，則未全然否定一缺少團體協約制度之罷工權的存在可能性[346]。

第四項 小結

經由上述對於既存我國憲法既有權利之分析，本文認為應以憲法第 22 條為集體勞動權與罷工權之憲法基礎。我國學說在肯定應給予罷工權憲法上的保障上，多有採憲法第 14 條結社權、或是第 15 條工作權、生存權之見解，惟集體勞動權雖為一個深具生存保障之色彩的基本權，然其並非僅是一實現生存權的手段，勞工基於自治自決而欲參與自我事務形成的需求，無法被物質條件所完全取代，集體勞動權具有其獨立存在的目的與價值，其乃是勞工為克服從屬性勞動關係以獲得自治自決而擁有的權利，以實現勞工在勞動關係中的人格自由發展。憲法第 22 條為一基本權概括條款，集體勞動權既為勞工為克服從屬性勞動關係以獲得自治自決而擁有的權利，以實現勞工在勞動關係中的人格自由發展，當然與人性尊嚴和一般人格自由之保障息息相關，故可肯定罷工權已具有基本權的品質而應提升至憲法保障的層次，故應以憲法第 22 條為罷工權之憲法依據為當。

縱然如此，未來仍有將集體勞動權列入基本權清單之中的必要，雖然將一權利入憲未必就能真正保障人民權利，但詮釋憲法畢竟通常是法學者的工作，一般人民如果無法得到法學者釋義的法律效果，那麼釋義的工作就喪失實質的意義，

[346] 若認為一爭議行為必以締結團體協約為前提，則此種爭議行為的合法性要件一定會要求「勞動爭議之目的應限於團體協約所得規範者為目標」，但上述主張爭議權為團體協商權的一種補助性權利之學者，其在論及罷工之合法性時，則未要求罷工之目的應具備團體協約相關性，可見我國此處之學說理論應僅是「趨近」德國傳統通說，未否定一個缺少團體協約制度之爭議權的存在可能性。參黃越欽，同註 162，頁 440 至 443。

DOI:10.6814/NCCU202200387

而成為法學者間的文字遊戲，因此以獨立的條文規定集體勞動權實有其意義[347]。更重要的是，近年來正值我國勞動三法修訂之際，勞資爭議處理法中亦增訂爭議行為的專章，為了明確化立法者限制罷工權的標準—亦即以憲法第 23 條基本限制規範為據，避免罷工權成為具文，將罷工權入憲不但可以促使立法者更加正視罷工權應受保障的諸多事項，在未來引領罷工權人據此行使權利，並同時約束國家與爭議相對人，具有重要的意義。

第二節　集體勞動權與罷工權之制定法基礎

第一項 以制定法規範爭議行為之妥適性

我國之罷工權是否具有制定法上基礎固值分析，惟一項權利是否需要制定法的明文規定，其實亦值得商榷。以德國的爭議行為法制為例，德國在制定法的層次上並無一部類似我國勞資爭議處理法專為爭議行為所制訂的法律[348]，因此爭議行為的法律要件等問題無法在制定法中直接找到答案，在此種立法者保持沈默的情形下，將憲法所保障之爭議行為加以具體化的工作係以法官造法的方式發展，德國聯邦勞動法院稱為代替法律之法官法(gesetzsvertretendes Richterrecht)，而罷工則為法院向來的主要探討對象，不過，也正是因為欠缺制定法上的規範，爭議行為在法律上的發展反而沒有包袱，讓德國聯邦勞動法院得以在最寬廣的範圍內開展爭議行為的法制[349]。雖然於德國主張立法的學者指出，將爭議行為立法本是

---

[347] 此一提案亦受到我國眾多國營事業工會的支持，參行政院勞工委員會「憲政改造徵詢之旅—勞工權益保障座談會紀錄，1004 年 7 月 21 日，當時與會的國營業工會有銀行員工會全國聯合會、航空業工會全國聯合會、華航工會、台電工會、台灣石油工會與台灣菸酒工會等。

[348] 我國現行的勞資爭議處理法係以規範處理勞資爭議事件的各種程序為主要內容，例如調解、仲裁程序，規制爭議行為之規範反而不多，目前僅有例如勞資爭議處理法第7、8條規範不得進行勞資爭議行為的期間等。然而，在行政院提出的勞資爭議處理法修正案(2007年9月版)中，其針對爭議行為增訂專章規範──《爭議行為章》，成為爭議行為的「行為法」，即本文此處所指之專為爭議行為所制訂的法律。德國學者於1988年曾草擬規範爭議行為之法律，但並未立法成功，因此德國目前仍不具爭議行為的制定法，該草案為：Birkf/Konzernt/Löwisc/Raise/Seiter, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, 1988.

[349] Däubler, a.a.O.(Fn. 106), Rn. 136.

DOI:10.6814/NCCU202200387

國會的憲法任務，這能使基本法的解釋導向公正且無偏見的方向，立法者在過去數十年間均忽視這項任務，持此立場的學者更提出嚴苛的批評而認為，不為爭議行為立法乃明顯地具有政治現實的考量而且昧於良知。爭議行為立法的失敗僅是因為某些勞動團體的作梗，這也扼殺了爭議法的成形[350]。然而，不能忽略的是，在德國悠久的爭議行為法制發展歷程中，由於欠缺制定法的規範，實務上對於爭議行為的各項限制隨著社會發展的變遷也再一地受到檢驗而有所調整，且學者與工會界間對於不同的爭議行為限制規範呈現百家爭鳴之態，故爭議行為法制與時俱進的可能性也相對較高。

不過，就我國的情況而言，我國於二○年代就已制訂了勞資爭議處理法以及涉有爭議行為規範的工會法及團體協約法，但該等規範幾乎均是限制規範，除了罷工本身不若在戒嚴時代被視為犯罪行為之外，爭議行為所具有的力量仍被制約在相當低的程度之內，此與集會遊行法的情況類似，集會遊行法第 1 條第 1 項規範明揭「為保障人民集會、遊行之自由，維持社會秩序，特制定本法」，但整部法律中多是限制人集會遊行基本權的規範[351]，讓人民之權利被困縛在層層法制限制之中，權利反而因為法律之制訂而無法施展。對此一問題，本文認為，制定法一旦對於某一權利進行規範，其必然同時導致權利的限制，惟成文的制定法規範因具有一定的型式，則權利人對於自己之行為在法律上會發生何效果得事先知悉[352]，從而得為合法的計劃，此點對於爭議策略的擬定實有一定的重要性，復且任何權利均有界限，只要制定法所為的限制未牴觸憲法保障罷工權的意旨，以及符合基本權的限制法理，以制定法規範並非毫無優點。我國對於爭議行為立法的問題，於 1980 年代末期即曾提出勞資爭議處理法修正草案，並於勞資爭議處理法

[350] Birkf/Konzernt/Löwisc/Raise/Seiter, a.a.O.(Fn. 348), S. IIIIV.

[351] 參集遊惡法修法聯盟網站之相關論述：http://blog.yam.com/right_of_assembly (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

[352] 鄭玉波，同註 147，頁 45。

DOI:10.6814/NCCU202200387

中闢一專章《爭議行為章》，將原散見於工會法與勞資爭議處理法的爭議行為相關規範合併於此[353]。不過，在現行法規範中，究無爭議行為之正面規範，僅有負面限制的立法，則爭議行為在制定法上的基礎為何，此需進一步說明。

第二項 罷工權之制定法基礎

在我國的法規範上，制訂於 1942 年的國家總動員法迄 2004 年廢止，自戰爭、戒嚴時代遺留下來的最後一項罷工禁止規範[354]終於走入歷史[355]，關於爭議行為的法律規範全面地回歸至工會法、勞資爭議處理法與團體協約法等勞動三法上，然而制定於 1920 年代的勞動三法對於爭議行為的規範幾乎均是限制規範，並未有規範罷工權或罷工權的明文，故罷工權是否具有制定法上的基礎，則受到質疑，不過，對此一問題應採取肯定的見解，其理由為：首先，罷工權為憲法所保障的基本權，就法源的階層順序而言，罷工權若在憲法位階上已受到肯定，自無於制定法之層次上加以否定之理；再者，縱使僅觀察制定法上的規範，工會法第 26 條[356]、勞資爭議處理法第 8 條[357]與團體協約法第 20 條第 1 項[358]均提及「罷工」、「怠工」或「鬥爭手段」等爭議行為的概念，此等規範乃是消極、反面禁止限制的規範，亦即一種針對例外情形所為的規定，故在邏輯上必先有一承認罷工權的

---

[353] 參附錄一：勞資爭議處理法修正草案(節錄)。

[354] 國家總動員法第十四條：「本法實施後，政府於必要時，得以命令預防或解決勞資糾紛，並得於封鎖工廠、罷工、怠工及其他足以妨礙生產之行為嚴行禁止。」

[355] 國家總動員法係為因應戰爭而制定的法規，其雖被列為備用性法規而對於罷工等爭議行為較無威脅，但此等法規的存在即顯示了國家法律制度面對爭議行為的意識型態—將罷工本身視為犯罪行為，而不論罷工的型態與手段為何，故本文認為國家總動員法的廢止在勞動爭議法制的發展中具有值得一提的意義。

[356] 工會法第 26 條：「勞資或僱傭間之爭議，非經過調解程序無效後，會員大會以無記名投票經全體會員過半數之同意，不得宣告罷工。工會於罷工時，不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由。工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工。」

[357] 勞資爭議處理法第 8 條：「勞資爭議在調解仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為。」

[358] 團體協約法第 20 條第 1 項：「團體協約當事人及其權利承繼人，對於妨害團體協約之存在，或其各個規定之存在之一切鬥爭手段不得採用。團體協約當事團體，對於其所屬團員，有使其不為前項鬥爭，並使其不違反團體協約之規定之義務。」

DOI:10.6814/NCCU202200387

普遍原則的存在，始有如同上述罷工禁制法條之例外限縮規定，亦即得由上述各項罷工禁制規定反推，則可以得知制定法係肯定有罷工權的存在[359]。

在我國現行法制中，與爭議行為的相關規範為工會法、勞資爭議處理法與團體協約法此三部制定法，其中工會法係對於工會之設立、工會會員、工會職員、工會會議、工會經費、對工會之監督與保護，以及工會之解散等為規範，其均以工會為規範主體，且與罷工相關之規範係訂於「監督」章中，則若以工會法為罷工權之規範基礎，則不啻認為罷工權為工會之權利，惟依本文上述之分析，可知罷工權乃是勞工個人的權利，工會並非罷工權的主體，故無法以工會法為罷工權之規範基礎[360]；再者，就團體協約法而言，由於團體協約法亦是以工會為規範主體[361]，故若以團體協約法為罷工權的依據，亦將導出以工會為罷工權主體此一錯誤的論點，更何況，以團體協約法為爭議行為的依據，則形同將爭議行為定位為團體協商之輔助性工具[362]，其不但將使我國法制重覆德國通說上的問題，亦與我國的爭議行為法制理念不符；末者，以勞資爭議處理法而言，其第 1 條係規範：「本法依中華民國憲法第 154 條制定之。」憲法第 154 條則規定：「勞資雙方應本協調合作原則，發展生產事業。勞資糾紛之調解與仲裁，以法律定之。」依學者之分析，憲法第 154 條所宣示的「勞資協調和合作原則」的精神係在於促使勞資雙方協調合作，自主地共同決定其勞動條件與生產秩序，而罷工的進行正是在於確保勞資的協調合作得於實質平等的基礎上進行，以確保勞資間真正的和諧[363]，此一解釋於參酌德國爭議行為法制上發展亦可得出相同的結論──為了確保勞資自治任務的實現，讓團體協商不會淪為毫無實益地空轉，需肯定自願的調解機制

---

[359] 黃程貫，同註 36，頁 206 至 207。

[360] 黃程貫，同註 36，頁 207。

[361] 修正後團體協約法第 2 條規定：「本法所稱團體協約，指雇主或有法人資格之雇主團體，與依工會法成立之工會，以約定勞動關係及相關事項為目的所簽訂之書面契約。」

[362] 黃程貫，同註 36，頁 207。

[363] 蔡維音，同註 185，頁 135。

DOI:10.6814/NCCU202200387

或是在調解不成立之後發動爭議行為的自由，依此意旨，可知憲法第 154 條係基於一肯定爭議行為的立場，據此以訂立的勞資爭議處理法當亦秉同一理念，故可以肯定勞資爭議處理法為罷工權的制定法基礎。

而就立法論的觀點而言，本文認為勞資爭議處理法修正草案應將罷工權為進一步的明文規定，理由為：在勞資爭議處理法修正草案第 4 條第 4 款[364]中已對於爭議行為有定義性之規範，然修正草案中對於罷工權仍多採用反面禁制的規範方式，未正面使用「罷工權」之文字。不過，由修正草案第 46 條第 1 項之規範：「爭議行為應依誠實信用及權利不得濫用原則為之，並應顧及其行為對公眾利益影響。」可知爭議行為進行時使被課予遵守誠信原則與權利濫用禁止原則的要求，此已說明了爭議行為具有權利性格，故需遵守一般的權利行使原則，勞資爭議處理法修正草案已蘊含了承認爭議行為乃是一權利的理念，此點宜在勞資爭議處理法修正草案加以明文化，例如於增列「罷工權：勞資爭議當事人為解決勞資爭議，於法令限制之範圍內，得進行爭議行為之權能」之權利基礎的明文規範。

國立政治大學 National Chengchi University

[364] 勞資爭議處理法修正草案第 4 條第 4 款：「爭議行為：指勞資爭議當事人為達成其主張，所為之罷工或其他阻礙事業正常運作及與之對抗之行為。」

DOI:10.6814/NCCU202200387

第四章　罷工權之限制

第一節 罷工權行使限制規範之概觀

承上一章之分析，罷工權乃是一受到憲法保障之權利，而基本權不可能有絕對無限制性(Unbegrenztheit)與不可限制性(Unbegrenzbarkeit)，因此問題的重點不在於「得否」限制基本權、而在於「如何」限制基本權，對於作為集體勞動權內涵之一的罷工權，與其他任何權利的行使相同，亦均受到一定的限制，即憲法第23條的規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」依此規定，對於罷工權的限制需符合三項要件：第一、基於防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益的考量；第二、具有必要性；第三、須以法律來限制，此三項要件乃是憲法所保留的要件，以決定任何一個涉及侵犯人民基本權利之國家高權-行政、立法與司法-其行為的合憲性[365]，而此一限制基本權的規範正是在於授權立法者衡量特定社會行為態樣中相衝突權利的比重後，決定相對立之基本權利在不同情形中實現的先後[366]。易言之，憲法第 23 條乃是一解決基本權衝突的規範[367]，只有相衝突的他人基本權與具有憲法位階的法價值可以成為限制基本權的正當事由[368]，此一要求被具體化為「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益」的誡命，僅個人行使基本權而與他人自由權利或公共利益發生衝突或有發生衝突的潛在可能性時，國家為了調和個人自由與群體生活，始有依憲法第 23 條限制人民基本權的可能[369]。

---

[365] 陳新民，公共利益的概念，收錄於《憲法基本權利之基本理論(上)》，元照，2002 年 7 月五版二刷，頁 182 至 183。

[366] 司法院大法官釋字第 509 號蘇俊雄大法官協同意見書。

[367] 陳怡凱，同註 340，頁 182 至 183。

[368] 李雅萍，德國法上關於基本權之限制，憲政時代第 22 卷第 1 期，頁 34。

[369] 徐良維，國家干預人民基本權之合法性與正當性，政策研究學報第六期，頁 269。

DOI:10.6814/NCCU202200387

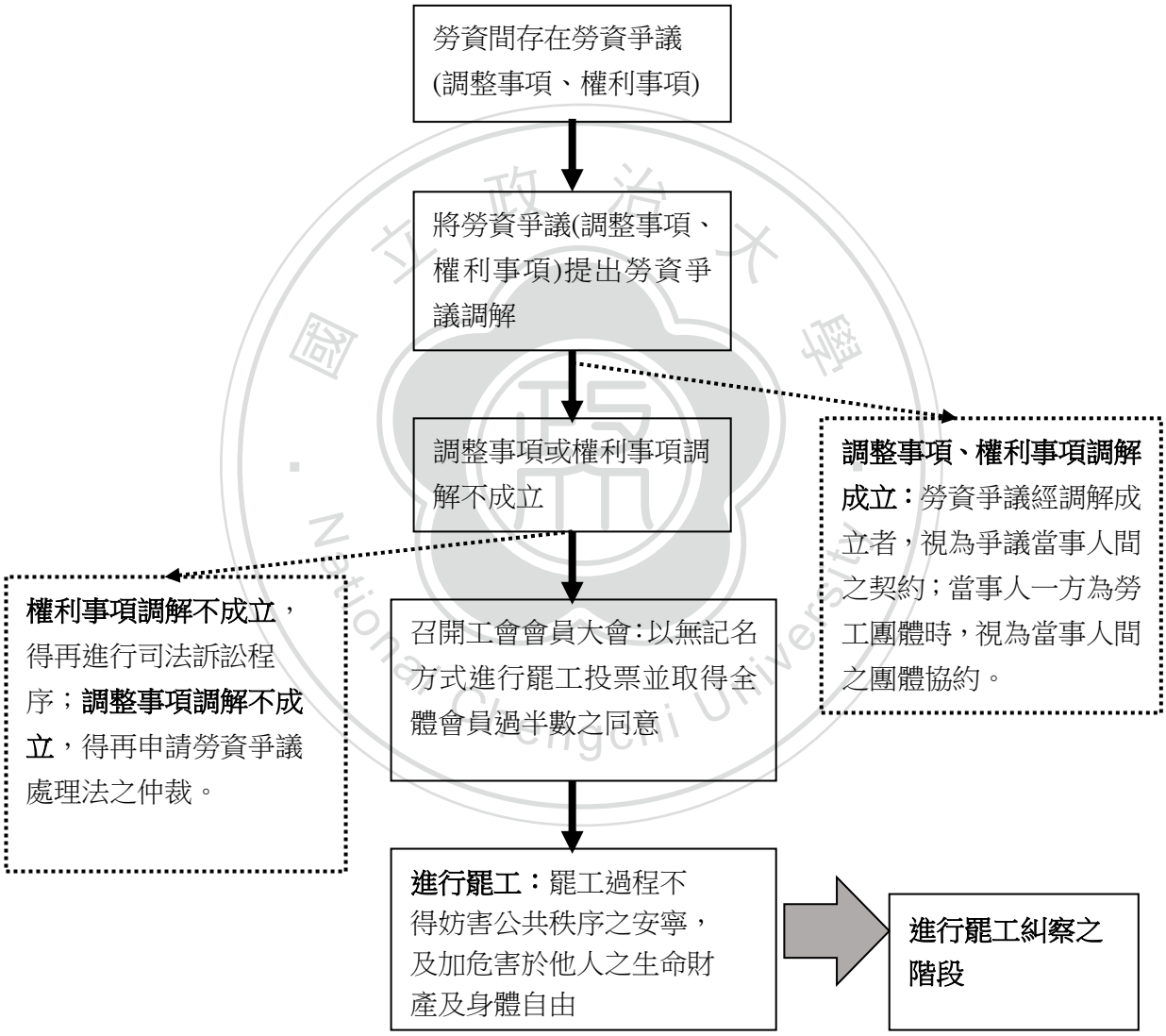
在罷工中所引起的利益衝突—不論是來自爭議行為當事人與其爭議對手、或與爭議無涉之第三人、甚至一般社會大眾，基本上這即是一種典型的基本權衝突問題，此時不論在立法上或是法律的解釋適用上，一方面雖然必須給予受到侵擾之人的財產權、人格權、身體權與自由權等諸項權利以適當之保護，但另一方面亦須維持罷工適度活動空間，以衡平解決衝突，不得對罷工之進行造成過度之限制，亦即需符合憲法第 23 條限制基本權的規範，而非要求罷工行為無限度地讓步、一面倒地維護他方利益的完整性，若然，這將導致罷工行為退化成為消極的不作為而完全喪失功能，憲法對於罷工權的保障將淪為空談，這乃是依憲法第 23 條基本權限制原則而對於罷工進行限制時，所不可忽略之點。

在工會法、勞資爭議處理法與團體協約法中，對於罷工權之行使已訂有諸多限制，分別規範於工會法第 26 條：「勞資或僱傭間之爭議，非經過調解程序無效後，會員大會以無記名投票經全體會員過半數之同意，不得宣告罷工。工會於罷工時，不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由。工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工。」、勞資爭議處理法第 8 條：「勞資爭議在調解仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為。」與團體協約法第 20 條第 1 項「團體協約當事人及其權利承繼人，對於妨害團體協約之存在，或其各個規定之存在之一切鬥爭手段不得採用。團體協約當事團體，對於其所屬團員，有使其不為前項鬥爭，並使其不違反團體協約之規定之義務。」依此規定，一個合法的罷工須具備四項積極要件與四項消極要件，共計八項限制規範。積極要件為：第一、須工會始得為之；第二、須有勞資或僱傭間之爭議；第三、須該爭議業經過調解程序且無結果；第四、須舉行會員大會並以無記名方式進行罷工投票，且罷工投票之結果須有全體會員過半數之同意。消極要件為：第一、罷工不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由；第二、工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工；第

DOI:10.6814/NCCU202200387

三、在調解仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為；第四、工會不得就現存團體協約中已有之內容進行任何鬥爭手段[370]，依此，罷工之合法程序如下圖 5 所示。

圖 5：現行法規範之罷工合法要件



(來源：本文自製)

[370] 黃程貫，同註 121，頁 47。

DOI:10.6814/NCCU202200387

由上圖5可知，勞動三法中所規範的八項要件多是直接「限制罷工發動」的規範，亦即啟動一場合法罷工的前提要件，僅第五項要件「罷工不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由」，為罷工進行過程中的限制，而與罷工糾察具有最直接之關連性，在我國學說上的討論則是將限制罷工糾察的要件置於「罷工手段的限制」上，此將於下一章中進行分析。至於罷工的合法發動要件另以「罷工主體之限制、目的之限制與程序之限制」來控制，其與上述數項罷工要件之對應[371]如下表2所示。

表 2：現行法之罷工限制規範一覽表

罷工之限制	現行法之規範		
罷工主體之限制	須工會始得為之(工會法第 26 條)		
罷工目的之限制	1.須有勞資或僱傭間之爭議(工會法第 26 條)	2.不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工(工會法第 26 條)	3.不得就現存團體協約中已有之內容進行任何鬥爭手段(團體協約法第 20 條第 1 項)
罷工程序之限制	1.須該爭議業經過調解程序且無結果(工會法第 26 條)	2.須舉行會員大會並以無記名方式進行罷工投票，且罷工投票之結果須有全體會員過半數之同意(工會法第 26 條)	3.在調解仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為(勞資爭議處理法第 8 條)
罷工手段之限制	罷工不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由(工會法第 26 條)		

(來源：本文自製)

[371] 黃程貫，同註 121，頁 53。

DOI:10.6814/NCCU202200387

不過，在勞資爭議處理法修正草案的《爭議行為》章[372]中，限制罷工進行過程的規範被進一步擴大，修正草案第 46 條第 1 項與第 3 項分別規定：「爭議行為應依誠實信用及權利不得濫用原則為之，並應顧及其行為對公眾利益影響」、「工會及其會員所為之爭議行為，該當刑法及其他特別刑法之構成要件，而具有正當性者，不罰。但以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞時，不適用之。」此等規範多涉及不確定法律概念的解釋適用，在此即有適應社會發展並慮及利益衡量的空間，使所涉法律能落實相應的規範功能，此時須注意到的是該不確定法律概念的解釋不得造成過度擠壓罷工糾察生存空間的結果，否則將造成爭議行為無法發揮其應有之功能。

不過，在上述勞動三法所訂的數項罷工限制規範以外，我國尚有「罷工之正當性」此一理論的提出-即罷工應具備主體正當性、目的正當性、程序正當性與手段正當性，然究此一理論之內涵實蘊涵德國法制上所要求之「爭議行為之團體協約相關性」以及「爭議行為之比例原則」的思維，其對罷工糾察的合法性判斷亦產生相當的影響，此在解釋我國現行爭議行為法制，以及修訂勞資爭議處理法中與爭議行為相關的規範上，實已在相當程度上被引用至國內，故在探討我國法制的同時，實無法將德國法制上的討論棄置不顧，故本文於分析各項我國罷工糾察的規範時，將一併介紹德國法上之相關討論[373]。

---

[372] 參附錄一：勞資爭議處理法修正草案(節錄)。

[373] 由於德國的通說係認為罷工僅是一落實團體協約自治的輔助性工具，故由團體協約制度之協約界限(tarifrechtliche Grenzen)中發展出的數項罷工合法性要件構成了合法發動的要件[373]，亦即罷工須具備團體協約相關性(Tarifbezogenheit)，其一般係指：第一、罷工目的應以締結團體協約為限；第二、僅團體協約當事人得為爭議行為；第三、罷工不得違反團體協約的和平義務。罷工在具備了上述的團體協約相關性要件後，始取得進入勞動爭議領域的入場卷，亦即此時罷工才具有合法發動的基礎，罷工領導並得據此指定、培訓罷工糾察人員，讓罷工行動從籌劃與準備階段開始進入實際行動的階段。不過，依據法院判決的見解，罷工在實際行動的過程中尚須符合數項限制要件，始能通過全面的合法性審查，罷工措施並非只需在一個具有團體協約相關性的罷工中進行即滿足了合法性的要求。依據法院判決與學說上的論述，罷工在實施過程中尚須符合一般性的爭議原則(Allgemeine Grundsätz)與特別的爭議禁止(besondere Kampfverbote) 規範，此兩者即構成罷工進行中的限制：(一)一般性的爭議原則：此主要係指爭議對等原則(Gebot der Kampfparität)、

DOI:10.6814/NCCU202200387

第二節 罷工之主體限制

第一項 工會之罷工獨占權

我國工會法第 26 條規定：「勞資或僱傭間之爭議，非經過調解程序無效後，會員大會以無記名投票經全體會員過半數之同意，不得宣告罷工。工會於罷工時，不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由。工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工。」依本條之文義，應僅工會得組織或發動罷工，其他任何不具有合法工會地位之「(勞工)團體」或「個人(個別勞工)的集合」均不得為之，此條規範形同明文承認工會的罷工獨占權[374]；而依學者之分析，工會法承認工會獨占罷工之目的在於避免罷工行動自發、突擊、散漫無組織地恣意進行，並確保有一對罷工行動負責、監督、掌控的單位，也確保資方在意欲繼續集體協商時有一明確的對口單位，希望藉此較能將罷工行動統一集中，以免頻生

相當性原則(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)，而由相當性原則中尚發展出最後手段原則(Ultima ratio Prinzip)與公正爭議原則(Gebot fairer Kampfführung)等。其中所謂的「爭議對等原則」係指，因規範勞動生活中之勞動與經濟條件的團體協約乃是調和勞資雙方對立之利益後的妥協成果，而為了達成被調和後之利益狀態的衡平性與正確性，必須確保勞資雙方之社會力量得以自由形成，且勞資雙方需維持趨近對等力量(annäherndes Gleichgewicht)的關係，而在藉助爭議行為以形成團體協約的過程中亦需保持雙方力量的對等，故勞動爭議雙方當事人—亦即團體協約雙方當事人，其於勞動爭議的開始、進行與結束的階段中都須具有趨近對等的力量，如果一方的力量始終較為強勢，則藉由爭議行為而進行的團體協約談判將淪為一方的宰治而無法發生作用，無論如何絕對應加以避免或防止，不過，基於雇主在勞動關係中所具有的優勢力量，勞資雙方的立足點一開始就有所不同，爭議對等原則通常是用來審查雇主的爭議行為，例如鎖場，至於勞方在罷工過程中所為的罷工糾察一般被認為未踰越爭議對等原則，甚至被認為是確保均勢爭議力量所必要的手段，故本文此處不擬就勞動爭議對等原則為進一步分析。至於「最後手段原則」，此係指當勞資雙方已窮盡一切協商的可能性而仍無任何和平協商以解決衝突的可能性時，勞方始得訴諸罷工的方式來化解爭議，易言之，於各個促成團體協約簽訂之手段的取捨上，爭議行為應是最後被考慮的手段；依據法院判決與學說理論，最後手段原則乃是由相當性原則中的必要性(Erforderlichkeit)原則所導出，此一原則並非在於限制罷工進行中的手段，而在於限制罷工開啟的正當性，故與罷工糾察亦較無關連性，故本文此處亦不擬就最後手段原則為進一步分析。(二)特別的爭議禁止：此主要係指基本法、刑法與企業組織法等法制上的特別規範，罷工的措施不得對其中的相關規範有所牴觸。Vgl. Junker, a.a.O. (Fn.188), Rn. 602 ff., Rn. 619; Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 32 Rn. 1 ff.; Kreuz, Verhältnismässigkeit im Arbeitskampfrecht, 1988, S. 521.

[374] 林炫秋，同註 14，頁 32；黃程貫，同註 121，頁 47。

DOI:10.6814/NCCU202200387

失控或無法預測的脫序行為，並且促使勞資雙方的正常生產經營秩序得以儘早恢復[375]。因此，依學者對於工會法第 26 條之詮釋，一事業單位中的多數勞工縱與雇主談判破裂，亦無進行罷工之可能，而只得依法提出調解與仲裁，未加入工會之勞工亦僅得於加入工會後始得進行罷工[376]。

不過，需附帶說明的是，罷工以外的爭議行為應無工會獨占的問題。由工會法第 26 條之文義觀之，本條所規範之「由工會宣告」，乃是法律專就罷工此一類型之爭議行為所為的規定，惟因本條亦構成爭議行為的限制，依憲法第 23 條之意旨，對於人民權利之限制應以法律為之，則此一專就罷工所為的限制在無法律明文規範下，不應認為亦得適用於罷工以外的爭議行為，易言之，勞資爭議事件的當事人在無工會組織時仍得進行罷工以外的爭議行為，此一論點亦曾為學者所主張：「我國法令並未規定罷工以外的爭議行為亦須經工會為之，故例如杯葛等爭議行為得亦由少數勞工為之。」[377] 可知我國法制係對於罷工以外的爭議行為採取相較於罷工為低度的規範，工會獨占原則僅可適用於罷工此一類型的爭議行為上。

若將此一問題再就勞資爭議處理法修正草案為觀察，首先，由於勞資爭議處理法修正草案第 6 條第 2 項之規定，調整事項勞資爭議之勞方當事人，除了工會之外，未加入工會但有勞工 10 人以上為相同主張者，或是事業單位僱用勞工未滿 10 人時，有 3 分之 2 以上勞工為相同之主張，均得為勞方當事人，依此規範，可知在設有工會的事業單位中應以工會為勞資爭議當事人，惟事業單位中若未成立工會，則以一定數目的勞工群體為勞資爭議當事人，亦即相較於現行勞資爭議處理法將工會與一定數目勞工群體並列為勞資爭議當事人之規範，修正草案對於

---

375 黃程貫，同註 121，頁 47。

376 楊通軒，爭議行為合法性之判斷標準—最高法院 84 年台上字第 1074 號民事判決評釋，收錄於勞動法裁判選輯(一)，元照，1999 年 12 月初版，頁 195。

377 魏千峰，勞動刑法之特殊性，收錄於勞動法裁判選輯(二)，元照，1999 年 12 月初版，頁 375 至 376。

DOI:10.6814/NCCU202200387

未加入工會之一定數目勞工亦賦與調整事項勞資爭議當事人的地位；再者，勞資爭議處理法修正草案《爭議行為章》中就爭議行為訂有一般性的規範，修正草案第 4 條第 4 款中規定，爭議行為指「爭議當事人」為達成其主張所為之罷工及其他阻礙事業正常運作或對抗之行為，雖然修正草案並未將勞資爭議事件當事人與爭議行為當事人之關係為明文規範，然因有進行爭議行為需求者自然是各該勞資爭議事項的當事人，故可認為在無工會組織時，修正草案第 6 條第 2 項所規範之一定數目的勞工群體仍得進行罷工以外的爭議行為，易言之，就罷工以外的爭議行為，勞資爭議處理法修正草案雖然確立了由工會發動爭議行為的原則，但與罷工受工會獨占的情形不同，無工會之勞工仍得例外地發動罷工以外的爭議行為。

第二項　非工會罷工之可能性

一般而言，工會獨占罷工權的思維，除上述之說明外，亦受德國法上將罷工視為實現團體協約自治的輔助性手段的影響，依德國團體協約法第 2 條第 1 項之規定，團體協約當事人為工會、雇主與雇主團體；此外，工會或雇主團體的聯合組織(Spitzenorganisation)亦得擔任團體協約當事人。依此論點，非工會罷工乃被視為違法的爭議行為，而聯邦勞動法院早於 1963 年 12 月 20 日的判決[378]中就宣示此一立場，聯邦勞動法院之判決指出，由於罷工不可避免地會造成國民經濟的損害，故基於罷工所須注意的秩序要素(Ordnungsmoment)，絕對不容許非工會罷工，而為了確保罷工時參與成員會遵守一般爭議規則，僅得授權給能為此保證之個人或團體，這在勞方僅有工會足堪此任，個別勞工、全體勞工或非工會的勞工同盟均無法提供此一保證[379]，易言之，法院承認工會對於罷工的獨占權(gewerkschaftliches Streikmonopol)[380]；不過，所謂的工會罷工僅是指一場罷工需由工會來召集，但罷工中的各個行動—例如停止提供勞務、散發傳單或進行罷工糾

[378] BAG 20.12.1963, AP Nr. 32 Art. 9 GG Arbeitskampf.

[379] Däubler, a.a.O. (Fn. 65), Rn. 110；林炫秋，同註 14，頁 88。

[380] Vgl. BAG 07.06.1988, AP Nr. 106 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

DOI:10.6814/NCCU202200387

察等，其行動之參與者則不以工會會員為限[381]，惟若一非屬發動罷工之工會的會員另有參與其他工會，其需無和平義務的拘束始得合法地參與之[382]。

雖然德國學說中亦有反對工會獨占罷工的主張[383]，但實務與學說上通說仍以上述論點為主。不過，聯邦勞動法院認為例如一時性團體所進行的罷工為非工會罷工，其事後由工會加以承接，即可以溯及地取得合法性[384]，則一場原來非由工會領導的罷工亦得以雙方締結集體契約的方式落幕，這就能發揮相當於工會所發動之罷工所具有的秩序功能而為法秩序所容許。

在一個將爭議行為視為一輔助團體協約制度之工具的立法例中，爭議行為的當事人與團體協約當事人兩者也通常被劃上等號，亦即只有具締結團體協約能力的當事人得進行爭議行為，反之，一個無法締結團體協約的當事人也當然不得進行爭議行為，即如上述所介紹的德國法制。惟若爭議行為非以締結團體協約為前提時，爭議行為的當事人自不以團體協約當事人為限，而在我國的爭議行為法制中，對於工會獨占罷工的理由並未說明，不過，依我國學說上的討論，可知此乃基於託付工會維持罷工時的秩序要素，以及確保資方得找尋到協商對口之故，而後項理由即類似德國法制上所論及的爭議行為之團體協約相關性(Tarifbezogenheit)。不過，誠如本文上述，在各種爭議行為之中，我國法制僅讓罷工為工會所獨占，其他類型的爭議行為仍存在非工會進行的空間，可知工會存在與否並不當然影響資方找尋協商對口的問題，就此而言，我國並不存在以爭議行為之團體協約相關性來限制僅工會得為爭議行為的制度背景。

再者，除了著眼於爭議行為當事人得締結團體協約此點外，由於工會具有維持罷工時之秩序的功能，督促參與成員於罷工時遵守一般爭議規則，以實現勞動

---

381 Däubler, a.a.O. (Fn. 65), n. 111.

382 Koch, a.a.O. (Fn. 139), §193 Rn.12; Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 132.

383 Däubler, a.a.O. (Fn. 65), Rn. 110 ff.

384 BAG 5.9.1955, AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

DOI:10.6814/NCCU202200387

爭動爭議中所須注意的秩序要素，故授權工會為爭議行為當事人[385]，依此可知，以工會獨占爭議行為乃是一法政策論的規範結果。既然如此，在此需要檢視的是—非工會所為的罷工難道沒有滿足所謂爭議行為之秩序要素的可能性嗎？此處所稱之秩序要素應是指工會在罷工期間應盡力敦促其成員遵守一般爭議規則，此乃是一種行為義務(Handlungspflicht)，而非一個結果保證義務(Garantiepflicht)，故一個能自治自律的團體其實就足堪擔任此一任務。此外，由於我國法制對於工會的成立要件乃是採形式性的規範[386]，與德國法制上以實質要件來判斷一團體是否屬於工會[387]的情形大相逕庭，因此，我國法制上的工會並不必然較諸如「勞工自救會」、「勞工聯誼會」或是基於達成某一目的而形成的一時性團體更具有團結意識與自律能力而得以約束其成員。

更重要的是，就我國之勞動生活的現實為觀察，我國產業工會的組織率一向極低，自 1996 年以來未曾超過 5%，2008 年更呈現 3.2%的低靡狀態[388]，若認為僅工會得宣告進行罷工，無工會組織之勞工不得為之，此無異是杜絕了大多數勞工為罷工行動的可能性！而且在我國爭議史上，非工會所為的罷工行動一向具有很高的重要性，例如豐原客運員工自救會於 1989 年為追討雇主所積欠之薪資並抗議雇主解僱自救會 23 人、尊龍客運員工自救會於 2003 年為追討雇主所積欠薪資與勞健保費、抗議雇主未維修車輛有危行車安全，以及金門料羅碼頭工人於 2003 年為反對民營化，要求合理轉業與撫卹補償等，上述事件中均發生了罷工

---

385 Däubler, a.a.O. (Fn. 65), Rn. 110

386 工會法第 6 條第 1 項：「同一區域或同一廠場，年滿二十歲之同一產業工人，或同區域同一職業之工人，人數在三十人以上時，應依法組織產業工會或職業工會。」

387 參第二章第二節第一項第一款第一目「同盟的意義」。

388 我國產業工會組織率之統計資料，參勞委會統計資料庫資料：https://statfy.mol.gov.tw/statistic_DB.aspx (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

DOI:10.6814/NCCU202200387

行動[389]，如果我國的罷工法制無法適用於此等無工會之勞工身上，而僅為了讓該5%的工會會員而訂，此一制度無異形同虛設。

雖然在勞資爭議處理法的修正草案中維持工會獨占罷工的規定，不過，此一立法的妥適性在學者間已有人提出質疑，學者指出，罷工如果是指一種廣義的拒絕勞動，工會其實沒有非存在不可存在的理由[390]，上述基於法政策論的規範並非一個絕對的選項，另亦有學者提出一時性團體的優點與功能，例如一時性團體較具有彈性與有效性或是較具有主動性與自發性等[391]，承上諸項理由，法律就工會獨占罷工的規範實值再予深入檢討，以免讓我國的罷工法制淪為一虛設的制度。

第三項　工會與參與罷工之勞工的關係

工會雖得組織或發動罷工，但因工會雖為法人，而工會並非如營利法人之公司得由董事會執行職務般可委由工會理事會代表全體會員[392]進行罷工行為，一場罷工行動需由工會通過決議而為宣告，並由個別工會會員的支持和參與，始有進行的可能[393]，此亦為我國法院之見解[394]。不過，我國法制一方面以「勞工」為爭議行為的主體，但另一方面又規範由工會宣告罷工，因此，參與罷工之勞工與工會的關係為何，此為需進一步釐清的問題。對此，學者指出，肯定工會介入罷工

---

389 以上各罷工行動之資料，參陳政亮、孫窮理、李育真、歐陽萱編，工運年鑑 2003.06-2004.05，世新大學社會發展所、苦勞網、台灣勞工資訊教育協會出版，2006 年 1 月；陳政亮、孫窮理、李育真、陳秀蓮、楊宗興、楊億薇編，工運年鑑 2004.06-2005.05，世新大學社會發展所、苦勞網、台灣勞工資訊教育協會出版，2007 年 12 月。

390 張鑫隆，勞資爭議處理法修正重點解析，96 年全國產業總工會勞動三法共識營，全國產業總工會主辦，2007 年 3 月 21 日至 3 月 22 日，頁 10。

391 黃程貫，同註 27，頁 193 至 196。

392 工會法第 15 條第 1 項：「理事會處理工會一切事務，對外代表工會。」

393 蔡烱燉，同註 2，頁 84 至 85。

394 最高法院認為「罷工係指企業主之『多數勞工』，為繼續維持或變更其勞動條件或為獲取一定之經濟利益，依一定程序，經由『工會宣告』，由『多數勞工所為』之協同的停止勞務提供之勞資爭議行為」，在基隆客運事件損害賠償案中，最高法院均維持此一見解，參最高法院 85 年度台上字第 846 號民事判決；最高法院 86 年度台上字第 2980 號民事判決；最高法院 87 年度台上字第 2559 號民事判決；最高法院 88 年度台上字第 1908 號民事判決；最高法院 89 年度台上字第 1795 號民事判決。

DOI:10.6814/NCCU202200387

乃是基於法政策之考量，目的之一在於藉由工會監控罷工之採行以避免罷工權被過度濫用，目的之二在於藉由罷工以輔助工會簽訂團體協約，使團體協約制度能充分發揮功能，此種工會之介入權稱為「工會之同意權」，而一些特定的法律行為效力的發生本有須經第三人之同意始生效力者，例如限制行為能力人所訂之契約，須經本人承認而生效力，我國民法第 117 條對此即有所規定：「法律行為須得第三人之同意始生效力者，其同意或拒絕，得向當事人之一方為之。」在罷工權之行使上，工會之同意權即為個別勞工罷工行為生效的要件，個別勞工之罷工權的行使因而受到限制。

依此意旨，罷工的行使乃分裂為二：第一、個別勞工之罷工權，第二、工會之同意權，此二者互相牽制，個別勞工僅於取得工會之同意時始得合法有效地行使罷工權。而此一由法政策所導出之工會介入罷工的權能，讓罷工行動必為一集體行動，縱使實際上進行罷工行動者為單一勞工，亦只是罷工進行策略的問題；由此亦可發現，罷工行為所具有的「集體性」，其乃是法律對於罷工權之行使進行限制所致的結果，並非罷工行為的本質[395]。至於工會行使同意權的方式，工會法第 26 條第 1 項規定，工會應召開會員大會以無記名投票經全體會員過半數之同意而宣告罷工，此亦牽涉到罷工之程序限制的問題，以下將進一步討論之。

第三節 罷工之目的限制

在我國的現行規範上，工會法第 26 條前段規定「須有勞資或僱傭間之爭議」始得宣告罷工，而勞資爭議處理法將勞資爭議事項區分為權利事項勞資爭議與調整事項勞資爭議兩種類型，亦言之，勞資或僱傭間若具有權利事項勞資爭議與調整事項勞資爭議則得據此為發動罷工的理由。不過，在我國學界中，有為數不少之學者[396]均認為此處所指「勞資或僱傭間之爭議」僅限於調整事項勞資爭議，而

[395] 黃程貫，同註 36，頁 205 至 206、頁 219 至 220。
[396] 參學者黃程貫之整理分析，同註 121，頁 47 至 48。

DOI:10.6814/NCCU202200387

不及於權利事項勞資爭議；此外，依勞資爭議處理法第 4 條第 3 項之規定，調整事項勞資爭議係指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議，然我國有學者認為此處之爭議不僅是指調整事項爭議，該調整事項爭議尚需內含追求團體協約此一目的，始為合法，亦即爭議行為僅擔任團體協約制度的補助性角色，即所謂團體協約相關性的具備[397]。

其實在權利事項爭議得否進行的罷工的爭議上，一方面這雖然是司法救濟管道是否有效的問題，另一方面，將權利事項爭議排除於罷工所得追求目的之外，亦內含了德國法制上之團體協約相關性的思維，此與政治性罷工、示威性罷工或同情性罷工等同被排除在罷工目的之外的處境相同，僅因在我國的勞動實務上以權利事項勞資爭議為目的之罷工較具有爭議，加上權利事項爭議與我國勞動訴訟程序的關係向來為關注的焦點，故權利事項爭議與團體協約相關性的關係較未受到討論，事實上，爭議行為的團體協約相關性亦是德國爭議行為制度中的特定法政策，經本文上述分析，應可以明白其與我國的法制發展甚為不同，甚難逕引為我國罷工目的之限制原則，故本文下就罷工目的的檢討將以我國現實狀況中的權利事項爭議為起點，分析將權利事項爭議排除於勞資或僱傭間爭議之外的適法性，此外，工會法第 26 條第 3 項與團體協約法第 20 條第 1 項尚訂有兩項罷工目的之消極要件，以下併予討論之。

第一項 罷工的目的限於「調整事項」？

勞資爭議處理法將勞資爭議事件分為調整事項與權利事項，一般而言，權利事項之勞資爭議可能為工資、資遣費、退休等各項給付衍生之爭議，或是勞工遭到調職、終止勞動契約、或面臨解僱以外之企業懲戒，乃至於雇主單方為各項勞動條件的變更，例如減薪、工作時間或休假時間變更等，或是雇主單方為工作規則之不利益變更，例如請假制度、考績制度或獎金發放辦法的更改等，事實上，

[397] 楊通軒，同註 376，頁 196。

DOI:10.6814/NCCU202200387

相對於調整事項勞資爭議，權利事項的勞資爭議一向為我國勞資爭議事件中主要的問題[398]，但一般均認為權利事項之勞資爭議不得進行爭議行為，此為學者批評為爭議行為法規範與社會現實的乖離[399]，實需予以檢討。在權利事項之勞資爭議中，有的勞資爭議事項具有不當勞動行為性質，有的則屬「一般」的權利事項勞資爭議，此兩者之特性有所不同，以下茲就此兩種性質之權利事項勞資爭議分析之。

第一款 以不當勞動行為爭議為罷工目的

在權利事項勞資爭議中，特別具有爭議的是具有「不當勞動行為」性質的勞資爭議事件[400]，例如雇主將工會幹部調職[401]、解僱勞方的協商代表[402]或是因勞工參與爭議行為而予以解僱或懲戒等，這些問題都是屬於權利事項之勞資爭議。雖然具不當勞動行為性質的爭議有如上述屬權利事項者、亦有非屬權利事項者[403]，但不論何種爭議都會造成集體勞動權的侵害[404]，勞工一旦循司法程序尋求救濟，

---

398 黃程貫，台灣勞資爭議處理之法律規定與檢討，健全勞資爭議訴訟上及訴訟外紛爭處理機制國際研討會，2007 年 9 月 26、27 日，頁 84。舉例而言，在 2008 年 1 月至 3 月間所發生勞資爭議事件中，權利事項爭議為 4992 件，而調整事項爭議僅有 101 件，參勞委會統計資料庫資料：https://statfy.mol.gov.tw/statistic_DB.aspx (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

399 張鑫隆，同註 70，頁 314。

400 張義德，同註 44，頁 9 至 11。

401 例如發生於 1989 年 3 月間的遠化罷工事件，資方將工會幹部徐正焜自新竹調職至台北，經工會與資方調解未果後，資方將徐正焜以連續曠工三日為由而加以解僱。

402 例如發生於 2007 年 9 月間的中華電信工會會務人員勞資爭議事件，資方(中華電信工會)將於爭議期間將中華電信工會會務人員聯誼會所推派出的勞方協商代表予以解僱，參中華電信工會會務人員聯會，中華電信工會無視勞動法令 踐踏勞動三權 勞資爭議調解徹底宣告破裂，2007 年 11 月 29 日，苦勞網：https://www.coolloud.org.tw/comment/7285 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)；中華電信工會會務人員聯會，電視名嘴、工運先鋒張緒中惡性開除工會會務人員、中華電信工會大開勞動人權倒車 被迫害員工將串聯全國電信員工罷免張緒中，2007 年 9 月 21 日，苦勞網：https://www.coolloud.org.tw/comment/1416 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

403 在工會法修正草案第 33 條就不當勞動行為類所為之規範，即將不當勞動行為區分為涉及私權事項與非私權事項兩種類型，前者所生之爭議即為權利事項勞資爭議，關於私權事項與非私權項不當勞動行為之區分，參林佳和，勞資爭議處理法修正草案中裁決處理程序相關問題研究，2004 年 5 月 20 日，頁 82 至 83。，

404 關於不當勞動行為制度係導源自美國與日本，而此一制度之目的在學說上有團結權保護說、團結權之秩序維持說與團體協商說(團體交涉重視說)三種見解，日本學說上的通說為團結權保護

DOI:10.6814/NCCU202200387

以解僱事件爭議為例，事實上法院並不會審查雇主是否因該勞工擔任工會幹部、勞方協商代表或參與爭議行為而予以解僱，而是依照勞基法的終止保護規定(勞基法第 11 條、第 12 條)來判斷解僱的合法性，只要符合勞基法之規定即屬合法，同盟自由基本權遭受侵害的問題在司法上一向被加以隱藏而未出現在訴訟過程中[405] [406]，因此此種爭議縱使得循求司法途逕救濟卻仍無法解決或曝露同盟自由基本權遭受侵害的困境；再者，此種爭議中雖具有司法救濟可能性，但是個別勞工或工會得向一般法院請求救濟卻會因訴訟曠日費時且所費不貲，這對於具有急迫性及時效性的勞動紛爭解決實有所不當[407]。

學者[408]曾提出見解，主張得對於具有不當勞動行為性質的勞資爭議事件進行爭議行為，以有別於一般的權利事項勞資爭議，事實上，縱是以個別勞工、而非

說，而美國制度則是採團體協商說(團體交涉重視說)，依學者之分析，我國的不當勞動行為制度較近於日本，參張鑫隆，勞動三法草案中不當勞動行為之法律上的定位—以行政救濟與司法救濟之探討為中心，2005 年勞工法規論壇會議，頁 2 至 4；本文此處即採團結權保護說之論點為分析。另外，關於團結權保護說、團結權之秩序維持說與團體協商說(團體交涉重視說)三種見解之詳細介紹，參張義德，同註 60，頁 22 至 31。

[405] 黃程貫，規範台灣的不當勞動行為與制度建構(上)，勞動者電子報，2004 年 11 月 30 日，載於 https://enews.url.com.tw/enews/30384 (最後瀏覽日期：2008 年 6 月 8 日)

[406] 行政院勞工委員會「勞資爭議處理法裁決專章再修正條文草案說帖」對於勞動三法規範不當勞動行為立法目的與規範意旨之說明第二點與第四點：「二、團結權受侵害事實被忽略：在傳統之法律規範體系下，並無法對雇主所進行之不當勞動行為進行有效之規範，以致我國勞工無法就其勞動三權獲得確切而充分的保障。雖然就個別勞動法的觀點而言，該等紛爭在外觀上雖屬雇主是否濫用解僱權的問題，惟從集體勞動法的層面觀之，實質上更涉及了勞工團結權受侵害的事實。」、「四、法院對集體法之陌生：再者，遭解僱之勞工還必須面對法院對集體勞動法的陌生，因為法院在審理這些案件時，往往以其是否有『違反勞動契約或工作規則』的視野，判斷雇主所為解僱的處分是否『合法』，而未從勞動三權保障之觀點切入，仔細地探究雇主行使解僱權背後所隱藏『阻擾勞工行使勞動三權』的『不當動機』，從而使勞工遭致不利之敗訴判決。」參勞資爭議處理法裁決專章再修正條文草案說帖，行政院勞工委員會，2004 年 12 月。

[407] 行政院勞工委員會「勞資爭議處理法裁決專章再修正條文草案說帖」對於勞動三法規範不當勞動行為立法目的與規範意旨之說明第三點:「訴訟程序曠日費時:當勞工面對此種解僱行為時，姑且不論有多少人因預期在訴訟程序中所處的劣勢地位而直接放棄權利，另謀生路，即使有勇氣提起訴訟的勞工，還必須面對在訴訟程序中耗費勞力、時間、費用之煎熬，例如大同公司白正憲理事長之『八年抗戰』即為明顯適例。」參勞資爭議處理法裁決專章再修正條文草案說帖，行政院勞工委員會，2004 年 12 月。

[408] 林炫秋，同註 14，頁 117 至 118；蔡烱燉，同註 2，頁 120 至 121。

DOI:10.6814/NCCU202200387

工會為雇主不當勞動行為之對象，該行為亦會對於工會整體的團結活動產生不利之影響，因而在此所保護者並非個人的利益，而係透過對於個人的救濟而保護工會的團結[409]，更可顯示此種爭議與一般的權利事項勞資爭議確有區別。雖然涉及私權的不當勞動行為勞資爭議在現行的爭議行為法制中仍被多數見解否定其爭議可行性，不過，在勞資爭議處理法修正草案的規範中，其已明文承認得就不當勞動行為進行爭議行為，修正草案第 46 條第 2 項規定：「雇主、雇主團體經裁決機關認定違反工會法第三十一條、團體協約法第六條第一項規定者，工會得依本法為爭議行為。」工會法修正草案第 33 條[410]說明為：「為保障勞動三權之運作，對於雇主以不當勞動行為破壞工會之團結者，不論其為何種爭議類型，經主管機關裁決會認定屬實時，允許該不當勞動行為之一方工會得為爭議行為，爰為第三項規定。」過去勞委會曾有函釋[411]表示，爭議行為所針對的勞資爭議事項應限於以工會本身為當事人的情形，但在此修正草案的規範下，在不當勞動行為之權利事項爭議中，縱使所涉爭議係發生在個別勞工(甚至是單一勞工)身上，該個別事項勞資爭議亦得成為爭議行為的發動原因。

---

[409] 張義德，同註 60，頁 13。

[410] 工會法修正草案第 33 條：「雇主或代表雇主行使管理權之人，不得有下列行為：一、因勞工發起工會組織、加入工會、參加所屬工會之活動或擔任工會職務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。二、對於勞工以不加入工會或擔任工會職務為僱用條件。三、因勞工提出團體協商之要求、擔任團體協商職務或簽約代表，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。四、因勞工參與或支持爭議行為，而解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。五、不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動。」

[411] 在工會以項調整事項勞資爭議為爭議行為標的的情形，行政院勞工委員會表示，個別勞工權利事項之爭議，經依勞資爭議處理法第 9 條第 2 項規定委任其所屬工會申請調解，且經調解不成立後，該工會不可據以宣告罷工。行政院勞工委員會之理由為 1989 年 12 月 20 日(78)台勞資一字第 29180 號函釋：「權利事項勞資爭議之當事人為個別勞工者，得委任其所屬工會申請調解，為勞資爭議處理法第九條第二項所明定。當事人－個別勞工如依此規定申請調解，則該工會僅為調解之代理人，並非爭議之當事人。而工會法第 26 條所謂『經調解程序無效後』之調解，須以工會為當事人，本案工會既僅係調解當事人之代理人而非當事人，自不得依工會法第 26 條第 1 項之規定宣告罷工。」

DOI:10.6814/NCCU202200387

第二款 權利事項爭議不得進行爭議行為？

第一目　學者之質疑與批判論點

在工會法第 26 條前段所規範「勞資或僱傭間之爭議」此項罷工要件中，最富爭議者即是「權利事項爭議」得否進行爭議行為，雖然學者多將「不得就權利事項爭議進行爭議行為」描述為我國學說上的通說[412]，惟遍觀我國學術界之研究，強烈主張權利事項爭議不得進行爭議行為者反而為少數學者[413]之論點，事實上我國學界中有更多挑戰此項結論的質疑[414]，而行政機關所為的相關函釋[415]亦未正面認定權利事項爭議不得進行爭議行為，僅表示：「至於權利事項之爭議，經調解無效後，得否依工會法第 26 條之規定，經由會員大會過半數之同意，宣告罷工，查工會法第 26 條僅就進行爭議行為之程序予以規定，並未規範爭議之內容。」甚至在最高法院的判決見解亦未否定就權利事項進行罷工的可能性：「罷工...並非僅就僱主之行為違法時，爭取法定之權益之手段，而常係為爭取超過法定最低標準利益，以改善勞工生活之措施。」[416]綜合我國法院之判決、行政機關之函釋與學說論述，是否能認為權利事項爭議不得進行爭議行為為我國通說，實值懷疑。

在我國法的討論中，主張權利事項爭議不得進行爭議行為之論點係基於司法程序優先，以及法律之和平功能與罷工為最後手段等原則[417]，此點與德國法上的討論並無不同，不過，我國的勞動社會現實與德國卻是大相逕庭，依據勞委會之

---

412 黃程貫，同註 121，頁 47 至 48。

413 楊通軒，同註 376，頁 196；黃程貫，同註 36，頁 181；廖義男，現行勞資爭議法規與抗爭手段規訂之檢討，國立臺灣大學法學論叢 第 19 卷第 1 期，1989 年 12 月，頁 107；陳繼盛，同註 36，頁 386。

414 例如：張鑫隆，同註 70，頁 425 至 427；黃瑞明，同註 21，頁 46 至 51；詹文凱，杯葛之合法性界限，收錄於勞動法裁判選輯(二，元照，1999 年 12 月初版，頁 211；魏千峰，同註 377，頁 374。此外，學者林佳和與黃程貫雖未正面肯定得就權利事項勞資爭議進行爭議行為，但亦提出其可能性，參林佳和，同註 85，頁 17；黃程貫，同註 27，頁 262 至 244；黃程貫，同註 121，頁 48 註釋 3。上引學者見解之整理分析，參下文之說明。

415 行政院勞工委員會 91 年 2 月 20 日 (90)台勞資一字第 0910004654 號函。

416 最高法院 87 年度台上字第 2559 號民事判決最高法院 87 年度台上字第 2559 號民事判決

417 參學者黃程貫之分析，同註 27，頁 262 至 263；黃程貫，同註 121，頁 48。

DOI:10.6814/NCCU202200387

統計，我國勞資爭議事件在 1989 年度僅有 1943 件，然而，迄 2007 年勞資爭議事件已倍增到一年 19729 件，其中以資遣費與工資為主要的勞資爭議事件，而在 2008 年 1 月至 3 月短短三個月間，即有 5093 件勞資爭議事件，其中權利事項占 4992 件[418]，此亦顯示我國的勞資爭議事件係以權利事項為主，而且此一現象在勞動生活中經常為一集體事件，此外，勞工在無工會組織時多可能以組織自救會的方式以向雇主追討資遣費與工資，例如在 2003 年時就曾有高雄建偉電子員工、桃園進輪汽車員工、桃園群祥電子員工、尊龍客運員工與十美電子員工組織自救會以要求雇主清償資遣費與工資等[419]。

基此，學者紛紛質疑此一論點適用在我國的合法性與合理性。批評之論點首先由實務界之人士提出，其論點為[420]：(一)法律上雖以調整事項為原則，但從「舉輕明重」之推論可知，勞動契約應有之權利受害時更能以爭議行為方式請求彌補。(二)雇主不履行義務而造成勞資爭議最大原因之現象下，認為權利事項爭議得進行爭議行為，實為保全勞工權利之必要途逕。(三)我國司法機關制度設計不良，勞工費時經年後仍無取得權利，此種情況已非循法定救濟程序即可補救。

此一由社會實務狀況出發的批評亦受到學者的支持，學者除認為權利事項爭議不得進行爭議行為之論點不但於法無據，而且我國主要勞資爭議事項一向以權利事項為主，若禁止與勞工關係最切的事項為爭議行為，不啻與現實乖離[421]；此外，一個有效法律保障(effectiver Rechtsschutz)制度亦是禁止就權利事項進行罷工的依據，而此種制度在我國顯然並不存在[422]，學者並進一步提出，對於以權利事

---

[418] 勞委會統計資料庫：https://statfy.mol.gov.tw/statistic_DB.aspx (最後瀏覽日期：2021 年 6 月 8 日)

[419] 對於我國近年勞資爭議事件之記錄，參陳政亮等編，工運年鑑 2003.06-2004.05，世新大學社會發展所、苦勞網、台灣勞工資訊教育協會出版。

[420] 詹文凱，同註 414，頁 211；魏千峰，同註 377，頁 374。

[421] 黃瑞明，同註 21，頁 47；張鑫隆，同註 70，頁 427。

[422] 我國之勞動訴訟往往曠日費時，審判品質亦迭受質疑，目前之勞動訴訟制度相對於一個有效法律保障制度顯尚有相當距離，參例如，劉師婷，我國勞動司法審判制之檢討與展望—以民事審

DOI:10.6814/NCCU202200387

項爭議來進行罷工的法律評價，有權利濫用之禁止的機制可以規範，而且勞工的真意若是欲透過爭議行為來展示對於雇主債務不履行之不滿，基於爭議行為原本的性格就是各個勞工展示其反抗意志的行動，則這種抗議性的罷工又何嘗不可[423]。

第二目　以同時履行抗辯權取代罷工？

另有學者認為，在關於一定給付的權利事項勞資爭議事件中，例如雇主不履行其主要契約者，如雇主未給付工資給付時，以及雇主未提供合乎人道之勞動條件和雇主未遵守勞動保護法規等情況，勞工此時享有同時履行抗辯權而得拒絕履行工作義務，以貫徹勞動契約上的請求權，其效果形同罷工，應特別注意的是，在行使同時履行抗辯權時，只有其請求權經雇主以違反契約給付義務而侵害之勞工始得為之，同一企業或其他企業中未被侵害之勞工則不得主張之[424]。

然而，事實上，勞工並非得就所有的勞動契約上請求權主張同時履行抗辯權，我國民法第 246 條所規範之同時履行抗辯權僅在具備一定要件下，始得行使，其要件為：第一、因雙務契約互負債務，第二、對待給付之存在及屆清償期，第三、未為對待給付，在符合此三項要件後，勞工始得行使同時履行抗辯權，例如在我國勞動實務中經常發生的調職爭議即無法藉由同時履行抗辯權來解決問題，例如中華電信公司在 2007 年 2 月至 5 月間為推動自願退休政策而大規模調動員工[425]，致發生多起勞資爭議，在此種情況中，勞工與雇主雖因勞動契約關係而互負債務，但是勞工拒絕給付勞務與雇主「未合法」[426]行使調職權之間並不存在對待給付之

判為中心，集體勞動關係法制—理論與實務之融合研討會，中國文化大學法學院勞動法與社會法研究中心主辦，1003 年 12 月 29 日，頁 5-11 至 5-13。

[423] 張鑫隆，同註 70，頁 427。

[424] 黃程貫，由罷工權及拒絕工作權之法律性質談勞工集體休假，政大法學評論第 37 期，1998 年 6 月，頁 116 至 117；黃程貫，同註 27，頁 263 至 264。

[425] 中華電信工會研究處(編)，中華電信公司員工陳情中華電信公司違反團體協約暨勞基法案報告資料，2007 年 5 月 28 日。

[426] 中華電信公司在 2007 年 2 月至 5 月間大規模調動員工，例如將任職秘書業務之員工調至專事行銷的職務上，要求集中從事 call-out 工作，或是例如將員工調至離原工作地點一百公里多之外的地方從事行銷工作等，造成勞工無法接受新職務而願意與雇主「合意終止勞動契約」的現象，

DOI:10.6814/NCCU202200387

關係，則除非雇主所為的調動將同時導致勞工處非人道之勞動條件中或違反勞動保護法規等，否則勞工實不得行使同時履行抗辯權。

此外，雇主積欠工資為勞工得行使同時履行抗辯權的典型狀況，惟「工資」之概念在我國法上向來頗富爭議，勞工若認為某一項給付屬於工資而在自認已符合民法第 264 條要件而行使同時履行抗辯權，然該權利事項爭議嗣經法院審判而認定非屬工資，勞工先前行使行使同時履行抗辯權則非屬合法，易言之，同時履行抗辯權的行使要件本身具有一定程度的不確定性，若勞工需冒此風險，勞工依此途逕來貫徹權利的可能性則有大為降低而無實效的問題。再者，勞工行使同時履行抗辯權的效果為拒絕勞務之提供，若認為同時履行抗辯權的效果形同罷工，無異認為罷工亦僅是勞工消極地不工作，此與罷工包含積極作為的定義不符，故縱使勞工具有同時履行抗辯之權利，亦難以完全取代罷工的功能。

第二項 工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工

工會法第 26 條第 3 項規定，工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工，本項規定為爭議行為目的之限制，此一規定在 1992 年基隆客運罷工事件的訴訟案中，曾為資方主張勞工與工會罷工違法的理由之一，惟該訴訟案經法院審理後，最高法院認同台灣高等法院 85 年度勞上更一字第 15 號判決見解，認為工會法所定之標準工資，與勞動基準法基本工資之涵義不同，而且倘若「標準工資」即「基本工資」，則勞工得依罷工方式爭取加薪者，僅限於雇主所給付之工資未達「基本工資」之違法情形，以要求加薪達「基本工資」之標準，罷工制度之功能豈非幾盡無法實現，自難謂符合法律容許勞工罷工以保障勞資雙方權益之意旨[427]。

從而中華電信公司得以遂行其人員換血的政策目的，參中華電信公司員工陳情中華電信公司違反團體協約暨勞基法案報告資料，中華電信工會研究處編，2007 年 5 月 28 日。上述中華電信公司之行使雖造成員工相當的反彈，惟資方之調職行為是否合法，此仍需由法院判斷。

[427] 最高法院 87 年度台上字第 2559 號民事判決：「況依行政院勞工委員會於 83 年 5 月 3 日台 83 勞資一字第 30379 號函稱：「現行工會法第二十六條第三項雖有『工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工』之規定，惟標準工資之數額迄未訂定。」以故，被上訴人之罷工，縱係為

DOI:10.6814/NCCU202200387

標準工資並非基本工資，此一論點已經由法院判決加以確定[428]，標準工資實際上是指法令規定或團體協約上約定一工資之範圍、標準[429]，不過我國目前並不存在此一制度，我國勞工行政主管機關亦已否認我國訂有標準工資[430]，可知本條規定在我國實全然不具意義[431]，在勞資爭議處理法修正草案中已刪除此項規定[432]。

要求加薪，因標準工資額數，既未經主管機關訂定，自無罷工所要求之加薪超過「標準工資」之可言，被上訴人之罷工難謂不法。又依行政院勞工委員會 78 年 10 月 15 日臺(78)勞資三字第 23099 號函稱：「工會法第二十六條第三項所稱『標準工資』並非『基本工資』；『標準工資』，我國尚無訂定。」參以罷工乃勞工為爭取其利益，集合多數勞工，以停止工作為手段，要求僱主同意給與特定利益之行為。並非僅就僱主之行為違法時，爭取法定之權益之手段，而常係為爭取超過法定最低標準利益，以改善勞工生活之措施。至勞動基準法所規定之「基本工資」，為最低標準之勞動條件，勞工於其勞動條件未達勞動基準法所定之最低標準致權利受損時，可依法提起訴訟以求救濟，無須再依罷工方式爭取。倘「標準工資」即「基本工資」，則被上訴人得依罷工方式爭取加薪者，僅限於上訴人所給付之工資未達「基本工資」之違法情形，以要求加薪達「基本工資」之標準，罷工制度之功能豈非幾盡無法實現，自難謂符合法律容許勞工罷工以保障勞資雙方權益之意旨。且工會法與勞動基準法之立法目的不同，自不得謂工會法所定之工資數額，即為最低數額。而勞動基準法所定之基本工資，係法律保障勞工之最低工資，如僱主違反基本工資之規定支薪，得由主管機關依勞動基準法第二十一條第一項、第七十九條第一款之規定，處以罰鍰，勞工已有法律之保障，根本無須以罷工方式為爭取基本工資之手段。益證工會法所定之標準工資，與勞動基準法基本工資之涵義不同。」

428 在最高法院 87 年度台上字第 2559 號民事判決之後，於例如台灣高等法院 88 年度勞上更(四)字第 10 號的民事判決中亦可見相同見解。

429 黃程貫，同註 121，頁 49。

430 參行政院勞工委員會於 83 年 5 月 3 日台 83 勞資一字第 30379 號函與行政院勞工委員會 78 年 10 月 15 日臺(78)勞資三字第 23099 號函。

431 吳慎宜，集體勞動法司法裁判之研究分析，發表於集體勞動關係法制—理論與實務之融合研討會，2004 年 12 月 29 日，行政院勞工委員會，頁 9；黃程貫，同註 121，頁 49。

432 在勞動三法修正草案中將工會法中與爭議行為相關條文移列至勞資爭議處理法，惟於勞資爭議處理法修正草案中並未見有與標準工資相關之規範，雖修正說明未列有理由，但可知應係此規範為贅文而予刪除。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第三項 團體協約和平義務之拘束

團體協約當事人不得就現存團體協約中已有之內容進行任何鬥爭手段，此為團體協約之和平義務，依據德國學說與法院判決上見解，團體協約在團體協約雙方當事人之間創造了一個具有拘束力(verbindlich)的勞動條件制度，在團體協約的有效期間，雇主依團體協約所訂的勞動條件來計算其所需支出的勞動成本，而勞工亦得在此期間享有一穩定的勞動條件，此為團體協約的秩序功能(Ordnungsfunktion)，而團體協約同樣地也有助於勞雇之間的和平，亦即團體協約的和平功能(Friedensfunktion)。而通說見解也認為，若上述團體協約的功能要有所發揮，則須禁止團體協約雙方當事人在團體協約的有效期間內，基於改變既有團體協約契約內容而進行爭議行為，此一爭議禁止即所謂的團體協約的和平義務(tarifliche Friedenspflicht)；而團體協約當事人唆使、策動其成員進行此種爭議行為，或是支援其成員進行此爭議行為等，這些行為也都在禁止之列。團體協約的和平義務在於禁止團體協約當事人以爭議爭議行為來更異既有的團體協約內容，因此其僅與團體協約的契約內容有關，此亦稱為團體協約的相對和平義務(relative Friedenspflicht)[433]。

團體協約之和平義務具有雙重的內容(doppelter Inhalt)，即積極性與消極性兩個面相。在和平義務的消極內容(negativer Inhalt)上，團體協約當事人被禁止從事爭議行為-此為團體協約當事人己身的不作為義務(Unterlassungspflicht)，而積極的和平義務內容則課予團體協約當事人以一切合於同盟法上的手段來防止其成員進行違反團體協約之爭議措施的義務-此為團體協約當事人的影響義務(Einwirkungspflicht)，不過，此一影響義務乃是一種行為義務(Handlungspflicht)，而不是一個結果義務(Garantiepflicht)，亦即團體協約當事人只要已盡力敦促其成員遵守團體協約之規定，縱團體協約當事人之成員仍有違反和平義務之行為，亦

[433] Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 218.

DOI:10.6814/NCCU202200387

應由該成員自負其責[434]。此外，相對和平義務僅是團體協約的最低限度和平，其可經由團體協約來加以擴張[435]。

我國的學說討論均將團體協約和平義務定位為團體協約中債法性效力的一部分[436]，而亦有理論認為相對和平義務乃是團體協約所必然存在的部分，團體協約當事人不需特別約定即負有此等義務[437]，就此而言，德國學說與法院判決上的傳統見解認為，每一個團體協約都自動地(automatisch)受到和平義務的拘束[438]，且和平義務是每一個團體協約債法性內容的必要組成部分，從而也毋需明文約定就具有效力[439]，但是和平義務到底從何而來，這同時也是和平義務之法律基礎的問題，實非得以略而不論。依據德國通說上的傳統見解，和平義務乃是團體協約的固有成分(immanenter Bestandteil des Tarifvertrags)，其產生自團體協約的秩序功能，並構成了勞工就雇主在團體協約上妥協讓步的對待給付(Gegenleistung)，並被視為一習慣法(als gewohnheitsrechtlich)[440]。因此，整部團體協約中縱無和平義務之約定，團體協約當事人亦負有和平義務，顯見和平義務並非由團體協約當事人的意思所形成，亦不被視為團體協約當事人的默示的約定[441]。雖此一結論在德國團體協約法制上被視為當然之理，惟仍有學者對此提出廣泛的批評，因為一旦肯定和平義務為團體協約所不可缺少的必要成分，其即具有強行法之性質，從而無不得由團體協約當事人以約定方式來排除或減縮和平義務[442]；提出批評之學者

---

[434] Vgl. nur Krause, a.a.O. (Fn. 240), Rn.158; Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 221; Wiedeman, in：Wiedemann (Hesg.), Tarifvertragsgesetz, 1999, § 1 Rn. 667ff.

[435] Vgl. nur Gamillscheg, a.a.O. (Fn.202), Rn. 146; Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 218.

[436] 參例如：黃程貫，同註 472，頁 152 至 154。

[437] 楊通軒，同註 90，頁 199；彭常榮，同註 166，頁 104。

[438] Däubler, Tarifvertragsrecht, 1993, Rn. 510.

[439] Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 218.

[440] BAG 21.12.1982, AP Nr.76 zu Art 9 GG Arbeitskampf; BAG 18.02.2003, AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Däubler, a.a.O. (Fn. 438), Rn. 511; Gamillscheg, a.a.O. (Fn.202), S. 1075；Krause, in Jacobs/Krause/Oetker, Tarifvertragsgesetz, 2007, Rn. 147.

[441] Krause, a.a.O. (Fn. 240), Rn. 147.

[442] 黃程貫，團體協約之和平義務及其反思，2005 年台灣勞動學學術研討會論文集，元照，頁 916。

DOI:10.6814/NCCU202200387

Däubler 指出[443]：首先，和平義務由團體協約制度本質導出之論證薄弱，「團體協約的制度本質」究竟為何，其具體內容完全不明確，故和平義務與所謂團體協約制度本質的關連性為何，亦無從論證；再者，通說為認為和平義務乃是團體協約秩序功能特徵的表現，惟所謂「制序功能」之內容亦空洞不明，廣義或狹義之和平義務均得納入其中而無法檢證是否亦滿足秩序功能的需求，可見此一論點的恣意性反而極高；此外，團體協約之性質乃是一由勞資雙方所簽訂的私法契約，因此雙方當事人所負的給付與對待給付為何，自應由當事人自行決定，而不能由法律上並無拘束力的「秩序」理念自外而內地導入某一給付義務-或對待給付義務，從而將和平義務視為團體協約當事人間的必然對待給付之論點也不具有正當性；末者，強制性和平義務亦難以解釋為習慣法，因為習慣法的形成乃是有一定的要件，一是須基於長期持續的慣習(langdauernde Übung)，二須有理應如此(es so sein solle)之法的確信，然依德國自發性罷工與和平義務的應否明文化引起的爭議來看，均可發現德國各界對於和平義務之問題並無一致的法之確信。

學者 Däubler 依上引諸項理由而駁斥通說論點後，認為團體協約受和平義務拘束的範圍僅得以自決原則(Selbstbestimmungsprinzip)作為基礎，因此，不論是對於和平義務範圍為限制、或是完全排除和平義務，均應得由團體協約當事人自行決定，而非依德國通說論點—將團體協約和平義務視為團體協約必要成份，並禁止團體協約當事人限制或排除團體協約的和平義務[444]。團體協約當事人得否將和平義務加以限制與約定排除，此點亦是區別兩種學說之實益所在。雖然目前德國仍以前者為通說的見解，但團體協約當事人自決原則所提出的諸端批評，深有見地，此在探討我國的團體協約和平義務時實不宜忽略。

---

[443] Däubler, a.a.O. (Fn. 438), Rn. 527 ff.；黃程貫，同註 442，頁 916 至 921

[444] Däubler, a.a.O. (Fn. 438), Rn. 533 f. 中文請參黃程貫，同註 442，頁 920 至 921。

DOI:10.6814/NCCU202200387

我國對於團體協約和平義務之理解與德國法上之通說[445]並無太大差異，但不同的是，我國法制上的團體協約和平義務的特點在於其已由制定法為規範，而德國法制上並無此明文規定。團體協約法第 20 條第 1 項規定：「團體協約當事人及其權利承繼人，對於妨害團體協約之存在，或其各個規定之存在之一切鬥爭手段不得採用。」故團體協約當事人縱使在團體協約中未有和平義務之明文約定，相對和平義務亦對團體協約當事人具有拘束力[446]。因此，只要是現存且仍有效之團體協約中有所規定之事項，團體協約當事人-即工會、雇主或雇主團體，均不得以之作為爭議內容而進行罷工，否則即屬該條文所稱之妨害團體協約整體之存在或個別規定之存在的情形[447]，修正後團體協約法第 23 條第 1 項[448]中仍繼續維持和平義務的規範。

第四項 罷工之團體協約相關性限制？

由於德國基本法第 9 條第 3 項所保障之罷工係限於以團體協約為目的者，此種解釋的結果，將各界導向研究「何者為團體協約所得規範的目標」(tarifliche regelbare Ziele)此一課題，凡是團體協約得以規範者(tariflich regelbar)，即是得進行爭議行為(erkämpfbar)的對象。將罷工限縮於爭取具團體協約相關性的範圍內，其需分為兩個層面來檢視其合法性：第一為「罷工須以締結團體協約為目標」，第二為「罷工所追求的團體協約之內容須為合法」，亦即罷工以締結團體協約為目的時，應進一步探究該罷工所追求的團體協約內容是否合法，而所謂合法的團體協約內容，乃是指該內容為團體協約所得規範者，始足當之，而亦僅有此種內容才是罷工所得追求者[449]。就此問題，由於工會方面除了追求例如工資、工時等

---

445 參本章第二節第一項第三款第三目「團體協約和平義務之與內容與法律基礎」之說明。

446 黃程貫，同註 27，頁 361。

447 黃程貫，同註 121，頁 49。

448 修正後團體協約法第 23 條第 1 項：「團體協約當事人及其權利繼受人，不得以妨害團體協約之存在或其各個約定之存在為目的，而為爭議行為。」

449 Junker, a.a.O. (Fn.188), Rn. 605, 607.

DOI:10.6814/NCCU202200387

核心勞動條件所關連的生存保障(Existenzminimun)之目標外，工會的團體協約政策(Tarifpolitik)亦廣泛地朝向創造與發展合乎人性尊嚴的勞動條件以及工作位置的保障等來發展，另外尚有在不同層次上透過團體協約來擴大既有的共同參與規範，以變革現今的企業與經濟秩序等[450]，則此等事項是否亦該當團體協約所得規範者，需進一步的討論。本文以下分別就此兩個層次所涉及的問題析論之。

第一款 罷工須以締結團體協約為目標

依據德國通說的立場，罷工須以締結團體協約為目標始得受到基本法第 9 條第 3 項的保障，然誠如本文上述，此一說法非但不具有憲法或制定法上的依據──尤其是團體協約法此部制定法，亦與基本權限制的法理不符，僅是一種法政策論的解釋結果，而德國有學者更進一步指出，基本法第 9 條第 3 項所揭示之同盟目的與同盟活動的範圍係在於維護與促進勞動和經濟條件，由此所導出的爭議行為自不應限於以締結團體協約為目的，因這點僅是同盟活動的一部分，若其他同盟的活動無施加壓力的可能性，則同盟之目的亦無法達成[451]。

不過，主張罷工須以締結團體協約為目標仍為德國多數的見解，在此脈絡下，有學者[452]在進行罷工的分類時，自始就將非以締結團體協約為目標者列為非法的爭議行為，例如通說認為對於國家或公權力機關訴求政治層面問題的政治性罷工即不具合法性，示威性的罷工以批評或影響雇主的行為為目的，此亦非以追求一團體協約為目標而不具有合法性，同情性的罷工乃是以協助他人的爭議行為為目標，原則上亦非合法的罷工，此外，以權利事項勞資爭議為目的之罷工等亦非法之所許。然而，此種將罷工不斷地細分並加以類型化的結果，反而讓將罷工權被限制在某種特定的類型之中，嚴重地窄化了罷工權的合法範圍，而令勞工透過工

---

450 Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 128.

451 Schumann, a.a.O. (Fn.284), Rn.148 ff. 中文部分請參林炫秋，同註 14，頁 125。

452 Junke, Grundkurs Arbeitsrecht, 2006, Rn.595.

DOI:10.6814/NCCU202200387

會與罷工能爭取之權益變得極為有限且微不足道[453]，而且上列各項非以締結團體協約為目標的罷工之合法性性亦非毫無爭議，實需詳加檢討。

綜而言之，在勞動實務上各項非以締結團體協約為目標的罷工，其中以政治性罷工、示威性罷工、同情性罷工與以權利事項勞資爭議為目的之罷工較具有爭議，惟因在我國實務上從未出現過政治性罷工[454]，此外我國工會之抗爭實力亦未強大到足以為聲援其他工會而發動同情性罷工[455]，故本文暫不擬對此種在德國實務上重要的爭議行為類型予以探討，而以權利事項勞資爭議為目的之罷工在我國的爭論反而較大，此一問題在德國亦非無不同的看法，故本文以下僅就「以權利事項勞資爭議為目的之罷工」之問題簡要析論之：

依據聯邦憲法法院的解釋[456]，在憲法法治國原則(Rechtsstaatsprinzip)下，國家對於司法審判具有獨占權，因此以貫徹個人權利為目的而進行的罷工乃屬違法，亦即在權利事項的勞資爭議中，應遵循司法途逕優先(Vorrang des Rechtswegs)來解決爭議，而不得訴諸自我救濟型式的爭議行為，此一論點迄今仍是德國學說與實務上的通說見解[457]。例如要求雇主再僱用被解僱的勞工，或是在解釋團體協約條款上所發生的爭議等，此均屬於權利事項爭議而不得以罷工予以貫徹。不過，得以司法途逕解決的權利事項爭議其實也是團體協約所得規範的對象，僅是其尚未成為「既有的」權利、仍為一個具「未來性」的事項，團體協約當事人得爭取將之訂入團體協約內，此時亦是罷工進行的時機，既有權利與未來性的權利此兩

---

[453] 黃程貫，同註 103，政大法學評論第 40 期，1990 年 12 月，頁 116。

[454] 政治性爭議行為的合法性一向有所爭議，對此之中文說明，參黃程貫，同註 103，頁 115 至 149；蔡維音，政治罷工之正當性，月旦法學教室第 50 期，2006 年 12 月，頁 22 至 23。

[455] 同情性爭議行為的合法性一向有所爭議，但同情性爭議行為在某些情況中仍受到容許，例如遭同情性罷工之雇主顯然在主爭議(Hauptkampf)中失去中立性，不論是接手主爭議中資方之生產活動，亦或本身屬於主爭議資方經濟上之一部分，亦即同情性勞動爭議所針對之企業與主要爭議行為所針對者彼此間具有經濟上之關連性，同情性罷工將因此一間接之團體協約可規範性而合法化，參林佳和，同註 33，頁 14；彭常榮，同註 166，頁 47。

[456] BAG 14.02.1978 , AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[457] Schumann, a.a.O. (Fn.284), Rn. 167.

DOI:10.6814/NCCU202200387

者應予明辨。另外，為了抵禦違法的罷工所採取的防衛措施也同樣地受制於司法途逕優先原則，只有在緊急防衛的情況才可以進行之[458]。

德國有學者認為上述論點看似言之成理，其實不然。首先，依德國基本法第 19 條第 4 項之規定，任何人之權利受侵害時得提起訴訟以資救濟，而本條對於司法途逕的保障規範乃是指一個有效法律保障(effectiver Rechtsschutz)制度，而不是一個僅僅存在於理論上得使用法院可能性，因此，若實際上並不存在一個有效的司法制度，則所謂的司法優先原則當然也就不可能存在，此時若再堅持司法途逕優先理論，僅是對於已無法實現的權利再增加一次侵害罷了。此外，若一個既存的權利係來自於團體協約，則當雇主不遵守團體協約之規範而讓勞工的既存權利無法實現時，基於輔助團體協約自治(Unterstützung der Tarifautonomie)的觀點，應容許就權利事項爭議為罷工，這也是平衡勞雇間力量不對等的手段。簡言之，主張得就權利事項得進行罷工的學者認為，以司法途逕優先為理由而禁止爭議行為並不具有說服力[459]。

第二款 罷工所追求的團體協約之內容須為合法

團體協約係社會自治當事人在集體法的層次上實現勞動生活中的自治，從而部分地實現[460]基本法第 9 條第 3 項所訂立之目標—維護與促進勞動和經濟條件。不過，團體協約自治在憲法上雖具有如此高度的重要性，惟其並非是毫無限制地(schrankenlos)受到保障，團體協約所得規範的內容亦有其界限，就此可以區分為團體協約的外在界限(externe Schranken)與團體協約的內在界限(interne

[458] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 24 Rn. 73ff.; Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 140.

[459] Schumann, a.a.O. (Fn.284), Rn. 168 ff.

[460] 由於本文認為團體協約僅是實現基本法第 9 條第 3 項的手段之一，其他例如：爭議行為、員工對於企業的參與決定等，此均應是維護與促進勞動和經濟條件所得採取的方式，故此處始謂團體協約僅「部分地」實現基本法第 9 條第 3 項所訂立之目標。

DOI:10.6814/NCCU202200387

Schranken)[461] ，罷工僅得追求在此界限內的團體協約，否則一場罷工縱使在於訴求團體協約的締結，一旦逾越團體協約的界限，仍無法獲得合法的評價。

第一目　團體協約自治的外在界限

團體協約作為法秩序(Rechtsordnung)的一環，其不得牴觸較高位階的法源，尤其是憲法與制定法，這也是團體協約自治的外在界限[462]。德國之勞動法法源與我國大致相同，但有部分法源為我國所無者，一般而言，德國勞動法法源的階層順序為：第一、歐盟法律(Recht der EG)；第二、基本法(Grundgesetz)；第三、強行性之制定法(zwingendes Gesetzsrecht)；第四、具強制性之團體協約規範(zwingende Tarifvertragsnormen)；第五、強行性企業協定(zwingende Betriebsvereinbarungsnormen)[463]；第六、勞動契約之約定；第七、任意性的企業協定、團體協約與制定法(dispositive Betriebsvereinbarungs-,Tarifvertrags-und Gesetzsnormen)；第八、雇主的勞務指示權(Weisungsrecht des Arbeitgebers)[464] 。強制性的團體協約規範與任意性的團體協約規範需依此法源位階來形成其內容，始符合團體協約自治的外在界限的限制。

第二目　團體協約自治的內在界限

基本法第 9 條第 3 項為一具有「目的限制」的規範，亦即同盟自由基本權所涵蓋的範圍及於所有構成勞動關係內容之勞動與經濟條件的維護與促進[465]，這點也構成了團體協約的內在界限。易言之，團體協約並非得將所有的事項均作為規

---

[461] Junker, a.a.O. (Fn.188), Rn. 510 ff.

[462] Junker, a.a.O. (Fn.188), Rn. 511.

[463] 德國企業組織法第 77 條第 4 項：「企業協定具有直接且強制的效力。員工依企業協約獲得之權力，僅於取得員工代表會之同意，始得放棄。失權之規定對此權利排除適用。訴權之除斥期間，僅得以團體協約或企業協定規定之；消滅時效期間之減短，亦同。」

[464] Junker, a.a.O. (Fn. 188), Rn. 69 ff.

[465] 黃程貫，同註 103，頁 133。

DOI:10.6814/NCCU202200387

範標的，團體協約當事人制定團體協約規範的權限僅在於勞動與經濟條件的維護與促進之範圍內，這也對於團體協約當事人行動空間構成了限制[466]。

基本法第 9 條第 3 項所指之勞動與經濟條件乃是從屬性勞動所據以提供的要件，而德國團體協約法(Tarifvertragsgesetz，簡稱「TVG」)第 1 條第 1 項將此一內在界限加以具體化，逾此內在界限的團體協約即無法取得基本法第 9 條第 3 項的保障[467]。德國團體協約法第 1 條第 1 項規定：「團體協約規範團體協約當事人間的權利與義務，並包含法規範的內容，即勞動關係的內容、勞動關係的締結與勞動關係的結束，以及企業上與企業組織法上的規範。」[468]依本項規定前段的文義，可知團體協約的一部分係在規範團體協約當事人的權利與義務，這類規範即是團體協約的債法性效力部分(schuldrechtlicher Teil)，例如團體協約當事人雙方合意，於遇有團體協約上的爭議時，雙方應先進行協商，或是對於不遵守團體協約的同盟成員約定處置辦法等，此種類型的條款就稱為債法性效力條款；再依本項規定的後段文義，亦可知團體協約包含了如同制定法此種抽象的規定，其內容為「勞動關係的內容」、「勞動關係的締結」與「勞動關係的結束」，以及「企業上的規範」與「企業組織法上的規範」此五種類型[469]，且適用於所有被團體協約範圍所涵蓋的勞動關係，這些規範即是團體協約的法規性效力部分(normativer Teil)，例如團體協約雙方約定對於 53 歲以上、未滿 65 歲且年資至少滿三年的勞

---

[466] Junker, a.a.O. (Fn. 188), Rn. 510.

[467] Junker, a.a.O. (Fn. 188), Rn. 510 ff.

[468] 團體協約法第 1 條第 1 項之原文為：「Der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können.」

[469] 關於此五種類型之內容，舉例而言，第一、勞動關係的內容：例如關於工資、工時、休假等勞動條件的規範。第二、勞動關係的締結：例如規範建築業中因天氣因素而被解僱之員工的重新僱用條款。第三、勞動關係的結束：例如約定雇主一般解僱權的排除。第四、企業上的規範：例如關於禁煙或門禁等企業規則的約定。第五、企業組織法上的規範：例如企業組織法上員工代表會的權限，但此種約定一般具有補充企業組織法的特徵，而且僅得擴大企業組織法中員工代表會的權限，而不得在團體協約中限縮之。Vgl. nur Zöllner, a.a.O. (Fn.204), § 36 S. 365 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

工僅能基於重大事由而予解僱，或是約定自次年度起將基本工資提升 3.1%等，這些類型的規範構成了團體協約最重要的部分，即法規範條款。[470]此外，依據德國團體協約法第 4 條第 2 項的規定[471]，團體協約雙方當事人設立共同性機構(gemeinsame Einrichtungen)亦屬團體協約法規範的內容，例如工資補償金(Lohnausgleichskassen)或度假基金(Urlaubskassen)等。

德國團體協約法第 1 條第 1 項將團體協約的內容進行上述原則性的區分，其重要性在於法規範條款與債法性效力條款兩者法律效力上的差別，前者乃是用以規範最低勞動條件，並直接且強制地[472]適用於所有被團體協約範圍所涵蓋的勞工，而後者僅拘束團體協約的雙方當事人[473]。

不過，德國有學者將此一分類的作用延伸擴及爭議行為的制度之中，其質疑團體協約債法性條款之爭議可行性(Erkämpfbarkeit)，而認為爭議行為僅得以團體協約中的法規範條款為目標，而不及於債法性條款[474]。惟若支持此種論點，則在通說將爭議行為的目標限縮在團體協約所得規範之內容的限制之外，無疑地又再增加了一道關卡—即排除團體協約債法性條款作為爭議行為目標的合法性，這將在相當程度上削減爭議行為的功能。對此，有學者[475]提出反駁意見，認為無論是法規範條款或是債法性條款均得作為爭議行為的目標，此反駁意見首先指出，在制定法中無一條規定將團體協約規範區分為可進行爭議的(erkämpfbar)與不可進行爭議的(nichterkämpfbar)的類型，所以這種區分在制定法上首先就遭逢無法可

470 Däubler, a.a.O.(Fn. 106), Rn.83 f.

471 團體協約法第 4 條第 2 項：Sind im Tarifvertrag gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien vorgesehen und geregelt (Lohnausgleichskassen, Urlaubskassen usw.), so gelten diese Regelungen auch unmittelbar und zwingend für die Satzung dieser Einrichtung und das Verhältnis der Einrichtung zu den tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern.

472 團體協約之直接性與強制性效力，中文之說明，參黃程貫，團體協約，收錄於台灣法學新課題(四)，頁 144 至 152。

473 Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn. 152.

474 Theo Mayer-Maly, BB 1965, 829 (829 ff.)

475 Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn. 154 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

循的困境；此外，在許多情況中，一個得以用法規範條款來約定的事項可能被轉化成以債法性條款方式來呈現，而且在爭議行為發動之初，一個事項究竟是法規範條款或是債法性條款並不總是明確無疑的[476]，因此以一個有爭議的分類標準來決定爭議行為合法與否，這點在法安定性(Rechtssicherheit)的確立上就難以具有說服力，更何況爭議行為所訴求的團體協約經常同時包含著法規範條款與債法性條款兩者；更重要的是，基本法第 9 條第 3 項所保障的是勞動與經濟條件的維護與促進，而這點得藉由團體協約的法規範條款來實現，亦得在債法性條款中加以落實[477]，並不僅限於法規範條款，若將債法性條款自爭議行為的合法目標中加以排除，這顯然與基本法第 9 條第 3 項的規範不符，因此在結論上應認為所有得以團體協約來規範的內容—不論是法規範條款與債法性條款均得透過爭議行為來追求之[478]。

其次，應進一步探究者為，規範於基本法第 9 條第 3 項中，為團體協約之法規範條款與債法性條款所共同追求之「勞動與經濟條件」(Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen)究為何指？勞動與經濟條件本身為一抽象的概念，團體協約法雖然將此概念加以類型化[479]，但仍未具體說明勞動與經濟條件本身的定義，況且勞動與經濟條件為各種團體協約規範類型的上位概念，所有的勞動與經濟條件理應都在團體協約的職權範圍之內，團體協約法的分類僅得將此一抽象概念於制定法的層次上加以具體化，而不得基於法律上的分類來限縮勞動與經濟條件的範圍，否則不但有萎縮團體協約制度之功能的疑慮，亦有不當窄化爭議行為法制

---

[476] 一項團體協約中規範究係為法規範條款或債法性條款，並非總是得以一目了然而毫無爭議，對此問題參 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 2004, § 1 Rn. 267 ff.

[477] Däubler, a.a.O. (Fn. 438), Rn. 174.

[478] Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn. 154 ff. 中文之說明，參林炫秋，同註 14，頁 128 至 129。

[479] 勞動與經濟條件在團體協約約法中被區分為法規範條款與債法性條款，而前者更再進一步區分為勞動關係的內容、勞動關係的締結、勞動關係的結束、企業上的規範、企業組織法上的規範與團體協約雙方當事人設立共同性機構等類型，但亦有無法以法規範條款來規範的勞動與經濟條件，此時需由藉由債法性條款來發揮功能，參 Däubler, a.a.O. (Fn. 438), Rn. 175 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

得發揮效能之空間的問題。不過，「勞動與經濟條件」在德國的法制中實際上迄今並無一個確定的解釋，此一概念依時代變化而隨同繼續演進發展，法院判決亦僅是就個別事項判斷其是否屬於勞動與經濟條件；不過，在進行判斷時並不是將勞動條件與經濟條件截然切割而視為兩種各自獨立的事項，從而將某一事項定位為勞動條件或經濟條件，而是將此兩者視為一個整體(Gesamtheit)，而勞工則是依此來提供從屬性的勞務[480]。這在討論例如工資、工時等核心勞動條件時較不生問題，此無疑地屬於團體協約所得規範的事項，但在分析何為「經濟條件」時，就必須將其置於勞動生活中的脈胳來加以理解，因為惟有與勞務之提供有所關連的經濟事項始得被劃歸於基本法第 9 條第 3 項的保障範圍之內[481]。

在經濟事項的分析上，具有重要性的爭議問題在於：企業的政策決定(unternehmenspolitische Entscheidung)得否以團體協約來加以規範，例如企業的關場決定、外移政策、生產技術的更新-例如將廠場的設備自動化，或是投資計劃等？這個問題同時也是在探討爭議行為得否對於企業的政策決定施加影響。以雇主的角度來看，一個關乎企業發展的經濟事項應不得由團體協約來加以規範，更遑論受爭議行為的施壓，且縱使雇主的政策決定是魯莽或不明智的，團體協約亦僅得間接地干涉經營者的經營自由，這也是勞動法制的限制之所在[482]。對於這樣的觀點，若以雇主的立場來審視當然很容易理解，然而，若再進一步深究，則可以發現上舉各項企業政策對於勞動生活並非沒有關連，這些企業的政策決定可能影響到雇主支付工資的能力、亦可能直接導致勞工工作的喪失等，顯見企業的政策決定與勞動關係實有緊密的關係，從而屬於團體協約所得規範的事項，當然亦得以爭議行為來施加壓力[483]。

---

[480] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 4 Rn. 28.

[481] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 4 Rn. 30.

[482] Däubler, a.a.O.(Fn. 106), Rn. 18 ff.

[483] Schumann, a.a.O. (Fn.284), Rn. 163 ff; Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 4 Rn. 30.

DOI:10.6814/NCCU202200387

第四節 罷工之程序限制

第一項 調解程序前置原則

工會法第 26 條第 1 項規定，勞資或僱傭間之爭議非經過調解程序無效後，不得宣告罷工。本條規定之「調解程序無效」即是指調解程序未能解決勞資爭議當事人間爭議的情況，解釋上即是指勞資爭議處理法調解不成立[484]。依此規定，罷工行動在勞資雙方當事人拒絕協商或協商破裂後，仍然須待勞工行政主管機關之介入調解，如無法達成共識，始得進行罷工，此即行政機關之調解程序前置主義[485]。依此規範，勞資爭議當事人間縱訂有調解條款[486]，且依約定之調解程序進行調解且無法化解爭議，其仍需再依勞資爭議處理法之調解程序再次進行調解，故欲進行爭議行為之一方當事人即使已明瞭雙方已窮盡一切的協商可能性，亦無法免去此道國家調解程序，此與調解程序本所欲追求的目的已不相符，徒具形式。

再者，由於在調解程序進行期間不得進行罷工[487]，此形同對於罷工的行使期間加諸限制，但本條規範適用於一切勞資爭議，並未區分所涉勞資爭議與是否與憲法第 22 條所列防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益等事由有所相關──且在此縱暫不論憲法第 22 條所列各項概括事由是否與法律安定性原則有違，以本條規範限制罷工權的行使是否具有實質上的理由，已生疑義，更何況，依據勞資爭議處理法之調解程序規範，調解持續的期間並非

---

484 勞資爭議處理法第 17 條：「爭議當事人對勞資爭議調解委員會之調解方案不同意時，為調解不成立。」；勞資爭議處理法第 18 條：「爭議當事人對勞資爭議調解委員會之調解方案不同意時，為調解不成立。」

485 黃程貫，同註 27，頁 264；黃程貫，同註 121，頁 48。

486 例如中華電信工會與中華電信公司所訂團體協約第 47 條即規定：「甲乙雙方應各推派代表三人至五人，共同組成勞資爭議處理小組，以解決雙方或乙方會員與甲方間之重大爭議。 前項處理小組處理爭議時，應本協調合作精神協商解決。 」

487 勞資爭議處理法第 8 條：「勞資爭議在調解仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為。」

DOI:10.6814/NCCU202200387

固定，且其長短亦非當事人所得決定[488]，而且勞資爭議處理法對於何謂「調解程序進行期間」亦無明確規範[489]，此均可能造成當事人採取罷工行動上的不確定性，並非適當之立法。

在德國的爭議行為法制中，對於調解程序的規範大抵可以區分為由團體協當事人所約定的調解程序(vereinbarte Schlichtung)與國家所訂的調解程序(staatlich vorgeschriebene Schlichtung)[490]，不過，調解程序多由團體協約當事人以約定的方式進行，藉此以輔助團體協約自治功能的運作，而依據聯邦勞動法院[491]的觀點，每一個爭議措施都必須在窮盡一切的協商可能性之後始得採行，因此爭議行為也是一種最後的手段(das letzte mögliche Mittel, ultima ratio)，故調解程序乃是具有必要性的，當調解程序的進行亦無解決雙方的歧見時，僅得進行爭議行為來謀求共識，這也是調解程序的作用所在。至於國家的調解制度僅具有補充性的地位，亦即只有在於團體協約當事人未約定調解規範時始會將國家所訂的調解規範列為考量[492]，而強制性的國家調解(staatliche Zwangsschlichtung)則被認為有違團體協約自治原則，德國通說其與基本法第 9 條第 3 項的保障意旨不符[493]，德國法制中目前亦無此種國家強制調解的規範存在。

---

[488] 例如勞資爭議處理法第 12 條第 2 項前段：「主管機關認有必要時，得將前項期限酌量延長之。」或勞資爭議處理法第 15 條：「勞資爭議調解委員會應於接到前條調查結果及解決方案後七日內開會。但必要時或經爭議當事人雙方同意者，得延長至十五日。」。

[489] 例如關於調解程序結束時點之認定，即有爭論，對此，行政院勞工委員會 77 年 8 月 4 日(77)台勞資三 字第 15393 號行政函釋表示：「調解期間：係指直轄市或縣 (市) 主管機關依職權交付調解，並通知勞資爭議當事人之日，或接到勞資爭議當事人雙方或一方之完備申請書之日起算，至調解記錄送達之日終止。」惟依勞資爭議處理之規定，爭議當事人對勞資爭議調解委員會之調解方案不同意或同意時，調解程序即已告一段落，上揭行政函釋再將調解期間延長至調解記錄送達，不但讓當事人無法掌握調解期間確切時點，亦再增加了對於罷工行使期間的限制，並非妥適。

[490] 關於德國的勞動爭議法制中各種調解類型之簡介，參 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 68 Rn. 16ff.

[491] BAG 21.04.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[492] Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 699.

[493] Vgl. nur Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 706.; Gamillscheg, a.a.O. (Fn.202), S. 1304.; Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 70 Rn. 24ff., § 68 Rn. 24ff.; Schaub, a..a.O. (Fn. 214), § 196 Rn. 11.; Schumann, a.a.O. (Fn.284), Rn. 217.

DOI:10.6814/NCCU202200387

對於國家強制調解制度之合憲性的討論，有學說基於避免導致整體經濟與國家情勢過激(gesamtwirtschaftliche oder gesamtstaaliche Extremsituation)的爭議行為，而提出國家強制調解例外合憲的情況，其所執之理由例如為悠關人民生命之利益、對抗極端情形下的緊急情況[494]或是避免社會秩序陷入危險等，依此理由來限制團體協約自治固非無見，但是，在進行國家強制調解以限制團體協約自治暨爭議行為自由前所不能迴避的問題為：「由『誰』來確定何種情況為上述各種極端或過激的情形，而得以正當化對於爭議行為的禁止？強制調解的權利在何種標準、何種條件存在？其存續的期間為多長？」這些問題在欠缺制定法規範的情況下是難以回答的，不過，縱使交給立法者亦無法獲得解決，因為一旦採用概括條款來規範上述各種情形的要件，此亦僅將導致違反法治國原則所要求的法律安定[495]。 此外，基本法第 9 條第 3 項第 3 句即為所謂的緊急狀態立法，其規定「依第 12 條之 1、第 35 條之 2、3 項、第 87 條之 1 第 4 項，以及第 92 條所採之措施，其主旨不得違反本項所稱結社保護並促進勞動與經濟條件所為之勞工運動」，亦即在發生基本法第 12 條之 1、第 35 條之 2、3 項、第 87 條之 1 第 4 項，以及第 92 條所規範之緊急狀況時亦不得限制同盟維護與促進勞動和經濟條件的行為──包含進行爭議行為，此雖非表示團體協約自治與爭議行為自由不受任何限制，但僅同受憲法位階保障的利益得作為限制團體協約自治與爭議行為自由的事由，而且尚需經由實際調和理論(Grundsatz der praktischen Konkordanz)以解決衝突，單憑緊急狀態的列舉並不得作為限制團體協約自治與爭議行為自由之依據[496]。

在勞資爭議處理法修正草案中維持國家調解程序前置原則的規範[497]，本文認為在我國團體協商制度尚未普及之時仍有訂立國家調解制度的需要，惟當調解程

---

494 Rüthers, Tarifautonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung,1973,S.32.

495 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 70 Rn. 31f.

496 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 70 Rn. 33f.

497 勞資爭議處理法修正草案第 44 條第 1 項後段：「調整事項之勞資爭議，非經調解不成立，不得為爭議行為。」

DOI:10.6814/NCCU202200387

序被設定為發動爭議行為的要件時，其在限制爭議行為進行的期間上至少應具備明確性，再者，於爭議行為當事人間已依其約定進行調解程序無法尋得共識時，應毋需再強制其進行勞資爭議處理法之調解程序，易言之，國家調解程序應居於補充性的地位。

第二項 舉行罷工投票

工會法第 26 條第 1 項除調解程序前置之規定外，並要求工會「應召開會員大會以無記名投票經全體會員過半數之同意而宣告罷工」，本條乃是對於工會行使罷工同意權的程序規範，此一「罷工宣告」即為工會同意的表示，惟此一程序規範訂於制定法之中的合法性為何，此為需先探討的問題。其次，依本條規定，工會若要有效地為同意之意思表示，需有「會員大會以無記名投票經全體會員過半數之同意」，惟若工會行使同意權未符合此一程序時，其效力如何？此牽涉到勞工是否有效地取得工會之同意，從而其罷工權之行使得發生法律效力的問題。

第一款 以制定法規範罷工投票程序之合法性

我國關於罷工程序的規範係訂於工會法第 26 條第 1 項，其規定罷工投票須以會議之方式進行，且限於以「會員大會」的形式，投票方式則應採無記名之方式。此一規定係著眼於罷工為一影響重大的決定，故規定應有實際會員人數的過半數同意，而非僅是出席會員的過半數同意，以示慎重[498]。不過，罷工投票以會員大會之方式來進行、並在會中進行之，雖然對於我國以廠場工會為主要型態的產業工會而言難度相對較低，但是在交通、電力或石油等工會組織區域遍及全台的大型工會之中，工會一旦欲依法舉行會員大會以進行罷工投票，其困難度更高[499]，此外，誠如學者所指出：「若非舉行會員大會進行罷工投票不可，則勢力必

[498] 黃程貫，同註 121，頁 48。

[499] 中華電信工會 2004 年 12 月 5 日所舉行的罷工投票中，工會即基於「工會會員數逾二萬八千多人，如以集會方式召開會員大會進行罷工投票，勢必造成大量人力、物力支出，甚至產生實質罷工之效果」之理由，而以折衷的視訊方式在台灣北、中、南三個地點同時舉行會員大會並進行

DOI:10.6814/NCCU202200387

有部分勞工因工作之故，根本無法前來開會。如此一來，因為罷工投票結果之認定，乃是以全體會員總數之過半數認定工會有無宣告罷工之權，而非以出席之會員總數的過半數為準。因此，有部分勞工無法前來開會，則計算之總數不變，但出席與會投票之人數則降低，同時也因而使得過半數的可能性降低。」[500]在 2008 年 7 月 17 日中時工會所舉行的罷工投票中，即發生了距合法罷工門檻僅差 5 票的情形──117 票贊成、21 票反對，惟在進行投票前的罷工討論案中，中時工會的 243 個會員中有 152 人親自出席參與罷工計劃的討論，踴躍地提出各種癱瘓資方生產秩序的可能性，然在進入投票程序後，有些會員為了趕回去上班，無法參與投票，加上中時員工分散於北中南三地，原本就不容易聚集召開會員大會[501]，即發生了上述學者所指出之缺席者影響投票結果的效應，則縱使工會事前已依各種方式探知多數會員支持罷工的議案，仍無法進行合法的罷工，此時罷工之民主正當性雖然存在，但礙於法律對於罷工投票之程序與方式的規定，工會仍無法為有效之同意罷工的意思表示，在此情形下，罷工在實質上已因此一程序規範而遭到禁止。

罷工投票。參中華電信股份有限公司產業工會 92 年 11 月 12 日電工三(92)研字第 535 號函，與中華電信股份有限公司產業工會 93 年 6 月 9 日電工三(93)研字第 360 號函之說明為：「本會九十二年十一月十二日電工三(九二)研字第五三五本會擬於近日召開會員大會，因　鈞會未有明確釋示，致使本會無所依循；目前本會會員數逾二萬八千多人，如以集會方式召開會員大會進行罷工投票，勢必造成大量人力、物力支出，甚至產生實質罷工之效果；為避免產生困擾，乃建請　鈞會儘速同意本會採取上述方式召開會員大會。」；行政院勞工委員會民國 93 年 11 月 30 日勞資一字第 0930059731 號函表示：「說明：一、……二、關於貴會與中華電信股份有限公司之勞資爭議如經調解無效後，擬依工會法第 26 條規定，召開會員大會以無記名投票方式進行罷工投票一節，如貴會該次之會員大會以全體會員定點之方式召開，確實有礙窒難行，始得以全體會員召開視訊會議之方式為之。三、該次會員大會以視訊會議方式召開時，須達到與全體會員定點召開會員大會及會員親自出之同等效果，並應兼顧會員之自主意志，由會員親自投票，不得委託。四、另如以視訊方式召開該次會員大會，其實施及執行方式、具體內容等，基於工會自主原則，應經會員代表大會決議通過。」

[500] 黃程貫，同註 27，頁 266。

[501] 中時工會，罷工案：117 票贊成、21 票反對，但距合法罷工門檻仍差 5 票！罷工案未通過，遺憾但只能接受！，2008 年 7 月 17 日，載於：https://www.coolloud.org.tw/node/23926 (最後瀏覽日期：202 年 12 月 31 日)

DOI:10.6814/NCCU202200387

若法律規範罷工投票之目的在於確立探知會員支持罷工意向的程序，以實現民主正當性的要求，法律之規範應採取一種儘量能夠讓所有勞工表達意願的方式，而不應採取可能導致勞工表達意願受限的方法[502]，工會法第 26 條第 1 項所要求的會員大會型式並不是適合去達到目的之有效手段，本條對於罷工權所加諸之限制並不符合限制基本權所應遵守的「適當性原則」。對此，勞資爭議處法修正草案第 47 條第 2 項將此規範修正為：「工會非經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，不得宣告罷工。」其雖維持全體會員過半數之同意的規定，但已將造成實際上運作困難的會員大會此一要件刪除，改以一般的「直接、無記名」投票方式。為了保障工會會員有機會表達對於罷工的意見—不論是反對合法的罷工或是否決違法的罷工，罷工投票的程序雖非無必要性，但是否應以制定法制訂強制性的罷工投票規範？則有疑義。又罷工投票在發生程序瑕疵時，於現行法明訂應進行罷工投票下，罷工行為的合法性是否因而受到影響？亦有待釐清，以下參考德國學法上之討論分析之。

第二款　德國法上之討論

第一目　工會進行罷工投票之義務

德國制定法中並無如同我國工會法第 26 條第 1 項之罷工投票的程序規範，而學說上將罷工投票定義為，工會於爭議行為開始前，由具有投票權之會員對於工會策劃之爭議手段表達同意與否之投票[503]。由於德國立法者對於罷工投票事項保持沈默，工會於宣告罷工前是否進行罷工投票、以及進行時應循何種程序，均委由工會以工會章程訂立之，例如德國金屬工會(Industriegewerkschaft Metall，簡稱 IG Metall)章程第 18 條第 3 項第 c)款規定：「理事會於確認團體協約終止後，

[502] 黃程貫，同註 27，頁 266。

[503] Michlik, Die gewerkschaftliche Urabstimmung vor einem Arbeitskampf, 1995, S. 23.

DOI:10.6814/NCCU202200387

就會員投票與罷工事項為決定。」[504]德國服務業工會(Vereinte Dienstleistungs-gewerkschaft，簡稱 Ver.di)之章程第 70 條第 1 項亦明訂：「會員投票與爭議行為手段由工會聯邦理事會(Bundesvorstand)決定之。」[505]德國服務業工會的爭議行為守則(Arbeitskampfrichtlinie)第 4 條進一步就罷工投票為規範，重要內容為[506]：第一、工會得就強制性罷工之進行與結束進行會員投票，由聯邦理事會決定是否辦理會員投票。第二、決定進行罷工投票之決議中，應包含對於有投票權之會員範圍的確定。原則上，僅於所爭議之團體協約適用範圍中的服務業工會會員，有投票權。第三、若有 75%以上有投票權之工會會員同意進行罷工，聯邦理事會應依爭議行為守則第 3 條，作出開始進行強制性罷工之決定。

依德國學者 Kissel 之分析[507]，德國法上對於罷工投票未有規範之原因，應係考量德國基本法第 9 條第 3 項對於同盟自由包含對於工會與勞工個人的保障，在工會同盟自由的保障上包含工會組織存續、組織意思形成之程序與組織事務之執行等，因為若工會無法對於這些事項自主決定(Selbstbestimmung)，自無從成為一個自由的組織，易言上，「他決」(Fremdbestimmung)將使組織保障的目的落空[508]。因此基於工會自治之原則，工會有權制定團體內部意見形成與執行其事務的最適合程序-包含何時進行罷工、在符合哪些要件時進行罷工，例如是否以罷工投票來決定之。若法律欲介入一自治領域，必須基於保障他人憲法權利或是其他具有

---

[504] 德國金屬工會章程，2016 年 1 月 1 日修訂版本，全文：https://www.igmetall.de/docs_20180307_4278059_IGM_Satzung_2018_web_8c78de3b413b8ddd89651941bd875f279331feec.pdf (最後點閱時間：2018 年 9 月 12 日)

[505] 德國服務業工會章程，2015 年 9 月 26 日修訂版本，全文：https://www.verdi.de/++file++5073a207deb5011af9001810/download/ver.di-Satzung.pdf (最後點閱時間：2018 年 9 月 12 日)

[506] 德國服務業工會爭議行為守則，2010 年 9 月 30 日修訂版本，全文：https://www.grundein-kommen.de/wp-content/uploads/2016/02/Arbeitskampfrichtlinie-gultig-ab-1.-Januar-2011.pdf (最後點閱時間：2018 年 9 月 12 日)

[507] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 40 Rn. 6 ff.

[508] BVerfG 2.3.1993 AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1993, 1379; 26.6.1991 AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1991, 809; 1.3.1979 AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = NJW 1979, 699.

DOI:10.6814/NCCU202200387

憲法位階的利益始得為之，以制定法要求工會應於罷工前進行罷工投票程序，此一要求亦屬限制基本權的規範而不得任意為之。不過，在勞動關係中，勞工除了於相對於雇主時處於力量不對等的地位外，另一方面，勞工面對龐大的工會組織，亦有喪失對等地位致其私法上的決定自由遭削弱的危險，此時工會與勞工間形成另一種不對等之關係[509]，而罷工投票之目的即在於讓罷工決議不任由工會中少數人掌控，而是交由多數工會會員決定的機制，具有保障工會會員表達對於罷工之意思(Wille)的功能[510]。

依據上述各種分析罷工投票的論點，工會是否具有進行罷工投票之義務，由不同角度切入即有歧見產生，而在上引的德國服務業工會爭議行為守則之中，工會雖然訂有罷工投票的規範，但工會理事會同時具有決定辦理與否之裁量權，則於工會決定不進行罷工投票逕行罷工，或是另一種情形—工會章程中根本未訂有罷工投票之規範時，此種未經罷工投票之罷工是否屬於違法行為？針對此一問題，應回到罷工投票程序之意義與功能中為檢討，以釐清罷工投票所保障之法益為何，以及於未盡此程序時是否違反任何一般法律原則而有導致罷工違法的結果，對此，德國法上的討論主要以民主正當性原則(demokratische Legitimation)與最後手段性原則(ultima-ratio-Prinzip)為檢驗，以下茲就德國學說上之討論為介紹。

第二目　以民主正當性為基礎

德國基本法第 20 條第 2 項規定：「所有國家權力來自於人員。國家權力，由人民以選舉及公民投票(in Wahlen und Abstimmungen)，並由彼此分立之立法、行政與司法機關行使之。」對於未經罷工投票之罷工之合法性的質疑，首先即來

[509] Michlik, a.a.O. (Fn.503), S. 23 f.

[510] Vgl. Hettlage, Sind Streiks ohne Urabstimmung „wilde" Streiks?, NJW 2004, 3299 (3299).

DOI:10.6814/NCCU202200387

自於其是否有違反德國基本法第 20 條第 2 項規定，亦即違反民主正當性之要求而屬違法[511]，因此先需就民主正當性與罷工投票之關係為說明。

罷工投票係直接民主的展現，由爭議範圍中的所有會員以投票方式表達罷工意願，而每一位工會會員對於工會事務本具有發表意見與參與之權利(Mitspracherecht)[512]，且不論是反對合法的罷工或是否決違法的罷工，為了保障工會會員表達對於罷工的意見，應有舉辦罷工投票的必要性，若將此一權利概委由工會章程規定，工會會員最終僅能參與組織的核心事務，民主程序將只存在極為有限的範圍內。則應釐清之問題為，是否能依據德國基本法第 20 條第 2 項之規範，推導出工會負有進行罷工投票之義務？德國基本法第 20 條第 2 項係規範，國家權力由直接民主之公民投票，以及間接民主之人民選舉以及立法、行政與司法機關行使之，可知直接民主與間接民主均為德國基本法第 20 條第 2 項所認可之民主模式，公民投票僅是實踐民主的方式之一，但不是唯一之方式[513]。易言之，若以民主原則為基礎，工會得以代議式民主(repräsentative Demokratie)的方式處理工會事務，此並不違反德國基本法中關於一般民主原則。例如工會平時由工會會員選舉出工會理事，於發生勞資爭議時，即由爭議區域中的工會理事為罷工決議，此一方式即是間接民主的展現[514]，或是工會章程訂有保障少數意見的規範時，可認為工會的運作亦在相當程度上落實民主的要求，[515]毋需再要求進行強制性的罷工投票。故以民主原則為由，強制工會應透過罷工投票之直接民主方式為罷工決議，與憲法對於民主原則的要求實非相符，尤其考量工會會員人數眾，若要工會的所有決定均需經會員投票，結果上將讓工會在經常性短期內應決議的事項上

---

511 Hueck-Nipperdey, Arbeitsrechts Band 1, Bd. 2, Kollektives Arbeitsrecht ; Halbbd. 2, S. 874, 1026.

512 有關工會內部民主與罷工投票之進一步分析，參見 Popp, Öffentliche Aufgaben der Gewerkschaften und innerverbandliche Willensbildung, 1. Aufl., 1975, S. 124-130.

513 Schwacke/Schmidt: Staatsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 232 f.

514 Broxs, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 489.

515 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 40 Rn.6 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

喪失行動力(Handlungsunfähigkeit)，故應容許工會適用代議式民主原則，僅於特殊情形時有進行會員投票之必要，以補間接民主之不足[516]。再者，德國基本法第9條第3項同盟自由基本權所保障之工會自治，雖亦要求工會內部組織應符合民主原則，但民主原則的審查標準，迄今未有一致的結論[517]。

承上述，德國學說上原則肯定工會得以代議民主的方式為決策，但在罷工事項上，仍有主張因罷工對於參與者產生喪失工資請求權之重大後果，因此罷工投票程序仍應為強制性程序，否則會員將欠缺影響工會團體協約政策之可能性，且有鑒於罷工投票為工會會員參與工會決策的通常方式，故應捨其他方式而循罷工投票此一民主參與制度[518]，德國學者 Hettlage 則進一步主張，應立法(de lege ferenda)強制保障工會會員有參與罷工投票的權利[519]。依據工會自治原則，工會具有決定會員參與工會事務之方式的裁量權限，工會並未被限制僅能以會員投票的方式實現民主，此已如上述，需進一步檢討者為，若間接民主在特定事項上對會員參與權的保障有所不足，是否得強制工會應以直接民主即會員投票的方式為彌補？對此，德國學者 Michlik 指出，若代表決策的方式無法真實反映工會內部對於罷工決定意思之形成過程(Willensbildungsprozeß)，雖然不能直接推論出非經會員投票不可的結論，但應檢討展現直接民主之罷工投票，此是否為合適之會員參與方式，以及此方式之必要性。罷工投票之目的在於保障爭議範圍中之會員，對於罷工事務之意見表達及參與，然而，事實上罷工投票僅能讓會員表達是否同意開始罷工，所參與決策的事項極為有限，就算舉辦罷工投票也不能保障會員能充分表達意見，故以此一方式來彌補民主不足的效果實相當有限[520]。再者—亦是

---

[516] Umgehend Michlik, a.a.O. (Fn.503), S. 221-227.

[517] Oekter, a.a.O., § 2 Rn. 75.

[518] Ramm, Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktar der Vereinigung, 1960, S. 115; Schüren, Die Legitimation der tariflichen Normsetzung, 1996, S. 218.

[519] Hettlage, a.a.O. (Fn.510), S. 3299 (3301).

[520] Michlik, a.a.O. (Fn.503), S. 245 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

學者 Michlik 最核心的論點，工會與工會會員之關係的建立，源自於勞工加入工會時所為的意思表示，此亦是勞工私法自治之行為的展現；由於勞工在加入工會時，已知悉工會章程中關於組織決策程序的規範，包含工會是否有於罷工前舉辦罷工投票的義務，以及於何要件下得免除罷工投票程序，並逕為罷工宣告之權利，勞工在有上述的認知下仍選擇加入工會，即表達了對於工會內部民主程序的認同。雖然單單依勞工入會的自主意志不能正當化所有工會民主不足之處，但是學者 Michlik 進一步指出，工會理事的定期選舉程序提供了工會與會員間的民主正當性連結(demokratische Legitimationskette)，亦強化了工會民主的保障[521]，且德國基本法第 9 條第 3 項亦要求工會應為民主之組織，此均讓工會民主之要求獲得滿足。德國學者 Kissel 另外指出，若為保障會員參與決定之利益而強制罷工投票的進行，工會進行爭議行為的彈性(Flexibilität der Kampfführung)將受到相當的制約，進而將影響到工會的罷工策略與進度，例如若欲進行短暫的警告性罷工，將因難以事先進行罷工投票而對於工會的爭議權構成過度的限制[522]。

上述的論點與德國多數學者迄今之見解一致[523]，亦即由民主原則無法推論出工會有進行罷工投票之義務，且縱然考量民主原則對於工會會員參與決定權的保障，首先該保障不必然應以直接民主(罷工投票)的方式實行；此外，由於罷工決策涉及到社會政策與策略的思考，工會對於是否進行罷工應具有廣泛的判斷自由[524]，不應以民主原則為由制訂強制性的罷工投票規範，否則將造成過度侵害工會爭議權的結果。雖然在民主原則的基礎上，無法推論出工會具有進行罷工投票義務的結論，然罷工投票係用以維護工會會員對於工會的參與決定權，此點並無爭議，因此可知罷工投票對於工會會員以外之人—包含爭議相對人(被罷工之事業

521 Michlik, a.a.O. (Fn.503), S. 247-251.
522 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 40 Rn.6 ff.
523 Vgl. nur Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 40 Rn.16; Michlik, a.a.O. (Fn.503), S. 299 ff.
524 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 40 Rn. 11 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

單位)並無利害關係，工會違反章程義務而(不)為罷工投票時，法律效果應由工會會員對工會進行制裁，因工會違反工會章程係違反對於其會員之義務，但並未同時違反任何對於爭議相對人之義務，處於第三人地位之爭議相對人一方面不得基於民主正當性之要求，要求工會進行罷工投票，另一方面亦不得向工會主張罷工違反罷工投票之章程規範而向工會請求損害賠償[525]。

第三目　以爭議行為之比例原則為基礎

承上所述，基於工會與其會員間之關係，亦即工會內部民主之要求，無法推論出工會具有進行罷工投票之義務，亦即罷工投票程序為工會內部民主的展現，但其效力僅存在於工會與其會員之間[526]，若要讓罷工投票具有外部效力(Außenwirkung)，亦即未經罷工投票之罷工為違法行為的結論，須罷工投票程序在民主正當性之外同時為一般法律原則要求的體現，始有可能，例如罷工在德國法上應符合爭議行為比例原則(Verhältnismäßigkeitsgebot)[527]，工會於符合上列各項罷工法律原則時始為合法。故若要檢討工會有無進行罷工投票之義務，則需進一步探求罷工投票是否與任何罷工法律原則有所相關，始能得出工會有盡罷工投票程序之義務，否則將導致罷工違法的結果[528]。

德國爭議行為法上以比例原則為規範罷工合法性的核心，法院並進一步由比例原則推導出公正爭議要求(Geboot fairer Kampfführung)與爭議行為最後手段性原則等罷工限制。首先，依據德國聯邦勞動法院之見解，工會進行爭議行為不得有濫用爭議自由以及以不合法之方式行使爭議權，以符公正爭議之要求，有學者

---

525 Seiter, a.a.O. (Fn.297), S. 510.

526 Otto, a.a.O. (Fn. 59), § 7 Rn. 31.

527 BAG 19.06.2007 - 1 AZR 396/06 - AP Nr. 173 Art. 9 Arbeitskampf GG; BAG 10.06.1980 - 1 AZR 168/79 - AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 65; BAG 10.06.1980 - 1 AZR 822/79 - AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 64; BAG 21.04.1971 - GS 1/68 - AP Nr. 43 Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1971, 1668.

528 Vgl. nur Otto, a.a.O. (Fn. 59), § 7 Rn. 31 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

即主張應限制工會應於罷工進行前為罷工投票，以符公正爭議要求，主要的理由為罷工投票有警示雇主與延緩爭議行為的功能，讓雇主在工會進行罷工投票時能有更多進行準備的時間[529]。不過，此一主張並未受到支持，理由為罷工投票所具有的警示與延緩爭議行為的功能，此乃是工會進行罷工投票的必然結果，但罷工投票本身係用以實現工會會員之參與決定權，不及於保障雇主此方面的利益，故亦不能以未進行罷工投票而認定罷工有違公正原則[530]。

再就爭議行為最後手段性原則與罷工投票程序之關係，有學者主張未經罷工投票程序之罷工，屬違反最後手段性原則之行為而屬違法，因最後手段性原則乃是要求罷工僅能於所有和平解決爭議的方式均已用盡後進行[531]。雖然德國聯邦勞動法院自 2007 年 6 月 19 日對於團結性罷工(Solidaritätsstreik)所為的判決起，對於爭議行為比例原則內涵有根本性的轉變，法院認為何種手段適合解決爭議、何種手段為更溫和的手段而應優先採取之，均應賦與工會判斷特權(Einschätzungs-prärogative)為決定，不宜由法院或任何其他人代替工會進行衡量[532]，因此工會自亦有裁量進行罷工投票與否的權利。不過，縱使在德國聯邦勞動法院改變對於爭議行為比例原則的見解之前，一個前提性的分析為，罷工投票性質上僅是罷工的準備行為，本身並非爭議行為[533]，兩者不應混淆，因此根本不應以拘束罷工的原則來限制非屬爭議行為的罷工投票行為，故根本不發生違反爭議行為最後手段性原則的問題[534]。罷工投票除了非屬爭議行為之外，其定位亦與提供勞資雙方和平協商無涉，罷工投票係用以傳達工會會員之意思，並不具如同調解程序具有消弭

---

529 *Adams*, Streik ohne Urabstimmung, 1969, S. 123 ff.

530 Michlik, a.a.O. (Fn.503), S. 182.

531 Hueck/Nipperde/Säcker, a.a.O. (Fn.511), S. 986.

532 BAG 19.06.2007 - 1 AZR 396/06 - AP Nr. 173 Art. 9 Arbeitskampf GG. 另參本文下述第四章第五節罷工手段之限制的德國法部分說明。

533 Gamillscheg, a.a.O. a.a.O. (Fn.202), S. 1084

534 Vgl. Michlik, a.a.O. (Fn.503), S. 177 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

勞資爭議以避免罷工發生的功能[535]，甚至在工會會員在罷工投票上呈現多數反對的結果下，仍可以有效宣告罷工，僅是實際上發生工會會員拒絕參與的結果，由此亦可印證罷工投票並不當然具有避免罷工發生之功能[536]。

第四目　小結

德國制定法上未有罷工投票之規範，工會依法並無進行罷工投票的義務，故罷工投票義在德國法上僅可能經由工會章程創造而出。由學說上的討論，可知罷工投票具有確保工會民主與罷工之民主正當性的意義，保障工會會員對於罷工意思之表達，以防罷工決議淪由工會中少數人掌控，然工會以代議式民主的方式處理工會事務，已符合民主原則的要求，且為保障工會的罷工決策彈性與判斷自由，法制上不能強制要求工會以直接民主的方式進行罷工投票，以免過度防礙工會爭議權的行使。此外，罷工投票程序與規範罷工合法性之爭議行為比例原則與罷工投票程序無關連性，故可以推導出於爭議相對人(被罷工之事業單位)於工會未依章程進行罷工投票時，並無任何法益受到侵害，亦不得對工會主張罷工違法，違反工會章程罷工投票規範不具有外部效力，雇主無法取得對於工會之任何請求權，此一結論亦是德國目前通說之論點[537]。

罷工投票義務在德國法上僅能於工會章程中尋得其規範基礎，故違反罷工投票規範之法律效力僅具工會組織內部的意義(vrbandsinterne Bedeutung)，例如應舉辦罷工投票但未舉行、未達章程所訂同意人數時仍宣告罷工、或是未依章程所訂的程序進行罷工投票等情形，上列違反章程強制規定的情形，在組織法上之即產生罷工決議無效之法律效果，工會會員即無遵守該決議之義務。雖然有主張應區分不同之情形，讓罷工決議為得撤銷或無效，於違反章程情形輕微時不逕認定為無效，然而這將讓工會會員陷入是否應參與罷工的不確定之中，尤其罷工參與

535 Michlik, a.a.O. (Fn.503), S.178 ff.

536 Reinfelder, a.a.O., §15 Rn.35.

537 Vgl. nur Gamillschag, a.a.O. (Fn.202), S.1153; Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 40 Rn. 17ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

義務之違反，將導致遭工會懲戒或除名之結果，工會決議效力的明確性更應確定之[538]。

第三款 違反罷工投票規範之法律效果

工會內部活動應依民主程序決定，防止工會幹部利用統制權壓制勞工表現自由，誤導工會運作方向，而罷工投票之目的即在於確保罷工為會會員意志的展現暨與工會民主之貫徹，保障工會會員個人參與工會之集體勞動權。因此，本文認為立法者在一定程度上保障工會內部之直接民主制度，有其必要性，因勞工雖然依自由意志參與工會，且工會亦有經常性之選舉制度以落實間接民主，然仍難以否認工會會員面對工會時仍有地位不對等之問題，則在立法上於一定程度上矯正二者間不對等之關係，強制保障工會會員在特定事項有直接參與權，例如工會法第 26 條即規定諸如集體勞動條件之維持或變更等事項，應經會員大會或會員代表大會之議決。然而，縱使肯定罷工投票之民主功能，工會法第 26 條第 1 項規範仍應為進一步檢討，尤其是違反工會法第 26 條第 1 項罷工投票規範之法律效果為何？此有待釐清。

誠如本文對於德國罷工投票制度意義之說明，罷工投票仍屬純粹的組織內部事務，所保障者係工會會員參與決定之利益，罷工投票應僅屬工會內部之團體意思表示程序，我國學者林炫秋亦認為不宜將此規範視為罷工的合法性要件，而應認為此一規範所涉者僅為工會內部罷工意思形成程序，若有違反，僅須依工會內部規範為制裁即可，無需讓一場罷工完全歸於非法[539]，學者黃程貫並指出若罷工行為僅是違反程序方面的規定，則並不一定當然喪失合法性，尚應視所違反之程序規定的規範目的何在[540]。

---

538 Michlik, a.a.O. (Fn.503), S. 263 ff.

539 林炫秋，同註 14，頁 93-94。

540 黃程貫，同註 27，頁 291，註釋 48。

DOI:10.6814/NCCU202200387

本文認為，德國法上關於罷工投票的規範雖與我國不同，然經由德國法上對於罷工投票程序之意義與功能的分析，有助於釐清罷工投票程序對於工會及其會員以外之第三人並無利害關係，此亦為本文介紹德國法上討論之目的，且如本文上述，我國立法者於修訂罷工投票的規範時。參酌上述德國學界看法，罷工投票之工會內部規則，僅屬工會內部所訂定之團體意思表示程序，並非外部要素之一，則考量罷工投票的目的在於實現工會民主，所規範者限於工會與其會員間之關係，違反該規範應屬工會違反對於會員的義務，例如罷工投票程序事後發現有程序瑕疵時、或投票結果是否符合全體過半數同意之件而有爭議時，均不影響罷工的合法性，爭議相對人(雇主或雇主團體)不得以此為由向實施罷工之工會或勞工請求損害賠償。易言之，違反工會法第 26 條第 1 項之法律效果，應回歸到工會與會員的內部法律關係上處理，始符合罷工投票制度之目的，也就是應由工會會員對於工會主張權利，而無從導出罷工無法免責、以及讓爭議相對人(雇主或雇主團體)得向進行罷工之工會或勞工進行求償之結果[541]，。

詳言之，在立法政策上，雖宜維持罷工投票程序之規範—以工會由直接、無記名投票議決，但應將該規範回歸為工會與工會會員間之關係的定位上，亦即由工會章程自行訂罷工程序，徹底回歸工會自治之原則，立法上宜將罷工投票程序列為為工會法中「組織」章中的工會章程規範的內容，要求工會章程應有罷工投票程序之規定，且應循直接、無記名投票之爭議範圍中過半數會員之同意，則未來罷工投票事項應依工會章程相關規定，即應依章程規範處理，歸屬工會與會員的內部法律關係，工會宣告罷工之決定自由受到章程限制；於工會之罷工決議符合章程規範，但工會會員未遵守時，工會得對於違反罷工決議之會員為除名等懲處；至於工會決議違反工會章程時，依民法第 56 條第 2 項規定：「總會決議之

[541] 相同見解，張鑫隆，張鑫隆，「勞資爭議處理法之變革－以爭議行為之限制為中心」，台灣法學新課題（七），頁 238-239。

DOI:10.6814/NCCU202200387

內容違反法令或章程者，無效。」會員亦無遵循無效決議之義務，工會自亦不得以會員未依決議參與罷工而予以懲處。此外應予注意者為，工會法第 30 條規定：「工會之選舉或決議，有違背法令或章程時，主管機關得撤銷之。」故若工會召開會員大會所為罷工決議不符合工會第 26 條之規定時，可能遭主管機關依工會法第 30 條撤銷，惟此條規範為過度侵入工會內部自治，構成勞工集體勞動權之不當侵害[542]，不應予以援用。

第五節 小結

合法的罷工應符合罷工主體、目的、程序與手段的要件。在罷工主體限制上，依工會法第 26 條之規範，應僅工會得組織或發動罷工，此條規範形同明文承認工會的罷工獨占權，不過，工會法第 26 條係一專就罷工所為的限制，罷工以外的爭議行為應無工會獨占的問題，勞資爭議事件的當事人在無工會組織時仍得進行罷工以外的爭議行為。在罷工目的限制之上，調整事項勞資議得為罷工之目的，此並無爭論，惟就權利事項勞資爭議而言，由於禁止就此類爭議進行罷工乃是對於罷工權的限制，非以法律有明文禁止規範不可，故在現行法規範中仍得以權利事項勞資爭議為罷工之目的。關於團體協約之和平義務，係依團體協約法第 20 條第 1 項之規範，然本文認為本條規範的法律性質屬於任意法規，僅具有補充團體協約自治的功能，當事人得為排除和平義務的效力的特約，故於當事人有此約定時即不得以和平義務作為禁止罷工的事由。至於就罷工之程序限制，工會法第 26 條第 1 項要求依會員大會之方式並有全體會員過半數之同意，然因本條屬於「決議程序」的規範，於決議程序上有瑕疵時應依民法第 56 條之規定以定其法律效果，易言之，其為一得由工會會員撤銷的法律行為，惟在撤銷權人所提出之撤銷訴訟判決確定前，該罷工決議仍屬有效，不影響罷工之效力。

[542] 黃程貫，同註 27，頁 241 至 242。

DOI:10.6814/NCCU202200387

就立法論的觀點，本文以勞資爭議處理法修正草案為探討對象，對於罷工糾察上諸問題提出修正建議如下。第一、在罷工主體上，因我國的工會組織率一向極低，反而是勞工自救會、勞工聯誼會或是基於達成某一目的而形成的一時性團體在我國爭議史上具有高度的重要性，其不但具有進行罷工的能力與團結意識，且富有彈性與自發性，同時亦具有自律能力而得以約束其成員，在未來勞資爭議處理法的修正上，實不應全面剝奪無工會之勞工進行罷工的權利。第二、在罷工目的上，勞資爭議處理法修正草案第 44 條第 1 項，已明文禁止以權利事項爭訴議為爭議行為之目的，但對於具有「不當勞動行為」性質的權利事項則於同條第 2 項肯定其得為爭議行為之目的。就此而言，具有不當勞動行為性質的權利事項涉及的乃是工會團結的潛在利益，明文肯定其得為爭議行為之目的為正面之立法，惟就一般權利事項勞資爭議而言，一個有效法律保障制度乃是禁止就權利事項進行罷工的依據，而此種制度在我國目前顯然並不存在，且在雇主不履行其義務而造成我國勞資爭議最大原因之現象下，認為權利事項爭議得進行爭議行為，實為保全勞工權利之必要途逕，故本條第 1 項之規範宜修正為「勞資爭議，非經調解不成立，不得為爭議行為」，宜將原禁止以權利事項進行勞資爭議之規範刪除。

再就罷工程序限制之問題，在我國團體協商制度尚未普及之時，仍有訂立國家調解制度的需要，惟當爭議行事人間已依其約定進行調解時，則不得再強制其進行勞資爭議處理法之調解程序，國家調解程序應退居於補充性的地位，勞資爭議處理法修正草案第 44 條第 1 項宜增列「但爭議當事人已依約定進行調解而不成立者，不在此限」之但書規範。而就罷工投票之程序的規範，該程序之目的乃在於探知勞工支持罷工意向，應屬勞工團體自治的事項，不宜以法律為強制性的規範，勞資爭議處法修正草案第 47 條第 2 項雖已將此規範修正為：「工會非經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，不得宣告罷工。」以一般的「直

DOI:10.6814/NCCU202200387

接、無記名」取代「會員大會」的投票方式，惟基於爭議行為當事人自治的理念，宜將規範罷工投票程序的規範全數刪除。

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

第五章　罷工糾察行為之限制

第一節 限制罷工糾察之基本原則

我國法上關於罷工糾察的問題，雖當前仍停留在「罷工糾察線的設立本身是否就足以成立學理上所稱之罷工過度」[543]的爭論上，得否在罷工之際發動罷工糾察，迄今並未形成一個普遍的共識，罷工糾察在台灣甚至還是一個頗為新鮮的名詞[544]，然依本文前述之論點，罷工乃是勞工之間一個有認識且有意圖的集體合作，因此積極地將「勞工停止工作」此一行動加以組織化，讓勞工停止工作的行為轉化成為一個有效的罷工行動，此乃是罷工行動中極為重要的環節，憲法對於罷工權的保障，自需將罷工糾察包括在內，否則勞方縱使進行罷工亦無法發揮效用，而無以脫離集體行乞的命運，而罷工糾察的功能就是於組織化罷工行動此一關鍵性的環節上發揮作用，從而提升罷工行動的有效性。依此，罷工糾察的進行乃是附隨於罷工進行過程中所不可或缺的手段，而本文所採之罷工糾察定義，「工會為達罷工目的，於單純拒絕提供勞務外，所為確保或強化罷工之有效性而委託特定之人所進行之一切輔助行為」，可知罷工糾察的實施，係以一起合法發動之罷工為前提，罷工糾察的合法性判斷亦從而須區分為兩階段，首先判斷為是否存在一起合法發動的罷工，此為第四章所分析之罷工主體、目的與程序之限制，本章中將進一步探討罷工過程中所進行的罷工糾察的合法性，此亦屬罷工手段限制的問題。在進入具體判斷前須特別注意的是，罷工糾察的進行既為罷工權的實踐，對罷工糾察之限制必須與憲法保障罷工糾察的意旨互相一致[545]，亦需符合憲法第

---

[543] 林佳和，同註 33，頁 7。
[544] 邱毓斌，同註 34，頁 99。
[545] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 78.

DOI:10.6814/NCCU202200387

23 條限制基本權的規範，不得形成架空罷工糾察的結果，否則與憲法保障罷工權之意旨即有不符[546]。

第二節 罷工手段之限制

第一項 工會法之規定與我國學說討論

罷工在符合上述的主體限制、目的限制與手段限制上諸要件後，即取得一起合法發動的基礎而得以開始進行，工會須接續開始循序推動各階段的罷工行動，包含罷工糾察，此時所涉及的乃是罷工之手段限制的問題。對於罷工手段的限制，現行法係規範於工會法第 26 條第 2 項：「工會於罷工時，不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由。」本條規範係針對權利—即罷工權—之行使過程為限制，因此亦直接對於罷工糾察形成約束。此處需討論的問題為：是否僅消極不提供勞務的罷工措施，始可能符合不妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由的限制？若非如此，罷工過程中所得採取的措施自不限於單純不提供勞務此一手段，而得進一步為具有實力性的措施。

然在我國法院判決中，向來的爭論焦點卻在於罷工是否僅限於「單純勞務的不提供」，而不得有進一步的行為？亦即工會法第 26 條第 2 項並非被視為罷工進行過程中的行為界限，反而被用來作為罷工定義的依據，例如最高法院 89 年度台上字第 1795 號判決見解即認為：「所謂罷工，係指多數勞工為繼續維持或變更其勞動條件，或為獲取一定之經濟利益，依法律所定程序，經工會宣告，所為之協同的停止勞務提供之勞資爭議行為，其行為僅得停止勞務之提供，不得藉機妨礙公共秩序，或加害他人生命、身體、自由、財產。」依此論點，凡是超越

[546] 林炫秋，同註 14，頁 32 至 45。

DOI:10.6814/NCCU202200387

停止勞務之提供的積極性抗爭行為即不屬於罷工的一部分，則含有積極舉措的罷工糾察自始就被排除在罷工定義範圍之外而不受到允許[547]。

不過，誠如本文上述，不論定義爭議行為或罷工之目的係在於將這些現象具體而微地加以描述，對於爭議行為或罷工的描述不應淪為對於爭議行為或罷工合法性的預斷，亦不應在定義的階段直接導出其合法性的問題[548]。而爭議行為係為解決勞資爭議而產生的勞資對抗狀態，不論是消極地不提供勞務或是進一步為積極對抗的行為，例如進行罷工糾察等，該數行為均是直接導因於一爭議事件而被應劃歸至爭議行為的定義之中，而不得預先以價值判斷切割社會生活中相關連的事實[549]，上引法院判決將罷工限制在消極不提供勞務的範圍中，至於積極的爭議手段則視同個人的侵權行為[550]，至少已經違犯了對一事物進行定義的方法。學者亦清楚地指出，罷工的定義應包括積極性的抗爭活動，勞方的消極不作為固是罷工的核心部分之一，但並非罷工之全部，更包括積極行為部分，這才是罷工真正的歷史與現實[551]，更何況，罷工之進行絕對不會像勞工在假日時的休閒時間，高高興興在家切盤水果看電視或到郊外找塊草皮野餐，享受罷工不上班的時光，真正的情況是，在工會決議採行罷工行動時，勞資關係即進入對決時刻，資方面對罷工所帶來的強大壓力，一定是極力阻止罷工所造成的危害，因此工會的行動一從罷工的決議、日期的挑定，事前的遊說與宣導，以及罷工日的執行，必定也是

---

547 上引最高法院之判決見解亦對我國民法學界造成一定影響，學者王澤鑑即以民法之視角切入並以最高法院 89 年度台上字第 1795 號判決為據，認為：「罷工，係指多數勞工為繼續維持或變更其勞動條件，或為獲取一定之經濟利益，依法律所定程序，經工會宣告，所為之協同的停止勞務提供之勞資爭議行為，其行為僅得停止勞務之提供，不得藉機妨礙公共秩序，或加害他人生命、身體、自由、財產。於罷工期間，罷工之工人占據雇主之廠房、生產設備或營運設備，使雇主無法營運，係屬違法，應成共同侵權行為，就僱主無法營運所受損害，連帶負損害賠償責任。」參王澤鑑，侵權行為法(二)特殊侵權行為，自版，2006 年 7 月再刷，頁 30。

548 Däubler, a.a.O. (Fn. 65), Rn. 54; Otto, a.a.O. (Fn. 59), § 1 Rn. 1.

549 參本文第二章第二節第一項「爭議行為之意義」之分析。

550 張鑫隆，同註 70，頁 320。

551 黃程貫，同註 27，頁 252。

DOI:10.6814/NCCU202200387

處處危疑、時時憂心，不可能是在安靜、平和、快樂的狀態下進行[552]。易言之，工會法第 26 條第 2 項應定位爲控制罷工手段的規範，而非用來作為罷工定義的規範依據進而將罷工限縮在消極不提供勞務的範圍中。

再者，若將工會法第 26 條第 2 項定位爲控制罷工行使行為的規範，由本條規範的字面意思觀之，其應是以保障「公共秩序之安寧」與「他人之生命財產及身體自由」為目的，表面上此似與憲法第 23 條所揭示的「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」等限制基本權之公益目的相符，惟再進一步探究，縱使暫不質疑工會法第 26 條第 2 項的規範目的是否確符合憲法第 23 條的公益事由，憲法對於人民基本權的限制尚需遵循比例原則，亦即國家非但不得造成人民過度巨大的犧牲，且一旦過度侵蝕人民之權益致使被限制的基本權淪為「名存實亡」的狀態，國家就必須放棄該限制基本權的手段[553]。就罷工權而言，誠如本文前述，罷工權乃至於罷工權係為了阻礙勞動關係從而達到爭議目的之手段[554]，尤其在罷工糾察進行的過程中難以避免對於爭議相對人之財產造成損害，並可能在一定程度上妨害被罷工糾察對象之身體自由[555]，更遑論在罷工進行中因群眾聚集、集會演說或抗議而無法避免對交通秩序或安寧造成一定程度的影響[556]，因此一旦嚴格適用工會法第 26 條第 2 項之規範-要求勞方行使爭議行為的效果絕對不能對雇主產生任何營運上的實質壓力，那所謂的罷工權幾乎已

---

552 參 munch，只許罷工、不能行動－論工會法第二十六條，2005 年 5 月 20 日， 載於：http://blog.sina.com.tw/munch/article.php?entryid=14658http://go2.tw/du6 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

553 陳新民，論憲法人民基本權利的限制，收錄於《憲法基本權利之基本理論(上)》，元照，2002 年 7 月五版二刷，頁 273；劉素吟，我國解僱法上相當性原則之適用，政治大學法律學研究所碩士論文，2007 年 7 月，頁 12。

554 參本文第二章第三節「罷工與罷工糾察之關係」。

555 黃程貫，同註 27，頁 268 至 269。

556 黃程貫，同註 121，頁 56。

DOI:10.6814/NCCU202200387

不存在任何保護勞動者的法律上意義[557]，其僅導致勞工之罷工權遭受到徹底的剝奪[558]，罷工糾察也將完全無所施展[559]。

勞動三法對於罷工之際所為的罷工糾察雖得訂立特別的行為規範，但規範之方向應考量到罷工權的特殊性，以修正民法或刑法規範所形成一般法律秩序適用在罷工權上所扞格不入之處，始具有以特別法規範專門事項的實益，例如針對罷工所具有之侵害他人財產的特性此點，勞動三法即應基於調和罷工權人與他人之間可能產生之利益衝突的考量[560]，訂立不同於民法或刑法上之限制的規範。然而，現行工會法第 26 條第 2 項之規範雖考量到罷工權的特殊性，例如罷工糾察的進行勢必有影響公共秩序之安寧與他人之財產及身體自由的特性，但本條規範反而提升了一般權利行使的限制強度，而非將罷工權的特殊性納入規範之中，以劃出諸如罷工糾察等罷工措施得合法進行的空間，致使罷工糾察等罷工措施更難以獲得合法的評價，學者亦認為此一立法僅導致罷工權遭到剝奪的結果，而未顧及憲法保障罷工權的意旨，故應循廢除或修改法律的方向來矯正此一結果[561]。不過，在工會法第 26 條第 2 項廢除或修正之前，應對本條規範予以嚴格解釋，不應過度寬鬆或擴張其適用[562]。

國立政治大學 National Chengchi University

---

557 林良榮，法的正義、勞動者的正義、法官的正義－凝視「基客案」中已然被遺忘的正義，勞動者電子報，2001 年 2 月 15 日，載於：https://enews.url.com.tw/enews/4828 (最後瀏覽日期：2021 年 12 月 31 日)

558 黃程貫，同註 27，頁 269。

559 工會法第 26 條第 2 項的適用在我國已迭遭處於罷工第一線之勞工的批評，論者亦直接指出：「罷工不能組糾察線，那罷工個屁，不過台灣政府不會明白的告訴你，只要搬出工會法第二十六條時，就只能任由他摧毀罷工糾察線」，參 munch，同註 552，文中 paul 之留言。

560 學者亦有表示應考量基本權之調突的觀點來判斷罷工之合法性，參例如：黃程貫，同註 121，頁 56。

561 黃程貫，同註 27，頁 269。

562 黃程貫，同註 121，頁 57。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第二項　誠信原則與權利濫用禁止原則之適用

由於罷工的進行乃是勞工行使其個人權利的態樣，故若無特別法的特別規範，在上述工會法的規定之外，罷工權的行使尚需遵守一般權利行使的原則，亦即民法第 148 條第 1 項與第 2 項所規範之誠信原則與權利濫用禁止原則，而在勞資爭議處理法修正草案之《爭議行為》章[563]第 46 條第 1 項對此亦有明文規範：「爭議行為應依誠實信用及權利不得濫用原則為之，並應顧及其行為對公眾利益影響。」本條規範之內容乃是將民法第 148 條第 1 項與第 2 項此兩項規範綜合之後的成果，民法第 148 條第 1 項與第 2 項分別規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」與「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」此兩項規定分別為權利濫用禁止原則與誠信原則的法律依據，而在私法關係中，誠信原則係扮演正義與衡平的理念，權利濫用之作用則是一項協調個人利益與社會公共利益的法律原則[564]，兩者在抽象上均是為了求得公平正義之目的而發展形成之法理。不過，由於此兩者均屬概括性的條款，為具有法之創造性的開放性規定，在適用上應受到合理必要的節制[565]，否則一旦擴大其機能適用，將可能會大大地危害法之安定性，轉變成法規濫加解釋適用之藉口[566]，故在適用的過程中應依具體情形來求得妥切適當，此適用於罷工時亦無不同。以下即就誠信原則與權利濫用禁止原則對於罷工手段之限制為分析。

在私法自治制度的理念下，權利之行使應依照權利人之自由意思，原則上應不受干涉，而羅馬法上即有「行使自己之權利者，無論對於何人皆非不法」(Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam)的原則，此在罷工權之行使上亦無不同，爭議

---

563 參附件一：勞資爭議處理法修正草案《爭議行為》章之規範。

564 黃陽壽，民法總則，自版，2003 年元月初版，頁 491。

565 王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展(五)—最高法院九○及九一年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌第 57 期，2004 年 4 月，頁 73 至 74。

566 林誠二，再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—最高法院八十八年度台上字第二八一九號判決評釋，台灣本土法學第 22 期，2001 年 5 月，頁 41。

DOI:10.6814/NCCU202200387

行為當事人具有依自己之自由意思而選擇最適宜之爭議手段的爭議自由。不過，任何權利的行使都不可能毫無界限，且私權並非僅為個人之利益而存在，公共利益與社會秩序亦應考量在內[567]，更何況時至今日，私權種類益加繁多，若奉行權利行使之絕對性的思想，此將肇致公益與私益衝突的結果，社會生活亦有難以維持的問題，因此權利行使的原則自十九世紀以來即有所變遷，權利之社會性與相對性的思想取代權利行使之絕對性，社會的權利漸成主流，法律已由個人本位進入社會本位[568]，個人權利之行使需受到消極或積極的限制，以修正資本主義所生的種種社會矛盾與弊病，民法上的誠信原則、權利濫用禁止原則與公序良俗原則等都是用來限制權利行使的絕對性[569]，但並非是對於權利行使行為課以道德要求[570]，其中誠信原則蘊含正義與衡平的理念，乃是實現公平正義之最高指導原則，而權利濫用禁止原則在約束權利之行使不得跨越正當的界限，易言之，關於權利之行使，誠信原則正面規範權利的行使準則，反面則要求不得為權利濫用[571]，我國民法則於民法第 148 條第 1 項與第 2 項分別規範此二項原則，以節制私權的行使。

不過，誠信原則與權利濫用禁止原則二者的關係為何，是否各有不同適用範圍、抑或相反，學說上有不同見解，此一問題亦對於罷工糾察之合法性評價有所影響，其關涉到需分別依據誠信原則與權利濫用禁止原則先後對罷工糾察進行兩階段的審查、或僅需為一階段審查的一體性評價之差異。對此問題，依學者之分析，一方面由於權利濫用禁止原則的機能在於禁止逸出權利的、社會的、經濟的

---

567 史尚寬，民法總論，自版，1960 年 11 月初版，頁 30。

568 姚瑞光，民法總則論，自版，2002 年 2 月，頁 581。

569 鄭玉波，權利濫用之研究，收錄於《民法總則論文選輯(下)》，五南圖書，1984 年 7 月初版，頁 902 至 903。對於權利之限制有所謂內部限制與外部限制兩種途逕，惟此非本文討論之重點，茲不詳述，關此問題，可參劉雪筠，權利濫用之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，1989 年 6 月，頁 95 至 99。

570 誠實信用四字雖係道德觀念，但其在現代民法中已法律化而成為一種法律原則，參鄭玉波，同註 147，頁 437。

571 梁慧星，民法總論，法律出版社(北京)，1996 年 8 月第 1 版，頁 260。

DOI:10.6814/NCCU202200387

目的或社會所不容許的權利行使(unzulässige Rechtsausübung)[572]，而誠信原則則具有具體性功能、補充性功能、限制性功能與修正性功能等作用[573]，其中的限制性功能乃構成權利的內在限界，亦即以誠實信用作為控制權利行使的準則[574]，至於其具體的內涵則在於斟酌事件之特別情形，衡量雙方當事人之利益，使其法律關係臻於公平妥當[575]，惟若誠信原則僅限於估量雙方當事人之利益，實不足夠，而應在當事人之信用利益外將一般之公共信用利益一併納入考量範圍內[576]，誠信原則之利益所保護者不僅是當事人間的利益，尚擴及第三人或公共之利益[577]。易言之，權利濫用禁止的機能不僅在於規範權利本身不得濫用，亦在於防止公共利益或他人之利益遭受危害，有學者即指出，誠信原則適用之極即為權利濫用的禁止，[578]可知權利濫用禁止的理念已蘊含誠信原則的機能，由誠信原則的限制功能可以導出權利濫用禁止的要求[579]，誠信原則與權利濫用禁止原則兩者並非相斥，而有重複適用的關係與機能重疊之處[580]。具體而言，誠信原則雖規範於民法第 148 條第 2 項，惟民法第 148 條第 1 項所慮及的公共利益與他人利益也是誠信原則所衡量的對象，最高法院 86 年台再字第 64 號即謂：「所謂誠實信用之原則，係在具體的權利義務之關係，依正義公平之方法，確定並實現權利之內容，避免當事人間犧牲他方利益以圖利自己，自應以權利人及義務人雙方利益為衡量依據，並應考察權利義務之社會上作用，於具體事實妥善運用之方法。」據此，可知權利濫用禁止原則在於避免私人利益間的相互衝突，並使個人行使權利與履行義務的法

572 史尚寬，同註 567，頁 644。
573 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照出版，2003 年 2 月，初版，頁 27 至 31。
574 王澤鑑，民法總則，自版，2000 年 9 月，頁 597。
575 參最高法院 82 年度台上字第 1654 號判決。
576 史尚寬，債法總論，自版，1983 年，頁 319。
577 姚志明，同註 573，頁 25。
578 林誠二，同註 566，頁 49。
579 劉素吟，同註 553，頁 83。
580 林誠二，同註 566，頁 49。學說上亦有認為誠信原則與權利濫用禁止原則兩者並非重複適用的關係，但重複適用說仍為有力說，關於此一問題之說明，參林誠二，同註 566，頁 49。

DOI:10.6814/NCCU202200387

律秩序更加合理化，此一目的也是誠信原則的實質內涵[581]。綜而言之，我國民法雖以第 148 條第 1 項與第 2 項分別規範權利濫用禁止原則與誠信原則，但依誠信原則來限制權利的行使時，民法第 148 條第 1 項權利濫用禁止原則所考量的他人利益與公共利益即是誠信原則具體適用時所應予衡量者，亦即民法第 148 條第 1 項之規範乃是民法第 148 條第 2 項誠信原則的具體內涵。

就權利人行使權利時「不得以損害他人為主要目的」而言[582]，惟一般而言，權利人行使權利不免對義務人或他人造成不利益的結果，此乃不可避免的現象，不能認為此均屬權利的濫用，[583]然當權利人基於加害之目的或意思而為權利的行使，即所謂的惡意權利濫用(Schikane)，此乃是典型的權利濫用類型，亦稱為禁止狡猾惡意(Schikaneverbot)，[584]我國民法所規範的權利濫用禁止原則即要求權利之行使不得以損害他人為主要目的，原則上，基於惡意而使他人蒙受不利益並非法之所許。不過，究竟應如何認定「以損害他人為主要目的」，我國學說與實務上的見解咸認為不得單憑權利人的主觀意思來論斷，客觀上尚須綜合權利人因權利行使所能取得之利益與其權利之行使對他人可能予以之損失，將兩者的規範加以比較衡量，亦即採取「利益衡量」的判斷基準[585]，詳言之，民法第 148 條第 1 項

---

581 黃陽壽，同註 564，頁 496。

582 民法第 148 條第 1 項：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」

583 最高法院 43 年台上字第 879 號判決：「民法第一百四十八條所謂權利之行使不得以損害他人為主要目的者，係指行使權利專以損害他人為目的之情形而言。若為自己利益而行使，縱於他人利益不無損害，然既非以損害他人為主要目的，而該他人對之又或有容忍或作為之義務時，即不得謂有本條之適用，自不在限制行使之列。」；另參施啟揚，民法總則，自版，1996 年 4 月，增訂七版，頁 386。

584 施啟揚，同註 583，頁 386。

585 學者之見解，參例如王澤鑑，同註 574，頁 592；其他各家者見解之整理，參劉雪筠，同註 569，頁 126 至 130。我國實務之見解，參例如：最高法院 56 年台上字第 1621 號判決：「權利濫用禁止原則，於適用時除須注意權利人於行使權利時，在主觀上有無以損害他人為主要目的外，在客觀上尚須綜合權利人因權利行使所能取得之利益與其權利之行使對他人及整個社會國家可能予以之損失，加以比較衡量。」以及最高法院 71 年台上字第 737 號判例：「查權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋。」

DOI:10.6814/NCCU202200387

雖採取主觀要件的立法例，但客觀化的利益衡量比較乃是判斷有無權利濫用的趨勢[586]，有學者更指出，權利人行使權利的主觀意思應僅是解決有無權利濫用之問題時所考慮的一種資料而已[587]，而非判斷是否構成權利濫用的主要標準。

罷工權雖是一個專以損害爭議相對人為目的的權利，其除了參與罷工的勞工在罷工期間拒絕提供勞務有損雇主在勞動契約上的利益之外，在罷工糾察進行的過程中為了勸說未參與罷工的勞工加入罷工行列或是阻擋罷工替代人力等，此都有損害雇主與第三人之權利而構成侵權行為的可能性，然依上述之觀點，罷工糾察即不因具有此種損害他人利益之特性就當然屬於權利的濫用，而需要將爭議行為當事人行使罷工權所能取得之利益與其權利之行使對他人可造成的損失，兩者加以比較衡量，例如罷工權人因爭議所欲取得利益甚微，或其爭議非以正當利益為目的，僅在於使僱方發生困惑，或工會幹部為洩自己之私慾而為之，即為罷工權之濫用[588]，亦即完全損人不利己，或是損人甚多、但利己甚少的情形，都屬於權利濫用的情形[589]。從另一方面來看，當罷工糾察之進行未踰越權利濫用禁止所劃定的界限時，即無構成侵權行為之慮，這也討是論罷工糾察行為與權利濫用禁止原則的實益所在[590]。

---

586 劉雪筠，同註 569，頁 128。

587 洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1992 年 10 月，修訂第四版，頁 648 至 649。

588 史尚寬，同註 567，頁 659。關於學者所提及之「爭議非以正當利益為目的」，由於在罷工權的合法性要件中已另訂有「目的之正當性」的要求，故僅需於目的之正當性的審查階段中判斷罷工行為的合法性，其形同是將權利濫用禁止原則暨誠信原則此概括條條予以具體化，故毋需於此「手段正當性」的階段中為重覆審查。

589 施啟揚，同註 583，頁 386。

590 勞資爭議處理法修正草案第 46 條第 1 項與第 2 項已明文規定符合誠信原則且未構成權利濫用的罷工糾察行為屬於合法的爭議行為而不需負擔損害賠償責任，本條立法的理由表示此係參考日本勞動組合法第 8 條而訂立：「雇主不得以正當的罷工或其他爭議行為而受有損害為理由，對工會或其會員請求損害賠償。」不過，基於憲法保障爭議權的意旨，本條民事免責的規範僅是在於「確定」此一憲法保障的效果，以揭示爭議權之行使在法評價上的合法性，縱使未訂有本條規範，由上述的解釋論角度亦應得出相同的結果，更何況，侵權行為須以故意或過失不法侵害他人之權利為其要件，但如有阻卻違法事由，即非侵權行為，自無損害賠償責任之可言，於行為人係基於行使權利之意思而行為，且其行使方法在社會觀念上認屬相當者，其行使結果亦無權利濫用情形，即得阻卻違法而不構成侵權行為，可知在判斷罷工糾察行為是否構成侵權行為時，權利濫

DOI:10.6814/NCCU202200387

依此論點再回到勞資爭議處理法修正草案第 46 條第 1 項規定上，可知爭議行為應依誠信原則及權利不得濫用原則為之，並應顧及其行為對公眾利益影響，此乃是要求爭議行為的進行需顧及爭議他方當事人之利益與公共利益，以調和私人利益間的相互衝突，並讓罷工權行使的法律秩序更加合理化，故在依本條規範評價罷工行為時，即毋需先後以權利不得濫用原則及誠信原則兩者為重覆審查，而應分就「罷工糾察所代表的利益」與「他人之利益以及公共利益」此兩方面為整體的衡量，以確認所涉之罷工行為的合法性。

此外，應再提出討論的是，誠信原則與權利濫用禁止原則本係為了矯正資本主義的流弊而生[591]，而爭議行為制度也是同樣是為了修正資本主義所帶來的社會弊害而設，易言之，不論是誠信原則、權利濫用禁止原則或是爭議行為制度，其均是為了讓公平正義更有效地普及於社會大眾，因此在依誠信原則與權利濫用禁止原則來檢驗罷工權的行使時，亦應注意到兩者間的協調合作，不得漠視爭議行為亦有矯正資本主義下私法自治的作用與機能，造成誠信原則與權利濫用禁止原則壓制爭議行為制度的結果，否則這會讓誠信原則與權利濫用禁止原則所追求的公平正義，更加地遙不可及。

第三項　罷工權行使之比例原則？

在德國爭議行為法上，比例原則(Verhältnismäßigkeitsprinzip)乃是用以控制罷工手段之原則，工會與爭議他方當事人之利益、以及公共利益間之衡量問題即置於此處討論，公正爭議原則(Gebot fairer Kampfführung)亦與比例原則之內涵具有關連性。不過，德國法對於爭議行為比例原則內涵之解釋，自 1970 年迄今經歷

用禁止原則的思想已蘊含在其中，故在現行法規範體系中雖無勞資爭議處理法修正草案第 46 條第 2 項之規範，但由解釋論的角度亦可得出罷工糾察在侵權行為法上的免責結論。關於行為人行使權利之行使結果無權利濫用情形而得阻卻違法等論述，參最高法院 23 年上字第 4245 號判例、最高法院 28 年上字第 2782 號判例；孫森焱，民法債編總上冊，自版，2006 年 9 月修訂版，頁 210 至 212。

[591] 林誠二，同註 566，頁 43。

DOI:10.6814/NCCU202200387

幅度甚大之變化，不論是肯定或否定爭議行為適用比例原則的論點均有所本，其對於我國規範的解釋適用亦具有重要的啟發，故將先就此一爭議為介紹，次再探究依比例原則判斷罷工行為合法性的問題[592]。

第一款 德國聯邦勞動法院 1971.4.21 裁定與法院後續見解

第一目 比例原則於罷工權適用之理由

比例原則係起源於公法領域，其乃是對於國家限制基本權的限制，旨在抑制國家權利的濫用，讓國家不得以違法的手段對付人民違法的行為，其目的實在於界限一個理性的行為準則[593]，不過，在私法領域中亦同有實現正義、節制權利的思想，因此在私法領域之中援用比例原則並非不可能[594]，在爭議行為領域中引入比例原則的思想，於德國帝國法院(Reichsgericht)與帝國勞動法院(Reichs-arbeitsgericht)時期的判決中就已可見其端倪，當時的帝國法院與帝國勞動法院的判決以比例原則作為民法第 826 條之善良風俗(gute Sitten)的判斷標準[595]，亦即將比例原則置入私法秩序之中作為審查爭議行為的準則。

將比例原則作為一個判斷爭議行為合法性的獨立判準，此首度出現於德國聯邦勞動法院於 1971 年 4 月 21 日其大審判庭作成之裁定中[596]，此則裁定對於德國罷工法具有指標性的意義，，確立以比例原則作為爭議行為之審查標準，取代法院之前所採取的社會相當性(Sozialadäquanz)觀點[597]，法院指出：「爭議行為在自

---

592 有關爭議行為比例原則之中文分析，請參林佳和，德國罷工法秩序：1950 至 1980 年的法官造法及其形成背景分析，歐美研究，第 44 卷第 4 期，頁 484-511(2014)。

593 李惠宗，同註 173，頁 111 至 117。

594 劉素吟，同註 553，頁 81。

595 參 RGZ 104, S. 327, 330, S. 291, 294; RAG , ARS 8, S. 266, 269. 轉引自 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 47.

596 BAG 21.04.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

597 於 1955 年 1 月 28 日聯邦勞動法院大審判庭就罷工問題所作成的第一則判決中(BAG, NJW 1955, 884.)，法院表示：「爭議行為(罷工與鎖場)在德國的自由基本社會秩序的一定的限制內是被允許的，企業的生產秩序經由此種爭議行為而中斷係具有社會正當性。」

DOI:10.6814/NCCU202200387

由的團體協約制度之中為了調和勞動與經濟條件上的衝突，固然需要有存在的可能性，但在一個緊密相關與彼此依賴的社會中，罷工與鎖場所牽涉到的不只是直接參與該爭議行為之人，毋寧是對於未參與罷工之勞工、其他的第三人與一般社會大眾亦產生持續性的影響，因此爭議行為須遵守比例原則此一最上位之要求的限制，顧及到整體的經濟情況，並不得明顯地有礙公共利益。」聯邦勞動法院於同一則裁定中接著並指出，依據爭議措施應符合比例原則的論點，可導出以下三點結論。

首先，為了合法的爭議目的與嗣後的勞動和平的達成，應以適合且事實上必要的(geeignet und sachlich erforderlich)方式進行，於此範圍內得開啟並實施爭議行為。每一個爭議措施—不論是罷工或鎖場，都必須在窮盡一切的協商可能性之後始得採行，因此爭議行為也是一種最後的手段，故調解程序乃是具有必要性的。其次，在爭議行為的實施過程之中，不論是罷工或鎖場，都必須注意比例原則。爭議行為的手段，依其方式，不得踰越所追求目的之所必須者。比例原則所關係者不只是時點與目的，亦與爭議行為的實施方式與強度有關。因此，爭議行為只有在公正爭議原則(Regeln eines fairen Kampfes)下進行始為合法。爭議行為不得以消滅對手(Vernichtung des Gegners)為目的，反而必須在爭議之後重建遭到干擾的勞動和平。最後，在爭議行為落幕之後，依據比例原則，爭議雙方須儘速於最大的可能範圍之內重建勞動和平。

聯邦勞動法院於上述裁定中指出了爭議行為的適當性(Geeignetheit)、必要性(Erforderlichkeit)及狹義比例性(Verhältnismäßigkeit i.e.S)，並於必要性原則之中衍伸出爭議行為的最後手段性，亦指出公正爭議原則的重要性，此一論點為聯邦勞動法院所遵循，其後數則判決[598]均強調以比例原則作為爭議行為的限制規範。比

[598] 參例如：BAG 10.06.1980, AP Nr. 64 Art. 9 GG Arbeitskampf；BAG 12.0 9.1984, AP Nr. 81 Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 12.3.1985, AP Nr. 84 Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 11.5.1993, AP Nr. 63 FeiertagslohnzahlungsG § 1 .

DOI:10.6814/NCCU202200387

例原則在法院判決的發展中，除了被定位為判斷爭議行為合法性的獨立標準，有法院判決並進一步指出比例原則乃是權利濫用(Rechtsmissbrauch)的具體化[599]，此一原則已成為聯邦勞動法院判斷爭議行為手段合法性的重要標準，學說上亦有為數不少的學者採之[600]。

第二目　比例原則於罷工權之具體適用

在聯邦勞動法院於上述 1971 年與 1980 年的判決中為比例原則於爭議行為領域中先後確立堅固的地位之後，如何於爭議行為上具體適用此一原則，這就成為法院與學者最重要的任務，且縱使持否定比例原則立場的學者亦對於聯邦勞動法院的覺悟不抱積極的期度，而不得不加入此一探討比例原則的行列[601]。比例原則包含適當性、必要性及狹義比例性三個審查順序，在爭議行為領域中討論比例原則亦是依循此一架構來進行審查。[602]其中的適當性原則與必要性原則此兩者所著重的是「達成目的」之上，亦即圍繞著目的而進行審查，至於狹義比例性則是以「利益衡量」為重[603]，以下就此三項原則與罷工糾察之進行的關係為說明。

一、　適當性原則

「適當性原則」係指所採取的措施必須是適合去達到目的之有效手段，亦即所採取之措施有助於目的之達成，若該措施根本與目的之達成完全無關，即違反適當性原則[604]。當爭議行為完全地實現爭議目的時，此種成效卓著的爭議行為(erfolgreichr Arbeitskampf)當然不生適當性原則上的問題，但是這種情形卻是相當少見的，一般而言，爭議行為只能達成部分的目標，因為作為爭議目標的團體協

---

599 BAG 11.05.1993, AP Nr. 63 FeiertagslohnzahlungsG § 1 .

600 例如學者 Brox、Konzen、Löwisch、Loritz、Richardi、Rüthers、Scholz 等，參 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 11 (Fn. 28).

601 Vgl. Schumann, a.a.O. (Fn.284), Rn. 204 ff.

602 例如德國學者 Kreuz 以相當性原則分析爭議行為合法性之架構，其即是採用適當性、必要性及狹義比例性的審查順序，參 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373).

603 劉素吟，同註 553，頁 53-54。

604 許育典，同註 180，頁 157。

DOI:10.6814/NCCU202200387

約乃是折衝勞資雙方利益後的妥協結果，此種實現部分成果的爭議行為(teilweise erfolgreicher Arbeitskampf)亦符合適當性原則，只有顯然完全無法發揮任何效果的爭議行為才會與適當性原則抵觸[605]，而且不得以事後的結果來指責某一爭議行為有抵觸適當性原院則之虞，因為沒有人可以保證爭議行為的成與敗，所以失敗的罷工不等同於違反比例原則的罷工。依此可知，適當性原則只對於極為例外的情形—明顯無效果的爭議行為具有作用，適當性原則僅具有粗略的篩漏功能(Funktion eines groben Siebes)[606] 。而此一判準在罷工糾察的適用上亦是相同，亦即僅明顯無助於達成罷工有效性的行為始會與適當性原則不符，例如有學者即認為罷工糾察人員對於不願參與罷工、而欲繼續入廠的勞工進行勸說與罷工宣導時，這種行為應於事業單位前面或附近的地帶進行，一旦在距離被罷工廠場有相當之距離的地方進行，則可能就是不具有適當性(geeignet)的行為，因為在這種地方要說服想要繼續工作的勞工改變想法，此機會相較於在事業單位前進行要低得許多[607] 。

二、 必要性原則

「必要性原則」乃是指，在採取之措施有選擇可能性時，應選擇侵害最小的手段，此原則可稱為儘可能最小侵害之原則(geringstmöglicher Eingriff)，所考慮的焦點在於各個手段的取捨之上[608]。而在爭議行為的討論上，必要性原則所涉及的問題除了上述所提及的最後手段原則之外，對於個別爭議行為之採取的必要性判斷，亦是重點之所在。就此而言，若將上述之必要性原則的定義機械式地套用至爭議行為上，則可以得出此種審查方式：「當不存在其他相同有效的手段(gleich geeignetes Mittel)可資使用時，一爭議行為的必要性始受到肯定」，亦即爭議行為

605 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 21; Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S.120-129.

606 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S.130.

607 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 84 f.

608 陳新民，同註 553，頁 241。

DOI:10.6814/NCCU202200387

實施之人應在產生相同效果的前提下，需選取對於他人負擔較小的手段，亦即最溫和的手段(schonendstes Mittel)[609] 。然而，這種審查各個爭議行為的方式將產生重大的疑難，因為某一爭議行為在具體的個案中是否造成最小的侵害而符合必要性原則，抑或其實存在其他造成更小負擔的手段，這點應如何判斷？此外，在各種被考慮的手段中是否都是具有相同有效的手段，這點又要如何確定[610]？

某一手段是否適合且必要，在判斷上通常並非易事，蓋其不但涉及事實評價的問題，且須作某種程度的預測[611]，故可知此一原則的實際操作實與未來預測密切相關[612]，因此有學者即指出，要求法院適用必要性原則來審查爭議行為的合法性形同希望法院對於未來進行占卜(Wahrsagerei)，這非但不可能、也是對於法院的苛求[613]。此外，由爭議行為當事人的角度來看，要求其於擬定罷工計劃時納入比例原則的考量，亦即爭議行為當事人在實際進行其所採取的爭議手段前，就必須確保該手段乃是對於他人產生負擔較小者，而且沒有其他更溫和的手段可供選擇，然而，事實上沒有任何一個爭議行為當事人可以作出這種預測與保證[614]。

比例原則基於上述的適用困難，有學者認為爭議手段的選擇乃是爭議自由(Arbeitskampffreiheit)的一部分，最溫和之手段不應具有優先地位(Primat)[615]，但是有學者則以克服上述困難為出發點，嘗試修正必要性原則的適用方法，一方面讓法院有審查的可能性，另一方面也讓爭議行為當事人有遵守該要件的可能性：對此，被提出的審查模式為明顯性審查(Evidenzkontrolle)，亦即法院只有在某一爭議行為明顯缺乏必要性時始得給予違法的評價，因此必要性原則所控制的是「過

---

609 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 28f.

610 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 131.

611 李建良，基本權利之保護義務，收錄於《憲法理論與實踐(一)》，學林文化，2003 年 2 月二版，頁 146。

612 關於相當性原則與預測原則之關係，參劉素吟，同註 553，頁 54 至 60。

613 Hirschberg, Verhältnismässigkeit, 1981, S.155.

614 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 134-136.

615 Scholz, Die Aussperrung, 1980, S.136、139f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

度的爭議手段」(exzessive Kampfmaßnahmen)，這也是司法審查的界限；而此一審查方式也保留了爭議行為當事人對於爭議行動的自由決定空間而未侵害到爭議的自由[616]。例如有學者即認為，當具有足夠的罷工糾察人員時，則縱使是隱蔽的廠場小門前亦得派駐充足的罷工糾察人員，此時若連小門都加以封鎖，則不具有必要性(erforderlich)，因為罷工糾察此時應從事於比封鎖更為緩和的行動—諸如勸說或建立罷工通道等[617]。

三、 過度禁止原則

狹義比例原則亦稱過度禁止原則(Übermaßverbot)，一般而言，過度禁止原則係指採取之措施所造成的損害與欲達成的目的，不得有顯失均衡的情形[618]，而在進行審查時，過度禁止原則並不是要求所採取之手段與被追求之目的間呈現出完美的相稱狀態(optimales Verhältnis)，毋寧只是要求所採取之手段與被追求之目的此兩者間不得不成比例(außer Verhältnis)，故此時需進行一個合比例的利益衡量。

在適用過度禁止原則時所進行的利益衡量，其存在一個廣泛的價值判斷餘地(Wertungsspielraum)，則依此利益衡量所作出之決定的可預見性也必然會受到影響，這也從而也導致了高度的法律不確定性(Rechsunsicherheit)，此是過度禁止原則的弱點之所在[619]。而法律的不確定性此點在爭議行為領域中更形明顯，因為爭議行為乃是可能損害爭議對手、未參與罷工之第三人與一般社會大眾的行為，則依過度禁止原則所進行的利益衡量需同時在爭議行為人與爭議對手、未參與罷工之第三人與一般社會大眾之間進行，然當參與利益衡量的法益與利益愈多元，則利益衡量的問題就更形複雜，從而也提高了法律的不確定性並降低判斷結果的可預見性，爭議行為當事人就更難以預測法院將會肯定或是否決其所選取之爭議手

616 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 136 ff.
617 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 94.
618 許育典，同註 180，頁 159。
619 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 148.

DOI:10.6814/NCCU202200387

段的合法性，則爭議行為當事人若不願意承擔非法評價的風險，就只能規劃保守且衝突性最小的爭議策略(Taktik des Minimalkonflikts)，這與同盟自由所保障之「進行有效之爭議行為的權利」的理念乃互相捍格，亦削弱了團體協約自治的功能[620]，此點乃是嚴格適用過度禁止原則於爭議行為上所衍生的主要缺失之一。

此外，由於基本法第 9 條第 3 項保障一個不受國家干預、代之以由團體協約當事人自決的團體協約自治空間，團體協約當事人於此自由空間內得藉助爭議行為來形成合適的勞動與經濟條件，國家在此團體協約自治範圍內的影響力應退出，特別是不得藉由審查團體協約(Tarifzensur)的方式來進行干預，這點亦對於國家就團體協約所進行司法審查形成約束；不過，一旦將過度禁止原則套用至爭議行為的合法性審查上，這就會導致審查團體協約的危險，例如德國金屬工會(IG Metal)於 1984 年發動了在相同工資的條件下將每周工時降低為 35 小時的爭議行為，但雇主的立場主張每週工時應為 40 小時，對此，法院將會審查工會在以 35 小時的爭議目標而進行之爭議行為上具有什樣的利益，其與雇主、未參與罷工的第三人和一般社會大眾所具有的利益間應如何衡量，並確認這些相衝突的利益中何者為要，一旦法院認為某一爭議行為對於社會大眾造成特別的不利益時，該爭議行為將會被違反過度禁止原則，易言之，法院形同得依據過度禁止原則來代替爭議行為當事人決定何者為得追求的合法目標，法院也就將其影響力伸進了團體協約自治的空間之中[621]，此點乃是適用過度禁止原則於爭議行為上所衍生的主要缺失之二。

為了避免上述的缺失，過度禁止原則在爭議行為上的適用方式勢必要有所調整，以確保團體協約自治之制度與爭議行為的自由，對此，法院判決與學說上所發展出來的修正方向為，過度禁止原則在此毋寧只是要求不得對於爭議對手或是

---

[620] Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 148-150.

[621] Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S.152-157.

DOI:10.6814/NCCU202200387

一般社會大眾造成過度的損害或負擔[622]，易言之，過度禁止原則只是用來剔除那些極端的、違法性極為明顯的爭議行為[623]，這也是聯邦憲法法院於 1991 年 6 月 26 日所為之裁定的意旨：「只有於因為過度過當之防禦性措施致使爭議升級升高時，始應限制此種防禦性措施，此種自我限縮見解目的亦在於維護團體協約自治。」[624]

四、 小結

綜上所述，對於依比例原則來審查爭議行為合法性，法院雖然持肯定的見解，然因比例原則的內容與團體協約自治和爭議自由存在著不可避免的衝突，學者遂提出了上述的各種質疑與尖銳的批評，以修正比例原則在爭議行為的適用方式，因此比例原則的功能被限制於控制「過度的爭議行為」之內，在比例原則的視野之中只有過度的爭議行為會被歸類為違法的爭議行為。至於「過度的」爭議行為，如上所述，一般係指明顯無效果或明顯缺乏必要性的爭議行為，以及對於爭議對手、未參與罷工之第三人或是一般社會大眾造成過度的損害或負擔的爭議行為，此已如本文上述，然此類判斷標準究竟還是屬於概括條款的性質，其所呈現出來的法律不安定之現象仍然相當明顯[625]。對此，若觀察法院判決的發展，可以發現法院對於諸如罷工糾察此類具有實力的爭議行為，尚進一步提出「毀滅爭議對手之禁止」(Keine Vernichtung des Gegners)此一標準作為限制，其作用在於將比例原則的內容加以具體化，而這也是所謂「公正爭議原則」(Regeln eines fairen Kampfes)的主要內涵；依據聯邦勞動法院之看法，所謂公正爭議原則係指：「爭議行為只有在符合公正爭議的原則時進行，始為合法，且一爭議行為非但不得以毀滅爭議對手為目的，反而必須於重建於爭議中所被擾亂的勞動和平」，此外，

---

622 Junker, a.a.O. (Fn.188), Rn.617; Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 13.

623 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 164.

624 BVerfG 26.06.1991, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

625 Schumann, a.a.O. (Fn.284), Rn.205.

DOI:10.6814/NCCU202200387

「不只是爭議行為進行時點與所追求的目標須符合比例原則，其採取之手段的強度與實施過程也同受限制」[626]，此一論點亦為聯邦最高法院(BGH)所採納[627]。

不過，公正爭議原則之提出的作用雖在於具體化比例原則的內容，但是，不論是聯邦勞動法院或聯邦最高法院對於公正原則的具體內容，其實並未有進一步的詳盡說明，致使其內涵一直都無明確的定義[628]，僅可觀察到法院判決[629]與學說理論[630]多強調公正爭議原則在於要求「爭議對手生存毀滅的禁止」(Verbot der Existenzvernichtung)，其理由為：團體協約需由團體協約雙方當事人共同締結，若缺少團體協約相對人一方就無法形成團體協約，而基於爭議行為作為團體協約自治之輔助性工具的地位，一個缺少團體協約的爭議行為也不具有合法性[631]，因此一個具有毀滅爭議對手之作用的爭議行為將有崩解團體協約制度的危險，此種行為不但與比例原則有悖，亦違反善良風俗(Sittenwidrigkeit)[632]，而且也消滅了爭議落幕之後重建和諧、恢復工作的可能性。因此，若罷工糾察以封鎖的方式而完全阻絕人員的進出則屬度過度的爭議行為，即與公正爭議原則有違。

第二款 學說上檢討

對於聯邦勞動法院提出比例原則以審查爭議行為的合法性，工會界中產生了強烈的反彈聲浪，工會界不但質疑聯邦勞動法院上述結論是基於政治目的而作出的發明，亦認為此與憲法保障同盟自由基本權的意旨不符，並對於工會的行動自

---

[626] BAG 21.04.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[627] 聯邦最高法院表示同盟自由基本權並非一個不受任何限制的基本權，罷工行為只有在公正爭議原則下進行才能被容許，此一原則並適用在所有罷工計劃中的行為上，參 BGHZ 70,277=AP GG Art. 9 GG Arbeitskampf Nr.61. 然而，在德國學術界的討論中仍不乏否定公正爭議原則之主張，vgl. Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn.204e.

[628] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 31 Rn. 3; Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn.204e.

[629] Vgl. BAG 11.5.1993, AP Nr. 63 FeiertagslohnzahlungsG § 1.

[630] Vgl. Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 165.

[631] Hensche, Zu Praktikabilität und Nutzen des arbeitskampfrechtlichen Paritäasprinzips, RdA 1996, 293 (305).

[632] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 22 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

由構成了不當的限制，甚至開啟了帶有淘空同盟自由基本權之危險的大門；此外，聯邦勞動法院將用以限制國家干預人民基本權的比例原則置於限制基本權行使的位置上，這與比例原則的定位不符，實應拒斥聯邦勞動法院此種作法[633]。

將比例原則適用於爭議權之行使上，在學說上引起了廣泛的批評[634]，於德國學界在聯邦勞動法院於 1971 年作出上述裁定後，為數不少的學更者提出激烈的批評[635]，德國勞動法學者 Seiter 並指出，若吾人指責爭議行為未遵守比例原則，其真意應是指由法院作為立法之替代者(Ersatzgeber)而發展出的法律規範，而不是直接適用憲法上之比例原則本身[636]。學說上主要的批評論點有三：第一、比例原則乃是國家干預人民基本權的界限，而非用來限制基本權的行使[637]；第二、由於聯邦勞動法院並未提到如何進行相當原則的審查，因此將比例原則適用於爭議行為上可能開啟了由法院審查團體協約(Tarifzensur)的危險性，事實上，這點也是聯邦憲法法院的擔憂，聯邦憲法法院於 1991 年 6 月 26 日所為的裁定中即明確指出：「對爭議……經由比例原則的審查，將使得團體協約目的與爭議目的受到司法審查、監控的現象無可避免，此種司法審查將違反團體協約自治之基本思想。」[638]第三、比例原則乃是一概括性條款，將其引入爭議行為領域之中作為審查標準，

---

633 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 48 f.

634 Däubler, in: a.a.O. (Fn. 18), §14 Rn. 2, 21; Hensche/Wolter, Die verhältnismäßige Freiheit - zum Übermaßverbot des Streiks, in Dieterich/Le Friant/Nogler/Kezuka/Pfarr (Hrsg.), Individuelle und Kollektive Freiheit im Arbeitsrecht: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, 1. Aufl., 2010, S. 553; Säcker, Zur Rechtmäßigkeit des Boykotts von Außenseiter-Reedereien zum Zwecke des Abschlusses von Anschluss-Tarifverträgen : ein Rechtsgutachten, 1976, S. 26; Wohlgemuth, Staatseingriff und Arbeitskampf: zur Kritik der herrschenden Arbeitskampfdoktrin, 1977, S. 105; vgl. auch Kemper, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) - zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Einrichtungsgarantien, 1990, S. 175 (Fn. 113) m.w.N.; a.A. Reuter, Streik und Aussperrung, RdA 1975, S. 281; weitere Kritik, vgl. Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 86 ff.

635 例如學者 Däubler、Joachim、Pfarr、Reuß、Reuter、Säker、Wolter 等，vgl. Rüthers, a.a.O. (Fn. 248), Rn. 192 (Fn. 254)

636 Seiter, a.a.O. (Fn. 297), S. 150 f.

637 Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn.200f.；關於在私法領域中適用相當性原則的進一步分析，參 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 4 f.

638 BVerfG 26.06.1991, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 13.

DOI:10.6814/NCCU202200387

這將造成法律的不確定性(Rechtsunsicherheit)[639]，從而導致爭議行為具有高度的冒險性，此點也是採用比例原則進行審查的一大弱點[640]。

進一步而言，比例原則所包含之適當性、必要性與過度禁止，以之審查爭議行為(罷工)的合法性，實具困難與爭議。首先就「適當性原則」而言，因適當性原則係指所採取的措施必須是適合達到目的之有效手段，亦即所採取之措施有助於目的之達成，若該措施根本與目的之達成完全無關，即違反適當性原則；當爭議行為完全地實現爭議目的時，此種成效卓著的爭議行為(erfolgreichr Arbeitskampf)當然不生適當性原則上的問題，然此種情形卻屬罕見，一般而言，爭議行為只能達成部分的目標，此種實現部分成果的爭議行為，亦應認為亦符合適當性原則，只有顯然完全無法發揮任何效果的爭議行為才會與適當性原則牴觸[641]，且不得以事後的結果來指責某一爭議行為有牴觸適當性原則之虞，因為沒有人可以保證爭議行為的成與敗，所以失敗的罷工不等同於違反比例原則的罷工。故適當性原則雖只對於極為例外的情形——明顯無效果的爭議行為具有限制作用，亦即適當性原則僅具有粗略的篩漏功能(Funktion eines groben Siebes)[642]，然此一審查卻可能導致法院有審查團體協約(Tarifzensur)的危險，德國聯邦憲法法院就此點於1991年6月26日所為的裁定中亦指出：「對爭議行為……經由比例原則的審查，將使得團體協約目的與爭議目的受到司法審查、監控的現象無可避免，此種司法審查將違反團體協約自治之基本思想。」[643]已對於經由適當性原則來審查爭議行為持有懷疑。

再就「必要性原則」，其係指應選擇侵害最小的手段，此原則可稱為儘可能最小侵害之原則(geringstmöglicher Eingriff)，所考慮者在於各個手段的取捨

---

639 Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn.202.

640 林炫秋，同註 14，頁 181。

641 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 21; Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 120-129.

642 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 130.

643 BVerfG, NJW 1991, 2551. Vgl. auch Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 13.

DOI:10.6814/NCCU202200387

之上，就此而言，對於爭議行為之審查將導出以下公式：「當不存在其他相同有效的手段(gleich geeignetes Mittel)可資使用時，一爭議手段的必要性始受到肯定」，亦即實施爭議行為之人應在產生相同效果的前提下，需選取對於他人負擔較小的手段，亦即最溫和的手段(schonendstes Mitte)。」[644]然以此標準審查各爭議手段將產生重大的疑義，因為某一爭議手段在個案中是否屬於造成最小的侵害的方式？抑或存在其他造成更小負擔的手段？應如何判斷？各種納入考慮的手段是否具有相同有效性？又應如何確定？[645]某一手段是否適合且必要，在判斷上通常並非易事，蓋其不但涉及事實評價的問題，且須作某種程度的預測，故可知此一原則的實際操作實與未來預測密切相關，因此有學者即指出，要求法院適用必要性原則來審查爭議行為的合法性形同希望法院對於未來進行占卜(Wahrsagerei)，非但不可能、也是對於法院的苛求[646]。此外，由爭議行為當事人的角度來看，要求其於擬定罷工計劃時納入比例原則的考量，亦即爭議行為當事人在實際進行其所採取的爭議手段前，就必須確保該手段乃是對於他人產生負擔較小者，而且沒有其他更溫和的手段可供選擇，然而，事實上沒有任何一個爭議行為當事人可以作出這種預測與保證[647]。基於上述適用上的困難與疑義，有學者認為爭議手段的選擇乃是爭議自由(Arbeitskampffreiheit)的一部分，最溫和之手段不應具有優先地位[648]；然亦有學者認為修正必要性原則之適用方法即可，亦即採明顯性審查(Evidenzkontrolle)，只有在某一爭議手段明顯缺乏必要性時始給予違法的評價，必要性原則僅控制是「過度的爭議手段」，此一審查方式也保留了爭議行

644 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 28 f.

645 Fischinger, Zur Begrenzung des Streikrechts durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, RdA 2007, S. 101; Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 131.

646 Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, 1981, S. 155.

647 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 134-136.

648 Scholz/Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 136, 139 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

為當事人對於爭議行動的自由決定空間而未侵害到爭議的自由[649]。由此討論亦可見必要性原則適用於爭議行為合法性審查上的爭議性。

最後關於「狹義比例原則」即「過度禁止原則」，其要求採取之措施所造成的損害與欲達成的目的，不得有顯失均衡的情形。而在適用此原則時所進行的利益衡量，存在廣泛的價值判斷餘地(Wertungsspielraum)，從而也導致了高度的法律不確定性(Rechsunsicherheit)。此一問題在爭議行為上更形明顯，因為爭議行為係可能損害爭議對手、第三人與公共利益之行為，則當利益衡量同時在爭議對手、第三人與公共利益多重關係中進行時，利益衡量的問題就更形複雜，從而也提高了法律的不確定性並降低判斷結果的可預見性，若當事人不願意承擔非法評價的風險，就只能進行衝突性最小的爭議策略(Taktik des Minimalkonflikts)，此與集體勞動權所保障之「進行有效之爭議行為的權利」的理念乃互相扞格，亦削弱了團體協約自治的功 能[650]。為了避免上述的缺失，法院判決與學說上所發展出來的修正方向為，過度禁止原則在此毋寧只是要求不得對於爭議對手或是一般社會大眾造成過度的損害或負擔[651]，易言之，過度禁止原則只是用來剔除那些極端的、違法性極為明顯的爭議行為[652]，這也是聯邦憲法法院於1991年6月26日所為之裁定的意旨：「只有於因為過度過當之防禦性措施致使爭議升級升高時，始應限制此種防禦性措施，此種自我限縮見解目的亦在於維護團體協約自治」[653]。

---

649 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 136 ff.

650 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S.148-150.

651 Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 13.

652 Kreuz, a,a.O. (Fn. 373), S. 164.

653 BVerfG, NJW 1991, 2551.

DOI:10.6814/NCCU202200387

第三款 德國聯邦勞動法院 2007 年 6 月 19 日判決

第一目　判決之範式轉移

儘管工會界與學術界提出上述廣泛的批判，聯邦勞動法院承繼上述1971年4月21日裁定的意旨，於1980年6月10日所作成的判決[654]中，仍繼續援用比例原則，並對於上述反對見解提出了若干辯駁[655]，然法院在適用比例原則時，並未將上述反對見解完全棄置不顧，在比例原則的適用上，聯邦憲法法院亦提出修正見解：「只有於因為過度過當之防禦性措施致使爭議升級升高時，始應限制此種防禦性措施，此種自我限縮見解目的亦在於維護團體協約自治。」[656]德國聯邦勞動法院2007年6月19日之判決[657]產生範式轉移(Paradigmenwechsel)[658]，亦即法院雖然重申爭議行為應符合比例原則，但在解釋適用的方法上將爭議手段自由(Kampfmittelfreiheit)納入，重新詮釋了爭議行為之適當性、必要性與狹義比例性原則的內涵。德國聯邦勞動法院指出，爭議行為之適當性為：「係指某一爭議手段之使用，有助於爭議目標之實現。就此，進行爭議行為之同盟(註：即工會)具有一判斷特權(Einschätzungsprärogative)，亦即同盟在決定何者為施壓於社會對象(註：即雇主)之適當的爭議手段上，具有判斷餘地(Beurteilungsspielraum)。上述之判斷特權乃是基本法第9條第3項所保障之爭議手段選擇自由的一部分。」[659]就爭議行為之必要性，德國聯邦勞動法院指出：「為達成其目的，發動爭議之同盟(註：即工會)依其判斷不具有時更溫和之手段，某一爭議行為即具有必要性。同樣地，行動自由之保障，原則上包含同盟

---

654 BAG 10.06.1980, AP Nr. 64 Art. 9 GG Arbeitskampf.

655 關於聯邦勞動法院於的辯駁，參 Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn. 198；林炫秋，同註 14，頁 181 至 183。

656 BVerfG 26.06.1991, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

657 BAG, NZA 2007, 1055.

658 Vgl. Däubler, a.a.O. (Fn. 18), § 14 Rn. 4.

659 BAG, NZA 2007, 1058 Rn. 26.

DOI:10.6814/NCCU202200387

判斷其所選擇之爭議手段是否具有必要性或是其他手段為足夠的自由。」[660]就爭議行為之狹義比例性原則，德國聯邦勞動法院則指出：「至於爭議行為之狹義比例性原則，係指在慮及受到爭議行為直接或間接影響之人的法益時，足夠地考慮基本法為讓爭議目的實現而對於行動自由之保障而認為合適(angemessen)時。就此，爭議當事人不具有判斷特權，此處不是事實上的評估，而是法律上的(利益)衡量」[661] 。

比例原則在上述的解釋下，過去被認為罷工應為了合法的爭議目的，且需為適合以及事實上必要的方式進行，且每一個爭議行為都必須為最後的手段，此一觀點已經不再被採用，而以工會的「判斷特權」取而代之，德國聯邦憲法法院亦確認此一解釋為評價爭議行為合法性的適當標準[662]，德國聯邦勞動法院於後續判決中亦循此標準以審查爭議行為之合法性[663]。易言之，所謂爭議行為之最後手段性原則雖於形式上仍存在，但在工會具有憲法所保障之判斷特權下，何時為發動「最後」手段僅能由工會決定。綜而言之，爭議行為比例原則不得限制工會得於何時開始罷工、亦不得限制工會應以何種爭議手段(Kampfmittel)進行爭議，此等事項均應由工會運用其判斷特權以決定，爭議行為比例原則所要控制者乃是爭議行為對於他人(包含雇主與第三人)之利益不會造成不符比例之損害，亦即經由比例原則，尋得工會與雇主與第三人間之利益的最好調和(möglichst schonenden Ausgleich)[664]。

第二目　適當性與必要性原則之修正

依上述德國聯邦勞動法院2007年6月19日判決之見解，爭議行為比例原則

---

[660] BAG, NZA 2007, 1058 Rn. 27.
[661] BAG, NZA 2007, 1058 Rn. 28.
[662] BVerfG, NJW 2014, 1877.
[663] BAG, NZA 2009, 1347 Rn. 41.
[664] Vgl. Däubler, in: a.a.O. (Fn. 18), §14 Rn. 20.

DOI:10.6814/NCCU202200387

在爭議手段自由的觀點下，工會具有判斷特權，故核心判斷在於過度禁止原則，亦即不得造成雇主與第三人不符比例之損害。過去依適當性原則，排除無助於達成罷工有效性的行為的判斷標準，例如罷工糾察人員對於不願參與罷工、而欲繼續入廠的勞工進行勸說與罷工宣導時，這種行為應於事業單位前面或附近的地區進行，一旦在距離被罷工事業單位有相當之距離的地方進行，則可能被過去的見解認為屬於不具有適當性的行為，因為在此類地點要說服欲繼續工作的勞工改變想法、參與罷工，此機會相較於在事業單位前進行要低得許多[665]，然在法院肯定工會具有判斷特權下，工會具有選擇進行糾察地點之權利，即不應對該行為進行違法之評價。不過，德國勞動法院對於罷工行為之適當性，進一步提出「爭議對手生存毀滅的禁止」(Verbot der Existenzvernichtung)此一標準作為限制，其作用在於將比例原則的內容加以具體化，此亦是所謂「公正爭議原則」的主要內涵，其係指：「爭議行為只有在符合公正爭議的原則時進行，始為合法，且一爭議行為非但不得以毀滅爭議對手為目的，反而必須於重建於爭議行為中所被擾亂的勞動和平。」[666]因爭議行為在德國法上係團體協約自治之輔助性工具，若缺少團體協約相對人一方就無法形成團體協約，一個缺少團體協約的爭議行為也不具有合法性[667]，因此一個具有毀滅爭議對手之作用的爭議行為手段將有崩解團體協約制度的危險，此種行為不但與比例原則有悖，亦屬違反善良風俗(Sittenwidrigkeit)[668]，以此為目的之罷工糾察行為自不具有合法性。

再就必要性原則而言，依據法院過去的見解，例如於工會派駐罷工糾察人員時將隱蔽的小門亦加以封鎖，可能被認為不具有必要性，因為罷工糾察此時

---

[665] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 84 f.

[666] BAG, NJW 1971, 1669.

[667] Hensche, a.a.O. (Fn. 631), 293 (305).

[668] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 29 Rn. 22 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

應從事於比封鎖更為緩和的行動，諸如勸說或建立罷工通道等[669]，然在肯定工會具有判斷特權時，亦不應再對該行為進行違法之評價。

綜上所述，對於依比例原則來審查爭議行為合法性，法院雖然持肯定的見解，然因比例原則的內容與團體協約自治和爭議自由存在著不可避免的衝突，過去有折衷見解將比例原則的功能限制於控制「過度的爭議手段」之內，亦即明顯無效果或明顯缺乏必要性的爭議手段，以及對於他人造成過度的損害之爭議手段。然於德國聯邦勞動法院2007年6月19日判決之後，工會在採取爭議手段上具有判斷特權，故爭議行為比例原則之核心在於過度禁止原則，亦即不得造成雇主與第三人不符比例之損害，簡言之，罷工糾察行為之合法性判斷重心在於依過度禁止原則所進行的利益衡量，以下就德國法上依循過度禁止原則，對罷工糾察行為利益衡量之討論為說明。

第三節 罷工糾察對他人施加損害之合法性界限

第一項 對雇主施加損害之合法性界限

在罷工期間，雇主因罷工糾察的進行而可能遭受的損害主要有財產權、名譽權與所謂的營業利益等，而罷工糾察得對雇主該等權利施予何種強度的侵害但仍無牴觸誠信原則與權利濫用禁止原則之慮，從而不構成侵權行為，此時即需引用上述利益衡量原則的觀點來進行判斷。

第一款 營業利益

在爭議事件中，罷工乃是藉由中止勞動力提供的方式以癱瘓雇主的事業運作，從而達成阻礙勞動關係的目的，罷工糾察的目的則是在於強化罷工的此一作用，故若因而造成雇主無法營運，此乃是罷工行動成功本所期待的成果，而勞方於罷工過程中為損害雇主的營業利益而進行積極性的行為，雇主是否得據此而對勞方

669 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 94.

DOI:10.6814/NCCU202200387

請求損害賠償，這對於勞方具有極為重要的意義，例如發生於我國 1992 年之基隆客運罷工事件，資方於罷工事件落幕後，即向參與罷工之 15 名勞工提出賠償罷工期間營運損失 509 萬元之民事訴訟，在歷審裁判[670]中，雖仍有法院判決資方敗訴之判決，但法院所著眼的重點乃是「資方無法營運係導因於勞工已參與罷工行為所致」[671]，易言之，法院雖否定資方的損害賠償請求權，但判決理由係認為其所受之損害與勞方所為的積極行為──將車輛之輪胎放氣──之行為間無因果關係，並不因此而肯定勞工於罷工期間具有損害雇主營業利益的權利，此一地方法院的判決結果雖讓勞工不需負擔損害賠償責任，但仍受制於工會法第 26 條所規範之「工會於罷工時不得加危害於他人之財產」的字面意義，惟若依本文上述之分析，為了矯正資本主義的流弊，使個人行使權利與履行義務的法律秩序更加合理化，法規範應考量到罷工所具有之侵權行為性格，而罷工糾察阻礙雇主生產活動乃是基於「進行一有效罷工行動的能力」所必需，於此範圍內，應否定雇主之損害賠償請求權，更何況在基隆客運乙案中，雇主之車輛遭到放氣的期間僅持續不到一日[672]，距離危害雇主生存的程度甚遠，不過，罷工行為得阻礙雇主之生產至何種程度，此涉及雇主的經濟上利益損失之保障的問題，需進一步探討。

雇主身為營業活動的主體，本有決定開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由[673]，以賺取營業經濟利益，營業利益所保障的即是雇主此一營業經濟利益，其包括企業活動的整個範疇，易言之，為了補充侵權行為法上對於純粹經濟上利益保護之不足，乃創設了營業權而將經濟利益予以權利化，今罷工權人以中止勞務提供和罷工糾察等方式阻止雇主營運，致使雇主無法自行決

670 參附錄二：基隆客運罷工事件損害賠償案歷審訴訟一覽表。

671 參附錄三：台北地方法院 82 年勞訴字第 44 號民事判決：「原告無法使用上開車輛並非因被告上開將系爭車輛放氣之行為，而系因原當所僱用之司機均參與罷工，原告無法指揮其所屬司充駕車營運所致。」

672 基隆客運產業工會、台灣勞工教育資訊發展中心，基客勞資爭議事件概述，從基隆客運罷工司法訴訟案談罷工的法律問題研討會，1996 年 6 月 12 日，頁 5。

673 參大法官釋字第 547 號黃越欽大法官之協同及一部不同意見書。

DOI:10.6814/NCCU202200387

定開業、停業的時間，這就是以侵害雇主的營業利益為目標的行為；至於與企業可相分離之權利或利益，諸如企業的財產及其成員，則不在營業權的保障範圍內，因此例如毀損企業的機器或是傷害企業員工等，乃是侵害身體權與財產權等權利的問題。不過，營業權在我國法制上是否已具有「權利」的性格，學說上尚有爭論[674]，尤其是企業上活動經常變動，其客體難以具體化，欠缺權利所應具備的社會典型公開性，特別是歸屬及排他功能，因此雇主的營業經濟利益遭受損害時，雖非不得請求損害賠償，但不宜於法制未臻成熟之際[675]就將此種營業經營利益提升為民法第 184 條第 1 項前段的權利，而應以民法第 184 條第 1 項的後段「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者」作為請求權基礎為適當[676]，是以就罷工糾察的手段正當性而言，何為「背於善良風俗」的糾察手段，即為判斷的重點所在，只要罷工糾察行為未背於善良風俗，縱使罷工糾察行為有計劃地故意侵害雇主的營業利益，亦不構成侵權行為。

所謂有背於善良風俗，此乃是指行為本身違反國家社會一般利益與道德觀念[677]，然其實背於善良風俗的禁止也是權利濫用禁止的內涵之一[678]，易言之，民法第 184 條第 1 項後段的責任構成仍是回歸到權利濫用禁止原則的判斷上，違反正義觀念的權利行使即是背於善良風俗的行為，亦與誠信原則和權利濫用禁止原則不符。事實上，我國的爭議問題的發展亦以侷限於經濟利益的爭取為其特點，故

---

674 學者鄭玉波認為營業權之侵害可成立侵權行為，參鄭玉波，民法債編總論，三民書局，2004 年 10 月修訂二版二刷，頁 174；但學者王澤鑑則反對於我國侵權行為法上創設營業權，參王澤鑑，侵權行為法(一)基本理論 一般侵權行為，自版，1999 年 6 月修正四刷，頁 206。

675 營業權(Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)在德國法制上已歷經有百年以上的發展，但關於侵害行為的要件及保護範圍的認定、違法性的判斷、以及請求權競合關係等，迄今仍未有定論，故邇來已有學者主張應放棄此項「權利」，參王澤鑑，同註 674，頁 206；另對於營業權之批判的進一步說明，參 Steinbrück, a.a.O. (Fn.125), S. 108-112. 營業權在德國法制上發展百年之後尚存有多項疑慮，更何況我國對於營業權一向著墨不深，迄未對於營業權建立起清楚的輪廓。

676 王澤鑑，同註 674，頁 202 至 206。

677 參最高法院 69 年台上字第 2603 號判例。

678 劉雪筠，同註 569，頁 141 至 146。

DOI:10.6814/NCCU202200387

一旦發生罷工事件，勞工對於雇主的生存能力多已計算在內，因為這同時也是在於考量罷工後重返原工作崗位的可能性，因此罷工糾察人員若僅是一時性地阻擋未參與罷工的勞工或是雇主指派的替代性人力進入事業單位，或是封鎖部分的事業單位出入口，這對於雇主的生存並不會構成威脅，則縱使此種罷工糾察行為有損雇主的營業經濟利益，亦應認為屬社會觀念上所認為相當者，始符合保障罷工權的意旨，雇主對於因此而發生的損害則有容忍的義務，除非罷工糾察人員將事業單位完全封鎖，致使所有的人員—包含未參與罷工的勞工或是雇主指派的替代性人力—以及原料與貨物在相當的時間內皆毫無進出的可能性時，始有違反權利濫用禁止原則與誠信原則而構成侵權行為的可能性，此亦是上述德國爭議行為法制上「公正爭議原則」中「毀滅爭議對手之禁止」的禁令，且不可忽略的是，德國爭議行為法制上對於爭議行為的限制乃是以勞資雙方力量相近的狀態為前提，勞方對於資方構成威脅的可能性甚高，其與我國勞方力量薄弱的情形自是是難以比較，於此條件下，德國法制仍以「毀滅爭議對手之禁止」作為爭議行為的界限，則舉重以明輕，在我國的爭議行為法制中無更為嚴格限制之必要，應認為諸如罷工糾察行為等積極爭議行為若未危及雇主生存，均為法之所許。

綜而言之，在勞動關係中，基於解決勞資間的利益衝突狀態並爭取經濟上的利益而進行爭議行為時，一方面，罷工糾察雖得強化癱瘓企業勞動力之行動的有效性，但另一方面，此以繼續存在一勞動關係為前提，否則在勞動關係遭到消滅的情形下，藉由罷工來調整勞動關係中之不對等的可能性即不復存在，故罷工糾察的行為應不得達到摧毀雇主生存的程度，法規範對於調和私人利益間的相互衝突所劃下的界限亦應以此為標準。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第二款　名譽權

名譽係指對於人之品德、才能、素質及人格價值的社會客觀評價[679]，名譽權乃是指人對於自己之社會客觀評價享受利益之權利[680]。而就雇主的名譽權而言，不論係自然人或法人[681]均有名譽權遭侵害的問題，而侵害名譽乃是指貶損他人在社會上的評價，從而使他人遭受其他人的蔑視、侮辱或嘲笑等[682]，不過，名譽權是否受侵害，應斟酌被害人之社會上之地位，依客觀標準而定，故被害人主觀上之名譽感雖受損害，但客觀上社會評價不生影響時，不成立名譽權的侵害[683]。

然而，不可忽略的是，各種價值判斷在民主多元社會中均應容許，而受言論自由之保障，僅能藉由言論之自由市場機制，使真理愈辯愈明而達到去蕪存菁之效果，罷工糾察人員為了喚起他人對於罷工的支持與了解，即需藉由言論自由來達到其目的，而言論自由雖可能損及個人名譽，然基於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能，國家應給予最大限度之保障，使個人名譽為必要之退讓[684]，惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制[685]，對此，最高法院認為，行為人之言論雖損及他人名譽，惟其言論屬陳述事實時，如能證明其為真實，或行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，足認為行為人有相當理由確信其為真實者；或言論屬意見表達，如係善意發表，對於可受公評之事，而為適當之評論者，不問事之真偽，均難謂係不法侵害他人之權利，尚難令負侵

---

679 何孝元，損害賠償之研究，台灣商務印書館，1987 年 10 月八版，頁 144。

680 王澤鑑，同註 674，頁 128。

681 民法第 26 條規定：「法人於法令限制內，有享受權利、負擔義務之能力。但專屬於自然人之權利義務，不在此限。」而最高法院 62 年台上字第 2806 號判例表示：「公司係依法組織之法人，其名譽遭受損害，無精神上之痛苦之可言，登報道歉已足回復其名譽。」

682 最高法院 58 年台上字第 2329 號判決：「所謂名譽受損害，必須依社會觀念，足認其人之聲譽，已遭人貶損而言。」

683 參最高法院 90 年台上字第 646 號判例。

684 參台北地方法院 96 年度訴字第 9553 號民事判決。

685 參大法官釋字第 509 解釋。

DOI:10.6814/NCCU202200387

權行為損害賠償責任。又陳述之事實如與公共利益相關，為落實言論自由之保障，亦難責其陳述與真實分毫不差，祇其主要事實相符，應足當之[686]。

在具體事件的判斷上，於斟酌受侮辱者—即雇主，其所受侵害之嚴重性時，實務上的觀點則認為應衡酌勞工及受侮辱者雙方之職業、教育程度、社會地位、行為時所受之刺激、行為時之客觀環境以及平時使用語言之習慣等一切情事為綜合之判斷[687]，例如於訴訟期間偶有情緒性之言詞或文字，此為法院認為可以接受而不構成名譽權之侵害的情形[688]，此均是將行為時所受之刺激等因素納入考量之例。而在罷工糾察進行的過程中，因在罷工期間，勞資雙方之對立情緒均極為高張，極易發生口角、辱罵等狀況，此等特殊情事應特別予以斟酌[689]，如僅是不當或不雅之措詞、一時的情緒性字眼或是僅是非為職場倫理所許的言詞，或是罷工糾察人員為了喚起勞工的團結意識，號召原本未參與罷工的勞工加入罷工行列而使用措詞較為強烈的言詞，其亦是為了強化罷工的有效性，例如「怒吼的綿羊」、「重新認識縣太爺及資本家的真面目」、「不允許公司是一個唯利是圖，侵害人

686 參最高法院 96 年度台上字第 928 號民事判決。

687 參最高法院 92 年度台上字第 1631 號判決。

688 參最高法院 85 年度台上字第 359 號民事判決。另外例如勞工與其上司意見不合，一時情緒失控出言不遜，而為而「他媽的」、「BULLSHIT」等語，法院認為依社會通常觀念，僅表示「輕蔑」或「不屑」之意，不構成重大侮辱之行為，參最高法院 90 年度台上字第 1361 號民事判決；又例如，某一勞工僅國小畢業，有「賭濫、搖擺」(台語)口頭禪，法院審酌該勞工與其上司間就職業、教育程度、社會地位等，相差甚鉅，而被上訴人僅任職上訴人公司作業員，並非重要職務，再受上訴人公司解僱刺激，縱有上開零星不當言詞，尚不足達於嚴重影響勞動契約之繼續存在，即不符勞動基準法第十二條第一項第二款所稱之「重大侮辱」情形至明，參臺灣高等法院臺中分院 94 年度勞上字第 17 號民事判決；又例如，勞工與雇主間因公傷請假過程不順利致有情緒性字眼「一手遮天」、「不法情事」、「公器私用」等，法院認為依社會通念並不具有侮辱之意，參臺灣高等法院臺南分院 95 年度勞上字第 5 號民事判決；再例如，勞工遭上司指責其處理公務有推託情事而認受有委屈，因情緒激動致說話音量提高並以手重擊其上司辦公桌面，並表示「實在很冤枉」或「你們不要誣賴我」或「○○○經理栽贓伊」，該勞工所為固非職場倫理所許，但法院認此一行為與重大侮辱仍屬有間，參臺灣高等法院 91 年度勞上字第 17 號民事判決。

689 黃程貫，同註 27，頁 491。

DOI:10.6814/NCCU202200387

權、不負責的經濟怪獸」等描述雇主的標語[690]，此時應審酌行為時之客觀環境，不應貿然認為構成名譽權之侵害。

另外應注意的是，若認為某一行為已構成名譽權的侵害，基於刑法誹謗罪之相關規定的目的亦在調和折衷名譽之保護與言論之自由，為求得法律秩序與體系解釋上之統一性，刑法關於誹謗罪之阻卻違法相關事由[691]，亦得作為認定是否侵害名譽權、構成民事上侵權行為責任之個案判斷標準[692]。

第三款　所有權

在勞資爭議期間，為了周知罷工的訴求或是進行罷工的宣傳等，可能會在事業單位的牆壁或大門等處著手為張貼文宣等行為，此均可能干擾雇主的財產權，惟若罷工糾察之行為係為了「進行一有效罷工行動的能力」而所必須，例如張貼罷工糾察人員張貼罷工訴求的標語或海報於被罷工廠場的牆壁或大門上，或放置告示立牌於被罷工廠場的大門前，此雖然對於雇主之所有權造成干擾，惟若該行為未毀滅物之存在、致使物的可使用性喪失或是等減損物的價額，應認為該罷工糾察行為的行使方法在社會觀念上仍屬相當，而不構成侵權行為[693]。

國立政治大學 National Chengchi University

690 發生於 1989 年間的遠化罷工事件，當時參與罷工的勞工羅美文以「調職？迫害？」、「怒吼的綿羊」、「重新認識縣太爺及資本家的真面目」、「不允許公司是一唯利是圖，侵害人權、不負責的經濟怪獸」等文句之宣傳單散發於眾，被法院認定構成侮辱行為，參最高法院 79 年台上字第 1916 號民事判決。

691 刑法第 310 條第 3 項：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」；刑法第 311 條：「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：一、因自衛、自辯或保護合法之利益者。二、公務員因職務而報告者。三、對於可受公評之事，而為適當之評論者。四、對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者。」

692 臺灣高等法院 96 年上字第 331 號民事判決。另參王冠璽，兩岸名譽權保護與言論自由的限界—大陸侵害人格權判決之評釋，元照，2001 年 11 月初版第一刷，頁 92 至 112。

693 相反見解，參 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 81.其認為於雇主的所有物上張貼海報等亦非法之所許。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第二項 對第三人施加損害之合法性界限

在罷工中，與罷工無關的第三人(unbeteiligten Dritten)——包含被罷工之雇主的客戶、商業夥伴等，均可能以各種形式受到罷工之影響，例如：在交通運輸業發生罷工時，消費者(旅客)即可能受到經濟上之損失；在自來水事業、電力及燃氣供應業或醫院中進行罷工時，第三人之生命、身體與健康即可能受到影響；又或是製造業發生罷工時，其上、下游之廠商之供貨與銷售亦可能因而受到影響；甚至是工會針對百貨公司中特定專櫃進行罷工並進行為糾察行為時，造成該百貨公司中其他專櫃或是百貨公司本身營業上之干擾時，應如何認定罷工糾察行為之合法性？由於在罷工糾察進行的過程中，第三人之生命、身體與健康權、名譽權、財產權與自由權等，均有可能與罷工糾察人員所行使的罷工權產生衝突，基於第三人受到影響之法益有別，以下分別說明之。

第一款　生命、身體與健康權

為保護罷工中第三人之生命、身體與健康權，勞資爭議處理法修正草案第 47 條規定：「爭議行為期間，爭議當事人雙方應維持工作場所安全及衛生設備之正常運轉。」立法理由即指出，爭議行為之目的係在施予他方當事人壓力，惟不應因此而對於生命安全、身體健康或公共安全造成危害及威脅。故於停止或妨礙工作場所相關安全、衛生設備之運作，可能造成前述結果時，勞資雙方均有責任及義務維持其運作，則罷工糾察行為亦不得有礙工作場所安全及衛生設備之正常運轉。

第二款　所有權與經濟利益

在罷工中，被罷工之雇主的上、下游廠商、或是與被罷工之雇主具有商業往來之事業單位(例如百貨公司中特定專櫃遭受罷工，該專櫃緊臨之其他專櫃或是百貨公司本身)之經營亦可能被罷工或罷工糾察行為影響。此一問題於各事業單位間經濟活動日益緊密下，罷工更加可能對於第三人造成直接或間接之

DOI:10.6814/NCCU202200387

影響[694]，換言之，罷工或罷工糾察幾乎不可能排除對於第三人產生影響，尤其是服務業中的罷工更難以排除對於消費者產生影響。然誠如本文上述，若罷工糾察人員係基於行使爭議權之意思而進行干擾或阻礙行為，且其行使方法在社會觀念上認屬相當者，其行使結果亦無權利濫用情形，則第三人對罷工糾察人員之行為具有一定程度之忍受(eine gewisse Toleranz)的義務；惟應注意，因第三人不同於被罷工之雇主有行使對抗行為以降低衝擊的可能性，故罷工糾察行為對於第三人所能影響的程度、也就是第三人所需容忍的程度相較於雇主應更為低，且不得以直接加損害於第三人為目的之方式為之，例如工會針對百貨公司中特定專櫃進行罷工，但對於緊臨之其他專櫃拉起糾察線，試圖讓百貨公司或其他專櫃遭受損害，進而對於被罷工之專櫃(雇主)施加壓力以達其目的，則難認為此屬於合法之糾察行為。

第三款　自由權

未參與罷工的勞工或是雇主指派的替代性人力在進入事業單位提供勞務前，若需經過被罷工事業單位的出入口即有穿越罷工糾察人員的可能性，此時該等勞工之自由權即可能受到影響，由於罷工糾察包含確保或強化罷工之有效性而進行之一切輔助行為，阻止雇主使用替代人力之行為亦屬之，則罷工替代人力之自由權即可能受到糾察人員的限制，其合法性即需進一步釐清。

行動自由係指身體的行動受到不法的拘束或妨礙而言，需以無合理之方法離去為要件[695]。在罷工糾察進行的過程中，罷工糾察人員為了讓未參與罷工的勞工或是雇主指派的替代性人力了解罷工的訴求等，在該等勞工通過罷工糾察線時，即可能對之加以攔阻以進行勸說，或是組織罷工人牆以阻撓該等勞工進入事業單位工作，若僅是一時性的阻撓或僅是造成欲通過之勞工的不便，他人

---

694 BAG NJW 1971, 1669.

695 王澤鑑，同註 674，頁 133。

DOI:10.6814/NCCU202200387

在此程度內應都具有忍受的義務[696]，德國法上之討論有認為為30分鐘至7分鐘不等之阻撓，為此時間長度之的妨礙仍屬適當。其次，自由權尚包括精神活動之自由在內，當他人因行為人之恐嚇致生畏怖，其精神方面活動亦受牽制，法院認為此同屬自由權受侵害[697]，典型之情況為以加害身體之事，恐嚇原告，致生危害於安全之事實[698]，例如以「你去死死也」、「你不知哪一天被殺死」、「你家死人」[699]、「妳住這裡是不是？給我等著瞧，大家慢慢看」、「我要給妳好看、慢慢看」[700]或是「一天一隻手指頭，不信你給我試試看」[701]等言詞，均屬於影響他人之意思決定，致他人精神方面活動已受牽制，精神自由權利與心理健康即因此受限而受有損 害[702]，該當侵害他人精神自由之侵權行為。惟若罷工糾察人員為了勸說他人加入罷工，不論採取上前進行攀談的方式，或是藉由組織罷工通道之方式來展現罷工的強大決定，只要罷工糾察人員未施加恐嚇他人身體或生命安全之言詞，僅積極邀請他人加入罷工、或是對於工會會員陳述不遵守罷工決議之工會內部處分，均屬正當權利的行使，與上述侵害他人精神自由的情況有間。

第三項 罷工糾察干擾公共利益之合法性界限

誠如本文前述，在權利社會化的法律思潮下，行使權利時應注意個人利益與公共利益的調和，而民法第 148 條第 1 項即規定「權利之行使不得違反公共利益」，不過，罷工雖對於社會雖然有一定程度的衝擊，但罷工與公共利益並非絕對地互相衝突，因為罷工的目的在於調整勞資間的關係，以維護勞動生活的秩序，

---

696 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 190.

697 參臺灣雲林地方法院 88 年度虎簡字第 98 號民事判決、臺灣臺南地方法院 91 年度訴字第 2278 號民事判決。

698 參臺灣板橋地方法院 96 年度訴字第 361 號民事判決。

699 參臺灣高等法院臺南分院 91 年度訴易字第 76 號民事判決。

700 參臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 5860 號民事判決。

701 參臺灣士林地方法院 96 年度士簡字第 744 號民事判決。

702 參臺灣臺南地方法院 91 年度訴字第 2278 號民事判決。

DOI:10.6814/NCCU202200387

因此罷工本身也是公共利益的構成部分，罷工所帶來的不便或損害乃是行使此一權利所必然伴隨的結果，在一定程度內必須被加以容忍[703]；更何況，憲法第 23 條規範得基於「增進公共利益」等公益理由而限制人民之權利，而罷工在工會法第 26 條、勞資爭議處理法第 8 條與團體協約法第 20 條第 1 項所訂的八項限制罷工之要件中已被控制在一個相當狹窄的範圍內，其已內含調和公共利益的需求，故若罷工的進行—包含罷工糾察的實施—已符合上述八項罷工要件的規範，公共利益的要求不應再構成一項單獨的限制規範[704]。

學者亦指出：「不應任意誇大台灣社會的共識，或恣意擴張值得保護的公益概念，進而限制勞動者之團結權或其他的行動自由，換句話說，並不是只要有『公益』的存在，便得正當化一切對於勞動者團結權的限制。」[705]因此，例如罷工糾察人員在被罷工廠場大門口及其附近組織成隊伍進行宣傳、勸說或散發文宣，若此僅造成行經之人車的一時不便或輕微影響，此與侵害不特定多數人之利益的情形仍相距甚遠，不能僅據此理由而限制罷工權的行使，否則將導致實質剝奪罷工權之結果，不但與比例原則有違，亦不符公共利益維護的意旨。

此外，由於維護公共利益致權利的行使受到限制，但公共利益此一概念的特別之處即在於內容的不確定性(Unbestimmtheit)[706]，依此以限制人民的權利將對於

---

[703] 林炫秋，同註 14，頁 191。關於罷工與公共利益之關連的討論，其多與水、電、瓦斯等公用事業或公務員等特定職業的罷工權限制有關，惟此乃是對於罷工為不同種程度限制的問題，與罷工糾察的限制為不同層次的問題，於此茲不討論。相關之討論，參林佳和，公部門罷工—尋找法釋義學體系中的合法性答案，月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月，頁 59 至 85；彭常榮，同註 166，頁 77 至 93。

[704] 在德國的爭議行為法制中，雖然聯邦勞動法院指出爭議行為不得明顯地侵害公共利益(參 21.4.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.)，但亦有學者指出，公共利益的衡量不得作為判斷爭議行為合法性的獨立判準，只要爭議行為所追求的目標是團體協約所得規範者，該爭議行為的進行應被認為具有合法性，此乃是基於對於團體協約自治的尊重，由於此一討論係繫於以團體協約制度為核心的爭議行為制度上，與我國之制度相異，故不予以詳述，對此，參 Dieterich, a.a.O. (Fn. 217), Art.9 Rn.121.

[705] 林佳和，同註 85，頁 67。

[706] 陳新民，同註 365，頁 134 至 141。

DOI:10.6814/NCCU202200387

權利人造成相當的不利益，因此在適用上應從嚴解釋公共利益，以免權利人受到過分限制[707]。

第四節 刑法規範對於罷工糾察之限制

刑法亦是罷工糾察行使過程中所需遵守的規範，然因刑法會對於受規範者的權利或自由予以剝奪或造成限制，是以刑法規範不但須具有憲法上的依據，而且其規範內容亦不得牴觸憲法的規範與意旨[708]，此在以實施罷工糾察之方式行使罷工權時，亦無不同。由於罷工權乃是一個具衝突性之本質的集體性行動，於行使的過程中，確實無法避免對於爭議相對人以及第三人(例如對於未參與罷工的勞工或是雇主指派的替代性人力等)之權益造成影響[709]，不論是散發傳單、舉標語或是勸說有工作意願之勞工加入罷工，以及設置罷工通道與人牆，甚至是封鎖事業單位出入口，為數不少之罷工糾察措施均有損刑法所保障之法益的可能，而招致刑法的制裁，此亦將相當地限制罷工權的行使，就刑法規範應如何適用至罷工糾察上，以下為為進一步之分析。

第一項 概說

罷工糾察行為為罷工權的一環而受到憲法的保障，故在其與國家的關係上，國家不僅具有不得將罷工糾察的行使視為犯罪行為的消極性義務，更負有保障罷工糾察的積極性義務，因此確立罷工糾察為權利行使的第一步即是將之由刑罰中解放出來[710]。首先，罷工糾察中的單純觀察罷工現場與罷工秩序等糾察措施，這些行為並未與刑法所保護的利益有所衝突，原則上得將這些行為先剔除於討論範圍之外。關於罷工可能觸及刑法規範而具有可罰性的情況可以區分為兩種，一是

---

[707] 施啟揚，同註 583，頁 384。

[708] 林山田，刑法通論(上冊)，203 年 11 月八版二刷，頁 66。

[709] 參勞資爭議處理法修正草案第 46 條第 2 項修正理由。

[710] 詹振寧，勞動集體行為正當性之研究—社會相當性理論之具體適用，中興大學法律學研究所碩士論文，1996 年 6 月，頁 55 至 56。

DOI:10.6814/NCCU202200387

罷工本身(als solche)的可罰性(Strafbarkeit von Streik)，二是罷工期間各個參與罷工的人員的可罰行為(strafbare Handlung)，此兩者應予區別，前者可能該當刑法第 100 條第 1 項的內亂罪(Hochverrat)：「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處七年以上有期徒刑；首謀者，處無期徒刑。」[711]至於後者，即罷工期間各個參與罷工人員的可罰行為，此則涉及所謂罷工逾矩行為或罷工過度行為[712]，此亦是個別罷工糾察可能被認定具有可罰性的狀況，以下詳述之。

由於在實施罷工糾察時，無法避免對於爭議相對人以及第三人(未參與罷工的勞工或是雇主指派的替代性人力等)之自由法益、財產法益或名譽法益造成影響，所可能涉之刑事犯罪較重要者例如：第一、刑法第 135 條第 1 項妨害公務執行及職務強制罪：「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」、第二、刑法第 149 條公然聚眾不遵令解散罪：「公然聚眾，意圖為強暴脅迫，已受該管公務員解散命令三次以上，而不解散者，在場助勢之人處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。首謀者，處

---

[711] 德國刑法亦有相似規範，參德國刑法第 81 條(針對聯邦之內亂罪)：「1.以暴力或暴力威脅實施下列行為之一者，處終身自由刑或十年以上自由刑：(1)危及德意志聯邦共和國之存在，或 (2)改變根據聯邦憲法而存在之憲法秩序。2.情節較輕者，處一年以上十年以下之自由刑。」另在德國法上尚有可能牽涉到德國刑法第 88 條之違憲的破壞活動罪(verfassungsfeindliche Sabotage)：「1.在本法效力範圍內，以叛亂團體黨魁或幕後策畫者之身分或獨自破壞下列物品，使其大部分或全部失去效用，或使其特定之目的不能達到，故意危害德意志聯邦共和國之存在和安全或憲法秩序者，處五年以下自由刑或罰金：(1)郵局或服務於公共交通之企業或設備 (2)服務於公共目的之電訊設備 (3)供應水、電、熱或動力之企業與設備以及其他供應人民生活之重要企業和設備 (4)服務於公共安全或秩序之工作機關、設備、設施及物品。2.本罪之未遂犯，處罰之。」或是德國刑法第 105 條以下的脅迫憲法機關之犯罪(Nötigung von Verfassungsorganen) (對憲法機關之脅迫)：「1.對下列機關非法以暴力或暴力威脅，強制其不行使職權或以特定方式行使之者，處一年以上十年以下自由刑：(1)聯邦和邦立法機關或其委員會 (2)聯邦國會或其委員會，或 (3)聯邦或邦政府或憲法法院。2.情節較輕者，處六個月以上五年以下自由刑。」上列德國刑法之中譯文係援用自：蔡墩銘(譯)，德日刑法典，五南，1993 年初版，頁 54、頁 68。由於罷工本身的可罰性此一問題並非本文討論之重點，此處不擬進一步討論，可參 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 103-108; Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn. 240 ff.

[712] Schumann, a.a.O. (Fn. 284), Rn. 238.

DOI:10.6814/NCCU202200387

三年以下有期徒刑。」、第三、刑法第 151 條恐嚇公眾罪：「以加害生命、身體、財產之事恐嚇公眾，致生危害於公安者，處二年以下有期徒刑。」、第四、刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪：「傷害人之身體或健康者，處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」第五、刑法第 302 條第 1 項剝奪他人行動自由罪：「私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者，處五年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」、第六、刑法第 304 條強制罪第 1 項：「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」、第七、刑法第 309 條公然侮辱罪第 1 項：「公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金。」、第八、刑法第 310 條誹謗罪第 1 項：「：意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」與第九、刑法第 354 條毀損器物罪：「毀棄、損壞前二條以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」

在德國法的討論上，與刑法保護之利益可能產生衝突的罷工糾察行為，經常被提出有[713]：第一、德國刑法第 113 條第 1 項妨礙執行公務罪(Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte)：以暴力或暴力威脅之方法，阻礙公務人員或聯邦國防軍士兵執行法律、法令、判決或委託履行之職務，或對其進行攻擊者，處二年以下自由刑或罰金。第二、德國刑法第 123 條第 1 項非法侵入他人住宅罪(Hausfriedensbruch)：非法侵入他人住宅、商店或不動產空間，或用於公共事務或交通所圈場所，或未經允許在該處停留，經主人要求仍不離去者，處一年以下自由刑或罰金。第三、德國刑法第 125 條第 1 項破壞社會安寧罪(Landfriedensbruch)：公然聚眾，共同以妨害公共安全之方式實施下列行為，或鼓動他人實施下列行為，如其他條款未規定較重刑罰時，對正犯和其他共犯處三年以下自由刑或罰金：(1)

[713] 下引之中譯文係援用自：蔡墩銘(譯)，同註 711，頁 74、76 至 77、104、115、119-120 與 124。

DOI:10.6814/NCCU202200387

對人或物實施暴力，或(2)對人實施暴力威脅。第四、德國刑法第 185 條侮辱罪(Beleidigung)：犯侮辱罪者，處一年以下自由刑或罰金；以暴力進行侮辱者，處二年以下自由刑或罰金。第五、德國刑法第 223 條第 1 項傷害罪(Körperverletzung)：不法傷害他人身體或損害其健康者，處三年以下自由刑或罰金。第六、德國刑法第 239 條剝奪自由罪(Freiheitsberaubung)：非法拘標他人或以其他方法剝奪他人自由者，處五年以下自由刑或罰金。第七、德國刑法第 240 條第 1 項強制罪(Nötigung)：非法以強暴或明顯之惡意脅迫而強制他人為一定行為、容忍或不為一定行為者，處三年以下自由刑或罰金，情節特別嚴重者，處六月以上五年以下自由刑。第八、德國刑法第 253 條第 1 項恐嚇取財罪(Erpressung)：為自己或第三人不法利益，非法以暴力或明顯之惡意脅迫，強制他人為一定行為、容忍或不為一定行為，因而使被強制人或他人遭受財產損失者，處五年以下自由刑鍋罰金，情節特別嚴重者，處一年以上自由刑。由於下文將參酌德國法上之相關討論，故先羅列相關德國刑範如上，供與我國刑法對照並作為下列德國法討論之參考。

第二項 罷工糾察所涉之刑事犯罪判斷

在我國現行法的規範中，並無爭議行為之刑事免責的特別規範，不過，以上述所列的各項刑事犯罪為例，可知刑法規範的構成要件並非僅是單純為犯罪行為情狀的描述，構成要件之創設固然是針對法益侵害或危險之行為加以處罰，一旦經利益衡量及價值判斷而認為某一法益不值得保護、或危及更重大的利益，則應放棄立法，如該法益損及次要利益，則應限縮其保護之範圍，可知構成要件對於利益衝突的問題亦加以處[714]。對此，例如刑法第 302 條固禁止剝奪他人行動自由，惟此並非禁止所有一切妨害他人自由之行為，經立法者之利益衡量及價值判斷，僅限於以「私行拘禁或以其他非法方法」所造成的他人行動自由之剝奪在禁止之列，「私行拘禁或以其他非法方法」此一構成要件要素乃是立法者將法定阻卻違

[714] 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照，2003 年 2 月初版第一刷，頁 100。

DOI:10.6814/NCCU202200387

法事由或超法規阻卻違法事由前置化至構成要件中予以規範，此一規範的目的亦涉及利益衡量的問題，易言之，立法者基於利益優先性原則而將特定的法益侵害行為排除在構成要件之外[715]，故若罷工糾察人員基於罷工權的行使而攔阻不願參與罷工的勞工以進行勸說，縱使受到攔阻之勞工一時無法依其意思自由離去，亦不能認為構成剝奪他人行動自由罪。再者，「強暴脅迫」此在刑法規範中最為頻繁使用的構成要件要素[716]，其亦是罷工糾察中最可能涉及之刑法第 304 條強制罪的構成要件要素，本條規定即以「強暴、脅迫」使人行無義務之事或妨害人行使權利為構成要件，其所保護的法益為人的意思決定及意思實行的自由，同樣的，立法者並不以刑罰處罰對此種自由所為的一切強制作用，僅藉著強暴脅迫的方式而對一般人皆會產生影響可能之強制作用會被認為有社會侵害性而加諸刑法的處罰[717]，則例如罷工糾察人員以組織罷工通道、團結示威或人牆封鎖的方式以阻礙未參與罷工的勞工或是雇主指派的替代性人力進入事業單位提供勞務，只要未達強暴脅迫的程度均屬權利之合法行使，惟「強暴脅迫」所指為何，則有疑問，本文以下將進一步詳述之。綜而言之，罷工糾察所引起的基本權衝突，其所涉及的利益衡量的問題不只存在於憲法層次，在刑法規範的領域中亦需處理之[718]，而在刑法的犯罪三階段體系中，不只是阻卻違法事由與利益衡量有所關連，在構成要件該當性的判斷上亦存在利益衡量的問題以解決權利行使所引起的衝突[719]，讓基本權與法益之「價值優先性秩序安排的具體化」(Konkretisierung der Wertungsordnung)得以實現[720]。

---

[715] 高金桂，同註 714，頁 102。

[716] 林山田，同註 708，頁 132 至 135。

[717] 何賴傑，德國聯邦憲法法院關於示威封鎖行動涉及強制罪之見解，收錄於《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處編，2007 年 6 月，頁 747 至 748。

[718] 張翔，基本權利衝突的規範結構與解決模式(上)，法商研究，2006 年第 3 期。

[719] 關於利益衡量與構成要件該當性的問題，參高金桂，同註 714，頁 89 至 110。

[720] 高金桂，同註 714，頁 58 至 59。

DOI:10.6814/NCCU202200387

換言之，上述各項刑法規範，乃是就罷工進行過程中，罷工糾察執行者所代表的「同盟自由」與「他人之生命、身體、自由與財產等法益」間的矛盾問題為處理，罷工糾察執行者所代表的利益與「他人之生命、身體、自由與財產等法益」間產生矛盾，此時即產生了基本權衝突的問題，而依據一般的看法，當同盟自由與其他法益產生衝突時，應依據實際調和理論(Grundsatz der praktischen Konkordanz)以解決衝突，亦即將各種法益調整至最好的平衡上[721]。此時須衡量個案中所有的情況以導出相衝突之利益的均衡可能性，因為憲法相對於所有其他的法規範具有優先地位，每一個制定法上的規範都必須與憲法的價值相符，亦即應適用法秩序的統一性原則(Prinzip der Einheit der Rechtsordnung)[722] 。不過，在刑法保護之利益與罷工糾察行為產生衝突的情況中，所發生的是某一行為既被憲法之基本權所允許、而又被刑法之規範所禁止，此時究竟是憲法上之基本權排除刑法規範之適用，抑或刑法規範構成了基本權行使的界限，僅須再探究有無阻卻違法事由[723]？對此問題，有學者認為同盟自由基本權仍受到刑法規範的限制，僅是同盟自由與受刑法規範保障之利益的發生利益衝突時，應將此種衝突置於刑法中合法化事由(Rechtfertigungsgrüde)的體系中來探究是否有排除違法性的要素[724]，例如刑法第 193 條[725]、第 240 條第 2 項第 2 項[726]與第 253 條第 2 項[727]等規範，而在適用此等合法化事由的規範時，必須在憲法的價值體系中進行解釋，亦即應進

[721] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 280vx.

[722] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 99.

[723] 陳怡凱，同註 340，頁 129 至 130。

[724] 關於德國刑法中合法化事由的分析，中文之說明參薛泰成，德國刑法中合法化事由的體系，自版，2007 年 7 月第一版。

[725] 德國刑法第 193 條(正當權益之使用)：「有關科學、藝術、商業上之批評，或與此相類為履行或保護權益或使用其正當權益所發表之言論，以及對部下之訓誡和責備，官員職務上之告發或判斷或諸如此類之情況，祇以發表言論之形式或根據當時之情況，已構成侮辱者，始受處罰。」此之中譯文係援用自：蔡墩銘(譯)，同註 711，頁 105。

[726] 德國刑法第 240 條第 2 項：「非法是指為卑鄙下流之目的而使用強暴或惡意脅迫。」此之中譯文係參蔡墩銘(譯)，同註 711，頁 54。

[727] 德國刑法第 253 條第 2 項：「非法是指為卑鄙下流之目的而使用強暴或惡意脅迫。」此之中譯文係參蔡墩銘(譯)，同註 711，頁 54。

DOI:10.6814/NCCU202200387

行「合憲性解釋」(verfassungskonforme Auslegung)。只要同盟自由未在「憲法層次」上受刑法所保護的法益所限制，則該同盟行動就不具有違法性，因為凡是受憲法所保障者，則不能由刑法來施以懲罰，亦即基本權衝突之衡量結果將影響刑法上違法性的判斷[728]。相反的，若刑法所保護的法益在憲法層次亦受到保障，則得限制同盟自由，此時同盟自由基本權的援引並不能阻擋刑法規範的適用[729]。但有學者則認為，由於同盟自由基本權在基本法上乃是受到無保留的保障，此雖不代表同盟自由基本權沒有界限，但是不能忽略的是，刑法規範不能直接作為限制同盟自由基本權的依據，因為在基本法第 9 條的三項規範之中，其中第 2 項「結社之目的或其活動不得牴觸刑法」的規範[730]僅適用在本條第 1 項的結社自由上，而不及於同條第 3 項的同盟自由基本權，而且結社自由與同盟自由兩者在歷史上的發展、所承擔的任務與基本權主體均大相逕庭，對於結社自由的限制不能當然地套用至同盟自由上[731]。

此外，同盟自由基本權的主體乃是具有對抗性的團體，其必須具有爭取勞動與經濟條件提升的實力，所以在罷工的過程中若僅容許單純引起公眾注意或散布訊息等，這形同要求罷工糾察行為不得引起基本權的衝突—此亦是上述與刑法所保護的利益未產生衝突、而被剔除在此處討論範圍之外的情形，則實難以產生壓力而達到有效爭議的作用[732]，因此同盟自由基本權為了避免爭議行為的保障流於空洞化，「進行一有效罷工行動的能力」[733]乃是爭議行為受到憲法保障的重心，這點也是在判斷某一罷工糾察行為的合法性時所不能忽略者。

---

[728] Alexy, a.a.O. (Fn.257), S. 476.

[729] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 99.

[730] 基本法第 9 條第 2 項：「結社之目的或其活動與刑法牴觸或違反憲法秩序或國際諒解之思想者，應禁止之。」

[731] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 280vsf.

[732] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 284 f.

[733] 參本文第二章第三節「罷工與罷工糾察之關係」之分析。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第三項 罷工糾察行為之違法性分析

德國法上所採取的處理方法──衡量個案中所有的情況以導出相衝突之利益的均衡可能性，讓每一個制定法上的規範都與憲法的價值相符，此點在處理我國刑法適用於罷工糾察上的原則並無不同。然應進一步提出討論者為，由於並非所有罷工糾察所可能涉及的犯罪，都在構成要件上融入了利益衡量的考量，故罷工糾察所涉之刑事犯罪判斷問題無法僅於構成要件階段中解決，而需進一步於違法性的層次上為分析，不過，在勞資爭議處理法修正草案中已增訂第 46 條第 3 項之規範，在討論此修正草案規範前，此處先就現行法之解釋為分析。

由於刑法上的犯罪構成要件本為法益保護的規定，而阻卻違法事由又為法益保護的否定，亦即因其他重大法益的保護而可能阻卻行為之違法，這就涉及利益衡量的問題，行為若得以阻卻違法，必顯示其沒有不當的侵害法益，甚至有保護重大法益的作用，或至少與法益的保護無關連性，就此而言，利益衡量在犯罪判斷上與違法性的認定具有密切之關係。我國刑法所明文規範的阻卻違法的事由有：第一、正當防衛(刑法第 23 條)、第二、緊急避難(刑法第 24 條I、II)、第三、依法令之行為(刑法第 21 條I)、第四、公務員依上級命令之行為(刑法第 21 條II)、第五、業務上的正當行為(刑法第 22 條)，一旦具有此等阻卻違法事由即根本不成立犯罪[734]。就罷工糾察行為的犯罪判斷問題，發生爭論的是究應依刑法第 21 條第 1 項抑或刑法第 22 條為判斷，此牽涉到爭議行為於刑事免責上各種學說的論爭[735]，惟若觀察刑法第 21 條第 1 項與刑法第 22 條的規範，一是規定「依法令之行為，不罰」，一是規定「業務上之正當行為，不罰」，當罷工糾察的進行被認為是「依法令的行為」時，工會法、勞資爭議處理法與團體協約法即是界限罷工糾察合法

---

[734] 刑法對於阻卻違法事由的法律效果係規範為「不罰」，惟一旦具有阻卻事由即根本不成立犯罪，而非成罪後始不加以處罰，學者建議應將「不罰」修正為「不具違法性」，參林山田，同註 708，頁 265 至 266。

[735] 莊政達，爭議行為於刑事上免責之研究 —以日本勞動組合法第一條第二項為中心，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2007 年 6 月，頁 56 至 116；詹振寧，同註 710，頁 63 至 77。

DOI:10.6814/NCCU202200387

範圍的法令，罷工糾察依該等規範進行即屬於依法令之行為而不具有違法性，而若罷工糾察的進行被認為是「業務上的行為」，其正當性亦同樣地需透過工會法、勞資爭議處理法與團體協約法來認定[736]，故不論採何種論點，罷工糾察行為於我國現行法制下一旦遵守勞動三法中的相關規定，即應取得合法性的評價而不成立犯罪。

第四項 勞資爭議處理法草案第 46 條第 3 項分析

第一款 草案第 46 條第 3 項本文

勞資爭議處理法修正草案新增第 46 條第 3 項之本文規範為：「工會及其會員所為之爭議行為，該當刑法及其他特別刑法之構成要件，而具有正當性者，不罰。」本條之立法理由則表示本條規範係為了「謀求工會及勞工之罷工權與雇主及第三人之基本權利間法益衡平之調合原則」，其將利益衡量的考量置入阻卻違法事由的理論系統之中，不過，罷工糾察行為的刑事免責判斷在現行法中已具有其依據，本條規範的重要性應在於提醒的作用上，而罷工糾察行為的刑事免責判斷需建立在法院對於罷工權之特殊性的認識上，故誠如我國論者[737]所言，若我國欲單純藉由實務與學說見解的累積而不採取立法措施，可能有緩不濟急、甚至難以期待的疑慮，使得勞動刑事案件不會被視為一般刑事案件而得納入勞動法規範的思考。

勞資爭議處理法修正草案第 46 條第 3 項的增訂雖為一值得肯定之立法，惟需特別提出者為，本條規範係以具有「正當性」的爭議行為為刑事免責的對象，

---

[736] 所謂業務，係指以反覆同種類之行為為目的之社會活動(參最高法院 54 年台上字第 1614 號判決)，至於何者為業務上之正當行為，須依業務之種類性質及所用方法是否合於一般習慣，以及是否不超過業務之範圍而為決定(參臺灣板橋地方法院 93 年度易字第 583 號刑事判決)，然由於各種領域的專業性或特殊性不一，業務是否正當須參考相關法律，而與罷工糾察相關之法律即工會法、勞資爭議處理法與團體協約法中的相關規範。

[737] 莊政達，同註 735，頁 44 至 45。

DOI:10.6814/NCCU202200387

惟爭議行為一旦被冠上「正當」二字，爭議行為反而被賦與一種非法的印象[738]，更重要的是，爭議行為的正當性理論在我國發展，乃是在勞動三法之外對於罷工權另外增加法律所無的限制規範[739]，與憲法限制人民基本權的原則實不相符，故本文認為在我國法制下應依照現行法律加諸罷工的限制規範來判斷其合法性，毋需再另外發展所謂的正當性理論，此外，由於具有刑法上的阻卻違法事由即根本不成立犯罪，實應將「不罰」修正為「不具違法性」，故勞資爭議處理法修正草案第46條第3項宜修正為「工會及其會員依法令所為之爭議行為，不具違法性。」

第二款　草案第46條第3項但書與「強暴脅迫」之分析

勞資爭議處理法修正草案第46條第3項但書規定「但以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞，不適用之」，本條規範之本文雖未明揭何為具有正當性之爭議行為，但由本條但書規範的反面意旨可以推知「強暴脅迫」乃是爭議行為手段正當性的界限，以「和平非暴力」作為罷工手段的界限亦是學者在現行爭議行為法制下所提出的見解[740]，本條之規範有助於明確化罷工手段的界限。

按「強暴脅迫」為刑法規範中最為頻繁使用的構成要件要素，但在刑法的規範中並未對於其定義作出說明，故需為進一步的分析。依我國法院判決之見解，刑法第304條第1項所稱之「強暴」乃是指以有形之實力直接或間接不法加諸他人之謂[741]，亦即使用優勢之體力以施予他人現時之惡害，形成對於他人之強制作用或逼迫作用，從而妨害或壓制他人之意思決定或意思活動自由，以遂行犯罪目的[742]，典型之情形例如：毆打[743]、駕駛車輛衝撞大門，丟擲例如杯水、旗竿、鐵

---

[738] 張鑫隆，同註70，頁386。
[739] 黃瑞明，同註21，頁34至38。
[740] 黃程貫，同註27，頁257至258。
[741] 參例如最高法院86年度臺非字第122號刑事判決、臺灣高等法院刑事判決92年度上易字第131號刑事判決。
[742] 林山田，同註708，頁135。
[743] 參例如：臺灣臺中地方法院89年度易字第2916號刑事判決。

DOI:10.6814/NCCU202200387

架、木棍等物品及用力推擠[744]、拉扯或使用雙手環抱[745]等行為，均可能直接或間接[746]造成壓制被害人的意思自由，但因刑法對於強暴概念並無定義，以致於在判斷上向來多有爭論，例如「將他人之車胎放氣」之行為是否為「強暴」的意義所涵蓋，我國曾發生之個案例如某甲趁某警官率警前往巷內一家旅社臨檢，所駕駛之警車停在巷口無人看管之際而將警車之輪胎放氣，對此問題，肯定之論點認為，甲對警車之車胎所為之行為足以使其物理之影響力及於公務之執行者，仍可謂強暴，但否定的見解則認為所謂「放逸」車胎空氣之行為，與以強暴脅迫妨害人行使權利或剝奪人行動自由罪之三要件未盡相符，與典型刺破他人之輪胎或是顛覆他人之車輛等強暴行為有間，故放氣行為不構成強制罪，更何況，身體的動作並不等於身體力量的行使而絕對地構成強暴行為，若非如此，強暴的概念將變得毫無界限可言[747]。

此外，另應特別注意的是，我國學說與實務見解雖多在強暴之概念分類上肯定「對物的強暴」(Gewalt gegen Sachen)[748]，惟所謂「以強暴脅迫使人行無義務之事，或妨害人行使權利」，其強暴脅迫之對象，須以「人」為要件，如妨害人行使權利時，被害人並不在場，自無從對人施強暴脅迫而干擾其意思決定自由之可

---

[744] 參例如：臺灣高等法院高雄分院 95 年度矚上訴字第 1 號刑事判決。

[745] 參例如：臺灣臺北地方法院 92 年度簡上字第 203 號刑事判決。

[746] 所謂直接強暴(via absoluta)係指直接針對目的而施用暴力，形成直接之強制作用，在直接強制中，被害之行止均直接受到行為之操縱，至於間接強暴(vis compulsivea)則指間接地對針對目的而施用暴力，形成間接的逼迫作用以扭曲被害人的意思，亦即施以立即之惡害作為對於被害人之心理強制手段，對此，參林山田，同註 708，頁 137。

[747] 徐育安，刑法上類推禁止之生與死，自版，1998 年 9 月初版，頁 20 至 21。將車胎放氣之行為亦曾發生於我國罷工進行的過程中，學者亦認為此一行為乃是和平非暴力的體作，應屬合法，參黃程貫，同註 27，頁 259；我國法院亦有採肯定之見解者，參基隆客運損害賠償案之一審判決(附件 X)：台北地方地方法院 82 年勞訴字第 44 號。

[748] 參例如最高法院 86 年度臺非字第 122 號刑事判決：「刑法第 304 條第 1 項稱『強暴』者，乃以實力不法加諸他人之謂，惟不以直接施諸於他人為必要，即間接施之於物體而影響於他人者，亦屬之。」；但我國法院亦有採反對見解者，例如最高法院 22 年上字第 2037 號判決：「刑法第 304 條之強制罪，須以強暴脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利，始克成立，而強暴脅迫之對象，實務上及學者通說，皆以對『人』直接或間接施強暴脅迫為限，對『物』不包括在內。」

DOI:10.6814/NCCU202200387

能，既缺乏施強暴脅迫之手段，要與刑法第 304 條第 1 項之構成要件不符[749]，則行為人縱對於「物」施以強暴行為且妨害他人行使權利，則不屬直接或間接對告訴人或其家人施強暴、脅迫之手段，並不構成強制罪[750]。

強暴是製造強制作用之最好手段，但因強暴並非是製造強制作用之唯一手段，故會存在「無暴力之強制」或「無強制之暴力」，就後者而言，由於根本未發生強制作用，故他人亦無因而行無義務之事或被妨害行使權利，自不該當本條之構成要件，當無疑問；惟就前者「無暴力之強制」而言，尤其是在「間接強制」的情形中存有諸多爭論，典型狀況例如毆打被害人致使屈服則當然構成強暴行為，但我國有學者認為行為無暴力之外形但仍會發生強制作用者仍屬本罪的強暴，例如在交通樞紐和平靜坐而發生交通阻塞作用時屬於強暴行為的實施[751]，或表示間接強暴本包括強暴或非強暴的行為方式[752]，亦即肯定「精神化的強暴概念」(vergeistigter Gewaltbegriff)得以構成強暴[753]，不過，我國實務上對此之見解則與學說上的看法有間，以靜坐示威並輔以布條傳單等抗議行為為例，我國法院在進行判斷時並未僅以被害人的心理作用作為標準，而會審酌是否存在「身體有之形實力的作用」，例如抗議群眾互相以手拉手靜坐，法院認為靜坐群眾僅互相以手

[749] 參最高法院 85 年度臺非字第 356 號刑事判決。

[750] 臺灣臺中地方法院 2008 年度易字第 2403 號刑事判決：「告訴人既於公訴人認被告以強行堆置土塊、磚塊、貨櫃之施強暴行為時，均未在場，被告自無從對告訴人李慧玲及其家人施強暴、脅迫行為……是縱認被告堆置土塊、磚塊、貨櫃等物之行為，已有妨害告訴人及其家人行使權利，但被告於堆置上開物品之際，並未直接或間接對告訴人或其家人施強暴、脅迫之手段，核與刑法第 304 條第 1 項之構成要件不符」，不過，此判決中在結論上雖否定強暴行為的成立，惟值得檢討的是「堆置土塊、磚塊、貨櫃等物之行為」是否為強暴行為，此一問題此上述「放逸車胎空氣」之行為相同，茲不贅述。

[751] 林山田，刑法各罪論(上冊)，自版，1999 年 9 月增訂二版，頁 169 至 170。

[752] 柯耀程，強盜與恐嚇取財之區分—評最高法院 88 年度台上字第 2951 號判決，月旦法學第 58 期，頁 177。

[753] 我國法上於討論到精神化的強暴概念時，多會介紹德國法院歷來見解的變化，對此之詳細說明，參何賴傑，同註 717，頁 741 至 759；鄭凱鴻，「強盜」與「恐嚇取財」間，國防管理學院法律研究所碩士論文，2002 年，頁 18、頁 10 至 14。

DOI:10.6814/NCCU202200387

拉手，警員實施抬離動作時，並無劇烈反抗動作而不屬強暴行為[754]，又例如行為人在被害人門口懸掛布條並靜坐，但因未有肢體上之強暴舉動及脅迫，法院認為行為人之抗爭手段對於被害人之心理及行動自由均不生影響，自難謂已該當強制罪之強暴或脅迫之客觀構成要件[755]。

至於以「心理強制」為作用的行為，其雖具有強制的成效，但無強暴行為的行使，法院則以脅迫視之，而非納入強暴的概念之中，例如多數之人聚集，並身披或手拉標語，分別靜坐或站立，且每隔數分鐘即一起重複高喊口號，法院認為應以脅迫來判斷是否構成強制罪[756]，對此，應提出討論者有兩點：

首先，法院明確區分強暴與脅迫此二個不同之概念，殊值肯定。就強暴與脅迫此二概念的區分上，所謂強暴乃須有身體力的行使──且不論是否為微不足道的力量──並造成被害人身體上的強制效果，以壓制被害人現時上或可能產生的抗拒時，該有形力應評價為強暴。反之，基於通知惡害的方式不限於言語、文書或行為等，故若一有形力的行使只是在於表達將來不利的預告時，該有形力仍應評價為脅迫，易言之，並非一切足以使他人之意思決定受限的行為均可評價為強暴行為，否則強暴與脅迫的概念將被混淆[757]，而且有違罪刑法定原則。[758]具體而言，例如行為人單純地出現在現場而對於被害人的心理狀態產生影響，並不能從而認為構成強暴行為[759]，例如罷工糾察人員出現在被罷工廠場門口以周知欲入廠工作之勞工關於罷工的訊息—不論其以罷工糾察隊伍的方式、靜坐或組織罷工通

---

754 參臺灣彰化地方法院 87 年度訴字第 823 號刑事判決。

755 參臺灣高等法院高雄分院 91 年度上訴字第 225 號刑事判決。

756 參臺灣高等法院高雄分院 92 年度上易字第 811 號刑事判決。

757 鄭凱鴻，同註 753，頁 18、頁 90。

758 刑法第 304 條強制罪之構成要件，係指以強暴、脅迫使人行無義務之事，或妨害人行使權利而言，易言之，本罪之犯罪行為不論係使人行無義務之事或妨害人行使權利，其手段上均限以強暴或脅迫之方式行之方該成，如非以強暴、脅迫之手段行之，自無由構成本罪，參臺灣高等法院高雄分院 91 年度上訴字第 225 號刑事判決，故所謂「無暴力之外形但仍會發生強制作用者仍屬本罪的強暴」之解釋已逸出本條構成要件之範圍。

759 鄭凱鴻，同註 753，頁 18、頁 12。

DOI:10.6814/NCCU202200387

道，只要罷工糾察人員未使用有形的身體力量，不能認為該罷工糾察人員為強制罪的現行犯。

其次，脅迫乃指以加害之意通知他人，不以他人心生畏懼之心為足。刑法第 304 條之強暴脅迫使人行無義務之事，所稱之「脅迫」，乃指以加害之意通知他人，使人生畏懼之心為目的，故若行為人並未以加害之意通知他人，其行為自未達於脅迫之程度，縱他人心生畏懼亦非本條所保護的對象[760]，故在上引之案例中，多數人聚集並身披或手拉標語，分別靜坐或站立，且每隔數分鐘即一起重複高喊口號，惟所喊口號並未涉及惡害之通知，則未該當強制罪之構成要件。此外，若被脅迫者有義務容忍行為人的行為時，則不構成強制罪，這在以合法的行為作為惡害通知的案例特別值得注意[761]。具體而言，例如罷工糾察人員在被罷工廠場門口組織罷工通道，並輔以布條、標語與口號等行為以強化其進行罷工的意志，應認為是傳達行使合法權利的訊息，除非罷工糾察人員對於執意入廠工作的勞工表達不服從罷工命令即會加害其身體或生命安全時，否則不能認為是惡害的通知。此外，法院判決尚認為，是否屬惡害之通知，應參酌行為人之動機、目的、智識程度、斯時所受之刺激、所用之語氣及全文統觀之，非得以隻言片語而斷章取義，倘行為人僅係基於一時氣憤所為粗鄙之言或俚俗之語，非意在恐嚇，且對被害人之安全並未產生危險與實害者，即難遽以恐嚇罪相繩[762]，此在罷工時情緒高張的情境中應值特別注意。

綜而言之，刑法第 304 條強制罪之構成要件，係指以強暴、脅迫使人行無義務之事，或妨害人行使權利而言，易言之，本罪之犯罪行為不論係使人行無

---

[760] 參例如：臺灣高等法院高雄分院 91 年度上易字第 100 號刑事判決：「另刑法第 304 條之強暴脅迫使人行無義之事，所稱之『脅迫』，乃指以加害之意通知他人，使人生畏懼之心為目的，查被告只冒充警察身分，要求他人讓其擺設或推銷電動玩具機具以營利，並未以如不允其擺設或向其購買，即要以警察身分予以『取締』為要脅，其行為尚未達於脅迫之程度，自不構成刑法第 304 條之強制罪。」

[761] 鄭凱鴻，同註 753，頁 18、頁 80。

[762] 參臺灣嘉義地方法院 94 年度易字第 3 號刑事判決。

DOI:10.6814/NCCU202200387

義務之事或妨害人行使權利，其手段上均限以強暴或脅迫之方式達成，如非以強暴、脅迫之手段行之，自無由構成本罪，刑法規範並非處罰所有一切使人行無義務之事或妨害人行使權利的行為，此亦是本文上述所提者，在立法時於構成要件該當性的規範中進行利益衡量以解決權利行使所引起的衝突。

第五項 小結

就刑法規範對於罷工糾察的限制而言，他人的生命身體亦同樣地屬於罷工糾察不可侵害之對象，惟就他人自由法益與人格法益之保障——即例如強制罪與誹謗罪，刑法所禁止者並非一切有損他人自由法益或人格法益的行為，而是排除以強暴脅迫所為強制行為與無阻卻違法事由的誹謗行為，罷工糾察於此限度內進行均屬合法。

再就刑法規範的限制而言，修正草案第 46 條第 3 項係規範：「工會及其會員所為之爭議行為，該當刑法及其他特別刑法之構成要件，而具有正當性者，不罰。但以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞時，不適用之。」就罷工和罷工糾察與刑法的關係而言，立法之重點為：當罷工糾察已依各項限制規範進行並謹守強暴脅迫禁止原則時，應認為其已具備合法性，毋需再依內容不明確之正當性原則進行判斷，故宜修正為爭議行為當事人依法令所為之爭議行為，不具違法性。至於刑事免責的界限，則宜採用強暴脅迫禁止原則，亦即爭議行為當事人以強暴脅迫致他人受侵害時，仍依刑法及其他特別刑法之規定處斷。

第五節 個別罷工糾察行為之合法性界限

第一項 罷工宣傳行為

在罷工糾察進行的過程中，糾察人員經常會透過海報、傳單、標語、旗幟、臂章或身體上特殊的裝飾來說明其理念與周知罷工資訊，並引起大眾對於罷工之關注，而在罷工中，罷工的力量除了來自工會會員的向心力之外，社會大眾是否

DOI:10.6814/NCCU202200387

認同罷工也經常是構成罷工影響的原因之一，一旦社會大眾瞭解罷工訴求並為支持，這對於提升參與罷工勞工之信心不但有所幫助，間接地亦會增加勞工加入罷工的意願。在進行罷工宣傳上，我國憲法第 11 條本有保障人民之言論自由，人民不論以語言或是其他表達其思想內容之媒介，如文字、圖畫、聲音、動作、穿著以表達出個人之價值判斷或轉述事實[763]，均受到保障，集體勞動權亦包含表述罷工意見的言論自由。須特別注意的是，言論自由對其保障的言論內容並不問是否具有正面價值或是否正確，因為言論自由的根本精神表現在於言論價值預斷之禁止上，具有評價性的言論本為言論自由所保障的對象[764]，因此例如在罷工進行中，罷工糾察人員高舉「反剝削、要生存」等標語旗幟，周知大眾其罷工的目的[765]，其乃是參與罷工之人對於罷工訴求與立場的表述，此即屬言論自由的行使。不論工會以媒體宣傳或是現場散發傳單、舉標語等方式，周知罷工訴求以引起社會對於罷工之關注，並達到團結工會之目的，均為合法罷工(糾察)行為，這些行為之目的亦在於傳述其之思想內容，只要標語與傳單的內容未侵害到他人的人性尊嚴，傳達這些資訊的行為未以強加於他人身上的方式為之[766]，即應受到言論自

[763] 李惠宗，同註 173，頁 191。

[764] 李惠宗，同註 173，頁 191。另參臺灣臺北地方法院訴字第 559 號民事判決：「綜觀被告所發表言論，均與超長工時、休息時間不足、人力不足等勞動議題相關，不單攸關原告之員工及整體運輸業，實為影響全體國民、勞工、產業深遠之重大議題，且因原告為世界知名之飛航企業，上開勞動條件、內部人事管理，更在在涉及航空運輸界之核心命題即飛行安全，勞動條件、勞資爭議、飛行安全均本為公眾所關心，確屬可受公評之事項，任何人均得將其意見提出與公眾討論。更何況，被告身為原告公司空服員、企業工會成員、理事及代表，對此公眾關注議題，本於其專業知識提出意見，而訴諸個人社群網路、公眾或媒體討論，自應屬善意發表之言論。」

[765] 此為 2003 年 9 月台中客運罷工時所使用的口號，參中華電信工會, 同註 1，頁 48。

[766] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 81.

DOI:10.6814/NCCU202200387

由之保障[767]，復以該等宣傳行動屬於罷工行動之本質與效果，同屬工會活動之一環，故亦受到集體勞動權之保障[768]。

第一目　勸說勞工加入罷工

第一款　勸說方式之限制

第二目　進行實力阻止之行為

勸說不欲參與罷工之勞工停止提供勞務，此為罷工糾察各項職務中最具有代表性者，而對於想要繼續工作的勞工進行勸說，此與該勞工的職業自由(Berufsausübungfreiheit)與消極的罷工權產生衝突。在調和此一衝突上，和平勸說與呼籲(gütliches Zureden und Appell)乃是不具有爭議性的合法手段，而所謂和平勸說的方式，例如罷工糾察人員為了引起未參與罷工之勞工注意到某一事業單位正在罷工中、或是為了解釋罷工的目的與動機而進行說明或宣講，並邀請非工會會員加入罷工以及要求工會會員遵守罷工決議等，其得採用言詞或傳單的方式來進行，或是另外利用群眾集會、團結示威或是歌曲、行動劇等方來來表達，亦在所不問[769]。易言之，罷工糾察為了說動想要繼續工作之勞工加入罷工，可以一面使用道德勸說的方式、一面說明工會會員不遵守工會決議的後果。另依據德國學者 Ule 的看法，對於工會會員與非工會會員所得進行的勸說強度應有所區別，強烈的呼籲與攀談行為只能用於工會會員身上，而對非工會會員或非受僱於被罷工之事業單位的勞務提供者只能促請其注意[770]。

---

[767] 德國基本法第 5 條第 1 項第 1 句規定：「人人有以語言、文字及圖畫自由表示及傳布其意見之權利，並有自一般公開之來源接受知識而不受阻礙之權利。」有學者即指出此一意見自由的保障亦是進行罷工糾察的權利基礎，參：Löwisch, a.a.O. (Fn. 149), 219 (221).

[768] 參勞動部不當勞動行為 107 年勞裁字第 35 號裁決決定：「工會或工會會員進行批評言論或宣傳活動是勞工行使團結權，進行工會活動的重要內容之一。」另參勞動部不當勞動行為 100 年勞裁字第 19 號、101 年勞裁字第 4 號、102 年勞裁字第 4 號裁決決定。

[769] Steinbrück, a.a.O. (Fn.125), S. 135.

[770] Ule, Streik und Polizei, 1974, S. 25.

DOI:10.6814/NCCU202200387

然而，在罷工進行的過程中，當罷工糾察行為被限制於所謂的和平勸說與呼籲的範圍中時，其所能發揮的影響力極為有限，甚至與憲法保障罷工有進行真正具有壓力性鬥爭的空間[771]有相當的距離，縱使容許對於工會會員為強烈的呼籲與攀談行為，這種區分對待的方式在實際上幾乎是不可行的，因為對於執行罷工糾察的人員而言，在罷工現場區分某一位勞工是工會會員或非工會會員、受僱於被罷工之事業單位與否，有實際上的困難，尤其當罷工糾察人員並未受僱於被罷工之事業單位時，其更不可能熟悉相關人員的身分[772]。因此，本文認為罷工不僅僅限於精神上的抗爭，更有使用實力以發揮阻礙雇主生產的必要，故應捨棄和平勸說的看法，代之以和平非暴力之實力阻止說，作為罷工糾察行為的界限。因此有學者認為「和平勸說與呼籲」的標準不具有必要性，而應以「和平非暴力」作為罷工糾察執行職務的界限[773]，另有學者則認為憲法上對於人性尊嚴的保障亦不得忽略[774]，因此，例如罷工糾察人員組織成罷工人牆、人鏈或罷工通道等團結措施來表達與勸說內容相同的意思，這就涉及實力行使的罷工糾察態樣，其合法性並不當然會遭到全盤否定，此部分將於下文為進一步分析。反之，當罷工糾察人員利用冒犯性或蔑視的言語或行動進行公開譴責，甚至以碰撞、腳踢或吐口水的方式來反對勞工進入事業單位工作，這些行為即超越了和平非暴力的界限，並有侵害他人之人性尊嚴、生命或行動自由(Fortbewegungsfreiheit)，故不受到憲法的保障；同樣地，使用拘留或推擠的方式讓想要繼續工作之勞工無法進入廠場也不是在同盟行動的保障範圍之內。事實上，工會在規劃罷工策略、訓練罷工糾察人員時也會在爭議準則(Arbeitskampfrichtlinien)或組織指示(Organisationsanweisung)中表示，暴力行為、財產損害與交通妨礙不應發生、對於雇主的威脅、侮辱與強

---

[771] 參黃程貫，同前註 27，頁 254。

[772] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 83 ff.

[773] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 286.

[774] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S.74 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

制則應儘量避免[775]。基於上述的種種限制，欲繼續工作之勞工的從業自由與消極的罷工自由就不會不相當地受到侵害，這也是毋需遵守「和平勸說與呼籲」此種過度嚴苛就可以達到的成果。此外，罷工糾察人員另外尚可能以罷工人牆、人鏈或罷工通道等團結措施來表達與勸說內容相同的意思，這就涉及強度更高的實力行使的問題，其合法性亦不當然會遭到全盤否定，此部分將於下文為進一步分析。

另依據德國學者 Ule 的看法，對於工會會員與非工會會員所得進行的勸說強度應有所區別，強烈的呼籲與攀談行為只能用於工會會員身上，而對非工會會員或非受僱於被罷工廠場的勞務提供者只能促請其注意[776]。然而，這種區分對待的方式在實際上幾乎是不可行的，因為對於執行罷工糾察的人員而言，在罷工現場區分某一位勞工是工會會員或非工會會員、受僱於被罷工廠場與否，這有實際上的困難，尤其當罷工糾察人員並未受僱於被罷工廠場時，他更不可能熟悉相關人員的身分。此外，若一位沒有參與罷工意願而想要繼續工作的勞工遭到罷工糾察的威脅，其結果不會因為其是否具有工會會員身分或是否受僱於被罷工廠場而有所不同，這點不能以區分罷工糾察所進行的攀談的強度而為等級上的區分[777]。

第三目　罷工通道與人牆之設置

於罷工糾察行為上，典型但具有爭議之情況為罷工糾察人員以集體靜坐或站立的方式，排列於被罷工事業單位前以建立罷工人牆(Menschenmauer)或罷工通道(Streikgasse)，以顯示出罷工的決心與實力，則欲進入該事業單位的人員就需通過此一通道，在該等人員通過時，罷工糾察人員即可以進行勸說工作，不論是說明罷工訴求或是要求勞工加入罷工，這乃是一種積極的罷工實施行為。在中華電信工會 2005 年 5 月 17 日的罷工中，約 5 百餘名工會會員於當日 7 時 6 分許，沿中華電信總公司大門口前，以手拉手串聯並擺設障礙物(收攏之摺疊桌)之方式，

775 Otto, a.a.O. (Fn. 59), § 12 Rn. 19.

776 Ule, a.a.O. (Fn.770), S.25.

777 Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 83 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

將公司之大門及西側小門之出入口封鎖，嗣經臺北市政府警察局中正第一分局與工會現場總指揮官協調，指揮該大門口前之工會會員讓開約 2 公尺寬以供人車出入，同時大門兩側繼續以人牆方式阻擋，以及工會會會員以舉標語牌、呼口號及靜坐方式進行罷工，然遭警察以違反集會遊行法為警告並命令解散[778]。由於罷工人牆或罷工通道不但展現了強大的罷工力量，也富有高度的示威效果，則欲通行之人員的決定自由(freie Willensentschließung)將會受到影響。

對此，有認為罷工人牆或罷工通道縱使未阻斷他人通行的可能性，他人亦毋須容忍此種行為，罷工糾察對於欲繼續工作之勞工的影響，只限於對於團結性的和平勸說[779]。另有學者認為罷工糾察人員大量聚集以形成人牆，對於欲進入事業單位工作的勞工有顯著的示威與威嚇作用，欲入廠工作之勞工的身心可能會因而感受到壓力，從而放棄入廠工作之打算或是改變心意加入罷工行列。基於罷工人牆或罷工通道具有此種影響力，有學者即認為這種罷工糾察措施乃是不合法的，而且具有刑法上的可罰性，不過在法律的判斷上，然持此說的學者亦認為罷工糾察的利益與權利也不能完全棄置不顧，故此處應慮及基本權最好調和原則在利益衡量上的適用[780]。

針對上述爭議，德國勞動法院認為，工會若建立罷工人牆或罷工通道，欲進入事業單位工作的勞工，在經過罷工通道時可能遭受侮辱或取笑，因而不可能以合乎人性尊嚴方式行走(menschenwürdigen Gehens)，勞工通過時亦可能遭受罷工糾察人員的攻擊，而這在通道擁擠時極可能會產生無法辨識何人為施加侵害的行為人，因此為了迴避這些危險，並確保罷工通道能使車輛通過，且不致於讓通道兩側之人的腳被車輛輾到，必須要求罷工通道保持一定的寬度，德國勞動法院即

[778] 臺灣臺北高等行政法院 95 年度簡字第 201 號行政判決。
[779] BAG 21.06.1988 AP Nr.108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1988, 846.
[780] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 87 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

發展出「三公尺的通道」(Drei-Meter-Gasse)的見解，亦即罷工通道需保持與企業一般消防緊急出入口之寬度相當的三公尺的寬度以供通行[781]。

有學者[782]承繼法院此種論點，並認為罷工糾察人員大量聚集形成人牆對於欲進入事業單位工作的勞工有顯著影響力，因為強大的罷工人牆不但富有高度的示威效果，甚至帶有威嚇的作用，能夠顯示出罷工的決心與實力，有一些想要入廠工作的勞工的身心可能會因而感受到壓力，其可能放棄入廠工作打算或是改變心意加入罷工行列。故基於罷工人牆或罷工通道具有的如此的影響力，持此說的學者即認為這種罷工糾察措施乃是不合法的，而且具有刑法上的可罰性，不過在法律的判斷上，持此說的學者亦認為罷工糾察的利益與權利也不能完全棄置不顧，故此處應慮及基本權最好調和原則的適用；易言之，同盟自由基本權無疑地也包含運用大量罷工糾察人員以提高罷工的有效性此點，因此，不論是人牆或通道的設置都是可能被考慮的策略，雖此種手段與欲進入廠場工作的勞工的從業自由與消極的罷工自由形成衝突—只要罷工糾察人員在廠場大門的一側或兩側設置罷工通道時，欲進入廠場工作的勞工就不可能不受阻礙地進入廠場工作，但若欲入廠之勞工進入廠場與接近工作位置的可能性仍然存在，罷工通道或人牆就不會過度地侵害他人的行動自由。然而，當欲進入廠場工作的勞工走過罷工通道時遭到人群推打、踢踹、侮辱或是投擲物品等，這些行為無論如何不受到同盟自由的保障，但若僅是發出噓聲或喝倒采則仍在合法的範圍之內；再者，一個延伸至廠場大門口的蜿蜒通道，若其設置的方式將導致通過的勞工僅得以曲身的姿勢通過時，則屬非法；同樣地，罷工糾察使用侮辱性標語建立「工賊之門」(Streikbrechertore)來讓欲進入廠場工作的勞工通過，或亦非適法。因此，罷工糾察應該建立一個無危險性且明顯可以辨認的通道[783]，且該通道具有足夠的寬度，因為愈是窄小的通

[781] LAG Köln 02.07.1984, EzA Nr. 53 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[782] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 87 ff.

[783] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 42 Rn. 79.

DOI:10.6814/NCCU202200387

道，行人通過時就愈可能引起危險，持此說之學者並與上述法院判決見解相同，均認為基於保障所有罷工現場人員的安全，也慮及法安定性的考量，應該支持一種確定的通道建立標準，也就是法院判決所採取的「三公尺準則」(Dreimeter-Regelung)。

上述學者所持的折衷看法，其實與法院判決的見解並無太大差異，均未完全地否定罷工人牆或罷工通道的合法性，但卻加諸重重限制，這就遭到其他學者的批評。批評之見解指出，上述學者或法院判決在評斷罷工人牆或罷工通道的合法性時已預設了一價值立場，亦即組成人牆或通道的罷工糾察人員會對於通過的勞工施行暴力、侮辱或嘲笑，亦即罷工人牆或罷工通道的建立就將自動地導致暴力、侮辱或嘲笑等行為的產生[784]，然此乃是在不具有事實基礎的情形下所為的判斷，此論點並忽略了人牆或通道設置的目標不在侵害通過的勞工，而是在宣傳罷工理念、勸說他人加入罷工行列，因此罷工糾察只需謹守和平非暴力的原則，但無建立三公尺寬度之通道的義務[785]。

易言之，雖然運用大量罷工糾察人員以組織人牆或通道有提高罷工之有效性而應受到保障，然此種手段與欲進入事業單位工作的勞工的職業自由形成衝突，故在兼顧雙方之利益下，對於欲入廠之勞工進入事業單位與接近工作位置的可能性仍需保持，罷工通道或人牆始不會過度地侵害他人的行動自由[786]。至於糾察人員於進行通行之勞工進行勸說時，可以持續阻礙其多長之時間，學說與實務上之見解不一，有認為可以長達 30 分鐘者、有認為 10 分鐘者、亦有認為僅 7 分鐘者。反之，罷工糾察對於欲進入事業單位工作的勞工，於其通過罷工通道時為推打、踢踹、侮辱或是投擲物品等行為，這些行為無論如何不受到保障，亦即罷工糾察應遵守和平原則(Friedlichkeit)，但若僅是發出噓聲或喝倒采則仍在合法的範

---

[784] Steinbrück, a.a.O. (Fn.125), S.135 f.

[785] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 280vz, 280wb.

[786] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 87 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

圍之內。再者，一個延伸至事業單位大門口的蜿蜒通道，若其設置的方式將導致通過的勞工僅得以曲身的姿勢通過時，則屬非法。因此，罷工糾察應該建立一個無危險性且明顯可以辨認的通道[787]，且該通道具有足夠的寬度，因為愈是窄小的通道，行人通過時就愈可能引起危險，持此說之學者並與上述法院判決見解相同，均認為基於保障所有罷工現場人員的安全，也慮及法安定性的考量，應該支持一種確定的通道建立標準，也就是法院判決所採取的三公尺準則。

上述折衷看法雖然未完全地否定罷工人牆或罷工通道的合法性，但卻加諸重重限制，因此仍遭受批評。批評之見解指出，上述見解在評斷罷工人牆或罷工通道的合法性時已預設了一價值立場，亦即組成人牆或通道的罷工糾察人員會對於通過的勞工施行暴力、侮辱或嘲笑，亦即罷工人牆或罷工通道的建立就將自動地導致暴力、侮辱或嘲笑等行為的產生[788]，然此乃是在不具有事實基礎的情形下所為的判斷，此論點並忽略了人牆或通道設置的目標不在侵害通過的勞工，而是在宣傳罷工理念、勸說他人加入罷工行列，因此罷工糾察只需謹守和平非暴力的原則，但無建立三公尺寬度之通道的義務。易言之，當罷工糾察人員組織成罷工人牆、人鏈或罷工通道等團結措施，用以表達與勸說內容相同的意思，此即涉及言詞以外之實力行使的罷工糾察態樣，當罷工糾察人員未利用冒犯性或蔑視的言語或行動進行公開譴責，亦未以碰撞、腳踢或吐口水的方式來反對勞工進入事業單位工作，即未超越了和平非暴力的界限，而無侵害他人之人性尊嚴、生命或健康[789]，在此限制下，欲繼續工作之勞工的職業自由與消極罷工，即不會受到罷工糾察行為進行過度之侵害，這也是毋需遵守「和平勸說與呼籲」此種過度嚴苛之標準，即可以達到之衡平保障。至於使用拘留或推擠的方式讓想要繼續工作之勞工無法進入事業單位，亦超越了和平非暴力的界限而不在保障範圍之內。

---

[787] Kissel, a.a.O. (Fn. 57), § 42 Rn. 79.

[788] Steinbrück, a.a.O. (Fn.125), S. 135 f.

[789] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 74 f.

DOI:10.6814/NCCU202200387

第二款　勸說地點之限制

在勸說欲繼續工作的勞工加入罷工的行列的問題上，另一個爭議是勸說行為進行之地點是否有所限制？此一問題的分歧點在於罷工糾察得否於被罷工之事業單位中進行。對此，有學者[790]認為，勸說行為僅得在被罷工的事業單位之前進行，亦即勸說行為只能持續到該勞工走進事業單位大門之前，其理由為：在事業單位大門前所進行的勸說具有較低的損害性，而若在距離被罷工事業單位有相當距離的地方為罷工糾察行為，則可能不是具有適當性(geeignet)的行為，因為在這種地方要說服想要繼續工作的勞工改變想法，此機會相較於在事業單位前進行要低得許多，依據罷工權的規範意旨，對於想要繼續工作的勞工進行合法的勸說必須被限制在罷工的事業單位前面，直接在該勞工的工作位置上為勸說行為不具有必要性(erforderlich)，因而也不是合法的。不過，一旦罷工糾察在事業單位前進行，雇主即負有容忍的義務。與此立場相近之其他學者更指出，有工作意願之人可以藉由踏上廠場地域而擺脫被勸說的壓力，且即使是對於欲繼續工作的勞工進行說服而具有必要性時，罷工糾察人員仍無理由侵入廠場地域、違反權利人—即被罷工事業單位之雇主—的意願而侵入或停留，這都構成非法侵入他人住宅的罪行[791]，並侵害雇主的營業權[792]。

與此相對，另有學者認為勸說行為不但可以在事業單位前進行，也可以在事業單位中進行，其理由為：首先，罷工所中止的僅是勞動關係上的主給付義務，而非所有的權利義務，因此例如接近工作位置的權利(Recht am Arbeitsplatz)仍為勞工所得主張者；更何況，若雇主得禁止參與罷工的勞工進入事業單位，此一行為的效果無異於鎖場，這形同允許雇主不用顧及爭議行為的一切限制就得實施爭

---

[790] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 84 f.

[791] 德國刑法第 123 條第 1 項(非法侵入他人住宅)：「1.非法侵入他人住宅、商店或不動產空間，或用於公共事務或交通所圈場所，或未經允許在該算停留，經主人要求仍不離去者，處一年以下自由刑。」此之中譯文係援用自：蔡墩銘(譯)，同註 711，頁 76。

[792] Otto, a.a.O. (Fn. 59), § 12 Rn. 5.

DOI:10.6814/NCCU202200387

議手段來對付勞方，這種結論無法令人苟同。雖有反對者認為勞工進入事業單位之目的在於提供勞務，而罷工期間的罷工參與者毫無生產能力，從而也沒有進入事業單位的理由，這一論點也被學者評為嚴重地脫離現實，就平時的情況來看，難道勞工在休息時間、工作間斷的時間內也必須離開事業單位到門口去休息或待命嗎？而且事業單位除了是勞工提供勞務的地點之外，也是勞工互相溝通、聯繫的所在，這點具有維護「符合同盟之特殊行動」(spezifisch koalitionsgemäße Betätigung)上的意義[793]。

再者，在德國法上較為特別的情形為，由於員工代表會的權利義務並不因門外進行的罷工而受到影響，則依據企業組織法的規定，若員工代表會舉行員工大會(Betriebsversammlung)，廠場之勞工須參與此會議，故勞工依此也具有停留在事業單位中的權利，另外，員工代表會得依據企業組織法第 39 條[794]之規定進行面談，則勞工即得進入員工代表會之中；不過，此時應注意企業組織法第 74 條第 2 項的規定：「雇主與員工代表會之間不得進行爭議行為。」[795]這點也是上述所提及之罷工特別禁止規範。

不過，如上所述，罷工糾察雖然為實現有效罷工所必須之手段，惟若罷工糾察引起了基本權的衝突狀態，則應進行相衝突之利益的衡量。罷工糾察進入事業單位固然未侵害雇主所具有的住所權(Hausrecht)，然而雇主一旦明白地要求罷工參與者離開事業單位，或是在上班時間開始前就將大門鎖上以阻止勞工進入，則勞工是否還有主張停留於事業單位內的權利？這裡就涉及勞工基於勞動契約的停留權(arbeitsvertragliches Aufenthaltrecht)與雇主方面的生產利益(Produktionsinteresse)的衝突，也是憲法所保障之同盟自由與雇主的住所權和財產

[793] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 280wkff.

[794] 企業組織法第 39 條第 1 項：「員工代表會得於上班時間設定面談時間。時間與地點應與雇主協議。無法達成協議時，由協調委員會裁決。協調委員會之裁決，視同雇主與員工代表會之協議。」

[795] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn.280wm.

DOI:10.6814/NCCU202200387

權間的矛盾，此時應認為罷工糾察人員雖得進入事業單位，但不能持續地阻擋未參與罷工之勞工提供勞務，罷工糾察可以在事業單位的廣場、餐廳中進行勸說，或是在工作時間起迄的前後、休息時間時為之，則罷工糾察在此退讓的條件下執行其職務就無礙雇主生產活動的進行[796]。

第三款　對於搭乘交通工具上班之勞工的勸說

上述所討論的是欲進入事業單位工作之勞工係藉由步行的方式來上班，不過有不少勞工乃是用開車、騎乘摩托車或腳踏車，或是搭乘大眾運輸交通工具的方式來上班。由於大部分大眾運輸交通工具的等候站在事業單位之外，所以勞工最後仍需用步行的方式從站牌走到廠場門口，這就適用上述的原則，而勞工縱使以開車、騎乘摩托車或腳踏車的方式來上班，但是將汽車、摩托車或腳踏車停在事業單位外面，則亦與上述情形相同[797]。然而當上、下車的地點或是停車場在事業單位中，則此時罷工糾察人員得以何種程度與如何之方式來影響這些在車內(車上)而欲進入事業單位工作之勞工？依據上述所建立的原則，保留勞工進入事業單位的可能性，乃是判斷罷工糾察合法性的重要標準[798]，但是罷工糾察在保留可供通行的道路之外，是否能攔阻經過的車輛接受罷工宣導？事實上，如果罷工中任何一種具有阻礙因素的行為都被視為非法的，這種結論明顯只是有利於雇主一方，集體勞動權的利益則被要求完全地讓步，此與集體勞動權的保障似難相符，更何況在「和平勸說」與「完全地阻擋」這兩種極端的行為模式之間其實還有很大的空間，例如僅是要求經過的車輛為短暫的停留，以讓罷工糾察人員得利用這短暫的時間來對車上的勞工說明罷工的緣由並勸誘其加入，且車輛在這短暫的說明後就可以通行，這種阻礙方式就不能也評價為違反誠實信用及權利不得濫用原則的行為。雖然罷工糾察人員原則上只能短暫地阻攔，但若通行車輛明確拒絕則

---

[796] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 280wp ff., Rn.300.

[797] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 94 ff.

[798] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 94 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

應讓其通行，這讓整個過程看起來似僅是種「儀式」(Ritual)，但其實在該短短的時間之內，罷工糾察亦能抓住一點動搖那些意志不堅定之勞工的機會，並增加讓他們加入罷工的可能性，而這是在完全不得攔阻車輛的論點中所不可能的[799]。

一種較為特殊的情況是，當雇主以車輛運送整批的罷工替代人力、或是不願參與罷工的勞工進入事業單位時，這對於罷工的效果帶有高度的殺傷力，僅是課以短暫停留的義務已不足以平衡勞資雙方的衝突利益，更何況經過車輛依上述原則得明白拒絕為短暫停留，故有主張此時得要求這些勞工在大門前下車，讓車上的勞工以步行的方式通過罷工糾察人員再走進大門[800]。

第二項 搜身、照相、錄影

如果罷工糾察人員對於欲進入廠場工作的勞工進行搜身，這種行為不但過度干涉了該勞工的行動自由，也侵害了其人性尊嚴。罷工糾察人員搜索欲進入廠場工作的勞工所隨身攜帶的手提包，或是為了存證而對於進入廠場工作的人員加以強制攝影(Zwangsaufnahmen)，以利於爭議結束後對於未參與罷工之勞工的公開譴責，這對於該勞工自由開展人格的自由(freie Entfaltung ihre Persönlichkeit)與本己領域(Eigensphäre)都造成了侵害，從而也不受基本法第 9 條第 3 條的保護，因為罷工糾察人員為了維護罷工權的有效性，可以採取侵害較小的手段來達到相同之目的[801]。

---

[799] Steinbrück, a.a.O. (Fn.125), S. 136, 139.

[800] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 97.

[801] BAG 21.6.1988, AP Nr. 108 Art. 9 GG Arbeitskampf；LAG Köln 02.07.1984, EzA Nr. 53 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Otto, a.a.O. (Fn. 59), § 12 Rn. 7.

DOI:10.6814/NCCU202200387

第三項 通行證之發放

學說上對於發給通行證(Passierschein)的問題已有廣泛的討論，罷工領導人員可能將通行證發放給被罷工之雇主的訪客或是不在罷工決議範圍內的勞工等。由於這些人員無需參與罷工，罷工糾察人員也不需要對其進行勸說，因此為了區辨有無受勸說必要之對象並避免擴大衝突，例如將一般的訪客誤為工會會員而持續對其進行勸說，則此時即有發生口角等的可能性，更何況罷工糾察不可能認識所有欲走進事業單位的人員，故工會有發放通行證的需求[802]。此外，工會應該分發通行證給提供緊急勞務與維持勞務的勞工(Notdienst- oder Erhaltungsarbeiten)，以便於他們可以藉由證件的出示而免於與罷工糾察人員爭論，反之，罷工糾察人員也得對於欲通行之人員進行攀談並詢問是其是否持有通行證，此種行為在合法的範圍內，更何況這些舉止根本無傷他人的任何權利，一旦知悉受詢問者的身份為緊急勞務工作者或是不在罷工決議範圍內的人員後，罷工糾察人員應讓其立即通行，不得阻止該等人員進入事業單位[803]。

第四項 封鎖事業單位出入口

在罷工策略不斷進化的過程中，罷工領導人愈來愈常規畫罷工人牆或是設置障礙物來封鎖事業單位的出入口，以控制人員的進出，此乃有鑒於在資本主義高度發展生產技術的趨勢下，雇主只需要利用少量的特定人力就能夠維持整體的生產，罷工原所預期的效果可能就因此被完全奪取而去，為了抵抗這種生產方式變遷對罷工所造成的威脅，封鎖出入口此種爭議手段於是應運而生。不過，此種高度對抗性的爭議措施對於雇主、罷工替代人力與不願參與罷工之勞工的權利均有一定的影響，故引起廣泛的爭論，依據法院判決的點，封鎖事業單位出入口經常乃被視為刑法所禁止的強制行為，而且罷工糾察一旦進行封鎖行為，不論是否仍

---

[802] Wolter, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 280wu.

[803] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 85 ff.

DOI:10.6814/NCCU202200387

保留其他可供通行的出入口，仍無礙強制行為的成立，因為刑法第 240 條強制罪所保障不只是進出某一建築物的權利，也保障通行特定出入口的權利[804]。學說上亦有認為，正當的通道控制雖然是合法的，亦即罷工糾察得排列於廠場通道之前，並透過口頭嘗試勸說(verbale Überzeugungsversuche)來影響欲進入事業單位工作的勞工，即適用上述關於罷工通道的設置原則，但是罷工糾察一旦以過度的強制手段阻擋欲進入事業單位工作的勞工進入，亦即封鎖出入口，不論是以身體的實力阻止或是心理上的強制，均可能該當刑法上的強制罪[805]。

與此相對，有愈來愈多的學者[806]主張，封鎖事業單位出入口應屬於合法的爭議手段，這也是學術界中眾多學者近來的看法，其主要的理由除了同盟自由基本權保障爭議手段的自由之外，也基於憲法保障一個「進行有效罷工行動之能力」的理念[807]。因此，只要罷工糾察人員未採用暴力的方式，則暫時地封鎖幾個事業單位出入口，這可以被認為位於同盟自由基本權所保障的侵害他人財產之權利的合法範圍之內；更何況，傳統的爭議手段根本已無法應付新的資本主義生產模式，因此為了貫徹憲法所保障之團體協約自治的功能，由爭議對等的思維來看，封鎖出入口乃是合法的手段[808]。此外，雇主不可能不頻繁地使用替代人力，並且協助那些拒絕參與罷工的勞工利用較不會被注意到的出口進入廠場，故為了罷工的有效性而封鎖幾個廠場大門乃是不可避免的手段，罷工糾察也才有辦法掌握繼續入廠提供勞務勞工的情況，並且在其必經之途上進行勸說，而且罷工糾察人員與其散落在各個隱蔽的廠場小門門口進行勸說，不如統一在廠場大門前進行來得有效果，且若被罷工的廠場規模龐大，可能也沒有足夠的罷工糾察人員可供罷工領導

---

[804] 參例如：LAG Köln 02.07.1984, EzA Nr. 53 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

[805] Otto, a.a.O. (Fn. 59), § 12 Rn. 5.

[806] 例如學者 Hoyer、Lübbe-Wolff、Mückenberger、Nauditt 、Ostendorf、Zechlich、Bieback、Däubler、Heilmann/Wahsner、Wendt，vgl. Steinbrück, a.a.O. (Fn.125), S. 140 (Fn. 407).

[807] Steinbrück, a.a.O. (Fn.125), S.140.

[808] Zechlin, a.a.O. (Fn. 149), 289 (289 ff.).

DOI:10.6814/NCCU202200387

分配到廠場所有的大小出入口前，在這種情況中，在隱蔽的廠場小門前擺放車輛、木板或繩索以阻礙通行，並引導欲進入廠場工作之勞工至廠場大門前，這是合法的，而這種措施需要事前周知欲進入廠場工作之勞工。易言之，封鎖大門乃具有一種支援罷工的特徵(streikunterstützender Charakter)，而此種進行有效罷工行動之能力的權利固然與欲進入廠場工作之勞工進入被罷工廠場的權利互相對立，但只要罷工人員所採用的封鎖措施在合法的範圍之內，則欲進入廠場工作之勞工就有忍受繞道或是遲到的義務[809]。

國立政治大學 National Chengchi University

[809] Bloesinger, a.a.O. (Fn. 29), S. 94.

DOI:10.6814/NCCU202200387

第六章　結論

「一場不需要進行罷工糾察的罷工，始為最具有實力的罷工。」然此以勞工於罷工具有自發性的團結一致行動為前提，在我國工會組織率仍偏低且罷工仍屬罕見的社會發展進程下，罷工糾察反而更屬於我國罷工現場的常態，故勞工縱使發動罷工，但若未輔以諸如罷工糾察等積極之爭議措施，而僅是單純地不提供勞務，這對雇主幾乎無法產生威脅，法律縱使賦與勞工罷工權亦無所用，此僅會導向勞工轉而採取罷工以外的方式來進行抗爭。然我國法上目前關於罷工糾察的問題雖仍停留在「罷工糾察線的設立本身是否就足以成立學理上所稱之罷工過度」的爭論上，得否在罷工之際發動罷工糾察，迄今並未形成一個普遍的共識，糾察行為在我國目前法制上的法律基礎與法律地位甚為不明，從而實施該等爭議手段之法律效果亦甚為模糊，這一方面使勞工難以事先通盤規劃合法的罷工策略，對於罷工的成效影響頗鉅，另一方面亦創造行政權恣意介入的空間，故關於罷工糾察之合法性，需有明確的準則以供爭議雙方當事人遵循。本文基此研究動機，經過上述之整理與分析，對於罷工糾察此一爭議手段歸納出幾項結論：

第一、罷工糾察之定義及與罷工之關係：

首先，因罷工乃是勞工集體計劃性地中止勞動契約上所負之勞務給付義務，以阻礙勞動關係從而達到爭議目的之爭議行為，故可知罷工不但需要藉助多數勞工停止勞務所帶來的影響力，此一行動亦需要透過集體的計劃始能完成。因此，根據工會的爭議準則指定與訓練擔任罷工糾察人員，以進行罷工準備工作，始能有效掌握罷工進度並組織化「勞工停止工作」此一行動，以促成勞工之間有認識且有意圖的集體合作，讓勞工停止工作的行為轉化成為一個有效的罷工行動。簡言之，基於罷工行動的有效性，罷工糾察乃是附隨於罷工進行過程中所不可或缺的手段，罷工糾察為整體罷工的一部分，故罷工糾察之定義應係指「爭議當事人

DOI:10.6814/NCCU202200387

為達罷工目的，於單純拒絕提供勞務外，所為確保或強化罷工之有效性而委託特定之人所進行之一切輔助行為。」（參本文第二章）。

第二、罷工糾察行為之法律基礎：

就罷工糾察行為的法律基礎此一問題，我國現行各項法規範對於罷工或罷工糾察行為並未訂有積極要件或法律效果，反而是以反面的禁制規定方法來立法，因此某些型態的罷工或糾察措施即被列入法律所禁止的行為中，此雖不等於全面性地禁止罷工或罷工糾察，而仍保留某一程度的罷工自由，然若未賦與罷工（包含罷工糾察）權利的性格，難以援引法律上保障，而需釐清其法律基礎。

基於罷工糾察基於對罷工的協助性功能，對於罷工糾察之法律基礎的探討，即等於罷工法律基礎的分析，本文認為在憲法層次上，應以憲法第 22 條為罷工權之憲法基礎，因包含罷工權的集體勞動權雖為一個深具生存保障之色彩的基本權，然其並非僅是一實現生存權的手段，勞工基於自治自決而欲參與自我事務形成的需求，無法被物質條件所完全取代，集體勞動權具有其獨立存在的目的與價值，其乃是勞工為克服從屬性勞動關係以獲得自治自決而擁有的權利，以實現勞工在勞動關係中的人格自由發展。集體勞動權既為勞工為克服從屬性勞動關係以獲得自治自決而擁有的權利，以實現勞工在勞動關係中的人格自由發展，當然與人性尊嚴和一般人格自由之保障息息相關，故可肯定罷工權已具有基本權的品質而應提升至憲法保障的層次，應以憲法第 22 條為罷工權之憲法依據為當（參本文第三章）。

縱然如此，就立法論的觀點而言，未來仍有將集體勞動權列入基本權清單之中的必要，尤其近年正值我國勞動三法修訂之際，勞資爭議處理法中亦增訂勞動爭議行為的專章，其中增列諸項限制勞動爭議行為進行的規範，被工運人士譏為比八十年前更倒退，比訓政時期的法律更威權，故為了明確化立法者限制爭議權的標準符合憲法第 23 條的基本限制規範，避免爭議權成為具文，

DOI:10.6814/NCCU202200387

將爭議權入憲，不但可以促使立法者正視爭議權應受保障的必要性，在未來引領爭議當事人據此行使權利、並同時約束國家與爭議相對人上，均具有重要的意義（參本文第三章）。

第三、罷工權發動之限制：

就罷工糾察進行中所應遵守之法律上限制此一問題，因罷工糾察以一起合法罷工為基礎，故罷工糾察的合法性判斷須區分為兩階段：第一階段為判斷是否存在一起合法發動的罷工，接著於第二階段中，始能進一步探討罷工過程中各罷工手段的合法性，其中亦包含本文所研究的罷工糾察。以下先說明第一階段之判斷的研究結論（參本文第四章）。

1. 限制罷工權之原則與規範

工會法、勞資爭議處理法與團體協約法中，就罷工權所訂諸多限制，可分為第一、須工會始得為之；第二、須有勞資或僱傭間之爭議；第三、須該爭議業經過調解程序且無結果；第四、須舉行會員大會並以無記名方式進行罷工投票，且罷工投票之結果須有全體會員過半數之同意。消極要件為：第一、罷工不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由；第二、工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工；第三、在調解仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為；第四、工會不得就現存團體協約中已有之內容進行任何鬥爭手段。上列八項罷工限制可以區分為罷工之主體、目的、程序與手段限制，承本文所述，罷工權既屬一受到憲法所保障的基本權，則對於罷工權的限制需符合憲法第 23 條之規範，即：第一、基於防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益的考量；第二、具有必要性；第三、須以法律來限制。

DOI:10.6814/NCCU202200387

2. 罷工權行使之限制

就罷工之主體、目的、程序與手段限制的規範，提出之研究結論分述如下。

(1) 罷工主體

就罷工主體之限制，在現行工會法第 26 條之規範下，應僅工會得組織或發動罷工，此條規範形同明文承認工會的罷工獨占權，不過，工會法第 26 條係一專就罷工所為的限制，罷工以外的爭議行為應無工會獨占的問題，勞資爭議當事人在無工會組織時，非不得進行罷工以外的爭議行為。

(2) 罷工目的

就罷工目的之限制，勞資爭議處理法將勞資爭議事件分為調整事項與權利事項，調整事項勞資議得為罷工之目的，此並無爭論，惟就權利事項勞資爭議而言，由於禁止就此類爭議進行罷工乃是對於罷工權的限制，非以法律有明文禁止規範不可，故在現行法規範中仍非不得以權利事項勞資爭議為罷工之目的。至於具有不當勞動行為性質的權利事項爭議，因其牽涉勞工與工會的團結權保障，非僅是個人的利益，故應許將此類爭議納為合法的罷工目的。至於工會法第 26 條第 3 項規定，工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工，然我國目前並不存在此一制度，本條規定在我國實全然不具意義而無從援引之以限制罷工。

(3) 罷工程序

再就罷工程序的限制，現行法係依工會法第 26 條第 1 項要求依會員大會之方式並有全體會員過半數之同意，本文研究認為罷工投票的目的在於實現工會民主，所規範者限於工會與其會員間之關係，違反本項之法律效果，應回歸工會與會員的內部法律關係上處理，也就是應由工會會員對於工會主張權利，而無從導出罷工無法免責、以及讓爭議相對人(雇主或雇主團體)得向進行罷工之工會或勞工進行求償之結果。在立法政策上，雖宜維持罷工投票程序之規範—以工會由直

DOI:10.6814/NCCU202200387

接、無記名投票議決，但應將該規範回歸為工會與工會會員間之關係的定位上，亦即由工會章程自行訂罷工程序，徹底回歸工會自治之原則，立法上宜將罷工投票程序列為為工會法中「組織」章中的工會章程規範的內容，要求工會章程應有罷工投票程序之規定，且應循直接、無記名投票之爭議範圍中過半數會員之同意，則未來罷工投票事項應依工會章程相關規定，即應依章程規範處理，歸屬工會與會員的內部法律關係。另外就工會法第 30 條規定：「工會之選舉或決議，有違背法令或章程時，主管機關得撤銷之。」故若工會召開會員大會所為罷工決議不符合工會第 26 條之規定時，可能遭主管機關依工會法第 30 條撤銷，惟此條規範為過度侵入工會內部自治而不當侵害集體勞動權，不應予以援用。

第四、罷工糾察行為之限制

1. 罷工手段與罷工糾察限制原則

就罷工手段之限制，現行法以工會法第 26 條第 2 項為依據，即：「工會於罷工時，不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由。」本文分析本條規範後，認為誠信原則與權利濫用禁止原則對於罷工權行使構成一般的限制，工會法第 26 條第 2 項可認為是此一般限制的具體化，以控制罷工的手段，然適用本條規範的結果乃是導致超越停止勞務之提供的所有積極性抗爭行為均被禁止，則例如罷工糾察亦不得進行，此種法律適用的結果讓罷工權淪為名存實亡的狀態，不但牴觸基本權限制法理，亦誠信原則與權利濫用禁止原則的內涵不符，因此應循廢除或修改法律的方向來矯正此一結果。

惟在工會法第 26 條第 2 項修正或廢除之前，應對本條規範予以嚴格解釋，在適用上首先應回歸至其上位規範──即民法第 148 條誠信原則與權利濫用禁止原則──以探求罷工糾察之界限，亦即在「罷工糾察所代表的利益」與「他人之利益以及公共利益」兩方面為整體的衡量以調和私人間及與公共利益的衝突，而且在衡量時需顧及到罷工權乃是一專以損害勞動爭議相對人為目的之權利，罷工糾

DOI:10.6814/NCCU202200387

察為了遂行此一目的即必然帶有損害性的行為。具體而言，罷工的進行不得致他人之生命身體有受侵害或有受侵害之虞，當該他人為法人雇主時，罷工糾察之進行則不得達到毀滅該雇主存續的程度，此一生存毀滅的禁止亦是雇主之營業利益與財產權受侵害的限度；至於對於他人自由權之干預──不論是身體自由或精神自由，例如為了確保勞動力癱瘓的有效性，對於欲繼續工作的勞工為一定程度的阻擾乃不可避免，惟不得以強暴脅迫的方式為之；至於公共利益的要求，依憲法第 23 條之意旨實已隱含在罷工各項限制規範中，公共利益的要求不應再構成一項單獨的限制規範。而就刑法規範對於罷工糾察的限制而言，他人的生命身體亦同樣地屬於罷工糾察不可侵害之對象，惟就他人自由法益與人格法益之保障，即例如強制罪與誹謗罪，刑法所禁止者並非一切有損他人自由法益或人格法益的行為，而是排除以強暴脅迫所為強制行為與無阻卻違法事由的誹謗行為，罷工於此限度內進行均屬合法。

2. 個別罷工罷工糾察行為之限制

在罷工糾察進行的過程中，糾察人員經常會透過海報、傳單、標語、旗幟、臂章或身體上特殊的裝飾，以說明其理念與周知罷工資訊，並引起大眾對於罷工之關注，或是進一步勸喻勞工加入罷工，在罷工糾察的進行中，雇主與罷工無關的第三人(unbeteiligten Dritten)──包含被罷工之雇主的客戶、商業夥伴，其營業利益、名譽權、生命、身體與健康權與自由權等均以各種形式受到影響，而罷工糾察行為之合法性，首先在進行罷工宣傳上，周知大眾其罷工目的，此屬憲法第 11 條人民言論自由的保障，不論工會以媒體宣傳或是現場散發傳單、舉標語等方式均屬之，只要標語與傳單的內容未侵害到他人的人性尊嚴，傳達這些資訊的行為未以強加於他人身上的方式為之，即應同時受到言論自由與集體勞動權之保障。當罷工糾察人員進一步勸說、促使勞工加入罷工時，不應將罷工糾察行為限制於所謂的和平勸說與呼籲的範圍中，否則其所能發揮的影響力極為有限，甚至

DOI:10.6814/NCCU202200387

與憲法保障罷工有進行真正具有壓力性鬥爭的空間有相當的距離，因此，本文認為罷工不僅僅限於精神上的抗爭，更有使用實力以發揮阻礙雇主生產的必要，罷工糾察行為的界限為「和平非暴力」，而非「和平勸說與呼籲」，則例如組織罷工人牆、人鏈或罷工通道等涉及實力行使的罷工糾察態樣，亦非當然不合法性。當罷工糾察人員未利用冒犯性或蔑視的言語或行動，亦未以碰撞、拉扯等方式來反對勞工進入事業單位工作，即未超越了和平非暴力的界限，而無侵害他人之人性尊嚴、生命或健康時，拒絕參與罷工之勞工的職業自由與消極罷工權，應認為未受到過度的侵害，這也是毋需遵守「和平勸說與呼籲」此種過度嚴苛之標準，即可以達到之衡平保障。

若罷工糾察進一步以封鎖出入口的方式，阻擋欲進入事業單位工作的勞工進入，可能藉助身體的實力或是心理上的壓力阻止，此時封鎖大門乃具有一種支援罷工的特徵，此種進行有效罷工行動之能力的權利，固然與欲進入廠場工作之勞工進入被罷工廠場的權利互相對立，基於憲法保障一個「進行有效罷工行動之能力」的理念，只要罷工糾察人員未採用暴力的方式，暫時地封鎖幾個事業單位出入口，欲進入廠場工作之勞工就有忍受繞道或是遲到的義務，這可以被認為位於同盟自由基本權所保障的侵害他人財產之權利的合法範圍之內(參本文第五章)。

第五、對於勞資爭議處理法修正草案(參附錄一，下稱草案)之建議：

(1) 罷工主體

就罷工主體限制之問題，本文認為我國的工會組織率一向極低，反而是勞工自救會、勞工聯誼會或是基於達成某一目的而形成的一時性團體在我國勞動爭議史上具有高度的重要性，其不但具有進行罷工的能力與團結意識，富有彈性與自發性等，同時亦非不具有自律能力而得以約束其成員，勞資爭議處理法修正草案第 45 條規範「工會非經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，不得宣告罷工」，應予修正，不應全面剝奪無工會之勞工進行罷工的權利。

DOI:10.6814/NCCU202200387

(2) 罷工目的

就罷工目的限制之問題，草案第 44 條第 1 項中已明文禁止以權利事項勞資爭議為勞動爭議行為之目的，但對於具有「不當勞動行為」性質的權利事項則於同條第 2 項肯定其得為勞動爭議行為之目的。就此而言，具有不當勞動行為性質的權利事項涉及的乃是工會團結的潛在利益，明文肯定其得為勞動爭議行為之目的乃是一正面之立法，惟就一般權利事項勞資爭議而言，一個有效法律保障制度乃是禁止就權利事項進行罷工的依據，而此種制度在我國目前顯然並不存在，且在雇主不履行其義務而造成我國勞資爭議最大原因之現象下，認為權利事項爭議得進行勞動爭議行為，實為保全勞工權利之必要途逕，故本條第 1 項之規範宜修正為「勞資爭議，非經調解不成立，不得為爭議行為」，宜將原禁止以權利事項進行勞資爭議之規範刪除。

(3) 罷工程序

就就罷工程序限制之問題，就國家調解程序前置原則的規範，本文認為在我國團體協商制度尚未普及之時仍有訂立國家調解制度的需要，惟當勞動爭議當事人間已依其約定進行調解時，則不得再強制其進行勞資爭議處理法上的調解程序，易言之，國家調解程序應居於補充性的地位，故草案第 44 條第 1 項宜增列「但爭議當事人已依約定進行調解而不成立者，不在此限」之但書規範。就罷工投票之程序的規範，本文認為該程序之目的乃在於探知勞工支持罷工意向，應屬勞工團體自治的事項，不宜以法律為強制性的規範，勞資爭議處理法修正草案第 47 條第 2 項雖已將此規範修正為：「工會非經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，不得宣告罷工。」以一般的直接、無記名方式取代會員大會的投票方式，惟基於勞動爭議當事人自治的理念，宜由工會章程自行訂罷工程序，徹底回歸工會自治之原則，立法上宜將罷工投票程序列為為工會法中「組織」章中的工會章程規範的內容，要求工會章程應有罷工投票程序之規定。

DOI:10.6814/NCCU202200387

(4) 罷工手段

就罷工手段限制與罷工糾察限制的問題，基於憲法保障罷工糾察之意旨，制定法於訂立罷工糾察的相關規範時應確保罷工糾察的行使可能性，並在該範圍讓罷工糾察免於不利益的承擔。具體而言，罷工糾察不得侵害他人生命與身體，惟他人之自由、財產與名譽上的法益則應依利益衡量原則將損害控制在一定的容許範圍內，而行為方式的限制則宜立於強暴脅迫禁止原則之上。簡言之，草案第 46 條第 1 項要求「爭議行為應依誠實信用及權利不得濫用原則為之」仍為一過於概括的規範，未發揮以特別法將一般概括規範具體化的功能，就侵權行為法而言，立法之重點為：①公共利益的要求不應構成一項單獨的限制規範，僅宜訂立「勞動爭議行為應顧及對公共利益之影響」之訓示規範。②罷工糾察不得侵害他人之生命與身體，惟他人之名譽與自由僅於所受侵害除非構成顯不相當之情形，否則仍應在民事免責的範圍內。③至於雇主財產利益維護的問題，亦即罷工及罷工糾察不得毀滅雇主生存之誡命，此應於維持性勞務的問題上為規範，除此之外，罷工與罷工糾察對於雇主所造成的財產上損害則在民事免責的範圍內。

再就刑法規範的限制而言，草案第 46 條第 3 項係規範：「工會及其會員所為之爭議行為，該當刑法及其他特別刑法之構成要件，而具有正當性者，不罰。但以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞時，不適用之。」就罷工和罷工糾察與刑法的關係而言，立法之重點為：①當罷工糾察已依各項限制規範進行並謹守強暴脅迫禁止原則時，應認為其已具備合法性，毋需再依內容不明確之正當性原則進行判斷，故宜修正為爭議當事人依法令所為之爭議行為，不具違法性。②至於刑事免責的界限，則宜採用強暴脅迫禁止原則，亦即勞動爭議當事人以強暴脅迫致他人受侵害時，仍依刑法及其他特別刑法之規定處斷。

DOI:10.6814/NCCU202200387

罷工糾察在我國近年來的多起罷工行動之中已具有相當之重要性，惟其定義、法律基礎與合法性要件等諸項問題迄今仍不明朗，此一不確定性對於勞方罷工計劃的擬定與各項罷工糾察任務的進行具有一定的影響，故釐清罷工糾察的定義與法律地位與合法性要件，對於引領勞動爭議權人據此行使權利並同時約束國家與勞動爭議相對人上均具有重要的意義。然在勞資爭議處理法的修正草案中，仍未見有納入罷工糾察之明文，在未能正面承認罷工糾察在我國爭議行為法中之地位下，罷工糾察之定義與合法性界限更將持續處於摸索中之狀態。我國經歷戒嚴期間禁止罷工以及舊勞動三法將罷工限制於消極不提供勞務的範圍之中的時代，社會上長期以來鮮見具有實力性之罷工，以致於吾人對於罷工與罷工糾察多停留於想像或國外罷工經驗之中，對於罷工糾察之認識亦侷限於勸諭支持罷工之行為，此對於解釋我國法制中之罷工糾察的意義與合法性界限產生了莫大的影響與限制，亦與罷工實務產生脫節。

本文觀察學說與實務上之討論，並輔以德國法作為參考，肯定罷工糾察乃係罷工之附隨爭議手段，非為單獨之爭議行為，惟其任務應包含工會為達罷工目的，於單純拒絕提供勞務外所為確保或強化罷工之有效性所進行的一切行為，此一認識在我國強調個人（不參與罷工）自由，以及雇主習慣於罷工時引進替代人力的背景下，更形重要，因罷工糾察人員所為之勸說行為，在確保或強化罷工的效果上相當有限，阻止破壞罷工團結者或雇主使用替代人力之行為在我國罷工現場反而更具有重要性，在此認識下，更應注意在罷工權係專以損害爭議相對人為目的之權利的特徵，在罷工期間，雇主因罷工糾察之進行可能遭受營業利益、名譽權與所有權等損害，在罷工糾察進行中為了進行罷工宣傳、勸說勞工加入罷工或是阻擋罷工替代人力等，亦有損害雇主與第三人之權利而有構成侵權行為的可能性，本文認為應基於調和私人利益間的相互衝突，並讓爭議權行使的法律秩序更加合理化，以求得公平正義之目的。本文亦期待本篇論文能有拋磚引玉之效，在未來

DOI:10.6814/NCCU202200387

有更多有識之士投入相罷工罷工糾察之問題為深入之研究，使我國的爭議行為制度能發揮其應有之作用，並使集體勞動權暨罷工權能真正肩負起實現勞動生活自決任務。

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

參考文獻

中文文獻

(一)書籍

1. 大須賀明著，林浩譯，生存權論，元照出版公司，2001 年 6 月，初版。
2. 王澤鑑，民法總則，自版，2000 年 9 月。
3. 王澤鑑，侵權行為法(一)：基本理論 一般侵權行為，自版，1999 年 6 月。
4. 王澤鑑，侵權行為法(二)：特殊侵權行為，自版，2006 年 7 月。
5. 何孝元，損害賠償之研究，台灣商務印書館，1987 年 10 月，第八版。
6. 余世芳，團結從工會開始—0908 臺企銀工會罷工紀實，臺企銀工會出版，2007 年 6 月。
7. 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版公司，2001 年 11 月，修訂再版。
8. 李震山，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版公司，2007 年 9 月，第二版。
9. 李惠宗，憲法要義，元照出版公司，2006 年 9 月，第三版。
10. 史尚寬，勞動法原論，正大印書館，1978 年。
11. 史尚寬，民法總論，自版，1960 年 11 月，初版。
12. 史尚寬，債法總論，自版，1983 年 3 月。
13. 卡爾·馬克斯，哲學的貧困—答蒲魯東先生的貧困的哲學(中譯本)，谷風出版社， 1988 年 7 月。
14. 呂榮海，罷工的法律·勞資糾紛案例，蔚理法律出版社，1989 年 3 月，第二版。
15. 林山田，刑法通論(上冊)，自版，2003 年 11 月，第八版二刷。
16. 林山田，刑法各罪論(上冊)，自版，1999 年 9 月，增訂第二版。

DOI:10.6814/NCCU202200387

17. 林紀東，中華民國憲法釋論，1977 年 8 月，重訂第三十二版。

18. 林紀東，中華民國憲法逐條釋義(第一冊)，1987 年 9 月。

19. 施啟揚，民法總則，自版，1996 年 4 月，增訂第七版。

20. 徐育安，刑法上類推禁止之生與死，自版，1998 年 9 月，初版。

21. 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照出版公司出版，2003 年 2 月，初版。

22. 姚瑞光，民法總則論，自版，2002 年 2 月。

23. 法治斌、董保城，憲法新論，自版，2003 年 9 月，初版。

24. 洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1992 年 10 月，修訂第四版。

25. 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照出版公司，2003 年 2 月，初版。

26. 孫森焱，民法債編總上冊，自版，2006 年 9 月，修訂版。

27. 馬靜、王增森、李妍、劉鵬飛譯，Robert A. Gorman 著，勞動法基本教程—勞工聯合與集體談判，中國政法大學出版社，2003 年。

28. 馬克斯、恩格斯等，馬克斯主義論工人運動，連結雜誌社 新苗雜誌社，2005 年 9 月，初版。

29. 梁慧星，民法總論，法律出版社(北京)，1996 年 8 月，第一版。

30. 許慶雄，社會權論，眾文圖書，1991 年。

31. 許慶雄，憲法入門，元照出版公司，2000 年 9 月，初版。

32. 許育典，憲法，元照出版公司，2006 年 10 月，初版。

33. 張國興，戰後台灣勞工問題(下)，現代學術研究基金會，1991 年 2 月。

34. 黃程貫，勞動法，國立空中大學，2002 年 2 月，修訂再版四刷。

35. 黃越欽，勞動法新論，翰蘆圖書，2002 年 9 月，修訂第二版。

36. 黃陽壽，民法總則，自版，2003 年元月，初版。

37. 楊通軒，集體勞工法—理論與實務，五南圖書，2007 年，初版。

DOI:10.6814/NCCU202200387

38. 黎建飛，勞動法理論與實踐，中國人民公安大學出版，2004 年 2 月。

39. 陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，2004 年 1 月，第一版。

40. 陳政亮、孫窮理、李育真、歐陽萱編，工運年鑑 2003.06-2004.05，世新大學社會發展所、苦勞網、台灣勞工資訊教育協會出版，2006 年 1 月。

41. 陳政亮、孫窮理、李育真、陳秀蓮、楊宗興、楊億薇編，工運年鑑 2004.06-2005.05，世新大學社會發展所、苦勞網、台灣勞工資訊教育協會出版，2007 年 12 月。

42. 蔡墩銘(譯)，德日刑法典，五南，1993 年初版。

43. 薛泰成，德國刑法中合法化事由的體系，自版，2007 年 7 月，第一版。

44. 鄭玉波，民法總則，三民書局，2007 年 9 月，修訂十版一刷。

45. 鄭玉波，民法債編總論，三民書局，2004 年 10 月，修訂二版二刷。

(二)期刊論文

1. 王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展(五)—最高法院九○及九一年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌第 57 期，2004 年 4 月，頁 55-76。

2. 林佳和，公部門罷工—尋找法釋義學體系中的合法性答案，月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月，頁 59-85。

3. 林佳和，德國罷工法秩序：1950 至 1980 年的法官造法及其形成背景分析，歐美研究，第 44 卷第 4 期，頁 467-535。

4. 林俊言，初論憲法第二十二條之解釋與適用，憲政時代，第 26 卷第 1 期，2000 年 7 月，頁 61-79。

5. 林更盛，總會決議之撤銷，台灣本土法學雜誌第 45 期，2003 年 4 月，頁 467-535。

6. 林誠二，再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—最高法院八十八年度台上字第二八一九號判決評釋，台灣本土法學第 22 期，2001 年 5 月，頁 36-61。

DOI:10.6814/NCCU202200387

7. 柯耀程，強盜與恐嚇取財之區分—評最高法院 88 年度台上字第 2951 號判決，月旦法學第 58 期，頁 176-182。

8. 姚立明，論勞工結社權，中山社會科學譯粹，第三卷第三期，頁 1-11。

9. 張鑫隆，德國同盟自由概念的原點—團結權理論之再思考，憲政時代第 31 卷第 3 期，2006 年 1 月，頁 321-360。

10. 曾妙慧，台灣勞資爭議百年史，月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月，頁 16-36。

11. 劉士豪，勞動基本權在我國憲法基本權體系中的定位(上)，政大法學評論第 87 期，2005 年 10 月，頁 66-132。

12. 徐良維，國家干預人民基本權之合法性與正當性，政策研究學報第六期，2006 年 6 月，頁 267-303。

13. 張翔，基本權利衝突的規範結構與解決模式(上)，法商研究，2006 年第 3 期。

14. 黃程貫，勞資爭議法律體系中罷工概念、功能與基本法律結構，政大法學評論第 39 期，1989 年 6 月，頁 175-222。

15. 黃程貫，勞動法中關於勞動關係本質的理論，政大法學評論第 59 期，1988 年 6 月，頁 227-245。

16. 黃程貫，強制入會！？，台灣社會研究季刊第 13 期，1992 年 11 月，頁 31-62。

17. 黃程貫，論政治罷工，政大法學評論第 40 期，1990 年 12 月，頁 115-150。

18. 黃程貫，我國罷工合法要件之探討，月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月，頁 46-58。

19. 黃程貫，由罷工權及拒絕工作權之法律性質談勞工集體休假，政大法學評論第 37 期，1998 年 6 月，頁 107-122。

20. 黃程貫，德國關於團體協約餘後效力之理論發展與爭論，政大法律評論第 64 期，2000 年 12 月，頁 371-388。

DOI:10.6814/NCCU202200387

21. 黃瑞明，從法社會學的觀點論統聯客運集體罷駛事件與我國罷工法制，台大法學論叢第 31 卷第 3 期，2001 年 9 月，頁 17-73。

22. 黃瑞明，難矣哉，勞動法學！，政大法學評論第 58 期，1997 年 12 月，頁 307-324。

23. 邱毓斌，如何看待罷工糾察線？--從電信罷工講起，中華電信工會第十期，2005 年 5 月 27 日。

24. 廖義男，現行勞資爭議法規與抗爭手段規訂之檢討，國立臺灣大學法學論叢第 19 卷第 1 期，1989 年 12 月，頁 79-127。

25. 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢，第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，頁 157-258。

26. 陳愛娥，政府在勞資爭議中的公權力運用，台灣本土法學雜誌第 78 期。頁 139-146。

27. 魏千峰，台鐵工會事件始末，月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月，頁 9-15。

(三)專書論文

1. 李建良，論學術自由與大學自治之憲法保障，收錄於：《憲法理論與實踐(一)》，學林文化，2003 年 2 月，第二版。

2. 李建良，基本權利之保護義務，收錄於：《憲法理論與實踐(一)》，學林文化，2003 年 2 月，第二版。

3. 李震山，罷工糾察線作為預防犯罪的警察權發動對象？警察法的觀點，收錄於：《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處(編)，2006 年 12 月 8 日。

4. 何賴傑，德國聯邦憲法法院關於示威封鎖行動涉及強制罪之見解，收錄於：《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處(編)，2007 年 6 月。

5. 林更盛，作為爭議手段之勞工集體休假，收錄於：《勞動法案例研究(一)》，翰蘆，2002 年 5 月。

DOI:10.6814/NCCU202200387

6. 林更盛，法學方法與勞動法，收錄於：《2005 年台灣勞動學學術研討會論文集》，台灣勞動學會。

7. 邱駿彥，工會活動與損害賠償─最高法院 104 年度台上字第 836 號判決，收錄於：《集體勞動法精選判決評議》，元照出版公司，2017 年 9 月。

8. 邱駿彥，勞資爭議行為正當性之判斷與確立專題評析一，收錄於：《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處(編)，2007 年 6 月。

9. 張鑫隆，日本爭議行為法制之研究，收錄於：《美日勞資爭議行為法制之研究》，行政院勞工委員會勞資關係處編，2007 年 6 月。

10. 張鑫隆，〈勞資爭議處理法之變革-以爭議行為之限制為中心〉，收錄於：《台灣法學新課題(七)》，元照出版公司，2009 年。

11. 張鑫隆，〈罷工糾察線作為預防犯罪的警察權發動對象——勞動法觀點〉，收錄於：《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會編，2007 年。

12. 黃程貫，團體協約之和平義務及其反思，收錄於：《2005 年台灣勞動學學術研討會論文集》，元照出版公司。

13. 黃鼎佑，罷工集會作為集會遊行法的警察權發動對象？勞動法的觀點，收錄於：《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會，2007 年。

14. 陳新民，公共利益的概念，收錄於：《憲法基本權利之基本理論(上)》，元照出版公司，2002 年 7 月，第五版二刷。

15. 陳新民，論憲法人民基本權利的限制，收錄於：《憲法基本權利之基本理論(上)》，元照出版公司，2002 年 7 月，第五版二刷。

16. 陳繼盛，勞工法體系之基礎問題，收錄於《勞工法論文集》，陳林基金會，1994 年初版。

17. 陳繼盛，勞資爭議法制之基本認識，收錄於：《勞工法論文集》，陳林法學文教基金會，1994 年。

18. 黃程貫，團體協約，收錄於：《台灣法學新課題(四) 》，社團法人台灣法學會主編，2006 年 8 月。

DOI:10.6814/NCCU202200387

19. 黃程貫，關於權利事項與調整事項勞資爭議之區分—高院 78 年度勞上字 13 號、高院 78 年度勞抗字 10 號，收錄於：《勞動法裁判選輯(一)》，1988 年 9 月，初版二刷。

20. 廖元豪，集會遊行權與罷工集會，收錄於：《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處(編)，2007 年 6 月。

21. 詹文凱，杯葛行為之合法界限──台北地方法院 82 年度易字第 4126 號刑事判決評釋，收錄於：《勞動法裁判選輯(二)》，元照出版公司，1999 年 12 月，初版。

22. 楊通軒，爭議行為合法性之判斷標準—最高法院 84 年台上字第 1074 號民事判決評釋，收錄於：《勞動法裁判選輯(一)》，元照出版公司，1999 年 12 月，初版。

23. 趙剛，工運與民主：對遠化工會組織過程的反思，收錄於：《告別妒恨-民主危機與出路的探索》，台灣社會研究叢刊 06，1998 年。

24. 蘇永欽，憲法權利的民法效力，收錄於：《當代公法理論》：翁岳生教授六秩誕祝壽論文集，元照出版公司，1993 年。

25. 蔡震榮，罷工集會作為集會遊行法警察權的發動對象，收錄於：《勞資爭議行為論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處(編)，2007 年 6 月。

26. 劉志鵬，論勞工之自主生產，收錄於：《勞動法理論與判決研究》，元照出版公司，2002 年 8 月。

27. 劉士豪，我國憲法基本權體系中的勞動基本權，收錄於：《勞動基本權學術研討會論文集》，行政院勞工委員會勞資關係處編，2005 年 12 月。

28. 魏千峰，勞動刑法之特殊性，收錄於：《勞動法裁判選輯(二)》，元照出版公司，1999 年 12 月，初版。

29. 鄭玉波，權利濫用之研究，收錄於：《民法總則論文選輯(下)》，五南圖書，1984 年 7 月，初版。

30. 鄭津津，美國勞資爭議行為正當性之實務研析，收錄於：《勞資爭議行為論

DOI:10.6814/NCCU202200387

文集》，行政院勞工委員會，2007 年。

(四)研討會論文

1. 吳慎宜，集體勞動法司法裁判之研究分析，發表於集體勞動關係法制—理論與實務之融合研討會，行政院勞工委員會主辦，2004 年 12 月 29 日。

2. 林佳和，台灣爭議行為制度現況與前瞻，「崎嶇罷工路-爭議行為制度規範」研討會，台灣鐵路工會主辦，2005 年 9 月 21 日。

3. 劉師婷，我國勞動司法審判制之檢討與展望—以民事審判為中心，集體勞動關係法制—理論與實務之融合研討會，中國文化大學法學院勞動法與社會法研究中心主辦，2003 年 12 月 29 日。

4. 張鑫隆，勞動三法草案中不當勞動行為之法律上的定位—以行政救濟與司法救濟之探討為中心，2005 年勞工法規論壇會議。

5. 張鑫隆，勞資爭議處理法修正重點解析，96 年全國產業總工會勞動三法共識營，全國產業總工會主辦，2007 年 3 月 21 日至 3 月 22 日。

6. 基隆客運產業工會、台灣勞工教育資訊發展中心，基客勞資爭議事件概述，從基隆客運罷工司法訴訟案談罷工的法律問題研討會，基隆客運產業工會、全國自主勞工聯盟主辦，1996 年 6 月 12 日。

7. 黃馨慧，勞資爭議仲裁制度之實施檢討，95 年度仲裁法與勞資爭議處理制度學術研討會，中華民國勞資爭議仲裁協會主辦，2006 年 8 月 29 日。

8. 黃程貫，台灣勞資爭議處理之法律規定與檢討，健全勞資爭議訴訟上及訴訟外紛爭處理機制國際研討會，行政院勞工委員會主辦，2007 年 9 月 26、27 日。

9. 劉士豪，勞資爭議處理制度評析與建議—初探現行協調與調解制度，95 年度仲裁法與勞資爭議處理制度學術研討會，中華民國勞資爭議仲裁協會主辦，2006 年 8 月 29 日。

10. 陳俊昇，臺灣憲政變遷過程中的典範轉移及論述分析(1991-2007)，當代社會

DOI:10.6814/NCCU202200387

與國家發展學術研討會議，臺北市立教育大學主辦，2007年12月15日。

11. 蘇衍維，勞資爭議解決途逕之探討與成效—現行勞資處理實務運作與困境，95 年度仲裁法與勞資爭議處理制度學術研討會，中華民國勞資爭議仲裁協會主辦，2006 年 8 月 29 日。

(五)學位論文

1. 余德軒，公務員勞動基本權之研究，中興大學法律研究所碩士論文，1998 年 6 月。

2. 李雅萍，概括的權利保障—德國基本法第二條第一項與我國憲法第二十二條之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1995 年 6 月。

3. 李建昌，80 年代的台灣勞工運動—結構與過程的分析，台灣大學社會學研究所碩士論文，1990 年 7 月。

4. 林炫秋，論罷工權之行使與限制—中德法制之比較研究，政治大學法律研究所碩士論文，1990 年 6 月。

5. 林良榮，論企業內工會活動之權利保障—以日本戰後學說及判例發展為中心，中正大學勞工研究所碩士論文，1997 年 7 月。

6. 洪士淵，活法、國家法與台灣勞資關係，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 6 月。

7. 張義德，不當勞動行為制度之研究-以日本與我國之「不利益待遇」為中心，政治大學法律研究所碩士論文，2008 年 7 月。

8. 莊政達，爭議行為於刑事上免責之研究 —以日本勞動組合法第一條第二項為中心，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2007 年 6 月。

9. 彭常榮，勞動者爭議行為合法性研究以醫師罷工為中心，中原大學財經法律研究所碩士論文，2004 年 6 月。

10. 楊通軒，爭議行為與損害賠償之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1990 年 6 月。

DOI:10.6814/NCCU202200387

11. 詹振寧，勞動集體行為正當性之研究—社會相當性理論之具體適用，中興大學法律學研究所碩士論文，1996 年 6 月。

12. 劉素吟，我國解僱法上比例原則之適用，政治大學法律學研究所碩士論文，2007 年 7 月。

13. 劉雪筠，權利濫用之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，1989 年 6 月。

14. 陳彥良，論勞動者消極團結自由：以中、德之法制為中心，國立政治大學勞工研究所碩士論文，1994 年 5 月。

15. 陳淑美，緊急勞資爭議處理機制之研究-以「冷卻期」為研究核心，國立中正大學勞工研究所碩士論文，2005 年 6 月。

16. 陳怡凱，基本權之衝突：以德國法為中心，臺灣大學碩士碩士論文，1994 年 6 月。

17. 蔡維音，罷工行為規範之憲法基礎探討，台灣大學法律研究所碩士論文，1992 年 6 月

18. 蔡炯燉，勞動集體爭議權之研究—中美日三國法制之比較，政治大學法律研究所博士論文，1992 年。

19. 蕭淑芬，日本憲法生存權保障原理與構造之研究由生存問題之歷史發展探討，淡江大學日本研究所碩士論文，1991 年 12 月。

20. 羅瑞卿，爭議行為中鎖場問題之研究，中國文化大學勞工研究所碩士論文，1998 年。

21. 鄭凱鴻，「強盜」與「恐嚇取財」間，國防管理學院法律研究所碩士論文，2002 年

(六)研究報告

1. 研究主持人：陳英鈴，協同主持人：劉士豪，勞動基本權入憲的分析，行政院研究發展考核委員會，2005 年 11 月。

2. 研究主持人：張茂桂，協同主持人：朱雲漢、黃德福、許宗力，民國七十年

DOI:10.6814/NCCU202200387

代台灣地區「自力救濟」事件之研究，行政院研究發展考核委員會，1992 年 6 月。

3. 研究主持人：林佳和，勞資爭議處理法修正草案中裁決處理程序相關問題研究，行政院勞工委員會，2004 年 5 月 20 日

(七)其他參考資料

1. 王英倩，專訪中華電信工會桃園分會資深員工，「公共化協會」部落格，2007 年 5 月 25 日，載於：https://vonunten.pixnet.net/blog/post/9438708

2. 中華電信工會研究處(編)，中華電信公司員工陳情中華電信公司違反團體協約暨勞基法案報告資料，2007 年 5 月 28 日。

3. 中華電信工會，中華電信工會罷工教戰手冊，中華電信工會出版，2004 年 2 月初版二刷。

4. 林佳和，罷工與警察權的發動—中華電信工會罷工違反集會遊行法案法律報告書，2006 年 8 月。

5. 林佳和，鎖場，勞委會集體協商資訊服務網協商字典，載於：https://labor-elearning.mol.gov.tw/co_abc_detail.php?rid=94

6. 林佳和，杯葛，勞委會集體協商資訊服務網協商字典，載於：https://labor-elearning.mol.gov.tw/co_abc_detail.php?rid=85

7. 林良榮，法的正義、勞動者的正義、法官的正義-凝視「基客案」中已然被遺忘的正義，勞動者電子報，2001 年 2 月 15 日，載於：https://enews.url.com.tw/enews/4828。

8. 張烽益，虛幻的團體協約，南洲山房----張烽益筆耕部落格，2005 年 7 月 15 日，載於：https://fengyi22.pixnet.net/blog/post/267733464

9. 張烽益，員工接管擁有企業是夢想嗎？—華映破產事件的省思，台灣勞工陣線協會網站，載於：https://labor.ngo.tw/issue/follow-topics/153-economic-democracy/economic-democracy/913-economic -democracy07

10. 林少貓，阿根廷「工人接管工廠」運動，破土，2015 年 5 月 19 日，載於：

DOI:10.6814/NCCU202200387

https://movie.douban.com/review/7476842/

11. 喬健，集體返航事件呼喚有效的勞資衝突治理機制，中國報導，2008 年 5 期，中國勞動關係學院出版，頁 40-41，載於：http://www.ppdoc.com/periodical/aff6fdf746cc75dc6aea89b414bb0fd8.html

12. 黃程貫，規範台灣的不當勞動行為與制度建構(上)，勞動者電子報，2004 年 11 月 30 日，載於 https://enews.url.com.tw/enews/30384。

13. munch，只許罷工、不能行動-論工會法第二十六條，2005 年 5 月 20 日， 載於：http://blog.sina.com.tw/munch/article.php?entryid=14658http://go2.tw/du6

14. 關於罷工的法與法的不足-訪黃程貫教授談環亞罷工，2008 年 5 月 8 日，載於：https://blog.xuite.net/ kuochuchu/wretch/151205247

德文文獻

1. *Adams*, Johannes Alexander: Streik ohne Urabstimmung, Diss., 1969

2. *Alexy*, Robert： Theorie der Grundrechte, 3. Aufl, 1996

3. *Binkert*, Gerhard: Gewerkschaftliche Boykottmaßnahmen im System des Arbeitskampfrechts, 1981

4. *Birk*, Rolf/*Konzen*, Horst/*Löwisch*, Manfred/*Raiser*, Thomas/*Seiter*, Hugo: Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte : Entwurf und Begründung, Tübingen, 1988

5. *Blanke*, Thomas: Das Arbeitskampfrecht des Grundgesetzes und das neue Arbeitskampfkonzept des BAG, NZA 1990, 209-213.

6. *Bloesinger*, Hubert：Rechtsstellung von Streikposten, 1988

7. Brox, Hans/Rüthers, Bernd: Arbeitskampfrecht : ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Stuttgart 1982

8. *Däubler*, Wolfgang：Arbeitsrecht：Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, 7. Aufl., 2008

9. *Däubler*, Wolfgang：Tarifvertragsrecht : ein Handbuch , 3. Aufl., 1993

DOI:10.6814/NCCU202200387

10. *Däubler*, Wolfgang (Hrsg.)：Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., 1987

11. *Deter*, Gerhard: Der Einfluss des Liberalismus auf das gewerbliche Arbeitsrecht im Preußen des 19. Jahrhunderts (1810 – 1871), AuR 2018, G5-G8

12. *Dieterich*, Thomas/*Hanau*, Peter; *Günter*, Schaub (Begr.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl., München 2009

13. *Fischinger*, Philipp S: Zur Begrenzung des Streikrechts durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, RdA 2007, 103-99

14. *Gamillscheg*, Franz: Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung, München 1997

15. *Gamillscheg*, Franz：Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966

16. *Hensche*, Martin：Zu Praktikabilität und Nutzen des arbeitskampfrechtlichen Paritäasprinzips, RdA 1996, 293-306

17. *Henssler*, Martin/*Willemsen*, Heinz-Josef/*Kalb*, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 3. Auflage, 2008

18. *Hettlage*, Manfred C.: Sind Streiks ohne Urabstimmung „wilde" Streiks?, NJW 2004, 3299-3301

19. *Hirschberg*, Lothar：Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, 1981

20. *Hueck*, Alfred/*Nipperdey*, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. 2, Kollektives Arbeitsrecht; Halbbd. 27. Aufl., Berlin 1970

21. *Hueck*, Alfred/*Nipperdey*, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. 2, Kollektives Arbeitsrecht ; Halbbd. 1, 7. Aufl., Berlin 1967

22. *Jacobs*, Matthias/*Krause*, Rüdiger/*Oetker*, Hartmut： Tarifvertragsgesetz, 9. Aufl., 2007

23. *Junker*, Abbo： Grundkurs Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2007

24. *Jung*, Ute: Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht, 1999

25. *Kim*, Hyung-bae：Das Streikpostenstehen als rechtmäßiges oder rechtswidriges

DOI:10.6814/NCCU202200387

Verhalten gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber, 1969

26. *Kissel*, Otto Rudolf：Arbeitskampfrecht, 2002

27. *Knips*, Achim：Deutsche Arbeitgeberverbände der Eisen- und Metallindustrie, 1888 - 1914, 1996

28. *Kreuz*, Harald： Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Arbeitskampfrecht, 1988

29. *Lieb*, Manfred/Jacobs, Matthias: Arbeitsrecht, 9. Aufl., 2006

30. *Löwisch*, Manfred/Rieble, Volker：Tarifvertragsgesetz : Kommentar, 2. Aufl., 2004

31. *Löwisch*, Manfred ：Zur rechtlichen Beurteilung besonderer Arbeitskampf-maßnahmen im Medienbereich, RdA 1987, 219-225

32. *Michlik*, Frank F. J. ：Die gewerkschaftliche Urabstimmung vor einem Arbeitskampf : eine Untersuchung zum deutschen und britischen Rech, 1995

33. *Nikisch*, Arthur：Arbeitsrecht, II Band：Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2. Aufl.,1959

34. *Otto*, Hansjörg：Arbeitskamp- und Schlichtungsrecht, 2006

35. *Popp*, Klaus: Öffentliche Aufgaben der Gewerkschaften und innerverbandliche Willensbildung, 1. Aufl., 1975

36. *Ramm*, Thilo: Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechteund der Rechtsstruktar der Vereinigung, 1960

37. *Richardi*, Reinhard: Kollektives Arbeitsrecht, 2007

38. *Rüthers*, Bernd： Tarifautonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung, 1973

39. *Schaub*, Günter/*Koch*, Ulrich/*Linck*, Rüdiger/*Treber*, Jürgen: Arbeitsrechts-Handbuch : Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 12. Aufl., 2007

40. *Scholz*, Rupert/*Konzen*, Horst：Die Aussperrung im System von arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

41. *Scholz*, Rupert：Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971

42. *Schüren*, Peter: Die Legitimation der tariflichen Normsetzung, 1996

43. *Schmidt*, Guido/Schwacke, Peter: Staatsrecht, 5. Aufl., 2007

44. *Seiter*, Hugo：Streikrecht und Aussperrungsrecht：Ein Abreitskampfrechtssystem auf der Grundlage subjecktiv-privater Kampfrechte, 1975

45. *Söllner*, Alfred: Arbeitsrecht, 14. Aufl., 2007

46. *Steinbrück*, Hans-Joachim：Streikposten und einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., 1992

47. *Mayer-Maly*, Theo: Gemeinsame Einrichtungen im Spannungsfeld von Tarifmacht und Organisationspolitik, BB 1965, 829-834

48. *Treber*, Jürgen：Aktiv produktionsbehindernde Massnahmen : zur Zulässigkeit von Betriebsbesetzungen und Betriebsblockaden unter Berücksichtigung des Funktionszusammenhangs von Privatautonomie, Tarifautonomie und Arbeitskampfrech, 1996

49. *Wiedemann*, Herbert (Hrsg.)：Tarifvertragsgesetz : mit Durchführungs- und NebenvorschriftenTarifvertragsgesetz : mit Durchführungs- u. Nebenvorschriften, 6. Aufl., 1999

50. *Ule*, Carl Hermann：Streik und Polizei, 2.Aufl., 1974

51. *Wesch*, Martin：Neue Arbeitskampfmittel am Beispiel von Betriebsbesetzungen und Betriebsblockaden, 1993

52. *Zechlin*, Lothar： Streikposten und Nötigung-Ein verfassunfs- und strafrechtlicher Problemaufriß, AuR 1986, 289

53. *Zöllner*, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt Wolfgang: Arbeitsrecht: ein Studienbuch, 6. Aufl., 2008

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

參考網站

(依筆劃排序)

1. 中華電信工會網站：http://www.ctwu.org.tw
2. 台鐵灣鐵路工會網站：http://www.trlu.org.tw
3. 司法院法學資料檢索系統：https://law.judicial.gov.tw/default.aspx
4. 立法院國會圖書館：http://npl.ly.gov.tw/do/www/homePage
5. 法源法律網：http://fyjud.lawbank.com.tw/
6. 苦勞網：http://www.coolloud.org.tw
7. 行政院勞工委員會統計資料庫資料：https://statfy.mol.gov.tw/statistic_DB.aspx
8. 行政院勞工委員會勞工法令查詢系統：https://laws.mol.gov.tw/index.aspx
9. 行政院勞工委員會集體協商資訊服務網協商字典：https://labor-elearning.mol.gov.tw/co_abc.php
10. 集遊惡法修法聯盟：https://www.facebook.com/rightofassembly/
11. 渣打商銀產業工會網站：http://www.hibu.org.tw
12. 德國司法院(Bundesministerium der Justiz)法規檢索系統：http://bundesrecht. juris.de/aktuell.html
13. 德國勞動法與社會法判決檢索網站(AuS-Rechtsprechungsdatenbank)：http://www.aus-portal.de/rechtsprechung/entscheidungen/index.html
14. 德國法學資料檢索系統 beck-online：https://beck-online.beck.de/Home

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

附錄

附錄一：勞資爭議處理法修正草案(節錄)

*行政院於 2008 年 2 月 4 日函請立法院審議之提案，資料來源：立法院第 7 屆第 1 會期第 2 次會議議案關係文書，院第 1352 號，政府提案第 11128 號(2008 年月 27 日印發)[810]

現行條文	修正條文	說明
第一章	第一章	章名未修正
第一條　本法依中華民國憲法第一百五十四條制定之。	第一條　為解決勞資爭議，保障勞工權益，特制定本法。	一、　法律與法規命令不同，並非需有法律授權依據，而係於首條規定其立法目的，爰刪除現行條文有關授權依據規定，改為揭示本法之立法目的，列為第一項。 二、　本法雖然對於勞資爭議提供調解及仲裁等多種解決方式，惟能否有效解決爭議，仍視雙方當事人態度而定，爰為第二項規定。
第二條　本法於雇主或雇主團體與勞工或勞工團體發生勞資爭議時適用之。	第二條　本法於雇主或有法人資格之雇主團體(以下簡稱雇主團體)與勞工或工會發生勞資爭議時，適用之。	勞資爭議當事人應為具有人格之權利義務主體，否則法律效果難以歸屬。就資方當事人部分，爰規定雇主團體需具有法人資格，使臻明確；至於勞方當事人部分，鑑於團體協約之協商主體在勞方係為工會，爰併予訂明，使有別於勞工依其他法律成立之人民團體。
第三條　本法所稱主管機關：在中央為行	第三條　本法所稱主管機關：在中央為行	本條未修正

[810] 資料載於：立法院議事及發言系統「法律提案及進度」(https://lis.ly.gov.tw/lylgmeetc/dispprog?12:000C78E700040101000000000000C800000003D000000000:0007399:lgmeetkm)。由於本論文之完稿日為 2008 年 12 月，故以此版本為本文討論之草案，惟此一草案嗣經撤回，後行政院於 98 年 4 月 16 日再提出修正草案，即 2009 年 7 月 1 日修正通過之三讀版本。

DOI:10.6814/NCCU202200387

政院勞工委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣(市) 政府。	政院勞工委員會；在省(市)為省(市)政府；在縣(市)為縣(市)政府。	
第四條　本法所稱勞資爭議，為勞資權利事項與調整事項之爭議。 權利事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。 調整事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。	第四條　本法用詞，定義如下： 一、勞資爭議：指權利事項及調整事項之勞資爭議。 二、權利事項之勞資爭議：指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。 三、調整事項之勞資爭議：指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。 四、爭議行為：指勞資爭議當事人為達成其主張，所為之罷工或其他阻礙事業正常運作及與之對抗之行為。 五、罷工：指勞工所為暫時拒縮提供勞務之行為。	一、　現行條文各項酌作文字修正，改列為第一款至第三款。 二、　鑒於勞資雙方之爭議行為態樣繁多，如罷工、怠工、杯葛、鎖場、黑名單或其他為達成其主張所為之行為，以及與之對抗之行為等，均屬於爭議行為，爰增列第四款酌予定義。 三、　罷工為最典型之勞工集體爭議行為，係以暫時停止提供勞務方式，給予雇主社會及經濟壓力，以促使雇主接受其主張，爰增列第五款酌予定義。
第五條 權利事項之勞資爭議，依本法所定之調解程序處理	第五條 權利事項之勞資爭議，得依本法	一、　權利事項之勞資爭議，本法之調解及仲裁並非唯一解決途逕，當事人亦得循訴訟、鄉鎮市調解條之調解及

DOI:10.6814/NCCU202200387

之。法院為處理前項勞資爭議，必要時應設勞工法庭。	所定之調解、仲裁程序處理之。 法院爲審理權利事項之勞資爭議，必要時應設勞工法庭。 權利事項之勞資爭議，勞方當事人提起訴訟或依仲裁法提起仲裁者，主管機關得給予適當補助；其申請資格、補助範圍及審核方式等事項之辦法，由主管機關定之。	仲裁法之仲裁等途逕處理，爰酌修第一項。 二、 第二項酌作文字修正。 三、 相較於資方，勞方常處於經濟上較為弱勢之地位。有鑒於權利事項之勞資爭議，勞方如欲提起訴訟或依仲裁法提起仲裁，常需花費相當之費用，為使其於維護自身權利時無所顧慮，爰增列第三項，規定主管機關得訂定辦法，在相關費用上予以適當補助。
第六條 調整事項之勞資爭議，依本法所定之調解、仲裁程序處理之。 前項爭議之勞方當事人，應為勞工團體或勞工十人以上。但事業單位勞工 未滿十人者，經三分之二以上勞工同意，亦得為勞方當事人。	第六條 調整事項之勞資爭議，依本法所定之調解、仲裁程序處理之。 前項勞資爭議之勞方當事人，指下列各款之工會或勞工： 一、 團體協約法第六條第三項所定，具有協商資格之工會。 二、 未加入企業工會，而具有相同主張之勞工達十人以上。 三、 受僱於僱用勞工未滿十人之事業單位，其未加入工會之勞工具有相同主張者達三分之二以上。	一、 第一項未修正。 二、 調整事項之勞資爭議涉及集體勞工之共同利益，勞方當事人原則上應為具有協商代表性之工會，惟考量未加入企業工會及受僱十人以下事業單位之勞工，其集體利益亦應予以保障，爰配合工會法及團體協約法修正草案，酌修第二項，分款規定得於調整事項之勞資爭議，為勞方當事人之工會或勞工。

DOI:10.6814/NCCU202200387

第七條　勞資爭議在調解或仲裁期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為。 第八條　勞資爭議在調解仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為。	第七條　勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工或終止勞動契約或為其他不利勞工之行為；勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為。	一、　本條由現行條文第七條及第八條合併修正。 二、　配合第四章裁決制度之增列，兩修現行條文第七條，列為前段。 三、　現行條文第八條移列後段規定，並將「怠工」文字刪除，未來如有類似行為，可依個案事實認定，視為其他影響工作秩序之行為。 四、　本條係規定勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間，雙方當事人應遵守不作為義務，與工會法修正草案第三十一條第四款有關雇主不得因勞工參與或支持爭議行為而予解僱等不利益待遇規定，係為避免雇主之不當勞動行為，落實工會團結權之情形並不相同，併此說明。

	第三章　仲裁	章名未修正
	第二十二條(略)	(略)
	第二十三條　下列各機關(構)、學校、事業之勞工，其調整事項之勞資爭議經調解不成立時，當事人一方得申請直轄市、縣(市)主管機關交付仲裁，直轄市、縣(市)主管機關應以書面通知當事人他方： 一、國防部及其所屬機關(構)、學校。 二、電業。	一、本條新增。 二、第一項所列各款之機關(構)、學校、事業，其正常運作或為民眾維持生活所必需，或攸關國家社會安全及金融秩序等重大公益，修正條文第四十八條第一項乃規定其勞資雙方均不得為爭議行為。就權利事項之勞資爭議而言，固有訴訟途逕可為最終解決，至於調整事項之勞資爭議，則宜另闢解決之機制，爰於第一項規定得單方申請直轄市、縣(市)主管機關交

DOI:10.6814/NCCU202200387

	三、自來水事業。 四、航空管制事業。 五、證券期貨交易、結算及保管事業。 前項所列機關(構)、學校、事業及其勞工之範圍，由中央主管機關會同相關機關定之。	付仲裁，直轄市、縣(市)主管機關則應以書面通知當事人他方。 三、考量爭議行為為保障勞動權益之重要手段，其限制應侷限於最小必要範圍，而第一項各款所列之機關(構)、學校、事業及其勞工之範圍仍有待進一步劃定滿爰於第二項授權中央主管機關會同相關權責機關定之。
	第二十四條至第三十四條(略)	(略)

	第五章　爭議行為	本章新增
	第四十四條　權利事項之勞資爭議，不得為爭議行為；調整事項之勞資爭議，非經調解不成立，不得為爭議行為。 雇主、雇主團體經裁決機關認定違反工會法第三十一條、團體協約法第六條第一項規定者，工會得依本法為爭議行為。	一、本條新增。 二、權利事項之勞資爭議係指雙方基於法令或團體協約或勞動契約之約定所為權利之爭執，如未依本法及其他法律之調解、仲裁程序加以解決，仍應尋求司法救濟，以訴訟方式為之，爰於第一項前段規定不得為爭議行為。至於調整事項之勞資爭議，係指雙方基於經濟社會狀況之改變而主張對未來勞動條件予以維持或改變之爭執，必須以集體力量進行交涉，爰於後段規定得為爭議行為，惟以調解不成立為其前提要件。 三、為保障勞動三權之運作，對於雇主違反工會法第三十一條、團體協約法第六條第一項規定，經裁決決定機關認定屬實時，允許工會得依修正條文第四十五條至第四十八條等規定為爭議行為，爰為第二項。

DOI:10.6814/NCCU202200387

	第四十五條　工會非經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，不得宣告罷工。 通訊傳播、大眾運輸、公共衛生、石油煉製、醫院、燃氣事業與金融服務業之勞工及各級政府機關(構)、公立學校不具公務人員身分之勞工，其所屬工會決議罷工後，應於罷工前三日以書面將罷工時間、地點及方式通知雇主及直轄市、縣(市)主管機關。	一、本條新增。 二、工會欲宣告罷工，其程序應如何進行，尚乏明文，爰於第一項規定之。 三、工會決議罷工後，為期藉預告罷工期間達到冷卻效果，並降低對公眾利益之影響，爰參考日本勞動關係調整法第三十七條及美國勞資關係法第八條有關爭議預告制度之規定，於第二項課予通訊傳播、大眾運輸、公共衛生、石油煉製、醫院、燃氣事業與金融服務業之勞工及各級政府機關(構)、公立學校不具公務人員身分之勞工所屬工會有將工會決議、實施罷工的時間、地點及方式，預先以書面告知雇主及主管機關之義務。
	第四十六條　爭議行為應依誠實信用及權利不得濫用原則為之，並應顧及其行為對公眾利益影響。 雇主不得以工會及其會員依本法所為之爭議行為所生損害為由，向其請求賠償。 工會及其會員所為之爭議行為，該當刑法及其他特別刑法之構成要件，而具有正當性者，不罰。但以	一、本條新增。 二、第一項規定爭議行為應依誠實信用及權利不得濫用原則為之，亦即進行爭議行為之主體、目的、手段、程序等均須具有正當性，且不得採取顯不相當之手段，同時亦應顧及該行為對公眾利益之影響。 三、工會所為合法爭議行為，係工會遂行保障會員正當權益之自助行為，故發動爭議行為之工會與參與爭議行動之個別工會會員並無契約上債務不履行責任，基於衡平原則，就工會及其會員所進行之爭議行為仍應予以適當之保護，爰參考日本勞動組合法第八

DOI:10.6814/NCCU202200387

	強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞，不適用之。	條:「雇主不得以正當的罷工或其他爭議行為而受有損害為理由，對工會或其會員請求損害賠償」之規定，將現行工會法第十八條第一項但書規定修正列為第二項。 四、正當爭議行為係屬權利之行使，惟因其具衝突性之本質，於行使過程中，確實無法避免對於雇主或第三人之權益造成影響。司法實務上，於判斷爭議行為有無構成犯罪時，除犯罪構成要件該當性外，宜更深入考量該爭議行為之主體、目的、手段及程序是否具有正當性。有鑑於此，為避免工會及勞工因刑事責任之疑慮而阻礙其行使爭議權空間，並本謀求工會侑勞工之爭議權與雇主及第三人之基本權利間法益衡平之調和原則，爰參酌日本勞動組合法第一條第二項之規定，於第三項規定工會及其會員所為之爭議行為，該當刑法及其他特別刑法之構成要件而具有正當性者，除有以強暴脅迫方式進行對於他人生命、身體造成侵害或有侵害之虞之過當行為外，不罰。
	第四十七條　爭議行為期間，爭議當事人雙方應維持工作場所必要之安全及衛生設備之正當運轉。	一、本條新增。 二、爭議行為之目的係在施予他方當事人壓力，惟不應因此而對於生命安全、身體健康或公共安全造成危害及威脅。故於停止或妨礙工作場所相關安全、衛生設備之運作，可能造成前述結果時，勞資雙方均有責任及義務維持其運

DOI:10.6814/NCCU202200387

		作，爰參考日本之立法例，明定爭議行為期間，當事人雙方均有責任及義務維持工作場所必要之安全及衛生設備之正當運轉。
	第四十八條　第二十三條第一項規定之機關(構)、學校、事業之勞工，其勞資雙方均不得為爭議行為。 第四十五條第二項規定之機關(構)、學校、事業及其勞工之勞資爭議，經調解不成立者，直轄市、縣(市)主管機關認為其爭議行為對國家經濟或公眾生活有發生重大影響之虞時，應報請中央主管機關令勞資雙方於通知之日起三十日內不得為爭議行為。 中央及直轄市、縣(市)主管機關應於前項期間內，協助勞資雙方解決爭議。	一、本條新增。 二、爭議權爲勞工基本人權之一，國際勞工組織與世界各國多予肯認，惟考量國家安全、公共利益及公眾生活之便利，仍不乏以法律禁止或限制特定事業及其勞工為爭議行為者，如日本國營事業勞動關係調整法、地方公營企業勞動關係法、韓國工會與勞動關係調整法等。考量前揭因素，爰於第一項規定修正條文第二十三條第一項規定之機關(構)、學校或事業之勞工之勞資雙方不得為爭議行為，而改於該條項規定得單方申請主管機關交付仲裁。 三、至於通訊傳播、大眾運輸、公共衛生、石油煉製、醫院、燃氣事業與金融服務業之勞工及各級政府機關(構)、公立學校不具公務人員身分者，其勞資爭議雖將對於國家經濟或公眾日常生活造成影響而宜予限制，惟並未達於禁止程度，爰參考日本勞動關係調整法及日本國營事業勞動關係調整法，於第二項規定直轄市、縣(市)主管機關得報請中央主管機關於一定期間內暫時限制爭議行為。其目的，在於爭取時間，協助勞資雙方解決其爭議，妥並為第三項規定。至如經過此一期間勞資雙方仍無法達成協議時，自得進

DOI:10.6814/NCCU202200387

		行爭議行為。
	第四十九條　爭議行為期間，勞工未為勞務之提供時，雇主得拒絕給付工資。	一、本條新增。 二、本「無工作、無工資」之原則，明定勞工如未為勞務之提供時，雇主得不給付工資。
	第六章　強制執行之裁定	章次變更
	第五十條至第五十二條(略)	(略)
	第七章　罰則	章次變更
第四十條 違反第七條規定者，處二萬元以上二十萬元以下罰鍰。 第四十一條 違反第八條規定者，各處二萬以元下罰鍰。	第五十三條 雇主或雇主團體違反第七條、第四十八條第一項或第二項規定者，處新台幣二十萬以上六十萬元以下罰鍰。 工會違反第七條、第四十八條第一項或第二項規定者，處新台幣十萬以上三十萬元以下罰鍰。 勞工違反第七條、第四十八條第一項或第二項規定者，處新台幣一萬以上三萬元以下罰鍰。	一、本條由現行條文第四十條及第四十一條合併修正。 二、現行條文第七條及第八條有關調解、仲裁等期間不得為爭議行為之規定業經合併為修正條文第七條而修正條文第四十八條第一項及第二項亦係有關禁止或限制爭議行為之規定，其罰則亦宜合併規定。考量罰鍰之實效性，恆與行為人之經濟實力有關，爰區分雇主與雇主團體、工會及勞工，分別於第一項至第三項規定其罰鍰之額度。
	第五十四條(略)	(略)

DOI:10.6814/NCCU202200387

附錄二：基隆客運罷工事件損害賠償案歷審訴訟一覽表

第一審 (台北地方法院)	第二審 (台灣高等法院)	第三審 (最高法院)
82 年勞訴字第 44 號	83 勞上字第 8 號	83 年度台上字第 3234 號
		83 年度台上字第 3235 號
	84 勞上更(一)字第 6 號	85 年度台上字第 846 號
	85 勞上更(二)字第 5 號	86 年度台上字第 2980 號
	86 勞上更(三)字第 28 號	88 年度台上字第 1908 號
	88 勞上更(四)字第 10 號	89 年度台上字第 1795 號
		90 年度台再字第 2 號

(來源：本文自製)

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387

附錄三：台北地方法院 82 年勞訴字第 44 號判決

判決日期	中華民國八十二年十一月十五日
判決主文	原告之訴及假執行之聲請均駁回。 訴訟費用由原告負擔。
原　　告	基隆汽車客運股份有限公司
被　　告	劉志強 華阿龍 王耀梓 林金在 朱阿海 賴宏達 張丁榜 徐旺德 簡德發 鄭煥榮 郭明富 林明德 詹益清 林進昆 池正智
理　　由	一、本件原告主張被告為原告公司工會理、監事，自八十一年六月四日起至同年八月十日止，在伊公司發起罷工，致伊公司營業停頓，因而受有一千零十八萬一百十八元之損害，被告之罷則以工行為爲不合法，且已違反誠信原則，屬「權利濫用」，自應負侵權行為損害賠償責任；被告則以伊上開罷工行為合法，享有民事免責權，並非權利濫用，亦不違反誠信原則，自不應負損害賠償責任等語，資為抗辯。 二、查本件被告為原告公司工會之理監事，於八十一年為調整「里程津貼」、「保養獎金」、「內勤人員調薪」等事項，與原告發生爭議，被告所屬之工會乃向台北縣政府申請調解，經二次調解而不成立，台北縣政府乃宣布調解不成立，被告所屬之工會遂經全體會員二分之一以上之同意，決議自八十一年六月四日起下午對原告公司進行罷工，該工會並事先向警局備案，在該日派員赴原告公司所屬錄山站將該十四輛公車駛至原告公司所屬之基隆站，並將停放第一排之公車輪胎放氣等情，為兩造所不爭，並有訴願決定書、警察局備案記錄附卷，及仲裁書(載明事件經過)附於本院八十一年度勞訴第六十號民事卷可查，自堪信為真正。 三、按因故意或過失，不法害他人之權利者，負損害賠償責任，故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，亦同，又數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任，造意人及幫助人，視為共同行為人，民法第一百八十四條第一項、第一百八十五條分別定有明文，每次按工會之理事及其代理人，因執行職務所加於他人之損害，工會應負連帶之責，但因關於勞動條件，使會員為協同之行為，或對於會員之行為加以限制，致使僱主受僱用關係上之損害者，不在此限，工會法第十八條第一項亦有明定。經查本件被告所屬之工會係在台北縣政府宣布調解程序無效後，經全體會員過半數同意，始決議對原告公司宣布罷工，其宣布罷工之程序自屬合法。又證人即原告所屬金山站站長曾治安證稱：基隆站站長王子期在罷工當日曾告訴伊，系爭公司工會可能會派人來金山站將公車開走，迄當日下午一時左右，工會派人來金山站開車，伊告訴他們伊很難作人，但他們告以工會已決定罷工，要將公車駛至基隆站，當時並無人與他們發生爭執，他們亦未對伊施以強暴脅迫，當日下午金山站內所有之司機均未上

DOI:10.6814/NCCU202200387

	班，罷工結束後，伊派員將公車駛回金山站，輪胎並未因放氣而受損害云頁，證人即原告所屬基隆站站長王子期亦證稱：六月四日是全部司機均參與罷工，被告並未不准原告使用系爭車輛，伊亦未派人將輪胎被放氣之車輛充氣使用，但伊在當日或翌日即發現上開車輛之輪胎均已被充氣，惟因全部司機均已參與罷工，故原告亦無法使用系爭車輛等語，均足以證明被告所屬之工會係以和平方式進行，並未違反工會法第二十六條：「工會於罷工時，不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由。」之規定，且其將部分車輛放氣亦未逾罷工之必要程度，原告無法使用上開車輛並非因被告上開將系爭車輛放氣之行為，而系因原告所僱用之司機均參與罷工，原告無法指揮其所屬司機駕車營運所致。至於工會法第二十六條第三項雖規定：「工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工。」惟查現行法並未規定標準工資，被告所屬之工會要求原告提告「里程津貼」等薪資項目而宣告罷工，亦無違法可言。 四、因此，被告所屬工會所宣告之罷工既屬合法，身為該工會理監事之被告，依前揭工會法第十八條第一項規定但書之規定，自不負原告因此次罷工所致損害之賠償責任，及「不法」侵害他人權利之侵權行為損害賠償責任。從而，原告依民法第一八十四條、第一八十五條、工會法第十八條第一項之規定，請求被告連帶賠償五百零九萬零五十九元及法定遲延利息，為無理由，應予駁回。

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU202200387