



XIAMEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

廈門大學 法律評論

2008年上卷
总第十五輯



廈門大學出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

厦门大学 法律评论

2008年上卷
总第十五辑

江苏工业学院图书馆
藏书章

编辑委员会

丁丽瑛 古祖雪 齐树洁 朱崇实 朱炎生 李琦
陈立 陈动 徐崇利 曾华群 廖益新

主 任 徐崇利
主 编 李琦
编 辑 游钰 王天民

厦门大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

厦门大学法律评论. 第15辑/李琦主编. —厦门:厦门大学出版社, 2008. 7
ISBN 978-7-5615-3060-3

I. 厦… II. 李… III. 法学-研究-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 114400 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门昕嘉莹印刷有限公司印刷

2008年7月第1版 2008年7月第1次印刷

开本:787×960 1/16 印张:19.75 插页:2

字数:290千字 印数:0001~2000册

定价:20.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

编辑者言

编辑者将怀着对读者和作者的温情与敬意,持守对学术和法治的虔诚与审慎,以《厦门大学法律评论》参与转型中国的学术建设、社会进步。

一、编辑者为此所提供的形异而神一的话语平台包括:

学术专论,比较法—域外法—台湾法,立法建议—法条评析,实务见解(包括但不限于判解研究,及于司法与行政),法律教育,学位论文,学术观察(如书评、学术批评、学术现象之检讨)。在必要和可能时,编辑者也将就某一特定主题以专题研讨展示作者之智识于读者。

二、稿件篇幅不限,惟专论以不少于两万字为宜。编辑者希望作者因此得以从容铺陈,而读者则从条分缕析中得享阅读之乐。

所刊稿件若因版面所限,编辑者将商请作者删减。

三、编辑者在收到稿件后两个月内就刊用与否回复作者。

四、《评论》已被列为《高等学校文科学术文摘》之文摘源出版物,所有在《评论》发表的文章均可能为《高等学校文科学术文摘》所转载或摘编。

《评论》已加入《中国期刊全文数据库(CJFD)》,所有在《评论》发表的文章均被同步编入 CJFD。

编辑者就此敬请作者于惠赐大作时慎重考虑。

五、稿件一经采用,即由出版者支付稿酬(其中包括 CJFD 的作者著作权使用费),并提供样书两册。

六、稿件请发送电子邮件至:lawrev@xmu.edu.cn

来稿请注明作者姓名、出生年份、性别、所在机构、学位、职称、通讯方式,并附英文标题。作者的以上相关信息,在文章刊发时也将一并载明,以便读者与作者之通联。

稿件注释请依照《评论》所刊论文的注释体例。

目 录

编辑者言

【专 论】

罢工权的保障与规范	赵守博/001
程序如何衍生:辩诉协商的制度逻辑与程序改良	林喜芬 成 凯/028
信托监督多元化构造的法律分析	徐 卫/058
国际法视野下的预防性自卫	易 平/092
WTO 争端解决机构报告执行制度的实施现状与实质缺陷	常景龙/157
辩论主义之历史、论争与制度	吴 杰/201

【域 外 法】

英美两国刑事证据开示制度	王天氏/226
--------------	---------

【立法建议】

“可以”在立法中的误用与勘正	周 贇/249
----------------	---------

【法律教育】

中国诊所法律教育课程要素与支持系统	朱泉鹰 陈昌锋/266
-------------------	-------------

【学术观察】

从惩罚到规训:权力的技术与权力的演化 ——以“权力—肉体”关系为切入点的《规训与惩罚》	李 琦/288
--	---------

Table of Contents

Notice to Contributors

Special Contribution

- The Protection and the Governing Rules of
the Right to Strike Chao Shou-Po / 001
- How Procedure Come into Being:
on Plea Bargaining's Institutional Logic
and Procedural Reformation Lin Xifen Cheng Kai / 028
- Legal Study on Multi-structure of Trust Supervision Xu Wei / 058
- Preventive Self-Defense from the Perspective of
International Law Yi Ping / 092
- The Implementation Institution of WTO Dispute
Settlement Body Report: Enforcement Status
and Substantial Deficiency Chang Jinglong / 157
- On the History, Debate and System of Principle of Debate Wu Jie / 201

Foreign Law

- The Criminal Disclosure System of England
and America Wang Tianmin / 226

Legislation Proposals

- The Misusing and Correcting of the Word CAN in Legislation
Zhou Yun / 249

Law Education

The Curriculum Factors and Support Program of

Chinese Clinic Legal Education

Zhu Quanying

Chen Changfeng / 266

Academic Observation

From Punishment to Discipline: the Technology of

Power and the Evolution of Power

Li Qi / 288

《厦门大学法律评论》总第十五辑
厦门大学出版社 2008 年 6 月版
《罢工权的保障与规范》
第 001 页～第 027 页

罢工权的保障与规范

赵守博^{*}

目 次

- 一、罢工权保障之必要及罢工之意义
- 二、罢工权的保障
- 三、罢工权之性质、行使要件、放弃及纠察与锁厂
- 四、国际劳工组织及罢工权
- 五、结语

一、罢工权保障之必要及罢工之意义

罢工(strike、strike action)为劳资双方互动的关系中,受雇劳工用以对抗雇主的一种手段,也是劳工行使团结权、协商权和争议权的一个非常有效的武器,更是现今所有民主法治的国家和社会所给予于劳工和受雇者的一

^{*} 赵守博:美国伊利诺斯大学(Univ. of Illinois)法学博士(Doctor of the Science of Law, S. J. D.),台湾财团法人祥和社社会发展文教基金会董事长,厦门大学法学院兼职教授,电子邮件:spc1941@gmail.com。

项极其重要的权利。在劳资关系的互动中,如果没有罢工此一利器,则在经济上、社会上和政治上通常居于弱势的劳工,在向雇主谋求合理或较佳劳动条件、工作权益或福利保障时,在一切理性的诉求、协商、要求都不能说服雇主的情形下,便无法透过集体的行动(collective action、concerted action)给予雇主有效的压力(effective pressure),而达成所追求的目标。所以,在所有实行自由经济体系及重视民主法治和公平原则的国家之内,罢工权的存在及其应受法律保障,可说是一种广为大众所接受的社会价值。

不过,罢工行为由于颇具对抗性,对于劳资双方的合作及和谐关系,无可讳言地,极有可能带来相当负面的影响。而且,因为罢工涉及劳工集体停止工作,也就是受雇者协同一致地拒绝给付原来应给付的劳务服务,必将使雇主无法照常、甚或完全停止从事生产或提供原有的服务,雇主势必蒙受损失。如果罢工规模甚大,波及整个企业或地区,对国家社会经济的整体成长与发展,以及社会的正常运作与安定,必然也会带来巨大的不利冲击。同时,在劳工方面,因为罢工的进行,必将无法获得原有的工资,如果罢工时间过长,其生活必受影响。而且由于进行罢工,有时还会因而失去工作,甚或受到处罚。所以,罢工虽然有其必要,罢工权也应加保障,但就劳工而言,罢工有如一把双刃之剑,操作起来固可伤及雇主,但也很可能会伤及自身。因而,笔者一向以为,罢工应该是能避免就要尽可能避免,非万不得已,不要轻易加以发动和进行。

实务上,劳资双方在互动的关系中,有时可能会被迫而走入不得不进行罢工的状态。罢工既然无法完全避免,而且其所造成的结果,对劳资双方以及国家的社会、经济发展,都可能产生不利的冲击,同时,罢工又是一种有存在必要并允许劳工可选择行使的权利,则罢工权应如何行使,方能既可达到其预期的目的,而又能将其负面影响降至最低限度,实有予以合理规范的必要。

那么,罢工究系何指?何种行为方构成劳资互动关系中的罢工呢?美国法学界颇具权威的《布莱克法律辞典》(*Black's Law Dictionary*)在其1968年修订第四版及2001年袖珍第二版对于罢工行为就分别采用了不尽相同的定义,前者将罢工界定为一个劳工的组织(a body of workmen)为了

迫使其雇主接受他们之前所提出但被雇主所拒绝的要求(demand),而采取的停工(quitting work)的行为。而后者则将罢工解释为受雇者(employees)的一种组织性的停工或怠工(organized cessation or slowdown of work),以迫使(compel)雇主接受其要求(demands)的行为^①。两者内容虽不完全一致,但都强调罢工是一种组织性、团体性的行为,也都是为迫使雇主答应其所求的有意的“停止工作”。

规范美国劳资互动关系的一个非常重要的美国联邦法律,即1947年制订的《劳资关系法》(*Labor Management Relations Acts*, 1947),对于罢工作如下的解释:“受雇者(employees)协同一致地停止工作(concerted stoppage of work)(包括因团体协约之期满为由的停止工作),及任何协同一致地怠工(concerted slowdown),或其他受雇者集体中断企业营运(concerted interruption of operations)的行为”^②。罢工的要件还是包括劳工的“集体行动”(concerted action),和“停止工作”(work stoppage)。

国际上虽没有一个公约或类似文件对罢工行为作一个统一性的标准定义,但一般而言,所谓罢工,指的是劳工(即受雇者)同时(simultaneous)和步调一致地(coordinated)撤回其劳务给付(withdrawal of labor),而且多数认为罢工应是工作的完全停止(total cessation of work)。而罢工的目的,则是为了维持原有权益或争取更佳的劳动条件和工作保障^③。

台湾现行的劳动法中虽然在工会法内对于如何行使罢工权有所规定,但并无有关罢工的定义。不过,分别于1991年、2002年及2007年由台湾“行政院”送请“立法院”审议的劳资争议处理法的三个修正草案,则可说是在台湾地区的法制中首度对罢工行为之意义加以界定,并称罢工系“劳工所

① *Black's Law Dictionary*, revised 4th ed. C., West, Publishing Co., St. Paul, Minn., 1968) p. 1591. *Black's Law Dictionary*, 2nd pocket ed., West Group, A Thomson Co. St. Paul, 2001, p. 670.

② *Labor Management Relations Act*, 1947, § 142 (2), (U. S. A.).

③ Tonia Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford University Press, 2005, pp. 6~7.

为暂时拒绝提供劳务之行为”^④。

中国早期的一位民法和劳动法权威学者,其有关劳动法的著作现仍广受引用,即曾于1950年代在台湾担任“司法院”大法官的史尚宽氏,对于罢工有如下之注释:罢工系指多数之受雇者,以劳动条件之维持、改善或其它经济之利益获得为目的,协同地为劳动之中止。其概念有下列五种:(1)罢工为单纯之业务休止,并非劳动契约之终止;(2)罢工为依多数受雇人组织所为之业务休止,一人罢工之观念为法所不许;(3)罢工为受雇人之业务休止,并依法定程序为之;(4)罢工应以经济性为目的(政治性罢工不为劳动法所允许);(5)罢工为经济的斗争手段,即雇用人与受雇人之利害相反,立于不能依和平办法为协议之状态^⑤。

上述史尚宽氏之定义,其所谈及之有关政治性罢工问题,本文稍后将进一步探讨。不过,史氏所强调的罢工并非劳动契约之终止一节,甚为重要。因为罢工通常乃是受雇劳工对与其有劳动契约关系的雇主的一种抗争手段,而非对于毫无任何契约关联的雇主的一种“无的放矢”。

依笔者的看法,罢工应是指受雇劳工对于与其有劳动契约关系的雇主,为了争取原有契约条件的维持,或取得较好的劳动条件(如增加工资、减少正常工时等)或其它有关的工作权益及保障(如有薪假期的增加、退休条件的提高)或要求雇主停止对其权利的侵害,而在循正常的协商管道无法达到目的后,经民主程序获多数人同意之后所采取的集体拒绝提供劳务的抗争行为。

二、罢工权的保障

(一)国际条约与罢工权之保障

罢工权为受雇者所能享有可与雇主相抗衡并且在劳资互动中使劳工可利用以维护其利益的一种重要权利。因此在国际上以及各国法律中都有不

^④ 台湾“劳资争议处理法”修正草案1991年版第37条;2002年版第47条;2007年版第4条。

^⑤ 史尚宽:《劳动法原论》,1934年上海初版,1978年台北重刊,第249~250页。

少保障其享有和行使的规定。第二次世界大战之后,由于人权思想的发达,联合国及不少国际组织不断地制定国际公约或发表宣言、政策以增进人权的保障,而劳动者的人权也是在应予加强保障之列。1948年12月10日联合国大会通过并发布《世界人权宣言》(*Universal Declaration of Human Rights*),宣言中的第23条第4款明白指出:“每个人有权成立及加入工会以保护其利益”。此一规定虽没有直接提及罢工权(right to strike),但工会成立和存在的功能之一就在于行使争议权,即劳工的罢工权,而宣言中特别提到“保护其利益”,应可引申为当劳工认为其在劳动关系的利益受到损害或有受损害之虞时,可透过工会采取必要的行动,也就是可以行使罢工权。联合国大会于1966年12月通过并于1976年3月23日生效的《国际民权及政治权利规约》(*International Covenant on Civil and Political Rights*),在其第22条第1款也有类似的规定,应也可视为联合国对工会组织权及其相关权利包括罢工权的重视和保障。欧洲理事会(Council of Europe)于1950年通过《保护人权及基本自由公约》(*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*),此一公约一般被称为《欧洲人权公约》(*European Convention on Human Rights*, ECHR)。《欧洲人权公约》也是国际上人权保障的一个非常重要的国际专约,在国际法上颇具权威性。其第11条第1款也明文规定每一个人均有权成立和参加工会以保护其个人权益(protection of his interests),进一步说明劳工组织权及其相关权利包括罢工权在国际法中受到重视的情形。联合国大会于1966年12月通过并于1976年1月3日正式生效的《国际经济、社会及文化权利规约》(*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*),为联合国通过的第一个正式明文确认受雇者享有罢工权的条约。这个规约的第8条第1款(d)项规定缔约国保证维护罢工权,但其行使应不违背各该缔约国所订之法律,同时也在同条第2款明定各缔约国可以法律限制军人、警察人员及公务员的罢工权。而国际法中第一个明确规定受雇者享有罢工权的,则为1961年10月18日欧洲理事会会员国所通过的《欧洲社会宪章》(*European Social Charter*)。此一宪章第6条规定为确保有效行使集体协商权(right to bargain collectively),劳工于劳资争议时,应享有罢工权。

1989年12月9日,欧洲联盟(当时称为欧洲共同体,European Community)的国家元首和政府首长共同签署了一项旨在促进欧洲共同体在社会发展层面之进步与统合的《欧洲共同体劳工基本社会权利宪章》(*The Community Charter of Fundamental Social Rights for Workers*)^⑥。此一宪章的第13条明白指出劳工在与雇主发生争议时应有采取集体行动的权利,而此一权利包括罢工权,足见欧盟确认罢工为受雇者或劳工所应享有的一项基本社会权。由欧洲联盟(European Union)的欧洲议会(European Parliament)、欧盟理事会(Council of the European Union)和欧洲委员会(European Commission)三个欧盟重要机关于2000年12月所共同郑重发布(solemnly proclaimed)的《欧洲联盟基本人权宪章》(*Charter of Fundamental Rights of the European Union*)虽不具备法律或国际条约的效力,但却颇具政策和基本价值的宣示性,也是应加重视的一项文件,并且亦可能被视为国际法中习惯法的一个主要渊源。此一宪章的第28条系以集体协商和集体行动之权利为标题,其内文也规定了劳工在与雇主利益冲突时(in case of conflicts of interests),有采取包括罢工行动在内的集体行动以维护其权益的权利,再度说明罢工权在欧盟组织内受到非常重视,也被视为一项理所当然的权利。

(二)国内法对罢工权的保障

凡是承认劳工有罢工权的国家其保障罢工权的方式有四:(1)在宪法中明订劳工享有罢工的自由或权利,但并未在相关法律中明定罢工权之内容及行使之规范;(2)除在宪法中明订劳工享有罢工权外,在相关法律特别是劳动法中规定罢工权应如何行使及受何种保障;(3)仅在劳动法中保障并规范劳工的罢工权;(4)宪法及成文法中并未明订罢工权的保障及其行使的规范,而系由法院的判决所形成的判例法(case law),来确定对罢工权的保障、说明罢工权的范畴和其行使所应遵循的规则。

1. 由宪法规定之保障

只透过宪法明定罢工权的保障而未在一般法律,特别是劳动法中规定

⑥ 英国并未签署,当时欧洲共同体只有12个会员国。

罢工权应如何行使及有何内容的立法例并不多,中华人民共和国在1970年代末期所制定的两部宪法,均有保障罢工自由权的规定;其1975年的宪法第28条即明定:“公民有言论、通信、出版、集会、结社、游行、示威、罢工的自由。”其1978年的宪法则在第45条也有类似规定:“公民有言论、通信、出版、集会、结社、游行、示威、罢工的自由,有运用大鸣大放、大辩论、大字报的权利。”不过,除此之外,并无任何相关法律或命令的规定,来加以补充说明罢工自由应如何行使,以及行使时要遵守何种规范。其实,那个时候的中国大陆正实行社会主义的计划经济,企业归于国家所有;同时,由于政治与社会制度的制约,此种宪法的规定,政治宣示的意义较大。所谓罢工行动,如果有的话,也只是工人对于执掌管理大权的干部的管理行为的一种抗议而已,与在个人财产所有制的企业体系下劳工透过罢工以获取加薪或改善劳动条件之目标,有所不同^⑦。

2. 由宪法及一般立法明文规定加以保障

罢工权由宪法明文保障,并且透过一般立法加以规范的例子很多,在欧洲国家特别普遍。例如,意大利宪法第40条保障了罢工权,而其1990年第146号法律(Act No. 146 of 1990)及2000年第83号法律(Act No. 83 of 2000)则对罢工权的行使有所规范;西班牙在宪法第28.2及53条保障人民的罢工权,另由1977年的劳工关系法(Labor Relations Decree-Law of 1977)规范劳工罢工权的行使;葡萄牙宪法第57条明确保障了劳工的罢工权,而其1992年30/92号法律(Law 30/92,由1977年的65/77法律修正而来)则系规范罢工权行使的主要法律;瑞典宪法第2:17条保障劳工团体采取集体行动包括罢工的权利,至于罢工权的行使及限制则规定于“工作之共同决定法(Co-determination of Work Act)”。此外,如德国、比利时、爱尔兰等国的宪法虽未直接明确提到罢工权,但均保障了劳工结社权,即团结权和组织工会的权利,各该国的法院及学者也都由此种权利的保障引申为也

^⑦ 常凯:《论中国的罢工权立法》,载《中国劳工通讯》2004年7月;史探径:《我国劳工争议情况况和罢工立法问题探讨》,载《法学研究》1999年第6期。

保障了罢工权;而在这些国家之内,均有法律明定罢工权应如何行使^⑧。日本也是属于此类立法例的国家,其宪法即明确保障劳工有组织及集体谈判和行动(含罢工)的权利,而另以工会法规范罢工权的行使和限制^⑨。

3. 由劳动法明文保障

宪法并未对罢工权的保障有所规定,但由劳动法明确勾勒罢工权的内涵及其所行使规范的国家 and 地区为数也相当不少。美国、英国和台湾即实行此种立法例。美国的宪法并无提及罢工权的条文,其有关罢工权的规范分别规定于 1932 年通过的诺里士—拉瓜地亚法(Norris-LaGuardia Act)、1935 年制定的《国家劳动关系法》(*National Labor Relations Act*, 此法又称为华格纳法 Wagner Act),以及 1947 年的《劳资关系法》(*Labor Management Relations Act*, 这个法习惯上被称为塔虎脱—哈特雷法(Taft-Hartley Act)^⑩。英国没有成文宪法,亦无具宪法位阶而有关罢工权的立法,其规范罢工权的法律为 1992 年制定的工会及劳工关系法(*Trade Union and Labor Relations Act*, 1992)。台湾亦系以劳动法来规范罢工行为,其工会法第 26 条是目前台湾有关罢工权行使规范的最主要之依据。

4. 以法院判例加以保障

至于罢工权既不由宪法明文规定,也缺少一般法律作规范,而由法院的判例法来形成主要罢工法制的国家,可以荷兰为例。在荷兰,其宪法及成文法并未对罢工权有所规定;其罢工法制之形成完全由所谓“法官造法”(judge-made law),亦即判例法(case law)所逐步建构起来。荷兰的最高法院于 1986 年判决欧洲理事会(荷兰为会员国之一)于 1961 年所签订之欧洲

⑧ Peter Fairbrother, David Hall, Steve Davies, Nikolaus Hammer, and Emanuele Lokina, *The Right to Strike in the Electricity Sector in EU Countries*, The University of Greenwich, 2002; Leslie Wolf-Phillips, (editor), *Constitutions of Modern States*, Frederick A. Publishers, N. Y. 1968; Juri Aaltonen, *International Secondary Industrial Action in the EU Member States*, Helsinki: Finnish Metalworker Union, 1999.

⑨ 日本宪法第 28 条及日本劳动组合法。

⑩ Archibald Cox, Derek Curtis Bok, Robert A. Gorman & Matthew W. Finkin, *Labor Law, Cases & Materials*, 3rd. ed., Foundation Press, N. Y. 2001, pp. 4~114.

宪章直接适用于荷兰,故该宪章所保障的劳工享有的集体协商权及集体行动权(包括罢工权),荷兰的劳工亦可享有^①。而荷兰有关罢工权的内涵及其行使的限制,几乎都是由其最高法院及一般法院针对个案所作判决,即司法判例,来作主要的规范依据^②。法律何以对罢工权要加保障呢?可归纳为下列五大理由:

(1)罢工权为劳动者、受雇者的基本人权之一。所谓基本人权(fundamental human rights)乃生而为人、为求生存及为维护作为一个人所应具备之起码尊严所不能不有的最根本的人权。劳动者、受雇者如不能享有罢工权,则其争取生活所需之劳动条件及报酬,便缺少了一个有效而已被普世所接纳的后盾和武器。是以,罢工权应被视为劳动者、受雇者所可享有的一项

① 参见欧盟之“欧洲增进生活及工作条件基金会”所设置之《欧洲就业及产业关系电子辞典》(European Foundation for the Improvement of Living & Working Conditions)网站 EMIRE: Right to Strike; Netherlands, <http://www.eurofound.eu.int/emire/netherlands/righttostrike-nl.html>. 访问日期:2008年1月20日;及 Fairbrother, Hall, Davis, etc. Peter Fairbrother, David Hall, Steve Davies, Nikolaus Hammer, and Emanuele Lokina, *The Right to Strike in the Electricity Sector in EU Countries*, The University of Greenwich, 2002; Leslie Wolf-Phillips, (editor), *Constitutions of Modern States*, Frederick A. Publishers, N. Y. 1968; Juri Aaltonen, *International Secondary Industrial Action in the EU Member States*, Helsinki: Finnish Metalworker Union, 1999, p. 74.

② 参见欧盟之“欧洲增进生活及工作条件基金会”所设置之《欧洲就业及产业关系电子辞典》(European Foundation for the Improvement of Living & Working Conditions)网站 EMIRE: Right to Strike; Netherlands, <http://www.eurofound.eu.int/emire/netherlands/righttostrike-nl.html>. 访问日期:2008年1月20日;及 Fairbrother, Hall, Davis, etc. Peter Fairbrother, David Hall, Steve Davies, Nikolaus Hammer, and Emanuele Lokina, *The Right to Strike in the Electricity Sector in EU Countries*, The University of Greenwich, 2002; Leslie Wolf-Phillips, (editor), *Constitutions of Modern States*, Frederick A. Publishers, N. Y. 1968; Juri Aaltonen, *International Secondary Industrial Action in the EU Member States*, Helsinki: Finnish Metalworker Union, 1999, p. 74.

基本人权^⑬。

(2)罢工权为确定劳资在互动之中受雇者与雇主可享有适当的对等与均衡地位所必须的权利。对于罢工权加以保障,就在于确保劳资互动之中能秉持公平之原则,使双方能在一比较对等,而受雇者可在对雇主有所制衡、有所制约的条件之下进行谈判,从而使雇主不至于对受雇者予取予求。

(3)罢工权是劳工团结权、协商权之落实所不可或缺的权利,也是团结权与协商权所延伸出来应有的权利。团结权、协商权与争议权(在劳工为罢工权)号称劳动三权,这三个权彼此互为表里、互为补充而环环相扣,缺一不可失去其意义。劳工享有团结权(或称组织权)及集体协商权,乃国际劳动法及各民主法治国家的法律所公认,且绝大多数以明确的法律条文甚或透过宪法加以保障。团结权及协商权如无罢工权作为其最后可使用的手段,则团结权及协商权势必将无法发挥其应有之功能。故保障罢工权,乃团结权及协商权之受保障的必然结果。(4)法律保障罢工权,使其行使得有公权力为之背书,为其后盾,而不至于受到不必要之阻挠。

(5)保障也是一种规范。由法律对罢工权加以保障,使罢工权的行使必须遵循一定的游戏规则,而不至于毫无章法,丧失其应有之作用,且可藉以减少其可能发生的负面影响。法律保障罢工权最大的意义,在于公权力对于罢工权的行使,在积极上给予其行使时所必要的保护。例如,受雇者在进行有关是否发动罢工的集会,及决定是否罢工的投票时,如遇非法干扰,可以要求公权力机关予以排除;而在消极上则可使罢工劳工在进行合法的罢工时,享有民、刑事的免责权。也就是一方面在刑事法制上不将罢工视为犯罪行为,而使其除罪化。这也是从20世纪二三十年代开始各法治发达之国家对罢工所采取的法律观念与做法。在这之前,西方工业国家均将罢工当作一种违反公共秩序、破坏公共安全及经济活动的犯罪行为。另一方面,

^⑬ 参见美国之判例如 *Kimbel v. Lumber and Saw Mill Workers Union*, 189 Wash. 416, 65 p. (2d) 1066 (1937); *Stapleton v. Mitchell*, 60 F. Supp. 51 (1945); *Betty W., Justice, Unions, Workers, and the Law*, The Bureau of National Affairs, Inc., Washington, D. C., 1983, pp. 152~153; 赵守博:《劳工政策与劳工问题》,载《中国生产力中心》1992年6月第一次印刷、1994年7月第四次印刷,第279页。