

《歐美研究》第四十四卷第四期（民國一〇三年十二月），467-535
© 中央研究院歐美研究所
<http://euramerica.org>

德國罷工法秩序：1950 至 1980 年的 法官造法及其形成背景分析

林佳和

國立政治大學法學院
11605 臺北市文山區指南路 2 段 64 號
E-mail: bubupapa@nccu.edu.tw

摘要

在沒有任何制定法存在的情形下，德國罷工法秩序完全來自法官法，但並非由法院任意依自己的法政策想像形塑，毋寧是相關的社會行動者，包括工會運動與對抗的資本力量，在社會變遷之過程中，扮演一定的共同形成力量，由法院逐步發展與建立。從戰後 1955、1971、1980 的三則聯邦勞動法院判決，可看到今日作為德國罷工法秩序的主要內容，也當然可以觀察到不同社會行動者留下的軌跡。在當代經濟全球化發展下，面對不同的衝擊，新的罷工法秩序是否將誕生？基於過往經驗，社會行動者之影響與交互作用，顯然扮演重要的角色。

關鍵詞：德國勞動法、罷工、勞動法院、工會運動

投稿日期：102.3.15；接受刊登日期：103.8.8；最後修訂日期：103.8.15
責任校對：陳雪美、陳芳儀

告訴我一個沒有罷工的國度，
我就告訴你一個沒有自由的地方……。
Samuel Gompers (1850-1924)

壹、前言：法、社會權力與社會變遷

參與這場「歐美終審法院判決與社會變遷」之研討會，在論文的一開始，而且是在進入勞動法領域與論述脈絡之前，作者想談一下「法、社會權力與社會變遷」的這組概念與問題意識。雖然研討會的主題是關於內國終審法院與社會變遷，然而如果沒有社會權力關係的視野與觀察，單純的、甚至文本式的考察法院判決，即便其具有何等的法律上拘束力，都可能重心錯置、見樹不見林。

說來似乎陳腔濫調，法律與社會現實的複雜關係，不論是抽象理論面的探討，或是法規適用面的具體涵攝，也不管是從所謂「法與社會」之法律社會學理論的「雲端上」觀點 (Luhmann, 1995)，或是最個案適用層次的「法事實研究」，¹ 從來都不是法律學者所漠不關心的問題，研究文獻之汗牛充棟，早已不在話下。² 然而，從「法與社會」之觀察視野出發，吾人仍能看到一些基本問題與現象：簡言之，法律規範體系，當然是因應社會生活需求之用，它必須建立在對於社會事實的一定評價與定性基礎上，然後方得利用它的技術性結構與設計（法源層級、法釋義學工具、適用及行動者角

¹ 假如拋開最早從事法事實研究的犯罪學不論，可參閱法社會學者 Klaus F. Röhl 的經典作 (Röhl, 1974)；勞動法方面的法事實研究，最早的自屬被譽為德國勞動法開山祖師之一的 Philipp Lotmar 的作品 (Lotmar, 2001)。

² 例如如何將法事實融入法釋義學體系中的問題，亦屬於法學方法論方面的標準討論範圍之一 (vgl. nur Bydlinski, 1983)，特別在勞動法方面，參見 Fabricius, Naendrup, & Schwerdtner (1980)。在憲法的討論中亦不乏對於「法與現實」的專著，參見 Hassemer, Hoffmann-Riem, & Limbach (1982)。

色及功能分派等)，去規制社會生活，或說，去提供社會成員穩定的行為規則體系與環境條件。然而無可諱言的，「對於社會事實的一定評價與定性」，既是法律的出發點，整個規範體系的基礎，卻也是它的阿基里斯腱，因為，法律必然是接受一套「某種社會力量」所賦予的評價結果，它的整體建築才有立基灌漿營造的可能，法律本身的「內造」功夫，不管它的來源是叫做「正義、³ 自然法」或其他種種，即便難以否認，至少都可能只是邊緣或具有強烈的時代局限性 (Zeitgebundenheit)。⁴ 「法律的通說見解就是強者的意志」(Herrschende Meinung ist Meinung der Herrschenden)，雖然或許只是左派對法律的片面看法，但無可否認的，從實證考察的觀點上來看，法律結構的基於特定前提，基於法律本身所無法挑戰懷疑與動搖的基礎假設，卻是相當清晰明白的，這也就是 Christoph Degenhart 所稱之「法之體系忠誠性」(Degenhart, 1976)：法律來自體系，建立、運作於體系之內，必須符合體系的邏輯與理性。所以一項法律無法逃避的基本問題是：假如作為基礎的社會事實評價、規範性描述與方向設定，被社會體系、不同的社會力量所質疑、挑戰，或甚至企圖推翻時，法律如何面對？假如面對社會對峙的行動者，法律的宣稱中立，不是謊言，就是僅為框架下的結構上必然的工具型面貌時，法律如何反思 (Reflexion) 社會的變化，如何解讀自己被命定無法改變的基礎條件？在法釋義學的工作領域中，此一問題尤其明顯：假如法律、法學本身無法處理作為背後基礎的社會現實，應

³ 例如 John Rawls 的正義論，就經常遭批評其犯下合理化現實狀態的毛病，是否是其理論上的詮釋必然，頗值討論，關於對其批評，可參閱社會學方面的著作 (Strasser, 2001)。Rawls 對自己的辯護，可參考其較新之論著 (Rawls, 2003)。

⁴ 法的這種時代局限性，可參考 Berman (1991)，其中對於西方法律文化及傳統演進的描述，特別是頁 819 以下的所謂“Über Marx und Weber hinaus”。

該這麼說：無法藉著法釋義學的工具判讀社會現實的變遷或演化，那麼法釋義學的工作如何能持續下去？既然不能中斷，那麼法律是否只有在接受一個特定「外部」，也就是法律以外的社會、經濟、政治、文化等領域之「答案輸入」的情況之下，才有回溯法律系統內繼續忠於本分的可能？⁵ 果真如此，法學或許真的忝為其作為「學術」之名？

在如此之法律／法學的基本問題下，所造成的現象就非常明顯了：法律存在著一種似乎宿命般的弔詭，它來自於社會現實，欲針對社會現實，卻又極易脫離社會現實，因為建立在特定時點上之特定基礎的法律（如國會通過的實定法），是一被強迫必須定點化、相對靜態化的事務，面對永遠在動態發展中的社會現實，法律就難以避免地展開追逐與拉扯的功夫，即便意圖透過法釋義學體系的操作，特別是所謂面對事實變遷的解釋工作，仍將不斷地面臨涵攝的困難，雖然不停的追求釋義學的與時俱進，卻又陷入從未停止的規範與現實的落差之中，最後或許只能企圖在法律規範體系之外，以自己框架內碩果僅存的「法政策」（Rechtspolitik）工具，尋求不與社會脫節、繼續能與社會對話的空間。⁶ 也因此，在某些法律體系與社會現實之互動特別頻繁，或說，彼此拘束之強度特別高的領域，例如本文所討論之範圍——勞動法，法律本身所造成與社會之異化疏離（Entfremdung）將愈發嚴重。事實上，法律人無從逃避的

⁵ Niklas Luhmann 雖然強調「法律系統內部之運作邏輯」，例如他知名的一段話：「法律系統僅會接收外來環境的知識，而非其規範，而即使如此之援引外來環境之知識，其實亦屬純粹的內部操作，而非資訊『移轉』的過程……是以，所謂認知上的開放，無非意味著系統製造以外來指涉之思考而生之相應資訊，而且是清楚的與該外來環境相區隔」，然而細細品味，Luhmann 仍未否定法律之來自一定社會基礎解讀與定性之宿命（dazu Luhmann, 1995）。

⁶ 一個蠻好的銜接嘗試，可參閱 Gusy (1983)。

要面對法律之社會適用問題，要不斷地告訴自己：具備什麼樣的條件，所謂的「社會規範」才會變成「法律規範」，而如何又反之亦然。Jürgen Habermas 的名言：「現代的法已經脫離理性的理性法 (rationales Vernunftsrecht) 的世界，從 Marx 到 Luhmann，社會都不再是由法，而是法由社會來理解」(1989: 143)。是以，我們幾乎可以肯定的說，由法來單向理解與判讀社會現象與發展，即便重要，但卻不是最重要、甚至是有產生極大誤解風險之行止，如何透過法與社會之相互辯證考察，相互反思，在一定的法律問題上，緊抓「法與社會權力關係變動」之主軸，⁷ 就像 Habermas 所言的，不僅從法來看社會，而是以社會觀之法，甚至聚焦於「社會權力關係變動對於法內涵之影響」，這才是探索「終審法院判決與社會變遷」問題之關鍵所在。法院，不論是對於法律的解釋，續造，抑或根本的替代立法者之實質立法行動，都必須同樣放置於此問題關聯中加以辯證式的考察與觀看，方得窺其全貌。

貳、勞動法的特殊性——法之形成與社會力的對抗關係？

進入勞動法領域，前述之「法、社會權力與社會變遷」脈絡將尤其明顯，關鍵便在於所謂勞動法之特殊性。Wolfgang Däubler 就清楚地指出，當代勞動法學的最重要缺陷，就是忽視勞動之社會關

⁷ 所謂的社會權力關係，在政治社會學的討論中，一是所謂「結構性的權力關係」(Machtverhältnisse)，是一種社會結構形成建構之後所客觀存在於該領域內，亦即為社會行動者之社會行動的基本框架；另一則是所謂的「結構與行動辯證影響的權力關係」(Kräfteverhältnisse)，是指在前述的結構權力關係下，基於行動者之行動的辯證式影響結構，所交互形成的另一層社會權力關係，兩者在細緻的分析上必須加以區別。類似之分析進路請參閱 Rolshausen (1997)。

聯，不論立法、司法或學術，都未正視「勞動法本身便是社會發展之呈現」的本質，換句話說，重點不在於呼籲所謂中立的法律／法學上的公共性或開放性，要求其隨著環境與條件的不同而運用工具，而是這些工具的運用，本質上便是社會力量的呈現，亦即：是社會力對抗的關係與狀態，相當程度的決定與制約了法律／法學上的結果，而非相反 (Däubler, 1974: 10-11)。這當然不是表示，法律適用者或法學者在法釋義學的工作上，是毫無例外的受著社會權力關係對抗的思考左右，是一種「意識形態驅使」(ideologieverdächtig) 的行為，而是要充分表達兩個結構性的要素：

- 法律之形成與社會力對抗關係的緊密與因果關聯；
- 法學工作背後所隱藏之對於社會力對抗關係的意義與影響，以及，更被忽略的，後者對於前者的制約與引導；

在傳統的勞動法學思維中，忽視這些本質的現象自然屢見不鮮，例如主流的勞動法學中，甚至不處理所謂「法律的不遵守」、「法律與現實之矛盾與嚴重落差」等的問題。法學中即便面對這些難以逃避的「勞動現實」，也經常以極有問題的方式加以處理，最常見的如過分的簡化、庸俗化與勞動有關的歷史關聯，相當的忽略了社會史或實證經驗研究的角度 (Däubler, 1978: 197-198; Hannover, Kutscha, & Skrobanek-Leutner, 1987: 320-321)。如以我國之部分工時為例，誤以為部分工時勞動關係之形成完全自由、務虛地強調部分工時勞工享有與完全工時者相同之保護，就是明顯的忽略在臺灣，部分工時淪為雇主單方決定勞動關係形式的選擇結果，未受勞動保護極為普遍，成為所謂雇主單方操控下的非典型勞動之社會現實，形成事實上不受法律保障之法外之地、誤將雇主單方幸

制視同勞資自由形成 (林佳和, 2013), 即為著例;⁸ 在集體勞動關係上, 植基於前法西斯時代的我國工會法, 在政治與社會控制的思維下, 充斥著諸多對於勞動者同盟自由權的箝制, 本身便帶有一定「社會力對抗關係」的傾斜偏好, 造成工會力量在長久的發展中極其羸弱, 雖不是沒有反省出現, 但仍有許多的勞動法學論述未投注太多的關注, 同樣呈現如此之弊病。⁹

進一步言, 在「勞動與資本之社會權力關係」的動態發展主軸上, 勞動法的本質就昭然若揭: 在勞動力的買方及賣方的關係天平上, 勞動法必須一方面防止雙方的交換條件過於對結構上弱勢的勞工不利, 另一方面卻也必須兼顧一項功能, 就是繼續維持現有的政治、經濟關係的完整與運行。前者就是一般所謂的勞動法之「(社會)保護功能」(Sozialschutzfunktion des Arbeitsrechts), 後者則是一般理論上較忽略的所謂勞動法之「秩序或穩定功能」(Ordnungs- oder Befriedigungsfunktion) (Däubler, 1998: 85-88);¹⁰ 在本文所欲觀察之爭議行為, 特別是勞動者之罷工權行使上, 將尤其明顯: 透過罷工手段, 一方面勞工欲爭取勞動與經濟條件之提昇, 亦即加強勞動保護, 另一方面對罷工之一定程度的限制, 亦無疑來自於社會政治經濟等角度之思維與壓力。易言之, 在勞動法的形成及發展的動靜態過程上, 我們可以看出一個「社會權力對抗關係」的核心主軸, 也就是隨著資本與勞動 (可能是勞動力的組織性力量——工會, 亦可能只是普遍的勞動人口之政治力——如透過普遍民主機制) 的力

⁸ 批判性的觀察請見林佳和 (2013)。

⁹ 詳細之討論可參見林佳和 (2009)。

¹⁰ 類似討論亦見 Nutzinger (1998), 特別是其中 Hans Joachim Bieber, Eckehard J. Häberle, Jürgen Nautz, Joachim Rückert 等人的有關工會、團體協約、勞工個別權利保障之勞動法發展史的論述。在有關工會問題上之類似脈絡的討論, 參閱 Zoll (1976)。

量對峙，某些攸關勞動生活的權利義務或衝突對立事項，被「法律化」(Verrechtlichung)，¹¹ 被隨著不同之政經社條件與環境，透過互異的法律形式選擇——如形式化、實質化與程序化，作不同時代下的不同處理 (Brüggemeier, 1982: 60-62; Teubner, 1982: 13-16)。在一個工會作為勞動者利益之代表機制相對發達，也就是組織性的勞動者力量作重要之社會勢力的國家社會，例如德國，「勞工運動與法／勞動法」的緊密關聯，呈現的正是如此的一個現象，我們甚至可以這麼說：在這樣的場域空間中，工會運動將作為一推動、阻撓、扭轉法律的力量所在，德國法學者 Reinhard Hoffmann 所謂的「由工會對抗所促成的法進步」(Rechtsfortschritte durch gewerkschaftliche Gegenmacht) (Hoffmann, 1972)，談的正是這項問題。某個程度來說，這項提醒對於本文所處理之爭議行為問題關聯非常重要。

讓我們再次整理這一項提問：勞動法作為各該當時點勞資力量對峙的停戰線 (Waffenstillstandslinie)，它與社會權力關係的緊密關聯，不只是現象上的呈現，而是本質上的問題。進一步說，勞動法領域的體系忠誠性雖然清楚而明顯 (Kunz, 1991: 369-370; Reuter, 1985: 51-55)，雖然在此範圍界限之內，勞動法可以憑藉著它的釋

¹¹ 依 Spiros Simitis 的說法，所謂的法律化，是指國家對於經濟社會發展過程中之國家角色的一種嶄新理解，以勞動關係為例，就是捨棄某個程度的當事人自決，取而代之的確立有拘束性的指標或規範，以重新定義勞動關係當事人的個人決定空間、界限與方向。換言之，只要契約的社會導引功能無法實現，國家便進行干預，亦即在一「經濟社會長期發展方向的明確目標與想像中」，國家進一步去形成勞動法上的個別規範，也就是「一整體取向下的國家勞動政策」，這便是法律化之所以產生的原因。法律化的主要形式包括：實定法 (或稱制定法 Gesetzesrecht、Vergesetzlichung)，司法判決 (或稱法官法 Richterrecht、Verrichterlichung)，勞資雙方集體契約等，藉由這些不同的「法律形式」，透過「法律上框架條件與界限的明訂」，國家實現其特定之經濟與社會政策上的「秩序觀」，此便為法律化 (dazu Simitis, 1985)。

義學工具，處理相當程度內不同主客體條件的不同問題，以維繫社會對於法律安定性的需求與期待，但它與社會權力關係的互動與相互制約影響，卻是不曾中斷的。回到本文所要處理的主題：德國罷工法秩序，焦點正是如此。

參、聚焦：德國勞工運動發展中的法律化 —— 同盟與罷工

首先，觀察西方先進國家的勞工運動史，假如以「勞動及工會運動的法律化」當作主軸的話，我們可以清楚地看出：在不同的時代中，基於不同的統治目的，根據不同的政治、社會及經濟的需求，對於勞動者的同盟 (Koalition)，都必須有不同的法律規範形式。在進一步探討德國罷工法秩序之問題前，站在一歷史之理解脈絡與視界，在此想簡略回顧德國勞工運動發展史、特別是與法律化之關係，藉以從中觀察「勞動者同盟與罷工」在整體社會權力關係變動之歷史關聯中有何地位，方能順利鋪陳接下來所要探討的戰後司法判決。

一、德國勞工運動法律化史的進程

十九世紀初期，亦即勞動者的團結組織開始出現的同時，法律上的規範相當清楚：禁止同盟 (Koalitionsverbot)，同盟組織皆為非法，主要的法律依據即是有名的 1794 年普魯士一般邦法第二編第八章第 396 條的規定：「行會受僱員不得組織社團或享有優惠地位之結社」，雖然這個條文主要是針對中古世紀的手工業，但隨著工業社會時期的到來，它的適用對象毫無困難的擴張到剛開始數量激增的工廠工人。1845 年，德國法制史上劃時代的、正式宣告進入工

業與資本主義時代的普魯士一般營業法公布，其中第 181 條以下便清楚的針對工廠工人，不但重申禁止團結組織，同時規定罷工為得處一年以下自由刑之刑事犯罪。1848 年 3 月的資產階級革命，給德國工人帶來第一線的曙光，與進步的資產階級肩並肩的，工人第一次投身爭取民主與基本人權的政治運動 (Deppe, Fülberth, & Harrer, 1978: 19-22)。革命的浪潮中，廢除對於勞工同盟的所有限制，是一基本的共識，也納入為了制憲而召集之法蘭克福國民議會所通過之「德國人民基本人權」，法律上「準備」正式承認勞工的結社自由權。隨著 1848 年資產階級革命的失敗，霍亨索倫 (Hohenzollern) 家族再度重掌普魯士統治大權，「專制君主」時代繼續確立，勞工運動亦遭逢前所未有的挫敗，與資產階級的其他結社一樣，所有地區性或聯合性的工人組織，皆一概遭官方禁止與解散，原本在革命期間形同虛設的禁止同盟法律，重新被檢討修正，同盟禁止的法律桎梏比之前更形穩固 (Däubler, 1998: 118-119)。

隨著日爾曼世界工業化的急速發展，雖然在德國各地繼續存在著法律上的禁止同盟規定，但在十九世紀的七十年代，勞工運動有逐漸復甦的趨勢，紛紛組成地區性及全國性的工人團體，最有名的，自然是 1863 年由律師拉薩爾 (Ferdinand Lassalle) 在萊比錫所發起組織的德國工人總會 (Allgemeiner Deutscher Arbeiterverein; ADAV)，兩年後，1865 年，拉薩爾陣營再接再厲，繼續成立德國菸草工人協會，興起一波波蔓延全德國各地的工會組織運動。¹² 有趣的是，雖然包括普魯士、巴伐利亞、巴登等在內的德國各邦邦法，仍繼續規定禁止工人的同盟組織，然而各地的行政官署卻多容忍，至多僅有發動警察權對少許工人

¹² 這個組織結合拉薩爾陣營掌控下的工會人士及工人 (所謂拉薩爾派 Lassallianer)，其綱領主張社會主義的民族國家路線，強調以和平的方式，在不推翻國家 (民族國家) 的前提下，尋求社會平等的實現；請參見 Abendroth (1965)。

組織活動的干預，少有採取禁止或解散工人組織之舉。學者多以為，理由應在於：統治者多已直接或間接的意識到，勞工運動的實力已漸趨強大，社會的對立已儼然成形，恐怕再難以單純的法律禁止或壓制來因應，相反地，容讓工人以一定的組織運動形式尋求自我利益的滿足，有時反而某種程度的紓解了統治者協調不同社會利益的壓力與負荷，也相對的箝制了資產階級與大地主的力量，對於統治的貴族而言，容許某種形式的勞工運動反而是有利的 (Tenfelde, 1987: 93-95)。¹³ 在如此的政治背景下，統治的德皇決定推行大和解，除了賦予人民普遍的選舉權之外，北德意志邦聯 (Norddeutscher Bund) 在 1869 年率先通過後來作為統一後德國之帝國營業法 (GewO von 1870) 基礎的營業法典，其中第 152 條第 1 項首先明文刪除其他禁止勞工同盟的條文：「對於所有為達成更有利之工資與勞動條件之約定及結社，就其特別採行之罷工或解僱工人之手段所定之禁止與刑事處罰，均廢止之」，從此之後，德國的勞工同盟法制步入了一個新的時代，組織不但合法，連對抗雇主的手段亦獲得法律的容許，在第二次普法戰爭結束、普魯士統一德國後的短短三年間 (1871-1873)，德國境內產生了六百次以上的罷工，而代表工人利益的社會民主政黨，也節節在帝國議會的選舉中獲得勝利。很快的，勞工運動的聲勢漸漸讓統治的貴族及資產階級感到威脅，開始有了反制的思考及行動。1877 年，在工業巨頭史東姆 (Carl Ferdinand Freiherr von Stumm-Halberg) 所領導下的大企業主們，以雇主對抗社會民主委員會的名義，發表惡名昭彰的所謂薩爾蘭地區工業社會主義黨人法 (Sozialistengesetz der Saarindustrie) 的呼

¹³ 有趣的是，連普魯士首相俾斯麥都要費心思索廢止同盟禁止的「政治利益」了；請參見 Schreiben Bismarcks vom 26.1.1865 an das Handelsministerium zur Aufhebung der Koalitionsverbote；參見 Blanke, Erd, Mückenberger, & Stascheit (1975)。

籲，正式建請應禁止工人在工廠內進行任何社會民主的活動及宣傳 (Däubler, 1998: 120-121)。¹⁴ 一年之後，也就是 1878 年，震撼工會陣營的所謂社會主義黨人法 (Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie; Sozialistengesetz)，在俾斯麥的強力主導下公布施行，¹⁵ 該法明文禁止社會民主政黨的任何活動，實務上，雖然帝國營業法第 152 條的勞工同盟自由沒有廢除，但在短短的數週內，全德國境內共有 17 個全國性的聯合工會，63 個地區性的工會組織，均因遭指控從事社會民主的活動而被勒令解散，無數的工會活動被警察干預禁止，無數的工人被以刑事犯罪訴追，當然，最主要的取締對象自然是罷工，因為根據帝國內政部長 Herr von Puttkamer 的名言：「每一個罷工的背後，都是革命的幽靈猛獸」(Däubler, 1998: 121)。法律雖然嚴峻，但勞工運動及工會運動的浪潮並未被阻擋下來：有社會民主背景的候選人當選而進入帝國議會者益多，工會發動的罷工越來越浩大，尤其是十九世紀八十年代的罷工潮（例如最有名之 1889 年魯爾工業區十五萬工人大罷工），工會的會員人數也與日俱增，到了 1890 年左右，當時的德國政治與社會各界都非正式的認為：社會主義黨人法實際上已壽終正寢，因為它老態龍鍾，無人畏懼，不再能起任何的作用 (Klönne, 1989: 65, 78)。

1890 年至第一次世界大戰爆發的 1914 年之間，德國的工會運動蓬勃發展，已有超過兩百萬工人加入工會，大型的產業工會 (Industriegewerkschaften) 紛紛成立，許多企業——特別是印刷及建築業的中小企業，雇主都被迫承認工會為其受僱者的法定代表人，進而催生團體契約的簽訂——到了 1913 年，全德國已有約 13,500

¹⁴ 相關歷史發展進程的討論亦見 Schneider (1989)。

¹⁵ 關於俾斯麥對於通過社會主義黨人法的主導角色，以及行政官署的實際操作，可參見 Blanke et al. (1975)。

件團體協約，適用超過 21 萬家的企業與逾兩百萬的勞動者。在這一段所謂團體勞動法的誕生期間，法學及司法上的見解與學說，的確面臨重大的考驗與挑戰，有時猶疑於否定團體協約的效力，認為個別僱傭契約的約定應優先於集體協約，植基於個人主義及契約當事人關係對等的民法，其一般規定及原則應繼續加以尊重及適用，但有時卻又囿於現實，不但承認團體協約的強行效力、法規效力，同時認為亦適用於非工會會員的勞工 (Däubler, 2006: 343-344; Gamillscheg, 1997: 102-103)。然而，必須加以注意的是，在大企業、特別是重工業方面，尤其是萊茵、魯爾及薩爾蘭地區的企業主們，一直抗拒著與工會的協商或談判，不願承認工會為合法的勞工利益代表組織，嚴斥罷工為流氓行為，自然也不會屈服而有簽訂團體協約之舉。在工業大資本家的推動之下，約莫 1890 年前後，帝國政府開始思索是否在法律上重新限制工人的同盟自由，或者至少剝奪某些勞工運動的權利：1899 年，德皇威廉二世正式宣布所謂的監獄行刑法草案 (Zuchthausvorlage)，其中亦規定，煽動有繼續工作意願之工人停止工作者，應判處入監服刑。在工會及社會民主黨的強力反彈下，首都柏林出現未曾間斷的示威遊行，終於逼使帝國議會作出決議，退回德皇的該草案 (Blanke et al., 1975: 94-95)。當然，在法制上我們必須澄清的是，雖然帝國營業法第 152 條第 1 項廢除對於同盟本身的刑事處罰，但是仍在其他的條文中，繼續規定對於工會行動權的法律限制，例如第 153 條便規定以脅迫或有害名譽之方式逼使他人參與罷工之行為，應為刑事犯罪，也因此構成司法實務界大量地運用此條文，間接的限制工會行動自由，使得勞工同盟的實質意義及功能大打折扣；著名的十九世紀社會改革者 Lujo Brentano 有一句形容此種現象的傳神之語：「工人有同盟團結權，

毫無疑問。但只要他們行使，就構成刑事犯罪」(Däubler, 1998: 123, 125)。

走進 1919 年之威瑪共和時代，基於一次大戰時共赴國難的「勞動共同體」(Arbeitsgemeinschaft) 思考，¹⁶ 戰後的集體勞資關係有了很大的轉變：社團法與刑法關於罷工之秩序罰與刑罰規定相繼廢除，即便連保守陣營都開始承認罷工可能可以是受憲法保障之行動自由權之一 (Kittner, 2005: 429)，此自然與勞資雙方之妥協有密切關聯，例如工會陣營在 1917/1918 的所謂社會政策新形成綱領中即提到：「應廢除所有限制工人為改善或維護現存勞動與經濟條件而為團結、停止工作、封鎖工廠、杯葛等行為之法律規定」，數月後的德國雇主團體即善意的回應道：「雇主承認勞工所主張之結社自由，且不應剝奪工人為貫徹其主張而使用罷工武器之權利」，最後雙方簽署所謂 1918 年 11 月 15 日之中央勞動共同體協定 (Vereinbarung über die Zentralarbeitsgemeinschaft)，其中包括三項主

¹⁶ 基於第一次世界大戰勞資雙方停火，共赴國難打仗的妥協，也就是實現於戰後的所謂「勞動共同體」的理念，德國之勞動與資本雙方，逐漸形成一種對體制的妥協及讓步，具體的呈現就是：國家及資方普遍承認工會的合法性，肯定工會以罷工爭取權益的正當性，法律上認可工會作為法律上之主體，所簽訂之團體協約具有法律之直接、強制、同時得作一般化宣告的效力，工會亦某個程度的放棄推翻資本主義體制的革命性運動本質。最顯著的例子就是德國於 1918 年 12 月 23 日，也就是大戰後幾個月即急著通過的所謂「團體協約命令」(Tarifvertragsverordnung)，這是全面承認團體協約法律效力的一份劃時代歷史文件，我國 1930 年制定的團體協約法之內容及結構，即是模仿此團體協約命令而來。另一例子是第一次世界大戰後爆發於德國各地的所謂「委員會運動」(Rätebewegung)，所作的就是企圖推翻整個資本主義統治結構的努力，這個運動失敗後，國家亦作了某些的妥協，如德國 1920 年的工廠會議法 (Betriebsrätegesetz)，承認工廠會議的某些共同決定權，以作為整個安撫體制穩定性的代價，這些均與此處之勞動共同體有著密切關聯。以上相關討論請見 Korsch (1973); Schneider (1989)。

要內容：首先，承認工會作為勞動者之適格代表；再者，不得限制勞工之同盟自由；最後雇主與雇主團體不再支持主張經濟和平之所謂工業社團 (Wahsner, 1979: 170-171)。

然而，威瑪憲法第 159 條終究指向了不同的內涵：該條雖保障任何人與所有職業均得享有憲法保障之同盟自由權，但並未包括同盟為達其目的所得使用之手段，也因此威瑪憲法的闡釋中，同盟自由權的保障顯然不包括爭議行為之自由，是以自得依法律加以限制與規範 (Nikisch, 1959: 25, 103)。雖然不再有社團法與刑法之處罰箝制，但依威瑪時代的理論與實務通說，罷工要合法，法律上的唯一可能是「勞工必須先終止勞動契約」，相對的，雇主之鎖場，其宣告本身便等於終止勞動契約，如此方能解決罷工顯係債務不履行之私法爭議 (Kittner, 2005: 432)，¹⁷ 因為非常清楚的：不論是根據民法第 826 條或善良風俗的明文，一個勞動契約關係仍然存續下的爭議行為，都不可能得到合法的評價，¹⁸ 值得注意的是：勞工界亦同意此說法；¹⁹ 顯然，這是一個「以個別法觀點主宰罷工法律效力」的時代。換言之，如同威瑪之前的時代，不論本於普遍之法律或一般的契約拘束，即便是工會所發動與帶領之罷工，都不能免於其限制，不論是來自於民事侵權行為、刑事可罰行為或債務不履行 (Nikisch, 1959: 103)。這裡的軌跡必須特別注意：即使在政治上，同盟之罷工被容忍，不再淪為政治壓制的對象，在行政法與刑法之公法領域上，罷工本身不再被課予秩序罰與刑罰，然而，「罷工之

¹⁷ 原判決字號為 RAG 26.6.1926, Bens. 6, 342。相關討論亦請見 Däubler (1970); Seiter (1975)。

¹⁸ 例如帝國法院判決：RG 30.03.1926 RGZ 113, 197 (201)，參見 von Staudinger (1999)。

¹⁹ 例如當時工會刊物上的一句名言：「憲法中找不到罷工權」(Das Streikrecht ist in der Verfassung nicht gegeben)，參見 Kittner (2005: 432)。

作為勞動契約中的債務不履行之違法行為」，卻仍主宰著集體勞動生活，而與此邏輯上緊密相連的：就法律上而言，與罷工者本人之勞動契約無關的罷工，例如同情性或政治性罷工，直接層次上便無合法與否之問題，因為作為罷工前提之契約終止行為的必要，完全與一般罷工無異 (Gumnior, 2007: 43-44)，兩者之重點皆在於「罷工結束後之勞工再僱用請求權或雇主再僱用義務」，是以從某個角度而言，如果雇主不願於勞工為同情性或政治性罷工後同意為再僱用，則勞工法律上將無任何置喙餘地。

當然，以上所述並不代表威瑪時代的罷工，除了民事債務不履行以外，完全沒有其他任何的限制；相反地，威瑪時代承繼許多一次大戰前之司法實務，依舊大量的以違反善良風俗 (Sittenwidrigkeit)，來作實質的罷工控制，例如以下之情形將使罷工違背善良風俗 (Kittner, 2005: 433-434)：

- 罷工所欲達成之利益，與雇主將遭受之損害顯不相當；
- 罷工使用法秩序所不允許之爭議手段；
- 追求之目的並非合法有權之目的；
- 工會未經協商即以罷工展現權力意志；
- 其他類似理由。

由此可看到威瑪時代罷工法秩序的兩項特徵：一方面著重「法律形式行為」，非「罷工積極之合法性要件內涵」，另一方面，司法實務自我發展出無界限的「善良風俗控制」，²⁰ 兩者均一定程度影響勞工運動之策略與行動，極為清楚。

²⁰ RG 30.03.1926 RGZ 113, 197(201).

二、德國勞工運動法律化史的解讀

觀察德國自現代勞工運動興起以來，大致上從十九世紀中葉以降的五十年間，法律上如何處理勞工同盟團結組織的過程，在法律與現實的對比關係中，我們可以篩檢出如下的理解：1850年代法律禁止→1848年資產階級革命與法蘭克福憲草的努力失敗→政治開放妥協與容忍→勞工運動壯大→1869年帝國營業法廢除禁止同盟的法律條文（=法律上承認同盟的合法性）→大企業主反彈→1878年社會主義黨人法公布+法律上雖未否定同盟的合法性+但透過禁止社會民主的運動=達到實質上禁止勞工運動的效果→勞工運動繼續蓬勃發展→十九世紀末、二十世紀初：工會漸漸獲得許多企業主的承認+團體協約的實務發展→大企業主反彈→帝國政府思索是否在法律上重新禁止或限制同盟行動權→經勞工運動的反對而平息→政治與法律上之終於容忍→罷工之合法性內涵仍未有完整處理+充斥著司法機關無界限的善良風俗控制機制。

從這樣的歷程中，吾人可以清晰地看到，在勞工運動的法律化過程中，兩者事實上是呈現一互相制約、互相牽動的辯證關聯，政治決定的法律化結果與呈現，會形成勞工運動的規範性框架，會引發某種程度之左右、制約、影響運動發展的結果，但伴隨著某些條件的成熟或改變，工人或工會運動也會反過來催發制度條件的變遷，或甚至促成「法律與規範現實」的嚴重落差，乃至法的無效性（Erfolglosigkeit des Rechts），而勞動與資本之社會權力關係的狀態，相當程度牽動了具體法律秩序的內容建構，同時也會影響與催生法院特定傾向的確信，亦均明顯；在此發展脈絡中，作為最具戲劇性的、影響層面也最廣的，無疑是「非和平的激進手段與行動」，顯然，勞動者在工會領導下所進行之罷工，正是其關鍵的力量槓桿。這是一項在勞動法領域、至少是德國勞動法發展上清楚的軌跡：法

律化與勞工運動的相互辯證影響，而勞工運動最有利之運動形式，當然就是罷工；勞工運動無可避免地坐落於一定的法律化制度框架下，受其限制、牽制，但也經常利用其「空隙」，不論是法定的、意定的或單純事實上的權力空隙，繼續進一步發展，在此時，法律化之形式與實質產生相當程度的質量變，因為國家體會到不可能繼續維持已產生嚴重法律有效性問題的原規範方式，然後因為資本主義體系下具體的社會權力關係，法律化一定只帶來部分之改變，對於勞工運動而言，它就再度形成新的法律化束縛，然後再開始前述的辯證影響過程。觀察例如法院判決與社會變遷之關聯性問題，德國集體勞動法秩序便呈現了如此明顯而清晰的發展軌跡。

肆、戰後關鍵造法：聯邦勞動法院 1955、1971 與 1980 三則判決

有了對於德國勞工運動發展進程的理解，認識到「集體勞動法秩序與社會權力關係」之相互關聯，在威瑪時代「著重法律形式行為、輕忽罷工合法性要件內涵」之罷工法秩序的前提下，觀察二次大戰後的相關脈絡，便有了令人驚嘆的發展。當然，在戰後初期不是沒有試圖矯正威瑪「錯誤與遺毒」的努力，最明顯者諸如 1945 至 1949 年的各邦憲法，例如 1946 年黑森邦憲法第 29 條第 4 項、1947 年布萊梅邦憲法第 51 條第 3 項，都不附保留的保障工會之罷工權，柏林邦憲法第 18 條第 3 項則甚至不限於工會之罷工，萊因蘭發茲邦憲法第 66 條、符騰堡巴登邦憲法第 23 條第 3 項、巴登邦憲法第 38 條第 2 項等則均明文「於法律範圍內承認工會之罷工權」，都有於憲法上明文承認罷工權之設計 (Däubler, 1970: 13-14; Nikisch, 1959: 107)。然而，並沒有在罷工合法性要件與內涵的層

次、包括罷工權界限之釐定上，有比較明確的進展，即使 1949 年通過之西德基本法第 9 條第 3 項，亦未改變此現象，是一程度而言，至少就罷工之法律界限的解讀來說，幾乎仍停留在威瑪時代之中，更重要的是，由於在制定法層次上並未針對罷工有任何的規範著墨，更廣泛一點的說：至少在戰後初期，連重要的個別勞動契約範疇都沒有關於一些重要事項的制定法規範，是以，法官法遂成為德國罷工法、乃至於整體勞動法秩序的核心關鍵 (Richardi, Wlotzke, Wißmann, & Oetker, 2009: 367)，不得拒絕審判的法院，依其自身之對於法與合理性之理解，直接或間接、躍躍欲試或勉為其難的，必須登上一定程度替代立法者的角色。²¹

一、1955 年 1 月 28 日大審判庭判決

1955 年 1 月 28 日聯邦勞動法院作了一重要的判決，相當程度改變了原先的狀態。雖非該判決的直接處理事件，但轉折的開端必須再往前一點：1952 年 5 月 28、29 兩日的報業罷工：在印刷與紙業工會 (IG Druck und Papier) 為反對國會審議中之企業組織法 (BetrVG 1952) 而發動下，²² 全德國有 90% 以上的報紙因罷工而停

²¹ Rolf Wank 在探討聯邦憲法法院 1991 年的一則判決時 (BVerfGE 84, 212=AP GG Art. 9 Nr. 117 Arbeitskampf=JZ 1992, 48=AuR 1992, 29)，便提及：聯邦憲法法院不認為所謂的重要性理論 (Wesentlichkeitstheorie) 適用於立法與司法之關係中，換言之，即便由此理論出發，亦得不出立法者有制定爭議行為法之憲法義務，因此，Wank 斷言道，爭議行為法長期而言將繼續維持法官法的面貌 (dazu Wank, 1994)。學界論述上亦多從德國基本法第 20 條第 3 項「司法受法律與法之拘束」明文，導出「法院得為具有規範效果之創造性法官法」(Zulässigkeit von normativ wirkendem schöpferischem Richterrecht) 的結論，也算是有異曲同工之妙；相關討論請見 Mösch (1991)。

²² 分析者認為主要的動機有二：其一是反對 1952 年企業組織法中的傾向保護 (Tendenzschutz)，因媒體被列入該意識傾向企業 (Tendenzunternehmen) 而排除一

止發行，罷工一結束，有 21 家報業與印刷廠於德國各地法院起訴請求損害賠償，其中 9 個案件，地方勞動法院判決工會因違法罷工而敗訴，另 4 個案件則以駁回原告之訴收場，在上訴審中，邦勞動法院在 6 個案件中判決損害賠償責任成立，而僅有柏林邦勞動法院判決工會勝訴。本案之重點不在賠償，而在於法政策觀點之罷工的要件，特別是攸關案情之「罷工得否以對國會施壓為目的」；勞資雙方各延請知名學者提出鑑定報告，不論是資方的 Ernst Forsthoff 與 Alfred Hueck，或勞方之 Wolfgang Abendroth 與 Schnorr von Carolsfeld。最後，1953 年 1 月 2 日德國雇主聯合會 (BDA) 敦請原先為工會所倚重之法律顧問 Hans Carl Nipperdey，發表一篇名為「對於工會為反對審議中之企業組織法所發動罷工之損害賠償請求權成立」的法律意見書，主張雇主之起訴為有理由，並提出下列的論述 (Kittner, 2005: 603-604)：

- 罷工「基本上」滿足民法第 823 條第 1 項之對於營業所為侵權行為之構成要件；
- 但如果罷工是在「向來之範圍內」(im Rahmen des Herkömmlichen)，亦即為「社會相當之罷工」(sozialadäquater Streik)，則不成立侵權行為；
- 所謂社會相當之罷工，是指針對雇主，為爭取勞動條件改善而為之「勞動法上的」(arbeitsrechtlich) 罷工；
- 施壓予立法者之罷工，則為社會不相當。

在此，Nipperdey 偏離了他在威瑪時代「罷工不成立侵權行為、因未有侵害任何法益可言」之主張，使得政治罷工在此見解下將無

定共同決定權之適用；另一則是為了力挺甫當上德國總工會主席之工會前任主席 Christian Fette；相關討論請見 Kittner (2005: 603-604)。

合法之可能，而顯然在舊的理解中是有希望的；Nipperdey 的法律意見書一出，許多勞動法院便援引其見解，進而判決雇主勝訴。隨後的 1954 年，聯邦勞動法院成立，前述 1952 年報業罷工之法院判決早已確定，並無上訴第三審之機會，然而 1953 年的漁網編織工 (Netzmacher) 罷工，給了擔任聯邦勞動法院首任院長的 Nipperdey 一個絕佳之奠定其罷工法秩序內涵的機會。該年 9 月 9 日某漁業公司僱用之漁網編織工罷工，但勞工並未事前終止勞動契約，9 月 14 日雇主不經預告直接終止之，11 月 22 日罷工全線潰敗，工會無法維持內部紀律，嗣後雇主重新僱用其中 7 位勞工，未蒙重新僱用之一員工代表會代表，遂向勞動法院提起確認僱傭關係存在之訴，兩審均遭駁回，接下來上訴聯邦勞動法院，案分發至第一庭，兼任該庭庭長的 Nipperdey，決定送請大審判庭決定；這便是著名的 1955 年 1 月 28 日聯邦勞動法院大審判庭決議，²³ 其主要內容如下：²⁴

(一) 判決要旨

1. 罷工及爭議行為的法律評價必須一致，且須確認其集體法之本質。
2. 就合法之工會罷工而言，法院賦予其整體行為之合法評價，是以不僅發動罷工之工會，同時包括未遭終止契約而繼續工作之勞工，均一概排除其契約之債務不履行及違法性。
3. 一個由工會發動，成員為未預告終止契約之勞工，爭執之客體為勞動條件之罷工，有權使雇主不得對個別勞工，或其他違反勞動契約的勞工，作不經預告的立即終止，故排除下列法律之適用：營業法第 123 條第 3 款及第 124 條 a.1、商法典第 70

²³ BAG Großer Senat 28.1.1955 AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁴ 以下之判決要旨與重要內容之整理，均參考自 Zachert, Metzke, & Hamer (1978)，其中有關聯邦勞動法院 1955 年 1 月 28 日該則判決之部分，敬請參酌。

條及第 72 條第 1 項第 2 款、國際勞工組織公約第 16 條、普魯士礦業法第 82 條第 1 項第 3 款及第 83 條 a、民法第 626 條。

4. 合法之爭議行為適用下列原則：爭議平等 (Kampfparität) 及爭議手段選擇自由 (Freiheit der Wahl der Kampfmittel)。
5. 集體法上合法的鎖場毋須終止勞動契約，即便終止，亦非一定期的，也不是未附期限的終止。營業法第 123 條第 3 款及其相關規章不適用之。同時，雇主為實現合法的集體爭議目的，所採取之立即性鎖場，若無恣意之拖延，則勞工無報酬請求權存在。
6. 由工會發動，其勞動關係未經預告終止，而爭執客體為勞動條件之罷工，有權使雇主，以集體的防禦性鎖場 (kollektive Abwehraussperrung) 之手段，去終止與該罷工勞工之勞動關係。
7. 被罷工之雇主如採取前述之防禦性鎖場，在爭議行為結束後，若無再僱用條款之約定，則是否再僱用原勞工，端依企業之裁量；惟此裁量之行使不得明顯濫用。

(二) 重要內容

本案之主要問題，在於「爭議行為與個別法上勞動契約之關係」，也就是欲透過爭議平等來限制爭議行為的自由；是以對於雇主是否有權對參與罷工之勞工，不經預告而立即終止勞動契約之問題，多數意見認為：未預告終止勞動契約之參與罷工，因債務不履行，是應評價為違反勞動契約，雇主因勞工持續之拒絕給付勞務，致不經預告而立即終止勞動契約，基於爭議平等，應為合法。(惟少數意見則認為個別勞工參與工會發動之合法罷工，雖無事前之終止，亦無所謂違反契約之拒絕給付勞務，則雇主即無合法終止之事由。)

是法院由此判決建立起鎖場的合法性，同時也導入爭議平等及爭議手段自由 (Kampfmittelfreiheit) 之原則；同時，終止性的鎖場 (die lösende Aussperrung) 亦被准許：

1. 德國勞動法主張並付諸實現的是，為達成集體法上之協議的實現，所採取符合社會相當性的爭議行為，是一合法的手段。
2. 國家對於爭議行為，應立於一中立的地位；爭議行為之中立原則及基本法第 3 條之平等原則，禁止國家，無論立法、行政或司法，予勞資雙方之爭議手段不同的待遇；由此導出武器平等 (Waffengleichheit) 及爭議平等原則。另在所謂社會相當性 (Sozialadäquanz) 之範圍內，亦適用爭議自由 (Kampffreiheit) 及爭議手段選擇自由的原則。
3. 以上提及之一些原則，係導自基本法上之某些規定，如第 18、20、21、28 條之自由的社會法治國，及第 2 條第 1 項之一般發展自由 (allgemeine Entfaltungsfreiheit)，其他尚有相關經濟及社會憲法之有整體關聯的基本原則。
4. 假如將鎖場的法本質，由個別法之觀點來理解，則將發生與罷工同樣的認知錯誤；鎖場事實上亦是一集體行為，且不僅僅是站在第一線鎖場的雇主，即便是由一雇主團體來為之，亦即雖然事實上只有一個雇主能夠鎖場，但其他同屬雇主團體之其他雇主亦得一併為之。
5. 倘吾人將鎖場以及雇主爭議手段的本質，看作只是雇主給付義務的暫時中止，亦即認為直到爭議結束之工資給付義務雖然停止，但勞動關係並未消滅，這種看法是不正確的。向來在德國被忽略的是，鎖場之爭議手段應是本質上勞動關係的消滅，且其在歷史上之發展模式，亦符合一貫之個別法上終止形式。是故，原則上只有工資給付義務之中止，這種見解

雖缺乏法律上之根據，但雇主仍須被強制地受限於此最後之爭議方式。

6. 無論是合法的攻擊性鎖場（事實上極少發生）或防禦性鎖場，甚或對願意工作之勞工所採之同情性鎖場，都將涉及一個可能的顯著區別，即是否鎖場只是工資給付義務直到爭議結束的暫時中止，勞動關係仍維持繼續，抑或根本地使勞動關係消滅。此涉及到，當雇主面對罷工想採取什麼行動時，一個只暫時中止的鎖場將是毫無意義的，因為暫時中止之效果已因罷工而發生，工資給付義務也因而不存在，在雇主一方根本無爭議手段可行使，爭議平等根本只是空談；是法院以為，對罷工之防禦性鎖場應該也能達到勞動關係的消滅，因為它必須聽任雇主選擇爭議的手段，這在具體個案中將是相當重要且有效的。爭議平等所要求的是，對於勞資雙方，就爭議行為的危險作符合事實的分配，同時就一國家政治的必要性而言，它是去提供爭議行為的空間，而非在公益考量下任意緩和之。
7. 因罷工僅是暫時中止，因而認定鎖場也必須是中止，這種利益態勢的想法在認知上顯然有誤，譬如根據爭議手段自由原則，及存在有特殊之防禦性鎖場（發生終止效力）之時即為著例；因此法院的結論是，被罷工的雇主，若採集體的防禦性爭議措施（即防禦性鎖場），則參與罷工之勞工的勞動關係，能全部立即地中止或終止，任由雇主選擇決定之。
8. 對於中止性之鎖場，法院拒絕承認雇主有一再僱用勞工的義務（Wiedereinstellungspflicht），認為原則上應由企業主自行裁量；雖然相對的，法院仍認勞工有再僱用請求權。
 - (1) 爭議結束後，若缺乏再僱用條款之約定，則不能存在一

普遍之再僱用義務。法院基於爭議平等原則、爭議危險原則及契約自由原則（基本法第 2 條第 1 項，在此是締約自由），同時基於習慣法之通說，亦認缺乏所謂再僱用義務，雖然事實上結束罷工之團體協約或仲裁判斷中均常規定此再僱用條款。

- (2) 法院重申基於平等對待原則，對於因防禦性鎖場而被不經預告立即終止之勞工，於爭議結束後是否再僱用，應依雇主之裁量；這種裁量是雇主之自由權，已由法律與經濟秩序賦予其相當空間，因此不受法官之事後審查，亦無所謂裁量濫用之情形，即使雇主去僱用別的勞工，或不依解僱保護法第 1 條第 3 項規定之標準去再僱用亦然。但例外地，假如依德國其他勞工法規所規定之重大事由，則仍可加以審查，惟此乃另一問題，與前述之原則並不相干；如依企業組織法第 51 條之規定，不得因勞工之血統、宗教、國籍、出身、政治行為、工會行動或種族、性別等而有不同之差別待遇。

聯邦勞動法院 1955 年 1 月 28 日的判決，相較於之前、乃至於威瑪時代的普遍見解，不是來自於德國現行之任何憲法明文、亦無關所有制定法條文，而是基於所謂的「一般原則」(allgemeine Grundsätze) (Däubler, 1998: 309)，就像聯邦勞動法院的名言：「爭議行為不來自於基本法第 9 條第 3 項，而毋寧是本於聯邦德國自由社會基本秩序之一般原則，而在憲法上受到保障」，²⁵ 進而在此「詭異」的一般原則下，作了如後包括雇主鎖場手段在內的罷工法秩序的重大改變 (Däubler, 2011: 51)：

²⁵ BAGE 1, 291(298); Bobke (1982).

- 罷工必須以爭取勞動條件改善為目的；
- 基於如上目的的合法罷工，雇主不得以罷工為由終止勞動契約；
- 基於爭議平等與武器平等，雇主亦有鎖場權；
- 鎖場權可以為攻擊性或防禦性；
- 鎖場權可以為中止性或終止性；
- 終止性之鎖場結束後，雇主得依其合理裁量，決定是否重新僱用遭鎖場之勞工。

至此，非但政治性、乃至同情性、示威性罷工的合法性均遭排除，且本於所謂爭議平等之出發點——聯邦勞動法院的說法很有意思：「如果說，爭議只能由代表勞工之工會一方來決定，雇主只有容忍與苦撐的份，那麼勞動條件的規範將可能不再是公平協商的結果，而公平協商正是團體協約制度得以運作之前提與內涵；考量尤其是變動的經濟情勢之故，原則上絕不能團體協約一方當事人得以強制他方接受其意志，而是必須盡可能維持相同的協商均勢 (Verhandlungsgleichgewicht)」，²⁶ 不但連結至憲法層次的肯認雇主鎖場之合憲性，²⁷ 同時大幅度的放寬對於雇主對抗手段——鎖場之可能運用空間，對於五十、六十年代激烈的勞資對立，特別是雇主的大量採取涉及勞工經常遠超過罷工之鎖場手段，同時終止性之鎖場復帶來麻煩之再僱用問題，為此階段之勞資關係埋下極度不安的因子 (Däubler, 1998: 382)。

當然，這個重要的判決還有許多精采之處，例如社會相當性概念的提出，試圖從社會觀察面出發，為一定的社會行為找尋應有的

²⁶ BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl.7/8; dazu Däubler (1998: 381-382).

²⁷ 雖然之後的發展使之限於中止性質的防禦性鎖場，請參見 Otto (2006)。

規範評價，這也是德國罷工法秩序發展的一大特徵。在判決中有段耐人尋味的文字：「人類行為的意涵，主要是來自於這個行為在人類整體共同生活中的功能；所以說，一個行為的不法意涵，只能來自於這個行為與整體共同生活秩序之關係，僅能依其而定。在普遍的社會秩序中，被認為是社會相當 (sozialadäquat) 的行為，就不應該是違法的；那些在歷史過程中，於社會道德秩序與共同生活中漸次形成之行為，便是如此之行為」。當然，這個學理上所稱之「一致性理論」(Einheitstheorie)，亦即將勞動法擺在作為整體法秩序之整合部分的觀點，主要是用來解說罷工所應催生之「個別與集體勞動法之評價同步 (Synchronisierung)」問題 (Engels, 2008: 99-100; Kissel, 2002: 308, 333-334)，換言之，如果是集體法層次上的合法罷工，便不應有個別法上勞動契約債務不履行成立之違法餘地，然而，它必須彰顯一個重要的法價值：如果說，就像勞動法學者 Hueck 所言，人們日常生活中認為是合乎社會秩序的、被普遍認為須容忍的行為，就不應、也不會給予違法的評價，那麼，如此來自十九世紀刑法學之所謂社會相當性理論，²⁸ 毋寧也應用於諸如罷工的評斷上。如同這個理論的創始者，聯邦勞動法院院長 Nipperdey，便援引所謂「勞動生活中早已多年形成之社會倫理秩序，乃至於集體勞動法之基本原則」，一個社會相當的爭議行為手段——不論是罷工或鎖場，便應具備並符合下列八項要素 (Nikisch, 1959: 116-117)：

- 必須涉及勞動條件之形成；
- 必須針對社會對手，亦即勞動契約的他方當事人或其同盟組織；
- 必須由具有協約能力之當事人，亦即工會、個別雇主或雇主

²⁸ 社會相當性理論與勞動法學之關聯性，可參見 Hueck & Nipperdey (1963)。

團體來發動，排除隨機聚集之多數勞工；

- 必須旨在尋求集體法上目標的實現，例如至少可藉由團體協約之締結來達成，雖然不妨礙事實上經由勞動契約之簽訂或雇主之單方措施而解決爭議；
- 不得牴觸集體勞動法之原則；
- 必須作為達成爭議目標之最後手段 (*ultima ratio*)；
- 必須以公平之方式為之；
- 針對一非社會相當之爭議手段，應賦予防禦性爭議一特殊之地位。

聯邦勞動法院院長 Nipperdey，透過判決之理由構成，以前述的八項要素，正式昭告集體勞動生活的相關社會行動者，何謂符合其眼中「社會相當」之爭議行為為手段，當然主要是勞方之罷工、雇主之鎖場行為，形成一清晰的社會行動規範性指向，也就當然產生某種程度之制約或導引作用，不論是依循或背離、不論是獲得合法或違法評價。例如同時代之重要勞動法學者 Arthur Nikisch，便直言此無非 Nipperdey 院長個人所主觀描繪與企盼之爭議行為圖像，而非社會現實，其結果便是導向一違背現行法的、造成重大限制罷工與爭議自由之不當 (1959: 119)。Nikisch 舉例道，所謂只有具協約能力之當事人方得為爭議行為，根本就不是什麼「吾人勞動生活歷史上形成之秩序內涵」，例如施行已久的營業法第 152 條第 1 項，早就容許藉由停止工作以爭取締結單純之約定，進而改善工資與勞動條件，完全與協約無涉，因此——即便在戰後初期——法院對此所謂的野罷工 (*wilder Streik*) 經常採取合法評價之看法，²⁹ 可見聯邦

²⁹ LAG Frankfurt, RdA 1950, 427. 是以 Wilhelm Grewe 甚至直言，由於德國勞動法長久以來便承認非工會所領導之罷工的合法性，因此要像聯邦勞動法院一般的變更此真正的「傳統」，無疑更需要明確的說法，豈是 Nipperdey 所說之「向來的集

勞動法院之見解顯然有誤 (1959: 121-122)。再者，法院所稱爭議行為只能作為最後手段，必須窮盡一切和平解決之可能性時方得行使，Nikisch 亦批評道：此看法既不能從過去的歷史經驗中得出，亦不符合社會對手相互一致的意願，當然就不當的限制勞資雙方之行動自由；Nikisch 並以該判決作成後不久、1956/57 年間發生於德國北部之金屬工業罷工為例，工會根本就在窮盡所有協商可能性之前就先發動罷工，而勞資雙方皆無視之為違法之主張，換言之，社會對手的真正想法在於：如果要讓罷工作為窮盡所有協商可能性之後的最後手段，亦即必須先進行調解之先行前置程序，則應以事前之特別約定，也就是常見的調解約定 (Schlichtungsvereinbarungen)，不論是制定於團體協約債法條款，或是勞資雙方另行締結專以此調解為內容的集體協定 (Schlichtungsabkommen)，都必須有此特約為限，方得理出罷工作為窮盡所有協商可能性之最後手段的結論 (Däubler, 2006: 795; Nikisch, 1959: 122)。最後，本於社會相當性之觀點，聯邦勞動法院所認為之「爭議行為手段必須要公平」，Nikisch 也迭有批評，認為公平與否著實在個案事實中難以認定，因為過於主觀，妄以之聯繫到「社會不相當」，進而產生違法之效果，是以 Nikisch 主張不妨回到操作已相對成熟之善良風俗概念，去進行合法違法界限之控制 (1959: 126)。

由以上之討論可看到，雖然沒有制定法之規範基礎，戰後的德國罷工法秩序並非毫無軌跡可尋，例如罷工之無須作為窮盡所有協商可能性之前的最後手段，勞工隨機結合之可能成為適格之罷工主體，罷工未必須限於集體法上目標等，事實上都透過各邦法院之操作而發揮一定程度的影響，也正因如此，聯邦勞動法院初試啼聲的

1955 年判決，透過社會相當性這個早經刑法學建構而穩定發展之概念，以及顯然空泛的所謂集體生活基本規則或一般秩序，站在替代立法者的地位，建立了相對明確之勞資爭議手段之合法要件與界限，相當程度制約勞資社會對手的社會行動，至少在合法／違法這個言說領域中，影響當然甚鉅。誠然，該判決變更了威瑪以來主宰理論既實之的所謂「個別法之爭議行為理解」(individualrechtliches Arbeitskampfverständnis)，³⁰ 讓個別法與集體法對於一「社會相當之爭議行為手段」不再歧異，同步化的為單一之合法或違法評價，是其非常重要的貢獻，然而卻也藉由合法爭議行為之要件的提出，由司法權之立場出發，做出了一定程度具有規範性意涵的指向決定，牽引相關行動者的社會行動，不論其功過與問題，顯然促使相當之社會變遷，是其特徵。當然，對於德國罷工法秩序的形成與建構，隨著 1955 年的判決，聯邦勞動法院並沒有停下它的腳步。

二、1971 年 4 月 21 日大審判庭判決

1966 年歲末，Bad Neuenahr 與 Bad Dürkheim 兩家賭場公司，與德國商業銀行保險工會 (HBV) 及德國雇員工會 (DAG)，共同協商有關所僱用之發牌員的工資，以準備簽訂團體協約。兩家公司與德國雇員工會達成合意，但與商業銀行保險工會的協商則宣告破裂，於是工會宣布 Bad Neuenahr 公司的發牌員從 1966 年 12 月 31 日至 1967 年 1 月 2 日早上 8 時罷工，由於之後重新開啟的協商依舊無結果，工會再宣布 1 月 2 日 17 時至 1 月 9 日止繼續罷工，而 Bad Dürkheim 公司的發牌員則從 1 月 7 日起加入。第二次罷工開始

³⁰ 相關帝國與聯邦勞動法院之見解例如：RAG Benschlg. 6, 342(344); 9, 393(401); 11, 529(530); BAGE 1, 291(295)，亦請參考 Arras (1953); Dietz (1952); Engels (2008); Nikisch (1952); Vielhaber (1951)。

日的 1 月 2 日 18 時，賭場宣布鎖場，同時以書面通知所有罷工者：「閣下之勞動關係從今天起消滅」；在 1 月 9 日的罷工結束後，公司提出「以原有勞動條件重新僱用之要約」，但聲明不保證所有勞工都能回復工作，如果原有工作已於罷工期間找人替代的話。商業銀行保險工會隨後舉行罷工投票，結果贊成繼續罷工，再從 1 月 18 日持續至同月 21 日，而雇主亦於重啟罷工的同一日宣布鎖場。罷工結束後，所有參與之勞工至雇主處聲明更新原勞動契約，雇主以工作業遭替代為由，拒絕其中之 17 人，該等遂向勞動法院起訴 (Kittner, 2005: 611)。地方勞動法院判決勞工勝訴，勞動關係應重新成立，然邦勞動法院廢棄原判決，勞工上訴第三審聯邦勞動法院，第一庭以「涉及爭議行為之基本決定」為由，送請大審判庭決定，最後作成相當重要的判決內容如下：³¹

(一) 判決要旨

1. 爭議行為措施必須符合比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip) 之要求。
2. 罷工導致勞動關係之暫時中止，同樣地鎖場亦應僅發生相同之中止效力。
3. 若符合比例原則之要求，則一個發生終止效力的鎖場亦得被准許；在此情形，勞工於爭議行為為爭議行為結束後，依雇主之合理裁量決定是否再僱用，惟勞工仍有一再僱用請求權。
4. 大審判庭 1955 年 1 月 28 日所為判決引申之法律原則應予變更並繼續發展。

³¹ BAG Großer Senat 21.4.1971 AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf。以下之判決要旨與重要內容之整理，均參考自 Zachert et al. (1978)，其中有關聯邦勞動法院 1971 年 4 月 21 日該則判決之部分，敬請參酌。

(二) 重要內容

1. 大審判庭最初亦接受 1955 年基本判決之立場，並進一步加以闡釋；但法院發現，目前所適用之終止理論並不能解決以下之問題：

- (1) 終止性鎖場的荒謬在於，事實上為達成某一特定具體目的之爭議行為，只希望形成勞動關係之暫時中斷。
- (2) 事實上工會成員以及在監事會中的勞工代表之職務與責任，並不因此而消滅。
- (3) 勞工將喪失其企業相關權利之期待權，亦即勞工將因終止性鎖場，喪失其源自於解僱保護法與母性保護法之權利。
- (4) 終止之鎖場後，企業內可能之「維護工作」(Erhaltungsarbeit) 問題將無法處理。

2. 法院基本論證

(1) 比例原則之要求發展於整體社會之影響，並由此並導出三個結論

- a. 適當性、必要性及最後手段原則 (於爭議行為開始時)：爭議行為都必須是為達成適法之爭議目的及隨之的勞動和平所適當，且事實上所必要的；所有的爭議行為與措施，無論鎖場或罷工，只有在充分利用所有的告知可能性後方得採行，因此它必須是一個最後可能手段，故一個調解程序亦是必要的。
- b. 公平爭議原則 (Prinzip des fairen Kampfes) 及爭議對象生計毀滅之禁止 (Verbot der Existenzvernichtung des Kampfgegners) (於爭議行為進行時)：

相當性原則不僅涉及時點及目的，亦包括實行的方式及爭議手段的強度，故在方式上必須遵守公平爭議行為的

規範，且強度上不得透過爭議行為而毀滅其對象之生計與存續。

c. 爭議行為結束後有重建勞動和平之義務。

(2) 鎖場在相當性原則之範圍內應予准許

a. 鎖場之合法性，即使是在攻擊性鎖場亦同，在吾人的法秩序中是由如下內涵所建構起來：

面對國家侵犯之協商機會的平等、單方強制施予義務的排除及協約自治之維護；這些原則吾人雖常提及於勞工之爭議行為措施，如罷工，但此比例原則亦應適用於雇主之爭議措施，如鎖場。

b. 鎖場之作為集體法上之爭議手段，准許由個別雇主任行使：雇主個別擁有鎖場權，此與基本法第 9 條第 3 項並無牴觸；惟個別雇主之鎖場權倒不如說是直接源自於個人同盟自由之憲法明文。雇主一方爭議行為之團體要素，是由其多數之勞動關係及受僱勞工所顯示出來。

c. 鎖場原則上亦得適用於願意工作的非工會會員之勞工（特別在所謂重點罷工 [Schwerpunktstreik] 的場合）：一個由工會所發動的罷工，其他有無加入工會之勞工均得加入，故亦可對之一併行使鎖場，因為既然已參與工會發動之罷工，則應一併承擔爭議行為之風險（因亦可能一併享有新的團體協約保障）；而對於願意工作而未參與罷工之勞工，依法院之所謂企業危險理論 (Betriebsrisikolehre)，³² 若雇主採取鎖場，則該等勞工亦

³² 所謂企業危險即德國勞動法所稱之「企業與經濟所致之給付不能」，該「企業所致之給付不能」的指涉是：雖因不可歸責於雙方當事人而致勞工給付不能，但關鍵原因在於「雇主欲、但卻無法讓勞工提供勞務」；相關論述請見黃程貫 (1992)。

無報酬請求權，惟此鎖場仍應遵守比例原則之限制。

(3) 中止性的鎖場

- a. 法院期待一般的鎖場僅發生暫時中止之效力，攻擊性之鎖場亦同——依比例原則，原則上爭議行為，無論罷工或鎖場，均只暫時發生中止之效力，亦即只有勞動關係之雇主給付義務暫時中止，至於是否發生終止之效力，仍須符合其他之要件。
- b. 爭議行為結束後，勞動契約之權利義務再重新恢復；例如勞工，一待罷工結束或雇主宣告鎖場結束，則應即恢復工作或履行其勞動給付義務，又如雇主有在一中止之鎖場結束後，容許勞工恢復工作之義務。罷工結束，則相對行使之中止性鎖場，即不再是一獨立的爭議手段，若係為了堅持其他更進一步的特殊爭議目的，則雇主必須撤回在企業可能範圍內之鎖場；若雇主追加地，繼續堅持一所謂符合企業上及市場必要性的中止性鎖場，則從雇主而言，將是一過度行為，不符合爭議行為之比例原則。勞動關係在爭議行為的期間內亦有其法律上之關聯性，至於此關聯性程度為何，則各依其勞動法及社會法上之性質，依個案既有事實狀態及法律狀態來決定。
- c. 勞工就此中止性之鎖場，擁有一告別權 (Abkehrrecht)，亦即在一中止性的爭議行為——不論罷工或鎖場——期間，勞工得遵守預告期間或民法第 626 條第 1 項之要件，不經預告而立即終止勞動關係。因此在中止的鎖場期間，勞工便有此告別權；惟此與勞動關係僅因罷工而中止，並無雇主之鎖場時，個別勞工之告別權有所不同。
- d. 某些特定勞工只能被暫時地中止其勞動關係：依據比例

原則，針對一些特別法規所保護之勞工，鎖場只能發生暫時中止之效力，如員工代表會代表（企業組織法第 53 條、解僱保護法第 15 條），人事代表會代表（聯邦人事代表會法第 59 條），監事會勞工代表（企業組織法第 53 條、第 76 條第 2 項），身體或健康嚴重損傷者（傷殘法第 14 條、第 19 條第 5 項）及母性保護法第 9 條第 1 項保護下之婦女。另如企業的維護工作必須執行，則執行此工作的勞工之勞動關係應繼續存在，一中止的鎖場亦應考慮及此，因採中止性鎖場而使勞動關係中斷之勞工，在鎖場期間內並無義務為該維護工作。

(4) 終止性的鎖場

- a. 法院在此區別合法的及違法的罷工，採取不同因應：
 - (a) 對於合法的罷工，繼續追加延長罷工之狀況，可將終止性之鎖場轉換為合法。雇主只有在明確地宣告已考慮某些特定要件時，才可以透過鎖場有效地使勞動關係終止。
 - (b) 在一鎖場係對罷工之回應，而欲發生終止之效力時，必須去區別針對合法的罷工及違法的罷工（包括野罷工）之因應措施。至於對違法的罷工，雇主寧可採取終止性之鎖場，同時雇主亦可基於他方勞動契約之違反而逕行終止勞動關係；也就是說，對於違法罷工，雇主在顧慮到比例原則後，寧可採終止、而非中止鎖場，此無關是否為極短暫時間之罷工或罷工之合法性是否有問題之情形。

惟雇主亦得行使個別法上之途徑，因違法之罷工既是一勞動契約的違反，則雇主自可對之行使一般或特

別的終止。雇主是否選擇此途徑以代替行使終止性鎖場之手段，應明確告知，該勞工得依民法第 626 條第 2 項第三句之規定請求告知終止之事由。雇主對於違法罷工，並無直接的集體法上之手段，而只有針對個別勞動契約違反之個別法上之終止。

- b. 在終止性之鎖場宣告後，勞動關係即消滅。
- c. 對於勞工之再僱用，雇主並非完全不受拘束——如前所述，爭議行為不在毀滅他人的生計，而只是一爭議目的達成之手段，並重建恢復勞動和平；因此被終止之鎖場所解僱之勞工，在爭議行為結束後，其勞動關係應在可能之範圍內重新形成。終止的效力只是一附加的壓力手段，因此爭議結束後勞動和平之重建甚為必要；故勞工之再僱用與否不應僅憑雇主之自由裁量，而是一公平合理之裁量；惟此並非意味雇主應完全再僱用原有勞工。
- d. 再僱用之拒絕及鎖場之終止效力，均得由法院為事後之審查。當勞工請求法院審查再僱用時，司法審查之效力通常只在爭議結束後始發生；原則上，在爭議行為期間，不能提起勞動關係是否繼續維持的確認之訴。

吾人可看到，在 1955 年聯邦勞動法院所首次形構的爭議行為法秩序下，針對特別是爭議行為對勞動關係產生之何等效力、雇主鎖場手段應否加以限制、爭議行為結束後之再僱用勞工之義務屬性與雇主裁量範圍等，這幾項備受關注、爭論與批評的問題，在十多年之後，雖然一定程度延續 1955 年所塑立之軌跡，但聯邦勞動法院在這則判決進行續造，相當程度的改造原有基礎上的爭議行為法秩序內涵，包括下列的幾項原則：

- 法院強調以比例原則作為檢驗罷工與鎖場合法性之重要判準；
- 從「公平爭議」與「爭議對象毀滅禁止原則」出發，法院逐漸傾向一基本立場：鎖場原則上僅生中止之效力；
- 然而，如果罷工持續，罷工強度高，抑或涉及違法罷工，則雇主可以從中止性轉為終止性之鎖場；
- 如罷工者或經中止性鎖場之勞工的工作，已遭替代或廢除者，亦可對此採取終止性之鎖場；
- 關於爭議行為結束後的再僱用義務，同樣須依雇主之合法裁量，但不得單以「勞工參與罷工」為由，而是必須本於實質之事由，例如勞工參與非法罷工或勞工之工作位置業遭替代；
- 特定之有特殊保護需求的勞工，雇主僅得對之為中止性、不得為終止性之鎖場措施。

聯邦勞動法院的此判決，雖進一步形塑了德國罷工暨鎖場法秩序的內容，但延續 1955 年之步調，在同時彰顯爭議平等、武器平等與協商均勢等的前提下，仍給予雇主極大的鎖場運用空間，雖然已較之前的司法見解有所限縮，例如縮減終止性罷工之使用可能性，強調原則上之僅具中止性質，但仍在再僱用之問題點上沒有太大的突破。在 1971 年這則判決之時空背景下，散布德國各地之所謂「全區域鎖場」(Flächenaussperrungen) 愈形猖獗，反而呈現工會所嚴厲批評之「藉著爭議平等與協商均勢之名，雇主之鎖場手段反而是使工會失去爭議平等與協商均勢的元兇」。³³ 批評者認為，雇主使用鎖場手段，使得原先發動罷工之工會，有著雙重之財務壓力：罷工基金不但要支付罷工者、亦須負擔遭雇主鎖場者之工資損

³³ 一個顯著的「實況報導」可見 Meyer (1977)。

失，使得雇主無疑可透過鎖場策略之運用，逼迫工會陷入嚴重的財務危機；現實的發展無疑證明此點：以金屬工人為例，1963 全年僅有約 20 萬人遭鎖場，到了 1976 年，單單一場 1 萬 6 千人的印刷工人罷工，就同時有 9 萬勞工遭到鎖場，面對高達 3,300 萬馬克的會員工資支出，印刷工會卻僅有 400 萬馬克的罷工基金可供支應；1978 年初的一場 8 萬名金屬工會會員罷工，隨之而來的是 12 萬勞工同遭鎖場，工會總計支出 1 億 3 千萬馬克，佔全年總收入的 32.5%，其結果便是學者 Wolfgang Däubler 所說的：「工會是可以敲詐的 (erpressbar)」(Däubler, 1998: 383-384; Kittner, 2005: 698-700)。在 1955 年由法院所建構的爭議行為法秩序下，幾乎沒有限制的鎖場，在資本接近濫用的操作之後，產生事實上掏空勞動者爭議行動權之結果，終究促使聯邦勞動法院再次出手，藉由諸如比例原則、公平爭議原則之拘束，乃至於爭議手段效力的分類，亦即「攻擊性－防禦性」、「積極性－消極性」、「中止性－終止性」等多組區別的重組，建構了新的爭議行為法秩序，影響相當深遠。

當然，除了備受爭論的鎖場權之外，1971 年的判決並非毫無其他爭論，特別是發展自公法領域之比例原則的導入集體勞動法中。在此，聯邦勞動法院不再使用 1955 年判決之社會相當性概念，而是使用標準的公法式比例原則之講法：爭議行為經常持續的影響非罷工者、其他第三人與公眾，是以，只要在爭議行為手段為達成合法之爭議目標與建立嗣後之勞動和平所「適當」，實體上為「必要」，且必須在所有協商可能性窮盡之前，亦即該爭議手段作為「最後之可能手段」，同時考量經濟影響，且未明顯損及公共利益時，方得合法 (BAGE 23, 292, 306, 307)。聯邦勞動法院進一步闡釋道：比例原則不僅適用於「是否得為爭議手段」的合法性判斷，亦同樣擴及勞動爭議手段之「行使」；換言之，依比例原則——法院有時使

用作為同義詞的「過度禁止」(Übermaßverbot) 的要求，爭議行為應符合公平爭議之規則，此當符合 1955 年判決即建立之爭議平等原則，同時在爭議結束後，爭議之雙方當事人均有重建勞動和平之義務 (BAGE 23, 292, 309)。對此比例原則之引入爭議行為法領域，學界雖不乏肯定者——例如 Reinhard Richardi 稱之為「法倫理原則在實定法上之具體化」，同時帶有與爭議行為之原始目的、避免不當損害、保障真正之自由協商等之優點 (1988: 279-280)，迭有批評，特別是針對發展自公法，顯然適用於「國家干預人民之自由與財產權場合」時之比例原則，如何能直接引用於爭議行為，亦即從保障基本權而質變為限制基本權 (Joachim, 1973: 290-291)? 進而提供所有操作可能之任意基礎與理由 (Däubler, 1972: 642-644; Däubler, 2011: 265)? 所謂的爭議平等，尤其是聯邦勞動法院所採之「形式平等原則」(formelles Paritätsprinzip)，更是另一爭論所在：法院以為，爭議平等原則之內涵，主要直指國家中立義務，換言之，國家不得對勞資雙方之爭議手段採取差別待遇，特別是在爭議手段效力的分類上，諸如一方之爭議手段可導向終止勞動契約，而另一方卻只能有中止性的效果。³⁴ 學界多評論道，如此之形式化理解，將隱藏事實上勞資雙方權力之不對等，間接促成一方獨斷而單方決定協約內容的不當結果，是以，不論是主張所謂「整體的平等」(Gesamtparität)、³⁵ 抑或提倡「抽象－實質的平等」(abstrakt-

³⁴ 明顯採取如此見解之聯邦勞動法院判決：BAG, AP GG Art. 9 Nr. 1 Arbeitskampf II 1。

³⁵ 此主張認為應考量經濟與分配過程中所有的影響變項，例如企業遭罷工時之供應商協助約定、競業禁止、大量失業時對勞方產生的壓力、庫存狀況，乃至於媒體對於爭議之報導態度等，以整體判斷勞資雙方之爭議行為是否處於對等均勢 (Wolter, 1979)。

materielle Parität),³⁶ 不管是在 Hugo Seiter 所言之抽象一般 (abstrakt-generell) 或具體之平等間移動 (1975: 163), 都是試圖解決或至少緩和法院之形式平等操作下可能產生的弊端, 更進一步惡化勞資雙方的不均衡, 包括某些情形下之倒向勞工一方。³⁷ 不論如何, 聯邦勞動法院 1971 年判決的影響仍然顯著, 透過 1955 年相關內涵之繼續深化, 但也相當程度的——特別是對於社會咸認問題嚴重的企業嚴厲鎖場之舉——從爭議行為效力與發動時機著手, 雖未必令人滿意, 但顯然產生一定之拘束限縮效果, 這毋寧是德國爭議行為法秩序的重要續造, 雖然看似針對雇主鎖場, 但也當然對勞工罷工權之行使產生深遠之作用。

三、1980 年 6 月 10 日第一庭判決

雇主之鎖場雖受一定的抑制, 但過於晦暗不明的「爭議平等」、特別在前述形式觀點下的操作, 使得勞工之罷工非但未達法秩序所期待之制度性功能, 反而因鎖場之對峙而造成勞方更大的損失可能, 甚至根本掏空憲法保障之同盟自由權, 使協約自治淪為空談; 聯邦勞動法院 1971 年判決之不及與缺陷, 形成下一階段社會行動者直接或間接之行動對象。機會再度降臨, 德國聯邦勞動法院又有了新的闡釋機會: 除了政治上全力推動「立法/立憲禁止鎖場」外 (Kittner, 1974), 工會更針對一連串的鎖場事件提起訴訟, 最後終於讓聯邦勞動法院決心重建其爭議行為法秩序, 作成了 1980 年 6 月

³⁶ 此顯然為目前德國勞動法的多數說, 主張一「長期且典型的考察方式」, 認為只要在勞資雙方的機會平等顯然受到妨礙時, 法秩序方有介入之必要, 否則即回復一形式平等之考察方式。相關討論請見 Brox & Rütters (1982); Wank (1994); Zöllner, Loritz, & Hergenröder (2008)。

³⁷ 例如 Otto (2006) 就提到, 勞方事實上可能透過共同決定權之運用, 特別是未為爭議行為所直接波及之企業的員工代表會, 進而造成爭議行為雙方爭議平等之干擾。

10 日的重要判決，事實上是第一庭同日所宣判之三則判決：第一則 (AZR 822/79) 是針對 1978 年黑森邦印刷業爭議行為與雇主之鎖場，第二則 (AZR 168/79) 是有關 1978 年發生於金屬工業的鎖場，最後一則 (AZR 331/79) 則是同為 1978 年的印刷業爭議行為案，涉及雇主對工會幹部的鎖場行為 (Seiter, 1981: 65-66)。以下摘錄三則判決之重要內容：³⁸

1. 對重點罷工所採取之防禦性鎖場，應屬合法。
2. 現行團體協約法是以協約自治為前提，故勞資雙方能透過爭議行為之手段來建立並保障「協商均勢」。
3. 實際狀況是，當通常情形，團體協約的實現及其內容的妥適性並非真正地完成時，工會對罷工權的運用將只是暫時的有其意義。
4. (1) 當一個著手爭議的工會，透過特別的策略，而能獲得一協商優勢時，就此情形之發生，雇主所行使之具中止效力的防禦性鎖場，應為合法。
(2) 一個狹隘而局限的部分罷工所要表現的是，當雇主透過有限制競爭的利益對立，使雙方對立更形尖銳；同時，對於產業團體協約而言，其雇主團體成員間的必要團結，將被部分罷工持續而長久地受到妨害。
5. (1) 防禦性鎖場之適法範圍，應以比例原則界定之（所謂過度之禁止）。
(2) 攻擊性罷工之範圍即是其範圍界定之標準；當罷工狹隘

³⁸ 判決原文可見 NJW 1980, 1642ff., DB 1980, 1266ff.。本文節錄之判決要旨與重要內容之整理，均參考自 Zachert et al. (1978)，其中有關聯邦勞動法院 1980 年 6 月 10 日該三則判決之部分，敬請參酌。

地受限於一協約區域內時，雇主一方將爭議行為擴大至其他企業之需求就更加強烈。

(3) 雇主團體的決定，如是對於一狹隘而受限之部分罷工，採取以協約區域內所有雇主之不定期限的鎖場為回應時(如案件中的整個西德境內)，應認不符合比例原則。

(4) 遵循一不符合比例原則之鎖場決定所為之鎖場措施，應為違法。但如僅極少數之雇主團體成員參加爭議行為時，即使有為數眾多之勞工涉及，結果上仍非違反比例原則。

6. 一個普遍的鎖場禁止 (ein generelles Aussperrungsverbot) 與現行團體協約法檣之原則有所牴觸，應認違法；是以黑森邦憲法之鎖場禁止亦係違憲，依基本法第 31 條應屬無效。
7. 鎖場之法基礎為協約自治，而協約自治在基本法第 9 條第 3 項之核心領域 (Kernbereich) 內而受憲法保障，且透過團體協約法而加以規範。
8. 罷工之範圍內若局限於協約區域內少於 25%之勞工，則防禦性鎖場在遍及之範圍不多於協約區域內相同比例之勞工時，則應認相當。
9. 僅對工會會員為選擇性的鎖場，應屬違法。

在這三則判決中，聯邦勞動法院第一庭清楚的表明兩點：

- 首先，為了自我利益，勞工與工會應盡可能將爭議範圍有所限縮，因為工資是勞工的經濟生存基礎，勞工僅能短期間的容忍工資之損失，工會的罷工基金顯然不足夠，同時無法用來解決非工會會員因鎖場而有工資損失之問題；
- 再者，基於爭議平等原則，面對工會之部分罷工，雇主當然有採取防禦性鎖場以因應的權利，但卻不能擴及所有的產業

部門勞工，使之癱瘓，而讓勞工承受所有的工資風險，因此，本於爭議平等的精神，重點應該是使「部分罷工足以作為對雇主團結之有效攻擊手段」(Däubler, 1998: 385-386)。

在此，第一庭有段極為經典的說明，足見法院眼中不是沒有「社會現實與社會權力關係」之視野；法院說道：「工會會員的利益通常一致，是以容易形成高度的團結，但雇主團體的成員則不然，他們常是潛在或甚至事實上的競爭者，雖然他們有爭取有利之團體協約的共識，使之可以推向一致的爭議策略與手段，然而，市場上的利益對立與競爭，並未因之而消失。這在產業團體協約僅涉及部分雇主企業時，將尤其明顯：未遭到罷工攻擊的雇主，將喜孜孜的看著那些可憐的雇主們，然而趁機搶奪市場；如此現象，雖不必然發生，但卻是部分罷工時所難以避免的」(BAG DB 1980, 1270)。法院在「勞工生存基礎保障」、「罷工之有效性」與「部分罷工所造成之雇主團體內部特殊生態」的三重考慮下，作出其令人嘖嘖稱奇的「鎖場數學式判決」(Aussperrungsarithmetik) 或稱「比例判決」(Quotenrechtsprechung) (BAG, NJW 1980, 1642f.; Däubler, 1998: 389-39; Kissel, 2002: 794)。該判決所標示之鎖場限制，請見表 1。

表 1 德國聯邦勞動法院 1980 年 6 月 10 日第一庭判決鎖場比例公式

協約區域已罷工人數	協約區域得鎖場人數
1/4 以下	1/4 以下
1/4-1/2	1/4 以下，得加至 1/2
1/2 以上	已無必要

聯邦勞動法院的此數學式判決，引起了勞資學三方有志一同的批評，例如 (Däubler, 1998: 389-391; Däubler, 2011: 52-53; Kissel, 2002: 795-796)：

- 法院搞錯了重點，重點在於鎖場根本的影響協商均勢，是應全面禁止；
- 法院誤解比例原則之操作問題，誤將形式上的對等無限上綱；
- 將鎖場誤認係罷工的附庸，違反基本法第 9 條第 3 項；
- 關鍵在於個案中的具體過度控制；
- 創造實質上的均勢不是國家機關的任務，而是在防止一方濫用手段而危害協約自治；
- 法院不當的限制雇主之爭議行為對等；
- 法院忽略了勞工陣營亦有團結之問題，而鎖場之容許顯然有害於此。

雖然說，聯邦勞動法院自己在 1985 年 3 月 12 日的一則判決後，³⁹ 即不再引用 1980 年備受爭議的此比例判決，而聯邦憲法法院亦在隨後的判決中，清楚表明「基本法保障雇主之鎖場權」，⁴⁰ 然而，此判決所產生之一定程度限制鎖場蔓延與惡化之作用，直接或間接使得工會與雇主重組各自的集體爭議行動策略，尤其是罷工之組織與操作，仍是一個可以觀察與注意的有趣現象，例如，如果在爭議進行時，基於某種勞工數量上的考慮，雇主突然加入或退出雇主團體，即成為現實發生之策略選擇，或是工會刻意組織少數、但具企業運作關鍵地位之勞工來進行罷工，致在前開鎖場公式中得以壓低雇主鎖場可能波及之範圍等 (Däubler, 2011: 694)。其中尤值研究的焦點，則是不存在於任何成文法中的所謂「對等／平等」(Parität)

³⁹ 該則判決字號 BAG Urt. v. 12.3.1985-1 AZR 636/82-AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf=DB 1985, 1894。

⁴⁰ BVerfGE 84, 212ff.=AuR 1992, 29.

之概念：⁴¹ 透過其下之不同內涵的操作，包括爭議平等、武器平等、協商均勢等，在聯邦勞動法院之法官法的形成中，不斷地藉以思索而形構集體爭議法秩序，不論是對於罷工或鎖場之兩項勞資雙方主要的爭議手段，再搭配比例原則之具體運用，成為兩大規範主軸，進而影響並制約了社會對手的爭議戰略與戰術，至屬明確。例如在 1992 年的一則判決中，聯邦勞動法院雖然不再運用 1980 年之數學公式，而是在不牴觸比例原則的前提下，肯定雇主鎖場權之合法性，但卻悄悄的將「人數關係」導入比例原則之意涵，直言道：如果鎖場的期間與罷工之長短相當，基本上就沒有違反比例原則，如果相較於罷工，鎖場只是「稍微地比較久」(um einiges länger)，應該也沒有問題，雖然在本案中之 1：26，亦即對於半小時之罷工而以二日之鎖場回應，顯然過度了。⁴² 值得注意的是，聯邦勞動法院在本案中，不再強調「罷工者是否為企業運作之關鍵人員」，易言之，在探討此罷工與鎖場間之「人數關係」時，並未特別留意「質」的面向，僅單就「量」的觀點去闡釋，是否一定程度「規避」其時勞資雙方之激烈爭議所在，「順勢回歸」類似 1980 年判決之數學式理解？實饒富趣味，更可見在「法院個案性操作」之環境與條件下，一個理應兼顧法安定性、提供社會行動者穩定之行動規則的法官法拘束，現實上何等之困難，唯有涵及規範與現實之辯證性考察，方能參透箇中玄機。

伍、繁複法官法網絡下的德國罷工法秩序現狀

在十九世紀以來的德國勞工運動發展歷程，在戰後歷經經濟奇

⁴¹ 德國法院判決中關於此概念之演進，請見 Erbguth (2001)。

⁴² BAG Urt. v. 11.8.1992-1 AZR 103/92-NZA 1993, 39.

蹟、勞資對抗，乃至於聯邦勞動法院令人印象深刻之造法行動後，時至今日，德國已形成一套「完全沒有任何制定法基礎下的罷工法秩序」，如前所言，發揮著相當程度之制約社會行為的角色與功能。在前述的歷史發展經驗中，形成了一套「繁複法官法網絡下的德國爭議行為法／罷工法秩序現狀」，以下僅做簡單的鋪陳與分析，這或許是不尋常的法學論述方式，但卻有助於理解法官法對於集體勞動法領域關鍵性的形成過程與結果，其主軸自然再清楚也不過：聯邦勞動法院變成事實上的爭議行為法領域之替代立法者，雖然不無警告其是否逾越法治國原有之「替代立法的界限」(Grenzen der Ersatzgesetzgebung) (Ruthers, 1988: 299)，但其終究在此扮演如此之角色，例如形構了以下之爭議行為法規範性內涵。

一、德國爭議行為法基礎、本質與意義

德國爭議行為並無任何的制定法規範，其法基礎一般認為是直接源自德國基本法的第 9 條第 3 項，⁴³ 易言之，該條項所保障之積極的同盟自由 (Koalitionsfreiheit)，其保障內涵亦包括協約自治所不可或缺的爭議行為手段權利，因為爭議行為是團體協約當事人的壓力手段，法秩序必須容許勞資雙方當事人的行使，以施壓予彼此，進而促使特定內容之團體協約規範的締結或不締結，當然，立憲者主要著眼的是前者，如學者 Franz Gamillscheg 所言，如果勞方未能享有罷工權的保障，則協約自治對其而言無異乞丐在路上集體行乞，協約自治將無從健全的運作，而德國基本法所期待之「社會自

⁴³ 亦有學者認爭議行為手段之憲法基礎，應在於基本法第 2 條第 1 項之一般行動自由，或是第 9 條第 3 項同盟自由基本權內涵從所謂「基本權效能」(Effektivität der Grundrechte) 觀點的推行，都能得出諸如罷工權之憲法基礎。相關討論請見 Däubler (1970)。

治」(soziale Selbstverwaltung)，在勞動生活中將無從實現(1997: 1013)。雖無實定法之明文規範，但在憲法之規範性拘束下，司法與學說遂一同勦力建立起當代德國之爭議行為法秩序基礎；一般而言，勞工的主要爭議手段是罷工，雇主則係鎖場，當然學理及實踐上都還有其他的爭議手段，例如杯葛、佔領工廠、集體休假等，不過其重要性均遠較罷工與鎖場為低。

行使爭議行為的手段既為憲法上之同盟自由基本權所涵蓋，則依勞動法法源順序之基本原理，憲法之位階既優先於勞動契約，則一合法行使之爭議自然不構成勞動契約義務的違反，而無債務不履行之問題。德國爭議行為法制的一重要概念，係所謂的「爭議平等」，亦有稱之為「武器平等」，係指為實現基本法所保障之協約自治，亦即為使勞資雙方得自我負責的、在國家不干預之前提下形成本身之勞動與經濟條件，必須使勞資雙方得以享有平等之協商機會，是以整體爭議行為法秩序之核心任務，就是促進雙方力量均勢的建立，也就是所謂的協商均勢。雖然在此規範性的期待下，就整體法秩序的內涵形成中，如何具體的建立現實之協商均勢，學說上迭有爭議——鎖場之完全合法性、完全違法違憲性或聯邦勞動法院前述之「數學式判決」等之爭議即為其顯例——但不論如何，爭議平等原則仍在整個爭議行為法的發展中，佔有其相當重要的地位。

二、勞方爭議手段——罷工：合法性要件

勞方之主要爭議手段為罷工，依一般的學理定義，所謂的罷工係指「多數勞工為達特定目的，有計畫的、共同的暫時拒絕提供依勞動契約應負履行義務的勞務」，在解釋上，這樣的「拒絕提供勞務」，不僅包括消極的不工作，亦可能為不完全履行勞務、散漫式的工作(bummeln)，或甚至以癱瘓生產為目的之「嚴格遵守工廠職

場之秩序或安全規定」——所謂的「依規定工作」(Dienst nach Vorschrift)。當然，經過司法實務的長年累積，勞工合法之罷工權的行使，被加上了許多其他的要件，使得問題相對的複雜；總的來說，一法秩序所評價之合法罷工，應滿足下列的要件：⁴⁴

(一) 罷工必須由工會所發動

德國長久以來的司法實務以為，罷工雖屬基本法所保障之合憲權利，但因罷工可能造成之對於國民經濟的損害，基本上仍是社會所不樂見的，因此為社會利益之衡平，應僅於特定之範圍內方得行使之，換言之，只有透過在勞動生活、經濟生活與爭議行為領域均具重要地位之工會的「參與」，方得確保勞動者僅於有理由之相當情形，且同時遵守相關爭議規則之前提下，才決定採取罷工之行動，而顯然，其他非屬工會之勞動者個人、全體或非工會之其他團體，於整體法秩序評價中，都無從擔任如此之重要角色。德國司法實務一向認為，罷工僅得由工會「發動」之，罷工不得沒有工會之意志或是違背工會之意志而行使，否則即是所謂的野罷工，當然，工會亦得事後接手野罷工而重新賦予其合法性。⁴⁵ 值得注意的是，罷工的合法性雖然取決於工會之發動角色，但並非所有參與之勞工皆須為該工會之會員，也就是說，非發動罷工之工會所屬會員的勞工，不論是未加入任何工會或係其他工會成員者，皆有可能加入一工會發動之合法罷工，而不構成個別勞動契約之債務不履行，亦不致使該罷工成為違法，應加注意，是以德國公法學上一向將同盟自

⁴⁴ 相關討論請見 Däubler & Hege (1976); 實務見解請見 BAG, AP Nr. 1, 6, 32, 33, 34, 41, 51, 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; NZA 1988, 883。

⁴⁵ 清楚表達這樣看法的法院見解，諸如 BAG, AP Nr. 3, 32, 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Nr. 33 zu § 1 TVG Friedenspflicht。

由權及罷工權，定性為雙重本質之基本權，亦即同屬個人及團體（工會）之憲法基本權，而具有集體與個別之雙重面向，雖然——必須避免混淆的——法秩序依然將罷工之合法性維繫於「應由工會發動」之要件上 (Sachs, 2003: 379)。

(二) 罷工必須為實現一團體協約所得規範之目標

第二個要件非常緊密的與基本法第 9 條第 3 項之同盟自由基本權所保障之核心領域——協約自治相關；德國學界暨實務界通說以為，爭議行為手段係為締結團體協約所使用之施壓手段，是以爭議行為之客體，即須限於調整事項之爭議 (Regelungsstreitigkeiten)，換言之，罷工行動只有在爭議之標的涉及團體協約之法規範效力條款時，方得具備合法性。⁴⁶ 依此說法，屬於勞動關係既存權利義務內容之權利事項 (Rechtsstreitigkeiten)，即不得為罷工權行使之標的，蓋其與追求團體協約之締結無涉。在此要件下，經常受到關注的所謂同情性罷工，則因其目的在於支持他人所發動之爭議行動，而非在於意圖實現所屬企業廠場的團體協約之締結，換句話說，罷工所追求者並非有關團體協約規範之實現，或即便追求特定團體協約之實現，但該協約條款顯然無關於參與罷工之勞動者，是以聯邦勞動法院向來均認為，此性質之同情性罷工應屬非法，因為罷工之目的既然應在於協約自治之保障，以解決本無法協調之利益衝突，

⁴⁶ 學說及實務上經常爭執的一個焦點是：職業訓練關係下的學徒，是否亦得享有罷工權，而關鍵就在於此「團體協約可規範之目標」的要件上。德國聯邦勞動法院清楚地表明，只要是團體協約所得規範之權利義務客體，就應該容許其行使罷工權以施壓予社會對手，而顯然，職業訓練關係之勞動條件部分，本質上亦得以團體協約之方式規範之，因此邏輯上自無否定學徒亦得行使罷工權之理；dazu siehe BAG, NJW 1985, 85(91); Schaub (2009)。當然，亦有少數說認為讓學徒享有罷工權，應屬根本上抵觸職業訓練本質。

則一個被同情性罷工所波及之企業，既然無法實現工會所提出之目標——因該目標顯然係針對其他企業，則罷工已失去其原始所應具備之均衡利益目的及功能，是該同情性罷工無法得到法秩序之合法評價 (Brox & Rütters, 1982: 82-84)。當然，聯邦勞動法院亦認在某些特殊情形，同情性罷工亦有合法之可能，例如遭同情性罷工之雇主顯然在「主爭議」(Hauptkampf) 中失去其中立性，不論是接手主爭議中資方之生產活動，抑或本身即屬主爭議之資方經濟上之一部分，則同情性罷工將因此「間接之團體協約可規範性」而合法化。此外，非以締結團體協約為目標，而是針對國家以促使某些公權力行動或立法作為時，亦即學理上所稱之政治性罷工，即便其政治目標是影響特定勞動法令之實現或不實現，亦將因企圖影響國家行為之基本上無涉協約自治本質，無關勞資雙方力量均衡之達成，而非為基本法積極同盟自由之保障範圍所涵蓋，依德國通說見解，亦將不符合此積極要件而為非法 (Zöllner et al., 2008: 416)。

(三) 發動罷工之工會不得違反團體協約和平義務條款之規定

學理及實務上均相當重要的一個概念是所謂的和平義務 (Friedenspflicht)，也就是禁止團體協約之當事人及其所屬會員，在團體協約的存續期間內，就協約之內容之爭議進行如罷工等之爭議行為。在德國法的通說，和平義務之不得違反亦係罷工合法性的要件之一；但實務上經常出現一個問題，就是對於和平義務之認定過於普遍與廣泛，也就是說，並非只要團體協約依然存續，當事人便不得為任何之爭議行為，而是只有針對團體協約已規範之事項方不得為爭議行為，⁴⁷ 假如工會行使爭議行為並非針對團體協約之直接

⁴⁷ 德國實務界其實亦清楚地提到這一點； dazu BAG, AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. 學說上之討論請見 Däubler (2011)。

約定事項者，則應不在此和平義務拘束的範圍之內，國內在討論上普遍將和平義務理解為「只要團體協約的有效期間尚未屆滿，和平義務便繼續存在」，恐怕不甚精確，容易引起誤解。

(四) 罷工必須符合比例原則

通說向來依循聯邦勞動法院之見解，承認遵守比例原則之作為合法罷工的要件，當然，此亦無礙於具體問題上之重大歧見。首先，從聯邦勞動法院早期的判決以降，罷工即必須作為最後手段，此即所謂的「最後手段原則」(ultima-ratio-Prinzip)：罷工唯有在所有的爭議解決途徑，包括協商與調解可能性均窮盡而破裂時，方得行使之。自然，在具體的認定上，協商究竟是否已陷於「毫無可能之地步」，如何來加以「終局性的確認」，始終是極其困難的問題，但至少獲取共識的是「應先經協商」，此應屬不可避免的程序要件，理論上看來，不論勞資雙方是承諾繼續協商，抑或開啟特定之調解程序，應該都是沒有疑義的符合最後手段原則之要求，不過德國學說及實務向來均認罷工前之調解程序應屬必要，換言之，就是否參與調解程序而言，應認工會無決定之自由，只要經過調解，團體協約之一方當事人表明「不再參與協商」，則可逕認「該方當事人已認協商破裂」，而業已符合最後手段原則之要求，罷工權之行使即屬合法。⁴⁸ 迭有爭論的是所謂的警告罷工(Warnstreik)，也就是和平義務之拘束效力消滅，而仍於團體協約協商期間之內所為之罷工；聯邦勞動法院以為，法秩序並未獨厚警告罷工，而使其不受最後手段原則之拘束，換言之，所有協商解決途徑仍然必須窮盡，警告罷工方有合法之可能，當然——同樣道理，協商是否窮盡、團體協約之達成共識是否可能，端視協約當事人之自我決定，司法無從

⁴⁸ BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

加以審查，如果號召罷工本身即可視為「宣示協商的破裂」，無須任何形式上的特定意思表示，則八十年代號稱「新彈性行動策略」(Strategie der Neuen Beweglichkeit) 的警告罷工，無異仍屬合法，至少就實踐行動面的事後解釋來看。⁴⁹ 比例原則的第二個內涵是所謂的適當性原則，亦即罷工之爭議手段，必須是達成協約目的所適當的，這並非表示法院得任意於事後審查罷工與協約主張之相互關係，是否為適當或合乎相當比例，而只是凸顯一基本原則：「罷工應以適當方式為之」，是以，諸如以暴力手段對付有繼續工作意願之勞工，強力阻止商品、顧客等之進入或退出，佔領企業工廠，干預介入雇主之私生活領域，抑或拒絕履行必要之維護或安全工作者，依德國司法實務見解，均可能有違反比例原則之此適當性次原則之情形。⁵⁰ 值得注意的是，即便罷工之行使有違反適當性原則之情事，也就是學理上所稱之「個別罷工過度行為」(einzelne Streikexzesse)，亦非立即導致罷工之整體違法性，而是可能就雇主因此所受之損害，由所參與之勞工負德國民法第 831 條第 1 項之侵權行為損害賠償責任，而工會亦可能依同法第 831 條第 1 項負連帶責任，但並非使原合法之罷工轉為違法。有關比例原則的最後一項問題，是所謂的罷工程序規則，其問題意識是：工會內部章程如就罷工之發動定有相關規定時，例如罷工投票及表決多數方式，則違反該章程規定之罷工行使，是否應即認違反比例原則。依德國學界一般看法，諸如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，並非外部所謂窮盡協商及談判可能性之要素之一，因此其遵守與否概為工會內部意志形成程序瑕疵之問題，而與

⁴⁹ BAG, BB 1988, 1329f. 學說討論請參見 Däubler (1984, 1998); Zöllner et al. (2008)。

⁵⁰ BAG, NJW 1982, 2835; NZA 1988, 846f.(850), 1988, 873f.

罷工之合法性問題無涉 (Däubler, 2011: 285-286)。依德國實務界的說法，一個合乎比例原則的罷工，即稱之為具備「社會相當性」之合法罷工。⁵¹

陸、回顧與前瞻——德國新的司法形成通往新的罷工法秩序？

從前段有關現行罷工法秩序內涵的描述，儼然發現，德國司法體系已自我形成一套望似完整、較一般制定法規範有過之而無不及的龐雜規範體系，而這其發展過程中，社會力量，不論勞動或資本，不論在歷史的何一時點，都扮演相對複雜的角色：推動者，受益者，阻撓者，以及更多時候的：參與者，不論是十九世紀以降的法律形成與變動，抑或二次大戰後的集體爭議行為法秩序之建構。

易言之，以集體勞動關係中之爭議法秩序為經，以社會變遷為緯，眼觀歷史發展的縱深，從十九世紀至威瑪時代勞工運動過程中之「法、資本與勞動」的微妙拉扯關係，直到戰後以「罷工暨鎖場」為範圍的觀察，我們都可以看到，德國集體勞動法秩序，始終與勞動、資本的社會權力關係緊密相連，而法，不論是制定法，抑或由司法機關所發展出來的法官法，都在其中扮演一定的奇特角色，不論從哪一角度，不論視之為正面或負面。在罷工與鎖場的議題上，「爭議平等」、「協商均勢」、「相當性原則」、「比例原則」、「武器平等」、「對手生存毀滅之禁止」等等抽象又具體的原則，更重要的是：無法律明文規定之原則，卻在個案左右法官裁判之餘——或許應該說：法官以之運用而左右裁判之餘，更在抽象而宏觀的整體集體勞動法秩序中，非但佔有了一席之地，更經常發揮影

⁵¹ BAG, AP Nr. 32, 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

響或甚至制約一定社會行為的效果。⁵² 可以預期的是，這樣奇特的法律辯證過程，會不斷地推衍下去，即使在真正出現一制定法的成文規範，料想也不會停止；在德國集體爭議法秩序繼續維持法官法現狀的今日——Gamillscheg 的名言：法官法是我們的命運，法院當然不會完全停留與僵固在過去的見解，必然要與時俱進，面對新的問題，嘗試新的建構，⁵³ 同樣地在其中，「社會變遷」不會只是被影響與決定的客體與結果，而是：本身就是一定的參與及形成者。

有趣的是，雖然有關爭議行為法、當然特別是罷工法秩序的內涵，聯邦勞動法院並未「完全」脫離前述的「現狀」，但在全球化時代的今日，來自於下級勞動法院、甚至是聯邦勞動法院在某些個案中之司法形成，卻在許多的個別問題點上，出現鬆動、甚至意圖翻轉現行規範體系的軌跡，諸如：

- 只要符合比例原則與其他之合法性界限，則雖非以締結團體協約作為目標，單純的支援性罷工 (Unterstützungsstreik) 仍非違法，⁵⁴ 但並不表示可以完全與協約無關，而是說：即便罷工的勞資雙方目的不在彼此之間的協約自治，但它仍然必須與第三人 (通常是間接相關的雇主) 要進行之團體協約相關，換言之，仍未根本動搖所謂協約相關性的罷工合法性要件 (Richardt et al, 2009: 399)。聯邦憲法法院甚至在 1991 年的一則判決中說道：同盟目的應在於簽訂團體協約，是以，

⁵² 例如 Stephan Voswinkel 便觀察工會因應法院判決而調整之罷工策略，不論是政治罷工、非工會罷工或標準之協約導向的罷工 (包括警告罷工) (1983: 309-311)。

⁵³ 一個新興例子是：工會得否以罷工作為手段，使雇主屈服而承諾不關廠而出走？此是否涉及侵害雇主憲法上所保障之職業自由與財產自由？許多地方勞動法院便有不同之看法，雖然聯邦勞動法院較傾向否定的態度 (BAG 10.12.2002=AuR 2003, 30)；相關討論請見 Hanau & Thüsing (2003: 7, 29)。

⁵⁴ BAG Urt. v. 19.6.2007-1 AZR 396/06-NZA 2007, 1055.

同盟得自由選擇其認為達成目的所需之合適手段，如果實現結社之目的，必須仰賴特定手段之運用，則該等手段亦當為基本權保障所涵及，這裡所指之受保障的手段，自包括以締結團體協約為目標的爭議行為，然而，同盟自由保障之範圍，亦應擴及那些必要的、得以維護協約自治發揮機能之手段，而且這些手段顯然符合德國基本法第 9 條第 3 項的意旨。⁵⁵ 很清楚的，聯邦憲法法院指的便是協約以外、非協約之範圍領域，易言之，合法罷工權之行使，將不再局限於以迫使對方同意締結團體協約為目的，然而，聯邦憲法法院的「新發展」，並未得到聯邦勞動法院的明確支持，也沒有產生太多對於社會行動者之影響 (Däubler, 2011: 243)；

- 準此，例如行使罷工權係針對諸如其他的集體性契約，⁵⁶ 與所要求之金額可能不一定合乎比例之針對社會計畫的主張，⁵⁷ 所謂之示威或抗議罷工，⁵⁸ 甚至是由非工會會員以干擾或杯葛方式所為之快閃行動 (Flashmob-Aktionen)，⁵⁹ 迫使雇主撤回特定的措施或促使其為特定之承諾 (例如撤回解僱決定或承諾不為解僱行為) (Däubler, 2011: 248-249)，為

⁵⁵ BVerfG Beschl. v. 26.6.1991-1 BvR 779/85-BVerfGE 84, 212ff. = AuR 1992, 29ff.

⁵⁶ 聯邦憲法法院在一則判決中，即承認勞資雙方有手段選擇之自由，包括罷工之爭議行為手段，以促使締結與共同決定事項有關之集體性契約：BVerfG Urt. v. 24.5.1995-2 BvF 1/92-BVerfGE 93, 37, 82 = PersR 1995, 4783ff.; 另請參見 Däubler-Däubler, Arbeitskampfrecht, 3 Aufl., § 13 Rn. 18f.

⁵⁷ BAG v. 24.7.2007-1 AZR 252/06-NZA 2007, 987.

⁵⁸ BAG v. 21.6.1988-1 AZR 651/86-AP Nr. 180 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG v. 19.6.2007-1 AZR 396/06-AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁵⁹ LAG Berlin v. 29.9.2008 = BB 2008, 2290ff.; BAG 22.9.2009 = NZA 2009, 1347ff. 相關討論請參見 Picker (2010)。

實踐企業組織法上之目標，⁶⁰ 簽訂所謂之「保有生產據點契約」(Standortsicherungsvertrag)——亦即使雇主全部或一部地撤回產業外移與大量解僱決定，⁶¹ 或為實現與勞動暨經濟條件有關、甚而無關之例如一般政治問題 (比方反對軍隊駐防海外) 方面的政治目標等 (Däubler, 2011: 257-258)，遂均可能經法院承認為合法罷工權之行使。

依 Däubler 的觀察，這些看似更進一步「自由化」發展的趨勢，亦即一定程度鬆動原有對於勞方爭議行為手段的限制，並非來自工會的反彈與對抗，而毋寧是與時代的變遷有關，換言之，在經濟全球化的當代，為了避免受憲法保障之協約自治體制的崩解，強化、而非弱化工會的行動與對抗力量，應該才是正途，而越來越明顯的歐洲法與國際公約對內國法之影響力道，也無疑使德國爭議行為法、當然特別是針對勞工的罷工法秩序，受到許多「較外國法與國際法更為糟糕」之譏評，尤其是「罷工僅限於協約目標」的典型德國罷工法內容，便常被認為無法通過歐洲社會憲章 (Europäische Sozialcharta) 第 6 條第 4 項的檢驗。⁶² 在如前述之發展趨勢下，面

⁶⁰ Beschl. v. 29.7.2009-7 ABR 27/08-DB 2010, 117. 相關討論請參見 Däubler (2011)。

⁶¹ 相關之判決極多，例如：LAG Hamm Urt. v. 31.5.2000-18a Sa 858/00-NZA-RR 2000, 535=AP Nr. 158 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG Urt. v. 24.4.2007-1 AZR 252/06-NZA 2007, 987; LAG Schleswig-Holstein Urt. v. 27.3.2003-5 Sa 137/03-NZA-RR 2003, 592; LAG Niedersachsen Urt. v. 2.6.2004-7 Sa 819/04-NZA-RR 2005, 200=AP Nr. 164 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ArbG Lübeck Urt. v. 29.5.2001-6 Ga 21/01-AiB 2002, 122。

⁶² 該項規定為：「勞工及雇主在利益衝突時，有採取如罷工之集體措施的權利，但仍應遵守有效之團體勞動契約所規定之義務」(Däubler 2011: 57)。當然，歐洲社會憲章該條款規定的相當簡要，一般的論述上也未強調「不得容許罷工僅能限於協約相關目標，否則即有抵觸歐洲社會憲章之嫌」，相關討論可參見

對司法機關雖然尚未根本改變罷工法秩序的基本結構與內容，例如前面提到的聯邦憲法法院 1991 年的見解——這一點非常重要，也是為何作者並非將此判決直接放入本文核心部分論述的理由，並非真正動搖聯邦勞動法院相對根深蒂固的罷工法內容構成，也對集體勞動關係上未產生具體的影響 (Däubler, 2011: 57-58)，但不論如何，在某些案例與判決中呈現些許鬆動的情形下，作為勞工社會對手之資本，自然產生無比的焦慮，問題與答案似乎很清楚：如果法院關於勞方罷工權之見解，漸漸傾向於對資本不利，不再完全限於協約目標，如果不能擺脫與控制司法，則唯一的解決路徑自然就是法律化的最重要形式——直接尋求立法的決定。例如德國雇主聯合會於 2003 年 9 月 15 日發表其理事會決議，在「罷工與鎖場均係過去那個在當代經濟條件下早已不復存在之歷史階段的殘餘」的沈痛下，呼籲應立法限制協約自由與罷工權，包括 (Berg, 2010: 472)：

- 應強制要求至少於罷工一個月前即應開啟之調解程序；
- 限制包括特殊專業者、少數勞工與特殊功能菁英者之罷工權，例如飛航機師、領航員或火車司機，以防止其罷工而癱瘓企業；
- 應明文容許並保障不參加罷工行動之破壞罷工 (Streikbruch)，同時禁止非屬罷工企業員工之其他工會會務人員與工會會員之組織罷工糾察線；
- 罷工至少三日前應預告；
- 限制公部門與其他攸關生存照管之企業的勞工罷工，例如健康醫療、能源供應等；
- 立法明文規定公務員有為罷工替代工作之義務；

- 立法限制企業內員工代表會於爭議行為時之資訊權與共同決定權，以反制聯邦勞動法院之「不當判決」；
- 免除雇主於「冷鎖場」(kalte Aussperrung) 時之工資給付義務。

可見，攸關勞動與資方權力關係辯證形成甚鉅的爭議行為，特別是在鎖場已趨近難再出現之背景下的罷工權，法律化概念下的立法化與司法化，仍存續其複雜的相互關聯，規範與現實，意識與行動，將不斷地持續糾葛下去。更值得注意的是，在全球化時代背景下，爭議行為是否還有明天？是否像許多學者所言之「爭議行為與伴隨之爭議行為法，在未來都將無持續存在的機會，甚至已處於苟延殘喘後的彌留之際」(Picker, 2010: 503)？或言道：象徵文明解放與經濟進步之歐洲未來，是否根本就與代表著昔日殘留之自力救助、強制與拳頭大小決定邏輯的爭議行為，處於水火不容之對立？那個聯邦勞動法院曾大言不慚地主張，說：「勞動與經濟條件之規範，並非本於自由競爭框架中之個人充分協商的契約模式，而毋寧是依據強而有力之衝突歸至與威脅」，當真能與未來彰顯解放與進步價值之歐洲共存？⁶³ 事實上，多年來在勞動法的討論中，即不斷出現「重新強調個人契約自由」、「重新思考私法自治」、「排除國家或集體力量（如工會）的外力干預」的呼聲，其攻擊之焦點無非工會主導下之罷工暨其他集體行動，乃至於協約自治所發揮之結構性作用；例如早在 1976 年，亦即勞動法之發展達到最高峰之時，學者 Wolfgang Zöllner 便直言，勞動法的最大問題，是出現在它與私法的最重要思考模式——契約自由——之間的緊張關係，特別是個

⁶³ BAG 12.9.1984 - 1 AZR 342/83, BAGE 46, 322, 352=SAE 1985, 33; Picker (2010).

別勞動法，它已經完全呈現脫離私法的危險傾向，不論在契約當事人的締結、內容的形成，勞動法都顯得熱中與急切的控制 (Kontrollhektik)，進而忽略了「契約的正確保證本質」與「立法者正義要求」的差異，將兩者混為一談，用正義來苛求與控制契約 (1976: 222-224, 246)；在 Zöllner 看來，勞動法已不再是實現私法基本理念的領域，它經常藉著「社會國必要思維」的藉口，沒有實質理由的、任意的擴張與運用自己的強行規範，結果不但使個人的自決無法實現，反而常帶來對於勞工負面的、非社會的後果 (1988: 335-336)。Volker Rieble 則指勞動法與團體協約法，已儼然仇視個人自由的、標榜意識形態的集體主義象徵，勞動法的這種制式價值判斷，法律上已難有規範基礎可言，它剝奪了當事人自我決定「何者符合其利益、何者為正確」的權限，因此勞動法需要一個大的結構變遷，應該賦予勞工更多的決定自由 (1996: 154-155)。而這一些觀點與批評，直接或間接均直指德國爭議行為法秩序，這個主要由扮演替代立法者角色之法院，處於激烈變動之政治經濟社會環境，以及勞動與資本交互辯證之權力關係中，所催生與不斷形成變異的規範內涵。

法律人出身的威瑪時代馬克思主義者科西 (Karl Korsch)，曾提出所謂「改革與革命」辯證角度下的法律行動理論 (juristische Aktion) (1993: 366-370)，帶給戰後許多法律學者，特別是勞動法學者，一個無從抹滅與忽視的啟發：藉著法規範在法釋義學體系的操作，吾人可以追求一自由民主秩序下的「另類法律理解與法律解釋」，亦即在現有的法律體系下，尋求一有利於弱勢者保障與自決的法律可能性，進而真正落實社會法治國所欲追求的社會正義與平

等；⁶⁴ 而最經常出現的形式，便是司法，不論是來自於被迫還是主動的勇氣。⁶⁵ 然後，可能的話，進而進逼資本主義社會體制的鉗制，以社會力量的展現為基礎，實現一更加保障人性尊嚴的社會，例如透過某種司法理解下之爭議行動。探索內國終審法院對社會變遷可能產生的作用與影響，重點不在於單純法釋義學層次的辯論與批判，而毋寧——就如同科西的啟示一般，站在一定的社會關懷與進步人道之立場上，如何有一定向度的社會變遷期待，而從中找出法律人能夠扮演的角色，無論是作為法學者，抑或法院之執法者，如此方有其意義。觀察德國罷工法、乃至於爭議行為法秩序之歷史發展軌跡，特別是著眼於法院的形成角色，所發揮之穩定／不穩定之規範功能與作用，乃至於與勞動暨資本之社會行動者透過行動所形成之辯證關係，在不同的時代中、不同的政治經濟社會之權力關係結構中，呈現出反思後的「法秩序」，雖然是不成文的，雖然是不斷變動的，雖然是不斷面臨知識與行動之雙重挑戰的，但其實奇特地提供一絕佳的歷史觀賞舞台：法、法律與社會現實，永遠無法擺脫的交互且複雜之關聯。

⁶⁴ 勞動法方面如 Däubler (1974); Hartwich (1970)。一般法學理論方面如 Abendroth (1972)。

⁶⁵ 這是 Hermann Weitnauer 觀察聯邦勞動法院後的感嘆 (1979: 617)。

參考文獻

- 林佳和 (2009)。〈法律與政治糾葛下的政府工會法政策——一個法律政治學 (Rechtspolitologie) 進路的分析〉，社團法人台灣法學會 (編)，《台灣法學新課題 (七)》，頁 133-188。臺北：元照。(Lin, C. H. [2009]. Legal policies for unions under struggle between law and politic—Analysis with the approach of legal political science. In Taiwan Law Society [Ed.], *New lessons on Taiwan legal research VII* [pp. 133-188]. Taipei: Angle.)
- 林佳和 (2013)。〈部分工時的勞動法與社會法保障〉，林良榮、孫迺翊 (編)，《勞動市場變遷與社會安全制度—兩岸勞動法與社會法的比較》，頁 249-303。臺北：新學林。(Lin, C. H. [2013]. Legal protection of part-time employment under the view of labor law and social protection law. In L. J. Lin & N. Y. Sun [Eds.], *Change of labor market and institution of social security—Comparison of labor and social protection law between China and Taiwan* [pp. 249-303]. Taipei: Sharing.)
- 黃程貫 (1992)。〈德國企業危險與勞動爭議危險理論〉，《政大法學評論》，46: 279-387。(Hwang, C. G. [1992]. Theory of enterprise risks and labor disputes in Germany. *Chengchi Law Review*, 46: 279-387.)
- Abendroth, W. (1965). *Sozialgeschichte der europäischen Arbeiterbewegung*. Frankfurt a.M., Deutschland: Suhrkamp.
- Abendroth, W. (1972). *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie* (2nd ed.). Neuwied und Berlin, Deutschland: Luchterland.
- Arras, G. (1953). Streikrecht und Arbeitsvertrag. *Neue Juristische Wochenschrift*, 6, 6: 241-246.
- Berg, P. (2010). Das Arbeitskampfrecht in der rechtspolitischen Auseinandersetzung. In T. Dieterich, M. Le Friant, L. Nogler, K. Kezuka, & H. Pfarr (Eds.), *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert* (pp. 469-478). Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- Berman, H. J. (1991). *Recht und Revolution* (2nd ed.). Frankfurt a.M.,

- Deutschland: Suhrkamp.
- Blanke, T., Erd, R., Mückenberger, U., & Stascheit, U. (Eds.). (1975). *Kollektives Arbeitsrecht: Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland, Vol. 1: 1840-1933*. Hamburg, Deutschland: VS.
- Bobke, M. (1982). Richterliche Grenzen des Arbeitskampfes. *Arbeit und Recht*, 30, 2: 41-51.
- Brox, H., & Rütters, B. (1982). *Arbeitskampfrecht* (2nd ed.). Stuttgart, Deutschland: W. Kohlhammer.
- Brüggemeier, G. (1982). "Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung"—"Mischverfassung des deutschen Interventionskapitalismus"—"Verfassungstheorie des Sozialstaats": Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft. In V. Gessner & G. Winter (Eds.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft* (pp. 60-74). Opladen, Deutschland: Westdeutscher.
- Bydlinski, F. (1983). Gedanken über Rechtsdogmatik. In O. Martinek (Ed.), *Arbeitsrecht und soziale Grundrechte: Festschrift Hans Floretta* (pp. 3-15). Vienna: Manzsche.
- Däubler, W. (1970). *Der Streik im öffentlichen Dienst*. Tübingen, Deutschland: Mohr (Siebeck).
- Däubler, W. (1972). Die unverhältnismäßige Aussperrung BAG (GS) AP, Art. 9 GG—Arbeitskampf—Nr. 43. *Juristische Schulung*, 12, 11: 642-648.
- Däubler, W. (1974). *Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht—Zum Selbstverständnis der Arbeitsrechtswissenschaft*. Köln, Deutschland: Pahl-Rugenstein.
- Däubler, W. (1984). *Neue Beweglichkeit im öffentlichen Dienst?—Der Gewerkschaftliche Warnstreik als Rechtsproblem*. Stuttgart, Deutschland: ÖTV.
- Däubler, W. (1998). *Das Arbeitsrecht 1* (15th ed.). Reinbek bei Hamburg, Deutschland: Rowohlt.
- Däubler, W. (2006). *Tarifvertragsgesetz* (2nd ed.). Baden-Baden, Deutschland: Nomos.

- Däubler, W. (2011). *Arbeitskampfrecht* (3rd ed.). Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- Däubler, W., & Hege, H. (1976). *Koalitionsfreiheit*. Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- Degenhart, C. (1976). *Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Deppe, F., Fülberth, G., & Harrer, J. (Eds.). (1978). *Geschichte der deutschen Gewerkschaftsbewegung* (2nd ed.). Köln, Deutschland: Pahl-Rugenstein.
- Dietz, R. (1952). Streik und Arbeitsverhältnis. *Betriebs-Berater*, 7, 6: 294-296.
- Engels, A. (2008). *Verfassung und Arbeitskampfrecht: Verfassungsrechtliche Grenzen arbeitsgerichtlicher Arbeitskampfbündelung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Erbguth, J. (2001). *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts zum Grundsatz der Parität im Arbeitskampfrecht*. Sinzheim, Deutschland: Pro Universitate.
- Fabricius, F., Naendrup, P.-H., & Schwerdtner, P. (1980). *Arbeitsrecht und juristische Methodenlehre*. Neuwied, Deutschland: Luchterhand.
- Gamillscheg, F. (1997). *Kollektives Arbeitsrecht* (Vol. 1). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Grewe, W. (1951). Anmerkungen zu LAG Frankfurt a.M. Urt. v. 18.9.1950—I LA 344/49. *Juristenzeitung*, 1, 4: 181-183.
- Gumnior, P. (2007). *Die Rechtmäßigkeit des Sympathiestreiks*. Frankfurt a.M., Deutschland: Peter Lang.
- Gusy, C. (1983). "Verfassungspolitik" zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik. Heidelberg, Deutschland: Decker & Müller.
- Habermas, J. (1989). Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter. *Kritische Justiz*, 22, 2: 138-146.
- Hanau, P., & Thüsing, G. (2003). Neue Herausforderungen der Sozialpartner: Tarifverträge zur Beschäftigungssicherung. In G.

- Thüsing (Ed.), *Tarifautonomie im Wandel: Beiträge zum Tarif-, Arbeitskampf- und Koalitionsrecht* (pp. 7-34). Köln, Deutschland: Heymanns.
- Hannover, H., Kutscha, M., & Skrobanek-Leutner, C. (Eds.). (1987). *Staat und Recht in der Bundesrepublik*. Köln, Deutschland: Pahl-Rugenstein.
- Hartwich, H.-H. (1970). *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*. Köln, Deutschland: Westdeutscher Verlag.
- Hassemer, W., Hoffmann-Riem, W., & Limbach, U. (Eds.). (1982). *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*. Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- Heselhaus, F. S. M., & Nowak, C. (Eds.). (2006). *Handbuch der europäischen Grundrechte*. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Hoffmann, R. (1972). *Rechtsfortschritte durch gewerkschaftliche Gegenmacht* (7th ed.). Frankfurt a.M., Deutschland: Bund-Verl.
- Hueck, A., & Nipperdey, H. C. (1963). *Lehrbuch des Arbeitsrechts* (Vol. 1) (7th ed.). Berlin: Franz Vahlen.
- Joachim, H. G. (1973). Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein geeignetes Kriterium für die rechtliche Erfassung des Phänomen "Arbeitskampf"? *Arbeit und Recht*, 21, 10: 289-296.
- Kissel, O. R. (2002). *Arbeitskampfrecht*. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Kittner, M. (Ed.). (1974). *Streik und Aussperrung: Protokoll der wissenschaftlichen Veranstaltung der Industriegewerkschaft Metall vom 13. bis 15. September. 1973 in München*. Frankfurt a.M., Deutschland: Luchterhand.
- Kittner, M. (2005). *Arbeitskampf: Geschichte-Recht-Gegenwart*. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Klönne, A. (1989). *Die deutsche Arbeiterbewegung*. München, Deutschland: Diederichs Eugen.
- Korsch, K. (1973). *Arbeitsrecht für Betriebsräte* (4th ed.). Frankfurt a.M., Deutschland: Europäische Verlagsanstalt.
- Korsch, K. (1993). Marxismus und Philosophie (1923). In M. Buckmiller (Ed.), *Gesamtausgabe* (Vol. 3, pp. 299-367).

- Amsterdam: Stichting beheer IISG.
- Kunz, F. (1991). Arbeitnehmerschutz—Bedenkenswertes beim Wandel eines Wirtschaftssystems. *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 22, 3: 369-378.
- Lotmar, P. (2001). *Der Arbeitsvertrag* (2nd ed.). Berlin: Duncker & Humblot.
- Luhmann, N. (1995). *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a.M., Deutschland: Suhrkamp.
- Meyer, R. (1977). *Streik und Aussperrung in der Metallindustrie*. Marburg, Deutschland: Luchterhand.
- Mösch, R. (1991). *Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht?* Pfaffenweiler, Deutschland: Centaurus.
- Nikisch, A. (1952). Streik und Arbeitnehmer. *Betriebs-Berater (BB)*, 7, 25: 721-724.
- Nikisch, A. (1959). *Arbeitsrecht* (Vol. 2) (2nd ed.). Tübingen, Deutschland: Mohr (Siebeck).
- Nutzinger, H. G. (Ed.). (1998). *Die Entstehung des Arbeitsrechts in Deutschland: Aktuelle Probleme in historischer Perspektive*. Marburg, Deutschland: Metropolis.
- Otto, H. (2006). *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Picker, E. (2010). Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung—Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts (Teil 1). *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 41, 3: 499-585.
- Rawls, J. (2003). *Politischer Liberalismus*. Frankfurt a.M., Deutschland: Suhrkamp.
- Reuter, D. (1985). Die Rolle des Arbeitsrechts im marktwirtschaftlichen System. *ORDO*, 36: 51-88.
- Richardi, R. (1988). Die ultima-ratio-Regel als Prinzip des Arbeitskampfrechts. In F. Gamillscheg, B. Rütters, & E. Stahlhacke (Eds.), *Sozialpartnerschaft in der Bewährung: Festschrift für Karl Molitor zum 60* (pp. 279-292). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Richardi, R., Wlotzke, O., Wißmann, H., & Oetker, H. (Eds.). (2009).

- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht* (3rd ed.). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Rieble, V. (1996). Krise des Flächentarifvertrages? *Recht der Arbeit*, 49, 3: 151-158.
- Röhl, K. F. (1974). *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*. Tübingen, Deutschland: Mohr (Siebeck).
- Rolshausen, C. (1997). *Macht und Herrschaft*. Münster, Deutschland: Westfälisches Dampfboot.
- Rüthers, B. (1988). Richterrecht als Methoden- und Verfassungsproblem. In F. Gamillscheg, B. Rüthers, & E. Stahlhacke (Eds.), *Sozialpartnerschaft in der Bewährung. Festschrift für Karl Molitor zum 60* (pp. 299-307). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Sachs, M. (2003). *Verfassungsrecht II: Grundrechte* (2nd ed.). Berlin: Springer.
- Schaub, G. (2009). *Arbeitsrechts-Handbuch* (13th ed.). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Schneider, M. (1989). *Kleine Geschichte der Gewerkschaften*. Bonn, Deutschland: Dietz.
- Seiter, H. (1975). *Streikrecht und Aussperrungsrecht*. Tübingen, Deutschland: Mohr (Siebeck).
- Seiter, H. (1981). Die neue Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. *Recht der Arbeit*, 34, 2: 65-93.
- Simitis, S. (1985). Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen. In F. Kübler (Ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität* (pp. 73-165). Frankfurt a.M., Deutschland: Suhrkamp.
- von Staudinger, J. (1999). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 611-615* (13th ed.). Berlin: Sellier-de Gruyter.
- Strasser, J. (2001). *Leben oder Überleben: Wider die Zurichtung des Menschen zu einem Element des Marktes*. Zürich, die Schweiz: Pendo.
- Tenfelde, K. (1987). *Geschichte der deutschen Gewerkschaften: Von*

- den Anfängen bis 1945* (U. Borsdorf, Ed.). Köln, Deutschland: Bund-Verl.
- Teubner, G. (1982). Reflexives Recht: Entwicklungsmodell des Rechts in vergleichender Perspektive. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 68, 1: 13-59.
- Vielhaber, T. (1951). Streik und Arbeitsvertragsbruch. *Recht der Arbeit*, 4, 10: 372-373.
- Voswinkel, S. (1983). *Recht und Klassenauseinandersetzungen: Untersuchung zu Funktion und Wirkung des Arbeitsrechts*. Unpublished doctoral dissertation, Sozialwissenschaft, University of Göttingen, Deutschland.
- Wahsner, R. (1979). Vom Koalitionsverbot zum Aussperrungsverbot—Zur Geschichte von Koalitionsfreiheit und Aussperrung. In K.-J. Bieback (Ed.), *Streikfreiheit und Aussperrungsverbot* (pp. 144-183). Neuwied, Deutschland: Luchterhand.
- Wank, R. (1994). Grundlagen des Arbeitskampfrechts. In M. Heinze & A. Söllner (Eds.), *Arbeitsrecht in der Bewährung: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65* (pp. 1225-1252). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Weitnauer, H. (1979). Zwischen Zwang und Mut zum Richterrecht. In F. Gamillscheg, G. Hueck, & H. Wiedemann (Eds.), *25 Jahre Bundesarbeitsgericht* (pp. 617-633). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Wolter, H. (1979). Aussperrung, Parität und Verhältnismäßigkeit. *Arbeit und Recht*, 27, 7: 193-203.
- Zachert, U., Metzke, M., & Hamer, W. (1978). *Die Aussperrung. Zur rechtlichen Zulässigkeit und praktischen Durchsetzungsmöglichkeit eines Aussperrungsverbots*. Köln, Deutschland: Bund-Verl.
- Zoll, R. (1976). *Der Doppelcharakter der Gewerkschaften: Zur Aktualität der Marx'schen Gewerkschaftstheorie*. Frankfurt a.M., Deutschland: Suhrkamp.
- Zöllner, W. (1976). Privatautonomie und Arbeitsverhältnis. Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitsgewähr beim Arbeitsvertrag. *Archiv für die civilistische Praxis*, 176: 221-246.

Zöllner, W. (1988). Die politische Rolle des Privatrechts. *Juristische Schulung*, 28, 5: 329-336.

Zöllner, W., Loritz, K.-G., & Hergenröder, C. W. (2008). *Arbeitsrecht* (6th ed.). München, Deutschland: C. H. Beck.

German Legal Order to Strike —Analysis of the Background of Judge-Made Law 1950-1980

Chia-Ho Lin

College of Law, National Chengchi University
No. 64, Sec. 2, ZhiNan Rd., Wenshan District, Taipei 11605, Taiwan
E-mail: bubupapa@nccu.edu.tw

Abstract

In the absence of any statute, the legal framework governing the legality of striking in West Germany was determined entirely from judge-made law, known of prejudication. The question was not settled through the usual give and take of social actors—including trade unions—that typically shapes legislation subsequently interpreted by the courts. Instead, the court, not the legislature, established the legal order governing the right to strike in Germany. Three important decisions by the German Federal Labor Court, in 1955, 1971, 1980, can be seen, today, as major contributors to German law on strikes, though the influences of different social actors can also be observed. As social actors, labor and capital, are likely to play an important role in shaping industrial affairs, as is the growing importance of economic globalization. Should the old legal order governing industrial action be maintained, new judge-made law be accepted, or should a new legal order be adopted through the legislature?

Key Words: German Labor Law, Strike, Labor Court, Trade Union Movement