

論罷工事件之定暫時狀態處分*

邱羽凡**

摘要

罷工為勞資雙方的實力對決；勞方得發動罷工以貫徹其主張，雇主則得以被動之對抗行為為防禦與反制。然過去卻多見雇主以不當勞動行為之方式對抗參與罷工之勞工，近年來則有運用定暫時狀態處分以禁止罷工之發展。由於其牽涉到罷工權之限制，產生雇主之訴訟權與勞方之罷工權的衝突與調和之問題。定暫時狀態處分制度具有防止發生重大損害或避免急迫危險等情形之功能，在罷工中則有補充雇主自力救濟（對抗行為）之作用。然因對罷工為禁止或限制時，將對罷工權造成不可回復與無法彌補之損害，具有滿足性與終局性之特徵，故本文探討定暫時狀態制度在罷工事件中之適用，認為在兼顧勞資雙方之利益下，雖不應排除雇主運用定暫時狀態處分之權利，但同時應嚴格限制僅於罷工有「明顯違法」情事，並致雇主有遭受重大損害或避免急迫危險等情形，始得為定暫時狀態之處分。

* 投稿日：2019年1月30日；接受刊登日：2020年1月15日。〔責任校對：鄭雅文〕。

本文為科技部研究計畫「爭議行為定暫時狀態處分之研究——比較法之觀點」（計畫編號：106-2410-H-009-038）之研究成果之一，本文部分初稿曾發表於指南勞動法論壇：理論與案例研究，政治大學勞動法與社會法中心、新北市政府勞工局主辦，2018年10月6日，作者感謝與談人東華大學財經法律研究所張鑫隆教授之與談建議，以及三位匿名審查人暨出版委員會惠賜之寶貴意見，惟一切文責當由作者自負。另感謝交通大學科技法律研究所碩士班研究助理林伯勳、陳奕安、宋庭語、龍建宇、蘇珊霈與王怡雅之研究協助。

** 國立交通大學科技法律學院助理教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/02512002.pdf>。



關鍵詞：定暫時狀態處分、集體勞動權、罷工、對抗行為、被保全之權利、保全必要性。

目次

壹、前言	參、定暫時狀態處分規範於罷工事件之適用
貳、定暫時狀態處分制度於罷工事件之適用	一、定暫時狀態處分之要件
一、定暫時狀態處分制度程序於罷工事件上之機能	二、罷工違法性與定暫時狀態處分要件之釋明
二、罷工事件為定暫時狀態處分之特徵	三、罷工事件之保全必要性衡量
三、禁止與限制罷工事件處分之合法性	四、保全之方式
	肆、結論

壹、前言

我國憲法第16條保障人民之訴訟權，依司法院釋字第418解釋理由書：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。」詳言之，訴訟權之保障不只是形式上提供人民權利救濟之管道，國家基於有效性的權利保護（Effektivität des Rechtsschutzes）誠命，法制上有「暫時權利保護制度」（Institut des vorläufigen Rechtsschutzes）之設計，以避免人民縱使經由民事訴訟獲得勝訴判決，但受到之損害已無法有效回復或難以回復，致使權利救濟無所實益。民事訴訟法保全程序所規範之定暫時狀態處分制度（民事訴訟法第538條第1項參照）之目的即在於判決確定前，防止發生重大之損害或避免急迫之危

險。在罷工中，由於罷工具有阻礙事業正常運作之性質，若勞方（勞工與工會）所發動之罷工屬違法行為，雇主將因無法生產或生產受到干擾而持續遭受損失，因此產生利用定暫時狀態處分以為救濟之需求。然另一方面，對於罷工事件為定暫時狀態處分以禁止或限制之，亦將產生限制罷工權行使的結果，臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定即提出：「爭議權之行使本係立法者在利益衝突下所為價值抉擇，故法院於『保全之必要性』之比較衡量上自應審慎為之，俾免具有優勢經濟地位之雇主透過採取向法院供擔保聲請定暫時狀態處分之訴訟手段，以暫時禁止工會實施罷工之時間換取工會妥協之空間，進而達到實質上迫使爭議權無從行使之窘境。」是以在我國法下，雇主得否於罷工中利用定暫時狀態處分以保全其權利，即面臨雇主之訴訟權與勞工和工會之罷工權的衝突與調和之問題。

關於雇主聲請定暫時狀態處分以禁止罷工，此在其他資本主義先進國家爭議已久¹，然我國在長期禁止罷工之法治背景下²，早期幾無關於罷工事件定暫時狀態處分之討論。直至勞動三法（工會法、勞資爭議處理法與團體協約法）於1987年解嚴後恢復適用，限制罷工等非常時期之規範亦接續廢止，罷工行動開始於全國各地蜂

1 參黃書苑，定暫時狀態假處分之研究，國立臺北大學法律學系博士論文，頁280（2008年），其對於二次戰後日本法上罷工定暫時狀態處分之說明；關於德國法上之罷工定暫時狀態處分之發展，參Hans-Joachim Steinbrück, Streikposten und einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1992, S. 24-71; Rüdiger Krause, Die Konkretisierung der Grenzen von Streiks durch einstweilige Verfügung, JbArbR 45 (2008), S. 23 (37 ff.).

2 我國關於罷工之法律最初僅有就「罷工」此類型為規範，最早之法律為訂於1924年之工會條例第14條：「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分別於1929年、1928年與1932年開始實施，而該三部法律施行後不久，工會法與勞資爭議處理法均新增了非常時期不得罷工的新條款，另外又訂立非常時期農礦工商管理條例（1938年10月6日並公布實施）、國家總動員法（1942年3月29日公布實施）、動員勸亂時期勞資糾紛處理辦法（1947年7月19日開始實施）與戒嚴令等非常時期之法令，均嚴禁罷工之進行。

起，當時即發生苗栗客運公司對於苗栗客運工會罷工事件聲請排除侵害之定暫時狀態處分之案例³。其後勞動三法歷經十多之修法討論，2011年5月1日開始實施修訂後之勞動三法⁴，在新法的規範下，罷工由勞資爭議處理法新增的「爭議行為章」為統一規範，罷工之限制要件亦有所鬆動。適用新爭議行為法後迄今（2020年初），我國已發生多起社會矚目之罷工事件，例如2015年南山人壽保險股份有限公司企業工會（以下簡稱「南山工會」）對於南山人壽保險股份有限公司（以下簡稱「南山公司」）進行之罷工、2016年桃園市空服員職業工會（以下簡稱「空服員工會」）針對中華航空股份有限公司（以下簡稱「華航公司」）發動之罷工、2017年美麗華企業工會針對美麗華高爾夫球場與普來利企業工會針對新竹地區之普來利公司分店之罷工、2019年桃園市機師職業工會（以下簡稱「機師工會」）對於華航公司以及同年空服員工會針對長榮航空公司發動之罷工。在上開一連串的罷工事件中，即發生南山公司四度向法院聲請定暫時狀態處分以禁止南山工會罷工之事件⁵，接續則有2018年華航公司對於機師工會之罷工為定暫時狀態處分聲請之事件⁶。

罷工乃是勞資雙方的實力對決，勞方得發動罷工以貫徹其主張，雇主則得進行被動式的防禦性「對抗行為」為反制（勞資爭議處理法第5條第4款參照），然在我國的罷工現場，則多見雇主利用

3 臺灣新竹地方法院77年度全字第402號民事裁定，裁定之全文參劉明鏡，勞資爭議假處分之研究，中國文化大學勞工研究所碩士論文，頁121-122（1994年）。

4 中華民國100年4月26日行政院令院臺勞字第1000019757號：「中華民國九十七年一月九日修正公布之『團體協約法』、九十八年七月一日修正公布之『勞資爭議處理法』及九十九年六月二十三日修正公布之『工會法』，除『工會法』第三十八條已定自九十九年十二月二十五日施行外，定自一〇〇年五月一日施行。」

5 臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定、104年度全字第559號民事裁定、104年度全字第578號、第579號民事裁定。

6 臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定。

其人事權，以解僱、調職或減薪等方式為各種不當勞動行為來對抗罷工。不過，自2011年開始實施現行工會法第35條之不當勞動行為禁止之規範後，由於工會法第35條第1項第4款已明文規定：「雇主或代表雇主行使管理權之人，不得有下列行為：四、對於勞工參與或支持罷工，而解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。」勞動部於2011年5月1日並依勞資爭議處理法第四章裁決，設置不當勞動行為裁決委員會作為爭議處理機制，資方經由其人事權之運用而為不當勞動行為以對抗罷工，此問題已有相關立法以為應對。惟若繼續觀察我國罷工近年來之發展，雇主面臨罷工時，有另闢蹊徑以防止罷工發生或進行的趨勢，亦即雇主針對勞工參與罷工而提出訴訟，因被訴之勞工可能因而產生心理壓力而對於參與工會活動發生寒蟬效應，致有影響工會之決策、運作及活動的結果⁷，例如勞動部不當勞動行為裁決委員會105年勞裁字第26號裁決決定指出：「雇主因勞工參與或支持罷工而提起訴訟，是否構成不當勞動行為，乃法令授予本會評價之權限，規範目的在於避免雇主挾其經濟優勢的地位，對勞工於行使團結權、團體協商權及團體爭議權時，採取反工會組織及相關活動之不當勞動行為，期能透過此等保障來形塑應有的公平的集體勞資關係。」雖然雇主對於罷工事件為定暫時狀態處分聲請之訴訟行為，其是否應被評價為不當勞動行為，有所爭議⁸，但亦不能排除雇主利用訴訟權之行使來妨礙勞工參與罷工，諸如南山工會罷工案或機師工會之罷工投票案，雇主以向法院聲請定暫時狀態處分來禁止罷工的進行，亦可能對勞工之集體勞動權的行使產生影響。

7 關於雇主針對勞工參與罷工而提出訴訟與構成不當勞動行為間之關係的分析，參吳典融，雇主行使訴訟權之不當勞動行為研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁55-88（2018年）；李瑞敏，雇主行使訴訟權與不當勞動行為，「107年不當勞動行為裁決制度」學術研討會，勞動部主辦，頁2-16（2018年11月14日）。

8 例如雇主基於干擾罷工之目的對於合法罷工提出定暫時狀態處分之聲請，則有構成不當勞動行為之疑義，參李瑞敏（註7），頁11。

本文之目的雖不在於罷工事件之定暫時狀態處分聲請與不當勞動行為之關係的研究，惟雇主試圖藉由民事保全程序干擾罷工之進行，其對於集體勞動權之行使產生的影響，此亦同樣涉及雇主訴訟權與勞工罷工權保障之衝突與衡平的問題，而值得注意。而在雇主利用訴訟權之行使，妨礙勞工參與罷工而被認定構成不當勞動行為時，若裁決委員會未命雇主撤回訴訟⁹，即不生阻斷司法機關實質判斷機會之問題，雇主仍得繼續聲請定暫時狀態處分以請求禁止或限制罷工之進行，若法院為准許之裁定，其法律效果近似於美國或日本等國家所訂立之緊急勞資爭議處理之機制，我國亦訂有勞資爭議處理法第25條第4項之強制仲裁規範：「調整事項之勞資爭議經調解不成立者，直轄市或縣（市）主管機關認有影響公眾生活及利益情節重大，或應目的事業主管機關之請求，得依職權交付仲裁，並通知雙方當事人。¹⁰」亦即均發生禁止或限制罷工之結果，即勞資爭議處理法第8條所訂，勞資爭議在仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工或為其他爭議行為。

9 截至目前為止，就雇主提起訴訟之不當勞動行為法律效果，除了工會法所規定之行政罰鍰外，目前裁決委員會所做成之救濟命令僅有「命雇主裁決決定書主文內容公告揭示在內部網站」，參勞動部不當勞動行為裁決委員會101年勞裁字第39號、101年勞裁字第55號、101年勞裁字第56號、101年勞裁字第72號、105年勞裁字第26號、以及106年勞裁字第24號裁決決定書。

10 勞資爭議處理法第25條第4項強制仲裁之交付之要件，依據「處理重大勞資爭議事件實施要點」第四點，以地方主管機關於認定勞資爭議確有影響公眾生活及利益情節重大時得依職權為之。而地方主管機關認定勞資爭議有無影響公眾生活及利益情節重大，得依下列情事綜合判斷之：（一）公用及交通事業或具有危險性、特殊性事業之勞資爭議，有影響公眾生活或造成公共危險者。（二）勞資爭議之爭議勞工人數達五百人以上者；其人數之認定，以勞資爭議調解紀錄所載者為依據。（三）發生勞資爭議之事業單位，爭議有擴及於其關係企業之虞者。（四）勞資爭議有急速發展、擴大或已延續相當期間，致有影響社會秩序之虞者。（要點五）就中止或延後罷工之緊急勞資爭議處理機制，以避免公眾生活及利益情節受到急迫、重大之影響，除上述之強制仲裁制度外，另有研究將美國之禁制令納入，參黃書苑（註1），頁42-43；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，頁43-55（2006年）。

在南山工會罷工與機師工會罷工投票過程中，雇主向法院聲請定暫時狀態處分以禁止罷工之事件，雖均遭法院駁回，然此一罷工法上之新興發展，也讓定暫時狀態處分制度與規範於罷工事件上的適用問題浮上檯面。本文以下將就定暫時狀態處分程序於罷工事件之適用為分析，釐清罷工得否經由定暫時狀態處分而為禁止或限制。不過，在分析此問題前，由於罷工事件之定暫時狀態處分，亦即由雇主聲請定暫時狀態處分時，具有「被保全權利」之權利主體為雇主，然定暫時狀態處分制度的適用結果為「罷工權」(Streikrecht)行使之禁止或限制，即面臨國家限制罷工權之合法性問題¹¹。依據司法院釋字第373號解釋之理由書，勞工之結社權包含保障工會具有進行罷工之權利，罷工權屬憲法第14條所保障之範圍¹²；在制定法的層次上，於2009年12月10日開始於我國施行之經濟社會文化權利國際公約第8條第1項第4款規範：「(四) 罷工權利，但以其行使符合國家法律為限。」所指「國家法律」，過去散見於勞動三法中對於罷工之相關規範，2011年勞動三法修訂後，現行關於罷工之法律統一訂於勞資爭議處理法之「爭議行為章」中，勞資爭議處理法第5條第5款亦明訂：「罷工：指勞工所為暫時拒絕提供勞務之行為。」上開規範為我國制定法對於罷工權之明文保障¹³。在罷工權受到保障的前提下，以下將先就定暫時狀態處分程

11 以定暫時狀態處分制度限制罷工權問題，應先釐清罷工權為具有憲法位階之權利，此一提醒亦為德國法上研究罷工事件之定暫時狀態處分時，多位學者突顯罷工權之憲法基礎與保障內涵說明所依循之研究架構。Vgl. nur *Martin Bertzbach/Thomas Kloppenburg, Einstweilige Verfügungen gegen Streiks und einzelne seiner Begleiterscheinungen*, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht: Handbuch für die Rechtspraxis*, 4. Aufl., 2018, § 24 Rn. 4.

12 關於此一問題之討論，參黃程貫，勞資爭議法律體系中之罷工的概念、功能及基本結構，政大法學評論，39期，頁195-206（1989年）。然我國學說對此問題則有不同之看法，相關討論請參劉士豪，我國憲法基本權體系中的勞動基本權，收於：行政院勞工委員會勞資關係處編，*勞動基本權學術研討會論文集*，頁118-131（2005年）。

13 公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第2條明訂：「兩

序於罷工事件上之適用以及適用要件，包含有爭執法律關係之存在與具備保全之必要性兩者，次就定暫時狀態處分規範於罷工事件之適用，依序逐一說明。

貳、定暫時狀態處分制度於罷工事件之適用

一、定暫時狀態處分制度程序於罷工事件上之機能

罷工權在我國上述法律規範下受到保障，一旦雇主循定暫時狀態處分之程序請求禁止之，即面臨限制罷工權之合法性的問題，亦即定暫時狀態處分程序於罷工事件上的適用問題。關於勞動事件之民事訴訟程序，依據2020年1月1日開始實施之勞動事件法，該法第2條第1項第1款與第3款規範，只要為「基於勞工法令、團體協約、工作規則、勞資會議決議、勞動契約、勞動習慣及其他勞動關係所生民事上權利義務之爭議」與「因性別工作平等之違反、就業歧視、職業災害、工會活動與爭議行為、競業禁止及其他因勞動關係所生之侵權行為爭議」，均有勞動事件法之適用，而勞動事件性質上為民事訴訟之一種，基於勞動事件法為民事訴訟法之特別法¹⁴，就有關勞動事件之處理，於勞動事件法未規定時，仍適用民事訴訟法及強制執行法之規定（勞動事件法第15條參照）。在罷工相關的民事爭議上，其可能涉及工會與雇主間因違法罷工而生之侵權行為之損害賠償爭議，亦可能涉及違反團體協約之債務不履行爭議，性質上均有勞動事件法之適用，於就相關爭議為定暫時狀態處分聲請時，勞動事件法雖訂有「保全程序」專章，惟其未針對罷工

公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」其於2009年10月29日行政院院臺外字第0980067638號令發布定自2009年12月10日施行。

¹⁴ 參司法院，勞動事件法草案初稿，頁10（第15條立法理由），2018年1月22日，<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/download.asp?sMsgId=58309>（最後瀏覽日：2020年1月10日）。

之定暫時狀態處分有特別規定，故仍需以民事訴訟法之相關規範為依據。以下茲就民事訴訟法中定暫時狀態處分程序於罷工事件中機能與適用問題為分析。

(一) 補充罷工中自力救濟（對抗行為）之功能

我國民事定暫時狀態處分制度係規範於民事訴訟法第七編保全程序之中，2003年修正之民事訴訟法將定暫時狀態處分制度重新建構，修法將舊民事訴訟法第538條僅一項之規定¹⁵，擴大為現行法民事訴訟法第538條第1項至第4項，並新增民事訴訟法第538條之1至第538條之4之規範。民事訴訟法第538條第1項規定：「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」此即定暫時狀態處分¹⁶。雖然民事訴訟法第538條規範用語為定暫時狀態「處分」，且第538條之4規定：「除別有規定外，關於假處分之規定，於定暫時狀態之處分準用之。」然定暫時狀態處分與民事訴訟法第532條所訂之假處分實有分別，依最高法院105年度台抗字第452號民事裁定意旨：「民事訴訟法第五百三十二條規定之假處分，與同法第五百三十八條至第五百三十八條之四之定暫時狀態處分，二者有別。前者係為保全債權人將來之強制執行，避免其金錢請求以外之請求無法實現為目的……；後者則於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，以保護該爭執權利不繼續受危害為目的……。」亦即定暫時狀態處

15 在2003年修正民事訴訟法前，民事訴訟法第538條僅規定：「關於假處分之規定，於爭執之法律關係有定暫時狀態之必要者準用之。」導致定暫時狀態處分在適用上產生諸多爭議，參王偉霖，論營業秘密案件之定暫時狀態處分——兼評臺灣高等法院九十六年度抗字第一六四一號民事裁定，月旦法學雜誌，209期，頁248-249（2012年）。

16 亦有文獻稱「定暫時狀態之處分」或「定暫時狀態假處分」，參李木貴，滿足的假處分之再認識，月旦法學雜誌，97期，頁51（2003年）、以及註2之說明。然因民事訴訟法於2003年修正後，現行法第538條規定已經明文規定為定暫時狀態之處分，故於本文統一採取定暫時狀態處分之名稱。

分與假處分在處分原因上已有所不同，假處分之目的在於防止請求標的現狀之變更，以備將來之強制執行，故假處分非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，不得為之（民事訴訟法第532條第2項參照）；而定暫時狀態處分以具備定暫時狀態必要為要件，亦即為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時（民事訴訟法第538條第1項參照），不問請求標的之現狀是否有變更之虞¹⁷，並非為保全債權人請求之強制執行，而係準用¹⁸保全強制執行假處分之規定，以定爭執之法律關係之暫時狀態而已。

定暫時狀態處分制度基於防止發生重大損害或避免急迫危險，於法院認定必要時為之，其目的為「平衡兩造間之權義或利益而為裁定，以維持法律秩序，並兼顧公益。」（民事訴訟法第538條之3立法理由參照）¹⁹亦即，相較於一般假處分，定暫時狀態處分制度之目的有維持法律秩序之和平，調整、均衡債權人與債務人間之利害為目的（保護當事人全體之法益）²⁰，所依據之法理類似於緊急避難或正當防衛，而含有公益性，非僅為保全個人權利，以預防當事人於權利遭受到妨害時，因情況急迫不及請求行政機關或司法機關救濟，而以其一己之私力為自力救濟之行為²¹。易言之，定暫時狀態處分之目的為避免「請求權實現（履行）過程上因延滯所生之

17 黃書苑，定暫時狀態假處分之研究——關於勞工事件及公司事件方面，司法研究年報，25輯2篇，頁5-6（2005年）；吳典融（註7），頁55-88；李瑞敏（註7），頁2-16。

18 另應注意，最高法院94年度台抗字第18號民事裁定：「又按民事訴訟法第538條之4規定，定暫時狀態之假處分程序，除適用本法第538條至第538條之3之特別規定外，準用關於保全強制執行假處分之規定。凡與定暫時狀態假處分性質相同之規定，均在其準用之範圍；性質不相容者，則不在其準用之列。」

19 另參邱聯恭，民事訴訟法修正後之程序法學（二）——著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向，月旦法學雜誌，101期，頁152（2003年）。

20 沈冠伶，保全程序的新變革，收於：民事程序法之新變革，頁56（2009年）。

21 許士宦，證據蒐集與紛爭解決，頁108（2005年）。

具體危險」，係為現在之危險²²，以免聲請人因程序遲延，致將來雖獲勝訴判決但已無實益之情形^{23、24}。而在罷工事件中，由於罷工具有阻礙事業正常運作之功能，若工會所發動之罷工屬違法行為，雇主將因無法生產或生產受到干擾而持續遭受損失，於為避免雇主遭受不可彌補、無法恢復之損害，亦有聲請為定暫時狀態處分之需求，其作用即類似於勞資爭議之緊急處理機制²⁵。

不過，由於罷工乃是勞資雙方的實力對決，由勞方發動罷工以貫徹其主張，雇主則得進行被動式的防禦性之「對抗行為」為反制，勞資爭議處理法第5條第4款亦明訂：「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。」面對勞方（包含勞工與工會）發動之罷工，法律容許遭受罷工之雇主得以私力為自力救濟²⁶，亦即為對抗勞方罷工而採取對抗行為²⁷，只要其符合勞資爭議處理法第55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。」此種以雇主為主體之爭議行為（對抗行為）乃為我國法所允許。然在我國的罷工歷史中，不同於其他資本主義先進國家之發展，雇主於爭議

22 沈冠伶（註20），頁56。

23 參沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌，109期，頁54（2004年）。

24 例如在離職後競業禁止訴訟事件，若離職員工至與前雇主競爭之公司任職，有造成前雇營業資訊洩露與客戶流失之重大且無法彌補之損害的情形，即有於本案訴訟確定前形成某種暫時狀態之必要，無法等待至本案訴訟結束，參智慧財產法院104年度民暫字第23號民事裁定。

25 有關勞資爭議之緊急處理機制，參蔡炯燉，美國勞資爭議行為法制之研究，收於：蔡炯燉、張鑫隆編，美日勞資爭議行為法制之研究，頁268-283（2007年）；李錦智，勞資爭議之緊急處理程序：冷卻期與強制交付仲裁，「當前集體勞資關係法制興革」學術研討會，中山大學大陸研究所國際勞資政策研究中心主辦，頁9-17（2004年11月11日）。

26 關於自力救濟之進一步研究，參徐郁惠，消失在盡頭的黃金戰士——從灑冥紙去看臺灣弱勢階級的抗議文化，網路社會學通訊期刊，59期（2006年），<http://mail.nhu.edu.tw/~society/e-j/59/59-38.htm>（最後瀏覽日：2020年1月10日）。

27 吳全成、馬翠華，勞資關係，2版，頁280（2013年）。

現場少有採取鎖廠²⁸、替代人力²⁹或發放罷工津貼³⁰等傳統型對抗

28 鎖廠係指雇主為對抗工會之罷工，鞏固其談判地位，將其受僱人集體地排除於工作場所外，而暫時拒絕受領勞務之行為。以鎖廠作為對抗罷工的案例於我國相當少見，例如1989年的遠化罷工案，在罷工開始後，工廠大門遭罷工勞工圍堵，致原料、產品運輸困難、非罷工工人進廠受阻，雇主遂於同年5月16日陸續停工、同年5月17日宣告全面停工。由於可推測雇主之停工行為在於反制勞工之罷工，以便將爭議導向有利於雇主，故在解釋上應認為雇主具爭議意思，性質上可將該行為解釋為防禦性鎖廠。於鎖廠後，支持復工之勞工人數急速增加，蓋因雇主鎖廠可對罷工與未罷工之勞工同時為之；此際，工會不僅須給予罷工之會員罷工津貼，亦須承受非會員、或未參與罷工而遭雇主鎖廠之勞工所施加之壓力。同年5月24日由於多數勞工要求復工，雇主遂於5月25日復工，當天勞工之出席率高達九成，該罷工即以失敗告終。我國有關鎖廠之規範，曾見於1997年6月21日函送立法院審議的勞資爭議處理法修正草案，與鎖廠相關的定義規範於該草案第37條：「鎖場，係指資方所為暫時拒絕受領勞務之行為。」，可見鎖場與鎖廠應係同義。而鎖廠的要件則規範於同法修正草案第38條第4項：「鎖廠應於勞方開始罷工後，於必要限度內始得為之。」亦即該版修正草案僅承認防禦性鎖廠之合法性，然此修正法案其後並未審議通過，故我國現行法尚不見任何關於鎖廠之規範。

29 替代人力係指勞資爭議罷工期間，受雇主僱用以替代罷工勞工提供勞務，從而維持事業單位繼續運作的工作者，亦稱之為罷工破壞者，其並非一般之受僱者，僅是在企業進行罷工期間所被僱用者。替代人力之手段亦為我國常見之雇主對抗行為。實務上，過去客運業罷工之際，雇主與政府機關為維持營運、維護大眾運輸順暢而向同業調派車輛、或請求未參與罷工之勞工支援，知名之案例為1992年6月基隆客運罷工事件，罷工期間雇主曾請求臺灣汽車客運公司等同業支援以繼續維持營運；又於1998年11月統聯客運罷駛事件，資方有租用遊覽車、由未罷駛司機及相關同業支援以繼續維持營運的因應行為，其後2003年的臺中客運罷工案亦發生類同之情形，即由資方情商統聯與仁友兩家客運支援載運工作。除了客運業之罷工案外，2005年臺灣企銀工會罷工時，銀行員工會全國聯合會（現更名為「全國金融業工會聯合總會」）亦發起「銀行員不合作運動」，請被要求奉金管會之命「支援」臺灣中小企業銀行營運的銀行員（即臺灣銀行、土地銀行、合作金庫、華南銀行、彰化銀行之銀行員），消極抵制所謂「同業支援」。雖於2004年勞資爭議處理法草案第48條第5項規定中，曾新增雇主於罷工期間不得當使用替代人力之規定，惟此一修正草案最後遭立法院予以退回而未能通過，故我國現行法並未針對雇主於罷工時使用替代人力乙事加以規範。

30 參最高行政法院107年度判字第270號行政判決：「『破壞罷工津貼』係雇主藉著特別津貼之給與，以防止勞工之參與罷工或促使勞工退出罷工，依德國聯邦勞動法院之見解，本於比例原則之拘束，法秩序應得容許資方在採取防禦性之鎖場爭議手段之前，先行選擇其他影響程度較小之行為，以求得爭議平等之建立，而顯然，支付勞工破壞罷工津貼應屬該等影響較小之爭議手段，而為比例原則之必要性所得涵蓋。」

行為³¹與罷工抗衡，反而多利用其人事權為各種不當勞動行為來對抗罷工，不論是以解僱、調職或減薪等方式均有所見³²，此乃因解僱等行為易對形成勞工經濟及心理上之壓迫，並產生寒蟬效應³³，為雇主阻礙勞工團結進而瓦解罷工的有效手段。不過，誠如本文上述，自2011年開始實施現行工會法第35條之不當勞動行為禁止之規範後，因勞工參與或支持罷工，而解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇，已明文受到禁止（工會法第35條第1項第4款參照）相關爭議由勞動部不當勞動行為裁決委員會處理並得發佈救濟命令（勞資爭議處理法第51條第2項）。不過，在我國近年之罷工實務中，迄2019年空服員工會針對長榮航空公司發動之罷工為止³⁴，雇主運用對抗行為（鎖廠、使用替代人力³⁵或發放罷工津貼等）以與罷工抗

-
- 31 有關雇主之對抗行為類型，參楊通軒，*集體勞功法——理論與實務*，頁411-417（2017年）；吳全成、馬翠華（註27），頁290-294。另參Florian Rödl, *Kampfmaßnahmen des Arbeitgebers*, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht: Handbuch für die Rechtspraxis*, 4. Aufl., 2018, § 21 Rn. 1 ff.
- 32 例如在1989年的遠東化纖罷工案中，資方於雙方尚在爭議之際即以煽動非法罷工等理由解僱工會的重要幹部；相關事件又如1992年的基隆客運工會罷工，工會以調整薪資獎金為由發動罷工，然有146名員工在罷工期間被雇主以連續曠職多日為由予以解僱，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*，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁214（2008年）。
- 33 有關解僱工會會員所生之寒蟬效應，參臺北高等行政法院106年度訴字第143號行政判決：「本件參加人係唯一內勤人員具名加入工會又擔任工會理事之人員，就原告之內勤人員而言，參加人確係屬於工會會員中之特殊性人員，而原告於105年5月21日解僱之行為，已影響工會會務之運作，甚至因此可能造成寒蟬效應。」
- 34 於2018年空服員工會針對長榮航空公司發動之罷工中，報載資方有採取主動取消航班、發放罷工津貼等行為以因應罷工，參鄭瑋奇，*質疑長榮刻意保留運能 全國航空業總工會要求民航局調查*，自由時報，2019年6月27日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2835542>（最後瀏覽日：2019年6月30日）；蕭玗欣，*長榮3大罷工出勤獎金制度曝光！罷工支援津貼每人最高2萬*，自由時報，2019年6月20日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2828625>（最後瀏覽日：2019年6月30日）。惟該起罷工事件迄本文完稿仍未落幕，故不納入本文討論範圍。
- 35 參盧智賢，*罷工替代工人之研究*，國立中正大學勞工研究所碩士論文，頁95-106（2000年）。

衡者仍不多見，但同時有開始採取向法院聲請定暫時狀態處分之方式禁止或中斷罷工的進行之現象。關於罷工事件之定暫時狀態處分，除早期苗栗客運公司對於苗栗客運工會罷工事件聲請排除侵害之定暫時狀態處分（臺灣新竹地方法院77年度全字第402號民事裁定）之案例外³⁶，相關案例經本文搜尋，首先為2015年12月9日起，南山公司針對南山工會四度向法院聲請定暫時狀態處分以禁止罷工之事件³⁷，接續則有2018年華航公司對於機師工會罷工為定暫時狀態處分之聲請³⁸。

在罷工事件中，雇主雖得採取對抗行為之自力救濟方式，惟其捨棄之而以聲請定暫時狀態處分制度為因應，其理由之一可能為對抗行為所能發揮之作用具有不確定性，難以保證得有效減緩罷工帶來之影響。例如華航公司針對空服員工會於自105年6月23日24：00開始進行之罷工，最高行政法院107年度判字第270號行政判決雖認為雇主發放罷工津貼為合法：「面對上訴人（本文註：即空服員工會）此種突襲式罷工行動，衡情參加人須採取緊急應變措施作為因應，以維持營運，避免嚴重影響旅客權益，是以，參加人在罷工之前，即宣導或說明希望員工可以選擇不參與罷工或給予罷工期間出勤員工若干獎勵金，此係參加人合法、合理對抗手段。」然而因該起罷工於短時間內即結束，罷工津貼此一對抗手段並未發揮實際功效³⁹；又例如運用替代人力作為對抗手段，對於具有相當專業技能之勞工所為的罷工——例如空服員、機師、護理師與醫師等，其均需經相當之受訓始能執行職務，雇主有難以迅速獲得充足替代人力

36 參劉明鏡（註3），頁79-81。

37 臺灣臺北地方法院104年度全字第556號、第559號、第578號、第579號民事裁定。

38 臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定。

39 參林佳和，華航罷工事件——一個集體勞動法記事，台灣法學雜誌，299期，頁26-29（2016年）。

的困境，亦有不易發揮功效之問題⁴⁰。

由於雇主採取對抗行為將可能面臨上述諸問題，且運用對抗行為亦需負擔相當之成本支出，例如支付罷工津貼或另外僱用擔任替代人力之勞工，此均可能降低雇主進行對抗行為之動機；與此相較，聲請定暫時狀態處分所需負擔之成本較小，除聲請費用僅為新臺幣1000元之外，原則上僅於釋明有所不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為處分，或法院亦得為無擔保之定暫時狀態處分（民事訴訟法第526條參照）⁴¹，此均可能為雇主傾向不採取對抗行為，改循民事保全程序以制衡罷工之理由。

（二）迅速排除違法罷工之侵害

定暫時狀態處分係就爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，以保護該爭執權利不繼續受危害為目的之機制，而無論其本案訴訟為給付之訴、確認之訴或形成之訴，祇須能確定兩造間爭執之法律關係即符合要件，且不論是原告或被告，只要有受定暫時狀態處分利益之需，即得聲請之⁴²，例如於2015年南山工會罷工中，雇主以其與進行罷工之勞工間有確認僱傭關係之爭議：「系爭罷工決議係由不具勞工身分之聲請人所屬保險業務員投票通過，是系爭罷工決議不具成立之法律要件，依法自始即不成立。⁴³」依此主張罷工行為屬違法行為；又例如南山工會罷工時於雇主總公司或分公司出入口搭建鷹架

40 參盧智賢（註35），頁37-47。

41 許士宦（註21），頁116-117。

42 臺灣高等法院98年度抗字第547號民事裁定、最高法院95年度台抗字第63號民事裁定，另參姜世明，民事訴訟法（下冊），5版，頁641（2018年）；黃書苑（註17），頁5-6；吳典融（註7），頁55-88；李瑞敏（註7），頁2-16。

43 臺灣臺北地方法院104年度全字第578號、第579號民事裁定，另參臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定。

或設置其他影響出入之障礙設施，雇主主張該行為對於其所有權有妨害之虞而有給付訴訟之爭議存在⁴⁴。定暫時狀態處分制度對於所有之有爭執之法律關係，提供防止發生重大之損害或避免急迫之危險等問題一預防機制，且在處分方法上，除制止性、禁止性之方法外，必要時亦得採取履行性、給付性之滿足方法⁴⁵，則不論勞方以罷工（暫時拒絕提供勞務）或是積極阻礙生產之行為以進行爭議（例如職場占據、封鎖、杯葛等積極行為），只要符合民事訴訟法第538條以下之規範，雇主即可取得制止、禁止或要求為一定行為或不行為之處分，達到消除罷工影響之目的。又罷工對於雇主之侵害具有立即性，以迅速且經濟之裁判為目的之保全程序，能滿足雇主迅速排除罷工之侵害，例如在2018年機師工會罷工事件中，法院於雇主提出聲請後之十日內即作出裁定⁴⁶。此外，民事訴訟法第538條之1就緊急處置為規範，亦即法院為民事訴訟法第538第1項裁定前，於認有必要時，得依聲請以裁定先為一定之緊急處置，因聲請定暫時狀態之處分，其必要性如何，法院恐一時不易為正確之判斷，為避免緩不濟急，導致危害發生或擴大而有緊急處置之規範。

綜上所述，定暫時狀態處分在罷工事件中，不同於其他民事私權事件有防止自力救濟發生之目的，反而於不排斥對抗行為此類自力救濟行為下，對其不足之處有補充性之功能，且因定暫時狀態處分能迅速作出決定，有即時排除違法罷工侵害之作用，此均為雇主運用此程序之理由，亦為定暫時狀態處分程序於罷工事件上之機能。

44 臺灣臺北地方法院104年度全字第578號、第579號民事裁定，另參臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定。

45 最高法院105年度台抗字第452號民事裁定。

46 在本案中，雇主係於2018年7月31日為聲請定暫時狀態處分，法院於2018年8月9日作出裁定。

二、罷工事件為定暫時狀態處分之特徵

(一) 處分之滿足性特徵

滿足性處分係指於本案訴訟終局判決確定前，就訴訟標的之權利或法律關係之內容，為得與全部或一部實現相同結果之處分，亦即法院為定暫時狀態處分裁定後，因該處分使債權人之請求處於履行狀態（滿足狀態），系爭有爭執之法律關係獲得相當於本案判決勝訴之救濟⁴⁷。關於是否承認滿足性處分，亦即得否於判決確定前即使債權人之權利獲得實現？此於2003年民事訴訟法修法增訂第538條第3項後⁴⁸，已無爭議：「第一項處分，得命先為一定之給付。」此項規定即為滿足性處分之明文⁴⁹。而若由定暫時狀態處分之目的以觀，因定暫時狀態處分與假處分不同，後者係為保全債權人將來之強制執行，避免其金錢請求以外之請求無法實現為目的，故假處分之措施以確保性之方法為限，不得使被保全之請求提前滿足；而定暫時狀態處分則於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，以保護該爭執權利不繼續受危害為目的，是除制止性、禁止性之方法外，必要時亦得採取履行性、給付性之滿足方法⁵⁰。

雖然定暫時狀態處分有規制性處分⁵¹與滿足性處分，兩者之機

47 黃書苑（註17），頁22。

48 2003年民事訴訟法修法增訂第538條第3項前，過去實務上已有多則裁定肯定滿足性處分，例如臺灣高等法院85年度抗字第2589號民事裁定：「所謂有定暫時狀態之必要云者，如避免重大損失或防患急迫之強暴等類似。故於爭執之法律關係，有避免重大損失之情形，即得依假處分程序為保全。又定暫時狀態之假處分保全，不以暫時性之保全處分為限，即滿足性之保全處分亦包括在內。是在不作為請求權之假處分，固得為暫時性之保全，惟使債權人請求之內容在保全程序階段，即暫時實現，亦非法之所禁。」即承認定暫時狀態處分包括滿足性之保全處分在內。

49 李木貴（註16），頁52；沈冠伶（註23），頁56；沈冠伶（註20），頁57。

50 最高法院105年度台抗字第452號民事裁定。

51 規制性處分係就當事人間有關之爭執，於本案訴訟判決確定前，由法院介入規

能有所不同，然罷工事件之定暫時狀態處分原則上均為滿足性處分，以近期發生之2015年南山工會罷工以及2018年機師工會針對華航公司為罷工投票之事件⁵²為例，所爭執者均為罷工有違反法令之情事，雇主並基於上開事由對於「整體罷工」或對於「個別罷工行為」聲請為定暫時狀態處分，惟理論上，除了聲請法院禁止工會進行罷工或禁止工會為特定之罷工或罷工糾察行為之外，亦可聲請禁止工會宣告罷工、禁止工會呼籲會員參與罷工，禁止工會促請會員協助罷工進行、禁止工會進行罷工投票，或是禁止工會進行罷工準備工作等，而該等請求係要求工會為作為與不作為，目的為排除違法罷工對其生產之妨礙。而若要排除違法罷工對其生產之妨礙，雇主本得依民法第767條第1項中段及後段、第962條之規定，對於工會提起請求排除或防止妨害所有權之本案訴訟，或依同法第184條及第213條第1項之規定，請求回復原狀。惟若雇主於本案訴訟確定前提出定暫時狀態處分聲請，而法院准許之而命禁止罷工或為特定罷工糾察行為，該等處分實際上已經完全或一部涵蓋雇主實體法上之請求，形同是使其基於本案判決而為強制執行之結果的狀態，已實現雇主實體法上所得請求之權利，禁止罷工或個別罷工行為（例如罷工糾察）之定暫時狀態處分因而亦具有滿足性處分之特性（Befriedigungscharakter）⁵³。

（二）處分之終局性效力

定暫時狀態處分之目的並非為終局實現被保全之權利，本身亦

制，暫時性保全聲請人之權利，以避免因權利不安定狀態所生之重大損害或急迫危險等相類情形，參沈冠伶（註20），頁55-56。

⁵² 臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定、104年度全字第559號民事裁定、104年度全字第578號、第579號民事裁定、與臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定。

⁵³ 德國法上亦有相同之討論，vgl. *Rolf-Hermann Henniges, Einstweiliger Rechtsschutz gegen gewerkschaftliche Streiks?*, 1987, S. 19.

未終局形成實體法上之法律關係⁵⁴，縱使為滿足性處分，其仍具有假定性、暫定性，因此若該處分嗣後遭到廢棄或變更，依民事訴訟法第538條之2第1項之規定：「抗告法院廢棄或變更第五百三十八條第三項之裁定時，應依抗告人之聲請，在廢棄或變更範圍內，同時命聲請人返還其所受領之給付。其給付為金錢者，並應依聲請附加自受領時起之利息。」亦即受領給付者負有回復原狀之義務，應回復至受領前之狀態⁵⁵。不過，依民事訴訟法第538條第3項規定所為之「給付」包含金錢與特定物之給付，亦包含作為與不作為⁵⁶，而在針對罷工為定暫時狀態處分之事件中，通常是命債務人（勞工、工會）為一定之「不行為」的方法，例如在苗栗客運公司對於苗栗客運工會罷工事件聲請排除侵害之定暫時狀態處分中，法院即命工會「不得有干擾、防阻通行等一切妨害行為」⁵⁷，針對罷工事件其他可能禁止相對人（工會或勞工）為一定行為之方法，例如：禁止工會宣告罷工、禁止工會繼續進行罷工、禁止工會呼籲會員參與罷工、禁止工會進行罷工投票、禁止工會會員參與罷工或為罷工糾察行為等⁵⁸，而此類處分履行後，通常即會發生無法回復原狀的問題。以禁止工會宣告罷工之處分為例，當法院先裁定禁止工會宣告罷工，嗣後若廢棄該處分，原來已預備好之罷工宣告不可能經由一個已經「過時」的重新宣告，達到與原來之罷工宣告相同的效果，故遭到廢棄或變更之處分其實已發生了終局性的效力（Endgültigkeitswirkung），實際上已無回復原狀之可能。

54 參最高法院92年度台抗字第201號民事裁定：「按就爭執之法律關係定暫時狀態，雖非以保全強制執行為目的之保全程序，但亦非確定私權之訴訟程序，故聲請定暫時狀態之權能，於該程序僅能形式審查其是否存在，不得實體審認該權能是否確實存在。」

55 許士宦（註21），頁140。

56 許士宦（註21），頁120-121。

57 臺灣新竹地方法院77年度全字第402號民事判決，裁定之全文參劉明鏡（註3），頁121-122。

58 Vgl. Bertzbach/Kloppenburger (Fn. 11), § 24 Rn. 3.

應注意者為，罷工之成效在相當程度上繫於「時機」此一因素，即罷工具有時間拘束性（Zeitgebundenheit），其可由「外部條件（Rahmenbedingungen）之時間拘束性」與「內部動員（Mobilisierung）之時間拘束性」兩個面相為分析⁵⁹。就前者而言，因罷工的進行牽涉到政治上、社會上與經濟上條件，各項條件均符合時始能促成罷工之進行⁶⁰；此外，工會為了提高罷工的成效，需耗費大量動員能量號召工會友會與社會大眾聲援，一旦錯過各方力量凝聚的時間，罷工的效力即會減弱；就後者而言，因一場罷工的成敗不但取決於上述外部條件，更需要相當數量之會員的參與，而激發會員參與罷工並進一步組織化「勞工停止工作」此一行動，均有賴工會在動員過程中整合會員間之利益（例如在企業工會之中需整合不同職種、不同部門之員工的利益；在職業工會之中需整合分屬不同企業之會員的利益；在產業工會之中需整合不同職種、分屬不同企業之會員的利益），並提高會員對於工會之認同與向心力，為達到此一目標，工會動員會員參與罷工凝聚力需經由長短不等之動員過程，然所累積之團結能量不具有可貯存性，一旦時間經過但未經由罷工發揮出來，即會隨著時間而消失。而定暫時狀態處分縱使僅是暫時性地禁止罷工，其結果即是將時間成本加於被禁止之一方，而此等時間成本負擔往往是削弱勞方爭議能力之主因，亦形成爭議地位上之不平等⁶¹。罷工活動一旦遭到禁止，事實上的效果（faktische Wirkung）即是罷工進行所繫的各項外部要件亦同趨消滅。又定暫時狀態處分之終局性效力除了對於過去（已計劃）之罷工產生影響之外，另外尚會對於未來之罷工有所影響，此誠如德國勞動法者Gamillscheg所指出：「罷工並非如同開關手電筒，說開就

⁵⁹ Henniges (Fn. 53), S. 22-27.

⁶⁰ Wolfgang Däubler, Arbeitsrecht: Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, 11. Aufl., 2015, Rn. 642.

⁶¹ 李錦智（註25），頁11。

開、說關就關。⁶²」一場被中止的罷工若要再次啟動，基於上述關於時間拘束性之因素，實幾近不可能，又不論是工會會員之團結基礎遭到動搖或是罷工參與者之經濟與身心負擔延長等因素，縱使再次以相同的爭議事由宣告罷工，被中斷的罷工也無法「復活」，新的罷工宣告無法取代或補救原來之罷工宣告，對於罷工為定暫時狀態處分之事件因此具有不可回復性之特性，工會與勞工在法律上將終局地喪失進行罷工之權利⁶³。

基於罷工上述特殊性，罷工之定暫時狀態處分具有「終局性之定暫時狀態處分」之性質，一旦法院裁定禁止罷工，對於工會造成之損害即屬終局性，事後並無回復原狀之可能。另依民事訴訟法第538條之3之規定：「定暫時狀態之裁定因第五百三十一條之事由被撤銷，而應負損害賠償責任者，如聲請人證明其無過失時，法院得視情形減輕或免除其賠償責任。」然對於罷工權之侵害因損害額度幾乎無法計算，故亦幾乎無事後為賠害類償請求之可能⁶⁴。

三、禁止與限制罷工事件處分之合法性

（一）學說上之討論

滿足性處分之合法性在過去具有爭議時，具有滿足性特徵之罷工事件之定暫時狀態處分得否為之，亦有所爭議，然此一問題於2003年民事訴訟法修法承認滿足性處分後，雖處理了罷工事件適用定暫時狀態處分程序時，不因裁定方式之疑義而有無法適用的問題，但基於罷工事件特殊性（參本文上述「貳、二、罷工事件為定暫時狀態處分之特徵」），於適用定暫時狀態處分相關規範時所產生

⁶² Franz Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 23.

⁶³ Henniges (Fn. 53), S. 22 ff.; Hermann Reichold, Grundrechtssuspendierung durch einstweilige Verfügung, FA 2008, S. 98 (98).

⁶⁴ Henniges (Fn. 53), S. 80 f.

的問題，則需進一步之討論。易言之，更根本性之問題為，法院究竟得否以定暫時狀態處分之方式禁止或限制罷工？如本文上述，因滿足性處分之目的在於就有爭執之法律關係能迅速獲得相當於本案判決勝訴之救濟，藉由定暫時狀態處分為一定之滿足，以避免不可回復之損害發生或更為擴大，然而，基於罷工權為具有憲法位階之權利，國家不得恣意禁止或限制工會與勞工行使之，則法院究竟得否以定暫時狀態處分之方式禁止或限制罷工，對此則有不同看法。雖我國民事法院在罷工事件的定暫時狀態處分審理上⁶⁵，均逕適用民事訴訟法第538條以下相關規範，於裁定中均對此問題未有討論，但我國學說上對此問題持肯定與否定見解者均有。

首先，採肯定說者，係主張定暫時狀態之處分其目的乃是為避免聲請人重大之損害或急迫之危險，在有可能構成非法罷工的情況時應有適用，更何況民事訴訟法並無針對罷工假處分有任何特別規定，因此仍應依民事訴訟法第538條規定審酌⁶⁶。採否定說者則主張，因罷工為勞工罷工權之行使，而罷工權為受憲法保障之社會基本權，罷工之目的本是藉由可能造成雇主經濟上損失之壓力以迫使雇主接受條件，其本質上即會導致雇主損失⁶⁷，且由不得強制勞工勞動的觀點，亦應得出不應准許此類裁定的結果；且若雇主得藉由

65 參臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定、臺灣臺北地方法院104年度全字第559號民事裁定、臺灣臺北地方法院104年度全字第578號、第579號民事裁定、臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定。

66 陳金泉，勞動訴訟若干問題（論壇二提案），「九十五年勞工法規論壇」學術研討會，行政院勞工委員會主辦，頁82（2006年11月9至10日）。此一問題於1950-1960年代德國法的早期討論上，亦是採取全面適用民事訴訟法上相關程序之見解，未認為爭議行事件具有何特殊性，其以罷工有害於經濟而屬不受歡迎（unerwünscht）之行為，同時基於維持勞動和平之理由，肯定對得為禁止罷工之定暫時狀態處分，vgl. Claus Brändel, *Einstweilige Friedensregelungen in kollektiven Arbeitsrechts-Streitigkeiten*, Diss. jur. Hamburg, 1960, S. 104-105.

67 參臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定、臺灣臺北地方法院104年度全字第578號、第579號民事裁定、臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定。

司法途徑禁止勞工為罷工，勞工將無從行使罷工權，故無其他重大公益考量下，似不應准許法院禁止罷工⁶⁸。持此說者進一步主張，若確有非法罷工損害雇主權利之情形，雇主仍得透過事後司法途徑救濟之⁶⁹。

（二）本文分析

就上述採否定說者之主張，其以罷工權之保障為核心，認為若容許雇主聲請定暫時狀態處分以禁止罷工，憲法罷工權之保障即無意義，反之，雇主得透過事後司法途徑救濟以保障其權利。惟若由權利保護理論（Rechtsschutzlehre）之觀點，循否定說以否認雇主得循定暫時狀態處分程序排除罷工之侵害，此時雇主亦將面臨終局性之權利保護拒絕（Rechtsschutzverweigerung），因排除或防止妨害財產權與營業權之本案訴訟，其救濟通常於罷工結束後發生效力而再無實益，無法對於雇主之權利為有效救濟，致使雇主僅能於事後就無法防止之既存損害提出民事損害賠償⁷⁰。再細繹上述否定說之論點，其亦認為罷工有害重大公益時則得為定暫時狀態之處分，故否定說之立場其實僅涉及核發處分要件之標準寬嚴的問題，限制基於重大公益考量始得為之，而非根本性地否認得為罷工之定暫時狀態處分⁷¹，故可知我國學說原則上肯定法院得以定暫時狀態處分的方式禁止或限制罷工，惟本文認為此問題應分別就實體法與程序法之觀點為進一步之分析。

68 陳金泉（註66），頁82；另參黃書苑（註1），頁284-285，其引述日本學說將重大公益納入之討論。

69 陳金泉（註66），頁82。

70 *Wilhelm Duetz*, *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht: zum sachlichen Umfang der Zivilgerichtsbarkeit*, 1970, S. 130.

71 參黃書苑（註1），頁285註922。

1. 實體法之觀點

就禁止與限制罷工事件處分之合法性的問題，否定說固以罷工權保障為出發點，惟罷工權受到憲法保障之意義，並非指罷工權之行使毫無界限，縱使為受到憲法所保障之權利，依憲法第23條規定：「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。」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而具有必要性者，得經由法律限制之，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憲法權利之國家高權（包含行政、立法與司法）行為的合憲性⁷²。憲法第23條作為限制基本權之規範，其目的即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⁷³，以解決基本權間之衝突，而只有相衝突的他人基本權與具有憲法位階的法價值得成為限制基本權的正當事由⁷⁴，此亦為基本權在憲法上的內在限制（*verfassungsimmanente Schranken*）⁷⁵。在罷工所引起的各種利益衝突之中，不論是來自爭議當事人間或與爭議無涉之第三人，其即為典型的基本權衝突問題，此時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有適度之行動空間，以衡平解決衝突，不得對罷工權行使造成過度

72 陳新民，論憲法人民基本權利的限制，收於：憲法基本權利之基本理論（上冊），5版，頁182-183（2002年）。

73 司法院釋字第509號蘇俊雄大法官協同意見書。

74 李雅萍，德國法上關於基本權之限制，憲政時代，22卷1期，頁34（1996年）。

75 *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 258; *Michael Kemper*, *Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)*, 1990, S. 170; *Klaus Stern*, *Die Grundrechte und ihre Schranken*, in: *Badura/Dreier (Hrsg.)*, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II, 2001, S. 1 (11 f.); 另參林佳和，工會行動權基礎理論，收於：勞動與法論文集 I：勞動法理論基礎與法制發展、同盟與集體勞動法，頁297（2014年）。

之限制，以符合憲法第23條基本權限制之規範，否則將導致罷工在無限度地退讓下，退化成為消極不作為而喪失其功能，此有違罷工權保障應確保罷工有進行真正具有壓力性鬥爭之空間的意旨⁷⁶。

我國工會法、勞資爭議處理法與團體協約法已對於罷工權之行使訂有多項限制，於個案適用相關法律時，行政或司法機關亦應具體衡量案件中法律欲保護的法益與相對的基本權限制，據以決定系爭法律的解釋適用，追求個案中相衝突之基本權的最適調和（*schonender Ausgleich*）⁷⁷。在罷工中，工會所為阻礙事業正常運作之罷工（勞資爭議處理法第5條第4款參照），係對於雇主財產權與營業權為侵害，其於法律所訂之合法性界限內，受到保障而在民事與刑事責任上受到免責之評價（勞資爭議處理法第55條第2項、3項參照），雇主並無應被保全之權利存在；反之，踰越合法界限之罷工則不在罷工權保障之範圍中，因此若法院以定暫時狀態處分禁止或限制違法罷工的進行，以保全雇主之權利免於發生重大之損害或避免急迫之危險，應不生侵害罷工權之問題，復以此時雇主與勞方（工會與勞工）因違法罷工產生之爭議屬於私權紛爭，為民事訴訟規範適用之對象，則民事訴訟法上保全程序既無特別排除的規範⁷⁸，可得出雇主得就違法罷工事件聲請定暫時狀態處分之結果⁷⁹。此一結論亦與國家中立原則（*staatliche Neutralität*）無違，因

76 臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定；另參黃程貫，勞動法，修訂4版，頁254（2002年）；邱羽凡，罷工與非典型勞動爭議行為之定義與區分——最高法院89年度台上字第1795號判決，收於：臺北大學法律學院勞動法研究中心編，集體勞動法精選判決評議，頁246（2017年）。Vgl. auch Henner Wolter/Jens Schubert/Florian Rödl, Vorbereitung und Durchführung von (gewerkschaftlichen) Streiks, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskämpfe: Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl., 2018, § 16 Rn. 1.

77 司法院釋字第509號解釋蘇俊雄大法官協同意見書。

78 另依勞動事件法之規範，該法雖訂有「第四章 保全程序」，然對罷工之保全處分未有特別規定，亦未排除罷工事件中適用民事訴訟法定暫時狀態處分規範，請參勞動事件法第46條至第50條之規範。

79 相同見解，參邱駿彥，勞資爭議之裁決機制，「2004年勞資爭議處理機制」學

國家雖然在罷工中應採取中立之立場，不得介入勞資爭議中當事人為決定勞動條件而進行實力抗衡的空間之中，其同時拘束行政、立法與司法權⁸⁰，然國家中立原則亦有其界限，亦即應遵守制定法之規範，則法院依法對於罷工為審判而作出禁止或限制之決定時，亦屬符合國家中立原則誠命之結果⁸¹。

然而，在一般私權爭執之案件中，就當事人間爭執之法律關係是否能得出有實體法上之權利存在，已有不易認定的問題，尤其於學說上就某權利之承認與否尚存爭議，或是特定事實是否該當權利發生、變更或消滅之要件事實，又或是特定事實存在之認定等均有審理上之困難⁸²，在罷工事件中，若需區別合法與違法之罷工，以確認雇主有無應有受保護之權利，則因在我國法的相關規範中，合法的罷工應符合下列要件：第一、須工會始得為之（勞資爭議處理法第54條第1項），且非由受罷工禁止之勞工進行（勞資爭議處理法第54條第2項）；第二、勞資間有調整事項之勞資爭議（勞資爭議處理法第53條第1項）；第三、該爭議業經過調解程序且無結果為前提要件（勞資爭議處理法第53條第1項），或為不當勞動行為之勞資爭議，且經中央主管機關裁決認定構成不當勞動行為之勞資爭議（勞資爭議處理法第53條第2項）；第四、經工會會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意罷工（罷工投票）（勞資爭議處理法第54條第1項）。第五、罷工進行中，應依誠實信用及權利不得濫用原則為之（勞資爭議處理法第55條第1項）；第六、罷工期間，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（勞資爭議處理法第56條）；第七、勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工（勞資爭議處理法第8條）；第八、團體協約

術研討會，國立臺北大學司法學系、行政院勞工委員會、臺灣勞動法學會主辦，頁11（2004年12月18至19日）；黃書苑（註1），頁286。

80 *Otto Rudolf Kissel*, *Arbeitskampfrecht*, 2002, § 34 Rn. 3 f.

81 *Kissel* (Fn. 80), § 34 Rn. 3 f.

82 沈冠伶（註20），頁58-59。

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，而為罷工（團體協約法第23條第1項）。然上列各項關於罷工主體、目的、程序與手段合法性之規範，相關判斷標準多有所爭議，而有待法院為審理後確定，若要於簡速之保全程序中為審理則難度更高。

以本文前述關於南山工會與機師工會罷工之定暫時狀態處分事件為例，雇主聲請定暫時狀態處分時所釋明之罷工違法事由有：（1）系爭罷工決議係由不具勞工身分之聲請人所屬保險業務員投票通過，是系爭罷工決議不具成立之法律要件，依法自始即不成立，罷工行為自屬違法行為⁸³；（2）罷工目的中有未經工會事先聲請勞資爭議調解者，依勞資爭議處理法第53條規定，不得罷工⁸⁴；（3）罷工目的中有項目仍在調解期間，依勞資爭議調解法第8條規定，於調解期間為罷工，亦屬非法罷工⁸⁵；（4）工會宣稱將再行於雇主總公司或分公司出入口搭建鷹架或設置其他影響出入之障礙設施之行為，對雇主所有權有妨害之虞，並可能造成生命、身體及財產等法益之重大損害等情⁸⁶；（5）工會濫用罷工規定，揚言封鎖雇主之總公司，且在各分公司遍地開花，並透過媒體放話，稱：罷工行動將影響聲請人450萬名保戶，衝擊保戶辦理保單貸款、核保理賠等業務，呼籲保戶勿進入罷工區域等語，可見聲請人所為已逾越勞資爭議處理法所規定之合法罷工界線⁸⁷；（6）舉行罷工投票之工會為職業工會、並非企業工會，不得依勞資爭議處理法第53條、第54條第1項規定舉行罷工之議決及實施罷工；（7）工會申請勞資爭議調

83 臺灣臺北地方法院104年度全字第578號、第579號民事裁定，另參臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定。

84 臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定。

85 同前註。

86 臺灣臺北地方法院104年度全字第578號、第579號民事裁定，另參臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定。

87 臺灣臺北地方法院104年度全字第559號民事裁定。

解之項目與調整事項勞資爭議無涉；(8) 工會僅讓工會會員投票時表示是否贊同或反對罷工，但對於罷工方式、時間均未經會員決議，故其舉行罷工投票顯非適法⁸⁸。上列雇主各項主張與勞資爭議處理法之罷工限制規範的對照，本文整理如下表一所示。上列案例中各項雇主所主張罷工違法事由若結合各項法定罷工限制要件，需進一步說明之相關疑義如下：

第一、主體合法性

罷工是否僅企業工會得為之（上列案例事由之（6）項：舉行罷工投票之工會為職業工會、並非企業工會）⁸⁹？又，非工會罷工是否合法⁹⁰？

第二、目的合法性

工會不得就權利事項之勞資爭議為罷工，然權利事項以外勞資爭議應如何解釋？又，調整事項勞資爭議應如何解釋（上列案例事由之（7）項：工會申請勞資爭議調解之項目與調整事項勞資爭議無涉）？例如「開放勞工參與公司治理，提供經營必要資訊。例如工會參與推派獨立董事或增設勞工董事。」是否屬於調整事項⁹¹？

88 臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定。

89 學說上反對見解參蔡瑞麟，論職業工會可否罷工——附論禁搭便車條款之效力，台灣法學雜誌，299期，頁37-40（2016年）；肯定見解，邱羽凡，職業工會適用我國罷工投票規範之研究——德國法制之啟示，交大法學評論，4期，頁123-126（2019年）。此爭議嗣經法院於另案審理，臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第224號民事判決認定：「觀諸前揭關於罷工之規定，已負面表列不得罷工之勞工、行業別及特殊情況，並未排除職業工會之罷工權，而工會法、勞資爭議處理法、團體協約法中就企業工會、職業工會、產業工會3種工會組織之權利有部分區別之規範，然未有限制或排除職業工會罷工權之規範，可知職業工會亦為得宣告罷工的工會組織。」

90 張鑫隆，勞資爭議處理法之變革——以爭議權的保障及其限制為中心，收於：社團法人台灣法學會編，臺灣法學新課題（七），頁189-246（2009年）。

91 此項為2018年空服員工會針對長榮航空公司發動之罷工時提出之訴求，參許書萱，長榮罷工八大訴求懶人包 一次看懂新舊版 工會籲儘早協商，三立新聞網，2019年6月27日，<https://www.setn.com/News.aspx?NewsID=561473>（最後瀏

又，工會得否針對權利事項勞資爭議為非罷工之爭議行為⁹²？

第三、程序合法性

部分調整事項爭議未經過調解程序且無結果，是否導致罷工整體均屬違法（上列案例事由之（2）項：罷工目的中有未經工會事先聲請勞資爭議調解者）？罷工前應先經罷工投票，但是否限於勞動基準法上之勞工有投票權（上列事由之（1）項：罷工決議係由不具勞工身分之人（保險業務員）投票通過，罷工決議自始即不成立）？工會會員投票時，僅表示是否贊同或反對罷工，但對於罷工方式、時間均未經會員決議，是否屬合法之罷工投票（上列事由（8）項）？又，關於跨事業單位組織之產業工會與職業工會，於其僅針對特定雇主為罷工時（例如桃園市空服員職業工會於2016年間僅針對華航公司、2018年間僅針對長榮公司進行罷工），其辦理罷工投票時應如何劃定「全體」會員？又，「過半數同意」之範圍應如何計算？

第四、手段合法性

爭議行為應依誠實信用及權利不得濫用原則為之，於工會宣稱將於雇主總公司或分公司出入口搭建鷹架或設置其他影響出入之障礙設施之行為（上列案例事由之（4）項）；又或是工會揚言封鎖雇主之總公司，且在各分公司遍地開花，致可能影響雇主450萬名保戶辦理保單貸款、核保理賠等業務（上列案例事由之（5）項）是否合法？又，罷工期間，罷工糾察線應如何設置始符合誠實信用及未抵觸權利不得濫用原則？若運用實力為阻礙時，可達何程度（例如於罷工時設置障礙物以阻礙人員出入、或是全面或部分封鎖事業

覽日：2019年6月30日）。

⁹² 參邱羽凡，爭議行為，收於：臺北大學法律學院勞動法研究中心編，勞動法文獻研究——理解、分析與重構，頁292-293（2017年）。

單位出入口)⁹³？

表1 罷工權限制與雇主張（罷工事件中
「有爭執法律關係」存在）之關係

限制	勞資爭議處理法 「爭議行為章」規範	雇主之主張
主體	須工會始得為之（勞資爭議處理法第54條第1項）；非由禁止罷工之勞工進行（勞資爭議處理法第54條第2項）。	(6) 舉行罷工投票之工會為職業工會、並非企業工會。 (1) 罷工決議係由不具勞工身分之人（保險業務員）投票通過，罷工決議自始即不成立。
目的	須有調整事項之勞資爭議，權利事項之勞資爭議，不得罷工（勞資爭議處理法第53條第1項）；雇主、雇主團體經中央主管機關裁決認定成不當勞動行為（勞資爭議處理法第53條第2項）。	(7) 工會申請勞資爭議調解之項目與調整事項勞資爭議無涉。
程序	須該爭議業經過調解程序且無結果（勞資爭議處理法第53條第1項）。	(2) 罷工目的中有未經工會事先聲請勞資爭議調解者。
	經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意罷工（勞資爭議處理法第54條第1項）。	(8) 工會會員投票時僅表示是否贊同或反對罷工，但對於罷工方式、時間均未經會員決議。
手段	爭議行為應依誠實信用及權利不得濫用原則為之（勞資爭議處理法第55條第1項）；罷工期間，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（勞資	(4) 工會宣稱將再行於雇主總公司或分公司出入口搭建鷹架或設置其他影響出入之障礙設施之行為，對雇主所有權有妨害之虞，並可能造成生命、身體及

93 關於罷工糾察線之爭議，迄今（2019年1月）仍無相關之司法判決，僅有行政函釋可供參考，參內政部警政署100年10月26日警署保字第10001805512號函與勞動部107年1月2日勞動關3字第1060128991號函。

	爭議處理法第56條)。	財產等法益之重大損害等情。 (5) 工會揚言封鎖雇主之總公司，且在各分公司遍地開花，並放話稱罷工行動將影響聲請人450萬名保戶，衝擊保戶辦理保單貸款、核保理賠等業務。
--	-------------	--

資料來源：本文整理上述裁定後製表。

在法理上，踰越合法界限之罷工不受到罷工權之保障，法院於符合民事訴訟法第538條相關規範的前提下，得以定暫時狀態處分以禁止或限制其進行。此一結論使罷工事件之定暫時狀態處分的合法性，將一律取決於實體法之規範，然如上所列，不論是罷工主體、目的、程序與手段合法性之規範於個案中的適用，相關判斷標準在現行規範中若非有所爭議、即是屬不確定之法律概念，而有賴法院解釋與適用法律後為確定，以實現與確認人民之實體權利。此在合法與違法罷工之界限不易釐清的特性下，雙方間是否存在民事訴訟法第538條第1項所定之「爭執之法律關係」，即產生相當的模糊，亦讓定暫時狀態處分的合法性有難以確定的問題。

2. 程序法之觀點

再由程序法之觀點而論，若將罷工事件之定暫時狀態處分的合法性一概繫於實體法之規範，等同是要求透過保全程序來審理罷工合法性此實體法之問題，此將產生幾項問題。首先，依民事訴訟法第538條第1項規定：「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」定暫時狀態處分須就爭執之法律關係有應受保全之權利存在（*Verfügungsanspruch*），且具有保全必要性（*Verfügungsgrund*）⁹⁴。就前者而言，「有爭執之法律關係」的「法

⁹⁴ 參黃書苑（註17），頁9。

律關係」在內涵上實為權利⁹⁵，故於權利或義務遭受侵害或被否認，或甚至有遭受侵害的可能性且具有保全必要性時，得聲請為定暫時狀態處分；就後者而言，應審酌有無防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類情形之必要。而在罷工事件中，若認為法院就「違法之罷工」均得為定暫時狀態處分，則將僅審酌被保全之權利的有無，但未審酌必要性，此與定暫時狀態處分制度之目的似未相符。

再者，由於保全程序本質上具有迅速性，其重於迅速而經濟之裁判，其與本案訴訟程序以達成慎重而正確之裁決為目的有所不同，在定暫時狀態處分程序中，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形，縱認為聲請人應釋明具有「被保全之權利」存在——亦即不僅是釋明兩造間就因罷工而就所有權、占有利益與自由權等權利受侵害與否一事「有所爭執」，而應釋明其對於相對人具有損害賠償請求權或不作為請求權等權利存在⁹⁶，此即為罷工行為有無不法侵害雇主權利之爭議問題（參本文下述「參、一、（一）有爭執之法律關係」），然法院仍是依當事人之釋明等略式程序即為裁定，最高法院91年度台抗字第340號民事裁定即指出：「按假處分為保全程序而非確定私權之訴訟程序，……但債權人本案債權是否確實存在，則非保全程序所應審認之事項。⁹⁷」雖民事訴訟法第538條第4項規定法院為裁定前應使兩造當事人有陳述之機

95 所謂「法律關係」在解釋上為兩個以上的法律主體依據法律規定，以權利義務為內容，成立法律上的關係；而權利則是指「受法律所保護的利益」，持有人則可藉其地位積極主張利益；據此，法律關係實質上即有權利的概念，兩者實難以作區分，參辛年豐，行政訴訟中定暫時狀態處分之構成要件及其運用的分析與檢討——從與民事訴訟法比較出發，中原財經法學，26期，頁261-262、269（2011年）。

96 參陳瑋佑，定暫時狀態處分之二保全權利及其釋明——以最高法院106年度台抗字第362號民事裁定為例，台灣法學雜誌，370期，頁31（2019年）。

97 姜世明，釋明之研究——以其證明度為中心，東吳法律學報，20卷1期，頁89（2008年）。

會，然為達到程序迅速性之要求，以及保全程序本不涉及實體權利義務關係之終局判斷等因素，基於合目的性之考量，聲請人仍僅負有釋明之義務⁹⁸，故學說上雖有認為滿足性處分有本案化的現象⁹⁹，但法院在定暫時狀態處分程序中衡量相關利益後形成之「法」（裁定），與本案訴訟所依據之客觀實體法仍不相同¹⁰⁰。違法之罷工固不受到保障，然保全程序基於程序救濟迅速之制度目的，無法就罷工之合法性問題為詳細審理，加上罷工合法性問題在實體法上所具有的不明確性，錯誤判決之風險（*Fehlentscheidungsrisiko*）亦較為提高¹⁰¹。更重要的是，若再進一步考量罷工事件為定暫時狀態處分之特徵，亦即罷工事件定暫時狀態處分欠缺暫時性之特質（參上述「貳、二、（二）處分之終局性效力」），則迅速作成之處分一旦有自始不當的問題而被撤銷（民事訴訟法第531條第1項參照），因罷工事後並無回復原狀之可能，重啟之罷工無法取代或補救原來預計實施之罷工，則基於罷工事件之定暫時狀態處分不屬暫時性處分，該處分對於罷工權造成之限制亦屬終局性。

3. 小結

基於上述理由，於考量定暫時狀態處分之程序構造與審理原則下，關於定暫時狀態處分制度是否得適用於罷工事件之問題，本文認為，一方面罷工權為具有憲法位階之權利，國家不得恣意禁止或限制工會與勞工行使之，另一方面憲法第16條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現；人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝

98 參姜世明（註97），頁89。

99 參沈冠伶（註23），頁62。

100 許士宦（註21），頁130。

101 *Henniges* (Fn. 53), S. 7.

奪¹⁰²。是以雇主就罷工事件聲請定暫時狀態處分以救濟其權利時，即民事訴訟法第538條第1項適用於罷工事件之問題，應以調和罷工權與訴訟權之觀點為解釋。在合法罷工的事件中，因不存在有爭執之法律關係，法院自不得以定暫時狀態處分之方式為禁止或限制罷工。然真正之疑義在於，縱使將罷工事件之定暫時狀態處分機能限制於禁止違法罷工的侵害，由本文上述可知，由於罷工合法性判斷之複雜與困難，難於以迅速經濟為目的之保全程序為充分之審理，且債權人本案債權是否確實存在，本非保全程序所應審認之事項，故所謂「違法」之罷工原則上需經本案訴訟程序審理後始能確定，除非罷工已屬「明顯違法」。且若忽略罷工合法性判斷之不確定性，逕於保全程序中經由當事人之釋明等略式程序即為裁定，在罷工事件定暫時狀態處分具有終局性效力之特徵下，將對於罷工權造成不可回復之侵害。是故在罷工事件中，勞方（勞工與工會）與雇主各自之罷工權與訴訟權所保障之法益的衡平下，為符合罷工權保障之法理，避免此制度淪為禁止罷工的捷徑，應認為雖不得排除雇主於爭議行事件中運用定暫時狀態處分之權利，惟定暫時狀態處分規範於罷工事件上，應如何具體適用，此尤其是在「可能違法」之罷工權行使上，可能產生被保全權利存否具有獲強烈爭執而遭法院駁回之結果，下文將對此為進一步之分析。

參、定暫時狀態處分規範於罷工事件之適用

一、定暫時狀態處分之要件

定暫時狀態處分之要件，即法院審理與當事人攻擊防禦之對象，依民事訴訟法第538條第1項規定：「於爭執之法律關係，為防

102 司法院釋字第396號解釋理由書。

止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」定暫時狀態處分之要件有二：一為有「爭執之法律關係」存在，二為具有「保全必要性」。又依民事訴訟法第538條之4準用第533條、第526條規定，應就其請求及定暫時狀態處分的原因加以釋明，且兩者缺一不可，以下簡要說明之。

（一）有爭執之法律關係

在定暫時狀態處分中，所謂有「爭執之法律關係」之「法律關係」，其內涵實為權利，亦即當事人於該有爭執之「法律關係」本身即對於相對人具有一實體法上權利¹⁰³，故聲請人於聲請定暫時狀態處分時，就有爭執法律關係之要件即須釋明有被保全之權利存在¹⁰⁴。另依據民事訴訟法第538條第2項規定，定暫時狀態處分之裁定，以其本案訴訟¹⁰⁵能確定該爭執之法律關係者為限，對於無法經由判決終局確定之法律關係，即無維持暫時狀態之必要¹⁰⁶，在審理上，法院應依聲請人之主張先為一貫性（有理性）之審查（Schlüssigkeitsprüfung）¹⁰⁷，亦即判斷有無被保全之權利存在，於否定時即駁回其聲請。在罷工事件中，雇主若要聲請定暫時狀態處

103 沈冠伶（註20），頁71；陳瑋佑（註96），頁32-38。另應附帶說明，爭執之法律關係不限於是否不一有繼續性為限，只要為防止發生重大之損害，或避免急迫之危險或有其他相類之情形，而有必要即得為聲請，參最高法院98年度台抗字第539號裁定要旨。此外，金錢以外之物權上絕對權之法律關係及占有、或無體財產權等法律關係等亦屬有爭執之法律關係，參姜世明（註42），頁631-632；許士宦（註21），頁107-108。

104 辛年豐（註95），頁261-262、269。

105 定暫時狀態處分之本案訴訟不以給付訴訟為限，亦得為形成訴訟或確認訴訟，姜世明（註42），頁641。

106 姜世明（註42），頁641。另參本條立法理由：「法院裁定准為定暫時狀態，僅係就當事人間爭執之法律關係暫為之處分，其所保全之權利，須經訴訟程序確定，故為裁定後，如該事件之本案尚未繫屬者，仍有第529條限期起訴之適用。」

107 參沈冠伶（註23），頁58；Michael H. Korinth, *Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren*, 3. Aufl., 2015, D. Rn.5.

分以禁止整起罷工、或是個別罷工行為之進行，應先釐清被保全之權利的內涵。於雇主要求工會不得進行罷工或特定罷工行為時，該不作為請求權（Unterlassungsanspruch）所欲保全之權利有保護其所有權、占有利益與自由權等權利不受罷工侵害，因在罷工進行中，工會為了確保罷工的進行，可能藉由組織罷工糾察線之方式，以控制被罷工事業單位之出入口並阻礙人員之進出，或是於罷工中干擾生產設備之運轉等行為，因上開行為屬於罷工權行使的一環，基於合法權利之行使不具有違法性（Rechtswidrigkeit）——或至少具有阻卻違法之效力¹⁰⁸，此均屬有無不法侵害雇主權利之爭議問題。而若要排除上述因罷工對於雇主之所有權、占有利益與自由權所生之違法妨礙，雇主本得依民法第767條第1項中段及後段、民法第962條之規定，對於工會提起請求排除或防止妨害所有權之本案訴訟，或依民法第184條及第213條第1項之規定行使損害賠償請求權，請求回復原狀¹⁰⁹。

除了所有權、占有利益與自由權之外，雇主另可能受有營業利益之損害，雇主本身為營業活動的主體，本有決定開業、停業，以及決定營業之時間、地點、對象及方式之自由，以獲取經濟利益¹¹⁰，而就基於罷工而不為勞務提供致「妨害他人行使營業之權利」，其是否屬於權利之侵害？亦即有無承認「營業權」（Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb）¹¹¹之必要？就此問題，在德國法的討論上，營業權屬於德國民法第823條第1項所承認之權利，以保護企業之運作與經濟活動不受違法罷工之侵害¹¹²，當工會與勞工進行違法罷工時，得主張不作為請求權以排除該侵

108 王澤鑑，侵權行為法，增訂新版，頁301（2015年）。

109 參民法第213條第1項：「負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。」

110 請參閱司法院釋字第547號黃越欽大法官之協同及一部不同意見書。

111 BAG 12.9.1984 NZA 1984, 393; 9.4.1991 NZA 1991, 815.

112 BAG 26.7.2016 NZA 2016, 1543 Rn. 25.

害¹¹³。在我國法上，由於目前通說並不承認營業權之存在¹¹⁴，本文認為在罷工事件中亦無創設營業權之必要，因民法第184條第1項後段規定：「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」在罷工違法時，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¹¹⁵，然不得背於善良風俗亦是權利濫用禁止的內涵之一¹¹⁶。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，與勞資爭議處理法第55條第1項限制罷工應依誠實信用及權利不得濫用原則為之的要求相同，故在違法罷工事件中，仍得肯定雇主有應受保護之利益（營業利益）存在，而得請求損害賠償。則不論營業權是否為受到承認之權利，雇主在罷工事件中有經濟利益之損失並無爭議，此不論以營業權或營業利益為保障均可得出相同之結論。

雇主在罷工事件中受有經濟利益等損失，有爭議者在於其是否因而具有「被保全之權利」，亦即「由當事人間爭執之法律關係是否能導出某一實體法上之權利」，而此一問題尚需納入罷工之特殊性為考量。因罷工本質上為阻礙雇主生產運作之權利行使行為，其為專以損害他方（雇主）為目的之權利，故所有的罷工均有侵害雇主權利或利益之性質¹¹⁷，故不能謂聲請人釋明有罷工存在，雇主之權利當然遭受（罷工）侵害，即屬已盡有爭執之法律關係的釋明，因依罷工權保障之法理，合法之罷工乃是合法之侵權行為，雇主依法應容忍工會依法為罷工時所生之損失或不便利性，不得請求侵權行為之損害賠償，勞資爭議處理法第55條第2項亦明訂合法爭議行

113 vgl. BAG 20.11.2012 NZA 2013, 437 Rn. 80.

114 學者鄭玉波認為營業權之侵害可成立侵權行為，請參閱，鄭玉波，民法債編總論，修訂2版，頁174（2004年）；但學者王澤鑑則反對於我國侵權行為法上創設營業權，請參閱，王澤鑑（註108），頁431-434。

115 請參閱最高法院69年台上字第2603號判例。

116 劉雪筠，權利濫用之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁141-146（1989年）。

117 黃程貫（註76），頁255；vgl. auch *Bertzbach/Kloppenburger* (Fn. 11), § 24 Rn. 23.

為(罷工)之民事免責規範：「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。」而罷工民事免責法理之目的，即在於修正民法之原理，將一定範圍的罷工排除在民法的違法評價之外，故罷工只要符合罷工權行使的要件，則應先為適法之推定，於有反證否定罷工之合法性時，才能為違法之評價¹¹⁸。因此，在罷工事件之定暫時狀態處分中，雇主張所有權或占有利益等權利或營業利益受到侵害，從而有權請求排除或防止妨害侵害或是存在有損害賠償請求權，此均以「罷工違法」為前提，屬於雇主應予釋明之對象，易言之，雇主被保全之權利存否的檢驗即是罷工合法性的檢驗，在有爭執法律關係之要件上，即應就「罷工權之合法性」予以審查¹¹⁹。

(二) 保全必要性

在保全必要性上，應為如何之審查？最高法院106年度台抗字第1330號民事裁定指：「所謂定暫時狀態之必要，即保全必要性，係指為防止發生重大損害，或為避免急迫之危險，或有其他相類似之情形¹²⁰發生必須加以制止而言。然損害是否重大？危險是否急迫或是否有其他相類之情形？應釋明至何種程度，始得以擔保金補足其釋明，應就具體個案，透過權衡理論及比例原則確認之，亦即法院須就聲請人因許可定暫時狀態之處分所能獲得之利益、與因不許可定暫時狀態之處分所可能發生之損害、相對人因定暫時狀態之處分之許可所可能蒙受之不利益及是否影響公共利益為比較衡量。」就此而言，聲請人因許可定暫時狀態之處分所能獲得之利益、與因

118 張鑫隆，罷工之民刑事與行政法上免責範圍，「勞資爭議處理法制」學術研討會，國立政治大學勞工研究所、財團法人職業訓練研究發展中心主辦，頁11（2009年10月15日）。

119 *Bertzbach/Kloppenburger* (Fn. 11), § 24 Rn. 24 ff.

120 所謂其他相類之情形而有必要，雖然不必為有重大損害或急迫危險性，但仍應有採此措施以及時避免損害擴大或發生之必要性為限。參見呂太郎，假處分裁定程序之研究，法官協會雜誌，6卷1期，頁42（2004年）。

不許可定暫時狀態之處分所可能發生之損害、相對人因定暫時狀態之處分之許可所可能蒙受之不利益，是否有不可回復之重大損害產生，以及是否影響公共利益為比較衡量¹²¹。亦即聲請人因該處分所得利益、不許假處分所受損害，是否逾相對人因處分所受不利益或損害，以及其他利害關係人之利益或法秩序之安定、和平等公益，加以比較衡量¹²²，若涉及人格權所包含之生命、身體、名譽等損害或不利益，原則上應肯認其較財產法益具有優先保護之必要¹²³。學說上另有提出參酌美國核發禁制令四項基本要件，以審酌定暫時狀態處分之必要性，即本案勝訴可能性、無法彌補之損害、利益衡平與公共利益¹²⁴此四項要件之考量，惟究其實，該等要件仍在於利益衡量之判斷。

首先就「利益衡平」而言，其與上述「當事人之保護」有相似之內涵，意即就聲請人因定暫時狀態處分之許可所能獲得之利益、因不許可所可能發生之損害，與相對人因定暫時狀態處分之許可所可能蒙受之不利益為衡量；而「無法彌補之損害」係指，若不即時為定暫時狀態處分，將使聲請人無法得到適當的彌補，乃是就聲請人一方之不利益為更慎重之考量¹²⁵，其意仍是在於強調當事人應受保護之必要。至於「本案勝訴可能性」，仍是為審查保全必要性之利益衡量而將之納入考慮，亦即，雖然定暫時狀態處分可能造成相對人不利益，但如權利人在本案勝訴可能性相當高時，法院仍宜為定暫時狀態之處分，例如最高法院96年度台抗字第266號民事裁定：「是以法院衡量利害關係之結果，若認實施假處分，對債務人

121 參最高法院107年度台抗字第358號民事裁定；臺灣高等法院95年度抗字第1097號民事裁定；沈冠伶（註20），頁73。

122 最高法院105年度台抗字第185號民事裁定。

123 沈冠伶（註20），頁73。

124 王偉霖，（註15），頁7。另參邵瓊慧，我國智慧財產案件定暫時狀態處分制度研究——兼論美國案例最新發展，收於：司法院行政訴訟及懲戒廳編，智慧財產訴訟制度相關論文彙編第1輯，頁374（2010年）。

125 黃書苑（註1），頁136。

將造成較大之損害，非不得酌定命債權人提供較高之擔保金額，以求平衡，尚不能因假處分對債務人造成較大損害，即置債權人不受繼續侵害之保護於不顧。」其意旨應以聲請人勝訴可能性較高為前提¹²⁶，若相對人因此定暫時狀態處分之許可而造成的損害遠大於聲請人因被駁回所受之損害，則法院應提高對於本案勝訴性之釋明要求¹²⁷。簡言之，在保全必要性的釋明上，重點仍在不同個案就定暫時狀態之急迫性、對債務人所造成損害之情節輕重，以及債權人因此受滿足的程度而為差異處理，應依個案事件急迫性、背景事實、對權利人之利益、對相對人之損害、是否對權利人過苛而有所差異¹²⁸。

在罷工事件中，雇主因該處分所得利益、不許假處分所受損害，是否逾工會或勞工因處分所受不利益或損害，尤其罷工通常伴隨對於第三人之影響，則應如何將其他利害關係人之利益與整體公共利益納入為比較衡量，均需檢討，臺灣桃園地方法院於107年度全字第143號、第144號民事裁定將罷工權定暫時狀態處分之保全必要性，限制於罷工係明顯違法或有不正當之行為、或因實施罷工將導致民眾之生命、身體或健康有急迫侵害之危險或類此情形之不可回復之損害，於個案中應如何具體適用，本文將於下述「參、三、罷工事件之保全必要性衡量」為進一步之分析。

126 沈冠伶（註20），頁74。

127 姜世明（註42），頁88。

128 黃書苑（註1），頁150。

二、罷工違法性與定暫時狀態處分要件之釋明

(一) 罷工明顯違法之要件與釋明

1. 明顯違法之定義

雇主對於罷工事件聲請為定暫時狀態處分，需釋明其有權利因罷工而受違法侵害，亦即需釋明該罷工屬「違法行為」致其權利遭受「違法侵害」，否則雇主在欠缺損害賠償請求權下，即難謂有應受保全之權利存在¹²⁹，法院即應駁回雇主之聲請。例如臺灣臺北地方法院104年度全字第559號民事裁定一案中，聲請人主張，工會主張之罷工目的中有未經工會事先聲請勞資爭議調解者，違反勞資爭議處理法第53條第1項要求罷工之爭議應經過調解程序且無結果，經法院認定該罷工並無違反勞資爭議處理法第53條之問題¹³⁰，則若該起罷工無其他違反罷工限制規範之情事，應認定聲請人未盡有爭執之法律關係的釋明義務，或是縱盡釋明義務仍無法提出存在有爭執之法律關係，故其無應保全之權利存在¹³¹。惟誠如本文上述，雇主被保全之權利存否的檢驗，即是罷工合法性的檢驗，在有爭執法律關係之要件上，應就「罷工合法性」予以審查¹³²，然罷工之違法

129 黃書苑（註1），頁286-291。

130 裁定理由為：「參諸附表第3項記載相對人之罷工訴求為『因南山人壽保險股份有限公司於中華民國103年稅後獲利212億元，今年獲利亦持續成長。基於經營成果分享之理念，南山人壽企業工會要求內勤會員每人月薪增加新臺幣1萬元，年終獎金增加1個月，外勤會員各項產品佣金率皆增加20%，年終獎金上限由原本11%增加到15%。』等語，再觀諸聲請人所提出之104年10月6日臺北市政府勞資爭議調解紀錄之勞方主張第1點記載：『企業獲利應回饋員工，以充分反應企業對員工之照顧，本會基於公司持續獲利，從盈餘分享上為爭取員工（不分內勤、外勤人員）薪資調整。』等語，而該次調解因雙方歧見過大而調解不成立，亦有臺北市政府勞資爭議調解紀錄可佐，堪認相對人就公司獲利後之盈餘分享及員工薪資調整事項之罷工訴求，業經聲請勞資爭議調解而調解不成立，尚難認相對人之上開罷工訴求，有何違反勞資爭議處理法第53條規定之情事。」

131 黃書苑（註1），頁286-291。

132 Bertzbach/Kloppenburger (Fn. 11), § 24 Rn. 24 ff. 然德國法上亦有討論，罷工應「達到何程度之違法性」而得以定暫時狀態處分禁止，vgl. Sven Patrick

性原則上需經本案訴訟程序審理後始能確定，除非罷工已屬「明顯違法」，因此聲請人負有釋明「罷工明顯違法」之義務。

詳言之，法院於依循罷工主體、目的、程序與手段合法性為罷工合法性¹³³審查時，明顯違法之罷工包含：第一、非由工會（包含職業工會、產業工會與企業工會）所宣告之罷工（勞資爭議處理法第54條第1項）；且非由禁止罷工之勞工進行（勞資爭議處理法第54條第2項）；第二、工會針對非屬不當勞動行為事項之權利事項爭議進行罷工（勞資爭議處理法第53條第1項）；第三、工會未經勞資爭議調解不成立，即宣告罷工（勞資爭議處理法第53條第1項）；第四、工會未經罷工投票，即宣告罷工（勞資爭議處理法第54條第1項）；第五、工會於勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間基於與爭議目的之同一事項進行罷工（勞資爭議處理法第8條）；第六、工會於團體協約存續期間以妨害團體協約之存在或其各個約定之存在為目的而為罷工，亦即違反團體協約和平義務（*tarifliche Friedenspflicht*）。（團體協約法第23條第1項）；第七、罷工以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞的方式進行（勞資爭議處理法第55條第3項）。本文整理上列要件如下表2。

Schneider, Der einstweilige Rechtsschutz im Arbeitskampf. Maßstäbe der gerichtlichen Eilüberprüfung und prozessuale Verbesserungsmöglichkeiten, 2019, S. 134-156.

¹³³ 有關罷工合法性要件，請參本文上述「貳、三、(二) 1.實體法之觀點」之說明。

表2 現行法下罷工明顯違法之態樣例示

合法性檢驗	勞資爭議處理法規範	罷工明顯違法之態樣
罷工主體	須工會始得為之； 非由受罷工禁止之勞工進行。	非由工會宣告進行罷工； 由教師等受罷工禁止之勞工進行罷工。
罷工目的	具有調整事項之勞資爭議； 為不當勞動行為之勞資爭議且經裁決認定； 違反團體協約和平義務而為罷工。	針對非屬不當勞動行為事項之權利事項爭議進行罷工。
罷工程序	經過調解程序且無結果； 經合法罷工投票； 未於調解、仲裁或裁決期間罷工。	未經勞資爭議調解不成立即為罷工； 未經合法罷工投票即為罷工； 於調解、仲裁或裁決期間進行罷工。
罷工手段	依誠實信用及權利不得濫用原則為之； 罷工期間維持工作場所安全及衛生設備之正常運轉。	以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞的方式進行罷工。

資料來源：本文整理。

若將本文上述「表1」中雇主所主張之各項違法態樣，與表2現行法下罷工明顯違法之例示態樣對照，「(6) 舉行罷工投票之工會為職業工會、並非企業工會」時，職業工會宣告罷工並非屬「非由工會宣告進行罷工」之態樣，只要是由工會進行之罷工即先推定主體合法，罷工並無明顯違法；又或是「(8) 工會會員投票時僅表示是否贊同或反對罷工，但對於罷工方式、時間均未經會員決議」時，並非屬「未經合法罷工投票即為罷工」之態樣，只要是以直接、無記名投票且經全體過半數同意之罷工投票即先推定程序主體

合法，罷工並無明顯違法。惟於肯定聲請人已釋明個案中存在明顯違法之罷工時，則屬滿足定暫時狀態處分要件之「爭執之法律關係」存在，法院即應進一步審酌有無保全必要性。雖有主張明顯違法之罷工因不受保障，毋庸再審酌其保全必要性而得逕予限制，此為德國法上之討論，其對於罷工目的違法（非以團體協約締結為目的）、違反團體協約和平義務之罷工，有認為得逕為禁止之定暫時狀態處分¹³⁴，然亦有德國勞動法院判決指出，違法之罷工不當得逕以定暫時狀態處分禁止，在Baden-Württemberg邦勞動法院就一起市公車司機罷工的定暫時狀態處分案件中，法院認定系爭罷工之罷工目的雖非合法而具有被保全之權利，然該案中雇主持續地運用替代性交通運輸（Ersatzverkehr）為因應，使罷工並未造成嚴重之交通問題，故難認有被保全之必要性存在，至於雇主為替代性交通運輸支出的費用，因聲請人未有釋明該費用之額度是否造成雇主經營生存之危險，亦難為有利聲請人之認定，從而駁回其聲請¹³⁵。本文認為定暫時狀態處分制度之機能並不在於終局性地認定當事人間之權利義務關係，其並非本案訴訟之替代程序，而是由法院迅速地以定暫時狀態之方式以免急迫重大損害的發生¹³⁶，對於未致生有急迫重大情事之罷工若仍裁定為定暫時狀態處分而禁止，則與定暫時狀態處分之制度機能暨訴訟法上之相關規範有所不符。

2. 明顯違法之釋明

在釋明罷工有無「明顯違法」，亦即罷工主體、目的或程序不合法（勞資爭議處理法第53條、第54條）或使用侵害他人人身權之手段（同法第55條第3項）」的情形（參上表2），聲請人需就「事實

134 Vgl. LAG Hessen, Urt. v. 9.9.2015 - 9 SaGa 1082/15, NZA 2015, 1337 LAG Köln, NZA 1997, 327 (330); LAG Hessen v. 9.9.2015 - 9 SaGa 1082/15; Vgl auch *Wolf-Dietrich Walker*, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampf, ZfA 1995, S. 185 (207).

135 LAG Baden-Württemberg Urt. v. 3.8.2016 - 4 SaGa 2/16, BeckRS 2016, 71965.

136 沈冠伶（註20），頁83。

主張」與「證據提出」此二部分盡主張責任，並提出可供法院為即時調查之證據¹³⁷，使法院就某項事實之存否，得到大致為正當之心證，此與「證明」須就當事人所提證據資料，足使法院產生堅強心證，可確信其主張為真實者，尚有不同¹³⁸。以前述「表1」中之雇主所提出之主張「(2) 罷工目的中有未經工會事先聲請勞資爭議調解者」此項為例，對照上表2，此為「未經勞資爭議調解不成立即為罷工」即勞資爭議處理法第53條第1項要件之爭議，而工會有無於罷工前先經勞資爭議調解程序，只需法院經由事實與證據調查即可認定之事項，此為事實認定與法律適用（Regelanwendung）之問題，此處即為勞資爭議處理法第53條第1項適用之解釋，聲請人（雇主）若盡其釋明之責任，提出證據以釋明「事實主張」（罷工目的中有未經工會事先聲請勞資爭議調解者），法院即得於保全程序中確認其是否與勞資爭議處理法第53條第1項規範相符，若有違反則可認定屬於「明顯違法」。臺灣臺北地院104年全字第556號民事裁定經調查後即認定：「聲請人自承，本件罷工理由中『不同意聲請人103年7月16日公告實施之區經理合約評量制度』部分，確實已經兩造為勞資爭議調解而不成立，則相對人實施罷工，應無違反勞資爭議處理法第53條規定之虞。¹³⁹」易言之，法院在保全程序中乃是擔任法律適用的角色¹⁴⁰，依據已明訂之法律規範為事實調查，以認定罷工是否有明顯違法。

137 陳瑋佑（註96），頁35。

138 最高法院100年度台抗字第852號裁定。另參最高法院100年度台抗字第63號裁定即指出：「又釋明，得用可使法院信其主張為真實且得即時調查之一切證據，包括人證、文書、鑑定、勘驗、當事人本人訊問等，其與證明在分量上並不相同，凡當事人提出之證據，雖未能使法院達於確信之證明程度，但可使法院得薄弱之心證，信其事實上之主張大概為如此者，應認已盡釋明之責。」

139 臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定。

140 Vgl. Krause (Fn. 1), S. 23, 36.

至於應釋明至何程度而能認符合罷工明顯違法各態樣之要件，基本上應以優越蓋然性（超過50%）為基準¹⁴¹，然學說上有認為宜由法院視個案中之急迫性，或對於本案權利實現之程度，或對相對人可能造成之損害程度而定，而在具有高度急迫的事件中，法院則可以權衡降低被保全權利之釋明程度¹⁴²。在罷工事件中，基於此類定暫時狀態處分具有滿足性之特徵，且禁止罷工之處分對於相對人（工會）將產生不可回復且無法事後彌補之影響¹⁴³，故宜強化對於「罷工明顯違法」情形之釋明，雖不必達到完全證明，但應提高至高蓋然性，以能兼顧兩造間之利益。

（二）罷工「可能違法」之要件與釋明

1. 可能違法之定義

罷工「可能違法」係指在適用現行罷工法規範下，無法經由文義解釋而得出結論，致罷工合法性仍有疑義之情形，而不是指罷工有無明顯違法仍有所不明，因罷工有無明顯違法乃需由聲請人釋明，若聲請人無法提出證據讓待證事實達到信其為真實之程度，結果上乃是罷工並未「明顯違法」，而不是轉變為可能違法。換言之，罷工明顯違法或可能違法並非罷工違法程度的問題，明顯違法乃是毋需經由法律之續造即可認定與法規範明顯不符之情形，至於可能違法則係指罷工合法性之要件仍有爭議，需經法律解釋而為確定者。若個案經審查後僅屬「可能違法」時，縱使雇主就該罷工可能違法之事實為高度釋明，且提出證據讓待證事實達到信其為真實之程度，結果上罷工仍僅屬「可能違法」。

141 姜世明（註97），頁83。

142 參沈冠伶（註20），頁59、80。

143 參沈冠伶（註20），頁59提出：「但如准許處分對於相對人所造成之損害愈大，或有不可回復之損害，且相對人亦爭執聲請人之被保全權利時，則宜強化對於被保全權利之釋明。」。

例如上表1中，雇主主張「罷工決議係由不具勞工身分之人（保險業務員¹⁴⁴）投票通過」此項，其關係到勞資爭議處理法第54條第1項所稱「工會會員」之身分是否限於具有從屬關係之勞工，亦即工會法上之勞工的定義為何之問題¹⁴⁵，由於工會法第6條僅規定工會由勞工組織之，但並未就「勞工」有所定義，加上現行法制允許非屬勞工之自營業者參與職業工會，則罷工決議由自營業者作成是否合法似有疑義，而存在有通過解釋方法為法之續造的可能性，故基於此點所生爭議即非屬明顯違法之罷工。則於聲請人（雇主）未主張該起罷工有其他違反罷工限制規範之情事下，縱使雇主就罷工決議由保險業務員所組成工會作成之事實為高度釋明，且提出證據讓待證事實達到信其為真實之程度，結果上罷工仍僅屬「可能違法」。法院就「工會法上之勞工的定義」之爭議，如本文上述，仍需於本案訴訟程序審理後為確定，並給予相對人（工會）較為慎重正確之程序保障，非逕於保全程序中經由當事人之釋明等略式程序，即認定「工會法上之勞工的定義」此一關係罷工主體限制之問題。罷工可能違法之近期案例除上表一所示「罷工由不具勞工身分之人進行之」，另例如罷工目的為「工會參與決定勞工董事」、「產業工會與職業工會罷工投票僅以罷工範圍中的工會會員為全體會員之計算」或是關係勞資爭議處理法第55條第1項所訂誠實信用及權利不得濫用原則適用的問題，例如上表1中（4）（5）之態樣，或是罷工糾察線對於事業單位為暫時全面性之封鎖或是罷工未經預告即進行之，由於此等爭議非本文重點，僅是以例示以說明罷工可能違法之態樣，故以下謹簡要整理各項可能違法之爭議於下表3。

144 有關保險業務員是否具有勞工之身分，非本文討論重點，對此請參邱羽凡，保險業務員法律地位之再檢討——以大法官釋字第740號為中心，月旦法學雜誌，285期，頁92-110（2019年）。

145 有關工會法上勞工定義之討論，請參李玉春，論工會法中勞工之範疇，國立中正大學法學集刊，44期，頁215-226（2019年）。

表3 勞資爭議處理法規範下罷工可能違法之態樣例示

合法性檢驗	罷工可能違法之態樣	主張罷工合法性具有爭議之論點
罷工主體	罷工由不具勞工身分之人進行之。	工會法未就「勞工」有所定義，現行法制允許非屬勞工之自營作業者參與職業工會。
罷工目的	罷工目的為「工會參與決定勞工董事」。	勞資爭議處理法僅限制不得就權利事項進行罷工，「工會參與決定勞工董事」是否屬於勞資爭議處理法之勞資爭議，有所爭議 ¹⁴⁶ 。
罷工程序	產業工會與職業工會罷工投票僅以罷工範圍中的工會會員為全體會員之計算。	勞爭法第54條第1項規定罷工投票的「全體過半數同意」，應以工會全體會員或受僱於被罷工之事業單位的工會會員總數為「全體」的範圍，有所爭議 ¹⁴⁷ 。
罷工手段	違反誠實信用及權利不得濫用原則。	例如罷工糾察線對於事業單位不得為全面性之封鎖 ¹⁴⁸ 。

資料來源：本文整理。

2. 「可能違法」之審查

誠如本文上述，基於罷工權之特性，一旦法院裁定禁止罷工，對於工會造成之損害即屬終局性，事後並無回復原狀之可能，則於罷工違法性有所爭議的個案中，原則上則應先推定罷工具有合法

146 相關討論，請參林更盛，要求「工會參與決定董事」是合法的罷工訴求嗎？，法源法律網，2019年6月3日，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023826（最後瀏覽日：2020年1月10日）；邱羽凡，論罷工之合法性要件，「罷工法」學術研討會，政治大學法學院勞動法與社會法中心主辦，頁13-15（2019年12月21日）。

147 參臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第224號民事判決；邱羽凡（註89），頁123-126。

148 相關討論，請參邱羽凡，論罷工糾察界限與糾察手段之合法性，中原財經法學，43期，頁57-60（2019年）。

性，由聲請人負擔不利益¹⁴⁹，否則將形同忽略審理被保全權利之結果，讓定暫時狀態處分之要件完全取決於保全必要性，而有未能充分保障相對人權利的問題。基於事件特性而應更嚴謹審查定暫時狀態處分要件之一論點，在罷工以外之事件中，例如智慧財產案件中，立法者亦有所強調，此可參智慧財產案件審理法第22條第2項立法理由：「智慧財產權之產品，尤其是半導體等高科技產業，其產品於市場上之替換週期甚為短暫，商機稍縱即逝，一旦經法院命停止繼續製造、販賣等行為，常不待本案判決確定，產品已面臨淘汰，致廠商被迫退出市場之不利結果，影響至為重大，其造成之損害亦難預計。基於智慧財產事件之特性，就聲請定暫時狀態處分之要件，自應嚴謹……。」（粗體字為本文所強調）在相對人因處分而將受有難以回復之損害時，就定暫時狀態處分之請求原因，更應為充分釋明。

當聲請人未盡釋明義務，致法院無法認定有違法罷工的情形，法院固不會准予為定暫時狀態之處分，於聲請人已盡釋明義務但罷工仍僅屬「可能違法」時，「原則上」法院亦不需再進一步審酌保全必要性，亦即於被保全權利存否不明確時，原則上應經由本案之審判程序為調查與確定，而不宜逕由保全程序為「可能違法」之認定，並為禁止或限制進行之裁定。然實務上真正具有爭議的問題為，於罷工「可能違法」的個案中，雖然被保全之權利存否有所爭議，但在保全必要性較高、具有急迫危險之情形時，應如何處理？對此，學說上有認為，被保全權利如涉及高度爭議性之法律問題（例如上述「工會會員身分是否限於具有從屬關係之勞工」之爭議），於聲請人所受不利益將大於准許聲請時相對人所受之不利益，則宜放寬一貫性之審查而准其聲請，亦即基於利益衡量之結果為決定是否准予為定暫時狀態處分¹⁵⁰。若依此主張，於「可能違

149 Vgl. Bertzbach/Kloppenborg (Fn. 11), § 24 Rn. 43.

150 沈冠伶（註20），頁78-79。

法」之罷工有造成急迫重大之損害時，即可能放寬一貫性之審查，甚至得於高度急迫性之情形中不為審查，亦即對於可能違法之罷工逕進行保全必要性之審查，以決定是否准予為定暫時狀態處分。

對於上述論點，本文認為在其他私權紛爭的案件類型中，雖學說上有就保全必要性應否先予審理¹⁵¹、或是在高度急迫性之情形中不審查被保全權利¹⁵²，或是就被保全權利如涉及高度爭議性之法律問題是否宜放寬一貫性審查等爭執，然在罷工事件中，若罷工造成民事訴訟法第538第1項所規定之「重大之損害」、「急迫之危險」或有其他相類之情形時，其實已趨近於違反勞資爭議處理法第55條第1項「爭議行為應依誠實信用及權利不得濫用原則為之」所定罷工界限，恰恰在此情形中，罷工其實已趨於「明顯違法」，易言之，在罷工主體、目的、程序、手段均無明顯違法（僅屬可能違法），但若罷工致生有急迫重大損害的情形時，縱使罷工時未有以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞的方式為之，在解釋誠實信用及權利不得濫用原則此一不確定法律概念下，亦已可能有違反勞資爭議處理法第55條第1項，在此情形下，「急迫重大損害」不但是實體法（勞資爭議處理法第55條第1項）之要件、亦是程序法上之要件（民事訴訟法第538條第1項），被保全之權利與保全必要性兩者在判斷罷工有無違反誠信原則上，實已互相交錯而產生融合（*zusammengeführt*）¹⁵³。

舉例而言，捐血站之勞工非屬勞資爭議處理法禁止罷工之對象，若其組織企業工會並提出進行加薪之調整事項爭議，於調解不

151 辛年豐（註95），頁291。

152 沈冠伶（註23），頁58-59；德國法上另有學者主張，得排除對於實體權利之審理，亦即不審理被保全之權利而僅為利益衡量，*Dieter Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, 1971, S. 83ff.。對Leipold主張之批評與分析，vgl. *Henniges* (Fn. 53), S. 32-35.

153 Vgl. auch *Henniges* (Fn. 53), S. 36.

成立後進行合法罷工投票並宣告罷工，其罷工主體、目的、程序與手段並非上述罷工明顯違法之任何一種態樣，惟若工會就其組織範圍內之捐血站進行無限制之全面性罷工，雖非屬以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害（勞資爭議處理法第55條第3項）¹⁵⁴，然此罷工手段仍有致他人生命受侵害的危險，則於聲請人釋明「重大之損害」、「急迫之危險」等原屬保全必要性之要件時，亦等於是對於被保全權利存在的釋明，此乃因事實與證據若能釋明重大損害與急迫危險之情形愈明顯，原來僅屬「可能違法」之罷工也會因罷工手段違反誠實信用及權利不得濫用原則，而提高罷工手段違法之可能性，從而更靠近「明顯違法」罷工的一端，並得以同時肯定雇主具有被保全之權利。不過，並非所有可能違法之罷工均會過渡成為明顯違法之罷工，此僅存在於「可能違法」之罷工有致生「重大之損害」、「急迫之危險」存在之情形，所以例如上述表3中，當工會之罷工目的為「工會參與決定勞工董事」時，其合法性雖有所疑義，但若其罷工未引致重大損害或急迫危險時，則不但不會轉變為明顯違法之罷工，同時亦不具有保全必要性。

3. 可能違法之釋明

在罷工可能違法的情形中，乃是聲請人已盡釋明義務但罷工仍僅屬「可能違法」之態樣，然在罷工手段可能違反誠信原則而產生重大損害或急迫危險之情形中，聲請人恰恰要釋明有「高度急迫」之情形以讓「可能違法」靠近「明顯違法」罷工的一端，乃同時釋明實體法（勞資爭議處理法第55條第1項「誠信原則與權利濫用禁止」）與程序法上之要件（民事訴訟法第538條第1項「保全必要性」），因此在審酌保被保全權利時已同時在為保全必要性之審查。在此事項之釋明程度上，基本上亦應以優越蓋然性為基準，雖學說上主張具有高度急迫的事件中，法院得權衡降低被保全權利之釋明

¹⁵⁴ 此一案例為LAG Hamm, Urteil vom 16. 1. 2007 - 8 Sa 74/07.

程度¹⁵⁵，但此處同樣考量罷工事件具有滿足性之特徵，且禁止罷工之處分對於相對人（工會）將產生不可回復之影響，故仍宜強化聲請人此處之釋明義務，亦即雖不必達到完全證明，但仍應達到提高到「重大之損害」、「急迫之危險」存在具高蓋然性之程度。

（三）小結：被保全權利與保全必要性交錯之分析

於符合罷工權保障之法理下，應認為定暫時狀態處分程序於罷工事件中應以「明顯違法」之罷工為限，因在僅屬可能違法的罷工事件中，本案判決之結果與定暫時狀態處分相同之可能一致之可能性較低，定暫時狀態處分不一定是預先執行本案判決之結論，則為了減少二者的歧異性，避免造成無法事後彌補之損害，僅得禁止或限制造成急迫重大損害之罷工行為。在此前提下，首先應予注意，罷工主體、程序、目的與手段明顯違法之罷工，其並不當然引起重大損害或急迫危險，此時應進一步判斷具體個案有無發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形，以確定是否應為定暫時狀態處分；反之，在罷工主體、目的、程序與手段均無明顯違法之罷工，此時仍需進一步審酌罷工有無引起重大損害或急迫危險，而屬違反勞資爭議處理法第55條第1項之概括條款（誠實信用及權利不得濫用原則），若得出肯定之答案，同時亦已說明該罷工行為已達明顯違法。詳言之，「被保全權利」與「保全必要性」，為判斷定暫時狀態處分核發與否之兩項要件，於罷工事件中，基於罷工手段應符誠信原則之要求，對於民事訴訟法第538第1項所規定之「重大之損害」、「急迫之危險」或有其他相類之情形等，原屬於「保全必要性」的判斷，其實即是「被保全權利」存在之審查，被保全權利之審查實已取代此類情形中之保全必要性審查。

155 參沈冠伶（註20），頁59、80。

結論上，由於造成「重大之損害」、「急迫之危險」之罷工，已不符勞資爭議處理法第55條第1項所要求之誠信原則，原則上屬於手段違法之罷工，此時被保全之權利與保全必要性兩者均已存在，從而可以推導出雇主對於具有保全必要性之罷工事件，亦均有被保全權利。因此，法院在具體個案中的判斷流程上，亦非不得就罷工手段之合法性先為審理，然其審查基準為罷工之進行將導致急迫重大危險或類此情形之不可回復之損害，此時外觀上雖然在於保全必要性之審查，然其實法院在進行被保全權利存否之審查；反之，若法院就罷工之主體、目的、程序與手段之違法性先進行審查，縱使得到其屬明顯違法之結果，亦仍需就其保全必要性為審查，此時仍需回到罷工有無導致急迫重大危險或類此情形之不可回復之損害。因此，就結論上而言，縱使審查上就保全必要性先予審理，在罷工事件亦不生忽略不為審查被保全權利的問題。

三、罷工事件之保全必要性衡量

在為罷工合法性判斷後，非謂違法之罷工均一律得經由保全程序為禁止，個案中仍應視該明顯違法之罷工，是否有引起急迫危險或重大損害而有禁止之必要，如上述德國Baden-Württemberg邦勞動法院在公車司機罷工案中對於個案中保全必要性之審查，此一解釋亦始符合民事訴訟法第538條第1項之規定。在保全必要性的衡量上，如本文上述，本案勝訴可能性、無法彌補之損害、利益衡平與公共利益此四項要件均納入考量，惟決定性之標準仍是有無急迫性與必要性。在罷工事件上，臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定指出關於罷工權定暫時狀態處分之保全必要性，應限於「罷工係明顯違法或有不正當之行為」、「實施罷工將導致民眾之生命、身體或健康有急迫侵害之危險」或「類此情形之不可回復之損害」以及「此危險及損害係雇主善盡其真摯之努力仍無從避免時」之情形，以下進一步說明之。

(一) 不正當之罷工行為

首先關於罷工「有不正當之行為」此點，其應屬罷工手段合法性之判斷，即勞資爭議處理法第55條第1項要求罷工應依誠實信用及權利不得濫用原則之誠命的明文規範，而法院將罷工有「不正當之行為」與「罷工係明顯違法」併列，其意應在要求罷工中不正當之行為已使罷工成為明顯違法之情形，此即如本文上述，類型之一為罷工手段明顯違法，亦即罷工進行中非有個別踰越合法界限之過度的爭議手段（*exzessive Kampfmaßnahmen*），例如罷工糾察進行中有強暴脅迫之行為存在，此時罷工整體雖原則上不當然成為違法之罷工¹⁵⁶，但此時應進一步審酌該危險是否屬於「重大」或「急迫」而有保全必要性。詳言之，縱使為不正當之罷工行為，仍應進一步審酌其於個案中有無造成他人（包含雇主與第三人）重大急迫之危險。其次，於罷工雖以和平手段進行，但仍致生有急迫重大損害的情形，致趨近於基於罷工違反誠實信用及權利不得濫用原則時，乃屬轉變為明顯違法之態樣（勞資爭議處理法第55條第1項）。在具體判斷上，不正當之罷工行為有無導致急迫重大損害，仍需考量當事人之保護必要性與利益衡平，即上引法院裁決所提出之實施罷工將導致他人之生命、身體或健康有急迫侵害之危險，以及類此情形之不可回復之損害等，以下進一步說明之。

(二) 避免他人之生命、身體或健康遭受急迫侵害之危險

1. 雇主（爭議相對人）

(1) 罷工事件之特殊性

罷工不得導致他人之生命、身體或健康有急迫侵害之危險，而

¹⁵⁶ Vgl. BAG, NZA 1988, 846 (850); *Wolfgang Linsenmaier*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 19. Aufl., 2019, GG Art. 9 Rn. 235.

在雇主為法院之情形中，所需保障者即為雇主事業體之存續，而在罷工事件中，如同本文一再強調，罷工之目的本是藉由可能造成雇主經濟上損失之壓力以迫使雇主接受條件，其本質上即會導致雇主經濟上之損失¹⁵⁷，法院亦明示「罷工本係一種促使經濟生產停擺、損耗商業利益以迫許勞資雙方談判之必要手段」¹⁵⁸，故在進行罷工事件之定暫時狀態處分的利益衡量時，不能將此因罷工引起的通常性（normal）經濟不利益納入¹⁵⁹。易言之，聲請人（雇主）在「當事人之保護必要性」上，不能主張因罷工而受到損害即予肯定，對此學說上有認為應達到雇主之生存基礎受到威脅（Existenzgefährdung），或是面臨鉅額之損害（außergewöhnlich hohe Schäden）時，始能認為具有保全之必要性¹⁶⁰，然反對之主張認為不論是生存基礎受到威脅或是面臨鉅額損害之標準均過於抽象而難以具體適用¹⁶¹。本文認為，首先，定暫時狀態處分之保全必要性係取決於聲請人因該處分所得利益與不許假處分所受損害，是否逾相對人因處分所受不利益或損害，以及其他利害關係人之利益或法秩序之安定、和平等公益為比較衡量，已如上述，而罷工具有導致他人損害之本質的特徵應納入考量，但同時應審酌此一特徵是否導致重大之損害或避免急迫之危險的產生，而有為定暫時狀態處分之必要。

（2）避免不可回復之損害

臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定提出，有「類此情形之不可回復之損害」時亦應認定有保全之必要性，即是否產生無法彌補之損害。在罷工事件中，雇主聲請禁止勞

157 參臺灣臺北地方法院104年度全字第556號民事裁定、臺灣臺北地方法院104年度全字第578號、第579號民事裁定。

158 臺灣桃園地方法院107年度全字第143、144號民事裁定。

159 Henniges (Fn. 53), S. 77; Steinbrück (Fn. 1), S. 193.

160 Bertzbach/Kloppenburger (Fn. 11), § 24 Rn. 47.

161 Henniges (Fn. 53), S. 78; Steinbrück, (Fn. 1), S. 193.

工與工會為罷工時，其特徵在於處分對於相對人（工會與勞工）將產生不可回復之損害，惟若爭議行為亦將對於聲請人（雇主）造成不可回復之損害，此時法院即不能置債權人不受繼續侵害之保護於不顧¹⁶²。為符合兩造利益衡平原則¹⁶³，在罷工事件中，考量罷工權之損害非金錢得予彌補，且罷工權之行使關係到勞工勞動條件之變更，而合理勞動條件攸關保障勞工之生存權、工作權，而此利益並不當然小於雇主之營業利益，法院更指出：「勞工爭取勞動權益而決議罷工而與雇主商業利益有衝突時，雇主之商業利益甚或國家經濟利益均即應次於勞工權益，而機師合理勞動條件攸關乘客飛航安全利益，該利益不小於華航公司商業利益。」故除非罷工亦是造成他人不可回復之損害，否則亦肯定有保全之必要性。

在罷工所引起的各種利益衝突之中，一方面雖然讓罷工得有效進行，但另一方面必須給予他人之財產權、生命權、身體權與自由權等人格權等諸項權利適當之保護。關於生命、身體權等人格權等之保護已如上述，就財產權之保障則應避免不可回復之損害的發生。就此而言，我國法上尚無法院判決可供參考，而若參酌德國法上之討論，所要求者即為公正爭議原則（Regeln eines fairen Kampfes），德國聯邦勞動法院指出：「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，反而必須於重建於勞動爭議中所被擾亂的勞動和平。」且「不只是爭議行為進行時點與所追求的目標須符合相當性原則，其採取之手段的強度與實施過程也同受限制。¹⁶⁴」亦即爭議行為不得以消滅對手為目的，即「爭議對手生存毀滅的禁止」（Verbot der

162 參最高法院96年度台抗字第266號民事裁定。

163 參最高法院96年度台抗字第266號民事裁定：「本件定暫時狀態處分如獲准許，相對人合法範圍內之生產、銷售、進出口等行為恐將完全停擺，所造成之商譽損失、市場競爭潛力喪失、客戶流失、違約責任及信用破產等後果甚鉅，非金錢得以補償，實有違兩造利益衡平原則。」

164 BAG 21.4.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Existenzvernichtung) 原則。在具體內涵上¹⁶⁵，應要求罷工之進行應使爭議結束後，雇主得回復營運為原則¹⁶⁶，例如拒絕提供維持性勞務 (Erhaltungsarbeiten)¹⁶⁷，或是罷工進行之方式已讓雇主終局性地無法再進行生產，應認為已違反勞資爭議處理法第55條第1項之規範，而具有保全之必要性。

2. 第三人人格權暨公共利益之保障

保全必要性之審酌係以「防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要」為要件，而涉及人格權的生命、身體、名譽等損害或不利益，原則上應肯認其較財產法益具有優先保護之必要¹⁶⁸，在罷工中，若罷工將導致他人之生命、身體或健康有急迫侵害之危險，即屬之。簡言之，並非一有罷工即會導致他人生命、身體或健康遭受急迫侵害之危險，就運輸業之罷工而言，原則上亦僅導致民眾交通上之不便而與重大急迫之危險有間，在針對華航公司之罷工中，法院亦認為：「是縱如相對人（本文註：工會）依系爭罷工決議實施罷工，亦非當然導致民眾之生命、身體或健康有急迫侵害之危險。」以交通運輸業罷工為例，德國法院就德國火車司機員工會 (Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer, GDL) 德國鐵路於2007年10月間宣告進行之罷工，Chemnitz地方勞動法院原裁定禁止工會罷工¹⁶⁹，其理由為依照德國聯邦勞動法院與憲法院之見解，在一個相互依存的社會，罷工固然不可能只對其爭議對手產生影響，惟工會於罷工時仍需考量比例原則，不得明顯

165 不過，公正爭議原則之內涵一直都無明確的定義且有爭議，參Kissel (Fn. 80), § 31 Rn. 3.

166 BAG 11.5.1993 NZA 1993, 809.

167 維持勞務係指防止事業單位設備報廢、毀滅而所需採取之行為，以確保雇主之生產工具與工作職務於罷工結束後能重建與繼續，參BAG 31.1.1995, NZA 1995, 958; Linsenmaier (Fn. 156), GG Art. 9 Rn. 180-185.

168 沈冠伶 (註20)，頁73。

169 ArbG Chemnitz 5. 10. 2007 7 Ga 26/07.

(nicht offensichtlich) 有害於公共利益 (Gemeinwohl)¹⁷⁰，而在此罷工事件中，Chemnitz地方勞動法院認為該起運輸業之罷工已對第三人造成不成比例之影響而裁定禁止之；然而，上訴法院即Sachsen邦勞動法院則認定工會之罷工合法，得繼續進行¹⁷¹。兩則法院就公共利益問題之見解差異在於，Sachsen邦勞動法院指出，應明確區分受到罷工影響之法益 (Rechtsgüter) 類別，在屬於民生必須之公用事業發生罷工上，若民眾仍有利用其他交通工具之可能，且工會已有進行緊急勞務 (Notstandsarbeiten) 時，即有確保人民之生命、身體與健康之安全受到保障，此時若全面性地禁止罷工，反而是課以工會應安排超越緊急勞務範圍以外的勞務給付。此外，法院尚有計算德國火車司機員工會所進行的該起全國性罷工，影響全國短程、長程與人貨運運輸之比例，例如受到罷工影響之短程運輸範圍僅占4.5%，因此難認為對於第三人造成無法承受之影響，因而廢棄原審之認定¹⁷²，由此可知，禁止罷工行為之定暫時狀態處分係限於例外之情形為之。

再就醫療產業之罷工而言，因縱使為醫院等影響大眾生命安全、國家安全或重大公共利益事業，亦非屬法律禁止罷工之範圍¹⁷³，且勞資爭議處理法第54條第3項課以勞資雙方約定必要服務條款之義務，以確保罷工中必要服務之繼續提供，故於個案中仍應視之罷工手段、範圍、與所針對之事業單位類型等個案情形，具體判斷所進行之罷工是否有造成生命、身體或健康遭受急迫侵害之危險。臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定指出：「其中勞爭法第53條至第56條即係對罷工之程序及限制為規

170 BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BVerfG 18.12.1974, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG.

171 LAG Sachsen 2. 11. 2007-7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59.

172 *Id.*

173 禁止罷工之人員係規範於勞資爭議處理法第54條第2項：「下列勞工，不得罷工：一、教師。二、國防部及其所屬機關（構）、學校之勞工。」

範……對於大眾生命及安全國家安全或重大公共利益造成重大影響之一定事業罷工之限制及罷工之正當性等，足見罷工之本質及所生之利益衝突，已為立法者所預見……」。在諸限制罷工規範中，勞資爭議處理法第54條第3項規定：「下列影響大眾生命安全、國家安全或重大公共利益之事業，勞資雙方應約定必要服務條款，工會始得宣告罷工：一、自來水事業。二、電力及燃氣供應業。三、醫院。四、經營銀行間資金移轉帳務清算之金融資訊服務業與證券期貨交易、結算、保管事業及其他辦理支付系統業務事業。」立法理由¹⁷⁴雖謂必要服務條款係考量罷工權對於大眾生命安全、國家安全或重大公共利益之影響而訂，然上開規範本身已隱含有二大問題：

第一、勞資爭議處理法第54條第3項擴大了必要服務的一般適用對象範圍：以國際勞工組織所規定的範圍為例，其強調嚴格定義下的必要服務係指「一旦服務中止將危害生命、人員安全或全體或部份人口的健康」，而此一定義並未包括國家重大公共利益，除非國家重大公共利益產生危害生命、人員安全及人民健康有重要關聯，才會劃歸屬於必要服務¹⁷⁵。第二、包含之事業範圍與所欲保護之法益的關連性有所疑義：就所列出之經營銀行間資金移轉帳務清算之金融資訊服務業與證券期貨交易、結算、保管事業及其他辦理支付系統業務事業，該事業進行罷工將如何對於大眾生命及安全、國家安全或重大公共利益產生影響？若僅是影響大眾生活便利，「大眾生活便利」之法益並不具有限制具憲法位階之罷工權的正當性，需大眾生活便利所擴及至民眾生活之重大障礙而有生命安全或身體健康之慮時，才具有限制罷工之必要性¹⁷⁶。

174 勞資爭議處理法第54條第3項之立法理由為：「為避免勞工行使罷工權對於大眾生命安全、國家安全或重大公共利益造成重大影響，爰於第三項規範一定事業之勞資雙方應約定必要服務條款，工會始得宣告罷工。」

175 劉黃麗娟、楊兆豐，罷工與必要服務的規範與實踐，頁10-11（2012年）。

176 張鑫隆，罷工時最低運轉義務與罷工之範圍、界限，97年度「勞資爭議行為」圓桌論壇學術會議，行政院勞工委員會主辦，頁8（2008年12月12日）。

我國學者亦指出：「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。¹⁷⁷」更何況，在雇主聲請對於罷工為定暫時狀態處分之事件中，該保全處分之本案訴訟係以保護雇主之私權為目的，而非單純維護公共利益，雖應兼顧第三人之生命、身體或健康利益之保護，然自不可能單單以公共利益之理由即依雇主聲請為禁止罷工之處分，而有牴觸民事保全制度衡平與兼顧雙方當事人利益之意旨¹⁷⁸。承上所述，在保全必要性的判斷上，勞資爭議處理法第54條第3項各項事業中之罷工，縱未約定必要服務條款即進行，亦不當然導致生命、身體或健康遭受急迫侵害危險的結果，仍應視個案中罷工進行的情形而定，亦即只有罷工未充分顧及他人生命、身體或健康時，才有禁止罷工之必要性¹⁷⁹，而不是未約定罷工必要服務條款的罷工就當然具有保全之必要性。

(三) 危害避免之努力

勞資爭議處理法第5條第4款亦明訂，雇主於罷工得為防禦性之「對抗之行為」，亦即法律容許被罷工之雇主得藉由對抗行為以進行自力救濟。雖誠如本文上述之分析，雇主可能考量進行對抗行為所需之財產上支出，又難以保證其能發揮減緩罷工帶來之影響的程度，故捨棄對抗行為並以聲請定暫時狀態處分為因應。然罷工乃是勞資雙方的實力對決，若雇主仍有避免危害之對抗可能性時，則難認為有保全必要性的存在，臺灣桃園地方法院107年度全字第143

177 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，頁67（2005年9月8日）。

178 陳瑋佑（註96），頁33-34。

179 有學者主張：「只有在工會與勞工進行罷工時未進行罷工必要服務或是執行不足，致過度犧牲第三人之利益時，罷工才屬違法，而不是未約定罷工必要服務條款的罷工就導致違法的法律效果。」參邱羽凡，論勞資爭議處理法之罷工必要服務事項，全國律師，15卷6期，頁30（2011年）。

號、第144號民事裁定即強調「此危險及損害係雇主善盡其真摯之努力仍無從避免時，始得由法院介入禁止之必要。」易言之，由於雇主於罷工中依法得進行對抗行為或是重啟協商以解決爭議，從而減緩或迴避罷工所帶來之影響，若雇主放任罷工損害產生而未有任努力，「當事人之保護必要性」即屬較低。

另外就雇主遲不提出不作為之本案訴訟，但重覆提出定暫時狀態處分之聲請，在德國法上討論上，於上引Baden-Württemberg邦勞動法院就一起市公車司機罷工的定暫時狀態處分案件中，法院進一步指出，雇主在本案聲請前五個月前即曾聲請禁止罷工之定暫時狀態處分，然一直遲未提出不作為之本案訴訟以排除該侵害，法院認為若雇主確有遭受來罷工的重大損害，何以迄本案之聲請時仍無作為（未提出本案訴訟以中止罷工），則其於五個月後再主張有受罷工侵害之急迫性之點即有所矛盾，可見雇主僅將定暫時狀態處分作為「替代本案訴訟程序」（Ersatzhauptsacheverfahren）來運用，從而駁回其聲請¹⁸⁰。

四、保全之方式

民事訴訟法第535條：「假處分所必要之方法，由法院以裁定酌定之。」又除別有規定外，關於假處分之規定，於定暫時狀態之處分準用之（民事訴訟法第538條之4）。是以有爭執之法律關係有定暫時狀態之必要者，假處分的方法係由法院依職權酌定，不受債權人聲請假處分所表明方法之拘束，惟不可逾越定暫時狀態所需要之程度¹⁸¹，且應考量定暫時狀態處分係為避免急迫重大損害發生而為之措施，其對於相對人將產生一定之影響，故處分方法除不得超出本案請求的權利範圍外，應止於達成目的所必要的範圍內¹⁸²。故若

180 LAG Baden-Württemberg Urt. v. 3.8.2016 - 4 SaGa 2/16, BeckRS 2016, 71965.

181 最高法院95年度台抗字第436號民事裁定。

182 許士宦（註21），頁119。

雇主聲請就整體罷工為禁止，惟若對於他人產生急迫重大損害者，僅個別之罷工糾察行為，法院非不得僅就特定之罷工糾察為禁止。不過，仍應注意，罷工糾察對於確保罷工之進行具有高度重要性，若法院未禁止整體罷工、但全面禁止罷工糾察行為之進行，對於罷工之影響仍屬重大而關係到罷工能否繼續進行，此時仍應將上述罷工事件之特殊性一併考量。原則上，應以個別罷工手段為定暫時狀態處分之對象，惟有聲請人之保護必要性明顯地高於罷工權保障之法益時，始得以整體罷工之開始或進行對象。

此外，民事訴訟法第535條：「假處分所必要之方法，由法院以裁定酌定之。」又除別有規定外，關於假處分之規定，於定暫時狀態之處分準用之（民事訴訟法第538條之4）。是以有爭執之法律關係有定暫時狀態之必要者，假處分的方法係由法院依職權酌定，不受債權人聲請假處分所表明方法之拘束，惟不可逾越定暫時狀態所需要之程度¹⁸³，且應考量定暫時狀態處分係為避免急迫重大損害發生而為之措施，其對於相對人將產生一定之影響，故處分方法除不得超出本案請求的權利範圍外，應止於達成目的所必要的範圍內¹⁸⁴。故若雇主聲請就整體罷工為禁止，惟若對於他人產生急迫重大損害者，僅個別之罷工糾察行為，法院非不得僅就特定之罷工糾察為禁止。不過，仍應注意，罷工糾察對於確保罷工之進行具有高度重要性，若法院未禁止整體罷工、但全面禁止罷工糾察行為之進行，對於罷工之影響仍屬重大而關係到罷工能否繼續進行，此時仍應將上述罷工事件之特殊性一併考量。附帶應予注意者為，明顯違法之對象應區分「罷工整體」或「個別罷工手段」，若僅涉及個別爭議手段，則不能禁止整體罷工之開始或進行，且禁止整體罷工已形同罷工權行使之禁止，原則上應不得為之，除非聲請人之保護必要性明顯地高於罷工權保障之法益。

183 最高法院95年度台抗字第436號民事裁定。

184 許士宦（註21），頁119。

肆、結論

罷工權在我國歷經數十年的禁止時期，於2011年5月1日新罷工法實施後有漸走向法制化之發展趨勢，而自2011年開始適用新罷工法後迄今，已發生多起社會矚目之罷工事件，亦再度開啟了雇主對於罷工為定暫時狀態處分聲請之事件，而有鑒於對於罷工為定暫時狀態處分的功能類似於勞資爭議處理法第25條第4項之強制仲裁，均有緊急勞資爭議處理機制之作用，將產生禁止或限制罷工之效果，惟其涉及禁止罷工之罷工權「限制之限制」的問題，亦即定暫時狀態處分制度的適用不得導向對於罷工權過度限制的結果。定暫時狀態處分制度具有防止發生重大損害或避免急迫危險等情形之功能，在罷工事件中則有補充罷工中自力救濟（對抗行為）與迅速排除違法罷工之侵害之作用，然因一方面罷工具有侵害他人權利之特徵，另一方面因罷工之進行繫於時間要素與團結動員時機等因素，定暫時狀態之保全處分禁止罷工——縱使為暫時中止之處分，亦會因造成罷工被終局性地瓦解，產生不可回復之影響，故於罷工權保障之法理下，縱認為不得排除雇主於爭議行為事件中運用定暫時狀態處分之權利，但應限制性適用定暫時狀態處分程序於罷工事件上，以調和雇主之訴訟權與勞工與勞方（勞工與工會）之罷工權的衝突。

本文分析四件近年針對罷工所為之定暫時狀態處分之裁定，以雇主之訴訟權與勞工暨工會之罷工權的衝突與調和為目的，並主張應基於罷工事件之特性來解釋適用民事訴訟法第538條第1項所訂之定暫時狀態處分要件，提出研究結論為：首先，法院應限於就「明顯違法」之罷工為定暫時狀態處分，「可能違法」者則不在此列，而應回到本案審理，而不得經由定暫時狀態處分為禁止罷工之裁定；明顯違法乃是毋需經由法律之續造即可認定與法規範明顯不符之情形，諸如非由工會宣告進行之罷工、由受罷工禁止之勞工進行

之罷工、針對非屬不當勞動行為事項之權利事項爭議進行之罷工、未經勞資爭議調解不成立或合法罷工投票即為罷工、於調解、仲裁或裁決期間就同一爭議進行罷工或是以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞的方式進行罷工(參表2)。次者,就「明顯違法」之罷工仍應進一步審酌其保全必要性,亦即有無發生重大損害或避免急迫危險等情形,然與此同時仍應注意,罷工本質上為阻礙雇主生產運作之權利行使行為,其為專以損害他方(雇主)為目的之權利,故所有的罷工均有侵害雇主權利或利益之性質,故具體上雖應衡量雇主在罷工事件中因該處分所得利益、不許假處分所受損害,是否逾工會或勞工因處分所受不利益或損害,又尤其罷工通常伴隨對於第三人之影響,其他利害關係人之利益與整體公共利益亦應納入為比較衡量,但應注意臺灣桃園地方法院107年度全字第143號、第144號民事裁定指出關於罷工權定暫時狀態處分之保全必要性,應限於「實施罷工將導致民眾之生命、身體或健康有急迫侵害之危險」或「類此情形之不可回復之損害」時,則例如罷工將導致違反公正爭議原則所導出之「爭議對手生存毀滅的禁止」原則時,原則上即應肯定具有保全之必要性。同時附帶考量雇主有無進行減緩或迴避罷工所帶來影響之措施,而於「此危險及損害係雇主善盡其真摯之努力仍無從避免時」之情形中始肯定有保全之必要性。

再者,就罷工「可能違法」之情形,其係指在適用現行罷工法規範下罷工合法性仍有疑義之情形,而不是指罷工有無明顯違法仍有所不明,詳如表3所列舉之情形;在被保全權利如涉及高度爭議性之法律問題時(例如「工會會員身分是否限於具有從屬關係之勞工」之爭議),若系爭「可能違法」之罷工有造成急迫重大之損害時,由於罷工造成民事訴訟法第538條第1項所規定之「重大之損害」、「急迫之危險」或有其他相類之情形時,其實已趨近於違反勞資爭議處理法第55條第1項「爭議行為應依誠實信用及權利不得濫

用原則為之」所定罷工界限，在此情形下，「急迫重大損害」不但是實體法（勞資爭議處理法第55條第1項）之要件、亦是程序法上之要件（民事訴訟法第538條第1項），被保全之權利與保全必要性兩者在判斷罷工有無違反誠信原則上，實已互相交錯而產生融合，原屬於「保全必要性」的判斷，其實亦是「被保全權利」存在之審查，被保全權利之審查實已取代此類情形中之保全必要性審查。結論上，法院在具體個案中的判斷流程上，亦非不得就罷工手段之合法性先為審理，然其審查基準為罷工之進行將導致急迫重大危險或類此情形之不可回復之損害，此時外觀上雖然在於保全必要性之審查，然在罷工事件亦不生忽略不為審查被保全權利的問題。最末，在上列各項要件下，法院應區分對於整體罷工或個別罷工為禁止或中止之定暫時狀態之處分，以避免造罷工禁止之結果而符合罷工權保障之法理，並劃清民事定暫時狀態制度在集體勞動關係就罷工適用之標準，達到罷工權保障之目的，以及兼顧勞資雙方於罷工事件中利益之目的。

參考文獻

1. 中文部分

- 王偉霖(2012), 論營業秘密案件之定暫時狀態處分——兼評臺灣高等法院九十六年度抗字第一六四一號民事裁定, 月旦法學雜誌, 209期, 頁245-268。
- 王澤鑑(2015), 侵權行為法, 增訂新版, 臺北: 自版。
- 吳全成、馬翠華(2013), 勞資關係, 2版, 臺北: 三民。
- 吳典融(2018), 雇主行使訴訟權之不當勞動行為研究, 國立交通大學科技法律研究所碩士論文。
- 呂太郎(2004), 假處分裁定程序之研究, 法官協會雜誌, 6卷1期, 頁37-44。
- 李木貴(2003), 滿足的假處分之再認識, 月旦法學雜誌, 97期, 頁50-69。
- 李玉春(2019), 論工會法中勞工之範疇, 國立中正大學法學集刊, 44期, 頁203-251。
- 李雅萍(1996), 德國法上關於基本權之限制, 憲政時代, 22卷1期, 頁20-41。
- 李瑞敏(2018), 雇主行使訴訟權與不當勞動行為, 「107年不當勞動行為裁決制度」學術研討會, 勞動部主辦, 2018年11月14日。
- 李錦智(2004), 勞資爭議之緊急處理程序: 冷卻期與強制交付仲裁, 「當前集體勞資關係法制興革」學術研討會, 中山大學大陸研究所國際勞資政策研究中心主辦, 2004年11月11日。
- 沈冠伶(2004), 我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心, 月旦法學雜誌, 109期, 頁52-72。

- (2009), 保全程序的新變革, 收於: 民事程序法之新變革, 頁51-128, 臺北: 新學林。
- 辛年豐 (2011), 行政訴訟中定暫時狀態處分之構成要件及其運用的分析與檢討——從與民事訴訟法比較出發, 中原財經法學, 26期, 頁243-303。
- 林更盛 (2019), 要求「工會參與決定董事」是合法的罷工訴求嗎?, 法源法律網, 2019年6月3日, https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023826 (最後瀏覽日: 2020年1月10日)。
- 林佳和 (2005), 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8日。
- (2014), 工會行動權基礎理論, 收於: 勞動與法論文集I: 勞動法理論基礎與法制發展、同盟與集體勞動法, 頁287-310, 臺北: 元照。
- (2016), 華航罷工事件——一個集體勞動法記事, 台灣法學雜誌, 299期, 頁26-29。
- 法治斌、董保城 (2003), 憲法新論, 臺北: 自版。
- 邵瓊慧 (2010), 我國智慧財產案件定暫時狀態處分制度研究——兼論美國案例最新發展, 收於: 司法院行政訴訟及懲戒廳編, 智慧財產訴訟制度相關論文彙編第1輯, 頁337-644, 臺北: 司法院。
- 邱羽凡 (2011), 論勞資爭議處理法之罷工必要服務事項, 全國律師, 15卷6期, 頁21-33。
- (2017), 爭議行為, 收於: 臺北大學法律學院勞動法研究中心編, 勞動法文獻研究——理解、分析與重構, 頁279-312, 臺北: 元照。
- (2017), 罷工與非典型勞動爭議行為之定義與區分——最高法院89年度台上字第1795號判決, 收於: 臺北大學法律學院

- 勞動法研究中心編，集體勞動法精選判決評議，頁241-252，臺北：元照。
- （2019），保險業務員法律地位之再檢討——以大法官釋字第740號為中心，月旦法學雜誌，285期，頁92-110。
- （2019），論罷工之合法性要件，「罷工法」學術研討會，政治大學法學院勞動法與社會法中心主辦，2019年12月21日。
- （2019），論罷工糾察界限與糾察手段之合法性，中原財經法學，43期，頁1-71。
- （2019），職業工會適用我國罷工投票規範之研究——德國法制之啟示，交大法學評論，4期，頁119-162。
- 邱聯恭（2003），民事訴訟法修正後之程序法學（二）著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向，月旦法學雜誌，101期，頁152-156。
- 邱駿彥（2004），勞資爭議之裁決機制，「2004年勞資爭議處理機制」學術研討會，國立臺北大學司法學系、行政院勞工委員會、臺灣勞動法學會主辦，2004年12月18至19日。
- 姜世明（2008），釋明之研究——以其證明度為中心，東吳法律學報，20卷1期，頁61-105。
- （2018），民事訴訟法（下冊），5版，臺北：新學林。
- 徐郁惠（2006），消失在盡頭的黃金戰士——從灑冥紙去看臺灣弱勢階級的抗議文化，網路社會學通訊期刊，59期，<http://mail.nhu.edu.tw/~society/e-j/59/59-38.htm>（最後瀏覽日：2020年1月10日）。
- 張義德（2008），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，國立政治大學法律學研究所碩士論文。
- 張鑫隆（2008），罷工時最低運轉義務與罷工之範圍、界限，97年度「勞資爭議行為」圓桌論壇學術會議，行政院勞工委員會主辦，2008年12月12日。

- (2009), 勞資爭議處理法之變革——以爭議權的保障及期限限制為中心, 收於: 社團法人台灣法學會編, 臺灣法學新課題(七), 頁189-246, 臺北: 元照。
- (2009), 罷工之民刑事與行政法上免責範圍, 「勞資爭議處理法制」學術研討會, 國立政治大學勞工研究所、財團法人職業訓練研究發展中心主辦, 2009年10月15日。
- 許士宦 (2005), 證據蒐集與紛爭解決, 臺北: 新學林。
- 陳金泉 (2006), 勞動訴訟若干問題 (論壇二提案), 「九十五年勞工法規論壇」學術研討會, 行政院勞工委員會主辦, 頁65-84, 2006年11月9至10日。
- 陳淑美 (2006), 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。
- 陳新民 (2002), 論憲法人民基本權利的限制, 收於: 憲法基本權利之基本理論 (上冊), 5版, 臺北: 元照。
- 陳瑋佑 (2019), 定暫時狀態處分之被保全權利及其釋明——以最高法院106年度台抗字第362號民事裁定為例, 台灣法學雜誌, 370期, 頁27-40。
- 黃書苑 (2005), 定暫時狀態假處分之研究——關於勞工事件及公司事件方面, 司法研究年報, 25輯2篇, 頁1-127。
- (2008), 定暫時狀態假處分之研究, 國立臺北大學法律學系博士論文。
- 黃程貫 (1989), 勞資爭議法律體系中之罷工的概念、功能及基本結構, 政大法學評論, 39期, 頁175-222。
- (2002), 勞動法, 修訂4版, 臺北: 國立空中大學。
- 楊通軒 (2017), 集體勞工法——理論與實務, 臺北: 五南。
- 劉士豪 (2005), 我國憲法基本權體系中的勞動基本權, 收於: 行政院勞工委員會勞資關係處編, 勞動基本權學術研討會論文集, 頁63-197, 臺北: 行政院勞工委員會勞資關係處。
- 劉明鏡 (1994), 勞資爭議假處分之研究, 中國文化大學勞工研究

所碩士論文。

劉雪筠(1989), 權利濫用之研究, 國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

劉黃麗娟、楊兆豐(2012), 罷工與必要服務的規範與實踐, 臺北: 勞動部。

蔡炯燉(2007), 美國勞資爭議行為法制之研究, 收於: 蔡炯燉、張鑫隆編, 美日勞資爭議行為法制之研究, 頁13-310, 臺北: 行政院勞工委員會。

蔡瑞麟(2016), 論職業工會可否罷工——附論禁搭便車條款之效力, 台灣法學雜誌, 299期, 頁37-40。

鄭玉波(2004), 民法債編總論, 修訂2版, 臺北: 三民。

盧智賢(2000), 罷工替代工人之研究, 國立中正大學勞工研究所碩士論文。

2. 外文部分

Alexy, Robert (1986), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Bertzbach, Martin/Kloppenburger, Thomas (2018), *Einstweilige Verfügungen gegen Streiks und einzelne seiner Begleiterscheinungen*, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht: Handbuch für die Rechtspraxis*, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, S. 827-850.

Brändel, Claus (1960), *Einstweilige Friedensregelungen in kollektiven Arbeitsrechts-Streitigkeiten*, Diss. jur., Hamburg: Rechtswiss.

Däubler, Wolfgang (2015), *Arbeitsrecht: Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium*, 11. Aufl., Frankfurt am Main: Bund-Verlag.

Duetz, Wilhelm (1970), *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht: zum sachlichen Umfang der Zivilgerichtsbarkeit*, Bad Homburg v.d.H.: Gehlen.

- Gamillscheg, Franz (1966), Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin: Duncker & Humblot.
- Henniges, Rolf-Hermann (1987), Einstweiliger Rechtsschutz gegen gewerkschaftliche Streiks?, Neuwied: Luchterhand.
- Kemper, Michael (1990), Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), Heidelberg: C. F. Müller.
- Kissel, Otto Rudolf (2002), Arbeitskampfrecht, München: C. H. Beck.
- Korinth, Michael H. (2015), Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 3. Aufl., Köln: Schmidt.
- Krause, Rüdiger (2008), Die Konkretisierung der Grenzen von Streiks durch einstweilige Verfügung, JbArbR 45, S. 23-45.
- Leipold, Dieter (1971), Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, München: C. H. Beck.
- Linsenmaier, Wolfgang (2019), in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., GG Art. 9, München: C. H. Beck.
- Reichold, Hermann (2008), Grundrechtssuspendierung durch einstweilige Verfügung, FA, S. 98-101.
- Rödl, Florian (2018), Kampfmaßnahmen des Arbeitgebers, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht: Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, S. 699-756.
- Schneider, Sven Patrick (2019), Der einstweilige Rechtsschutz im Arbeitskampf. Maßstäbe der gerichtlichen Eilüberprüfung und prozessuale Verbesserungsmöglichkeiten, Berlin: Logos Verlag.
- Steinbrück, Hans-Joachim (1992), Streikposten und einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden: Nomos.
- Stern, Klaus (2001), Die Grundrechte und ihre Schranken, in:

Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 1-34.

Walker, Wolf-Dietrich (1995), Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampf, ZfA, S. 185-225.

Wolter, Henner/Schubert, Jens/Rödl, Florian (2018), Vorbereitung und Durchführung von (gewerkschaftlichen) Streiks, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht: Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, S. 318-353.

On Preliminary Injunction against Strike in Taiwan

*Yu-Fan Chiu**

Abstract

Strike is a confrontation of power between labor and employer. Whereas laborers can initiate dispute activity to pursue their causes, employers can resist or counteract strike in a passive manner. In the past, employers often retaliated against individual laborers for participating in strikes, but in recent years, some employers have resorted to the rise of the preliminary injunction to prevent strike. Since the issuance of preliminary injunction would enjoin laborers from exercising their rights to strike, it presents a conflict between the employers' litigation right and the laborers' rights to dispute. Under Article 538 of the Code of Civil Procedure in Taiwan, preliminary injunction serves to prevent material harm or imminent danger. In the case of strike, it can also serve as an employer's countermeasure in preventing illegal disputes. But since the strike-forbidding or strike-limiting injunction would cause irreparable harm to the laborers' right to dispute, this article argues that only if a strike is clearly illegal and would cause material harm or imminent danger should the court grant a preliminary injunction.

KEYWORDS: preliminary injunction, freedom of association, strike, countermeasures, injunction claim, the need for protection.

* Assistant Professor, School of Law, National Chiao Tung University.