

文章编号:1005-0523(2009)04-0107-08

罢工权的法理透析

李余华,束安娜

(华东交通大学 人文社会科学学院,江西 南昌 330013)

摘要:随着罢工事件的不断发生,罢工权开始日益受到社会的关注和重视。罢工主要是市场经济条件下贯彻利益最大化原则过程中,劳资矛盾未能得到及时解决而形成的劳动者的一种表达利益诉求的经济手段。罢工权并不等于罢工,确立罢工权并不必然导致罢工现象的发生。深入分析罢工权的权利属性,认为罢工权属于公民基本权中的劳动权,因此罢工权应当是公民的一项基本权利,但为避免权利滥用需要对罢工权进行法律上的限制。

关键词:罢工;罢工权;劳动权;法理透析

中图分类号:D911 **文献标识码:**A

2008 年 11 月 3 日 5 时 30 分左右,重庆市主城区部分出租车司机罢工,导致重庆市主城区群众乘坐出租车出行困难。新华网、人民网等政府网站主动对这一事件进行了报道。

2009 年 4 月 11 日,同样的事情又发生在湖南省岳阳市,出租车司机因不满“产值”过高和营运环境恶劣,上千辆出租车集体停运。在此过程中,一些人对正在营运的出租车强行拦截,砸车打人,要求他们参与停运行列,当地公安机关因此拘留 11 人。而在次日,该市出租车司机在利益诉求没有得到明确答复的情况下,多数出租车再次停运^[1]。

这一桩桩罢工事件的产生,不能不引起我们的深思。

1 罢工概述

1.1 罢工定义

台湾史尚宽教授,对于罢工有如下注释:罢工系指多数之受雇者,以劳动条件之维持、改善或其它经济之利益获得为目的,协同地为劳动之中止。而且他对罢工的特征也有界定,即(1) 罢工为单纯之业务休止,并非劳动契约之终止;(2) 罢工为依多数受雇人组织所为之业务休止,一人罢工之观念为法所不许;(3) 罢工为受雇人之业务休止,并依法定程序为之;(4) 罢工应以经济性为目的(政治性罢工不为劳动法制所允许);(5) 罢工为经济的斗争手段,即雇用人与受雇人之利害相反,立于不能依和平办法为协议之状态^[2]。

笔者对史尚宽教授的注释很认同。他将我们通常意义上的罢工,即狭义上的罢工^[3]的经济性目的、纯粹和雇主讨价还价的手段属性进行了阐释,但是在他对罢工特征的第二点,即“罢工为依多数受雇人组织所为之业务休止,一人罢工之观念为法所不许;”中“受雇人组织”的界定不够明确:是否只有工会才有罢工权?如果个别依合意而临时组成的、但是遵从一定的法律程序的“受雇人组织”是否也有法定的罢工权?这些问题需要进一步明确。

1.2 罢工事件产生的原因

首先,贯彻利益最大化原则,导致了不同利益团体间的矛盾冲突,进而导致了罢工事件的发生。马克思主义认为:在社会生活中,经济基础起决定作用^[4]。因为经济关系到个体财产权的实现,而财产权是人类个体生存和发展的基础。所以市场主体在不断的追逐利益、贯彻利益原则的过程中,劳动积极性得到了

收稿日期:2009-05-13
基金项目:江西省社科规划立项课题(08FX19)
作者简介:李余华(1963-),女,江西萍乡人,教授,硕士生导师,研究方向为法律哲学。

充分的调动,也更好促进了经济的增长和社会的发展。但在逐利的过程中,自主产生的各种利益团体之间为了追逐利益的最大化,必然会产生一些利益上的矛盾和冲突,比如劳资矛盾。而罢工正是这种矛盾冲突的一种鲜明的表现形式。例如这次重庆和湖南岳阳的出租车罢工事件,其中最重要的原因就是企业内部利益分配存在着矛盾^[5]。

其次,劳资双方力量悬殊,导致劳动者只能利用唯一的劳动资本来抗争,即通过罢工来表达利益诉求。一方面,在现代大企业生产下,劳动合同中的雇主一方在经济上的压制力量大,而雇工一方则是经济上的弱者。这种雇主和劳动者之间经济状况上的差异,造成劳资双方“议价力”的极大不平等。为了平衡劳资双方的力量,现代各国普遍形成和发展了“生存权”的思想,赋予了劳动者劳动基本权以矫正契约自由与社会的脱节^[6]。即劳动者可以通过行使自己的劳动基本权来矫正这种不平等。在劳动基本权中,争议权是团结权、协商权的后盾。而争议权中,又以罢工为最具威力的最后手段。另一方面,劳动者的劳动力这种商品又具有不可储存的特性。劳动者拥有的唯一资本就是劳动力,而资方在雇佣关系中所要的也就是劳动力,因此,拒绝提供劳动力——也就是罢工,往往成为最强而有力的抗争手段。在集体谈判的过程中,罢工是制约雇主的拒绝谈判和不诚实谈判的主要手段。如果没有罢工作为劳动者权益保障的后盾,那么集体谈判、协商就如同“集体行乞”,即劳动者共同劳动、生活条件的改善将完全取决于雇主的善心,工会将成为“丐帮”。劳动者拥有罢工权可以有效降低雇主对劳动力市场的“买方垄断力”,对雇主构成一种压力和牵制,使得雇主有所畏惧而更加谨慎地处理劳资关系,使劳资双方的力量达到均衡稳定的状态,从而有助于缓解劳资矛盾,提高劳工地位,改善劳资关系^[7]。

通过对罢工事件的产生原因分析,我们不难发现,罢工事件产生的最主要原因就是劳资矛盾。这个矛盾的出现并不突兀,也不是洪水猛兽,它其实是在市场经济条件下,在社会发展过程中,必然会出现的现象。如果可以正确看待,妥善处理,而不是将矛盾掩盖或者视而不见,则对我们构建和谐社会、促进经济稳定大有裨益。

所以,对于罢工这种劳动者的利益表达方式,最好能通过立法来进行规制。那么,到底该如何界定劳动者的这种罢工权?罢工权是否应当列入宪法?笔者将就此问题进行探讨,并对罢工权进行法理透析。

2 对罢工权的分析

2.1 罢工权定义及特征

罢工权,即罢工的自由或者称为罢工的权利,是公民的一项基本人权。关于罢工权有以下几种看法:一种观点认为,罢工权具体是指国家赋予劳动者一方在必要时,对抗雇主或用工单位的权利。即劳动者在一定条件下可暂停工作甚至阻止他人工作,以要求雇主改善工作条件提高工作报酬的权利^[8]。这种观点认为劳动者也有“阻止他人工作”的权利,其实是对权利滥用原则的违反。因为权利的扩张性,劳动者对罢工权的享受也不能是无限限制、无所顾忌的。这不仅表现在劳动者在行使罢工权的时候,不能妨碍他人权利的行使;而且表现在劳动者的罢工权行使范围有一定的界限。罢工权虽是劳动者的基本权利,但是其行使同样不得损害到他人权利的行使。即使放弃了自己的劳动权,选择了罢工,但是对于其他没有放弃劳动权依然工作的劳动者,不得阻止他人工作,因为这样会损害到他们的正当权利,构成对他人权利的侵害甚至可能构成违法。另一种观点认为,劳动法上的罢工权,一般是指以维持、改善劳动条件为目的集体停止工作的权利。此种观点提到了罢工权的目的和集体权的性质,但是还未提到罢工权的组织形式和行使限制。另外,该观点对劳动者的利益诉求的理解范围过窄。劳动者进行罢工,不仅是为了自己劳动条件的改善等经济性权益的实现,有时也是为了获得某些精神上的利益,例如获得一定的尊重等。因而笔者认为,罢工权是指劳动者在其合法权益受到侵害,并且已经无法通过其它途径得以解决时,经大多数劳动者同意,由一定的团体或者组织,按照相关法律规定,为劳动者合理合法的经济目的或精神利益的实现而行使的一项集体权利。

罢工权作为一项权利,有区别于其他权利的一些特征。首先,罢工权,只有劳动者才能享有,即在劳资

关系中劳动者一方专有的权利,雇主一方并不享有该权利;第二,罢工权是一项基本人权,它的权利主体为个人,而义务主体为国家;第三,罢工权是一种集体权,即权利的行使必须通过一定的团体或组织来进行;第四,罢工权的行使,必须以缔结集体合同为目的;第五,罢工权的行使,有法律上诸多限制,必须依法行使,并保证社会和经济秩序的稳定和安全;最后,合法行使罢工权,享有特定的法律保障,主要表现在合法罢工的民事免责和刑事免责方面。

2.2 罢工权与罢工的区别

对于罢工和针对罢工而存在的罢工权,两者之间有差别是肯定的。有学者认为罢工权是讨价还价的权力,有利于工人在集体谈判中与雇主关系的平衡;而罢工则是谈判的破裂,合作的失败,是两败俱伤的结果。对劳动者而言,罢工权,更多的是作为与雇主谈判时的一种威慑手段,并不必然导致罢工行为。承认罢工权也不等于鼓励罢工,法律在承认罢工权的同时也会对罢工权的行使做出很多限制,以保障劳动者既能拥有对抗雇主的谈判利器,又不至于滥用罢工的手段,对社会、经济造成太大的不良影响^[9]。而也有学者认为,罢工是一把双刃剑,它既有保护劳动者合法权益的积极一面,也有造成生产损失的消极一面。但罢工权却只有积极意义而无消极作用,它对守法有序的合理罢工予以保护,对违法的不合理罢工予以限制和禁止,从而尽可能地在劳动者的合法权益和社会整体利益之间实现平衡^[10]。笔者赞同这种罢工与罢工权并不等同的认定,认为对罢工权的承认和法律规范,对于经济和社会的稳定和发展,具有直接的积极意义。

3 罢工权的法理透析

我们认为罢工权应当是公民的一项基本的劳动权利。而在我国现行宪法中,第一是没有关于罢工权的规定;第二是认为劳动既是公民的权利又是公民的义务。我们认为宪法对于劳动的定位是不准确的,值得商榷。

3.1 劳动的性质

虽然我国对劳动权通过立法进行了确认,但我们却发现宪法和民法中对劳动权的界定却不大相同,存在矛盾之处。一方面,从宪法^①中我们可以看到,我国立法是把劳动既当作是公民的一项权利又当作是一项义务来加以确认的。另一方面在民法^②中我们又规定,只要是年满十八周岁的我国公民就享有完全的民事权利能力和民事行为能力。而且年满十六周岁未满十八周岁,但以自己的劳动所得来独立生活的,也视为完全民事行为能力人。可见,公民在按照法律规定获得完全民事行为能力的法律认定后,就可以从事除法律禁止行为之外的任何活动。例如在年满十八周岁后,仍然有许多人在学校读书而没有走入社会工作,这也可以看作是他们对自己劳动权的一种放弃,而即便是已经参加工作的公民也可以选择暂时不工作或甚至有很多人选择成为流浪人群、乞丐。如果我们暂不从道德层面来对这些行为进行考察,单就从法律规制的角度来看,他们的行为并没有妨碍到社会或者他人的权利行使或者利益取得,最多是成为不太雅观的社会风景而已。因而,我国民法对劳动权的认定,即劳动只是一项权利,劳动者可以选择行使或者不行使。

法律应当具有同一性,而我国宪法和民法的不统一、不一致也反映了我国立法过程中的疏漏和欠缺。相比较而言,笔者更赞同民法的做法。因为民法从公民个体的利益出发,更好地维护了普通劳动者的权益;而宪法对劳动权的认定,存在一定的局限性和误解。根据某些学者对劳动权的认定^[9],即劳动是普通劳动者个人的权利,与该权利相对的义务则属于国家,即国家负有保障公民劳动权的义务,国家要通过一些立法来确定和保障劳动者的劳动权。笔者非常赞同这样的观点,一方面,国家应当通过立法确认劳动者

① 宪法第四十二条规定:“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务”。

② 民法通则第十一条规定:“十八周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。”

的劳动权,使权利行使有法可依;另一方面,国家应该切实履行自己的义务,充分保障劳动者的劳动权;国家不可以通过逃避甚至转移自己的义务来增加劳动者权利行使上的障碍,这样不仅不利于劳动者正当权益的保护,而且有损国家的公信力,违背了立法宗旨和基本原则,更不利于社会的和谐发展。

从宪法保护人权的角度来看,规定公民的劳动义务也是与公民的劳动权利相违背的,应当予以修改。即使这种义务只是对公民的一种道德的约束,也不应该在宪法中进行规制,而应该通过道德的宣传,通过社会的公序良俗来进行一定的宣导和保障。因为,劳动权是基于人身而产生的权利,是不可以施加强制力的,和其它基于人身的权利一样,劳动权应该是基于所有者本人的意愿来享有和行使的。宪法对劳动权的义务性的内容的强制赋予,使劳动者的权利受到一定的干扰和缩减,不能切实实现对普通劳动者权益的保护。

所以,劳动只应该是劳动者的一项权利,而国家则负有保障这项权利充分有力行使的义务。

3.2 罢工权属于劳动权

国内谢家富等学者认为,劳动权是人权的重要组成部分,不仅兼有自由权、生存权和发展权的属性,而且是自由权、生存权和发展权赖以实现的重要条件。劳动权可谓涉及了人权的所有层次。属于人身方面的权利有职业安全权、自由择业权、休息权;属于财产和经济方面的权利有劳动报酬权、福利权和社会保障权;属于政治、文化方面的权利有结社权、劳动培训权、民主管理权和罢工权等^[10]。虽然该学者将罢工权归结为是政治文化方面的权利,有待商榷,但是也揭示了一个重要的事实,即罢工权属于劳动权。

国外学者也认为罢工权属于劳动权。各国的劳动法学界所普遍认同的“劳动三权”,即团结权、集体谈判权以及集体争议权,其中的集体争议权或称团体行动权,主要就是指劳动者通过工会组织罢工的权利,即罢工权。劳动者运用劳动基本权与雇主形成力量平衡,即集体劳动关系的平衡与协调,从而构成现代劳动关系的主要特点^[11]。

笔者赞同罢工权属于劳动权。如前所述,劳动者有劳动的权利也有不劳动的权利。而在我国的合同法中有一个不安抗辩权的概念。即在《中华人民共和国合同法》第六十八条规定:应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:(一)经营状况严重恶化;(二)转移财产、抽逃资金,以逃避债务;(三)丧失商业信誉;(四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的,应当承担违约责任。第六十九条规定:当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保时,应当恢复履行。中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的,中止履行的一方可以解除合同。罢工权类似于劳动合同中的不安抗辩权。劳资双方在签订了劳动合同后,劳动者作为先履行的一方,在发现后履行一方即企业存在着无法履行或者不履行的情况时,劳动者可以行使不安抗辩权,即不劳动、停止履行,然后在后履行一方提供担保或者恢复履行能力后,劳动者再重新履行。不安抗辩权的立法目的是为了维护先履行一方的合法利益,促进社会的良好秩序,实现公平公正价值的理念。

罢工权和不安抗辩权在调整劳资关系的范畴内的这种相似性,归结起来可以分为以下几点。首先,两者都是产生于双务合同之中;其次,两者都是由劳资双方对对方互负义务;第三,两者都是基于先履行一方,如罢工权中的劳动者的合法权益未能得到保障而不得行使的一种经济手段;第四,两者都是劳动者的权利,所不同的是,前者在民法的范畴内得到了认定,而后者未能得到法律的认定,不能不说是我们立法的一种缺憾。

宪法第三十三条提出“国家尊重和保障人权。”罢工权作为劳动权,作为人权的一项内容,应该得到确立和实施。这一权利对于平衡和协调劳资关系、促进经济和社会的稳定发展具有积极意义。

因而,加快中国的罢工权立法的步伐,是中国法治建设的题中应有之意。

3.3 对罢工权的规制

罢工权既然是劳动者的一项最基本的劳动权利,劳动者当然可以切实、完整的享有。但是,为防止权利滥用,法律上必须有对罢工权的限制性的规定。

因为首先权利并不是无限的,有权利的地方必须有限制;而保障权利的自由行使,也必须在法律的范围之内。即只有在法律范围内的自由,才是真正的自由;也只有在立法规制下的权利,才是真正的权利,才是可以自由行使的权利。因为权利天然的具有扩张性,使得权利必须在一定的范围内行使,以防止权利滥用。但是这种对权利的限制性规定,只是禁止滥用权利的行为,而不是否定权利本身^[12]。

所以在权利的具体行使时,必须在立法上作出一定的限制性规定。首先,罢工权在行使时不得妨碍他人权利的行使;其次,罢工权的权利行使范围必须有一定的法律界限,超过了就构成了违法,必须承担一定的法律责任。这点,笔者会在本文后面详细谈到。

4 我国罢工权现状

4.1 立法现状

首先,在国际条约中,罢工权被通认为是劳动者的一项基本权利。联合国《经济、社会、文化权利国际公约》的第八条第四项中就规定:劳动者“有权罢工,但应按照国家法律行使这项权利”,并要求缔约国尊重劳动者的罢工权。我国人大常委会于2001年2月28日批准通过了这项国际人权公约。由此可见,我国通过加入国际公约而间接承认了罢工权。即尊重劳动者的罢工权已构成了我国对劳动者权利保障的一项义务。

其次,罢工权在我国宪法上曾经存在过,并经历了从无到有再到无的历程。但是仅有的两次,都是作为政治权利而出现的。1954年的宪法中没有罢工权的相关规定,但1975年和1978年的宪法都确认了罢工权。然而从1982年开始,在公民的基本权利和义务中取消了罢工的权利。当时取消的理由:一是社会主义的经济体制属于公有制的,职工的利益与企业的利益一致,不存在劳资关系和劳资矛盾,没有罢工的利益诉求,不需要罢工权。二是前两次宪法都是把罢工权界定为政治性权利,这也是后来罢工权被取消的重要原因^[8]。此后至今,我国宪法中再没有罢工权的规定。

第三,虽然学界对所谓“隐性罢工权”^[13]抱有乐观态度,但笔者认为,如果没有法律明确规定保障和规范罢工权,没有明确的实施规则和程序,仍然只能认为是不存在罢工权,说“隐性罢工权”对现实中罢工事件的处理是无效的。

由此可见,不论是在宪法,还是其它各种具体的法律规范中都没有任何明确地对罢工权的详细认定。从而使得很多罢工事件的处理存在无法可依的现象。

4.2 罢工权的立法缺失所带来的后果

我国近期出现一些罢工事件,对社会秩序和经济发展以及各方利益都造成了一定的不利影响。产生这种结果,一个重要的原因就是由于罢工权立法的缺失。

首先,对劳动者来说,虽然通过罢工可以有效地表达自己的利益诉求,甚至可以迫使雇主妥协以达到一定的经济目的,但是因为无法可依,导致劳动者的权利得不到保障,无民事和刑事免责^[15]。特别是对于“纠察”^[15]行为的认识不清,导致劳动者的侵权责任的产生。如湖南岳阳的出租车司机甚至出现了对于正在营运的出租车强行拦截,砸车打人,要求他们参与停运行列,当地公安机关因此拘留11人。而且,在“法无禁止即可为”的理念之下,不断发生的罢工事件,也会产生一定的社会扩散效应,在看到一些罢工成功的案例后,可能会导致更多罢工事件的发生,甚至不当劳动行为^[11]的发生。

其次,对于雇主来说,如果有对于罢工权的相关立法,他可以通过事先与劳动者达成“不罢工条款”^[15]来减少不必要的麻烦,或者可以通过事先了解法律规范来做好准备预防罢工事件的发生。总之,可以避免很多麻烦的发生,特别是对于商业的促进和发展都是非常重要的。但因为罢工权的缺失,雇主可能会因为缺乏经验或者事先的准备不足而导致某些商业行为无法完成,使经济发展受阻,甚至可能导致双方过激行为从而产生更大的社会危机等等。

第三,对于政府来说,维持稳定是最重要的,而社会的安定有序很多时候是需要依靠立法来完成的。特别是对于目前所发生的一些罢工事件,因为影响巨大,对社会稳定造成很大的威胁。在罢工权立法缺失

的情况下,政府被迫扛起这个责任,在雇主和劳动者之间搭起桥梁,进行沟通,甚至很多时候是将责任揽到自己的身上。有学者认为这是“政府角色错位”^[7],既加重了政府的工作负担,又使政府过多干预了企业行为,并往往将劳动者与雇主的矛盾演变为劳动者与政府的矛盾。结果是政府替雇主承担了责任,并加剧了社会的不稳定。

另外,通过立法确立罢工权,也是进一步提高我国的人权保障水平和国际声望,信守条约的需要。根据本文前段论述,我国业已签署了联合国的《经济、社会、文化权利国际公约》,并在2001年2月28日由全国人大常委会正式批准了该条约。所以,我国必须信守条约,并最好通过宪法和相关的劳动规范来确认和保障罢工权。本来我国的人权状况就一直是国际上很多国家关注的焦点,劳动权中的罢工权又是人权的一部分,加上罢工事件的规模 and 影响一般较大,如果处理不好,容易引起很多国家对我国人权状况的抨击,也势必影响我国的国际形象。所以,必须尽快确认罢工权^[7]。

综上所述,罢工事件因为其经济利益而难以避免,而罢工又是一把双刃剑。要规范罢工行为就必须确立罢工权。在我国,通过立法确立罢工权已是刻不容缓。

5 关于罢工权的几点立法建议

5.1 关于对罢工组织者的规定

罢工一般应由工会组织。但有些国家规定,在私营企业雇员可以在工会之外自动组织起来一致停工^[7]。笔者认为,根据中国国情,不应当限制只由工会来组织罢工。因为目前基层工会组织建设中的问题不容忽视,部分基层工会只有组织形式、无维权机制,导致基层工会在维护职工权益方面严重缺位,甚至时至今日,很多企业,特别是一些非公企业仍然以各种原因拒绝组建工会^[16]。也有学者认为,罢工应是种集体权,非一定要经由工会始可发动和行使^[17]。因此笔者认为,基于中国的特殊国情,对于很多依合意而临时组成的、但是遵从一定的法律程序的“受雇人组织”也可有法定的罢工权。

5.2 关于与罢工权对应的合理通知义务

不少国家要求罢工决定须预先通知雇主。如美国规定罢工要事先通知,并经过调解,调解不成,要仲裁,如一方不愿仲裁,则由总统派一个紧急委员会调查,然后建议解决争端办法,在紧急委员会提出报告前并在提出后三十天内,禁止罢工和解雇^[17]。法国的国家和地方各级公务员、担负公共管理职责的公共和私营部门的工作人员的罢工必须遵守预告期。罢工开始前五天,在该部门最具代表性的工会组织必须把罢工的目的、日期、地点和期限告知这些人员的上级部门。在五天之内,有关双方必须商谈,不得有其他行动^[7]。中国在实际的立法中也可以借鉴这个做法。在罢工活动实施前,准备发动罢工的组织,应该先将自己的罢工原因、利益诉求及罢工规模等告知雇主,给雇主一个合理的考虑时间。如果通过它可以避免或者减缓罢工的力度,是非常好的举措。

5.3 关于罢工中的最低限度服务

对于罢工主体,除了大家所公认的国家公务人员、司法官员(法官、检察官)、军人、监狱看守、警察外,公共福利部门及行业一般也不得组织和参加罢工。由于其雇员一旦罢工,会对社会民众造成损害,政府一般限制这些劳动者的罢工权,通过仲裁方式解决冲突。例如美国许多州都禁止公共部门举行罢工,而实行强制仲裁程序。加拿大、法国虽然没有剥夺公共部门员工的罢工权,但对广播电视、航空安全、医院、核材料堆放单位、全国性的气象部门等公共服务部门,要求其工会在罢工期间保证要维持“最低服务”,以此来减轻罢工对经济和社会生活造成的破坏作用^[7]。这个“最低服务”非常好,既未剥夺他们合理的罢工权,同时也保证了社会所需的基本的公共服务。我国立法可以借鉴。因为根据我国的国情,很多公共服务部门都是国营单位,甚至是国家垄断经营性质的,并不像某些西方国家的某些公共服务部门还有私营公司同时参加。所以一旦这些公共部门发生了罢工,就会使得社会生活在很大程度和范围内无法正常运行,甚至出现瘫痪,对国家的经济和社会秩序稳定都有非常大的影响。如果不给予这些部门的劳动者以罢工权,又不符合法律所规定的公民的基本人权,所以采用这种折中的方法,可以在保持社会正常运转的同时也保障

了劳动者的合法罢工权。

5.4 关于罢工中的冷却期

行政机关在有证据表明预定的罢工可能严重影响经济发展、大众生活,危害国民健康和安全的,可以发布命令规定一定时间为“冷却期”,在此期间不得举行罢工。在冷却期内,政府部门有职责及时介入集体谈判,进行调查,提出纠纷解决方案。如1946年日本国劳动关系调整法规定:内阁总理大臣对于与公益事业有关或与规模大、性质特殊的事业有关的劳资纠纷,公布紧急调整决定后的五十天之内,不能采取罢工、关厂等对抗行为,违者处以二十万日元以下的罚款^[18]。我国香港特区《劳资关系条例》也规定,凡劳资纠纷的性质或规模可能会严重影响香港的经济或危害很多人的生命,行政长官会同行政会议可颁令实施一段冷静期,期间一切形式的工业行动必须中止。冷静期不得超逾三十天,但可延长至六十天^[7]。这就是基于对公共利益的保护。有学者认为,对基于市场规则的“劳资合约”,应给予充分的尊重并且有一个可容忍的限度,一旦超过政府的容忍度,政府必须出手进行调节,这也是现代市场经济国家通行的做法,我国也不应例外^[16]。笔者认为,这种做法是可取的。这种做法有点类似于“公共利益保留原则”,因为其目的都是出于对社会公共利益的保护;其方式都是政府出面,运用公权力的手段来实施;但是,这种方法也有它的前提,即政府对劳资纠纷的干预,只能是在社会秩序遭破坏时;而它的理论基础就是公平和正义的价值理念。这种方法比较适合我们国家,但必须谨慎使用,非到必要,不要政府出面硬性干预。只有在政府所要保护的公共利益足够大的情况下,才能以暂时牺牲劳动者的罢工权的方法来维持社会的秩序和稳定。

5.5 关于罢工权的限度禁止机制

各国法律一般均不允许使用暴力等手段进行罢工,且斗争规模适度,不能超过为达到目标所需要的程度,任何破坏财产和伤害人身的行为都要依法追究。违法的劳工斗争行为和方式,另一方有权提起诉讼,要求给予制裁或赔偿。一般认为下列情形已超越合理限度:(1)阻止所有雇员进厂;(2)阻止雇主雇用其他工人维持营业运转;(3)用暴力、大规模纠察行动恫吓、阻碍或封锁企业的出入通道;(4)阻止本企业所生产商品的自由流通;(5)强迫或诱使和本企业有来往的外企业的雇主停止业务往来;(6)劝使外企业雇员参与罢工,以对本企业雇主施加间接压力^[19]。但有学者强调,罢工主要目的,在于使得原有劳动契约得予存续,并恢复正常而非在于中止劳资双方原有之劳雇关系。笔者赞同这个说法,但是雇主不得解雇罢工工人并另聘请其他工人继续营业也不是绝对的,在某些特殊情况下可以。如国际劳工组织关于劳工罢工权的主张的十三项原则中的第十条^[15],就规定关键性民生服务行业之劳工罢工,或国家紧急状况时之罢工时可使用。

综上所述,罢工权应属于劳动者最基本的劳动权,可以自由行使,但必须由国家对它进行法律上的保障和规制。虽然国外对于罢工权已经有了一些比较成熟的立法,但是对于不同体制和国情下的中国,如何做好法律的移植和进一步发展,仍是一个重要的课题。罢工权作为一项重要的权利,必须首先充分、完整地赋予劳动者,以保障其合法权益,但是因为权利天然的扩张性和罢工现象的特点,必然要求在法律上进行详细而具体的规定,以方便各方实际操作并对社会起到一定的指引作用。

参考文献:

- [1] 黄兴华.湖南岳阳上千台出租车集体停运 11 人被拘留[EB/OL].<http://news.qq.com/a/20090413/000106.htm>,2009-04-13.
- [2] 史尚宽.劳动法原论[M].台北:正大印书馆,1978.249-250.
- [3] 孙惠民.关于健全我国罢工立法的思考[J].武汉理工大学学报(社会科学版),2001,14(5):448-450.
- [4] 吴传毅.市场经济 有限政府 市民社会[J].行政与法,2005,(9):42-44.
- [5] 胡展奋.重庆出租车罢运事件独家调查:危情 TAXI[EB/OL].<http://news.qq.com/a/20081121/001252.htm>,2008-11-21.
- [6] 蔡茂寅.社会权——生存权与劳动基本权[J].月旦法学,1999,(6):28.
- [7] 陈 仪.将罢工权纳入法制的轨道——兼评东航集体返航事件[J].江南大学学报(人文社会科学版),2008,7(6):64-68.
- [8] 马红军.试论罢工权入宪的必要性[J].山东行政学院山东省经济管理干部学院学报,2008,(2):68-69.
- [9] 百度百科.劳动权[EB/OL].<http://baike.baidu.com/view/82043.htm>,2008-08-12.

- [10] 谢宝富,刘庆志.劳动权的权利谱系分析[J].江苏行政学院学报,2008,(6):114-117.
- [11] 常 凯.论不当劳动行为立法[J].中国社会科学,2000,(5):71-82.
- [12] 王炳军.论禁止权利滥用原则的适用[J].四川教育学院学报,2008,24(11):43-44.
- [13] 高一飞.罢工权可否合法化值得研究[EB/OL].<http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=137050>,2008-11-5.
- [14] 常 凯.罢工权立法问题的若干思考[J].学海,2005,(04):43-55.
- [15] 赵守博.罢工权的保障与规范[J].厦门大学法律评论,2008,(01):1-27.
- [16] 任小平,许晓军.“双重受托责任”下的中国工会维权机制研究——以工会介入“盐田国际”罢工事件为例[J].中共福建省委党校学报,2008,(10):10-17.
- [17] 问清泓.关于罢工权的反思[J].江汉论坛,2004,(7):132-134.
- [18] 史探径.中国劳动争议情况分析和罢工立法问题探讨[J].法学研究,1999,(6):47-56.
- [19] 苏苗罕,姚宏敏,郑 磊.法律对罢工权的确认及规范[J].法学,2001,(5):12-15.

Jurisprudential Analysis of the Right to Strike

LI Yu-hua, SHU An-na

(School of Humanities and Social Sciences, East China Jiaotong University, Nanchang 330013, China)

Abstract: With strikes taking place constantly, the right to strike has drawn the social concern and attention. Strike, an economic instrument for the workers to express their interest and demands, mainly occurs in the market economy conditions and the process of implementing the principle of maximizing interests when the labor-management conflicts can not be resolved in time. The right to strike does not mean going on strike, and establishing the right to strike does not necessarily lead to the phenomenon of strikes. By analyzing the properties of the right to strike, the paper shows that the right to strike should be a fundamental labor right of citizens. However, legal restrictions are needed to avoid the abuse of the rights.

Key words: strike; the right to strike; labor rights; jurisprudential analysis

(责任编辑:刘棉玲)